HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第66巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 66(2)
Issue Date	2015-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59612
Type	journal
File Information	lawreview_vol66no2.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 66 巻　第 2 号

論　説

いわゆる「第三者の執行担当」について（２）
—— 第三者に帰属する権利を執行債権とする強制執行の許容性 ——
…… 山木戸　勇一郎　1

法と情報空間（１）
—— 近代日本における法情報の構築と変容 ——
…… 郭　薇　378[1]

社会的排除と法システム（１）
—— システム作動要因としての属人性 ——
…… 橋場　典子　316[63]

中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割（３）
…… 李　妍淑　260[119]

罪数論と一事不再理効の関係の再構成（３・完）
——「かすがい」、集合犯を中心として ——
…… 倪　潤　228[151]

研究ノート

イギリスにおける社会統合政策と多文化主義
—— 安達智史『リベラル・ナショナリズムと多文化主義』をめぐって ——
…… 辻　康夫　166[213]

資　料

憲法裁判における調査官の役割
1　趣旨説明 …… 笹田栄司　154[225]
2　ドイツ連邦憲法裁判所における調査官の役割
…… 笹田栄司　153[226]
3　フランス憲法院における補佐機構 …… 山元一　142[237]
4　合衆国最高裁判所におけるロー・クラーク
…… 中林暁生　127[252]
5　カナダ最高裁判所におけるロー・クラーク
…… 佐々木雅寿　118[261]
6　韓国憲法裁判所の組織機構と憲法研究官の役割
…… 國分典子　107[272]
7　日本の最高裁判所を踏まえての総括コメント
…… 宍戸常寿　91[288]
8　藤田宙靖元最高裁判所判事へのインタビュー
…… 藤田宙靖　83[296]

判例研究

刑事判例研究 …… 瀧本京太朗　76[303]

雑　報

北海道大学法学会記事 …… 39

2015(平成27)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷　襄兒（経済法）
五十嵐　清（比較法）
伊藤　大一（行政学）
今井　弘道（法哲学）
臼杵　知史（国際法）
岡田　信弘（憲法）
大塚　龍児（商法）
小川　晃一（政治思想史）
小川　浩三（法史学）
奥田　安弘（国際私法）
神原　勝（行政学）
木佐　茂男（行政法）
小菅　芳太郎（法史学）
小山　昇（民事訴訟法）
近藤　弘二（商法）
笹田　栄司（憲法）
東海林　邦彦（民法）
白取　祐司（刑事訴訟法）
鈴木　賢（比較法）
杉原　高嶺（国際法）
瀬川　信久（民法）
曽野　和明（比較法）
高見　勝利（憲法）
高見　進（民事訴訟法）
道幸　哲也（労働法）
中村　睦男（憲法）
中村　研一（国際政治）
長井　長信（刑法）
畠山　武道（行政法）
林田　清明（法社会学）
林　鴻潤（商法）

稗貫　俊文（経済法）
深瀬　忠一（憲法）
藤岡　康宏（民法）
古矢　旬（アメリカ政治史）
松澤　弘陽（政治思想史）
松村　良之（法社会学）
松久　三四彦（民法）
宮本　太郎（比較政治経済学）
山口　二郎（行政学）
山畠　正男（民法）
吉田　克己（民法）
亘　理格（行政法）

教授

會澤　恒（比較法）
池田　清治（民法）
上田　信太郎（刑事訴訟法）
遠藤　乾（国際政治）＊
尾崎　一郎（法社会学）
小名木　明宏（刑法）
加藤　智章（社会保障法）
岸本　太樹（行政法）
○桑原　朝子（日本法制史）
児矢野　マリ（国際法）
権左　武志（政治思想史）
○佐々木　雅寿（憲法）
嶋　拓哉（国際私法）
城下　裕二（刑法）
鈴木　一人（国際政治経済学）
曽野　裕夫（民法）
空井　護（現代政治分析）＊
田口　正樹（法史学）
田村　善之（知的財産法）

辻　康夫（政治学）＊
常本　照樹（憲法）
中川　寛子（経済法）
長谷川　晃（法哲学）
林　誠司（民法）
藤原　正則（日本政治思想史）
眞壁　仁（日本政治思想史）
町村　泰貴（民事訴訟法）
水野　浩二（法史学）
宮脇　淳（行政学）
山崎　幹根（行政学）
山下　竜一（行政法）
山本　哲生（商法）
吉田　邦彦（民法）
吉田　広志（知的財産法）
米田　雅宏（行政法）

特任教授

池田　茂徳（法実務基礎）

准教授

磯部　真士（刑事実務）
榎本　光宏（民事実務）
岡田　信弘（憲法）
木下　尊氏（民事実務）
西村　恵三子（刑事実務）
橋場　弘之（法実務基礎）
林田　清明（法社会学）
○伊藤　一頼（国際法）＊
○池田　悠（労働法）
○郭　舜（法制度論）
川村　力（商法）
櫛橋　明香（民法）
栗原　伸輔（民事訴訟法）

○小濵　祥子（アメリカ政治史）＊
○佐藤　陽子（刑法）＊
田中　啓之（行政法）＊
中川　晶比兒（経済法）
中島　岳志（アジア政治論）＊
西村　裕一（憲法）
根本　尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
前田　亮介（日本政治史）
三宅　新（商法）
村上　裕一（行政学）＊
山木戸　勇一郎（民事訴訟法）
○山本　周平（民法）
吉田　徹（ヨーロッパ政治）＊

講師

高　影娥（民法）
白鳥　潤一郎（国際政治）

助教

小幡　宣和（行政法）
郭　薇（法社会学）
川村　行論（社会保障法）
姜　連甲（経済法）
酒巻　修也（民法）
千田　航（ジョナサン・エドワード・ゾル）（日本政治史）（比較政治学）
丁　文杰（知的財産法）
橋場　典子（法社会学）
濱口　弘太郎（民法）
李　妍淑（比較法）

雑誌編集委員　○印
＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論説

いわゆる「第三者の執行担当」について（二）

――第三者に帰属する権利を執行債権とする強制執行の許容性――

山木戸　勇一郎

目　次

序章　はじめに
第一章　ドイツ法
　第一節　執行担当概念の萌芽

第二節　執行担当に関する議論の引き金
第三節　学説・裁判例の状況
第一款　総説
第二款　訴訟担当先行型
第三款　第三者授権型
一　はじめに
二　ＺＰＯ七二七条の権利承継の枠組みにおける議論
（一）手続法上の権限の移転に基づく権利承継
（二）実体法上の取立授権の付与に基づく権利承継
三　任意的訴訟担当のアナロジーによる執行文の付与
四　小括
第四款　戻授権型
一　はじめに
二　譲渡人の実体適格の有無に関する裁判例・学説の状況
（一）民事第五部一九八四年判決
（二）民事第五部一九八四年判決に対するブレームの批判
（三）民事第五部一九八四年判決の後の裁判例
（四）民事第五部一九九一年判決に対するミュンツベルクの批判
（五）民事第八部判決とその後の裁判例
（六）譲渡人による強制執行の肯定例と否定例の整合性について
（七）民事第八部判決以降の学説の状況
三　債務者保護の観点からの戻授権型の許容性に関する議論
（一）隠れた執行担当の許容性

（以上、六五巻五号）

（ア）問題の所在
（イ）隠れた執行担当の許容性を疑問視する見解
（ウ）隠れた執行担当の許容性を疑問視する見解に対する反論
（二）取立授権によって生じる二重執行の危険
四　小括
第四節　小括
第二章　日本法
第三章　総括

（以上、本号）

第三款　第三者授権型

一　はじめに

第三者授権型は、判決手続等の債務名義の成立過程に当事者として関与した者が、自己を名宛人とする判決等の債務名義を取得した際に、当該判決等の債務名義に基づく強制執行を第三者に委託し、その委託に基づいて当該第三者が執行当事者として強制執行をしようとする類型である。この類型は独立的執行担当あるいは任意的執行担当と呼ばれることがある。(1)

執行当事者として強制執行をするためには、執行文の付与を受けることが必要であるため、この類型の問題点は、有名義債権者から執行委託を受けた第三者に執行文を付与することができるか、という点である。しかし、当該第三者は

債務名義上の当事者ではないため、単純執行文を付与することはできないから、専ら問題となるのは、当該第三者にＺＰＯ七二七条[2]に基づいて承継執行文を付与することができるか、という点である。もっとも、当該第三者は有名義債権者から債務名義に表示された権利の譲渡を受けることなく、単純な執行委託を受けたにとどまっているという前提であるため、同条の適用を肯定することができるか否かは大きな問題である。

実体法上の権利の移転がないという点を専ら捉えて、同条の適用を否定する結論を出すことはもとより可能である。第二節で紹介した連邦通常裁判所民事第五部一九八四年一〇月二六日判決（BGH, BGHZ 92, 347）（以下「民事第五部一九八四年判決」という）は、傍論において、有名義請求権の譲渡なしの純然たる執行授権は、実体適格の是正を伴っていないので、ＺＰＯ七二七条における意味での権利承継が存在しない、ということを理由に第三者授権型を不許容としている。また、学説の大多数も、同条の適用の前提である権利承継を肯定することができないとして、民事第五部一九八四年判決と同様に、第三者授権型の許容性については否定的である[3]。

もっとも、民事第五部一九八四年判決の理由付けは、ＺＰＯ七二七条の直接適用を否定する点に関しては説得力を持っているものの、準用に関しては否定する論証がなされていない、という指摘もなされているところである[4]。というのは、実体法上の権利の譲渡が欠けている場合においても、ＺＰＯ七二七条に基づいて承継執行文の付与が認められることがあるため、有名義請求権の譲渡がないから実体適格の是正がないというだけでは、同条に基づく承継執行文の付与を否定する理由としては必ずしも十分ではないからである[5]。そこで、学説の一部からは、本類型における第三者に対して承継執行文の付与を認めるための理論構成がいくつか提案されている。その提案を大きく分けると、実体法上の権利の移転のみならず、一定の権限の移転を以って「権利承継」を認めようとする試みと、「権利承継」の枠組みを離れて承継執行文の付与を認めようとする試み、の二つに分類することができる。以下では、これらの試みとそれらに対する反論

を紹介しつつ、ドイツの学説において、第三者授権型に含まれる問題点がいかなるものと考えられているかについて明らかにしていきたい。

二　ＺＰＯ七二七条の権利承継の枠組みにおける議論

（一）手続法上の権限の移転に基づく権利承継

ヴィーンケは、第三者に対する執行委託によって執行権限の移転が生じるという前提、及び、執行権限の移転も権利承継に該当するという前提に立って、ＺＰＯ七二七条に基づく承継執行文の付与を肯定している。前者の前提についての説明は特にないが、後者の前提については、例えば、債権の差押えによって取立権を取得する場合[6]や破産手続開始によって破産管財人が就任する場合のように、実体法上の権利の移転が欠けている場合においてもＺＰＯ七二七条の準用が認められている例があることから、ＺＰＯ七二七条の権利承継の概念は、完全な権利の取得の場合に限らず、以上のような小さい権利の取得の場合にも問題になり、執行権限の移転も小さい権利の取得と考えることができる、と説明されている[7]。

ヴィーンケの前者の前提について、キルステン・シュミットは、執行手続において執行債権者が強制執行を申し立てるための権限（執行権限）として問題になるのは、専ら執行請求権（Vollstreckungsanspruch）であるという認識に基づいて、執行委託によっては執行権限を移転することはできないと反論する[8]。ここにいう執行請求権とは、債権者が国家に対して強制執行を実施するように要求することができる権利（執行債権のような実体法上の権利とは区別された国家に対する権利）のことであり、これは執行文の付与された債務名義の取得など執行法上の法定の要件が具備された場合に生じる権利（この意味で実体法上の基礎からは切り離されたもの）であるとされている[9][10]。これを前提にキルステン・

シュミットは、執行請求権の取得は承継執行文の付与によってのみ可能であって、単に第三者による授権のみでは執行請求権の移転は実現しないから、執行委託のみによって執行権限を移転することはそもそも不可能であって、執行権限の譲渡が小さい権利の取得としての権利承継を基礎づけることはない、と論じる。

また、ヴィーンケの後者の前提については、仮に執行権限という手続法上の権限を移転することが可能であるとしても、そもそも手続法上の権限の移転を以って権利承継を基礎付けることができるか、という問題を含んでいる。以前の学説の中には、任意的訴訟担当の授権者に対する判決効の拡張を理論的に根拠付ける目的で、訴訟追行権限の移転によって権利承継を認めようとする試みがあったもの[11]、これに対しては、単なる訴訟追行権限の移転では権利承継を基礎付けるには足りない[12]、または、このような理論構成が可能であるとしても、任意的訴訟担当の判決効の拡張の場面に限定される[13]、とされるなど好意的な反応は見当たらないところである。

（二）実体法上の取立授権の付与に基づく権利承継

そこで、基本的に権利承継が実体法上の地位の移転の問題と捉えられていることに沿った見解として、執行委託に取立授権[14]が含まれていると理解される場合は権利承継が認められる、という見解が一部の学説[15]及び裁判例によって主張されている。著名な裁判例として、ドレスデン高等裁判所一九九四年一〇月一三日判決（OLG Dresden, NJW-RR 1996, 444）は、ＺＰＯ七二七条の準用が認められている例として、用益権や担保権の設定によって取立権を取得する場合（ＢＧＢ一〇七四条、一二八二条）及び破産管財人や遺言執行者の就任の場合を挙げて、これらの場合のような制限的な権利の譲渡の場合と同様に、有名義債権者が第三者に取立権限を譲渡した場合も、ＺＰＯ七二七条に基づいて承継執行文の付与を受けることができるものとしている。

もっとも、このような見解に対しては、ＺＰＯ七二七条の権利承継を認めるためには、有名義債権者が自身が取得した債務名義に基づいて強制執行を行うことができない状況が必要であるが、取立授権によってはこのような状況は生じない、という内容の批判がなされている。

まず、なぜこのような状況が必要とされるかという点については、フーバー（Peter Huber）とキルステン・シュミットが詳論している。

フーバーの説明は、以下のようなものである[16]。破産管財人の就任の場合や法定訴訟担当の権限終了の場合において[17]、ＺＰＯ七二七条の準用が是認されているのは、破産者や権限終了後の訴訟担当者は債権の行使や取立てについての実体的権限を失っていることから、執行債務者から請求異議の訴えが提起されると自身が取得した債務名義では強制執行を成功裏に行うことができないため、当該債務名義を用いて強制執行をするためには承継執行文の付与が必要になるからである。このような執行の隙間を埋めるために、ＺＰＯ七二七条の準用が機能するのである[18]。

また、キルステン・シュミットの説明は、以下のようなものである。ＺＰＯ七二七条の権利承継には、実体的請求権自体を取得した場合だけではなく、例えば、職務上の当事者や差押債権者のように請求権を自己の名で行使する資格を取得した場合や、主たる権利の負担として新たに小さな法的地位を獲得した場合（いわゆる設権的承継[19]）も含まれるが、これらは、本来の権利者が実体適格を喪失するか、少なくともこれが制限されていることが前提になっている。また、既判力の拡張により同一の請求原因の新訴訟は禁じられるので[20]、当該債務名義に基づく権利承継人による強制執行を保障する必要があるために、また、すでに取得された債務名義を引き続き利用可能なものとすることで訴訟経済に資するために、ＺＰＯ七二七条の規定による承継執行文の付与が認められているのである。したがって、ＺＰＯ七二七条の規定は、旧債権者が実体適格を失うために、当該債務名義による強制執行を達成することができない場合において、新債

権者である権利承継人のために役立てるという形で、その債務名義が無駄になるのを防止するためのものであると理解されるから、ＺＰＯ七二七条の類推適用が可能なのは、承継人が入手する法的地位を譲渡人が失う場合に限られる。有名義債権者の法的地位が失われていないのであれば、債務名義は依然として有名義債権者によって容易にその目的を達成され得るから、承継執行を可能にする根拠がない。

さて、以上のような理解を前提にすると、取立授権が含まれた執行委託によって、ＺＰＯ七二七条に基づく承継執行文の付与を許容することができるのか、という問いは、債権者である授権者が取立授権をすると同時に、当該債権の取立権限を失うのか、という問いに置き換えられることになる。

この点について、前出のドレスデン高等裁判所一九九四年一〇月一三日判決は、有名義債権者が第三者に取立権限を譲渡した場合は、これによって有名義債権者は取立権限を失うことになる、ということを前提にした上で、当該第三者に対するＺＰＯ七二七条に基づく承継執行文の付与を認める旨を判示している。また、ミュンツベルクは、第三者が有名義請求権について取立授権を受けた場合は、有名義債権者が取立権限を失う場合に限って当該第三者は承継人となるとしている。(21)

しかし、キルステン・シュミットは、これに対して以下のように論じている。(22)取立授権は被授権者が自己の名において給付を請求することを可能とする法的権能を与えるものの、授権者は権利者のままであるから債権の取立権限もそのまま有する、というのが一般的な理解であるし、また、ＢＧＢ一三七条一文(23)があるためこのような解釈は不可能である。したがって、取立授権によってＺＰＯ七二七条の適用を是認することはできないから、強制執行の委託に取立授権が含まれているか否かという問題は取るに足りない。

また、フーバーも、取立授権の授権者は取立権限を失わないという理解を前提に、第三者授権型においては、有名義

債権者は依然として請求権を有しているため、請求異議の訴えなどに妨げられることなく強制執行をすることが可能であるから、執行の隙間は全くない、と論じている。[24]

三　任意的訴訟担当のアナロジーによる執行文の付与

以上のような権利承継の枠組みによらずに、手続法的な観点から執行文の付与を認めようとする試みとして、シェーラー（Inge Scherer）は、任意的訴訟担当の考え方を執行手続に持ち込むことによって、執行文の付与を認めることができると主張している。その見解の内容は、以下のようなものである。

任意的訴訟担当を認めるためには被授権者自身の法的利益が必要であるとされているが、これと同様に、有名義債権者から授権を受けた第三者は、他人の債務名義の強制執行につき自己の法的利益がある場合には、自己の名で強制執行をする権限があると解するべきである。そして、執行手続の形式性の尊重の観点から、この両者の要件の立証は、ＺＰＯ七二七条において要求される形式（公の証書若しくは公の認証のある証書による証明）でなされなければならない。[25]

まず、この主張の問題点として挙げられるのは、任意的訴訟担当を許容するための要件として被授権者自身の法的利益を要求している根拠が、執行手続にも妥当するのかという点である。ドイツの判例・通説が被授権者自身の法的利益を要求しているのは、無資力者に当事者としての地位を移転することで訴訟費用の負担を免れたり、当事者としての地位を移転することによって管轄を恣意的に移転したり、授権者が当事者としての地位を失うことによって授権者を当事者尋問ではなく証人尋問の対象としたりすることができるなど、当事者の地位の濫用的な移転によって生じる被告の不利益を防止することにあるといわれている。[26]もっとも、これらの要素が執行段階では重要性がないことについては、しばしば指摘されるところであって、[27]シェーラー自身もこのことは認めているが、民衆訴訟・民衆執行の防止という点で

は法的利益を要求する必要性は同じである、と主張している。[28]

このような民衆執行の防止という根拠だけで十分であるかは措くとして、次の問題点として挙げられるのは、執行文の付与の根拠をＺＰＯ七二七条に求めることができる理由が明らかにされていない点である。この点を捉えて、キルステン・シュミットは、シェーラーの見解は完全に法から離れた執行文付与の可能性を創造していると指摘した上で、このような法創造により第三者授権型を許容することは、法創造の実践的必要性から執行法の発展を必要とするのであれば、一般論としては可能であるとする。[29]そして、この第三者授権型の執行担当の実践的必要性については、強制執行はしばしば判決手続よりも厄介で手間のかかるものであるから、強制執行を第三者にゆだねる債権者の利益は否定できないという見解もあるところであるが、[30]これに対してキルステン・シュミットは、有名義債権者にとって強制執行の遂行が負担になり又は時間のかかるものであるならば、代理や信託的譲渡をすることで足りるはずである、と反論している。[31]

四　小括

以上で紹介した通り、ＺＰＯ七二七条に基づく承継執行文の付与を肯定しようとする試みとして、権利承継の枠組みで肯定しようとするものと、権利承継の枠組みを離れて任意的訴訟担当のアナロジーで肯定しようとするものがある。

前者のうち、手続法上の権限の移転によって権利承継を肯定しようとする見解については、執行権限の譲渡はそもそも可能かという問題が指摘されており、また、ＺＰＯ七二七条が実体関係の変動を念頭におく規定であることとの関係での違和感が問題とされている。また、取立授権によって権利承継を肯定しようとする見解に対しては、承継執行を認めるためには、授権者が取立権限を失うことによって、授権者が強制執行をすることができなくなるという状況が必要

である、という観点から疑問が呈されている。

また、後者に関しては、被授権者自身の法的利益を要求する根拠として任意的訴訟担当を念頭に議論されてきた要素は、ほとんど強制執行の場面には妥当しないと考えられる点、また、代理や信託的譲渡との比較において、第三者授権型を認める実践的な意義はあるのかという点が問題とされている。

第四款　戻授権型

一　はじめに

戻授権型は、判決手続等の債務名義の成立過程に当事者として関与した者が、自己を名宛人とする判決等の債務名義を取得した後に、当該判決等の債務名義に表示された実体法上の権利を第三者に譲渡した上で、当該第三者から委託を受けて自ら執行当事者として強制執行をしようとする類型である。判決手続の段階において同様のことをする場合――自己の実体法上の権利を第三者に譲渡した上で、当該第三者から委託を受けて自ら訴訟当事者として訴えを提起する場合――は、ドイツにおいては任意的訴訟担当の典型的な事例であるから、戻授権型は任意的訴訟担当の典型例の執行手続版であるともいえる。この類型も独立的執行担当あるいは任意的執行担当と呼ばれることがある(32)。

戻授権型においては、譲渡人は既に自己を名宛人とする判決等の債務名義を取得しているため、問題なく単純執行文の付与を受けることができることになるから、手続法的な当事者適格（執行当事者適格）が問題になることはない。しかし、判決等の債務名義に表示された実体法上の権利はすでに第三者に譲渡されているため、債務者がこの譲渡の事実を請求異議事由として請求異議の訴え（ＺＰＯ七六七条）を提起することが考えられる。したがって、戻授権型の問題

の所在は、債務者が提起した請求異議の訴えの帰趨、言い換えると、譲渡人に実体適格があるか否かという点であることになる。

そこで、以下ではまず、この点に関するドイツの裁判例・学説の状況を紹介・検討することにする。第二節で紹介した民事第五部一九八四年判決は譲渡人の実体適格を否定しているが、この判決を契機として戻授権型についての裁判例や学説の議論が蓄積されてきているため、再びこの判決を紹介することを検討の手始めにして、その後の流れを順次検討していくことにしたい。

なお、以上とは別に、戻授権型については、隠れた債権譲渡（stille Zession）に関連した問題点も提起されている。隠れた債権譲渡とは、譲渡の事実を譲渡債権の債務者に秘したままにしてなされる債権譲渡のことである。隠れた債権譲渡は担保の目的でなされるのが通常であるが[33]、これは債権を担保に供したことが知れることによって、経済的苦境に陥っていることが露見するのを防ぐためであり、取引慣行として広く普及している。隠れた債権譲渡が行われた結果として、債権自体は譲受人に帰属しているにもかかわらず、譲受人が債権譲渡の事実を通知しないことによって、譲受人は譲渡人があたかも債権者であるかのように振る舞うことを許していることになるため、譲渡人に取立権限が留保されているに等しい状況が発生することになる[34]。そして、以上のような状況が有名義請求権について発生している場合は、譲受人が譲渡人に対して債権者として振る舞って強制執行をすることを許していることになるため、戻授権型の事例に属することになる。したがって、戻授権型の許容性は担保目的の隠れた債権譲渡の派生問題という側面があり、このような背景から、戻授権型に関しては、担保目的の隠れた債権譲渡における実体的な利益状況、特に債務者保護の問題に着目した議論がしばしばなされているところである。

また、これと同様に債務者保護の問題に着目した議論として、二重執行の危険に関する問題提起もなされている。仮

に譲渡人による強制執行を認めるとすると、譲受人も権利承継人として強制執行が可能であることから、債務者は譲渡人と譲受人の双方から強制執行を受ける可能性があるのではないか、という疑問が生じ得るからである。

そこで、以上のような債務者保護の観点からの問題意識についても、独立に項を立てて紹介していくことにしたい。

二　譲渡人の実体適格の有無に関する裁判例・学説の状況

（一）民事第五部一九八四年判決

民事第五部一九八四年判決については、すでに第二節で詳細に紹介したところであるが、改めて事案と結論及び理由を確認しておきたい。

事案は、被告が執行証書によって設定された証券土地債務を担保のために第三者に譲渡した後に、被告が譲受人の同意を得て証券土地債務に基づいて強制競売の申立てをしたのに対して、債務者である原告が請求異議の訴えを提起した、というものである。同判決の結論は請求認容であったが、その理由を整理すると以下のようになる。

被告が第三者に対して譲渡した証券土地債務の権利を、第三者が被告に対してさらに譲渡したとは認められない、という原審の事実認定によれば、被告の第三者に対する権利の譲渡により、被告は土地債務を強制執行に利用する権限を失うに至ったものであるから、請求異議の訴えは認容すべきである。譲受人が被告による証券土地債務の権利の実現について同意を表明していることが明らかであっても、この事実はこの結論を左右しない。

有名義債権者が、第三者に対してその債権を譲渡した上で、その第三者のために自己の名で強制執行を行うことは、執行手続を開始することはできるものの、実体適格を欠いているため、請求異議の訴えによって不許容とされることになる。ＺＰＯ二六五条は、有名義請求権の譲渡には適用がない。

本件のような執行担当は、法的安定性や法的明確性を確保するための執行法の形式的厳格性に反する。また、債権者が自身で権利を使用するのではなく、譲渡人に権利を残しておきたいのであれば、債権者は信託的譲渡をすることができるので、本件のような執行担当は実際上の必要もない。また、現実の債権者が債務名義から明らかにならないことは、非債権者による強制競売を正当化しない。

（二）民事第五部一九八四年判決に対するブレームの批判

民事第五部一九八四年判決に対して、最初に異論を唱えたのはブレーム（Wolfgang Brehm）である。その内容は以下のようなものである[35]。

まず、同判決の「実体適格を欠いている」という理由付けに対しては、譲渡人は執行当事者適格を失っていなかったのであるから、権利の譲渡があったとしても手続法的な意味での授権は不必要であり、検討されるべきであるのは実体法上の取立権限である。そして、譲渡人は権利者であることによって取立権限を根拠づけることはできなかったから、審理されるべきであったのは、譲渡人に取立授権がなされていたかどうかであった、と指摘する。

その上で、同判決の事案において取立授権がなされていたといえるか否かについては、同判決の具体的な事実関係――被告が強制競売について譲受人の同意を得る際に、被告の弁護士から譲受人に対して、執行証書を使わせてほしい旨と換価金は譲受人の指示に従って支払う旨の提案がなされている――に照らすと、「明らかに被告は有名義債権者としての地位を利用してよく、また、売得金を受領してよい」のであるから、これを肯定すべきであったと主張する。

加えて、「執行法の形式的厳格性に反する」という理由付けに対しては、請求異議の訴えは、執行手続の形式化によって形式的なレベルでは許容される強制執行を、実体的なレベルで不当な結果を導くことを理由に不許容とするものであ

るから、形式的なレベルと実体的なレベルの混同である、と批判している。

（三）民事第五部一九八四年判決の後の裁判例

民事第五部一九八四年判決の後に、有名義請求権の譲渡人による強制執行を不許容とした裁判例として重要と考えられるものとして、ベルリン高等裁判所一九八八年八月八日決定（KG, FamRZ 1989, 417）と連邦通常裁判所民事第五部一九九一年七月五日判決（BGH, NJW-RR 1992, 61）（以下「民事第五部一九九一年判決」という）があるため[36]、これらについて詳述しておきたい。

ベルリン高等裁判所一九八八年八月八日決定は、社会扶助法（BSHG）九一条一項[37]に基づいて、社会扶助受給者（扶養請求権者）から社会扶助運営機関に移転した有名義の扶養請求権を、運営機関が受給者に対して自己の名で行使する権限を付与したという事案において、民事第五部一九八四年判決を引用しつつ、執行手続における法的安定性や法的明確性の必要性は有効な執行担当を許容しないとして、受給者による強制執行は不許容となる旨を述べている。なお、同決定は、新債権者は旧債権者に対して撤回可能な取立てと執行の権限を与えていると認定しながらも、新債権者は自ら強制執行をするか、さもなければ有名義請求権を元の債権者に返還すべきであるとしている。

民事第五部一九九一年判決は、被告が原告に対して有する有名義債権についての請求異議の訴えにおいて、被告が銀行に対して担保目的の債権譲渡をしていた事実が請求異議事由として問題となった事案について、銀行から被告に債権が再び譲渡された事実は認められないこと、また、銀行は単に受け取った支払金を一定の方法で用いるべき旨（＝取り立てた金銭の三分の二については被告がそのまま任意に処分してよく、残りの三分の一については被告を通じて間接的に銀行が受け取る旨）を指示していたにとどまることを指摘した上で、「確かに担保目的の債権譲渡の場合は、譲渡人

は担保権者に対する給付を求めて、また、譲渡が明らかになる前は自らに対する給付を求めて、自己の名で訴えを提起する正当な権限があるものの、担保権設定者が有名義債権の譲渡後に担保権者の計算において（引き続いて）強制執行をすることは認められない」として、民事第五部一九八四年判決を引用しつつ、被告による強制執行を不許容としている。

（四）民事第五部一九九一年判決に対するミュンツベルクの批判

民事第五部一九九一年判決に対して、ミュンツベルク（Wolfgang Münzberg）は、ブレームと同様に、有名義請求権の譲渡によって権利者ではなくなったことのみを以って、請求異議の訴えを認容することはできないと批判して、以下のように述べている[38]。

破産管財人や差押債権者が強制執行をする場合において、これらの者が権利者ではないとの理由によって、請求異議の訴えでその強制執行が不許容とされることがないのは、破産財団所属の請求権や被差押債権について実体的な取立権限があるからである。そして、破産管財人と差押債権者と取立授権の場合の違いは、実体的な取立権限が生じている原因が、法律であるか、国家の行為であるか、法律行為であるかの違いに過ぎない。したがって、隠れた債権譲渡の場合には、権利者性のみを問題にするのではなく、取立授権がなされているかどうかを問題にすべきである。民事第五部一九九一年判決の事案の譲受人は、債権者として全額を行使することを考えておらず、また、取り立てた金銭の一部については間接的にも請求する気がないのであるから、このような事情の下では、譲受人は譲渡人に対して取立授権をしたとしか考えられない。

また、民事第五部の両判決が取立授権の存否を検討しなかったことについて、ミュンツベルクは、仮に取立授権が存在しないとすれば、両判決の事案における譲受人と譲渡人との合意は純粋な手続的な授権であったということになるが、

譲渡人は債務名義と執行文の記載からして執行当事者適格を有するのであって、そもそも手続的な授権は必要がないはずである、と非難している。

（五）民事第八部判決とその後の裁判例

以上に紹介した裁判例が集積する以前において、譲渡の事実を請求異議事由とする請求異議の訴えを、取立授権の存在を考慮して棄却したものと評価できる連邦通常裁判所の判決として、連邦通常裁判所民事第二部一九八〇年四月二一日判決（BGH, NJW 1980, 2527）（以下「民事第二部判決」という）があった。[39] もっとも、同判決はこの問題との関係で着目されることが少なかったため、[40] 譲受人の譲渡人に対する取立授権を考慮する方向に転換する流れを作ったといってよいのは、連邦通常裁判所民事第八部一九九二年一二月九日判決（BGH, BGHZ 120, 387）（以下「民事第八部判決」という）である。

この判決の事案は、有名義請求権の譲渡の事案ではなく、裁判上の和解によって終了した訴訟の係争目的債権が、和解の成立以前の段階で担保目的の隠れた債権譲渡によって譲渡されていた（譲渡に供された請求権を自己の名で裁判上行使する権限が、譲渡証書において明文で譲渡人である被告に留保されていた）という事案であった。[41]

この事案について、民事第八部判決は、譲渡の事実を請求異議事由とする債務者の主張に対して、ブレームやミュンツベルクの見解及び民事第二部判決を引用しつつ、「有名義債権者は、取立授権に基づいて実体的に自己に対する給付を請求する権限を有する場合は、有名義請求権の譲渡やそれによる権利者性の喪失にもかかわらず、債権を強制執行によって行使する実体適格を有するままである」とした上で、担保目的の隠れた債権譲渡の場面においては、「通常は譲渡人は債権を自己の名において取り立てる権限を付与されている」から、「債務名義において債権者であると証明され

ている被告は、手続的権限と実体的権限が符合しているので、譲渡によっても請求異議の訴えが認められる余地はないままである」と判示した。

また、その後のシュレースヴィヒ高等裁判所一九九四年三月二日決定（OLG Schleswig, NJW-RR 1994, 1418）は、前出のベルリン高等裁判所一九八八年八月八日決定とほぼ同様の事案――社会扶助法九一条一項に基づいて、社会扶助受給者（扶養請求権者）から社会扶助運営機関に移転した有名義の扶養請求権を、運営機関が受給者に対して自己の名で行使する権限を付与した事案――について[42]、ミュンツベルクの見解を引用しつつ、前記の授権に基づく受給者による強制執行は許容されることになる旨を述べている。そして、ベルリン高等裁判所決定の見解との相違については、ベルリン高等裁判所決定の事実関係における授権は、単なる撤回可能な取立てと執行の権限の付与に過ぎないものであって、これは取立授権と評価されるものではないとして、両決定に矛盾はないと説明している。

また、ドレスデン高等裁判所一九九四年一〇月一三日判決[43]（OLG Dresden, NJW-RR 1996, 444）は、有名義債権の譲渡の場面において取立授権の存否を顧慮しないことに対して、概略以下のような疑問を呈している。

債権者から授権を受けた第三者による債権の取立ては、隠れた債権譲渡のように現在の債権者を明らかにすべきではないという理由であれ、債権者との関係において第三者の立場が代理よりも強くかつ独立したものであるという理由であれ、第三者が自己の名で行為をし、自己の計算と費用で債権の実現をすることが許されるような正当な利益を是認することに基づいて許容されている。このような非債権者による債権実現の利益は、債務名義を取得する前であるか後であるかによって変わりはない。訴訟担当先行型と独立的執行担当を区別する理由は明らかではなく、中でも特に戻授権型を否定するのは納得がいかない。独立的執行担当を否定することは、取立授権の根底にある正当な利益（現在の債権者を明らかにしない利益、自己の名において自己の計算と費用で債権の実現をする第三者の権利ないし義務、第三者の

債権者に対する特別な地位など）を無視しているのみならず、債務名義の取得に携わった当時の債権者が、債務名義の取得後に取立権限者として引き続いて取立てを行うという継続性の利益（Kontinuitätsinteresse）を無視している。

（六）譲渡人による強制執行の肯定例と否定例の整合性について

前述の通り、譲渡人による強制執行について、民事第五部一九八四年判決と同一九九一年判決は、譲渡人には実体適格が欠けているため、請求異議の訴えによって不許容となる、という判断をしている。これに対して、民事第八部判決は、譲渡人に取立授権がなされている場合は、譲渡人は実体適格を失わないから、請求異議の訴えは棄却になるという判断をしている。この以上の二つの部の判断の整合性については、どのように考えられるであろうか。

民事第八部判決は、民事第五部の両判決との整合性について、民事第五部の両判決は「それぞれの事案における譲渡人と譲受人との間の合意を単なる執行授権として評価しており、単なる執行授権による『独立的執行担当』を是認することを正当にも拒絶しているのである」として[44]、取立授権が認定されていないのは事実関係と法的評価が異なるだけである、と説明している。

これに対して、キルステン・シュミットは、民事第五部一九八四年判決が明確に、有名義請求権を再び譲渡人に譲渡することなくしては、有名義債権者による強制執行は認められないとしていること、その際に取立授権という制度を失念していたとは考えられないこと、また、ブレームの指摘にもかかわらず民事第五部一九九一年判決では何の修正も行われておらず、単に民事第五部一九八四年判決を引用しただけであることを指摘して、民事第五部の立場と民事第八部の立場は整合性がないと評価している[45]。また、ベッカー＝エーバーハルトは、民事第五部の両判決と民事第八部判決とが、同じく担保目的の債権譲渡の事案であるのに結論が異なっている点に着目して、民事第五部の両判決が譲受人から

譲渡人に対する授権を請求異議の訴えに耐えられないようなものと解釈しているのは誤りであり、民事第八部判決のような判決が続くことにより、民事第五部の両判決が引き起こした苛立ちが払拭されることが望ましい、と述べている。(46)

このように、民事第五部と民事第八部の整合性を否定するならば、譲渡人による強制執行の許容性に関する裁判例の展開は、端的に以下のように説明されることになろう。当初は民事第五部一九八四年判決の立場に従って、実体的な権利者であるか否かという点のみが問題とされてきたが、民事第八部判決を契機として、実体的な権利者であるか否かのみではなく、取立授権によって譲渡人に実体的な取立権限が付与されたか否かという点も吟味されるべきであるという流れになった、と。

もっとも、このような民事第五部の立場か民事第八部の立場かという二分法によって、全ての事案類型を単純に整理してよいかについては、一考の余地が残されているように思われる。連邦通常裁判所の判決の事案は全て担保目的の債権譲渡の事案であったが、例えば、社会扶助運営機関から社会扶助受給者に対して強制執行の授権がなされた事案についての下級審裁判例――ベルリン高等裁判所一九八八年八月八日決定とシュレースヴィヒ高等裁判所一九九四年三月二日決定――に着目すると、以下に述べるように、別の評価の仕方も見い出し得るように思われるからである。前述の通り、ベルリン高等裁判所決定は、社会扶助受給者による強制執行を不許容としているのに対して、シュレースヴィヒ高等裁判所決定は、取立授権の存在を理由に社会扶助受給者による強制執行を許容しているが、このことを以って、前者は民事第五部の立場に立ち、後者は民事第八部の立場に立つものと評価することは可能であろう。もっとも、両決定の後の連邦通常裁判所判決は、被授権者である社会扶助受給者が大きなリスクを負担することになることを理由に、このような授権は社会法典（ＳＧＢ）に違反して無効であるとしている。(47) この点を考慮に入れると、ベルリン高等裁判所決定が、譲受人が譲渡人に対して取立てと執行の権限を付与していることを認定しながらも、譲渡人による強制執行を不

許容としているのは、このような被授権者の保護を意識した結果である可能性がないとはいえないように思われる。そうだとすると、シュレースヴィヒ高等裁判所決定は、譲渡人に取立権限が付与されたという事実から単純に結論を導いたのに対して、ベルリン高等裁判所決定は、取立ての権限を付与する行為があったことを法的評価の上では無視することによって、被授権者の保護の観点から見ると妥当と考えられる結論を導いた、という構図で両者の関係を捉えることも可能であるように思われる。

（七）民事第八部判決以降の学説の状況

現在の学説状況としては、少数ながら譲渡人による強制執行は一般的に不許容としているように読める記述の文献も存在するもの[48]、譲渡人に対して取立授権がなされている場合は請求異議の訴えを棄却することができる、という趣旨の記述の文献が大多数である[49]。

学説の大多数が取立授権の存否を考慮すべきであるとしているのは、この類型に属する事例の大部分が担保目的の隠れた債権譲渡の事案であることが少なからず影響している。この点に関連して、フーバー（Peter Huber）は、学説の大多数の立場から以下のように論じている。「旧債権者は信用上の利益を考慮して、担保目的の債権譲渡を公にしないことが許容されるべきであり、これに対して、譲受人は執行手続を行うについて何の利益も有しない。単に担保であるという点を重視しているに過ぎず、回収権能については何の利益も有しないのである。このような利益状況は、担保目的の債権譲渡と取立授権が是認される以上、我々の法秩序において保護に値する」ものであって、民事第五部一九八四年判決が述べるような信託的戻譲渡によるべきであるという考え方や、譲受人が承継執行文を得て強制執行するべきであるという考え方は、このような利益状況に反するため代替手段とはなりえない、と[50]。

三　債務者保護の観点からの戻授権型の許容性に関する議論

（一）隠れた執行担当の許容性

（ア）問題の所在

戻授権型に属する事例の多くは、隠れた債権譲渡に関わるものであることはすでに述べた通りである。戻授権型の許容性が請求異議の訴えのレベルで問題になっている事例は、強制執行に至るまでの段階において債務者が債権譲渡の事実を知った場合である。しかし、強制執行の段階に至っても債権譲渡の事実を債務者が知らない場合は、譲渡人から譲受人への債権者の変更という実体的権利変動を債務者が知らないまま、強制執行が行われることになる。このような強制執行は「隠れた執行担当（verdeckte Vollstreckungsstandschaft）」と呼ばれることがあり、その許容性については一部の学説によって債務者保護の観点から疑問視されることがあった。そのため、戻授権型に属する問題点の一部として、以下に紹介しておきたい。

（イ）隠れた執行担当の許容性を疑問視する見解

最初に隠れた執行担当の許容性を問題にしたのは、オルツェン（Dirk Olzen）である[51]。オルツェンは、強制執行をする者が誰であっても基本的には債務者の法的立場には変化はないものの、債務者の利益の保護の観点からは隠れた執行担当とそうではない執行担当とは区別すべきである、と主張する。詳述すると、非債権者による隠れた執行担当は、債務者にとって背後の実体関係が明確ではないので、債務者が真の権利者との関係で有する実体法上の抗弁（例えば新債権者に対する相殺権など）を失わせることになるが、このような状態にあることを形式的厳格性のある執行手続で発見することは困難である。したがって、執行法の形式的厳格性の下では明確な関係が要求されるべきである

から、権利者によって強制執行がなされるか、少なくとも執行担当であることを明らかにしてなされることが必要である、という主張である。

このような、譲受人に対する実体法上の抗弁を行使させないまま強制執行をすることによって、これを事実上剥奪してしまうことは債務者保護の観点から問題である、という問題意識は一部の学説から共有されている。例えば、ヴィーンケは、譲渡の事実が明らかにされている執行担当の場合については、ＢＧＢ四〇四条（債権譲渡の時点で譲渡人に対して有していた抗弁を譲受人に対して対抗できる旨の規定）によって債務者の保護が図られるから、常に許容されるべきであるのに対して、隠れた執行担当の場合については、債務者保護の観点から基本的に不許容であるとしている[52]。また、ペーターゼン（Jens Petersen）は、仮にオルツェンが述べるように債務者が譲受人に対する実体法上の抗弁を喪失することになるのであれば、独立的執行担当ないし隠れた執行担当を是認することは正当化できないと指摘する[53]。

（ウ）隠れた執行担当の許容性を疑問視する見解に対する反論

以上のような問題意識に対する反論としては、まず、隠れた執行担当が生じる原因である隠れた債権譲渡という法制度を是認している以上、隠れた債権譲渡という法制度は債務者の利益に優先する[54]、あるいは、債務者が真の債権者に対する実体法上の抗弁を喪失することはやむを得ない[55]、という指摘がなされている。

また、ペーターゼンは、実体法上の抗弁の喪失という事態は、現実的には考えにくいという指摘をしている。担保目的の隠れた債権譲渡の譲受人は通常の場合は銀行であるが、銀行が思いがけず偶然にも債務者の取引銀行であったということを前提としなければ、実体法上の抗弁の喪失という事態は生じないし、また、相殺権に関しては、銀行に

対する請求権ないし預金は、銀行との間で振替契約（Girovertrag）の枠組みにおいて差引計算されるので、相殺権が意味をなすことは少ない、というのがその理由である。[56]

このような現実の法制度や利益状況を重視した指摘とは異なり、キルステン・シュミットは、このような債務者保護の問題は執行担当の許容性という手続法上の問題の次元で語れることではない、という指摘をしている。強制執行の際に執行機関や債務者が隠れた執行担当であることを認識することは不可能であるから、隠れた執行担当であるかどうかとは関係なく、譲渡人による強制執行は許容されることになる、というのがその理由である。[57]

キルステン・シュミットの指摘の通り、隠れた執行担当が債務者保護の見地から許されないという問題意識は、執行法上の適法性の問題として考慮に入れることは困難であると考えられる。したがって、この点は実体法の問題――例えば、譲渡人が実体的な状況を明らかにしなかったことによる債務者の実体法上の抗弁の喪失は、それによって債務者に損害が生じた場合は、積極的債権侵害として損害賠償請求の対象になる[58]――として考慮されるべきことになろう。

（二）取立授権によって生じる二重執行の危険

もう一つの債務者保護の観点からの問題意識として、譲渡人による強制執行を許容することによって二重執行の危険が生じるのではないか、という疑問も提起されている。すなわち、現在の債権者である譲受人は承継執行文の付与を受けて強制執行をすることができるし、また、譲渡人も取立授権によって請求異議の訴えに妨げられることなく強制執行をすることができることから、譲受人と譲渡人の双方から強制執行を受ける危険を債務者に負わせることになるのではないか、という疑問である。これは権利の行使権能の重複が発生することから生じる疑問であり[59]、数多くの文献が触れ

ているところであるが、手続法の観点からは二重執行の危険はないという結論で一致している。その理由を整理すると、概ね以下のようなものである。[60]

強制執行の申立てをする際には、執行文の付与された執行力ある正本の付与を求める必要があるところ、譲渡人と譲受人の両者に正本の付与が認められることによってはじめて、債務者には二重執行の危険が生じることになる。しかし、譲渡人と譲受人の両者に正本の付与が認められることはない。なぜなら、一度付与された執行力ある正本が再度付与されるためには、ＺＰＯ七三三条に従って最初に付与された正本が返還される必要があるからである。また、最初に付与された正本が返還されない場合は、その正本を紛失した場合や別の場所で強制執行をする必要がある場合など、二重付与を申し立てるについて特別な保護に値する利益が必要となり、これを疎明する必要があるが[61]、このような特別に保護に値する利益は、旧債権者が強制執行をすることができる限り新債権者にはないはずである。

四　小括

戻授権型の最も大きな問題点は、執行当事者となった譲渡人が実体適格、すなわち実体法上の取立権限を有するか否かという点である。裁判例の展開としては、民事第五部一九八四年判決からしばらくの間は、取立授権の存否を検討せずに、譲渡の事実を以って譲渡人による強制執行を不許容とする裁判例が続いていたが、学説からの批判を受けて、民事第八部判決以降は、取立授権の存在を認めて強制執行を許容する判断をする傾向にある、と整理することが一応可能である。

もっとも、譲受人が譲渡人に対して取立てを委ねているという事実から、直ちに取立権限の存在を理由に請求異議の訴えを棄却すべきであるかについては、前述の社会扶助法に関する事案を考慮すると、なお検討の余地がある問題であ

ると考えられる。また、担保目的の債権譲渡の場合は、譲渡人に対して取立授権がなされていることを理由に請求棄却をする方向で学説上一致しているものの、それ以外の事案類型を念頭に置いた議論はほとんどなされていない。したがって、いかなる事案類型において請求異議の訴えを棄却に導くことが可能な取立授権（取立権限の付与）を肯定することができるかという点については、未だ残された問題と見るべきであるように思われる。

第四節　小括

執行担当の各類型を検討する上において考察を要する問題点として、以上に紹介したドイツにおける議論から示唆される点を簡潔にまとめると、以下のようになると考えられる。

訴訟担当先行型に関しては、強制執行は本来の債権者によってのみ行われるべきである、または、訴訟担当者の訴訟追行権限が認められた根拠は強制執行には妥当しない、といった問題意識についてどのように考えるべきか、という点である。

第三者授権型に関しては、仮にこの類型を肯定する余地を認めようとするのであれば、承継執行を認めるためには授権者が強制執行をすることができなくなるという状況が必要であるという指摘と、代理や信託的譲渡との比較において実際上の必要性が欠けているという指摘について、どのような応答をすべきか、という点である。

戻授権型に関しては、譲渡人による強制執行を許容する法律構成として、譲受人の譲渡人に対する取立授権（取立権限の付与）が考えられているが、担保目的の債権譲渡の場合以外の事案類型において、いかなる場合にこのような取立権限の付与を法的評価として肯定することができるのか、という点である。

次章においては、わが国における議論を整理しながら、各類型の問題点について考察していきたい。

（1）第一節（注9）（六五巻五号一六八頁）参照。

（2）ＺＰＯ七二七条一項：「執行力ある正本は、判決に表示された債権者の承継人のために、並びに、判決に表示された債務者の承継人及び係争目的物の占有者であって、三二五条の規定により判決の効力が及ぶ者に対して、付与することができる。ただし、承継若しくは占有関係が裁判所に顕著であるとき、又は、公の証書若しくは公の認証のある証書による証明があるときに限る。」

（3）第三者授権型を不許容とする上で、本文に記載した点を理由とするものとして、MüKo (ZPO) -G. Lüke, 2. Aufl. (2000), § 265 Rdnr. 10; Stein/Jonas-Münzberg, ZPO, 22. Aufl. (2002), vor § 704 Rdnr. 38; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. (2006), Rdnr. 12.12; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. (2010), § 16 V 2. d) (Rdnr. 109) und § 23 II 7 (Rdnr. 32); MüKo (ZPO) -Becker-Eberhard, 3. Aufl. (2008) und 4. Aufl. (2013), § 265 Rdnr. 10; Zimmermann, ZPO, 9. Aufl. (2011), § 727 Rdnr. 4; Prütting/Gehrlein-Gehrlein, ZPO, 5. Aufl. (2013), § 50 Rdnr. 38; Zöller-Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. (2014), Vor § 50 Rdnr. 43; Zöller-Stöber, ZPO, 30. Aufl. (2014), § 727 Rdnr. 13; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. (2014), Rdnr. 117. また、第三者授権型を不許容とする上で、その必要性がない旨を指摘するものとして、MüKo (ZPO) -Wolfsteiner, 4. Aufl. (2013), § 724 Rdnr. 27. 法定の場合を除いて実体的権利帰属と執行権限との切り離しを否定するものとして、Schuschke/Walker-Schuschke, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl. (2011), § 727 Rdnr. 29. 第三者授権型を不許容とする結論のみを述べるものとして、Gottwald/Mock-Gottwald, Zwangsvollstreckung, 6. Aufl. (2012), § 727 Rdnr. 1; Musielak-Lackmann, ZPO, 10. Aufl. (2013), § 727 Rdnr. 11; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 72. Aufl. (2014), Einf §§ 727-729 Rdnr. 3. 判例・学説の紹介にとどまるものとして、Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl. (2013), § 727 Rdnr. 3a.

（4）Olzen, JR 1985, 289.

（5）この点について、オルツェンは、訴訟担当者が自らに対する給付を命じる判決を得て、執行文付与の前に訴訟担当者の地位が他の訴訟担当者に移転した場合（例えば、破産管財人や相続財産管理人などの財産管理人の人的変更）について、通説がＺＰＯ七二七条の準用を肯定しているのは(Stein/Jonas-Münzberg, a. a. O. (Fn. 3), § 727 Rdnr. 31; Zöller-Stober, a. a. O. (Fn. 3), § 727 Rdnr. 18; Heintzmann, Vollstreckungsklausel für den Rechtnachfolger bei Prozeßstandschaft, ZZP 92 (1979), S. 68 f.)、訴訟担当者の法的地位の移転が実体権限の承継と同視できるという点にある、という例を挙げている(Olzen, JR 1985, 289)。

（6）ＺＰＯ八三五条一項：「差し押さえられた金銭債権は、債権者の選択に従い、取立てのために、又は、弁済に代えて券面額で、債権者に移付（Überweisung）されなければならない。」

（7）Wienke, Die Vollstreckungsstandschaft : Eine folgerichtige Parallele zur Prozeßstandschaft? ; Diss. Bonn, 1989, S. 178.

（8）Kirsten Schmidt, Vollstreckung im eigenen Namen durch Rechtsfremde : zur Zulässigkeit einer "Vollstreckungsstandschaft", 2001, S. 59 f.

（9）Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 3), § 6 I 1. (Rdnr. 1 ff.); Kirsten Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 46 ff.; 中野貞一郎『民事執行法［増補新訂六版］』（青林書院、二〇一〇年）二三頁。また、ベッカー＝エーバーハルトは、執行権限は専ら執行文の付与された債務名義からもたらされるものであるという説明（第二款「五」（三）（六五巻五号一六四頁）参照）の中で、執行文の付与された債務名義からもたらされた執行権限は、執行債権との区別において「執行請求権」と呼ばれ、これは執行機関を通じて国家に対して執行処分の実行を求める権利である、と述べている（Becker-Eberhard, In Prozessstandschaft erstrittene Leistungstitel in der Zwangsvollstreckung, ZZP 104 (1991), S. 420）。

（10）序章（六五巻五号一四〇頁及び一六七頁（注2））で述べた通り、一般的な理解に従えば、第三者の執行担当とは、実体法上の権利義務の帰属主体ではない者が執行当事者として執行手続を追行する場合のことである。これに対して、ベッカー＝エーバーハルトやキルステン・シュミットは、執行法において重要なのは執行債権ではなく執行請求権であるという観点から、他人の執行請求権を自己の名において主張する場合にのみ、執行担当という概念を用いることができると主張している（Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 9), S. 420; K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 93 f.）。これを前提とすると、執行担当という概念は、債務名義上の当事者ではない者が承継執行文の付与を受けることができない事態を意味することになるため、

この概念は第三者授権型の場合にのみ意味があることになる。そして、仮に第三者授権型を部分的に許容するのであれば、第三者授権型のうち許容されるのは普通の強制執行で、許容されないのが執行担当であるということになり、また、第三者授権型を不許容とするのであれば、そもそも執行担当は常に不許容なものということになるため、執行担当という現象は存在しないということになる（K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 94）。しかし、執行担当という概念が、強制執行の場面において第三者の権利関係に対する介入がいかなる場合に許されるか、という問題関心を表現しているとするならば、以上のような理解の仕方はこのような問題関心の薄さを示していると見ることもできよう。

なお、シェーラーは、手続法的な執行当事者適格が問題になる場面のみを執行担当と考えているようであり、戻授権型に関しては、判決手続の当事者であった債権者は自己固有の執行権限を持っており、実体的な権利変動によってもこの権限には変更がなく、単に請求異議の訴えによって強制執行が不許容とされ得るだけであるから、執行担当とはいえないとしている（Scherer, Rpfleger 1995, 91）。

（11）Heintzmann, Die Prozeßführungsbefugnis, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 29, 1970, S. 98 ff. このハインツマンの見解の詳細については、第二款「四」（注44）（六五巻五号一七五頁）において紹介した。

（12）G. Lüke, JuS 1996, 589; Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 9), S. 440 f. ベッカー＝エーバーハルトは、訴訟追行権限の移転によって権利承継を認める試みについて、権利承継と言えるためには、被承継人が権利を失うこと、承継人がそれによってはじめてその権利を取得すること、その権利が同一性を有していること、という三つの要素が必要であるところ、これらは訴訟追行権限の移転による権利承継を認める上で困難をもたらす、と指摘している。

（13）Scherer, Rpfleger 1995, 91. シェーラーは、ＺＰＯ七二七条以下の承継執行の規定は、一定の実体法的な状況に基づいた判決効の拡張の観点に基礎をおいているとし、ハインツマンの見解（注11参照）については、訴訟追行権の移転による権利承継を実体法上の権利者としての地位に結び付けたものと評価した上で、任意的訴訟担当の場合は訴訟担当者の代わりに権利者が強制執行をすることは許されるとしても、その他の場合については、訴訟追行権の移転による類推適用はＺＰＯ七二七条以下の体系とは適合しないとする。

（14）実体法上の権限であることを強調するために「実体的（materielle）取立授権」という表現が使われることがしばしばであるが、本稿ではさしあたり直訳の場合も含めて単に「取立授権」と表記することにする。

（15）G. Lüke, JuS 1996, 589.

（16）Huber, Die isolierte Vollstreckungsstandschaft, in: Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, 2002, S. 238 f.

（17）前者は、破産者が取得した債務名義で破産管財人が強制執行をする場合である。また、後者の主な例として、フーバーは、ＢＧＢ一六二九条三項の場合（第二款「一」（一）（注15）（六五巻五号一六九頁）参照）を挙げている。

（18）K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 55-59.

（19）「設権的承継（konstitutive Sukzession）」とは、権利主体の完全な交代（translativ）ではなく、権利から権能が個々的に分離し、元の権利に対する独立の新しい権利が形成され、元の権利はそれに対応した権能を失うことにより制限されるという部分的承継（例えば差押質権や抵当権、用益権などの物的負担の取得）であるとされている（Köhler, Findet die Lehre von der Einziehungsermächtung in gelten den burgerlichen Recht eine Grundlage?, 1953, S.22 ff; 伊藤進『授権・追完・表見代理論―私法研究第一巻』（成文堂、一九八九年）三三頁）。

なお、取立授権をそもそも法制度として認めるか否かの議論において、取立授権否定説の立場に立っていたケーラーは、ドイツ法では交替的権利移転と設権的権利移転の二つの権利移転方式を認めているところ、取立授権は交替的権利移転ではなく、また、取立授権は制限的効力を伴う権利移転であるが、母権が子権に相当する権利を失うという設権的権利移転ではないため、ドイツ法は取立授権のような権利移転を知らない、という点を否定説の根拠として挙げている（Köhler, a. a. O., S. 25 f.〔木村常信「取立授権」産大法学一二巻三号（一九七八年）八頁以下〕）。

（20）既判力（materielle Rechtskraft）の一内容として、一事不再理効（Verbot des ne bis in idem）があると考えられており、旧訴訟と新訴訟の請求原因が同一である場合は、旧訴訟の勝訴当事者が再度同一の確認を求める場合であるか、敗訴当事者が矛盾する確認を求める場合であるかを問わず、新訴訟は訴訟要件を欠いて不許容であるとされている（Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 151 Rdnr. 10; Müko (ZPO) -Gottwald, § 322 Rdnr. 38 ff.）。なお、新債務名義の取得について保護に値する利益がある場合は、例外的に新訴訟の提起が許されるとされている（Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 151 Ⅲ 1. (Rdnr. 12 f.); Müko (ZPO) -Gottwald, § 322 Rdnr. 47）。

（21）Stein/Jonas-Münzberg, a. a. O. (Fn. 3), § 727 Rdnr. 14.

（22）K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 57, S. 59.

（23）ＢＧＢ一三七条一文：「譲渡可能な権利についての処分権限は、法律行為によって排除し又は制限することはできない。」

（24）Huber, a. a. O. (Fn. 16), S. 239.

（25）Scherer, Rpfleger 1995, 91 ff.

なお、コブレンツ高等裁判所一九八六年一二月一五日決定（OLG Koblenz, FamRZ 1987, 495）は、権利者ではない第三者による強制執行に服する旨を執行証書の条項に定めることの可否に関して、第三者が自己の名で強制執行をする法的利益の存否を問題にしているが（結論は否定。執行証書において子の父に対する扶養請求権について母による強制執行に服する旨の条項について、母が自己の名で強制執行を行う法的利益がないため許されないとした）、この決定は法的利益が存在すればこのような合意も可能と考えているようにも思われるため（K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 31）、シェーラーの見解と同じ方向を示唆していると見ることもできる。

（26）八田卓也「任意的訴訟担当の許容性について（二）」法学協会雑誌一一六巻三号（一九九九年）一〇九頁以下参照。なお、本文に記載したのは、シェーラーが例示したものに限っている（Scherer, Rpfleger 1995, 92）。

（27）K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 82 ff.; Huber, a. a. O. (Fn. 16), S. 235; Olzen, JR 1985, 289.

キルステン・シュミットは、任意的訴訟担当との関係について、例えば、訴訟費用の負担の回避の点に関しては、強制執行に係る不可避の費用は債務者負担であること（ＺＰＯ七八八条一項）を指摘している。また、任意的訴訟担当の必要性としてSachnähe（追行する訴訟の事実関係について詳細な知識があること）がしばしば挙げられているが、強制執行に置き換えればせいぜい債務者の財産関係の知識が重要であるにすぎず、そのような知識を有する第三者から情報を得て自ら強制執行を行えばよいだけである、と指摘している（K. Schmidt, a. a. O., S. 83 ff.）。

（28）Scherer, Rpfleger 1995, 92.

（29）K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 61, S. 92 f.

（30）Olzen, JR 1985, 289.

（31）K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 84.

（32）第一節（注9）（六五巻五号一六八頁）参照。

（33）Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 3), § 16 V 2. d) (Rdnr. 108); Roth/Fitz, Stille Zession, Inkassozession,

Einziehungsermächtigung, JuS 1985, 188 ff.

（34）以上について、八田・前掲（注26）九五頁以下、古谷壮一『ドイツ債権譲渡制度の研究』（嵯峨野書院、二〇〇七年）一五頁以下。なお、ドイツの債権譲渡法制においては、債権譲渡契約の締結の事実を債務者に通知しなくても、譲渡の効果は債務者その他の第三者との間においても生じることになる（ＢＧＢ三九八条）。このような場合においては、債権の帰属自体は譲受人に移転しているにもかかわらず、債務者は債権譲渡の事実を知らないために、譲渡人からの請求を受けて弁済をするという事態が生じ得ることになるが、この場合の弁済は譲受人に対しても効力を有することとして（善意債務者免責、ＢＧＢ四〇七条一項）、債務者の保護を図っている。

参考までに、判決手続における隠れた債権譲渡の取扱いは、以下の通りである。

まず、隠れた債権譲渡の時期が譲渡人の提起した給付訴訟の訴訟係属前であった場合において、債務者が当該訴訟の係属中に債権譲渡の事実を知ったときは、その事実を当該訴訟において主張すれば請求棄却判決を得ることができる（ただし、譲受人から譲渡人に対して取立授権がなされている場合は、譲渡人に実体適格があるので請求棄却判決を得ることはできない）。また、当該訴訟においてその事実を主張せずに給付判決が確定した場合に関しては、ＢＧＢ四〇七条二項はその確定判決は譲受人に対しても効力を有する旨を規定している。もっとも、請求棄却判決の場合はこの規定の適用があることについて争いはないものの、請求認容判決の場合はこの規定の適用の可否を巡って争いがある（vgl. Theresa Freitag, Die Zedentenklage, 2009, S. 57, S. 123-125, S. 220-222; Paul Oberhammer, Abtretung, Informationsrisiko und Zivilprozess, in: Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, 2009, S. 102-103, S. 108-109）。

次に、隠れた債権譲渡の時期が譲渡人の提起した給付訴訟の訴訟係属後であった場合において、債務者が当該訴訟の係属中に債権譲渡の事実を知ったときは、ＺＰＯ二六五条の影響説を前提にすると、請求の趣旨を譲受人に対する給付を求める旨のものに変更した上で（譲受人から譲渡人に対して取立授権がなされている場合はその必要はない）、譲渡人は法定訴訟担当者として当該訴訟を引き続き追行することになる。なお、請求の趣旨を譲受人に対する給付を求める旨のものに変更しなかった場合には、譲渡人は請求棄却判決を受けることになるが、仮にこの確定判決の既判力がＺＰＯ三二五条によって譲受人に拡張されるとすると、譲受人が権利を有していないことを確定してしまうことになって不当であるため、この場合には既判力の主観的拡張はないものと解されている。これに対して、債務者が当該訴訟の係属中に債権譲渡の事

実を知らないままであった場合は、譲受人からの新訴によって有名義債権者が複数になってしまって不当であることなどを理由に、ＺＰＯ三二五条によって譲受人に既判力が拡張されるとする見解が主張されている（vgl. Freitag, a. a. O., S. 55-57）。

また、譲渡人の提起した給付訴訟の係属中に債務者が債権譲渡の事実を知ることができず、債務者が請求認容判決を受けた場合において、債務者は請求異議の訴えによって譲渡人による強制執行を阻止することができるか、という問題がある。問題となるのは、遮断効を定めたＺＰＯ七六七条二項の適用の可否であるが、この点については、債務者は譲渡人に対して弁済をしてもＢＧＢ四〇七条一項によって免責されないことを重視して、債務者が債権譲渡の事実を知ったことはＺＰＯ七六七条二項によって遮断されずに請求異議事由になるとする考え方（コブレンツ高等裁判所一九八八年七月一三日決定（OLG Koblenz, JurBüro 1989, 704）、帝国裁判所一九一四年三月一三日判決（RG, RGZ 84, 286））、また、請求異議事由は客観的事実のレベルで決せられるものであり、知不知といった主観的事実とは無関係であるとして、債務者が債権譲渡の事実を知ったことはＺＰＯ七六七条二項によって遮断されるとする考え方があった（ドレスデン高等裁判所一九九四年一〇月一三日判決（OLG Dresden, NJW-RR 1996, 444））。連邦通常裁判所二〇〇〇年一〇月一九日判決（BGH, BGHZ 145, 352=NJW 2001, 231）は、後者の見解を採用することを明らかにした上で、ＢＧＢ四〇七条一項の規定は譲受人に対する抗弁を規定したものであって譲渡人に対する関係のものではなく、債務者が譲渡人に対して請求異議の訴えを提起するためには、譲渡通知に従って譲受人に弁済するか、債権者多数に基づく供託をなすべきであるとしている（vgl. Freitag, a. a. O., S. 130 ff.; Anna Quast, Rechtskräftiger Titel des Zedenten und Schutz des Schuldners, 2009, S. 5 ff.; MüKo (ZPO) -K. Schmidt/Brinkmann, 4. Aufl. (2012), § 767 Rdnr. 77; Brox/Walker, a. a. O. (Fn. 3), Rdnr. 1342; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 3), § 40 V 1. a) (Rdnr. 45); Stein/Jonas-Münzberg, a. a. O. (Fn. 3), § 767 Rdnr. 30; Musielak-Lackmann, a. a. O. (Fn. 3), § 767 Rdnr. 39; Thomas/Putzo-Seiler, a. a. O. (Fn. 3), § 767 Rdnr. 22）。

（35）Brehm, JZ 1985, 342 f.; ders, Jura 1987, 600, 603 f.

（36）この他に、ブレーメン高等裁判所一九八八年一二月六日判決（OLG Bremen, NJW-RR 1989, 574）は、訴訟費用請求権について訴訟費用確定決定を自己の名で取得した当事者が、訴訟費用請求権を自らの訴訟代理人に譲渡した上で強制執行を申し立てたのに対して、債務者が請求異議の訴え提起した事案において、民事第五部判決を引用しつつ、強制執行を不

許容としている。

(37) 社会扶助法（BSHG）九一条一項は、社会扶助受給者が、扶助が行われた期間について、扶養義務者に対する扶養請求権を持つ場合には、その扶養請求権は社会扶助運営機関に移転する旨を規定したものである。

(38) Münzberg, NJW 1992, 1867 ff.

(39) 民事第二部判決は、被告による有名義請求権の一部の譲渡を請求異議事由とする請求異議の訴えの事案であったが、譲受人が被告（譲渡人）に対してこの請求権を取り立てる権限を付与したことが譲渡証書の記載から判明したことから、譲渡があっても被告に実体適格があることには変わりがないとして、請求異議の訴えを棄却した。

(40) なお、ミュンツベルクは同判決を引用しているものの、ブレームは同判決を引用していない。

(41) 事案の詳細は以下の通りである。YはXに対して解雇の無効を主張して雇用契約上の債務の履行を求めて訴訟を提起し、その間に和解の交渉が行われていたところ、Aからの通告によりXは、この債権がYからAに対して半年ないし一年近く前に譲渡（これはこの判決において担保目的の隠れた債権譲渡と解釈された）されていたことを知ったため、XはBがYに対して有する債権の譲渡を受けてAに対して相殺の意思表示をした。その後、前述の和解交渉が妥結して訴訟上の和解が成立した。Xは、Y（及びA）を被告として、その和解条項に基づく強制執行の不許を求めた。なお、事案中の相殺に関するXの主張については、実体法上の理由で排斥されている。

(42) なお、両決定とも請求異議の訴えの訴訟費用救助の申立て事件である。

(43) 被告（譲渡人）が原告（債務者）に対して有する債権の給付訴訟の係属中に、被告が信託公社（旧東ドイツ）に対して、この債権を担保目的の隠れた債権譲渡に供したが、原告がこの債権譲渡の事実をこの訴訟の終結後に知ったため、原告が請求異議の訴えを提起した事案である。

(44) ベッカー＝エーバーハルトやゲルハルト・リュケは、民事第五部判決と民事第八部判決とでは「独立的執行担当（isolierte Vollstreckungsstandschaft）」を否定するという点では同じであるが、その「独立的執行担当」の意味が異なっていると指摘する（Becker-Eberhard, ZZP 107, S. 95; G. Lüke, JuS 1996, 589）。すなわち、民事第五部判決は、訴訟手続の追行は委ねずに執行手続の追行だけを委ねる場合を「独立的執行担当」と述べていると考えられるのに対し、民事第八部判決は取立授権がない場合を「独立的執行担当」と述べているように考えられる、と。また、キルステン・シュミットは、民事第五

部判決は、訴訟担当先行型との区別において「独立的執行担当」という言葉を用いているのに対して、民事第八部判決は、取立授権のない執行授権の場合に「独立的執行担当」という言葉を用いていると指摘する（K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 42）。また、ペーターゼンは、連邦通常裁判所は執行担当を否定する際の線引きのために「独立的」という言葉を使っていると指摘する（Petersen, Die gewillkürte Vollstreckungsstandschaft, ZZP 114 (2001), S. 489）。

（45）K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 41 f.

（46）Becker-Eberhard, ZZP 107, S. 95 ff.

（47）連邦通常裁判所一九九六年七月三日判決（NJW 1996, 3273=FamRZ 1996, 1203; NJW-RR 1996, 1345=FamRZ 1996, 1207）（＝同日付の判決が二つある）は、社会扶助運営機関に移転した扶養請求権について、これを社会扶助運営機関が自ら行使する労力を省くために、信託的譲渡や取立授権により、社会扶助受給者に対してこれを行使する権限を付与することは、扶助を必要とする社会扶助受給者に大きなコスト上及び責任上のリスクを負わせることとなるため、社会法典（SGB）に違反して無効であるとした。そのため、その後の立法によって、扶養請求権を行使するコストを社会扶助運営機関が負担することを条件に、扶養請求権を社会扶助受給者に再び移転させることを認めたが（社会扶助法九一条四項）、この移転という文言に取立授権が含まれるかについては疑義が呈されている（vgl. Huber, a. a. O. (Fn. 16), S. 236 f.）。

（48）Schuschke/Walker-Schuschke, a. a. O. (Fn. 3), § 727 Rdnr. 29; Schuschke/Walker-Raebel, a. a. O. (Fn. 3), § 767 Rdnr. 22; Musielak-Lackmann, a. a. O. (Fn. 3), § 767 Rdnr. 23; Zöller-Herget, a. a. O. (Fn. 3), § 767 Rdnr. 8 und Rdnr. 12 „Wegfall der Aktivlegitimation".

（49）Scherer, Rpfleger 1995, 93; G. Lüke, JuS 1996, 588 ff.; K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 64, S. 79, S. 82; Baur/Stürner/Bruns, a. a. O. (Fn. 3), Rdnr. 12.12; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O. (Fn. 3), Einf §§ 727-729 Rdnr. 3; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 3), § 16 V 2. d) (Rdnr. 108) und § 40 V 1. a) (Rdnr. 44); Stein/Jonas-Münzberg, a. a. O. (Fn. 3), vor § 704 Rdnr. 38 (Fn. 208) und § 767 Rdnr. 22; Thomas/Putzo, a. a. O. (Fn. 3), § 727 Rdnr. 8.

なお、ベッカー＝エーバーハルトは、民事第八部の立場に関連して問題になり得る点として、債権者として債権を行使する場合と取立授権に基づいて取立権限者として債権を行使する場合とでは、その債権の請求についての法的根拠が自己の権利か他人の権利かという点で異なるという点を指摘している。もっとも、この点については、請求異議の訴えの意味は、

実体的に正しい結果を導かない強制執行を不許容とするものであるから、このような違いは請求異議の訴えを認容させる理由にはならない、としている（Becker-Eberhard, ZZP 107, S. 95 ff.）。

(50) Huber, a. a. O. (Fn. 16), S. 232 f. また、信託的譲渡を代替手段として挙げるのは不適切である旨は、オルツェンも指摘している（Olzen, JR 1985, 290）。

(51) Olzen, JR 1985, 289 f.

(52) Wienke, a. a. O. (Fn. 7), S. 192 ff.

(53) Petersen, a. a. O. (Fn. 44), S. 495 f.

(54) Wienke, a. a. O. (Fn. 7), S. 192 ff.

(55) Huber, a. a. O. (Fn. 16) , S. 227-240.

(56) Petersen, a. a. O. (Fn. 44), S. 495 f.

(57) K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 89.

(58) K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 89.

(59) なお、これに関連する実体法の議論として、取立授権をそもそも法制度として認めるか否かの議論において、取立授権否定説の立場に立っていたケーラーは、数回の授権によって数人の被授権者が債権者として出現することを可能ならしめるため、明白な法律関係を要求する取引に危険をもたらす、という点を否定説の根拠として挙げている（Köhler, a. a. O. (Fn. 18), S. 25 f.〔木村・前掲（注19）八頁以下〕）。これに対して、取立授権肯定説の立場に立っていたシュタトポウロスは、取立授権が危険であるという説は、行使権能の重複が生じることに基づいているが、権利ないし権能の内容と範囲が拡大されるわけではなく、債務者は一回限りの給付をする義務を負うにとどまるため、債務者の義務が拡大されるわけではなく、何者が債務を追及するかが債務者に知れないということは、債務者にとっては不利益ではない、と反論している（Stathopoulos, Die Einziehungsermächtigung, 1968, S. 111 ff.〔木村・前掲（注19）一〇頁以下〕）。

(60) Huber, a. a. O. (Fn. 16), S. 234; Petersen, a. a. O. (Fn. 44), S. 492; Becker-Eberhard, ZZP 104 (1991), S. 413, S. 436, S. 438; Scherer, Rpfleger 1995, 92 f.; vgl. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 3), § 16 V 2. a) bb) (Rdnr. 72); Baur/Stürner/Bruns, a. a. O. (Fn. 3), Rdnr. 18.26.

（61）再度の執行文付与は例外的な措置であるとされており（Baur/Stürner/Bruns, a. a. O. (Fn. 3), Rdnr. 18. 26）、再度の執行文の付与の際に最初に付与された執行力ある正本が返還されない場合について、ＺＰＯ七三三条一項は「最初に付与された正本が返還されない場合には、再度の執行力ある正本を付与するのに先立って、債務者を審尋することができる。」、二項は「裁判所書記課は、再度の正本の付与について相手方に通知しなければならない。」、三項は「再度の執行文には、その旨を明記しなければならない。」と規定している。

〔未完〕

＊本稿は、公益財団法人民事紛争処理研究基金平成二五年度研究助成による研究成果の一部である。

雑　報

北海道大学法学会記事



○二〇一五年三月九日（月）午後三時より

「アメリカの奴隷制問題の補償救済について――相対立する議論」

（Redressing American Slavery: Opposing Arguments）

報告者　ロイ・ブルックス氏

（サンディエゴ・ロースクール・ウォーレン特別教授）

※参考文献：Roy Brooks, Atonement and Forgiveness: A New Model for Black Reparations（U. California Press, 2004）

出席者　二〇名

一．『アメリカ合衆国は、人種的な蛮行のいくつかについて、謝罪及び補償行為の双方を行うことがある（それは例えば、一〇〇年余り前のハワイ原住民の征服の問題や第二次世界大戦中の日系アメリカ人の収容問題がそうである）。ところが二四〇年間ものアフリカ系アメリカ人に対する奴隷制及びそれに続く一〇〇年間もの人種差別立法については、そうした謝罪・補償がなされていない。

どうしてそうなのか。ここでは、奴隷制及びそれに続く差別立法に関する補償救済に関して、賛成・反対の両方の立場からの論拠を検討する。それを通じて、聴講者にアメリカの奴隷補償問題に関する十分な情報を提供し、その救済の意義について、米国のみならず、その他の諸外国においても結論を下せるようにさせたい。』というシラバスのもとに、本講演は、進められた。

二．同教授は、さまざまなアメリカ補償法学の議論の中でも、支配的な《不法行為モデル》（tort model）に対して、道義的補償・立法的補償・未来志向的解決を重視する《償いモデル》（atonement model）を提唱し、問題提起した論者として、この領域のリーディングスカラー的地位を占めているが、奴隷制補償論のさまざまな否定論に対して、どのような反論を展開しつつ、積極論を論じていくのか、興味津々の思いで、聴講者は議論の展開に引き込まれるような講演であった。

例えば、第一に、奴隷制補償に関しては、それを調達したア

フリカの諸部族の責任も問題になるし、過去の被害に拘束されるのではないかという反論については、問われているのはアメリカ政府の責任であるし、それは道義的償いが問題とされ、未来志向的な関係形成に関わり、過去志向的に拘束されるものではないとする。第二に、一九六〇年代の公民権立法で償われたのではないかという反論に対しては、同立法は福祉問題に関する《対称的（symmetrical）な》措置が採られたのに対して、補償においては、あくまで被害に対する《非対称的（asymmetrical）な》救済措置が問われるという意味で違いがあるし、第三に、経済的に奴隷制により資本主義社会は豊かになり、それでよいのではないかという反論に対しては、ここでは人種搾取ないし差別立法の反倫理的な側面が問われていて、その面での《有徳な社会》（virtuous society）に向けての解決がなされなければいけないとされた。

三　さらに第四に、議論が集中したのは、同教授での枠組みでは、奴隷補償は、訴訟的解決というよりも、立法的解決（ないし行政的解決）でなされるべきだとするところだった。その立論では、訴訟においては、法技術的制約があり、その対審構造ゆえに、倫理的な償いの側面が薄れてしまうといわれるのだが、慰安婦問題に代表されるような日本の戦後補償問題の解決を見ていても、立法的解決（例えば、わが国会による誠実な謝罪決議など）は保守政権のもとではあまり期待できず、その意味で訴訟にはそれなりの意義があるのではないかという議論も出された。しかし公民権運動もそうであるように、立法の場での長期的な辛抱強い議論・苦闘の継続が必要とされたので、やや平行線の感があった。その際に第五に、救済の中身は、教育・福祉・事業支援など広範にわたるということも議論された。

四　本研究会はすべて英語で行われた。それにも拘らず、学際的な質疑討論が多数出されて、時間が足りなくなるほどで、ブルックス教授をして《アメリカ以外でこのような詰めた議論ができたのは、今まで経験したことがない》と言わしめる水準のものであった。この法学会に出席し、積極的に議論してくださった諸氏に対して厚くお礼申し上げる次第である。また本法学会は、いわゆる北大トップコラボ事業の一環で行われ、北大法理論研究会、北大民法理論研究会、そして北大高等法政センター研究会の共催として御協力を得た。関係各位に厚くお礼申し上げたい。

（文責　吉田邦彦）

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 66 No. 2 (2015)
SUMMARY OF CONTENTS

Rekonstruktion des Verhältnisses der Konkurrenzlehre und ne bis in idem
—— Fokus auf Klammerwirkung und Kollektivdelikte ——

Run Ni*

Das Wort „Identität der Tat“ wird in § 312 des japanischen Strafprozessrecht verwendet. Die „Identität“ hier umfasst zwei Teile: „Einheit der Tat“ und „Identität“ im engeren Sinn. Die Erstgenannte bezieht sich auf die Untrennbarkeit von derselben Strafsachen; Die Letztgenannte bedeutet, dass die Sache im Prozess immer gleich bleibt. Der Sinn, warum man den Bereich von den beiden abgrenzt, ist, dass man den Bereich von der Änderung der Anklagepunkte in der Anklageschrift, ne bis in idem und dem Verbot der Doppelanklage abgrenzen kann. h.M und Rechtsprechung meinen, dass die Beurteilungskriterium der „Einheit der Tat“ von der Konkurrenzlehre im Strafrecht bestimmt ist. Aber dieses Kriterium ist problematisch. Strafrechtliches Delikt und Strafprozessuales Delikt sind im Hinsicht auf Zweck und Funktion unterschiedlich, wenn man plötzlich die beiden zusammensetzt, würde es in der gerichtlichen Praxis viele Probleme geben.

Um die Verhältnisse zwischen Konkurrenzlehre und ne bis in idem, insbesondere in der Klammerwirkung und dem gewohnheitsmäßigen

* Assistenzprofessorin der koordinierenden Innovation Center der juristischen Zivilisation der China, Politik und Recht Universität der China.

Verbrechen, haben Rechtsprechung und Lehre in den letzten Jahren die hitzige Debatte gehabt. Im großen und ganzen schlagen diese Rechtsprechungen nicht eine systematische Lösung, sondern nur nach unterschiedlichen Fällen unterschiedliche Lösungen vor. Darüber hinaus ist diese Studie in japanischer Wissenschaft auch wenig. Basierend auf dem Bewusstsein obiger Probleme wird diese Arbeit das deutsche Recht, das über die Frage relativ reiche Erfahrungen in der Theorie und Praxis hat, zu Rat ziehen. Die Arbeit wird nicht nur auf die Lösung von konkretem Fall konzentrieren, sondern auch aus der Perspektive, die anders als h.M ist, den funktionalen Begriff— Beurteilungskriterium der „Einheit der Tat", der ne bis in idem und Konkurrenzlehre verbindet, tief untersuchen und aus Dogmatik und gesetzgeberische Lösung eine systematische Lösung vorzuschlagen versuchen.

Das erste Kapitel ist die Einleitung, die sich auf den Forschungsgegenstand, die Forschungsperspektive und die Bedeutung der Forschung bezieht. Im zweiten Kapitel wird das Beurteilungskriterium in Bezug auf „Einheit der Tat" von japanischem Recht und deutschem Recht vergleicht und einige Lehren wie die Handlungstheorien, dieRechtsgüterverletzungstheorien,dieAlternativtättheorien,die Kombinationstheorien und die Anklageschriftsbeschränkungtheorie, sowie BGHSt29,288 und BverfGE56,22 ausführlich vorgestellt. Auf der Grundlage der Referenz von deutscher Anklageschriftsbeschränkung theorie und japanischer Anklagepunktekriteriumtheorie wird die Auffassung von dieser Arbeit—System-zweck-korrespondenztheorie vorgeschlagen. Das dritte Kapitel diskutiert die unterschiedlichen Handlungsweisen von deutschem Recht und japanischem Recht in Theorie und Justizpraxis in Bezug auf die Klammerwirkung und ne bis in idem, und analysiert detailliert, wie das deutsche Recht die aus die Klammerwirkung geführte unberechtigte ne bis in idem vermeiden. Das vierte Kapitel diskutiert die unterschiedlichen Handlungsweisen von deutschem Recht und japanischem Recht in Theorie und Justizpraxis in Bezug auf die Kollektivedelikte und ne bis in idem, und analysiert detailliert, wie das deutsche Recht die aus die Kollektivedelikte

geführte unberechtigte ne bis in idem vermeiden. Im fünften Kapitel wird die Auffassung in dieser Arbeit—dogmatische System-zweck-korrespondenztheorie (m.E.) ausführlich analysiert. Im Hinsicht auf die Beziehungen zwischen die Kollektivedelikte und ne bis in idem wird die gesetzgeberische Lösung, die die Kollektivedelikte abschafft, vorgeschlagen.

論　　説

法と情報空間（1）

―― 近代日本における法情報の構築と変容 ――

郭　　薇

目　次

序章　法的コミュニケーションの研究とその意義
　第一節　問題の設定
　第二節　「正しい法情報」の限界―近時の厳罰化運動を素材に
　第三節　法情報実践の分析－本研究の方法
　第四節　本研究の構成
第一章　情報としての法－法的コミュニケーションの研究
　第一節　法情報とコミュニケーション
　第二節　日本における法的コミュニケーション論の状況
　第三節　法的コミュニケーションの再考　　（以上、本号）
第一部　メディア主導の法情報
　第二章　マスコミにおける法的問題の構築―新聞を素材に
　第三章　雑誌における法的問題の構築―『法律時報』の事例研究を兼ねて
　第四章　法情報の性質―社会性と専門性の間
第二部　ユーザー主導の法情報―2011年公訴時効改正を素材として
　第五章　2011年公訴時効改正の法制審議会における世論の役割
　第六章　裁判の言説と世論の言説―足立区女性教員殺害事件を素材として
　第七章　公訴時効をめぐる各メディアの言説
　第八章　「世論」という情報―ユーザー視点の法情報をめぐる概念
結論　法情報の受容

序章　法的コミュニケーションの研究とその意義

第一節　問題の設定

本研究は、法学・法制度に関する情報の作成、流通とその効果（以下では法情報の実践と呼ぶ）を検討するものである。

これまで、法情報を研究対象とした分野としては法情報学がある。法情報学とは、学問的には、1970年代以後、計量法学の影響の下、日本の法学者が議論を始めるようになったものである[1]。これまでの法情報学のアプローチに関しては、コンピュータ利用とインターネットの普及を背景とした電子媒体による立法・司法資料の公開と検索というものがある一方で、他方、法律学習者による legal research を念頭においた学術文献や法令・判例の調査が主題とされてきたといえる。こうした研究のスタンスは、法情報学が法学教育の一環として、法解釈などの伝統的な法律学の作業の補助的なものとして位置づけられてきたことに関わっている。送信側にある専門家と受信側にある一般人との間で法の捉え方に共通するものがなければ、そのような法情報学アプローチによる分析は必要とされなくなる[2]。従って、法情報学は、法律学習者を典型とするような、法律学への高い関心を持つ受信者に対する法情報の発信に関わる分析を行う。そこでいう情報の概念とは、資料へのアクセスあるいは情報の量的側面に注目する傾向を有する[3]。

---

[1] 1973年に『法律時報』45巻５号における Klaus Hopt 氏の「アメリカ合衆国における法情報学の発展」（154－155頁）は日本最初の法情報学の紹介である。

[2] 情報の意味構造を論じる優れた研究として、正村俊之『情報空間論』（勁草書店2000年）を挙げることができる。そのなかでは、「法の言説に従って、抗事実性（規範）がありながら、社会的性格を失ったわけではない」（305頁）という法情報の意味性が言及されており、「法の相対的な自律性をもたらしたのは、法の自己準拠的な形式と抽象化という情報圧縮様式である」（256頁）とされる。

[3] 近年、自然言語あるいは人工知能など工学的知見の導入に伴い、資料収集によらない法的推論に関するプログラムの作成、ということが法情報学では注目されている。たとえば、〈特集〉「法情報学最前線」『人工知能学会誌』23（４）第498－536頁を参照。

本論の研究は、既存の法情報研究と異なり、改めて法（学）情報の環境と利用者の情報理解に注目し考察を進めていく。その理由は、本研究の考察対象が、国家法の立法活動をめぐるマスコミなど社会向けの情報環境による法言説の形成に関わるからである。法律学習者と違って、一般の社会構成員は実際に法の事項について語る機会が必ずしも多いわけではないため、彼・彼女らがおかれた法情報状況は、従来の法情報学のアプローチでは必ずしも分析しきれないのではないかと推測される。従って、法情報の実践過程に関する新たな分析枠組の導入が求められることになる。

本論は日本の刑事法立法をめぐる一連の事例研究を通して、法情報の形成やその性質についての分析を行う。このような課題を設定する背景には、近年で刑事立法に日常生活への不安感など個人の体験・感情を重視するうえ、法現象をめぐる情報の実態を探る、という実践的な動機がある。まず、法情報の「質」が問題化された近時の刑事立法の大衆化から論を起こそう。

第二節　「正しい法情報」の限界ー近時の厳罰化運動を素材に

第一款　厳罰化立法と世論

日本では、1990年代後半より、刑事政策の厳罰化が顕著になった。その厳罰化現象としては、検察官の求刑についても、裁判所の量刑の相場が引き上げられていたことについても言及されているが[4]、最も特徴的なのは、刑法・刑事訴訟法を含む刑事法関係の法改正が頻繁に行われたということである。厳罰化現象として理解されている日本の法改正としては次のような事例を挙げることができる。まず少年法が改正され、2000年に検察官送致年齢が16歳から14歳に引き上げられ、2007年に至って場合によっては14歳未満であっても少年院送致が可能になった。次に、2003年には「心神喪失者等医療観察法」が成立したが、これは「再犯防止」という社会治安の視点から心神喪失者への管理を強化したものであっ

[4] 裁判の量刑について、2000年以後死刑や無期懲役の判決が増加したという指摘がある。河合幹雄『終身刑の死角』（洋泉社新書、2009）65頁を参照。

た。重罰化という側面から見れば、2001年の刑法改正により「危険運転致死傷罪」が新設され、2005年の改正に伴い、加重された場合には懲役と禁錮刑の上限が20年から30年へと大幅に引き上げられた。そして、2010年には、殺人事件などの重大犯罪についての時効廃止を含む公訴時効をめぐる改正が行われている。

現在の刑法と刑事訴訟法は、成立してから上述の立法期までまったく改正されなかったわけではないようである[5]。だが、これまで法律学等専門家の議論が中心に行われていたのに対して、上述の立法議論は「政治化」や「刑罰積極主義」へと傾斜しつつ、司法実務や具体的な救済手法から離れた「体感治安」や「感情」といった形で表現されるものに注目が集まった点に特徴がある。2000年の少年法改正のきっかけは、1997年の「神戸連続児童殺傷事件」であった。当時、事件を起こした少年は14歳であったことから、検察官へ逆送されずに医療少年院送致になったわけだが、このような司法がとった対応に対する不満から、「少年法は甘すぎる」という世論が湧き起こった。「心神喪失者等医療観察法」に関しては、2001年に発生した「大阪教育大付属池田事件」が背景にあり、「社会には危険な精神病者が徘徊し、そうした人間は処罰を受けることがない」という非難が法改正の審議を促進した。先取りになるが、本論の第２章での新聞報道の分析によると、危険運転致死傷罪、公訴時効改正等、法改正をめぐるマスコミの報道が活発であったことも判明している。また、犯罪の認知件数など、統計では、殺人、傷害などの犯罪や万引き等の軽微な犯罪件数の双方とも増加しているわけではないにもかかわらず、立法の動向は当事者経験に基づく報道の言説に同調しているかのような傾向が見られる[6]。

以上の厳罰化の傾向に対し、日本の法律家（法学研究者、法曹また法学の立場から発信する人をここで法律家と呼ぶ）は当初批判的な姿勢を

[5] 山口厚「刑法典―過去、現在とその課題」ジュリスト1348号４-５頁参照。なお、現行刑法は1907年公布、1908年施行、刑事訴訟法は1948年公布、1949年施行。

[6] 例えば宮澤節生「日本のポピュリズム刑事政策は後退するか－討論者として」、『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』（現代人文社、2009）183－200頁を参照。

見せていた。1998年７月に始動した法制審議会少年法部会に合わせて、法学部の学生等法律学習者向けの法律雑誌『法学セミナー』（第527号）は「厳罰化で解決するか」と題した少年法の特集を掲載し、当時の少年法議論への懸念を示した[7]。そこでは、「被害者の保護」、「少年審判の公開」、「被害者の精神的ケア」など、少年法の枠では解決できない論点が当時の少年法改正論議で強調されたことに対する違和感が示されている[8]。そこでは、いかに「厳罰化」に対抗できるかという点に、法律学関係者の関心は向けられていたようである[9]。

2003年に公刊された法律時報75巻２号の「最近の刑事立法の動きとその評価」と題した特集は、より理論的に厳罰化立法の課題を法律学の観点から整理したものである。冒頭の趣旨説明を担当した刑法学者の井田良は、そうした立法の傾向は「これまで一般に承認されてきた、刑法実体法に関する基本原理を根底から動揺させるインパクトをともなっている」と評価し、そのインパクトについては①「実害の生じる以前の段階にまで刑法的規制を及す傾向が、法益思想ないし『侵害原理』と正面から抵触するものでないか」、②「『被害者の保護』の旗印のもとに重罰化・厳罰化の傾向を示し、結果主義的性格が強めている」ことに対し、応報思想による積極的責任主義も重刑のもつ威嚇効果による一般予防理論を戦後の日本刑法学が対戦しにくい、と指摘した[10]。

---

[7] そこでは、法学研究者、弁護士、裁判所の調査官など法律専門家の少年法改正論以外に、心理カウンセラー、中学校教諭も参加した座談会「非行少年たちの実像」、非行少年へのインタビュー―記事「調布事件で犯人とされたＭ君に聞く」非行少年事件現場からの論考も取り上げ、厳罰化の効果を否定的な立場であった。

[8] 川崎英明「少年法改正論議をどうみるか」法学セミナー No.527（1998）、35頁を参照。

[9] 2000年公表された『法と民主主義』（352）は厳罰化に対し「修復型司法」といった解決案を打ち出した。それは、「修復型司法」を通して、加害者である非行少年の社会復帰を被害者の権利保障と調和し、お互いの理解と対話が両方のケアに効果的であることを論じた。また、斉藤義房が2001年に公表した「少年法の『厳罰化』潮流に抗して -- 少年法「改正」法成立と今後の課題」にも修復型司法に期待している。

[10] 井田良「刑事立法の活性化とそのゆくえ―本特集の趣旨―」法律時報75巻２

ただ、近年の法学者議論からみると、厳罰化の現象を単に批判するのではなく、「世論」に応じて擁護しようと努力する動きもある。井田良は、「根本的価値観を共有しない社会構成員」による法益をめぐる多元的な理解を認め、「ほぼ必ず裁判所で刑を言い渡されるような高度に当罰的な行為のみを類型化した刑罰法規だけが立法的に正当化されているとはいえない」、刑罰機能の多様化や法益の拡大を主張した[11]。それに対して、まず価値の共有に対する深い懐疑に陥った人々の『幻覚』（「体感治安の悪さ」）を解消し一定の合意（社会意識）を得たうえで、法益の範囲を拡大し「刑事裁判から疎外された被害者の悲鳴に近い『屈折した異議申し立て』」を配慮しようといった、世論の理性化を求める議論もある[12]。2000年前後に見られる厳罰化を求める声に対する不信ではなく、刑事法学者が世論を受け入れる態勢を示したものといえるが、ここでの世論の捉え方には温度差が見られる。

刑事法に関する社会の認識は、立法過程において民主主義の理念を実現するために必要な素材である。ただし、こうした「世論」を法的な言説に転換するのは容易ではない。刑法学者の亀井源太郎は、2009年に公刊された法律時報の特集「刑法典施行100年―今後の100年を見据えて―」において、立法活性化が刑法学・法学に与えた課題を、従来の判例研究を中心とした法律学説と立法との関係を再考すること、および、刑法学がいかに「民意」（世論）を吸い上げる（あるいは吸い上げるべきではない）ことにあるとの指摘をしている[13]。上述の法律学（主に刑法学）の反応からわかるように、法律家の作業は制定した後法改正の立法趣旨を受け止めたうえ、法律学の学説に一定の修正を加えるものである。すなわち、「世論」を立法趣旨として理解し、法律家はそれをいかに条文化することに専念するという考えである。従って、その前提にある不特定多数の

号（2003）、5頁を参照。

[11] 井田良「変革の時代における理論刑法学」慶應義塾大学出版会（2007）、35-37頁を参照。

[12] 梅沢進哉「厳罰化・被害者問題と刑法の存在理由」森尾亮＝森川＝岡田行雄『人間回復の刑事法学』（日本評論社、2010）22-27頁を参照。

[13] 亀井源太郎「刑法典施行100年―今後の100年を見据えて―」法律時報1009号（2009年）、88頁。

意見を代表する世論の質をいかに判断するか、という点について法律学はさほど関心を持たない。それは、「世論」を理解するため、どのような情報を選択し、どのように解読すべきか、といった基準は既存の法律家言説に殆ど検討されていないことからもわかる。実際に、上述の法律家の論文で扱われる世論は、著者である法律家が立法審議、司法の関連資料やマスコミの世論調査あるいは報道から掘り出したものの、それらの情報はなぜ世論の実態を説明しうるかについての説明は欠けている。また、法学教育の観点から見ると、条文や判例など司法データを中心にした従来の法情報学は、具体的な事件に関わる新聞の報道内容まで言及する場合もあるが、世論の形成メカニズムまで論じているものは少ない。従って、法に関わる世論をめぐる法律家の議論は、著者個人の情報活動に依存し、その情報活動に関する分析は不十分と言わざるをえない。そのため、法学系の論文における「世論」という記述は、時に個人の経験談に見える場合がしばしばある。

第二款　犯罪学的分析の知見

厳罰化をめぐる世論の形成に関しては、法律学（刑法学）のほかに犯罪社会学的な検討も注目に値する。そこでは、刑事裁判など司法過程との関係を超えて、社会現象としての厳罰化を分析し、その成因と効果を広く検討するスダンスが見られる。犯罪学の文献によると、以上の立法動向は、日本の特有事例ではなく、英米圏を中心として先進産業国においても蔓延しているようである[14]。日本に限らず、厳罰化現象の分析す

[14] 英語の文献として、アメリカの厳罰立法と「政治問題化」について Stuart A. Schneingold, The Politics of Street Crime：Criminal Process and Cultural Obsession (1991) と Zimring, Franklin E. "Imprisonment rates and the new politics of criminal punishment", Garland, David. ed. "Mass Imprisonment-Social Causes and Consequences" 2001 Sage 所収、国際的な厳罰立法の風潮について、Julian V. Roberts = Loretta J. Stalans = David Indermaur = Mike Hough、Penal Populism and Public Opinion − Lessons from Five Countries (2005)。日本語の文献に関して、2009年に日本犯罪社会学が主催した国際シンポジュウムの議論を整理した『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』は今でも日本の厳罰化現象を理解するためには欠かせない一冊である。

る際に以下のようなファクターはよく言及されている。

まず、統制主体という視点から政治過程や政治家行動の分析が見られる。例えば、Anthony Bottoms は1995年に初めて populist punitiveness という用語を提唱し、そこで厳罰化を促進する政治、公衆、メディアの三者の相互作用により形成されているポピュリズムの傾向を指摘した。彼は、政治家の操作面に注目し、市民の不安感を煽り立て、犯罪への強硬策をアピールすることによって、支持の拡大を狙うことを論証した[15]。penal populism 概念の創立者である Pratt も、統制主体の活動特徴から説明しようというアプローチで厳罰化現象を次のように定義した。

「penal populism のプロセスでは、戦後の刑事政策を形作っていた多くの前提がひっくり返され、刑罰を運用・執行する権力構造の劇的な再構成が行われる。そこでは、より多くの刑務所が必要とされ、刑罰は、市民から隠されたところで役人によって密かに執行されるものではなく、より劇場的なものとなり、刑事司法の専門家の知識よりも一般市民の常識が優先される。同様に、広く市民の代弁者を自任する個人や市民団体と政府との関係がそれまで以上に緊密なものとなり、司法官僚と政府との結びつきが弱まっていく。その結果、そうした個人や市民団体の考えが刑事政策に強く反映されるようになる」[16]。

このような penal populism という法的言説が示しているのは、司法官僚、法曹、法学研究者など法律学の教育背景を持つ、法律関連の業務を行ういわゆる法律専門家の意見より、立法審議は「世論」や「一般常識」を名乗る市民団体やメデイアの言説に比重が置かれるということである。

次に、厳罰化意識を支える社会の構造も検討対象に加えられてきたことが確認される。Carland は、公衆の思考に「表出的な処罰志向」（expressive punitiveness）が存在することを主張し、政治がその志向を取り上げ、公衆の代弁者としての自分をアピールに利用する場合があり、

[15] Bottoms, Anthony (1995) 'The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing', in C. Clarkson and R. Morgan (eds) The Politics of Sentencing Reform, pp. 17-49. Oxford.

[16] 訳語は浜井浩一「グローバル化する厳罰化とポピュリズム」『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』（現代人文社、2009）6-7頁を参照。

厳罰化が進行することは単なる政治主導に止まらない、と指摘した。その後の著作で、Carland は拘禁刑等社会的排除の傾向が強い厳罰主義的刑事司法が現在社会の基本構造・文化（刑罰的福祉国家）を反映し、それを具体化した社会制度としての「統制の文化」（Culture of Control）理論を提示している[17]。そして、この「統制の文化」理論は、日本の厳罰化に関する研究にも応用されている。Carland 理論への支持を示しながら、浜井・Ellis は「最新の犯罪被害実態調査の結果と刑務所人口の増加によって、日本の公衆と裁判官の態度のなかに、世論に支えられた新たな権威主義（popular authoritarianism）が確かに現れていると見る。それらは、刑事司法に関する既存の再統合的でインフォーマルな観念からの急速な変化を生み出し、それらはよりフォーマルで応報的になり、いかにも Carland がいう『刑罰的福祉国家（Penal welfare state）のようにみえる』と述べた[18]。

また、厳罰化の背景には現代社会におけるプロフェッショナルの位置づけ方も関係しているとされる。元々、プロフェッショナルに対しては日常の素朴な厳罰・応報に対して緩和措置の役割が期待されている。それに対して、厳罰化の過程で見られる処罰志向を抑えることができない理由としては、立法の決定過程におけるプロフェッショナルの弱体化が関係しているという。モラル・パニック[19]を引き起こすようなメディア報道により、公衆から犯罪への不安が高まり、既存のプロフェッショナルの能力への信頼が揺らぐとともに、政治家もプロフェッショナルの見解に依頼するより、公衆へ直接に働きかけるようになるからである[20]。

---

[17] David Garland (1997), Governmentality'and the problem of crime: Foucault, criminology, sociology, Theoretical criminology 1 (2), pp202-203.

[18] 同浜井・前注16

[19] モラル・パニックについて、竹村典良「モラル・パニック」藤本哲也編『現代アメリカ犯罪学事典』（勁草書房、1991）93頁参照。

[20] Franklin E. Zimring, American Youth Violence 128-129 (1998) は、アメリカの厳罰立法過程について以下のように述べた。それは、少年の暴力犯罪への政治的憤激に駆られて進められてきた結果、現在の移送制度をなにか具体的に改善するためというわけではなく、少年の暴力犯罪率の高さは「現行政策になにか問題がある」ことを示すに十分な証拠であり、「厳罰化こそが万能の解決策

そうした知見を踏まえると、厳罰化がプロフェッショナルの不信とに結びつきやすいのではないかとも推測される。

厳罰化への対策として、日本も含む多くの犯罪学者や法学者は犯罪率や判例など刑事現象の「実態」に関する多角度の情報環境を構築するよう呼び掛けている。ただ、「民主的」や「科学的」な価値判断が前提とされながら、犯罪学の議論において、なぜそのような情報観が望ましいのか、そもそもそのような情報観が実現可能なのか、についての議論は乏しい。学問の基盤として、「民主的」や「科学的」の言説が法学や犯罪学にとって、もはや自明な原理であることは確かだが、しかしながらPenal populism においては専門性が批判の対象となり、法学や犯罪学は中立的というより一利害関係者の地位におかれてしまっている。従って、なぜ実証的あるいは法学的な言説を支持しなければならないのか、その妥当性については、改めて検討を行う必要があるだろう。

第三款　立法の大衆化と情報－法情報分析の射程

以上の法学や犯罪学の研究によれば、厳罰化の現象は単なる被害者団体の戦略もマスコミ報道の効果ではなく、法情報の様態や立法過程の変容や法学の社会地位など複数なファクターの総合作用による産物である。それを適切に理解するため、立法をめぐる複雑なファクターの相互作用を反映するような切り口が求められる。

立法をめぐる情報環境の変化を介して、厳罰立法の成因を検討することは可能である。その理由は、厳罰化の立法を、以下のような複数の局面において情報の問題として処理できるからである。

第一に、情報の性質と世論の関係である。一般メディアによる刑事法報道・ワイドショーまたは刑事関係の文学・映像作品は、刑事司法の現

である」という短絡的な考えから、移送制度を改正する立法が続いた、という。日本の場合、2000年の少年法改正において法案作成・提出において主導的役割を果たした自由民主党・杉浦正健衆議院議員は、朝日新聞のインタビューに対して、「選挙運動を通じて、有権者は少年法改正を望んでいることがよく分かった。法制審にかけると、哲学的な議論から始めることになり、何年もかかる。刑事処分対象年齢の引き下げは、専門家よりも政治家が決めるべき問題。だから、議員立法にした」と答えている。

象を個人の体験や日常の治安感覚などの犯罪被害者文脈で再構成し、いずれ司法・立法の実務に経験したことのない人にも刑事立法への関心を喚起する効果があるとされる。日本における刑事立法ラッシュにおいても、高頻度のメディア報道、社会の話題となる代表的な事件の影響力を無視することはできない。メディアの作用に関しては二つの側面、すなわち①マスコミから伝えられた断片的、情緒的な法（とくに刑事法の運営に関する）理解が厳罰化現象の流行を促すこと、②ソフトニュースとして、分かりやすいかつ刺激的な被害者物語を構成することが言及されている[21]。

日本では、被害者・社会の不安に関する「感情」言説が優位に働く、司法・犯罪データがニューズに取り上げられない、といったことが指摘されている[22]。犯罪報道の構造を素材に、少年法改正の世論形成を検討した大庭絵里の研究では、加害少年への描写は精神障害、経済・家庭環境など否定的に「特別な事情」のある人間像から、中立的な表現で犯罪を起こす「普通」の少年という非行少年のイメージへと変化し、また社会的要因より事件を起こした少年個人の行動を注目するようなニュース・ストーリーが定着したことが検証されてきた[23]。それによって、日常生活への不安感と結びつきやすいことで、非行少年に対する厳罰化の風潮と無縁ではないという指摘ができるようになった。

以上の研究から分かるように、厳罰化立法の浸透は確かにメディア産業の発展に関係している。その関係は、人々の社会認識が実際の個人経験よりメディアの情報に依存していることを由来している。従って、メディア報道の言説分析は立法の情報環境を解明するために有用なアプ

---

[21] Julian V. Roberts = Loretta J. Stalans = David Indermaur = Mike Hough, Penal Populism and Public Opinion − Lessons from Five Countries (2005), pp164-174, Oxford.

[22] 大庭絵里「少年事件とマス・メディア」後藤弘子編『少年非行と子どもたち』（明石書房、1999）は、モラル・パニックとそれに対するマス・メディア報道の影響を指摘している。また、「犯罪ニューズにおける犯罪の波―なぜ犯罪の減少は人々の話題にならないのか」犯罪社会学研究（38）、97頁。

[23] 大庭絵里「メディア言説おける『非行少年』観の変化」神奈川大学国際経営論集（39）、155-164頁を参照。

ローチである、と考えられる。

第二に、立法過程と世論の関係である。立法過程における議論は、裁判過程と違って、ある案件における具体的な救済を論点にしたコミュニケーションを展開していくことができない。それゆえ、立法過程における法は、公共的な議論を通じて、さまざまな社会言説を取り入れた知識や情報の下で形成されると考えられる。社会環境に応じた公的な規定（ルール）の修正や形成するプロセスとして立法を理解する場合、立法をめぐるコミュニケーションは、法変動の内容を明確にするように促すような機能を持つことになる。

従って、法の問題をどのような社会現象と結びつけるのか、その答えは立法背景に関する重要な情報と関わっている[24]。近時の日本立法改革には審議録の公開、オアクリックオピニオンの導入など、社会との連携を重視する姿勢が見られる。しかし、意思決定の「合理化」を促進する趣旨を認めつつ、近時の刑事法立法における「病理的」な情報環境は明らかにその狙いから離れるものといわざるを得ない。近時日本における「感情立法」現象の出現は、司法・立法現場の情報量を増やせば問題が解消できるという観点の欠点を曝すことになるだろう。むしろ、世論の形成に関わる人々の認識は、どのようにシンプルな「娯楽化」された刑事法のストーリから、複雑な、かつ専門的な刑事法の知識に向けられるか、という課題の方が切実である。短絡的な質問表から社会意識を抽出する、新聞やテレビでよく使われた世論調査においては、刑事法に対する本当の「意見」を知ることができないといった批判も見られる[25]。しかし、そもそも「真」の世論はどこにあるのだろうか？マスコミの報道や娯楽作品における刑事法イメージの乖離を嘆き、それに「反現実」のラ

[24] 伝統的に法学で用いられてきた「立法事実」という用語がある。それは判決事実（adjudicative facts）と対比されるものであり、法律を制定する場の基礎を形成し、それを支えている事実を指す。本論が提唱した法情報観にはこうした「立法事実」論を意識したところがある。詳細な検討は第８章に譲る。類似した立場の議論として、太田勝造「法を創る力としての国民的基盤」『現代法の動態５、法の変動の担い手』（岩波書店、2015）、69-71頁を参照せよ。

[25] 前注14・Julian V. Roberts, Loretta J. Stalans, David Indermaur, and Mike Hough.

ベルを貼ることだけでは近時の刑事法立法における法・法システムへの期待を見失う恐れがある。penal populism あるいは「感情立法」における法情報の「アンバランス」は、法と社会の関係という法社会学の根本テーマを検討する糸口にもなりうる。

第三に、世論に対する法律家集団の自己反省が挙げられる。法動員という視点からみると、刑事法の関連報道が増加することは決して悪いことではない。専門的知識の背景を問わずに、広い範囲で刑事法問題に関する議論ができる、つまり立法世論の活性化（民主的回路の拡大）に繋がる点から、厳罰化の運動を評価することができるからである。従って、問題は、合理的か感情的かという区別ではなく、立法に必要とされる法的コミュニケーションの性格にある。法学的な技術は制度設計に必要なため、立法過程の審議に不可欠な言説といえるだろう。特に日本では、西洋から法律制度を導入したところ（法の継受）、従来研究者や法曹は立法審議をリードする立場におかれていた。そして、日本では法曹の人事に選挙制が導入されず、また司法行政や立法過程において検察官など法律専門家は依然として強い影響力を持っている。そこで、このような日本の法システム状況を踏まえれば、日本における法律専門家がなぜ自ら世論の言説に接近しようとしたのかという点は不可解でもある。

浜井浩一・Ellis の刑事法立法過程分析によると、従来の厳罰化運動でみられた専門家の弱体化に対して、日本ではそうした傾向が殆ど見られない現状から、日本の厳罰化運動については「市民運動や世論と検察官の共同作品」と判断された。それは、検察等法曹が刑事法立法過程に依然として優勢な地位を保持していて、「世論」による厳罰化の風潮に抵抗する十分な力を持ちつつ、「日本の国民性として、官僚もいわゆる『空気を読む』傾向が強いことに加えて。検察官もそれを望んでいるからにほかならない」[26]、とされる。

以上の分析が正しいとすれば、単に立法過程がマスコミに同調しているかどうかというよりも、専門家の社会認識がどのようになっているのか、とくにどのような情報素材によって形成されるに至ったのかという点が、次の問題になる。そうしなければ、厳罰化の議論変化を専門家

[26] 前注16・浜井＝ Ellis、118-119頁を参照。

vs. 素人という図式へと単純化して理解される恐れがある。日本の刑事法改正で見られた法律家の排除という事態は、法システムに対する不信ではなく、市民が司法や立法への多大な期待とその期待に戸惑う法律家に関係する、という仮説も立てられる。従って、直面する課題は法律学など学問の理論を社会に注入することではなく、法律学の論点がどのような社会の期待に合致しうる、というところにある。

本研究は、とくに立法過程をめぐる法情報の形成を意識する。立法とは、社会の一員として守るべきルールを形成する過程であると想定できるならば、立法に参加する人々は、社会の意味を理解し、さらに構成してゆく存在として理解される。そこでは、法に関わる情報として、法律学の専門知識だけではなく、多様な立場から示される立法への意見や観念も意味することになる。こうした立法に対する社会の理解を反映する情報を収集・理解し、法制度に織り込むことを、立法過程に関わる法律家の役割としてみなすとすれば、法律家と情報環境との関係も検討しなければならない。

他方、法の問題はどのような「理念」に基づくべきかではなく、ある「理念」や「意識」がどのように法と接続するか、という議論のノウハウの面から課題を提示することもできる。なぜなら、そうした公式的な立法過程、立法の参加者と彼らの発話、そして立法をめぐる様々な言説など、事実上の問題として「立法」を扱うこともできるからである（経験の立法）。法と社会との間を媒介する、いわゆるネットワークは世論の実態を把握する上で不可欠な部分を成す。従って、立法過程における世論の効果を解明するためには、研究のデザインを議会や立法関係者の立案過程における議論の整理に限定せず、ここで扱う世論がどのように形成されたかについても問うのでなければならない。

このように、情報過程の検討を通して、単なる資料の整備及び提供ではなく、メディア報道の傾向、立法世論の形成過程、そして法律家の役割を同時に捉えることが可能になる。この点で、本論は、単なる法情報のメディア研究ではない。法社会学の研究として、その狙いは、法情報の実践を通じて、日本の法律学・法律家と立法の変化との関係を探ることにある。上述の整理からもわかるように、立法に関わる情報環境を検討の対象とした理由は、それが、世論、法律専門家、立法設計また他の



図１

社会構成員が同時にアクセスでき、複数な主体の相互作用を最も反映されやすい空間として捉えられるからである（図１）。

第三節　法情報実践の分析－本研究の方法

本論では、法情報の問題を、情報がどのように公式の法制度運営に関わっているのか、誰が情報の発信者なのか、そしてどのように情報を取得、理解、発信しているのか、といったいくつかの問題群に分解し、法情報の構造とその効果を検討することにしたい。そこには、法情報が主としてどのように編集され、また法情報のどのような側面が法学・法制度の実践に影響するかという点が含まれている。その出発点にあるのは、制度情報を冷静に吟味しながら、他者を説得しようとする熱心な読者、いわゆる民主的・伝統的な市民像が現在の法情報の実態と適合的なのかという懸念である。従って、本論は法律学習の情報ではなく、社会一般向けの法情報を重点的に検討する。ここでの「社会一般向けの法情報」が、特定の情報類型を表すわけではない。彼・彼女らは直接法的空間に参加する機会や意欲の少ない、かつ情報へのアクセスが保障されても専門的な理解に到達しづらいという状況にあるごく普通の一般人の法情報収集、または彼・彼女らに向かう法情報の発信、流通過程を検討の対象とする。本研究は、法情報環境の構造をダイナミックに捉えるため、以下

の「情報の伝達過程」と「法情報の編集原理」二つの側面から法情報の実践を分析する。

第一款　法情報の伝達過程

メディア論[27]は、新聞もテレビも出来事に意味を付与し体験を知識に変換する記号の情報システムとして理解する。その立場からすれば、社会はすべてのモノ、コト、ヒトが情報の発信装置と化し、メッセージ性を持つコミュニケーションの過程とされる[28]。逆に、その考えは同一の社会現象に関する情報は複数のメディアを通じて「伝達」（transition）できることも意味する。従って、メディア間でコンテンツが共有されているとしても、異なるメッセージを生み出す可能性があるように思われる。そうした発信―伝達―理解を含む広い情報環境の概念を取り入れると、法情報の形成にはより複雑なファクターが影響していることがわかる。

ここでの情報過程とは、発話者が手持ちの法理念を活用し、法をめぐる素材を編集し、法に関わるコンテンツを発信してゆくことである。そ

---

[27] 情報の伝達媒介の特性を中心にメディア・コミュニケーションを分析するアプローチは、メディア技術論あるいはメディア環境論と呼ばれる。ここでは佐藤卓巳『現代メディア史』岩波書店1998年、1-7頁を参照する。

[28] メディアとリアリティの現象について、W. リップマン『世論』（1922年）は、その研究の基礎となる問題提起を行った。擬似環境論はそれを受け継ぎ、マスメディアが外的現実と個人の認識をどう媒介し、個人の現実像をどう形成しているかという問題を原問題として研究したものである。竹下俊郎『メデイアの議題設定機能――メディア効果研究における理論と実証』（学文社、1998）第2章を参照。現在、その問題提起は、コミュニケーションの効果研究といった学問分野にまで発展してきた。コミュニケーション効果研究は、コミュニケーションを社会過程として把握しようとするが一般的に、次の二つに分類されている。第一に、コミュニケーションの当事者間で、メッセージの伝達過程としてコミュニケーションをとらえる観点、いわゆるメッセージの送り手の側からこの過程を解明する観点である。第二に、メッセージに含まれる「意味」の交渉や交換の過程として、メッセージの意味の生産やその解釈といった社会的な「相互作用」としてコミュニケーションを扱う立場である。本論では、このうちの第二の観点に焦点を当て、法における現代社会におけるメディアの構造転換とそのインパクトについて検討する。

うした法イメージを情報として扱う場合、ここでの情報使用は、人々が①法制度について意見を述べる（「意見の発信」）、②法に関する情報を収集し（「情報の取得」）、③法について吟味し（「内容の理解」）、という三つのプロセスを指す。

①意見の発信

「法情報の発信者は誰なのか」、答えは明確ではない。それは法情報に含まれた多様な機能に関わる。詳細な論述は第１章に譲るが、法学は制度設計に寄与しうるため、誰とでも関わるといった公的側面を持っている。従って、司法の専門知である一方、教養としての法学は、ある意味で一般の読者を獲得できる可能性がある。また、アクセス面では、ネットなど通信技術の発展や高等教育の普及と共に、一般の人さえ世界中の法制度に関する文献をある程度入手・解読することが可能になる。そして、SNS などソーシャルメディアを通じて、誰でも法制度に関する意見を生のまま（第三者の編集を経ずに）社会に発信することができる。そういう意味で、感情立法をめぐるコミュニケーションは、実際に法情報の「適切な」発信者、つまり法学が占めていた優位な発信源としての権威を揺らがせる現代の模様を描出するような現象でもある。従って、現在の日本社会では、誰が法を発信するのか、またその受信者は誰なのか、いかに自分の意見に結びつけるのか、といった問題群を改めて確認する必要があると思われる。

②情報の取得

法情報提供ネットワークの拡大と同時に、法が専門的且つ複雑に分化していくに従って、一般人が法を知りえないことは常態化しているといった状況に、われわれは直面している。例えば立法をする際に、現行法の仕組みに対する一定の知識をなくしては、具体的な制度の設計ができないことは自明なことであろう。一般人がいつも様々な法の情報の更新を積極的に学習するということは考えにくく、むしろ日常生活の中に何らかの形で法をイメージしているものと想定される。日常生活で「法を知る」ということは、公的な法学や司法経験にアクセスするというよりも、むしろ様々なネットワークを一気に縮約し法のイメージを象徴的に把握しようとすることだといっていいのではないだろうか。

そのような法イメージを支えているのは、公的な法システムに属する

情報に限定されない。なぜなら、日常生活で人々は、役所の法令の提示、法の関連書籍など権威の持つ法情報から、新聞やニュース、またはネットの書き込み、法関連の娯楽作品まで、あらゆるジャンルを通じて情報としての法に触れることができるからである。法意識の形成に関しては、人々の情報収集のパターンを検討する必要もある。

③内容の理解

情報ジャンルの拡大にも関わらず、いざ法使用の場面になると、観察者はそれぞれの情報形態を選別し、利用する。情報の発信源はもちろん、観察者自身の働きも一定の役割を果たすかもしれない。要するに、情報を入手した後、人々がその性質をいかに理解しているのかということは法情報の効果と関わっている。例えば、刑事法の分野で、その事件に関する情報は、制度に関する有意味な知識なのか、それとも人間ドラマなどフィクション作品のネタになるのか、視点が異なればそれに応じて法に対する評価も変わってくる。また、実際の法使用（特に法運動）、法制度に対する被害者（遺族）の不満が、問題提起ための戦略的言説なのか、実際に制度設計に導入すべきファクターなのか、答えの違いに応じて法制度の在り方も変化する。

第二款　法情報の編集原理

以上、伝達過程つまり法情報が置かれた外部の環境についてを論じた。ただ、法情報の形成を明らかにするために、法情報として発信された内容がどのように決定されるのがという点について編集の過程まで遡る必要がある。上述のように、これまでの日本における法情報の研究は法学研究・司法実務のニーズを中心に展開してきた。その中には、こうした「編集」作業を法律学の教育・職業背景を持つ者「専門家」が担うと位置づける。従って、法情報の編集原理を理解する際には、まず専門知識を扱う学術出版の状況が有用な研究素材になるはずである。

学術出版の研究は、編集者を「gatekeeper（知の門衛）」として位置づけ、当該学術領域における情報（知識）の発信を管理し、評価を左右する重要なファクターであることを指摘する[29]。学術出版の過程は、発行者（編

[29] 従来の学術出版については、産業出版論の領域で多少な議論は見られ

集者や出版社）の自己認識、専門家との関係、社会貢献または商業性に影響されるものとして捉えられてきた[30]。そうした学術出版過程から法情報の構成を分析することは、本論では「編集の視点」と呼ぶ。編集の視点からみれば、法情報の課題は、一つの法主題をいかなる表現を通じて、そのコンテンツを読者に伝達しやすいものにするかというプロセスの問題である。法情報の編集プロセスとは、テキストの構成・配置・流通、すなわち、情報編集者のアイデンティティを反映するものであり、情報の生産者（著者）と情報の消費者（読者）との間に橋渡しの役を担っているように思われる。法情報には内容的に専門知としての側面があるからといって、以上のような学術出版の市場状況も法情報の質に関わるといえる。具体的には、社会の関心にかかわるファクターを「法的統合の評価」、法領域（学術あるいは法実務）の維持によるファクターを「法解釈の論理」として捉え、このような概念を用いて、法情報形成の過程を分析する。

①「法的統合の評価」

例えば新聞のような総合的な情報発信者がどのような形で、如何に「法」を表現しているのかなどは、有用なヒントとなるであろう。そこには、社会の中で法が置かれている位置を確認するという意味で、「政治や経済とくに文化的領域との関係で、法のバックグランドがどのような意味を持つか」という点が常に意識される。本研究でいう「法的統合

る。1975年アメリカの学術出版を素材に、Lewis A.Coser は Publishing as Gatekeeper of Ideas (the Annals of The American Academy of Political and Social Science, V421, pp14-22) と題した論文の発表したが、そこで提出されたのが「gatekeeper」という概念である。gatekeeper の意味は、出版者（編集者）は知の「品質管理」を担当するほど影響力があり、また権力装置として学問内部の秩序を構築する役割もある。日本の研究者はその理論を手かがりにして、日本の学術出版を検討してきた。なかでも、長谷川一『出版と知のメデイア論』（みすず書房、2003）、と佐藤郁哉＝芳賀学＝山田真茂留『本を生み出す力』、（新曜社、2011）が優れた実証研究として注目に値する。

[30] Lewis A.Coser, *Publishing as Gatekeeper of Ideas, the Annals of The American Academy of Political and Social Science (1975), V421, pp18-19*。また、前注29・佐藤郁哉＝芳賀学＝山田真茂留、第１章を参照。

の評価」とは、法情報における法の意義や社会機能など法の社会的貢献を表現する側面を指している。例えば、立法における参加者の行動と、立法趣旨･目的を言及する議論の側面については、これを立法報道の「政策性」としてみることが出来る。

②「法解釈の論理」

法解釈の論理とは、作成・編集者が法情報を構成する特徴に関する自己理解ないし自己規定である[31]。法律学の法解釈も含む法に関する言説は、客観的なものではない。たとえば、第４章で紹介する法解釈論である来栖三郎のいわゆるフィクション論は、テキストの解釈自体のみではなく、法律専門家が行っている法解釈の「主観性」に対する観察の切り口を開いたものとして理解できる。そこでは、法源たるテキストに加えて、同時にまたは潜在的に、たとえば社会状況・意識に関するテキスト群を理解し・解釈する作業が伴われていた。別の言い方にすれば、法解釈の論理というのは、解釈者自身が、法制度や法観念に対して持っている自己認識であるといえるだろう。

ところで、注意すべきなのは、ここでの法解釈の論理は必ずしも司法中心とした法思考と一致するわけではない。フォーマルな法テキストとその他のテキストに対して、解釈者がどのような距離意識を持つか、どのような媒体を通じて収集し、また社会に提示されていくのかという点は、従来の法テキストの解読では見えにくいものとなっている。新聞紙や法情報誌（法律雑誌）などの法情報は、法令集・判例集・単行書と異なり､社会へ定期的に法情報を発信し､内容的にしばしば即時性を求め、第三の編集主体を持ち、法律専門家のテキストを募るような言説が見られる。そこでは、裁判のような法解釈の場合と一味違って、より広く範囲の読者（社会）を強く意識し発信する仕組みが成立していると考えられる。

[31] 本論の「解釈の論理」という概念は、佐藤郁哉＝芳賀学＝山田真茂留の学術出版研究で提示された「組織アイデンティティ」からヒントを得たものである。「組織アイデンティティ」については､前注29;佐藤郁哉＝芳賀学＝山田真茂留、36－42頁を参照。

第四節　本研究の構成

前節で述べた通り、本論は、情報の伝達過程と編集原理から日本の法情報を考察し、「情報としての法的コミュニケーション」の独自性とその効果を論じるものである。本論で言う「法情報」は、活字、音声や映像などあらゆる情報形態、かつ法律専門家以外の素人による発信も視野に含めているので、きわめて広い概念となっている。この概念射程のすべてを検討することは、想像を絶するほど膨大な資料を処理しなければならない。それは、明らかに一人の研究者の能力を超えるものである。本論は、代わりに複数の事例研究を組み合わせることによって、日本における法情報の機能と意義を検討する。具体的に、以下の二つの課題を中心に展開する。

（1）　法情報とそれを掲載するメディアとの関係について、各メディアの特性が法情報の表出に影響しうるか、また如何に影響するのか。

（2）　異なる法情報の間の関係について、例えば立場や形式の異なる法情報が同時に導入された際に、法議論はどのような方向に導かれるのか。

第一部は、主に（1）の問題に関する事例研究を行う。そこでは、通時的に新聞、法律雑誌の報道方法を注目し、両メディアの情報変化の要因を分析する。言うまでもなく、新聞は社会一般に向けた情報発信であるため、法律雑誌より広い読者層を有している。読者層の広さが情報へのニーズと関連しているとすれば、この両者の比較からは、単なるメディアの違いを超えた、読者の法意識の違いを読み取ることもできる。一見すると発信者の立場による法情報の分析手法であるようにもみえるが、編集者もある意味で法情報の「読者」であることを忘れるべきではない。異なるメディアの時系列の研究は、同時に法情報に対する学習過程や効果を分析することになる。

第一部の方法では、各メディアの発展に沿って法情報を捉え、（1）の問題を中心的に検討する。それに対して、第二部では、（2）の問題を特定の立法事例を通して分析する。すなわち、2010年の公訴時効改正をめぐる法情報の表出とその交錯に焦点を置き、複数のメディアの報道

形式や相互作用に注目する。立法活動期間において、法情報の発信は相対的に集中して行われることになるので、法情報に接触する機会も増えることになる。従って、立法機関における法情報の効果を検討するのには、立法を中心に検討することが有効な手法ではないかと思われる。その上、本論は、一般的読者個人の態度を量的に測定することではなく、実際の各議論空間における発言・発信の特徴を抽出する。そうした言説分析は、実際の当事者のやり取りから法情報の使用パターン、つまり「ユーザー」の視点を読み取ることができる。

本研究の分析は概ね2010年～2013年にかけて行われた。第２部は2010年～2011年、第１部は2012年～2013年でそれぞれ別の時期に主として作成されている。全体的な問題意識は共通しているが、第１部と第２部で、分析の視点や立脚する点が異なる場合がある。だが、それは、発信者とユーザーとの間にみられる法情報への異なった理解の仕方を描こうとしたためである。第１部では、文献調査と現地調査を通して、各情報発信者の立場を歴史的な視点から理解しようと努めた。その際に、各情報発信者自身の特性またその形成要因に目が向けられている。第２部は一つの事例研究から、情報媒介の比較分析を行うことで、第１部とは違った各法言説の相互関係が探られる。ただし、第１部と第２部は相互補完的であり、後者では法学的視点を少し表面的に捉えているように見えるかもしれないが、その分、ユーザーの実態をより反映したものになっている[32]。

[32] 質的研究では、観察者が研究対象の言動を解釈する際に、規範理論と異なり「客観性」や「記述的な立場」を求める一方、研究者自身の言明に対する理論の立場を明確できないことがある。従って、研究者自身の発話の妥当性を反省的に吟味できないことが常に問題になりやすい。本論では、研究者自身の状況を研究文脈の一環として設定することで以上の批判を配慮する。研究者は最初の時期に各メデイアの比較を行うことに、専門的な議論にまだ深く接触していないためメデイア言説を柔軟的捉えると考えられる。類似した研究方法は、たとえばLoic J. D. Wacquant (2003)、Body & Soul: Notebooks of an Apprentice Boxer、Oxford Univ Pr on Demand、chapter1（ロイック・ヴァカン著、田中研之輔、倉島哲、石岡丈昇訳『ボディ＆ソウル：ある社会学者のボクシング・エスノグラフィー』（新曜社、2013）で研究者が初心者からプロのボクサーまで

以上を踏まえつつ、本論は「メディア主導の法情報」と「ユーザー主導の法情報」という、２つのパートから構成される。

第一章では、法情報が属するコミュニケーションの性質を検討し、本論における法情報モデルの可能性を論じる。従来の法情報学では、専門家が法律学的議論を展開し、情報発信における中心的役割を担っていると考えられている。ただ、司法過程以外の法情報については十分議論されていないため、改めにその理論的基盤を構築することが求められる。

第１部では、主に新聞と法律雑誌という２つの法情報のジャンルを考察対象に、時間的な軸に沿ってテキストの構造およびメディアの組織的特徴を分析し、法律家、法情報と社会の関係を検討する。

第二章では、新聞における立法情報の報道状況を分析する。第１節では、情報論の観点から法学既存の表現の自由の原理における問題点を指摘し、法をめぐる取材・報道に関する情報制度を整理し、規制面から新聞というメディアが置かれた発信の条件を確認する。第２節では、時系列に沿い、1880年～ 2012年の間に刑事訴訟法改正をめぐる朝日新聞の記事を対象に、記事量、文体構成、発行地、主題分類、評価立場、五つの側面から新聞における法情報の特徴と変化を把握する。

第三章では、法律雑誌における法情報発信の特徴を確認する。第１節では、法律雑誌の現状、特に一般人向けの実用雑誌の歴史を整理する。刊行元また刊行趣旨の側面から明治以来の日本法律雑誌の状況を明らかにする。事例研究として、第２節と第３節では最も伝統のある法律雑誌である『法律時報』の事例研究を行う。そこでは、特に①1929－1937年『法律時報』の構成変化と②50 ～ 60年代の刑事法改正（案）をめぐる特集記事の分析から、法律専門家の社会発信と彼らの役割との連動を考察する。

第四章では、新聞と法律雑誌の実証研究を踏まえた上で、法情報の発信者と法律学的議論の構造を分析する。とくに、日本法解釈論の議論を照らし、そこに隠された社会性がいかに法的テキストに反映されるかを読み取り、法律家自身が法情報の「非専門的な側面」に影響されているのかを示す。日本の法学における専門知の柔軟さが、現在に至るまでの

分析スタイルの違いをフィールトワークの構成に組み込まれるように論じていた。

法情報の環境を支えてきたことを指摘する。

第２部では、立法という現象を通して、異なる性質の情報あるいは言説との間の相互作用を検討する。その狙いは、2010年公訴時効法改正を通じて、具体的な立法過程における法情報の影響を検証する点にある。

第五章では、法制審議会の議事録に基づき、主に被害者団体に対して行われたヒアリングを素材とし、それぞれの発話者の立ち位置に即して実際に交わされた会話を追跡した。そこでは、審議会の席で被害者団体が、物理的被害のみならず、被害感情という認知的要素から法改正へとつながる働きかけを行っていたことを明らかにする。

第六章では、公訴時効制度改正の目玉といってよい「足立区女性教諭殺害事件」をめぐる裁判と世論の記述を比較し、立法問題である被害者感情に対する司法の処理とその情報効果を検討した。その結果、判決の法解釈と世論の法言説には、問題の関心や論証の方法など情報構造上の違いに起因する法制度の評価の差異が見られた。

第七章では、「公訴時効」をめぐる、①新聞の取材、②テレビの報道番組②ネット（SNS）媒介の報道の状況を確認する。まず、新聞、テレビなどのマス・メディアは、時効の法的問題を、被害者と捜査機関から収集した情報をもとに事件の被害者や遺族の体験を映像化し、明快かつ共感させやすい表現を用いて、法制度を評価している。それに対して、ソーシャル・メディアとしてのツイッターでは、公訴時効に関する情報は、法律や政治の専門家のツイッターを通じて自生的に拡散し、新聞とテレビの動向とは異なり、被疑者の人権を注目する専門家寄りの視点に立った情報が集中してみられた。こうした現象から、それぞれの法情報媒体とその効果を検証する。

第八章では、2011年日本公訴時効改正をめぐる法情報・世論の形成を踏まえた上で、世論と立法の分析枠組を概説する。一般的な理解では、法制定過程では、専門家が法律学的議論を展開し中心的役割を担っていると考えられている。だが、2010年の公訴時効改正では、例えば犯罪被害者団体等によって形成される「社会感情の変化」といった「世論」が非常に重要な役割を果たした。そこで、法情報と一般情報との境界線が曖昧であり、それが現代の立法過程に「世論」をより反映させようとする理論の進展とも関わることが分かる。

終章の結論においては、以上の法情報の構造特徴を再考することで、その構造変化の傾向と制度設計への影響を検討し、そこから得られた示唆を含めたまとめをする。

第一章　情報としての法
―法的コミュニケーションの研究

第一節　法情報とコミュニケーション

序章では、近時日本の刑事立法に関わる情報の問題群を検討し、法情報の研究はテクスト構造の分析ではなく、テクストの形成、発信から理解までに至る情報の環境的な面に注目すべきであることを論じた。その背景には、「情報」というルートを通じた法的コミュニケーションの発想がある。そこで情報としての法的コミュニケーションはどのような帰結をもたらすか、新たな法言説はどのように解釈されるのか、本章の課題は先行研究の整理を兼ねて、情報として「法」の射程とその意義を明確することである。

法情報の性質は、従来の考えによればシンプルなものである。その考えとは、社会の構成員が法や制度に関わる情報をもつことで、自分自身及び公共の利益をより維持、促進することができるというものである。こうした答えの前提には、確定可能な情報という観念と、積極的に制度の知識を収集し、吟味し、議論する民主的な市民像が存在する。そのような前提はまた、表現の自由という憲法に関わる原理的な議論と、情報公開制度のような制度的実践を支える基礎でもある。しかし、法情報の形成におけるこのような想定は、いずれも議論の余地を残すものである。

まず、法に関する理解は必ずしも確定したものではない。序章で述べたように、刑事法改正における「感情立法」の現象は、社会が共有する不安や「安心感」などの「世論」の評価が制度設計を左右したものだが、マス・メディアなどの情報環境の条件にも影響されていた。法制度に関わる知識を伝達する場合に、情報過程を媒介することはまた自明な事実であるが、こうした言説の情報源がどこに求められ、またどのように認知し得るのかという点はまた不明である。例えば法律専門家の言説の場

合、「一定の法律学の訓練を経過し、法律関係の仕事に関わる」など、ある程度の共通条件で情報を基準化出来る（つまり従来の法情報学）。それに対して、「一般人」の場合、個人の司法経験や情報収集・理解の範囲によって法情報の中身が変わるかもしれない。科学者と一般人の情報収集を検討する科学コミュニケーションの研究によれば、日常の情報収集は親戚、友人など人間関係のネットワーク（personal communication）に依存する傾向が見られるが、研究者の情報収集は論点を中心とした実証可能なデータなどを重視するようである[33]。従って、両者はまったく異なる思考様式であり、一般人の言説には実証のデータなど科学的な知識より遥かに複雑な「思い」が秘められていることがわかる。同じく専門知として位置付けられる現代法学についても、そうした専門家と一般人による解釈の差異がしばしば指摘されている[34]。

また、法情報の収集と議論について多くの人が積極的であるとは限らないということがある。第一に、公的な制度形成、つまり政治過程に関わる公的情報としての一面は法情報の社会貢献に繋がるが、近時では、このような政治的情報への無関心が問題視されるようになった。政治的な呼びかけに対する無関心は、選挙の際の投票率の低下という現象の一因として理解されながらも、その背後に社会の構成員における制度に関する情報量が乏しいことや、人々の関心事の中で政治の優先度が低いとも言われてきた[35]。法情報に関しては、特に立法の情報が議会など政治に関する内容から分離しにくく、したがって大衆による政治情報への無関心は立法情報の利用を影響することが推測されうる。第二に、個人の

---

[33] 小林傳司『トランス・サイエンスの時代－科学技術と社会をつなぐ』（NTT出版、2007）48－49頁を参照。

[34] 例えば、小宮友根はアメリカの法学者キャサリン・マッキノンによる「ポルノグラフィ」の議論を素材として、日常生活における被害概念の多様化とそれに対する法規制の選別過程を論じ、専門家が扱う法概念の限定した射程を示した。小宮友根「【被害】の経験と【自由】の概念のレリヴァンス」『概念分析の社会学 ― 社会的経験と人間の科学』ナカニシヤ出版（2009）131－155頁を参照。

[35] その代表作として、Murray Edelman (1988)、Constructing the political spectacle、University of chicago press（法貴良一訳『政治スペクタクルの構築』青弓社（2013））を挙げる。

法経験－例えば当事者として訴訟に参加することや法律相談の利用など－を通じた法情報の獲得する手段は、当該社会文脈に依存する傾向があるとも指摘し得る。地域によって法利用の形態が変わることは従来から伝えられており、訴訟利用が盛んな社会もあれば、個人の裁判経験の少ない環境も見られる。法利用から得られる法情報が、個人とその置かれた環境に左右されるということは、想像しやすい結論である。例えば、裁判所利用と法意識との関係を検討した日米比較研究では、アメリカでは裁判の経験が法制度への一般的な信頼に影響するが、日本ではその影響が殆どみられなかったとされる[36]。このような研究が示唆するのは、当事者は、法の利用経験があったとしても、法制度全体の評価や他の法に関わる議題を考える際には、その情報を無視する可能性さえあるということである。

以上の２つの点から、法制度に関わる世論の形成を支える法情報収集には、現実の政治・司法活動から離れる一面が覗かれる。facebook や twitter 等個人用のメディアの普及とともに、誰でも発信者になれる現在の情報環境の下では、膨大な法情報が連続的かつ瞬時に形成されることになるだろう。ただ、そうした情報の様態を機械的に分析するのは、本論の目的ではない。なぜなら、法をめぐる複数の発信者・受信者が存在しても、その解釈が立法過程において同じ影響力を持つとは限らないからである。序章で述べた通り、法情報の意義はテキストの内容分析という観点のほか、法情報が使われた「場面」とその位置づけにによって定まるといった側面も考えられる。マスコミで公表された情報、個人のソーシャルメディアでの発言、法学の学術論文に書かれた論点など、たとえ同じ内容にしてもその媒介形式の違いによって異なる効果が生まれるかもしれない。『現代社会学事典』によると、コミュニケーションとは、「人間が対人関係の中で互いの意思、感情、思考を伝達しあい、理解しあうこと」であり、従ってコミュニケーション論とは、「情報やメッセージがある人から別の人へと伝達され、その別の人に理解されるというプ

[36] 松村良之「裁判所イメージと裁判所経験」松村良之＝村山真維編『法意識と紛争行動』（東京大学出版会、2010）51-72頁を参照。

ロセス」を分析する研究ということである[37]。その概念を法的コミュニケーションに当てはめようとするのであれば、序章で提示した本論の立場―法情報や法的メッセージの伝達・理解（編集）過程への分析は、法的コミュニケーション論の一部として位置づけることができる。従って、法情報を検討するためには、まず法的コミュニケーションの状況を整理しなければならない。具体的には、まず日本の議論を中心に法的コミュニケーション論の問題状況を確認する。その上で、法をめぐる相互作用の範囲を再構成し、法情報を中心に展開する法的コミュニケーションの位置付けと可能性を論じることにする。

第二節　日本における法的コミュニケーション論の状況

日本の法学にとって、コミュニケーションの観点は新たな試みではない。民法学者・法社会学者である川島武宜が、1960年代に初めてコミュニケーション論を法学に導入してから、1990年代以後法的思考、比較法または（司）法の役割等さまざまな文脈において、法をめぐるコミュニケーション的な側面が言及されるようになった。本節はまず法的コミュニケーションの使用例を整理し、日本における法的コミュニケーション論の重要な議論を紹介し、法的コミュニケーション論は何を問題にして、どのような種類のコミュニケーションを議論してきたかを明らかにする。その整理は、本論が置かれた理論状況を示すことになる。

第一款　「法的コミュニケーション」の類型

日本において、コミュニケーションという表現は90年代以後から社会に浸透してきた。そこには、異文化の交流やメデイアの発展など「コミュニケーション」現象に対する社会的関心の高まりが背景としてあった。ルーマンのような一部特定の思想を除いて、「法的コミュニケーション」に関わる論文の多くが90年代以後のものであり、そこでは「コミュニケーション」についての定義がなされないまま、一般的な用語として使われている。つまり、法的コミュニケーションという言葉は、必ずしも専門

[37] 『現代社会学事典』弘文社（2012）、453頁を参照。

用語として厳密に使われていたわけではない。そこで、以下、日本における法的コミュニケーション論の特性を検討するため、幾つの使用類型を紹介する。

①通信手段としての「コミュニケーション」

法的コミュニケーションは、法に関わる情報の発信と理解のプロセスを意味する。葛野尋之の「刑事被拘禁者の法的・社会的コミュニケーション」では、面会・信書の自由と秘密保護電話の使用（刑事訴訟法39条１項による信書の秘密保護、２項による接見交通制限、３項による接見指定）を被拘禁者と弁護士との法的コミュニケーションとして表現し、つまり通信アクセスの手法が法的コミュニケーションの問題とされる[38]。

また、北川善太郎は、日本とドイツの法学交流を「コミュニケーション」の課題として認識した。問題視されたのは、日本の法学者が外部の理論（ドイツ法制度や法学）を一方的に吸収する傾向を象徴とした、日本の情報・学術・文化・思考様式で見られる「外部からの導入を念頭においた一方通行型のコミュニケーション」である[39]。ここでは、法的コミュニケーションは法学の伝達過程を意味した。コミュニケーションの接触過程や情報の応用状況を通じて、北川の論文は日本法における比較研究の特徴－すなわち、ドイツと日本の政治的な関係に影響される－を提示たものと言える。

②法的思考から見る「コミュニケーション」

ルーマンの法理論を参照し、法解釈学など法律専門家の思考様式を「コミュニケーション」として描写した論文は複数存在する[40]。ルーマンの理

---

[38] 葛野尋之「刑事被拘禁者の法的・社会的コミュニケーション」、立命館法学（2004）３号、42－54頁を参照。

[39] 北川善太郎「法的コミュニケーションの過去と現在―わたしの解釈」ジュリスト995、55頁を参照。

[40] 江口厚仁『法的思考様式のアイデンテイテイをめぐって』法政研究58（４）、『法・自己言及・オートポイエシス』法政研究59（３－４）は、ルーマンのコミュニケーション論における法的な部分を紹介するものである。また、濱野亮「日本の経済社会の法化―法的コミュニケーションの分離という側面について―」（立教法学48号1998）は、「法化の媒介項としてのコミュニケーション」という近代法のプロセスを論じつつ、ルーマンの理論を参照している。

論では、社会システムの構成要素を行為主体ではなく、コミュニケーションと定義する。その狙いは、社会システムの生産を徹底的に動態化する、つまりコミュニケーションが連続的なものであり、社会をオートポイエシスシステムの一類型として描写することである。法システムについては、法に固有の合法・不法コードを利用するコミュニケーション連鎖それ自体が、システム・環境の差異を法システムのアイデンティティとして再生産し、またそれはあくまでも法システムの内的操作を通じてのみ実現可能である、という理解が示された[41]。また、ルーマン流の法的コミュニケーション論によれば、法的コミュニケーションは、当該状況が法的に認知され、それを当事者に将来の行為を選択する際に一定の意味を持つこと、つまり規範としての機能が保証されている時にこそ実現可能であるとされた[42]。

以上のように、法的コミュニケーションには、実際に裁判官や弁護士など法律専門家が行う法的推論を背景に有意義な情報の選択をすることと、当該状況が合法か不法かを具体的な法規範に従って判断すること、という二つの側面が含まれている。そうした法的コミュニケーションは、複数の主体間のコミュニケーション過程といった通常のコミュニケーション概念から少し離れており、法律家内部の議論で成立し得るものである。そうした議論は法学的方法論あるいは法学的組織論、とくに法学という学問の性格を理解するためには有用であると言えるだろう。

③社会構成員の法使用　司法的コミュニケーションと立法のコミュニケーション

2001年の司法制度改革では、「国民の期待に応える司法制度の構築」、「司法制度を支える法曹の在り方」、「国民の司法参加」の理念が提示され、そこでは、司法に対する市民の理解を促進するが意図された。なかでも、被害者参加や裁判員制度の導入など法廷で素人の意見はより直接に反映されるようになり、法学のみならず、他分野からも司法のコミュニケーション行為に関心が寄せられており、そこでは「法的コミュニケーション」という用語がしばしば使われている。

---

[41] 江口厚仁「法·自己言及·オートポイエシス」法政研究59（3－4）、404頁を参照。
[42] 同上

例えば、憲法学者である大石和彦は「司法の国民参加」をめぐる憲法問題」一文で「法的コミュニケーション」を言及しており、「一般の社会構成員と専門家との間に対等な『合意』」という法的コミュニケーションの目標を提唱した[43]。そして、裁判員制度に関する論文において、専門家と一般社会構成員との関係性という視点からも「法的コミュニケーション」について言及している。社会心理学者の杉森伸吉は、裁判官と裁判員が「対等」の立場で評議に参加し、そこでの「相互コミュニケーション」を通じた「協働」の中で法的判断を行うべきと論じた。彼は、裁判員制度の導入を、ジフ構造型の専門化社会からフラット型社会へ、つまり一部の人間に高度な機能を分化させた専門家システムによる司法から、市民倫理を判決に反映させた社会応答的な司法への移行である、と理解していた。そのなかでも、法的コミュニケーションの概念は、「①自分の専門さえこなしていれば、社会貢献になるという視野狭いな思い込み②権威や権力を振りかざす、③自己防衛や自己利益追求の優先　④生身の人間への配慮の希薄化」という「専門化社会のブラックホール」の現象を批判し、「専門家と非専門家の地位格差を前提とした、上意下達の一方向的コミュニケーションから関係の対等性を前提とした両方向的コミュニケーションへの変容」を図った[44]。

以上のように社会構成員の司法参加を検討する際に、個人や集団の意思決定における心理学や言語学の知見を活用し、円滑なコミュニケーションを促進するということは、裁判官と裁判員における知識背景、事件情報への処理、発話用語、推論形式の異質性（理性・言語中心－感性や情報中心主義）を解明し、市民による司法参加の可能性を探るということである。

また、社会構成員の法理解を積極的に評価するのは、斎藤民徒が紹介した「立法としてのコミュニケーション」である。斎藤の理論は、オランダのテイルルブルグ大学の willem J. Witteveen らが提唱した議論を

[43] 大石和彦「『国民の司法参加』をめぐる憲法問題―司法制度改革審議会「最終意見書」を受けて―」白鷗法学（2001）、147－148頁を参照。

[44] 杉森伸吉「裁判員制における市民－専門家の異質性の融和」法と心理（2002）、32頁を参照。

紹介し、人の行動を方向づけるタイプ（instrumental）と構成員を納得させるタイプ（communicative）という二つの立法パターンを指摘した。そこでは、一方的な命令と強制に基づく立法を「道具的な立法」と呼び、行政・裁判官・検察等公的機関の構成員以外に、社会団体や市民との対話を通じて社会の協力を喚起する立法を「コミュニケーション立法」とされる。「コミュニケーション立法」は特に「ソフトロー」や「シンボリック立法」として、社会にとって重要な価値のスローガン―例えば「平等」「環境保護」―提示し、解釈の余地を残りながら法規範として定められる。その効果は、シンボリック規範を認知したうえ、一定の法に意味を与える解釈共同体を形成し、メンバー相互のコミュニケーションが促進される。従って、法が提供する概念枠組によって、市民の自発的法実現が予想される[45]。

以上のような法的コミュニケーションの議論は、双方向的コミュニケーションへの転換を目指し、学際的な研究が積極的に促進するものである。ただし、コミュニケーションは本当によいものなのか。ここでコミュニケーションは、司法民主化の動向とともに、「科学的」で「民主的」な知識の伝達による合理的社会において必要とされているが、そうした価値判断の正当性について言及したものは少ない[46]。

以上の整理から分かるように、日本の学術研究で用いられている法的コミュニケーションという言葉は多義的である。①情報収集、②専門家の法解釈、③一般人の法使用それぞれ異なる意味であるにも関わらず、同じ法的コミュニケーションという表現が用いられている。とくに、①と③はコミュニケーションの過程に焦点を当てているのに対して、②の議論は法律家（受け手）が情報を如何に選別、理解しているのかというプロセスに着目している。

さらに、同じく法学内部の議論であるが、①は法をめぐる情報・理論

[45] 斎藤民徒「立法を通じたコミュニケーション－ソフトロー研究における意義と課題－」ソフトロー研究第５号（2006）、141－146頁を参照。

[46] 思想史の立場から法的コミュニケーションにおける価値判断を論じたのは菅原寧格「『正しさ』の伝達可能性―ウェーバーとヤスパースの議論を手がかりに」『公共空間における個の自律』（風行社、2009）201-240頁。

の収集と発信のプロセスを重視しているのに対して、②では法学の方法論的な性質が強い上、概ね法律家（司法中心）の特徴を説明する概念装置としてコミュニケーションが用いられている。そして、③からは、非専門家と専門家とのコミュニケーションを円滑に行う対策が提示されてはいるものの、法システムの信頼を維持するという意図が見え隠れする。

ただし、以上は、現在の日本における「法的コミュニケーション」に関わる課題の分布を整理したにすぎない。いずれも「法的コミュニケーション」を主題として論じたわけでもないため、そこから「法的コミュニケーション」論の展開経緯を厳密に捉えることはできない。従って、以下では改めて法的コミュニケーションを理論的に考察した川島武宜や田中成明の理論を精査し、既存の「法的コミュニケーション論」の到達と問題点を検討する。

第二款　社会統制としての早期コミュニケーション論ー川島の試み

川島は1964年に知識人向けの一般教養誌「思想」に『法的過程におけるコミュニケイション―法律学と法社会学の接点』（479号）、『法的コミュニケイションにおける記号的技術―法律学の対象に焦点をおいて』（481号）法的コミュニケーション論に関する二本の論文を公表した。管見の限り、日本ではこれらの論文において、はじめて「法的コミュニケーション」という言葉が用いられており（川島は「コミュニケイション」と表記している）、これらが、法（司法）におけるコミュニケーションの性質を検討した資料であると言えそうである。

川島著作集第３巻所収の、「法的過程におけるコミュニケイション―法律学と法社会学の接点―」論文は、川島が当時社会科学の「方法論的進歩やその研究成果」を既存の法律学に応用しようという問題意識から出発し、法現象とくに裁判現象の分析法を再構成したものである。そして、それに続く「法的コミュニケイションにおける記号的技術－法律学の対象に焦点をおいて」は、法的コミュニケーションの分類、各自の機能と法的構成について論じられている。晩年の川島自身は、この二つの論文に関して、「裁判規範の法社会学的研究について一つの新しいアプローチを見出したのであり、これを枢軸とする法社会学の理論を構想し始めていた」と述べ、「その後の私の研究にとっては、法律学についても、

法社会学についても、一つの基本的な出発点になったのである」と位置づけている[47]。日本における法的コミュニケーション論は法学者が法律学の社会学的な性質、つまり非法学の観点を援用し司法の言説を分析する際に生まれてきた産物と言える。

それらの論文では、法的コミュニケーションをいかに定義していたのか。川島は、論文「法的過程におけるコミュニケーション―法律学と法社会学の接点」で、「法におけるコミュニケイション」を法現象―『法』と呼ばれる社会過程の一側面―の分析アプローチとして、法学の分析に導入した。そこで『法』と呼ばれる社会過程は、相手に方向づける意味の持つ行為を発すること（「サンクション」）、その行為を記号化し、伝達する社会統制のことを意味する[48]。法と呼ばれる社会統制は政治権力による規制（「肉体的サンクション」）という形で、一定の規準にしたがって、特定の主体になされるものと定義された[49]。

川島の法的コミュニケーション概念は、「法律学ないし法解釈学」への貢献を強く意識したものである[50]。「法解釈学の興味の対象ならびにその性質を明らかにするためには、まず法的過程における全てのコミュニケイションを概観し、法解釈学の研究対象をその中に位置づけておくことが必要である」と法解釈学との関係を説明し[51]、法解釈を「サンクション決定（裁判）をめぐる言語的コミュニケーション」という法的過程における一部特殊なものとされる。「サンクション」のような行動を表現する用語で法システムを説明する所から、「歴史的・社会的・文化的背景をもち、それらの関係において相互に異なる意味ないし異なるニュアンス（特にそれに伴う叙情的反応）」を排除する法学の科学化という川島の意図を感じ取ることもできる。

では、具体的にどのようなコミュニケーションが法解釈の作業に含ま

[47] 川島武宜『川島武宜著作集』第３巻（岩波書店、1982）402頁を参照

[48] 川島武宜「法的過程におけるコミュニケイション―法律学と法社会学の接点」『川島武宜著作集』第６巻（岩波書店、1982）101－102頁を参照。

[49] 前注48、103頁を参照。

[50] 前注48、99頁を参照。

[51] 前注48、106頁を参照。

れているのだろうか。川島はその受け手と内容を規準に、「規準のコミュニケイション」、「理由づけのコミュニケイション」、「先例のコミュニケイション」という、三つの類型に分けて論じていた。その概要は以下のとおりである。

①「規準のコミュニケイション」とは、裁判の判断基準とされるべきものを伝達する過程である。従来の法律学では「法源」と呼ばれるものがあるが、「規準のコミュニケイション」が問題にしたのはその法源が含まれた内容を誰に、どのように伝達するのかという過程である。そして、川島によれば、「規準のコミュニケイション」には、さらにその受け手の違いによって、「決定者（裁判官）に対するもの」と「当該法的集団の構成員に対するもの」と二つのものを区別できるという。次に、「理由づけのコミュニケイション」とは、法的決定（裁判）がこの要請に準拠してなされたものであることを説明的に伝達することである。その上で、「理由づけのコミュニケイション」の機能は、裁判の決定による「法的サンクション」を正当化することにあり、「法的社会統制にとって、重要な意義を有する」とされる[52]。最後に、「先例のコミュニケイション」は、将来の事件に対し同種の過去の決定を参照すべきいわゆる先例としての決定規準を裁判において伝達されるというコミュニケーションのことを指す[53]。「先例のコミュニケイション」と「理由づけのコミュニケイション」とは異なり、前者は同じ種類の事件に対して同じ種類の決定ができるかという後の法的決定との整合性に関係しているが、後者は具体的な案件に対する裁判の根拠づけを分析する概念である。

法律家（裁判官）の法解釈作業以外にも、川島は非法律家の法理解についても言及している。川島は、裁判官と一般構成員に向けた法的コミュニケーションを峻別し、次のように両者のずれを描写していた[54]。

「このコミュニケイションは、一般社会人に対するものとしては、

[52] 川島武宜「法的コミュニケイションにおける記号的技術―法律学の対象に焦点をおいて」『川島武宜著作集』第６巻（岩波書店、1982）163頁を参照。
[53] 前注52、174頁を参照。
[54] 前注52、146－147頁を参照。

> なるべく一般社会人にとってわかりやすいことばで構成されることが望ましい。しかし、このような要請をみたすことは、必ずしも法的決定者（特に裁判官）に対するコミュニケイションとしての機能にとって、望ましいものであるとは限らないのみか、むしろしばしばその反対である。裁判による社会統制を効果的に制御したいという必要ないし要請にとっては、決定規準は、一義的な明確な意味を持つことばで伝達されることが必要であるのに、一般社会人にとってわかりやすい日常用語の意味は、多義的で不明確であることを免れないからである。その結果、裁判官へのコミュニケイションという機能に何らかの重点をおく社会では、一般日常用語から分離された特殊の技術用語としての法律用語が「構成」されるに至る」

以上の論述は、法律用語の技術性から一般の社会構成員が感じた法の「分かりにくさ」を説明している。それは、言葉の形式問題ではなく、専門家と市民といった異なる受け手による理解過程の違いである。専門用語（川島はこれを「記号」と表現）―人工的に意味を限定する分析道具によって、一義的かつ明確な法的分析ができることになる。ただし、その法的分析を支えるため、一定の特殊な訓練（法技術）が必要とされる。一方で、もし分かりやすさを求めることになると、「それらの記号は日常用語のもつ種々の意味やニュアンスや連想や情動的反応を伴い、しばしば一義的且つ明確なコミュニケイションおよび論理的思考の妨げとなり、無用の混乱を生ぜしめる」[55]ことになる、と川島は指摘した。

以上の川島のコミュニケーション論をどのように評価することができるのか、現在の法的コミュニケーション論にどのような貢献を果したのか。その意義について、本論は以下の三点から論じたい。

第一には、川島のコミュニケーション論は法学分析の領域開拓を意図するものである。川島の法的コミュニケーション論は、①裁判の審理過程において裁判の当事者や参加者（弁護士、裁判官、補助作業のスタッフなど）が発した言語的な行為とのこと、②弁護・判決で見られる論証いわゆる法解釈のこと、二つの研究対象を想定しているように思われる。

[55] 前注52、149頁を参照。

そこから分かるのは、法解釈の内容（条文間・先例との整合性）だけに注目するのではなく、法解釈はどのように行われるのか、社会的行為としての法を捉え直した。従って、川島の議論は、コミュニケーションという分析概念によって、社会学・心理学など「外部」のアプローチを兼用し、法学研究の領域拡大－その後の法社会学という学問の発展に貢献したという点で評価されなければならない。

第二には、方法論上の拡張に対して、ことばの技術を検討の中心とする川島の議論は、あくまで限定的に法的コミュニケーションを使っている。その特徴は、社会統制といった一般的な機能を持ちながら、法律学の作業は日常用語を排除した特殊な解釈作業であるという川島の診断から得られる。川島のコミュニケーション論の射程は、本人が強調した裁判理論というキーワードと関係している。裁判は、制定法、条理等一定の規準の存在を予め前提としているが、法解釈を行うのは専門家の作業であり、非専門家の言説は意見や心情等非法学的なものとしてしか認定されていないとされる。従って、川島の「裁判」では、受け手の違いがそのまま維持されているので、両者の差異が強調されやすくなる。川島が提示した社会統制としてのコミュニケーションに関して、参加者の対等な関係が理念的に含まれていたとしても、専門家と一般人の差異が必ずしも縮むわけではない。その背後には、法学者と構成員それぞれ認知パターン､カテゴリーを固定化してしまう側面さえあるように思われる。

第三に、川島の理論は日本法学のもつ社会的優位を反映するものである。アクセスの側面に着目すると、2000年以後の司法コミュニケーション論と一線を画しており、法学者から一般社会構成員への一方通行的な情報伝達が前提とされている。他の論文では、彼が、実際の立法を論じる際に、世論（調査）への非難を行い、法律学の教養化を求めている見解も散見された[56]。それは、両方の対等的なコミュニケーションを選ぶより、川島が法学（者）自身の社会的想像力、つまり個人の能力に期待していた。受け手の特徴については言及されたものの、皮肉なことに川島のコミュニケーション論において法律家以外の構成員は直接議論に参

[56] 川島武宜「家族法の立法過程における法律家の役割」『川島武宜著作集』第６巻（岩波書店、1982）304－337頁を参照。

加することができない。ここで、社会構成員と法律家とのコミュニケーションは法廷という特定の場合に限定され、法律家の解釈を介した間接的なものにすぎない。

第三款　田中成明の法的空間論

田中成明は強制的命令システムという従来の法に対する考えから、法の機能について、「日常社会生活における法の第一次的な機能は、国家の権力行使と直接結びつかない社会レベルにおいて、私人相互の自主的活動を促進するための枠組と指針を提供する」[57]という意味でのコミュニケーション論を中心した法の機能理解の視座転換を提唱していた。そこでの法的コミュニケーションは、「法というものを、法的議論を典型とする法実践を背景的条件として、自主的な交渉や理性的な議論によって他人との相互関係を調整するフォーラム」[58]ということになる。

田中モデルにおける法的コミュニケーションでは、「法律専門家だけではなく一般の人々の間でもリーガリズムが内的視点から共有されている知的地平においてはじめて、法的議論の合理性・正当性基準を論じることが政治的社会的にも意味をもつ」[59]として、認知的なレベルにおける法的議論と日常認識の連動を求めている。法的コミュニケーションにおいては、各議論領域の参加者を相互に承認・受容した上で、一定の制度設計（手続面と対象面）の上で、法をめぐる背景的な「共通観点」（合意）を形成することによって議論の質を維持することが必要とされる[60]。

田中の法的コミュニケーションモデルを参照すると、現代社会における法的コミュニケーションの幾つかの特徴が見えてくる。第一に、裁判外での法的議論・交渉など非制度的次元で行われる法的議論が活性化し、

---

[57] 田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011）、50頁を参照。

[58] ここで引用した定義は、田中成明『法的空間：強制と合意の狭間で』東京大学出版会（1993）の第一章「法をどうみるか」に依拠している。その後、田中は「議論フォーラム」から「議論・交渉フォーラム」への変更など議論の修正を重ねているが、日常社会の法意識を法システムの議論に取り込むという発想に変わりはない。田中理論の変化に関しては、前注57の第１章、第11章と第15章を参照。

[59] 前注57・57-58頁を参照。

[60] 前注57・362-372頁を参照。

それが制度的次元（とくに裁判）での判断―たとえば60－70年代の公害訴訟判決における政策性―にも大きな影響を及ぼす可能性が理論的に論じられるようになったことである。その結果、公権力または専門家言説のみに焦点に当てる従来の強制的サンクションモデルと違って、当事者も含む一般の社会構成員における法をめぐる議論の領域も法学研究の対象になりうる[61]。第二に、法的コミュニケーションに関して、議論の質を維持する意味で法の理念や手続に関する理解を求めるべきだとされる。ここでは実践生活における合理的な判断[62]を参考にして、それぞれの法的議論の領域における社会認識の解明が重要な役割を担うことになる。

以上のように、田中による法的コミュニケーションの構想は、法学知識の枠組を横断して、法的議論の統合機能の実現のために法の意味を総合的に考察するところに重要なポイントがある。だが、これと並んで注目すべきは、裁判官や法学者など法律専門家が、個人による法的議論への介入について積極的に理解することによって、認知的なレベルにおける法と日常社会の距離を縮める点にある。田中モデルは、1960-70年代の政策志向訴訟の出現を意識し、裁判官など法律専門家の思考様式を社会効果（政策形成）への重視によって修正し、司法の紛争処理より拡大した社会機能を実現しようとしたものである。こうした解決によって、確かに法律専門家のバランス感覚に依存するものから、参加者の多元性を保障することによって法律専門家中心の構造が改善されたかのように見えなくもない。

---

[61] 田中モデルにおける法的議論の広い射程は、法学における紛争処理の研究に有力な方法論的基礎を提供するものと見られる。例えば、和田仁孝・太田勝造など『交渉と紛争処理』（日本評論社、2002）第９章参照。

[62] 田中モデルにおいては、アリストテレスの知の見方を参照しながら、法学は専門知識の枠に根拠する「理論知（episteme）」ではなく、現実の事情による明確する「実践知＝賢慮（phronesis）」に関わる学問領域として位置づけされる（前注57、366頁）。法的議論も、単なる演繹による論証ではなく、合理的な議論による具体的な紛争解決に関わるものとされる。その議論による合理性は、また熟議民主主義（deliberative democracy）とも重なり、すなわち公的事項をめぐる社会一般構成員の理性的な議論による意思決定を重視する具体的制度設計にも繋がっている。

ただ、田中のモデルでは、法律専門家と一般人（layman）との間のコミュニケーションの可能性に対する見方が楽観的にすぎるかもしれない。こうした考え方は、裁判を法的コミュニケーションの具体的なイメージとする捉え方に関連している。いうまでもなく、従来の法に関わる議論とは、裁判という特殊な空間における、専門訓練に基づく事実の認定と条文の演繹を中心とするものであった。しかしながら、たとえば、第２部で検討対象として取り上げた公訴時効改正のような近時の刑事立法では裁判外の法言説がマスコミなどの媒介を通して活発に議論され、その際に感情（sentiments）ないし情念（passions）の契機が法改正への関心を喚起するように、社会動員を果たした側面がある。そして、法改正における感情による問題提起が成立していたとすれば、そのような感情に関わる議論が法的な問題としていかに再構成されたのか、も重要な問題である。というのも、単に関係者の利益配分といった事実の差異ではなく、感情という論理からの秩序理解に関わるからである。従って、田中モデルにおける法的コミュニケーションでは、法的議論の合理性を重視する反面、実際の議論領域で見られる多様な法言説を排除してしまう恐れがある。「実践知」としての法的議論によれば、法律専門家の解釈活動という法的な思考は、一般社会に対する説得力があることが想定されている。しかし、「感情立法」のような立法過程における専門性と日常性との衝突の形で現れる法認識の差異については、田中のモデルからは説明しきれないと思われる。

結局、田中のモデルから見る法的コミュニケーションは二つの効果をもたらす。第一に、この説に従えば法律専門家の影響力が拡大するという点、第二に、裁判以外の紛争解決まで司法システムの射程に入れるという点である。この種のモデルは、法というシステムがなぜ必要とされるか、すなわち法学専門性の社会的背景についての理論的な検討が十分展開されていない。

上述のように、日本では法的コミュニケーションをめぐる言説は多様的である。ただ、そのなか、外部的な視点から法的コミュニケーションは法律学あるいは法システム自身の営みを反省するといった発想は共通している。コミュニケーションという用語は法律学本来のものではなく、

他分野（心理学や社会学）のものである。相対的に法学以外の知識・学問の引用が多く見られ、そういう点が法的コミュニケーション論の特徴であった。このことは、逆に、法的コミュニケーションの議論は法学の教養を前提としないということも意味する。法学の教養を前提としないというは、必ずしも既存の制定法や法学の知識に沿って議論が展開されるのではなく、例えば当事者か一般の社会構成員が自分の経験で法現象・法制度を語ることも法的コミュニケーションになり得るということである。

ただ、その反省はまだ限定的なものにとどまる。というのは、まずコミュニケーションという概念は特定のイデオロギー性が織り込まれ、民主社会における市民参加、言論の多元性、また平等に対する信奉である。問題は、法治の理念として「言論自由」や「多様な言説空間の保障」を常に前提とした法的言説と、そうした法的言説を生産する法律家の事実上の主導はどのように理解されるべきだろう。これまで、法におけるコミュニケーションの議論では、コミュニケーション能力の差異についての現象的な論述が見られるが、日本の法律学の特徴との関係についてはまだ論じていないと思われる。これまでの法的コミュニケーション、法律推論、裁判法執行など、これらはいずれも司法の文脈で議論されてきたものである。確かに田中成明は、近年の立法動向を背景にしながら、司法中心のモデルが唯一の法的コミュニケーションではないことを認め、「裁判（判決）中心の司法的紛争解決システムの制度的対応能力の限界」を意識し、「立法レベルの交渉なども（法的）視野に入れる」と論じている[63]。だが、上述の論述は司法外の法的コミュニケーションについての関連現象を提示したが、どのような実践状況が想定され、そこで法言説はどのような役割を果しているかといった問いに関する解答はまだ提示されていない。

第三節　法的コミュニケーションの再考

法的コミュニケーション論はいったいどこから出発しうるだろうか。

[63] 平野仁彦＝亀本洋＝川濵昇『現代法の変容』（有斐閣、2013）40－41頁を参照。

本論はまた先行研究と同じく、法言説の形成、すなわち法をめぐる言語使用の相互作用を議論するアプローチを法的コミュニケーションとして扱う。

こうした相互作用とは、どんな個人の行動でも、彼・彼女が属する社会の構造に影響されているという立場であり、いかなる社会の制度においても運用者である個人の選択によって再構成される可能性があるということを意味する。こうした分析のアプローチは、社会学の草創期から意識されていた。例えば、社会学の創始者の一人であるジンメルは、構造と個人アプローチそれぞれ分析上の不完全を問題視し、社会現象の分析に関する相互作用のモデルを提唱してきた。プロセスに注目することによって、個人がどのように「社会」を理解し、また社会がどのように形成される、両方を観察することができる、とジンメルは考えていた[64]。

ジンメルの影響を受けたアメリカの社会心理学者ミードは、1925年の論文「自我の発生と社会的統制」において、さらに相互作用に関する分析の枠組を具体化した。その論文の論点を整理すると、相互作用のモデルについて以下のように理解することができる。第一に、数人の協力で成り立つ行動を「社会的行動」と呼び、そのような行動が働きかける対象を「社会的対象」と呼ぶことができる。第二に、この「社会的対象」は多くの違った個人のそれぞれの異なった行為に対して応える性格を持つ。「社会的対象」はそれと関わる個人の行動が、もう一人別の個人にとってはっきり見えている場合にしか成立しない。例えば、ある人が「財産」を持っていて、その財産が他の人にとってどういう意味を持ち、どう関わり合うのかを理解したときに初めて、その「財産」は「社会的対象」となる。第三に、「自我」は、ある個人が自分以外の他人の役割を想像できるときに、初めて発生する。自分以外のメンバーがどのような行動をするかの傾向を知り、また自分がどのように行動すれば他のメンバーによって「正しい」と見なされるかも知っている。そのときに、「自我」は自分にとって一つの「社会的対象」となる。第四に、相手からある種の反応を引き出すために使われた「音声をともなう身振り」が、人間集

[64] Georg Simmel (1917), *Grundfragen der Soziologie* ＝居安正訳『社会学の根本問題』（世界思想社、2004）28-32頁を参照。

団に共有されるようになると、それは社会のメンバーにとって共通の意味を持つ「象徴」となる。身振りが「自覚された意味を持つ象徴」まで高まると、それは「社会的対象」として一定の広さの社会集団を組織することができる。個人が他人と協力して行うことについて、自分以外の個人の役割をも考慮して、お互いに行動を統制するようになる。このような「社会的対象」の範囲を更新し拡げることで、社会性の獲得に繋がって行くことになるとされる[65]。

以上の相互作用の観点を踏まえて、法的コミュニケーションに対していくつの論点を提示しよう。

①「法」は、法的判断者（認識主体）の〈外〉に客観的に実在する存在―例えば条文、裁判所、法律専門家など現象―であるとしても、〈個別の判断による法（法イメージ）の形成〉という、認知的側面もあるように思われる。もし法を社会的な構築物とすれば、社会における法制度や法律学の位置づけが問題になるだろう。

②法的判断者は、共通の儀礼を通じて、法に対する認識を統合する。そのような共通の部分は、「象徴」と呼ばれ、社会における法の意義を示す機能ができる。そうであるとすれば、象徴の構造をどのようなものとして把握し、あるいは構想するかが分析の要となりうる。

③法と個人の関係が法（司法）へのアクセスの過程と捉えられる一方、法への学習・理解する行為自体と産物も法的コミュニケーションの一部である。その中で、法と法でないものをどのように区別するのかということで、常に確認の作業に追われている。つまり法学の特性が法的コミュニケーションにおける「法的なもの」の認識から再定義できるになる。

---

[65] Mead, G. H. (1924-1925) *The genesis of the self and social control,* International Journal of Ethics (35), 251-277、日本語訳は船津衛 / 徳川直人（編訳）「自我の発生と社会的コントロール」『社会的自我』（恒星社厚生閣、1991）を参照。上述のようなミードの社会観は、以後のアメリカ社会学に絶大な影響力を見せた。1970-1980年代法の象徴機能を本格に論じたシンボリック相互作用論の研究者 Joseph R. Gusfield も、ミードの方法論の延長線で法の社会意味を論じていた。70年代のシンボリック相互作用論の発展に関しては、船津衛『シンボリック相互作用論』（恒星社厚生閣、1976）10頁を参照。

第一款　司法離れの「法」秩序

こうした相互作用の観点から、まず上述の論点①に関連して考察したいと思う。すなわち、法を観察する際に、司法を中心に考えてきた法使用をめぐるアプローチは果たして妥当なのか、という問いである。

第一に、直接的な法制度利用より、法情報への接触はより日常空間に行われる。なぜなら、日本の場合、裁判所を経験するまたは法律専門家と相談するのはごく一部の人の特殊の経験である。直接的に法制度を利用する（以下は法利用という）以外に、社会の構成員が情報媒介を通じて制度の内容を知り、法改正の動向を把握することは少なくない。つまり、日本社会では法制度の低利用率、あるいは訴訟経験者が少数にとどまっていることから、法に関わる認識の獲得は法利用という行動レベルより、メディアなどを通じて現れる法に関する情報が現実の（国家）法秩序を理解する上での重要なリソースになっている。

弁護士と依頼人の相談にしても、法廷上の事実認定にしても、そこでの共通した作業は既存の法的要件から抽出した論点（トピック）を構成し、有意義な事実を選択していくことである。こうした法的なストーリーの作成は、実は長年に渡る法学教育と実務経験によるものである。特に、法制度の利用行動における法的コミュニケーションは、法学教育と実務の背景を持つ法律専門家が多く参与することによって、法的なストーリーに有利な方向へと流れる傾向にあるということは、日本でも検証されている[66]。こうした研究を情報形成の観点から見ると、法情報は議論の文脈に大きく依存していることが読み取れる。すると、司法以外の法

[66] ここで問題されるのは、誰でも法に関わる議題を語ることができるかということである。当事者の声を反映すべきという理念の下で裁判員裁判の制度は設計されたが、当事者の声が問題なく聞かれているかという点はまた別の問題である。社会学の理論アプローチから当事者言説の伝達問題を検討したものとしては、小宮友根「法的推論と常識的知識」人文学報・社会学（46）、63-66頁、また、こうした研究を概観した論文として小宮「『法廷秩序』研究の意義について」（法社会学66、162-86）を挙げることもできる。また、法言説の構造研究では、法専門家の解釈が当事者言説を抑圧する裁判の側面を検証した研究も存在する。日本の刑事裁判に関しては、小野坂弘「日本の刑事裁判における事実認定論の批判的考察」法政理論35巻（1～3）を参照。

に関わるコミュニケーションが存在すれば、理論的に司法以外の情報源から法情報を構築することも不可能ではない。

第二に、法秩序に対する社会構成員のイメージは司法制度の評価からのみ形成されるわけではない。すでに言及したように、法廷、立法審議など法的な「儀礼」とそこで行う行動が正しいものか否かは、より大きな当時の社会的表象空間に照らして判定される。この社会的表象空間は、法律あるいは法システム構造の背景として長期にわたって継続し、人々の理解と反応を限定していくものだと言わねばならない。既存の法意識調査では、こうした理論を支える知見が存在する。松村良之の法意識研究では、裁判経験と法意識の相関を検討した結果、「日本人は、裁判所を経験することによって、上記（経験した裁判所－著者注）の裁判所への支持に非常に顕著な変化を生じさせることがある。しかし、裁判所の経験は裁判所に対する心理的障壁を殆ど変化させないし、法意識一般（特にその基底となる権利意識、遵法精神など）への影響はほとんど見られない」という[67]。松村はまた、その現象を「法意識の独立変数として長期にわたる政治的社会とその解釈が正しいとしたら、単なる訴訟、弁護士の利用など特定の紛争処理場面だけが法の儀礼空間なのではない」と指摘した[68]。何にせよ、法制度の内容から法システムの目的までについて多くの人々の間に広がっている理解、これも法現象のうちである。

第三に、行動規範の一種として法をみる場合、認知レベルでは法と他の秩序構造とを区別しにくい。法の理解の研究は、社会の構成員の法感情及び法意識を対象とする場合が多い。その場合、感情また意識に関する研究は、現在の学問領域では心理学または人類学に属する概念であり、法意識あるいは理解はこうした意識研究の一例に過ぎない[69]。こうした社会心理学のアプローチには、制定された法とまったく接触しなくとも、どのように他人の行動が判断されるべきか、といった人間の直感的な規

[67] 松村良之＝村山真維『法意識と紛争行動』（東京大学出版会、2010）、71頁を参照。
[68] 前注67・松村、71頁を参照。
[69] 法または法の関連概念に関する研究は、近年社会心理学の立場から法のあり方を検討するスタンスも法社会学の領域に盛り上がっている。また学際的な共同研究も注目されている。

範意識も含まれる。もしそのような心理的な基盤から法制度を作るとすれば、その場合の法律の実質は別のルールとなり、「法律」はただの名称にすぎないことになる。そうすると、社会心理学の観点による規範（法）意識は、法への服従に導く可能性があるとしても、既存の法制度の構成と違う次元にあることに注意すべきである。法という現象の意味を解明する際に、単なる行動的側面、特に個人の紛争処理の戦略から見ると、実際の日常生活における法とその他の規範との使いわけを説明しきれなくなる。

以上の考察から分かるように、認知的な側面においては、法は様々な領域に関連する複雑な現象である。従って、実際に、法情報の内容には司法活動の実践をめぐる情報以外のメッセージも入れ込む可能性がある。

第二款　象徴としての法言説

司法から離れた法のイメージを確認した上で、次に法秩序をいかに観察できるのかという点に関わる論点②について検討する。また、論点②の課題を兼ねて、法イメージとその機能についても検討を加える。それは法の受け手問題、つまり誰がどのような法イメージを持ち、またそのような法イメージがいかに法の形成・適用に影響を与えるかという点が、ここでの課題である。法のイメージに関しては、法の象徴機能といった先行理論がある。ここでは、その知見を参照しながら検討を進める。

周知のように、社会の象徴は、社会事実の認識問題として、社会学の基本問題といっても過言ではない[70]。同様に、法の象徴性については、多くの異なった分野の観察者たちが極めて多様な問題関心から言及している。本論の関心から、まず日本の研究者が法の象徴機能をいかに理解

[70] 象徴的なもの、あるいはイメージというのは、人文科学における伝統的な問題であり、それ故必ずしも一時流行のテーマというものではない。ここでの象徴とは、世界を了解する形式を指すことにある。それは知的生産の成果（知識など）であり、感覚的な認知（感情の言説、例えば芸術表現）とも指す。社会学の視点で象徴の相互作用は、社会をいかに再現するというプロセスに沿って認識される。消費社会、とくに消費化されたメディア環境と象徴の生産については、ベルナール・スティグレール『象徴の貧国－ハイパーインダストリアル時代』（新評論、2006）第1章。

したのかという点について、日本における法システムの象徴機能をめぐる研究状況から確認する。

日本で法の象徴的機能に関する検討は、1980年後期から行われている。1988年10月明治大学で行われたシンポジウム「日米における法の象徴的機能の比較」では、象徴的機能の概念の創始者であるJoseph R. Gusfieldhaがアメリカの象徴的機能研究に関して“The Symbolic Order and Legel Control of Alcohol in the United States”について報告をしており、それに対して千葉正志は“A Glimpse at the Symbokic Function of Japanese Law”といった題名で日本法（学）における象徴機能の考えを示している。千葉によると[71]、法と象徴との問題は三つの次元に分けられるという。それらは、①「『象徴』それ自体の性質を探究するものである、つまり文化的現象とりわけ法の属性としての象徴とは何であるかを一般的に探究するものである」、②「何が法をシンボライズするのか、換言すれば、法を表現するための社会における文化的手段すなわち法のシンボルを問うものである」、③「法が何をシンボライズするのかという問題で、これは社会において特に法が象徴する文化的連想観念である」[72]。このなかで、千葉は、①が記号論分野の問題であると考え、②③こそが法のシンボリック理論の中心課題になると主張した。特に、③の課題は法文化研究の一環として考え、天皇制や政教分離などの制度における現代社会の統合を象徴する法の意味を指摘している[73]。このように、千葉の法的象徴機能論は、文化人類学の観点から象徴を法文化の結果あるいは表現形式として捉えている。そこで、千葉は当該社会（日本）「法は何を象徴したか」という問いに答えようとしたが、「法の象徴は誰に、いかに形成されてきたか」という象徴機能の発展・変容（ある意味法使用の当事者視点でもある）に関しては不十分な検討にとどまっている。

以上のように、日本で法の象徴的機能への関心は、法文化論の延長線

[71] 千葉正士『法文化のフロンティア』（成文堂、1991）、第1章「現代日本法の象徴的機能」を参照。

[72] 前注71・千葉、14頁を参照。

[73] 前注71・千葉、24-28頁を参照。

上に置かれていたが[74]、70年代に現れた公害訴訟など訴訟型法運動においては、運動側（原告側）の戦略の一つとしても注目されるようになっている。このことは、法の象徴的機能の運用面についての検討を行おうとする動向である。以下では、まず日本の先行研究である神長百合子の法的象徴機能論を簡潔に紹介することにしたい。

神長百合子の『法の象徴的機能と社会変革―日系アメリカ人の再審請求運動』は、日本の法社会学的な研究として、象徴機能を理論的基礎として具体的な法を分析する代表的な研究書である。ここではシンボルとしての法の性質が２つの類型に分けて整理された。第一に、「立法であれまたは判決であれ、個々の法または一連の法に盛り込まれた政策が特定の政治的・社会的価値を象徴するというあり方である」という類型がある[75]。そこで彼女が象徴性として挙げるのは、アメリカの大恐慌時代における社会保障政策に含まれた「大きな政府」というメッセージであるが、これは特定の法・政策における政治的な判断や立法趣旨、あるいは立法目的に当ては当てはまると言えよう。第二は、特定の目的を超え、理想的な秩序としての法のイメージを強化する機能に関してである[76]。神長によると、法は「公的に共有された動機」であって、秩序と無秩序の境界を表明するため「われわれは人々の行為やその行為が行われる場に名称を与えたり、判断を下したりする」、脱事実的な「詩的な意味」と呼ばれる価値判断の持つものである。そして、こうした法イメージを支えるため、法服、規定された手続、専門的な法律用語などの外的な形式も役立つことが指摘されている[77]。

彼女は、こうした法の象徴的機能の立場から、訴訟活動を中心にした社会運動が単なる紛争処理ではなく、「意味のレベルにおける社会変革」をもたらされる可能性も作り出すと指摘した[78]。日系人の再審請求運動は、

[74] 千葉正士＝北村隆憲「法の象徴的機能研究とガスフィールドの意義」『法律時報』60巻10号、72-75頁を参照。
[75] 神長百合子『法の象徴的機能と社会変革』、勁草書房（1996年）、208頁を参照。
[76] 前注75・神長、207頁を参照。
[77] 前注75・神長、209頁を参照。
[78] 前注75・神長、265-266頁を参照。

法の象徴的性質をめぐる戦いである。具体的に言うと、この運動は、法の再解釈（再審）を通じて、日系集団の権利主張を社会問題化し、同時に法の持つ規範的シンボルを用いて自らの主張の正当性を付与することも期待されていた。さらに、以上の二つの法的象徴機能がここで裁判の過程を通して同時に作用することが見られる。こうした法の象徴的機能の理論は、明確に法を社会的シンボルとしても把握し、いずれ法を政治活動の一環（資源）に加える道を示したのである。

以上のような法の象徴的機能も、ある意味司法離れの「法秩序」という状況の存在を示すもののように思われる。つまり、法言説の使用から見れば、現実の問題ないし紛争を解決する目的の側面以外の、法を語るという行動自身が独自の意味を持つことが分かる。

だが、法の表出機能の具体化について、これより先の神長による記述は、核心的な点での問題関心を共有している本論の法的コミュニケーションの問題設定とはやや異なったものとなる。第一に、法の象徴性については、神長が裁判とその関連状況を重視する立場であるのに対して、本論は法の伝達を情報の側面から一貫して構成しようとする点で異なる。第二に、訴訟型の法運動は特定の法律を適用とするものであるゆえ、意味の再構成（法解釈）を行う際には法律の条文に制約されることになっているので、法律の存在自体が共通の前提として、条文と対象問題の関係や条文の解釈方法に限って、法的コミュニケーションが成立する点で本論は異なる[79]。もっとも、新聞、テレビ、ネットなど言論空間においては、法改正を議論の視野－法の形成過程に関わる－に入れるため、「既存の法制度」の枠を超え、法的コミュニケーションの論理に関する制限がより少ないと言えよう。

法情報の現象に注目しながら、法の象徴論を論じたのはマーレー・エーデルマンである。そこで次に、エーデルマンの象徴論[80]の中で法的議論

[79] 条文解釈をめぐる法律推論の特徴については、小川浩三「論証の論証」、グンター・トイブナー編、村上淳一＝小川浩三訳『結果志向の法思考―利益衡量と法律家的論証』（東京大学出版会、2011）220-221頁を参照。

[80] ここで特に参考したのは、The symbolic use of politics (1964)、University of Illinois press と Constructing the political spectacle (1988) University of

と関連した部分を整理する。

エーデルマンは、アメリカの政治情報に基づき、「統制システム」（Administrative system）の一環として法的言語（Legal language）、複数の言語的形式（「奨励的言語」Hortatory Language、「行政的言語」Administrative Language と「取引的言語」The Language of Bargaining）との一貫した言説が社会に「安心感」を与えるという法の象徴的機能を指摘する[81]。彼は、ミードの社会心理学（象徴化 symbolization）を援用し、「政治的なものごとやできごともまた、非連続的でときに矛盾した存在であり、それに意味をもたらす記号表現と文脈によって構成されたものだという認識」を指摘した[82]。エーデルマンが、法改正などの政治過程における「政治的、法的」な言説という側面と、資源配分と集団の反応という事実面が釣り合っていないという現象に着目したところは、本論と関連性を持つ。そこでエーデルマンが例としてあげたのは、アメリカにおける所有税法の運営についての言説である。彼の整理に従えば、人々が、法規制の持つシンボリックな面について、例えば支払い能力に応じた課税制度が有する公正性に対しては強い反応を示すとされる。代わりに収入分割、多重信託など別の課税上の使用者間の差異を示すといった規定の議論に対する関心が薄い、という[83]。エーデルマンは、こうした現象を法または政治言説の「鎮静効果」（to quiet）として考えている[84]。

法言説について、エーデルマンは次のように論じていた。①法の執行

Chicago Press、両著作に示した法の象徴的機能に関する内容である。

[81] Murry Jacob Edelman, *The symbolic use of politics (1964)*, University of Illinois Press, pp46-49.

[82] 具体的には、「政治の進行に如何なる象徴的要素が関わり、象徴の作用がエリートと大衆の行動にどのような影響を及ぼしているのか認識するためには、まず、象徴のもいくつかの一般的特質を考察し、象徴の成立と、象徴がもつ意味を規定している諸条件を考察しておく必要がある」（前注33：6頁）、または、*Constructing the political spectacle* (1988) University of Chicago Press, pp20（日本語訳は法貴良一『政治スペクタクルの構築』青弓社2013年）を参照。

[83] Murry Jacob Edelman, *Constructing the political spectacle* (1988) University of Chicago Press, pp23-29.

[84] ibid・pp17.

面において、法はルールの演繹によって、関係者に相互的な役割あるいは評価を固定させる。「法がドグマ化するところでは、反抗は異端（heresy）とされるに至る」[85]。これを通じて、心理的レベルで人々の規範意識は確立されていく。②法の形成（立法）は「さまざまな社会的集団の存在を正統なものとして認定することに他ならない」ので[86]、その議論は、社会全体の人々（観客）にむけた法制度のコミュニケーション空間（舞台装置）を構築する作業である。③言説の形式は政治的行動に影響を及ぼし、また用語の使い方は一定の社会的役割に根差している。ここで、法的言語とは厳密な意味での客観的法と「曖昧な」法解釈という二面性をもっており、政治的安定を説明するための重要な因子となる。その意味は、「組織が自己の行為に正当化を施す」[87]のため法の射程が柔軟に変化する場合もあるが、法に関する知識や経験の少ない社会構成員（素人）にとってそうした法解釈適用は「（法の客観的側面）神話的な規範からの偶発的かつ悲しむべき逸脱にみえる」[88]。④ニュース報道は、政治または法に関する情報収集のルートとして法を含め政治的コミュニケーションの一部であるが、「政治ニュースにおける高頻度のテーマである、選挙戦や議会の論争、高官たちの言明についての報道があふれかえって、それが実行に移されないうちはどれもみな人々の生活の向上に何の意味も持たない。つまり、公表された言語では、その実行性は知りようがない」[89]。なぜなら、ここでの言語は「『現実の』世界を描写することではなく、それが過去を再構築し、現在の観察できるわけではないものごとや将来の可能性を喚起することに由来する」とされるからである[90]。

法言説が制度運営の実態を正当化する、いわゆる法言説の「鎮静効果」に関して、エーデルマンは、政治・法のシステムの運用が一般人の理解を超えていること、特に法情報に関する認知のギャップに注目している。

---

[85] ibid・pp71.

[86] ibid・pp156.

[87] Murry Jacob Edelman, *Politics as symbolic action: mass arousal and quiescence (1971)*, Academic Press, pp139

[88] ibid・pp141.

[89] ibid・pp141.

[90] ibid・pp143.

要約すると、政府または法の情報は社会の共通規範でありながら、客観的な問題解決を述べるものではなく、形式的なシンボル操作においてその権威性を維持する、ということになる。法的言語のようなシンボルを通じて、受け手は不安から脱出することができ、法的秩序という正当なイメージを植え付けられるのである。このような立場に従えば、一般人と専門家との間にある情報理解のギャップとは、偶然的な例外というよりも、ある政治・法秩序を維持するために機能しているものだからである。

そこで、エーデルマンによる法の象徴論は、以下のような意義を持つと思われる。

第一に、エーデルマンは政治過程における法言説の機能を明確にした。彼の分析はマクロ的であり、新たな方法論を提唱している。また、エーデルマンの象徴論は、上述のような当時のアメリカの社会学におけるシンボリック相互作用論の影響を受けていることから、社会科学の方法論的研究といった側面もある[91]。その後、このような象徴的立場に従った実証的分析も発展してきたが、エーデルマンの法言説の理論は、法的コミュニケーションの技法の影響を論証し、法のレトリック論として法現象を扱う可能性を示してくれたものとして評価することができる[92]。

---

[91] 法貴良一「訳者後記」マーレー・エーデルマン『政治の象徴作用』（中央大学出版部、1998）325頁以下を参照。

[92] このうち、法について言及をした代表的な作品として、例えばJoseph R.Gusfield (1981) *The culture of public problems:Drinking Driving and the Symbolic Order* がある。その第一部にでは、統計的資料を分析の対象として、統計に代表される科学が「秩序のある世界」という神話を作り出すことを検証したとされる。なぜなら、まずは政治の世界に提供されるとき、データの内容に「リアリティ性」というシンポルが付与されるからである。そして次にデータの収集、問題設定やサンプルの適切さに関する情報が遮断され、法改正と連関した因果関係（アルコールの検出が、自動車事故の唯一の因果関係に導く）に取って替わるアナロジーを使用している。ここでは、法についても、科学と同じようにある一つの世界観を構築するに過ぎないとされるが、伝達レベル（社会向け）では集合体的感覚（the sense of the collective）として、社会の規範的秩序を作り出し、集団的承認された判断基準という意味で人々に理解されることになる。

第二に、早期のエーデルマンは発信者、いわゆる組織された政治・法的実行者の戦略に着目するところがあるため、個人（受信者）の役割を軽視する結果になってしまう傾向があった。エーデルマン自身も1984年発表した『政治の象徴機能』再版の後記でその点を認め、改めて社会的弱者である個人の怒りや感情的な言動が、社会運動に対する促進的な機能を持つことについて言及をしている[93]。同時に、彼がそこで強調したのは象徴論の立場に従うならば、発信者と受信者という区分が必ずしも重要な問題ではないということであった。なぜなら「ある象徴のもつ意味はその象徴自体に内在するものではなく、その象徴を注視する人々と彼らが置かれている社会的状況に由来するものである」からだ。個別の発信者と受信者との間の言語より、コミュニケーション全体の特徴を捉えるところに彼の理論の趣旨は置かれている。その結果、言語の変化が行動の変化をもたらすという考えではなく、言語も行動も特定のコミュニケーションの一部であり、言語の意味は現れる具体的な文脈とその関連する行動によって決まると考えられている。例えば、社会的弱者である個人の言動は、その影響が彼・彼女らが属する運動の性質によって左右される。エーデルマンの理論におけるに法的言説は儀礼的なものとして、現代アメリカ社会または政治の過程に含む法的神話の根深さを示すものでもある[94]。つまり、法システムの権威は、司法また行政活動の運用から評価されるより、どのような情報として社会に伝えていく、情報伝達の過程に支えられる側面がある、という点がエーデルマンの発見である。

従来の法的象徴論は法を特定の儀式として捉え、そうした「儀式」に参加する人の体験が社会の合意形成・闘争に一定の機能をもつという理論であった。そこで検討されたのは法的情報が持つ表出機能であり、概ね研究の対象とされたのは、一般人・メディアの言説で扱われた固定的な法イメージであった。その表出機能は、価値の共有を介し、裁判過程以外の局面にも秩序を維持する役割を果たすものとして捉えられた。ま

[93] 前注91、301－302頁を参照。

[94] Murry Jacob Edelman, *The Politics of Misinformation (2001),* Cambridge University Press, pp83-99.

た、法的象徴には二つ異なる側面が存在することになる。一方では社会の「共通価値」を象徴し、他方では特定の専門技術という知的権威を象徴する。両者の関係について、エーデルマンの象徴理論からは、法学者が法情報をコントロールしていることが論じられ、後者が前者の効果を強化する（鎮静効果）といった理解を読み取ることができる。しかし、序章で論じたように、厳罰化立法の動向とは、むしろ法の「共通価値」の代表者としてのイメージと知的な権威としてのイメージとのズレが問題になる。それゆえ、異なる法的な象徴は協働なのかあるいは対立なのか、またそうした関係はどのような効果をもたらすことになるのか。次に、この問いを論点③「法的コミュニケーションの射程」との関係から検討したい。

第三款　法意識論から法情報論へ

市民の法イメージは、「法意識」という議論の中では重要な関心事である。法的思考と当該社会認識とのズレについて、日本の法律家は「法意識」という文化的視点を提示し始めている。1960年代後半、前述の法的コミュニケーションを提示した後の川島武宜は、日本法と「西洋近代法」とを比較したうえ、実定法規範を厳格に適用するような「西洋法」イメージに対し、法律の「規範性の不確定性」として、司法側で法律を必ずしも厳格に施行せず、事情により柔軟な運用をする傾向――法的象徴機能論で問題視された現象――を論じた。その背景には、日本では法を「伝家の宝刀」として、常に厳格に適用されるべきものではないとする考えがあるとされる[95]。川島の仮説は、日本は明治以後近代的な法律制度を導入し、成立させたにもかかわらず、実際の人々には前近代的な集団意識の作用していたため、他人物の無断使用、紛争処理手段としての訴訟への忌避などが出現しており、近代的な法制度は日本社会の中に浸透してなかったとするものである。そうした観念の差異は、社会と法のズレに位置づけられ、法使用の状況（訴訟率）まで波及するのである。すなわち、このように日本人の法意識を論じることの狙いは、近代法の機能を実現するために、法制度の趣旨に連動するような法意識を形成す

[95] 川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店、1967）第２章第２節を参照。

ることにあった（「啓蒙」）。従って、これは、専門家と素人との認知差が法システムの運用に影響を及ぼすという考え方である。また、上述の法的象徴機能に法律専門家の柔軟な法的理解と、素人と想定した厳格な法的理解という、法の構造的な二面性が論証されたが、それに対して、川島の日本人の法意識論は、その二面性を一時的な、文化的なものとして捉えていると言える。

以上のような法意識論に対する研究者の評価は、議論発表当時の賛同から、現在の懐疑的な態度へと転回を遂げてきた。法意識論に関する批判としては、概ね①「社会と法のズレ」に関する検証手法は適切なのか、②「社会と法のズレ」は日本法の運営に影響を与えるかという、二つのテーマに分けることができる。

第一に、川島の法意識論に対しては、サンプルの代表性または分析手法において、社会科学としての厳密さが欠けているとの批判がある。従って、川島の「日本人の法意識」は、本当に日本社会に特有な実態なのかという点で疑問がある。仮に、訴訟を当事者間の合意によって非公式に処理するということが日本だけの現象ではないとした場合、法意識論の説明が、どの側面でどの程度一般化できるかという問題が生じる[96]。そうした批判から、集団内の共通意識以外の説明因子をコントロールするため、法意識論をより具体化する検討が必要とされる[97]。従って、法意識に関わる基本概念の曖昧[98]が、研究の展開に混乱をもたらすという批

[96] 大木雅夫『日本人の法観念』（東京大学出版会、1983）218-219頁を参照。

[97] 六本佳平『法社会学』（有斐閣、1986）212-213頁。または、「日本の法社会学と法文化」日本法社会学会編『法社会学の新地平』（有斐閣、1998）を参照。

[98] 法意識の射程について、法意識を「法感情」、「法意見」と「法知識」に分解し、それぞれの枠に従って検討を進めようと提唱した（前注97・六本、193-206頁）。六本による法意識の分節化が日本の法社会学に定着したようになった。こうした法意識の分析枠組は、その概念をより具体的に現象の分析に対応する道具になるが、逆に上述のように新書としての『日本人の法意識』の社会発信、すなわち「権利精神の啓蒙」という法学発信のメッセージ性は弱まるおそれもある。そして、川島理論の影響関係といった学説史の立場から、日本の法意識研究における問題意識の不連続性を指摘するものもある（尾崎一郎「法・文化・近代化」李愉青主編『転型中国法律社会学研究』華東理工大学出版社、2010）。いずれに

判もなされた[99]。

第二に、制度のユーザーとしての日本社会の構成員が制度趣旨とは異なる理解を持つという点が西洋との間で存在したとしても、それが、例えば訴訟率というデータの変化に大きく相関するわけではないという批判がある。このような批判によれば、法制度の利用度は、訴訟のコストあるいは制度へのアクセスの便利さ等、いわば制度面が決定的な要因となるとされる[100]。そして、このような立場からすれば、個人レベルにおいては、法に関する行動パターンは意識以外の因子に左右されるので、「法と社会のズレ」という問題自体がそもそも必要とされないことになる。

批判①の通り、川島の法意識論における概念的曖昧さは確かに存在する。ただし、法情報のコミュニケーションという観点からみれば、その「曖昧さ」には一定の社会的意味が付着している。つまり、法意識が個人の法利用に影響するかではなく、どうして社会や法律家が社会の法意識へと配慮するようになったのかという問いが理論的に関わってくる。尾崎一郎は、70年以降の法意識議論を整理した上で、「日本社会は、〈法を嫌う文化であるにもかかわらず70年代以降法を使うようになった〉（から、川島の法文化・法意識は間違っていた）のではなく、〈川島が60年代の日本社会について指摘した法と人々の意識との乖離に象徴的に現れている法と社会の根本的な懸隔という文化的枠組があるからこそ、いまなお法は道具的に用いられるにとどまっている〉、と解釈できる」という法意識論の出現に隠された社会構造の不変さを説く[101]。

批判②のような法意識が個人の行動に直接的に作用する効果を限定するという考え方は、川島理論の社会的意味を軽視する恐れがあると考えられる。批判②の指摘は、特に訴訟やそれと密接に関連する紛争処理を

しても、研究デザインによって、法意識概念の曖昧性は研究上広く認識されるようである。

[99] 前注97・六本、213-215頁を参照。

[100] ジョン・ヘンリー「裁判嫌いの神話（上）（下）」判例時報902号（1978）14－22頁、907号13－20頁を参照、またダニエル・フット「日本における交通事故紛争解決と司法積極主義」『外から見た日本法』（東大出版会、1995）を参照。

[101] 尾崎一郎「日本における法文化の変容と法のクレオール」長谷川晃編『法のクレオール序説―異法融合の秩序学』（北海道大学出版会、2012）40-41頁。

想定した場合、制度などに対する認知面以外の要因が法意識（認知要因）よりも当事者の法使用に影響するということを示している。こうしたアプローチでは、当事者が法的手続や法律専門家との間に直接的なネットワークを有することが前提になることがある。松村が分析した法意識調査を想起すれば、制度・資源整備の不足が訴訟行為の傾向と一致するとしても、その要因だけでは、立法過程の有権者のように間接的に法と接触する集団の行動まで説明することはできない。それは、法システムにおける社会概念の内実が訴訟の当事者や関係者の状況よりはるかに複雑なものだからである。

従来の議論は、法意識論を学説あるいは論理と位置づけることで、その妥当性を検討するものであったが、川島の法意識論に関しては、別の次元も存在する。それは。法的コミュニケーションの実践として、法律専門家の言説の伝達過程、広くいえば法情報の問題である。法律に関わる知の啓蒙過程という側面に注目し、法意識の理論自身がどのように表現され、また人々（読者）がどのように受け止めてきたのか、こうした情報論の立場から、法意識の問題を描くことも可能であろう。

もっとも、日本人の法意識論は、法的コミュニケーションにおける非専門家情報の効果についての検討として理解することもできる。あらゆる文化的差異は最終的に、利用者が置かれる環境とその環境に関する理解として論じることができるからである。そういう意味で、読者層が一国内の法律専門家以外の一般人であれ、他の社会の構成員であれ、日本人の法意識論も法情報といかに接触し、理解するのかという点では、法的コミュニケーションの認知問題に過ぎない。

川島は、「われわれ自身の社会において国家の法律がどのような機能を果たしてきたか、社会生活の秩序づけにとって、国家の法律以外の諸要素がどのような機能を果たしてきたか」[102]という問いを出発点として、日本人の意識と法制度（西洋）のズレを論じた。そこでの法観念は、「種々の社会で『法』とか、Recht、droit、law 等の言葉で呼ばれてきた現象について、実践的問題関心にとって重要な特色を記述することを目的とするものではなく、それらの現象を抽象して最単純・最抽象的な概念（公

[102] 川島武宣『日本人の法意識』（岩波書店、1979）５頁。

準概念 concept of postulation）を構成し、それに基づいて、それらの現象を、それらの概念のより具体的・より特殊的な場合として構成することによって、それらの諸種の現象を相互に関係づける、ということを目的とするものである」とされる[103]。つまり、川島は、ある社会秩序の形成、社会秩序の問題より、社会の現象に照らしたうえで法の概念を生産しようとすることを目標とした。従って、川島の法意識研究は、一見実定法以外の紛争処理の秩序を扱っているが、実際の社会において、いかに法的コミュニケーションを達成できるのか、法学あるいは法学の思考様式を日本社会に融合させるといった法(学)の伝播意味もあったと思われる。

アメリカを含む西洋の社会では法律家は司法実践を通して法知識の独占的な組織集団として発展してきた歴史を持ち、一般の非法律家に対して、高い自律的な権威を維持してきた。それに対して、日本では明治維新における西洋制度の導入まで、法知識は正式に社会の実践と結びつけられず、法はまず学問的素材として習得されてきた。つまり、日本では、法情報をめぐる活動が裁判など司法制度の運用より先に広まり定着し、法を認識する意味を持つに至ったと言える。川島の理論は、民法学者が司法実践（法解釈）を論じたものでありながら、「近代的な」法の精神を通して伝統的な日本社会や価値観を克服するという近代日本の社会科学全体に共通した(近代化)課題が混入していたとの指摘もある[104]。教養としての情報であった川島理論の特徴は、法意識論にも反映されている。それは、司法を通じて特定事件の処理つまり法律学の知識以外に、法律専門家が「文化的」や「思想意識」といったより一般的な側面を通じて法の性質を語るという点である。法的コミュニケーションの観点からみると、法意識論とは、法情報の範囲を社会の言説まで拡張することによって、専門知と社会意識のズレを修復する試みとも言える。

では、法情報論によって、法意識論に新たな意義を付与することはできるのだろうか。以下、二つの側面から法意識の情報論的意義を論じて

---

[103] 川島武宜「遵法精神の精神的及び社会的構造（１）」法学協会雑誌64巻７号21頁。

[104] アンドリュー・E・バーシェイ（山田鋭夫訳）『近代日本の社会科学』（NTT出版、2007）81-82頁を参照。

みる。

第一に、川島の法意識論から法情報の読者像を検討してみよう[105]。『日本人の法意識』は、「昭和40年10月11月に東京で行った岩波市民講座「日本人の法意識」の内容を、全面的に書き改めたもの」として、新書により出版された。川島自身も、一般人向けの新書であるという事情を意識しながら、出版する際に「専門家には分かりきったことに説明を加えた」と述べている。こうした川島の改訂意図からも明らかなのは、読者層に応じて法意識議論の表現構造を修正していたということである。同時に、『日本人の法意識』一書の読者は法律家または学術界以外にも存在することを示した。

そうした法情報の読者構造は、戦後日本の法利用の特徴を説明する力も持っている。民法学者の内田貴は、「日本は典型的な拡散型モデルの社会であり、とりわけ法知識を備えた優秀な人材を中央省庁が多数擁するという社会であった。その人材が、その知識を活用して法律や精緻な政省令を整備し、事前規制型の社会を築いていたのである。規制を受ける社会の側にも、企業を中心に、法知識を備えた法的リテラシーの高い人材が豊富に存在し、それが戦後日本社会の制度運用を支えていた。ときに日本社会は、アメリカとの対比で法律的ではないと言われるが、それは紛争解決に司法が利用されないだけで、実は、法的リテラシーの極めて高い社会であった」[106]、社会統制に応じる日本の法情報の拡張性（「法知識の分布」）を指摘した。

第二に、学術的（科学的）な概念から、法学理論の社会機能を改めて分析することが挙げられる。学問的な「法意識」（概念構成）は、不可避

---

[105] 近代日本社会の読者空間を論じる重要な研究成果は永嶺重敏の研究成果である。例えば日本エディタースクール出版部から刊行された『モダン都市の読書空間』（2001）や『雑誌と読者の近代』（1997）など複数の著作では、活字コミュニケーションを媒介にして、作家と読者、出版社と読者、読者の間の相互作用から多層的かつ統合的な読書空間と読者像が論じられている。本論の読者像はそれらの先行研究に依拠している。

[106] 内田貴「法科大学院は何をもたらすか　または法知識の分布モデルについて」UP2006年４月号、http://www.utp.or.jp/todai-club/2006/04/10/eeacoioaeithieaiieeuyaycyeeaae/ を参照（2013年12月アクセス）。

的に（法学）学術の要求に従わなければならない。「法意識」という概念は、分析が可能となるように、適用の射程や条件を明確にしておかなければならない。だが、法情報の伝達という視点から、一般人に対する有効な「法の伝達」を促進するためには、概念を曖昧なものにしておくこともまた避けられないのかもしれない。

川島は、「科学としての法律学」といった論文で、法的思考に相応しい概念構成は、必ずしも有効な伝達効果を果たすわけではないという事実を意識していた。立法と司法における法律の伝達機能を論じた後、川島は以下のように述べている。

> 「法の概念や論理をなるべく分かりやすいものにすることは、特に民主主義社会においては強く要望される。しかし同時に、法的命題に対する高度の技術性の要請のゆえに、法的命題のことば的表現の民衆化には限界があることも、また承認されねばならない。ドイツ民法典とフランス民法典の例を取り上げ、フランス民法典が分かりやすい条文で伝達したのは単なるフランス民法典の輪郭にすぎず、裁判において具体的に明らかにされた概念や論理は、やはり高度に技術的な非日常的なものなのである」[107]

以上の発言は、以下のように理解できる。法学理論あるいは法実践の状況を発信する意図があるとしても、一般人がその言説から法学的概念と法学的論理を専門家と同様の理解をすることはできない、ということである。逆に、法律家以外の一般人に対する法情報発信が必ずしも技術的な精確な概念構成を要求するとは限らない。裁判のような司法の場面と法の理念あるいは内容を伝える場面には、異なる法の情報基準が存在すると理解すべきである。

日本における法情報の読者状況について、興味深い実証研究が存在する。日本人の紛争処理行動をめぐる2003 ～ 2005年の法意識調査によると、87％の紛争経験者はその紛争の争点をめぐるメディア（本とインター

[107] 川島武宜「科学としての法律学」『「科学としての法律学」とその発展』（岩波書店、1987）36頁。

ネットに限る）情報収集に関して、「どちらでも調べなかった」と答えた[108]。このように、特定の紛争処理に関する場合でも法知識に関する積極的な学習行動があまり見られないとすれば、そうではない場合、つまり日常生活の法情報収集はさらに消極的なものであると推測できるだろう。こうした消極的な情報収集の結果、法専門家言説や専門的見解を取り扱う傾向の強い書籍（専門サイト）以外のマスコミなどの一般的情報発信が、素人にとっては重要な法情報源になっている可能性があると考えられる。ただ、異なる情報収集から成り立つ法理解である以上、それらが決して同じものになるわけではない。藤本亮は、日常生活関わり、かつ、全国ニュースで大きく取り上げられた法律問題を素材に、法知識の正解率と法関心との関係を調べたところ、「法関心が高いからといって顕著に法知識が高まるわけでもないようである」こと、また例えば民事責任と刑事責任も、法学専門家が「初歩的なあたりまえの区分として考えるようには区別されていない」がわかる[109]、と述べた。

このような藤本の法知識研究は、専門家と一般人との間にある法情報の差が必ずしも日常的に接触したメディアの情報内容によって埋められているわけではないことを表わしている。むしろ、法情報が、発信内容だけではなく、情報収集の様態から影響を受けることも考えられるだろう。そうすると、法意識論に現れる専門知と社会意識との差異は、それぞれ法情報の収集・理解過程の特徴に依存していることになる。

川島による法意識論は法学者の社会認識であり、一般人の情報を制度の形成に関わるように説明するものである。逆に言えば、法意識論の出現は、法律家が一般人の観念がを無視できない（あるいは無視できない

---

[108] 村山真維・松村良之編「紛争行動調査基本集計書」、有斐閣学術センター（2006）、『情報収集行動』、第109-112頁を参照。ちなみに、「調べた」と答えた人の中に、「本とインターネットの両方で調べた」は２％、「本のみで調べた」のは５％、「インターネットのみで調べた」のは６％である。そして、本とインターネットとを比べると、殆ど同じ比率である。また、本で調べた人ほどインターネットでも調べる傾向がある。本で調べた人の３割近くがインターネットでも調べ、インターネットで調べた人の25％が本でも調べている、ことになる。

[109] 藤本亮「法知識とその測定の課題」（松村良之＝村山真維『法意識と紛争行動』）（東京大学出版、2010）111-112頁を参照。

と思われる）時期が到来したことを示しているとも読み取れよう。

ここでの法意識は、個人の行動への影響を検討するための精密な操作概念より、日本社会における法の効果に関する研究手法を確立していく過程で用いた「感受概念（sensitizing concept）」[110]の一つにすぎない。つまり、川島は「法意識」の提唱を通じて、学術活動という形で法的コミュニケーションを試みていたとも言える。

第四款　小括

本章では、法的コミュニケーションの観点から日本の法情報が置かれる問題状況とその析意義を論じた。要点は、以下のとおりである。

①法的コミュニケーションは、従来司法活動を中心に展開されてきたが、法情報を通して法を理解する場面もまた、「法」という規範をめぐる社会実践である。さらにこうした社会実践はある程度司法の場面から独立したものであり、その内容も法律学の専門知と必ず一致するに限らない。

②情報としての「法」秩序は、情報の伝達や共有によって、一定の社会的価値を維持する機能を果す。その「社会的価値」には具体的な制度の理念と法システムや法学に対するイメージ両方が含まれている。

③法律家は以前から法情報の流通過程に関わり、法情報の伝達によって法（西洋法）の理念や知識を非専門家の人々に浸透させてきた。従来、法情報の発信は単に専門家集団間における情報交換ではなく、社会啓蒙あるいは教養の側面も備えたものである。

---

[110] 感受概念について、Blumer,H, 1931, 'Science without Concept', American Journal of Sociology, 36:513-515. または佐藤郁哉『フィールドワーク増訂版』（新曜社、2006）97-99頁を参照。

論　　説

社会的排除と法システム（1）

―― システム作動要因としての属人性 ――

橋　場　典　子

目　　次

序章　問題設定と本稿の意義
　第一節　問題の所在
　第二節　本稿の目的・構成

第Ⅰ部　現代社会における排除
第一章　現代日本社会のリアリティ
　第一節　社会的排除状態
　第二節　日本社会の構造転換

第二章　社会的排除と社会的包摂
　第一節　社会的排除概念の発生と背景
　第二節　「貧困」概念と「社会的排除」概念
　第三節　複合的排除状態のリアリティ　　（以上、本号）

第Ⅱ部　「法教育」という逆説
第三章　「法教育」の射程
第四章　システムが内包する排除性

第Ⅲ部　システム・信頼・属人性
第五章　社会的包摂と信頼
第六章　システム作動要因としての属人性（パーソナリティ）
第七章　現代社会における「法」の応答性
終章　現代社会において「法」が果たす役割とは

序章　問題設定と本稿の意義

第一節　問題の所在

本研究は、法的機関の充実や相談窓口の増設に代表される一連の制度的側面の整備と、当事者自身による法使用との間に存在している乖離状態に焦点を当て、両者間の断絶を克服し得る規定因子を探究するものである。具体的には、社会的排除状態（social exclusion）にある当事者が、法システムを活用する際に直面する心理的障壁の存在に注目し、法律専門職をはじめとする当事者に身近に接する第三者達による関わり合いがいかにして法システム活用の際に発生する心理的障壁の克服に寄与しているのかについて、実証的分析を踏まえ検討を行う。

法システムへのアクセスに困難が伴う場合、そこには隠された法需要、少なくとも充足されていない法需要が存在している[1]。法実現の過程には法規範の存在、当事者による権利主張、法関連機関の活用など一連の流れを踏む必要があるが、そもそも法的問題発生への気付きがない場合や、あるいは気付きがあっても何かしらの理由により法使用行動を避けている場合なども存在している。

（1）構造的側面に依拠した司法アクセスの保障

法システムへのアクセスに困難が伴う場合の構造的な要因としては、住んでいる地域に弁護士をはじめとする法律専門職がいないといういわゆる司法過疎の問題や[2]、訴訟にしたくない場合の紛争処理方法について

---

[1]「司法アクセス」が意味するところについて濱野（2006）は、狭い意味の法律問題の処理に留まらず、「生の紛争・問題を法の視点に即して構築したものが「法律問題」として人工的に切り取られたものである」という理解に立ち、重要なのは「依頼者の最も満足する解決のあり方を依頼者とともに検討し、支援すること」であると捉えている（濱野亮（2006）「アクセス拡充における日本司法支援センターの役割」ジュリスト1305号、1頁）。

[2] 司法過疎の問題は、従来から日本の法社会学研究において、また日本弁護士連合会を中心とする各法曹団体において、弁護士をはじめとする法律専門職の偏在問題として研究の蓄積がなされ、解決のための実践的取り組みが行われてきた。なお、全弁護士数に占める大都市圏（東京三会）所属の割合が1960年代

の制度設計及び周知が不十分である点などが挙げられる。これらについては、日弁連及び法テラスによる一連の司法過疎対策[3]や、法的情報の提供[4]、ADR の取り組みなど[5]、構造的側面に関する法関連機関の整備に

以降近年にいたるまで高い割合を維持しているとして弁護士人口偏在の指標を示すものに、樫村志郎（2005）「司法改革の視点―司法過疎とその視点―」法社会学第63号、有斐閣、161-185頁。

[3] 市民に身近な司法の実現を目指す取り組みをまとめたものとして、本林徹・大出良知・土屋美明・明賀英樹編（2008）『市民と司法の架け橋を目指して』日本評論社、がある。そこでは、全国各地で市民の司法アクセス障碍の解消に向けて活動を始めた日本司法支援センターの常勤弁護士（スタッフ弁護士）らによる日々の弁護活動の実態が報告されている。関連して、総合法律支援法の意義と課題を、司法アクセスの観点から分析したものとして、法律扶助協会編（2007）『市民と司法―総合法律支援の意義と課題―』エディックス。その中で小島（2007）は、財団法人法律扶助協会の業務が日本司法支援センターに引き継がれたことを、「司法アクセスのための国家的な新たな仕組みの１つ」であり、「本格的な国家的事業としての民事法律扶助がその新たな展開を始めた」転換点として捉えている（小島武司（2007）「司法アクセスの意義とその内容」財団法人法律扶助協会編『市民と司法』エディックス、９頁）。「さまざまな法的救済の阻害要因」に着目して「法的救済へのより包括的なアプローチを探る必要がある」として、「正義への普遍的アクセス」を保障する「正義の総合システム」理論の重要性を指摘する小島の主張（小島2007:12-40）は、社会的排除状態の発生とシステムからの疎外状況に焦点を置く本稿の問題意識と共通している部分が多い。また、大石（2007）は、「法的ニーズの把握は社会的排除の内容とその程度の認識とも深く関連している」として、司法制度の運用におけるリーガル・ニーズ調査の重要性を指摘している（大石哲夫（2007）「リーガル・ニーズ調査の意義と役割―その歴史と現状―」財団法人法律扶助協会編『市民と司法』エディックス、124-127頁）。

[4] 法的情報の提供は、総合法律支援法第30条で日本司法支援センターの基幹業務の１つに位置づけられている。

[5] ADR（Alternative Dispute Resolution）は、仲裁や調整、あっせんなどの裁判によらない紛争解決方法（裁判外紛争解決）を指す。2004年12月に「裁判外紛争解決手続きの利用の促進に関する法律（ADR 法）」が公布され、2007年４月から試行された。しばしば ADR は、相談や交渉も含む多義的な概念として使用される場合もあるが、山本・山田（2008）によると、ADR 法による定義では第三者の関わりが想定されており、その点で ADR は斡旋・調停・仲裁に限

より一定の解決策の提示が試みられている[6]。

例えば、先の司法制度改革の一環として施行された総合法律支援法に基づく法テラスの設置[7]は、資力の乏しい人々への法的支援の提供（民事法律扶助制度の充実）や、ゼロワン地域における弁護士の赴任など、これまで司法の空白地帯に位置づけられていた人々に対して一定の効果を

定されると捉えられている（山本和彦・山田文（2008）『ADR 仲裁法』日本評論社、７-10頁）。なお、ADR 概念が生まれた背景として早川（2004）は、「権威者の判断を仰ぐような権力的紛争システムそれ自体を嫌悪し、紛争に直面した当事者同士が自分たちの手により解決方法を発見するために非権力的な紛争システムを希求した」として、1960年代のアメリカ社会における反体制運動の発生が背景にあったと分析している。（早川吉尚（2004）「紛争解決システムの権力性と ADR における手続きの柔軟化」早川吉尚・山田文・濱野亮編『ADR の基本的視座』信山社、３-20頁。）

[6] 日本弁護士連合会が2001年から開始しているひまわり基金事業については、当初、司法過疎地における法的ニーズの存在自体への疑問視や経済的に成立し得ないのではないかという不安視があったとされるが、2013年１月現在全国に112カ所の設置がなされ（うち41事務所が任期終了後に定着、２事務所が廃止。2013年１月時点で稼働している事務所は69事務所）、一定の収益を挙げていることが報告されている（田岡直博（2008）「司法過疎地解消に向けた弁護士会の取り組み」月報司法書士2008年４月号、10頁）。なお、司法過疎地における「法的ニーズ」について阿部（2007）は、ひまわり基金法律事務所が開設される以前から充たされることなく存在していた法的ニーズ（阿部はこれを「ニーズ先行仮説」と呼んでいる）と、司法過疎対策により新たに創出された法的ニーズ（「ニーズ創出仮説」）の二通りに分類できると分析しており、司法過疎における法的ニーズと言う場合には暗黙のうちにニーズ先行仮説が存在していたのではないかと指摘した上で、法律事務所の開設が地域住民の意識にどのような変化をもたらしたのか、すなわちニーズ創出仮説の実態について、定量的データを手がかりに検討している（阿部昌樹（2007）「司法過疎がもたらすもの」大阪市立大学法学雑誌54巻１号、４-５頁）。関連して、樫村志郎（2007）「『司法過疎』とはなにか」林信夫･佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系』創文社、417-462頁）。

[7] 日本司法支援センター（法テラス）は、総合法律支援法に基づき2006年４月10日に設立され、同年10月２日に業務を開始した。総合法律支援法の立法過程については、古口章（2005）『司法制度改革概説５・総合法律支援法／法曹養成関連法』商事法務、３-111頁）に詳しい。

挙げている[8]。同様に、構造的要因に根拠づけられる法システムへのアクセス阻害を除去するための取り組みとしては、法関連機関のホームページ等の充実による法的情報の提供や、紛争解決相談窓口の増設、それらに関わる人的資源の増員、メディアの活用など、様々な手段を用いて法的情報の提供を充実させるための施策が取られている[9]。また、法律相談に持ち込まれる案件には福祉的問題、教育的問題など、いくつもの問題が複雑に絡み合って存在している場合が多いことに着目し、こうした複雑に絡み合った問題について複数の窓口を経ずに１カ所に赴くことで解決方法を模索し得る「場」を提供し、同時に当事者の負担感を軽減させることにより、法システムへのアクセスを物理的にも心理的にも促進しようと試みる取り組みとして、ワンストップサービス[10]が挙げられる。

---

[8] 司法制度改革論議と法律扶助の役割について、竹下守夫（2002）「法律扶助の目的と政策―司法制度改革と法律扶助の役割―」財団法人法律扶助協会編『日本の法律扶助―五十年の歴史と課題―』精興社、171-190頁。

[9] 法的情報の提供方法について、法テラスコールセンターの機能やwebサイトでの情報提供、また図書館における法的情報提供の可能性について論じた上で、情報提供者は援助を必要とする人々がもつ心理的障壁を考慮に入れた対応が求められると指摘したものに、大澤恒夫（2007）「司法情報の提供方法―多様な可能性―」財団法人法律扶助協会編『市民と司法―総合法律支援の意義と課題―』エディックス、179-192頁。また、諸外国におけるリーガル・サービスとITとの関連性について紹介したものに、指宿信（2006）「リーガル・サービスとIT：その活用と展開をめぐって―諸外国での取り組みを参考にして―」リーガル・エイド研究第12号、83-98頁。

[10] 複数の窓口や機関に行かなくても手続きや相談が可能になる概念を指す。本稿では特に紛争処理過程における多職種連携によるワンストップサービスを念頭においているが、例えば厚生労働省が行っているワンストップサービスデイでは社会福祉協議会や自治体、弁護士会等が連携することにより失業者に必要である様々な側面における支援（多重債務、生活保護、年金、求職等）が行われている。なお、行政手続きの簡素化を進める政府の方針により、国交省では新車の登録や車検など従来は複数の役所に行く必要のあった手続きを自宅からインターネットで行えるサービスを自動車保有関係手続きのワンストップサービスシステムと呼び運用を始めている。いずれの取り組みも、手続きの煩雑さを軽減し利用者の負担を軽減することによりアクセス可能性を拡げようとする意図がある。

このように、一連の構造的側面に依拠した改善策の提示、すなわち「法関連機関の新設や機能の充実」、「法的情報の提供」、「アクセスポイントの拡充」などの取り組みは、市民が容易に法的情報へアクセスできることを、少なくとも制度上は保障していると言えよう。紛争処理の第一歩として、法関連機関へのアクセスビリティを従来よりも容易に確保できる状態を構造的に保障することは、総合法律支援法第二条で掲げられている「民事、刑事を問わず、あまねく全国において、法による紛争の解決に必要な情報やサービスの提供が受けられる社会を実現すること」という基本理念にも合致している。

（2）本稿の着眼点

しかしながら、本稿でとりわけ注目したいのは、上記一連の施策にコミットできない人々、あるいはコミットしない人々の存在である。上記で挙げた構造的側面に依拠した一連の司法アクセス拡充のための施策の充実は、非常に有意義である一方、その「場」へ接近できない人々に対しては、支援を届ける術を持っていないというジレンマを抱えている。これは、システム自体が内包してしまう構造的ジレンマであると言えよう。すなわち、構造的側面に依拠した支援施策の有効性を実質的に高めるためにも、システムへコミットしようと思える状態の涵養に着目した方策の模索が喫緊に必要とされている。この問題は、社会的排除状態にある人々が権利としての社会保障を受ける際にも必要とされる要素であると同時に、一部の限定された状態にある人々だけに適応される問題ではなく、広く一般に汎用性を持つ問題群であると捉える事ができよう[11]。

[11] 法律専門家と非専門家における思考の差異について、木下（2006）は、2005年に行われた民事紛争全国調査の結果を基に、「法律の非専門家である一般の人にとって、裁判制度は、正義を司る専門機関ではある」と認識しつつも、「強い心理的抵抗を持っており、できれば裁判を回避したいと思っているようだ」（木下麻奈子（2006）「法制度と一般人の接点―法律の専門家と非専門家の思考の差異―」リーガル・エイド第12号、67頁）と分析した上で、「裁判の潜在的ユーザーが持つ心理的距離」に着目し、「人びとと法や法制度との間にある心理的な距離を縮める」ことが重要であると指摘している（同掲木下（2006）、77-78頁）。この指摘からは、裁判に対する忌避意識が、社会的排除状態にある人に限定し

システムがその性質上内包してしまう排除性の問題を直視し、システムへコミットしてもよいと思える基盤を実証的に探究することが求められている。

（3）法システム活用に伴う「見えない壁」の存在

上記に挙げた一連の司法制度改革に伴う施策、すなわち法関連機関の充実や法的情報の提供、またアクセスポイントの増設などの取り組みは、構造的側面に由来するアクセス阻害要因の除去には一定の効果をもたらしている。

一方で、システム自体に親和性を持てない人々、すなわちシステムが想定する範疇から疎外されている人々のもとには、上記に挙げたような一連の施策は届いていない。ある程度届いていたとしても、活用には結びついていない現状にある。仮に法的情報に接する機会があったり、何かしらのタイミングで表面上は法的情報に接したりしたとしても、「情報を知っていること」と、「実際に活用すること」の間には大きなギャップが存在している。重要なのは、法的ニーズがあるところに適切な支援が届いていないという構造的側面に依拠した対策と同時に、システムへのコミットメント基盤自体を失っている人々のリアリティを直視した観点からの対策を考えることである。

①知識と活用のギャップ

そもそも法的知識を「知っている」ということと、それを「活用する」ということの間にはどのようなギャップが存在しているのだろうか。議論の出発点として、ここでは2008年に行われた大規模調査のデータに着目する[12]。

法使用行動に関する総合的かつ実証的研究は、法社会学の分野におい

て存在している訳ではなく、広く一般に非専門家である人びとの間で存在していることがうかがえる。

[12] 日本司法支援センター（2008）『法律扶助のニーズ及び法テラス利用状況に関する調査報告書』。法律扶助へのニーズと利用状況に関する分析を目的にした調査。20歳以上の3000名を対象に個別面接聴取調査を行ったもの。調査時期は2008年９月～11月。有効回収数は1636名、有効回答率は54.5％。ほぼ同時期に、路上生活者への聴取調査も行われている。

て既に複数の重要な研究が蓄積されている[13]。それら多くの重要な先行研究は、法使用行動の規定因子として法意識を捉えており、法律専門職の存在と相談機関の認知が人々の訴訟行動を左右する要素として存在していると指摘している[14]。

2008年に行われた一般市民を対象にした全国規模の意識調査では、法律・福祉問題の経験状況、相談状況、対応状況等について聴取調査が行われ、20 ～ 29歳を若年層、30 ～ 49歳を中堅層、50 ～ 64歳を壮年層、65歳以上を高齢層という４区分を設定し、それぞれの層における法律問題発生頻度と法律専門家へのアクセス頻度など、多岐にわたる項目について比較・検討がなされている[15]。

そのうち、「弁護士・司法書士」へのアクセス頻度を問う項目では、若年層では法律問題を抱えた人のうち7.7％しか「弁護士・司法書士」に相談していない。相談先のほとんどは、「家族・親戚」「友人・知人・近所の人」であった[16]。これに対し、別の層における「弁護士・司法書士」へのアクセス率は、中堅層で24.8％、壮年層で37.3％、高齢層では33.3％と、いずれの層でも若年層の「弁護士・司法書士」アクセスより概ね３倍から５倍程度高い数値を示している。

また、「最も重要な法律問題の相談先」という項目で、どこの相談先にも相談しないという選択、すなわち「相談なし」を選択した割合は、若年層で34.6％であるのに対し、別の層で「相談なし」を選択した割合は、

[13] 例えば、太田勝造、ダニエル・H・フット、濱野亮編著（2009）『法社会学の新世代』有斐閣。樫村志郎、武士俣敦編（2010）『トラブル経験と相談行動』東京大学出版会、など。

[14] 相談機関の類型化が進みタコ壺化している傾向があるために、日本においては最初に非司法型の相談機関に相談した人がさらに司法型相談機関へと足を運ぶ可能性が少ないと指摘したものに、村山眞維（2009）「わが国における弁護士利用パターンの特徴―法化社会における紛争処理と民事司法：国際比較を交えて」法社会学第70号、有斐閣、27-28頁。

[15] 調査自体の詳細について、前掲日本司法支援センター報告書（2008）以外の論考としては、菅原郁夫（2011）「ニーズ調査の結果からみた民事法律扶助の現状と課題」ジュリスト1415号、27-32頁に詳しい。

[16] 前掲日本司法支援センター報告書（2008）37-38頁。

中堅層で18.8％、壮年層で29.3％、高齢層で36.5％であった。この項目結果からは、若年層と高齢層における「相談なし」の割合が多いことが読み取れる。若年層における「相談なし」の割合が高い理由の一つとして、年齢を重ねることによる人間関係の拡がりにおいて不利であること、すなわち職場における人間関係の構築や友人関係の拡がりの機会自体が中堅層に比べて少ないことが１つの要因として予想される。同時に、高齢層で再び「相談なし」の割合が増加していることからは、一度構築したはずの「相談先」の確保が、定年などによる雇用システムからの退出により喪失している可能性が示唆されている。つまり、若年層においては年齢の若さとそれに伴う人間関係の拡がりに限界がある点が「相談先」の確保とその拡大に不利条件として作用している一方で、高齢層においては中堅層・壮年層時代に築いた人間関係の喪失が「相談先」の喪失にも直結している様子を読み解くことができる。もちろん、回答を選んだ背景についてはさらなる追加調査が必要であり、当該データのみで一定の結論を示すことは拙速である。しかしながら、高齢に伴う１つの機能システム（雇用システム）からの退出が、その他の社会関係資本の喪失へと結びついている様子が推測され、また若年層においても、成長に伴いうまく各機能システムを活用できる状況にある場合には、職場等を通した人間関係の構築と拡大、そして「相談先」の確保が期待されるものの、人生の前半期においてすでにシステムからの排除状態にある場合には、そうした関係拡張に由来する社会関係資本の獲得は困難になる。したがって、疎外状況の有無にかかわらず、「相談なし」を選択した背景に潜む要因を検証し、「知っていること」と「活用すること」の乖離を軽減させる方策を考えることが今後の重大な課題として存在していると言えよう[17]。

[17] 例えば、「相談なし」という項目を選択する背景要因の探究をすること、すなわち法律専門職集団が持つ権威性の問題や、「相談先」自体の存在を把握していないという実態、そして相談先の存在は把握していても相談を躊躇したり拒否したりするというリアリティなど、背景要因として存在していると予測される問題点をいくつかのカテゴリーに分けて抽出し、「相談なし」を選択するメカニズムを検証することが、システムの存在と実際の活用との間に存在しているギャップを解明する上で有意義であると思われる。本稿では、そのための

②システムが内包する排除性

法的機関へのアクセスを拒絶したり、法的情報を提供している「場」（例えば役所や弁護士会などで定期的に開催されている無料法律相談や、図書館や公民館に設置されている法的情報提供コーナーなど）に参加しようと思わない、あるいは思えない状況に置かれている人々の存在は、法システムへのアクセス阻害要因が、構造的側面に限定して論じられることの限界点を示している。とりわけ、第五章で詳しく見るように、法の制度的側面を活用することに伴うスティグマや、公的なものに対する不信感、自己や社会に対する疎外感などは、法制度活用の逆機能として指摘できよう[18]。構造的あるいは制度的に設置された「場」に赴くためには、自らを客観視して自分の置かれている状況を把握する力、そしてその状況を他者に伝達することのできる力、助言や解決方法を実際に活用できる力など、法使用行動に必要とされる一連の「力」が要求される。そして、その第一歩に位置づけられる意欲、すなわち「場」に行ってみよう、制度を活用してみよう、相談してみようなどという、各々の段階において行動に移ることを可能にする意欲に代表される心理的作用こそが、システム作動の根本的な要素として存在している。

システム作動の基盤を構成している様々な意欲が欠如していたり、心理的要因により「場」への接近を拒否したりしている場合は、権利として主体的に法を活用する機会を失い、法システムの構造的枠組みからこぼれおちてしまう可能性が高い。さらに問題なのは、構造的側面を整備し数々の施策を立ててもなお制度メカニズムにコミットしてこない場合、その背景にいかなる要因があるとしても、あくまでもそこから生じ得る不利益は、「自らが選んだ事柄」として個人の責任の範疇として位

１つのステップとして、若年層が相談先の１つとして法律専門職を認識すること、すなわち社会資源の１つとして弁護士や司法書士等の法律専門職を位置づけて捉えることが一定の有意性を持つのではないかという論証を、第Ⅱ部及び第Ⅲ部において行う。

[18] 生活保護制度利用に伴うスティグマや法制度への参加を拒む心理的要因に着目し、社会的包摂と法の教育との関連について述べたものとして、橋場典子（2011）「社会的包摂と法教育」法社会学第75号『法の教育』有斐閣、105-119頁。

置づけられ扱われている実態が存在していることである[19]。ここに、システム自体が本質的に内包してしまう「排除性のジレンマ」が存在している。

③アクセス拒絶の背景

システムへのアクセス拒絶を、表出した現象としてのみ捉えることは、その背景に存在している構造的排除状態に起因するコミットメント基盤の喪失という事実を見逃す危険性を内包している。社会的排除状態への無関心と、自己責任論が相互関連した結果として、システムへの接近を左右する「意欲の低下」が生みだされているとするならば、構造的排除状態は次第に内面化され、自己疎外をうみ、さらなる「意欲の低下」が引き起こされるという、負のスパイラルに陥る可能性を示唆している。システムへアクセスし、活用し、解決を模索しようとする際に、最初の一歩として必要不可欠である「意欲」を失うことは、日常生活のありとあらゆる面で自己疎外を加速させ、自己肯定感を低下させることにつながる。自己肯定感の低下は、周囲の自己責任論とも相まって、さらに自尊感情を奪い、自分の存在意義という根本の自己信頼すら不安定なものとする。

もちろん、システムに包摂さえされていれば、すなわち包摂メカニズムの内部にいれば全てがうまくいくわけでは当然ない。しかしながら、少なくともシステムに包摂され、あるいはシステムへのアクセスを可能にする道筋が、実行可能なものとして当事者の選択肢の１つに位置づけられているとき、システムからの排除が引き起こす決定的な破壊力を伴った負のスパイラルから当事者を引き上げることが可能になる。社会的排除状態が顕在化している今日においては、フィクションとしての法存在ではなく、リアリティを反映したシステム構築を考え実行する必要に迫られていると言えよう。

では、どのような環境にあるときに、人は法システムをはじめとする各機能システムにコミットしてもよいと考えるのだろうか。まず、社会システムに参加するための前提条件として、参加するための社会的基盤

[19] 日本社会における自己責任論の蔓延を指摘したものとして、山田昌弘（2007）『希望格差社会―「負け組」の絶望感が日本を引き裂く―』筑摩書房。

が必要になってくる。その社会的基盤は、最初に社会への参加を許可されるときに形成され、その後、社会的基盤は個人の帰属への評価対象としてその性質を変化させていく。つまり、たいていの場合、生まれた時に届け出がなされることで構造的には国家や公共団体のメンバーと認められ、教育や医療、福祉などの公共サービスの提供を受ける権利が享受される。最初の一歩である社会的な基盤の確保は、一義的には共通した均等な参加が認められる仕組みとなっている。

しかしながら、実際のところ、その社会的基盤や、社会的基盤に伴う帰属は、「共通」でも「均等」でもない[20]。正確に言えば、社会的基盤の形成は自動的に均等になされるものではなく、その内実は、帰属するカテゴリーの性質に左右される要素が大きく、しかしながら表面的には自動的に均等に社会的基盤が構造的に構築されているとみなされている[21]。

例えば帰属する国や地域、また職種やジェンダー、さらに学歴や家柄、会社の規模・業績など、あらゆる側面によりランキングされ、個人の帰属は他者により評価される基準となっている。帰属のランキングにより、「自立した立派な市民である」と自他ともに認められると、社会への参加に対して内部（自己認識）からも、外部（他者からの承認、社会的居場所）からも承認が得られ、同時に個人と、個人が帰属する背景に対しても外部及び内部の両面からの「信頼」が生じる[22]。外部及び内部により支えられた信頼は自身の捉え方へと内面化していき、自己への肯定的認

[20] 日本社会に内在する格差構造について明解に論じたものに、佐藤俊樹（2000）『不平等社会日本』中央公論新社。

[21] 青年期と成人期の間にあるポスト青年期という新しいライフステージが、実際のところ不安定な若者たちを量産していると指摘したものに、宮本みち子（2002）『若者が≪社会的弱者≫に転落する』洋泉社。また、貧困の把握においては以前から女性の貧困問題が存在していたにもかかわらず、ワーキング・プア問題が勤労世代の男性にも拡がるようになったときに初めて社会問題として把握されるようになったと指摘し、貧困と社会的排除の事象をジェンダーのコンテクストから焦点を当て論じたものに、阿部彩（2011）「貧困の社会的排除―ジェンダーの視点からみた実態―」大沢真理編『承認と包摂へ―労働と生活の保障：ジェンダー社会科学の可能性 第２巻』岩波書店、113-142頁。

[22] 「信頼」を巡る諸議論については、本稿第Ⅱ部・第五章で詳しく述べる。

識へと結びつく。自分の中に確固たる心理的基盤、すなわち自己肯定感を涵養できると、その基盤をもとにして、積極的に社会へ関わろうと思える意欲の形成が容易になる[23]。すなわち、積極的に社会に関わろうという思考回路が違和感なく習慣化され、自己に対する肯定的感覚も芽生え、他者とのコミュニケーションを円滑に遂行する道筋が形成される。コミュニケーションの成功体験を多く積むことは、その後の人生のスムーズな展開可能性が高まることを意味している。

一方、社会への参加に対して、内部（自己認識）及び外部（他者からの承認、社会的居場所）からの信頼が低い場合、つまり、「自立した立派な市民」だと自他ともに認められにくいとき、帰属の評価についても低いランキングがなされている場合がほとんどである[24]。そうした場合、社会の一員としての心理的基盤は一気に脆くなる。

具体的に言えば、ホームレスや失業者など、そもそも評価の指標となり得る帰属自体がほとんど欠如している状態にある人々に対してしばしば向けられる視線は、自己肯定感を著しく傷つけ、住居や職業など、彼ら自身の帰属の証明になり得る場面への接近を、間接的に妨げる結果を

[23] 被虐待経験や非行経験のある子どもたちが自立援助ホームにおける他者との関わり合いにより自己存在の再定位を行う様子を詳細に観察したものとして、遠藤野ゆり（2009）『虐待された子どもの自立―現象学からみた思春期の意識―』東京大学出版会。とりわけ、過去の過酷な経験から話の中心をずらそうとする子どもたちの様子を、サルトルがいうところの自己欺瞞に引き付け考察し、自立援助ホームの夫婦職員が作り出す家庭的な雰囲気と、子どもを問い詰めずに逃げ場を作った上で対応するという一連の配慮が子どもたちの心理的負担を軽減させ、被虐待経験からの脱却を促している様子の描写（遠藤2009:53-184）は、身近な他者との信頼の醸成が、過去、現在、未来という時間軸で自己を再定位し、自己存在を肯定的に捉える事により社会参加基盤の構築がなされているというリアリティの存在を提示している。

[24] 外部及び内部からの信頼が低い場合、仲間同士における相互監視とインフォーマルな空間における文化を何よりも重視するという態度が形成される。学校文化への同化を激しく拒絶し、各機能システムに対する不信感を前面に表しながら学校権力への反抗を綿密なエスノグラフィーによって描き出した社会学の代表的な著作に、Paul Wills（1997=1985）『ハマータウンの野郎ども』熊沢誠・山田潤訳、筑摩書房。

生み出している。

つまり、社会への参加のキップは、一見生まれた時に皆に平等に与えられていると想定されているが、実はそうではない。例えば無戸籍児の存在はまさに人生の第一歩における社会的基盤の欠如を如実に表している。そこまでいかなくとも、つまり出生届が無事に提出され社会の構成員と認識された場合においても、養育者の経済的資本や文化的資本という基盤の内実の差異が、子どもの学歴形成・職業選択に有意な差となって出現している。

問題なのは、そうした表出しにくい隠蔽された不平等状態が、その後の人生においても継続してしまい、自己からの承認も他者や社会からの承認も得られない状態を固定化し、結果としてシステムに参加するための意欲すら奪いかねない、という現実が存在していることである。そして、システム自体が性質上内包してしまうジレンマへの無自覚性が、その不平等状態を助長しているというリアリティである。より具体的に言えば、人々が行う「選択」は、実際には各人の帰属する階層やジェンダーなどによる構造的な制約を多分に反映しているにも関わらず、その「選択」はあくまでも個人的に構成されたものとして捉えられているという実態である。均等に与えられているはずの社会への参加の機会は、実際のところ「均等」ではなく、個人が「選択」できる幅には大きな開きが存在している。ところがシステムは、システムに参加できない状態を顧慮する術を持っていない。まさにそこに、システムがその特性として持つメリットとデメリットの相克状態が生じているのである。

第二節　本稿の目的・構成

こうした現実を鑑みたとき、法システムやその他の機能システムの活用は、それらにコミットしようと思うか、思わないかという、心理的要因に大きく影響されており、システム自体がその性質上内包してしまうジレンマ、つまりシステム自体が持つ排除性の存在とアクセス拒絶の背景要因への無自覚性が、法システムやその他の機能システムの活用を阻害するもう一つの側面として存在していると捉えることができる。とりわけ社会的排除状態にいる人々にとって、法システムの存在と実際の活用との間には、複数の多層的な疎外状況が「見えない壁」として存在し

ている。

こうしたリアリティに直面したとき、システム存在と活用との断絶を克服し、社会に参加してもよいと思えるコミットメント基盤を確立するためにはどのような要素が必要とされるであろうか。

本稿では、近年注目を集めている格差問題や社会関係の希薄化、また若者や生活困窮者の自立支援などを素材に、まず、システムと個人との間に存在する乖離状態について構造的側面と心理的側面の両面から分析し、システム作動要因を探究する。つぎに、システム存在と活用との断絶を克服し得るものとして、つまりシステムがその性質上保持してしまうジレンマを克服し得る可能性を持つものとして、個別的な人間関係に依拠した信頼関係、すなわち属人性（パーソナリティ）がシステム活用への道標として有意義な働きをするのではないかという仮説に立ち、事例の実証的分析を基に検討を行う。

本稿は、三部構成を取っている。第Ⅰ部（第一章～第二章）においては、現代日本社会及び諸外国における社会的排除・疎外の実態について概観していく。具体的には、第一章において日本社会の構造転換に着目し、近年顕在化している関係的側面及び多次元的側面における社会的排除状態のリアリティを敷衍する。第二章においては諸外国における社会的排除／社会的包摂論を巡る諸議論を敷衍するとともに、どのようなアプローチが排除状態からの脱却に有効性を発揮するのかを検討する。（本号掲載分は第Ⅰ部。）

第Ⅱ部（第三章～第四章）においては、システムに内在する排除性に着目し、法教育実践が内包する課題について検討する。具体的には、第三章において社会参加型の実践を理念におく法教育実践の分析を通して、社会的包摂と法との関連性について考察する。第四章においては、法システム及び教育システムが内包するジレンマに着目する。一連の考察を通して「社会参加型の教育」を理念に据える法教育実践を学校教育システム内で実践することの限界点と、「法」を教育すること自体が持つ困難性及び展望を指摘する。

第Ⅲ部（第五章～第七章）においては、システム・信頼・属人性（パーソナリティ）に着目し、システムが実際に作動する際に属人的な関わり

合いがどのような効果を発揮しているのかについて、事例を取り上げ実証的に検討していく。具体的には、第五章において「信頼」を巡る諸議論を敷衍した上で、法システムや教育システムなどの分化した複数の機能システムへコミットするために必要不可欠な要素として存在しているのは、システム自体への「信頼」の確保であり、システム自体への「信頼」は属人的な（パーソナルな）信頼に由来して発生するのではないかという仮説をたて、先行研究の整理と理論的検討を行う。第六章においては、第五章で行った理論的検討を踏まえた上で、筆者が行ったフィールドワークで得られた知見の分析を行う。同時に、専門職の連携について、特に司法、福祉、教育、医療との間で行われている先駆的事例についても着目し、現代日本社会に必要とされる具体的方策について考察を深めていく。第七章においては、現代社会において法がいかに応答可能であるかについて、とりわけ求められる弁護士像の変化や社会資源としての法システム活用の可能性に着目して分析する。

第Ⅰ部～第Ⅲ部までの一連の考察を経たうえで、終章では、本稿全体のまとめを行う。すなわち、法システムをはじめとする複数の機能システムが作動するときどのような要因が背景に存在しているのか、システム存在と実際の活用との間にギャップがあるとすればどのような解決方法が考えられるのか、システム作動要因について実証的に探究した上で一定の結論を提示し、結論が持つ現代社会へのインパクトについても考察を行う。

第Ⅰ部　現代社会における排除

第一章　現代日本社会のリアリティ

はじめに

法は、その前提として全国民を対象としている。より正確に言えば、全国民を対象とすることを予定して制定されている。例えば、憲法には一人ひとりの個人に対等な権利を保障することが明記されているし、憲法に基づき制定されている諸制度、具体的には国民皆保険制度の存在や義務教育制度の存在は、全国民が等しく一定程度の社会保障あるいは教

育水準を享受できることを、制度上は意味している。

しかしながら、このような「法が想定する前提」と、現代社会のリアリティとの間には大きな乖離が存在している[25]。例えば、経済格差と医療格差との直結を防ごうとする国民皆保険制度の当初の理念は、非正規雇用の拡大や経済的困窮に由来する無保険者の存在が顕在化することにより、すでに理念と現実の乖離を発生させている[26]。同様に、全ての国民に開かれていることが予定されている司法制度へのアクセスは、実際のところ、各人が所属する階層や周囲にある社会関係資本（social capital）[27]の多寡によって大きく左右されている。

---

[25] 高等教育機会の獲得における階層間の差異について、岩本健良（2000）「新しい市民社会の高等教育」高坂健次編『日本の階層システム６―階層社会から新しい市民社会へ―』東京大学出版会、73-93頁。高学歴化と階層帰属意識との関連について考察したものとして、数土直紀（2011）「高学歴化と階層帰属意識の変容」齋藤友里子・三隅一人編『流動化のなかの社会意識―現代の階層社会３―』東京大学出版会、17-30頁。

[26] 日本の社会保険の空洞化について、雇用システムの構造転換にうまく適応できていないために地域保険のみならず職域保険までもが空洞化していると指摘しているものに、大沢真理（2004）「綻びる日本型セーフティネット」川口清史・大沢真理編『市民がつくるくらしのセーフティネット―信頼と安心のコミュニティをめざして』日本評論社、11-34頁。また、大沢真理（2007）『現代日本の生活保障システム―座標とゆくえ―』岩波書店。雇用者全体に占める非正規雇用労働者の割合は、2013年度時点で36.7％を記録している。とくに15歳～24歳の若年層においては、平成5年時点では全体の11.5％が非正規雇用労働であったのに対し、10年後の平成15年時点においては全体の32.1％を記録し、大幅にその割合が上昇している（総務省労働力調査）。非正規雇用の場合、雇用の不安定さに加え、職場におけるキャリア形成（OJT 等）を獲得する機会においても不利状況が構造的に蓄積されやすい立場に置かれている。

[27] 社会関係資本（social capital）について本稿では、ロバート・D・パットナム（2001）『哲学する民主主義―伝統と改革の市民的構造―』河田潤一訳、NTT 出版、206頁の定義、すなわち「調整された諸活動を活発にすることによって社会の効率性を改善することのできる、信頼、規範、ネットワークといった社会組織の特徴」であるとする捉え方を指している。パットナムによると、社会関係資本とはコミュニティの成員に対して社会的な役割やアイデンティティ、帰属の場所を提供するものであるとされている。

このような実態、すなわち、「法」が捉えきれてこなかった人々の存在や、個人が持っている社会関係資本の多寡が制度自体の活用・不活用を左右しているというリアリティの存在は、法存在とその機能との間に大きなギャップが生じていることを明らかにしている。

では、そのようなギャップは具体的にどのような背景のもとに存在しているのだろうか。そして、そのギャップを可能な限り克服し、システム存在を机上の空論ではなく、有効に機能させるためにはどのような要素が重要なキーワードとして抽出できるのだろうか。本章ではまず、今日の日本で顕在化している社会的排除状態について焦点を当て、それが具体的にどのような状態を指し、どのような背景のもとに発生しているのかについて概観していく。

第一節　社会的排除状態

今日、日本においても、「社会的排除」ないし「社会的包摂」という言葉を様々な場面で見聞きする。2000年代半ばに現代社会の様相を鮮やかに表している言葉として、「無縁社会」や「格差社会」という言葉がマスコミを発信源として世間の注目を集めるに至ったことは記憶に新しい。

2010年のOECD調査によると、日本のジニ係数[28]は0.32であり、OECD諸国の平均値である0.31を上回っている。また、相対的貧困率[29]は、

[28] 社会における所得分配の不平等さを測る指標。ローレンツ曲線（1905年にアメリカの経済学者マックス・ローレンスが発表したもの。日本の国勢調査でも都道府県別のローレンツ曲線が使われている。事象の集中度合いを示す曲線。）を基に、1936年イタリアの統計学者のコラッド・ジニにより考案された。係数の範囲は0から1までで、0に近いほど格差が少なく、1に近いほど格差が大きい状態であることを指す。一般的に、0.4を超えると社会不安定感が増すと言われている。日本の厚労省が実施している所得再分配調査は、このジニ係数を使って所得分配の不平等度を計測して統計を出している。

[29] 相対的貧困（relative poverty）は、等価可処分所得が全国民の等価可処分所得の中央値（貧困線）の半分に満たない人々の割合を指す。反義語として、衣食住など生命維持に不可欠な最低限の基準を満たしていない状況を指す絶対的貧困（absolute poverty）があるが、各国における社会文脈を無視している点や貧困を引き起こす社会構造に対する視点が欠如しているという批判も存在している。

2011年時点で16％を記録した。これは統計を取り始めた1958年以降で最悪の数値であるとともに、世界各国と比較しても、メキシコの18.4％、トルコの17.4％、アメリカの17.1％に次ぐ四番目の高さである。一方、北欧諸国は総じて低い割合を示し、特にスウェーデンとデンマークは5.3％と最も低い数値を記録している。もちろん、統計の方法や割合だけを見て、すなわち歴史的文化的背景を軽視して、拙速に結論づけることは避けなければならないが、少なくとも現代日本社会は、国内の実感からみても海外比較の数値をみても、不平等感が蓄積され格差が増大しやすい状態、あるいはそのような状態が顕在化している状態である、と捉える事ができる。

では、相対的貧困率が上昇し格差社会が進行している現代の日本社会が直面している社会的排除状態とは具体的にどのような場面で生じ易く、またどのような経過をたどって発生しているのだろうか。

（1）多次元的関係資本からの排除

近年、日本では市場経済の流動化や雇用環境を取り巻く情勢の変化に伴い、社会的排除（social exclusion）の状況にある人々の存在が顕在化し、格差社会や無縁社会という言葉が注目を集めている[30]。そして、現状を打開する概念の１つとして、しばしば政策の議題上[31]において「社会的包摂（social inclusion）」という概念が登場している[32]。

例えば、社会的排除が示すところについて、日本における貧困問題研

[30] 現代日本における階層社会についての全国調査及び関連する研究としては、2005年社会階層と社会移動全国調査（SSM 調査）に基づく一連の研究蓄積（『現代の階層社会（1 ～ 3巻）』東京大学出版会）がある。

[31] 2011年、内閣府に社会的包摂推進室が設置された。

[32] 包摂（inclusion）概念の代表的な批判として、社会的統合を目指すいわゆるノーマライゼーションからの批判が存在する。こうした批判に関連して、社会的排除（social exclusion）の反義語として社会的包摂（social inclusion）を挙げるのではなく、参加型シティズンシップから検討する必要性があると指摘するものもある（R. Lister（2004＝2011）『貧困とは何か―概念・言説・ポリティクス―』松本伊智朗監訳、立木勝訳、明石書店、121頁。岡野八代（2009）『シティズンシップの政治学』白澤社、245-254頁）。

究の第一人者である岩田正美は、「主要な社会関係から特定の人々を閉め出す構造から、現代の社会問題を説明し、これを阻止して「社会的包摂」を実現しようとする政策の新しい言葉が、「社会的排除」（social exclusion）である」[33]と述べ、社会のあらゆる段階における諸活動への参加が阻害され、様々な側面における社会関係から断ち切られている状況が社会的排除状態であると捉えている。そして、貧困と社会的排除との違いについて岩田は、貧困が一定の生活水準を保つための資源（モノやサービス）の不足をコアな概念として表すのに対し、社会的排除は社会における「人と人との関係や位置づけ」に関する欠如を指すと指摘している[34]。

また、年越し派遣村の村長や内閣府参与も務めた湯浅誠は、社会と関わる機会そのものが欠落し、孤立している状況にある人々の存在と、そこに至る経緯に着目し、貧困状態にあるということが、「「金銭の溜め」「人間関係の溜め」「精神的な溜め」が総合的に失われ、奪われている状態」であると分析し、そうした状態に陥る背景には、教育過程や企業福祉、家族福祉、公的福祉、そして自分自身からの「排除」が根源的に存在していると指摘している[35]。

これら先行研究からは、「社会的排除（social exclusion）状況にある」ということが、物質的・経済的な資源の喪失という一元的な欠乏のみを指すものではなく、一元的資源の不足をきっかけに社会システムからの脱落を引き起こし、それが人間関係の希薄化や固定化を招き、最終的には自己

[33] 岩田正美（2008）『社会的排除―参加の欠如・不確かな帰属―』有斐閣、12頁。
[34] 前掲岩田（2008）、22-23頁。なお、社会的排除状態について阿部彩は、「金銭的な欠如状態だけではなく、社会の中で、「居場所」がなく、「役割」がなく、他者との「つながり」がない状況」であると捉えている（阿部彩（2011）『弱者の居場所がない社会―貧困・格差と社会的包摂―』講談社現代新書、124頁）。格差の大きい社会は誰にとっても居心地の悪い社会であるという阿部の指摘（阿部2011:124-159）は、格差社会のありようが人々の信頼性を低下させ、自己肯定感の欠如をも招きかねないと捉える本稿の問題意識と通底している。
[35] 湯浅誠（2008）『反貧困』岩波書店、80頁。なお、「包摂」「排除」という概念自体が多義性を持つ。これら社会的排除／包摂概念の歴史的背景および推移に関しては、本稿第二章において詳述する。

疎外へとつながっていくという一連の状況を指していることが分かる。

このように、現時点において社会的排除状態にあり、その負のスパイラルから脱却することが困難なメカニズムを、仮に「疎外メカニズム」と捉えるならば、それはどのような場面で、どのような経緯を経て発生するのだろうか。さらには、「疎外メカニズム」においては、具体的にどのような関係的側面からの疎外状態が起こっているのだろうか。

（2）具体的場面における疎外の背景

以下では、①ホームレス化の背景における複合的排除状態のリアリティ、②超高齢社会における疎外状況、③社会構造の変容に基づく人間関係の喪失、の３つの場面に着目し、関係的側面及び多次元的側面における排除状態の実態を概観する。

①ホームレス化の背景における複合的排除状態のリアリティ

あらゆる側面における排除状態が最も表出した形態の１つが、ホームレス状態にある人々であろう。ホームレス状態を、まさしく「ホームがない状態」というカテゴリーで捉えると、公園や路上などの野外で寝泊りをするといういわゆる従来型のホームレスだけではなく、ネットカフェ難民や24時間営業のファーストフード店などの屋内施設を利用して夜が明けるまで過ごす人々もその範疇に含まれる。

労働市場への参加を社会構造の基軸としてまわっている日本社会においては、雇用からの排除は、それに付随するあらゆる社会保障制度からの排除に直結している。もちろん全ての場合において、雇用からの排除が直ちに社会的排除状態を引き起こすわけではない。家族の支えに恵まれていたり経済的に裕福であったりする場合は例外である。しかしながら、構造的に引き起こされた排除状態の帰結は、まさしく一人ひとりの個人に付随した〈社会関係資本の有無〉によって左右されている。

社会的排除状態にある人々がどの程度存在しているかについて、各指標の排除分布を把握しようと試みた実態調査の１つに、国立社会保障・人口問題研究所が2006年に実施した「社会生活に関する実態調査」がある[36]。その調査報告によると、排除状態や剥奪状態には、一定の傾向が

[36] 国立社会保障・人口問題研究所（2007）「日本の社会保障制度における社会的

見られることが分かった。すなわち、排除や剥奪の状況に陥りやすい条件には、

・失業経験があること
・離婚経験があること
・学歴が相対的に低いこと（教育経験年数が少ない）

が挙げられている[37]。

加えて、調査対象者に15歳時点での生活実感について尋ねたところ、15歳時点の生活が苦しいという実感を持っていたと回答した人は、成人後の現時点の生活において排除指標に関連している割合が高くなっており、若年期の困窮状況が人生の中間期から後半期にも重大な影響を与えていることが明らかにされている[38]。これらの調査結果からは、失業経験や教育経験の低さ、そして少年時代からの困窮状態が「定点」の形成を作りにくくしており、それらの要因が複合的に関連して排除状態へ移行しやすい環境を発生させていると解釈することができよう。

社会的排除状態の実態を探る調査としては、調査時点ですでに排除状態に陥っている人（ホームレス等）に対する聴き取り調査が、研究者や

包摂（ソーシャル・インクルージョン）効果の研究報告書」。

[37] こうした調査が内包してしまう問題点として、調査に回答しているということは、対象者自身が調査に回答している時点で多かれ少なかれ何らかの形で調査を依頼された団体に関わりを持っていることが推察され、そのことは、帰属の不安定さや社会との関わりがない状態にある人々が調査結果に反映されないという、調査自体に潜むジレンマの構造を内包していることも同時に指摘できる。なおこの点については、先述した国立社会保障・人口問題研究所の調査の冒頭部分において回答対象者の選定を住民基本台帳に頼っていることを明記しており、調査による社会的排除状態の実態把握には一定の限界があることについても言及されている。

[38] 調査の詳細については、前掲国立社会保障･人口問題研究所（2007）の他に、菊池英明（2007）「排除されているのは誰か？―「社会生活に関する実態調査」からの検討―」季刊社会保障研究第43巻1号『特集：社会的排除と社会的包摂―理論と実証―』、4-14頁、及び阿部彩（2007）「日本における社会的排除の実態とその要因」季刊社会保障研究第43巻1号『特集：社会的排除と社会的包摂―理論と実証―』27-40頁に詳しい。

自治体、ジャーナリストらによって多く実施されている。

例えば、不安定就労と野宿との密接な関連について詳細なルポタージュを記した生田武志（2007）は、ホームレスの聴き取り調査から見いだした共通点として、彼ら彼女らが総じて「家族からの排除」「健康からの排除」「仕事からの排除」「住居からの排除」「金銭からの排除」という、複数の側面における排除を抱えていることを指摘し、その状態を「多重排除状態」と称して、彼ら彼女らのリアリティを描き出している[39]。

また、ホームレスの住所の剥奪について、とくに憲法が保障する権利との関係から論じたものとして、笹沼弘志（2008）がある。笹沼は、日本が伝統的に維持してきた「自立」概念について「二重の等式の支配」が存在していると指摘する[40]。すなわち、個人に対して自由の享受の条件として自己責任を要求する一方で（「自己決定」＝「自己責任」という等式）、諸事情により保護を必要とする者に対しては、保護と引き換えに自由を制約し保護者の恣意的支配への服従を強いている（「保護」＝「服従」という等式）という構造が存在していると分析している。

このような社会的排除状態のリアリティを踏まえた上で、岩田は、社会に「参加」する上での基盤となる「定点」の欠如を探るために、究極の排除状態としての路上ホームレスと、ネットカフェ難民に着目し分析を行っている[41]。特に、岩田が1999年に東京都内の路上生活者調査を基に行ったホームレス化の経過における職業と住宅における安定度変化の調査分析は、現時点においてホームレス状態にあることを局所的に捉えるのではなく、時間軸の中でホームレス化の経過を捉え、段階を経てホームレス化に至る経緯を綿密に分析している[42]。そこでは、一見社会的排除状態とは無縁であるように思われる人々、すなわち「職業安定・普通住宅・社会保険加入」というカテゴリーに位置づけられる人々が、失業や倒産、病気などを契機として、「路上」へと転がり落ちている経緯が示されている。岩田の分析からは、社会的排除の状態が、ある特定の層

[39] 生田武志（2007）『ルポ最底辺―不安定就労と野宿―』ちくま新書。
[40] 笹沼弘志（2008）『ホームレスと自立／排除』大月書店、29頁。
[41] 前掲岩田（2008）、58-79頁。
[42] 前掲岩田（2008）、64頁。

に固定化されて発生するものではなく、「失業」や「離婚経験」、「教育歴の短さ」、そして「早い段階での不利状況の発生および継続」が排除状態への引き金となって発生し、広く一般に誰にでも起こり得る問題群として存在しているというリアリティが指摘されている。

「失業」は仕事からの排除や金銭からの排除を引き起こし、家事労働を主として行っている専業主婦（主夫）にとって「離婚」は家族からの排除と同時に、住居からの排除や健康からの排除をも引き起こす場合がある。また「教育歴の短さ」は、とりわけ学校教育段階と職業への接続が密接な構造にある日本の教育制度を鑑みると、長期に安定した職場への足掛かりを得にくいデメリットとして機能している。

ホームレス化に代表される「疎外メカニズム」が発生する場面は、固定化された特殊な事例として出現するわけではなく、1つの側面における排除をきっかけとして、その他の側面における排除へと複合的に結びつき、結果としてあらゆる側面において疎外状況が助長されているリアリティが存在している。

②超高齢社会における疎外状況

社会的孤立の危機は、「雇用システム」と「住居」に定点をおく議論に限定されない。現代の日本社会で誰にでも必ず訪れる危機、それは超高齢社会の到来である。超高齢社会の到来の中では、これまで雇用システムにうまく参加し一見何の問題も抱えていないように自認している人々にとっても、社会的孤立状態が引き起こす社会的排除状態は近い将来必ず訪れる喫緊の課題として迫っている[43]。例えば、突然の解雇通告という雇用システムからの排除は、「住居」と「雇用」の両面を失うことにつながる。しかしながら、このようないわば直接的な剥奪状態を経験しなくても、社会関係資本の有無により社会的孤立を招き、結果として社会

[43] もちろん、長期剥奪状態から継続して高齢期に入る場合と、長期安定型雇用システムに手厚く生活保障をされていた段階から高齢期に入るのとでは前提となる社会資本が異なるため、当然老後の生活設計に大きな差が生じることも事実であるが、ここでは経済資本の多寡に左右される老後の安定ということに焦点を当てるのではなく、とりわけ個々人が持つ「人的資本」との関わり合いに左右される「心理的な」社会的孤立とそこから生じ得る社会的排除状態との関連性に焦点を当てる。

から疎外される場合も存在している。それが、超高齢社会の到来による社会的孤立の顕在化である。雇用システム以外における人間関係、例えば地域社会における人間関係や雇用システム以外の集団における人間関係などが乏しい場合、定年や解雇などによる雇用システムからの疎外は、段階を経て複合的側面における疎外状況へと繋がり得る。

言うまでもなく、現代の日本社会は超高齢社会である。内閣府調査によると、平成23（2011）年10月時点で、全人口１億2,780万人のうち65歳以上の高齢者人口は過去最高の2,975万人（前年の2010年時点では2,925万人）となり、総人口に占める65歳以上の割合である高齢化率は、23.3％（前年23.0％）を記録した。内訳をみると、65 ～ 74歳までの前期高齢者は1,540万人であり総人口に占める割合は11.8％を記録、75歳以上の後期高齢者は1,471万人、総人口に占める割合は11.5％を記録している[44]。2013年には、高齢化率は25.1％と、過去最高を記録した。

総務省「国勢調査」を基にした試算では、高齢者人口はいわゆる団塊の世代（1947年から1949年に生まれた人）が65歳以上となる2015年には3,395万人になると予想され、高齢者人口の伸びは2042年頃に減少に転じると見られているが、高齢化率自体はそれ以降も上昇すると予想されている。平均出生率も下がる一方であり、50歳時点で一度も結婚したことのない生涯未婚率は、2010年時点において、男性で20.1％、女性で10.6％に達している。また2030年度には、50代男性の４人に一人が単身世帯となると予想されている[45]。

超高齢社会の到来は、社会保障給付費にも大きな影響を与えている。国立社会保障・人口問題研究所が提示した平成21年度（2009年度）の社会保障給付費について見てみると、社会保障給付費と高齢者関係給付費は、統計の出発点である1970年から右肩上がりに上昇し、特に2009年には99兆8,507億円という過去最高水準を記録した。これは、社会保障給

[44] その他の項目について、19歳以下人口は総人口の13.1％、20 ～ 64歳人口は総人口の63.6％である。

[45] 内閣府（2012）「子ども・子育て白書」、高齢社会白書平成26年度版及び少子化社会対策白書平成26年度版より。もちろん、子どもをうむか否か、婚姻制度を活用するかしないかは個人の自由意思で決定する事柄である。

付費の対国民所得比でいうと29.4％であり、1970年の5.8％と比較してもその割合が大きい。また、2009年の社会保障給付費全体のうち高齢者関係給付金は68兆6,422億円であり、社会保障給付費に占める割合は68.7％にも上っている。

こうした状況を踏まえ、問題になってくるのは、人間関係を結ぶ「舞台」の喪失である。これまで雇用システムに付随していた人間関係の基盤、すなわち職場を基軸とした人間関係の構築とその維持は、雇用からの強制的排除（リストラなど）あるいは制度的退出（定年退職など）によって、人間関係を結ぶ舞台装置を喪失する。人間関係を結ぶ上で有効に作用していた舞台装置が無くなることは、それらに付随していた社会関係も同時に失う場合が多く、ほとんどの場合は現役時代よりも限定された人間関係の中で生活していくことになる。

もちろん、労働市場に依拠しない人間関係は存在するし、専業主婦（主夫）など、従前の雇用システムの場に人間関係形成の舞台を有しない場合においては、雇用システム以外の様々な日常生活の場面で人間関係を形成する舞台を独自に保持している。むしろ雇用システムに限定された場ではない関わり合いのほうが、地域社会との関わりや長期的な人間関係の構築・維持という面では、定年後の舞台の喪失という半強制的な退出がそれまで培ってきた人間関係を減少させるリスクが回避されるという点において、利点が多数存在する可能性もある。しかしながら、いずれにしても、人間関係を結ぶ1つの重要な舞台として雇用システムにおける場＝職場を位置づけていた場合、強制的（解雇等）にせよ制度的（定年等）にせよ、雇用システムからの排除ないし退出は、人間関係を結ぶ舞台の新たな設置を当事者に余儀なくさせ、新たな関係性を結べない人々は人的資本を徐々に喪失し、社会関係資本から疎外されやすい状況に陥る可能性に直面することになる[46]。

[46] 当然、リストラなどによる強制的な排除と、定年退職などによる制度的退出とでは、退職金の有無や生涯賃金の差、また退出／排除前の人間関係の様態などに大きな差異が存在し、その差異が「舞台装置を1つ喪失した」という同じ事象を前にして、当事者に異なる意味を付与する。

このように考えると、現時点において「疎外メカニズム」にはいないことと、将来においても「疎外メカニズム」にいないこととは別の問題であることが分かる。他者との関わり合いが社会的孤立を予防するという機能を持っていると考えるとき、超高齢社会の到来に伴う人間関係からの疎外の進行は、特定の層（現時点において排除状態にある）に限定されて当てはまる問題群ではなく、現代社会に生きる全ての人に直面している問題群であると言えよう。

③社会構造の変容に基づく人間関係の喪失

従来、雇用システムからのリタイア後の生活保障の場として、家庭内福祉が機能していたと指摘されている[47]。家庭内福祉が存在し、それがうまく機能する社会構造が維持されていたとき、雇用システムからの退出を迎えても、家族や地域社会に居場所を見いだすことが可能となり、本人が意識的に地域社会との関わり合いを取っていなくても、家族の構成員を通じて、間接的に社会にかかわるツールが複数確保されてきた。

しかしながら、予期せぬ解雇や不安定就労、また未婚率の上昇などの実態を見ていくと、これまでの日本社会があらゆる社会制度の基盤を構築する際の前提としてきた、「家族」を基礎におく社会構造自体が、もはや成立し得なくなってきている。男性稼ぎ主モデルによる安定継続雇用を維持するために家族が位置づけられ、育児や家事、介護などはそれらの主たる担い手である女性に一手に任され、家庭内労働と職場内労働の役割分担を前提に機能していた社会構造は、非正規雇用労働の増加や女性の社会進出により、現時点においてはすでにその根幹から崩壊していると言えよう。

では、実際に雇用システムからの退出を迎え、これまで人間関係の形成に不可欠であった雇用システムに依拠した舞台装置を失った人々は、雇用システムからの退出後、他者とどのようなコミュニケーションをとっているのであろうか。個々人が持つ社会関係資本は非常に多岐にわたるためその全体像を正確に概観することは不可能であるが、以下では

[47] 男性稼ぎ主モデルによる安定継続雇用を維持させるために、育児や家事、介護などは主として女性が担い手になることで機能してきたと捉える考え方。

高齢者が日常で会話する頻度を基軸に、他者との会話を中心としたコミュニケーションの実態を見ていく。具体的には、社会的孤立が懸念される高齢者の生活実態を調べるために2009年に内閣府が行った「高齢者の生活実態に関する調査」の中から、とくに日常生活において他者と行う会話の頻度のデータに着目し、日常生活に潜む社会的孤立の危機について分析していく[48]。

調査によると、60歳以上の一人暮らし世帯の男性が、日常生活において他者と行う会話の頻度は「2 ～ 3日に1回以下」の41.2％が最も高い割合であった。同じ項目を女性に問うた場合、その割合は32.4％であった。

当然、一人暮らしなので二人以上の同居人がいる場合と比較すると、会話の頻度の割合が低いであろうことは容易に想定されるが、問題なのは、一人暮らし「以外」の世帯においても、「2 ～ 3日に1回以下」に該当する人が7.9％も存在しているという点である。この数値は、近くに関わり合いを持とうと思えば持てる人が存在しているにもかかわらず、つまり表面的には孤立していないにもかかわらず、その内実は孤立している人が12 ～ 13人に1人程度存在していることを示している。

さらに「1週間に1回以下、ほとんど話をしない」という項目については、一人暮らし男性の11.8％、同じく一人暮らし女性の6.6％が該当している。この傾向は、年代を重ねるごとに強まっていく傾向にあり、「1週間に1回以下」の割合は、60代男性で1.4％であるのに対し、80代男性では4.3％となっている。（同じく女性60代で1.1％、80代で3.8％）。

これらのデータはほんの1つの指標に過ぎないが、性別に関わらず、年齢を重ねる毎に会話頻度が減少している実態が浮かび上がっている。

特に一人暮らしの高齢者においては、これまでは主に「家族」を中心に機能していた家庭内福祉による恩恵の享受は期待することができな

[48] 内閣府（2009）「高齢者の生活実態に関する調査」4頁。なお、調査対象は全国の60歳以上の男女5,000人、有効回答数（率）は3,398人（68.0％）。「会話の頻度」「困った時に頼れる人の有無」「社会活動への参加や交流等の状況（町内会、ボランティア、趣味・スポーツ、友人づきあい」の三項目を質問し回答してもらう形式。

い。社会構造の根本から揺らいでいる今日の日本社会においては、とりわけ独居の高齢者や母子家庭、父子家庭など、制度が主たる射程としている家族像に合致しない構成を成す世帯に対しての支援体制は十分に整備されておらず、民間による支援の網も十分には行きわたっていないのが現状である。

婚姻制度との関連で上記データを見てみると、例えば、婚姻状況別の会話頻度を訪ねた質問では、会話の頻度が「1週間に1回以下」である割合は、「配偶者あり」で「同居」している場合で0.8％、「配偶者あり」で「別居」している場合で9.8％、「独居（死別）」3.0％、「独居（離別）」7.8％、となっている。同じ質問を婚姻経験のない未婚の場合で尋ねたところ、「1週間に1回以下」しか他者と会話をしないと答えた割合は12.8％であった。

この結果を見る限り、婚姻経験の有無や、配偶者との死別や離別といった要因が、人間関係の端緒となる他者との会話の頻度に影響を及ぼしており、特に生涯未婚率の上昇[49]が注目される昨今においては、未婚の場合の会話頻度の低さは看過できないインパクトを持っていることを示している。

このように、他者との重要なコミュニケーションツールの１つである「会話」の頻度を読み解くことにより、世帯構成や婚姻歴の有無が他者との会話を契機とした人的資本の形成に一定程度影響を受けていることが分かる。とりわけ、高齢世帯の会話頻度のデータからは、誰の身にも人的資本の形成機会の顕著な減少が迫りくることが示唆されている。

本節におけるこれまでの考察から、社会的排除状態が誰の身にも起こり得る、いわば身近な問題群として発生していることが明らかになった。とくに社会的孤立の危機は、上記で見たような雇用システムからの退出を迎えた高齢者だけに限定された問題ではない。重要なのは、そうした１つの制度メカニズムからの排除が、その他の社会システムからの排除を誘発し、個人的基盤の形成、とりわけ社会関係資本の形成およびその

[49] 生涯未婚率は、1980年時点において男性は2.6％、女性は4.5％だったのに対し、2010年時点において男性は20.1％、女性は10.6％に増加している。

維持に致命的な打撃を与えているということである。

こうした状況が生まれる1つの背景要因として、日本社会の構造転換により引き起こされた歪みの発生が挙げられる。したがって次節では、日本社会の構造転換に焦点を当て、日本型生活保障の崩壊を概観するとともに、打開策の模索について考察を行う。

第二節　日本社会の構造転換

近年、日本では若年層や中高年層の長期失業や非正規雇用の増加など、雇用の不安定さに伴う社会構造の変化がクローズアップされている。同時に、地縁や人の縁といった社会的紐帯の弱体化が指摘され、個人化が進行することに伴い、社会集団の周縁化が指摘されている。

U. ベック（U. Beck）は、その著書の中で、「個人化」の進行は社会関係資本の衰退を進行させ、従来の近隣コミュニティや親族らによる相互扶助関係は、個人化が進行した社会においては福祉国家による社会保障や企業の福利厚生へと代用されている様子を指摘している[50]。ベックの指摘は、非正規雇用や失業に伴う企業の福利厚生からの排除が、「個人化」が進み国家からの社会保障が十分に望めない社会においては、一気に頼るところのない状態へと直結することを意味しており、多次元に及ぶ社会的な剥奪にまさに「個人」単位でさらされることを意味している[51]。

では、構造転換期に直面している現代日本社会は、今後どのような方向に舵をとればよいのだろうか。それを探究するために、以下ではまず、

---

[50] ウルリヒ・ベック（1986＝1998）『危険社会―新しい近代への道―』東廉／伊藤美登里訳、法政大学出版会、165-167頁。

[51] ベックは、「個人化」について、三つの要因と二つの次元に分類できると指摘している（前掲 U. ベック（1986＝1998）253-255頁）。すなわち、三つの要因とは「解放の次元（解放）」、「呪術からの解放の次元（安定性の喪失）」、「統制ないし再統合の次元（統制の種類）」であり、二つの次元とは、客観的な「生活情況」と主観的な「意識（アイデンティティ、人格化）」とである。ベックはこれら3×2からなる分類を図示した上で、しばしば「個人化」が単一的な理解、すなわち「〈個別化〉イコール〈人格化〉イコール〈一回性〉イコール〈解放〉」のみの連想に限定される傾向にある点を指摘している。

日本型生活保障の崩壊と社会的排除状態の顕在化及び個人化の進行との関連について概観していく。

（1）日本型生活保障の崩壊

社会保障と雇用保障を両輪として成り立ってきたこれまでの日本の生活保障は、今日大きな歪みに直面している[52]。

雇用を中心として成立してきた日本型生活保障について、宮本太郎（2008）は、グローバル経済の台頭や脱工業化の流れの中で、これまで企業や業界、家族により代替されてきた生活保障が、現代社会においては足元から大きく揺らいでいる実態を指摘している。

すなわち、生活保障の根本かつ基点に位置づけられていた雇用形態の多様化に伴い、それまで企業により担われていた福利厚生からこぼれおちてしまうケースが多発し、制度設計上の典型とされた男性を主な稼ぎ主とする家族像（＝男性稼ぎ手モデル）の解体が引き起こされたことに伴い、これまで一見すると安定していたように見えていた社会構造が、根本から「自壊」しつつあると指摘している[53]。

宮本のこうした指摘によれば、安定した所得を保障してくれる「雇用」を確保し、「雇用」の確保が家族の福利を支え、社会保障政策や雇用政策はあくまでも不慮の事態（災害や病気などのリスク）に対応すれば事足りていた従来の枠組みは、もはや通用しなくなっている、と捉える事ができる。

男性が主たる家計の稼ぎ手及び世帯主となり、専業主婦の妻と子どもたちが家族の構成員であるという、いわゆる従来型の典型的な家族形態は、家庭に「生活保障の基盤」として機能する役割を期待していた。し

---

[52] 生活保障システムについて、大沢真里は、「男性稼ぎ主型」、「両立支援（ワーク・ライフ・バランス型）」、「市場志向型」の３類型に分類し、日本における生活保障システムは、保守主義レジームにある「男性稼ぎ主型」の典型であると指摘している（大沢真理（2011）『承認と包摂へ―労働と生活の保障―』、ジェンダー社会科学の可能性第２巻、岩波書店、29頁）。

[53] 日本型生活保障の理解について、本節では主に、宮本太郎（2008）『福祉政治―日本の生活保障とデモクラシー』有斐閣、宮本太郎（2009）『生活保障―排除しない社会へ―』岩波書店、を参考にしている。

かしながら、これまで「生活保障の基盤」としての役割を期待され、かつ担ってきた家庭内福祉の現場においても高齢化の問題に直面し、例えば高齢者がさらなる高齢者を介護するという、いわゆる老老介護の問題が顕在化している。また不安定雇用による家庭所得の低下や、女性の労働市場への参画、1人当たりの労働時間の長期化に伴うストレスの増加[54]やDV事件の増大[55]など、これまで見えにくかった数々の問題が顕在化し、重要な社会問題となっている。

家庭内福祉と並行して日本型生活保障の一翼を担ってきた企業福祉についても、状況には共通している要素が多い。すなわち、これまでは労働市場に安定的に参加することによって企業福祉を享受し、安定的雇用に支えられる形で専業主婦と子どもの生活が維持されるという構造をとっていた。そのため、従来型の社会保障体制においては、基本的に労働市場からリタイアした世代をその対象としており、高齢者を対象としたいわゆる「人生後半の社会保障」に重点を置いて制度設計がなされていた。

しかしながら、昨今の不安定雇用の増加という現代社会の急速な構造転換に対し、人生の後半期を射程において設計されている社会保障制度は、「人生の前半期」や「中間地点」にいる世代へのフォローに対応しきれていない現状にあることが指摘されている[56]。すなわち、従来の社会

---

[54] うつ病等が原因で一カ月以上休職している社員がいる企業は、2002年時点で58.8％だったのに対し、2006年時点では74.8％に増加している。2007年に自治体に対して行った調査では、心の病が増加傾向にあると回答した自治体は71.7％に上っている。（いずれも、社会経済生産性本部メンタル・ヘルス研究所編2007より。）

[55] 都道府県に設置されているDV相談窓口の相談件数は、2002年の36,000件から、2006年には59,000件に増加している。

[56] 前掲宮本（2008）、31-34頁。宮本は、OECDによる各国の社会保障支出の内訳を示しながら、日本においては人生後半期の保障、すなわち年金や高齢者医療、遺族関連の支出に傾斜していると分析し、人生前半期において発生し得る諸リスクは主に会社と家族が対応していたと指摘する（前掲宮本太郎（2008）、33頁）。宮本は「会社と家族」という従来の枠組みが根底から揺らいでいる今日において、すでに制度として成立しにくくなっているのが現実であり、若年層の低所得リスクの発生とそれに関連するあらゆるリスクに対応することが困難

構造の根幹を成していた前提が崩れている今日においては、人生後半期への注力だけでは不十分であり、例えば若者の就労支援の重点化やセーフティ・ネットの充実など、人生の前半地点や中間地点にいる人々への支援が喫緊に求められていると言えよう。こうした、これまでに想定されてこなかった社会基盤の変化や、それに伴う生きづらさの噴出は、しばしば「新しい社会的リスク」として捉えられるようになった[57]。

以上のような日本社会の状況を踏まえると、生活を「保障」するのではなく、生活の「形成自体をサポートする」という発想の転換が不可欠であるし、そうした観点に基づく政策の方向性が求められていると言えよう[58]。

（2）相互補完型システムの構築へ向けて―「トランポリン型社会」の模索―

ポスト工業化社会の進行や、生活保障の基盤であった家族形態の多様化、そして雇用形態の多様化、非正規雇用の増加、低所得層の表面化といった一連の項目が複合的に作用した結果、今日の日本社会は、先述したように社会構造の基盤を成してきた前提（社会が所与の前提として捉えていた家族像とそこに支えられる形で動いていた雇用システム、教育システム）から大きく揺らいでいる。こうした揺らぎが、教育、雇用、社会保障というライフサイクルに沿った生活保障自体を解体させ、そこからはじき出される人々を生み出している。一度サイクルからはじき出

になっていることに、現代社会が抱える問題の根源があると分析している。

[57] 前掲宮本（2008）、173頁。

[58] このような社会状況を前に前掲宮本（2008）は、生活のあり方や内容そのものについて問い直す必要に迫られているという福祉政治の新しい領域を指して「ライフ・ポリティクス」と呼んでいる（宮本（2008）173-181頁）。すなわち、生活のあり方にかかわる政治を、①家族のあり方や男性と女性の社会的役割の再定義、②さまざまな体と心の弱まりについてのケア、③生活と両立しうる新しい働き方、④文化、宗教、性的志向などともかかわる多様なライフ・スタイルの相互承認、に区分した上で、新しいライフ・スタイルや人々が直面する生きづらさを踏まえて福祉制度や雇用制度を調整していくプロセスが重要になってくると指摘している。

されると、従来のそれが一方通行であるがために、排除状態は拡大を止めることができない構造となっている。

例えば、雇用の段階ではじき出されてしまうと、従来高齢者を主たる対象としていた社会保障のサイクルからもこぼれおちることを意味している。つまり、1つのレールから落ちてしまうと、それが決定的かつ致命的な排除を意味し、再度の包摂につながりにくいという構造的問題点が潜んでいる。

こうした状況を踏まえ、駒村（2011）は、1990年代以前の日本型社会経済システムを、企業統治システム、雇用システム、教育・訓練システム、社会保障・税システムの四つのシステムが相互に補完し合うシステム間の相互補完性がうまく機能していた時代であった、と分析している[59]。ところが、1990年代に入ってからは、本格的グローバル経済の台頭や知識経済社会の進行に伴い、労働力の外部化、流動化、非正規化が加速度的に増幅し、長期年功序列型の日本型雇用の変質を生み出すことになり、結果的に正規労働者数の圧縮と非正規労働者の量産へとつながっていったとされている。このようにして従来の各システムが成立し得た前提条件が徐々に解体されていき、これまでの性別役割分業・専業主婦モデルを維持することが困難になった結果、90年代以前に成立していた四つのシステム間の均衡、すなわち企業統治システム、雇用システム、教育・訓練システム、社会保障・税システムが、その根本から崩れていったと指摘している。

こうした一連の男性稼ぎ手モデルの崩壊に伴い、性別役割分業（専業主婦モデル）の維持が困難性を増している。またグローバル経済の台頭と、規制緩和に伴う労働市場の流動化は、非正規不安定労働を増加させ、未婚率をも上昇させており、それらに伴い出生率を低下させている。そうすると、これまで家庭内の、主に女性が担い手となってきた無償労働やケア労働に代表される家庭内福祉についても、そうした形態を維持するための前提条件を欠くことになる。雇用形態の不安定化に伴い、従来

[59] 駒村康平（2011）「社会保障システムの再構築―トリンクルアップ効果を目指して―」、神野直彦・宮本太郎編著『自壊社会からの脱却―もう1つの日本への構想―』岩波書店、61-92頁。

の長期安定雇用の間はある程度保障されてきた社宅や各種手当などの企業福祉も、その規模と恩恵を受ける対象者を縮小させている状況にある。このような社会構造の根幹に構造転換が迫られている状況を踏まえたとき、今後どのような社会の形成を目指す必要があるだろうか。

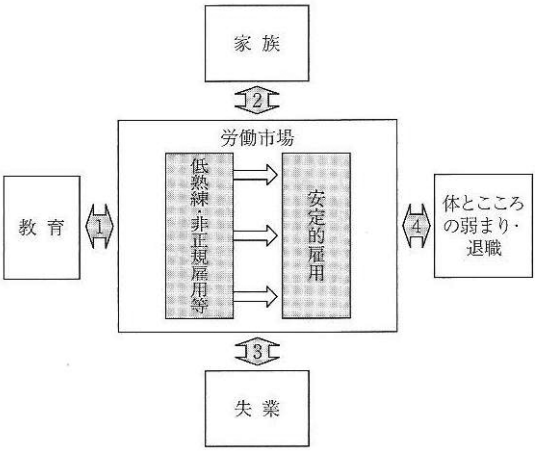
こうした状況を打破する提言の１つとして、宮本（2009）は、ドイツの労働経済学者であるグンター・シュミットのモデルを踏まえつつ、「交差点型社会」という言葉を用いて、ライフ・スタイルの五つのステージ、すなわち教育・家族・労働市場・失業・退職というステージについて各ステージ間の行き来をスムーズにして柔軟性の高いシステム構築の必要性を挙げている[60]。宮本は、20世紀型福祉国家や日本の生活保障が前提としていたのは、次頁図を左から右へと進むだけの「一方通行型のライフ・スタイル」であったと分析し、五つのステージを「双方向型」に行き来できるような架け橋を架けることが必要であると指摘している。

また駒村は、コミュニタリアンの立場からリベラリズムを批判しているサンデルの主張を引用しながら、教育・訓練システムから就業への接続（第一の橋）、失業から就業への接続（第二の橋）、家族と就業の接続（第三の橋）、障がいや老齢引退と就業の接続（第四の橋）という四つの橋を、各システムの間に架け、雇用と社会保障制度を細やかに連携させている政策により、１つのシステムのつまずきが全てのシステムからの排除につながりにくくすることを提言している[61]。

宮本と駒村に共通している危機意識は、１つの機能システムからの排除がその他のシステムからの排除と直結しないための施策が喫緊に求められているという点にある。こうした１つのシステムからの排除が複数のシステムからの排除に直結しないための１つの方策として、生活支援と就労支援を一体化させることにより一度システムからこぼれてしまっても、もう一度包摂が可能となる状態を指して宮本は「社会保障のトランポリン化」[62]と呼んでいるが、先述した「交差点型社会」や「社会保障

[60] 前掲宮本（2009）、170-175頁。
[61] 前掲駒村（2011）、80-90頁。
[62] 宮本太郎（2013）「社会保障システムの再構築に向けて」、生活福祉研究第83号、

【「交差点型社会」のモデル】



出典：宮本太郎（2009）『生活保障―排除しない社会へ―』岩波新書、173頁、図５－１、「参加支援を組み込んだ「交差点型」社会」より。

のトランポリン化」を可能にするためには、各機能システム間のスムーズな行き来の確保が必要不可欠であると言えよう[63]。

以上、本章では現代日本における社会的排除状態の実態と、排除状態が発生するいくつかの場面を概観し、従来のいわゆる日本型生活保障が前提とする社会構造の変化が今日における疎外状況の加速を助長してい

5頁。

[63] とりわけ教育システムと雇用システムの連結について、前掲宮本（2013:8-9）は、階層間格差と学力格差との直結を防ぎ成人後の就労可能性を高め経済社会の安定化を効率的に確保するための方策として、教育と社会保障を一体化した「エデュケア」（エデュケーション＋ケア）の重要性を指摘し、このエデュケアは教育と雇用の関係に置いて最高のトランポリンとなり得ると主張している。また、文脈は異なるが、行政の縦割り組織の弊害に関連して旧文部省が射程に置く障碍者教育と旧労働省が射程に置く職安行政との不整合問題を指摘したものとして、寺脇研（2007）「ソーシャル・インクルージョンと教育施策」、日本ソーシャルインクルージョン推進会議編『ソーシャル・インクルージョン―格差社会の処方箋―』中央法規出版、38-49頁がある。

る点を敷衍した。現代の日本社会は、社会制度の根本構造が否応なしに変革の圧力にさらされ、その結果として様々な部分に歪が生じている時代にあると総括することができる。従来の男性稼ぎ手モデルと、国家から社会基盤の根幹を支えるものとして期待された典型的な家族像に依拠した企業福祉と家庭福祉は、雇用形態の多様化という荒波が押し寄せたことに伴い、存続の危機にさらされている。すなわち、国家が期待した「典型的家族モデル」が成立する際の前提条件は、グローバル社会の進展とそれに伴う雇用形態の多様化により基礎部分から根本的に崩壊しており、長期安定型の企業福祉に依存してきた多くの人々を、正規雇用の継続により維持され保障されてきた恩恵やセーフティ・ネットから構造的に押し出している状況にある。一度網の外側に溢れ出てしまうと、網の中に再度入り込むのは困難を極めており、人間関係の溜めとして機能していた家庭内福祉も機能不全に陥っている状況にある。こうした状況は、困窮状態の継続化と固定化を促進し、長期的視野においては貧困状態の再生産へとつながる仕組みを構造的に生みだしていると捉える事ができよう。この構造的課題を克服するための施策が喫緊に求められている。

第二章　社会的排除と社会的包摂

はじめに

第一章では、法が前提とする社会と現代社会のリアリティとのギャップについて、とくに日本社会の実態を明らかにしてきた。本章では、社会的排除／包摂議論の発祥地である欧州における議論を概観する。

第一節　社会的排除概念の発生と背景

以下では、「社会的排除」概念の発生と背景につき、とりわけ政策立案者の意図に留意しながら、フランス、イギリス、EU における議論の推移を整理しておく。つぎに、貧困と社会的排除の理論的枠組みに触れ、社会的排除アプローチの理論的特徴を押さえていく。排除／包摂概念が発生した背景と経緯を読み解くことで、今日の日本社会の文脈で語られる排除論の再定位を試みる。

（1）フランスにおける議論の背景

社会的排除（social exclusion）という言葉は、1960年代から70年代にかけてのフランスにルーツを持つ言葉であるとされている。当時のフランスでは、戦後復興から取り残され、福祉国家の恩恵が届かない人々、特に障碍を持つ人々や移民、長期失業者やアルコール・薬物依存者などの、いわゆる「社会的不適応」の状態にある人々の存在が看過できなくなり、彼らを社会に「参入」（insertion）させようとする動きが、主に政策担当者たちにより活発化した。つまり、社会不適応者をどうにかして社会に組み込もう（＝参入）という、制度設計に携わる側の意図が基点にあったとされている[64]。1960年代から1970年代にかけて「社会的排除」という用語が登場した背景の１つとして、バラとラペールは当時の社会事業担当大臣であったR. ルノワール（R. Lenoir）が著した『排除された人々―10人に１人のフランス人』（1974）の存在を指摘し、経済的繁栄が進行するその裏側で貧困状況にある人々の表面化や高齢社会の進行、施設入所児童や非行少年、アルコール中毒や若年ドラッグ依存者の存在を指摘し、彼らを「社会的不適応」として位置づけスティグマを生じさせるような見方を説いた経緯を分析している[65]。

ルノワールの議論は、当時のフランスで大きな注目を集めたが、そこでの議論は「特定の状況にある人々」に範囲を限定したものであり、その範疇を超えて論じられることはなかった。つまり、自分にも起こり得ることという危機感はなく、あくまでも「自分とは関係のないどこか特別な場合に起こり得ること」として、人々が無意識下に捉えていたと言えよう。その後、当初の限定した枠組みでの議論を超えて、「排除」状態が一般的なもの、つまりこれまで安定して経済的繁栄の恩恵を享受していた層にまで波及し得る問題として自覚的に認識され始めたのは、

---

[64] 福原宏幸（2007）「社会的排除／包摂論の現在と展望―パラダイム・「言説」をめぐる議論を中心に―」福原宏幸編著『社会的排除／包摂と社会政策』法律文化社、12-14頁。岩田正美（2005）「貧困・社会的排除と福祉社会」岩田正美・西澤晃彦編著『貧困と社会的排除』ミネルヴァ書房、5-9頁。

[65] バラ, A.S. & ラペール, F.／福島宏幸・中村健吾監訳（2005）『グローバル化と社会的排除―貧困と社会問題への新しいアプローチ―』昭和堂、3頁。

1980年代に入ってからである。

今日的な意味で「社会的排除」概念が使用され始めた1980年代のフランスは、二度のオイルショックを経験し、高度経済成長の終焉とも相まって福祉国家の危機が顕著になってきた時期にあった。社会情勢の急激な変化に伴い、高度経済成長期にはあり得なかった長期失業問題の発生が顕在化し、特に若者の就職難と失業が大きな社会問題となった。そのときに大きな問題として表出したのが、当時のフランスの社会扶助の仕組みが若者を対象とした制度設計にはなっていなかった、という点である。すなわち、若者が長期失業状態に陥るであろうことは、少なくとも高度経済成長期には想定し得なかった事態であり、制度が社会情勢の急激な変化に対応しきれていない状態にあった。特に新卒時に就職できなかった若者は失業保険の対象者になることができず、その後に続くはずの年金保険、医療保険など、複数の保険体制から漏れてしまうという現象の多発へとつながった。

上記一連の歴史は、前章で概観してきた近年の日本社会を取り巻く状況と酷似している。すなわち、人生の後半期に重点を置いて制度が設計され、前半期のリスクは会社と家族がフォローするという前提が存在していたため、制度上は人生の前半期、とりわけ若年層の社会保障については希薄であったという課題を抱えていた。労働環境の変容とそれに伴う非正規労働の増加等により、これまで機能していた社会システムが機能不全を起こしている今日の日本社会は、この当時のフランスにおける状況と類似している。人生前半期における１つのシステムからの疎外が、関連するその他の複数の機能システムとの接合を著しく不安定にさせ、しかもそれが長期にわたって継続し固定化するというリスクを考えると、まさに今、日本社会はこの問題に緊張感を持って対応すべき時期に来ていると言えよう。

こうした一連の社会情勢の変化を契機にして、フランスでは若者の失業問題をはじめ、移民問題、母子・父子の１人親世帯の増加問題などが注目されるようになった。さらに貧困経験比率の高齢者層の増加も相まっていわゆる「新しい貧困」が論じられるようになった。具体的には、「新しい貧困」概念は、1981年の政府報告書『不安定と貧困に抗して―60の提案』（通称：オーエックス報告）内で論じられ、その後の報告書（1987）

『極貧と経済的社会的不安定』（通称：ウレザンスキ報告）によって貧困が経済的側面のみならず、その他の生活に関わるあらゆる側面からの排除の結果である、ということが指摘されるようになった[66]。

整理すると、今日の「社会的排除」論の契機は、1970年代のフランスにおける社会不適応者を「参入」する政策的目的に端を発し、その後、社会情勢、特に若者を始めとする長期失業問題とリンクする形で、主に政府関係文書やメディアにより「新たな貧困」や「排除」という用語が登場したという背景を持つ。さらには、1988年の「参入最低限所得（RMI）」の設立と、1998年の「排除との闘いに関する基本法（反排除法）」の設定により、フランスでは社会的排除への取り組みが具現化されていったという流れにあることが先行研究により明らかにされている[67]。

（2）イギリスにおける議論の背景

フランスと同じように、「排除」という用語が社会問題を語る上で重要な概念となった国として、イギリスがある。ただし、イギリスとフランスでは「排除」概念が注目を浴びた背景も、そこに付与された意味づけも、様相を異にしている。

イギリスで「社会的排除」が注目を集めたのは、1997年に、ブレア率いる労働党が政権に就いたことにある。ブレアは、サッチャー以降の保守党政権時代に深刻化したとされるイギリス社会の貧困や不平等を克服すべく、1994年の党首就任時代から Nexus や Demos という労働党系のシンクタンクを使って政策構想を提言しており、「社会的排除」に対抗するための概念として「社会的包摂（social inclusion）」概念を打ち出した[68]。そこでブレアは、「社会的包摂」を政権の重要な項目として位置づ

[66] 都留民子（2000）『フランスの貧困と社会保障―参入最低限所得（RMI）への途とその経験―』法律文化社、31-41頁。

[67] 前掲福島（2007）、12-14頁。

[68] 宮川公男（2004）「ソーシャル・キャピタル論―歴史背景、理論および政策的含意―」宮川公男・大守隆編『ソーシャル・キャピタル―現代経済社会のガバナンスの基礎』東洋経済新報社、27-28頁。

けるとともに、首相就任直後の1997年に「Social Exclusion Unit」を立ち上げ、貧困や差別、失業などの複合的不利からの脱却を宣言するとともに、首相直属かつ各省横断的な「社会的排除対策室」を内閣府に設置した。なお、日本において、2011年1月に菅直人総理（当時）直属の組織として立ち上げられた「一人ひとりを包摂する社会」特命チームは、このイギリスの「社会的排除対策室」をモデルに設置されたものである[69]。

こうした政治的側面の動向を踏まえた上で、イギリスの貧困研究の第一人者であるR.リスター（R. Lister）は、公式な協議の場において、社会的「排除」という用語に拒否反応があるような場合には「社会的包摂」という「前向きな政策」が好まれることもあると指摘する一方[70]、「社会的包摂という概念は、社会的排除と同じくらい異論が多い」として、社会的排除の「好ましい反義語」として、「参加型シチズンシップ」を提案している[71]。

このように、イギリスの場合には、社会情勢からの要請は背景として存在しつつも、とりわけ政府の主導という強力な政治的追い風があったことが排除／包摂議論の高まりをもたらしたと言えよう。加えて、同時期にA. ギデンズ（A. Giddens）らの著名な学者達が「社会的排除」という用語を多用していたという事情も存在する。J. ヤング（J. Young）は、ニューレイバー（新しい労働党）の政策を分析する際のキータームとして社会的排除が登場していると捉えた上で、包摂型社会[72]においては排

[69] 前掲阿部彩（2011）、4-5頁。

[70] R. リスターは、公式の協議では社会的「排除」という用語自体に拒否反応があり、前向きな政策をアピールするためにも政治的文脈では意図して社会的「包摂」が好まれる背景に、国家が個人に対して一定のスキルを身に付けさせ包摂されるために必要な状態を整えるよう要求する側面を曖昧にする意図が見え隠れすると指摘している（前掲R.リスター（2004＝2011）、120-123頁）。

[71] 前掲R.リスター（2004＝2011）、116-122頁。

[72] ヤングは、近代主義的観点によると包摂型社会とは、「他者を憎んだり、外部の敵とみなしたりするのでなく、他者が「われわれ」と同じ人間になるまで、かれらの社会化・更生・治療に励むような社会」と定義されると指摘している（ジャック・ヤング（1999＝2007）『排除型社会―後期近代における犯罪・雇用・差異―』青木秀男・伊藤泰郎・岸政彦・村澤真保呂訳、洛北出版、26-27頁）。

除されるのは明らかな異質性を持つ「他者」であると位置づけられ、そこでは一定の秩序が保たれていたのに対し、個人主義の台頭や労働市場の再編、構造的失業者の大量発生などが重なった結果、「排除の私的空間」化が起こり、これまで安全圏にいると思っていた人々も「不安定性（precariousness）の感覚」に悩まされるようになったと分析している[73]。こうした学者たちによる社会的排除／包摂議論を巡る理論構築も、ブレアの進める政策を下支えし、あるいは推進していったと位置づけることができよう。こうした当時の状況を詳細に踏まえた上で中村健吾は、イギリスにおける社会的排除概念の登場について、「ほとんどもっぱら新

すなわち、「近代主義の視線」においては、「他者」（＝社会的排除状態にある人々）の存在を、「近代主義的な属性を欠いた人々」と捉え、「われわれ」に脅威を与えるというよりもむしろ、「われわれ」の存在を下支えし、彼らの不安定な姿を見ることで、「われわれ」は「自分たちの価値観の正しさを確信する」ものとしてその存在意義を位置づけることにより社会を成立させていた、と分析している（同掲 J. ヤング（1999＝2007）、26-28頁）。さらに、ヤングは、近代主義における包摂型社会において、〈逸脱する他者〉とは、「われわれ」とは違う領域にいる「他者」として認識されていると指摘し、「他者」であるからこそ一種の棲み分けがなされると捉えられた結果、「包摂」すべき存在として位置づけられていたと分析する。

[73] 前掲 J. ヤング（1999＝2007）、26-33頁。ヤングは、近代社会において〈逸脱する他者〉とは「明らかに異質なマイノリティ」として出現し、「社会にとって脅威であるというよりも、むしろ少数であるがゆえに社会を統合する役割を果たす存在」であったのに対し、後期近代においては〈逸脱する他者〉はどこにでもいるようになったと分析している（J. ヤング（1999＝2007）、50頁）。そして人々は「境界線がかすんでぼやけ、互いに重なり合って融合している」という存在論的な不安から逃れるために「安定した土台を築こうと躍起に」なり、「自分の価値観を絶対的道徳としてふたたび振りかざし、ほかの集団を道徳的な価値観が欠如していると攻撃し、美徳と悪徳を明確に区別し」「懲罰的で排他的な道を選ぶようになる」と指摘している（J. ヤング（1999＝2007）、50-51頁）。このヤングの指摘は、排除型社会が異質な他者への峻別感情を助長し、そうした外部からの視線が内面化することにより肯定的アイデンティティ形成を阻害し、外部・内部という二項対立を激しくすることにより、「自らの意思」でシステムへの接近を拒絶することにつながるという、本稿の第Ⅲ部で論じる問題意識と共通する部分が多い。

労働党とそれをとりまく知識人たちにイニシアティブに帰すことができる」と分析している[74]。

（3）ヨーロッパ連合（EU）における注目

ヨーロッパ連合（EU）においても、フランスと同様に失業問題という難題を抱えていた。同時に、EU はその性質上、経済的な側面のみならず、社会統合をめざす側面からも「排除」と闘うというロジックが広く共感を集めていった背景に独自性があるとされている[75]。

具体的な経緯を時系列に見ていくと、まず1989年に欧州社会憲章において社会的排除との闘いが宣言され、1990年の欧州閣僚理事会による「社会的排除との闘い」に関する決議が採択されたことが契機に挙げられる。その後、1992年に『連帯の欧州をめざして―社会的排除に対する闘いを強め統合を促す』という欧州委員会公式文書が提出され、1997年に調印されたアムステルダム条約でも EU の主要な目的の一つに「社会的排除の撲滅のための人的資源の開発」が掲げられた経緯をたどる。それを受け、2000年に開催された EU サミットでは、「社会的包摂に関するナショナル・アクションプラン」の実施が加盟各国に要請され、EU 共通の目標が設定されるに至った。

---

[74] 中村健吾（2007）「社会理論からみた「排除」―フランスにおける議論を中心に―」福原宏幸編著『社会的排除／包摂と社会政策』法律文化社、42-43頁。中村は、社会的排除概念の登場の背景についてイギリスとフランスを比較した上で、イギリスの場合は新労働党とそれを取り巻く知識人たちのイニシアティブによるものであった一方で、フランスの場合には1960年代半ばころから人道的運動の中で登場し、いわゆる政治化の傾向が見られたのは1990年代初頭のことであったと指摘し、フランスにおける社会的排除議論の推移はイギリスと比較するとより複雑であると分析している（42-49頁）。また、都留民子（2002）「フランスの『排除』概念―わが国の社会問題に使用することは可能か―」国立社会保障・人口問題研究所編『海外社会保障研究』第141号では、フランスにおける排除概念の背景を読み解きながら日本における概念の適用について分析している。

[75] 前掲岩田（2008）、18-19頁。また、中村健吾（2002）「EU における『社会的排除』への取り組み」国立社会保障・人口問題研究所編『海外社会保障研究』第141号、58頁。

EUでは、フランスの場合の「参入」と「排除」という用語が、「社会的包摂」(social inclusion) と「社会的排除」(social exclusion) という用語に変化し、EU加盟国の社会政策を考える上で重要なコンセプトとなっていった。

こうした状況に対し、中村 (2007) は、EU全体としての取り組みは、「低所得という側面に限定されない社会問題のさまざまな次元に注意を促すうえで利点を有している」と評価する一方、政策背景として、「公的扶助をはじめとする旧来のセーフティ・ネットを『受動的な所得分配政策』と見なして縮小し、欧州経済の競争力の強化にとって有意義な『積極的な労働市場政策』へと重点を移そう」としていると指摘し、制度設計者にとって「都合の良い仕組み」で制度理念が組み立てられていると指摘している[76]。

第二節　「貧困」概念と「社会的排除」概念

第一節で概観したように、「社会的排除」という言葉は1970年代にフランスで生まれ、後の1980年代に顕在化した若者失業問題で注目を集め、さらにヨーロッパ連合(EU)において拡がりを見せた背景を持つ[77]。いずれの段階においても、当時の政策推進者達により着目された用語であるという点が共通している。したがって、社会的排除概念自体が特定の学問領域において綿密に確立された概念というわけではなく、その発生背景からも分かるように、多義性を含んでいる概念であると捉える事ができる。

（1）貧困概念

「貧困」概念については、大きく分けて二つの捉え方がある。「絶対的貧困」と、「総体的貧困」がそれに当たる。衣食住そのものに困窮しており、生存自体が極めて厳しいような状況は、「絶対的貧困」に分類される。これは、時代や国境を越えて共通する定義であるとされ、人間が生きていくために必要不可欠な最低限の要素、具体的には栄養素や衣服などの

[76] 前掲中村 (2007)、63-65頁。

[77] 前掲岩田 (2008)、17頁。前掲福原 (2007)、12頁。

「生物学的見地から生存に絶対的に必要なもの」、という基準で判断されている。

これに対して、日本をはじめ先進諸国の大多数が今日用いている貧困概念は、おおよそ「総体的貧困」を指している。特に日本においては、1960年の池田内閣時に「絶対的貧困」から「総体的貧困」への転換がなされたとされており[78]、その具体例として、生活保護制度における最低生活費の改定が挙げられている。

しかしながら、「絶対的」貧困概念に対しては、何を持って「生存に絶対的に必要」なものを判断するのか、基準点が明確ではないという批判があり、「総体的」貧困概念に対しては、どこを基準に「相対的」だと判断するのかという批判も残されている。このように、貧困脱却に必要不可欠なニーズの判断を巡る議論には様々な立場が存在しており[79]、今なお思考錯誤が続いている状況にある。

（2）社会的排除概念を巡る諸議論

「貧困」が静態的で、かつ「所得」という一次元的な要因しか持たないのに対して、「社会的排除」は、生活におけるあらゆる多面的なリスクに焦点を当てていると指摘する論者に、J. バーグマン（J. Berghman）がいる。バーグマンは、〈図１〉のように「貧困」と「社会的排除」を区別している[80]。そこでは、所得の多寡に由来する富裕層と貧困層の区別

---

[78] 副田義也（1995）『生活保護の社会史』東京大学出版会、116-117頁。副田は、1960年代の転換について、「先進資本主義国において生じた貧困観の変化の一環」であるとし、当時の厚生官僚が「他国にも例をみない相対的貧困観に跳躍して、新しい社会保障制度を構想した」として評価している。

[79] 絶対的貧困概念と相対的貧困概念の議論分類に関しては、岩永理恵（2011）『生活保護は最低生活をどう構想したか―保護基準と実施要領の歴史分析―』ミネルヴァ書房、19-22頁に詳しい。

[80] Berghman,Jos,1995,"Social Exclusion in Europe: Policy Context and Analytical Framework," Graham Room ed., *Beyond the Threshold, Bristol*: The Policy Press. および Vlenmickx, Koen / Berghman, Jos (2001)"Social Exclusion and the Welfare State : an Overview of Conceptual Issues and Policy Implications", in David G. Mayes et al. (eds.) *Social Exclusion and European*,

という枠組みに留まらず、独居高齢者や移民、シングルマザーや長期失業者などが抱える様々なリスク（例えば、職業の有無や学歴、国籍、ジェンダーなど）が多元的な排除状態を構築していることが示されている。

〈図1〉貧困と社会的排除の区別

	静態的な帰結	動態的な過程
所得	貧困	困窮化
多次元性	剥奪	社会的排除

Berghman（1995:21）および Vleminckx/Bergman（2001:37）を基に作成

一方で、「貧困」と「社会的排除」の連続性に注目した論者として、R. リスター（R. Lister）がいる。リスターは、社会的排除が貧困の原因になる場合、あるいは貧困の結果として社会的排除状態に陥る場合など、双方の概念は連続性を含んでいると指摘している[81]。

M. バーンズ（M. Barns）は、社会的排除概念の概念整理を示しており、社会的排除は、個人や世帯のみならず、コミュニティや社会をもその対象としている点や、分配の側面のみならず、関係の側面においても当てはまることを指摘している[82]。

同様に、社会的排除の議論を整理したものとして、バラとラペール（Bhalla & Lapeyre 2005）がある。それによれば、社会的排除の議論は7つの特徴を持つとされており[83]、まとめると下記のようになる。

①「貧困」「剥奪」「社会的紐帯の断絶」という状態は相互に関連して社会的排除という過程を生み出す。社会的排除は、分配側面のみならず関係側面も含まれる

Aldershot.

[81] 貧困と社会的排除をめぐる概念の区分については、政治的にも学術的にも様々な言説が存在する。貧困と社会的排除を巡る概念の連続性については、前掲 R. リスター（2004＝2011）、125頁の図4-1「貧困と社会的排除の実証的関係」参照。

[82] Barns, Matt (2005) *Social Exclusion in Great Britain; An Empirical Investigation and Comparison with the EU*, Ashgate. pp.15-16.

[83] 前掲バラ＆ラペール（2005）、15-39頁。

②社会的排除の多次元性は、経済的次元、社会的次元、政治的次元に及ぶ
③労働市場への統合の質（失業と雇用の不安定さ）が、排除アプローチの核心である
④多次元（雇用、住居、教育、医療）の質への着目
⑤社会的排除状態の長期化と、ケイパビリティの剥奪
⑥相対性―何が「標準的」か、を巡る議論
⑦社会的排除概念に伴う政策志向性の強さ

バラとラペールはこれらの特徴を挙げた上で、社会的排除が要求するものは「ケイパビリティの発展、公私のパートナーシップ、参加」であるとし、「社会政策を抜本的に再設計することを要求している」と指摘している[84]。同時に、個人的レベル（エンパワメント喪失への対処）と、社会的レベル（構造的・制度的）の両レベルにおける対応が不可欠であるとしている。

社会的排除という概念が持つ機能として、犯罪原因の個人化を回避し、排除状態を社会的な位相の中に位置づけて捉える要素があると指摘するものに、J・ヤング（J. Young）がいる。J. ヤングは排除的社会への移行について以下のように述べている[85]。

1960年代から70年代にかけて、個人主義が台頭すると、人々が他者を排除するための、いわば排除の私的空間と呼ぶべきものが現れた。それとともに、コミュニティや家族の因習が問題になっていった。これを最初の転換期とするなら、続く1980年代から90年代は第二の転換期であり、この時期に社会的な排除は一層進行した。この時期の排除は、二つの過程から成り立っている。ひとつは労働社会が再編され、分割されて、構造的失業者が大量に生まれていく過程である。もうひとつは、このような状況の変化から犯罪が起こり、その犯罪を抑制することから排除が起

[84] 前掲バラ＆ラペール（2005）、38頁。
[85] 前掲 J. ヤング（1999＝2007）、29-30頁。

こり、しかも反社会的な行為が排除的な性格を帯びていく過程にある。
（Young1999=2007:29-30）

上記に記述されている「労働社会の再編・分割」、それによる「構造的失業者の大量発生」と言う構造は、第一章で見てきた日本社会の構造転換に共通している。これまでは近代主義的観点に基づき包摂すべき「他者」、すなわち「明らかに異質なマイノリティ」として存在していた排除状態にある人々の存在であるが、両者を区別していた「境界線がかすんでぼやけ」てきたため、自らの「存在論的な不安から逃れるため」に、「懲罰的で排他的な道を選ぶようになる」[86]として、後期近代における社会の変化を捉えている。すなわち「同化と結合を基調とする包摂型社会（inclusive society）」から、「分離と排除を基調とする排除型社会（exclusive society）」への移行が起きていると指摘している[87]。

以上、社会的排除概念を巡る諸議論を概観してきたが、いずれにも共通している点は、第一に、社会的排除状態の発生は個人的資質にのみ還元されるものではなく、社会的な諸要素により引き起こされる点、第二に、経済的次元のみならず、関係的側面における剥奪をも意味している点、第三に、社会構造の変化に伴い社会的排除状態にある人々に対して社会が向ける視線や意味づけが変容するという点、が明らかになった。本稿において社会的排除状態と言うときは、こうした多次元的かつ動態的過程としての一連の様相を視野に置く。

こうした多次元的かつ動態的過程としての社会的排除状態を前にした時、バラとラペールが指摘するように、個人的レベルへの対応と、社会的レベルでの対応の両側面における対応が必要とされていると言えよう。

（3）ケイパビリティ・アプローチ

このように、社会的排除状態を、経済的で静態的な側面のみにおける捉え方ではなく、剥奪の多次元性や関係的な側面にも焦点を当てたもの

[86] 前掲 J. ヤング（1999＝2007）、50-51頁。
[87] 前掲 J. ヤング（1999＝2007）、30頁。

として捉え、その概念を具現化したものとして、A. センの「ケイパビリティ・アプローチ」や、R.D. パットナムの「社会関係資本（social capital）」概念が位置づけられる。

A. センは、上記で挙げた貧困概念（静態的、分配の側面、一次元的）に対して、「潜在能力の剥奪」という動態的な枠組みで捉えている。すなわちセンは、「個人の福祉」というものを、「適切な栄養を得ているか」「健康状態にあるか」「避けられる病気にかかっていないか」「早死にしていないか」といった基本的なものから、「幸福であるか」「自尊心を持っているか」「社会生活に参加しているか」といった複雑性を持つものまで含んだものとして捉えており[88]、「個人の福祉」をその人が置かれている状態の性質である「達成された機能」としてのみ捉えるのではなく、「潜在能力」がどのように「個人の福祉」と結びついているのかという点を考えることが重要であると指摘している[89]。

その上で、センは、ロールズが所得と富、基本的な権利と自由、移動や職業選択の自由、権威と責任のある職務と地位に伴う諸々の権利と特権、そして自尊の社会的基盤などが含まれるものを、「自由で平等な人格が市民として必要とするもの」であるとして基本善／財（primary goods）を捉えているのに対し[90]、財（commodities）をどれだけ持っているかではなく、「所有する財とその特性を用いてひとはなにをなしうるか」という、財の「機能」を考えること[91]、そして財を活用して「選択肢が確保」されること、それらを通して、「その人が自ら生きる価値があると思うような生活をするための本質的自由」を確保することができる様子が重要であると捉え、それを潜在能力（ケイパビリティ：capability）であると定義している[92]。

---

[88] アマルティア・セン（1999）『不平等の再検討―潜在能力と自由―』池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳、岩波書店、59頁。

[89] 前掲セン（1999）、60-62頁。

[90] ジョン・ロールズ（2001＝2004）『公正としての正義　再説』田中成明・亀本洋・平井亮輔訳、岩波書店、99-105頁。

[91] アマルティア・セン（1988）『福祉の経済学』鈴村興太郎訳、岩波書店、22頁。

[92] アマルティア・セン（2000）『自由と経済開発』石塚政彦訳、日本経済新聞社、84-99頁。

このように、センが提唱するケイパビリティとは、財の多寡という経済的状況のみならず、各人の健康状態やコミュニティにおける人間関係、さらには教育水準や享受できる社会サービスの質などによっても左右されるものを指している。したがって、センの指摘に沿うならば、社会的排除状態にある人々とは、コミュニティに参加したり、仕事でスキルを発揮したりする際に必要不可欠となる「ケイパビリティ（capability）」自体が剥奪されている状態であると解釈することができる[93]。

排除状態があらゆる側面における関係資本、すなわち社会関係資本（social capital）からの疎外状況であると捉えるものとして、パットナムがある。パットナムは、社会関係資本（social capital）を、「調整された諸活動を活発にすることによって社会の効率性を改善することのできる、信頼、規範、ネットワークといった社会組織の特徴」であると定義し、社会関係資本はコミュニティの成員に対してアイデンティティや帰属の場所を提供すると分析している[94]。

両者に共通する重要な点としては、「貧困」や「剥奪」が持つ多次元性と、分配的側面のみならず関係的側面に注目を集めた点が挙げられる。

---

[93] 小長井（2008）は、社会の一員としての存在を承認される意味としての市民性を確保するためには地域社会（コミュニティ）への参加が重要であると分析し、地域社会への参加こそがセンのいうケイパビリティを開花させるための前提として必要とされる多様な社会資源へのアクセス保障を担っていると指摘している（小長井賀與（2008）「犯罪者の社会的包摂と就労支援」日本更生保護協会編『更生保護と犯罪予防』149号、46-56頁）。関連して、尾崎（2001）は、地縁が稀薄化した現代社会においてはコミュニティへの参加自体が当事者たちの生きがいとして機能していると分析している（尾崎（2001）「生き甲斐としてのコミュニティ」法社会学第55号、有斐閣、56-70頁）。尾崎の指摘を踏まえると、社会的排除状態にある人々は、コミュニティへ参加すること自体から排除されており、「生き甲斐」を獲得し得る1つの機会を剥奪されている状態であると理解することができる。

[94] ロバート . D. パットナム（2001）『哲学する民主主義―伝統と改革の市民的構造』河田潤一訳、NTT 出版。また、より最近の著書として、ロバート . D. パットナム（2006）『孤独なボウリング―米国コミュニティの崩壊と再生』柴内康文訳、柏書房、206頁。

社会的排除という枠組みを、個人の資質（保有財産など）とは別の側面、つまり社会からの影響（教育・医療などの各種サービス提供とその享受、コミュニティでの人間関係、それらに派生するアイデンティティの形成）という社会的文脈から位置づけ、潜在能力（capability）の剥奪という視座から捉え直した点に、現代社会への応答性が存在している。

（4）社会的排除／社会的包摂議論のジレンマ

これまで歴史的背景を主として社会的排除／包摂概念について見てきたが、その議論には内在的ジレンマが常に存在している。それは、排除／包摂概念自体が持つ曖昧さ、つまり社会的包摂と排除の関係性である。すなわち「包摂」を求めれば逆説的に「排除」を生み出してしまうというジレンマが存在している。

概念自体が内包する曖昧さについては、上記で挙げたように概念の発生自体が政治的文脈に位置づけられて登場したという背景を持っており、必ずしも統一された定義や範疇を示すことに成功している訳ではない。さらに、「内か外か」という議論は、その暗黙の前提として社会の外を想定していることにつながり、排除論は「内」が社会、すなわち本稿で言うところの包摂メカニズムの内部にいることを示しており、「外」が社会の外側、すなわち本稿で言うところの疎外メカニズムを示しており、こうした二項対立を無意識のうちに内在化してしまっているという指摘もできる。関連して、本章前半部分で見てきたように、社会的排除／包摂議論はその前提として政策立案者側の要望を社会に反映させるという、トップダウン式のものとして包摂が企図されてきたという歴史を持つ。つまり、社会的包摂議論を推進する政策立案者側の意図には、排除状態にある人々を社会的不適応者＝外にいる人々とみなし、彼ら彼女らを社会構造の内側に「参入」させ、経済政策上の理由から労働市場に組み込もうとする政策立案者の意図が存在している点に問題点を見いだすことができよう。

こうしたトップダウン式の包摂議論が巻き起こるとき、「社会的不適応者」とされる状態に陥るメカニズムの解明よりも、彼ら彼女らを「社会に役立つ人間」にすることに主眼が置かれ、包摂施策に乗ってこない人々は救いようのない人としての烙印（スティグマ）を押されるという

構造を推進する可能性が高い。先述した議論を踏まえた上で重要な点は、個人の責任として個別的な要素に議論を収斂させるのではなく、疎外メカニズムが発生する要因を、構造的側面及び心理的側面から読み解くことにより解明することであると思われる。

（5）複層的メカニズム構想

これら、排除／包摂概念のジレンマと批判を乗り越え得る可能性を持つものとして、樋口（2004）は、R. グッディンが排除／包摂議論を乗り越え得る対案として述べている「内的にはあまり包摂的ではなく、外的にはあまり排他的ではない諸コミュニティからなる世界」という構想を、「いまだに包摂／排除という二項対立の枠組みを踏襲しており、先のジレンマを脱し切れていない」[95]と指摘した上で、社会的包摂を「経済的側面」、「社会的側面」、「文化的側面」、「政治的側面」から成る複層的なメカニズムであると捉える事が重要ではないかと考察している[96]。

すなわち、樋口は、R. グッディンが社会的排除アプローチに対して論理的矛盾を指摘し、その論理的矛盾を克服し得る構想として「人々が多様な社会集団に所属する機会を持つことでコミュニティの排他性が小さくなる社会構造」を提示している点に着目した上で、このグッディンの構想が、いまだに排除／包摂という２項対立を打破できていないと指摘し、包摂概念を「政治的文脈」という１つの領域に収斂させるのではなく、排除／包摂概念のもう一つの次元として、自己の肯定的アイデンティティの再確立に向けた「文化的側面」を含む、多面的で複層的なものとして包摂メカニズムを捉える必要があると論じている。

この樋口論文で提示されている研究視座は、本稿の問題意識とも共通する部分が多い。すなわち、雇用情勢が不安定化し、二極化が進むといわれる現代の日本社会において、排除の実態を列挙するだけではなく、そこに潜む構造的要因はもちろんのこと、自己の肯定的アイデンティティという心理的要因にも焦点を当てて考察する手法は、法システムへ

[95] 樋口明彦（2004）「現代社会における社会的排除のメカニズム―積極的労働市場政策の内在的ジレンマをめぐって―」社会学論評第55巻1号、7頁。
[96] 前掲樋口（2004）、8-16頁。

のアクセスに限定されず、広く一般社会に応答し得る示唆を多く提示可能であると思われる。

このように考えると、社会的弱者の存在が顕在化し、法が前提とする社会と、社会のリアリティとが乖離した今日の日本社会においては、まず社会への参加が可能になるような施策が必要とされていると思われる。そして参加を強制したり、役割を固定化したりするのではなく、各機能システム間のスムーズな行き来を確保し、センがいうところの「選択の幅」を広く確保することが重要であると考えられる。

整理すると、グローバリゼーションが進行し雇用情勢が変化している現在においては、かつての所得の多寡に依拠した貧困概念から、人々が抱える多次元的なリスクに焦点を当てた社会的排除概念へと理念の枠組みが推移していることが見て取れる。

旧来の貧困概念においては、貧困者に対するアプローチというものは国家による最低限のサービス提供という、いわば「温情的な措置」という側面が強く出ていた。それに対し、今日の社会的排除アプローチは、多次元的な「剥奪」と「社会的紐帯の断絶」に焦点を当て、「複合的なリスク」を考慮に入れている点に特徴があると言えよう。

第三節　複合的排除状態のリアリティ

以上、第一章と第二章において、現代日本社会のリアリティおよび社会的排除論／包摂論を概観してきた。これらの考察から明らかになったことは、排除状態とは一側面に限定されて発生するものではなく、１つのきっかけをもとにして、複数の機能システムから複合的に疎外されていく状態を指すという点である。そして、複合的な排除状態の顕在化の背景には、不安定雇用の増加に代表される日本型生活保障の基盤が崩壊していることが存在しており、日本社会が今まさに従来の施策のベースとなっていた考え方を見直す必要に迫られていることが明らかになった。

上記分析から本稿の問題設定に照らして見えてきた論点は三つある。

１点目は、ある側面におけるシステムからの排除が、連鎖的に他のシステムからの排除につながり得る可能性が非常に高く、しかもそれが継

続化、固定化し得る要素を多分に含んでいるということ。

２点目は、構造的要因に伴う排除状態はいつしか心理的要素にも浸透し、個人のアイデンティティ形成や自己肯定感にまでマイナスの影響を及ぼしてしまうこと。

３点目は、構造的側面が心理的側面にも影響を及ぼし、そこで形成された心理的障壁が、システムに参加する際の大きな「見えない壁」となってしまうリアリティが存在していること、である。

これら３つの論点は互いに関連し循環関係を構成している。そして、この循環構造と「個人化」の進行は、その背景に存在している不平等状態あるいは選択の強要という事実を隠蔽し、現象として表出した事象（例えばシステムへの不参加を個人が選択したという事柄）はあくまでも個人の選択としてのみ取り扱う傾向を有する。換言するならば、基盤の喪失、自己肯定感の喪失、意欲の低下という、表面上には見えにくい背景が、実際のところは各人の行動判断の大きな部分を占めている一方で、ほとんどの場合は外部にいる人間には表出した現象だけしか捉えることができず、その背景事情については考慮することが困難となり、個人が自身の意思で行った判断であるという範疇から脱却する術を持ちえない構図になっているという、システム自体が持つアポリアが存在している。このようなリアリティを認識した上で、個人化の持つ困難性を克服し、不利状態の継続化および固定化を防ぐ手立てとしては、第一章後半部分で見た、各機能システム間のスムーズな行き来の確保を保障するという福祉政治学の知見に一定の示唆を得ることができよう。

しかしながら、果たして、「各機能システム間のスムーズな行き来」は実質的に可能なのであろうか。可能であると捉える場合、「各機能システム間のスムーズな往来」が可能になる前提として必要とされる条件は何であろうか。仮に、その前提条件が、システムへ包摂されていること、すなわち包摂メカニズムに躊躇なく留まることができる状態である点を要求していると推測するならば、社会的排除状態（social exclusion）にある人々はその範疇にすら位置づけられておらず、「各機能システム間のスムーズな往来」にはそもそも関与できないということになる。

システムへの参加やアクセスに躊躇を覚えない場合は、各機能システ

ム間のスムーズな行き来に乗ることができ、よりよい状態への移動を容易にすることによりますます有意性を獲得する一方で、システムへの参加やアクセスに躊躇や拒絶意識を覚える場合には、排除状態を緩和し社会にアクセスしやすくするはずの「各機能システム間のスムーズな行き来」自体に乗ることができず、システムに参加することにより獲得できる権利としての社会保障制度等の享受からも遠ざかり、結果としてますますシステムへの接近から遠ざかるという状態になる。

こうした、構造的排除状態のスパイラルが存在していると捉えるとき、システムへの参加やアクセスに躊躇を覚えない状態、すなわち包摂メカニズムにいる状態と、システムへの参加やアクセスに躊躇を覚える状態、すなわち疎外メカニズムにいる状態をつなぐ要因とは何であろうか。同時に、社会参加を目指す各分野における実践は、こうした現代社会のリアリティにどの程度応答しているのか、あるいはしていないのだろうか。

第Ⅰ部で見てきた社会的排除状態の実態を踏まえた上で、以下の第Ⅱ部においては、社会参加型の取り組みを目指している法教育実践の分析を中心として、システムに内在する排除性を追究しつつ、その克服に向けた取り組みの可能性を探究していく。

（以上、66巻２号）

［付記］　本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「社会的排除と法システム―システム作動要因としての属人性―」（2014年３月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、日本学術振興会「特別研究員奨励費（2011 ～ 2012年度）」（課題番号:11J56023）およびクラーク記念財団研究助成（2013年度）の交付を受けた。また、加筆・修正にあたって、北海道大学総長室事業推進経費「若手自立支援（A）」（2014年度）および文科省科学研究費補助金「若手研究（B）（2015 ～ 2017年度）」（課題番号:15K16909）の交付を受けている。

論　　説

中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割（3）

李　　妍淑

目　次

はじめに
第１章　婦女聯合会の全体像　（以上、65巻２号）
第２章　女性の就業問題への取り組み――「自立」を目指して　（以上、65巻６号）
第３章　子ども問題をめぐる活動と家事サービス事業の展開
　１　もう１つの重要な事業――子ども・育児問題をめぐって
　２　家事サービス事業の展開
　（１）北京市婦女聯合会による取り組み
　（２）地方婦女聯合会の取り組みおよび家事サービス事業の変化
　（３）家事サービス業を取り巻く法的・政策的状況
　３　小括
第４章　婚姻法の制定および改正における婦女聯合会の取り組み
　１　1950年婚姻法の制定について
　（１）制定過程
　（２）主な争点および内容
　（３）1950年婚姻法に対する評価
　（４）婚姻法の貫徹運動　（以上、本号）
　２　1980年法への参加状況
　３　2001年改正婚姻法への参加状況
第５章　婦女聯合会の役割――法政策にみられるジェンダー秩序
おわりに

第３章　子ども問題をめぐる活動と家事サービス事業の展開

１　もう１つの重要な事業――子ども・育児問題をめぐって

全国婦聯には女性を取りまとめるという役割以外に、もう一つの重要な業務がある。それは、いわゆる子ども・育児支援事業［児童工作］である。女性を生産労働へと動員しようとするのであれば、そこに子どもや育児問題が付随してくることは容易に想像がつくところであり、婦聯も一貫して子どもや育児問題を事業内容の一部として扱ってきた。一部というのは、やはり女性をめぐる問題を扱うことが主要な業務だったからである。ところが、1981年の党中央による「二・二指示」[1]はこうした婦聯を取り巻く状況を一変させた。すなわち、「全国婦聯は、三億以上の児童と少年に対する養育・養成・教育を自らの活動の重点とし、支援事業の展開を活発にするべきである」とし、「託児所や幼稚園の整備を他の課題に優先させる」よう求められたのである。

さらに、同年５月16日には中共中央は第19号公文書を以て各関係部署に向けて、全国婦聯により作成された「二つの会議[2]状況および1981年の婦聯業務の要点についての報告」を通知し、全国婦聯に対して児童と少年に関する事業をリード［牽頭］するよう求めた[3]。そこで与えられた主

[1] 1981年２月２日に開催された中共中央書記処第81次大会において、党中央は「第４期第３回執行委員会拡大会議の状況および1981年業務展開に関する全国婦聯の伺いと報告」について検討し、今後の全国婦聯の主要業務の中に児童問題も入れるべきであると指示した。これがいわゆる「二・二指示」というものである。そして、同指示に従って、同年４月１～３日に全国婦聯第４期第５回常務委員会拡大会議が北京で開催され、1981年における育児業務の内容が決められた。すなわち、①児童と少年に対する養育・養成・教育の重大な戦略的意義を大々的に宣伝し、②家庭教育を重視し、学校や社会における校外活動に協力し、③関係部門により行われる託児所・幼稚園の業務に引き続き協力し、分散して居住する子どもの教育をサポートする。全国婦聯辦公庁編『中華全国婦女聯合会四十年（1949～1989）』（中国婦女出版社、1991年）232～234頁参照。

[2] 全国婦聯により開催された第４期第３回執行委員会拡大会議と第４期第５回常務委員会拡大会議のことを指す。

[3] 全国婦聯辦公庁編・前掲注１）236～240頁参照。

な事業内容は、「子どもに対する教育を強化・改進させるよう保護者をサポートする」ことである。子どもの問題について、それまでは三歳未満は衛生関係部門、三歳以上は教育部が管轄しており、婦聯は単なる補助的な役割をしてきただけであった。しかし、そうした状況は一変し、子ども問題が重点事業として割当てられたので、全国婦聯の幹部たちも戸惑いを隠せなかった。当時副主席を務めていた羅瓊はその回想録において、これまで経済復興から経済発展に至るまで、経済的な問題を中心に事業展開してきたが、今後は子ども問題にも力を入れていくことが要請されるなかで、この両者をどのように関係づけるべきかと思いを巡らせ、「片手で綿花を摘み、片手で赤子を抱く［一手抓棉花、一手抱娃娃］」という子ども事業と女性の労働参加を同時に強化する、すなわち「二つの荷を同時に持ち上げる［両副担子一起挑］」ことを決意するに至ったと述べている[4]。

ただ、「二・二指示」が出される前の1979年７月に、国務院は全国託児事業会議を開催し、国務院の中に託児事業リードグループ［託幼工作領導小組］を設立した。グループの長を務めたのは当時の国務院副首相（後に全国婦聯の主席）であった陳慕華であり、オフィスは全国婦聯のなかに置かれた[5]。オフィスが全国婦聯のなかに設置されたということは、今後全国婦聯が主として子ども事業を担っていくことを意味する。

ともあれ、子ども問題をめぐる業務移転のための準備作業は水面下で徐々に行われていたとみてよいだろう。そして「二・二指示」により正式に子ども・育児支援事業が全国婦聯に割当てられて以後、1982年５月に組織の最適化・合理化［機構精減］を理由として国務院に設置していた託児事業リードグループを解散させ、代わりにその事業を全国児童少年工作協調委員会に移転させ、当時の全国婦聯主席である康克清に当委員会の主任を担当させた。

当時の全国婦聯は、子ども・育児支援事業を任されたことに対して戸惑いを感じながらも、積極的にそれを受け容れ、女性問題と同様に取り組んでいった。もっとも、部署ごとの役割分担は行われており、子ども・

[4] 編著者不明『羅瓊訪談録』（中国婦女出版社、2000年）188 ～ 189頁参照。
[5] 全国婦聯辦公庁編・前掲注１）208 ～ 209頁参照。

育児支援事業のうち、全国婦聯は主に家庭教育の部分を担当し、衛生関係部門と教育部は従来通りの業務を担当した[6]。家庭教育という言葉が、本来親の子に対する家庭内で行う教育を指すことは明らかだが、全国婦聯は、親が安心して生産労働に参加できるような生活基盤を作るために、子どもの家庭内の教育問題をも引き受けたのである。

２　家事サービス事業の展開

全国婦聯は、男性と対等に自立し経済的基盤を確立するために、女性の生産労働への参加を促してきた。そして、このような全国婦聯の活動方針は、党・政府の経済政策と、あるときは合致し、あるときは合致しなかったりしたが、改革開放政策が実施されるようになってからも、こうした状況がとくに変わったということはなかった。改革開放期における全国婦聯の主要業務は、女性を動員して「四つの近代化」を実現することであるとされたが、経済的合理化にともなう企業の構造調整は女性労働力の削減を主としており、就業難を緩和するために労働部からは「婦女回家」のような就業政策の提言が繰り返し行われた。この点、全国婦聯が様々な対抗措置を打ち出し、「婦女回家」が国家の政策として採用されることを阻止してきたことは、すでに述べたとおりである。

マクロな経済構造の変化に伴って、これまで生活基盤としての役割を果たしてきた個々人の職場、いわゆる「単位」の中に組み込まれている諸制度にも大きな変化が生じた。従来、公有制経済を前提とした計画経済期において、国家的分配制度により個々人はそれぞれの職場に所属し、そこから配給される住宅や医療、老後、託児など公的な福祉サービスを受けていた。また、「単位」にいったん就職したのであれば、その職は親族や次世代へと受け継がれた［子女頂替］。このように家族全体が「単位」の恩恵を受けられるシステムが採用され、「単位」は国家と個人、家族を結ぶ媒体としての役割を果たしていた。したがって、かつての中国では「単位」を通じて社会的統合が果たされていた、ということが容易に想像される。

[6]『羅瓊訪談録』・前掲注４）189頁参照。

ジュディス・ステイシーが指摘した「家父長制＝社会主義」の構図を用いれば[7]、「単位」が「家父長制＝社会主義」において重要な役割を果たしたと考えられる。都市部であれば、各家庭は「単位」の下部に位置付けられ、そこでの「単位」は各家庭のための公的福祉サービスを提供し、場合によって食堂や託児所も設けていた。いわば、通常は家庭内で賄われると想定される福祉が、家庭外の公的サービスとして賄われていたわけである。もっとも、職場に託児所がないような場合には、女性労働者同士で助け合い、あるいは隣人や祖父母など家族のケアによって育児と仕事とを両立させていた。したがって、こうした福祉機能は「単位」に組み込まれたり、身近な人間関係による相互扶助によって補完されたりしていた面もあったとみるのが適切である。

しかし、このような「単位」の公的福祉機能も経済政策の変化により徐々に消滅し、「単位」との関わりにおいてはいわゆる雇用主と労働者という純粋な雇用関係のみが残るようになった。また、三世代が同居している家庭も減少し、効率性を重視した合理主義が広がる中で、労働者を取り巻く人間関係や家族構造にも変化がみられた。すなわち、家庭の内実が変容したために、従来は家庭内で行われていた育児や食事の支度といった福祉サービスを血縁関係や隣人関係に頼ることができなくなったわけである。

こうした社会的状況の変化を受けて、女性の就業問題を解決するためには、まずこれらの家事労働、すなわち再生産領域に関わるアンペイドワークをどう位置づけるかが課題になる。1980年代初頭に北京市婦聯は家事労働者の仲介サービスを手がけ始めたが、この辺りの事情は上述の

[7] J. ステイシーは、『フェミニズムは中国をどう見るか』（勁草書房、1990年）〔秋山洋子訳〕において、農村の農業集団化を進めていくうえでの共産党政権の果たした役割を記述し、そこには「家父長制＝社会主義」の構図が埋め込まれていると主張する。また、「中国革命の長い過程で、家父長制の理念と社会主義革命の理念とは時に対立し、時に協力しあいながら発展的に自己形成をとげ、結局は不可分の一体となって中国社会の変革をなしとげた」（305 ～ 306頁）と指摘する。そういった、「家父長制＝社会主義」は、「家父長制と社会主義との緊張関係をはらんだ同盟関係」（306頁）であり、現代中国の社会体制はまさにそれを具現しているとする。

社会情勢の変化を無視しては理解することができないであろう[8]。そこで次に、婦聯組織が展開した家事サービス事業について検討することにしたい。

（１）北京市婦女聯合会による取り組み

「中国婦女報」1985年８月14日の記事によれば、1983年に北京市婦聯が「朝陽区三八家事サービス社」を創設したことを皮切りに、1984年末までに全国で44の市において家事サービス業者が設立された。この時期は、経済構造が再編される真最中にあたり、レイオフされた労働者の再配置が当局にとって大きな悩みでもあった頃である。では、なぜ北京市婦聯がこの問題に取り組むようになったのだろうか。その経緯について簡単に検討しておくことにする[9]。

1980年代初めに北京市婦聯党組は、同市政治協商会議により提示された「人々の切迫した需要を掴み解決する」指示に従って都市生活における問題点について実態調査を行った。1983年９月、北京市共産党委員会の段君毅書記が、「社会は非常に『保姆（家政婦）』を必要としている。『保姆』業は大きな業種であり、婦聯が管理しなければならない」という指示を出すと、北京市婦聯は10月14日に市政府宛てに「北京市に家庭労働サービス会社を成立させることについての伺いの報告」を送った。同月24日に北京市副市長による同意が出され、12月21日に朝陽区三八家事サービス社を設立し、早速試験運営が始まった。

翌年３月になると、全国婦聯は全国各地の婦聯主任を北京に呼び集め、家事サービス事業現場会議を開催し、北京市婦聯の経験を紹介したうえ

---

[8] 家事サービスの振興に関心を寄せる社会学者の劉英は、家事サービスを必要とする背景について、以下の４点にまとめている。すなわち、①家族形態の変化（主に核家族化）による親族間の相互サポートの喪失、②男女平等による共働き夫婦の増加、③社会の高齢化による扶養負担の加重、④一人っ子政策による教育の重視である。劉英「家政服務系列談（１）（２）（３）」社区2003年２期20 ～ 22頁、４期24 ～ 26頁、６期27 ～ 29頁参照。

[9] この部分については、大橋史恵『現代中国の移住家事労働者――農村－都市関係と再生産労働のジェンダー・ポリティクス』（御茶の水書房、2011年）119 ～ 124頁を参照しながら記述した。

で、全国に向けてサービス運営を開始するよう呼びかけた。また、本会議においては、女性労働者の就業問題についても触れ、研修（学習）と家庭内の家事労働との衝突に関する議論が交わされた[10]。家事サービス業の展開は失業対策として位置づけられ、地域における女性雇用の創出に結び付くものとして着目し期待が持たれたのである。同年５月、朝陽区三八家事サービス社は、北京市三八家事サービス総社に改称され、北京市内に複数の事業体を展開するようになり、本格的な運営を開始するまでになった。

ところが、順調に進んでいくはずだった三八家事サービス社の運営が共産党関係者による営利行為であるとの告発があり[11]、ここに家事サービス事業は存続の危機に立たされることになった。当時、党政機関の幹部が営利活動に参加することは禁止されていたために起きた事件ではあるが、三八家事サービス社の継続運営の可否をめぐって積極的に働きかけたのは全国婦聯副主席の羅瓊であった。結果的に、三八家事サービス社は非営利団体として認められ、ことなきを得た。ただ、その際に、羅瓊が北京市の関係部門に出した書簡が1986年５月２日付けの「中国婦女報」の１面に掲載されており、当時の全国婦聯が抱えている子どもと女性をめぐる家事サービスの重要性とそこで生じる葛藤について以下のように述べている。

> 「1984年、市区の託児所・幼児園（個人経営を含む）は合計26万余人の嬰児・幼児を預かっているが、入所率はたったの38％である。62％の嬰児・幼児はいまだ家庭で保育されているが、その家庭の多くは共働き夫婦で、ともに仕事に行かなければならない状況である。このことは、状況を打開するためには多様な託児方法を採用しなければならないことを示している。第一に、国家と集団は可能な限り

[10] 全国婦聯辦公庁編・前掲注１）278 ～ 279頁参照。

[11] 1984年に中共中央・国務院は相次いで「党政機関の在職幹部は大衆と企業を共同経営してはならないことについての通知」（７月）および「党政機関と党政幹部が商売や企業経営をすることを厳禁することについての決定」（12月）を出し、共産党関係者が営利活動に参加することを厳しく取り締まったのである。

速く託児所や幼稚園を増やすこと。第二に、個人経営の託児所による子供の受入を支援すること。第三に、家事サービス会社の類の組織を継続的に運営し、家庭のためにサービス員を斡旋することによって、各家庭の育児をサポートすることである。」

ここで示されているように、婦聯は、家事サービスを子ども・育児支援事業の延長線上に位置づけている。そして、個人経営の託児所と保育係による家事サービスを幅広く展開していくことで、働く女性の育児負担を減らすとともに、託児所や家事サービス経営による雇用の創出をも視野に入れていたことがわかる。このことは、当時「婦女回家」論争が盛んに議論されていたことを考慮すれば、女性の家庭回帰を阻止しようとする婦聯なりの対案であったと評価することができよう。

婦聯は、家事サービス事業を通じて、女性の家庭回帰を回避しつつ再生産労働の担い手を確保し、都市部の女性（とくにレイオフされた者）のための雇用創出を図ろうとしていた。だが、実際にはこの２つの課題はなかなか噛み合わなかった。結果的に、女性を再生産の領域に位置付けてしまう「回路」を作ることになり、それが今後も再生産されていく可能性に道を開いてしまった。

さらに、羅瓊は、家事サービス事業の重要性を訴えるために、すでに北京で「保姆」として働き、未登録で零細業務を引き受けながら暮らしている、約３万人の家事サービス従事者についても触れた。こうした人々を三八家事サービス社が受け入れることにより、市場の需要を満たし社会の安定を維持できるとアピールした。そして、都市部の末端行政組織である居民委員会と基層の婦聯組織に対して、彼女らを組織化し、知識を学ばせ、法律を遵守し、意識を高めるよう教育係として役割を果たすべきであると指示した[12]。ここで注目したいのは、羅瓊は個人的に「保姆」の仕事をしている農村女性を社会の不安定要素の一つとして語っており、家事サービス事業の展開の眼目として社会の安定維持といった側面も含めていたことである。見方によっては、農村女性に対して都市部のルールを教育することで、社会の不安定要素である彼女らの管理・監督

[12] 中国婦女報1986年５月２日、１面。

を図ろうとしたといえなくもない。こうした観点があったことは見過ごすべきではないだろう。

その後、1986年10月１日には、「北京市家庭サービス員管理暫定規定」（[北京市家庭服務員管理暫行規定]、京政辦発（1986）110号、1986年９月11日公布、1986年10月１日施行、1995年７月15日廃止）が施行され、北京に来て家事サービスに従事する者についての規定が定められた。本規定の目的は、「家庭サービスに対する大衆の需要にこたえ、家庭サービス員と利用者の双方の合法的な権利利益を保護し、社会における労働力の管理と戸籍管理の秩序を守るため」である。また、本規定では、家事サービスに従事する者のことを「家庭サービス員」と称し、子どもや病人の世話など家事サービス業務に従事する「女性人員」であると定義している。

家庭サービス員として三八家事サービス社に登録する際には、出身地の政府機関によって発行された紹介状と健康診断書などが必要であり（２条）、家事サービス会社以外には、いかなる「単位」と個人も家庭サービス員を紹介する活動をしてはならない（４条）とされた。家事サービス会社がサービス員を利用者に紹介する際には、三八家事サービス社で作成した家庭サービス契約書を使うよう求めており（５条）、三八家事サービス社と区・街道所属の家事サービス会社は登録済みのサービス員に対して教育と管理の義務を負い、サービス員のサービス水準を高めるよう積極的に取り組むべきである（６条）とした。

これらの規定のなかで着目すべきは、家庭サービス員の従事者が女性に限定されていることである。そして、仕事の内容が主に子どもの世話や病人の介護であると定められていることである。これは婦聯が家事サービス事業を展開することになったきっかけと密接な関係がある。つまり、女性の就業を確保するためには子どもの世話をどうするかがもっとも切実な問題であったために、子どもの問題を解決する延長線上に家事サービス業が置かれていたわけである。家事サービスは女性のやるべき仕事であるという社会的認識がそのまま政策面においても現れているといえよう。また、社会の安定を図るために、特定の事業者以外の参入を拒否していること、市婦聯の三八家事サービス社が農村からの女性を管理する役割としていたことがわかる。

このように、就業対策として期待され展開された家事サービス事業であるが、結果からみると、北京市に居住する都市女性の就業状況の改善にはそれほど寄与しなかったと考えられる。というのも、北京市の三八家事サービス社に限っていうと、不足した家事サービス員を埋めるためのリクルート先としては、北京市内から郊外へと拡散していき、さらに1980年代半ば以降からは地方政府と協力関係を結び農村女性の労働力の受入を開始し、現在はその殆どが農村女性によって担われているからである[13]。北京市家政服務協会の統計によれば､北京市には約15万人のサービス員が登録されているが、そのうち１万人未満のサービス員が北京市でレイオフされた元労働者であり、ほとんどは農村から上京してきた女性、主に甘粛省、四川省、河北省、河南省からの者であった[14]。

（２）地方婦女聯合会の取り組みおよび家事サービス事業の変化

北京市婦聯による1980年代の家事サービス事業の展開は、その後早くも地方にまで広がり、いまや婦聯組織の女性就業を図るための重要な方策として位置付けられるようになった。家事サービス事業が展開されるに至った背景には、高齢化の進みや子どもの養育、さらに夫婦の共働きなど様々な社会的要素が考えられるが[15]、当初の意図が、都市部の待業青年やレイオフされた女性労働者のための雇用創出であることは、すで

[13] 大橋史恵・前掲注９）124頁参照。

[14] 北京家政服務業研究課題組「北京家政服務業的現状及其規範性発展」経済研究参考2010年57期40 ～ 55頁。1999年末のデータによると、この年の北京市のレイオフ労働者は合計9.3万人であり、そのうち女性は4.8万人の52％を占めている。また、北京市による職業訓練を通じて再就職したのは60.2％に達するとされる。劉淇「在紀念第四次世界婦女大会五周年大会上的講話（2000年５月11日）」北京市婦女聯合会編『北京婦女発展報告（1995 ～ 2005）』（中国社会科学出版社、2006年）22頁参照。

[15] 2007年に、労働保障部により公表された「中国家政服務業現状白書」によれば、60歳以上の人口と10歳未満の人口はそれぞれ約10％、25％であり、両者を合わせると35％となる。都市部と農村部の人口比率を３：７に計算すると、都市部における高齢者と児童の人口はおよそ1.2億人に達する。近い将来、この両者の人口に対するケアの問題は喫緊課題となることを示している。

に述べたとおりである。そのために、地方婦聯においてもそれぞれの状況に応じて活動していくことが求められたわけだが、ここでは、その取り組みについて検討することにしたい。

婦聯組織が都市部において女性就業を促すために実施してきた重要な方策としては「巾幗建功」シリーズの活動がある。「巾幗」とは女性の髪飾りを指すものとして、転じて女性を意味する。巾幗と命名された家事事業所が多く作られ、たとえば、市のレベルにおいては巾幗家事サービスセンター、区の婦聯は巾幗家事サービスステーション、社区においては「(服務) 点」(ポイント) など、職業訓練を通して家事サービス員の養成を図り、都市部の家事市場における需要を埋めていくのに重要な役割を果たしていた。また農村においては、「双学双比」活動を展開し、知識や技術を学ばせ、女性のエンパワーメントを高めるための取り組みが行われ、さらに政府や都市部の婦聯、家事業者の協力を得て、都市部に向けて家事サービス員を送り込むことにより、余剰人員の減少が目指された。

徐州市の場合、「政府の代わりに荷を担ぎ、女性のために問題を解決する」[替政府分憂、幇婦女解難] というスローガンの下で、農村・都市部の女性就業問題を解決する突破口として家事サービスが進められた。とりわけ巾幗家事職業技術訓練学校を設立し、家事サービス員、保育士、産後ママヘルパー、ホームパーティー・ヘルパー、グリーン豆腐作り、生け花など８種類の専門を設け、職業訓練を一定期間受けた者を都市部に家事労働力として送り出した。行き先は主に、北京、上海、広州、深センなど多くの需要が見込まれる都会が中心で、これまですでに6827人を送り出したとされる[16]。

その他、広州市婦聯は、農村の余剰人員問題を解決するために、オーダー式 [訂単式] 養成方式をとり、市場のニーズに応じて人材を育成する試みが行われている[17]。また、湖北省婦聯は、一万名巾幗家事サービ

[16] 中国婦女網 http://www.women.org.cn/allnews/02/2628.html (閲覧日2015年３月30日)。

[17] 中国婦女網 http://www.women.org.cn/allnews/05/34.html (閲覧日2015年３月30日)。

ス員訓練プロジェクトを立ち上げ、家事サービスの競争力を高めるために、独自ブランドの構築にも力が注がれている。たとえば、「湖北木蘭花」がそれである。自ら養成基地を作り、教育に必要な教材を作り、各分野の専門家も確保し、認証サービスなど一体化したシステムを構築し、都市部はもちろん、農村部の女性に対しても専門的な訓練を行ったうえで、省内外の都市へ送り出すほか、「湖北木蘭花」というブランドで仲介業者の経営も始めている[18]。

このようなブランドは、ほかに四川省の「川妹子」、陝西省の「米脂婆姨」、江蘇省の「好蘇嫂」などがあるが、セクシュアリティを表わす言葉が多く使われている場合があれば、強い女性像を表わすものもある。「妹子」は女の子を、「婆姨」はおばさんを、「嫂」はあによめを意味するが、いずれも女性という性別が強調されている。「木蘭」はもともと民間伝承の中に登場する父に代わって従軍し活躍した人物として、強くて勇敢な女性イメージを連想させるものである。このような家事サービスのブランド構築の背後には、人の世話をするという意味で敬遠されがちな「保姆」という呼称を避け、伝統的な家事使用人とは異なる、「現代的」な意味づけを目指している[19]、といった側面もなくはないと思われる。

1990年代後半から企業や民間による家事サービス事業者が増え始め、現在全国では約2000万人の家事サービス員と60万体の家事サービス事業所が存在している[20]。それにもかかわらず、中国家政服務業現状白書によれば、瀋陽では４万人（世帯）、武漢では９万人（世帯）、南京では24万人（世帯）のサービス員不足が予想されており、潜在的には巨大な市場になりうる就業領域といえよう。目下、レイオフ労働者は650万人、失業者は570万人、毎年の新規労働者は800万人、さらに農村には余剰人員が1.4億人もいると予測され、これに対処するには、有効な就業対策が不可欠である。その意味では、家事サービス業は職業難問題を解決す

[18] 中国婦女網 http://www.women.org.cn/allnews/0702/14091.html（閲覧日2015年３月30日）。

[19] 大橋・前掲注９）144頁参照。

[20] 劉明輝「家庭工人体面労働公約対中国立法的影響」婦女研究論叢2012年３期42頁参照。

るにあたって良い手段であり、そのメリットに国も着目するようになったといえる。2009年７月には、人力資源と社会保障部を筆頭に、商務部、財政部、全国総工会、全国婦聯など８部門により全国的に「家政就業工程」（家事就業プロジェクト）が実施され、その運営には国家財政から専用の補助金が充てられた。

また、同年11月11日に、全国婦聯は武漢において「家庭サービスを発展させ女性の就業を促進する業務連絡会議」を開催し、女性の就業を実現するためには家事サービスを発展させる必要があると主張し、婦聯組織が家事事業を展開できたのは党や政府によって重視してもらえた結果であるとしつつ、党や国家の核心任務を中心に関係各部門と協力して新たな家庭サービスの発展モデルを模索するべきであるとした[21]。

2010年に９月１日に、温家宝首相は国務院常務会議において各種資本による家事サービス業への投資を奨励し、家事サービス市場を育てていく必要があると述べ、９月26日には「家事サービス業を発展させることに関する指導意見」（国辦発（2010）43号）を発した。これまでの婦聯が進めてきた家事サービスは、女性の就業問題だけではなく、社会全体の失業問題を解決するための有望な手段として、政府によって国家戦略へと格上げされたわけである。政府のねらいとしては、市場経済導入によりますます広がりつつある都市部と農村部の格差、貧富の格差を少しでも縮めるために、家事サービス業の展開を通じて、格差や失業問題を解決し、最終的には社会の安定を図ることに目的があると思われる。

このような党中央や政府の決定には、特定の性別が家事サービスを担うべきであるといった文言はないものの、果たして家事サービスの産業化、市場化がこれまで家庭において女性がもっぱら果たしてきた再生産領域における性別役割分担を変えられるのか、注目される。場合によっては、国家戦略へと格上げされたことによって、再生産領域において克服されるべき性別役割分担がさらに固定化される懸念さえ生じるかもしれない。また、家事サービス業の分野においてジェンダー分析を抜きにしたまま、国家レベルで事業を進めていくのであれば、失業問題をある

[21] 婦女観察・中国 http://www.womenwatch-china.org/newsdetail.aspx?id=1879（閲覧日2015年３月30日）

程度緩和することができるかもしれないが、男性より女性の方がより多く家事サービス業に身を置いている現実とは無関係に政策が実施されることにもなりかねない。

（３）家事サービス業を取り巻く法的・政策的状況

これまで述べてきたように、高齢化や夫婦の共働き、育児などの需要により、家事サービスは第三次産業においてすでに不可欠な事業に成長している。現在の家事サービス従事者数は全国で2000万人を超えており、家事サービス事業所も60万か所以上に達しているとされる。しかもその従事者の96％以上が女性であり、主に農村から来た女性と都市部の失業女性によって構成されている[22]。これらは、家事サービス会社と正規の労働契約を結んで従事している人もいれば、利用者との個人的な関係によって従事している人もおり、その雇用形態は実にバラバラである。

深セン市で行われた2009年調査結果[23]によると、家事労働者のうち、親戚や友人の紹介によるものがもっとも多く、全体の53.53％を占めている。ここには、家事サービスに従事する者は仕事の現場が依頼者個人のプライベート空間であるため、互いに信頼関係を築けなければ円滑な仕事はできなくなってしまうといった事情がある。次に多いのが、家事サービス業者と婦聯・労働局による紹介で、それぞれ17.17％と17％である。家事サービス業者による紹介の17.17％のうち、労働契約は11.11％、雇用契約は51.52％を占めており、契約のない比率も10％以上もある。このように労働法が適用される労働契約はごく一部にとどまっており、そのほとんどは雇用契約とされている。雇用契約の場合、仕事中に怪我をしたり、事故があったとしても労災による保険や補償の対象外になったりする場合が多く、労働者は不利な立場に置かれる傾向にある。

また、家事サービス員の待遇状況も他の業種に比べると相対的に低い

[22] 北京大学法学院婦女法律研究与服務中心と国連女性発展基金によって共同で行った、家事プロジェクト2007年調査結果によるものである。

[23] 胡大武「我国発達地区家政服務員労働権益保障的法律思考――基於深セン市的実証分析」河南省政法管理幹部学院学報2011年５－６期135～141頁参照。

水準に留め置かれている。深センの場合、月給として800元から1000元を得ている者は14.28％、1000元から1500元は48.97％、1500元以上の者が35.71％である。これは、深セン市の月給の最低ラインである900元に比べたらとりわけ低いとはいえないが、2009年の市民の平均給料の4263元に比べると、相当低い水準であることがわかる。上海では、月給が3000元以上の者の比率はわずか6.6％であり、66.9％は2000元未満である[24]。

家事労働は個人の家庭の中で行われているため、閉鎖的な側面があり、そこで起きたことが外部に漏れることは難しいのが特徴であることから、労働者の権利が侵害される蓋然性も高くなる傾向にある。たとえば、労働時間がオーバーするといった事態は必ずしも珍しいことではない。上海で行われた調査では、48％の家事サービス員が毎日10時間以上働いており、36％が休日を与えられていないとされる。家庭において住み込みで働く形態を取っている者が多いので、勤務時間の実態把握が困難である。さらに、家事サービスに従事しているのはほとんどが女性であるため、性的嫌がらせを受けるケースも多数あるとの報告もある[25]。

このように、中国で「朝陽産業」と称される家事サービス業は様々な問題を抱えている、というのが現状である。2000年８月に公布された家事サービス員の国家職業基準［家政服務員国家職業標準］において、家事サービス員［家政服務員］を職業の一種として規定したとはいえ、社会的に存在する差別感情はいまだに根強い。上記の深センの調査報告によれば、家事サービス業が拡大するのにともない四つの特徴が表れてきたという。すなわち、家事サービス員の女性化、外来化、若年化、文化

[24] 王瑞傑「上海市家庭服務業現状分析与規範化建設」科学発展2011年５期94頁参照。

[25] 韓会敏「家政服務員性騒擾問題的職業特点」譚琳＝姜秀花編『婦女／性別理論与実践(下)』(社会科学文献出版社、2009年)662～667頁参照。著者によれば、北京市における家事サービスの利用者のうち、50％以上が「やむを得ず」利用するという状況であり、そのほとんどは高齢者介護や子どもの世話であるとされる。サービス員の労働環境も利用者の住宅状況によって異なるが、個室の部屋を与えられない場合も多く、狭いキッチンや居間を利用しているケースが多いとする。このような労働環境は、権利侵害に繋がりかねないと著者は主張する。

的貧困化である[26]。こうした特徴は彼女らが周縁化されてしまう可能性を示しており、実際、基本的な権利が侵害されていたとしても十分な救済を受けられない場合が多いとされる[27]。中国社会のような規模で家事サービスを商品化、産業化、市場化していくには、まずもって家事サービス員の権利を実効的に保障するための法的整備が喫緊の課題である。

実際、学者やNPO団体からは、家事サービスに関する法整備の呼びかけが盛んに行われている。もちろん全国婦聯もそうした取り組みに努めてきた。2012年３月に開催された全国政治協商会議（第11期第５回会議）において提案された建議[28]をみると、そこには社会における家事サービスの需要が普遍的に存在していることを考慮し、家事サービスの職業化を実現するための制度を整備するようにとの提案がなされている。その内容は、主に六つの方面からなる。第一に、家事サービス仲介事業所のシステムを会社員制へと転換させ、家事サービス業の専門化、産業化、職業化を図る。第二に、家事サービス業全体に対して職業訓練を展開するよう政府は指示すべきであり、サービス技術の向上に努めるとともに、自らの権利義務を守るためにも一定の法律知識を習得させる。第三に、家事サービス業に関する諸制度に基準を設け、企業もサービス員も消費者も容易に法を遵守できるようにし、三者が安心して利用できるシステ

[26] 深セン市の調査結果によれば、家事サービス員のうち、20代から50代までが約92％を占めている。なかでも、20代から30代までのサービス員が23％の比率を有しているという。また、学歴別にみた場合、高卒以下が76.25％（中卒が51.25％、小卒が22.50％、文盲が2.5％）である。胡大武「我国発達地区家政服務員労働権益保障的法律思考」河南省政法管理幹部学院学報2011年５－６期135頁参照。

[27] 家事サービス員の権利を守るために法制度を整備する必要があると主張する学者が多数いる。代表的なのは、劉明輝「家政工獲得労働保障権利的障害及路径」西南民族大学学報（人文社会科学版）2011年５期120～124頁；韓会敏・前掲注24）662～667頁；鞠海亭＝沙文韜「家政服務提供者人身損害賠償的責任承担」法学2008年１期58～66頁；賀玲「整体主義制度観的家政工労働権益保護立法」前沿2011年21期86～88頁などである。

[28]「関於推進家政服務職業化発展的建議」中国婦運2012年４期35～37頁参照。

ムを構築する。第四に、家事サービスにかかわる管理細則や諸制度を設け、市場参入には厳格な手続きを要することとする。第五に、家事サービス業者のモデルを立て、小規模の業者を含めてブランドと市場影響力を持ってより発展していくことを目指し、母親と嬰児、高齢者介護の面で社区による嘱託を行い、その際には資金を供出し行政指導を行うことで、業界全体の迅速な発展を図る。第六に、政府部門、業界、マスメディアによる家事サービスに関する適切な宣伝により、家事サービス業の社会的地位を高める。

しかしながら、以上の六つの提案は、いずれも具体性に欠けており、必ずしも女性の権利利益に配慮したものになりえていない。経済政策という大きな枠組みのなかに家事サービスを位置づけるという点では、「婦女回家」においても確認された問題構造と何ら変わるところはないというべきなのかもしれない。

3　小括

本章では、家事サービス事業が当初は女性の就労と育児を支える事業として展開され、それが後に失業問題を解決するための国家戦略として扱われるに至るプロセスをみてきた。都市部の女性の就業を支えるために家事サービス業は展開され、後に農村から出稼ぎに出てきた女性によってその家事サービス業は支えられるようになった。

ここで、二つのプールがみられることを確認しておきたい。すなわち、都市部のために労働力を提供する農村というプールと、都市部の家庭において再生産労働を担う農村女性というプールである。都市部の再生産労働は、家事サービス事業の展開によって産業化されるとはいえ、その担い手の実態はほとんどが女性であることから、伝統的な性別役割分業が固定化され現代的にリバイバルされている面を否定することはできない。また、農村部の女性は、都市部で行われる職業訓練を通じて人的資本を獲得するがゆえに、「家事サービス員」として働き、きわめて従属的な形で都市部の再生産領域へと包摂されていく。しかも、婦聯組織がこのプロセスを補完したことはすでにみてきたとおりである。たとえば、北京市婦聯は、家事サービス会社の経営存続にあたって、四つの点につ

いて言及していた。そして「婦女回家」とは異なる方途によって雇用問題を解決しようとしていた。すなわち、都市における再生産労働力（とりわけ育児のための労働力）の需要を満たすことによって雇用問題を解決しようとした。

ところが都市女性のための雇用創出の取り組みは効果をもたらさなかった。待業青年や失業者も家事サービスへの就業に積極的ではなかった。つまり、家事サービス事業における再生産労働力の需要と供給は、都市内部では解決できず、結局農村女性による家事サービス業への参入を積極的に進めざるを得なかったのである。子ども・育児支援事業をめぐって、婦聯はある種の「回路」の形成に一役買ったかもしれないが、それ以上の成果を挙げるには種々の限界が立ちはだかっていた。婦聯は、女性をめぐる問題をそれ自体固有の問題として捉えることができないため、子ども・育児支援事業の面においても家事労働は女性が担うべきであるとの通俗的な意識を変えさせることができないでいる。結果的に、婦聯の就業政策により性別役割分業体制は維持され、国家の就業政策と相俟って固定化されてしまうのではないだろうか。改革開放以降のジェンダー秩序において再生産労働の女性の負担が増大していることに注目が集まっている。だが、この秩序それ自体は都市女性の家庭回帰という国家が想定しているような事態によってもたらされたのではなく、農村女性を再生産領域へと組み込むことで成り立ってきたのである。

第４章　婚姻法の制定および改正における婦女聯合会の取り組み

1949年９月に、中国人民政治協商会議で採択された「共同綱領」の６条では、女性の解放について次のように述べられている。「中華人民共和国は婦女を束縛する封建制度を撤廃する。婦女は、政治的・経済的・文化教育的・社会的生活の各方面においてすべて男子と平等な権利を有する。男女の婚姻の自由を実行する」。また48条では、「母親、嬰児および児童の健康を保護することに注意を払わなければならない」との規定が置かれている。ここで掲げた「男女平等」、「婚姻の自由」、「母親や子の利益の保護」という理念は、その後施行された婚姻法（1950年４月13

日中央人民政府委員会第７回会議採択、同年５月１日施行。以下、50年法と記す）の制定へ向けた基本的な方向性を示している[29]。

50年法は、日中戦争時代から各解放区において実施されてきた中華民国民法に基礎を置く婚姻条例、中華ソビエト婚姻条例、旧ソ連および東欧の新民主主義諸国の婚姻関係法律や文献などを参照して制定されたものであった。それゆえ、他の法律に比べて法整備するうえでの物理的環境が十分に整っていたといえるだろう。何よりも、人口の半分ほどを占めている女性の問題、すなわち「婚姻の自由」[30]や「母親への保護」を条文として明記することによって、従来の女性にはなかなか認められることがなかった離婚が女性の意思に基づいて可能になった。封建的家父長制の下で支配され、場合によっては奴隷同様の生活を強いられることさえ珍しくはなかった女性たちが解放されるようになったという点で、50年法の成立は極めて画期的なできごとであった。その後、50年法は1980年と2001年に二度の改正が行われているが（以下、それぞれ80年法、01年法と記す）、いずれの時点においても「婚姻の自由」に関する条項は維持されており、そこには、離婚の自由を含めた「婚姻の自由」を女性の

[29] 婚姻法が制定されてまもなく土地改革法（1950年６月28日中央人民政府委員会第８回会議採択、1987年11月24日失効。「50年土地法」と称す）が施行されたが、婚姻法と同様に、土地法もこれまで各解放区において実施されてきた条例のもとで制定されたのである。その意味では他の法律に比べて早期立法の法的基盤が整えていたといえる。また、人口の半数以上を占める農民の問題、すなわち３億以上の農民への土地分配は、新政権にとって、農民が封建的社会から解放されて「国家の主人公」になったという意味においては、非常に重要な意味を持っていた。ちなみに、1930年代、各解放区において続々と土地法が施行された際、ようやく地主階級の抑圧から解放された農民たちは、土地法のおかげで「翻身（fanshen）」したと喜びを表現した。なによりも、婚姻法と土地法の制定は、共産党政権が民衆の支持を得るための戦略的な手段として、これから行われる国家の経済建設に必要な人的資源の確保と密接に関係しているともいえよう。それ以外にも、女性に関わる同一労働同一賃金や労働者保護暫定条例などが制定され、女性を保護する立場からの法整備が次第に行われていった。

[30] 中国語の「婚姻（hunyin）」という言葉は、日本語の婚姻（こんいん）より意味の範囲が広く、中国語の場合は結婚と離婚の両方を含む。したがって「婚姻の自由」といえば、結婚の自由と離婚の自由が含まれている。

権利利益として保障しようとする国の姿勢が窺える。

ところで、このような1950年に制定され1980年と2001年に改正されてきた婚姻法は、時代の産物として、それぞれの歴史的背景の中で誕生し、そのときどきの社会的特徴を反映したものとしてみることが可能である。また、これは、女性解放＝男女平等という特定の歴史的使命を背負ってきたという点からみれば共通した課題の下に置かれていたとも考えられる。したがって、婚姻法は、中国の法制度におけるジェンダー的な特徴を見出すのに格好の材料となりうる。全国人民代表大会内務司法委員会副主任である朱光がいうように、女性の権利保護の法体系は、憲法から婚姻法、そして「女性法」[31]へという三つのステップを踏むことによって完成したのである[32]。そして、これまでの婚姻法の制定・改正のプロセスにおいては、必ず婦聯組織が参加していたという事実があった。そこで、婦聯組織はどのような考え方に基づいて、そのプロセスに関与していたのか。本章では、婚姻法の立法過程における婦聯組織の関与状況を検討し、婚姻法の制定にいかなる影響を与えたのか、ジェンダーの視点も含めて検討することにしたい。

1　1950年婚姻法の制定について

（1）制定過程

建国に先立って行われた各解放区における土地改革が、封建的な地主階級を撤廃し土地を均等に分配することによって、目にみえるような形での経済的利益を得たとするならば、婚姻や家庭関係についての規範である婚姻法は、必ずしも目にみえるような形ではないかもしれないが、人々の間で長年培われてきた人生観や価値観に対して変化をもたらすも

[31] 女性権利利益保護法［婦女権益保護法］（1992年４月３日採択、2005年８月28日改正）のことを指す。「女性法」は、女性の権利保護一般について独自の規定を定めた現行82年憲法48条を具体化したものとして理解されており、現在では、女性の権利利益を保護する基本法として位置づけられている。木間正道＝鈴木賢＝高見澤＝宇田川幸則『現代中國法入門（第６版）』（有斐閣、2012年）97～98頁参照。

[32] 中国婦女報1998年８月18日、１面。

のであった。

日中戦争期から西北地方を中心とする革命根拠地においては[33]、たとえば、晋察冀辺区、陝甘寧、晋綏などにおいては婚姻条例がすでに制定されていた。だが、そのなかには国民党政府の統治下における民法典親族編に依拠したものが多く、しかも各地方の実情に即して作られたものであったため、必ずしも内容的に統一した婚姻条例が定められていたというわけではなかった。したがって、全国解放を目指し、解放を目前とした新政権にとっては、新たな統一した婚姻法を制定することが求められることになった。

1948年９月20日から10月６日の間に、河北省平山県西柏坡村で中共中央による全国解放区婦女工作会議が開催され、劉少奇は全国解放に向けて各地方の婚姻条例をまとめあげ、統一した婚姻法を作ることを提案し、その起草作業を中央婦女工作委員会へと委任した[34]。そして、現在ではこれが50年法成立の第一歩となったと考えられている。

当時、中央婦女工作委員会の代理書記を務めていたのは鄧穎超である。鄧は婚姻法を起草するためグループを立ち上げ、草案作りに着手した。この起草グループは、鄧をはじめ７名の女性幹部によって構成されてい

---

[33] 国民党政府による中華民国民法の親族編は1931年から施行された。日中戦争の勃発により国共合作が成立し、形式的に国民政府の行政地域にある革命根拠地（位置的に辺境にあるため辺区とも称した）は、同法の適用範囲に置かれた。建前としては、国民政府の法令を実施し、それを根拠地の事実に適合させるものとして、地元政府により制定公布されることとなる。そして根拠地の法（たとえば、各地の婚姻条例）は、その法形式からすれば、同民法に対する補充的な性質をもつ特別法とされる。しかし、それらの法は根拠地に独自のものであり、国民政府法令とはその精神、原理を異にしている場合もみられる。したがって、それらの法は、本質的に中華ソビエトのものを継ぎ、そして新中国の法に継承されるのである。福島正夫＝宮坂宏編訳『中華ソビエト共和国・中国解放区婚姻法資料（改訂版）』（社会主義法研究会・中国農村慣行研究会、1966年）８～９頁参照〔非売品〕。

[34] 『羅瓊訪談録』・前掲注４）100頁参照。ちなみに、今回の会議において鄧穎超は、翌年の上半期に中国婦女第一回全国代表大会を開催すると同時に、中華全国民主婦女聯合会を設立することを宣言した。政権成立後、婚姻法の起草作業は引き続き全国婦聯によって担っていくようになった。

たが、そのうち法学を修めた者はわずか１名のみで、残りの６名は法律学の知識をまったく持ち合わせていなかった[35]。そこで、起草作業にあたってまず行ったのは、各解放区における婚姻状況に関する実態調査であった。全国各地の地方政府や法院を対象とした調査を行い、婚姻条例の実施状況をしっかり把握することによって、そこから得られた経験や教訓を婚姻法の草案作りに生かすことにした。

調査結果によれば、解放区での婚姻状況は凄まじいものだった。たとえば、山西、河北、察哈爾[36]などの農村地域では、民事案件における婚姻にかんするものが33.3％～ 99％を占めるに至っており、北京、天津、上海、西安、哈爾濱などの都市部の民事案件における婚姻案件は11.9％～ 48.9％を占めていた。そしてこれら婚姻案件のうち、離婚や婚約取消をめぐる案件の比率は、農村地域で平均54％、都市部では51 ～ 84％を占めていた。離婚の原因としては主に請負婚の強制、売買婚、虐待、早婚、重婚、姦通および遺棄などを理由とするものだが、その比率は78 ～ 82％を占めていた。しかも女性からの離婚請求が多く、58 ～ 92％を占めていたともいわれている[37]。したがって、新婚姻法を制定するにあたっては、こうした状況、すなわち、封建的な婚姻制度から女性たちを守り、その権利利益を最大限に保護することが、新政権の重大な課題として浮かび上がってきたわけである。

また草案の起草過程においては、その理論的根拠を確保しておくために、マルクス、エンゲルス、レーニン、スターリンの学説および毛沢東思想のうちの女性問題や婚姻、家族、社会の発展の相関関係を論じた箇所を中心に、継続的に研究が進められた。また、各解放区における婚姻条例や各地から集めてきた実態調査の資料[38]に加えて、中華ソビエト婚

[35] グループメンバーは、鄧穎超、帥孟奇、楊之華、康克清、李培之、王汝琪、羅瓊の７名であり、そのうち王汝琪が唯一の法学部出身者であるため、彼女に執筆を担当させたという。『羅瓊訪談録』・前掲注４）102頁参照。

[36] 現在は山西と河北に分割されている。

[37] 中華全国婦女聯合会編『蔡暢・鄧穎超・康克清婦女解放問題文選（1938－1987）』（人民出版社、1988年）172 ～ 173頁〔鄧穎超〕参照。

[38] たとえば、中国の新旧制度の状況が分かる各解放区の婚姻条例、関係書類、新聞、雑誌、人民法院の業務報告、そして関連する判決書、調停書、統計材料

姻条例（1931年）、ソ連および東欧の新民主主義諸国の婚姻法[39]を参照したとされる[40]。1950年５月に張家口市委・市政府による婚姻法を学ぶための拡大幹部会議における鄧穎超（当時全国婦聯副主席）の報告[41]によれば、新法公布までの１年５ヶ月の間に、中共中央法制委員会と中共中央婦女工作委員会が主に草案の起草を担当し、他の関係部門は積極的に協力したとされる。そして、初稿の段階では、各民主党派、人民団体、司法機関、その他の関係部門の意見を取り入れるために、数回にわたる座談会が開かれ、内容はもとより用語や用法についても繰り返し修正が加えられた。最終的には、中国人民政治協商会議全国委員会常務委員、中央人民政府委員および政務委員の三者が臨席する座談会で修正作業が行われ、1950年４月13日に中央人民政府第七回会議において婚姻法草案が採択され、こうして50年法は誕生することになった。

（２）主な争点および内容

50年法は、総則、婚姻、夫婦間の権利義務、親子関係、離婚、離婚後の子の扶養と教育、離婚後の財産と生活、附則の８ヶ章27ヶ条から構成されている。その制定過程でもっとも争点となったのは、婚姻の自由、とりわけ離婚の自由をめぐる部分についてであった。同法の１条には、請負・強制、男尊女卑、この利益を無視する封建的な婚姻制度を廃止すると宣言した上で、男女の「権利の平等」、「婚姻の自由」、さらに「女性及び子の合法的利益」を保障する新民主主義婚姻制度を実行するとの規定が設けられた。また、17条１項では、「男女双方が自らの希望で離婚を望むときには離婚を許す。男女の一方が強く離婚を求め、区人民政府

などが含まれる。

[39] たとえば、「ソヴエート・ロシア婚姻、家族および後見に関する法典」、東欧の新民主主義諸国の婚姻家族法問題に関する論文、朝鮮民主主義人民共和国の男女平等法令及び実施細則などが参照された。

[40] 中華全国婦女聯合会編・前掲注37）169 ～ 170頁〔鄧穎超〕；陳紹禹（幼方直吉＝長谷川良一訳）「中華人民共和国婚姻法起草経過及び理由に関する報告（一）――1950年４月14日中央人民政府委員会第七回会議のために」法社会学２号（1952年）119頁参照。

[41] 中華全国婦女聯合会編・前掲注37）169 ～ 178頁参照。

と司法機関の調停を経ても効果がないときにも離婚を許す」との規定が盛り込まれた。

離婚の自由ということの内容としては、いわゆる協議離婚と単意離婚の双方が含まれるが、ここに何らかの条件を付けるかどうかをめぐって主に議論がなされたようで、とりわけ「離婚の自由」を強く主張したのは鄧であった。当時、完成した草案を党中央に送る際に同封された鄧の書簡によれば[42]、草案に示されている「一方が強く離婚を堅持するときは即時離婚を許し、いかなる条件も付けない」という文言を強く主張するとの意思表示が示されている。その理由として、鄧は次のように述べる。多くの資料によって証明されているとおりだが、これまでの「中国社会でもっとも抑圧されているのは女性であり」[43]、「早婚や幼婚［童養媳］[44]、売買婚などの普遍的な現象」は女性に多くの苦痛を与え、これを根絶しない限り婚姻の自由もありえない、と。

しかし、こういった主張は、当時においては少数意見に過ぎず、むしろ多数意見はこうした見方に反対であったとされる。たとえば当時の全国婦聯執行委員会委員で最高人民法院委員であった李培之は、条件付きの離婚を主張しており、重婚、虐待、家族不仲、生活上の悪習慣などを離婚するにあたっての具体的な条件として挙げている[45]。また、このよ

---

[42] 鄧頴超「関於婚姻条例草案致毛沢東、劉少奇、朱徳、任弼時、周恩来等的信（1950年１月21日）」党的文献2010年３期５～８頁参照。

[43] 毛沢東が1929年３月に発表した「湖南農民運動視察報告」において、女性に対する権力支配について言及したことがある。すなわち、中国の男性は普通三種類の系統的な権力の支配を受けているが、それぞれ国家による政権、宗族・家長による族権、鬼神による神権である。ところで、女性になると、上記の三つの権力支配のほかに、さらに男性による夫権の支配を受けているとされる。この四つの権力支配を受けている婚姻制度こそ封建主義婚姻制度である。

[44] 成年前の幼女、少女を安く買い育てて将来男児の妻とする旧中国の婚姻制度の１つである。男児誕生を見越して買う場合もあった。親、子どもの世話以外に雑役に使われ、一種の家内奴隷ともされる。封建的な中国社会における潜在的な結婚難を背景の下では、貧家の口減らし、労働力確保などの意味合いも含んでいると考えられる。

[45] 具体的には、以下のような条件が含まれる。①革命に違反する行為があり、現在も継続中である者；②重婚者；③一方を虐待または遺棄し、現在も継続中

うな条件を挙げる理由として、容易に離婚を認めてしまうとすれば、不安定な家庭を許容することになり、ひいては女性が生産労働に参加することに対しても影響を与えることが予想されるからであるという。それゆえ、家庭問題を解決するには人民を教育・改造するといった方針を採用するべきであると主張する。

ともあれ、離婚の自由をめぐっては完全に意見が一致することはなかったものの、８条でみられるように、「双方ともに敬愛し合い、助け合い、扶養し合い、睦まじく団結し、生産に励み、子女を養育し、家族の幸福と新中国の建設のために協同して奮闘する義務がある」という点では、その目指すところが国家建設のための夫婦像であることに変わりはなかった。そして、中共中央法制委員会は更なる修正作業を経てから、離婚の自由を条件なしで認めるという鄧の意見を採り入れる形で党中央に草案を最終的に提出した[46]。

結果からみると、条件なしでの「離婚の自由」が認められたことになったわけだが、これが可能になったのは、とりわけ農村部においてこれまでの間に行われてきた土地改革を通じて女性の経済的自由が確保されるようになってきたことも無視できないと考えられる。改革後の土地の均等分配が家族単位の経営形態を取っていたとはいえ、個々人の割り当て分については個々人の財産としてカウントされていたからである。

このようにこれまで離婚の請求が一方的に男性によって握り続けてきた中で、「婚姻の自由」を原則とする50年法の公布は、当時封建的家父長制により抑圧されていた女性にとっては重要な意味を持つことは確かであろう。

また、50年法は離婚にともなうリスクを最小限にするための規定も設

である者；④一方の父母またはその他親族による虐待があり、同居するのに耐えがたい者；⑤他方を陥害し証拠が足りる者；⑥よくない嗜好があるまたは正業に就かず繰り返し勧告しても改めなく他方に影響を与える者；⑦仲が悪くこれ以上同居することができない者；⑧生死が不明になって３年以上経った者；⑨その他重大な事由のある者で、このなかの１つに該当すれば、他方は離婚を請求することができるし、不服の際には上訴できるとした。鄧顕超・前掲注42）６～７頁参照。

[46] 黄傳会「新中国第一部婚姻法的誕生（下）」中国人大2007年４期51頁参照。

けていた。たとえば、９条で「夫婦双方には職業を選択し、仕事と社会活動に参加する自由を有する」ことが規定されているともに、10条では「夫婦双方には、家庭財産に対して平等な所有権と管理権［処理権］がある」と定められた。いうまでもなく、これは「男女平等」という同法の基本精神に合致するものであると評価できる。

ところが、この「男女平等」という基本精神に反する規定も設けられた。23条１項では、「離婚の際に、女性の婚前財産は女性に帰するが、その他の財産については双方の協議で決める。協議が整わなかったら、具体的な財産状況に応じて、女性や子どもの利益を配慮しかつ生産労働参加が有利になることを原則として人民法院により判決を下す」との規定がある。さらに、24条では、「離婚の際、夫婦の共同生活における負債は共同生活により得られた財産で返済し、もし共同生活時に財産を得られなかったまたは得られても債務の返済に不足する場合、その負債は男性が負担する。各自の負債は各自で返済する」ことが定められた。

このような規定が設けられているということであれば、離婚の際、女性に一定の経済的保障を与え、経済的リスクからくる離婚の躊躇をなくすというメリットが認められる一方で、他方、逆に男性にとっては「離婚の自由」を制限する方向に作用するといった可能性も十分にありうる。だが、これはおそらく、離婚権を一方的に握り続けてきた夫に対して妻はなんら発言権もなく従うしかなかった従来の慣習、典型的には夫の妻に対する抑圧的な振る舞いに対抗するものであるとともに、夫が自らの都合で離婚し妻を捨て、結婚と離婚を繰り返すといったことができないように設けられた規定であると考えられる。

したがって、50年法における「離婚の自由」は、ある意味では妻に向けての自由であり、夫に対してはむしろ制限する側面がある。妻が置かれてきた歴史的状況と経緯を踏まえたうえで設けられた対策である新法が、逆に夫にとっては脅威となりうる性格をも含んでしまったわけである。

またその他、女性の身体的特徴に基づいて作られた条文も確認される。18条では、「妻が妊娠期間中、夫は離婚の申し立てをすることはできない。夫が離婚を申し立てることができるのは分娩後一年後となる。ただし、妻が離婚を申し立てた場合、この限りではない」とされた。さらに、

26条３項には、「離婚後、授乳期間内の子は、授乳する母親が扶養することを原則とする」とある。これらの規定は、妻の合法的な利益を保護するための規定として女性の「母」という特性に特化したものである[47]。

（３）1950年婚姻法に対する評価

50年法は、1950年４月30日、毛沢東の指示による「中央人民政府の中華人民共和国婚姻法の公布施行に関する命令」によって５月１日より施行の運びになったが、封建的な婚姻制度を廃止し、新民主主義に立脚した婚姻制度を実効的なものとすることがその目的であった。

従来､婚姻はもっぱら「父母の命」「媒酌の言」によるものであると人々には理解されており、財産の多寡と家柄の高低といった物質的基盤の下で行われるものであると同時に、占いや八卦など非科学的な「神権」の干渉がついてまわっていた。しかし、新しい50年法の下では、婚姻は男女双方の自由意思に基づくものであるとされ、男女それぞれの主体的な行為として決定されるものとなった。また、「離婚の自由」を認める一方で、他方、生産向上や国家の経済建設を考慮して婚姻問題を処理することが求められていたことから、党・政府は、婚姻を社会国家と無関係な私的領域にとどまるものではなく、社会国家の構成員たる男女の公私の利益が統一されたものである、と解する立場を採る。

このように、毛沢東の指示に端を発し中共中央の指導によって実行されたという事情からみると、50年法は明らかにトップダウン式の立法過程を通じて成立したものであった。また、草案の起草グループは全国婦聯の幹部が中心メンバーとなり、全員が女性であったけれども、しかしそのほとんどのメンバーには法律学的知識が欠けていたという点も、その特徴の１つとして特筆されるべきである。もちろん、中共中央法制委員会も立法作業に関与してはいるが、初期における草案の起草が主に全

[47] これらの保護規定は、ソビエト法の継受であるとされる。1926年に制定されたソビエト・ロシア共和国の「婚姻・家族・後見法典」には夫婦の平等、一夫一婦などが盛り込まれ、また、その後に制定された中絶禁止法は妊婦に対する政策面での配慮が施されていた。李秀清「新中国婚姻法的成長與蘇聯式的影響」法律科学（西北政法学院学報）2002年４期81頁参照。

国婦聯によって担われていたことは、前述したとおりである。その後の、中共中央法制委員会をはじめその他の関係部門と繰り返し展開された修正作業によって、婦聯が起草した草案の原型がどれだけ残ったかは不明である。だが、すでにみたとおり、鄧のような婦聯幹部の意見が明確に反映された部分も確認されることから、50年法が夫より妻の権利利益保護へと傾斜した形で制定されたということについては、一定程度理解されるところであろう。

実際、1950年４月16日付の人民日報によると、50年法の立法精神について以下のような見解を掲載している。すなわち、「婚姻法制定における基本原則は、長期にわたって人民に付けられた封建的婚姻制度の枷を徹底的に破壊することであり」、その立法精神は「男子を中心とする夫権支配を覆し、女性と子の正当な利益を保護する」ことである。

当時の政治的、経済的情勢も含めてみると、ちょうど新政権が封建的な社会から新民主主義社会へと転換した時期でもあったことから、新国家を建設するには全国民の参加が必要であると考え、そのためには女性も含めた人民に対して社会参加へと向けた高い意識が要求されたと考えられる。とりわけ女性に対しては、古い封建的な家族制度によって家庭に拘束され、身動きもできないような状態から解放させることが、新政権にとって最大の課題となったわけである。

こうして、50年法には男女平等という側面があったとしても、女性たちの地位向上というよりは、むしろ国家の経済発展の一手段として使われる労働力としての女性解放を目指すために誕生したという側面があったことも看過すべきではない。そうすることで、女性は封建的な家族制度や家庭から解放され、社会へと参画し、それは徐々に国家へと吸収されながらも、その反面として国家の「主人公」へとなっていくのである。

また、50年法は、いわゆる西洋近代法から確認されるような意味での家族法からは逸脱した性格をもっており、中国の人びとからも「離婚法」、あるいは「女性のための法」と呼ばれた[48]。そして全国婦聯にとって、その後も続く婚姻法の改正という問題は、多くの場合、中共中央から下された政治的任務であり、社会改革を促す作業の一環として機能したと考

[48] 王思梅「新中国的第一部『婚姻法』的頒布與実践」党的文献2010年３期26頁参照。

えられる[49]。ただ、いずれにせよ、1949年を１つの分水嶺として、女性たちは長い歴史の中で常に家庭に属すものとして扱われてきた地位から一応は解放され、それ以降は男性と同様に家庭から社会へと自らの居場所を変えながら、国家の中へと編成されていくことになった[50]。

（４）婚姻法の貫徹運動

50年法の施行に際し、新政権は決して機械的にこの法律を人民に押し付けるようなことはせず、長期にわたる組織的・大衆的な教育、啓蒙活動を通じて、人民の自主的な協力を促すよう努めた。たとえば、1950年４月17日、全国民主婦聯第１期第17回常務委員会では、50年法の宣伝と立法趣旨を貫徹するために、『新中国婦女』誌に特集を設けて法律専門家による寄稿を募り、雑誌を通じて婚姻法に対する理解を深めるための措置をとることを決定した[51]。また、鄧穎超は、「中華人民共和国婚姻法に関する報告」において、婚姻法の成立過程と内容説明をした後に、今後如何にして本法を実行していくかについて次のように述べた。

> 「幹部自身が新しい婚姻法を理解し、…大衆の中に深く入りこみ宣伝教育をし、…間違った恋愛態度には厳しく対処」するとしつつ、何よりも婚姻法の趣旨は「女性自身の問題」の解決という点にあるわけだから、積極的に婚姻法を学習するよう女性たちには呼びかける必要がある[52]。

婚姻法が、土地改革に次ぐ「第二の翻身」といわれるほど画期的な意義をもたらしたことは確かだが、そこには離婚の自由も含まれていたた

---

[49] 李秀清・前掲注47）79頁参照。

[50] 李小江＝朱虹＝董秀玉主編『性別与中国』（生活･読書･新知三聯書店、1994年）３頁参照。

[51] 全国婦聯辦公庁編・前掲注１）19頁参照。

[52] これは、1950年５月14日に河北省張家口市政府にて婚姻法の勉強を目的とする拡大幹部会議において行われた報告である。中国語のタイトルは、「関於中華人民共和国婚姻法的報告」である。中華全国婦女聯合会編・前掲注37）176～178頁参照。

め、離婚件数も著しく急増することになった。全国各地の人民法院が受理した離婚件数の統計によれば、1950年は186,167件であったのに対し、翌51年には409,500件と２倍以上に増加し、さらに52年に至っては上半期のみですでに前年並みの398,243件にまで達した。しかも、離婚を申請したのは圧倒的に女性の側であって、その数は全離婚件数の四分の三程度を占めるまでになっている[53]。

もっとも、離婚の自由を享受し離婚を選択した女性にとって、その前途は決して平坦なものではなかった。長年にわたって、培われた風俗や習慣はとうてい一朝一夕に改まるものではなく、人民のなかには依然として封建的意識が根強く存在していたからである。貧しい生活のなかで金を貯め、ようやく手に入れた妻を離婚によって失うとすれば、それは農民たちにとって牛や羊や土地などの私有財産を失うのと同じく、多大なる損失だと考えられたのも無理のないことであろう。

したがって男性の側、すなわち、夫が妻からの離婚請求を容易に認めるといったことは考えられないことであったと予想される。嫁が１人の人格として振る舞い、自己の権利として離婚を夫に対して請求するなどということは、従来の中国社会において本来的にあり得えないことであった。そのためもあってか、離婚の申し出を行ったことを夫の側から責められ、自殺や虐殺されるといった事件が多数発生し、報告されている。

たとえば、河南省の淮陽専区では婚姻法が公布されてから一年未満のうちに殺害された女性の人数が212人にのぼり、商邱専区でも1951年の１月～４月までに30数人の自殺者が出たとされる[54]。また、湖北省の大冶専区では1951年１月から６月までの間に婚姻トラブルにより虐待死した女性は61名に達し[55]、山東省莱陽専区では1952年１月から４月までの

[53] 劉景範「貫徹婚姻法是当前各級人民政府和全国人民重要的政治任務」人民日報1953年３月20日、１面。

[54]「中南区廣大青年男女開始獲得婚姻自由、還有逼殺婦女事件発生、必須継続貫徹婚姻法、堅決貫徹婚姻法、保障婦女権利！」人民日報1951年９月29日、３面。

[55]「中共湖北、湖南省委発布指示、糾正幹部中対待婚姻法的錯誤観点」人民日報1951年９月28日、３面。

間の女性死亡者数は97名に達した[56]という。さらに華東地区では、1950年５月から1952年末までの間に男女合計11500余名が婚姻のトラブルで命を落としたとみられている[57]。

このように婚姻法は、綿密な調査・討論などにもとづいて制定公布されたものであったとはいえ、「現実からみれば、極めて高い理想を示したものであった」という指摘[58]は、まさに正鵠を得たものであった。また、これらの社会的現象は、従来の封建的な婚姻観と婚姻慣習の根深さを示す反動であるとともに、そこから新たな家庭や夫婦関係の構築へと社会構造の転換を意味するものであるといえよう。

もっとも、上記のような事件が起きた理由としては、婚姻トラブルによる家庭内の不和以外にも、地方の法を執行する幹部たちの婚姻法に対する理解の不足による、婚姻への干渉（離婚請求の不受理や離婚させないなど）や婚姻法の宣伝不足などが挙げられている[59]。そこで、1953年１月14日、中央婚姻法貫徹運動委員会が立ち上げられ、同年３月を婚姻法貫徹運動月とする全国的な宣伝活動が展開されることになった。これは、婚姻法が公布されて以来の広範かつ系統的な宣伝運動であった。農村部でも都市部でも地域を問わず婚姻法の宣伝活動が展開された結果、全国に配布された宣伝パンフレットは2000万部に達し、成人の多くが２回、３回、多いものでは10回以上もこの宣伝教育を受けたといわれている。同年３月18日には中央婚姻法貫徹運動委員会の副主任である劉景範が、「婚姻法を貫徹することは各級人民政府と全国人民の重要なる任務である」と題した全国向けの講演放送を行い、４月上旬には全国のほぼ70％の地域で運動のスケジュールを完了し、一連の貫徹運動も一段落を迎えた[60]。その後、婚姻法の宣伝事業は、次第に各級政府、団体、学校などが担当すべき任務として、それらの通常業務として組み込まれていくこ

---

[56] 中華全国民主婦女聯合会「為按層教育幹部加強婚姻法的宣伝減少以至消滅婦女自殺被殺事件的発生給各級婦聯的通知」1952年７月21日。

[57] 劉景範・前掲注53参照。

[58] 中国婦人研究会「変革する中国の家庭」中国研究月報273号（1970年）３頁参照。

[59] 李洪河「新中国成立初期貫徹『婚姻法』運動中的社会問題及其解決――以河南省為中心的歴史考察」中共党史研究2009年７期99頁参照。

[60] 張希坡『中国婚姻立法史』（人民出版社、2004年）210 ～ 214頁参照。

とになった。

このような貫徹運動は、封建的な婚姻制度への批判として、親密な人間関係にある家庭という領域に踏み込むだけに、その展開過程において長期性・複雑性・困難性が伴うことはいうまでもない。また、長期にわたって培われた封建的な宗族制度と婚姻制度は、婚姻法の施行によっても急には消滅させることができるわけでもなく、そうした旧制度が有するイデオロギーに対しては、根気が要求されることも確かである。したがって、上記婚姻法貫徹運動とは、まさに旧制度と新制度との間で繰り広げられたイデオロギー闘争という一面があった。土地改革が封建主義をその経済的基礎から覆したとするならば、婚姻法は宗族制度という上部構造の面からこれを覆したのであって、社会主義建設は経済過程と意識過程という二つの面からの変革を必要としたのである[61]。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割」（2013年３月24日授与）を加筆・修正したものである。執筆・加筆・修正にあたって、科学研究費の「研究活動スタート支援（2012 ～ 2013年度）」（課題番号：24830001）および「若手研究（B）（2014 ～ 2016年度）」（課題番号：26780001）の援助を受けた。

[61] 小野和子『中国女性史――太平天国から現代まで』（平凡社、1978年）241 ～ 245頁参照。さらに、小野は、「運動の目的はたんに法律としての婚姻法を普及することにあるのではなかった。婚姻法の示す男女平等の精神に基づいて、家庭と夫婦の間における民主・平等・和睦を実現し、生産に対する促進的な作用を起こさせることにある。新しい人間関係を樹立することによって、来るべき経済建設と文化建設の力量を強化すること、専制政体の『根拠』をなしてきた旧家族制度にかわって社会主義の『根拠』をなすべき新しい家庭を創造することが要請されていたのである」とする。小野和子「婚姻法貫徹運動をめぐって」東方学報49号（1977年）303頁参照。

論　　説

罪数論と一事不再理効の関係の再構成（３・完）

――「かすがい」、集合犯を中心として――

倪　　潤

目　次

第一章　序論
　一、問題の所在
　二、研究の対象とその視角
　三、本研究の意義

第二章　公訴事実（所為）単一性の判断基準
　一、日本法――公訴事実の単一性
　　（一）、学説の整理
　　１、伝統的な観点
　　２、批判
　　３、近時の新な見解
　　（二）、判例の観点：「訴因基準説」
　二、ドイツ法――「所為の単一性」（Einheit der Tat）
　　（一）、学説の整理
　　１、「行為説」
　　（１）Keetsin Liu
　　（２）Herzberg
　　（３）Öhler
　　２、「法益侵害説」
　　（１）Bertel
　　（２）Barthel

（３）Geerds
３、「行為経過の択一説」
（１）Schöneborn
（２）Grünwald
４、「総合説」
（１）Schwinge
（２）Neuhaus
（３）Roxin
５、「起訴状限定説」（Volker Erb）
６、小括
（二）、判例の観点：行為単一と所為単一の制度目的の相違
三、私見　（以上、65巻６号）

第三章　「かすがい」と一事不再理効
一、日本法の考察
（一）、問題の所在
（二）、学説の整理
１、刑法上の学説
２、刑事訴訟法上の学説
３、評価
（三）、判例の整理
１、刑法上の代表例
２、刑事訴訟法上の代表例
３、評価
二、ドイツ法の考察
（一）、学説の整理
１、刑法上の学説
２、刑事訴訟法上の学説
（二）、判例の整理
１、「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例
２、「かすがい」の一事不再理効を否定した判例
３、評価
三、私見　（以上、66巻１号）

第四章　集合犯と一事不再理効
一、日本法の考察
（一）、問題の所在

（二）、学説の整理
1、実体法的な見解
2、訴訟法的な見解
（1）同時審判・訴追説
（2）実体判決の拘束力説
（3）所為の片面的従属説
（三）、判例の整理：「心証基準説」から「訴因基準説」への転換
二、ドイツ法の考察
（一）、集合犯の概念と歴史的沿革
（二）、学説の整理
1、刑法上の学説
（1）行為単一説
（2）行為複数説
2、刑事訴訟法上の学説
（1）所為単一説
（2）所為複数説
3、小括
（三）、判例の整理：実体的正義実現の方向へ
1、訴訟法的な解決方法
（1）実体既判力の範囲の制限
（2）前訴を境界線として、その前の行為は一個の集合犯となり、その後の行為はもう一個の集合犯となる
（3）後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されるか
2、刑法的な解決方法
（1）営業的堕胎の分離
（2）営業的堕胎以外の集合犯の分離
三、私見

第五章　結論
一、解釈論：「制度目的対応説」
二、立法論：集合犯の廃止　　（以上、本号）

第四章　集合犯と一事不再理効

一、日本法の考察

（一）、問題の所在

一事不再理の客観的効力は公訴事実の同一性、単一性の範囲に及ぶと解されており、公訴事実の単一性は、刑法上の罪数論によって決定される（判例、通説）。すなわち、刑法45条の併合罪の関係にある数罪については、その個数だけの公訴事実が存在し、それぞれの公訴事実の間には、一事不再理の効力は及ばない。それに対して、常習犯等の実体法上一罪とされるものは公訴事実の単一性を持つ。過去の判例によれば、常習累犯窃盗罪の範囲で公訴事実の単一性があるから、常習累犯窃盗罪の一部の窃盗につき確定判決があれば、後に常習累犯窃盗罪で起訴されたとしても一事不再理効が及び、免訴とされる（最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決）。また、単独窃盗で確定判決があれば、後に右窃盗と同時期に行われた34回の窃盗で起訴しても、一事不再理効が及び、免訴とされる（高松高裁昭和59年１月24日判決）。

しかし、このような処理は、一事不再理効の範囲が広がり、正義に反する。前出・高松高裁昭和59年１月24日判決と類似した事実である、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決において、最高裁は前出・高松高裁昭和59年１月24日判決とは反対に、同高裁判決があげる「事実上同時審判不能を一事不再理効の例外」を根拠とせず、「前訴及び後訴の各訴因のみを基準」として独自の理論構成（訴因基準説）によって、後訴を認めたのである[1]。「訴因基準説」に対しては、「本来常習一罪にあたる数罪を、検察官の裁量で一事不再理効を制限するような分断的起訴を許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまう」[2]などの批判がなされている。また、最高裁平成22年２月17日第二小法廷決定では、最高裁は公訴事実の単一性の判断基準について、時間的に近接した同一建物への二つの住居侵入が包括一罪かどうか問題となった事案について、住居侵

[1] 白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』（日本評論社、2012年）308頁以下。
[2] 白取祐司『刑事訴訟法（第７版）』（日本評論社、2012年）452頁。

入の二つの訴因を比較対照するのみならず、実体に立ち入って包括一罪性を否定した。この判例は具体的な解決としては適当であるが、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決との整合性に疑問も生じる[3]。さらに、常習罪としての「一罪」と一事不再理効の「一事」を対応すべきかなどの課題を残した。

（二）、学説の整理

本章で扱う集合犯とは、構成要件の性質上、複数の同種の行為が反復されることを予定している犯罪をいう。集合犯には、反復して一定の犯罪を累行する習癖に基づいて行われる常習犯、営利目的で一定の行為を反復・継続する営業犯、営利目的なく一定の行為を反復・継続する職業犯といわれるものが属する[4]。以下は主に日本で問題となる常習犯について検討することにしよう。常習犯の一事不再理効について、公訴事実の単一性を罪数判断に依存することを前提にする「実体法的な見解」と「訴訟法的な見解」に分けて考察する。また、「訴訟法的な見解」のうち、検察側の論者によって主張された「同時審判・訴追論」、実体判決の拘束力を根拠づけとする「実体判決の拘束力論」およびドイツ法の影響を受けた「所為の片面的従属説」などに大別されている。

１、実体法的な見解

たとえ同時訴追ないし訴因変更が不可能な場合であっても、いったんある訴因について実体判決が下されたならば、これと公訴事実を同一にする範囲で再訴が遮断される。公訴事実の同一性は、前訴の訴因と後訴の訴因とが、科刑上一罪、常習一罪、包括一罪など一罪の関係にあるときも認められる[5]。確定判決以前の一部犯行が、被告人の証拠隠滅などのため発覚せず審判をまぬかれた場合も、もちろん含まれる。

２、訴訟法的な見解

---

[3] 白取・前掲注（２）452頁。

[4] 三井誠『刑事法辞典』（信山社、2003年）383頁［只木誠執筆］。

[5] 松本時夫［ほか］『条解刑事訴訟法（新版）』（弘文堂、1996年）755頁。

（１）「同時審判・訴追論」（青柳説）

被告人が否認し、捜査官が捜査を尽くしても犯行を発見できず、その理由が捜査官の責に帰すべき場合でない場合には、一事不再理効は及ばない[6]。常習一罪の場合にも、この説を適用しうる。「同時審判・訴追論」は正義の実現に有利であるが、「被告人の地位をあまりにも不安定なものにしてしまう」、「解釈論としても、解釈によって一種の不利益再訴を認めるに等しい事態を招く危険すらある」、「被告人が積極的にその余罪を秘匿する場合に、その結果の不当性が著しい」などの批判もなされている[7]。

（２）「実体判決の拘束力論」（田口説）

実体判決の拘束力を認める立場から、単純窃盗の判決時に、第１行為が発覚していないときは、単純窃盗の判断内容の拘束力は後訴に及ばないので（明示的判断が示されていないから）、後訴で第１行為と常習一罪の認定ができ、免訴としうる。それに対して、常習犯として起訴された窃盗につき、常習性を否定して、単純窃盗として判決があったという稀な場合に、後訴において常習性の認定はできないので、単純数罪として処断せざるをえないこととなる[8]。

（３）「所為の片面的従属説」（辻本説）

公訴事実の単一性を判断するにあたって、決定的であるのは、一回の手続で処理されるべき社会的事実の範囲であり、それは、実体法上の罪数論に拘束されるものではなく、犯罪処理に向けた社会システムとしての刑事裁判の機能から考察されるべきものである。単純窃盗罪で起訴された場合の個別の窃盗行為（最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決）といった事例において、その実体法上の罪数評価にかかわらず、社会的・歴史的事実に対する一般的・社会的視点及び法的評価の観点から一個の

---

[6] 青柳文雄『刑事訴訟法通論（下）』（立花書房、昭和51年）489頁以下。

[7] 田宮裕『日本の刑事訴追』（有斐閣、1998年）353頁；栗原宏武「常習犯の罪数と公訴の効力および既判力の及ぶ範囲（下）」〔刑事公判の諸問題26〕判例タイムズ39巻２号（1988年）46頁以下。

[8] 田口守一『刑事訴訟法（第６版）』（弘文堂、2012年）455頁；同『刑事裁判の拘束力』（成文堂、1980年）305頁。

手続で処理されるべき単一性を肯定することは、可能かつ適切であろう。本来、実体法上一罪を構成しうる各事実が、検察官の起訴の時点でその一部をいわば「呑んで」併合罪として起訴されたような場合に、なおも公訴事実の単一性を肯定することは可能である。この場合、訴因と訴因との比較だけでなく、訴因外の事情も考慮にいれるべきである[9]。

（三）、判例の整理――「心証基準説」から「訴因基準説」への転換

１、判例の紹介

①最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決（単純窃盗→常習窃盗）[10]（「心証基準説」）

【事実の概要】

被告人は、前訴において、複数の窃盗行為の一部（昭和41年２月５日にＡ市において行った各窃盗行為）について単純窃盗罪で有罪判決が下され、確定した後、昭和40年６月４日から昭和42年１月28日にかけて行った各窃盗行為について常習累犯窃盗罪で起訴された。第一審（熊本地判昭和42年５月10日刑集22巻３号158頁）では、公訴事実どおり有罪判決が下され、控訴審（福岡高判昭和42年９月９日刑集22巻３号162頁）でも量刑が変更された以外は第一審の判断が維持されたため、被告人が上告した。

【判旨】

最高裁は、「各犯行の態様や被告人の前科などから、前訴で起訴された窃盗も常習累犯窃盗罪を構成するものとみるべきであり、本件所為のうち昭和40年６月４日の窃盗は前記確定判決前の犯行であるから、本件の窃盗と共に一個の常習累犯窃盗を構成すべきものであったから、右一罪の一部についてすでに確定判決があった以上、本件所為のうち昭和40年６月４日の窃盗について免訴とされるべきであり、この点を看過した

---

[9] 辻本典央「公訴事実の同一性概念について（３）」近畿大学法学55巻２号（2007年）160頁以下。

[10] 最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決刑集22巻３号153頁；辻本典央「常習窃盗罪における一事不再理効・形式裁判における訴因の拘束力：最三判平成15年10月７日刑集57巻９号1002頁」『近畿大学法学』第54巻第３号（2006年）294頁。

第一審判決や原判決は法令の解釈適用を誤った違法がある。しかしながら、そのほかの窃盗行為が常習累犯窃盗罪を構成すべきであることに変りがなく、それらの犯行態様、被害額、被告人の前科などから考えて、原判決の認容する第一審判決が被告人を懲役５年に処した点が不当であるともいえず、これらの点からすれば、原判決を破棄しなければ著しい正義に反するものとは認められない」と判示して、上告を棄却した。

②高松高裁昭和59年１月24日判決（単純窃盗→単純窃盗→免訴）[11]

【事実の概要】

被告人は、単独窃盗（一個）につき有罪の確定判決を受け、その後、右窃盗と同時期に行われた34回の窃盗の余罪が発見されたから、これらについて単純窃盗で起訴された。

【判決】

高松高裁は、「訴追の事実上の不能の場合に既判力が及んでこないとすると、その例外的基準を具体的に定立すること自体が甚だ困難であるうえ、仮に基準が設けられても、それを具体的に適用するにあたって一層の困難を招来せざるを得ない。すなわち、当該犯行及びそれと被告人とを結びつける証拠が捜査官側にどの程度判明していたか、又知り得る可能性があったかを中心に、被告人の前科、生活歴、事件に対する供述の程度、共犯者の有無及びその役割、被害の裏付けの程度、時期、犯行の場所、捜査の態勢等幾多の事情を探求し総合し、右基準に適合するかどうかを判断しなければならないのであって、既判力制度の画一性を害し、被告人の立場を不安定ならしめることになる」として、免訴の言い渡しをした。

③最高裁第二小法廷平成15年６月２日判決（常習痴漢→単純痴漢）[12]

【事実の概要】

「常習として電車内で痴漢行為を行った」旨の犯罪事実（平成13年大阪府条例第85号による改正前の『公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例』）により略式命令が発付され、確定した後に、

[11] 高松高裁昭和59年１月24日判決判時1136号158頁。

[12] 最高裁第二小法廷平成15年６月２日判決裁刑集284号353頁；多和田隆史「最判平成15.10.７解説」『最高裁判所解説刑事編平成15年度』465頁以下など。

その確定前に行われた余罪となる同様の痴漢行為が「単純痴漢罪」として起訴され、その略式命令も確定したところ、検察官から非常上告が申し立てられた。

【判旨】

最高裁は、「原略式命令が認定した各所為は、その態様などに照らすと、別件略式命令で認定された犯行と同様、条例５条１項、９条２項に該当するものとみるべきであり、かつ、別件略式命令の確定する前の犯行であるから、別件略式命令で認定された犯行とともに１個の条例５条１項、９条２項の罪を構成するものであったというべきである。そうすると、既に別件略式命令が上記常習一罪の一部について有罪の裁判をしており、これが確定していたのであるから、原裁判所としては、刑訴法463条１項により、通常の規定に従って審理をした上、同法337条１号により、免訴の言渡しをすべきであった。したがって、この点を看過し重ねて有罪の裁判をした原略式命令は、法令に違反し、かつ、被告人のため不利益である」と判示し、原略式命令を破棄し、被告人を免訴とした。

④最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決（単純窃盗→単純窃盗）（「訴因基準説」）[13]

【事実の概要】

被告人は、合計22件に及ぶ窃盗または建造物侵入・窃盗の罪で起訴された。弁護人は、本件各犯行は常習特殊窃盗罪（盗犯等防止法２条）に該当するものであるところ、被告人はすでに、本件起訴前に犯した別件の建造物侵入・窃盗罪により有罪判決を受け同判決は確定しているのであるから、本件各犯行は、一罪の一部について確定判決があることになり免訴とすべきだと主張したが、第一審（東京地八王子支判平成13年６月28日刑集58巻９号1018頁）は、起訴された各犯行と確定判決の窃盗罪等は「常習として」なされたものではないとして、これを退けた。原判決である東京高判平成14年３月15日高刑集55巻１号10頁は、「両訴因に掲げられた窃盗行為が実体的には常習特殊窃盗の一罪を構成すること

[13] 最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決刑集57巻９号1002頁、白取祐司「一事不再理効の範囲」井上正仁［ほか］編『刑事訴訟法判例百選（第９版）』（有斐閣、2011年）208頁以下。

は、たやすく否定することができない」として第一審の判断を批判したうえで、現行法は訴因制度を採用しているので、「被疑者が実体的には常習特殊窃盗の一罪を構成する複数の窃盗行為（未遂を含む）を犯した場合であっても、検察官は、・・・単純窃盗として訴因を構成して起訴することもでき･･･『それが』確定判決を得ている場合、後訴において、そのほかの窃盗行為も単純窃盗の訴因で起訴すること、すなわち、前訴と後訴を通じて、常習特殊窃盗にいう常習性の評価を入れないで、単純窃盗として訴因を設定することは、前記のような検察官の訴追裁量権に照らして許容される」と判示し、本件についても、確定判決が単純窃盗などであり後訴の本件訴因も単純窃盗であるから、「前件確定判決の一事不再理効は本件起訴には及ばない」として第一審の結論を是認した。被告人が上告した。

【判旨】

「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない。したがって、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは、当然である。そして、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為が単純窃盗罪として起訴され、確定判決があった後、確定判決前に犯された余罪の窃盗行為（実体的には確定判決を経由した窃盗行為と共に一つの常習特殊窃盗罪を構成するとみられるもの）が、前同様に単純窃盗罪として起訴された場合には、当該被告事件が確定判決を経たものとみるべきかどうかが、問題になるのである。この問題は、確定判決を経由した事件（以下「前訴」という。）の訴因及び確定判決後に起訴された確定判決前の行為に関する事件（以下「後訴」という。）の訴因が共に単純窃盗罪である場合において、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断するに当たり、①両訴因に記載された事実のみを基礎として両者は併合罪関係にあり一罪を構成しないから公訴事実の単一性はないとすべきか、それとも、②いずれの訴因の記載

内容にもなっていないところの犯行の常習性という要素について証拠により心証形成をし、両者は常習特殊窃盗として包括的一罪を構成するから公訴事実の単一性を肯定できるとして、前訴の確定判決の一事不再理効が後訴にも及ぶとすべきか、という問題であると考えられる。

思うに、訴因制度を採用した現行刑訴法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである。そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。

以上の点は、各単純窃盗罪と科刑上一罪の関係にある各建造物侵入罪が併せて起訴された場合についても、異なるものではない。

なお、前訴の訴因が常習特殊窃盗罪又は常習累犯窃盗罪（以下、この両者を併せて「常習窃盗罪」という。）であり、後訴の訴因が余罪の単純窃盗罪である場合や、逆に、前訴の訴因は単純窃盗罪であるが、後訴の訴因が余罪の常習窃盗罪である場合には、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪とは一罪を構成するものではないけれども、両訴因の記載の比較のみからでも、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪が実体的には常習窃盗罪の一罪ではないかと強くうかがわれるのであるから、訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の常習窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合であるとして、単純窃盗罪が常習性の発露として行われたか否かについて付随的に心証形成をし、両訴因間の公訴事実の単一性の有無を判断すべきであるが（最高裁昭和42年

（あ）第2279号同43年３月29日第二小法廷判決・刑集22巻３号153頁参照）、本件は、これと異なり、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪の場合であるから、前記のとおり、常習性の点につき実体に立ち入って判断するのは相当ではないというべきである。」

２、小括

前記・最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決は、両訴因の公訴事実の単一性の判断にあたり、単に訴因のみを比較対照するだけでなく、前訴の単純窃盗の訴因につき、実体に踏み込み、それが常習性の発露であるとの心証を形成した上で、常習累犯窃盗罪を構成することに変わりがないと認め、両訴因が一罪の関係にあると判断した。この判断手法は、「心証基準説」であるのか、それとも公訴事実の単一性の判定に必要な限りで、前訴の訴因の実体に踏み込んだというにすぎないのか、両方の理解が可能である[14]。また、最高裁第二小法廷平成15年６月２日判決において、前訴が常習痴漢、後訴が単純痴漢としてそれぞれ有罪が確定した後に、検察官から非常上告が申し立てられ、後訴を免訴としたものである。免訴の理由については、二つの解釈が成立する。第一に、前訴の常習痴漢の実体と後訴の訴因について心証形成された「実体」とを対照した（「心証基準説」）という解釈。第二に、常習痴漢の訴因と後訴訴因について心証形成された「実体」とを比較対照した、という解釈である[15]。いずれにも解し得る余地があり、最高裁はこれまで一事不再理効の有無を判断する際に公訴事実の単一性の有無の判断方法について、まだ不明確な立場を採っていた。

これに対して、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決は、最高裁として初めて、一事不再理効の有無を判断する局面における公訴事実の単一性の有無の判断方法について明確に判示したものであって、極めて意義のあるものといえよう。また、この判決は、これまで有力に主張されてきた実体裁判の拘束力や、同時訴追可能性の欠如、実体に踏み込む考察などの議論によらずに、公訴事実の単一性の有無の判断手法に修正を

[14] 多和田・前掲注（12）467頁。
[15] 多和田・前掲注（12）468頁。

加えるという、いわば「第３の道」（実体に踏み込まない「訴因基準説」）を選んだ原審の判断を維持するものである[16]。「訴因基準説」により、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当であり、訴訟手続に上程されていない常習性の発露という要素について実体に踏み込んで考慮する必要はない[17]。換言すれば、前訴の一事不再理効は前訴の起訴状で特定された犯罪行為にのみ及ぶというのである。

二、ドイツ法の考察

（一）、集合犯の概念と歴史的沿革

１、概念

ライヒ裁判所にいう集合犯（Kollektivdelikt, Sammelstraftat）とは、常習性、営業性、職業性を刑罰加重事由または可罰性を基礎づける事由として含む構成要件をいう[18]。

a）常習性（Gewohnheitsmäßigkeit）とは、同種行為が反復してなされ、それらの行為を行ううちに当該犯罪を行う習癖が認められることである[19]。

b）営業性（Gewerbsmäßigkeit）とは、同種行為を反復しようとし、かつ、これらの行為により利益を得ようとする目的が認められることである[20]。

---

[16] 小島淳「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるときは、両者が実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成するとしても、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ばないとされた事例（最三小判平成15年10月７日）」現代刑事法６巻６号（2004年）95頁。

[17] 多和田隆史「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるが実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成する場合と前訴の確定判決による一事不再理効の範囲（最三小判平成15.10.７）」ジュリスト1310号（2006年）442頁。

[18] RGSt 6, 132; RGSt 55, 20.

[19] RGSt 5, 369; RGSt 32, 394; RGSt 59, 142.

[20] RGSt 5, 369; RGSt 12, 391; RGSt33, 304.

ｃ）職業性（Geschäftsmäßigkeit）とは、同種行為を反復しようとする目的があれば足り、営業性の要件としての利得目的は不要とされる[21]。

２、歴史的沿革

集合犯の概念はフランスの学者によって創造され、19世紀にドイツ刑法に継受された。フランスの論者 Ortolan は、『刑法の基本問題』（Eléments de droit pénal）において次のように言う。「多くの場合、刑法に定められた特徴を持つ事実は犯罪を構成するのに十分であり、この事実が頻繁に発生するかどうかは関係ない。しかし、この行為が何回も発生することが犯罪を構成する不可欠な要件である場合がある。この場合には、立法者は毎回の犯罪行為を犯罪として処罰することを躊躇う。それに対して、例外的に、数多くの同種類の行為の集合が犯罪人の悪習を反映できる犯罪を設け、社会に鎮圧の効果を発揮する立法意図が見られる。このような犯罪類型は集合犯（délits collectifs）・常習犯（délits d' habitude）と呼ばれ、それに対して、個々の単独行為が犯罪を構成できる犯罪類型は単独犯罪（délits simples）と呼ばれる」[22]。「この意味で、集合犯とは同種類の数多くの行為が合わせて一つの全体になるものである」とフランスの論者 Rauter が主張している[23]。

フランス刑法の影響を受けて、1851年のドイツプロイセン刑法典（Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851）は、営業犯（gewerbsmäßiges Verbrechen）および常習犯（gewohnheitsmäßiges Verbrechen）を規定した。例えば、146条の「営業的猥褻罪」、147条の「売春の営業的援助罪」、239条の「常習的贓物取得罪」、263条の「常習的高利貸罪」、266条の「営業的賭博罪」および276条の「営業的密猟罪」である。

---

[21] RGSt 43, 210; RGSt 61, 51.

[22] J.Ortolan, Eléments de droit pénal, Pénalité -Juridictions-Procédure, quatrième édition, Paris, 1875, S.330, 331; Lothar Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, in StrafrAbh. Heft 413, 1940, S.31ff

[23] M.Rauter, Traité théorique et pratique du droit criminel ou cours de législation criminell, Paris, 1836, S.227; Lothar Buchholz, aaO., S.31ff

その後、プロイセン刑法典を母体としたドイツ帝国刑法典（Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871）は、上述の営業犯と常習犯に関する規定を受け継いだ。つまり、「集合犯」という概念は十分に論議されずにドイツ帝国刑法典でそのまま使われたと言える。

（二）、学説の整理

以下は、ドイツの学説が集合犯にめぐってどのように議論するのかを見ていくことにしよう。

１、刑法上の学説

（１）「行為単一説」（Handlungseinheit）

「行為単一説」を主張する Fritz Rathenau、Hans Welze など論者は主に以下の理由を挙げて、集合犯を刑法上の単一行為と考える。（ａ）立法者は、集合犯における「業務」を全体として処罰することを意図する。（ｂ）集合犯そのものは「単一な意思方向」を持っている。（ｃ）集合犯は訴訟上で「負担軽減」の機能を持っている。（ｄ）集合犯は時効を延長する機能を持っているため、犯罪訴追に資することになる[24]。

（ａ）集合犯における「業務（Betrieb）」に対する刑法上の理解

立法者は、集合犯における「業務」を全体として処罰することを意図する[25]。ドイツ現行刑法典の260条１項１号の「営業的贓物取得罪（gewerbsmäßige Hehlerei）」、284条２項（旧285条）の「営業的賭博罪（gewerbsmäßige unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels）」、243条１項３号の「営業的窃盗罪（gewerbsmäßiger Diebstahl）」、291条２項２号（旧302条ｅ）の「営業的高利貸罪（gewerbsmäßiger Wucher）」、292条２項１号の「営業的・常習的密猟罪（gewerbs- oder gewohnheitsmäßig Jagdwilderei）」、180条ａ第１項の「売春の営業的援助（gewerbsmäßige Ausbeutung von Prostituierten）」などの中の「営業」または「常習」は

[24] 本章で集合犯に関する「行為単一説」と「行為複数説」の整理については、Jürgen Reinhard Stehncker, Die Sammelstraftat (Hamburg, 1967) を参考した。
[25] RG 61, 147 (148)

ここでの「業務」に属する[26]。集合犯の中の個々の犯罪行為は法律上一個の可罰行為でもよく[27]、ここに個々の犯罪行為を全体として処罰すべきであるという立法者の意図が見られる。

（ｂ）行為者の「単一な意思方向（die einheitliche Willensrichtung）」

集合犯そのものは、「単一な意思方向」を持っている[28]。具体的に言えば、営業犯の個々の行為には収入源を獲得するための「単一な意思方向」があり、常習犯の個々の行為は習癖で反復実行するから「単一な意思方向」を持ち、職業犯の個々の行為も職業的職務の一部で反復実行するから[29]「単一な意思方向」を持つのである。

（ｃ）いわゆる「負担軽減（die behauptete Arbeitserleichterung）」

被告人が、特定の時期に単一の意思に基づき窃盗もしくは詐欺を何回も行うという事件は、頻繁に発生する。このような事件の中で、もし毎回の犯罪行為に対し刑罰を下した後に、また個々の刑罰を一つの刑罰に合併したとすれば、厄介で（lästige）、余計な（überflüssige）、不合理な（wunderlich anmutende）負担であろう[30]。それに代えて、集合犯という概念を創造すれば、不必要な（nutzlose）、かつ小さな負担（Kleinarbeit）（例えば、「余計な証拠調べ」、「たくさんの個々の犯罪行為に対する独立の判決）を回避することができる。集合犯という概念の創造は、日常生

[26] Werner Hardwig, §50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches, GA 1954, 74; Fritz Rathenau, Die Stellung des Begriffs fortgesetztes Verbrechen im System des deutschen Strafrechts und seine Geltung nach deutschem Strafrecht, 1899, GS 56, 92;Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht : eine systematische Darstellung, 11.Aufl., Berlin : de Gruyter, 1969, S.230.

[27] Fritz Rathenau, Die Stellung des Begriffs fortgesetztes Verbrechen im System des deutschen Strafrechts und seine Geltung nach deutschem Strafrecht, 1899, GS 56, 92.

[28] RG 66, 19 (21).

[29] Claus Roxin, Strafrecht AT Ⅱ : Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck München, 2003, S.879；クラウス・ロクシン（著） 山中敬一（監訳）『刑法総論第２巻・犯罪の特別現象形態』翻訳第２分冊（信山社、2012年）515頁。

[30] RG 70, 243 (244).

活的需要に適しているのである[31]。

（ｄ）公訴時効（die Verjährung）の計算

集合犯を認めることが、犯罪訴追者に不利になるとは言えない。むしろ集合犯を認めると、時効が延長するため、犯罪訴追に資することになる。なぜなら、集合犯における個々の犯罪の公訴時効は集合犯における最後の犯罪行為から起算することになるため、集合犯によらなければ時効が経過したであろう最初の犯罪行為も訴追できるようになるからである。

また、もし大赦があれば、大赦前にした犯罪行為は、本来ならば訴追されるべきではないが、集合犯を認めると、訴追される可能性もある。なぜなら、もし集合犯における一部分の行為が大赦後に行われたら、集合犯が単一の行為であるため、大赦前に行われた犯罪行為も単一行為における一部分として訴追されなければならないからである[32]。

（２）「行為複数説」（Handlungsmehrheit）

以上の「行為単一説」に対しては、「行為複数説」を主張する Fritz Hartung、Jürgen Reinhard Stehncker などの論者からは次のような理由で批判も強い。（ａ）立法者は、集合犯における「業務」を全体として処罰することを意図しない。（ｂ）集合犯そのものは「単一な意思方向」を持っていない。（ｃ）集合犯は訴訟上で「負担軽減」の機能を持っていない。（ｄ）集合犯に対する有罪判決と無罪判決の異なった既判力の範囲等。

（ａ）集合犯における「業務（Betrieb）」に対する刑法上の理解への疑問

歴史的にみれば、一般の犯罪（例えば窃盗罪、詐欺罪など）を、集合犯として一般的に処罰するという立法者の意図は見られなかった。刑法総論は常習性・営業性・職業性による個々の犯罪すべてを一つの「業務」として処罰する規定を設けているわけではない。ただ、刑法各論の中で、いくつかの特別犯罪（例えば、ドイツ現行刑法145条ｃによる営業禁止に対する違反（Verstoß gegen das Berufsverbot））を一つの「業務」と

[31] RG 66, 47;70, 244;72, 167

[32] Otto Schwarz, Gefahren der Rechtkraft im Strafrecht, DStR 1939, 89.

して処罰しているのみである[33]。当該条文によると、営業許可書を持たずに酒類の商売を続ける行為、もしくは裁判所に禁止される他の営業活動を続ける行為は一つの単一行為（すなわち、一つの「業務」）とみなされる。その中での個々の行為はただ徴表的な部分的意義（indizielle Teilbedeutung）を有しているに過ぎず[34]、個々の単独犯を構成するのではなく、合わせて一つの「業務」として処罰されなければならない。立法者が実際に処罰したい上述の「業務」と比べると、集合犯における個々の行為は、単一行為として処罰されているわけではない。なぜなら、集合犯を構成する個々の行為は、それ自体としてその法定構成要件のすべての特徴を具備しているからである。広い意味での「業務」概念を刑法的意味における狭い意味での「行為」と解するとすれば、刑法における「行為」概念を破壊するものと言えよう[35]。従って、このような集合犯は単一行為として処罰される根拠がないのである。

（ｂ）行為者の単一な意思方向の存在への疑問

通常、常習犯は潜在意識としての習癖で犯罪を犯すものである。この習癖はある程度の関連を持っているが、「単一な意思方向」とは言えない。その上、常習犯であっても、毎回の犯罪意図が一致しているとは言えない[36]。その中には、貧困（Not）による行為もあるし、復讐（Rache）の意図による行為もあるし、自己顕示欲（Geltungssucht）を示す意図による行為もある。このような個々の犯罪は本質的な関連をそなえていないから、単一の行為とされてはいけないのである。

営業犯と職業犯の場合、個々の行為は利得を目的としているが、それのみによって一つの行為と認定されるわけではない[37]。判例も、利欲（Gewinnsucht）のために実施した複数回の行為を一つの行為と認定する見解を否定した。また、犯罪組織による複数回の強盗（bandenmäßigen

[33] Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, S.270; Jürgen Reinhard Stehncker, Die Sammelstraftat, Hamburg, 1967, S.63, 64.

[34] Fritz Hartung, Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, Süddeutsche Juristenzeitung, 1950, S.333.

[35] RG 72, 164.

[36] Vgl. Hartung u, a.a.O (34)., S. 335.

[37] Vgl. Stehncker, a.a.O (33)., S.69.

Raub）も、一つの行為とは認定されなかったのである。また、営業を目的とする複数回の堕胎も一つの行為とはならない。なぜなら、このような行為は数多くの最大級の人格的法益（一身専属的な法益）を侵害しているからである（mehrere höchstpersönliche Rechtsgüter）[38]。

（ｃ）いわゆる「負担軽減」への疑問

この理由は、以下のとおりである。第一に、「許されない嫌疑刑（unzulässige Verdachtsstrafe）」を導く可能性が高い。というのは、仮にすべての個々の行為を単一行為（集合犯）とみなした場合、裁判官は個々の犯罪行為をすべて調査し切れないまま、ただその中で証明された特別に重い、もしくは軽い個別の行為しか取調べできない可能性が高くなるが、裁判官は同時に他の類似の犯罪行為の存在を黙認しているから、有罪確定の際に、取り調べられた犯罪に限定せず、犯罪となる営業を考慮したうえで、犯罪行為者の人格に対して厳しすぎる刑罰評価を与えるおそれがある[39]。実は、一連の判例の傾向から見れば、嫌疑刑判決は確実に存在している[40]。この傾向は実質的に見れば、犯罪行為者に対する厳しい人格刑である。ドイツのライヒ裁判所は、後述のリーディングケースである1938年４月21日決定（RG 72, 167）において、上述の嫌疑刑判決を批判した。その上で、この判決は、たとえ個々の犯罪行為を全体として単一な行為とみなしても、裁判官が営業的な犯罪を取り扱う場合に、やはりその余の証拠調べから解放することができず、取調べできる個々の犯罪行為に対する証拠調べが必要となる、という立場を強調したのである。

第二に、数多くの個々の犯罪行為に対して、それぞれ独立の判決を下しても、裁判官の負担（Mehrbelastung）を加重しすぎるおそれがないのである。なぜなら、本質から言えば、すべての同種の個々の行為は同じように評価されうるからである。もし裁判官が同種の個々の犯罪行為が構成する連鎖（über eine Kette gleichartiger Einzelhandlungen）に対して判決を出さなければならないとすれば、彼はしばしば個々の犯罪行

[38] RG 72, 167

[39] RG 72, 167; Vgl. Stehncker, a.a.O (33)., S.74.

[40] Vgl. Hartung u, a.a.O (34)., S. 334.

為に対して、同種の刑罰を科すことができるからである[41]。

第三に、集合犯を認めたからこそ負担が増加するという場合もある。例えば、集合犯を認めたため、控訴対象は第一審が審判した一部分の犯罪行為に限定することができず、控訴裁判所は集合犯の全体を審理しなければならなくなり、かえって余計な負担が生ずるのである[42]。その上、集合犯を認めれば、一つの犯罪行為に対して判断ミスがあったら、集合犯全体に対する判決が無効となる恐れもあり、裁判官の負担が増加するであろうことは間違いない[43]。

（ｄ）有罪判決と無罪判決の異なった既判力の範囲

判例によれば、集合犯を単一行為とみなすため、集合犯に対する有罪判決は判決前に行われた個々の犯罪行為すべてに既判力があり、これらの個々の犯罪行為が起訴状に記載されられたかどうか、または記載されることができるかどうかを問わず、再びこれらの個々の行為を訴追できなくなるのである[44]。

それに対して、もし集合犯に対する判決が無罪判決であれば、無罪判決の既判力は判決前に行われた個々の犯罪に及ばない。なぜなら、集合犯に対する判決が無罪判決であれば、集合犯における個々の行為はある理由によって不可罰であることを意味する。しかし、集合犯は可罰的行為（strafbare Handlung）しか構成することがないのであるから、不可罰的行為（nicht strafbare Handlung）が可罰的行為と集合犯を構成することができない、と判示されている[45]。そのため、無罪と判決された個々の行為は集合犯に属せず、集合犯に対する無罪判決は、他の個々の行為を引き続き訴追することを妨げない[46]。このような場合、訴追権の消滅は有罪判決を下した事件にしか影響を与えず、有罪判決の対象とされていない個々の行為については、引き続き訴追することができる[47]。

---

[41] Vgl. Stehncker, a.a.O (33)., S.75.

[42] RG JW 1932, 60.

[43] Vgl. Stehncker, a.a.O (33)., S.75.

[44] RG 23, 230;24, 419;41, 108;47, 397;54, 333;BGH 15, 268

[45] RG47, 399

[46] RG 54, 334;RG JW 1921, S.846.

[47] Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und

上述のように、集合犯につき、有罪判決と無罪判決の既判力の範囲が異なるというのが、判例の立場である。このような判例の立場、次のような理由で支持されている。すなわち、集合犯に対する有罪判決の中で、少なくとも行為者の行為の一部が刑事責任を問われ、応報の要求が部分的には満足されたとも言える。それに対して、集合犯に対する無罪判決はまったく異なり、もし無罪判決の存在のために判決前に行われた他の個々の犯罪行為に対する訴追を免れれば、それは人々の健全な法感情と一致しない[48]。

しかし、上述の無罪判決の既判力の範囲の説明は妥当ではない。なぜなら、もし上述のような説明が成立するとすれば、無罪判決の場合には、すべての一罪（集合犯のみならず、観念的競合も含む）は、このような理由によって再訴追できることになるからである。例えば、放火致死罪で９人を死亡させたという事実に基づいて行為者を起訴し、結局不可抗力で無罪となり、その後、もう１人が死亡したということが分かったら、再起訴することが可能となる。そうすると、無罪判決の場合には、罪数論と一事不再理は全く関係がなくなるからである。このようにみてくると、裁判所は、理由は不十分であっても、できるだけ集合犯の一事不再理効を否定しようとしてきたのである。

（ｅ）「行為単一説」を批判する他の理由

以上のほか、次のような批判もなされている。

第一に、集合犯における個々の行為の関連性が薄い。一部の犯罪行為が他の犯罪行為と競合し、他の行為が競合できない場合もある。例えば、集合犯における一つの営業的猥褻罪が姦通罪（Ehebruch）（今日存在しない）を構成しうる場合、この行為は他の猥褻行為と単一の行為とみなすことができない。

第二に、一部の犯罪行為が共犯・教唆犯・幇助犯であり、他の行為が単独犯である場合もある。もし全部を一つの単独行為（集合犯）とみなせば、他の共犯者を訴追できるかどうかが問題になる。

Ordnungswidrigkeitengesetz herausgegeben von Hermann Müller und Walter Sax, 1 Band, 6Aufl., Darmstadt, 1966, S.85ff.

[48] Vgl. Stehncker, a.a.O (33)., S.78.

第三に、個々の犯罪行為の中で、一部の犯罪行為が責任無能力もしくは限定責任能力の状態で行われたものであり、他の犯罪行為は上述の免責状態（Schuldausschließung）がない場合もある。この場合に、単一行為とみなすことができない[49]。

最後に、集合犯における個々の犯罪の中には既遂事件もあり、未遂事件もある。もし集合犯の単一性を認めれば、これらの既遂行為も未遂行為も一つの既遂行為として処罰されるしかない。すなわち、未遂行為は無視されることになる。しかし、既遂行為と未遂行為が実質的競合に属し、これらは通常の場合、時間的にある程度の隔たりがあるため、未遂行為を不可罰的事前行為（一つの既遂行為として）と認定することができない。そのため、この場合に、これら全ての犯罪行為を単一行為をみなすことはできないのである[50]。

２、刑事訴訟法上の学説

（１）「所為単一説」

本稿第２章では、所為単一性の判断基準に関する、ドイツの様々な学説を紹介してきた。そのうち、集合犯に関して「所為単一説」を主張する論者は、主に Christian Schöneborn と Erich Schwinge である。

まず、「行為経過の択一説」を代表する論者 Schöneborn は、実体法上の行為複数と行為単一に対して、異なる判断基準を用いて、訴訟法上の所為単一性を判断すべきことを主張する。すなわち、実体法上の行為複数に対しては「行為経過の択一基準」で所為単一性を判断するが、これに対して、実体法上の行為単一に対しては、Schöneborn はそれを訴訟法上の所為単一であると主張する。すなわち、自然的な意味における行為単一だけではなく、法的意味における行為単一、「継続的関連」[51]も訴

[49] Preiser, Aufspaltung der Sammelstraftat, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW 58, 763, 1939;RG 17, 228.

[50] Günter Warda,Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, 84;Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 12.Aufl., München und Berlin, 1965, § 73, No.27.

[51] Christian Schöneborn, Alternativität der Handlungvorgänge als Kritrium des strafprozessualen Tatbegriffs, MDR 1974, 529, 531.

訟法上の所為単一に属する。それゆえ、集合犯が訴訟法上の所為単一性を持つのである。

次に、「総合説」の先駆的論者である Erich Schwinge は、訴訟法上の所為単一を判断するにあたって、刑法上の構成要件該当行為（tatbestandsmäßig Handlung）を参考にすべきであると主張する。構成要件的な各実行行為は、完全に同一か、少なくとも部分的に同一であるときに、訴訟法上の所為単一が成立する。しかし、実体法上の違法内容がほぼ一致する場合は、刑法上の構成要件的行為は異なっていたとしても、訴訟法上の所為単一も成立する。例えば、集合犯のうちの個々の犯行は、刑法上の構成要件的行為は異なっていても、実体法上の違法内容はほぼ一致するため、刑法上の一個の行為であり、その内的関連性に基づいて一回の訴訟で対応すべきであり、よって、訴訟法上の所為単一性が成立するのである[52]。

（２）「所為複数説」

「所為単一説」とは異なり、集合犯に関して「所為複数説」を主張する論者は多い。なかでも代表的論者は、Keetsin Liu、Rolf Dietrich Herzberg、Christian Bertel と Claus Roxin などである。

まず、「行為説」の先駆的論者である Keetsin Liu は、訴訟法上の所為を、刑法上の行為概念と共通し、犯罪概念における構成要件該当性、違法性、有責性に上位するものであると考える。構成要件該当性は「名詞的行為事情」（重要であるもの）に属し、それに対して、違法性、有責性は「形容詞的行為事情」（重要でないもの）に属する[53]。所為単一性を判断する際に決定的なのは「形容詞的行為事情」の変化ではなく、「名詞的行為事情」の変化である。集合犯の所為単一性について、Liu は、常習窃盗罪を例として説明する。すなわち、Liu は、常習窃盗罪の中でも個々の窃盗罪においては名詞的事情が異なるから、常習窃盗罪全体と、その一部としての個別の窃盗罪の間では、所為単一性を否定すべきであると

[52] Erich Schwinge, Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung, ZStW 52, 228, 234.

[53] Keetsin Liu, Der begriff der identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, 1927, S.15.

主張したのである[54]。

次に、「行為説」を主張する Rolf Dietrich Herzberg は、訴訟法上の所為単一が実体法上の競合理論に従属すると考える。ゆえに、実体法上の行為単一（「自然的意味における行為単一」と「法的意味における行為単一」を含む）が訴訟法上の所為単一である。しかし、「継続的関連」にあたる集合犯は、訴訟法上の所為単一性を有していない。なぜなら、「継続的関連」は、実際的な理由のゆえに導入された一つの擬制であるからである[55]。

さらに、「法益侵害説」を主張する Christian Bertel は、訴訟法上の所為単一を構成するためには、被侵害法益の同一性と、侵害行為の同一性という２つの要件が必要であると主張する[56]。すなわち、Bertel によれば、集合犯には、各犯行の間での抽象的な法益侵害の一致性があるが、侵害行為の同一性がないため、集合犯の所為単一性を否定すべきであるとされる。

最後に、「総合説」の代表的な論者である Claus Roxin は、訴訟上の所為概念について、実体法上の概念である単一行為、連続行為、複数行為および集合犯に区別すべきであると主張する。集合犯における個別行為（例えば、刑法260条の業としての盗品等蔵匿、集団形態での盗品等蔵匿）は、単に営業性、常習性または業務性のゆえに実体法上行為単一ではなく、訴訟上一個の所為でもない。同様に、ある可罰的組織の構成員がそのグループに所属していることによって犯罪を行ったときにも、訴訟上一個の所為があるとはいえない。その他、計画的な分担による犯行も、刑訴法264条にいう１個の唯一の所為を推定させることにはならない[57]。

---

[54] Vgl. Liu, a.a.O (53)., S.16ff..

[55] Herzberg, ne bis in idem-Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils, JuS 1972, S.118.

[56] Christian Bertel, Die Identität der Tat, 1970, S.140ff.

[57] Claus Roxin, Strafverfahrensrecht : ein Studienbuch, 25. Aufl, Verlag C.H. Beck München 1998S.152ff；クラウス・ロクシン［著］、新矢悦二、吉田宣之（翻訳）『ドイツ刑事手続法』（第一法規出版社、1992年）190頁以下。

３、小括

以上のように、ドイツにおいては、集合犯の罪数をめぐっては、刑法の観点から「行為単一説」と「行為複数説」が主張されており、それに対して、集合犯の一事不再理効をめぐっては、訴訟法の観点から「所為単一説」と「所為複数説」が主張されている。後述のリーディングケースであるライヒ裁判所刑事大法廷1938年４月21日決定（RGSt 72, 164）において、ライヒ裁判所は、集合犯の廃止という刑法的な解決方法を用いて、集合犯の一事不再理効の不当な拡張という問題を解決した。この決定以前は、集合犯の一事不再理効に関する通説は、刑法上の罪数論の観点から論じられていた。当時の通説は集合犯の行為単一に賛成していたが、その後、「行為複数説」が相次いで発表されるようになった。先に検討したように、「行為複数説」は様々な点で「行為単一説」に対する疑問を提起しており、この疑問はより説得的な見解であると思われる。だからこそ、ライヒ裁判所刑事大法廷1938年４月21日決定（RGSt 72, 164）以降は、「集合犯」という概念は放棄されるに至ったのである。

（三）、判例の整理――実体的正義実現の方向へ

１、訴訟法的な解決方法

（１） 実体裁判の既判力の範囲の制限

具体的に言えば、裁判所は実体既判力の範囲を制限するための、二つの方法がある。その一つは前訴判決の既判力の範囲を前訴に言及した事件のみに限定する方法であり、この方法で、裁判所は集合犯を構成する、起訴された対象以外の行為の存否につき認知義務（Kognitionspflicht des Gerichts）を放棄する。もう一つは、原則として集合犯を単一行為とみなすが、「前訴判決が確定された後に発見された犯罪行為」の性質および範囲と前訴の既判力とが極めて不均衡（in krassem Mißverhältnis steht）である場合には、一事不再理の例外も認められるとする方法である[58]。

（ａ）前訴判決の既判力の範囲を前訴に言及した事件のみに限定する

[58] ここで、訴訟法的な解決方法の整理については、Jürgen Reinhard Stehncker, Die Sammelstraftat (Hamburg, 1967) に参考した。

①ライヒ裁判所1937年３月15日判決[59]

【事実の概要】

前訴において、被告人が同一日に、複数の内乱に関する印刷物（einige Druckschriften hochverräterischen Inhalts）を受け取り、これを広めた行為につき、これらの犯罪行為が自然的な意味での１個の行為であると（wegen diner einheitlichen Tat im natürlichen Sinn）判示された。しかし、被告人の刑罰が執行されていた間に、前訴判決における複数の犯罪行為は、被告人が行っていた数年間の内乱活動のうちの、ほんの一部だけであるということが判明した。

【判決】

ライヒ裁判所は、次のように判示した。すべての犯罪行為が発見され、判決された場合にのみ、集合犯を構成した可罰的な個々の犯罪行為が贖罪されるからである。もし最初の時点において、わずか一部分の可罰な犯罪行為しか発見されず、そのまま判決されたとすれば、当該単一行為が全体として贖罪されたわけではない。前訴判決の既判力の範囲が前訴に言及した事件のみに限定され、被告人が行った犯罪行為が正当に、かつ十分に贖罪された場合にのみ、人々の健全な法感情および実体的正義（die materielle Gerechtigkeit）に応えると言えるからである。したがって、その後で発見された犯罪行為に対する有罪判決が許され、前訴判決の既判力の範囲は、前訴に言及した事件のみに限定すべきである。

②ミュンヘン高等裁判所1936年７月３日判決（OLG Müchen, DJ 1937, 82）

【事実の概要】

前訴において、被告人は1935年９月に実行した３個の連続詐欺行為につき有罪判決が宣告され、この判決は確定した。その後、後訴において、被告人は1934年12月から1935年10月にかけて実行した17個の連続詐欺行為について、有罪判決が確定された。被告人は、連続詐欺行為が集合犯であるから、前訴判決の既判力の範囲が、後訴に及ぶべきであると主張し、抗告を提起した。

【判旨】

ミュンヘン高等裁判所は、次のように判示した。前訴の既判力を「前

[59] Vgl. Preiser, a.a.O (49)., 745ff.

訴の裁判官が判決した集合犯を構成した個々の行為」のみに限定すべきであり、一審裁判所は起訴状で言及されなかった他の17個の犯罪行為を認知する可能性を積極的に放棄して、ただ起訴状で言及された３個の犯罪行為についてのみ判決したため、前訴の既判力はこの３個の犯罪行為にのみ及ぶ。

判例①と判例②は、ナチスの思想の影響をある程度で度受けているといえる[60]。

（ｂ）原則として集合犯を単一行為とみなすが、「前訴判決が確定された後に発見された犯罪行為」の性質および範囲と前訴の既判力とが極めて不均衡である場合に、一事不再理の例外も認められる

③ミュンヘン高等裁判所1937年12月８日判決（OLG Müchen, DJ 1938, 724）

【事実の概要】

前訴において、被告人が、1935年６月から７月にかけて内乱に関する印刷物を受け取り、これを広めた行為につき、有罪判決を受けた。その後、被告人は、同時期にほかの複数の内乱活動が発見され、また有罪判決を受けた。

【判決】

ミュンヘン高等裁判所は、次のように判示した。前訴において、被告人が1935年６月および７月に複数の内乱に関する印刷物を受け取り、これを広めた行為については、印刷物の数が少なく、かつ有限の範囲で広がり、大きな損害を与えなかったため、軽罪に該当する。これに対して、前訴判決が確定された後で発見された犯罪行為は内乱に関する集合犯の主要な部分であるから、両者の性質および範囲と比較して、極めて不均衡である場合には、一事不再理の例外も認められる。さもないと、人々の健全な法感情および実体的正義に応じない。

この「原則と例外の方法」に賛成する論者、例えばNiederreutherは、人々の健全な法感情および実体的正義に応えている、という理由で支持した[61]。そのほか、Ernst v.Belingは、上述の判例がナチスの思想の影響を受けているにもかかわらず、やはり否定できないと主張した。「確か

[60] Vgl. Stehncker, a.a.O (33)., S.83.

[61] Niederreuther, Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit, DJ 1938, 1757.

に、国家利益を強調しすぎるナチスの思想は既判力の範囲をコントロールすることには資するが、実体的正義を追求するのは現代法治国家の関心事である。現代法治国家は同じく不合理な法感情を回避しなければならないからこそ、ナチス時代の前とその後で、既判力理論を訂正する要望（der Ruf nach einer Revision der Rechtskraftlehre）が絶えない」[62]。

これに対して、反対する論者、例えば、Stehncker と Buchholz は「この方法を利用して、ケースバイケースで実体的正義を実現できるが、原則的な解決とはならない」と主張した[63]。Kriesten はこの方法の危険性を指摘し、「もし例外が認められれば、これから、ほかの事例でこの例外を理由として既判力の範囲を突破する可能性が高まり、最終的には既判力理論がなくなる」と主張した[64]。

（２）前訴を境界線として、その前の行為は一個の集合犯となり、その後の行為はもう一個の集合犯となる

④ライヒ裁判所刑事第二部1909年６月23日判決（RG42, 372）

【事実の概要】

前訴において、被告人は、営業的賭博行為につき、1908年９月29日に有罪判決を受けた。その後、後訴において、1908年10月以降に行った営業的賭博行為について起訴された。

【判決】

ライヒ裁判所は、次のように判示した。「犯罪行為者が前訴判決の既判力を利用して、可罰的行為を行い続けても処罰されない、ということは、法秩序を保護する観点からは許されない。もし被告人が前訴の後も、犯罪行為を行い続けるとするならば、前訴の後で行われた個々の犯罪行為が一つの新しい集合犯を構成する。前訴ですでに判決された構成要件に対して、前訴の後も行い続けられた犯罪行為が１個の新たな犯行とな

[62] Ernst v.Beling, Anmerkung zu RG JW 1931, 216, Nr.24, S.216ff;Eberhard Schmidt, Anmerkung zu OLG Düsseldorf SJZ 1950, S.284-292.

[63] Vgl. Stehncker, a.a.O (33)., S.85;Lothar Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, StrafrAbh. Heft 413, 1940, S.74.

[64] Gotthard Kriesten, Der Fortsetzungszusammenhang, Diss.Hamburg, 1963, S.52.

り、1908年９月29日の判決によって、新たな犯行の刑法上の性質が失われることはない。

Preiser は、「前訴判決は『見事な法創造の機能（die wunderbare rechtsgestaltende Wirkung）』があるため、前訴の後で行われた個々の犯罪行為を一つの独立した、新しい集合犯となる」と主張した[65]。上述の判決は人々の素朴な法感情に応じているが、以下のような問題が残っている。それは、刑法上「不可分の特徴（die Unteilbarkeit als Wesensmerkmal der Sammeltat）」を持つ集合犯が、ただ一つの判決に分離されることができるのか、ということである。Preiser は、「集合犯を分離した判決は集合犯のどの段階にある可能性もあり、例えば、集合犯のはじめであり、もしくは真ん中であり、もしくは最後である。そのため、判決さえ存在すれば、集合犯はそのどの段階でも分離できる。そうすれば、集合犯全体の「不可分の特徴」がなくなる」と主張した[66]。

のみならず、もともと、判決で集合犯を分離することにはまったく根拠がない。周知のように、集合犯を構成する個々の犯罪行為は、刑事手続の外で（außerhalb des Strafverfahrens）行われる。つまり、個々の犯罪行為が行われてから、刑事訴追が始まり、判決が出る。この意味で、犯罪行為は判決とは独立して存在するのである。そのため、判決で集合犯を分離することには理由がない[67]。

上述の矛盾した論理を解決するため、Stehncke は集合犯の徹底的な分離を主張し、「そうしなければ、異論の余地がない解釈論（dogmatisch einwandfrei）ができない」と指摘した[68]。

（３）後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されるか

ライヒ裁判所は、後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されないか、あるいは、後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されるという二つの正反対の方法を採っている。

（ａ）後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されない場合（前訴におい

---

[65] Vgl. Preiser, a.a.O (49)., S.769.

[66] Vgl. Preiser, a.a.O (49)., S. 770.

[67] Vgl. Preiser, a.a.O (49)., S.769.

[68] Vgl. Stehncker, a.a.O (33)., S.88.

て個々の犯行を集合犯として判断されたことを前提とする）
⑤ライヒ裁判所刑事第二部1937年９月27日判決（RG 72, 211）
【事実の概要】
前訴において、被告人は、1933年６月から同年８月にかけて実行した４個の窃盗行為につき、集合犯として有罪判決を受けた。その後、後訴において、被告人は、1932年11月14日から1933年３月12日にかけて異なる犯罪組織の成員として実行した24個の窃盗行為について、有罪判決が下された。
【判決】
ライヒ裁判所は、次のように判示した。前訴の窃盗行為と後訴の窃盗行為の数が極めて不均衡であり、かつ、後訴において、被告人は異なる犯罪組織の成員として窃盗を行った。また、前訴において、裁判官が判断する際に、後訴の24個の窃盗行為をまだ発見していなかった。ゆえに、前訴の裁判官が、個々の犯罪行為を集合犯として判断した場合であっても、後訴の裁判官は前訴の法律判断に拘束されず、前訴判決の既判力の範囲は、後訴に及ばない[69]。
判例⑤の見解と異なり、Stratenwerth は、後訴の独立判断を支持した。彼の見解によれば、「一つの裁判所は他の裁判所の法律観点に拘束される、というルールはない。後訴の裁判官は前訴の裁判官の法律観点から独立し、新しく起訴された犯罪行為が前訴での集合犯の一部分に属するかどうかを独立的に判断すべきである[70]。つまり、もし後訴の裁判官が、新しく起訴された犯罪行為が前訴での集合犯の一部分に属するということを認めれば、後訴を打ち切るべきであり、もし後訴の裁判官がこれを否定すれば、新しい判決を下すべきである。
（ｂ）後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束される場合（前訴において個々の犯行を非集合犯と判断されたことを前提とする）
⑥ライヒ裁判所刑事第一部1920年３月25日判決（RG 54, 283）
【事実の概要】

[69] BGHSt 15, 268も類似した判旨を下した。
[70] Günter Stratenwerth, Zum Verbrauch der Strafklage bei Fortsetzungszusammenhang- BGHSt 15, 268, JuS 1962, S.220ff.

被告人は、1916年６月から1918年にかけて、許可なく家畜を売却した行為につき、1919年10月28日に有罪判決を受けた。その後、被告人は1916年６月から1918年にかけて、５回にわたり許可なく家畜を売却した行為につき、1916年７月15日、同12月２日、1917年４月13日、同７月15日、1918年10月28日に、それぞれ５回の略式命令を受けたということが発見された。

【判決】

ライヒ裁判所は、略式命令によってそれぞれの独立な犯行を集合犯として認定することができず、その前に独立した犯行として認定された複数の犯行を、事後的に集合犯として認定しても、後訴において、他の犯行についての判決が許容されるべきであると判示した[71]。

この場合、前訴の裁判官が個々の犯罪行為を非集合犯として判断したときは、後訴の裁判官は前訴の法律判断に拘束される。なぜ判例⑤と判例⑥において、事実概要が類似しているのに、ただ前訴の判断が異なることだけにより、後訴の判断が異なるのか。判例⑤において、後訴の裁判官が前訴の「集合犯の肯定」という法律判断に拘束されないからには、論理的に、判例⑥において後訴の裁判官も前訴の「集合犯の否定」という法律判断に拘束されるべきではないであろう。Stratenwerth は、「上述の論理的に矛盾した判決は、後訴の裁判官が、新しい訴追に資する場合にのみ、独立な判断をする自由を持てるという印象つけられる。これはドイツ連邦基本法103条Ⅲに関する「一事不再理の原則」に違反したものである」と指摘した[72]。

また、Stratenwerth は判例⑥につき、後訴の裁判官は前訴の法律観点に拘束されないと主張した。彼の観点によれば、たとえ前訴の裁判官が間違って、「集合犯を構成すべきである個々の行為」を独立な犯罪行為として認定し、刑事政策上おそらく歓迎され、既判力の阻止効を限定した結果が導かれた場合でも、後訴の裁判官は前訴の当該ミスを直さなければならない[73]。

---

[71] BGH MDR 1953, 273も類似した判旨を下した。

[72] Vgl. Stratenwerth, a.a.O (70)., S.223.

[73] Vgl. Stratenwerth, a.a.O (70)., S.223.

以上のように、訴訟法的な解決方法を利用した上述の判決からみれば、人々の健全な法感情および実体的正義を実現したにもかかわらず、論理的に矛盾した場合がよく存在し、集合犯という概念（法形象）の正当性（gegen die Richtigkeit der Rechtsfigur der Sammeltat）につき議論する余地がある。

２、実体法的な解決方法

（１）営業的堕胎罪の分離

⑦ライヒ裁判所刑事大法廷1938年４月21日決定（RGSt 72, 164）

【事実の概要】

被告人は営業により２名の婦女に堕胎行為を行ったため、営業による堕胎未遂で３月の軽懲役を言渡された。ところが、被告人がこの判決確定前に第３の婦女に堕胎行為を行ったことが、この判決が確定した後、判明された。そのため、これにつき更に公訴提起された。刑事陪審法廷は、後訴につき第３の行為は、前記確定判決によってすでに確定された２個の堕胎未遂と共に全体として集合犯を構成するため、第３の行為にもすでに既判力が及んでいるから、一事不再理効により、後訴公訴棄却の決定を言い渡した。検察官はこれを不服として即時抗告した。

【決定】

ライヒ裁判所刑事大法廷は次のように判示した。「営業的」という言葉は、種々の場合で用いられ、いろいろな異なった意味があるが、本件において、堕胎罪における営業性の意義だけを取り扱う。堕胎行為は、それが営業的に行われたものであり、独立の行為としての性質（die Eigenschaft einer selbständigen Handlung）を失うものではない。もし営業的な堕胎行為を単一行為とすれば、現実に審判の対象とされなかった事実も潜在的には審判の対象になり、有罪判決を言い渡す場合に、このことをも考慮して刑の量定をしなければならなくなる。しかし、仮にこれが許されるとすれば、単なる推定に基づく嫌疑刑（Verdachtsstrafe）の危険をもたらし、無罪推定の原則と矛盾する。また、従来のライヒ裁判所の判例によれば、集合犯にあっては全体としての「業務」が刑法的意味における行為ということになるが、集合犯を構成する個々の行為は、それ自体としてその法定構成要件のすべての特徴を具備している。しか

し、「業務」そのものを刑法的意味における行為に解するとすれば、刑法における行為概念を破壊すると言える。…さらに、従来のライヒ裁判所の判例は、集合罪を認める論拠として構成要件の規定の仕方にその手懸かりを求めているが、この議論は必ずしも必然的なものではなく、行為者が同種行為の反復によって利得を目的としたことが証明できるならば、個々の行為を処罰することも可能である。…最後に、従来の判例と学説が「捏ね上げた（konstruiert）」人為的な単一性（künstliche Einheit）のゆえに、以前の裁判官が公訴事実を審判した際には全く知られなかった個々の犯罪行為をも審判されたかのようにみなすのは実体的正義に違反する。この場合に、個々の行為は実体法上分割が可能であるばかりでなく、裁判官によっても分割可能である。したがって、本件において、前訴の既判力が後訴の第３の行為に及んでいないため、後訴は適法である。

（２）営業的堕胎罪以外の集合犯の分離

前出・ライヒ裁判所刑事大法廷1938年４月21日決定（RGSt 72, 164）は、営業的堕胎罪の問題のみに限定した。その後、ライヒ裁判所も、営業的堕胎罪以外の集合犯を分離して、例えば、男子間での営業的猥褻行為[74]、営業的犯罪隠匿[75]、営業的密猟[76]、営業的常習的暴利[77]など、それぞれにつき集合犯の概念を否定して、個々の行為が独立してそれぞれ一罪となるとした。連邦裁判所もこれに従った[78]。現在、実体法上、集合犯の分離は一致した見解となり[79]、また、訴訟法上一個の行為でもないから、訴訟上でも一事不再理効は及ばない。

三、私見

[74] RG 72, 257.

[75] RG 72, 313.

[76] RG 72, 401.

[77] RG73, 216.

[78] BGH 1, 41 (42);26, 284;BGH NJW 1953, 955.

[79] Blei, AT, 18 Aufl, § 93 Ⅱ ;Geerds, 1961, 270;Hartung, SJZ 1950, 332;Kohlrausch, ZAkDR 1983, 473; Vgl. Preiser, a.a.O (49)., S.743;Sch/Sch/Stree, 26 Aufl., vor § 52, Rn.93.

１、立法論：集合犯の廃止

以上のように、日本の最高裁でも、ドイツのライヒ裁判所と連邦通常裁判所でも、集合犯の一事不再理効について、実体的正義の実現の方向へ努力した姿勢が分かる。日本の最高裁は、現行の集合犯規定の下で、解釈論として平成15年10月７日判決において「訴因基準説」を提出した。それによって、公訴事実の単一性の判断の際に、各訴因のみを基準として比較対照してから、前訴の一事不再理効が後訴に及ばないという結果が導かれた。これに対して、ドイツの裁判所は、最初、当時の集合犯規定の下で解釈論を提出したが、その後、刑事政策と訴訟法上で浮き出ている連続犯より一層不公正な結果に鑑み、集合犯の行為単一を放棄した[80]。すなわち、ドイツでは、集合犯の廃止を通じて、集合犯の一事不再理効の問題を解決したのである。このような抜本的な解決策は、近年の日本の集合犯の一事不再理効の問題に対して参考になろう。

日本において、立法論の側面から解決策を探る提言も注目された。例えば、白取祐司の見解によれば、常習一罪は、昭和初期の治安悪化に応えるべく常習者を特に重く罰するために立法化されたもので、事件の一回の処理という訴訟法的側面を十分考慮しないで立法化されたものだというなら、むしろ法改正を含む立法論として解決の途を探るべきであろう、とされる[81]。連続犯と集合犯の法的構成の類似性（両方とも数個の独立した、構成要件的、自然的行為単一を超える犯罪実現を「法的な行為単一」とする）があるから、旧連続犯（刑法旧55条）の廃止理由は集合犯の廃止に対して十分に参考になる。旧「連続犯」は、新憲法のもとで捜査権が制約されたことへの危惧から廃止された。その立法理由は、「軽微な窃盗未遂により軽い刑の確定した者につき、これと連続関係にある強盗致死の事実を発見したような場合にはこれを黙過するを得ない」が、新憲法３条によって不利益再審が廃止され、この「不合理の是正」ができなくなったのだから、「むしろよろしくこの際連続犯を数罪に還元す

[80] Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil : Die Straftat, 6. Aufl, München : Vahlen, 2011, S.331.

[81] 白取祐司「一事不再理効の範囲」井上正仁［ほか］編『刑事訴訟法判例百選（第９版）』（有斐閣、2011年）209頁。

ることによってかかる不合理を生ぜしめざるにしかない」[82]。

筆者は、上述の連続犯の廃止理由を参考する分析について説得力が強いと思っているが、集合犯の一事不再理効の問題のみを集合犯の廃止の理由とすれば、理由の上で充分ではないと考える。実際に、ドイツの裁判所は、当時集合犯を廃止した際に、その一事不再理効の不公正な結果以外、刑法上で集合犯の法的な性質に対する認識の転換（「行為者刑法」から「行為刑法」へ）の影響をも受けた。「行為者刑法」では、刑罰を行為者の人格に結びつけ、その反社会性とその程度が制裁を決定するのである。これに対して、「行為刑法」では、可罰性を構成要件に明確に規定された個々の行為に結びつけ、制裁を個別行為に対する解答であって、行為者の全生活態度、あるいは、行為者について将来予想される危険に対する解答ではない[83]。もし集合犯の法的な性質を「行為刑法」と理解すれば、集合犯のなかでの個々の犯罪行為がそれぞれ独立な性格を持つ。その個々の犯罪行為と犯罪者の人格が分離されて、その個々の行為は、犯罪者が毎回犯罪を実施した際にその意思構成（Willensbildung）を考察する必要な道具にすぎず、これらから犯罪者の人格をまとめて量刑の根拠とすることができない[84]。集合犯の刑罰は人格刑ではなく、そのなかでの個々犯罪行為を根拠づける。そうすれば、集合犯は全体として存在する意味を失う。集合犯の廃止は刑法の「行為刑法」の属性にあてはまる。集合犯が廃止されても、職業的あるいは常習的犯行に対する加重処罰という点は変わりがない。職業的あるいは常習的犯行に対する刑の加重も、「行為者刑法」を基礎づけるものとなっておらず、「行為刑法」と矛盾しない。なぜなら、職業的あるいは常習的犯行が、行為者の人格とは独立に脈絡のない偶発的行為よりも非常に社会的に有害なので、さらに重い刑罰を必要とするからである[85]。

---

[82] 中野次雄『逐条改正刑法の研究』（良友普及会版、1948年）77頁。

[83] Claus Roxin, Strafrecht AT I : Grundlagen : der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C.H. Beck München, 2 Aufl., 1994.S.126ff; ロクシン［著］；平野龍一［監修］、町野朔＝吉田宣之［監訳］『ロクシン刑法総論［基礎・犯罪論の構造（第一巻）］』（信山社，2003年）172頁。

[84] Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im strafrecht, Tübingen, 1958, S.127ff.

[85] Vgl. Roxin, a.a.O (83)., S.134.

以上からみれば、ドイツ現行刑法は「行為刑法」であり、集合犯の廃止とドイツ現行刑法は矛盾しないことが分かる。では、日本においては、集合犯の法的な性質について、どのように考えるのか。ドイツの「行為刑法」属性と同じ理解するのか。もしそうすれば、日本においても集合犯の廃止に関して刑法上の根拠がある。

日本において、集合犯（常習犯）の法的性格について、従来の判例（最高裁大正昭和26年８月１日判決刑集５巻９号1709頁）は、行為者の属性とする立場を取ったにもかかわらず、学説上で、（１）行為者の属性であって責任要素とする見解（「行為者刑法」）と、（２）行為の属性であって違法要素とする見解（「行為刑法」）とが対立している。

（１）「行為者刑法」の代表的論者は、戦前は安平政吉と不破武夫であり[86]、戦後は団藤重光などである。この理論の発展にとくに貢献した団藤重光は、ドイツの Edmund Mezger の「行状責任」を参考としながら、みずから「人格形成責任」と「行為責任」を結合する「人格責任論」を主張する。彼は、常習犯人の加重責任を「人格責任」から説明する。彼の見解によれば、行為の背後には素質と環境に制約されており、行為者の主体的努力によって形成されてきた人格があり、このような人格形成における人格態度に対して行為者を非難する[87]。具体的にいえば、犯罪行為は行為者の人格の主体的現実化である。したがって、第一次的に着眼されるのは行為そのものである。……犯罪行為はその背後に潜在的な人格体系を予想する。したがって、これを切り離して行為だけを論ずることはできない。しかも、このような背後にある人格も、素質・環境による重大な制約を受けながら主体的に形成されてきたものである。われわれの人格は、ある程度までは、自分自身の主体的な努力によって形成していくことのできるものである。だから、行為者が性格学的な人格に対して主体的になにかをすることができた範囲で、人格形成における人格態度に対して行為者に非難を加えることができるのである。反面からいえば、素質・環境が人格形成を必然的に制約する面において、非難を軽

[86] 安平政吉『人格主義の刑法理論』（巌松堂書店、1938年）１頁以下；不破武夫『刑事責任論』（弘文堂、1948年）７頁以下。

[87] 団藤重光『刑法綱要・総論（第３版）』（創文社、1990年）259頁。

減する方向に働く[88]。また、西田典之は常習賭博罪を例を挙げて、常習性が行為者の習癖であり、１回の行為でも常習賭博罪にあたり、常習性の法的性格について行為者の属性であって責任要素であると理解する[89]。

（２）「行為刑法」の代表的論者は平野龍一と内藤謙である。まず、平野龍一の見解によれば、「犯罪は行為である」とする以上、責任も行為の属性でなければならない。もっとも、行為という場合、行為に「あらわれた」行為者の特性は行為の実質的な内容だといってよい。これを「実質的行為責任」と呼ぶ。それはやはり行為責任である。このような「行為刑法」の立場からすれば、常習性というものも、行為の属性だとしなければならない。すなわち、同じ態様の賭博行為が反復して行われたとき、一括して一個の常習賭博行為と考えるのである[90]。また、改正刑法草案は、「常習者であるときは」という規定にしてこの立場を明文化した。しかし、このように行為者の性格そのものを処罰の対象とするのは立法論としても妥当とは思われないし、「常習として」という規定になっている現行法のもとではやはり行為にあらわれた属性として集合犯を認めるべきであろう[91]。

内藤謙は、以下の主に二つの点に基づいて、集合犯の「行為の属性」を論じた。

第一に、彼は、「行為者刑法」を支持する「人格責任論」そのものを批判し、「行為者刑法」を否定することを試みた。彼の見解によれば、「人格責任論」が強調している「行為以前の人格形成過程」および「人格態度」について、以下の問題が存在する。①人格形成の過程はきわめて複雑であり、人格に対して主体的なにかできたとして非難しうる有責な部分と、有責でない部分とを区別して判定することはほとんど不可能である。②かりに右の区別が可能であるとしても、また、たとえ第一次的に犯罪行

[88] 団藤・前掲注（87）、260頁以下；内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣、2001年）747頁以下。

[89] 西田典之『刑法各論（第５版）』（弘文社、2011年）391頁。

[90] 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1979年）108頁。

[91] 平野・前掲注（90）、420頁。

為に着目し、犯罪行為がなされたことを契機とするとしても、潜在的な人格体系（行為者がそれまで送ってきた全生活歴の成果であるとされる）を問題とし、行為以前の人格形成過程それ自体にまで刑罰による非難をおよぼすことは、個人の生活に対する刑罰による過度の干渉になる。それは、人格そのものまでを責任非難の対象とすることにより、行為主義ないし行為責任主義の原則に抵触することになる。③人格形成過程は責任非難を排除・軽減する方向にも働くとされるが、人格形成過程における「責任を基礎づけ強めるプラス」の要素と「これを排除し弱めるマイナス」の要素を妥当に区別して認定することはほとんど不可能である。かりにその区別が妥当にできたとするならば、たとえば、常習犯人とくに常習窃盗などは悪い環境で人格形成をした場合も多いのであるから、その刑を当然に加重すべきだということにはならないはずであろう。さらに、人格を主体的に形成できたはずだ、悪い人格環境から主体的に抜け出ることができたはずだとはほとんど常にいえることであるから、実際上、人格形成責任が責任非難を軽減する方向に働くことはほとんどないであろう。④人格責任論が有責であるかどうかを行為意思の背後にある人格態度によって判断しようとすることに対しては、人格態度そのものの必ずしも明確に認定できないし、また、人格態度がそのまま意思あるいは行為として現れるとは限らないから、疑問の余地が大きい[92]。

第二に、彼は、現行法が、行為責任の考え方を基本的に採用しており、主に「行為刑法」である。各則で集合犯の加重規定にもかかわらず、集合犯の「行為刑法」（行為責任）の属性に影響を及ばない、と主張する。具体的にいえば、現行法の条文、たとえば、「罪を犯す意思がない行為は罰しない」（刑法38条１項）、「心神喪失者の行為は罰しない」（刑法39条１項）という規定は、「行為」を責任非難の有無の直接の対象とする趣旨を示している。また、「人を殺した者は」（刑法199条）、「他人の財物を窃取した者は」（刑法235条）刑に処するという規定は、「人を殺した」行為、「他人の財物を窃取した」行為を責任非難の対象として犯罪の成立を認め、その行為を行った者は、その犯罪の法的効果としての刑に処

[92] 内藤・前掲注（88）、749頁。

するという趣旨を表現している[93]。さらに、「盗犯等ノ防止及処分に関スル法律」(「盗犯防止法」) の常習犯に対する刑罰加重 (３年以上の懲役) の規定が「社会の法的生活を撹乱し、従来の刑罰を以てするも威嚇の効果乏しく、改善を期待し難さものに対し、一面に於いてなお改善促し社会化を企劃する共に、他面に於いて相当の期間社会より之を隔離し、以てその種の犯人により行われた侵害をあらかじめ防遏し、社会の安寧秩序を保全するほかならない」という趣旨[94]を強調し、つまり、「犯罪を反復する行為者の属性」および「犯行の違法性の高さ」の両方が常習犯に対する刑の加重根拠であるにもかかわらず、「盗犯防止法」の条文は、常習者ではなく、「常習として」明文化されている。各則で集合犯に対して刑を加重している場合がある (たとえば、刑法186条の常習賭博の加重規定、「盗犯防止法」２条の常習犯加重規定など) にもかかわらず、集合犯の「行為刑法」(行為責任) の属性に影響を及ぼさず、常習性を「行為の属性」と理解すると、「常習として」行為したという現行法の規定方法とも調和しうる。もし常習性を「行為者の属性」と理解すると、行為者類型を認め、行為者の人格・性格そのものを責任非難と処罰の対象となり、解釈論としても、立法論としても、行為主義の原則からみて疑問がある[95]。

実際に、集合犯の法的な性質が果たして「行為者刑法」なのか「行為刑法」なのかという問題について、日本でだけではなく、かつてドイツでも論争されていた。ドイツにおいて、1930年代は「行為者刑法」の傾向が強く、1933年11月24日の常習犯罪者法によって導入された処分によってのみならず、若干の点で刑罰によってもまた、行為者刑法的影響を顕著なものにするのに役立った。旧刑法20条ａは、三回目の有罪判決の際には、「行為の全体の評価」によって、行為者が「危険な常習犯である」ことが明らかになった場合に、重懲役刑を命じていた。ゆえに、ここでは、もはや行為自体ではなく、常習犯という刑事学上の行為者類型

[93] 内藤・前掲注 (88)、741頁。
[94] 富田仲次郎『盗犯等の防止及處分に關する法律に就いて』(出版社、出版年月不明) 141頁以下。
[95] 内藤・前掲注 (88) 741頁。

に属することが、刑罰を決定していたのである[96]。また、理論上、1930年代末から1940年初めにかけて、Edmund Mezger や Paul Bockelmann によって展開された人格責任論（Persönlichkeitsschuld）が流行した。人格責任論の観点が「行為者刑法」の根拠づけとして、人格には素質と環境により宿命的に形成される部分と行為者が有責に形成する部分とがあり、行為者人格への非難は、後者の部分についてのみ可能だとする。Mezger によれば、有責な人格形成責任は、日頃の行状により導かれるものであり、その行状を改めることができたかぎりで、人格に対する非難が可能である。これを行状責任（Lebensführungsschuld）という。Bockelmann は、どのような生活態度をとるかという決断に人格の根拠を認めたが、意思責任の要素を強調し、これを生活決定責任（Lebensentscheidungsschuld）と呼んだ[97]。

現在、上述のような「行為者類型論」は、国家社会主義体制の戦時刑法規定として、個別行為責任を超える理論のすべては法治国家原則に反するとして否定されている[98]。「危険な常習犯罪者」に対し特に加重された法定刑を規定し、行為者人格の「全体の評価」を前提にしていた旧法20条 a は、刑法改正によって、行為責任の原則と一致しないという理由で廃止されたのである。立法者の判断からみると、「行為者刑法」的解釈が重い刑罰を基礎づけることになるような場合には、いつでも、たとえ「行為者刑法」的説明が可能であったとしても、「行為刑法」的解釈が、通常、優先されなければならない[99]。

ドイツの状況と異なり、日本においては、今日でも集合犯の法的な性質について論争がまだ続いている。上述の整理に通じて、筆者は、日本においても集合犯の法的な性質を「行為刑法」とする見解が、より説得力があると思う。集合犯のなかでの個々の犯罪行為がそれぞれ独立な性格を持つ。ドイツの論者 Schmidhäuser が指摘したように、集合犯から

---

[96] Vgl. Roxin, a.a.O (83)., S.129; 町野朔ほか［監訳］・前掲注（83）175頁。

[97] 山中敬一『刑法総論（第２版）』（成文堂、2008年）583頁以下。

[98] Vgl. Roxin, a.a.O (83)., S.131; ロクシン［著］；町野朔ほか［監訳］・前掲注（83）177頁。

[99] Vgl. Roxin, a.a.O (83)., S.134ff; 町野朔ほか［監訳］・前掲注（83）182頁。

その犯罪者の人格ではなく、その個々の犯罪行為だけが見られる。その個々の行為は、犯罪者が毎回犯罪を実施した際にその意志構成を考察する必要な道具にすぎず、これらから犯罪者の人格をまとめて量刑の根拠とすることができない。集合犯罪の犯罪者と単純犯罪の犯罪者の区別は、それぞれが実施した犯罪の数量の違いにすぎない[100]。また、内藤謙が指摘したように、「行為者刑法」（人格責任論）そのもの疑問があり、しかも、日本の現行法が、行為責任の考え方を基本的に採用しており、主に「行為刑法」である。常習性を「行為の属性」と理解すれば、「常習として」行為したという現行法の規定方法とも調和しうる。そのゆえ、筆者は、集合犯の法的な性質を「行為刑法」とする見解を支持する。集合犯の法的な性質を「行為刑法」と理解すると、集合犯の廃止に関して刑法上の根拠がある。

したがって、集合犯の廃止は訴訟法上も、刑法上も根拠があるから、理論上の支障はないといえる。集合犯の廃止は立法論として、解釈論より抜本的な解決策である。また、集合犯が廃止されても、職業的あるいは常習的犯行は非常に社会的に有害なので、集合犯に対する量刑は加重されると思われるから、この点でも問題はない。

２、解釈論：集合犯の制限――「制度目的対応説」

刑法がまだ改正されない現実に鑑み、実体的正義を実現するために、上述の日本とドイツの裁判所のように集合犯の適用を制限するしかない。しかし、どのように制限するかが問題となる。

制限の方法を出す前に、まず、問題の出発点に戻り、集合犯と一事不再理の関係を考える。私見によれば、実は、この両者は論理上の必然的なつながりがない。このとき、おそらく以下のような質問が出ると思われる。すなわち、なぜ多くの場合は一事不再理の「一事」が罪数論の「一罪」に当たるのを認めたとしても問題がないのか、と。それは、一事不再理の制度目的は、罪数論の制度目的と類似しているからである。例えば、観念的競合の場合に、一つの行為に対する二重評価の禁止は罪数論の制度の目的である。同様に、現在の通説によれば、一事不再理の制度

[100] Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im strafrecht, Tübingen, 1958, S.127ff.

目的は一つの事件に対する二重の危険を禁止するものである。一つの行為（事件）に対する二重評価の禁止はこの二つの制度の共通の目的である[101]からこそ、一事不再理の「一事」を判断する時に、観念的競合の一行為の判断基準を借用することができる。

しかし、一事不再理と罪数論における上述の制度目的の共通性は必然ではなく、偶然であり、本稿が検討する集合犯の制度目的は観念的競合とは異なる。まず、常習窃盗罪の立法背景について考察しよう。「盗犯防止法」を制定したのは、当時の社会情勢の変化に伴い大正時代末期から昭和初期にかけて労働農民運動・小作争議が増加したことに対応したためである[102]。常習犯に対する刑罰加重（３年以上の懲役）の趣旨は、「社会の法的生活を撹乱し、従来の刑罰を以てするも威嚇の効果乏しく、改善を期待し難さものに対し、一面に於いてなお改善促し社会化を企劃する共に、他面に於いて相当の期間社会より之を隔離し、以てその種の犯人により行われた侵害をあらかじめ防遏し、社会の安寧秩序を保全するほかならない」という[103]。換言すれば、犯罪数が増加したのに対応するため、常習犯罪を重く処罰するのが、集合犯の制度目的である。

ここからみると、集合犯の制度目的は観念的競合と異なり、二重評価の禁止と直接的な関係がない。そのため、一事不再理の「一事」を判断する際に、罪数論での集合犯の判断標準を借用する必然性がないのである。

しかし、ここまで検討すれば、一事不再理効の「一事」を判断する際に、集合犯の判断標準をまったく借用できないとは言えない。なぜなら、集合犯の制度目的は二重評価の禁止と直接的な関係はないが、全く関係がないとまでは言えないからである。前述のように、集合犯の制度目的は、常習犯を例として、犯罪が増加したことに対応するため、常習犯罪を重

---

[101] Alexander Fandrich, Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und konkurrenzen, Driesen, 2010, S.23.

[102] 林弘正「常習犯についての法制史的研究序説」森下忠＝香川達夫＝斉藤誠二編『佐藤司先生古稀祝賀・日本刑事法の理論と展望［上巻］』（信山社、2002年）335頁。

[103] 富田仲次郎『盗犯等の防止及處分に關する法律に就いて』（出版社、出版年月不明）141頁以下。

く処罰することにある。では、なぜ重く処罰することができるのであろうか。その理由としては、二つの可能性がある。①常習犯罪者の人格には問題があるから、その悪性格を処罰するという、特別予防のためである。もしこの観点が成立すれば、集合犯は二重評価の禁止とは全く関係がなく、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。②常習犯罪の場合、起訴されなかった余罪がある可能性が高いから、この可能性を処罰するためである。もしこの観点が成立すれば、集合犯は二重評価の禁止と微妙な繋がりがあり、集合犯の一事不再理効につき、ケースバイケースで検討する。

上述の分析からみれば、集合犯の一事不再理効の範囲と集合犯を重く処罰する理由と密接に関わる。まず、常習犯を例として、可能性①について検討する。「社会の法的生活を撹乱し、…相当の期間社会より之を隔離し、以てその種の犯人により行われた侵害をあらかじめ防遏し、社会の安寧秩序を保全するほかならない」という常習犯の重罰の趣旨からみれば、その重罰のる理由は常習犯罪の違法性の高さに鑑み、常習犯人に対して特別な処遇を実施して、社会の安寧秩序を保全するということである。ここで「常習犯罪の違法性の高さ」と「常習犯人の人格」の両者が強調されて、両者とも二重評価の禁止とは関係がない。そのゆえ、「盗犯防止法」の立法趣旨からみれば、集合犯は二重評価の禁止とは全く関係がなく、前訴の一事不再理効が後訴に及ばない。

次に、可能性②について検討する。これが実務において存在する可能性が高い。ドイツのライヒ裁判所刑事大法廷が1938年４月21日決定（RG 72, 167）においてすでに指摘したように、「営業的な堕胎行為（集合犯）を行為単一とすれば、現実に審判の対象とされなかった事実も潜在的には審判の対象になり、有罪判決を言い渡す場合に、このことをも考慮して刑の量定をしなければならなくなる。これが許されるとすれば、単なる推定に基づく嫌疑刑の危険をもたらす。」具体的にいえば、仮にすべての個々の行為を単一行為（集合犯）とみなせば、裁判官は毎回の犯罪行為を調査し切れずに、ただその中で証明された特別に重い、もしくは軽い個別の行為しか調査しない可能性が高くなるが、裁判官は同時に他の類似の犯罪行為の存在を黙認しているから、刑罰確定の際に、取り調べられた犯罪に限定せず、犯罪とする営業を考慮したうえで、犯罪行為

者の人格に対して厳しすぎる刑罰評価を与えるおそれがある[104]。そのほか、日本では、常習窃盗に関して「もともと立法者が常習犯規定に…より重罰の可能性を創出したときに、自ら「懈怠」した捜査のため未発覚の犯罪を残したままにしておく「リスク」の発生は折り込み済みであり、憲法39条もこのことを踏まえて実体法上の一罪が『同一の犯罪』に含まれることを当然の前提にしているものと考えるべきである[105]。つまり、常習窃盗の立法者も嫌疑刑の危険を考慮し、それゆえ、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗である場合において、前訴の常習窃盗の量刑の過程で、余罪の存在を考慮してから重く処罰する可能性があり、つまり、前訴の量刑は後訴の単純窃盗に対する評価を含む可能性がある。この場合には、二重評価を防ぐため、一事不再理効を認めるべきである。

上述で検討された理由以外に、実務において、集合犯の「訴因不特定」は集合犯の一事不再理効の範囲に影響する要素である。

集合犯においては、併合罪の場合と異なり、犯罪を構成する個々の行為の特定の程度が低くとも、全体として特定されていれば足りるとの見解が一般に支持されている[106]。裁判例において、（１）東京高裁昭和27年５月27日判決高刑集５巻５号870頁では、裁判所は「『貸金業者でないのに貸金業を行った』被告人が個々の貸付又は媒介の行為を実施し、この数個の行為を講学上集合犯と呼ばれるものの一種として、そのそれぞれ各別の訴因を構成するものではなく、合して一の訴因をなすのであるから、起訴状の記載としては、これらが全体として他の事実と混同することのないように特定されていなければならないと同時に、この程度において特定されていれば足りる。」と判示した。（２）東京高裁昭和29年９月29日判決地裁特１巻８号337頁は多数回の淫行を包括一罪として起訴

---

[104] Vgl. Stehncker, a.a.O (33)., S.74.

[105] 福井厚「一事不再理の効力」田口ほか編『基本問題セミナー刑事訴訟法』（一粒社、1994年）348頁。

[106] 上田哲「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬および向精神薬取締法等の特例等に関する法律５条違反の罪の公訴事実が多数買いにわたり多数人に譲り渡した旨の概括的記載を含んでいても訴因の特定として欠けるところはないとされた事例」『最高裁判所判例解説・刑事編（平成17年度）』法曹会472頁。

する場合に、「同条違反の訴因を明示するに当たっては、必ずしも個々の淫行の日時、場所等をすべて掲げなければならないものではなく、包括的一罪を構成する淫行の中の一つだけを例示的に挙げることによっても目的を達し得る。」と判示した。つまり、本件では、個々の淫行が特定されていないばかりでなく、淫行の回数が「数回」、相手が「数名」とされており、淫行全体としての特定もこの程度であったことが注目される。（３）名古屋高裁昭和30年１月25日判決高裁刑特報２巻１～３号20頁では、裁判所は、約40日間に数十回の覚せい剤渡に及んだ事案について、本判決は、「本件のような包括一罪を構成する覚せい剤の罪については、犯行の始期と終期、場所、回数、相手方、その数量等を明らかにすれば、訴因は特定するというべきである。」と判示した。（４）最高裁第一法廷決定平成17年10月12日刑集59巻８号1425頁では、最高裁は、国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬および向精神薬取締法等の特例等に関する法律５条違反の事例について、「公訴事実が多数買いにわたり多数人に譲り渡した旨の概括的記載を含んでいても訴因の特定として欠けるところはない」と判示した。そのほか、検察官が執筆した『刑法・特別法犯罪事実記載例集』では、「被疑者は、常習として、昭和50年３月20日午前２時ころから同年８月13日午前１時ころまでの間、前後18回にわたり、いずれも夜間、東京都杉並区下高井戸１丁目12番３号小島誠作方住居ほか17か所の住居に侵入し、同人ほか20名所有の現金合計約253万4,500円および腕時計など50点（時価合計約130万円相当）を窃取したものである。」という概括的記載を例として列挙している[107]。

以上からみれば、実務上において、集合犯罪を構成する個々の行為の特定の程度が低くても、全体として特定されていれば足りる。犯行の始期と終期、場所、回数、相手方、その数量等を明らかにすれば、訴因は特定されているといえる。「数回」、「数名」など概括的記載は許される。その理由として、「被告人の行為がいわば『全体としては明確だがその内容が不明』であるようなケース（例えば、『１年間の間に総額100万円を着服横領したことは明らかだが、発覚しないよう多数回に分けて少し

[107] 土本武司編『刑法・特別法犯罪事実記載例集』（東京法令出版、1978年）225頁。

ずつ敢行し、被告人自身も細部を記憶していないために、何月何日に何万円を何回にわたって横領したのかは不明である』という場合）で処罰できないのは不合理であるという考え方は、常識に合致し十分な相当性を有するものである。他方、一個の行為による犯罪の場合においても、証拠上、被告人が該当行為を行ったこと自体については疑いがないものの、被告人が否認しており目撃者もいないなどの事情により、その行為の日時、場所や詳細な方法等については明確にすることができないという場合があるが、このような場合でも当該証拠関係に基づきできる限り特定すれば、訴因不特定として公訴が棄却されることはないとしたものであると解され、上記の考え方に通ずるものであるといえよう」[108]。

上述の集合犯の「訴因不特定」からこそ、前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合においても、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合においても、常習窃盗の訴因のうち、単純窃盗を含む可能性がある。

ゆえに、前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合において、後訴の量刑のときに、犯罪の処罰と被告人の権利保護の利益衡量の際に、被告人の権利保護を優先し、二重評価を防ぐため、一事不再理効を認めるべきである。しかし、このようなあいまいな判断方法は、刑法上の罪刑の均衡性という要求と矛盾する。もし実際に前訴の単純窃盗が後訴の常習窃盗に含まれていないならば、被告人を不当に利する結果を導く。

そのほか、このようなあいまいな判断方法のため、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合において、以下のジレンマに陥る。①前訴の一事不再理効を否定すると、後訴の単純窃盗は前訴の常習窃盗のなかで評価されれば、後訴の単純窃盗に対して二重処罰となる。②前訴の一事不再理効を肯定すると、後訴の単純窃盗は前訴の常習窃盗のなかで評価されなければ、被告人を不当に利する結果を導く。

以上、刑法がまだ改正されない現実に鑑み、解釈論として以下の結論が得られる。

第一に、常習犯を重く処罰する根拠を違法行為への誘惑に抵抗できない人格を形成した点に求める場合には、集合犯は二重評価の禁止とは全く関係がなく、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。

---

[108] 上田・前掲注（106）474頁。

第二に、常習犯を重く処罰する根拠を、起訴されなかった余罪がある可能性を処罰する点に求める場合に、次の結論を得る。

①前訴も後訴も単純窃盗の場合、前訴と後訴とも、量刑に際して、余罪がある可能性を考慮しなかったから、二重評価の恐れがないため、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。

②前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合、前訴が常習窃盗なので、余罪がある可能性を考慮したから、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。

③前訴が元々常習窃盗でありながら、検察官が一事不再理効を制限するために、訴追裁量権を利用し、いくつかの単純窃盗としてそれぞれ起訴したという場合、検察官の動機を問わず、単純窃盗として起訴したから、量刑のとき、余罪がある可能性を考慮する余地がない。そのため、二重評価の恐れがないから、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。

第三に、集合犯の訴因不特定のため、次の結論を得る。

④前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合において、後訴の量刑のときに、犯罪の処罰と被告人の権利保護の利益衡量の際に、被告人の権利保護を優先とし、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。しかし、このようなあいまいな判断方法は刑法上の罪刑の均衡性という要求と矛盾する。もし実際に前訴の単純窃盗が後訴の常習窃盗に含まれていないならば、被告人を不当に利する結果を導く。ゆえに、集合犯の一事不再理効の問題を解決する抜本的な解決策は、解釈論ではなく、立法論（集合犯の廃止）である。

第五章　結　　論

罪数論（とくに「かすがい」、集合犯）と一事不再理効の関係について、本論文が明らかにし得たことは以下のとおりである。

一、解釈論――「制度目的対応説」

日本において、近年、焦点を当てた最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決は、「訴因基準説」という新たな判断手法を通じて、高松高裁昭

和59年１月24日判決とは異なり、国民の素朴な法感情に応える判決を作り、実体的正義を実現したものであるといえよう。本判決において、最高裁が、現行刑事訴訟法の「訴因制度」から出発して、実体的正義を実現するという結論を得たが、もちろん刑事政策の考慮も入れたと考えられる。最高裁は実体的正義の実現を明確に言及しなかったが、実体的正義の実現を有利にする道を探ったとはいえよう。では、本判決が追求した正義とは果たしてどういうものだろうか。この問題に対する理論的解答は本判決からは見つからなかったが、ドイツの論者 Volker Erb による「起訴状限定説」に見ることができる。Volker Erb は、前訴と後訴の量刑の均衡性（前訴と後訴での二重評価の有無など）を考慮しつつ、連続犯および継続犯に関する犯罪において、本判決の「訴因基準説」と類似し、前訴の一事不再理効の範囲を「起訴状で特定された犯罪行為」にのみ限定すべきであると主張した。Volker Erb の見解によれば、前訴と後訴の公訴事実の単一性（一事不再理効と罪数の関係）を判断する際には、罪数の形式だけに従属すべきではなく、前訴と後訴の量刑の均衡性、すわなち、前訴と後訴で二重評価の有無などを考慮しなければならないという、罪数論に従わない結論が得られる。

また、上述のような罪数論に従わない見解の正当性について、ドイツ連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）は、その理由を明らかにした。この決定は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるものだと強調した。「行為単一と所為の単一性とは、異なる目的を追求するものである。実体法上の罪数論は、複数の犯罪を理由に科刑される場合にそれを全て合算することによる過剰な刑罰を回避するための調整規定（二重評価の禁止）であり、それに対して、訴訟法上の所為概念は、一事不再理効の範囲を画するための制度であり、また一事不再理効の範囲を画する目的は被告人が公訴に示された個別の事実関係を理由にして再び裁判に付されることがないようにしているのである」。それゆえ、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるからこそ、前訴と後訴の公訴事実の単一性（一事不再理効と罪数の関係）を判断する際に、罪数の形式だけに従属すべきではない。さらに、判決結果の妥当性に疑問がある場合に、その罪数形式が一事不再理効に対応しうるのかを検討すべきである。

ドイツ連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるものであるとの指摘はしたが、実体刑法上の行為単一は、原則として、訴訟法上の所為単一と重なり合うことを認めたうえで、特別な事情の下で例外が存在する（「かすがい」となる犯罪組織への参加罪と、その構成員であった期間内に実行した重い犯罪との間で訴訟上の所為単一に対する否定に限定する）ことを判示したにとどまる。具体的にどのような罪数形式が一事不再理効に対応しうるのか、どのような罪数形式が一事不再理効に対応しえないのか、という類型的な検討はこの決定においてはまだ見られない。

筆者は上述の示唆を受けて、解釈論として「制度目的対応説」を提案する。具体的にいえば、罪数形式ごとの制度目的を検討する必要があり、そのうえで、各罪数形式と一事不再理効の対応関係を類型化することができると考える。例えば、観念的競合（罪数）の場合は、一つの行為に対する二重評価の禁止は制度の目的である。それに対して、現在の通説によれば、一事不再理効の制度目的は一つの事件に対する二重の危険を禁止するものである。一つの行為（事件）に対する二重評価の禁止はこの二つの制度の共通の目的である。ゆえに、観念的競合の場合には、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は類似しているといえよう。したがって、観念的競合の場合に、その一事不再理効の「一事」を判断する時に、その一行為の判断基準を借用することができる。

また、「かすがい」が介入する場合には、その一事不再理の「一事」を判断する際に、「かすがい」の罪数論の判断基準を借用することができる。なぜなら、「かすがい」の罪数論上の制度目的と訴訟法上の一事不再理の制度目的は類似しているからである。

「かすがい」が介入する場合には、二つの実体法上の難点を解決する必要がある。それは、①併合罪と見られる場合に、重なる部分（「かすがい」）の二重評価をいかに回避するかと、②一罪と見られる場合に、それと関連するほかの犯罪を見逃がすことをいかに回避するかである。実体法上、ドイツ連邦通常裁判所が「刑の軽重」という基準を採用し、上述の二つの難点を解決している。「刑の軽重」の基準とは、「かすがい」となる犯罪が、それを関連するほかの犯罪より量刑上重いとき、「かす

がい」現象を認めるものである。①重なる部分（「かすがい」）が大きい場合には、併合罪と評価されれば、二重評価の恐れがあるから、二重評価を避けるために、「かすがい」全体が一罪と評価される。②逆に、重なる部分（「かすがい」）が小さい場合、二重評価の恐れを無視してよいから、併合罪と評価される。

同じように、訴訟法上でも、実体法と類似した二つの難点を解決すべきである。すなわち、①重なる部分（「かすがい」）があるため二重の危険が発生するのを回避することと、②重ならない部分（それと関連するほかの犯罪）を起訴しない、ということを避けることである。この点については、ドイツ連邦通常裁判所がやはり上述の「刑の軽重」という基準を利用して判断している。①重なる部分（「かすがい」）が大きい場合、極端な例として、１回住居侵入をしてから窃盗を２回したが、毎回100円しか窃盗しなかったという事件は、実体法上１つの行為と評価すべきであるため、住居侵入罪としていったん起訴されれば、再び起訴することはできない。②逆に、重なる部分（「かすがい」）が小さい場合、例えば、１回住居侵入をしてから２人を強姦した事件で、最初は一人を強姦したことしか判明しなかったため、一回の強姦罪として起訴されたが、判決が下された後になって、もう一人を強姦したこたが判明した場合、「刑の軽重」という基準によれば、再起訴することは可能である。

以上にみたとおり、「刑の軽重」という基準のもとで、「かすがい」の罪数論上の制度目的と訴訟法上の一事不再理の制度目的に対応することができる。それゆえ、「かすがい」が介入する場合には、その一事不再理の「一事」を判断する際に、「かすがい」の罪数論の判断基準を借用することができる。また、「かすがい」が介入する場合に、日本の学説上も判例上も、上述の実体法上と訴訟法上の難点に対して、統一的な基準はまだ存在していない。このような状況に鑑み、上述した分析で明らかにされたように、ドイツ法の「刑の軽重」という基準を、日本において参考にすることが可能であると考えられる。「刑の軽重」という基準は、実体法上の量刑のときにも、訴訟法上の一事不再理効の範囲を判断するときにも適用できよう。さらに、「刑の軽重」という基準で、「かすがい」が介入する場合を併合罪と評価する際に、検察官の「細切れ的起訴」が許容されると思われる。

しかし、一事不再理と罪数論における上述の制度目的の共通性は必然ではなく、偶然である。集合犯の場合には、その罪数形式をそのまま一事不再理効に対応することができず、刑法がまだ改正されない現実に鑑み、「制度目的対応説」を通じて、その一事不再理効を制限する。

日本で問題となる常習犯を例として考察すると、犯罪数が増加したのに対応するため常習犯罪を重く処罰するのが、常習窃盗の制度目的である。その制度目的は一事不再理効の制度目的と異なり、二重評価の禁止と直接的な関係がない。ゆえに、この場合には、一事不再理の「一事」を判断する際に、集合犯の罪数に関する判断標準を借用することができない。しかし、集合犯の判断標準をまったく借用できないわけではない。前述のように、常習窃盗の制度目的は、犯罪が増加したことに対応するため、常習窃盗を重く処罰することにある。これを重く処罰する理由には、二つの可能性がある。それぞれの可能性によって、結論も異なる。

第一に、常習犯罪者の人格には問題があるから、その常習性という人格特性に着目して処罰するという、特別予防のためである。この場合、集合犯は二重評価の禁止とは全く関係がなく、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。しかし、この見解は人格を処罰するもので妥当でない。

第二に、起訴されなかった余罪がある可能性が高いから、この可能性を処罰するためである。これを常習犯の加重処罰の根拠とすれば、常習犯が二重評価の禁止と微妙な繋がりがあるため、次の結論が得られる。

①前訴も後訴も単純窃盗の場合、前訴も後訴も、量刑に際して、余罪がある可能性を考慮しなかったから、二重評価の恐れがないため、前訴の一事不再理効が後訴に及ばない。

②前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合、前訴が常習窃盗なので、余罪がある可能性を考慮されているから、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。

③前訴が元々常習窃盗でありながら、検察官が一事不再理効を制限するために、訴追裁量権を利用し、いくつかの単純窃盗として起訴した場合、検察官の動機を問わず、単純窃盗として起訴したのであるから、量刑のとき、余罪がある可能性を考慮する余地がない。そのため、二重評価の恐れがないから、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。

第三に、集合犯の訴因不特定の問題があるため、前訴が単純窃盗で後

訴が常習窃盗の場合においても、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合においても、常習窃盗の訴因のうち、単純窃盗を含む可能性がある。この問題意識に基づき、次の結論が得られる。

④前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合において、後訴の量刑に際して、犯罪の処罰と被告人の権利保護の利益衡量の際に、被告人の権利保護を優先とし、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。

二、立法論――集合犯の廃止

上述の解釈論――「制度目的対応説」のもとで、集合犯の「訴因不特定」のため、以下のジレンマに陥る。前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合において、常習窃盗の訴因のうち、単純窃盗を含む可能性がある。後訴の量刑のときに、犯罪の処罰と被告人の権利保護の利益衡量の際に、被告人の権利保護を優先とし、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。しかし、このような曖昧な判断方法と刑法上の罪刑の均衡性という要求は矛盾する。もし実際に前訴の単純窃盗が後訴の常習窃盗に含まれていないならば、被告人を不当に利する結果をもたらす。同様に、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合においても、常習窃盗の訴因のうち、単純窃盗を含む可能性もある。①前訴の一事不再理効を否定すると、後訴の単純窃盗は前訴の常習窃盗のなかで評価されていれば、後訴の単純窃盗に対して二重処罰となる。②前訴の一事不再理効を肯定すると、後訴の単純窃盗は前訴の常習窃盗のなかで評価されなければ、被告人を不当に利する結果をもたらす。ゆえに、解釈論より立法論（集合犯の廃止）の方が、集合犯の一事不再理効の問題を解決する抜本的な解決策であると思う。

日本の旧連続犯（刑法旧55条）の廃止理由（刑事政策と訴訟法上で浮き出ている不公正な結果）を参考としつつ、集合犯の「行為刑法」の属性を加えて、集合犯の廃止は訴訟法上も、刑法上も根拠があるから、理論上の支障はないといえる。また、集合犯が廃止されても、職業的あるいは常習的犯行は非常に社会的に有害なので、集合犯に対する量刑は加重されると思われるから、この点でも問題はないと解される。

参考文献一覧：

日本語文献
（1）宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂、1932年）
（2）小野清一郎『刑事訴訟法講義（全訂第３版）』（有斐閣、1933年）
（3）安平政吉『人格主義の刑法理論』（巌松堂書店、1938年）
（4）不破武夫『刑事責任論』（弘文堂、1948年）
（5）中野次雄『逐条改正刑法の研究』（良書普及會、1948年）
（6）井上正治『新刑事訴訟法原論』（朝倉書店、1949年）
（7）高田卓爾『公訴事実の同一性に関する研究』（有斐閣、1953年）
（8）平場安治『刑事訴訟法講義（改訂再版）』（青林書院、1955年）
（9）伊達秋雄『刑事訴訟法講話』（日本評論社、1959年）
（10）青柳文雄『刑事訴訟法通論（新訂版）』（立花書房、昭和37年）
（11）団藤重光『新刑事訴訟法綱要（７訂版）』（創文社、1967年）
（12）団藤重光編『注釈刑法（２）Ⅱ』（有斐閣、1969年）
（13）横井大三『刑訴裁判例ノート（４）公判』（有斐閣、1972年）
（14）平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）
（15）青柳文雄『刑事訴訟法通論（下）』（立花書房、昭和51年）
（16）平場安治［ほか］著『注解刑事訴訟法』（青林書院新社、1977年）
（17）田宮裕『一事不再理の原則』（有斐閣、1978年）
（18）土本武司編『刑法・特別法犯罪事実記載例集』（東京法令、1978年）
（19）団藤重光『刑法綱要総論（改訂版）』（創文社、1979年）
（20）平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1979年）
（21）田口守一『刑事裁判の拘束力』（成文堂、1980年）
（22）宮本英脩『宮本英脩著作集第２巻（「刑法学粋」第５版）』（成文堂、昭和60年）
（23）内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）』（青林書院、1986年）
（24）白取祐司『一事不再理の研究』（日本評論社、1986年）
（25）小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法』（有斐閣、1987年）
（26）光藤景皎『口述刑事訴訟法（上）』（成文堂、1987年）
（27）高田卓爾『刑事訴訟法（２訂版）』（青林書院、1984年）
（28）団藤重光『刑法綱要・総論（第３版）』（創文社、1990年）
（29）鈴木茂嗣『刑事訴訟法（改訂版）』（青林書院、1990年）
（30）渥美東洋『刑事訴訟法』（有斐閣、1990年）
（31）クラウス・ロクシン［著］、新矢 悦二、吉田 宣之（翻訳）『ドイツ刑事手続法』（第一法規出版社、1992年）
（32）藤永幸治＝河上和雄＝中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法第４、５巻』（青林書院、1994年）

(33) 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996年）
(34) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟法の基本構造上巻』（成文堂、1996年）
(35) 伊藤栄樹［ほか］著者代表『注釈刑事訴訟法』（立花書房、1996年）
(36) 松本時夫［ほか］『条解刑事訴訟法（新版）』（弘文堂、1996年）
(37) 田宮裕『日本の刑事訴追』（有斐閣、1998年）
(38) 松尾浩也『刑事訴訟法（上）・新版』（弘文堂、1999年）
(39) 鈴木茂嗣『刑法総論（犯罪論）』（成文堂、2001年）
(40) 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣、2001年）
(41) 内藤文昭『刑法Ⅰ総論（改訂増補版）』（青林書院、2002年）
(42) クラウス・ロクシン［著］、平野龍一［監修］；町野朔＝吉田宣之［監訳］『ロクシン刑法総論［基礎・犯罪論の構造（第一巻）］』（信山社、2003年）
(43) 大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法（第４巻）』（青林書院、2003年）
(44) 三井誠『刑事手続Ⅱ』（有斐閣、2003年）
(45) 山口厚『刑法総論（補訂版）』（有斐閣、2005年）
(46) 法曹会編『最高裁判所判例解説（刑事編）』（法曹会、平成17年度）
(47) 松尾浩也『刑事法学の地平』（有斐閣、2006年）
(48) 川端博［ほか］編『裁判例コンメンタール刑法』第１巻（立花書房、2006年）
(49) 川端博『刑法総論講義（第２版）』（成文堂、2006年）
(50) 土本武司編「刑法・特別法犯罪事実記載例集」（東京法令、平成20年）
(51) 只木誠『罪数論の研究（補訂版）』（成文堂、2009年）
(52) 大塚仁『刑法概説総論（第４版）』（有斐閣、2008年）
(53) 前田雅英『刑法総論講義（第５版）』（東京大学出版社、2008年）
(54) 山中敬一『刑法総論（第２版）』（成文堂、2008年）
(55) 河上和雄［ほか］編『大コンメンタール刑事訴訟法（第２版）』（青林書院、2010年）
(56) 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編集『注釈刑法第１巻・総論』（有斐閣、2010年）
(57) 鈴木茂嗣『刑法総論（第２版）』（成文堂、2011年）
(58) 白取祐司『刑事訴訟法（第７版）』（日本評論社、2012年）
(59) 白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』（日本評論社、2012年）
(60) 田口守一『刑事訴訟法（第６版）』（弘文堂、2012年）
(61) 大谷実『刑法講義総論（第４版）』（成文堂、2012年）
(62) クラウス・ロクシン（著）、山中敬一（監訳）『刑法総論第２巻・犯罪の特別現象形態』翻訳第２分冊（信山社、2012年）
(63) 緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社、2012年）
(64) 河上和雄［ほか］編『大コンメンタール刑事訴訟法（第２版）』第５巻（青

林書院、2013年）
(65) 中川孝太郎「申告罪の告訴」法学協会雑誌24巻７号（1906年）867頁。
(66) 中野次雄「併合罪」『刑事法講座７巻』（有斐閣、1953年）1371頁以下。
(67) 青柳文雄「刑事既判力の客観的範囲」『岩松裁判官還暦記念・訴訟と裁判』（有斐閣、1956年）773頁。
(68) 伊達秋雄「公訴事実の同一性――最近の論説に因んで」ジュリスト65号（1956年）８頁。
(69) 石川才顕「観念的競合における事件単一評価の妥当領域」日本法学30巻３号（1964年）91頁。
(70) 吉田常次郎「公訴不可分の原則」『刑事訴訟法基本問題46講』（一粒社、1965年）187頁以下。
(71) 斉藤朔郎「公訴事実の同一性について」『刑事訴訟論集』（有斐閣、昭40年）139頁。
(72) 荻原太郎「訴因と罪数――起訴にかかる二個の殺人が一個の住居侵入の結果である場合」『刑事実務ノート』2巻（判例タイムズ社、1969年）64頁。
(73) 青柳文雄「常習犯か常習犯人か」『研修』280号（1970年）３頁。
(74) 中山善房「罪数論の現状」『中野次雄判事還暦祝賀・刑事裁判の課題』（有斐閣、1972年）170頁。
(75) 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性と単一性」法学論叢92巻３号（1972年）２頁。
(76) 伊藤栄樹「刑事判例研究〔52〕」警察学論叢27巻８号（1974年）231頁。
(77) 臼井滋夫「判例研究・観念的競合の関係にある甲・乙両罪のうちの甲罪に対する略式命令の一事不再理の効力は隠された乙罪にも及ぶか」『研修』315号（1974年）46頁。
(78) 横井大三「既判力の主観的範囲と客観的範囲」『研修』320号（1975年）51頁。
(79) 土本武司「訴因の拘束力と既判力の範囲」『司法研修所論集』55号（1975年）87頁。
(80) 大久保太郎「交通事故の罪数」『警察学論集』28巻４号（1975年）85頁。
(81) 高田昭正「判例研究・酒酔い運転罪につき確定した略式命令の既判力は、例外的に、公訴事実を同一にする無免許運転罪に及ばないか」同志社法学27巻３号（1975年）43頁。
(82) 筑間正泰「一事不再理効の客観的範囲についての一考察」法学研究49巻１号（1976年）190頁。
(83) 高田昭正「一事不再理の客観的範囲（二）」法学雑誌23巻２号（1976年）93頁。
(84) 筑間正泰「一事不再理の客観的範囲に関する諸問題――罪数を中心として」政経論叢26巻５号（1977年）235頁以下。
(85) 角谷三千夫「確定裁判の効力」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集・刑事訴訟法（新版）』（青林書院新社、1977年）462頁。

(86) 鈴木茂嗣「公訴事実概念について」『現代の刑事法学（下）・平場安治博士還暦祝賀』（有斐閣、1977年）169頁以下。
(87) 田中成明「正義の実現と裁判の役割――チッソ水俣病川本事件控訴審判判決の問題提起をめぐって――」判例タイムズ354号（1978年）４頁以下。
(88) 山火正則「科刑上一罪について――観念的競合と『かすがい』理論を中心として」刑法雑誌23巻１、２号（1979年）30頁。
(89) 広瀬健二「公訴事実の同一性」『別冊判例タイムズ・刑事訴訟法の理論と実務』（1980年）307頁。
(90) 中山善房「観念的競合と牽連犯」西原春夫［ほか］編『判例刑法研究』４巻（有斐閣、1981年）339頁。
(91) 中野次雄『刑事法と裁判の諸問題』（成文堂、1987年）103頁。初出「併合罪と科刑一罪との競合――いわゆる『かすがい作用』について」刑法雑誌22巻３号、４号（1979年）311頁以下。
(92) 中山善房「観念的競合と牽連犯」西原［ほか］編『判例刑法研究４巻』（有斐閣、1981年）309、338頁。
(93) 田宮裕「既判力・再論」法学47巻５号（1984年）208頁。
(94) 古田佑紀「罪数論の功罪」判例タイムズ35巻26号（1984年）77頁以下。
(95) 伊藤利明「集合犯序説」法学49巻４号（1985年）699頁以下。
(96) 後藤昭「白取祐司著『一事不再理の研究』」法律時報59巻９号（1987年）113頁。
(97) 栗原宏武「常習犯の罪数と公訴の効力および既判力の及ぶ範囲（上）」『刑事公判の諸問題25』判例タイムズ39巻１号（1988年）78頁以下。
(98) 栗原宏武「常習犯の罪数と公訴の効力および既判力の及ぶ範囲（下）」『刑事公判の諸問題26』判例タイムズ39巻２号（1988年）46頁以下。
(99) 坂本武志「公訴事実の同一性」松尾･井上編『刑事訴訟法の争点･新版』（有斐閣、1991年）140頁。
(100) 小瀬保郎「公訴事実の同一性」松尾編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、1991年）138頁。
(101) 丸山雅夫「いわゆるかすがい現象について（二・完）」警察研究64巻３号（1993年）31頁以下。
(102) 伊藤利明「ドイツの判例における『かすがい理論』」法学59巻５号（1996年）647頁以下。
(103) 城下裕二「常習累犯窃盗罪における常習性の判断基準－広島高判平成10.３.19判時1645・157」現代刑事法２巻５号（2000年）90頁。
(104) 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」『田宮裕博士追悼論集上集』（信山社、2001年）93頁以下。
(105) 鈴木茂嗣「刑事法学の動き・上口裕『公訴事実の同一性』」法律時報74

巻６号（2002年）120頁。
（106）鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」松尾・井上編『刑事訴訟法争の争点・第３版』（有斐閣、2002年）122頁。
（107）池本寿美子「児童の性的虐待と刑事法」判例タイムズ 1081号（2002年）66頁以下。
（108）上口裕「公訴事実の同一性――鈴木茂嗣教授の批判に接して」法律時報74巻10号（2002年）69頁。
（109）林弘正「常習犯についての法制史的研究序説」森下忠＝香川達夫＝斉藤誠二編『佐藤司先生古稀祝賀・日本刑事法の理論と展望［上巻］』（信山社、2002年）335頁。
（110）佐藤文哉「公訴事実の同一性に関する非両立性の基準について」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2003年）251頁。
（110）大澤裕「公訴事実の同一性と単一性」（上）法学教室270号（2003年）56頁。
（111）大澤裕「公訴事実の同一性と単一性」（下）法学教室272号（2003年）85頁。
（112）川出敏裕「いわゆる『かすがい』理論」『刑法判例百選Ⅰ・総論（第５版）』（有斐閣、2003年）206頁。
（113）宇藤崇「常習特殊窃盗と一事不再理の効力」ジュリスト1269号（2004年）202頁以下。
（114）小島淳「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるときは、両者が実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成するとしても、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ばないとされた事例」（最三小判平成15.10.７）現代刑事法６巻６号（2004年）88頁以下。
（115）多和田隆史「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるときは、両者が実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成するとしても、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるが実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成する場合と前訴の確定判決による一事不再理効の範囲」（最三小判平成15.10.７）ジュリスト1310号（2006年）150頁以下。
（116）植村立郎「司法改革期における少年法に関する若干の考察――少年法37条の削除について」判例タイムズ1197号（2006年）60頁。
（117）辻本典央「常習窃盗罪における一事不再理効・形式裁判における訴因の拘束力：最三判平成15年10月７日刑集57巻９号1002頁」『近畿大学法学』第54巻第３号（2006年）294頁。
（118）上口裕「常習罪における一事不再理効」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集［下巻］』（成文堂、2007年）565頁。
（119）川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集［下巻］』（成文堂、2007年）313頁。
（120）辻本典央「罪数論と手続法との交錯―かすがい現象について」『鈴木茂

嗣先生古稀祝賀論文集［下巻］』（成文堂、2007年）541頁以下。
（121）浅田和茂「罪数論と刑事手続」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集［下巻］』（成文堂、2007年）513頁。
（122）辻本典央「公訴事実の同一性概念について（１）」近畿大学法学53巻２号（2005）173頁以下。
（123）辻本典央「公訴事実の同一性概念について（２）」近畿大学法学54巻３号（2006年）117頁以下。
（124）辻本典央「公訴事実の同一性概念について（３）」近畿大学法学55巻２号（2007年）95頁以下。
（125）辻本典央「公訴事実の単一性について」刑法雑誌48巻２号（2009年）208頁以下。
（126）豊崎七絵・「弁論分離と一事不再理の効力」セミナー・54巻10号（2009）120頁。
（127）白取祐司「一事不再理効の範囲」刑事訴訟法判例百選（第９版）（有斐閣、2011年）208頁。
（128）十河太郎「二重評価の禁止について」井上正仁・酒巻匡［編］『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）359頁。
（129）関口和徳「公訴事実の単一性の判断方法と一事不再理効の客観的範囲」［最高裁平成22.２.17決定］法律時報84巻３号（2012年）116頁以下。

ドイツ語文献
（１）Alexander Fandrich, Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen, Driesen, 2010.
（２）Christian Bertel, Die Identität der Tat, Springer, 1970.
（３）Wolfgang Barthel, Der Begriff der Tat im Strafprozeßrecht, Diss. Saarbrücken 1972.
（４）Christian Schöneborn, Alternativität der Handlungvorgänge als Kritrium des strafprozessualen Tatbegriffs, MDR 1974, 529, 530.
（５）Claus Roxin, Strafverfahrensrecht : ein Studienbuch, 25. Aufl, Verlag C.H. Beck München 1998.
（６）Claus Roxin/Bernad Schünemann, Strafverfahrensrecht : ein Studienbuch, 27. Aufl, Verlag C.H. Beck München 2012.
（７）Claus Roxin, Strafrecht AT Ⅰ : Grundlagen : der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C.H. Beck München, 2 Aufl., 1994.
（８）Claus Roxin, Strafrecht AT Ⅱ : Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck München, 2003.
（９）Dietrich Öhler, Die Identität der Tat,in FS–Rosenfeld, 1949.

(10) Dietrich Öhler, Neuere verschiebungen beim prozessualen Tatbegriff, in GS–Schröder, 1978.
(11) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht AT:Lehrbuch, 2.Aufl., Tübingen, 1975.
(12) Eberhard Struensee, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 89) Ludwig Röhrscheid, 1971.
(13) Erich Schwinge,Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung, ZStW 52, 203.
(14) Eugen Pißer, Das Kollektivdelikt, Diss., München, 1909.
(15) Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961.
(16) Friedrich Meyer, STGB Deutsches Reich von1872, Keip, 2010.
(17) Fritz Frank, Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, Freiburg, Diss., 1933.
(18) Fritz Hartung, Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, Süddeutsche Juristenzeitung., 1950.
(19) Fritz Rathenau, Die Stellung des Begriffs fortgesetztes Verbrechen im System des deutschen Strafrechts und seine Geltung nach deutschem Strafrecht, 1899, GS 56, 92.
(20) Gerald Grünwald, Anm.BGHSt 29, 288, StV 1981, 326.
(21) Gerhard Schäfer, Günther M.Sander, Die Praxis des Strafverfahrens, 6 Aufl. Kohlhammer, 2000.
(22) Gerhard Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Duncker & Humblot, Diss., 1981.
(23) Gotthard Kriesten, Der Fortsetzungszusammenhang, Diss., Hamburg, 1963.
(24) GünterStratenwerth, ZumVerbrauch der Strafklage beiFortsetzungszusammenhang —BGHSt 15, 268, JuS 1962.
(25) Günter Stratenwerth, Strafrecht, AT I , 2.Aufl., Köln, Heymann, 1976.
(26) Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil : Die Straftat, 6. Aufl, München : Vahlen, 2011.
(27) Günter Warda, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, 84.
(28) Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996.
(29) Hans Helmut Pfuhz, Die Sammelstraftat und fortgesetzte Handlung im Verhältnis zur einyelnen selbstandigen Handlung, Thomas & Hubert, Jena, Diss., 1940.

Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2.Aufl., Heymann, Köln, 1974.
(30) Hans Ullrich päffgen, Prozessualer Tatbegriff und das Kriterium der Untersuchungsrichtung, in GS Heinze, 2005.
(31) Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht : eine systematische Darstellung, 11.Aufl., Berlin : de Gruyter, 1969.
(32) Heinz Bindokat, Zur Frage des prozessualen Tatbegriffs, GA 1967, 362.
(33) Henning Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess, 1994.
(34) Ingeborg Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Duncker& Humblot, Habili., 1979.
(35) Jürgen Reinhard Stehncker, Die Sammelstraftat, Hamburg, Diss., 1967.
(36) Keetsin Liu, Der begriff der identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, 1927.
(37) Kudlich, Tat im prozessualen Sinn, JA 2006, 902.
(38) Kzung Lyul Lee, Die Präzisierung der Tateinheit und die Reichweite des
(39) Strafklageverbrauchs nach der Entscheidung BGHSt40, 138 zum Fortsetzungszusammenhang--Zurgleich ein Vergleich der Rechtsprechung des BGH und des korObGH, Logos, Diss., 2002.
(40) Lothar Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, in StrafrAbh. Heft 413, Diss., 1940.
(41) Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 264StPO, Kommentar, 21 Aufl., 1 Band, Berlin, 1963.
(42) Niederreuther, Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit, DJ 1938, 1757.
(43) Neuefeind, Prozessualer und materieller Tatbegriff, JA 2000, 791.
(44) Otto Schwarz, Gefahren der Rechtkraft im Strafrecht, DStR 1939, 89.
(45) Preiser, Aufspaltung der Sammelstraftat, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW 58, 763, 1939.
(46) Ralf Neuhaus, Materielle Handlungseinheit ung prozessuale Tatidentität, wistra 1988, 67.
(47) Ralf Neuhaus, Der strafverfahrensrechtliche Tatbegriff -ne bis in idem, , Diss. Studienverlag Brockmeyer, 1985.
(48) Ranft, Der Tatbegriff des Strafprozessrechts, JuS 2003, 417.
(49) Rolf Dietrich Herzberg,ne bis in idem—Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen strafurteils, JuS 1972, 113.
(50) Sebastian Cording, Der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten, Duncker & Humblot, 1993.

(51) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 12.Aufl., München und Berlin, 1965.
(52) Volker Erb, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA 1994, 265.
(53) Wankel, Strafklageverbrauch und materiellrechtliche Konkurrenzlehre, JA 1997, 231.
(54) Werner Beulke, Der prozessualer Tatbegriff, FG-BGH 50Jahr, 2000.
(55) Werner Beulke, Strafprozessrecht, 9 Aufl., Heidelberg : C.F. Müller, 2006.
(56) Werner Hardwig, § 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches, GA 1954, 74.
(57) Wolter, Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozess, GA 1986, 143.

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2014年３月25日授与）「罪数論と一事不再理効の関係の再構成――『かすがい』、集合犯を中心として」に加筆・修正したものである。本稿の作成にあたり、指導教員である白取祐司教授をはじめとして、北大刑事研究会の皆様には貴重なるご指導とご鞭撻を賜り、さらに北海道大学大学院博士後期課程の瀧本京太郎氏には日本語の訂正をしていただいた。心からの感謝を申し上げる次第である。

研究ノート

イギリスにおける社会統合政策と多文化主義

―― 安達智史『リベラル・ナショナリズムと多文化主義』をめぐって ――

辻　　康夫

本書はイギリスにおける移民の統合政策を、労働党政権期（1997－2010年）を中心に分析した重厚な研究である(1)。実証研究、政策論争、規範理論まで広い領域をカバーし、それぞれにおいて刺激的な議論を展開している。各分野の理論や知見を意欲的に取り入れつつ、実践的指針の提示をめざす点で、すぐれた「公共哲学」の書としての性格も持っている。本書の問題意識は次のようなものである（序論、第１章、第２章）。グローバル化による文化的多元化は、一方で多文化主義の主張を生むが、他方では「存在論的不安」を引きおこし、ナショナルな帰属への願望を強める。また福祉国家の揺らぎの中で、それを維持するための社会的連帯の基盤が模索される。著者はこの課題に応えるものとして、「リベラル・ナショナリズム」と「多文化主義」を組み合わせたビジョンを提示し、労働党政権下の統合政策を、これを実現したものと解釈する。以下では、本書にしたがって、このビジョンの内容と、それが形成される背景を概観し、つぎに規範理論をめぐる本書の議論について検討を行いたい。

(1) 安達智史『リベラル・ナショナリズムと多文化主義：イギリスの社会統合とムスリム』勁草書房、2013年。本稿は、本書の豊かな内容のすべてを紹介するものではなく、筆者の関心や解釈にもとづく、部分的な検討であることをお断りしておきたい。

第二次大戦終結から労働党政権の成立にいたる期間、イギリスの移民政策と人種関係政策は、相互に連動しつつ推移してきた（第３章）。一方で移民の規制が強化されるとともに、他方では国内の人種差別防止の政策が推進されるのである。移民政策は、帝国の伝統に由来する開放的なものから、制限的なものに変わってゆくが、ここで注意すべきは、それがレイシズム（人種差別）の要素をはらんでいたことである。すなわちアイルランド人やイギリス出身者の子孫（パトリアリティ条項）など、白人を優遇する要素が残存してきたのである。他方、人種差別の問題については、1965年に制定された人種関係法が数回の改訂を通じて強化され、差別防止の政策が推進されてゆく。この過程で「制度的レイシズム」、「間接的差別」が規制の対象となり、アファーマティブ・アクションも限定的に導入されるなど、規制の範囲が広がってゆく。同時に、人種平等委員会（CRE）の設置、地方自治体の努力義務の規定、個人による裁判・審判の制度が設けられ、その実効性も強化されてゆく。国勢調査を利用したエスニシティの調査も開始される。もっとも、移民の統合と人種差別の解消は、容易には実現せず、重要な政策課題であり続けた。

本書によれば、1997年に労働党政権が成立した時点で、移民・人種問題は、新たな局面を迎えようとしていた（第４章、第５章）。すなわちグローバリゼーションや、産業構造の変容、福祉国家の揺らぎを背景として、移民・人種問題を論じる言説が変化する。従来、人種問題の主たる原因は主流社会がマイノリティを排除することに求められ、政府による施策が要求されていた。しかしながらこの時期には、主流社会内においても格差が拡大して周縁化される人々が増え、また社会の変容の将来についての不安が強まってゆく。周縁化された白人は、マイノリティを安定した社会への脅威と見なし、不満や被害者意識をもつにいたる。こうして政府とマイノリティの間の関係に加えて、周縁化された白人との関係の悪化が懸案事項になるのである。こうしたなかで、政策論争においては、人種問題の原因を、もっぱら主流社会による差別・排除に求めるのではなく、主流派とマイノリティの没交渉、さらには、マイノリティの自己隔離にもとめ、マイノリティ側の責任を指摘する論調が現れてくる。政策提言においても、差別の除去よりも、集団間の交流と共通のアイデンティティの涵養に力点がおかれるようになる。さらにロンドンの地下鉄テロ事件以降は、多文化主義がムスリムの自己隔離を促進したことをテロの遠因とみる論調が力を得る。これらの議論は、マイノリティに対して英語を習得し、勤労・納税を通じ

て社会に貢献し、さらにイギリス社会に意識的にコミットすることを要求する。本書は政府の各種調査委員会の報告書や、言論界の動向を分析して、こうした変化を跡づけている。

労働党政権は、こうした環境のもとで、意識的に統合政策を練り上げるが、本書はとくにムスリムの統合の問題に焦点をあてて、労働党政権の統合政策を、ナショナル・アイデンティティの定義をめぐるレベルと、地域社会における統合支援のレベルにわけて分析する。ナショナル・アイデンティティの定義をめぐっては、イギリスのもつ中核的な価値、歴史のナラティヴ、ナショナル・シンボルなどのあり方が焦点になる。労働党内の議論をリードしたゴードン・ブラウンは、近代自由主義の普遍的な価値を、イギリスのアイデンティティの中核としながらも、それを実現してきた固有の歴史的プロセスをイギリスの独自性として重視し、このような観点からの歴史教育の充実を提唱した。ブレア首相も、ナショナル・アインデンティティの基礎として自由民主主義の価値を強調し、これを受け入れる限り、多様な文化が共存しうるものと考えた。これを表現するシンボルが「ブリティッシュネス」である。本書によれば、伝統的に白人性と結びついてきた「イングリッシュネス」とはことなり、「ブリティッシュネス」は、多くのマイノリティにとっても受容できるものあり、多様性と統一性を両立させるシンボルとして採用されるのである。

ローカルなレベルでは、ムスリムの文化・コミュニティを支援し統合を促進する多様な政策が展開されるが、本書はこれを詳細に分析してる。ムスリムの若者はしばしば、一方で主流社会から疎外され、他方において、地域のムスリム・コミュニティからも疎外される（第６章）。ムスリムの年長世代は、主流社会から距離をとってコミュニティを形成し、その内部では母国から持ち込まれた親族関係を基礎に、伝統規範とそれに基づく名誉の観念が支配する。コミュニティはイスラームのモスクと密接に結びつくが、外国出身の宗教指導者イマームには西洋社会に生きる若者の事情が理解できないことが多い。こうした事情でムスリムの若者は地域のムスリム・コミュニティからも疎外されがちになる。こうした二重の疎外のゆえに、一部の若者は急進的なイスラーム主義に引きつけられる。

こうした問題に対処するために、労働党政権下では「コミュニティ結束（community cohesion）」のスローガンのもとに、地域コミュニティの支援のための多彩な取り組みが行われた（第７章）。コミュニティにおける討議の場の

創出、教育支援、リーダーシップの養成、芸術･スポーツの振興などが行われ、ムスリム・コミュニティの活性化と、コミュニティ内外の相互理解の促進がめざされる。またイギリス社会の知識や英語を身につけた宗教指導者を養成し、穏健なイスラームを媒介に､若者をイギリス社会と結びつける試みが行われる。

これと並ぶ柱は、教育・就労を通じた社会統合である。ブレア政権は教育・就労の支援を、ひろく社会政策の根本にすえたが、学業のパフォーマンスの低いマイノリティに対してはとくに手厚い支援を行った。この結果、教育においては大きな改善がみられ、多くの指標において白人学生とのギャップが解消された。就労においても多様な支援の結果、雇用率のギャップが縮まった。これとならんで、差別禁止のための諸制度も強化される。2006年には世論やＥＵ指令の圧力をうけて宗教にもとづく差別や侮辱が禁止された。

ところで労働党政権は、教育を通じた統合を促進するために、教育の場においてムスリムの文化的ニーズを尊重する政策をとる。労働党政権は学校選択の政策を推し進め、宗教系の学校の設立を支援し、この結果、国家補助によるイスラーム学校が設置され、独立学校も増加の一途をたどる（第８章)。イスラーム学校については、「ムスリムの隔離を促進する」、「自由・平等の原理に反する内容の教育が行われる」、「イギリス社会よりもイスラーム世界への忠誠を教える」、などの危惧も存在する。しかしイスラーム学校を擁護する主張も強力である。イスラーム学校はムスリムの子弟に、安定的なアイデンティティ形成の環境を提供する。すなわち文化的な相違に起因する軋轢が防がれ、教師やクラスメート､家庭の間に良好な関係を築きやすい。これは学業成績を向上させ、進学・就業を通じた社会統合を促進することになる。この点は、とくに女子の教育にとって重要である。ムスリムの親たちは思春期の娘を非ムスリムの生徒の通う学校に送りたがらず、これが就学を阻害することが多い。これに対してイスラームの女子校に入学した女子生徒は、家庭からの支援を得て勉強でき、その結果、女性の自立が促進されるのである。また彼女たちが保守的な規範をすりこまれるという推定は必ずしも妥当でない。彼女たちの多くは家父長的な価値観に抵抗し､イスラームの再定義を模索しながら､みずからのアイデンティティを形成してゆくのである。また穏健なイスラームをとおして若者を社会に統合する上でもイスラーム学校は有用である。本書はこうした分析をふまえ、イスラーム学校を公的に支援し、その教育水準を向上させ、教育内容の透明性を高めることが有用であると論じる。

このような政府の姿勢は、公立学校における「スカーフ問題」への対応にも見ることができる。フランスと比較した場合、イギリスは多文化主義の立場からこれに柔軟に対応した（第９章）。本書によれば、フランスにおいては厳格な「世俗主義」がとられ、しかも統合の問題が国家中心に考えられたために、宗教的アイデンティティの包摂が困難になった。これに対して、イギリスでは、厳格な世俗主義が存在しておらず、また、統合を考えるにあたって「市民社会」ないし「ローカルな秩序」のレベルを重視する伝統のゆえに、これを包摂することが可能になったとされる。

著者はみずからムスリム学生へのインタビュー調査を行い、ムスリムの若者が、その文化的アイデンティティを放棄することなく、全体社会に統合しうることの例証としている（第11章）。著者によれば、彼らの多くは二つの世界と交渉しながらそのアイデンティティを構築する「エイジェント」としての能力をもっている。彼らは宗教や人種の壁を越えて交友関係をもち、禁酒などのイスラームの規範を受け入れつつも、これを相対化する態度を身につけている。またムスリムの女子学生の多くは職業を持つことを望み、インターネットなどで知識を獲得して、イスラームを再定義することで、その希望を正当化するのである。

以上のように、労働党政権の政権の統合政策は、多様性を尊重しつつ統合をめざすものであり、本書はこれを「リベラル・ナショナリズム」と「多文化主義」の結合として定式化する。この両者が組み合わされるためには、それぞれが特別の形を取る必要がある。「ナショナル・アイデンティティ」は、多様な文化に開かれたものとして再定義される必要がある。また「多文化主義」はそれぞれの文化・コミュニティを孤立させるものあってはならず、これらを対話・交流を通じて共存させるものとして理解される必要がある。

ところで、以上のようなビジョンに対して、どのような評価が与えられるべきであろうか。著者は、労働党政権の統合政策にむけられる批判を網羅的に取り上げ、それらに一定の意義を認めつつも、これらに反論し労働党のビジョンを擁護する（第10章、第12章）。以下、主な論点についてみてゆこう。

ローカルなレベルのコミュニティ・文化の支援策の意義は、本書において説得力をもって示されている。このビジョンは、マイノリティの文化・コミュニティへの支援が社会統合を阻害するのではなく、むしろ促進するという立場を

取る。上述のように、宗教系学校や、スカーフ問題、コミュニティ結束などの諸政策をめぐっては、一部に批判も存在したが、保守党を含めて広い支持を獲得したものが多い。これらを支持する本書の主張は、多くの例証や周到な議論に支えられ、強い説得力をもつと思われる。

これに対して、教育・就労支援政策への本書の評価をめぐっては、いわゆる「第三の道」の社会経済政策の評価と関連して異論も存在しうるところである。本書の指摘するように、教育・就労支援は、職業能力を向上させるものであるとしても、それは直ちに、社会経済的格差の是正には結びつかない。教育のパフォーマンスが向上しても、職場や一般社会に構造的な差別や障壁が残っていれば、主流派とマイノリティの格差の解消は容易ではないからである。本書によれば､マイノリティの教育のパフォーマンスがおおきく向上したのに対して、社会経済的格差の縮小は小さい。このようにマイノリティが社会的に不利な位置から抜け出せないでいる場合、社会全体の格差の拡大は、マイノリティに大きな不利益をもたらすことになろう。労働党政権が社会全体の格差の拡大を防止しえなかったという批判は根強く、この観点から見れば、マイノリティ政策には限界があったと見ることもできる。もっとも、この点は経済構造全体にかかわるものであり、「マイノリティの統合政策」の枠内で議論するには限界もある。また本書の指摘するように、平等化に向けて一定の成果が見られることは確かであり、マイノリティ向けのプログラムを大幅に削減した保守党政権と比較した場合、労働党政権の政策を高く評価することも可能であろう。

レイシズムへの取り組みへの本書の評価は、より論争的なものである。労働党政権は白人の感情に配慮して、人種問題を主流社会による差別や排除としてよりも、コミュニティ間の相互交流の不足として定義する言説を受け入れて政策を展開する。このような姿勢には批判がよせられ、本書もこうした批判の意義をみとめる。しかし本書は、政策を評価するに際して、当該の政治的・社会的環境における実効性をも考慮する必要を指摘する。この観点から見れば、白人の一部の周縁化、ナショナルな帰属への願望の高まり、マイノリティに対する猜疑心のつよまりなどの条件のもとで、「差異の尊重」や「反人種主義」ではなく、「コミュニティの結束」を前面にだすことは、諸政策の実現可能性を高めることになる。こうしたスローガンのもとに、差別防止や社会的格差是正のプログラムを実施することは可能であるし、実際に、こうした取り組みが行われたのであり、本書はこうした点を評価するのである。

リベラル・ナショナリズムの評価をめぐっても立場は分かれよう。労働党政権の立場は、自由主義の普遍的な価値をネイションの定義の中核に据えつつも、これを実現してきた固有の歴史への誇りを強調し、「ブリティッシュネス」への愛着を重視する。このような態度については、過去の歴史を批判的に見る姿勢を欠き、とくに植民地主義に対する認識が希薄であることが批判される。一般にナショナリズムの援用については、それが外部の他者や、内部のマイノリティの排除・抑圧につながるという危惧がある。この危惧ゆえに、より理性的な「憲法パトリオティズム」を支持する論者も多い。しかしながら本書は、現実政治においてナショナリズムを拒否することは政治的有効性を欠くと考える。グローバル化や社会的流動化の進展する今日の状況において、ナショナルな同一化の願望を拒否することは難しいからである。

他方で、ナショナリズムを利用するためには、その弊害を除くために、その内実をリベラル化、さらに「多文化」化してマイノリティを包摂する必要が存在する。これは社会制度のレベルのみならず、ナショナルなシンボルについてもあてはまる。実際のところ、イギリスではナショナル・アイデンティティのなかに、イスラームや、アジア・アフリカの文化を組み込む議論も行われており、本書もこのような再定義の方向性を支持するのである。このようにして本書は、リベラル・ナショナリズムを多文化主義と組み合わせて擁護するのであるが、以下ではこのことの意味を考えてみたい。

リベラル・ナショナリズムは、リベラルな諸原理にコミットしながらも、ナショナルなアイデンティティや文化の機能を重視し、その維持・涵養を主張する立場ということができよう。ただし、その概念の細部は未だ定まっておらず、多様な立場が存在する。一方には、国民の連帯感を重視して、コスモポリタニズムに反対する立場がある。マイケル・ウォルツァーはその代表であるが[(2)]、デイヴィッド・ミラーも普遍的原理へのコミットメントに加えて、特殊な共同体とその歴史への愛着が、自由民主主義の制度の維持に不可欠と考える[(3)]。ミラーは、ゆらぎつつある福祉国家の維持のために、ナショナリズムにもとづく

---

(2) Michael Walzer, *Spheres of Justice: a Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983.

(3) Miller, David. *On nationality*. Oxford University Press, 1995; Idem, *National Responsibility and Global Justice,* Oxford University Press, 2007.

連帯の重要性を強調する。ナショナルな絆の外側では、強い倫理的義務がなりたたず、したがって彼は世界正義をめぐる議論に懐疑的である。本書で論じられるリベラル・ナショナリズム論は、ミラーのそれに近いと思われる。ゴードン・ブラウンの議論は、ナショナル・アイデンティティの定義にあたり、近代自由主義の普遍的な価値を中核としながらも、それを実現してきた固有の歴史的プロセスをイギリスの独自性として重視し、こうした歴史や祖先に対する愛着を示す。ネイションへの愛着を重視しつつ、多文化主義と矛盾しない開かれたナショナリズムをめざすものである。

本書はこれとあわせてウィル・キムリッカの議論も援用するが、キムリッカにおけるナショナルな文化は、より薄い概念であり、倫理的な普遍主義、コスモポリタニズムと大きく矛盾しない。キムリッカがネイションを重視するのは、ナショナルな文化が、個人の自律的な生の前提となるからである。また彼が関心をもつのはナショナル・マイノリティ（先住民、地域的マイノリティ）の文化を主流文化の圧力から保護することであり、他方で、主流派文化内部の凝集力を強化するという発想は希薄である。言語と公共の討論が持続することで、社会を維持する絆は十分に保たれると想定されている。他方で、キムリッカは、ネイションの外部に対する義務を重視し、これを軽視するウォルツァーの議論に対して厳しい批判を行っている(4)。そもそもキムリッカの議論は、カナダを複数のネイションからなる多民族国家として再定義することをめざしており、その際、これらのネイションの間に、カナダ国民としての連帯感が維持されることが前提になっているのである。このように今日「リベラル・ナショナリズム」と称される立場のなかには、大きな幅がある。

統合や連帯の基盤としての言語文化や政治制度の共有の重視性は、多くの論者により指摘されている。今日の多文化主義理論の主流は、文化・コミュニティが対話・交流しながら共存するビジョンを提唱しており、公共文化の共有と熟議への参加を重視する。言語の共有は、これらの手段として重要であり、さらにマイノリティが社会経済生活をつうじた自己実現の機会を獲得するうえでも

(4) Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford University Press, 1989, ch.7; Idem, *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada,* Oxford University Press, 1998.

不可欠なことが多い[5]（ただし自足性の高い地域的マイノリティについては、別種の考慮が必要になる）。

他方で、ネイションの自己定義の問題、すなわちネイションの観念のはらむ神話性や、歴史のナラティブの恣意性をめぐっては、さまざまな立場があり得る。ミラーはこれらの問題性を把握しながらも、その機能的有用性を評価して利用しようとする。他方、コスモポリタニズムないし憲法愛国主義はこれをより警戒する。本書でも検討される、ラニミード財団の調査委員会による「パレク報告」（2000年）は、イギリスのナショナル・アイデンティティのあり方を検討するにあたり、後者の視点をとっている[6]。パレク報告は、イギリス社会への帰属意識を重視し、社会と個人をつなぐ物語の重要性を強調するが、他方で従来存在してきた物語が、排除の契機を含んでいることが強調される。今日、多様な国民を包摂するためには、その物語は多様な集団をより平等に承認するものへと修正される必要がある。イギリスのネイションの自己意識は、民族的でなく、シビックなものであるという通念が存在するが、実際にはそれは、支配的な集団の特殊な体験や文化と結びついてきた。すなわちそれはイングランド人を中心とし、プロテスタンティズムの宗教と結びついてきた。このほかにも、それには社会階層やジェンダーなどによる排除・抑圧の契機がはらまれているのである。このようにパレク報告の描く過去は、集団間の支配・抑圧・闘争を重視し、単一の物語を皆が共有してきたことを否定する。なかでも重要なのが帝国主義ないしは植民地主義の遺産である。植民地支配の重要な根拠はレイシズムであり、これが数世紀をかけて、イギリスの文化に浸透する。今日のレイシズムの起源はここに存在するのであり、したがって、今日の問題を解決するうえで、国民の物語の修正が不可欠なのである。過去を賛美して情緒的愛着の根拠とすることには限界があり、むしろ主流派中心の歴史の強要をやめ、多様な集団の経験や文化を承認することによってこそ、国民の帰属意識と連帯感が強まると考えるのである。

ここにあげた二つの要素、すなわち、歴史物語の共有に基づく連帯感と、こ

---

[5] 辻康夫「多文化主義をめぐる論争と展望：カナダを中心に」、日本移民学会編『移民研究と多文化共生』お茶の水書房、2011年、pp.38-56.

[6] Commission on the Future of Multi-Ethnic Britain, *The Future of Multi-Ethnic Britain*, Profile Books, 2000.

れに内在する不正義の批判的検討は、両立不可能なものではなく、多くの論者はそのバランスを模索している。前者を重視するミラーも、マイノリティの声がネイションの自己解釈に反映されることを必要と考えている。他方、パレク委員会のメンバーのひとりであるタリク・マドゥードは、ナショナリズムを警戒しつつも、多文化主義と結びついたナショナリズムの意義を積極的に評価する(7)。彼は、多文化主義者の多くがナショナリズムを警戒し、むしろ憲法パトリオティズムやコスモポリタニズムを支持することを指摘したうえで、これらが感情的な力に欠け、一般国民を引きつけられないことを危惧する。危機が生じた際に、一般国民の多くは狭隘なナショナリズムに逃げ込む可能性がある。またマイノリティの多くは出身国に愛着を感じており、外交関係の悪化に際してイギリスに対して敵対的になり、国際的な連帯をうたう過激主義に吸い寄せられる可能性がある。これらの傾向に対抗するためには、マイノリティを巻き込んだ議論を通じてナショナル・アイデンティティを再定義するとともに、それをもちいてマイノリティをつなぎとめる必要があるというのである。もっともマドゥードは、「パレク報告」の本来の意図もここにあると理解しているから、神話や歴史に対する態度においてミラーとの間には少なからぬ相違があると思われる。

最後に、リベラル・ナショナリズムをめぐる本書の議論を、民主主義論のコンテクストに接続することも課題となろう。(多文化的に定義された)リベラル・ナショナリズムに一定の有効性があるとしても、グローバル化の進展によって揺らいだアイデンティティを、国境の閉鎖によってのみ立て直すことは、長期的には困難であろう。世界の関係がいっそう緊密になるなかで、自らが強い影響をあたえることがらに対して、責任を回避することは倫理的に難しくなる。すなわち「影響」には、「責任」が伴うという意識が強まっている(8)。実際、本書の分析するムスリムの事例は、道徳的判断における視野の拡大の必要性を、雄弁に示すものである。イギリスによる中東への軍事介入や、イスラーム過激派によるテロの脅威は、ムスリムの統合に対して深刻な影響をもたらしている。

---

(7) Tariq Modood, *Multiculturalism: A Civic Idea* (Polity Press 2007), pp.146-154.

(8) Iris Marion Young, *Responsibility for Justice*, Oxford University Press, 2011; Robert E.Goodin, "Enfranchising all affected interests, and its alternatives," *Philosophy & Public Affairs* 35.1, 2007, pp.40-68.

西洋諸国による攻撃や介入は、結果として中東地域の秩序を崩壊させ、多くの犠牲者を生みつづけている。ムスリムは、悪化する偏見にさらされ、自国への忠誠を疑われる。戦争の正当性自体が疑われているなかで、政府は民主主義の大義をかかげて、ムスリムに対して戦争への支持を要求し、他方ではテロ防止のためにムスリム・コミュニティへの監視をつよめ、コミュニティ内部に相互不信を引き起こしている。これらの点は、本書の分析するとおりである。このようにして生じる義憤や疎外感、中東のムスリムへの共感が、一部の若者を過激な運動に向かわせる。グローバル化の進んだ現代において、政府が他国を「悪魔化」したり、他国のひとびとの痛みを無視したりすれば、それはただちに国内の統合に悪影響を与える。複数の社会に愛着をもつムスリムにとって、イギリスへの忠誠をつねに優先させることは困難である。彼らにとって、イギリスの行為の是非は、より中立的な正義の規範によって判定されざるをえないであろう。

山崎望は、後期近代におけるアイデンティティの揺らぎに対応する民主主義の四つの構想をあげている(9)。「リベラル・ナショナリズム」のほかにあげられるのは、「熟議民主主義」（ハーバーマス）、「闘技民主主義」（ムフ）、「絶対的民主主義」（ネグリ）である。政治的実効性の観点から見た場合、リベラル・ナショナリズムは、主権国家システムからの乖離が少なく、その意味で短期的には実効性が高い。政府レベルの政策を主たる分析対象にする本書が、ここに焦点をあてたのは自然なことである。しかしながら、よりひろく民主主義のあり方を考える場合に、その他の構想が意味を持たないわけではない。移民の統合をめぐる政治を規定するのは、国民国家の論理のみではない。一般にマイノリティの地位は、国際的およびリージョナルな規範に規定されるところが大きく、その規範の形成において、マイノリティの国際的協働や専門家を交えた熟議の役割は大きい。各国および国際的舞台におけるマイノリティの権利の長期的な生成過程も、闘技民主主義や熟議民主主義の要素を多分に含んでいる(10)。短期的

(9) 山崎望『来るべきデモクラシー：排除と暴力に抗して』有信堂高文社、2012年

(10) Christian Joppke, *Citizenship and Immigration*, Polity Press, 2012; Seyla Benhabib, *The Rights of Others*, Cambridge University Press, 2004; Ronald Niezen, *The Origin of Indigenism: The Human Rights and the Politics of*

に実効性を欠いた『パレク報告』のような文書が、長期的な熟議のなかで役割を果たすこともありうる。このような相互補完関係を念頭におきながら、リベラル・ナショナリズムの意義と射程を見定めることが必要であろう。本書の刊行がこうした議論をいっそう進展させることが期待される。

Identity, University of California Press, 2003.

資　　料

憲法裁判における調査官の役割

趣旨説明

笹田　栄司

本資料は、2014年８月23日に北海道大学で開催された第８回違憲審査制研究会「憲法裁判における調査官の役割」を再現するものである。本研究会は、「違憲審査活性化についての実証的・比較法的研究」と題した科学研究費・基盤研究（B）（代表者＝笹田栄司）において、違憲審査制のあり方及びその活性化を検討するため開催された研究会のなかで総括的意義を持つ。本研究会はまた、北海道大学公法研究会との共催で開かれている。本研究会では、憲法裁判における調査官に焦点を当て、ドイツ（笹田栄司）、フランス（山元一）、アメリカ（中林暁生）、カナダ（佐々木雅寿）、韓国（國分典子）、そして日本（宍戸常寿）について、海外でのヒアリングを踏まえ、報告が行われた。その結果、調査官が憲法裁判において果たす役割、及び問題点が明らかにされた。また、各報告に引き続いて行われた質疑応答では活発な意見交換がなされたが、ここでは割愛せざるをえなかった。さらに、本資料では、最高裁判事と調査官の関係について、2013年３月７日に藤田宙靖元最高裁判事に対し本研究会メンバーが行ったインタビューも掲載している。このインタビューは本研究会の趣旨を理解するうえで重要である。

（本研究は、JSPS 科研費23330007の助成を受けている。）

ドイツ連邦憲法裁判所における調査官の役割

笹田　栄司

はじめに

我が国で、本テーマを取り上げた論稿はきわめて少ない。そのなかで最も詳しいものが、岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所調査官の制度と実務[1]」であり、その他、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判　第二版[2]』、木佐茂男『人間の尊厳と司法権[3]』がある。本国ドイツでも事情は変わらず、2001年以降を見ても論稿はあまり出ていない[4]。その中で、本稿は、憲法訴訟法などの著作で有名なリュディガー・ツック（Rüdiger Zuck）の Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts[5]（2006）、及び、ヨアヒム・ヴィーランド（Joachim Wieland）の The Role of The Legal Assistants at The German Federal Constitutional Court[6]（2002）を主として取り上げている。ヴィーランド論文は、ベッケンフェルデ連邦憲法裁判所裁判官付き調査官として1984年から４年間勤務した体験をベースにするもので、調査官の仕事ぶりを明快に描いている。なおヴィーランドは、現在、シュパイアー行政大学院の教授（公法、財政法、税法）である[7]。

---

[1] 岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所調査官の制度と実務」法と民主主義277号（1993年）36頁以下。

[2] 畑尻剛／工藤達朗編『ドイツの憲法裁判　第二版』（中大出版会、2013年）110頁以下。

[3] 木佐茂男『人間の尊厳と司法権』（日本評論社、1990年）97頁以下。

[4] 2012年９月の連邦憲法裁判所における、ミィヤエル・アイヒベルガー連邦憲法裁判所裁判官、同裁判官付の調査官、及びヴァーグナー事務局長代理に対するヒアリングで、調査官に関する近時の文献を尋ねたところ、リュディガー・ツックの著作があげられたにとどまった（笹田の他、鈴木秀美、村上裕章、そして林知更が参加した。）。

[5] R. Zuck, Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts, in:van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im Politischen System, 2006, S.283.

[6] J. Wieland, The Role of The Legal Assistants at The German Federal Constitutional Court, in:Rogowski/Gawron (Hrsg.), Constitutional courts in Comparison, New York 2002, S.197.

[7] 岡田・前掲注（１）36頁は、「本稿の叙述の多くの部分はシュミット女史に頂

1　連邦憲法裁判所の任務、および処理件数

（1）連邦憲法裁判所は二部に分かれ、それぞれの部（Senat）に三つの部会（Kammer）が属する[8]。裁判官は各部に８名ずつ配属される。2013年度の連邦憲法裁判所の処理件数を概観するなら[9]、抽象的及び具体的規範統制19件、機関争訟３件、仮命令117件、政党の違憲性・選挙手続における異議13件、そして、憲法異議の訴[10]6369件である。圧倒的に憲法異議の訴が多く、全体の97.7％を占めている。この数字は、連邦憲法裁判所実際に、主として担っている任務を明らかにするものだろう。

また、憲法異議の訴の処理については、部会が中心的役割を果たす。「連邦憲法裁判所は、これらの訴えについて、自ら、つまり二つの部で決定するのではなく､六つの部会で決定する。それは確かに“連邦憲法裁判所”でもあるが、その決定は（連邦憲法裁判所法93条ｃによる若干の決定を除けば）実質的既判力をもって生じるわけではなく、また、部を拘束するものではない[11]」。ともあれ、これだけの膨大な憲法異議の訴の件数を目の当たりして、「調査官の助力は必要不可欠なものになっている[12]」。

いた論文 Joachim Wieland, Der Beitrag der wissenschaftlicher Mitarbeiter im Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts に依拠している」と述べている。この論稿は1988年に発表されている（岡田・前掲注（1）39頁は「掲載されている書物あるいは雑誌は不明」としているが、R.Zuck, a.a.O., S.286（前掲注５）によると、Ellermann, Rolf (Hg.), Verfassungsgerichte im Vergleich, Gummersbach 1988に収録されているとのことである）。なお､J.Wieland の前掲注（６）論文は、Ellermann 編のもの重なるところが相当にあると思われる。

[8] 連邦憲法裁判所法15条ａ第１項前段「各法廷は、１年度を任期として、２以上の部会を設ける。各部会は、３人の裁判官で構成する。」（初宿正典・須賀博志［編訳］『連邦憲法裁判所法』（成文堂、2003年）25頁）

[9] http://www.bverfg.de/organisation/gb2013/A-Ⅲ-1.html

[10] ボン基本法93条４ａは、憲法異議の訴を連邦憲法裁判所の管轄とすることを定める。「何人も、公権力によって自己の基本権の一つ、又は第二〇条第四項、第三三条、第三八条、第一〇一条、第一〇三条及び第一〇四条に含まれている権利の一つを侵害されている、と主張して提起され得る憲法異議について」（高橋和之編『［新版］世界憲法集　第二版』（岩波書店､2012年）237頁［石川健治］）。

[11] R.Zuck, a.a.O., S.283（前掲注５）.

[12] Klaus Schlaich/Stefan Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, München

（２）2013年度に、憲法異議の訴を連邦憲法裁判所が具体的にどのように処理したかを見ていく[13]。部会が不受理としたものが6142件、認容したものが75件、部が不受理としたものが０件、却下したものが５件、認容したものが16件である（それ以外に、取り下げが46件、他の部への移送、異議申立者の死亡などによるものが85件）。

次に、憲法異議の訴の勝訴率[14]を最近の３年間について見るなら、2011年が1.62％（93件）、2012年が2.78％（148件）、そして、2013年が1.46％（91件）となっている。1987年以降を見ると、最も勝訴率が高かったのが1990年の17.09％（635件）、次に高かったのが1991年の7.13％（246件）で、最も低かったのが1997年の0.97％（45件）である。1995年以降は１～２％代で推移している。この数字を見るなら、憲法異議の訴による連邦憲法裁判所の負担が重要な問題となっているのは明らかである。かくして、当然のことだが、調査官の役割も憲法裁判所にとって不可欠なものとならざるをえない。

２　連邦憲法裁判所調査官

（１）調査官の数は憲法異議の訴の受理件数の増加に比例して増えている。1952年は、調査官の数は６人であった。というのも、当時は、第一部だけが憲法異議の訴の管轄権をもっていたのである。1956年の連邦憲法裁判所法改正で第二部も憲法異議の訴の管轄権をもつに至り、その後、調査官の数は絶え間なく増えていく。1971年は21人、1984年は30人、1993年には48人、1995年には50人、そして、2004年は65人（フルタイムは62人）となっている[15]。最近の正確な数字は未調査であるが、南ドイツ新聞の記事（2012.10. 9）は65名としている[16]。ちなみに、連邦憲法裁判所による憲法異議の訴の処理件数は、1989年から3000件を超え、さらに1993年からは4000件を優に超え、2006年以降は平均して5000件代の後半から6000件代前半の間を推移している[17]。この処理件数の増大は、

2007, S.28.

[13] http://www.bverfg.de/organisation/gb2013/A-Ⅳ-1.html

[14] http://www.bverfg.de/organisation/gb2013/A-Ⅳ-2.html

[15] R.Zuck, a.a.O., S.285f（前掲注５）．ツックは、「半日勤務の調査官が若干いるので、フルタイムの調査官は62名」と述べている（S.286）。

[16] http://www.suddeutsche.de/politk/bundesverfassungsgericht-zum-ESM

[17] http://www.bverfg.de/organisation/gb2013/A-Ⅳ-2.html

調査官の数の増大にほぼ対応していると言ってよい。

（２）調査官の選定は連邦憲法裁判所裁判官が行う。連邦憲法裁判所規則13条２項は、「全ての裁判官はその調査官を自ら選ぶ権限を有する。[18]」と定めている。また、調査官は配属された裁判官の指示に従わねばならない（同規則13条１項）。実は、連邦憲法裁判所調査官についての法制上の根拠は、ボン基本法及び連邦憲法裁判所法には存在しないのであって、上記の連邦憲法裁判所規則13条があるにすぎない[19]。また、連邦憲法裁判所における調査官の任期は３年から４年といわれており[20]、「調査官は、直前の職場の身分を残したまま『出向』の形をとって連邦憲法裁判所に勤務する[21]」。

調査官の各裁判官への配属は、ツックによると以下のようになっている。「第一部では、７名の裁判官はそれぞれ４名の調査官を、そして１名の裁判官は－本人の希望により－３名の調査官を有する。第二部では、全ての裁判官は３名の調査官を有し、さらにもう１名の調査官を10ヶ月間、配属させる[22]」。なおヴィーランドの説明によると、「２名の（長官及び副長官付）首席調査官は、各部の業務遂行に従事し、長官及び副長官をサポートしている。この２名は、連邦憲法裁判所の公務員として常設のオフィスを持っている（連邦憲法裁判所規則12条）[23]」。調査官には、二通りのタイプがあることが分かる。

（３）次に調査官の選抜方法について見ていく。ツックは、以下のように説明する。「人的関係に基づくもの、州の司法行政当局の推薦によるもの、あるいは、大学や学問上の機関に照会して選ぶ場合がある。新しく赴任した裁判官は、現在、在職中の調査官を引き継ぐ。調査官としての活動の大前提は、第２次国家試験、および、―通例は―卓越した試験の成績である。調査官の大部分は、行政裁判権及び通常裁判権からやって来る。裁判官、検事、及び官吏は、期限付きで連邦憲法裁判所に派遣される。[24]」。これに対し、ヴィーランドは選考基準

---

[18] www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfggo

[19] J. Wieland, a.a.O., S.197.

[20] J. Wieland, a.a.O., S.198（前掲注（６））.

[21] 岡田・前掲注（１）36頁。

[22] R.Zuck, a.a.O., S.286（前掲注５）.

[23] J. Wieland, a.a.O., S.198.

[24] R.Zuck, a.a.O., S.286. ツックは、「大学からやって来た（大学では、通例、BAT ２a に基づく期間限定契約を結んでいる）調査官は、連邦憲法裁判所にお

について幾分異なった説明をする。選考基準として、「候補者の人柄や、前任での成績に単に基づくものではなく、裁判官が担当する部門にとって必要な専門知識を候補者が持っているかどうか」という点によりいっそう基づく。「憲法における専門的知識は期待されていない。裁判官が、例えば、刑事事件に第一に関わるとしたら、その時は、結果として、裁判官は調査官として単に刑事に詳しい法律家を選出するだろう。……こうして、多くの調査官は、彼らが連邦憲法裁判所で勤務した後になって、憲法及び裁判所における司法運営の専門家になる[25]」。

コンラート・ヘッセの調査官であったクライン（Harald Klein）は、1984年の論考で「選任手続について、一般的に妥当するものは語ることができない。価値ある助力を各州の司法行政当局が行う。それとならんで、裁判官の人的関係が有用である[26]」と述べていた。連邦憲法裁判所裁判官には３人から４人の調査官が属するのだから、上述したように、選任の方法は一つではない。ただ、連邦憲法裁判所においては、「各裁判官が主任裁判官として担当する専門分野を固定していること[27]」が特徴である。このことから、ヴィーランドの指摘は注目に値する。

（４）調査官は３年から４年の期限付きで連邦憲法裁判所に勤務しており、任期終了後は、元のポストに戻ることになる。ところでツックは、「連邦憲法裁判所における調査官としての活動は、例外なく職業上の成功を促進する[28]」と評するが、この指摘は本質をついている。この点についての唯一の調査は、ベッ

ける活動に関して、（BAT ２b に基づく）期間を限定された労働契約を結ぶ。裁判官、官吏、検事は、連邦憲法裁判所に配属されている間、彼らの存続している勤務関係の枠内で、昇進することができる。若干の州は、連邦憲法裁判所に配属されている期間を（上級州裁判所への派遣の意味で）試験期間として取り扱う」と述べている（S.286f.）。

[25] J. Wieland, a.a.O., S.199.

[26] H.Klein, Der Dritte Senat am Bundesverfassungsgericht, in:Umbach/Urban/Fritz/Böttcher/v.Bargen (Hrsg.), Das wahre Verfassungsrecht, Baden-Baden 1984, S.384.

[27] 岡田・前掲注（１）37頁。

[28] R.Zuck, a.a.O., S.287.

トヒャー（Böttcher）によって行われた[29]。ベットヒャーは、1952年から1982年７月までの間に連邦憲法裁判所調査官に任じられた176人のその後のキャリアを、裁判官・検察官（①）と官僚・その他の職業（②）に区分し、詳細な調査を行っている。①については、裁判官が111名と検事の４名を圧倒している。裁判官の中には、欧州裁判所裁判官１名、連邦憲法裁判所裁判官５名、連邦通常裁判所裁判官12名、連邦行政裁判所９名、連邦社会裁判所裁判官２名、連邦特許裁判所裁判官１名が含まれる。ベットヒャーが注目するのは、52名が第二審級で裁判官として勤務している点である（裁判における第二審級の裁判所の役割をベットヒャーは高く評価している。）。検事については、連邦検事総長１名と３名の連邦検事が含まれる。②については、欧州レベルの官吏３名、連邦が15名、各州が19名などである。また、16名が大学に職を得ているが、そのうち14名が教授である[30]。

ヴィーランドは2002年に、「この研究は、だいぶ前に行われたが、そこからもたらされた結果は依然として今日でも代表的なものだろう[31]」と述べているし、ツックも、このベットヒャーの研究を引いたうえで、退職後の調査官のキャリアについて、「新しい研究はないが、何も変わっていない[32]」と述べている。

３　調査官の役割

（１）憲法異議の訴の件数が増大することにより、調査官のサポートが不可欠になる。この点について、ヴィーランドは次のように分析している。

「全裁判官は、主任として責任を負うところの約300件の憲法異議の訴につき決定を準備しなければならない。加えて、部会で他の二名の同僚裁判官が作成した平均600件の決定原案を読まねばならないとともに、こういった憲法異議の訴が正しく拒否されねばならないのかどうかについての意見をまとめあげね

---

[29] Hans-Ernst Böttcher, Einige sozio-biographische Anmerkungen zur Herkunft und zum Verbleib der Mitglieder des Dritten Senats, in:Umbach/Urban/Fritz/Böttcher/v.Bargen (Hrsg.), Das wahre Verfassungsrecht, Baden-Baden 1984, S.357.

[30] H.-E. Böttcher, a.a.O., S. 363ff. この点について、岡田・前掲注（１）37頁以下参照。

[31] J. Wieland, a.a.O., S.200.

[32] R.Zuck, a.a.O., S.287, Fn24.

ばならない。連邦憲法裁判所の部会が一年に決定する600件に、さらに30件の各部（Senate）に係属する事件が加わる。これらの事件は多くの場合、重要性があり、その射程が広範囲に及ぶものである。[33]」。連邦憲法裁判所全体としては、5430件前後の処理件数である。これは2002年の論文で引かれた数字だが、2013年度では連邦憲法裁判所は6400件弱の憲法異議の訴を処理しており、さらに負担は10％弱ほど増している。

このような状況を目の当たりにすれば、次のような二つの見解がだされよう[34]。「憲法異議の訴を責任をもって処理するために、例えば300件を越える憲法異議の訴を一人の報告者が処理し、さらに、600件について報告者を補するのは､自らの仕事としてこれらを仕上げることを論理必然的に不可能にする」。かくして、決定に署名をする裁判官が知っているのは、調査官の所見である。他面で次の主張も成り立ちうる。「無分別な異議申立者によって引き起こされる日常的な煩わしさを克服するため、調査官が組み込まれる場合、そのことから本質的不利益は生じない。たとえ、裁判官が形式的文書のみを作成するとしても」。この点についてツックは「結果として、その通り」だとしても、個人の権利保護のために重要な憲法異議の訴は、「結果思考（per Saldo-Denken）のために犠牲にされてはならない[35]」としている。この問題はドイツに限らず、憲法裁判の現実と理想の狭間で起こりうるものだろう。

（２）部会での憲法異議の訴の受理審査に話を進めよう。受理手続は書面審理で進められる。また、部会決定はすべて全員一致で行われる（連邦憲法裁判所法93ｄ条３項１文)。「不受理とすべきか否かについて意見が対立した場合または受理相当と全員が判断した場合は部に送付される[36]」。不受理決定には理由を付記する必要はない。部会の認容決定も可能である(2013年は75件)。ヴィーランドは、「連邦憲法裁判所がここで問題になっている憲法問題について既に決定を行っている事案では、部会は全員一致で、十分に基礎づけられたものとして憲法異議の訴の認容決定を下すことができる（連邦憲法裁判所法93ｄ条３

[33] J. Wieland, a.a.O., S.201.
[34] R.Zuck, a.a.O., S.288f.
[35] R.Zuck, a.a.O., S.289.
[36] 畑尻／工藤・前掲注（２）337頁。

項と結びついた同法93ｃ条２項１号)[37]」とする。そして、「憲法異議の訴の受理に関する決定の準備が、通例、調査官のより中核的業務の一つを形づくる[38]」。このことは、憲法異議の訴の受理件数の増大に比例して調査官が増員されたことを考えれば、十分理解されるだろう。

ヴィーランドは、調査官による報告書及び部会決定草案作成プロセスについて、次のような詳細な説明を行う。「部会による憲法異議の訴の受理あるいは不受理についての決定的な基準は、連邦憲法裁判所各部の従前の判断である。部会は、憲法異議の訴の認容あるいは不受理が、部の従前の判断からただちに見いだされるかどうかを、最終的に決断しうるにすぎない。このことは、憲法異議の訴に含まれている当該事件の事実が、憲法的評価が連邦憲法裁判所の判決から既に収集されうるかどうかに関して、検証される必要があることを意味する。それを行うためには、憲法異議の訴自身から、あるいは元来の裁判手続のファイルから、重要な事実を引き出すことが必要であり、専門裁判所による―あるいは特別の事件では行政体による―法的評価を精査し、それから、憲法異議の訴についての憲法的評価が既にそれら（連邦憲法裁判所の判断―笹田）から導かれるか否かを見いだすことを視野に入れて、連邦憲法裁判所の判断をふるい分けることが必要である。この目的のためには、通常は、５から10頁の長さで、時には20、30頁さえある、あるいはそれ以上の頁数の報告書が作成される。もしこの報告書が部会での決定が可能ということを示すならば、部会決定の草案作成が試みられねばならない[39]」。

---

[37] J. Wieland, a.a.O., S.202. 認容決定の問題について、「実際には、厳密には部の先例があるとはいえない事件においても認容決定が下され、それにより部会が憲法の継続形成や憲法保障において重要な役割を果たすに至っている」（畑尻／工藤・前掲注（２）335頁）。そもそも、新しい憲法問題の判断権は部に留保されていることに鑑み、批判もありうるところである（この点を含め畑尻／工藤・前掲注（２）335頁注（126）を参照）。

[38] J. Wieland, a.a.O., S.203.

[39] J. Wieland, a.a.O., S.202f. アイヒベルガー連邦憲法裁判所裁判官に対するヒアリングで、同裁判官付の調査官に、憲法異議の訴の申立には記載されていないが当該事案に重大な違憲性が看取される場合、どういう対応をとるのかを質問したところ、調査官はしばらく考えた後に、不受理とする考えを示した。わが国の上告受理手続では、「一件一件裁判官が、必要に応じて記録にまで入って

（３）憲法異議の訴が「部の判断に委ねられた場合」、及び、「その他の、部の管轄になっている事件（具体的規範統制、抽象的規範統制など）においては、部の所見（Senatsvotum）が作成される[40]」。部の所見について、ヴィーランドは次のように説明する。「部の所見は原則として、調査官によって準備される。それは、多かれ少なかれ裁判官との継続的な協議のなかで作られ、その際、裁判官は調査官に対し、通常、所見に関し詳細な枠組みを提示する。ある部の所見は、裁判官自身によって準備されている。こうした場合、調査官は、判断にとって本質的な法的質問のための文献や先例を見つけることに集中する。調査官が部での所見に係る草案を作成するとしても、裁判官がそれを書き直す。このことは、裁判官が所見に責任を負うということからだけでなく、調査官が出席を認められない部の討議で、所見を正当だと論じなければならないからである[41]」。

部の判決における調査官の役割は所見ほどには大きくないようである。調査官は判決草案の準備に関与するが、「草案の大部分は、判決が部の討議の結果を反映するよう、報告者（である裁判官―笹田）によって書き直されねばならない。調査官の寄与はかくして、判決の理由付けに関するものよりも事実に関する報告のほうが、たぶん大きい[42]」。反対意見の作成にあたっては、調査官の関与が広く認められる。裁判官が判決のなかに自らの反対意見を含めることを決定した場合（連邦憲法裁判所法30条２項）、調査官は原則として、サポートを求められる。裁判官は通例、自らの反対意見を起草し、それはその後、調査官のコメントを求めるため彼らに手渡される。しかし、時には、調査官が、

検討し、本当にこれを受理すべきか否かという判断」（「座談会　民事訴訟法改正一〇年、そしてあらたな時代へ」における福田剛久最高裁上席調査官の発言（ジュリスト1317号（2006年）35頁））をしなければならないのであって、訴訟手続の違いはあれど、ドイツとの違いは大きい。これは裁判官の負担の問題に直結する。この点について、笹田栄司『司法の変容と憲法』（有斐閣、2008年）23頁以下を参照。

[40] 岡田・前掲注（１）38頁。

[41] J. Wieland, a.a.O., S.203f. 参照、岡田・前掲注（１）38頁。

[42] J. Wieland, a.a.O., S.204. ヴィーランドは調査官が行う「数多くの事案の見出し（題目）」の作成、「記録庫に保管される、事件ファイルのコピー」などの業務をあげている。

反対意見の草案の一部あるいは全部を最初に準備することもある[43]」。

４　連邦憲法裁判所と調査官

（１）連邦憲法裁判所では、部会が重要な役割を果たす。連邦憲法裁判所の処理件数のうち、部会で決着がつくのは97.6％（憲法異議の訴について）である。既に見たように、部会での調査官の存在は極めて大きい。ツックは、連邦憲法裁判所の事件処理において圧倒的な割合を占める憲法異議の訴を踏まえて、「曖昧で、理解不能な、そしておそよ予測不能な連邦憲法裁判所、そこで真の憲法が見出される、ほんとうの、そして本来的な連邦憲法裁判所は、調査官の裁判所である[44]」と述べている。

一方で、調査官65人が所属する連邦憲法裁判所「第三部」については、厳しい批判がだされている[45]。それは、部会での審理過程の不透明さに対する批判である。マッシング（Otwin Massing）は、「私が好んで憲法裁判の“ブラック・ボックス”と呼ぶところの一つの問題は、まさしく調査官の役割に対する知識の欠如に存する。裁判所の決定過程への彼らの寄与は、関係者の観察を通じて批判されてもいないし、包括的方法で学際的観点から分析されてもいない[46]」。また、プロセスの不透明さについては、ツックも次のように批判する。憲法異議の訴の「申立者は、彼の事案がいかなる部会に係るのかを知らないし、報告者の名前も知らない。確かに、業務配分計画は存在する。しかし、『溢れかえる手続』の故に、それは条件付きでのみ説得力を持つ。その際、主任裁判官について何か知ることは重要かもしれない。というのも、部会で行われている手

---

[43] J. Wieland, a.a.O., S.205.

[44] R.Zuck, a.a.O., S.285.

[45] 基本法違反の主張がある。即ち、調査官の活動は、裁判権を裁判官に委ねた基本法92条に違反する、あるいは基本法101条が定める「法律の定める裁判官」の原則に違反するという批判である。これについて、岡田・前掲注（１）38頁以下を参照。

[46] Otwin Massing, The Legal Assistants at The German Federal Constitutional Court, A “Black Box” of Research? A Comment in:Rogowski/Gawron (Hrsg.), Constitutional courts in Comparison, New York 2002, S.209. マッシングは、「各裁判官を調査するなかで調査官の役割を評価することが、このような研究にとって決定的であろう。」とする（S.210）。

続での主任裁判官の影響は、少なくとも基本的傾向に関してであるが、低く見積もることはできないのだから[47]」。ツックの批判の根幹には、「憲法異議の訴は、それを闇の中に留めておくにはあまりに重要すぎる[48]」との理解がある。

その一方で、調査官に対する高い評価も看過してはならないだろう。ツックは、「調査官がいなければ、連邦憲法裁判所法90条１項１文は空文になる[49]」、即ち、憲法異議の訴がその意義を失うだろうと述べている（その意義がわずかであるとしても）。また、「多数の調査官が憲法及び憲法訴訟法のドグマティークのなかに新鮮な風をもたらすことを、低く見積もってはならない」とも言う。「このことを、基本法及び連邦憲法裁判所法についての二つのコンメンタールだけではなく、連邦憲法裁判所に勤務する大学教授資格志願者はいうに及ばず、かつての調査官の手になる多くの学問的な業績もまた示すものである」と評価している[50]。

（２）憲法異議の訴の件数増加は、連邦憲法裁判所にとって実に困難な課題である。部会の審理過程の不透明さ、及びそこでの調査官の役割に対する批判も、つまるところ、憲法異議の訴の件数が膨大であることに起因する。フォスキューレ（Andreas Voßkuhle）（連邦憲法裁判所長官）は、裁判所内部の過程を最良最適化するあらゆる試みによって、ドラスティックに増大する、裁判官、調査官、司法補助官、事務局などの作業負担を相殺することは九分九厘できないだろう、と述べている。また、連邦憲法裁判所が提案した、「明らかに許容されない、あるいは明らかに根拠のない憲法異議の訴を対象とした“悪ふざけに対する手数料（Mutwillensgebühr）”の導入は、政治的空間では殆ど支持を得ていない」という。そして、憲法裁判所としては、「永続的かつ明確な負担の軽減を目指して、政治的に責任を持つ部局とさらなる対話を行うため、新しい立法期の始まりを利用するだろう[51]」と、フォスキューレは結んでいる。連邦憲法裁判所の負担軽減は「永遠の課題」であり続けるのだろうか。

---

[47] R.Zuck, a.a.O., S.284.

[48] R.Zuck, a.a.O., S.291.

[49] [50] R.Zuck, a.a.O., S.290.

[51] http://www.bverfg.de/organisation/gb2013/vorwort.html

フランス憲法院における補佐機構

山元　　一

「憲法裁判と調査官制度」という研究テーマに関してフランスを分担する本報告は、この国の憲法裁判機関である憲法院（Conseil constitutionnel）における補佐機構について、ごく簡単な紹介を行うことを課題とする。以下、補佐機構にとっての制度的諸前提（現行違憲審査制と憲法院の組織のありよう）について簡単に触れた上で〔→Ⅰ〕、判決文作成における調査局の関与の実際について紹介し〔→Ⅱ〕、それについてごく簡単な検討を加えることとしたい〔→Ⅲ〕。

Ⅰ　補佐機構にとっての制度的諸前提

1　現行違憲審査制度

（1）2008年憲法改正以前の違憲審査制度

2008年憲法改正以前のフランスの違憲審査制度は、しばしば「憲法裁判のヨーロッパ型」に属すると主張されながら[1]、その名称そのもの[2]が示すように、憲法裁判機関としてみた場合、実際にはかなり特異な制度であるといわざるをえない。2008年憲法改正以前の違憲審査制度においては、事前審査のみが認められており、その際の提訴権者は、大統領、首相、元老院議長、国民議会議長、60名以上の元老院議員ないし国民議会議員に限定されていた。（憲法61条２項）。

憲法裁判機関としての憲法院の特異性を特徴づけるのは、(a) 憲法院裁判官の任命の際の資格要件の不存在、と、(b) 法上の当然裁判官の存在、の二つである[3]。

---

[1] 参照、オリヴィエ・ジュアンジャン（山元一・池田晴奈訳）「フランスにおける憲法裁判のモデルと捉え方―批判的総括」山元一＝只野雅人編『フランス憲政学の動向』（慶應義塾大学出版会、2013年）233頁以下。

[2] *Conseil* constitutionnel であって、*Cours* constitutionnelle ではない。Conseil というフランス語に対しては、評議会という訳語が当てられることが多い。また、その構成員については、membre〔メンバー〕という語が用いられ、juge〔裁判官〕という語は用いられていない。

[3] 憲法院の重要な任務として、大統領選挙、国民議会議員選挙、元老院選挙に関する適法性を監視し、選挙争訟を裁定すること、さらには国民投票について

(a) については、憲法院裁判官[4]の任命の際に、一定の法的素養を備えている者であることを求めることが通例であるが、憲法院については、そのような資格要件は存在していない。そうであるがゆえに、憲法や法について、専門家としての知見を一切もたない裁判官が存在することが想定される。最近では、社会学者として著名な Dominique Schnapper が憲法院裁判官に任命された例がある（在任　2001 ～ 2010年）[5]。本報告のテーマとの関連でいえば、このような＜素人裁判官＞の存在は、必然的に補佐機構の実際的な影響力を強めることになろう。

憲法院裁判官の構成は、以下の通りである（2015年１月31日現在）。

院長 Jean Louis Debré 司法官→政治家〔内務大臣、国民議会議長、父親 Michel Debré は Charles de Gaulle 大統領の側近・元首相〕[6]、一般の裁判官 Guy Canivet 司法官〔破毀院院長〕、Renaud Denoix de Saint Marc 行政裁判官〔コンセイユ・デタ副院長[7]、政府事務総長、国立行政学院出身〕、Michel Charass 政治家〔元老院議員、予算大臣〕、Hubert Haenel 司法官（国立司法学院首席卒業）→政治家〔元老院議員、コンセイユ・デタ論告担当官〕、Claire Bazy-Maraurie 女性〔健康省病院局長、国立行政学院・会計検査院出身〕、Nicole Maestracci 女性、司法官〔ルーアン控訴院首席院長、司法省付司法官、司法官組合運動家〕、Nicole Belloubet 女性、公法学教授〔地方自治体議員、トゥールーズ市首席助役〕、Lionel Jospin 政治家〔元首相、国立行政学院・外務省出身〕

の適法性の監視を行うことがある（憲法58-60条）が、本報告では、これらの権限に関わる問題には、一切立ち入る余裕がない。

[4] 任期は９年で再任不可である。任命権に関しては、大統領、国民議会議長、元老院議長が、３年ごとに１名づつ、それぞれ計３名の裁判官を任命する（憲法56条）。

[5] Schnapper は憲法院裁判官を退任後、自らの＜憲法院体験＞を、Une sociologue au Conseil Constitutionnel〔憲法院に在籍したある社会学者〕、Gallimard, 2010 と題する書物で語った。

[6] 〔 〕内は、前職等を示す。

[7] 首相が院長の地位を占めるので、実質的には副院長がコンセイユ・デタの実務上の最高責任者である。

このうち、経歴から明確な法学の専門的知見を窺うことのできない裁判官は、Michel Charass, Claire Bazy-Maraurie, Lionel Jospin の３名である。

(b) 以上の９名の裁判官に加えて、かつて大統領の職にあったものは、当然に終身の憲法院裁判官となりうる。このような制度は、憲法院を憲法裁判機関としてとらえることについて、好ましくない規定である、といわざるをえない。生存する３名の元大統領（① Valéry Giscard d'Éstaing（大統領在任1974-1981年）、② Jacques Chirac（1995-2007年）、③ Nicolas Sarkozy（2007-2012年））が法上当然の憲法院裁判官である。このうち Chirac は、大統領退任後憲法院裁判官に就任したが、汚職事件での捜査の対象となったことと健康状態の悪化により2011年３月以降憲法院での活動を辞退し、また、Sarkozy も憲法裁判官に就任したが、自らの2012年大統領選挙活動資金決算書に関する憲法院の不承認決定をうけて、2013年７月以降活動を辞退している、といわれる[8]。Sarkozy は弁護士出身の政治家であり、この３名のうちでは、唯一法学の専門的知見を有している。

（２）2008年７月23日の憲法改正による憲法裁判制度の変化

Sarkozy 大統領主導の下で行われた2008年７月23日の大規模な憲法改正[9]によって、「合憲性優先問題（Questions Prioritaires de Constitutionnalité）」という名称を持つ事後的具体的審査制度が導入された（憲法61条の１）。本制度の導入によって、事前的抽象的審査制と並んで、コンセイユ・デタないし破毀院経由で、権利・自由を侵害された一般市民も具体的な事件について、憲法院に

[8] cf. http://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_des_membres_du_Conseil_constitutionnel_fran%C3%A7ais　これに対して、François Mitterrand（1981-1995年在任）は、大統領在職中から健康状態が極めて悪化していたため、憲法院裁判官に就任しなかった。Marc Guillaume 憲法院事務総長の話によると、Chirac と Sarkozy はこれまで憲法院での審理に一切参加したことはないのに対して Giscard d'Éstaing は、2012年に下した約200の判決のうち15回の審理に参加した。以下、Marc Guillaume 事務総長の話とは、2013年９月25日に憲法院で行った共同インタヴュー結果を指す。このインタヴューは、井上武史（当時岡山大学、現在九州大学）、奥村公輔（駒澤大学）、曽我部真裕（京都大学）の諸教授と筆者の４人で共同の質問票を作成して行ったものである。

[9] 参照、山元一『現代フランス憲法理論』（信山社、2014年）289頁以下。

対して違憲審査を求めることができるようになった。本制度の運用を実際的に可能にするための組織法律の制定により2010年３月10日から施行されるに至り、現在まで446件の判決が下されている（2010年５月28日～2015年１月31日現在）[10]従来の事前審査制度については、立法過程における議会以外の他の機関の関与としてとらえられることも多く、それゆえ、「これまでは立法過程にかかわる政治的機関の『裁判機関化』が語られてきたわけだが、事後審査では裁判過程にかかわる正真正銘の裁判機関として憲法院のあり方が問われることにな」[11]ったといえよう。

さらに、2008年憲法改正によって、従来フリーハンドで決定することが可能であった大統領と両院議長の憲法院裁判官の任命に関して、新たに議会によるコントロール制が導入され（憲法13条５項および56条１項）、大統領による任命については常任委員会で有効投票の５分の３以上の反対票があった場合には、任命できない（憲法13条５項。2010年７月23日の組織法律838号３条によれば、両院において憲法委員会が所管の常任委員会となる。）。これは、現行第五共和制憲法が生み出した大統領の権限が強大に過ぎる、という批判に対する反省に基づくものである。

２　憲法院の組織

ここでは、主に事務組織について述べる。裁判官については、憲法院長と一般の裁判官からなる。憲法院長は、大統領によって任命される（憲法56条３項）。

（１）事務総局組織の概要

憲法院事務総局[12]について規定する法令は、憲法院に関する組織法律についての1958年11月７日のオルドナンス15条と1959年11月13日のデクレである。現

---

[10] 2013年２月までに出された255件の判決のうち、違憲判断が26％を占めた。辻村みよ子「フランス共和国」初宿＝辻村編『新解説世界憲法集』（三省堂、2014年）243頁。

[11] 今関源成「フランス憲法院への事後審査制導入」『早稲田法学』85巻３号〔2010年〕38-39頁。

[12] 憲法院事務総局については、Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3e édition, Presses Universitaires de France, 2011, p. 190 et s. の記述が詳しい。

在の憲法院事務総局の構成は、①調査・書記局（service juridique－greffe）、②広報局（service des relations extérieures）、③資料・図書・インターネット局（service de documentation-bibliothèque-internet）、④管理・財務局（service administratif et finacier）、の計４局によって構成されている。

Marc Guillaume 事務総長の話によると、組織の規模としては、60人程度のスタッフ（QPC 導入後に10名の増員がみられた）を擁し、年間予算は約1100万ユーロ（このうち人件費が、約800万ユーロを占める。）である。恐らくは、諸外国の憲法裁判所の補佐機構と比べても、またコンセイユ・デタの補佐機構と比べてもかなり貧弱な陣容に留まっていると思われる[13]。

（2）事務総長

事務総長は、院長から委任を受けて、全ての管理運営上の決定について署名をすることができる（憲法院事務総局の組織に関する1959年11月13日デクレ２条２項）とともに、「憲法院の諸事務の準備と運営に必要な措置を行うことができる」（憲法院事務総局の組織に関する1959年11月13日デクレ３条）。事務総長経験者である Olivier Schrameck の整理[14]に従えば、事務総長の具体的な事務内容は、①憲法院裁判官の補佐活動の統括[15]、②他の国家機関（両院事務総局や政府事務総局、選挙争訟の場合は内務省等）との連絡、③憲法院の広報活動の統括、④外国の憲法裁判機関との交流、⑤憲法院の運営管理と財務管理、である。事務総長は、憲法院長自身によって任命されるのではない。憲法院長の提案に基づいて、大統領が首相の副署を付したデクレによって任命する仕組みを取っており、高い権威をもたせる措置が取られている（憲法院事務総局の組織に関する1959年11月13日デクレ　他の職員は、憲法院長によって任命される。）。下の図にあるように、これまで事務総長に就任した７名のうち、実にコ

[13] しかし、Marc Guillaume 事務総長の話によれば、年間数千の判決を下すコンセイユ・デタと比べて恵まれている、という。

[14] Olivier Schrameck, Le secrétariat général du Conseil constitutionnel, in *Revue Française de Droit Administratif*, 10 (6) nov.-déc. 1994, p. 1211 et s.

[15] Schrameck は、事務総長は、「予備的審理の補助者的役割」を演じている、という。Olivier Schrameck, Les aspects procéduraux des saisines, in *Vingt ans de saisine parlentaire du Conseil constitutionnel*, Economica=Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 84.

ンセイユ・デタ出身者が７名中６名を占める。このことは、コンセイユ・デタが、憲法院の組織運営や判決内容の形成等に絶大な影響を及ぼしていることを象徴している。Alexandria Ciaudo の指摘によれば、事務総長は、コンセイユ・デタの「政府委員（commissaire du gouvernement）」[16]と実質的に同様の役割を果たしてきた（但し、「政府委員」は、正規の行政裁判官）とされ、外見上政治的党派性から距離を置いた中立的な人物として映っている、とされる[17]。憲法院事務総長は、憲法院のスポークスマンの役割も果たす。俗に、「10番目のメンバー」、「キー・パーソン」、「オーケストラを体現する人物」等、と呼ばれる[18]。

フランスの憲法裁判研究の第一人者 Dominique Rousseau は、事務総長について次のような評価を与えている[19]。「彼は、憲法院における神経的、知的、法的、政治的な主要な中心人物の一人である。単に再読や署名の時だけはなく、およそ全ての決定がなされる際に、必ず彼の執務室を通過する時が訪れる。事件についてのすべての関係書類を収集し、報告担当裁判官に提供するのは彼であるし、関係省庁そして／ないし政府の事務総局の代理人との会合を組織し、それを進行させるのは、彼である。そしてさらに、彼を中心に、彼のイニシアチブの下で、彼と連携しつつ、報告担当裁判官は報告書を作成し、判決案を起草するのである。」

---

[16] 2009年２月１日以降は、rapporteur public と呼称変更された。

[17] Alexandria Ciaudo, Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 73, 2008, p. 17 et s.

[18] Marc Guillaume 事務総長の話によれば、＜10番目のメンバー＞との表現は、全く不適切である。彼によれば、憲法院がコンセイユ・デタと同様に、選挙訴訟を取り扱う点で同様の性質の仕事を行っていること、および行政行為についての審査と立法についての審査の共通性があること、により、事務総長としてコンセイユ・デタ出身者が登用されることが圧倒的だ、という。

[19] Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e édition, Montchrestien, 2010, p. 82.

【歴代憲法院事務総長リスト】

	氏　　名	身　　分	在任期間
1	Jacques Boitreaud	コンセイユ・デタ評定官	1959-1962
2	Pierre Aupépin de Lamothe-Dreuzy	コンセイユ・デタ評定官	1962-1983
3	Bernard Poullain	破毀院判事	1983-1986
4	Bruno Genevois	コンセイユ・デタ評定官	1986-1993
5	Olivier Schrameck	コンセイユ・デタ評定官	1993-1997
6	Jean-Éric Schoettl	コンセイユ・デタ評定官	1997-2007
7	Marc Guillaume	コンセイユ・デタ評定官	2007- 現在

このように、事務総長の本来の職務は、組織としての憲法院の円滑な運営と対外的活動を統括することであるが、実際には、Ⅱでみるように、判例形成に大きな役割を果たしている。事務総長は、全ての事件の審理に出席する。また、過去の事務総長（B. Genevois と J.-É. Schoettl）が極めて積極的に判決の解説論文を掲載する事態が見られた[20]（前者は、*Annuaire international de justice constitutionnel* や *Revue Française de Droit Administratif* に、後者は、*Petites Affiches* に積極的に寄稿した。）。憲法院裁判官の選択が政治的理由に基づくことが当然に想定される制度設計の下で、憲法院事務総長は、憲法院の法的に公平な判例形成のために重要な役割を果たしている、との評価がある[21]。

（3）調査・書記局

憲法院の説明[22]によれば、調査局は、事務総長の監督の下で憲法院裁判官に助力を行うことが業務の内容であり、書記官によって補佐を受ける。また、書

[20] Marc Guillaume 事務総長の話によれば、彼自身は、前任者たちと異なり、法律雑誌等での判例解説をしない方針であるという。その理由は、判決について公定解釈を押し付けることにならないためである、とされる。

[21] A. Ciaudo, *supra* note (17), p. 23. 憲法学の泰斗であった Georges Vedel（1980-1989年在職）は、自らが在職中の事務総長 B. Benevois について、憲法院における「良心」だった、と述べた。Georges Vedel (Intervention), in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, L.G.D.J., 1999, p. 66.

[22] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/les-services-du-conseil/les-services-du-conseil.25721.html#sj

記局が調査局に付設されており、訴えや付託の登録やその処理に必要な手続上の諸行為について責任を負う[23]。

調査局は、1名の主席調査官と2名の特命調査官の計3名から構成される（議会事務局出身者、司法官、コンセイユ・デタ出身の行政裁判官。彼らはいずれも出向者である。）[24]。調査官が3名であることによって多数決で決定を行うことが可能になり、多様な法分野をカヴァーできる、とのことである。また、調査局の作業を補助するのは、その事務局と研修生（大学院博士課程学生から選抜される）である。日本と同様に特定の憲法院裁判官に専属的に奉仕する調査官等は存在せず[25]、報告担当裁判官となった裁判官以外の裁判官にも求めに応じて補佐をする。Guillaume 事務総長によれば、判決を下すまでに憲法院に与えられた期間が非常に短いため、調査局および資料・図書・インターネット局の全員（約20名）が一人の報告担当裁判官のために働かなければならない、と

[23] Delphine Arnoud 調査・書記局主任書記官（greffière en chef du service juridique）の話によれば、現在書記担当者6名であるが、QPC を処理するには十分である。4名の書記官研修生（2ヶ月の研修期間）を受入れて、選挙訴訟を処理している。Delphine Arnoud 氏の話とは、Guillaume 事務総長と同日に、同じメンバーで引き続いて行った共同インタヴューの内容をさす。

[24] G. Drago, *supra* note (12), p. 193, André Roux, L'institution, in Michel Verpeaux et Maryvonne Bonnard (sous la dir.), *Le Conseil constitutionnel,* La documentation Française, 2007, p. 46. La contribution des services à la prise de décision des cours constitutionnelles, les 29 et 30 septembre 2005, in http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20050930.pdf. ただし、実際に自らが調査官を務めた Dominique Rousseau の説明は、3名の調査官、コンセイユ・デタ出身の1名の特命担当官（chargé de mission）、司書官（documentaliste）からなる、としており、この説明とは異なっている。D. Rousseau, *supra* note (19), pp. 82-83. Rousseau によれば、当初は調査官には司法官のみが指名されていたが、のちに公法研究者、議会事務局出身者（議会法・予算法・財政法の専門家）、行政裁判官なども指名されるようになった、という。

[25] Lionel Brau、資料局主任（chef du service documentation）の話によれば、QPC の予備審査を行うために研究者（専任講師）を大学の席を残したまま、調査局に非常勤職員として採用したことがある、という。Lionel Brau 氏の話とは、Guillaume 事務総長と同日に、同じメンバーで引き続いて行った共同インタヴューの内容をさす。

いう（事前審査については原則として申立て受理後１ヶ月以内（憲法61条３項）、事後審査については移送受理後３ヶ月以内に判決を下さなければならない（2009年12月10日の組織法律1523号23条の10）。）。

（４）広報局

憲法院の説明[26]によれば、広報局の任務は、国際交流、そして憲法院と学界の関係をの発展と調整を行うこと、とりわけ雑誌『新憲法院研究（Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel）』の刊行を行うことである。Caroline Petillon 広報局主任（chef du service des relations extérieures）の話[27]によれば、同局は、主任と補佐２名によって構成される。また、憲法院判決集（*Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*）の編集・発行およびホームページの外国語版（英・独・西・伊・アラビア語）の作成も担当しているとのことである。元事務総長 Schrameck によれば、1993年の移民関係法律についての違憲判決がもたらした政治的緊張を契機に、政治的に強い攻撃を受ける可能性の高い判決を出す時には、判決に対する誤解を避けるために広報のあり方の重要性が痛感された、という[28]。国際交流においては、ヨーロッパ地域の憲法裁判機関およびフランス語圏の憲法裁判機関との交流が重視されている[29]。

（５）資料・図書・インターネット局

---

[26] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-25721.pdf

[27] Caroline Petillon 氏の話とは、Guillaume 事務総長と同日に、同じメンバーで引き続いて行った共同インタヴューの内容をさす。ちなみに、Petillon 氏は、民間出身で、憲法院に就職する以前も広報関係の仕事に従事していたとのことである。現在の地位は公務員の地位ではない、とのことである。また訪問してくる高校生を応接する仕事もある、とのことである。

[28] Olivier Schrameck, La décision du 13 août 1993 : impressions et leçons d'un tonnerre estival, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2009.

[29] フランス語圏の憲法裁判機関の交流を促進する目的で、ACCPUF（Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français）が創設された。45カ国の憲法裁判機関がメンバーとして名を連ねている。cf. http://www.accpuf.org/

Caroline Petillon 氏の話によれば、本局は1993年に設置された局であり、資料担当官が置かれている。資料書類の作成を行うことが任務であり、全体は10名で構成される。このうち、資料担当４名、インターネット担当１名、データベース担当１名、とのことである。また、資料のほとんどは、フランス語文献（約12,000タイトルの書籍、約80の法律雑誌）であるとのことである。本局の任務は、調査局と協力し、裁判官を補佐することである。憲法院ホームページの作成を担当するのも、本局である。また研修生の受入れもしており（研修期間３ヶ月）、博士課程学生ほかを資料局が選抜ないし推薦を受ける、とのことである。ちなみに、ネット上で、資料担当者（３年の任期付契約）を公募していた（2014年６月18日付）。資格要件としては、司書。法情報処理の経験ないし資格があることが望ましい、とされていた。

（６）管理・財務局

本局は、憲法院の財務の責任者たる局長とそれを補佐する７名の者からなる。また、会計監査院からの出向者である上席判事（conseilleur-maître）が会計管理者（conseiller financier）としての職務を行う[30]。憲法院の説明[31]によれば、本局は、憲法院裁判官その他の人事の管理、予算の作成と執行、建物や工事の管理、人的物的安全の確保、財政問題一般を処理することを任務とする。また、情報関係の業務も本局の担当である。

Ⅱ　憲法院における判決形成過程における調査局の関与の実際

憲法院の補佐機構が具体的にどのような活動をしているかを明らかにするために、2005年に憲法院調査局の責任者が判決形成過程における関与の実際を説明した記録が公開されている[32]ので、以下では、それを紹介することにしたい。

---

[30] A. Roux, *supra* note (24), p. 49.

[31] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/les-services-du-conseil/les-services-du-conseil.25721.html#sj

[32] La contribution des services à la prise de décision des cours constitutionnelles, les 29 et 30 septembre 2005, in http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20050930.

「合憲性優先問題」制度が導入される以前の事前審査制の下で憲法院が抽象的審査を行って憲法判断を行うまでに与えられている時間は、大統領による審署に先立つ１ヶ月という極めて短い期間であり、緊急の状況においては、わずか８日しか与えられていない（憲法61条３項）。2001年１月１日から2005年までの審査期間は、平均13日である。また、抽象的審査であるゆえに、具体的に適用される際にどのような問題が生じるかを予測して審査を進めなければならない。

必ず憲法院が違憲審査を行う組織法律等は別として、通常法律については、それぞれの法律が憲法院に申立てがなされる可能性があるかどうかについて検討するところから、憲法院の内部の仕事は始まる。法案審議に際して、野党が審議対象法案とすることについて異議を申立てる場合には、憲法問題が存在していると考えていることを意味し、憲法院への申立ての方針があることがわかる。また、コンセイユ・デタが非公開であれ法案の違憲性の見解を示している場合には、憲法院に申立てが行われる可能性が高い。このような段階で、憲法院院長が事前報告者を指名すれば、申立てを予想した仕事を開始することができる。具体例として、ヨーロッパ憲法条約のケースを挙げることができる。本条約は、2004年10月29日に調印され、同日に憲法院に違憲性に関する申立てが大統領によってなされた。問題は、本条約が長大で複雑な条約であることであった。本条約の違憲性については大統領が憲法院に判断を求めることを数ヶ月前から明らかにしていたので、申立てに先立って、事前報告者が指名された。それゆえ、このケースでは、４ヶ月間の作業期間を確保することができた。ただ、いつでも申立てがなされるかどうかの憲法院の予測が的中するわけではない。

実際に、ある法案が憲法院に申立てがおこなわれると報告担当裁判官（rapporteur）[33]が院長によって指名され、報告担当裁判官の指示の下で調査局

---

pdf. 本発言は2005年にスロヴェニアで行われたヨーロッパ憲法裁判所の事務総長会議でフランスの憲法院調査局の責任者が発言した記録である。憲法院の権限に属する選挙争訟については、別の方法で行われるとのことである。cf. D. Rousseau, *supra* note (19), pp. 84-85.

[33] Jacques Robert（在任1989-1998年）によれば、報告担当裁判官は、事件ごとに院長によって指名されるが、その際、院長は、それぞれの経歴・得意分野・興味関心に即し、また事件数のバランスに考慮し、不公平感が生じないように配慮しつつ指名する、とされる。Jacques Robert, *La garde la République : Le*

が予備的審理を行い、その所見を他の憲法院裁判官と政府に伝達する。政府が法案の弁護人としての役割を果たす。

予備的審理の所見を受けて、調査局と報告担当裁判官は協議を行い、政府への質問を作成し、首相代理者ないし関係省庁の代理者との会議において口頭で回答を得る[34]。なお、後日政府の回答を書面化したものが、判決時に同時に公表される。また、報告担当裁判官の依頼により、職権で提起された違憲問題については、政府宛の質問書（fiches）が作成されることもある。調査局は法的技術的問題についての非公開の覚書（notes）を作成する。報告担当裁判官が判決案を起草する際の参考資料となる。覚書は、事務総長、報告担当裁判官のほか、報告担当裁判官の同意の下で他の裁判官にも送付される。

調査局は、資料局や研修生の助力の下で、当該法律と申立て内容の理解に資するありとあらゆる文献と情報を収集する。具体的には、その調査対象は、議会議事録、憲法、行政、司法判例、学術論文、比較法・国際法に関する資料等に及ぶ。調査局は、報告担当裁判官と事務総長の指示の下で、申立てられたあるいは職権で取り上げた憲法問題についてのありうる回答案を検討する。

収集された全ての資料をもとに、調査局は報告担当裁判官と憲法問題についての検討会を開催し、報告担当裁判官は判決案の基本方針を伝える。場合によっては、調査局に追加調査を求めることもある。報告担当裁判官は、他の裁判官、事務総長、調査局も同席する会議において、専門家に対する意見聴取を行うこともある。

調査局は、報告担当裁判官の下す基本方針に従って判決案の原案を作成する。割当を受けた調査官の一人が作成した文案を他の２名の調査官と事務総長に送り、彼らの所見を元に修正を加えるが、他の調査官も作成に参加する。第一読会は、３名の調査官によって行う。第二読会は、事務総長、資料担当官、研修生も加わって行う。そしてその後、報告担当裁判官に判決草案が提出され、その下で１ないし２回の読会が行われる。読会では読み上げが行われ、内容と形式の両面が検討される。

Conseil constitutionnel raconté par l'un de des membres, Plon, 2000, p. 100 et s. cf. D. Rousseau, *supra* note (19), p. 84.

[34] 事前審査の場合、政府の回答は提訴者に回付され、提訴者が更に反論を行えば、それに対して政府が再回答をすることがあり得る。

当該申立てに関係する手続書類を補完するものとして、調査局の指示の下で資料局が作成する資料書類が提出される。これに対して、事務総長や報告担当裁判官が内容の補充を命ずることがある。資料書類は、他の憲法院裁判官が審理を行う際の重要な資料となる。資料書類は、根拠となる憲法規範、問題となった法律についての議会資料、参考に資する学術論文、現行の法律規定、憲法院判例（場合によっては、他の国内・ヨーロッパ・他の外国裁判所の判例含まれる）

調査局の任務は主に報告担当裁判官を補佐することであり、報告担当裁判官が立場を定めるまでは一定の自律性を有するも、事務総長や調査官が判決を下すのではないから、ひとたび報告担当裁判官が立場を定めたら、調査官が違う見解を有していたとしてそれに忠実に従う。

事務総長と調査官は、憲法院裁判官による合議の場に出席する。院長の要求があれば、技術的問題や判例の状況等について発言する。調査官は、審理の議事録を作成する。調査官の活動は、合議制に貫かれている。すなわち、調査局の内部での合議制、事務総長と調査局との間の合議制、報告担当裁判官との間の合議制が存在している。

判決の公表後の「アフターサービス」として、判決集に収録するための判決の解説、官報の校正原稿の点検、事務総長とともに Cahiers に公表するための判例解説の執筆を行う。

Ⅲ　若干の検討

上記、Ⅱにおいて、憲法院事務総長や調査局の調査官が、判決形成過程においてどのような関与を行っているかについてみた。個別意見表明制度がない制度的条件の下で、このよう過程において実際に彼らが果たしていることは、憲法院裁判官にとっての補佐的な役割というよりもむしろ指導的な役割ではないか、と考える余地がある。憲法院裁判官を務めた社会学者 Dominique Schnapper が退任後に刊行した『憲法院に在籍したある社会学者』[35]で述べていること見ていくことによって、この点について確認することにしよう。Schnapper は、事務総長と報告担当裁判官との間で行われる議論は、憲法院裁判官相互間で行われるよりも、より長時間にわたり、より技術的で、より緊迫したものである、

[35] D. Schnapper, *supra* note (5), p. 286 et s.

という。しかも、事務総長が、報告担当裁判官と議論する以前に、判決草案を作成するために調査官との会議に参加していることが重要である、と指摘する[36]。報告担当裁判官が法律家出身であれば、事務総長が権威的な仕方で指導を行っていると考える可能性もある、という。おそらくこのような判例形成の仕方が定着してきたのは、判決が個別意見を付加することを許さず、憲法院の判決は、憲法院裁判官全体の名前で出されるからではなかろうか。Schnapperも示唆するように、このような判決形式を円滑に機能させるためには、憲法院裁判官の内部対立を明確化させ、最終段階で憲法院裁判官による投票によって判決内容を決定するよりも、憲法院裁判官間の広範なコンセンサスを生み出して全員一致で判決を確定させる方向にインセンティヴが生じるであろう。

憲法解釈は様々な個人的＝政治党派的を闘わせるところからしか生み出されない、という伝統に支えられているアメリカ最高裁判所とは異なり、個別意見表明制度を拒否するフランス[37]においては、憲法院がたとえ政治的機関によって様々な政治的意見や法律家としての専門的知見の有無にかかわらず任命される者たちによって構成される機関ではあっても、憲法院による憲法解釈の正当性は、結局のところ憲法院という国家機関そのものの組織的権威によって支えることができると考えられている。このことは、伝統的に裁判官の法創造作用に対する強い警戒の念を隠さないフランス法文化に根差している[38]。そうだとすれば、フランス憲法院の補佐機構の役割も、根本的にはこのようなフランス法文化によって規定されている、ということができよう。

本報告の作成は、井上武史氏（九州大学大学院准教授）の助力がなければ、全くもって不可能であった。井上氏の助力に対して、記して感謝を申し上げる次第である。ま

[36] Robertも、「判決草案の作成に積極的に参加する」、と証言している。J. Robert, *supra* note (33), p. 104.

[37] この問題についてのフランスにおける議論状況については、cf. Wanda Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica=Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 169 et s.

[38] Michel Troper (Intervention), in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, *supra* note (21), p. 192. 但し、フランス法文化という観念についての最近の批判的検討として、以下のものがある。Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française : Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècle*, CNRS Éditions, 2013

た、2013年９月25日に実施したインタヴューの実現に際しては、Dominique Rousseau 氏（パリ第一大学教授）のご尽力の賜物であった。この件についても、記して感謝を申し上げる次第である。

合衆国最高裁判所におけるロー・クラーク

中林　暁生

はじめに

合衆国最高裁判所におけるロー・クラーク（law clerk）制度については、日本において、すでに詳しい紹介がなされてきている[1]。実際、日本の最高裁判事経験者の中にも、このロー・クラーク制度に言及する者がいる。

たとえば、団藤重光は、かつて、調査官の年齢が上がっていった結果、「すくなくとも、アメリカのロー・クラークの人たちにみられる生気・情熱といったものは、こちらの調査官室にはないのではないか」とした上で、「最高裁の裁判官じたいの若返りが簡単に実現できないとすれば、調査官のほうにもう少し若い要素を加えることも検討してよいのではないかとおもう」と述べていた[2]。

また、最近では、泉徳治が、「最高裁が一般法令違反審査機能を強化し、特に冤罪の防止をはじめとする個々の事件の個別具体的救済機能を充実させるため、調査官室の大幅増員が是非とも必要である[3]」とした上で、「各裁判官専属の調査官（ロー・クラーク）を１人でも配置することが望まれる[4]」と述べている。そこで期待されているのは、各裁判官が各自の意見を形成していくための議論の相手になることと、文献調査等を補佐することであり[5]、具体的な制度として

---

[1] マイケル・Ｋ．ヤング「アメリカの連邦最高裁判所――ロー・クラーク（law clerk）とその影響を中心として」[1979-1] アメリカ法１頁以下、リチャード・Ｅ・シャーウッド（牟田康子訳）「『ロー・クラーク』と合衆国最高裁」『ジュリスト』778号（1982年）35頁以下、大越康夫「合衆国最高裁首席判事とロークラーク」『社会科学討究』42巻１号（1996年）235頁以下、重村博美「アメリカ合衆国におけるロークラーク制度と裁判官」『近畿大学法学』51巻１号（2003年）69頁以下等を参照。

[2] 団藤重光「裁判官を助ける者――最高裁判所調査官とアメリカのロー・クラーク」同『実践の法理と法理の実践』（創文社、1986年〔初出は1985年〕）55頁。

[3] 泉徳治『私の最高裁判所論――憲法の求める司法の役割』（日本評論社、2013年）136頁。

[4] 泉・前掲註３）138頁。

[5] 泉・前掲註３）138頁。泉の提言が、現行の調査官制度を増強することと共に唱えられているものであることに注意する必要がある。たとえば、現行の調査

は、弁護士１年生を、任期付職員として、２～３年、調査官として雇うことがイメージされている[6]。

日本の最高裁における調査官制度と対比される場合のアメリカのロー・クラーク制度の特徴としては、一般に、裁判官とロー・クラークとの関係が個人的な関係であることと[7]、ロー・スクール卒業後間もなく、「判決文の作成はおろか、裁判の経験もない[8]」者がロー・クラークを務めていることが挙げられる。以下では、このような形でイメージされる合衆国最高裁のロー・クラーク制度について概観することにするが、その前に指摘しておきたいことがある。

まず、ここで採り上げるのは、主に、合衆国最高裁におけるロー・クラークであり、連邦の下級裁判所および州裁判所におけるロー・クラークについては、ここでは採り上げない。また、ロー・クラークが、個々の裁判官にどのような影響を及ぼしているのか、という点も、紙幅の関係上、ここでは採り上げない[9]。

なお、前述のように、裁判官とロー・クラークとの関係は個人的な関係であるため、ロー・クラーク制度については、一般化になじまない事柄も少なくない。

官制度に代えて、ロー・クラークのような個人的調査官制度を導入することについては、大野正男が、「キャリアー裁判官でない裁判官にとっては適材を得るのに困難であり、裁判所外の人材が現在調査官のしている仕事を全て行うことも考え難い」としている（大野正男『弁護士から裁判官へ』〔岩波書店、2000年〕59頁）。その上で、大野は、「確かに個別意見を書くためには、多くの苦心と時間を必要とするが、個人的調査官がいないことにその一つの原因があるとは思えなかった」とも述べている（同59頁）。

[6] 泉・前掲註３）138頁。当然のことながら、適切な人材を得ることができるか、という問題もあるが、この点について、泉は、「現在、日本の大手法律事務所は、多数の若手弁護士を任期付職員として２年程度の期間で行政省庁等へ出向させており、調査官を志望する弁護士は十分にいる」としている（同138 ～ 139）頁。

[7] 判事と調査官との関係は、夫婦、親子、恋人同士の関係に準ずる親密な関係であると評される。Patricia M. Wald, *Selecting Law Clerks,* 89 MICH. L. REV. 152, 153 (1990). 重村・前掲註１）78頁。

[8] 大野・前掲註５）56頁。

[9] *See, e.g.*, ARTEMUS WARD & DAVID L. WEIDEN, SORCERERS' APPRENTICES: 100 YEARS OF LAW CLERKS AT THE UNITED STATES SUPREME COURT 150-199 (2006).

1　ロー・クラーク制度の歴史

合衆国最高裁におけるロー・クラーク制度は、グレイ（Horace Gray）が、1882年に合衆国最高裁裁判官に就任したことによって始まる[10]。すなわち、マサチューセッツ州最高裁首席判事時代の1875年に、グレイはすでにロー・クラークを雇っており、グレイの合衆国最高裁裁判官就任に伴い、彼のロー・クラークも、合衆国最高裁のロー・クラークとなったのである[11]。そして、グレイに倣って、他の裁判官たちもロー・クラークを雇うようになったが、この当時のロー・クラークは、各裁判官により、私的に雇われていた。

1886年に、合衆国議会が、各裁判官毎の速記クラーク（stenographic clerk）の公費負担を認めた。さらに、1919年には、合衆国議会が各裁判官に、ロー・クラークの公費負担を認めることとしたが、これが、速記クラークに加えてロー・クラーク（law clerk）の公費負担をも新たに認めるということを意味するのかは、必ずしも明確ではなかったとされる[12]。とはいえ、翌1920年に、合衆国議会は、各裁判官毎の速記クラークとロー・クラークの公費負担を明確に認めた。その後、各裁判官毎に２名（1941年）、３名（1970年）、４名（1974年）と、ロー・クラークの増員が行われて、今日に至っている。

2　ロー・クラークの選抜

ロー・クラークの選抜は各裁判官が行う。その際にどのような点を考慮するのかは、裁判官によって様々である[13]。

---

[10] 裁判官を補佐する者としては、メッセンジャー（messenger）がすでにいた。合衆国議会は、1867年に、メッセンジャーの公費負担を認めている。Chester A. Newland, *Personal Assistants to Supreme Court Justices: The Law Clerks,* 40 Or. L. Rev. 299, 300 (1961). メッセンジャーの仕事内容は、各裁判官により異なるが、使いっ走りや給仕あるいは運転手といった仕事を行っていた。*Id.*

[11] *See* Todd. C. Peppers, *Birth of an Institution: Horace Gray and the Lost Law Clerks in* In Chambers: Stories of Supreme Court Law Clerks and Their Justices 17 (Todd C. Peppers & Artemus Ward eds., 2012).

[12] Newland, *supra* note 10, at 302-303. *See also* Todd C. Peppers, Courtiers of the Marble Palace: The Rise and Influence of the Supreme Court Law Clerk 83 (2006).

[13] 別の人に選抜を頼む裁判官や、資格審査委員会を設け、その委員に面接をさ

まず、考慮要素として考えられるのは、出身ロー・スクールであろう。ロー・クラーク制度発足当初は、ロー・クラークの出身ロー・スクールはハーヴァードに限られていたが、その後は――出身ロー・スクールの多様性を考慮する裁判官もいることから――出身ロー・スクールの数も増加してきており、ウォード（Artemus Ward）とウェイデン（David L. Weiden）の研究によれば、出身ロー・スクールの数は77校にまで増加している（データ等は2002年までのものである）[14]。とはいえ、これらのうち23校は１人のロー・クラークを、14校は２人のロー・クラークを、10校は３人のロークラークを輩出したにとどまっている。全体の45％はハーヴァードとイェールの出身者によって占められており、さらに、シカゴ、コロンビア、スタンフォード、ヴァージニア、ミシガンの５校を加えた７校が全体の73％を占めている[15]。

ロー・スクールでの成績や、ロー・スクールの教授による推薦状等に加えて、ロー・レビューの編集委員を務めていたことを重視する裁判官もいる。この場合、学界における最新の理論などを知っていることが期待されているといえるが[16]、たとえば、合衆国最高裁裁判官および同首席裁判官を務めたレーンクィスト（William H. Rehnquist）は、編集委員としての仕事を通じて、他の人々と共に仕事をする能力等が得られること[17]も指摘している。

下級裁判所判事のロー・クラークとしての経験を積んでいることも、近年では考慮要素の一つになってきている。たとえば、レーンクィスト・コート（Rehnquist Court）の時代（1986-2002）には、600人のロー・クラークのうち589人（全体の98％）が、合衆国最高裁のロー・クラークに就く前に、すでに下級裁判所においてロー・クラークとしての経験を積んでいる[18]。

せる裁判官もいる。シャーウッド・前掲註１）36頁。

[14] Ward & Weiden, *supra* note 9, at 72.

[15] *Id.* at 72-73.

[16] 重村・前掲註１）79頁。

[17] William H. Rehnquist, The Supreme Court 231-232 (New Ed., 2006). ウイリアム H・レーンクィスト（根本猛訳）『アメリカ合衆国最高裁』（心交社、1992年）308 ～ 309頁。

[18] Ward & Weiden, *supra* note 9, at 77. ロー・クラーク経験者の中でも、特に、連邦控訴裁判所のロー・クラーク経験者が多数を占めるようになっている。バーガー・コート（Burger Court）の時代（1969-1985）は、連邦控訴裁判所のロー・

このようにロー・クラークとしての経験を積んでいることが一般的になってきたことの理由として、ウォードとウェイデンは、まず、合衆国最高裁のロー・クラーク志願者間の競争が激しくなってきたことを挙げている[19]。すなわち、合衆国最高裁のロー・クラークを務めたことが、その後、一流法律事務所や政府機関への就職につながっていくことから、ロー・クラーク志願者の数が増大したため、エリート・ロースクールを良い成績で卒業しても、合衆国最高裁のロー・クラークの地位が約束されているわけではなくなってきているのである。そこで、志願者達は、下級裁判所の判事の下でロー・クラークとしての経験を積み、かつ、その判事の推薦状をもらうことで、それらを自らのセールスポイントにしようとするのである。

ウォードとウェイデンは、また、――後にみるように――ロー・クラークの責任が時代とともに増大してきたことに伴い、合衆国最高裁の裁判官が、ロークラークの経験を評価するようになってきたことも、ロー・クラーク経験者の増加の理由として挙げている[20]。

裁判官の中には、地域的バランスを考慮要素とする者もいる。たとえば、ウォーレン（Earl Warren）は、委員会を設けて、その委員会にロー・クラークの選抜を委ねていたが、その際に、少なくとも西部から１名、東部から１名は選ぶようにさせていたという[21]。また、ブラック（Hugo Lafayette Black）が、将来、その者が南部に戻ることを期待して、南部出身者を採るようにしていた、というのは比較的よく知られている[22]。

性別や人種も、少なくともかつては、考慮要素となっていたかもしれない。たとえば、初めての女性ロー・クラークは、1944年開廷期に、ダグラス（William

---

クラーク経験者はロー・クラーク経験者の85％を占めていたのに対し、レーンクィスト・コートの時代には、92％まで増大している。バーガー・コートの時代は、ロー・クラーク経験者のうち、連邦地方裁判所のロー・クラーク経験者が12％、州裁判所のロー・クラーク経験者が３％だったのに対し、レーンクィスト・コートの時代には、連邦地方裁判所のロー・クラーク経験者は７％、州裁判所のロー・クラーク経験者は0.3％となっている。*Id.*

[19] *Id.* at 78.

[20] *Id.*

[21] *Id.* at 85.

[22] *Id.*

Orville Douglas）によって採用されたが、２人目の女性ロー・クラークが採用されたのは、1966年開廷期においてである[23]。その後は、時代の推移とともに女性ロー・クラークの数は増加していき、1998年開廷期には、女性ロー・クラークが全体の39％に達した[24]。また、初めてのアフリカ系アメリカ人のロー・クラークは、1948年開廷期に、フランクファーター（Felix Frankfurter）によって採用されたが、２人目のアフリカ系アメリカ人のロー・クラークが採用されたのは、1967年開廷期においてである[25]。

そのほかには、思想が考慮要素となる余地がある。たとえば、保守的な団体に属していたのか、それともリベラルな団体に属していたのか、志願者がどの下級裁判所判事の下でロー・クラークを務めていたのかなどが、裁判官の考慮に何らかの影響を及ぼしている可能性はある[26]。とはいえ、ウォードとウェイデンは、思想が、ロー・スクールでの成績や下級裁判所におけるロー・クラークとしての経験よりも重要な考慮要素となっているわけではないとする[27]。

３　ロー・クラークの任務

ロー・クラークの任期は、多くの場合、一開廷期である[28]。

ここでは、裁量上訴（certiorari）、口頭弁論（oral argument）、そして、意見の執筆（opinion writing）の各段階に分けて、ロー・クラークの任務を概観することとする。

---

[23] *Id.* at 89.

[24] *Id.* at 91.

[25] *Id.* at 94. その後も、アフリカ系アメリカ人、アジア系アメリカ人、ヒスパニックの比率が高くなってきているわけではないが、この問題は、ロー・スクールの優秀な卒業生における人種的バランスが影響していることに注意する必要がある。*Id.* at 96-98.

[26] *Id.* at 107.

[27] *Id.*

[28] 合衆国最高裁の開廷期は、10月の最初の月曜日から始まり、通常は翌年の６月に終わる（田中英夫編集代表『英米法事典』〔東京大学出版会、1991年〕847頁）。レーンクィストは、新ロー・クラークには合衆国最高裁が夏休みに入る７月初めに仕事を始めることを求め、前のロー・クラークの１人には、10日程残って、新ロー・クラークが仕事に慣れるよう指導することを求めていた。Rehnquist, *supra* note 17 at 232. レーンクィスト・前掲註17）309頁。

（1）裁量上訴

合衆国最高裁に対しては、一開廷期に7,000件を超す上訴がなされているが、そのすべてにつき、合衆国最高裁は本案にまで立ち入って審理しているわけではなく、実際に合衆国最高裁が口頭弁論を開き、合議を行い、意見の執筆者も明らかにして判決を言い渡すのは、一開廷期当たり100件に満たない[29]。上訴を受理するか否かは上訴を受ける裁判所の側の裁量に委ねられており、実際には、９名の裁判官のうち４名の裁判官が審理を行うにふさわしいと考えれば、裁量上訴の申立てが認められることになる（rule of four）[30]。

かつては、各裁判官のロー・クラークが、別個に各事件についてのメモを作成し、そのメモに基づいて、各裁判官は裁量上訴についての判断を行っていた。その後、1973年に、パウエル裁判官が、希望する裁判官がロー・クラークを出し合い、そこに属するロー・クラークが作成したメモ（プール・メモ）――すなわち１つの事件につき、１人のロー・クラークが作成したメモ――を各裁判官が共有するという方策を提案した（裁量上訴プール〔Cert. Pool〕）。このような形を採ることで、ロー・クラークの負担は軽減されることとなった。このようにして作成されたメモ（プール・メモ〔Pool Memo〕）には、事件の争点と概要および上訴を受理するべきか否かについての勧告が記されている[31]。

作成されたプール・メモは、裁量上訴プールに参加している各裁判官に配布される。裁判官は、このプール･メモを自分のロー･クラークに検討させ、プール・メモに同意するか、それとも、より詳細に事件を分析した上で、プール・メモには同意しない旨を記させるが[32]、そのようにはしない裁判官もいる[33]。

なお、裁量上訴プールに参加しない裁判官は、自分のロー・クラークの作成したメモを使用することになる。

当初は、５名の裁判官がこの裁量上訴に参加していたが、その後、裁量上訴

---

[29] 紙谷雅子「レーンキスト・コートの裁量上訴」宮川成雄編『アメリカ最高裁とレーンキスト・コート』（成文堂、2007年）91頁。

[30] 紙谷・前掲註29）104 ～ 105頁。

[31] Ward & Weiden, *supra* note 9, at 125.

[32] H. W. Perry, Jr., Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court 42 (1991).

[33] Dan T. Coenen, Book Review, 10 Const. Comment. 180, 183 (1993).

に参加する裁判官の数は増加している[34]。

（２）口頭弁論（oral argument）

裁判官は、ロー・クラークに、口頭弁論および合議の際に使用するためのベンチ・メモ（Bench Memo）を作成させる。ベンチ・メモには、事実の詳細、事案の分析、さらに、多くの場合は本案についてのロー・クラークによる勧告が記されている[35]。

これに対し、レーンクィストは、ロー・クラークにはベンチ・メモを作成させなかったという。彼は、口頭弁論に先だって、当該事件についての下級審の意見、上訴人の書面（brief）、被上訴人の書面の順に読むことにしていたが、その事件を担当するロー・クラークにも同様の作業を行わせていた。その上で、そのロー・クラークと意見交換を行って（上訴人らの書面では十分でない場合には、ロー・クラークにその点についてのメモの作成を頼むこともある）、口頭弁論の準備を行っていた[36]。

（３）意見の執筆

---

[34] マーシャル（Thurgood Marshall）が退官した後は、裁量上訴プールに参加しなかった裁判官はスティーヴンス（John Paul Stevens）のみであった。Nancy S. Marder, *Justice Stevens' Jurisprudence of Respect,* 44 Loy. L.A. L. Rev. 843, 844, n. 2 (2011). なお、2006年に合衆国最高裁裁判官となったアリート（Samuel Anthony Alito, Jr.）は、一度は裁量上訴プールに参加したものの、2008年に裁量上訴プールから離脱している。Adam Liptak, *A Second Justice Opts Out of a Longtime Custom: The 'Cert. Pool'*, N.Y. Times, Sept. 26, 2008, at A21, available at http://www.nytimes.com/2008/09/26/washington/26memo.html?_r=0 (last visited Mar. 24, 2015).

[35] Ward & Weiden, *supra* note 9, at 3.

[36] Rehnquist, *supra* note 17, at 240-241. レーンクイスト・前掲註17）319～321頁。フランクファーター裁判官のロー・クラークを務めたシャーウッド（Richard E. Sherwood）によると、フランクファーターは「口頭で議論するのが大好きで、事件について他人の見解を押しつけられたり、こういう質問をしたら等という示唆を受けることを好」まず、「事前に準備書面を読んでおくか、さもなければ直接、弁論の場において当該弁護人の陳述に基づいて質問するといったやり方」を採っていたという（シャーウッド・前掲註１）37頁）。

裁判官による意見の執筆の際のロー・クラークの関わり方もまた、多様である。この関わり方を、ウォードとウェイデンは、「委任（delegation）」、「保持（retention）」および「共同（collaboration）」に分類している[37]。

「委任」とは、裁判官が第一稿の執筆をロー・クラークに委ね、裁判官が、その草稿の修正を行うという形でのロー・クラークの関わり方をいう。「保持」とは、意見を執筆するのはあくまでも裁判官であり、ロー・クラークが、引用、脚注、校正などの作業を行うという形で関わる関わり方をいう。「共同」とは、裁判官とロー・クラークが、共同して、一つの意見を構築していくという形でのロー・クラークの関わり方をいう[38]。

かつては「保持（retention）」が一般的であったが[39]、今日では、「委任（delegation）」が一般化している[40]。「共同（collaboration）」は、「保持（retention）」や「委任（delegation）」と比べれば数は少ないものの、この方式を採る裁判官もいる[41]。

---

[37] Ward & Weiden, *supra* note 9, at 212.

[38] *Id*.

[39] *Id*.

[40] *Id*. at 214. 1990年～1992年にスティーヴンズ裁判官のロー・クラークを務めたマーダー（Nancy S. Marder）は、「私がスティーヴンズ裁判官のロー・クラークとして働いていたとき、彼は、自身の意見の第一稿を執筆していた唯一の裁判官だった」と述べている。Marder, *supra* note 34, at 844.

[41] Ward & Weiden, *supra* note 9, at 212.

カナダ最高裁判所におけるロー・クラーク

佐々木雅寿

はじめに

本稿は、カナダ最高裁判所（以下「カナダ最高裁」）におけるロー・クラーク（Law Clerk）（以下「クラーク」）の歴史、選考方法、仕事内容とその影響等を概観することを目的とする。しかし、カナダでは、クラークに関する文献が極めて少なく[1]、本稿も限られた資料に基づくため、その説明も限定的とならざるを得ない。

Ⅰ　カナダ最高裁におけるロー・クラークの歴史

カナダ最高裁のLocke裁判官は、1948年にカナダ最高裁でクラークを採用すべきとする最初の提案をしたが、実際にクラークが採用されたのは1968年からであった[2]。クラーク制度を採用した主な理由は、カナダ最高裁の仕事量が増加したことであったが、アメリカにおける同制度の成功も影響したと考えられる[3]。この点、1966年には、連邦制度を採用するカナダには連邦裁判所にクラークを採用すべき政治的利点があるといったカナダ特有の指摘もされている。すなわち、各州における政治的・社会的な考え方の変化が裁判官とクラークとの話し合いの中に反映され、また、クラーク経験者が各州で法実務に携わり、その結果、各州における連邦裁判所の評価が徐々に高まる可能性があるという主

---

[1] M. J. Herman, “Law Clerking at the Supreme Court of Canada” (1975) 13 Osgoode Hall L. J. 279; M. McInnes, J. Bolton & N. Derzko, “Clerking at the Supreme Court of Canada” (1994) 33 Alta. L. Rev. 58; L. Sossin, “The Sounds of Silence: Law Clerks, Policy Making and The Supreme Court of Canada” (1996) 30 U. B. C. L. Rev. 279.

McInnes 等は、ロー・クラークには守秘義務があるため、カナダ最高裁からの明示的同意がなければ、職務に関する内容を公表することができないことを指摘する（McInnes *et al*, at 58 footnote 1.）。

[2] J. G. Snell & F. Vaughan, *The Supreme Court of Canada: History of the Institution* (University of Toronto Press, 1985) at 223.

[3] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 60.

張である[4]。

1968年、最初にクラークが採用された際、カナダ最高裁の９人の裁判官にそれぞれ１人のクラークが認められた。その後、1983年には１人の裁判官に２人のクラークが、そして、1989年には、現在と同様、１人の裁判官に３人のクラークが認められた。クラークの数が増加された主な理由は、カナダ最高裁の仕事量の増加と、カナダでのクラーク制度の成功であった[5]。

クラークの主な仕事内容は、Ⅲで説明するように、①上訴許可に関するメモ（Leave Memoranda）（以下「リーブメモ」）の作成、②上訴事件に関するメモ（Bench Memoranda）（以下「ベンチメモ」）の作成、③判決理由の草案作成補佐で、これまであまり変化していない。しかし、歴史的にみると、クラークの役割を変えるいくつかの重要な要因があった[6]。

第１は、上訴制限である。クラークが初めて採用された1968年、カナダ最高裁が判断したほとんどの事案は、権利として上訴されたものであった。しかし、1975年、最高裁判所法（*Supreme Court Act*）の改正により、民事事件の権利としての上訴が廃止された。現在、ほとんどの民事事件と多くの刑事事件は、カナダ最高裁の裁量に基づく上訴許可（Leave）がなければカナダ最高裁への上訴は認められない。その結果、上訴許可申請の数が増加し、カナダ最高裁の裁判官は、上訴の許否に関し、クラークのサポートを強く必要とするようになった。

第２に、1975年の最高裁判所法の改正は、判断する事案をカナダ最高裁自身が決定することを可能とし、カナダ最高裁とクラークの役割を変える効果を伴った。カナダ最高裁は、下級審の誤審を修正する裁判所から、国全体にとって重要な事案のみを判断する裁判所へと変化した。そのため、クラークによる調査も、判決の直接的な影響のみならず、判決がもちうる政策上の広範な潜在的意味合いをも考慮する必要が出てきた。特に1982年の「権利および自由に関するカナダ憲章（*Canadian Charter of Rights and Freedoms*）」（以下「人権憲章」）の制定は、カナダ最高裁に人権保障という新たな役割を加えた。

---

[4] B. A. Crane, “Law Clerks for Canadian Judges” (1966) 9 Can. Bar J. 373 at 375.

[5] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 61 and footnote 85.

[6] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 61-62.

クラーク制度を発展させた第３の要因は技術の進歩である。初期のクラークは手書きのメモやタイピストが打ち出したメモを利用し、調査も判例カードや判例集の判例索引等を利用していた。しかし、今日、クラークは、コンピュータを使い、データベースを用いて調査を行っている。そのため、メモの分量も調査の範囲も増大している。

クラーク制度の導入とその発展は、カナダ最高裁の発展に十分に貢献したと評価されている。クラークの補佐を受け、カナダ最高裁は、私的紛争解決型の司法から、政策形成型の司法への変化を遂げたと評価されている。現在、クラーク制度は、カナダ最高裁の司法過程において、確立された不可欠な要素となっている[7]。

Ⅱ　ロー・クラークの選考方法

カナダ最高裁のホームページに、クラーク採用に関する情報があり、毎年27人のクラークが募集されている[8]。2016年８月または９月からのクラーク採用の手続は、2015年１月23日に締め切られた。クラークに出願するのは、通常、ロー・スクールの２年生であるが、３年生や修了後数年経ってから出願する場合もある[9]。

カナダ最高裁のクラークに出願する場合、願書は、特定の裁判官に対してではなく、カナダ最高裁に提出される[10]。多少古いデータではあるが、1993年の出願者は160人、1994年は211人であった[11]。また、2011年の出願者は209人であった[12]。

すべての願書は、９人の裁判官に配布され、クラークが予備的な選考を行い、人数を絞ったリストを裁判官に提出する。裁判官は人数を絞ったリストからさ

---

[7] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 62-63.

[8] Law Clerk Program (http://www.scc-csc.gc.ca/about-apropos/empl/lc-aj-eng.aspx)

[9] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 63.

[10] Law Clerk Program, *supra* note 8; McInnes *et al*, *supra* note 1 at 63.

[11] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 64.

[12] C. Schmitz, "SCC Seeks Imagination and Writing Skills from Clerks: LeBel Explains what He Looks for and how Judges Get their Pick" (April 15, 2011) 30 (46) Lawyers Weekly 8.

らに候補者を選び面接する。例えば、1994年、211人のうち80人が面接を受けたが、実際には234回の面接が行われた。これは、面接を受けた１人の出願者は平均３人の裁判官の面接を受けたことを意味する[13]。

面接の後、最終選考が行われる。長官は、３人のクラークを最初に選び、他の裁判官は、先任の順に、一度に１人のクラークを選び、１順目が終わると、２順目、３順目と進む[14]。

出願資格は、公認されたカナダの大学またはそれと同等の大学で法学士または法務博士（Juris Doctor）の学位を取得した者で、かつ、カナダ国籍またはカナダの永住権を有する者か、カナダにおける就労許可を得ている者である。選考では、カナダ国籍を有する者が優先される[15]。

選考基準としては、公用語である英語とフランス語のうち１つの言語が堪能であることが必須条件で、出願者は、両方の公用語を読み、書き、話すことがどの程度堪能であるのかを示すことが求められる。選考は、推薦状、学歴と成績、言語能力、法律関係と非法律関係の経験内容等の総合評価で行われる[16]。この点、カナダ最高裁のLeBel裁判官は、創造力（imagination）、独創力（creativity）、文書作成能力、そして時には、法律科教授の助手や連邦上訴裁判所等でのクラークの経験を重視することを明かす[17]。

McInnes等は、①英仏２か国語が堪能な者、②コモン・ローとケベック州の民法典の両方の教育を受けた者、③法的調査と法的文書作成に関する適性を示すことができる論文等の執筆経験を持つ者等は、クラークに選ばれる可能性が比較的高いとし、重要な素質のひとつは、重圧の下、効率よく、かつ、機嫌よく仕事をすることであると指摘する[18]。

現在、クラークは１年間雇用され、年俸は、64,505カナダドル、日本円で約

---

[13] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 64.

[14] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 64. この点、カナダ最高裁のLeBel裁判官は、１順目は先任順に選び、２順目は逆の順番で選び、３順目はまた先任順で選ぶと説明する（Schmitz, *supra* note12.）。

[15] Law Clerk Program, *supra* note 8.

[16] Law Clerk Program, *supra* note 8.

[17] Schmitz, *supra* note 12.

[18] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 65-69.

594万円（1カナダドル＝92円換算）となっている[19]。

通常は、ロー・スクール修了後直ちにカナダ最高裁のクラークとなるため、20代後半のクラークが多い[20]。

Ⅲ　ロー・クラークの仕事内容

「ロー・クラークは、自分が補佐する裁判官の指示の下、法に関する調査、法に関するメモの準備、そして、裁判所における裁判官の仕事の一般的な補佐をする」[21]。もちろん、クラークの仕事内容や性質は、各裁判官の要求と期待度によって大きく異なり、例えば、裁判官が法廷外で行うスピーチや、論文作成の補佐を求められることもある。しかし、すべてのクラークによって行われる基本的な仕事内容は、①リーブメモの作成、②ベンチメモの作成、③判決理由の草案作成補佐である[22]。個別の事情によって異なるが、通常、クラークの仕事量の約25％がリーブメモの作成、約50％がベンチメモの作成、約15％が判決理由の草案作成補佐、約10％がその他となっている[23]。

1　上訴許可に関するメモ（Leave Memoranda）の作成

最高裁判所法40条1項は、「公共的な重要性（public importance）」がある問題、または、法の重要な問題が含まれる事案等に上訴許可を与える旨規定する。2013年に上訴の許否が判断されたのは全体で517件、そのうち上訴が認められたのは46件、ペンディングが57件であった。2003年から2012年10年間、上訴の許否が判断されたのは年平均528.6件、上訴が認められたのは年平均65件、上訴が認められる確率は年平均12.3％であった。また、2013年に上訴の許否が判断された517件のうち、憲法に関係する事案は全体の23％であった[24]。

通常、上訴の許否は、3人の裁判官で構成される、3つの部（panel）において、書類審査で判断され、結論のみが示され、原則として理由は示されない。

---

[19] Law Clerk Program, *supra* note 8.

[20] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 66.

[21] Law Clerk Program, *supra* note 8.

[22] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 70.

[23] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 74.

[24] Statistics 2003 to 2013 (http://www.scc-csc.gc.ca/case-dossier/stat/index-eng.aspx).

各クラークは３つの部のうち１つに配属され、リーブメモを準備する。このメモで、クラークは上訴許可申請の予備的スクリーニングを行い、上訴を認めるべきか否かの提案を行う。メモの長さは、４頁から40頁の間で、多くは15頁程度であり、１人のクラークは１年間で約20のリーブメモを作成する。リーブメモの内容は、重要な事実、手続きの流れ、下級裁判所の判決の要約、争点、当事者の主張内容の要約、そして最も重要で最も長い部分として上訴の許否に関する分析である[25]。

上訴許可の判断過程においてクラークの影響を正確に評価することは困難であるが、①カナダにおいてクラークが不当な影響力を発揮する危険性は最小限に留まっている[26]、②裁判官の最終判断と比較すると、クラークは、裁判官よりも多くの場合に上訴を認めるべきという提案をする傾向がある、③クラークがこの段階で裁判官を一定の方向へ誘導するインセンティブをもたない、④上訴許可の判断過程においてクラークの、若い、多様性のある観点や、ロー・スクールでの最新の教育内容を裁判官に示すことは有益である、⑤クラークの影響は、上訴を望む者にとって不利にではなく、有利に働く[27]等の評価がされている。

２　上訴事件に関するメモ（Bench Memoranda）の作成

カナダ最高裁は、2013年に75件の事案を審理し、2003年から2012年の10年間、年平均75.8件の事案を審理した。また、2013年にカナダ最高裁が審理した75件のうち、憲法に関係する事案は全体の28％であった[28]。

カナダ最高裁が事案を審理する場合、口頭弁論が行われる。通常、クラークは、裁判官に依頼され、弁論前にベンチメモを準備する。これは、クラークにとって最も重要な仕事である。裁判官が関与するすべての上訴事件についてメモの準備を要求される場合もあれば、いくつかの事案についてのみメモの作成を依頼される場合もある[29]。

---

[25] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 70-72.
[26] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 73.
[27] Sossin, *supra* note 1 at 290-292.
[28] Statistics 2003 to 2013, *supra* note 24.
[29] Sossin, *supra* note 1 at 292.

ベンチメモには通常、事実の概要、手続きの流れ、下級裁判所の判断の要約、当事者の主張内容の要約、結論の提案等が含まれ、その分量は、リーブメモよりもかなり長く、平均すると20頁から45頁である。メモの長さは、争点の数と複雑さ、事実・争点・法的主張が述べられているファクタム（factum）を提出する当事者や訴訟参加者の数、裁判官の指示内容と期待度、クラークの調査や書き方の違いによって異なり、75頁必要な時も、15頁で足りる場合もある[30]。

クラークは、下級裁判所の判決、ファクタムを読み、当事者が言及する先例や議論を批判的に検討し、その説得力を評価し、問題点を見つけ出すこと、また、弁護士が主張しなかったアプローチを示唆したり、考慮されていない先例を指摘することも求められる[31]。一般的には、クラークの役割は、一方当事者の主張を擁護することではなく、両当事者の主張を批判的に分析し、適用可能な法の綿密な解説を裁判官に提供することである[32]。ベンチメモにどの程度の重要性を見いだすのかは裁判官によって異なるが、メモは、しばしば、裁判官が上訴事件を最初に検討する際のフィルターとして機能する[33]。

ベンチメモを受けとった裁判官は、メモを作成したクラークに、さらなる調査を依頼したり、議論のある争点について当該クラークと議論することもある。クラークとの議論は、裁判官にとっては、適用すべき法の適切な解釈や特定の事案がもつ政策上の影響等についての考えをまとめるためのものである。しかし、それは、クラークの教育のために行われるという側面もある[34]。

クラークとの議論にまったく影響を受けない裁判官がいるとは考えられないし、クラークとの議論の内容がそのまま判例理論となることもほとんど考えられない。しかし、裁判官とクラークとの議論は、裁判官とクラークの仕事のやり方を規定し、最終的には、組織としてのカナダ最高裁の文化を形作るのに役立つとの指摘がある[35]。

また、裁判官とクラークとの議論と同様、クラーク同士の議論も重要な影響

---

[30] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 74; Sossin, *supra* note 1 at 292.

[31] Herman, *supra* note 1 at 281.

[32] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 74.

[33] Sossin, *supra* note 1 at 292.

[34] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 74; Sossin, *supra* note 1 at 292-294.

[35] Sossin, *supra* note 1 at 293-294.

力を持つ可能性がある。カナダ最高裁の場合、クラークは、裁判官室から離れた、大部屋で仕事をし、５人から９人のクラークが、同時に同じ事案について調査することもある。その場合、クラーク同士が当該事案について議論し、それが､それぞれのクラークが作成するベンチメモの内容に影響することもある。もちろん、クラーク全員が同じ結論になることもあれば、別の結論に達することもある[36]。

３　判決理由の草案作成補佐

カナダ最高裁は、2013年に78の判決を出し、2003年から2012年の10年間、年平均75.1の判決を出した[37]。

判決理由の作成にクラークがどの程度関与するのかは裁判官によって異なる。多くの裁判官は、クラークを校正のために活用するが、一般的には、それ以上の仕事をクラークに任せている[38]。

まず、裁判官が、ベンチメモを準備したクラークに対し、明確な言葉で、採用すべき理由づけと結論とを示し、草案の全部または一部の作成を依頼する場合がある。その後、出来上がった草案に何度も修正を加え、クラークが作成した最初の草案は完成版の単なる青写真としての意味を持つに過ぎなくなる[39]。また、裁判官が骨組みの草案をクラークに示し、クラークが必要な調査をしたうえで、引用を加え、骨組みに肉付けをする場合もある。さらに、裁判官が、クラークに２つの異なる結論の草案を作らせ、どちらがより説得的かを検討した例もあった[40]。

草案作成に加え、クラークは、草案の校正作業も行う。クラークは、批判的なプロの読み手として､判決内容の明確性や説得性を評価し得る立場にもいる。もちろん、草案作成段階でかなりコミットしたクラークは、独立した客観的な読み手や批判者としての役割は減少するが、それでも草案を読み返すことに多

---

[36] Sossin, *supra* note 1 at 294.

[37] Statistics 2003 to 2013, *supra* note 24.

[38] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 75.

[39] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 75.

[40] Sossin, *supra* note 1 at 296. See B. Babinski, “Backstage at the Supreme Court of Canada” (April 1993) 17 (3) Canadian Lawyer 11.

くの時間が費やされる[41]。

草案が完成すると、他の裁判官に回付される。クラークが作成した草案に重要な変更を加えることなく草案を回付する裁判官も、また、クラークの補佐を一切受けることのない草案を回付する裁判官もいない[42]。他の裁判官から回付された草案を受け取った裁判官は、しばしば、当該草案に修正を加えずに、または修正を加えたうえで、同調すべきか否かを判断するために、当該事案についてベンチメモを作成したクラークにコメントを求める[43]。

アメリカ合衆国では、連邦最高裁のクラークが不当な権力をふるい、クラークが判決を書いていると指摘されることがある。しかし、カナダの場合、クラークが不当な権力をふるうことはなく、裁判官が判決を書く責任を放棄しているとの指摘は間違いであることが指摘されている。カナダ最高裁の判決は、あくまでも、９人の裁判官の作品であり、クラークがどのように判決作成に関与したとしても、判決が自分自身のものであると考えるクラークはいないことがクラーク経験者によって強調されている[44]。もちろん、そのことはクラークの影響を完全に否定するものではない。その意味では、判決理由は、せいぜい、裁判官とクラークの共同作業による作品であるとの指摘[45]がより適切であろう[46]。

もう１つ、クラークの影響として指摘すべきことに、クラーク同士のコミュニケーションがある。裁判官同士のコミュニケーションが必ずしも十分ではない場合、クラーク同士のコミュニケーションが、判決の内容に一定の影響を与える場合がある。１つは、ある裁判官のクラークが、他の裁判官のクラークを説得し、多数意見の形成を手助けする可能性がある。このような、クラークのネットワークによる、裁判官同士の対話の代行は、判断形成過程をゆがめるものと評価できよう。もう１つの例は、クラークのネットワークによって、調和的な判決が形成される可能性である。カナダ最高裁は、５人の裁判官による判断、７人による判断、９人全員による判断を行う場合がある。２つの裁判体で

---

[41] Herman, *supra* note 1 at 285.

[42] Sossin, *supra* note 1 at 296-297.

[43] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 75-76.

[44] Herman, *supra* note 1 at 288; McInnes *et al*, *supra* note 1 at 77; Sossin, *supra* note 1 at 298.

[45] Herman, *supra* note 1 at 288.

[46] Sossin, *supra* note 1 at 306-307.

類似の争点を判断し、それぞれが異なるアプローチをとる可能性がある場合、クラークのネットワークによって、調和的な判決が形成される場合もあり得る。これは、裁判官同士の対話不足を、クラークのネットワークが補うもので、肯定的に評価し得よう[47]。

おわりに

カナダ最高裁のクラーク制度は成功していると評価できよう[48]。第１に、クラークは、判決の質を高めるのに役立っている[49]。カナダ最高裁の判決が、法的根拠のみならず、哲学、社会科学または政策上の議論を踏まえて、広汎な理由を示し、長大となったことは、クラーク制度の存在と無関係ではない。特に、1982年に制定された人権憲章に関する多くの判決は、27人のクラークによって支えられていると評価できる[50]。

第２に、クラークは、カナダ最高裁の仕事の効率性を高めるのにも役立っている。2003年から2012年10年間、①上訴許可申請から上訴の許否が判断されるまでの時間は平均3.65月、②上訴が許可されてから口頭弁論までの時間は平均8.76月、③口頭弁論から判決までの時間は平均5.92月、④上訴申請から判決までの時間は平均18.33月である[51]。クラーク制度がなければ、このように早く判決を出すことはできないであろう[52]。

第３に、クラークの経験は、クラーク個人にとっても、かけがいのないものとなっている[53]。クラークの経験は、必ずしも成功を約束するものではないが、成功の可能性は高めている[54]。

近年、カナダ最高裁のクラークの役割はますます増大している。しかし、だからといって、カナダのクラークが、重大な説得力や影響力を持つことになるとは言えまい。なぜなら、裁判官とクラークとの間には知識と経験において大

---

47 Sossin, *supra* note 1 at 294-296.
48 McInnes *et al*, *supra* note 1 at 79.
49 McInnes *et al*, *supra* note 1 at 78, 79.
50 Sossin, *supra* note 1 at 298-304.
51 Statistics 2003 to 2013, *supra* note 24.
52 McInnes *et al*, *supra* note 1 at 78, 79.
53 McInnes *et al*, *supra* note 1 at 79; Herman, *supra* note 1 at 292.
54 McInnes *et al*, *supra* note 1 at 69.

きな差があり、クラークは1年間しか仕事をせず、その間に裁判官の信頼を得ることは難しいからである[55]。そうであれば、クラークは、カナダ最高裁の判決に、重大で、直接的な影響を与えているのではなく、最高裁の判断過程と政策形成に、微妙で間接的な影響を与えていると評価[56]すべきであろう。

カナダのクラークに関して特徴的なことは、アメリカと比較すると、クラークに関する研究が極端に少ないことである。アメリカではセンセーショナリズムが、そしてカナダでは、守秘義務に基づく沈黙が強く支配している。

カナダでクラークへの関心が低かった1つの理由として、社会の中でカナダ最高裁が政策形成機関であるとの認識が、近年まで少なかったことがあげられる[57]。しかし、カナダ最高裁が人権憲章に関し司法積極主義的傾向を示し、1990年代に入り、政治学者からカナダ最高裁の民主的正当性を疑問視する議論が出され、それとの関係で、クラークにも関心が向けられつつある。今後の議論が注目される。

[55] McInnes *et al*, *supra* note 1 at 78.

[56] Sossin, *supra* note 1 at 303-304.

[57] Sossin, *supra* note 1 at 305.

韓国憲法裁判所の組織機構と憲法研究官の役割

國分　典子

はじめに

韓国では、1987年の第九次憲法改正（一般に第六共和国憲法と呼ばれる）により憲法裁判所制度が導入され[1]、以来、同裁判所の積極的な活動が海外からも注目されてきた。韓国憲法裁判所の組織や活動については、すでに日本でも多くの紹介がなされている。しかし、日本の調査官に似た役割を果たす憲法研究官や憲法研究員の具体的な職務については、韓国内でもほとんど紹介されて来なかった。本稿では、憲法裁判所の組織機構について簡単に概観したあと、憲法研究官等の役割を紹介しつつ、研究官制度の特徴と今後の展望を述べることとしたい。

一、憲法裁判所の機能と組織

憲法裁判所は、韓国憲法上、①法院（＝通常裁判所）から移送（原語は「提請」）された法律の違憲性についての審判、②弾劾の審判、③民主的基本秩序に違背した政党の解散審判、④国家機関相互間、国家機関と地方自治団体間および地方自治団体相互間の権限争議に関する審判、⑤憲法訴願に関する審判についての権限を有する（憲法第111条）。これらの審判は憲法裁判所の裁判官９名全員で構成される全員裁判部によって行われる（但し、憲法訴願の際の事前審査のみは、３人の裁判官によって構成される後述の指定裁判部で行われる）。

憲法裁判所の組織は、次頁の図のようになっている[2]。

【裁判官】

憲法裁判所長を含む９名の裁判官から成る。任期６年で再任できる。憲法訴願の事前審査を行う指定裁判部以外は全員で審理・決定を行う。憲法裁判所の裁判官資格については、憲法裁判所法第５条により、15年以上、以下の職にあった40歳以上の者の中から任命するものとされている（但し、以下の職のうち、

[1] 憲法裁判所法は、1988年8月5日に制定され、9月1日に施行された。

[2] 図および各部署の説明は、憲法裁判所のＨＰ掲載（http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/ccourt/group/groupIntro.do）のものを元に作成した。

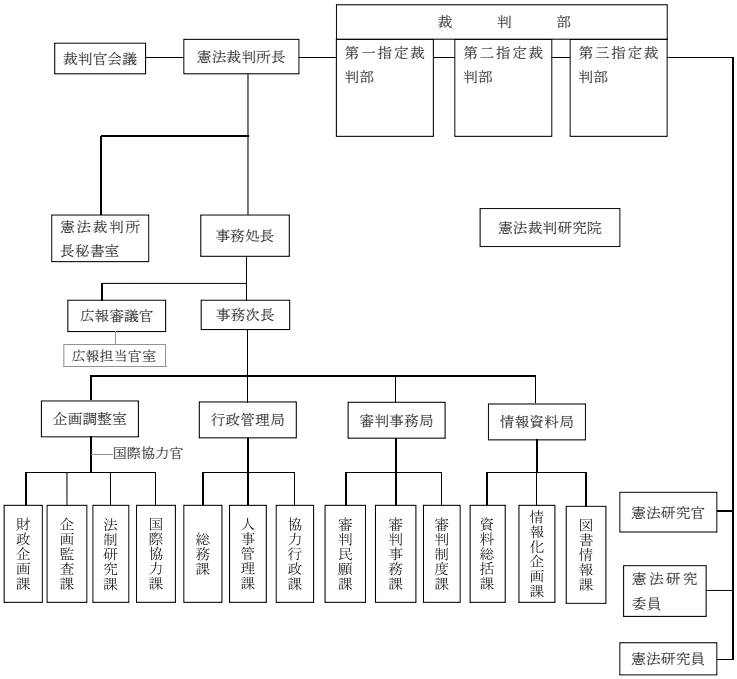


図１　憲法裁判所組織図（韓国憲法裁判所ＨＰより作成）

二つ以上の職にあった者の在職期間は、これを合算するものとされている）：

１．判事・検事・弁護士

２．弁護士の資格がある者であって、国家機関、国・公営企業体、「公共機関の運営に関する法律」第４条による公共機関またはその他の法人で法律に関する事務に従事した者

３．弁護士資格がある者であって公認された大学の法律学助教授以上の職にあった者

【憲法裁判所長】

国会の同意を得て、裁判官の中から大統領が任命し、任期は６年である。憲法裁判所を代表し、憲法裁判所の事務を総括して所属公務員を指揮監督する。

【裁判官会議】

裁判官全員で構成される。議長は、憲法裁判所長である。裁判官７名以上の出席を要し、出席者の過半数の賛成により議決される。憲法裁判所規則の制定・

改正等に関する事項、予算要求・予備金支出および決算に関する事項、事務処長任免の建議（原語は「提請」）、憲法研究官および３級以上の公務員の任免に関する事項、特に重要と思われる事項のうち、憲法裁判所長が附議する事項等を議決する。裁判官会議は、裁判権を行使しない点で、全員裁判部と区別される。

【指定裁判部】

憲法裁判は裁判官全員を構成員とする全員裁判部で行われるが、憲法訴願の審判手続においては指定裁判部で事前審査を行う。指定裁判部は裁判官３名によって構成され、３つの指定裁判部がある。憲法裁判所法72条に基づき、「指定裁判部の構成および運営に関する規則」が定められている。各裁判部の構成員は裁判官会議を経て編成される。第一指定裁判部の裁判長は憲法裁判所長である。

【事務処長】

憲法裁判所長の指揮を受け、事務処の事務を管掌し、所属公務員を指揮・監督し、国会に出席して憲法裁判所の行政について発言する。

【事務次長】

事務処長を補佐し､事務処長が事故によってその職務を遂行し得ない場合に、その職務を代行する。

【企画調整室】

主要事業計画の樹立および予算編成、憲法裁判所発展方案の立案および監査業務、国際協力業務、憲法裁判制度発展および法令等の制定・改正業務を遂行する。

財政企画課：主要事業計画の樹立および審査評価、予算の編制・割り当ておよび決算、国会関連業務を行う。

企画監査課：憲法裁判所の中・長期発展計画の樹立および施行、行政事務制度の改善、憲法裁判所諮問委員会の運営、公職倫理、腐敗防止および監査業務を担当する。

法制研究課：憲法および憲法裁判所制度の発展、規則等の制定および改廃の総括、法令質疑への回答、政策研究の提供、『憲法論叢』の発刊、研究活動支援業務を担当する。

国際協力課：憲法裁判所長等の外国訪問、憲法裁判関連国際会議の開催および参席、国際化研修等の計画を樹立・施行し、海外からの来賓訪問の管理、国際

交流協定締結等の外国裁判所との国際交流協力業務を遂行する。

【行政管理局】

庁舎の保安および物品の購入、調達、会計決算、儀典および行事、人事業務、対内・対外交流業務を担当する。

総務課：庁舎の保安、文書の分類・収受・発信等を担当し、資金の運用および会計決算、物品の購入および調達、国有財産の管理、儀典および行事等を担当する。

人事管理課：公務員の任用、服務、懲戒等の人事業務、職員の教育訓練、組織および定員を管理する。

協力行政課：部処（＝省庁）および構成員間の交流・協力の推進、国民との意思疎通の強化、裁判官会議関連業務、提案制度運用等を担当する。

【審判事務局】

憲法裁判所で受理された各種審判事件関連業務を支援する。

審判民願（＝国民による訴えの意）課：審判事件の受理、供託および審判費用に関する業務、民願室の運営、審判廷の管理、情報公開制度の運営等を担当する。

審判事務課:審判事件に関する書類の作成･保管、審判事件送達に関する業務、審判事件統計業務を担当する。

審判制度課:審判事務に関連する規則･内規の制定･改正、『憲法裁判実務提要』の発刊、国家訴訟、国選代理人制度および行政審判制度の運営、憲法裁判決定の事後管理、審判事務に関連する対国会業務、記録物保存および管理業務を担当する。

【情報資料局】

憲法裁判資料等の収集･発刊･管理、情報化事業、図書館運営等を担当する。

資料総括課：憲法裁判所公報・憲法裁判所判例集・憲法裁判所決定解説集等、各種冊子および資料の発刊業務等を担当する。

情報化企画課：憲法裁判情報化の計画樹立および調整、審判および行政業務の情報化、ホームページの開発および運営、保安体制および情報保護システムの構築および運営等、情報化全般に関する業務を担当する。

図書館情報課：憲法裁判所図書館運営、蔵書開発政策の樹立、憲法裁判関連国内外資料の収集、図書館情報化事業推進等の業務を担当する。

【広報審議官室】

憲法裁判所の主要事件および行事を報道資料、ホームページ等を通じて国民等に広く知らせ、各種広報物制作および見学プログラム運営等を担当する。

【憲法裁判所長秘書室等】

憲法裁判所長秘書室：憲法裁判所長秘書室長が責任者であって、憲法裁判所長の秘書業務およびこれに関連する機密に関する事務を管掌する。

憲法裁判所裁判官秘書官：憲法裁判所裁判官の秘書業務およびこれに関連する機密に関する事務を管掌する。

【憲法研究官】

憲法裁判所法に基づき、憲法裁判所長の命を受け、事件の審理および審判に関する調査・研究に従事する。特定職国家公務員として任期は10年、何度でも再任することができる。資格は次のいずれかにあてはまる者である（憲法裁判所法第19条第４項、参照）：

１．判事・検事または弁護士の資格がある者
２．公認された大学の法律学助教授以上の職にあった者
３．国会、政府または法院等、国家機関で４級以上の公務員として５年以上法律に関する事務に従事した者
４．法律学に関する博士の学位を有する者で、国会、政府、法院または憲法裁判所等の国家機関で５年以上法律に関する事務に従事した者
５．法律学に関する博士の学位を所持する者であって憲法裁判所規則で定める大学等、公認された研究機関で５年以上法律に関する事務に従事した者

また憲法裁判所長は、他の国家機関に、その所属公務員を憲法研究官として派遣することを要請することができることになっている。

なお、1991年12月の法改正によって、憲法研究官補制度が導入されている。現在の規定では、憲法研究官の新規採用にあたっては、原則として３年間憲法研究官補として任用したのち採用することとなっている（憲法裁判所法第19条の２第１項）。

研究官は、裁判所長が裁判官会議の議決を経て任用する。

【憲法研究委員】

時間制専門契約職で３年以内の期間を定め、３名が公法学の教授から選任されている。

2007年12月の憲法裁判所法改正で導入された制度である。事件の審理および審判に関する専門的な調査・研究に従事する。中堅として活躍している憲法学

者たちが任命されており、共同部に一人ずつ配属される。研究報告書は作成しないが、専門的な争点事項についての報告書の作成や、討論に参加して助言をすることを業務とする。毎週、共同部別に開催される研究報告討論に参席し、助言を行う。週２日の勤務を義務づけられている[3]。

【憲法研究員】

専門契約職として、公法分野の博士号所持者等を契約公務員として採用することができることになっている。主要国の語圏別に選抜され、ネイティブの水準の翻訳能力が求められ、選抜に当たっては翻訳試験が課される。事件の審理・審判に関する調査を行う。

大体、外国の公法学博士号取得者または外国の弁護士資格取得者で構成されており、事件に関連する外国の立法例、判例、学説の調査等の研究補助業務を行っている[4]。契約は１年ごとに更新される。なお、専門契約職としては、憲法研究員のほかに、法制研究官１名、租税調査官１名がいる（憲法裁判研究院において2013年10月10日に行ったインタビュー調査時点）。

【憲法裁判研究院】

2011年１月１日に、「憲法と憲法裁判に関する研究および教育業務を担う」ために設立された新しい機関である。憲法裁判所法は「憲法ならびに憲法裁判研究および憲法研究官、事務処公務員等の教育のため」の機関と規定している（憲法裁判所法第19条の４第１項）。

院長１名を含む40名以内で構成されるものとされ（同第２項）、初代院長には韓国憲法学界の重鎮で延世大学校名誉教授の許營氏が就任、2013年からは第二代院長として梨花女子大学校法学専門大学院長を務めた金文顯氏が就任している。研究業務については、制度研究チーム、基本権研究チーム、国際調査研究チームの３つの部署がおかれ、また訪問教授受け入れ制度、国外通信員の派遣制度を有している。教育業務については、教育チームがおかれて教育教材作

[3] 정재황「헌법재판소와 공법학계의 협력」김선민・마찬옥編『이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집 憲法裁判의 새로운地平』博英社2013年221頁。憲法研究委員制度については、同論文に詳しい。

[4] 2013年10月のインタビュー調査時には、研究員は５名で、内訳は、米国弁護士２名、米国博士号取得者１名、ドイツ博士号取得者１名、日本博士号取得者１名とのことであった。

成、公務員教育等に携わるほか、企画行政課が教育関連資料の調査・収集・発刊などを行う。前述の2013年10月のインタビュー調査時には、憲法研究官５名が憲法裁判研究院に派遣されていた。

二、憲法研究官の役割

１、憲法研究官の人数と構成

上述の憲法裁判所の機関のなかで日本の調査官に類似した役割を果たすのは、憲法研究官である。憲法裁判所法によれば、事件の審理および審判についての調査・研究に従事する特定職公務員（憲法裁判所法第19条第２項、第３項）とされている。憲法研究官等、事務機構の公務員の定員は「憲法裁判所事務機構に関する規則」の別表で定められている。2013年10月に行ったインタビュー調査当時、研究官は52名で、ほかに他の国家機関から派遣されている研究官（以下、「派遣研究官」と呼ぶ）が20名（判事16名、検事４名）とのことであったが、2015年３月１日現在の資料によると、研究官・研究官補・研究員の配置は、表１のとおりである。なお、派遣研究官の派遣期間は２～３年である。

２、採用方法

憲法研究官は、人事委員会の審議を経たのち、裁判官会議の議決を経て憲法裁判所長が任命することとなっている（憲法裁判所法第19条第４項、憲法研究官人事規則第11条）。任用対象者については、法律知識、法的思考能力、公正性、清廉性、専門性、コミュニケーション能力、品性、適正、公益性等を考慮し、憲法研究官の需給状況に従って任用可否を決定する（同規則第12条）と定められており、憲法裁判所長は任用対象者に、書類審査、筆記試験、面接試験、またはそれ以外の適当な方法により憲法研究官としての適格性の有無を審査することができる（同規則第13条）ことになっているが、通常、筆記試験はなく、書類審査と面接試験を行っている。毎年11月頃に募集することになっている[5]。

３、業務体制

（１）研究部

憲法研究官は、事件についての報告書の作成を主たる業務としており、一般

[5] 憲法裁判所 HP（http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/main/index.do）、参照。

表１　研究官配置

（2015年３月１日現在）

主席部長研究官	先任部長研究官	専属部	李鎭盛裁判官	第一指定裁判部チーム長	研究官２名（内、判事１名）、研究官補１名	検事１名
			姜日源裁判官		研究官３名（内、判事１名）	
			李貞美裁判官	第二指定裁判部チーム長	研究官３名（内、判事１名）	検事１名
			金昌鍾裁判官		研究官３名（内、判事１名）	
			徐基錫裁判官		研究官３名（内、判事１名）	
			金ニ洙裁判官	第三指定裁判部チーム長	研究官３名（内、判事１名）	検事１名
			安昌浩裁判官		研究官２名（内、判事１名）、研究官補１名	
			趙龍鎬裁判官		研究官２名（内、判事１名）、研究官補１名	
		共同部	１部（自由権部）部長研究官１名	研究官７名（内、判事１名、検事１名、法政処派遣１名）、研究官補１名、研究員１名		
			２部（財産権部）部長研究官１名（判事）	研究官６名（内、判事１名、国税庁派遣１名）、研究官補１名、研究員２名		
			３部（社会権部）部長研究官１名	研究官５名（内、判事１名）、研究官補２名、研究員１名		
		その他	憲法研究委員	３名（大学教授）		
			憲法裁判所長秘書室長	１名		
			行政研究官	２名		

国外長期研修　2013年12月16日～2015年６月15日
大法院派遣　2014年２月24日～2016年２月23日
国外長期研修　2014年２月25日～2015年８月24日
国外長期研修　2014年６月９日～2015年12月８日
国外長期研修　2014年７月28日～2015年７月27日
国会派遣　2014年８月25日～2015年８月24日
育児休職　2014年５月20日～2015年５月19日
育児休職　2014年11月２日～2015年11月１日
国外専門化研修　2014年12月31日～2015年６月30日　（２名）

＊「憲法研究官　配置表」より作成

的な研究業務は行わない。但し、現在は、回り持ちで広報、国際業務等の行政を担当する研究官をおいている（現在２名が担当）。

主たる業務である報告書の作成を担う部署は研究部と呼ばれている。研究部は専属部と共同部から成る（憲法裁判所研究部職制（内規第101号）第２条）。研究部全体を総括するのは、主席部長研究官である。

（２）専属部

専属部は３名の裁判官から成り、それぞれが指定裁判部を構成している。専属部に所属する研究官は、それぞれの裁判官に配属され（同職制第３条）、各裁判官の下で事件の審査を担当する。事件の事前審査が主たる業務である。各裁判官に３名の研究官が配属されているが、第１指定裁判部に属する裁判長には研究官は配属されないことになっている。このため、第１指定裁判部６名、第２、第３指定裁判部は各９名の研究官で一つのチームとなっており、それぞれにチーム長となる研究官がおかれる。指定裁判部に配属された研究官は個別事件の適法性について研究報告書（事件審査報告書）を作成して主審裁判官に報告するほか、比較的平易な事件の報告書を作成する。通常、報告書作成を担当した研究官（「担当研究官」と呼ばれる）が決定文の案を作成する。専属部全体を総括するのは先任部長研究官である。

大学教授が契約職として担当する憲法研究委員は、通常、事前審査手続には参与しないが、裁判官が特別に専門的な争点について助言を求めたり、研究報告を依頼することは可能である。

（３）共同部

内規では、共同部は、個別の裁判官に配属されていない研究官等によって構成され、必要に応じて専門分野別に複数おくことができる（同職制第４条）こととされており、現在、三つの部があり、各部に部長研究官がおかれている。それぞれの部の担当分野は下記のとおりである。

第１部（自由権部）・・・選挙、私生活、政治的基本権、刑事関係　等
第２部（財産権部）・・・租税、財産権、民事関係　等
第３部（社会権部）・・・労働、教育、環境、社会保障　等

共同部は、先例のない事件、複雑な事件、慎重な審査を要する事件を担当することとなっている。全員裁判部で議論される事件は、原則的に共同部所属研究官に割り当てられる。部長研究官は、自らの部の所属研究官に事件を配当し、担当研究官を決める。共同部で事件を受け持つこととなった担当研究官は報告

書の原案を作成し、自分の属する共同部に開陳してそこで討議を行う。共同部の討議、主席部長研究官への報告を経て、研究報告書を作成し、主審裁判官[6]に報告する。なお、前述の憲法研究委員３名は、１名ずつ共同部の各部に配属されている。憲法研究委員は、研究報告書は作成しないが、毎週[7]共通部別に開かれる研究報告討論に参席して助言を行い、場合によっては争点事項について意見書を作成することもある。

４、判決形成に対する役割等

（１）研究報告書の作成

担当研究官は、前述のように、共同部の討議と主席部長研究官の検討を経た研究報告書を主審裁判官に報告する。研究報告書には討議結果と討議意見を添付して提出しなければならず、必要な場合には共同部又は主席部長研究官の検討意見が添付される（2012年の共同部運用方案による）。研究報告書には、採択可能な様々な案が提示され、大体の場合は担当研究官の意見が結論に付記される。判例変更が必要であると考える場合、担当研究官は、関連判例がある場合には先例分析を行い、合憲論、違憲論等の立場に従って論拠を提示し、個人の意見として先例変更の必要性を付記する。

研究官が作成した個別事件の研究報告書は、裁判官の評議の基本資料とされる。裁判官の評議においては研究報告書に反映されていない新たな方案を模索する場合もあるが、その場合にも裁判官の指示を受け、研究官が該当する争点について再度、研究報告書を作成することが多い。

なお、裁判官の評議には研究官は立ち会わず、評議議事録も作成されない。

（２）決定文の作成

---

[6] 主審裁判官は、裁判所長を除く８人の裁判官でくじをひき、順番を決めて、どの事件の主審となるかを決めることになっている。本文で述べたように、主審は裁判官の評議にかけるための研究報告書を研究官に作らせる。主審が納得した研究報告書ができたら裁判官評議に出し、説明する。裁判所長は司会をし、主審になることはない。

[7] 임송학「헌법연구관 파견 근무를 마치고」법제 2009.7（http://www.moleg.go.kr/common/print.jsp、電子版のため頁数記載無）によると、週１回開かれている。なお同論稿は、法制処から派遣された研究官が２年間の勤務を振り返ったものである。

担当研究官は、裁判官から決定文初校の作成を指示された場合、共同部の討議を経た後、決定文の原案を作成し、主席部長研究官または先任部長研究官の検討を経て、主審裁判官に報告する。決定文は、主審裁判官の検討を経て初校が確定されることになる。主審裁判官が原案を作成することもあるが、通常、研究報告書を作成した担当研究官が主審裁判官の指示を受けて作成する。

（3）個別意見の作成

憲法裁判所の終局決定においては、審判に関与したすべての裁判官が意見を明らかにしなければならないことになっている（憲法裁判所法第36条第３項）。各裁判官は個別意見を書く際には、自分の意見に近いと考えられる共同部の研究官または自分の下の専属部研究官に意見の原案を書かせることが多い。

（4）決定解説

憲法裁判所が主要決定について出す『憲法裁判所決定解説集』に掲載する解説は、通常、事件の研究報告書を作成した研究官に依頼されている。主要決定の判例解説集は、憲法裁判所の印刷物およびホームページ上で公開されている。

三、研究官制度の歴史と変化

憲法裁判所は、裁判所長の在任期間を区切りとして１期、２期・・・と区分され、現在は第５期と呼ばれている。韓国の憲法裁判所は、1988年の設立以降、民主化後の韓国を象徴する機関として注目され、事件処理件数も急速に増大してきた。これに合わせる形で研究官の業務体制も変化してきている（表２、参照）。

自身も憲法研究官の経験がある憲法学者の鄭宗燮[8]は、第４期の李康國裁判所長[9]時代に研究官制度が改変し、現在の制度が固まったことを指摘してい

[8] 鄭宗燮は、韓国の司法改革によるロースクール設立以前には数少なかった法曹資格を有する憲法学者で、ソウル大学の憲法学教授であったが、2014年７月に安全行政部長官に就任した。

[9] 鄭宗燮は、李康國裁判所長は歴代裁判所長の中でも憲法学の博士号を取得した人物であり、その憲法に対する識見が改革につながったと思われることに言及している（정종섭「이강국 헌법재판소와 한국 헌법재판의 새 지평」김선민・마찬옥編前掲『이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집 憲法裁判의 새로운 地平』９頁）。

表２　研究官職制の変化

第１期	曺圭光裁判所長	1988.9.15. ～ 1994.9.14	現在の専属部にあたる専属組のみを設置し、必要な場合に共同研究を行った。当初は研究官は裁判官ごとに１人、途中から裁判部別に裁判官を補佐するようになった。
第２期	金容俊裁判所長	1994.9.15 ～ 2000.9.14.	裁判官ごとに２～３名を配置した。２期後半から主要事件については研究官討論を行うこととなった。
第３期	尹永哲裁判所長	2000.9.15 ～ 2006.9.14.	専属組のほかに共同組を作った。共同組は①財産権、②刑事権＋重要な事件の二つに分かれて担当した（※2）。名称を専属部、共同部と変更した。専属部は当初は事前審査のみを担当したが、共同部の仕事が増えたので、その後、本案も補完的に行うようになった。
第４期	李康國裁判所長	2007.1.22. ～ 2013.1.21※1	専属部は、初期には裁判官に１名ずつついて事前審査のみを行ったが、中期には簡単な事件の研究報告書も作るようになり、３名ずつの構成となった。共同部は、最初は、①自由権、②財産権、③社会権に分かれていたが、その後、①自由権Ⅰ、②自由権Ⅱ、③財産権、④社会権の４つに分かれた。現在の共同部の報告体系が作られた。
第５期	朴漢徹裁判所長	2013.4.12. ～現在※1	専属部３部、共同部３部（①自由権、②財産権、③社会権）の構成となった。専属部は１人の裁判官に３名ずつつき、指定裁判部の事前審査および簡単な事件の研究報告書を作る。

※1　第４期および第５期の裁判所長については人選が難航し、前任者の退任以前に候補が決まらなかったため、空白時期がある。
※2　但し、この時期、韓国ではロースクールが設置されることになり、４～５名の研究官が一挙に退職してロースクールに移ったため、共同組は一つに統合されることとなった。

表３　研究官一人当たりの事件処理件数

年　度	事件処理件数	研究官数	研究官一人当たり処理件数
2009	1545	57	27.1
2010	1670	61	27.4
2011	1428	61	23.4
2012	1661	62	26.8
2013年８月	1036	64	16.2

※憲法裁判所「(2013年) 法制司法委員会要求資料１」169頁
本資料は国政監査時に法制司法委員会に提出されたものと思われる。国会図書館の電子資料としてPDFで閲覧可。

る[10]。研究官制度を裁判官の個人的な補佐から事件についての研究に力を集中させる方向へと強くシフトさせ、研究力強化システムを構築することが李康國裁判所長の改革の主眼であったとされる。この第４期の研究部組織の改編によって、従来の研究部長（地方法院部長判事級）単独管理体制から、高等法院部長判事級の主席部長研究官１人と地方法院部長判事級の部長研究官３人を置く現在の方式に変更されており、研究委員制度も導入されている[11]。また、研究報告書の水準を向上させるために、担当研究官が作成した研究報告書について部長研究官、主席部長研究官がそれぞれ検討意見を付記するようにして重層的な検証システムが整えられたのもこの時期であった。さらに、研究官の研究力強化のために、業務について実質的な評定を行う研究官評定委員会（裁判官３人と事務処長で構成）を設置し、業務評価を行う[12]、従来からあった海外長期研修以外に憲法裁判の先進国である合衆国最高裁とドイツ連邦憲法裁判所に憲法研究官たちを派遣して実務研修教育を行うといった改革も行われている[13]。行政業務強化の観点からの改革としては、第４期に、企画調整室長、憲法裁判

[10] 정종섭前掲「이강국 현법재판소와 한국 헌법재판의 새 지평」７頁以下、参照。
[11] 研究委員制度導入については、정재황前掲「헌법재판소와 공법학계의 협력」217頁、参照。
[12] 정종섭前掲「이강국 현법재판소와 한국 헌법재판의 새 지평」10頁によれば、段階的に評定を行うこととなっており、研究報告を受ける主審裁判官が報告書の水準を第一次的に評価し、部長研究官、主席部長研究官の順に研究官の研究業務を評価した後、評定委員会で評点をつけることになっている。
[13] 同。

所長秘書室長、広報官等、憲法裁判経験が必要な事務処の職に研究官を任命する方式が導入された[14]。

おわりに―今後の展望

憲法研究官制度は、当初、大法院の裁判研究官制度を主たるモデルとし、外国の制度を参照しつつ作られたといわれている。但し、大法院の裁判研究官は、主として10年以上の経歴をもつ法官（但し、専門職研究官もいる）であり、キャリアアップの一環として数年間大法院で働くという日本の調査官制度と類似した形式をとっているのに対し、憲法研究官はほとんどが専属の研究官であるという点に特徴がある。憲法研究官は、高度な法学の専門知識を要するため、博士号取得者または職務のかたわら大学院の課程に在籍し学位取得を目指す者もいる。憲法裁判所の裁判官の任期は６年でこれまではほぼ再任なしの慣行があり、また裁判官資格には弁護士資格が要件とされているため、現在までのところ全員が法曹出身である。このため、裁判官たちは優秀な法曹ではあっても憲法訴訟に関連する知識・経験が必ずしも豊富なわけではないという問題があることが指摘されてきた。そのような中で、任期10年を超えても再任される慣行となっている研究官が憲法裁判所において果たす実質的な機能は大きくなってきているといえる。

三でみたように、憲法研究官たちが働く研究部の制度は試行錯誤の中で変遷し、今日の形態が構築されてきた。憲法研究官の職に対する人気は近年急速に高まっている。2012年の報道によれば、同年の採用の際の競争率は51倍であった[15]。こうした人気の背景には、ロースクール設立に伴う志願者増のほか、研

[14] 同。

[15] 임송학 前掲「헌법연구관 파견 근무를 마치고」では、研究官には司法研修院終了後すぐに応募する者が大半ではあるが検事や判事として勤務した後あるいは法学博士号を取り憲法研究員を務めた後に研究官の応募する者もいることを紹介し、2009年上半期に３名募集したのに対し50余名もが応募して人気が高まっていることに言及している。2012年には、좌영길「헌법연구관 채용 경쟁률 51대 1로 사상 최고치… 로스쿨 첫 졸업생 배출 원인」インターネット法律新聞2012年１月６日記事（https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=61551）が、６名募集に306名が応募したことを伝えている。この記事では、この年は韓国で初めてロースクール出身者が求職した年であったた

究官が判事と同一の職階でこれに準じた給与を受けること、判事・検事のような移動がないこと、憲法裁判所の決定文作成にあたって実質的に「準憲法裁判官」的な仕事をすることができるといった要因があると指摘されている[16]。憲法研究官職の倍率が高くなってきていることは、結果的に研究官の質のさらなる向上ひいては憲法裁判自体の質の向上にも繋がるものと考えられる。憲法の専門家としての憲法研究官の役割が大きくなれば、将来的には研究官経験者から憲法裁判所裁判官が輩出される可能性もあるであろう。

しかしながら実は、これまで研究官たちは平均約６年で大学等に転出してしまうという状況にあり[17]、ベテラン研究官の数が少ないこと、せっかく経験を積んだ研究官が定年まで勤めず大学等に流出することについては、これを危惧する声が強い。特にロースクール設立に伴って研究官が相次いでロースクールに転出したことは憲法裁判所にとって大きな痛手となった。研究官職への人気が高まっていることはこうした状況を変化させる可能性もあるが、研究官たちをいかに繋ぎ止めておくかは憲法裁判所にとって重要な課題である。但し、このことは必ずしも負の側面のみを持つものではないようにも思われる。韓国の憲法裁判所にはそもそも学界との強いつながりがある。本稿で紹介した憲法委員が公法学者から選任されていることもそのひとつの現れであるが、憲法裁判

め、応募が急増したとされているが、応募者の内訳はロースクール卒業予定者150名、旧司法試験による司法研修院生104名、弁護士等の経験がある者52名となっており、法曹経験者の応募も増えている（同記事では、前年の募集で13.6倍（８名募集に109名応募）であったことも紹介されている）。

16 이해성「'헌법재판소 연구관' 경쟁률 치솟는 까닭은…」インターネット韓国経済2009年12月14日記事（http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2009121477831&intype=1）、参照。なお、同記事では、勤務地の移動がないことから特に女性に人気があり、記事掲載当時の最近５年間で採用された23名中14名が女性であったと紹介している。

17 こうした統計は、毎年の国政監査時に憲法裁判所が国会の法制司法委員会に提出する資料に含まれており、その内容のいくつかは国会図書館の電子資料として PDF で閲覧できる。2014年12月31日に退任した崔甲先氏が、憲法研究官として60歳の定年（＝任期10年更新可で勤務し続けた場合の定年）まで勤め上げた初めてのケースであった（이승윤「[인터뷰] 헌법연구관 첫 정년퇴임 최갑선씨」インターネット法律新聞2015年１月27日付記事　https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=90513、参照）。

所の主宰する憲法実務研究会等に公法学者が会員として参加し、憲法裁判所の刊行物に執筆する、韓国公法学会等の公法系の学界を憲法裁判所大講堂で開催する、といったことが従来から行われてきていた。憲法裁判所内の研究会活動等を通じての研究官と学者の交流は、双方の研究力を切磋することに繋がる。さらにロースクール設立後は、学生の実務能力の向上のために憲法裁判所が学会との協調を意図し、2012年には初めて模擬裁判競演大会が憲法裁判所と韓国公法学会の共同で開催されるといった試みも行われた[18]。2010[19]年に設立された前述の憲法裁判研究院も研究機関として学界と実務を橋渡しする役割を果たしている。憲法裁判実務経験のある研究官がロースクールの教授となることも、こうした憲法裁判所と学界の連携の中で、一面では次代の研究官養成にとって重要な役割を果たし得るのではないかと考えられる。

韓国では、憲法裁判所の裁判官に弁護士資格が必要とされることが高度な憲法学の識見を有する公法学者の憲法裁判官任用を阻み、現行憲法裁判所制度の欠点となっていることがしばしば指摘されてきた。しかし、研究官を始めとする憲法裁判所における裁判官補佐の一連の制度の整備・発展は、今日、この点を補うものとして機能し、実務と学界との間の一定の連携・循環を生み出していると捉えることができるであろう。

※本稿の内容は、主として2013年10月10日に憲法裁判研究院で行ったインタビュー調査に基づくものである。インタビューにご協力頂いた憲法裁判研究院の裵輔允研究教授部長並びに孔眞成教授には、この場を借りて厚くお礼を申し上げたい[20]。

---

[18] 정재황前掲「헌법재판소와 공법학계의 협력」227頁、参照。

[19] 정종섭前掲「이강국 헌법재판소와 한국 헌법재판의 새 지평」11頁、参照。

[20] 裵輔允氏は長く憲法研究官を務めてきた人物で、インタビュー調査時、研究教授部長として憲法裁判研究院で院長に次ぐ地位にあった。また孔眞成教授はドイツで法学博士号を取得し、憲法研究員を務めた後、現職に就いている。孔教授からはインタビュー前に送った質問に書面での詳しい回答を頂いたほか、表１等で用いた貴重な憲法裁判所の資料、注に引用したいくつかの関連学術論文の複写も頂いている。本稿の内容は、注で引用した文献以外は、すべてインタビュー調査に基づくものである。

日本の最高裁判所を踏まえての総括コメント

宍戸　常寿

1　調査官制度の普遍性と比較の観点

ドイツ・フランス・アメリカ・カナダ・韓国における調査官制度についての報告を踏まえて、日本の最高裁判所を踏まえての総括的なコメントが、筆者に与えられた課題である。

諸報告を聴いてまず感じた印象は、諸国の憲法裁判における調査官制度の役割は、意外にも、「裁判官の命を受けて、事件……の審理及び裁判に関して必要な調査その他他の法律において定める事務をつかさどる」（裁判所法57条２項）とされる日本の最高裁判所調査官のそれとの共通点も多いのではないか、ということである[1]。各国における憲法ないし憲法裁判が果たしている役割から見て、憲法裁判所ないしそれに相当する機関が処理すべき案件が多種多様かつ膨大であり、それ故に憲法裁判所の裁判官等を組織的に補佐する必要性が高く、憲法裁判を支える調査官の存在が不可欠であるという普遍的な現象が、確認できたのではないかと思われる。

こうした普遍的側面を踏まえて、各国における憲法裁判における調査官制度を比較する観点は様々あり得るが、このコメントではさしあたり４点を挙げておきたい[2]。

①調査官の人数　　これは、後述する④との関係とともに、憲法裁判の役割及び憲法裁判所等が処理すべき案件数により規定されるところが大きい。例えば、フランス憲法院のそれは、事務総長及び調査官３名、補助者を加えても10名程度と、相対的に少ないが、これは従来、憲法院が具体的違憲審査を任務としてこなかったことによるものが大きいように思われる。膨大な数の憲法異議を処理しなければならないドイツ連邦憲法裁判所が多数の調査官を抱えているのは、当然といえよう。韓国における憲法研究官の数は、憲法裁判所の機能の充実を図る姿勢の表れとみることができる。日本の最高裁調査官（2013年時点

[1] 調査官制度の概要は、最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説（中巻）』（法曹会、1969年）245頁以下参照。

[2] 日米の比較として、ダニエル・Ｈ・フット（溜箭将之訳）『裁判と社会』（ＮＴＴ出版、2006年）168頁以下参照。

で38名）は、アメリカ・カナダのロークラークと同程度の規模であるが、その処理すべき案件数等から見れば、過重負担にあるといえるのではないか。

②調査官の任期　　アメリカ・カナダのロークラークは原則として１開廷期であるが、ドイツは３～４年、韓国に至っては10年で再任可と、かなりばらつきがある。これは、憲法裁判をはじめ補佐すべき業務内容に関わるものと考えられる。日本の最高裁調査官は平均して３～４年程度と思われ[3]、通常の裁判官人事の一環として異動する。

③調査官の資格･出身経歴　　これも期待される業務内容と密接に関わるが、ロースクール修了直後、すなわち法的トレーニングを受けたばかりの法律家がロークラークとなるアメリカ・カナダと、通常裁判所・行政裁判所の裁判官が大部分を占めるドイツとでは、やはり大きな違いがあるといえる。「下級審で相当の経歴を積んだ判事（まれに判事補）」[4]が任用される点が日本の最高裁調査官の特徴である（後述２）。

④調査官の補佐形態　　日本の最高裁調査官は、フランス憲法院調査官と同じく、一体として裁判所を補佐している点で、アメリカ・カナダのロークラーク及びドイツの調査官が個々の裁判官を補佐するのとは、鋭い対照をなしている。韓国憲法裁判所研究部が専属部と共同部から構成されているのは、ハイブリッド型といえよう。なお、アメリカのロークラークについても、多数の裁量上訴を処理するために、部分的な「プール制度」が採用されている点は興味深い。最高裁調査官室は、首席調査官―民事・刑事・行政の各上席調査官―室長―一般調査官という組織体であるが、「上下の統制は極めて緩やかである」とされる[5]。

２　最高裁調査官制度の特色

次に、各国調査官制度の普遍的側面ないし制度比較の観点を踏まえて、日本の最高裁調査官制度について考えてみたい。まず、この制度を規定しているのが、日本の司法システムと、その頂点にある最高裁それ自体のあり方であるこ

---

[3] 大野正男『弁護士から裁判官へ』（有斐閣、2000年）56頁参照。

[4] 泉徳治『私の最高裁判所論』（日本評論社、2013年）134頁。

[5] 泉・前掲注（４）134頁。なお反対、瀬木比呂志『絶望の裁判所』（講談社現代新書、2014年）31頁以下。

とには、異論はないものと思われる。

付随的違憲審査制の建前から知られるとおり、日本の司法システムは、ドイツ・フランス・韓国のように、憲法裁判所とそれ以外の裁判所系列とが分化しておらず、その意味ではアメリカ・カナダと同じく一元的なシステムである。多くの国で、法律家は専門職能として、社会システム全体の中で他の部分システムから比べて相対的に自立性が強いものと思われるが、日本の場合には、いわゆる法曹一元となっておらず、裁判所ないし裁判官のサブカルチャーが弁護士・検察官のそれからも自立している[6]。

他方、その頂点にある最高裁については、その任命資格は職業裁判官出身者に限られず（裁判所法41条）、現実にも検察官、弁護士、官僚・学者出身者がおり、いわば裁判所の外に開かれた構成となっている。さらに、最高裁の裁判は大法廷と３つの小法廷で行われ（９条）、それぞれの小法廷が同じ機能を持ち、換言すれば小法廷は特別の専門を持たず、ほぼ均等に事件が分配される。最後に、最高裁裁判官は他の国と比べ、高齢で就任し、在任期間も短い。このような全体状況の中、日本の司法システム及び最高裁を実効的に活動させるための必須の要素として、最高裁調査官制度が形成されてきたものとみることができる。

その最大の特徴は、最高裁調査官は、「裁判官以外の裁判所の職員」（裁判所法第４編第２章）として最高裁判所に置かれるとされるにもかかわらず（57条１項）、現実には1949年改正による附則３項により、「最高裁判所は、当分の間、特に必要があるときは、……裁判官をもつて裁判所調査官にそれぞれ充てることができる。」とされて以降、現実には10年以上の経歴を有する職業裁判官が任用されている点であろう。しかも、多くの調査官は判事補任官の段階で事務総局付ないし東京地裁等を初任として、調査官に任用され、その後も司法行政部門あるいは主要な地裁・高裁で重要な裁判実務を担うことになる。中には、調査官室の室長、さらには上席調査官（20年以上の経歴を有する裁判官が任用される）として戻り、最後は、大海に放流された鮭が故郷の川に戻ってくるがごとく、首席調査官等を経て最高裁裁判官に任命される場合もある[7]。このよう

[6] ダニエル・H・フット（溜箭将之訳）『名もない顔もない司法』（ＮＴＴ出版、2007年）122頁以下参照。

[7] 西川伸一『裁判官幹部人事の研究』（五月書房、2010年）36頁以下参照。首席

に、最高裁調査官が裁判官のキャリアシステムにおけるエリートコースの一つとして位置づけられている点が、他の国の調査官制度と比較した際の特色として顕著であるように思われる[8]。

3　最高裁の審理における調査官の役割

裁判機関としての最高裁は「一般法令違反審査機能」と「違憲審査機能」を有するが[9]、最高裁調査官が審理において果たしている機能を、最高裁裁判官経験者の回想等から[10]、概観することにしたい。

戦前の大審院を引き継いだ「一般法令違反審査機能」についていえば、最高裁の膨大な事件（平成25年度の新受事件数は、民事・行政事件が8,131件、刑事事件が3,820件）を、「前捌き的」に「持ち回り審議事件」と「審議事件」をふるい分けることが、調査官の担う重要な機能である[11]。一般上告審機能を最高裁

調査官は、大法廷において上席調査官及び小法廷における担当調査官と審理を担当するが、これはフランス憲法院事務総長が果たしている役割の一部に相当するように思われる。

[8] 西川伸一『日本司法の逆説』（五月書房、2005年）77頁以下、新藤宗幸『司法官僚』（岩波新書、2009年）57頁以下・99頁以下参照。

[9] 泉・前掲注（４）104頁以下参照。

[10] 泉・前掲注（４）134頁以下、大野・前掲注（３）55頁以下、園部・後掲注（12）140頁以下、滝井・後掲注（15）31頁以下、藤田・後掲注（14）62頁以下のほか、次の文献・資料を参照した。奥田昌道『紛争解決と規範創造』（有斐閣、2009年）６頁以下、「鬼丸かおる最高裁判事に聴く」日本女性法律家協会会報52号（2014年）60頁以下、才口千晴「弁護士任官判事を終えて」中央ロー・ジャーナル５巻３号（2008年）６頁以下、田原睦夫「〔講演録〕最高裁生活を振り返って」金融法務事情1978号（2013年）６頁以下、濱田邦夫「これからの最高裁判所の在り方について（前編）」NIBEN Frontier　2007年10月号28頁、深澤武久『法廷に臨む』（信山社、2011年）７頁以下、御厨貴編『園部逸夫オーラル・ヒストリー』（法律文化社、2013年）149頁以下、「特集　元判事・調査官が語る最高裁判所」自由と正義64巻６号（2013年）10頁以下。

[11] 須藤正彦『弁護士から最高裁判所判事へ』（商事法務、2014年）29頁。原田國男「裁判官の余白録　最高裁調査官の仕事」世界2014年８月号229頁は、調査官には「魔術師」タイプ（大変な事件を例文処理で終わらせる）と、「錬金術師」タイプ（判例にはならないような事件を判例に仕上げる）があると指摘するが、興味深い区別である。

に置く別の裁判所（最高裁小法廷）に担わせ、最高裁は違憲審査機能及び判例変更に専念するという機構改革案（1957年）が挫折して以降[12]、最高裁調査官が事実上の「中二階」の役割を果たしているということができる。

調査官には、原則として機械的に事件が配点されるが、田原睦夫によれば、「全く類似の事件が他の小法廷に係ったときに、今は同じ調査官を当てる」、「急ぐ事件、難しい事件は班長格、室長格に割り当てて、サブを入れたりします」等、一定の工夫がなされる場合がある[13]。調査官は事件を一人で調査し、報告書を作成提出するのが通例だが、刑事・行政調査官室については、しばしば全調査官の討論によって慎重な検討を行っているとされる。調査官報告書の提出時期は、首席調査官及び上席調査官がコントロールしている。

調査官報告書は、藤田宙靖の表現によれば、「その事件についての担当調査官が、一審以来の全記録に目を通した上で……、その事件の事実関係、当事者の主張、一審や二審の判断の内容、等を要領良く紹介し、最高裁で判断するに当たっての問題点、先例の有無及びあるとしたらその内容、問題となる論点についての学説・判例、等々について整理・紹介をした上で、調査官自身は、この事件について、どのような判断をしたら良いと思うかを、述べたもの」である[14]。カナダ最高裁判所におけるロークラークの業務について、Leave Memoranda, Bench Memoranda と判決草案の区別があったが、日本の場合は、持ち回り事件では調査官報告書が Memoranda であると同時にそのまま草案でもあるといえよう。これに対して、主任調査官ないし他の裁判官が、持ち回り審議を提案した報告書に対して意見を述べて、審議事件となることも多いとされる。また、調査官報告書と異なる意見を持った裁判官は、審議前に調査官と議論することになるが、滝井繁男はこれを「前哨戦」と呼んでいる[15]。

審議事件の報告書は、持ち回り審議事件のそれよりもやや詳しい[16]。調査官は

---

[12] 園部逸夫『最高裁判所十年』（有斐閣、2001年）190頁以下、笹田栄司『司法の変容と憲法』（有斐閣、2008年）16頁以下。

[13] 田原・前掲注（10）11頁・23頁。

[14] 藤田宙靖『最高裁回想録』（有斐閣、2012年）64頁。

[15] 滝井繁男『最高裁判所は変わったか』（岩波書店、2009年）33頁。

[16] なお法曹時報誌に掲載され、『最高裁判所判例解説』に収められるいわゆる調査官解説については、園部・前掲注（12）142頁が、裁判体の傍論的意見が記載されることがある点を指摘していたが、滝井・前掲注（15）34頁以下は、「審議

村上朝一最高裁長官時代から評議に参加しているとされるが[17]、裁判官の指示がない限り発言できない。判決書は、審議の結果に基づいて調査官が原案を作成し、主任裁判官及び案文審議による修正を経て、確定していく。先のカナダのロークラークの業務に引きつけて言えば、Bench Memoranda を踏まえて裁判官が審議したところを踏まえて、調査官が草案を用意するといえよう。個別意見への調査官の関与には濃淡があるようだが、現在は裁判官が自分で起案するとされる。なお、最高裁で口頭弁論を開く場合には、裁判長の訴訟指揮についての原案を調査官が作成する[18]。

ロークラークの関与の実態を含め、いわゆる内幕ものが多く出版されているアメリカ連邦最高裁と比べて[19]、日本の最高裁の審議の実態はなお不明確なところが多いが、最高裁裁判官経験者は一致して、調査官が果たす役割を高く評価しつつも、しばしば最高裁に対して向けられる「調査官裁判」との批判は当たらないと述べている。筆者にも、「最高裁の裁判は、裁判官と調査官の共同作業によるもの」[20]という藤田宙靖の指摘が、説得的に感じられる。比較制度的に見れば、フランス憲法院における事務総局・調査局の関与も、これに近いものであろうか。

また、調査官が関与する最高裁判決と、（法律の）専門家が議論しながら意見を一つにまとめた文書を作成する他のプロセスとを比較することは、今後の学際的研究にとって興味深い課題であろう。例えば、行政官庁内部の稟議制[21]

のための資料という性格をもつ調査官報告よりはるかに内容の濃密なものとなって」おり、担当調査官個人の考えによるものにもかかわらず、下級審への影響が大きいことを疑問視しているる。

[17] 新藤・前掲注（８）57頁。

[18] 藤田・前掲注（14）50頁。訴訟進行については、調査官が事前に当事者と打ち合わせをする。さらに、担当調査官が、記者クラブ所属記者への判決概要の説明等を行うこともあるようである。

[19] ボブ・ウッドワード＝スコット・アームストロング（中村保男訳）『ブレザレン』（ＴＢＳブリタニカ、1981年）、ジェフリー・トゥービン（増子久美＝鈴木淑美訳）『ザ・ナイン』（河出書房新社、2013年）等参照。日本の最高裁の審理の実態に迫ったものとして、山口進＝宮地ゆう『最高裁の暗闘』（朝日新書、2011年）がある。

[20] 藤田・前掲注（14）68頁。

[21] 西尾勝『行政学〔新版〕』（有斐閣、2001年）302頁以下参照。

と比較すれば、裁判官が調査官に拘束される度合いは弱いように思われる。あるいは、行政委員会・審議会のように、事務局が文書をまとめることを前提として、会議体構成員が自分の意見をどう盛り込ませるかというプロセスよりも、裁判官は能動的であろう[22]。あるいは、これも部外者にはわかりにくいことであるが、内閣法制局のとりわけ意見事務について、第１部内部での検討が次長、長官を経て固められるプロセスとの比較も、憲法問題あるいは難しい法律問題についての日本的な議論の特質を明らかにする上では有益かもしれない[23]。

４　違憲審査制と最高裁調査官制度

最高裁調査官が違憲審査機能との関係で果たしている役割は、両義的であろうと思われる。調査官制度は、一面において、従来の憲法判例との整合性や、法秩序全体における安定性の観点から、憲法判例の「質」を確保する側面がある。もっとも、泉徳治が指摘するように、調査官報告書は、調査官の業務や調査官室の組織上、「どうしても先例主義、現状維持の傾向になりがち」であり[24]、最高裁判決の「保守的」傾向が調査官制度に帰せられることもある。

他方、最高裁裁判官よりも若い世代の法律家である調査官が、立法事実の変化や学説状況の調査を裁判官の評議に提供することで、憲法判例を進展させている側面も看過できない[25]。しかし、優れた裁判官ではあるが憲法の専門家ではない、いわばジェネラリストの眼鏡に叶う憲法学説が、――そもそも裁判実務に「使える」学説がどれほどあるのかという問題はさておき[26]――、投入さ

---

[22] 森田朗『会議の政治学』（慈学社、2006年）26頁以下・46頁以下参照。

[23] 仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集61巻６号（2011年）2070頁以下参照。

[24] 「識者インタビュー　泉徳治・元最高裁裁判官」山田隆司『最高裁の違憲判決』（光文社新書、2012年）296頁。

[25] 宍戸常寿「最高裁と『違憲審査の活性化』」法律時報82巻４号（2010年）58頁参照。高橋和之「ロースクールを去るにあたっての個人的総括」Oh-Ebashi LPC&Partners Newsletter Vol.21（2014年）４頁は、憲法問題についても「調査官は学説に対し想像以上に目配りしている」と指摘する。

[26] 藤田・前掲注（14）152頁以下、田原睦夫編著『裁判・立法・実務』（有斐閣、2014年）116頁以下参照。なお本稿校正中に、藤田宙靖「〔講演〕司法の使命と役割・学説の使命と役割」北大法学論集第65巻６号（2015年）1727頁以下に接した。

れるという、いわば「憲法の論理」に対する「司法の論理」の優位の善悪ないしバイアスは、考えておく必要があるように思われる。

他方、記録を読み判決を書くといった職業裁判官としてのトレーニングを経ていない研究者等が、現在の制度の下で調査官を務めることは困難である[27]。この点に関連して、泉徳治は、「裁判官としては、各自の意見を形成していくためにその議論の相手となり、文献調査等を補佐する専属調査官が欲しいところ」として、いわば日本版ロークラーク制度の導入を主張する[28]。他方、滝井繁男は、「個人的に補佐してくれる調査官にいてほしいと思ったことはあったが、アメリカ型の制度がよいと思ったことはない」と述べている[29]。この点は、先に述べたとおり、裁判所のキャリアシステムとも関わる問題であるが[30]、裁判官が調査官報告書も踏まえつつ、自分独自の意見を形成し、あるいは多数意見を形成することに資するという目的からは、秘書あるいは事務官制度の柔軟な運用や、韓国の憲法研究員制度、さらにはアミカス・キューリー制度の導入も[31]、選択肢として考えられるところである。より根底的には、最高裁裁判官の業務があまりにも膨大である点に問題の核心が存在しており、この点が解消され、あるいは孤独な業務から解放されて、個々の事件と離れて学界等との意見交換ができるような環境を形成することも重要であるように思われる[32]。

いずれにせよ、最高裁調査官制度は、日本の司法システム、最高裁のあり方の縮図であることを確認して、コメントを閉じることにしたい。

---

[27] 御厨編・前掲注（10）149頁〔園部発言〕。

[28] 泉・前掲注（４）138頁。

[29] 滝井・前掲注（15）33頁。

[30] なお、司法制度改革審議会意見書（2001年）は、地裁・高裁において「法曹有資格者や学識経験者等の人材」を「いわば判事付きの調査官として任用する可能性を含め、調査官制度拡充の方策を検討すべきである」と提言していたが、このような拡充も進んでいない。

[31] 見平典「憲法学と司法政治学の対話」法律時報86巻８号（2014年）98頁参照。

[32] さしあたり伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）７頁以下参照。

藤田宙靖元最高裁判所判事へのインタビュー

2013年３月７日

出席者：藤田宙靖先生、笹田栄司（早稲田大学）、赤坂正浩（立教大学）、大石和彦（筑波大学）、中林暁生（東北大学）、佐々木雅寿（北海道大学）。

質問１

（１）調査官の役割について？

ア　『最高裁回想録』（有斐閣、2012年）において、「裁判官は通例、配点された事件について、調査官が検討しその検討結果を整理した調査官報告書が提出された段階で、初めて事件の検討に取り掛かる」（45頁）と述べられています。

質問したいのは、重大な事件における調査官報告書の具体的内容です。

予想されるのは、①当該事案の争点等の整理　②過去の判例の分析　③学説の分析、などですが、④当該事件の結論の方向性、⑤判例変更の必要性及びその方向性などにも及ぶのでしょうか。さらに、⑥外国法の判例や学説の分析についてはどうでしょうか。

回答：

・①～③は当然。

・④調査官報告は、当該事件の争点と結論の選択肢を示すが、結論を提案することはない。多くの場合、「・・・ご審議ください」という形になっている。

・⑤「○○であれば判例の変更が必要となり、××であれば判例の変更は必要ない」という形で、選択肢を複数提示する。

・調査官室で審議案件の調査報告書を作成するやり方。

通常の審議事件：担当調査官が作成して、上席調査官がチェックする。

憲法事件：担当調査官が作成して、上席調査官のチェックを経た上、首席調査官が最終チェックする。

行政事件：行政調査官全員の検討会を行ってから報告書を作成する。

・⑥外国法に関する情報が報告書に記載されることはまずない。外国法に関する情報は殆ど報告書には載らない。

・調査官解説は報告書よりもずっと詳細な内容となっている。

・大法廷案件の審議の場合、担当調査官、上席調査官、首席調査官がそろって出席する。

Q：いつから裁判官の審議に調査官が立ち会うことになったのか？

A：わからない。

Q：審議の際、議事録は作成するのか？

A：調査官がメモを取る。通常、調査官がまず判決案文を書くためもあって、メモが必要となる。

評議の議事録が作成されることはない。調査官は後の解説の準備もあって、通常、詳細なメモをとっているようだ。

イ　『最高裁回想録』では、最高裁における口頭弁論に触れ、「裁判長の訴訟指揮（法廷での発言）については、調査官の原案を基に詳細なシナリオが作られていて、裁判官は、原則としてそれを読み上げるだけ」という記述があります（50頁）。

そこで、質問ですが、「調査官の原案」というのは、それぞれの調査官室によって作成されたという理解で良いでしょうか。

回答：

・調査官の原案は、主任裁判官に示される。その内容は、上席調査官と首席調査官が内容をチェックしているはず。

ウ　過去に判例がないような新しい問題が発生した場合、調査官はどのような役割を果たしているのでしょうか？

回答：

調査官は問題点・争点を示し、判例はないと指摘する。また、文献はその質量の相違を問わず、かなり網羅的にリストアップしてくる。いずれにせよ、結論を提案することはない。

エ　多数意見の作成に際して、調査官はどのような役割を果たすのでしょうか。

回答：

・裁判官の意見の分布は、裁判官のみが判断する。
・何が多数意見であるのかが分かった段階で、裁判長が調査官に、「これを踏まえて多数意見の草案を書いてみてくれ」と依頼する。
・調査官が作成した草案をベースに裁判官が議論し、たくさん「赤」が入る。例えば、「草案のここはいらない」、「ここは誤解だ」、「このように書き直す」等々。
　下級審の認定事実の確かめ直しも行われる。刑事事件の原審破棄差戻しに至る事実認定の再検討は、調査官も見落とした点について裁判官主導で行われる場合が多かった。

Q：最高裁判決の事案の概要は、審議の対象となるのか？
A：これも審議の対象となる。

オ　個別意見の作成に際して、調査官はまったく関与しないのでしょうか。

回答：

・通常は裁判官が自ら書く。
・裁判官から調査官に頼むこともある。例えば、「この部分○○を書きたいが、調べて補足してくれ」と依頼することもある。また、「××について文章にしてくれ」と依頼することがある。
・理系の研究室で、教授が、准教授、講師、助教や院生をアシスタントとして使うことに似ているのかもしれない。

カ　最高裁裁判官の多忙さ（『最高裁回想録』215頁以下）は認知されてきたと思いますが、それとの関係で調査官の多忙さについてはいかがでしょうか（当然、多忙と思いますが）。

回答：

・夜９時、10時まで電気がついている。
・調査官は、１審からのすべての資料を見ている。
・私がかつて調査官に、「下級審の裁判官と調査官のどちらが大変か」と質問

した際、ある調査官は、「調査官は基本的に１つの事件に集中できるが、裁判官は、多くの事案、仕事を同時に行わなければならない」と答えた。
・調査官が積極的にものを言うことはほとんどない。裁判官が勘違いしている場合には、それを修正することがある。
・上告受理制度は、制度の趣旨意図とはかなり異なる運用がなされている。ただし、上告受理制度が導入されて以降は、調査官は以前のように当該事件の法的論点を当事者の主張を超えて拾い出して検討する必要がなくなり、その点ではかなり負担が軽減されたという話を聞いた。

質問２

最高裁裁判官は調査官に対しどのような役割を期待するのでしょうか？

（１）例えば、

①判例変更の必要性についても調査官がそれを自主的に指摘することを期待するか？

回答：

・判例変更の必要性について、調査官に言われることは期待しない。これは、明らかに調査官の職責をこえている。

②過去に判例がないような新しい問題が発生した場合、調査官がそれについて自主的に一定の方向性を出すことを期待するか？

回答：

・一定の方向性を示すことは期待しないが、複数の選択肢を示すことは当然にあって良い。

③例えば、事情判決をはじめて採用した昭和51年の衆議院定数訴訟大法廷判決のように、これまでの常識的な考えから離れるような判決を出す場合、そのイニシャティブを調査官が自主的にとることを期待するか？

（２）もし、上記①～③の答えが否である場合、それは最高裁裁判官が指示す

るのでしょうか。

回答：

・裁判官が、「調査官室で知恵を出せよ」ということはある。

Q：最高裁判所長官代理者等の肩書で、国会において最高裁の考えや立場を答弁する場合、その内容はどのように形成されるのか？

A：通常は、長官、事務総長、局長等が打ち合わせをしていると思われる。

質問３　最高裁裁判官と調査官の関係について

（１）最高裁調査官の人選の方法や基準はどうなっているのでしょうか。

回答：

・誰がどのような基準で調査官を選んでいるのかはよくわからない。

・首席調査官が、影響力（推薦か、一本釣りか？）を持っていると思われる。

（２）裁判官と調査官の関係について、アメリカやドイツのように、裁判官自身が選抜する（そのうえで裁判官付きとする）ということは、可能でしょうか。あるいは、最高裁事務総局が調査官選出のためのリストを作成し、その中から裁判官が選び任期中は当該裁判官付とする方式はどうでしょうか（現在の多くの最高裁裁判官の任期を想定しています）。

回答：

・現状では事実上無理。最高裁がそれをやる気がない。

・弁護士出身判事のなかには弁護士からも調査官を選抜すべきだという意見を述べる者もいるが、実現の見込みは薄いと思う。

・調査官の質については、最高裁としての要求水準があり、特に緻密な事実認定の能力が重視されているため、現在のような調査官の役割を前提とする限り、裁判官以外から調査官を登用することは難しいと思われる。事実認定能力の重視には自分も賛成であって、例えば若手の研究者をそのまま調査官に登用するということは、この点において困難であろう。

質問４　調査官解説について（法科大学院教育では高い評価がされております。）

（１）最高裁裁判官の目から見て、調査官解説はどのように評価できますか。

回答：

・一般論としては、よくできている。

・自分が関与した事案について、重点の置き所が、自分が考えていた点とややずれていると感じる例も無いではない。また、他の小法廷が判断した事案については、読んでも、それが小法廷でなされた審議の正確な解説かどうかはわからない。

①多数意見等を正確に説明し、その背景も正確に指摘しているものが多いか？

回答：

・調査官による。客観的な説明が多いが（上記一般論）、中には、私見を出すものもある。

②細かく書きすぎると感じる場合はあるか？

回答：

・各調査官の差、またはその能力の差。

・調査官解説を頭から信じてはいけない。

③調査官解説ではなく、判決文で書くべきことがあると感じないか？

回答：

・判決文で書くべきと考えられることが多くなっているから、最近の最高裁判決は、長文化している。

・審議の際、どこまで判決で書くべきかを審議することがある。例えば、多数意見では○○まで書く、補足意見では△△まで書き、調査官解説では××まで書かせる、というような配分を考えることがある。

（２）調査官解説を公表する前に、何らかの手続や審査はないのでしょうか。

調査官個人の責任で執筆するのでしょうか。

回答：

・裁判官は調査官解説を事前に見ていない。
・首席調査官が事前に見ているかどうかはわからない。
・調査官室が関与しているかどうかはわからない。
・調査官解説は、調査官から転任後に公表されるケースもあることからわかるように、基本的にはあくまで個人的見解である。

質問５　最高裁裁判官個人に対する国民の理解

最高裁裁判官については、多くの国民が知識がないのではないかと思われます。最高裁裁判官の国民審査も十分に機能しているとはいえません（設立当時は、50歳代の裁判官でしたから、２度の審査がありえたところです。）。そこで、最高裁裁判官として任命された後、国会で聴聞する制度が提案されています。この点については、いかがお考えですか。

回答：

・国民は、最高裁の裁判官について余り関心がないのではないか。
・最高裁判所裁判官の国民審査の前の公報は、各裁判官の意見が反映されている。

Q：最高裁の裁判官の任命の前に、国会による諮問を設ける制度はどうか？

A：国会がどれくらい polite であるかにかかっている。政争の具として利用されることは、絶対に避けられなければならない。

Q：立法事実に関するデータの収集方法。事件の当事者が提出した資料の中から収集するのか、それとも公知の事実を用いるのか？

A：当事者が主張する事実の他、この場合、必要に応じ、公知の事実を用いる。
・多数意見の場合、調査官が収集する。
・個別意見の場合、各裁判官が収集する。

判例研究

刑　事　判　例　研　究

瀧　本　京太朗

被害者側の取引実態と欺罔行為性の判断

①事件：最判平成26年３月28日（平成25年（あ）第３号）
（刑集68巻３号582頁、判時2244号121頁、判タ1409号136頁）

②事件：最決平成26年３月28日（平成25年（あ）第725号）
（刑集68巻３号646頁、判時2244号126頁、判タ1409号143頁）

Ⅰ　はじめに

詐欺罪については、従来からその罪質が特に重要な論点とされており、現在もなお議論は一致を見ない。判例・裁判例においても、いわゆる形式的個別財産説に立つと見られるものがある一方で、実質的個別財産説からも説明が可能なものも見られ、やはり統一的な見解を形成するには至っていないのが現状である。そのような中にあって、表題に掲げた２件の判例は、暴力団員によるゴルフ場の利用申込み行為と詐欺罪の成否が問題とされたという点では共通しているが、そこで認定された事実関係の差から、一方では無罪、他方では有罪という結論が導かれたという点で異なっている。詳細については後述するが、いずれの事件においても、問題となったゴルフ場では、利用約款等において暴力団関係者による施設利用を拒絶していた。しかし、有罪となった事件（②事件）では、従来の判例が示してきた判断枠組みのように、暴力団排除に関する規定が経営上の重要性を有していたという点を指摘したのに対し、無罪となった事件（①事件）では、利用約款等にもかかわらず、暴力団排除に向けた具体的な取組みがなされていないという点が指摘されているのである。

特に①事件においては、判例上しばしば用いられている「交付の判断の基礎

となる重要な事項」という要素は誰が、あるいは何が基準となって判断されるのかが問題となっているように思われる。すなわち、「取引の実態」が、法令ないし経営規則上定められていた取引のルールから逸脱していたというケースが判例上問題となったのは、特に①事件が初の事例であるように思われる。本稿は、重要事項に関する従来の議論に加え、上記の様に「規則」と「取引の実態」にずれがある場合にどのような解決をすべきかについても検証を行うことを目的とするものである。

なお、「取引の実態」という言葉は多義的であり、注意を要する。規則と実態にずれがある場合というのは、当該取引を規律する規則と「一般的な対応方針」にずれがある場合と、規則と一般的な対応方針は一致していたが、行為者の応対に当たった「具体的な被欺罔者」が規則と異なる対応をした、という場合が考えられ、①事件は前者に属するものであると考えられよう。後者に属するものについては後述する。本稿では単に「実態」と表記されている箇所もあるが、同旨である。

Ⅱ　両事件の概要[1]

1　①事件：最判平成26年３月28日刑集68巻３号582頁

（1）事実の概要

暴力団員であった被告人X1は、同じ組の副会長Dらと共に、平成23年８月15日、予約したゴルフ場「B倶楽部」に行き、フロントにおいて、それぞれがビジター利用客として、備付けの「ビジター受付表」に氏名、住所、電話番号等を偽りなく記入し、これをフロント係の従業員に提出してゴルフ場の施設利用を申し込んだ。

また、Eは、同月25日、仕事関係者を宮崎県に招いてゴルフに興じるため、

[1] ①事件、②事件に関する評釈としては、伊藤渉「判批」刑事法ジャーナル42号（2014年）97頁、香月裕爾「判批」NBL1024号（2014年）５頁、齊藤彰子「判批」判例セレクト2014［Ⅰ］（2015年）35頁、白井智之「判批」研修798号（2014年）15頁、土倉健太「判批」捜査研究761号（2014年）２頁、坪井麻友美「判批」警察公論69巻９号（2014年）85頁、林美月子「判批」ジュリスト1479号（平成26年度重要判例解説）167頁、前田雅英「判批」捜査研究759号（2014年）22頁、松井洋「判批」警察学論集67巻８号（2014年）144頁、渡邉雅之「判批」銀行法務773号（2014年）24頁がある。いずれの評釈も、①事件と②事件の両方を検討している。

自らが会員となっていたゴルフ場「Cクラブ」に電話をかけ、9月28日の予約をした後、組合せ人数を調整するため、X1らを誘った。X1は、同月28日、同クラブに行き、フロントにおいて、備付けの「ビジター控え」に氏名を偽りな

以上の行為につき、X1は2項詐欺罪（刑法246条2項）として起訴された。

第一審の宮崎地裁[2]は、申込み時にX1が「本件各ゴルフ施設の従業員から、暴力団員という属性につき直接的な確認を受けたり、これに対して積極的に暴力団員でない旨申し出たりするなどしたやり取りがな」かったことを認定したが、その一方で、X1は「本件各ゴルフ施設が一般的に暴力団員の利用を拒絶していることを認識していた」とした。さらに、B倶楽部及びCクラブはいずれも、「暴力団関係者の立入りプレーはお断りします。」などと書かれた立て看板を出入り口付近に設置し、利用細則ないし利用約款等を施設内に掲示し、暴力団員による利用であることが判明した場合には、利用を拒絶し、プレー中に暴力団員であることが判明した場合にはプレーを中止させるなどしており、暴力団員の利用を固く禁止していたということも併せ認定した上で、「本件各申込みは、本件各ゴルフ施設によっていわば暴力団員でない者の利用申込みを受け付ける旨明らかにされ、…D ないし被告人X1がその利用を申し込むというのである以上、いずれも自己が少なくとも暴力団員でない正規の利用客であるという積極的な意思表示を伴うものであったと合理的に評価することができ、しかも暴力団員による利用であるか否かは、判示各従業員において、当該ゴルフ施設の利用という利便提供の判断の基礎となる重要な事項であったというべきである。」と判示した。

次に、原審の福岡高裁宮崎支部[3]は、①本件各ゴルフ施設では、受付段階で申込者に対する口頭又は書面による質問はなく、警察等との連携もなされていない、②掲示されていた利用細則ないし利用約款は、利用者に認識させることが困難である、③B倶楽部ではコンプライアンス担当者が、暴力団員がプレーしているのに気付きながら最後までプレーすることを許していることから、暴力団員による利用か否かは財産的処分行為をするための判断の基礎となる重要な事項といえない、及び④宮崎県内において暴力団員の利用を許していたゴルフ施設が複数あるから暴力団員の利用拒絶の事実が周知されている事柄とは言

[2] 宮崎地判平成24年5月21日刑集68巻3号628頁参照。

[3] 福岡高宮崎支判平成24年12月6日刑集68巻3号636頁参照。

えない。また、B倶楽部、Cクラブの受付表等には「いずれにも職業欄や暴力団員か否かを確認する欄はなく、受付における確認作業もなされていなかったことから、申込行為は、一般的、客観的に暴力団員でない旨の事実を表す行為であると一義的に評価することはできないから、被告人らの申込行為は欺罔行為に当たらない」との所論に対し、以下のように判示して、被告人の控訴を棄却した。すなわち、まず①に対しては、「そのような方法は、暴力団員でない申込者の名誉を傷つけ、ゴルフ施設の信用を落としかねないことや、暴力団員に対し、そのような質問や確認をすることによって、その場における粗暴な振る舞いや事後の仕返しを受けるおそれがある」ため困難であり、また、「多くの申込みを短時間に処理しなければならない受付業務において、所論がいうような警察等との連携による確認作業を実施することは相当困難である。」とした。次に②に対しては、確かに利用細則ないし利用約款は人目に付きやすい場所に掲示されているが、「字の大きさなどから、その付近を通行中の誰もがその内容を認識することが可能であるとは言い難く、これらによって利用者にその内容を周知させるには十分でない」が、「これらの掲示をすることにより、本件各ゴルフ施設が、暴力団員を拒絶する姿勢を示していることは明らかである。」とした。そして③に対しては、担当者は離れた場所からプレーを視察していたため、X1が暴力団員であると断定することができず、「慎重を期してプレーを止めずにクラブハウスでコースから帰ってくるのを待ち受け」ていたのであるから、担当者がプレーを止めなかったことには理由がある。また、ゴルフ場は「他にも利用者がある場所であり、前記のとおり、クラブハウス内での暴力団員との応対には不測の事態が発生するおそれも考えなければならず、被告人との対応が難しかったと考えられる」から、担当者の上記対応がB倶楽部における「暴力団員の利用拒絶の方針が経営上重要な事項でなかったことの表れであるということはできない。」とした。最後に④に対しては、「警察官の問合せに対し、ゴルフ施設が過去の資料を点検したところ、暴力団員の利用が判明したというものであって、当時のゴルフ施設が、暴力団員であることを知った上で利用を許していたことを示すものではない」し、①で述べたような不測の事態が発生する恐れがあるから受付での確認作業は困難である、とした。これに対して、X1が上告した。

（2）判旨

最高裁は、下級審で認定されたような、被告人の認識やコンプライアンス担当者に関する事実等には言及せず、ゴルフ場を利用する際にX1が氏名等を記入したビジター受付表（B倶楽部）及びビジター控え（Cクラブ）には、「暴力団関係者であるか否かを確認する欄はなく、その他暴力団関係者でないことを誓約させる措置は講じられていなかったし、暴力団関係者でないかを従業員が確認したり、被告人が自ら暴力団関係者でない旨虚偽の申出をしたりすることもなかった。」「B倶楽部及びCクラブは、いずれもゴルフ場利用細則又は約款で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定していたし、九州ゴルフ場連盟、宮崎県ゴルフ場防犯協会等に加盟した上、クラブハウス出入口に「暴力団関係者の立入りプレーはお断りします」などと記載された立看板を設置するなどして、暴力団関係者による施設利用を拒絶する意向を示していた。しかし、それ以上に利用客に対して暴力団関係者でないことを確認する措置は講じていなかった。また、本件各ゴルフ場と同様に暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板等を設置している周辺のゴルフ場において、暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていたというのであって、本件当時、警察等の指導を受けて行われていた暴力団排除活動が徹底されていたわけではなかった。」という事実を認定した。

そして、まずB倶楽部につき、「上記の事実関係の下において、暴力団関係者であるビジター利用客が、暴力団関係者であることを申告せずに、一般の利用客と同様に、氏名を含む所定事項を偽りなく記入した『ビジター受付表』等をフロント係の従業員に提出して施設利用を申し込む行為自体は、申込者が当該ゴルフ場の施設を通常の方法で利用し、利用後に所定の料金を支払う旨の意思を表すものではあるが、それ以上に申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない。そうすると、本件における被告人及びDによる本件各ゴルフ場の各施設利用申込み行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらないというべきである。」と判示した。また、Cクラブについても、「…ビジター利用客である被告人による申込み行為自体が実行行為とされており、会員であるEの予約等の存在を前提としているが、この予約等に同伴者が暴力団関係者でないことの保証の趣旨を明確に読み取れるかは疑問もあり、また、被告人において、Eに働き掛けて予約等をさせたわけではなく、その他このような予約等がされている状況を積極的に利用したという事情は認められない。これをもって自己が暴力団関係者でないことの意思表示まで包含する挙

動があったと評価することは困難である。」と判示して原判決を破棄し、X1に対して無罪を言い渡した。

なお、本判決に対しては小貫芳之裁判官による反対意見が付されている。その点については後述する。

2　②事件：最決平成26年３月28日刑集68巻３号646頁

（1）事実の概要

暴力団員であった被告人X2はFに誘われて、平成22年10月13日に、Fが会員となっている長野県内所在のGゴルフ倶楽部を訪れることになったが、X2が暴力団員であることが発覚するのを恐れたFは、フロントにおいてその事実を申告しなかった。また、G倶楽部の利用約款では、利用客は会員、ビジターを問わずフロントにおいて「ご署名簿」に自署して施設利用を申し込むこととされていたが、FはX2がフロントに赴いてこの名簿に自署せずに済むように、F自身については名簿に自署したが、X2を含む他の同伴者５名については従業員に代筆を依頼して、G倶楽部の施設利用を申し込んだ。その結果、X2は結局フロントに立ち寄ることなく、クラブハウスを通過し、プレーを開始することができた。ところでG倶楽部では、暴力団員及びこれと交友関係のある者の入会を認めておらず、入会の際には「暴力団または暴力団員との交友関係がありますか」という項目を含むアンケートへの回答を求めるとともに、「私は、暴力団等とは一切関係ありません。また、暴力団関係者等を同伴・紹介して貴倶楽部に迷惑をお掛けするようなことはいたしません」と記載された誓約書に署名押印させた上、提出させていた。また、ゴルフ場利用約款でも、暴力団員の入場及び施設利用を禁止していた。Fは、平成21年６月頃にG倶楽部の入会審査を申請した際、アンケートの項目に対し「ない」と回答した上、誓約書に署名押印して提出し、G倶楽部の会員となった。

第１審の名古屋地裁[4]は、「ゴルフ場において同伴してゴルフプレーをしようとする者の中に暴力団構成員がいることを告げずにその施設利用を申し込む行

[4] 名古屋地判平成24年４月12日刑集68巻３号674頁参照。また、第１審判決に言及する論説として、松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」浅田和茂＝川崎英明＝葛野尋之＝前田忠弘＝松宮孝明編『刑事法理論の探究と発見　斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2012年）147頁。

為が、一般的に、その中に暴力団構成員はいない旨の事実を当然に表する行為であるとは認められない」ことに加え、X2はFのG倶楽部への入会には関与しておらず、Fが入会時に署名押印した誓約書の内容については知らなかったのであるから、「…Fにおいて本件ゴルフ倶楽部の施設利用を申し込む行為自体が、当然に同人が同伴してゴルフプレーをしようとする者の中に暴力団構成員はいない旨の事実を表する行為であることを、被告人が認識していたとは認められない」として、２項詐欺罪については無罪とし、別罪によりX2を懲役10月、執行猶予３年に処した。検察官及びX2の双方が控訴したところ、原審の名古屋高裁[5] [6]は、X2が認識すべき内容としてFとG倶楽部の契約まで要求するのは、「行為の違法性を認識するための犯罪事実の認識として明らかに過剰」であるなどとして名古屋地裁判決を破棄し、２項詐欺罪の成立を肯定し、X2を懲役１年６月、執行猶予３年に処した。これに対してX2が上告した。

（２）決定要旨

最高裁は、先に述べた点に加え、①事件では言及されなかった、以下のような事実認定を行っている。すなわち、「ゴルフ場が暴力団関係者の施設利用を拒絶するのは、利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、一般利用客が畏怖するなどして安全、快適なプレー環境が確保できなくなり、利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれることを未然に防止する意図によるものであって、ゴルフ倶楽部の経営上の観点からとられている措置である。」「本件ゴルフ倶楽部においては、ゴルフ場利用約款で暴力団員の入場及び施設利用を禁止する旨規定し、入会審査に当たり上記のとおり暴力団関係者を同伴、紹介しない旨誓約させるなどの方策を講じていたほか、長野県防犯協議会事務局から提供される他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか確認するなどして暴力団関係者の利用を未

[5] 名古屋高判平成25年４月23日刑集68巻３号686頁参照。

[6] 原審の評釈として松本英男「判批」研修785号（2013年）15頁がある。また、論説の中で原審の判断を批判的に検討するものとして、松宮孝明「挙動による欺罔と詐欺罪の故意」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開〈上巻〉　町野朔先生古稀記念』（信山社、2014年）529頁。

然に防いでいたところ、本件においても、被告人が暴力団員であることが分かれば、その施設利用に応じることはなかった。」というのである。その上で、「以上のような事実関係からすれば、入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた本件ゴルフ倶楽部の会員であるFが同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している上、利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項であるから、同伴者が暴力団関係者であるのにこれを申告せずに施設利用を申し込む行為は、その同伴者が暴力団関係者でないことを従業員に誤信させようとするものであり、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによって施設利用契約を成立させ、Fと意を通じた被告人において施設利用をした行為が刑法246条２項の詐欺罪を構成することは明らかである。被告人に詐欺罪の共謀共同正犯が成立するとした原判断は、結論において正当である。」（傍点は筆者、以下同じ。）と判示して、上告を棄却した。

なお、本決定に対しては、小貫芳之裁判官による意見が付されている。

Ⅲ　評釈

両事件で共通して争点とされているのは、暴力団員であることを秘してゴルフ場利用を申込む行為が、いわゆる「挙動による欺罔行為」に当たるか否かである。しかし、本稿で特に問題としたいのは、規則と実態にずれがあった場合の処理である。これまでの判例の検討を含め、詐欺罪の罪質については、本稿の問題意識と関連する限度で検討を行うこととする。

1　詐欺罪の罪質について

（1）学説の概要[7]

人を欺く行為の手段・方法には制限がないという点については異論がなく、積極的な欺罔行為を行わなくても、挙動によって相手を錯誤させて財物を交付

[7] 学説の概説を含む論説として、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害―その要否と限界―（１）」警察研究63巻４号（1992年）27頁、木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」法曹時報60巻４号（2008年）１頁、星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修738号（2009年）３頁など。

させれば詐欺罪が成立し、裁判実務においても、欺罔行為者が被害者に相当の対価を支払った場合でも詐欺罪が成立しうるとされてきた。そして、欺罔行為とは、「相手方が財産的処分行為をするための判断の基礎となるような重要な事実を偽ること」であり、この点に関して被害者を錯誤に陥れて、財物ないし財産上不法な利益を交付させたときに詐欺罪が成立するとされてきた。

また、通説からは、詐欺罪を個別財産に対する罪であると解する以上は何らかの財産上の損害の発生が必要であるとされている（個別財産説）[8]が、この中でもさらに形式的個別財産説と実質的個別財産説の間で対立がある。両説は、詐欺罪における法益侵害の実質が何かという点で異なっており、従前より通説とされてきたのは形式説[9]であった。この説によれば、「財物・利益の喪失」があればただちに法益侵害が認められるとされる。これに対して実質説は、形式説は財産上の損害を不要とする見解（不要説[10]）と実質的に同一であるとしてこれを批判する。そして、例えば未成年者が成人であると偽って煙草を相当対価で購入したというような場合についてまで詐欺罪の成立を肯定することは妥当でないとした上で、「財物・利益の喪失」があってもなお詐欺罪が成立しない場合があると主張し、「実質的な財産上の損害」が法益侵害の実質であると解している[11]。形式説の観点からは、この煙草の事例では、売り主が錯誤に基づいて交付行為を行っていれば、未成年者は１項詐欺罪に問われることになろう。

---

[8] 詐欺罪を全体財産に対する罪とする見解として、滝川幸辰『刑法各論』（世界思想社、1951年）160頁、林幹人『刑法各論（第２版）』（東京大学出版会、2007年）142頁以下。また、同「詐欺罪における財産上の損害―最高裁平成13年７月19日判決を契機として―」現代刑事法44号（2002年）50頁以下は、「詐欺罪と背任罪とは共に全体財産に対する罪で、損害の内容に違いはない」とする。

[9] 大谷實『刑法講義各論（新版第４版）』（成文堂、2013年）272頁、団藤重光『刑法綱要各論（第３版）』（創文社、1990年）619頁、福田平『刑法各論（全訂第３版増補）』（有斐閣、2002年）250頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976年）308頁。

[10] 木村亀二『刑法各論』（法文社、1967年）125頁、牧野英一『刑法各論　下巻（第５版）』（有斐閣、1955年）682頁以下。

[11] 西田典之『刑法各論（第６版）』（弘文堂、2012年）203頁以下、前田雅英『刑法各論講義（第５版）』（東京大学出版会、2011年）350頁、山口厚『刑法各論（第２版）』（有斐閣、2012年）267頁、山中敬一『刑法各論（第２版）』（成文堂、2009年）340頁。

これらのうち、現在は実質説が通説であるとされており、議論の焦点は「形式説か実質説か」という点から、どのような実質的基準によって財産上の損害を認定するか、という点に移ってきていると言えよう。

このほか、法益について錯誤に陥ったのでなければ当該錯誤は同意の有効性に影響を与えないとする、いわゆる法益関係的錯誤説が非常に有力に主張されている。そこでは、「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」について錯誤がある場合には法益関係的錯誤が認められるとする見解[12]や、「非経済的な目的であっても、それが社会的に重要な目的と評価できる場合には、詐欺罪の保護を認めるべき」とする見解[13]などが主張されている。これらの見解が形式説、あるいは実質説のいずれと親和的であるかについては、この見解を主張する論者によって異なっている[14]。

（2）判例について

判例は、基本的には古くから形式説の立場に立っていると考えられており、いくつかの調査官解説においてもその旨説明されているが、実質説の見解に親和的な判断がなされた事例も存在している。特に近時の判例の中には、財物の交付自体が損害であるとしつつ、実質的な損害についても明文で言及した事例も見られる。そのため、最高裁が、法益関係的錯誤説も含めていずれの見解に与するものであるかを軽々に断じることはできないように思われる。以下ではこれまでの判例について若干の検討を加えるが、本稿において特に重要である事例には番号を付して示すこととする。

例えば、市価2100円のバイブレータを特殊な医療器具と偽って2200円で購入させたという最決昭和34年９月28日刑集13巻11号2993頁では、相当対価を支

[12] 佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、2006年）109頁、同「詐欺罪（１）」法教372号（2011年）108頁。
[13] 橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」『植村立郎判事退官記念論文集　現代刑事法の諸問題〔第１巻〕理論編・少年法編』（立花書房、2011年）187頁。
[14] 佐伯・前掲注（12）法教107頁以下、橋爪隆「詐欺罪（下）」法教294号（2005年）94頁以下などを参照。橋爪・前掲注（13）181頁は、実質説は結局被害者の錯誤の内容によって実質的損害の存否を判断しているから、「法益関係的錯誤の観点から錯誤概念を限定する見解と、その実体において異ならないことになる」とする。

払っていたとしても「事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合」には詐欺罪が成立するとされており、形式説に立ったものと理解できよう。しかし、大審院時代には、医師であると詐称して被害者を診断し、症状に適応する薬品を時価で販売したという事例につき、大決昭和３年12月21日刑集７巻772頁は「判示賣藥ノ買取リニ因リ相手方ハ毫モ財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナク又被告人ニ於テ之ニ因リ特ニ不法ノ利益ヲ享受シタルモノト謂フヲ得サレハナリ」と判示しており、実質説に親和的な判断であると言うことも可能である。このほか、本来受領する権限を有する工事の請負代金を詐欺的手段により早期に受領したという事例につき、最判平成13年７月19日刑集55巻５号371頁は「請負人が本来受領する権利を有する請負代金を欺罔手段を用いて不当に早く受領した場合には、その代金全額について刑法246条１項の詐欺罪が成立することがあるが、本来受領する権利を有する請負代金を不当に早く受領したことをもって詐欺罪が成立するというためには、欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めたものであることを要すると解するのが相当である。」と判示し、詐欺罪の成立を否定している。この事件の調査官解説は、最高裁は基本的には形式説に立っていると説明しながらも[15]、実質説を有力に主張されている見解として紹介しており、裁判所の見解が形式説から実質説へと移行する障害は失われつつあることが読み取れよう。

しかし、平成13年判決以降の全ての判例が実質説に親和的になったわけではない。例えば最決平成14年10月21日刑集56巻８号670頁は、他人名義で預金通帳の交付を受けたという事案において、「被告人は、…銀行窓口係員に対し、自己が秋山本人であるかのように装って預金口座の開設を申込み、その旨誤信した同係員から貯蓄総合口座通帳１冊の交付を受けたのであるから、被告人に詐欺罪が成立することは明らかである。」というように、財産上の損害につい

[15] 朝山芳史「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成13年度135頁以下。そこでは、形式説を徹底すると「損害の要件を不要とする立場と実質的に変わらなくなり、妥当でない結果が生じかねない」とした上で、損害を形式的に捉えた④事件の第１審判決を、「実質的に損害が生じていないような場合にまで１項詐欺の成立を認めることになるので、妥当でない」として批判的に検討されている。

て言及せずに詐欺罪の成立を肯定している[16]。

また、③最決平成19年７月17日刑集61巻５号521頁は、被告人がＡと意思を通じ、Ａをして、５回に渡って５つの銀行支店の行員に対し、預金通帳を第三者に譲渡するという目的を秘して口座開設を申し込み、Ａ名義の預金通帳の交付を受けさせるなどして１項詐欺罪の共謀共同正犯に問われた事例である。最高裁は、「上記各銀行においては、いずれもＡ…による各預金口座開設等の申込み当時、契約者に対して、総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させるなどすることを禁止していた。また、Ａ…に応対した各行員は、第三者に譲渡する目的で預金口座の開設や預金通帳、キャッシュカードの交付を申し込んでいることが分かれば、預金口座の開設や、預金通帳及びキャッシュカードの交付に応じることはなかった。」と判示して、このような事実関係の下では、「銀行支店の行員に対し預金口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意思であることを表しているというべきである」から、第三者譲渡目的を秘した申込み行為は詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならない、とした。

さらに、④最決平成22年７月29日刑集64巻５号829頁は、第三者を航空機に搭乗させる意図で自らの氏名が記載された航空券を提示して、搭乗券の交付を受けた事例である。最高裁はここでも、「…航空券及び搭乗券にはいずれも乗客の氏名が記載されているところ、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者に対して旅券と航空券の呈示を求め、旅券の氏名及び写真と航空券記載の乗客の氏名及び当該請求者の容ぼうとを対照して、当該請求者が当該乗客本人であることを確認した上で、搭乗券を交付することとされていた。このように厳重な本人確認が行われていたのは、航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含む

[16] もっとも、本件の調査官解説では、銀行は従前より不正な目的に利用することがわかっていたら取引を拒絶すべきであるとされてきたことなどを指摘し、口座を開設しようとする者が名義人本人であるか否かは銀行にとって重要な事項であると説明されている。宮崎英一「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成14年度247頁以下。

ものであったこと…等の点において、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたからであって、本件係員らは、上記確認ができない場合には搭乗券を交付することはなかった。また、これと同様に、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者がこれを更に他の者に渡して当該乗客以外の者を搭乗させる意図を有していることが分かっていれば、その交付に応じることはなかった。」とした上で、「以上のような事実関係からすれば、搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかなら」ないと判示している。

最後に⑤最決平成26年４月７日刑集68巻４号715頁は、被告人は、自身が暴力団員であるのにこれを秘して、郵便局において自己名義のゆうちょ銀行の総合口座開設、及び総合通帳の交付を申込み、その際自身が暴力団員でないことを表明する書類に自己の氏名を記入したという事例である。最高裁は③、④事件と同じように、「…被告人に応対した局員は、本件申込みの際、被告人に対し、前記申込書３枚目裏面の記述を指でなぞって示すなどの方法により、暴力団員等の反社会的勢力でないことを確認しており、その時点で、被告人が暴力団員だと分かっていれば、総合口座の開設や、総合口座通帳及びキャッシュカードの交付に応じることはなかった」とした上で、「以上のような事実関係の下においては、総合口座の開設並びにこれに伴う総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を申し込む者が暴力団員を含む反社会的勢力であるかどうかは、本件局員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、暴力団員である者が、自己が暴力団員でないことを表明、確約して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為に当たり、これにより総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が刑法246条１項の詐欺罪を構成することは明らかである。」と判示したのである。

（３）検討

特に③～⑤事件においては、決定文の中で、被欺罔者が一定の事項を「交付の判断の基礎となる重要な事項」であると認識していたことを裏付ける事情が

明文で認定されている[17]。問題はこれらの判例が財産上の損害概念についてどのように解しているかであるが、いずれの判例においても、財産的損害の発生については特段触れられていないことからすれば、従前の通説、すなわち形式説に立っているのだと考えるのが自然であるが、④事件の調査官解説によれば、実質説や法益関係的錯誤説に立っても④事件の判断は是認可能であろうとしており、必ずしも形式説以外の見解を排除しているわけではないと考えられる[18]。

そして、重要事項性を裏付ける事情が明記されているのは、形式説に立ったとしても、被欺罔者が単に「重要だと思っていた」というだけでは足りず、それを裏付けるための資料を要求しているからであろう。すなわち、裁判所は、被害者が「真実を知っていたら取引をしなかった」と主張すればそれだけで詐欺罪の成立を肯定しているのではなく、本当にそう言えるかどうかを、客観的事情を考慮しながら慎重に判断しているのである。これは②～⑤事件に特有というわけではないことはもちろん、詐欺罪以外の犯罪類型においても、被害者の主張が合理的かどうかを客観的証拠によって判断するであろうことは当然であるが、本稿で掲げた事例に即して言えば、②事件では「ゴルフ場利用約款」や長野県防犯協会事務局との連携が、③事件では「総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定」が、④事件では「運行の安全」が、そして⑤事件では行動憲章や貯金等共通規定がそれぞれ指摘されており、これらの点が「真実を知っていたら取引しなかった」という被欺罔者側の主張に合理性を与えるように作用しているのだと思われる[19]。例えば④事件は、単に運航の

---

[17] ③事件ではこのような文言は用いられていないが、最高裁は総合口座取引規定等を列挙して、預金通帳を第三者に無断譲渡することを禁じていると指摘し、第三者譲渡目的があることが分かれば取引をしなかったと判示していることから、③事件においても第三者譲渡目的の有無は「交付の判断の基礎となる重要な事項」であると言うべきであろう。

[18] ただし、前掲平成13年判決については実質説との「親和性が指摘されている」と述べるにとどまっていることから、裁判所としてはあくまで形式説に立って判断しているように思われる。増田啓祐「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成22年度189頁以下。

[19] 佐伯・前掲注（12）法教372号112頁、佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル42号（2014年）109頁。また、本江威憙編『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（立花書房、1995年）18頁は、「詐欺罪における錯誤とは、『真実を知っていたら交付しなかっ

安全を指摘するのみならず、空港係員が実際にどのような対応を行っていたかという点をも指摘した上で詐欺罪の成立を肯定しているが、この点は、各種規定を指摘するにとどまった③事件よりも一歩踏み込んで判断したものと言えよう。また、後に検討する②事件や、その直後に出された⑤事件においても、暴力団排除のための具体的な取組みがそれぞれ指摘されているのである。

学説における実質説の観点に立った場合には、これらの点は実質的な財産上の損害を根拠づけるための基礎であるというように説明されることになろうが、最高裁は形式説に立ちつつ、個別の事例ごとに被害者にとっての重要事項がどのような物であったかを認定した上で、その点について欺罔がなされ、被害者が錯誤に陥ったかを判断していると考えられる。形式説に対しては、先に挙げた煙草の事例においても詐欺罪が成立することになるとの批判が従来から展開されてきたが、①事件のように、煙草を販売した店舗の認識によっては重要事項性が否定され、詐欺罪の成立が否定される場合も十分想定されるため、形式説に立つからと言ってただちにこの批判が妥当することにはならないと思われる。さらに裏を返せば、仮に被害店舗にとっての重要事項性が肯定されるのであれば、欺罔行為性を肯定することも考えられるのではなかろうか[20]。

また、②～⑤事件の各決定要旨中で傍点を付したように、第三者譲渡目的の有無や自身が暴力団員であるかという点は、被告人の応対に当たったゴルフ場従業員、銀行員、空港係員、あるいは郵便局員にとって「交付の判断の基礎となる重要な事項」であるという認定がなされていることから、重要事項かどうかの判断は、その事件における実際の被欺罔者を基準とされているように見え

た』という主張が経済的取引の観点から見て合理的と評価される場合でなければならない」とする。

[20] 例えば、未成年者喫煙防止法（明治33年施行）４条は「煙草又ハ器具ヲ販売スル者ハ満二十年ニ至ラザル者ノ喫煙ノ防止ニ資スル為年齢ノ確認其ノ他ノ必要ナル措置ヲ講ズルモノトス」と規定し、それを受けて未成年者と思しき購入者に対しては年齢確認を徹底して行っており、未成年者と分かっていたら煙草を販売しなかったと言えるほどの事情を認定できるのであれば、欺罔行為性が肯定されることも十分考えられよう。この点につき前田巌「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成19年度332頁（注17）、長井圓「判批」ジュリスト1354号（平成19年度重要判例解説）182頁。ただし、松宮・前掲注（４）157頁は、この点を厳しく批判している。

る。そうすると、被欺罔者が、欺罔された事実を重要であると思っていなかった場合には、少なくとも欺罔行為性は否定されるということになろう。しかし、これらの事例では、各事件における被欺罔者が第三者譲渡目的の有無を重要事項であると認識していた根拠として、先に述べたような諸規定が指摘されている。そうすると、被欺罔者は通常それらを踏まえて業務を遂行していることに鑑みると、重要事項性の判断に際して重要なのは客観的な事情であって、具体的な被欺罔者がどのように考えていたかは問題とならないと考えることも十分可能である[21]。その際具体的な被欺罔者に言及している点については、246条1項の「人を欺罔して」という構成要件上、欺罔行為の客体を特定しているという以上の意味合いを有してはいない、と説明することになろう。そして、そのように考えた場合は、重要事項性の有無については、現に規則が存在している以上、(①事件のような) 特段の事情がない限りは比較的緩やかに解されることになろう。

この問題は、規則と実態が乖離していたときは、主観的に判断すべきか、あるいは客観的に判断すべきかという問題であると言えるが、前者の見解を採ると、例えば、規則上は許容されているにもかかわらず、実際の被欺罔者は「禁止されている」と誤って認識していたような場合にまで詐欺罪の成立が認められる恐れがあるが、それは妥当ではないように思われる[22]。上記の考え方のうち、いずれが妥当かについては議論もあろうが、基本的には後者の見解が妥当であろう。

2　規則と実態の乖離について

ここからは、規則と実態が乖離していた場合の処理について検討する。

これまで重要事項性が問題とされてきた事例というのは、一定の法令や経営上の規則が当該取引を規律しているような場合であるように思われるが、実際

---

[21] 佐藤・前掲注 (19) 109頁は、実行行為の有無はあくまで客観的に判断されるものであり、「一般人においては重要であるが被害者にとって特に重要でなかったからといって、欺罔行為がただちに否定され」るわけではない、としている。

[22] もっとも、実質説に立ったときは、実質的な財産上の損害がないと考えることによってこの点の批判は回避できよう。しかし、判例が基本的に採用していると思われる形式説に立ったときは、批判を免れることは容易ではなかろう。

に行為者の応対に当たった被欺罔者が当該規則等に従って業務を遂行していたか、という点はほとんど問題とされてこなかった。事件ごとの公判廷において、この点が争点とされ、そして証拠調べが行われたかどうかは不明であるが、証拠調べがなされていなかったとしても、被欺罔者が規則に従って業務を遂行していたのは当然であると考えられてきた、と説明されても特段の違和感はないだろう。規則がある以上それに従うのは当たり前のことだからである。

（1）規則と一般的な取引慣行の乖離（規則≠一般＝被欺罔者）

しかし①事件では、規則の定めと取引の実態が一致していなかったという指摘がなされ、その場合は重要事項性が欠ける、と判示された。すなわち本件では、ゴルフ場利用細則又は約款が暴力団関係者の施設利用を拒絶していたと認定されており、さらに、最高裁では認定されていないものの、条例上も、X1らがB倶楽部を利用した2週間ほど前の平成23年8月1日より宮崎県暴力団排除条例が施行されており、明文で暴力団関係者への利益供与が禁止され、これに違反した場合には、罰則はないものの、公安委員会から説明義務が課され、その義務にも違反した場合には事業者名を公表されるという措置が講じられていた[23]。しかし本件では、判示のように、立て看板等を設置する以外に暴力団排除のための具体的措置は講じられておらず、あまつさえ、立て看板を設置しているにもかかわらず暴力団員による利用を許可、黙認していたゴルフ場があったというのであり、最高裁はこれらの事実関係を踏まえて、本件申込行為それ自体を見ても、利用者が暴力団関係者でないことを示すものではない旨判示しているのである。そうするとここでは、「ゴルフ場の利用規定ないし暴力団排除条例」と、（少なくとも）「B倶楽部及びCクラブ、及びその周辺のゴルフ場の運営実態」が乖離していると言えよう。

（2）規則及び一般的な取引実態と被欺罔者の乖離（規則＝一般≠被欺罔者）

もっとも、このような乖離が見られた事例は①事件以外にも存在している。⑥東京高判平成24年12月13日高刑集65巻2号21頁がそれであり、やや立ち入って紹介する。

[23] 第1審及び原審はこの条例に言及しているが、具体的内容までは述べていない。

【事実の概要】[24]

被告人X3は、知人からプリペイド式携帯電話機（以下、「携帯電話機」とする）を用意するよう頼まれてこれを了承し、被告人Yほか1名に協力を求めた。

X3及びYは、まず平成23年6月4日、東京都新宿区所在の携帯電話販売代理店店長Aに対し、真実は、あらかじめ携帯音声通信事業者であるZ株式会社の承諾を得ないで、交付される携帯電話機を第三者に譲渡する意図であるのにこれを秘し、交付される携帯電話機をそれぞれ自ら利用するように装って、自己を契約者とする通信サービス契約の締結方及び携帯電話機2台の購入方を申し込み、Aに、被告人らが同社の規定に従い、購入する携帯電話機を第三者に譲渡することなくそれぞれ自ら利用するものと誤信させ、よって、同社との間の役務提供契約に係る携帯電話機4台（販売価格合計7920円）の交付を受けた。

被告人らが契約の申し込みを行うに当たっては、Aに対し直接あるいは他の店員を介して本人確認の求めに応じて自己名義の身分証（X3は住民基本台帳カード、Yは運転免許証）をそれぞれ提示した上で「総合確認書」（利用時の注意事項を含む各種注意事項の内容を確認し、了承した旨を記載した書面）にそれぞれ署名し、契約申込書をそれぞれ自己名義で作成した。さらに被告人らは、翌6月5日にも同様の行為を行い、携帯電話機4台の交付を受けた。

以上の事実につき、被告人らは1項詐欺罪（刑法246条1項）の共同正犯（同60条）として起訴された。

原審の東京地判平成24年3月23日（判例集未登載）は、大要以下のように判示して、被告人両名を無罪とした。

まず、本件各販売に際してのAの認識について、東京地裁は、「A店長は、被告人ら…が2日間で合計10台もの…携帯電話機を購入しようとしている状況に直面しているにもかかわらず、購入する…携帯電話機を全て自ら利用するも

[24] 評釈としては、伊藤渉「判批」ジュリスト1466号（平成25年度重要判例解説）174頁、門田成人「判批」法学セミナー702号（2013年）113頁、白鳥智彦「判批」捜査研究751号（2013年）2頁、辰井聡子「判批」判例セレクト2013［Ⅰ］（2014年）34頁、茂木潤子「判批」警察公論68巻7号（2013年）87頁、森隆志「判批」研修776号（2013年）101頁がある。また、本件の解説を含むものとして、勝山浩嗣「金融機関口座・携帯電話不正利用防止に関する法規制と捜査―第3回―」捜査研究771号（2015年）27頁。

のと誤信したと考えるのは極めて不合理である」ことなどを理由として、「A店長において、…被告人両名が購入する…携帯電話機をそれぞれ自らが利用するものと誤信したわけではないことは明らかである」とした。また、法令やZ社の約款に対するA店長の理解は極めて不正確であり、Aにとっては「携帯電話機を販売するに際し、第三者に譲渡する意図があるか否かは、販売の可否を決するほど重要な事柄ではなかった」という指摘がなされた。

次に欺罔行為の有無については、携帯電話不正利用防止法（以下、「不正防止法」とする）が、携帯電話機を「契約者本人が利用すべきことが契約上も法令上も当然の前提として要請されているとは到底いえない」し、「同一店舗から2日間で1人4台もの…携帯電話機を購入するという行為自体、契約者本人以外の者の利用を示唆する行為といえる」ことなどを理由として、「被告人両名らが、購入する…携帯電話機を自ら利用するかのように振る舞っていたとは認められない」とした。さらに被告人X3は、購入する携帯電話機の色を決めるに際して、店員のBに対し、「自分で使うんじゃないから別に何色でもいい。」というように、第三者に利用させることを前提とする言動があったという事実が認定されており、被告人らの行為は欺罔行為には当たらないと判断した。これに対して検察官が控訴した。

【判旨】

東京高裁は、「原判決の判断は経験則等に照らして不合理といわざるを得ず、是認できない。」として原判決を破棄し、詐欺未遂罪の成立を肯定し、被告人両名を各懲役1年6月に処した（上告後棄却）。

東京高裁はまず不正防止法について検討を加え、同法は第三者への無断譲渡を禁止しているとして、これが禁じられていないとした原審の判断を覆した。そして、Z社も約款において無断譲渡を不正行為として取り扱っていたことを認定した。その上で、このような状況を考慮すれば、「本人確認の求めに応じて自己名義の身分証を提示するなどして、自己名義で携帯電話機…の購入…を申し込む行為は、申込みをした本人が、…事業者との契約及びその前提となる法令に従い、…自らの責任において正当に利用する意思であることを表しているものと理解すべきであ」り、また、携帯電話機を第三者に無断譲渡することなく自ら使用すべきであるということは、「本件当時既に周知の事実となっていたものとみてよい」とした上で、「自己名義で携帯電話機の購入等を申し込

んだ者が、真実、購入する携帯電話機を第三者に無断譲渡することなく自ら利用する意思であるのかどうか、換言すれば、本当は第三者に無断譲渡する意図であるのに、その意図を秘しているのかどうかという点は、申込みを受けた…事業者あるいはその代理店が携帯電話機を販売交付するかどうかを決する上で、その判断の基礎となる重要な事項といえる。関係証拠によれば、本件当時既にＺ株式会社においても、自己名義で携帯電話機の購入等を申し込んだ者が第三者に無断譲渡する意図であることが分かっていれば、その申込みに応じて携帯電話機を販売交付することはしないという取扱いをしていたことが認められる…。」「以上検討したところからすると、第三者に無断譲渡する意図を秘して自己名義で携帯電話機の購入等を申し込む行為は、その行為自体が、交付される携帯電話機を自ら利用するように装うものとして、詐欺罪にいう人を欺く行為つまり欺罔行為に当たると解することができる。」と判示した。

次にＡの認識については、「同じ店舗から２日間で１人４台の…携帯電話機を購入するなどした被告人両名の行為を全体としてみれば、本当に自ら利用する意思であるのかどうかについて、行為の相手方から怪しまれかねない面があったことは確かである。」とし、公判廷におけるＡの証言などから「Ａ店長は、被告人両名の意図に薄々感づいていながら販売交付したのではないかとの合理的疑い」があると指摘した。しかし、このことは「Ａ店長において被告人両名が購入する…携帯電話機を第三者に譲渡することなくそれぞれ自ら利用するものと誤信したとの事実を認定できない、つまり、詐欺既遂罪の成立を肯認できないということを意味するにとどまり、被告人両名が欺罔行為をした事実を認定できるかどうかの判断を直ちに左右するものとはいえない。…被告人両名の行為により、…事業者あるいはその代理店の担当者が、正当な携帯電話機の購入等の申込みであると誤信する具体的危険性は十分にあったと認められ、その危険性すらなかったとみるのは、経験則等に照らして不合理といわざるを得ない。」と判示した。また、第三者に使用させる旨の言動については、供述の信用性に欠けるとして、この事実を認定しなかった。

プリペイド式か否かを問わず、携帯電話機の売買・譲渡に際しては不正防止法及びＺ社の約款が取引を規律している[25]。すなわち、不正防止法は、まず契

[25] 不正防止法成立の経緯及び概要を解説したものとして、親家和仁「『携帯音声

約者に対し、携帯電話機を第三者に譲渡するときは事業者の承諾を得なければならない旨規定し（７条１項）、他方で事業者に対しては、契約者の本人確認義務（３条１項）、第三者に譲渡する際の譲受人の本人確認義務（５条１項）、５条の要件を満たさなければ譲渡の承諾をしてはならないこと（７条２項）、本人確認は代理店に行わせてもよいこと（６条１項）、及び代理店の適正監督義務（12条）等を規定し、７条１項に違反した契約者が業として有償で携帯電話機等を譲渡したときは２年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処され、又は併科される（20条１項）。また、Z社の約款も不正防止法と同旨の本人確認条項を規定していることが認定されている。しかし、本件の被欺罔者であるAは、携帯電話販売代理店店長という身分でありながら、（原審の認定ではあるが）不正防止法及びZ社の約款に対する理解が「極めて不正確」であると指摘され、本判決においても「A店長は、被告人両名の意図に薄々感づいていながら販売交付したのではないかとの合理的疑い」があるとされている。すなわちここでは、「法令及び企業の約款」と「一般的な取引実態」は一致していたが、それらと「被欺罔者の認識」が乖離していると考えられる。

（３）検討

このように、①事件と⑥事件を比べてみると、規則と実態が乖離していると言える点では共通しているが、その具体的な構造は、それぞれ異なっている。すなわち、①事件では、問題となったゴルフ場のみならず、その周辺の施設までもが規則から逸脱していたという判断がなされ、X1は無罪とされている。これに対して⑥事件では、他の携帯電話販売代理店一般では不正防止法や約款に従って取引がなされていると認定した上で、問題となった店舗の店長であっ

通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律』について」警察学論集58巻８号（2005年）52頁。また、同法の改正の経緯及び概要を解説したものとして、小栗宏之「携帯音声通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律の一部を改正する法律について」警察学論集61巻10号（2008年）84頁。改正法では、旧法では規制対象とされていなかったSIMカード（契約者特定記録媒体）単体の売買を新たに規制対象とされたほか、事業者にのみ課せられていた顧客情報の保存義務（３年間）をレンタル業者に対しても課されることとなった。

たＡのみが規則ないし「一般」の取引慣行から逸脱していたと判断され、X3及びＹについて１項詐欺未遂罪の成立が肯定されているのである。

先ほど、重要事項性は客観的に判断すべきであると述べたが、より正確には、結論から言うと、重要事項性は「一般的な取引実態」を基準として判断すべきである。それは①事件と⑥事件からも明らかになるように思われる。

①事件から分かるように、欺罔行為性を肯定するという結論を導くためには、関係する規則を検討するだけでは十分ではない。関係規則が実際の取引に対して影響力を有していたか、すなわち、取引が実際に規則に従ってなされていたか、という点が検証されなければならないのである。そうすると、重要事項性にとって最も重要なのは、規則ではなく、一般的な取引実態であると考えられよう。一般的な取引実態が規則の定めと相違していたとき（一定の事実が、関係規則にとっては重要であるが、一般的には重要とみなされていなかった場合）に規則を重視して詐欺罪の成否を検討した場合は、詐欺罪における法益侵害の実質についてどの見解に立ったとしても、取引を行った店舗等に財産上の損害を観念することは容易ではないように思われる。詐欺罪は個別財産を保護するための規定であると考える通説の立場からも、あるいは全体財産を保護する規定と考える立場からも、その保護の対象である自然人ないし法人にとって重要でないというのであれば、もはや財産上の損害に向けられた欺罔行為があったと言うことはできないように思われる。規則に書かれているという理由のみで欺罔行為性を認めるのは、保護の押し付けであると言うべきであろう[26]。

では、①事件と⑥事件では、この点につきどのように判断がなされたのであろうか。

先に述べたとおり、①事件では「ゴルフ場の利用規定（ないし暴力団排除条例）」と、（少なくとも）「Ｂ倶楽部及びＣクラブ、及びその周辺のゴルフ場の取引実態」が乖離しているが、規則だけを見れば、重要事項性は明らかに認められていたであろう。にもかかわらず、本件で被告人が無罪とされたのは、事

[26] 規則は、実際に実践されなければ意味を持ち得ないのではないだろうか。すなわち、先に述べたように、一般的な取引実態の合理性を裏付けるために規則を参照すべきなのである。実態を見ずに規則の存在自体を指摘するのみだと、事案によっては被害者が存在しないまま行為者の処罰を許容することになりかねないであろう。

実認定の結果、B倶楽部、Cクラブ及びそれらの周辺ゴルフ場では暴力団関係者の施設利用を黙認していたという事実をはじめとした、規則がおよそ存在していないかのような経営実態が明らかになったからであると考えられる。本件では、被告人を無罪とするに当たって、B、Cいずれのゴルフ場の申込書にも「暴力団関係者であるか否かを確認する欄はな」かったという事実が認定されているが、この欄の有無のみで詐欺罪の成否が決せられると考えるのは早計であろう。本件における両ゴルフ場の経営実態を重視するのであれば、仮にそのような欄があり、かつ、被告人がその欄に署名などをして、自身が暴力団関係者ではないという表示をしていたとしても、詐欺罪の成立が否定される余地は十分に考えられるのではないだろうか。具体的な取組みを認定できないのであれば、そのような欄は形式的なものであるとみなすことも可能であろう。

では、有罪の判断がなされた⑥事件はどうであろうか。この事件では、不正防止法上、第三者に携帯電話機を無断で譲渡することは禁止されていたことに加え、Z社の約款上も同法を踏まえ、無断譲渡を不正行為として扱っていたという事実が認定されているが、その上で、「携帯電話機を購入した契約者が、これを第三者に無断譲渡することなく自ら利用すべきことは、契約上も法令上も当然の前提として要請されているのであって、…このことは本件当時既に周知の事実となっていたものとみてよい」と判示されているのである。本稿の問題意識に引きつけて論ずるならば、この判示部分は、規則と取引実態が、少なくとも一般的には一致しているということを示すものであろう。一般的には、と限定を付したのは、判旨を読む限り、重要事項性の認定に際しては、Aが店長を務めていた代理店に関する言及がまったくなされていないためである。すなわち東京高裁は、「…自己名義で携帯電話機の購入等を申し込んだ者が、…本当は第三者に無断譲渡する意図であるのに、その意図を秘しているのかどうかという点は、申込みを受けた携帯音声通信事業者あるいはその代理店が携帯電話機を販売交付するかどうかを決する上で、その判断の基礎となる重要な事項といえる。関係証拠によれば、本件当時既にZ株式会社においても、自己名義で携帯電話機の購入等を申し込んだ者が第三者に無断譲渡する意図であることが分かっていれば、その申込みに応じて携帯電話機を販売交付することはしないという取扱いをしていた」と判示しているように、具体的に問題となった代理店の方針についてはもちろん、Aについても言及せず、「代理店一般」にとっては第三者譲渡目的の有無は重要な事項であったし、Z社の取扱いがそ

れを裏付けている、という論理構成をとっている。このような論理構成が妥当であるならば、携帯電話機を実際に販売するに際しては、不正防止法やＺ社の約款に忠実に従って取引がなされていたと言うことが可能であり、したがって、①事件の判断との相違を整合的に説明することができるように思われる[27]。

[27] しかし、⑥事件については疑問とすべき点も少なくない。本判決は不正防止法とＺ社の約款を重要事項性の判断資料として用いているが、実際に携帯電話の販売を担っているのは全国に多数展開されている代理店であり、これら代理店が等しく不正防止法やＺ社の約款に沿うような対応をしていなかったとすれば、本来重要事項性を肯定することはできないように思われる。本判決は、「統一審査基準」によって各代理店に本人確認を徹底するよう指導していたという点や、不正防止法及びＺ社の約款が無断譲渡を禁じていたということがすでに周知のものとなっていた点を指摘している。これは一般の代理店も無断譲渡を禁止していたということを意味すると考えられるが、仮にＺ社において無断譲渡を禁止するような対応をしていたとしても、携帯電話販売代理店は、「銀行等と比べると店頭での対応にはばらつきがあることが推測される」と指摘する見解（辰井･前掲注（24）34頁）もあり、この指摘が正しいと考えるのであれば、不正防止法や約款が存在するにもかかわらず、販売実務上は第三者譲渡目的の有無は、実は重要事項ではなかったのではないか、少なくとも、一般的な代理店が一致して無断譲渡を禁止するような状況にはなっていなかったのではないか、と指摘することも可能である。そうすると、本件では欺罔行為性を否定すべきとする余地があったという批判も考えられるところである。本判決は、法令、約款に加えてＺ社の実際の対応を挙げているが、そこから直接に、全国の代理店がそれに追従していた、と言えるかは疑問である。

東京高裁は､全ての代理店が一致して無断譲渡を禁じていたと理解しており、それが真実正しいのであれば問題はない。しかし、本判決はただ「本件当時既に周知の事実となっていたものとみてよい」と述べるにとどまっており、具体的な認定を行っているわけではない。また、「周知の事実となっていた」ということと、「その周知の事実に従って実務が運営されていた」ということはイコールではないとも考えられ、本判決の論理を無批判に受け入れることはできないように思われる。

本稿としては、代理店全般が無断譲渡を禁じていたというのであれば、結論は妥当であると考えているが、判旨を読む限りでは、重要事項性の判断方法についてはなお疑問が残るところである。仮に代理店毎で対応にばらつきがあるというのであれば、本件では欺罔行為性はもちろん、具体的危険性も否定されるべきである。

3　両事件の検討

それでは、①事件と②事件の判断枠組みについて検討する。

（1）①事件

1）第1審

第1審判決は、まず被告人の認識について、「本件各ゴルフ施設は、その施設利用に関し、いずれも暴力団員による利用を固く禁ずることとし、そのことが外部的にも示され、平成23年8月時点において、これらを利用しようとする者において相応に認知される状況にあったと合理的に認定でき、また、被告人Eはもとより、指定暴力団の構成員である被告人X1及びその幹部構成員であるDにおいても、利用細則等の詳細はともかく、本件各ゴルフ施設が一般的に暴力団員の利用を拒絶していることを認識していた。」とした。

次に同判決は、B倶楽部及びCクラブはいずれもゴルフ場経営団体等に加盟の上、暴力団員を排除する趣旨が書かれた立て看板や利用規則等を施設内に設置・掲示し、B倶楽部については「暴力団員による利用であることが、利用予約を受けた時点あるいは来場の際に判明して、その利用を拒絶したり、プレー中に判明した場合にこれを中止させたりするという厳格な運用を行っていた」し、Cクラブにおいては「元警察官を雇用し、コンプライアンス強化推進室として暴力団員がゴルフ場等に押しかけてきた際に備えるなどし、さらには、暴力団員等の利用が判明した場合には、警察官の協力を求めるなどしてその利用を排除したり、暴力団員やその関係者による利用の疑いがある場合には、財団法人宮崎県暴力通報センター等に照会するなどして、暴力団員等と確認できれば、プレー中止を要請したり、今後の再来場の拒否を伝えたりする運用を行っていた」という事実を認定している。

以上の判示を一見したときは、B、C両ゴルフ場でも暴力団排除に向けた具体的な取組みがなされていたと考えることも可能であろう。第1審では、過去にEがCクラブを利用しようとした際、支配人から電話で「暴力団員が利用するのであれば拒否する」と告知されたため予約を取り消したという事実や、宮崎県内にある別のゴルフ場をDらと共に利用しようとした際、同伴者の中に暴力団関係者がいるという理由で利用を断られたことがあったという事実が認定されているが、これらの点は具体的な取組みが実際になされているということを証明するものと理解できよう。

しかし、暴力団排除の具体的な取組みがなされていたかということと、申込行為が、自身が暴力団関係者ではないことを表示するものと言えるかということは本来別個の問題である。ここで認定されている取組みは、予約時から実際にプレーしている時まで幅広く行われているものであるが、暴力団員であることがプレー中に判明した場合が想定されているのは、予約や受付の時点では利用者が暴力団員であるということを確認できない場合があるということを織り込んでいるからではないだろうか。具体的な取組みという要素は、被欺罔者、本件で言えば各ゴルフ場従業員にとっての重要事項が何であったかを明らかにするための参考にはなるが、そこから直ちに、受付表への記入行為が当然に暴力団員でないことを示していると言うことはできないように思われる。つまり、「暴力団員であると分かればプレーを拒絶していた」ということは、「暴力団員でないかを確認していた」ということを必ずしも意味するわけではないように思われる。そのように言えるためには、（最高裁では認定されなかったが）受付表に誓約欄があったとか、従業員が口頭で確認を行っていた、などといった事情を別途認定する必要があろう。また、故意の点についても同様に考えれば、「本件各ゴルフ施設が一般的に暴力団員の利用を拒絶していることを認識していた」というだけでは足りず、申込段階においても暴力団排除のための確認措置がとられていたという認識が必要であると言うべきである。

２）原審

原審は、第１審判決を概ね是認し、弁護人の所論に応える形で展開されている。事実の概要の部分でも述べたが、あらためて所論の要点を挙げると、①受付時に口頭又は書面による確認がない、②約款等を認識するのは困難である、③Ｂ倶楽部ではコンプライアンス担当者が暴力団員の施設利用に気づいていたのに最後までプレーできた、④他のゴルフ場では施設利用が黙認されたことがあるため暴力団排除は周知の事実にはなっておらず、受付表には暴力団員か確認する欄がなく確認作業もなかったのであるから、申込行為が暴力団員でないことを示しているということはできない、というのである。

それらに対して原審は、大要①暴力団員でない者の名誉を害するし、暴力団員による粗暴な振る舞いや後の報復の危険があるので受付での確認は困難である、②約款等の掲示によって暴力団員を拒絶する姿勢を示していることは明らかであるし、約款等の趣旨は立て看板からも読み取れる、③慎重を期してプレー

を止めずに本人確認をしていたという点には理由がある、④事実関係に鑑みれば暴力団員であることを知った上で利用を許していたわけではなく、不測の事態が起こるかもしれないことに鑑みれば受付での確認作業は困難であると判示して、所論を退けているのである。

しかし、これらの説示に説得力があるかは慎重に検討しなければならないだろう。特に、受付表に暴力団員でないか確認する欄を設けたり口頭で確認したりすると一般客の名誉が害される、と考えるのは困難ではなかろうか。容貌等からその疑いがある者にのみ確認措置をとるというのであれば格別、どの利用者に対しても一律に確認措置をとるのであれば、暴力団員でない一般客の名誉を害することはないはずである。また、不測の事態や報復という点を懸念するというのであれば、予約・受付、プレー中、あるいはプレー後のいずれの時点においても施設利用を拒絶することはできないだろう。どの時点で施設利用を拒絶しても、不測の事態や報復がなされる恐れがあるからである。

3）最高裁

最高裁は、下級審で認定された取組み内容をほとんど否定している。すでに述べたように、最高裁は、立て看板や利用約款等の設置・掲示については認定したものの、受付表に暴力団員かどうかを確認する欄はなく、確認作業も行われておらず、他のゴルフ場では施設利用が黙認されており、警察等による暴力団排除活動も徹底していなかった、と指摘しているのである。そして、このような事実を前提として、B倶楽部については、申込行為は「申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない」し、Cクラブについても「予約等に同伴者が暴力団関係者でないことの保証の趣旨を明確に読み取れるかは疑問」があり、被告人が積極的にEに働きかけたという事情もないとして、無罪を言渡したのである。

問題なのは、この判決が、B倶楽部及びCクラブの従業員にとって、利用客が暴力団関係者でないかが重要な事項であったかを明示していない点である。事実関係を前提とすると、暴力団関係者かどうかということは従業員にとってそもそも重要ではなかったというように最高裁は判断した、と考えることも可能である。しかし、「申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない」という判示からは、暴力団関係者かどうかは従業員にとって重要事項であったが、本件行為ではその点を偽ったとは言えない、と考える

こともできよう[28] [29]。

これらのうち、いずれの解釈を採ることも不可能ではないと思われるが、いずれに解釈するかによって、被告人が積極的に暴力団関係者でないということを表示していた場合の結論が異なることになろう。すなわち、前者の解釈を採った場合、被告人が積極的な表示をしたとしても、ゴルフ場従業員にとって重要事項でない以上欺罔行為性は認められないことになる。他方、後者の解釈を採った場合は、被告人の表示内容はまさに重要事項であるため、積極的に表示したのであれば、その行為は欺罔行為と見ることが可能となるのである[30]。

また、被告人の故意については何も述べられていないが、「暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていた」という判示から、被告人に詐欺罪の故意がなかったということを推認することも可能であっただろう。過去にも暴力団員でありながらゴルフ場の利用を黙認されてきたという経験があったのであれば、X1は、B倶楽部及びCクラブを利用する際もこれまでと同じように「黙認されるだろう」と認識していたのではないか、と評価するのは不自然なことではない。そして、黙認されるだろうと思いながら施設利用を申し込む意思は、詐欺罪の故意を構成するものではな

---

[28] 坪井・前掲注（1）92頁以下は、①事件のような事実関係を前提とすると、判決において明確に示されてはいないが、暴力団員であることは両ゴルフ場にとって「重要な事項には該当しないとの判断に親和的であると思われる」とする。また、宮崎英一「詐欺罪の保護領域について―直近の判例を中心として―」刑法雑誌54巻2号（2015年）331頁は、①事件の最高裁判決は重要事項性判断をしていないものの、「暴力団関係者排除のための実効性ある方策が十分とられていないとされていることからすると、重要事項にも当たらないという判断も考えられるところである。」としている。一方、土倉・前掲注（1）9頁は、①事件は申込者が暴力団員か否かが「ゴルフ場において施設利用の許否の判断の基礎として重要であるか否かについて判断したものではない」としている。

[29] なお、①事件の匿名解説は、本判決は「欺罔行為の内容（財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項か否か）、財産上の損害の有無を判断することなく、挙動による欺罔行為性という観点から」詐欺罪の成立範囲の限界を示した、としている。判時2244号123頁、判タ1409号138頁。

[30] 宮崎・前掲注（28）331頁は、取引に際して、その相手方に対して確認作業を行っているような事案では、重要事項性と挙動による欺罔行為性はリンクすると指摘している。

いように思われる。もちろん、過去の黙認という事情は、周辺ゴルフ場の経営実態を指摘することで一般的な経営実態が規則と異なっていることを示すために援用されているから、この判示は故意とは関係ない。また、X1が過去にどのゴルフ場を訪れたのかという点や、当該ゴルフ場では受付表にどのような注意書きがあったのかという点についても述べられていない。しかし、黙認されるだろうという認識の下で施設利用を申し込んだのであれば、例えば受付表に暴力団員でないことを誓約する欄があったとしても[31]、故意は認定されず、同様の結論が導かれていたのではないだろうか[32]。

4）小貫反対意見について

小貫芳之裁判官は、B倶楽部については多数意見に同調していると思われるが、被告人のCクラブに対する行為については欺罔行為性を認めるべきと主張している。本稿では概要のみ紹介するが、まず重要事項性について、反対意見は①Cクラブでは会員の紹介・同伴がなければビジターが施設を利用することができず、②本件以前にEの施設利用が拒絶されており、③本件においても従業員がコースに出向いて暴力団員が施設を利用しているのではないかを確認していた、などの事情が認められるとし、Cクラブにとっては施設利用者が暴力団員かどうかは重要な事項であると主張した。

また、偽る行為（実行行為性）については、Cクラブの会則及び利用約款上、会員による人物保証を通じて暴力団排除の実効性を高めようとする措置を講じていたのであるから、本件申込み行為は「紹介・同伴された者が暴力団関係者でないことを会員によって保証された申込みと評価することができる」として、欺罔行為性も肯定できると主張した。

その上で反対意見は、「会員でないため単独ではCクラブの施設利用ができず、かつ暴力団員であるため施設利用を拒否されることとなる被告人にとって、

[31] 誓約欄の有無が詐欺罪の認定を左右することにはならないことは、すでに本文で述べたとおりである。

[32]「黙認されるだろう」という認識は、自分が暴力団員であることをゴルフ場従業員は分かっているだろうが施設利用は拒絶されないだろう、というものであると思われ、そのような主観状態が裁判で立証されたのであれば、「暴力団員ではない」旨を表示していたとしても、それは故意を立証する手段にはならないように思われる。

プレーをしようとすれば会員の紹介・同伴による人物保証はなくてはならないものであり、このような状況の下における本件の被告人の施設利用申込みは、Eの紹介・同伴による人物保証を積極的に利用したものと評価できるのではなかろうか。」として、積極的な利用を否定した多数意見を批判したのである。

ここでは、多数意見では認定されていない事実関係が主張されているため、いずれの意見が妥当かを単純に比較検討することはできないが、仮に反対意見の主張する事実が認定できるのであれば、重要事項性については確かに肯定する余地があろうし、人物保証を行うべきEが施設利用を申込む行為には欺罔行為性を認めることも不可能ではない。しかし、X1は、すでに予約を済ませたEから誘われてCクラブを訪れているのであり、X1がEを積極的に利用したと言うことには違和感が伴う。Eの紹介・同伴がなければX1は施設を利用できなかったことは確かであるが、積極的に利用したと言えるためには、X1がCクラブの会則等や具体的な取組みを知っていた、などといった事情が必要であろう。

（2）②事件

1）第1審、原審

②事件の第1審は、これまでの判例の流れに沿う形でもって重要事項性を肯定したが、被告人の故意を否定して、ゴルフ場詐欺罪については無罪という結論に至っている。すなわち、重要事項性については「本件ゴルフ倶楽部にとって同倶楽部の施設に暴力団構成員が出入りしているか否かは、ゴルフプレー環境の整備に関わる営業上重要な事項であって、同倶楽部の施設を利用しようとする者が暴力団構成員であるか否かは、同倶楽部従業員においてゴルフ場利用契約を成立させた上、同倶楽部の施設を利用させるか否かの判断の基礎となる重要な事項であり、その点を偽る行為は人を欺く行為といえる」とした。そして、FがG倶楽部の会員になる際に誓約書に署名押印していたという事実関係を踏まえれば、Fが「同伴してゴルフプレーをしようとする者の中に暴力団構成員がいることを告げずに同倶楽部の施設利用を申し込むこと自体、当然にその中に暴力団構成員はいない旨の事実を表しているというべきである」として、欺罔行為性を肯定した。

しかし、X2が詐欺罪の故意を有していると言えるためには、暴力団員の利用かどうかがG倶楽部従業員にとって重要事項であると認識し、かつ、Fの

申込行為自体が当然にその中に暴力団構成員はいない旨の事実を表する行為であるということを認識していなければならない、とした。そして、「ゴルフ場において同伴してゴルフプレーをしようとする者の中に暴力団構成員がいることを告げずにその施設利用を申し込む行為が、一般的に、その中に暴力団構成員はいない旨の事実を当然に表する行為であるとは認められない」として、Fの契約内容を知らなかったという点を併せ認定して、X2については詐欺罪の故意を否定したのである。

原審は、第１審判決中、重要事項性の判断についてはこれまでの判例（③、④事件）の趣旨に沿うもので妥当であるとした。また、「施設利用申込者（その同伴者を含む。）が暴力団構成員等か否かというその属性を、施設利用を許すかどうかの判断の一つの基準としていて、暴力団構成員等が含まれれば、当然に施設利用を拒否するというのであるから、それを承知しながら、施設利用を拒絶されないために、自己及び同伴者の中に暴力団構成員等が含まれているのにその情を秘して申込みをすることは、そのような者が含まれない旨の積極的言動を伴わなくとも、その挙動自体で、当然に自己及び同伴者の中に暴力団構成員等はいない旨の表示としか解し得ないものである」として、欺罔行為性についても肯定し、Ｆの行為につき２項詐欺罪の成立を肯定した点を結論において妥当であるとした。しかし故意については、「被告人において、証拠上、Fの利用申込みが詐欺に当たることの少なくとも未必的な認識が認められれば、Ｆとの間で、特定の犯罪に関する共同遂行の意思の連絡としての共謀の成立に欠けるところはない」とした上で、「そのような認識としては、被告人が、自分が暴力団構成員であることが発覚すると本件ゴルフ倶楽部から入場や施設利用を拒絶されること（欺罔対象事項の重要性）、及び、それを承知しながら、Fが、その情を秘すなどそれが露見しないような手段を用いてゴルフ場利用契約締結をすること（実行行為についての認識）のそれぞれにつき、少なくとも未必的な認識があれば足りる」とした。そして、第１審判決が要求した認識の内容は「行為の違法性を認識するための犯罪事実の認識として明らかに過剰で、…Fの行為の詐欺罪該当性を基礎付ける事実として導かれるものではないものまで対象としている点においても、誤りといわざるを得ない」と批判し、事実関係を精査して、X2は初めてＧ倶楽部を訪れたにもかかわらず真っ先に練習場に向かっていること、妻が受付をしなくて良いのかと問いただされてもフロントへ行こうとせず、「まさにＦの企図と呼応したといえるような行動をとっ

ている」などと指摘した。そして原審は、「被告人が、自分が暴力団構成員であることが発覚すると本件ゴルフ倶楽部から入場や施設利用を拒絶されること、それを承知しながら、Fが、その情を秘すなどそれが露見しないような手段を用いてゴルフ場利用契約締結をすることを認識していたことは明らかであり、…被告人の本件詐欺の犯意及びこれを基礎としたFとの共謀は優に認めることができる」と判示して、X2につき詐欺罪の故意を認定した。

下級審において、重要事項性と欺罔行為性に関する事実認定の他に争われたのは、故意の内容に関する点である。第1審の判示は要するに、a）G倶楽部従業員にとっての重要事項と、b）Fがした申込行為の性質の両方を認識していなければならないとしているのに対して、原審はa）については第1審と同様であるが、b）については過剰な要求であるとし、c）Fが、X2が暴力団員であることを隠して申込みをしていることの未必的認識があればよいとしたのである[33]。

2）最高裁

しかし、最高裁は原判断を「結論において正当である」としていることからも分かるように、最高裁が用いた枠組みは、原審の枠組みとは異なっている。

すなわち、まず重要事項性についての判示部分を見ると、「ゴルフ場が暴力団関係者の施設利用を拒絶するのは、利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、一般利用客が畏怖するなどして安全、快適なプレー環境が確保できなくなり、利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれることを未然に防止する意図によるものであって、ゴルフ倶楽部の経営上の観点からとられている措置である」という部分は、原審と類似の点を指摘しているようにも見える。しかし、最高裁はそれに加えて「ゴルフ場利用約款で暴力団員の入場及び施設利用を禁止する旨規定し、入会審査に当たり上記のとおり暴力団関係者を同伴、紹介しない旨誓約させるなどの方策を講

[33] 松宮教授は、「ある事情が『営業上重要な事実』か否か不確実な場合には、この事実の有無を個別に問い合わせて錯誤を免れる管轄は、その事実を重要と考える側にある」（傍点は削除）とし、本件においては、暴力団員であるかどうかはゴルフ場従業員が確認すべきであると主張されている。松宮・前掲注（6）537頁以下。

じていたほか、長野県防犯協議会事務局から提供される他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか確認するなどして暴力団関係者の利用を未然に防いでいた」というように、暴力団排除に向けた取組みを指摘しており、この点で原審の判示とは異なっている。この点の認定は①事件と対照的であり、②事件においては、（①事件では認定できなかった）暴力団排除のための具体的な取組みが認定され、このような事実があるから「利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項である」とされている。そうすると、①事件と②事件を整合させて検討するためには、①事件の各ゴルフ場従業員にとっては、暴力団関係者であるかどうかはそもそも重要な事項ではなかった、と解釈すべきことになろう。

次に欺罔行為性の点については、最高裁は本件の事実関係を基礎として、「入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた本件ゴルフ倶楽部の会員であるＦが同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している」と述べて欺罔行為性を認めているが、この点は原審とほぼ同旨であろう。

そして故意の点については、最高裁は事実認定において「長野県内のゴルフ場では暴力団関係者の施設利用に厳しい姿勢を示しており、施設利用を拒絶される可能性があることを認識していた」と指摘するのみであり、第１審及び原審のような、詳細な判断を下していないが、「施設利用を拒絶される可能性」を被告人が認識していれば故意の認定にとっては十分であり、それ以上立ち入って判断をする必要はない、という考慮が働いたとも考えられよう。

（３）両事件の射程について

両事件では暴力団員によるゴルフ場利用が問題とされたが、これらの射程はゴルフ場利用に限られるものではない。特に②事件の射程については、「暴力団員」がその身分を偽って取引に臨む場合はもちろん、暴力団員でなくとも、被欺罔者が一定の身分・属性を重要事項であると合理的に考えていたのであれば、そのような身分･属性を偽って取引に臨む場合にまで、広く妥当し得よう。実質的個別財産説の立場から従来主張されてきたように、身分を偽る取引行為

すべてに射程が及ぶわけではないのは当然であるが[34]、その射程の外延は、その時々の社会構造に合わせて変化していくものであり、なお明確ではないように思われる[35]。

特に①事件の判旨からは、規則と取引実態が乖離していた場合は、取引実態が規則と合致していたかを考慮するという姿勢を示したと理解することが可能であるが、この点についても、暴力団員との取引のみならず、規則に反した取引実態が認められる場合に広く及ぶものと思われる。しかし、実際には、規則と一般的な取引実態の乖離が見られる場面というのはさほど多くはないはずである。例えば、契約を行うことで暴力団関係者の活動が、あるいは、そうでなくとも何らかの犯罪活動[36]が容易となり得るような類型の取引に関しては、実際に取引に当たる企業等は政府や地方公共団体等の要請を受け[37]、規約・約款等において暴力団関係者等との取引を拒絶している場合がほとんどであろうから、特に法律で規制されているような取引については、乖離はほとんど見られないであろう[38]。

---

[34] 伊藤・前掲注（1）105頁。また、暴力団員の取引につき、松本・前掲注（6）27頁（注5）は、「現時点において、日常的な買い物を含めあらゆる取引について、およそ一般的に、暴力団構成員であることを秘して契約を申し込む行為が直ちに欺罔行為となるとまでいえるのかについては、躊躇を覚える。」と指摘している。

[35] 実質説に立つ論者は、年齢を偽って煙草や酒類、あるいは春本等を購入する場合には財産上の損害が認められないとして詐欺罪の成立を否定していることはすでに述べたが、将来社会構造が変容し、未成年者へのこれらの販売が強く規制されるに至った場合には、年齢が販売店舗の従業員にとって重要な事項になるということも十分考えられよう。前掲注（19）参照。

[36] 例えば、先に挙げた不正防止法の本来の目的は暴力団排除ではなく、いわゆる振り込め詐欺等を防止することである。

[37] 日本政府の犯罪対策閣僚会合は、平成19年６月19日付で「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」（いわゆる「政府指針」）を策定し、企業にとって経済的合理性がある取引であったとしても、反社会的勢力との取引を一切行わないよう企業に要求している。また、政府指針を含め、暴力団排除条例の解説として、虎門中央法律事務所編『暴力団排除条例で変わる市民生活』（民事法研究会、2012年）。

[38] ⑥事件の判断に疑問があることはすでに述べたが、東京高裁の認定にそのま

また、②事件については、先に判例の検討で述べたように、重要事項性の判断につき、単に暴力団排除の規定が存在しているという点を指摘するのみならず、④事件の最高裁が、厳重な本人確認手続きの存在を指摘した上で詐欺罪の成立を肯定したように、事実認定の中から暴力団排除に向けた具体的な取組みを指摘した上で判断をしており、②事件は④事件の判断枠組みに沿ったものであると言えよう。そして、その直後に出された⑤事件も、「被告人に応対した局員は、本件申込みの際、被告人に対し、前記申込書３枚目裏面の記述を指でなぞって示すなどの方法により、暴力団員等の反社会的勢力でないことを確認」していたという具体的な取組みを指摘した上で、郵便局員にとって申込者が暴力団員かどうかは重要な事項であったと判断しており、やはり④事件の判断手法が踏襲されていると理解することが可能である。今後、重要事項性が争点となる事例が現れたときは、最高裁はこのような手法で判断をしていくということが予想されよう。

Ⅳ　おわりに　「一般」という概念の捉え方について

本稿において中心的に扱った２つの事件は、詐欺罪の罪質をどのように解するかという従来の論点の他に、特に①事件においては、本稿の問題意識として提示したような、規則と実態が乖離している場合にどのような解決をすべきか、という点も併せ問題となっていると思われるが、もちろん、本稿で検討し尽くされていない問題点はなお残っている。

例えば①事件では、「B 倶楽部、C クラブ及びその周辺のゴルフ場における経営実態」を認定した上で欺罔行為性が否定されているが、仮に、宮崎県以外のすべてのゴルフ場が一致して暴力団排除に向けた取組みを行っていたような場合には、（特に⑥事件と比較して）どのような解決をすべきなのかについては、①事件の判決やこれまでの判例、裁判例から読み取ることはできないであろう。全国のゴルフ場が暴力団排除に向けた取組みをしていたという事実が認定できるのであれば、たまたま訪れたゴルフ場にとって暴力団排除が重要ではなかったからといって、欺罔行為性が否定されることにはならない、と解することも不可能ではないように思われるのである。同じように⑥事件では、特に

ま従うのであれば、不正防止法と一般的な店舗の間に乖離は見られないことになる。

限定を付すことなく「申込みを受けた…事業者あるいはその代理店」と判示されていることや、Z社による携帯電話機販売事業は全国で展開されている（と思われる）ことからすれば、事業者あるいは代理店というのは全国のそれらを「一般」としていると考えるのが自然であると思われるが、仮に、東京都新宿区所在の本件店舗及びその周辺店舗においては第三者譲渡を黙認していたというような事情が付け加わっていた場合には、①事件の判断枠組みを用いて欺罔行為性を否定する余地も十分考えられるのではないだろうか。

要するに、⑥事件であれば「代理店一般」、①事件であれば「B、C、及び周辺ゴルフ場」というような、「一般」という範囲の画定を、恣意的にならないような形でもって、どのようにして行うのか、という点はなお未解決のままである。③～⑤事件のように、法令による実務に対する拘束力ないし影響力が非常に強固であり、すべての末端店舗に法令の規範が行き届いていると言える場合には、必然的にすべての店舗が「一般」となるであろうことは想像に難くない。しかしながら、①事件（宮崎県）や②事件（長野県）、そして⑥事件のように、末端店舗の対応にばらつきがある可能性があり、裁判所の事実認定によらなければならない場合には、「一般」という外枠をどのように画定するかによって犯罪の成否に直接影響を与える可能性もあるため、この点は今後解決していくべき問題として、自覚的な議論を行っていくべきではないだろうか。

※脱稿後、①、②事件の検討を含む論考として、木村光江「『財産上の利益』の意義について」法曹時報67巻２号（2015年）１頁以下、星周一郎「詐欺罪」法学教室418号（2015年）28頁以下に、②事件の検討を含む論考として、笹井武人「暴力団排除における詐欺罪適用の限界」高橋則夫＝松原芳博＝松澤伸編集『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）331頁以下に、⑥事件を題材とする論考として、深町晋也「演習」法学教室418号（2015年）144頁以下に接した。

執筆者紹介（掲載順）

山木戸勇一郎　北海道大学大学院法学研究科准教授
郭　薇　法学研究科附属高等法政教育研究センター助教
橋場典子　北海道大学大学院法学研究科助教
李　妍淑　北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教
倪　潤　中国司法文明協同創新センター講師
辻　康夫　北海道大学大学院公共政策学連携研究部教授
笹田栄司　早稲田大学政治経済学術院教授
山元　一　慶應義塾大学大学院法務研究科教授
中林暁生　東北大学大学院法学研究科准教授
佐々木雅寿　北海道大学大学院法学研究科教授
國分典子　名古屋大学大学院法学研究科教授
宍戸常寿　東京大学大学院法学政治学研究科教授
藤田宙靖　東北大学名誉教授　最高裁判所判事
瀧本京太郎　北海道大学大学院法学研究科博士課程

平成27年７月24日　印　刷
平成27年７月31日　発　行

編集人　桑原朝子
発行人　北海道大学大学院法学研究科長　長谷川　晃
印　刷　北海道大学生活協同組合　情報サービス部　札幌市北区北８条西８丁目　TEL 011(747)8886
発行所　北海道大学大学院法学研究科　札幌市北区北９条西７丁目　TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948　ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 66 July 2015 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

Zur Vollstreckungsstandschaft (2) ····· Yuichiro YAMAKIDO 1

Law and Information Sphere－Construction and Transformation in Legal Information of Modern Japan (1) ····· Wei GUO 378[1]

Social Exclusion and Legal System (1): System Operation Through Personality ····· Noriko HASHIBA 316[63]

The Role of Women's Federation in the Process of Gender Promotion Law and Policy in China (3) ····· Yanshu LI 260[119]

Rekonstruktion des Verhältnisses der Konkurrenzlehre und ne bis in idem (3) —— Fokus auf Klammerwirkung und Kollektivdelikte —— ☆ ····· Run NI 228[151]

NOTE

Social Integration Policies and Multiculturalism in Britain: A Review of Satoshi Adachi's *Liberal Nationalism and Multiculturalism* ····· Yasuo TSUJI 166[213]

MATERIAL

The Functions of Law Clerks in the Constitutional Litigation

1 Foreword ····· Eiji SASADA 154[225]

2 Die Rolle der wissenschaftlicher Mitarbeiter im Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts ····· Eiji SASADA 153[226]

3 Organisation des services de soutien au Conseil constitutionnel ····· Hajime YAMAMOTO 142[237]

4 Law Clerks at the Supreme Court of the United States ····· Akio NAKABAYASHI 127[252]

5 Law Clerks at the Supreme Court of Canada ····· Masatoshi SASAKI 118[261]

6 Constitutional Court of Korea and Role of Constitution Research Officers ····· Noriko KOKUBUN 107[272]

7 Comment: Judicial Research Officials of the Supreme Court of Japan ····· George SHISHIDO 91[288]

8 Interview with Tokiyasu FUJITA, the Former Justice of the Supreme Court of Japan ····· Tokiyasu FUJITA 83[296]

CASE NOTE

Note on Criminal Law Case ····· Kyotaro TAKIMOTO 76[303]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan