

ISSN 0286-4258

2024年3月6日 印刷

2024年3月13日 発行

龍谷法學

第56巻 第4号

赤池一将教授
川角由和教授
神吉正三教授
吉岡祥充教授

退職記念論集

龍谷大学法学会

赤池一将教授
川角由和教授
神吉正三教授
吉岡祥充教授

退職記念論集



赤池一将教授



川角由和教授



吉岡祥充教授

※神吉正三教授の御写真は御本人の希望により掲載しておりません。

目 次

巻頭言	丹羽 徹	1 (709)
赤池一将先生献辞	金 尚均	3 (711)
川角由和先生献辞	中田 邦博	7 (715)
神吉正三先生献辞	今川 嘉文	11 (719)
吉岡祥充先生献辞	鈴木 龍也	15 (723)

論 説

刑事政策学における最終定理（その1） ～何故、近代において刑罰は、自由刑という形態をとるのか？～	石塚 伸一	19 (727)
エキゾチック証券を利用したベンチャー企業の資金調達 ～優先株式の発行意義と実務課題の検討～	今川 嘉文	41 (749)
賃貸借契約における転借人の地位と法構造	牛尾 洋也	53 (761)
内縁関係と遺族年金に関する一考察（1） ～近時の裁判例を中心として～	岡本 詔治	85 (793)
EUにおける環境主張の規制 ——不正取引方法指令と新たな指令提案を中心に	カライスコス アントニオス	117 (825)
寺院墓地における墓地使用权の性質に関する一考察 ——典礼施行に関する合意・規則・慣行の解釈と拘束力——	鈴木 龍也	151 (859)
消費者契約法の在り方と裁判官の役割	中田 邦博	177 (885)
若年者の逸失利益・緒論—障害による減額は公平か	若林 三奈	211 (919)
犯罪者の社会復帰における余暇支援	我藤 諭	249 (957)

De la peine de mort à la prison à perpétuité.
Le droit français à l'épreuve du droit européen
..... Jean-Paul Céré.....269 (977)

フランスにおける右傾化を背景とした治安維持の議論について
—若年移民出身者の政治的扱い—
.....ハラス ドリス.....285 (993)

マインドコントロールと刑事責任に関する覚書
—精神障害なき異常犯罪を巡って—
.....本庄 武.....309 (1017)

特定少年に対する保護処分 of 構造
—「犯情の軽重」概念の検討を中心として—
.....山口 直也.....345 (1053)

犯罪歴というステイグマ
—アメリカ刑罰史における「危険性」の系譜から—
.....山梨 光貴.....375 (1083)

フランス民法典における仕事の賃約に関する一考察
.....桃山 尚子.....409 (1117)

流動性預金と預金口座の現代的意義 (2・完)
～資金移動業者の口座とも対比して～ 神吉 正三.....433 (1141)

韓半島植民地支配の不法性 (その4)
——1904年1月21日大韓帝国内立宣言と「不法強占」
.....戸塚 悦朗.....469 (1177)

判 例 研 究

詐欺事件について包括的共謀による共同正犯の成立が
認められた事例 (京都地判令5年5月31日公刊物未登載)
.....金 尚均.....509 (1217)

資 料

「木庭先生の庭」散策 (3)
——法学再入門のための標準装備——.....児玉 寛.....529 (1237)

赤池一将 教授	略歴および業績一覧	563 (1271)
川角由和 教授	略歴および業績一覧	567 (1275)
神吉正三 教授	略歴および業績一覧	579 (1287)
吉岡祥充 教授	略歴および業績一覧	587 (1295)

法学会記事

第56巻総目次

『龍谷法学』第56巻第4号の刊行に寄せて

『龍谷法学』第56巻第4号は、2024年3月にご定年を迎えられる4人の先生方、赤池一將先生、川角由和先生、神吉正三先生、吉岡祥充先生の退職記念論集として刊行いたします。

赤池先生には2004年に、川角先生には1996年に、神吉先生には2007年に、吉岡先生には2010年に、それぞれご着任いただきました。先生方のご貢献とご功績の詳しいご紹介は、ゆかりある法学会会員の手による献辞にお譲りいたしますが、4人の先生方の法曹養成も含む法学教育への熱意、法学研究に向かわれる真摯な姿は私どもの模範となるものでした。

このたび、無事定年を迎えられることをお慶び申し上げます。その一方で、法学部の専攻科目担当教員の1割を超える先生方が去られることで、学部内の様子も大きく変化することとなります。先生方には、龍谷大学法学部のこれからの発展を見守っていただければ幸いです。

先生方のご尽力とご貢献に心よりの感謝を申し上げますとともに、今後のご健勝とご活躍を祈念し、この退職記念論集を献呈いたします。

2024年2月14日

法学会会長 丹羽 徹

献 辞

赤池一将先生は、本年（2024年）3月末をもって、龍谷大学法学部を定年により退職されます。赤池先生は、1980年3月に中央大学法学部を卒業された後、同大学大学院法学研究科の博士課程前期課程及び後期課程並びにエクス・マルセイユ第三大学大学院法学研究科において犯罪学及び刑事政策を中心に刑事法学を修められました。赤池先生は、89年に高岡法科大学法学部講師に就任され、94年に助教授に、99年に教授に昇任された後、龍谷大学法学部教授として2004年に着任されました。ご着任以来、24年3月までの20年の間、龍谷大学法学部並びに法学研究科において教育・研究にご尽力いただきました。

赤池先生のご専門は犯罪学及び刑事政策ですが、幅広い教養、知識そしてフランス語学力に裏打ちされた高い研究能力を学術的武器にして、文献研究だけでなく、卓越したフランス語会話能力を生かした海外の研究者との人的交流を通じて、フランス行刑からみる日本型行刑の特徴とその課題の検討といった両国の研究及び実務とを比較しながら、犯罪学及び刑事政策の研究を進めてこられました。また、研究の一環として、龍谷大学にフランスからの研究者・実務家を招かれて研究会を開催されました。机上だけの比較法研究だけではなく、実際にフランスの研究者・実務家と対話しながら研究活動を展開される赤池先生の研究姿勢は、研究者として目指すべき姿です。

赤池先生は、大学院時代より今日まで、真摯にミシェル・フーコーの研究に取り組まれておられます。当研究に対して強い気概を持って遂行されていることは、赤池先生ご本人からフーコー研究のお話をお聞きになった方であれば自ずと分かることと言えます。いつも夜遅くまでランプを灯しながら研究室で研究に励まれており、ご自身の関心

事の研究テーマについて取り組まれる一途な姿勢と集中力は、類い希な優れた研究能力の源と言えます。赤池先生は、ミシェル・フーコー研究を礎としながら（『監獄の誕生』と「危険性」概念を巡る問題）、フランスにおける刑事施設と被収容者の処遇研究（民営化論、過剰拘禁問題、医療問題、懲罰手続問題、死刑廃止後の仮釈放制度と無期懲役囚の処遇、長期受刑者の処遇問題）、フランスの刑事法研究（フランス少年法改正に関する問題、フランス新刊法の研究、触法精神障害者の法的取扱い、フランスにおける陪審員制度の研究等）、矯正施設における宗教意義・活動に関する研究、そして刑務所の民営化（日本型PFI刑務所の検討）と刑務所医療の研究等、端的に紹介するだけでも犯罪学及び刑事政策を巡るきわめて広範な諸研究テーマに取り組んでこられました。これらだけではなく、22年の刑法改正（25年6月1日施行予定）により拘禁刑が導入され、懲役と禁錮が拘禁刑に一本化され、受刑者に科されている刑務作業が義務でなくなった一方、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができるようになりました。赤池先生は、これを機に沸き起こった刑罰論研究に一石を投じておられます。重厚なフーコー研究の見識が随所に示された研究であることから、刑罰の社会的意味、刑罰宣告の意味、そして刑罰執行の意味等、刑罰にまつわる横断的課題に対して応用可能であり、そのため、刑事政策研究だけでなく、刑法理論研究にも強い理論的影響を及ぼし、学会において大きな関心を呼んでいます。赤池先生は、これら研究成果を一冊の本に纏められると聞き及んでいます。

赤池先生は、本学ご就任以降、研究代表者等として科学研究費や本学のプロジェクト研究等を多数獲得され、刑事政策及び犯罪学に関する共同研究プロジェクトを計画、研究会・シンポジウム等を積極的に開催し、一日本語とフランス語一口頭での研究発表そして論文を発表

されてきました。これらの研究成果は、龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報やご著書において多数顕現されています。

赤池先生は、12年4月から2年間、龍谷大学法学部において法学部長を務められました。また、16年から2年間、法学研究科長を務められました。法学部長着任当時、法科大学院の募集停止とこれに伴う法科大学院教員の法学部への移籍問題が浮上した時期でありました。取り扱いを間違えると即困難に突き当たる問題を、赤池先生は、全く私情を交えず、大学人として公明正大でかつ平等な人事配置並びカリキュラムの策定そして両所属教員との丁寧な協議により、障壁を作ることなく、解決するための大事な道筋を作られました。そうした功績と信頼もあり、退職間近にもかかわらず、社会科学研究所長の任に着かれ、龍谷大学の研究活動を最後まで支えてくださいました。

規程により24年3月末をもって退職されますが、これまでの龍谷大学法学部での教育・研究、組織運営へのご尽力に感謝申し上げるとともに、赤池先生の益々のご健勝とご活躍を祈念しまして献呈の辞とさせていただきます。

法学会会員 金 尚 均

献 辞

川角由和先生は、本年（2024年）3月をもって、龍谷大学法学部を定年により退職されます。慣例によって、川角先生の略歴と研究の内容をご紹介します。

川角先生は、1980年3月に九州大学法学部を卒業された後、同大学大学院法学研究科の博士課程前期課程および後期課程において、原島重義教授を指導教授として民法学を修められました。その後、1985年4月から九州大学法学部助手に採用され、そして1986年10月に島根大学法文学部法律学科・助教授として赴任されています。

1996年に龍谷大学法学部教授として着任され、2005年からは龍谷大学に新たに設置された法務研究科（法科大学院）に籍を移されました。また、2016年4月からは再び法学部教授として教育・研究に貢献していただきました。

川角先生は、フンボルト財団の給付研究員としてドイツ・チュービンゲン大学にて1991年2月～1992年3月と1998年10月～2000年3月に在外研究をされています。フンボルト財団の給付研究員となることは先生の研究能力に対する同財団からの高い評価を示すものです。2005年9月に、先生のチュービンゲン大学での受入れ教授であった著名なエドゥアルト・ピッカー教授が来日されて、本学で研究会を開催したときに私も通訳としてお手伝いをしたことがあります（後掲『ヨーロッパ私法の展開と課題』参照）。その際、ピッカー教授と川角先生の公私にわたる絆の深さに接して感銘を受けたことはよき思い出となっています。

川角先生のご専門は民法ですが、その関心は多岐にわたります。紙幅の関係から、以下では、主に①不当利得法、②物権法、③契約法の

三つの分野におけるご業績を簡単にご紹介いたします。①の分野では、大著である『不当利得とはなにか』（日本評論社、2004年）を刊行され、これにより2005年3月に北海道大学から博士（法学）の学位を授与されておられます。②の分野では、『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点』（日本評論社、2019年）を、③の分野では、「現代民法学における〈関係的契約理論〉の存在意義」をあげることができます。さらに、近時は、法社会学への関心も深められ、『末弘巖太郎の法学理論——形成・展開・展望』（日本評論社、2022年）を刊行されています。

共同研究においても、川角先生は科学研究費や社会科学研究所の研究助成等を獲得され、ヨーロッパ私法に関する研究プロジェクトを主導されました。共同研究の成果としては、編著者として刊行された社研叢書の『ヨーロッパ私法の動向と展開』（日本評論社、2003年）、『ヨーロッパ私法の展開と課題』（日本評論社、2008年）、『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』（日本評論社、2011年）、『ヨーロッパ私法の展望と日本民法典の現代化』（日本評論社、2016年）等があります。さらに、教科書、注釈書の執筆、判例評釈・判例研究、ドイツ語での論文発表、またイェーリング「ローマ私法における帰責要素」など古典的なドイツ文献の翻訳も含めて数多くの業績を発表されておられます。

このような川角先生のご研究は、法解釈学と法社会学の交錯を視野に収めて市民法の観点から法現象を深くかつ鋭く分析されるものです。先生の研究手法と研究成果は、他の追随を許さないものとして、民法学の発展に大きな影響を与え、また今後も与え続けるものと思われます。

また、法務研究科（法科大学院）の設立の際には、児玉寛教授および岡本詔治教授の招聘にご尽力いただき、民事法の黄金時代を形成し

ていただいたこと、感謝の念に堪えません。

これまでの本学での教育・研究、組織運営へのご貢献に対して心から感謝申し上げるとともに、先生の益々のご健勝とご活躍を祈念しまして献呈の辞とさせていただきます。

法学会会員 中 田 邦 博

献 辞

神吉正三先生が、御定年により御退職されるにあたり、後輩同僚として、神吉先生への深い惜別とともに、御経歴および御業績を紹介させていただき、感謝の意を捧げます。

神吉先生は、兵庫県で御生まれになり、1978年3月に同志社大学法学部法律学科を卒業されました。同年4月に株式会社協和銀行（あさひ銀行を経て、現りそな銀行）に入行され、銀行勤務をされながら、1994年4月に筑波大学大学院修士課程経営・政策科学研究科企業法学専攻に入学されました。1996年3月に同大学大学院修士課程を修了、同年4月に筑波大学大学院博士課程経営・政策科学研究科企業科学専攻に入学され、1999年3月に同大学大学院博士課程を修了されました。

1998年10月に御提出された博士論文「メインバンクの救済融資に関する法的研究」により、筑波大学から博士号（法学）を授与されています。都市銀行の激務をこなしながら、大学院で御研究を継続され、博士号を取得されることは想像以上の大変さがあり、尊敬の気持ちでいっぱいです。

2001年1月に株式会社あさひ銀行を退職後、同年4月に流通経済大学法学部専任講師に就任し、2005年4月に助教授（大学院開校に伴い大学院法学研究科兼任）に昇進されています。2007年4月より龍谷大学法学部教授として、教育・研究に携わってこられました。

神吉先生の研究業績は、会社法、金融法など商事法の多岐にわたる重要テーマについて、膨大な素晴らしい研究論文および判例評釈があります。とりわけ、銀行経営の健全性維持および銀行取締役をめぐる法的課題に関し、他の追従を許さない精緻な研究業績が多数あります。単著『金融機関役員の融資決裁責任』（酒井書店、2005年）、『融資決

裁における銀行取締役の責任』（中央経済社、2011年）、『金融法の現在と未来』（成文堂、2020年）は、その集大成です。これら貴著は、神吉先生の深い学識と豊富な実務経験に根差したものであり、商法研究者および実務に関わる者にとり、必読の書となっています。

たとえば、銀行は株式会社という民間企業である一方、その業務には公益性があり、銀行の公益性と私企業性をどのように調整するかが問題となります。当該問題について、神吉先生の貴著『金融法の現在と未来』の「はしがき」において、「株主利益最大化を近視眼的に実現することを目的として融資業務を遂行することは、銀行の預金者に対する重大な背信行為であるとともに、銀行の自滅行為である。」と明確に指摘されています。また、銀行の最大の債権者である預金者が法的にどのように扱われているのかについて、①債権者、②金融監督法による保護の対象、③ステークホルダー、④市場規律の担い手の各立場に分けて分析・検討をするなど、その考察手法は、緻密かつ多角的であります。

会社法、法学入門、商法総則・商行為法などに関して御執筆された基本書および判例研究書は「版」を重ねています。さらに、実地調査を踏まえた『長寿ファミリー企業のアントレプレナーシップと地域社会』（新評論、2023年）という大変に興味深い御著書を発刊されておられます。

神吉先生の優れた研究活動は、大学の研究者になられる前の、銀行に勤務されている頃から本格的になされていました。全国銀行協会連合会懸賞論文、河上記念財団（現みずほ学術振興財団）懸賞論文に入选されるなど、その御業績は華々しいものです。

龍谷大学における神吉先生の教育活動では、法学部および法学研究科で商法系科目を御担当されるとともに、経営学部および経営学部で会社法および商法を御担当されました。高度な学術内容と実務に即し

た授業は、いつも受講生でいっぱいでした。専門課程のゼミでは、会社法に加え、銀行法などの金融法を御教授され、就活において金融機関を志望する学生には、必須の内容でした。

神吉先生は、素晴らしい研究教育活動に加えて、法学部教務主任（2011年3月～2012年3月、2014年4月～2016年3月）、大学院法学研究科長（2020年4月～2022年3月）という要職を歴任され、龍谷大学の発展に多大の御貢献をされてられました。

神吉先生は、大学人としての研究教育活動だけでなく、楽器「チェロ」の名手です。演奏レパートリーは、サンサーンス、ピアソラといった作曲家の作品など、多岐にわたり、素人の域を遥かに超えています。絵画についても造詣が深く、研究室で坪内好子画伯の版画などを拝見しました。

神吉先生の御退職はこのうえなく寂しいことですが、今後も、学会、研究会、龍谷大学の行事などの折には、これまでと同様にご指導、ご鞭撻を賜りたいと願っております。

神吉先生の龍谷大学におけます教育、研究、組織運営への御尽力に改めて感謝を申し上げますとともに、益々の御健勝と御活躍を、法学部教員一同心から祈念を申し上げます。

法学会会員 今川嘉文

献 辞

吉岡祥充先生は2024年3月をもって龍谷大学を定年退職されます。

先生は1980年に大阪市立大学法学部を卒業し同大学大学院法学研究科前期博士課程に進学されました。1982年に同課程を修了して同研究科後期博士課程に進学、そして1988年には同課程を単位取得退学して、奈良産業大学法学部専任講師に就任されました。その後1991年に同大学同学部助教授、1996年に同教授に昇任された後、2001年に高知大学人文学部教授へ転任、さらに2004年には香川大学法学部教授へと転任されました。そして2010年に龍谷大学法学部教授に着任されました。

先生は民法学を専門としておられますが、当初はそのなかでも契約法理論の研究に取り組まれました。市民法論的な契約法論をW.フルーメなどの源流にまでさかのぼって吟味し批判的に摂取されるとともに、当時のいわゆる現代契約法論に果敢に挑む業績などをあげておられます。フルーメの研究では、一方ではフルーメが当事者の合意を支え、あるいはそれを制約する「法的枠づけ」の意義を見出した点を積極的に評価しつつも、他方ではフルーメが法形成を結局は法曹の直感によらざるを得ないとしている点を的確に批判されるなど、確かな立脚点と周到な目配りを感じさせる研究となっています。

その後先生は、借家を中心とする借地借家法の研究、さらには主に中田薫の総有論を対象とする明治以来の土地所有に関する歴史的研究、そして第二次世界大戦後今日に至るまでの森林法政の展開に関する研究へと研究対象を大きく拡大されました。中田薫を中心とする総有論の研究は、現在の法の在り方の根源を探らんとする強い意欲を感じさせるものです。また、直接的には解釈論的な課題に取り組む借地借家法

の研究も、借地借家法改正の背景にある新自由主義的な発想を批判するなど、まさに時代と格闘する研究となっています。さらに、森林法政の研究は直接的には現実の法政策の展開を対象とするものですが、資本と土地所有の在り方など原理的な問題への関心を強く感じさせる研究です。

対象に即してその論理構造を独自の視点から解きほぐす重厚な分析に基づく先生の研究は、現代的な契約や所有の在り方への問題意識を強く抱きつつも、原理へ、始原へと遡って問題の本質をつかみ、そのうえで見いだされた契約法、土地法の基本的な在り方から現在の状況を批判的に検討するという姿勢で貫かれています。研究対象は多岐にわたりますが、研究内容をつぶさにみるなら、先生の一貫した問題意識からの研究、いってみれば先生なりの「市民法論」的研究が着実に深化してきたことを読み取ることができます。

先生は2014年から2016年まで龍谷大学法学部長、2018年から2022年までは龍谷大学副学長を務められました。正確な制度把握、状況把握に基づく理路整然とした説明や事態への誠実な対応などにより、安定的な、そして構成員に安心感を与える組織運営の実現に貢献されました。

数年前になりますが、先生が卒業生に向けた祝辞のなかで、「一隅を照らす」という言葉について語っておられたのを記憶しています。先生がいつも心にとめている言葉とのことでした。研究はもちろん、授業を含めた日々の学生との交流、学部や大学などの組織運営にかかわる業務など、あらゆる仕事に対して労を厭わず、常に誠実に当たってこられた先生ご自身の生き方、振る舞い方をまさにぴったりと言いつづける言葉のように感じられ、強く印象に残っています。

先生が退職されるにあたり、先生がこれまで龍谷大学で果たしてこられた教育、研究、組織運営など様々な面でのご貢献に感謝申し上げるとともに、先生が今後とも、御元気で、そして先生らしく、様々な方面でご活躍されることを祈念して、献呈の辞とさせていただきます。

法学会会員 鈴木 龍也

刑事政策学における最終定理(その1)

～何故、近代において刑罰は、自由刑という形態をとるのか?～

石 塚 伸 一

目次

はじめに～刑事政策学における最終定理～

1. 近代とは何か?

1.1. 封建的共同体から近代市民社会へ

1.2. 商品交換法則の貫徹した社会

1.2.1. 「近代」とは何か?

1.2.2. 近代市民法の「原器」

1.2.3. 資本の運動(鍊金術)の始まり

1.3. 持てざる者の労働の商品化

1.4. 市民社会の存続の公準(Postulat)としての公共性(Öffentlichkeit)

1.5. 小 括～国家と社会の分離と法治国家原則(Rechtsstaatsprinzip)～

2. 近代における法の諸形態(独立、平等、自由)

2.1. 近代民法の体系(人、物、行為)

2.2. 近代公法の体系～法治国家原則(主権、領土、国民)～

2.3. 資本の運動の精神的基盤～法と倫理(Recht und Sittlichkeit)～

2.4. 小 括～法と道徳と市場における3つのマスク(Person)～

(以上本号)

3. 近代刑法の体系～罪刑法定原則(主体、客体、行為)～

3.1. 近代市民法における罪刑法定原則“nulla poena sine lege.”

3.2. 復讐(Rache)から応報(Vergeltung)へ

3.3. 刑事裁判の2つの役割

3.4. 近代刑法における罪刑法定原則

3.5. 犯罪との闘争と責任主義(Schuldsprinzip)

3.6. 刑罰と処分～罪責(Schuld)と答責性(Verantwortlichkeit)～

3.7. 刑事裁判への関心～契約の条件提示と内容確定～

3.8. 小括

4. 近代自由刑の起源

4.1. 近代自由刑生成の端緒～持てざる者の労働の商品化～

4.2. 初期懲治場の衰退～労働力創出の制度化～

4.3. 近代の自由刑の成立～ドイツ帝国統一刑法典（1871年）～

4.5. 小 括～資本主義の破綻と近代自由刑の確立～

4.5.1. チューリップ・バブルは恐慌か？

4.5.2. アムステルダム懲治場は近代自由刑か？

4.5.3. 日本における自由刑の起源とその確立

～石川島人足寄場（1790年）と刑法・監獄法（1908年）～

5. 結論

～何故、近代において刑罰は、自由刑という形態をとるのか？～

はじめに～刑事政策学における最終定理～

17世紀フランスの裁判官にして数学者のピエール・ド・フェルマー（Pierre de Fermat: 1607-1665）は、古代ギリシャのアリクサンドリアの数学者ディオファントス（Diophantus: 200～298年頃）によって編纂された『算術（*Αριθμητικά*）』¹第2巻第8問「平方数を2つの平方数の和に表せ」の余白に「3以上の自然数 n について、 $x^n + y^n = z^n$ となる自然数の組 (x, y, z) は存在しない」と書き込んだ²。このテーゼは、フェルマーの最終定理（Fermat's Last Theorem）と呼ばれ、多くの数学者が解答を試みたが、長きにわたり最終解を得ることができなかった。学問には、ときに誰にも解けないような難問や限界事例が登場し、多くの研究者がその解答に注力することによって、その学問に新たな地平が生まれることがある。T・クーン（Thomas Samuel Kuhn: 1922-1996）は、これをパラダ

1 『算術（*Αριθμητικά*）』には130の代数の問題と回答が記されていた。

2 「立法数を3つの立方数の和に分けることはできない。4乗数を2つの4乗数の和に分けることはできない。一般に、冪（べき）が2より大きいとき、その冪乗数を2つの冪乗数の和に分けることはできない。この定理に関して、私は真に驚くべき証明を見つけたが、この余白はそれを書くには狭すぎる。」この難問は、1995年、アンドリュー・ジョン・ワイルズ（Andrew John Wiles: 1953-）が解答を導いた。

イム転換と呼んだ³。

わたしたちの世代の刑事政策学にも難問があった。それは、「何故、近代において刑罰は、自由刑という形態をとるのか？」という問題である⁴。多くの研究者がこの難問の「俘虜（とりこ）」になった⁵。わたしも大学院のときにこの難問に心を奪われた⁶。しかし、解答は得られず、現在に至っている。

本稿は、この刑事政策学の難問に対する私の雪辱戦である。

1. 近代とは何か？

1.1. 封建的共同体から近代市民社会へ

まず、「近代化」を定義しよう。教科書的には、ヨーロッパにおいて始まった、土地を媒介とする主従関係を基盤とする封建的共同体（〔独〕feudale Gemeinschaft；〔英〕feudal community）が⁸、独立・平等・自由な個人の契約（社会契約）を基盤とする社会（〔独〕Gesellschaft；〔英〕society）へと変転することを「近代化（Modernisierung）」と呼ぶ⁷。近代

3 トマス・クーン〔中山茂訳〕『科学革命の構造』（みすず書房、1971年）12頁。

なお、拙著『刑事政策のパラダイム転換』（現代人文社、1996年）11～37頁参照。

4 わたしたちにこの問題を意識させたのは「自由刑の純化論」の主唱者である吉岡一男であった。吉岡は「近代において刑罰の支配的形態は自由刑である」ことは自明だと言った。（〔初出〕吉岡一男「犯罪の研究と刑罰制度」（『法学論叢』第93巻6号、1972年）1-20頁；同「監獄法の改正と処遇理念」（『法学論叢』第95巻5号、1974年）1-22頁。

5 山中敬一「ドイツにおける受刑者の法的地位の展開—1933年以前の行刑における行刑目的と法的規制—（一）（二完）」（『法学論叢』第93巻5号、1972年）50-91頁／同第96巻1号、1974年）46-86頁；小野坂弘「近代自由刑の発生と展開（一）—ヒッペル説をめぐる学説史的展望—」（『法政理論』第1巻2号、1969年）50-114頁などは、このような問題意識を共有する論考であった。

6 石塚伸一「受刑者の法的地位について～社会的法治国家における行刑～」（修士論文：中央大学法学研究科、1982年〔未公開〕）

7 アンソニー・テニンス著（杉之原寿一訳）『ゲマインシャフトとゲセルシャフト

化のプロセスは、社会の環境と条件によってさまざまである。一般的には、生産力の向上によって余剰生産物が生まれ、それが商品として市場で売り買いされるようになると近代の歯車が動き始める。人びとは、個人として独立したいと思うようになり、地縁や血縁を煩わしいと感じ始める。身分による制約を嫌い、自由と平等に憧れるようになる。

ヨーロッパの思想家たちは、理性の光の下で、中世の蒙（くらやみ）から啓（かいめい）されることを啓蒙（〔独〕 Aufklärung ; 〔英〕 enlightenment）と呼んだ。カント（Immanuel Kant: 1724-1804）は、『啓蒙とは何か（*Was ist Aufklärung?*）』⁸（1784）において「啓蒙とは人間が未成年状態から抜け出ることである」と言った。「未成年状態」とは、他人の指導なしには自分の知性を用いる能力がない状態である。その原因が「知性の欠如」ではなく、知性を用いる勇気の欠如にあるなら、成年になれない責任は本人にある。カントは言う。「理性を使う勇気を持って（*Sapere aude!*）」と励まされるのもっともである。

しかし、理性と勇気だけで近代は来ない。勇気を鼓舞する「自由の風」が吹かなければ、風車は回り始めない。啓蒙を受けた形而上学的意識に追い風が吹き、社会的現実となるためには、良き古き共同体が、欲望渦巻く社会を擁護する市場と国家と法が必要であった。

1.2. 商品交換法則の貫徹した社会

1.2.1. 「近代」とは何か？

前近代と近代の分つ言葉がある。デカルト（René Descartes: 1596-1650）は『方法序説（*Discours de la méthode*）』⁹（1637年）において「我

ゝフト』（岩波文庫、1957年）参照。

8 カント著〔篠田英雄訳〕『啓蒙とは何か』（岩波文庫、1974）35頁。

9 ルネ・デカルト著（落合太郎訳）『方法序説』（岩波文庫、1953年；（新版）谷川多佳子、1997年）参照。

惟う。故に我在り（Cogito ergo sum）」、主体（人間）と客体（それ以外の物）の完全な分離が理性的個人の存在根拠であると説いた。封建社会の「軛（くびき）」から解放された独立で、平等で、自由な個人たちが集まって社会（Gesellschaft）が成立する。個人は自分以外の財貨を支配する可能性を持っている。個人は自由に行動し、対等な他者との合意に基づく財貨の交換によって関係を構築する。財貨に対す所有の権利と自らの意志に基づく契約がこの関係の基本的枠組みである。共同体（Gemeinwesen）にこの枠組み法則が行き渡ると、人びとの交流は活発になり、財貨は蓄積され、近代市民社会の「原器」ができあがる。

しかし、この原則が貫徹されるためには、人が地縁・血縁に縛られた共同体（Gemeinschaft）から解放され、財貨の交換の場である市場が形成されなければならない。自由な市場の形成は容易ではない。交換の主人公である有産者の主導で市場が形成されることもあれば、支配者である絶対君主が力で市場を創り出すこともある。その後先（あとさき）は別として、自由な市場とその保護者たる国家は、商品交換の枠組みが法則となり、この法則が社会に貫徹するための必要条件である。ルソー（Jean-Jacques Rousseau: 1712-1778）は『社会契約論』¹⁰（1762）において、このような社会と国家を創り出す、という人びとの合意を「一般意志（Volonté générale）」と名付けた。

1.2.2. 近代市民法の「原器」

近代市民社会における商品交換の枠組みを少し詳しく説明することしよう。

10 ジャン＝ジャック・ルソー著〔桑原武夫＝前川貞次郎訳〕『社会契約論』（岩波文庫、1954年）28～30頁。人びとが結合する合意を「統合契約」、どのような支配の型を選択するか合意が「統治契約」ということになる。この契約が「法」という形態をとることで人びとにその契約の遵守を求め、強制する契機が生まれる。

〔主体と客体の分離とSVO〕 英文法では、主語 (subject)・動詞 (verb)・目的語 (object) の関係を「SVO」という。法の言葉に言い換えれば、主体 (Subjekt)、行為 (Handlung)、客体 (Objekt) である。

前述のように近代社会は、主体「人 (Person)」と客体「物 (Sache)」の峻別から始まる。主体は人間、すなわち、理性的存在で自由意志の保有者であり、それ以外はすべて物 (ぶつ) である。したがって、生物であっても動物は物である。人間の行態 (Verhalten) は、物に対する絶対的支配である「所有権 (Eigentum)」と人に対する働きかけである「行為 (Rechtsgeschäft)」に分かれる。

〔物の交換というスキーム〕 Aがaを所有し、Bがbを所有しているとする。AとBの意思が合致して、共に商品であるaとbを交換することを約束した。この約束が実現すれば、Aがbを所有し、Bがaを所有する状態ができる。これが商品交換の原器である。

〔図1〕商品交換の原器

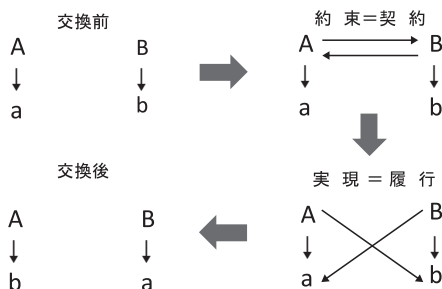
AとB (法人格)：自然人と法人

aとb (物) : 主体以外の有体物は全て所有の客体

↓ (所有権) : 物を自由地使用・収益・処分する権利

⇒ (契約) : 当事者間の合意

商品交換の原器



民法における法人格の平等（独立・平等・自由な個人の出現）、所有権の絶対（私有財産制の確立）および私的自治（契約の自由と不法行為における過失責任の保証）の3つの原則に商品交換の原器を見ることができる。

〔笠地藏と商品交換〕 「笠地藏」というお伽話がある。おじいさんは農閑期に作った編笠を町に売りに行き、笠を金に換え、餅を買って正月を迎えていた。編笠は農耕の余剰の成果物であり、これを金に換えて生活の糧を得ることは封建社会でも行われていた。しかし、ある時、商人が農家を廻り、季節が来る前に編笠の買取りを約束した。果たして、年末になった時には、すでに商人が市場で編笠を売ってしまっており、人々はおじいさんの編笠を買うことはなかった。編笠を売れなかったおじいさんは、お祖母さんに叱られるだろうと思いながら帰る道すがらに雪が放り始め、雪をかぶっていたお地藏様に編笠を被せて家に帰る。おばあさんは怒ることもなく、いい供養をしたと褒めてくれる。夜になり寝静まった頃、後光を放ったお地藏さんが金銀財宝を持ってやってきた。

ここには、年貢を領主に納めた余剰の作物で編笠を作っていた人たちが、編笠を商品が商品であることを自覚し、商品として編笠を作り始めたことにより、商品交換関係が優勢になり、自覚のない人たちが市場から排除されていく姿を垣間見ることができる。

〔お手伝いが労働に変わる時〕 家でお手伝いで食事の後に皿洗いをしていた子どもが、飲食店で皿洗いのアルバイトを始め、時間で給料がもらえることを体験する。家に帰り、いつものように「お皿を洗ってくれ。」と言われたときに感じる喪失感。それはまさに、労働が労働力商品に転化し、人が労働の市場に参加した瞬間である。

人間以外のものすべての物と労働力が商品になり、人間の労働も時間で測れば労働力という商品になり、市場で交換され、この商品交換が貫徹す

ると近代市民社会が成立する¹¹。

法の形態論に則して言えば、商品交換法則が貫徹しているとは、民法、公法、刑法など法のどの場面でも商品交換関係の諸法則を看取することができるということであり、かつ、それらの原則が言葉の正しい意味において理解され、通有している（原則が妥当している）ということである。

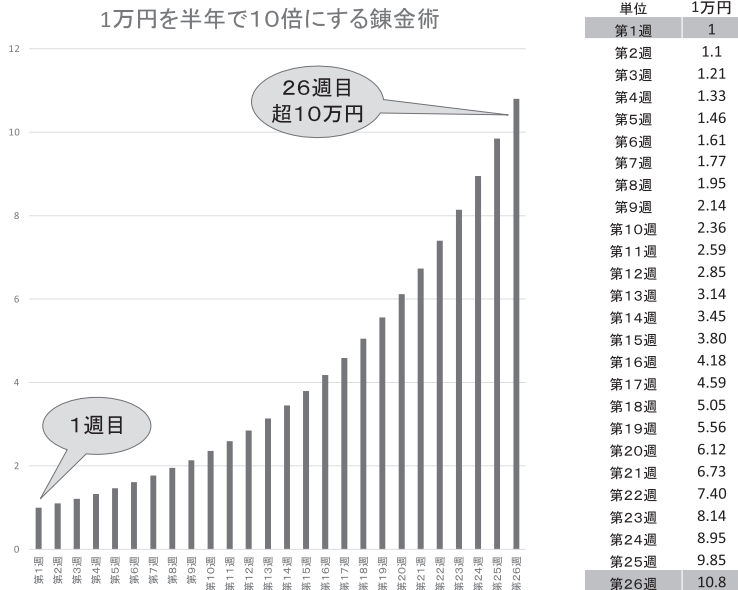
1.2.3. 資本の運動（鍊金術）の始まり

それでは、商品交換法則が貫徹すると、なぜ、社会経済が飛躍的に発展するのであろうか。サンドイッチ販売の企業化を志す人の事業計画を例に考えてみよう。

1万円の資金を持っている人がこの資金を半年で十倍にしたいと考えた。そこで、5000円でパンやハム、バターなどの原材料を買い、時給1000円で5時間働いてくれる人を雇用してサンドイッチを作り、10パーセントの儲けを乗せて1万1千円で売ることにして、すべてを売り切ることができた。次の週には、原価1万千円に10%の利益を上乗せして商品を全て売り上げ1万2100円の売上げがあった。3週目には、原価1万2100円で同じような工程で売り上げて1万3310円の売上げがあった。同様の工程を26週目まで続けたところ約11万9千円を売り上げ、手持ちの資金は約12倍になった。この工程を1年間続ければ142万円になる。回転のサイクルを2倍に速めて1年間に104回まわせば約2億200万円になる。元手が1000万円なら約

11 関係が貫徹する（Durchdringung）とは、形態論（Morphologie）で的には、どこにでも、いつでも、その関係を見出すことができるということの意味する。「商品交換関係が貫徹する（Die Warentauschbeziehung ist durchdringend.）」とは、①客観的には「完全に浸透すること（Durchdringen; vollständiges Eindringen）、換言すれば、注意して見れば、社会生活のどの場面にも当該関係を観察することができること意味する。②主観的には「完全に習得されること（geistige Erfassung, Aneignung; gründliches, tiefes Verständnis）」、十分にその意味が理解されているということである。

2020億円になる計算である。



この企業家は、違法行為や悪徳商法はしていない。真っ当な製造販売、等価交換で正当な利益を得ている。にもかかわらず、彼の持っている財は飛躍的に増大している。これが資本の運動である。マルクス主義経済学の教科書的に言えば、産業資本は、流通過程（貨幣で商品を購入する過程）、生産過程（商品を生産する過程）そして流通過程（商品を販売する過程）の3つを循環することによって自己増殖する、ということになる¹²。

E・パシュカーニス（Evgenly B.Pashukanis：1891-1937）は、『法の一

12 資本の運動式は $G=W(Pm+A) = G'(G+\alpha)$ で表される。G(貨幣資本) $\rightleftharpoons$ W(商品資本) と等価交換され、P(生産資本) になる。これには Pm(原材料) と A(労働) 構成されていて、W'(商品) を創り出す。商品を等価交換で売ればG'(貨幣資本) となって戻ってくる。そのとき、貨幣資本は前より大きくなっている。これが、生産過程の自己増殖である。

般理論とマルクス主義』（1924年）¹³において、「生産の過程における人々の関係は、一定の発展段階で二重に謎めいた形態をとる。すなわち、この関係は一方では物＝商品の関係としてあらわれ、他方では、互いに独立で平等な単位すなわち法律主体の意志関係としてあらわれる。価値という神秘的な本性とならんで、これに劣らず謎めいたもの、すなわち、権利があらわれる。それとともに、統一ある一つの関係は、経済的と法律的という二つの基本的な抽象的局面を獲得する」（122頁。以下においてはE・パシュカーニス〔稲子恒夫訳〕『法の一般理論とマルクス主義〔復刻版〕』の参照頁を示す。）。

1.3. 持てざる者の労働の商品化

中世の身分社会では、同一の身分に属するものは、その身分の法の範囲内では互いに平等とされていた。そこには、法律の主体という抽象的概念は存在しなかった。不特定多数の人たちに向けられた客観的規範という観念は、具体的な特権や自由と混同されていた。（125頁）

近世になると集团的秩序と個人的利益の分裂とともに、その統合の契機が出現する。「都市の空気は自由をあたえる"Stadtluft macht frei."。」というスローガンは、客観的法（規範）と主観的法（権利）という2つの観念の混沌を示している。都市の法令の中には、全ての人を名宛人とする一般的規定もあったが、法令の中には、特定の階層の集団の行使する特殊な特

13 以下においては、E・パシュカーニス著〔稲子恒夫訳〕『法の一般理論とマルクス主義〔復刻版〕』日本評論社、1986年；初版1958年）を引用の底本とし、ドイツ版訳 E. Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. Berlin/Wien:1929

http://kommunismus.narod.ru/knigi/pdf/Eugen_Paschukanis_-_Allgemeine_Rechtslehre_und_Marxismus.pdf および

英語版 E. Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism*, 1924

<https://www.marxists.org/archive/pashukanis/1924/law/index.htm>

を参照した。パシュカーニスについては、日本語版「解題」（3頁以下）参照。

権を並べたに過ぎない法令も混在していた。

K・マルクス（Karl Marx：1818-1883）は、「法はブルジョア的關係が完全に發展したとき、はじめて抽象的性格を獲得する。すべての人間は人間一般となり、あらゆる労働は社会的に有用な労働一般に還元され、あらゆる主体は抽象的な法律の主体となる」（123～124頁）と言っている。このとき法は、抽象的かつ一般的規範という完成形態になり、法は消滅するというわけである。しかし、社会の發展は、階段を一足飛びに駆け上がることはできない。実際には、生産力と生産關係の紆余曲折（弁証法的發展）を経てようやく「成るもの（Werden）」である¹⁴。市場が發展し、全ての人間が所有者として、商品交換に参加する具体的・個別的な能力と資格を獲得して始めて、抽象的・一般的な規範が現実と重なり合うのである。（130頁）

しかし、現実社会には、財貨を持たない多くの無産者が存在する。彼らは、売るべき財貨を所有していない。そこで、自らが持つ労働力を商品として売ることによって、はじめて商品交換に参加する資格を獲得することができる。

イングランドにおいては市民社会の成立過程において、農地の「囲い込み（エンクロージャー）」や飢饉のために疲弊した農村から人々が脱出し、生存の場を求める放浪者や浮浪者が都市に流入してきた。都市では「有産者層（ブルジョアジー）」の抽象的・一般的ルール（規範）にしたがって商品交換が行われていた。ところが、財産を持たない人たちが「無産者層（プロレタリアート）」としての階級的自覚を共有するようになるまでには

14 マルクスは「現実の個人的人間が抽象的な市民を自らの中で知覚し、そして個別の人間として、その経験的生活、その個人的労働、その個人的關係において、類的存在となる時にはじめて、人間はその「本来の力」を社会的力として認識し、その社会的力をもはや政治的力という形態で自分から切りはなさなくなったときにはじめて、人間的解放は実現される」（カール・マルクス〔城塚登訳〕『ユダヤ人問題に寄せて』岩波文庫、1974年参照）と述べている。

まだ時間が必要であった。浮浪者、無宿者、物乞い、売春婦、病者などの生活困窮者は、貧しい人として都市とその周辺を浮浪していた。16世紀から17世紀の英国やネーデルランド（オランダ）では、彼らを収容し、都市で労働者として生きていく能力を身につけさせる「矯正院（〔英〕house of correction）」や「初期懲役場（〔蘭〕tuchthuis; 〔独〕Zuchthaus）」が開設された。これらの施設はいずれも「救貧院（poorhouse）」の側面も持っていた。

1.4. 市民社会の存続の公準（Postulat）としての公共性（Öffentlichkeit）

ルールや規範の妥当について、「ヴィットゲンシュタインのパラドクス」と呼ばれる問題がある。L・ヴィットゲンシュタイン（Ludwig Josef Johann Wittgenstein: 1889-1951）が『哲学探究』¹⁵（1953年）の中で設定した背理である¹⁶。

〔ヴィットゲンシュタインのチェス問題〕 2人の人間がチェス盤に向かってコマを動かしている。このとき2人はチェスのルールに従ってゲームをしていると言えるのだろうか。

ルール（規則）は、いかなる行動の仕方も決定できない。なぜなら、どのような行動の仕方も規則と一致させることができるからである。どのような行動の仕方も規則と一致させることができるというのであれば、行動を規則と矛盾させることもできる。要するに、ルールに従うか、従わないかは参加者の解釈次第ということになる。

15 邦訳については、ヴィットゲンシュタイン著〔鬼界彰夫訳〕『哲学探究』（講談社、2020年）[201] 162～163頁。

16 後にS・クリプキ（Saul Aaron Kripke: 1940-2022）が“Wittgenstein on Rules and Private Language”(1982)の中で整理したことから、「クリプキ=ヴィットゲンシュタイン・パラドクス（Kripke-Wittgenstein Paradox）」と呼ばれることもある。

あたかも、個々の解釈が、その背後にあるもう一つの解釈に思い至るようになる、わたしたちは、少なくとも一瞬の間安心する。換言すれば、この思いによって、わたしたちは、規則の解釈によってではなく、わたしたちが「規則に従う」と呼び、「規則に背く」と呼ぶときに自ずと現われてくるような、規則の把握の仕方が存在することに気づくからである。こうなると、「規則に従うそれぞれの行動は解釈である」とは言いたくなくなるであろう。それゆえ、「ルール（規則）に従う」ということは、実践することである。規則に従っていると信じていることは、規則に従っていることではない。人は、規則に私的に従っているのではない。そうでなければ、規則に従っていると信じていることが、規則に従っていることになってしまうからである。

このパラドクスの解から明らかなように、規則や規範に従うということは、単なる私的な解釈ではなく、背後に従うことを要請する規則や規範があることを意味する。規則や規範は、その本質で公的性あるいは社会性を必要としているのである。

〔ガリバー旅行記の馬の国〕 18世紀アイルランド出身の風刺作家スイフト（Jonathan Swift: 1667-1745）は、『ガリバー旅行記（*Gulliver's Travels*）』（1726）第4編フウイヌム国渡航記において——この島では主人たる人間（ヤフー）と家畜である馬（フウイヌム）の関係が転倒している。——誇り高く英国の政治と法律の現状を語るガリバーに対し、馬の主人は「理性と法」の関係に重大な欠陥があることを指摘した。

もし、人間（ヤフー）の国が理性を体現する法で律せられているのだとすれば、その国には「理性」だけあればそれで充分なはずである。法という制度があるということは、人間たちが理性的動物だなどといえた義理ではないことを示している¹⁷。指摘を受けたガリバーは答えに窮した。

市民社会は、社会と相対的に分離した強力な権力機構としての国家の存在を不可欠とする。「交換行為と結びついた関係、すなわち、特殊私人的な関係が、事実上の権力的支配とならんで、または、それから独立して出現したとき、権力的支配は公共性（*Öffentlichkeit*）という明確で法的な性格を獲得する。権力が商品交換関係の保証人とし現われるとき、社会的・公的な権力、すなわち、秩序という非個人的な利益を追求する権力となる」（144頁）。

ただし、その統治形態はさまざまではある。封建的・家父長的権力が守護者であることもある¹⁸。大英帝国のような絶対主義的な君主¹⁹であることもあれば、オランダ東インド会社のような商業資本家であることもある。重要なのは、市民社会の守護者たちは、武力を携えていたということである。法と自力救済は、対立した概念のように言われるが、実際には、極めて密接に結びついていたのである。

1.5. 小 括～国家と社会の分離と法治国家原則（*Rechtsstaatsprinzip*）～

「社会的に規制する力が増大するとともに、主体はその物質的な明確さ

17 スイフト著〔平井正徳訳〕『ガリヴァー旅行記』（岩波文庫、1980年）366頁。

18 封建的・家父長的権力は、私的なものと公的なものとの区別を知らなかった。しかし、「封建的権力は、交換取引のために必要な平和の保証人という役目をはたすとき、その機能によって、それまでもっていなかった公共性という新たなニュアンスを獲得した」（143頁）。

19 銅版画家A・ボス（Abraham Bosse: 1604-1676）によるホップス『リバイアサン』の表紙絵に描かれた半身の巨人像は、頭上には王冠をかぶり、右の手には俗世権力のシンボルである刀剣（つるぎ）を握り、左の手には、宗教権力のシンボルである司教の錫杖（しゃくじょう）を握っている。この巨人リヴァイアサン（君主）は、俗世界と宗教界の両方の支配者である。巨大な君主の上半身は、300人を超える人間の帷子（かたびら）によって構成されており、彼らは身体を寄せ合い、隙間のなく巨人の上半身を形成している。これらの人間は、君主の頭を見上げており、それぞれの表情を見ることはできない。しかし、人間たちに力によって支配されているのではなく、君主の意志の下にある。

を失なう。主体の個人的エネルギーは社会的、すなわち、階級的な組織の権力に取って代わられる。ここにおいて、変転の反映として、観念的平等によって正統化され、継続的に活動する非個人的で抽象的な国家権力が支配者となる。この抽象化された権力は、官僚機構の組織、常備軍、財政、通信手段などに、その現実的基盤を持っている。（123頁～124頁）

この段階になると「法（Recht）」とは、国家が制定し、現に妥当している法律（Gesetz）を意味することになる。法治国家原則の下では国会議員も、警察官も、裁判官も、恣意的な行為は許されない。公務員は法令を遵守しなければならない。基本法である憲法（Verfassungsrecht）が政治形態を定義し、人間の基本的権利を保障する。法治国家においては、誰もが法律が遵守されると期待し、信頼している。誰もが自分にどのような権利と義務があるかを知っている。法は契約であり、国家と国民との契約であるから、国家も、国民も、法律を尊重し、遵守しなければならない。法治国家は、人間の尊厳（Menschenwürde）と国民の自己決定権を認め、人間の基本的権利と自由を保障する。個人の自由を制限する際には、その正当性が法的に担保されなければならない。このように法治国家原則は、国家権力をも拘束する。このことによって、国家による干渉から市民の自由が保障される。

法の形態論的には、ホッブズ（Thomas Hobbes: 1588-1679）が『リヴァイアサン（Leviathan）』（1651）で描いたような、市民社会から相対的に分離した絶対権力者が主権者（法の主体）である臣民（法の客体）を支配する（法的な根拠に基づく行為）という形態が法治国家の原型である。支配の正統性が暴力による権力の篡奪によるのか、それとも、君主権の世襲や継承によるのかは歴史的偶然である。市民の結合と統治の選択という二つの社会契約によって、被支配者の選択——その支配の形態は、独裁か、選民か、人民かは別として——によって正当化され、あるいは、選ばれし者が議会において法律を制定するという手続きによって正当化され、法治

国家の支配者と被支配者の自同性の格律（Maxime）が成立する。

日本に即して言えば、国民主権（民主主義）、基本的人権の尊重（自由主義）および戦争放棄（平和主義）を基本原則とする日本国憲法は、それぞれ支配を正統化するという意味での能動的関係、法律によらなければ自由を制限されないという消極的關係および外敵からの侵害を排除し、国内の治安を保証する安全保障という国家の基本的構造（Verfassung）は明文によって法律に錨着されている²⁰。

システム間の矛盾は、市場経済の現実、法と倫理（道德）の形態、そして、人びとの社会生活の実態に反映される。これらの矛盾は、商品生産者の社会である市民社会の生きた基盤を構成している。この矛盾は、商品価値という不合理かつ神秘的な形態でしか、個人の私的努力を社会的努力として捉えることができない、現実の人間関係の中で具現化されているからである。（175頁）

2. 近代における法の諸形態（主体、客体、行為）

2.1. 近代民法の体系（人、物、行為）

「法的主体は曇り空（Wolkenhimmel）の中の抽象的な商品所有者である。その意志は、法律の意味での理解によれば、取得しながら譲渡し、譲渡ししながら取得するという個人の欲求のなかに、その現実的な基礎をもっている。この欲求が実現するためには、商品所有者の欲求が他の商品所有者の欲求と一致することが必要である。法律的には、この関係は契約として、あるいは独立した二つの意志の合致として表現される。契約は、民法

20 G・イエリネック（Georg Jellinek：1851-1911）は、国家と国民の関係を①受動的関係（義務）、②消極的關係（自由権）、③積極的關係（社会権）および④能動的関係（参政権）の4つに整理している。

では法人格が自らの周囲に作用を及ぼすときに用いる具体的意志表示の方法の一つにすぎないが、法の論理体系においては法の中心的概念であり、構成要素である」（126頁）。

パンデクテン（Pandekten）方式の民法体系では、まず、外的世界の対象を自らの支配の下におく人間（法人格）に始まり、被支配対象の支配権（物権）、つぎに、業績の成果の交換（債権）、最後に、家族員としての人間の地位（親族）と死後の財産の運命（相続）を規制している。（132頁）

私的所有は、商品経済あるいは資本主義経済への移行によって、はじめて完結した普遍的性格を獲得する。私的所有は客体の特性とは関係がなくなり、人の有機的な関係（出自、家族、地縁など）との結び付きもなくなる。私的所有は、自由の外的な範囲、すなわち、権利の主体による抽象的能力の現実的行使という一般的な意味をもつようになる（132頁）。

資本主義的所有は、本質的には、不労所得の成果たる資本の他者への転化の自由、資本の移行の自由である。資本家による資本の処分の自由は、財産をもたない者、すなわち、プロレタリア（無産者）の存在を抜きにしては考えられない。所有の法的形態は、多くの市民が財産を収奪されている事実と矛盾しない。なぜなら、権利の主体性とは、形式的な特性でしかない。抽象的には、すべての人に所有者となるに値する資格がある。しかし、現実にはすべての人が所有者であるわけではない」（133～134頁）²¹。

2.2. 近代公法の体系～法治国家原則（主権、領土、国民）～

国家による階級的支配は、外交と安全保障（対外戦争）の分野では合目

21 マルクスは、この資本主義的所有の弁証法を、その所有が「確固とした」法の形態で社会に浸透するとき、そして、直接的暴力という形態を破るとき（原始畜産の時代）について『資本論』の中で描き出している」（134頁）。カール・マルクス〔向坂逸郎訳〕『資本論 経済学批判（Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie）』（第1部1867年；第2部1855年；第3部1894年）（岩波文庫、1969年）参照。

的性という剥き出しの権力として姿を見せる。これに対し、市場における商品交換の保証人としての国家の権力行使は法律用語で表現され、法規範としての抽象性・一般性・客観性によって担保される。国家は、支配階級の私的組織ではない。市民社会から相対的に分離した公権力という、非個人的形態をとる。国家権力の物神崇拜 (Fetischismus)、すなわち、神格化・権威化は、法学者の国家権力の一面的な理解にすぎない。国家支配の抽象性は、現実存在している本当の主体、すなわち、商品生産社会の本性に由来しているのである。市民社会が市場であるならば、国家は非個人的な「一般意志」あるいは「法の権力」として現実社会に登場する。市場において、自らの所有物を譲渡し、かつ譲受する法主体が交換価値という範疇で登場するときには、人々の私的自治の意志が前提となっている。交換の比率が内的な市場法則によってではなく、外的な権威によって決められるなら、交換価値は交換価値であることをやめ、商品は商品であることをやめる。(147頁)

人が他者に対して権威によって命令し、命令を力によって強制しようとするなら、商品所有者の交流の基礎的前提を覆すことになる。商品生産者による支配と服従という関係は、抽象的かつ非個人的でなければ、社会的機能としての力を発揮できない。商品生産社会では、特定の個人、具体的人間に隷属することは、恣意に服従することを意味する。しかしながら、「商品生産者社会における支配＝服従の関係は、一人の商品所有者が他の商品所有者に従属することを意味する。商品交換法則の貫徹した社会では、強制は、単純な合目的性だけでは正当化されず、法規範という抽象的・非個人的形態の偽装なくして現われることはできない」(150頁)。

商品生産者の社会では、権威による強制は、平和が乱されたとき、あるいは、契約が自発的に履行されなかったときにだけ必要となる。自然法論²²によれば、権力の役割は平和の維持し、国家の使命は法の道具である。

22 自然法理論には、共和主義的なものから君主主義的なものまで、民主的なもの

しかし他方で、市場では市民は、他の市民の意志によって、商品所有者と認められ、すべての人の合意、すなわち、一般意志によって商品所有者であることが認められている。社会契約説は、個々の孤立した人格の契約のなかに国家の起源をもとめる。(151頁)

2.3. 資本の運動の精神的基盤～法と倫理 (Recht und Sittlichkeit)～

ヴェーバー(Max Weber:1864-1920)は、『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神 (Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus)』(1904・1905)において、カルヴィン派 (Calvinism) の予定説における「神の超越性」について「新約聖書では、一枚の銀貨を見つけた女のように罪人の帰還をよろこび給う、人間的に理解しやすい『天の父』である神が、ここでは、永遠の昔から究めがたい決断によって各人の運命を決定し、宇宙のもっとも微細なものにいたるまでにすでにその処理を終え給うた人間の理解を絶する超越的存在となってしまった」²³と述べている²⁴。

ゝものから革命主義的なものまでさまざまな変種がある。これに対して、法律学的国家論は、社会から切り離された独立の権力としての国家から出発せざるを得ない」(151～152頁)。

23 マックス・ヴェーバー著〔大塚久雄訳〕『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』岩波文庫、1969年) 153～154頁。

24 「一枚の銀貨を見つけた女」とは『新約聖書』「ルカによる福音書」第15章の1枚の銀貨を失くした女のことであり、「罪人の帰還をよろこび給う天の父」とは放蕩息子の子の帰宅を喜ぶ父である。「ルカによる福音書」第15章は、「この人は、罪人たちを歓迎して一緒に食事をする」と厳格なユダヤ教の律法を守れない人々を蔑むファリサイ派の律法学者に、キリストが反論する形で描かれている。そこでは、3つの話が語られている。1つめは見失った羊が戻ってくるという話、2つめは無くした女が銀貨を見つける話、そして、最後は放蕩の限りを尽くした息子が落ちぶれて帰ってきたという話である。イエスは、3つの話を通じて「たとえ罪人であっても救われるべきだ」ということを伝えたかったのであろう。放蕩の限りを尽くしたこの弟のような者こそ救いが必要なのだ、という視点は、死刑でも、身体刑でも、財産刑でもなく、自由刑を刑罰体系の中核に置く近ノ

アムステルダムの初期懲治場の創設期のカルヴィン派の予定説は、聖職者に伴われて「悔い改めて信仰により神に依り頼むときに必ず恩恵が与えられる謙虚な罪人（つみびと）」という「教誨と改心」の関係とは無縁のものであった。その者が神のもとへ召されることが予定されていれば、辛い労働の中で、そのことは証明される。救済には誰の援助も必要ではない。裕福であるということは、労働の成果であると同時に、救済の約束である。怠惰や無責任は、神の教えからの離反の兆表であり、闘争の対象である²⁵。

法の世界においては、人間労働の生産物が、価値として互いに関係を結ぶためには、人びとが独立、平等の人格として互いに関係を結ばなければならない。もし、ある人が他の人の権力の支配下にある奴隷だとする。その人は、労働による価値の創造者ではなくなる。奴隷の労働は、家畜の労働力と同じように、主人の生産と再生産の余剰にすぎない。倫理の世界においては、人間は、平等かつ至上の価値をもつ存在として尊重されなければならない。経済の世界においては、商品の所有者であり、実践的に平等な労働の提供者として、自らの欲求に従う「利己的な経済主体」として市場に登場する。

これら3つ（法と倫理と経済）の人間の定義は、互いに還元できないものであり、相互に矛盾しているように見える。しかし、これらはすべて、人びとの労働過程の生産物が交換される価値交換関係の3つの側面であり、価値交換関係の実現にとって不可欠な3つの条件の総体の部分的側面を表現している。（160頁）

ㄋ 代刑法の思想的背景である。ルカによる福音書ではあれほど慈愛に身に満ちていた人びとが、カルヴィニズムにおいては、残酷にも、「選ばれし者」なのかどうか「あかし」を労働に求めよと命じ、ときに苦役を強制するのである。

25 アムステルダム初期懲治場において、行刑は犯罪原因との闘争のための手段となった。Böheim, A. "Kirche im Strafvollzug: Gefängnisseeleorge im Wandel der Zeit," *ZfStra*, Vol.1, 1995, S.3-13.

2.4. 小 括～法と道徳と市場における3つのマスク（Person）～

交換の主体（Tauschende）は、利己主義者（Egoist）でなければならない。彼らの行動は、経済的打算に導かれなければならない。そうでなければ、価値関係は社会的に必要な関係として現れることができない。交換の主体は、権利の担い手であると同時に、自律的な決定（autonome Entscheidung）の能力をもっていなければならない。「彼らの意志は、物にやどるべきである（*Sein Wille soll ja in den Dingen hausen.*）」からである。交換の主体は、人格として、等価性を体现している。なぜなら、交換においては、すべての労働は相互に平等であり、抽象的人間労働に還元されるからである。（161頁）

「利己的所有者、権利の主体、道徳的な人格、これらは商品生産社会で人間の顔を覆っている3つの仮面である」（161頁）。「もし道徳的人格が商品生産社会の主体にほかならないとすると、道徳律は商品生産者の交流の規則と見做さなければならない。道徳律には二面性がある。一方で、道徳律は社会的性格をもっている。すなわち、個々の人格の上に成り立っている。他方で、商品所有者は、その本質上、自由、すなわち、取得と譲渡の自由の担い手であり、商品所有者として交流の原則が各人の精神の中に根付いていなければならない。その精神は、各人の内在的法則でなければならない。カントは、その言明を超個人的な『定言命法（*kategorischer Imperativ*）』（無条件の命令形式）と位置付けた。それは、恐怖、同感、あわれみ、連帯などの感情などのような自然的な衝動には縁がない。定言命法には、脅しも、説得も、詔（へつら）いも通用しない。定言命令は、経験、すなわち、純粋に人間的動機の外に置かれており、あらゆる外的圧迫から独立している。定言命令は、普遍性（*allgemeinheit*）を意識することによって実施人に実際に作用する。カント哲学は、商品生産社会における典型的倫理学であると同時に、倫理一般の最も純粋な完結した体系でもあった」（163頁）。

カントは『実践理性批判（Kritik der praktischen Vernunft）』（1788）の最後で「ここで、我々がそれについて長い時をかけて思念を重ねていくごとに、以前にも増して新たな感嘆と畏敬の念をもって我々の心を満たし続ける二つのものがある。それは、我が上なる星空と、我が内なる道德律である²⁶」と述べた。

（以上本号）

26 カント『実践理性批判（Kritik der praktischen Vernunft）』（1788）は、原子論的に分解したブルジョア社会が、人格を家父長制・封建制が支配的な時代における有機的結びつきから解放されるに際して、解放の実践を具体化する努力に完結した（体系的な）倫理的形態を与えた（164頁）。

2つの事柄は、何度も、なんども繰り返し考えれば考えるほど、常にその度に新たな、そしてより大きな賞賛と畏敬の念が心を満たすものがある。すなわち、それは、私の頭上に輝く星空と私の中の道德律である。Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir. 邦訳は、カント著〔波多野精一＝宮本和吉＝篠田英雄訳〕『実践理性批判』（岩波文庫、1979年）317頁。

エキゾチック証券を利用したベンチャー企業の 資金調達

～優先株式の発行意義と実務課題の検討～

今 川 嘉 文

～ 目 次 ～

- I ベンチャー企業に対する出資
- II 優先株式の優先権の内容と課題
- IV ベンチャー企業における優先株式の活用事案
- V 優先株式発行の課題と実務対応

I ベンチャー企業に対する出資

1 ベンチャーキャピタルに優先株式の発行

スタートアップ段階のベンチャー企業は、その資金調達の方法および調達先が多様化してきている。創業者または金融機関からの借入れ以外に、ベンチャーキャピタル（以下、VC）から出資を受けるベンチャー企業の事案が増加している¹。

VCからの出資の際に、スタートアップ段階のベンチャー企業は、普通株式以外の様々な条項を付加した有価証券（エキゾチック証券）を発行している。たとえば、残余財産の分配または剰余金の配当に関する優先権を付した、優先株式（議決権あり）を、エキゾチック証券としてVCに発行するのである。このような種類株式の利用が増加している理由として、経済産

1 一般財団法人ベンチャーエンタープライズセンター『ベンチャー白書2022』（ベンチャーエンタープライズセンター・2022）I-65。

業省を中心とした研究会により、普通株式と種類株式の価格差の概念、価値評価に関する考え方の整理がなされてきたこと、などがある²。

ある調査によれば、VCによるベンチャー企業への投資額は2,386億円、投資件数は1,625件であり（2022年度）、10年前に比べ投資額が約4.8倍、投資件数が約2.8倍である。投資先業種としてIT関係が43.0%と多く、1件あたりの平均投資金額は1億3,500万円～1億9,500万円と高額である³。

投資対象となるベンチャー企業のステージには、①シード段階（事業の準備・未完状態）、②アーリー段階（初期の事業活動）、③エクспанション段階（販売量の増加）、④レイター段階（IPO直前）がある。実際にVCから投資が行われているベンチャー企業のステージとして、平均投資額ではレイター段階・エクспанション段階、投資件数比率ではアーリー段階・シード段階が多い⁴。

VCがベンチャー企業に投資をする目的（エグジット（出口）ともいう）として、第1に、当該企業を上場（IPO）させてキャピタルゲインを得ること、第2に、企業価値を高め、合併等の対価として金銭を受領すること、第3に、買収希望者に当該企業の株式を売り渡すこと、などがある。

ベンチャー企業は、VCによる投資に対し普通株式ではなく優先株式を発行することには、当該企業の創業者（現経営陣）およびVCの双方に様々なメリットはある半面、一定の課題がある。本稿は、当該課題の内容およびその対処を検討する。

2 ベンチャーキャピタルとの接触方法

2 株式会社プルートス・コンサルティング編『新株予約権等・種類株式の発行戦略と評価』（中央経済社・2020）13頁。

3 ベンチャーエンタープライズセンター「2022年度ベンチャーキャピタル等投資動向速報」（2023年6月26日付）、同「直近四半期投資動向調査 2023年第1四半期」（同月19日付）。

4 ベンチャーエンタープライズセンター・前掲注（1）I-16。

VCの種類には、独立系、事業会社系（出資を本業としない事業会社の傘下）、金融機関系、政府系、大学系などがある。このうち、独立系または事業会社系VCが、スタートアップ段階のベンチャー企業に対し、積極的に投資をしている⁵。

スタートアップ段階のベンチャー企業は、どのようにしてVCと接触するのであろうか。ベンチャー企業によるVCへの接触方法として、①金融機関、法律事務所または会計税務事務所などから紹介をしてもらう、②ベンチャー企業がピッチコンテストに参加して、VCによる審査を受ける、③インターネットなどで公開されているVCの連絡先に直接連絡をする、などがある⁶。前記③による方法では、現実には、ベンチャー企業がVCから投資を受ける可能性は低いようである。

前記②のピッチコンテストとは、たとえば、VCおよび自治体などがベンチャー企業を含む多数の参加者を募り、参加者が事業案をVCに披露する。ピッチコンテストによっては、1万人規模の参加者となることがある。VCは、優秀な事業案を提示したベンチャー企業に投資をするのである。

前記①の金融機関による紹介では、金融機関が地域創生支援などを目的として、傘下のVCを通じて出資をさせることがある。

II 優先株式の優先権の内容と課題

ベンチャー企業がVCに対し発行する優先株式の優先権として、①残余財産の分配に関する優先権、②剰余金の配当に関する優先権、がある。より大きな意義を有する残余財産の分配に関する優先権から、その内容を概観する。

5 ベンチャーエンタープライズセンター・前掲注（1）I-9。

6 日本経済新聞2022年6月27日付朝刊、同月20日付朝刊、同年4月6日付朝刊、同年12月6日付朝刊。

1 残余財産の分配に関する優先権

(1) 残余財産の分配優先権の意義

VCがベンチャー企業に出資する段階では、会社清算時に残余財産があることは想定しにくい。では、ベンチャー企業がVCに発行する優先株式に、残余財産の分配に関する優先権を設ける意義は、どこにあるのか。

考えられる当該意義として、たとえば、①ベンチャー企業の創業者がVCからの出資受入れの直後に、意図的に当該会社を解散清算させることに対して牽制すること（後記Ⅳ-3参照）、②VCがベンチャー企業の経営破綻前に見切りをつけて、当該会社を清算させて、投下資本の一部を回収すること、③VCが組織再編の対価の分配を受ける基準として、残余財産の分配に関する定めを準用すること（後記Ⅳ-2・Ⅴ-3参照）、などがある。

(2) 分配区分と定款の記載例

残余財産の優先に係る分配区分として、①参加型、または②非参加型がある。参加型では、優先株主に対し、定款規定の優先的内容により残余財産の分配を行い、残余財産がある場合には普通株主とともに分配を受ける。

参加型の定款例として、「1. 当社は、分配される残余財産のうち、A種優先株主に対し、普通株主に先立ち、発行時の払込金額の1倍の価額（またはA種優先株式1株につきX円）が分配される」などがある。これは、払込金相当額を優先分配金額とするものであるが（1倍型）、ベンチャー企業とVCの関係から、VCの立場がより強い場合には、払込金相当額の1.5倍以上の額を優先分配金額とする事案もある。

優先残余財産分配額を固定金額で定めた場合、株式分割などがあれば、当該調整が必要となる。

2 剰余金の配当に関する優先権

(1) 剰余金の配当優先権の意義

（龍法 '24）56-4, 44（752）

ベンチャー企業は、概して、経済的な基盤が弱く、事業活動で得た現預金を内部留保にして、研究開発費などに充てるため、株主に対する剰余金配当の可能性は低い。では、優先株式に、剰余金の配当に関する優先権を設ける意義はどこにあるのか。

たとえば、ベンチャー企業に分配可能額が生じた場合でも、創業者系の普通株主に剰余金の配当が実施されることを牽制する⁷、などがあるろう。剰余金の配当優先権として、実務上、投資株価の約5%と定める場合が多いとされる⁸。

しかし、剰余金の配当優先権は、普通株式と比べて経済的優越性を保証するものではない。普通株式よりも、確定金額が優先的に配当されことになるにとどまる⁹。

(2) 優先配当の区分

優先配当区分として、①参加型または非参加型、および②累積型または非累積型、がある。

(a) 参加型または非参加型

「参加型」は、優先株主に対し、定款規定の優先的内容に基づき剰余金の配当を行い、残余の分配可能額があれば、さらに普通株主とともに配当を受ける。

参加型は、即時参加型および単純参加型に細分化できる。たとえば、「即時参加型」は、優先株主に優先配当金が支払われ、続いて各優先株主

7 穴戸善一＝ベンチャー・ロー・フォーラム編『ベンチャー企業の法務・財務戦略』（商事法務・2010）273頁。

8 桃尾・松尾・難波法律事務所編、角元洋利＝山口敏寛＝乾正幸＝鳥養雅夫編著『ベンチャー企業による資金調達（第2版）』（商事法務・2022）52頁。

9 定款に「1株年800円」と定めた場合、1株800円という確定金額が優先的に配当されるが、当該配当後、普通株式に1株900円が配当されるかもしれない。そのため、後記（2）にみえるように、剰余金の配当に関する優先権として「参加型」とすることが考えられる。

と各普通株主に配当金が支払われる¹⁰。「単純参加型」は、優先株主に優先配当金が支払われ、続いて普通株主に配当優先金と同額の配当金が支払われ、最終的に各優先株主と各普通株主に配当金が支払われる。

他方、「非参加型」は、優先株主に対し、優先的内容の剰余金の配当後に、残余の分配可能額があっても、剰余金の配当を受けない。

(b) 累積型または非累積型

「累積型」は、優先株主に対し、ある期の剰余金の配当額が定款規定の一定額（一定割合）に達しない場合、不足額（優先累積未配当金）を次期以降に繰り越し、普通株主に先立って填補する。他方、「非累積型」は、不足額を次期以降に繰り越さず打ち切る。VCによるベンチャー企業に対する投資では、累積型と非累積型のいずれの事案もある¹¹。

前記の優先累積未配当金は、優先的な残余財産分配または金銭対価の株式取得請求権の行使に際し金銭対価に加算して、VCが投下資本の回収に利息相当分として上乗せする意味がある¹²。

優先累積未配当金がより多額となれば、当該優先株式の存在が株式上場の支障になる。上場後も普通株式への剰余金の配当が困難となり、株価に悪影響を与えることになる。そのため、上場申請決議時には、優先株式を普通株式に転換する、などの対応が考えられる。

(3) 定款の記載例

非参加型・非累積型の定款例として、「1. A種優先株主に対し、普通株主に先立ち、A種優先株式1株につき、年X円の金銭による剰余金の配当を行う。2. ある事業年度において、A種優先株主に対して支払う金銭

10 「即時参加型」または「単純参加型」の選択は、優先株式の発行時に決めておく。

11 桃尾・松尾・難波法律事務所編・前掲注（8）39頁。

12 後藤勝也＝林賢治＝雨宮美季＝増渕勇一郎＝池田宣大＝長尾卓編著『ベンチャー企業の法務A to Z～起業からIPOまで』（中央経済社・2016）235頁。

による剰余金の配当の額が、A種優先配当金の額に達しないときは、その不足額は翌事業年度以降に累積しない」、などがある（固定優先配当）。

即時参加型の定款例として、「2. A種優先株主に対し、A種優先配当金を配当した後、普通株主に対して配当を行うときは、同時に、A種優先株主に対して、A種優先株式1株につき、それぞれ、普通株式1株当たりの配当金に、その時点におけるA種優先転換比率を乗じた額の配当金を支払う」、などがある。

（4）優先配当金額の決定

株式会社は優先株式を発行するまでは、定款には、配当財産の種類・上限額（1株につき上限1,000円等）・算定基準等¹³の「内容の要綱」だけを定め、配当の具体的金額等（たとえば、1株につき年800円）は取締役会決議（非取締役会設置会社では、株主総会決議）で定めることができる（会社108条3項、会社規20条1項）。

なお、優先配当金額を固定金額で定めた場合、株式分割等があれば、優先配当金額の調整を要する。

IV ベンチャー企業における優先株式の活用事案

1 持分比率の希釈化の抑止

（1）具体的事案

ある事案を検討する。たとえば、ベンチャー企業A社は企業価値が2,000万円であり、創業者Yが1株1万円としてA社普通株式の発行済株式総数2,000株の全てを保有している。今、X（VC）がA社に4,000万円を出

13 「国債の市場金利を勘案して決定」等の定めは、配当額が客観的に算定されていないとされる（山下友信編『会社法コンメンタール（3）～株式〔1〕』（商事法務・2013）98頁（山下））。

資して、Xに優先株式（議決権あり）を新たに発行する。優先株式の価値は、優先権からA社普通株式より高く設定され、1株4万円として、Xに優先株式1,000株を発行する¹⁴。創業者Yは総議決権数3,000個のうち2,000個を保有し、支配権を維持できる。

(2) VCのメリットと課題

前記(1)の優先株式に拒否権（会社108条1項8号）または取締役選解任権（同項9号）を付すことにより、VCはその議決権数に関係なく経営に一定の影響力を及ぼすことができる。前記の拒否権として、たとえば、資産売却に対する拒否がある。

しかし、追加的な種類株主総会の開催（後記V-1参照）などが、機動的な会社経営に支障を来すことになる懸念はある。そのため、拒否権または取締役選解任権については、種類株式としてではなく、株主間契約で定めることが考えられる¹⁵。

2 組織再編時の収益確保等

(1) 具体的事案

前記1-（1）の事案を前提として、X（VC）に優先株式ではなく、A社普通株式4,000株を発行後、A社の企業価値が6,000万円となった。しかし、経営環境の変化から、A社はB社と合併することになり、金銭5,000万円を合併対価として消滅会社となった。

この場合、Xは約3,333万円（＝5,000万円×（4,000株／6,000株））が付与され、4,000万円の投資額を下回ることになる。

(2) VCのメリット

14 桃尾・松尾・難波法律事務所編・前掲注（8）47頁参照。

15 白井和正「スタートアップ投資・新規上場と種類株式」ジュリスト1576号52頁。

XにA社普通株式ではなく、優先株式が発行されておれば、Xには4,333万円 $((4,000\text{万円}(\text{優先分配})) + ((5,000\text{万円} - 4,000\text{万円}) \times (1,000\text{株} / 3,000\text{株}))$ 、Yには667万円 $(1,000\text{万円} \times (2,000\text{株} / 3,000\text{株}))$ が付与される（1倍参加型）。

このようなA社にとり不利な組織再編においても、Xは一定収益の獲得または損失減少が可能となろう。

3 詐欺的解散の防止

(1) 具体的事案

前記1-(1)の事案を前提として、A社がX（VC）からの投資を受ける前に、A社の企業価値が向上した。

Xが5,000万円を出資して1株10万円でA社普通株式500株が発行された。Xの投下資金5,000万円がA社に残っている場合、Yは意図的にA社を解散清算すれば、1株当たりの残余財産分配額は2万円となり、Y（2,000株保有）には4,000万円が分配され、X（500株保有）には1,000万円が分配される。その結果、Xは4,000万円の損失を被ることになる。

(2) VCのメリット

このような詐欺的解散のリスクを回避するため、Xは、A社に対して、1株10万円の優先残余財産分配権などを定めた優先株式をXに発行をさせることが考えられる。

V 優先株式発行の課題と実務対応

1 機関運営の複雑化

優先株式の発行は、ベンチャー企業の機関運営が複雑となるとともに、当該発行に係る登記を要する。

たとえば、普通株式およびA種優先種類株式を発行している場合、一定

の定款変更・組織再編では、株主総会に加え、普通株式の株主が構成員の種類株主総会、A種優先種類株式の株主が構成員の種類株主総会を要することになる¹⁶。

種類株主総会は、種類株主に損害を及ぼすおそれのあるとき（会社322条1項）、法令または定款で定めた事項等について、種類株主間の権利調整および特定種類株主の保護が必要な事案において、その決議を要する（会社321条1項）。

前記の「損害を及ぼすおそれのあるとき」として、たとえば、優先配当の累積条項を削除すること、または優先配当金を減額することに関する定款変更などがある。

種類株主総会決議を不要とする定款の定めがある場合でも、株式種類の追加・株式内容の変更など、一定の定款変更には当該決議を要する（会社322条2項3項但書）。

2 普通株式への転換

(1) 定款規定

優先株式に係る課題対処として、上場申請決議時などの一定事由が生じた際に、たとえば、次のことが考えられる。

第1に、優先株主は発行会社に対し、その保有する優先株式を発行会社に取得させて、対価として普通株式を交付する旨の取得請求権を定款に規定する。

第2に、上場申請決議時に一部の優先株主が取得請求権を行使しない場合には、発行会社が普通株式への転換を可能にできる取得条項を定款に規定する。

これらにより、ベンチャー企業の上場時には、発行株式は全て普通株式

16 船津浩司「連載（第20回）ヤスダ、金は欲しいが口出しはされたくない～株式の経済的特徴、種類株式」法学セミナー790号108頁。

となる。

(2) 転換条件

転換条件として、例えば、優先株式1株につき普通株式X株（通常、1株）として、A種優先株式の発行後、それより低い価額でB種優先株式が発行された場合（ダウンラウンド）、取得比率の調整規定を設けておくことが考えられる¹⁷。

3 みなし清算

「みなし清算」とは、株主間契約（合意書）または定款で、組織再編等を会社が清算したものとみなして、合併・買収対価（現金）の合計額を当該会社の残余財産として、その分配を行うものである。なお、みなし清算に関し、株主間契約（合意書）とする意義は、その内容を定款で定めても、その拘束力に疑義が残るためである¹⁸。

VCは、ベンチャー企業の上場または組織再編などにより投資資本を回収しようとする。株主間契約等にみなし清算として、VCに優先分配を定めることは重要であろう¹⁹。

優先分配例として、優先株主に対し払込金額の×1.0倍について残余財産の分配を行い、さらに残余財産がある場合には、普通株主とともに分配を受ける（参加型）等がある。

4 巨額投資の獲得要素

このように、優先株式は発行後にも複雑な手続を要するため、その利用

17 山本飛翔＝菅原稔＝尾下大介『スタートアップの法律相談』（青林書院・2023）91頁（刀祢諒輔）。なお、VCに新株予約権を付与して、VCは投資資本の回収を行いやすくすることが考えられる。

18 山本他・前掲注（17）89頁（刀祢）、後藤他編著・前掲注（12）210頁。

19 桃尾・松尾・難波法律事務所編・前掲注（8）53頁。

はVCが1億円以上の出資をする事案に多い²⁰。スタートアップ段階のベンチャー企業は、優先株式を使いこなせることが、巨額投資を獲得できる要素となろう。

20 磯崎哲也『増補改訂版 起業のエクイティ・ファイナンス』（ダイヤモンド社・2022）141頁。

（龍法 '24）56-4, 52（760）

賃貸借契約における転借人の地位と法構造

牛 尾 洋 也

- 一. はじめに
- 二. 賃貸人の地位の移転
- 三. 賃貸借契約の終了と転借人の保護
- 四. 結びにかえて

一. はじめに

日本において、賃貸借契約は、財産権の移転を目的とする典型契約（贈与、売買、交換）や労務の利用を目的とする典型契約（雇用、請負、委任、寄託）とは異なり、一般的に物の利用を目的とする典型契約（消費貸借、使用貸借、賃貸借）に位置付けられている¹。

他方、母法の一つであるフランス民法においては、第3編第8章「賃約」（1708～1831条）において、一般規定として第1708条で「賃約には、物の賃約（*louage des choses*）及び仕事の賃約（*louage d'ouvrage*）の2種がある。」とし、第1709条において「物の賃貸とは、当事者の一方が一定の期間について、かつ、他方がその者に支払う義務を負う一定の対価と引換えに、物を他方に享受させる義務を負う契約である。」と定め、物の賃約（*Du louage des choses*.（第1713条から第1778条）において詳細な規定を定めており、いわゆる物の賃貸借は、広い意味で請負や雇用と並ぶ賃約という契約類型において把握されている。

1 我妻栄『債権各論 中巻1』（岩波書店、1957年）423頁、広中俊雄『債権各論 講義』（有斐閣、1972年）326頁。

また、他方の母法であるドイツ法では、第4章「賃貸借」、第5章「使用賃貸借」、第6章「消費賃貸借」の順で配置され、賃貸借は、「使用賃貸借 (Miete)」と用益賃貸借 (Pacht) が区別され、使用賃貸借については、「売買は賃貸借を破らない (BGB566条 Kauf bricht nicht Miete)」という原則のもと、賃貸人が賃貸住居を賃借人に引渡した後、これを第三者に譲渡したときは、譲受人は、自己の所有権が存続する間は、賃貸人に代わって、賃貸借関係から生じる権利・義務に参加する (eintreten) とされている。さらに、営業用転貸については、転借人保護の観点から、賃貸人・第三者 (転借人) 間に法定の契約関係を成立させる規定がおかれている (BGB565条1項1文)²。

さらに、ローマに淵源を辿れば、近代市民法における「賃貸借locatio conductio rei」、「請負locatio conductio operis」、「雇傭locatio conductio operarum」という3つの契約類型には分離しておらず、「賃約locatio conductio」の名で一まとめに把握されていた³。今日の契約類型上の地位に則するならば、locatorは、賃貸人、注文者、労務者、conductorは、賃借人、請負人、使用者であり、その区分や共通性に関してなお議論があるところであるが⁴、その役割の共通性から、conductorが対価を支払ってlocatorから受け取る対象は、物や労働力などの客体というよりは収益を得る機会であると考えうる⁵。

2 関西借地借家法研究会「ドイツ賃貸借改正法新旧対照仮訳(5)」『龍谷法学』35巻4号(2003年)30頁以下参照。

3 拙稿「不動産賃貸借の効力に関する一考察—ローマ法を素材に」沖野眞已ほか編『これからの民法・消費者法I 河上正二先生古稀記念』(信山社 2023年)401-421頁。

4 Felix Olivier-Martin, Des divisions du louage en droit romain, RHD, 15, 1936, pp.419、本書の翻訳につき、梶山尚子「フェリックス オリヴィエ=マルタン『ローマ法における賃約の分割』(1)(2)(3)・完『龍谷法学』55巻3号(2022年)397頁、同4号(2023年)383頁、同56巻1号(2023年)229頁参照。

5 森田修「ローマ法における『賃約』(locatio conductio)とその現代的意義—『役務提供契約』の基礎理論のために」岡本裕樹ほか編『民法学の継承と展開」

ローマ法的理解はフランス法に承継されたものの、ドイツ法やスイス法では、請負と雇用は労務供給契約として別類型とされ、日本民法の立場もこれにしたがい、「賃貸借は、使用貸借・消費貸借とともに、賃借、すなわち、物の利用価値を一時的に相手方に移譲する契約類型を構成する。」とされ⁶、「物の利用価値」の移譲として別類型として把握された。

法の淵源や比較法研究は次の課題とせざるを得ないが、各国のローカルな賃貸借契約にあっても取引社会の発展や国際化のなかで、機能におけるその普遍性に鑑みて今後の賃貸借法制の課題を考えるならば、不動産賃貸借に関する判例法理を明文化し、民法典が紛争解決指針提供機能を獲得し、ビジネス環境の整備などへの要請に応えつつも、ライセンス契約やファイナンス・リース契約などの「賃貸借」法の現代化が見送られた今回の改正経緯のなかで⁷、あらためて、賃貸借法における契約類型の課題（知財を含めた動産・不動産賃貸借のあり方、使用・用益賃貸借やサブリースと借地借家法のあり方）を検討することが必要であるとする。

本稿は、賃貸借契約の法構造を研究するにあたり、それと深くかかわる原賃貸借と転貸借の関係、とりわけ日本民法612条、同法613条の賃借権の譲渡・転貸と転借人の地位のあり方およびその法構造について検討するものである。

すでに、現行民法典制定時に日本民法が採用した「賃借権の譲渡・転貸の不自由」の立法理由は、旧民法の賃借権の物権構成における譲渡・転貸の自由が「我国現在ノ慣習」に反しているとして、普通小作に関する旧来からの慣習—賃貸借を、賃借人その人に対する賃貸人の個人的信頼に基づく他人の物の利用関係とみる見方を基礎とする—に従うという起草者の実

↘ 中田裕康先生古稀記念』（有斐閣 2021年）600頁は、プイグ（Puig）の叙述からこれを「構想の賃約（louage du projet）」と把握する。

6 我妻・前掲注（1）423頁。

7 大村敦志ほか編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（第18節角田美穂子執筆）（有斐閣、2017年）421頁。

質的価値判断によるものであり、その結果、不動産賃貸借関係に色濃く残っていた前近代的な側面が直接反映されたこと、しかし、賃借権を債権とした場合でも将来は譲渡・転貸を許す方向が不可避となるという起草者の見方がすでに表明されていたことなどが指摘されており⁸、社会の進展に従い、資本の動化を実現する手段として機能する賃借権譲渡・転貸の生起可能性は増大し、それに一定の保護を与えることは資本制経済＝社会の一課題になると言われている⁹。その後、建物保護法、借地法、借家法、借地借家法と続く特別法や判例・学説により現実社会の変化に合わせた応接がなされてきたといえるが、それでもなお、120年前の民法典における賃貸借の基本骨格の見直しは十分であるとは言えない。そこで、本稿では、不動産賃貸借の効力の中で長年議論されてきた賃貸不動産の譲渡による賃貸人の地位の移転の議論を手掛かりにして、賃貸借における転借人の地位の保全につき、近年の判例・学説の展開とそれを受けた民法改正の議論の展開に焦点を絞って検討することとしたい。

二．賃貸人の地位の移転

今次の民法改正により、賃貸借契約の効力に関して重要な改正がなされた。その一つが、不動産賃貸人の地位の移転に関する明示的な規定の制定である。

すなわち、改正法605条の2は、対抗力を備えた不動産賃貸目的物の譲渡があった場合、その不動産の賃貸人の地位は、その譲受人に移転するとして当然譲渡説を明文化しつつ「特段の事情」についても規定し、譲渡人

8 原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」星野英一編『民法講座第5巻・契約』（有斐閣、1985年）300-301頁。

9 幾代通ほか編『新版 注釈民法（15）債権（6）増補版』（有斐閣、1996年）（執筆担当・広中俊雄「債権の効力」）270頁。

と譲受人間で賃貸人の地位の留保の合意がなされた場合にはその地位は譲受人に移転せず、さらに、譲渡人・譲受人（承継人を含む）間で賃貸借が終了した場合は、譲渡人に留保されていた賃貸人の地位が譲受人に移転するとし、転借人の地位に付きまとうリスクを前提とした賃借人のリスクにつき、従来の転貸借の法解釈の手順を越えて、法の効果として地位の移転を明定したものといえる¹⁰。

そこで、不動産の賃貸目的物の譲渡に伴う不動産賃借権のあり方に関する若干の判例、学説の検討を行う。

1. 判例の検討

（1）先例

賃貸目的物の所有権の譲渡に伴い、賃貸借関係も移転する可否かをめぐり、過去の判例は、当然承継説（大判大正4年4月24日民録21輯580頁、大判大正10年5月30日民録27輯1013頁、大判昭和3年10月12日新聞2921号9頁、大判昭和9年2月16日新聞3665号8頁、最判昭和33年9月18日民集12巻13号2040頁）と、賃借人の承諾（三者間合意）を要件とする説（大判大正6年12月19日民録23輯2155頁、大判大正9年2月27日新聞3716号5頁、大判大正9年9月4日民録26輯1240頁）に別れていたが、次第に、当然承継説に収斂されつつ、承継されない場合の要件の絞り込みに重心が移動した。

その枠組みを明確にした判例（最判昭和39年8月28日民集18巻7号1354

10 第605条の2「前条、借地借家法（平成3年法律第90号）第10条又は第31条その他の法令の規定による賃貸借の対抗要件を備えた場合において、その不動産が譲渡されたときは、その不動産の賃貸人たる地位は、その譲受人に移転する。

2 前項の規定にかかわらず、不動産の譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨及びその不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しない。この場合において、譲渡人と譲受人又はその承継人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保されていた賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転する。」

頁)は、「自己の所有建物を他に賃貸している者が賃貸借継続中に右建物を第三者に譲渡してその所有権を移転した場合には、特段の事情のないかぎり、借家法一条の規定により(対抗要件具備—引用者)、賃貸人の地位もこれに伴つて右第三者に移転するものと解すべきところ、…右解除権行使当時すでに賃貸人たるの地位を失つていたことになるのであり、右契約解除はその効力を有しなかつたものといわざるを得ない。」と述べ、当然承継説の立場から、賃貸建物の譲渡により「特段の事情」のない限り賃貸人の地位は新所有者に移転するため、旧所有者は賃貸人の地位を失っており旧所有者による賃貸借契約の解除の効力はないとした。

続いて、債権である賃貸借契約であるにもかかわらず賃借人の承諾を不要とする当然承継説の正当化理由として、判例(最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁)は、「土地の賃貸借契約における賃貸人の地位の譲渡は、賃貸人の義務の移転を伴うものではあるけれども、賃貸人の義務は賃貸人が何ぴとであるかによつて履行方法が特に異なるわけのものではなく、また、土地所有権の移転があつたときに新所有者にその義務の承継を認めることがむしろ賃借人にとって有利であるというのを妨げないから、一般の債務の引受の場合と異なり、特段の事情のある場合を除き、新所有者が旧所有者の賃貸人としての権利義務を承継するには、賃借人の承諾を必要とせず、旧所有者と新所有者間の契約をもつてこれをなすことができると解するのが相当である。」と述べた。

すなわち、a) 賃貸人の義務は賃貸人が誰であっても履行方法が特に変わらないとして、不動産賃貸借関係における賃貸人の人的要素の希薄性と、新所有者に義務の承継を認める方が賃借人にとって有利として、賃貸借契約における賃貸人の義務の履行確保の要請上、賃貸目的物の所有権の担保的な意味合いを強調することとなった。

しかし、特段の事情による賃貸人の地位の留保の可能性と、賃借人の承諾不要の理由付けが、却って、後述のように、債権関係である賃貸借契約

上の賃貸人の地位の所在の不安定性と理屈づけの課題を際立たせることになったものといえる。

(2) 最高裁第1小法廷平成11年3月25日判決(判時1674号61頁、判タ1001号77頁)

次に、賃貸人の地位の移転に関する民法改正に大きな影響を与えた判例につき立ち入って検討する。

(1) 事案

平成3年3月に、X(賃借人)はA(原賃貸人・原ビルオーナー)との間でA所有のビルの一定階部分につき賃貸借契約を結び、保証金約3400万円をAに交付した。その後、AはBら(38名)に対して不動産を小口で売却し、BはYにそれを信託譲渡し(Yは、それを実質的に経営する会社に賃貸する契約を行う)、同時に、賃貸人の地位はAに留保する旨の合意が一括して行われた。平成3年9月にAが破産したが、それまでXは本件ビルの売買・譲渡について不知であり賃料はAに支払っていたところ、Xは、譲渡に伴って賃貸人の地位はYに移転したと主張したがYがこれを認めなかったため、Xは本件賃貸借契約を解除し、Yに対して保証金の返還を求めて提訴した。

控訴審判決は次のように判示した。「自己の所有建物を他に賃貸している者が賃貸借契約継続中に第三者にその建物を譲渡した場合には、原則として賃貸人たる地位もこれに伴って右第三者に移転するものであるが、特段の事情が存する場合には、なお賃貸人たる地位は移転しないで建物の譲渡人にとどまるものと解される。そして、賃貸中の建物を譲渡するに際し、新旧所有者間において、従前からの賃貸借関係の賃貸人の地位を従前の所有者に留保する旨の合意をすることは契約の自由の範囲内(下線は引用者による。以下、同じ)のことであるが、建物の賃借人が対抗力のある賃借権を有する場合には、その者は新所有者に対して賃借権を有することを主張し得る立場にあるものであって、その者が新所有者との間の賃貸借関係

を主張する限り、賃貸借関係は新所有者との間に移行するものであるから、新旧所有者間に右の合意があるほか、賃借人においても賃貸人の地位が移転しないことを承認又は容認しているのでなければ、前記の特段の事情が存する場合に当たるとはいえないというべきである。

… したがって、本件保証金に関する法律関係は、旧賃貸人に対する賃料の延滞のない限り、賃貸人たる地位の承継とともに、当然旧賃貸人から新賃貸人に移転し、本件返還債務も新賃貸人が承継するものというべきである。」

(2) 最高裁判決の判旨

「自己の所有建物を他に賃貸して引き渡した者が右建物を第三者に譲渡して所有権を移転した場合には、特段の事情のない限り、賃貸人の地位もこれに伴って当然に右第三者に移転し、賃借人から交付されていた敷金に関する権利義務関係も右第三者に承継されると解すべきであり（最高裁昭和三五年（オ）第五九六号同三十九年八月二八日第二小法廷判決・民集一八卷七号一三五四頁、最高裁昭和四三年（オ）第四八三号同四四年七月一七日第一小法廷判決・民集二三卷八号一六一〇頁参照）、右の場合に、新旧所有者間において、従前からの賃貸借契約における賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨を合意したとしても、これをもって直ちに前記特段の事情があるものということとはできない。けだし、右の新旧所有者間の合意に従った法律関係が生ずることを認めると、賃借人は、建物所有者との間で賃貸借契約を締結したにもかかわらず、新旧所有者間の合意のみによって、建物所有権を有しない転貸人との間の転貸借契約における転借人と同様の地位に立たされることとなり、旧所有者がその責めに帰すべき事由によって右建物を使用管理する等の権原を失い、右建物を賃借人に賃貸することができなくなった場合には、その地位を失うに至ることもあり得るなど、不測の損害を被るおそれがあるからである。もっとも、新所有者のみが敷

金返還債務を履行すべきものとする、新所有者が無資力となった場合などには、賃借人が不利益を被ることになりかねないが、右のような場合に旧所有者に対して敷金返還債務の履行を請求することができるかどうかは、右の賃貸人の地位の移転とは別に検討されるべき問題である。」

(3) 最高裁反対意見（裁判官藤井正雄）は以下の通りである。

「甲が、丙に建物を譲渡すると同時に、丙からこれを賃借し、引き続き乙に使用させることの承諾を得て、賃貸（転賃）権能を保持しているという場合には、甲は、乙に対する賃貸借契約上の義務を履行するにつき何の支障もなく、乙は、建物賃貸借の対抗力を主張する必要がないのであり、甲乙間の賃貸借は、建物の新所有者となった丙との関係では適法な転賃借となるだけで、もとのまま存続するものと解すべきである。賃貸人の地位の丙への移転を観念することは無用である。…新旧所有者間に賃貸借関係の承継が起こるとすると、甲の意思にも丙の意思にも反するばかりでなく、丙は甲と乙に対して二重の賃貸借関係に立つという不自然なことになる（もっとも、乙の立場から見ると、当初は所有者との間の直接の賃貸借であったものが、自己の関与しない甲丙間の取引行為により転賃借に転化する結果となり、乙は民法613条の適用を受け、丙に対して直接に義務を負うなど、その法律上の地位に影響を受けることは避けられない。特に問題となるのは、丙甲間の賃貸借が甲の債務不履行により契約解除されたときの乙の地位であり、乙は丙に対して原則として占有権限を失うと解されているが、乙の賃貸借が本来対抗力を備えていたような場合にはそれが顕在化し、丙は少なくとも乙に対しても履行の催告をした上でなければ、甲との契約を解除することができないと解さなければならないであろう。」。」

「本件は『不動産小口化商品』として開発された契約形態の一つであって、…これによれば、本件ビルの所有権はAからBらを経てYに移転したが、Y、C、Aの間の順次の合意により、Aは本件ビルの賃貸（右事実関

係の下では転々貸）権能を引き続き保有し、Xとの間の本件賃貸借契約に基づく賃貸人（転々貸人）としての義務を履行するのに何の妨げもなく、現にXはAを賃貸人として遇し、AはXに対する賃貸人として行動してきたのであり、賃貸借関係を旧所有者から新所有者に移転させる必要は全くない。すなわち、本件の場合には、Yが賃貸人の地位を承継しない特段の事情があるというべきである。そして、この法律関係は、Aが破産宣告を受けたからといって、直ちに変動を来すものではない。」

「賃貸借関係の移転がない以上、Xの預託した本件保証金（敷金の性質を有する。）の返還の関係についても何の変更もないのであり、賃貸借の終了に当たり、Xに対し本件保証金の返還義務を負うのはAであって、Yではないということになる。Xとしては、Aが破産しているため、實際上保証金返還請求権の満足を得ることが困難になるが、それはやむをえない。」

(4) 検討

本件事案は、不動産賃貸借の目的物の譲渡にあたり、譲渡人・譲受人（新旧所有者）間で賃貸人の地位の留保する合意は、賃貸人の地位が移転しない「特段の事情」にあたるか否か、いかなる事情があれば移転しないといえるかを前提問題として、賃借人の交付した敷金返還債務の名宛人が新所有者か旧所有者かをめぐる問題である。もっとも、本件事案は、いわゆる「不動産小口化商品」として開発された契約形態の一つにすぎず¹¹、サブリース類型の契約組成のバラエティーの一つにとどまるとしても、賃貸不動産の譲渡（流動性）と賃貸借契約の帰趨の相対化、さらに不動産収益の基点となる賃借人（tenant, colonus）またはこれと同質の転借人の保護に対する法の対応という点で注目すべき事案といえる。

11 望月治彦「貸借に関する民法改正審議の過程をめぐる備忘録的なメモ」『土地総合研究 2015年秋号』（2015年）52頁。

控訴審判決は、第三者への賃貸不動産の譲渡に伴い賃貸人の地位も第三者に移転することが原則であるが、「特段の事情が存する場合」には賃貸人の地位は移転せず不動産の譲渡人に留まるという従来判例を踏襲し、特段の事情にかかる「地位留保の合意」は、新旧所有者間の合意だけでなく、賃借人の承諾・容認という三者間の合意が必要であり、それが欠ける本件では、保証人に関する法律関係も新賃貸人が承継するとして、Xの主張を認めた。

最高裁も原審判断を是認し上告を棄却した。すなわち、本最高裁は、第三者への賃貸不動産の譲渡に伴い賃貸人の地位も当然に第三者に移転し、敷金に関する法律関係も第三者に承継されるという判例にしたがい、新旧所有者間の賃貸人の地位の留保合意があっても直ちに例外となる「特段の事情」を充たさないとする「当然承継説」に立つが、その理由につき、新旧所有者間の合意のみで地位が移転するならば、旧賃貸人は転貸人となり賃借人は転借人の地位に立たされることになり、不測の損害を被る恐れがあるという転借人のリスクを前提とする賃借人の地位の変更のリスクを論拠とし、転貸借関係を出現させない見解である。敷金返還請求権が新所有者のみ履行義務があるとする場合のリスクを勘案し、旧所有者にも併存的に債務を負担するか否かの問題を今後の検討課題とした。

これに対し最高裁反対意見は、譲渡人・譲受人間の賃貸人の地位の留保の合意が「特段の事情」となり、その場合、賃貸不動産の譲渡があっても賃貸人の地位は移転しないとした。その理由として、(a)地位をそのままにしても、譲渡人＝賃貸人が賃貸（転々貸）権能を引き続き保有し、賃借人との間の賃貸借契約に基づく賃貸人（転々貸人）としての義務を履行するのに何の妨げもないこと、(b)実際、賃借人は譲渡人を賃貸人として遇し、譲渡人も賃借人に対して賃貸人として行動してきたのでことから、賃貸借関係を旧所有者から新所有者に移転させる必要は全くないとする。(c)その結果、敷金返還債務も譲渡人のもとに止まっており、(d)譲渡人の破産によ

る賃借人のリスクはやむを得ないものである、とする。本意見は、留保合意を重視する見解であり、敷金関係もそれに伴って一貫させる点で明快であるが、新たに転貸借関係を設定し、新旧所有者間の賃貸借の解除は転借人の地位に立たされた原賃借人への履行の催告を要件とするに止まる点で課題を残した。

2. 学説の検討

賃貸不動産の譲渡と賃貸人の地位に関する学説¹²としては、譲渡に伴い当然賃貸人の地位も承継されとする「当然承継説」と、譲渡人・譲受人間の合意の意思の効果として賃貸人の地位が移転するのであり不動産の譲渡に伴うものではないとする「当然承継否定説」に分かれ、前者は、ドイツのかつての有力説とされる「状態債務論」に立つ見解を中心に、法定効果説や従物論に依拠する説、あるいは実質的な利害関係で判断する説が挙げられ、後者は、賃借権の対抗問題と譲受人が地位を承継する問題を別問題として理解し、譲受人の意思や両当事者の意思を重視して承継を認める説とともに、賃貸人の債務につき譲渡人・譲受人が併存的債務を引き受ける説や第三者のためにする契約を併設させる説、当事者の意思だけでなく行為態様を勘案して判断する説、賃借人を含む三者間合意による移転を認める説などに分けられるとされる。

本件判例評釈に表れた見解は、以下のようである。

まず、本最高裁多数意見に賛成するものとして、原則的な承継を前提に、賃貸人の地位は従前の所有者に留保しておくことができるとする「三者間合意説」に立ち、その場合、新所有者と旧所有者との間の賃貸権限の終了は、賃借人に対抗できないと解すべきであり、敷金関係は、留保された賃

12 学説の検討につき、松尾弘「賃貸不動産の譲渡と賃貸人の地位」慶応法学24号（2012年）53頁以下参照。

貸人に対して行使すべきであり無資力のリスクも負担すべきであるが、本件のような不動産小口化商品の場合は、ハイリスク・ハイリターンの金融商品を購入した者、スキームの考案者の新所有者が負担するのが適切であるとする見解¹³、賃料債権の帰属公示方法に関する現在の判例理論を前提にすると、所有権と賃貸人の地位の分属はなるべく認めない方がいいこと、本件事案に則して新所有者の返還債務を否定するのが実質的に妥当かどうかという点から、より柔軟な解釈が可能であるという点で法廷意見の方にわずかに分があるとする見解¹⁴、特段の事由が認められるのは、賃借人の義務が、目的物の使用収益に留まらないその他の役務提供等の義務を負担するなど、人的性質を有すると客観的に判断される場合であるとする見解¹⁵がある。

これに対して、法廷意見に反対するものとして、当事者間の適法な合意の内容をできるだけ尊重し「特段の事由」として認め、対抗力ある旧賃借人の本来の賃借権をそのまま尊重する解釈をすべきであり、敷金返還のリスクは賃借人が負うのが当然とする見解¹⁶が主張された。

民法改正前の学説上の議論として、「当然承継説」をベースとして認めつつも、「特段の事情」をどの範囲で認めるかにより、もはや「当然承継説」ではなく「承継否定説」ともいうべき見解が有力に主張されたが、譲渡人・譲受人間の合意の存在を知らない賃借人が二者間合意により、より不安定な転借人の立場におかれるリスクを回避するすべが解釈的に困難であることから「当然承継説」を前提とし、加えて敷金返還請求権の帰属が

13 内田勝一「判批」・判例百選Ⅱ債権〔第6版〕69頁。

14 石田剛「判批」・判タ1016号（2000年）49頁、金子敬明「判批」ジュリ1209号（2001年）151頁。

15 野澤正充「判批」・法セミ538号（1999年）104頁。

16 磯村保「判批」・判時1691号（1999年）196頁、山本豊・私法判例リマークス21号（2001年）46-49頁。その他、信託による所有権移転における敷金返還債務の負担につき、田原睦夫「判批」金法1560号（1999年）4頁、道垣内直人「判批」金法1597号（2000年）66頁。

争われた本件では、譲渡人が破産し実質的に譲受人にしか敷金返還が期待できないことから、法廷意見に従う見解が多かったといえる。

3. 賃貸人の地位の移転・留保に関する改正論議

民法改正検討委員会では、【3.2.4.06】において、これまでの判例・通説の見解を踏襲し、第1に、賃貸人の地位の譲受人への当然承継と、第2に、留保の合意は無効とする方針が確認された¹⁷。

しかし、法制審議会・民法部会では、提案された改正民法605条および605条の2第1項につき¹⁸、その構造と問題点について議論がなされた¹⁹。それは、①不動産賃貸借の対抗力の規定（改正605条）と、②対抗要件を備えた不動産賃貸借における地位の移転（改正605条の2）の関係の不明確さをめぐるものであったが、より具体的には、(a)対抗力があるから賃貸人の地位が当然移転するのか、(b)賃貸人の地位が移転するから対抗力があるのかについて委員間で意見が割れた。

山本（敬）委員は(b)の立場でに立ち、賃貸借はあくまでも債権であるため、地位が移転するから対抗力があると解すべきであり、①と②の規定の二つを置くことは混乱の原因となると述べた。これに対して、沖野委員と松岡委員は、(a)の立場から、むしろ対抗関係があるから契約関係がどうなるかの問題となると述べ、いわゆる物権化論の文脈で規定を理解するべきとした。この議論を受けた立法担当者による立法・補足意見は、「①の賃貸借の対抗の問題と②の賃貸人たる地位の移転問題とは、それぞれ異なる問題…両者の規律を分けて定めるべきとする指摘を踏まえ、上記①②を用意した」と述べた。

17 商事法務編『詳解・債権法改正の基本方針』（商事法務 2010年）253頁以下。

18 法務省HP「民法（債権法）の改正に関する中間的な論点整理」（2011年）136頁。

19 法務省HP 法制審議会民法（債権関係）部会「第55回会議議事録」（2012年8月28日）。

最終的に、法制審議会・民法部会・中間試案では²⁰、①賃貸人の地位の当然承継、②地位の留保についての実務上のニーズの存在、③合意による地位の留保の要件として(a)新旧所有者間の留保合意、(b)新旧所有者間の賃貸借の合意の存在、④(b)の賃貸借が終了したときは改めて賃貸人の地位が旧所有者から新所有者・承継人に当然承継される規定を設け、賃借人の不利益に配慮することが確認され、本条文への改正が行われた。

さらに、賃貸人の地位の留保の合意だけでは、「特段の事情」には当たらないとされたことから、新所有者を賃貸人、旧所有者を賃借人とする賃貸借契約を締結することが追加的要件とされ、その賃貸借が終了したときに改めて賃貸人たる地位が旧所有者から新所有者に当然移転するという法的関係が説明された²¹。

4. 小括

以上の判例並びに学説の展開、改正論議のプロセスから、本条規定については以下のように整理し得る。

第1に、賃貸不動産の譲渡により賃貸人の地位は当然に譲受人に移転するという「当然承継説」を採用した。

第2に、譲渡人・譲受人間の合意による賃貸人の地位の留保の要件として、(a)新旧所有者間の留保合意と同時に、(b)新旧所有者間の賃貸借の合意を認めることにより、新たに転貸借関係を生じさせた。これは、賃貸不動産の譲渡に伴う賃借人と新たに生じた転借人の地位の本来的な同一性だけでなく、事案における実質的な同質性の認識を前提としたものといえる。

第3に、合意効果説の弱点であった賃借人（転借人）の保護については、譲渡人・譲受人間の契約の終了により、賃貸人の地位が再び譲受人に移転

20 商事法務編『民法（債権法）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務2013年）450頁以下。

21 前掲注（20）452-453頁。

し、転借人は賃借人としての地位を確保できる効果を法定することで解決した。

第4に、この場合の譲渡人・譲受人間の賃貸借契約の終了原因は一切不問とされた。

第5に、以上をまとめると、改正法は、賃貸不動産の譲渡（物の譲渡）に関する譲渡人・譲受人間の合意と、留保に関する合意並びに賃貸借契約の合意、さらに、譲受人・譲渡人間の賃貸借契約の終了原因を問わず、賃借人（転借人）の関与しえない事由による賃借人＝転借人を保護する枠組みを提示したものといえる。

本改正は、不動産賃貸借の効力の根拠について判断を留保したまま、605条と605条の2を分けて制定したこと、その結果、賃貸借の対抗力の問題と賃借人の地位の移転の問題は区別して観念しうると指摘されており²²、この区別の問題は、今後も検討課題となると思われる。

さらに、本改正が示す方向性が、「賃貸不動産の譲渡をめぐる包括的な制度の一部」をなし、「賃貸不動産の流動化を促進することにより、賃貸不動産の所有者にとって所有権の価値を十全かつ円滑に実現することへの一般的な要請に応える」制度理念の下にあること、そのためには、当然承継原則の例外として、「転借人の法的地位の不安定を改善することが、賃貸不動産の譲渡に関する制度構築の大前提となる。なぜなら、かかる転借人からの安定した賃料収入の確保がこの制度全体の基盤になっているからである。」との指摘は極めて重要である²³。

22 丸山絵美子「賃貸不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転と地位の留保」法学教室472号（2020年）83頁。

23 松尾・前掲注（12）86頁。

三．賃貸借契約の終了と転借人の保護

賃貸不動産の流動化促進の要請を受けた賃貸不動産の譲渡に伴う法改正は、それにより浮上した転借人保護の法整備の課題に必ずしも完全に対応するものではなかった。すなわち、民法612条の賃借権の譲渡・転貸についての基本的構成は、後述のように判例をベースとした改正論議もなされたが、結局は見送られた。また改正により加えられた613条第3項は、適法転貸借の場合の賃貸借契約の合意解除が転借人に対抗できないとしつつ、債務不履行解除は対抗できることを規定し、その他の終了原因については定めなかった。

そこで、ここでは、転借人の保護の問題を判例・学説に照らして概観することとする。

1 判例の検討

(1) 先例

判例は、賃貸人と賃借人との間の合意解除により、転借権も当然に消滅するという立場（最判昭和31年4月5日民集10巻4号330頁、最判昭和38年4月12日民集17巻3号460頁）があったが、やがて、不動産賃借人は、その有する借地権を抛棄することによつて勝手に消滅せしめ得ないものと解され（民法398条、改正前538条の法理）、不動産賃貸人と賃借人との合意解除は、賃借人自らその借地権を抛棄したことになるとして第三者たる転借人に対抗し得ないと解され、さらに信義則に照らして転貸借契約は影響を受けないとされ（大判昭和9年3月7日民集13巻278頁、最判昭和37年2月1日裁判所民事58号441頁、最判昭和38年2月21日民集17巻1号219頁、最判昭和48年9月7日民集27巻8号907頁）、やがて、信義則に言及することなく、賃貸人は賃借人と賃貸借を合意解除しても、特段の事情のない限り転貸借について承諾を与えた転借人に対しては右合意解除の効果を

対抗することはできないとして、賃貸人は転貸借を承諾をした適法賃貸借において合意解除の効果を対抗できない法理が確立した（最判昭和62年3月24日判時1258頁、判タ653号85頁）。

他方、賃借人の債務不履行により賃貸借契約が解除され終了した場合、転借人の地位は保全されないという立場で一貫しており（最判昭和39年3月31日判タ164号70頁）、転借人の代払いの機会の提供義務も認めない（最判平成6年7月18日判時1540号38頁、判タ888号118頁）。転貸借契約の帰趨については、賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合、賃貸人の承諾のある転貸借は、原則として、賃貸人が転借人に対して目的物の返還を請求した時に、転貸人の転借人に対する債務の履行不能により終了するとした（最判平成9年2月25日民集51巻2号398頁）。合意解除が転借人に対抗できない法理は、賃貸家屋の売買により土地賃借権を生ぜしめないという特約の効力否定に及ぶとした判決もあった（最判昭和42年6月30日裁判所民事87号1417頁）。

（2）最高裁第1小法廷平成14年3月28日判決（民集56巻3号662頁）

合意解除以外の場合の転借人の保護に関する重要な判例として、以下で立ち入って検討する。

（1）事案

Aは、ビルの賃貸・管理業を営むYの勧めにより、A所有土地上にビルを建築してYに一括して賃貸し、Yから第三者に対し店舗・事務所として転貸させ、これにより安定的に収入を得ることを計画し、本件ビルを建築した。ビル建築に当たり、YがAに預託した建設協力金は建築資金等に充当され、Yの主導の下、建築された。

以上を前提として、1976年11月30日に次の3つの契約が同時に締結された。

① YはAとの間で、本件ビルにつき、20年間、更新条項付きで本件賃貸（龍法 '24）56-4, 70（778）

借契約を締結した。Yは、本件賃貸借において、Aが本件ビルを一括又は分割して店舗又は事務所として第三者に転貸することをあらかじめ承諾した。

②AはBとの間で、本件転貸部分につき、同日から20年間、店舗使用を目的とする本件転貸借契約を締結した。

③Bは、Y及びAの承諾を得て、X（再転借人）との間で、本件転貸部分につき、期間を5年間とする再転貸借契約を締結し、Xはこれを占有し寿司の販売店を経営し、その経営上重要な位置を占めていた。

しかし、Aは、転貸方式による本件ビルの経営が採算に合わないとして経営から撤退することとし、Yに対して本件賃貸借を更新しない旨の通知をし、AはB及びXに対し、本件賃貸借が期間の満了によって終了する旨の通知をした。ところで、Aは、本件賃貸借終了後も自ら本件ビルを使用する予定はなく、B以外の相当数の転借人との間では直接賃貸借契約を締結したが、Xとの間では、AがBに対しXとの間の再転貸借を解消することを求めたため、協議が調わず賃貸借契約の締結に至らなかった。そこで、Xは会社更生手続開始の決定がなされ、X 2らが管財人に選任された。

そこで、Yは、X 2らに対し所有権に基づいて本件転貸部分の明渡しと賃料相当損害金の支払を求め、Xらは、信義則上、本件賃貸借の終了をもって承諾を得た再転借人であるXに対抗することができないと主張した。

控訴審判決（東京高裁平11年6月29日）は以下の通り判示し、Yの請求を認めた。

「建物の賃貸人は、賃借権の放棄、賃貸借の合意解除など信義則上建物の転貸借関係を終了させるのを相当としない特段の事情がない限り、賃貸人は、建物の賃貸借の終了をもってその転借人に対抗することができると解される。…本件賃貸借契約は、…いわゆるサブリース契約であって、賃貸人は、賃借人を介して収益を得るが、賃借人も自ら建物の使用収益をしないで、もっぱらその転貸による収益を目的とする、そして、転借人が建物

の具体的な使用収益をするという特質があった。

しかし、そもそも、本件のようなサブリース契約も、その本質において、賃貸借契約と選ぶところはないから、通常の賃貸借契約ないし転貸借と同様に取り扱われるべきところ、…転貸借ないし再転貸借に基づいて建物の使用収益がされた故をもって賃貸借契約を解除することができない（民法612条2項。したがってその故をもって転貸借契約も再転貸借契約も終了しない。）という意義を有するに止まり、それを越えて賃貸借が終了した後も転貸借を存続させるという意義を有することを認めるに足りる証拠はない。』

(2) 最高裁判旨

最高裁は、下記の通り、Xの主張を認め原審を破棄し自判した。

「本件賃貸借は、AがYの承諾を得て本件ビルの各室を第三者に店舗又は事務所として転貸することを当初から予定して締結されたものであり、Aによる転貸の承諾は、賃借人においてすることを予定された賃貸物件の使用を転借人が賃借人に代わってすることを容認するというものではなく、自らは使用することを予定していないAにその知識、経験等を活用して本件ビルを第三者に転貸し収益を上げさせるとともに、Yも、各室を個別に賃貸することに伴う煩わしさを免れ、かつ、Aから安定的に賃料収入を得るためにされたものというべきである。他方、Xも、Yの業種、本件ビルの種類や構造などから、上記のような趣旨、目的の下に本件賃貸借が締結され、Yによる転貸の承諾並びにY及びAによる再転貸の承諾がされることを前提として本件再転貸借を締結したものと解される。そして、Xは現に本件転貸部分2を占有している。

このような事実関係の下においては、本件再転貸借は、本件賃貸借の存在を前提とするものであるが、本件賃貸借に際し予定され、前記のような趣旨、目的を達成するために行われたものであって、Yは、本件再転貸借

を承諾したにとどまらず、本件再転貸借の締結に加功し、Xによる本件転貸部分2の占有の原因を作出したものであるから、Aが更新拒絶の通知をして本件賃貸借が期間満了により終了しても、Yは、信義則上、本件賃貸借の終了をもってXに対抗することはできず、Xは、本件再転貸借に基づく本件転貸部分2の使用収益を継続することができると解すべきである。このことは、本件賃貸借及び本件転貸借の期間が前記のとおりであることやAの更新拒絶の通知にYの意思が介入する余地がないことによって直ちに左右されるものではない。」

(3) 検討

本件事案は、「承諾」²⁴による適法転貸借における転借人に対抗しえない原賃貸借契約の終了事由・原因を検討するものであるが、控訴審は、まず、a) 先例（最判昭和38年2月21日民集17巻1号219頁など）を引用し、賃貸借契約において、原賃貸借契約が放棄や合意解除などの信義則上、転貸借関係を終了させるのが相当でない特段の事情がなければ、終了を転借人に対抗できるとし、次に、b) サブリース契約も、その本質上、通常の賃貸借、転貸借と同様に取り扱われるという性質決定を経て、c) 通常の賃貸借において、賃貸人の転貸借の承諾は、その使用収益を理由とする解除事由ができないというだけであり、それ以上、原賃貸借の終了後に転貸借を存続させる意義はないとして、承諾の効果を限定的に解し、d) その結果、賃借人の更新をしない通知による賃貸借の終了では、賃貸人の意思の介入はなく、合意解除に準じた事情はないため、賃貸人は転貸人に対して賃貸借契約の終了を対抗できるとした。

これに対して、最高裁は、第1に、本件賃貸借は転貸を当初から予定し、賃貸人も個別の賃貸借の煩わしさを免れ安定収入を得る目的で契約を行っ

24 前掲注（9）『新版 注釈民法』271頁参照。

たこと、第2に、転借人も、その趣旨・目的の下で原賃貸借および転賃貸借契約並びにその承諾がなされることを前提として再転賃貸借を行ったことを確認し、それぞれの契約の趣旨・目的から、通常の「承諾」による賃貸借、適法転賃貸借とは異なり、「合意」に基づきサブリースを契約内容とした賃貸借の類型であるという理解に基づいて、(再)転賃貸借契約は、かかる賃貸借契約を前提とした独自の存在意義と根拠を有するものとして把握し、第3に、(再)転借人と賃貸人との関係に注目し、賃貸人は、再転賃貸借契約の単なる「承諾」ととどまらず、積極的に再転賃貸借の締結に「加功し、再転借人の占有原因を作出した」という「行為＝合意」を法的に評価し、賃貸借の放棄や合意解除に止まらない「信義則上」賃貸借の終了を転借人・再転借人に対抗できない事由を認めた。

すなわち、本判決は、サブリースを前提(＝「合意」内容)とする賃貸借契約における賃貸人と転借人との法的関係が、賃貸借・転賃貸借における単なる「親亀子亀」関係ではなく、転借人の「占有」原因を賃貸人が積極的に作出した点に見だし、この点から「信義則」を通じて対抗関係を認めた点が特徴的である。

(4) 学説の検討

本件のようなサブリース事案における転借人の保護の問題について、学説は、賃貸借一般の問題として理解する説と、サブリース型契約独自の転借人保護の問題とする説に分かれる。

まず、賃貸借一般の問題とする説では、合意解除などの契約終了段階の状況の問題ではなく、契約成立段階の状況の問題を重視し法的に評価したものとする見解がある²⁵。それによると賃貸人が「承諾」以上に積極的に転賃貸借に関与したことに「信義則」上対抗できない理由を見出し、あるい

25 中田裕康「判批」・私法判例リマークス27号34頁(2004年)。

は、「賃貸借の終了事由」と「転貸借の開始」の両面における賃貸人の関与が、相関関係的に作用する点に判決の意義を見いだし、多当事者間契約における当事者関係の距離の視点を見出すべきとする²⁶。他方、サブリース型賃貸借の独自判断とする説では、原賃貸借の終了原因の如何を問わず、信義則上、転借人の契約上の地位は影響を受けないとする見解が見られる²⁷。

さらに、賃貸借契約の歴史的な法的構造問題に踏み込み、bona fidesに裏打ちされたサブリース契約こそ賃貸借契約の本質であり、他方、基底となる転借人のテナントの占有は、果実収取の源として尊重せざるを得ず（所有権の躯体維持）、テナントの占有は、歴史的に後に賃貸借（locatio）と理解されたが、サブリース契約のそれとは異なり、占有の保全が重要であることから、改めて、サブリース型の賃貸借と借地借家法型の賃貸借の類型化の必要を説く説がある²⁸。

26 田高寛貴「賃貸借の終了による転借人への明渡請求の可否」『法学研究』88巻1号（2015）255-257頁。

27 金山直樹「判批」・ジュリ臨増1246号71頁（2003年）。もっとも、判旨から本質的区別が浮かび上がらない問題点を指摘するが、上記の通りその区別は明確であると思われる。

28 木庭顕『新版 現代日本法へのカタバシス』（みすず書房 2018年）149-150頁、森田修「ローマ法における『賃約』（locatio conductio）とその現代的意義－『役務提供契約』の基礎理論のために」岡本裕樹・沖野真巳・鳥山泰志・山野目章夫編『民法学の継承と展開 中田裕康先生古稀記念』（有斐閣 2021年）616頁。もっとも、論者はサブリース型の賃貸借が賃貸借契約の原型と捉え、目的物を賃借人に「貸す」方向と区別して、目的物がある構想の下に使用して収益を上げることが前提に、その構想を賃借人に貸すという方向、貸したのは不動産を用いた「収益機会」であると把握するため（森田・600頁）、一般に用いられるサブリース契約とは観点を異にし、共同事業性という論理を介在させる必要がない点に注意を要する。法構造の理解は異なるものの、松尾・前掲注（12）86頁、および、原賃貸借契約の性質論に関わりなくエンドユーザーである転借人の保護の共通性と必要性を説く、近江幸治「判批」・私法判例リマークス24号（2002年）49頁、平林美紀「判批」『金沢法学』45巻2号（2003年）411頁は、転借人保護の趣旨において同旨であると思われる。

なお、契約成立時点の事情を賃貸借契約の類型に取り込むか否かに関わらず、賃貸借契約の終了による転貸借契約の終了の問題について、本判決が及ぼす影響が示唆されていた²⁹。

(5) 小括

本最高裁判決は、転貸借を契約内容とするサブリース契約における賃貸人と転借人との通常の法的関係が、一般の賃貸借・転貸借における単なる「親亀子亀」関係ではなく、賃貸人の転貸借の「承諾」が契約内容を組成する「行為＝合意」のもと、転借人の「占有」原因を賃貸人が積極的に作出した点に見だし、この点から「信義則」を通じて対抗関係を認めた点が特徴的であり、このような関係の下では、賃借権の放棄（398条）や合意解除に留まらず、債務不履行解除による賃貸借契約の終了に対する転借人の保護を含めた新たな転貸借契約の法理に発展する可能性を有しているといえる。

すなわち、いわゆる「信頼関係破壊の法理」を条文上に文言化し賃借権の無断譲渡・転貸全般について制限をかけるという判例の道筋とは別に、賃借人からの営業用の譲渡・転貸の「申込み」に対し、賃貸人がそれを特約として「承諾」することにより賃借人の譲渡・転貸が許容されるという民法612条1項の賃貸人の「承諾」のあり方を対置して、賃借権の譲渡・転貸がかかる賃貸借契約に内在している契約類型を構想しうる。

しかし、その解明には、賃貸借契約の本質的構造の再検討と、収益の基点となる「占有」を伴う居住や営業の保護の法的把握が不可欠であったところ、用益的賃貸借と使用的賃貸借を区別しない日本の賃貸借契約の理解

29 亀井洋一「判批」銀法579号（2000年）82頁は、判旨の射程が債務不履行解除に及ぶとする。他方、矢尾渉「判解」最判解説民事編平成14年度（2005年）347頁は、債務不履行解除には射程が及ばないとしつつも、将来に残された課題とする。

の伝統や、地主・小作関係を淵源とする賃貸不動産の譲渡・転賃の自由に対する消極的評価、転じて転賃借に対する消極的な評価などから、これまで十分に吟味されてこなかったと思われる³⁰。

加えて、賃料増減額請求権をめぐるサブリース契約の判例の展開（最判平成15年10月21日民集57巻9号1213頁、最判平成15年10月23日裁判所集民211号253頁、以下多数）において、最高裁は、サブリース契約は賃貸借契約と性質決定され、そのコロラリーとして借地借家法の適用、同法32条の賃料増減額請求権並びに同法28条の存続保証（正当事由）の適用が導かれるようになった。もっとも、サブリース契約と借地・借家人保護のための賃貸借契約との性質の違いは、判例、学説共に認めるところであり、最高裁は減額請求権の成否と賃料額で調整する修正適用説を採用するが、学説は、32条の機能及び正当化根拠を問い、賃貸借という性質決定とは別に、賃料増減額請求権の適用の是非に言及しており、両契約の契約類型的差異に基づくルール差別化を検討した³¹。

ともあれ、一連のサブリース判例を通じてなされた一般賃貸借契約という法性決定の確立と、原賃貸借契約と転賃借契約との賃貸借契約としての

30 瀬川信久『日本の借地』（有斐閣、1995年）参照。また、江戸期から明治初期まで地主と店借や地借との間で実質的にサブリース的な賃借人・請負人の役割を担っていた家守や地所差配人が、旧民法制定の議論のなかで代理人や管理人として日本独自の法的位置づけがなされてきた経緯につき、拙稿「敷金の制度史的素描」松井宏興・岡本詔治・牛尾洋也編『借地借家法の新展開』（信山社、2004年）40頁、58頁以下。日本の明治初期の借地契約につき、国策としての二重地価政策の下、借地人の収益に根拠を置かない地代と地代増額請求を肯定するために、慣行による地代増額請求権を認めた経緯につき、拙稿「地代増額請求権をめぐる大審院明治24年聯合民事部判決」牛尾洋也ほか『近代日本における社会変動と法』（晃洋書房、2006年）101頁。

31 松岡久和「建物サブリース契約と借地借家法32条の適用」『法学論叢』154巻4・5・6号（2004年）131-206頁。サブリース契約の変遷につき、澤野順彦ほか「＜座談会＞サブリースをめぐる法的諸問題」金法1532号（1998年）36頁ほか参照。

法的構造の同一把握により、賃貸借契約は、不動産賃貸借に限っても、一般的賃貸借から借地借家法、農地法、営業用のサブリース契約まで性質の異なる幅広い内容を一手に規律する役割を背負うこととなり、エンドユーザーとしての転借人の保護に関する本質的な構造の検討には大きな障壁となったものと思われる。

（３）賃借権の譲渡・転貸と転借人の地位の保全に関する改正論議

民法改正検討委員会³²は、【3.2.4.18】において、賃貸人の承諾のない譲渡・転貸を禁止する原則と違反した場合の解除権を掲げつつ、無断転貸等が当事者間の信頼関係を破壊するに至らない場合を除外し、その場合は適法賃貸借となる旨の規定を提案した。続いて、【3.2.4.19】において、適法転貸借の場合、転借人は原賃貸借により賃借人に与えられた権限の範囲内で転貸借に基づく使用・収益をする権限を賃貸人に対抗できるとして、転借人と賃貸人との法律関係を明確にし、賃貸人の転借人に対する直接請求権を提案した。さらに、【3.2.4.20】において、合意解除の場合には賃貸人は転借人に対して解除の効果を生じないこと、続けて債務不履行解除の場合、規定しない案（甲案）と通知により転借人の弁済がない場合の転借人への対抗を規定する案（乙案）が示された。

提案に際して、合意解除による転借人と賃貸人との関係について、転貸人たる地位が原賃貸人に承継されるとして法律関係を明確にする見解も併せて示されたものの、解除による転貸借の全てにおいて当然には可能ではないことから提案としては見送られた。

特徴的であるのは、改正前民法612条の無断譲渡・転貸禁止の規定の中で、判例・学説が築き上げてきた信頼関係破壊の法理を取り込み、承諾がなくとも信頼関係の破壊のない譲渡・転貸を適法転貸借の枠組みに引上げ、

32 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅳ』（商事法務 2010年）289-300頁。

転借人の法的権限を肯定する点にあるといえる。しかし他方で、合意解除以外の賃貸借の解除原因、とりわけ債務不履行解除の場合は転借人に對抗しうるとしており、最判平成14年判決で示された適法転貸借関係の保全およびその必要性への言及はなされていない。この点から、この段階では、転借人の保全の必要性の問題は、賃借権の無断譲渡・転貸禁止の原則を限定する課題の中に位置づけられるに留まっていたものと思われる。

次に、法制審議会民法（債権関係）部会において、部会資料45・民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（17）資料³³として、(1)無断譲渡及び無断転貸を理由とする解除の制限について、「賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」には解除は認められないとする判例（最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁等）法理を明文化し、解除が制限された場合の当事者の関係を適法な転貸借や賃借権の譲渡がされたとみなし、法律関係の明確化を図るべきであるとの考え方が提示された。続いて、(2)ア適法な転貸借がなされた場合の規律と、イ原賃貸借が解除された場合の規律が提示され、アでは、転借人が転貸借契約上の債務につき賃貸人への直接履行義務とその範囲などが示され、イでは、合意解除による原賃貸借の終了を転借人に主張できないことと、債務不履行解除による終了の場合は規定しないことが提示され、法制審議会民法（債権関係）部会第15回会議（平成22（2010）年9月28日開催）で議論がなされた。

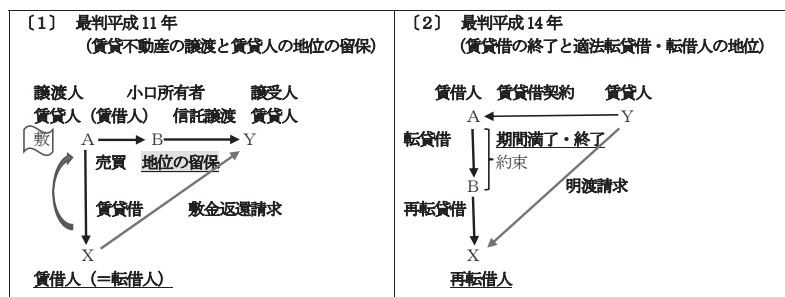
議論においては、信頼関係破壊の法理の適用により、適法転貸借や賃貸借の適法譲渡とみなすことへの懐疑的意見や、原則と例外が逆転することへの警戒、賃貸人の転借人への直接請求、通知など転借人に対して賃借人の債務不履行状態を解消させるチャンスを与える手続の困難性、信頼関係破壊の法理の射程との関係で債務不履行解除の場合の規定の必要などが議

33 法務省HP「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（17）」33頁以下。

論されたにとどまった。

こうした議論を経て出された「中間試案」では、民法612条に関する規定改正は見送られ、民法613条の改正提案において、適法転貸借の場合は賃貸人と賃借人が賃貸借契約を合意解除しても賃貸人は転借人に対して解除の効力を主張できないこと、ただし債務不履行解除の場合はこの限りではないという試案が示された。これらは判例法理（最判昭和62年判決、最判昭和38年判決）を明文化したとするにとどまり、最判平成14年判決への積極的な言及及び検討はなされなかった³⁴。

四．結びにかえて



以上検討したように、改正民法は、一方で（上記図〔1〕）、賃貸不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位については、原則としての譲受人への移転及び譲渡人への留保合意により移転しないこと、さらに譲渡人・譲受人間の賃貸借の終了により譲渡人に留保された賃貸人の地位の譲受人への移転が定められた（改正法605条の2）が、他方で（上記図〔2〕）、賃借権の無断譲渡・転貸の禁止（612条）はそのままおかれ、転貸の効果について、賃

34 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013年）461頁。

貸人と転借人との基本的な法的関係と転借人の直接履行義務の明示、合意解除による賃貸借の終了は転借人に対抗できないこと、債務不履行の場合の除外を規定をする留まった（改正法613条）。

その結果、第1に、〔2〕の関連では、賃貸人が賃貸借の終了を転借人に対抗できない終了事由は合意解除（賃借権の放棄を含む）に限定されたため、賃貸人・賃借人間で債務不履行解除の法律構成を仮託したといえる事案では、合意解除の事案に取り込んで解決し（最判昭和37年2月1日裁判所民事58号441頁、東京地判平成31年2月21日判時2464号31頁、判タ1468号171頁³⁵）、そのほか、賃借人による更新しない旨の通知による終了などの事案では、最判平成14年判決を手掛かりに事案ごとに信義則で処理せざるをえないが、その場合には、サブリース事案か否かという法的に厳密さを欠く判断を経て、事案はサブリースではないとして転賃借は終了すると判示されるなど（大阪高判令和2年6月19日LEX/DB25566836³⁶）、安定性を欠く結果を招来させる。

第2に、上記東京地判平成31年は、合意解除により対抗できない賃貸人が転賃借契約における賃貸人（転貸人）の地位を承継するという構成をとったが、改正論議においても検討されつつ法律関係を明確にする規定は見送られた。しかし、最判平成14年判決をめぐる学説において、〔2〕において賃貸人は転借人に対抗できないという結果がもたらす法的問題は、〔1〕における賃貸物件の譲渡と賃貸人の地位の移転の類似系であること

35 本件事案は、同族会社における賃貸借関係のベースとした転賃借があった場合、同族会社内の賃貸借関係の債務不履行による終了原因につき、転借人との関係においては「合意解除」と評価したものである。判例評釈として、田中英司・私法判例リマークス64号（2022年）30頁。

36 本件事案は、UR都市機構から神戸市が借上げた高齢者向け公営住宅の明渡しにつき、サブリース事案とは異なるとして賃貸借の期間満了による終了の場合には転借人に対抗できるとして明渡を認めた。矢田尚子「新判例解説WATCH」29号（2021年）62頁は、共同事業性（サブリース性）を見いだし保護する余地もあったと述べる。

が既に示唆されており³⁷、〔1〕の関連で、賃貸人の地位は譲受人（承継人）に移転すると明確に規定されていることとの平仄からは、明確にするべきであったといえる。

第3に、この点に関わるが、〔1〕の場面で生じた賃貸人—賃借人—転借人の三者間の関係と、〔2〕の場面における賃貸人—賃借人—転借人の三者間の関係の取扱いには不整合があるといえる。先に述べたように、〔1〕は、賃借人が知らない間に賃貸不動産が譲渡され賃貸人の地位が譲渡人に留まるとする合意がなされた場合の賃借人が転借人の地位に甘んじるリスク回避の処理であるが、法律構成上は、状態債務説・当然承継説を前提として一旦譲渡により賃貸人の地位が譲受人に移転し、同時に譲受人・譲渡人間での合意により賃借され、譲渡人が賃貸人としての地位に立つと思考することにより、合意・承諾による適法転貸借関係が生じ、譲渡人と譲受人間の賃貸借の終了により、譲渡人に留保されていた賃貸人の地位が譲受人に移転することで原賃貸借、すなわち転借人を保護する法律関係を作り出した。

他方、〔2〕の場合は、「賃貸借の譲渡・転貸の自由を認めない」という原則の上で、「承諾＝行為＝合意」という賃貸人の関与を経て適法になされた転貸借が、賃貸人と賃借人の事情により覆るという不合理な結果をいかに回避するかという点で、〔1〕と同様の利益状態が生じるが、ここでは、信義則を介した法解釈に委ねられ、賃貸人と賃借人の間の終了事情に左右されるままおかれている。

〔1〕と〔2〕の法律関係は、前者が「売買は賃貸借を破る」原則をめぐる問題からの展開であり、後者は「賃借権の譲渡・転貸の自由」の原則をめぐる問題からの展開であり、ともに賃貸借の効力に関する重要なルールであるとともに、三者間の関係を規律する点で共通性がある。〔1〕か

37 金山・前掲注（12）72頁。

ら生まれた賃貸借の終了原因の如何を問わず賃貸人の地位は譲受人に移転するという新たなルールは、〔2〕における転借人保護のための解釈的根拠となり得るとともに、双方で問題となっているのが、賃借人か転借人かという立場の偶然的要素ではなく、不動産収益の源である賃借人（転借人）をどのように保護すべきであるという点にあり、その意味で賃貸借における「占有」をいかに把握し法的に構成すべきかに関わっており、転賃借を予定した賃貸借との区別が課題となる³⁸。賃貸不動産の流動性を前提に賃貸借契約の類型を考える場合、従来の「物の利用価値」の移譲という一般的な類型定式に留まらず、賃貸借の収益の源である「占有」を保護する法構造の構築が求められる。

38 木庭・前掲注（27）149頁以下参照。

内縁関係と遺族年金に関する一考察（１）

～近時の裁判例を中心として～

岡 本 詔 治

- 一 問題の所在と課題の限定
- 二 通常内縁の裁判例
 - 1 弔慰金受給資格等
 - 2 恩給扶助料の受給資格
- 三 重婚的内縁の裁判例
 - 一 最高裁の立場
 - 1 先例としての判決例
 - 2 その後の最高裁判決
 - 二 下級審裁判例の状況
 - 1 法律婚が形骸化していたケース（以上、本誌）
 - 2 法律婚が形骸化していないケース
 - 3 小括
- 四 まとめに代えて

一 問題の所在と課題の限定

厚生年金保険法、国民年金法、国家公務員共済組合法、船員保険法などに基づいて、社会保障関連の保険に加入している配偶者が死亡した場合には、そうした特別法によって、その遺家族が遺族年金などの社会保障給付金を受給しうる資格が法定されていることは周知の事実であるが、その第一順位の配偶者には法律婚の妻のみならず、「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者」も含まれる旨の規定が用意されており（たとえば厚生年金法3条2項、国民年金法5条7項等）、一般に、いわゆる内縁配偶者がこれに該当すると解されている。この種の該当性判断については、行政解釈によれば、当事者間に社会通念上夫婦共同生活と認めら

れる事実関係を成立させようとする合意があること、および、当事者間にそうした事実関係が現に存在することが必要とされ⁽¹⁾、裁判例でも同様の基準によっているという⁽²⁾。ただし、法律婚の妻であれ、内縁の妻であれ、いずれの場合でも、被保険者の夫が死亡した当時において、夫によって妻が生計を維持していたという事実が必須の要件（生計維持要件）となっている⁽³⁾。たとえば、つぎのような裁判例が参考となろう。夫が他女と同棲して妻とは長期間にわたり別居しているので、法律婚は修復不可能なほど形骸化しているが、妻の方は婚姻を解消する意思がないという事案で、法律婚の妻が法所定の「配偶者」に当たるとされたものの、ただ、夫の所得で生計を維持していなかったことから、結局のところ、遺族年金の受給資格が否定され判決例がある（東京高判平成5・3・22訟務月報39巻11号2388頁遺族年金請求棄却処分取消請求事件）。本件の妻が自活の方途をみずから工夫して生活を維持していたとするならば、なんとも後味の悪い結果であるが、社会保険とは、そうした限定的な条件のもとでしか機能しない制度であり、法律婚の妻の保護は、別の法的救済手段である離婚給付や慰謝料請求権などに頼るしかないわけである。

ところで、通常内縁の場合には、上記のような条件を充たすかによって受給資格が決まるが、「重婚的内縁ケース」では、問題の解決は単純ではない。当初、行政当局は、重婚的内縁関係は、上記の意味での「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」には含まれないと解釈していたが⁽⁴⁾、やがて法律婚がその実体を失なった場合には、受給可能性があるとする方針に舵を切ることとなった⁽⁵⁾。しかし、重婚的内縁ケースでは、法律婚夫婦との関連が不可避の問題となり、少なくとも「法律婚の形骸化」が必需とされている。本稿がとりあげる裁判例では、重婚的内縁ケースが主流であるので、そうした要件の判断によって、法律婚の妻と内縁の妻とのいずれの保護が優先するか左右されるので、何をもって「法律婚の完全なる形骸化」（破綻した法律婚の修復可能性がないこと）と評価するかが難題となり、

さまざまな事情が取捨選択されて、微妙な判断がなされることもあり、裁判所としても慎重にならざるを得ないであろう。一審判決と控訴審判決が分かれることもありうるわけである。

この種の重婚のケースについては、法が予定していないところ、行政解釈によれば、当事者が離婚合意に基づいて夫婦共同生活を廃止していると認められるとき、あるいは、一方の悪意の遺棄によって夫婦共同生活が行われていない場合であって、その状態が長期間（概ね10年程度以上）にわたって継続し、かつ、そうした状態がそのまま固定していると認められるとき、とされている。後者の悪意の遺棄ではない夫婦関係の破綻とは、夫婦の別居は悪意の遺棄によることが多いので、これを容易には想定し難いが、行政解釈では、経済的な依存関係や意思疎通としての音信などが「反復」して存在しないことが指摘されている⁽⁶⁾。たとえば、別居中に夫が妻に生活費等の一定の金員を継続的に交付しているならば、法律婚は形骸化していないこととなろう。

ちなみに、法律婚の形骸化は認められないものの、法律婚の妻が生計維持要件を充たしていない場合もあり、このような場合には、法律婚の妻も内縁の妻も、ともに受給資格該当性がないこととなるので、思わぬ結果となり、配偶者保護を眼目としている遺族年金制度にも意外な落とし穴があるわけである。

ところで、民法における重婚的内縁の法的処遇については、内縁関係の反社会性（民90条違反）が強調され、ことに内縁配偶者の有責性が問題視されてきた経緯があるが⁽⁷⁾。社会保険給付では、そうした反社会的非難は、格別問題視されていないところが、重要であろう。被保険者本人も保険金を負担する制度であることのほか、死亡配偶者によって生計を維持してきた生存配偶者などの遺家族の継続的な安定した生活を守ることが眼目であるので、そうした特殊の政策的意図を具現するうえでは、民法の原則は、そのままでは妥当しないからである。

ただし、民法上の重婚的内縁の保護要件と共通するような側面がなくはない。先述のように、法律婚が形骸化する一方で、内縁夫婦としての協働生活が相応の期間継続すれば、内縁の妻にも夫の遺族として年金の受給資格が認められる可能性があり、このような条件のもとでは、民法上も保護に値する内縁となり得るからである。たとえば、法律婚夫婦が離婚合意によりすでに別居していたり（ことに離婚給付が事実上なされているとき）、相手方配偶者が行方知らずで生死不分明あったりするような場合には、民法上でも社会保険の場合でも、内縁保護が優先することとなろう。もっとも、そうした事例は必ずしも多くはなく、大抵は、夫が別居して内縁の妻と同棲を継続しているケースであるので、夫が法律婚の妻と完全に交流を絶っている場合は格別、不定期であっても、たとえば子の結婚式や法事などの行事に参列したり、一定の金員を渡していたりするなどして、機会があれば、折に触れて妻と会っていたような場合には、後掲の裁判例からも明らかなように判断が微妙である。

そこで、本稿は、そうした重婚的内縁ケースも含めて、主として平成時代以降の遺族年金等の社会的保障給付をめぐる裁判例を検討して、判決例の「事実認定」を重視しながら、いかなる考慮事情によって内縁保護の可否が左右されるのかを可能な限り明らかにするとともに、今後の課題を探求することとした。

二 通常内縁の裁判例

1 弔慰金の受給資格等

（ア）内縁の夫が事故死したような場合には、その遺族の生活保障の趣旨や労災保険の上乗せでの目的で勤務先の会社が生命保険契約をしていることも少なくない。つぎの例では、共済会主導の定期保険契約に付帯する弔慰金が「遺族」である内縁の妻に支給され、その相続人には受給資格はな

いとされた事例である。

〔１〕東京地判平成11・8・26判タ1063号242頁（弔慰金請求事件）⁽⁸⁾

【事実・判旨】A男の勤務先の経営者Y₁とAの内縁の妻B女に対しY₂共済会が各保険会社から受領した保険金を支払ったことから、Aの相続人XがY₁らに対してその返還を請求した。判旨は、本件保険契約は労災保険の上積保険であり、従業員の福利厚生を目的とすることなどをも考慮すれば、Y₂はAの「遺族」に対し弔慰金を支払うべき義務があるものと認められる。その遺族とは、弔慰金規定などから明確になっていないが、BはAの収入によって生計を維持していたところ、AはY₁に対し、死亡した場合には、本件保険金をBに支払って欲しい旨を話しており、Y₁もこれに対して特段異議を述べなかったことなどからすれば、Y₁とAの間で、当該保険金はBに支払う旨の合意がされていたものと認められる。客観的にみても、弔慰金は賃料の前払いの性格をもつ退職金ではなく、本人又は遺族の生活保障を目的とするものであるというべきであるので、こうした保険契約の趣旨等に照らせば、保険金はBに支払うことにあったことが認められる。

ところで、本判旨は、「AとBの内縁関係」については、つぎのように認定しており、その成立事情が参考となろう。AとBは、昭和59年から一緒に生活をするようになった。結婚式等は挙げなかったものの、Bの実家で同人の両親や兄弟と会食をしたり、Y₁の下に二人で挨拶にいたり、同僚を数回に分けて家に招いて結婚の披露を行うなどした。Bは、パートに出たことはあるものの、専らAの収入で暮らしており、いわゆる専業主婦であった。Bは、Aと一緒に生活するようになってから、Aの氏を名乗ることもしばしばあった。Aの葬儀は、東京と出身地である沖縄の両方で行われたが、東京における葬儀の喪主はBがつとめ、BはAの氏で会葬者に対する礼状を出した、と。

（イ）恩給扶助料の受給資格　恩給受給権者の内縁の妻は夫の死亡による扶助料を受給する資格はないと解するのが最高裁の立場である。

〔２〕最判平成7・3・24裁判集民事174号895頁（扶助料請求却下決定取消請求事件）

【事実・判旨】X女は、A男と昭和27年7月4日に結婚して、Aが平成2年5月3日に死亡するまで同居し、Aにより生計を維持し、生計を共にしていたところ、

B女がAに無断で、昭和29年10月18日に婚姻の届出をしたが、恩給法72条1項の遺族に該当するのはXである、と主張したが、認められなかった。最高裁も、恩給法72条1項は、厚生年金保険法等の規定と異なり、「配偶者」に、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む旨の定めをしていない。したがって、恩給法にいう「配偶者」は、公務員と法律上の婚姻関係にある者に限られると解するのが相当である」とした。

しかしながら、そうした規定の有無もさることながら、同法の主意からみても、内縁配偶者にはその受給資格がないのか、そのことの是非が問われているのであり、このことを不問にして形式論で応接することでは、内縁配偶者の反論に適切に応接したことにはならないのではないか。

2 近親婚内縁と遺族年金の受給資格

(1) 後妻と亡父の子との内縁関係

〔3〕最判昭和60・2・14訟務月報31巻9号2204頁

【事実・判旨】いわゆる内縁関係にあるもののうち、反倫理的な内縁関係にある者を包含しないと解するのが相当である。けだし、法による保険給付は主として法律上加入強制されている被保険者の掛金及び国庫負担金等をもってまかなわれる公的給付の性質を有するものであるので、社会一般の倫理観に反するような内縁関係にある者は公的給付を受けるにふさわしい者とは認められない（1審・東京地判昭和59・1・30行裁集35巻1号39頁、原審・東京高判昭和59・7・19行裁集350巻7号956頁）。

(2) 叔父と姪との内縁関係

国民年金法や厚生年金法には、民法所定の近親婚の内縁配偶者に遺族年金を支給しない旨の規定はないが、行政実務（厚生労働省平成23年3月23日発第0323）によれば、民法の近親婚禁止規定に違反する内縁夫婦は事実婚関係にあるとは認定しない旨の内規があるところ、3親等内の内縁夫婦であり、関係成立の経緯が当時の社会的・時代的背景から不当でなく、周囲からも受容され、長期間（概ね40年以上）にわたり安定的に継続しているならば、日本年金機構および厚生労働省に対しその取り扱いを協議す（龍法'24）56-4, 90（798）

るものとされている⁽⁹⁾。

下記の最高裁判決は、近親婚禁止規定に当る男女（叔父と姪）相互間の内縁関係であったが、その関係の内容や、それが形成されるに至った経緯、態様のほか、社会的受容性等を総合考慮したうえで、約42年間にわたり夫婦同然の生活してきた姪による遺族年金の受給資格を肯定している。画期的な名判決といえよう。上記の行政実務を誘引した裁判例と考えられている。

〔４〕 最判平成19・3・8民集61巻2号552頁（遺族厚生年金不支給処分取消請求事件）

【事実】X女（上告人）とA男との内縁関係の成立経緯を略述すれば、つぎのようになる。Aは、父B（Xの祖父）家族と同居していたところ、Cと婚姻して長女Dが生まれたが、Cは、統合失調症に罹患し、Dを残して実家に帰ってしまった。Aは、離婚の協議を重ねたが、Cの精神状態が原因で協議自体が困難であった上、Cの両親が、Cとの離婚後にCの妹と結婚することを強く望んだが、AはCを気遣って協議は4年間にわたり続いた。Aは、勤務の都合上、Dの世話はAの父母が行っていたが、父母らは、農業を営み年中多忙であったことから、Dは栄養失調気味であり、その衣類の洗濯も十分に行われていなかった。Aの兄の長女であるXは、春休み、夏休みなどには、祖父母の手伝いをするためAの住む父の実家を訪れ、その際にDの面倒を見た。Dも、親族の中で最もXになついていた。Aには既に子がおり、夜勤も多い上、その妻になれば同居している老父母の世話や農業の手伝いもしなければならないという事情があり、結婚相手を見つけることが困難であったこと等から、姪に当たるXとの結婚が提案された。Xは、当初は驚いたものの、Dの現状を慮ってDのために結婚を決意した。XとAは、共同生活を始めるに当たり、新婚旅行から戻った後、媒酌人による結婚式をした。一方、AとCとの協議離婚が成立し、Aは、税金の控除等を受けるため、Xとの結婚につき町長の証明願を得るとともに、Aを世帯主とする健康保険証と源泉徴収票にもXの氏名が記載されていた。XとAは、A死亡時まで約42年間にわたり夫婦としての生活を送り、その間に二子を儲け（認知済み）、Xら親子の生活費はAの収入から支出し、円満な家族生活を送った。Xは、日頃の家事をはじめ、Aの葬式の際も、Aの妻として挨拶を行う等、終始、事実上の妻としての役割を果たして

きた。Aは、Xに対し、年金に関する資料の所在を教えた上、自分が死亡した場合には、これをよく見て手続をするようにと常に言い聞かせていた。なお、Xの周囲には、代々農業で生計を立てている者が多く、そのような地域的な特性から、親戚同士で結婚する例も多くあり、Xの近い親戚の中には、いとこ同士で結婚した夫婦のほか、おじと姪で事実上の夫婦として生活する者がAの勤務先で2組、親戚に1組あった。

一審は、下記最高裁の説示と基本的に同趣旨を説示したうえで、Xの受給資格を肯定したが⁽¹⁰⁾、控訴審（東京高判平成17・5・31判時1912号3頁）は、遺族厚生年金制度が社会保障的性格の強いものであり、被保険者等及び事業主から強制的に徴収される保険料並びに国庫負担という公的財源によって賄われていることを考慮するとき、民法上の婚姻の届出をした配偶者に準じて、公的保護の対象にふさわしい内縁関係にある者であるかどうかという観点からの判断が求められるので、公益的要請を無視することはできないなどと述べたうえで、民法上禁止される三親等内の傍系血族間の婚姻関係は、我が国の婚姻法秩序において公益を害するものとされていることなどから、Xの受給級資格を否定した。

【判旨】（破棄自判）法が、内縁配偶者にも受給資格を認めることとしたのは、遺族厚生年金の社会保障的な性格や労働者の死亡について保険給付を行い、その遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与するという法の目的にも適合すると考えられたことによるものと解され、必ずしも民法上の配偶者の概念と同一のものとしなければならないものではない。しかし、他方で、強制的に徴収される保険料に国庫負担を加えた財源によって賄われていること（法80条、82条）を考慮すると、民法の定める婚姻法秩序に反するような内縁関係にある者まで、一般的に遺族厚生年金の支給を受けることができる配偶者に当たると解することはできない。ところで、民法734条1項より近親婚の婚姻禁止規定は、それが社会倫理的配慮及び優生学的配慮という公益的要請を理由とするものであるから、近親者間における内縁関係も、一般的に反倫理性、反公益性の大きい関係というべきである。殊に、直系血族間、二親等の傍系血族間の内縁関係は、反倫理性、反公益性が極めて大きいと考えられるのであって、いかにその当事者が社会通念上夫婦としての共同生活を営んでいたとしても、法3条2項によって保護される配偶者には当たらないし、三親等の傍系血族間の内縁関係も、このような観点からみれば、基本的にはこれと変わりがない。もっとも、わが国では、かつて、農業後継者の確保等の要請から親族間の結婚が少なからず行われていたことは公知の事実であり、Xの

周囲でも、地域的特性から親族間の結婚が比較的多く行われるとともに、おじと姪との間の内縁も散見されたというのであって、そのような関係が地域社会や親族内において抵抗感なく受け容れられている例も存在したことがうかがわれるところ、「このような社会的、時代的背景の下に形成された三親等の傍系血族間の内縁関係については、それが形成されるに至った経緯、周囲や地域社会の受け止め方、共同生活期間の長短、子の有無、夫婦生活の安定性等に照らし、反倫理性、反公益性が婚姻法秩序維持等の観点から問題とする必要がない程度に著しく低いと認められる場合には、上記近親者間における婚姻を禁止すべき公益的要請よりも遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与するという法の目的を優先させるべき特段の事情があるものというべきである」。これを本件についてみると、XとAとの内縁関係は、Dの養育を主たる動機として形成され、媒酌人を立て、親戚間の祝宴を経て、地元町長やAの職場の長もその成立を認証したというのであり、当初から反倫理的、反社会的な側面をもったものとはいいい難く、親戚間では抵抗感なく承認され、地域社会やAの職場でも公然と受け容れられていたものである。また、XとAは、その後2人の子にも恵まれ、A死亡まで約42年間にわたり円満な夫婦生活を安定的に継続したというのであり、その間、Xは、共済組合の短期給付、国民健康保険及び源泉徴収の面でAの内縁の妻として扱われていた。これらの事情からすれば、上記内縁関係の反倫理性、反公益性は、婚姻法秩序維持等の観点から問題とする必要がない程度に著しく低いものであったと認められる。反対意見がある。

社会保障制度の趣旨と民法の婚姻秩序の理念とは、基本的に異質であり、前者は被保険者ないしその遺家族の生活の維持を眼目としている。夫の死亡という偶然の出来事によって、妻ないし遺族がその生活維持の方途を失うことになるならば、労働者としての夫は安心して働けないであろう。社会保険制度は、被保険者である夫の負担をベイスとしながら、国家的な補助も加えて、遺族の生活を保障するという政策的意図によって、構築されている。その遺族には内縁の妻も含まれることが法定されているが、本件では、内縁夫婦が婚姻障害となる近親であったので、そのことが受給資格にどのような影響を及ぼすのか、相当程度困難な問題を提起した。現に積極的な判断をした一審を原審は取り消しており、混乱したまま、最高裁の

判断を仰ぐこととなったのである。

最高裁は、社会保障での配偶者と民法上の配偶者との概念は必ずしも同一のものとしなければならないものではない、との前提のもとで、一方では、強制的に徴収される保険料に国庫負担を加えた財源によって賄われていること（法80条、82条）を考慮して、民法の定める婚姻法秩序に反するような内縁関係にある者まで、遺族厚生年金の支給を受けることができる配偶者に当たると解することはできない、とする一般的な原則を導き出している。殊に、直系血族間、二親等の傍系血族間の内縁関係については、反倫理性、反公益性が極めて大きいと考えられるのであって、法3条2項によって保護される配偶者には当たらないものと解した。また、三親等の傍系血族間の内縁関係も、このような反倫理性、反公益性という観点からみれば、基本的にはこれと変わりがないとするが、この種の内縁については、本件のような特段の事情があるケースでは、これを保護に値する内縁と解しても、同法の制度趣旨に反しないと判断した。

そうした判断を導いた考慮事情が重要である。最高裁が重視した事情とは、つぎのようなものであった。わが国では、かつて農業後継者の確保等の要請から親族間の結婚が少なからず行われていたところ、Xの周囲でも、地域的特性から親族間の結婚が比較的多く行われるとともに、おじと姪との間の内縁も散見され、そのような関係が地域社会や親族内において抵抗感なく受け容れられている例も存在したことがうかがわれ、そうした事情がある場合には、民法の婚姻秩序維持の要請よりも、遺族の生活の安定・維持を目的とする社会保険制度の趣旨を優先させるべきである、と。

本判決は、婚姻障害の反倫理性・公益性を二段階に区別して、その要請が低減されている三親等相互間の内縁夫婦では、法所定の形式的要件を充足しても、個別具体的に内縁の成立事情などを考慮すべきことを明らかにしたので、今後は、この種の事例では、そうした事情に留意しなければならないとなったといえよう。いうところの「地域的特性」が必需の条件かは

不分明であるとともに、本判決自体の射程範囲が曖昧であるなどの批判があるとしても、最高裁判決といえども、まずは当該事件の個別的解決が先決課題であることは、周知の事実であるので、そうした批判は全面的には当たらず、とにかく近親婚内縁における遺族年金の受給資格の是非について、積極論を展開し、下級審裁判例に対し歩むべき一定の方向性を示して、この方面の課題に一石を投じたという意味では、刮目に値するものといえよう⁽¹¹⁾。

（２）養親子間の内縁関係

（ア）積極例 以下の〔４〕と〔５〕の判決例は、男女関係が夫婦としての共同生活を営んでいる実体があり、周囲もそのような関係として認めていたことなどから、受給資格を認めるための特段の事情があるとしている。

〔５〕大阪地判平成２・３・５平成30年（行ウ）128号遺族厚生年金不支給処分取消請求事件

【事実・判旨】Ａ男とＸ女は、平成17年に結婚紹介所によるお見合いで知り合い、すぐに婚姻を前提に交際をはじめるとともに、Ｘの家で同棲した。まもなく結婚をしようとしたが、Ａには直近で離婚歴があったので、女性の母親が結婚に反対したものの、養子縁組ならば許すなど述べた。Ｘらは何度も母親の許しを求めたが、許されなかった。平成18年、両者は婚約指輪を購入し、神社で二人だけの結婚式を挙げて、夫婦としての共同生活を始めたが、近隣からは夫婦のように受け止められていたことに加えて、同じ氏をなりたいことなどから、内縁のままにしないで、婚姻に代わって、Ａ（当時48）とＸ（当時43）は、平成18年にＡを養父、Ｘを養子とする養子縁組をした。このとき二人は母親の許しが得られたときに正式な夫婦になればよい、との認識をしていた。かくて、夫婦はＡの収入で生活を維持し、親族も夫婦として接していたし、周囲からは夫婦として認識されていた。

【判旨】当該養子間の内縁関係の反倫理性・反公益性が婚姻法秩序維持の観点から問題とする必要がない程度に著しく低いと認められる場合には、遺族の生活の安定と福祉を目的とする厚生年金法の目的を優先させるべきである。本件では、上記のような事情のもとで、養子縁組をする以前から夫婦としての共同生活の実体

を有していたのであり、しかも、A死亡までの約11年間にわたって、夫婦としての実体があり、Aの収入によって生計を維持し、精神的に支え合って安定した生活を継続してきたものであって、厚生法の目的を優先させるべき特段の事情があるというべきである。

〔6〕東京地判3・7・28令和1年（行ウ）第381号遺族厚生年金不支給処分取消請求事件

【事実・判旨】X女（当時30代半ば）とA男（当時60歳前後）は、平成10年頃に独身の男女として知り合い、自然な交際を経て同棲を始め、Aが入院した平成19年7月までの約9年間、専ら夫婦としての生活実態を伴う同居生活を営み、Aの収入によって生計を維持しつつ、精神的に支え合って円満な共同生活を安定的に継続していたものであり、Aが同月に入院した後も、Xは内縁の妻としてAの闘病生活を支えてきたことのほか、X・Aは近親者からも一貫して内縁の夫婦として認識されていた。また、X・Aが本件養子縁組をしたのは、Xにおいて、Aの治療のほか、Aの葬儀に関する種々の事務を行いやすくしたり、Aの遺産を相続することができるようにしたりするという便宜的な側面の強い理由からであり、それまでの専ら夫婦としての生活実態を変更して、両名の間に親子関係をも構築することを目的としていたわけではないことは明らかであるし、実際に、養親子関係が形成されてからAが死亡するまでの僅か2か月弱の期間に、両名の間に親子関係としての生活実態が形成されたわけでもなかった。また、両名の近親者においても、本件養子縁組は便宜上されたものにすぎず、両名の関係は依然としてそれまでと同じ内縁関係であったと認識していた。このように、X・Aとの内縁関係は、その開始当初において何らの反倫理性、反公益性は認められず、そうした内縁関係が約9年間続いた後に本件養子縁組が多分に便宜的な理由からされたからといって、両名間の実体的な関係には何らの変化も生じたわけでもなく、両名の近い親族からもそのように認識されていたといえることを踏まえると、本件養子縁組によって、結果的に、Aの死亡前の2か月弱の間、内縁関係と養親子関係とが法的に併存する事態になってしまったことに伴う反倫理性、反公益性は、婚姻法秩序の立脚する公益的要請の観点から問題とする必要がない程度に著しく低いと認められるといえる。

（イ）消極例

〔７〕東京地判平成26・11・14平成25（行ウ）第250号遺族厚生年金不支給処分取消請求事件 裁判所ウェブサイト掲載判例

【事実・判旨】X女は、昭和61年暮れ頃から、A男が刑務所に収容されていた約3年間を除き、同人が死亡する平成20年2月ころまで同居し、その間に子どもも出生し、Aが刑務所から出所した平成2年11月頃以降は、親族や地域社会、Aの職場などでも、Aの妻として紹介され、X自身もそのように振る舞い、Aの妻として認知されていたことが認められる。しかし、本件内縁関係は、養親子の間の婚姻の禁止規定に抵触し、婚姻秩序との抵触が大きい直系血族間の内縁関係であったこと、XとAの交際が開始された当時、Aは婚姻中であり、平成2年11月にAが離婚をするまで、XとAとの関係はいわゆる不貞関係にあったこと、両者は、Aの出所後も離縁をすることがなかったこと、XがAの養子であることがAの親族、地域の住民、Aの職場の関係者などに認知されていたことをうかがうに足りる証拠はない。

三 重婚的内縁について

先述のように、この種の問題の核心は、重婚的關係にある内縁配偶者の受給資格の可否にあり、法律婚の形骸化のほか、夫の死亡当時に夫によって生計を維持されていたことが必要とされている。本稿は、そうした裁判例のうちで、「法律婚の形骸化の判断」をめぐる問題を中心として、興味深い具体的を積極例と消極例とに大別して、かなり詳細に検討したうえで、いかなる考慮事情が重要視されているのかについて、可能な限り明らかにしたいと考えている。

ところで、抽象論としては、すでに最高裁判決によれば、「婚姻関係が実体を失って形骸化し、かつその状態が固定化して近い将来解消される見込みのないとき、すなわち事実上の離婚状態にある」場合には、内縁の妻の方に受給資格があるとされている（最判昭和58・4・14民集37巻3号270頁）。その判断指標は、民法上の重婚的内縁問題を解決するうえでも、下級審裁判例に影響を与えているだけではなく、これまでの裁判例の蓄積

とも密接に関連しているように思われる。また、内縁の成立事情にも興味深いものがあるので、その点も含めて、紹介しておこう。

一 最高裁の基本的立場

1 先例としての判決例

〔8〕 最一判昭和58・4・14民集37巻3号270頁（遺族年金却下取消請求事件）⁽¹²⁾
【事実】 X女は、昭和5年にA男（警視庁巡査）と婚姻し、四子をもうけたが、昭和27年5月頃からAがB女と親密な関係を結んだことから、夫婦の仲が険悪となり、XとAは協定書を作成して昭和28年7月に別居し、その後、AはBと同棲した。Xは昭和28年9月離婚調停の申立てをし、同年12月不調となったが、その頃、Aは再びXらと同居するようになった。別居の要因は性関係がないことにあり、その原因はAによって感染させられた性病にあり、再び感染すると治療の方法がないと診断されたことに基因するが、同居回復後もその事情は変わらず、Aは家庭内では孤立し、外泊することがたびたびであった。その後、Aは、昭和31年6月頃C女と知り合って親密になり、同年11月中に再度家を出ることを決意して、家を出たが、自己の警察恩給をXが直接受領することを承諾する旨の承諾書を交付した。また、その頃、子供が18歳になるまで養育料を仕送りすることを約した。やがて、AはCと同棲を始め、死亡する昭和43年8月4日に至るまでCとその連れ子と共に生活し、その間、一度もXのもとに帰らなかったが、前記約束に基づいて養育料の仕送りを続けたほか、警察恩給は昭和31年11月以降Xに全額受領させており、Aの死亡後は、その約五分の三に当たる額を扶助料として現在まで支給されている。なお、Xらは昭和35年8月17日付をもってAの健康保険の被扶養者及び税法上の扶養親族から削除され、代ってCとその連れ子が同年12月14日付をもってその対象となり、CはAの妻として取り扱われていた。Cは昭和32年頃からAと同棲生活を始め、AのXに対する前記送金を助けるため内職、派出婦等をして共に働き、二人協力して送金をしていた。また、昭和39年2月頃、AはCを自己の郷里に伴い、実母や親戚に対し、同人を新しい妻であるとして紹介した。また、昭和40年7月5日A偽造の離婚届を提出した後は、Cら親子と婚姻及び養子縁組の届出がされている。Aの葬式はC側で行われ、遺骨もCによって手厚

く葬られた。一方、Xは、別居以来、Aに対し毎月の仕送りを求める等の経済的要求を行ってはいるものの、正常な婚姻関係に復させるべく何らの働きかけもしていないことに加えて、性病のこともあって同居を拒絶し続けた。Xは、農林漁業団体職員共済組合法にいう遺族給付を求めたが、共済組合がこれを却下した。原審は、XとAは、事実上婚姻関係を解消することを合意したうえ別居を繰り返しており、Aの前記経済的給付はいずれも事実上の離婚給付としての性格を有していたとみられ、さらに、別居後はXには共同生活を伴う婚姻関係を維持継続しようとする意思がなかったと認められる旨を認定したうえ、これらを総合すると、XとAとの間の婚姻関係は、昭和31年12月以降は事実上の離婚状態にあったものといわざるをえず、Aが死亡した昭和43年8月4日頃にはその婚姻関係は実体が失われて形骸化し、かつ、その状態が固定化していたものというべきである旨を判示して、裁決を取り消した。最高裁も、以下のように説示したうえで、原判決の事実認定に基づく判断指標を是認している。

【判旨】「農林漁業団体職員共済組合法（昭和39年法律第112号による改正後、昭和46年法律第85号による改正前のもの。以下「本件共済組合法」という。）24条1項の定める配偶者の概念は、必ずしも民法上の配偶者の概念と同一のものとみななければならないものではなく、本件共済組合法の有する社会保障法的理念ないし目的に照らし、これに適合した解釈をほどこす余地があると解されること、また、一般に共済組合は同一の事業に従事する者の強制加入によつて設立される相互扶助団体であり、組合が給付する遺族給付は、組合員又は組合員であつた者（以下「組合員等」という。）が死亡した場合に家族の生活を保障する目的で給付されるものであつて、これにより遺族の生活の安定と福祉の向上を図り、ひいて業務の能率的運営に資することを目的とする社会保障的性格を有する公的給付であることなどを勘案すると、右遺族の範囲は組合員等の生活実態に即し、現実的な観点から理解すべきであつて、遺族に属する配偶者についても、組合員等との関係において、互いに協力して社会通念上夫婦としての共同生活を現実に営んでいた者をいうものと解するのが相当であり、戸籍上届出のある配偶者であつても、その婚姻関係が実体を失つて形骸化し、かつ、その状態が固定化して近い将来解消される見込のないとき、すなわち、事実上の離婚状態にある場合には、もはや右遺族給付を受けるべき配偶者に該当しないものというべきである」。

原判決も最高裁も当時の社会保険庁の認定基準を前提としていることはいうまでもないが、原判決が、保護の一つの判断指標として、本件事案と

の関係で「離婚合意」を指摘している。この指標は、大審院判決やそれを承けた戦後の下級審裁判例と同趣旨のものであり、最高裁が、そうした裁判例の蓄積を意識したうえで、より一般的に「事実上の離婚状態」というフレーズを使用していることは否定できないであろう⁽¹³⁾。もっとも、やがて裁判例は、「婚姻を維持継続する意思」の有無を重要視する傾向にある事情については、後掲する裁判例からも明らかとなるであろう。

なお、本件の内縁当事者は、法律婚が破綻した後に同棲しているが、そうした事情も、ここでの問題の解決にとって、それが単に消極的な意義にとどまるとしても、注意すべき点ではなかろうか。

2 その後の最高裁判決

下記の判決例は上記の最高裁判決の準則を堅持しているので、判例としては固まったといえよう。具体的には、法律婚夫婦は20年以上別居を続けており、両者の間には反復、継続的な交渉がなく、双方とも婚姻関係を修復する努力をしていないことや、婚姻関係を清算する趣旨で法律上の妻に1万円を支払っていることのほか、内縁の妻が、同居する夫の収入により生活を維持していたことなどの事情から、内縁の妻の方に受給資格があるとされている。なお、本件も、内縁夫婦が親密になった時期は別居後である。

〔9〕最判平成17・4・21裁判集民事216号597頁（遺族共済年金不支給処分取消請求事件）⁽¹⁴⁾

【事実・判旨】A男は、法律上の妻Z（補助参加人）と、国立大学の宿舍で同居していたが、昭和53年ないし55年ころからAが宿舍を出て別居し、Aの死亡した平成13年1月まで20年以上の長期にわたり別居を続けた。その間、Aが宿舍料を負担していたほかは生活費を負担することもなかった。AとZは、両者の婚姻関係を修復しようとする努力はせず、昭和57年夏ころ以降は会うこともなかった。Aは、Zに対し、平成元年12月22日、1千万円を送金したが、これには、宿舍から円満に転居してもらう費用を支払うことのほか、AとZとの間の婚姻関係を清算する

ための金員を支払う趣旨も含まれていた。他方、X女は、AがZと別居するようになった後にAと親密な関係になり、昭和59年ころからAと同居して夫婦同然の生活をするようになって、Aの収入により生計を維持していた。Aが死亡した際も、Xが最期までその看護をした。判旨は、AとZの婚姻関係は実体を失って修復の余地がないまでに形がい化していたもの、と判示した。

これに対して、反対意見は、婚姻関係の解消につき合意がないこと、Aは、Zを被扶養者（配偶者）として届け出て、扶養手当の給付を受けており、Zを税法上の配偶者控除の対象配偶者として届け出て、同控除を受けていたことのほか、さらに、別居を開始した後も、参加人が同2年4月まで居住していた宿舍の宿舍料を給与引落しにより支払っていたことなどから、AとZの婚姻関係は形がい化しているなどとはいえない、とした。

たしかに、反対意見にも一理あるように思われる。多数意見は、A（ひいてはX）が妻の名義を利用して配偶者に付与されている各種の利益を得ているという事実を軽視しているからである⁽¹⁵⁾。広い意味では、禁反言の原則にも触れることとなろう。しかしながら、そうした事情があるとしても、それは法律婚夫婦の真の相互交流とは言えないであろう。従来の判決例では、その当否はしばらく措くとしても、妻との関係を曲がりなりにもなんとか維持しようとする夫の行為態様に注視しながら、法律婚夫婦の形骸化の有無を判断していたように思われる。

二 下級審裁判例の状況

以下の下級審裁判例では、どのような事情により、法律婚の形骸化の有無が判断されているのかについて、形骸化しているケースとそうではないケースとに大別して、具体的な事実関係に依拠しながら整理・分析してみよう。

1 法律婚が形骸化しているケース

(1) 法律婚夫婦間で経済的支援など交流がなく、かつ、婚姻関係を修復す

る意思が認められない場合

このような場合には、法律婚の修復可能性がないとされる傾向がある。

(a)つぎの例では、夫は妻のもとに立ち寄ることはあったが、生活費は送らず、子の養育は妻に任せ、遺言では妻には財産を与えず、先祖の位牌等も持ち去っていることなどがら、婚姻は修復不可能になっている、とされている。なお、その間に離婚が成立している。

[10] 東京地判平成3・10・30判時1418号95頁（共済金請求事件等）

【事実】 A男（医師）と法律上の妻Zは共に歯科医師であり（昭和23年婚姻）、二子をもうけたが、夫婦関係がうまくゆかず、単身で昭和43年ころに歯科医院を開業した。B男と婚姻していたX女は、昭和49年ころ別居し、昭和51年8月、長女が結婚した機会にAと同棲するようになり、A死亡まで同棲生活を続けた。なお、XとBは、昭和56年11月ころ、協議離婚した。Aは、Xと同棲後においては、Zの下に立ち寄ることはあっても、そこに泊まることはなく、Zに生活費等を送ることもなく、子供の養育は、専らZに任せ、昭和53年ころには、Zの下にあった先祖の位牌と仏壇を自宅に持ち帰った。Aは、昭和57年1月ころ、Zに離婚の申し出をしたが、成立しなかった。Aは、昭和53年と昭和58年に入院したが、いずれの場合も、Xが看病し、Zは看病しなかった。Aは、昭和60年3月に公正証書による遺言をしたが、遺言ではZには財産を与えず、A家の墓所を使用することさえも拒否した。

【判旨】 本件では、「遅くとも、AがXと同棲し始めた昭和51年8月以降においては、AとZの婚姻関係がその実体を失って形骸化し、且つ、その状態がAが死亡当時まで10年以上にわたって続き、固定化し、それが解消される見込みはなかった」。他方、XはAの事実上の妻として同人と同棲し、昭和56年11月にBとの離婚が成立した後は、Aと法律上にも結婚し得る状態にあったのである。

(b)つぎの判決は、約19年間にわたって別居し、その間に法律婚夫婦には夫婦としての日常的交流や経済的依存関係がなく、その修復につとめた形跡もないことから、法律婚の形骸化が固定化して近い将来にその回復可能性もない、とされた。

〔11〕青森地判平成9・5・27判タ962号232頁遺族共済年金支給取消処分取消請求等事件

【事実】A男（大正5年生）と参加人Z女は、結婚式を挙げて甲野の家に入り、昭和16年5月に婚姻の届出をした。Zは、Aの両親らと同居したが（「甲野家」）、Aの両親等との折り合いが芳しくなかったため、約1年後、Aや子供たちと共に甲野家を出て、昭和34年ころ以降は甲野家に戻ることはなかった。その間、AとZとの間には、昭和18年から27年までに5人の子が生まれている。ところが、Aは昭和35、6年ころからB女と交際して同人宅へ通うようになり、Bとの交際は昭和43年ころまで続いた。他方、Zは、昭和43年ころ、長男宅に転居し、以後現在まで同人宅で生活している。一方、X女は、昭和42年に夫を亡くした後、甲野家の向いにある自宅で食堂経営をして一男五女との生活を維持していたが、昭和44年ころ、Aから次期村長選挙に立候補するので身の回りの世話をしてほしいと言われ、昭和46年2月ころ、自宅にAを迎え、同人との同棲を始めた。Aは、Xと同居生活を始めた当時、村長選挙に立候補して当選し、平成元年12月までの4期16年にわたって村長を務めた。その間、Xは、Aの事実上の妻として、Aの身の回りの世話をしたほか、対外的にAの後援会活動や村長選挙の選挙運動を行い、市町村長の会合にAの妻として出席したり、Aと二人で結婚式の仲人を務めるなど村長夫人として行動し、周囲から「村長のおっかあ」などと呼ばれていた。また、Aも、Xの長男と五女の各結婚式に出席するなどXの夫として行動し、昭和52年ころからは自己名義の預金通帳や印鑑をXに預けていた。Xは、昭和49年に自宅の店を閉めた後は、Aの村長としての収入で家計を支えていた。Aは、平成元年12月に受領した村長の退職金の中から、X名義の預金口座に500万円を入金するとともに、預けていた預金通帳の預金840万円余を贈与した。Aは、平成二年三月二日、急性胃潰瘍により死亡し、葬儀では、Xを妻としたが、Zらは葬儀に出席しなかった。共済組合連合会審査会は、A・Zとの婚姻関係が完全にその実体を失って離婚同様の状態になっていたとまでは判定できない、とした。

【判旨】AとZの間には、法律婚関係を解消する明示の合意はなく、AからZに対し、積極的に離婚を求めて裁判等の法的手段に訴えたことはないものの、約19年余り別居状態にあり、その間、相互に自分のもとへ戻るように求めるなど法律婚関係の修復に努力した形跡もなく、夫婦としての日常的交流や経済的依存関係も認められない。したがって、その法律婚関係は、その実体を失って形骸化し、かつ、その状態が固定化して近い将来解消される見込みがない状態にあったものと認めるのが相当である。他方、Xが、Aと事実上婚姻関係と同様の事情にあり、同人

によって生計を維持していたことは明らかである。

(c)つぎの例では、離婚の手続きをとってはいないが、双方ともに法律婚関係を修復しようという意思はなく、両名の法律婚関係が修復される可能性はなかったことなどの事情が認定されている

[12] 青森地判平成9・5・27判タ962号232頁遺族共済年金支給取消処分取消請求等事件

【事実】A男（大正五年生）と参加人Zは、昭和10年ころから交際を始め、両者の間に、長男ら二子が生まれた。その後、Zは、Aと結婚式を挙げてAの実家・甲家に入り、二男を出産した後、昭和16年5月に婚姻の届出をした。Zは、Aの両親、弟夫婦らと同居したが、Aの両親等との折り合いが芳しくなかったため、約1年後、Aや子供たちと共に甲家を出て、Zの実家にあった小屋を居住用に改造して生活するようになり、その後、数回、甲家と右居宅の生活を繰り返した後、昭和34年ころ以降は甲家に戻ることはなかった。その間、AとZとの間には、昭和18年から27年までに5人の子が生まれている。ところが、Aは昭和35、6年ころからB女と交際して同人宅へ通うようになり、Bとの交際は昭和43年ころまで続いた。他方、Zは、昭和43年ころ、長男宅に転居し、以後現在まで同人宅で生活している。一方、X女は、昭和42年に夫を亡くした後、甲野家の向いにある自宅で食堂経営をして間にもうけた一男五女との生活を維持していたが、昭和44年ころ、Aから次期村長選挙に立候補するので身の回りの世話をしてほしいと言われ、昭和46年2月ころ、自宅にAを迎え、同人との同棲を始めた。Aは、Xと同居生活を始めた当時、村長選挙に立候補して当選し、平成元年12月までの4期16年にわたって村長を務めた。その間、Xは、Aの事実上の妻として、Aの身の回りの世話をしたほか、対外的にAの後援会活動や村長選挙の選挙運動を行い、市町村長の会合に太郎の妻として出席したり、Aと二人で結婚式の仲人を務めるなど村長夫人として行動し、周囲から「村長のおっかあ」などと呼ばれていた。また、Aも、Xの長男と五女の各結婚式に出席するなどXの夫として行動し、昭和52年ころからは自己名義の預金通帳や印鑑をXに預けていた。Xは、昭和49年に自宅の店を開めた後は、Aの村長としての収入で家計を支えていた。Aは、平成元年12月に受領した村長の退職金の中から、X名義の預金口座に500万円を入金するとともに、預けていた預金通帳の預金840万円余を贈与した。Aは、平成2年3月急性胃潰瘍

により死亡し、葬儀では、Xを妻としたが、Zらは葬儀に出席しなかった。Aは、地方公務員等共済組合法による退職共済年金の受給資格を取得していたので、Aの遺族に遺族共済年金が支給されることになった。Y関係機関は、Xを配偶者に該当するとした。他方、Zも年金の支給を求めたが、配偶者には該当しないとされた。ところが、全国市町村職員共済組合連合会審査会は、A・Zとの婚姻関係が完全にその実体を失って離婚同様の状態になっていたとまでは判定できない、とした。

【判旨】AとZの間には、法律婚関係を解消する明示の合意はなく、AからZに対し、積極的に離婚を求めて裁判等の法的手段に訴えたことはないものの、約19年余り別居状態にあり、その間、「相互に自分のもとへ戻るように求めるなど法律婚関係の修復に努力した形跡もなく、夫婦としての日常的交流や経済的依存関係も認められないのであるから、Zは、むしろ、AとXの関係を黙認していたというべきであって」、双方ともに法律婚関係を修復しようという意思はなく、両名の法律婚関係が修復される可能性はなかったといわざるを得ない。したがって、事実上の離婚状態にあったものと認めるのが相当である。他方、Xは、Aと事実上婚姻関係と同様の事情にあり、Aによって生計を維持していたことは明らかであるから、法所定の「遺族」たる配偶者に該当すると認めるのが相当である。

(c)つぎは、法律婚の妻は最後まで婚姻関係を維持する意思があり、夫は子供の養育費を一時期送付していた事実があるが、その後は、夫婦の交流がまったくなかったとされ、法律婚の形骸化が認められている。

〔13〕東京地判平成10・5・27労働判例739号65頁（遺族補償給付不支給処分取消請求事件）

【事実】労働者災害補償保険法（12条の8第2項、16条の2第1項）による遺族補償給付・葬祭料の受給資格が論点となった。A男（昭和13年生）は、昭和40年3月B女と婚姻し、昭和41年にC女が出生した。両者は、結婚当初からAの母M子と同居していた。Aは、事業に失敗して昭和42年9月に甲借家に転居した当時から月に半分くらいしか帰宅しないようになった。Bは、Aに女性関係があったため、昭和52年にも離婚調停の申立てをしたが、離婚の合意に至らず、Bは申立てを取り下げた。Aは、昭和46年ころまでは生活費の一部及び家賃相当額として月3万円をBに持参していた。Bは、その金員では生活費が不足するので、昭和43年2

月ころから働きに出ていた。Aは、昭和46年に母M子らとともに転居し、以後はBに対し、家賃相当額として月1万2千円を送金していた。送金は、Bが甲借家に住んでいた間続いた。その間、Aは時々Bを訪れていた。Bは、甲借家の明渡しを求められたので、昭和54年10月に市営住宅に転居した。以後、AはBを一度も訪れることがなく、AとBとは完全な別居状態となった。Bは、社会福祉法人「A園」に寮母として働いていたが、市営住宅に転居してから生活保護を受けるようになった。Aの母M子は、一定の期間、Bに養育費を送金していたところ、Bは、M子が家を明け渡した後はAの所在が全く分からなくなり、養育費の送金を別とすれば、音信不通となった。Bは、Aが死亡したことをXから人を介して連絡を受け、Aの葬儀にCとともに駆けつけており、最後まで籍を抜くつもりがなかった。一方、X女（昭和12年生）は、クラブで稼働しながら、自宅マンションで長男と生活していたところ、客として来たAと知り合い、親しい間柄となって昭和56年11月には長男の納得のうえでAとXのマンションで同居するようになった。Xは、昭和57年ころ、Aが資金繰りに苦しみ、M子を住まわせていた家を債権者に取られそうになっていたため、Aに対し、500万円を援助したが、A経営の企業は倒産し、所有していた家も失った。Aは、その後、管工事の仕事をを行い、Xの自宅を連絡場所としていた。昭和60年3月から10月にかけてAの母M子は入院し、Xは、Aの嫁の立場からM子を看病し、自宅の近くのマンションを賃借して退院後のM子を住ませた。Xは、M子が病後の一人暮らしであったので、毎日食事の世話や身の回りの世話をしたが、昭和61年7月死亡した。Aは、昭和61年9月に出稼ぎに出て、各地を転々としたが、三箇月から四箇月に一度はXの自宅に帰り、その間は生活費を送金するなどしていた。

【判旨】重婚的内縁関係にある者について、法所定の「事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」の判断に当たり、当事者間に婚姻関係を解消することについての合意があることは、必ずしも要件となるものではなく、「別居に至る経緯、別居期間、婚姻関係を維持する意思の有無、婚姻関係を修復するための努力の有無、経済的依存関係の有無・程度、別居後の音信、訪問の有無・頻度等を総合考慮して右の判断を行うべきである」。本件では、Bが昭和54年10月に市営住宅に転居した後は、A・Bが完全な別居状態となり、AがCの養育費を送金していたという事情はあるものの、それも昭和58年6月をもって終了し、以後はBとは全く交流がなく、音信不通のまま長年が経過したものであり、他方、Aは昭和56年11月以降Xと内

縁関係に入り、XにおいてAの母M子の療養看護に努め、食事の世話をし、Aは、Xに対し、出稼ぎ先から定期的に生活費を送金していた等、夫婦共同生活を送っていた。それゆえ、遅くともA死亡時（昭和63年4月）までには、ABは事実上の離婚状態に至っていたものといえることができる。他方、Xは、Aと内縁関係にあり、その収入によって生計を維持していた。Bは、Aの葬儀にCとともに駆けつけており、最後まで戸籍上の婚姻関係を維持するつもりであったことも事実であるし、また、Bが生活保護を受けていることからすると、このように解することは、あたかも法律上の妻の犠牲において内縁の妻を保護する結果となるかのような観がある。しかし、労災法は、婚姻の届出をした配偶者であっても、生計維持を要件としており、Bの気持ちは尊重されてしかるべきではあるが、同条は、労働者の死亡によって失われた同人に扶養されていた家族の被扶養利益を補てんすることを目的とするものであり、Bの気持ちを尊重してXの受給権を否定することは、制度の趣旨を損なう結果となる。

本判決は、法律上の妻の立場にも一定の配慮をしながらも、労災法の制度趣旨を重視して、被災者の死亡時に内縁関係にあり、現にその扶養を受けていた内妻に軍配をあげた。

(d)つぎの例では、夫婦別居後の妻は自活の途をあゆみ、経済的な依存関係はなく、婚姻の修復に努力した事実もないことのほか、本件共済契約の締結については、夫には資力がなかったので内縁の妻が主導していたことなどから、婚姻関係の形骸化が認められている。

[14] 大阪地判平成13・8・30判タ1097号277頁（共済金給付請求権確認請求事件）

【事実】A男（平成10年7月13日死亡）が昭和63年9月に全労済との間で共済契約者兼被共済者とする個人定期生命共済契約を締結していたので、Aと内縁関係にあったX女の死亡共済金の受給資格が問題となった。A男は、昭和42年12月にY女と婚姻し、両者は同じ職場を昭和57年7月一杯で退社した。Aは、遅くとも昭和57年8月ころには、Yと別居するに至り、Xと同居生活を開始した。Xは、当時、新たな勤務先において、月額約30万円の給与を受けていた。一方、Yは、Aの別居後はマンションのローンの返済や生活費も、自己の収入でこれを賄っていた。昭和58年3月ころ、Yは、夫婦関係調整や、姻費用分担の調停事件の申立てをし

たが、不調におわった。Aは、昭和59年10月には、肝臓を悪くし、勤務先を退職して、ほとんど収入はなかったが、Xの方は、所有マンションを第三者に賃貸し、その賃料6万円を取得していたし、パートなどで収入を得ていた。Aは、昭和63年9月に本件共済契約を締結したが、Xが加入手続き等は処理し、関連書類を所持するとともに、掛金を支払うための預金通帳及び銀行届出印は、Xが所持し管理し、Xは勤務先からの収入で得た金銭を上記預金口座に入金して、諸経費をそこから引き落としていた。Aは、平成10年7月55歳で病死した。Aの法定相続人は、Y₁及び母である。Xは、250万円以上の葬儀費用を負担して、葬儀を執り行い、Xから連絡を受けたY₁も、上記葬儀（通夜）に参列した。なお、Xは、同年9月生命保険契約に基づく死亡保険金800万円を取得している。

【判旨】本件では、AとYは、遅くとも昭和57年8月ころには、別居し、A死亡時までの約16年間、別居状態にあったこと、Yは、調停を申し立てたことがあったものの、別居後は実質的な話し合いはなされておらず、その後、Aが死亡するまでの間、いずれからも、婚姻関係を修復するための積極的かつ具体的な働きかけがなされた形跡がうかがえないこと、Yは別居中、Aから生活費等の仕送りを受けたことはなく、自活の道を歩み、Aとの間に経済的な依存関係はなく、また、夫婦としての日常的な交流があったとも認め難い。一方、AとXの生活は、Xが勤務先から相当額の収入を得ていたことからすると、Xの収入で支えられており、Xは、Aの病状にも鑑みて、本件共済契約の加入手続きをとり、上記預金通帳の入金分は、Xの収入によるものであると推認できる。Aの死亡後、Xは、葬儀費用を負担して、Aの葬儀を執り行っている。それゆえ、Aの死亡当時、婚姻関係はすでにその実体が失われていたものと推認することができる。

(e)つぎの例でも、夫婦間の交流がまったくなかったわけではないが、婚姻関係を修復する意思が見られなかったとされている。

〔15〕名古屋地判平成13・9・14判タ1086号124頁（遺族年金裁定取消処分等取消請求事件）

【事実】X女は、昭和25年にA男（大正14年生）と挙式同棲後、翌年に婚姻届を提出し、その後、三子（長男等）が出生した。Aは、通勤中のバスで知り合った補助参加人Zと昭和36.7年ころから、交際するようになり、Aが名古屋に単身赴任後程なくして、Zと同棲を開始した。Xは、昭和39年8月ころには、AがZと同棲していることを知ったが、その同棲を解消させるべくZに迫るなどの積極的な措

置を講ずることはなかった。Aは、昭和44年1月、退職時にZとともに転居し、住民登録についてもXの自宅から転居先に移した（Zが住民票を移したのは昭和62年）。そして、AとZはアパートで共同生活を送っていた。その後、Aは、昭和44年8月、某会社に再就職した。一方、Xは、自宅で厳しい経済状態に耐えながら3人の子らと生活していたが、Aは、転居赴任後も少なくとも昭和48年ころまでは、自宅に毎月7千円程度の仕送りをしており、Xに対して、その体調や子供の学校のことを心配しつつ、送金額が少ないことなどを詫び、勤めを辞めて自宅に帰ることも考えていることなどと記した手紙を送っていた。Xも、昭和42年から昭和49年にかけて5回はAの下を訪れている。そして、Xは、Aと会った際、Zとの関係を解消してほしいとの希望を伝えることがあったが、Aは、その希望を無視し続けた。Aは、昭和48年ころ以降、二女が高校を卒業した昭和52年ころまでは、Xらに不定期ながらも仕送りは続けていたものの、それ以降はたまに自宅に帰省した際に数千円程度の現金をXらに渡す程度となり、自宅に残された家族の生計は、もっぱらXが飲食店等で働いて得た収入で立てられていた。なお、Xは、昭和58年1月から平成5年4月まで自身が厚生年金保険の被保険者であり、健康保険についてもAの扶養者となっていない。AはXの3人の子らの結婚式や披露宴に出席することはなかった。他方、Zの実家側の冠婚葬祭には、AはZと共に出席するのが常であり、また、平成3年3月にAの姪の挙式には、両名が出席している。Zは、洋裁の内職やスナックでの家業で、平成6年12月に廃業に伴って勤めを辞めるまでAの退職後の生活を支えてきた。Aが退職した昭和55年ころ以降のXの自宅への訪問回数は年に数回であった。平成元年3月15日ころ、Aは加給年金の対象者からXを外すために必要な書類を得るため帰郷した。その後も、墓参りなどに際に自宅に立ち寄ったが、その日のうちに名古屋に帰った。Aは、平成7年に、胃癌の手術などを受け、そのころ見舞いに訪れた弟夫婦などに対し、死亡してもその事実をXに伝えなくてももらいたいと述べたり、今後もZの世話になるとの意思を表明したりした。その後、Aは、平成7年12月23日に死亡したが、死亡届はZが行い、葬儀もZが喪主となって執り行われた。Zは、Aの生前から同人の弟妹等との間に親族と同様の付き合いがあり、Aの葬儀にもAの弟妹等が出席している。Zは、亡Aのために墓地を購入し、同人の埋葬を行っている。他方、XがAの入院、死亡の事実を知らされたのは、葬儀が終わってしばらくしてから後のことであった。

【判旨】XとAの間においては明確な離婚協議がなされたことはなかったものの、A及びXのいずれの側からも婚姻関係を修復するための積極的な措置が講じられ

た形跡はない。すなわち、Aは、昭和39年ころ以降死亡するまでの約30年間の長きにわたり、Zとの内縁関係を維持し、昭和55年の退職以後も長期にわたってXの下に帰ることがなかったのであるから、遅くとも昭和55年ころまでにはAはZとの生活を継続させていくことを選択し、Xとの別居状態を継続させていたものといえる。さらに、自宅への訪問回数も年に不定期かつ数回程度であったことに加え、Aが3人の実子の結婚式・披露宴にいずれも欠席していることやXがAの死亡等の事実を遅れて知ったことなどは家族との関係が疎遠であったことを示すものである。他方、Xも、Zとの関係を了知しながら、Aに2人の内縁関係解消の希望を述べたことがある程度で、実効性のある措置を取っていない。そうすると、遅くともAが勤務先を退職したころまでには、婚姻は形骸化し、かつXも諦観の境地からかかる事態を事実上受け入れたことから、その回復の見通しも消滅したというべきである。また、Xが、Aの死亡当時、主としてAの収入によって生計を維持していたものということとはできない。

本判旨は、上記のような結論をみちびいたうえで、つぎのような説示を敷衍している点に注目しなければならないであろう。「法律婚を原則としている我が国の法制からすれば、Xの主張するように、クリーンハンドの原則に反する重婚の内縁者よりも、戸籍上の配偶者をできる限り保護すべきとの立論も考えられないわけではなく、結果的に不貞行為の相手方も保護され得ることについては議論の余地があるようにも思われるところ、当裁判所としても、記録上認められるXのこれまでの労苦に対しては、深甚なる敬意と同情を禁じ得ないが、Xの主張に沿って、年金等の受給資格を判定するに際し、有責性の有無や戸籍上の配偶者の要保護性を考慮することは、懲罰的あるいは生活保護的思想を年金制度に持ち込むこととなって、制度本来の趣旨と必ずしも適合するとはいい難い、と。

(2) 離婚合意があるか、離婚の意思ないし行動が認められる場合

法律婚夫婦には婚姻の修復よりも、むしろ離婚の合意があったり、婚姻の解消を前提とした行動があると、婚姻の形骸化が認められやすいように思われる。

(a) つぎの事例では、内縁の妻が芸妓業を営んでいたもので、法律婚の妻は一

時の浮気に過ぎないなどと主張したが、判旨は、法律婚夫婦には精神的にも経済的にも断絶があった、とした。ことに夫の多額の退職金全部が妻に支給されているが、これは婚姻関係を清算する趣旨の金員と解されている。きわめて適切な判断をした判決といえよう。

〔16〕名古屋高判平成29・11・2平成29年（行コ）第56号遺族厚生年金不支給決定取消請求事件D1.Law Laib.

【事実・判旨】事実関係については、一審（岐阜地判平成29・4・28判時2365号41頁）のそれを引用・補正しているので、やや複雑であるが、主として一審の事実認定によれば、大略、つぎのような男女関係である。結婚当時、AやZ（補助参加人）らの家族の生活は、Aの給料で成り立っていた。A男とZの夫婦関係は、AがX女と交際や同居を開始する前から芳しくなく、遅くとも平成12年に別居し、同年9月頃までには住所地もXの自宅に変更した。Aは、子とは連絡をしたこともあったが、Zとの間に限っては、別居後、A死亡までの12年間は、音信及び訪問がほぼ断絶状態であり、AとZの間に経済的依存関係も認めることはできないし、その間、A及びZは婚姻関係の維持ないし修復するための努力も一切行っていないかった。別居後、AがZに対して給付したものは少なくとも退職金7千万円及び本件公正証書遺言によってZや子らが取得するとされた不動産であるが、いずれもZの生活を保障する趣旨の財産的給付ではなく、婚姻関係の清算金やZの遺留分を考慮して、むしろXを紛争に巻き込まないようにするための趣旨の給付であった。Xは、Aの入院や通院に付き添ったり、介護なしでは日常生活を営むことが困難となる状態となったときには、Aの介護を行ったりしている。Xは、Aの葬儀、四十九日法要、および一周忌法要を営んだが、Zはそうした行事にも出席していない。それゆえ、Aの死亡時までの12年間は、苦楽を共にしてきた夫婦とはいえない。他方、XとAとの長期間にわたる交際及び同居期間とその期間中の生活実態に照らすと、AとXは、事実上の夫婦としての共同生活を送っており、また、その関係も相当程度安定かつ固定化していたものと認められる。これらの事情を総合すれば、Aが死亡した時点で、AとZの婚姻関係は実態を失って形骸化し、その状態が固定化して近い将来解消される見込みのない事実上の離婚状態にあったと認めるのが相当である。

(b)つぎの最近の最高裁判決では、長期間の別居中の妻には離婚意思があるものの、子の就職に支障があることを懸念して離婚手続をせず、その死亡

直前に夫を廃除する旨の審判を得ていることなどから、婚姻の形骸化が認められている。この種の配偶者には、遺族年金よる保護は不必要であろう。

なお、本件は、法律婚夫婦の子と内縁の妻との紛争であるが、従来の準則がそのまま適用されている点にも新味がある。

[17] 最判令和3・3・25令和2年（受）第753号、第754号退職金等請求事件 裁判所ウェブサイト⁽¹⁵⁾

【事実・判旨】中小企業退職金共済法所定の退職金共済契約に基づく退職金につき、遺族の受給資格が問題となっているが、ここでも法律婚の形骸化が論点となっている。A女はB男と婚姻し（昭和63年）、Xをもうけたが、Bは平成4年ころ、A・Xと別居して、他女と同棲した。Bは別居後にAと面会したのは数回にすぎず、婚姻費用もほとんど分担しなかった。Aは、平成21年ころBから離婚をもとめる書面の送付を受けたが、Xの就職に支障が生ずることを懸念して、離婚意思があったものの、そのままにしていた。その後、Aは、疾病により、死亡したが、死亡の直前に、Bを審判により廃除した。BはAの死亡の連絡を受けたが、葬儀には出席しなかった。以上のような事情から、原審は、A死亡当時、法律婚が形骸して、その状態が固定して近い将来解消される見込みがないことから、Bの受給資格を否定し、最高裁もこれを是認した。

(c)つぎの最近の例では、婚姻夫婦は30年以上にわたり別居し、弁護士を介して離婚協議をすすめていたことなどのほか、他方で、内縁関係は17年以上にわたって継続して、周囲も夫婦として認知していることなどから、婚姻関係の形骸化が認められている。穏当な判断を下したといえよう。

[18] 福岡地判令和4・3・16令和2年（行ウ）第31号遺族厚生年金不支給決定取消等請求事件 TSK.law Lib.

【事実・判旨】A男（昭和17年生、平成31年死亡）とZ女（参加人、昭和25年生）は、昭和50年6月に婚姻した。Aはその所有建物で甲店を開業し、Zは昭和56年に子を出産した。ところが、Aは遅くとも平成16年までに、X女（昭和40年生、現在56歳）との同居を開始し、A（当時76歳）が死亡するまで、同居を継続した。その同居は17年以上の長きに及んでおり、Aの親族も、Xを妻として扱っていた。AとZは、Aの不貞に起因する別居開始以降、Aが死亡するまで、33年間もの長期にわたり別居状態を継続しており、その間、両者は、婚姻関係を維持ないし修

復するための努力を行っておらず、Aの死亡直前には、離婚条件次第では正式に離婚する旨の明確な意思があり、また、それぞれ独自の収入により生活していた。判旨は、Zに委ねられた甲店の経営、本件建物の無償使用や賃料取得等は、事実上の離婚給付たる性格を有するものであるなどとし、いずれもAとZの婚姻関係の維持継続を基礎付けるような経済的援助とは評価し難いこと、また、双方の音信又は訪問等は、確定申告や税金等に関する事務的なものととり、実質的な夫婦としてのつながりを基礎付けるようなものではなく、ZとAの親族との関係も疎遠であった、とした。他方で、判旨は、AとXとの内縁関係は、長期間に及ぶ安定したものであって、友人知人、親族、関係者等に夫婦として認知され、死亡直前に住民票上の住所をXの住所地に移転したこと、また、XはAが数回にわたって入院した際の付添者となり、死亡届は、Xが提出し、しかも、Xは、Aの葬儀を喪主として執り行い、その葬儀費用を負担し、かつ、その法要を主催して、遺骨も管理していることなどから、婚姻関係は、その実体を失って形骸化し、その状態が固定化して近い将来解消される見込みがない状態に至っていたといえ、事実上の離婚状態にあったと認めるのが相当である、と判示した。

- (1) 最近の指針としては、厚生労働省年金局長「生計維持関係等の認定基準及び認定の取扱いについて」平成23年発0323第1号（平成23年3月23日）を参照のこと。事実婚関係の認定の基準については、昭和55年5月16日付け「事実婚関係の認定について」が定めている。また、生計維持要件については、平成6年11月9日に改正された昭和61年4月30日付け「生計維持関係等の認定基準及び認定の取扱いについて」がある。それによれば、遺族厚生年金の受給権者に関する認定に際しては、同基準の定める生計同一に関する認定要件及び収入に関する認定要件（現在は年収850万円未満）を満たすときに生計維持要件が満たされるものとして認定する旨が定められている。その上で、生計維持関係等認定基準は、認定対象者が配偶者である場合においては、現に起居を共にし、かつ、消費生活上の家計を一つにしていると認められるときは、「生計同一要件」を満たすものと定めている。生計維持要件が問題となった裁判例は多数にのぼるが、ごく最近のいくつかを指摘すれば、つぎのような例がある。札幌地判令和2・1・29遺族年金支給停止処分取消請求事件裁判所ウェブサイト掲載判例、東京地判令和2・6・30遺族厚生年金及び未支給年金等不支給決定取消請求事件D1-Law.com判例体系、高松地判平成30・5・1遺族厚生年金不支給決定取消請求事件D1-Law.com判例体系など。
- (2) 笠木映里・高さやか・中野妙子・渡邊絹子著『社会保障法』（有斐閣、2018年）141頁。

- (3) 最近の研究としては、菊池馨実「遺族年金制度の課題と展望」『社会保障研究Vol.1 No.2 (2016年) 354頁以下や河谷はるみ「遺族年金における遺族概念の社会的変容・生計維持要件を中心として」九州看護福祉大学紀要18巻1号 (2017年) 63頁以下が大変参考となる。
- (4) 初期のころの特別法上の取り扱いについては、太田武男『内縁の研究』(有斐閣、1965年) 150頁以下が詳しい。
- (5) 社会保険給付と内縁配偶者の受給資格との関連については、二宮周平『事実婚の現代的課題』(日本評論社、1990年) 103頁以下が、この当時の社会保険審査会の裁決や裁判例の状況を詳論する。
- (6) 行政解釈については、笠木ほか前掲注(2)『社会保険法』141頁を参照のこと。
- (7) 大審院時代から現代に至るまでの重婚的内縁の裁判例については、二宮周平『事実婚の現代的課題』が重要な文献である。岡本詔治「判例内縁法の展開(3)」『龍谷法学』51巻3号(2019年) 299頁以下、同(4・完)同年211頁、同「判例内縁法の新展開(6)」『龍谷法学』54巻1号(2021年) 28頁以下、同「判例内縁法の現代的課題(5)」『龍谷法学』56巻1号(2023年) 58頁以下などは、二宮とは異なる「論理的節目」の蓄積を重視しながら、歴史的推移に依拠して具体例を個別具体的に整理している。
- (8) 本件については、二宮周平『事実婚の判例総合解説』(信山社、2006年) 194頁参照
- (9) 堀勝洋『年金保険法-基本理論と解釈・判例』(法律文化社、5版・2022年) 486頁以下を参照のこと。今日の行政実務の実情が明らかにされている。
- (10) 本件の一審判決(東京地判平成16・6・22判時1864号92頁)については、二宮・前掲注(8)「事実婚の判例総合解説」29頁以下を参照のこと。近親婚規定それ自体に関する学説の状況も要領よく整理されている。
- (11) 本最高裁判決については、二宮・前掲注(8)「事実婚の判例総合解説」47頁以下の論評を参照のこと。なお、二宮の引用判例の日が「11」となっているが、それは誤謬であり、正しくは「14」である。
- (12) 本最高裁判決については、かなりの数の論評があるが、ここでは森山浩江「近親婚にあたる内縁配偶者の遺族年金受給資格」『民法判例3』(2015年) 54頁を挙げておきたい。
- (13) 重婚的内縁に関する民法上の問題点や歴史的推移については、岡本・前掲注(7)「判例内縁法の展開(3)」299頁以下、同(4・完)同号211頁以下において、それまでの研究の全体を概略しているので、それによりながら、私見の立場を参照していただきたい。
- (14) 本最高裁判決の論評としては、本沢己代子「遺族共済年金の支給を受けるべき配偶者の意義」『民商』133巻3号(2005年) 161頁、高崎亨「遺族厚生年金の受給資格としての『配偶者要件』」『保険学雑誌』606号(2009年) などがあり、それぞれ大変参考となる問題点も指摘されている。二宮・前掲注(8)「事

実婚の判例総合解説」174頁以下も、遺族年金・退職金等の受給資格一般の各裁判例を分析している。

- (15) 本沢・前掲注（14）550頁は、A ひいてはXが、妻の名義を詐欺的に利用して、そうした配偶者控除等による利益を得ていながら、A死亡後は、Xが妻の配偶者受給資格を否定するのは、「法的正義に反するようで釈然としない」という。同感の念を禁じ得ない。
- (16) 本件については、高橋朋子「事実上の離婚状態にある配偶者は退職金等の受給権者には当たらないとされた事例」新・判例解説Watch民法（家族法）No.123（2021年）1頁以下が簡にして要を得た論評を加えているので、詳細はそれに譲る。

（未完）

EUにおける環境主張の規制

——不公正取引方法指令と2つの新たな指令提案を中心に

カライスコス アントニオス

I はじめに

EU消費者法は、これまで、日本における消費者法の発展に際して参照されてきている。そして、EU消費者法を見ると、概ね次の通りの展開となっている。すなわち、主に1980年代から、一連の指令を通じてEU加盟国における消費者保護法の平準化が進められ、EUレベルにおける一定水準以上の消費者保護が確立された。しかし、取引類型や取引分野ごとの平準化により、EU消費者法は断片化された「モザイク状態」のものとなったことが問題視された。そこで、EU消費者法のいわば「脱断片化」が目標として掲げられ、そのために、それまでの取引類型ごとなどの「垂直的な」指令に代えて、分野横断的なものである「水平的な」指令である不公正取引方法指令2005/29/ECおよび消費者権利指令2011/83/EUが採択され、状況の一定の改善が達成されたのである¹。

その後、EUにおける消費者のエンパワーメント（権利付与と教育による消費者の地位の向上）が継続されるが、そこでは、EUの方針の変化が見られる。すなわち、それまで指令、中でも下限平準化指令（minimum

1 このような流れの詳細については、鹿野菜穂子「EU消費者法の展開」中田邦博＝鹿野菜穂子編『ヨーロッパ消費者法・広告規制法の動向と日本法』（日本評論社、2011年）3頁以下を参照。

harmonization directive) を中心とした平準化が行われていたのに対し、完全平準化指令 (maximum or full harmonization directive) が多用されるようになったのである。前者が、加盟国において実現されるべき消費者保護水準の下限を定めるのに対し (すなわち、加盟国はより高い水準を実現してもよいことになる)、後者は、加盟国がより高水準あるいは低水準の消費者保護を実現することを認めない²。また、特に近年では、そのまま自動的に加盟国の国内法となる規則を採択することが増えている³。このような流れは、EUが、消費者法の領域におけるより高度の平準化を目指していることを示すものである。

ところで、近年、EU消費者法の新たな傾向が見いだされる。それは、グリーンへの移行、およびデジタルへの移行を中核とするものである。前者は、持続可能性の実現を可能とする法的枠組み (消費者保護法におけるものを含む) の構築を目指すものである⁴。また、後者は、デジタル化が進む社会における適切な対応を法的規律の枠組み (同じく、消費者保護法

2 たとえば、近時の具体例として、デジタル・コンテンツ供給指令 (EU) 770/2019の4条および物品売買指令 (EU) 771/2019の4条が挙げられる。前者の和訳としてはカライスコス アントニオス=寺川永=馬場圭太訳「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令 (Directive (EU) 2019/770)」ノモス45号 (2019年) 121頁以下、後者の和訳としてはカライスコス アントニオス=寺川永=馬場圭太訳「物品の売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令 (Directive (EU) 2019/771)」ノモス45号 (2019年) 161頁以下をそれぞれ参照。下限平準化指令および完全平準化指令については、谷本圭子=坂東俊矢=カライスコス アントニオス『これからの消費者法——社会と未来をつなぐ消費者教育』(第2版、法律文化社、2023年) 195頁以下〔カライスコス〕を参照。

3 たとえば、一般データ保護規則 (EU) 2016/679、P2B規則 (EU) 2019/1150、デジタル・サービス規則 (デジタル・サービス法) (EU) 2022/2065、デジタル市場規則 (デジタル市場法) (EU) 2022/1925がそうである。

4 なお、EUにおける環境政策全般の発展に関する経済法の視点からの分析としては、安達亜紀「EUにおける環境政策の発展と近年の動向」経済学雑誌119巻1号 (2018年) 25頁以下を参照。

におけるものを含む)において実現することを目的とする。進行中のプロセスであることから、現時点でその全体像や影響を完全に把握および評価することは難しいが、これらが、EUにおける消費者法のあり方の大きな方向性転換(パラダイム・シフト)をもたらすものとなり、また、世界の消費者法のあり方に強いインパクトを与えることになることは、間違いのないものと思われる。

本稿では、これらのうち、グリーンへの移行における、いわゆる「環境主張」の規制に着目して分析する。「環境主張」(「環境訴求」と表記されることもある)は、事業者が、自己の商品あるいは事業そのものが、環境への影響を軽減あるいはこれに配慮したものであるとして行う主張である。このような主張は、単に持続可能な社会の構築に向けて重要となるだけでなく、購入に関する消費者の意思決定にも強く影響するものとなりうる。そのため、根拠のない、あるいは、事実と反するような環境主張(いわゆる「グリーン・ウォッシュ」)を、市場から排除することが求められる⁵。EUでは、環境主張は事業者による取引方法として位置づけられ、既に2005年から規制対象とされてきている。しかし、若干の曖昧性や、不公正取引方法指令では対応できていなかった部分が残されていたことから、最近、環境主張に関連する2つの指令提案が公表され、その立法手続が継続している。そこで、本稿では、本導入部分(「I」)に続き、まず、不公正取引方法指令によって環境主張がどのように規制されているのかを分析した上で(「II」)、環境主張に関する2つの新たな指令提案について検討し(「III」)、最後に、結びに代えて若干のまとめを行うこととする(「IV」)。

5 日本における最近の事例として、環境主張に根拠がないとして日本広告審査機構(JARO)に広告の中止申立てが行われたものがある(朝日新聞デジタル2023年10月9日の記事<https://www.asahi.com/articles/DA3S15762679.html>)。本稿で引用するウェブサイトは、いずれも2024年1月29日に最終アクセスしたものである。

Ⅱ 不公正取引方法指令による規制

1 不公正取引方法指令の概観

不公正取引方法指令2005/29/EC（以下、「不公正取引方法指令」という）⁶は、消費者に対して事業者が行う不公正な取引方法を広く禁止する指令である。前述したように、それまで、日本における今日の消費者法と同様に、個別の取引類型等を対象としたいわゆる「垂直的な」指令が多かった中、それらによって生じたEU消費者法の断片化を改善するために採択された分野横断的な、いわゆる「水平的な」指令である。同指令にいう消費者に対して事業者が行う取引方法とは、事業者による作為、不作為、行為態様または表示、取引通信（広告およびマーケティングを含む）であって、消費者への商品の販売促進、販売または供給に直接関係するものとして広く定められている（2条（d））。商品に関する取引の前に、その際に、またはその後に、消費者に対して事業者が行う不公正取引方法に適用される指令であるため（3条（1））、消費者取引過程の全体を規律するものとして機能する。加盟国がより高い水準あるいはより低い水準の消費者保護を実現することを認めない完全平準化指令である（4条）。

不公正取引方法指令における規制は、3つの段階で構成されている。まず、第1段階として、取引方法の不公正性について判断する裁判所や行政

6 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'). 不公正取引方法指令の紹介と和訳として、中田邦博＝カリスコス アントニオス＝古谷貴之「EUにおける現代化指令の意義と不公正取引方法指令の改正(2)」龍谷53巻3号（2020年）293頁以下を参照。同指令について詳細に分析する文献として、カリスコス アントニオス『不公正な取引方法と私法理論——EU法との比較法的考察』（法律文化社、2020年）も参照。

当局は、取引方法が不公正取引方法指令のブラック・リスト（５条（５）、付表Ⅰ）に掲げられている項目に該当しないのかを確認する。このリストは、いかなる場合にも不公正となる取引方法を定めるものであり、取引方法がその項目のどれかに該当する場合には、追加的な考慮を要することなく不公正なものとなる。次に、第２段階として、不公正取引方法の代表的なカテゴリーとしての誤認惹起的取引方法と攻撃的取引方法を禁止する一般条項（５条（４）、６条ないし９条）が置かれている（いわゆる「小さな一般条項」）。これらの定める要件を満たす取引方法は、不公正なものとなる。最後に、第３段階として、あらゆる不公正取引方法を禁止する一般条項（５条（１）ないし（３））が設けられている（いわゆる「大きな一般条項」）。受け皿規定として機能するものであり、ブラック・リストおよび小さな一般条項に該当しない取引方法であっても、これによって不公正と判断される可能性がある。

不公正取引方法指令の「指令」としての性質により、加盟国は、EU基本条約上、その目的を達成するための国内法を設ける義務を負う。そして、このようにして加盟国で整備された国内法の、裁判所や行政当局等による執行等を支援するべく、欧州委員会によって「不公正取引方法指令の解釈および適用に関するガイダンス」（以下、「ガイダンス」という）が作成されている⁷。これは、不公正取引方法指令の解説を行うほか、同指令に関するEUレベルおよび加盟国レベルでの当局や裁判所の判断等を集約するものである。ガイダンスは、欧州委員会の公式見解を示すものではなく、また、拘束力を有するものでもないが、学術および実務のいずれにおいても広く参照されている。

7 Commission Notice - Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, C/2021/9320.

2 不公正取引方法指令による環境主張の規制

(1) 特別の規定の不存在

不公正取引方法指令は、事業者が消費者に対して行う取引方法を広く規制するものであることから、消費者に対する事業者による取引方法の1つである環境主張の規制においても、中核的な立法となる。他方で、現行の不公正取引方法指令には、環境主張に特化した規定が置かれているわけではない。環境主張の規制は、前述の不公正取引方法指令の3段階の構造の中で行われることになる。そして、環境主張が事実と反するものである場合には、不公正取引方法に該当する可能性がある。こうして、不公正取引方法指令は、環境主張の規制における一般法として位置づけられることになるのである。そして、不公正取引方法指令による環境主張規制を補完するものとして、複数の関連立法が存在している⁸。

なお、後述する不公正取引方法指令による環境主張の規制のほか、比較環境主張（特定の商品の環境パフォーマンスを他者の商品の環境パフォーマンスと比較する形で行われる環境主張等）については、誤認惹起広告・比較広告指令2006/114/EC⁹の比較広告規制の一環として規制が行われている。この指令による規制でも、比較環境主張が不公正取引方法指令6条および7条の意味における誤認惹起的なものではないことが求められている。

(2) 環境主張の規制の概要

不公正取引方法指令による環境主張の規制の概要を見ると、次の通りとなっている。

まず、不公正取引方法指令のブラック・リストに、認定、ラベルや自主

8 詳細については、ガイダンス73頁以下を参照。

9 Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising(codified version).

行動規準に関する一定の主張またはマーケティングに関する消費者に対する事業者の取引方法について定める項目があり、これらに該当する場合、環境主張は直ちに不公正取引方法に該当することになる。

次に、環境主張は、消費者の誤認を生じさせ、かつ、それがなければ行わなかったであろう取引上の決定を消費者にさせるものである場合には、不公正取引方法指令の小さな一般条項のうち、誤認惹起的取引方法に関するもの（6条、7条）により、不公正取引方法に該当することになる。

加えて、前記のブラック・リストおよび小さな一般条項に該当しない環境主張であっても、大きな一般条項（5条）の要件を満たすために不公正取引方法に該当することになる場合がある。5条（2）によると、取引方法が不公正となるのは、次の2つの要件を満たす場合である。すなわち、(a) 取引方法が職業上の注意の要求事項に反すること、および (b) 取引方法が到達し、もしくは向けられる平均的消費者の、又は取引方法が特定の消費者集団を対象とするときはその平均的構成員の経済的行動を、当該の商品に関して実質的に歪め、または歪めるおそれがあること、である。前記 (a) の「職業上の注意の要求事項」の水準の決定に際しては、国内のおよび国際的な自主行動規準も考慮されうる¹⁰。こうして、自主行動的な規範が、制定法上の判断においても参照する仕組みとなっているのである。

さらに、事業者による主張の実証に関する不公正取引方法の規定も、環境主張の規制に際して重要となる。すなわち、不公正取引方法指令によれば、事業者は、主張（環境主張を含む）を裏付ける証拠を有しなければならない、かつ、環境主張が争いの対象となった場合には、所管当局等にこれを分かりやすい形で提示できる準備がなければならない（主張の実証に関する不公正取引方法指令12条）。

10 ガイダンス76頁。

(3) 環境主張の規制の内容

ア ブラック・リストによる規制

前述したように、ブラック・リストには、いかなる場合にも不公正となる取引方法が掲げられている。このリストは、誤認惹起的取引方法と攻撃的取引方法に分類されているが、これらのうち前者には、環境主張に関連する取引方法として、次のものが挙げられている。

まず、1番によると、事業者が、事実とは異なり、自主行動規準の署名者であると主張することは、いかなる場合にも不公正な取引方法となる。このような自主行動規準には、環境保護等に関連するものも含まれるため、たとえば、事業者が、自己の製品の環境パフォーマンスに関する自主行動規準に署名している旨の虚偽の表示をそのウェブサイトで行うことは、この項目に該当する¹¹。

次に、2番によると、必要な許認可を得ていないにもかかわらず、トラストマーク、クォリテイマークその他同様のものを表示することは、いかなる場合にも不公正な取引方法となる。このような許認可には、環境保護等に関連するものも含まれるため、たとえば、EUエコラベル¹²、ノルディック・スワン・ラベル¹³、ブルー・エンジェル・ラベル¹⁴ その他のラベルやロゴについて、許認可を得ていないにもかかわらずこれを用いるこ

11 ガイダンス82頁。

12 同ラベルについては、日本国環境省のウェブサイトhttps://www.env.go.jp/policy/hozen/green/ecolabel/world/eu_eea.htmlおよび欧州委員会のウェブサイトhttps://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-home_enを参照。

13 同ラベルについては、日本国環境省のウェブサイト<https://www.env.go.jp/policy/hozen/green/ecolabel/world/norway.html>および同ラベルの公式ウェブサイト<https://www.nordic-swan-ecolabel.org/>を参照。

14 同ラベルについては、日本国環境省のウェブサイト<https://www.env.go.jp/policy/hozen/green/ecolabel/world/germany.html>および同ラベルの公式ウェブサイト<https://www.blauer-engel.de/en>を参照。

とは、この項目に該当する¹⁵。

さらに、3番によると、事実とは異なり、自主行動規準が公的機関その他の団体から認定を受けたと主張することは、いかなる場合にも不公正な取引方法となる。ここでいう自主行動規準には、環境に関するものも含まれるため、たとえば、自動車製造業を営む事業者が、自社の自主行動規準が自国の環境省その他の関連当局や消費者団体によって認定されたものである旨の虚偽の主張を行うことは、この項目に該当する。

加えて、4番によると、事業者（その取引方法を含む）もしくは商品が、事実とは異なり、公的機関もしくは民間団体から認可、認定もしくは許可を受けたと主張し、または事業者もしくは商品が認可、認定もしくは許可の条件を遵守しないにもかかわらず、そのように主張することは、いかなる場合にも不公正な取引方法となる¹⁶。

最後に、10番によると、法令が消費者に与える権利を、事業者の申入れの顕著な特徴として示すことは、いかなる場合にも不公正な取引方法になる。ここでいう「法令が消費者に与える権利」には、環境に関連する製品の特長等に関する法律上の規制も含まれる。そのため、事業者が、法令によって禁止されている成分が自己の製品に含まれていないことを製品の特長としてアピールすることは、この項目に該当する¹⁷。

イ 誤認惹起的取引方法としての規制

（ア）誤認惹起作為

誤認惹起作為について定める不公正取引方法指令6条の（1）によると、取引方法は、誤った情報を含むことで不実である場合または同条同項に掲げられている要素の1つもしくは複数に関して、全体としての表現方法を含む何らかの方法によって平均的消費者を誤認させ、もしくは誤認させる

15 ガイダンス82頁以下。

16 ガイダンス83頁。

17 ガイダンス83頁。

おそれがある場合（その情報が事実として正確である場合を含む）において、そのいずれによるものであっても、平均的消費者にこれがなければ行わなかったであろう取引上の決定を行わせ、または行わせるおそれがあるときは、誤認惹起的であるとみなされる。同条同項に掲げられている要素（(a) ないし (g)）は、商品の存在または性質、商品の主たる特徴、事業者の約束の範囲等である。

また、不公正取引方法指令6条（2）によると、取引方法は、その事実関係において、その特徴および事情を考慮して、同条同項に掲げられている場合において、これがなければ行わなかったであろう取引上の決定を平均的消費者に行わせ、または行わせるおそれがあるときも、誤認惹起的であるとみなされる。同条同項に掲げられている場合のうち、(b) では、事業者が拘束されることを約した自主行動規準に含まれる義務を事業者が遵守しない場合において、(i) その義務が目標的なものでなく、強制力を有し、確認可能であり、かつ、(ii) 事業者が、取引方法において、自らが自主行動規準に拘束されることを示しているときに挙げられている。

A 誤った情報の提供

ガイダンスには、誤った情報を含むことで不実であるために誤認惹起作為に該当する不公正な環境主張の具体例として、次のものが挙げられている¹⁸。

- ・ 生（物）分解性のものであるとの主張が事実に反する場合、あるいは、これを裏付ける試験が行われていない場合¹⁹
- ・ アイロン、掃除機、コーヒー・メーカーなどの電化製品が「環境に優しい（エコの）」ものだとしながらも、試験からは異なる結果

18 ガイダンス76頁。

19 ガイダンスでは、開放環境におけるプラスチックの生分解性に関する科学的見解（2020年12月）として、<https://scientificadvice.eu/advice/biodegradability-of-plastics-in-the-open-environment/>に掲載のものが紹介されている。

が得られている場合、あるいは、そもそも試験が行われていない場合

- ・ 自動車のタイヤが「エコ・タイヤ」だと表示してその環境パフォーマンスや燃料消費へのそのインパクトをアピールしながらも、試験の結果が必ずしも一貫してこれを示しているわけではない場合
- ・ 竹を含む食器がプラスチック食器に代替する持続可能、リサイクル可能かつ環境に優しいものであると表示しながらも、そのような食器が実際にはプラスチック、竹（時として竹パウダー）、そしてメラミンとホルムアルデヒドを組み合わせた樹脂で作られたものである場合。なお、関連する他の規定として、食品に接触する素材および製品に関する規則（EC）No 1935/2004²⁰の3条（2）によると、材料または物品のラベル、広告および紹介は、消費者を誤認させるものであってはならない。

B 情報の不適切な示し方

次に、ガイダンスによると、情報が事実に反しない場合でも、その示し方によって消費者に誤認が生じる場合がある。ここでいう示し方には、商品の紹介に使われているレイアウト、色彩、画像、音、シンボルやラベルなどが含まれ、これらは、環境主張を誇張するようなものとなってはならない。また、環境主張が黙示的なものである場合もある。たとえば、木、森林、水、動物の画像、あるいは、青色や緑色の背景や文字は、一般的に環境の持続可能性と関連付けられているため、状況次第ではこれに該当する²¹。

C 抽象的・一般的な主張

20 Regulation (EC) No 1935/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 on materials and articles intended to come into contact with food and repealing Directives 80/590/EEC and 89/109/EEC

21 ガイダンス76頁。

環境主張は、さらに、環境保護上の利点に関する抽象的かつ一般的な表示を行っている場合において、その利益の十分な裏付けがなく、かつ、環境主張が商品のどの側面に関するものなのかが特定されていないときにも、誤認惹起的となる可能性が存在する。たとえば、「環境に優しい」、「エコ」、「グリーン」、「自然フレンドリー」、「エコロジカル」、「気候に優しい」、「汚染物質がない」、「生分解性」、「ゼロ・エミッション」、「カーボン・フレンドリー」、「CO²排出量削減」、「カーボン・ニュートラル」、「気候ニュートラル」などの主張や、「意識の高い」、「責任ある」というより広範な主張が行われている場合である²²。

ガイダンスには、前記の、環境保護上の利点に関する抽象的かつ一般的な表示が行われている場合において、その利益の十分な裏付けがなく、かつ、環境主張が商品のどの側面に関するものなのかが特定されていないときの具体例として、次のようなものが挙げられている²³。

- ・ 電気自動車レンタルが「エコロジカル」だと主張しながらも、これを裏付ける情報を提供しない場合。特に、使用されている電力が再利用可能な資源によるものではない場合には、電気自動車レンタルは、環境に悪影響を与えるものとなる。
- ・ 事業について「CO²ニュートラル」（カーボン・オフセット）だと表示している場合において、基礎となる炭素クレジットの環境健全性が低い場合、または、実質的な追加の排出削減に該当していない場合²⁴。

22 ガイダンス76頁。

23 ガイダンス77頁。

24 オランダの消費者・市場庁（Authority for Consumers and Markets; ACM）の環境主張に関するガイドライン（Guidelines regarding Sustainability Claims, Version 2, 2023. https://www.acm.nl/system/files/documents/guidelines-sustainability-claims_1.pdfで閲覧可能）では、カーボン・オフセット主張を用いる事業者は、消費者に対して、客観的な用語を使用して、カーボン・オフセットとは何かを消費者に説明するべきだとしている。その際、カーボン・オフセッ

- ・ 髪の毛や肌のケア商品をマーケティングする際に、「エコ」「有機」であると表示しつつも、他に十分な情報を提供しないこと。これについて判断したスウェーデン特許・市場裁判所の判決によると、このような場合において、単に、第三者による認証ラベル等を表示しているだけでは、これらの用語の意味に関する情報提供としては、不十分である²⁵。
- ・ お菓子の商品1袋の購入について木を1本植えると広告しつつ、実際には、売り上げ数とは無関係に一定の数の木を植えることに同意している場合。この事案について判断したヘルシンキ市場裁判所は、このような表示が環境保護に関心をもつ消費者の軽信性(credulity)を利用した誤認惹起広告であるとのオンブズマンの主張を認めた²⁶。

D 部分的にのみ該当する環境主張

ガイダンスによると、環境主張において、商品のポジティブな側面の重要性を不当に強調しつつも、実際にその側面が全体から見てほんのわずかであったり、ライフ・サイクルから生じる全体的な環境への影響がマイナスである場合などのように、全体から一部のみを取り出して環境主張の対象とすることは、誤認惹起作為に該当する。ガイダンスで紹介されている

ㄨ トは、製品の環境への悪影響が軽減されることを意味するのではなく、特定のプロジェクトに貢献することで製品のCO²排出を補償すること、どのように補償が行われる(たとえば、どのようなプロジェクトが含まれているか、補償がどの程度行われるか、およびその計算方法)を明確にすることを求めている。なお、競争と持続可能性に関する同庁のガイドラインに関する分析としては、柳武史「オランダ消費者・市場庁による新しいガイドラインの立案について——競争法における持続可能性の合意に関する機会——」一橋法学20巻3号(2021年)71頁以下を参照。

25 Swedish Patent and Market Court PMT 697-20, Midsona, judgment of 18 January 2021.

26 MAO: 157/11, the Market Court of Helsinki, 8 April 2011.

具体例は、次のようなものである²⁷。

- ・ ハンガリー競争委員会²⁸作成の、事業者向けの「グリーン・マーケティング・ガイダンス」によると、「100%再利用可能なエネルギーを用いた」とする表示は、実際には商品の製造工程の一部のみについてこれが該当する場合には、誤認惹起的となる²⁹。
- ・ 広告において「持続可能なコットン」と表示しつつも、実際にはトレーサビリティが確保されておらず、製造工程において一般の（＝持続可能ではない）コットンと分離されていない場合。
- ・ 人工芝について、その利用の場面で水やりや肥料などを要しないことから環境に優しいと表示しつつ、実際にはその製造および処分の場合で環境に悪影響が及ぶ場合。
- ・ 水の消費量が少ない商品であると表示しつつ、実際には、その商品は同様の商品よりも多くのエネルギーを消費するものであり、このことによってその商品の全体としての環境影響が増加する場合。

E その他

誤認惹起作為との関係における環境主張についての他の要求事項としては、まず、環境主張が適宜再評価および更新されなければならないことが挙げられる³⁰。また、規制対象となる主張には、事業者の社名、ブランド名、商品名におけるものも含まれる³¹。たとえば、スウェーデン市場裁判所の判決によると、化石油の商品名に「環境」および「プラス」という言

27 ガイダンス78頁。

28 <https://www.gvh.hu/en/>

29 Hungarian Competition Authority, Green marketing - Guidance for undertakings from the Hungarian Competition Authority(2020), p. 5. 同ガイダンスは、https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/en/for_professional_users/guidance-documents/szakmai_felhaszn_tajekoztatok_zold-iranymutatas_2020_a&inline=trueで閲覧可能である。

30 ガイダンス77頁。

31 ガイダンス77頁。

葉が含まれている場合には、消費者は、その商品が環境保護上の利点をもたらすものであるとの印象を受ける³²。

ガイダンスによると、高汚染産業の場合には、「環境に優しい」ではなく「環境にとってより有害ではない」と表現するなど、環境主張の表示の正確性に特に注意を要する³³。この点について、ベルギー広告倫理評議会³⁴は、化石ガスの広告における、「環境に優しいエネルギー源」との表示は、表現方法が断定的すぎて、文脈の説明などがされていないため、不適切であると判断した³⁵。

さらに、事業者が自主行動規準を遵守していると表示する場合には、実際にその内容を遵守しなければならず、そうではないときには、その表示は誤認惹起的となる。

なお、平均的な消費者は、自主行動規準、ラベル・スキーム、認定やロゴについて、その内容を把握していることが期待できないため、事業者は、これらに関する情報の所在、認定が第三者によって行われているかどうかなどについて情報提供することが求められる。そのため、たとえば、第三者による認定に短く言及するだけでは、不十分となる³⁶。

（イ）誤認惹起不作為

誤認惹起不作為について定める不公正取引方法指令7条の（1）によると、取引方法は、その事実関係において、その特徴および事情ならびに通信媒体の制限を考慮して、平均的消費者が情報を得た上で取引上の決定を行うためにその状況に応じて必要となる重要な情報を提供しなかったことによって、平均的消費者にこれがなければ行わなかったであろう取引上の

32 Swedish Market Court, 1990:20 Norsk Hydro Olje AB.

33 ガイダンス78頁。

34 <https://www.jep.be/>

35 Belgian Advertising Ethics Board(JEP), Gas.be - décision de modification/arrêt, 21 May 2021.

36 ガイダンス79頁。

決定を行わせ、または行わせるおそれがあるときは、誤認惹起的であるとみなされる。

また、不公正取引方法指令7条(2)によると、取引方法は、同条(1)に定められている事項を考慮して、事業者が同項に定める重要な情報を隠匿し、不明確で、分かりにくく、多義的で、もしくは時宜に適わない方法で提供し、または事業者がその取引方法の取引上の意図を示さなかったことによって(ただし、その状況から明らかであったときは、この限りでない)、平均的消費者に、そのいずれによるものであっても、これが行わなければならないであろう取引上の決定を行わせ、または行わせるおそれがあるときも、誤認惹起的であるとみなされる。

さらに、不公正取引方法指令7条(4)には、申込みの誘引について、状況から明らかである場合を除き、重要であるとみなされる情報が定められている。同条同項(a)によると、そのような情報には、媒体および商品について適切である範囲における、商品の主たる特徴が含まれる。

ガイダンスによると、一般抽象的な環境主張について、補足的・補完的な情報等を提供しないことは、誤認惹起不作為に該当する。ただし、制定法に基づいて行われる有機主張(EU法における有機栽培および有機商品のラベル表示は、規則(EU)2018/848³⁷によって規律されている)、環境主張や公的なエコラベル・スキーム(本稿において前述したEUエコラベル等)の場合は例外であり、そのような情報の提供が求められないという³⁸。

A 追加情報の提供方法

環境主張に関する追加情報の提供方法について、ガイダンスでは、環境

37 Regulation(EU) 2018/848 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on organic production and labelling of organic products and repealing Council Regulation(EC)No 834/2007.

38 ガイダンス79頁以下。

主張に関する追加情報を、たとえば環境主張の隣に表示するなど、より顕著な方法で提供できるにもかかわらず、あえて、消費者がこれを取得するためにはリンクのクリックなどの追加的な行動をしなければならないようにすることは、誤認惹起不作為に該当する場合があるとされている。商品のパッケージ、ポスター、看板、雑誌等、スペース上の制約がある媒体における環境主張の場合には、追加情報を他の場所で提供すること自体は認められるが、事業者は、環境主張とそのような情報の関連性を明確に示さなければならない³⁹。また、環境主張を目立つように表示しつつ、これに関する追加情報をあえて目立たないように表示することも、状況次第では誤認惹起不作為に該当するという⁴⁰。このことに関連するスウェーデン特許市場裁判所の判決では、「エコ」や「有機」といった抽象的な主張に関する情報は、主張のすぐ隣に表示されなければならず、該当するウェブサイトの他のページで表示するだけでは足りないと判示された⁴¹。商品が「堆肥化可能」だと表示しつつ、実際には、そのためには工業的な手段や消費者による追加的な行為が必要であるがこのことを表示していない場合も、誤認惹起不作為に該当する可能性がある⁴²。

B 対象となる側面等の特定

ガイダンスによると、環境主張が商品のどのような側面等を対象としているのかを特定しないことは、誤認惹起不作為に該当する。そのため、たとえば、事業者の社会的責任に関する声明や一部の商品に該当する持続可能性ラベルなど、一般的な環境主張がウェブサイトに掲載されている場合、消費者の誤認を避けるためには、個別具体的な商品に該当する環境主張がどれなのかを、事業者およびその取引方法に関するより広範な主張と

39 ガイダンス80頁。

40 ガイダンス80頁。

41 Swedish Patent and Market Court, Midsona, judgment of 18 January 2021.

42 ガイダンス80頁。

区別する形で明確にしなければならない⁴³。同様に、環境主張が、商品全体あるいはそのいくつかの要素に関するものなのか、事業者の全般的な活動あるいはその一定の活動に関するのか、どのような環境への影響あるいはプロセスに関するものなのかが明確にされなければならない⁴⁴。

ウ 環境主張の実証

不公正取引方法指令12条によると、加盟国は、同指令11条に定められている民事または行政手続において、次に掲げる権限を裁判所または行政機関に付与しなければならない。(a) 事業者その他手続の当事者の正当な利益を考慮して、その要求が事件の事情に照らして適切であると認めるときは、取引方法に関する事実の主張の正確性についての証拠を提出するよう事業者に要求すること。(b) 前記 (a) に従って要求した証拠が提出されず、または裁判所もしくは行政機関によって不十分と判断された場合に、事実の主張が正確でないものとみなすこと。この規定は、環境主張を含めた取引方法について、立証責任の転換を可能とするものである⁴⁵。この規定により、事業者は、環境主張についても、当局等による実証可能性を確保しなければならず、環境主張の正確性に関する最終的な立証責任を負うことになる。ただし、裁判所および行政当局に付与されているこの権限については、事業者の機密情報の機密性を遵守しなければならないという制限が存在する⁴⁶。

具体例として、ガイダンスでは、ミネラルウォーターの会社がその商品が環境への「ゼロ・インパクト」のものだと主張していたが、環境への悪影響を賠償するプロジェクトに参加していること以外の取組みを実証する

43 ガイダンス81頁。

44 ガイダンス81頁。

45 田村伸子編『消費者法と要件事実』（日本評論社、2023年）56頁以下〔カライスコス〕を参照。

46 ガイダンス82頁。

ことができなかった事例が紹介されている。イタリア競争局⁴⁷は、事業者によるこの環境主張が不公正取引方法に該当すると判断した⁴⁸。

なお、事業者は、環境主張に関する裏付けを、マーケティングが行われている間（すなわち、その環境主張が用いられている間）において最新の状態に更新しなければならない⁴⁹。

（4）エンフォースメント

環境主張に関するエンフォースメントは、不公正取引方法指令の一般的なエンフォースメント体制の枠組みにおいて行われる。不公正取引方法指令には、エンフォースメントに関する規定として、次のものが置かれている。すなわち、実効性確保に関する規定（11条）、救済に関する規定（11a条）、本稿で前述した裁判所および行政機関による主張の正当性の実証に関する規定（12条）、および、制裁（罰則）に関する規定（13条）である。これらのうち、救済に関する11a条は、不公正取引方法によって被害を受けた消費者は、比例的かつ効果的な救済（消費者が被った損害の賠償および該当する場合には代金の減額または契約の解消を含む）を利用することができなければならない旨を定める。この規定は、現代化指令（EU）2019/2161（以下、「現代化指令」という）⁵⁰による改正で新設されたもの

47 <https://en.agcm.it/en/>

48 Decision by the Italian Competition Authority, 8 February 2012, ref. PS7235.

49 ガイダンス82頁。

50 Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules. 同指令の和訳として、中田邦博＝カリスコス アン トニオス＝古谷貴之「EUにおける現代化指令の意義と不公正取引方法指令の改正(1)」龍谷53巻2号（2020年）209頁以下を参照。また、同指令による改正の概要については、カリスコス アン トニオス「現代化指令（EU）2019/2161によるEU消費者法の改正」消ニュース126号（2021年）121頁以下を参照。

であり、すべての加盟国における民事的救済の存在を確保することで、実効性確保を高めることを意図するものである。

不公正取引方法指令（およびEU消費者法全般）のエンフォースメントについて重要となるのが、消費者保護協力ネットワーク（Consumer Protection Cooperation network; CPC network）⁵¹の存在である。このネットワークは、消費者保護協力規則（EU）2017/2394（以下、「消費者保護協力規則」という）⁵²によって設立されたもので、加盟各国において消費者法の執行を所管する当局によって構成されている。消費者保護協力規則は、加盟国の所管当局に、不公正取引方法指令を含むEU消費者法への違反行為についてスweep（一斉調査）を実施する権限を付与している（29条）⁵³。欧州委員会および加盟国の当局は、2020年に、EUにおけるウェブサイトを対象として、環境主張に関するスweepを行った。その結果、抽象的な、虚偽の、あるいは欺瞞的な環境主張が多数存在することが確認された⁵⁴。

51 https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/consumer-protection-cooperation-network_en

52 Regulation(EU) 2017/2394 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws and repealing Regulation (EC)No 2006/2004.

53 EUにおけるスweep制度の活用および日本における中央政府と地方政府との間での同様の連携の可能性については、カライスコス アントニオス「EU法からみた日本景品表示法の特徴と課題」ジュリ1587号（2023年）14頁以下を参照。

54 詳細については、欧州委員会による2021年1月28日のプレス・リリース（https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_269）を参照。なお、EUの公的機関ではないが、EUにおける唯一の第2層の消費者団体である欧州消費者機構（BEUC）も、これまで、環境主張に対してアクションを起こしてきている。たとえば、2023年6月22日には、BEUCとその構成員である19か国の消費者団体が、ヨーロッパの17の航空会社による気候関連の誤認惹起的な環境主張について、欧州委員会に対して異議申立てを行った（詳細については、BEUCのウェブサイト<https://www.beuc.eu/green-flying>を参照）。また、

II 環境主張に関連する2つの指令提案

1 環境主張の規制に関する新たな動き

本稿で取り扱っている環境主張規制に関するEUでの重要な展開として、後述するように、2023年に、環境主張に関する2つの指令提案が公表された。後掲において詳述する、環境主張に関する指令提案とグリーンへの移行に向けた消費者のエンパワーメントに関する指定提案である。これらの指令提案については、既に2020年の新消費者アジェンダ（以下、「アジェンダ」という）⁵⁵で言及がされていた。

アジェンダによると、新しい商品やサービス、また消費への新しいアプローチを社会的に最適に活用できるようにするために、消費者は、情報過多を避けながら、商品やサービスの持続可能性の側面に関するより適切で信頼性の高い情報を必要としている。しかし、新消費者アジェンダに関するパブコメに寄せられた意見では⁵⁶、そのような情報が不足していること、また、環境に関する主張や製品に関する情報の信頼性に対する懸念が、持続可能な消費の選択肢をさらに普及させる上での重要な障害であることが指摘された。また、真実ではない情報や、製品や企業がより環境に優しいという不正確な印象を与えるために混乱や誤認を生じさせる方法で提示される情報（グリーンウォッシュ）に対して、消費者は、より適切に保護さ

↘ BEUCは、2023年3月に、食品の気候中立性に関する主張についての報告書（BEUCのウェブサイト<https://www.beuc.eu/press-releases/major-eu-law-ban-carbon-neutral-claims-and-help-consumers-make-sustainable-choices>で閲覧可能）を公表した。

55 COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL New Consumer Agenda Strengthening consumer resilience for sustainable recovery; COM(2020) 696 final. 同アジェンダの分析としては、カライスコス アントニオス「EU新消費者アジェンダの意義」社会科学研究年報53号（2023年）99頁以下を参照。

56 パブコメの結果は、https://ec.europa.eu/info/files/factual-summary-report-public-consultation-new-consumer-agenda_enで閲覧することができる。

れる必要があるという⁵⁷。このような考慮に基づき、アジェンダでは、アクション4において商品の持続可能性に関する「より適切な情報」と、グリーンウォッシュや早期陳腐化⁵⁸などの特定の取引方法に対する「より良い保護」を提供するための立法提案に言及がされ、欧州委員会は環境主張に関する指令提案の公表に至った。

また、グリーンへの移行のための消費者のエンパワーメントに関する指令提案は、前掲の新消費者アジェンダのほか、2020年循環型経済行動計画⁵⁹の枠組みにおけるイニシアチブでもある。そして、両指令は、欧州グリーン・ディール⁶⁰のフォロー・アップとしても位置付けられ、EUにおける持続可能性の実現に向けた一連の取組みの流れを構成する要素のうちの1つである⁶¹。

なお、これら両指令のほか、炭素除去の認定に係る規則提案⁶²も、環境

57 そのための取組みは、サステナブル・ファイナンスの分野でも展開されている。例えば、金融サービス分野における持続可能性に関連する開示に関する規則（EU）2019/2088、持続可能な投資を促進するための枠組み（EUタクソノミー）に関する規則（EU）2020/852等を参照。

58 計画的陳腐化に対するEU消費者法の対応については、シュテファン・ヴルブカ（カライスコス アントニオス訳）「計画的陳腐化——ヨーロッパ法の視点からの入門——」消ニュース120号（2019年）266頁以下を参照。

59 COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe; COM(2020) 98 final.

60 COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS The European Green Deal; COM(2019) 640 final.

61 EUにおけるこのような流れの分析としては、谷本圭子「消費者法と持続可能性原則——『欧州グリーン・ディール』からの示唆——」立命409号（2023年）411頁以下を参照。

62 Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing a Union certification framework for carbon

主張の規制に関連するものとして機能する。

2 環境主張指令提案

(1) 概要

環境主張指令提案⁶³は、2023年3月22日に公表された。指令としての法形式をとるものであるため、採択された場合には、加盟各国での国内法化を要するものとなる。今後、立法手続においてその内容が変わることが想定されるが、基本的部分に変更がない限り、これにより、環境主張を行う事業者は、その裏付けを行うこと、および、消費者に対して正確な主張を行うことを義務付けられることになる。この指令提案は、後述するグリーンへの移行のための消費者のエンパワーメントに関する指令提案改正案を補完するものとして位置づけられる。そして、内容としては、環境主張の①実証、②伝達、および③認定について、詳細な規定を置くものとして提案されている⁶⁴。

(2) 環境主張の実証および認定

前記のうち、環境主張の実証および認定に関する同指令提案の規定の内容は、次の通りである。

ア 環境主張の実証

↘ removals; COM(2022) 672 final.

63 Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive); COM(2023) 166 final. 同指令提案の分析として、Ingacio Carreño, *To Address “Greenwashing” and Misleading Environmental Claims, the European Commission Publishes a Proposal on “Green Claims” and Their Substantiation*, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 14, no. 3 (2023), pp. 607 以下を参照。

64 これらのほか、同指令提案では、比較環境主張や環境主張レベル・スキームについても規定が設けられているが、本稿では取り上げない。

環境主張指令提案は、事業者が、自己の「明示的な環境主張」を実証できることを義務付ける。ここでいう「明示的な環境主張」とは、テキスト形式または環境ラベルに含まれる環境に関する主張を意味する（２条（２））（以下、単に「環境主張」という）。より具体的には、事業者は、次のような実証を求められる（なお、本稿では詳述しないが、同指令提案では、これら以外にも事業者による実証に関する要求事項が定められている）。

- ・ 環境主張が商品の全部または一部に関連しているのか、事業者のすべての活動または特定の活動のみに関連しているのかを特定すること（３条（１）（a））。
- ・ 広く認められている科学的証拠に依拠し、正確な情報を使用すること（３条（１）（b））。
- ・ 環境主張の対象となっている環境への影響等がライフ・サイクルの観点から見て重要であることを示すこと（３条（１）（c））。
- ・ 環境パフォーマンス評価に基づいて環境主張を行う場合には、関連するすべての環境側面あるいは環境パフォーマンス評価にとって重要である環境影響を考慮に入れること（３条（１）（d））。
- ・ 環境主張が法令によって商品または事業者には課される要件と同等ではないことを示すこと（３条（１）（e））。
- ・ 商品または事業者が一般的な基準と比較して環境側面に関して著しく優れたパフォーマンスを発揮しているかどうかに関する情報を提供すること（３条（１）（f））。
- ・ 主張されている環境側面の改善が、たとえば、環境への影響（気候変動や生物多様性等）において著しい悪化をもたらすかどうかを特定すること（３条（１）（g））。
- ・ 温室効果ガス排出量から使用される温室効果ガス排出量オフセットを追加の環境情報として分離し、オフセットをさらに指定して説明

すること（3条（1）（h））。

- ・ 環境への影響に関して事業者が入手できる一次情報を含めること（3条（1）（i））。
- ・ 一次情報が利用できない場合は、商品または事業者の特定のバリュー・チェーンを表す、環境への影響に関連する二次情報を含めること（3条（1）（j））。

イ 環境主張の認定に関する制度の構築

環境主張指令提案では、環境主張の実証および伝達（後掲）についての認定に関する制度が構築されている。明示的な環境主張については、加盟国は、その実証および伝達に関する認定のための手続を設けなければならない（10条）。認定者は、製品のマーケティングに関する認定と市場監視の要件を定める規則（EC）No 765/2008⁶⁵に従って認定された、第三者である適合性評価団体によって行われる（11条）。中小規模事業者の負担を軽減するべく、加盟国は、環境主張指令提案の定める要求事項を遵守することを支援するための適切な措置を講じなければならない（12条）。

（3）環境主張の伝達

環境主張指令提案では、環境主張の伝達についても厳格な要求事項が定められている（5条）。事業者は、環境主張を行う場合には、同指令提案の要求事項を満たす環境主張とその実証に関する情報を、規定されている方法に従い伝達（表示）する義務を負うのである（5条（2））。その伝達は、文字、ウェブ・リンク、QRコードその他同様の方法で行われなければならない（5条（6））。そして、環境主張について伝達される情報には、

65 Regulation (EC) No 765/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 setting out the requirements for accreditation and market surveillance relating to the marketing of products and repealing Regulation (EEC) No 339/93.

少なくとも、環境主張の認定に関する適合性証明書と、証明書を作成した検証者の連絡先等が含まなければならない（5条（6）（e））。

（4） エンフォースメント

環境主張指令提案のエンフォースメントについては、基本的に、加盟各国の当局によって行われることが想定されている（13条以下）。そのため、加盟各国の所管当局に、いくつかの権限が付与されている。たとえば、エンフォースメントの手段として、差止め（14条（2）（e））および罰金（利得剥奪を含む。14条（2）（f）、17条）が定められている。また、苦情処理手続に関する規定（16条（1）ないし（4））が設けられ、環境主張に関する要求事項への違反行為が集团的被害回復の対象となることが明確にされている（16条（5）および（6））。

3 グリーンへの移行のための消費者のエンパワーメントに関する指令提案

グリーンへの移行のための消費者のエンパワーメントに関する指令提案（以下、「グリーン移行エンパワーメント指令提案」という）⁶⁶ は、2022年3月30日に公表された。グリーンへの移行のための消費者のエンパワーメントとして、同指令提案は、不公正取引方法指令および消費者権利指令2011/83/EU（以下、「消費者権利指令」という）⁶⁷ を改正するものとして構成されている。これらのうち、不公正取引方法指令および環境主張に関

66 Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU as regards empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information; COM(2022) 143 final.

67 消費者権利指令（ただし、現代化指令による改正前のもの）の和訳としては、寺川永＝馬場圭太＝原田昌和訳「2011年10月25日の消費者の権利に関する欧州議会及び理事会指令」中田邦博＝鹿野菜穂子編『消費者法の現代化と集团的権利保護』（日本評論社、2016年）551頁以下を参照。

その内容については、本稿で既に分析した。消費者権利指令は、主に、消費者契約全盤における消費者に対する事業者の情報提供義務、営業所外契約および通信取引契約における消費者に対する事業者の特別の情報提供義務、ならびに、これら両契約類型における消費者の撤回権（日本法におけるクーリング・オフ権に相当するもの）について定めるものである。それまでのEU消費者法の断片化（モザイク状況）を改善するために、不公正取引方法指令に続いて採択された分野横断的ないわゆる「水平的指令」である。

グリーン移行エンパワーメント指令提案については、2023年10月20日に、欧州議会と欧州連合理事会の暫定的な政治的合意に関する文書⁶⁸が公表され、同月30日に暫定的な政治的合意が達成された⁶⁹。そして、2024年1月17日に、欧州議会での最終的な可決がされた⁷⁰。今後、欧州連合理事会での可決、および、これに続くEU官報への掲載のための手続が取られる。手続が順調に進んだ場合、この指令は、2026年に発効することが想定されている⁷¹。以下における主な改正内容の分析は、この暫定的な政治的合意に基づく変更後のグリーン移行エンパワーメント指令に基づくものである⁷²。

68 その内容は、欧州議会のウェブサイトhttps://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0018_EN.html#title1で閲覧可能である。

69 なお、この立法過程における三者間（トリロゲ）協議段階での欧州消費者機構（BEUC）の提案書の内容については、BEUCのウェブサイトhttps://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2023-068_ECGT_BEUC_recommendations_for_the_trilogue_negotiations.pdfを参照。

70 詳細については、欧州議会のウェブサイト<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240112IPR16772/meps-adopt-new-law-banning-green-washing-and-misleading-product-information>を参照。

71 BEUCのプレス・リリースhttps://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-PR-2023-040_Major_EU_law_to_ban_carbon_neutral_claims_and_help_consumers_make_sustainable_choices.pdfを参照。

72 変更後の統合版は、欧州議会のウェブサイトhttps://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0018_EN.html#title2で閲覧可能である。

(1) 不公正取引方法指令の改正

ア 定義規定の追加

不公正取引方法指令の定義規定である2条に、「環境主張 (environmental claim)」、「一般的环境主張 (generic environmental claim)」、「持続可能性ラベル (sustainability label)」、「認定スキーム (certification scheme)」および「認証済み卓越環境性能 (recognised excellent environmental performance)」などの定義が加えられる。

イ 誤認惹起的取引方法に関する小さな一般条項の改正

暫定合意版では、不公正取引方法指令の誤認惹起的取引方法に関する小さな一般条項(6条および7条)に、次の通り改正が加えられる。

(ア) 誤認惹起作為

6条(1)の誤認惹起作為の対象となる要素を定める諸項目のうちの(b)に、商品の主な特徴として、耐久性、修理可能性、リサイクル可能性などの循環性の側面が追加される。また、同条(2)に、誤認惹起作為に該当する場合として、測定可能で期間限定のものである目標や、その実施を支援するために必要なその他の関連要素を含む、詳細で現実的な実施計画に定められた、明確で客観的、公的に利用可能で検証可能な約束を行わずに、将来の環境パフォーマンスに関連した環境主張を行うこと(新項目(d))が新たに定められる。

(イ) 誤認惹起不作為

誤認惹起不作為に関する7条に、次の項目が新たに追加される。すなわち、事業者が商品を比較するサービスを提供し、商品やその供給者の環境的社会的特性、耐久性、修理可能性、リサイクル可能性などの循環性の側面に関する情報を消費者に提供する場合、比較方法、比較の対象となる商品およびその供給者、ならびにその情報を最新の状態に保つために講じられている措置に関する情報が、同条の定める「重要な情報」とみなされるという規定である。

ウ ブラック・リストの改正

グリーン移行エンパワーメント指令提案では、不公正取引方法指令のブラック・リストの大幅な改正が行われている。具体的には、次の項目が、いかなる場合にも不公正となる取引方法として追加されている。

- ・ 認定スキームに基づいておらず、または公的機関によって確立されていない持続可能性ラベルを表示すること（新設される2a番）。
- ・ 事業者が一般的な環境主張に関連する認証済みの卓越環境パフォーマンスを実証できないにもかかわらず、そのような主張を行うこと。（新設される4a番）。
- ・ 商品の特定の側面または事業者の事業の特定の活動のみに関係するものであるにもかかわらず、商品全体または事業者の事業全体について環境主張を行うこと（新設される4b番）。
- ・ 温室効果ガス排出量のオフセットに基づいて、商品が温室効果ガス排出量の観点から環境に与える影響は中立、削減、またはプラスであると主張すること（新設される4c番）。
- ・ EU市場の関連商品カテゴリー内のすべての商品に法令によって課される要件を、事業者による提供の特徴として提示すること（新設される10a番）。
- ・ ソフトウェアのアップデートがデジタル要素を伴う商品の機能またはデジタル・コンテンツやデジタル・サービスの使用に悪影響を与えるという事実について、消費者に情報提供しないこと（新設される23d番）⁷³。

73 ソフトウェアのアップデートの規律は、EU消費者法の近時の展開では、正面から捉えられている課題である。たとえば、製造物責任指令85/374/EECの改正提案（Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on liability for defective products; COM(2022) 495 final）においても、一定の場合において、アップデートの欠如が製造物の欠陥を構成するものとして定められている。

- ・ 機能を強化するだけのものであるにもかかわらず、ソフトウェアのアップデートを必須のものとして提示すること（新設される23e番）。
- ・ 商品の耐久性を制限するために導入された機能および商品の耐久性に対するその影響に関する情報が事業者にとって入手可能である場合において行われる、その機能を含む商品に関連する商業通信（新設される23f番）。
- ・ 通常の使用条件下では、商品には使用時間または強度の点で一定の耐久性があるとの虚偽の主張をすること（新設される23g番）。
- ・ 修理できないものであるにもかかわらず、修理できるものとして物品を提示すること（新設される23h番）⁷⁴。
- ・ 技術的な理由により、必要よりも早く商品の消耗品を交換または補充するよう消費者を誘導すること（新設される23i番）。
- ・ 製造業者が供給していない消耗品、スペア・パーツ、または付属品が使用された場合に商品の機能が損なわれることに関する情報を差し控えたり、そのような機能が損なわれるとの虚偽の主張をしたりすること（新設される23j番）。

（2）消費者権利指令の改正

消費者権利指令の改正内容は、主に「調和されたラベル（harmonised label）」（以下、「調和ラベル」という）に関するものである。環境主張との関連性はやや間接的なものであるため、本稿では、その概要を紹介するにとどめる（これに伴い、関連する条文番号の参照も省略する）。消費者権利指令の改正により、生産業者が提供する、耐久性についての約定保証

74 本稿では取り上げていないが、EUでは、消費者の修理する権利を規律する新たな指令に関する提案（Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on common rules promoting the repair of goods and amending Regulation (EU) 2017/2394, Directives (EU) 2019/771 and (EU) 2020/1828; COM/2023/155 final）も行われている。

に関する情報を記載した調和ラベルを導入しており、このラベルには、適合性についての法定保証への言及が含まれる。調和ラベルは、商品全体に適用され、2年以上継続する無償の、耐久性についての約定保証の対象となる特定の商品がどの商品であるのかを消費者が容易に認識できるような方法で、目立つように表示されなければならないと定められている。さらに、適合性についての法定保証に関する情報を提供するために、調和された通知（harmonised notice）が店舗やウェブサイトで目立つように表示されなければならない。調和ラベルのデザインと内容に関する執行権限が、欧州委員会に付与されていることも、重要である。

IV 結びに代えて

本稿では、EUにおける環境主張の規制について、不公正取引方法指令の下における規制の現状と、近いうちに正式に成立する予定である2つの新たな指令の提案段階での内容を取り上げて分析し、考察した。今後、新たな指令が採択され、EU加盟国内で実施されることによってEUにおける実務や学術的な議論がどのように展開されるのか、見守っていくことが重要となる。他方で、本稿における分析から得られる注目すべきポイントないし暫定的な示唆としては、少なくとも次の4つが挙げられよう。

第1は、環境主張の規制のための、包括的な立法の必要性である。EUでは、環境主張の規制は、現状では不公正取引方法指令を中心として行われ、今後は、消費者権利指令も中核的な役割を果たすことになる。その上で、さらに、環境主張の実証、認定および伝達について、環境主張規制における特別法として位置づけることのできる指令が新設される。環境主張に特化したものであるため、新設指令に注目が集まりがちだが、不公正な取引方法を広く全般的に規制する不公正取引方法指令、そして、消費者に対する事業者の説明義務を包括的に規律する消費者権利指令が、一般法と

してその背景に存在していることを忘れてはならない。このような包括的な立法が存在して初めて、さらなる実効性確保のために特別法が機能し得るのである。この点は、環境主張の規制をはじめとする今後の日本消費者法のあり方について非常に重要であろう⁷⁵。

第2は、環境主張の規律においても、透明性の確保が徹底されているということである。透明性の確保は、EU消費者法における中核的な命題および原則であり、これまで種々の立法を通じて実現されてきている⁷⁶。そして、最近では、デジタル・サービス法（DSA）やデジタル市場法（DMA）によってさらに強調され、強化された。本稿で見たようなEUにおける環境主張の規律においても、既に現状でも環境主張の透明性を消費者に対して確保することが原則とされているが、2つの新たな指令を通じて、環境主張に関する情報提供義務、および環境主張の実証、認定、伝達という一連のプロセスにおける透明性がさらに徹底されることになる。特に強調したいのは、新たな2つの指令提案を通じて、事業者が、環境保護や持続可能性に関して行う将来に向けた主張についても、EUでは、そのような主張を行う時点での裏付けが求められていることである。このような透明性の実現は、単に環境保護と持続可能性、そして消費者保護に寄与するのみならず、ひいては、適切な形で環境主張を行う事業者の保護にも貢献し、健全な競争の保障をもたらすものとなる。

第3は、EUが、環境主張の規制という領域においても、世界をリード

75 既に日本法でも、EU（およびアメリカ）のような分野横断的かつ包括的な立法が日本消費者法においても欠かせないとの指摘がされている。この点については、たとえば、日本弁護士連合会「公正な消費者取引を確保するために分野横断的に適用される行政ルールを整備を求める意見書」（2022年2月）、カライスコス アントニオス「不公正取引方法について分野横断的に適用されるルール形成の可能性」現消56号（2022年）72頁以下を参照。

76 詳細については、カライスコス アントニオス「消費者取引における透明性の要請について——EU消費者法における展開を中心として——」社会科学研究年報49号（2019年）25頁以下を参照。

する姿勢を見せているということである。これまで、EUは、GDPR、デジタル・サービス法およびデジタル市場法をはじめとする一連の立法において、これらが一定の条件の下でEU域外の事業者にも適用されるという域外適用を定めることで、EUの基準を世界に浸透させてきた⁷⁷。環境主張を規制する不公正取引方法指令、消費者権利指令および2つの新たな指令は、いずれも指令としての形式をとるものであるため、そこには、直接適用に関する定めは置かれていない。しかし、その内容は、EUに向けて商品を輸出するEU域外の事業者にとっては、適用される法となり、これを遵守することが求められる。そのため、EUにおいて率先して行われている環境主張規制の再発展は、海外における同様の規制の展開においてもモデルとして機能するものとなろう。

最後に、第4として、EU消費者法における環境主張の規制が、単に環境保護あるいは消費者保護だけを目的として行われているものではないことに留意する必要がある。これまでのEU消費者法においても、EUの事業者の競争力を高めることが、基本的に念頭に置かれてきている。たとえば、デジタル・サービス法やデジタル市場法は、実態として、アメリカ発祥の巨大プラットフォームに対する規制を強めることで、EU発祥のプラットフォームをはじめとするEU域内の事業者の競争力を強化することも目的の1つとしている。このことは、既に少し触れたように、環境主張規制についても妥当する。そして、今回の環境主張規制の新展開と、持続可能性や環境保護に向けたEU消費者法の一種のパラダイム転換には、市場の活性化や雇用の創出という視点も存在している。たとえば、欧州グリーン・ディールに関する欧州委員会のウェブサイトを見ると⁷⁸、そこで

77 包括的な分析として、さしあたり、Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020を参照。

78 https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_en

は、欧州グリーン・ディールがEUの経済および雇用創出等に及ぼす好影響も強調され、柱とされている。日本では、環境主張規制をはじめとする一連の消費者保護政策では、消費者と事業者が対立関係にあるものとして捉えられることが多いとの印象を受けるが、実際には、前記のような経済的視点も交えて、まさに事業者と消費者の「共栄」を視野に入れた議論の展開が必要なかもしれない。

〔付記〕 本稿は、本研究はJSPS科研費21K01269の助成を受けたものである。

寺院墓地における墓地使用権の 性質に関する一考察

——典礼施行に関する合意・規則・慣行の解釈と拘束力——

鈴木 龍 也

<目次>

はじめに

1. 津地裁昭和38年判決
2. 墓石題目刻印訴訟判決
3. 宇都宮地裁平成24年判決
4. 判決における到達点と検討課題…むすびにかえて

はじめに

寺院墓地は檀家制度と一体的な、檀家制度の主要な構成要素というべき墓地制度であった。墓地霊園としての寺院墓地における墳墓敷地たる個別の墓地区画の使用権（以下、こちらの使用権をさして墓地使用権とよぶ）はいわば家の財産として当然に世代を超えて家構成員のなかで承継されるべきものとされた。そしてそれはその家が檀家として当該寺院に帰属し続けることを前提としていた。また檀家制度においては寺院が檀家の家構成員の葬送に関わることが当然の前提をなしていた。というよりは、それこそが檀家制度による家の寺院への宗教的帰属の実体をなしていた。そのような檀家制度の主要な一要素をなすものとして寺院墓地への埋葬蔵、寺院による典礼施行があった。

しかし、個々人の信教の自由を最高の価値の一つとして掲げる日本国憲

法体制下においては、個々人が家の宗教たる寺院に帰依し続けることを前提として墓地使用権の帰属や典札施行に関する規範を枠づけることはできない。裁判においても墓地使用権の承継や取得の問題が争われるようになり、第2次世界大戦後の早い時期からこの体制のほころびが誰の目にも明らかになる。社会実態として結果的に寺院墓地の使用権を代々に渡って家構成員の中で継承するということが社会の趨勢を占めることはありえたとしても、それをあるべき社会関係として規範化することはできない。逆に、個々人による宗教の選択の自由を最高位に置いたうえで墓地使用権の承継等のあり方についてのルールを再構成する必要がある。

今日では墓地に埋葬蔵するという形で死者を葬ること自体が自明のものではなくなったが、墓地に葬るという埋葬の形を前提にしたとしても、改宗離壇が当然にあり得るという条件の下での墓地使用権の承継のあり方が問われざるを得ないこととなったのである。墳墓の設置、したがってまた墓地使用権の設定が公的な管理のもとに置かれるべきものとされているにもかかわらず、個々人の宗教的な選択に完全に応じられるほどの共同墓地敷地の供給がなされない状況の下では、寺院墓地とはいえ、そこに一度設定された墓地使用権についてはその継続が強く保護されるべきとの要請が働くことになる。かつ一度埋葬されれば改葬には一般的にいつて物理的にも経済的にも困難が伴い、さらに墓地自体に故人が埋葬された「神聖な場所」との強固な観念が付着するなどしているため、改宗に改葬が必然的に伴うというような前提での制度設計は社会的に受け入れられない。そのような状況の下では、墓地使用権者は自らの改宗離壇等とは切り離れた形で墓地使用については継続できる、あるいは異教の者でも新たに寺院墓地の墓地使用権を取得することができるということを、少なくとも一定条件の下では認めざるを得ないことになる。

以上の問題は典札のあり方と結びついてより複雑な形で論じられることになる。その場合に一方では典札施行という面においても埋葬する側、す

なわち場合によっては異教に改宗している墓地使用権者個々人の側の信教の自由を最大限に保障しなければならない。ところが他方で、墓地管理者たる寺院および当該寺院の教義に帰依している一般の墓地利用者が当該墓地において当該教義に基づく葬送のための典礼の施行を通して実現される寺院墓地全体としての一体的な宗教的な環境の保持を求めるといような形で示される寺院関係者側の信教の自由をもできるだけ保障する形での規範的な枠組みの構築が求められる。寺院墓地における墓地使用権の承継や新たな埋葬の可否をめぐる規範、さらには埋葬蔵やその後の諸行事における典礼施行に関する規範はどのようにあるべきなのであろうか。

本稿では、既存墓地の墓地使用権者が改宗離檀した後において当該墓地への新たな埋葬蔵が許される場合における典礼施行の制限等の問題を扱ういくつかの主要な判決例について比較的詳細な読解を試みる。その際、それぞれの判決における墓地使用権者と寺院とのなんらかの意味での合意、すなわち寺院において作成されている規則への使用権者側の同意や、一定の慣行の存在を前提としたうえでの寺院側の指導に従う旨の使用権者側の同意などをも含む広い意味での寺院と墓地使用権者との合意に着目し、裁判におけるそのような典礼に関する合意の認定や解釈およびその拘束力についての考え方を明らかにすべく努める。そのうえでそのような問題に関するあるべきルールについて若干の検討を行う。典礼施行をめぐる紛争においては、現実には寺院墓地側がその利用に関する成文化された規則を作成することが多くなっていることを反映してか、近年の紛争では寺院側と墓地使用権者との何らかの意味での合意を基礎として解決が図られることになってきているが、他方では、上で述べたような、寺院墓地が墓地の公的な供給・管理体制の一環に組み込まれ、かつ現実的な供給可能性の問題として、埋葬希望者個々の希望を実現するだけの共同墓地の供給が行われていないという状況はまだ完全には解消されていない。そのため裁判における典礼施行などを含む墓地の利用をめぐる合意の認定や解釈は政策的判断

を高度に含んだものとならざるを得ない。裁判所の独断的な判決を避けるためにも裁判外での様々な観点からの幅広い議論が要請されている。本稿がその一つとなれば幸いである。

1. 津地裁昭和38年判決¹

はじめにで述べた墓地使用権の継承と典礼施行の問題に関する戦後のリーディングケースとなったのが津地裁昭和38年判決である。この判決は第2次大戦後の新憲法および墓地、埋葬等に関する法律²（以下墓埋法とよぶ）の下での墓地使用権の継承や新設に関する法制度の理解に関し、昭和35年の厚生省の通達³に示された行政側の見解をも実質的に斟酌しつつ、少なくともこの問題に関する法的な議論の枠組みを初めて裁判上明らかにしたものであり、その後も長くこの問題に関するリーディングケースたる地位を占めている。

（1）津地裁判決の事実関係

この判決の被告は真宗高田派に属する寺院であり、原告はその檀家であった昭和3年頃に被告の承認を得て被告の寺院墓地に墳墓を設置し、所有してきた（したがってまた墓地使用権を取得して保持してきたものと見ることができる）。原告は昭和33年8月に息子の妻が死産したので墓地への埋葬（その後埋蔵）を被告に依頼したが、すでに原告が日蓮正宗に入会して被告寺院を離檀していたために被告はその依頼を拒絶した。そのため、原告は埋蔵依頼により当然に埋蔵をなす権能を取得したとして埋蔵への妨害行為の禁止を求めて訴えた。

1 津地判昭和38年6月21日下民集14巻6号1183頁

2 墓地、埋葬等に関する法律（昭和23年5月31日法律第48号）

3 昭和35年3月8日付厚生省公衆衛生局環境衛生部長通知

(2) 津地裁判決における判断

判決は、本件で原告が求める妨害禁止の是非について判断するためには、まず原告の埋蔵の依頼を被告が許諾する法律上の義務があるかどうかについて判断する必要があるとする。そして、改宗離檀した異教徒からの埋蔵依頼であることが、墓埋法13条の「墓地、納骨堂又は火葬場の管理者は、埋葬、埋蔵、火葬等の依頼を受けたときは正当の理由がなければこれを拒んではならない」⁴との規定における埋葬蔵依頼拒絶のための「正当の理由」にあたるかどうかの検討から始める。当判決はこの問題に関するリーディングケースとなっており、理由付けなども含めその後の判決をリードする議論を展開しているので、以下詳細に判決の議論を追うこととする。

判決は、同条における「正当の理由」の内容は同法が「墓地の埋葬蔵が国民の宗教感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障なく行われることを目的として制定された法律であることにかんがみ、このような立法の精神に照らし社会通念の上から」解釈するほかないとしたうえで、「若し社会通念の上から永年の慣行として認められていたものがあれば、右慣行も正当理由の解釈については当然斟酌されてしかるべき」とする。

そしてそのような慣行として、寺院墓地は異教徒からの埋葬蔵の依頼を拒みうるという慣行が存在したものと考えられ、墓埋法13条の正当理由の解釈においてもその慣行の存在を無視することは許されないとする。

しかし最終的にはそのような慣行は社会通念の上から全面的に正当理由の一つとして是認できるものではないとする。寺院墓地は共同墓地とは違って当該仏教寺院の宗教感情を著しく損なうことは許されず、その点において上記慣行は尊重されるべきであるが、「さりとてその宗教感情の尊重に急な余り、我が国民全体の宗教的感情ないし公共の福祉からの要請に

4 以下、本節内の引用はすべて津地判昭和38年6月21日下民集14巻6号1190～1203頁からのものである。

適合しないような解釈適用もすべきでは」ないからである。

離壇した異教徒から当該異教徒が以前檀家であった寺院墓地への埋葬蔵の依頼をするという現象が生じるようになったのは、檀家制度によって国民の大多数の先祖の墳墓が寺院墓地に存すること、寺院墓地に先祖の墳墓を有する者のなかに改宗離壇する者が現れるようになったにもかかわらず、伝統的祖先崇拜という宗教感情からその親族の遺体や遺骨を寺院墓地内の旧来からの墳墓地に埋葬蔵したいとの希望が根づよく存在すること、寺院墓地に代わるべき共同墓地が少ないこと、新興宗教などが信者のための十分な施設を供給できていないことなどによるものであり、「若し改宗離壇したものからの右のような埋葬蔵の依頼に対し寺院墓地管理者がすべて一律に異教徒からの依頼は拒むことができるという前記慣行によって律し、これを拒むことを正当な理由にあたるとして右依頼を拒むことを墓地法が容認するとすれば、右のような祖先の埋葬地に埋葬蔵したいという国民の宗教的感情に違背することになり、これは公共の福祉にも適合しないことになろう」と述べる。

そして「一方において寺院墓地に存していた古来からの前記慣行の本来の趣旨とするところを尊重しつつ、他方において国民の宗教的感情ないし公共の福祉からの要請に背かないようにという建前にたって正当理由の内容を解釈すべきもの」とした上で、以下のような結論を述べる。

「すなわち従来から寺院墓地に先祖の墳墓を所有するものからの埋葬蔵の依頼に対しては寺院墓地管理者は、その者が改宗離壇したことを理由としては原則としてこれを拒むことはできない」。

そのうえで典礼について以下のように述べる。「右埋葬蔵に際しては寺院墓地管理者は自派の典礼を施行する権利を有し、その権利を差し止める権限を依頼者は有しない。従って（一）異宗の典礼の施行を条件とする依頼（二）無典礼で埋葬蔵を行うことを条件とする依頼…に対しては、寺院墓地管理者は自派の典礼の権利が害されるということを理由にしてこれを

拒むことができるし、右のような理由による拒絶は墓地法第13条にいう拒絶できる正当の理由にあたる」。

以上が当判決における墓地使用権と典礼に関する議論の主要な流れであるが、それに加えていくつか詳述している点がある。まず、寺院墓地における墓地使用権の設定は檀信徒加入契約に由来するものではあるが、墓地は官庁の許可を得た墓園内に設定されねばならないという固定性を有し、墳墓が先祖代々のものと観念されていること、墳墓が尊厳性を持つべきことを要請されていることなどから、墳墓、そしてその基礎となる墓地使用権は、それが檀信徒加入契約という契約に由来するとしても、永久性をもつべきものと考えたと述べる。当初の墓地使用権設定契約もそのような性質を有するものとして設定されている。したがって、当該墓地の祭祀を司る者が改宗離壇したからといって墓地使用権がこれにより当然に消滅することにはならない。そしてそうすると、「一度び先祖の墳墓を寺院墓地内に所有し、その墳墓地を永久的に使用し得る者からの、その親族の遺体ないし焼骨の右墳墓地え（ママ）の埋葬蔵の依頼に対しては、寺院墓地管理者は原則としてその者が改宗離壇したかどうかにかかわらずこれを拒み得ないものと解すべきである」とする。

しかし、当該寺院墓地の管理者は自派の典礼を施行することができる権限をもっていることはいうまでもない。典礼の施行が伴うことこそ寺院墓地のそもそもの開設以来の慣行であり、「いやしくも或る宗派の寺院墓地管理者に埋葬蔵の依頼をした以上、その者はその管理者が自派の典礼を行うについてはこれを受忍すべきが当然である」からである。寺院墓地管理者が自派の典礼を当該寺院墓地内の埋葬蔵において施行できないとすれば、寺院墓地における自宗派の典礼の施行という慣行を全く否定することになり、全国の寺院およびその教義の信奉者という多数の国民の宗教的感情を著しく害することは明らかである。

したがって、改宗離断した者からの寺院墓地内へのその親族の遺体の埋

葬蔵の依頼が寺院の典礼施行権を害するような条件を含んでいる場合には、寺院墓地管理者がその依頼に対して自派の典礼施行が害されることを理由として拒絶するのは墓地法13条の正当理由ある拒絶であるとする。

（３）津地裁判決の検討

当判決は、改宗離壇した墳墓所有者、墓地使用権者からの埋葬蔵の依頼を寺院墓地管理者が拒むことができるかという問題を、墓埋法13条の「正当の理由」の解釈、認定の問題として論じるという枠組みをとっている。この点は、この判決後においても基本的には維持されている。

また判決は、埋葬蔵の依頼者が改宗離壇したことだけをもって寺院管理者は埋葬蔵の依頼を断ることはできない、それは埋葬蔵を断るための正当の理由とはならないとする。この点も基本的に維持されている。

しかし判決は当該寺院による典礼施行については寺院墓地の本質をなすものとして埋葬依頼者の側がそれを拒絶することは許されないとする。したがって、寺院墓地管理者は異宗の典礼の実施を伴う埋葬蔵の依頼や宗教的典礼を伴わない埋葬蔵の依頼については、これを拒むことができる。すなわち、そのような埋葬蔵の依頼の拒絶には正当の理由があるとしている。

改宗離壇した墓地使用権者からの埋葬蔵の依頼を寺院側が拒否できないとした場合にも、寺院側はその者に寺院の求める典礼に従うことを求めることが出来るかという点については、この判決が出された時点からすでに議論が分かれている。この判決の前に出された昭和35年の厚生省公衆衛生局環境衛生部長通知は、「宗教団体がその経営者である場合に、その経営する墓地に他の宗教団体の信者が埋葬又は埋蔵を求めたときに、依頼者が他の宗教団体の信者であることのみを理由としてこの求めを拒むことは、『正当の理由』によるものとはとうてい認められない」⁵としながらも、典

5 昭和35年3月8日付厚生省公衆衛生局環境衛生部長通知

礼施行に関しては、墓地を経営する宗教団体が埋葬・埋蔵の方式について当該宗派の典礼によるべきことを定めることは許されるから、依頼者が自己の属する宗派の典礼によるべきことを固執しても墓地管理者はそれに応ずる義務はなく、「両者が典礼方式に関する自己の主張を譲らない場合には、結局依頼者としては、いったん行った埋葬又は埋蔵の求めを撤回することを余儀なくされようが、このような事態は、先に述べたように法第13条とは別段の関わりがないと見るべきである」⁶として、結論的には判決と同様の考えを示している。

それに対して、内閣法制局の上記回答作成の責任者であった山内一夫氏は後に、「合意が成立しない限り、埋葬又は焼骨の埋蔵は、宗教的典礼を伴うことなく行われることとならざるを得ないものである」と述べており⁷、改宗離壇した者の側は、自己の宗教に基づく典礼を行うことはできないが、寺院側の典礼を拒否して宗教的典礼を伴わない埋葬蔵を行うことができるという主張をしている。

端的に言えば、この判決以降、改宗離壇した墓地使用権者からの埋葬蔵の依頼に関する紛争の主要な焦点は、そのような埋葬蔵の依頼を拒絶できるかどうかという点ではなく、墓地使用権者の改宗後の宗教による典礼の施行を伴う埋葬蔵の依頼や宗教的典礼を伴わない埋葬蔵の依頼が認められるかどうかという点に移り、争われつづけている。

この問題に対して津地裁判決は、改宗離壇した墓地使用権者からの埋葬蔵の依頼に対して寺院側は当該寺院の定める典礼の施行を求めることが出来るとし、寺院墓地一般における典礼のあり方やその重要性という観点からの根拠付けを行っている。ところが近年の判決においては、墓地使用権設定契約に伴う典礼についての合意の解釈を通じてこれに答えようとする傾向が強く見られるようになっている。以下の節ではこの点に注目しながら

6 同上。

7 山内一夫「信教の自由と異宗徒の求める埋葬」ジュリスト267号17頁（1963年）

ら津地裁判決以降の2つの訴訟、4つの判決について検討する。

2. 墓石題目刻印訴訟判決

改宗離壇した墓地使用权者からの墳墓等への埋葬蔵の依頼と寺院側の典礼施行権の規律のあり方に関する、本稿の視点からして大変興味深い判決として、墓石の題名とその刻印の方式について争った事件の地裁判決から最高裁判決までの3判決を取り上げる。

(1) 新潟地裁平成11年判決⁸

i) 新潟地裁判決の事実関係

新潟地裁が認定した本件の事実関係は概略以下のようなものである。

原告は、昭和49年8月ごろ、日蓮正宗の被包括宗教法人である被告寺院との契約により被告墓地内にある一区画の永代使用权を取得した。その際、本件墓地の使用については被告の定める墓地使用規則によるとの合意をした。当該墓地使用規則の5条は本件墓地の使用資格を「本宗信徒又は本宗によって祭司を主宰する者」に限定する旨規定している。

原告は、昭和51年1月に母親が死亡した際、本件墓地区画に遺骨を埋葬したが、墓石は設置しなかった。

原告は、日蓮正宗の信徒で創価学会員であった平成4年11月ころ、本件墓地区画に墓石を設置することを計画し、平成5年4月、被告代表者である住職に対し、日蓮正宗の法主が作成した題目を刻印した墓石を設置したい旨申し入れた。しかし被告代表者は、本件墓地に設置する墓石には被告の住職である同人が書写した題目を刻する必要があるとして、本件墓石を設置することにつき承諾を与えなかった。そのため原告は被告に対し、墓

8 新潟地判平成11年9月30日判タ1081号283頁

地永代使用権に基づき、本件墓地区画に墓石を設置する権利の確認、設置の妨害排除、妨害禁止を求めて提訴した。

なお、地裁判決時には原告は日蓮正宗の信徒ではなくなっている。また控訴審の東京高裁平成12年判決⁹では、昭和51年1月に原告の母親が亡くなった際には墓石は設置されなかったが、本件墓地区画に遺骨が埋葬され、被告寺院の住職が書写した木製の墓標が設置されたこと、地裁における和解の手続き中に被告は一度は「A野家之墓」と刻印された墓石の設置を認めたが、住職が書写した題目に限るという点については態度を変えなかったこと、原告の側も一度は「A野家之墓」と刻印された墓石の設置により解決してもよいとの意思を示したことがあることなどが示されている。

ii) 新潟地裁判決の判断

判決はまず、本件墓地が寺院墓地であることを確認したうえで、本墓地ではその使用資格を規則により同宗信徒又は同宗によって祭司を主宰する者に限定していることからして、本件墓地では本来は「日蓮正宗の典礼施行に従って墓石を設置することが予定されていた」とする¹⁰。しかし、本件永代使用権は「永久性、固定性を持った権利」であり、墓地使用権者の改宗離壇等があっても当然に消滅するものではないことや、「墓地という性質上、公共的な側面も有している」ことに鑑みると、本件永代使用権の内容自体を制限するためには、墓地管理者と墓地使用権者の間で当該契約当時「当該制限につき具体的に合意がされていたか、そうでなくとも、本件墓地が寺院墓地であることから、原告及び被告が、被告寺院墓地において確立した慣習としての当該制限に従う意思を有していたと認められるこ

9 後註11

10 以下のものも含め本項での引用は全て新潟地判平成11年9月30日判タ1081号286～287頁からのものである。なお、被告の本案前の主張等については本稿では扱わない。

とが必要である」と述べる。

そのうえで、本件使用規則には「墓石の題目を被告住職が書写しなければならない旨の規定はなく、その他、原告と被告との間で、墓石に関して被告住職の書写した題目を刻印する旨の合意がされたと認めるに足る証拠はない」こと、また本件墓地内には「鈴木家の墓地」などと日蓮正宗の題目ではない刻印があるものや、住職の書写したものでない題目を刻印する墓石がそれぞれ数基ずつ存在していること、「墓石の題目を寺院住職が書写しなければならないことが、本件墓地関係者間において、文書等により周知徹底されていた事実はいかなるものか」、さらにこの点に関する原告の認識も必ず住職が刻印した文字でなければならないというものではなかったこと等からして、当該墓地においては、墓石には必ず原告が書写した題目を刻印しなければならないということが、「教義として周知徹底され、慣習として確立していたとまで断ずることはできない」として、結局のところ本件永代使用権の内容を制限する具体的な合意の存在も、両当事者が従う意思を有していた確立した慣習の存在も認めることはできないとした。

以上のような形で判決は当該墓地において墓石には住職が書写した題目を刻印しなければならないという墓地使用権の制約は存在しないことを認定したが、判決は墓地使用権者が全く自由に墓石を設置できるわけではなく、寺院墓地内においては被告の信教の自由が十分保障される必要があるため、「原告は、本件墓地区画に墓石を設置するにあたっては、被告の宗教的活動の自由を侵害したり、その宗教的感情を著しく害することがないようにする義務がある」とする。

そして、原告の請求は被告の現住職の書写によらない題目を刻印した墓石を設置することであり、それは「その限度で、被告の主張する方式に反するとはいえ、原告の自己の宗教的感情に沿う墓石を設置する自由も十分尊重されるべきものであり、原告が既に日蓮正宗の信徒ではないことや、

本件墓石が全くの異宗派の様式の墓石の建立を求めるものではなく、日蓮正宗の題目を刻印した墓石の設置を求めるものであり、その様式は住職の書写によらない点を除いては日蓮正宗の方式に概ねしたがっていること」、本墓地には「他宗派の墓石が存在するところもあることからすると、既に信徒でなくなった原告が本件墓地区画に本件墓石を設置することによって、被告の宗教活動の自由自体が侵害されるとはいえないし、被告の宗教的感情が害されるとしても、受忍すべき範囲内にあると解するのが相当」として、原告が求める墓石の設置が認められ、したがってまた原告の墓石設置の妨害排除等の請求が認められるとした。

iii) 新潟地裁判決の検討

津地裁昭和38年判決が、寺院墓地のあり方一般についての議論、すなわち寺院運営者の信教の自由の保護の観点から、寺院墓地の墓地使用権者は異教徒となったとしても寺院の、あるいは寺院の属する宗派一般について認められる典札に従うことが求められるとしているの対して、本判決は、当該墓地の墓地規則や宗派の文書、そして既に設置されている墓石等の具体的な検討から、被告が主張するような典札についての合意や慣行が存在するといえるか判断しているのが特徴的である。

判決は先に見た認定により、墓地使用権を制限する墓石題名やその刻印に関する合意や慣習の存在を否定する。そして、寺院側の信教の自由の保障と原告の宗教的感情等の尊重とのバランスを図る観点から原告の墓石設置にはどのような制約が課されるべきかを検討し、結論的には原告の請求を認める判決を下した。

墓石設置に関する制約についての上記の議論は、墓地規則や慣習から出てくるものではなく、本件墓地においてはそのような規則や慣習はないとの前提に立ったうえで、寺院の宗教の自由を保護するための要請により改宗離壇した墓地使用権者一般が従うことを求められる規範だと位置づけら

れていることが注目される。

(2) 東京高裁平成12年判決¹¹

i) 東京高裁判決の判断¹²

東京高裁判決は結論的には控訴を棄却し、新潟地裁の判断を支持したが、重要な点で新潟地裁判決とは異なる認定、判断をしている。

判決は「日蓮正宗の信徒であれば、本件墓地においては、日蓮正宗の典礼施行に従って墓石を設置することが当然に予定されているものと解される」¹³ から、「本墓地使用权を取得する際に日蓮正宗の信徒としてこれを取得し、本件使用規則に従うことを合意している」被控訴人は、日蓮正宗の典礼に従った墓石を設置することを合意していたというべきであるとし、さらに、「信徒の側が典礼の細部を知らず、その細目が合意されていなくとも、典礼について当該寺院の住職の指導に従うことが合意されていれば、墓石の設置に関する合意としても十分である」とする。信徒として墓地使用規則に合意している以上、典礼について住職の指導に従うことに合意していれば、原告はたとえ従うべき典礼の内容の細部について合意していないとしても、さらには典礼の細部について知らなかったとしても、典礼に従った墓石を設置することを同意していたというべきであるからである。

しかしながら、信徒でなくなった者が「宗教的典礼に関して信徒であった当時と同様の定めに従う義務があるというためには、そのような合意が必要である」。本件においてそのような合意が成立したとの証拠はない。また「信徒でない者も墓石には控訴人の住職の書写した題目を刻印すると

の慣習が成立していると認める証拠はない」。そうすると結局は新潟地裁

11 東京高判平成12年5月16日判時1713号53頁

12 被告の本案前の主張や訴権の濫用との主張については、本稿では扱わない。

13 この引用も含めて、本項での引用は東京高判平成12年5月16日判時1713号54～57頁からのものである。

と同様に、本件において墓石設置の仕方を制限する合意は存在しないということになる。

そのような形で、判決は結果的には同一寺院墓地内で異なる宗教のある種併存状況が生じうることを認めることになるため、次にその調整の原理を探ることになる。そして両者の主観的な側面における苦痛は甲乙つけがたいため、客観的な側面からの評価が要請されるとしてその評価を行い、「本件墓石は、客観的にみる限り、本件墓地内に異形のものを持ち込むものとは解されない。そして、墓地内での寺院以外の他宗派の方式による読経その他の典礼が行われる場合と比較すれば、当該墓地が第三者によって他宗派の墓地と誤認されるおそれも少なく、控訴人にとって実際の被害が生じるとは考えられない」との結論に至る。結局、被控訴人が求める墓石の設置が認められるべきであるとされる。

iii) 東京高裁判決の検討

本判決は、寺院墓地における典礼に関する合意や慣習の認定の仕方については新潟地裁判決とは基本的なところで異なる立場、どちらかといえば津地裁昭和38年判決に近い立場に立ち、住職が題名を刻印するという合意の存在を認める。しかしそのうえで、信徒について合意された規則等は、特別の合意が無い限りその者が改宗離壇した後には適用されないとの立場に立つことにより、結論的には本件事案に適用される合意や慣習はないという状態を作り出す。この点が特徴的である。

このように、依拠すべき典礼についての合意や慣習が存在しないことを認定した上で、墓地管理者側と改宗離壇した墓地使用権者との調整の原理の問題として典礼施行権について検討し、本件における墓石設置に関しては改宗離壇した側の求める墓石設置の求めを認める判断を下している。

(3) 最高裁平成14年判決¹⁴

i) 最高裁判決の事実認定

当然のことながら当最高裁判決は基本的に東京高裁平成12年判決の事実認定に基づいて判断している。しかし両判決の事実認定にはニュアンスの異なる点がある。高裁判決は、「控訴人は、原審の口頭弁論終結時である平成11年6月11日には、本件墓地区画に『A野家之墓』と刻印された墓石を設置することを認めた。しかし、題目の刻印に関しては、控訴人の住職が書写した題目に限るとの態度を変えなかった」。「被控訴人は、一度は、『A野家之墓』と刻印された墓石を設置することで本件を解決してもよいとの意思を示したことがあったが、現在では、題目を刻印した本件墓石の設置を強く望んでいる」¹⁵としている。それに対して、最高裁判決が「原審の適法に確定した事実関係及び記録によって明らかな本件訴訟の経緯」¹⁶として述べているところでは、「被上告人は、上記(6)記載の請求の外に、『甲野家之墓』との家名を刻した墓石を設置する権利を有することの確認を求める請求をしていたところ、上告人は、上告人の住職が書写した墓石でなくても、上記のような墓石ならば設置を認めてよいとして、第一審の口頭弁論期日においてこの請求を認諾している」としている。

本事案では、寺院側が最後まで自らが求める方式による墓石の設置しか認めないとの態度をとった場合に、裁判所の判断として結論的には①寺院側が求める方式に従う墓石の設置しか認められない、②改宗離壇した墓地使用权者側が求める方式での墓石の設置が、たとえそれが宗教的方式によるものであっても認められる、③宗教的方式によらないものであれば、寺院側が求める方式によらない墓石であっても設置が認められるという選択肢からの三択となる¹⁷。寺院側が、住職が書写したものでなくとも「甲野

14 最判平成14年1月22日判タ1084号139頁

15 以上、東京高判平成12年5月16日判時1713号55頁

16 本節における以下の引用はすべて最判平成14年1月22日判タ1084号141～143頁による。

17 「判例解説」最判平成14年1月22日判タ1084号140～141頁、および鹿野菜穂ノ

家之墓」というような（宗教的方式によらない）墓石の設置について認諾していたということであれば、その後の訴訟は実質的には①か②かで争われたことになるし、寺院側の、住職により書写された題目の重要性の位置づけについての印象も大きく変わることになる。

ii) 最高裁判決の判断

最高裁判決の論理は極めて明確である。まず、「寺院墓地においては、寺院は、その宗派に応じた典礼の方式を決定し、決定された典礼を施行する自由を有する。したがって、寺院は、墓地使用権を設定する契約に際し、使用権者が当該寺院の宗派の典礼の方式に従って墓石を設置する旨の合意をすることができる」とする。そして「その合意がされた場合には、たとい、使用権者がその後当該宗派を離脱したとしても、寺院は、当該使用権者からする当該宗派の典礼の方式とは異なる宗教的方式による墓石の設置の求めを、上記合意に反するものとして拒むことができるものと解する」のが相当としている。

そして具体的に本件について、「被上告人は墓地使用権取得の際に日蓮正宗の定める典礼の方式に依って墓石を設置することに合意した」こと、また「日蓮正宗が定める典礼の方式によると、墓石に刻する題目は当該墓地が属する寺院の住職が書写したものであることを要するとされている」ことを認定し、被上告人が求める墓石の題目は上告人の住職が書写したのではなく、また「本件墓石は宗教的方式によらないものとはいえない」から、「題目が外形上は上告人住職の書写したものと類似していたとしても、本件墓石は日蓮正宗の定める典礼の方式とは異なる宗教的方式によるものであることが明らかな」として、被上告人が求める墓石の設置は合意に反するものとして上告人はその設置を拒むことができるとしている。

ㄨ 子「判例紹介」民商法雑誌129巻4・5号244～245頁参照。

iii) 最高裁判決の検討

問題は、この判決が、「当該宗派の典礼の方式とは異なる宗教的方式による墓石の設置の求めを…拒むことができる」とし、さらには、被上告人が求める墓石の題目は上告人の住職が書写したものではなく、また、「本件墓石は宗教的方式によらないものとはいえない」から、「題目が外形上は上告人住職の書写したものと類似していたとしても、本件墓石は日蓮正宗の定める典礼の方式とは異なる宗教的方式によるものであることが明らか」であるなどとして、被上告人の求める題目が上告人の住職の書写したものではないということに加えて、「宗教的方法によるものである」ということをもあわせて満たしていることが強調して示されていることをどのように理解すべきかという点である。

通常の読みによるなら、被上告人の求める墓石の刻印は上告人が定める刻印の方式によるものではなく、かつ宗教的な方式の刻印であるからその設置は認められないと述べているものと理解すべきことになるはずである。逆に言えば、上告人が求める方式の刻印か、もしくは宗教的な方式によらない刻印か、そのどちらかであれば被上告人の求める墓石の設置が認められるということになるとの判示であると理解すべきものと思われる。

この判決が、改宗離壇した墓地使用権者が改宗離壇以前に寺院の定める典礼に従って墓石の設置等を行う旨合意していた場合には、その墓地使用権者が改宗した後であっても、墓地管理者たる寺院は自らが定める典礼とは異なる宗教的典礼による墓石の設置を拒むことができるとしているのは明らかである。ところが、この判決が改宗離断した墓地使用権者は寺院の求める典礼に従わなければならないとしているのか、それともそれに加えて無宗教の方式による墓石の設置も認められるとしているのかについては理解が分かれ、それについては判断していないとの理解が主流である¹⁸。

18 上掲註17の2文献参照。

本判決においては無宗教の方式による墓石の設置等が認められるかどうかに関連する説明が全くないこと、および、事実の認定の部分において無宗教の方式による墓石の設置については上告人により認諾されていることが強調されていることなどがそのような理解を生む原因になっていると思われる。しかし、本判決は寺院一般についての議論として、墓地使用権設定契約に祭し墓地使用権者が寺院の典礼に従って墓石を設置する旨を合意したときには、「使用権者がその後当該宗派を離脱したとしても、寺院は、当該使用権者からする当該宗派の典礼の方式とは異なる宗教的方式による墓石の設置の求めを、上記合意に反するものとして拒むことができる」と述べている。確かにこの判決では、先の認諾がなされている以上、英米法的な判決理由と傍論との厳格な区分によるなら、判決理由としては、あくまでも改宗離壇した墓地所有権者が、合意した墓地使用規則に反する宗教的方式による墓石の設置をすることは認められないということを示したただけであると理解すべきことになるのかもしれない。しかしながら、最高裁判決の説明の論理を通常の読みにより把握するならば、上告人が求める方式の墓石であるか、もしくは宗教的な方式によらない墓石であれば被上告人の求める墓石の設置が認められると説明しているものと理解すべきもののように思われ、微妙な疑問点を残した判決と言うことができる。

3. 宇都宮地裁平成24年判決¹⁹

(1) 宇都宮地裁判決の事実関係

原告の妻の祖父は大正14年頃、浄土真宗の寺院である被告宗教法人が所有・管理する寺院墓地内の一区画の墓地使用権を取得した。なお、被告は墓地使用権者の資格などを定めた墓地使用規則を定めていない。

19 宇都宮地判平成24年2月15日判タ1369号208頁

原告の妻の祖父は昭和31年に死亡し妻の父が墓地使用权を相続、妻の父は昭和46年に死亡し、原告が墓地使用权を相続した。

原告の妻および妻の両親は昭和39年頃に創価学会に入信した。原告は昭和52年に本件墓地に創価学会の僧侶が記載した文字を刻印した墓石を設置し、妻の両親の遺骨を埋蔵した。

Aは平成7年に被告の住職に就任し、その後、本墓地内の浄土真宗以外の宗派の墓の移転を求めるようになった。

原告の妻が平成21年に亡くなったので創価学会員である原告が被告に埋蔵を求めたが、寺院の住職たるAは埋蔵を拒絶した。そのため、原告は被告に対し、妻の遺骨の埋蔵の妨害排除、および遺骨の埋蔵の拒絶に起因する精神的損害に対する慰謝料の支払いを求めて訴えた²⁰。

(2) 宇都宮地裁判決の判断

判決はまず本墓地が寺院墓地であり、そのほとんどは浄土真宗本願寺派の典礼に従い使用されてきたとする。そして、被告の妻の祖父が墓地使用权を取得するにあたって、被告の定める典礼の方式に従い墓地を使用するとの黙示の合意が成立していたと認定する。

しかし判決は、本件墓地使用权を取得した者が異なる宗派となった場合にまでこの黙示の合意の拘束力が及ぶかどうかについて定める規則や慣行はないとしたうえで、逆にAが被告の住職となる前は、異宗派の者がその典礼の方式により墓石を設置し、遺骨を埋蔵しても、被告が異議を述べた事情は認められないこと、また原告も浄土真宗本願寺派とは異なる題目の墓石を設置し、法名の授与を受けずに遺骨を埋蔵したことなどを指摘し、「上記の黙示の合意の解釈として、本件墓地使用契約を承継した者が異なる宗派となった場合に、その者に対し被告の属する浄土真宗本願寺派の典

20 以下の検討では慰謝料請求については基本的に取り上げず、もっぱら妨害排除請求だけを検討対象とする。

礼の方式に従うことを求める効力があるとするのは困難であり、その者が浄土真宗本願寺派とは異なる宗派の典礼の方式を行うことを被告が拒絶できるにすぎないと解するのが相当である²¹とする。

そうすると、原告が被告の典礼に従わないとしても、あるいは典礼の方式には従うが墓地管理料以外の典礼に伴う布施等の金員の出捐を拒否したとしても、それは上記黙示の合意に違反するものではないということになる。また墓地使用権の行使として無典礼の方式による遺骨の埋蔵を求めることも、上記黙示の合意に抵触するものではないということになる。

さらに、原告が墓地管理料の支払いをやめた経緯等を考慮すると、原告が「遺骨埋蔵の事実上の対価としての金員」を支払ってこなかった事情が埋蔵を拒む正当の理由にあたるとは言えないし、隣接する町営墓地に遺骨を埋蔵することが容易であることも埋蔵を拒む正当の理由にあたるとはいえないと述べる。

(3) 宇都宮地裁判決の検討

まず注目されるのは、原告の妻の祖父が墓地使用権を取得した際に成立していたとされる、被告の定める典礼の方式に従い墓地を使用するとの黙示の合意の解釈として、その合意が合意した墓地使用契約の承継者が異なる宗派となった場合にまで及ぶ効力があるとするのは困難であるとしている点である。この点だけを見ると、この判決は少なくとも表面的には先に検討した墓石題目刻印訴訟の最高裁判決と真正面から対立する考え方をとっているように見える。

しかしながら、そのように解する理由として示されるのは、本件墓地使用権を取得した者が異なる宗派となった場合にまでこの合意の拘束力が及ぶかどうかについて定める規則や慣行がないことに加えて、Aが被告の住

21 以下のものも含め、本節での引用はすべて宇都宮地判平成24年2月15日判タ1369号209～211頁からのものである。

職となる前は、異宗派の者がその者が属する宗派の典礼の方式により墓地を設置し、遺骨を埋蔵しても、被告が異議を述べたという事情が認められないことや、原告も過去に浄土真宗本願寺派とは異なる題目の墓石を設置し、法名の授与を受けずに遺骨を埋蔵していることなど、墓地使用权を取得した者が寺院とは異なる宗派となった場合には、被告の典礼の方式に従って墓地を利用するとの黙示の合意の拘束力はその者には及ばないと理解できる慣行の存在を推認させる具体的な事例の存在である。

本判決は、本件の墓地は寺院墓地であるので、寺院の定める典礼に従うとの黙示の合意が成立していることを認めつつも、墓地利用の慣行等から、その合意が改宗離壇した墓地使用权者には及ばないとする暗黙の合意もまた存在するとしている。古くからある地方の寺院墓地の中にはこのような村墓的な性格をも併せ持ったものも少なくないと思われ、本判決は墓石題目刻印訴訟の最高裁判決の論理を、寺院墓地の多様な性格に応じて柔軟に適用するための一つの道筋を示しているようにも思われ、興味深い。

4. 判決における到達点と検討課題…むすびにかえて

寺院墓地における、寺院から改宗離壇した墓地使用权者による墓地の利用とそれに伴う典礼施行に関する主要な判決を見てきた。

この問題は、第2次大戦後に日本国憲法および墓埋法が制定され、信教の自由の保障を最高の価値として認め、したがっていわゆる檀家制度が法的な基礎を失い、墓地の提供を実質的には寺院墓地に依存しながらも、少なくとも制度的には公的なコントロールの下に置くという体制が確立したことにより新たに生じた、あるいは少なくとも新たに表面化した問題である。この問題に対して、行政庁からのものとしては昭和35年に出された厚生省公衆衛生局環境衛生部長通知が基本的な考え方を示し、司法においては少し遅れて下された昭和38年津地裁判決が法的な議論の枠組みと一つの

考え方を示した。

検討した判決に共通する基本的な考え方は、寺院墓地管理者は改宗離壇した墓地使用権者からの埋葬蔵の請求をそれが改宗離壇した墓地使用権者からのものであることのみを理由として拒絶することが認められるかという問題については、それを、墓埋法13条の墓地管理者による墓地使用権者からの埋葬蔵の依頼を拒むための正当の理由があるかどうかという問題として扱い、埋葬蔵の依頼が檀家や信徒以外の者からのものであるというだけでは埋葬蔵の依頼を断るための正当の理由とはならないとするものである。また、寺院墓地において改宗離壇した者は当該寺院が定める典礼に従わなければならないかという問題については、多くの判決は、まさにそこが寺院墓地であるということを理由として寺院が典礼施行について定める権限を有するとの考えを示している。

なぜ寺院墓地管理者は改宗離壇した者からの埋葬蔵の依頼を原則的には拒むことができないかという点については津地裁判決が詳細に、説得的に論じている。ここではそれを繰り返さないが、そのような説明は、墓地使用権の永続性固定性として説かれるような、埋葬蔵や埋葬蔵地についての慣行や国民感情、さらには墓地が必ず確保されなければならないとの公衆衛生上の必要性の観点に加えて、寺院墓地の歴史、すなわち檀家制度の下で形成されてきた寺院墓地の特別の歴史的立場やその下で形成されてきた慣行や宗教感情といったものを前提にしない限り成り立たないものであるということには注意を要する。歴史的に形成されてきた、寺院墓地により国民の多くの墓地が提供されるという状況、葬式仏教と揶揄されるような、宗教的教義よりも埋葬蔵の必要により形成される寺院と檀家との関係、さらにはそれを支える日本における仏教の特殊な宗教性などを抜きにしては実は上記の判断を正当化することはできないように思われる。

今日においては埋葬蔵の地に対する国民感情や埋葬蔵のあり方自体に対する国民の考え方は大きく変化してきている。たとえば、埋葬蔵の地を変

更すること、すなわち改葬への国民の拒否感は大きく減少しているし、共同墓地の提供状況も改善してきている。したがって、墓地使用権者の改宗離壇後における埋葬蔵の依頼を墓地管理者側が拒絶できるかという点に関するこれまでの議論が今日以降においても維持しうるもの、維持すべきものといえるかどうかという点については本来的には再検討がなされるべきものになってきているというべきであろう。

本稿の主たるテーマである寺院墓地における典礼施行については、それが実は上記の問題と同じように実質的には墓地提供システムの不全につながる可能性があるものであるにもかかわらず、判決は基本的には、寺院墓地における典礼施行については寺院墓地が決定しうるとの立場をとっている。そこでは寺院による典礼施行こそが寺院墓地が寺院墓地である証左であるとされている。

もっとも、寺院墓地が典礼施行について決定することができるとしても、墓地使用権自体が寺院墓地と墓地使用権者（となる者）との契約により設定されと考えざるを得ない以上、典礼の、さらには典礼施行に関する決定の仕方の具体的な内容については、最終的には寺院墓地管理者たる寺院と墓地使用権者との間の合意、黙示の合意をも含めた合意により決定されるべきものとされることになる。墓石題目刻印事件についての3判決と最後に扱った宇都宮地裁平成24年判決はいずれもそのような前提を共有している。

墓石題目刻印事件において地裁判決や高裁判決と最高裁判決の結論を分けたものは、合意の認定と認定された合意の拘束力についての考え方である。確かに、寺院墓地であるということを抽象的に前提とするなら、墓地使用権者と寺院墓地管理者たる寺院との間に具体的な合意がなかったとしても、墓地使用権者が寺院側の定める、あるいは慣行的に当該墓園で行われている典礼に従うとの、少なくとも暗黙の合意の下に墓地使用権が設定されているとの判断はうなずけるものであるし、その合意が改宗離断した

墓地使用権者を拘束しないとの判断は一般的には支持できない。

宇都宮地裁平成24年判決は、墓地使用権者は寺院の定める典礼の方式に従うという黙示の合意の成立を認めながらも、その拘束力は異宗に属することになった墓地使用権者には及ばないとするもので、墓地題目刻印事件の高裁判決と結論的には同様の判断をするものである。しかしながら、この判決は、これまで当該墓地において異宗派の方式による典礼が寺院側の異議等を受けることなく行われてきたことなどの事情を認定して、本件墓地においては、さきの合意の拘束力が異なる宗派となった墓地使用権者にも及ぶとするのは困難であるとしている。当該寺院における具体的な慣行を根拠にこのような判断をしている点がこの判決の特徴である。

確かに多くの寺院墓地においては典礼については寺院側が決定できることとされているということはできるかもしれない。しかしながら寺院墓地の実態は多様であり、村墓的な性格を有する寺院墓地も稀ではない。そのような寺院において村コミュニティと宗派や住職との間で寺院の運営をめぐる紛争が起こるというような話は珍しくない。寺院墓地であっても典礼の実施に関わる慣行はさまざまであり得るとの前提で、個別寺院における慣行や合意（特に黙示の合意とされるもの）の実態についての具体的な認定を基礎として判断をすることが求められる。

今日においては特にいわゆる共同墓地において墓地使用権の設定や廃止などをめぐる紛争が増えている。今日提供される共同墓地については墓地使用規則等が整備され、それへの合意を前提とする墓地使用権の設定が行われるというのが一般的になっているにもかかわらず、多くの紛争が生じている。このような紛争に対しては当然のことながら消費者法的な合意の審査が必要とされる。

翻って考えてみると、寺院墓地における典礼施行に関する合意の認定にあたっても、消費者法的な配慮が必要になってきているというべきであろう。さらにいうなら、永続性を有するとされる墓地使用権の設定契約につ

いて、一般的な消費者が長期を見据えた合理的な判断をすること自体が相当に困難であり、また墓地の提供においては適切な競争的環境が維持されているとはいいがたいから、寺院と墓地使用权者との合意がすべて拘束力を持つものとして妥当するとは限らず、寺院墓地に求められる今日的利用のあり方に即した「合意」のチェックが行われるべきものと考えらるべきであろう。

* 本研究はJSPS科研費 JP20K01284の助成を受けたものである。

消費者契約法の在り方と裁判官の役割

中 田 邦 博

I はじめに

近時の消費者契約法の改正が現在の社会的な要請に十分に応えていないのではないかという疑念が提起された¹。そして、新たなビジネスモデルに対応して健全で公正な市場を実現するための消費者法の在り方が、消費者法のパラダイムシフトや体系化・現代化の課題として模索されている²。本稿では、そうした試みの一つとして、消費者法における裁判官の役割に焦点を当て、具体的には、消費者契約法の運用において裁判官にどのような役割が期待されているのか、それを実現するには、どのような立法的課題があるのかを検討する。その際、①消費者契約の解釈、②消費者契約の締結過程の規律、③不当条項審査という三つの論点を取り上げる³。こう

1 消費者契約法の改正全般への評価については、沖野眞己「消費者契約法の変遷と課題」現代消費者法59号（2023年）4頁以下、「特集 消費者契約法契約法改正」ジュリスト1527号（2019年）「座談会」13頁以下での議論も参照。ちなみに、河上正二編著『消費者契約法改正への論点整理』（信山社、2013年）は、現在の議論につながる論点の多くをすでに取り上げている。

2 消費者法の体系化・現代化の課題を扱うものとして、「消費者法の現代化をめぐる比較法的検討—消費者の権利実現のための法システムの構築に向けて」と題したミニシンポジウムの報告要旨を掲載した比較法研究85号（2023年）89頁以下、および、その報告内容を深めた特集・消費者法研究15号（2023年）を参照。さらに、日本消費者法学会のシンポジウム「消費者法の体系化・現代化」のメ

した課題を設定したのは、消費者契約法の目的を達成するためには、裁判官が消費者契約を適切にコントロールすることが不可欠であり、それには司法による解決の場をより一層活性化することが必要ではないかと考えたことによる⁴。このような司法・裁判所の役割が重要であるとすると、消費者立法としては、裁判官が市場における契約ルール形成に寄与しやすい環境を整備しておく必要がある。

しかしながら、現状はどうであろうか⁵。以下では、こうした問題意識を前提に、上記の三つの論点について、いくつかの事例を挙げて、またそれに関連する比較法的な視点も踏まえながら、消費者契約法の在り方と裁判官に期待される役割について検討することにした。

Ⅱ 消費者契約の解釈

1 問題の所在——消費者契約の形成

消費者契約においては約款が利用されることがほとんどであり、その内容に基づいて、基本的に契約内容が確定される。つまり、消費者契約の解釈の出発点となるのは、約款が用いられた契約書であり、その内容が契約の解釈という作業によって確定されるのである。こうした契約の解釈の手法は、事業者間の契約でも、事業者と消費者との間の消費者契約でも、同

※ 各報告の予稿・現代消費者法60号（2023年）74頁以下も参照。

3 これらの論点については、田村伸子編『消費者法と要件事実』（日本評論社、2023年）（以下では、【消費者法と要件事実】として引用する）で取り上げたものである。本稿との関係については、後掲の「付記」を参照。

4 本文で述べた問題意識については、中田邦博・鹿野菜穂子『基本講義 消費者法〔第5版〕』（日本評論社、2022年）（以下では、【基本講義消費者法】という）〔中田邦博〕115頁も参照。

5 鹿野菜穂子「消費者契約法の体系化・現代化を論ずる意義」現代消費者法60号（2023年）74頁以下も参照。そこには2023年消費者法学会でのシンポジウムの統一テーマの課題と問題意識が示されている。

じである。もっとも、実務においては、契約書に書かれていないことは存在しないといったような考え方が主張されることもある。しかし、実際には、広告内容や契約前ないし契約時の口頭での説明が契約書に反映されていないことがあり、そうした事項が考慮されないとするのは適切でない。そうした広告や口頭での説明が契約内容となることを消費者が訴訟において立証することには困難があり、また立証に成功しないケースも多々みられる。

そこで、以下では、消費者契約における契約の解釈において、消費者契約の締結に至る事情をどのように考慮すべきなのかについて、無線データ通信サービスの広告等における通信制限についての内容が問題になった裁判例を素材に考えてみる。

2 裁判例の紹介

東京高裁平成三十年四月一八日判決⁶（上告受理申立て〔上告不受理決定〕平成二九年（ネ）三二三四号不当利得還請求控訴事件 金判1546号15頁〔事案〕

通信事業と代理店業務を営む事業者Y1は、通信事業者Y2の設置する通信設備等を利用して、インターネット接続などの無線データ通信サービスを消費者に提供する事業を行っている。消費者Xは、Y1とサービス契約を締結したが、このサービスには3日で3ギガバイトの通信制限が付されており、それを超えた場合には通信速度が制限されることになっていた。ところが、Xが実際に利用してみると、こうした制限が容易に課されてしまい、通信速度が遅くて思うような利用ができない状況におかれた。そこでXは、Yらの販売に際しての広告（大きな活字で「ギガ放題」「ヤバイ

6 本判決についての筆者の評釈として、〔評釈〕中田邦博・私法判例リマークス（法律時報別冊）59号38頁がある。ほかにも、カラリスコス アントニオス・判例時報2409号160頁、熊谷士郎・現代消費者法43号76頁などを参照。

速が、止まらない」「WiMAX史上最速220Mbps下り最大」「月間データ量制限なし」などの記載）においてギガ使い放題プランという名称の料金体系が宣伝されており、また販売店での説明では通信制限について事実上制約がないようなものとされていたと指摘したうえで、実際には、これと異なり、多くの場合に通信制限を受け、その制限の下ではサービスが使いものにならないと主張した。XはY1に対して、民法96条または消費者契約法4条1項1号に基づき本件契約を取り消し、支払済みの契約金を不当利得として返還を求めると同時に、広告と販売時の説明がY1とY2の共同不法行為となるとして、損害賠償を求めた。

[判旨]

「本件契約締結当時の広告についてみると、Yらは『ヤバイ速』といった表現で、どのような数値なのかについての客観的な証拠のない意味不明の通信速度（下り最大220Mbps）をことさらに強調する一方で、3日3G制限については、豆粒のような小さな活字で上下左右の文字間隔が狭く活字が密集した状態で、欄外や下段などの目立たない場所に、具体性のない抽象的な頭出し的な記載を簡単に残すにとどまっている。また、上記のとおり、3日3G制限の引き金を引くことを避けるために、通信量を自主規制せざるを得ない結果になる場合があるにもかかわらず、『月間データ量制限ナシ!』『永年使い放題!』といった表現で、月間通信量に事実上の制約もないかの表現をしている。」

「3日3G制限は、他のユーザーの具体的な使用状況に影響される『混雑状況』を発動条件とする制限ではなく、契約者たるユーザー本人の具体的な使用量（3日3G）を発動条件とする制限であるのに、『混雑状況により制限する』という誤った説明をしている」。

Yらは「『今まで僕らがここで使っている中では、全くない。』と回答している。本来であれば、使用目的によっては3日3G制限の引き金を引く

リスクがあり、制限下では不自由な使用しかできないかもしれないというリスクの存在も伝えるべきであるのに、3日3G制限の引き金を引くことが極めて稀であると誤解させるような説明をしている。」

「高速、通信量制限なし、使い放題という利便性を強調し、一部のヘビーユーザーのニーズに合わない点（通信量を引き金〔トリガー〕とする通信制限の存在）は目立たないような広告・説明をして…他社と比べて著しく優位な差別化が実現できているものと誤認混同させるおそれが非常に高いものである。…一部のユーザーに誤認混同のおそれを生じさせ、獲得すべきでない顧客を獲得してまでシェア拡大を目指すような広告・説明は、社会的に許されないものというべきである。」

3 検討

(1) 判決の意義

問題は、事業者サイドが行った広告の内容や事業者の口頭での説明を、「契約の内容」として取り込むことができるのか、である。

本判決は、約款に書いてある一応通信速度の制限を実施すること自体は、それがユーザー間の利用の公平さを確保する観点からは必要であると認めつつも、事業者が使い放題とか通信量の制限なし、高速というような利便性のみを強調して、それで消費者に過剰な期待をさせていたのは誇大広告に当たるものとして「獲得すべきでない顧客を獲得してまでシェア拡大を目指すような広告・説明は社会的に許されないものというべきである」とした。結論として、本判決は、通信制限に関する内容は重要事項であって事実と異なることを告げたことになるとして、それによる不实告知による取消しを認め、同時に、それを不法行為にあたるとして原状回復的な損害賠償によって、実質的には解除と同じような結果を導き、代金の返還と等しい効果を認めたのである。本判決は、本件での事業者の一連の行為を不实告知ないし不法行為の問題として捉えて救済を導くものであるが、私見

では、これとは異なる法的構成によっても消費者の救済を図ることができると思われる。

本判決は、数年前の事案であり、現在の法状況はそれとは異なるところがある。訴えが提起された当時は、違約金条項の有効性が認められており、直ちに不当条項と判断できなかったという事情もあり、不法行為構成がとられたと思われる⁷。現在では、この種のデータ通信契約では、競争法的な観点も考慮された法的規制によって、違約金を払わずに比較的容易に契約を中途解約できる制度が導入された⁸。そうした規制が存在していれば、本判決のように、違約金の支払いを回避するための不法行為による損害賠償という法的構成をとらなくてもよかったのである。

本判決においては、消費者契約の内容確定に当たっては、契約書の内容だけでなく、消費者が契約の締結に至った意思決定のプロセスについて、広告内容や事業者の説明に着目し、締結時の事情を丁寧に、「表示」の受領者となる消費者の目線から吟味していることが見て取れる⁹。

このような場合には、契約解釈の準則の一般的な理解を前提とすると、消費者の目線からみて契約の内容を確定することが必要となる。また、本判決は、事業者による通信制限の説明が重要事項の内容となることも認めている。したがって、広告や事業者からの口頭での説明内容は、それが契約書にないものであっても、契約の解釈を通じて「契約内容」を構成することが可能となる。このように考えることで、当該事案において、通信制限のほばない状況という契約内容が実現されない場合には、契約違反を理

7 取引的不法行為の展開については、「取引関係における不法行為」窪田充見ほか編『事件類型別不法行為法』（日本評論社、2021年）233頁以下〔若林三奈〕を参照。

8 この点については、【基本講義消費者法】115頁注10〔中田邦博〕を参照。

9 契約の解釈ルールについての一般的な説明として、中田邦博＝鹿野菜穂子＝後藤元伸『新プリメール民法1・民法入門・総則〔第3版〕』（法律文化社、2022年）124頁〔中田邦博〕参照。

由にした債務不履行型の解決を導くことができることになろう。消費者契約の紛争解決においては、裁判官が、契約の締結前・締結時・締結後の事情を取り込んで契約内容を確定することが適切な場面があるとする、こうした契約の解釈のルールを明確に定めて事業者に注意を喚起し、過大な宣伝を予防し、消費者にその救済のための手がかりを与えることが有益であろう。

(2) 民法・消費者契約法の問題点

このような視点から、次の二つの点において現在の民法・消費者契約法における問題点を指摘してみたい。

第1は、契約解釈の準則についてであるが、2017年改正民法の作業において民法に取り入れる提案がされたが、結局採用されなかったことである¹⁰。2018年改正では、消費者契約法同3条1項1号に「その解釈において疑義が生じない」という文言が追加され、不明瞭準則らしき規定が設けられることになったものの、依然として努力義務規定のままである。第2は、役務や商品の質または用法に関する広告や宣伝がされている場合、それを契約内容に原則として取り込むことを可能にする明文の規定も設けられていないことである。

こうした問題点について、民法・消費者契約法がどのように対応すべきかのヒントを与えるのは、『ヨーロッパ契約法原則』（以下、「PECL」という）¹¹である。これは、ヨーロッパ各国の契約法の比較法的検討から、

10 この改正議論の経緯を批判的に検討するものとして、山本敬三「『契約の解釈』の意義と事実認定・法的評価の構造——債権法改正の反省を踏まえて」法曹時報73巻4号（2021年）639頁以下を参照。

11 オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編（潮見佳男、中田邦博、松岡久和監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社、2006年）。以下では、【ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ】という。本稿での同原則（PECL）に関する条文訳は、同書の訳に基本的に基づくものであるが、引用に際しては、読みやすくするために部分的に修正した。

その共通項として通用する準則を条文形式で表現した共同研究の成果であり、略してPECL（ペクル）と呼ばれるものである。デンマークの比較私法学者であるオーレ・ランドー教授の主導の下に作成された学術的な共通契約法のルールである¹²。PECLは、ヨーロッパでの民法・契約法として認められている準則を確認し、それを発展させることを目的としたものであり、2017年民法改正でも審議の際に比較法資料として使われていた文献である。

以下では、これを参考にして、まずはPECLの契約解釈についての準則として、PECL第5章に定められた次の三つの条文を取り上げる。

PECL第5章 解釈

5：101条 解釈の一般的準則

（１）契約は、文言の字義と異なる場合であっても、両当事者の共通の意思に従って解釈されなければならない。

（２）当事者の一方が契約に特別の意味を与える意思を有し、かつ、相手方がその意思を契約締結時に知ることができた場合、契約は、その当事者の意思に従って解釈されなければならない。

（３）１項または２項によって意思を明らかにできない場合は、契約は、両当事者と同種の合理的な者であれば同じ状況の下で与えるであろう意味に従って解釈されなければならない。

5：102条 考慮すべき事情

12 こうしたヨーロッパ私法の展開については、さしあたり、中田邦博「ヨーロッパ（EU）私法の平準化」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展開と日本民法典の現代化』（日本評論社、2016年）3頁以下参照。さらに、PECL、DCFR、CESLなどのソフトローを比較・検討した Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, edit. Commentaries on European contract laws, Oxford University Press, 2018 は、今後、こうした文脈で参照されるべきヨーロッパ契約法の優れた研究書である。

契約を解釈するにあたっては、とりわけ、次の各号に掲げる事情を考慮しなければならない。

- (a) 契約が締結された際の諸事情。契約準備段階における交渉を含む。
- (b) 当事者の行為。契約締結後の行為も含む。
- (c) 契約の性質および目的。(d) 略 (e) 略
- (f) 慣習。
- (g) 信義誠実および公正取引。

5：103条 「作成者に不利に」の準則

個別に交渉されなかった契約条項の意味について疑いがあるときは、当該条項を持ち出した当事者に不利となる解釈が優先されなければならない。

①契約解釈の準則の明文化について。

PECL5：101条は、契約の解釈指針を示すものであるが、これらに関係する準則については、内容的には民法改正の議論で民法への取り込みが検討された規定¹³ とほぼ同様のものである。

この規定に続き、PECL5：102条は、契約を解釈するに当たっては次のような事情を考慮しなければいけないとする。そして、(a)「契約が締結された際の諸事情。契約準備段階における交渉を含む。」、(b)「当事者の行為。契約締結後の行為も含む。」として、契約書の内容以外の考慮されるべき諸事情が明示されている。さらに、(c) 契約の性質および目的、そして、(g) 信義誠実および公正取引という要素も明示されている。

PECL5：103条では、解釈準則として、「個別に交渉されなかった契約条項の意味について疑いがあるときは、当該条項を持ち出した当事者に不利となる解釈が優先されなければいけない」と定められている。これは、

13 この点については、山本・前掲注10) 639頁以下を参照。

二義的な、多義的な条項があれば、あるいは複数の条項があつていずれが優先するかよくわからないようなときには当該条項を作成した当事者に不利に解釈されるとするルールである。この、いわゆる「条項作成者不利の原則」は、ヨーロッパ各国で一般的に認められている考え方である¹⁴。

PECLでは、通常の契約の解釈において考慮すべき事項が明文で示されており、裁判官がそれをチェックすべきことが明確にされている。そうした考慮を行うことは、事業者と消費者という情報格差と交渉力の格差がある場合には、なおさら重要となるというべきであろう。

②広告等の契約への取り込み規定について

PECLは、第6章の契約上の債務を生じさせる表示という見出しのもとに、広告表示の契約への取り込み問題を処理するPECL6:101条がある。そこには、事業者の広告や、また事業者が与えた契約の締結前または締結時の説明が、契約内容に取り込まれ、それに応じた義務を発生させることが規定されている。ここでは、広告や契約締結時の説明がある場合には、それが原則として契約の内容に取り込まれるとの準則が示され、それにより、当事者の一方が行った広告や説明がある場合には、それらが契約の内容になることが推定されるのである。販売事業者の広告の場合であっても、あるいは、例えば契約当事者ではない者、別の通信事業者が広告をしている場合であってもよいのである。つまり、第三者の広告であってもよく、そういったものが契約の内容に原則として取り込まれることになる。ここでは、消費者は、広告の存在、あるいは事業者の説明があつたことを立証すれば、その内容が契約内容となることが推定されるのであり、事業者は、抗弁として、こうした広告について知らなかったこと、また知る可能性がなかったことを立証しなければならないことになる¹⁵。

14 【ヨーロッパ契約法原則 I・II】285頁〔吉政知広〕以下。例えば、ドイツ民法にもこの趣旨の規定が置かれている。後掲のBGB305e条を参照。

15 【ヨーロッパ契約法原則 I・II】291頁〔吉政知広〕以下。

もちろん、取り込みのための条件も定められており、一定の制約があるが、消費者にとっては、これらの規定が一つの手がかりになって、広告内容の契約への取り込みを容易に主張できることになる。このように、PECLでは、約款ないし契約条項を作成する者（事業者）がすべきこと、また、それを受け取る側（消費者）の立場も考慮して、契約内容の在り方をきちんと法律に規定しておく姿勢が示されている。

例えば、本事案について、このようなPECLの規定を前提に考えてみると、ギガ MAX が通信無制限であるとする広告が、その通信サービスを提供する通信事業者によって、消費者が代理店と契約する前に行われている場合は、代理店は、当然その広告内容を知っていると推定されることになり、したがって、その広告は、代理店と消費者との間で締結される契約内容にも反映されることになる。

また、この場合には、契約内容と現実との不一致の問題となり、それは契約不履行に基づく解除や損害賠償の問題と、代理店が事実とは異なることを告げたことに基づく不実告知による取消しの問題を生じさせる。また、相手方の表示によって誤認を惹起されたとして、錯誤取消しを主張する可能性もある。これらの請求は、それぞれ要件を充たせば併存することになる¹⁶。

第6章 内容および効果

6：101条 契約上の債務を生じさせる表示

（１）契約締結前または締結時に当事者の一方によってされた表示は、当該状況において相手方が合理的に理解したところに基づいて契約上

16 【ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ】292頁〔吉政知広〕参照。PECL4：119[不履行による救済手段]は、「本章により救済を求める権利を有する当事者に、当該事情の下で、不履行に対する救済も与えられるときは、この者は、いずれの救済によることもできる。」とする（同275頁）。

の債務を生じさせる。その際、次に掲げる事情が考慮される。

- (a) 相手方にとってのその表示の明白な重要性
- (b) 当事者が取引を行う中でその表示をしたかどうか
- (c) 当事者間の専門的知識の相違

(2) 当事者の一方が事業者の供給者であり、この者が役務、商品その他の財産の質または用法に関する情報を、販売、広告の際に、またはその他の方法で契約締結前に与えた場合は、その表示によって契約上の債務が生じる。ただし、表示が不正確であることを相手方が知りまたは知ることができた場合には、この限りでない。

(3) 事業者の供給者のために役務、商品、またはその他の財産を広告または販売する者、または、一連の取引連鎖の過程で当該事業者の供給者よりも前に位置する者によって与えられた情報およびその他の約束は、事業者の供給者に契約上の債務を生じさせる。ただし、この者がその情報または約束を知らず、かつ知ることができなかった場合は、この限りでない。(上記の強調と下線は引用者による)

Ⅲ 契約締結過程の規律の在り方について

消費者契約法の契約締結過程の規律についての問題を次の裁判例を素材に検討してみる。

1 問題の所在

一連の契約締結過程において不当な勧誘があった場合に、消費者契約法の規律(3条から5条)による救済が用意されているものの、そうした救済だけでは十分ではない場面もある。そこで、実務で用いられる不法行為

法理による救済のメリットを確認しつつ、この問題について検討してみる。

2 裁判例

高額な開運商品を繰り返し購入させた販売店店長等の販売行為と不法行為責任の成否

大阪高裁令和元年一二月二五日判決（令和元年（ネ）第1611号、損害賠償等請求控訴事件）¹⁷ 消費者法ニュース123号254頁、判時2453号23頁

〔事案〕

原告Xは、当時、34歳の男性で非正規の会社員（一般消費者）であった。被告Yは、アクセサリー等のデザイン、企画、製造及び販売等を目的とする株式会社であり、天珠（てんじゅ）と称する天然石やこれを加工した商品の販売を行っている。天珠とは、瑪瑙（メノウ）などの天然石に、薬草等を混ぜ合わせたもので文様を染みこませ、焼き上げたものといわれている。

Xは、Yの店長Aや従業員の勧誘に応じてYとの間で、3ヶ月ほどの間に7回にわたって天珠を加工したアクセサリーを購入する契約（本件契約1～7）を締結し、その代金合計として約400万円を支払った。その後、Xは、書面によりYに対し、クーリングオフ（解除）の通知を送付するとともに、消費生活センターに相談し、同センターがあっせんを試みたところ、Yは、本件契約7について解約に応じたものの、本件契約1ないし6については解約に応じなかった。

本件は、Xが、Yに対して、これらの契約により損害を被ったとして、不法行為に基づき、損害賠償の支払を求めたものである。

17 本判決の評釈として、中田邦博・私法判例リマックス（法律時報別冊）63号46頁がある。本文の叙述は、これに依拠している。そのほか、それとは観点を異にする判例評釈として、菅富美枝「開運アクセサリーの繰り返し販売と不法行為責任」現代消費者法49号94頁がある。

〔判旨〕

「従業員らは、本件〔契約2〕商品2について、珍しい赤色の龍眼天珠であり200万円ほどもするが、本件〔契約1〕商品1を購入しているので100万円にしておくなどというセールストークをして」いるが、「社会通念上違法な勧誘行為であるとまでは認められない。」

「このようなYの販売方法は、Xが支払困難となることを予見しながら、商品に関心を持つ気持ちに付け入って、クレジットカードを利用して商品を購入させるもので、…その商品価格についての不実告知があるといつてよいほどの説明がされていること、その結果、代金の支払について正常な判断能力を失った状態にあるXに本件契約3を締結させたことは、詐欺に当たるか、そうでなくてもXの軽率又は稚拙な判断能力の低下に乗じた社会的相当性を欠く販売方法が採られたものとして、不法行為に当たる」とした。

3 検討

これは開運商品を繰り返し購入させたという販売の事案である¹⁸。この販売店は、一般的なショッピングモールにある。原告Xは一般消費者で、Yはアクセサリー等のデザインをしている会社である。Yは、天珠と呼ばれる天然石を加工した商品を販売しているが、ここでの取引の特徴は、3ヶ月ぐらいの間にこのアクセサリーを次々と販売し、全部で7回の契約が締結されています。3ヶ月で400万円をクレジットを組んで購入させられている。Xは契約をなかったことにしたいと考えており、まずは最後の7年目の契約についてはクーリングオフを行使したところ、これは認められたが、最初の契約から6番目まではYが解約に応じなかったので争いとなった。Xは、不法行為に基づいて損害賠償の請求をしており、このよう

18 その詳細は、中田前掲・注17)の評釈を参照。

な契約によって損害を被ったと主張した。すなわち、個別の契約の存在を前提にしながら、それを全体として捉えて不法行為とする主張したのである。本判決は、商品1、2は有効な契約として認めて、3以降は不法行為になる違法性があるものとして区別した。

本件の事案は、開運商法と呼ばれる、人の軽信性を利用して商品を販売する手法であり、いわゆる「状況の濫用型」の一つである。同時に、短期間に（本件ではおおよそ3ヶ月間）生活に特に必要のない商品を過剰に次々と販売する点で過量契約型の要素も含むものである。

民法学でも消費者を不当な契約に引き込むことの違法性は、取引的不法行為として捉えられ、消費者保護の法理としても展開している。

不法行為における「行為」概念は、規範的な評価において捉えることができるものであり、個々の契約ごとに判断するという発想に縛られる必要はなく、事業者の「行為」を、当初の行為とその後の行為全体の連続性において捉えることを可能にする。これによれば、事業者の一連の行為を、対象商品、販売方法、場所、時間的密接性などを考慮して、一つの「行為」として捉え、事業者の認識の程度も加味し、全体として社会相当性の判断を介在させることで不法行為の成立を認定できることになるのである¹⁹。

消費者が、本件のような「仕組まれた取引」に巻き込まれた場合には、判決が用いた「取引的不法行為による救済」は、個々の契約ごとに考えられる救済を超えて、消費者の置かれた状況の「原状回復」を可能とする法的構成として利用することができる。取引的不法行為のアプローチは、本件の事案のように、事業者が、相手方の状況につけ込んで、一連の契約をさせているケースでは、個々の契約の有効性を個別に判断するのではなく、全体として取引の違法性を認定することが必要となる場面ではきわめて有

19 窪田充見編『新注釈民法（15）』（有斐閣、2017年）〔後藤巻則〕814頁および若林・前掲注7）233頁参照。

効な解決方法となる。要するに、こうした不法行為法によるアプローチは、不公正なビジネスモデルでみられる、時間と段階を経て変化する一連の販売方法の連結的作用によって生じる消費者被害を全体として捉えることに親和的なスキームを提供するものと評価できるのである²⁰。

他方で、こうした法的構成を契約法の中に取り込むことも可能であると思われる。民法には公序良俗規範が存在しており、その枠組みを広げることや、それを踏まえて消費者契約法において一連の取引を全体的に考察して契約の連鎖を踏まえて契約の取消しや無効を定める規定を置くこともできるからである。こうした問題に対処するために、消費者契約法の2018年および2022年改正では、困惑類型において、いわゆるつけ込み型の個別類型が拡充され、また特定商取引法（以下、特商法ともいう）から「輸入」された過量契約の規律が置かれたが²¹、それらの規律は、主に個別の契約の違法性を対象としており、本件のような不法な取引全体に適用することにはなお困難が伴う。本件は、一連の取引が最初からのスキームによって仕組まれたものと推認できる事案であることから、YがXとの間で締結された一連の契約すべてに不法性を認定すべきであって、個別の契約ごとに分けて不法性を判断すべき事例ではないのである²²。

そこで、次に契約法の観点からこの問題をPECLにおいて捉え直してみることにはしたい。

4 比較法的検討

この問題をPECLで扱うとすると、PECL4:109条の規定が参照されることになる。同条の解説である「ノート」をみると、同条が不公正なつけ

20 日弁連編『消費者法講義[第5版]』（日本評論社、2018年）126頁〔齋藤雅弘〕を参照。

21 中田邦博「消費者契約法と特定商取引法—制度発展の交錯を踏まえて」ジュリスト1558号（2021年）28頁以下。

22 中田・前掲注17）の評釈を参照。

込み型を規制するものであり、すでに各国民法がこうした問題に対応してきたことが示されている²³。

簡単に説明すると、それは過大な利益取得または不公正なつけ込みに関する規定で、これは取消しという効果を持つものである。すなわち、PECL4:109条によれば、「相手方に依存し、または相手方と信頼関係にあった場合、経済的に困窮し、もしくは緊急の必要があった場合、または、軽率であり、無知であり、経験が浅く、もしくは交渉技術に欠けており、かつ」、相手方がこのことを知っており、「当該契約の事情および目的を考慮」して、「著しく」、「不公正な方法で当事者の状況につけ込み、または過大な利益を取得した」とみられる場合には、契約を取り消すことができると定められているのである。

この問題について、ヨーロッパ各国の民法では、二つの方向性がみられる。一つは、強迫という形で、不当な影響を与えていることを捉えて強迫類型の拡張として取消しによって契約の効力を奪うというやり方である。もう一つは、公序良俗違反の観点から、こういった契約の効力を奪い、無効と評価するものである。

PECLでは両者の傾向を把握した上で、取消しという効果を付与している。しかしながら、日本の取消期間のように短いものではなく、PECLの取消しが、長期の期間設定を可能にしている点も興味深い。留意すべきは、PECLではこの問題が、一般契約法の規律対象として構想されており、消費者契約法の問題ではなく民法レベルで扱われていることである。

日本でも、そうした規定が存在すれば、裁判官は具体的な事件において、それに依拠して紛争を処理していくことができるのではないと思われる。

23 以下の比較法的な状況については、【ヨーロッパ契約法原則 I・II】248頁〔馬場圭太〕、ハイン・ケッツ（潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和訳）『ヨーロッパ契約法 I』（法律文化社、1999年）〔中田邦博〕251頁を参照。

PECL第4章 有効性

4：109条 過大な利益取得または不公正なつけ込み

(1) 当事者は、契約締結時に以下に掲げるすべての事情が存在した場合には、当該契約を取り消すことができる。

(a) その当事者が、相手方に依存し、もしくは相手方と信頼関係にあった場合、経済的に困窮し、もしくは緊急の必要があった場合、または、軽率であり、無知であり、経験が浅く、もしくは交渉技術に欠けていた場合

(b) 相手方が、このことを知りまたは知るべきであり、かつ、当該契約の事情および目的に照らして著しく不公正な方法でその当事者の状況につけ込み、または過大な利益を取得した場合

(2) 裁判所は、適当と認める場合には、取消権者の請求により、信義誠実および公正取引の要請するところに従っていたならば合意されていたであろう内容へと、当該契約を改訂することができる。

(3) 裁判所は、過大な利益取得または不公正なつけ込みを理由とする取消しの通知を受けた当事者の請求により、前項におけるのと同様に、当該契約を改訂することができる。ただし、この者が、取消しの通知を受けた後直ちに、かつ取消しの通知をした当事者が当該通知をしたことを信賴して行動する前に、取消しの通知をした当事者に対して、裁判所に契約改訂の請求をしたことを知らせたのでなければならない。

Ⅳ 不当（約款）条項審査の問題点—ドイツ法との比較から

1 日独における不当条項審査の構造比較の視点

以下では、日本とドイツの規定を比較しながら、日本での不当条項審査のあり方について検討することにした。

(1) 日本法における不当条項審査

日本法における不当条項審査に関係する条文は、後掲の通り、民法と消費者契約法の二つの法律に存在している。両者の切り分けは、民法の定型約款の規定は私人間の取引に、消費者契約法は消費者契約にのみ適用されるものである²⁴。このことは、消費者契約においても民法の定型約款の規定を適用することが可能となることを意味する。

民法の定型約款と消費者契約法の条項審査に関する規制の構造の違いとして、定型約款の規制は、不当な契約条項は契約内容にならないという組入れ要件として位置づけられており、他方で消費者契約法は、組入れ後の内容規制として不当性を判断する構造を有している。私法秩序を形成する民法と消費者契約法において、それぞれ定型約款を規制するものと、消費者契約条項を規制するものとで、異なった規制の仕方をしている点に問題がある。

○民法（定型約款の合意）

第584条の2 定型取引を行うことの合意をした者は、次に掲げる場合には、定型約款の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

24 さらに、消費者契約法の不当条項規制もまた民法の定型約款規制も、いずれにも条文の規定の仕方についての問題もある。消費者契約法10条の規定の改正された文言についてであるが、例えば、【基本講義消費者法】〔中田邦博〕118頁注16は、そうした規定の仕方は同条の構造的な理解を妨げることになりかねないとして批判的である。

(引用者により部分的に省略)

一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。

二 略

2 前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、

①相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、
②その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

(挿入した番号と下線は引用者による)

○消費者契約法

第10条 消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項その他の

①法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、

②民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。(挿入した番号と下線は引用者による)

(2) ドイツ法における約款審査の構造

ドイツ法は、約款規制を検討するときに非常に重要な比較法の対象となる。というのも、ヨーロッパ各国において、ドイツの約款規制の成果を見ながら各国で民法典の中にそれが導入される状況もあり、またそうした傾向に基づいて EU 法が不当条項指令を制定することで、司法審査による

約款規制の手法がEU消費者法に取り込まれ、ヨーロッパに広く普及したことが指摘できるからである²⁵。この意味でも、ドイツ法はそうしたヨーロッパでの約款規制の普及の原点となったものであり、その手法については日本でも紹介されてきた²⁶。

ドイツの約款規制は、当初は独立した単行法によって行われていた。すでにドイツの裁判所は、BGBの一般条項（信義則）である242条の下で不当な契約条項の審査を行っており、約款規制法はそうした判例の蓄積を踏まえた立法化であった。判例の蓄積は、不当条項性を判断するリストとして同法において例示されている。同法は、当時は、実体法と手続法（差止請求）の両方が組み合わせられたものとして存在していた²⁷。こうした約款規制は、契約法の重要な部分として、2002年に、いわゆるドイツ債務法の現代化と呼ばれる法改正によって民法典に取り込まれた。

2 ドイツ民法（BGB）の約款規制に関する基本規定

約款規制の構造を、条文に則して説明すると、BGBは、①BGB305条で約款の定義と約款の組入要件（Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in dem Vertrag）が定められ、②BGB305e条は、不意打ち条項・不明瞭条項（Überlassende und mehrdeutige Klauseln）を定めている。これらの規定は、約款の不当な条項を合意内容から一般的に排除する効果を有している。こうした約款の組入れに関する規定は、約款条項の内容自体の不当性を明示することなく、一定の要件の下に、当該条項を契約

25 この点に関するヨーロッパ各国法の展開については、ケッツ・前掲注23）252頁以下、とくに257頁に簡潔な説明があるので、参照されたい。

26 例えば、河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、1988年）、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法』（同文館、1999年）などを参照。近時のドイツでの約款規制に関する判例の動向を詳細に分析する文献として、武田直大『不当条項規制による契約の修正』（弘文堂、2019年）がある。

27 この内容については、石田・前掲注26）参照。

から排除することを可能にするものであり、「隠れた約款コントロール」とされている。それに続くのが、内容審査を定めるBGB307条以下の規定である。BGB307条では、司法による内容審査（Inhaltskontrolle）の権限の根拠となる一般条項が定められ、それに続いて各則な規定として、BGB308条に、いわゆる評価余地のある条項リスト（以下、グレーリストという）が、またBGB309条に、いわゆる評価余地がない条項リスト（ブラックリストという）が置かれている。

グレーリストの条項は不当性判断の基準であり、それに該当すると不当性が推定されるものとして規定されている。ブラックリストは条項の使用を禁止する規定であり、それに該当すると直ちに無効となる。この二つのリストは、いずれも、事業者間では契約の自由が前提とされることから直接的には適用されない。これらのリストの基準は、事業者間取引であったとしても一般条項を通じての約款の不当性判断において利用されることがある。これに対して消費者契約においては、グレーリストは、条項の内容がリストに該当すると判断されると、当該条項の不当性が推定されることになるが、この場合には、事業者に反証が許されている。ブラックリストでは、条項がリストのカatalogに該当すれば不当となり、反証の余地は残されてない。

上記の規律に該当するBGBの条文は、次の通りである²⁸。

①BGB305条第2項 組入れ要件

BGB305条第2項 約款は、作成者が契約の締結に際して、次の各号のすべてを満たし、かつ契約の相手方が約款を用いることに同意し

28 本稿のドイツ民法の条文については、石田・前掲注26)を参照したが、一部を修正して訳出した。なお、BGB308条および309条については、紙幅の関係からここでは訳出しない。これについては、約款規制法時代の翻訳であるが、石田・前掲注26)に掲載された10条と11条の訳が参考になる。

た場合にのみ、契約の内容となる。

1 契約の相手方に対して約款を明示的に示した場合、又は、それを明示的に示すことが契約の締結の状況によって相当程度難しいとされる限りで、契約締結の場所において明確に認識できる掲示によって示した場合、および、

2 契約の相手方に対して、作成者にとって認識可能な、相手方の身体的障害をも考慮した期待可能な方法で、約款の内容を認識することができる可能性を与えている場合

②BGB305e条 不意打ちおよび不明瞭条項

BGB305e条

第1項 約款における条項で、当該の事情、とくに契約の外形からみて約款作成者の相手方がその条項があることを予期することが通常でない場合には、契約の内容とはならない。

第2項 約款の解釈において疑義が生じる場合には作成者に不利になるものとする。

③BGB307条 内容審査

BGB307条

第1項 約款条項は、それが約款利用者の相手方にとって、信義誠実の要請に反して不当に不利なものとなる場合には、無効となる。約款条項は、明確かつ理解できるものでない場合にも不当に不利なものとなる。

第2項 次の場合に、約款条項は不当に不利なものと推定される。

(1) 約款条項が法律の規定と異なることによって当該法律規定の趣旨と一致しないことになる場合

(2) 契約の性質から生じる主要な権利義務を、契約目的の実現を危殆化するほどに制限する場合

第3項 この規定の1項および2項、308条、309条は、法律規定と異なるまたはそれを補充する規律によって合意されている約款条項にのみ適用される。その他の条項については、1項1号を準用する1項2項によって、無効なものとなる。

308条 評価余地のある条項禁止 略

309条 評価余地のない条項禁止 略

3 比較法的検討——日本法への示唆

(1) 法規制の基本構造の比較——段階構造

日本法では、約款規制と消費者契約法によって別々に不当条項規制のための規定が置かれており、統一的な規制の方式はとられていない。消費者契約法は、消費者契約の条項を規制するので、約款の規制ではないという捉え方も間違いではないが、現実には約款という形で消費者契約における契約条項が存在していることは事実である。ここではいずれも「約款」という形で一緒に捉えておくことにする²⁹。

約款条項の規制については、民法の規定では、約款のうち、定型約款に

29 このような約款概念を前提とするものとして、【基本講義消費者法】〔中田邦博〕111頁参照。さらに、定型約款の規制をめぐる問題については、さしあたり、鹿野菜穂子「定型約款規定の新設と諸課題について」中田邦博＝若林三奈＝潮見佳男＝松岡久和編『ヨーロッパ私法・消費者法の現代化と日本私法の展開』（日本評論社、2020年）511頁以下、および大澤彩「『定型取引』概念誕生による約款・不当条項規制の変容と今後（序論）」消費者法研究9号（2021年）111頁以下を参照。

ついでのみ規制を行い、しかも組入れ要件的な規制の仕方をしている。定型約款ではない「約款」は民法の規制の対象ではないことも、問題をさらに複雑にする。他方で、消費者契約法では明確に内容規制の問題として位置づけられている。つまり、前者は、組入れ要件として約款規定を合意から排除するものとして規定され、後者は内容審査として契約の内容になってから無効の判断を行うという規定の仕方となっている。こうした規制のアプローチの違いは正当化できないわけではないものの、同じ問題を同じような考慮のもとで違った方法で扱うということになっており、いずれにせよ、わかりにくい規定ぶりとなっている。

両者のアプローチを対比させてみると、消費者契約法の規制は、先述したとおり、定型約款規制とは異なり、条項審査を内容規制と位置づけるものであり、それは裁判官の権限を正面から正当化する点で適切である。たしかに組入れ規制と内容審査は明確には区別できないこともあるが、その区別には、法適用の思考プロセスを明確にするメリットがある。また、そうした区別は、不当条項規制の中核を内容審査として捉えるヨーロッパの伝統にも沿うものであり、裁判官に、その判断の根拠を示して不当性審査を行うことを認めていることを明確にする。さらに、条項の不当性を認定する裁判官の理由付けは、不当条項判断を再検証する際にも利用できるものとなる。

いずれにせよ、「定型約款」という用語とその規定の適用は、市民にとっても実務関係者にも、わかりにくいものであろう。これは日本での立法上の大きな問題点である。いずれにせよ、日本の定型約款の規制手法は、約款について組入れ規制と内容審査を明確に区別するドイツ法とは異なるものである。また、ドイツ法の不当条項規制は、約款規制の形で民法の中に取り込まれており、消費者契約も含めてその姿が統一的に規律されていることの簡明さも一つのメリットとして強調しておきたい。

(2) 内容審査の規定の在り方について

ドイツ法も日本法も内容審査の個別規定を置いている。ドイツ法は、消費者契約の不当条項についてグレーリストとブラックリストにおいて豊富なカタログが用意されているのに対して、日本法では、そのリストが十分でなく、裁判官がその判断において参照する拠り所が多くない点で大きな違いをみることができる。ドイツ法の個別規定では、前掲したように、法規定の趣旨からの逸脱がある場合には不当条項としての推定を行うことを可能にする規定が置かれている。日本法との比較として重要な点であり、改めて後述する。

(3) 日本での消費者契約における不当条項規制の構造

消費者契約における不当条項規制として次の3つの条文が消費者契約法第3章「消費者契約の条項の無効」に置かれている。8条および9条が個々の不当条項を列挙した個別条項規制として、そして、これを受けて10条が包括的な規制のための一般条項（一般原則）ないし受皿規定として定められている。

消費者契約法10条については、前段と後段という要件構造が採用されており、その関係が問題となる。同条は、不当条項判断を次のように規定する。前段として①その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する条項であること、後段②として、民法第一条第二項〔信義則〕に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害する条項であること、である。いずれの要件も、消費者が主張・立証する責任を負うとの見解が主張されている³⁰。これには異論もあるが、一般には、①があるだけでは②が推定され

30 学説の状況については、【基本講義消費者法】〔中田邦博〕119頁を参照。また、以下で述べる不当条項規制の捉え方については、中田邦博「消費者契約法10条の意義」法学セミナー549号（2000年）39頁以下およびケッツ・前掲注23）ノ

ることにはならないとされ、②については、消費者が立証しなければならないとされている。つまり、前段で任意規定から離れるような規定を置いたときに、後段の信義則違反が推定できるという形ではなくて、後段の部分も消費者が立証しなければいけない構造を持つとされるのである³¹。この点の問題性については、次で述べる。

4 若干の検討と日本法への示唆

(1) 推定規定

ドイツ法では、法規定の趣旨からの逸脱の場合における不当性を推定する一般規定が存在している。BGB307条では、任意規定からの逸脱の程度の大きさが考慮され、約款条項が当該規定の趣旨とそぐわないことになれば不当性が推定されるという構造を持っていることが明らかである。

これに対して、消費者契約法10条の場合には、①があれば、②の要件の存在が推定されるとは捉えられてはいない。日本では、②の要件についても消費者が立証することが必要となり、消費者側に大きな負担になる。もっとも、近時の改正で、消費者の不作为をもって消費者の契約締結の意思表示を擬制する条項が、例示規定として10条に導入された。それはグレーリスト的な、つまり推定の効力を持つ規定とされている³²が、消費者側の立証負担を軽減する推定規定はこれだけしかないのである。

このように考えてくると、日本法でも、ドイツ法のように、約款条項が法律の規定（任意規定）と異なる場合に、当該規定の趣旨を考慮して、当該条項の不当性を推定することができないかという問題が提起されることになる。

↘ 241頁以下を参照。

31 こうした考え方が、判例の判断の基本にあらう。この点については、沖野・前掲注1)7頁もこうした前提をとっているようである。

32 沖野・前掲注1)7頁は、10条におけるグレーリスト的な例示型の条文の意義を説いている。

(2) 消費者契約法10条の存在根拠

そこで、消費者契約法10条が、なぜ裁判官に消費者契約に内容審査の権限を与えているのかを考えてみたい。消費者個人においては、事業者が一方的に形成する不公正な約款条項を修正する可能性はほとんどない。その不公正さの是正を司法の場に委ねたのが、10条の規定である。その立法の意図は、契約自由の実質化のために裁判官に条項審査の権限を付与し、それを行わせることにある。この司法審査としての不当条項審査は、契約自由を尊重することを基本としつつ、当事者の利益状況を考慮した契約内容をコントロールする、いわばソフトな手段として位置づけることができるものである。つまり、こうした手段を活用することで、契約自由の創造性を活かしつつ、市場における公正かつ合理的なルール形成を当事者に促し、それによって消費者の市場への参加を担保することが可能となる。

(3) 裁判官の役割（積極的関与）の重要性——ソフトな規制としての条項審査——誰が市場のルールを発見・形成するのか

契約を規制するルールの在り方として、両極にある手法がある。一つは強行法である。例えば、クーリングオフのように当事者が規定とは異なることを決められないようにして、定められた規定内容に従ってもらうやり方である。もう一つは、任意法であり、標準的なルールは定めるが、当事者が契約自由のもとにおいてそれを変更できるとする規定である。また、当事者が特に定めを置かないときには、任意法の内容が通用することになる。

その中間に位置するのが、司法による不当条項審査である。それは、強行的な形で一方的に契約の自由を制限することで生じる弊害（法規制の硬直性）を抑制しながら、任意法にデフォルトルールとしての役割を果たさせることで、裁判所のコントロールによって契約の公正さを維持する手法である。これは、任意規定の半強行法化という表現が使われることもある

が、裁判官が一定の審査をすることで、そうした契約ルール形成を支援するものとなる。なぜそのような仕組みが必要なのかという理由は、次のことにある。

一方で契約は個別的なものであるが、他方で、契約類型を通じて定型的内容を持つものとなる。私的自治の原則は、当事者の意思にその内容通りの効力を認めるものであるが、民法にはそれを制約する原理として、信義則、公序良俗といった規定が存在している。それは形式的な契約自由を修正し、実質的な契約自由を保障する法的枠組みでもある。この意味での社会的承認が契約には必要となる。

こうした社会的承認は、契約自由の原則のもとで、通常は、契約の締結により一応推定されることになるが、その推定は、個別の場合において司法審査の判断を通じて覆される余地を残している。例えば、消費者契約の条項について言えば、消費者から不公正であるとの申し立てがあれば、社会的に承認されるための要件として、裁判官による審査が求められることになる。消費者契約における不当条項の規制は、こういう構造を有している。これが消費者契約法10条の根底にある思想であろう。消費者契約における契約の自由は、ほとんどの場合、当事者の一方、事業者の契約の自由として現われることは周知の通りである。契約自由の原則から当事者にそれに委ねるだけでは契約の公正性は担保できないから、裁判官にその条項の公正性を審査し、判断する権限を与えたのである。

このようにして、裁判官の審査権限の意義が確認できれば、立法においては消費者側にある立証責任の分配を見直し、また裁判実務では事実上の推定などの手段を用いて、不当条項審査を実質化することの重要性が理解されることになると思われる。日本においても、裁判官の条項審査における役割を改めて認識し、その役割を十全に果たさせるための法的な規定が、例えば、充実したグレーリストなどがしっかりと用意されるべきであろう。

V まとめにかえて

1 民法と消費者契約法との関係について

契約の解釈については、日本法では、広告等の取り込みについての規定や、それに関する立証責任の転換を明確に定める規定がない。この点の立法の必要性を指摘した。

相手方の弱みにつけ込む不当な勧誘規制についても包括的な一般規定が欠けており、立法上の対応が不十分である。相手方の弱みを利用して締結された不公正な契約の効力を認めてはならない。状況の濫用法理は、消費者契約ではなく、民法の領域の問題であることを確認することが必要である。こうした観点から、民法には公序良俗規範の拡張として、状況の濫用法理のような不公正な取引方法を禁止する規範を展開させることが求められている。すなわち、私法上の取引の公正さの問題を民法の理念において捉え直すことが必要とされているのである。民法には、市場のルールの基礎を形成する機能があり、この意味で消費者契約法や特商法などの特別法を基底から支える法律としても展開することが求められている³³。

2 不当条項審査における立証責任に関する規定の必要性

裁判官の重要な役割である司法の場における不当条項の審査は、消費者契約の公正さを確保するための重要な規制方法であるが、それが十分に機能していないように思われる。そこでは、任意法によって形成されたルールをより積極的に活用する仕組みが求められている。目新しい提言ではないが、例えば、事業者に新たなビジネスモデルが市場において公正であることの立証責任を負担させるグレーリストや一般条項が必要とされている。

33 こうした問題意識を展開したものとして、中田邦博「消費者売買法の意義と可能性」現代消費者法60号（2023年）97頁。さらに、大澤彩「消費者取引法の体系化・現代化」87頁を参照。

日本の消費者契約法には、こうした基本的なルールがまだ用意されていないのである。

3 比較法的考察の意義

国内の市場ルールは、デジタル化の展開において、それがグローバルな市場と連結するものであることが知られている。この視点からも消費者法を現代化するに際しては、比較法的な成果を積極的に利用しながら検討することが適切であり、また重要であるように思う³⁴。例えば、市場の基盤を形成する契約法のルールや消費者法のルールについては、EU法の展開は革新的であり、その内容は、政策的な議論や学術的な基礎も踏まえて、検討される必要がある³⁵。この意味で、PECLや 共通参照枠 (DCFR)³⁶、そしてヨーロッパ共通売買法 (CESL)³⁷ の到達点は今後の日本の立法においても参考になると思われる³⁸。本稿で比較法からのインスピレーションを強調したのはこうした理由からである。

34 こうした点を消費者法において指摘するものとして、鹿野菜穂子「比較法から見た日本の消費者法制の現代化に向けた課題と展望」消費者法研究15号(2023年) 87頁以下。

35 EU法の現代化の流れについては、中田邦博＝カライスコス「EU消費者法の現代化」現代消費者法57号(2022年) 14頁を参照。

36 クリスチャン・フォン・パール(窪田充見ほか監訳)『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則共通参照枠草案(DCFR)』(法律文化社、2013年)。

37 ヨーロッパ共通売買法については、内田貴(監訳)・共通欧州売買法(草案)・別冊NBL140号(2012年)を参照。ちなみに、同書では、「Common European Sales Law」は、共通欧州売買法(草案)と訳されているが、本稿では、ヨーロッパ契約法原則などとの関係の連続性を示すため、CESLを「ヨーロッパ共通売買法」と訳出している。

38 中田・前掲注2) 97頁以下は、消費者契約法の体系化の観点から、インスピレーションを与えるものとしてのCESLの意義を検討したものである。さらに、ルス・M.マルティネス・ヴェレンコソ(カライスコス アントニオス訳)「平準化されたヨーロッパ私法およびアキ・コミユノテールのEU加盟国法へのインパクト」中田ほか・前掲注29) 78頁以下参照。

4 グローバルな市場で共通する問題

消費者契約法の課題としても、新たなビジネスモデルとして展開するデジタルプラットフォーム（以下、DPFという）取引などへの対応が必要となっている。デジタル化に対応するための消費者法の現代化の課題である。これらについては、電子商取引や通信販売という観点でから言えば、特商法の適用対象であるが、それによる対応で解決できるのか、それともその枠組みを超えたレベルでの対応、あらたな立法が必要となっているかが検討されるべきであろう。

特に重要なのは、DPF取引のビジネスモデルが利用約款によって形成されており、それによって取引の基本構造が定められることである。この意味で、DPF取引の規制の問題は、約款の規制という問題となる。すでに述べたように、こうした利用規約（約款）は、そのほぼすべてが契約自由の理念の下でDPF提供事業者によって形成されることから、その規律のためには市場ルールの公正さを担保する法的道具である条項審査が実効的に活用されねばならないし、それが必要とされるのである³⁹。

5 市場ルールとしての民法の機能と裁判官の役割

消費者法だけでなく、民法の課題としても、公正な契約の実現と個人の権利の実現を支援することが必要になる。民法の消費者保護機能という観点から、民法の守備範囲（射程）を拡張する必要がある⁴⁰。まずは、市場の公正さを担保する仕組みとして、公正な契約ルールの形成が課題となる。

39 こうした点を指摘するものとして、例えば、中田邦博「デジタル・プラットフォーム取引の法的構造と消費者保護—デジタル・プラットフォーム事業者の法的責任をめぐって」消費者法研究10号（2021年）41頁以下を参照。

40 鹿野菜穂子監修・日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『改正民法と消費者関連法の実務——消費者に関する民事ルールの到達点と活用方法』民事法研究会（2020年）2頁〔鹿野菜穂子〕は、民法の消費者保護機能を示して、民事実体法のさらなる拡充が消費者取引の公正と健全な市場の実現のために必要であることを指摘する。

新たなビジネスモデルとそれを形成する約款（利用規約や契約条件）においても、当事者の利益に適合した公正な契約ルールが適切に形成されることが健全な市場の確立のために必要である。新たな取引が展開する中で、個別立法を待つ余裕がないこともあろう。個別事案の解決が司法場で求められ、契約ルールの調整のために裁判官が重要な役割を果たすことになる。そこでは、裁判官が消費者法の目的の実現に積極的に寄与することが求められている。そのためには、裁判官の役割を支援する法的な枠組み（根拠規定）が必要であり、一般条項のような包括的な規定が用意されるべきである。

これらの観点を踏まえると、民法にも、消費者契約法や特商法などの特別法を基底から支える基本法としての役割が期待されていることを指摘できよう。他方で、消費者契約法や特商法の将来像も、そのルールの一貫性やわかりやすさが、消費者の権利行使という観点から求められている。例えば、その姿を「消費者法典」という形で見せることも一つの在り方であろう⁴¹。市場の公正さを確保するには、消費者の権利を明確に定め、それを実現することが必要であることに疑いを持つ者はいないであろう。例えば、「消費者売買法」を構想し、そこにおいて契約法と消費者法との接合を考えてみることがその第一歩となるのではないかと考えている⁴²。道のりは遠いが、消費者法の課題として今後もこの問題をさらに検討していくことにしたい。

[付記]

本稿は、2022年11月19日に創価大学で開催された法科大学院要件事実研

41 こうした点を明確に指摘するものとして、鹿野菜穂子「消費者法の体系化・現代化とモデル消費者取引法典」現代消費者法60号（2023年）143頁以下を参照。

42 中田・前掲注33）97頁以下も、そうした試みの一つであり、消費者売買法を中核に据えて消費者の権利を確立しようとするものである。

研究所の「消費者法と要件事実・講演会」で筆者が「消費者契約の解釈と消費者契約法の意義―裁判官に期待される役割」と題して講演した内容を、その後の展開も踏まえて再構成したものである。同講演会での口頭発表の内容と報告レジュメは、田村伸子編『消費者法と要件事実』（日本評論社、2023年）に掲載されている。それゆえ、本稿は、それらの内容との重なりがあること、また当時の講演の体裁を維持したことで文献引用が限定的となっていることをお断りしておく。同書には、鹿野菜穂子教授、平尾嘉晃弁護士、池本誠司弁護士、カライスコス アントニオス教授による報告やコメント、さらにパネルディスカッションの内容も収録されており、いずれも消費者契約法の改正における近時の問題点を伝えるものである。本稿もまた、それらの報告を参照していることを記しておきたい。

若年者の逸失利益・緒論—障害による減額は公平か

若 林 三 奈*

目 次

- I. 問題の所在
- II. 各判決の減額判断の根拠とその問題
- III. 人身損害の算定における規範的判断の展開
- IV. 抽象損害計算の意義
- V. 人身損害の抽象的損害計算と平等原則
- VI. 規範的判断と賠償法理との抵触？
- VII. まとめに代えて

I. 問題の所在

1. 障害者法制の動向

日本の障害者法制は、2006年に国連総会で障害者権利条約が採択されたのを契機として、その批准に向けて、整備が進められたことにより大きく進展した。本条約は、障害者の人権及び基本的自由の享有を確保し、障害者の固有の尊厳の尊重を促進することを目的として、障害者の権利の実現のための措置等を定めるものである。日本では、条約締結に向けて、まず2011年に障害者基本法を改正し、「障害者」の定義を本条約が前提とする障害の社会モデルを踏まえて、次のように改めた¹。障害者とは、「身体障

* わかばやし みな 龍谷大学法学部教授

1 障害の社会モデルとは、障害とは社会が作り出したもの（＝制度的障壁や偏見、社会的排除等）であるという考え方であり、障害を個人の特性とみる医学モデルを克服したものとされる。なお、近時は、社会モデルによる限界を補足（克服）するものとして人権モデルも注目されている。

害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）がある者であって、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう」（同法2条1号）。本法は、同4条において「何人も、障害者に対して、障害を理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない。」と定める。この定義は、2013年に成立し、2016年より施行されたいわゆる障害者差別解消法に引き継がれ（2条1項）、本法では、差別解消推進に向けた国や地方公共団体および国民の責務を定めている（3条・4条）。併せて、行政機関等及び事業者に対して、障害を理由とする「不当な差別的取扱い」を禁止するとともに、障害をもつ者から申し出があった場合に「合理的配慮の提供」を行うことを定める（7条・8条）。この合理的配慮の提供は、従来、行政機関等は義務、事業者は努力義務とされていたところ、2024年4月から施行される改正法により、事業者にも義務化される²。

2. 障害をもつ若年者の逸失利益をめぐる近年の動き

以上のような社会情勢を背景に、近年、障害をもつ若年者の逸失利益の算定に変化が見られる。①東京地判平成31・3・22（労判1206号15頁）は、自閉症かつ重度の知的障害をもつ15歳男子Aの死亡事件において、「我が国における障害者雇用施策は正に大きな転換期を迎えようとしている」として、「知的障害者の一般就労がまだまだ十分でない現状にあるとしても、かかる現状のみに捕らわれて、知的障害者の一般企業における就労の蓋然性を直ちに否定することは相当ではな」として、「あくまでも個々の知

2 2014年の条約批准にあたっては、本文記載の法令に加え、さらに2012年に障害者総合支援法の制定、2013年に障害者雇用促進法の改正等も実施されている。その詳細は、水町勇一郎『詳解労働法〔第3版〕』（東京大学出版会、2023年）957頁以下を参照のこと。

的障害者の有する稼働能力（潜在的な稼働能力を含む。）の有無、程度を具体的に検討した上で、その一般就労の蓋然性の有無、程度を判断するのが相当である」と述べる。その上で、Aの就労可能期間（18－67歳）が極めて長期に及ぶことに鑑み、「Aの特性に配慮した職業リハビリテーションの措置等を講ずることにより、上記就労可能期間のいずれかの時点では、その有する潜在的な稼働能力が顕在化し、障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮した蓋然性は高い」とも述べて、「自閉症で重度の知的障害者であるAにおいても、（その具体的な金額は別としても）一般就労を前提とした平均賃金を得る蓋然性それ自体はあったものとして、その逸失利益算定の基礎となる収入としては、福祉的就労を前提とした賃金や最低賃金によるのではなく、一般就労を前提とする平均賃金によるのが相当である」と判示した。

かつては、平成期にあっても逸失利益を否定する判決は散見され、また、認めても、地域作業所の工賃年7万円程度を基礎に120万円と算定した事例もあった（横浜地判平成4・3・5判時1451号147頁）。その控訴審である東京高判平成6・11・29判時1516号78頁は、被害児の障害の程度は比較的軽度のものと事実認定することにより、原審の算定は「人間一人（障害児であろうが健康児であろうが）の生命の価値をはかる基礎としては低き水準の基礎となり適切ではない」として、「人間の尊厳を尊重する精神のもとで」、県の最低賃金等を参照し、逸失利益を算定した（1800万円）³。

上述の①判決は、以上の流れをさらに適切な方向へと前進させるものとして評価できる。もっとも、原告らが主張した（被害者に障害がない男子の場合に一般に用いられる）平均賃金額（年収547万7000円）による算定については、「就労可能年当初から得られる高度の蓋然性がある」と見ることは障害者と障害者でない者との間に現に存する就労格差や賃金格差を余

3 従来の判例や学説の動向については、吉村良一「障害児死亡における損害賠償額の算定について」立命2019年5・6号541頁以下を参照されたい。

りにも無視するものであって、損害の公平な分担という損害賠償制度の趣旨に反する」こと、また「Aが就労可能期間のいかなる時点で潜在的な稼働能力を顕在化させるのかは不明である」等として、男女計の19歳までの平均賃金（年収238万1500円）を基礎に「控えめに」算定した（ただし生活費控除率を40%にとどめ、2242万円余とした）。

その後も、②全盲の視覚障害をもつ17歳女子の後遺障害逸失利益の算定について、全労働者平均賃金の7割とした判決（山口地下関支判令和2・9・15労判1237号37頁）、③およびそれを8割とした控訴審判決（広島高判令和3・9・10判時2516号58頁）、全労働者平均賃金の7割）、④両耳全ろう（身体障害者等級2級）の18歳男子大学生の死亡逸失利益の算定にあたり、男性・大卒・全年齢平均賃金の9割とした判決（名古屋地判令和3・1・13交通民集54卷1号51頁・確定）、⑤感音性難聴をもつ11歳女子の死亡逸失利益について、全労働者平均賃金の8割5分とした判決（大阪地判令和5・2・27自保ジャーナル2138号19頁・控訴）が続いている。いずれも、障害の社会モデルを踏まえて、一方で全労働者の平均賃金を得る可能性を認めつつ、しかし、同時に、障害を理由として、一定の減額判断を行う点で共通している。

3. 本稿の課題

障害が社会によって変わりうる概念であるということをみたとき（障害者権利条約前文）、また若年者の逸失利益算定において全労働者の平均賃金による抽象的損害計算が採用されている実務をみたときに、若年者の逸失利益の算定において、障害という属性に着目し、減額判断を行うこと（障害という属性による差別化）あるいは「控えめに」算定することは、はたして賠償法理に照らして正当化しうるものであるのか。減額は司法による障害者差別（の固定化）ではないのか。本稿は、これを問うものである。

以下では、まず近時の一連の判決の問題の核心（逸失利益算定における蓋然性判断は、事実認定ではなく、規範的判断であること）を整理し（Ⅱ）、人身損害の算定に関する判例法上の規範判断の展開を改めて確認する（Ⅲ）。その上で、現行実務が若年者の逸失利益算定において採用している抽象的損害計算の意義を明らかにしたうえで（Ⅳ）、障害による減額は、性別による差別化と同様に平等原則に照らし許されないこと（Ⅴ）、障害による減額を認めないこと（そのような規範的判断）は、賠償法理（利得禁止原則や損害の公平な分担）にも抵触しないことを述べる（Ⅵ）。

Ⅱ．各判決の減額判断の根拠とその問題

1．各判決の出発点

上記①判決は、「一般就労を前提とした平均賃金を得る蓋然性」は認めつつも、現に存在する就労格差や収入格差から、逸失利益を19歳までの平均賃金を基礎に「控えめに」算定をした。上記②から⑤判決もまた、いずれも、被害者は「潜在的な稼働能力を発揮して健常者と同様の賃金条件で就労する可能性」（②③判決）や「適職を得ればその高い能力を発揮して相応の収入を得ていた可能性は高い」こと（④判決）、「様々な就労可能性」（⑤判決）を認めて、非障害者と同水準の全労働者平均賃金を逸失利益算定の基礎収入として認める反面、なお障害者而非障害者ともに現存する就業格差や収入格差に照らして、基礎収入額を一定割合で減額する。

各判決は、最判昭和39・6・24民集18巻5号874頁に照らし、「不法行為により死亡した年少者の逸失利益については、将来の予測が困難であったとしても、あらゆる証拠資料に基づき、経験則と良識を活用して、できる限り蓋然性のある額を算出するように努めるべきである」（②判決）ことを逸失利益算定の出発点とし、そのため、「逸失利益の算定に用いる基礎収入についても、証拠をもってその蓋然性の証明をしなければならない」

（③判決）等と述べる。またこのような減額は、「損害の公平な分担」という観点からも正当化されることもある（①、②、③、④判決）。

2. 蓋然性の判断根拠——障害者雇用実態調査等による就業状況や収入格差⁴

たとえば③から⑤の判決を見てみると、③判決は、視覚障害者の雇用実態の詳細は明らかではないが、平成25年度障害者雇用実態調査から、身体障害者の平均賃金は全労働者平均賃金の約7割であることを指摘する。④判決もまた、〔1〕平成30年度と同調査から、身体障害者の平均賃金は月額215,000円（労働時間が通常〔月30時間以上〕の者であっても248,000円）にとどまっていること、〔2〕平成28年度の調査から20歳～69歳の聴覚・言語障害者の就労割合は平均39.6%であり、同年齢帯の総人口に占める就労割合の平均67.7%に比べ低い水準になっていること、〔3〕収入状況も、全労働者の年間収入額405万円に対し、就労する聴覚・言語障害者の年間収入額は309万円であって、全労働者の年間収入額の約76%にとどまること等を判断材料とする。同様の指摘は⑤判決でも見られる（ただし、聴覚言語障害者の雇用割合は、20歳から39歳の階層では89.7%であり、聴覚言語障害者の方が高いことも摘示する）。なお、⑤判決では、被害者が11歳であったことから、聴覚障害児の大学進学率等にも言及する一方、④判決では、被害者は大学生であったことから大卒・男子の基礎収入で認定

4 減額を裏付ける蓋然性判断の根拠として、障害者雇用実態調査等による就業状況や収入格差の他、②や③判決では、被害者らがもつ障害（両眼の喪失や両耳の聴力の喪失）は、自賠法施行令の定める後遺障害等級でいえば（自賠法施行令別表第2参照）、両眼の喪失は1級、両耳の聴力喪失は4級であり、後者であっても労働能力喪失率は92%とされていることを挙げる。これに対して、④判決は、これらの基準は、「先天的に聴力障害があり、これを所与のものとして対応する能力を身に付けた者の労働能力については、必ずしもこれを参考にすることはできない」ことを適切に指摘する。この問題については、若林三奈「③判決・判批」リマークス66号（2023年）48頁の他、とくに吉村良一「障害児・年少者死亡における損害賠償（逸失利益）額の算定・再論」立命2023年2号353頁以下に文献も含めて詳細な検討がある。

している。

各判決は、以上の統計調査に照らして、全労働者平均賃金を基準とする反面、それぞれ、「全盲の視覚障害が労働能力を制限し、又は労働能力の発揮を阻害する事情であることは否定し難く」これを「無視することは困難」（③判決）、あるいは、「聴覚障害がある以上、就ける職種が限られるという意味で、職業選択の幅に一定の制約があり」、「完全に捨象することはできない」（④判決）、あるいは「聴力障害がコミュニケーションを制限することにより労働能力を制限し得る事実であること自体は否定することができず、聴覚障害者と障害がない者との収入の差は、聴力障害による労働能力の制限も原因となっている」（⑤判決）等として、それぞれ基礎収入額につき（それを得る可能性はあるが、蓋然性はないとして）一定割合を減額する。

3. 蓋然性判断における規範的判断の不可避性

以上の判断は、結局のところ、「差別意識を含む社会的障壁が除かれ、労働能力の発揮に寄与する器材を含む人的、物的態勢が整備されることを前提としても、視覚障害によって労働能力の発揮が相当程度阻害されることは否定し難い」（③判決）という蓋然的な基礎収入を判断する上での裁判官の心証（認識）に集約される。しかしながら、蓋然性とは、ある事柄が起こる確実性やある事柄が真実として認められる確実性の度合いをいうところ、それが数量的な確率として示されないかぎり、常に評価者（裁判官）の主観によらざるを得ない。しかも将来の事実にかかる蓋然性の認定は、一見、中立的・客観的な作業にも思われても、判断者の評価を不可避に含むものである。それゆえ、たとえ社会が「障害の特性に配慮した措置」（いわゆる合理的配慮）を講じ、被害者の就労環境から社会的障壁（ディスアビリティ）が取り除かれたとしても、被害者は障害（インペアメント）を有するかぎり、非障害者と同等の就労環境や収入を得ることは

できない（同等の労働能力を発揮することはできない）という裁判官の判断は、一応の合理性を持って成立するものの、それこそが、確証のない偏見であって、（それが具体的な不利益につながる以上）無意識の差別として、司法によって克服されるべき「社会的障壁」の一つである、とも言えるのではなかろうか。

実際、将来的に、より一層の技術革新（医療技術や医学の発展を含む）が進むことにより、視聴覚障害によるコミュニケーション阻害等が労働（稼働）能力を発揮するうえで阻害要因であり続けるかは疑問である。加えて、逸失利益（経済的不利益）は、労働力に由来する収入であるとしても、社会の技術革新の展開に照らせば、労働それ自体の市場価値（労働能力と収入との関連性）も、労働現場や労働形態が予測不能に展開、多様化するなかで変化する可能性はあろう。社会における個人の収益構造は、社会環境や社会情勢・産業構造に大きく左右されることからすれば、従前の社会的事実や統計値を参考に描かれる産業構造を前提に推測されるにすぎない収入格差を、若年者の就労可能期間全般にわたって現状固定的に認定し、算定することは、既存の格差を現行の損害賠償法理を通して助長・拡大するものであって不合理である。とりわけ社会のデジタル化やAI化等の急激な進展により、生活環境や産業の構造変化が急速に進んでいる現代にあってはなおさらであろう。

むろん、すでに現在にあっても、障害をもっている、平均以上の収入を得る（あるいは労働能力を発揮する）例は、（法曹や医療・学術の分野も含めて）広く見られる。他方、非障害者にあっても、収入を得るにあたって、自らの強みと弱みを見極めて就業することが一般的であって、多様な労働現場において、個々人に求められる（労働）能力は多くの場合、選択的である。障害があってもとりわけ若年者にはあらゆる発展可能性がある反面、障害がなくてもその経済的成功は保証されたものではない（実際、収入の中央値は平均値より下にある）。以上のように、各判決におい

て、一方で、全労働者平均賃金を得る可能性を認めながら、それについての蓋然性の証明がないとして一定額を減額するという判断は、少し見方を変えれば事実の問題としても説得力に欠けるものである。

もっとも以上の判決の根本的な難点は、蓋然性の問いは、事実認定（＝担当裁判官の心証形成であり、主観的確率論）の問題である⁵、との前提に立つことにある。しかし、以下にみるように、人身損害における逸失利益の算定（障害による減額の蓋然性判断を含む）は、規範的作用を一切受けない（裁判官による）事実認定の問題ではない（よって、その議論に拘泥すべきではない）。ここでの問題の核心は、人がもつ多様な属性のなかから「障害」という属性のみを切り出して、裁判所が（蓋然性の仮面の下で）全労働者の平均年収を得られないという法的評価（規範的判断）を行うことの当否にこそある。

Ⅲ．人身損害の算定における規範的判断の展開

1. 伝統的な通説・判例の立場——金額差額説とその理念型

伝統的な通説によれば「損害とは、法益について被った不利益をいう。これは、もし加害原因がなかったとしたならばあるべき利益状態と、加害がなされた現在の利益状態との差である」（広義の差額説）⁶。このような差額説による損害概念は、不法行為制度の役割の一つが損害の填補にあることや原状回復の理念とも整合する⁷。

実務上は、この利益状態の差を金額で表示したもの（＝差額）をもって損害と捉える。権利・法益の侵害によって生じた利益状態の差を事実レベ

5 太田勝造「法適用と事実認定」科学80巻6号（2010年）634頁。

6 於保不二雄『債権総論 [新版]』（有斐閣、1972年）135頁以下。

7 四宮和夫『不法行為法』（青林書院、1985年）445頁。

ルで理解する立場（①事実としての損害と②その金銭評価の問題を区別する＝事実状態比較説）とは異なるという意味で、金額差額説という。

金額差額説では、この利益状態の差とは、（評価の余地のない）財産状態の差となる。したがって、第1に、この財産状態の差は、「具体的な金額」で示され、不法行為の前後で、具体的な金額上の差（額）が「損害」となる（差額なければ損害なし）。第2に、損害は、不法行為によって生じた具体的な金額の差である（行為を起点とする因果関係の終点は「具体的な金額」である）。第3に、具体的な金額の「算定」までできて、初めて「損害」が証明されたことになる。第4に、相当因果関係のある「損害」（項目）の「確定」と「損害額の算定」とは区別されない。算定における裁判官の裁量的・創造的・規範的作用は排除され、事実認定の問題とされる⁸。しかし、上記のような金額差額説の理念型は、すでに判例・裁判例において衡平の観点からしばしば修正されている（損害事実の規範的評価の承認＝規範的損害論）。以下では、人身損害における逸失利益の算定にかかる点を中心に見ておきたい⁹。

2. 判例における金額差額説の修正

（1）差額の発生（収入の減少）は必須ではない

上記の第1準則について、たしかに伝統的な判例は、被害者に後遺障害が残ったものの収入の減少がない場合、「損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を填補することを目的とする」として、「収入の減少」がな

8 以上について、窪田充見編『新注釈民法（15）』（有斐閣、2017年）399頁以下「前田陽一」等も参照のこと。

9 第2点を修正する判例として、最判平成11・2・25民集53巻2号235頁がある。ここでは、因果関係の終点は「差額」ではなく「不利益を構成する事実」＝「患者がその死亡した時点においてなお生存したであろうことを是認し得る高度の蓋然性」と捉えた上で、その損害額を算定している。これについては、大塚直「不作為医療過誤による患者の死亡と損害・因果関係論」ジュリ1199号（2001年）9頁、13頁、窪田編・前掲〔注8〕402頁以下「前田陽一」等を参照されたい。

い以上、損害はないとする（最判昭和42・11・10民集21巻9号2352頁）。しかし、最判昭和56・12・22民集35巻9号1350頁が、たとえ①「後遺症の程度が比較的軽微」で、かつ②「現在又は将来における収入の減少も認められない」場合であっても、③それが「本人の特別の努力」など事故以外の要因による場合、または将来において「不利益な取扱を受けるおそれがある」場合など、「後遺症が被害者にもたらす経済的不利益を肯認するに足る特段の事情」がある場合には、その事実を（慰謝料においてではなく）「財産的損害」として認めうることを示した。その後、裁判実務では、被害者に減収がなく、昇給においても特段の不利益を受けていない場合であっても（典型的には公務員）、逸失利益を認める例は広く見られ¹⁰、少なくとも事故後の短期間の目に見える減収の不発生の事実を損害算定に直結させるべきではないとされる¹¹。

福島原発事故の中間指針第2次追補第2の3指針Ⅱは、「就労不能等に伴う損害を被った勤労者による転職や臨時的就労等が特別の努力と認められる場合には、かかる努力により得た給与等を損害額から控除しない等の合理的かつ柔軟な対応が必要である。」とし、就労不能損害＝「減収分」（差額）との原則に修正の余地を認めている。この点について、①就労しなかった被害者との均衡、②加害者の責任を減じることとの均衡、③就業促進による復興政策等の観点から、規範的な損益相殺を禁止するものであるとの指摘がある¹²。昭和56年判決についても、同等の法益侵害を受けた被害者との衡平、あるいは加害者を不当に免責しないという意味での衡平という観点から説明は可能であろう。

また、最判平成8・4・25民集50巻5号1221頁〔貝採り事件判決〕は、

10 藤村和夫『交通事故Ⅱ損害論〔第2版〕』（信山社・2017年）93頁。

11 東京三弁護士会交通事故処理委員会編『新しい交通賠償論の胎動』（ぎょうせい、2002年）36-38頁、175頁以下。

12 豊永晋輔『原子力損害賠償法』（信山社、2014年）251頁。

「交通事故の被害者が事故に起因する傷害のために…労働能力の一部を喪失した場合において、いわゆる逸失利益の算定に当たっては、その後に被害者が死亡したとしても、右交通事故の時点で、その死亡の原因となる具体的事由が存在し、近い将来における死亡が客観的に予測されていたなどの特段の事情がない限り、右死亡の事実は就労可能期間の認定上考慮すべきものではない」とし、被害者の後遺障害逸失利益の算定において、死亡の事実は考慮しないとの考え方を採用している。その理由は、「労働能力の一部喪失による損害は、交通事故の時に一定の内容のものとして発生しているのであるから、交通事故の後に生じた事由によってその内容に消長を来すものではない」といこと、および「交通事故の被害者が事故後にたまたま別の原因で死亡したことにより、賠償義務を負担する者がその義務の全部又は一部を免れ、他方被害者ないしその遺族が事故により生じた損害のてん補を受けることができなくなるというのでは、衡平の理念に反する」ことによる。ここでも、判例は、収入の減少（差額）が（死亡により）現実化していないものの、権利・法益侵害による「労働能力の一部喪失による損害」は、交通事故の時点で（抽象的には）発生していること、また偶然の事情によって（結果的に具体化しなかったからと言って）加害者を免責することは衡平の理念に反するとして損害（逸失利益）を認めている。

（２）具体的な金額の算定は必須ではない

かつての判例は、不法行為の被害者に具体的な収入等の算定資料がない場合には、損害額の立証がないとして逸失利益の賠償を否定していた。しかし、この判例は、前述の昭和39（1964）年判決により変更されている。すなわち、現実の収入のない年少者（8歳男児）の死亡逸失利益についても、「算定不可能として一概にその請求を排斥し去るべきではなく、「一般の場合に比し不正確さが伴うにしても、裁判所は被害者側が提出するあらゆる証拠資料に基づき、経験則とのその良識を十分に活用して、できう

るかぎり蓋然性のある額を算出するよう努め」ることとされ、そのことが、「慰藉料制度に依存する場合に比較してより客観性のある額を算出することができ、被害者側の救済に資する反面、不法行為者に過大な責任を負わせることともならず、損失の公平な分担を窮極の目的とする損害賠償制度の理念にも副う」とする（前掲・最判昭和39・6・24）。この判例は、当初は、具体的な損害計算の立証緩和という役割を果たすものであったが、その後、年少者・若年者等の無職者等の逸失利益算定において、具体的損害計算を離れ、平均賃金センサスを利用した抽象的損害計算を行う場合の出発点となっている。

この判例から遅れること10年、女兒（7歳）が死亡した事例においても、「結婚して家事に専念する妻は、その従事する家事労働によって現実に金銭収入を得ることはないが、家事労働に属する多くの労働は、労働社会において金銭的に評価されうるものであり、これを他人に依頼すれば当然相当の対価を支払わなければならないのであるから、妻は、自ら家事労働に従事することにより、財産上の利益を挙げている」のであって、「これを金銭的に評価することも不可能ということはできない」とし、「女子雇傭労働者の平均賃金に相当する財産上の収益を上げるものと推定」した（最判昭和49・7・19民集28巻5号872頁）。

家事労働には現実の金銭収入を得ることはないとの事実認定を前提にしていることからすると、昭和49年最判の判断に至っては、単なる立証の緩和を超えて、《家事労働にも財産的利益を認めるべきである》という裁判官の規範的な評価があると言える。

（3）損害算定における規範的作用の承認

最判平成9・1・28民集51巻1号78頁は、不法残留外国人の逸失利益を算定する際、逸失利益は「その性質上、種々の証拠資料に基づき相当程度の蓋然性をもって推定される当該被害者の将来の収入等の状況を基礎とし

て算定せざるを得ない」こと、また「損害の填補、すなわち、あるべき状態への回復という損害賠償の目的からして、右算定は、被害者個々人の具体的事情を考慮して行うのが相当である」ことを前提に、被害者の日本での就労可能期間について「規範的な諸要素」を考慮し、通常の蓋然性判断によるよりも短い期間で算定した。人身損害における逸失利益の性質に照らせば、不法残留外国人の就労可能期間の認定に限らず、広く事実認定の困難な算定要素を確定するに際して、このような「規範的な諸要素」が含まれることは否定できない。その上で、ここでの被侵害利益の性質を考慮して、そこに平等の理念を取り込むかが問われることになる¹³。

また、最判平成12・11・14民集54巻9号2683頁は、不法行為により死亡した被害者が生存したならば平均余命期間にわたって受給し得たであろう遺族厚生年金について、当該給付が専ら受給権者自身の生計の維持を目的とし、また受給権者本人が保険料を拠出していないことから社会保障的な性格の強い給付であること、併せて給付要件から存続の不確実性を指摘して、これらの規範的な判断から、その逸失利益性を否定している。もっとも当該給付は、受給権者の生計維持を目的とし、生活費の全部又は一部として費消される性質であるがゆえに、受給権者が死亡した場合、少なくともその生活費控除率において年金受給の事実を考慮することは否定されない¹⁴。とりわけ実務上、生活費控除率については、理論的な根拠はなく、

13 当該判例を前提に、蓋然性判断に「『平等』の理念を盛り込む余地がある」として、逸失利益の男女間格差の是正を目指すべきことを指摘するものとして、前田陽一「判批」判タ1084号74頁がある。また不法残留外国人の逸失利益について、同様の観点から述べるものに、吉村良一「判批」リマークス16号71頁等がある。なお、外国人の逸失利益をめぐる問題については、若林三奈「中国籍技能実習生の死亡による損害」判例時報2280号159頁（判例評論685号13頁）以下およびそこに掲載の文献も参照されたい。

14 若林三奈「判批」法教248号88頁、吉村良一「判批」ジュリ1202号75頁。小野憲一「判解」最判解民事編平成12年度915頁等。平成31年東京地裁判決においても、障害年金の逸失利益性は否定されていたものの、一般男子の生活費控除率50%を40%に抑えられているのもこのような趣旨があったものと推察される。➤

むしろ、結果の妥当性（衡平性）に鑑みて裁量的に判断されている。このことは、とくに年少者の逸失利益算定の場合、顕著である（年少男子については、50%とするが、年少女子について、格差是正のために、女子平均年収を用いる場合には30%、全労働者平均とする場合には45%とする）。

このような実務慣行に鑑みれば、たとえば⑤判決では、結果における数額上の衡平性判断から、全労働者平均賃金を「障害」を理由に減額するならば、被害者の将来的な障害年金の受給の可能性を一定考慮して——たとえその逸失利益性を否定されたとしても、実務慣行上見られるように——生活費控除率を下げるのが、事実の評価としても一貫しているのではないだろうか¹⁵。仮に、そのような判断が行われていたならば、全労働者平均賃金の85%賠償だとしても生活費控除率を35%に下げることにより $(4,972,000 \times 0.85 =) 4,226,200 \times [1 - 0.35] \times 12.912 = 35,469,651$ 円となるところ、これは原告らが求めたいわゆる年少女子の平均人モデル $(4,972,000 \times [1 - 0.45] \times 12.912 =) 35,309,155$ 円と数額上は、ほぼ同水準となる。年少者の逸失利益算定における平均人モデルとして設定された基礎収入から、ただ「障害」を理由として15%を減額する一方で、「障害」の事実を認定しながら障害年金受給の可能性を全く考慮しないことは、この点においても説得力を欠くものではなかったか。

以上のように、金額差額説における損害（額）の確定作業は、法的評価を完全に排した事実認定の問題ではない。逸失利益の算定は事実認定を積み重ねた蓋然性判断の衣をまもってはいるものの、実際には、裁判官によ

ㄨ もっとも、予想される受給額や女子平均賃金を用いる場合には格差是正のために生活費控除率を30%に抑えてきた従来の経緯に鑑みると、より積極的な格差是正に向けて、これを下回る生活費控除率を設定することも考えられたであろう。

15 たとえば⑤判決の被害者について言えば、生後すぐに両側感音性難聴と診断されていることから、障害年金の受給にあたって保険料納付要件は不要となる。ところ、その場合の障害年金受給には、例外的に、年収による支給制限があるが、全額支給停止となるのは前年度年収が4,721,000円を超える場合である（令和5年4月1日現在）。

る規範的な作用に支えられたものである。本件について言えば、逸失利益の算定（金銭評価）にあたって、あえて「障害」という属性をとりあげて減額することに法的な正当性があるのか、裁判官の規範的判断（価値判断）が問われていることに留意すべきである。

IV. 抽象的損害計算の意義

1. 具体的損害計算の原則と抽象的損害計算の活用

「損害賠償の目的は被害者個人に生じた実損害の填補にあるのだから、被害者の個人的事情を斟酌しなければならない」（前掲・最判平成9・1・28）。そのため、通説・判例は、金額差額説を基礎として、いわゆる実費主義を基本とし、具体的損害計算を原則とする。差額の確定にあたっては、実務上、そこに含まれる個別の損害項目を列举し、相当因果関係にあるものを積み上げ、総額を出す（個別損害積上げ方式）。

人身損害における逸失利益は、その一つであって、法益侵害の結果、当該損害項目が発生する蓋然性それ自体は相当因果関係における「相当性」の中で規範的に判断される。その具体的な損害計算に際して、実務では、被害者が既に就労している場合には、事故時の現実収入額を参照して基礎収入額を認定する（収入喪失説）。

もっとも、有職者の場合にあっては、本来、逸失利益の算定は証拠によって確定できるものではなく、不確定性の大きいものである。被害者に将来（就労可能期間が終了するまでに）予測される収入額はもちろん、その余命や就労期間、控除される生活費割合、さらには中間利息や将来的な経済情勢の変動まで視野に入れるならば、逸失利益は、その全般にわたって幾重にも擬制を重ねたフィクション（＝法の世界の虚構）となる¹⁶。最

16 たとえば、現行実務では、就労可能期間の終期は67歳とされる。しかし、これは1969(昭和44)年の第12回生命表の0歳男子の平均余命67.74歳に拠った。

高裁も、逸失利益のような「不法行為の時から相当な時間が経過した後に現実化する損害」については、「不確実、不確定な要素に関する蓋然性に基づく将来予測や擬制の下に、不法行為の時におけるその額を算定せざるを得ない」ことをしばしば指摘している（たとえば、最判平成22・9・13民集64巻6号1626頁）。

2. 若年者の逸失利益算定における質的な転換

前掲昭和39年判決は、幼児死亡の場合にも逸失利益の賠償が認められることを明確にしたものの、その算定方法については、平均賃金を基準とする原審の算定方法を否定する一方で、それに代わる具体的な算定方法を提示しなかった。そのため、下級審実務は様々に展開し¹⁷、中間利息の控除方法も含めて、算定方法の違いによる地域間格差も問題となった。そこで、これを背景に1999（平成11）年11月22日にいわゆる三庁共同提言が出された¹⁸。これによれば「幼児、生徒、学生の場合」、「原則として全年齢平均賃金による」とされ、「ただし、生涯を通じて全年齢平均賃金程度の収入を得られる蓋然性が認められない特段の事情が存在する場合には、年齢別平均賃金又は学歴別平均賃金の採用等も考慮する。また、大学生及びこれに準ずるような場合には、学歴別平均賃金の採用等も考慮する」とされた。

以上の経緯から、39年判決以降、年少者について統計資料（賃金センサス）による算定方法が普及していくなかで、緩やかな定額化・基準化の定着が見られたこと、また年少者の得べかりし収入の算定は、賃金センサス全年齢平均賃金を基礎とするおおよその社会的合意が形成されたこと、さ

ㄨ ものであり、その理論的根拠は明確ではない。むしろ、被害者が事故がなかった場合に、はたしてその年齢まで稼働できるのかも不明である。また控除される生活費の割合についても、理論的な根拠があるわけではない。

17 吉村良一『人身損害賠償の研究』（日本評論社、1990年）84頁以下。

18 東京＝大阪＝名古屋各地裁交交通事故専門部総括判事「交通事故による逸失利益の算定方式についての共同提言」判タ1014号62頁以下等。

らにこれによって39年判決の「控えめな算定」という要請は消え、併せて「蓋然性を満たさない特段の事情」の主張・立証責任が被告に転換されたことが指摘される¹⁹。いずれも重要な指摘であるが、ここでは、幼児、生徒、学生については、具体的な被害者の逸失利益を損害計算するにあたって、その損害額の立証を緩和するために、統計資料を用いて「控えめに」計算を行うという作業から、被害者が属する類型の平均人をもって抽象的な損害計算を行うことを原則とすることへの方針の転換が見られる点が重要である。ここでは同じ法益侵害を受けた被害者について、少なくとも未就労者については、法益侵害の効果である損害評価の局面で平等に扱うべきであるとの規範的要請を看取できるからである。

3. 抽象的損害計算の意義——権利・法益の客観的（最小・共通の）価値の補償

実務上、その当否は別として、人身損害の賠償については、物損法理のアナロジーで処理するという発想にある²⁰。物損の場合に、被害者がその物（権利）との関係で、どのような利益を得たのかが具体的に証明できない場合であっても、その市場価値を、当該被侵害法益から得られた、いわば共通価値＝最小限の価値として権利者に保障する。この法秩序が権利・法益に保障する客観的価値（共通価値）の算定に際して用いられるのが、抽象的損害計算である。

近時の多くの不法行為学説が、不法行為制度を「権利・法益侵害から被害者の権利・法益の価値を金銭で回復ないし実現するための制度」として見ているところ、この共通の客観的価値とは、「国家が国民（市民）に対して権利・法益として一定の地位を保障したゆえに、少なくとも同種の権

19 藤村和夫「『被害者側にとって控えめな算定』考」山田卓生先生古稀記念『損害賠償法の軌跡と展望』（日本評論社・2008年）93頁以下。

20 吉村・前掲書〔注17〕74頁以下。

利・法益について国家が国民（市民）に対して保障している価値」と理解する。それゆえ、この共通価値は侵害された権利・法益のいわば最小限の損害として金銭で保障すること、それを——国家機関の一つである司法機関が——承認することが要請される²¹。

したがって、不法行為により権利・法益が侵害された場合に、その損害を抽象的損害計算によって算定（金銭評価）する場合には、ここでの算定が、当該権利・法益の客観的な（最小・共通の）価値であるがゆえに、その価値補償を減額的に差別化する場合には、その規範的妥当性が明らかにされねばならない。そのため、抽象的損害計算における「計算」は、すでにその項目設定ならびに金銭評価の規準選択において、法的評価を含むものである。これを人身損害の算定に用いる場合には、平等原則を基礎におく権利主体の基盤的権利・法益の侵害が問題となることから、類型の作出を含め、人間（個人）の尊厳の尊重、人間の価値の本質的平等が要請されよう。

4. 逸失利益賠償の「価値補償」的な機能

判例は、交通事故の被害者が口頭弁論終結時までに交通事故とは別の原因で死亡した場合に、被害者の後遺障害逸失利益の算定において死亡の事実は影響しないとの立場を採用する一方（前掲・最判平成8・4・25）、将来の介護費用の算定にあたっては、「被害者が死亡すれば、その時点以降の介護は不要となる」とする（最判平成11・12・20民集53巻9号2038頁）。

判例は、両説の具体的な結論の妥当性（規範的判断）を「衡平の理念」のもとで判断している。すなわち、後遺障害逸失利益について、被害者が事故後偶然に死亡したことによって逸失利益を減額することは、加害者を

21 詳細は、潮見佳男「不法行為における財産的損害の『理論』—実損主義・差額説・具体的損害計算」法曹時報63巻1号（2011年）22頁以下を参照のこと。

免責する反面、被害者遺族等に未填補損害を残すことになるため、ここで減額することは「衡平の理念に反する」。これに対して、介護費用については、被害者の死亡後は介護が不要となる〔＝不利益事実が発生していない〕にもかかわらず、その賠償負担を加害者に課すことは被害者遺族等に根拠のない利得を与える結果となることから、「かえって衡平の理念に反する」としてその賠償を否定した。

以上の判例の結論は、権利保護や原状回復原則などの不法行為制度の目的に照らして、学説においても概ね支持されている。判例は、将来の介護費用のように「法益侵害により発生した不利益状態の解消に向けて、都度、支出が必要となる費用」については、死亡により支出が不要となるため（必要性の消失）、現実の損害の発生がないと捉え、その賠償を否定することが衡平であるとする。これに対して、人身損害における逸失利益については、不法行為時に被害者に抽象的に損害の発生を認め、その損失が、実際に現実化（具体化）するのかを問題としない。このことは、法益の形で有していた利益・価値の喪失をもって抽象的損害の発生を認め、それをいわば「現実の損害」と理解し、その価値回復を認めることが権利保障との関係で相当である、との規範的判断を、衡平の理念のもとで正当化するものである。それゆえ、事故で死亡した被害者が、実際に蓋然性のもとに想定されたとおりの収入を得るかどうか（具体的な損害の発生としての損害の現実化）は問題とならない。以上のことは、原状回復および権利保護という観点からも正当化しうるものであろう²²。

22 窪田充見「損害概念の変遷（財）日弁連交通事故相談センター編『交通賠償の新次元』（判例タイムズ社、2007年）85頁注15）のほか、長野史寛「判例における差額説とその修正」法教519号（2023年）71頁は、衡平の理念による（金額）差額説の修正の根拠を「被害者自身に保障された利益」から説明する。もっとも、とりわけ若年者の逸失利益の内実について規範的に見るならば「就労による収入獲得可能性」とは異なる見方もありえよう。

人身損害における逸失利益を生命・身体の価値補償として機能させる²³、すなわち、不法行為の時点（法益侵害時）で被害者に抽象的な損害の発生を認め、その金銭補償を認めること、またそれが加害者との関係でも衡平であるという、以上の発想は、続く、最判令和2・7・9民集74巻4号1204頁においても見られる。本判決は、交通事故の被害者が後遺障害逸失利益の定期金賠償を求めている場合に、これを命じるにあたって、上記の最判平成8・4・25に照らし、特段の事情のない限り、就労可能期間の終期より前の被害者の死亡時を定期金による賠償の終期とすることを要しないとした²⁴。ここでも、同じ権利・法益侵害を受けた被害者に対しては、その賠償方式にかかわらず、同等の価値賠償を認めることが不法行為法の原状回復原則および損害の衡平な分担という理念に適うとの規範的判断であろう。

V. 人身損害の抽象的損害計算と平等原則

1. 逸失利益算定における「蓋然性判断」と規範的修正

しかしながら、判例実務では、若年者の逸失利益算定につき抽象的損害計算によることが合意された後も、なお、「蓋然性」判断のもとで、男女で異なる統計資料を用いることが正当化されてきた。

もっとも、このような場面においても、実務では、不合理な男女間格差を是正・緩和するために様々な手法が模索されてきた。たとえば、被害者

23 権利の保障内容から損害算定の規範群を提示する研究として、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣、2017年）284頁以下等を参照。

24 本判決については、中原太郎「判批」法協139巻5号472頁以下が、包括的かつ詳細な検討を加えている他、本判決を契機とし、信託による定期的給付を検討する試論として、吉永一行「賠償方式を転換するスキームに関する素描—交通事故被害者に対する定期金賠償を素材として—」トラスト未来フォーラム『信託の理論と活用』（2023年）1頁以下がある。

が年少男子の場合には生活費を5割とする慣例に対し、女子労働者平均年収によって算定される場合には、特に理論的根拠を示ことなく生活費控除は3割として請求され、裁判所もこれを認めることにより、男女間格差の是正に寄与してきた。近時は、年少女子につき全労働者平均賃金を用いることが一般的になると、男子の逸失利益額との均衡から生活費控除を45%とする例が増えている（40%とすると男子の逸失利益額を上回る）。奇妙な論理ではあるが、結果における同等性を追求したものと理解しうる。その反面、なお残る格差を正当化しうるものでもない。

現在、若年者の逸失利益算定に際して、指標として用いられる賃金センサスを見ると、男女の平均年収の格差は、今もなお厳然と存在する（女性の平均賃金は、近時でもなお男性の75%程度である）。それにもかかわらず、ここでの男女格差を是正するために、年少女子については女子労働者の平均年収ではなく、男女を区別しない指標が用いられているのも、両者を平等に扱うべきとの規範的要請に応える趣旨であろう²⁵。以上の実務慣行をみると、裁判所は、事実認定の建前のもとであっても、平等原則の要請に応え、少なからず男女格差（結果の不均衡による不平等）の是正に寄与してきたことが窺える。加えて、現在、平均年収による抽象的損害計算による年少者・学生（さらには主婦）との不均衡を回避するため、若年有職者の逸失利益算定についても、具体的損害計算が可能であるにもかかわらず、抽象的損害計算を活用し、その利用が拡大しているのも、同様の趣旨に出たものであろう。

このことから、裁判実務においても、若年者については、具体的な被害者を離れ、同じ法益（生命・身体）を侵害された抽象的な権利主体（人）について、その法益が有する（保障する）法的価値を損害として賠償の対

25 労働能力に男女差がないと考えれば、労働の対価としての賃金の統計は、男子労働者のそれを女子にも用いるべきである、との規範的評価も可能である。しかしこの点は、②③や⑤判決では争点とはなっていない。

象とせざるを得なくなっている。ここでは金額差額説の看板を掲げつつも、その損害把握が、具体的損失の（事実）認定から、被侵害法益の抽象的かつ実体的な価値の評価へと視点の転換が生じていることに留意しなければならない。とりわけ日本法では、被害者が死亡した場合にあっても、被害者の権利能力を擬制し、その生命侵害に対する損害を賠償対象としている。逸失利益が、「生命の価値」（前掲・東京高判平成6年・11・29）などと受け止められているのはそれゆえである。私法秩序において確立された権利（能力）の平等原則のみならず、それが憲法によって保障される平等原則からの要請としても無視することはできない。これまでの裁判実務における損害判断の実質に鑑みれば、一方で、年少者・若年者の平均人モデルに照らした逸失利益の可能性を認めつつ、他方で、蓋然性の証明がないとして特定の属性を理由にその金銭評価を減額すること（＝法益に割り当てられた最小限の価値の否定）は、それが法の下の平等に反しない、といえる場合に限られることとなろう。

2. 年少女子の基礎収入認定をめぐる規範的修正

冒頭の各判決は、逸失利益の算定に際し「可能性はあっても、蓋然性はない」、あるいは「損害の公平な分担」という観点から、減額を正当化する。このような理由づけは、かつて、三庁共同宣言により、幼児、生徒、学生等につき、全年齢平均賃金によることが提案された後も、実務では、原則として年少女子の逸失利益は、女子のそれによって算定するとしていた実務の立場を想起させる。たとえば、以下の東京高判平成13・10・16金判1127号11頁である。

「逸失利益の算定において考慮すべきことは、単なる可能性ではなく、蓋然性なのである。」「より正確ないし蓋然性の高い数額を算定するためには、できる限り対象者の属性に近い統計を使用すべきである。」これに

より「できる限り蓋然性のある額を算定することにより不法行為者と被害者の双方にとって公平な結果を実現しようとする」ものである。

これに対して、11歳女児の死亡逸失利益につき、以下のように述べて、性別たる属性に着目することを規範的観点から制限し、高裁レベルで初めて全労働者平均賃金により算定したのが、東京高判平成13・8・20判時1757号38頁である。

「近い将来において、女子の方が男子に比べて低い収入の就労条件の下で就労する者の割合が多いという現状に大きな変化が生じ、平均賃金の男女間格差が解消するという見込みがあるとは言い難いのであるが、このことと、年少者の一人一人について就労可能性が男女を問わず等しく与えられているということとは別個の問題であって、現に職に就いている者の賃金の平均値に男女差があることが個々の年少者の将来得べかりし収入の認定や蓋然性の判断に必然的に結び付くものではない。」「統計的数値の得られやすい性別という属性のみを採り上げることは、収入という点での年少者の将来の可能性を予測する方法として合理的であるとは到底考えられず、性別による合理的な理由のない差別であるというほかはない。」

両判決は、ともに上告されたが、いずれも受理されなかった（最決平成14・7・9交通民集35巻4号917頁および921頁）。しかし、その後の実務は、少なくとも年少女子については原則として男女を区別しない指標（全労働者平均賃金）が用いられることとなり、その対象範囲も拡張しているように思われる。それらのことは、本質において男女（の法益が内包する価値）を平等に扱うべきであるとの規範的要請に他ならない。

3. 障害の社会モデルの限界とその規範的修正

ところで、③判決は、障害による減額は、(社会的障壁を除外した上でなお残る)個人に固有の機能障害(＝インペアメント)に起因する労働能力の差に基づき予想される合理的な収入格差を認定したものであるから、男女の賃金格差とは質的に異なることを指摘する²⁶。これには、逸失利益の内実は、現実の収入ではなく、収益可能性や就労可能性であって、その源泉となるのは労働能力について、男女において本質的には異ならない(あるいは異なると考えるべきではない)との理解があり、統計上の数字は、この本質を反映したものではない(少なくともそのように考えるべきである)、との評価(規範的判断)を前提としているがゆえと考えられよう。それとは異なり障害の有無については、統計に現れた相違をそのままに認める背景には、障害者と非障害者との間には、労働能力(あるいはそれを前提とした将来的かつ潜在的な収益可能性・就労可能性)において、乗り越えられない相違があると考えているのであろう。

実際、男女の賃金統計上の格差は、近年、経済学においても、ジェンダー規範に起因することが指摘されている²⁷。その意味では、このような

26 他方で、⑤判決は、この点については、むしろ、裁判実務上、年少男子は男性の平均賃金によっていることを指摘し、なお男女格差が残ることを指摘し、結論の正当性を補充する。しかし、実態的な格差をそのままに反映するものとはなっていないことからすれば、その背後にある規範的判断をあえて無視するものであって説得的な説示とはいえないうえ、なお残る格差に対する開き直りともとれる。

27 2023年にノーベル経済学賞を受賞したクラウディア・ゴールドディン教授によれば、男女間の収入格差は(従来は、パターンリズムや偏見にあるとされてきたが、むしろ)、定着したジェンダー規範により、家庭をもった女性が仕事を減らす必要性を感じ、それを選択することによって生じているとし、このことを、とりわけ時間的な要求が高い、あるいは競争が激しい仕事(demanding work)において[とりわけ大卒レベルの]男女の所得格差が大きくなっていることから論証する(クラウディア・ゴールドディン・廣田昌美訳『なぜ男女の賃金に格差があるのか』(慶應義塾大学出版会・2023年)。また、これら近時の実証経済学の知見から、学歴の差や表向きの差別が禁止された先進国における男女間ノ

(ジェンダー規範によって歪められた) 経済統計を、司法の場で利用する場合には、労働能力 (あるいは潜在的収益可能性) の平等という観点から規範的に修正するのは、むしろ当然のようにも思われる²⁸。ここではそれを越えて、実際の格差の有無やその要因にかかわらず、司法上は、むしろ人格価値の平等や男女を等しく扱うという平等原則を出発点として、現実の格差があったとしても、それは克服されるべきものとして理解するアプローチもある。

翻って、障害の有無による格差について、司法はどう対応すべきか。障害者雇用統計を利用するにあたって、男女間格差と同様に、何らかの規範的修正は必要ではないのか。冒頭の各判決が示すように、社会的障壁 (ディスアビリティ) をすべて除いたとしても、経済統計上なお格差は残るとして、その格差をそのままに司法は承認すべきなのか (それが公平なのか?)。ここでも、まずは男女格差と同様に、当該統計もまた偏見 (歪んだ社会規範) によるものではないのか問う余地はあろう²⁹。加えて、このような障害 = 社会的障壁と理解する障害の社会モデルによってもなお残る差別 (社会モデルの限界) は、人格の本質的平等の観点から、規範的修正を行うべきことも考えられよう。実際、国連障害者権利委員会 (CRPD 委員会) が締約国のCRPD実施の努力を監視する際に今日参照するのは、社会モデルではなく人権モデルである³⁰。障害者人権条約には、「障害」の定義はない。その前文 (e) において「障害が発展する概念であること

ㄨ 格差の是正には、社会規範のもたらす影響がますます重要になっていることを指摘するものとして、牧野百恵『ジェンダー格差』(中公新書・2023年) 206頁以下等がある。

28 その場合には、現在のように男女で異なる指標を用いることは正当化できないであろう。

29 中島隆信『障害の経済学』(東洋経済新報社、2018年)、姫路まさのり『障がい者だからって、稼がないと思うなよ』(新潮社、2020年) 等が参考になる。

30 CRPD/C/JPN/CO/1 (2022年10月7日) 障害者の権利に関する委員会、日本の第1回政府報告に関する総括所見。

を認め、また、障害が、機能障害を有する者とこれらの者に対する態度及び環境による障壁との間の相互作用であって、これらの者が他の者との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨げるものによって生ずることを認め³¹る。社会モデルによってもなお残る「障害」は、人権モデルによって補完的し、克服されるべきである、との見解も示唆的である³¹。いずれにせよ、司法の場では、人間の本質的価値の平等という観点から規範的な修正を行うことが考えられてよからう。

VI. 規範的判断と賠償法理との抵触？

1. 抽象的損害計算による価値補償は、被害者の利得禁止原則と抵触しないこと

裁判実務が、なおも「蓋然性」にこだわる実質は、実損主義との相克にあるとの指摘が重要である³²。実損主義とは、被害者に賠償すべきは不法行為により現実生じた損害のみである、との考え方であり、被害者の利得禁止という視点から語られることもある。

しかし、被害者は生命法益を侵害されている以上、私法秩序のもとで各権利主体に割り当てられた客観的な共通価値の侵害（による損害の発生）は否定できないし、すべきではない。むしろ、ここでの価値補償を否定すること（加害者の減額主張の正当化による免責）は、加害者を利するだけであって、衡平とは言えない。このような結果（加害者が現実化した損害の被害者による引受）は、同じ障害をもつ者の価値の切り下げや、ひいては行動の自由を（間接的にであれ）制限することにもなりかねず、権利・

31 Anna Lawson, Angharad E. Beckett, The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis, The International Journal of Human Rights 2021, 25: 2, 348-379(日本障害者協議会による邦訳が公開されている)。

32 窪田編・前掲 [注8] 419頁 [前田陽一]。

法益保護という不法行為制度の任務に照らして許容できないものである。

もとより利得の有無もまた規範的に判断すべきである。生命・身体価値は本質的に金銭に換算しえないことに照らせば、平均人をモデルとする価値補償を受けたとしてもこれによって被害者に利得が発生しているとはいえない（いうべきではない）。損害の衡平な分担という理念に照らしてみても、（同じ違法行為を行った）加害者に、特別に過大な負担を強いるものでもなく、不公正な結果が生じることはない。

2. 減額は「損害の公平な分担」ではないこと

冒頭の各判決には、障害を理由とする減額を損害の公平な分担という観点から正当化するものもある。たしかに、不法行為制度の目的は損害の填補や損害の公平な分配にもあるとされる³³。しかし、この公平な分配とは、「（賠償相当な）損害」を被害者と加害者のどちらにどれだけ負担（賠償）させるべきか、という問題ではなかったか。不法行為制度は、過失や（過失がない場合であっても）危険責任の理論によって、被害者の損害を加害者に転嫁する（さらには保険等により集团的・社会的に損害を分散する）役割を果たすところ、被害者（ときに被害者側）が損害の発生・拡大に参与した場合に、いったん加害者に転嫁された損害を、再度、被害者の側に移行させることにより賠償すべき損害の公平な分配が問題となる。つまり、これは損害額の確定の局面ではなく、賠償額の調整段階の問題ではなかろうか。たしかに被害者救済の観点から、慰謝料に財産的損害賠償の調整的・補完的機能を積極的に肯定する場面で公平の理念そのものが強調されることもある³⁴。しかし、それは財産的損害賠償、とりわけ従前の金銭差額説に沿った逸失利益算定によって生じる損害額算定上の不合理（不公正）を克服することに向けられたものであって、被害者に生じた損害の評

33 四宮・前掲〔注7〕263頁。

34 吉村・前掲〔注17〕95頁-100頁。

価を切り下げるためではない。被害者救済の観点からも、原状回復の一部として、被侵害権利・利益の価値の代替物として補償される損害（抽象的損害計算により認められる最小損害）の賠償を否定することは、損害の分配（賠償額の調整）以前の問題であって肯認する余地はないと考える。

3. 障害をめぐる学説の展開

（1）近時の動き

近時、金額差額説（収入喪失説）の枠組みを前提としても、障害の社会モデルを踏まえるならば、障害者の基礎収入の蓋然性判断にあたって、社会的障壁（＝ディスアビリティ）に起因する否定的評価（減額）を取り込むことは現行法秩序に照らし許されない、との指摘がある³⁵。現行実務は、個人に割り当てられない社会的障壁による障害による減額を認めるかぎり、「生命や身体それ自体の侵害に対する救済」となっていないと批判する。もっとも、この見解は、「人間が『利益を生み出す道具』としての側面を現に有する以上、逸失利益に個人差が生じるのは当然である」ことから、個人の属性たる心身の機能障害（＝インペアメント）に起因する不利益は、加害者に転嫁できず被害者が引き受けるべきことは不法行為法の原状回復原則から当然であるとする。そのため、障害が重度の場合には、格差が生じることはやむを得ないものの³⁶、本稿の冒頭で紹介した②から⑤の視聴覚障害にかかる事案については、いずれも社会的障壁の解消によって障害はなくなるとし、減額の余地はないという³⁷。しかしながら、各判

35 城内明「障害者の逸失利益算定方法に係る一考察」末川民事法研究5号（2019年）17頁。

36 城内明「①判決判批」新・判例解説Watch25号（2019年）88頁は、冒頭の平成31年判決における控えめな認定は、被害者の「発達状況に鑑み、これはやむを得ない判断であった」とする（この点への批判として、吉村・前掲〔注4〕再論340頁）。

37 城内明「②判決判批」新・判例解説Watch28号（2021年）91頁。

決の結論にあるように、金額差額説（収入喪失説）を前提に論じる限り、結局は、社会的障壁の解消にかかる蓋然性の評価に帰着することとなる。

（２）包括的損害概念による包括的慰謝料論

そこで、この見解に対しては、「生命や身体それ自体に対する救済」を言うならば、死傷損害説が指摘するように、むしろ人身侵害によって失われた人生の価値を労働の対価である逸失利益を中心に測るという現行実務の妥当性そのものを問うべきであるとした上で³⁸、「損害を死傷そのもの、あるいは、障害児の死によって本人とそれへ愛情を注いできた（また、今後とも注ぎ続けたであろう）家族の失った利益として包括的にとらえ、亡くなった子どもの価値に障害の有無や程度で差がない以上、現在の実務が同年代の子どもの死亡の場合に（逸失利益と死亡慰謝料の合計として）認めている平均的な額を認めるべきであるという方向」（＝人身損害を逸失利益と慰謝料に区分せず、包括的な損害を觀念し、それに対する賠償額を考える）が示されている³⁹。

この学説は、「労働能力を全部または一部を欠く者」について、『逸失利益』の本体は「労働能力」にあるとの前提から、「労働能力喪失率によって算定する慣行との釣合い」上、『逸失利益』も否定的ないし制限的に取り扱わざるを得ない」としつつも、「人間の平等の要請には、慰謝料の比重の増大をもってこたえる」として⁴⁰、慰謝料の補充機能を活用する見

38 死傷損害説については、西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号（1965年）107頁や「人身事故における損害賠償額の法理」ジュリ381号（1967年）等を参照のこと。

39 吉村・前掲〔注3〕559頁。なお、三木千穂「④判決判批」交通事故民集54巻索引・解説号（2023年）は、算定困難から抽象的損害算定を行う場面で障害による減額は「違和感を感じざるを得ない」とし（10頁）、包括的慰謝料構成を支持するが（12頁）、他方で「相続構成によるからこそ、死亡した者の個人の尊厳や平等の理念を持ち込むことができ、また持ち込むべき」（11頁）とも述べる。

40 四宮・前掲書〔注7〕587頁。

解をさらに一步進めて、損害論レベルでの転換を図るものである（固有損害説を前提とした包括的損害概念による包括的慰謝料論）。

（３）逸失利益レベルでの平均賃金の抽象的損害計算＋具体的損害計算による加算可能性

他方で、上記の学説と同様に、死傷という損害の金銭化には一定の理念に基づく評価や価値判断が不可避となるという死傷損害説の損害観を基礎におきつつ、被害者に労働能力に欠ける場合でも、まず生存しているかぎりその生活保障の要請は障害のない者と変わらないとして、平均賃金を最小損害として認める見解がある⁴¹。この見解によれば、被害者に（具体的損害計算による）平均賃金を超える立証は認めるが、加害者側からの（抽象的計算による）平均賃金を下回る旨の立証は認められない（評価段階説）。また傷害の場合との均衡から死亡の場合にも、同様の逸失利益の賠償を認める⁴²。この見解が意図する核心部分は、抽象的損害計算による権利保障——抽象的損害計算による賠償は、その権利・法益が客観的・類型的に有する客観的価値であって、「最小限の損害」として賠償を認める——という見解にその後、発展的に継承されている⁴³。若年者の死傷の場合、その逸失利益については、全労働者平均賃金による抽象的損害計算を原則とすることが宣言されていることは、死傷による損害賠償請求権の一

41 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣、1984年）134頁。

42 この方向を支持する見解として、岩崎勝成「⑤判決判批」TKC判例解説Watch民法（財産法）No.251(2023年）4頁。

43 潮見・前掲〔注21〕23頁以下、潮見佳男『債権各論Ⅱ不法行為〔第4版〕』（新世社、2021年）65頁等。本稿もこれを支持するものである（③判決判批として、若林・前掲〔注4〕49頁がある）。なお、四宮・前掲書〔注7〕445頁も、権利侵害に際し、原状回復の理念に基づき、権利に関する規範によって内容を規定される客観的損害を最小限度の損害とする損害（規範的損害）認めることが、不法行為制度の権利保護機能に役立つことを指摘する。

部（損害項目）である逸失利益賠償にかかる請求権は、被害者の法益侵害に対する価値代替物（の一部）として最小損害を構成するものと理解することとなろう。

（４）検討

上記の（２）の見解と（３）の見解とは、いずれも、法秩序が個人に保障した法益の価値を損害額に反映させようとする点で共通する（規範的損害論）。前者は、生命・身体侵害それ自体を総額（総体）レベルで包括的に考慮するものであり、後者は、現行の賠償構造に沿って——従来の（とりわけ交通事故賠償にかかる）実務において、「生命や身体それ自体の侵害に対する救済」が「逸失利益」という損害項目レベルを通して行われてきたことに鑑みて——損害項目レベルでの抽象的損害計算を通してそれを行うものである。いずれの場合であれ、それが私法秩序によって認められた被侵害権利・法益の客観的価値（最小限の価値）を支えるものとなることが重要である。

逸失利益たる損害項目レベルで抽象的損害計算を行う方が、現在の標準的な実務との親和性は高いようにも思われるが、後者の学説にあっても、人身損害算定において物損になぞらえた逸失利益算定を行い、死亡の場合には相続構成を採用する現在の賠償実務を絶対視しているわけではない。むしろ従来の賠償構造（被害者本人の逸失利益＋相続説）が賠償額の高額化を企図して展開してきたものに過ぎないのであるならば、とりわけ年少者・若年者について、「生命や身体それ自体に対する救済」（保障される価値）として平均人モデルによって達成される現行の水準を、遺族の包括慰謝料として構成することは十分に考えられてよい（もとより相続構成か固有損害構成かは原告の選択による）⁴⁴。重要なのは、いずれの構成におい

44 なお、精神的損害と財産的損害を含めた包括慰謝料の場合には、その算定につき、裁判官の裁量にはその性質上、限界があることから（最判平成6・2・ノ

でも、抽象的損害計算によって提示される金額（あるいは規範的に提示される包括慰謝料額）について、特定の属性を理由に減額すること、あるいは合理性を欠く類型化による差別的取扱いは、それが平等原理——人間の尊厳の尊重や本質的価値の平等——と抵触するかぎり認められない（認めるべきではない）、ということである。したがって、抽象的損害計算を行う一方で、被害者のインペアメントを理由とする減額等の差別的取扱いを一般に容認することは、法秩序による法益の価値に対する補償を否定するものであって、衡平な賠償とは言えない。

むしろ、個人の尊厳の尊重から、人身損害にあっても、個人差が発生することも認められているところ、そのような抽象的損害を超える損害については被害者の主張・立証のもと、具体的損害計算において実現され、これによって適正な損害填補（原状回復）が図られるべきであろう。したがって、被害者側で「蓋然性」の証明が問題となるのは、抽象的損害計算（現在では、全労働者平均賃金）を超える具体的な損害計算を行う場合に限られる。損害賠償法の目的が、現実の損害填補による原状回復原則にあることに照らせば、抽象的損害計算を上回る蓋然性について、個別事情として加算的に評価することとなろう。しかし、その場合であっても、たとえば男性という属性のみを理由に、より高額の統計資料を用いることは、結果として、男女で法益によって保障される価値に定型的な差異を設けることとなるから、平等原則に抵触することとなり、認められない。

ㄨ 22民集48巻2号441頁は、「原審の認定した慰謝料額は低きに失し、著しく不当であって、経験則又は条理に反し…原審の裁量判断は、社会通念により相当として容認され得る範囲を超えるものというほかない」という)、被侵害法益が同じである以上、総額レベルで同じ水準が達成される必要がある。

VII. まとめにかえて

損害とは、法益侵害によって被害者に生じた不利益な事実であって、——（被害者があるべき利益状態に戻すという）原状回復の理念・利得の禁止に照らし——不法行為前後の利益状態（事実状態）の差によって確定される（差額説であり、事実状態比較説）。この利益状態の差は、規範的に決定される（規範的損害論）。逸失利益の取得の蓋然性は、裁判官による事実認定の問題ではなく、法的評価の問題である。

その際、損害（規範的評価を通して明らかとなる利益状態の差）には、法秩序が個人に保障する法益の価値が最小損害として含まれる（権利追求機能）。抽象的損害計算は、法秩序が個人に保障する最小限の価値を明らかにするものであって、生命・身体への侵害にあたって、その価値を体现する損害（あるいは損害項目）の算定にあたり抽象的損害計算を用いる場合には、平等原則に反する減額や類型化は許されない。障害による減額や障害・性別による類型化（差別化）が許されないのは当然である。これは人間の尊厳の尊重という法の精神による。このように考えることが加害者との関係でも衡平であって、これは利得禁止原則に反するものでもない。また損害の公平な分担も問題とならない。

法益の価値を金銭評価するのに際して、いずれの項目によって具体化（項目設定）するのか、しないのか、また、その請求方式も一つではない。個別具体的な損害計算（個別項目積算方式）によって算定するのか、あるいは（財産的価値を含む）包括的慰謝料によって算定するのかは選択的である⁴⁵。最終的に算出された賠償額によって、少なくとも被害者は、侵害

45 最終的には、当該権利・法益の侵害によって生じた損害総額が、被害者の手にわたることによって、被害者は、法秩序によって保障された被侵害権利・法益の価値を回復することになる。これを、どのような項目によって具体化するのか、その請求方式は一つではない。しかし、最終的に算出された賠償額によって、少なくとも被害者は、法秩序によって被害者に割り当てられた権利・法

された法益について法秩序が個人に割り当てた客観的価値（最小価値）について、等しく補償を得ることを保障されることが重要である。

他方で、原状回復の理念に照らし、生命・身体法益を基盤に、個人の人格の自由な展開によって得られる利益は、個人の尊厳の尊重といった観点から具体的損害計算によっても保障すべきである（評価段階説）。それゆえ、被害者が、抽象的損害計算を用いるか、具体的損害計算を用いるかも選択的である。抽象的損害計算を超える利益取得の蓋然性の証明は、被害者側にある。これを下回ること（個人に保障された価値の切り崩し）についての主張・立証責任は、加害者側にあるが、人間の尊厳の尊重の観点から、人身侵害の場合にはこれを許容することはできない。

この点に関連して、現在の実務を見たとき、学歴による類型化をどう考えるべきかという問題はなお残る。これを個人の尊厳の尊重の観点から正当化しうるのが問われる。たとえばマイケル・サンデルは《人種差別や性差別が嫌われている時代にあって、学歴偏重主義は容認されている最後の偏見である》等と述べるが⁴⁶、このような指摘をどのように受け止めるべきか、という問いでもある⁴⁷。

ㄨ 益の客観的価値（最少価値）については、等しく補償を得ることを法秩序は保障しなければならない。

46 あるいは「必要不可欠だが給料は高くない労働者がいかに重要か…市場社会では、稼いだお金と共通善への貢献への価値を混同する傾向になかなかあらがえない」（マイケル・サンデル（鬼澤忍訳）『実力も運のうち 能力主義は正義か？』（早川書房・2023年〔初出2021年〕376頁）経済現象を法学・司法がいかに向き合うかという問題でもある。本書の解説において本田由紀が「人権」という視点を挙げる点（415頁）は示唆的である。なお、本田由紀「メリトクラシーを『弱毒化』するために」宮本太郎編『自助社会を終わらせるために』（岩波書店、2022年）229頁・246頁以下も参照されたい。

47 なお、アメリカでの人身損害賠償算定における人種・ジェンダー別の統計表の利用の問題に焦点をあてた論稿として、ローレン・アブラハム＝キンバリー・ユラッコ／角松生史＝饗庭未希子＝尾下悠希「不法行為と差別」神戸法学71巻2号（2021年）193頁以下、同「黒人の生命の金銭的評価：不法行為損害賠償算定における人種に基づく統計表の使用に対する憲法上の異議／訳者解題」神ノ

これを若年者の抽象的損害計算のレベルで検討する場合には、本来人間の価値は無限であることに照らして、あるいは、39歳以下の労働者では大卒者の割合が多数を占めるようになってきている現状に鑑みて、大卒者の平均賃金センサスを若年者の抽象的損害計算の基準として用いることも考え得るかもしれない⁴⁸。いずれにせよ、生命・身体法益の侵害において法秩序が個人に保障する価値や利益とは何か。法益侵害によって生じる不利益（な事実）をどのような形で賠償すべき損害（項目）として把握すべきか、このような意味での損害論・法益論が充実することが⁴⁹、ここで（名目的に）参照すべき統計資料の選択の指標にもなろう。その際、現に労務を提供している現実の労働従事者との均衡も考慮すべきであろう。若年者でなくとも、それが家庭や地域での無償労働であれ、また非正規雇用であろうとも、その収入の多寡にかかわらず、労働の尊厳という観点からみるならば、それが現に具体的な収入に結びついていない場合であっても、被侵害法益の価値補償という観点から見れば、「成果」に照らした価値の切り崩しを認めうるのかが問われよう。いずれにせよ逸失利益の本来の期待された役割が第一義的に身体侵害に際しての本人の生活保障であり、それ

▼ 戸法学71巻3号（2021年）99頁以下がある。後者の末尾において「アメリカとは異なり…定型化・定額化の裁判実務が推進されてきた日本の場合、逸失利益算定を実体法ルールの問題と位置づけること、その上で憲法的観点も含めた規範的議論を行うことは、より容易であり、さらにいえばより重要なのではないか」（206頁）との指摘がある。

48 大島眞一「交通事故訴訟のこれから」判タ1483号（2021年）14頁を参照。大卒の基礎収入による場合、相応に就労可能年数を減じることとなるが、将来の税負担の変動等も視野に入れば、全体としてどれほどの相違が出てくるのか（出すのか）も、ここでの「逸失利益」とは何を想定するのかという損害論とも相まって、結論的には様々となりうる。

49 吉村顕真「不法行為法における人権救済の法理と政策—障害のある年少者の逸失利益算定論をめぐる展開」『人権の法構造と救済システム』（法政大学出版局、2023年）141頁は、障害者の逸失利益の算定論について「損害概念という観点から検討していく必要」を述べる。ここでは本文で述べたような意味での損害論・法益論の検討が必要であろう。

との均衡から生命侵害に際しての遺族の生活保障であるという点も価値保障の水準を考えるうえで考慮されよう（結果、死亡の方が賠償額が少なくなることは甘受されねばならない）。

生命侵害の場合には、相続説をとるか、固有損害説をとるかもまた選択的である⁵⁰。年少者が生きていれば生涯にわたって得られる逸失利益を原告である両親らが「逆相続」することの違和感も、その実態が、子どもの生命を奪われた家族の精神的損害に対する慰謝料にあることから実務上許容されてきた側面はあろう（逸失利益の項目化の経緯にみるその上積み機能）。仮に、固有損害説のもとで請求される場合であっても、これまでの若年者の逸失利益算定（抽象的損害計算）がはたしてきた意義に鑑みれば、同等の水準を確保することが求められよう。

※本研究はJSPS科研費JP20K01408の助成を受けたものである。

※脱稿後、長嶋修＝川島聡＝石川准『障害者権利条約の初回対日審査 総括所見の分析』（法律文化社、2024年）に接した。

50 相続構成の理論的・実質的難点に加え、社会保障給付との調整の困難という観点からも、本来、固有損害説が妥当と考える（これについて、若林三奈「公的年金の逸失利益性」大河純夫他編『高齢者の生活と法』（有斐閣、1999年）109頁以下）。なお、この問題に関連して、相続説を基本とする現行実務においてその矛盾を最小限に抑えるためには、最大判平成27年3月4日民集69巻2号178頁（社会保険給付の填補対象となる損害は、特段の事情のない限り不法行為の時に填補されたものと法的に評価する）の趣旨に照らして、社会保険給付の「控除計算を損害額算定の一環として、ないしそれに限りなく近いものとして位置づけること」が重要であると考え（米村滋人「判批」平成27年重判79頁等も参照のこと）。また、この大法廷判決の趣旨を貫徹することにより、実務家の中でも批判のある最判平成元・4・11民集43巻4号209頁（控除前相殺説）や最判昭和50・10・24民集29巻9号1379頁（相続人別控除）の見直しが進むことが期待される。

犯罪者の社会復帰における余暇支援

我 藤 論

- 1 はじめに
- 2 再犯防止政策の展開
- 3 初犯者と再犯者をめぐる動向
 - (1) 初犯者と再犯者の動向
 - (2) 検挙人員と新受刑者の犯行時の職業の有無
 - (3) 犯罪の離脱要因としての余暇の重要性
- 4 犯罪と余暇活動
 - (1) 少年非行と余暇活動
 - (2) 犯罪と余暇活動
- 5 犯罪者の社会復帰における余暇支援
 - (1) 刑務所における余暇教育
 - (2) 出所後の余暇活動サービスを提供する側の課題
 - (3) 社会復帰における余暇支援の事例
- 6 まとめ

1 はじめに

日本における刑事政策は、2012年に犯罪対策閣僚会議で決定した「再犯防止に向けた総合対策」以降、再犯防止を中心とした政策が打ち出され、特に出所後の就労と住居の確保が重要視されるようになった。その結果、2021年には2年再入率が目標数値としていた16%を切ることができるなど成果を上げている。しかし、刑法犯の認知件数及び刑務所への入所者は大きく減少しているものの、依然として再犯者及び再入者の割合は高いままである。新受刑者のうち犯行時に無職であった者は、有職者と比べると、

その人員は多い。しかし、検挙人員においては、犯行時の有職者と無職者を比べると、有職者のほうが多い。つまり、就労支援と居住確保だけでは出所者が社会に戻り再犯に至らずに生活が続けることが困難である可能性がある。

そこで、本稿では出所者が犯罪と関係のない基本的な社会生活を送る上で必要不可欠な就労や住居確保への支援に付け加えて、余暇支援の必要性を検討する。第一に、検挙人員と新入受刑者における犯行時の職業の有無に関する動向及び法務総合研究所（2019）による「再犯防止対策などに関する研究」を概観し、出所者が再犯に至らずに社会生活を営むためには就労支援だけでは十分ではなく、余暇支援が必要であることを示す。第二に、犯罪と余暇活動の関係を概観する。犯罪と余暇活動の関係は、犯罪を促進するあるいは抑制する余暇活動については多くの研究が蓄積されており、再犯に関連する要因としての余暇活動に関する研究をみる。第三に、刑務所における余暇教育、地域社会における余暇支援について検討する。

2 再犯防止政策の展開

2012年7月に犯罪対策閣僚会議で決定した「再犯防止に向けた総合対策」、2016年12月に公布・施行された「再犯の防止などの推進に関する法律」、2017年12月に閣議決定した「再犯防止推進計画」と次々に再犯防止に関する政策が打ち出されることとなる。そのいずれにも、近年の犯罪者政策の方向性、いわゆる「居場所」と「出番」を再犯防止のキーワードとして示したものとなっている。例えば、「再犯防止にむけた総合対策」では、「これらの者（刑務所出所者等：筆者付記）に対する支援は、『犯罪者を生まない社会の構築』の実現のための重要な柱の一つとされ、特に、社会生活上困難な事情を抱える刑務所出所者等が社会における「居場所」や「出番」、すなわち帰住先・就労先を見付けることや、薬物依存、高齢、障害等と（龍法 '24）56-4, 250（958）

いった特定の問題を克服するための支援を行うことが急務と認識されてきた。」と述べられている（犯罪対策閣僚会議 2012：1）。

2017年に策定した「再犯防止推進計画」のもと、矯正施設在所中の就職内定者の増加や実際に出所者を雇用している協力雇用主の増加などの就労の確保、帰るべき場所のない刑務所出所者人員の減少などの住居の確保、刑事施設・保護観察所が行う性犯罪者処遇プログラムの再犯抑止効果が確認できたことなど多くの成果が上がった。そして、「再犯防止に向けた総合対策」において設定された「過去5年における2年以内再入率の平均値（刑務所については20%、少年院については11%）を基準とし、これを平成33年までに20%以上減少させることを目標とする。」（犯罪対策閣僚会議 2012：16）という数値目標を2021年の2年以内再入率（15.6%）において達成している。

「再犯防止推進計画」の取り組み状況や成果を検証するために、「再犯防止推進計画等検討会」が開催され、今後の課題について、個々の出所者が抱える課題に応じた指導・支援の充実、出所者などの支援へのアクセシビリティの向上、訪問支援等のアウトリーチ型支援の実施などの課題が確認された。そして、「再犯防止推進計画等検討会」は、第二次再犯防止推進計画に向けた基本的な方向性として、出所者等の主体性を尊重した“息の長い”支援の実現、相談拠点及び地域の支援連携拠点の構築、官民の連携強化の3つを示した。2023年3月に「第二次再犯防止推進計画」が閣議決定された。5つの基本方針及び7つの重点課題については、第一次再犯防止推進計画を基本的に踏襲している⁽¹⁾。

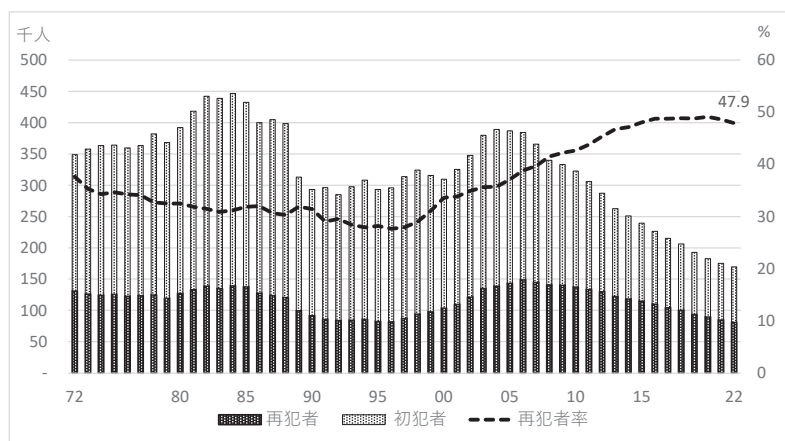
これらの政策は、住居や就労先を確保できずに再び刑務所に戻ってきてしまう、つまり再犯に至ってしまう出所者が置かれている支援システムや環境を整えることで、出所者が円滑に社会の一員として復帰できるようにし、安全で安心して暮らせる社会の実現を目指すものとなっている。

出所者が犯罪と関わりのない生活を作り上げていく上で、その基盤とな

る住居と就労とは重要である。しかし、「住居を確保すること＝居場所」、「就労先を確保すること＝出番」という図式で、再犯を防止することはできないのではないだろうか。

3 初犯者と再犯者をめぐる動向

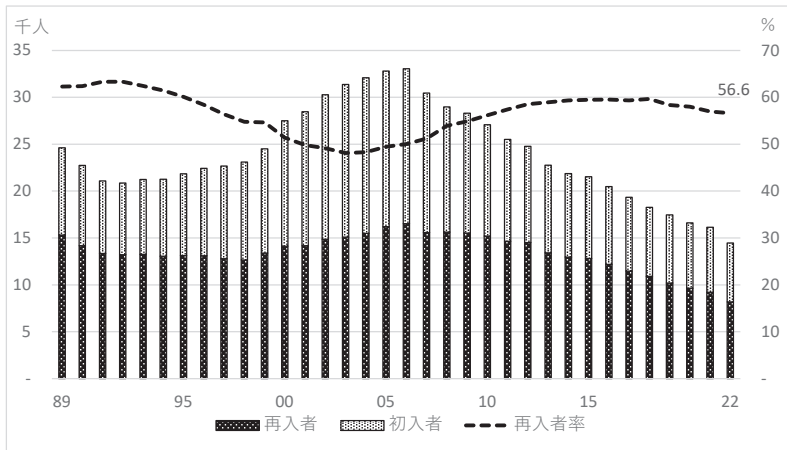
(1) 初犯者と再犯者の動向



出典：犯罪白書より筆者作成。

図1 刑法犯 検挙人員中の初犯者と再犯者及び再犯者率の推移

図1は、刑法犯により検挙された者について、初犯者と再犯者⁽²⁾の人員及び再犯者率の推移を示したものである。再犯者はおおよそ10万人前後で推移し、近年では2006年をピークに漸減し、2022年は2006年と比べると約45%減少している。それに対して、初犯者のピークは1984年であり、2022年は1984年と比べると約70%減少している。なお、第1次再犯防止計画以降では、2018年を基準にすると、2022年で再犯者は約20%減少しており、初犯者の減少率は約16.4%で再犯者の減少率のほうが上回っている。ただし、再犯者人員は減少しているものの、依然として初犯者の人員より(龍法 '24) 56-4, 252 (960)



出典：令和5年版犯罪白書より筆者作成。

図2 新受刑者中の初入者と再入者及び再入者率の推移

も多く、再犯者率が高い状態が続いている。

図2は、新受刑者人員中の初入者人員、再入者人員及び再入者率の推移を示したものである。1989年以降では、再入者はおおよそ15,000人前後で推移し、近年では2008年をピークに漸減し、2022年は2008年と比べると約48%減少し8,180人である。それに対して、初入者のピークは2004年であり、2022年は2004年と比べるとまでに約63%減少し6,280人である。なお、第1次再犯防止計画以降では、2018年を基準にすると、2022年で初入者人員の減少率は約15%で、再入者人員の減少率は約25%と初犯者より上回っている。ただし、再犯者率の場合と同じく、再入者人員は減少しているものの、初入者人員の減少に影響を受けて、依然として再入者率が高い状態が続いている。

図3は年齢層別の出所受刑者の2年以内再入者人員の推移である。近年、65歳以上の再入者人員の増加傾向は止まったものの高い水準での横ばい状態が続いているが、それ以外の年齢層では減少傾向にある。ただし、40歳代と50歳代は減少傾向にあるが、依然と再入者が多い年齢層となっている。

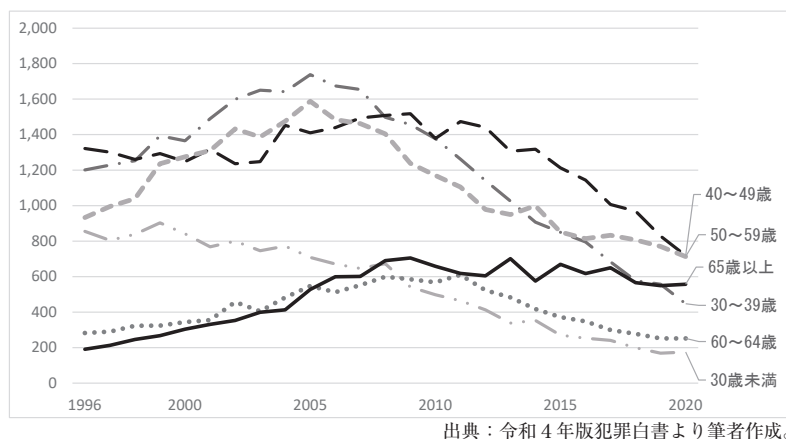


図3 年齢層別 出所受刑者の2年以内再入者人員の推移

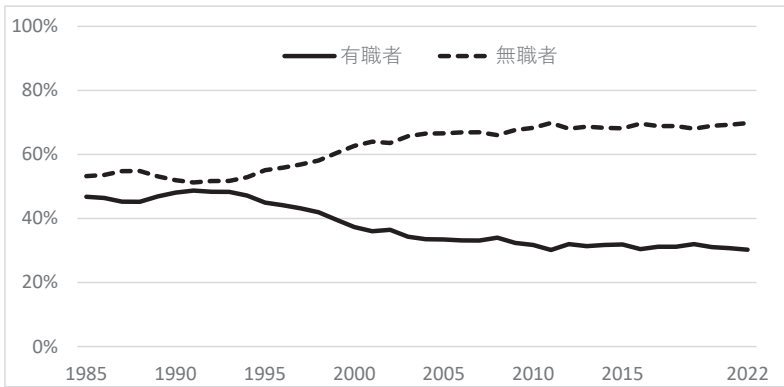
なお、年齢層ごとの2年再入率では、最も高いのが65歳以上で、その次に60歳代前半と年齢層が高いほど再入率が高くなっている。

検挙人員における再犯者及び新受刑者の再入者は減少しているものの、初犯者あるいは初入者の人員も減少しており、それぞれの人員に占める割合は再犯者と再入者のほうが高くなっている。年齢層別にみた2年以内再入者は、再入率でみると高齢の方が高いが、人員では40歳代と50歳代が多くなっている。

(2) 検挙人員と新受刑者の犯行時の職業の有無

図4は、新受刑者における犯行時の有職者と無職者⁽³⁾の割合の動向を示したものである。近年、有職者は約30～40%で、無職者は約70%で推移している。このように受刑者に無職者が多いということから、出所後の社会生活の基盤を確立して充実した生活を営むことができるように出所者に対する就労支援を充実させるということは当然の帰結である。しかし、出所者は仕事を有するだけで犯罪に至らないのであろうか。

図5は、検挙人員における犯行時の有職者と無職者⁽⁴⁾の割合の動向を
(龍法 '24) 56-4, 254 (962)



出典：矯正統計年報より筆者作成。

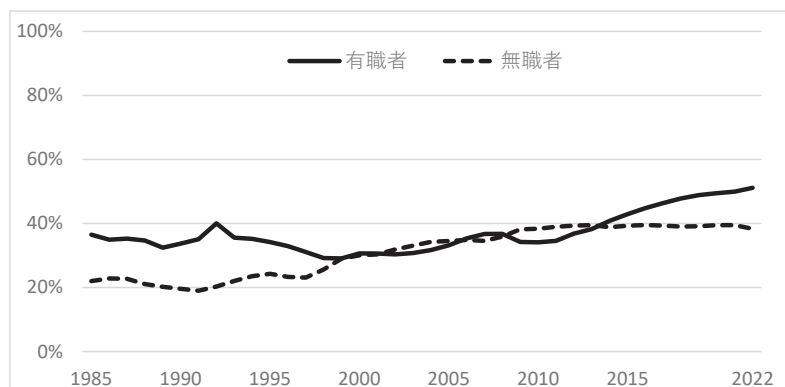
図4 新受刑者の犯行時の職業の有無の動向

示したものである。新受刑者の動向とは異なり、1999年から2014年の間は無職者のほうが若干多いが、その間以外では有職者のほうが多くなっている。検挙人員と新受刑者の犯行時の職業の有無の動向が異なるのは次のような理由からである。それは、検挙人員の大半が財産犯であること、初犯であれば示談などの被害弁償が成立することで起訴猶予の割合が高くなり実刑判決になりにくいことによって、犯行時に無職であった受刑者が多くなっているのである⁽⁵⁾。

刑務所入所段階では無職者の方が多くなるものの、検挙段階ではその差はほとんどなく、近年では有職者の方が多い傾向にある。つまり、犯罪に至るかどうかという観点からみると、ただ就労していることだけでは再犯に至ることを十分に防ぐことができない可能性がある。

(3) 犯罪の離脱要因としての余暇の重要性

法務総合研究所(2019)は2016年に実施した「再犯に関する受刑者の意識調査」において、犯罪の離脱やその要因等に関する受刑者自身の受け止め方を分析している。この調査の対象者は896人であり、男性730人、女性



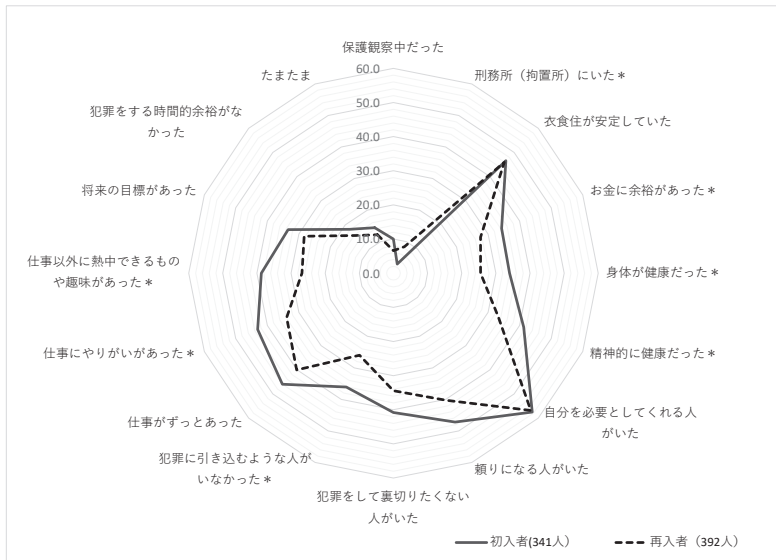
出典：警察庁「年間の犯罪」より筆者作成。

図5 検挙人員の犯行時の職業の有無の動向

166人で、入所度数1度の者（初入者）は452人（50.4%）、再入者が444人（49.6%）であった。初入者と再入者の教育程度をみると、初入者では「高校卒業」及び「大学（在学・中退・卒業）」の者の割合が高く、再入者では「中学卒業」の者の割合が高かった。

この調査では、犯罪からの離脱に関する主観的な認識を尋ねており、次のような結果が示されている。まず、離脱期間中⁽⁶⁾に犯罪と関わりなく生活できた理由を尋ねて、初入者と再入者を比較している（図6参照）。

その結果、「衣食住が安定していた」は初入者と再入者ともに多く選択しており、統計的に有意な差は認められなかった。その一方で、「お金に余裕があった」、「身体が健康だった」、「精神的に健康だった」については、初入者の方が統計的に有意に多く選択していた。また、「仕事がずっとあった」については、初入者と再入者間で統計的な差はなかったが、「仕事にやりがいがあった」、「仕事以外に熱中できるものや趣味があった」は初入者の方が統計的に有意に多く選んでいた。さらに、選択した離脱理由の中で、最も影響が大きかった1つを選択するように求めた結果、再入者は、初入者と比べて、「熱中できるもの・将来の目標あり」の割合が統計的に



出典：法務総合研究所『研究部報告59 再犯防止対策等に関する研究』より筆者作成。
注：各項目の*は、有意確率が5%未満であることを示す。

図6 初入者・再入者別 犯罪と関わりなく生活できた理由

有意に低かった。つまり、再入者は衣食住が安定していたとする者は初入者と変わらないが、金銭的な余裕があった者や心身ともに健康だった者は少なく、仕事の有無については初入者と変わらないが、その仕事にやりがいを感じていた者は少なく、趣味などを持っていた者も少なかった。

次に、初入者と再入者と同様に、再入者のうち犯罪からの離脱期間が10年以上の者と2年未満の者の2群を抽出し、離脱期間の長短と離脱理由との関係を検討している。その結果、「衣食住が安定していた」、「自分を必要としてくれる人がいた」等は2群ともに多く選択しており、統計的な差がなかった。しかし、「犯罪に引き込むような人がいなかった」、「仕事はずっとあった」、「仕事以外に熱中できるものや趣味があった」の3項目では、離脱期間10年以上の群が統計的に有意に多く選択していた。つまり、離脱期間10年以上の者は、「反社会的な交友関係がなかったこと」、「就労

を継続していたこと」、「熱中できるものや趣味があった」等といった、就労を継続しながら日常生活における充実感や楽しみにつながるものを持っていたことが特徴的であった。

以上の調査結果から、犯罪と関わりのない生活を送るために、衣食住や就労していることだけではなく、就労を継続しながら熱中できるものや趣味を持つといった彩られた生活をするような要因が重要となることが示唆される。

したがって、出所者が再犯に至らずに社会生活に戻るためには、就労への支援だけでは十分ではなく、出所者が就労を継続しながら、仕事以外の熱中できるものや趣味をもち、充実した生活を営むことができるように支援する必要がある。

4 犯罪と余暇活動

犯罪行動と関わらない生活を営む上で、仕事以外に熱中できることや趣味を持つことが重要である（法務総合研究所 2019）。具体的には、学校や仕事が終わった後や休日のような、学校や仕事がない時間をどのように過ごすのか、つまりどのよう余暇を過ごすのが重要となる。以下では、犯罪・非行と余暇活動の関係を概観する。

（1）少年非行と余暇活動

余暇活動と非行の関係は古くから議論されている。Hirschi（1969＝2010：179-214）は、社会的ボンド理論の投資（commitment）及び巻き込み（involvement）の観点から、日常の活動への参加と非行の関連を検討している。Agnew & Petersen（1989）によれば、大人によってある程度監視され組織化された余暇活動（課外活動や宿題等の組織的な学校活動等）、受動的娯楽（音楽を聴いたり、テレビを見たり、読書をしたりする（龍法 '24）56-4, 258（966）

こと等)、非競争的スポーツ(自転車、水泳、ジョギング等)に多く時間を費やしている少年は非行をしない傾向にあった。一方で、大人の監視のない仲間中心の社会活動、仲間との余暇活動、あるいは親といっしょに少年が好きではない活動に多くの時間を費やしている少年は非行に携わる傾向にあった。また、Osgood et al. (1996) は、日常活動理論の観点から非行と余暇活動を分析し、大人によって監視されていない活動、例えば、車を乗り回したりパーティに参加したり夜に外出したりすることが犯罪行動に影響することを示している。また、Steketee (2012) によれば、頻繁に夜間に出歩くことや公共の場で大人数の友人と頻繁にたむろすること等の友人中心のライフスタイルは、家で家族と過ごす時間が長い等の家族中心のライフスタイルと比べて、非行との関連性が高いという。Martins et al. (2021) は、非行経験と放課後の時間の使い方を検証しており、勉強やスポーツなどのより複数の構造化された活動に従事している少年は、そうではない少年より、問題行動に関与していない可能性が高いことを指摘している。

このように少年非行と余暇活動の関係では、課外活動などのように大人がある程度監視しているような活動や、宿題をすること等の学校と関連のある活動に参加していることによって非行に至らないような生活を送ることができる。その一方で、街中をぶらぶらしたり夜に外出したりする等の大人が関わっておらず、仲間との時間が中心となるような活動が多くなると非行に結び付いてしまうのである。

(2) 犯罪と余暇活動

出所者がどのような余暇を過ごすのかということは再犯に至るかどうかに影響を及ぼしている。Zamble & Quinsey (1997) は、新たな犯罪をおこなない刑務所に戻った男性受刑者に対して、再犯に至る過程の再入者が抱えていた問題や思考、そして行動に関してインタビュー調査等を行ってい

る。そして、出所して再犯に至らずに地域社会の中で生活を送る元出所者との比較を行ったところ、再犯に至っていない元出所者は家族と過ごす、趣味、テレビ鑑賞、仕事などの健康的な生活に多くの時間を費やしているのに対し、再犯者は音楽を聴いたり、友人とぶらぶらすることに多くの時間を費やしていることを明らかにした。また、再犯者は再犯に至っていない元出所者より退屈であると考えており、社会的に孤立している傾向があった。さらに、再入者は職につけていなかったにもかかわらず、そのことを自身が抱える問題としては挙げず、個人的な葛藤、薬物依存による合併症や困窮していることを問題として自発的に報告した。

このような余暇活動と犯罪の関係については、Bonta & Andrews (2017=2018: 56-61) が、メタアナリシスによって見出した犯罪行動に影響を及ぼすリスク・ニーズ要因で示している。具体的には、「犯罪歴」、「犯罪指向的態度」、「犯罪指向の交友」、「反社会的パーソナリティ・パターン」、「家族・夫婦」、「学校・仕事」、「物質乱用」と並び、「レジャー・レクリエーション」を挙げており、これらの要因のすべてが犯罪行動をとる決断に影響を及ぼしているとする。「レジャー・レクリエーション」要因の指標は、向社会的なレジャーやレクリエーション活動に取り組んでいないこと、また取り組んでいても満足感が低いことである。そのため、このリスク・ニーズ要因への介入目標は、向社会的な娯楽活動への参加を支援すること、向社会的な趣味やスポーツを教えることとなる (Bonta & Andrews, 2017=2018: 230)。リスク・ニーズ要因のアセスメントツールである処遇レベル質問紙に関するレビューにおいて、レジャー・レクリエーションは中程度のリスク・ニーズ要因であることが示されている (Olver et al. 2014)。

したがって、向社会的な余暇活動に携わり、その活動に満足していることが犯罪に至ることを防止する。少年においては、友人を中心とした生活スタイルではなく、家族を中心とした生活スタイルで、大人がある程度監視している活動に多く従事することが非行を予防するうえで重要である。

成人においては、向社会的な娯楽活動やスポーツ活動に関わることが重要であることが示された。

5 犯罪者の社会復帰における余暇支援

(1) 刑務所における余暇教育

近年、出所者の社会復帰にむけて、出所後から社会生活に移行する段階においてストレス解消や良好な人間関係を構築するために余暇時間を活用する能力に焦点を当てたプログラムが開発されており (McMay, D., & Cotronea, M. 2015)、刑務所において余暇教育が実施されている。

Link & Williams (2017) によれば、出所を間近に控えた受刑者を対象にした調査において、責任感、価値観、ライフスタイル、仕事への態度、社会的スキルといった社会復帰に向けた進捗状況は、どのような余暇活動に参加するかを自身で選択しているかどうかと余暇に対する内発的動機付けが関連しているという。刑務所における余暇教育は、単に余暇への参加に限定されるものではなく、余暇における選択とコントロールについて考える枠組みを提供することができ、犯罪者が自分の行動に対する自律性と責任感を高めるのに役立つ可能性がある (Link & Williams 2017)。具体的には、余暇の計画、意思決定と問題解決、社会的スキル、協力とチームワーク、競争的状况での自制心など、多くの犯罪者に欠けている特定のスキルと自信の育成を支援することで、犯罪者と犯罪者が復帰する地域社会を助けることができる。さらに、犯罪者が「暇つぶし」ではなく、社会的に受け入れられ、意義のある余暇を選択し、その結果、彼らのニーズと興味を特定し追求する能力を満足させるのに役立つという。つまり、受刑者がどのように余暇を過ごすのかを考えて、それを実行することによって、社会復帰後に犯罪と関わらない向社会的な生活を維持する能力を向上させて、再犯率の低下に寄与する可能性がある。

(2) 出所後の余暇活動サービスを提供する側の課題

出所者への地域社会での余暇活動を提供する際、サービス提供者への研修が重要となる。これは、提供者は出所者が持ちうる犯罪指向的な思考や態度等を理解することで出所者に対して向社会的な思考や態度で関わりをもつことができるようになるからである (Bonta & Andrews, 2017=2018 : 167-169)。Wormith (1984) は、このような研修を受けた者が出所者を向社会的な態度で支援することによって、出所者が犯罪指向的な態度をとることが少なくなり、重大な再犯に至らなくなると指摘している。

ただし、これらのサービスを提供する際には次のような課題もある。その課題を考慮したうえで、プログラムを実施する必要がある。地域社会における余暇活動のサービスの提供には、効果的な社会復帰を阻むかのように出所者にさらなるスティグマを与えるような構造が埋め込まれている可能性があることが指摘されている。Yuen et al. (2012) は、女性受刑者へのインタビュー調査を行い、余暇が、幸福な生活を構築する際に中心的な役割を果たす可能性がある一方で、その生活に悪影響を及ぼすこともあることを指摘している。多くの調査対象者が、トラウマ、虐待、依存症等の課題や、貧困をはじめとした複雑な環境で生育歴等を抱えており、それが彼女たちの余暇に対する理解や認識に影響を及ぼし、余暇はポジティブなものではなく、むしろ混乱やコントロールの喪失の文脈として捉えられていた。また、調査対象者たちは、刑務所にいる間、刑務所のスタッフやボランティア、受刑者仲間で構成される支援システムによって、新しい習慣を身につけ、余暇の新しい意味を開発することができるようになる。しかし、そのような環境は刑務所の中で構築されるものであり、女性が出所すると、一般的には存在しなくなる。地域社会での余暇活動を提供するサービスに組み込まれた、人種差別、同性愛嫌悪や家父長制といった社会文化的構造は、出所する女性受刑者の余暇体験の機会を促進するのではなく、制限する傾向がある。よって、地域社会における余暇活動を提供する

際の焦点は、余暇活動の提供者が、女性の興味、才能を強調し、母親、娘、友人などの女性の人生の關係的側面を尊重し、他のメンバーとの關係構築を支援する必要がある。

したがって、出所者への余暇支援においては、出所者の更生と社会復帰に対する地域社会の支援が必要であるものの、個々の出所者に応じた余暇活動の提供が必要になる。その際に重要なこととして、Yuen et al. (2012) が示したように、刑務所内だけでプログラムや支援システムを完結させないことである。なぜならば、刑務所内で完結してしまっているのであれば、出所後にどのような余暇活動にアクセスするのかは、出所者自身が判断しなければならない。出所者は、社会に戻った直後、さまざまな制度を利用するために行政に申請に行ったり、また就労や住居をはじめ生活に必要な基本的なことを揃えたりと日々の生活を営むだけで精いっぱいであり、余暇をどのように過ごすのかまで考えが至らない可能性が高い。つまり、個々の出所者に応じた余暇活動の提供と、余暇活動やその場での人間関係への橋渡しが必要となる。

(3) 社会復帰における余暇支援の事例

個々の出所者への支援事例として、ノルウェー赤十字オスロ支部が展開するNettverk etter soningがあり、そのプログラムは示唆に富む⁽⁷⁾。Nettverk etter soningは2004年から始まり、刑務所から出所した元犯罪者が犯罪と関係のない新たなネットワークを構築できるよう支援し、社会的孤立、再犯を防ぐことを目的としている。Nettverk etter soningでは、出所者が新しい生活を送るためのプログラムを展開しており、それは、住宅、仕事、健康などを支援する公的なアフターケア・システムの一部ではなく、出所者が通常の社会生活に復帰できるように支援することに重点を置いた市民ボランティアによるプログラムである。

特に、「1対1のフォローアップ」は、Nettverk etter soningの最も重

要な活動である。出所者の多くは、社会と接する際に偏見にさらされることを恐れている。そのような彼らが社会との接触を困難なものと感じずに犯罪と関わりのない市民と人間関係を構築することは、社会復帰していくうえで非常に重要である。つまり、この「1対1フォローアップ」は、出所者と社会との交流を助けることを目的としている。この活動は、受刑者あるいは出所者が希望する活動について、市民ボランティアが彼らと1対1でその活動を行い、出所者が新しいネットワークを構築するプロセスをサポートするという考えのもとに展開している。市民ボランティアは25歳以上で犯罪歴のない者であり、自身の得意とするような活動などを *Nettverk etter soning* に登録して、一定の研修を受けた後に活動に参加する。*Nettverk etter soning* は、出所者から希望やニーズを聞き取り、共通の興味や関心ごと、年齢等の基準に従ってマッチングし、市民ボランティアと出所者の話し合いの後、市民ボランティアと出所者のペアと活動内容を決定する。出所者によって、犯罪と関わりのない新しい環境を探し求めていることもあれば、ただ単に話し相手がほしいということもある。そして、市民ボランティアは出所者と直接会って、共通の関心ごとに取り組んだり、カフェで話をしたり、買い物をしたり、いっしょに料理をしたりする。その他の活動としては、無料の昼食会や夕食会、ボランティアが企画するアクティビティやグループ活動、サッカー、クライミング、ヨガトレーニングなどがある。また、出所者の借金の返済などの相談にも応じている。

利用する出所者と *Nettverk etter soning*、そして市民ボランティアとの関係は長期間にわたることもある。利用する出所者の中には、さまざま施設や刑務所に何度も入所した経験を持つ者もいて、施設の外での生活に対処することができなくなっており、犯罪と関わりのない生活を確立していくまでにはさまざまな困難がある。そのような出所者にとって、誰かがそばにいて気にかけてくれることは、長期間にわたってモチベーションを維持するために極めて重要である。*Nettverk etter soning* と市民ボランティ

アは、公的な支援ネットワークとは別に、その役割の一端を担っている。

Nettverk etter soningの活動は、刑の執行の一部ではなく、出所者と市民ボランティアの双方の自発的な参加によって成り立っている。利用した出所者の再犯率などのデータは示されていないが、「1対1フォローアップ」をはじめとした活動は、利用した出所者から犯罪と関わりのない生活を確立するうえで極めて重要であったという意見や報告が多く上がっている。つまり、個々の関心や興味に応じて、いっしょにコーヒーを飲みながら話したり、料理をしたりと、まったく普通のことを市民ボランティアと一緒にすることによって、出所者が良好な社会ネットワークを持つことにつながり、それが再犯を防ぐことになっている。

6 まとめ

本稿では、出所者が犯罪と関係のない社会生活を確立する上で必要不可欠な就労や住居確保への支援に付け加えて、余暇支援の必要性を検討してきた。

刑務所への2年再入率は低下して目標数値を達成できたものの、検挙人員における再犯者及び新受刑者における再入者は依然として多く、再犯者率及び再入者率が高いままである。そして、新受刑者では無職者の割合が高く出所者への就労支援は重要であることを示唆するが、検挙人員では有職者と無職者の割合に大きな違いはなかった。また、法務総合研究所(2019)によれば、就労継続と仕事へのやりがい、犯罪指向のある者が周囲にいないことに加え、仕事以外に熱中できるものがあつたことが犯罪からの離脱理由に挙げられていた。この結果は、再犯に関連する主要なリスク要因としてのレジャー・レクレーションの研究結果と一致する。すなわち、向社会的な余暇活動に関わりその活動に満足感を得ていることによって、出所者が犯罪に至ることなく社会生活を営むことができる可能性を高

める。つまり、再犯を防止するという点からは就労支援だけでは十分ではなく、出所者が生活を充実させる余暇を得る支援が必要となる。

しかし、余暇支援を展開するうえで、既存の余暇活動の枠組みにあてはめるだけでは不十分である。活動の提供者には、犯罪あるいは犯罪者に関する行動特性やそれに対応する向社会的な支援態度といった基本的な情報やスキルを伝える研修が必要となる。また、個々の出所者の関心や興味に応じて支援内容を調整し、長期的な支援システムを構築する必要がある。

Williams (2006) が指摘するように、刑務所内での余暇教育や出所者が利用することができる余暇活動とその機会を多く提供することが重要である。しかし、犯罪者の社会復帰と余暇支援に関して、まだ十分な研究の蓄積がなく課題は多い。特に日本における研究や実践は少なく、出所者にどのような余暇に関するニーズがあるのか、実際にどのような余暇を過ごしているのか、またどのような余暇支援が必要なのかといった基本的な情報から明らかにする必要がある。犯罪者の社会復帰における余暇支援を確立することで、出所者が犯罪と関係の生活を営むことができ、その社会生活をより充実したものにするによって、再び犯罪に至ることをより防ぐことができるだろう。

参考文献

- Agnew, R., & Petersen, D. M., (1989). "Leisure and delinquency." *Social Problems*, 36 (4), 332-350.
- Bonta, J., & Andrews, D., A. (2017). *The Psychology of Criminal Conduct 6th edition.*, Routledge. (= 原田隆之訳『犯罪行動の心理学 [原著第6番]』[北大路書房, 2018年]。)
- 犯罪対策閣僚会議, 『再犯防止に向けた総合対策』(2012年)。
- Hirschi, T., (1969). *Causes of delinquency.* University of California Press. (= 森田洋司・清水新二監訳『非行の原因 一家庭・学校・社会へのつながりを求めて (新装版)』文化書房博文社, 1995年, 2010年 [新装版]。)
- 閣議決定, 『再犯防止計画について』(2017年)。
- 閣議決定, 『第二次再犯防止計画について』(2023年)。
- 法務省, 『令和5年版再犯防止推進白書』(2023年)。
- 法務総合研究所, 『平成11年版犯罪白書』(1999年)。

- 法務総合研究所,『令和4年版犯罪白書』(2022年)。
- 法務総合研究所,『研究部報告59 再犯防止対策等に関する研究』(2019年)
 [https://www.moj.go.jp/housouken/housouken03_00103.html] (最終閲覧日:2023年12月16日)。
- Link, A. J., & Williams, D. J. (2017). "Leisure functioning and offender rehabilitation: correlational exploration into factors affecting successful reentry." *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 61 (2),150-170.
- McMay, D., & Cotronea, M. (2015). "Developing leisure time management program to aid successful transition to community: program template with recommendations for practitioners." *Prison Journal*, 95 (2), 264-284.
- Martins, P.C., Oliveira, V.H., Mendes, S.M. & Fernández-Pacheco, G. (2021). "After-school time use of urban adolescents: Effects on achievement, problem behaviors, and happiness.", *Journal of Leisure Research*, 52 (3), 286-306.
- Nettverk etter soning i Oslo, [https://www.rodekors.no/lokalforeninger/oslo/aktiviteter/under-og-etter-fengselsopphold/etter-soning-i-oslo/] (最終閲覧日:2023年12月16日)。
- Osgood, W.D., Wilson, J.K., O'Malley, P.M., Bachman, J., D. & Johnson, L., D. (1996). "Routine Activities and Individual Deviant Behavior.", *American Sociological Review*, 5, 635-655.
- Olver, M. E., Stockdale, K. C., & Wormith, J. S. (2014). "Thirty years of research on the Level of Service Scales: A meta-analytic examination of predictive accuracy and sources of variability." *Psychological Assessment*, 26 (1), 156-176.
- Steketee, M. (2012). "The Lifestyles of Youth and Their Peers.", in J. Junger-Tas et al., *The Many Faces of Youth Crime: Contrasting Theoretical Perspectives on Juvenile Delinquency across Countries and Cultures*, 237-255, Springer.
- Vista Analyse. (2014). "Nettverk etter soning: Hva kan samfunnet tjene på bedre ettervern? : Rasmussen, I., Myhrvold-Hanssen, T.& Haavardsholm, O.", Vista Analyse rapport nummer 2014/38, www.vistaAnalyse.no (最終閲覧日:2023年12月16日)。
- Williams, D. J. (2006). "Forensic leisure sciences: A new frontier for leisure scholars." *Leisure Sciences*,28, 91-95.
- Wormith, J. S. (1984). "Attitude and behavior change of correctional clientele a three year follow-up." *Criminology*, 22 (4), 595-618.
- Yuen, F., Arai, S., & Fortune, D. (2012). "Community (dis)connection through leisure for women in prison." *Leisure Sciences*, 34, 281-297.

Zamble, E., & Quinsey, V. L. (1997). *The criminal recidivism process*. London, Cambridge University Press.

注

- (1) 第一次計画の重点課題であった「地方公共団体との連携強化等」は、第二次計画では「地域による包摂の推進」と変更されている。同様に、第一次計画の「関係機関の人的・物的体制の整備等」は、再犯防止に向けた基盤の整備等」に変更されている。
- (2) 「再犯者」は、刑法犯により検挙された者のうち、前に道路交通法違反を除く犯罪により検挙されたことがあり、再び検挙された者をいう。
- (3) 学生は除く。
- (4) 学生は除く。
- (5) 平成11年度版犯罪白書における「犯罪被害者と刑事司法」のなかで、被害額・被害回復状況と処分内容の関係の調査結果が示されている。
- (6) 今回受刑することとなった事件以前に、警察等に発覚したかどうかにかかわらず、見つければ逮捕されるような罪を犯した経験の有無について尋ねたところ、「ない」と回答した者の割合は、初入者で17.5% (76人) であった。つまり、以下の初入者は見つければ逮捕されるような罪を犯した経験があると回答した初入者である。
- (7) 以下のNettverk etter soningの活動内容は、Nettverk etter soning i Oslo のホームページ及びVista Analyse (2014) に拠る。

De la peine de mort à la prison à perpétuité. Le droit français à l'épreuve du droit européen

Jean-Paul Céré

*« Si nous n'avons plus ce meurtre légal qui faisait horreur à Hugo et Camus, nos peines perpétuelles en sont une grise transposition. Elles frappent sans haine ni colère un individu nuisible. Loin des cruautés de la buveuse de sang, leur violence blanche ».*¹

La peine de mort a été abolie en France en 1981. Cette disparition était le prélude de son bannissement en plusieurs étapes à l'échelle européenne. C'est d'abord le protocole 6 additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui l'abolit en temps de paix. Il revient à faire de l'abolition de la peine de mort une obligation juridique pour les Etats signataires de la convention européenne des droits de l'homme. Il a été signé par la France le 28 avril 1983 et ratifié le 20 décembre 1985 (avec une ratification le 31 décembre 1985). Si, par cet engagement international, la force de l'abolition était quasiment irréversible, il n'en demeurait pas moins que la peine de mort pouvait toujours intervenir en temps de guerre. C'est par l'adoption d'un nouveau protocole (protocole 13) que la peine de mort devait disparaître en toutes circonstances, y

1 D. Salas, Abolir la peine perpétuelle, *Revue du Mauss*, 2012, n° 40, p. 173.

compris donc en temps de guerre ou de danger imminent de guerre, sans possibilités de dérogation ou de réserves de la part des Etats. La France a ratifié ce protocole le 10 octobre 2007 quelques jours à peine après avoir inscrit dans la constitution un nouvel article disposant que « nul ne peut être condamné à la peine de mort » (art. 66-1).

La peine de mort est donc inconcevable aujourd'hui à l'échelle des pays membres du conseil de l'Europe.² Si son abolition a mis un terme à l'irréversibilité d'une sanction pénale largement décriée, subsiste une peine de prison à perpétuité au sommet de l'échelle des peines pour la répression des crimes les plus graves.³ Son caractère perpétuel et neutralisateur s'est farouchement renforcé au fil du temps, au point d'interroger sur sa compatibilité avec la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme.

Concernant la France, depuis la suppression de la peine de mort, une tendance forte au renforcement du caractère perpétuel de la réclusion criminelle peut être relevé et à l'augmentation concomitante

2 En ce sens, CEDH, 12 mars 2003, *Öcalan c/ Turquie*, n° 46221/99. Cette décision constitue le prolongement de l'arrêt *Soering c/ Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 pour lequel le juge européen avait considéré, à propos de l'extradition d'un détenu vers un pays pratiquant la peine de mort et de sa détention dans un « quartier de la mort », à l'époque, que si la peine de mort n'était pas une peine inhumaine ou dégradante, « les circonstances entourant une sentence capitale » pouvaient, elles, constituer un traitement inhumain et dégradant. *Adde* CEDH 3 juill. 2001, *Nivette c/ France*, n° 44190/98.

3 E. Bonis, N. Derasse (dir.), *Les longues peines de prison. Etat des lieux et préconisation*, Rapport Mission et justice, sept. 2020.

De la peine de mort à la prison à perpétuité. Le droit français à l'épreuve du droit européen

du contrôle exercé sur le délinquant lorsqu'il répond à des critères de dangerosité au point de savoir si le détenu pourra ressortir un jour de prison. Or si les perspectives d'aménagement de la peine apparaissent inexistantes (I), en réalité des potentialités limitées existent (II).

I. Des perspectives d'aménagement inexistantes

A. Une réclusion criminelle à perpétuité ancrée dans le droit pénal

Deux catégories de peines existent en droit français pour réprimer les infractions criminelles. La peine de réclusion criminelle à perpétuité et la peine de réclusion criminelle à temps. Pour cette dernière, l'échelle est comprise entre 10 et 30 ans (avant la suppression de la peine de mort de 5 à 20 ans). Le principe de la prévoyance de très longues peines ou de la réclusion criminelle à perpétuité n'est donc pas nouveau et il existait déjà dans le code pénal de 1810.⁴

Mais une double tendance est perceptible, outre le fait que la peine à temps la plus longue a été portée de 20 à 30 ans.

D'abord, selon la technique du rehaussement de la peine, lorsque

4 V. not. Y. Lecuyer (dir.) *La perpétuité perpétuelle : réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, PUR, 2012 ; Ph. Laflaquière, *Longues peines. Le pari de la réinsertion*, éd. Milan, 2013. Y. Laurens et P. Pédron, *Les très longues peines de prison, La justice au quotidien*, éd. L'Harmattan, 2007 ; A.-M. Marchetti, *Perpétuités. Le temps infini des longues peines*, Terre humaine, Paris, Plon, 2001, 526 p. ; L. Le Caisne, *Prison : une ethnologue en centrale*, Paris, Odile Jacob, 2000, 394 p. ; A.M. Marchetti, *Perpétuités. Le temps infini des longues peines*, Plon, « Terre Humaine », 2001, p. 459 et s.

que certaines infractions de droit commun figurant sur une liste prévue à l'article 421-1 du code pénal sont commises « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur », la privation de liberté encourue au titre de l'infraction de droit commun est relevée d'un degré dans l'échelle légale des peines pour sanctionner l'infraction terroriste correspondante (par ex. le maximum de la peine privative de liberté encourue est portée à 30 ans lorsque la peine était punie de 20 ans).

Ensuite, en cas de récidive, une technique de rehaussement est là encore perceptible. Ainsi, toute personne qui commet un crime en état de récidive légale encourt la perpétuité lorsque l'infraction poursuivie est punie, par le texte d'incrimination, de vingt ou de trente ans de réclusion ou de détention criminelle (art. 132-8 CP).

Quoi qu'il en soit, le fait d'être condamné à une peine criminelle, aussi longue soit elle, n'emporte pas de statut spécifique pour le condamné incarcéré. Il sera incarcéré dans une maison centrale après un passage au centre national d'évaluation. Une maison centrale est l'une des deux catégories principales d'établissement pour peine avec les centres de détention. Elle préfigure un régime tourné vers une sécurité accrue que dans les centres de détention ; ces derniers favorisant plus la réinsertion. Les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité disposent en revanche des mêmes droits que les autres détenus. De ce point de vue, le code pénitentiaire définit les droits et devoirs des personnes détenues et ne distingue pas se-

De la peine de mort à la prison à perpétuité. Le droit français à l'épreuve du droit européen
lon la durée de leur peine ou leur lieu d'incarcération.⁵

B. Une réclusion criminelle à perpétuité renforcée

De multiples infractions font encourir à leur auteur la peine de réclusion à perpétuité, telles que des infractions contre l'État à et la paix publique tels que les crimes de terrorisme (C. pén., art. 421-7), des infractions contre les personnes comme certains meurtres aggravés (C. pén., art. 221-1) et viols aggravés (C. pén., art. 222-26) ou encore des infractions contre les biens. Ainsi, certains vols aggravés font encourir la peine de réclusion criminelle à perpétuité (C. pén., art. 311-10), tout comme certaines formes de destructions, dégradations ou détérioration dangereuses pour les personnes (C. pén., art. 322-9).

Seuls quelques pays européens ont abandonné le principe d'une peine perpétuelle (Norvège, Portugal, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie ou Croatie). De nombreux pays conservent à l'instar de la France la possibilité de prononcer une peine privative de liberté à perpétuité.

Outre la condamnation à une peine de réclusion à perpétuité pour un majeur,⁶ il convient de savoir que le droit français vient renforcer l'impossibilité de sortir de prison en interdisant tout aménagement

5 On relèvera qu'un régime de détention dérogatoire et trop strict peut être une source de violation de l'article 3. V. par ex. Cour EDH, 8 juill. 2004, *Ilascu et autres c/ Moldova et Russie*, n° 48787/99 ; CEDH, 24 avr. 2003, *Poltoratskiy c/ Ukraine*, n° 38812/97 ; CEDH 21 avr. 2003, *Aliiev c. Ukraine*, n° 41220/98.

6 La période de sûreté est exclue à l'encontre des mineurs, art. L.121-5 du code de la justice pénale des mineurs

de peine, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une peine à temps ou à perpétuité (par ex. une libération conditionnelle, ni même une permission de sortir). C'est ce qu'on appelle la période de sûreté qui a été introduite par une loi du 22 novembre 1978.⁷

La période de sûreté est le fruit de la décision de condamnation elle-même. Elle est considérée dans sa nature comme une modalité d'exécution de la peine.⁸ Il existe une période de sûreté de plein droit qui dépend à la fois de la qualification de l'infraction pour laquelle la personne a été condamnée, qui doit répondre à l'une de celles « spécialement prévues par la loi », mais encore de la durée de la peine privative de liberté prononcée, non assortie du sursis. Elle doit être en vertu de l'article 132-23 du Code pénal, « égale ou supérieure à dix ans ».⁹ Il est également prévu par la législation une période de sûreté facultative à l'article 132-23 du Code pénal, alinéa 3, lequel dispose que « dans les autres cas, lorsqu'elle prononce une

7 V. articles 132-23, 221-3 et 221-4 du Code pénal et articles 720-2 à 720-5 du Code de procédure pénale

8 Cass. crim. 10 déc. 1980, n° 80-92.358, Bull. crim. 1980, n° 344. Sur la question de la qualification de la période de sûreté, peine ou mesure de sûreté, a été longtemps débattue en doctrine. V. not. L. Grégoire, Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion, Institut universitaire Varenne, coll. « Des thèses », thèse n° 119, 2015 ; J. Herrmann, Les mesures de sûreté. Etude comparative des droits pénaux français et allemand, Thèse, Strasbourg, 2015, n° 356.

9 Elle a été déclarée conforme à la constitution en tant que mesure d'exécution de la peine, Cons. const. 26 oct. 2018, n° 2018-742 QPC : Dr. pénal 2018 comm. 219, obs. V. Peltier, Rev. pénit. 2018-4, pp. 875-876, obs. V. Peltier ; S. Detraz, « Calme plat pour la période de sûreté de plein droit », Gaz. Pal. 5 février 2019, n° 5, p. 48 ; L. Grégoire, « Application automatique de la période de sûreté : la censure attendue n'a pas eu lieu », AJ Pénal 2018 p. 589

De la peine de mort à la prison à perpétuité. Le droit français à l'épreuve du droit européen

peine privative de liberté d'une durée supérieure à cinq ans, non assortie du sursis, la juridiction peut fixer une période de sûreté pendant laquelle le condamné ne peut bénéficier d'aucune des modalités d'exécution de la peine mentionnée au premier alinéa ».

La durée de la période de sûreté encourue de plein droit est de la moitié de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, de dix-huit ans. La cour d'assises ou le tribunal peut toutefois, par décision spéciale, soit porter ces durées jusqu'aux deux tiers de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, jusqu'à vingt-deux ans, soit décider de réduire ces durées, sans que le texte ne prévoie aucun minimum. Lorsque la période de sûreté est facultative, elle ne peut excéder les deux tiers de la peine prononcée ou vingt-deux ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité. Le maximum apparaît donc ainsi identique à celui fixé en cas d'allongement de la durée de principe de la période de sûreté de plein droit.

La perpétuité incompressible est une peine apparue avec une loi du 1er février 1994 qui prévoit une peine de réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté illimitée, c'est-à-dire sans aménagement de peine. Elle est applicable à un nombre très limité d'infractions (meurtres avec meurtre avec viol, tortures ou acte de barbarie sur mineur de moins de quinze ans ; meurtre ou assassinat d'une personne dépositaire de l'autorité publique (policier, magistrat, etc.) et ce, à l'occasion ou en raison de ses fonctions. Une loi du 3 juin 2016 a ajouté le crime terroriste. Depuis 1994 seules de très

rares personnes y ont été condamnées.

L'absence de perspectives d'aménagement de peine pour les condamnées à perpétuité qui peuvent découler de certaines modalités d'exécution de la peine reste en vérité sujette à pondération. Il existe en réalité quelques facultés augurant d'une possible libération du détenu. Limités sans doute mais inscrites néanmoins dans le marbre législatif.

II. Des perspectives d'aménagement limitées

A. Des perspectives existantes en droit interne

Pour les peines de réclusion criminelle à perpétuité, la variété des aménagements de peine est plus réduite que pour les autres peines. Ainsi, le condamné à une peine de réclusion criminelle à perpétuité ne bénéficie pas de réductions de peine. En revanche, il peut prétendre à une réduction de son temps d'épreuve à savoir le délai au terme duquel il pourra prétendre à une libération conditionnelle (délai en principe de 18 ans voire de 22 ans en cas d'infraction commise en état de récidive légale).¹⁰

La procédure préalable à l'octroi d'une éventuelle libération conditionnelle est toutefois plus lourde que pour d'autres condamnés. Ainsi, ces condamnés devront nécessairement subir une évaluation plu-

¹⁰ Art. 729 C. pr. pén.

ridisciplinaire de leur dangerosité réalisée au Centre national d'évaluation avant tout examen de leur requête en libération conditionnelle par le tribunal de l'application des peines. Préalablement à leur libération effective, la libération devra, si elle n'est pas accompagnée d'une surveillance électronique mobile, être précédée d'une période – allant d'un an à trois ans sans qu'elle puisse être exécutée avant la fin du temps d'épreuve – de semi-liberté, d'un placement à l'extérieur ou d'une mise sous surveillance électronique.¹¹

L'article 720-4 du Code de procédure pénale prévoit toutefois que lorsque le condamné manifeste des gages sérieux de réadaptation sociale le tribunal de l'application des peines peut, à titre exceptionnel décider qu'il soit mis fin à la période de sûreté ou que sa durée soit réduite

Pour la peine de réclusion criminelle incompressible, la loi prévoit aussi qu'après 30 ans d'incarcération, un tribunal de l'application des peines puisse mettre fin à cette période de sûreté perpétuelle. Un aménagement est donc possible en deux temps au terme d'une procédure particulièrement lourde. Le tribunal doit requérir l'avis d'une commission composée de cinq magistrats de la Cour de cassation chargée d'évaluer s'il y a lieu de mettre fin à l'application de période de sûreté illimitée. Celle-ci ne peut intervenir qu'à titre exceptionnel et sous réserve que le condamné ait déjà accompli une période de 30 ans, s'il manifeste des gages sérieux de réadaptation sociale ; lorsque la réduction de la période de sûreté n'est pas susceptible de

11 Art. 730-2 C. pr. pén.

causer un trouble grave à l'ordre public ; après avoir recueilli l'avis des victimes ayant la qualité de parties civiles lors de la décision de condamnation et après expertise d'un collège de trois experts médicaux inscrits sur la liste des experts agréés près la Cour de cassation, chargé de procéder à une évaluation de la dangerosité du condamné.

De façon générale, la période de sûreté ne fait par exemple pas obstacle à l'octroi d'une suspension médicale de peine.¹² Ces facultés d'aménagement de la peine et de libération des détenus condamnés à perpétuité assurent d'un respect du droit européen.

B. Des perspectives conformes au droit européen

La question de la conformité d'une peine perpétuelle au droit européen s'est posée à divers égards.

En premier lieu, l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme impose un droit de recours pour statuer sur la légalité de la peine. Quand le droit interne prévoit la possibilité d'ordonner une libération après qu'une partie de la peine ait été exécutée, le condamné doit pouvoir s'adresser à un juge. Ce ne sera que pour la partie de la peine à perpétuité obligatoire (qui ne présente pas de caractère discrétionnaire), qu'un recours ne sera pas exigé. Cette position de la cour européenne des droits de l'homme a été établie à propos du droit anglais mais elle est exportable pour le droit applicable dans d'autres pays et notamment en droit français.

¹² Art. 720-1-1 C. pr. pén.

Au-delà de la période du *tariff* (peine minimale obligatoire), la détention du requérant doit donc faire l'objet d'un contrôle par un organe ayant le pouvoir d'ordonner sa libération ou suivant une procédure assortie des garanties judiciaires adéquates.¹³ Ainsi, il a pu être estimé que l'article 5 était violé quand l'examen des demandes de libération n'intervient pas suffisamment rapidement.¹⁴

Le contrôle doit alors reposer sur des garanties de procédures classiques, notamment un tribunal indépendant et impartial¹⁵ ou le respect des droits de la défense.¹⁶

En deuxième lieu, la question s'est déjà posée en jurisprudence de savoir si une peine à perpétuité incompressible pouvait s'apparenter à un traitement inhumain. La cour européenne a été saisie à plusieurs reprises de cette problématique. L'arrêt de référence en matière de peines perpétuelles est l'arrêt *Vinter et autres contre*

13 Par ex. CEDH Gde Ch. 28 juin 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, RTDH 2003, p. 945, note F. Massias ; JCP 2002.I.157, n° 7, obs. F. Sudre ; CEDH 16 oct. 2003, *Wynne c. Royaume-Uni* (n° 2), n° 67385/01, rev. sc. crim. 2004, p. 169, obs. F. Massias. Comp. CEDH 18 juill. 1994, *Wynne c. Royaume-Uni*, n° 15484/89. V. également pour les détenus mineurs, CEDH 21 fév. 1996, *Singh c. Royaume-Uni*, n° 23389/94

14 CEDH 29 janv. 2013, *Betteridge c. Royaume-Uni*, n° 1497/10 (détenu qui pouvait saisir, au-delà de la période du *tariff*, une commission de libération conditionnelle afin de bénéficier d'un régime de détention ouvert et qui avait dû patienter treize mois pour obtenir une décision favorable). CEDH 18 févr. 2016, *Doherty c. Royaume-Uni*, n° 76874/11

15 CEDH 28 mars 2000, *Curley c. Royaume-Uni* (décision prise par le ministre).

16 CEDH 29 févr. 1988, *Bouamar c. Belgique*, § 60 (absence d'assistance effective par un avocat)

Royaume-Uni dans lequel la cour réaffirme le principe selon lequel seules les peines perpétuelles de *jure* et de *facto* compressibles se sont pas contraires à l'article 3. C'est donc la présence d'un critère permettant de libérer le condamné qui va permettre d'assurer de compatibilité avec l'article 3.¹⁷ Mais cela ne suffit pas encore faut-il qu'il existe une faculté de réexamen, c'est-à-dire une procédure permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention ».

Sur les bases de cette jurisprudence la Cour a pu juger par exemple que le fait de rester plusieurs décennies sans traitement prive un réclusionnaire à perpétuité de toute perspective de libération. S'opposer en effet à la libération d'un détenu à vie en raison de la persistance d'un risque de récidive alors, qu'identifié comme une personne nécessitant un traitement, le détenu ne bénéficia jamais, au cours de sa détention, d'un traitement pour l'état de sa santé mentale revient à considérer que la peine perpétuelle n'est pas *de facto* compressible.¹⁸ Ou, encore, que les termes et conditions de la possibilité de réexamen doivent être au surplus connus de l'intéressé

17 CEDH Gde ch. 9 juill. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, JCP G 2013.918, obs. F. Sudre ; AJ Pénal 2013, p. 494, obs. D. van Zyt Smit. V. aussi CEDH 20 mai 2014, *László Magyar c. Hongrie*, n° 73593/10 (violation) ; CEDH 5 déc. 2013, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10 (non violation).

18 CEDH Gde. Ch. 26 avr. 2016, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10.

De la peine de mort à la prison à perpétuité. Le droit français à l'épreuve du droit européen dès sa condamnation.¹⁹

Si la forme du réexamen de même que la durée de la détention subie à compter de laquelle il doit intervenir, relèvent de la marge d'appréciation laissée aux Etats, la Cour européenne a pu constater une nette tendance à instituer un tel mécanisme de réexamen vingt-cinq ans maximum après l'imposition d'une peine perpétuelle. Ce délai de vingt-cinq ans environ apparaît comme un seuil de compatibilité avec l'article 3, déduction faite du temps passé en détention provisoire.²⁰

En troisième lieu, de cette jurisprudence impliquant la nécessité pour l'état de prévoir un mécanisme de libération découle l'interrogation sur la présence d'un droit à la réinsertion qui concernerait également les condamnés à la réclusion à perpétuité ?

Si le droit à la réinsertion ne saurait être garanti en tant que tel par la convention, il appert que les détenus doivent pouvoir « travailler à leur réinsertion », y compris les personnes condamnées à la perpétuité. Les autorités nationales doivent, en conséquence, offrir à ces derniers une chance réelle de se réinsérer dans un cadre réaliste

19 CEDH Gde ch. 9 juill. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, *ibid*.

20 CEDH 13 nov. 2014, *Bodein c. France*, n° 40014/10 (conventionnalité d'un réexamen pouvant intervenir vingt-six ans après le prononcé de la condamnation) ; CEDH 28 oct. 2021, *Bancsók et László Magyar n° 2 c. Hongrie*, n° 52374/15 et 53364/15 (inconventionnalité d'une possibilité de libération conditionnelle après 40 ans)

tenant compte des contraintes et des limites de l'enfermement.²¹ En somme, les Etats doivent donner aux détenus la possibilité de s'employer à leur amendement. Il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat, qui nécessite cependant l'existence de régimes de détention « qui soient compatibles avec l'objectif d'amendement et qui permettent aux détenus de progresser sur cette voie ». Cet objectif peut être atteint, par exemple, par la mise en place et le réexamen périodique d'un programme individualisé, propre à encourager le détenu à évoluer de manière à être capable de mener une existence responsable et exempte de crime.

En somme il apparaît sensiblement que la protection des droits de l'homme a exercé une influence notable sur l'évolution du droit positif applicable aux condamnés aux crimes les plus graves. Le droit français est à l'unisson des exigences européennes tant sur le plan de la peine de mort que sur les conditions de recours et la mise à exécution de la réclusion criminelle à perpétuité. Il faut s'en féliciter car si la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme a irrigué ces dernières décennies le droit pénal interne, il subsiste parfois encore de sérieux doutes sur sa compatibilité avec cette dernière dans quelques domaines.²²

21 CEDH 8 juill. 2014, *Harakhiev et Tolumov c. Bulgarie*, n° 15018/11 et 61199/12 (pour la période postérieure à la réforme intervenue en 2012). V. Aussi en ce sens le rapport général du comité de prévention contre la torture de 2016 sur la situation des détenus condamnés à la réclusion à perpétuité.

22 On pense notamment aux conditions de détention dans les maisons d'arrêt liées au phénomène de la surpopulation carcérale, V. par ex. Dignité et cadre juridique national à disposition des détenus : de la loi du 8 avril 2021 au code pénitentiaire, in E. Gindre (dir.), *La dignité des personnes détenues dans les* ↗

De la peine de mort à la prison à perpétuité. Le droit français à l'épreuve du droit européen

Jean-Paul Céré

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Directeur du Centre de Recherche de Recherche sur la Justice Pénale et Pénitentiaire

Président du Comité International des Pénalistes Francophones

↘ prisons des outre-mer. A la lumière de l'expérience polynésienne, Ed. l'Harmattan, 2023, pp. 116.

フランスにおける右傾化を背景とした 治安維持の議論について —若年移民出身者の政治的扱い—

ハラス ドリス (Driss Harrass)

はじめに

フランスのいわゆる「移民問題」は、20世紀末にはすでに大きな社会的課題として意識されるに至っていた。1980年代以降の社会的・経済的危機を背景に、移民問題は2000年代に入り大きく転換し、近年では政治的な議論において中心的な位置を占めるようになった。「移民問題」は、経済、宗教、福祉などの多岐にわたる分野に強く結びついているが、特に治安問題に関わる議論においては、マスメディアの報道と政治的発言の重要な焦点となりつつある。

「栄光の30年間」¹ (les trente glorieuses) と完全雇用の終焉以来、犯罪をめぐる議論の多くは若い外国人や移民系出身者² というイメージの周囲で扱われており、少年司法分野をはじめとして、刑事法の厳罰化改正はそのイメージにしばしば軸足を置いて行われた。

1 「栄光の30年間」とは、第二次世界大戦から第一次オイルショックまでに、フランスが経験した高い経済成長と生活水準の向上が実現した時期を指す言い方である。

2 本稿においては、移民出身者という言い方は、アフリカから（マグレブ諸国とサブサハラ諸国）フランスへ移民した人、又は移民した家族の間に生まれた人（フランス国籍を持っている者も含め）を指している。

本稿では、第二次世界大戦以降のフランスにおける移民政策の歴史を振り返った上で、治安維持政策における若年移民出身者というイメージがもつ政治的・イデオロギー的効果の検討を行う。社会的・経済的危機を背景とした政治世界のポピュリズムの強化とマスメディアのセンセーショナリズムがどのようにして、若い移民出身者にモラル・パニックを集中的にもたらしたのかを分析し、移民問題と治安悪化を結び付けている発言の政治的戦略について考察する。続けて、フランスの学者であるフラシス・バヨーとイヴ・カルテュイベルの研究の紹介を行うと同時に、近年のフランスの動向を特徴付けている新自由主義の観点から、移民出身者をターゲットとした厳罰化政策のイデオロギー的な側面を明らかにする。最後に、近年のフランスにおける政治的・司法的動向の中心的課題を確認した上で、その危険性と今後の展望について検討を行う。

1. 戦後フランスにおける移民政策と「郊外問題」の誕生

1.1. 移民政策と「低家賃住宅街」: 郊外・移民問題の出発点

1950年代半ばから急激な工業化とそれに伴う経済的成長を実現するには、マンパワーが不足していた。その結果、「フランス経営者全国評議会」(Conseil National du Patronat Français) は、主にマグレブ諸国とサブサハラアフリカ出身者の雇用をその解決方法として選んだ³。アルジェリアやモロッコにおいて実施された雇用キャンペーンに伴い、在フランス外国人人口が1970年代半ばまでには倍增した。マグレブ諸国の国籍を有する者の人口は20万人から120万人に膨れ上がり、1980年代には、アルジェリア国籍者のコミュニティがフランスの外国人コミュニティで最大になった⁴。

3 E. Broughton, D. Prud'homme. « Flux migratoires. États, entreprises : qui régule ? », *Gouverner aujourd'hui ?* Institut français des relations internationales, 2012, p. 41.

4 G. Noiriel, *Le Creuset français, Histoire de l'immigration*, Paris, Seuil, p. 312.

計画通り、これらの移民は単純労働者として経済成長率を背景としたフランスの再構築を可能とした。しかしながら、労働者階級のなかで、彼らの社会的・法的地位は最も低く、搾取や労働災害の被害を最も被りやすいグループであった。また、経済的な理由によって住める地域も限られており、貧しい地域の「民族的密度」はより高くなった。マンパワー不足が解決し始めると、政府は「帰国手当」(prime au retour)を用いてこうした移民労働者の帰国を促したものの、多くは「家族統一政策」(mesures de regroupement familial)を通じて、身近な家族をフランスに呼び寄せ定住した。

1970年代における産業危機やオイルショックがフランス社会の失業を拡大させ、すでに社会的弱者であった移民は特にその被害を受けた。危機を背景とした企業の「フランス化」⁵ (francisation) 政策が広く行われたため、外国人から解雇され、マグレブ諸国の国籍を有する労働者の失業率はフランスの国籍を有する者の倍に上った⁶。このようにして、戦後におけるフランスの再構築政策の枠内において渡仏した者は、1970年代から1980年代にかけて深刻化した失業危機の被害を受け、大きな経済的・社会的困難に遭遇した。このような社会的事情によってこれらの外国人コミュニティが当時の犯罪問題にまったく結び付けられることがなかったとは言えないが、犯罪と非行のイメージを強く植え付けられたのは、1980年代後半から1990年代にかけて少年時代を迎えたその子どもたちであった。

経済的な困難や差別問題の他に、これらの若者が一世から受け継いだ問題によって地理的・社会的排除がもたらされた。戦後の移民政策を通じてフランスへ移住した大多数の者は大都市の建築や大企業の生産ラインに関

5 ここという「フランス化」とは、外国人労働者が多かった会社においてフランス国籍者の雇用を優先する動きを指す。

6 L. Mucchielli, *Violences et insécurité (sur le vif)*, La Découverte, 2007, chapter 5, section 3, § 4 (Ebook version). chapter 5, section 3, § 4 (Ebook version).

わる単純労働の仕事に携わった結果、1950年代から、フランスの工業都市に多くのスラム街が現れた。そのためアーバニズム的な計画が政府により素早く立てられると、1958年には、都市化優先地域に関するデクレが成立し、郊外にある多くの地域が「低家賃住宅」(habitations à loyer modéré)として指定された⁷。単純労働者として移住してきた者や、家族統一政策を通じて呼び寄せられた家族が増えるにつれて、郊外における低家賃住宅の基準は見直され、2万戸に及ぶ「低家賃住宅」で構成される住宅地域がフランスの大都市の郊外に現れるようになった。1990年代末、これらの低家賃住宅街における外国人家庭や移民系家庭の割合は全国平均のおよそ3倍、欧州連合加盟国出身家庭を除くとおよそ4倍以上に達した。特に、パリの郊外や自動車産業の街の周辺にある低家賃住宅街では、移民系の家庭が全体の半分以上を占めた⁸。このような状況下において移民系の若者たちは、移民の親の元で生まれ育ったことに伴う人種差別や経済的困難に加えて、居住環境による新しい困難を抱くこととなった。大家族が狭い住宅に住むことにより、若い男性が外にいる時間が増え、駐車所や階段をはじめとして、住宅街内におけるパブリックスペースが若者の居場所となり、親による監視及び世代間交流を構造的に困難にさせた。そして、こうした地域の住宅構造の他に、その地域自体がいくつかの問題もたらした。経済的な理由から大多数の建物は地価の安い地域で建てられていることと、移民の家族の多くが住んでいる大型低家賃住宅街は幹線道路や鉄道に囲まれているながら、そこへのアクセスが悪く社会的排除を加速させた⁹。現在に

7 この政策は「都市化優先地域に関するデクレ」(Décret n°58-1464 relatif aux zones à urbaniser en priorité)により規定された。https://francearchives.gouv.fr/fr/pages_histoire/39542#:~:text=Le%20décret%20sur%20les%20ZUP%20tire%20les%20leçons%20des%20difficultés,%27édification%20d%27appartements%20seuls.

8 フランス国立統計経済研究を参照。

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/3136640#titre-bloc-12>

9

いたるまで数多く存在しているこれらの住宅街に関わる上記のような要素は人種差別や経済的困難と重なり、移民出身者の若者や「郊外に住む若者」(banlieusard)¹⁰の多くが犯罪に関わっているというイメージを構築する要因となった。

1.2. 郊外に住む若年移民出身者の社会的地位

上記のように、移民系の若者を巡る社会的仕組みは戦後の工業化が出発点の一つとされており、「栄光の30年間」におけるアーバニズムや経済的危機が大きな影響を与えている。これに伴い、低家賃住宅街において一部の非行と犯罪行為が比較的多く報告されているが、以下で説明するようにこれらの現象には様々な要因が絡んでいることを考慮すべきである。

まず、これらの地域の住民は非常に若く、郊外の低家賃住宅街では平均的に住民の3分の1が20歳未満で、所によってはそれが48%に達することもある。全国的に見て、ひとり親家庭は全世帯の5.5%を占めるが、こうした大規模な低家賃住宅街ではその比率がその約3倍、25~30%にまで上昇し、その典型的な家庭環境は、複数人の子どもがいる移民系の母子家庭となっている¹¹。

また、これらの地域に住む若者の多くは文化的葛藤の中にいることも重要になる。つまり、両親が自国から持ってきた「家族の伝統的な規範」と現代フランスにおける「文化的解放」間の「ズレ」が、住宅の構造による監視の困難さと重なり、両親による監督を難しくしている¹²。

10 Banlieusardという言い方は、郊外に住む人という意味を指すものの、移民問題と郊外問題の枠内においては、それは郊外にある大型低家賃住宅街に住む若者を指している。移民出身者のみでなく、人種のアイデンティティを超えて、一般的に、これらの地域に育った者のハビトゥスを有する人々を指す。

11 フランス国立統計経済研究を参照。
<https://www.insee.fr/fr/statistiques/6037116>

12 L. Mucchielli(2007)supra note5at chapter 5, section 6, §2(Ebook version).

上記の要素を考慮すると、これらの地域で見られる非行と犯罪は、経済的困難と地域固有の特性により合理的に説明できることは明白である。更に、これらの地域に住む者の犯罪傾向が進んでいるという認識は、ステイグマ化を促し、彼らの犯罪傾向に影響を与えることも少なくない。すなわち、社会的に厳しい状況にある家庭が集まる低家賃住宅地域の住人への否定的評価が就職などへの障壁となり、社会的成功を阻み、非行などの問題を惹起する悪循環が生じている¹³。その上で、社会的・経済的弱者であるこれらの若者は、差別への反発して移民としてのアイデンティティを強調することが少なくない¹⁴。そのアイデンティティの強調は間接的にこれらの人口に対する差別を深め、少年たちの社会に対する反抗心を強める。国内外でのテロ事件の発生が注目を浴びている背景として、イスラム教徒であることを一つの柱とするこのアイデンティティの強調は、移民に関する懸念、郊外問題、イスラム問題を結びつけさせる。2000年代以降、これらの要素はフランスの政治的な対話の中心的テーマといえ、ポピュリズムの傾向を助長しているとみなされている。

1.3. 測定困難な若年移民出身者の非行傾向

これから述べる理由により、移民出身者の若者による犯罪と非行の実態を推定するのは非常に難しいといえる。フランスは、起訴された者の国籍別の統計の作成を許可している一方で、倫理的な理由から人種に別の統計は禁止されている¹⁵。したがって、移民出身者の若者の犯罪現象の実態を

13 C. Avenel, « La construction du « problème des banlieues » entre ségrégation et stigmatisation » *Journal français de psychiatrie*, n° 34, Éditions Érès, 2009, p.40.

14 L. Mucchielli (2007) *supra* note 5 at chapter 5, section 6, § 5 (Ebook version).

15 その禁止は、1958年憲法の1条に基づく。

詳細はフランス国立統計経済研究のホームページにて参照可能である。

<https://www.insee.fr/fr/information/2108548>

理解するために信頼性のある数字を提案することは不可能に近い。実際、移民出身者の若者のほとんどは現在、二世または三世の者であり、フランスの国籍を持っている者がほとんどである。また、これらの者が関わる犯罪事件は暗数が比較的に少ない上、警察や裁判所の動きに関わって多くのバイアスが生じる¹⁶。

つまり、利用可能なデータは国籍または居住地に関連しているもののみとなり、非常に限られている。2019年には、フランス人口の7%¹⁷を占めている比率と比較して、フランス国籍を持たない者に関しては、犯罪行為者や有罪判決を受けた者の割合が低いとは言えない。ただし、外国人の有罪判決の割合は違反の性質によって大きく異なっていることも重視されるべきである。例えば、不法労働の場合、その割合は25%、文書偽造罪は41%、税関違反は約50%、外国人の滞在の規則に関連する違反における割合は78%である¹⁸。これらのデータは実際には低家賃住宅街に住んでいる移民系の若者に結びつけられている非行のイメージとはほとんど関係がない。他方、外国人が比較的に大きく関わる犯罪の中で郊外の若者のイメージに結びつくものは、強盗 (vols avec violence)、窃盗 (vols sans violence)、住宅侵入窃盗 (cambriolages) や麻薬取引 (trafic de stupéfiants) などであり、貧困問題を抱えている人々の典型的な犯罪類型である¹⁹。実際、これらの行為は目立ちやすく、警察による解明率が最も高い

16 L. Mucchielli, « L'évolution de la delinquance juvenile en France(1980-2000) », *Sociétés contemporaines*, n 53, 2004, p. 127.

17 フランス国立統計経済研究を参照。

https://www.insee.fr/fr/statistiques/5763585?sommaire=5763633#figure3_radio2

18 L. Mucchielli, S. Névaenen, « Délinquance, victimation, criminalisation et traitement pénal des étrangers en France », *Migrations critiques*, 2011,

19 フランス国立統計経済研究のホームページを参照。

https://www.insee.fr/fr/statistiques/5763585?sommaire=5763633#figure3_radio2

ものであることも重要な要素の一つである。

2. 治安維持の議論における移民問題の政治的な側面について

2.1. フランスの右傾化における移民問題の中心的な地位

2002年のフランス大統領選挙は、左派と右派の伝統的な対立構造からの脱却を象徴するものとなった。この転換期において、極右政党の「国民戦線」(front national)の台頭が見られ、フランス政治の風景における重要な変化が示された。従来の政治パラダイムからの脱却を意味するその時期は、その後のフランスの社会的・政治的な議論に強い影響を与えた。この右傾化の原因は複数存在するが、本稿で関心を寄せている移民系の非行少年象がその中の一つである。上述の通り、1970年代からは社会的危機の定着が深まったと同時に、政治的な主張やマスメディアにより、治安、移民又は郊外という言葉が互いに結びつけられるようになった。それに加え、2000年代前半の重要な背景である国内外に起きたテロ事件などもこれらの言葉をより強く連想させるものとなった。それが2002年の選挙の結果、そしてそれに伴った刑事法の厳罰化に強く関係している。2001年9月のアメリカにおいて起こった同時多発テロ事件はイスラム教徒に対する恐怖を拡大させた。在仏イスラム教徒の大多数は戦後以降に渡仏した移民とその子ども達²⁰であることが、外国人と移民系フランス人に対するスティグマ激化させた。治安問題と移民、又は郊外とイスラム教徒といったようなキーワードがマスメディアの報道や一部の政治家による発言で用いられ、北アフリカ系やサブサハラアフリカ系の若者が治安悪化又は社会的混乱の原因となっているというイメージはさらに強まることとなった。2002年大統領選挙に引き続くニコラ・サルコジの政治的台頭もこれらの要素との関係が

20 フランス国立統計経済研究のホームページを参照。<https://www.insee.fr/fr/statistiques/6793308?sommaire=6793391#onglet-2>

強い。移民出身者の若者の社会的位置付けに強く関係する「国家的アイデンティティ」(identité nationale)や治安問題は第2次シラク政権から、現在に至るまでの重要な議論の一つとなっており、フランスの右傾化の理解に関わって考慮すべき点の一つである。

移民出身者を対象化した政治的な発言やマスメディアによる報道が激増し²¹、この傾向は2007年と2012年に行われた大統領選挙を特徴付けた。選挙活動の際に、ニコラ・サルコジはフランスのいわゆる「伝統的な価値観」に重きを置くと同時に、在フランスイスラム教徒と郊外に住んでいる者への批判的な発言を繰り返した²²。これらの政治的な立場は2000年代において、移民系の若者のイメージに軸足を置いた刑事司法の厳罰化改正やイスラム教徒の習慣の犯罪化の立法を引き起こした。

ニコラ・サルコジの政治的な台頭が示すように、極右的発想を用いたポピュリスト的戦略が短期的に成功を収めたとはいえ、フランスの主要2大政党の右傾化は、極右政党の人気を長期的に抑制することはなかった。「社会党」(Parti socialiste)と「共和党」²³(Les républicains)の支持率が低下する中で、「国民連合」²⁴(Rassemblement national)は2017年、2022年の大統領選挙で第二回目投票²⁵に進出し、その得票を急激に伸ばした²⁶。このようにして、この動きは右派、左派、中道派の政治的立場を右

21 C. Avenel, « La construction du « problème des banlieues » entre ségrégation et stigmatisation », *Journal français de psychiatrie* n° 34, 2009, p. 40.

22 N. Bancel, P. Blanchard, A. Boubeker, « Le basculement des discours publics », *Le grand repli.*, La Découverte, 2015, p. 59-70.

23 共和党はニコラ・サルコジとジャック・シラクが所属していた「国民運動連合」(Union pour un mouvement populaire)を改名して結成された政党である。

24 国民連合は、国民戦線を改名して結成された政党である。

25 フランスの大統領選挙は2回投票制という形をとる。一回目の投票で過半数を得た候補者がいない場合は、上位二人だけに絞った二回目の決戦投票が行われる。

26 2002年の大統領選挙では国民戦線の候補者であったジャン＝マリー・ル・ペンが決選投票まで残り、17.79%の得票を集めた。2017年の大統領選挙では、ノ

傾化させるだけでなく、極右政党の支持率を上げた。

フランスにおける極右の台頭という過程において、マスメディアは重要な役割を果たしている。広告収益と視聴率を競うニュース専門テレビ局が発展するにつれて、移民やイスラムの危険性などに重点を置くセンセーショナルな報道が拡大した²⁷。その中で、国民の恐怖を高める事件を巡るルポルタージュと議論が積み重なり、警察関係者、保守的な政治家やジャーナリストの声が目立つようになり、極右の意見が一般国民に広く浸透し、極右政党の「脱悪魔化」²⁸ (dédiabolisation) に繋がる。この現象の一つの例は、極右党「再征服！」(Reconquête!) の党首エリック・ゼムールにより象徴されている。アラブ系の者と黒人に対する「人種の憎悪をおおる発言」(incitations à la haine) により有罪判決を3回受けたエリック・ゼムールは作家・ジャーナリストで、国営テレビ局の議論番組における発言、そして民放ニュース専用テレビ局のスタージャーナリストとしての活動を通じて、その人気が著しく上昇した。その結果、2022年大統領選挙に参加し、第一回目投票の際に4位となり、近年フランスにおける極右政党の総合的な支持率の拡大を象徴している。

このようにして、フランスの移民問題は、移民出身者を原因とした治安の悪化及びイスラム教徒の増加による「フランスの伝統的価値観」の弱体化という言説が生みだすモラル・パニックが中心的な要因である。その現

ㄨ ジャン＝マリー・ル・ペンの娘であるマリン・ル・ベンが国民連合の候補者として、決選投票に残り33.90%の投票を集めた。2022年の大統領選挙も、決選投票に残り41.0%の投票を集めた。

27 J. Jespers, « Chapitre 3. L'information télévisuelle dans la société », *Journalisme de télévision. Enjeux, contraintes, pratiques*, 2009, p. 53-77.

28 極右の「脱悪魔化」というのは、極右政党の正常化を目的とした作戦を意味する。国民戦線の脱悪魔化の場合は、政党の改名、又はジャン＝マリー・ル・ペンの代わりにその娘のマリン・ル・ベンがリーダーになったことなどといった政党による動きもあると同時に、マスメディアによる極右の都合いい報道の仕方も正常化過程における重要な要素である。

象は政治家のポピュリズムとメディアのセンセーショナルリズムが重要な要素であるものの、多くが新自由主義の強化により特徴付けられている近年のフランスにおける経済政策と社会政策も、移民出身者の政治的位置付けに関わる考察において注目すべきである。20世紀末から活発化しているフランスの右傾化は日和見主義とポピュリズムという特色を有している一方で、経済政策と社会政策の多くは、第二次世界大戦後に大きく発展した福祉国家の弱体化を引き起こしている。刑事司法の分野をはじめとして、権威主義の側面が大きい政策は特定の人々を対象としている反面、「自由競争」、「自己責任」や「自助努力」を中心とした政策が数多くの分野において進行し、福祉国家の弱体化をもたらしている。フランス政治のその二面性も、移民問題のあり方に強く影響していると考えられる。

2.2. ポピュリズムと新自由主義の関係性をめぐって

上述の通り、20世紀末から現在に至るまでは、フランスの政治は新自由主義の影響を受けた政策によって特徴づけられている。予算節減又は国営機関の民営化を目的とする大規模な改革を通じて、国家の管轄権を弱体化させる「改革」が進められた。ここでは、移民問題に関するポピュリスト的議論が統治の方法として、どのようにフランスの新自由主義化を可能としているかについて検討を行い、その二つの間にある共存関係について述べる。

フランスでは、新自由主義の現代的な定義を行った学者のなかで、ミシェル・フーコーが特に有名である。コレージュ・ド・フランスでの講義を通じて、フーコーは1970年代末から、新自由主義を「統治性」(*gouvernementalité*) という概念に関係付けた²⁹。その観点から、新自由主義とは

29 コレージュ・ド・フランスにおけるミシェル・フーコーの講義は1979の1月から同年の3月までに行われた。その講義の内容は2004年に出版された。

M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Seuil, 2004.

市場経済の現代的仕組みを全社会に適用し、人間の共存と社会の操作の確保を目的とするイデオロギーとして定義された。このように、新自由主義によれば、市場経済において必要とされている「国家の撤退」が社会の様々な分野における議論に影響を与えるものとされる。新自由主義の観点からは、国家は「積極的介入」を可能な限り避け、個人の責任を強調し、個人の自由を十全にすることを目的としてコントロールを行うべきことになる³⁰。

フランスにおいては、新自由主義の影響力が強まった1980年代から、社会の各分野においての国家の積極的介入が批判されるようになり、新自由主義と福祉国家の対立が多くの議論の中心に置かれた。「栄光の30年間」の終わりからフランスで生じていた社会的・経済的危機の原因として社会福祉政策が挙げられ、教育、労働や医療といった分野において、国家的介入を弱めることが解決方法として大きく挙げられた。反対に、本来市場経済において強調されている「競争」と「責任」が国民全ての活動エリアに導入され、利益の最大化が至上命題として掲げられることとなり、限られた介入によって短期的な成果を挙げることを高く評価する政治的な立場が広まった³¹。

理論的には、フランスにおける新自由主義の高まりは福祉国家と対立し、個人と個人の関係を市場経済の中で強調してきた「個人化」、「競争」や「責任」などの概念に基づいて再構築するような試みが見られる。しかしながら、多くの場合このようなパラダイムシフトを目指した動きは一般国民の不満を引き起こし、大規模な社会運動につながる。その観点から、批判の対象となりやすい政策を実施する一方で、一般国民の不安に対する象

30 E. Hache, La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ?, *Raisons politiques*, vol. 28, p.51.

31 D. Cayla, « Chapitre 4. La révolution néolibérale », *Déclin et chute du néolibéralisme. Covid, inflation, pénuries : comment reconstruire l'économie sur de nouvelles bases*, 2022, p. 125-154.

徹的なメッセージとなるポピュリスト的動きが統治手段となる。移民出身者、またはイスラムに関連する政治的な発言や国会議論などは、その統治方法の例の一つであると考えられる。その一つとして、一般国民の注意を逸らす方策が挙げられる。社会的危機が進行する中で、伝統的な価値観の弱体化と体感治安の悪化に焦点を当てる政治的な動きは、政治世界が危機に対して無力であること、もしくは責任を問われるべきことから国民の目を逸らすことに繋がる³²。

このように新自由主義的な政策に対する一般国民の注意をそらすと同時に、ポピュリスト的観点から、政治テーマとして移民出身者のスティグマ化に軸足を置いた治安維持の議論は政治的な「避難所」として働くことも多い。社会福祉を対象とした新自由主義的な政策に対する大規模な批判が発生する際は、移民政策、刑事司法やライシテ³³の再解釈を主張する政治活動が、支持率の低下を避けるために機能する。その現象は特にニコラ・サルコジの政治的な台頭により反映されており、2000年代からは、労働法、教育制度、年金制度、公共交通機関の新自由主義的な「改正」が、移民、移民出身者、イスラム教徒や郊外に住んでいる者に集中した社会的恐怖への象徴的メッセージとなる政治的動きと重なることが少なくない³⁴。

2.3. 刑事司法の新自由主義化という仮説における移民出身者の位置づけについて

上述のとおり、政治的戦略の枠内では移民出身者に対するモラル・パ

32 H. Kerzaki, *Islamismo-diversion: Un quinquennat de casse sociale*, L'Harmattan, 2021.

33 ライシテとはフランスにおける教会と国家との分離の原則（政教分離原則）を指す。国家の宗教的中立性・無宗教性及び個人の信教の自由の保障を意味する概念である。

34 D. Mayaffre, « Chapitre 5 / Chronique d'une présidence.(2007-2012) », *Nicolas Sarkozy. Mesure et démesure du discours (2007-2012)*, Presses de Sciences Po, 2012, p. 153-173.

ニックに基づいたポピュリスト的政治スタンスは新自由主義との合意点の一つであった。しかしながら治安維持に関しては、移民出身者や郊外居住者がポピュリズムの枠外であると考えられる新自由主義の中心に位置付けられるという見解もある。

福祉国家と対立する、新自由主義は経済に対する法律の在り方を混乱させることが少なくない。フーコーの見解に照らして、社会的課題の経済化を引き起こす新自由主義は、経済の領域から遠く離れた分野においても市場原理に基づく「競争」と「リスク」を重視し、個人と個人の共存を効率的に図ることを主張している。その結果、いくつかの分野では、競争を活かして、利益の最大化が至上命題として掲げられることとなり、限られた介入によって短期的な成果を挙げることが高く評価されるようになった。その観点から、法律が競争の規制の役割を果たすと同時に、「個人」が、経済活動を「安全に」行うために機能するとされる。つまり、新自由主義の下では、個人の間で行われる「競争」を阻害する国家による介入が批判される一方、経済的活動に対して「安全」を与える国家的介入が強化される³⁵。

このようにして、新自由主義は「責任」と「リスク」を様々な形で結びつけている。新自由主義における経済的理論においては、個人の経済的活動を行うリスクとそれに伴う責任が重視されるが、現実の経済活動においては外部の障害によるリスクも重要な要素である。個人の経済的活動を行うリスクに対する国家的介入は競争への障害が最小限となるように抑えられるものの、その活動を阻害するような実務上のリスクは国家的介入により積極的に管理される。ここでいう実務上のリスクに対する国家的介入は治安政策の強化につながり、刑事法の厳罰化という形を取るものと解釈できる。

35 A. Garapon, *La Raison du moindre État*, Odile Jacob, 2010, chapter 1, Section 2, §2(Ebook version).

経済的活動の障害になる犯罪発生に対するリスク管理の点で、危険性のあるグループをターゲティングする厳罰化改正には、刑事司法の新自由主義化傾向が現われているという指摘がある。フランスの社会学者フランシス・バヨールは、法学を専門とするイヴ・カルテュイベルと協力し、少年司法を中心にフランスの刑事司法制度の新自由化をめぐる研究を繰り返して行った。フランス少年司法制度の厳罰化はその福祉的機能の弱体化を通じて行われているというスタンスに基づき、20世紀末から行われた少年司法改正の新自由主義化という仮説を立てた。少年司法を対象とした研究を通して、新自由主義の影響が強化されていることを示す指標を明らかにした。

その中で、フランシス・バヨールとイヴ・カルテュイベルは、特に、「帰責対象の逆転」、「社会防衛の重視」、「被害者の『再登場』」、「ダイバージョンの見直し」、「(より) 効果的な監督的アプローチの定着」、「手続の管理主義化」、「法的介入の短期化」、「法的対応の地方分権化」という現象を、少年司法制度に対する新自由主義の影響に示す指標として強調している。これらの指標は、新自由主義の核心部分に位置する自己責任化、手続の短期化、手続の効率化、地方分権化という要素と同時に、新自由主義のより周辺的な位置にあるリスク管理という要素にも関わるとされる³⁶。ここでいうリスク管理に関わる要素は、新自由主義の核心にあるリスクと責任の関係性に関連すると同時に、ポピュリスト的統治とのつながりも強い。

さらに、少年司法におけるこれらの変化は「特定のグループ」を対象に集中して行われていることも、新自由主義化を反映しているとフランシス・バヨールとイヴ・カルテュイベルは説明する。「特定のグループのターゲティング」と呼ばれているこの指標は、自己責任化などに伴う刑事手続の厳罰化及び犯罪発生前段階での積極的介入の強化が郊外に住んでいる若者又は若年移民出身者に集中していることを示している。その現象は、特

36 F. Bailleau and Y. Cartuyvels, *La justice pénale des mineurs en Europe, entre modèle welfare et inflexions néolibérales*, l'Harmattan, 2007, p.13.

定の地域における受動的監視から積極的監視へのシフト、見た目で判断する恣意的身分照会検査、ある種の犯罪行為に対する取り締まりの強化などという形をとる³⁷。

上述のように、治安維持をめぐる若年移民出身者に対するの政治的扱いは様々な段階で検討可能であると考えられる。ポピュリズムと新自由主義の合意点は、現在のフランスにおける政治世界について語る上で重要な要素となる。ポストコロニアル期のフランスにおける制度的差別、近年におけるテロ事件の発生によるイスラム恐怖症の定着や、左派の知識人が唱える反人種差別主義に対する保守層からの批判が、新自由主義の観点からのリスク管理に関わる理念と重なり、移民と移民出身者の政治的扱いは焦眉の課題になりつつあると考えられる。2000年代から見られる刑事司法をめぐる立法のインフレ、国会において重点的に議論される話題、マスメディアによる報道の変化などが、その説を支えているように思われる。

3. 若い移民出身者や郊外問題に集中した議論による影響

3.1. 少年司法の改正を手掛かりとして

以上を見てきたように、20世紀末から現在に至るまで、体感治安悪化に基づいた移民出身者問題、あるいは郊外問題についての議論の浸透がフランス社会を特徴づけている。これらの議論は、移民や郊外に対する一般国民の恐怖を拡大させ、フランスの右傾化を進めると同時に、具体的な法的動きに繋がった。少年司法制度の厳罰化改正がその動きを象徴しているように思われる。政治的発言とメディアによる報道において描かれている非行少年像に基づく法改正は、20世紀の初頭に具体化しはじめ、第二次世界大戦以降に発展した少年司法の福祉的な側面と対立している。

37 Id. at p. 14.

第2次シラク政権とサルコジ政権

フランスにおける「伝統的な価値観」の弱体化に対する一般国民の恐怖と並行して、若者が関わる事件への司法的対応は多くの場合に不処分で終わることが、郊外に住む者をはじめとした若者の不死身感を生み出すものではないかと一部の政治家とメディアにより批判され始めた。マスメディアによるセンセーショナリズムや政治家の言説に軸足を置いて、1990年代半ば以降、フランス少年司法の専門性を見直し、「人」よりもむしろ「行為」に焦点を当てる刑事政策の傾向が見られる。一般的には、この傾向は少年の状況を対象とした調査を軽視すると同時に裁判手続を迅速化する「即時対応」の強化、即時出頭の導入及び少年を対象とした閉鎖型収容施設の再導入を意味する改正を意味する。

ニコラ・サルコジの政治的台頭を招いた第2次シラク政権とそれに続いたサルコジ政権に特徴付けられている2002年から2012年は、郊外とイスラムに対する批判的な発言が本格化した³⁸。それと同時に、これらの政権は当時の「犯罪少年に関する1945年のオルドナンス」(l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquance)を対象とした前例なき厳罰化改正を進めることにより特徴づけられた。

「司法のための指針と計画に関する2002年9月9日の法律」(La loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002)³⁹は、警察留置の適用年齢を13歳から10歳に引き下げ、未決勾留及び「司法監督」(contrôle judiciaire)の適応年齢を16歳から13歳に引き下げた。また、10歳以上13歳未満の少年に対する教育的制裁の導入が規定されたことによって、13歳未満の少年に対する刑罰的措置の禁止という原則

38 N. Demati, « Nicolas Sarkozy, ministre de l'Intérieur et pompier-pyromane », *Quand les banlieues brûlent...Retour sur les émeutes de novembre 2005. Édition revue et augmentée*. Paris, La Découverte, 2007, p. 58-76.

39 第1ペルベン法 (Loi perben 1) とも呼ばれる。ドミニク・ペルベンは当時 (2002年から2005年まで) 法務大臣であった。

が弱められた。同時に、一般刑務所にある少年区と閉鎖型教育施設に加えて、「少年刑事施設」(établissement pénitentiaire pour mineurs)を新設し、13歳以上の少年の収容を拡大し、社会内処遇の弱体化を招いた。その他、その法律は窃盗や暴力に対する処分の厳罰化、及び少年に対する司法手続の短期化を意味する「即時裁判手続」の導入を規定した。また、収容施設の多様化という措置と重なって、収容された少年の家族を対象とした家族手当の取り消しや罰金の可能性を規定した。

「犯罪予防に関する2007年3月5日の法律」(Loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance)と「成年者及び未成年者の再犯防止強化に関する2007年8月10日の法律」(Loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs)により、再犯の場合、16歳以上の未成年者に対して「少年係裁判官」(juge des enfants)は、最初の面談において判決を言い渡すことが可能となり、「下限刑」⁴⁰(peines planchers)が導入されたことにより、1945年オルドナンスの理念の一つである「年齢に応じた責任の緩和」(excuse atténuante de minorité)が適用不可能となった。また、「国内安全の成果のための方針及び計画に関する2011年3月14日の法律」(Loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure)の成立により、これらの措置が、初犯の場合でも、16歳以上の少年にも適用されることになった。さらに、「刑事司法と少年裁判への市民参加に関する2011年8月10日の法律」(Loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs)を通して、サルコジ政権による1945年オルドナンス改正への最後の動きは、「少年軽罪裁判所」(Tribunal correctionnel pour mineurs)を挿入し、3年以上の自由刑に当たる犯罪行為の再犯事件で起訴された16歳

40 下限刑は、法律で定められた刑期と裁判で言い渡される刑期との間にあるギャップを減らすことを目的としており、累犯への最低刑期導入を意味する。

以上の少年への裁判手続を変更した。少年軽罪裁判所における裁判手続は1人の少年係裁判官と2人の一般人の裁判官により行われ、少年司法の専門性の新たな弱体化として批判された。「電子監視付居住指定」(Le recours au placement sous assignation à résidence avec surveillance électronique)も2011年8月10日の法律により規定され、2年以上の拘禁刑に当たる事件に関わった16歳以上18歳未満の少年に適用されるようになった。

このような動きと、移民または郊外問題の関連性を明確にする要素のひとつとして次の点が考えられる。2005年ニコラ・サルコジがパリの郊外にあるラ・クールヌーヴ市とアルジャントゥイユ市の低家賃住宅街を見学した際、郊外の低家賃住宅街に住む若者に対するスティグマを強化させるような発言があった。これは郊外の低家賃住宅街に住む2人の若者の死亡を招いた警察による暴力事件と重なり、2日後に始まった「2005年郊外暴動事件」(Émeutes de 2005 dans les banlieues françaises)と直接的に関係している。これらの郊外暴動事件の間に、ニコラ・サルコジは「ゼロ・トレランス」を求め、有罪判決を受けたすべての外国人の領土からの追放を命じた。暴動は3週間続き、引き起こされた重大な物的損害は一般市民に衝撃を与えた。ニコラ・サルコジの介入は一般的に高く評価され、「権威のある政治家」のイメージを得た。暴動の終わりに、彼の支持率は63%に高まった⁴¹。

オランダ政権

2012年から2017年まで続いたオランダ政権は左派の政府の復帰という点に特徴づけられる。その政権交代はフランスの政策に多くの影響を及ぼすと期待されたが、テロ事件の増加とその政治的・メディア的反応がもたら

41 世論調査会社イプソスのホームページを参照。

<https://www.ipsos.com/fr-fr/banlieues-lopinion-adresse-un-satisfecit-nicolas-sarkozy>

した右傾化の更なる進行を背景に、少年司法などでの厳罰化緩和は実現することがなかった。オランダ政権の間に起きたテロ事件は「欧州難民危機」(Crise migratoire en Europe)と重なり、移民政策もイスラム教と郊外に対する「甘さ」を標的とする批判に晒されることになった。テロ事件で有罪判決を受けた二重国籍者に対する「国籍剥奪」(déchéance de nationalité)に関する法案をめぐる、与党であった社会党が分裂した⁴²。その結果、一部改正を通して、サルコジ政権の間に規定された少年軽罪裁判所と下限刑は廃止されたが、当時の法務大臣であったクリスチャン・トビラにより推進された少年司法の福祉的機能の再構築を謳った1945年オールドナンスの完全改正という計画は実現化しなかった。

第1次・第2次マクロン政権

オランダ政権に引き続く第1次マクロン政権(2012年-2017年)と第2次マクロン政権(2017年から現在に至るまで)は、少年司法の完全改正を意味する1945年オールドナンスの「少年刑事司法法典」(code de la justice pénale des mineurs)による置き換えによって特徴づけられる。

少年刑事司法法典は、1945年オールドナンスとの連続性が高く、厳罰化改正された部分もありながら、大きな厳罰化には至っていない。その立法を巡っては、与党による若者のスティグマ化を引き起こす政治的発言が少なくなかったが、少年司法手続の新しいあり方は厳罰志向からある程度の距離を保つことに成功しているともいえる。第1次マクロン政権の推進した政策の多くと同様に、その法律は新自由主義的な観点から効率化を押し進め、手続の短期化と簡素化を主な目的とするものであった。それにより、

42 フランス新聞「ル・モンド」、2016年1月31日の記事。https://www.lemonde.fr/politique/article/2016/01/31/le-requisitoire-de-christiane-taubira-contre-la-decheance-de-nationalite_4856833_823448.html

少年司法の専門性を危険にさらす規定はあるが⁴³、ニコラ・サルコジの政治的台頭時の改正と比較して、移民出身者に対する少年司法の不利益性が高くなったとは必ずしも言えない。

3.2. 2023年夏の暴動及び2023年移民法と今後の展望について

少年司法制度の完全改正は郊外に住んでいる若年移民出身者を標的とするものではなかったが、第1次マクロン政権と第2次マクロン政権政において大きな問題として指摘されている警察による制圧行為の激しさは移民問題と郊外問題との関係が非常に強い。

マクロン政権期には、「黄色いベスト運動」⁴⁴ (Le Mouvement des Gilets jaunes) と2023年に成立した「年金制度改革」(La réforme des retraites) 反対運動を始めとして、福祉国家理念の弱体化政策に対する社会運動が連続的した。社会運動の枠内で行われるデモ参加者に対する警察の暴力行為による制圧は、移民出身者に対する警察による暴力事件と同様に、マクロン政権の大きな政治的問題の一つとして批判されている。

移民問題と郊外問題をめぐる警察による暴力事件は特にマクロン政権期

43 少年の社会的調査に与えられる期間が短期化されたことや予審裁判段階において少年係裁判官の権限が弱体化したことなど、少年司法の「非専門化」(déspécialisation) を引き起こしていると批判されている。

44 「黄色いベスト運動」は政府が発表した燃料税の増税計画を背景に起こった。購買力の低下、マクロン大統領の下層階級軽視の態度に反発し、2018年10月から数多くの人々が集まり、数多くの道路を封鎖した結果、政府は燃料税の増税計画を諦めるよう追い込まれた。2008年から、交通事故の一つの対策として、高い視覚認識性を持つ「蛍光色」のベストを自動車内に常備することが法律で義務づけられた。これらのベストが広く利用され、2018年後半に広がった社会運動のシンボルとして選ばれ、運動者はこのベストを着たままデモや道路の封鎖などを行った。2019年3月まで続けた「黄色いベスト運動」の間は、警察との対立により、死者が11名、負傷者が613名、そのうち頭部負傷が238名、まぶた負傷が23名で、両手切断が5名である。

G. Mauger, « L'État face aux « Gilets jaunes ». Violence physique et violence symbolique », *Savoir/Agir*, 2019, p. 109.

において増加したことが証明されている上に、近年においてスマートフォンがこれらの事件を可視化されたことが大きな変化をもたらした⁴⁵。アメリカにおけるブラック・ライブズ・マター運動の影響も受けて、事件がしばしば録画されソーシャルネットワークにおいて共有されることにより、移民出身者の若者や差別に反対する活動家の抵抗運動につながるが増えた。

2023年6月には、17歳の移民系フランス人（フランス生まれフランス育ちのフランスとアルジェリアの二重国籍者）が逮捕中に警察官に射殺された。録画されたその事件は、フランス各地の郊外で若者による8日間にわたる大規模な暴動を引き起こし、遠く日本にまで報道された。暴動の動きに対し大量の警察が動員され、8日間で約3500人が逮捕された。6月30日、エリック・デュポン＝モレッティ法務大臣は、通達を持って厳しい刑事的対応を求めた⁴⁶。8月1日までに、2170人が裁判にかけられ、その内の1989人が有罪判決を受けた。政府によれば、起訴手続の対象となった者の約30%は未成年者で、そのほとんどは前科がなく、家庭環境が不安定であることが多かった⁴⁷。さらに最近では、2023年10月、エリザベート・ボーン首相が、特定の少年犯罪者の取り扱いにおいて軍隊を介入させ、子育て講座や社会奉仕の刑を通じて親の責任を強化し、未成年者およびその親が被害者団体に対して補償金を支払うという形をとること、さらに警察の権限を拡大する法案を一つの柱とする暴動取締計画を発表した⁴⁸。少年刑事

45 W. Bourdon, V. Brengarth, « Violences policières. Le devoir de réagir », *Violences policières. Le devoir de réagir*, Gallimard, « Tracts », 2022, p. 1-48.

46 フランス行政機関の、法律関係データベースのホームページを参照。

<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=45455>

47 フランスの公共サービスであるフランス・アンフォのホームページを参照。

https://www.francetvinfo.fr/faits-divers/adolescent-tue-par-un-policier-a-nanterre/direct-emeutes-apres-la-mort-de-nahel-20-interpellations-dans-la-nuit_5933753.html

48 フランス政府のホームページを参照。



司法法典の一部改正につながると考えられるこの暴動取締計画は、少年司法の明らかな厳罰化の動きの第一歩となる可能性が高いように思われる。

また、暴動取締計画の発表の数ヶ月後の2023年12月、新しい移民法が議論され、新たな政治的危機がもたらされている。2000年代に入ってから支持率が高まってきた極右により提案された改正点を数多く含んでいるこの法律は、移民と治安悪化を直接に関係させ、政府の右傾化に新たな段階をもたらすのではないかと懸念されている。それを特に反映している改正点は、留学生に対する保証金の支払いの義務付け、家族手当や住宅手当などへの支給手続開始までの期間の長期化、フランス国籍取得条件・居住許可要件・家族統一条件の厳格化、出生地主義の見直し、警察官対象事件に関わった二重国籍者の国籍剥奪が目立っている⁴⁹。

フランス人口の78%⁵⁰以上に支持されるこの法律は、与党の支持率よりは、極右政党の支持率の増加、およびその政治的影響力の高まりを示していると考えられる。2017年と2022年の大統領選挙の際にみられた右派と中道派の右傾化は、極右に対する懸念を持っている一部の一般国民による「戦略投票」(vote utile)の結果として分析されている。極右の候補者が大統領になる懸念は別として、フランスのその政治的転換は徐々に一般国民の意識を変化させ、極右政党所属者の国会議員の増加につながり、立法におけるその影響力を拡大させた。2023年の移民法が示すように、治安政策をめぐる立法に関しては、移民出身者に重点をおいた厳罰化改正が更に本格化すると見込まれる。

↘ <https://www.gouvernement.fr/discours/presentation-aux-maires-des-mesures-du-gouvernement-apres-les-emeutes-de-lete-2023>

49 フランス行政機関の、法律関係データベースのホームページを参照。

<https://www.vie-publique.fr/loi/287993-projet-de-loi-immigration-integration-asile-2023>

50 世論調査会社Odoxaのホームページを参照。

<https://www.odoxa.fr/sondage/les-francais-soutiennent-le-projet-de-loi-immigration/>

終わりに

近年フランスにおける政治的議論の中心には移民問題があり、その要因は多岐にわたっている。「栄光の30年間」の終了から、犯罪と非行というキーワードは移民出身者の若者、又は郊外にある低家賃住宅街に住む者と強く結びつけられている。実際これらの若者が関わる犯罪事件の質的・量的データは限られているにも関わらず、彼らは治安悪化の象徴となっており、ご都合主義的な扱いの対象となりやすい。

本稿では、移民問題の出発点となる第2次世界大戦後に進められた移民政策の歴史を振り返り、現代フランスの移民出身者の若者が社会的弱者としてみなされるべきだという見解を確認した。続けて、1990年代以降に着目し、これらの若者を対象とした政治的発言と報道の分析を行い、そのポピュリスト的側面に焦点を合わせた。また、刑事法の厳罰化と新自由主義の関係を検討することによって、社会的弱者としてみなされるべきグループの危険性に対するリスク管理政策のイデオロギー的側面を明らかにした。最後に、2000年代に入ってから本格化した少年司法の厳罰化の動きを検討するとともに、若い移民出身者に対するモラル・パニックによるその影響について論じた。

少年司法を始めとして、今後のフランス刑事法の厳罰化の分析は移民出身者の政治的扱いを念頭において行われるべきであると考えられる。これまで述べてきたように、フランスの右傾化は郊外問題と移民問題に基づき行われている。しかしながら、その右傾化が進むにつれて郊外問題と移民問題が悪化する危険性は非常に高い。それに並行する福祉国家の弱体化が格差社会を進めると同時に、移民出身者あるいは郊外居住者の社会的弱性を深刻なものにしている。ポピュリズムと新自由主義の共鳴性により拡大する移民出身者のスティグマ化は、近い将来、極右政党の大きな政治的勝利を可能にし得る悪循環を生み出している。

マインドコントロールと刑事責任に関する覚書 —精神障害なき異常犯罪を巡って—

本 庄 武

1. はじめに

本稿が問題にするのは、それまで犯罪とはおよそ無縁の生活を送っていたにもかかわらず、日常生活全般について強度の支配を受け、支配者のいうがままに、家族や同居人を殺害するなどしてしまった行為者の刑事責任についてである。定義として成熟していないことは否めないものの、さしあたりこうした類型の事案を支配服従型と呼ぶことにしたい。

支配服従型に属する事件は心理学的には大きくいえばマインドコントロールという概念により把握されているが、個別には、学習性無力感、心的外傷性ロボット症候群といった概念を用いた説明も試みられている。近時、支配服従型に属する事件が刑事事件として裁かれる事案が散見されるようになっているが、後に見るように、裁判所はおおむね異常性を正面から受け止めて、通常の犯罪よりも寛大な刑を科す対応をとっている。

裁判所は明示的か暗黙のうちかは別にして、支配服従型の事件を評価するにあたり、期待可能性の概念を用いているとみられるが、その適用のあり方についての刑法学上の検討は進んでいない。とりわけ伝統的に議論されてきた期待可能性の標準を巡る問題を再考することが必要である。また期待可能性判断の対象についても検討を要する。

関連して、マインドコントロールを受けている行為者が通常の状態であるとは考え難いところ、こうした類型の事案では、期待可能性ではなく責任能力を問題にすべきか否か、二つの問題領域はどう区別されるべきかについても問題となる。

さらに、マインドコントロール概念は一連のオウム事件において脚光を浴びたものであるが、オウム事件では期待可能性の減少についてはおおむね否定的に評価されたといってよい。支配服従型の事件における刑事責任の評価とは対照的にみえるが、そのことに理由があるのかも検討すべきであろう。

以上が、本稿の課題である。

2. 裁判例

(1) 取り上げる事件

本稿で取り上げるのは、北九州監禁殺人事件、尼崎連続不審死事件、篠栗児童餓死事件の3件について出された裁判例である。いずれも大きく報道された事件であり、インターネット上には真偽不明なものも含めて大量の情報が存在しているが、裁判所で認定された事実に基づいた検討を行うため、まずは判決の内容について確認していきたい。なお紹介するのは、刑事責任の程度に関する評価に限定される。

(2) 北九州監禁殺人事件

本件は、主犯者が、内妻である被告人とともに、知人の不動産業の男性を脅迫と虐待の末に死亡させ、その後、被告人の親族を自宅に呼び寄せて監禁し、脅迫と虐待の末に親族間で殺害させ、被告人の父、母、妹、義弟、甥、姪の計6名を死亡させた事案である¹。主犯者には、第一審から最高

1 本件についてのルポルタージュとして、小野一光『完全ドキュメント・北ノ
(龍法 '24) 56-4, 310 (1018)

裁に至るまで死刑の判断が下されている。

第一審判決（福岡地小倉支判平17・9・28裁判所ウェブサイト）は、以下のような判断を行い、内妻である被告人（以下では、被告人B）についても死刑を言い渡している。

本件各犯行当時、被告人Bは常に被告人Aによる通電に晒されていたのではなく、恐怖心の余り意思を抑圧され、意思に反して被告人Aの指示・命令に服従せざるを得ないような状況もなかったと認められる。したがって、期待可能性の理論によって被告人Bの責任の軽減が図られるべき余地はない。

当裁判所も、被告人Bが被告人Aから度々理不尽な通電や暴行、責任の押し付け等の仕打ちを受けていたことは否定しない。心理学的見地からは、それが「慢性トラウマ」をもたらし、判断力・批判力の著しい制限や被告人Aに対する強度の心理的服従関係を生じさせたという見解も可能であろう。しかし、法的見地からは、心理面のみならず、犯行に至る経緯や動機、犯行状況、犯行後の状況等の客観的な事情も見ていく必要があり、むしろその検討こそ基本とすべきであって、このような見地から見ると、被告人Bは、被告人Aによって意思を抑圧され、意思に反して本件各犯行に加担したのではなく、被告人Aの意図に完全に同調して、被告人Aの指示を受けつつも、それなりに主体的で積極的な意思で、つまり自己の犯罪を遂行する意思で犯行に加担したものといわざるを得ない。

これに対し、控訴審判決（福岡高判平19・9・26判時2144号159頁）は、内妻である被告人（以下では、乙川）が主犯者（以下では、甲野）に反抗した場合、虐待が加えられる可能性は高いものの、客観的には、警察等に駆け込んで助けを求める機会はいくらでもあったのであるから、適法行為の期待可能性がなかったとはいえないとしつつも、以下のように述べて、

ㄨ九州監禁殺人事件』（文芸春秋、2023年）、豊田正義『消された一家——北九州・連続監禁殺人事件』（新潮社、2009年）がある。

原判決を破棄し、内妻である被告人（乙川）に無期懲役を言い渡した。

乙川にも、色々と問題はあったにせよ、長年連れ添ってきた内縁の夫である甲野との間に2人の子供をなしていたこともあり、警察に捕まりたくない、甲野と一緒に逃げ延びたいという気持ちがあったことは否定することができない。しかし、乙川は、前記第2の1の（1）ないし（3）のとおり、昭和59年ころ以来、甲野から長年にわたって殴る蹴るの暴行はもちろんのこと、煙草の火で胸に「太郎」と焼き印を入れられる、安全ピンと墨汁で「太郎」と入れ墨を入れられる等の虐待行為を受けていること（この間、昭和60年2月には、甲野から精神的に追い詰められた結果、自殺未遂を図ったことがあった。）、特に、いわゆる湯布院事件及び門司駅事件後は、甲野から集中的な通電等の暴力を受けたことなどを考慮すると、甲野に対しては、強い恐怖心があって、その意向、指示には逆らえず、本件の各犯行に加担してしまった面も強く、これら虐待の影響により、あるいは、甲野の指示の下、本件各犯行へ加担させられることにより、心理面に大きな影響を受け、正常な判断力がある程度低下していた可能性は否定できず、むしろ、次のような、乙川が置かれていた特殊事情の下においては、乙川について、適法行為の期待可能性は、相当程度限定的なものであったと考えられる。すなわち、乙川は、湯布院事件以後の激しい通電等の暴行を受けたことにより、甲野から逃れて自殺しようとして（門司駅事件）、結局、連れ戻された後、両親らも呼び集められたのであるから、通常であれば、これが、甲野による通電等の虐待を強いられる生活から通常の生活へ戻る転機になるべきものであった。ところが、味方となるべき正男を初めとする乙川一家は、既に湯布院事件の際に甲野の口車に乗っており、甲野に頼ることによって、殺人（好子事件）に加担した乙川を逃がして貰おうと決意していたため、かえって正男が乙川の軽拳を戒める有様で、その後、乙川一家は、甲野の要求に応じて多額の金銭を提供するなど、乙川を甲野の支配下に引き留める役割を果たしたのである。このようなことになった背景には、乙川にも落ち度がない訳ではない。すなわち、乙川は、もちろん、甲野の指示によ

るものと認められるが、昭和60年2月の自殺未遂以降、妹が乙川に代わって家を継ぐため和男と結婚をしたことに因縁をつけ、乙川一家にこのことを非難攻撃する執拗な電話を掛けるなどし、その後様々な理由で親に金銭の無心をしてきたことなどから、被告人乙川は乙川一家の厄介者となっており、両者の間には、肉親としての意思の疎通すらなくなっていたと推測される。

そして、最高裁（最決平23・12・12判時2144号153頁）もまた、この控訴審の判断を支持し、以下の理由から、上告を棄却している。

被告人の罪責は誠に重大であり、本件は、被告人に対して死刑を選択すること
も十分考慮しなければならない事案というべきである。

しかしながら、他方において、本件一連の犯行を首謀し、主導したのは、Aで
あり、被告人は、Aにより他者との交流を制約された生活の中で、身体への通電
による電気ショックの使用を含め、異常な暴行、虐待を長期間にわたって繰り返
し加えられるなどして、正常な判断能力が低下し、特に（2）の各犯行の前には、
同人からの離脱を図ったことで、激しくかつ頻繁な通電を受けてその程度も強ま
り、その指示に従わないことが難しい心理状態にあった中で、同人に追従して一
連の犯行に加担したものである。さらに、捜査段階の途中から、証拠が極めて乏
しい事件を含めて各犯行を積極的に自白し、事案解明に大きく寄与したこと、真
摯な反省悔悟の情を示していること、前科はなく、Aと関わりを持つ以前はまじ
めな生活を送っていたことなどの事情も認められる。これらの点を考慮すると、
被告人を極刑に処するほかないものとは断定し難く、被告人を無期懲役に処した
原判決について、その刑の量定が甚だしく不当でこれを破棄しなければ著しく正
義に反するとまでは認められない。

ただし、この最高裁決定には、以下の横田裁判官の反対意見が付されて
いた。

多数意見の趣旨とするところは、端的に言えば、被告人は、Aから暴行、虐待を受けたいわゆるドメスティック・バイオレンス（以下「DV」という。）の被害者であり、そのことが被告人の本件各犯行に極めて大きく影響しているので、その点を刑の量定に当たって重視すべきであるというものと解される。

確かに、その回数、頻度、程度が被告人の供述するとおりであったかどうかはさておくとしても、被告人がAから異常ともいふべき通電等の暴行、虐待を受けたことは事実と認められる。

しかし、そうであるからといって、暴行、虐待の苦痛を免れるために第三者の生命を奪った者の刑事責任が軽減されるとするのは、いかにも不当であるし、そもそも被告人が、Aと共に、B一家を全滅させるまでの徹底した殺害等に及んだのは、Aから通電等の激しい暴行、虐待を受けることを恐れてやむなくその指示に従ったからではなく、B一家の者たちを殺害することが、何よりも被告人自身及びAの刑事責任を免れるという両名に共通の利益となるものであったからである。（中略）

もう一点本件において重要な意味を持つのは、被告人が終始Aに対して抱いていた、断ち難い未練とでも呼ぶべき特別の感情である。（中略）

なお、DV被害者が、加害者に反撃し、あるいは、以後の虐待を恐れて加害者に対する抵抗意志を失ってその意のままになるという事態は容易に推察し得るところであるが、虐待の被害者であるが故に加害者以外の第三者を攻撃し、殺害までするということは通常考えにくい。長年にわたって多数のDV被害者から相談を受けてきたEも、DVの被害者が加害者に反撃した例は多数あるが、加害者以外の第三者に対する加害行為としては、当該被害者の子供を加害の対象にした事例しか知らない旨証言している。人を殺してはならないという行為規範は極めて簡明・明白であるのに、これに従わず、かくも理不尽で冷酷残忍な殺害行為に及んだ被告人について、DV被害者であることを過度に斟酌することは相当ではないと思料する。

この事件についての見方は、第一審判決や最高裁反対意見と控訴審判決や最高裁多数意見とで正反対であるといえる。第一審判決は強度の心理的服従関係が生じていたとしても、法的見地からみると、主犯者の意図に同調し、それなりに主体的で積極的な意思で犯行に加担したと評価し、最高裁反対意見も、被告人は自己の利益のために犯行を行ったと評価している。これに対して、控訴審判決は、正常な判断能力が低下していた可能性は否定できず、適法行為の期待可能性は、相当程度限定的なものであったと評価している。最高裁多数意見も、指示に従わないことが難しい心理状態にあった、として、控訴審判決の評価を是認している。

しかし見逃してはならないのは、両者の判断の分かれ目は、通電や暴行などを繰り返し受け続ける中で犯罪に手を染めるよう命令を受けた場合に、なお抵抗できるのかどうかにはない、という点である。第一審判決も心理的服従関係にあったことは認めており、最高裁反対意見もまたDV被害者が加害者の意のままになることは認めているのであって、いずれも、抵抗が難しかったこと自体は前提としている。真の判断の分かれ目は、第三者の生命を奪うような行為については、高い規範障害があるはずだから、いくら支配服従関係にあっても、期待可能性が低下することは、「法的見地からは」認められないと考えるかどうかである。

（３）尼崎連続不審死事件

本件は、主犯者が、些細な弱みにつけこんで恫喝・脅迫して家族全体を支配する「家族乗っ取り」を複数回起こし、親族間での暴力を強要したり、飲食や睡眠を制限するなどの虐待を行い、家庭崩壊に追い込み、少なくとも６名を殺害したとされる事案である²。主犯者は、起訴前勾留中に留置

2 本件についてのルポルタージュとして、小野一光『新版・家族喰い——尼崎連続変死事件の真相』（文芸春秋、2017年）、一橋文哉『モンスター——尼崎連続殺人事件の真実』（講談社、2015年）がある。

場で自殺を遂げている。

本件で裁判を受けた被告人は9名にのぼるが、ここでは、被告人Aが元妻C、Cの姉Bとともに、主犯者（以下では、D）の指示の下で、BとCの実母（以下では、F）を居室に監禁し、虐待を継続的に加えて死亡させ、死体を遺棄した傷害致死等事件（Aについては、別途Bに対する傷害、逮捕監禁にも問われている。以下では①事件）を中心的に検討したい。

第一審判決（神戸地判平25・10・31LEX/DB25502421）では、被告人Aにつき懲役5年、同B及び同Cにつきそれぞれ懲役4年が求刑されたのに対し、以下の理由から、被告人Aは懲役3年6月、同Bは懲役3年執行猶予4年、同Cは懲役2年執行猶予3年に処されている。

本件鑑定は、被告人3名のいずれについても、生物学的要素としての精神の障害を根拠として上記の結論に至っているものではなく、学習性無力感ないしは心理的監禁状態などという、専ら心理学上の概念から上記の結論を導いているにすぎず、責任能力の判断において前提条件となる精神の障害の認定を欠くものといわざるを得ない。

本件鑑定は、専ら心理学的な考察から被告人3名に前記〔1〕〔2〕の各能力がないなどとの結論を導いているが、その判断は、Dの言動等により各被告人がそれぞれ心理的にどのような影響を受けたのかを具体的に考察しているものであり、実質的に見れば、本件各犯行当時の具体的な状況を前提とすると、被告人3名に本件各犯行に及ばないことを期待することはできなかった、すなわち、期待可能性がなかったとの趣旨をいうものと理解することもできる。したがって、被告人3名の期待可能性の有無を検討するに当たり、本件鑑定における心理学的考察については、その前提条件に問題があったりするなど、これを採用し得ない合理的事情が認められるのでない限り、その意見を十分尊重すべきであると考えられる（最判平成20年4月25日・刑集62巻5号1559頁参照）。（中略）

期待可能性の理論による責任の阻却は極限的な場合に初めて認められるべきも

のであるところ、被告人3名は、本件各犯行当時、Dから常時監視されていたわけではなく、第1の1の犯行を開始する時点で、Dを恐れて逃げたがっていたFを本件居室から逃がしたり、自身らが本件居室から逃げて警察に保護を求めるなどの行動に出て、本件各犯行に及ばないことが物理的に十分に可能であったことなどにも照らすと、本件各犯行当時、被告人3名のいずれについても期待可能性はあったと認められる。(中略)

被告人3名はそれぞれ相応の刑事責任を負うべきであって、特に被告人Aは、理不尽かつ粗暴な言動が顕著なDを恐れながらも、Dに依存して生きる道を選択し、その指示に盲従するようになったという面があり、当初から、自身や家族らを守るために勇気をもってDに自分の意見を主張し続けたりしていないのはもとより、Dの影響下から逃れようとしたりする行動にも出ておらず、そのようなAの態度が原因で、妻であった被告人Cやその姉の被告人Bがついには第1の各犯行に加担することになったともいえるのであって、被告人Aについては、とりわけその刑事責任は重いというべきである。

もっとも、他方において、本件各犯行の首謀者はDであり、同人と関わらなければ被告人3名が本件各犯行に及ばなかったことは明らかである上、3名ともDから暴行等の虐待行為を受けていた被害者という一面がある。

しかし、被告人Aについては、上記のとおり、その刑事責任は最も重く、同被告人のために酌むべき諸事情を十分考慮しても、主文のとおりの実刑は免れない。

一方、被告人Cが受けた虐待行為は苛烈であって、同被告人については、第1の1の各犯行当時、期待可能性が減少していた上、当時の体力等からみて同被告人の第1の各犯行への関与も限定的であったと考えられること、また、被告人Bは、自身にとっては何の利益にもならないA一家の問題に巻き込まれたとの感を拭えない上、最終的に、自身の保護を求めるためとはいえ、第1の各犯行につき自首をした結果、本件が摘発されることとなったことなどに照らすと、被告人Cについて刑の酌量減軽をした上で、被告人Bと同Cに対し、いずれもその刑の執行を猶予するのが相当である。

これに対して、控訴審判決（大阪高判平26・10・3LEX/DB25505292）は、被告人B、同Cからの控訴は棄却しつつ、被告人Aについての原判決を破棄し、懲役3年執行猶予5年を言い渡している。

各弁護人は、それぞれ、被告人らは、学習性無力感に陥って異常な精神状態となっており、本件犯行当時精神の障害があったと認められるとして、本件鑑定を採用しなかった一審判決の判断を争う。しかし、本件鑑定は、各被告人につき明らかな精神障害があったとまではいえないとし、G医師も、一審公判廷において、被告人らは精神障害に罹患していたわけではない旨明確に述べていて、Dの指示を批判的にとらえることのできない学習性無力感に陥っていたなどとし、前記のように各人の責任能力の有無、程度についての判断を導くものであるところ、学習性無力感それ自体は心理学上の概念（心理状態）であるのに、それ以外に精神障害の存在を認定せずに直ちに先の結論を導いており、本件鑑定はこの点で合理的な判断とはいえないといわざるを得ない。それを描いて、その学習性無力感に陥った状態が精神障害と呼ぶべきものに相当すると評価したとしても、本件鑑定では、それによりいかなる精神の状態または症状を呈し、それが各犯行の動機形成や当時の被告人らの行動にどのような影響を及ぼしたかにつき具体的かつ十分な検討がなされていないなど、確立した責任能力に関する鑑定判断の在り方とかけ離れた検討過程を経るものであって、これを採用すべきではない合理的な事情が認められるものである。（中略）

一審判決がいうように、本件鑑定には一義的に、被告人3名につき期待可能性がなかった旨述べるところがなく、これに当たったG医師らが法律上の期待可能性概念について必要な理解を有していたかについても、これを認めることができる根拠はなく、疑問とせざるを得ないのに、そのような本件鑑定をもって、実質的に見れば被告人3名には法的概念としての期待可能性がなかったという趣旨であると解することが相当かどうか自体疑問といわざるを得ない。仮に本件鑑定をもってそのような趣旨のものと解することが全く不可能ではないとしても、一審

判決が摘示し、その検討判断の前提としていると解される最高裁判所判決の判示は、臨床精神医学上の専門的知見を要する精神鑑定等が責任能力の判断において占める位置づけなどを踏まえ、精神医学上の鑑定意見等が証拠となっている場合における裁判所の責任能力の有無、程度についての判断の在り方をあらわしたものにほかならないのに、そのような同判決の考え方が、本件の期待可能性の判断に当たっても、一審判決がいうような形でそのまま妥当するものと考えてよいのかも疑問とせざるを得ないものである。一審判決が「本件鑑定の各意見を採用し得ない合理的事情」の有無を検討するに当たって評価判断する内容については、それらのみをみれば特段不当な点は見受けられないけれども、以上のように、一審判決の期待可能性の検討手法、特に本件鑑定の取扱いには賛同し難いところがあるといわざるを得ない。(中略)

一審判決の説示中、Aに対する量刑とBらに対するそれとの間に差異が設けられた理由として理解できるのは、要するところ、〔ア〕AはBに対する原判示第2の犯行を行ったという点、〔イ〕AはDを恐れながらも、同人に依存して生きる道を選択しその指示に盲従するようになった面があり、当初から自身や家族を守るために勇気をもってDに自分の意見を主張し続け、あるいはその影響下から逃れようとする行動にも出ず、そのようなAの態度が原因で、CやBが原判示第1の各犯行に加担することになったともいえる点、〔ウ〕Cは苛烈な虐待を受け、傷害致死の犯行当時期待可能性が減弱しており、当時の体力等からみて各犯行への関与も限定的であり、Bは、何の利益にもならないA一家の問題に巻き込まれたとの感が拭えず、自身の保護を求めるためとはいえ、自首をした結果本件が摘発された点である。

まず、一審判決の前記〔イ〕の説示に係る事情については、「同人に依存して生きる道を選択しその指示に盲従するようになった面があ」などとする部分が、AやB及びCの一審被告人質問の結果等に照らし相当な裏付けを伴った合理的な評価認定といえるか疑わしいところではあるけれども、そのような説示が取りあえず妥当なものであったとしても、その点は、被告人らとDらとの人間関係が形

成されたいきさつであるとか、各犯行との関係ではその遠因ないし発端といったものに位置づけられるにとどまるのであって、量刑上最も重要なFの死亡という法益侵害結果やその危険を伴う一連の行為に直接的、具体的に結びつくものではなく、各犯行を通じてDの指図こそがその決定的な要因となったと認められることにも照らすと、少なくとも、前記説示に係る事情は、Aに対しBやCと比較して特に重い刑を選択することを根拠づけ得るものではないというべきである。そのほか、AのBに対する原判示第2の各犯行は、Fに対するそれと比較して犯情の点で明らかに軽微なものであって、しかも、BはAを宥恕しており、一審判決の前記〔ア〕の説示に係る事情もBらに対する量刑と大きな軽重の差をもたらすものとは考えられない。前記〔ウ〕の説示についても、先のとおり、C及びBが相通じてFに執拗に暴行を加え、それが同人の死亡の直接の引き金となったと認められる以上、そのような暴行には直接及んだわけではないAに対する量刑と比較して特に軽い量刑を導く事情とは評価できない。以上の一審判決の説示に係る諸事情は、もとより量刑事情の一部として考慮することが許されないものではなく、これらを総合すれば、Aに対しBやCより多少重い刑が定められることの根拠にはなるにせよ、刑の執行猶予の有無を含め、一審判決が行ったような量刑判断の差異を説明できるほどの大きな意味をもつ事情とは評価できない。

なお、被告人A、同Bはさらに上告を行ったが、最高裁（最決平27・10・13LEX/DB25541808）は適法な上告理由に当たらないとして上告を棄却している。

本件では、支配服従類型を責任能力と期待可能性のどちらで論じるべきかが問題になっている。この点については後に検討する。

ここで確認しておくべきは、両判決における被告人Aの刑事責任についての評価の違いである。第一審判決は、被告人AはDに依存して生きる道を選択するという主体性が残されていたと評価したのに対し、控訴審判決は、その評価自体の合理性を疑いつつ、仮に妥当な評価だったとしても、

犯行の遠因ないし発端に過ぎず、犯行に直接的、具体的に結びつくものではないとしている。ここには、期待可能性の判断方法についての相違があり、検討を要する。

もう一件、被告人が妻Aとともに主犯者Bら8名で共同生活していたマンションから逃亡したことの制裁として、Aと共にベランダに設置されていた物置に監禁され、その後、被告人だけ許された後にAを監禁し虐待を加え衰弱死させ殺害した事件、共同生活していた家政婦的な役割のIを監禁した事件、共同生活していたJを監禁し虐待を加え衰弱死させ殺害した事件、Jの死体を搬出して遺棄した逮捕監禁、殺人、死体遺棄、監禁被告事件（以下では、②事件）についても紹介したい。この事件では、裁判所に提出された鑑定の内容が公開されている³。

第一審裁判所（神戸地判平27・3・19LEX/DB25540679）では、求刑が懲役8年と12年、弁護人の科刑意見が懲役7年であったのに対し、判決は懲役6年と9年を言い渡している。この事件では、A、Iに対する事件とJに対する事件の間に確定判決があったため、主文が2つになっているが、裁判所は各罪の罪質がほぼ同じであることなどから、全体として量刑判断を行った後に、各犯情に応じて刑を定める、としている。そのうえで犯行全体の違法性は無期懲役を下回らないが、A、Iに対する犯行における被告人の役割は従属的である一方、Jに対する犯行における被告人の寄与度は大きいとして、負わせるべき責任の上限は20年から23年の刑期に相当するとする。そして、以下の通り、非難を軽減すべき事情があることなどからすると、全体としては懲役15年とするのが相当であるとして、前述した刑が言い渡されている。

被告人には本件各犯行に関与するに至った理由において、次のとおり、非難を

3 村山満明・大倉得史（編）『尼崎事件——支配・服従の心理分析』（現代人文社、2020年）。

軽減すべき事情がある。

まず、平成20年7月頃から同年9月頃までの間、被告人自身も、Aと同様に物置内に監禁されて過酷な虐待を受けており、その間はずっと、その後しばらくは、Bに逆らえば再び監禁や虐待を受けるかも知れないという緊張感の中に置かれていた上、逃げ出しても親族や友人の下にBらが押しかけて迷惑を掛けることが予想されたことから、Bの意向に従わざるを得なかったという事情がある。被告人は、そのような事情の下で、Bに服従するB家の一員としてKの居室で生活するなどの消極的な態様で、AやIに対する犯行に加担したにとどまるから、その意思決定に対する非難の程度はかなり軽減されるというべきである。

また、Jに対する犯行についても、依然としてBの下から逃げ出せば親族や友人に迷惑を掛けることが予想される中で、Bに服従するB家の最下層の者として汚れ役を押しつけられていたという事情がある。もっとも、被告人は、Aらが死に追いやられるのを目の当たりにしたのに、その後もKにとどまり、逃亡する機会は十分あったにもかかわらず、Bの下から逃げ出そうとしていない。また、被告人は、万引きをして逮捕、勾留され、裁判を受けた際にも、Bらによる暗黙裏の圧力はあったにせよ、Aらのことを警察官などに打ち明けていない。JがBの怒りを買って逮捕監禁されることになった時も、被告人はそれを当然のことと受け止めてJを緊縛し、その際には、Jを大人しくさせるために暴力を振るっている。このような被告人の態度からすると、Jに対する犯行時の被告人は、B家の一員としての自覚に基づき、自らの判断で行動していた面もあったといえる。そうすると、Jに対する犯行に関しても、依然としてBの影響下にあったこと自体は否定できないという点で、その意思決定に対する非難を軽減すべき部分がないわけではないが、その程度はかなり小さいといわざるを得ない。

弁護人は、被告人は、平成20年9月下旬頃には、Bに対する恐怖によって支配され、Bに命じられたことをロボットのように実行するしかない心理状態になっており、そのような心理状態がその後も続いていたから、Aらに対する犯行だけでなく、Jに対する犯行に対しても強い非難を向けることはできない旨主張し、

証人Lも心理学者の立場から、被告人の心理状態について弁護人の上記主張に沿う供述をする。

確かに、Bらによる監禁や虐待から解放されてしばらくの間の被告人の心理状態は、それを「ロボット」などと表現することが的確か否かはさておき、前記のとおり、Bに逆らえば再び監禁や虐待を受けるかも知れないという緊張感を伴う特異なものであったことがうかがえる。しかし、Jに対する犯行時は、被告人が自身に対する監禁や虐待から解放されて3年近くが経過していたことに加え、その間の前記のような被告人の態度に照らすと、監禁や虐待から解放されてしばらくの間のような特異な心理状態にあったとは考えがたい。よって、弁護人の主張は採用できない。

その他の被告人に対する判決を簡単に見ておくと、保険金目的殺人、監禁虐待殺人などに問われた事件（以下では、③事件）について、神戸地判平27・3・18（LEX/DB25540678）は、「被告人の関与をみると、家族会議において、死を決意しない被害者につかみかかろうとしたり、沖縄旅行に同行して飛び降り場面に同席したりするなどしているが、計画を考案して主導し、Dとともに虐待の大半を行ったBに比して、その関与の程度は低く、従属的なものととどまる。加えて、被告人は犯行当時未成年であり、自己の行為の意味ないし是非を判断する能力が成人に比して未熟であったことや、Bの子としてJ1家の中で生まれ育ち、基本的な学校教育を受ける機会も与えられなかったことなどからすると、被告人においてBの計画に反対したり、J1家から逃げ出したりすることが困難だったことは否定できない。そうすると、被告人が犯行に至った意思決定に対する非難は、かなりの程度弱まる。」と評価している。そのうえで、殺人を2件以上犯した場合の量刑分布をみると、概ね懲役20年以上に分布しているが、各犯行に至った意思決定に対する非難の程度がかなり弱まるという事情があるから、両事件の行為責任の範囲は、懲役20年を下回る、として、求刑が懲

役25年だったところ、懲役17年に処している。

被告人3名が保険金目的殺人、監禁虐待殺人、逮捕監禁傷害致死などに問われた事件（以下では、④事件）について、神戸地判平27・9・16（裁判所ウェブサイト）は、「被告人3名とも、DによってG1家に取り込まれ（Cについても、一旦G1家から抜け出した後、Dに連れ戻され）、その後、G1家で生活する中で、絶対的な存在であるDの意向に逆らうことが不可能ではなかったものの相当困難であったことは否定できないから、そのような状況下においてDの意向に従って本件に関与したという経緯には、一定の酌量の余地がある。」と評価している。そのうえで、殺人を2件以上犯した場合の量刑分布をみると、概ね懲役20年以上に分布しているが、本件では、被告人らの犯行への関与が従属的なものととどまる上、犯行に関与するに至った経緯に一定の酌量の余地があることや共犯者との刑の均衡などを考慮すれば、両事件の行為責任の範囲は、懲役20年を下回るとし、これに他に成立する各犯罪の行為責任を加味すれば、全ての事件を併せた被告人3名の行為責任の範囲は懲役20年を少し上回る、として、各被告人への求刑が懲役30年であったところ、懲役21年を言い渡している。その後大阪高判平28・5・25（LEX/DB25543650）で控訴棄却、最決平30・6・20（LEX/DB25561176）で上告棄却となり、判決が確定している。

保険金目的殺人、監禁虐待殺人、逮捕監禁殺人に問われた事件（以下では、⑤事件）で、神戸地判平28・2・12（裁判所ウェブサイト）は、「Gは、被告人が17歳の時にその自宅に乗り込み、Rの扱いに関し因縁を付けて被告人の両親を責めた上、高圧的で相手に有無を言わせない語り口によって両親やその親族をも屈服させた。さらに、Gは、親族同士で互いに暴力を振るわせるなどして被告人を取り巻く家族関係や親族関係を崩壊させたほか、被告人の目の前で被告人の母Bを虐待することにより、被告人がBに対して幻滅し、自分に従うように仕向けた。そして、Bらが行方を（龍法 '24）56-4, 324（1032）

くまますと、被告人は、O家の一員となるべくHに住むことになり、Gの支配する閉鎖的な集団の中で生活するようになった。被告人は、Gの下で日常的に暴力等の虐待行為を目にしたり、それによって人が死亡する場面に接するうち、次第に、親しい者同士の暴力を肯定するG独自の価値観を受入れ、虐待行為や人の死に大きな抵抗感を抱かないという異常な価値判断や感覚を否応なしに身に付けていったものと考えられる。被告人が本件各犯行に加担した背景には、このような被告人において容易に抗えないGの強い影響が存在したことは否定できず、この点は、被告人に対する非難を減ずる事情というべきである。もっとも、上記のようなGの影響は、事件や時期によって濃淡があり、特に、Dに対する犯行については、被告人が自分の判断でGに追従した面も小さくないから、非難を減ずるにも限度がある。」と述べて、求刑が懲役30年であったのに対し、懲役23年を言い渡している。

以上に対して、保険金目的殺人、傷害致死、監禁虐待殺人、逮捕監禁殺人死体遺棄などに問われた事件（以下では、⑥事件）について、神戸地判平27・11・13（判時2337号97頁）では、「被告人は、A一家における序列が低いからこそ、Aの意向に沿うように自ら考えて行動してきたと認められ（そのような面があったことは被告人自身も認めている。）、進んで『汚れ役』を果たしていたのであるから、Aとの関係を除けば、地位の低さをもって刑事責任を軽くする理由とすることはできない。」と述べて、支配服従関係については特に言及することなく、求刑が無期懲役であったところ、無期懲役に処していた。その控訴審である大阪高判平29・3・17（裁判所ウェブサイト）では、支配服従関係の評価が争点となっているが、判決は、「Bは、被告人の母親とその再婚相手であるOの借金問題の解決などを口実に被告人の家庭に介入し、そのことにより被告人は、妻と離婚し、甲でBらと共同生活を送るようになったこと、被告人がBに従うようになったのは、主体性に乏しく、他者に依存的な被告人の人格傾向が関係し

ていることがうかがわれ、被告人が本件各犯行に加担した背景にはBの強い影響力があったことは否定できない。しかしながら、被告人は、Bと知り合った当時、社会人として働いており、社会経験を重ねていたことからすると、それなりに判断能力を有していたと考えられるから、Bの犯罪行為を警察に通報するなどして同人との関係を断ち切ることもできたというべきである。また、被告人自身がKに対する虐待方法を考え出してBに提案することもあったことや、Bの意向に従っていれば、働かなくても生活できたことから、自分の意思でA家での生活を選択したこともうかがわれる。そうすると、所論指摘の事情は被告人の刑事責任を減ずる要素ではあるが、これを考慮しても、原判決の量刑を変更すべきものとは認められない。」と述べて、控訴を棄却している。その後、最決平30・3・6 (LEX/DB25560448) にて、上告が棄却され判決が確定している。

以上をまとめると、一連の事件での裁判結果は以下の通りとなる。それぞれ中心となる事件の内容が異なっており、①は傷害致死、②③④は殺人2件、⑤⑥は殺人3件である。

	裁判期日	求刑	判決
①	神戸地判平25・10・31 →大阪高判平26・10・3	A：懲役5年 B：懲役4年 C：懲役4年	A：懲役3年6月→懲役3年執行猶予5年 B：懲役3年執行猶予4年 C：懲役2年執行猶予3年
②	神戸地判平27・3・19	懲役8年と12年	懲役6年と9年
③	神戸地判平27・3・18	懲役25年	懲役17年
④	神戸地判平27・9・16 →大阪高判平28・5・25 →最決平30・6・20	懲役30年	懲役21年
⑤	神戸地判平28・2・12	懲役30年	懲役23年
⑥	神戸地判平27・11・13 →大阪高判平29・3・17 →最決平30・3・6	無期懲役	無期懲役

こうして概観すると、⑥事件以外では程度の差こそあれ、被告人の刑事責任は軽く評価されていることが分かる。⑥事件に関して、大阪高裁が、社会経験を有していたという理由で自ら関係を断ち切ることができたはずである、と評価する点は、支配服従類型では一般にそう言い切れない点に難しさがあることからすると、直ちには賛同し難しいものの、自ら虐待方法を考案するなどの主体性の余地があった点は、確かに他の被告人よりも刑事責任を重く評価することにつながると思われる。また同判決も、刑事責任を減ずる要素が存在すること自体は認めており、あくまでもその程度が大きくないと判断したものである。⑥事件では、無期懲役という、対応する犯情に、死刑にわずかに及ばないものから有期刑の上限では賄えないとされるものまで大きな幅のある刑が基準となっていたため、減軽するまでには至らなかったものであり、有期刑が基準となっていれば、一定の減軽がされた可能性はあったものと思われる。

その他の事件については、①事件以外は、事案の重さだけからすると、極刑も視野に入る事件であることからすると、裁判所は、はっきりと刑を減軽したことが分かる程度には刑事責任の減少が考慮されているといつてよいと思われる。①事件についても、全ての被告人に執行猶予が付されていることからすると、同様に、はっきりと刑を減軽したことが分かる程度に刑事責任の減少が考慮されている。

（３）篠栗児童餓死事件

本件は、３児の母親である被告人が、幼稚園のママ友である主犯者から、他のママ友から裁判を起こされそうになっているとの架空の話により多額の示談金等を騙し取られ、夫が浮気しているとの嘘を吹き込まれ、離婚し、その後も多額の金銭を主犯者に渡すようになった結果、食事を含め生活全般を主犯者に頼らざるを得なくなり、主犯者の指示で、５歳の三男をクローゼットに閉じ込めたり、食事を与えなかったりした結果、三男の体重

が10キログラムにまで減少するとともに、自らも、十分な食事を摂ることができず、三男を一晩中見張ることを指示され、睡眠を十分に取ることができない状況で、三男が餓死した、というものである。主犯者には懲役15年が求刑され、判決も懲役15年となり、確定している。

第一審（福岡地判令4・6・17裁判所ウェブサイト）は、以下のように述べたうえで、本件は、子に対する保護責任者遺棄致死事件の中で、極めて重い部類のものとはいえないが執行猶予を付するほど軽い事案ということとはできない、として、求刑が懲役10年であったところ、懲役5年を言い渡している

被告人が共犯者から数々の嘘によって経済的に搾取され、心理的にも支配されて、生活全般を共犯者から実質的に支配されていた被害者としての側面があり、これが被告人が本件犯行に及んだ主要因となっていたことからすると、本件犯行における被告人の意思決定を強く非難することはできない。

この点、検察官は、被告人が被害者の命より共犯者との関係維持や元夫への慰謝料請求裁判に勝つことを優先させたと指摘し、強い非難が及ぶべきであると主張するが、本件犯行当時の被告人の置かれた状況に照らせば、共犯者から食料が提供されなくなることなどを危惧してその指示に従わざるを得ないと判断した心情や、困窮する生活から脱却するため裁判に勝訴することに一縷の望みを託した心情は、相応に理解できるのであって、検察官の見方に与することはできない。

しかし、子供に十分な食事を与えることは同居親として絶対に果たさなければならない本質的かつ基本的な責任である。まして、被告人は、本件犯行当時被害者が、長期間にわたって極めて不十分な食事しか与えられず、異常に痩せ細っていたことや、繰り返し激しい頭痛を訴えるなど体調不良に陥っていたことを明確に認識していた上、自身のスマートフォン内に共犯者に対する不満を記すなど、自分で考えたり判断したりする能力は残されており、共犯者が被害者に罵声を浴びせたり、食事を抜いたりすることが虐待だと認識していたというのである。こ

うした事情に照らすと、当時、子供らと一緒に生活したいという気持ちが強く、共犯者の指示に背くことが困難な状況にあったことを踏まえてもなお、被告人には、親族に助けを求めるなどして被害者に十分な食事を与えるという生命・身体を保護する行動を取ることが期待可能であったとみるべきであり、その責任を果たせなかったことについてはやはり一定の非難を免れない。

被告人は量刑不当で控訴したが、控訴審（福岡高判令4・11・9裁判所ウェブサイト）は、「親族に助けを求めるなどして被害者の生命・身体を保護する行動を取ることが期待可能であった、とする原判決の説示に不合理な点はない。」としたうえで、以下のように述べて、控訴を棄却し、第一審判決が確定している。

所論は、〔1〕本件は、被告人が常に被害者ら子供の食料を得るために共犯者の指示に従っていたという特殊な背景があり、他の虐待事案とは異なるところ、被害者の父、被告人の母や姉、長男は、いずれも被告人の処罰を望んでいない、〔2〕被告人には、共犯者からマインドコントロールを受けていたという被害者としての側面があり、共犯者による心理的な支配の影響が強く残る被告人の更生のためには、一日も早い社会復帰が必要不可欠である、〔3〕共犯者の支配欲の犠牲になった被害者でもある被告人を実刑に処することは被告人の責任非難の程度に照らし相当ではない、といったことからすると、原判決の量刑は重すぎる、という。

しかしながら、所論〔1〕については、原判決は、本件が、他の虐待事案とは異なり、被告人が生活全般を共犯者から実質的に支配されていた被害者としての側面があることなどを踏まえて犯情を評価した上、被告人の母の支援の意向等の一般情状も考慮し、懲役5年が相当である旨説示しており、被害者の親族らが被告人の処罰を望んでいないことは、当然、量刑判断の前提としていえると考えられる。

所論〔2〕については、刑罰の基本は行為責任であるから、被告人の更生のためにも一日も早い社会復帰が必要であるからといって、それだけで刑を軽くすべき事情があるとはいえない。

所論〔3〕については、本件犯行の客観面の悪質さに加え、生活全般を共犯者から実質的に支配されていた被告人の本件犯行における意思決定を強く非難できないことなども踏まえて、本件の犯情を評価した原判決の判断に不合理な点はなく、所論のように、責任非難の程度の低さを殊更に強調する見解にくみすることはできない。

本件でも、主犯者の3分の1の刑が言い渡されていることからすると、裁判所は大幅な責任非難の減少を認めている。弁護人は、執行猶予が付されるような更なる刑の減軽を求めていたと思われるが、第一審判決は、「子供に十分な食事を与えることは同居親として絶対に果たさなければならない本質的かつ基本的な責任である」として、法的観点から、安易な免責を戒めている。とはいえ、注目すべきなのは、こうした法的観点からの責任追及という発想が、北九州監禁殺人事件の第一審判決や最高裁反対意見のような期待可能性の低下を否定する論拠としてではなく、期待可能性の不存在を否定する論拠として用いられていることである。本件では、期待可能性が低下していたことは、当然の前提のように扱われている。

3. マインドコントロール

（1）マインドコントロールの概念

裁判例の分析に先立ち、マインドコントロールの概念について簡単に概観しておきたい。この概念はカルトについて考察する中で生まれたものである。破壊的カルトについてのみこの概念を用いるべきとの見解もあるが⁴、スポーツや研究など向社会的な活動に打ち込むことも一種のマイン

ドコントロールともいえるとして、広い意味でこの概念を用いることも可能である。本稿との関係では、支配服従類型は、破壊的カルトではないため、より広義に理解しておく必要があることを確認しておく。

マインドコントロールは、①情報入力を制限したり、過剰にしたりする、②脳を慢性疲労状態におき、考える余力を奪う、③確信をもって救済や不朽の意味を約束する、④愛情や共感のポーズを積極的に示す、⑤自己判断を許さず、依存状態に置き続ける、という5つの原理を用いている、との指摘がある⁵。

ただし、マインドコントロールは、依存的パーソナリティ、強い愛着不安、高い被暗示性、バランスの悪い自己愛、支持環境の脆弱さなどの性格特性と関係があるともいわれている⁶。同じ環境に置かれても、マインドコントロールを受けやすい人とそうではない人がいることになる。

支配服従類型で用いられている虐待も、強制の一手段であるといえる。ただし、マインドコントロールとは支配者の望む行動を自発的に行う場合であり、虐待等をされる事案は飽くまで強制されている点に相違があるとの見解もある⁷。人格の置き換えまでは起こっておらず、自律的な意思の発揮自体が不可能な状態になっているというのである。なお、篠栗児童餓死事件を念頭に置けば、虐待といっても、身体的ないし精神的虐待だけでなく、経済的虐待も含まれることになる。手段としての虐待もまた広い概念である。

(2) マインドコントロールの鑑定の性質

尼崎連続不審死事件①事件の裁判で問題になったように、マインドコン

4 西田公昭『マインド・コントロールとは何か』（紀伊國屋書店、1995年）8頁。

5 岡田尊司『マインド・コントロール〔増補改訂版〕』（文芸春秋、2022年）214頁。

6 岡田・前掲注（5）64頁。

7 村山・大倉・前掲注（3）281頁。

トロールとは心理学上の概念であり、その鑑定は心理学鑑定となる。注意すべきなのは、このことは、鑑定人が心理学者であることと同義ではない、ということである。鑑定人が精神医学者であったとしても、心理学上の概念を用いて事件の発生メカニズムを説明していれば、それは心理学鑑定である。精神医学者の論者から、マインドコントロールは、解離ないし感応精神病と等価な状態であるとの主張もされているが⁸、マインドコントロールでは、古典的解離の指標である意識の断絶は減多に起こらないとされ⁹、また感応は共同被害という妄想が連帯感を強化することで妄想を強めあうとされており¹⁰、マインドコントロールとして想定されている場合とは様相を異にしている。将来的にマインドコントロールの臨床像が確立して、精神障害として認知される可能性は否定されないものの、現時点では精神障害であると考えるのは難しいと思われる。

心理学者の手によるマインドコントロールの鑑定をみると、そこで行われているのは、基本的にはどのようなメカニズムでマインドコントロールが起こるのかの解明であり、マインドコントロールが生じた場合にどの程度支配服従関係が発生するかは解明の対象とされていないようにみえる。尼崎連続不審死事件②事件の鑑定は、被告人は、激しい虐待や脅迫、生理的欲求の制限などを繰り返し加えられて抵抗力を奪われ、また周囲の人間関係や社会関係から切り離されることによって、支配者の意のままに動く操り人形と化し、心的外傷性ロボット症候群に陥っていたと判断している。そしてロボット症に陥ると、支配者から与えられた役割や、許された行動の範囲内において主体的に行動することはできるが、主動性（イニシア

8 高橋紳吾「洗脳、マインドコントロールの責任能力」精神科治療学17巻5号（2002年）550頁。

9 高橋紳吾「マインドコントロールからみた『解離』」日本社会精神医学会雑誌6巻1号（1997年）68頁。

10 高橋紳吾「マインドコントロールの精神病理」臨床精神病理16号（1995年）120頁。

タイプ) が喪失するため、支配者の意向に反するようなことは通常、行動の可能性として思いつきもしない、とされる¹¹。この説明を文字通りに受け止めると期待不可能という評価に至るようにも思えるが、鑑定人自身も、弁識に従って行動する能力は著しく減退した状態にあったとはいえるとするものの、完全な喪失とまでは言えない、としている¹²。主動性が喪失するといっても程度問題として考えられているようにみえるが、その点を外形的な出来事を手掛かりに明らかにすることは難しいように思われる。

このことは心理学鑑定と精神鑑定との異同に関わるものと思われる。精神鑑定においては、確立した病態像への当てはめが行われる。近時の操作的診断手法の普及も診断にブレが生じないようにするための努力であると評価することができる。病態像が明らかになっていれば、特定の症状の是非弁別能力及び行動制御能力への影響の有無及び程度を経験的に判断することができる。このため、尼崎連続不審死事件①事件の第一審でも言及されていた判例（最判平20・4・25刑集62巻5号1559頁）は、精神鑑定については、前提条件等に問題がなければ、生物学的要素である精神障害の有無・程度とこれが心理学的要素に与えた影響の有無・程度について、鑑定意見を十分に尊重すべきと判示したと考えられる。

これに対して心理学鑑定の場合は、確立した臨床像への当てはめではなく、既存の心理学概念を参照しつつも、個別のケースの心理学的特徴をよりよく示そうとするのではないかとと思われる。①事件の鑑定は学習性無力感という概念を用いて、被告人の心理の解明を行っているが、②事件の鑑定は、マインドコントロールを学習性無力感の概念で読み解くことについて批判的である¹³。鑑定人により、診断名が異なることは精神鑑定でも起

11 村山・大倉・前掲注（3）289頁。

12 村山・大倉・前掲注（3）293頁。

13 村山・大倉・前掲注（3）119頁。内面には激しい葛藤を抱えており、ときに激しい反発心や怒りの感情を回復することもある点で、学習性無力感とは異なっているとされる。

きうることであるから、これは心理学鑑定の特徴とはいえない。しかし、②事件の鑑定がロボット症候群という概念を新規に生み出して、事態の解明を行っていることは、精神鑑定では生じ得ないことであると思われる。これらの鑑定が、敢えてマインドコントロールとは異なる概念を用いているのは、マインドコントロールの典型として論じられてきた事例が、後に見るオウム事件がそうであったように、支配者の価値観を内面化し、それに積極的に同調するものであるのに対し、支配服従類型では、支配者により支配された結果、抵抗する気力を失い、唯々諸々と従っているようにみえるからだと思われる。ただし、尼崎連続不審死事件⑥事件のように両者の中間に位置するようにみえる類型もある。概念の外縁が明確になっていないことは否めない。そして、概念が明確でない以上、診断が確立することも期待できない。そうであれば、ある心理状態が是非弁別能力や行動制御能力に影響したか否か、影響した場合のその程度について、経験的に把握することも難しい。そのため、心理学鑑定について、判例が精神鑑定について述べたことを当てはめることは難しい。そのため、①事件の裁判例が述べるように、支配服従類型では責任能力ではなく期待可能性の問題として検討することになるとと思われる¹⁴。また、①事件第一審判決は、期待可能性の概念により把握しておきながら、責任能力鑑定に関する判例を引用しているが、控訴審判決が指摘するように、当該判例を期待可能性判断に援用することは適切ではないことになる。

ただし以上のように考えることは、マインドコントロールが問題になる事案で専門家による鑑定を実施しなくてよいということを意味しない。通常の心理状態でないことを明らかにするために、心理学鑑定は不可欠であ

14 筆者はかつて、支配服従類型においてマインドコントロールという心理学的概念によってしか把握されないとしても、その背後には精神障害があるはずであるから、責任能力の問題として検討すべきであると考えていた（本庄武「責任能力と期待可能性の関係」新・判例解説Watch17号（2015年）191頁）。しかし本文に述べる理由から見解を改める。

る。

4. 期待可能性判断

(1) 類似先例との異同

実は、本稿で紹介した3事件以前にも、類似の事例が存在していた。裁判所（仙台高判平9・3・13高裁刑速（平9）143頁）は以下のように述べて、犯行への特段の影響を否定している。

当時被告人は、自らも自己の夫（当時42年）に対する「御用」に加わり、夫に対し執拗に暴行を加えた結果、夫を死亡させてしまった上、夫が死亡した日から約10日間にわたり、被告人自身が「御用」の対象とされてAらに執拗に暴力を振るわれたことから、自分の子供のために何としてでも生き残らなければならない、Aのいうとおりにしなければ、自分が暴力を振るわれると思い、生き残るためにはVを死なせても仕方ないという、やむにやまれぬ心境のもとにVに対する暴行に加担したものであると認められるものの、6月4日当時、被告人は「御用」の対象から解放されていた上に、当時A方には、A、B、C、D、被告人のほか、幼い子らが起居していたに過ぎず、A、B及びCは日中外出することがあったのであるから、客観的には、被告人が2人の子を伴ってA方を脱出することも不可能ではなかったものと認められる。所論は、被告人の夫やVを含む6名の被害者らがA方から脱出しようとせずに死に追い込まれていること等を根拠に、被告人がAの呪縛から脱出することは極めて困難であって、そうした状況下において、被告人がVに対する犯行から離脱することは不可能であった旨主張するが、前記認定のように、被告人は、平成7年5月25日夫が死亡するという事態に直面するとともに、そのころF女ら4人の遺体を確認し、それに引き続き被告人自身が「御用」の対象とされるに至ったことから、そのころ被告人はAの霊力に対し疑問を抱き、それまで神様と信じていたAが信じられなくなるなど、Aに対する心理

的束縛から相当程度解放された心理状態に立ち至っていたものと認められるから、被告人の主観的、心理的側面においても、被告人が自力でA方から脱出することは十分に可能であったと認められる。なお、被告人は、その後もA方から脱出、逃走することなく、A方から「御用」の対象とされ瀕死の重傷を負うに至っているが、当時被告人は夫のみならずVをも死亡させるという犯行に加担してしまったという負い目もあって、Aに抗して同人方から脱出することを決断するまでに至らなかったことが窺われる。

以上によれば、当時被告人の身辺には現在の危難が切迫していたとは到底認められず、被告人に対し適法行為に出ることを期待することができない状況にもなかったといわざるを得ないから、緊急避難及び期待可能性に関する右所論はいずれも採用できず、本論旨は理由がない。

先に見た最近の裁判例の大勢との相違は明らかであろう。この判示においては、心理的束縛から相当程度解放された心理状態であったことを理由に、期待可能性の存在が肯定されている。しかし最近の裁判例の大勢との比較でいうと、この理由付けは、期待不可能で無罪という判断を否定する根拠になるとしても、期待可能性が相当程度限定されていた疑いを否定する根拠にはならないのではないかと疑問がある。

先に紹介したように、現在の裁判例の大勢は、支配服従関係がある場合に、期待可能性の減少を肯定している。最高裁もまた、北九州監禁殺人事件において、反対意見が存在しながらも、正常な判断能力の低下を認めているのは既にみた通りである。そして、裁判所ははっきりと刑を減輕したことが分かる程度には刑事責任の減少を認めている。

この相違には、後述するように、オウム事件を通じてマインドコントロールの概念が広く知られるようになったことが影響しているように思われる。犯罪とは無縁の生活を送っていた人が、支配者の影響を受けて犯罪の手を染めていく現象の存在を否定することは、現在では困難になってい

る。そして、北九州監禁殺人事件の第一審判決や最高裁反対意見のような、法的見地から期待可能性の減少という評価を阻むことは、不可能を強いることになるという感覚が裁判所の大勢にも共有されるようになっているとすることができる。

（２）期待可能性の標準

ここで問題になるのは期待可能性の標準という問題である。この問題について、裁判実務及び通説は一般通常人を被告人の立場に置き換えて判断するという平均人標準説を採っている¹⁵。平均人標準説を採る理由は、行為者自身を基準に期待可能性を判断するのであれば、実際に犯行に出ている以上、適法行為を期待できなかった可能性が残り、処罰ができないことになりかねないということに求められるのが一般的である。しかしこれに対しては、不可能を強いるのは規範的責任論に反するとの反論がなされている状況にある。責任非難が正当性を維持するうえでは、行為者自身に期待可能性がなければならぬと思われる。

期待可能性に関する平均人標準説は、責任能力判断において、精神鑑定に依拠する形で行為者自身の犯行時の精神状態を解明し、それに即して、是非弁別能力だけでなく行動制御能力も判断されてきたこととは対照的である。これは、責任能力に問題がない事案においては、行為者の内面ではなく、行為者を取り巻く外部的事情に異常が存在するだけであるから、期待可能性の程度についての個人差は無視することができる、ということを前提としていたように思われる。

しかしながら、支配服従類型においては、マインドコントロールを受けているからこそ、通常ではおよそ考えられないような、家族を殺害せよと

15 裁判例として、東京高判昭23・10・16高刑集1巻追録18頁、東京地判平8・6・26判時1578号39頁など。学説としては、井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（有斐閣、2018年）424頁など。

の指示に従ってしまうという現象であった。こうした現象について、マインドコントロールを受けていない平均人を基準として期待可能性を考えるのはナンセンスに思われる。かといって、マインドコントロールを受けた平均人を想定しようとしても、体験していない通常心理では理解できない事態が発生している以上、それも難しい。前述のように、マインドコントロールを受けるかどうかにも個人差がある。結局、この場合は行為者自身がどのような心理状態であったのかを鑑定を手掛かりに推測するしかないのではないと思われる。実際の裁判例においても、指示に従わないことがあったり、不満を述べていたり、といった行為者自身のエピソードを根拠に、期待可能性が全くなかったわけではないとの判断をしており、平均人であれば指示に逆らうことができたかという判断は行っていない。

このことは、刑法理論にとって行為者標準説の見直し、という課題を投げかけているように思われる。

(3) オウム事件との異同

マインドコントロール概念が人口に膾炙したのは、一連のオウム事件を通じてであった。しかしオウム事件においてほとんどの裁判所は、教祖の指示に逆らうことは期待困難であったとの主張を退けている¹⁶。例えば、東京高判平18・3・15(判タ1223号312頁)は、以下のように述べて、死刑を言い渡した原判決を維持している。

16 例外的に、東京地判平12・6・6判時1740号109頁は、控訴審で破棄されているものの、「被告人にとっては、高校卒業後に修行者となることを選択して出家し、両親の下を離れて以来、修行、生活の場としていた教団こそが、被告人が社会経験を積み、人間的に成長して行く世界となったはずだったのである。このような被告人が、Dやそれまでの自己の修行を否定することは、自分の社会経験をすべて否定することにつながり、必ずしも容易なことではなかったであろうことは、率直に認めざるを得ない。」としていた。

被告人は、本件各犯行毎に、自己の行うことが、社会規範はおろか自ら信仰する仏教の戒律に反する殺人等の犯罪行為であることを十分に認識した上で、これを抑制しなければならないとの意識を抱きながらも、甲野の説く、衆生を救済するための「ヴァジラヤーナの実践」なるものに則って、殺人が救済となる慈悲殺人であるとして、甲野からの命令指示を喜ぶように努め、各犯行を実行したというものである。もちろん、教団の組織防衛を至上目的として、その時々個別の目的があったことは、被告人もおおむね肯定し、証拠上も優に認められるところである。

そうすると、被告人は、古くからの出家信者であり、甲野の説く宗教的な理念でその心的な領域は強く影響されていたものの、前記原判示のとおり、甲野の指示に抵抗感や疑問を抱くこともあって、甲野の説く教義指示により、その全ての生活行動を律していたとまでは認められず、自己を取り巻く外部世界すなわち社会の客観的状況についてまで、通常人と異なる認識をするに至るまでの状況にはなかったことは明らかといえる。

このように、被告人は、甲野の教義に基づく慈悲殺人が、社会一般の価値観とは大幅に異なり、社会的な非難を浴びることは十分認識していたものである。

そもそも、被告人が、このように、結果的に犯罪行為を選択したのは、その自由な意思決定の基礎となる価値観に問題があったのであり、その価値観は、被告人の自らの自由意思で選択決定したオウム真理教への信仰と甲野の指導による解脱を達成するための修行によって専ら形成されたものである。そうすると、被告人につき、所論が指摘するような、自由な意思に基づき適法行為を自己決定することが不可能な極限状況に追い込まれたと評価できる事態というのは、到底見出し難く、規範意識による動機づけの制御をおよそ不可能とする精神状態であったとは何ら認められないのである。したがって、被告人につき正常な意思形成を不可能にする心理的な強制があったという余地はないし、被告人の自由意思を圧迫するような具体的な外部環境が存在したともいえないのである。

そして、殺人という、社会において、いわば原始的に違法な行為であり、また、

被告人の拠って立つ仏教においてすら戒律的に許されないものとされている行為を、自ら信奉している教義の上からは許されるとして、これを現実に実行した者については、社会からの非難は社会防衛の見地からすればむしろ大きくなりこそすれ、いささかも軽減されるべきではなく、相応の責任非難を免れるものではないというべきである。したがって、超法規的責任阻却事由ともいうべき、期待可能性の不存在によって刑事責任が否定されるような場合には当たらないことは明らかである。

注目すべきなのは、この判決においても、行為者自身の認識と規範意識を前提として期待可能性が判断されている点である。オウム事件においてもマインドコントロールを受けている前提で、なお期待可能性があるかが判断されている。ここでも、平均人標準説を適用することの無意味さが感じられていたのだと思われる。

ただし同じマインドコントロールを受けている事例にもかかわらず、その判断は支配服従類型とは対照的である。この違いは、差し当たりは、支配者に積極的に同調した場合なのか、苦境に立たされて支配者の命令に従わざるを得なかったかという点に見出すことができそうである。後者の場合は、行為者は不本意ながら命令に従わざるを得なくなっている面がある。確かに、よりよい社会を作るために犯罪を犯す必要があるという使命感を感じた場合は、通常切迫性はない。命令に従わなかった場合に、自らが危害を被るおそれは基本的にはないものと思われる。そうすると、行為者自身の意思決定により実行を決意したという面が強くなる。このように考えることができるとすれば、行為者標準説を前提としたとしても、「すべてを許す」ことにはならないことが示唆されているといえる¹⁷。

17 ただし、問題はその先にあると思われる。オウム事件では、自らの信じる価値観が社会の価値観とは異なり、自らの信じる価値観に従って行動すること

(4) 期待可能性判断の対象

もう一つの問題は、期待可能性を肯定する場合にしばしば用いられる、当初、支配者に従うことを決めたのは自らの主体的な意思決定であったのだから、その結果として、マインドコントロールを受けるに至ったとしても、期待可能性が減少することにはならないという論理である。この論理は尼崎連続不審死事件⑥事件や先に見たオウム事件の判決でも用いられている。尼崎連続不審死事件③事件や⑤事件が、非難の減少を認める根拠の一つとして、被告人が支配者と知り合ったのが未成年の時代であることを強調しているのも、成年期であれば非難の減少を認めないという発想の裏返しである可能性がある。

しかしながら、犯罪行為とは別に人格形成過程における主体的意思決定の余地を根拠に責任を肯定する人格形成責任論の論理は一般に否定されている。意思決定への倫理的責任を問う場合はこうした判断もあり得るところではあるが、刑事責任を問う場合は責任判断の対象は犯罪行為であるとする行為責任論でなければならない。

尼崎連続不審死事件①事件の控訴審判決が、主犯者に取り入ったという

ゝが社会的に許容されないことも認識されている。行為者標準説を貫くと、社会的価値観が行為者自身にとってどの程度犯行の歯止めになったのかを検討する必要が生じるが、そうした判断は困難を伴う。ここから規範意識については、行為者自身ではなく、法の要求する規範意識を基準としなければならないという考えが生じる。本稿の下になった報告に対する指定討論はこの方向を示唆している（安藤泰子ほか「犯罪概念の変容と責任論の展開」『日本犯罪社会学会第51回大会報告要旨集』（2024年発刊予定）〔松宮孝明〕。松宮孝明『刑法総論講義（第5版補訂版）』（成文堂、2018年）172頁も参照。）。徳永元「責任主義における期待可能性論の意義について（三・完）」九大法学109号（2014年）50頁が、行為者標準説を支持しつつ、最終的には何らかの点で「置き換え」がなされる、とするように、行為者標準説を前提としても、あるべき規範意識への置き換えが許容されるのかもしれない。他方で、責任能力判断と同程度の証明度であれば、情況証拠から行為者自身の規範意識を認定することも可能であると考えられるように思われる。この点はさらに検討したい。

のは所詮犯行の経緯に過ぎず、犯行に直接関連したものではないと述べたように、犯行の経緯に属する事情についての主体的意思決定を根拠に期待可能性を肯定する安易な判断がされなくなっていることにも、支配服従類型を通じた責任論の変化を看取することができるように思われる。

5. 結びにかえて

以上、近時散見されるようになったマインドコントロールを受けて支配服従関係に陥った人による犯罪に対する責任判断を見ることにより、責任判断に起きている変化を見てきた。

この変化をより俯瞰してみると、自己責任論の揺らぎと評価することができるように思われる。オウム事件においては、カルトに入信し修業して主体的な意思決定により特異な価値観を身に付けた、として、自己責任論が貫徹されていた。その背景にあったのは、一連の犯罪は、俗世を離れ辛い修行に身を投じるような特殊な人々による犯罪という見方があったように思われる。

これに対して、支配服従類型において、裁判所の大勢が期待可能性の減少を認めるに至っている背景には、自己責任論の貫徹が困難だと考えられたことがあったのかもしれない。支配服従関係に陥った人たちはごくごく普通の人であった。そうした人々が、支配服従関係に陥り家族を殺害したりした場合に、自己責任で片づけることに現代社会が抵抗感を感じるようになっている可能性がある。

これを裏返してみれば、刑事裁判における心理主義化の拡大と評価することも可能に思われる。それまで単にその人自身の意思決定に帰せられていた問題が、そうではなくなんらかの病気に基づくものであるとの主張がされる背景には、リスクパラダイムがあるともいわれる¹⁸。犯罪者はリス

18 ミシェル・フーコー「十九世紀司法精神医学における『危険人物』という概念」(龍法 '24) 56-4, 342 (1050)

クを抱えた存在であるとみることにより、そのリスクを管理しようとする発想が、心理主義化をもたらしているというのである。

しかし支配服従類型については、支配服従関係が解消されれば、マインドコントロールが解けて、およそ犯罪と無縁の生活に戻る可能性が高い。刑事裁判の過程で支配者のことを批判するようになる被告人の存在がこの推測を裏付ける。支配服従関係にあった被告人はリスク管理の対象外といえそうである。

そうだとすると、マインドコントロールを受けるという誰にでも生じ得るリスクについては、社会全体で引き受けるしかないということになりそうである。人間の脆弱性が承認されることは、長い目で見て犯罪者へのまなざしの変化をもたらすのかもしれない。

ㄨ 念の進展』『ミシェル・フーコー思考集成Ⅶ知／身体』（筑摩書房、2000年）20頁。
鈴木智之『「心の闇」と動機の語彙』（青弓社、2013年）158頁は、逸脱的行為について、行為者の内面を問い質し、動機の理解に基づいて責任を主体に帰属するやり方と、行為を誘発する危険因子を析出し、その要因のコントロールによって発生リスクを抑え込んでいこうとするやり方の2つの統治技法がせめぎ合うなかで、近年次第に後者が優位になってきた、とする。

特定少年に対する保護処分の構造

—「犯情の軽重」概念の検討を中心として—

山 口 直 也

1 問題意識

令和4年4月1日から少年法等の一部を改正する法律（以下、「改正法」とする）が施行され、少年法（以下、「法」とする）62条に規定される特定少年に対する新たな法的扱いが始まっている。

18歳以上の犯罪少年である特定少年が少年法上に創設された理由は、言うまでもなく、公職選挙法改正による選挙権年齢の18歳への引下げ、民法改正による成年年齢の18歳への引き下げが大きく関連している。2017年3月から2020年9月まで3年半にわたって行われた法制審議会における長期間の議論の中では、18歳、19歳の年長少年については少年法から切り離して刑事手続で扱う案も検討されたが、紆余曲折の末、改正法に「特例」として位置づけることで決着した経緯がある。

それゆえに、令和3年5月の改正法成立当初から、特定少年の法的位置づけ及び扱いについては、保護理念に基づく純然たる少年保護手続であるのかについて不安定な要素を孕んでいたようにも思われる。そしてその最たる条文が特定少年の保護処分決定に関する法64条である。

改正法については、全件送致主義などの少年保護の法的枠組みを変えるものではなく、社会調査に基づいて保護処分決定等の終局決定を行う家庭裁判所の実務運用を変更するものではないことが国会審議の中でも確認さ

れてきたが、法64条の解釈運用は、従来の法24条の解釈運用とは大きく異なっている。法64条では、「犯情」という概念を少年法に新たに採り入れて、その軽重を考慮して相当な範囲内で、「重い」施設内処遇か、「軽い」社会内処遇を決定する仕組みを作ったからである。

このような解釈運用が、法1条が宣明する非行少年に対する保護理念、すなわち、健全育成に基づく、性格の矯正及び環境調整の目的に整合的であるのかについては疑問がある。

そこで本稿では、令和4年4月1日以降の改正法の運用状況を可能な範囲で確認したうえで、法64条の解釈運用上の課題を明らかにする。

2 特定少年に対する保護的な措置及び処分の現状

(1) 審判不開始決定の場合（法19条1項）

法64条1項は、「第24条第1項の規定にかかわらず、家庭裁判所は、第23条の場合を除いて、審判を開始した事件につき、少年が特定少年である場合には、犯情の軽重を考慮して相当な限度を超えない範囲内において、決定をもつて、次の各号に掲げる保護処分のいずれかをしなければならない。」と規定しているので、原則として、審判不開始決定、不処分決定とされた事件については、犯情の軽重を考慮する判断がなされることにはならない⁽¹⁾。

-
- (1) 東京家庭裁判所少年部裁判官プロジェクトチーム「令和3年改正少年法の概要とその運用の在り方について」ケース研究344号（2022年）75頁（85頁）によれば、「当該事案の犯情が少年院送致を許容するものであれば少年院送致～審判不開始の中から、2年の保護観察を許容するものであれば2年の保護観察～審判不開始の中から、それぞれ要保護性の大小に応じて保護処分の有無及び内容を選択することになる」とするので、審判不開始決定、不処分決定となる事案についても、まずは、犯情の軽重の観点から行為責任の上限を仮決定する第一段階の判断を経由することとなる。しかし、本条が不処分決定を除き、審判開始決定した事案について、犯情の軽重を考慮して保護処分メ

では、改正法施行後に、特に特定少年の事件について、審判不開始決定に変化があるのかを見てみたい。

司法統計年報における審判不開始決定の理由は、保護的措置がとられたこと⁽²⁾、別件保護中であること、事案軽微であること、非行が存在しないこと、所在不明であること、そして、その他である。このうち形式的審判不開始決定である非行事実不存在、所在不明を理由とするものはごく少数である。

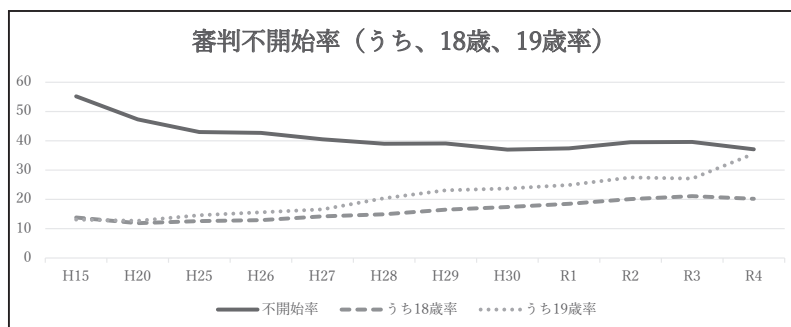
以下の【図1】【図2】【図3】は、平成15年以降の審判不開始決定数の経年変化を示したものである⁽³⁾が、【図1】によれば、審判不開始率そのものは従来から指摘されているように漸減傾向にあるものの、令和4年の統計値（改正法施行後の令和4年4月1日から令和4年12月31日までの統計。以下、同じ）を見ると、19歳の特定少年の審判不開始率が激増している。また、【図2】によれば、保護的措置がつけられた審判不開始率は前年度までに比べると10%程度減っているものの、その中に占める19歳の特

、をしなければならないとすることの解釈として妥当であるのかについては疑問がある。また、成瀬剛「特定少年に対する保護処分」論究ジュリスト37号（2021年）102頁も、同様に、少年送致処分、保護観察処分、不処分決定の中から不処分決定が選択できるとするが同様に疑問がある。

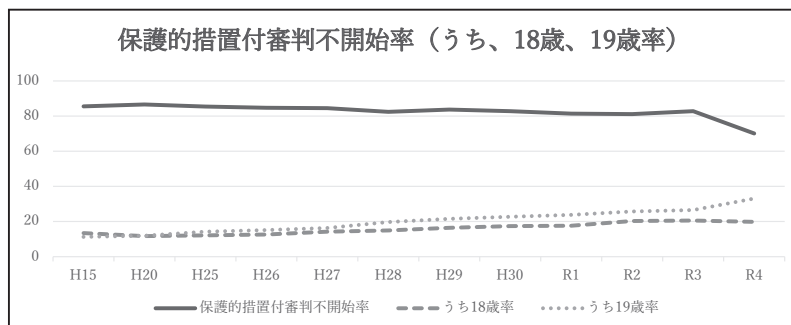
- (2) 保護的（教育的）措置は、保護者の同意に基づく非強制的で、短期間の非継続的措置であり、具体的には、少年との面接（支持・援助、教示、助言、警告、叱責、訓戒）、保護者との面接（監護方針の助言）、親子合同面接、反省文提出、誓約書徴収、作文指導、心理テストの活用（性格面の助言等）、就労・就学・進路指導、学習指導、社会奉仕指導、生活リズム・態度の点検・改善指導、謝罪・弁償指導、社会福祉機関・治療機関に関する情報提供、交通事件や薬物事犯などの視聴覚教材（講話）による集団的指導、個人講習など多岐にわたっている（田宮裕・廣瀬健二『注釈少年法【第4版】』（2017年）222頁）が、特定少年については、保護者が存在しないというのが実務の立場であるので、このうち保護者が関連するものは除外されることになる。
- (3) 本稿の【図1】乃至【図5】は、司法統計年報平成15年版から令和4年版までの「第16表一般保護事件の終局総人員（＊令和4年版は少年保護事件の終局総人員）」（平成20年までは「第19表一般保護事件の終局総人員」）の統計値をもとに作成した。

定少年の割合がやはり急増している。さらに、【図3】によれば、事案軽微による審判不開始率は令和4年に急増しているものの、その中に占める特定少年の割合については大きな変化はない。

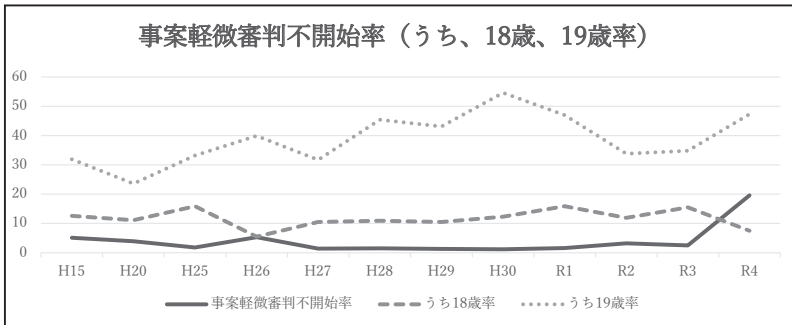
この統計値から推測できるのは、19歳の特定少年については、一定程度要保護性が高い場合でも、実質的には犯情の軽重を考慮した判断が先行するので、そもそも審判開始ができない（審判を開始しても保護処分が想定できない）事案が増加しているということ（【図1】【図3】）、そのような事案については、裁判所による保護的措置によって対応していること（【図2】）、そして、少年保護事件全体については、特に、犯情の軽重（事案の軽微さ）を考慮したうえで審判開始をする傾向が強くなっていること（【図3】）である。



【図1】 審判不開始率推移（うち、18歳、19歳率）



【図2】 保護的措置付審判不開始率推移（うち、18歳、19歳率）



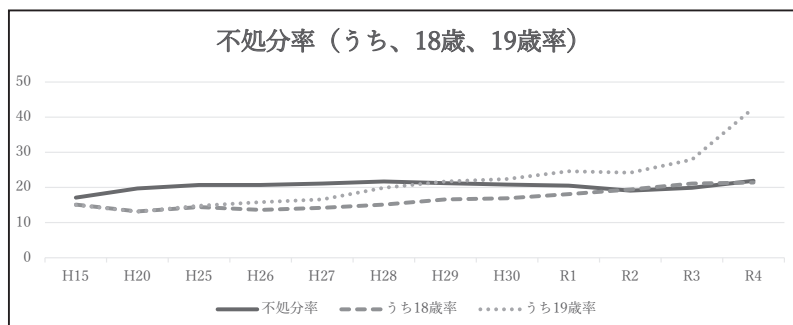
【図3】 事案軽微審判不開始率推移（うち、18歳、19歳率）

（2）不処分決定の場合（法23条2項）

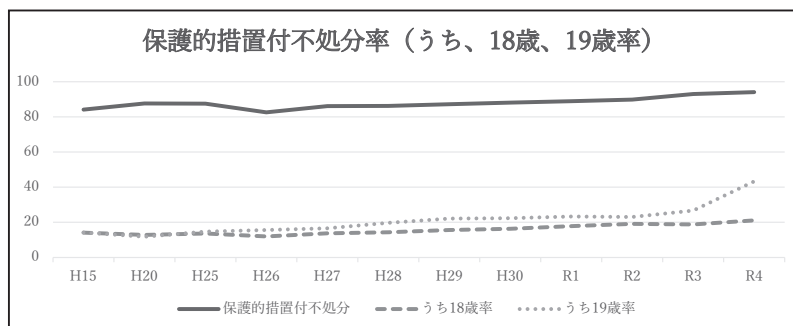
次に不処分率の変化についてであるが、司法統計年報における不処分決定の理由は、保護的措置がとられていること、別件保護中であること、非行事実がないこと、所在不明であること、そして、その他である。このうち形式的不処分決定である非行事実不存在、所在不明を理由とするものは、形式的審判不開始決定同様にごく少数である。

以下の【図4】【図5】は、平成15年以降の不処分決定数の経年変化を示したものであるが、【図4】によれば、不処分率それ自体は大きな変化はないものの、不処分事案に占める19歳の特定少年の不処分率が令和4年に激増している。また、【図5】によれば、保護的措置がつけられた不処分率自体は大きな変動はないものの、年齢別に見れば、19歳の特定少年の保護的措置付不処分率が令和4年に激増している。

この統計値から推測できることは、19歳の特定少年について、保護処分を想定して審判開始決定をしたものの、事実認定の結果、行為責任の観点から保護観察処分を認定できない事案が増加しているということ（【図4】）、そして、そのような事案は要保護性は高くても保護観察処分が課せないので、不処分決定をして保護的措置に付すことで保護処分に代替していること（【図5】）である。



【図4】不処分率推移（うち、18歳、19歳率）



【図5】保護的措置付不処分率推移（うち、18歳、19歳率）

（3）審判開始決定後の保護処分の特例（令和4年）

以下の【表1】は令和4年4月1日から同年12月31日までの特定少年に対する保護処分決定数の内訳である⁽⁴⁾。改正法施行後9ヶ月間の法64条1項の保護処分の総数は4,384件で、そのうち18歳の少年が1,493件、19歳の少年が2,891件である⁽⁵⁾。

(4) 「第16表少年保護事件の終局総人員」司法統計年報令和4年版、藤原尚子・等々力伸治「少年院・少年鑑別所における改正少年法等の運用状況について」家庭の法と裁判44号（2023年）93頁（図3-1）（以上、令和4年4月1日～令和4年12月31日までの統計数）から作成した。

(5) なお、数値上の齟齬がある部分については、司法統計年報の統計値を優先

保護観察処分については、1 号の 6 月保護観察処分の合計数が1,158件で、そのうち18歳が262件、19歳が896件で、圧倒的に19歳の少年の数が多い。2 号の 2 年保護観察処分は合計数が2,692件で、そのうち18歳が1001件、19歳が1691件である⁽⁶⁾。法64条 2 項により、遵守事項違反で少年院に収容できる期間の上限は、交通保護観察を除く一般保護観察については、ほとんどが最長の 1 年が言い渡されている。

一方で少年院送致処分については、総数が534件で、そのうちの511件（18歳が216件、19歳が295件）が第 1 種少年院で、第 2 少年院は 8 件、第 3 種少年院は15件に止まっている。法64条 3 項で、犯情の軽重を考慮して定められる収容期間の上限については、第 1 種少年院はほぼ 3 分の 2 が 2 年で、3 分の 1 が 3 年となっている。

【表 1】 特定少年に対する保護処分の内訳

		総数	18歳	19歳	期 間							
特定少年保護処分		4384	1493	2891								
保護観察収容あり		2692	1001	1691	一般 1 年	98.3%	6 月	1.7%	3 月	0% * (参考値)		
保護観察収容なし		1158	262	896								
少年院		534	230	304								
	第 1 種	511	216	295	1 年	5.3%	1 年 6 月	22%	2 年	67.8%	3 年	24.6%
	第 2 種	8	6	2	2 年	37.5%	3 年	62.5%				
	第 3 種	15	8	7	2 年	53.3%	3 年	46.7%				

（4）小括

以上の統計値は改正法施行後 9 ヶ月間（保護観察処分については12ヶ月間）のものであるので今後の動向を踏まえた検討が必要であるが、現時点

↘ 先した。

- (6) 表 1 中、保護観察処分（収容あり）の少年院送致期間の内訳（*）については、司法統計年報には現れていないので、平畑昇平「改正少年法施行後の保護観察の運用状況について」家庭の法と裁判45号（2023年）111頁（表 4）（以上、令和 4 年 4 月 1 日～令和 5 年 3 月31日までの統計数）から推定した参考値を記載している。

における特定少年に対する審判不開始決定率及び不処分決定率の増加は、従来、要保護性の観点から保護観察処分等に付されていた事案数を反映しているのではないかと推測される。特定少年に対する保護処分は犯情の軽重を考慮して決定されるので、非行事実が軽微であるが要保護性が高い事案については、そもそも保護処分での対応が不可ということになり、保護的対応ができるとしても、保護的措置に依拠するしかないということを示唆しているように思われる。

また、保護処分については、2年保護観察決定の際に特定保護観察処分少年に言い渡される遵守事項違反時少年院収容の上限は、そもそもの保護観察が犯情の重さに応じた2年の上限を言い渡していることに対応しているので、短期保護観察や交通短期保護観察の処遇勧告がなされる事案を除いて、上限1年がほぼ言い渡される仕組みになっていると言える。

一方で、少年院送致処分については、2年を上限として言い渡される事案がほぼ3分の2を占め、残りのほぼ3分の1が3年を上限として言い渡されている。これらは犯情の軽重を考慮して決定されるが、いかなる事情によって判断されるかについては、以下の4（2）で検討する。

3 保護処分決定における非行事実と要保護性の関係

（1）一般少年に対する保護処分決定

特定少年に対する保護処分決定の問題を検討するまえに、まず、年長少年も対象にして行われてきた従来の保護処分決定の枠組みについて確認しておきたい。

少年保護手続における審判の対象は、家庭裁判所への送致事実である非行事実と要保護性である。このうち、要保護性については、通説・実務の立場に立てば、犯罪的危険性もしくは累非行性、矯正可能性、保護相当性によって判断される。少年審判では、非行事実の大小（あるいは犯情の軽

重)に応じた保護処分決定ではなく、非行事実も考慮したうえで社会調査の結果明らかにされた要保護性に応じた保護処分決定が行われる⁽⁷⁾。このことは、犯罪少年のみならず、触法少年、ぐ犯少年についても同様である。したがって、非行事実が軽微であっても、要保護性が高ければ少年院送致決定もあり得ることになり、必ずしも非行事実と処分の均衡を要求しているわけではない⁽⁸⁾。これは、ぐ犯による少年院送致決定を想起すれば明らかである⁽⁹⁾。また、このことは、保護処分の種類に軽重をつけることを前提としていないことの証左でもある。

-
- (7) 流山事件最高裁決定・団藤補足意見は、「刑事事件においては、刑罰は犯罪に対して科されるのであつて、犯罪事実の証明は刑事処分に対して直接的な意味をもつのであるが、これに対して、少年保護事件においては、少年の要保護性に対応して保護処分が言い渡されるのであつて、非行事実（法三条一項各号参照）は、一号の犯罪事実にしても、少年の要保護性を基礎づける意味をもつ事実にすぎず、非行事実と保護処分との結びつきは要保護性を介しての間接的なものである。」として、この点を確認している（最決昭和58・10・26刑集37巻8号1260頁）。
- (8) 東京高決令和1・7・29（原審：東京家裁令和1・681号）・判例タイムズ1474号（2020年）28頁・31頁は、少年が被害者の首をつかんで無理やり起こし、あごを手でつかむ暴行を加えた単純暴行事件について、「少年の問題性は根深く深刻であり、要保護性が極めて高いというほかなく、本件が比較的軽微な事案であることを考慮しても、少年を少年院に収容し、強固な枠組みの下で時間をかけた親身な指導により、客観的な視点から自己を振り返り、自分本位な考え方を改めるとともに対人関係の持ち方についての問題を改善し、自立に向けた社会性の涵養を図ることが必要不可欠である」として、第1種少年送致決定を言い渡している。なお、学説においても、「非行事実との均衡を要求すると、場合によっては、少年の要保護性に対応しないがゆえにその改善教育には役立たない保護処分を課すことになり、それを避けようとするれば、少年の要保護性が認められるにもかかわらず不処分とせざるをえなくなる・・・(の)で刑罰における罪刑均衡と同様な意味での非行事実と保護処分の均衡は要求されない」とする見解がある（川出敏裕『少年法（第2版）』（有斐閣・2022年）275頁）。これに反対する立場としては、丸山雅夫『少年法講義〔第4版〕』（成文堂・2022年）267頁・268頁、守屋克彦＝斉藤豊治編『コンメンタール少年法』（現代人文社・2012年）385頁（加藤学執筆部分）他がある。
- (9) 大阪高決昭和47.5.23（原審：京都家決昭和47.4.10）家庭裁判月報25巻1号105頁、東京家決平成17・11・17家庭裁判月報59巻1号126頁等参照。

(2) 特定少年に対する保護処分決定

これに対して特定少年に対する保護処分決定は、犯情（非行事実としての犯罪事実）の軽重に応じて行為責任の大小を決定し、それに応じた重さの処分決定の大枠（上限）が設定されることになるので、従来の判断基準で非行事実が重いとされる事案については、原則として少年院送致処分が推定されることになる。逆に、非行事実が軽いとされる事案については保護観察処分が推定されることになる。そのうえで、その大枠の範囲内で、要保護性に応じて最終的な処分を選択することになる。ここでは、当然のことながら、保護処分の種類自体に軽重がつけられており、軽い順から、6月保護観察、2年保護観察（うち、遵守事項違反の場合の少年院の収容期間の上限3月）、2年保護観察（同6月）、2年保護観察（同1年）、少年院（収容期間の上限1年）、少年院（同2年）、そして少年院（同3年）となる⁽¹⁰⁾。

したがって、送致事実である非行事実が軽微である場合は、いかに要保護性が高くても、基本的には施設収容処分を課することはできないことになる。もっとも、非行事実の行為と結果だけをみれば軽微といえなくはない場合でも、比較的近い時期に同種の非行歴、保護処分歴があるなど、背景事情も含めて検討した場合、軽微な非行と評価するのは相当でない事案が多いとする立場⁽¹¹⁾からすれば、そもそも犯情は軽くないという評価になるので、施設収容も含めた保護処分の選択が想定されることになる。しかしながら、その場合でも、送致事実自体には変動がないのであるから、送致事実である形式的非行事実のみが軽微な部類に入る場合には、非行事実の均衡の観点から施設収容処分などの重い処分は課することができず、その

(10) 括弧内の期間については、実務運用上言い渡される期間に拠った（藤原・等々力・前掲注(4)、平畑・前掲注(6)参照）。

(11) 河原俊也編著『ケースから読み解く少年事件—実務の技—』(2017)173頁-174頁（河畑勇執筆部分）等。なお、東京高決・前掲注(8)、東京高決昭和58・12・5家庭裁判月報36巻7号103頁等参照。

意味において一種の均衡原理を認めることになる。特定少年の保護処分の決定について、行為責任の原則を導入したことの帰結であるとも言える。

しかしながら、そのような考え方をとるのが妥当であるのか。以下では、法64条の意義を確認したうえで、その解釈論上の限界について検討する。

4 少年法64条における「犯情の軽重」の意義

(1) 少年法上の「犯情」概念

法64条においてなぜ「犯情」という概念が用いられることになったのか。これは特定少年の民法上の法的地位の変更に関係している。すなわち、保護の必要性を理由として、犯した罪の責任に照らして許容される限度を超える処分を行うことは、民法改正との整合性がとれず、責任主義の要請との関係で許容できない国家による過度の介入になる。したがって、犯した罪の責任に照らして許容される限度に止めるべきであり、犯情の軽重を考慮して相当な限度を超えない範囲内で保護処分が課されることとなったのである⁽¹²⁾。

もっとも、この「犯情」という文言は、改正前までは少年法の条文で用いられることはなかった。他の法律をみても、刑の一部執行猶予に関する刑法27条の2の条文で近年用いられるようになった程度で、法的概念としての法律上の定義は存在しなかったと言ってよい。少年司法実務に限定すれば、法20条2項のいわゆる原則逆送の例外として同項但書に該当するか否かを判断する基準として講学上議論されてきた、特段の事情説、なかでも犯情重視説と呼称される考え方の中で用いられてきた程度である。いずれにしても、刑事裁判実務上の判断における量刑要素としては、犯情及び一般情状が判断されて刑が量定されてきたので、刑事裁判の場では一般的に

(12) 玉木将之・北原直樹「『少年法等の一部を改正する法律』について」法曹時報74巻1号(2022年)31頁。

用いられてきた概念ではある。

いずれにしても、刑事量刑論において用いられてきた犯情という概念は、「犯罪行為それ自体に関わる事情」などとされ、処罰の根拠となる処罰対象そのものの要素と当該行為の意思決定への非難の程度に影響する要素とからなるとされている⁽¹³⁾。そして、刑事裁判における実際の量刑判断においては、犯罪事実の性質、さらには、犯行の動機、手段・方法、結果等を含む犯情で量刑の大枠を設定して、一般予防、改善更生、社会復帰事情、年齢、性格、経歴、反省状況、示談成否、被害感情等の一般情状事実での調整が行われており、重大事件においては、一般情状事実は微調整的な役割しか果たし得ず、逆に、一般事件では、犯情は相対的に小さな役割しか果たさないとされている⁽¹⁴⁾。

一方で少年司法実務の領域でも、原則逆送を規定した法20条2項の但書の適用をめぐる犯情という概念が議論されてきている。上述の刑事量刑判断の枠組み同様に、犯情の重大性を評価することによって原則的に刑事処分相当性を推定し、その推定を破るような特段の事情があれば、例外的に保護手続の枠の中で扱うという犯情重視説の考え方である。この考え方によれば、故意の致死事件を対象とする原則逆送対象事件はほぼ類型的に重大事件であるので、少年の年齢、性格、反省の状況などの一般情状事実は微調整的な役割しか果たし得ず、基本的に原則逆送を覆す事情にはならないことになる。いずれにしても、少年司法実務の中で問題とされてきた「犯情」については、あくまでも刑事処分相当性の判断の中で考慮されてきた事情であるので、通説・実務の立場からすると、要保護性判断、なかでも保護不適を含む保護相当性判断の一要素として用いられてきた概念と

(13) 司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(2012) 3 頁以下等。

(14) 廣瀬健二「量刑・処遇選択における『犯情の軽重』の意義・機能について」法曹時報73巻 8 号 (2022年) 1428頁-1429頁。

位置づけることができる。なお、法20条1項の通常逆送においては、いわゆる「犯情」という概念は用いられていない。同項における刑事処分相当性の判断は、少年の年齢、性格、成熟度、非行歴、環境等、事案の軽重、態様、検察官送致後の量刑の見通しと保護処分等との処遇の有効性の比較、共犯者との処分の権衡など、罪質・情状の総合考慮によって行われている⁽¹⁵⁾。そしてこれらの判断枠組み、手法は、特定少年の通常逆送（法62条1項）判断及び原則逆送（法62条2項）判断においても基本的に変更されていないので、ここで問題とされる「犯情」については、依然として刑事処分相当性、すなわち、要保護性の要素としての保護相当性判断の文脈で考慮されている点に注意する必要がある⁽¹⁶⁾。

では、法64条1項で考慮される「犯情」とは何であるのか。

これについては、ここでいう「犯情」とは、当該犯罪の性質、犯行の態様、犯行による被害者（結果）等とされ⁽¹⁷⁾、主観面として犯行の動機も含まれると解されている。この点について、当該少年の保護処分歴等の前歴を犯情評価の要素とするか否かについては争いがあるが、法64条1項の

(15) 廣瀬健二『少年法』（成文堂・2022年）325頁等参照。

(16) 通常逆送決定の裁判例として、鳥取家決令和4・9・26判例タイムズ1509号248頁、神戸家裁尼崎支決令和4・12・8判例タイムズ1511号247頁、原則逆送決定の裁判例として、大阪家決令和4・8・5判例タイムズ1506号254頁、大阪家決令和4・9・5判例タイムズ1513号295頁などがある。なお、検察官送致決定をする際に認定される刑事処分相当性は処遇上の概念であり、要保護性とは別個の概念であると説明するもの（田宮・廣瀬・前掲注(2)48頁、廣瀬・前掲注(15)146頁-147頁）もあるが、審判の対象として、要保護性以外に刑事処分相当性や福祉処分相当性が別途想定されているとは考え難い。通説・実務の立場からすれば、要保護性の構成要素である保護相当性に相応する概念、すなわち、保護不適で保護相当性がないから刑事処分相当であると判断するものとして理解すべきではないのだろうか。また、仮にそれとは別個の概念として要保護性の外枠に置くとしても、その判断においては社会調査の結果を参考にするわけであるから、要保護性判断との重なり合いは不可避であるように思われる。

(17) 玉木=北原・前掲注(12)33頁。

犯情の軽重判断で考慮する事情は、基本的に刑事裁判における量刑判断で考慮される犯情と同様と考えられ、刑事裁判では一般情状として考慮されることが一般的な前歴について、同種事案の再非行等の具体的な事案によっては、犯情として考慮できる前歴もある考えられている⁽¹⁸⁾。ここでは、前に犯罪をして家庭裁判所における調査・審判を通じて教育的働き掛け・保護処分決定を受け、より強い反対動機に直面したはずなのに、これを押し切って再び罪を犯したものとして、その行為の責任非難の程度を高めるといえるので、犯情において考慮することが相当と考えられている⁽¹⁹⁾。

実際の裁判例においても、事案の性質（重大な犯罪か否か）、犯行の態様・結果及び犯行の動機を中心に犯情の軽重を考慮して保護処分の上限（許容性）を判断しており、同種の保護処分歴等の前歴があるものについては、そのことも含めて犯情評価が行われているようである⁽²⁰⁾。

(18) 前田巖「家庭裁判所の立場からみる令和3年改正少年法」法律のひろば75巻3号（2022年）29頁、小池信太郎「改正少年法と18歳・19歳の少年に対する処分選択」法学セミナー806号（2022年）60頁等参照。

(19) 成瀬・前掲注(1)103頁、小池・同、河原俊也編著『実例少年法』（青林書院・2023年）37頁（藤永祐介執筆部分）等参照。なお、同種前科は本件犯行の反対動機を高めるので強い非難が可能であり、刑事裁判においても犯情（数・重さ・内容、時期、本件犯行との内容的関連性、犯人の資質・能力、再犯に至った経緯など）として考慮されている（司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（2012年）68頁、同編『裁判員裁判と裁判官』（2019年）148頁等）。これらに対しては、「保護処分歴があることが、少年に対する非難を高めるとする発想自体が、保護処分を制裁的性質ととらえているが故ではないかとの懸念も払しょくできない以上、保護処分歴を犯情の軽重の考慮において、非難を高める方向で考慮することは、少年法の基本的枠組みを大きく変えるものであり妥当でない」との厳しい批判がある（大貝葵「特定少年に対する保護処分の性質と決定手続き」犯罪と刑罰32号（2023年）21頁）。

(20) 前者の裁判例として、①宮崎家決令和4・7・14判例タイムズ1508号255頁、②大阪家決令和4・9・5家庭の法と裁判45号75頁、③千葉家決令和4・6・24判例タイムズ1510号249頁がある。また、前歴を犯情に含めた後者の裁判例として、④東京家決令和4・5・26判例タイムズ1503号255頁、⑤東京ノ

しかしながら、送致事実である非行事実と同種の保護処分歴は犯行の反動動機を高めるから犯情で考慮し、それとは異種の保護処分歴については、要保護性の問題として犯罪的危険性（性格）の問題として考慮とするといった切り分けが妥当なのかについては疑問が残る。いずれも非行性の深化を示す指標であるので、犯罪的危険性、すなわち、矯正が必要な性格の問題として扱うべきである。

（２）「犯情の軽重を考慮して相当な限度を超えない範囲内」の意義

以下では法64条1項の「犯情の軽重の考慮」の対象及び方法について検討する。

特定少年に対して保護処分をする場合には、認定した非行事実の犯情の軽重を評価し、その行為責任の幅を上回らない限度において選択し得る保護処分の範囲はどこまでか（最も重い処分は何か）を把握したうえで、その把握した選択し得る保護処分の範囲内において、要保護性の程度に応じて、具体的な保護処分の内容を選択するという二段階の判断を経ることになる⁽²¹⁾。また、特定少年に対する保護処分として少年院送致を選択した場合には、要保護性や処遇の必要によってではなく、犯情の軽重を考慮し

ㄨ 高決令和4・6・3判例タイムズ1507号112頁、⑥東京家決令和4・6・15判例タイムズ1509号253頁、⑦那覇家裁沖縄支決令和5・3・7家庭の法と裁判47号90頁がある。このうち、東京家決令和4・6・15では、前歴についても犯情として考慮しているが、単に前歴があるという形式的な事情だけを持って犯情として考慮したわけではなく、前歴が同種事案であり、かつ、保護観察処分の継続中の再非行であるという具体的な事情まで検討した結果、本件非行に及んだ少年に対する非難の程度を高めるといえることから前歴を犯情として考慮している点にも着目すべきであろう」（「解説」裁判例⑥254頁）。なお、裁判例③については異種保護処分歴があるが、これについては、犯情評価ではなく、要保護性の判断材料として考慮されている。

(21) 玉木・北原・前掲注(12)31頁-32頁、「解説」裁判例⑥（前掲注(20)）253頁、河原・前掲注(19)33頁-36頁（藤永祐介執筆部分）等参照。

て収容期間を定めることになる⁽²²⁾。改正法施行後に公刊物等判例誌に現れたいくつかの裁判例においては、この判断枠組み（手法）によって保護処分決定が言い渡されている⁽²³⁾。

犯情の軽重で行為責任の幅を決めてそれに対応する保護処分の大枠を決める際には、選択肢としての保護処分の軽重を問題にする必要があるので、第一段階の判断においては保護処分間の処分としての軽重が前提とされている。条文上も、法64条1項但書において、罰金以下の刑にあたる罪については、1号の6月保護観察しか選択できないとされているので、法定刑の軽い罪については自由制約の度合いが質的・量的に最も低い処分が対応しているように解せないわけではない。しかしながら、従来の保護処分決定が、施設内処遇あるいは社会内処遇を保護処分として課すことにおいて、処分内容の軽重を前提としていたかについては疑問がある。非行事実が重い場合に、そのことが要保護性判断における犯罪的危険性（累非行性）の高さに結びつくことは認められるとしても、それに応じて選択される処分の内容の軽重が決まるわけではない。施設内処遇であるか、社会内処遇であるかは、あくまでも少年の性格の矯正及び環境調整に必要かつ相当な処遇方法の問題であり、軽重を問題とする⁽²⁴⁾制裁手段ではないからである。この点において第一段階の判断は問題を孕んでいる。

次に、行為責任によって保護処分の上限を画定する点についてであるが、この目的は、犯情の考慮要素にあたる犯罪の性質、犯行の態様、犯行の結

(22) 河原・前掲注(19)45頁（藤永祐介執筆部分）等参照。

(23) 注(20)の①乃至⑥の裁判例参照。

(24) もっとも、保護処分間の軽重については、「児童自立支援施設送致及び少年院送致の各処分は、同じ保護処分ではあっても保護観察処分より一般的、典型的に少年にとって不利益な処分であり、少年法が、処分の著しい不当を理由に抗告を認めた趣旨が少年の権利保護にあり、少年の側にのみ抗告が認められていることからすると、少年にとって不利益な処分を求めて抗告を申し立てることは認められない」とした裁判例（東京高決平28.1.27判例タイムズ1427号145頁）も存在する。

果、動機等を踏まえて、犯した罪の責任に照らして許容される限度を超えない範囲で処分を選択することにあるとされている⁽²⁵⁾。この点については、従前の実務上も、一般的には、犯罪事実の軽重と処分の間の均衡を考慮して処分選択が行われており、犯罪事実の軽重と要保護性は対応・相関していること、18歳以上の少年に対する保護処分を犯情の軽重を考慮して相当な限度を超えない範囲内で行うことにしても、実務上、要保護性に応じた適切な処分選択を行うことに直ちに支障が生じるものではなく、現在の少年事件における実務の運用が大きく変わるものではないことなど、従来の保護処分決定と大きく変わらないことが説明されている⁽²⁶⁾。

しかしながら、この説明には若干の疑問がある。従来も非行事実の重大性と保護処分の選択が関連性を有していたことは否定しないが、それはあくまでも直結するものではなく、要保護性の評価を通じて間接的に関連するものであったことが指摘されなければならない。そこでは、非行事実の重大性に現れた犯罪的危険性の高さ、矯正可能性の困難さといった要保護性の程度に応じた処分が選択されてきたはずである。これに対して今回の特定少年の保護処分選択に関する改正法は、最終的には要保護性に応じた第二段階の判断に基づいて保護処分を決定するとしながらも、非行事実が重大な事件、そして犯情の重い事件については責任刑の考えに基づく行為責任に比例して処分の上限（大枠）を仮決定し、それを覆すほどの事情が要保護性によって認定されるかどうかによって最終的保護処分を決定する、いわば原則逆送規定の但書適用に関する特段の事情説、なかでも犯情重視説あるいは二段階説と同様の構造を有しているように見受けられる。実際の運用上も、行為責任の観点から少年院送致処分を許容しながら、要保護

(25) 玉木・北原・前掲注(12)31頁-32頁、「解説」裁判例⑤（前掲注(20)）113頁、河原・前掲注(19)38頁-40頁（藤永祐介執筆部分）等参照

(26) 令和3年5月11日参議院法務委員会における法務省刑事局長答弁〔川原隆司政府参考人〕第204回参議院法務委員会第12号。

性の観点から保護観察処分を選択することが一般的であるのかについては疑問がある⁽²⁷⁾。

また、犯情の軽重を考慮して決定される少年院収容の期間についても、家庭裁判所は、処遇の必要性に関わる事情を基本的に考慮せず、犯した罪の責任に照らして許容される限度を上回らない範囲内で、できるだけ長く収容期間を設定し、その後、処遇機関において、家庭裁判所の定めた期間の範囲内で、対象者の状況等に応じて必要な期間の施設内処遇を行うことが望ましい⁽²⁸⁾とされており、結局のところ、第一段階の判断の際に、法益侵害の質・量で期間を設定する傾向があるように見受けられる⁽²⁹⁾。

法64条1項の「限度を超えない」とは、限度を上回らないという趣旨であり、裁判所は、犯した罪の責任に照らして許容される限度を上回らない範囲内で、対象者の要保護性に応じて処分を選択することであるとの立法当局者、裁判所関係者の説明⁽³⁰⁾があるが、上述したように、犯情に応じた行為責任の範囲で、いわば「制裁」としての保護処分の質及び量（上

(27) 公刊物等判例誌に現れた保護処分決定についての裁判例（前掲注(20)）においては、行為責任の観点から少年院送致決定が許容されて事案については、要保護性の観点からも少年院送致決定が選択されている。なお、原則逆送対象事案でありながら、62条2項但書に該当するとして保護処分相当とされた事件では、64条1項の第一段階の判断で、2号（2年保護観察）相当と判断され、要保護性の観点からも2年保護観察処分とされた裁判例（裁判例②（前掲注(20)））もある。

(28) 玉木・北原・前掲注(12)36頁-38頁、「解説」裁判例⑥（前掲注(20)）113頁、河原・前掲注(19)44頁-47頁（藤永祐介執筆部分）等参照。

(29) 前掲注(20)の裁判例中、少年院送致期間が2年とされた裁判例（裁判例②④⑤⑦）及び3年とされた裁判例（③⑥）の事実関係を見ると、2年が言い渡された事例については比較的被害が軽微な事案（②建造物等放火事件（被害軽微、延焼危険小）、④大麻40グラム所持（中程度の所持量）、⑤特殊詐欺未遂（刑事では執行猶予もある事案））、⑦無免許運転（同種保護処分歴2回）であり、3年が言い渡された事例については、比較的被害が大きく、法定刑も高い事案である（⑥特殊詐欺受け子（被害額高額で実刑相当の事案）、③麻薬及び向精神薬取締法違反事件（麻薬施用につき7年以下の刑の罪））。

(30) 玉木・北原・前掲注(12)31頁。

限)が推定され、この推定を覆す特段の事情として要保護性が機能せざるを得ない構造においては、事実上、同種保護処分歴も含めた犯情評価によって保護処分決定がなされることに他ならないのではないだろうか。

以上を踏まえたうえで、以下では、法64条の解釈論としての限界について検討する。

5 若干の検討

(1) 特定少年を少年法上の「少年」として扱う意味

法62条1項に「18歳以上の少年」として定義されている特定少年が、法2条1項の少年にあたり、法3条1項1号にいう犯罪少年にあたることは疑いがない。したがって、特定少年も法1条の健全育成の対象となり、その主たる目的が、非行のある少年として、性格の矯正と環境の調整にあることは当然のこととなる。このことは、18歳未満の犯罪少年はもとより、触法少年、ぐ犯少年とも共通している。加えて、犯罪少年に対する全件送致主義も、非行少年全般に共通する全件調査主義、調査前置主義も適用され、観護措置、非公開の審判といった少年保護に基づく、少年法上の基本的枠組みが維持されることは当然の前提とされている。特定少年については、ぐ犯が保護教育の対象から外れて少年保護の性格が薄れて行為責任を問う傾向が高くなったようにも見えるが、先に検討したように、保護的措置をとまう審判不開始率及び不処分率は顕著に増加しており、特定少年全般に対する健全育成の趣旨がまったく変質してしまったように思われる。

では、法62条以下の「特例」の意義をどのように理解し、位置づけるべきであろうか。

ここでいう「特例」という概念は、あくまでも実定法としての少年法上の特別規定という意味であり、いわゆる特別法を意味するわけではない。

この観点からしても、法の目的は一つであり、特定少年が特別の法的地位を持つものではなく、他の非行少年と同様に健全育成の理念の対象とされていることになる。したがって、法62条以下の「特例」に実質的な意味はなく、法61条までの保護的な措置を部分的に縮小あるいはその適用の除外範囲を形式的に明示したものと理解すべきである。逆送決定に関する規定は、逆送の対象事件こそ拡大したものの、逆送決定の判断枠組み及び手続を変えたものではない。法68条による犯人推知報道禁止の適用を除外したのも、公判請求した事案に限定されていて、特定少年による大部分の事案については依然として法61条の適用が及んでいる。また、本稿の主要検討課題である保護処分³¹⁾の適用においても、社会調査を前提として要保護性に基づいて保護処分が決定される裁判手続の在り方自体が変わるわけでもなく、基本的な保護手続は維持されたままなのである。

このことを踏まえると、18歳、19歳の特定少年についても、わが国の法律である少年法が少年として特別の保護の地位を与えることを明示したものであり、国連児童の権利条約が第41条(a)で規定するように、締約国の法律として児童の権利に一層貢献するものとして理解することができるように思われる。また、国連児童の権利委員会による一般的意見では、少年法の適用年齢を18歳以上に設定することは賞賛されているし、人間の脳の発達が25歳程度まで未成熟で保護的対応がより重要であることが指摘されている⁽³¹⁾。したがって、特定少年についても従来と同様に、国連児童の権利条約の権利主体として、自ら非行を克服していく成長発達権が保障されるとともに、日本国憲法上も成長発達権利主体としての「子ども」で

(31) 拙稿「国際人権基準及び海外法制の観点から見た少年法改正案」法と民主主義556号(2021年)15頁-16頁、武内謙治「改正少年法のインパクト」法律時報94巻2号(2022年)9頁(注(24)部分)等。なお、脳科学と少年司法の問題については、拙編著『脳科学と少年司法』(現代人文社・2019年)、山崎俊恵「少年法適用年齢引下げと脳科学」葛野尋之・武内謙治・本庄武編『少年法適用年齢引下げ・総批判』(現代人文社・2020年)等を参照されたい。

あることに変化はないと考えてよい。

(2) 犯情の軽重を考慮して保護処分を決定するための正当化根拠

では、特定少年に対して保護処分を課してその自由を制約する正当化根拠をどのように考えるべきか。これについてはいくつかの見解の対立がある。

一つの見解は、民法上の成年年齢との整合性をその主張の柱とするものである。民法上の成年になった特定少年は自律的自己決定主体であり、民法上の親権者による保護が及ばないのであるから、保護原理によって保護処分の賦課を正当化することはできず、侵害原理によってのみ正当化されるというのである⁽³²⁾。この考え方は、法制審議会の議論の中でも、若年者に対する新たな処分を課すための正当化根拠として主張された見解である⁽³³⁾。そして、これをさらに推し進める見解によれば、18歳未満の少年に対する保護処分は健全育成を目的とした保護原理に基づいて正当化されるが、特定少年に対する保護処分は改善更生・再犯防止を目的としたものであって、正当化根拠は侵害原理以外にはないとする⁽³⁴⁾。行為責任に基づいて、犯情の軽重を考慮して保護処分の責任の上限を設定することは当然の帰結というわけである。

これに対しては、法1条の健全育成という単一概念について、18歳未満の少年に対する場合と18歳、19歳の少年に対する場合とで、まったく異なる介入根拠を混在させる解釈論は不自然であり、相異なる原理を持つ目

(32) 川出敏裕「少年法の適用対象年齢の引き下げを巡る議論について」東京大学法科大学院ローレビュー15号（2021年）47頁-48頁、同「改正少年法について」法律時報94巻2号（2022年）18頁等。

(33) 法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会第15回会議事録4頁～5頁（橋爪隆委員発言）。なお、改正法の議論については、第204回国会衆議院法務委員会議録第10号（川出敏裕参考人発言）、同11号（橋爪隆参考人発言）等参照。

(34) 成瀬・前掲注(1)100頁-101頁。

的規定はその意味が失われてしまうとの痛烈な批判がある⁽³⁵⁾。また、保護処分 of 処遇をするに際しては、要保護性を考慮して保護処分に付することが相当かどうかという観点から処遇決定がなされることが予定されているのだから、特定少年について、その介入の根拠を保護原理から離れ、侵害原理のみに限ることが自明とは言えないとする裁判官による批判的見解もある⁽³⁶⁾。もっとも、この見解は、特定少年に対する保護処分の上限枠の設定を侵害原理によることは妥当であるとし、成人と少年の中間的存在である特定少年については、侵害原理と保護原理が重疊的に、あるいは場面によってはどちらかが全面に出る形で介入できる⁽³⁷⁾とするので、少年法の目的規定を多角的に解釈する点については、上記の見解による同様の批判があてはまることになる。

思うに、この点については、特定少年は民法上の成年として、少年法上の保護原理の対象とならないか否かをまず論じなければならない。

確かに、18歳、19歳の年齢の者については、民法上の親権者が不在となるので、その民法上の身上監護権、財産管理権が及ばなくなるのは当然である。しかしながら、少年法上、さらにはその健全育成の目的を基盤とする少年院法上の保護的教育的措置、すなわち、性格の矯正及び環境の調整に関する処遇の内容は、親権の内容とは必ずしも連動することなく、少年保護固有の問題として独立に機能してきたはずである⁽³⁸⁾。従来も、収容継続された20歳以上の被収容少年に対しても矯正処遇は展開されてきたし、

(35) 本庄武「特定少年の刑事事件に関する特則」法律時報94巻2号（2022年）59頁-60頁。

(36) 菊池則明「特定少年に対する保護処分と責任能力」法学新報129巻6・7号（2023年）452頁-453頁。

(37) 同・脚注(22)参照。

(38) 拙稿「少年法適用年齢の引き下げと民法の成年年齢」葛野・武内・本庄・前掲注(31)50頁-54頁。なお、武内・前掲注(31)6頁-7頁は、改正法が少年法と少年院法の保護者に関する規定に変更を加えていないことを指摘して、民法上の成年であっても特定少年に対する保護的な介入を認めているとしている。

民法上成年擬制された非行少年に対しても少年保護の原理は及ぼされてきたのである。また、20歳未満の者の喫煙の禁止に関する法律や20歳未満の飲酒の禁止に関する法律など民法以外の法律においては、18歳を超えても法的保護の対象として、自らの成長、健康を害する喫煙、飲酒についての自己決定を禁止している。さらには、消費者保護法では、若年者の消費者被害を守るために不当勧誘等に対する取消権等が創設されている。民法規範のみを基準として、18歳、19歳の者には保護原理が及ばないということには無理があるように思われる。

18歳、19歳の年齢層の者が精神的に未成熟であり、一定の法的保護が必要であることは国内外で共通している⁽³⁹⁾。わが国においても、18歳以上を成年者とする民法上の規定で、すべての法定年齢が統一されたと見なすことができないのは言うまでもない。少年法が規定する20歳未満の少年による非行は、法益侵害行為のみならず、依然として、未成熟な「自己決定主体」による自損性を伴う行為であることは否定できない事実である。それゆえに、全件送致主義に基づく少年保護手続は、保護処分決定はもとより、刑事処分につながる逆送決定においてさえ、要保護性の観点から刑事処分相当性を判断する法構造をとっているのである。保護処分決定を侵害原理のみで正当化することはできず、保護原理がその中心的な原理であることは自明である。

(3) 少年法64条の解釈論としての限界

そう考えると、特定少年の行為責任に応じて責任の上限が画される保護処分は、その軽重を含めて、法24条1項とは別に法64条1項に規定されているが、保護観察処分及び少年院収容処分そのものについての性格を変えるものではないと言わなければならない。更生保護法49条2項では、特定

(39) 拙編著『子どもの法定年齢の比較法研究』『新時代の比較少年法』（いずれも2017年）所収各論文を参照されたい。

少年を含む保護観察処分少年に対する保護観察は、保護処分の趣旨を踏まえて、健全育成を期して実施することが目的として定められているし、少年院法15条では、特定少年を含む在院者の処遇は、人間諸科学の専門的知識及び技術を活用して、健全な心身の成長を図るとともに、自主、自律及び協同の精神を養うことが目的として定められている。特定少年の保護処分も、決して制裁的・懲罰的処分ではなく、保護原理に基づいた、将来に向けた性格矯正と環境調整のための教育的処分であることは疑いがない。

そして、上限2年の保護観察処分が言い渡される特定保護観察少年に対する保護観察所による指導監督、補導援護も、18歳、19歳の特定少年である被収容者に対して主として実施される少年院での成年社会参画指導（大人へのステップ）も、年少少年、中間少年に対して従来から実施されている更生保護処遇及び矯正処遇の基本的枠組みを変更させるものではない⁽⁴⁰⁾。特定少年の保護処分も、一般少年の保護処分も、その処遇内容の実際は大きく変わらないのであるから、そのことを前提とした処分決定がなされるべきである。

また、従来、対象少年に対して裁判所が選択して課す社会内処遇あるいは施設内処遇の保護処分は、要保護性、特に、いかなる手段・方法によって犯罪的危険性を除去できるかという矯正可能性に応じて決定されてきたはずである。犯罪的危険性が高く矯正の必要性が高いから「重い」施設内処遇を、逆に低いから「軽い」社会内処遇を選択すると判断してきたわけではない。あくまでも、施設内の処遇を必要とするか、社会内の処遇を必要とするかは少年の非行性の深化の度合いによって相対的に決まるものであり、裁判所による軽重判断とすべきではない。処分を受ける少年の側か

(40) 馬渡真一郎「福岡少年院における保護観察復帰プログラムに係る取組について」刑政133巻12号（2022年）74頁以下、山本宏一「少年法等改正を踏まえた少年院の運営」刑政133巻2号（2022年）33頁以下、大門貴彦「多摩少年院における成年社会参画指導の取組について」刑政133巻11号（2022年）72頁以下等参照。

らすれば、施設内処遇が自由の拘束度が強く、自己にとって不利益な重い処分と受け止めることは自然ではある。だからといって、裁判所の側からしても施設内処遇が一般的類型的に不利益処分であるとは言えないのではないだろうか。保護処分の軽重判断の主体をすり替えて、保護処分の軽重をつけるべきではない。この点においても、現在の解釈運用には疑問がある。

いずれにしても、このことを前提として、現在の裁判実務では、犯罪の性質、犯行の態様、結果、動機（同種保護処分歴が与える影響を含む）を主たる内容とする犯情の軽重の評価で行為責任を決め、その行為責任の量に依拠して、過去の行為の「制裁量」に対応する保護処分の質及び量（期間）を決定しているように見受けられる。特に、同種保護処分歴が犯情をより重く評価する方向に作用させることは、同様の犯罪を繰り返して保護処分を受け、反対動機を形成する機会が何度もあったにもかかわらず、あえて同様の犯罪を行ったことに対する行為責任の量を問題にするわけであるから、行為者の主観面を重視した責任刑の発想を保護処分決定に組み入れるものであり、保護処分の性格を刑罰化するものと評価しうる。その意味で、犯情の軽重を考慮して行われる第一段階の判断（保護処分の許容性としての上限枠の設定）及び法64条2項、3項のいわば第三段階の判断（保護処分の期間の設定）は、そもそも少年法の保護理念と相容れないと言わなければならない。

これにくわえて、送致事実である非行事実については、要保護性の認定、特に、中心概念である犯罪的危険性（累非行性）を推定する根拠として用いられるのが一般的である⁽⁴¹⁾。また、社会調査の方法として用いられるBPS調査においては、非行事実のミクロ分析が行われて、どのような行動のつながりによって当該非行が発生したのかを分析することになる⁽⁴²⁾。

(41) 河原・前掲注(19)40頁-41頁（藤永祐介執筆部分）等参照。

(42) 同・41頁-42頁（特に同文献の注(41)・(42)参照）。BPSモデルに依拠したメ

すなわち、非行の重大性、法64条1項でいう犯情の重さは、従前通りの社会調査が実施される改正法のもとでは、犯罪的危険性を予測する一つの大きな要素としても考慮されることになる。同種保護処分歴を含めた犯情評価で行為責任を決め、その行為責任の量に応じて過去の行為の「制裁量」を決めることと、同じ犯情評価を用いながら要保護性の中心概念である犯罪的危険性、そしてそれに基づく矯正可能性を予測することが両立するのかが疑問である。過去の犯罪の行為責任を測定する事情を用いて、将来の健全育成あるいは改善更生のための犯罪的危険性あるいは矯正可能性を測定するのは背理である。

改正法の中核とも言える法64条1項の保護処分決定の枠組みの要諦は、表向きは、自律的自己決定主体である18歳、19歳の「成人」に対して要保護性に基づく過剰なパターンリズムによる保護教育を制約する原理として侵害原理を導入して、犯情評価に基づく行為責任の範囲で保護処分を課するというものである。しかしながら、行為責任を問うたうえで保護教育を制約することは、保護原理そのものの否定であり、もはや第二段階の要保護性に基づく保護処分の選択は、少年保護手続の基本原則を骨抜きにするものに他ならない。このことは、第一段階で、犯情の重さに比例した行為責任によって「重い」保護処分を許容した場合に、第二段階で、要保護性の低さに応じた「軽い」処分の選択をも妨げているように思われてならない。

結局のところ、少年法1条の保護理念で統一されている少年保護手続に、侵害原理に基づく行為責任の観念を無理矢理接ぎ木することは、解釈運用において混迷を深めさせるだけのようと思われる。改正法においても、保護教育の観点から要保護性を認定し、それに応じて保護処分決定をすることは変わらないのであれば、犯情の軽重を考慮して保護処分の上限及び期間を設定する必要はない。

ㄨ 非行別調査支援ツール（薬物、性、粗暴、放火等）については、家庭裁判月報63巻10号（2011年）以下の連載参照。

(4) 特定少年に対する保護処分決定の在り方

では、法64条はどのように解釈されるべきなのか。

法1条の健全育成の下、統一的な保護理念で扱われる特定少年についても、保護処分の性質及び内容は従来のそれと変わらず、社会調査に基づいて明らかにされた要保護性に応じて課されるわけであるから、「犯情」が保護処分に直結することはないと考えるべきである。法64条で用いられる「犯情」は、特定少年が行った犯罪事実の性質、犯行の態様、犯行の結果を指すとは定義されようが、それは改正法が特定少年を「特例」として位置づけたことに伴う象徴的な意味しかない。

そのうえで、「犯情の軽重を考慮して相当な限度を超えない範囲内」とは、従来から要保護性（特に犯罪的危険性及び矯正可能性）を認定する際に非行事実の軽重を考慮してきたことと同様に、犯情の軽重を考慮したうえで、同種異種を問わず保護処分歴等の前歴を少年の非行の深化を測る一資料として評価して要保護性を認定し、その要保護性の限度（＝程度）を超えない範囲内で保護処分を決定するという意味に解することになる。現在行われている、いわゆる第一段階の判断は不要であり、従来の保護処分決定同様に、犯情部分についても、総合評価説的に扱うべきである。

そして、「犯情の軽重を考慮して」決定される法64条3項の少年院収容期間の設定については、「特例」として位置づけられた18歳、19歳の年齢層の少年の要保護性、特に矯正可能性の将来予測に基づく合理的な処遇上限期間と解する。「特例」として位置づけられて17歳以下の一般少年とは形式的に区別されたために適用されない収容継続決定の上限年齢と概ね一致する年数として3年を設定したに過ぎない⁽⁴³⁾。また、法64条1項2号

(43) 性格矯正の観点から人格形成途上の被収容少年に最適の教育を与えるために、少年院法138条1項によって23歳を超えない期間で少年院への収容継続が可能となっているが、法64条3項はこの規定との平仄を合わせる形で設けられたものと解することができる。

の2年については更生保護法66条の趣旨を具現化したものにすぎず、「犯情の軽重を考慮して」決定される法64条2項の少年院収容期間の設定についても3項同様の趣旨であり、法26条の4第2項の趣旨を具現化したものに過ぎない⁽⁴⁴⁾。

6 結論

本稿の結論として、一つには、保護的処遇が必要な18歳、19歳の年齢層の非行少年についての保護的教育的対応が手薄になってきている現状が指摘できる。この年齢層のぐ犯が保護教育の対象から外されたことの問題性は当初から指摘されてきたところではあるが、法64条に犯情概念が設けられたことで、犯情の観点から要保護性が高くても保護処分が課せない事案については、審判不開始決定、不処分決定で収束する傾向にあるということである。これらの例については、家庭裁判所による保護的措置で代替されているとの説明も可能ではあろうが、少年更生保護、少年矯正の専門機関として、集中的継続的に処遇を行う保護観察所による少年保護観察処遇、そして少年院による少年矯正処遇に変わることはできないのは明らかであり、これらの処遇を必要とする特定少年に対する保護の欠如は大きな問題点として指摘できる。

また法64条が犯情の軽重を考慮した保護処分決定及び期間設定を明示したことによって、施設内処遇（少年院送致決定）が重い処分であり、社会内処遇（保護観察処分決定）が軽い処分であって、それは処分期間の長短によってさらに軽重が計測できるとしたことの問題性が指摘できる。これ

(44) 保護観察処分少年に対して遵守事項違反の不良措置として法26条の4第1項で課される少年院送致処分が23歳を超えない期間内とされている（同2項）こととの平仄を合わせるために、2年の保護観察期間に1年の少年院収容期間を加えた合計3年間で設けられたものと解することができる。

は罪刑均衡の刑罰的思考を前提とする考え方であり、少年の要保護性、特に矯正可能性に基づいて、社会復帰のために必要な処遇内容及び期間を予測的に決定する従来の保護処分決定の意義を歪めるものに他ならない。そして、このことは、裁判例を見る限りにおいて、行為責任を重視した刑罰的発想での処分の類型化につながる危険性を孕んでいる。

法64条の解釈運用にあたっては、今一度、法1条の目的規定に立ち返って、保護理念に基づいた保護処分の在り方を志向すべきである。

【献辞】敬愛する赤池一将先生の定年によるご退職を心よりお祝い申し上げます。

赤池先生には、わたしが大学院生であった頃から、研究会、学会等でご指導、ご教示をいただき本当にお世話になりました。赤池先生の造詣の深さと知識の豊富さには常々驚かされ、いくつもの刺激を受けてきました。わたしの専門とする少年法の領域についても、フランス法の歴史から最新の情報まで、数々のご助言をいただいたことに感謝申し上げます。本小論が赤池先生のご恩に報いることができるか甚だ心許ないところですが、ここに謹んで献呈させていただきます。

犯罪歴というスティグマ —アメリカ刑罰史における「危険性」の系譜から—

山 梨 光 貴

目 次

はじめに

I 烙印刑が果たしていた機能

II 犯罪学と「危険性」

III 刑罰制度と「危険性」

IV 市民が「危険性」に向き合うとき

むすびにかえて

はじめに

犯罪からの離脱（desistance from crime）に関する研究¹では、就職や結婚などのターニングポイントを経て獲得される社会関係資本（social capital）が、離脱のプロセスにおいて重要な役割を果たすものとして理解されている²。もっとも、罪を犯した者たちにとって、社会関係資本の獲得は必ずしも容易なことではない。たとえば、アメリカでは、就職活動において書類審査を通過する割合に犯罪歴の有無が統計的に有意な差を生ん

1 相澤育郎「犯罪学における離脱理論の展開と論点」赤池一将ほか編『刑事司法と社会的援助の交錯』（現代人文社、2022年）193頁以下、拙稿「犯罪からの離脱のメカニズム——更生保護の理論的基盤を求めて」大学院研究年報47号（2018年）189頁以下など。

2 拙稿「重要な他者——関係性の構築と犯罪からの離脱」比較法雑誌54巻3号（2020年）155頁以下も参照されたい。

でいることを明らかにした研究³がある。求人応募者は、いわゆるバックグラウンドチェックの一環として犯罪歴の有無を尋ねられることが多く⁴、このことが、罪を犯した者たちの就職を困難にしている一つの要因であると考えられている⁵。

採用手続において犯罪歴が考慮される理由には様々なものが考えられるが、理論的には、応募者に犯罪歴がある場合、その者によって惹起され得る種々のコスト（他の従業員や顧客に対する不法行為とそれに対する賠償など）への懸念が生じやすいということが指摘されている⁶。たとえば、Lageson et al. が行ったインタビュー調査によれば、犯罪歴のある者を採用するかについて担当者に裁量が認められている場合、彼／彼女らは、自身の判断によって他の従業員が危険に晒されることになるのを懸念して、犯罪歴のある者の採用に躊躇していることが認められる⁷。もっとも、医療現場などの一部の例外を除いて、犯罪歴のある従業員が（ない従業員よりも）同僚や顧客の被害リスクを高めることを示す有力なエビデンスがあるわけではない⁸。その意味で、その懸念は、「事実」に基づくものという

3 E.g., Pager, D., *Marked: Race, Crime, and Finding Work in an Era of Mass Incarceration*, Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

4 See, Vuolo, M. et al., "Criminal Record Questions in the Era of 'Ban the Box,'" *Criminology & Public Policy*, 16(1), 2017, pp. 139-165; Denver, M. et al., "Criminal Records and Employment: A Survey of Experiences and Attitudes in the United States," *Justice Quarterly*, 35(4), 2018, pp. 584-613.

5 このような理解のもと、アメリカ連邦政府および多くの州では、採用手続において犯罪歴の有無を問う機会を減らそうとする政策であるBan the Boxが採用されている（See, Avery, B. & Lu, H., *Ban the Box: U.S. Cities, Counties, and States Adopt Fair-Chance Policies to Advance Employment Opportunities for People with Past Convictions*, National Employment Law Project, 2021）。

6 See, Raphael, S., "The Effects of Conviction and Incarceration on Future Employment Outcomes," in Farrington, D. P. & Murray, J., (eds.), *Labeling Theory: Empirical Tests*, Abington: Routledge, 2014, pp. 238-239.

7 Lageson, S. E. et al., "Legal Ambiguity in Managerial Assessments of Criminal Records," *Law & Social Inquiry*, 40(1), 2015, pp. 189-190.

8 See, Harris, P. M. & Keller, K. S., "Ex-Offenders Need Not Apply: The

より、犯罪歴という「属性」そのものに基づくものであるということになる。

Goffmanによれば、「未知の人が、われわれの面前にいる間に、……他の人びとと異なっていることを示す……望ましくない種類の属性」⁹であるスティグマには、「出会う者の注意を否応なく惹いて顔をそむけさせ、彼にある他の好ましい属性を無視させる」¹⁰という特徴がみとめられるという。犯罪歴が、それをもつ者を「私たちを危険に晒す存在」であることを推認させるスティグマになっており、その者の社会関係資本の獲得を困難にさせていることは、一連の調査結果からも明らかである¹¹。犯罪からの離脱をサポートするためには、このようなスティグマを克服する作業も不可欠であろう。

とはいえ、犯罪歴がスティグマ性を帯びることは、人間社会において避けられないことであるのかもしれない。たとえば、前科による資格制限に関する法制度は、古くから共同体レベルで共有されていた、前科のある者に対する「違和感と拒絶反応」を具体化するものとして形成されたとの指摘がある¹²。このように、私たちは、何世代にもわたり、しかも共同体レベルで、(エビデンスに乏しいという意味で)「事実」とはいいい難い認識をもち続けていることがわかる。そして、このことは、私たちの意識をそのように拘束する構造的な力が存在していることを示唆している。

↘ "Criminal Background Check in Hiring Decisions," *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 21 (1), 2005, pp. 17-22.

9 Goffman, E., *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*, Prentice-Hall, 1963[石黒毅訳『スティグマの社会学——烙印を押されたアイデンティティ』(せりか書房、2001年)]、翻訳書、15頁。

10 Goffman, *Ibid.*, 翻訳書、19頁。

11 See also, Becker, H. S., *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York: The Free Press, 1973[村上直之訳『完訳 アウトサイダーズ——ラベリング理論再考』(現代人文社、2011年)]、翻訳書、28-30頁。

12 森本益之「犯罪者の社会復帰と資格制限」*阪大法學*44巻2・3号(1994年)669頁。

スティグマを克服するために、人権や社会復帰理念の重要性を説くことは大切であるし、それによって一定の成果が挙がっていることに疑いはない。しかし、それらが私たちの意識を十分に拘束できていないこともまた認めざるを得ない。法学ないし刑事政策学の理念の前に立ちふさがり構造的な力の一端を明らかにし、これを問題化することが、まずもって肝要であろう¹³。それは、『誰一人取り残さない』社会の実現（第二次再犯防止推進計画 4 頁）を再犯防止施策の基本方針とするわが国にとって、殊更重要な課題であるように思われる¹⁴。

以上のような問題関心の下、本稿では、アメリカの刑罰史を辿りながら、犯罪歴というスティグマについて検討を加えていく。刑罰史を検討対象とすることには二つの理由がある。第一に、私たちの意識を拘束する構造的な力は歴史的な展開のなかで変遷するものであり、「意識を生み出した歴史的プロセスを解明しない限り、意図して意識を変えることはできない」¹⁵ からである。第二に、Durkheimが指摘しているように、「犯罪というものがわれわれの眼の前に外部的にあらわれてくるのは刑罰を通してであり、したがって、もし犯罪の理解に到達しようと思えば、刑罰をその出発点としないわけにはいかない」¹⁶ からである。上述のように、アメリカ

13 赤池一将「『危険性』の系譜と新しい刑罰装置について」龍谷法学42巻3号（2010年）410-411頁を参照。赤池は、『現実』を拘束しえない『政策論』の役割を問い返す必要があろう」とも指摘している（同「刑罰が危険性に向き合うとき——問題提起にかえて」刑法雑誌53巻1号（2013年）7頁）。

14 法務省で開催された「『第二次再犯防止推進計画』（仮称）の策定に向けた『再犯防止推進等検討会』」においても、更生保護法人や地域生活定着支援センターの関係者から、刑務所出所者の支援に対する理解と協力を得ることの難しさが吐露されていた（第2回会議議事録9頁〔西村譲氏発言〕、12-13頁〔藤高剛氏発言〕など）。

15 Grinker, R. R., *Nobody's Normal: How Culture created the Stigma of Mental Illness*, New York: W. W. Norton & Company, 2021〔高橋洋訳『誰も正常ではない——スティグマは作られ、作り変えられる』（みすず書房、2022年）〕、翻訳書、43頁。

16 Durkheim, É., *Les Règles de la Méthode Sociologique*, Paris: Librairie Félix

は犯罪歴に関する人びとの意識が特に拘束されている国の一つである¹⁷。そのアメリカの刑罰史を辿ることで、スティグマに関する構造的な力の一端について、暫定的な解答を提示することが、本稿の目的である。

I 烙印刑が果たしていた機能

かつて、刑罰は身体刑を中心とする体系であった。Swainによれば、そのような刑罰体系にあって、烙印は、ほとんどあらゆる国で支持された刑罰の一形式であったという¹⁸。そしてそれは、Earleが詳述しているように、アメリカも決して例外ではなかった¹⁹。

烙印刑が社会の中でどのように機能していたかを知るには、Eriksonの『あぶれピューリタン (Wayward Puritans)』が示唆的である。1630年代にピューリタン入植者が建設したニューイングランドという社会に注目し、その社会で起きた3つの「犯罪の波」(反律法主義論争、クエーカー教徒の迫害、セイラム魔女裁判)を素材に、逸脱が社会の中で果たしている機能を分析するEriksonは、その著書の終盤、逸脱者に対して行われた刑罰による対応が、ニューイングランド社会において果たしていた機能について言及している。

Eriksonによれば、カルヴィニズムの「予定説」を徹底するピューリタンにとって、神による救済の対象となる人間と、そうでない人間(永久に

↘ Alcan, 1895[宮島喬訳『社会学的方法の規準』(岩波書店、1978年)]、翻訳書、113頁。

17 See also, Garland, D., "Penalty and the Penal State," *Criminology*, 51(3), 2013, p. 479.

18 Swain, J., *Pleasures of the Torture Chamber*, London, 1931[大場正史訳『西洋拷問刑罰史〔新装版〕』(雄山閣、2004年)]、翻訳書、75頁。

19 Earle, A. M., *Curious Punishments of Bygone Days*, Ohio: Herbert & Stone, 1896[神島奈穂子訳「拷問と刑罰の中世史」神島奈穂子=佐伯雄一『拷問と刑罰の中世史』(青弓社、1995年) 7頁以下]、翻訳書、132-133頁。

地獄にひきわたされる人間」とは、あらかじめ神の意志によって決定されており、地上における人間の行動によって、この決定が覆ることはないと言われていた。その帰結として、ピューリタンは、人間は（少年は別にして）加齢によっても人生経験を積むことによってもあまり変わらないという前提を共有していた。したがって、ニューイングランドの人びとにとって、逸脱者が「改心」したり、その逸脱傾向を克服したりする可能性は、信じるに値するものではなかった。以上を確認したうえで、Eriksonは、次のように述べる。

このことは、……、この世界には明白な一線があり、その一線を越えた逸脱者は「永遠に破滅した」と認識していたことを意味している。ピューリタンがある人に訓戒を与えたり罰金を科す場合には、その人を良識に立ち返らせようとしていただけだっただろう。だがその人の額に烙印をおしあてたり、鼻や耳をそぎ落とす場合は、人生におけるその人の位置の恒久的な象徴を刻み付けることになり、それは人がコミュニティ内の通常の社会的役割に戻るのをきわめて困難にした。追放も同じことを意味した。……(中略)……。処刑という行為に同じような終局性が存在していることは言うまでもない²⁰。

Eriksonによれば、ニューイングランドの人びとにとって、ある人物を逸脱者とみなすことは、その者は神による救済の対象ではない、と言い表すことであった。それゆえ、逸脱者の身体に刻印された烙印は、その者が常に社会秩序の安定を脅かす不適応者であることを絶えず表明するものであり、追放や処刑と同様に、その者をコミュニティから半永久的に排除し

20 Erikson, K. T., *Wayward Puritans: A Study in the Sociology of Deviance*, New York: Wiley, 1966[村上直之＝岩田強訳『あぶれピューリタン——逸脱の社会学』（現代人文社、2014年）]、翻訳書、218-219頁。

ようとするものであったというのである。

このように、身体刑を中心とする刑罰体系にあって、烙印刑は、逸脱者を特定して半永久的に排除しようとする、現代でいうところの「無害化 (incapacitation)」に近い機能を、コミュニティの中で果たしていたことがうかがえる²¹。

II 犯罪学と「危険性」

1 監獄と改善主義

周知のとおり、身体刑を中心とする刑罰体系は、啓蒙思想によって自由刑を中心とする体系へと転換した。その際、重要な役割を担ったのが監獄であった。たとえば、Walkerによれば、ペンシルバニア州における1786年の改正刑法では、強盗、侵入盗、反自然的性交に対する死刑は、10年の拘禁と本人の全財産の没収を上限とする刑に取って代わられたほか、20シリングを超える価額の財産に対する盗罪には、最高3年の間、カウンティ・ジェイルに拘禁されて、重労働に従事する刑が科されることになったという²²。

Walkerによれば、ペンシルバニア州の改正刑法は、拘禁の目的を、罪を犯した者の改善に求めるものであり、「植民地時代の思想からの脱却を強く際立たせるもの」であった。したがって、当然の成行きとして、改善を目的とする拘禁刑という新たなコンセプトの出現は、彼／彼女らを改善させるためにはどのような方策をとるべきかという新たな思考を刺激するものとなり、「独居拘禁と近代的監獄の発展に繋がってゆく」ことになっ

21 藤本幸二「身体刑Leibesstrafeと生命刑Lebensstrafeの連続性と非連続性」森田成満編『法と身体』（国際書院、2005年）199-200頁も参照。

22 Walker, S., *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1980[藤本哲也監訳『民衆司法——アメリカ刑事司法の歴史』（中央大学出版部、1999年）]、翻訳書、53頁。

た²³。具体的には、フィラデルフィアのウォルナッツ・ストリート・ジェイルに付設された独居用施設（1791年）、ウエスタン懲治監（1826年）およびイースタン懲治監（1829年）において、完全独居による労働と信仰の規律を目指す「ペンシルバニア制」²⁴が確立したのち、ニューヨーク州のオーバーン刑務所（1819-1823年）とシン・シン刑務所（1825年）において、集団行動をさせつつ徹底した沈黙と労働の下での規律を目指す「オーバーン制」²⁵が確立した。さらにその後、処遇の個別化に基づく新たなアプローチを提案したシンシナティ宣言を契機に設立されたニューヨーク州エルマイラ感化監（1876年）において、不定期刑とパロールなどを駆使しながら学科教育と職業訓練を実施する「エルマイラ制」²⁶が確立した。

もちろん、啓蒙主義時代に監獄が突如として現れたのではない。Durkheimによれば、都市国家が建設された時期には禁錮刑が現れ始めており、キリスト教社会において全開の発達をとげたとされているが、当時の禁錮刑は、罪を犯した者の監視および管理の手段としての性格が顕著なものであったという²⁷。これに対し、近代的な監獄は、上述のように、罪を犯した者の改善をその目的としている。このように、刑罰制度が身体刑を中心とした体系からの脱却を図ったとき、その代替となる自由刑は、澤登の言葉を借りれば、「保安主義から改善主義への重点の変遷」²⁸という質的な転換を経験したことになる。

23 引用はいずれも、Walker, *Ibid.*, 翻訳書、54頁。

24 河合清子「ペンシルバニア制」藤本哲也編『現代アメリカ犯罪学事典』（勁草書房、1991年）146頁以下を参照。

25 河合清子「オーバーン制」藤本編・前掲注24）127頁以下を参照。

26 小澤政治「19世紀行刑の掉尾エルマイラ制（一）・（二）」刑政126巻1号（2015年）60頁以下、同126巻2号（2015年）24頁以下を参照。

27 Durkheim, É., “Deux Lois de L'évolution Pénale,” *L'Année Sociologique*, 4, 1901, pp. 65-95[内藤莞爾訳「刑罰進化の二法則」同『デュルケム法社会学論集』（恒星社厚生閣、1990年）45頁以下]、翻訳書、59-60頁。

28 澤登俊雄『近代自由刑』の起源」人足寄場顕彰会編『人足寄場史——我が国自由刑処分の源流』（創文社、1974年）534頁。

2 処遇の科学化

ところで、完全独居制をとるペンシルバニア制では、被収容者は終日一人で独房に収容され、義務づけられた作業もまた独房の中で単独で行うこととされるなど、被収容者の徹底した分離が行われていたとされる²⁹。これに対して、夜間独居制をとるオーバーン制のもとでは、被収容者は、昼間は集団で所内の作業、食事などの行動を共にすることが許されていたものの、被収容者間のコミュニケーションは昼夜を問わず一切禁止されており、所内生活のあらゆる側面に秩序維持のための工夫が凝らされていたという³⁰。

両者には、完全独居か夜間独居かの違いはあるにせよ、被収容者を個々に分離して独居、沈黙、労働、信仰の規律のもとにおくという意味で、ともに、この時代なりの「個別化」を志向するものであった、と伊藤は指摘する³¹。他方で、伊藤は、Walkerの整理を手掛かりに、不定期刑とパロールを駆使して処遇の「個別化」を目指したエルマイラ制を、個々の被収容者の個性を無視して一様に分離したペンシルバニア制とオーバーン制への反省としてみる。ここでの「個別化」は、個々の被収容者の差異を認識し、その差異に応じた処遇を行うということを意味していると理解でき、この構想は、当時、台頭しつつあった心理学や精神医学の影響も受け、個々の被収容者を「診断」し、その結果に基づいて「分類」という医療とのアナロジーによって被収容者の処遇を「科学」化することを可能にするものであったという³²。

改めて指摘するまでもなく、このような動きは、20世紀のアメリカにおいて、刑事司法システムの構造を医療システムのそれに類比する社会復帰

29 河合・前掲注24) 149頁。

30 河合・前掲注25) 128-129頁。

31 伊藤康一郎「個別化」藤本編・前掲注24) 184頁。

32 伊藤・前掲注31) 185頁。

モデル、すなわち「医療モデル」として全盛期を迎えることになる。伊藤によれば、医療モデルにおいては、①社会の価値体系（健康）に「適応」しない犯罪者（病人）を対象として、②「科学」的な方法（治療）が用いられ、③刑事司法機関（医師）にその方法について広範な「裁量」が認められた³³。このような、刑罰をとおして社会の価値体系に「適応」できる個人を生み出すための制度を、アメリカは端的に「矯正（corrections）」と名づけたのであった³⁴。

以上のように、監獄は、まず、その扉の内外で罪を犯した者とそうでない者を分け隔て、さらにその内部で被収容者間の相互作用を断絶することにより、被収容者を「個」として観察することを可能とした。結果として、個々の被収容者の「診断」、「分類」、「治療」およびその結果の観察という一連の作業を通して、監獄は、罪を犯した者に関するデータを生産する場となった。そして、以上のようなプロセスを繰り返すことで罪を犯した者に関するデータを生産し、統計技術などを駆使することでこれを体系的にまとめ、その結果を原因論として提出する「犯罪学（criminology）」という学問が誕生することとなった。

3 「犯罪性」と「危険性」

周知のとおり、啓蒙思想を前提とする古典学派は、人はみな、等しく、自由意思をもつ理性的な存在であり、この点において、罪を犯す者とそうでない者の間に根本的な違いはないものとされていた。もっとも、古典学派がその前提として掲げる自由意思や理性といった概念は、その存在を経験的に検証することができない、形而上学的なものであった。

33 伊藤康一郎「医療モデル」藤本編・前掲注24）280頁。

34 See, Garland, D., *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990[藤野京子監訳『処罰と近代社会——社会理論の研究』（現代人文社、2016年）]、翻訳書、171頁。

これに対して、犯罪学は、たとえばLombrosoがそうであったように、罪を犯して監獄に収容された者を直接観察することを通して、罪を犯す者とそうでない者とを区別する諸特徴（来歴、性格、環境など）を見つけ出した。このことは、Gottfredson & Hirschiによれば、「犯罪者がもっと根本的に非犯罪者とは異なるという考え方、すなわち、犯罪者は積極的に犯罪を行う特別な特性をもっているという考え方をもたらした」³⁵ という。

この「犯罪を行う特別な特性」、すなわち「犯罪性（criminality）」は、矯正／処遇の科学化を志向する監獄にとって重要な概念となった。なぜなら、それは、自由意思などの形而上学的な概念に代わり、科学的な概念によって犯罪行動を認識することを可能にしたからである。Garlandによれば、「犯罪行動は、慣習的な規範の侵害であることをやめ、代わりに、『標準（the normal）』からの逸脱になった」³⁶。

このように、犯罪学は、罪を犯した者一人ひとりの遺伝的、心理的、社会的特徴を調査し、「標準」からの逸脱の度合いを測定し、その結果を「犯罪性」という科学的な概念として構成することを可能にした。実のところ、刑罰法令に触れた者は、その時点では、単なる「法律に違反した者」にすぎない。しかし、その「法律に違反した者」は、逮捕された後、犯罪学という科学に基づく「診断」を受け、「犯罪性」という属性を付与される。こうして、Foucaultによれば、法律違反者は、それまでとは異なる「個」、すなわち《犯罪者》として認識されるようになるという。

行刑装置は確かに司直の手中から受刑者を受取りはするが、その装置

35 Gottfredson, M. R. & Hirschi, T., *A General Theory of Crime*, CA: Stanford University Press, 1990[大淵憲一訳『犯罪の一般理論——低自己統制シンドローム』（丸善出版、2018年）]、翻訳書、78頁。

36 Garland, D., “The Criminal and his Science: A Critical Account of the Formation of Criminology at the End of the Nineteenth Century,” *British Journal of Criminology*, 25(2), 1985, p. 124.

が対象とすべき当の相手は、もちろん法律違反ではなく正確には法律違反者でさえもなく、いささか異なる客体であり、しかも単に矯正技術論にとってのみ関与的であったという意味では少なくとも当初、判決のなかで考慮されていなかった様々の変数（……「本能・人格」など）によって規定される、そうした客体である。宣告の下された法律違反者に置換えて行刑装置が対象とする別の人物とは、非行〔＝在監〕者 *délinquant* である³⁷。

Foucaultによれば、《犯罪者》という認識論的存在は、「犯罪性」という複合的所産によって自分が行った犯罪に結びつけられているという点で、単なる法律違反者とは区別される。犯罪学によれば、犯罪は、本能、衝動、傾向、性格等の逸脱の度合いによって構成される、その行為者の「犯罪性」の徴表である。しかし、このような認識は、犯罪とその情状に関する法律上の条文の規定とは異なっている。加えて、犯罪学は犯罪と狂気を区別しており、犯罪学の認識は、医学上の認識とも区別されている³⁸。それゆえ、刑罰法令に触れた者は、「犯罪性」に紐づけられることで、もはや単なる法律違反者ではなく、また、医学上の狂人でもない、《犯罪者》という新たな「個」として「学問的に」規定されることになる³⁹。

以上のようなFoucaultの理解に従えば、犯罪学という学問が「もはや個

37 Foucault, M., *Surveiller et Punir: Naissance de la Prison*, Gallimard, 1975[田村俣訳『〈新装版〉監獄の誕生——監視と処罰』（新潮社、2020年）]、翻訳書、284頁。

38 Lombrosoは、犯罪と狂気の区別は自然によるものではなく、社会によって構築されたものであるとしていた（Lombroso, C., *L' uomo Delinquente*, Milan: Hoepli, 1876[Gibson, M. & Rafter, N. H., translated in English, *Criminal Man*, Durham: Duke University Press, 2006], in English, pp. 83-84）。

39 Foucault, *op. cit. supra* note 37, 翻訳書、286-287頁。赤池一将「フーコー『監獄の誕生』と『犯罪性』概念について」法学新報110巻3・4号（2003年）19頁も参照。

人が行った事柄にたいするのみならず個人が現に、将来、また可能性においてどんな人間であり、人間でありうるかという点にたいする弁明可能な把握⁴⁰⁾を提供し始めたことで、刑罰はそのような言説を利用して矯正／処遇の対象を確定することができるようになったということになる。刑罰を改善主義の下に運用できるようになったという点でみれば、《犯罪者》という認識論的創造物の発明は、それ自体画期的なものであったといえるだろう。

しかし、同時に、矯正／処遇の対象となる「犯罪性」は、社会にとっての「危険性」に読み替えられる契機をはらんでいる。というのも、健康に対して「有害な」病因を治療の対象とする医療とのアナロジーにおいて矯正／処遇を観念する以上、その対象である「犯罪性」もまた、社会の価値体系に害をなす「危険な」因子として観念され得るからである。このように、罪を犯した者は、矯正／処遇の客体となることで、「危険な人物」というステータスを与えられるという側面がある。そして、このことは、かつて肉体に刻印されていた烙印に代わり、「危険性」という「属性」が、罪を犯した者の「精神」に刻印されるようになったことを示唆している⁴¹⁾。

Ⅲ 刑罰制度と「危険性」

1 改善主義

さて、矯正／処遇は、監獄という、刑罰の執行場所をその主たる舞台とする。それゆえ、矯正／処遇の対象となる「犯罪性」＝「危険性」という概念が、刑罰制度に影響を与えないはずはなかった。たとえば、Lombrosoの弟子にあたるGarofaloやFerriは、実証主義的な方向性を反映した刑罰

40 Foucault, *Ibid.*, 翻訳書、24頁。

41 See, Foucault, *Ibid.*, 翻訳書、287-288頁。

理論を述べ、あるいは、刑法改正草案を立案した⁴²。Lombroso学派は、とりわけ、古典学派が前提としてきた自由意思の存在に懐疑的であった⁴³。Walshによれば、罪を犯す者は自分自身を制御できる能力をほとんど持ち合わせていないと信じるGarofaloにとっての課題は、そのような者を再び社会に復帰させる「危険性」を考慮したうえで刑罰を決定することであり、そうした問題意識は、Ferriによって「社会防衛論」として体系化された⁴⁴。そして、このような考え方は、刑罰の害悪としての位置づけを見直し、その目的を、被収容者の教育ないし治療を求める「教育刑論」へとつながっていった⁴⁵。

理論刑法学において新派あるいは主観主義として位置づけられるこれらの立場は、むしろ、古典学派との間で、特に「責任」概念をめぐる大きな緊張関係をはらむものであり、全面的に支持されることは稀であった⁴⁶。とはいえ、とりわけ累犯／常習犯への対策という面で、古典学派に基づく従来の刑罰制度が不完全であることについては、広くコンセンサスが得られていたといえる。20世紀初頭に各国でみられた保安処分の導入は、まさにその証左であろう。牧野によれば、保安処分は、従来の刑罰制度の不完全な点を補充する、古典学派と新派との間の「妥協方法」であった⁴⁷。

もっとも、累犯／常習犯対策として注目されていたのは保安処分だけで

42 Vold, G. B. & Bernard, T. J., *Theoretical Criminology*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 1985[平野龍一＝岩井弘融監訳『犯罪学——理論的考察』（東京大学出版会、1990年）]、翻訳書、47-50頁。

43 See, Lombroso, *op. cit. supra* note 38, in English, p. 43.

44 Walsh, A., *Criminology: The Essentials*, 2nd ed., Thousand Oaks CA: SAGE, 2015[松浦直己訳『犯罪学ハンドブック』（明石書店、2017年）]、翻訳書、116-117頁。

45 牧野英一『刑法改正の諸問題』（良書普及会、1934年）26-27頁。

46 Ferriの草案も、古典学派の理論からあまりにかけ離れていたために、最終的に却下されたといわれている（Lilly, J. R. et al., *Criminological Theory: Context and Consequences*, 7th ed., London: SAGE, 2019, p. 21）。

47 牧野・前掲注45）77頁。

はなかった。実証的な見地からは、上述のエルマイラ制の中核をなす不定期刑もまた、高い評価を受けていた。たとえば、実際にエルマイラ感化監の实地調査を行った小河は、「余ハ普通感化教育ノ及ヒ能ハサル所ヲ補ヒ又一般刑罰ノ為シ能ハサル所ヲ為サシメ實際ノ必要ニ応シテ以テ能ク社会及犯罪個人ノ利益ヲ確實ニ保護スルカ為ニ……不定期処分即チ『エルマイラ』制度ニ付スルノ道ヲ開クコト最モ機宜ニ適シタル措置ナリト認ム」⁴⁸とした。泉二も同様に、エルマイラ制を高く評価し、「不定期刑ノ制度ハ刑事政策上ノ理想トシテ頗ル推奨スヘキ価値ヲ有スルモノト謂フヘク……」⁴⁹とした。

小河と泉二のいずれにおいても、不定期刑と保安処分が明確に区別されていたわけではないことには注意を要する。しかし、重要なのは、両氏ともに、「不定期刑」を、あくまで改善主義を果たすための制度として捉えていたということである。たとえば、小河は、エルマイラ感化鑑で実際に行われている処遇を、身体的教養（体操、摩擦、沐浴などによって身体を健康を増進すること）、理性的教養（学校、新聞、書籍などによって知性を啓き思考力を高めること）、徳性的教養（宗教、倫理、規律などによって実践的道德の活用訓練にさせること）に大別したうえで、これらを「懲治教育トシテ最モ進歩シタル方法ナルノ事実ハ恐クハ何人モ之ヲ否認スル能ハサル所ナルヘシト信ス」⁵⁰とした。泉二もまた、「不定期刑ハ……単ニ犯人ノ拘禁ニ依リ社会ヲ害セシメサルノ機械的の方針ヲ採ルモノニ非スシテ積極的ニ犯人改善ノ手段ヲ施シ……犯人ノ社会的復活ヲ図ルヲ本旨トス」⁵¹として、不定期刑が改善主義の手段であることを強調している。莊子が指摘しているように、「改善教化の実を挙げるのであれば、刑罰にせ

48 小河滋次郎「不定期刑ノ制度ニ就テ」法学協会雑誌24巻11号（1906年）1514頁。

49 泉二新熊『刑事学研究』（集成社、1920年）410頁。

50 小河・前掲注48）1518頁。

51 泉二・前掲注49）393-394頁。

よ保安処分にせよ、いずれを問わなかったのかも知れない」⁵²。

小河が実地調査を行った時点ですでに多くの州で試行されていた不定期刑は、後述する1970年代以降の一連の量刑改革まで、医療モデルの中核をなす制度となった。そのような不定期刑が、実際にどれだけ改善主義の下に運用されていたのかは議論の余地があるが、少なくとも、その理念が色濃く反映された制度であったということは、とりわけ、エルマイラ感化監の実地調査を行った小河の評価からも裏づけられよう。むろん、当時の「改善」とは、Youngが指摘するように、多様な価値観や個性をもった個人々人を「アメリカ中産階級の快適な生活」に「同化」させることを意味していた⁵³ くらいがあったことを踏まえると、改善主義の手段として刑罰が運用されていたことの是非は、それ自体として検討されるべきところがある。とはいえ、ここでは、改善主義の下で不定期刑が広く採用されたという事実が重要である。なぜなら、それは、累犯／常習犯対策を問題化し、それへの解答（矯正／処遇）を提示する犯罪学ないし新派と、古典学派との一つの「妥協」点となる制度として、不定期刑が支持されたということの意味しているからである。

2 無害化

アメリカで採用された不定期刑は、刑期の下限もしくは上限について一定の制限を付す相対的不定期刑であり、多くの場合、最終的な刑期の決定権は行政機関であるパロール委員会に与えられていた。それは、医療モデルでは、収容中に適切な処遇プログラムを実施すると同時に、適切なタイミングでの釈放が重要であり、「そのためには画一的処理をその特徴とす

52 莊子邦雄「不定期刑制度の意義と常習犯人の処遇」小川太郎編『矯正論集』（矯正協会、1968年）29頁。

53 Young, J., *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, London: SAGE, 1999[青木秀男ほか訳『排除型社会——後期近代における犯罪・雇用・差異』（洛北出版、2007年）]、翻訳書、154-158頁。

る立法による規制や非専門的な裁判官の判断では不十分であるとされた」⁵⁴からであった。ところで、医療モデルが刑事司法に受容される背景には、伊藤によれば、犯罪学が「社会復帰」の意味（どのような状態を「病気」とし、「治癒」とするのか）を規定することで、人間の「可塑性」についてコンセンサスが得られていたという事情があった⁵⁵。しかし、このコンセンサスは、1960年代後半からの犯罪増加とマーティンソン・レポートを中心とする処遇悲観論によって動揺を余儀なくされた⁵⁶。そうして医療モデルが衰退し始めた1975年以降、不定期刑とパロールもまた、その運用によってもたらされる被収容者の釈放時期の不安定性と不平等性を問題視し、量刑をより公正で、より一貫性のあるものにするための量刑法改革⁵⁷が連邦および各州で採用されたことに伴い衰退していった。

一連の量刑法改革は、1984年の「包括的犯罪規制法（Comprehensive Crime Control Act of 1984）」の第2章を構成する「量刑改革法（Sentencing Reform Act）」によって一応の区切りをみた。包括的犯罪規制法は、量刑の目的として、応報、抑止、無害化、社会復帰を掲げ[18 U.S. Code § 3553 (a) (2)]、これら四つの目的を達成するとともに、不当な量刑格差を回避して公正な量刑を実現するための量刑政策を確立するために、合衆国量刑委員会（以下「委員会」という。）を設置した[28 U.S. Code § 991 (b) (1)]。包括的犯罪規制法は、同時に、委員会が策定する量刑ガイドラインに拘束力を認め、量刑判断の統一を図った[28 U.S. Code § 994 (a) (1)]。それゆえ、量刑政策に実質的にどのような影響が生じるかは、委員会が策定する量刑ガイドラインに委ねられていた⁵⁸。

54 石塚伸一「不定期刑」藤本編・前掲注24) 116頁。

55 伊藤康一郎「社会復帰プログラム」藤本編・前掲注24) 238頁。

56 伊藤・前掲注33) 280-281頁を参照。

57 岡部泰昌「アメリカ量刑法改革の概要」阪大法学39巻3・4号（1990年）501頁。

58 岡部・前掲注57) 511頁。

委員会が1987年に上院議会に提出し、同年に施行された最終案『量刑ガイドラインと政策論 (Sentencing Guidelines and Policy Statements)』は、犯罪行為の軽重に関するカテゴリーを細かく設定したうえで、刑を量定するうえで重要な因子として被告人の犯罪歴をあげている。委員会によれば、犯罪歴を重視することは、上述の四つの量刑目的に合致するものであった。すなわち、「過去の犯罪行為の記録を持つ被告人は、初犯者よりも強く非難されるべきであり、したがって、より重い処罰を受けるに値する。犯罪行為の一般予防的抑止が指示するところによれば、犯罪行為が繰り返されれば、繰り返される度に、処罰の必要性がより一層高くなるという明確なメッセージが社会に送られなければならない。特定の被告人のさらなる犯罪から公衆を保護するためには、再犯の可能性と将来の犯罪行為が考慮されなければならない。犯罪行為を繰り返すことは、社会復帰の可能性が限定的であることを示す指標である」⁵⁹。

もちろん、委員会は、すべての事案において、犯罪歴に強硬な態度を採ることを裁判所に強要していたわけではなかった。たとえば、委員会は、軽微な犯罪については考慮の対象から外しており [§ 4A1.2. (c)]、また、量刑ガイドラインが被告人の犯罪歴の重大性や再犯可能性を正確に反映していないことを示す信頼できる情報がある場合には、裁判所がガイドラインに従わないことを認めていた [§ 4A1.3]。とはいえ、大枠において、委員会は、再犯から公衆を保護するためには被告人の再犯可能性が考慮されなければならないとし、他方で、(一定の) 犯罪歴は社会復帰 (更生) の可能性が限定的であることを示す指標であるという論理を採る。このことは、改善主義の下では矯正／処遇の「歓迎すべき挑戦相手」⁶⁰ ですらあつ

59 United States Sentencing Commission, *Sentencing Guidelines and Policy Statements*, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1987, page 4.1.

60 Youngは、「包摂」のための方策が (犯罪者処遇を含む) 様々な領域で行われた近代社会においては、「それでも頑固に厄介な問題を起こそうとする集団は、福祉国家とその役人たちにとってじつに仕事のしがいのある、歓迎すべき挑

た累犯／常習犯が、医療モデルの衰退とともに、公衆を保護するために無害化されるべき対象として位置づけ直されたということを如実に物語っている。

このようなかたちで累犯／常習犯対策の位相が転換していたことを踏まえると、1990年代前半に、いわゆるスリーストライク法がアメリカ各州および連邦で次々と制定された⁶¹ことは、自然な成り行きであったといえる。スリーストライク法の概要は各州で異なるものの、「スリーストライク」という呼称のとおり、重罪で3度目の有罪判決を受けた者に対して20年以上の刑期（場合によってはパロールの可能性のない終身刑）を言い渡さなければならないとするものが少なくない⁶²。このようなスリーストライク法を推進する者らは、この法に、重大な暴力犯罪を常習的に行う者に対処するための解決策としての価値を見出していたようである⁶³。その目的は、Clark et al. が言うように、至極単純であった。すなわち、「重罪で繰り返し有罪判決を受けるような者は、長期間、多くの場合には生涯にわたって、社会から隔離されるべきある」⁶⁴ということである。

たしかに、犯罪歴のある者は（ない者よりも）強く非難されるべきであ

ゝ戦相手でさえあった」と指摘している（Young, *op. cit. supra* note 53, 翻訳書、154頁）。

61 岡本美紀「アメリカ合衆国における『1994年暴力犯罪統制及び法執行法』について——いわゆる『三振アウト』条項を中心として」比較法雑誌29巻4号（1996年）29頁以下、鮎田実「アメリカ合衆国における常習犯罪者対策としての“三振法”の概要と問題点——カリフォルニア州を中心に」法学新報105巻10・11号（1999年）203頁以下。

62 See, Flynn, E. et al., “Three-Strikes Legislation: Prevalence and Definitions,” in *Critical Criminal Justice Issues*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1997, p. 125; Clark, J. et al., “*Three Strikes and You’re Out*: A Review of State Legislation,” U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1997, pp. 7-9.

63 Flynn et al., *Ibid.*, p.125.

64 Clark et al., *op. cit. supra* note 62, p. 1.

るとの理解は、行為責任論の観点からも説明できるのかもしれない⁶⁵。しかしながら、Robinsonによる指摘を俟つまでもなく、スリーストライク法によって科される重い刑罰は、行為責任に基づく応報刑としてふさわしい量を超過するものである⁶⁶。罪刑均衡の観点からスリーストライク法の重い刑罰を正当化することは困難である。Robinsonが批判するように、それは、実質的には、重罪の犯罪歴から予測される再犯可能性の高さ、つまり、累犯／常習犯の「危険性」から公衆を保護するための、「予防拘禁」の手段になっている⁶⁷。もはや、累犯／常習犯が無害化の対象として位置づけられているだけではない。ここでは、「危険性」概念によって、刑罰の大原則であるはずの応報原理が、「完全に無視」されてしまっている⁶⁸。

3 「危険性」の両義性と一貫性

自由刑を中心とするアメリカの刑罰大系は、1960年代における医療モデルの全盛期を一つの境目として、質的に大きく変容した。それは、単純な図式化を許さぬほどに複雑なものであった⁶⁹が、ここまでの整理からは、改善主義を志向する刑罰が、無害化を志向する刑罰へと変容したという側

65 樋口亮介「行為責任論を基礎にした前科の位置づけ——近時の英米法圏の学説を素材に」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来』（信山社、2017年）179頁以下を参照。

66 Robinsonは、被害額120.75ドルの詐欺の罪で3度目の有罪判決を受けた被告人に終身刑が言い渡されたRummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980)を「ショッキングな事案」の具体例としてあげる（Robinson, P. H., “Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice,” *Harvard Law Review*, 114(5), 2001, p. 1435）。

67 Robinson, *Ibid.*, pp. 1435-1436.

68 Robinson, *Ibid.*, p. 1440.

69 1970年代以降のアメリカでは、非犯罪化やダイヴァージョンなどの不介入政策、被害者の権利と保護を拡充するための政策、ドラッグ・コートなどの問題解決型裁判所も展開されたことに注意を要する。

面があることは指摘できる。そして、その変容は、身体刑の時代にまで視野を広げれば、処刑や烙印刑による無害化から改善主義への転換を経て、再び無害化へと回帰した現象であるとみることができる。ここで注目したのは、無害化から改善主義への転換と、改善主義から無害化への回帰の、いずれのプロセスにおいても、「危険性」という概念が重要な役割を果たしてきたということである。

近代的な監獄の発展とともに犯罪学が創造した「犯罪性」という概念は、上述のように、社会にとっての「危険性」と読み替えることができるものであった。改善主義の下では、罪を犯した者の「危険性」を、科学的知識を駆使して明らかにし、彼／彼女らを改善することに心血が注がれた。たしかに、改善の効果がみえにくい者は長期間拘禁されることになるから、それは実態としては隔離となっていただろう。しかし、少なくとも、理念としては（Lombroso学派のような一部の例外を除いて）、改善に期待が寄せられていたといえる⁷⁰。

対して、一連の量刑改革以降の主たる関心は、同じ「危険性」に依拠しつつも、「(重大な) 犯罪を繰り返す者」を社会から隔離することであった。そこでは、「(重大な) 犯罪を繰り返す者」を改善することができるという期待は「幻想」として打ち捨てられ、彼／彼女らも、拘禁中は社会の中で犯罪行為に関与することができないという、「事実上の」犯罪予防効果が追求された⁷¹。このように、「危険性」は、罪を犯した者の改善か隔離か、という両極端な二つの政策を導出する概念であることがわかる⁷²。

このように全く異なる志向の政策を主導した「危険性」概念であるが、

70 牧野は、保安処分についても、「できるだけ実証諸科学の所興を利用しつつ、その処分に付せられた者に対し、……、それを社会的に再応化せしめることにせねばならぬのである」としていた（牧野・前掲注45）82頁）。

71 伊藤康一郎「危険性」藤本編・前掲注24）90頁。

72 吉岡一男「アメリカ犯罪学と刑事制度論」法学論叢152巻5・6号（2003年）36頁も参照。

刑罰制度に対して一貫した影響を与えてきたことは注目に値する。すなわち、「危険性」概念は、累犯／常習犯対策という「現実」を前に、近代的な刑罰制度の原則的地位を占めてきた古典学派の諸原理（行為責任論、応報原理、罪刑均衡など）に対して、一定の「修正」を求め、それを実現してきたのである。不定期刑は古典学派との「妥協」点であり、スリーストライク法は応報原理を「無視」したものであった。改善主義と無害化という対極的な文脈のいずれにおいても、「危険性」という概念は、刑罰制度の改革を駆動する要因となっている。

ところで、Garlandによれば、刑罰制度で用いられる概念は「社会一般に戻り、頻繁に通念になり、一般的に普及するようになる」⁷³ という。では、刑罰制度に影響を与え続けてきた「危険性」という概念は、社会一般にどのような形で普及しているのだろうか。

IV 市民が「危険性」に向き合うとき

1 犯罪予防の責任主体としての市民

改善主義から無害化への回帰は、上述のように、1960年代以降の犯罪増加と処遇悲観論によって医療モデルが衰退したことの一つの理由があった。そして、それは、Garlandによれば、主権国家の限界が認識され始めたことを物語っていた。「犯罪との戦い」のスローガンに代表されるように、20世紀半ばには、国家は、罪を犯した者を単に処罰するだけでなく、犯罪という社会問題を抑制するような統治を約束するようになっていた⁷⁴。しかし、犯罪率の高さが常態化していることに加え、刑罰には《犯罪者》

73 Garland, *op. cit. supra* note 34, 翻訳書、315頁。

74 その戦略は、福祉国家レジームの下、処罰と福祉の複合体によって、貧困と犯罪のいずれをも解決して「偉大なる社会 (Great Society)」を目指すものであった (See, Garland, D., *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Aldershot: Gower, 1985)。

を「改善」することができないということが広く認知されたことで、国家は、もはや犯罪に対して期待されるレベルの統制を実現できていないという認識が共有されるようになったというわけである⁷⁵。

このような状況の下、国家は、一方で、国家こそが犯罪を統制する第一義的な存在であるという主張を撤回あるいは修正しなければならなくなった。しかし他方で、そのような対応に伴う政治的コストが悲惨な結果をもたらすことも明らかであった⁷⁶。Garlandによれば、このような二律背反に陥った国家は、主権国家の限界に適応する政策と、それを否定する政策という、二つのアンビバレントな政策を展開するようになった⁷⁷。スリーストライク法のような処罰志向的（punitive）な政策は、後者の好例である。というのも、罪を犯した者に対して厳罰で臨むことにより、国家は、犯罪統制における自らの絶対的なパワーを示すことができるからである⁷⁸。

対して、主権国家の限界に適応する政策では、その具体策の一つとして、犯罪予防に関する責任を個人とコミュニティに委譲することに関心が払われた。Garlandが「責任化の戦略（responsibilization strategy）」と呼ぶこの戦略においては、もはや国家だけでは犯罪を予防し統制することはできず、その責任は国家だけに帰属するものではないというメッセージが繰り返し発せられ⁷⁹、個人ないしコミュニティの「自助」による犯罪予防活動が期待されることになった。事実、英米では、1970年代以降、市民の自助

75 Garland, D., "The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society," *British Journal of Criminology*, 36(4), 1996, pp. 448-449.

76 Christieによれば、「ほとんどどこでも、自らをあるいはその政党を、犯罪と戦うリーダーであると誇示するための激しい競争がある」（Christie, N., *A Suitable Amount of Crime*, Abington: Routledge, 2004[平松毅＝寺澤比奈子訳『人が人を裁くとき——裁判員のための修復的司法入門（有信堂、2006年）、翻訳書、69頁]）。

77 Garland, *op. cit. supra* note 75, p. 449.

78 Garland, *Ibid.*, pp. 459-461.

79 Garland, *Ibid.*, p. 453.

による警戒ネットワークを作出する「近隣警戒 (neighborhood watch)」や、建物や街並みの設計により犯罪を予防する「防犯環境設計 (crime prevention through environmental design)」が発展した⁸⁰。

このような「責任化の戦略」を支えたのは、この時期に広く支持を得るようになっていた、合理的選択理論や日常活動理論、状況的犯罪予防の考えであった。Garlandが指摘するように、これらの犯罪学は、犯罪を、特別な動機を必要とする異常な行動ではなく、社会経済活動における通常の日常活動の延長線上に発生するもの、すなわち、日常生活を送る際の一般的な動機のパターンによって説明可能なものとして理解する⁸¹。このように、罪を犯す者を私たちと同じ日常活動パターンと動機で行動する者として位置づける犯罪学理論があるからこそ、犯罪予防の責任を個人の日常生活の内に求める「責任化の戦略」は説得力をもつ。

しかし、他方で、これと同時に展開された処罰志向的な政策においては、罪を犯す者は、全く異なる描かれ方をされている。すなわち、Garlandによれば、スリーストライク法のような厳罰政策で措置されているのは、私たちに「脅威を与える、暴力的な、私たちとは異なる種類の人間」であり、そこでは、罪を犯す者と私たちとの差異が本質化され、私たちとは異なる危険な人物として、罪を犯す者が表現されている⁸²。

以上のようなGarlandの整理を前提とすると、市民は、結果として、罪

80 伊藤康一郎「コミュニティ防犯活動——英米の犯罪対策の新動向」犯罪社会学研究18号 (1993年) 155頁以下。

81 Garland, *op. cit. supra* note 75, pp.450-451. たとえば、日常活動理論の主唱者であるFelsonは、「犯行者を『気の毒な人たち』であり、『極悪の略奪犯』あるいは『まったく別の犯罪者階級』であるなどと考えて時間を無駄にすべきではない。再三犯罪を行っている者はいくらか違うかも知れないが、しかし、人々がしばしば考えるほど特別ではないのである」とする (Felson, M., *Crime and Everyday Life*, 3rd ed., Thousand Oaks, CA: SAGE, 2002[守山正監訳『日常生活の犯罪学』(日本評論社、2005年)], 翻訳書、13頁)。

82 Garland, *Ibid.*, p. 461.

を犯す者についてアンビバレントな「イメージ」を持たざるを得なくなったといえる。つまり、一方では自分たちと同じ「普通の犯罪者」が、他方では私たちとは異なる「危険な犯罪者」が、コミュニティの中に存在しているということが、国家の政策によって同時に示されるようになったのである⁸³。自助による犯罪予防が通用するのは、私たちと同じ日常活動パターンと動機を共有する「普通の犯罪者」であり、「危険な犯罪者」についてはその限りではない。それゆえ、市民にとって重要なのは、この両者を区別するための、つまり、コミュニティの住人の「危険性」を判定するための指標を得ることである。

では、この点について、裁判所はどのような指標を採用していたか。それは、量刑ガイドラインおよびスリーストライク法をみれば明らかである。上述のように、両者ともに、(一定の) 犯罪歴の存在を、刑の量定にあたって重要な考慮要素とし、危険な累犯／常習犯の無害化を正当化する根拠としていた。そうであれば、裁判所と同じように、市民が犯罪歴の有無によってコミュニティの住人の「危険性」を判定しても不思議ではない。はからずも委員会は、「犯罪行為が繰り返されれば、繰り返される度に、処罰の必要性が一層高くなるという明確なメッセージ」を社会に発信することを目指していたのであった。

2 永続する処罰

刑罰制度のメッセージを発信する媒体としては、メディアが果たしている役割も無視できない。かつてGarfinkelは、道徳的タブーを犯した行為者を公然と非難して集団の連帯を強化する手続きを「格下げの儀式 (degradation ceremonies)」と名付け、その儀式において非難された人物は、

83 Garlandは、処罰志向的な戦略によって想起されるレトリック、認識、感情によって、市民による「責任化の戦略」の遂行が困難になっていると指摘する (Garland, *Ibid.*, p. 463)。

その儀式を目撃した者の目には、それまでとは異なった人間に映るようになるとした⁸⁴。これに関連してMarunaは、市民は、たとえ、逮捕、有罪判決、拘禁のプロセスを直接目撃していなくても、主にメディアを通じて、刑事司法の一連のプロセスで行われている「儀式」について明確なイメージを持っていると指摘している⁸⁵。一連の議論に照らしてみれば、(一定の)犯罪歴のある者を「危険な人物」とであるとみなして厳罰で臨み、その者を刑務所において隔離するという刑事司法の一連の営みとそれに付随するメッセージもまた、メディアを通して、市民の間に広く流布していくことになる。

加えて、近年のインターネットおよびSNSの普及によって、状況はますます複雑になっている。ウォーターゲート事件以降、情報公開の要請が強く働いてきたアメリカ⁸⁶では、デジタル技術の発展に伴って、政府機関が保有する記録と情報に市民がアクセスすることを容易にするために、記録と情報の電子化やオンライン上でのそれらへのアクセスを可能にするための一連の立法が続いた⁸⁷。それは、当然、政府の透明性を担保するための対策であったが、殊、刑事司法に関する記録に関してみれば、刑事司法機関がデジタル化されたりポジトリを発展させていくにつれて、Lagesonによれば、刑事司法システムの外側において、「永続的な処罰 (eternal punishment)」が確立してしまっているという⁸⁸。

84 Garfinkel, H., "Conditions of Successful Degradation Ceremonies," *American Journal of Sociology*, 61, 1956, pp. 421-422.

85 Maruna, S., "Reentry as a Rite of Passage," *Punishment & Society*, 13(1), 2011, p. 18.

86 宇賀克也『アメリカの情報公開』(良書普及会、1998年) 2頁以下など。

87 佐伯彰洋「米国電子情報自由法改正 (EFOIA) の分析」同志社法学50巻6号 (1997年) 1-67頁、平野美恵子「米国の電子政府法」外国の立法217号 (2003年) 1-74頁など。

88 Lageson, S. E., *Digital Punishment: Privacy, Stigma, and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 19.

もちろん、アメリカ政府は、犯罪に関する記録とデータがみだりに市場に
 出回らないように種々の対策を講じている。他方で、上述のように、犯罪
 予防の責任主体として位置づけられた市民にとって、犯罪歴の有無を
 チェックすることは、「危険な人物」を特定して安全を確保するうえで基
 本的かつ信頼できる方法である。それゆえ、公的な記録のデジタル化が進
 むにつれて、犯罪歴へのアクセスに対する需要が高まることは当然の成り
 行きであるといえる。このような状況において、Lagesonによれば、効率
 性と透明性という価値観で自らの仕事を正当化しつつ、市民の不安に応え
 ようとするウェブサイト運営者が続出することになった⁸⁹。

Lagesonが「デジタル自警団 (digilantes; digital vigilantes)」と呼ぶ、
 コミュニティに住む犯罪歴のある住人に関する情報（氏名や写真など）を
 オンライン上で人びとに公開することで「公共の安全」に貢献しようとし
 るウェブサイト運営者は、様々な理由で自らの仕事を正当化していること
 が明らかにされている。とりわけ注目に値するのは、「デジタル自警団」
 が積極的に活動し、それを市民が積極的に受容しているということが、旧
 来のメディアと刑事司法機関に対する不信感と反エリート主義的な感情を
 示しているということである⁹⁰。たとえば、「デジタル自警団」のSNSや
 ブログに寄せられたコメントの多くに表れているのは、伝統的なメディア
 と政府のエリートにはコミュニティを守ることができず、また、そのつも
 りもないのではないかという、一種の嘆きであるとLagesonは指摘する⁹¹。
 同様に、アメリカの市民が運営している犯罪関連のウェブサイトあるいは

89 Lageson, *Ibid.*, pp. 72-73.

90 中世以来の「過剰な」刑罰（公開処刑など）を克服したはずの現代において、
 スリーストライク法のような「過剰な」刑罰が再び登場した背景には、「過剰な」
 刑罰を抑制するうえで重要な役割を果たしたプロフェッショナリズム（人権思
 想や社会復帰理念など）が、処遇悲観論などによって衰退したという事情があっ
 たと指摘されている（伊藤康一郎「理性と感情——リスク社会化と厳罰化の交
 差」犯罪社会学研究31号（2006年）78-80頁）。

91 Lageson, *op. cit. supra* note 88, p. 93.

SNSサイトに投稿されたポストとそれに対するコメントを分析したLageson & Marunaは、そこでみられた「言説の支配的なパターンは、犯罪を慢性的な社会問題として描くと同時に、近代国家が適切に犯罪を統制することについての深刻な懐疑心を反映したものである」と述べている⁹²。

このような認識を前提に活動する「デジタル自警団」は、ある種の正義感によって、自らの活動を正当化している。彼／彼女らの活動は、いうまでもなく、個人情報に掲載される者のプライバシーを侵害する可能性の高いものである。しかし、Lagesonがインタビューを行ったあるウェブサイト運営者は、公に恥をかかされることを懸念するのであれば、単純に、逮捕されない（犯罪をしない）ようにするべきであると主張する。Lagesonによれば、「デジタル自警団」の活動は、このウェブサイト運営者のように、しばしば、刑罰理論で用いられる抑止の理論によって正当化されているという⁹³。

このように、その妥当性は別にしても、「デジタル自警団」は自らの活動が正しいことであるという確信を抱いて活動を続けている。そして、それゆえに、犯罪歴のある者は、プロベーションの期間が終わったとしても、罰金を完納したとしても、あるいは、（逮捕されただけで）有罪判決を受けていないのだとしても、プライバシーが侵害される不安に数十年にわたり悩まされることになる⁹⁴。しかし、ウェブサイトに個人情報を掲載された当事者が当該コンテンツの削除を求めようとしても、法的に煩雑な手続きを求められることも多く、犯罪歴をオンライン上から削除することは、

92 Lageson, S. E. & Maruna, S., "Digital Degradation: Stigma Management in the Internet Age," *Punishment & Society*, 20(1), 2017, p. 123.

93 Lageson, *op. cit. supra* note 88, pp. 102-103. Walkerによれば、アメリカにおける自警主義の伝統は、植民地時代に、「公的な組織の弱さから、各人が勝手に、法によらず相手を処罰してしまうことが多かった」ところに源を発している（Walker, *op. cit. supra* note 22, 翻訳書、12頁）。

94 Lageson, *Ibid.*, p. 115.

たいていの場合、困難を極める⁹⁵。

このこともあり、Lagesonがインタビューを行った、ウェブサイトには犯罪歴が掲載された者の大多数は、オンライン上の記録を完全に避ける（検索も削除請求もしない）という戦略を採用していた⁹⁶。もっとも、この戦略は、オンライン上で公開されている自身の犯罪歴を見なくて済むというに過ぎず、他の人びとが犯罪歴を見ないようにできるわけではない。したがって、犯罪歴の存在を知られ、その結果として様々な場面で不利な立場に置かれる可能性は、依然として残されている。事実、Lagesonは、インタビュー調査を通して明らかになったこととして、オンライン上に犯罪歴が公開されていることで、就職とマッチングアプリでの活動のそれぞれで、思いもがけず、不利益を被った例をあげている⁹⁷。

かつてGoffmanは、スティグマが顕在的／可視的であるか潜在的／不可視的であるかによって、スティグマが付与された人を「(すでに) 信用を失った人 (discredited)」と「(これから) 信用を失わせる人 (discreditable)」に大別し、後者の場合には、スティグマの管理／操作という戦略を採ることが可能であるとした⁹⁸。これまで、犯罪歴は後者に属するものとされ、それゆえ、犯罪歴のある者は、犯罪歴の存在を他人に示すべきか否か、示す場合には、誰に、どのように、いつ、どこで示すのかを、状況に応じて管理／操作できるものと考えられてきた。しかし、インターネットとSNSの普及によって状況は一変している。すなわち、犯罪歴は、もはや、誰もが容易にその情報にアクセスできるようになったという意味で顕在的／可視的なスティグマであり、しかも、一度インターネット上に放た

95 Lageson, *Ibid.*, pp. 115-118.

96 Lageson, *Ibid.*, p. 118.

97 Lageson, *Ibid.*, pp. 124-125.

98 Goffman, *op. cit. supra* note 9, 翻訳書、79-81頁。なお、訳語は薄井明『「スティグマ」というエニグマ——ゴフマン社会学の新たな地平へ』（誠信書房、2022年）を参考に改めた。

れた記録は、容易に複製／拡散されて半永久的にオンライン上に残り続けるようになったという意味で永続的なスティグマでもある⁹⁹。

それゆえ、犯罪歴のある者は、犯罪歴を一方的に暴露され、雇用主、友人、恋人、家族との関係性の構築が頓挫してしまう脅威に半永久的に晒されることになる¹⁰⁰。このような脅威から逃れる一つの手段は、基本的なインターネット検索を必要とする可能性のある機関との接触（就職など）や、新しい役割や関係性を始めること（結婚など）を避けることであるが、Lageson & Marunaも指摘するように、それは同時に、犯罪からの離脱のプロセスに向けた努力を支えるターニングポイントを「自ら」避けることをも意味している¹⁰¹。これらの先行研究から示唆されるのは、つまり、犯罪歴のある者は、インターネットとSNSが普及した現在、刑を全うした後もなお、離脱のプロセスを阻害され、コミュニティから排除される脅威に、時と場所を選ばず、晒され続けているということである。

むすびに代えて

最後に、以上の整理を要約しながら、わが国への示唆について、若干の考察を行いたい。

身体刑を中心とする刑罰体系において、烙印刑は、宗教的な価値観の下で、無害化の機能を果たしていた。啓蒙思想による刑罰改革を経て、烙印は姿を消すことになるが、代わりに、犯罪学という科学が創出した「犯罪性」という「属性」が、刑罰法令に触れた者に付与されることになった。「犯罪性」は、もともと、《犯罪者》を「改善」するために編み出された概念であり、実際にそのような理念のもとで刑罰制度に影響を与えた。し

99 Lageson, *op. cit. supra* note 88, pp. 127-128.

100 See, Lageson, *Ibid.*, p. 129.

101 Lageson & Maruna, *op. cit. supra* note 92, p. 126.

かし、その概念は同時に、《犯罪者》を、社会にとって危険な存在であるとみなす契機をはらむものであり、医療モデルの衰退とともに、私たちとは異なる「危険な犯罪者」を隔離するための概念として用いられるようになった。犯罪歴は、犯罪予防の責任主体として位置づけられた市民にとって、「危険な犯罪者」を特定する重要な指標であり、インターネットとSNSが普及した現在、犯罪歴のある者は、オンライン上で自身の犯罪歴が公に晒されることで、半永久的にコミュニティから排除される脅威に、いついかなるときも晒されるようになっている。

語弊を恐れずにいえば、本稿によって示されたのは、アメリカにおいて犯罪歴が無害化の効果をもつほどに強力なスティグマとなっている原因の一端は、犯罪歴のある者を「危険な人物」であると措定して彼／彼女らを無害化する刑罰制度の存在と、そのような刑罰制度の在り方を支える「危険性」＝「犯罪性」という概念の存在にある、ということである。もちろん、それらが唯一絶対の原因であると主張したいわけではない。また、それらが、むしろ、人びとが犯罪歴に対して抱いている「違和感と拒絶反応」の結果であるということを否定するつもりもない。たしかに、犯罪歴が強力なスティグマ性を帯びているが故に、「危険性」概念とそれに基づく刑罰制度が社会の中で受容されているという側面はあるだろう。しかし同時に、科学的に導かれる「危険性」概念とそれに基づく刑罰制度が採用されることで、人びとが犯罪歴に対して持つ「違和感と拒絶反応」にさらなる確信が与えられるという側面があることも否定できない。このことを実証的な手法で検証できているわけではないが、積極的にせよ消極的にせよ、社会に対して何らかのメッセージを発することを前提とする一般予防論を少しでも認める限り、刑罰制度とそれにまつわる概念が社会に浸透するプロセスの存在を無視することはできないはずである。

新派の後に旧派（古典学派）が受容されたという経緯もあってか、わが国の刑罰制度は、従来、矯正／処遇の有用性と重要性は認めつつも、新派

が前提とする「危険性」概念とは一定の距離を置いてきた。「危険性」を根拠に《犯罪者》を無害化することを目的とする制度は、わが国には存在しない。その意味で、アメリカの状況をそのままわが国に映し出すことはできない。しかし他方で、「危険性」は《犯罪者》を無害化するだけでなく、彼／彼女らを改善するための概念としても用いられてきたというアメリカの刑罰史は、再犯防止が重要な政策課題となっているわが国にも示唆的であるように思われる。

たとえば、2025年6月に施行される刑法12条3項には、拘禁刑に処せられた者に対して「改善更生を図るため」に必要な作業と指導を実施することができる旨が規定される。市民に対する行為規範としての性格を持つ刑法典に「改善更生を図るため」という文言が加えられたことが、ここでは重要である。なぜなら、これによって、拘禁刑＝受刑者＝改善更生というイメージの連結が、社会に発せられることになるからである。しかし、そこでいう「改善更生」が、受刑者と非・受刑者とを区別する諸特徴＝「犯罪性」の存在を前提にし、また、作業と指導の対象をその諸特徴＝「犯罪性」とすることを念頭においたものであるならば、そこでの「犯罪性」は「危険性」に読み替えられ、改善更生⇒受刑者＝「犯罪性」＝「危険性」という図式の下で、受刑者＝「危険な人物」というイメージの連結を強化してしまう契機をはらんでいる。「改善更生」の意味内容とその対象を具体的に確定させつつ、刑法12条3項を媒介にして、むしろ、そのようなイメージの連結を弱化させるような理論的営為が求められよう¹⁰²。

より深刻なのは、オンライン上で犯罪歴が公にされることに伴い「永続的な処罰」が出来上がってしまっていることだろう。検索エンジンやSNS

102 その作業は、実際に「改善更生」のプロセスを経験した／している当事者との協働によって、あるいは、当事者自身の手によって、果たされるべきであろう（アディクションの分野における議論として、市川岳仁「アディクトの人生に寄り添う——治療でもなく更生でもなく」犯罪社会学研究44号（2019年）63頁以下を参照）。

における犯罪歴情報の削除に関する問題が最高裁で争われた（最判平成29年1月31日民集71巻1号63頁、最判令和4年6月24日民集76巻5号1170頁）ことから明らかなように、同様の事態はわが国でも既に生じている。実名報道が基本となっているわが国では、わずかな例外である少年法61条を除いて、犯罪歴が公にされることを事前に防ぐ手段は乏しい。そして、その少年法61条も、近時の少年法改正によって、特定少年が公訴提起された場合には適用されないこととなった（68条）。その政策判断が、インターネットとSNSが全盛期を迎えている現代において、少年たちの離脱のプロセスにどのような影響を与えるのか、そして、その判断は、他でもない法務省が推進している一連の再犯防止施策との間に緊張関係をはらむものではないのかといった点を、改めて問い直す必要があろう。そのためにも、まずは、犯罪歴がオンライン上で公にされることの影響を、わが国でも実証的に明らかにすることが肝要であろう。

アメリカの状況を見ると、犯罪歴というスティグマは、身体刑の時代のとくと同じように、それをもつ者をコミュニティから半永久的に排除する機能を持っていることがわかる。しかし他方で、烙印の痕を服飾や頭髮によって隠すことが可能であった¹⁰³ことを踏まえると、そのような隠匿行為も、オンライン上に犯罪歴が公開されてしまっただけは不可能に近いという点で、犯罪歴というスティグマをめぐる現代の状況は、むしろ身体刑の時代より悪化しているようにもみえる。そうであれば、離脱のプロセスを阻害し、『誰一人取り残さない社会』の実現の障壁となる、スティグマに関する構造的な力とその克服方法を解明するための理論的・実証的営為の必要性は、より一層高まっているのではないと思われる。

103 See, Earle, *op. cit. supra* note 19, 翻訳書、134頁。

フランス民法典における仕事の賃約に関する 一考察

梶 山 尚 子

一 はじめに

日本では、他人の役務¹（人が行う行為）を利用することを目的とする契約として雇用、請負、委任、寄託の4つの典型契約があり、これらの契約は役務提供型契約と呼ばれている。更に、近時、経済活動の発展によりエステ契約やクリーニング、学習塾など様々な契約が結ばれるようになった。これらの新しい契約が多岐にわたるため、雇用、請負、委任、寄託の契約に当てはまらない場合は、従来、準委任が受け皿となって対応してきた。しかし、これらの契約を役務提供型契約の中のどの契約類型に分類し、どの規定を適用させるのか判断が困難な場合も増えている。そこで、これらの契約と役務提供型契約を包括する概念として役務提供契約と言う概念がある。役務提供契約は、「役務の提供が債務内容の全部又は一部をなす契約²」と定義される。つまり、役務提供契約は、役務提供型契約の更に

1 フランス法ではserviceとされ、来栖三郎は「労務」と訳し（来栖三郎『契約法』[有斐閣 1974年] 412頁）、我妻榮・有泉亨は「労力」と訳す（我妻榮・有泉亨『民法Ⅱ 債権法』[一粒社 1961年] 314頁）。日本では訳語が混濁しており、フランス法の理解が困難になっているため、本稿では「役務」と「労務」を都度使い分ける。

2 中田裕康「現代における役務提供契約の特徴（中）」『NBL』579号（1995年）33頁。

上位の広い概念として位置付けられる³。

しかし、役務提供契約を規定する条文は存在しない。そこで、2017年に民法（債権関係）改正が行われた際に、民法制定時には想定していなかった新しい役務の給付を目的とする契約について民法が必ずしも適切な規律を提示できておらず、新たな典型契約を設ける必要があるという指摘もあるとして、準委任に代わる役務提供契約の規定を設けるか否かが検討された⁴。審議の中で、検討委員会の試案が雇用契約を含めた雇用、委任、請負、寄託それら全部の総則規定として役務提供という概念を提案していることについて、内田委員は、比較法的にはこのような例がなく、比較法においては雇用を外に置いているという共通の傾向以上の共通の傾向を見出すのは困難であるとした⁵。内田委員の発言を受け、能見委員も役務提供契約をサービス提供、役務提供型の契約の総則的な規定で設けるというのは困難であるとした⁶。このように役務提供契約を役務提供型契約の総則として規定することに対して消極的な意見が多く、役務提供契約の規定を設けることは見送られることになった⁷。

日本では規定を設けることが見送られた役務提供契約であるが、フランスにおいては、2016年に債務法が改正され、役務提供契約（contrats de prestation de service）に関する条文が1条設けられた。すなわち、フラ

3 なお、都筑教授も役務提供契約の共通規定は「役務提供契約一般を適用対象とする総則的規定であり、個々の役務提供型の典型契約の上位のカテゴリーに位置づけられる。役務提供契約の共通規定は、全ての契約に妥当するわけではないが同系類の契約に妥当する、契約の一般理論と民法典の典型契約のルールの間位置するものである」とする。都筑満雄「役務提供契約共通法の序論的考察—フランスにおける役務提供契約の共通規定を参考に—」『法律論叢』93巻6号（2021年）154頁。

4 法務省HP 法制審議会民法（債権関係）部会 部会資料17-1 1頁。

5 法務省HP 法制審議会民法（債権関係）部会「第17回会議議事録」（2010年10月26日）43頁以下。

6 法務省HP・注（5）45頁。

7 法務省HP 民法（債権関係）部会資料57 33頁。

ンス債務法改正オルドナンス（2016年2月10日のオルドナンス第131号）第1165条は、「役務提供契約において、履行前に当事者の合意がない場合は、債権者が価格を定めることができる。この場合において、異議があるときは、債権者はその額につき理由を付さなければならない。価格決定が濫用された場合には、損害賠償につき提訴することができる⁸」と定めた。

これまでフランスでは、役務を提供する様々な契約には請負契約（contrat d'entreprise）が適用されていた。実際、請負契約とは、請負人である仕事の賃貸人が、対価を受け取る見返りに、顧客である仕事の注文者個人のために、独立した方法で仕事や労働を遂行することを請け負う契約であり、その定義は広く、様々な契約を結ぶことができる⁹。しかし、本条が規定されたことにより、それまで役務を提供する様々な契約に適用されていた請負契約の役目を、役務提供契約が取って代わる可能性が出てきた。

ところが、本改正では、役務提供契約の定義がなく、本条も役務提供契約の対価に関する規定に留まっており、定義に関する規定は見られない。この点につきプイグ（Pascal Puig）は、役務提供契約は非常に多く、多様であるため定義に関する規定が無いとする¹⁰。フィリップ・シムラー（Philippe Simler）もオルドナンス第1165条は、債権者による価格の濫用があった場合の損害賠償のみが規定されているとする¹¹。

8 Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016, P.15

Art.1165

Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts.

9 François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 9^e éd., Dalloz, 2011, P.628

10 Pascal Puig, Contrats spéciaux, 7^e éd., Dalloz, 2017, P.636

11 Philippe Simler, Commentaire de la réforme du droit des contrats et des

その後、役務提供契約の定義は、2017年にアンリ・カピタン協会から出された改正草案¹²で初めて規定された。すなわち、改正草案の第69条は、「役務提供契約とは、役務提供者が顧客の利益のために独立して労務を遂行することを要求される契約である¹³」と規定する。この条文の解説は、「『役務提供契約』という用語は、『仕事の賃約』(louage d'ouvrage)および『請負契約』に取って代わる。従って、広義に理解されなければならない。役務提供契約の特徴的な要素は、独立した労務の遂行である。役務提供契約の特徴的な要素を独立した労務の遂行であるとする事で、この条文はこの契約と雇用契約との違いを明確にすることを意図している¹⁴」とする。

仕事の賃約とは、当事者の一方が、両者の間で合意された対価と引き換えに、他方のために何かを行うことを約する契約であると定義される¹⁵。フランス民法典原始規定¹⁶第1779条は、仕事の賃約には主に3種類あり、ある役務を約する労務者（職人、家事使用人）の賃約、人または商品の輸送を引き受ける陸上及び海上の運送人の賃約、見積りまたは一括請負による仕事の請負人の賃約であると定める（詳細は四章で述べる）。仕事の賃約はこれら3種類の賃約を包括する概念であると考える。現代では、仕事の賃約は請負契約と呼ばれ、同義語として使用されることもあるが、同一のものではなく、区別されている。仕事の賃約と請負契約の用語について

\ obligations, 2^e éd., LexisNexis, 2018, P.26

12 Association Henri Capitant, Offre de réforme du droit des contrats spéciaux, Dalloz, 2020, P.36

13 第69条

Le contrat de prestation de service est celui par lequel le prestataire doit accomplir un travail de manière indépendante au profit du client.

14 Association Henri Capitant, op.cit., P.36

15 フランス民法典第1710条。詳細は四章で述べる。

16 本稿では現行のフランス民法典と区別するために、1804年の民法典をフランス民法典原始規定と呼ぶ。

フランソワーズ・ラバルト (Françoise Labarthe) が詳細に述べている¹⁷。
以下、ラバルトの見解を纏めて紹介する。

「請負契約」という用語は民法に由来するものではなく、民法では「仕事及び勤労の賃約 (louage d'ouvrage et d'industrie)¹⁸」とされている。1804年以前も19世紀中も、「仕事の賃約」の同義語は存在せず、「仕事の賃約」の語源は、ローマ時代のなされるべき仕事の賃約に遡るものであり、「請負契約」という言葉は最近のものであり、1891年に書かれた論文に、この2つの用語を同義語として組み合わせた存在が確認できる¹⁹。その後、20世紀初頭に、ある著者が1779条以降の部分に「請負契約」というタイトルを付けた。それ以来、民法の教義は、「仕事の賃約」という用語を完全に否定することなく、「請負契約」という用語の使用を支持する傾向にあり、現代では主流となっている。現代の裁判官や立法者も、この2つの用語を使い分けているが、この2つの用語が共存しても、請負契約の実質的な優位性が妨げられるわけではない。仕事の賃約と請負契約の区別としては、仕事の賃約には知的な給付は含まれず、知的な給付は委任の範疇にあるとしていたのに対し、請負契約は知的な給付にも適用できる。

さらに、「請負契約」という用語が誕生した経緯については以下のように述べる。

1910年、労働法は労務の賃約 (louage de service)²⁰ という用語を再び導入したが、「雇用契約 (contrat de travail)」という用語が徐々に全面に出てきた。19世紀の終わりから20世紀の初めにかけて社会問題における思想が進化した結果、労務の賃約に

17 Françoise Labarthe et Cyril Noblot, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, P.2

18 詳細は四章で述べる。

19 Françoise Labarthe et Cyril Noblot, *op.cit.*, P.2

20 労務者が自己の役務を提供し、使用者が役務を利用する契約であると定義する。

対する物質主義的な考え方は消えつつあり、個人を考慮することが優先されるようになり、これは労務を商品と見なすことの拒絶である。このような社会的思想の変化を受け、用語の変更が必要とされ、「雇用契約」という新しい表現が出現した。そして、「請負契約」という用語の使用は雇用契約という用語の出現と関連している。労働法が自律性を獲得するにつれ、前世紀には仕事および勤労の賃約に関する研究の中で依然として労務の賃約を扱っていた民法の教義は、これを除外するようになった。そのため、より具体的な用語、つまり、その名称だけで、労務の賃約や雇用契約を除外できる用語が必要とされた。

残るは運送人 (voituriers) に関するものと、見積り (devis) と一括請負 (marchés) に関するものである。運送人の場合、これは現在では運送契約 (contrat de transport) と呼ばれている。したがって、見積りと一括請負に関する民法第1779条第3項特有の用語が必要である。そこで生まれたのが「請負契約」という用語である。

つまり、フランス民法典制定以前は、労務者の役務を物と同様に「借りる」という思想があったが、フランス民法典では労務の賃約を仕事の賃約の中に包含した。その後、19世紀の終わりから20世紀の初めにかけて社会問題における思想が変化した結果、労務の賃約という用語より、さらに個人を尊重する雇用契約という用語が全面に出るようになった。そして、フランス民法典原始規定第1779条から雇用契約と運送契約が抜け、残った第3項の見積りあるいは一括請負に請負契約という名をつけたのである。ラバルトは「仕事の賃約」と「仕事の賃約および勤労の賃約」を同一のものとして扱う。

以上のことから、フランス民法典原始規定第1779条、フランス民法典第1779条の仕事の賃約（仕事および勤労の賃約）は唯一残った請負契約を指すようになったと考える。しかし、仕事の賃約と請負契約は同一のものではなく、仕事の賃約は知的給付を含まず、請負契約は知的給付を含み、こ

(龍法 '24) 56-4, 414 (1122)

の点で両者は区別される。フランスにおいて仕事の賃約と請負契約が区別されていることは、2017年に出されたアンリ・カピタン協会の改正草案の第69条の解説で、役務提供契約が仕事の賃約および請負契約に取って代わる²¹として、仕事の賃約と請負契約の両方を挙げていることから窺える。請負人（entrepreneur）という用語はフランス民法典原始規定第1779条第3項、フランス民法典第1779条第3項に記されているが、請負契約という用語がフランス民法典原始規定に登場しないのは、このような経緯があったからであり、フランス民法典原始規定が制定された1804年には請負契約という用語が存在せず、フランス民法典では仕事の賃約と請負契約という用語を使い分けているからであると言えるだろう。

このように仕事の賃約は請負契約へと変化し、請負契約は知的給付を含む点で、仕事の賃約より広い射程範囲を持つ。さらに、2016年の改正によって、多様な契約の受け皿が請負契約から役務提供契約へと変わる可能性が出てきたのである。

一方、日本では、役務提供契約について議論する前に、そもそもフランス民法典で定められている仕事の賃約に関する条文の関係性への理解が不足しているように思われる。

そこで本稿は、役務提供契約について議論する前提として、仕事の賃約の理解を深めるために、フランス民法典における仕事の賃約に関する条文であるフランス民法典第1708条、第1710条、第1779条の関係を整理し明確にしたいと考える。

二 マルタンとプイグによるローマの賃約の理解

前述したように、仕事の賃約の語源はローマのなされるべき仕事の賃約

21 Association Henri Capitant, op.cit., P.36

に遡るとされていることから、フランス民法典の仕事の賃約を検討する前提として、ローマにおいて仕事の賃約がどのように捉えられていたのかを把握する必要があると考えることから、ローマ法を探究し、賃約について分析しているフェリックス オリヴィエ＝マルタン (Félix Olivier-Martin) とプイグの研究を手掛かりとして検討したい。

マルタンは、ローマにおいて賃約 (locatio conductio) は1つの曖昧なものであり、物の賃約 (locatio conductio rei)²²、労務の賃約 (locatio conductio operarum)、なされるべき仕事の賃約 (locatio conductio operis faciendi)²³ に分割されていなかったとする²⁴。その後、1773年にジャン・フォート (Jean Voet) の『学説彙纂注釈書』(Pandectes) によって、物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約という3分割が生まれたことを明らかにしている²⁵。しかし、この3分割によっても、現代に至るまで賃約に関して起こる問題は解決できておらず、マルタンは早い段階で問題を提起している²⁶。そして、この3分割の根拠として引用される法文は D.50.16.5.1²⁷ のみであり、このローマ法文によって賃約の概念を定義する

22 今日では賃貸借と呼ばれる。

23 なされるべき仕事の賃約は、仕事の賃約と同義であると考ええる。

24 Félix Olivier-Martin, Des divisions du louage en droit romain, RHD, 15, 1936, P.467

榎山尚子「フェリックス オリヴィエ＝マルタン『ローマ法における賃約の分割(1)(2)(3・完)』」『龍谷法学』第56巻第1号(2023年)397頁、同じく第55巻第4号(2023年)383頁、同じく第56巻第1号(2023年)229頁。

25 Ibid., P.467

26 木庭顕『新版ローマ法案内』(勁草書房 2017年)124頁。

27 D.50.16.5.1 (Paulus libro secundo ad edictum)

Opere locato conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

ラベオ(Labeo)は、賃約された仕事とは、ギリシャ人が「成果」(apotelesma)と呼び、行為(ergon)とは呼ばなかった仕事を意味しており、したがって、行われた仕事から何らかの完全な集成(corpus)が得られるとする。

ことは避けるべきであるとする²⁸。

プイグは、ローマにおけるなされるべき仕事の賃約について以下のように述べる。

「ローマ法では、なされるべき仕事の賃約の目的は人間の活動ではなく、遂行すべき計画の賃貸（location）、なすべき物の賃貸、なすべき仕事の賃貸であった。債権者は《自分の物である計画》の先頭に立ち、その実現を債務者に託す。だからこそ、主人は賃貸人、職人は賃借人の役割を担うのである。したがって、この取引は真の意味で仕事の賃約である²⁹」。

つまり、ローマでは、賃約は1つのものであり、3つの賃約は賃約の1種として捉えられていたが、1773年にジャン・フォートによって賃約は物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約に3分割される理論が出現したのである。

プイグは、なされるべき仕事の賃約の対象は職人の役務ではなく、実現させたい計画であるとする。そして、実現させたい計画は主人のものであり、主人はその計画を職人に貸すのである。それ故に、計画を持つ主人が賃貸人となり、計画のために役務を提供する職人が賃借人となるとする。

しかし、ここで留意すべき点として、ローマではなされるべき仕事の賃約においては、職人が主人に対価を支払っていた³⁰ということが挙げられる³¹。なぜなら、プイグが述べるように主人が自身のものである実現させたい計画を職人に託す場合、対価の支払いは計画を託す主人から職人へ支

28 Félix Olivier-Martin, op.cit., P.421

29 Pascal Puig, Le contrat d'entreprise, in Andreu et Mignot, Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations juridictionnelle, Institut Universitaire Varenne, 2017, P.122

30 Félix Oiver-Martin, op.cit., P.468

31 なお、この点については、既に森田修教授が言及されている。森田修「ローマ法における『賃約』（locatio conductio）とその現代的意義—『役務提供契約』の基礎理論のために」岡本裕樹・沖野眞巳・鳥山泰志・山野目章夫編『民法学の継承と展開 中田裕康先生古稀記念』（有斐閣 2021年）600頁。

払われると推測すべきであり、ローマにおけるなされるべき仕事の賃約の対価の支払いの構図と、プイグが想定していると推測する対価の支払いの構図とでは差異があるのではないかと考えるからである。

ローマにおいて、なされるべき仕事の賃約の対価は、職人から主人に対して支払われており、現代の仕事の賃約の対価の支払いの構図とは反対であった。

三 フランス民法典の原形

次に、フランス民法典制定に大きく影響を及ぼしたポティエ (Pothier) とドマ (Domat) が賃約の中に含まれる仕事の賃約をどのように捉えていたかを辿ることにする。

(1) ポティエの見解³²

第一に、賃約には物の賃約と仕事の賃約の2種類あり、仕事の賃約とは、契約当事者の一方が他方にある仕事を与え、他方が両者の間で合意された対価でその仕事を為し、仕事を与えた当事者が他方に対価を支払うという契約であると定義する。

第二に、仕事の賃約と物の賃約の違いは、目的による差異、与えられる物の違いによる差異、対価の支払いの差異の3点ある。目的による差異は、物の賃約の目的が、賃借人 (conducteur) に対して一定の対価で付与される物の使用であるのに対し、仕事の賃約の目的を形成するのは、為されるように与えられる仕事である点である。与えられる物の差異は、物の賃約は物が与えられるのに対して、仕事の賃約は為すことが与えられる。対価の支払いによる差異は、物の賃約は賃借人が賃貸人 (locateur) に対価を支払う義務があるのに対し、仕事の賃約では、賃貸人が賃借人に対価を

32 Robert-Joseph Pothier, *Trité du contrat de louage, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, 1764, pp.351-361

支払う義務がある。

第三に、仕事の賃約は物の賃約と同様、万民法（Droit des gens）に支配される契約であり、民法（Droit civil）は適用されず、自然法（Droit naturel）の規則によってのみ支配される。仕事の賃約は、当事者の唯一の合意によって成立する諾成契約（contrat consensual）であり、相互義務を形成する双務契約（contrat synallagmatique）でもあり、さらに等価交換契約（contrat commutatis）でもあり、各当事者は、与えるのと同じだけ受け取るつもりである。賃貸人は仕事を受け取り、仕事に相当する対価を賃借人に渡すことで、受け取ったものと同額を与える。

第四に、ポティエは、仕事の賃約の成立要件として、為すべき仕事、対価、契約当事者の合意の3つが必要であるとす。

まず、為すべき仕事には4つの基準がある。

1つ目は、為すべき仕事を与えることである。賃貸人が賃借人に為すべき仕事を与えなければ、仕事の賃約が成立しないことは明らかであり、すでに完了した仕事は契約の目的にはならない。

2つ目に、仕事は為すことが可能でなければならない。なぜなら、不可能なことはいかなる義務、ひいてはいかなる契約の目的にもなり得ないからである。不可能なことに対する義務はない。

例えば、私が誰かと、建物を解体せずにある場所から別の場所に運んだ場合、この契約は無効であり、どちら側にも義務は生じない。この仕事は不可能なことだからである。

しかし、自分が為すことを請け負った仕事が、それを請け負った者にとって不可能であっても、それが可能なことである限り、その仕事の賃約は有効であり、請け負った者は、契約の不履行から生じる損害賠償を賃借人に支払う義務を負う。それは、自分の力量を考えず、それを上回る仕事

を請け負った請負人の責任だからである。

3つ目に、仕事は法律に反してはならない。

例えば、ある高さ以上に家を建てることを禁止する法律がある町で、私が石工を使って法律で定められた高さ以上の家を建てたとする。この契約は無効であり、双方にいかなる義務も生じない。

しかし、当事者の一方が法律を知っていて、もう一方が知らなかったというだけのことであれば、そうではなく、当事者のいずれかが法律を認識していたとしても、他方当事者に誤解を与えた過失に起因する損害について責任を負う。

4つ目に、仕事は公序良俗に反してはならない。

例えば、私が画家と、誰かの名誉を中傷するような風刺画を描く契約を結んだ場合、その契約は無効となり、どちら側にも義務は生じない。そして、もし画家がそれを仕上げた後、私に対価を要求してきたら、裁判官はその要求について当事者を法廷から退け、その絵を焼却するよう命じなければならない。

次に、対価については、仕事を請け負った者に対して、対価を支払うことを約束することは、仕事の賃約の本質の一つであるとする。仕事を与えた賃貸人からの対価の支払いがなければ、その契約は賃約ではなく、委任になる。しかし、当事者が契約の中でこのことを明示的に説明する必要はなく、暗黙のうちに合意していれば十分である。

例えば、私が仕立て屋にスーツを作るために生地を送り、仕立て屋がそれを受け取ってスーツを作ることを請け負ったとき、その仕事に対して私が仕立て屋に支払わなければならない対価について説明していなかったとしても、契約は成立してい

る。この場合、私たちは通常、スーツを購入する際に支払う価格について暗黙のうちに合意したことになる。

（家を建てるなど、）スーツのように通常の価格がない場合には、私が見積りに従って家を建てることに請負人と合意すれば、私たちはその仕事が行われるときに見積られる価格について合意したものとみなされる。

さらに、この対価は、単に訴訟を代弁すること（*dicis causa*）と記載されたものではなく、賃貸人が仕事を与えた相手に対して真に支払う義務のある対価でなければならない。そして、対価は、為すべき仕事の価値に見合ったものでなければならず、そうでなければ、それは賃約ではなく、委任である。しかし、当事者間で合意された対価が、その仕事に対する適正な対価である必要はなく、適正価格を上回ろうが下回ろうが、契約は有効である。対価において不公平があるだけで、賃貸人は不足分を適切な対価で補うか、賃借人は超過分を返済しなければならない。また、仕事の賃約の対価は、一定の金額でなければならないが、対価の価格は、契約時に決定される必要はないが、査定が行われる結果そうならざるを得ないのも理解できる。

見積りについては、契約により、私があなたに依頼した仕事の見積りを特定の人に依頼することに合意しており、その人が見積りを作成する前に死亡した場合、または見積りを行うつもりがなかった場合、仕事を開始されていなければ、当事者の一方は、合意した人物にのみ信頼を置いていたのであるから、他方から他の見積り担当者に合意する義務を負わされることはない。しかし、もし私があなたに仕事の開始を許可したのであれば、私たちはこの条件ではなく、契約は合意した者の見積りに加えて、私たちが合意する義務のある専門家によって調整される対価で行われなければならないと言わなければならない。

最後に、契約当事者の合意については、契約の対象となる事項について

契約当事者の合意を得なければならない。契約当事者が合意するためには、契約の対象となる仕事、その仕事の性質、対価について介入しなければならない。そのことにより、お互いがどのような契約を結ぼうとしているのかを知ることである。なぜなら、当事者の合意がなければ、あなたが望んでいる仕事内容と、私が考えている契約内容が異なってしまうことがあり、お互いの考えている契約の性質が異なってしまうことがあるからである。あなたが私に与える仕事とその性質を十分に理解していなければ、別の仕事、あるいはあなたが私にやらせようとしている仕事と性質の異なる仕事与えられたと理解することがあるからである。

例えば、あなたが出したいと言っていた価格よりも高い価格でやると私が決定した場合がある。あるいは、あなたは私と委任契約を締結し、あなたが私に与える仕事を請負人が無償で遂行すると信じていたが、逆に私はあなたと賃約を結び、この仕事の対価を受け取るつもりでいた場合もあるとする。これらの場合において、この契約には契約当事者双方の合意がないため契約は成立しない。

(2) ドマの見解³³

賃約とは、あらゆる種類の賃貸 (baux) を含め、一方が他方にある物や労働の享受や使用を、一定の期間、一定の対価で与える契約のことである。そして、ローマ法においては、賃約という名称はこれらすべての種類の契約に共通であり、同じ名称の下に、区別なく、家屋や家具の賃約、農地や耕作のための賃貸、既知の対価 (les prix faits)、その他この種の契約を含み、人が互いに物の使用、彼らの労働や勤労を一定の対価で伝達し合う取引も含まれる。この契約には合意が必要である。

ローマ法で様々な契約が賃約という 1 つにまとめられていた理由は、こ

33 Jean Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus, T.I, nouvelle éd., Paris, 1723, P.61

これらの契約形態には、それぞれが相手の物を享受するか、一定の対価で労働を使用するという共通点があるからである。

しかし、家や馬、その他のものなど単に賃約と呼ばれるものと、農場や耕作のための賃貸と、既知の価格とは区別しなければならない。なぜなら、これらの契約は名前によって区別されるだけでなく、その性質や規則にもいくつかの違いがあるからである。

(3) 小括

以上のように、賃約はローマでは分割されておらず、1つのものであったが、ポティエは賃約は物の賃約と仕事の賃約の2種に分かれるとした。また、仕事の賃約が成立するための要件として、為すべき仕事、対価、契約当事者の合意の3つを挙げる。さらに、為すべき仕事の要件として、為すべき仕事を与えること、仕事を為すことが可能であること、法律に反しないこと、公序良俗に反しないことの4つを挙げる。

ドマもポティエと同様にローマにおいて賃約が分割されていなかったとしながらも、家や馬、その他のものなど単に賃約と呼ばれるものと、農場や耕作のための賃貸、既知の価格とを名前だけでなく、その性質や規則によって区別しなければならないと考えていた。ドマが言う単に賃約と呼ばれる契約は、対象が家や馬であることから物の賃約のような契約、農場や耕作のための賃貸は、人の労務を提供することから労務の賃約のような契約、既知の価格とは、仕事の賃約で必要な対価に関することであると考えられ、仕事の賃約のような契約を想定していたのではないかと考える。

従って、ポティエが賃約を物の賃約と仕事の賃約の2つに分けていたのに対し、ドマは賃約を3つに分けて考えていたと言える。しかし、ポティエが賃約を物の賃約と仕事の賃約の2つに分けると記しているのに対し、ドマはあくまで賃約を1つのものとして扱い、分割については賃約を3つに区別する必要があるとするに留めている。よって、ポティエが仕事の賃約の定義をしているのに対し、ドマは賃約の定義をしている。

賃約を2分割するか、3分割するかの違いとしては、ポティエの考えに基づいて2分割した場合、仕事の賃約は自由人が為す役務を想定しており、ポティエは職人や家事使用人を自由人と考えていなかったか、少なくとも職人、家事使用人の役務を物として考えており、仕事の賃約から除外し物の賃約に含んだと考える。

一方、ドマの想定していた考えに基づいて賃約を3分割すると、賃約は、物の賃約、労務の賃約、仕事の賃約に近い契約に分かれる。

マルタンはポティエとドマが賃約の3分割を知らなかった可能性を示唆している³⁴が、ポティエは賃約を3分割するのではなく、2分割すると考えていた。また、ドマは賃約を3分割すべきであると考えており、明確な規定まではしていないが考慮する必要があると考えていたと言える。

さらに付け加えると、ポティエが職人や家事使用人を自由人と見なしていなかったか、少なくとも職人や家事使用人の役務を物と見なしていたと言えるのに対して、ドマは職人や家事使用人を自由人と見なしていたか、職人や家事使用人の役務を物とは見なさなかったのではないかと推測する。

また、ポティエは仕事の賃約の対価の支払いについては、仕事を与えた貸貸人から、仕事を請け負った賃借人へ支払うと定義しており、ローマの仕事の賃約との違いが見られる。

四 フランス民法典

次に、ポティエ、ドマの影響を強く受けたとされるフランス民法典原始規定、フランス民法典が仕事の賃約をどのように規定しているかについて見ていきたい。

34 Félix Olivier-Martin, op.cit., P.466

1 フランス民法典第1708条

フランス民法典原始規定第1708条とフランス民法典第1708条は同様の規定であり、「賃約 (contrat de louage) には2種ある。物の賃約と仕事の賃約である」と規定する。

フランス民法典はポティエを参照しているが、賃約に関してポティエとは異なった扱いをしている。賃約には2種あり、物の賃約と仕事の賃約の2種あるという基本的な分割は同じであるが、ポティエが職人や家事使用人の役務を物の賃約の1種であると考えていた³⁵のに対して、フランス民法典では職人や家事使用人の役務を仕事の賃約に含む。

この違いは、ポティエの時代には、職人や家事使用人の社会的立場がフランス民法典制定時より低く、自由人でない人を物と見なしていた社会背景があったことも関連付けられるのではないかと考える。

2 フランス民法典第1710条

次に、フランス民法典原始規定第1710条、フランス民法典第1710条について検討する。

フランス民法典原始規定第1710条とフランス民法典第1710条も差異はなく、「仕事の賃約は、当事者の一方が、両者の間で合意された対価と引き換えに、他方のために何かを行うことを約する契約である」と規定する。そして、少なくとも1804年以降、仕事の賃約は、対価を受ける履行義務を生じさせるすべての業務に適用されと考えられ³⁶、実際、現代のフランスにおいても、「ショーの主催者、クリーニング屋、レストラン経営者、出版社、石工等、ほとんどの役務が請負契約という法的な型にあてはめる

35 Françoise Labarthe et Cyril Noblot, op.cit., P.4もポティエが役務の賃約を物の賃約としていたとする。

36 Pascal Puig, op.cit.(10), P.637

ことができる³⁷⁾」という現状がある。

プイグは、請負人は、1710条の文言によれば、為すことによって、新しい価値を創造すると述べる。しかし、本条の定義は、広すぎるし、請負契約と他の特別な契約を区別するための十分な精度を提供しないという理由で、しばしば批判される³⁸⁾とする。

そこで、プイグが批判の理由として挙げている請負契約と他の契約との区別をどのようにするかを明確にし、フランス民法典第1710条で定義されている仕事の賃約の射程範囲を明らかにしたい。

委任契約と請負契約は、代理人に付与された代理権によって代理人が契約の相手方のために、物質的な役務だけでなく、法律的な役務を行うことができる点で請負契約と区別される³⁹⁾。雇用契約と請負契約の区別は、従属関係の有無による。請負契約は請負人が独立した方法で仕事や労働を遂行する契約であり⁴⁰⁾、従属関係は、雇い主の指示・監督・管理の権限によって特徴づけられるが、実際は、自己の責任と危険負担で行われる活動（請負）と、他人のために、他人の利益のために、他人の危険負担で行われる仕事（雇用）との間に大きな対立があり、この基準を適用することは難しい⁴¹⁾。

さらに、プイグは請負契約と他の契約との区別について、委任と請負、雇用と請負の区別だけでは請負契約を定義することはできず、寄託と請負契約、運送契約と請負契約の差異も付け加えるのが適切であるとし、寄託と請負契約については、主に寄託者が保管義務を負うという点で請負契約と区別され、運送契約との区別については、請負契約の仕事が人や物を移

37 François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op.cit., P.628

38 Ibid., P.637

39 Pascal Puig, Contrats spéciaux, 8^e éd., Dalloz, 2019, P.737

40 François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op.cit., P.628

41 Pascal Puig, op.cit.(39), P.737

動させるものであってはならないとする⁴²。

そして、特別な役務契約は、請負契約と区別するためにそれぞれの具体的な定義を参照すれば十分であるにもかかわらず、一部の著者が、特殊な契約の特定の特徴を除外することによってフランス民法典第1710条の定義を完成させている⁴³と指摘する。

以上のように、請負契約は役務を提供する他の契約と区別されている。委任とは代理権の有無によって、雇用とは従属関係の有無によって、寄託とは保管義務の有無によって、運送契約とは人や物の移動の有無によって区別される。

そして、本条により仕事の賃約が成立するための要件として、為すこと、対価、契約当事者双方の合意の3つの要件が導かれる。この3つの要件についてはポティエが示した要件と同様である。

ブイグが、特別な役務契約はその契約の定義を参照すれば十分であるにも関わらず、一部の著者が本条を広く適用するために、各契約の特徴を除外し、明確な区別をせずに本条を規定したと考えている点については、例を挙げれば、雇用契約には注文者と請負人との間に従属性があるのに対して、請負契約は独立して仕事を為すことが挙げられる。確かに、この従属性の有無について本条は何も明示していない。さらに、請負契約と雇用契約を区別する際に、仕事の完成の有無によって区別することができる。雇用契約は労務の提供を目的としているのに対して、請負契約は請負人が為すことによって得られる仕事の結果を目的としている。この区別についても本条では明示されていない。他の契約との区別についても同様に明示されていない。

雇用契約と請負契約との区別についての考えをさらに推し進めれば、雇用契約では、例えば仕事が未完成であっても労務を提供する者がいれば人員

42 Id., op.cit.(10), P.637

43 Ibid., P.637

を交代することは可能であり、対価が支払われるが、請負契約では、請負人が持つ技術や能力を考慮して契約を締結するのであり、仕事が未完成の時に他の人員と交代することは困難であり、未完成の時に中断された場合、中断されるまでに為された仕事は新しい価値を生み出さず、対価は支払われない。もっとも、仕事が未完成であっても、ある一定の価値が生み出される時点まで仕事が為されている場合には、その為された仕事には価値があるので、対価が支払われるのは当然であると考える。このことはフランス民法典第1796条⁴⁴によって根拠づけられるだろう。

3 フランス民法典第1779条

次に、フランス民法典第1779条であるが、この規定は1967年の改正により現行の規定になったものであり、フランス民法典原始規定第1779条とは規定が異なるため、以下に両方の規定を挙げておく。

フランス民法典原始規定第1779条

Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie:

1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un;

2° Celui des voitures, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises;

3° Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés.

フランス民法典第1779条

Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie:

1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de

44 フランス民法典第1796条

Mais le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles.

quelqu'un;

2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises;

3° (L.n°67-3 du 3 janv.1967) 《Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés.》

フランス民法典原始規定第1779条は、「仕事および勤労の賃約 (louage d'ouvrage et d'industrie) には主な3種類 (espèces) がある。第1項は、ある役務 (service) を約する労務者 (gens de travail) の賃約、第2項は、人または商品の輸送を引き受ける陸上および海上の運送人 (voituriers) の賃約」と規定し、この第1項、第2項についてはフランス民法典と同様である。差異があるのは第3項であり、フランス民法典原始規定第1779条第3項は「見積り (devis) または一括請負 (marchés) による仕事の請負人の賃約」と規定しているのに対し、フランス民法典第1779条は、「(1967年1月3日の法律第3号) 《調査 (études)、見積りまたは一括請負に基づく建築家 (architectes)、仕事の請負人及び技術者 (techniciens) の賃約》」と規定している。

1967年の改正により、フランス民法典原始規定第1779条第3項が「見積りまたは一括請負による仕事の請負人の賃約」と規定しているのに対して、改正後は仕事の請負人だけではなく、建築家と技術者も仕事の賃約の対象であるとし、この点に差異が見られる。この規定の変化は、現代において建築家、技術者、設計事務所が建設業務に関与することが増えたため、考慮する必要が出てきたからであるとされている⁴⁵。つまり、フランス民法典原始規定では、仕事の請負人にのみ適用されていた仕事の賃約の規定が、この改正によりさらに広範囲の仕事の賃約に適用されるようになったと言える。

45 François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op.cit., P.628

五 おわりに

以上、フランス民法典における仕事の賃約に関する条文を見てきたことを踏まえ、フランス民法典第1708条、第1710条、第1779条の関係については以下のように考える。

ローマでは1つであった賃約を、フランス民法典第1708条は2種に分けると規定した。すなわち、物の賃約と仕事の賃約である。そして、仕事の賃約の内容を具体化するためにフランス民法典第1779条がある。

フランス民法典第1779条は、仕事の賃約には主に3種類あり、第1項で、ある役務を約する労務者の賃約、第2項で、人または商品の輸送を引き受ける陸上及び海上の運送人の賃約、第3項で、調査、見積り又は一括請負に基づく建築家、仕事の請負人および技術者の賃約があると規定する。しかし、第1708条と第1779条には仕事の賃約の定義が明示されていない。そこで必要なのが、第1710条である。フランス民法典第1710条は、「仕事の賃約は、当事者の一方が、両者の間で合意された対価と引き換えに、他方のために何かを行うことを約する契約である」と規定する。本条により、仕事の賃約が定義され、仕事の賃約の成立要件として、為すこと、対価、契約当事者双方の合意の3つが必要であることが導かれる。

仕事の賃約の条文の関係については以上のように考える。

また、一章で述べたように、仕事の賃約から請負契約へと主流が代わり、様々な契約の受け皿として請負契約が適用されるようになった。さらに、2016年の改正で役務提供契約が規定され、請負契約よりさらに広く様々な契約に適用される可能性が出てきた。

しかし、請負契約の発生過程を前述したが、個人を尊重する社会的思想から生まれたのが雇用契約であり、それに関連付けられて生まれたのが請負契約である。だが、個人を尊重する思想へ変化したとしても、実際には対等な契約関係を築くことは困難であり、注文者と請負人との間に従属的

な関係が発生する。このような実情の中で、個人を尊重することに重きを置き過ぎると、契約当事者間の合意で全てを決定してしまう可能性があり、法が介入する余地が減少するのではないだろうか。対等な関係での契約締結であれば問題はないが、そうでなければ仕事の注文者にとって有利な契約関係になる可能性が高まることが懸念される。従って、本来あるべき対等な関係を築くことができれば、法が介入すべきであり、そのためには契約の定義、成立要件を明確にする必要があると考える。つまり、様々な契約を包含する規定になればなる程、射程範囲を広げるために定義や要件を抽象的にする必要があり、そうなれば、本来あるべき契約の形が解らなくなるのではないかと考える。そのことは、結果として仕事の賃約が抱える問題の解決から遠のくのではないだろうか。従って、射程範囲を広げる様な新たな規定を設けることには慎重にならなければならないと考える。

さらに、オルドナンス第1165条によっても仕事の賃約に関する問題が全て解決したわけではなく、仕事の賃約に関して今も様々な議論がある。

例えば、アラン・ベナバン（Alain Bénabent）は、「第1710条の条件にもかかわらず、裁判所は、当事者が説明していない対価を確定することによって事後的に契約を完成させることができるという役務の契約に関する非常に重要な例外が存在していた。一定価格の要件は、請負契約には適用されないことが長い間認められ、さらに最近、破毀院はこの例外を、履行義務を発生させるすべての契約に適用すると決定し、顕著な拡張を与えた。支払い義務を生じない契約では、対価の正確な金額に関する事前の合意は、契約の成立に不可欠な要素ではない⁴⁶」とし、仕事の賃約の対価に関する問題に言及する。

さらに、1994年から1995年にかけて判例に大きな変更があり、当事者は、単に誠実に契約を履行し、対価の支配を利用して違法な利益を追求するこ

46 Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 19^eéd., LGDJ, 2021, P.146

とを控えることが要求されただけであり、それは契約の履行範囲に含まれ、契約の有効性に影響しないとされたが、この変更された判例の正確な範囲を評価することはまだ難しく、教義上、実務上も、判例法上も、状況は不透明なままである⁴⁷と指摘する。

以上のように、対価一つを取っても仕事の賃約に関する問題はまだ残っている。仕事の賃約に関する問題をどのように解決するかについては、現在のフランスの動向を検討することが今後の課題となろう。

以上。

47 Ibid., P.146

流動性預金と預金口座の現代的意義（２・完）

～資金移動業者の口座とも対比して～

神 吉 正 三

〈目次〉

序章

第1章 預金の法的性質と「預り金」を規制する趣旨

第1節 預金の意義と預金の法的性質

第2節 「預り金」を禁止する意義

第2章 債権法の改正と預金契約の現代的意義

第1節 平成29(2017)年の民法改正と預金の法的性質

第2節 預金債権と預金契約の法的性質をめぐる裁判例の検討

第3節 預金契約の現代における法的性質

第3章 預金口座と口座番号の生成に関する考察

第1節 預金業務のオンライン化前の預金口座

第2節 「預金口座」と「口座番号」の必要性（以上、龍谷法学56巻3号）

第4章 預金が果たす現代的機能

第5章 預金口座の法的性質

第6章 資金移動業者の口座をめぐる問題

第1節 「為替取引」の意義と資金移動業創設の経緯

第2節 資金移動業の3つの種別

第3節 資金移動業者の口座への資金支払

第4節 資金移動業者の口座と預金口座の対比

(1) 口座の開設

(2) 資金移動業者の利用者資金と預金の異同、「預り金」禁止規制との関係

(3) 資金移動業者の口座を利用した各種サービスの提供に関する検討

a) 各種料金の口座振替

b) 定時・定額の資金移動サービス

c) 金融機関等と連携した資金移動にかかる資金の受入れ

(4) 資金移動業をめぐるその他の課題

a) 利用者資金の保全の実態

b) 信用創造に対する懸念

c) 專業義務のない点

終章

(以上、本号)

第4章 預金が果たす現代的機能

本章では、預金が現代社会において果たしている機能について考察する。

預金が果たす機能について、銀行が提供する機能としての側面から、①価値保存機能、②貯蓄機能、③決済機能の3つが指摘されている⁽⁹⁴⁾。

これらのうち、現時点において②については、長らく続いた日本銀行のゼロ金利政策の下、利子による残高の増加はほとんど期待できないため、預金残高自体を積み上げるための受け皿としての機能を持つにすぎない。預金の基本的性質である「元本保証」に基づいて、①の金銭としての価値保存機能は、マネーローダリングの観点から、現時点でもなお重要である。①は、現金を直接、保管・管理することに伴う困難を解消できる点が重要である⁽⁹⁵⁾。さらにこの機能については、とくに流動性預金の場合、

(94) 預金を考える懇談会・前掲注(12)の2. (1)。渋谷光子「預金の意義・機能 種類・特色・規制」鈴木禄弥＝竹内昭夫編『金融取引法大系第2巻 預金取引』(有斐閣、1983年)9頁は、3点をていねいに説明している。

(95) 銀行から出金した現金の状態について説明する。同一種別の紙幣は100枚単位で束にされる。ただし、100枚単位の束は紙幣を横に置いた状態の左端に2センチ弱の幅の帯封を縦に施したもので、帯封が施されたまま、簡単に紙幣を抜き取ることが可能である。

次に、100枚単位の束を10束重ねて、1000枚を単位として大束にする。この場合、縦と横のそれぞれに、幅の広い帯封を掛け、封紙の継ぎ目に銀行の割り印が施される。大束の状態では、紙幣を大束の中から、抜き取ることは帯封を開封しない限り困難である。

大束の状態ではなく現金を保管すると、紙幣の抜き取りが簡単に行えるため、常に、現金の在り高について注意を払う必要が生じる。このような煩雑な作業を回避するため、流動性預金口座に現金を入金し、口座の残高によって管理することは、極めて簡便な現金管理の方法であるといえる。

いつでも希望額を引き出すことが可能であるところから、いわば財布に入れた現金に代わる機能を果たしている点が重要である。資産の一時的あるいは長期的なストック・デポジット機能と言い換えることができる。

預金が果たす現代的な機能については、とくに③の決済機能がその重要性を一段と増している。これについては、第2章第2節(3)で説明した最判平成28・12・19が的確に指摘している。あらためて整理して示すと次のとおりである。決済手段としての利用としては、預金者による個別の振込み、各種公共料金やクレジットカード利用代金の口座振替による支払が重要である。これに加えて、収納先からの請求によることなく一定の日に一定の金額を自動的に相手先に振り込むサービス、キャッシュカードをデビットカードとして利用する方法による簡便な支払手段としての利用といった機能がある。各種の電子マネーに自動的に一定の残高を振り替える機能が提供されている場合もある。そして、このような出金を伴う取引において、普通預金口座の残高不足に対応するため、定期預金を当座貸越の担保として利用する総合口座取引もある⁽⁹⁶⁾。

このような預金の機能を第三者型前払式支払手段について見ると、①から③の3つの機能のすべてが備わっている。①の価値保存機能については、チャージした資金を保存できる点で預金と同様である。②の貯蓄機能については、預金の利息がほとんど期待できないのに対して、利用に応じたポイントを得るサービスを活用すれば、むしろ預金を超える貯蓄機能が期待できる。③の決済機能は、各種の物品やサービスの対価の支払に幅広く利用できるところから、預金口座のキャッシュカードをデビットカードとし

(96) 預金口座による資金移動・決済に着目し、①預金者を預金口座の名義人と特定する「識別管理機能」、②預金債権を口座残高として記録するとともに口座単位で残高を認識する「分別管理機能」、③預金の記帳機能によって資金トレースを可能とする「履歴管理機能」の3つを指摘する見解がある。渋谷彰久「「預金口座」の法的性質と救済としての信託法理」岡伸浩ほか編『高齢社会における民法・信託法の展開』（日本評論社、2021年）364頁参照。

て使用する以上に利便性が高いと見ることもできる。払戻しと振込みに利用できない点はあるものの、前払式支払手段の機能の向上により、預金との違いは少なくなっているといえる。なお、資金移動業者の口座に滞留する利用者資金と預金との異同については、第6章第4節で検討する。

次に、預金の現代的な機能について、上記の3つの機能とは別の観点から、次のような機能の存在を指摘することができる。

一つ目は、賃金、年金等の給付金、税金・保険料等各種の還付金を受け取るための受け皿としての機能である。預金口座がこのような機能を高めていることは、公的給付の支給等の迅速かつ確実な実施のための預貯金口座の登録等に関する法律（令和3年法律第38号）が制定されたことからも理解できる。この法律は、国や各行政機関の長が行う年金の給付を含む公的給付、資金の貸付け、税金・保険料の還付に利用するため、預貯金口座を内閣総理大臣に登録することを可能とすることによって、これらの支給等を迅速かつ確実に行うことを目的としている（同法1条・2条）。この給付金等を受け取る機能は、債権・債務関係の終了・消滅を意味する「決済」⁽⁹⁷⁾を行う決済機能とは別に認識できる機能である。各種の金融サービスを受けるためのプラットフォームとしての機能と言い換えることができる。これは、現在社会における極めて重要な預金の機能であるといえよう。

二つ目は、現金の代用物としての機能である。賃金は、通貨による支払が原則である（労働基準法24条1項）。そして、銀行券と貨幣（硬貨）を総称して「現金通貨」と呼ばれるところから⁽⁹⁸⁾、賃金は現金払いが原則である。預金取扱金融機関の預貯金口座への振込みによる支払は、例外的に認められている方法である（労働基準法施行規則7条の2第1項1号）⁽⁹⁹⁾。これは、預金が現金と同様の機能を果たしていることによる。

(97) 小山・前掲注(7)145頁、高橋＝堀＝森・前掲注(26)32頁。

(98) 日本銀行金融研究所『日本銀行の機能と業務』（有斐閣、2011年）6頁。

(99) 他に、平成10(1998)年9月から証券総合口座への振込みが認められ、令ノ

キャッシュカードをデビットカードとして利用した場合も同様に、預金が現金と同じ機能を果たしているといえる。

三つ目は、預金通帳が発行される普通預金を典型として、通帳による入出金の記録機能である。通帳不発行扱いの普通預金の場合も、預金者がインターネットを介して口座の取引履歴を確認できる。家計管理あるいは、資産管理に資する機能である。月の一定日の預金残高を連続して対比することによって、いわば現金主義的に資産管理を行うこともできるし、預金口座からの出金記録を細かく記録・分析することによって、支出管理を行うこともできる。また、金融機関以外の者が提供する家計簿サービスを併用することによって、家計管理の精度を向上させることもできる。

このような預金の果たす現代的な機能を踏まえれば、現代社会における預金の重要性は明らかである。預金口座を持つことなしに、現代を生きることは非常に困難であり、企業の場合はなおさらである。

第５章 預金口座の法的性質

預金債権の法的性質が活発に議論されているのに対して、預金口座の法的性質については、ほとんど議論されていない。そこで本章では、預金口座の法的性質について検討する。

普通預金規定ひな型⁽¹⁰⁰⁾では、「預金」と「預金口座」という言葉が使いつけられている。まず、「預金」が使われている条項を見ると、取扱店の範囲（１条）、預金の払戻し（４条１項）、預金の利息（５条）、譲渡・質入れの禁止（８条）がある。１条後段の「この預金を当店以外の店舗で

ㄨ 和５（２０２３）年４月から第二種資金移動業者への口座への資金移動による方法が認められている（労働基準法施行規則７条の２第１項２号・３号）。なお、後者については、第６章第３節参照。

(100) 制定当初の普通預金規定ひな型については、金融法務事情684号（1973年）38頁参照。前掲注(42)も参照

払戻す場合には」という表現、さらに、4条1項の「この預金を払戻すときは」との表現から判断して、普通預金規定ひな型において「預金」という場合、具体的には預金債権を指していると考えられる。

次に、「預金口座」が使われている条項を見る。証券類と振込金の受入れについて規定した2条1項は、「この預金口座には」と示したうえで、証券類と振込金を受け入れる旨を規定している。他に、「預金口座」が使われている条項には、口座振替について規定した4条2項、解約に関する6条2項および8条がある。ただし、「預金口座」の定義について規定した条項は存在しない。

預金口座とは何なのかについて、預金債権の帰属主体としての「預金者」（債権者）と、預金契約の当事者として口座の利用権限を有する「預金者」（預金契約上の地位）とを区別して議論すべきことを指摘したうえで、「普通預金口座というのは内容の変動する1個の箱であるのに対し、当該口座の残高債権は、ある時点におけるこの箱の中身に相当する。」⁽¹⁰¹⁾との指摘がある。そして、口座開設後に入出金を伴う流動性預金には、金融機関と預金契約者との間に「継続的な契約関係としての基本契約（枠契約）が存在する。」⁽¹⁰²⁾との説明が見られる⁽¹⁰³⁾。

普通預金契約をもって契約成立後の入出金等の各種の取引を行うための枠組みを設定する契約（枠契約）と見るのは、フランスとドイツで発達している概念であるとされる⁽¹⁰⁴⁾。枠契約については、たとえばメーカーと

(101) 森田宏樹「判批」『平成15年度重要判例解説』（有斐閣、2004年）84頁。この判決は、損害保険代理店が保険料専用に開設した普通預金口座の預金債権の帰属が問題となった事件に関するもので、最高裁は、預金債権が保険会社ではなく、保険代理店に帰属すると破棄自判した。

(102) 森田・前掲注(101)84頁。

(103) 森田宏樹「流動性預金「口座」契約とは何か」金融・商事判例1290号（2008年）1頁も参照。

(104) 中田・前掲注(42)25頁～26頁。銀行取引における枠契約については、中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣、2000年）37頁参照。

商社との継続的取引関係において、メーカーが特定の商社と取引を開始するに当たって、継続的な取引に関する基本契約を締結するとともに、メーカーが当該商社のために取引口座を開設し、販売（債権の発生）と債権の回収（商社側からの弁済）を当該の口座によって行うとともに、商社ごとに債権額の上限を設定して与信リスクを管理するといった場合にも該当する。商取引をはじめとする継続的取引関係においては、発注・納入に関する頻度、時期やその方法、勘定締切の時期、支払方法といった取引条件の設定、債権・債務の限度管理を口座単位で行うのが便利である。

次に、預金口座とは何であって、どのような法的性質を有するかに関する私見を述べる。預金口座は、預金者が銀行に預金をする際に、その預金を預け入れるために銀行が預金者ごとに用意した専用の入れ物である。預金者は、用意された預金口座という入れ物を利用して、預金の預入れ（振込金の受入れを含む）と払出し（現金による出金のほか、口座振替、振込み手続など、口座残高の減少を生じさせる行為全般を含む）を行う。ここで「入れ物」というのは、「箱」という場合、容量が目に見える形で規制された「容器」が連想されることによる。預金口座という「入れ物」は、そこに入れられる預金の額に上限がない。

そして、預金口座を開設することは、銀行からみた場合、預金者ごとにコンピュータに専用の元帳ファイルを設けて、預入金を受け入れる準備を整える行為である。もちろん、多くの場合、預金者は、最初の預入金とともに口座の開設を依頼するから、口座残高のある預金口座が開設される。元帳ファイルは、預金種別、口座番号と口座名義によって特定される。預金口座は銀行の元帳ファイルであって、預金者は、銀行が開設した預金口座を預金者として利用する権限を取得するに過ぎない。

預金口座は、通常、口座の開設を依頼した預金者専用の口座として、預金者自身によって預金の預入れと払出し等に利用されることが想定されている。ただし、実際には、金融機関の承諾を得ることなく⁽¹⁰⁵⁾、預金者自

身が預金口座の利用を第三者に認めたり、第三者と共同で利用するといった事態が生じうる。このような場合に、預金口座の中身である預金債権の帰属をめぐる問題が発生する。

預金口座の法的性質については、普通預金の担保化の方法に関連して、「もとより当該普通預金口座を直接に支配・管理しているのは、担保権者である金融機関自身であって、債務者は預金契約によって金融機関から付与された利用権限に基づいて当該口座を利用しているとみることができる」⁽¹⁰⁶⁾と的確に指摘されている。預金者が有する預金口座の利用権限は、預金口座ごとに専用の利用権として発生する。預金口座の利用権限が発生する根拠は、普通預金契約の締結と普通預金規定に基づく。

そして、普通預金の預金通帳は、入出金の履歴と、そのときどきの預金残高の変動を記録したコンピュータの元帳ファイルのいわば「写し」である。預金通帳が発行された場合、預金通帳に対する所有権は、銀行に帰属すると考えられる。これは、通帳発行の際の収入印紙税を銀行が負担していること、預金債権と同様に、通帳についても譲渡・質入れが禁止されていることから窺える⁽¹⁰⁷⁾。預金者は、取引履歴を確認するため、銀行から無償で通帳の貸与を受けてこれを利用しているに過ぎないと考えられる。通帳が繰越しとなった場合、銀行が通帳を回収しないのは、銀行が繰越済通帳に対する所有権を放棄している結果であると考えられる。

預金口座と預金をめぐる以上のことは、建物の賃貸借契約と類似している。建物の賃貸借契約において賃借人は、その利用目的に沿って建物を利用する権限を有するに過ぎない。そして、賃借人は、賃借した建物を利用

(105) 前掲注(64)の記述を参照。

(106) 森田・前掲注(48)325頁。

(107) 普通預金規定ひな型8条には、譲渡・質入れが禁止される対象として「預金」とだけ規定している。ただし、現在では、「この預金、預金契約上の地位その他この取引に係る一切の権利及び通帳は」と、「通帳」もその対象として規定されている。三菱UFJ銀行の普通預金規定12条1項参照。

するために、建物の内部に家財・事務機器等の動産を搬入して居住や執務のために建物を利用する。搬入した家財等の動産の入替えは常時、賃借人の判断によって可能である。建物の中に搬入された動産が、預金契約においては預金口座の中身である預金に相当する。搬入された動産の所有権が、必ずしも賃借人に帰属するとは言えないのと同様に、預金債権の帰属者が問題となる場合がある。とくに預金債権は、上述のとおり、預入れの都度、既存の預金債権と一体化した預金債権となる点で、建物の賃貸借契約における建物内部の動産が個別性を喪失しないことは異なる。

預金口座の法的性質について上記のように考えるものの、このような考えが実務上、不都合を生じることがないかどうかを具体的に検証する必要がある。預金口座の差押えや担保化、誤振込みといった事例ごとに検証する必要があるものの、このような検証作業は、本稿の目的の範囲を大きく越えるところから、別稿に譲る。

第6章 資金移動業者の口座をめぐる問題

本章では、資金決済法によって為替取引を行うことが認められるようになった資金移動業を営む資金移動業者が、依頼者から資金移動のための資金を預かるための口座を用意した場合、この口座と預金口座との関係について考察する。それに先立って、資金決済法によって金融機関以外の者が「為替取引」を行う資金移動業が創設された経緯、令和2（2020）年の同法の改正によって3つの種別に分けられた資金移動業に関する説明、そして、令和4（2022）年に労働基準法の改正による資金移動業者の口座への賃金支払が可能となった経緯について説明する。

第1節 「為替取引」の意義と資金移動業創設の経緯

「為替取引」は、銀行の固有業務の一つである（銀行法10条1項3号）。

ただし、為替取引の定義について規定した条文は、銀行法には見当たらない。そこで、判例を見る。

日本から外国に送金を行う地下銀行が銀行法違反に問われた最判平成13年3月12日刑集55巻2号97頁で最高裁は、為替取引を行うことの意義について、「顧客から、隔地者間で直接現金を輸送せずに資金を移動する仕組みを利用して資金を移動することを内容とする依頼を受けて、これを引き受けること、又はこれを引き受けて遂行することをいう」と判示した。銀行を経由しない方法で外国への送金の違法性が問われた事例ではあるものの、為替取引をもって「隔地者間」で行うこととしている点、情報ネットワークが発達した現代において「直接現金を輸送せずに」を強調する点に対しては、批判がある⁽¹⁰⁸⁾。実際、為替取引は隣に居住する者との間で行われる場合もあるし、現金輸送の有無に拘る必要もなからう。

資金決済法が制定される前まで、「為替取引」は、銀行をはじめとする預金取扱金融機関が独占的に行える業務であった。しかし、平成21(2009)年に、それまでの前払式証票規制法に代えて新たに資金決済法が制定され、銀行等（現資金決済法2条29項参照）以外の者が為替取引を行うことが可能になった。

銀行等以外の者が為替取引を業として営む資金移動業が創設されたのは、インターネットの普及によるオンラインショッピングの急速な利用拡大といった背景を受けて、安価で小口の資金決済ニーズや、迅速かつ使い勝手のよい海外送金手段に対するニーズが高まったにもかかわらず、為替取引を独占する銀行等の側の対応に委ねていたのでは、このようなニーズに十分応えられない状況にあると判断されたことが発端である⁽¹⁰⁹⁾。

このように判断された理由を具体的に説明する。為替取引に用いられる全銀システムは、上述のとおり、全国銀行内国為替制度とともに昭和48

(108) 小山・前掲注(7)145頁。

(109) 高橋=堀=森・前掲注(26)3頁。

(1973) 年 4 月に稼働を開始した。ただし、同システムは公益法人である東京銀行協会が幹事行制の下で運営を担い、同システムを利用できるのは、銀行、信用金庫、信用協同組合、農業協同組合といった民間の預金取扱金融機関と日本銀行だけであった。全銀システムにかかる資金決済が日本銀行の当座預金によって行われるところから、利用できる者に制約を伴う閉鎖的なシステムである⁽¹¹⁰⁾。為替取引は、長年、金融機関の独占業務であったこともあり、サービスの向上と改善に向けた改革が行われることはなく、振込手数料も硬直的に設定されたままであった。公正取引委員会は、銀行間手数料が実際に発生している事務コストを大きく上回っているにもかかわらず、長年その見直しが行われていないことを指摘している⁽¹¹¹⁾。業務の独占と競争の不在がもたらす具体的な弊害といえる。

このような為替取引をめぐる状況を踏まえて、金融審議会金融分科会第二部会は、平成21（2009）年1月14日に第二部会の「決済に関するワーキ

(110) ただし、全銀システムは、内国為替業務を営む民間金融機関のすべてを結ぶ一大オンライン・システムであり、為替取引の短時間での実行と各加盟銀行間の為替貸借の決済額を即時に算出して各加盟銀行に通知するとともに、その決済機能も当日中に行うという世界的にも画期的なシステムであると説明されている。松本貞夫『新銀行実務総合講座 5 内国為替・手形交換』（1987年、金融財政事情研究会）75頁。

(111) 同システムの利用に伴う銀行間手数料について、公正取引委員会「QRコード等を用いたキャッシュレス決済に関する実態調査報告書」（令和2年4月21日）65頁では、「内国為替取扱規則上、仕向銀行と被仕向銀行間の相対の交渉で決定される旨規定される一方で、遅くとも昭和54年2月以降、その額は固定的なものとなっており、実際に発生している事務コストを大きく上回る水準が設定されている。」「各銀行においては、銀行間手数料の必要性について検討を行った上、設定水準、設定根拠に関する十分な説明責任を果たすことにより、銀行間手数料が現に発生している事務コストを大きく上回る水準が長年にわたって維持されている現状の是正に向けて取り組むべきである。」と、費用構造の透明化と、コストの引下げに向けた取り組みの必要性について厳しく指摘している。

(https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/apr/chouseika/200421_houkokusyo_2.pdf)

ング・グループ報告」とともに、「資金決済に関する制度整備について——イノベーションの促進と利用者保護」⁽¹¹²⁾を公表した。決済に関するワーキング・グループ報告では、銀行等以外の者によって行われる収納代行サービスなどの資金を移動するサービスの存在と、その営業時間の長さや手数料の安さなどを背景として、社会のニーズを満たす形でこのようなサービスが発展していることを指摘したうえで、次のように為替取引に関する制度の柔軟化の必要性を提言した。

「為替取引には安全性、信頼性が求められるが、情報通信技術の発達により銀行以外の者が為替取引を適切に提供できる環境が生じているとも考えられる。また、インターネット取引の普及等により、主として個人が利用する少額の決済について、より安価で、便利な為替取引の提供を求めるニーズが高まっているとも考えられる。／預金の受入れや融資等の運用を行わない為替取引については、銀行以外の者が行うこと（為替取引に関する制度の柔軟化）を認めることとし、このための制度整備を行うことが適当であると考える。」⁽¹¹³⁾

これらの第二部会報告を踏まえて、資金決済に関する法律案が策定された。法案は、平成21（2009）年の第171回国会に提出され、衆参両院での審議を経て成立し、同年6月17日に「資金決済に関する法律」（平成21年法律第59号）として公布された。資金決済法の制定により、金融機関以外の者が業として為替取引を行う「資金移動業」が創設され、これによって

(112) https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tousin/20090114-1/01.pdf

なお、第二部会の報告は、同部会に設けられた「決済に関するワーキング・グループ」の報告を踏まえた構造になっている。以下の本文では、「第二部会報告」と「第二部会 決済に関するワーキング・グループ報告」とを区別している。URLは同一である。

(113) 第二部会「決済に関するワーキング・グループ報告」7頁。海外では、銀行以外の者が免許制・認可制の下で、資金の移動に関するサービスを提供している点も指摘している。

「為替取引」に関する金融機関の独占体制が終わりを迎えた⁽¹¹⁴⁾。ただし、資金移動業者が扱える送金上限額は、令和２（２０２０）年改正によって資金移動業者が３つの種別に区分されるまで、一律に上限が１００万円に設定されていた。また、第二部会報告では、新たに創設される資金移動サービスについて、利用者保護の観点から、①滞留資金の保全の必要性和、②資金移動の履行の確実性の２点を指摘している。

そもそも「為替取引」が金融機関の固有業務とされたのは、為替を扱った江戸時代の両替商以来の歴史と、明治２６（１８９３）年に制定された銀行条例で為替業務が普通銀行の固有業務とされ、それが現行の銀行法へと続く沿革上の理由、そして、為替取引を行う上で、業者に対する依頼者の信頼が求められる点にある⁽¹¹⁵⁾。とくに送金の場合、依頼者は資金を先に業者に預託する必要があるところから、確実に送金を行ってくれるとの取扱業者に対する信頼が必要になる。この点で、厳格な監督下に置かれた金融機関に限って「為替取引」を営めるとすることの根拠が認められる。

「為替取引」が銀行の固有業務とされていることについては、上記の沿革を踏まえても、付随業務としてもよいのではないかと指摘がある⁽¹¹⁶⁾。実際に、信用協同組合の事業について規定した中小企業等協同組合法９条の８第１項を見ると、信用協同組合の固有業務に「為替取引」は含まれておらず、「為替取引」は付随業務について規定した２項１号に規定されている⁽¹¹⁷⁾。労働金庫法５８条１項・２項、農業協同組合法１０条１項・６項も同様である。これは、これらの組織が相互扶助を目的とする協同組織金融

(114) 資金移動業の登録を受けて資金移動業を営む資金移動業者は、２０２２（令和４）年３月末の時点で、８３社である。日本資金決済業協会（<https://www.s-kessai.jp/>）の「資金移動業の実績推移」参照。

(115) 小山・前掲注(7)136頁。

(116) 堀天子ほか「〈シンポジウム〉資金決済法制の現状と将来」金融法研究３９号（２０２３年）９０頁〔片岡義広発言〕。これは、２０２２年１月に亡くなった小山嘉昭氏の生前の指摘を片岡氏が代弁した発言である。

(117) 小山・前掲注(7)147頁参照。

機関であることに起因すると考えられる。相互扶助は、預金と融資にこそ、その中心的な機能を発現できる。ただし、信用金庫については、協同組織性を持った公共性のある金融機関として制度が創設されたため⁽¹¹⁸⁾、「為替取引」が固有業務として位置づけられたと考えられる（信用金庫法53条1項参照）。

このように、「為替取引」の位置づけは、各金融機関を規制する業法によって違いがある。送金にかかる滞留資金を保全する仕組みと、送金手続の履行の確実性を担保する仕組みを用意すれば、「為替取引」を金融機関に限って認める必要性は低いという結論になる。資金移動業者に「為替取引」を開放し、資金移動にかかる資金の受入れ（預り金）が認められるのは、受け入れた資金について、全額保全という厳格な保全義務を課すことを根拠としている⁽¹¹⁹⁾。

第2節 資金移動業の3つの種別

令和2（2020）年の資金決済法の改正により、資金移動業は、それまでの1種別から送金額の上限に基づいて、第1種から第3種までの3つの種別に区分され、3つの種別ごとに滞留資金の保全方法にも違いが設けられた⁽¹²⁰⁾。3つの種別への区分の変更は、資金移動業者の取り扱う送金の額が1件あたり数万円以下が大半であることと、高額の送金に対するニーズを踏まえたものである⁽¹²¹⁾。

(118) 信用金庫制度創設の経緯については、拙稿「協同組織金融機関の「地区」に関する考察」流経法学6巻1号（2006年）9頁参照。

(119) 加毛・前掲注(17)68頁。

(120) なお、令和2（2020）年の改正は、金融審議会「決済法制及び金融サービス仲介法制に関するワーキング・グループ報告」（2019年12月20日）を踏まえたものである。

(https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20191220/houkoku.pdf)

(121) 堀・前掲注(31)55頁。100万円を超える送金に対する利用者のニーズがあったことについて、岡田大＝荒井伴介「金融サービスの利用者の利便の向上」

第１種資金移動業は、取り扱う為替取引の額に上限がない。送金額の点では、金融機関が行う為替取引と変わらない。改正前までは、資金移動業者が取り扱える送金上限額は100万円であったから、大幅な規制緩和が実現されたことになる。資金移動業には登録制がとられているところ（資金決済法37条）、第１種資金移動業だけは、認可制がとられている（同法40条の２）。さらに、①具体的な送金指図を伴わない資金の受入れが禁止（移動する資金の額、資金を移動する日、資金の移動先の３点が必要）されるとともに、②資金の移動に関する事務を処理するために必要な期間を超えて資金を保持しないことが求められる（同法51条の２、資金移動業者に関する内閣府令32条の２。以下、この内閣府令を「内閣府令」という）。送金額に上限がないところから、経営破綻時の社会的影響の大きさを考慮して、資金の滞留を認めないという徹底した方針がとられている。

第２種資金移動業は、制定時の資金決済法と同様、「少額として政令で定める額以下の資金の移動に係る為替取引のみを業として営むこと」（資金決済法36条の２第２項）ができる。具体的には、100万円に相当する額を為替取引の上限とする業である（同法施行令12条の２第１項）。この上限額は、１回の取引における送金額の上限であって、手数料やその他の費用は含まない⁽¹²²⁾。第２種資金移動業は、第３種資金移動業とともに、登録制である（同法37条）。第１種資金移動業と違って、100万円の範囲内で具体的な送金指図のない資金の受入れと資金の滞留が認められるものの、滞留資金が100万円を超えている場合、為替取引に用いられるかどうかを確認し、用いられることがないと認められれば、利用者への返還等の措置を講じなければならない（内閣府令30条の２第１項・２項）。滞留資金が

ㄨ 及び保護を図るための金融商品の販売等に関する法律等の一部を規制する法律の概要」商事法務2246号（2020年）９頁も参照。

(122) 高橋＝堀＝森・前掲注(26)169頁。あくまでも１回あたりの上限額を規制するのであって、１日に100万円の依頼を複数回受けても、そのこと自体は規制されない。金融庁（2010年２月23日）・前掲注(32)№61・62の回答参照。

認められ、それが100万円を超える場合にのみ、必要な対応をとればよいことになる。なお、第2種と第3種の資金移動業者については、利用者資金の払戻しが認められている⁽¹²³⁾。これは、払戻しが本人への送金であると考えられているからであろう。ただし、とくに第2種資金移動業者の口座における滞留資金については、預金との異同が問題となる。この点は、第4節で検討する。

第3種資金移動業は、「特に少額として政令で定める額以下の資金の移動に係る為替取引のみを業として営むこと」(資金決済法36条の2第3項)ができる。具体的には、5万円に相当する額が上限である(資金決済法施行令12条の2第2項)。資金の滞留が認められるものの、滞留資金に対するリスク低減のため、利用者に対する5万円を超える額の債務の負担が禁止されている(資金決済法51条の3、同法施行令17条の2)。

利用者資金の保全については、3つの種別とも、①供託所への履行保証金の供託、②政令で定める銀行等との履行保証金保全契約の締結、③信託会社等との履行保証金信託契約の締結のいずれかの方法をとる必要がある(資金決済法43条～45条)。供託の場合、1週間以内で各資金移動業者が定める算定期間を対象として、算出した履行保証金を3営業日以内に供託することによって、利用者資金の全額が保全される仕組みがとられている。基本的には、全額が保全される仕組みではあるものの、①の場合、履行保証金の算出対象期間と、実際の資金移動業者の経営破綻の発生時にタイムラグがあるため、必ずしも確実に全額が保全されるとはいえない⁽¹²⁴⁾。なお、第3種資金移動業者については、履行保証金の供託に代えて、内閣総理大臣に届け出ることによって、預貯金等によって分別管理することがで

(123) 金融庁(2010年2月23日)・前掲注(32)No67において、金融庁は「ATMで出金することができるカード等を発行して資金移動を行う場合には、資金移動業に該当すると考えます。」と回答している。

(124) 履行保証金の算出対象期間と供託額、供託までの期間は資金移動業の種別ごとに違いがあるものの、詳細は省略する。

きる（同法45条の２）。扱うことができる送金額が「特に少額」であることを踏まえ、より簡便な保全方法を認める趣旨であるとともに、経営が破綻した場合、利用者に損害が発生しても、限定的な範囲にとどまることを考慮したものである。

第３節 資金移動業者の口座への貸金支払

資金移動業をめぐる、さらに状況の変化が生じている。資金移動業者の口座への貸金支払の解禁である。資金移動業者が預かる利用者資金について、「預り金」および「預金」との異同をめぐる問題について、検討すべき事態であるといえる。

第４章で述べたように、労働者の貸金は、通貨による支払が原則である（労働基準法24条１項）。預金取扱金融機関の預金口座への振込みによる支払は、あくまでも例外的に認められている方法である⁽¹²⁵⁾（労働基準法施行規則7条の２第１項１号）。この例外的扱いは、平成10（1998）年９月から証券総合口座への振込み、そして、令和５（2023）年４月から第２種資金移動業に係る口座への資金移動による方法が認められ（労働基準法施行規則7条の２第１項２号・３号）⁽¹²⁶⁾、順次、拡大されてきている。資金移動業者の口座への貸金支払を認める動きは、資金移動業者の口座が、現代社会において預金口座と同様の機能を果たしていることが認められた結果であるといえよう。そこで、本節では、資金移動業者の口座への貸金支払が認められるに至った経緯を検討する。

その遠因は、外国人がわが国の金融機関で預金口座を開設することに困難を伴う点にある。犯罪による収益の移転防止に関する法律（平成19年法

(125) 預貯金口座への貸金の振込みに関する経緯については、前掲注(79)参照。

(126) ただし、資金移動業者への口座への貸金支払については、令和５（2023）年４月１日から資金移動業者から厚生労働大臣への指定申請が開始されたものの、令和５（2023）年10月20日の時点では、指定を受けた資金移動業者は未だ公表されていない。

律第22号) 4条1項は、銀行や資金移動業者等の特定事業者に対して、顧客との契約締結に際して、本人特定事項(自然人の場合は氏名、住居、生年月日)、取引を行う目的、自然人の場合は職業といった取引時確認を行うことを義務付けている。外国人の場合、本人特定事項の確認がネックとなって、スムーズに銀行に預金口座を開設できない事態となった。

外国人労働者の増加とその要望を受けて、東京都は2018(平成30)年3月8日に、プリペイドカード口座へ賃金を支払えるよう、国に対して労働基準法の特例制度の創設を要望した⁽¹²⁷⁾。人口減少社会に移行したわが国では、外国人労働者を何らかの形で受け入れざるを得ないため、外国人労働者に対する簡便な方法による賃金の支払を求めるニーズが発生した。その後、外国人材の受入れ・共生に関する関係閣僚会議は、令和2(2020)年7月14日に「外国人材の受入れ・共生のための総合的対応策(令和2年度改訂)」⁽¹²⁸⁾を公表した。この総合的対応策の中では、「外国人が我が国で生活していくに当たっては、家賃や公共料金の支払、賃金の受領等の様々な場面において、金融機関の口座を利用することが必要となることから、外国人が円滑に銀行口座を開設できるようにするための取組を進めていく必要がある。」とした上で、具体的施策の一つとして、「賃金の資金移動業者の口座への支払について、賃金の確実な支払等の労働者保護が図られるよう、資金移動業者が破綻した場合に十分な額が早期に労働者に支払われる保証制度等のスキームを構築しつつ、労使団体と協議の上、令和2年度できるだけ早期の制度化を図る。」と明記された⁽¹²⁹⁾。これを受けて、厚生労働省労働政策審議会労働条件分科会は、令和2(2020)年8月27日

(127) 2018(平成30)年3月9日付け日本経済新聞朝刊(地方経済面東京)、同年8月3日付け同紙朝刊7面参照。

(128) <https://www.moj.go.jp/isa/content/930005875.pdf>

(129) 総合的対応策21頁～22頁の「Ⅱ施策」の「3生活者としての外国人に対する支援」「(2)生活サービス環境の改善等」「⑤金融・通信サービスの利便性の向上」の中の【現状認識・課題】と【具体的施策】による。

から計９回にわたる審議を行い、令和４（２０２２）年９月１３日には「資金移動業者の口座への貸金支払について」⁽¹³⁰⁾に基づいて、とりまとめの審議を行った。

以上の経緯を経て、令和４（２０２２）年に労働基準法が改正され、第２種資金移動業者の口座への貸金支払を可能とする制度が整備された（労働基準法施行規則７条の２第１項３号）。なお、これは全ての労働者を対象とするものであって、外国人労働者に限定した対応ではない。ただし、第２種資金移動業者の口座であれば無条件に貸金の支払が認められるのではなく、労働者保護の観点から、労働基準法施行規則７条の２第１項３号イ〜チに掲げる要件を満たすものとして厚生労働大臣の指定を受けた者でなければならない⁽¹³¹⁾。３号イでは、「労働者に対して負担する為替取引に関する債務の額が百万円を超えることがないようにするための措置又は当該額が百万円を超えた場合に当該額を速やかに百万円以下とするための措置を講じていること。」と規定されている。

資金移動業者への口座への貸金支払の解禁を出資法上の観点から見ると、預金は、第１章第１節で述べたように、出資法上の預り金である。預り金である預金口座への振込みと同様に、資金移動業者の口座への資金移動による支払が認められたということは、資金移動業者の口座の利用者資金は、預金と同様に預り金であると考えるべきである。

第４節 資金移動業者の口座と預金口座の対比

(1) 口座の開設

(130) 厚生労働省労働政策審議会労働条件分科会（第178回）資料No.1「資金移動業者の口座への貸金支払について 課題の整理⑦」（<https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/000988916.pdf>）

(131) 2023（令和５）年４月２日付け日本経済新聞朝刊３面によれば、４月１日にPayPayが指定の申請を行い、同社を含めて８社が参入を検討していると報じている。

第3節までの検討を踏まえて、本節では、資金移動業者の口座と預金口座を対比し、その違い、類似性について検討する。まず、資金移動業者が利用者ごとに資金移動のための口座を開設すること自体をどのように考えるべきかを検討する。

それに先立って、資金移動業者が利用者の資金を管理するために用意する専用の入れ物を「口座」と呼ぶかどうかが問題となる。資金移動業者の利用者に対するサービスの提供は、1回限りの場合と、継続的・反復的に行われる場合がある（内閣府令29条1項1号・2号参照）。継続的にサービスを提供する場合、「口座」開設の必要性が生じる。これについて、資金決済法制定時には、「アカウント」という用語が使われており⁽¹³²⁾、現行の「事務ガイドライン第三分冊：金融会社関係 14. 資金移動業者関係」においても同様である⁽¹³³⁾。これは、資金移動業者が用意する各利用者の資金を受入れるための専用の入れ物が、預金口座と異なることを明確にする趣旨であると考えられる。「内国税の適正な課税の確保を図るための国外送金等に係る調書の提出等に関する法律」2条6号では、資金移動業者の口座は預金口座と区別されて「勘定」と表現されていると指摘されている⁽¹³⁴⁾。

なお、本章第3節で述べた令和4（2022）年の労働基準法の改正に関する検討の過程では、「口座」が使われており、労働基準法施行規則7条の2第1項3号においても、「第二種資金移動業に係る口座への資金移動」と、「口座」が使われている。資金移動業者は、利用者に対して、銀行等

(132) 金融庁（2010年2月23日）・前掲注(32)№145・146の回答参照。

(133) たとえば、Ⅳ－1－1（注1）。なお、以下では、「事務ガイドライン第三分冊：金融会社関係 14. 資金移動業者関係」を「事務ガイドライン」と略記する。他に、金融審議会（2019年12月20日）・前掲注(120)7頁も「アカウント」を使っている。

(134) 堀天子＝岡野智「資金移動業・収納代行サービスと為替取引規制・預り金禁止規制」NBL1166号（2020年）63頁。

が行う為替取引との誤認を防止するための説明を行う必要がある（資金決済法51条）。その説明を行う場合、少なくとも①銀行等が行う為替取引ではないこと、②預貯金・定期積金を受入れるものではないこと、③預金保険法が規定する保険金支払の対象とはならないこと、の３点を説明する必要がある（内閣府令28条２項１号～３号）。このような説明が厳格に行われる限り、資金移動業者が利用者資金の受入れのために用意する入れ物を「口座」と呼んで差し支えないと考える。

では、口座の必要性自体についてはどうか。

依頼を受ける為替取引を利用者ごとに個別に厳格に管理するためには、利用者ごとに口座を開設することが不可欠である。資金決済法制定時の金融庁の見解も、資金移動業者が口座を開設することを認めている⁽¹³⁵⁾。

口座の必要性については、第３章で金融機関の預金口座について考察したことと同様であって、資金移動業の種別を問わない。なお、第１種資金移動業については、滞留が生じ得るアカウント設定型の送金サービスには適さないとの指摘があるものの⁽¹³⁶⁾、被仕向で振込み資金を受け入れることがあることを考えれば、混蔵方式で資金を管理することは、實際上、非常に困難である⁽¹³⁷⁾。むしろ、口座を使って依頼者の資金を個別に管理した方が、確実かつ厳格な滞留資金の管理が可能になると考える。とくに、第２種資金移動業者の口座については、今後、賃金の受取りに利用されることを考えれば、口座の開設が不可欠である。

(135) 金融庁（2010年２月23日）・前掲注(32)No145・146の回答。堀・前掲注(31)69頁も参照。回答の内容は、後掲注(138)に対応する本文参照。

(136) 高松志直「第一種資金移動業および第三種資金移動業に関する実務対応の着眼点」金融法務事情2166号（2021年）４頁。

(137) 資金移動業者に向けて依頼人が口座番号を指定しないで資金移動の指示ができるのかについて、筆者は実務を承知していない。ただし、被仕向の場合、資金移動業者が混蔵方式で資金を受け取って管理すると、受取人以外に対する誤払いの可能性が、口座番号を指定した取扱いに比して高くなると考えられる。

(2) 資金移動業者の利用者資金と預金の異同、「預り金」禁止規制との関係

資金移動業者が開設した口座は、資金の滞留が認められない第1種資金移動業者の口座を除いて、滞留資金に上限があるとはいえ、実質的に金融機関の預金口座と似た機能を果たすと考えられる。

資金移動業者の口座への資金移動のための資金の受入れが出資法2条の預り金禁止規制に違反しないのかについて、資金決済法施行前の金融庁の見解は、「送金資金が具体的な送金依頼と結びついている場合には、当該送金資金の受入れは、出資法第2条第2項で禁止される「預り金」には該当しないと考えられます。／ただし、資金移動業者は、銀行と異なり預金の受入れはできず（銀行法第2条第2項）、送金と無関係に資金を預かったり、送金用口座と称して長期間金銭を預かり利息を付すなど、その実態によっては実質的に「預り金」に該当する場合も考えられます。したがって、個別事例ごとに、事務ガイドライン（預り金）2-1-1（2）に掲げる要件（…）に照らし合わせながら、「預り金」に該当するか否かを判断することになります。」⁽¹³⁸⁾ というものである。金融庁のこのような考え方は、現時点でも維持されている⁽¹³⁹⁾。

ただし、貸金支払に第2種資金移動業に係る口座を用いることが可能になるところから、とくに第2種資金移動業を営む業者の口座での利用者資金の滞留は、必然的に生じる。事務ガイドラインⅡ-2-2-1-1（6）は、「為替取引に用いられることがないと認められる利用者の資金（電子決済手段に係る利用者の資金を含む。）を保有しないための措置」を

(138) 金融庁（2010年2月23日）・前掲注(32)№145・146の回答。

(139) 金融庁「コメントの概要及びコメントに対する金融庁の考え方」（2021年3月19日）№24では、「利用者から受け入れた資金の金額の多寡にかかわらず、資金移動業者が為替取引と無関係に利用者から資金を受け入れた場合には、出資法の預り金規制に抵触するおそれがあると考えられることは、従前と変わりありません。」と回答している。№33・38の回答も同旨。（<https://www.fsa.go.jp/news/r2/sonota/20210319-2/01.pdf>）

講じることを資金移動業者に求めている。この点については、資金移動業者は利用者資金の払戻しが認められるから、利用者の側では、当初から払戻しを想定して資金移動業者の口座に資金を入金できる。貸金の支払に資金移動業者の口座を利用することには、第三者への具体的な送金指図を欠く状態で、むしろ払戻しを想定した入金を当然のこととして含んでいる。そして、現時点では、第2種および第3種資金移動業については、具体的な資金移動の指図がなくても、上限額までの資金の受入れが認められており、払出し等の対応が求められるのは、本章第2節で検討したように、滞留資金が上限額を超えた場合である。

このような利用者資金の受入れが出資法2条の預り金禁止規制に違反しないのは、利用者資金の滞留が「預り金」の4要件に該当しないこと、具体的には、元本保証のあることの要件に該当しない点にあると考えざるを得ない。しかし、こう考えることには相当の無理がある。第2種および第3種の資金移動業者からの利用者資金の払戻しは、繰り返し述べたとおり、預金と同様に自由に行えるからである。また、利用者資金が全額保全されていることから、元本は保証されているといえる。むしろ、部分準備にすぎない預金以上に、元本が確実に保証されているとみることもできる。

また、そもそも銀行法上「為替取引を行うこと」は、銀行業に該当する（銀行法2条2項2号）。資金移動業は、資金決済法によって、銀行等以外の者が業として為替取引を行うことが認められているから為替取引を行うことができるのであって、本来、為替取引を行うことは、銀行業に当たる。為替取引を行うには、資金の授受を必然的に伴う。銀行業の免許を「為替取引を行うこと」のみに基づいて取得している銀行は存在しないものの、仮にこのような銀行が存在するなら、為替取引を行うための資金の受入れを行う必要があり、この資金は、出資法2条の「他の法律に特別の規定のある者」による「業としての預り金」であると考えざるを得ない。

以上の検討を踏まえれば、第2種および第3種の資金移動業者の口座に

滞留する資金は、出資法2条の預り金に該当すると考える。ただし、同条1項の規定に基づき、これらの資金移動業者が資金決済法によって業として預り金をすることが認められた者であるため、出資法2条に違反しないと考えべきである。資金移動業の創設により、出資法2条の預り金の概念に揺らぎが生じていると考える⁽¹⁴⁰⁾。

ただし、滞留した利用者資金の残高に応じて直接的に利息を付す行為、あるいは、これに類似した行為である残高に応じてポイントを付与する行為は認められないと考えられる⁽¹⁴¹⁾。この点については、事務ガイドラインにも「利用者の資金の残高に利息を付す場合などについては、為替取引に利用する以外の目的での利用者の資金の受け入れを誘引する仕組みが講じられていると考えられ、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律（…）の預り金規制に抵触するおそれがあると考えられる。」⁽¹⁴²⁾とされているところからも、明らかである。なお、為替取引の利用実績に応じて手数料を割引く行為については、サービス提供の対価を事業者がどのように設定するかに関する事項であるから、問題ないとする。

とくに第2種資金移動業者が利用者に入金と払戻しに使用するカードを交付し、払戻しについて、とくに時間外手数料など、現在、金融機関が設定している手数料よりも低い料金を設定した場合、とくに日常の家計費については、預金口座よりも資金移動業者の口座が盛んに利用されることになる可能性もある。第2種資金移動業者の口座は、上限額の違いはあるものの、預金口座との機能面での違いはほとんどなくなると予想することもできる。

(140) 高橋・前掲注(22)196頁は、資金移動業者は金銭の受入れを行うものの、全額準備制度をとれば、その金銭の受入れを預り金、預金と同様に考える必要はないとしている。

(141) 堀＝岡野・前掲注(134)63頁、堀・前掲注(31)17頁～18頁。

(142) 事務ガイドラインⅡ—2-2-1-1-(6)(注1)。

（3）資金移動業者の口座を利用した各種サービスの提供に関する検討

a) 各種料金の口座振替

預金口座で通常に利用できるサービスの一つとして、公共料金等の口座振替がある。第２種および第３種の資金移動業者の口座には、利用者資金の滞留が認められるから、預金口座と同様に口座振替サービスを行うことができるか。結論を先に示すと、これを資金移動業者が扱うことはできないと考える。

クレジットカードの利用代金を含む公共料金などの各種料金（税金を含む）の口座振替は、料金の収納先が利用者（預金者）ごとの利用料金の請求データを金融機関に送り、当該収納先からの請求について、預金者が金融機関に対して預金口座から引き落として収納先に支払うべきことを依頼する内容の契約である。契約は、①収納先と金融機関、②金融機関と預金者、③預金者と収納先との間で締結される。預金者が事前に指定した収納先からの利用料金の請求について、預金者本人の口座から個別の引き落とし手続を必要とせず（氏名と届出印を押印した払戻請求書の提出を必要としない手続）、金融機関が全ての請求にかかる引き落とし分をとりまとめて収納先の口座に入金または振込みの手続を行う。預金者の収納先に対する請求金額に誤りがないとの信頼の存在が、前提として必要となる。口座からの引き落とし前に、収納先から預金者に対して、引き落とし予定額（利用実績の明細、引き落とし額の合計金額と引き落としの予定日）が通知される。振込みとの違いは、口座振替の場合、振替の指図を債権者たる収納先が発出するのに対して、振込みの場合、債務者たる預金者が指図を発出する点にある⁽¹⁴³⁾。口座振替については債権者主導型または取立型、振込みは債務者主導型または支払型と表現されている。

以上の説明から明らかなように、口座振替は、預金者の個別の指図のな

(143) 本多正樹「口座振替の法律関係（上）」金融法務事情1648号（2002年）14頁～15頁。

い状態で資金移動を行う取引であり、個別に資金移動の指図を必要とする振込みと決定的に異なる。したがって、資金移動業者の口座を用いて、利用者の資金移動に関する個別の指図に基づかない状態で、各種料金の口座振替を取り扱うことは、現時点では行えないという結論になる。

ただし、この私見にかかわらず、収納先からの請求があれば、利用者が資金移動の指図を行ったものとみなすとする扱いを認めるなら、口座振替を取り扱うことは可能であろう。そして、資金移動業者の口座を用いた公共料金等の口座振替が実施できるのであれば、とくに第2種資金移動業者の口座について、金融機関の預金口座との違いは、上限額の有無に関する点と、預金保険の対象外である点を除いて、實際上、ほとんどなくなると考えられる。

b) 定時・定額の資金移動サービス

次に、家賃の振込みを典型とする定時・定額振込みに関する契約について検討する。

これは、利用者が事前に指定した一定の日（月中の特定の日（5日・10日やこの倍数の日といった場合を含む））や月中の特定の曜日に、利用者が事前に指定した金融機関等の口座に、利用者が指定した一定の金額を金融機関が預金口座から引き落として資金移動を行うサービスを想定している。利用者の個別の資金移動の依頼に代えて、利用者が事前かつ包括的に指図を行い、それに基づいて指定の日に指定された金額の資金移動を行う取引である。資金移動を実施する期間を事前に指定して行うとともに、取扱期間の満了前に、利用者から取扱中止の申し出がなければ、契約が自動的に継続される条項を含む場合もあろう。このサービスについては、IC型またはサーバ型の第三者型前払式支払手段への資金移動業者の口座からの資金移動も、前払式支払手段の発行主体が資金の受入れに関する手続を整えれば、含まれるであろう。

このような契約は、個別に資金移動の指図を行うことに代えて、事前に包括的に指図を行うことによって実施するものであるから、資金移動業者にも認められるサービスであると考ええる。

c) 金融機関等と連携した資金移動にかかる資金の受入れ

資金移動業は、すでに述べたように、少額の振込みについて低料金でのサービス提供の実現に期待して創設された。これは主に仕向取引を想定したものである。継続・反復して資金移動を実行するには、資金を資金移動業者の口座に入金する必要がある。この入金手続を金融機関等の預金口座から行うサービスを金融機関等と連携して実施することが考えられる。

これについては、事務ガイドラインⅡ－２－５「口座振替サービス等の他の事業者の提供するサービスとの連携」で、「資金移動サービスの中には、銀行等の提供する口座振替サービスなど、他の事業者の提供するサービスと連携するサービス（以下「連携サービス」という。）が存在する。」として、他の事業者とのサービスの連携が可能であることが示されている。ただし、ここで示されている「口座振替サービス」が a) で示したように、資金移動業者が収納先となる口座振替を意味しているのか、b) で示したように、預金者の指図に基づいて定期的に資金移動業者の口座に金融機関等が振込みを行うサービスなのかは、判然としない。b) の場合は、あくまでも利用者が金融機関等と結ぶ定期振込みにかかる契約の問題であるから、問題はない。これについて、全国銀行協会「資金移動業者等との口座連携に関するガイドライン」⁽¹⁴⁴⁾（令和２年11月30日制定）を見ると、資金移動にかかる利用者の個別の指図に基づいて、自らの銀行口座から資金移動業者のアカウントへ入金するサービスが想定されている⁽¹⁴⁵⁾。

(144) <https://www.zenginkyo.or.jp/fileadmin/res/news/news321130.pdf>

(145) 事務ガイドラインⅡ－２－５は、預貯金口座の預貯金者になりすました者による資金移動を介した不正取引に対応するものである。

a) で示した資金移動業者が収納先となる場合、金融機関等に対する資金請求の時点で、請求金額が確定している必要がある。資金移動が未実施の状態、つまりは資金移動を行う利用者の利用額が確定しない状態で、金融機関等に資金の請求を行うことはできないと考えられるところからすると、利用者の資金移動の指図に基づいて先に資金移動を実施し、それに基づいて資金移動業者が収納先となって、金融機関等に資金の請求を行うということが想定される。これについては、利用者の指図に基づいて、先に資金移動業者が資金移動を実行し、実行後に資金を回収する仕組みを想定した条文がある（内閣府令11条4項）。資金移動業者が収納先となって、金融機関が口座振替を実施することは可能であると考えられる。ただし、資金移動を先に実行する場合、資金移動業者が貸金業を営むことにならないのか、資金移動業者の資金の立替えにかかる報酬請求権（商法512条）・利息請求権（同513条）の扱いといった点が問題となるものの、ここでは指摘するにとどめる⁽¹⁴⁶⁾。

このように資金移動業者が他の事業者との連携によって利用者に各種のサービスを提供すると、利用者の利便性は格段に向上する。連携サービスの提供が活発化すると、資金移動業者の口座は、金融機関の預金口座とは違って、現時点では思いもよらない多様なサービスが提供される受け皿になる可能性がある。

(4) 資金移動業をめぐるその他の課題

a) 利用者資金の保全の実態

前述のとおり、資金移動業者に資金移動にかかる資金の受入れ（預り金）が認められるのは、受け入れた資金が全額保全されることを根拠とするから、保全の状況に関して、何らかの方法による監督や監視が必要であ

(146) 資金移動業と貸金業との関係については、堀・前掲注(31)14頁～15頁参照。

る。これに関しては、第３種資金移動業者のうち預貯金等によって分別管理することができる業者を除いて、資金移動業者は、毎年３月31日、６月30日、９月30日および12月31日ごとに履行保証金に関する報告書を金融庁長官に提出する必要がある（資金決済法53条２項、内閣府令35条）⁽¹⁴⁷⁾。履行保証金の供託に代えて、履行保証保全契約または履行保証金信託契約によって保全を図る場合は、それぞれ履行保証金保全契約届出書、履行保証金信託契約届出書をそれぞれの契約書の写しを添付して金融庁長官に提出しなければならない（内閣府令14条・18条）。

利用者にとっては、資金移動業者に移動した資金が確実に保全されていることが、最大の関心事である。利用者資金の滞留が認められる第２種・第３種の場合は、とくにこのようにいえる。資金移動業者は、利用者に対して、履行保証金の保全方法に関する情報を提供する必要がある（内閣府令29条の２第２号）。しかし、資金移動業者が供託による保全を選択した場合、履行保証金が供託所に確実に供託されているのか否かについて、利用者が直接知る手段はない。履行保証金の保全が確実に行われているか否かについては、金融監督、とくに上述の履行保証金に関する報告書に多くを依存している。資金移動業に関する公告は、資金決済法58条の監督処分に関する公告、同61条３項に基づく事業廃止の公告にとどまるため、供託に関して公告が行われることはない⁽¹⁴⁸⁾。

利用者資金の保全に関する資金移動業者の内部管理体制についてはどうか。資金移動業を営むことができるのは、株式会社または外国資金移動業

(147) 従来は半期に一度であったところ、事後チェック機能を強化する観点から、四半期ごとの提出に内閣府令が改正された。金融庁（2021年３月19日）・前掲注(139)№47の回答参照。

(148) 利用者資金の保全方法とその状況（供託の状況を含む）について資金移動業者に公告を義務付けると、資金移動業者の経営破綻が起こった場合、利用者資金の保全方法に誤りがあれば、会社法429条２項１号ニ（虚偽の公告）に基づいて、利用者は同条が規定する「役員等」に対して損害賠償請求を行いやすくなる。

者に限られる（資金決済法40条1項1号。2条4項も参照）。ただし、株式会社について、最低資本金の定めはないから、必ずしも会計監査人設置会社である必要はない。登録の申請に際して、取締役および監査役の氏名を記載した登録申請書を提出する必要があるところから（同法38条1項4号）、監査役設置会社を最低限の要請として、監査役会設置会社、監査等委員会設置会社、指名委員会等設置会社のいずれかの機関設計である必要がある。非会計監査人設置会社である場合、金融庁が供託の状況を実際に検査することは考えにくいから、監査役、監査等委員、監査委員のいずれかが、供託が正しく行われているか否かをチェックする必要がある。

このように、履行保証金の供託に関しては、利用者による監視は期待できないところから、内部管理体制に委ねられているといえる。将来、資金移動業者の経営破綻が起こった場合、必要な保全措置が講じられていなかったといった内部管理体制のあり方が問われることになる可能性もある。

b) 信用創造に対する懸念

資金移動業者が貸金業の登録を受けて滞留する利用者資金を原資として貸金業を営むと、銀行業の免許を受けることなく、実質的に信用創造を行うことが可能となる。これについて、内閣府令30条の3は、利用者資金の保全方法として履行保証金保全契約を用いている資金移動業者に、利用者資金を原資として貸付けまたは手形の割引を行うことを防止する措置を講じることを求めている⁽¹⁴⁹⁾。これを受けて、事務ガイドラインⅡ-2-2-1-1（7）も、資金移動業者に「利用者から受け入れた資金を貸付等の原資として用いることを防止するための措置」を講じることを求めている。

これは、滞留する利用者資金が実質的に金融機関の預金と同様の役割を

(149) これは、金融審議会（2019年12月20日）・前掲注(120)9頁の指摘を踏まえた対応措置である。

果たしうることに基づくものであるとともに、銀行業を免許業としていることの尻掛けとなる可能性に基づくものである。この点でも、滞留する利用者資金と預金との類似性が意識されていることになる。なお、資金移動業者の口座に滞留する利用者資金は、全額保金を図って全額準備制度を講じる限り、預金と同様に考える必要はないとの指摘がある⁽¹⁵⁰⁾。

ただし、利用者資金の保全方法として供託を用いた場合であっても、供託に必要となる資金を何等かの方法で先に調達して供託に充てれば、信用創造を行うことが可能になる。また、規制の対象となる資金の用途は、「貸付けまたは手形の割引」であるから、それ以外の用途に利用する場合は、規制の対象外である。たとえば、有価証券や商品相場への投資を規制する必要はないのだろうか。これに関する金融庁の見解は、「『貸付け又は手形の割引』に該当しないものであれば、資金移動業者府令第30条の3の規定の適用を受けるものではありませんが、…資金移動業者には、資金移動業を適正かつ確実に遂行することが求められていることを踏まえれば、利用者から受け入れた資金について、貸付以外の用途であれば自由に活用して良いというわけではなく、利用者からの指図に円滑に対応していくために十分な流動性を確保するとともに、容易に毀損することがないよう管理する必要があります。』⁽¹⁵¹⁾」というものである。

このように、利用者資金を原資とする事業展開について、資金決済法が比較的緩やかな規制にとどめているのは、銀行法等による規制の例外として為替取引を行う資金移動業を創設したからには、資金移動業者に対する過剰な規制を回避するとともに、当面は、資金移動業者の自由な営業活動を促進し、資金移動に関するサービスの多様化と競争によって国民の利便性の向上を図ることが指向されていると考えられる。

(150) 高橋・前掲注(22)196頁・201頁。

(151) 金融庁（2021年3月19日）・前掲注(139)No41・42の回答。

c) 專業義務のない点

銀行に他業禁止による專業義務が課せられているのとは違って（銀行法12条）、資金移動業者には專業義務がなく、委託先を利用することもできる（内閣府令27条）⁽¹⁵²⁾。また、銀行役員に兼職規制があるのとは違って（銀行法7条）、資金移動業の役員には兼職規制もない。銀行法が銀行に対して厳格な規制を敷いているのとは違って、資金決済法がこのような体制をとるのは、利用者資金について、原則として全額保全という厳格な保全義務を課していることを根拠としていえると考えられる。全額保全が確実に履行されている限り、万一、資金移動業者の経営が破綻しても、利用者が損害を被る可能性は限定的であると考えられるからである。

ただし、專業義務がないことを含め、本節の上記b)で指摘したように、資金移動業者は利用者資金を原資として、さまざまな業を営むことが可能である。兼業によって、現時点では予測できない問題が将来、発生する可能性もある。また、資金移動に関して収集した利用者に関する情報を他業に活用したり、親会社やグループ企業間で共有するなどの方法によって、グループで展開している事業を優位に推進することが可能になる可能性もある。なお、資金移動業者は、利用者に関する情報を内閣府令24条～26条、個人情報の保護に関する法律（平成15年法律第57号）、事務ガイドラインⅡ-2-2-3、金融分野における個人情報保護に関するガイドライン等に基づいて管理する必要がある。銀行は、銀行法に条文が置かれていないものの、伝統的に守秘義務を負うと考えられており、專業義務を負うことと相まって、預金者の情報をさまざまな業務に活用することには限界があった。しかし、資金移動業者には、条文上の守秘義務も專業義務もないから、利用者情報の利活用が幅広い範囲で可能となる。資金移動に関する情報収集と本業との相乗効果を期待して、資金移動業に進出する事業者も

(152) 堀・前掲注(31)87頁。

あろう。

專業義務のない状態で、一部の事業者には滞留の生じる預り金である利用者資金を扱いながら、自由度の高い事業を展開できることが、将来、どのような問題を生じさせるのかは、予断を許さない。

終章

本稿では、流動性預金と預金口座の現代における意義について、幅広い観点から検討した。預金の法的性質やその機能は、平成29（2017）年の民法改正を経ても、金融機関の專業義務もあって、大きな変化は生じていない。預金は出資法による規制ともあいまって、金融機関にのみ認められており、当面、この独占体制に変化が生じることはなさそうである。

問題は、預金と同様の機能を果たしうるさまざまな媒体・手段が現代社会で重要な機能と役割を果たすようになってきていることである。本稿では、消費者が身近に接する前払式支払手段と資金移動業を取り上げて、出資法2条の預り金禁止規制も踏まえて預金との違いについても考察した。前払式支払手段にチャージされた資金、資金移動業者の口座に滞留する利用者資金は、出資法上の預り金に該当すると考えられる。出資法違反とならないのは、これらが、出資法2条1項が規定する「他の法律に特別の規定のある者」による預り金だからである。

さらに強調すべきことは、これら媒体・手段の機能の向上により、預金との類似性が高まっている点である。前払式支払手段にチャージされた資金は半額の保全、資金移動業者の口座の利用者資金は全額保全の下で、サービス内容の高度化が進んだ結果、預金との類似性が高くなっている。そして、これらの事業者には、金融機関に適用される厳格な金融規制は課されていない。專業義務もなく、むしろ他のサービスとの相乗効果による国民生活の利便性向上が期待されている。このような動きが強まる中、こ

れまで金融の中核に位置付けられてきた銀行や預金の相対的な重要性の低下を予想する指摘もある⁽¹⁵³⁾。

近年は、業法による業態別の縦割り型の金融規制ではなく、同一の機能・リスクには同一の規制を適用するという機能別の横断的な金融規制が指向されている⁽¹⁵⁴⁾。これを踏まえるなら、金融機関のみが扱える預金についても、部分保全といった一定の規制の下で、他の新たな事業体を取り扱える体制を整え、金融機関の預金を原資として行うことが難しい新事業の創出や特定の事業に資金を振り向けることによって、わが国経済の活性化を促進するといった大胆な金融政策を推進することも考えられる⁽¹⁵⁵⁾。

預金取扱金融機関の5年後、10年後の姿はどのようなものに変化しているのだろうか。それは、預金との類似性を高める媒体・手段に対する国民の利用動向が決定するのであろう。

(完)

(後記) 本稿は、科学研究費補助金（基盤研究（B）（一般）課題番号22H00860）の研究助成を受けた研究成果の一部である。

(付記) 本稿脱稿後の2023年10月10日に、第3章第2節で言及した「全銀システム」に大規模な障害が発生し、11行で送金ができない状態になったと報じられた。全銀システムにこのような障害が発生したのは、昭和48（1973）年4月のシステム稼働後、初めてのことであり、12日朝にシステ

(153) 金融審議会「金融制度スタディ・グループ中間整理——機能別・横断的な金融規制体系に向けて——」（2018年6月19日）4頁～5頁。

(https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20180619/chukanseiri.pdf)

(154) 金融審議会（2018年6月19日）・前掲注(153)5頁。

(155) スイスでは、銀行ではない主体による預金受入れについて、銀行よりも緩やかな規制の下で認める新たな免許が創設された。関口健太「金融規制法における「預金受入れ」の位置付けについての一考察：スイスにおける改正銀行法を手掛かりとして」金融研究2020.6号55頁以下参照。

ムは復旧したものの、255万件の為替取引に影響が及んだと報道されている。あらためて、預金口座による決済機能の重要性を認識する事態である。日本経済新聞2023年10月11日付け朝刊２面・同10月12日付け朝刊１面・同10月13日付け朝刊３面参照。

韓半島植民地支配の不法性（その４） ——1904年１月21日大韓帝国中立宣言と「不法強占」

戸 塚 悦 朗

（56-1 目次）

韓半島植民地支配の不法性（その１）——2018年韓国大法院判決と2023年日韓首脳会談

第１．なぜ、2023年日韓首脳会談は、強制動員問題を解決できなかったのか？

- １．2018年10月韓国大法院判決は日韓和解の好機だった
- ２．2023年３月16日韓首脳は、何を合意したのか
- ３．2023年３月16日の日韓首脳会談をどう評価するか

第２．植民地支配の歴史的事実^①に光をあてる方法はあるか？

（56-2 目次）

韓半島植民地支配の不法性（その２）——安重根はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その歴史的事実の検討

第３．安重根はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その歴史的事実の検討

- １．事件に至る歴史的背景
- ２．伊藤博文公爵は1905年11月17日に大韓帝国に対して何をしたのか？

（56-3 目次）

韓半島植民地支配の不法性（その３）——日韓旧条約の国際法上の効力と安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討

第４．安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討

- １．安重根義軍参謀中将がハルビンで伊藤博文公爵を射殺
- ２．安重根義軍参謀中将が伊藤博文公爵を撃った動機
- ３．倉知鉄吉政務局長の旅順での活動
- ４．安重根義軍参謀中将裁判の不法性

第５．日韓旧条約の国際法上の効力の検討

1. 1905年11月17日付日韓協約の不法性
2. 1963年国連ILC総会宛て報告書
3. 「1905年11月17日付日韓協約は不存在」という発見
4. 1905年11月17日付「日韓協約」は条約として不成立

第6. 結論

1. 安重根義軍参謀中将裁判の不法性についての結論
2. 韓半島植民地支配の不法性についての結論

第7. 歴史と法

(法律家が歴史認識問題に関わる意義)

日韓基本条約第二条の解釈を韓国側の日韓旧条約の原初的無効論に合わせようという、歴史家が主導した2010年の日韓有識者署名運動については、(その1)論文で述べた。この運動が韓国でも日本でも大きな成果を収め、成功したことは間違いがない。しかし、大日本帝国による大韓帝国の植民地支配が「不法」だったという法的評価を確定的なものとするには失敗した。それもあって、安倍政権を中心とした保守派による戦前帰りと歴史修正主義の流れを押しとどめることができなかった。

その失敗の一つの原因だが、2010年の有識者署名運動には法律家がほとんど参加していなかったことを検討する必要はないだろうか。筆者は、それがこの運動の弱点だったのではないかという仮説を(その1)論文で提起した。それにしても、なぜこの署名運動に法律家がほとんど参加していなかったのだろうか。その一つの原因は、歴史と国際法が交錯するこの問題が日本では長い間タブー視されていたために、筆者を含めた法律家による研究と議論が不十分だったことにもよると思われる。

それとも、この問題は、歴史学者の関心事ではあっても、法律家の関心事ではなかったのだろうか。この問題の研究が歴史学の方法論に基いてなされるべきもので、法学研究の方法論の範囲外だったからなのであろうか。

筆者の著書¹が韓国で出版されたことを契機にして、上記の問題につい

ての韓国史研究の第一人者である李泰鎮名誉教授にお願いして講演会（2022年11月18日ソウル）²を開いていただくことができた。その際、筆者は、韓国併合100年（2010年）前後の日韓の歴史家と法律家による国際的共同研究の成果を高く評価し、今後もそのような共同研究をさらに発展させる必要があることを強調した。しかし、その際、歴史認識問題の研究に法律家が出る幕があるのか否かの根本問題については、論じなかった。

法律家である筆者の歴史認識についての研究は、具体的に言うなら、①100年以上も前の日韓の間の旧条約の効力の研究、②特に、1905年11月17日付日韓協約の効力の研究（さらには、この「日韓協約」を裁判管轄権の根拠とした安重根義軍参謀中将裁判の不法性に関する研究）、③1910年8月22日付の韓国併合条約によって大日本帝国が大韓帝国を合法的に植民地支配したという主張の妥当性に関する研究、④本シリーズで執筆中だが、大日本帝国による大韓帝国の植民地支配の不法性に関する研究などがある。これらの諸問題については、筆者は、すでにいくつかの著書³さえ出版してきた分野なのである。それにしても、これらの諸問題は、歴史家の研究対象なのだろうか？それとも法律家の研究対象なのだろうか？

筆者は、これまで、このような歴史と法が交錯する分野について議論する前提として、歴史と法の関係について意識的には検討しないまま研究を進めてきた。法学部の学生時代に日本法制史の講義を履修したことがある

1 戸塚悦朗『日韓関係の危機をどう乗り越えるか？——植民地支配責任のとりかた』アジェンダ・プロジェクト、2021年。

2 戸塚悦朗講演「日韓共同研究の在り方——韓国語版出版を記念して」、主催・会場韓国歴史研究院（李泰鎮院長）、日時2022年11月18日、司会金昌祿教授。その際主催者の李泰鎮名誉教授の挨拶があり、最近韓国では歴史と法研究会が設立されたとのことだった。

3 ①戸塚悦朗『歴史認識と日韓の「和解」への道——徴用工問題と韓国大法院判決を理解するために』日本評論社2019年。②戸塚悦朗『「徴用工問題」とは何か？——韓国大法院判決が問うもの』明石書店2019年10月。③前掲戸塚悦朗『日韓関係の危機』。

ものの、それ以外には、およそ歴史学の方法論についての訓練は受けなかった。(その1)論文で告白したとおり、韓国の近現代史についても、予備知識を欠いたままに、成り行き任せで研究を進めてきてしまったのである。だから、いつも、若干の後ろめたさを感じていた。今になってそのことを反省している。歴史と法の関係について、一度ゆっくり考える必要があると感じてきた。そう考えながらも、長年果たせなかった課題なのである。およそ歴史学とはどのような学問なのか、そのような基本問題についてさえもよくわからないままに研究を進めてきたことを認めなくてはならない。

清水幾太郎訳によるE.H.カー著の『歴史とは何か』(岩波新書)⁴を読み始めては、全体を精読することもなく、中途で投げ出してしまった。何度か試みても、よく理解できないままにしてきたことが悔やまれる。書架の同書のタイトルを時折眺めては、「いずれ時間がある時にじっくり読もう」と考えつつも、そのまま先送りにしてきた。筆者にとっては、そのような長年の宿題だったのである。

最近になって、日弁連の連続勉強会で議論になったことを契機にして、大日本帝国による大韓帝国の植民地支配の不法性という歴史と法が交錯する研究課題について一応の考えをまとめる必要に迫られ、本シリーズの論文を執筆し始めた。シリーズをまとめるにあたって、歴史問題への法律家の役割を考えるために、改めて同書を読み直してみた。

歴史と法の関係はどのようなものなのだろうか？

(「勝てば官軍」は歴史学の枠組みなのか？)

E.H.カー著の『歴史とは何か』は、今回も難解だったが、非常に印象深く読むことができた。精読しているうちに、興味深い議論があることに気

4 清水幾太郎訳=E.H.カー著『歴史とは何か』岩波書店1962年。

付いたのである。「勝てば官軍」という記述⁵をみつけたところから、にわかに関心が深まった。

Ⅲ「歴史と科学と道徳」の章のなかで、「歴史家は、裁判官ではない」⁶という節があることにも注目したい。それに続いて、「道徳的判断の規準」⁷の節の中で、カーは以下のように書いている。

「歴史というのは一つの闘争の過程で、そこではいろいろな結果——われわれがそれを善いと判断するにしろ、悪いと判断するにしろ——が、直接間接、いや、間接より直接が多いのですが、とにかく、ある集団の成功として、他の集団の敗北として生み出されるのです。勝てば官軍です。苦難は歴史につきものです。すべて歴史上の偉大な時代には、その勝利と共にその不幸があるものです。これは、ひどく複雑な問題であります。なぜなら、一方よりも他方が善であると測れるような尺度を私たちは持っていないのですから。…歴史では、この問題はよく「進歩の代償」とか「革命の犠牲」とかという題目の下で論じられます」

5 なお、「勝てば官軍」は、訳者清水幾太郎による意識である。原書（E.H. Carr, *What is History?*, second edition, Penguin Books, 1987, p.79.）では、“The losers pay.”（英語版初版と原文は同じ）とあり、原文を直訳すれば、「敗者が支払う」という意味である。清水訳は、それを裏返しにして、勝者の側からの見方を前面に出している。日本語としてはわかりやすい意識である。筆者は強い印象を受けたが、この訳には原文より以上の強いメッセージ（戦いの結果によって勝者の論理が正当化されるという含意）が含まれてしまったのかもしれない。その点に留意する必要があるだろうか。この原書第2版（上記 Penguin Books）は、近藤和彦訳『歴史とは何か新版』（岩波書店2022年）として出版されているが、「敗者が犠牲になる」（近藤訳、129頁）と訳している。主語（The losers）が「敗者」と訳されている点で英語原文のニュアンスに近くなっている。

6 前掲『歴史とは何か』、110-112頁。

7 前掲『歴史とは何か』、113-116頁。

およそ歴史学者にとっては、歴史的事象の判断枠組みは、このようなものなのだろうか？そういう感慨がわいてきて、にわかに同書に親しみを感じた。もし、このような判断枠組みが歴史学の基礎にあるのなら、どうであろうか。1910年8月の大日本帝国による大韓帝国の植民地化という事態は、圧倒的に強力な武力をもった大日本帝国軍の占領下にあって、義軍によるゲリラ的な防衛戦争のほかには軍事的に全く抵抗するすべを持たなかった大韓帝国は、屈服せざるを得なかった。植民地支配は、このように大韓帝国が軍事的に敗北したことによって起きた歴史的な結果だったことは疑いがない。もし、「勝てば官軍」という歴史的事象の判断枠組みをそのまま適用するなら、国際法上の「不法性」などという価値判断を問題にする余地もなくなり、そのむき出しの武力闘争の結果こそが正当な歴史だと評価すべきだということになるのだろうか。このような判断枠組みを受け入れるのであれば、日本政府が終始主張してきたように、勝った大日本帝国による大韓帝国の「植民地支配は合法だった」という主張を、敗者となった大韓帝国が受け入れざるを得ないという事態が、歴史学上は妥当であるということになるだろう。

仮に、「勝てば官軍」という定式に歴史家の歴史認識の方法論の基礎を見出そうとするなら、そのような結論を導くことも可能だろう。カーは、「歴史家は裁判官ではない」とも言う。そうだとするなら、「大日本帝国による大韓帝国に対する植民地支配は不法だった」などという（裁判官まがいの）筆者による法律学的な判断と、「勝てば官軍」という判断枠組みをもつ歴史家の判断とは正面から衝突することになる。

もし、そうだとするなら、カーによる歴史学の方法論と筆者による法律学の方法論は両立しがたいことになる。筆者のような立論は、法律家としてはともかく、歴史家としては否定すべき立場だという結論に至るのかもしれないのである。

筆者は、（その1）論文で、「禁門の変」で敗れ、「朝敵」となった長州（龍法 '24）56-4, 474（1182）

藩が、薩摩藩との同盟によって官軍に成り代わって、倒幕に成功したクーデターの歴史について触れ、「勝てば官軍」という評価を引用したことを想起している。明治政府の下では、歴史家は、そのような評価を一般に広めた。

結局は、勝者の論理が「善」であり、「合法」ということなるのか？

もし、そうであるなら、大韓帝国の植民地支配についても、大日本帝国の言い分が歴史学的には正しいということになる。また、それを踏襲する戦後の日本政府の言い分も歴史学的には正しいということになるのだろう。

そうであるなら、植民地支配の「不法性」を検討することは、法律家の仕事ではありうるにしても、歴史家の仕事ではなくなる。もしそうであるなら、植民地支配を不義不当だったとして、日韓基本条約の解釈を韓国政府の主張（旧条約の原初の無効論）にあわせようとした2010年の歴史家を主体とする日韓有識者の署名運動は、歴史家の判断枠組みを超えたものだったということにならざるを得ないだろう。

（植民地化を許容してきた歴史家たち）

さらにカーの『歴史とは何か』を読み進んでみよう。

「死骸の山を越えて」⁸という節は、産業革命の事例から始まっている。それに続く植民地支配問題についての記述を読んでみよう。

「十九世紀に西洋諸国はアジアおよびアフリカを植民地にしましたが、歴史家たちは、その世界経済に対する直接の影響という理由だけでなく、これらの大陸の後れた諸民族に対する長期的な結果ということも理由にして、この植民地化を許容しております。つまり、現代インドはイギリスの支配が生んだ子どもであり、現代中国は、

8 前掲『歴史とは何か』、116-118頁。

十九世紀の西洋帝国主義の結果とロシア革命の影響とが混じったものである、というのです。」

19世紀の西洋諸国によるアジア及びアフリカの植民地支配について、世界経済と「これら大陸の後れた諸民族に対する長期的な結果」という二つの理由から、歴史家たちは、「この植民地化を許容しております」と、カーは記述している。

もし、歴史家の判断枠組みがそうだとすると、大日本帝国による大韓帝国の植民地支配も、歴史家は同様に許容していると考えerべきなのであろうか？

そうであるとなると、筆者が取り組みつつある大韓帝国の植民地支配の不法性の研究は、歴史家からすれば無謀な試みだということになるろう。カーほかの世界的な歴史家が打ち立ててきた既存の判断枠組みを覆すほどの内実を持つものでない限り、筆者の立論は十分な説得力を持たないということになりそうである。

このような記述に出会うと、これまで筆者がカーの著書を途中で投げ出したくなったのも理解できるのではないだろうか。

「歴史学とはこのようなものなのか？」という失望感にさいなまれた。どうしても、歴史問題には法律家の出る幕はないのだろうか？

今度はここでくじけることなく、さらに同書を読み進んでみよう。

（「道徳的な掟」と歴史学）

カーは、「超歴史的な価値があるのか」⁹という節で、以下のように非常に興味深い記述をしていることに気が付いた。カーは、歴史と日常生活で用いる道徳上の掟の関係について、比喩を用いて、以下のとおりわかりや

9 前掲『歴史とは何か』、118-122頁。

すく説明している。

「これらの抽象的観念は思想に欠くことの出来ない範疇なのですが、ただ、それに特殊な内容が盛り込まれるまでは、意味もなければ、用いようもないのです。別の比喩をお好みになるのであれば、私たちが歴史や日常生活で用いる道徳上の掟は、印刷の部分と書いた部分とがある銀行小切手のようなものと申しましょう。印刷の部分は、自由と平等、正義と民主主義というような抽象的な言葉で出来ております。これは大切な範疇です。けれども、私たちがどのくらいの自由を誰に与えようというのか、私たちが誰を平等な仲間と認めるのか、どの程度までなのか、それを私たちが他の部分に記入しないうちは、小切手は価値がないのです。私たちがある時に何を記入するかは歴史の問題であります。抽象的な道徳的観念に特殊な歴史的内容が与えられて行く過程は、一つの歴史的過程であります。」

ここまで読み進んで、ようやくカーの考え方が理解できたと実感した。歴史と法の関係に関する筆者の見方は、カーの歴史観（上記の部分に関する限り）とそれほど異なっていない。「自由と平等、正義と民主主義というような抽象的な言葉」について書かれたこの比喩は、ヒューマンライツを保障する国際法¹⁰の発展過程を頭において書かれているのに違いないと直感した。

筆者にはそうとしか考えられないが、それを読者に理解していただくためには、この比喩をどう解釈するかについて若干の検討をする必要がある。

10 筆者は、ヒューマンライツを保障する国際法と人権を保障する憲法（国内法）は異なることを明確にするため、国際法の平面で保障されるhuman rights（英米語）を「ヒューマンライツ」（日本語）と翻訳し、国内法の平面で憲法によって保障される「人権」と区別することを提案している。戸塚悦朗『外国人のヒューマンライツ』日本評論社2023年参照。

まず、この比喩が書かれた時期を確かめてみよう。

同書原書¹¹のもとになったカーによるケンブリッジ大学での講演がなされたのは、1961年1月から3月である。このときのヒューマンライツを保障する国際法がどのような発展段階にあったかを想起するなら、カーの記述はよく理解できるのである。

ヒューマンライツ (human rights) は、それ以前から英米法 (国内法) によって保障されてきた人権 (civil rights) とは異なり、1942年以前は法概念としては存在しなかった。その源流は、1942年1月1日付連合国宣言にある。それ以前には英米法にも国際法にも、この言葉はみあたらない。ヒューマンライツは、1945年6月にサンフランシスコで採択された国連憲章という多国間基本条約の形で実定法の条文 (前文以外6カ条に含まれた) として、国際法の世界に初めて登場した。

その内容は、1948年12月10日世界ヒューマンライツ宣言として国連総会が採択することによって世界人類の初めての権利宣言として立ち現れることになった。この宣言は、「自由と平等、正義と民主主義というような抽象的な言葉」を理念として高らかにうたっている。しかし、これは概括的な宣言にすぎず、まだ法的拘束力を持つ条約ではなかった。カーの言う「抽象的な言葉」にとどまっていたのである。

カーが講演した1961年の段階では、(欧州ヒューマンライツ条約などの地域的な条約はともかく) 宣言の内実をより具体的かつ詳細に定めた、法的拘束力のある世界的な国連ヒューマンライツ条約は出来上がっていなかった。国連は、ヒューマンライツの基準設定作業に膨大な時間をかけた。自由権規約 (個人通報権を保障する同選択議定書と共に) と社会権規約という法的拘束力を持つ条約の採択によって、「私たちがどのくらいの自由

11 原書: E.H. Carr, *What is History?*, (The George Macaulay Trevelyan Lectures delivered in the University of Cambridge January-March 1961), London, Macmillan.

を誰に与えようというのか、私たちが誰を平等な仲間と認めるのか、どの程度までなのか」について、具体的に定めたのは1961年よりのことだった。それが出来上がるには、カーの講演の5年後である1966年の国連総会を待つ必要があった。これらの条約は、世界ヒューマンライツ宣言と合わせて、世界ヒューマンライツ章典と呼ばれた。

カーは、このように「抽象的な道徳的観念に特殊な歴史的内容が与えられて行く過程は、一つの歴史的過程であります」と述べている。振り返って見ると、カーのケンブリッジ大学での1961年講演は、世界ヒューマンライツ章典起草に国連が専念している途上でなされているのである。カーはこの過程を「歴史的過程」と呼んだのではないか。筆者にはそのように感じられてならない。このようなヒューマンライツを保障する国際法の発展は、1966年後もその他のヒューマンライツ条約の国連による起草作業として継続した。

このような基準設定作業だけでは、国連のヒューマンライツ実現の努力は終わらなかった。ヒューマンライツを保障する国際法の実効的な実施手続きを実際に実現する必要があったからである。筆者は、1984年以降、そのようにして発展してきた国連憲章上の手続き¹²を活用して、日本にかかわるヒューマンライツを実現するための国連NGO活動を実践した。その過程をいくつかの著書¹³で報告している。

ガラパゴス化しつつある日本は、ヒューマンライツを保障する国際法手続（政府報告書手続きを除いて）の大部分について未だに受入を拒絶して

12 筆者は、憲章上の手続き以外にも、ヒューマンライツ条約手続きの活用も検討した。しかし、日本による国際ヒューマンライツ章典の受け入れが、個人通報権条約受け入れを拒絶するという不完全批准のままにとどまったことから、政府報告書審査手続き（自由権規約本体に含まれている）以外には活用できなかった。

13 ①戸塚・広田共編『精神医療と人権』（1）（2）（3）亜紀書房1984年、1985年。②戸塚悦朗『普及版日本が知らない戦争責任』現代人文社2008年。③戸塚悦朗『国連人権理事会——その創造と展開』日本評論社2009年。

いるが、その事態も歴史的な過程として研究されなければならないだろう。自由権規約委員会ほかの条約機関が実行してきた個人通報権条約によるヒューマンライツを保障するための国際法の実行は、膨大な先例として積み重ねられて来ていることを忘れてはならない。カーは、このようなヒューマンライツに関する国際法の発展に関する研究が歴史家の仕事に含まれること、つまりは、歴史家の関心事であると述べているのだと考えられる。実は、この分野の仕事は、法律家の本業に属するのであって、法律家の関心事でもあることも疑いがない。

だから、この分野（ヒューマンライツを保障する国際法の発展過程）は、歴史家と法律家が共同して研究する必要があることは、カーの指摘から言って間違いがないというべきであろう。

そうであるなら、それ以前の国際法、例えば戦争法規（戦時国際法）、戦争の違法化、植民地支配の違法化などに関する国際法の発展過程も、また歴史家の関心事であると言ってよいはずである。

ここまで検討を進めてきた結果、（その1）、（その2）、（その3）論文で検討してきた「韓半島の植民地支配の不法性」の研究は、歴史家と法律家が共同で研究すべき分野であることには、読者も同意していただけたと思う。

つまりは、国際法の発展過程に関する問題及び国際法違反の諸問題に関する研究であるなら、その分野は歴史家と法律家の共同研究の対象となると言えるのである。

このような趣旨で、法律家である筆者が更なる検討を加えなければならない歴史上の過程に関する重要な課題を、以下に挙げてみたい。

（戦争の違法化のプロセス）

E.H.カーは、『危機の二十年』という本を出版しているが、この本の第1版は、1939年に出版されている。この中で、カーは、次のように書いて（龍法 '24）56-4, 480（1188）

いる¹⁴。

「1914年以前には国際法は、現行国際秩序を変革するために戦争に訴えることを非合法として非難することはなかった。というのは戦争以外の方法で変革をしようとしても、そのために合法的機関が設置されるということはなかったからである。1918年以後、「侵略」戦争を非難する世論がほぼ全世界に広がり、しかも世界のほとんどすべての国家は、政策手段としての戦争を放棄する条約に署名した。したがって、現状を変える目的で戦争に訴えることは、今日では通常、条約義務の不履行ということになり、それゆえ国際法上違法なのである。」

1914年は、第1次世界大戦がはじまったときであり、1918年はその停戦が実現したときである。「世界のほとんどすべての国家は、政策手段としての戦争を放棄する条約に署名した」というのは、1928年不戦条約¹⁵の締結を指している。カーがこのように書いたのは、1939年だった。

戦争抛棄ニ関スル条約（1929年7月25日条約第1号、同年7月24日発効）¹⁶は、次のように定めている。

14 原彬久訳＝E.H.カー著『危機の二十年——理想と現実』岩波書店2011年、364頁。

15 不戦条約は、1928年8月27日パリで採択された。「ケロッグ＝ブリアン条約」とも「パリ条約」とも呼ばれている。当初は、15か国間で結ばれ、その後63か国が加わり1929年7月に発効した。ブリタニカ国際大百科事典小項目辞典より。
<https://kotobank.jp/word/%E4%B8%8D%E6%88%A6%E6%9D%A1%E7%B4%84-124847> 2023年11月7日閲覧。

その正式名称は、「戦争抛棄ニ関スル条約」御署名原本・昭和四年・条約第一号

<https://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/listPhoto?LANG=default&BID=F0000000000000031615&ID=&TYPE=> 2023年11月7日閲覧。

16 同志社大学HPより



第一条 締約国ハ国際紛争解決ノ為戦争ニ訴フルコトヲ非トシ且其ノ相互関係ニ於テ国家ノ政策ノ手段トシテノ戦争ヲ抛棄スルコトヲ其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ厳肅ニ宣言スル

第二条 締約国ハ相互間ニ起コルコトアルベキ一切ノ紛争又ハ紛議ハ其ノ性質又ハ起因ノ如何ヲ問ハズ平和的手段ニ依ルノ外之ガ処理又ハ解決ヲ求メザルコトヲ約ス

戦争の違法化の歴史については、前記の通り、最近の日本でも優れた研究¹⁷が積み重ねられてきている。国際連盟の常任理事国の地位にありながら、満州事変（1931年）を起こし、大日本帝国は、傀儡国家満州国に対して米国政府による不承認宣言を受け、国際連盟のリットン調査団報告書の総会審議による非難など、四面楚歌の状況に陥った。そして、大日本帝国は、ついに国際連盟を脱退するにいたった。このような事態は、不戦条約による戦争の違法化の結果と言って間違いないだろう。だから今日でも、中国人の戦時強制連行被害者については、現日本政府も企業との間の和解を認めざるを得ないのであろう。このように不戦条約がその後の国際情勢に大きな影響を与えたことは明らかである。しかし、人類は、現実には戦争の根絶には未だに成功していない。

ここではこれ以上の詳細は述べない。

それでは、1914年以前は、あらゆる戦争行為が合法だったのであろうか？

実は、そうではなかったことは、以下の検討から明らかになるであろう。

↘ https://www1.doshisha.ac.jp/~karai/intlaw/docs/paris_convention_1929.htm 2023年11月7日閲覧。

17 例えば、米国の平和運動による戦争の違法化の努力について、三牧聖子『戦争違法化運動の時代——「危機の20年」のアメリカ国際関係思想』名古屋大学出版会、2014年。

（安重根義軍参謀中將と国際公法・万国公法）

それは、安重根義軍参謀中將が裁判の最終弁論で主張した「国際公法、万国公法」に関わる問題である。安重根義軍参謀中將は、（その３）論文で述べた通り、1910年最終弁論の最後に、

私の考へでは、私を処分するには国際公法、万国公法に依て処分せられん事を希望致します。

と弁論の最終結論を述べている。

安重根義軍参謀中將が指摘したように、伊藤博文公爵を撃った1909年10月26日当時の大日本帝国と大韓帝国の関係が「戦争」状態だったことを前提として¹⁸、大日本帝国が大韓帝国に加えていた軍事行動＝戦争が国際法上違法と評価されるのかどうかという法的な問題の検討が課題となると考える。

18 この点については、「植民地戦争」という概念を朝鮮史研究の流れの中に位置づけ、「…より具体的にいえば、日清戦争時の第2次甲午農民戦争、日露戦争、義兵戦争までの植民地征服戦争と、三・一運動を挟んで、朝鮮防衛のための満州・シベリアでの革命干渉・民族運動弾圧（間島虐殺など）までの広範な「戦時・準戦時」行動の継続という植民地防衛戦争である。また、1931年以降の満州抗日戦争のなかにも朝鮮での植民地戦争との継続面が見られる。それにもかかわらず、いまだに日本近代史においては「植民地戦争」を「戦争」として捉える歴史認識は、決して定着しているとはいえない。つまり、植民地研究側からの問いかけに応答する、近代の戦争認識がいまだに確立されていないのである。」と述べる愼蒼宇教授（法政大学）の分析に注目すべきである。安重根義軍参謀中將の主張（戦争を戦ってきたという認識）が日本では今は無理であっても、やがて理解されるようになる日はそれほど遠くないのではないかと思われる。愼蒼宇「【特集】「植民地戦争」の視座からみた近代日本の「戦争」——近代日本史の中の「不在」を問う（1）特集にあたって」大原社会問題研究所雑誌No.764／2022.6、1-5頁参照。

https://oisr-org.ws.hosei.ac.jp/images/oz/contents/764_01.pdf 2023年11月8日閲覧。

これは歴史と法が交錯する分野であって、歴史家のみならず、法律家の関心事である。

なぜこのような検討が必要になるのでしょうか？

安重根義軍参謀中將が大日本帝国の軍事行動＝韓国戦争に抗して、大韓帝国の独立を守ろうと防衛戦争を戦って伊藤博文公爵を射殺したのは、1909年だった。これは、カーの言う1914年よりも5年前のことであって、未だ国際連盟も創設されていず、不戦条約も締結されていなかった。だから、「現行国際秩序を変革するために戦争に訴えることを非合法として非難することはなかった」と考えられていた時代だった。

そうだとすると、大日本帝国による当時の韓国戦争（1904年2月から1945年8月）は、合法的な軍事行動だったのであるか？

この問いに答えるためには、もう少し国際法の検討をする必要がある。というのは、「現行国際秩序を変革するために戦争に訴えることを非合法として非難することはなかった」とは言っても、あらゆる軍事行動が合法とされていたわけではなかったのである。

安重根義軍参謀中將は、1910年の時点で行われた、被告人本人の最終弁論で、戦争なのだから、「国際公法、万国公法」で裁いてほしいと主張しているのである。当時であっても、戦争に際してあらゆる軍事行動が合法とされたわけではなかった。「万国公法」とされているのは、国際公法であって、平時国際法と戦時国際法とに分けて認識されていた。

戦時国際法に違反すれば、そのような戦争＝軍事行動は国際法違反で違法行為であるとされていた。だからこそ、安重根義軍参謀中將は、自らの行為が戦時国際法違反であれば、それを理由に処刑されても受け入れると主張していたのである。

戦時国際法を条約によって成文化したのは、二回のハーグ平和会議（1899年、1907年）だった¹⁹。この会議は主として慣習国際法であった戦

19 立作太郎『戦時国際法』有斐閣書房1913年。

時国際法を成文化したのであって、それ以前から戦時国際法は、欧米の国際法学者による研究が発展していた。日本の国際法学者は、欧米の学者による国際法研究の成果を翻訳し、詳細に戦時国際法を研究していた。

安重根義軍参謀中将裁判では、検察官も日本人の弁護人も裁判所も一切これに触れなかった。しかし、安重根義軍参謀中将は、戦時国際法をよく認識していて、義軍活動に際して実践もしていた。裁判でも前記の通り、これを主要な主張として援用していた。

そうであるとするなら、戦時国際法違反を問われるのは、安重根義軍参謀中将だけではない。大韓帝国に対して戦争を起こしていた当の大日本帝国による戦争＝軍事行動が戦時国際法違反であったのかどうかの問題になり得るのは当然のことである。

（その2）論文で検討したとおり、大韓帝国は、1904年1月21日局外中立を宣言していた。大日本帝国軍の大軍が局外中立国となった大韓帝国の領土を侵したことは、重大な国際法違反の問題となり得るのである。

大韓帝国の局外中立宣言については、なぜかこれまで十分な研究がされてこなかった。それはなぜなのだろうか。日韓の間で旧条約の効力に集中した論争が長く続いたため、その先の問題の存在が意識され難かったからではなかったのだろうか。筆者の場合も、旧条約の効力に関する研究が完成したと考えるようになってから、はじめて局外中立宣言に注目するようになったのである。

第8 1904年1月21日大韓帝国局外中立宣言と戦時国際法

筆者は、（その2）論文で、1904年当時の戦時国際法と中立法について以下のように書いた。

「日露戦争に先立って、戦時中立を宣言した大韓帝国に対する大日

本帝国による侵略である「朝鮮戦争」（筆者は「韓国戦争」と呼ぶ）が開始され、その後大日本帝国による韓国に対する国際法違反の軍事行動（韓国では、不法な「強制的占領」とされている）は、1945年8月15日まで継続したのである。」

このような評価は、局外中立宣言（1904年1月21日）をした大韓帝国に対する大日本帝国による韓国戦争（1904年2月8日の大軍による仁川上陸を含む軍事侵攻とその後の大韓帝国全土の軍事占領）は、戦時国際法の中立法違反の侵略だったという認識に基づいている。

1907年第二回ハーグ平和会議で調印された「陸戦の場合に於ける中立国及び中立人の権利義務に関するハーグ条約」第1条によれば、「中立国の領土は不可侵とす」とされている。立作太郎『戦時国際法』（有斐閣書房1913年、434頁）は、「中立国の領域は交戦区域以外に立ち交戦国は自衛のための緊急の必要あるに非ざれば中立国の領域を侵すことを得ざるを以て…」と述べている。このように中立についての多国間国際条約が締結されたのは、1907年第二回ハーグ平和会議であって、局外中立宣言がなされた1904年よりものちのことだった。しかし、これは、それまで実行されていた中立に関する慣習国際法の成文化と見ることができる。それ以前にもスイスの中立などの国際実行が存在していた。大韓帝国が1904年当時大日本帝国による不法な中立法違反に対して軍事的に阻止する実力を持たなかったことは、歴史的な事実ではあった。だが、そのことによって大日本帝国による中立法違反の違法な侵略が正当化されることはない。

そのように（その2）論文で注記したが、1904年2月8日大日本帝国の大軍が仁川に上陸した時よりのちの条約や文献を用いた筆者の上記記述は、必ずしも十分なものとは言えない。1904年当時の文献によって、その当時の慣習法である戦時国際法と中立法（とりわけ中立国領土の不可侵性に関するもの）の存在を証明する必要がある。

（1904年当時の戦時国際法と中立法の存在を証明する文献）

1904年以前の19世紀時代に慣習戦時国際法としての中立法が存在していたことを、以下で論証しようと思う。

そのことを証明するためにもっとも簡単な方法は、以下にあげるアラバマ事件（1872年仲裁裁判判決）を引用することであろう。現在広く使われている国際法の文献『判例国際法（第2版）』²⁰も、この米英間の仲裁裁判の先例に言及しているからである。

1904年当時に出版された高橋作衛著『戦時国際法理先例論』は、ハーバード大学のケースシステム授業に倣って書かれたケースブックであるが、同書にもアラバマ号事件²¹が掲載されている。

●アラバマ号事件

前掲『判例国際法』から引用してみよう。

米国の南北戦争で、英国は、南軍に交戦団体承認を与え、中立の地位にあった。

南軍支配地域は北軍により封鎖されており、南軍は物資や艦船の不足に悩まされていた。これを打開するため、南軍は英国民間造船所に軍艦を発注したが、この内の一隻が後にアラバマと呼ばれる軍艦（1862年進水）だった。南軍の軍艦アラバマは、1864年に北軍軍艦によって撃沈されるまで、70隻近い商船を破壊して北軍の海上通商に重大な損害を与えた。

南北戦争中から米国（北軍）は、中立国であった英国がアラバマの建造と出航を防止しなかったことに抗議するとともに損害賠償を請求していた。戦後、米国と英国の間で1871年ワシントン条約が締結され、アラバマ号事

20 例えば、松井芳郎編集代表『判例国際法（第2版）』東信堂2006年、610-612頁（真山全著「146 アラバマ号事件」）。

21 高橋作衛『戦時国際法理先例論』東京法学院大学明治37年（1904年）6月、375-378頁。国立国会図書館オンライン書誌 <https://dl.ndl.go.jp/pid/798282/1/1> 2023年10月8日閲覧。

件その他の事案について仲裁裁判所（米国、英国、イタリア、スイス及びブラジルが各1名の裁判官を指名。ジュネーブに設置）に付託することが合意された。

ワシントン条約は、仲裁裁判所が適用する以下のような規則（ワシントン三原則）を規定した（第6条）

- ① 中立国は、交戦国に対する巡邏または戦争行為を行うと信ずべき相当の理由のある艦船が自国管轄内で艀装又は武装することを防止するため相当の注意（due diligence）を払わなければならない。また中立国は、その管轄内で戦争の用に適合するようにされた艦船で、巡邏または戦争行為を行う意図を有するものの出航を防止するため同様の注意を払わなければならない。
- ② 中立国は、その領水の交戦国による作戦根拠地としての使用、軍需物資・武器の補充または徴募のための使用を許可または容認してはならない。
- ③ 中立国は、上記の義務の違反を防止するため相当の注意を払わなければならない。

仲裁裁判所判決（1872年9月14日）は、英国が上記の義務の履行を怠ったことを認め、英国は、アラバマ等によって生じた直接的な損害、1550万ドルを米国に支払うべきであるとした。

ワシントン三原則と本件判決は、中立法の発展に大きな影響を与えた。本件は、中立法上中立国に課せられる義務（中立義務）の内の避止義務（duty of abstention）と防止義務（duty of prevention）に関連するものとされている。また、ワシントン三原則は、1907年の海戦中立条約の基礎となったとされている。

この事例から、19世紀には慣習戦時国際法としての中立法が存在したことが、実際に中立法違反を侵した国は仲裁裁判によって巨額の賠償を支払う義務を履行するよう命じられて、実際に支払いも履行されていたことが分

かるであろう。

19世紀に中立法が慣習戦時国際法として存在していたことはこの事例から明らかである。それでは、中立国領土の不可侵についての中立法は、1904年当時すでに存在していたのであろうか？

（中立国領土の不可侵原則）

前掲『戦時国際法理先例論』で、高橋作衛は、戦時国際法を以下のとおり整理している。その目次「戦時之部」を見ると、以下のとおり構成されている。

第一編 総論／1

第二編 交戦例規／145

第三編 局外中立法／291

「交戦例規」として交戦法規を説明し、交戦の際の禁止行為をあげている。ところが、戦時国際法はこれにとどまらない。戦時国際法には、第三編が説明するように、「局外中立法」も含まれている。局外中立法は、戦時国際法の重要な一部を占めているのである。この部分では中立法規が説明されている。

第三編「局外中立法規」の緒言²²では、「中立法規を研究するには之を次の二大綱に分つを可とす」とされ、その二大綱とは、以下の二つである。

第一 交戦国と中立国との間の権利義務

第二 交戦国と中立国個人との関係

22 前掲『戦時国際法理先例論』、291頁。

とされている。

「第一 中立国の権利義務」の中では、「中立国の重要な権利の中には（１）中立領土不可侵（２）交戦国をして中立維持のために中立国の制定せる国法を尊重せしむる権あり」とされている。

それでは、ここで言う「中立国領土の不可侵」(Neutral Territory)²³には、どのような法理があるのであろうか。前掲『戦時国際法理先例論』で、高橋作衛は、以下のようにその法理を記述している。同書は、1904年6月に出版されている。

「法理 中立国の領土に於いて戦争を為すべからず、作戦の準備を為すべからず、又之を参戦の根拠地と為すべからず、是等は中立国領土の権利とも見るべく又一面には之を中立国の義務とも云ふを得べし即ち中立国は交戦国をして上記の行為を為さしめざる権利あると同時に斯かる行為を為さしめざる義務あり」

とされている。

1904年当時の中立国の領土の不可侵原則についての基本的な認識は、以上のとおりである。それでは、それ以前には戦時国際法と中立法（とりわけ中立国領土の不可侵原則）の存在は認識されていたのであろうか。

（1904年以前に中立国領土の不可侵原則の存在を証明する文献）

それを証明する1904年以前の日本語の文献はあったのだろうか。国立国会図書館オンライン書誌を活用して、「戦時国際法」と「局外中立」をキーワードにして検索し、そのうち1904年以前の主な日本語文献を探して

23 前掲『戦時国際法理先例論』、307-309頁。

みると、相当数の学術書を見つけることができる。そのいくつかを以下に挙げてみたい。

▶ ロウレンス著『国際公法大意』（1897年）²⁴

「第一節 局外中立国に対する交戦国の義務 ……」

- 一．局外中立国の領土内に於いて敵対行為を為すべからず。
- 二．敵に対する遠征軍を準備する為め局外国の領土を使用すべからず、又局外国の陸地若くは領海を作戰の本拠と為すべからず、又局外国の港湾及び領海に在て新兵を募集し武器を需め及び戦争用の食糧若くは旅具を得ることを図るべからず。
- 三．……
- 四．局外国の中立權を侵犯したるときは之に對し賠償をなさざるべからず。」

▶ ホール著『ホール氏國際公法』（1899年）²⁵

「【第二百十四節】 第十八世紀中交戦国及び局外中立國が其相互の關係に就き襲用したる錯雜せる慣例より自ら三大原則の發達して判明と為るに至れり。三大原則とは何ぞや。即ち【第一】局外中立国は兩交戦国の戦争に影響すべき事項に就き其一方を利すべき行為を行はざるべきこと。【第二】交戦国は之に對し局外中立國の主權を尊重すべきこと。【第三】局外中立国は戦争のために外国政府及び私人が自己の領域又は資力を利用するを默許すべからざることはなり。」

24 チュー・ゼー・ロウレンス著 窪田熊蔵訳『国際公法大意』明治30年（1899年）、161-162頁。https://dl.ndl.go.jp/pid/798176/1/1 2023年10月8日閲覧。

25 ウィリアム・エドワード・ホール 著 立作太郎訳『ホール氏國際公法』東京法学院明治32年（1899年）、767-768頁。https://dl.ndl.go.jp/pid/900575/1/1 2023年10月8日閲覧。

▶ 中村進午著『國際公法論五版』（1899年）²⁶

「局外中立国の権利（交戦国の中立国に対する義務）

局外中立の義務を侵さざる限りは、中立国は戦争行為の為に自国の権利を害せられざるの権利を有す。局外中立国の領域は不可侵なり。故に交戦国は局外中立国内に於いては、戦争行為に直接の関係のある行為を行うべからず。」

▶ 秋山雅之介『國際公法』（1904年）²⁷

「中立国版図の不可侵」「戦争は交戦者間の関係に止まり交戦者は戦争行為の為に中立国の主権を侵害すること能わさるが故に其領土及び領海に於いて戦闘を為すべからざるの道理は第17世紀以来認められる所…」

以上の検討から大韓帝国が局外中立を宣言した1904年1月21日以前から、日本の国際法学者が戦時国際法のケース研究に基づき日本語によって詳細な解説書を出版していたこと、中立法規上の中立国の権利として中立国の主権尊重及び領土の不可侵性が明確に認識されていたこと、交戦国は中立国の領土を侵してはならないという慣習国際法の法理が日本でも十分に知られていたことが証明されたと言えるであろう。

第9 朝鮮及び大韓帝国の局外中立は合理的な政策だった

ロシアに注目し、その南下政策に対応しようとするのが、19世紀末か

26 中村進午著『國際公法論五版』東華堂出版1899年、1090-1098頁。

<https://dl.ndl.go.jp/pid/2938150/1/1> 2023年10月8日閲覧。

27 秋山雅之介著『國際公法』和仏法律学校明治36年（1904年）、709頁。<https://dl.ndl.go.jp/pid/798142> 2023年10月8日閲覧。

ら20世紀初めころの大日本帝国の重大な関心事だった。しかし、東アジアの平和を確立するためには、朝鮮（のちには大韓帝国）を中立国にしようと努力することは、大局的に見てロシアを含めた地域のどの国にとっても極めて合理的な政策だったと思われる。

チャンスは少なくとも三度あった。ところが、大変残念なことに、このような努力は、実際の歴史上は実らなかった。そこに東アジアの悲劇の原点があったのである。

（1904年1月21日局外中立宣言のとき）

最も新しかった三度目のチャンスは、大韓帝国が1904年1月21日実際に局外中立を宣言したときだった。それにもかかわらず、（その2）論文で述べたとおり、大日本帝国はこれを無視して中立国領土の不可侵という中立法規に違反して、2月8日以降大韓帝国に大軍を送り全土の占領を目指す侵攻を始めた。

そして、大日本帝国は、日露戦争に突進してしまった。それは、大韓帝国の植民地支配につながり、最終的には、1941年12月8日の真珠湾奇襲攻撃と対米英宣戦布告、そして第二次世界大戦への歴史の連鎖の端緒になった。振り返って見ると、1904年1月21日の大韓帝国による局外中立宣言を大日本帝国が無視して、大韓帝国の領土の不可侵という中立法規を破り、韓半島の「不法強占」に踏み切ったことこそが大日本帝国の破滅につながったのである。

（1900年大韓帝国による大日本帝国への中立国希望提案のとき）

二度目のチャンスは、それよりも4年ほどさかのぼる。これについては、（その2）論文で、日清戦争のちである20世紀初頭の状況について、筆者は次のように書いた。

「だから、大韓帝国皇帝となった高宗や韓国の人々が20世紀には国際法

が世界平和を保障する時代になる可能性があることに期待をかけ、中立政策をとることで平和に生存しようと希望したとしても、決して無理はなかった。そのような新時代だったことを想起する必要がある。

前掲和田論文によれば、「このとき韓国皇帝高宗は韓国は中立国たることをのぞむという路線を始めて正式に打ち出し、日本政府にその承認を求めた。千九百年八月趙秉世（チョビョンシク）が公使として日本に派遣された。これに対してロシアの駐日公使イズヴォリスキーは強く支持し、彼の説得でロシア外相ラムスドルフも皇帝もこの案を支持することになった。…千九百一年一月イズヴォリスキーが正式に日本政府に申し入れをおこなうと、加藤外相は小村駐清公使の意見も聞いて、断固この提案を拒絶した。…このときから日露対立が決定的になったとみることができる」。

もし、大日本帝国が吉田松陰以来の朝鮮支配の野望を捨て、大韓帝国の中立を支持する政策に転換したなら、その後の世界はどうなったであろうか。日本とロシアとの間の緊張は劇的に緩和し、東アジア地域の平和と安定を実現することができた可能性があろう。」

この歴史については、これまで日韓の歴史家も法律家もあまり注目してこなかったのではないだろうか。韓国では「高宗의 對外政策研究」²⁸ という博士論文（著者엄찬호・オムチャンホ）が高宗の中立化政策に関する歴史研究論文として発表されている。

大日本帝国は、20世紀初頭到大韓帝国もロシアも真剣に実現しようとしていた大韓帝国のこの中立化政策をつぶしてしまった。

28 詳しくは、韓国語の研究（英文サマリーあり）＝博士論文を参照（URLは、http://www.riss.kr/search/detail/DetailView.do?p_mat_type=be54d9b8bc7cd b09&control_no=05a19e321d27fd24 2023年10月11日閲覧。

엄찬호「高宗의 對外政策研究」(A Study on the Foreign Policy of King Kojong)

한글로보기 <http://www.riss.kr/link?id=T8052535>

（1882年大日本帝国政府が朝鮮永世中立化構想を検討したとき）

最初のチャンスが訪れたかもしれないのは、日清戦争以前のことだった。韓国の永世中立化政策が大日本帝国内で真剣に検討されていたことに注目すべきである。

前述した趙秉式（チョビョンシツク）が公使として日本に派遣された千九百年八月よりも8年さかのぼるが、大日本帝国自身が朝鮮の永世中立化を真剣に検討した歴史があったのである。

大澤博明教授による研究論文「明治外交と朝鮮永世中立化構想の展開：一八八二～八四年」²⁹をインターネット上で見つけることができたことからその詳細を知ることができた。

以下で、大澤教授の分析を紹介してみよう。

1882年当時のことである。「いずれにせよ、第三国が朝鮮を対日攻撃の拠点とすることを阻止することが日本の死活的利益であると明治政府当局者は意識していた。朝鮮が独立国として存在することが日本の利益を保護する所以であった。」³⁰という大澤教授による東アジアの状況特に日本の利益の分析は、正鵠を得ていた。

朝鮮の独立は、朝鮮が近代国際法体系の下で独立国であることが認められることが日本の安全保障上の利益と認識されていたのである。しかし、朝鮮が清の朝貢国であったことから、その独立への支援は対清衝突を招く恐れがあり、慎重に実施される必要があった。このためより有効な政策枠組みの構想の案出が必然化してくるのである。「これを朝鮮永世中立化という形で構想し政府にその採用を働きかけていたのが参事院議官井上毅であった」³¹と大澤教授は、井上毅に注目している。

29 大澤博明「明治外交と朝鮮永世中立化構想の展開：一八八二～八四年」熊本法学83巻1995年、289-341頁。<https://kumadai.repo.nii.ac.jp/records/26183>
2023年10月9日閲覧。

30 前掲「明治外交と朝鮮永世中立化構想の展開」300頁。

31 前掲「明治外交と朝鮮永世中立化構想の展開」301-303頁。

9月17日井上毅は、「朝鮮政略意見案」³²を政府に提出した。井上は、国際保障のもとで、朝鮮をベルギーのような永世中立国とする政略を考案したのである。鍵になる国際情勢の理解は、朝鮮が永世中立国になることが日本、清、朝鮮の三国の利益になるという分析に基づいていた。

今から思えば、きわめて合理的な構想だった。

日本にとっては第三国が朝鮮を占領して日本攻撃の足掛かりとすることを妨ぐことができる。朝鮮にとっては清国からの支配を脱しつつ自国の存続可能性を大幅に高めることができる。清国にとっては、朝鮮独立保障に参加する共同保護国の一員として自らを位置づけることで自尊心を満足させることができる。

井上は、国際法については、ボアソナードの意見を聴いていた。

各国政府と協議して朝鮮の独立を認定するという政府方針をどのように具体化するかが課題だった。井上は、米国に呼びかけて、この構想を協議するための朝鮮永世中立化国際会議開催論を唱えた。

実際に、駐清公使榎本武揚は、イギリス・ドイツ・ロシア・フランス・アメリカそして日本の各国政府代表が東京に会合し、朝鮮の独立と中立とをベルギーに倣って保障すべく国際会議を開催したいと、駐清ヤング米国公使に申し込んだことが、ヤング公使の1982年12月21日、28日付合衆国国務長官宛て報告に記載されている³³。

米国がこの提案に消極的な対応しかなかったのが残念である。もし、米国がこれに応じていれば、日清戦争も、日本による大韓帝国の占領も、日露戦争も防止できた可能性があった。そうすれば、満州事変も、日中戦争も防止できたし、大日本帝国による米英への宣戦布告も防げたであろう。朝鮮の永世中立化は、結局は米国の利益でもあったのである。米国は、井

32 井上毅「朝鮮政略意見案」前掲「明治外交と朝鮮永世中立化構想の展開」、304-307頁。

33 前掲「明治外交と朝鮮永世中立化構想の展開」、308-313頁。

上毅の提案を受けて、朝鮮の永世中立化構想を検討する国際会議を主導することもできた。しかし、そうしなかった。

このときにはまだ、清の説得も、肝心の朝鮮の説得もできていなかった。

しかし、大日本帝国は、この構想をずっと持ち続けるべきだった。そうすれば、前記したように、20世紀になって新しい時代を迎え、清も妨害しないという国際情勢下で、大韓帝国とロシアまでもが大韓帝国の永世中立構想を積極的に推進するようになったとき、前記した第二のチャンスを生かすことができたはずだったのである。

第10 大韓帝国の1904年1月21日局外中立宣言と「不法強占」

（これまでの検討から明らかになったこと）

以上の検討から、明らかになったことをまとめてみると以下のように要約できる。

- ① 慣習戦時国際法としての中立法を検討したところ、1904年以前から中立国領土不可侵の原則が確立していた。
- ② 独立主権国家としての大韓帝国は、1904年1月21日に局外中立を宣言し、中立国であった。
- ③ ところが、大日本帝国の大軍は、1904年2月8日仁川に上陸し、その後急速に局外中立国である大韓帝国の意に反してその全土を軍事占領下に置いた。
- ④ したがって、大日本帝国は、1904年2月8日以降1945年8月15日までの間、局外中立国であった大韓帝国領土の不可侵（慣習戦時国際法）の原則に違反し、同国の意に反して強制的に、その領土を不法に占領し続けたと判断される。これが国際法の視点から見た「不法強占」の本態である。

（ロシアによる大韓帝国の局外中立違反に関する対日批判）

筆者は、和田春樹教授の研究に啓発されて、（その2）論文で、ロシア政府が大日本帝国によるこの不法な軍事占領を非難したことについて、以下のとおり書いた。

「和田名誉教授は、続けて次のようにロシア政府の見方について述べている。「ロシア政府はのち二月二二日に各国政府に通牒を送り、日本が韓国になした数々の「暴力行為acts of violence」に注意を喚起した。韓国の独立は各国の承認してきたところであり、韓国皇帝は一月に中立宣言を発している。しかし、日本軍は「すべてを無視し、国際法のルールに反して」、ロシアとの敵対行為開始以前に、中立宣言を発している韓国に上陸し、ロシアとの宣戦布告以前に、仁川港でロシア軍艦を攻撃し、その他の港でロシア商船を拿捕した。日本公使は、韓国皇帝に対して、韓国はこののち日本の行政のもとに置かれると宣言した。」

ロシア政府のこの見解は、筆者の法的評価と一致するものであり、国際法上の的確な判断だったと思われる。

（日本人学者による大韓帝国の局外中立認識）

それでは、日本の国際法学者はどのような判断をしていたであろうか。遠藤源六著『日露戦役国際法論全』³⁴（1908年）を見てみよう。

遠藤源六の同書は、「韓国領域における戦争行為」について記述する中で、「韓国ハ明治三十七年二月二十三日ニ至ルマテハ局外中立國タルコト前章既ニ詳論シタル所ナリ」と、日韓議定書締結日までについては、局外中立を認めている。

具体的には、同書の「第七編局外中立」「第一章各国の局外中立」の中

34 遠藤源六『日露戦役国際法論全』明治大学出版部、明41年（1908年）7月、461-462頁。

<https://dl.ndl.go.jp/pid/798318/1/1> 2023年10月14日閲覧。

の「第一節韓国の局外中立」³⁵のなかでかなり詳しく説明している。

韓国の局外中立の前提として、まず韓国が独立国か否かを検討している。日清戦争後の下関条約第一條が「清國ハ朝鮮國ノ完全無缺ナル獨立自主ノ國タルコトヲ確認ス…」と定めていること、日露交渉は韓国の独立自主を前提に進められたこと、1902年日英同盟条約第一條が「両締約國ハ相互に清國及韓國ノ獨立ヲ承認シタルヲ以テ…」と定めていることから韓国が独立国であることには、「法律上之ヲ争フノ餘地ナキモノト謂ハサルヲ得ス」としている。

そして、同書はさらに続けて「…韓国ハ法律上明ニ獨立國ナルノミナラス…明治三十七年一月中韓國ハ日露開戦トナル場合ニ嚴正中立ヲ維持スヘキ旨ヲ宣言セリ」との原則的な認識を述べている。

このように、大韓帝国が1904年1月当時局外中立国であったことについては、日本人国際法学者も認めざるを得なかった。だから、局外中立国であった大韓帝国の領土の不可侵の原則を順守すべき義務が大日本帝国にあったことは明らかである。

（中立法違反に言及しない日本の国際法学者）

ところが、慣習戦時国際法の中立法上の中立国の権利については、日本の国際法学者は一切触れていない。中立国領土の不可侵の原則があったことは、日本の国際法学者も一般論としては認めていたにもかかわらず、大韓帝国についてはその原則を適用していないのである。

大日本帝国軍の行為が国際法違反であっても、日本の国際法学者は、国際法の知識を自国が有利になるように一方的な解釈をすることによって、それを違反ではないと主張する傾向があった³⁶。それだけではなく、英国

35 前掲遠藤源六『日露戦役国際法論全』、436-442頁。

36 どこの国でも、外交官などは自国中心主義の姿勢を取るが常だった。また、当時の国際法学者は、国策を擁護するのが常だった。これは、日本だけの現ノ

の学者も大日本帝国が大韓帝国の局外中立宣言を無視したことを批判していない³⁷。日本と英国は、日英同盟（1902年）を締結してロシアに対抗する姿勢をあらわにしていたが、同盟関係は学説にも影響していたことがうかがえる。

大日本帝国は、2月8日には、大韓帝国の局外中立宣言にもかかわらず、それを破って大軍を仁川に上陸させている。

これが局外中立国の領土の不可侵の原則に違反することは明らかであるのに、遠藤は、いとも簡単に大韓帝国が同意したと主張している³⁸。国家にとって領土主権は最も重大な権利であるのだから、大韓帝国の主権の担い手であった高宗皇帝の同意なく、どのような処分もできない。このとき、高宗皇帝が大日本帝国軍に仁川上陸の許可を与えたという証拠は明示されていない。韓国の歴史学者もそのような歴史的な事実があったとは考えていない。

さらに、大韓帝国が局外中立を保つために十分な武力がなかったとも、遠藤は指摘している³⁹。仁川に上陸した大日本帝国の大軍を撃退して、局外中立を守ろうとしても、大韓帝国にはその武力がなかったことは歴史的

ゝ象ではなかった。たとえば、前掲カー『危機の二十年』（152頁）には以下のような記述がある。「敵国に道義的不信を投げつけるための理論を宣伝することとちょうど逆の関係にあるのが、自国および自国の政策に道義的名誉をもたらす理論の宣伝である。ビスマルクは、一八五七年フランス外相ヴァレフスキーが彼に述べた言葉、すなわち外交官の仕事とは自国の利益を普遍的な正義の言葉で覆い隠すことである、という寸言を記録している。」

37 Oppenheim, L. (Lassa), *International law: a treatise Vol. II War and neutrality*, Longmans, Green, 1906, pp. 387-389.; T.J. Lawrence, *War and neutrality in the Far East*, London: Macmillan, 1904, pp. 269-279.

38 前掲遠藤源六『日露戦役国際法論全』、438頁は、「…又二月九日我陸軍ヲ仁川ニ上陸セシメルコトニ同意ヲ与ヘタルコトハ局外中立國ノ態度トシテ非難ヲ免レサル所ナリ」としている。

39 前掲遠藤源六『日露戦役国際法論全』、438頁は、「然レトモ是レ局外中立ヲ維持スル實力ナキカ故ニ両國ノ為スカ儘ニ放任シタルニ止マリ韓国ノ意思態度ハ依然トシテ全ク不偏不黨ニ在リシコト疑ヲ容レス…」としている。

事実であろう。だから、上陸を阻止するために大韓帝国が武力行使しなかったことは想像できる。しかし、その不作為が局外中立国であることを法的に無効にすることはないし、そのことをもって高宗皇帝が大日本帝国軍の上陸に同意をあたえたと推定することもできない。

（1904年２月23日議定書の効力と局外中立の関係）

遠藤が指摘する最も重要な歴史的な事実としては、1904年２月23日の議定書がある。遠藤は、この議定書によって、大日本帝国と大韓帝国は、同盟国になったと主張している⁴⁰。もし、そうであるなら、局外中立国であることは終わったことになる。しかし、遠藤は、大韓帝国がこの日までは局外中立国だったことを認めているのである。

同議定書は、韓国条約彙纂（総督府が1908年に出版）に掲載されている「日韓議定書（明治三十七年二月二十三日調印）」⁴¹によれば、以下のとおり定めていることにされていた。

第一條 日韓兩帝國間ニ恒久不易ノ親交ヲ保持シ東洋平和ヲ確立スル為大韓帝國政府ハ大日本帝國政府ヲ確信シ施政ノ改善ニ關シ其忠告ヲ容ルル事

.....

第四條 第三國ノ侵害ニ依リ若ハ内亂ノ為大韓帝國ノ皇室ノ安寧或

40 前掲遠藤源六『日露戦役国際法論全』、438頁は、「然ルニ二月二十三日ニ至リ日韓議定書成立シ韓國皇室ノ安寧又ハ領土ノ保全ニ危険アルトキハ我國カ臨機必要ナル措置ヲ取ルヘク韓國ハ我國ノ行動ヲ容易ナラシムル為メ十分便宜ヲ與フルコト並此ノ目的ヲ達スル為メ軍略上必要ナル地點ヲ臨機取用スルノ權ヲ我國ニ與フルコトヲ約シタリ故ニ韓國ノ地位ハ該議定書ニ因リテ一變シ我攻守同盟國トナレリ…」としている。

41 総督府編纂『韓国条約彙纂』（明治四十一年十月、1908年）「日韓議定書（明治三十七年二月二十三日調印）」

<https://lab.ndl.go.jp/dl/book/798123?page=10> 2023年10月14日閲覧。

ハ領土ノ保全ニ危険アル場合ハ大日本帝国ハ速ニ臨機必要ノ措置ヲ
取ルヘシ而シテ大韓帝国政府ハ右大日本帝国政府ノ行動ヲ容易ナラ
シムル為十分便宜ヲ與フル事

大日本帝国政府は前項ノ目的ヲ達スル為軍略上必要ノ地點ヲ臨機取
用スルコトヲ得ル事

……

もし、高宗皇帝が、大日本帝国に対して、韓国全土を軍事的に「臨機収
容スルコトヲ得ル」と認めたのであれば、領土主権を一部放棄したことにな
る。大韓帝国にとってはその独立をも放棄するに等しい決定的な政策転
換であって、中立国であることとは両立しえない。だから、同盟国になっ
たと評価されてもやむを得ないだろう。

留意すべきは、この議定書調印の日が2月23日だったことである。前記
したロシア政府が各国政府に通牒を送り、日本が韓国になした数々の「暴
力行爲acts of violence」に注意を喚起した二月二二日の翌日だったことを
想起すべきだろう。大日本帝国政府としては、中立法違反の非難を受けな
いようにどのような手段をとっても、一日も早く議定書調印の形を創る必
要に迫られていたのである。

そこで、問題になるのがこの議定書の条約としての効力の有無である。

もし、当時は有効だったとする日本政府の主張が正しいなら、遠藤の主
張が正当だったことになる。その場合には、大日本帝国軍が局外中立国で
あった大韓帝国の領土の不可侵性を破ったのは、2月8日から2月23日ま
での間のごく短期間に限定されるだろう。それ以後は、議定書に基づいて
合法的に大韓帝国を占領したことになる。

しかし、もし、現在でも韓国政府が主張しているように、議定書が原初
的に無効だったのであれば、議定書によって大韓帝国が同盟国になったと
主張することはできない。そうすると、2月23日以後も、局外中立国であ

る大韓帝国の領土の不可侵の原則の侵害は継続したことになる。

そうすると、議定書の法的効力の有無の問題が同日以後も長期の「不法強占」が存在したのか否かを決めるための判断を左右するかなめの問題であることが判るだろう。

（議定書は正式条約として成立していたのだろうか？）

高宗皇帝は、この議定書に同意していない。議定書に署名したとされている外部大臣には、高宗皇帝からの全権委任状は出されていない。同議定書には、高宗皇帝の批准もない。

李泰鎮名誉教授は、日韓旧条約の締結手続きの重大な瑕疵について、以下のとおり述べている⁴²。

「日露戦争開戦以後、日本が大韓帝国の国権奪取を目的に強要した五つの条約は、最後の「併合条約」を除いてすべて略式条約の形式を取った。併合条約の他に、異なる四つの条約も合意事項がすべて国権に直接関連するものであるから、正式条約の形式をとらなければならなかった。一八八〇年代までの日本側の形式遵守の姿勢、すなわち、規範主義に照らしてみても、当然、そうしなければならなかった。

表四を見てわかるように①の議定書が最も軽い内容のようであるが、これも主権に直接関係するものであることから、国際慣例上、全権委員委任状と批准書が発給される正式条約の形式をとらなければならない対象である。残りの②から④までの場合も言うまでもない。しかしながら、日本政府は韓国政府がこれらを受諾しないであ

42 李泰鎮「一九〇四～一九一〇年、韓国国権侵奪条約の手続き上の不法性」笹川紀勝＝李泰鎮（共編著）『国際共同研究・韓国併合と現代——歴史と国際法からの再検討』明石書店、2008年、113-114頁。

ろうし、そのような手続きを踏んだ場合に事をなし遂げることができないであろうことを憂慮し、形式が簡略な方式を採り武力を背景にこれを強制的に推進したのである。」

李泰鎮名誉教授によれば、この議定書の強要の状況は、以下のとおりである⁴³。

「強力な軍事力による圧力の下で「議定書」が強要されたが、次のような韓国側代表の身体に加えられた問題点も明らかになった。これに署名した韓国側代表外部大臣李址鎔は、密約推進の際に、林公使から賄賂を受け取った人物であった。そして、秘密協約に反対した李容翊、李学均などは、日本軍に捕えられて強制的に軍艦に乗せられ、日本に「漫遊」させられるという状態であった吉永洙、玄尚健も押送の対象であったが芝罘（煙台）で逃走した。秘密協約推進の際に、日本の意図を見抜き日本との提携を反対する勢力の中心を除去した状態で、「議定書が強要されたのである。」

このように韓国政府側は正式条約手続きを遵守する立場であったのに対し、日本政府側は、大韓帝国皇帝の同意に基づく批准なしに略式手続きによって国家が外交権を委譲し、独立を失う条約を締結することが国際法上あり得るとして、「批准不要説」を唱えてきた。

「批准不要説」を代表する海野説は、日本の外務省の実務（1936年当時のもの）を根拠に、1905年「韓国保護条約」は、高宗皇帝の批准がなくても有効に締結されたと「批准不要説」を主張する⁴⁴。この批准欠如問題に

43 前掲李泰鎮「手続き上の不法性」、123-124頁。

44 海野福寿「Ⅰ研究の現状と問題点」、海野福寿編『日韓協約と韓国併合——朝鮮植民地支配の合法性を問う』明石書店（1995年）17頁参照。海野教授は、ノ

について坂元教授が発表した代表的論文には、「日韓保護条約の効力——批准問題を中心に——」⁴⁵がある。坂元茂樹教授は、条約法を専門分野とする国際法研究者である。それだけに坂元教授がこの論文で批准不要説を唱えたことは、日本の研究者ばかりか一般社会にも大きな影響を与えたと思われる。

これに対して、韓国ソウル大学で国際法を教えていた故白忠鉉教授は、1905年「韓国保護条約」及び1910年「韓国併合条約」を含め、「日本が・・・韓国の主権を段階的に強奪した五つの条約」について、「これらすべての条約の内容は、国家の主権制限に直接関連した事案だ」とし、「当然条約締結のための全権委任状及び批准手続のすべての要件を取り揃えるべきだった」と主張して、「批准必要説」を唱えて、日本側と対立していた⁴⁶。

日本側の研究者は、どこで迷路に入り込んでしまって、結局批准不要説に到達してしまったのだろうか？理解することが難しかった。しかし、この疑問を解決できないと、批准不要説（日本側）と批准必要説（韓国側）の対立は、永久の平行線となる。結局、水掛け論に終わってしまうだろう。そうなると日韓の和解の前提としての歴史認識について相互理解が深まらないだろう。長い間考え続けた筆者の判断については、（その3）論文（第5の4）で報告したので、そちらを参照されたい。

結論だけを述べると、‘Inter-temporal Law’（時際法）の視点に着目することによって解決した。

批准不要説を唱えてきた海野論文と坂元論文は、‘Inter-temporal Law’

↘「後考をまちたい」としながらも、「韓国・北朝鮮の歴史学者などが主張している全権委任状、批准書の欠如をもって法的欠陥とみなす無効論に対しては、批准を必要としない第二種形式の国家間協定もありうるので、にわかに賛成し難い」と、「批准不要説」を唱えている。

45 坂元茂樹「日韓保護条約の効力--批准問題を中心に——」『中央大学法学新報』第104巻10・11号、1998年、1-30頁。

46 白忠鉉「日本の韓国併合に対する国際法的考察」前掲『国際共同研究・韓国併合と現代』、389頁。

の視点から言って、説得力を失ったと結論してよいだろう。

筆者のそれまでの研究を振り返って見ると、決定的時点である1905年11月17日当時の日本の国際法学者の国際法に関する著作を網羅的に調査していた。その結果、批准不要説は見いだせず、批准必要説一色だったことが分かった⁴⁷。また、当時の国際法雑誌に掲載された研究成果をみても同様だった⁴⁸。詳細は、これらの筆者の研究成果を参照していただきたい。ここでは、筆者の研究成果は、韓国側の研究者の主張と一致するという結論のみにとどめておきたい。

この論理は、1905年11月17日付日韓協約に関するものであるが、そのまま1904年2月23日議定書に應用することができる。

したがって、現在でも韓国政府が主張しているように、議定書は正式条約として不成立だったと言うべきであるから、この議定書は、原初的に無効だったことになる。したがって、日本政府は、議定書によって大韓帝国が同盟国になり、局外中立が終わったと主張することはできない。そうすると、1904年2月23日以後も、局外中立国である大韓帝国の領土の不可侵の原則の侵害は継続したことになる。結局、議定書の法的効力が原初的に無かったという法的判断は、同日以後も長期の大日本帝国による韓半島の「不法強占」が存在したという結論を導くことになる。

この戦時国際法の検討による結論は、2012年及び2018年の大法院判決の憲法判断（「不法強占」⁴⁹により植民地支配は不法だった）を支持するのである。

47 前掲『歴史認識』、49-92頁。

48 前掲『歴史認識』、93-138頁。

49 金昌祿『韓国大法院強制動員判決、核心は「不法強占」である』参照。著者が2022年8月に韓国の知識産業社を通じて出版した『大法院の強制動員判決、核心は『不法強占』である』を日本語に翻訳し、「法律事務所の資料棚アーカイブ」に掲載したものである。

<http://justice.skr.jp/documents/nocciolo.pdf> 2023年5月14日閲覧。

（まとめ）

韓国政府が一貫して主張し、李泰鎮教授および白忠鉉教授が論証してきたように、1910年8月22日付韓国併合条約にいたる五つの日韓旧条約は原初的に無効であって⁵⁰、これらの無効な条約によって、大日本帝国による1904年1月21日大韓帝国の局外中立宣言を無視しておかされた重大な戦時国際法（中立国領土の不可侵原則）の違反を合法化することはできない。

そうすると、1904年2月8日から1945年8月15日までの大日本帝国による韓半島の武力侵略及び占領は、国際法上も「不法強占」だったということになる。したがって、大法院判決（2012年、2018年）の憲法上の法的評価（「不法強占」）を国際法上も承認せざるを得ないことになる。結局、大日本帝国による韓半島（大韓帝国の領土）の植民地支配は不法と言わざるを得ない。

現在の日本の平和運動はここまでさかのぼって研究する必要があるのではないか。

ロシアのウクライナ侵略戦争のさなか、イスラエルとパレスチナの間で中東周辺地域に拡大しかねない軍事衝突が勃発した状況のなかで本論文を脱稿しようとしている。

その現状を踏まえると、「第3次世界大戦防ぐには」というインタビュー記事（朝日新聞2023年10月19日付朝刊）で、小原淳教授（早稲田大学、歴史学）が述べている助言は傾聴に値する。小原教授は、①第1次大戦での経験について欧州では現実問題を忘れずに対話を継続していることと対比して、②日本は、「戦争の80年」から教訓を学び、隣国と手をつなぐ必要があると述べている。そのうえで、「第3次大戦を招かないため、

50 詳細は、（その3）論文及び前掲『歴史認識』を参照。

歴史学に何ができますか」という問いに対して、小原教授が以下のように答えていることに注目すべきではないだろうか。

「まず過去を過去として論じるのではなく、現代を映す鏡として見つめ直すことです。かつての人々が危機に際してどのように反応し、何を考え、いかに対処したのか。とりわけ『失敗の歴史』を学ぶことや、他にどのような『歴史の選択肢』があったかを問うことが有効でしょう。」

このような視点から、大韓帝国の1904年1月21日局外中立宣言に直面した大日本帝国がどのような『歴史の選択肢』を持っていたかを問い直す必要がないだろうか。

判例研究

詐欺事件について包括的共謀による共同正犯の成立が認められた事例（京都地判令5年5月31日公刊物未登載）

金 尚 均（キム サンギョン）

【事案の概要】

被告人は、不動産の売買等を目的とする株式会社S、株式会社D及び株式会社L（これら3社は同時に存在していたのではなく、同一の実質的経営者により、会社名のみを次々と変更して運営されていた）の実質的経営者であったもの、F及びYは、上記会社S、D及びLにおいて営業担当従業員を統括する立場にあったもの、Mは、上記会社S、D及びLの営業担当従業員であったものであるが、被告人は、F、Y及びMと共謀の上、上記S、D又はLという会社を名乗り、被害者から不動産取引費用等の名目で現金をだまし取ろうと考え、真実は、土地の売却を仲介する事実もそれに伴う費用が発生する事実もないのに、これあるように装い、継続して、被害者に対し、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等、欺罔文言を用いてうそを言い、被害者にその旨誤信させ複数の被害者から現金の交付をそれぞれ受け、もってそれぞれ人を欺いて財物を交付させた。「増し」とは、各会社所有の土地と客が所有する土地とを交換する二つの売買契約を締結した後、数日たって、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等で被害者を欺罔して金員を交付させるのと同時に、被害者との間で、新たな土地交換型売買契約を締結することであった。

被告人は、F、Y及びMからの契約締結の連絡を受けて、土地売買契約書を2組（一組は、顧客が「売主」、被告人の会社が「買主」の土地売買

契約書、もう一組は顧客が「買主」、被告人の会社が「売主」の土地売買契約書。これら2つの契約を締結するので、土地交換型売買契約という）を作成し、先に締結した契約を一旦解消し、新たに土地売買契約を締結した。しかし、これら架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等での取引について、F、Y及びMらが独自に行ったもので、被告人は、その手法や内容も知らなかったとして、共謀と詐欺の故意を否定している。

【判旨】

1 被告人に詐欺の故意が認められるか否かについて

「一旦提示された代金で土地の交換に係る高額 of 売買契約を交わし、その代金の支払を終えた客が、しばらく日数が経過した後に、同一の土地の交換型取引に関して、一方的に債務を追加で負担するにもかかわらず、単に上司や会社の承諾が得られなかったから等の理由で高額 of 値上げを要求されて、それに応じることは社会通念上想定し難い。取り分け、そのような土地の交換型取引が同一の土地について複数回にわたってなされ、しかも、最初に支払った数十万円の金額を上回る金額を複数回にわたって本件各法人に支払っている（支払金額は合計で数百万円に及んでいる。）のであって、客が上記のような理由でこのような取引に応じるとはなおさら想定し難い。」「本件各法人と客との間で「土地売買契約書」と題する書面が交わされており、本件各法人が客に交付する領収書のただし書に『土地売買契約代金の差し金として』等の記載があることを踏まえても、この結論は変わらない。」

「被告人は、詐欺という犯罪をしている認識がなかったからこそ、Lの時代に事務員のMTを雇って社長である自らの仕事である契約書の作成等をMTにさせていたものであるし、そのMTはFらが犯行をしていたことに全く気付いておらず、MTと同様、契約書等を作成するにすぎない事務

方の人間である被告人にはFら営業担当者の詐欺行為を把握することは困難である旨主張する。しかし、前者については、被告人がMTにさせていたのは、外形的には『売買契約書』等の契約書の体裁が整った書面の作成という事務的な作業であり、それ自体から直ちに営業担当者が詐欺行為を行っていると分かるものではないから、このような作業を事務員のMTにさせていたことは被告人に詐欺の故意があったことと矛盾しない。」

2 被告人にY及びFらとの詐欺の共謀が認められるか否かについて

「被告人は、本件各法人の実質的経営者として、本件各法人の営業担当者が客に対して欺罔文言も用いて営業活動を行っていることを認識・認容しながら、詐欺金の約半分の分配を受け、活動に必要な事務所や備品等を準備した上で、本件各法人の従業員の面接を行い、本件各犯行を含む不動産取引の契約書の作成業務等に従事していたのであるから、被告人は、Y及びFとの間で、遅くともSに所属して犯行手口を共有した時点において、原野の処分を渴望する不特定多数の客からだまし取った金銭から報酬を分配する目的に向けて、土地に関する種々の欺罔文言も用いた手口による詐欺を行うことについて共謀（MとOについては、それぞれ本件各法人に所属して犯行手口を共有した時点において、Fを通じた順次共謀）を遂げたものと認められ（なお、Yについても、…、Fらと担当地域を分担した上で、Yグループ内でFらと同種の営業を行い、本件各法人の組織維持に必要な金銭を稼いでいたのであるから、Fグループと物理的・心理的影響を互いに強く与え合いながら一体となって詐欺行為を繰り返していたものと認められ、本件各犯行について詐欺の故意並びに被告人及びFらとの共謀が認められる。）、本件各犯行について、詐欺罪ないし詐欺未遂罪の共謀共同正犯としての責任を負う。」

I 共謀について

1 本件被告人は、主たる取引形態として、F、Y及びMらを通じて、顧客と被告人の各々の土地の交換型売買契約、単独の売りそして単独の買い等をして、業として利益を得ることと認識している。被告人の認識している土地交換売買契約は、顧客の土地を買う条件として売り手である被告人の土地を買い手が購入するというものである。このような土地交換売買契約の場合、例えば、契約締結後、買い手が購入予定の土地の実勢価格を知るに及んで意思表示を撤回することも有り得る。その場合には、クーリングオフの対象となり得る¹。但し、土地の売買においては、価格交渉が行われることが一般的であり、特殊な条件がある場合には、個別の契約書が作成されることがある。被告人の認識として、顧客に対して一方的に土地売買の話を持ちかけているのではなく、あくまで条件付きで土地売買の話を持ちかけており、はなから「土地を買う」旨の騙す目的で、買い手を錯誤に陥れて財物を交付させるのではない。あくまで「あなたの土地を売ってほしいのです」が、その条件として「私の土地を買ってください」と申し向けているというのが被告人の認識である。これに対して、顧客らは、主に、かつて利用することの困難な原野を購入してしまい、その処分を考えていた人たちである。それゆえ、顧客らは、不要な土地を売ることが主たる目的であって、新たな土地を購入したいとは考えていない。顧客らは、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で費用を請求され、金員を交付するものの、いずれこれらのお金は返還を受けると認識していた。顧客らは、最終の手続きが終わるまでの間のあくまで「担保」名目での土地購入について氏名を書かされ及び印鑑を押印させられ、「土地売買契約代金の差し金として」という理由で領収書を受領したと認識しており、あくまで自己の土地の売り手として一本の契約手続きを進めているものと

1 東京高判平元年3月14日判例タイムズ700号266頁。

考えていた。これとは逆に、F、Y及びMらがしていたことは、架空の名目で顧客らから金員を受けると、その後、売買契約を一旦解消して、新たな土地売買契約書を作成し、これを顧客らに交付するというものである。F、Y及びMらは、これを繰り返していた。その際、被告人は、F、Y及びMらの連絡を受け、自ら、土地売買契約書の作成並び新たな土地売買契約書の作成をしていた。

本件の顧客としては、買い手がつかないまま所有している原野の処分を、言わば買い叩かれるのではなく、実勢価格よりも遙かに上回る価格で売却できるとのことで、F、Y及びMらの商談に耳を傾けた。このような商法は、顧客らがかつて原野を購入したことへの誰にも言えない反省や苛立ちにつけ込みつつも、そのプライドを保たせるような形での取引であると言える。本件に係る被告人の認識としては、売り手が所有していた原野の売却を奇貨として、自社所有の土地を購入させて、その差額による利益を当て込んで、言わば、売りと買いの二組の土地売買契約書を取り交わすというものである。

顧客は、自己を売主、被告人の会社を買主として、自分の土地を買ってくれるものだと認識していたのに対し、被告人は、売りと買いの二組の土地交換売買契約を結んでいると認識しており、それぞれの認識に齟齬がある。実際に顧客から契約を獲得していた営業担当者であるF、Y及びMらは、顧客に対して、顧客所有の土地を売却するために様々な費用を支払うとの認識を持たせており、新たに土地を購入する意識をもたせないようにしていた。その際、被告人とF、Y及びMらとの間では、土地交換型売買契約をすることに共通の目的があった。本件での問題は、その手法として、被告人とF、Y及びMらの両者は、土地売買の過程で、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等で顧客を欺罔して金員を交付させ、新たな土地交換型売買契約を締結することを繰り返すことも、黙示的であれ、合意していたのであろうか、ということである。被告人は、架空の保証金名

目、税金対策名目、隣地対策名目等による顧客の欺罔による金員の交付について聞かされておらず、それゆえ、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による顧客の欺罔による金員の交付に関して全く知らなかったのであろうか。

まとめると、本件の問題は、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による顧客に対する欺罔に基づく金員の交付について、被告人に詐欺の共謀と故意があったのかということである。

2 本件において被告人とF、Y及びMらとの間に包括的な共謀があったというためには、被告人は土地交換型売買契約を取引モデルとして訳であるから、被告人とF、Y及びMらとの間で当初より、土地交換売買契約に基づく取引を違法な手口を用いて行なうことを合意したことが必要である。本件判決は、そのために詐欺に該当する取引部分（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）と条件関係のあるそもそもの土地交換型売買契約自体にまで遡って、当初より、一貫した詐欺目的に基づいて一連の取引行為が行われていたと解釈している²。

共謀とは、犯罪の共同遂行の合意である³。これを前提とする共謀共同正犯論とは、客観的な実行行為は分担しないが、共謀に加わった者を共同正犯とする理論である。判例は、日本の伝統的な共犯・正犯概念を土台に⁴、犯罪を計画したり謀議に参加するなどして犯罪遂行の重要な役割を果たしたが、実行行為を分担しなかった者を、形式的に教唆犯とするのではなく、黒幕として規範的に評価して共同正犯に包摂する。

その場合にも、共謀共同正犯が成立するためには、あくまでも、「実行

2 京都地判令5年5月31日公刊物未登載。

3 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年）56頁。裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案〔4訂版〕』（2016年）352頁以下。

4 前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』（2019年）325頁参照。

した」と同視しうるだけの共謀「関係」が認定されなければならない。ここにおいて「共同実行性」が認められるだけの重要な役割を果たしたか否かが重要となる⁵。重要な役割とは、謀議の際の発言内容、その後の行為などを総合して判断される。全く実行を分担しない以上、単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在だけでは足りず、共同して犯罪を行う意思を形成するだけの共謀が主観面および客観面の両面において認定されなければならない。ここでは、実行行為に加担しなくても、一緒に犯罪を行うことを相談しただけの者、つまり、自己の犯罪として謀議に参加した者も刑法第60条でいう共同正犯と解釈することが可能なか否かが問われる。具体的には、共同の謀議の内容と、他の共犯者の中での自分の地位や役割が決定的に問題となる。とりわけ本件では包括的共謀があったとされているが、包括的共謀とは、一般には、関与者間で犯行内容が具体的に特定されず、包括的な合意が形成される形でなされる共謀のことをいう⁶。一般に

5 行為共同説並びに因果的共犯論の見地から共謀共同正犯の正当化解釈を試みる見解として重要な役割説が有力になっている。それによれば、「共謀共同正犯を肯定するか否かは、およそ『共犯』として可罰的であるかという問題ではなく、共犯としての可罰性を前提としたうえで、誰が共同『正犯』としての重い処罰に値するかという問題でしかないことを考慮すれば、共犯形式の区別の明確性よりも、処罰の具体的妥当性を優先させることも許されるといえよう」〔西田典之「共謀共同正犯」刑法雑誌31巻3号306頁以下〕と解する。この説では、共同による結果惹起について、実行行為に関与しない者の因果的寄与の程度に応じて正犯・共犯の区別をする。ここでは、因果的寄与とは、物理的・客観的な寄与に必ずしも限定されず、むしろ主観的な寄与を含めるとされる。これにより因果的寄与の概念を拡張するに至った。これを認めるところに重要な役割説の理論的特徴がある。しかし、この説は、支配型が間接正犯類似説や行為支配説を取り込み、対等型が共同意思主体説を取り込んだに過ぎない。行為共同説並びに因果的共犯論は、共犯各自の個別行為性並びに結果発生の独自の寄与を強調するところに本質的な理論的特徴があり、それは基本的に、客観的・物理的行為による犯罪結果に対する関与を基礎としている。これに対して主観的因果連関を強調して共謀共同正犯を肯定する理屈は、犯罪共同説を（主観的因果論）を用いて再構成したのとかかわりない。

6 樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（2019年）135頁ノ

「共謀」と「それに基づく実行」が必要であると解されているところ、実務上は、「共謀」と不可分一体の要件として、単なる意思の連絡に加えて、自己の犯罪を行う意思（正犯意思）を要すると考えられている。包括的共謀について当てはめると、行為の本質的部分について意思の連絡があること、かつ、個々の犯行に関する謀議がなくても、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を反復して遂行しようという共同実行の意識（＝正犯意思）が認められることが、包括的共謀を認めるためには必要であると解される⁷

共謀共同正犯は、共謀者中のある者が共同目的実現のために犯罪の実行に出た場合、相談・打ち合わせである共謀に参加した全員が共同正犯としての責任を負うことをいう。練馬事件判決では、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」とされ、そこでの『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないこというまでもない。しかし『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。⁸」と判示した⁹。

ㄨ 以下参照。

7 十河太朗「包括的共謀の意義と包括的共謀の射程」同志社法学72巻7号（2021年）384頁以下。

8 最判昭33年5月28日判例時報150号6頁。

9 共謀共同正犯を個人責任の見地から正当化する試みとして間接正犯類似説がある。練馬事件判決では、本説が基礎となっている。それによれば、「共謀者ノ

3 確かに、F、Y及びMらは、客観的には土地交換型売買契約を締結するために詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）を行っていた。最初の土地売買契約書も新たな土地売買契約書を作成するのは被告人であったことから、被告人の土地売買契約書作成とF、Y及びMらの詐欺行為との間に客観的な条件関係を認めることができる。F、Y及びMらの上記名目での取引をきっかけとして、F、Y及びMらは特定の顧客を食い物にしていたのであり、その意味で両者の行為は密接な連関を有している。しかし、客観的な条件関係だけで取引全体に係る詐欺の共謀があるとまで言えるであろうか。つまり、客観的な条件関係を有するとの理由だけで、詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）により、被告人が新たな土地売買契約書が作成・交付することをもって、言わば被告人が当初より詐欺取引を計画し、共謀して、自己の犯罪として包括的に正犯性を肯定することが出来るのであろうか。

たとえ条件関係があったとしても、共犯者相互に物理的・心理的影響を互

ゝもまた実行担当者を介して共同の意思を実現したものとするもので、実行担当者を利用しあるいはこれを使役して結局みずから実行するということに共謀者の正犯としての責任の根拠を求める」（藤木英雄『可罰的違法性』（1975年）317頁）のである。この説は、練馬事件上告審判決における共謀共同正犯に関する判示をモデルとして個人責任の見地から解釈可能であることを証明したことに意義が認められる。共同意思主体説による団体責任の実質的肯定に対する強い疑念と批判を間接正犯類似説は交わすことに寄与したと言える。しかし、間接正犯類似説では、背後者との関係で実行行為者を道具的役割と解することから、実行の着手後に真摯な中止行為をしても、背後者と道具である正犯者との共犯関係が解消されない限り、背後者の意思が貫徹されているので、他の者による結果惹起があった場合には、理論上、共犯の離脱は認められず、しかも中止未遂も認められない。また、実行行為者は道具であるから自己の一存では犯罪の意思の放棄や中止などを決めることができないはずであるにもかかわらず、正犯者として処罰することの根拠を見つけることは困難であるように思われる。ここでは、一方で正犯概念を規範化しておきながら、他方で客観化もしている。実行の着手時期に関すれば、間接正犯の構造からして、実行行為者は「道具」であることからして背後者との謀議または武器などの供与は刑法43条の未遂に当たる可能性が出てくる。

いに強く与え合いながら彼らの行動が一体であったことが証明されなければならない。条件関係だけを理由に共同正犯を規範的に基礎づけることはできない。なぜなら、条件関係の存在と共謀の存在とは別問題だからである。「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」との上記練馬事件判決判示部分は、単なる意思連絡又は共同犯行の認識といわれるものとは異にする。謀議又は通謀が共同正犯者相互間に成立したことを要する¹⁰。たとえ、これらがなかったとしても、各関与者の意思が合致していれば足り、それ以上の何も要求されないと考えるべきではなく、連絡の形式は問わないし暗黙のもので足りるが、各関与者の内心における意思の合致にとどまるものでない外部的な意思の連絡がなければ、共同正犯における心理的因果性は生じない¹¹。単なる片面的ないし偶然の意思の合致ではない。

被告人は、実質的経営者として、F、Y及びMらに取り付けた土地交換型売買契約について、彼らの連絡を受けて、契約書を作成することによって物理的に共働していたわけで、F、Y及びM等は、土地交換や売却仲介を名目にして詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）を行っており、その意味で因果連関があると言えるが、いわゆる詐欺に該当する取引部分（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）について被告人との関係では心理的な因果連関があるとは言えない。そもそも被告人においてF、Y及びMらと詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）を共にする認識はあったのであろうか。その上、

10 亀井源太郎「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」慶應法学31号（2015年）167頁。

11 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法學研究：法律・政治・社会84巻9号（2011年）115頁以下。

本件詐欺に該当する取引部分（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）をするための意思疎通はあったのであろうか。なぜなら、詐欺に該当する取引部分については、土地交換型売買契約に関して被告人が持っている認識の射程に含まれていないからである。被告人の目的とその認識は、あくまで顧客との間で土地交換取引契約をすることにある。一旦締結した契約を解消して、新たに契約を締結する場合、売り手が所有していた原野の売却を奇貨として、自社所有の土地を購入させてることを想定していた。

そもそも本件取引の構造は、F、Y及びMらの一連の行為を見ると、クリーンゾーンとブラックゾーンに区分することができる。土地の交換や売却仲介であれ、これらを理由に、顧客を売主、被告人の会社を買主とする土地取引契約を締結すること自体は違法ではない。これに関連して詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）が行われた。殊に特定の相手に対して一連の取引行為が行われていることから、確かに前者と後者との間には条件関係があるといえるが、被告人のF、Y及びMらとの共同作業による取引に関する認識の射程はあくまで土地交換売買契約と、これに関連して本来の価格で新たに契約を締結することまでであり、詐欺に該当する取引部分（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）は想定範囲外であり、被告人の認識が及んでいない。これを裏付ける被告人とF、Y及びMらとの関係として、被告人が、F及びM等のF、Y及びMらが会社のために詐欺に該当する取引（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）をしていると確定的に認識できる関係にはないことがあげられる。被告人は、F、Y及びMらによる違法な多重取引等を何ら認識しておらず、被告人がF、Y及びMらに対し、事前に保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引をすすんで指示したことはない。逆に、F、Y及びMらは、これらの事実を被告人に伝えておらず、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等の違法取引について明確に述べたことはない。そのため、被告人との間に少なくとも明示の共謀が存していたとはいえない。

い。この点で、その構成員全員がその違法性を十分認識しながら詐欺取引をするという典型的な会社ぐるみの詐欺事件と本件では、その様相を異にしている¹²。たとえ保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による詐欺等が行われていることの未必的な認識はあったとしても、それだけでは、被告人がこれらの違法取引に関わったと言えるだけの共謀があったとは認められない¹³。なぜなら、共謀共同正犯における共謀は、契約に類似する義務、すなわち拘束力を伴うものであって、共謀共同正犯が相互に負う義務の内容とは、一定の無価値な結果の実現を志向する直接行為の遂行であり、「一定の時点における具体的状況の下で遂行された行為から生じるであろう具体的結果」という程度に具体化されている必要があるからである¹⁴。また本件は、犯罪の実行のみを協議し、実行に関する具体的内容の決定は各実行者の便宜に委ねるという事案ではない¹⁵。被告人とF、Y及びMらとの間で、抽象的でないし包括的にであれ、詐欺という犯罪の実行の協議をしたことはない。保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による詐欺について、被告人は、F、Y及びMらからその事実並び取引手法について教えてもらえなかったのであるから、いわば社員であるF、Y及びMらの中での共謀があったに過ぎず、被告人には関係が無い。

4 被告人は、暴力団の親分子分のような強固結びつきをもった上下関係の中でF、Y及びMらの行動を、概括的であれ、確定的に認識できる関係にあったわけではない。むしろ土地取引を事業内容として、その契約獲得による分け前の分配をするという、言わばドライな水平的な関係であった。

12 大阪地判平15年10月29日判例タイムズ1146号302頁。

13 東京地判令3年12月7日判例時報2542号88頁。

14 小島秀夫「共謀概念の比較法的考察」明治学院法学研究114号（2023年）48頁。

15 品田智史「「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺について」法律時報92巻12号（2020年）23頁。樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定」法律時報91巻11号（2019年）61頁以下。

被告人が会社運営をして諸々の手続きを処理し、F、Y及びMらは営業行為に専念する関係にあった。また、給与制ではなく、契約獲得に基づく分配制であった。F、Y及びMらは自分たちのやる気と器量で契約を獲得することで分け前を受けることができていた。F、Y及びMらにとって契約を締結するために独自のノウハウが必要になる。顧客に購入意欲を抱かせるための取引トークはその最たるものの一つである。その手法は、当然、営業秘密である。なぜなら、他の者に真似されては自分の契約獲得数が減るからである。つまり商売道具なのである。その証拠に、F及びM等は、被告人に対して、たとえ実質的経営者であるといえども、未来永劫、身分が保障され、被告人の下で働くことが決まっているわけでもないF、Y及びMらがその取引の手口などを話すことはなかったわけである。共犯者間での包括的共謀が認められるためには、行為の手段や方法、被害者などを特定しないものの、当初より犯行の内容について包括的な合意が形成され、これに基づき、結果を発生させる直接行為が行われたと言える場合である。本件被告人は、原野商法を展開し、F、Y及びMらと包括的に顧客との契約を取り付けることを計画したのであり、顧客との取引の経過やその手法全体に及んで詳細に指示を与えていたわけではなかった。その意味の限りで包括的な取り決めをしていたにすぎない。被告人とF、Y及びMらとの間での取り決めの範囲とは、土地交換売買契約についてである。F、Y及びMらが土地の交換売買契約を奇貨として保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で詐欺行為を行っていた状況について、両取引の一体性・一連性だけを理由に無造作に被告人の正犯としての帰責の根拠として位置づけてしまうと、被告人個人の果たした役割とその影響の度合い、つまり寄与度を明確にしたうえで犯罪成否の判断及び量刑判断の基礎にするという共犯論の任務を最初から放棄し、連座・縁座と変わらない思考法に墮するおそれがある¹⁶。

16 照沼亮介「近年の共同正犯論とその問題点」佐伯仁志＝高橋則夫＝只木誠ノ

被告人とF、Y及びMらは、あくまで交換型土地売買取引に関する包括的な取り決めをしていたのであって、それ以上の取り決めはない。これに対して、原判決は、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で詐欺行為に関する共謀を証明したといえるだろうか。本判決は、被告人がF、Y及びMらの保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で詐欺行為を認識しつつ、黙認あるいは同調し、継続的な犯行について関与者間に黙示的な合意が成立していたことを明らかにしたであろうか。黙示の共謀は、成立過程において、明示的な意思連絡を必ずしも伴わず、時間とともに形成されるが、本件において被告人が違法な詐欺取引の事実を知るのは、あくまでFからテレビ報道に関する報告を受けてからである。そうすると、判決は、安易に、被告人の取り分と実質的経営者という客観的な事情に引きずられて共謀の存在を認定したのではなかろうか。

本件判決は、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での金員の交付に関する共謀関係の認定が困難であることから、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引と条件関係のある、そもそもの土地交換型売買契約、契約書の作成そして被告の実質的経営者としての地位を理由に共謀関係を認めるといふ、共謀の射程を拡張する無理な解釈をしたのであり、よって、共謀の有無についてより慎重に検討し、判断すべきであったのではなかろうか。

Ⅱ 詐欺の故意について

1 故意とは、犯罪事実の認識及び認容である。特に、共同正犯における故意は、共謀を含む共同正犯の成立要件に該当する事実の認識・認容のことである。

本判決によれば、被告人は保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で

ㄨ = 松宮孝明編『刑事法の理論と実務②』（2020年）114頁。

の取引について認識していたことから、当初より、つまり土地交換売買契約時より詐欺をする故意があったと認定している。

本件取引における問題の1つは、一端契約を締結し、その後、様々な理由をつけて当該契約を解消して、すぐに新たな契約を締結するという取引手法が通常あり得ないとの疑念である。確かにそうであったとしても、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引行為は、土地の交換型売買契約である本件原野商法とは本質的に関係がなく、しかも被告人にとっては全く想定外の出来事である。これとは逆に、一連の詐欺行為は、F、Y及びMらにとって土地交換売買契約を奇貨として行われたことである。被告人と他のF、Y及びMとは、いわゆる原野商法を共同して行っていたが、それは、あくまで土地交換型売買契約のことをさす。これに対して、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引行為は、言わばそれ以外の部分であり、かつ詐欺行為である。実体のない土地売却登録費、測量費、税金対策費、隣地購入費用名目、広告宣伝費名目、税金対策費用名目、例えば「土地売買の経費として・・・万円かかったことにすれば節税になるので、そのお金を一旦現金で支払って下さい」との説明をして金員を交付させた。しかし、これら実体のない架空の理由に基づく金員の交付について、本来被告人の知るところではない。しかも、被告人が、その取引手法についてM等に質問したところ、手段や方法を教えなかったわけであるから、実態のない、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引を行うことに関する情報は、被告人には与えられていなかったといえる。被告人は単に知らなかったのである。本判決は、被告人のこれら違法取引に係る不認識を埋めるために、被告人が保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引部分をも認識・認容していたことを説明するために、F、Y及びMらが実行した土地交換型売買契約をはじめとする全ての土地取引につき不動産取引費用等の名目で現金をだまし取ろうと考えていたと包括的な認定をし、被告人の認識していた取引モデルである原野商法取引

をも詐欺違法であるとして詐欺の故意を認定したと言わざるを得ない。そのように解釈することで原野商法そのものと保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引を一連のものと評価し、両者の一連の行為に関する詐欺の故意を認めた。

2 本来、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引は、被告人の想定していた原野商法部分本体と直接的に関係はないが、一つの土地に係る取引の中で行われていたことから、顧客を買主とする売買契約締結と条件関係はある。このことから、本来の原野商法に遡及させて詐欺を認定することになった。しかし、「被告人が、自らが実質的に経営する本件各法人が行う土地の交換型取引において、自ら、客に交付する『土地売買契約書』と題する書面の作成をしており、Fら営業担当者によって架空の名目での取引が多数行われていたことを認識していたという事実は、被告人が、『増し』はもとより、その余の取引についても、Fら営業担当者が、客に対して、少なくとも、土地の取引に関する欺罔文言を告げて客から現金の交付を受けているかもしれないとの認識・認容があったことを強く推認させる事情である。」との判示部分において、被告人の契約書の作成から架空取引の認識を推認し、しかもそこから、その余の取引における詐欺行為に関する認識まで推認している。これは推認を重ねた解釈であり、論理的飛躍がある。

例えば、特殊詐欺の事案において詐欺の故意と包括的共謀が認められる場合に共謀共同正犯が認められる。特殊詐欺事案では、当初から元締め、掛け子、受け子そして出し子という役割分担があり、首謀者が各人を知らなくても、詐欺を目的とした組織の活動として一連の詐欺行為が行われていることを認識・認容している。その意味において首謀者には当初より詐欺の故意があり、組織における詐欺行為の実行の上で重要な役割を果たしていると理解することができる。これに対して、本件では、被告人の故意

は、本件保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引による詐欺にまで及んでいない。被告人は、実質的経営者として、部下と共に一連の取引を行っており、その際、何を包括的に同意していたのかというと、原野商法を展開して、2組の土地売買契約書を作成し、金員の交付を受けることであった。しかし、本件被告人は、本件保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引については知らされておらず、それゆえ黙認していたわけでもない¹⁷。土地売買取引手法に係る被告人の認識外の出来事であり、故意で重要な役割を果たしたわけではない¹⁸。確かに、実質的経営者である本件被告人には、部下の取引手法、ここでは保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引に関する過失による管理義務の懈怠という意味で過失責任があるといえるが、土地取引の一環として上記の架空の名目での金員の交付を受けることをも包括的に業務に含んでいたわけではないことから、詐欺の故意があったということはできない。例えば、スワット事件判決では、「警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた¹⁹」として共謀と故

17 千葉地判令和元年6月26日LLI/DB L07450748。

18 大阪地判平20年4月17日LEX/DB【文献番号】28145309。「重要な役割」とは、縦の関係（上下関係）にある共犯者間、横の関係にある共犯者間のいずれにおいても適用可能な基準となる。なぜなら、この概念は、「重要」という言葉の意味からして、何も犯罪遂行において決定的な存在だけを対象としているわけではないからである。そのため、これは検察側からすれば、大変使い勝手のよい正犯認定基準となる。「重要な役割」という判断基準は、すでに謀議をした共犯者間において実行行為に参加しないにもかかわらず、正犯性を肯定するだけでなく、具体的な謀議がなくとも、その存在や果たした事柄に照らして黙示の意思連絡の存在を認めて正犯性を肯定する【危険性を有している？】。しかし、このことは、具体的な謀議を証明しないまま共謀の存在を認めることによって、「疑わしきは被告人の利益に」原則からしても問題がある。

19 最決平15年5月1日判例時報1832号174頁。

意を認定したが、本件では、被告人は、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で違法取引の現場に同伴していたわけではなく、また、被告人の意を汲んでF、Y及びMらが架空の名目で取引行為を行ったわけでもなく²⁰、被告人の意向を反映していない²¹。被告人がそのことを当然に認容する関係にない。それゆえ、被告人が増し取引をすることを当然のことと認識・認容していたといえない。もとよりFおよびM等は、被告人に取引方法を話さなかったのであるから、実質的経営者である被告人の取引方針と手法に沿ってのみ行動していたわけではないのであるから、それゆえ、被告人が、F及びM等のした一連の取引を、包括的又は当然のこととして受け入れて認容していたなどと言うことはできない。

3 会社組織の活動の一環として保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で取引行為がおこなわれているとしたならば、経営者が言わずとも社員が器量にしたがって一定の行動をすることが「当然」である関係が確立していれば、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で取引の実行行為を導いたとされる経営者の存在そのものから「重要な役割」と、経営者と実行行為者との意思疎通行為があると認められる可能性を否定できない²²。しかし本件では、F、Y及びMらは、会社の利益のためとはいえ、

20 福岡高判令3年12月3日HLEX/DB【文献番号】25591430。

21 福岡地裁小倉支部判令3年11月5日裁判所ウェブサイト。

22 「重要な役割」という用語は一般生活用語としてはなじみやすく、人の態度に対する社会的非難を表現するには適しているのかもしれないが、被告人の有罪・無罪、つまり彼の将来の運命を決めるための判断基準として明確といえるであろうか。一般生活用語レベルでの「重要な役割」を司法的レベルにおいても用いることは次元の違う事柄を市民のための法という名目のもとに司法の場を法的判断の場ではなく、非難の場に変えてしまうことになりかねない。共謀共同正犯を肯定する見地から山口も「確かに、その限界は不明確な面を有するが、それは共犯として処罰可能な行為の中から、実質的妥当性を備えた共同正犯の範囲を確定しようとするものである以上、やむをえないものであるし、また甘受しうるように思われる」（山口厚『問題探求刑法総論』（1998年）280頁）ノ

取引手法も明かすこともなく、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で取引が行われ続けた。そのような取引手法についてコンプライアンスの見地から経営者には法令遵守義務の懈怠はあきらかであるが、詐欺の故意はない。明らかに違法性を有する取引について実質的経営者である被告人は、社員としてのF、Y及びMらと取引内容など確認など詳細な取り決めと確認をすべきところ、むしろ本件ではこれらをしていなかったことに問題がある。

4 以上により、被告人には、F、Y及びMらによる詐欺につきF、Y及びMらによる詐欺取引に関する故意はなく、F、Y及びMらとの共謀もない。

はたまた、上記において縷々説明した被告人とF、Y及びMらとの関係からすると、本件保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で違法取引とこれに基づく被告人による新たな土地売買契約書作成は、F、Y及びMらが事情を知らなかった被告人を利用して行われた詐欺といえる。その意味で、せいぜいのところ、被告人は、過失によって詐欺を幫助した者である。

ㄨと述べて、ここでの問題性を認めている。一般人の感情からすると、当然にその人物がいなければその犯罪は生じなかったであろうと疑われる事件はあるように思われる。しかし実際には、当該人物は実行行為への加担はもちろん、謀議にも主導的又は主体的に参加していないが、しかしその人の存在そのものが「重要な役割」を果たしたと言える場合が全くないとは言えない場合がある。しかし、社会において「悪」というレッテルを貼ることと、現実の犯罪の評価とは厳に区別しなければならない。

「木庭先生の庭」散策(3) ——法学再入門のための標準装備——⁹⁹

児 玉 寛

【④お休み処：古代ギリシャ世界への旅仕度、あるいは、原生林を拓くための道具の提供者の紹介】からの抜粋——1) この「庭」は、木庭 顕『法

99 分載(1)〔本誌55巻3号〕、同(2)〔同55巻4号〕それぞれの頁を、^①-△、^②-○として掲出する。^①-283で述べたように、筆者は児玉を、WRはブログ「木庭先生の庭」の作成者(White Rabbit)を、著者は木庭 顕を指す。明朝体は筆者による記述を、明朝斜体字は著者からの引用(引用文中の／は原文では改行)を、教科書体はWRからの抜粋を指す〔参照：^①-284註1〕。^②-436で述べたように分載の継続はペンディングであったが、五指に満たないながらも寄せられた続編への期待に背中を押されて再開を模索した。WRは^①-318の「作庭後記」で「普請を終えた他のエリアの扱い」を筆者に丸投げしたが、筆者は＜再開後にどのエリアまでを取り上げるか、未整備部分をどう埋めるか＞などについてWRと協議を重ねた。そしてGW明けに以下のように決した。＜ブログという従前の体裁を維持しながらも当初の作庭方針〔参照：^①-304〕を変更して、著者が用いる道具概念の紹介に特化させ、未整備部分も含めて半年ほどかけてWRが二つのコースを統合する普請を進め、そこから筆者が抜粋して最終稿を得て木庭氏のコメント〔⇒後註149〕を仰ぐ＞。紙幅の制約により抜粋では「作庭雑記」の類いを割愛したことをWR et sociiにお詫びする。

文献検索のツールについてWR曰く、＜Googleで「サイニー 木庭 顕」を入力する国立情報学研究所のサイニー論文検索(CiNii Research)は簡便だが、速報性に難がある＞。2023年の論考として、①「大学10兆円ファンド」法時95巻6号(6月号)56-63、②「行政法学はデモクラシーの変化にどう応えていくべきか」■太田匡彦・山本隆司編『行政法の基礎理論 複眼的考察』自治研究99巻7号143-153、③「裁判官の良心」現代思想51巻9号「特集*裁判官とは何か」102-118、④「『土地所有者不明事件』の怪」法時95巻10号(9月号)54-62、⑤「残骸の諸層位」世界10月号「特集2 日本政治の底——ポスト岸田の論点」207-220がある。

学再入門』に挑んだ当時大学1年生の娘の質問に答えるべく、「原初から現代に至る歴史を鬱蒼とした原生林に擬え、原生林を拓いて整備された『森』に木庭 顕先生の著作を見立てて、『森』を案内する方便として造園した」ものです（参照：[1]-285）。POLとDEMにとって、原生林は古代ギリシャ世界（前12世紀から前5世紀）です¹⁰⁰。この世界に分け入るために著者が改良したさまざまな道具はエリア⑤以下で取り上げることにします。エリア④では一休みして、諸先生のご助言をもとに古代ギリシャの歴史を押えるためのツールと、著者がお名前を特記する道具提供者の面々を紹介します¹⁰¹。

2) POLと同年に上梓された伊藤貞夫・本村凌二編『西洋古代史研究入門』（東京大学出版会・1997年）は、「古典古代（classical antiquity）とは、欧米の人々が古代ギリシア・ローマを指して用いる呼称である。彼らにとって、ギリシア・ローマは精神的祖国であり、人間と社会のあり方に思いを致すとき、かけがえのない典範としての位置を占める事実、この呼び名は由来する」という文章を枕にして曰く、「古代ギリシア・ローマの歴史に関心を抱く人々、とりわけその研究を志す人々のために、能う限り巨細に問題の所在を明らかにし、かつ研究の現状を執筆者の関心に沿いつ

100 表記としてギリシアではなくギリシャを採用するのは、「そもそも日本語の『シ』の音は、五十音表で『サシスセソ』と組まれていても『シャシシュシェシヨ』の音系列であるから、『シア』と発音する単語は（『試合』のような例を除き）日本語にはない。……現代仮名遣いを採用する以上、表記は発音に近づけるべきである」（逸身喜一郎『ギリシャ・ラテン文学——韻文の系譜をたどる15章』研究社・2018年・420）との指摘に拠る。なお、著者がラテン文字に転写したギリシャ語を本稿でカタカナ表記するについては、原則として、長母音には音引の記号「ー」を付し、φ・phには「ファ・フィ・フ・フェ・フォ」を当てて「パ行」を避け（例えば、Sophokles⇒ソフォクレース）、tyとthyには「テュ」を、tuには「ト」・「トゥー」を当てる。

101 Finley, Gernet, Lepore, Momigliano, Vernant, Vidal-Naquet. ほかに、Saussureについては[2]-402註56を参照。Mauss([1]-305註35)をはじめとする社会人類学関係については後続のエリアに譲る。

つ整理して、これを示すことを意図してい〔る〕」（3）。初心者にとっても、「ⅠA ギリシア史概説」（桜井万里子、16-23）と「ⅡA ローマ史概説」（松本宣郎、130-142）は、簡にして要を得た見取り図を提供していて有益です¹⁰²。ギリシャ史研究の現状について前者（ⅠA・16）に曰く、「かつて有力であった見解にさまざまな疑問が投げかけられ、新しい見方や仮説が次々に提示されており、……従来の通説に代わりうるような定説が確立するにはほど遠い現状だ……。このような研究状況は、ひとつには、第二次大戦後から今日に至るまでに考古学の成果が飛躍的に増進した結果である。……古代ギリシアの歴史研究は、いまや文字史料を考古学の成果と付き合わせながらすすめる、という方法をとらざるをえなくなった¹⁰³。／そのう

102 ギリシア史の最新の「展望」などにつき、後註119・『世界歴史 2』を参照。

なお、DEM冒頭の「0 序——デモクラシー論の系譜」は政治思想史の専門家にも難物とのこと。系譜が気になる方は、『公法篇』22註23が言及するバーナード・クリック（Bernard Crick：1929-2008。参照：後註111）が古代から現代までのデモクラシーを概観する『1冊でわかる デモクラシー』（*A Very Short Introduction Democracy*, or., 2002. 添谷育志＝金田耕一訳・岩波書店・2004年）をご覧ください。

前411年と前404年に、アテナイのデモクラシーは転覆による権力の独占を経験します。橋場 弦『古代ギリシアの民主政』（岩波新書・2022年）142に曰く、「アテナイは前403/2年の民主政再建のための諸改革によって「より成熟した民主政へと生まれかわった」。これに対してDEMは、「近年とりわけ強力に主張された」この解釈に立ち入ることなく、前5世紀型と前4世紀型という二つのデモクラシーのコントラストへの言及で観察を終えます（870）。

103 もちろん著者は、考古学的史料についても分析を怠りません（参照：『人文』314註73、DEM・723-752）。POL・315以下に曰く、「考古学的徴表から社会構造を分析し、それが他の徴表から分析される社会構造と一致するか、あるいはどのような関連を有するか、ということを考察しなければならない」、その場合、「『ポリスの成立』と直結すると思われる徴表だけ分析することは正しくない。……直前の時代が地表面に葬送儀礼の痕跡即ち墓しか持たず、神殿、宮殿、住居、城壁、といったその他の痕跡を持たないのに対して、紀元前8世紀に一齐にしかも非常に目立つ形で特に神殿が痕跡を残し始める」（参照：神殿につき、IRL²・30のほか、著者の道具概念（ディアレクティカやテリトリーなど）に目配りする田中 純『都市の詩学——場所の記憶と徴候』（東京大学出版会・2007年）142-160。註は396-397。[1]-291註16・田中の加筆訂正版）。

え、この文字史料にたち向かう研究者たちの姿勢の変化が、現在の流動的な研究状況の第二の要因となっている。史料としてのテキストは、その書き手の生を取り巻く諸条件によって制約を受けているのはいうまでもないが、この条件は、当該期の社会と文化を多層的に構成するさまざまな制度と深くからみあって形成されている、と認識されるようになったからである。史料を解読して、その向こう側にあるはずの歴史的現実に到達するための手続は一筋縄ではいかないのである。したがって、文化人類学や記号論の方法を援用する動きも活発になっている。史料としてのテキスト分析の方法は一定せず、現在までのところ研究者一人一人の選択にかかっている」。

以上の指摘に呼応するかのようにPOL・10-11は、第一に、「古典のテキストの解釈について新しい方法を厳密に確立しなければならない」として、「古典研究と人類学¹⁰⁴との関係」については「L. Gernetの学派、特に彼自

104 人類学という用語について。レヴィ=ストロース（Claud Lévi-Strauss：1908-2009）の定義によれば、「民族誌（ethnographie）とは人間集団をその特殊性においてとらえて観察分析することであり、……その目ざすところはそれぞれの集団の生活のできるかぎり忠実な復元である。これに対して民族学（ethnologie）は、比較という方法によって……民族誌の提示する資料を利用するものである、と。右の定義によって……民族誌はあらゆる国々において同じ意味のものとなり、民族学はほぼアングロ・サクソン系の諸国において（ここでは民族学という用語は廃たれてしまっているから）社会人類学（anthropologie sociale）なり文化人類学（anthropologie culturelle）なりとして考えられているものに近似的に対応することになる（社会人類学はどちらかといえば表象の体系〔systèmes de représentations〕としての制度の研究に、文化人類学は技術の研究に、また時としては社会生活に役立つ技術としての制度の研究に従事している）」、同「歴史学と民族学」（or., 1949.『構造人類学』みすず書房・1972年・生松敬三訳）4-5。

これに対して、リーチ（Edmund Leach：1910-89）『社会人類学案内』（or., 1982. 長島信弘訳・岩波同時代ライブラリー・1991年。初出は1985年）によれば、Lévi-Straussは社会人類学と文化人類学の二つを「民族学」に含める点で当時の「用語をまったく違った意味で用いた」（38）のだが、「現在では、アメリカ式の人類学の教科書のほとんどが、レヴィ=ストロースの1949年の統合の仕方を採用

身とP. Vidal-Naquetの仕事念頭に置」きます¹⁰⁵（⇒後註149）。まず、ルイ・ジェルネ（1882-1962）について。IRL²・9・註11に曰く、「『ギリシャ人の奇蹟』の解明はL. Gernetの研究によって始まった。20世紀半ば少し前からということになる。Gernetの継承者たち（ギリシャ史学のパリ学派）によってその研究は大きく発展した」。『ギリシャ人の奇蹟』とは、前8世紀末のギリシャでポリスという自由な社会が突然出現したという従来の理解を指します¹⁰⁶。これに対してGernetは、「AがA'のように変化し水

していて、社会人類学（主としてイギリス）と文化人類学（主としてアメリカ）の区別は、缶詰のラベルを代えただけにすぎないといふめかしている。しかし、この区別にはそれ以上のものがある」（43。POL・89（2・7・1）が引用する原典p. 48は前掲訳書89）。以下では、この区別にこだわらないことにします。

- 105 著者曰く、「『政治の成立』においては、新しい史料批判の方法を提起しました。社会人類学を批判的に組み替える試みもしました」（[1]-286註6・「思考回路」・20）。〔筆者：後註125・アルトゲ『オデュッセウス』の解説に曰く、「第二次世界大戦後の西洋古典学の潮流の一つとして、フランス、イギリス、ドイツなどにおいて、人類学、心理学をはじめとする他分野の学問成果を西洋古典学に吸収する試みを挙げることができる。本書および著者に直接関わる研究者を挙げるならば、ルイ・ジェルネ……およびその巨大な学問遺産を受け継いだ、ヴェルナン……とヴィダル＝ナケ……である」（428）。心理学につき後註142を参照。〕
- 106 〔筆者：著者曰く、「われわれは、ある種の奇蹟が生じた、あるいは特別な偶然の事情に恵まれたというようには考えない。……素材ないし所与は全くありふれた陳腐なものであったはずである」（POL・139）。Gernetの生誕百年を記念して編まれた彼の論文集の標題は、*Les Grecs sans miracle*, Maspero 1983である。なお、「ギリシア人の奇蹟」という着想をルナン〔Ernest Renan : 1823-1892〕が1876年に初めて提唱したことなどにつき、後註107・Vidal-Naquet・*La démocratie grecque*・245-265所収の“Renan et le miracle grec”（1989）= *Politics*・177-199を参照。セム語の研究から出発したRenanによる「言語分類の名称である『インド＝ヨーロッパ』を『人種』に適用した『インド＝ヨーロッパ人種』という未曾有の表現」につき、互 盛央『フェルディナン・ド・ソシュール＜言語学＞の孤独、「一般言語学」の夢』（作品社・2009年）34を参照。また、Gernetに依拠する邦語文献として、フランス法専攻から比較法文化へと歩みを進めた野田良之〔1912-85〕による「私法観念の起源に関する一管見——L. Gernetの研究を拠所として——」、川島武宜ほか編『私法学の新たな展開：我妻栄先生追悼論文集』（有斐閣・1975年）23-47がある。Louisの子息はsinologueで日本學士院客員会員であったJacques Gernet（1921-2018）。〕

面下に潜り上のBを支える、このA'/Bの二枚重ねができあがった新しい現実である、ということです。AをA'に変換し保存する、つまり意識の底の一見古い部分を文学や儀礼を通じ絶えずケアしなければ新しい現実築けません」〔『公法篇』20註19。Aは「政治システム形成前の社会人類学的所与」を、また、Bは「発達した政治システム」を指す。参照：『人文』21〕。つぎに、ピエール・ヴィダル＝ナケ〔1930-2006〕について。『公法篇』46註6は、“Le chasseur noir et l’origine de l’éphébie athénienne” (1968)¹⁰⁷を「20世紀後半のギリシャ史学で最も衝撃的な研究」としたうえで、(彼は)

107 ラデュリ編『叢書「アナール 1929-2010」：歴史の対象と方法』第Ⅲ巻（1958-1968）（藤原書店・2013年）所収の①渡名喜 庸哲訳「黒い狩猟者とアテナイ青年軍事教練の起源」447-475（参照：POL・387。⇒後註149）。標題をこの論文から採ったVidal-Naquetの自撰論文集が、*Le chasseur noir Formes de pensée et formes de société dans le monde grec, nouvelle édition revue et corrigée*, 1991である。①-290註15・『歴史を問う』・251は、その1983年版に言及して、「もちろん読まれるべきであるが、これが専門的に過ぎると映る向きにも、少なくとも教養の水準というものを知るために標記の著作の一読は欠かせない」と述べて、『他から見たギリシャ・デモクラシー—古代・近代史学史論』（1990）を挙げる。なお、②『記憶の暗殺者たち』（or., 1987. 石田靖夫訳・人文書院・1995年）は、1944年5月に両親をゲシュタポに拉致された彼が1980年代からの歴史修正主義者たちのターゲットがユダヤ人であることの所以を探索する作品である。〔筆者：この歴史修正主義につき、後註110・上村『歴史をどう書くか』・62を参照。前註99・⑤「残骸」・207に曰く、「同時代史は歴史学の原点であった」。〕

〔筆者：*La démocratie grecque vue d'ailleurs*, 1990は13篇の論文からなる。その7篇をVidal-Naquetが撰び他1篇を加えてIntroduction: Athenian Democracy in 1788を付したJanet Lloydによる英語版の標題（*Politics Ancient and Modern*, Polity Press 1995）は、Introductionが自認するように後註113のFinley①と呼応する（2）。因みに、Vidal-NaquetがVernantとの共著の英語版に連名で寄せたprefaceに曰く、“We also thanks our friend Janet Lloyd for her cooperation and her careful and faithful translation.”, *Myth and Tragedy in Ancient Greece*, Zone Books 1990, 22。彼女がパリ学派の著作の英語訳に携わるに至った経緯につき、夫・ロイド〔Geoffrey Ernest Richard Lloyd: 1933-。参照：POL・21〔1・3・2〕: 142〕の邦訳書『古代の世界 現代の省察——ギリシアおよび中国の科学・文化への哲学的視座』（or., 2004. 川田 殖^{しげる}=金山弥平=金山万里子=和泉ちえ訳・岩波書店・2009年）の記者あとがき283以下を参照。〕

「先述のパリ学派の中でも最も尖鋭に構造主義を批判し厳密な歴史学を志向した。他の広範な著作におけるギリシャ理解も、フィンリーのそれと並んで、不可欠の基礎であり、さまざまな著作でのギリシャ理解に接したならば、まずはこれらを踏まえているかどうかをチェックし、そうでなければその質に一定の留保を付しながら読むべきである」とまで言う。

他方、Vidal-Naquetとの共著をもつジャン＝ピエール・ヴェルナン〔Jean-Pierre Vernant : 1914-2007〕については、数点の邦訳のほか¹⁰⁸、その所説に依拠する邦語文献もあります¹⁰⁹。

108 吉田敦彦による二点（みすず書房）、すなわち、①『ギリシャ思想の起源』（or., 1962. 1970年）、②1974年6月の来日講演二篇と吉田の論考二篇で編まれた『プロメテウスとオイディプス』（1978年）のほか、③及川馥=吉岡正敏訳『眼の中の死：古代ギリシアにおける他者の像』（or., 1985. 法政大学出版局・1993年）、④塚島真実訳「神話から理性へ——アルカイック期ギリシアにおける実証的思考の形成」〔or., 1957. 前註107掲記のラデュリ編の第Ⅱ巻（1946-1957）（2011年）335-365。註は415-420（⇒後註149）。この訳の底本は初出論文を修正して採録した*Mythe et pensée*, or., 1965の第7章。参照：後掲⑤の520-559。アルカイック期につき後註113）、⑤上村くにこ=ディディエ・シッシュ（Didier Chiche）=饗庭千代子訳『ギリシア人の神話と思想：歴史心理学研究』（or., 1965. 国文社・2012年）。〔筆者：現在でも出版社を替えて版を重ねるVernantの神話三部作の原型は、*Mythe et pensée*, 1965；*Mythe et tragédie*, 1972（Vidal-Naquetとの共著。第2巻は1986年）；*Mythe et société*, 1974。前掲①には15頁分の“*PÉFACÉ de la nouvelle édition*”を付した出版25周年の新版*Les origines de la pensée grecque*, nouvelle éd., PUF, 1987がある。但し、著者はVernantに対して批判的である。参照：POL・228〔6・2・2〕；266〔7・6・9〕；358〔3・3・1〕など。〕

109 〔筆者：本文360頁の4分の1強をギリシアに割く点でもユニークな三島淑臣〔1932-2015〕『法思想史〔新版〕』（青林書院・1993年・5以下。初版・1980年）が「ギリシャ思想の背景としてのポリスの内的＝社会空間的特質を的確にとらえていると思われる」として前註108・ヴェルナン①の所説を紹介している（8-16）。それに先立って三島は、「ポリスにおけるギリシャ人の特異な生活様式、なかんずくアゴラ（ポリス中央に設けられた集会や交易のための広場）を空間拠点として展開される市民間の弁論・討論の重視」に着目する文脈で、下村寅太郎〔1902-95〕が「ギリシアにおける＜学としての数学＞の成立に関連して、このアゴラにおける弁論・対話の重視が決定的な意味をもっていたことを指摘」したことは「極めて重要な着眼であった」と述べる。やや長くなるが、その趣旨を引用しよう。

第二に、「政治ではなく政治の基礎を問う、しかしもっぱら政治のない世界を扱うのでもない、のであるから、取られうる方法は、歴史学のそれとはいえ、伝統的なものでもなく、比較的最近のもの……を検討し批判した上に構想されるものでなくてはならない」として、「A. Momiglianoの一連の作品」を最初の手掛かりとします¹¹⁰。第三に、「言語や神話や儀礼

「弁論や対話において相手方の反論を抑えて自分のテーゼを説得的に展開するには、自分のテーゼの拠って立つ根拠ないし理由（ratio）を明らかにし、万人の普遍的に承認せざるをえない根本テーゼ（公理）から論理的に隙間のない形でそれを論証しなければならない。こうした理由づけ（合理化Rationalisierung）の要求こそは、エジプトやその他で単に実用的技術知にすぎなかった数学的知識（幾何と算術）を、ギリシャ人のもとにおいて体系性と論理性を具えた学としての数学の形成にまで押しやった当のものだというわけである。／同じ事情が法思想にも妥当すると思われる」。これに対して、『再建』第1章は、このような概括的な認識をより厳密に段階づける。また、『公法篇』11註6に曰く、「『法思想史』というジャンルはそもそも存在しえない。法を理解するために必要な前提的蓄積はトータルなもので、法理解に役立つ部分だけ文学・歴史学・哲学を切り取るわけにはいきません」。

なお、西田幾多郎門下で数学・科学を中心とする理論哲学から出発した下村のロングセラー『科学史の哲学』（1941年8月。再版・弘文堂・1975年の後、『下村寅太郎著作集1 数理哲学・科学史の哲学』みすず書房・1988年・141-329を経て、加藤尚武の解説を付した『科学史の哲学〈始まりの本〉』みすず書房・2012年）の三 1「ボリスにおける数学の成立——普遍学の理念」のほか、音楽批評家の小沼純一による1988年版への書評として、同『本を弾く 来るべき音楽のための読書ノート』（初出・2017年。東京大学出版会・2019年）131-148を参照。）

- 110 「パリ学派自身構造主義に影響されながらこれをすでに批判するものであったが、POLはMomiglianoやLeporeを踏まえてさらにそれを批判するものである」（IRL²・9・註11。⇒後註149）。イタリア出身のアルナルド・モミッリヤーノ（1908-87）につき『人文』273-302、『歴史』261-277、ナポリにおける恩師エットレ・レーポレ（1924-90。POL・i-ii）につき『人文』273-328を参照。【筆者：Ginzburg（1939-）がイタリアのオンライン雑誌Doppiozero, 27 gennaio 2023に寄せた“Che cosa ho imparato da Arnaldo Momigliano”の邦訳、ギンズブルグ「わたしはアルナルド・モミリアーノから何を学んできたか」を上村忠男『歴史をどう書くか カルロ・ギンズブルグの実験』（みすず書房・2023年）が第三章付録として収載する（66-92）。また、㉒-288註11・『トゥーキュディデースとホッブス』の編集協力者Luca Ioriによる著者のMomiglianoアンソロジー『歴史』を

や宗教に関する研究方法に少なくとも何かを付け加えるのでなければ無意味である」として、「F. de Saussure以降の研究の系譜を吟味しつつそれを批判し、そのことを土台として方法を組み立てる」とします。

3)「政治」という概念について確認しておきましょう（参照：[2]-400註53）。POLの目的は「われわれが最初に政治という営みを始めた時の経緯を追跡すること」（1）であり、DEMのそれは「ギリシャのデモクラシーが一体如何なる基礎の上に成り立っていたのかを明らかにすること」（5）でした。この点について著者が念を押している最近の論考からの些か長めの引用です（前註99・⑤「残骸」・208。参照：前註99・③「裁判官」110以下）。曰く、「私は政治とデモクラシーを二段階に分けて概念する前提を採る。すなわち、まず**政治**というのは、社会組織が権力や権威や取引など様々な不透明な要因を完璧に排除して厳密に議論を戦わせることのみによって決定を行い、同じく一切の強制や誘導抜きに人々がその決定に従う、というシステムのことである¹¹¹。このシステムは個々人が一人ひとり完全に自由でなければ成り立たないし、決定は厳密にその自由を保障する装置（公共の事柄）についてのみなされる。政治は個人の自由のためにある。デモ

めぐるコメントとして、“Arnaldo Momigliano in Giappone”, *Studi Storici Rivista della Fondazione Gramsci*, 64, 2023, 489-505がある（著者のご教示に依る⇒後註149）。]

111 『公法篇』22註23に曰く、「今日『政治』という日本語はこの意味をまったく付与されていませんから、読者は非常な違和感をもって当然です。しかし『政治』が“politics”等々西欧語の訳語であるとするならば、それらの西欧語はわれわれの『デモクラシー』と同じく外来語の外来音表記であり、訳せずに仕方なくラテン語でさえなくギリシャ語を用いたという代物です。そしてたとえばB. Crick, *In defence of Politics*, 2013(or. 1962)（前田康博訳『政治の弁証』（岩波書店・1969年））のようなよく普及した書物においてなお明らかなように、『政治』を本書のような意味で理解するのが圧倒的に正規でした」。

「システム」について曰く、「政治制度の基幹は、議論と決定とその自発的で明快な実現であることになる。制度構築のための工夫も、先に述べた、所与に対する省察と分析に由来するが、工夫は大変体系的となる。政治システムという語を使いうる所以である」（IRL²・11）。

クラシーは、この政治というシステムが発展し、個人の自由一般のための政治的決定をも、それが特定の個人の自由を脅かす場合、覆しうる、という手続が加わり成立する¹¹²。そのチェックを担う（例えば地方自治体の如き）第二次的な政治システムが立つ（対抗的な民会を立ち上げる場合もある）。こちらが前提審査を担って、パスしたもののみが第一次的政治システムによって審議されうる、という形になることもある。／近代においては、このように厳密な政治やデモクラシーは断念され〔る〕」。

これらの概念規定について著者が引証するのが、Vidal-Naquetの紹介の際に登場した古代史家M. I. Finley (1912-86)です。POL・4に曰く、「Finleyの『政治』概念限定は、議論による決定が全体性と単一性を持つ団体を支配するという観念に基づく。……〔その不十分さを〕指摘することは容易であるが、誤った方向に思考を誘導する定義では決してないと思われる」。また、POL・136〔1・7・1〕は、「最も伝統的な考え方は、政治＝ポリスの成立とは何よりも、いかなる権力からいかなる権威からも自由な言語、議論が君臨するようになったということであった、とするものであり、例えばその最新のヴァージョンは……」と述べて、Finleyに続けて、Gernet、

112 補足すれば、「ギリシャ諸都市は、紀元前6世紀後半から一斉にデモクラシーへと社会を変化させていく。デモクラシー下の政治制度の諸ヴァージョンを分類するために政体論が生まれ、『デモクラシー』という語は政体の一類型を指示するために生まれたが、ここでデモクラシーというのは、政体論とは全く別に、社会の或る基本構造のことである」〔IRL²・37以下。この基本構造とは、エリア⑤で取り上げる社会構造という特殊な概念を指す〕。なお、「政治をデモクラシーと同一視する考え方は決して誤りとは言えないが、しかしそのデモクラシー自体の組成、成り立ちに関する思考を粗雑にさせ、結局デモクラシーの概念自体を混乱させてしまうことになりかねない」〔POL・138(1・7・6)〕。

〔筆者：岩田靖夫『アリストテレスの政治思想』（岩波書店・2010年・17）によれば、「国制〔politeia〕とは、ポリスの諸々の支配権力の秩序……のことであるが、とりわけ、最高の支配権力の秩序のことである」とするアリストテレスは、国制を六つの種類に分類し、「〔支配者が支配するとき〕自分自身の利益を目指してなされる、多数者の支配」を民主制（dēmokratia）と呼んだ（参照：アリストテレス『政治学』3, 6, 1278b8以下）。参照：DEM・16-17。〕

Vernant、Vidal-Naquetを挙げています。他方、DEM・6は、「真に承け継ぐべきものは、ギリシャのデモクラシーが自らを生み出したその基礎から大きくずれていったその負の経験である、基礎に潜む困難なディレンマこそが真の『デモクラシーの古典的基礎』である、とさえ言える」と述べて、註〔1・1・2〕でもFinleyを引用します¹¹³。

4) 以上から分かるように、POLとDEMが描く古代ギリシャ世界の歴史

113 著者が引く①Finley, *Democracy Ancient and Modern*, 14は、柴田平三郎訳『民主主義 古代と現代』（初出・1991年。講談社学術文庫・2007年）34以下。この文庫版に「解説」（259-270）を寄せたのは著者です（参照：『公法篇』26註28）。他の作品の邦訳として、②『古代ギリシア人』（rev. ed., 1971, or., 1963. 山形和美訳・法政大学出版局・1989年）、③『オデュッセウスの世界』（rev. ed., 1977, or., 1954. 下田立行訳・岩波文庫・1994年）。③につき『公法篇』21註20に曰く、「社会人類学的事象に満ち満ちた様子が描かれています。1950年代という早い時期に書かれ、現代に至るまで亜流の研究が絶えません。しかしその後の著者自ら認めるとおり、ミュケーナイ時代＝ポリス成立前の『暗黒時代』（Dark Age）を映し出したものと解する点は大きな誤りであり、すべて極端なまでに文芸的加工が施されています。テキストは加工する側の意識を映しています。素材はしばしば実在ではありません。あるいはオリエントから流入したものです」（参照：『人文』19註22；POL・164〔4・0・2・3〕）。

〔筆者：①の仏語訳（*Démocratie antique et démocratie moderne*, tr. par Monique Alexandre, 1976）に《Tradition de la démocratie grecque》という序文を寄せたのは、Vidal-Naquetである。参照：柴田訳・260；前註107・*La démocratie*・363 n14＝*Politics*・122 n14。なお、桜井万里子「フィンリー（モーゼス）、尾形勇＝樺山紘一＝木畑洋一編『20世紀の歴史家たち（4）世界編下』（刀水書房・2001年）301-31がある。また、「暗黒時代」とは、前12世紀から前8世紀に至る時期を指し、「文字の使用が当時は姿を消してしまっていて、分かろうとしても視覚的な史料もテキストもまったく使えないので、古代の歴史家たちによって『よく分からない世紀（les siècles obscurs）』と命名された時期」（前註108・Vernant・Préface・2）であって、創造性の無い不毛な時期という趣旨ではない。暗黒時代に続く時期区分の年代には異説もあるが、アルカイック期は、前7世紀から前480年のペルシャによるギリシャ侵攻まで（参照：前註108・ヴェルナン①・74）。次の古典時代は、ギリシャがペルシャ戦争に勝利した前479年からマケドニア軍に敗北する前338年頃まで（哲学者の没年を挙げれば、前399年にソクラテース、前347年にプラトーン、前322年にアリストテレース）。それに続くのがマケドニアのアレクサンドロス大王〔前356-323〕の死からエジプト女王クレオパトラ7世〔前69-30〕の死までのヘレニズム時代。〕

は、政治の成立からデモクラシーへの移行を経てデモクラシーの変質へと進みます（厳密には、「政治の成立の前提」が起点です）。その場合の史料についてIRL²は、「ギリシャで政治が誕生するとき、ホメーロスの叙事詩とこれに対抗的なヘーシオドスのそれが形成され広く人々に共有された」（9）と述べて、註12で「これらのテキストの中に暗号として、政治ないし自由を生み出したその秘訣が隠されている。全くのフィクションであるのに、否、まさにそのフィクションに秘密を解く鍵がある。これらのテキストは、現在のわれわれにとっての（次のデモクラシーの時代のギリシャで分化する）文学・歴史学・哲学を包含するものであるが、この広い意味の文学（*literature*）が肝要であったことは常に押えておくべき事柄である」と念を押します（参照：DEM・6、『人文』2註2）。

「文・史・哲」のトリアーデの後二者は別のエリアで取り上げるとして¹¹⁴、ここでは文学について。西洋古典学専攻の久保正彰氏によれば、〔アリストテレースは『詩学』において〕「古代ギリシアの叙事詩から合唱抒情詩を経て演劇文学に至る、文芸史的展開を衆人周知の事柄としたうえで、詩人・文人たちの創作活動を通じてとらえられている、人間行動学を論じている」〔著者の表記は叙情詩〕¹¹⁵。POLとDEMの前提もまた、この文芸史上の事柄ですが、他方、著者にあっては「戦線は例えば文学の解釈を巡る古典的な方法と新しい方法の不連続の問題に転位」しており（POL・

114 DEM・59によれば、POLで論証したのは「政治の成立に際しては、それを実現する社会構造を形造るべく或る特殊な思考活動の領分が分化し、痕跡を残す、ということ」であり、この活動を媒介したのがHomerosらの叙事詩である。この領分のその後の変化の相を追跡するDEMは、「Ⅰ <二重分節>」で叙情詩と悲劇を順に取り上げ、「Ⅱ 批判の新しい形態」で歴史学の形成、「Ⅲ 政治的パラダイクマの再構造化」で哲学の形成を論じる。古代ギリシャ文学史についての見通しが必要である所以です。参照：前註99・③「裁判官」・115。

115 久保氏による放送大学の教材『西洋古典学——叙事詩から演劇史へ』（1988年）を改題のうえ復刊した、『西洋古典学入門 叙事詩から演劇詩へ』（ちくま学芸文庫・2018年）の4頁。参照：アリストテレース『詩学』（松本仁助＝岡 道男訳・岩波文庫・1997年。三浦 洋訳・光文社古典新訳文庫・2019年など）。

9（6・3）¹¹⁶、久保氏のいう「人間行動学」と著者のそれとは視点を異にします。したがって、さしあたりの装備としては、古典的な方法に拠る作品の解釈を棚上げして文芸史的展開の大筋を押えることで十分でしょう¹¹⁷。なお、作品の梗概が頭に入っていることは、POLやDEMへの単独行には望ましいのですが、このブログを読むうえでの必須装備ではありません。もちろん、一つでも多くの作品を手を取ることをお勧めします¹¹⁸。

116 たとえば、悲劇の解釈につきDEM・173を参照。ちなみに、西村賀子『書物誕生——あたらしい古典入門 ホメロス『オデュッセイア』——＜戦争＞を後にした英雄の歌』（岩波書店・2012年）は、『『オデュッセイア』は、『人間ならざるもの』との対比によって、『ヒトを人間たらしめているものは何か』という問いを提示する。以下では、ヴィダル＝ナケという研究者の分析を基に、常食とする食べ物、農業、結婚制度、法と集会などの政治制度、客への礼節と神への犠牲などの観点から考える」（166）とする点で異色です。〔筆者：西村が依拠するS. L. Schein, ed., *Reading the Odyssey*, Princeton U. P. 1996所収の論文(33-53)は、前註107・Vidal-Naquet・*Le chasseur*・39-68“Valeurs religieuses et mythiques de la terre et du sacrifice dans l'odysséen”, 1973の英語版を指す。なお、この論文に対する著者の評価につき、POL・239[7・0・3]を参照。〕

117 前註115・久保のほか、高津春繁（1908-73）＝斎藤忍随（1917-86）『ギリシア・ローマ文学案内』（岩波文庫・1963年）が手頃でしょう。より包括的には、高津春繁『古代ギリシア文学史』（岩波全書・1952年。改版・1977年、2008年）がロングセラーです。同書が採用する「年代順による記述」に代えて「ジャンルごと」にギリシア・ローマの境界を越えて系譜を辿るのが、前註100・逸身『ギリシア・ラテン文学』の新機軸です。同書は、久保氏に続く放送大学教材（1996年）に二度の増補改訂を加えたもので巻末に、「詩人辞典」やギリシア語の「韻律」（参照：DEM・81）と「韻律図解」のほか、作品の邦訳書・概説書・研究書の「文献案内」を配していて重宝します。

118 『西洋古典叢書』（京都大学学術出版会。京大版と略すこともある）について。編集委員でギリシア哲学専攻の内山勝利氏による、「およそ1300年間にわたる古代ギリシア・ローマ文化の遺産として、今日まで伝承された全著作を対象として、それらを可能なかぎり邦訳出版しようという遠大かつ無謀とも言うべき事業が開始されたのは、1997年初夏のことだった。以来20年が経過した。この間の刊行点数は130点を超えようとしているところである」という巻頭言で始まる、冊子『西洋古典叢書がわかる リターンズ』（全132頁・2017年・非売品）が掲げる「『西洋古典叢書』刊行予定書目」（75-110）の刊行状況については、出版会のHP(刊行順)のほか、直近では『オデュッセイア』（中務哲郎訳、2022年7月）巻末の既刊リスト（作者順）をご覧ください。なお、名言名句1000余りに原文

『西洋古典叢書』の刊行は奇しくもPOLや『西洋古代史研究入門』と同じ1997年です。その後の研究動向について、『叢書』創刊二十五周年に上梓された『オデュッセイア』の月報155に古代ローマ史専攻の南川高志氏が寄せた「古代ギリシア人、ローマ人の声を聞く」からの引用です。曰く、「古代ギリシア史とローマ史の研究は、この四半世紀の間に発展と同時に大きな変化を遂げた。変化の第一は、古代ギリシアとローマを合わせて『古典古代』と捉える考え方が批判されて、両者を分けて扱う傾向が出てきたことだろう。……／変化の第二は、ギリシア人、ローマ人とはそもそもどういう人々であったのかが、『アイデンティティ』の観点からさかんに検討されたことである。……／第三に、二十世紀後半にP・ブラウンが提唱した『古代末期』の概念に刺激を受けた歴史研究が、二十一世紀に入っですっかり定着し、従来のローマ史の考え方が相対化されたことがあげられる。……／こうした諸変化には賛否の意見があり、今後の議論の中からさらに新しい考え方が提唱されるかもしれない」(6-7)¹¹⁹。

【⑤道具その1：社会構造 (la structure sociale)¹²⁰、あるいは、パラダイクマとヴァージョン対抗の応用編】からの抜粋——1) 社会構造という

を併載した西洋古典叢書編集部編『西洋古典名言名句集』（2023年）は「隙間時間」向きの楽しい読み物です。

119 〔筆者：「変化の第一」を編集方針とする作品が、『岩波講座 世界歴史』の『2 古代西アジアとギリシア～前1世紀』（2023年）と『3 ローマ帝国と西アジア 前3～7世紀』（2021年）である。テーマ設定や紙幅の制約ゆえかも知れないが、POLやDEMへの言及は見当たらない。「変化の第二」につき、後註125を参照。Peter Robert Lamont Brown(1935-)の提唱にかかる「古代末期 (Late Antiquity)」概念につき、南雲泰輔「西洋古代史の時代区分と『古代末期』概念の新展開」思想1149号（2020年1月号）15-35を参照。⇒後註149。〕

120 DEMの索引(915)に曰く、「重要な道具概念は元来フランス語である。……定着した訳語を使った若干の（必ずしもフランス語起源でない）道具概念にも便宜主としてフランス語に変換して見出しを取り、訳語を目立つように併記する」。なお、人物や地名などの表記は、POLやDEMの索引の利用に配慮して原語表記にしたがい、初出時にカタカナ表記を併記する。

言葉は常用語と言えるかもしれませんが、国語辞典による語釈ないし定義は¹²¹、人類学の事典のそれとは異なるようです¹²²。後者によれば、「社会人類学における社会構造の概念を考察する場合、“構造”（structure）をどのようにとらえるか、という問題と深くかかわって」おり、イギリス系の見解に対してLévi-Straussの独自の社会構造概念によって視点の転換がもたらされたとのこと¹²³。曰く、「レヴィ=ストロースによれば、社会構造の概念は、経験的実在にかかわるものではなく、実は経験的実在にもとづいて構成されたモデルにかかわるものであるという。かれは、『社会構造』と『社会関係』とは概念上のレベルを異にするものであると考える。つまり、社会関係はモデル操作を行うための素材である。こうしてつくられたモデルによって、つぎには社会構造を解説してゆくという手続きになる。

121 『日本国語大辞典』第十巻（小学館・1974年）137では、「社会の諸機能を有機的に分担する機関や組織の配置の体制。生理学や解剖学の分野における構造概念を社会有機体に適用したもの」。『広辞苑』第7版（岩波書店・2018年）1349では、「社会を構成している諸要素の間に成り立つ、比較的安定的で恒常的な関係、ないしはその型」。なお、両者ともに後述の「社会関係」を見出し語としない点に留意してください。

122 石川栄吉ほか編『文化人類学事典』（弘文堂・1987年）の「社会構造」の項（村武精一、338-340）。

123 レヴィ=ストロース「民族学における構造の概念」（1952年の英語版に加筆した仏訳版・1958年。前註104・『構造人類学』（川田順造訳）301-355。〔筆者：イーグルトン〔Terry Eagleton：1943-〕の*Literary Theory An Introduction*（or., 1983）の刊行25周年記念版を底本とする『文学とは何か 現代批評理論への招待』（大橋洋一訳・岩波文庫・2014年。上、下）によれば、同書は「英米では読者層は高校生にも浸透している」（下・254）ベストセラーですが、曰く、「構造主義には、……ひとつの顕著な原則が含まれている。それは、いかなるシステムであれその個々の構成単位〔the individual units〕は、他の構成単位との関係のなかではじめて意味をもつという考え方だ。……いまかりに、その詩のなかに、太陽に関するイメージや、月に関するイメージがふくまれているとしよう。……あなたが真の構造主義者の資格証明を入手しようと思うなら、それぞれのイメージの意味は、もうひとつのイメージとの関係のなかでのみ成立することを証明しなければならないのだ。イメージに『実体的な〔substantial〕』意味はない、あるのは、『関係的な』意味だけだ、と」（上・226-227、原文・82。）

したがって、社会関係の網の目総体＝社会構造という図式にひきこまれるということはありません」とみる」(339)。著者の場合も、「われわれが政治を支える社会構造の分析のために提案した……その社会構造の概念は極めて特殊である」(DEM・59)。著者の作品群を理解するうえで前提となるこの概念について曰く、「パラダイクマが対立する複数のヴァージョンを持つとき、その対立する複数のヴァージョン相互の対立を発生させるものが存在していると仮定して、それを**社会構造**と呼ぶ」(POL・52。参照：[2]-401註54)。「社会構造は何か世界に内在している実体であるのではない」(POL・53)。この概念の理解は、エリア③で取り上げた「パラダイクマとヴァージョン対抗」の応用編という位置付けになりましょう。

2)「社会構造は個々のパラダイクマに関わるのではなく、ヴァージョン対抗に関わる」(POL・52。DEM・231)。たとえば、鳥の飛来から将来の出来事の吉凶を占う鳥占いのパラダイクマでは¹²⁴〔⇒後註149〕、『オデュッセイアー』2-180以下¹²⁵に言うように、「陽の光の下、飛び交う鳥は多いが、

124 鳥占いにHesiodos(ヘシオドス：前750頃-前680頃)も言及する。引用は中務哲郎訳『ヘシオドス 全作品』(西洋古典叢書・2013年)に拠り、『仕事と日』(西洋古典学での表記はErga)を「仕事」と略記し行数を付して松平千秋訳・岩波文庫・1986年の頁を併記し、また、『神統記』(Thog.)を「神統」と略記し行数を付して廣川洋一訳・岩波文庫・1984年の頁を併記する。「仕事」・765以下は「日の吉凶」を挙げたのち、826以下の「これらをことごとく弁えて、神々に対して落ち度なく、鳥の前兆を判断し、人の道を踏み越えることなく仕事に励む者は、神と共にある幸せ者だ」で終わる(208=105)。なお、岩波文庫版『仕事と日』107以下に付された「ホメロスとヘシオドスの歌競べ」が想起させるHomerosとHesiodosの時代的關係については、「ホメロスの『イリアス』が前八世紀後半の早い時期に、ホメロスまたは彼と同じ詩作の伝統に属する詩人による『オデュッセイア』は数十年遅れて、そしてヘシオドスの『神統記』は前七三〇年頃に、『仕事と日』は前七〇〇年頃に成立した、と見るのが近年の多数説ではないか」とのこと(中務哲郎訳『ホメロス外典／叙事詩逸文集』西洋古典叢書・2020年・349。参照：POL・223(6・0・1)；237)。また、鳥占いのような“divination inductive”と神託のような“divination intuitive”との区別につき、POL・153(3・3・2)を参照。

125 『オデュッセイアー(Odyssēia。オデュッセウス〔Odysseus〕の歌)』からの(龍法 '24) 56-4, 544 (1252)

全てが前兆となるわけではない」（39. 上・43）。では、どの鳥に注目するのか。『イーリアス』24-281以下¹²⁶でTroia（トロイアー）の老王Priamos（プリアモス）は、王子Hektor（ヘクトール）の亡骸の返還をAchilleus（アキレウス）に懇請すべくArgos（アルゴス）勢¹²⁷の船に赴くに際して、無事な帰還を神に祈るように勧める王妃Hekabe（ヘカベ）に应えてZeus（ゼウス）に次のように呼びかけます。曰く、「鳥の中では一番お気に入り、またその力最も強いあの速いお使い鳥をお遣わし下さるよう、それも右手の方角に」（下・393）。Zeusのお気に入りの鳥を確認すれば、㊦・2-129以下では、Odysseusの留守に乗じて妻Penelopeia（ペーネロペイア）に求婚し饗応させてその財産を食物にする連中への報復を彼の息子Telemachos（テーレマコス）がZeusに訴えかけたところ¹²⁸、「遠雷響かせゼウスが、彼のために山嶺^{さんてん}の高みより二羽の鷲を飛び立たせた」（37）。

引用は、㊦と略記して巻数と行数を示し、中務哲郎訳（西洋古典叢書・2022年）の頁に、松平千秋訳（上、下。岩波文庫・1994年）の巻と頁を併記する。

〔筆者：㊦-290註15・『歴史を問う』・250が「近年の水準を代表する問題作」として推す『ヘーロドトスの鏡——他者の表象について』（1980年）の作者François Hartog[1946-]が「ギリシア人が他者をどう見るか、そして、他者がギリシア人をどう見るか」という問いについてOdysseusを起点にして追跡した作品（*Mémoire d'Ulysse Récits sur la frontière en Grèce ancienne*, 1996）の邦訳として、アルトウ『オデュッセウスの記憶：古代ギリシアの境界をめぐる物語』（葛西康德＝松本英実訳・東海大学出版部・2017年（註番号に錯簡あり）。新装版・2021年）がある。『再建』21にいうハルトウに対する評価を参照。〕

126 『イーリアス（Iliados. トロイアーの別名イーリオスの歌）』からの引用は、㊦と略記して巻数と行数を示し、松平千秋訳（上、下。岩波文庫・1992年）の巻と頁を付記する。

127 ポリスの成立に先行するHomerosの世界でのギリシャの中心地は、Athenai（アテーナイ）ではなくArgos（アルゴス）地方であり、そこの覇権を握っていたのがAchaioi（アカイオイ、アカイア人）というギリシャ民族の一分派であり、その領袖がAgamemnon（アガ멤ヌーン）である。OdysseusはIthake島（イタカ）の王。

128 Odysseusの留守中のIthakeの状況の「読み方」につき、POL・239以下と併せて後註133を参照。

上・42)。「二羽の鷺」についてみれば、三大悲劇作家¹²⁹の一人Aischylosの『アガメムノーン』(前458年上演)の序盤で、Argos勢のTroiaへの出立に際して鳥族の王者たる黒鷺と白鷺が出現します。その光景の訳文は、岩波文庫版では「槍をもつ腕の方に、姿をあらわし」です¹³⁰。すでに言及された方向については、㊦・15-160以下でも、父の消息を求めるTelemachos一行の旅立ちの光景で飛んできた鳥は鷺鳥を摺んだ鷺であり、「彼らの近くまで来ると、馬の前を右手へ颯と飛び去った。一同これを見て喜び、皆人の胸の内で心が温かくなった」(435。下・70)。

3)「鷺が出現して右方向に飛んでいった」(P)という鳥占いのパラダイクマは、「鷺が出現して」(P1)と「右方向に飛んでいった」(P2)とにsyntagmatiqueに分節できます(参照：㊦-416以下)。P1は、出現する鳥を「対抗の軸」、その種類を「意味の軸」、「鷺かその他の鳥か」を「対抗の要素」とするヴァージョン対抗を、「鳩ではなく鷺」という形でparadigmatiqueに分節したものです(参照：㊦-414以下)。また、P2は、飛来する方向を「対抗の軸」、その具体的な方向を「意味の軸」、「左か右か」を「対抗の要素」とするヴァージョン対抗を、「左ではなく右に」という形でparadigmatiqueに分節したものです。前述の著者による定義からすれば、

129 三大悲劇作家の完全な形で現存する33作品の内訳は、Aeschylus(アイスキュロス：525/4(?)・456/5B.C.)の7点、Sophokles(ソフォクレス：497/6-406/405B.C.)の7点、Euripides(エウリーピデース：485/4または480-407/6B.C.)の19点(うち1点はサテュロス劇)である。その全訳を、ちくま文庫版『ギリシア悲劇』I-IV(1985-1986年。以下、『ちくま版悲劇』)と岩波版『ギリシア悲劇全集』のうち1～9(1990～1992年。以下、『悲劇全集』)がそれぞれ提供する。なお、ギリシア悲劇全般につき、中村善也『ギリシア悲劇入門』(岩波新書・1974年。同時代ライブラリー・1994年)のほか、『悲劇全集』別巻(1992年)を参照。

130 『悲劇全集』1の訳(1990年)に手を加えた久保正彰訳(岩波文庫・1998年)19(=『悲劇全集』1・11)。訳者は「右手に現れた兆しは吉とされた」という註を付しています(19の註(4)⇒139)、また、『ちくま版悲劇』Iでは「槍を執る、右手の方」です(呉茂一(1897-1977)訳・124)。

このヴァージョン対抗を発生させるものが著者のいう社会構造です。

前項で引用した箇所はいずれも、鳥占いという出来事の脳内イメージ（＝パラダイクマ。参照：[2]-409）を、どの鳥がどちらの方向に出現するのかという分節をはっきりさせる形で自然言語によって記述したものです。しかし、この言語は、分節を発生させるもの（＝社会構造）を記述してはいません（参照：POL・52）。つまり、このような鳥占いが「当該社会内部で行われたとしても、それをそのまま鵜呑みにするだけでその社会を記述したことになるとはいえない。かくして、現に作用している様々な対抗ヴァージョンの存在を確認した後、その対抗関係を説明する別の次元のパラダイクマをこちらで構成する、以外にない。既に述べたようにこれが社会構造である」（POL・87。同・53にいう「言い換えねばならない」につき、[1]-312を参照）。下線を付した「説明」について著者曰く、「ここで説明とは、或るパラダイクマを見て別のパラダイクマを導くことである。社会構造を分析するということは、様々な説明のうち、素材とするパラダイクマとの間にsyntagmatiqueなパラダイクマの分節関係にもparadigmatiqueなパラダイクマの分節関係にも立たず、パラダイクマのヴァージョン散乱との間にparadigmatiqueな関係に立つ、パラダイクマを導くことを意味する」（POL・52）¹³¹。以下では、前述のP1（鷺の出現）並びにP2（飛来の方

131 〔筆者：Eagletonが自著*How to read a poem*, Blackwell 2007に付した用語解説から、「範例的」と「連辞的」の例解を引用する（川本皓嗣訳『詩をどう読むか』岩波書店・2011年。〔 〕内も原著。英語の例文の和訳部分を省略。参照：前註123、[2]-406）。「範例的（paradigmatic）記号論で、ある文学テキストを構成するそれぞれの単位が、じかにそれと隣接する単位とのあいだではなく、それらが構成する総体とのあいだでもつ関係。〔ある文のなかの語が、文のその位置で選ばれなかった他のすべての語とのあいだに持つ関係をいう。たとえばI saw him yesterdayという文では、yetsterdayと、a moment ago、tody、last month、two years agoなど、その箇所ので使えそうなすべての語とのあいだの関係。またsawについては、called、invited、quarreled withなどとの関係、himならば、her、John、a rainbowなどとの関係。〕」（443）。「連辞的（syntagmatic）記号論で、人文テキスト中のある単位と、そのすぐ前後の単位とのあいだの関

から成る全体パラダイクマP（参照：[2]-417）を「素材とするパラダイクマ」にして、著者のいう「説明」を例解してみましょう（以下、明朝斜体字は特段の指示のないかぎりPOL・52からの引用）。

4) P1（鷲の出現）について。たとえば、Euripidesの『アウリスのイーピゲネイア（前405年上演?『悲劇全集』9（高橋通男訳・1992年）183。参照：DEM・389）では、祭壇を浄める儀式というパラダイクマについて、これを行うべき者（Iphigeneia（イーピゲネイア）の父Agamenmon）を「対抗の軸」にして、祭壇を回る方向に関して「左廻り/右廻り」というヴァージョン対抗が登場し、「祭壇を右の方へと回る」と訳されています¹³²。前述のように、素材たるパラダイクマ「鷲が出現して右方向に飛んでいった」（P）を、「鷲が出現して」（P1）と「右方向に飛んでいった」（P2）とに区切って観念することは、syntagmatiqueな分節です。祭壇を浄める儀式というパラダイクマでは、P1の「鷲が」を「祭壇を浄める者が」に、P2の「右方向に飛んでいった」を「右に回る」に差し替えたことになります。この種の差し替えによって素材たるパラダイクマに類似したパラダイクマを挙げても、それは、「素材とするパラダイクマとの間にsyntagmatiqueなパラダイクマの分節関係」に立つパラダイクマを追加するにすぎず、著者のいう「説明」たりえないのです。また、「鷲ではなく鳩が出現して右方向に飛んでいった」というパラダイクマを挙げても、「素材と

係（たとえば、統語的（構文的）連鎖に見られるように）。[I saw himでは、Iという主語と、sawという他動詞と、himという直接目的語との間の関係。]」（444。）]

132 『ちくま版悲劇』IV（呉訳・1965年初出）597では、「祭壇を右のほうにお廻りを」。また、[団・17-541では、<Odysseusの帰国の暁には彼が求婚者たちの暴虐に復讐するであろう>とPenelopeiaが言ったとき、「テレマコスが大きな嘍をして、館中に恐ろしいほど響きわたった。ペネロペイアは頬笑んで、直ちに（Odysseus家の豚飼の）エウマイオスに翼ある言葉で話しかけた」（519。下・145）。京大版の訳注によれば、「嘍を神の寄越す吉兆とする例は古典に多い。但し、左側で嘍があると凶兆とすることもある」（註（31）。下・336も同旨）。

するパラダイクマとの間に*paradigmatique*なパラダイクマの分節関係」に立つパラダイクマを追加するにすぎません。そこで、「パラダイクマのヴァージョン散乱との間に*paradigmatique*な関係に立つパラダイクマ」を導く必要があります。P1では、＜有象無象の神々ではなくZeusが寄越す、様々な鳥でなく驚こそを尊重する＞というパラダイクマを想定し、＜最強のものを畏怖し敬う＞という社会構造を仮定することができましょうか。その場合、「対抗の要素」となる集合は「神々」と「鳥の種類」ですから、「全く異なる対抗ヴァージョンの束が同一の社会構造によって説明されうることがある」（POL・53）。

5) P2（飛来の方向）について。前項で挙げた参拝での「祭壇を右の方へと回る」というパラダイクマは「素材とするパラダイクマとの間に*syntagmatique*なパラダイクマの分節関係」に立っていますから、これを挙げても「説明」にはなりません。また、㊦・20-240以下では、求婚者たちがTelemachosを亡き者にしようと画策していたところ¹³³、「その者らの左手に一羽の鳥が飛来した。高空を翔る驚で、臆病者の野鳩を掴んでいた」ので、彼らの一人が「友らよ、テレマコス殺害という我らの謀は首尾よく行かぬだろう」と言います（598。下・218）。ここでは、「右方向に飛んでいった」について「左方向に飛んでいった」という対抗ヴァージョンが観念されており、*paradigmatique*な分節がなされています。こうして、「右に出現した場合は吉兆である」、「左に出現した場合は凶兆である」というヴァージョン対抗を導くことができます。しかし、このように「素材とするパラダイクマとの間に*paradigmatique*なパラダイクマの分節関係」に立つパラダイクマを導いても、著者のいう「説明」たりえません。右と左

133 前註116・西村『オデュッセイア』・4に曰く、「求婚者たちはテレマコスの生命を狙っていた……。なぜか。彼らの真の目的は、結婚によってイタカ王の領地・財産・権力を得ることだったからである。（Odysseusというイタカの）王の死が確実ならば、その正統な継承者であるテレマコスは求婚者たちにとっては邪魔だったのである」。

を裏返しにしたところで、〈なぜ、右が吉兆で、左が凶兆なのか〉を「説明」する手掛かりがないからでしょう。川の上流から見た「左岸」は下流から見れば「右岸」ですから、「右か左か」の区別は絶対的ではありません。「向かって右、左」という表現がある所以です。

「説明」の手掛かりを提供してくれるのが、㊦・12-195以下です。Argos 勢の防壁を破って濠を渡ろうと気負っていたTroia軍を左手に見ながら一羽の鷺が横切ったのを捉えて撤退を進言するTroia兵に対して、指揮を執るHektorは、「そなたは羽長の鳥に従えというが、鳥の如きが右手の曙と陽に向かって飛ぼうが、左手の暗々たる闇の方へ向かおうが、わたしは気にもせず顧みもせぬ」と言い放って自ら先頭にたちます（上・382）。訳者は下線部に註記して曰く、「観察者が北面していることは、これで判る」（上・432）。あるいは、前掲の㊦・2-129以下についての京大版・37註（17）に曰く、「観察者は北を向き、右側を吉兆とした」。北面する観察者にとっての「左から右へ」は、^ト（東、^ナ南、^{シャー}西、^{ペー}北の時計回りの十文字から分かるように）「西から東へ」です。こうして、素材たるP2についてsyntagmatiqueな分節関係やparadigmatiqueな分節関係に立つさまざまなパラダイクマに対して、「右か左かではなくて、西から東へ」という「paradigmatiqueな関係に立つ、パラダイクマを導く」こととなります¹³⁴。

6) では、なぜ「西から東へ」を以て吉兆とするのでしょうか。㊦・24-12以下への訳注によれば、「^{ヘリオス}太陽は東から西へと空を渡り、西の果てで^{オケアノス}門を潜って沈むと、夜の間に大洋の流れに乗って、または地下を通して東の果てに戻る」（685註（3）。下・299への同旨の訳注につき同・347。参照：DEM・89）。また、別のテキストの訳注に曰く¹³⁵、「太陽を万象を見

134 なお、POL・52末尾にいう「パラダイクマのヴァージョン散乱」とは、以上のような様々なパラダイクマ、つまり、「ヴァージョンの対抗関係全体」（POL・65。参照：㊦-411、POL・135；139）を指すのでしょうか。

135 省掛良彦訳『ホメロスの諸神讃歌』（ちくま学芸文庫・2004年）60。このテキストは、Homeros作として伝承されてはいるが実際の作者は不詳の全33篇の

守る存在とする考え方は、原始民族や民間説話に多く見られるところであるが、……万象を見守るところから、太陽はまた正しき道の守り手としての倫理的な役割をも担うこととなった」。したがって、太陽についての観念が背後にあるのかも知れません。太陽の神 (Aelios, Helios) について言えば¹³⁶、「誓いを立てるときや、宣告の際などに、『万物をみそなわす』太陽を証人として呼ぶことは、ホメロス……以来、常例とされているが、特に崇拜の対象になっていたわけではない」¹³⁷。

もっとも、動く方向が同じであっても、動く主体は、鳥占いでは北面する観察者から見た鳥であり、『アウリスのイーピゲネイア』での「祭壇の廻り方」では神域の神（アルテミス=Artemis）に向き合った参拝者です¹³⁸。ひょっとすると、動かす力の源が、鳥占いでは最高の神Zeusであり、

叙事詩体の讃歌を収める（参照：前註100・逸身『文学』・172）。

136 呉 茂一『ギリシア神話』（新装版・新潮社・1994年。1969年版を底本とする1974年の新潮文庫版（上、下）に水谷智洋氏が全面的校訂を施した版）によれば、「ギリシアでは太陽神は、エジプトその他東洋諸国と違って、直接に信仰の対象とされることは稀であった。ただロドス島（と古くはコリントス）だけは例外で、ここには世界の七不思議の一という巨大な太陽神像が、港口に置かれているので有名なように、太陽崇拜が行われていた。もっともローマ帝政時代に入ると、東洋からその風が（ことにミトラの崇拜につれて）もたらされ一般的に流行したようである。太陽神を光明神アポローンと同一視しようという試みは、前五世紀以降ことに後代の文学者によってしばしば行われたが、昔は一般的ではなかった」（45）。なお、Rhodos島がAeliosの特権的な領分であった点につき、DEM・148の伝承を参照。

137 前註136・呉『神話』・45。㊦・3-275以下では、Troia勢とAchaioi勢の一同が見守るなかで休戦協定のための儀式に臨んだAchaioi勢の総大将Agamemnonが両手を上に差し伸べて、「……神威ならびなき父ゼウスよ、またあらゆるものをみそなわし、あらゆるものを聞き召す陽の神、……願わくは今ここにわれらの証人となり、われらの誓約を見守り給え」と声高らかに祈ります（上・100）。

138 『悲劇全集』9-183・註1にいう「右回りとは西から東へ、の意味で吉兆の方向」とは、<神域の女神アルテミス (Arthemis) に向かって>という趣旨でしょうか。なお、前註136・呉『神話』・183によれば、Zeusの娘たるArthemisの「由来は遠くミュケーナイ時代を遡り、クレーター島のミーノーア文化の信仰に淵源すると考えられる。この山野の女神は、一方では獅子を引きつれて山野をわ

参拝では太陽神あるいはアルテミスであって、背後にある力に違いがあるのかもしれませんが。そうだとすれば、「全く同一のパラダイクマの異なる対抗の仕方が全く別の社会構造に関わることもある。つまり同一のパラダイクマが別の社会構造に関わることがある」(POL・53)ということでしょうか。

ともあれ、鳥占いのパラダイクマと神殿の参拝のパラダイクマには、敬神という共通性があると言えましょう¹³⁹。そうだとすれば、＜前述の様々

たる小アジアの大女神、大母神マグナ・マーテルとなり、一方では古典期ギリシアの処女神アルテミスとなったものであろう。そして彼女の非ギリシア的な性格は、処女神といわれながら、同時に安産の守護神、産褥の守り神として現われるところにも見られる」(183。参照：『アウリスのイーピゲネイア』1570行、『悲劇全集』9・189；『ちくま版悲劇』Ⅳ・601)。

ちなみに、「ギリシア神話の世界は端的にいうと、〔Zeusを父とする〕男性中心の家父長制社会である。しかし人類の歴史をもっと古くまでさかのぼると、女神たちが崇拜の首座を占めていた時期のほうがはるかに長い。旧石器時代にはすでに女性神が信仰対象となっていたことを示す痕跡も残されている。動物飼育と植物栽培が開始されて、多産や豊饒をつかさどる女神に祈りが捧げられた。この女神を現代の研究者はGreat Motherと呼んでいる。これは大地母神とも大母神とも訳されるが、本書では大女神と呼ぶことにする」(西村賀子『ギリシア神話』中公新書・2005年・56)。

- 139 ㊦・6-120以下、㊦・9-175以下、㊦・13-201以下に共通する一文「乱暴で野蛮な礼儀知らずであろうか、それとも客人を大事にし、神を畏れる心を持つ人々であろうか」(170、248、380。上・158、226；下・20)。下線部につき、前註116・西村『オデュッセイア』・171に曰く、「この言葉は、主客の儀と敬神の精神が不即不離の関係にあることを示している」。また、Homerosから三世紀以上も下った前401年にSophoklesの遺作として孫が上演した『コロノスのオイディプース王』(参照：DEM・315以下)では、盲人となり娘のAntigone(アンティゴネー)に手を引かれて放浪してAthenai郊外のKolonos(コロノス)の神域に至ったものの不浄を理由に追い立てられそうになったOidipous(オイディプース)が、土地の老人たちに訴えかけます。曰く、「神々を敬いながら、実際は神々をなおざりにするようなことはしないでくれ。そして、神々は敬神の人を見そなわし、また、不敬の者にも目を向けていると、しかも、潰神の輩は、決して遁れ得ないと思ってもらいたい。神々のご加護を得ながら、不敬なおこないに身をゆだね、幸多いアテーナイの名声を曇らせてはならぬ」(『悲劇全集』3(引地正俊訳・1990年)126。『ちくま版悲劇』Ⅱ(高津春繁訳・1964年初出)469、

なパラダイクマを起点として導かれる（ないし媒介される）社会は、敬神という観念を有する社会である>という仮説が成り立ちそうです。つまり、「複数の社会構造が共存して互いに関係を持つことがありうる。複数の社会構造とそれら相互の関係を同時に説明する『社会的現実』をも社会構造と呼ぶ。二つの意味の社会構造を特に区別する必要があるときには前者を特に屈折体〔réfracteur〕と呼ぶ」（POL・53）¹⁴⁰。なお、「社会的現実」にしても「説明する」側による命名ですから、「社会構造は何か世界に内在している実体であるのではない」という一線は、二つの意味の社会構造を貫いていると言えましょうか。

7) 屈折体をイメージするための最も身近な比喻は、屈折という作用からすればプリズムや分光器でしょう。しかし、屈折体と社会的現実との繋がりに着目すれば、団扇の比喻がお勧めです。それも、竹や木の節^{ふし}までを柄^え（持ち手）にしてその先を均等に割いて扇状に広げた骨に紙を張るタイプではなく、糊を塗った紙の上に50本から100本に割った竹の骨を放射状に並べたものの上に絵などをあしらった紙を張った本体に、別途作成した柄を差込む京団扇です。京団扇は、オモテとウラの紙〔①〕と骨〔②〕という本体とそれに見合う柄〔③〕から成る工芸品です。柄の意匠〔③〕を「社会的現実」に、本体の骨の形状〔②〕を「屈折体」に擬えましょう。ただ、オモテとウラの紙が骨の全体を蔽っていて骨の形状は外部から見えないという設定です（しかも、場合によっては柄も外部から見えない）。オモテとウラ〔①〕から得られる情報を手掛かりにして¹⁴¹、その下に潜む屈折体

岩波文庫版（高津春繁訳・1973年）23-24）。

140 1) で引用したLévi-Straussの用語でいう<「モデル」から「社会構造」へ>は、著者では<「屈折体」から「社会的現実」へ>という位置づけになりましょうか。

141 オモテとウラのそれぞれにどのような情報源を指定するかは、歴史学の方法を左右する大問題のようです。ここでは、Momiglianoの論文「ギリシャ・ローマ史学とアンティークリアニズム」の冒頭の一節を引用するととどめます（『歴史』74以下）。すなわち、「近代の歴史学研究の方法は挙げて、一次的典拠と派生的典拠の区別に基づいている。一次的典拠というのは、目撃証言か、対象の

〔②〕を探索しそれらをもとに「社会的現実」〔③〕を説明するというイメージです¹⁴²。②を経由せずに①から上滑りに③を導くとすれば、それは、先に引用したLévi-Straussの用語で言う、「モデル」を経由せずに社会関係のレベルで「社会構造」を捉えることになりましょう¹⁴³。

ともあれ、団扇の柄を手持てば柄が本体を支えますが、逆転させて本

出来事と同時に作成された文書または他の物的残存のことである。派生的典拠というのは、直接感知はしないが、一次的典拠から直接間接に聴き取ったり推論したりした、そういう出来事について述べたり論じたりした歴史家や年代記作者のことである。……一次的典拠と非同時代的歴史家のこの区別が歴史研究の共有財産になったのはようやく17世紀末のことである。区別自体はそれ以前から存在した。しかし如何なる程度においても正確には定式化されていなかったし、歴史研究の必須の前提条件であるとも考えられてはいなかった」。

- 142 前註108・Vernant⑤の副題にいう「歴史心理学 (psychologie historique)」の提唱者たるイグナス・メイエルソン (Ignace Meyerson : 1888-1983) については「訳者あとがき」576以下に譲り、その「序」からの引用です。歴史心理学は、「研究対象を神話や儀礼、図像などの宗教的なことから、哲学、科学、芸術、社会体制へと広げ、さらに経済面、技術面の出来事まで広げるが、私たちは一貫して、それが人間の創り出した作品であり、人間の心的な組織的活動の表現である」と考える。そこから古代ギリシア人とはどんな人間だったのかを探索するわけだが、その際社会的文化的な構造から人間を切り離して考えることはけっしてない。構造を創り出したのも人間であるし、またそこから生まれたのも人間だからである」(13)。
- 143 「」付きの社会構造について。「政治といわゆる『社会構造』を媒介する第三の媒介項、この論考で定義された社会構造、が道具概念として必要ではないか」(POL・136。参照：同・313(0・1))という著者の問いかけにいう「政治」が③(社会的現実)に、「第三の媒介項」が②(屈折体)に対応するといえましょうか。「第三の媒介項」とは、媒介項が三つあるのではなく、＜第一項と第二項とを媒介する三番目の項＞という趣旨でしょう。現実のパラダイクマ(①)⇒屈折体としての社会構造(②)⇒社会的現実としての社会構造(③)という媒介関係です。Lévi-Straussより前の社会構造理解では①に対応するものを社会構造と直結していたため、著者はそれを括弧付きで「いわゆる『社会構造』」と呼ぶのでしょうか。但し、POL58(6・Exc・1・3)にいう「この論考の『社会構造』概念」は、同じく括弧付きであっても、著者固有の意味でのそれを指すようです。以上の三項を③⇒②⇒①へと辿るのが、「＜二重分節＞の社会構造を媒介する屈折体の核となるパラダイクマを直接韻文で指示する」(DEM・749)という一文でしようか。

体を指先で挟めば本体が柄を支えます。この相互に支え合う関係が、屈折体としての社会構造と「社会的現実」としての社会構造との間でも成り立つというイメージです。最後に、二つの意味の社会構造に関わる文章を引用しておきましょう。たとえば、「ここにも……同じ社会構造が作用し、同じヴァージョン対抗の屈折体が作用している」（DEM・578〔3・8・3・6〕）。あるいは、「祭祀はこうした面から、……社会構造の屈折体形成に関わる」（DEM・746）。あるいは、「Sophoklesは、……デモクラシーの社会構造の言わば最深处で要の役割を果たす或る屈折体を驚くべき明晰さと純粋さで提示することに成功した」（DEM・253）。なお、「デモクラシーを支える屈折体」という表現は二つの意味の社会構造を示唆します（DEM・276；350；377など）。さらに、「＜二重分節＞は、パラダイクマの対抗ヴァージョン間の対抗の一定の態様、つまり屈折体ないしその複合体たる社会構造、の或るものを説明するための道具概念である」（DEM・880。参照：DEM・746；749）。なお、「偏光体」（POL・99）については、屈折体との関係も含めて別のエリアに譲ります。

8）さて、「屈折体の概念は以下のような問題を考察するときにも有益である」とするPOL・53〔6・5・1〕におけるSaussure『一般言語学講義』からの三つの引用について（『講義』の引用法につき、[2]403註15を参照）。フランス語の例文は棚上げして、句読点を間違えて読む「ぎなた読み」という言葉遊びにヒントを得て¹⁴⁴、引用の脈絡を追跡してみましょう。

第1の引用〔④〕の典拠は、『講義』の「第2部 共時言語学」の「第2章 ラングの具体的な実体」です。曰く、「ラングの本質は、ラングの資料

144 『日本国語大辞典』第五巻（1973年）649の語釈では、「（『弁慶が、なぎなたを持って』と区切るべきところを『弁慶がな、なぎなたを持って』と区切りを付けて読んだという昔話から）文の区切りを間違えて読むこと」。和装が健在であった頃の例文は、「ここではきものをぬいでください」という注意書き。「ここで履き物を脱いで下さい」vs「ここでは着物を脱いで下さい」。しかし、聴覚映像に着目するSaussureにあっては、読み方ではなく聴き取り方の問題です。

だと見なされるパロールの中に位置し〔参照：①-317の【コメントB】〕、概念の連鎖（a）と聴覚映像（b）という平行的な2つの連鎖によって表されるということにある。／ラングにおける境界を正確に設定（une délimitation correcte）しようとする、聴覚の連鎖（ $\alpha, \beta, \gamma \dots$ ）において確定される区分が、概念の連鎖（ α', β', γ' ）における区分に対応していることが必要である」（『講義』147以下=146。概念と聴覚映像につき、②-423を参照）。たとえば、自動車の車内で待つという脳内のパラダイクマ「車で待とう」を空気振動として音声にすると、[ku] [ru] [ma] [de] [ma] [to] [u] となります（表記法につき、②-404を参照）。この聴覚映像の連鎖の区切り方（境界設定）として、①：[ku] [ru] [ma]／[de]／[ma] [to] [u]（車で待とう）も、②：[ku] [ru]／[ma] [de]／[ma] [to] [u]（来るまで待とう）も、ありえます。しかし、③：[ku]／[ru] [ma]／[de] [ma]／[to] [u] は、呪文ならばともかく常識的には無理です。その識別基準として、Saussureの用語で言えば、＜スラッシュで区切られた聴覚映像（signifiant）と概念（signifié）が対応していること＞を挙げることはできます。前記④は「各々の“la délimitation”の困難さ」（POL・54。以下、著者からの引用典拠はすべて54頁）を指摘するものです。第2の引用〔㊦〕の出典は、続く「第3章 同一性、実在、価値」です。曰く、「1つの単語が相当に異なった観念を表すことができても、その同一性が大きく損なわれることはない（例えば、《adopter une mode》＜流行を取り入れる＞と《adopter un enfant》＜子供を養子にする＞、《la fleur du pommier》＜リンゴの花＞と《la fleur de la noblesse》＜高貴の精髓＞など）のと同じである。それにも拘わらず、これらが同一だという意識がなくなることはない」（『講義』153=151）。斜体字の語について同一性を語りうるのであれば、この区切りによるadopterやfleurという単位の切り出しは成り立ちます。たとえば、④：[ku] [ru] [ma]／[de]／[ma] [to] [u] についても、聴覚映像が①と共通ですから、「車内で」という意味での

[ku] [ru] [ma] との同一性を観念できそうです。しかし、④でいう [ku] [ru] [ma] が「車トラジロー」という屋号の飲食店だとすれば、同一性は成り立ちません。つまり、区切り方について、「そもそも語は全くメルクマールにならない」。「[Saussureは単位の同一性が] 相対的關係的にしか決まらないということを指摘する」¹⁴⁵。第3の引用〔㊦〕の典拠は、続く「第4章 言語的価値」です。曰く、「音はそれだけで、前もって境界を決められた実体なのだろうか。思考と同じように、そんなことはない。音的な質料も、思考と変わりなく、不変でも固定的でもない。音が鑄型のようなもので、思考が必然的にそれに合わせて形をとるようになっているのではなく、音は柔軟な物質で、区別された部分に自分の方から分かれて、思考が必要とするシニフィアンを提供するのである」（『講義』158=155）。

著者は引用していませんが、㊦に続く段落によれば、㊥「思考と音の結合体が、単位の境界を相互に確定することに必然的に繋がる……。／ラングは、……分節〔articulations〕により構成される領域だと呼ぶことができる。すなわち、ラングの項目はそれぞれ小さな器官、言い換えれば『結節』〔*articulus*〕であり、そこでは、観念が音へと固定されて、音が観念の記号となる」（『講義』159=156。 *articulus*につき、[2]-405註58を参照）。㊥を著者が「（ちなみにこの脈絡で、[Saussureは] “*articulus*” から採って “*articulation*” という語を用いる、と述べている）」という一行の要約で済ませたのは、㊥の波線部が㊦の下線部を言い換えたにすぎないからでしょうか。ともあれ、記号を「思考と音の結合体」とするSaussure（参照：[2]-423註83）からすれば、「記号が境界を画定する」、あるいは、「記号が単位の同一性を決める」ということになります。これに対して、「思考と音の結合体」ではなく、「＜最初のパラダイクマとその実現＞という一組のものを記号と呼ぶ」（POL・32。参照：[2]-424）著者からすれば、自然言

145 後述するように、単位としての語の同一性に代えて、Saussureは「思考と音の結合体」の同一性に、また、著者は「対抗軸の同一性」に着目します。

語を記号として理解するための前提は「ヴァージョン対抗の軸と対抗の要素」(POL・41以下。参照：[2]-427)です。したがって、「対抗軸の同一性は記号によっては決まらない」。

9) 前述のように、Saussureの用語で言えば、単位として切り出した[ku] [ru] [ma] という音の結合先たる概念は、自動車の場合もあれば、「車」という飲食店の場合もありえます。問題は、各パラダイクマにおける[ku] [ru] [ma] という単位の同一性を判定する手法です。Saussureは、「すべての概念は、別のところで『価値』と呼んだものと本質的に違いない」(『講義』155=153。参照：[2]-419註78)と解するので、単位の同一性の問題を「第4章 言語的価値」で扱います。これに対して著者は、<déliminationの問題⇒単位の切り出しの問題⇒サンタクティックな分節の問題>と捉えるのでしょうか¹⁴⁶。そうだとすれば問題は、<サンタクティックな分節の核にある対抗の軸と対抗の要素の関係>に収斂します(ヴァリューとヴァージョンの対置につき、[2]-310註45を参照)。単位の同一性を論じる場合のレベルは、Saussureのいう「価値」ではなく、それぞれの単位の切り出しにおける対抗軸に移ります。たとえば、[ku] [ru] [ma] / [de] / [ma] [to] [u] (くるま / で / 待とう) というパラダイクマPをサンタクティックに分節した場合の「くるま」という分節単位とその他のパラダイクマにおける「くるま」という分節単位の同一性の問題は、「くるま」という単位を切り出した対抗軸の同一性の問題となります。著者によれば、この問題の判定には二種類の検問があります。

対抗軸の同一性は、「第一にその対抗軸を切り出した先行パラダイクマ

146 サンタクティックな分節につき、[2]-427を参照。著者曰く、「『境界』は、連体をただ単に区分するような関係においてではなく、対抗的なヴァージョン間の緊張関係によって形成されるものである。そのヴァージョンの束を二つ取って、かつその二つのヴァージョンの束を一つのパラダイクマの諸ヴァージョンであるとみなす操作を観念することができる、というにすぎない」(POL・49 (5・4・1))。

の対抗軸—対抗の要素関係によって」左右される。たとえば、パラダイクマPの対抗軸（＝「くるま」）を切り出した先行パラダイクマ①として、「移動手段」を対抗軸にして、「他力か自力か」という意味の軸（第一の対抗関係）について「車でvs徒歩で」という対抗の要素を対抗させ、「出掛ける」という別の対抗の要素と組み合わせたヴァージョン対抗を観念する場合、「くるま」は「移動手段としての車」を指します（「自動車を出掛けて、その車内で待っている」）。これに対して、先行パラダイクマⓉとして、「飲食店の価格」を対抗軸にして、「手頃vs高価」という意味の軸について「大衆食堂・車」と「それ以外の店」という対抗の要素を対抗させたヴァージョン対抗を観念する場合、「くるま」は店の名称を指します（「車という名の食堂に出掛けて、その店内で待っている」）。したがって、①+PとⓉ+Pとでは、先行パラダイクマの対抗軸が異なるため、Pにおける分節単位「くるま」の同一性は成り立ちません。他方、対抗軸の同一性は、「第二に自分が軸となってそれを生み出す対抗の要素の側の対抗関係で」決まる。たとえば、先行パラダイクマとして前述の①を観念する場合、「他力の移動手段としての車」には、時代に応じて自動車もあれば手車もあれば人力車もありえます。「今度それが対抗軸にならねばならないときに、その経験のどれが前提とされるかによって全く対抗の要素の側に生み出しうる対抗関係（第二の対抗関係）は違ってくるとも言える」。手車や人力車を対抗軸にして、「駆動時間」という意味の軸について「一晩中か否か」という対抗の要素を対抗させたヴァージョン対抗（第二の対抗関係）を観念して肯定ヴァージョンを選択することは、曳き手の交替や休憩なしには現実的ではありません。しかし、自動車を対抗軸にしてドライバーの疲労を考慮しなければ、肯定ヴァージョンの選択はあり得ます。つまり、移動手段としての「車」という分節単位であっても、第二の対抗関係によっては、手車や人力車と自動車との間で対抗軸の同一性を語り得ないことがあります。

以上に続けて著者は、フランスで活動したリトアニア出身のグレマス

〔Algirdas Julien Greimas : 1917-1992〕による「同位態 (isotopie)」の議論を紹介してコメントを付します¹⁴⁷。しかし、門外漢がそこに踏み込むのは無謀というもの。ざっくり言えば、第一の対抗関係や第二の対抗関係をテキストから読み取るだけでは不十分であり、そのヴァージョン対抗を発生させるものを探り当てる必要があるということでしょうか。曰く、「第一の対抗関係の底にある対抗関係と第二の対抗関係の底にある対抗関係の間に、意味の軸の同一性といったレベルとは全く異なる次元で何か共通のものが働いているのではなくてはならない、ないし第一の対抗関係についてそうしたものを意識してそれに働きかけるのではなくてはならない。『屈折体』はまさにこれを指す」¹⁴⁸。〔末筆ながら、退職を迎えられる川角由和教授ならびに吉岡祥充教授の高誼に感謝申し上げます。2023.12.6〕¹⁴⁹

147 『構造意味論』(or., 1966. 田島 宏＝鳥居正文訳・紀伊國屋書店・1988年) 89-133。なお、同書が提唱した“axe sémantique”を、邦訳23は「意味論軸」と訳し、著者は「意味の軸」と訳す(参照：POL・49(5・5・1))。

148 前註141で言及した情報源との関連で言えば、情報源から情報を獲得する手法のみならず、獲得した情報から社会構造を構成する手法も問題となります。これらに関するPOL・55-65の二つのExcは、「社会構造とは何か」という本論から離れるがゆえのExcursus(Excursion) のようですが、いずれも気軽には扱えない高度で濃密な内容です。それを敷衍するのが『再建』とも言えます。関連する箇所適宜取り上げることします。

149 【筆者：11月22日に木庭氏に草稿を送信し、身辺多端な折であるにもかかわらず、12月2日に懇切なコメントを頂いた。WR et sociiと共に心からお礼申し上げます。掲出に際しては、段落ごとの1行空けを省略し、〔 〕内に筆者による補足を付す。】

【エリア④と⑤についての木庭氏のコメント】

「これらの部分も、新鮮な感覚で私のテキストに向き合うものであり、市井の人のサウンドな感覚に舌を巻かざるをえません。

エリア④は、そのうえ、ギリシャ史に関する限りで、私のテキストとギリシャ史研究一般を架橋し、なおかつ、日本の読者が普通にアクセスできる書物と関連付けてくださるので、大変ありがたく思います。私のテキストが決して孤立していないということが読者に伝わるでしょう。

細かい点を言わば添削すれば、散策読者の役に立つでしょう。

パリのギリシャ学との関係ですが、よく読むとわかるように、私はこれを全

面的に利用すると同時に、批判的な姿勢を採ります。この批判の部分は、例えばGernet解釈が通常と違うこと、パリのギリシャ学の中でもVidal-Naquetを評価し、Vernantを批判すること、に現われます。

これは、構造主義との関係とパラレルです。まずソシュールとレヴィ=ストロースをはっきりと区別し、まして偽構造主義、Dumezil、Benveniste、Dubyらに批判的な点も同様です。Annales学派の第二世代にも批判的です。社会史が有名になってからの動向ですね。Vidal-Naquetを同列にして訳すのは〔⇒前注107〕、ヨーロッパで存在した同時代の鋭い亀裂を知らないからでしょう。

おまけに、日本のギリシャ史学が以上の動向に目を向けるようになったのは、英語圏に影響が及んだのを反映した言わば孫引きでした。だから、英語圏におけるのと同様に、構造主義も構造主義批判も理解していません。一種の流行の域を出ず、日本では流行さなかったのです。

人類学を使いながら、ギリシャ以来のその伝統の深い批判なしである、のとパラレルです。考古学も同様です。

Leporeの教えを受けて、こうした吟味を徹底させて初めて使う、批判して使う、ということをおは全テキストにおいて欠かしていないつもりです。

同様に、Momiglianoについても英語圏でCultural Studiesなどへおかしい使われ方をしています。このことは流石にイタリアでは気付かれており、L. Ioriが私のMomigliano訳をイタリアの歴史学雑誌に紹介してくれた文章によく表現されています〔⇒前注110〕。ついでに言えば、日本のギリシャ・ローマ史学が英語圏の動向を表面的に追うところから生じるバイアスに言及しています。一種の歴史修正主義としての古代末期再評価などですね〔⇒前注119〕。

エリア⑤については、パラダイクマのヴァージョン対抗と社会構造の関係に関する稀に見るわかりやすい解説が目を引きまします。

しかしながら、若干の修正が必要である所以は、挙げられる例が儀礼に関するものであるということです。この場合は占いという記号操作です。記号はシニフィアンの部分でパラダイクマをそのまま再現する性質を有し、儀礼もまたそうです。意味を問わずそのとおりにするのです。そのときわずかでも先例をはずれてはいけません。しかし、その分、ヴァージョン偏差には無感覚なのです。要するに鷲が右に飛べば良い。どう飛んだか、を細かく吟味することはないのです。右か左か、のポラリティーだけを働かせます〔⇒②-427〕。この手続を置いておくと、決定が一義的になり迷いがなくなります。集団を指揮するとき、軍事行動など、に適します。政治的決定においてもです。

挙げられる例は、ヴァージョン対抗しないというヴァージョン対抗の態様を説明しなければならない状況です。それは儀礼ということになる。ヴァージョン対抗させないためには、一義的にどちらかへとヴァージョン選択しなければならない、ポラリテを利用して。引用されているヴァージョン対抗はこの平面のもので、直ちに社会構造へ繋がるわけではない。

むしろ、これらのテキストは、この儀礼ないし占いをを使う仕方のヴァージョン対抗を反映しています。それが文学テキストに描かれているのですから。社会構造はこの部分からアプローチします。それについてテキストはディアレクティカをしているのです。

占いを含む記号の使い方は、POLやDEMで至る所詳しく分析されています。これはギリシャ・ローマで省察が非常に発達していたからです。使い方を誤ると政治システムにとって致命的なことになる。現代社会は全く省察を欠いて画面のアイコンに振り回されています。記号論もすっかり下火になってしまいました。盛んな頃のそれも混乱していて、この面に関する限り、ギリシャ・ローマとわれわれとの間になお途方もない開きがあります。〔参照：前註99・②「行政法学」・153註（24）。この書評は著者の問題関心を窺ううえで重要です。（点や線という視覚媒体で情報を写し取る）視覚的アイコンやAIにつき、今井むつみ=秋田喜美『言語の本質 ことばはどう生まれ、進化したか』中公新書・2023年を参照。〕

【筆者：追記、2024.1.15／2.15——前註99に、⑥新連載「宗教団体とデモクラシー・法」の「企画趣旨」法時96巻1号（2024年1月号）66-71、⑦「労働市場改革」法時96巻2号54-61を追加するほか、WRが初校に寄せた感想を転記する。この場をお借りして、石部雅亮先生（大阪市立大学名誉教授：1933-2023.12.7）の学恩と公私にわたるご厚誼に深甚の謝意を表します。】

WR曰く、＜木庭先生のコメントを拝見して、旧約学の関根清三氏の『内村鑑三 その聖書読解と危機の時代』（筑摩書房・2019年）を思い出しました。曰く、「半世紀の間、この国の解釈学に影響を与え続けてきた、この古典的論文において今道氏は、批評・批判が下位者の悪いところを論って殴りつける否定的な語であるのに対し、クリティークの語源であるギリシア語のクリネインは元来、悪いものを取り去りつつ、それでも残る良いものを見出すことを終の課題とする肯定的な語であることを指摘された……。そして価値への憧憬に貫かれたこの原意は、近代ヨーロッパ語のクリティークに脈々と受け継がれているというのである。」（318。参照：今道友信「批評とクリティーク——反批判的精神の学的勧告——」、同『美の位相と藝術』初版・東京大学文学部美学芸術学研究室・1968年・321-354、増補版・東京大学出版会・1971年・345-379。初版の時代的背景につき、㊦-298註29。）。コメントにいう「批判」は、この原意に沿うものと思われまふ。私どもが「道具の改良」と表現した所以でもあります。＞

赤池一将 教授 略歴および業績一覧

1956（昭和31）年2月14日山梨県甲府市生まれ

I 学 歴

- －1980年 中央大学法学部
- －1983年 中央大学法学研究科博士前期課程（法学修士）
- －1986年 エクス・マルセイユ第三大学大学院第三期課程刑法犯罪科学研究科（DESU）

II 職 歴

- 1988年－1989年 中央大学法学部兼任講師
- 1989年－1994年 高岡法科大学法学部専任講師
- 1994年－1999年 高岡法科大学法学部助教授
- 1999年－2004年 高岡法科大学法学部教授
- 2004年－2024年 龍谷大学法学部教授
- 2009年 ポー大学客員教授
- 2010年－ ボルドー大学＝ポー大学＝フランス矯正研究所 大学院講座「刑罰執行と人権」客員講師
- 2009年－2010年 CESDIP（法と刑事制度に関する社会学研究センター、パリ）客員研究員
- 2015年 ボワチエ大学客員教授
- 2018年－2019年 エクス・マルセイユ大学客員教授、ボワチエ大学客員教授

III 主な委員歴

- 2008年－2020年 日本犯罪社会学会常任理事
- 2010年－2020年 国際刑法学会フランス語圏部会副会長
- 2012年－2014年 龍谷大学法学部長

IV 主な業績

論文

- 「「刑の執行」とはなにか―企画（特集 刑事施設医療と刑罰理論の焦点）の趣旨」刑法雑誌63巻1号（2023）1-6.

- 「刑事施設において求められる医療水準」季刊刑事弁護109号（2022）123-130.
- 「刑事政策理念と再犯予防」犯罪社会学研究46号（2021）21-37.
- 「「懲罰」を語らずに「規律」を語るために」『刑罰制度改革の前に考えておくべきこと』日本評論社，2017年12月，61-82.
- 「フランスの少年司法」比較法研究76号（2014）170-176.
- « Punir dehors par les mesures traditionnelles. Nouvelle loi au Japon entre le contrôle exclusif et l'aide inclusive », Archives de politique criminelle, no35 (2013), pp.259-276.
- 「刑罰が危険性に向き合うとき—問題提起にかえて—（特集 保安処分化する刑事罰と責任論）」刑法雑誌53巻1号（2013）4-16.
- 「（課題研究 刑罰としての拘禁の意味を問い返す）はしがき—刑務所研究の現在と『監獄の誕生』後の刑罰論—」犯罪社会学研究37号（2012）4-11.
- « La peine de mort et le système pénal au Japon », Ryukoku Law Review vol. 44 n.2 (2011) 180-190.
- 「罪刑法定主義をめぐる日本的思考形式について」『村井敏邦先生古稀記念論文集—人権の刑事法学』日本評論社，2011年9月3-25.
- 「国際人権法と新監獄法下の受刑者の権利」法律時報83巻3号（2011）16-21.
- « L'internationalisation et les réformes pénitentiaires au Japon », Ryukoku Law Review vol. 43 n.2 (2010) 1-27.
- 「「危険性」の系譜と新しい刑罰装置について」龍谷法学42巻3号（2010）408-432.
- 「フランス行刑からみる日本型行刑の特徴とその現在の課題」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報6号（2009）47-63.
- 「日本型PFI刑務所をめぐる素朴な問い」刑法雑誌48巻3号（2009）164-175.
- 「研究者の立場からみた受刑者処遇法の到達点と課題」刑法雑誌46巻3号（2007）397-407.
- « Peur de jeunes, peur de société », MELAMPUS: Revue de l'Association française de magistrats de la jeunesse et la famille » no10 (avril, 2007), 141-143.
- 「刑事施設における医療—日仏における改革の比較を通して」『刑務所改革—刑務所システム再構築の指針』日本評論社，2007年2月，217-236.
- 「未決被拘禁者に対する人道的取扱いをいかに保障するか【理論編】／「処遇」概念の変化と未決処遇の争点」季刊刑事弁護47号（2006）67-70.
- 「フランスにおける長期受刑者処遇の現状と課題」龍谷大学矯正・保護研究セ

- ンター研究年報3号(2006) 52-76.
- 「フランスの少年司法改革」『少年法の課題と展望 第2巻』成文堂, 2006年1月, 41-56.
 - 「過剰収容をめぐるアポリア 特集(刑事施設の民営化をめぐる)の意義・目的」「フランスにおける官民協働刑事施設の提起する課題」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報2号(2005), 5-7, 41-53.
 - 「『監獄の誕生』にみる「犯罪性」という自明性について」年報社会科学基礎論研究4号(2005) 173-190.
 - 「フランスにおける陪審と循環的控訴について」『刑事司法への市民参加』現代人文社, 2004年5月, 213-238.
 - 「フーコー『監獄の誕生』と「犯罪性」概念について」法学新報110巻3・4号(2003) 1-41.
 - 「フランスにおける触法精神障害者問題の法的枠組みと政策対応」法律時報74巻2号(2002) 63-67.
 - 「『監獄の誕生』を読む—刑事法学からのアプローチのために—」『日本刑事法の理論と展望 下巻』信山社, 2002年8月535-568.
 - 「フランス刑事施設における規律問題と反則規定について」法学新報101巻3号(2001) 677-721.
 - 「フランス少年司法における犯罪被害の補償処分について」『少年法の展望』現代人文社, 2000年3月, 459-478.
 - « Le rôle et le statut du ministère public au Japon », Archives de politique criminelle, no21 (1999), 181-198.
 - 「犯罪学の基底構造—ラディカル・クリミノロジーを超えて」『現象学的社会学は何を問うのか』勁草書房, 1998年5月, 290-322.
 - 「シェンゲン協定、犯罪政策、人権」『ヨーロッパ新秩序と民族問題 国際共同研究Ⅱ』中央大学出版部, 1998年3月, 377-396.
 - 「世界の刑事法律扶助—その理念と現状 フランス 対審弁論の早期化と法律扶助の拡充」季刊刑事弁護2号(1995), 46-53.
 - 「フランス改正刑事訴訟法の現況」(白取祐司との共著) ジュリスト1029号, 49-62.
 - 「現代フランスにおける公判前手続改革の指標—「刑事司法と人権委員会」の提言」『刑事法学の現代的展開 上巻』法学書院, 1992年6月, 439-466.
 - 「ラディカル・クリミノロジーの再検討」高岡法学1巻1号(1990) 303-346.

書籍等出版物

- 『『監獄の誕生』と刑罰学の言説』（単著）法律文化社，2024年2月
- 『刑事司法と社会的援助の交錯』（共編著）現代人文社，2022年11月
- 『刑事施設の医療をいかに改革するか』（編著）日本評論社，2020年2月
- Les systèmes pénitentiaires dans le monde, 3e edition, Dalloz, juin 2017 (co-laborateur)
- 『宗教教誨の現在と未来 矯正・保護と宗教意識』（共編著）本願寺出版社，2017年3月
- 『刑事法入門 第二版』法律文化社（2011）（共著）
- 『矯正施設における宗教・活動に関する研究』（共編著）日本評論社，2011年3月
- Les systèmes pénitentiaires dans le monde, 2e edition, Dalloz, mars 2011 (co-laborateur)
- 『刑務所民営化のゆくえ—日本型PFI刑務所をめぐる—』（共著）日本評論社，2008年1月
- 『刑事法入門』（共著）法律文化社，2006年3月
- 『少年司法と適正手続』（共著）成文堂，1998年2月
- 『現代刑法学原論〔総論〕第3版』（共著）三省堂，1996年4月

川角由和 教授 略歴および業績一覧

1955（昭和30）年4月11日福岡県生まれ

I 学 歴

1974年4月	九州大学法学部入学
1980年3月	九州大学法学部卒業
1980年4月	九州大学法学研究科修士課程進学
1982年3月	九州大学法学研究科修士課程 法学修士を取得して博士課程に進学
1982年4月～1985年3月	九州大学法学研究科博士課程
1985年3月	同上単位取得退学

II 職 歴

1985年4月～1986年9月	九州大学法学部助手
1986年10月～1996年3月	島根大学法文学部法律学科・助教授
1991年2月～1992年3月	フンボルト財団の給付研究員としてドイツ・テュービンゲン大学にて在外研究（不当利得法の研究）
1996年4月～2004年3月	龍谷大学法学部・教授
1998年10月～2000年3月	フンボルト財団の給付研究員としてドイツ・テュービンゲン大学にて在外研究（妨害排除請求権の研究）
2004年4月～2016年3月	龍谷大学法務研究科・教授
2016年4月～2023年3月	龍谷大学法学部教授

III 業 績

北海道大学より単著『不当利得とはなにか』につき、博士（法学）の学位を授与される。（2005年3月）

1 単 著

1. „Von der römischen actio negatoria zum negatorischen Beseitigungsanspruch des BGB” Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, S. 1-197.
2. 『不当利得とはなにか』（日本評論社、2004年）1-526頁
3. 『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点』（日本評論社、2019年）1-302頁

4. 『末弘厳太郎の法学理論——形成・展開・展望』（日本評論社、2022年）
1-596頁

2 共著・共編

1. 平井一雄（編）『民法Ⅱ（物権法）』（青林書院、2002年）21-58頁（第1章「物権の変動」、第1節・序説、第2節・法律行為による物権変動（Ⅰ不動産登記、Ⅱ不動産物権変動の対抗要件）を担当）
2. 川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和（編）『ヨーロッパ私法の動向と展開』（日本評論社、2003年）
3. 河内宏＝大久保憲章＝采女博文＝児玉寛＝川角由和＝田中教雄（編）原島重義先生傘寿記念論集『市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社、2006年）
4. 川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和（編）『ヨーロッパ私法の展開と課題』（日本評論社、2008年）
5. 川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和（編）『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』（日本評論社、2011年）
6. 川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和（編）『ヨーロッパ私法の展望と日本民法典の現代化』（日本評論社、2016年）

3 論文

1. 「侵害利得返還請求権の基本的性格」法政研究50巻3＝4号（1984年）129～174頁
2. 「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（1）（2・完）」九大法学50号（1985年）63～84頁、九大法学51号（1986年）27～68頁
3. 「サヴィニエの不当利得論」原島重義（編著）『近代私法学の形成と現代法理論』（九大出版会、1988年）325～361頁
4. 「不当利得とはなにか——いわゆる『飛行機旅行事件判決』（BGHZ 55, 128）の波紋（1）（2・完）」島大法学32巻3＝4号（1989年）165～192頁、島大法学33巻1号（1989年）145～173頁
5. 「双務契約の解除に関する一考察——いわゆる『使用利益』返還義務の帰趨」島大法学33巻2号（1989年）1-42頁
6. 「不当利得法における『出費節約』観念の意義」島大法学34巻2号（1990年）1～43頁
7. 「市民法における未成年者保護と契約責任・不当利得責任のありかた——ドイツ民法学の教訓」島大法学35巻4号（1992年）83～125頁

8. „Die Entwicklung der Lehre vom Eigentumsrecht in Japan und deren Einfluß auf die zivilrechtliche Rechtswidrigkeitslehre——Zugleich ein Beitrag zur zivilrechtlichen Behandlung des Themas »Umweltschutz«——” 島大法学36巻4号（1993年）1～16頁
9. 「現代契約法の動向をどう見るか」法の科学22号（1994年）216～218頁
10. 「現代民法学における＜關係的契約理論＞の存在意義（一）」島大法学37巻4号（1994年）95～103頁
11. 「現代民法学における＜關係的契約理論＞の存在意義（二）」島大法学38巻1号（1994年）89～128頁
12. 「現代民法学における＜關係的契約理論＞の存在意義（三）」島大法学38巻3号（1994年）27～56頁
13. 「現代民法学における＜關係的契約理論＞の存在意義（四・完）」島大法学39巻2号（1995年）51～94頁
14. 「日本の企業社会と市民法」法の科学24号（1996年）62～67頁
15. 「ネガトリア責任と金銭賠償責任との関係について」広中俊雄教授古希祝賀論集『民事法秩序の生成と展開』（創文社、1996年）537～558頁
16. 「消費者保護における『消費者』概念と自己決定」松本博之＝西谷敏（編）『現代社会と自己決定権』（信山社、1997年）321～336頁以下
17. „Verbraucherbegriff und Selbstbestimmung im Verbraucherschutzrecht”, in: Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht, C. F. Muller Verlag, 1997, S. 247-251.
18. 「ドイツ民法典におけるネガトリア請求権（1004条BGB）形成史の基礎研究」龍谷法学30巻1号（1997年）1～42頁
19. „Über die sogenannte »postmoderne vertragslehre« in Japan”, in: Recht in Japan, Heft 11, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, S. 7-15.
20. 「民法703条、704条、705条、708条」広中俊雄＝星野英一（編）『日本民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998年）469～514頁
21. 「ヨホウ物権法草案におけるネガトリア請求権規定（1004条）形成史の探求」石部雅亮（編）『ドイツ民法典の編纂と法学』（九大出版会、1999年）419～441頁
22. „Die Gestaltung des Tarifvertragsrecht in Japan und einige deren Eigentümlichkeiten”, 龍谷法学32巻1号（1999年）1～16頁
23. 「オッター・フォン・ギールケの法思想と『私法の社会化』」龍谷法学34巻4号（2002年）68～105頁

24. 「ドイツ債務法の現代化と『契約締結上の過失』(culpa in contrahendo)」川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和(編)『ヨーロッパ私法の動向と展開』(日本評論社、2003年)211～287頁
25. 「給付不当利得効果論の考え方」川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社、2004年)225～274頁
26. 「ローマ法における所有権保護訴権の「形成」とその意義」松井宏興＝岡本詔治＝牛尾洋也(編)『借地借家法の新展開』(信山社、2004年)231～280頁
27. 「ドイツ債務法改革と新しい契約解除法——不当利得法との関係を視野に入れつつ——」龍谷大学社会科学研究所・社会科学年報35号(2005年)31～38頁
28. 「ドイツにおける新契約解除法の位置づけ——不当利得法との関係を重視しつつ——」龍谷法学38巻3号(2005年)57～73頁
29. 「大阪地裁松下半年金訴訟に関する一考察——「制度的契約論」考——」龍谷法学38巻4号(2006年)1～28頁
30. 「物権的請求権の独自性・序説——ヴィントシャイト請求権論の「光と影」——」河内宏＝大久保憲章＝采女博文＝兄玉寛＝川角由和＝田中教雄(編)原島重義先生傘寿記念論集『市民法学の歴史的・思想的展開』(信山社、2006年)399～443頁
31. 「民法学修のすすめ——法的思考方法の基礎」法学セミナー2006年5月号8～10頁
32. 「超高金利貸付と契約無効・不当利得返還・不法行為責任(東京地裁2002年・平成14年9月30日判決・再論)」龍谷法学39巻1号(2006年)43～67頁
33. 「松下半年金契約訴訟大阪高裁判決——民法学の視点から」労働法律旬報1650号(2007年)17～23頁
34. 「ドイツにおける物権的妨害排除請求権の到達点——「権利重畳」説の意義——」龍谷法学40巻4号(2008年)101～155頁。なお、それに若干の手を加えたものを、川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和(編)『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』(日本評論社、2011年)267～321頁に収録。
35. Bemerkungen zur Lehre Pickers über den negatorischen Beseitigungsanspruch——Eine Skizze——Zugleich eine Selbstkritik zum Stand des japanischen Zivilrechts, Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010, hrsg., Lobinger/ Richardi/ Wilhelm, 2010, S. 449-468.
36. 「侵害利得請求権論の到達点と課題」ジュリスト1428号(2011年)14～21頁
37. 「不当利得法における侵害利得請求権の位置づけ——磯村哲『不当利得論考』の考察をかねて——」龍谷法学44巻3号(2011年)43～78頁

38. 「消費貸借（金銭消費貸借）」平井一雄・清水元（編著）『基本講座・民法2（債権法）』（2012年）247～269頁
39. 「債権譲渡」松岡久和・中田邦博（編）『新コンメンタール 民法（財産法）』（2012年）666～696頁
40. 「賃貸借」松岡久和・中田邦博（編）『新コンメンタール 民法（財産法）』（2012年）869～901頁
41. 「わが国における近代的家族法思想形成の一つの軌跡——戒能通孝著作集Ⅵ『家族』を読む——」龍谷法学45巻4号（2013年）225～253頁
42. 「不当利得法における所有権保護の限界——ヴィントシャイトとイエーリングの対立」龍谷法学49巻2号（2016年）219～253頁
43. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（1）」（自由民権運動期の市民法学から明治民法典の成立へ）龍谷法学49巻4号（2017年）865～972頁
44. 「物権的妨害排除請求権再論・根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）のご指摘に答える（1）」龍谷法学50巻1号（2017年）347～487頁
45. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（2）」（大正デモクラシー期・岡松参太郎、鳩山秀夫、牧野英一）龍谷法学50巻1号（2017年）143～345頁
46. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（3）」（大正デモクラシー期・末川博、我妻栄）50巻2号（2017年）105～246頁
47. 「物権的妨害排除請求権再論・根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）のご指摘に答える（2）」龍谷法学50巻2号（2017年）247～363頁
48. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（4）」（大正デモクラシー期・穂積重遠）龍谷法学50巻3号（2017年）307～449頁
49. 「物権的妨害排除請求権再論・根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）のご指摘に答える（3）」龍谷法学50巻3号（2018年）469～596頁
50. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（5）」（大正デモクラシー期・中島玉吉）龍谷法学50巻4号（2018年）453～509頁.
52. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（6）」（大正デモクラシー期・岡村司）龍谷法学51巻1号（2018年）231～351頁

53. 「物権的妨害排除請求権再論・根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）のご指摘に答える（4）」龍谷法学51巻1号（2018年）427～529頁
54. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（7）」（大正デモクラシー期・末弘厳太郎・その1）龍谷法学51巻2号（2018年）43～123頁
55. 「物権的妨害排除請求権再論・根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）のご指摘に答える（5）」龍谷法学51巻2号（2018年）173～258頁
56. 「穂積陳重と大正デモクラシー期の民法学——岡松参太郎・牧野英一・鳩山秀夫・穂積重遠・我妻栄への流れを中心に」龍谷法学51巻2号（2018年）259頁～359頁
57. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（8）」（大正デモクラシー期・末弘厳太郎・その2）龍谷法学51巻3号（2019年）313～408頁
58. 「物権的妨害排除請求権再論・根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）のご指摘に答える（6）」龍谷法学51巻3号（2019年）495～575頁
59. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（9）」（大正デモクラシー期・末弘厳太郎・その3）龍谷法学51巻4号（2019年）251～335頁
60. 「物権的妨害排除請求権再論・根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）のご指摘に答える（7）」龍谷法学51巻4号（2019年）489～579頁
61. 「損害保険給付金の錯誤弁済と不当利得の成否——「意見書」脚注付き補充版」龍谷法学52巻1号（2019年）249～278頁
62. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（10）」（大正デモクラシー期・末弘厳太郎・その4）龍谷法学52巻1号（2019年）59～92頁
63. 「物権的妨害排除請求権再論・根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）のご指摘に答える（8）」龍谷法学51巻4号（2019年）489～579頁
64. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（11）」（大正デモクラシー期・末弘厳太郎・その5）龍谷法学52巻3号（2019年）145～179頁
65. 「物権的妨害排除請求権再論・根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）のご指摘に答える（9・完）」龍谷法学52巻4号（2020年）119～143頁
66. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（12）」（大正デモクラシー期・末弘厳太郎・その6）龍谷

法学53巻1号（2020年）193～222頁

67. 「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（13）」（大正デモクラシー期・末弘厳太郎・その7）龍谷法学53巻2号（2020年）119～151頁
68. 「債権譲渡」松岡久和・中田邦博（編）『新コンメンタール 民法（財産法）[第2版]』（2020年）769～803頁
69. 「賃貸借」松岡久和・中田邦博（編）『新コンメンタール 民法（財産法）[第2版]』（2020年）1015～1058頁
70. 「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（14）」（大正デモクラシー期・平野義太郎・その1）龍谷法学53巻3号（2020年）73～105頁
71. 「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（15）」（大正デモクラシー期・平野義太郎・その2）龍谷法学53巻4号（2021年）73～105頁
72. 「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（16）」（昭和初期・我妻栄・その1）龍谷法学54巻1号（2021年）73～105頁
73. 「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（17）」（昭和初期・我妻栄・その2）龍谷法学54巻2号（2021年）81～115頁
74. 「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（18）」（昭和初期・牧野英一・その1）龍谷法学54巻3号（2021年）61～101頁
75. 「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（19）」（昭和初期・牧野英一・その2）龍谷法学54巻4号（2022年）69～107頁
76. 「法解釈学方法論をめぐる一つの序論的考察——原島重義『法的判断とは何か——民法の基礎理論』（創文社、2002年）を読む」龍谷法学54巻4号（2022年）337～376頁
77. 「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（20）」（昭和初期・末川博）龍谷法学55巻1号（2022年）197～236頁
78. 「法社会学論争」の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（21）」（昭和初期・橋本文雄と平野義太郎）龍谷法学55巻

2号(2022年) 67~104頁

79. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（22）」（昭和初期・加古 二郎）龍谷法学55巻3号（2022年）177~215頁
80. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（23）」（昭和の天皇制ファシズム期：戒能通孝）龍谷法学56巻1号（2023年）87~125頁
81. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（24）」（戦後：法社会学論争の争点）龍谷法学56巻2号（2023年）49~90頁
82. 「『法社会学論争』の教訓——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描（25・完）」（戦後：法社会学論争の教訓）龍谷法学56巻3号（2023年）龍谷法学56巻3号に掲載予定

4 判例研究

1. 「所有権にもとづく妨害予防請求権と費用負担・横浜地裁昭和61年2月21日判決」島大法学32巻1号（1988年）191頁以下
2. 「多数の共有不動産についての一括現物分割の可能性・最高裁平成4年1月24日判決」民商法雑誌108巻4=5号（1993年）742頁以下
3. 「ヤミ金融業者による超高金利貸付と契約の無効・不当利得・東京地裁平成14年9月30日判決」私法判例リマックス28号（2004年）10頁以下
4. 「失念株の売却と不当利得返還義務の範囲・最高裁平成19年3月23日判決」法学教室330号別冊「判例セレクト2007」（2008年）21頁
5. 「利息制限法違反の超過利息を受領した貸金業者が貸金業規制法43条1項との関係で民法704条の「悪意の受益者」と推定されるための要件（①最高裁平成19年7月13日判決、②最高裁平成19年7月13日判決、③最高裁平成19年7月17日判決）」判例時報2002号（2008年）179-184頁
6. 「制限超過利息を受領した貸金業者が貸金業規制法との関係で民法704条の「悪意の受益者」と推定される場合（①最二小判平成19年7月13日、②最二小判平成19年7月13日、③最三小判平成19年7月17日）」私法判例リマックス37号・2008年〔下〕40-43頁
7. 「動機の不法・大審院昭和13年3月30日第4民事部判決」民法判例百選（総則・物権）〔第6版〕（2009年）32-33頁
8. 「期限の利益喪失特約の下での制限超過利息の受領と民法七〇四条の「悪意

- の受益者」との推定・最判平成21年7月10日」判例時報2084号（2010年）169-175頁
9. 「民法七〇四条後段の損害賠償の法的性質」民商法雑誌142巻3号（2010年）330-344頁

5 翻 訳

1. オイゲン・エールリッヒ「法規に基づく裁判官の法発見（2）」西南学院大学法学論集15巻3号（1983年）11～16頁
2. エドゥアルト・ピッカー「物権的請求権（Der dingliche Anspruch）について」龍谷法学33巻4号（2001年）145～178頁
3. エドゥアルト・ピッカー著『物権的妨害排除請求権（Der negatorische Beseitigungsanspruch）（1）（2）（3）（4）（5）（6）（7）（8）（9）（10）（11）（12）（13）（14・完）』龍谷法学37巻2号（2004年）1～48頁、龍谷法学37巻3号（2004年）1～41頁、龍谷法学37巻4号（2005年）1～51頁、龍谷法学38巻1号（2005年）1～27頁、龍谷法学38巻4号（2006年）165頁以下、龍谷法学39巻2号（2006年）107～121頁、龍谷法学40巻1号（2007年）174～189頁、龍谷法学40巻3号（2007年）312頁以下、龍谷法学41巻1号（2008年）153～172頁、龍谷法学41巻2号（2008年）45頁以下、龍谷法学42巻1号（2009年）133～154頁、龍谷法学42巻2号（2009年）235～254頁、龍谷法学42巻3号（2010年）839頁以下、龍谷法学43巻1号（2010年）349～379頁
4. エドゥアルト・ピッカー「法解釈学と法史学（Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte）」龍谷法学38巻3号（2005年）133～165頁
5. DCFR不当利得編規定の暫定仮訳（不当利得法研究会訳・一部翻訳担当）、第Ⅶ編第5章第102条「原物返還できない利得」、第Ⅶ編第5章第103条「利得の金銭的価値、出費の節約」民商法雑誌140巻4＝5号（2009年）533～534頁
6. エドゥアルト・ピッカー（著）「私法解釈学と所有権保護、ないし権利形成と権利保護形成の体系性について（1）」龍谷法学51巻3号（2019年）623～660頁
7. エドゥアルト・ピッカー（著）「私法解釈学と所有権保護、ないし権利形成と権利保護形成の体系性について（2）」龍谷法学51巻4号（2019年）663～690頁
8. エドゥアルト・ピッカー（著）「私法解釈学と所有権保護、ないし権利形成と権利保護形成の体系性について（3・完）」龍谷法学52巻1号（2019年）349～377頁
9. エドゥアルト・ピッカー（著）「物権的返還請求権（1）」龍谷法学52巻3号（2019年）253～274頁

10. エドゥアルト・ピッカー(著)「物権の返還請求権(2)」龍谷法学52巻4号(2020年)145～172頁
11. エドゥアルト・ピッカー(著)「物権の返還請求権(3)」龍谷法学53巻1号(2020年)397～413頁
12. エドゥアルト・ピッカー(著)「物権の返還請求権(4)」龍谷法学53巻2号(2020年)183～208頁
13. エドゥアルト・ピッカー(著)「物権の返還請求権(5・完)」龍谷法学53巻3号(2020年)193～218頁
14. ルドルフ・フォン・イエーリング(著)「ローマ私法における帰責要素(1)」龍谷法学53巻4号(2021年)577～594頁
15. ルドルフ・フォン・イエーリング(著)「ローマ私法における帰責要素(2)」龍谷法学54巻1号(2021年)411～430頁
16. ルドルフ・フォン・イエーリング(著)「ローマ私法における帰責要素(3)」龍谷法学54巻2号(2021年)241～266頁
17. ルドルフ・フォン・イエーリング(著)「ローマ私法における帰責要素(4)」龍谷法学54巻3号(2021年)249～272頁
18. ルドルフ・フォン・イエーリング(著)「ローマ私法における帰責要素(5)」龍谷法学55巻1号(2022年)451～476頁
19. ルドルフ・フォン・イエーリング(著)「ローマ私法における帰責要素(6・完)」龍谷法学55巻2号(2022年)225～246頁

6 学会報告・シンポジウム記録、その他

1. 「侵害不当利得請求権類型の存在意義」私法53号(有斐閣、1991年)253-259頁
2. 「不当利得(1)・(2)」半田正夫＝近江幸治＝池田真朗＝本田純一＝右近健男・編『スリーステップ民法ゼミナール』(一粒社、1992年)182-185頁
3. 「不法原因給付と物権的請求権との相互関係」大河純夫＝田井義信＝永田眞三郎＝安永正昭・編『演習 精選民法破棄判例Ⅱ 債権』(法律文化社、2004年)114-121頁
4. 「物権的請求権の独自性——ヴィントシャイト請求権理論の光と影」比較法研究69号(有斐閣、2008年)207頁
5. 「シンポジウム・不当利得法の現状と展望・質疑応答記録」私法74号(有斐閣、2012年)51頁以下(特に71-76頁、84-86頁)

*2011年10月10日に開催された私法学会シンポジウム(神戸大学)での口頭報告(テーマ「侵害利得法」)に関する質疑応答の記録

6. Issues and Present Outcomes from the Discussion over the Claims based on the Infringement of Another's Property or Legal Interests under Unjust Enrichment Law (Eingriffskondiktion), SHIHO (JOURNAL OF PRIVATE LAW), No. 74, April 2012, P. 333-334.

*上記5の私法学会シンポジウムにおいて口頭報告したものの英文要旨

神吉正三 教授 略歴および業績一覧

1956（昭和31）年 兵庫県生まれ

I 学 歴

1974年 3 月 兵庫県立龍野高等学校普通科卒業

1978年 3 月 同志社大学法学部法律学科卒業

1994年 4 月 筑波大学大学院修士課程経営・政策科学研究科企業法学専攻入学

1996年 3 月 筑波大学大学院修士課程経営・政策科学研究科企業法学専攻修了
修士（法学）

1996年 4 月 筑波大学大学院博士課程経営・政策科学研究科企業科学専攻入学

1999年 3 月 筑波大学大学院博士課程経営・政策科学研究科企業科学専攻修了
博士（法学）

II 職 歴

1978年 4 月 株式会社協和銀行（あさひ銀行を経て、現りそな銀行）入行

2001年 1 月 株式会社あさひ銀行退職

2001年 4 月 流通経済大学法学部専任講師就任

2005年 4 月 流通経済大学法学部助教授（大学院開校に伴い大学院法学研究科兼任）

2007年 4 月 龍谷大学法学部教授 現在に至る

III 研究業績

1 単著の書籍

- ・『金融機関役員の融資決裁責任』（酒井書店、2005年）
- ・『融資決裁における銀行取締役の責任』（中央経済社、2011年）
※下記 4. の◎印の論文を収録したもの
- ・『金融法の現在と未来』（成文堂、2020年）
※下記 4. の○印の論文を収録したもの

2 共著の書籍

- ・村田彰編『リーガルスタディー 法学入門』（酒井書店、2002年）

- ※「FolderⅣ コーポレーションと法」の「File6 企業再編」「File7 独占の禁止」（以上、114頁～118頁）を執筆
- ・中島史雄ほか『導入対話による商法講義（総則・商行為法）〔第3版〕』（不磨書房、2006年）
 - ※「第4章 商号」「第5章 商業帳簿」「第6章 商業登記」（以上、49頁～94頁）を執筆
- ・村田彰＝大塚祚保編『現代とガバナンス』（酒井書店、2008年）
 - ※「第1編 私的ガバナンス」の「第5章 中小企業のコーポレート・ガバナンス——機関設計の観点から」（91頁～109頁）を執筆
- ・村田彰編『リーガルスタディー 現代法学入門』（中央経済社、2018年）
 - ※「FolderⅤ 会社と法」の「File4 企業会計」「File5 資金調達」「File6 組織再編」（以上、125頁～134頁）を執筆
- ・酒巻俊雄＝尾崎安史＝川島いづみ＝中村信男編『会社法重要判例』（成文堂、2019年）
 - ※「94 銀行取締役の善管注意義務（拓銀カプトデコム事件）」「131 社債権者の権利（箱根土地株式会社社債金請求事件）」「132 社債管理者の責任（マイカル債社債管理者責任追及事件）」の3判例の解説を執筆
- ・辻田素子編『長寿ファミリー企業のアントレプレナーシップと地域社会——時代を超える京都ブランド』（新評論、2023年）
 - ※「第4章 西陣織の(株)秋江」（75頁～101頁）「第14章 調査先9社の登記事項とこれに関する分析」（307頁～321頁）を執筆

3 銀行勤務時の論文

（1）産業調査・業界調査

- ・「移動体通信の現状と展望」調査月報（あさひ銀行）1989年9月号（416号）6頁～17頁
- ・「1990年代における物流——物流の現状と展望」調査月報（協和埼玉銀行）1991年7月号（4号）1頁～12頁

（2）法律論文

- ・「債権（売掛金・入居保証金・ゴルフ会員権）の担保取得方法とその効果及び問題点」協和銀行第1回（昭和58年度）論文コンクール論文集3頁～14頁（未公刊）
 - ※勤務した銀行で実施された第1回論文コンクール特選入選論文
- ・「代理貸付における代理店の責任」全国銀行協会連合会第35回（昭和60年度）

懸賞入選論文集118頁～126頁（未公刊）

※全国銀行協会連合会主催の第35回懸賞論文選外佳作論文

- ・「個人取引情報の利用と銀行の守秘義務」（池田雅次氏との共同研究）金融（全国銀行協会）482号（1987年5月号）29頁～36頁

※第36回全国銀行協会連合会懸賞論文第3類1等入選論文

- ・「預金相殺の担保的機能とその限界について」協和銀行第5回（昭和62年度）論文コンクール論文集51頁～65頁（未公刊）

※勤務した銀行で実施された第5回論文コンクール入選論文

- ・「会社支配権の委譲または争奪について——第三者割当増資における資金調達目的の検証」河上記念財団懸賞入選論文集（法律の部）平成2年度募集分19頁～27頁（未公刊）

※第32回河上記念財団（現みずほ学術振興財団）懸賞論文法律の部社会人2等入選論文

- ・「金融機関の救済融資における取締役の行為規制」企業法学5巻（1996年）231頁～251頁

※筑波大学に提出した修士論文を要約して公表したもの。

- ・「メインバンクの救済融資に関する法的研究」（筑波大学審査学位論文（博士）1998年10月提出）

※<https://tsukuba.repo.nii.ac.jp/records/20754>

- ・「銀行株主に対する信用供与規制の必要性」企業法学7巻（1999年）309頁～329頁
- ・「銀行取締役の注意義務」筑波法政28号（2000年）97頁～132頁

※博士論文の一部を公刊したもので、2002年10月13日開催の日本私法学会における個別報告対象論文。

- ・「企業金融における「支配責任（control liability）」——アメリカ法を中心として」矢崎幸生編『現代先端法学の展開 田島裕教授記念』（信山社出版、2001年）305頁～347頁

4 大学転職後の論文

- ・「銀行と融資先との関係のあり方について——アメリカ法における衡平的劣後（equitable subordination）の検討をとおして」流経法学1巻1号（2002年）5頁～64頁

- 「大口信用供与規制の遵守と銀行取締役の責任（1）（2・完）」流通経済大学法学部開校記念論文集編集委員会編『流通経済大学法学部開校記念論文集』

125頁～176頁（流通経済大学法学部出版会、2002年）、流経法学2巻1号（2002年）1頁～42頁

- ・「銀行取締役の注意義務」私法65号（2003年）238頁～244頁

※日本私法学会報告の再掲。

- ・「取引停止処分制度に関する一考察」流経法学3巻1号（2003年）39頁～63頁

- ◎「取締役の『信頼の権利』に関する一考察」流経法学2巻2号（2003年）1頁～62頁

- ・「銀行グループの信用リスク管理のあり方」流経法学4巻1号（2004年）123頁～208頁

- 「銀行株式会社とその株主権に関する序論的考察」流経法学4巻2号（2004年）1頁～30頁

- ・「判例および銀行法における銀行業の特徴と銀行取締役の注意義務」流経法学5巻1号（2005年）1頁～57頁

- 「預金者の法的地位－銀行のコーポレート・ガバナンスの視点から」流経法学5巻2号（2005年）1頁～86頁

- ・「破綻銀行の裁判例にみる融資決裁時の注意義務」ビジネス法務2006年2月号82頁～88頁

- ・「協同組織金融機関の『地区』に関する考察」流経法学6巻1号（2006年）1頁～60頁

※独立行政法人経済産業研究所のポリシーディスカッションペーパー

（<https://www.rieti.go.jp/jp/publications/summary/06060001.html>）を公刊。

- ・「破綻銀行の裁判例にみる融資決裁時の注意義務」ビジネス法務6巻2号（2006年）82頁～88頁

- ・「融資決裁における銀行取締役の注意義務」塩崎勤＝雨宮眞也＝山下丈編『新・裁判実務大系29 銀行関係訴訟法』（青林書院、2007年）105頁～119頁

- ◎「銀行取締役の注意義務再論（1）（2）（3・完）」龍谷法学41巻3号（2008年）1頁～31頁、41巻4号（2009年）93頁～175頁、42巻1号（2009年）25頁～91頁

- 「協同組織金融機関における地区の意義」RESEARCH（労働金庫研究所）21号（2010年）3頁～50頁

- ・「金融機関の融資判断と経営判断原則」龍谷法学44巻4号（2012年）155頁～184頁

- 「メインバンク関係の法的分析——判例の分析をとおして」龍谷法学45巻1号（2012年）1頁～19頁

- 「メインバンク関係の将来展望——法律学の立場から」小出篤ほか編『前田重行先生古稀記念 企業法・金融法の新潮流』（商事法務、2013年）427頁～462頁
- ・「銀行業と商業の分離政策と異業種による銀行業への参入——ワンウェイ規制を見直すべきか」村田彰先生還暦記念論文集編集委員会編『村田彰先生還暦記念論文集 現代法と法システム』（酒井書店、2014年）445頁～461頁
- ・「地域金融機関経営の健全性維持における課題とその解決策——高鍋信用金庫事件および東和銀行事件を踏まえて」龍谷法学46巻4号（2014年）271頁～293頁
- ・「わが国の取締役会は監督機能を果たしてきたか」龍谷法学47巻1号（2014年）1頁～24頁
- ・「キャッシュ・アウトに関する理論的根拠——区分所有法の建替え決議制度と憲法二九条に基づく検討を踏まえて」同志社法学68巻1号（2016年）189頁～240頁
- ・「会社における社員の退社と除名——キャッシュ・アウトと関連付けて」鳥山恭一＝中村信男＝高田晴仁編『現代商事法の諸問題——岸田雅雄先生古稀記念論文集』（成文堂、2016年）265頁～286頁
- ・「シンジケート・ローンの組成過程における諸問題——中小企業を借入人とする市場の健全な形成に向けた政策論を中心として」龍谷法学50巻1号（2017年）1頁～72頁
- ・「会計参与制度と中小会社のコーポレート・ガバナンス」龍谷法学50巻4号（2018年）99頁～136頁
- ・「メインバンク関係、母体行主義と銀行取締役の善管注意義務」経済学論叢（同志社大学）70巻1号（2018年）35頁～79頁（鹿野嘉昭同志社大学教授との共著）
- ・「金融機関の経営の健全性と取締役会が果たすべき役割——マネジメント・モデルの取締役会を前提として」龍谷法学51巻4号（2019年）29頁～72頁
- 「アームズ・レングス・ルールの意義とその歴史」龍谷法学52巻1号（2019年）33頁～52頁
- ・「社債の利息に対する利息制限法の適用の可否——東京地判令和元・6・13金判1573号34頁を題材として」龍谷法学53巻1号（2020年）1頁～45頁
- ・「取締役会の監督機能と社外取締役の果たすべき役割（1）（2）（3・完）」龍谷法学54巻2号（2021年）1頁～27頁、同54巻3号（2021年）103頁～133頁、同54巻4号（2022年）109頁～128頁
- ・「銀行と倉庫業の関係——明治・大正時代を中心として」龍谷法学55巻2号（2022年）1頁～34頁

- ・「銀行の他業禁止規制に関する歴史的考察（１）（２・完）」龍谷法学55巻3号（2022年）29頁～71頁、同55巻4号（2023年）251頁～302頁
- ・「根拠当権制度の創設とメインバンク・システム」龍谷大学社会科学研究所年報53号（2023年）22頁～51頁
- ・「流動性預金と預金口座の現代的意義——資金移動業者の口座とも対比して——（１）（２・完）」龍谷法学56巻3号（2023年）1頁～35頁、同56巻4号（本号、2024年）掲載

5 判例研究

- ・「金融機関の融資決裁における役員の責任に関する裁判例の検討」流経法学3巻1号（2003年）149頁～229頁
- ・「当日他券過振を解消するための融資と追加融資を決裁した銀行取締役の会社に対する責任（北海道拓殖銀行栄木不動産事件控訴審判決）」流経法学6巻1号（2006年）1頁～48頁
- ・「当日他券過振りを解消するために追加融資を決裁した銀行取締役の会社に対する責任が認められた事例（北海道拓殖銀行栄木不動産事件最高裁判決）最高裁判所第二小法廷平成20年1月28日判決判時1997号143頁・判タ1262号63頁・金判1291号32頁」龍谷法学41巻1号（2008年）121頁～152頁
- ・「商品先物取引・証券取引における「適合性原則」にかかわる2つの裁判例」龍谷法学43巻1号（2010年）280頁～330頁
- ・「信用金庫の会員が貸倒となった融資について、当該融資を決裁した理事らの善管注意義務違反に基づく信用金庫に対する責任を追及した会員代表訴訟において請求が一部認容された事例——宮崎地判平23・3・4判例時報2115号118頁」龍谷法学44巻3号（2011年）287頁～312頁
- ・「特定の企業に対する融資を推進した代表取締役および取締役の銀行に対する責任が認められた事例（東和銀行取締役責任追及損害賠償請求事件控訴審判決）——東京高判平成23年12月15日資料版／商事法務334号83頁」龍谷法学45巻2号（2012年）233頁～252頁
- ・「事業を譲り受けた会社につき会社法22条1項に基づく責任が認められ、その際、債権者の認識等は問題とならないとされた事例——宇都宮地判平成22年3月13日判例タイムズ1324号231頁」龍谷法学45巻3号（2012年）265頁～281頁
- ・「経営破綻した子会社に対する親会社の融資等について親会社の取締役の忠実義務および善管注意義務の違反が認められた事例（福岡魚市場株主代表訴訟事件控訴審判決）——福岡高判平成24年4月13日金融・商事判例1399号24頁」龍

谷法学45巻4号（2013年）481頁～519頁

- 「濫用的会社分割に対する詐害行為取消権の行使——最二小判平24.10.12を題材として」金融法務事情1970号（2013年）58頁～73頁
- 「会社法362条4項2号所定の「多額の借財」該当性と融資を実行した銀行の悪意の意義——東京地判平成24・2・21判時2161号120頁」金融・商事判例1419号（2013年）2頁～7頁
- 「平成17年改正前商法266条1項5号に基づいて取締役が会社に対して支払う損害賠償金に付すべき遅延損害金の利率と損害賠償債務が履行遅滞となる時期——福岡市市場株主代表訴訟事件上告審判決（最判平成26・1・30金判1439号32頁）」金融・商事判例1458号（2015年）2頁～7頁
- 「新株および新株予約権の発行が著しく不公正な方法による発行に該当するとして、その発行を差し止める旨の仮処分が認可された事例——大阪地判平成29・1・6金判1516号51頁」龍谷法学51巻1号（2018年）591頁～627頁
- 「社債の利息に利息制限法の適用を否定した第一審判決の結論が控訴審で維持された事例——東京高判令和元年10月30日金判1595号48頁」法律のひろば2020年11月号（73巻11号）62頁～68頁
- 「社債の利息への利息制限法の適用の可否（最三小判令3・1・26）」新・判例解説Watch vol.29（2021年）119頁～122頁
- 「社員2名の合同会社において1名の社員の除名の請求が認められなかった事例（東京地判令和元年7月3日判例タイムズ1475号210頁、金融・商事判例1577号29頁）」龍谷法学54巻1号（2021年）353頁～370頁
- 「社員2名の合同会社において1名の社員の除名の請求が認められた事例——東京地判令和3年11月29日金融・商事判例1641号50頁」龍谷法学55巻3号（2022年）383頁～396頁
- 「預金の払戻請求における銀行の注意義務——東京地判令和2・6・9金判1605号52頁」龍谷法学54巻4号（2022年）501頁～522頁

6 研究ノート・資料・その他

- （論文紹介）「銀行のコーポレート・ガバナンス」

Jonathan R. Macey and Maureen O'Hara, *The Corporate Governance of Banks*, FRBNY Economic Policy Review / April 2003, 91-107 (2003)

Jonathan R. Macey and Maureen O'Hara, *Solving the Corporate Governance Problems of Banks: A Proposal*, 120 BANKING L.J. 326-347 (2003)

流経法学4巻1号（2004年）27頁～40頁

- (研究ノート)「金融機関による特定の預金者に対する担保提供」流経法学3巻2号(2004年)35頁～55頁
- (資料)「信用金庫理事長の融資業務管理責任に関する意見書」龍谷法学40巻3号(2007年)337頁～374頁
- (受託研究)〔平成19年度厚生労働省医政局委託〕中井経済研究所『医療施設経営安定化推進事業 医療機関における資金調達のための調査報告書』(2008年)「第Ⅱ章 調査研究結果」「6 資産の流動化」(58頁～74頁)を執筆
- (研究ノート)「会社法の施行と商事法研究者の情報発信力の変化——「旬刊商事法務」誌の分析をととして」龍谷法学46巻1号(2013年)335頁～353頁
- (研究ノート)「地域金融機関経営の健全性維持における課題とその解決策——高鍋信用金庫事件および東和銀行事件を踏まえて」龍谷法学46巻4号(2014年)271頁～293頁
- (研究ノート)「日本振興銀行の破綻に伴う経営者に対する責任追及に関する東京地裁判決(東京地判平成28・5・19LEX/DB25543331)の検討」龍谷法学49巻3号(2017年)131頁～166頁
- (研究ノート)「地域金融機関と経営の健全性——スルガ銀行と東日本銀行で2018年に発覚した事例を踏まえて」龍谷法学51巻3号(2019年)463頁～494頁
- (研究ノート)「商事法研究者の情報発信力の変化——会社法施行前からの約20年の変遷を踏まえて」龍谷法学55巻1号(2022年)311頁～351頁

吉岡祥充 教授 略歴および業績一覧

1955（昭和30）年5月10日 大阪府生まれ

I 学 歴

1980年 大阪市立大学法学部卒業

1982年 大阪市立大学大学院法学研究科前期博士課程修了（法学修士を取得）

1988年 大阪市立大学大学院法学研究科後期博士課程単位取得退学

II 職 歴

1988～1991年 奈良産業大学法学部専任講師

1991～1996年 奈良産業大学法学部助教授

1996～2001年 奈良産業大学法学部教授

1999～2001年 奈良産業大学評議員

2001～2004年 高知大学人文学部教授

2004～2010年 香川大学法学部教授

2007～2009年 カリフォルニア大学バークレー校客員研究員

2010～2024年 龍谷大学法学部教授

2014～2016年 龍谷大学法学部長

2018～2022年 龍谷大学副学長

III 主な業績

1 共著・編著

- 甲斐・見上編『新農基法と21世紀の農地・農村』日本評論社2000年
（第8章「森林保全と森林法の論理——1951年森林法における森林計画制度に関する覚書」を担当）
- 富野・鈴木編『コモンズ論再考』晃洋書房2006年
（第8章「法学的入会権論の源流——中田総有論ノート」を担当）
- 鈴木編『宗教法と民事法の交錯』晃洋書房2009年
（第2章「明治期における社寺境内下戻問題と境内私有説の論理——中田薫・土地所有権史論への序論的考察」を担当）
- 村澤・牛尾・宮浦編『里山学講義』晃洋書房2015年
（第13章「里山の保全と森林・林業再生プラン」を担当）

- ・牛尾・吉岡・清水編『琵琶湖水域圏の可能性——里山学からの展望』晃洋書房 2018年
(第18章「公社造林と里山——「造林公社問題」の残された課題」を担当)

2 論文

- ・「約款論の動向と課題——原島市民法論の一考察」(『法の科学』12号1984年) 109～116頁
- ・「W.フルーメの法律行為論に関する一考察(1)(2)完」(『法学雑誌』(大阪市立大学)31巻3・4号1980年)177～202頁、(同32巻2号1981年)81～118頁
- ・「『市民法論』の現代的射程(1)——民法学の理論的課題をめぐる覚書」(『奈良法学会雑誌』5巻3号1992年)53～66頁
- ・「現代的契約理論の構成とその正当化——関係的契約理論の展開と現代契約理論の課題」(『法律時報』1994年7月号)28～33頁
- ・「新借地借家法における借地権の性格」(『奈良法学会雑誌』(奈良産業大学)8巻3・4号1996年3月)281～315頁
- ・「森林の流域管理システムの展開とその政策的意味」(『産業研究所報』(奈良産業大学)1999年3月)15～26頁
- ・「建物賃借権の譲渡・転貸——信頼関係理論の検討を中心として」(『新借地借家法講座3(借家編)』日本評論社1999年)139～179頁
- ・「篠塚昭次『借地借家法の基本問題』・水本洋『借地借家法の基礎理論』について」(「(日本民法施行100年記念)民法学説100年史」三省堂1999年)500～507頁
- ・「里山の保全と「森林・林業再生プラン」——里山地域の人工林をめぐる」(龍谷大学里山学研究センター2013年度年次報告書)189～197頁
- ・「入会の変容と里山の危機——その再生に向けて」(龍谷大学里山学研究センター2017年度年次報告書)35～41頁

3 注釈書、判例研究、調査報告、翻訳

- ・「(判例研究)土地賃借権の無断譲受人による土地の使用が賃借意思に基づくものではないとして賃借権の時効取得が否定された事例(最判昭和53年12月14日民集32巻9号1658頁)」(『奈良法学会雑誌』2巻3号1989年)87～94頁
- ・[共著]「損害賠償の範囲」「損害賠償の方法」(『民法コンメンタル(9)・債権総則1』ぎょうせい1989年)2233～2460頁
- ・「損害賠償の範囲」「金銭賠償の原則」(『新コンメンタル民法』三省堂1992年)188～244頁

- ・「賃貸マンションに関する諸問題」(塩崎編『マンションの法律』法律文化社1993年) 126～161頁
- ・「(判例研究) 建物建築請負契約における出来形部分の所有権帰属(最判平成5年10月25日民集47巻8号1061頁)」(『法律時報』1994年8月号) 94～97頁
- ・[共訳]「ドイツ新借地借家法新旧対象仮訳(1)(2)」(『龍谷法学』34巻4号2001年) 636～654頁、(同35巻2号2002年) 383～404頁
- ・[共著]「集落営農における公・共・私——島根県における実態調査報告」(龍谷大学『社会科学研究年報』33号2008年) 1～17頁
- ・「奈良県における森林管理の状況」(龍谷大学『里山学研究センター2011年度年度年次報告書』) 211～212頁
- ・「[指定先行型] 里山保全条例の経験と課題——高知市里山条例について」(龍谷大学『里山学研究センター2011年度年度年次報告書』) 213～216頁
- ・[共著]「イギリスの地域自然資源の保全に関する調査報告」(龍谷大学『里山学研究センター2012年度年度年次報告書』) 152～180頁
- ・[共著]「森林を中心とする地域資源の循環的利用による持続可能な地域づくりの先進事例——ドイツ・バイエルン州アルゴイ地域とオーストリア「ブレゲンツの森」地域」(龍谷大学『里山学研究センター2016年度年度年次報告書』) 169～183頁
- ・[共著]「中国広西壯族自治區の森林総合利用に関する実態調査報告」(龍谷大学『里山学研究センター2017年度年度年次報告書』) 74～81頁

4 教科書

- ・谷口・甲斐編『新演習・民法破棄判例・債権』(「環境権」最判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁を担当、法律文化社1989年) 202～244頁
- ・石田・甲斐編『物権法』(「留置権」「先取特権」を担当、青林書院新社1994年) 261～288頁
- ・甲斐編『新現代民法入門』(「不動産の取引」を担当、法律文化社2002年) 149～183頁
- ・石田・甲斐編『新民法教室Ⅰ(第3版)』(「即時取得」を担当、法律文化社2005年) 206～217頁
- ・松井宏興編『民法の世界Ⅱ(物権法)』(「占有」を分担、信山社2002年) 144～168頁
- ・板橋・家崎他編『民法判例30講(債権法)』(借地法を担当、成文堂2004年) 153～160頁

- 中田・潮見・道垣内編『民法判例百選Ⅰ（総則・物権）〔第6版〕』（最判平成元年9月19日民集43巻8号955頁を担当、有斐閣2009年）144～145頁

法学会記事

2023年度 法学会研究会

日 時：2023年4月4日（火）18：00～20：30

場 所：龍谷大学 至心館1階 フリースペース

報告者：ルイス・グレコ氏（ドイツ・フンボルトベルリン大学教授）

通訳者：井田 良氏（中央大学法学研究科教授、慶應義塾大学名誉教授）

テーマ：注意義務違反と結果との間の『因果関係』？

—因果関係と客観的帰属の関係について

日 時：2023年10月17日（火）17：15～19：30

場 所：龍谷大学 紫英館2階 第1共同研究室

報告者：クリス・トマーレ氏（オーストリア・ウィーン大学教授）

通訳者：カライスコス・アントニオス氏（本学法学部教授）

テーマ：サプライチェーンにおける注意義務に関する民事上の責任

日 時：2024年3月22日（金）16：00～18：00

場 所：龍谷大学 至心館1階

報告者：マークス・ヴァクナー氏（ドイツ・ボン大学教授）

通訳者：根津 洸希氏

（新潟大学法学部助教、新潟大学ELSIセンター専任教員）

テーマ：エコサイドについて

執 筆 者 紹 介（掲載順）

石 塚 伸 一	本学名誉教授
今 川 嘉 文	本学法学部教授
牛 尾 洋 也	本学法学部教授
岡 本 詔 治	本学名誉教授
カライスコス アントニオス	本学法学部教授
鈴 木 龍 也	本学法学部教授
中 田 邦 博	本学法学部教授
若 林 三 奈	本学法学部教授
我 藤 諭	本学法学部非常勤講師
Jean-Paul Céré	ポー大学法学部教授、フランス刑法学会前会長
ハラス ドリス	立命館大学言語教育センター講師
本 庄 武	一橋大学大学院法学研究科教授
山 口 直 也	立命館大学大学院法務研究科教授
山 梨 光 貴	常磐大学総合政策学部助教
柊 山 尚 子	本学法学研究科博士後期課程研究生
神 吉 正 三	本学法学部教授
戸 塚 悦 朗	元本学法科大学院教授
金 尚 均	本学法学部教授
児 玉 寛	本学名誉教授

龍谷法学 第56巻 総目次

巻頭言	丹羽 徹	[4]…0000
赤池一将先生献辞	金 尚均	[4]…0000
川角由和先生献辞	中田 邦博	[4]…0000
神吉正三先生献辞	今川 嘉文	[4]…0000
吉岡祥充先生献辞	鈴木 龍也	[4]…0000

論 説

[号] 通頁

韓半島植民地支配の不法性（その1） ——2018年韓国大法院判決と2023年日韓首脳会談	戸塚 悦朗	[1]… 1
判例内縁法の現代的課題（5） ～平成時代以降の裁判例を中心として～	岡本 詔治	[1]… 57
「法社会学論争」の教訓（二十三） ——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描—— ——昭和の天皇制ファシズム期——	川角 由和	[1]… 87
イギリス行政法における「正当な期待」の法理の展開（5・完） ——行政法裁判例・判例の展開と裁判所の役割を中心に——	眞田 章午	[1]… 127
Leprosy Control in Colonial Sierra Leone: A Historical Overview	Takehiko Ochiai	[2]… 287
判例内縁法の現代的課題（6） ～平成時代以降の裁判例を中心として～	岡本 詔治	[2]… 307
「法社会学論争」の教訓（二十四） ——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描—— ——戦後・法社会学論争（その一）——	川角 由和	[2]… 335
韓半島植民地支配の不法性（その2） ——安重根はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その歴史的事実の検討——	戸塚 悦朗	[2]… 377

流動性預金と預金口座の現代的意義（１） ～資金移動業者の口座とも対比して～	神吉 正三	[3]… 443
「即日告知・即日執行」訴訟の意義 —死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認及び国家賠償請求事件（１）	古川原明子	[3]… 479
判例内縁法の現代的課題（７・完） ～平成時代以降の裁判例を中心として～	岡本 詔治	[3]… 495
「法社会学論争」の教訓（二十五・完） ——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描—— ——戦後・法社会学論争（その二）——	川角 由和	[3]… 531
韓半島植民地支配の不法性（その３） ——日韓旧条約の国際法上の効力と安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討——	戸塚 悦朗	[3]… 577
刑事政策学における最終定理（その１） ～何故、近代において罰刑は、自由刑という形態をとるのか？～	石塚 伸一	[4]… 727
エキゾチック証券を利用したベンチャー企業の資金調達 ～優先株式の発行意義と実務課題の検討～	今川 嘉文	[4]… 749
賃貸借契約における転借人の地位と法構造	牛尾 洋也	[4]… 761
内縁関係と遺族年金に関する一考察（１） ～近時の裁判例を中心として～	岡本 詔治	[4]… 793
EUにおける環境主張の規制 ——不正取引方法指令と新たな指令提案を中心に	カライスコス アントニオス	[4]… 825
寺院墓地における墓地使用権の性質に関する一考察 ——典礼施行に関する合意・規則・慣行の解釈と拘束力——	鈴木 龍也	[4]… 859
消費者契約法の在り方と裁判官の役割	中田 邦博	[4]… 885
若年者の逸失利益・緒論—障害による減額は公平か	若林 三奈	[4]… 919

犯罪者の社会復帰における余暇支援 我藤 論	[4]...	957
De la peine de mort à la prison à perpétuité. Le droit français à l'épreuve du droit européen Jean-Paul Céré	[4]...	977
フランスにおける右傾化を背景とした治安維持の議論について —若年移民出身者の政治的扱い— ハラス ドリス	[4]...	993
マインドコントロールと刑事責任に関する覚書 —精神障害なき異常犯罪を巡って— 本庄 武	[4]...	1017
特定少年に対する保護処分の構造 —「犯情の軽重」概念の検討を中心として— 山口 直也	[4]...	1053
犯罪歴というスティグマ —アメリカ刑罰史における「危険性」の系譜から— 山梨 光貴	[4]...	1083
フランス民法典における仕事の賃約に関する一考察 梶山 尚子	[4]...	1117
流動性預金と預金口座の現代的意義（2・完） ～資金移動業者の口座とも対比して～ 神吉 正三	[4]...	1141
韓半島植民地支配の不法性（その4） ——1904年1月21日大韓帝国中立宣言と「不法強占」 戸塚 悦朗	[4]...	1177

研究ノート

The Removal of 'Lunatics' from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s Takehiko Ochiai	[1]...	173
ホームレスの人と人権（その5・完）..... 石井 幸三	[1]...	191
Death Penalty Lawsuits in Japan : Is Execution with Dignity a Paradox? Akiko Kogawara	[3]...	625

【報告】〔ワークショップ&リリース〕

「日本における死刑と再審」2023年9月4日イン・ベルリン

～日本政府は、まだ死刑を存置し、生命と人権を侵害し続けるのか!?～

……………暮井真絵子／石塚伸一 [3]… 645

翻 訳

フェリックス オリヴィエ＝マルタン

『ローマ法における賃約の分割』（3・完）

—Félix Olivier-Martin, Des divisions du louage en droit romain, RHD, 15, 1936—

フェリックス オリヴィエ＝マルタン(著)／桃山 尚子(翻訳) [1]… 229

性刑法の発展過程

——道徳の保護から法益保護へ、再び道徳保護へ回帰するのか?——

……………ヨアヒム・レンツィコフスキー(著)／山下 裕樹(訳) [2]… 409

ヨアヒム・レンツィコフスキー『行為理由としての規範』

In: Rechtsstaatliches Strafrecht.

Festschrift für Ulfried Neumann zum 70. Geburtstag,

C.F. Müller, Heidelberg 2017, S. 335 - 346.

……………ヨアヒム・レンツィコフスキー(著)／玄 守道(翻訳) [3]… 661

ルイス・グレコ『注意義務違反と結果との間の「因果関係」?』

——因果関係と客観的帰属の関係について

……………ルイス・グレコ(著)／井田 良＝佐土美由紀(翻訳) [3]… 683

判 例 研 究

詐欺事件について包括的共謀による共同正犯の成立が

認められた事例（京都地判令5年5月31日公刊物未登載）

……………金 尚均 [4]…1217

資 料

「木庭先生の庭」散策（3）

——法学再入門のための標準装備—— ……………児玉 寛 [4]…1237

赤池一将 教授 略歴および業績一覧	1271
川角由和 教授 略歴および業績一覧	1275
神吉正三 教授 略歴および業績一覧	1287
吉岡祥充 教授 略歴および業績一覧	1295
法学会記事.....	1299
第56巻総目次.....	595
法学会消息.....	267
法学会2022年度決算報告書.....	276
法学会会則.....	282

The Commemorative Issue for the Retirement of
Prof. Kazumasa AKAIKE
Prof. Yoshikazu KAWASUMI
Prof. Shozo KANKI
Prof. Yoshimitsu YOSHIOKA

Foreword	
.....	Toru NIWA (1)
Farewell Address to Prof. Kazumasa AKAIKE	
.....	Sangyun KIM (3)
Farewell Address to Prof. Yoshikazu KAWASUMI	
.....	Kunihiro NAKATA (7)
Farewell Address to Prof. Shozo KANKI	
.....	Yoshifumi IMAGAWA (11)
Farewell Address to Prof. Yoshimitsu YOSHIOKA	
.....	Tatsuya SUZUKI (15)

Articles

Das Schlusstheorem in der Kriminalpolitik :	
Warum erfolgt die Bestrafung in der Modernen Zeit in Form der Freiheitsstrafe?	
.....	Shinichi ISHIZUKA (19)
Financing of the Venture Companies using the Exotic Securities	
.....	Yoshifumi IMAGAWA (41)
Status und rechtliche Struktur von Untermietern in Mietverträge Status und rechtliche Struktur von Untermietern in Mietverträge	
.....	Hiroya USHIO (53)

On the customary marriage and survivor's pension. Mainly recent court cases.	Shoji OKAMOTO (85)
Regulation of Environmental Claims in the EU: Focusing on the Unfair Commercial Practices Directive and the Two New Directive Proposals	Antonios KARAISKOS (117)
A Study on the Nature of the Right to Use a Grave Plot in a Temple Cemetery —Interpretation and Binding Force of Agreements, Rules and Customs regarding Liturgical Performance—	Tatsuya SUZUKI (151)
The State of Consumer Contract Law and the Role of Judges	Kunihiro NAKATA (177)
Lost of profits for young people in calculating tort damages, prologue —Is the reduction due to disability/impairment fair?	Mina WAKABAYASHI (211)
Leisure Support in Offenders' Rehabilitation	Satoshi GATO (249)
De la peine de mort à la prison à perpétuité. Le droit français à l'épreuve du droit européen	Jean-Paul Céré (269)
On the Debate on Security in the Context of the Rightward Trend in France —The Political Treatment of young descendants of immigrants—	Driss Harrass (285)
Mind Control and Criminal Responsibility —Speculations on Abnormal Crime without Mental Disorder—	Takeshi HONJO (309)
Structure of Rehabilitation Measures for Specified Juveniles —Focusing on the concept of "the severity of the circumstances of the crime"—	Naoya YAMAGUCHI (345)

Criminal Record as Stigma

—How “Dangerousness” was created and utilized in Crime Control—

..... Koki YAMANASHI (375)

Une étude sur le louage d’ouvrage dans le Code civil français

..... Naoko KABAYAMA (409)

Modern Meaning of Savings Account and Deposits (2)

Compared with the Account by Fund Transfer Service Providers

..... Shozo KANKI (433)

Unlawfulness of Colonization of Korean Peninsula (Part 4)

Korea’s Neutrality Declaration of January 21, 1904 and Japan’s Illegal
Occupation of Korea

..... Etsuro TOTSUKA (469)

Case law study

Fall über Täterschaft bei Betrug

..... Sangyun KIM (509)

Material

Walks in the garden of Professor Koba (3)

The normal equipment for A New Initiation to Law World

..... Hiroshi KODAMA (529)

2023年度 龍谷大学法学会役員および評議員

会 長	川 角 由 和	畠 山 亮	嶋 田 佳 広
丹 羽 徹	河 村 尚 志	浜 井 浩 一	庶務委員
副会長	神 吉 正 三	濱 中 新 吾	武 井 寛
橋 口 豊	カライスコ アントニオス	玄 守 道	濱 口 晶 子
評議員	金 尚 均	本 多 滝 夫	会計委員
赤 池 一 将	越 山 和 広	山 田 卓 平	堀 清 史
石 埼 学	斎 藤 司	吉 岡 祥 充	会計監査委員
石 塚 武 志	鈴 木 龍 也	渡 辺 博 明	橋 本 祐 子
今 川 嘉 文	瀬 畑 源	編集委員	
牛 尾 洋 也	寺 川 史 朗	若 林 三 奈	
大 森 健	中 田 邦 博	古 川 原 明 子	
落 合 雄 彦	野々上 敬 介	松 尾 秀 哉	

龍 谷 法 学 第56巻 第 4 号

2024年 3 月 6 日 印刷

2024年 3 月13日 発行

編 集 兼
発 行 人
発 行 所

龍谷大学法学会会長 丹羽 徹

龍谷大学法学会
京都市伏見区深草塚本町67
電話 (075) 645-7922

印 刷 所

サンメッセ株式会社
京都市下京区西洞院通七条下る東塩小路町607-10
電話 (075) 366-0124

RYUKOKU HOGAKU

Ryukoku Law Review

Vol. 56, No. 4

March 2024

The Commemorative Issue for
the Retirement of
Prof. Kazumasa AKAIKE
Prof. Yoshikazu KAWASUMI
Prof. Shozo KANKI
Prof. Yoshimitsu YOSHIOKA

Published by
The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan