



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第69巻 第4号 全1冊
Citation	北大法学論集, 69(4)
Issue Date	2018-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/72062
Type	journal
File Information	lawreview_vol69no4.pdf



北大法学論集

第 69 卷 第 4 号

論 説

- サイバー時代におけるプライバシーの法理論（6）
—— 私法上の問題を中心に —— 角 本 和 理 1
- 後期近代におけるコミュニティ再建：多文化主義の政策実践の一側面
..... 辻 康 夫 262[1]
- 社会的排除と法システム（4）
—— システム作動要因としての属人性 —— 橋 場 典 子 232[31]
- 犯罪論における同時存在原則について（5） 瀬 川 行 太 154[109]

研 究 ノ ー ト

- 判例における自招防衛の判断枠組みについて 瀧 本 京 太 朗 122[141]

判 例 研 究

- 刑事判例研究 岡 部 天 俊 76[187]

雑 報

- 北海道大学法学会記事 57

2018(平成30)年

名誉教授

[illegible]

教

城嶋佐齊樺児桑岸加尾遠上岩池會 下々木藤左野原本藤小名崎藤谷田田澤	人	亙吉山宮松松松町古藤人 理田口本村久澤村矢岡見貴
裕拓雅正武マ朝太智明一 二哉寿彰志り子樹章郎乾	授	克二太良三四弘泰康俊 格己郎郎郎彦陽貴旬剛文
刑(國際私法)		(行政法)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制史)
		(國際法)
		(政治思想史)
		(民法)
		(刑法)
		(憲法)
		(政治思想史)
		(國際政治)
		(社會學)
		(社會保險法)
		(行政法)
		(日本法制

✻

[illegible]

*

*

*

*

准教授 村井

[illegible]

*

*

*

*

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（六）

—— 私法上の問題を中心に ——

角 本 和 理

目 次

序章

第一章

日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題
第一節 プライバシーの権益に関する判例法理

（以上、六七巻四号）

第二節 プライバシーの權益に関する民法学説

第一款 プライバシー概念不要説

第二款 プライバシー概念肯定説（一元的構成）

第三款 プライバシー概念肯定説（二元的構成）

第四款 プライバシー概念肯定説（多元的構成の萌芽）

第五款 プライバシーの法的保護の限界

第六款 近時の理論動向

第三節 本章の総括と若干の検討——従来の研究に残された課題

第四節 プライバシーの法的保護のあり方に関する一仮説——次章への橋渡しとして

第二章 実社会のサイバー化とエッティオーニのプライバシー理論

第一節 はじめに

第二節 リベラル・コミュニティリズムのプライバシー理論

第三節 サイバーネーションによる侵害の規制

第四節 人工知能（AI）の活用・統御の方向性

第一款 AI後見者

第二款 AIを活用したプライバシー保護・私的選択の補佐

第三款 エッティオーニらの主張の小括

第四款 リバタリアン・パターナリズムとの比較

第五節 本章の総括と若干の検討——日本法への示唆

第一款 民法学上の判例・学説との比較

第二款 プライバシーの理論的再構成の動きとの比較

第三款 本稿の提示した課題に対する応答性

第三章 若干の考察——情報のサイバーネーションとプライバシー

（以上、六七卷五号）

（以上、六七卷六号）

（以上、六八卷五号）

（以上、六九卷二号）

（以上、本号）

第四款 リバタリアン・パターナリズムとの比較

ここでは、AIを活用した私的選択補佐に関するエツイオーニラの議論を相対化するために、キャス・R・サンステイン（Cass, R. Sunstein）の議論——特にそのうちの、リバタリアン・パターナリズムにかかわる主張——との比較検討を行う。サンステインは、エツイオーニラに先駆けてビッグデータ分析（を行うAIシステム）を公共政策や民間のサービスへ導入することの意義と課題を論じている。

本款では、以下、リバタリアン・パターナリズムに関するサンステインの議論を略述し、その（日本における）評価を確認したうえで、エツイオーニラの議論との比較を行う。

一 リバタリアン・パターナリズムとは

既述の通り、人々の消費行動等に関する大規模なデータセット（ビッグデータ）の助けを借りることで、商品やサービスの提供者は、ある人物もしくは当該人物と類似する人々の好みの傾向を容易に把握できるようになっている。そのため現代では、事業者等は、人々について知っていることに基づいて、また人々が過去に行った選択の総合的な理解、すなわちプロフィールないしプロファイルに基づいて、当該人物だけに合わせた商品選択等のためのデフォルトを設定できるようにしている。

このように、多くの事業者等が人々の選好に合わせたデフォルトを用意し、様々な場面で選択に関する高度な自動性を提供する状況について、サンステインは積極的に評価する。その姿勢は、著書『選択しないという選択』の序論の最初のパラグラフに明確に示されている。

「選択できるということは多くの場合、途方もない利益をもたらす一種の恩恵であるが、同時に多大な負担を強いる一種の災いにもなりうる。時間と注意力は貴重であり、たとえ自分の利益や価値が脅かされるとしても、すべてに注意を向けてはいられない。自分に影響を及ぼすあらゆるものごとについて選ばなければならぬとしたら閉口するだろう。学習は高くつくことがあり、つねに楽しいとは限らない。ときには選択しないことを選択して自由を行使することで、われわれの福祉が向上することもある。選択しないという選択によって自分のための時間と空間が生まれ、本当に関心のあることに注意を向けられるようになる。」⁽²⁾

このような発想を前提に、サンスティーンは、行動経済学の知見（人は必ずしも合理的な存在ではなく、その選好は正しい情報に基づくものでもないため、しばしば選択を誤ること）を活用し、個人の選択の自由を害しないよう配慮しつつ、選択の結果が福祉を増進するように、選択アーキテクチャ（選択肢の構造）⁽³⁾によって人々をうまくナッジすること⁽⁴⁾（そつと注意や合図をすること）でより良い判断を促すことを提唱するのである。この選択アーキテクチャないしナッジの活用場面として念頭に置かれているのは、ダイエットになる食事の選択、年金・投資・信用市場、社会保険、処方薬、臓器移植、環境保全運動、災害時の避難、学校の選択等と、幅広い。

サンスティーンの主張するリバタリアン・パターナリズムは相対的に弱く、ソフトで、押しつけ的ではない形のパターナリズムであるという。⁽⁵⁾その主張に含まれるリバタリアンの要素は、「人は一般に自分がしたいと思うことをして、望ましくない取り決めに拒否したいなら、オプト・アウト（選択の拒絶）をする自由を与えられるべきである」⁽⁶⁾とすることで表れる。彼によると、リバタリアン・パターナリストは人々が思い通りに行動できるようにしたいと考えているのであって、自由を行使したいと思っている人に重い負担をかけようとは考えていないという。

また、そのパターナリズム的要素は、「人々がより長生きし、より健康で、より良い暮らしを送れるようにするため

には、選択アーキテクト（引用者注・政策立案者やプログラマー等、選択肢の作成者）が人々の行動に影響を与えようとするのは当然である⁽⁷⁾」と述べている。個人は様々なケースで、もし十分な注意を払い、完璧な情報を持ち、非常に高い認識能力を備え、自制心を完璧に働かせていたなら、しなかつたろうと思われるような間違つた意思決定をすることがある。そのような事態を未然に防ぐため、サンスティーンは、民間部門の組織だけでなく、政府も自覚的な取り組みを進めて、人々が自分たちの暮らしが良くなるような選択をするように誘導するべきだと主張しているのである⁽⁸⁾。

このように、リバタリアン・パターナリズムでは、選択の自由が妨げられているわけでも、選択肢が制限されているわけでも、選択が大きな負担になるわけでもないため、その強制性は必ずしも高くはない。しかし、人々の多くの選択につき、公（国家）と私（市場）のナッジを活用することを積極的に主張するため、その介入の度合いは決して小さくはない。

二 想定される典型的な批判

このようなりバタリアン・パターナリズムに対する批判の典型例として考えられるのが、人々の能動的な選択を重視する立場のものである。この立場によると、人々の（ナッジされることのない）能動的な選択は学習を促し、したがって選好、価値観、嗜好の発達を促すため、個人にとって肝要なものとなる⁽⁹⁾。

例えば、ジョン・スチュアート・ミル（John Stuart Mill）は「個性の自由な発展は、福祉に欠かせない主要な必須要素の一つである」という重要な主張をしており、実のところそれは「文明・知識・教育・教養といった言葉であらわされるものと並ぶひとつの要素にとどまらず、そのすべてに必要な要素であり、必要な条件でもある」と考える必要性

を力説している。⁽¹⁰⁾ミルはつぎのように指摘する。慣習に順応するだけでは「人間のみに与えられた資質のいずれについても、自分の内部で育成・発展させることができない。洞察力、判断力、識別力、学習力、さらには道徳感情をも含む人間の諸能力は、選択を行うことによつてのみ鍛えられる。何ごとも慣習にしたがう者は、選択を行わない。最善のものを分けたり、最善のものを望む力が、少しも育たない。知力も精神力も、筋力の力と同じく、使つて初めて向上するものだ。」⁽¹¹⁾

これに対し、サンスティーンが擁護するデフォルト・ルールは、ミルがとくに心配した慣習の繁栄と看做すことができる。⁽¹²⁾ゆえに、デフォルト・ルールの活用が行き過ぎると、個人の尊厳が危うくなる可能性がある。⁽¹³⁾

このようなミルの発想のいわば延長線上として、人々が知を必要とする作業をインターネットや人工知能の自動的処理に任せると、人間を人間たらしめていた要素に重大な変革が起こるとの指摘もある。⁽¹⁴⁾

このような批判に対し、サンスティーンはどのように応答するのだろうか。

三 サンスティーンの応答

ビッグデータの活用によつて、企業や政府が個々人に適した細かなデフォルトを設定できるようになってきたことで、今後は、個別化されたデフォルトの活用が一般的になってくる。すると、場合によつては確かに、人間性のあり方そのものが不当に変容しうるだろうことを、サンスティーンも問題視する。

そこで、サンスティーンは次のように応答する。すなわち、デフォルトの弊害を防ぐためには、個々人の選好に合わせて個別化されたデフォルトだけではなく、おおよそ個別化されていないデフォルトや能動的選択の必要な選択肢も選択アーキテクチャに含める必要がある。しかし同時に、「選択しないという選択」の自由——つまり、個別化されたデフォ

ルトに任せる自由——も確保されなければならない。また、選択アーキテクチャの構築に当たっては、セレンディピティ（serendipity、思わぬものを偶然発見すること）という要素も重要となると主張する⁽¹⁵⁾。
以下、これらの点に関する彼の議論について、より詳細に検討していく。

三― 選択アーキテクチャの複合的活用

（一）個別化していないデフォルトを活用すべき場合

まず、個別化していないデフォルトを活用すべき場合として、サンステイーンは、関連する集団が多様でない場合、選ぶことを楽しめない場合、個別化していないデフォルト・ルールが構成員の情報に基づいた選好を満足させる場合を挙げる⁽¹⁶⁾。

このような状況では、個別化していないデフォルト・ルールは福祉を増進するという意味でうまく機能する。根本にある問題が複雑でない場合、能動的選択は利益ではなく負担となるかもしれない。その限りにおいて、デフォルト・ルールを支持する論拠が補強される。これに対し、デフォルトを活用することを制限する主な要素は、学習と行為の主体性が重要ならば、どんな種類のデフォルト・ルールの利用にもかなりの反発が起ることである。

（二）能動的選択を活用すべき場合

次に、能動的選択を活用すべき場合として、サンステイーンは、集団が相対的に多様な場合、選択することが実際に（楽しいため）好まれる場合、学習と行為の主体性、選択能力の開発が重要である場合、官民の組織が信用できない場合、どのデフォルトが最適であるかについてのまともな情報がない場合を挙げる⁽¹⁷⁾。

これらの条件のいずれかが該当すれば、個別化していないデフォルト・ルールに反対し、能動的選択を支持する論拠となる。すべての条件が該当する場合、その論拠はかなり強力になるとする。

(三) 個別化したデフォルト・ルールを活用すべき場合

最後に、個別化したデフォルト・ルールを活用するために有力な論拠となる場合として、サンスティーンは、集団が相対的に多様な場合、選択が利益ではなく負担となる場合、個別化したデフォルトが正確である場合を挙げる。⁽¹⁸⁾人間は多様なので、個人に対応することはおおいに利益をもたらすはずである。選択が歓迎されない負担となる場合、能動的選択を支持する主張は弱まる。少なくとも選択アーキテククトが情報を持っていて、しかも信用できる場合、個別化したデフォルト・ルールは「一つですべてに対応」するデフォルトにかかわる問題を小さくし、能動的選択の利益の多くをもたらす可能性がある。選択アーキテククトが信頼できるなら、個別化したデフォルトをつねに支持するものともな論拠となるが、その主張は学習と行為主体性が重要である場合に覆されるかもしれない。

以上が、サンスティーンを考える、選択アーキテクチャの組み合わせのあり方である。

三―二 セレンディピティ・アーキテクチャの活用

また、このような学習や行為主体性の問題への対応策としては、以上のようなデフォルト・ルールの複合化に合わせ、セレンディピティ・アーキテクチャの活用も求められると、サンスティーンは考える。この点、セレンディピティとは何かについては、大都市での生活を想起するとわかりやすいという。大都市は偶然の出会い（セレンディピティ）

に溢れており、そこでは、多様な人々、建物、店、製品、芸術と出会うことができる⁽¹⁹⁾。なかには耳障り（目障り）なものもあり、不愉快だと思うこともあるかもしれないが、それらは人々の一日だけでなく人生さえ、結果的に変えるかもしれないという意味で、大きな影響力がある⁽²⁰⁾。

このセレンディピティはいくつもの領域で優れた価値を持つと、サンスティーンは主張する⁽²¹⁾。要するに問題は、デフォルトが過去の選択に基づいて選定される場合、そのデフォルトにずっと従っていると、個人の成長が妨げられるかもしれないことなのである。人々の体験が過去の選択にあわせて作られている場合、当該人物のデフォルトは個別化されていて、それはとても便利だが、新しい嗜好、選好、価値観を養う余地は随分少なくなるだろう。このような事態を防ぐために、セレンディピティ・アーキテクチャの活用が期待される。

この点、コミュニケーション全般に関していえば、多くの人が制御アーキテクチャに関連する懸念を表明してきた。サンスティーンも、文化と政治がかかわる範囲で、自分がすでに賛同した意見や考えとだけ出会う、個別化した「共鳴室（エコー・チャンバー）」は、個人と社会の両方に害を及ぼすおそれがあることを指摘してきた⁽²²⁾。個人に対する害は学習機会の欠如から生じる。視野が狭くなると、人の成長は妨げられることがある。社会的な害は、自分が賛同する相手、あるいは少なくとも共感できる相手の意見だけを聞くことを主な理由として、人々が互いに分断されることによる潜在的な断絶から生じる。個人および社会的な観点から、セレンディピティ・アーキテクチャは制御アーキテクチャよりもかなり有利であるとサンスティーンは主張する⁽²³⁾。というのは、セレンディピティ・アーキテクチャは、明確に選択していないあらゆる種類のものと確実に出会えるよう構築されるからである。それは人々の視野を広げ、生活を変える可能性がある。

四 プライバシーに関する問題への対処

デフォルトが人々の過去の選択に基づくとしたら、プライバシーについて深刻な懸念が生じることになる。なぜなら、当該人物に適したデフォルトを作成するということは、その人物のプライバシーを暴くことに自ずとつながるかもしれないからである。

この問題について、サンステイーンは次の問題を区別しなければならないとする。⁽²⁴⁾ 第一に、ある選択アーキテクトは、顧客の過去の選択について、ただ知っているだけかもしれない。顧客が彼らのサイトを訪れたり、そこから商品を買ったりすれば、そういった情報を知られることは避けられないと思われる（ただし、データの保持の問題はあるかもしれないという）。第二に、そうではなく商取引の結果（あるいは単に閲覧の結果）、そのような情報を得ている選択アーキテクトは、顧客の選択に関する情報を誰かに提供するという、その先の行動をとるかもしれない。

後者のような情報の提供について、一つの見方としては、有益な相互作用を促すので熱心に歓迎すべきであるというものも考えられる。それによって企業は個々人が気に入りそうな商品やサービスを提供できるようになるからである。しかしこれに対し、この手の情報の共有や提示に反対する消費者が多いであろうことも、容易に想像できる。そこで、サンステイーンは、このような顧客が反対するなら、こうした情報の共有はなされるべきではないし、そのようなことは起こらないと保証してもらうべきであるとする。⁽²⁵⁾

ただそうすると生じ得る問題として考えられるのは、情報共有の禁止によって個別化したデフォルトの生成が難しくなることである。そこでサンステイーンは、（プライバシーが本当に重要な価値なのであれば、という限定付きであるが）次のような方向性を示唆する。すなわち、選択アーキテクトはプライバシーそのものに関して、能動的選択または個別化したデフォルト・ルール of the いずれかを採用し、何らかの懸念がある場合には、本人がそうしたいという意思を明示し

ないかぎり、本当に重要なプライバシーの権利を諦めなくてもよいように、能動的選択を採用する。プライバシーに関しては、集団内の不均一性が大きく、また選択アーキテクトの側で利己的な判断を下すリスクもある。以上のいずれも、能動的選択を支持する論拠となる。このように、サンステイーンは、プライバシーの問題についても、個々人の選択を重視する方向性を採用する。

五 サンステイーンの主張に対する評価

ここでは、以上のようなサンステイーンの議論に対する評価を（日本の基礎法学の観点からのそれを参照しつつ）検討していく。

第一に、サンステイーンの構想には、かかる制度設計を担うのは誰なのか、という問題が残る。大学等の研究者、民間企業やシンクタンクの職員、専門知識を有する行政官、等々、善意の設計者と想定されるのが例えどのような類の人々であろうと、「なぜ、どのような正当性の下で、そうした人々に選択肢の設定（すなわち、それ以外の選択可能性の排除）の権限が委ねられるのか」という問いを回避することはできない。選択環境の設計が結果に影響を与えることができるのであれば、何を選択するかはメタ選択についても影響を及ぼすことができるため、選択しないという選択（デフォルトに任せる自由）は中立的になし得るのかを疑問視する見解もある。⁽²⁷⁾そこで、サンステイーンの主張にも拘わらず、政府によるパターンリズムは決して不可避ではなく、政府の中立性（結果の平等の実現ではなく、活動の理由における中立性）を要求し、その理由として、そのようなことはそもそも政府の仕事ではないと主張する批判がある。⁽²⁸⁾

次に、サンステイーンは、公的・私的な決定が陥る誤りの可能性を広く視野におさめながら、それに即した（もしくはそれを抑制できる）意思決定の戦略や環境を構想し、検討しているが、そこでは行政機関の過誤や失敗への言及がほ

とんど見当たらないとする指摘もある。そのため、サンスティーンの視野に行政機関の可謬性が十分に入っていないとすれば、彼の議論の射程は限定して捉えなければならないことになる。⁽²⁹⁾

また、彼は、十分な情報と判断能力さえ与えられれば、また人々の認識と判断を曇らせ、熟議を暴走させる心理的傾向が矯正されれば、必ず「正解」を得ることができるような問題として、統治上の諸問題を思い描いているように見える。しかし、この様な限定はあまりにも狭すぎるのではないか、との批判がある。なぜなら、社会の統治に関する諸問題は、一方で経験的・形式的な合理性の探求としての側面を持つと同時に、それには還元できない——仮に情報や時間、決定主体の能力について理想的な条件が満たされたとしてもこれに合理的な回答を与えることはできない——側面を備えているからである。⁽³⁰⁾

さらに、サンスティーンは、人間の犯す過誤や失策を合理性からの逸脱と捉え、原則的に矯正可能であり、またより合理的に考えることができる者がこれを矯正すべきだと考えているように見受けられる。しかしながら、この点については、不合理であるとされる行動が合理的でありうることもあるという批判と、人が解決を迫られる実践上の問題は必ずしも合理的な最適解の追究として捉えられるものばかりとは限らないという批判がある。それぞれについて、以下順に検討する。

まず、前者の、不合理であるとされる行動が合理的でありうることもあるという点に関する批判は、次のようなものである。⁽³¹⁾

第一に、コミットメントとか義務感といったものは、たとえ行動者の利益に寄与しなくても——さらにいえば誰の利益にも寄与しなくても——人間の行動の中で重要な役割を果たし得る。ある行為者は何らかの掟によってある行為を行うべき義務を負っていると感じて実際にそう行動するかもしれない。そのような行動は帰結主義的観点から見れば不合

理だろうが、義務論的観点からは合理的であり得る。たとえ何かの欲求が目的への手段としては不合理だとしても、その欲求が実現されることは行為者に本物の喜びをもたらし得る。その限りでその欲求の実現は合理性を持ちうる。

第二に、過剰な自信のような態度は認識論的な意味では不合理だが、実践的な意味では不合理とは限らない。なぜなら、我々はしばしば樂觀主義に導かれて、実現の蓋然性が乏しかった事業を成し遂げる。その他にも、客観的な自己評価は自尊心を傷つけるといった理由から、生きていく上で冷静な自己認識よりも十分な根拠のない自信の方が有益なことは多い。

第三に、選好とか欲求といったものは、特定の人物が特定の具体的な状況の下で持つものである。このことを考えるならば、行動経済学の主張にある、情性や保有効果や現状維持バイアスは不合理のあらわれとは限らない。人が慣れ親しんだものに多くの場合愛着を感じるということは顕著な事実だからである。

また、後者の、人が解決を迫られる実践上の問題は必ずしも合理的な最適解の追究として捉えられるものばかりとは限らないという批判は、次のようなものである。回避や矯正もままならない個人的・集団的な過誤や失策を反復し、これをただ自覚的に受容し、抱えていくほかはない、というのが人の常態であり、その一部が解法や正解についての社会的合意を経て技術的解決の可能性を開かれることとなる。サンスティーンの議論は、後者のような技術的解決が可能な場面には有効だが、前者のような正解のない場面には対応しきれているとはいえない。⁽³²⁾

以上のように、サンスティーンの見解に対しては、（一定の肯定的評価がなされるものの）根本的な批判も見受けられる状況にある。

六 エッティオーニらの方向性とサンスティーンの主張との比較

以上、本款では、AIないしビッグデータ分析の活用に関するサンスティーンの所論とそれに対する批判を検討してきた。ここでは、彼の議論と本節第一款から第三款で検討したエツィオーニらの議論とを比較することで、エツィオーニらの議論の特徴と課題を浮かび上がらせることとしたい。

六― AIによる選択の補佐に関する議論の焦点の違い

はじめに押さえるべきこととして、エツィオーニらとサンスティーンの議論には、焦点の違いがある。具体的には、エツィオーニらは、AIを活用した選択の補佐をいかにAIで統御し、翻って個人の私的選択を有効に補佐するか、という議論を展開しているのに対し、サンスティーンは、まさにAIによる選択の補佐そのものについて、いかに活用するかを議論している。

このような議論の焦点の違いが生じている理由としては、エツィオーニらが、(明示的にその文献に言及しこれを批判するような形で検討するわけではないが)サンスティーンの議論を踏まえたうえで、その課題を克服するための議論を展開しようとしているからであろう。即ち、サンスティーンの見解には、選択肢の設計を行う権限が誰にどのような根拠で委ねられるのかに関する議論が徹底されていない。そのため、選択しないという選択が中立的になされ得るのか、その選択が何者かに操作されている場合、われわれに対応策はあるのかが疑問視されている。具体的には、選択を補佐するサービスを展開する事業者や、当該サービスのプログラマー、あるいは政府の促進したい価値観や、マーケティング企業や何らかの政治運動によって追求される目標によって、なす術もなく強く影響を受けることが警戒されているのである。このような課題を解決するために、エツィオーニらは倫理ボットによるAIの監督を主張し、AIによる私的選択補佐の妥当性を、サービスマスター利用者の選好に照らして判断すべきとしているのである。そしてその個人の選好にはコ

コミュニティの影響が含まれているということを一定程度肯定的に捉えることで、公（国家）・私（市場）の領域におけるナッジの活用の問題に、コミュニティの観点を含ましめようとするのである。

六―二 AIによる選択の補佐を積極的に活用する範囲の違い

エッイオー二らがAIによる選択の補佐を積極的に活用するのは、法による規制の存する領域と、個人の選択に委ねられた領域を区別したうえで、個人の選択に委ねても「重大な害のない」場面についてのみである。具体的には、臓器提供、寄附、ボランティア、エコに配慮した消費行動等の場面を想定しているようだが、「個人の選択に委ねても重大な害のない場合」とはどのような状況なのか、なお射程は不明確である。

一方で、サンスティーンがAIによる選択の補佐を活用すべきとする場面は、ダイエットになる食事の選択、年金・投資・信用市場、社会保険、処方薬、臓器移植、環境保全運動、災害時の避難、学校の選択等と、多岐にわたる。しかしそれによってかえって生じうる個人の成長の阻害という問題を防止するために、選択アーキテクチャを複合的に活用することで対象を絞ることを主張する。その中でも、個別化されたデフォルトを活用する場合は、個人の学習や行為主体性や成長にとって害があるわけではない場合で、集団が相対的に多様な場合、選択が利益ではなく負担となる場合、個別化されたデフォルトが正確である場合を挙げる。

このようなサンスティーンの議論は、エッイオー二の議論を相対化し、「個人に委ねても重大な害のない場合」をより明確にする意義があろう。

六―三 コミュニティの影響について

エツイオーニとサンスティーンの見解で大きな違いがあるのは、個人に対するコミュニティの影響の評価である。

一方で、エツイオーニは、個人の選好に対するピアプレッシャーについては、自律と秩序の逆転共生という限界を設けつつも、基本的には積極的に評価する。彼は、人間にとつて核となる価値は、インフォーマルな社会のコントロールや、ピアプレッシャーや、コミュニティによつて促進されると考えるべきであるとする。私的選好として個人に委ねられているもののうち、環境保全等の共通善に貢献し得る選好について、個人の選好をAIによつて補佐することを志向する方向性だが、その個人の選好についても、コミュニティの影響があることが当然の含意である。

このようなエツイオーニの姿勢は、個人の選好を媒介として、コミュニティの価値観に配慮したデフォルトの設定の問題を議論しようとしていると捉えることもできよう。

他方で、サンスティーンは、コミュニティを国家や市場の問題に対処するものとして積極的に捉えるわけではない。基本的には、個人の判断・選択に悪影響を与えうるものとして措定しているように思われる。特に人々の選好が不正な慣行・ピアプレッシャーや法制度の強い影響下で形成されている場合、無批判にその充足を目指すことは、そうした慣行や制度の盲目的な是認に繋がり、間違いを追認し増幅するだけであると考ええる。そのため、サンスティーンには、コミュニティの価値観に配慮したデフォルトの追求という発想はないように見受けられる。

さらに、サンスティーンは、一方で各人の自由な選択を可能な限り認めつつも、他方で人間の行動バイアスを考慮に入れるため、極端にリスクの高い選択肢を周縁化するとか、穏健なオプションをデフォルトとして設定するといった仕方では複数の選択肢を設けたうえで、そこから、各人の幸福の最大化につながると思われる選択肢を個々人に選ばせるといった方向性を採用する。このような彼の姿勢は、コミュニティをア・プリオリに悪者として捉えているわけでは必ずしもないが、少なくともエツイオーニのように、コミュニティの影響あつてこそその個人であり、国家と市場の課題にコ

コミュニティを基軸として対応していくべきであるという発想を持っていないことは確かであろう。

このように個人に対するコミュニティの影響についてスタンスが異なる両者であるが、エツイオーニはコミュニティの影響を絶対視し、サンスティーンはコミュニティの役割を全否定する、というほど隔絶があるわけではない。サンスティーンは人々の選好が不正な慣行・ピアプレッシャーの強い影響下で形成されている場合を警戒するが、このようなコミュニティの個人に対する影響が強すぎる状況については、エツイオーニも問題視するところである。そのため、双方ともに、結局のところバランスが求められるとする発想は共通している。すなわち、サンスティーンの議論は、エツイオーニの「自律と秩序の逆転共生」という発想が想定する、秩序が強くなりすぎた場面における調整の一つのあり方として受け止めることもできよう。

六―四 AIによる選択の補佐と社会の分断

個人の選択を補佐するAIを積極的に活用することに対しては、当該ユーザの選好が直接的に危害のある場合や、インターネットサイトのアルゴリズムの機能の（悪）循環によって人々が自身の価値観に閉じこもっていく問題につながり得る場合について、懸念する向きがあるだろう。

これに対して、エツイオーニらは、次のように応答する。すなわち、倫理ボットを活用し個人の選択を補佐することが推奨されるのは、基本的には、倫理的社会的な選択のうち、それに従うか従わないかが個人の選択に委ねられている領域のうち、「個人の選択に委ねても重大な害のない場合」に限られる。この点、このような主張の背後には、既述の通り、社会の分断を防ぐために個人のみならずコミュニティ間の平等をも希求する発想が横たわっている。そのため、たとえ倫理ボットが個人の選好をもとにAIのガイダンスを行うとしても、エツイオーニらがフィルターバブルのような状況

を無条件で善しとする立場ではないことについては、論を俟たないだろう。彼はそのような具体例として、富裕層が貧困層の生活の実態を知ることの重要性を強調するという、経済的な問題を最重要視する姿勢を見せている。しかし一方で、(アマタイ) エツイオーニがコミュニティアニズムの観点を重視し、様々な価値観を奉ずるコミュニティが社会に併存することを善しとする立場であることにも留意が必要であり、個人の選択に委ねても「重大な害のない」場面とは具体的にいかなる場合なのか、本款六―二で多少検討したものの、なお残された課題となっている。

これに対し、サンステイーンも、文化と政治がかかわる範囲で、自分がすでに賛同した意見や考えとだけ出会う、個別化した「共鳴室(エコー・チャンバー)」は、個人と社会の両方に害を及ぼすおそれがあるとする。個人に対する害は学習機会の欠如から生じる。視野が狭くなると、人の成長は妨げられることがある。社会的な害は、自分が賛同する相手、あるいは少なくとも共感できる相手の意見だけを聞くことを主な理由として、人々が互いに分断されることによる潜在的な断絶から生じる。そこで、個人および社会的な観点から、セレンディピティ・アーキテクチャは制御アーキテクチャよりもかなり有利であるとサンステイーンは主張する。

このように、両者ともに、AIの活用によって社会が分断することについては、問題視していると評価することができる。ただ、社会の分断を防ぐために人々が視野を広げる必要があるとして、その具体的場面としてエツイオーニが経済的格差に基づく価値観の分断を主として想定しているのに対し、サンステイーンはより広く、多様な価値観の交流可能性の途絶の問題を念頭に置いている点に留意が必要である。この違いがコミュニティアニズムの観点をどれほど重視するかを示しており、ひいてはエツイオーニのいう「個人の選択に委ねても重大な害のない場合」の範囲を確定することに繋がると思われる。エツイオーニの立場は、コミュニティ間の文化的交流の結果、一方のコミュニティが奉ずる価値が他方の奉ずる価値によって不当に「浸食」される事態を、多文化主義的配慮から防止する可

能性を認めるものである。そのため、仮にエッティオーニの方向性にセレンディティ・アーキテクチャを積極的に取り込むとしても、その採用範囲にはおのずと限界があり、その限界づけが「個人の選択に委ねると重大な害がある」場面であるからだと根拠づけられる可能性はあるだろう。

六―五 AIによる選択の補佐とプライバシー

人々の選択に合わせて個別化されたAIによって人々の選択を補佐したり、あるいはそのようなAIの挙動を、個人々の選択に合わせて調整するAIによって監督したりするようになると、当該サービス利用者のプライバシーが危険にさらされることになりかねない。

この点につき、エッティオーニらは、倫理ボットは全てのAIの監督につき委託されるのではなく、その利用にまつわるプライバシーリスクを上回る利点や利益が倫理ボットにあるとみなした者のみが利用することになるという。さらに、倫理ボットの利用を受け入れる人々は、彼らの選択を確定するために倫理ボットが利用する情報がすでに広範に利用可能となっている情報であることに留意する必要があるだろうとする。既述の通り、民間企業は人々に関する情報ファイルを適法に有しており、倫理ボットはこのような情報を利用するよう構築される（べきである）とする。

他方、サンステイーンはこの問題を次のように考えている。データの（長期間の）保持の問題や、データの不正提供の問題が発生し得ることに言及したうえで、特に情報の提供については、顧客が反対するなら、情報の共有はなされるべきではないし、そのことにつき保証してもらわなければならない。ただその結果、情報の共有がほとんどなされなくなると、個別化したデフォルトの生成が難しくなる可能性がある。

そこでサンステイーンは、次のような方向性を示唆する。すなわち、選択アーキテクトはプライバシーそのものに関

して、能動的選択または個別化したデフォルト・ルールのいずれかを採用し、プライバシーについて何らかの懸念がある場合には、本人がそうしたいという意思を明示しないかぎり、本当に重要なプライバシーに関する権利を諦めなくてもよいように、能動的選択を採用する。プライバシーに関しては、集団内の不均一性が大きく、また選択アーキテクトの側で利己的な判断を下すリスクもある。以上のいずれも、能動的選択を支持する論拠となるという。

このように、本問題については、エツィオーニもサンスティーンも個人の（能動的）選択を重視する方向性を採用する。しかし、行動科学に関する議論の蓄積や、AIの普及により、個人の自律の絶対性が激しく揺らいでいる昨今において、このような個人の選択・意思を最終的な根拠とすることの妥当性がどこまであるかは心許ない。彼らはこの課題を意識した研究をしている論者であるはずなのに、この場面で結局（一定の絞りをつけるもの）個人の選択に委ねる手法を採用したがゆえにプライバシーにまつわる法的争訟に至った際、いかなる対応をすることになるかについては、必ずしも十分に議論が尽くされているとは言えない。特にアミタイ・エツィオーニは、プライバシーの問題に関する消費者側の同意の意義の低下を問題視しているにもかかわらず、この場面でおざなりに個人の選択に依拠する意図については、（共著のオレンの見解が強く出てしまっているのかもしれないが）理論的な補強が求められているように思われる。つまり、この場面においても、ユーザの同意について、安易な自己責任論に陥らないよう、改めて留意する必要があるのである。

（１）この点にかかわるサンスティーンの著作のうち、代表的なものとして、次のようなものがある。RICHARD H. THALER & CASS. R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (Yale University Press, 2008) 邦訳として、リチャード・セイラー、キャス・サンスティーン（著）、遠藤真美（訳）『実践行動経済学 健康・富・幸福への聡

明な選択』(日経Bd社、二〇〇九)・CASS R. SUNSTEIN, *LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE* (Cambridge University Press, 2005) 邦訳として、キヤス・サンステイン(著)・角松生史・内野美穂(監訳)・神戸大学ELISプログラム(訳)『恐怖の法則 予防原則を超えて』(勁草書房、二〇一五)・CASS R. SUNSTEIN, *CHOOSING NOT TO CHOOSE: UNDERSTANDING THE VALUE OF CHOICE* (Oxford University Press, 2015) 邦訳として、キヤス・サンステイン(著)・伊達尚美(訳)『選択しないという選択 ビッグデータで変わる「自由」のかたち』(勁草書房、二〇一七)。

サンステインのリバタリアン・パターンリズムについて検討(言及)する日本の論者として、例えば、中山竜一「損害賠償と予防原則の法哲学——福島原子力発電所事故をめぐって」平野仁彦・亀本洋・川濱昇(編)『現代法の変容』(有斐閣、二〇一三)二六三頁以下、特に二七三頁以下、那須耕介「可謬性と統治の統治——サンステイン思想の変容と一貫性について」同前書二八五頁以下、川濱昇「行動経済学の規範的意義」同前書四〇五頁以下、若松良樹「行動経済学とパターンリズム」同前書四四五頁以下、森村進「リバタリアン・パターンリズム」へのコメント」同「リバタリアンはこう考える」(信山社、二〇一三)三六〇頁以下等。

さらに、まさにAIの活用と統御という観点からサンステインの議論について検討する日本の近時の論考として、例えば、成原慧「パーソナルデータとアーキテクチャの関係をめぐる試論——プライバシー・ナッジとプライバシー・バイ・デザインを題材にして」NBL二〇〇号(二〇一七)九頁以下、大屋雄裕『「権利の本性」からナッジへ——人格と自己決定の限界』NBL二〇〇号(二〇一七)一二頁以下等。

(2) サンステイン(著)、伊達(訳)・前掲訳書注(1) 一頁。

(3) 選択アーキテクチャとは、政府の政策立案者や、私企業の商品・サービス・約款の制作者、何らかの治療法について患者に決断をせまる医者などが、人々に迫る選択肢の構造全般のことを指す。

(4) ナッジとは、他人に注意を喚起したり、気づかせたり、控えめに警告すること。選択を禁じることも、経済的なインセンティブを大きく変えることもなく、人々の行動を予測可能な形で変える選択アーキテクチャのあらゆる要素のことを指す。

(5) セイラー、サンステイン(著)、遠藤(訳)・前掲訳書注(1) 一七頁。

(6) 同前訳書、一六頁。

(7) 同前。また、パターンリズムに関する文献のうち法学研究として、澤登俊雄(編)『現代社会とパターンリズム』(ゆみ

る出版、一九九七）、中村直美『パターンリズムの研究』（成文堂、二〇〇七）等があり、他にも、政治社会学の観点からの近時の著作として、宮台真司（監修）、現代位相研究所（編）『統治・自立・民主主義 パターンリズムの政治社会学』（NTT出版株式会社、二〇一二）等。

(8) セイラー、サンステイーン（著）遠藤（訳）・前掲訳書注（1）一六一一七頁。

(9) この点につき、森村進は、「リバタリアン・パターンリズムは選択行為を行為者の生涯全体を通じた効用最大化のための手段としてしか見ておらず、自分で選択すること自体が本人に与える満足感や喜びを無視しているように思われる」と指摘する（森村・前掲注（1）三七二―三七三頁）。

(10) JOHN STUART MILL, *ON LIBERTY* (2d ed. 1869)(1859, at 102 邦訳として、例えば、J・S・ミル（著）、塩尻公明、木村健康（訳）『自由論』（岩波文庫、一九七二）等。ここではミル（著）、斎藤悦則（訳）『自由論』（光文社古典新訳文庫、二〇一二）の訳（引用部分は、同書一三六頁）に依拠している。

(11) ミル（著）、斎藤（訳）・同前訳書一四三頁。

(12) サンステイーン（著）、伊達（訳）前掲書注（1）一一二頁。

(13) ほかに、森村進は、「政府が信教の自由を認めるが、ある宗教をデフォルト・ルールとして公立学校で当該宗教の教育を行い、生徒・学生が不利益なしにその授業に欠席するために許可が必要だとするような場面では、柔らかなパターンリズムも許されてはならない場面であるとして、サンステイーンの方角性を批判的に検討する（森村・前掲注（1）三六三―三六四頁）。

(14) このような見解として、ニコラス・G・カーのものが挙げられる。その著作は、以下の通り。NICHOLAS CARR, *THE SHALLOWS: WHAT THE INTERNET IS DOING TO OUR BRAINS* (W. W. Norton & Co. Inc. 2010. 邦訳として、ニコラス・G・カー（著）、篠儀直子（訳）『ネット・バカ インターネットがわたしたちの脳にしていること』（青土社、二〇一〇）。その続編として、NICHOLAS CARR, *THE GLASS CAGE: HOW OUR COMPUTERS ARE CHANGING US* (W. W. Norton & Co. Inc. 2014). 邦訳として、ニコラス・G・カー（著）、篠儀直子（訳）『オートメーション・バカ 先端技術がわたしたちにしていること』（青土社、二〇一四）。この点、カーは必ずしもミルの立場を擁護することを明確な目的としているわけでもない点には留意。

(15) サンステイーン（著）、伊達（訳）前掲書注（1）一一九頁、一七一一―一七三頁。

- (16) 同前、二二〇頁。
- (17) 同前。
- (18) 同前、二二〇―二二二頁。
- (19) このような観点を重視した街づくりの重要性について主張する者として、クリストファー・アレグザンダーが『彼の議論については、CHRISTOPHER ALEXANDER, A PATTERN LANGUAGE, TOWNS, BUILDINGS, CONSTRUCTION (Oxford University Press, 1977). 邦訳として、クリストファー・アレグザンダー (著)、平田翰那 (訳)『パターン・ランゲージ―環境設計の手引』(鹿島出版会、一九八四)。
- (20) インターネットサイトにおけるセレンディピティの重要性を主張する者としては、他にも、イーライ・パリサーが挙げられる。パリサーは、クリストファー・アレグザンダーの見解に依拠しつつ、フィルターバブルによつて我々が自分の持つものに近い情報にとらわれ、オンラインに存在する広大な可能性の世界を見ることができなくなることとを危惧する(イーライ・パリサー (著)、井口耕二 (訳)『フィルターバブル―インターネットが隠していること』(ハヤカワ文庫NF、二〇一六)二九八頁以下)。
- (21) サンステイーン (著)、伊達 (訳)・前掲訳書注 (1) 一七一頁。
- (22) 同前、一七三頁。また、CASS, R. SUNSTEIN, GOING TO ESTEAMES HOW LIKE MINDS UNITE AND DIVIDE (Oxford University Press, 2009), at 2.
- (23) サンステイーン (著)、伊達 (訳)・前掲書注 (1) 一七三頁。
- (24) 同前訳書、一八一頁。
- (25) 同前訳書、一八二頁。
- (26) 中山・前掲注 (1) 二七三―二七四頁。
- (27) 大屋・前掲注 (1) 一四頁。
- (28) 森村・前掲注 (1) 三六四頁。
- (29) 那須・前掲注 (1) 三〇二、三〇四頁。
- (30) 同前、三〇二―三〇三頁。

(31) 森村・前掲注(1) 三六六―三六七頁。

(32) 那須・前掲注(1) 三〇四頁。

第五節 本章の総括と若干の検討——日本法への示唆

以上、本章では、あらゆる人・物・事の情報デジタル化して自動処理し、数多のサービスに応用せんとする時代におけるプライバシー（及び関連する）権益について考察するために、アメリカの社会学者アミタイ・エツィオーニの见解を中心に検討してきた。特に、第二節では、彼の拠つて立つリベラル・コミュニタリアニズムの観点からのプライバシー保護のあり方を検討した。第三節では、それを前提とした、プライバシー保護の具体的な規制方法等について検討し、第四節では、発展著しいAIを活用したプライバシー保護・私的選択補佐の方向性を検討した。

本節では、それらの検討を踏まえたうえで、日本法への示唆を段階的に析出していくこととする。具体的には、まず、第一款で日本民法学のこれまでの蓄積に対する示唆を、第二款でプライバシーの権益の理論的再構成の動きに対する示唆を、ひとまず簡潔に確認することにする。それらを踏まえたうえで、第三款において、本稿の提示した課題に対するエツィオーニの議論の応答性をより詳細に分析することとしたい。

第一款 民法学上の判例・学説との比較

ここでは、第二章において検討してきた議論が、日本民法学のこれまでの蓄積に対していかなる示唆を有するかを検

討する。

一 類型論に関する示唆

本稿で繰り返し言及するように、近年、情報の収集・統合・分析に関する技術（モノのインターネット、ビッグデータ分析、人工知能）が発展し、新たなICTが続々と実用化され始めている。具体的には、購買促進、信用度評価、自動運転、犯罪予測・治安対策、災害予測・避難誘導、医療診断・予測医療、気候変動・環境汚染対策、省エネ等に関する技術が挙げられる。このような技術の社会への浸透によって、①これまでデジタル化されていなかった情報もデジタル化され、②これまでは分散して存在していた情報が統合され、③人間の想像を超えたかたちで情報が分析されようとしている。そしてそのような技術が、スマートシティ、エコシティないしスマートホーム等というかたちで、街づくりに応用され始めている。

このような状況において、アメリカでは、これまでプライバシー侵害の類型論として長らく通用してきたプロッサーの四分類³³⁾——①他人の干渉を受けずに送っている私生活に侵入すること、②他人に知られたくない私的事項を公開すること、③ある事実を公開することによって他人に自己の真の姿と異なる印象を与えること、④氏名や肖像を他人が利得のために使用（盗用）すること——の限界がソロブによって指摘され、再構成が図られている。即ち、情報通信技術の発展した世の中にあつては、侵害類型を、①情報収集（監視、尋問）、②情報処理（集積、同一化、非セキュリティ状態、二次利用、排除）、③情報拡散、流通（守秘義務関係違反、情報開示、暴露、アクセス可能性の増大、脅迫、盗用、歪曲）、④侵襲（侵入、決定への干渉）、以上の四段階に再構成すべきであるとする³⁴⁾。

エツイオーニは、このようなソロブの問題意識を敷衍して、単なるプログラムないしシステムによる情報処理の態様

というよりも、そこでなされているのが人工知能による情報の自動処理であるという点を重視する。近時、人工知能技術の発達には目覚ましいものがあり、その結果として、社会のあり方そのものが抜本的に変化するのではないかと目されるようになっていく。そのことを踏まえると、エッティオーニは、ソロブの主張する「現代的な侵害態様に対応すべきである」という問題意識を受け止めたうえで、サイバーネーションという要素を重視することで、将来のさらなる技術発展を見越してプライバシー保護を論じているのである。

この点、日本の法実務においてこれまで問題になってきたのは、最高裁のレベルでは、人間の物理的な侵入、表現行為による暴露、情報の不正提供、情報システムの管理に関する事案である。³⁵ 学説では、覗き見・侵入、マス・メディアやインターネット上の表現行為、情報収集の三類型が念頭に置かれている。

これら日本の裁判例や学説の類型論に対するエッティオーニの示唆としては、次の二点が挙げられる。すなわち、第一に、覗き見・物理的類型と情報分析類型のサイバー化への対応の必要性の提起、第二に、侵害主体としてのAIの前面化への対応の必要性の提起である。

まず、第一の点については、日本の伝統的な類型論は、³⁶ ①物理的侵入・覗き見、②表現による暴露、③国家・企業による情報収集と悪用のうち、³⁶ ①と②を重視しており、近時の民法上の研究も、結局のところ、この②の表現行為に関する領域にはほぼ集中している。そのため、一般に「サイバー」といえば、「サイバースペース」³⁷ 「インターネット」表現「空間」を想定する傾向に尚あるといえる。これに対しエッティオーニは、現在は①と②の領域（実社会）において、サイバー化が急速に進展中であることを前提に、①のサイバー化は③での活用が目的であるため、結局のところ③についての検討が重要であることを教えてくれる。

次に、第二の点については、従来の学説はおおよそすべての見解が、結局のところプライバシーの侵害主体として、

人ないしその集団（企業、国家等）を念頭に置いてきたと評価することができる。⁽³⁷⁾これに対し、これから問題になるのは、AIによる情報の自動処理をいかに統御するかなのである。

そのため、プライバシー侵害に関する物理的侵入・覗き見類型と情報収集・悪用類型の技術の発展による変化を踏まえ、AIによる情報処理を人間による情報処理とは別類型として括りだす必要がある。⁽³⁸⁾

二 プライバシーの権益論（概念構成）に関する示唆

日本民法学においては、これまで、プライバシーの法的構成として次のようなものが試みられている。すなわち、一方では、概念を一元的に構成するものから、事案ごとに二元的に構成するもの、さらに自己決定権等近接領域の概念との整理を図る多元的構成が主張され、他方では、概念構成に類型論を取り込むこと等によって重層性を持たせる見解もみられるところである。⁽⁴⁰⁾このように、プライバシーの権益の内実について、日本の学説は一見多岐にわたるようにも思われるが、大勢としては一元的構成と二元的構成に分けられ、そのうちの「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成が通説的見解であることを本稿では確認した。⁽⁴¹⁾これら多数説がプライバシー概念を多元的に構成する理由は、プライバシー概念がこれまで侵害態様に即してアドホックに構成されてきたため、一元的な構成では念頭に置く類型以外の事案にはうまく対応できないからである。

このような、プライバシーの概念構成に対して、エッイオーニの議論には示唆があるだろうか。

この点、彼はプライバシーを、情報の不当な二次的利活用（サイバーネーション）に対抗するための権益と位置づけている。⁽⁴²⁾その今日における代表例は、AIによる情報の自動処理、特に行動ターゲティング広告や信用度評価によるセンシティブな情報の推測の問題である。この種の社会問題が新たな事案類型として捉えられるようになるのみならず、

侵害に適切に対応するために権益を再構成する必要性も生じている。この、不当なサイバーネーションに対抗する権益としてのプライバシーの内実や従来の権益との関係を、より詳細に詰めていかなければならない。この点については、エッイオーニの重視するプライバシー保護の四基準（センシティブさ、ポリウム、サイバーネーション、アカウンタビリティ）は、形式からのみ判断すれば、自己情報コントロール権説のそれに類似していると評価できる。⁽⁴³⁾ そのことから、エッイオーニの見解の日本民法学に対する示唆は、自己情報コントロール権構成をいかなるかたちで再構成することになるのか、という観点から評価されるべきである。この検討については、プライバシーの理論的再構成の動きを踏まえる必要があるため、第三款にて行うこととする。

三 プライバシーの基点——個人基底的か、社会基底的か

プライバシーの権益を理解するにあたって基点となるのは、個人の価値観だろうか、それとも社会の価値観だろうか。⁽⁴⁴⁾ 加えて、その個人なり社会は、争訟の当事者となっている具体的なそれを想定するべきか、あるいは、抽象的なものを想定するべきだろうか。また、その基点となる個人や社会の価値観にどこまで委ねてプライバシーを理解するべきだろうか。これらの点については、個人を起点としながら、何らかのかたちで社会性を含ましめる方向性が一般的である。⁽⁴⁵⁾ これに対し、社会基底的に捉える見解も有力に主張されており、この見解は、具体的な地域社会の価値観を参照する方向性を志向する。⁽⁴⁶⁾

このような争点に関し、エッイオーニはまず、プライバシーを「詮索の免除に関する社会的認可を受けた領域」と定義する。なぜなら、プライバシー該当性について個々人の自由に完全に委ねると、公共的な価値が害される可能性があるため、その法的保護の根拠を、監視から自由でありたいと個人が考えることに對する社会の信頼に求めるのである。

このように、プライバシーの理解に当たって、エツイオーニは社会基底的な構成を採る。この点、「社会」の内実がいかなるものであるかであるが、彼はコミュニティ(家族、学校、地域社会等、様々な中間団体)の役割に着目する立場であるため、特に街づくり事案では、地域社会や家族が念頭に置かれてしていると評価することができる。

ここで重要になってくるのが、プライバシーの理解に当たって、どこまで地域社会等コミュニティの価値観に委ねるか、である。当初の彼の議論ではこの点については必ずしも詳らかではなかったが、近時の議論では、プライバシーの理解における地域社会の役割は、必ずしも全面的なものではないことが示されるに至っている。即ち、プライバシーの理解に当たって社会の影響が色濃く出るのは、プライバシー保護の四基準のうち、センシティブさの理解についてなのである。その意味で、エツイオーニの構成では、プライバシー保護に当たって、地域社会の価値観に完全に委ねる構成は採用していないことになる。しかしながら、コミュニティの役割が重要でないわけではない。エツイオーニの問題視するプライバシー侵害行為のひとつはセンシティブでない情報からセンシティブな情報を推測・特定する行為であり、その違法性を判断するにあたって、コミュニティの価値観が重視されることになるのである。そのため、この場面ですべてが果たす役割は、やはり重要なものであるといえる。

四 私生活性の重視の程度

プライバシーの権益を構成し、保護するにあたって、問題となっている情報が私生活領域のものかどうかをどの程度まで、あるいはどのようなかたちで意識するか。日本民法学におけるリーディングケースである『宴のあと』事件判決は、問題となった表現内容が被害者の私生活に係るものであるかどうかを重視した要件設定を行った。⁽⁴⁷⁾これに対し、最高裁判例は、私生活を重視するものもあれば、⁽⁴⁸⁾社会生活上の平穏を保護するものもあり、⁽⁴⁹⁾判然としない。学説でも、

『宴のあと』事件判決を重視する立場もあれば、最高裁の方向性を採用して、「平穩生活権」構成という、公の領域に部分的に拡張される構成を採用するものもある⁵⁰⁾。

この点、エツイオーニは、「詮索の免除に関する社会的認可を受けた領域」について、自身の構成に対する批判や事態の変化を踏まえつつ、次のように再構成する⁵¹⁾。住宅内のプライバシー保護の重視によって、一方で家庭内暴力が隠蔽され、他方で家を持たない者への不当な介入を許してきたとするフェミニズムの議論を踏まえつつ、あわせて、急激な技術発展の時代においては、人がどこにいたかということ自体は重要ではなくなっているとして、物理的空間の保護ではなく、どのような情報がどの程度集められどれくらい処理されているかという、そういう意味での「個人的な領域」の保護を徹底する必要があるとする。

このようなプライバシー理解は、その法的保護に当たって、いわゆる「私生活性」を最重要視するものではないといえる。ただ、そうはいつても、「私生活性」を全く顧慮する必要性がなくなるわけではないだろう。情報のセンシティブさを判断するにあたって、その機微度が私生活性に由来することはしばしばあるだろうからである。ここで重要なのは、私生活にまつわる情報であるから、あるいはないから、といって、直ちにプライバシー該当性が判断されるわけではないということである。

五 他の権利（自己決定権等）との調整のあり方

プライバシーの法的保護を論ずるに当たって、近接する他の権利（自己決定権等）との概念上の整理ないし利益衡量のあり方をどこまで意識するべきか。これは、プライバシーの概念構成の多元的構成の問題意識を敷衍するものであるとも評価できる。

この点、民法学説には、両者を敢えて自己決定権として一元的に理解する少数説があるが、憲法学説上の有力説は、プライバシー権と自己決定権とは別個の範疇の権利として捉えている（しかしながら、これらはともに広義には憲法一三条の幸福追求権に根拠を有するものであるため、全くの関連性が無いわけではない⁽⁵³⁾）。これに対し、この二つの権利を広義のプライバシーの権利であるとして、より関連付けて捉えることを主張する批判説もみられる⁽⁵⁴⁾。

これに対し、エツイオーニは、両権益を別個の問題領域であるとしながら、これを非常に密接かつ連環的に理解する構成に立つ⁽⁵⁵⁾。即ち、善の重要部分つまり共有される価値については社会が形成し保持するが、善のかなりの部分については個人の私的選択にも委ねるという形をとり、ただしそれは、コミュニティによって十分な透明性が保証される限りにおいてであると考えるのである。具体的には、プライバシーの（アトムの個人主義に根差す）過剰保護を控えて共通善への貢献を引き出しつつ、私的選択の抑圧をできるだけ回避するという方向性を採用する。

彼のこのような発想は、個人主義的見解に依拠する憲法学上の学説にはみられないものである。その意味で、プライバシーと自己決定を別個の問題と考えつつも双方ともに幸福追求権の一部として位置づける見解とも、これらとともに広義のプライバシーの問題と位置づける見解とも、異なるものであるといえるのではないだろうか。

このような、プライバシー権と自己決定権との関係性については、日本民法学説上、さらなる探究がなされてもいる。本稿では、そのうち、次のようなものについて検討した。即ち、職場における不利益処分の問題について、国家、社会、個人の相互連関構造に関する現代法理論に基づくプライバシー権と自己決定権の関係の理解を追求するもの⁽⁵⁶⁾、市場における外国人差別の問題について、公共性を重視する観点から「契約の自由」を再構成し、契約・市場における平等を重視するもの⁽⁵⁷⁾、家族とプライバシーの問題について、日本における三重のパターナリズム（管理国家、企業社会、日本的画一主義）に抗するための近代法パラダイムの現代的発展としての自己決定権の役割を重視するもの⁽⁵⁸⁾、以上三つの見解

である。

この点、エツイオーニの議論は、ICTがこれらの問題領域を跨って広く導入され、公（国家）と私（市場）の領域が複雑に絡まることで解決の糸口が見えない問題が発生する状況にあつて、伝統性と現代性とを融合させたコミュニティの秩序と、そこに所属する個人の自律のバランスを追求することで、課題の解消を図るものである。このアプローチは、日本民法学のこれまでの検討に対し、コミュニティと個人の関係を一定程度肯定的に捉える現代法的立場をより深化させるものであると評し得る。彼の見解は、技術革新により大きな社会変革に至ると謳われる時代にあつて、市場主義の行き過ぎに批判的な立場から、個人のみならずコミュニティの平等をも追求することで、その自己決定（私的選択）を保護するという特徴がある。⁽⁵⁹⁾

また、プライバシー権との比較考量が求められる権益としては、これまで検討してきた自己決定権以外に、（身体・健康と結びつく）平穏生活権が重要性を増している。⁽⁶⁰⁾ この権益の射程は、暴力団や高度な危険を有する研究施設、原子力発電所等の団体や、その他自然人の行動により生活の精神的平穏が脅かされたり、不安感が惹起・憎悪されたりしている場合の法的処理に関する問題にも広がりを見せており、本稿の検討対象とする問題領域において、重要となつている。この点につき、エツイオーニはあくまで共通善（公共の安全や公衆衛生）という公共の利益の達成という観点からアプローチする立場を採用している。そのため、平穏生活権とプライバシー権という、個人に帰属する具体的な権利間の衡量にあつては、彼の検討は必ずしも示唆を与えるものではないとも評価し得る。しかし、この平穏生活権は、近時、地域において平穏な生活を送るための人々の権益の問題として、かえって公共性を帯びたかたちで主張されるようになってきている。そのため、プライバシーと共通善の慎重な調整を行う彼の議論に学ぶところは少なくない。

すなわち、エツイオーニは、コミュニティの安全や衛生を害し得る者に対し、その危険に関する情報の透明性を担保

したうえであれば、私的選択の抑圧は回避する可能性があるという方向性を採用する。このことは、この場面では、次のような形で作用することになる。すなわち、何らかの危険を有する者について、その危険に関する情報を、コミュニティの安全や衛生を管理するシステムに適切に提供させ、緊急時には適時の避難誘導等がなされるのであれば、当該地域での生活等を認めることもあるということになる。

(33) 本稿序章第一節第一款三—三注(41)参照。この類型論を重視する民法学上の学説としては、本稿第一章第二節第二款二、六、同節第三款二、三参照。

(34) 本稿第二章第二節第三款四参照。

(35) 本稿第一章第一節第二款参照。

(36) 本稿第一章第二節第二款二参照。

(37) プライバシーの法的保護の歴史的展開につき、本稿序章第一節第一款二等参照。

(38) このような観点を重視する日本の研究がないわけではない。むしろ、近時そのような研究は次々と発表されるようになっている。例えば、福田雅樹・林秀弥・成原慧(編著)『AIがつなげる社会——AIネットワーク時代の方と政策』(弘文堂、二〇一七)、平野晋『ロボット法』(弘文堂、二〇一七)、角田美穂子・工藤俊亮(編著)『ロボットと生きる社会 法はAIとどう付き合う?』(弘文堂、二〇一八)、弥生真生・宍戸常寿(編著)『ロボット・AIと法』(有斐閣、二〇一八)、山本龍彦(編著)『AIと憲法』(日本経済新聞出版社、二〇一八)等。また、訳書として、ウゴ・パガロ(著)、新保史生(監訳)『ロボット法』(勁草書房、二〇一八)。しかし、民法学の観点から特にプライバシーの問題について検討する研究は、なお盛んであるとは言えない状況にある。

(39) 一元的構成として、本稿第一章第二節第二款参照。二元的構成として、本稿第一章第二節第三款。多元説の萌芽として、本稿第一章第二節第四款。

- (40) プライバシーの権益につき、重層的な概念構成を志向するものとして、本稿第一章第二節第二款四、六、第三款二、三参照。
- (41) 本稿第一章第二節第三款参照。
- (42) 本稿第二章第二節第一款二一参照。
- (43) 本稿第一章第二節第二款三参照。
- (44) プライバシーの権益の理解に関する学説としては、個人を基点として捉えるものが大半である。その嚆矢として、本稿第一章第二節第二款一参照。社会基底的に捉える構成として、本稿第一章第二節第二款四参照。
- (45) 本稿第一章第一節第二款参照。
- (46) 本稿第一章第二節第二款四参照。
- (47) 宴のあと判決については、本稿序章第一節第一款二注(13)、第一章第三節第二款一一における検討を参照。
- (48) 本稿第一章第二節第二款一参照。
- (49) 最高裁の方向性については、本稿第一章第一節第一款における検討を参照のこと。
- (50) 本稿第一章第二節第三款一一三(二)参照。
- (51) 本稿第二章第二節第三款三参照。
- (52) 本稿第一章第二節第二款五参照。
- (53) 同前、参照。
- (54) 同前、参照。
- (55) 本稿第二章第二節第二款二二三参照。
- (56) 本稿第一章第二節第六款二一一参照。
- (57) 本稿第一章第二節第六款二一二参照。
- (58) 本稿第一章第二節第六款二二三参照。
- (59) 自己決定の問題について、吉田克己や吉村良一の方向性を、エツイオーニと類似する観点から批判する論者として、吉田邦彦が挙げられる。吉田(邦)は、「自立支援・自律保障」と「弱者保護」との間に大差はなく、自律・私的自治を強調

していると、市場主義的・新自由主義的保守思潮、冷淡な自己責任論に絡めとられる危険性があるため、「弱者保護」を重視する観点から、政策論をきめ細かく展開する必要性があると主張する（吉田邦彦『民法学と公共政策講義録』（信山社、二〇一八）一〇一―一頁）。しかし他方で、生き方としてのLGBTの問題や先住民の統治権にかかわる領域等、非市場的・非取引的な人格問題・統治問題においては、自己決定が進歩的に重視されるべきであるとする（同前書・一一頁）。

（60）本稿第一章第二節第六款三参照。

第二款 プライバシーの理論的再構成の動きとの比較

ここでは、プライバシーの権益の理論的再構成を行う学説と、エツイオーニの議論との比較を――すでに序章にて先取的に検討しているため繰り返しになるが、より詳細に、あるいはまた異なった角度からも――行うこととする。

一 脱人格権構成との比較

プライバシーの脱人格権構成とは、プライバシーの権益について、ある種の財産権であると再構成するものと、個人情報情報の情報主体と事業者間の契約責任（付随義務ないし信認・忠実義務）に着目する構成を指す。⁽⁶¹⁾前者は、情報取引のイニシアチブを情報主体の手に取り戻し、社会的費用を事業者内部化することを狙う見解である。後者は、事業者に対して契約に基づく比較的重い義務ないし責任を課すことで、消費者保護の実効化や（特に信託構成は）ビッグデータの活用による利益の享受と個人の権益の保護の両立を狙うものである。

このような再構成の動きに対し、エツイオーニは情報の多角的利活用の問題において、当事者の意思ないし同意に着

目する意義が減退していると考えており、また、本問題を、単に事業者と消費者個々人の分離された市場の問題として捉えるのではなく、より地域社会等のコミュニティにひきつけたうえで理解することを志向する。

そのため、まず、前者のような傾向については、エツイオーニは批判的であると考えられる。なぜなら、彼はそもそも、プライバシーを個人の神聖な財産であると捉えることに否定的であるからである。⁽⁶²⁾ 古典的な、プライバシーを財産権と考える傾向は、個人の権利はその行使が他人の自由を侵害しない限り主張することができるものであり、その意味で制限が課されていると認識していたものの、その制限が社会的に構想された善に奉仕することを考慮したものでなかったと言える。このような問題については、安全や公衆衛生などの社会的利益にかなう情報の利活用については、その情報の提供について個々人の意思の問題に委ねてもよいのか、という観点から捉えなおすこともできよう。このような公的な利益に適うデータについては財産権構成の例外とする方向性もあり得ようが、あらゆるデータを思いもよらぬかたちで活用することになるサイバー時代においては、その例外が広くなりすぎ、結局財産権構成を採用する意義は必ずしも大きくはなくなるかもしれない。

ただ、逆にいえば、社会的に構想された善に奉仕することを考慮した構成であれば、エツイオーニの方向性と矛盾するものではないことになる。そのため、ビッグデータの利活用による公益に配慮し、「同意原則」の転換を主張する信託構成とは必ずしも矛盾しない点には留意すべきであろう。エツイオーニの、一次的収集の是非から二次的利用の不当性へ着眼点をシフトする必要性を訴え、二次的利用段階における事業者等の責任の詳細を追求する方向性（後述）は、信託構成の採用する事業者の忠実義務を具体化するものであるとも評価できる。しかし、エツイオーニの見解を日本法に取り込む際に、信託構成を媒介とできるか、あるいは、すべきかについては、さらに検討すべき課題が残されているだろう。

二 脱アトムの個人主義の潮流との比較

脱アトムの個人主義の潮流は、次の二つの流れから構成される。

一つ目は、マクロの視点から、国家に対する「私的領域における行動や思想や情報の開示に関する放棄できない自己決定の自由」と、社会に対する「情報の相互の獲得と利用に関する行為規範の順守を要求できること」という二つのプライバシーを析出するものである。またもう一つは、ミクロの視点から、個々人の多様な人間関係におけるやりとり社会的要素があることを認め、その社会関係を維持するためにプライバシーは一定の制約をうけなければならないことを前提に、プライバシーの保護について論ずるものである。⁽⁶⁴⁾

昨今、個人に関する情報の多角的な利活用は、もはや国家と市場の領域を跨ってなされており、双方の事情が互いに影響を与えあっている。このように、公私の領域が密接に絡まり事態が複雑化していることから、本問題では、この二領域の絡み合いに対応するものとして、コミュニティの役割が重要となるとエッイオーニは措定する。⁽⁶⁵⁾ すなわち、自社の利益や市場の効率性を追求する私企業と、国民の効果的な管理を追求する国家が、新たなICTの活用に当たって関連性を深めていく最中であって、企業や国家とはまた異なる価値観を奉ずる様々なコミュニティが、企業や国家による情報の不当な利活用をコントロールする役割を果たすべきであるとする。

そのため、「対国家のプライバシー」と「対社会のプライバシー」を分類する脱アトムの個人主義の試みへの示唆としては、「対社会のプライバシー」という分類における「社会」の内実を問う必要性を明らかにしてくれる。本問題では対国家と対市場の問題が複雑に絡み合っていることに留意すべきであり、対国家+対市場、対社会+コミュニティ(市民社会)という形で市場を位置付けたうえで検討する意義もあることを、エッイオーニは示唆している。

また、エッイオーニは、今日のコミュニティを、伝統性と現代性とを融合させた多重的なものと捉え、個人はこのよ

うな社会に積極的な意味で構造化されていると措定する⁽⁶⁶⁾。すなわち、アトムの「強い」個人像を幻想とし、単に社会化された個人像を肯定するのみならず、個人はまさにその「社会的であること」によってこそ「自然の」人間性が高められる存在であるとする意図が含まれている。共通善に貢献する限りでプライバシーの過剰な保護を控えるという姿勢は、個人情報保護の過剰反応に批判的な、脱アトムの個人主義の方向を採用する見解と共通する方向性であるといえる。

この点、脱アトムの個人主義の潮流のうち、ミクロの視点に着目する見解が、基本的には報道によるプライバシー侵害を念頭におきつつ、総合的にプライバシー概念の再構成を図る一方で、エツイオーニは主としてICTの発展の結果生じるようになった情報の多角的利活用の問題におけるプライバシー保護の検討をアドホックに行っている点で違いがある。その意味でエツイオーニは、マス・メディアの表現行為による侵害に対する、ほうつておいてもらう権利構成を必ずしも否定するものではない。ただ、ほうつておいてもらう権利構成が行き過ぎると共通善に対する配慮が足りなくなりうることは留意をする。

さらに、日本のミクロの視点から検討する見解が、人とのコミュニケーションに着目する研究を基礎として権利構成をするのに対し、エツイオーニは、AI（と）のサイバーネーションに着目する立場である。彼は、人間が社会的生物である以上他者とのコミュニケーションをせざるを得ないことを前提に、不当なコミュニケーションにどう対処すべきかという古典的な問題と並列的に、AIと情報のやり取りをせざるを得ない時代における新たな問題を、サイバーネーションという要素を媒介として論じていると評価することができる。この、人がサイバー社会を生きるにあたって必然的に行われることになる情報のサイバーネーションについて、脱アトムの個人主義の立場からの対処の方向性を示唆しているという点で、エツイオーニの検討は重要な意義を有するものであり、この点は次述する脱権利論との比較とも密接にかかわってくる。

三 脱権利論との比較

脱権利論は、従来はもっぱら個人に帰属する利益であると考えられてきたプライバシーの問題が、昨今では情報システムの管理の問題になってきていることを根拠に、これをもはや個人を離れた公共的な問題であると考え、プライバシーを「表現の自由」のような社会公共的利益と考えることを構想する。⁽⁶⁷⁾ そのことによって、「侵害」概念の拡張や、変容や、救済における焦点の変更等が期待されるとする。⁽⁶⁸⁾

このようなプライバシーの社会公共的利益化の議論に対しては、エッティオーニも、プライバシーの権益それ自体に公共的な観点を含ましめることに肯定的である。

この点、共通善の理解に当たって、エッティオーニが重視するのは、ある価値が広く共有され構造化されているかという点である。⁽⁶⁹⁾ ただ、ここでは、所与の価値が所与のコミュニティの共通善であることを宣言することは、ある社会の全てのメンバーがそのことに同意し、彼らがみなその命令に従って生きることを意味しないと考えている。そのため、ある社会が政治の発展よりも経済的發展を優先するものとして共通善を定義したり、あるいはある特定の宗教を固守することを共通善と定義したりしても、エッティオーニはまさにその所与の社会ではその共通善として、それが「善」であるとされていることを必ずしも軽視しないという。そうであるならば、プライバシー保護そのものを重要な善と考える地域の価値観も、場合によっては軽視しないとも考えられる。つまり、プライバシーを共通善と捉え、その保護を重視するソロブの方向性とも必ずしも矛盾しないこととなるのである。

ただ、彼自身の政策論としては、これを完全に公共的な利益であると措定する方向性は採用しない。彼はプライバシーの要素のうちの、センシティブさの解釈のレベルにのみ公共的な観点を組み込むのである。⁽⁷⁰⁾ このセンシティブさの理解は、単に裁判官が社会的な価値に基づいて決定したり、議会の法律によって決定されたりするのではなく、共有された

社会的価値を反映し、リベラルな民主主義の過程やモラル対話による、良い意味での政治の産物であるべきであるとす
る。そのように解することで、具体的には、(ある地域社会で) 収集されたセンシティブな情報が蓄積されるデータベ
ースをその他のデータベースと統合する(グローバルな) 流れを拒絶したり、そのような情報を「囲い込む」ことによ
つて却って生ずる、センシティブでない情報を利用したセンシティブな情報の特定を不法なものであると主張したりす
ることができるようになるように思われる。このような方向性は、プライバシーの権益の完全な公共的利益化を志向す
るものではないが、個人の権益の保護と、個人の権益に還元されない公共的利益の保護の、二段構えの構成を志向す
るものと理解することはできるだろう。しかし、この点については、なお理論的に詰めていく余地ありという状況にある
といえる。

また、脱権利論の重視する、情報システムの管理の問題については、エツイオーニは、サイバーネーション及びアカ
ウンタビリティという要素を用いることによって、自己情報コントロール権構成に取り込んでいると評価することがで
きる。⁽⁷¹⁾

四 監視社会論との比較

この議論には、「国家による監視」と「その被害者たる個人」の問題と捉える方向性と、むしろ「監視を望んでいる
のは我々自身でもある」という観点から検討する方向性があることを、本稿では確認した。⁽⁷²⁾ただ、いずれの方向にせよ、
ここでは、監視を許容するための公共的な利益の具体化と、公共による個人の抑圧の危険性への配慮をいかなるかたち
で行うか、その検討が求められている。

この点、エツイオーニのいう公共の利益、即ち共通善とは、具体的には、次のようなものである。⁽⁷³⁾ある所与のコミュニ

ニティやその組織の全てのメンバーに寄与するような善の集合のことで、ある識別できる特定のグループに寄与するわけではない善や、まだ生まれていない世代に寄与する善をも含むものである。具体的には、アメリカの判例を基礎として、法と秩序の擁護、犯罪の抑止と予防、不慮の死や負傷の予防、公衆衛生の促進が挙げられるとする。また、これらに加えて、彼は環境保護運動の成果を非常に積極的に評価するため、環境保全という公共的な価値も共通善に含まれると措定してよからう。

このようなエツイオーニの議論は、「監視社会」論との関連では、むしろ「監視」によってわれわれが利益を受ける最たる場面として、（環境保全をも含む広い意味での）公衆衛生に決定的な役割を果たす各種検査ないし当該情報の提供の重要性を教えてくれる。このことは、例えば感染症の流行や、何らかの工場からの化学物質等の流出の問題や、場合によっては「安全」という概念では掬いきれない事案にも応用できる、われわれ市民にとっても有用な観点であると思われる。

つまり、エツイオーニの議論は、より広範な監視を認めるものである。そのために、これまでも彼はプライバシー終焉論者として捉えられてきた嫌いがあるのである。そこで、このような批判に応ずるため、公共の利益と個人の権益の間のより慎重な調整が求められることになり、彼は、「自律と秩序の逆転共生」という発想や、プライバシーの不要な侵害を防ぐためのリベラル・コミュニタリアンのアプローチに関する四準則を重視するのである。この観点から、エツイオーニは、秩序が強すぎても自律が強すぎても両者の理想的な共生は達成されないとし、そもそも秩序の過度の強調を肯定せず、さらに、「プライバシー保護のための社会政策モデル」で警戒（予防）原則のプライバシーに対する濫用を抑止するのである。

ここで留意しておかなければならないのは、エツイオーニは、AIの活用による社会の価値観の分断や人々の行動の

萎縮効果に対しては否定的であるということである。そのため、ときに監視社会迎合論者とも受け取られる彼であるが、街それ自体や建物の物理的な構造とインターネットないしICTの構造による複合的な「アーキテクチャによる支配」が達成された社会において、人間が全面的に管理されることを肯定するものでは必ずしもないのである。しかし他方で、彼は、伝統性と現代性とを兼ねそなえたコミュニティが個人に与える影響を重視する立場であるため、新たな（特に安全・衛生を充実化する）ICTによって、個人の自律がさらなる変容を遂げることについて、必ずしも否定しないことについては、やはり留意しておかなければならない。

- (61) 本稿序章第一節第二款一一一参照。
- (62) 本稿第二章第二節第一款一一一参照。
- (63) 本稿第二章第二節第一款二一一参照。
- (64) 本稿序章第一節第二款一一二参照。
- (65) 本稿第二章第二節第一款二一二参照。
- (66) 本稿第二章第二節第一款二二三参照。
- (67) 本稿序章第一節第二款一一三参照。
- (68) 本稿第一章第二節第二款三一二参照。
- (69) 本稿第二章第二節第二款一、特に一一二参照。
- (70) 本稿第二章第二節第三款一、特に一一一参照。
- (71) 本稿第二章第二節第三款三参照。
- (72) 本稿序章第一節第二款一一四参照。
- (73) 本稿第二章第二節第二款一、特に一一一参照。

（74）本稿第二章第三節第二款二―三参照。

第三款 本稿の提示した課題に対する応答性

ここでは、本稿序章で設定し、第一章第三節で若干敷衍した三つの課題に対する、エツイオーニの議論の応答性を検討する。即ち、第一に、情報の利活用を行う事業者等にいかなる責任を負担させるか、第二に、情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか、第三に、利活用による公共的利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか、以上の課題である。これらの点について検討することで、エツイオーニの見解の日本民法学に対する意義と限界を示すことにする。

一 情報の利活用を行う事業者等にいかなる責任を負担させるか

ここで求められるのは、ICTを活用した多様なサービスによる、（身体・生命と関わる）平穩生活権益の充足やその他の様々な便益の達成と、情報処理によるプライバシー・自己決定の侵害の防止のバランスである。⁽⁷⁵⁾

一―一 プライバシー保護の基準

エツイオーニは、ICTの高度化した社会においてプライバシーは、次の要素を相関的に考慮して保護されると考えるべきであるとする。即ち、①単に立法や司法に従うのみならず、コミュニティによって共有された社会的価値をも反

映すべき「情報のセンシティブさ」、⑤情報の単純な「量」と種類の幅を示す「帯域幅」によって計測される「情報のポリシー」、⑥情報の蓄積、突合、分析、流通といった、プログラムによる自動処理の程度を示す「サイバーネーション」、⑦情報収集者がシステムを適切に管理しているかを評価する「アカウントビリティ」、以上の四要素である。⁽⁷⁶⁾

一―二 特にサイバーネーションについて

サイバーネーションは、情報の蓄積（保管）、対照（突合）、分析、流通の各要素からなる。⁽⁷⁷⁾

蓄積（保管）は、サイバーネーションの最初の規則であり、「情報が蓄積されるか、すぐに消去されるか」の判定をまず課す。もし情報が蓄積されていたら、第二の規則として、「情報が保持される時間の長さ」が問題となる。

第二に、対照（突合）については、リンクされた全てのデータを一つとして扱い、情報の集積に制限を課すことを求める。⁽⁷⁸⁾

第三に分析はまず、「分析が少しもなされていないか」を判定する。つまり、「未加工のデータの単なる使用」と対比される。さらに、「どれくらいか、また、どのような種類の新しい情報が分析を通じて得られたか」を評価する。ここで、「センシティブでない情報を利用したセンシティブな情報の推測・特定」が問題となる。⁽⁷⁹⁾

この、センシティブでない情報を利用したセンシティブな情報の推測をプライバシー侵害と捉える方向性については、日本法においても、既に次のような批判がなされている。すなわち、問題となっている情報の秘匿性が高いとしても、また、本人がその情報を開示されたくないとしても、加害者側はセンシティブな情報を予測しただけで直接取得したわけではないから、従来のプライバシー権の保護の対象とはならない、というものである。⁽⁸⁰⁾

この点、確かに従来のプライバシー保護の発想からすると、このような行為の違法性を認定することは困難かもしれ

ない。しかしながら、このような分析技術の精度はすでに非常に高まっているため、何らかの形で対応しないと、潜在的な行為の横行を許すことになりかねない。加えて、この手の情報分析による不利益を免れたい者は、多くの活動に対して消極的にならざるを得ず、行動の萎縮につながる危険性がある。そのため、このような情報分析は、今日においてはプライバシー侵害と考えるべきであろう。

第四に、流通は、法律や規則によって制限されている範囲、共有されている情報のボリューム、その情報を共有している機関の数が判定基準となる。

一―三 複合的考慮

また、その他の要素との複合的考慮として、以下のような場面が具体的に検討された⁽⁸⁾。

まず、低ボリューム、低センシティビティ、サイバーネーション無しの場合は、そもそもサイバーネーションを予定していない場合が多いため、収集された情報は最初の使用の後、あるいは特定の期間の経過後に、消去される必要があり、その共有は禁止されるべきであると主張する。

次に、高ボリューム、低センシティブさ、限定的サイバーネーションの場合のうち、収集する情報のセンシティブさが比較的低い場合は、サイバーネーションの程度に着目することになる。かかるサイバーネーションの範囲、性質が限定的である場合は、その利活用は許容されるべきということになる。これに対し、利活用する情報のセンシティブさ、ボリュームの程度が――高ボリューム、低センシティブさ、限定的サイバーネーションの場合のなかでも――より高度なシステムを活用する場合は、サイバーネーションを統御するために求められるアカウントビリティの程度が、より高水準になるということになる。

そして、高ボリウム、低センシティブさ、高サイバーネーションの場合は、たとえセンシティブさが低い場合であっても、高ボリウムである点で上記の場合とは異なるため、一層サイバーネーションを制限する適切な手段が施されているかが問題とされる。

最後に、高ボリウム、高センシティブさの場合は、サイバーネーションはより高度なアカウントビリティによって制御されていなければならないという。このようなシステムにおける不当性の判断要素は、以上のように適切なアカウントビリティが施されているかということと、現に情報漏えいが起きているか否かという点であるということであった。このような議論は、情報システムの管理について、システム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされる等して本人確認情報が容易に漏えいするかどうかを問題にする最判平成二〇年三月六日の判断枠組みを、より精緻化するものである。これからは、外部からのハッキングへの対処のみならず、複雑化するシステムそれ自体の過剰な情報処理への対処をも考えあわせたうえで、システムの管理を行わなければならないのである。

一四 プライバシー保護の具体的方策——特に情報処理をするAIのAIによる監督

プライバシー保護のための具体的な方策としては、次のようなものが挙げられる。すなわち、情報の最小化、特定期間後の情報の消去（アクセスできなくすること）、デジタル化の禁止、管理システムへの暗号化の導入、技術の発展による「再調整」、再識別化や非匿名化への対策、そして、いま喫緊の課題になっているのが、情報分析を自動的に行うAIの統御ないし監督をいかに行うかである。このAIの統御という課題の対応策としてエツィオー二らが重視するの
が、AIによるAIの監督である。

なぜAIのAIによる統御が求められるのかというと、それは、AIの有する次の性質に応答する必要があるためで

ある。すなわち、AIの判断過程のブラックボックス化、AIが学習し続けるシステムであること、AIがある種の「自律性」を増していること、以上の三つの性質である⁽⁸³⁾。

それでは、情報分析を行うAIのAIによる監督はどのように行われるのか。まず、AIの判断の法的妥当性については、以下のような監督がなされる。⁽⁸⁴⁾ ① AIの（学習内容の当否についてはさしあたり問わないかたちでの）判断結果の妥当性、②（判断結果それ自体というよりもむしろ、学習内容に起因する）学習結果の妥当性、③ データベースのセキュリティ状態の妥当性、④ 情報の処理過程（サイバーネーションのあり方）の妥当性、以上の四段階の妥当性判断である。次に、AIの判断の倫理的妥当性については、以下のような監督がなされる。すなわち、⑤ 個人の選択に委ねられた領域における、倫理にかかわる選択に対してなされるAIの補佐の、当該個人の選択に照らした妥当性判断である。

このようなAIのAIによる監督を、エツィオーニは第一義的には裁判所等の法的機関等が活用すべきであると考えているようだが、アカウンタビリティの一手段として事業者が外部機関等に委託すること等を求めることもできよう。

以上、一―一から一―四まで検討した点については、単に私法上の観点から求められる事業者の責任を明らかにするのみならず、個人情報保護法の運用にも一定の示唆があるといえる。ただし、AIによるAIの監督については、さらなる争点として、AIを監督するAIをどのように監督するのか、という重大な問題が残されることになる。

二 情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか

ここで検討されるべきなのは、プライバシーの権益に含まれる社会性、自己決定権等の他権益との調整を踏まえた上で、プライバシーの法的構成である⁽⁸⁵⁾。より具体的には、第一に、プライバシーの権益について、どの要素が個人の観

点から理解され、どの要素がコミュニティの観点から理解されるべきかが問題となる。第二に、プライバシーの権益について、脱アトムの個人主義の観点から再構成する見解と、情報システムの管理の問題を重視し公共的利益化を図る方向性の統合と、さらに、リージョナル・ローカルなプライバシーのあり方との接合を図る必要がある。第三に、プライバシーの権益と、自身や他者の自己決定（身体や健康と結びつく）平穏生活権との調整のあり方を検討する必要がある。これまで何度も言及するように、エツイオーニは、脱アトムの個人主義の観点から、コミュニティ基底的プライバシー・自己決定観に立っている。より細分化してその構成を検討すると、次のようになる。

まず、エツイオーニは、技術の発展によって、人々が社会運動に基づいて社会を変革していく力を失うことを危惧していることから、彼がプライバシーや私的選択を重視する根拠としては、「人が社会ないしコミュニティを形成する自由」のようなものを想定していることがわかる。⁸⁶ しかもこの自由は、官民のサービスにおけるAIの影響力が大きくなりつつある昨今にあつては、人類が社会を形成する自由というようなものであると評価することもできよう。

次に、プライバシーは、個人が何らかのことにつき監視されたくないと考えていることを（地域）社会が信頼するところが根拠であり、私的選択は、（地域）社会の無関心ゆえに生じる個人（あるいは集団）の完全な自由と構成される。この「社会の無関心」は、事実に歴史的なものというよりも、当為的なものも含まれると思われる。そうしないと、不当な差別を、「慣習として認められてきたから」という事実のみからいつまでも温存しかねないからである。

ここで、プライバシー保護に当たって結局のところ重要となるのが、当該地域がいかなる善を共有しているか、である。エツイオーニの考える共通善は、ある社会で広く共有され構造化されている価値ではあるが、必ずしもある社会の全てのメンバーがそのことに同意し、彼らがみなその命令に従って生きることがを要求するものではないという。具体的には、彼はそのような共通善として安全や公衆衛生を想定しているが、ある地域社会が何らかの宗教的価値やプライバ

シー保護を共通善と考えたとしても、必ずしもこれを軽視しないという。

このことを敷衍すると、安全や衛生を追求し、平穩生活権益の充足を重視する地域では、情報システムによる見守り等を進めるため、あらゆるシステムを導入するうちに、その分プライバシー保護の問題が情報システムの管理の問題と等しくなっていくように思われる。一方で、プライバシー擁護的な地域であれば、情報の利活用をおおよそ拒否するか、あるいは、部分的な導入しか進めないという構成を採ることも、この段階ではあり得るように思われる。ここでは、プライバシー侵害の主戦場は、コミュニティが囲い込む情報を事業者が特定するためになされる、センシティブでない情報を活用したセンシティブな情報の推測の問題となるだろう。そのため、先端的な情報システムをそもそも導入しているか、導入しているとして、どのようなものを導入しているのか、どの年代の技術を活用しているか、といった事情によつて、プライバシー（保護）のあり方は、地域によつてばらつきが生じることになりそうである。つまり、人々が生まれ育つコミュニティがプライバシー擁護的であるにせよ、そうでないにせよ、その影響を受けて形成される人々のプライバシー観は、それぞれが帰属するコミュニティに根差す形で徐々に多様化していく可能性があると思われる。ただし、コミュニティの価値観の影響を考慮するのは、繰り返すように、プライバシー保護四基準（センシティブさ、ポリユーム、サイバーネーション、アカウンタビリティ）のうち、センシティブさについてのみである。そのため、プライバシーの理解を地域社会等コミュニティに完全に委ねる方向性を採用するわけではないため、その多様化のあり様にも一定の限度はあるだろう。

この点、エツイオーニの提示するサイバー時代におけるプライバシーの保護基準は、サイバーネーションという要素を重視することによって情報システムの管理の問題を重視する見解を取り込んでいるものの、構造それ自体は自己情報コントロール権構成に類似する。ただ、脱アトムの個人主義の観点から再構成したものであるため、自己に関する情報

を意のままに「コントロール」するというような強い効果を認めるものではない。一定の情報の利活用を前提としたうえで、不当なサイバーネーションに抗う効果を認めるものであり、サイバーネーションからの完全な自由を認めるものでは必ずしもない。

以上のような彼の見解をプライバシーの法的構成として整理するのであれば、本問題類型におけるプライバシーの権益は、脱アトムの個人主義、情報システムの問題を重視する観点を踏まえ、サイバーネーションの統御に着目して自己情報コントロール権を再構成したものであるということになる。そしてその基礎には、ほうつておいてもらう自由や、社会の評価からの自由というような、ある種消極的なものではなく、人が社会を形成する自由というような、より積極的なものが据えられていると評価できる。

このような構成について残されている重要な課題としては、人によるプライバシー侵害類型全般や、インターネット上の表現行為の問題との総合的考察が挙げられる。エツイオーニの見解は、AIによる情報分析という新たな問題類型に対する応答をアドホックに検討しているに過ぎない。そのため、より総合的な観点からプライバシー保護のあり方を検討しなければならないのである。

三 利活用による公共的利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか

ここで個人の権益との比較対象になるのは、プライバシーの権益に必然的に含まれる社会性とはまた異なるレベルの公共性である。⁽⁸⁷⁾個人の権益としてのプライバシーには、その内実としてコミュニティないし地域社会の価値観が必然的に含まれているが、その法的保護の是非を判断するにあたって、それらコミュニティの違いを超えた全国的・普遍的に共通する利益と衡量する場があると措定するのが本稿の立場である。

具体的には、一地域社会を超えた、より広域に妥当する安全・公衆衛生・環境保全などの公共の価値や、個人のみならずコミュニティ間の（経済的）平等が、ここで個人の権益と比較される公共的価値である。情報の活用によって得られるこれらの利益が勝る場合には、プライバシーや自己決定の法的保護は劣後し得ることとなる。

三― 広域的に妥当する価値としての安全・公衆衛生

この点、既述の通り、エツイオーニは、プライバシー保護そのものを重要な善と考えるコミュニティの価値観を、必ずしも軽視しない立場である。例えば地域社会のレベルでいえば、新たなICTを（あまり）活用しないような街づくりを頭ごなしに否定するものでは決していないのである。しかし、プライバシー擁護的な傾向が長じた結果、そのコミュニティで生活する者に不都合が生じ、公共的な価値の充実化を図る方がかえって当事者の保護に資する場合もある。そのような例として、ここでは安全と（広義の公衆衛生としての）環境保全に係る問題について若干の検討をする。

まず、安全にかかわる具体例として、例えば、家庭内暴力や、認知症高齢者・精神障害者の徘徊（から生じる徘徊者による加害）の問題が挙げられる。家庭内暴力の問題については、すでに、加害者側のプライバシーと被害者側の生命・身体に関する権益が対立構造にあることを見た。後者の認知症患者や精神障害者の徘徊の問題については、GPS等把握する装置による見守りシステムが実用化されているが、そのような監視を推し進める方向性に懸念が表明されている⁽⁸⁸⁾。

また、広義の公衆衛生にかかわる具体例としては、公害の防止や環境保全が挙げられる。一方で、汚染物質の排出等、環境を害するような行為をICTでもってモニタリングし、かかる情報を積極的に提供させることで、公害・環境汚染を未然に防ぐことが可能になる。また他方で、以上のような環境汚染に関する情報とともに、地域住民の位置情報を細

密にモニタリングし、避難指示等をするシステムを構築することができれば、人々の生命・身体という個人的な権益の保護に資するのみならず、ひいては安全という公共的な価値を充実化することにもつながるのである。

このような技術の活用については、エツィオーニは基本的には賛同する立場である。ただし、監視システムの行き過ぎを防ぐために、彼は、プライバシーに対するリベラル・コミュニタリアンのアプローチを特定する、次のような四つの準則を重視している。

①リベラルで民主的な政府は、共通善（公共の安全や公衆衛生）に対して「充分に裏付けられた大規模の脅威」が迫っている場合に限りプライバシーを制限することができる。そこで、共通善かプライバシーがはつきりと害されている強力な証拠がない限り、変化に取り組むべきではない。②共通善が支えられる必要があることがわかったとしても、プライバシーの制限を導入しなくても目的が達成されるかどうか、検討しなければならない。逆に、もしプライバシーに支えが必要ならば、たとえばプログラムへの監査証跡の導入のように、共通善に「損失」を課すことがないような道を探さなければならない。③プライバシーの制限を導入しなければならないとしても、その「侵入の程度」(intrusive)は可能な限り最小限にしなければならない。④必要なプライバシーの低減措置による「望ましくない副作用を改善する」手段をとることが、これらの副作用を無視するよりも好まれる。

この準則に表れているように、エツィオーニは、新たな技術を活用することで安全や衛生が充実化するという事情が確かに存しない限り、プライバシーを侵害する可能性のあるICTの導入を必ずしも推奨しない。具体的には、すでに安全や衛生が十分に達成・保持されている地域については、無理にスマート化を図る必要はないと考えていると評価できるのである。その意味で、経済的な効率性（事業者の利益）を希求し、社会への技術の普及をやみくもに追い求める立場とは、一線を画していることがわかる。

三―二 新たな社会における平等

新たなICTの普及は、かえって人々の間の格差を大きくすることもある。例えば、情報産業（のCEO等）に富が集中しかねないという問題がある。加えて、情報システムを活用した人々の類別化によって、従来から存する差別的取り扱いがより悪化する可能性や、新たな差別が生まれる危険性もある。あるいは、新たな情報通信技術を利用する機会そのものに恵まれないことによって、情報の利活用によって得られるはずの利益を得られない人々が発生し、ひいてはそれが構造的な格差につながる可能性もある。

このような問題に応答するためには、プライバシー・自己決定の問題について、二面性のある対応をすることになる。すなわち、一方では、事業者等（経済的）優位に立つ者に対し、消費者等劣位に立つ者を契約から排除しないよう求める、いわゆる締約強制の観点からの対応である。他方で、それとはまた異なる、消費者等（経済的）劣位に立つ者が、事業者等優位に立つ者との契約を拒絶する際に、後見的な観点から契約の強制的締結を認めるという対応である。⁹⁰

その妥当性の判断にあたって、エッイオーニが次のような平等観に根差す社会の構築を目指すことが参考になろう。すなわち、富裕層の得る利益の上限と貧困層の利益の下限にギャップを設けたうえで、これら富裕層と比較するとわずかしき利益を得られない市民一般の層と富裕層との経済的格差をもでるだけ減らす、という方向性である。⁹¹そしてこの経済的平等は、個人間のみならず、コミュニティ間においても追求される。

新たなICTがスマートシティ等のような形で街づくりに活用されるようになると、これまでとはまた異なるかたでデジタル・ディバイドが顕在化する可能性がある。このような問題を解消し、平等を達成するためのICTの活用は推奨されるのであり、場合によっては地域やコミュニティに後見的（ないし半強制的）に介入してなされる情報分析についても、プライバシー保護の例外とすることもあろう。

ただ一方で、エッイオーニは、慈善目的でなされる行政的な処分がホームレス等弱者のプライバシーをア・プリオリに認めない方向に作用する傾向があることを問題視する。⁽⁹²⁾ ここにおいても、平等の達成とそれを根拠とする国家等の介入によるプライバシー侵害との調整という、困難な課題が出来る。

以上、安全・衛生や平等という公共的な価値と、個人の権益の比較衡量に関する検討を行った。ここで示された方向性は、なお課題の残されたものではあるが、従来のプライバシー侵害の事案における判例の判断枠組みと矛盾するものではなく、新たな問題に対応するための一定の指針となるものであると評価できる。

(75) 本稿第一章第三節第一款、第四節の検討を参照。

(76) 本稿第二章第二節第三款参照。

(77) 本稿第二章第二節第三款三―二参照。

(78) 突合の問題について検討する日本の論者として、鈴木正朝がいる。その近時の著作として、鈴木正朝、高木浩光、山本一郎『ニッポンの個人情報「個人を特定する情報が個人情報である」と信じているすべての方へ』(翔泳社、二〇一五)。

(79) このような行為のプライバシー侵害性を主張する憲法学上の見解として、山本龍彦のものが挙げられる。その初期の論考として、例えば、松井茂記ほか(編)『インターネット法』(有斐閣、二〇一五)二八七頁(山本龍彦執筆部分)。

(80) 窪田充見(編)『新注釈民法(15) 債権(8)』(有斐閣、二〇一七)五四四頁。

(81) 本稿第二章第三節第一款参照。

(82) このような効果を重視するものとして、夏井高人『ネットワーク社会の文化と法』(日本評論社、一九九七)一八九頁以下。この見解は、伝統的プライバシー権を再評価し、「そもそも個人情報を経済デジタル化させないで放置してもらうことを求める権利」を主張する。

- (83) 本稿第二章第四節第一款一参照。
- (84) 本稿第二章第四節第一款二参照。
- (85) 本稿第一章第三節第二款、第四節の検討を参照。
- (86) 本稿第二章第三節第二款、特に二二三参照。
- (87) 本稿第一章第三節第三款、第四節の検討を参照。
- (88) 例えば、吉田邦彦は、精神障害者の不法行為と監督義務者責任の関係について論じる中で、社会防衛的な配慮からミシェル・フーコー的な意味での障害者の監視・管理・取り締まりの強化を行うことは、障害者福祉の近時の動向と相いれないものがあるため、安易に親・家族による監視を強めることにならないような補償制度が必要であるとする。この点につき、吉田邦彦『不法行為法等講義録』（信山社、二〇〇八）一六三頁等。
- (89) この問題に関する最高裁判例として、水産業協同組合法二五条の承諾義務に関する最判昭和五五年二月一日民集三四卷七号八七二頁等。また、近時の論考として、谷江陽介『締約強制の理論』（成文堂、二〇一六）。
- (90) この問題に関する最高裁判例として、NHK受信料の支払いに関する最判平成二九年二月六日民集七一巻一〇号一八一七頁。
- (91) 本稿第二章第三節第二款三参照。
- (92) 本稿第二章第二節第二款三二二参照。ホームレスの居住問題について民法学の観点から検討する日本の論考として、例えば、吉田邦彦「サンフランシスコ市貧困地区テナダロインのホームレス問題・居住問題」同『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣、二〇〇六）第三章。
- (93) 本稿第一章第二款参照。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一六年三月二四日授与）「サイバー時代におけるプライバシーの法理論——私法上の問題を中心に——」に対し、加除・修正を施したものである。この点、本号掲載分の内容につい

ても、前回分に引き続き、上記論文提出後に公表されたエッセイの論考を前提として加筆をしている。そして、その内容を扱った、下記三つの研究会における拙報告とその後の質疑応答を踏まえた修正を行っている。すなわち、第一に、立命館大学法学部民法研究会（二〇一七年七月十四日開催）、第二に、科研費基盤研究（A）「新段階の情報化社会における私法上の権利保護のあり方」研究会（京都大学・潮見佳男教授代表）（二〇一八年二月二十四日開催）、第三に、北海道大学法学部民法研究会（共催・民法理論研究会、二〇一八年八月三日開催）である。上記各研究会において拙報告に対しご意見・ご指摘頂いた諸先生方に（一部前回分からの繰り返しになるが）記してお礼申し上げる。

また、本稿の内容について、日本私法学会第八二回大会（二〇一八年一〇月一三日開催）にて、個別報告の機会を頂いた。

北海道大学法学会記事

○二〇一八年七月五日（木）午後二時より

「双務契約の牽連性と担保の原理——フランス法における同時履行の抗弁を中心として」

報告者 岩 川 隆 嗣

出席者 二六名

本報告の内容は、『私法』第八一号（二〇一九年四月）に掲載予定である。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 69 No. 4(2018)
SUMMARY OF CONTENTS**

**Social Exclusion and Legal System (4)
— System Operation Through Personality —**

Noriko HASHIBA *

This issue (Vol. 69, No. 4) regards feelings of refusal toward a legal entity itself to be “law rejection.” There appears to be a more fundamental deficiency in the context of this repudiation of the law. This deficit exists beyond, for example, a person’s inability to take action due to the lack of legal information. When there is a deeply felt sense of rejection of systems and legal entities themselves, what factors can fill the gap between the institutions and their actual utilization by individuals?

How can essential access to justice be ensured keeping in mind the problems to which people with social exclusion are structurally susceptible? Specifically, social exclusion is a condition that tends to be influenced both by the external problems (enhancement of the legal system) of judicial access and by internal problems (feelings of rejection derived from self-alienation). What measures can be instituted for people facing complex difficulties so that it becomes easier for them to choose to utilize the legal system? Based on an awareness of these issues, the mechanisms that could help those who are prone to social exclusion in overcoming the fundamental exclusion associated with access to legal systems were empirically analyzed.

* Research Fellow of Japan Society for the Promotion of Science (PD)

Three specific points were identified for further elucidation in this chapter: (1) How do professionals who are in close contact with the concerned individuals contribute to the alleviation of their feelings of refusal and rejection of the law? (2) How does the engagement of third parties transform target group's perception of legal entities? (3) What elements can help socially excluded individuals overcome their feelings of refusal or rejection for legal entities?

The aforementioned questions can serve as opportunities to overcome the existing problems with exclusion and to fill the gaps present in the system. First, it is essential to institute concrete support measures on the basis of professional counsel. Second, it is crucial to consider the indispensable nature of elements derived from the personal behavior of individual professionals. This conduct should incorporate enthusiastic encouragement in personal visits to the concerned individuals, and working patiently with them.

A series of analyses yielded the awareness that if there is a disparity between the system as it currently exists and its utilization by socially excluded individuals, the personal contact is vital to the bridging of that variance. Nevertheless, there are problems associated with the personal elements themselves.

One such difficulty pertains to the fact that the personal is highly contingent on specific circumstances. A second dilemma relates to adverse effects arising from an overreliance on the key person who creates the personal elements.

This chapter has demonstrated that personal elements exert considerable influence on the operation of the system. However, the functioning of the system relies on the personal and precisely because it is personal; there exists the predicament that the system itself may become unstable.

後期近代におけるコミュニティ再建： 多文化主義の政策実践の一側面

辻 康 夫

本稿の目的

多文化主義は、マイノリティ集団の文化・コミュニティを尊重・支援しつつ、全体社会への公平な条件における統合をはかる政治ビジョンである。多文化主義には多様な議論があるが、筆者はそれらが主題化するマイノリティの困難・ニーズ・社会問題のタイプに注目して、三つの類型にまとめて考えている(辻 2013)。「文化アプローチ」はマイノリティが固有の文化を実践できることを目標にする。「支配・抑圧アプローチ」はマイノリティ集団と主流派集団の間の支配・抑圧の関係を是正することをめざす。「コミュニティ再建アプローチ」は、マイノリティ集団内の社会病理の克服に焦点をあてる。これらのアプローチの提唱する政策には、かなりの重なりがみられ、政策実践の場では、これらを相互補完的に用いることも可能である。他方、これらの間には、政策上の緊張が生じることもあり、さらにそれらが多文化主義を正当化する論理には、少なからぬ違いが存在する。このためマイノリティ集団をとりまく制度的・政治的環境に応じて、三つのアプローチの有効性には違いが生まれる。したがって、これらの区別を明確化することには、理論的・実践的意義が認められるのである。本稿では、これらのうち、「コミュニティ再建アプローチ」が想定する政策課題と政策実践を概観することを目的とする¹。

1. 後期近代におけるアイデンティティ形成の困難

「コミュニティ再建アプローチ」は社会病理を克服する目的のために、マイノリティの文化とコミュニティの復興を行うものである。マイノリティのコミュニティにかぎらず、「後期近代」と形容される社会状況においては、格差の拡大が進行し、とりわけ社会の周縁部におかれた地域や集団に深刻な社会病理が生じやすい。すなわち、失業、貧困、犯罪、薬物・アルコール中毒、家庭内暴力、若年妊娠、教育の崩壊、精神病などが、負の循環を形成する。このような困難に対処するためには、困難を抱える個人への助力のみでは不十分であり、コミュニティの再建のために以下のような政策が必要になる。すなわち、住民のあいだの信頼を醸成すること。行政とコミュニティが協力して犯罪を防止し、子供をみまもり、非行を防ぎ、学業を支援すること。雇用機会を創出するために、政府・民間・コミュニティの協働による事業をおこすこと。社会科学の諸分野における「ソーシャル・キャピタル論」の隆盛は、このような政策上のニーズを一因としている（辻 2004-2005）。

フランスの社会学者アラン・トゥレーヌは、後期近代において、安定したアイデンティティ形成が困難になる事情を、以下のように整理している（Touraine 2000）。西洋近代の社会は、一方における経済システムと、他方における文化・生活世界の緊張をはらんでいるが、20世紀の中葉には、両者の間が政治システムによって媒介されていた。すなわち政治システムは、一方で、経済システムに統制を加え、福祉国家を実現した。他方で、それは教育や文化に対しても干渉を行い、工業社会が必要とする生活スタイル、家族構成、人生設計を奨励した。政治システムは、理性的な市民による民主的決定の仕組みとして正統性を与えられた。個人は教育・雇用を通じて、全体社会に統合され、「市民」、「労働者」、「父親」などの役割を与えられたのである。

ところが20世紀末になると、このような媒介の形式が揺らぐようになる。第一に、産業構造の転換や経済のグローバル化などを背景に、経済システムが自律性を強め、政治システムによる規制を逃れてゆく。この

¹ 本稿の作業を前提とした規範理論的分析は、稿を改めておこないたい。

結果、雇用の不安定化、労働条件の悪化、雇用からの排除が広がる。またマネーゲームに象徴されるように、グローバル化された経済活動は戦略的行為の性格を強め、勤勉や連帯などの美德と切り離されてゆく。こうして「労働者」としてのアイデンティティによって、人生の安定した意味づけを獲得することが困難になってゆくのである。

第二に、文化・生活世界の側からも攻撃が起こる。工業社会の文化規範は、経済システムの要請を汲みつつ個人の生活に干渉するものであったが、フーコーやハーバーマスの議論にみられるように、これが批判の対象になる。従来の文化規範を「理性」や「進歩」の観念で正当化することが困難になり、多様なアイデンティティの主張が起こってくるのである。標準的な家族生活への公的コミットメントも弱まり、この領域でもアイデンティティの安定性が失われる。さらに政治システムを通じた経済の統制が困難になり、福祉国家の普遍的な行政サービスが揺らぐなかで、「市民」のアイデンティティも揺らぐことになる。

これらの変化にともなって、個人が自らのアイデンティティや文化を創造する活動が強まる。もともと、近代社会は、個人と社会の両方のレベルにおいて、自己反省・自己変革が活発に行われる点に特徴があるが、工業社会の文化規範が衰退することで、こうした傾向がいっそう強まる。文化の内実が、個人の創造性によって再解釈され、文化に対するコミットメントが、いっそう個人の選択に依存するようになる。いまや社会は、人生の統一的なモデルを提示して、これを個人に受け入れさせることができないので、個々の人間が、経済システムとローカルなコミュニティ・文化のなかに同時に帰属しながら、自らの生き方を定義してゆくしかない。

このようにトゥレーヌによれば、経済システムと文化の領域がつながりを失い、両者を統合する生き方が難しくなることが、アイデンティティ形成の困難の原因である。すなわち一方で、市場の論理が展開し、戦略的行為と消費文化の強度が増大するが、これらは人生の意味づけを十分に与えることができない。他方で、ローカルな文化は、全体社会の政治・経済システムとのつながりを失い、自閉的なコミュニティを生み出す傾向がある。したがって、一方で市場の圧力、他方でローカルな文化への自閉の脅威から個人を保護し、個人が創造性を発揮できる環境を整えることが必要である。トゥレーヌはこのために、基本的諸権利の保障の必

要性を強調するのである。

ジョック・ヤングは、以上のような時代診断を共有しつつも、そこに生じつつある排除と社会病理に焦点をすえる (Young 1999, Young 2007)。後期近代の経済システムは、経済格差を拡大させ、国民のすべてを中産階級のライフスタイルに包摂することを困難にする。他方で、後期近代には、消費文化の影響力が強まる。人々は企業家、ビジネスマン、消費者などのモデルを内面化し、多くの収入を得て消費することで尊敬を獲得する。収入に応じて、人々に序列がつけられるため、あらゆる社会階層の人々が、より多くの富への欲求をもつようになる。この結果、人々の欲求不満や挫折感が強まるのである。

J. ヤングによれば格差の拡大と消費文化の浸透は、社会病理を生み出す主要な原因である。社会の周縁部、たとえばアメリカ大都市の貧困地区のコミュニティでは、人生を意味づける文化的資源が乏しく、人々は消費文化の強い影響を受けることになる。著名人にまつわる報道や、ドラマやCMなどを通して、成功したライフスタイルのイメージが絶えず流され、成功の尺度が提示されている。このため貧困地区の子供は幼い頃から、ブランド物のスニーカー、車、服、宝石などへの強い願望をもつようになる。他方において、かれらは豊かな消費生活を実現する方途を奪われている。このギャップの故に、強い挫折感、無力感、怒りが生み出される。彼らは、自己の承認をもとめて、タフな肉体と暴力によって自己を誇示し、さらには、薬物の非合法取引の市場に参入し、個人事業者として富の階梯をのぼろうとすることもある。このようにして、非行や犯罪と結びついた貧困のサブカルチャーが生まれるのである。

J. ヤングは、このような状況に対処するために、市場の運動を制御し、格差を抑制する必要を強調する。これとあわせて、コミュニティの人間関係の再興や、相互協力をつうじた、社会病理のコントロールの意義を認める (Young 1999, ch.5)。もっともヤングは、ローカルな「文化」の再興をめざす、多文化主義の政策には懐疑的である (ibid., ch.4)。彼によれば、後期近代の社会では、すでにほとんどの集団が、消費主義を中心とした共通の文化のなかにとりこまれ、そのなかで序列づけがなされている。排除された集団のイメージは、「本質化」され、スティグマを押しつけられる。こうした状況で、文化的差異を強調することは、スティ

グマを強化し、排除を悪化させる可能性がある。このような考慮のもとで、ヤングはコミュニティの再建を支持しつつも、文化の再興を支持せず、むしろ脱構築の政策を支持するのである²。

これに対して、ミッシェル・ヴィヴィオルカは、ローカルな文化の役割をより重視する (Wieviorka 2001, ch.7)。個人が自己のアイデンティティを定義してゆくうえで、経済システムに加えて、ローカルなコミュニティのコンテキストが重要とされる。たしかに、今日の社会において、消費文化の浸透は著しく、その願望をすべて拒否することはできない。他方で、経済システムは人生の意味をすべて支えることはできないから、ローカルな文化への帰属も重要なのである。

ローカルなコミュニティが安定し、しかもそれが差別・抑圧を受けていない状態であれば、越境を行うことは容易である。すなわち個人は自らのコミュニティに帰属しつつも、ときにその境界をこえて移動し、多様な文化に触れることで、自らの生き方を創造してゆくことができる。これが、個人の自発性を尊重した、もっとも望ましい文化帰属のあり方

² J. ヤングによれば、20世紀中葉までの工業社会において、逸脱者は主流社会の規範に同化させるべき存在であった。すなわち主流社会の中産階級のライフスタイルに統合することが社会政策の基本であり、したがって強い同化圧力が働いたのである。これに対して、排除型社会においてはこのような同化圧力がなくなり、差異は排除と結びつくようになるというのである。しかしながらこのようなヤングの認識には、マイノリティ研究の知見に照らせば、不適切な点がある。かつての包摂型の社会においても、社会経済的統合のための諸施策の恩恵が、マイノリティに対しては拒絶されることが多く、マイノリティは社会分業のヒエラルキーの底辺に組み込まれていた (Schwartz 2009, pp40-41)。すなわち、同化主義の時代にも、スティグマ化された差異を理由にした支配・従属は厳然として存在していたのである。また、今日、社会経済的格差の増大に伴って、スティグマが強調される局面が増加するが、文化の差異の除去をめざせば、社会経済的平等性が促進されるとは考えられない。大切なのは、文化的な差異の尊重と、社会経済的な排除にもとづく負の表象の強要を区別することである。前者が後者に必然的に連動するわけではなく、むしろ文化的差異を適切に尊重することが、社会経済的排除の緩和につながるがありうる。この点は、ナンシー・フレイザーの提起する「再配分と承認のジレンマ」の問題と重なるものであるが、フレイザーの議論の問題点については、辻 (2016) を参照。

である。しかしながら、マイノリティの文化・コミュニティのなかには、主流社会による差別・抑圧を受けているものが多い。このような場合、一方で、同化の圧力によって、文化実践が衰退し、人生を意味づける文化資源が失われる危険がある。他方で、このように文化が衰退しても、社会から押しつけられるスティグマによって、そのメンバーはその集団のなかに閉じ込められ、主流派社会への完全な参入をゆるされない。このようにして、一方で全体社会の中の経済的成功を否定され、他方で、劣化した文化のなかに閉じ込められることで、マイノリティ集団は社会病理に陥ることになる (ibid., ch7)。

これを脱するためには、一方で経済的な成功の機会を確保するとともに、他方ではコミュニティ・文化の再建が必要である (ibid., ch7)。すなわち、文化実践の衰退を防いで文化的資源を維持するとともに、スティグマ化されたイメージを肯定的なものに転換する必要がある。このようにヴィヴィオルカは、後期近代における多文化主義政策の意義を提示するのである。

本稿があつかう「コミュニティ再建アプローチ」は、以上のような議論の展開を念頭におきつつ、「社会病理」の問題の解決のための文化・コミュニティの再建を主張するものである。以下では、北米の移民集団と、先住民の事例にそくして、このような実践と理論の展開を見てゆきたい。

2. 移民集団の社会統合

はじめに取り上げるのは、社会学の領域で展開される移民統合をめぐる議論である。アメリカにおいて、1990年代から、移民集団の若者世代の社会病理に対処するため、コミュニティの文化の保全の必要が活発に議論されている。かつて、移民研究においては同化主義の傾向が強く、移民がその独自の文化を徐々に放棄することで、主流社会に統合されることが想定されてきた (Zhou 1997, p.976)。すなわち移民集団は、数世代をかけて文化的に同化し、これにともなって主流社会の提供する成功の機会や資源に対して、より十分なアクセスを獲得すると考えられた。しかしながら、このような想定 of 妥当性が、今日では疑われるようになっ

た。今日の移民集団のうちには、数世代をかけて中産階級まで上昇するものもあれば、短い期間に急上昇をとげるものもある。他方において、数世代を経ても社会の底辺にとどまる集団が存在し、その中には深刻な社会病理に苦しむものもある。このように移民集団が主流社会に統合される場合、それが組み込まれる社会階層は、集団ごとに大きく異なる。アレハドロ・ポルテスらはこの現象を、「分節化された同化 (segmented assimilation)」と名づけ、分岐をひきおこす諸要因を探求する (Portes&Rumbaut 2001, p.45)。彼らの研究によれば、親世代の収入や学歴などの要因に加えて、移民コミュニティの紐帯や文化が、移民第二世代の経済的成功のために大きな役割をはたすのである。

ポルテスらによれば、後期近代の社会経済状況は、移民集団の経済的成功を難しくしており、これが社会病理の増加の背景である。(ibid., p.56)。かつては、非熟練労働から、半熟練労働、熟練労働、管理職、にいたる階梯が存在し、移民集団はほどほどの技能と、重労働を積み重ねることで、数世代をかけてこれを登ってゆくことができた (ibid, p.58)。しかしながら脱工業化による労働市場の二極化のもとでは、このような手段では、社会的上昇を達成できなくなった。いまや上昇のために不可欠なのは、高等教育へのアクセスであるが、貧しい移民の子弟にとって、その機会を得ることは容易ではないのである。

他方において、移民の子弟はアメリカの消費文化を身につけ、親世代のような低賃金労働に就くことに満足を感じない。豊かな生活への渴望が高まる一方、それを実現することが困難であるため、彼らはしばしば挫折感と、社会への怒りを抱えるようになる (Portes&Rumbaut 2001, pp.55-56)。このため彼らは、貧困地区の逸脱的ライフスタイル (deviant lifestyle) や、敵対的文化 (oppositional culture) にひきつけられてしまう (ibid, pp. 59-60)。敵対的文化の視点からは、マイノリティの抱える困難は、主流社会の敵意によって引き起こされたものと解釈される。学校やその職員は人種的抑圧の装置であり、マイノリティの経済状況は、教育を受けても改善しない、とされる (ibid, p.60)。学業に成功することは、仲間のあいだでは、「裏切り」「白人かぶれ」とみなされる。これらは、彼らが挫折感から身を守る心理的な防衛の手段でもある。こうして彼らは中産階級的な価値観や権威を拒否し、学業の努力を放棄してし

まうのである (Zhou 1997, pp.85-87)。マイノリティの集住する貧困地区の学校や近隣では、多くの若者がピア・プレッシャーによって、このような文化に同調してしまう。合衆国の移民の親たちのなかには、この危険を避けるために、子弟を出身国に送り返す例も珍しくない (Portes&Rumbaut 2001, pp.61-62)。

親たちがアメリカに移住した主要な目的は、子弟に望ましい生活を与えることであり、親たちは子供が学業で成功することを望んでいる。子弟も親が彼らのために払った犠牲を理解しており、アメリカ生まれの学生に比して、勉学意欲が高いことが多い (ibid, pp.344-345)。ところが、アメリカでの滞在期間が長くなると、徐々にこのような意欲が薄れ、逸脱的文化・敵対的文化の影響をうけるようになる。ここで親が子弟を逸脱的文化・敵対的文化から守り、努力を継続させることが必要であるが、それがうまくゆかない理由は、移民の家族において、親の子供に対する権威が容易に失われてしまうことにある。

移民の親子関係は、新しい社会への適応の過程で大きく変化するが、ポルテスらは、親と子供が新しい文化を身につける速さに着目して、3つの類型を区別している (ibid, pp.53-54)。第一は、「不協和型文化変容 (dissonant acculturation)」であり、子供が親より早くホスト社会の文化を身につけ、出身社会の文化を喪失する場合である。この場合、日常的に親が子供の助力を受ける機会が増え、これによって親子の役割が逆転し、親の権威が失われることが多い。その結果、親が子供を危険から遠ざけておくことが難しくなる。第二は、「協和型文化変容 (consonant acculturation)」であり、親と子供がほぼ同じ速さで、新しい文化に移行する場合である。この場合には、親が子供をみまもり、子供が直面する困難と一緒に対処することができるが、このような文化変容は、親が十分な資源を持たない場合には難しい。

第三は「選択型文化変容 (selective acculturation)」である。この類型においては、子供がホスト文化を習得しつつも、出身言語や文化規範の一部を保持する。このタイプの文化変容は、移民コミュニティが十分な規模を持ち、共有の制度を発達させ、出身文化を保全している場合におこる。子供たちは流ちょうなバイリンガルになり、コミュニティ内に多くの友人をつくる。親世代と子供の間の子の絆もしっかりと保たれる。

ポルテスらが最も望ましいと考えるのが、この第三の類型である。親子関係がコミュニティの人間関係に埋めこまれることによって、親の子供に対する権威が維持される。大家族やコミュニティが、子供をみまもり、ときに指導・叱責する (Portes&Rumbaut 2001, pp.99)。このように親は親族やコミュニティの支援をえて、子供の学業を励まし、子供が貧困地区の逸脱的・敵対的文化に同調するのを防ぐことができるのである。

この観点から研究者たちが注目するのは、アジア系移民のコミュニティである。アジア系移民の子弟のなかには、言語や文化の違いや、家庭の貧しさなどのハンディキャップをのりこえて、主流派集団の生徒をうわまわる成績をあげる者も多い。その原因と考えられるのが、コミュニティに存在する緊密な社会的紐帯である。これらのコミュニティは、親や年長者への尊敬、勤勉や儉約の美德、家族への責任感などの価値観を維持しており (Zhou 1997, pp.994-996)、若者にこれを奨励することで、彼らを逸脱的文化から守るのである。このように移民のコミュニティが豊かなソーシャル・キャピタルと、健全な価値志向を維持している場合には、若者の安定したアイデンティティ形成を助け、社会病理を防ぐことができるのである³。

ところで、このビジョンが機能するためには、コミュニティが伝統文化を墨守するばかりではなく、その内容を再定義し、主流社会との関係を調整してゆく必要がある。実際のところ、移民集団はホスト国における自らの評価を高めることを望むから、本国から持ち込んだ文化の諸要素のうち、主流社会において肯定的に評価されるものを強調する反面、これと矛盾する要素を抑制する動機を持っている (Zhou 1997, pp.993-994)。例えばアジア系アメリカ人は、「勤勉」、「安定した家族」、「儉約」

³ アジア系のコミュニティの多くでは、その規模の小ささのゆえに、言語を維持することは難しいが、人間関係や固有の文化的価値志向が維持されている。なお、アジア系の移民の成功を儒教倫理に求める通念があるが、ポルテスらによれば、これは必ずしも妥当ではない。ポルテスらが調査対象とした移民集団は、儒教以外にも、大乘仏教、小乗仏教、カトリックなど多様な宗教を実践しているが、儒教文化の有無による影響はほとんどみられなかったという (Portes&Rumbaut 2001, pp. 258-261)。

などの価値を主張する一方で、「受動性」や「家族的義務による拘束」などの主張を控える傾向にある。すなわちコミュニティは外部と交渉しつつ、当初の文化を穏健化させ、新しい規範をメンバーに対して提示するのである (Zhou 1997, pp.997)。これがうまく機能すれば、その構成員は、個人単位で主流社会と交渉する苦労を免除され、二つの文化の対立に巻き込まれる困難を回避できるのである。

このような知見にもとづき、ポルテスらは、移民コミュニティの人間関係や文化を維持し「選択型文化変容」をうながす政策を主張する。とくに重視されるのが、二言語教育の導入である (Portes&Rumbaut 2001, ch.6)。二言語教育は、近年ではその認知能力の向上や、職業能力としての効用が注目されているが、ポルテスらが強調するのは、それが移民集団内の世代間のコミュニケーションを促進する効果である。ポルテスらの調査によると、私立学校の二言語プログラムで教育を受けた子供は、「選択型文化変容」のモデルに沿ってコミュニティとのつながりを維持し、学業への高い意欲を示す傾向がある。今日、公立学校での二言語教育は、英語に慣れるまでの過渡的な措置として行われているにすぎず、その意義が理解されていない。移民の若者をバイリンガルにするための本格的な教育が導入されるべきなのである (ibid., pp.274-276)。近年、移民にたいする排外主義的な意識が強まり、英語による生活を強要する風潮が強まっているが、この政策は「不協和型文化変容」を引き起こす危険が大きい。

政府がマイノリティ集団を敵視して、違法行為の取り締まりのために強圧的な手法をとることも望ましくない。それは人々を委縮させて社交活動を妨げ、コミュニティの人間関係の構築を妨げるからである。政府はむしろ、移民コミュニティのきずなを強化する努力を支援するべきなのである (ibid., p.280)。この点に関して、ポルテスらが注目するのは、アメリカ政府が移民集団ごとに異なる態度をとってきたことである。キューバの社会主義革命の直後に、キューバからアメリカに亡命した人々は、社会主義に敵対するアメリカの同盟者として歓迎された。彼らは政府からの手厚い支援をうけ、経済的に安定したエスニック・コミュニティをマイアミに築くことができた (ibid., p.262)。ベトナム系の難民も、同様な支援を受けた。これに対して、メキシコ、ハイチ、ニカラグ

アからの移民は、しばしば、不法移民のイメージと結びつけられて排外主義の標的となり、政府による敵意ある取り締まりの対象となってきた。これが一因で、これらの移民は、今日にいたるまで安定したコミュニティを作ることができていない。彼らは「不協和型文化変容」を体験し、子弟はスペイン語を速やかに忘れ、親との意思疎通に困難をきたし、社会病理に陥ることも多い。ポルテスらは、これらの移民集団の「選択型文化変容」をうながすために、スペイン語の維持のためのプログラムや、コミュニティ建設の支援などの必要を訴えるのである (ibid., pp.276-280)。このように、移民コミュニティが社会病理とたたかううえで、固有文化とソーシャル・キャピタルの涵養は、有力な政策手段とみなされているのである。

3. 先住民の社会病理との戦い

北米の先住民は、近代以降、主流社会による不当な圧迫をうけてきた。植民者は土地や資源を奪い、先住民を社会・経済的に周縁化してきた。また強制的な同化政策は、コミュニティの人間関係や固有の文化を破壊した。この結果、今日、多くの先住民のコミュニティが、深刻な社会病理に苦しんでいる。貧困、失業、少年非行、犯罪、薬物・アルコール中毒、自殺、学業放棄、家庭内暴力などの社会病理は、先住民コミュニティや政策担当者はもちろん、マスメディアによっても、重要な政治問題として認識され、これに対処するための取り組みが行われてきた。

この問題には、心理学者や精神医学者が積極的に取り組んできたが、近年、その手法が大きく変わりつつある。かつて心理学や精神医学では、個人への対応を中心に考えたが、今日ではこれをコミュニティの問題として扱うにいたっている。先住民の社会病理にとりくむカナダの心理学者、キルメイヤーは、「コミュニティ・レジリエンス」の観念を核としたソーシャル・ワークを提唱している (Kirmayer et al.2009a)。「レジリエンス」の概念は元来、心理学や精神医学の臨床研究において、ネグレクトや暴力など、幼少期の困難な経験にもかかわらず順調に成長する個人の例を認識するための概念として作られたものである (ibid., p.67)。困難に直面しても病的状況に陥らず、機能を回復する能力、困難な状況

に適応しながら生きかたを変更してゆく能力を想定している。困難から生じる影響を減じレジリエンスを高める「保護因子 (protective factor)」には、様々なレベルのものが存在する。性格や認知的・心理的能力などの個人的属性のほかに、家族やコミュニティ内のきずなも、個人にとっての重要な保護因子となる。

レジリエンスの概念は、家族や地域コミュニティなどの集団に対しても適用されるようになる (ibid., pp.70-72)。すなわち、集団がストレスに適応し、新たなやり方で機能するにいたるプロセスを考える。たとえば家族が困難な状況に適応し、家族のメンバーの成長や幸福を促し、またメンバー間の調和を維持できるかどうか、この概念のもとで分析される。災害に直面したコミュニティの復興にも、この観念が適用される。分析においては個人、小集団 (家族・近隣・学校)、広範囲の社会・経済・政治システムが相互に影響を与えつつ、バランスを回復する過程が、サイバネティックやシステム理論を参照しつつ研究される。

この視点のなかでは、個人は複雑な関係の網の中に埋め込まれ、個人の精神的な健康は、家族やコミュニティの良好な機能と結びついている (ibid., p.72)。レジリエンスを持つコミュニティは、個人に対して、困難に立ち向かうための資源を提供する。メンバー間のきずなや豊かな文化は重要な資源である。豊かなソーシャル・キャピタルが困難がもたらす衝撃を和らげ、心身の健康によい影響を与えることは、多くの研究によって示されている (ibid., p.77)。豊かな文化は、起こった変化を解釈し対処するための指針をあたえ、個人やコミュニティの持続性と柔軟性を向上させる (ibid., p.71)。

先住民において特徴的なことは、人間・社会・環境についての世界観が、「コミュニティ・レジリエンス」の基礎にあるエコロジカルな想定と一致していることである (Kirmayer et.al.2009a)、この類似性のゆえに、先住民の文化が、レジリエンスの重要な源泉になると、考えられるのである (ibid., p.78)。

先住民の伝統文化は集団ごとに多様であるが、それらには共通の特徴が存在する。その世界観によれば、すべての存在は結びつき、相互作用のシステムを形作っている。人間は家族、コミュニティ、動物、植物、自然の諸力との結びつきの中におかれている。また、祖先の霊や、動物

などの諸霊と交流するスピリチュアルな次元をもっている (ibid., p.79)。人間には、これらすべてと良好な関係を保つ実践的・道徳的義務が存在する。人間の幸福は、このような関係のなかで人間の多様な側面におけるバランスを保つこととして表現される。すなわち、身体的、文化的、感情的、スピリチュアルなバランスが取れた状態である (ibid., p.78)。このように先住民の世界観は、全体論的な観点から人間とコミュニティの調和をめざすものである (ibid., p.78-79)。研究者たちは、このような文化が、社会病理の克服の助けになると考えるのである。

キルメイヤーらは、このような観点から、先住民文化の以下のような要素を重視する。第一は、家族の重要性である。家族・親族は先住民社会における基礎的構成単位であり、その絆は人生の支えとなる (ibid., p.80)。子供は祖父母によって家族の歴史を教えられ、これによって生じる自尊心は、メンタル・ヘルス上の保護因子となる。また、親族内にメンターが存在することで、青年期に精神的不調が防がれる。これらの事実が改めて強調されるべきなのは、現在も、親元を離されて施設や養父母によって養育される子供が多いためである。これらの子供のアイデンティティ形成を助けるため、コミュニティや文化との接触を維持させる施策が提唱されている (ibid., p.80)。

「ストーリーテリング」もレジリエンスの重要な源泉である。その機能は文化の伝承にとどまらない。ストーリーを語り、それを一緒に聞くことは、共通の帰属感と連帯感を生み出す (ibid., p.81)。またストーリーの多くは祖先の苦難・苦闘、生き残り、不屈の精神などのテーマをポジティブなトーンで語り、肯定的な帰結に注目するものである。人々は自らの困難を、祖先の苦闘と重ねることで、自らの状況を語る手段を得る。また語りにはユーモアが加えられることが多く、これによって遊び心や創造性をもって、困難な現実と向き合えるようになるのである (ibid., p.81)。

「土地」との結びつきも重要である。近年では、先住民以外でも、個人や集団のアイデンティティと、場所との結びつきの重要性が認識されている (『環境研究』『地理学』)。また医学研究においても、特定の場所や自然景観との結びつきが、心身の健康に影響することが注目されている (ibid., p.81)。先住民の世界観にとって、特定の場所とのつながりは

きわめて重要であり、川や山などは親族の一部のように感じられる。自然の事物に語りかけ、自然と交流することで、現在の困難がやわらげられ、心身のバランスが回復される。先住民は、狩猟・採取・漁撈の生業や、宗教儀礼、原野や森林の活動によって自然と結びつく。それは自然や動物との霊的交流をふくみ、自然から食物を得ることは、健康・幸福の感覚、自信、自尊心をもたらす (ibid., p.82)。またこれらの活動を家族単位で行うことで、その連帯感を強化することができる。

こうした知見に基づき、先住民の社会病理の克服のために、伝統文化の再興とコミュニティの再建の取り組みが行われている。先住民コミュニティの形態や環境は千差万別であり、社会病理に対処する実践も多様であるから、一般的な記述はむずかしい。以下では、政策類型ごとに特徴的な実践例を列挙し、コミュニティ再建の政策の概要を明らかにしたい。

(1) 自殺防止と文化復興

先住民コミュニティのなかには高い自殺率に苦しむものが多く、自殺防止は、優先度の高い政策課題の一つである。一般に、自殺の生じる原因は複雑であり、個々人のライフヒストリーや各種の能力、性別など、個人的条件が大きく作用する。したがってその防止にあたっても、医療者は従来、個人の事情への対処を中心にすえてきた (Wexler & Gone 2012)。しかしながら近年では、自殺を社会的困難の反映とみなし、コミュニティの機能不全の観点から解明する研究が有力である。またその対処にあたっても、コミュニティの人間関係や文化の再建が重視されるようになっていく。

この点はとりわけ、先住民の自殺を理解するうえで重要である (ibid.)。先住民の世界観においては、「自己」はコミュニティと不可分である。このためコミュニティに生じた受難や抑圧は、個人の幸福感に大きな影響をあたえる。しかも、主流社会による差別が、先住民に劣等感を植えつけている場合には、先住民コミュニティの困難が、個人や集団の欠陥と解釈され、自尊心を減じ、未来への希望を失わせ、自殺を生み出すのである (ibid.)。西洋流の世界観においては、自殺は個人の選択と見なされがちであるが、先住民の社会においては、コミュニティが破壊される場合に、個人には自殺以外の選択肢がないように感じられる。したがっ

て、多発する自殺を抑止するために、コミュニティの再建が不可欠と考えられるのである。

こうした動向を示す研究のひとつが、先住民コミュニティの再建と、自殺率の関係を分析した、心理学者 M.J. チャンドラーと C. ラロンドの研究である (Chandler & Lalonde 2009)⁴。カナダのブリティッシュ・コロンビア州において、先住民の若者の自殺率は非先住民に比べて著しく高い。ただし、これとあわせて注意すべき点は、先住民コミュニティ相互間に大きな違いがみられることである。一般に、先住民のコミュニティは、経済的な貧困に苦しみ、また、都市部から離れて立地していることが多く、これらの要因が学業や就業の機会を制約することで、自殺のリスクを増加させると考えられる。しかも、これら「貧困」や「遠隔性」の問題は、解決が容易ではない。しかしながら、「貧困」や「遠隔性」の問題を共通に抱えるコミュニティの間にも自殺率の大きな違いがみられる。そこでこれらのコミュニティを比較することで、自殺防止の有効な手段が見いだせる可能性があり、実践的意義が大きいのである。このような実践的関心から、チャンドラーとラロンドは、州内の先住民コミュニティ (バンド) およそ200について、14年間のデータを用いて統計的な比較をおこなった。彼らの立てた仮説は、〈文化を持続させる制度や実践が存在しているコミュニティでは、個人のアイデンティティが安定しやすく、自殺が防がれる〉というものであるが、研究の結果はこれを支持するものになった (ibid.,p.228)。

彼らの調査によれば、先住民コミュニティ相互間を比較した場合、自殺率の差異は、「貧困」や「遠隔性」の程度ではなく、「当該のコミュニティがみずからの政治的・文化的生活をコントロールしている程度」と強く相関する (ibid.,p.238)。彼らはこれを「文化の持続性 (cultural continuity)」と名づけ、この程度を測定するために、つぎのような要素からなる指標

⁴ この研究はブリティッシュ・コロンビアに存在する197のバンドをとりあげ、そのそれぞれを単位とした分析、および、それらを数個ずつまとめた29のトライブを単位とした分析、を行った。調査の対象となったのは、1987年から2000年までのデータである。この時期、先住民の若者の自殺率は、一般人口の5倍におよぶ期間もあった。

を構成する。(1) コミュニティが、連邦政府との交渉により、伝統的居住地への先住権を獲得する努力をしていること。(2) 自治権の一定部分を、政府機関の手からとり戻していること。(3) コミュニティが教育、警察、消防、医療などの公共サービスを、一定程度コントロールしていること。(4) 公的な文化施設が、彼らの文化的生活を振興していること。(5) 女性が統治に参画していること⁵。(6) コミュニティが、育児や家族支援の公共サービスをコントロールしていること (ibid., pp.238-240)。調査の結果、これらの指標はいずれも、自殺率との負の相関関係を持ち、自殺を防止する保護因子であることが明らかになった。しかもこれらの因子には累積効果があり、これらをすべて備えたコミュニティにおいては、ほとんど自殺がみられなかった。

こうした研究の政策上の含意は明らかである。頻発する自殺の防止のためには、個人への治療のみではなく、文化振興や自治の拡充を通じた、コミュニティの再建が必要である (Wexler & Gone 2012)。また、自殺防止にたずさわる医療者の役割も見直される必要がある。すなわち、医療者は、個人を治療するだけでなく、当該個人をとりまく人間関係を理解し、それに働きかける必要がある。またコミュニティ再建の活動を支援するとともに、対外的にはコミュニティの代弁者として、社会構造の改善について発言する役割を期待されるのである (ibid.)。

(2) 飲酒・暴力に対処するコミュニティ再建

カナダの人類学者、A. タナーは、イースト・クリー族のコミュニティが、伝統の再興によって社会病理の克服をめざす様を明らかにしている (Tanner 2009)。ケベック州北部のジェイムズ湾東部に住むイースト・クリー族は、伝統的に狩猟・漁撈・採取を生業とし、生活のほとんどを狩猟キャンプで送っていた。17世紀以来、西洋の商人と交易をおこないつつも、そのコミュニティは高い自律性を維持してきた。生活の単位は、中核になる家族に、血縁を持つ人々が集まって形成された。その集団内では相互性の原則が支配し、相互に食物を提供した。儀礼における饗宴

⁵ 女性の統治への参加は、この地域の先住民集団の伝統の重要な要素であり、そのため「文化の持続性」の指標となる。

において、こうした規範が確認された。老若男女はすべて、集団のなかで役割を割り当てられていた。成人男性は、狩猟にたずさわり、女性は他人の世話をすることで、それぞれ尊敬を与えられていた。多くのメンバーが共同して、子供たちの世話をした。エルダー（長老）はその経験と知恵のゆえに尊敬され、集団が日々の決定を行うに際して、その中心になった (ibid., p.257)。

このような生活は、重要な文化的価値観と結びついていた。すなわち、環境に対する深い理解と交渉、手作業の熟練、自立、寛大さ、身体の健康などがこれにあたる (ibid., p.254)。宗教は、日常生活をささえる知識の本質的な要素であった (ibid., p.257)。その伝統的世界観においては、狩猟が成功するかどうかは、猟師が動物や諸霊と適切な関係を結べるか否かによって決まるからである。動物は霊的な人格であり、猟師が彼らを敬意をもってあつかう場合に、みずからの体を差し出すと考えられたのである。

このような社会構造は、1950年代以降、カナダ政府の定住化・同化の政策によって劇的な変化を被る。政府の意図は、イースト・クリー族に行政サービスを届け、またその生業の転換を促すことであり、住居・学校・職業を約束することで、多くのイースト・クリーにこれを受け入れさせた。しかしながら、定住生活において、彼らは深刻な困難に直面する。人々は伝統的な役割を失う一方で、新しい生き方の指針を見出せなかった。男性たちの就業機会は著しく限定され、家族を養う役割を失った (ibid., p.255)。女性たちは新しい環境で家事を適切にこなすことが困難であった。主流社会との接触によって、多様な物資への需要が生まれ、この結果、彼らは政府の経済援助に依存するようになった。新しい居住地は、従来の小集団をこえた大人数が居住し、自治の単位としては機能しなかった (ibid., p.256)。このようにイースト・クリー族は、個人のレベルにおいても、コミュニティ全体としても、生活をコントロールする能力を失い、政府の指示に従うしかなくなってしまう。政府の指導に加えて、毛皮価格の下落は、多くの人々に狩猟生活を放棄させたが (ibid., p.258)、これによって伝統的な宗教は、その実践の場を失ってしまう⁶。

⁶ 彼らは敬虔なキリスト教徒（アングリカン）でもあるが、かつては交易所に

これら一連の変化は、「アノミー」と「社会の解体」を引き起こした。アルコールの暴飲や対人暴力が激増し (ibid., p.252)、「自殺、殺人、事故死などの多くの悲劇」が生じたのである (ibid., p.263)。

イースト・クリー族のコミュニティは、伝統文化の再興と人間関係の再建によって、このような社会病理克服しようとするが、この一連の取り組みを、タナーは「ヒーリング運動 healing movement」と名づける。この運動は当初、ペンテコステ派教会によって始められ、教会はその信者たちに、飲酒をやめることをうながした。やがてコミュニティ全体が、パン・インディアニズムのイデオロギーにもとづく宗教実践の導入を試みるようになった。パン・インディアニズムはプレーリー・インディアンの文化をもとに定式化され、先住民の運営する各地の医療プログラムにおいて広く用いられている。これを体験したメンバーが中心になってイースト・クリーのコミュニティに導入したものである (ibid., pp.263-264. 脚注14参照)。やがて外来のパン・インディアニズムにかえて、自らの地域的な伝統にしたがったコミュニティ再建運動が展開されるようになる (ibid., p.261)。

イースト・クリー族の伝統文化は狩猟と結びついているため、コミュニティはそのメンバーに、家族単位で狩猟を行うことを奨励する (ibid., p.266)。またコミュニティが「文化キャンプ (cultural camp)」を開催して伝統的な祝祭と宗教儀礼をおこない、年長者が若者に昔語りをする場が設けられる。タナーによれば、「ヒーリング運動」は、定住生活という新しい環境のなかで、伝統文化と共同体のきずなを回復しようとするものである。それは「本質的にコミュニティ建設であり、その目的は地域の社会関係を強化し更新すること」なのである (ibid., p.252)。それは、社会病理や精神的疾患に対し、個人のレベルのみではなく、コミュニティ全体の再建を通じて対処する試みなのである。

(3) 犯罪者更生における文化の利用

先住民の宗教 (spirituality) は、犯罪者の更生のプログラムにおいて

においてキリスト教を、狩猟キャンプにおいては、アニミスティックな伝統宗教を実践し、両者を使い分けていた (Tanner 2009, p.257)。

も活用される (Waldram 1997; Nielsen 2003, 2016)。カナダの先住民において犯罪の発生は多く、その深刻さは各種の統計に示されている⁷。他方、刑務所内の更生プログラムは、先住民の服役者に対して、十分な効果をあげてこなかった。先住民の服役者の更生プログラムへの参加率は低く、途中で脱落する比率も高い。刑務所スタッフと衝突を起こす者も多い。このような状況のもとで、先住民の服役者の適切な更生のあり方が模索されており、そのなかで、先住民文化・宗教の活用の意義が認識されているのである。カナダの刑務所は、1980年代以降、先住民の服役者や先住民コミュニティの強い要求にこたえて、先住民のスピリチュアリティにもとづいた礼拝の機会を提供するようになった。刑務所は先住民のエルダーや宗教指導者と契約し、宗教儀礼を実施し、服役者へのカウンセリングを行い、また宗教的・文化的知識の提供を行うようになった (Waldram 1997, p.140)。また先住民の被告や受刑者に対して法的支援や更生プログラムを提供する団体も結成され、連邦政府や州政府と契約し、先住民のニーズに対応したサービスを提供してきた (Nielsen 2003, p.72)⁸。

刑務所内の儀礼の実践は、当初、服役者の宗教的自由を保障するという目的のために始められたが、心理学者 J. ワルドラムは、精神的な苦悩をかかえる服役者への治療・セラピーの効果を強調する (Waldram 1997, p.15)。先住民の文化は、かつて強力な「ヒーリング」のシステムを持ち、コミュニティや個人はその困難に対処することができた。この

⁷ 2014-15年の成人の新規受刑者のうち、先住民の比率は連邦政府の刑務所で25%、州政府の刑務所で26%であり、これは成人人口のなかで先住民が占める比率3%の8-9倍におよぶ。2015年の統計では、殺人で告訴された者のうち先住民は33%を占める。これを人口比にすると先住民10万人中10.13人にあたり、非先住民(1.01人)の10倍である。殺人の被害者についても、先住民は被害者全体の25%を占める。先住民10万人中8.77人が被害者となるのであり、これは非先住民(1.87人)の7倍にあたる (Department of Justice 2017)。

⁸ カナダにおいて、そのさきがけとなった Native Counselling Service of Alberta (NCSA) は、1970年に設立され、当初は法廷における先住民の被告の支援を手がけ、1972年から受刑者にたいする更生プログラムを提供してきた (Nielsen 2003, p.72)。

伝統は、同化政策のなかで破壊されたが、これを復活させることは、服役者が精神的困難を克服する助けになると考えられるのである。

先住民の服役者はしばしば、アイデンティティの不安定に苦しんでいる。彼らの多くは、過酷な環境で幼少期や青年期をおくり、トラウマを負う経験をしている (ibid., pp. 47-56)。これにくわえて、かれらは人種差別を経験し、先住民の血統を恥じていることも多い (ibid., pp. 47-56)。このため彼らは、他人や社会との安定した関係を築くことが難しく、自殺未遂や自傷行為、アルコール・薬物依存、他人への暴力、など、さまざまな病理に苦しむのである。

ワルドラムの調査は、服役者が先住民の宗教を通じてこれらの苦悩を克服する様子を明らかにしている⁹。服役者の多くは、刑務所に入る時点では、先住民の宗教について乏しい知識しか持たないが、刑務所の提供するプログラムのなかで、この知識を学習する (ibid., p.41)。彼らは、みずからのアイデンティティをめぐる混乱を解消することを望んでおり、先住民の文化や歴史を学ぶ強い意欲を示す (p.129)。エルダーは、講義やカウンセリングを行い、またスウェット・ロッジ、パイプ・セレモニー、セイクリッド・サークルなどの儀式をとりおこなう。これらの儀式の成功のためには、参加者の連帯と協力が必要であるが、服役者は多様な先住民コミュニティから集まるため、その文化的背景は同一ではない。そこでエルダーは、教育と対話をつうじて服役者と交渉しつつ、儀礼の意味などについての共通理解を作り上げるのである (ibid., pp.79-80)。

刑務所には、主流（西洋流）の心理学による矯正プログラムも存在するが、両者を比較した場合、先住民文化にもとづくプログラムがより効果的なことが多い (ibid., p.111)。ワルドラムの理解によれば、主流の矯正プログラムの本質は、「同化主義」である。ケースワーカー、心理学者、精神医学者、セラピスト、牧師などは、いずれも服役者を「白人中産階級」の価値観と行動基準に順応させようとする (ibid., p.111)。服役者たちは、

⁹ Waldram (1997) は、1990年代に、カナダのマニトバ州およびサスカチュワン州の数か所の刑務所で、刑務所スタッフ、先住民服役者、エルダーらに対して行われたインタビュー調査にもとづくものである。

これらのプログラムや専門家に対して、信頼を寄せないことが多い。多くの服役者の見解によれば、これらのスタッフは別世界から来た人々であり、先住民のことを書物で学んだに過ぎない (ibid., p.142)。かれらは服役者に心からの共感をもっておらず、職務の範囲内でサービスを提供するにすぎない、とされる。このため、心理学者や精神医学者が、権威を振りかざしたり、科学的語彙を使用したりすると、服役者たちの怒りを招く (ibid., p.142)。

これと対照的に、ほとんどの服役者は、エルダーに対して多大な尊敬をもっている (ibid., p.140-141)。エルダーは、服役者たちと同じ文化的背景をもつだけでなく、過去に類似の苦悩を経験し、犯罪歴を持つものも多い。彼らはこれらの困難を、宗教実践によって乗り越えた経験を持つのであり、更正の途を身をもって示している。彼らは自らの経験にもとづき、服役者たちのために献身的なサポートをおこなっている。こうした事情により、服役者に対する影響力がおおきいのである (ibid., p.142)¹⁰。

先住民の宗教の中核的価値のなかには、「しらふであること」「他人への尊敬」「人間の身体的神聖」などが含まれ、これらの価値が、「アルコール・薬物の乱用」や「身体的・性的暴行」を抑制する (ibid., p.131)。服役者のうちの相当数が、先住民文化の実践をつうじて、生き方を見直し、自尊心を獲得して、病理を克服するのである (ibid., p.218)。

1992年の連邦法 The Corrections and Conditional Release Act は、このような政策をおし進めることを意図したものである。この法律の第81条は、先住民のコミュニティが連邦政府 (Correction Service of Canada) と契約をむすび、先住民犯罪者のための更生施設 ('Healing Lodge') を経営することを可能にした (OCI 2012; Nielsen 2003)。この法が十分に活用されていないことに対しての批判はあるものの (OCI 2012; Nielsen 2016)、こうした政策の意義自体は、広く認識されているのである。

¹⁰ ニールセンも、Stan Daniels Healing Center の調査に関して、エルダーの人生経験の重要性を指摘している (Nielsen : 2003, p.81)。

(4) 精神疾患への医療処置

精神疾患の治療のために先住民の宗教や文化を用いる手法は、刑務所のなかにかぎらず、広く行われている (McCormick 2000)。心理学者 P. ゴーンによれば、精神医学は長らく、先住民の治療に取り組んできたが、今日、主流の精神医学の限界が意識され、これを補う形で先住民コミュニティに根差した医療が広がっている。施設の設置形態、財源、運営、医療実践の内容は千差万別であるが、これらの施設に共通するのは、先住民のコミュニティに立地し、専ら先住民を治療の対象とし、そのスタッフにも先住民を雇用することである。その治療にあたっては、西洋流の精神医学のみならず、先住民の伝統文化を利用し、また伝統的治療者によるサービスを提供する¹¹。

心理学者 J. ゴーンは、このような動向の広がり理由を次のように説明する。西洋流の医学の客観的・実証的な方法論は普遍的価値を持ち、尊重に値する。しかしながら、西洋流の精神医学の理論には、西洋文化の特殊性が色濃く反映されており、普遍性を欠く部分も多い。たとえば、「心身の二元論」や、水力学のイメージによるフロイト流の心のモデルなどは、いずれも特殊な世界観に由来する。心の内奥の真正なる自己が、反省や会話をつうじて発現するという想定も、西洋の形而上学に由来するものである。これに対して先住民の世界観においては、病は間人格的な原因から生じるのであり、その治療においても個人的内省よりも、集団としての対処が必要と考えられる (Gone 2009, pp.426-427. McCormick 2009)。文化の違いを無視して、西洋流の観念を強要すれば、先住民の精神状態を正確に理解できず、治療に必要な信頼関係を構築することも困難である。

このような認識をふまえて、ゴーンは先住民に対する精神医療のあり方を転換することを提唱する。第一に、医療者が西洋流の精神医学の知識に加えて、先住民文化についての十分な知識を持つことが必要である。

¹¹ アメリカでは、先住民医療サービス局 (Indian Health Service) による、薬物依存治療プログラムの大部分は、先住民のトライブ政府によって運営されるに至っている (Gone 2011)。Rowan (2014) は多様な治療プログラムを概観している。

(Gone 2009, pp.427-428)。第二に、ゴーンは西洋流の治療を否定しないものの、これに加えて、伝統的文化を活用した治療を提唱する¹²。

さらに、ゴーンは専門家によるカウンセリングを中心にした従来の医療の手法自体をみなおすことを提唱する (Gone 2009, pp.431-435)。先住民のコミュニティにおいては、困難を抱える住民に比して、医療専門家の数はごくわずかであり、カウンセリングの需要をみたすことは不可能である。また文化の軋轢を考えれば、西洋流のカウンセリングが、十分な効果をあげる保証もない。そこで、これからの医療はむしろ、草の根で行われている相互扶助や治療実践を重視すべきである。すなわち伝統的な治療者との協力、家族の内部の相互支援、若者のピア・サポート・グループの構築をとおして、コミュニティ内の相互支援を強化すべきである¹³。精神医療の専門家の仕事の重点は、これら草の根の実践を支える研究、彼らへの指導や訓練プログラムの提供におかれるべきである。

¹² Wieman (2009) は、カナダのシックス・ネーションズの運営するメンタル・ヘルス・クリニックの調査である。施設は保留地に立地し、先住民コミュニティによって経営され、スタッフ10名のうち、9名が先住民である。治療の対象は、抑うつ症状、自殺思念、不安症などが多い。西洋流の治療を提供するが、伝統的な宗教によるヒーリングを希望する患者に対しては、その治療をあっせんしている。

Gone (2011) は、アルコール・薬物依存 (substance abuse) の治療を行うカナダの Healing Lodge の実践を報告している。この施設は、先住民ヒーリング基金 (Aboriginal Healing Foundation) の資金によって運営され、インディアン寄宿学校の経験者およびその近親者を治療の対象としている。24名のスタッフは全員が地域の先住民コミュニティのメンバーである。薬物依存の治療のため、西洋の主流の医療とともに、先住民の伝統文化・宗教にもとづく治療を行っている。

¹³ 主流社会内部の精神医療においても、類似の動向が存在する。現在のアメリカの医療体制においては、コスト削減の圧力が強く、医療保険によって年間に受けられる診療回数は制限され、一人あたりの診療時間もかぎられる。このような状況では、医師の診療のみによって、依存症などの精神疾患を治療することが難しい。そこで、これに付加するかたちで、アルコール・アノニマスのようなセルフ・ヘルプ・グループの活用を奨励する専門家も増えている (Chanin 2000)。

また医療の専門家は、コミュニティ内の相互援助活動のための資源を外部から調達すること、コミュニティの立場にたったアドボカシーを行うことも任務とすべきである (Gone 2009, Wexler &Gone 2012)。このように地域のコミュニティと文化に根差した医療システムの構築が提唱されるのである。

4. 伝統の再解釈と混交・融合

以上のような、先住民の文化実践において、古来の文化的伝統は固定的に維持されるのではなく、他の文化的源泉と混交・融合したり、現代の生活環境にあわせて修正されたりする。本稿の諸例について、こうした変容の三つの要因を指摘しておきたい。第一に、今日の社会において、伝統社会の生活と結びついていた文化実践そのものの回復は不可能であることが多い。イースト・クリー族にみられるように、その文化復興は現代生活と両立する形で、修正されたものになっている。

第二に、先住民集団の相互間に存在する文化実践の融合が頻繁に行われる。たとえば治療の場において儀礼をおこなう場合、参加者の出身文化が多岐にわたり、それらの間に、少なからぬ相違が存在することが多い。儀礼をおこなうエルダーも、特定のコミュニティの文化にのみ習熟しているのが通常である。このような場合、エルダーは参加者と交渉しつつ、儀礼についての共通の理解を作り上げる¹⁴。一部の者は、自らの出身コミュニティの慣行との違いに戸惑い、これを拒絶する。しかし多

¹⁴ このような共通の形式のベースとして、もっともよく利用されるがパン・インディアニズムの様式である。パン・インディアニズムは、アメリカン・インディアン運動 (AIM) と結びついて広まった宗教実践の形式である (Owen 2014, p.1039)。その世界観については、唯一の創造主を強調し、儀礼においては、スウェット・ロッジ、パウワウ、パイプ・セレモニーを実践し、メディスン・ウィールのシンボルを使用する (Tanner 2009)。これらの特徴はプレーンズ・インディアンの文化慣行に由来するが、パン・インディアニズムは、その名称の示唆するように、個々の集団の多様な文化の基層に、共通の本質が存在すると観念し、これらの文化実践が北米インディアン全体に有効性を持つと主張するものである。

くの者は、先住民文化の間の類似性を重視し、また他の先住民コミュニティの文化への敬意から、これに参加することを選ぶのである (Brass 2009)。

第三に、先住民の治療実践と、西洋流の医療が、しばしば融合する。たしかに二つの文化の間には緊張があり、刑務所などでは、これが刑務所スタッフと服役者の間の権力関係とかさなって先鋭化することもある。しかし多くの治療現場においては、これらが混合して用いられる (Gone 2011)。たとえば、治療施設内で行われている「先住民流」の医療実践の多くは、実際にはフロイト流の精神医学や、アルコール・アノニマスの手法を取り込んだものになっている (Owen 2014)。たとえば、患者は儀礼などに際し、自らの体験を語ることを求められることが多い。これは、過去の苦痛を現在の疾患の原因と考え、これを正視して語ることでカタルシスを得るという、西洋流の精神医学から取り入れられた手法である。他方、先住民の伝統においては、苦痛を語ることは社会規範に反することなのである (Gone 2011)。

アルコール・アノニマスは、アルコール・薬物依存に対するセルフヘルプの治療として広く世界で行われているが、その中核は、人間の無力さを認識したうえで、神とのつながりを回復し、自らの生き方を変えることにある。世界観の転換、自己省察と祈りが、依存症の克服のかぎとなる (Rudy & Greil 1989)。アルコール・アノニマスは、そのスピリチュアリティの強調において、先住民の医療実践と類似性をもつが、両者は完全に重なるものではない。アルコール・アノニマスは、個人の内面の回心と神への帰依を重視する点で、プロテスタントの宗教観の影響が強く、他方、先住民においては、よりコミュニティに根差した自己の観念を強調する。そこで先住民の治療施設では、アルコール・アノニマスの治療のプログラムを取り入れつつも、その内容を先住民文化に近づけてアレンジすることが多い (Owen 2014)。

このように「コミュニティ再建アプローチ」の実践例は、現存する文化・実践を本質化して固定するものではなく、また本質主義的に理解された伝統への回帰でもない。そこにおいては文化の再解釈や混交・融合も頻繁に行われる。他方、これらの文化実践の目的は、安定的なアイデンティティの構築と、人間関係の強化であり、これらの脱構築ではない。現実

の社会においては、コミュニティの規範が解体し、文化の劣化が起こり、これらが人々の生を方向付ける力が失われている。このなかで、伝統のなかの資源を利用しつつ、それを現代に合わせて再解釈し、今日の文化・社会実践を改良してゆくことがめざされるのである。

以上本稿では、多文化主義政策の内実のひとつである、コミュニティ再建の実践を、移民コミュニティおよび先住民をめぐる政策実践にそくして概観した。「コミュニティ再建アプローチ」の意義を考察するためには、さらにこのような実践と自治・権力の関係について検討したうえで、その正当化の根拠を考察する必要がある。これらの作業は、稿を改めて行いたい。

参考文献

- Brass, G.M. (2009). Respecting medicines: Narrating an Aboriginal identity. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*. Vancouver: UBC Press.
- Chanin, A. (2000). Twelve-Step programs as an adjunct to psychotherapy and psychopharmacology. *Primary care companion to the Journal of clinical psychiatry*, 2(4), 130-133.
- Chandler, M. J., & Lalonde, C. E. (2009). Cultural continuity as a moderator of suicide risk among Canada's First Nations. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*, Vancouver: UBC Press.
- Department of Justice (Canada) (2017). Indigenous overrepresentation in the criminal justice system.
- Freideres, J. S. (2011). *First Nations in the twenty-first century*. Oxford: Oxford University Press.
- Gone, J.P. (2009). Encountering professional psychology: Re-envisioning mental health services for Native North America. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*. Vancouver: UBC Press.
- Gone, J.P. (2011) The red road to wellness: Cultural reclamation in a Native First Nations Community Treatment Center.
- Gone, J. P. (2013). Redressing First Nations historical trauma: Theorizing mechanisms for indigenous culture as mental health treatment.

- Transcultural Psychiatry*, 50(5), 683-706.
- Kirmayer, L. J., & Sehdev, M. & Isaac, C. (2009a). Community resilience: Models, metaphors and measures. *International Journal of Indigenous Health*, 5(1), 62-117.
- Kirmayer, L. J., & Tait, C. L. & Simpson, C. (2009b). The mental health of Aboriginal peoples in Canada: Transformations of identity and community. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*. Vancouver: UBC Press.
- Kirmayer, L. J., et al. (2011). Rethinking resilience from indigenous perspectives. *The Canadian Journal of Psychiatry*, 56(2).
- Kirmayer, L. J., et al. (2012). Toward an ecology of stories: Indigenous perspectives on resilience. In M. Ungar (ed.), *The social ecology of resilience*, New York: Springer, 399-414.
- McCormick, R. M. (2000). Aboriginal traditions in the treatment of substance abuse. *Canadian Journal of Counselling*, 34(1), 25-32.
- McCormick, R. (2009). Aboriginal approaches to counselling. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*. Vancouver: UBC Press.
- Nielsen, O. M. (2003). Canadian Aboriginal Healing Lodges: A Model for the United States? *The Prison Journal*, 83(1).
- Nielsen, O. M. (2016). Aboriginal Healing Lodges in Canada: Still going strong? Still worth implementing in the USA? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 48(2), 322-345.
- OCI (Office of Correctional Investigator) (2012), *Spirit matters: Aboriginal people and the Corrections and Conditional Release Act*. Ottawa.
- Owen, S. (2014). Walking in balance: Native American recovery programmes, *Religions*, 5(4), 1037-1049.
- Portes, A., & Rumbaut, R.G. (2001). *Legacies: The stories of the immigrant second generation*. Oakland, CA: University of California Press.
- Portes, A., Fernandez-Kelly, P., & Haller, W. (2005). Segmented assimilation on the ground: The new second generation in early adulthood. *Ethnic and Racial Studies*, 28(6), 1000-1040.
- Rowan, M., et al. 2014. Cultural interventions to treat addictions in indigenous populations: Findings from a scoping study. *Substance Abuse Treatment, Prevention, and Policy* 9. 1: 34.
- Rudy, D. R., & Greil, A. L. (1989). Is alcoholics anonymous a religious organization?: Meditations on marginality. *Sociological Analysis*, 50(1), 41-

51. Ottawa.

- Schwartz, J. M. (2009). *The future of democratic equality: Rebuilding social solidarity in a fragmented America*. New York: Routledge.
- Tanner, A. (2009). The origins of northern Aboriginal social pathologies and the Quebec Cree healing movement. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*. Vancouver: UBC Press.
- Touraine, A. (2000). *Can we live together?: Equality and difference* (D.Macey, trans.), Stanford: Stanford University Press. (Original work published in 1997).
- Truth and Reconciliation Commission of Canada. (2015). *The final report*, Volume 5: *Canada's Residential Schools: The legacy*
- Waldram, J. B. (2017). *The way of the pipe: Aboriginal spirituality and symbolic healing in Canadian prisons*, Toronto: University of Toronto Press. (Originally published 1997 by Broadview Press).
- Wexler, L. M., & Gone, J. P. (2012). Culturally responsive suicide prevention in indigenous communities: Unexamined assumptions and new possibilities. *American Journal of Public Health*, 102(5), 800-806.
- Wieman, C. (2009). Six Nations Mental Health Services: A model of care for Aboriginal communities. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*. Vancouver: UBC Press.
- Wieviorka, M. (2001). *La différence*. Paris: Balland (ミッシェル・ヴィヴィオルカ著、宮島喬・森千香子訳『差異』法政大学出版局、2009年).
- Young, J. (1999). *The exclusive society: Social exclusion, crime and difference in late modernity*. London: Sage Publications (ジョック・ヤング著、青木秀男ほか訳『排除型社会：後期近代における犯罪・雇用・差異』洛北出版、2007年).
- Young, J. (2007). *The vertigo of late modernity*. London: Sage Publications (ジョック・ヤング著、木下ちがや・中村好孝・丸山真央訳『後期近代の眩暈：排除から過剰包摂へ』青土社、2008年).
- Zhou, M. (1997). Segmented assimilation: Issues, controversies, and recent research on the new second generation. *International Migration Review*, 31(4).
- 辻康夫 (2004-2005). 「市民社会と小集団：パットナムのソーシャル・キャピタル論をめぐる政治理論的考察 (1) (2) (3)」『北大法学論集』55-1, 3, 6.
- 辻康夫 (2013). 「多文化主義理論の諸類型の検討：複合的アプローチにむけて」

『法政理論』45-3.

辻康夫 (2016). 「承認の政治と再配分の問題：ジレンマは存在するか」『北大法学論集』67-3.

社会的排除と法システム（４）

—— 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、66巻2号）

第Ⅱ部 「法教育」という逆説

第三章 「法教育」の射程

第一節 「法教育」と「法普及活動」

第二節 アメリカにおける「法教育」

第三節 日本における「法教育」

第四節 「法教育」にみる市民と国家の関係性

第四章 システムが内包する排除性

第一節 実践の場に由来する排除性と「参加」の強制

第二節 システム自体からの排除と排除状態の内面化

第三節 排除状態の連動性

第四節 学校外「法教育」実践の可能性

小括 現代社会への応答と「法教育」

（以上、66巻3号）

第Ⅲ部 システム・信頼・属人性

第五章 社会的包摂と信頼 ―属人的信頼から制度的信頼へ―

第一節 「システム信頼」への信頼

第二節 関係の拡張機能としての信頼概念

第三節 「システム自体への信頼」の発生メカニズム

第四節 架け橋としての実践者の媒介機能

第五節 システム作動要因としての肯定的アイデンティティ

第六節 システムへのコミットメント基盤としての「信頼」「自己肯定感」

（以上、66巻4号）

第六章 システム作動要因としての属人性

第一節 法拒絶のリアリティ

―内面化された自己疎外と司法アクセスへの困難性―

第二節 法システム活用意欲の発生

―「情報の把握」から「活用」への経緯―

第三節 人的信頼とシステム信頼との関連

第四節 社会資源の一つとしての法律専門職認識

―実践者の媒介機能―

第五節 一般性と属人性の相克

（以上、本号）

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

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）

第一節 法拒絶のリアリティ

―内面化された自己疎外と司法アクセスへの困難性―

1. 社会的排除状態にある人々が抱えやすい司法アクセスへの困難性

前章の第五章では、システム信頼の発生メカニズムについて、主に理

論的な検討を行ってきた。そこでは社会的包摂と信頼との関連について、(1) 属人的信頼 (パーソナルな信頼) が制度的信頼 (システム自体への信頼) へ移行しシステムへのアクセスを保障する (アクセス阻害要因を除去する) のではないか、(2) 権威性に由来する法への忌避意識の存在を属人的信頼 (パーソナルな信頼) は緩和する機能を有しているのではないか、そして (1) および (2) の仮説が成立する前提条件として、(3) 属人的信頼 (パーソナルな信頼) を獲得するためには自己に対する信頼 (自己肯定感) の存在が必要不可欠な要素として存在しているのではないか、という3点の仮説の検討を行った¹。

前章における一連の理論的枠組みの検討と、その検討から得られた上記仮説 (1) ~ (3) のいずれにも共通している点として、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は、大きな断層が存在しているという点が指摘できる。

とりわけ、社会的排除状態に置かれやすい人々にとっては、①制度の存在と実際の活用に至るまでのプロセスには大きなギャップが存在している点、さらにそのギャップの背景には、②ただ単に制度を整えたり法律を制定したりという制度面の整備だけでは解決できない構造、すなわち「内面化された自己疎外」が制度の活用自体を阻害する一因になっている点、が示されてきた。

前章までに行ってきたこれらの指摘は、社会的排除状態にある人々が抱えやすい司法アクセスへの困難性、すなわち民事法律扶助の拡充や司法アクセスポイントの増設といった法制度の整備だけでは解決できない困難性が存在していることを示している。

2. 「法拒絶」のリアリティ

—生活保護費受給の際に職員の同行を希望するHさんのケース—

筆者がフィールドワークに行かせていただいている調査先のうち、最も長期間継続的に通っている団体として、社会福祉士と弁護士との連携

¹ 拙稿 (2015) 「社会的排除と法システム (3)」北大法学論集66巻4号参照。

による出所者支援を行う NPO 法人がある（後述調査先①）。NPO 法人に通い始めた初期のころ、法システムの存在と、当事者自身が抱える法イメージとの大きな乖離について痛感する印象的な出来事があったので、紹介する。

当該 NPO 法人事務所で聴き取りを行っている途中、NPO 法人利用者の H さんから、生活保護費を受給するために区役所へついてきてほしいとの連絡が事務所に入った。筆者は以下のことを職員から依頼された後に、区役所への同行を許可された。

H さんは初対面の人がいっても大丈夫なタイプです。でも、いきなり「調査」とか言ってしまうと区役所に来てくれないかもしれませんし、きっと委縮してしまうと思うので、ひとまず、「実習生」ということでお願いします。

NPO 法人には、社会福祉士を目指す学生たちがしばしば「実習生」として研修を受けに来訪している。そのため、法人を利用する当事者たちも実習生との関わり合いには慣れている側面がある。その一方で、実習生以外の、一種の権威性を伴う他者には拒否反応があるという。そもそも、行政窓口へ行く際に法人職員に同行をお願いすること自体、当事者が一人だけで行政窓口に行くことに拒否感を抱いていることを意味している。このことは、何かしらの状況が重なり NPO 法人職員の同行が出来なくなった場合、H さんは行政窓口に行くこと自体を避け、生活保護受給そのもののすら拒否してしまいかねない実態を示唆していた。

筆者は NPO 法人事務所から歩いて区役所へと向かう道中、NPO 法人職員に対して、待ち合わせに来ない利用者もいるのかどうかを聞いてみた。

やはりいますね。特に（法人を利用するようになった）最初のころは。だからこそこちらは365日24時間対応できるように専用の携帯を常に持っている。そうじゃないと（利用者が）つかまらない。あちらが連絡したいと思ったときにこちらが受け取ることができない

と、そこでプツッと連絡が途絶えてしまうことがあります。

(括弧内筆者追記)²

たった一度、利用者がかけた電話がつながらなかったという事実だけで、それ以降当事者からの一切の連絡が途絶えてしまった経験を複数持っているという。現場に携わる法律専門家や福祉専門家は、日々こうした切迫した状況に直面しているという³。それと同じリアリティが、当該 NPO 法人においてもまさに存在していた。

調査に協力してくださった NPO 法人職員も、利用者自身が持つタイミングとのほんのわずかな（筆者にはわずかだと思われる）「ズレ」が、予想の範囲を超える重大な局面を招き得る危険性について経験的に把握していた。このような認識があるため、専用の携帯電話を持つことにより「365日24時間対応」できる体制を整えているという。非常に細い糸を懸命につなぎとめようとする現場のリアリティがそこに存在していた。

筆者はさらに、NPO 法人職員に対し、H さんが受給の現場に同行してほしいと願う理由について聞いてみた。

苦手らしいです、役所が。いつも同行しているんですが、雨の日も暑い日も、（H さんが）区役所の中で待っていたことはないです。多分、一人で「区役所」という場所に入るのがいやなんでしょう。区役所の中で待ち合わせしたほうが正直私としては楽なんですけどね。

H さんは携帯電話を所持していないため、事務所に同行の依頼が来たとしても、その時に職員が別の用事などで事務所を出てしまっていると連絡がつかなくなってしまう。H さんから事務所に連絡があり、今回のように生活保護費受給の場への付き添い（同行）依頼があり、区役所で待ち合わせたとしても、区役所へ向かう道中で突発的な出来事があつた

² 以下、聴き取りの引用部分における括弧内は筆者追記部分とする。

³ 谷口太規（2010）「公益弁護士論」法学セミナー 670号、58-61頁。

りHさん自身の気が変わったりして区役所に行かない判断をした場合にも、Hさんは携帯電話を所持していないため、それらの状況を職員に伝える手段を持っていない。そのため、いつも事務所に電話がかかってきた時点で互いにおおよその到着予定時間をあらかじめ伝え、その上で区役所に向かい、職員はHさんを区役所の「外」で待っているという。しかしながら、時間通りにHさんが現れるとは限らない。Hさんがなかなか現れないときは、職員が区役所に入り別の用事を済ませることもあるそうだが、用事がすんだらすぐに区役所の「外」へ出てHさんを持つという。

「待ち合わせ」という一見容易な行為を遂行するために、綱渡りのような危うさを含みながら、非常に苦勞して臨んでいる様子が観察された。そこには、一度のつまずきによって姿を消してしまいかねないという、職員の経験に基づいたHさんとの関係性の維持に関する「継続した危機感」が存在している。同時に、「継続した危機感」について淡々と共存し、365日24時間で体制を整えている職員たちの「凄み」が存在していた。

その後Hさんと無事に「区役所の外」で合流することができ、職員とHさん、そして「実習生」としての筆者が保護費受給の窓口に同行した。机の前の椅子にHさんと職員が座り、筆者はその斜め後ろに立って様子を観察していた。

対応した行政窓口職員と会話をするのは、基本的にNPO法人の職員であり、Hさんは行政窓口職員やNPO法人職員が確認のために同意を求めた際にうなづく程度の反応であった。筆者が斜め後ろから三者のやり取りを観察していた限り、Hさんは一度も行政職員と視線を合わせていない。その頑なまでの様子から、Hさんが行政職員への「不信感」や一種の「恐怖心」のようなものを抱いているように思われた。一人で区役所に入ること自体を嫌がるのも、そうした根強い不信感や一種の恐怖心が影響しているのだと思われる。

Hさんの生活保護費受給の現場に同行させていただき、NPO法人職員とHさん、行政窓口職員とのやり取りを拝見させていただいた一連の経緯から、社会保障制度の存在と、権利としての生活保護費受給との間には、実際のところ大きなギャップがあるというリアリティの存在が

観察された。そして、そのギャップの背景には、当事者自身が持つ行政への「不信任」あるいは制度活用への「不安感」が存在していた。

こうした心理的側面に由来するシステム阻害要因が存在しているとき、NPO 法人職員が見せた専門職としての「覚悟」と、当事者をギャップの中に放置せず見放さないための「継続した危機感」、そして根気強く当事者に寄り添いながらまさに伴走する対応こそが、この場合、当事者の権利としての制度活用を実質的に保障する架け橋として存在していた。NPO 法人職員が行政窓口へ同行するという過程が、H さんが抱いている「行政への不信任」や「恐怖心」を軽減させ、生活保護費受給という権利の享受へとどうにかつなげているという状況は、制度が制度として存在しているだけでは実際の活用へと結びつかないというリアリティを浮き彫りにしている。

それでは、こうしたシステム自体や法的存在自体に対する拒絶感（本論文ではこれを「法拒絶」と呼んでいる）が根深く存在している状況において、制度の存在と実際の活用との間を埋める要素にはどのようなものがあるのだろうか。

本章ではこうした問題意識に基づき、制度自体に対する拒絶感が根深く存在している状況において、それを打破する方策についてフィールドワークの分析を中心に考察していく。

3. システムへのアクセスを実質的に可能にする属人的メカニズムの解明に向けて

第一章から第五章で考察してきたように、システムへの参加に対する拒絶反応が生まれるメカニズムを踏まえると、ただ単に「社会を信頼して、社会に参加しよう」と啓蒙するだけでは、法システムへのアクセスを促進することには直結しない。もちろん、そうした啓蒙的取り組みや法的情報の提供に反応してくれる人々は一定数存在するであろう。法的情報をキャッチし、必要に応じて活用できる能力は、紛争解決において非常に重要である。

問題なのは、そうした法的情報をキャッチできない人々、あるいは法的情報を知識としては持っていながらも、積極的にそこにコミットしよ

うと思わない（思えない）人々、そればかりか拒絶反応すら示す人々の存在である。法システムや教育システム自体への接近を避ける人、法律専門職や教育専門職といった一種の権威性を持った専門職の「支援」を拒む人、社会との関わり自体を避ける人々、の存在である。

このような、法的存在自体に対する拒否感を指して、本論では「法拒絶」と捉えることにする。この「法拒絶」の背景には、例えば法的情報を知らないから行動できないという情報過疎の問題とは別の、もっと根本的な部分での欠乏状態が存在していると思われる。

司法制度についての知識だけがなければ、つまりいつでも法的情報を受け取ったり調べたり活用したりできる準備が整っている状態であれば、法的な情報提供をより幅広く行うことで一定の効果は得られるだろう。同様に、弁護士等の法律専門家が、ある特定の地域に存在していないだけであれば、つまり法律専門家が存在さえすればその地域の法的需要は満たされるという状態であれば、従来すでに日弁連・法テラスをはじめとした法曹界の継続した努力により実施されている一連の司法過疎地対策事業によって状況の改善が期待できよう。

しかしながら、格差社会や社会的排除状態が顕在化している現代社会のリアリティをみると、従来の法や法制度が想定する状態とのギャップがより際立って存在している。そしてそれは、ただ単に数値上に示され得るものではなく、たいていの場合データには反映されにくく、複数の側面にわたる「事情」を複合的に抱えている⁴。

⁴ この点に関連して岩田正美氏は、2010年に開催されたシンポジウムにおいて、司法と福祉の連携を模索しながらアウトリーチの手法により社会的弱者が抱える問題を包括的に解決しようとする弁護士や福祉関係者らの活動に有意義性を見だしつつも、そのような一連の実践が内包している課題、すなわち社会的弱者自身がアウトリーチを歓迎しているのか否か、当事者が置かれている心理的側面を含む排除・疎外状況のリアリティを鑑みると、場合によっては当事者の眼から見れば権威性をもった弁護士や福祉関係者が「有意義な活動然」として接近することに対して拒否反応を示すこともあり得るのではないかという指摘を行っていた（「市民と司法の架け橋を目指して」2010年10月5日東京四谷・主婦会館・法テラス主催、同シンポジウムには司法ソーシャルワークを実践す

もちろん、法的情報の提供や法的知識の啓蒙、また法曹界が不斷の努力で行っている一連の司法過疎対策事業、さらには有志の弁護士らがまさに手弁当で日常業務の狭間に実践しているプロボノ活動などの従来の取り組みに異議を唱えるものでは全くない。むしろ、そうした一連の取り組みが確実に実を結んでいる状況を、筆者は身近で見聞きし、草の根的に生みだしている確かな効果を理解しているつもりである。

それでもなお、支援の届かない人々、すなわち制度自体に対して拒絶感を抱いていたり、法制度に対して関心自体を持っていなかったりする人々が、一定数存在している。そして、しばしばそうした拒絶感や無関心は、社会的に排除されがちな人々に多く発生している。こうした現実には、一体どのような問題を内包しているのだろうか。

本稿における前章までの一連の考察からは、「支援」を受け付けない状態や拒絶する状況がうまれる背景には、法や法制度がまさに「制度」であるがゆえに抱えてしまう「構造的ジレンマ」と、当事者自身が持っている法や法制度に対する認識という「心理的ジレンマ」の両面が、複雑に入り組んで存在している様子が示唆された。すなわち、システム自体への接近を避ける背景には、上記で挙げた「内面化された自己疎外」や、前章までで検討してきた「意欲格差」という言葉で表される、心理的要素に起因する障壁が存在していると考えられる。

法的情報の提供や法的知識の啓蒙に代表される一連の取り組みが持つ有用性をしっかりと認めつつも、それでもなお、そうした制度的側面の整備や法的情報の提供だけではカバーしきれない領域の存在を直視しな

る法テラススタッフ弁護士3名、自治体職員1名、そして岩田正美氏が登壇してパネルディスカッションが行われた。指摘はパネルディスカッションにおいて司法ソーシャルワーク実践の報告を踏まえた上での発言)。この岩田氏の指摘は、排除状態にある人々への接近がいかに困難を伴うものであるのか、いわゆる「支援者」側に欺瞞はないか、という根源的な問題意識を示したものであると思われる。各種実践や施策を「真に当事者のため」として展開するにあたっては、非常に繊細で複雑な課題が常に内在されているという、問題の根深さと対応の困難さを示している。

ければ、法システムがその性質上内包してしまうジレンマを乗り越えることはできない。

4. 調査目的

それでは、社会的排除状態にある人々が構造的に抱えやすい問題⁵、すなわち司法アクセスにおいて外在的な問題（法制度の充実）のみならず、内在的な問題（自己疎外に由来する拒絶感）の両面の影響を受けやすい状況にあるとき、どのようにすれば実質的な司法へのアクセスを確保することができるのか。複合的な困難を抱えている人々がスムーズに法システムの活用を選択するためにはどのような方策が必要とされているのか。

本章ではこうした問題意識のもと、社会的排除状態に置かれやすい人々による法システムへのアクセスに伴う原理的な排除性を克服するメカニズムを実証的に解明する。

具体的には、既存の法律扶助制度や法的救済機関の充実という枠組みではとらえきれてこなかった、法システム活用当事者が抱えやすい「法拒絶」に代表される司法アクセス阻害要因の存在に着目する。法システム自体が原理的に内包する排除性と、当事者自身が抱え込みやすいアクセス阻害要因（拒否感、拒絶感）との悪循環を克服しうる方策について、先駆的事例への聴き取り調査を基に分析を行う。

5. 調査対象、調査方法

本章（第六章）では、「内面化された自己疎外」が存在している、あるいは存在しやすい状況にあると想定される事例に着目し、どのような事柄が法システムへのアクセス阻害要因の克服に効果的に作用しているのかを実証的に探究することを目的としている。

具体的には、（１）当事者に身近に接する職員や専門職たちの関わり

⁵ もちろん、社会的排除状態にある人々皆が必ずしも司法へのアクセス障害を抱えているというわけではない。しかしながら、社会的排除状態にあるということは、複数の社会関係資本からの疎外を意味しており、活用できる社会資源が十分ではない場合が多いことは事実であろう。

方が、どのようにして当事者が持つ法に対する拒否感・拒絶感の緩和に寄与しているのか（法システム作動要因としての属人性）、（２）第三者による関わりあいは、当事者自身の法存在に対するイメージをどのように変容させたのか（実践者の媒介機能、当事者の法意識の変容）、（３）法的存在への拒否感・拒絶感を克服しうる要素とは何か、の三点を本章で解明すべき課題に設定し、考察を進める。

（１）～（３）の課題を明らかにするために、本章では、①貧困を背景とした累犯の防止を目指し司法ソーシャルワークを展開している NPO 法人、②少年院経験者の就労支援を行う団体、③社会資源の一つとして法律専門職を認識し、紛争発生時に相談できる力の涵養を重視した実践を行っている司法書士を中心とした実践、④主として15歳～20歳までの子供たちに生活の場を提供している自立援助ホーム、⑤ DV 被害者支援を行っている団体、への聴き取り調査を実施した。

具体的には、①' NPO 法人関係者36名（代表者1名、職員4名、利用者31名）、②' 就労支援団体5名（少年院経験者3名、職員2名）、③' 司法書士を中心とした実践5名（司法書士3名、高校教員2名）、④' 自立援助ホーム6名（代表者1名、職員3名、利用者2名）、⑤' DV 被害者支援団体3名（職員1名、DV 被害者2名）、の総勢55名を対象とした半構造化インタビュー調査を実施した。調査実施期間は2011年11月から2018年5月である。聴き取り対象者の了承をいただいた上で会話を録音し、逐語録を作成した。聴き取ったデータは KJ 法を用いて分類した。

〔表 1：調査先一覧〕

番号	所属	インタビュー対象者	
①	社会福祉士と弁護士との連携による出所者支援を行っている NPO 法人	A1	代表。30代。男性。
		A2	副代表。20代。女性。
		A3	職員。30代。男性。
		A4	職員。20代。男性。
		A5	職員。20代。男性。
		A6	利用者、合計31名（※聴き取り対象者が多数いるため、分析対象とする者の発言については別頁にて適宜抜粋して分析を行う）
		A36	

②	少年院経験者の就労支援団体	B1	少年院出院者。20代。男性。
		B2	少年院出院者。20代。男性。
		B3	少年院出院者。20代。男性。
		B4	団体代表。30代。男性。
		B5	団体職員。30代。男性。
③	司法書士を中心とした実践	C1	司法書士。50代。女性。
		C2	司法書士。40代。女性。
		C3	司法書士。30代。男性。
		C4	高校教員。40代。女性。
		C5	高校教員。40代。男性。
④	自立援助ホーム	D1	代表。50代。女性。
		D2	職員。40代。女性。
		D3	職員。40代。女性。
		D4	職員。30代。女性。
		D5	利用者。20代。女性。
		D6	利用者。20代。女性。
⑤	DV 被害者支援団体	E1	職員。40代。女性。
		E2	利用者。40代。女性。
		E3	利用者。30代。女性。

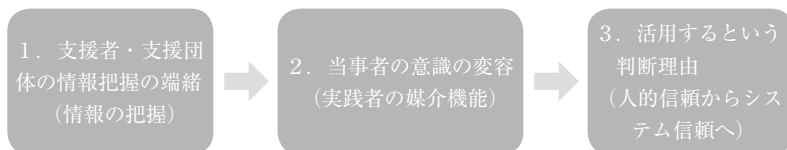
第二節 法システム活用意欲の発生

—「情報の把握」から「活用」への経緯—

当事者に身近に接する職員や専門職たちの関わり方（属人性）が、どのようにして当事者が持つ法に対する拒否感、拒絶感の緩和に寄与しているのか。この点を探究するために、以下では、社会福祉士と弁護士との連携によって当事者の社会復帰を包括的に支援している事例を中心に分析を行う⁶。

⁶ 司法と福祉の連携について、とくに社会復帰の際に福祉の支援の必要性を重視した近年の動向として、東京地方検察庁に社会福祉士が配置されたことが挙げられる。具体的には、2013年4月1日東京地検に不起訴処分となった人の社会復帰支援に当たる部署として、「社会復帰支援室」が設置され、社会福祉士が1名配置された。配置された社会福祉士である松友了氏は、知的障害者の親等で構成されている「全日本手をつなぐ育成会」で常務理事を務め長年障害者の福祉に関わってきた実績を持つ（福祉新聞2013年4月15日付け記事）。福祉新聞によると、「社会復帰支援室」が正式に設置される以前の同年1月21日から試行的に東京地検に配置された社会福祉士が2カ月余りで支援に関わったの

法システムと実際の法使用行動までの間に存在しているギャップ克服のためにはどのような方策が有益なのか。本節ではこの点に応答するために、「情報の把握」から支援者・支援団体を「活用する／しないの判断」までの過程に、当事者に接する専門職達の属人性が看過できない影響を与えているのではないかという仮説を立て、考察を行う。



【第二節における仮説イメージ図】

1. 支援に関する情報把握の端緒（経路）

【表2：支援者・支援団体の存在認識の端緒】

上位カテゴリー	サブカテゴリー	発言者
専門職	弁護士	A6,A7,A10,A12,A15,A16,A19,A25,A30,D3
	社会福祉士	A9,A11,A13,A14,A17,A18,A20,A21,A22,A23,A29

は40件。そのうち8割は住居が無い人であるという。関連して、2013年3月22日に最高検が開催したシンポジウム「刑事政策の新しい風」において検事総長（当時）の小津博司氏は、検事が福祉支援を意識し始めた背景として二つの理由を述べている。一点目は、従来から法務省が主導で行ってきた犯罪者の社会復帰支援を通した再犯防止の活動と厚労省が地域生活定着支援センターを中心として行っている高齢者・障害者の福祉の支援における取り組みとが連携し緊密性を高めている点、二点目は刑の一部執行猶予制度の導入により検察官として被告人の社会復帰をより一層意識した判断に迫られる点、があると指摘している。司法分野と福祉分野との緊密な連携は、今日の社会において求められる場面も多いと思われるが、一方で、「司法」と「福祉」との緊張関係に対する原理的対立という問題も残されている（この論点に関した近年の著作として、土井政和・正木祐史・水藤昌彦・森久智江編（2018）『「司法と福祉の連携」の展開と課題』現代人文社）。

⁷ 全調査先のうち、調査③の司法書士を中心とした取り組みには、「支援者・

	刑務所職員	A8
	法務教官	B1,B2
行政機関	児童養護施設職員	D5
	児童相談所職員	D6
	社会福祉協議会	A24
情報媒体	テレビニュース	E3
	新聞記事	A31,E2
	パンフレット	A28
	検索サイト	B3
矯正施設内	刑務所内の「仲間」	A26,A27

当事者が、いつどのように支援者や支援団体についての情報を把握したのか。これについて質問したデータをもとに上位カテゴリーとサブカテゴリーに分けて分析したのが上記表２である。

それによると、司法ソーシャルワークを実践する NPO 法人利用者の聴き取り（A）からは、弁護士や社会福祉士という専門職から法人の情報提示され、その存在を把握したという経路が多数を占めた（聴き取り対象者31名中20名）。

後述の考察部分で触れるように、NPO 法人は司法の入口支援・出口支援を行っているため、当事者が制度的に NPO 法人の活動に触れるのは、接見の際の弁護士判断によるところが大きい。弁護士が接見した際に福祉的支援の必要性を感じたときに NPO 法人へ連絡し、社会福祉士である NPO 法人職員が簡易アセスメントを行うことにより実践が機能している。NPO 法人が展開する実践の特殊性から、弁護士、社会福祉士、法務教官といった矯正施設関連の「専門職」経由が過半数を占めている。それ以外では、別の支援団体に属していた時に、社会福祉協議会から紹介された事例が 1 件（A24）、刑務所内の仲間内から NPO 法人の存在を聞いていたという事例が 2 件（A26,A27）あった。

支援団体」というカテゴリーは合致しないため、表２の一覧表の掲載対象とはしていない。また、A13,A21,A23の方々に関しては、御本人からの聴き取りでは判別できなかった点があったため、御本人聴き取り後に職員に確認して情報把握の経路の出発点（端緒）を聞き整理した。

少年院出院者の就労支援を行っている団体を活用している利用者への聴き取り (B) からは、インタビューを行った3人のうち2人 (B1,B2) はともに法務教官からの紹介で当該団体の存在を知った経緯があった。

自立援助ホームを利用する当事者 (D5) は、児童養護施設で生活していた経験があり、その際に職員から当該自立援助ホームの存在を教えてもらっていた。

DV 被害者支援団体を利用する当事者 (E2,E3) は、もともと新聞記事で当該支援団体を知っていた場合 (E2) とテレビニュースで事前に把握していたケース (E3) があった。

全ての調査先 (①～⑤) の聴き取り対象者51名から、③の司法書士を中心とした取り組みでの聴き取り対象者5名を除いた46名のうち、いわゆる「当事者」は38名いる。その38名の対象者の聴き取りから、支援に関する情報把握の経路の出発点(端緒)としては「専門職」「行政機関」「情報媒体」「矯正施設内」という4つの上位カテゴリーに分類できた。

本調査で聴き取りを行った調査対象者たちは、本節でいうところの「活用の決断」をすでに行っている段階にいる。また、すでに何らかの施設を経由していたりトラブルの渦中にいたりする人々である。そのため、すぐに「専門職」や「行政機関」からの情報がダイレクトに入手できる環境にいるという、ある意味特殊な環境下にいる。いわゆる一般向けの調査ではない点が留意すべき点である⁸。

本節における仮説、すなわち「情報の把握」と「活用の決断」との間に第三者による何かしらの要素(属人性)が寄与しているのではないかという仮説を検証するために、以下の2. では、とくに当事者の意識の変容に着目し、「情報の把握」から「活用の決断」に至った背景要因について分析を行う。

2. 当事者の意識の変容 ―なぜ活用しようと思えたか―

「専門職」「行政機関」「矯正施設内」からの働きかけで支援者や支援団

⁸ 一般向けの調査の場合、おそらく「専門職」や「行政機関」にたどり着くよりも前の段階ですでに多くの困難性が存在していることが予想される。

体の存在を把握した当事者たちは、紹介された当時どのような印象を当該団体に持っていたのか、なぜ活用してみようと思ったのか、それぞれの経緯を見ていく。

（１）元受刑者 N さん（A6）のケース

国の施策や先駆的 NPO 法人の実践の存在は、利用者に周知され活用されなければ意味を成さない。では NPO 法人の活動を紹介され、実際に活用してみようと思った背景にはどのような心理的な動きが存在しているのだろうか。以下は NPO 法人が行う事業のうち、出所後に帰る場所のない人に対して住む場所を提供する緊急一時シェルター事業を活用し、現在は自分で住む場所を確保し就労も成功させた N さん（A6：当時40代後半）が、初めて法人の存在を知った時の印象についての語りをもとに分析していく⁹。

正直なところ、弁護士さんからこの団体（NPO 法人）の話聞いたときは、なんだか胡散臭い話だなと。正直、そう思ったよ。怪しい話だな、とね（笑）。（A6）

なぜ「胡散臭い」と思っていたのにも関わらず、結果的に活用するこ

⁹ 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麻奈子（2006）は、2005年に行われた民事紛争全国調査の結果の分析をもとに、「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2006:67）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（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・エイド研究第12号）。また藤田政博（2006）は、民事訴訟を経験した当事者が訴訟を提起するに当たつてのためらいの有無を分析軸におきどのような要因が訴訟提起の動機と結びついているのかについて論じている（藤田政博（2006）「訴訟利用に伴う費用と時間」佐藤岩夫・菅原郁夫・山本和彦編『利用者からみた民事訴訟—司法制度改革審議会「民事訴訟利用者調査」の二次分析』日本評論社、105-123頁）。

とを決断したのか。決断の根拠について N さんに尋ねてみた。

熱心だったのさ、弁護士が。だから、半分義理みたいな感覚だったかな。(A6)

弁護士の言外における態度である属人的要素、この場合は「熱心さ」が、N さんにシステム活用の意思を固めさせたことがうかがえる。

具体的に、どのような「熱心さ」であったかをさらに深く質問してみたところ以下のように話してくださった。

実は、最初はあまり乗り気じゃなかった。でも弁護士さんが熱心に、ここ (NPO 法人) が紹介されている新聞記事を持ってきてくれて。その新聞を見て、ああちゃんとしているところなのかなと思ったよ。それでお願いすることにした。(A6)

ここから読み取ることができるのは、NPO 法人をはじめとする「制度自体」に対する警戒感の存在である。N さんの聴き取りからは、N さんが当初法人に対してあまり良い印象を持っていなかったことが読み取れる。「ちゃんとした」ところ、つまり信頼できる所か否かを判断する材料として象徴的に「法人が紹介された新聞記事」が登場している。

「新聞記事」という情報媒体自体に対する信頼が制度利用を促進させたのか、あるいは弁護士の「熱心さ」が制度利用への警戒感を緩和させたのか、このテープ起こしの文言からは読み取ることができない。しかしながら、実際の聴き取りの際に、N さんが「熱心に」という言葉を何度も使い、かつ体を前のめりにしながら身振り手振りを交えて「熱心に」という言葉を用いていたことから総合的に判断したとき、弁護士が「熱心に」自分のために言ってくれたということ自体に対して心を動かされたのだらうということが推測される。

弁護士からの「熱心」な働きかけを受け、実際に NPO 法人を活用することになった N さんは、アセスメントを行うために訪問した NPO 法人職員との初対面時の印象と、自身が NPO 法人を活用することになっ

た経緯及びその時の率直な気持ちを以下のように表現している。

お世話になることに決めたら、Mさん（法人代表）がやってきた。（職員と初対面のときは）やけに若い兄ちゃんだなと思ったよ（笑）。でも、なんだかんだいってお世話になっている。ほんとにラッキーだったと思うよ。（A6）

NさんがNPO法人の活用を決めた経緯を整理すると、最初に弁護士からの「熱心な」働きかけがあり、つぎにNPO法人代表であるM氏との対面があったことが分かる。NPO法人代表に会った時の印象を「やけに若い兄ちゃん」だと表現し、笑っていることから、Nさんがイメージしていた「NPO法人代表」がもっと年配の人物であったということが推測される。

ここからは、「自分の予想に反して若い人物が来た」という状況に対して滑稽さを感じながらも、どこかで「高圧的・権威的な人物ではなくてホッとした」というNさんの深層心理が見え隠れしているように思われる。

（２）元受刑者Yさん（A8）のケース

元受刑者Yさん（A8:当時50代前半）は5回以上の累犯を経験している。Yさんも、上述のNさんと同様、NPO法人の緊急一時シェルター事業を活用して現在は自立生活を送っている。

どのような経緯でNPO法人を知ることになったのかを尋ねた。

刑務所を出るぞ、という頃になって書類を書きました。

すると刑務所の職員がここ（NPO法人）を紹介してくれました。

（A8）

刑務所の職員からNPO法人のことを紹介された際に、NPO法人自体についてどのような印象を持ったかを聞いてみた。

いや、実際詳しいことはわからなかった。

ただ、役所の人間が紹介してくれるんだから、きっと信頼できるところだろうと思った。(A8)

上記 Y さんの反応からは、「役所の人間」(この場合、Y さんにとって「役所」は刑務所のことを指し、「役所の人間」とは刑務所職員のことを指していると思われる)が「紹介」するところだから、何をやっている団体かはよく分からないけれども、きっと「信頼」できるのだろうという心理的経緯をたどっていることが読み取れる。

ここからは、当事者自身が「信頼」を寄せる第三者が「紹介」してくれるところだから「きっと信頼できる」という感覚が発生していることが分かる。すなわち、その対象がどういう性質を持つものかという実質的内容ではなく、「自分自身が信頼している他者」がその対象に対して「信頼」を寄せているか否かが Y さんにとっては重要で、彼自身の判断基準になっていることがうかがえる。

聴き取りを進める中で、Y さんが、自身の「信頼」を寄せる判断基準にしている「信頼できる他者」が、「役所(刑務所)自体」に対する信頼なのか、あるいは「役所(刑務所)の人間」という「個別の人物」に対して持っている信頼なのかをはっきりさせるために、どちらに「信頼」を置いているのかを聞いてみた。

職員さんのほうだね。

(NPO 法人について) 詳しいことは知らなかったけど、なんとなく安心して、この人が紹介してくれるんだからきっと大丈夫だろうと思ったよ。(A8)

次に、なぜ「役所(刑務所)の職員」を「なんとなく安心」できたのかについて聞いた。

なんでって言ってもね・・・うーん。だってちゃんと目を見て話してくれたし、ちゃんと考えてくれているんだな、と思ったんだよね。(A8)

なぜ自分が刑務所職員を信頼できると判断したのかについては、Ｙさん自身は自覚的ではない様子であった。しかしながら聴き取りから分析する範囲においては、「ちゃんと」「目を見て話してくれた」職員の態度や、「ちゃんと考えてくれている」とＹさんに思わせた職員の言外の様子が、結果としてＹさん自身が刑務所職員やNPO法人に対する「安心感」を発生させた要因となっていることが読み取れる。

次に、なぜNPO法人の活用を決断したのかを探るために、初めてNPO法人職員と会った時の印象を聞いてみた。

初めて会ったときはね、きちんと社会復帰する意志があるのかを真剣に聞かれたよ。

だからこっちも真剣に答えた。

その真剣な感じが、なんだか安心したんだよね。(A8)

Ｙさんの語りからは、NPO法人職員の「真剣さ」が「安心感」としてＹさんに届いている様子が分かる。

刑務所の職員が紹介してくれたという「信頼」に加えて、実際にNPO法人職員と会った際にも、そのNPO法人職員の「真剣」な様子から、「なんだか安心」できると感じた心理的経緯が読み取れる。

Ｙさんは５回以上累犯をしている。そこで、なぜ今回はNPO法人と継続的に関わり自立生活を送るまでになったのかについて、Ｙさん自身がどう捉えているのかを聞いてみた。

ここ(NPO法人)の皆さんは、なんていうか、先生みたいな感覚でもあるし、家族みたいな感覚でもあるんだよね。

相談にも乗ってくれるし、悪いことをしたら怒鳴りつけられることもある。

自然体でいられるし兄弟以上の信頼感があるって感じかな。(A8)

NPO法人にたどり着く以前はどのような過ごし方をしていたのかに

ついて聞いてみた。

前までは、かなり細かく面接させられた。なんだか嫌になっちゃうよね。やる気もなかった。あと、嫌味も言われた。

前にいたところは基本的に一人だったから、友達もいなかった。

今はサロンにすればお茶のみができるし、みんな家族みたいに接してくれる。自然体でいられるんだよね。前よりもかなり明るくなったなと自分で思うよ。(A8)

これまで複数回出所を繰り返してきたYさんが、今回立ち直ることができた理由について自己分析していた。それによると、「兄弟以上の信頼感」や「家族みたいな」と思える職員との日常的な関わり合いがYさんにとっては自立生活を支える大きな心理的支柱となって存在している様子がうかがえる。「嫌味」を言われたり、高い頻度で「面接」を強要されたりする状態から脱し、NPO 法人で過ごす継続した「安心感」が、Yさんの自立には重要な意味を持っていることが観察できる。

(3) 元ホームレスIさん (A10) のケース

Iさんは、起訴猶予を受け、弁護士からの紹介でNPO 法人のことを紹介された経緯を持つ。以前はホームレスをしていたという。現在は就職し自立生活を送っている。

NPO 法人にたどり着く経緯について以下のように説明してくださった。

弁護士さんに紹介された。だからMさん(NPO 法人代表)のことを知った。

いきなりだと警戒するけど、弁護士さんからの紹介だから安心して会った。(A10)

なぜいきなりだと「警戒」するのか、その理由を聞いた。

ホームレスっていうのは警戒心が強いだよ。

だって変な人に声かけられてホイホイついていったら寄場送りだからね（笑）。(A10)

では、今回のような「弁護士」の紹介だとなぜ「安心」できると判断したのか、その理由を聞いた。

その弁護士さんとはね、熱い絆で結ばれているのよ（笑）。
弁護士さん、昔ヤンチャしていたらしくてね。話が合ったのよ。
そして、ちゃんと就職して立ち直るという約束をした。弁護士さん、「裏切ったら殺しに来るからな」と言っていたよ。それを聞いてなんだか嬉しくてね（笑）。
それで、俺のほうからもお願いしますってことで、NPO 法人を紹介してもらった。(A10)

周りの人からは色眼鏡で見られていたからね、ホームレスってことで。でも俺はほかのホームレスとは違う。
奴らは上に上がる意志がないからホームレスやっているけど、俺は違う。上に上がる意志がある。だから、「就職して立ち直る意志があるのか」って聞かれたときに、グッと来たんだよね、ほんとに。
(A10)

これらの語りからは、I さんが単に「弁護士からの紹介」というだけで NPO 法人のことを信頼したわけではないことが読み取れる。すなわち、実際に会った「弁護士」が昔「ヤンチャ」をしていたことがあった経験から「話が合った」という印象になった経緯が語られている。弁護士という肩書自体に対して反応したわけではなく、弁護士自身の経歴に由来する要素が、I さんの警戒心を解く第一段階として作用している。

加えて、「ほかのホームレスとは違う」という I さん自身の強い自意識の存在と、弁護士が発したとされる「就職して立ち直る意志があるのか」「裏切ったら殺しに来る」という一見過激な表現とが相乗効果を生み出し、I さんの働く意欲にダイレクトに働きかけた様子が語られた。弁護士の属人的な要素に由来する事柄が、結果的に I さんにとっては

NPO 法人を活用しようという動機につながったという心理的経緯を読み取ることができる。

さらに、弁護士の属人的な魅力が、直接的に NPO 法人に対する信頼に影響したのかを聞いてみた。

そりゃ影響するよ。やっぱり話ができる人間かどうかってのは、かなり重要だね。

昔ヤンチャしてたってだけで話が分かる部分もあるし(笑)。

あとは趣味が合ったんだよね。山登りとか本とか歴史とか。

俺にとっては、趣味の話なんか、他人とこれまで話したことなかった。だから趣味の話ができたってことは、かなりでかかったよ。

(A10)

ここからは、弁護士に対する属人的な魅力が、直ちに NPO 法人全体に対する信頼を発生させることになったのか否かについては、明確な応えは得られていない。しかしながら、I さん自身が、これまで他者と話したことがなかったという「趣味」の話を弁護士と話せたという事実が、弁護士に対する「信頼」を生む一つの背景として存在し、大きな信頼を寄せる弁護士からの紹介だったからこそ、NPO 法人のこともある程度信頼して代表に会った、という経緯が読み取れる。

先述した弁護士自身の過去の経歴に由来する要素に加えて、プライベートな話をするという、I さんにとって非常に重要な意味を持つ「趣味」の話をできたことが、弁護士自身に対する「信頼」をより強固なものにした様子がうかがえる。

(4) 少年院出院者 K さん (B1)、I さん (B2) のケース

少年院出院者インタビューを行った方のうち 2 名 (B1,B2) は、ともに法務教官から就労支援団体を紹介してもらった経緯を持つ。

K さん (B1) と I さん (B2) は、支援団体を紹介してもらった際の印象を以下のように述べた。

ほとんど選択肢はないですよ(笑)。とにかく出た後は就職しなきゃと思っていたから。切羽詰まっていた。先生（法務教官）から紹介されたんだし、行ってみようかと思ったという流れ。(B1)

ただ単に、紹介されたから来ようと思ったって感じです。未経験者でも OK だったし、飲食店での経験は役に立ちそうだと思って。(B2)

紹介されたときに支援団体に抱いた感情を聞いてみたところ、以下のように答えてくれた。

そりゃ、不安もありましたよ。でも、先生が紹介してくれるところだから、まあ大丈夫かなって。とにかく行くしかないっていう感じかな。(B1)

まあ、自分としては結構乗り気でした。飲食店自体に興味もあったんで。(B2)

K さん (B1) に対して、当初抱いていた不安が、就労支援団体を利用する中でどのように変化したのか質問した。

最初に C さん (代表) の人が色々と説明してくれて。俺らみたいな人もちゃんと働けてるっていうし。きちんとしたところなんだな、という印象を持ちました。その辺りで、不安っていう感情はなくなっていったのかもしれませんが。C さんとは割と年齢も近かったし。(B1)

C さんだから不安感が払拭されたのか、C さん以外の人からの説明でも不安感が払拭されたと思うか、を尋ねた。

うーん、難しいですね。

C さんだから、かな。でも、もしかしたら説明自体を聞いて安心し

たのかも。

ちょっと区別は難しいです。

でも、基本的に自分は人を信用しないところがあるんですけど、Cさんとは打ち解けていると思います。(B1)

「打ち解けた」のがどの段階からかを聞いてみた。

正直、最初は警戒していた(笑)。本当に信頼できる奴なのかなって。

ただ、とにかく就職しなくちゃと思っていたから。

もう必死です。変なところに引っかからなくて、今では良かったと思いますよ、ほんと。(B1)

これらからは、就労支援団体を紹介されて受動的に関わることになった様子がわかる。特に、Kさん(B1)は当初、団体との関りに対し不安感を持っていたようである。その不安感は、代表が団体の説明をしたことをきっかけに軽減したと述べている。Kさん(B1)、Iさん(B2)ともに法務教官からの紹介ということもあり、ある程度団体に対して肯定的な感覚(「先生が紹介してくれるところだから、まあ大丈夫かなって」(B1))を持っていたようである。ただ、Kさん(B1)にとっては、最初のステップとしての法務教官由来の安心感だけでは「不安感」の軽減には不十分であり、次のステップである団体代表とのリアルな接触(代表Cさんによる説明)を通して「安心感」へと変化していった経緯があった。

(5) サロン利用者Tさん(A17)、Iさん(A20)のケース

社会的居場所の確保について、実際に法人を活用している人々がどのように客観視しているのかについて知るために、サロン¹⁰に集っていた方々に話をうかがった。

調査訪問時にNPO法人事務所内に併設されているサロンに集い談笑

¹⁰ 出所者支援を行っている団体(調査一覧①)には、利用者や地域住民に開かれたサロンを併設している。自由にふらりときておしゃべりをできる場を提供している。月に一度は食事会を開催。季節のイベントも開催している。

していた人々の内訳は、男性が6名、女性が1名であった。女性は地域の住民、男性6名は全員 NPO 法人の支援を受け住居を確保した経験のある刑務所経験者である。そのうち働く場所を確保している人々が2人、ハローワークに通っているが4人であった。

「サロン」は実際の利用者たちにどのように受け止められているのだろうか。

筆者が北海道から来訪したことに共感と感心を示してくれた T さん（求職中）は、自身にとってのサロンの意義を以下のように説明してくれた。

こういう風になんとか集まれる「場所」があるっていうのは結構重要ですよ。

ここ（サロン）が無いと僕らはハローワーク以外行く場所が無いですから（笑）。ここがあるからこうやって空いた時間にちょっと寄ることができる。他愛のない話をしてお茶を飲むってのは案外いいもんですよ。（A17）

北海道の刑務所にもいたという話をしてくれた I さん（求職中）もサロンの意義を以下のように付け足した。

こういう場がないと暇なときはよからぬことを考えちゃう（笑）。ここにいとみんながいるし、仕事を確保しようというモチベーションがあがってくる。「平和な空気」っていうのは大事だよ。結局みんな「平和な空気」のあるところに集いたいんだよ。（A20）

I さんがいうところの「平和な空気」について聞いてみると、以下のように説明してくれた。

要するに、変な仲間とつるまずに居られるってこと。こういう「平和な」というか「健全な」感じのする立ち寄り先がある、っていうのは、（各地を転々としていて）根っこが無い僕らみたいな人にとっては重要な場所なのよ。ホッとするというかね。みんな似た者同士

だから変に飾る必要もないしね（笑）。(A17)

NPO 法人内の併設サロンのため、利用者である彼らが法人スタッフの気配を気遣って肯定的な評価を行っている側面もあると思われる。

しかしながら、聴き取り時に在席していた6名がほぼ毎日くる常連であり、なおかつ話を伺っている最中にも2～3人のサロン利用者がふらりと立ち寄ったことを考えると、「平和な空気」のあるサロンに集うことは、彼らの精神的基盤、すなわち心理的な居場所を確保することにつながり、その結果精神的な安定を確保し得る機能をサロンが有している様子が観察できた。

さらに、Iさんが語る「みんな似たもの同士」ということに由来する安心感は、同じ境遇にいる者、あるいは過去に同じような境遇にあった者同士が相互理解を深めることによる効果の有用性がうまく機能している様子を示している。

こうした点からは、自己概念の再定位、すなわちアイデンティティラベルの貼り直しを可能にすることができるという効果¹¹が示されていると捉えることができよう。

(6) 自立援助ホーム利用者 A さん (D5)、Y さん (D6) のケース¹²

自立援助ホームを利用している A さん (D5) は、「児童養護施設」の職員から紹介され自立援助ホームを利用することになった。Y さん (D6) は、「児童相談所」の職員に紹介されたという。

養護施設を出るときに、いくつか選べたんですけど、その中の一つにここ（自立援助ホーム）があった。なんか説明を聞いていると家

¹¹ 関連して、薬物依存経験者たちのセルフケアグループ活動を通して薬物から解放され社会生活を営む為の民間薬物依存症リハビリ施設として、ダルク (Drug Addiction Rehabilitation Center) がある。ダルクでは、同じ経験を共有する者同士のピアサポートカウンセリングがなされている。

¹² 自立援助ホームを利用している A さん、Y さんともに、複雑な事情を抱えているため、成果の公表に当たっては匿名化を厳守するように指示されている。そのため、記述が断片的になってしまう部分がある。

庭的な感じがしたし、そういうのって大事かなと思ってここにした。
(D5)

私の場合は、いろいろとやらかしちゃって(笑)。で、(児童相談所の)
職員さんに空きがあるからって紹介された。今思えば、ラッキーっ
て感じ(笑)。それからはちゃんと生活するようにしている。(D6)

なぜ紹介された当該団体を利用してみようと思ったのかを聞いてみた。

なぜっていうか・・・イメージかな。感覚。職員もいいところだよっ
て言っていたし。そういう感じの説明も受けたんで。(D5)

ここの職員に対しては、安心感っていうのはある。(D5)
最初はなかったけど、生活していくうちに。(D5)

ここのスタッフさんにはほんとお世話になっている。お姉さんって
感じ。前もお誕生日会をしてくれた。ケーキとか。(D6)

個別に一時間程度ずつ聴き取りを行ったが、両者ともに様々な事情を
複雑に抱えているため、ここでは許可された断片的な部分の開示に留ま
らざるを得ない。開示が許可された上記聴き取りからは、団体利用のきっ
かけとして団体を紹介した第三者（児童養護施設職員、児童相談所職員）
の影響はある程度ありそうではあるが、どの程度の影響を持っている
のかについては分析することができなかった。

（７）DV 被害者支援団体利用者 H さん（E2）、S さん（E3）のケース¹³

DV 被害者支援団体を利用している H さん（E2）と S さん（E3）が支
援団体の情報を入手した発端は「新聞記事」（E2）と「テレビニュース」

¹³ DV 被害者支援団体を利用する H さん、S さんの場合も、事柄の性質上、匿名性が高く求められるため、聴き取り内容の開示は許可された限定的な部分に留まる。

(E3) であった。

結構前だけど、新聞記事でここ（DV 被害者支援団体）のことが紹介されている記事を読んだことがあったので。それであまり抵抗なく頼ることができました。(E2)

夕方のテレビニュースで紹介していたのを観ていたから、だからここに来ようとおもったという流れですね。(E3)

H さん (E2)、S さん (E3) とともに、上述の (1) ～ (6) までの事例とは異なり、情報の入手経路は専門職経由でも行政機関経由でもなく、「当事者自身が収集した情報」である。そのため、専門職への信頼が制度の活用へとつながった、という本論の仮説には必ずしも合致しない。しかしながら、お二人は聴き取り当時、離婚訴訟を係争中であり、訴訟の提起をする／しないという決断の場面で、DV 被害者支援団体の職員や、職員が紹介してくれた弁護士に対する信頼が訴訟の提起を後押しした状況にある。

とにかく最初は逃げるのに必死だったから。そんな先のことまで考えられない。だけど、この職員さんが親身になって相談に乗ってくれて。だから裁判のことも考えることができるようになった。多分、私一人だったら何もしていないと思う。(E2)

私も似たような状況です。どっちかっていうと、何もしたくないっていうのが最初の頃の気持ちだったような気がします。けれども、それではいけないということで、職員さんたちには背中を押してもらいました。怖い思いっていうのも、区切りをつけないと。そう思えたのは、私にとってはかなり大きな進歩です (笑)。(E3)

「情報の把握」から「活用の決断」に至った背景要因として、この DV 被害者支援団体を利用している H さん、S さんの場合、団体の職員による親身なサポートが、「何もしたくない」という消極的な状態や、「先

のことまで考えられない」という状態を打破し、法システムの活用（この場合は訴訟の提起）という段階へと後押しした様子が示されている。

3. 仮説の検証 ―活用するという決断理由―

本節では、法システムと実際の法使用行動までの間に存在しているギャップ克服のためにはどのような方策が有益なのかを検証するために、「情報の把握」から支援者・支援団体を「活用する／しないの判断」までの過程に当事者に接する専門職達の属人性が看過できない影響を与えているのではないかという仮説を立てている。

以下では、上記2.（１）～（７）で抜粋した当事者からの聴き取りを基に、本節で設定した仮説の検証を行う。

3-1. 出所者支援 NPO 法人の事例から

（１）～（３）、（５）で挙げた事例は、いずれも調査一覧①の司法ソーシャルワーク実践を行う NPO 法人を利用している当事者からの聴き取りである。

当該 NPO 法人は、社会福祉士と弁護士との連携を「司法と福祉の連携によるリーガル・ソーシャルワーク」と位置づけ、貧困を背景とした累犯を防止するための活動を展開している¹⁴。具体的には、いわゆる司法の入口（被疑者・被告人段階）と出口（出所後）の両面における支援を行っており、2018年7月現在で700人の受け入れ実績がある。とりわけ、従来の更生保護の対象は主に司法の出口から支援がスタートする場合がほとんどであったのに対し、当該 NPO 法人では司法の入口からの支援も行っている点が特徴の一つとして挙げられる。

法務省の司法統計によると、2009年の満期釈放者15,324人のうち、帰る先のない者は6715人に上り、全体の約44%を占めている。とりわけ、

¹⁴ 福祉専門職者と法律専門職者の連携による取り組みは、近年司法ソーシャルワークとして注目を集めている。司法ソーシャルワークの定義や対象者を丁寧分析した上で、弁護士をはじめとする法律専門職がどのように総合的支援に関わり得るかについて論じたものに、濱野亮（2016）「司法ソーシャルワークによる総合的支援」立教法学93号、155-194頁。

2004年～2008年に刑務所に再入所した者で、前回の出所時に適切な帰る先がなかった者のうち、56.6%が1年未満で再犯をしている。仮釈放は、そもそも引受人と帰住予定地がなければ認められない、という現状を考慮に入れると、受け入れ先が無いという状況自体が結果として彼らを「満期釈放受刑者」にしている一因であるとも言えよう¹⁵。

近年はこうした状況を踏まえ、治療的司法や修復的司法、福祉の支援が必要なケース等、従来の刑事処罰の枠組みに捉われない形の実践が展開されている¹⁶。

上記第二節2の(1)～(3)及び(5)では、「情報の把握」から「活用の方針」までの経緯には、当事者に身近に接する第三者(弁護士、社会福祉士)がきっかけとなって当事者がNPO法人に抱えている不安感

¹⁵ 例えば浜井(2011)は、高齢受刑者の社会復帰について、年齢層別仮釈放率の推移をデータで示しつつ、年齢が高くなるにつれて仮釈放の重要な要件の一つである引受人と帰住予定地の確保が困難になるため仮釈放になりにくい実態を指摘している(浜井2011:101-103)。同時に、中高年の初犯者の再犯率に顕著な上昇が見られることを分析し、「社会的に孤立した高齢者が万引きなどを繰り返す、社会的に孤立しているがゆえに被害弁償もできず、引受人もいないため実刑となり、社会的に孤立しているがゆえに満期釈放となり、再犯をし、再び刑務所に戻っている」として、構造的要因を明らかにするとともに、諸外国の中で受刑者の高齢者比が10%を超過しているのは日本だけであるデータを示しつつ、こうした日本の現状について「日本では、一度、犯罪者として刑事司法機関が関わると、福祉との関係が切れてしまい、福祉的な支援が必要な対象者であっても犯罪者としてのみ扱われるため、刑務所以外の行き場がなくなる」と指摘している(浜井浩一(2011)『実証的刑事政策論』岩波書店106頁)。また、社会的排除と犯罪との関連性について網羅的に論じたものとして、細井洋子・鴨志田康弘(2011)『犯罪と社会』学文社、第12章187-202頁。

¹⁶ 知的障害や精神障害、また広汎性発達障害などを抱える人々の刑事弁護について、彼ら彼女らを刑務所に入れるのではなく福祉的支援との連携により包括的に支援していこうとする各地の弁護士達の具体的取り組みを紹介したものとして、季刊刑事弁護(2012:67-86)第70号における特集「障がい者を刑務所に入れないための弁護」がある。各論考においてはとりわけ障がいのある人の弁護においては再犯予防のためにも周囲の環境整備、とくに福祉的側面における環境整備が重要事項として浮かび上がっている。

や不信感を軽減している状況が共通していた。

具体的に、それぞれのケースについてみていく。

3-1-1. 出所者支援 NPO 法人利用者のケースにおける考察

（1）N さん（A6）のケースから

N さんの聴き取りからは、N さんが NPO 法人を活用しようと思えるようになったきっかけとして、二つの心理的ステップが存在していたことを読み取ることができる。

1 目目のステップとして作用しているのは、新聞記事を切り抜いて N さんに持って行った担当弁護士の「熱心さ」である。「誰かが熱心にかつ親身に自分のことを考え行動してくれている」という状況が、N さんが NPO 法人に対して当初思っていた「胡散臭さ」という根強い警戒心を緩めることにつながり、システムの活用へとつながる大きな一歩として機能していた様子が観察された¹⁷。

2 目目のステップとして、「やけに若い兄ちゃん」（社会福祉士・NPO 法人代表）が、実際に「親身」になって N さんの今後の福祉的支援の必要性和生活再建のために尽力した点である。予想していたよりも若くかつ親しみやすい人物だったという N さん自身による社会福祉士に対す

¹⁷ 担当弁護士や関わった社会福祉士の「熱心さ」が、疎外状況にありシステム活用に対して心理的障壁が高く存在していると思われる当事者の警戒心を緩めたことに関連して、前掲浜井（2011）は、女性の暴力被害者の調査を分析するボニタ・ベイジーの論考（Veysey2008）から示唆を受けた上で、「犯罪者が立ち直るためには、その人を立ち直らせたいという思いを強く持った人との出会いや関係性が重要」であり、その関係性を通じて「自分が社会にとって役に立つ人間であるという自己イメージを持つことができたときに、人は立ち直ることができる」と指摘している（浜井2011:107-108）。この指摘はまさに本調査においても当てはまる。つまり、本調査で見えてきた過程は、弁護士や社会福祉士が「熱心」に働き掛けることにより当事者の自己肯定感が回復され、他者に熱心に関わりを求められている自分という自己イメージを再定位している過程であると捉える事ができよう。この自己イメージの再定位の過程は、前章で導き出した結論、すなわち弁護士や社会福祉士という存在に対して属人的信頼を涵養するためにはその土壌として自分自身に対する肯定的認識が必要不可欠な要素として求められるという結論を支持するものであると言えよう。

る評価が、初対面以前にNさんが無意識のうちに抱いていたであろう「年上」で「高圧的」かもしれないという職員像を崩し、ある種の緊張感を緩和させることにつながったと思われる。

上記2つのステップから読み取れる重要な点は、NさんがNPO法人の存在を知り、実際に活用しよう（「お世話になろう」）と決断するまでの間に、心理的障壁を自ら克服していくという経過である。

Nさんは当初、NPO法人自体に対して「胡散臭い」というネガティブな感情を抱いていたが、実際に第三者（この場合は「熱心な弁護士」「法人代表」）が自らのために動いてくれていることや、熱意を傾けてくれているという一連の状況がNPO法人自体に対する警戒感を緩和させていた。これらの属人的な要素（熱心さや親しみやすさ）が、Nさんの場合は法システムへの参加意欲や制度自体に対する拒絶感を緩和させる重要なきっかけとして機能していた。

Nさんの聴き取りの分析からは、Nさんに身近に接してきた専門職たちによる、当事者に接する際の態度や熱意といった個々の専門職たちの属人的な魅力に由来する側面が、システム活用を促進する機能を果たしていたというリアリティを読み取ることができる。

（2）Yさん（A8）のケースから

Yさんの聴き取りからは、Yさんが「役所（刑務所）自体」ではなく、実際に対応した「職員」に対して「信頼」を寄せていた様子が把握できた。Yさんは、比較的身近に接する第三者を信頼できているという意味で、「高信頼者」に当たるとされる¹⁸。Yさんが他者に対する信頼が高いという「高信頼者」であることは、拙稿（2015（3））第五章で見えてきたように、NPO法人の活用につながったという意味で「機会コスト」を高めることに成功していると言えよう。

加えて、「ちゃんと目を見て話してくれた」「ちゃんと考えてくれていると思った」というYさんの言葉からは、逆説的にYさんがこれまで「ちゃんと」扱われてこなかった可能性を示唆している。NPO法人を利用し始めてからは累犯をしていないことから、Yさん自身の語りから

¹⁸ 「信頼」をめぐる議論については、拙稿第五章（北大法学論集66巻4号）参照。

も、「嫌味」を言われることもなく、過度に干渉されることもなく、「家族」みたいな職員や仲間がいる現在の生活が居心地がよく、「自然体」でいられるのだという言葉につながったと思われる。心身ともに「安心」できる場所を確保できたときに初めて累犯の連鎖から脱却できたことが推測される。

Yさんのケースからは、継続的な社会復帰にとって「安心感」や「信頼」という当事者自身が持つ心理的側面が重要な意味を持つことが示されている。

なお、YさんがNPO法人を活用する契機となった刑務所職員への「信頼」がどのように発生したのかについては、Yさん自身は自覚的ではなかった。

しかしながら、調査終了後、最寄り駅までNPO法人の職員（A2）と一緒に帰路についたとき、興味深い話をしてくれた。職員によると、受刑者の間でNPO法人の情報が出回っているという。受刑者の間で情報が出回っているということに驚く筆者に対して、職員は、「彼らのネットワークはすごいものがありますよ。」「弁護士さんや刑務所職員さんからの紹介もあると思うけど、そういったものに加えて、受刑者同士の仲間からの情報が「信頼」を生み出す力としては強いと思う。」という話をしてくださった。NPO法人を活用するという判断を行った元受刑者たちによる動機づけは、弁護士や刑務所職員、NPO法人職員という専門職たちに対する「信頼」や「安心感」からくるであろうことがNさんやYさんの聴き取りから読み取ることができたが、職員が話してくださった内容からは、元受刑者たちは自らと似たような境遇にある他者（受刑者）とのネットワークに由来する情報を「信頼」できるものとして捉えているというリアリティの存在が示された。

（3）Iさん（A10）のケースから

Iさんへの聴き取りからは、IさんがNPO法人を活用しようと思った背景として、NPO法人を紹介した「弁護士自身」に対する圧倒的な信頼感が存在していたことが分かる。聴き取りの途中で何度か「NPO法人自体」に対する信頼が生まれた背景についても聞き取ろうとしたが、

「NPO 法人さんにも感謝している」と言いつつ、すぐに弁護士の話に戻ってしまった。I さんが弁護士をそこまで「信頼」した心理的背景として、1 つ目に弁護士自身が昔「ヤンチャ」であったという個人的経歴、2 つ目に I さんにとっては他者と語ったことのなかった、それだけに重要な意味づけを持っていた「趣味」の話で弁護士と意気投合できたという、2 つのステップが、弁護士への「信頼」を確固たるものとした様子が観察された。弁護士個人の属人性に由来する確固たる信頼があったからこそ、NPO 法人を紹介されたときに、この弁護士からの紹介であれば大丈夫だ、という第三者機関への信頼につながったことが示されたと言える。

I さんの場合は、「弁護士」という肩書をもった人物からの紹介だから NPO 法人に安心してアクセスできたというわけではなく、あくまでも弁護士「個人」の属人的な魅力に起因する信頼があったからこそ、NPO 法人へのアクセスを受け入れたという経緯がある。

また、I さんはホームレス状態にあったが、必ずしも他のホームレスに対して共感を示したり同情的な感情を持っていたりするわけではなく、むしろ「上に上がる意志がない奴ら」として批判的に捉えている。他のホームレスたちについて語る当日の聴き取り時における I さんの苦々しい表情からは、他のホームレスたちを軽蔑すらしている様子が読み取ることができた。それら一連の様子からは、I さん自身による自己認識、すなわち「俺はほかのホームレスとは違う」という強烈な自己認識があると言える。

システムを活用しようと思う心理的背景には、他者に対する「信頼」や「安心」という要素が重要な位置づけを持つとともに、I さんの聴き取りからは、それらに加えて、自分自身に対する認識、すなわち「こうありたい自分」という「理想の自己像」が、システムを活用する際の肯定的かつ強い動機づけとして作用している様子が観察された。

3-2. 少年院出院者に対する就労支援を行う団体の事例から

上記 2. (4) は、少年院出院者に対する就労支援を行う団体を利用する当事者が、団体の存在を把握するまでの認知経路を尋ねた部分の抜粋である。

少年 K さん（B1）、I さん（B2）はともに法務教官からの紹介で当該団体を知ることになるが、「先生（法務教官）が紹介してくれるところだから大丈夫だろう」という思考回路が語られている。とくに当初 K さん（B1）は、I さん（B2）よりも強い警戒感を団体に対して抱いている様子を語っているが、その警戒感は、団体代表 C の登場と説明により軽減した旨を述べている。

これらのことから、信頼している第三者（この場合は法務教官）経由の紹介団体だからこそアクセスしてみようと思えたという点に加え、団体の代表自身を持つ属人的な魅力に由来する信頼が相乗効果を生み、団体への信頼が発生するきっかけとなった様子が示された。

「情報の把握」から「活用の決断」に至った背景要因としては、紹介者自身に対する信頼と、団体代表に対する信頼との、2段階における信頼が、警戒感を打破し活用の決断へと結びついたと言えよう。

3-3. 小括

—システム作動要因としての属人性（パーソナリティ）の内訳—

本節では、「情報の把握」から支援者・支援団体を「活用する／しないの判断」までの過程に、当事者に接する専門職達の属人性が看過できない影響を与えているのではないかという仮説を立てて分析を行ってきた。この仮説に基づき、上記2. で行った聴き取り調査の検証について小括を行う。

○出所者支援を行う NPO 法人の取り組みから

NPO 法人が展開する活動の心理的側面における最大の特徴は、制度が想定している人間像と、現実社会のリアリティとの大きなギャップに着目して実践を展開している点である。

情報提供、制度構築、法的知識の啓蒙というハード面の充実は、それを「活用できる力」を持っている人々にとっては有効に作動し得るが、「活用する力」を持っていない人々にとっては、絵に描いた餅となっている。そしてそこには、自らに必要である制度を知らないというリテラシーの観点における問題と、情報を知つていようと知つていまいとに関係なく、制度自体への接近を拒むというシステム自体に対する拒絶感と

いう問題の、二つの側面における問題が存在していることが、本論文全体に通底しているテーマである。

本節における分析結果から、本論文全体でいうところの「制度メカニズム」と「包摂メカニズム」との間にあるギャップを埋め、架け橋となり得る属人的関わり合い、すなわち本節でいうところの属人性（パーソナリティ）の具体的内容と、システム信頼を発生させる心理的動きが示された。

まず一点目は、弁護士や社会福祉士が当事者へ関わる際に見せる「熱心さ」である。事例によると緊急一時シェルター事業を利用したNさん（A6）は、当初法人の存在自体に根本的な「不信感」を持っていたが、弁護士が「新聞記事」を持参するなどして「熱心」に働き掛け、Nさんの「不信感」を払拭していった経緯がある。単なる制度の説明や、形式的な紹介だけでは実際の活用には結びついていなかったと言えよう。Yさん（A8）に対して行った聴き取りからは、Yさんが「役所（刑務所）の人間」の言外の態度を見て「なんだか安心できる」と感じたことが語られていた。その契機として「ちゃんと目を見て話してくれる」「ちゃんと考えてくれている」というYさん自身による「役所（刑務所）の人間」への評価が存在していた。

ハンディが複数蓄積した状況にある人々は、ただでさえ制度自体に対する「不信感」が根強い。それを揺り動かせるだけの関係者の「熱意」や、「安心できる」と思われるだけの言外の態度が総合的に作用して、ようやく、システムの活用へと結びついている様子が観察された。当事者の心理的な躊躇を打破し得る属人性への信頼が、実際のところ制度への信頼を担保し、その活用を促しているという実態が明らかにされた。

二点目は、当事者たちが、「自らと似た境遇にある他者」を信頼する傾向にある、という点である。Yさんは自覚的ではなかったが、調査後のNPO法人職員との話からも推測されるように、おそらく刑務所内におけるNPO法人の評判をどこからともなく耳にしていた可能性が高い。そうしたベースがあったからこそ、そのNPO法人を紹介してくれた「役所（刑務所）の人間」を「信頼」できると判断したのだと予想される。

Iさん（A10）への聴き取りからは、IさんにNPO法人を紹介した弁護士自身が、過去に「ヤンチャ」であったことから、Iさんがその弁護士と同じ匂いのする人間として捉えていた可能性が高い。過去に自らと似たような経験を持っていたであろうことが、弁護士に対するIさんの信頼をより強固にしていっただと思われる。Iさんのケースからは、そうした他者に由来する属人性とともに、自分自身に対する認識（「こうありたいと思う自分」）が、Iさん自身の立ち直りに大きな意味を持っていたことも観察された。

三点目は、とりわけ伴走型支援を行っている社会福祉士の専門職性に依拠した「継続した危機感」と「凄み」の保持である。当事者たちの心理的背景を専門職として熟知している社会福祉士たちは、支援を必要とする彼ら彼女らと社会とをつなぐ糸が非常に脆いことを経験的に知っている（第一節参照）。当事者が支援を求めてかけてきた電話に一度出ることができなかつただけで、あるいはたまたま当事者の来訪時に事務所に職員が在席しておらず出払っていたというだけで、当事者たちと社会とを結びつける糸がプツンと切れてしまうことがある。こうした現場のリアリティを痛感している職員たちは、365日24時間対応できる携帯電話を常に持参していたし、少ない人員をやりくりして事務所には常時職員を在席させる体制を整えていた。さらに事務所内にサロンを併設することにより、当事者たちに居心地の良い居場所の提供を実践していた。これら一連の活動および活動を支えている背景から読み取れることは、社会福祉士としてセーフティ・ネットの一端を担っているという専門性への自負とともに、何かあった時に迅速にかつ的確に行動できるよう自らを備える「継続した危機感」の存在と、膨大な量の業務に加え突発的な事態にも慌てず騒がず淡々と活動に邁進する職員たちの「凄み」の存在である。

四点目は、サロン利用者の聴き取りから得られた、「みんな似たもの同士」ということに由来する安心感の存在である。同じ境遇にいる者、あるいは過去に同じような境遇にあった者同士が相互理解を深めることによる効果の有用性がうまく機能している様子が聴き取りから示され

た。サロンに参加することにより得られる「似た者同士」であるという安心感は、自己概念の再定位、すなわちアイデンティティラベルの貼り直しという機能がサロンには存在していると捉えることができる。

この点に関して、修復的司法 (Restorative Justice)¹⁹の思想の根拠として援用されているものに、ジョン・ブレイスウェストにより提唱され

¹⁹ 修復的司法の定義付けについて高橋則夫は、「当該犯罪に関係するすべての当事者が一堂に会し、犯罪の影響とその将来への関わりをいかに取り扱うかを集団的に解決するプロセスである」と定義するモデルを「純粹モデル」、「犯罪によって生じた害を修復することによって司法 (正義) の実現を志向する一切の活動」であると定義するモデルを「最大化モデル」であると議論を敷衍し、両者の異なる重要点は「矯正の問題とコミュニティの問題」であると指摘した上で (高橋2003:86,92)、「純粹モデルを最終目標としつつも、害 (harm) を修復する (restore) ことすべてが修復的司法であると解することが、理論的にも、政策的にも妥当である」と主張している (高橋則夫 (2003)『修復的司法の探求』成文堂86-96頁)。「害」に着目して刑罰の目的を述べた古典としてチェザーレ・ベッカリーア (2011) 小谷眞男訳『犯罪と刑罰』東京大学出版会がある。ベッカリーアは刑罰の目的について「その犯罪者が仲間の市民たちに対してふたたび害を与えるのを阻止するということ、そして誰か他の者が同じことをしないように図るということ」として、「害」に着目して述べている (ベッカリーア 2011:41)。また、修復的司法を具現化する方法として注目される VOM (Victim Offender Mediation) に着目し様々な角度から論じた論考をまとめたものに藤岡淳子 (2005)『被害者と加害者の対話による回復を求めて』誠信書房がある。藤岡 (2005) は VOM を「被害者加害者対話」として、犯罪の被害者と加害者が事件について話し合うことに期待される結果として、両者がともに「犯罪体験に一区切りをつけ、そこから解放されて新たな第一歩を踏み出す」こと、「被害者が加害者から現実的な償いを受ける」ことを VOM の望ましい結果として示している (藤岡2005:25)。関連して、少年法制度の分析の中で修復的司法と再統合的恥付けの関連性について論じたものに、渥美東洋・宮島里史 (2000)「Australia と New Zealand における少年法制度の研究」警察学論集53巻10号。また、修復的司法研究の理論化に大きな役割を果たしたものとして、H. Zehr (1990) Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice, Herald Press. がある。その邦語訳として西村春夫・細井洋子・高橋則夫 (2003)『修復的司法とは何か—応報から関係修復へ』新泉社がある。

た「再統合恥付け理論 (reintegrative shaming)」がある²⁰。これは、加害者に恥 (shame) をかかせることにより犯罪行為を非難し犯罪者の社会復帰を促すものであるが、重要なのは、ブレイスウェストが恥付けを二種類のものに分類している点である²¹。すなわち、1つ目はコミュニティから排除し加害者を蔑視の対象としてのみ扱うという恥付けであり、これはスティグマ付与 (stigmatization) として位置づけられている²²。二つ目は再びコミュニティに迎え入れるために加害者が行った行為を否認する再統合的恥付けであり、これは犯罪者を自らの社会に包摂するためのラベルの貼り直しという役割を担っているものである。ブレイスウェストによると、スティグマの付与は尊厳を伴わない恥付けであり、加害者は悪人として扱われ位置づけられるのに対し、再統合的恥付けは、加害者に対する尊厳を保ちつつその枠内で非難を加えることにより赦しを認められ、新たなラベルの貼り直しが可能となるものであると規定されている²³。

²⁰ ブレイスウエイによる再統合恥付け理論は J. Braithwaite (1989) *Crime, Shame, and Reintegration*, Cambridge University Press, J. Braithwaite (2000) *Shame and Criminal Justice*, *Canadian Journal of Criminology*. 参照。

²¹ Braithwaite の主張のうち、とくに恥の理論について敷衍したものに藤本哲也 (2010)『刑事政策研究』中央大学出版部、213-225頁。藤本 (2010) は、オーストラリアにおける知的障害を持つ犯罪者について、犯罪者の家族や関係者20人にインタビュー調査を行い、刑事司法過程における犯罪者処遇について聴き取りを行った上で、初期の段階から法的資格を持つ支援者が関与することの重要性を指摘している (藤本2010:249-272)。

²² 船山 (2011) は、更生を阻害する外部的要因として①刑罰を受けるに伴うもの、②制度の運用が不当ないし不十分な場合、③社会的制裁の問題の三類型があると分析している (船山2011:459)。とくに①に分類されるもののうち、「刑罰を受けた事が社会の偏見の契機となる」として、満期釈放で社会復帰したものに向けられる「刑務所帰り」「前科者」といったレッテルや差別的扱いが、当事者の「やり直したい」という気持ちを削ぐと指摘している (船山泰範 (2011)「更生をめざす刑罰」野町朔・岩瀬徹・日高義博・安部哲夫・山本輝之・渡辺一弘編『刑法・刑事政策と福祉―岩井宣子先生古稀祝賀論文集』尚学社457-472頁)。

²³ 前掲 Braithwaite (2000:282)

NPO 法人内にあるサロンは、「刑務所経験者」という共通の境遇を持つもの同士が、境遇を理解し合っているからこそ生まれる安心感を基礎にした心理的居場所の提供を実現していると言える。他者の眼に自分がどのように映っているかを意識することにより、人々はアイデンティティを形成する。とりわけ犯罪を行った当事者にとってのアイデンティティ形成は、単に犯罪者としてのスティグマ付与に留まるものなのか、あるいは Maruna (2001) や Braithwaite (2000) の指摘するように、赦しの語りや再統合的恥付けを行うことによるアイデンティティの再解釈を含んだものなのかによって、その後の立ち直りに大きく影響を及ぼすものである²⁴。

NPO 法人のサロンが、前章 (第五章)²⁵でみた齋藤純一の言う親密圏の一形態、すなわち「同じような否定的な経験にさらされやすい人々が、孤立のうちに困難を抱え続けなければならぬという苦境を打開するために形成する集団」として機能していると捉えるならば、サロンへの参加は親密圏における身近な他者との信頼醸成と自己肯定感の涵養につながり、ひいてはシステム自体への不信の払拭につながることが期待される。このように考えたとき、NPO 法人におけるサロンは、親密圏における信頼と公共圏に対する信頼とを結びつける中間的役割として機能していると考察できる。

²⁴ 浜井は、アメリカの犯罪学者であるボニタ・ベイジエの研究を踏まえた上で、犯罪者に限らず社会から排除された人々の回復プロセスに必要な点は、犯罪の原因や排除の原因を取り除くことだけに限定されるのではなく、未来に向かった関係性や将来への見通し (希望) を持てること、さらには社会に役立っていると思える新しいアイデンティティ (自尊心の高まり) を身に付けることであると述べ、そうした関係性やアイデンティティの変化を生み出す環境を整えることが重要であると主張している。(第61回「社会を明るくする運動」～犯罪や非行を防止し、立ち直りを支える地域のチカラ～「更生保護・福祉連携シンポジウム—福祉の視点から犯罪者の立ち直りを考える—」2011年9月3日文京学院大学仁愛ホールで行われたシンポジウムでの発言より。なお当日配布のレジュメ8頁にも同様の主旨が書かれている。筆者はこのシンポジウムに傍聴者として参加した。)

²⁵ 拙稿 (2015)「社会的排除と法システム (3)」北大法学論集66巻4号参照。

以上、システムを実際に作動させる際の阻害要因として、当事者たちが根強く持つ行政窓口への「不信感」や「恐怖感」が存在しているとき、その阻害要因を払拭し制度存在と活用との間にある心理的ギャップを埋める架け橋となっているのは、当事者に直接かかわる人間が持つ「熱心さ」「危機感」「凄み」に代表される「属人的要素」であることが明らかになった。

○少年院出院者の就労支援団体、自立援助ホーム、DV 被害者支援団体の事例から

少年院出院者の就労支援団体利用者の聴き取りから本節の仮説を検証すると、当該団体を紹介してくれた第三者（法務教官）に対する信頼感が団体との未接触時点においては唯一の安心材料として機能しており、当該団体へのアクセスに一定程度の効果を発揮したと言えよう。また、「俺らみたいな人も働けてるっていうし」という K さん（B1）による発言からは、似たような境遇にある他者をロールモデルとして認識することにより、団体への警戒感が軽減されたという経緯も発見された。

自立援助ホーム利用当事者の聴き取りからは、開示を許可してくれた部分が非常に限定的であるため、仮説の検証を十分に行うことは困難であると言わざるを得ない。

DV 被害者支援団体利用当事者の聴き取りでは、当事者がすでに自主的に当該団体についての情報を入手していた。したがって、第三者の媒介機能というよりはむしろ、「新聞記事」や「テレビニュース」に対する信頼が、当該団体へのアクセスを後押しした、と言える。「当事者に接する専門職たちの属人性」という部分では十分なデータが得られなかったが、法的問題への気づきと情報の入手、実際の行動への移行という一連の過程を下支えする一つの因子として、マスコミが発する情報に対する信頼という側面が有効に機能している可能性が示唆された。

第三節 人的信頼とシステム信頼との関連 はじめに

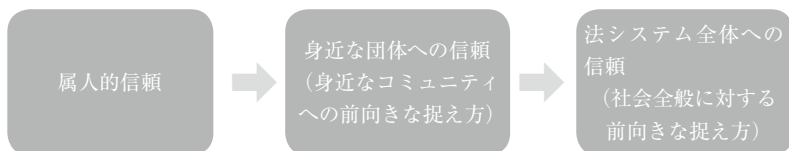
本章第二節では、「情報の把握」から支援者・支援団体を「活用する／しないの判断」までの過程に、当事者に接する専門職達の属人性が看過

できない影響を与えているのではないかという仮説を立てて分析を行ってきた。その結果、特に社会福祉士と弁護士との連携による出所者支援を行う NPO 法人の事例において、専門職の属人的な要素に由来する信頼が制度自体への信頼へと結びついている様子が観察された。

しかしながら、その「信頼」が、個人を超えてシステム全体に対して広がっているのか否かについての検証は行われていない。属人的信頼は、属人的であるからこそ当事者の法拒絶を克服し得る可能性を内包しているが、同時に、属人的であるがゆえに信頼の継続性や普遍性に欠けるといいう原理的な課題を抱えている。当事者が、長い目で見て社会とのコミットメントをうまくとり、法システムを含めた各機能システムとの接点を持てるようにするためには、属人的な信頼から、システム全体への信頼へと移行していくことが理想的であると言える。

では、実際のところ、属人的信頼とシステムに対する信頼との関係はどのようなになっているのだろうか。

この点を検討するために、以下の第三節では、NPO 法人を活用することを通して構築できた NPO 法人職員との属人的信頼関係が、その後、当事者自身の中でどのように変容しているのか／していないのか、属人的信頼関係をベースに社会システム全般に対する信頼をも獲得できているのか否か、に着目して考察を行う。具体的には、属人的信頼が身近な団体への信頼へとつながり、それが法システム全体への信頼へとつながっているのではないか、という仮説を立て当該 NPO 法人への聞き取りを基に検証していく。



【第三節における仮説イメージ図】

1. 属人的信頼とシステム信頼 ―人的信頼からシステム信頼へ？―

本章第二節の検証から、属人的信頼がシステム活用の決断に大きな影

響を与えていることは分かったが、それは果たして普遍的なものなのか。本章第一節で示した「法拒絶」の克服に応答可能なのか。本節（第三節）では上記仮説を検証するために、調査で聴き取る内容を以下の点に絞り、半構造化面接を実施した。

〔主たる質問項目〕

- ・ NPO 法人に関わる前には、役所の窓口や相談窓口に一人で行くことができたか
- ・ NPO 法人に関わった後の変化は
- ・ その理由は
- ・ 社会に関わる意欲は NPO 法人に関わる前と後とで変化したか

〔表 3：システム信頼の発生に関するインタビュー対象者一覧〕

インタビュー対象者		
A28	W さん。50代後半。男性。	窃盗累犯、養育手帳申請中
A29	T さん。50代前半。男性。	元暴力団員、薬物、傷害、アルコール依存
A30	H さん。60代後半。男性。	窃盗累犯
A31	N さん。70代前半。男性。	窃盗、傷害

（１）信頼発生の端緒とその対象について

上位カテゴリー	サブカテゴリー（発言者）
信頼の発生（属人的）	M さん（法人代表）だったら信頼できと思った（A29） 信頼を寄せる弁護士が紹介してくれた NPO 法人だから頼ることにした（A30）
信頼の発生（制度的） NPO 法人自体に対する信頼	弁護士が持ってきたパンフレットを見て信頼した（A28） 新聞記事に NPO 法人が紹介されていたから信頼した（A31）

① T さん（A29）の場合

T さん（A29）は、NPO 法人代表の M さんとの接見時に、M さん個人の属人性に対して信頼を持てたことが契機となり、NPO 法人の活用を決断した。

ここ（NPO 法人）に来る前は、別の団体にいたんだけど、そこで喧嘩を起こしてまた刑務所にお世話になっちゃった（笑）。だから、出所する時も、もうどうでもいいやと思っていた。（A29）

正直、こういうの（いわゆる支援団体）には関わりたくないなって。そう思った。

で、弁護士からここのことを紹介されて。そのままにしていたら、M さん（NPO 法人代表）が登場したんだよ。こっちももう自暴自棄だから、かなりひどい口の利き方したし、挑んでかかったんだけど、M さんはビクともしなかったんだよね。ガツと目を見て淡々と話してた。こりゃ骨のある人だな、と思ったよ。（A29）

M さんから、NPO 法人で引き取れるけどどうする？って聞かれて。それで、お願いしますって。頼むわ、って。そういう流れ。要するに、M さんがいるところなら行ってみてもいいかな、って。そう思ったんだろうね、俺は。（A29）

T さん（A29）は当初、支援団体自体に対してネガティブな捉え方をしていた様子が語られている。以前関わっていた支援団体で傷害事件を起こし、刑務所に入ることになったという T さんの経験が、支援団体全体に対する拒絶感につながっていることが推測される。弁護士に紹介された当該 NPO 法人に対しても「そのままにしていた」ということで、自暴自棄になり自ら進んで何らかのアクションを起こしたり意思表示をしたりするという行動自体を放棄していた様子が語られている。傷害事件を起こしたという当時の状況を何度か聞こうとしたものの、そのたびに話を逸らされてしまい、実際にどういう状況を経験したのかの詳細については聴き取ることができなかった。話を逸らし語ろうとしない様子が、むしろ T さんにとってその出来事がいまだにトラウマのようなものとして残っているように思えた。

そのような、いわゆる支援団体全体に対する拒絶感が強いと思われる状況において、不可抗力的に現在活用している NPO 法人の代表に会うことになり、M さんの「ビクともしない」「淡々としている」という様子

に「骨のある人だ」という印象を抱き、「Mさんがいるところなら行ってみてもいいかな」という気持ちになるという経緯をたどっている。NPO 法人代表を試すような行動（「ひどい口の利き方」「挑んでかかった」）をとりつつ、そこに乗ってこないで「淡々と」過ごす様子の M さん（NPO 法人代表）を見て、T さん（A29）なりの独自の基準で M さんは信頼できる人だ、という判断をしたことが推測される。

それら一連の経緯からは、T さん（A29）が M さん（NPO 法人代表）のふるまいに何らかの感銘を受け、NPO 法人活用に向けた動機を発生させていることが分かる。属人的な要素が制度の活用に対する動機へと転換していると言えよう。

② H さん（A30）の場合

H さん（A30）は、拘留所に接見にきた弁護士が同郷（秋田出身）だったこともあり、その弁護士に信頼を寄せていた。

最初はスキーの話。次に地元の話。同郷の話をするうちに、この人（弁護士）には難でも話したほうがいいな、と思った。頼りにできる人だなって思ってたし、実際に頼りにもしていた。（A30）

で、その人がここ（NPO 法人）を紹介してくれた。M さん（NPO 法人代表）は、やーさんには見えなかったから（笑）。俺は、ほんとは、あまり行政っぽいものには関わりたくないなって思ってたのよ？でもまあ、出た後のことに困っていたのはほんとだし。頼りにしてる弁護士さんも紹介してくれているし。それでまあ、ここはちょっと身を寄せてみるかって思った。（A30）

H さん（A30）が語る「行政っぽいものには関わりたくないなって思ってた」という部分は、おそらく NPO 法人をはじめとする支援団体のことを指していると思われる。H さんの語りからは、彼から見れば「行政っぽい」雰囲気を持っている組織、すなわち公的存在だと思っている存在に対する拒否感がにじみ出ている。そうした公的存在に対する拒否感を打破する一つのきっかけとして、「頼りにしてる弁護士さんも紹介して

くれている」という、Hさん自身が信頼を寄せている第三者（この場合弁護士）が紹介してくれるところだから利用してみようかという前向きな気持ちが発生している様子が示されている。

Hさん（A30）の場合は、NPO 法人代表の M さんに対する属人的な信頼ではなく、最初に同郷ということでもまず弁護士と意気投合し、信頼を寄せていた。そして、信頼を寄せる弁護士が紹介してくれるということで NPO 法人に対する興味を持った経緯が語られている。ここからは、公的存在（「行政っぽい」）に対して抱いていた拒否感を打破するきっかけとして、「自分自身が信頼を寄せる第三者が紹介してくれたところである」、という要素が大きく影響を与えている。弁護士と H さんとの間にある信頼関係が、NPO 法人の活用動機として強く影響していたと言える。

一方、W さん（A28）と N さん（A31）は、当初 NPO 法人に対しては懐疑的であった。

③ W さん（A28）の場合

W さん（A28）の場合は、NPO 法人代表の M さんに対する信頼でもなく、担当弁護士に対する信頼でもなく、担当弁護士が持参した NPO 法人の「パンフレット」があったからこそ NPO 法人について「信頼してもよいかな」と思えた、という経緯が語られている。

K さん（担当弁護士）がここ（NPO 法人）を紹介してくれた。でも最初は正直あまり乗り気じゃなかったね。（A28）

弁護士さんがこのパンフレットを持ってきたのよ。それでまあ会ってみてもいいかなって。で、M さん（NPO 法人代表）にも会ってみただけど。なんていうか、ちょっと生意気な感じだな、と思ったよ（笑）。（A28）

子どもみたいな齡の M さんと話しているうちに、こういう感じだったら、なんていうか、フラットな関係？みたいなのをしてくれるか

な、って思ったの。(A28)

Wさん(A28)の語りからは、実際にNPO法人代表に会ったのちも、Tさん(A29)やHさん(A30)とは違って、代表の属人的魅力に影響を受けたわけではなく、あくまでも「フラットな関係」を築けそうだったという点に、法人活用の動機的一端が表れている。

④ Nさん(A31)の場合

Nさん(A31)の場合は、当初は露骨にNPO法人に対する警戒感を示していた。

弁護士さんにここを紹介してもらったんだけど、「変なところ紹介するんじゃないの?」って思っていたよ(笑)。出所しても、困ったらもう一度刑務所に入るから、別にいいよって。一度は弁護士さんの紹介を断ったんだよ。「俺には要らないよ」ってね。(A31)

でも、何度目かのときに、弁護士さんが新聞記事を持ってきて。それで、お?って思ったね。会ってみるかかってなったよ、それで。(A31)

Nさん(A31)の場合も、③のHさん(A30)同様、弁護士やNPO法人代表といった「人に対する信頼」がNPO法人活用に向けた動機となっていたわけではなく、あくまでも「新聞記事」の存在がNPO法人活用の契機となっていた経緯が語られた。

Nさん(A31)の場合にも、本稿でいうところの「属人的信頼」が制度活用の動機としては機能していないリアリティが発見できた。

以上、A28～A31の信頼発生の端緒について見てきた。

A29、A30に関しては、信頼を寄せる対象に違いはあるが、それぞれに信頼を寄せる第三者が代表を務める、あるいは紹介してくれたからNPO法人の活用を判断したという部分において共通している。第三者への属人的な信頼が、身近な団体への信頼あるいは活用へとつながって

いる様子が示された。

一方で、A28、A31の聴き取りからは、システム作動要因として属人的信頼は必ずしも必要ではない、という新たな視点も発見できた。

本章では基本的に、システムの存在と実際の活用との間には大きなギャップがあるという認識に立ち、そのギャップを克服し得る要素として属人的な信頼が有効に機能しているのではないかという仮説を基にこれまで分析を進めてきた。しかしながら、Wさん(A28)やNさん(A31)の場合、少なくともNPO法人を利用してみようかという活用動機の発生の場面においては、「属人的な信頼」という要素は影響を及ぼしていないことが分かった。二人の動機に影響を及ぼしたのは、「属人的な信頼」ではなく、強いて言えば「パンフレット」や「新聞記事」といった客観的な情報発信媒体に対する信用²⁶であると言える。

(2) 身近な団体への信頼

—身近なコミュニティへの前向きな捉え方—

(1)の分析から、信頼の発生とその対象に関しては、当事者それぞれに違いがあることが判明した。Wさん(A28)と、Tさん(A29)・Hさん(A30)とでは、信頼を寄せる対象に違いがあったが、いずれの場合も現在はNPO法人とその職員に対して大きな信頼を寄せている点では共通している。

人生で信頼できる人って4～5人いるんだけど、そのほとんどがここ(NPO法人)の人(笑)。ホームレスって、ネットワークを持っていて、こういう中間施設に入りたがらない人も多いのよ。でも、俺の場合はここにきて、平和になった。「巢」があるっていう感じになった。周りに対する警戒感も薄くなった。これは確実。(A29)

²⁶ パンフレットや新聞記事がNPO法人活用のきっかけとなった点は間違いはないが、それらは直ちに「信頼」といえるほど強い意思を伴ったものではないと考えたため、ここでは「信用」という言葉を用いた。

困ったら相談できる。友達みたいな感覚でもある。フラットな関係。貴重な存在。(A28)

ここにいると「巢」がある感じ。ホームレスの時に比べて警戒感が薄れた。スタッフに対する信頼がある。これからのことについての意欲が湧いてきた感じ。(A29)

人を信用しちゃだめだ、と思っていた。けど、徐々に変化していった。ここの皆さんは本当に優しい。そして厳しい(笑)。だからこそ信じてることができる。(A30)

上記のように、Wさん(A28)、Tさん(A29)、Hさん(A30)がいずれも、(1)でみた「信頼できる第三者」や「NPO法人代表自体に対する信頼」、あるいは「パンフレット」に対する信用が動機でNPO法人を活用するようになり、その流れのままにNPO法人職員やNPO法人が開いているサロンに対しても前向きな意見を述べている。特にTさん(A29)とHさん(A30)の場合は、①信頼を寄せた人がいる(接見時にNPO法人代表に信頼を寄せたTさん(A29))、もしくは②信頼を寄せた人が信頼している団体である(Hさん(A30))という点でNPO法人利用を決めており、属人的な信頼がNPO法人への利用へと繋がり、身近な団体(この場合はNPO法人)自体に対する肯定的な認識が発生している。

一方で、Nさん(A31)は、A28～A30とは全く違った反応を示している。

俺は礼節っていうものを知っている。表面的にはうまく付き合っているけど、正直なところ、こいつらとは一緒になりたくない。一緒に空気を吸ってたくない、って思っていた。(A31)

サロンにいても、なんていうか、最初はサロンをみて「おぞましい」って思ったよ。なんだこれはって。空気っていうか臭いっていうか。

そういう雰囲気みたいなもの。これが俺は嫌だった。(A31)

N さん (A31) は、以前不動産会社を経営していた経験を持つ。

バブルの時代だったからね。何かとうまくいった。自分で金を稼いでやる、そう思って頑張ったね。宅建の資格も取ったし。12年頑張った。(A31)

万引きと暴力でお勤めすることになった。で、バツ3。お金が面白いように無くなっていった。そのあとは温泉旅館とかいろんなところで勤めた。でも失業して。それで自棄になって意図的に万引きをした。パン一個とおにぎり二個、ペットボトル一本。(A31)

よく「境遇が同じ」って言われるけど、そうじゃない。あいつらとはゴルフの話もできないし、車の話もできない。そういう話を、ここのスタッフさんは聞いてくれる。スタッフさんとはいい。信頼している。話もできる。けど、他の利用者とは・・正直話が合わない。(A31)

N さん (A31) の語りからは、N さんが NPO 法人の他の利用者に対して強い拒絶感を抱いていることが分かる。「こいつらとは一緒になりたくない」「おぞましい」という強い表現から、不動産会社を経営していた自分と、そういう経歴を持っていない他の利用者とを明確に区別しようとする意志が感じられる。

現在は、他の利用者とも普通に接することが出来るようになったという N さんに、その理由について尋ねた。

ここのスタッフさんのおかげで、今では他の人たちともうまくやっているんだよ (笑)。俺はここに来て以来、自分の気持ちと向き合うためにノートに気持ちを書いている。それをアドバイスしてくれたのはここのスタッフさん。事務所がハブ的な役割を果たしてくれ

ている。事務所を通して、俺は他人との距離を測っている。（A31）

NPO 法人に来た当初は、「おぞましい」「一緒に空気を吸いたくない」とまで言っていた N さんだが、NPO 法人スタッフとの信頼関係をきっかけにして、他の利用者との関係性について前向きに捉えることができるようになっていく。

N さん（A31）の語りからは、NPO 法人スタッフとの信頼関係の存在が、身近なコミュニティ（この場合は NPO 法人）に対して前向きに捉えることができる契機となって作用していることが分かった。

（３）システム全般への信頼

A28～A31は、少なくとも筆者が聴き取りを行った時点においては、NPO 法人代表や弁護士、NPO 法人スタッフに対する信頼を持っていた。信頼のタイミングや信頼を寄せる対象は異なっているが、いずれの場合も支援団体に対する拒絶感を打破する一つのきっかけとして、属人的な信頼や情報媒体に対する信頼が有効に作用していた。そして、それらに対する信頼を契機として活用することになった身近なコミュニティに対しても、前向きな捉え方をするに至っている。

これら（１）及び（２）の分析からは、属人的または情報媒体に対する信頼が、当事者が属している身近なコミュニティ自体や身近な他者に対する肯定的な認識を発生させていることが分かった。

それでは、このようにして発生した身近なコミュニティや身近な他者に対する前向きな捉え方は、当事者たちがかつて語っていた「公的な存在」に対する拒絶感の緩和には何らかの影響を与えているのだろうか。

それを探るために、NPO 法人の利用の前と後とで、「公的な存在」に対する認識が変わったか否かを尋ねた。

① T さん（A29）の場合

T さん（A29）は、NPO 法人代表の属人性に信頼を寄せ、当初抱いていた支援団体全体に対する「拒絶感」を克服した経緯を持つ。

俺はあんな事件を起こしちゃったから、公的なにおいのするところには敏感だったよ。でもここにきて、そういうむやみな感情は薄れていった。今はほかのところにもお世話になっているし、公的なにおいがするところにも特に抵抗はなくなっているよ。(A29)

Tさん(A29)は、支援団体を「公的なにおいのするところ」と捉えている。

(1)の分析でも触れたが、Tさんは以前に利用していた支援団体で傷害事件を起こした経験から、支援団体そのものに対して拒絶感を抱いていた。Tさんは現在、当該NPO法人以外にも、アルコール依存症改善を目指すグループにも関わりを持っている。Tさんの場合は、当該NPO法人に関わるようになってから、Tさんが言うところの「公的なにおいのする」支援団体に対しても抵抗感がなくなっている様子が示されている。

② Hさん(A30)の場合

Hさん(A30)は、担当弁護士に信頼を寄せており、その弁護士が紹介してくれるところだからという理由でNPO法人へとたどり着いた経緯を持つ。Hさんにも「公的な存在」に対する認識が変わったか否かを尋ねた。

警察とかはやっぱ嫌いだね(笑)。どうしても、ぐっと構えちゃう。でも行政窓口に行くときには、なんていうかここに来るようになってからは、どしっと構えられるようになった気はするね。不安な気持ちがあったんだけど、そういうのがなくなっていったってうか。(A30)

俺はもともとホームレスだったから、そのときの不安感っていうのは結構残っていたよ。でも徐々に変化していった。今から思えば、ホームレスのころは「人を信用しちゃだめだ」って思っていた。10年間。でも今は、前向きに、明るくなったよ、ほんと。そういう変化はあったと思う。(A30)

H さん（A30）の語りからは、NPO 法人に来るようになってから、行政窓口に行く際の不安感が払拭されていった経緯が語られている。ホームレス時代にはなかった自分の居場所を確保することを通して身近な他者と関わる機会を得、そのことで自身の将来を前向きに考えることが出来たという。この一連の変化は、当初弁護士に寄せていた属人的な信頼が、身近なコミュニティや身近な他者との関わりあいを通して、結果として自身の将来に対する前向きな見通しを持つことへとつながったと捉えることができる。

③ W さん（A28）、N さん（A31）の場合

いや、特に変わっていないよ。俺は最初から行政窓口にもひとりで行けたし。ま、警察に対する不信感は最初から今までずっと持っているしね（笑）。ここ（NPO 法人）に来たから何かが変わったって感じではないな。（A28）

福祉課のおばさんはほんとに冷たいよ。300円払うから他の町に行ってくれって。でも、それは別に最初からだから、ここ（NPO 法人）に来たから行けるようになったってわけではない。（A28）

俺はむしろ、ここ（NPO 法人）に入ることによって、そのことを言えば窓口の人の対応が変わるから、そういう意味では変わったって言えるかな。単独だと門前払いだけど、ここに入ると対応が違った。（A28）

困ったときに頼れる存在ができた。そういうのは変わったところかもしれない。普通にここにきて相談できるし、弁護士に連絡もできる。それは変わった。（A28）

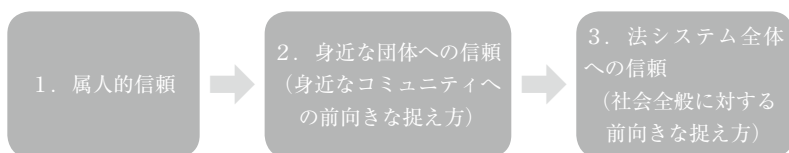
俺は別に公的な存在に対する抵抗感はないよ。役所にも一人でいけるし。（A31）

W さん（A28）や N さん（A31）は、（１）での分析からも分かるように、

当初からいわゆる「公的存在」に対する拒否感はあまり持っていなかった。そのため、今までもこれからも特に変わりなく公的存在に対して必要に応じてコミットしていくことができるベースを持っていると言える。むしろ、W さん (A28) の場合は、NPO 法人に関わることにより、行政窓口の対応が違うという点を指摘していた。これらの語りからは、W さん (A28) は NPO 法人との関わりを戦略的に捉えていることがうかがえる。

2. 小括

以上、本節では、NPO 法人を活用することを通して構築できた NPO 法人職員との属人的信頼関係が、その後、当事者自身の中でどのように変容しているのか／していないのか、属人的信頼関係をベースに社会システム全般に対する信頼をも獲得できているのか否か、に着目して考察を行ってきた。属人的信頼が身近なコミュニティへの信頼へとつながり、それがシステム全体への信頼へとつながっているのではないか、という仮説を立て、当該 NPO 法人への聴き取りを基に検証してきた。



【第三節における仮説イメージ図 (再掲)】

(1)～(3)の分析からは、以下の点が指摘できる。

一点目に、属人的な信頼の発生は、その信頼を寄せている人物の属する団体や、信頼を寄せる人が紹介する団体自体に対する警戒感を緩和させること。

二点目は、安心できる居場所の存在は、自らの将来を前向きに捉えるきっかけとなり得ること。

三点目は、属人的な信頼は、必ずしもシステム全体への信頼とは結びついていないことである。

（１）及び（２）の分析からは、属人的信頼の発生に起因する一連の効果、すなわち属人的信頼の発生、ラポールの形成、自己肯定感の高まり、身近なコミュニティへのポジティブな認識、という一連の効果の発生が明らかになった。属人的な信頼は、身近なコミュニティや身近な他者に対する肯定的な捉え方につながっている。上記図の「１」から「２」にかけての関連性は存在していることが分かった。

しかしながら、（３）の分析からは、上記図の「１→２→３」あるいは「１→３」とは直ちにならないという結果が明らかになった。本節の仮説である「属人的信頼とシステムに対する信頼との関連性」という観点においては、仮説を支持する結果とはならなかったと言えよう。

本節における分析により、属人的信頼は身近なコミュニティや身近な他者に対する認識を変え、自身の今後に対して前向きな気持ちにつながる可能性を持っているが、属人的な信頼が発生しているからと言って、それが直ちに社会全般に対する前向きな捉え方につながったり、システム全体に対する信頼に結びついたりするわけではない、ということが明らかになった。

第四節 社会資源の一つとしての法律専門職認識

—実践者の媒介機能—

第一節から第三節において、法システム活用意欲の発生、人的信頼からシステム信頼への広がり、という論点において仮説を設定し、聴き取り結果を基に分析を行ってきた。

第二節における分析からは、「情報の把握」と「活用の決断」との間には、第三者による信頼の発生が不可欠である点が示された。一方で、第三節における分析からは、属人的信頼は必ずしもシステム信頼へとつながらないという点が示された。

第二節及び第三節のいずれの分析においても共通していた点としては、当事者に関わる人間には程度の差はあるが、一定の媒介機能があるという点である。

そこで、第四節では、実践者の媒介機能に焦点を絞り、司法書士を中心とした取り組みに着目した考察を行う。

1. 全国青年司法書士協議会による児童養護施設における「法教育」活動

すでに本稿第三章²⁷⁾において、消費者教育が基点におく消費者法分野と国家の役割とを巡って残されている議論を敷衍してきた。具体的には、国家と市民社会との関係性についての重要な論点の存在について、日本司法書士会連合会が推進する「法教育としての消費者教育」が内包する課題やイギリス市民性教育導入経緯の分析をもとに検討してきた。

これら一連の考察を踏まえた上で、法教育活動が法的存在に対する肯定的認識を涵養し得る可能性を探究するために、以下では従来の法教育とは別の視点からの取り組みを展開している全国青年司法書士協議会(以下、全青司)の活動を概観する。

全青司では児童養護施設における法教育実践を通して法律専門家を社会資源の一つとして認識してもらうことにより、子どもたち自身がもつ法的存在に対する警戒心を緩和することに成功している。この実践は、制度活用当事者が制度自体に対して抱く心理的障壁の存在を、自らアウトリーチし社会資源の一つだとして法律専門家を位置付けるという一連の試みを通して払拭している事例であると捉えることができる。

(1) 取り組みの概要

全国青年司法書士協議会は、全国の若手を中心とした約3,000人の司法書士で構成され、2005年から児童養護施設を訪問し法律教室を開催している。

児童養護施設は全国に575か所存在し現在も3万人を超える子どもたちが生活している²⁸⁾。児童福祉法第41条には、「児童養護施設は、保護者のない児童、虐待されている児童その他環境上養護を要する児童を入所させて、これを養護し、あわせて退所した者に対する相談その他の自立のための援助を目的とする施設とする」と定義しており、「養護を要する児童」には、親の死亡や入院、離婚や経済的理由、あるいは拘禁などの事情により家庭での養育が困難な場合を指している。

児童養護施設は様々な事情により保護者と生活を共にすることができ

²⁷⁾ 橋場典子(2015)「社会的排除と法システム(2)」北大法学論集66巻3号。

²⁸⁾ 全国児童養護施設協議会調べ。2009年7月末現在。

ない子どもたちの生活拠点となる児童福祉施設であるが、家庭基盤が揺らぎ施設に入所することになった子どもたちについて、特に退所後の生活の困難さを追跡調査したものとして、東京都社会福祉協議会（2004:29）の追跡調査がある。それによると、2001年度に東京都の施設を退所し就労自立した145人のうち2002年10月の時点で退所時に決まった職場での定着率は77人（53.1％）にとどまり、61人（42.0％）が転職していることが分析の結果明らかにされている。様々な要因が考えられるが、退所後の生活基盤を安定したものにするためには、単なる就労自立に終始しない、子どもたちの急かされた「自立」を継続的に支え得る様々な角度からのアプローチが求められている²⁹。

従来から日本司法書士連合会では、市民向けに行う法律相談会の開催や、「法教育としての消費者教育」の蓄積がある（第三章参照）。本節で取り上げる全青司が行っている実践も基本的にはこれに沿う形で行われているが、大きな特徴点としては、法教育実践を行う場所を「学校以外」に設定している点が挙げられる。

本稿第四章において³⁰、学校を中心に展開されているこれまでの法教育実践については、教科間連携やディベート型実践などの新しい試みが蓄積されている一方で、教育システムから排除状態にある場合についてはフォローする術を持っておらず、法的ニーズの存在と法情報の伝達と言う点においてギャップが存在していることを指摘してきた。全青司の取り組みはこうした教育システムからの排除状態にある子どもたちを視野に入れて実践を展開している点で、排除状態に陥りがちな場合へのフォローをしていると捉える事ができよう。

²⁹ 例えば石井・外山・金城（2010）は、退所後は施設長の親権代行権が行使できなくなり、結果として成人までの間子どもたちの親権行使者が実質的にないという異常な状況が発生することが多く、退所後の包括的支援が喫緊の課題であると指摘している（石井寛昭・外山玲那・金城仁史（2010）「児童養護施設で暮らす子どもたち」市民と法第63巻53-61頁）。

³⁰ 拙稿（2015）「社会的排除と法システム（２）」北大法学論集66巻3号参照。

(2) 児童養護施設の実態

先述した通り、児童養護施設は様々な理由により親等と生活を送ることが困難になった子ども達を受け入れる居住型の児童福祉施設であり(児童福祉法41条)、原則として2歳から18歳までの子どもが対象としている。そのため、18歳以降は就職するか進学するか等の「急かされた自立」が要求されている。したがって、中学校卒業後に就労する子どもたちは15歳で児童養護施設を退所し自立した生活を送ることになっている。同様に、高等学校卒業後に就労する場合でも、原則18歳には施設を退所することが余儀なくされる背景がある。

施設に入る以前には虐待経験を持っている割合も高く、親からの育児放棄や虐待、貧困などが背景にある場合が多い³¹。その背景には、貧困を背景とした家庭環境の荒廃実態が存在している場合がほとんどである。北海道のある児童養護施設の話によると、被虐待経験のある子ども達の割合は8割に迫り、うち貧困状態にある家庭も全体の8割を占めているという。この数値は、全国平均を2割ほども上回っている。見えていないだけで、水面下にはさらに多くの虐待被害があると想像できる。

1998年の児童福祉法の改正以後、虐待を受けた子どもの受け皿となっている児童福祉施設は、その役割を「発達の保障」と「自立支援」に置いている。しかしながら、福祉分野の研究蓄積や現場の職員からの指摘により明らかにされているように³²、職員の人員配置問題、施設設置の基準の低さ、また職員の待遇改善の必要性など、受け皿となるべき施設や職員に対しての支援整備も同様に喫緊に必要とされているという状態にあるのが現状である。

とりわけ、全国養護施設協議会の調査によると、入所児童の87.7%は

³¹ 児童養護施設で育った子ども達の声を集約したものとして、施設で育った子ども達の語り編集委員会編(2012)『施設で育った子ども達の語り』明石書店。また、大久保真紀(2011)『児童養護施設の子どもたち』高文研。

³² 児童養護施設で働く職員の眼から見た問題点として、職員配置の少なさや入所児童が抱える課題の多重化を指摘したものに、山田勝美(2002)「児童養護施設における虐待を受けた子どもへの自立支援—施設職員にとつての「自立」と「自立支援」—」村井美紀・小林英義編著『虐待を受けた子どもへの自立支援』中央法規、43-69頁。

高校進学を果たしているが、一般児童が97.6%であるのと比較すると、入所児童の高校進学率は低いことが分かる。同様に、中学卒業で就職した割合は、一般児童は0.6%であるのに対し、入所児童は9.3%と、およそ10倍となっている（全国養護施設協議会2006:12-15）。

高校進学後も困難が続く。高校中退率を比較したデータによると、一般児童が2.1%であるのに対して入所児童は7.6%となっている。こうしたギャップの背景には、入所児童の学力の問題と、国が施設の子どもの進学のために出す「特別育成費」³³の対象及び額の不足などに代表される制度上の不備の両方が存在しており、その背景には適切な養育環境を得られなかったこと、養育者からの虐待による自尊感情の欠如、学習意欲の低下、大人や社会に対する不信任などが複合的に関連していると思われる。

子どもの虐待を巡る議論は、それぞれの福祉機関間の連携問題にはじまり、法的介入の射程問題に至るまで、非常に幅広く根深い問題を抱えている。児童福祉施設の関係者によると、虐待経験のある子どもは、アイデンティティを肯定的に捉える事が困難であり、他者との信頼関係を築くことが苦手であることが指摘されている。本来であれば自己肯定感を高め他者との協調性を育む愛着形成期に、その形成を最初に支える養育者との関係性が破綻している場合、子ども期を終えても社会生活を他者と関わり合いながらスムーズに営むことに困難が生じる傾向にあるという。

この傾向は、システムにアクセスする際に、構造的要因とともに心理的要因、すなわちシステムへの信頼が必要であるという本稿の主旨と共通する論点でもある。前号までの考察で先述した若者の司法利用率の低

³³ 国が児童養護施設の子どもの進学機会を保障する目的で1974年に「特別育成費」が創設された。創立当時（1974年）の高校進学率は、一般児童が90%以上であったのに対し入所児童30%であった。その後1989年には特別育成費の支出対象に私立高校も含まれるようになった。しかしながら、実態に見合う額にはなっておらず、自治体の補助金頼みになっている。なお、東京都は私立高校への進学分に対しても実費分を補助している。

さに象徴されるように、「知っていること」と「活用すること」の間には大きなギャップが存在している。

以下ではとくに、「知識」と「活用」とのギャップに架け橋をかけ得るものとして、全青司が行う法教育活動における「実践者の媒介機能」に着目する。法システムを社会的資源の一つとして認識するためには身近な他者に対する信頼（パーソナルな信頼）が重要であり、パーソナルな信頼が法システム自体への信頼へと転化し、結果としてシステム活用の阻害要因となっている心理的障壁の除去が達成されるのではないかという仮説を立て、当事者に身近に接する第三者がもつ媒介機能について分析していく。

（３）実践者の媒介機能

全青司は、児童養護施設における法教育実践を通して、アクセス阻害要因の一つである専門職の権威性を払拭し、具体的に活用できる社会資源の１つとして法律専門家を位置づけるという認識の転換を目指す取り組みを展開している。

当初は、児童養護施設にいる子どもたちの実態に沿った実践、すなわち急かされた自立により十分な社会関係資本を獲得できないまま、早い段階で社会生活を自らの力で組み立てることを余儀なくされている現状を前にして、消費者教育的要素の強い実践が展開されてきた。具体的にはクレジットカードの使い方、借金の恐ろしさ、保証人にならないことなど、実生活を強く意識した予防法的な側面を重視した実践が行われていた。しかしながら、こうした法的知識の啓蒙、あるいはトラブルを事前に回避するという予防的な知識の提供という従来の枠組みを超えた効果が認められつつあるという。それは、退所後の子ども達を支える存在としての法律専門家の位置づけである。

児童養護施設にいる子ども達は、貧困や被虐待の経験がある場合が多く、そのような背景が学歴形成や他者との人間関係構築に支障となっている実態が存在している。つまり、人的な資本も、文化的な資本も、経済的資本も極めて脆弱な状態で、実社会へと参加しなくてはならない状

況に直面している。

もちろん、こうした状況に対しては、施設卒園後の受け皿を確保すべきであるとの主旨から2008年には児童福祉法改正が行われ、その中でもとりわけ「年長児の自立支援策の見直し」の中で、児童自立生活援助事業の対象について義務教育修了後（18歳未満）のほか、20歳未満の子どもに対しても支援の対象が拡げられることになった。

しかしながら、20歳以上の子どもは法律の対象外である。年齢を問わず、施設を出た後の子供たちが困難を複合的に抱え込みやすいという実態は変わらないが、少なくとも法律上は20歳以上の者に対する体系的支援は乏しいと言わざるを得ない。

20歳以上の者に対する支援としては、例えば自らも施設での生活経験を持つOBやOGたちが主体となって運営している居場所作りを目的としたNPO法人や、仲間作りの会合等がその役割を担っている。こうした団体や仲間内での会合が、実質的には退所児童の社会的居場所となっている場合が多いが、問題なのはそうした集まりに自主的にアクセスできない場合である。自主的なアクセスができない場合は、法的支援の対象から外れた途端に社会的に孤立することにつながる。

こうした実態に接し、石井（2010）は、クレジットカードの使い方や契約の際の注意点を教える技術的な法的知識の啓蒙という当初の目的を超えて、児童養護施設で法教育実践をすることに別の意味合いを見いだしている³⁴。

それは、「社会資源の1つとして、法律家を認識してもらうこと」である。そこには、「自立」するということは、決して「一人で抱え込むことではない」ということ、また、困った時には「相談でき、頼れる人間関係を身に付けること」、またそれは「社会資源とつながる力を持つこと」であるという考えがある。石井は、児童養護施設に暮らす高校生達の交流会（3日間の合宿形式）へ参加し、その中で身近にある規則の妥当性を模擬裁判という形で企画したり、ワークショップでルール作りを体験してもらったりという活動も展開している。こうした活動を通して、石井は「社会資源の1つとして、さまざまなかわりを通して子どもたち

³⁴ 前掲（2010）石井・外山・金城。

との間に関係性を構築し、安心して相談できる存在にならなければならない」として、法律家を社会資源の1つとして認識してもらうことに法教育活動の新たな意味合いを見いだしている。

(4) 信頼できる他者としての存在

こうした石井の指摘は、本稿の問題意識に照らしても非常に重要である。ただでさえ人的にも経済的にも十分な支援を得られない子どもたちは、社会的に孤立しやすい状況にある。若年層の司法アクセスが7.7%であることを考慮に入ると³⁵、施設にいる子ども達にはより一層法システムへのアクセスが遠いであろうことは想像に難くない。

石井(2010)の指摘を踏まえた上で、筆者は児童養護施設において「法教育」活動をすることに伴う副次的効果として、実践者が第三者の大人として位置づけられ実践が展開されていることに重要な意味づけが存在すると考えている。

すなわち、人間関係の拡がり限定される傾向にある児童養護施設の子どもたちにとって、学校関係者でもなく施設の職員でもない第三者の大人である法律専門家が来訪するということが、子どもたちの法的存在に対する認識に変化を促すことにつながり、将来的な人間関係を新たに拓けるための契機になることが予測される。施設の生活は規則正しく、食事も提供され、もちろん暴力もふるわれない。しかしながら、児童養護施設の性質上、昼夜を問わず常に複数人の同年代の子ども達と生活を共にし、長時間にわたり同じ空間に同じメンバーが顔を合わせることで職員や子ども達との関係性が非常に濃密になりやすい環境にある。このように人間関係が固定されがちな状況の中で、当事者でもなく、職員でもない、「第三者の大人」が関わることは、固定されがちな人間関係に新しい風をもたらすという、ささやかかもしれないが、しかしながら重要な副次的効果が期待されるのではないかと考える。

さらに言えば、親からの虐待や家庭環境の不安定さなどの要因により、身近に将来の参考となり得るロールモデルの存在が不足している状況にある子どもたちにとっては、法律専門家との関わり合いやボランティア

³⁵ 拙稿(2015)「社会的排除と法システム(1)」北大法学論集第66巻第2号、70頁。

との関わり合いは、「職業教育」としての側面も持ち得ていると言えよう。ロールモデルの提示は人生を見通し統一した自己概念のもとで過ごしていこうとする意欲につながっていることが、犯罪社会学の分野で実証的に明らかにされている³⁶。破綻した環境で一時期を過ごしていたと思われる子どもたちにとっては、「第三者の（信頼できる）大人の登場」は、新たな大人像の発見にもつながり得ると思われる。

（5）全青司法教育実践の影響及び効果

これまでの分析（拙稿（2015：（1）～（3））では、社会からバカにされたという経験、ないがしろにされたという絶望感、それらが自己存在への危機感を煽り、自己の存在価値を守るための防衛策として社会への参加を拒み、権威性に裏付けされた司法へのアクセスを拒絶しているというリアリティの存在を明らかにしてきた。構造的な問題に起因する自己疎外は、しばしば自らの意思であると捉えられ、加速度的に社会資源へのつながりからフェードアウトしていく状況にある。一度周縁部に行ってしまうと、より一層社会や司法へのアクセスは困難さを増し、地域社会においても居場所がなくなってしまうという悪循環に陥る傾向が強い。表出化した事象だけを捉えて個人の責任に帰着しやすい傾向のある社会においては、表出現象の背景に対する配慮がなされることは多くなく、自己肯定感の低さに由来する社会的居場所の欠如は「個人の選択の結果」として放置される傾向にある。

このように考えるならば、〈法教育〉が「市民性の向上」を目指し、その「市民性」は最終的には包摂を意図していると捉えるとき、自ら問題を解決する能力の涵養も一方で大切ではあるが、自尊感情を取り戻し、躊躇なく各機能システムへつながる力の涵養をもう一方の側面として捉えることが重要であると言えよう。

全青司が展開する法教育実践に期待される効果として、第一に信頼できる第三者の大人との関わりあい（この場合は法律専門家）が挙げられ

³⁶ もちろん、犯罪社会学における検討分野と本節における検討分野は異なっているが、身近な他者を通じたロールモデルの提示とそこから得られる人生の見通しについての論点は共通点が多くあると思われる。

る。第二に、法律専門家との身近な接触を通して、法律専門家自体に対する肯定的な認識が形成され得る点が挙げられる。この場合、社会資源の一つとして法律専門家を認識することを通して、法制度自体に対する一定の信頼が涵養されることが期待されると思われる。少なくとも、拒絶ではない反応が期待できる。前章までの考察を踏まえるならば、児童養護施設という急かされた自立を求められつつも、彼ら彼女らが持つ社会基盤及び社会資源が脆弱であるという実態を前にしたとき、全青司が展開している法教育実践は彼ら彼女らに対して法律専門家への信頼を育み、それが結果として広い意味での法制度全般に対する信頼へと結びつき、自己疎外に由来する複数の機能システムへのアクセス拒絶を克服する可能性を大いに含んでいると言えよう。

退所後の支援との関連で言うならば、退所後にトラブルに巻き込まれそうになった時に、同年代の仲間以外に頼れる大人を「知っている」ということが、被害拡大を防ぐ大きな防波堤となると思われる。もちろん、子どもたちの中には、親の離婚問題や親権問題の際に接した法律家へのイメージとして好ましくないイメージを持っている場合もあると思われるが、少なくとも、法教育活動を通して困った時に具体的に頼れる橋渡しとなる法律家を知っているか知らないかは大きな違いであろう。全青司が取り組む法教育活動が、社会資源の一つとしての法律家イメージに一役買っているならば、それは法的知識の啓蒙という従来の側面を超えた、新たな側面の可能性を示唆していると捉える事ができる。

以上、全青司による児童養護施設での法教育実践を分析してきた。

そこからは、実践当初の目標であった社会生活上のトラブルを事前に回避するという消費者教育としての側面の存在のほかに、法律専門家が児童養護施設に立ち入って職員との連携の基に実践を展開するということがもたらす副次的効果として、人間関係の固定化がされがちな空間に新しい拡張作用をもたらししていること、さらには、それらの活動で紹介した知識を単なる法的知識としてではなく実際に困った時に頼れる存在として法律専門家を認識してもらうこと、法律専門家個人に対する信頼が広い意味での法制度全般に対する信頼につながりうることが明らかになった。こうした取り組みは、排除状況からの脱却を探索の意味でも重要

な示唆を与えている。

2. 「相談できる力」「社会資源の一つとしての法律専門家観」に着目した司法書士による法教育実践

上記 1. では、全青司が展開する児童養護施設における法教育実践の可能性について考察してきた。そこでは法律専門家が登場することに伴う副次的効果、すなわち信頼できる第三者としての役割が示唆された。以下の 2. では、法律専門家に対する認識と実際の法使用行動との関連性を探索するために、社会資源として法律専門家を認識することがトラブルを抱えた当事者にとってどのような意味を持つのかに焦点を絞り検討していく。

この課題に応答するために、筆者は「社会資源の 1 つとしての法律専門家認識の涵養」の重要性を指摘している司法書士への聴き取り調査を実施した。以下では、社会資源の一つとして法律専門家を認識してもらうことう主眼におく司法書士法教育ネットワーク事務局長である小牧美江氏へインタビューを行った³⁷。

（１）「社会資源の一つとしての法律専門家観」「相談できる力」への着目と実践

小牧氏は、司法書士法教育ネットワークの事務局長としての役割を果たしながら、事務所を構える大阪において教員、弁護士、司法書士との連携による法教育勉強会を開催している³⁸。小牧氏は、司法書士法教育

³⁷ 司法書士法教育ネットワークは2007年4月8日に発足した。2011年度末時点で正会員（司法書士）が95名、賛助個人会員（教員、社会保険労務士、学生等）が19名、賛助団体会員（司法書士会、青年司法書士会、全国青年司法書士協議会等）10団体がある。司法書士法教育ネットワークの概要を紹介したものとして、西脇正博（2010）「司法書士法教育ネットワークの現在、そしてこれから—司法書士の果たすべき役割とは—」市民と司法63号、64-68頁。西脇正博（2009）「司法書士の法教育の実践とネットワーク」月報司法書士448号、34-38頁。筆者は最初のインタビュー調査を2012年9月に行った。

³⁸ 2005年4月に高校教員の呼びかけによりスタートした勉強会。当初は司法書士と教員が労働をテーマとした法教育の授業を考えることから出発したが、

ネットワークの活動と、大阪で行っている法教育勉強会への参加を通して、法教育実践を行う上では多様な専門職（教員、司法書士、弁護士、社会保険労務士等）がそれぞれの立場から異なる視点に基づいて問題意識を出し合うことが重要であると指摘している。

勉強会に参加してよく思うことは、それぞれの専門家によって見ている世界が違うんだということですね。例えば学校の先生からは今の高校生や中学生の実態というものをリアルに教えてもらうことができる。司法書士をやっていると、学生さんの年頃の人たちとはあまり関わる機会がないので。

さらに、勉強会において労働関連の授業案を作成した際の教員と法律専門家との関わり合いの有意義性について以下のように述べている。

逆に、私たち司法書士や弁護士たちは、例えば労働基準法違反のはたらき方についての法的な観点を持っている。こういう教員と法律専門家の「相互作用」みたいなものがあるから、勉強会で授業を作っても地に足がついているという感じがするのかもしれないね。

そうした認識の上で、法律専門家が社会において果たすべき役割として、小牧氏は法律専門家が持っている現状認識を外部に向けて発信することと、多職種の連携構築を行うことを指摘する。

法律専門家はただデーンと座っているだけでは駄目。勉強会を通じて他の専門家の方たちと接していると、いかに私たち法律専門家の見ている世界が特殊で限定的かということがよく分かります。だからせめて、法律専門家が見ている世界を外部に発信することが大切なんだと思います。きっとそうすることによって、勉強会みたいに

徐々に参加者の多様性を確保していくようになる。正式名称は、法律家と教師で育てる法教育勉強会。会では活動の成果として『“はたらく”を学ぶ』という冊子を公刊している。2012年9月現在、Vol.1～Vol.3までが発行されている。

いろんな専門家が集まる場所では互いの職能について理解が進むし、特長を最大限に活かした活動ができることにつながっているんだと思いますよ。

上記聴き取りからは、勉強会への参加を通して他の専門職の特色についての相互理解が進んでいる様子が分かる。こうした専門家同士の相互理解の進行は、実は「社会資源の１つとしての専門家」という理解を一般に広げる際に最初に必要とされる事柄であると言えよう。すなわち、専門家同士が互いの職能について正確に理解し、それぞれをうまく活用して１つの問題を解決しているというモデルが、依頼者のニーズが多様化し複雑化している今日において求められている専門家像であると捉える事ができる。

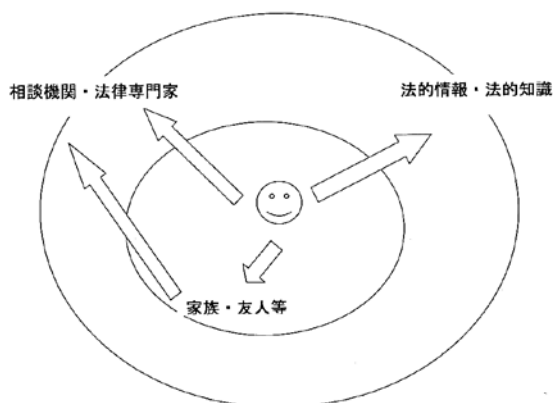
さて、小牧氏が「社会資源の１つ」として法律専門家を認識してもらうことを提唱している背景には、「困った時に相談できる力」を培う必要性を実務の中で敏感に捉えていることが背景にある。

何か困ったことが発生したとしても、相談として持ち込まれない限り、なかなか察知するのは難しい。だからこそ、まず、誰かに「相談する」ということができる力を身に付けないといけないと思います。

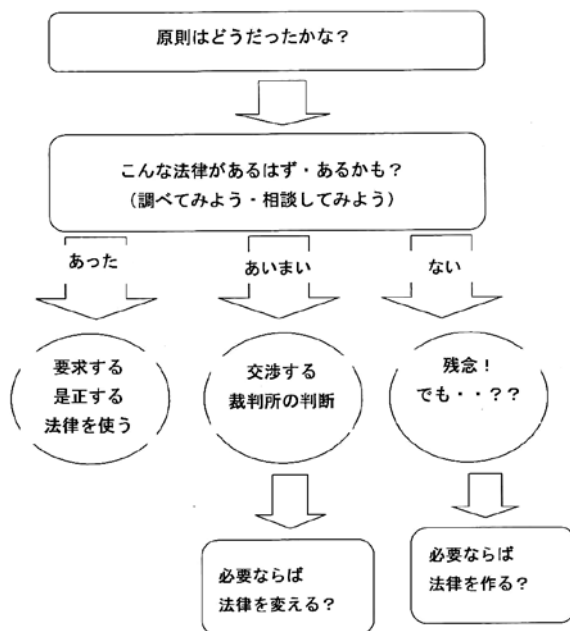
とりわけ「相談できる力」について、小牧氏は以下のような図を用いて説明している。

「相談する」という行動力を育成する必要性に着目している小牧氏は、勉強会のメンバーであり高校の教員である田丸美紀氏と共に作成した授業「それってDVなんじゃない？」³⁹を示しながら、DV被害者がひどい

³⁹ 司法書士である小牧氏と大阪府の高校教員（当時）である田丸氏は、総合的学習の時間を使って高校三年生のクラスを対象に①DVについての基本的な知識の獲得、②実際のDV被害について話を聞きDVの実際を知ること、③DV被害に遭ったときに相談する機関を知りアクセスできるようにすること、



【出典】小牧（2012:49）図1を参考に筆者作成。



【出典】小牧（2012:49）の図2を参考に、筆者作成。

状況にありながらも逃げ出すことができない心理状態を解説した上で、「相談」に行ったり声をあげたりすることができない場合があることを生徒に伝えるよう努力している。

インタビュー時にこの授業案の意図について伺ったところ以下のように説明してくださった。

当事者として相談できる力を培うことはもちろんですが、自分の身近にいるかもしれない相談できない人や相談できない状況に気付いてもらう意図もありました。自分自身が主体的に相談することはもちろんですが、被害者が相談できるように支援することができる力を持ってもらうことも、広く言えば市民性の育成ということにつながるのかしら、とも思っています。

小牧氏が指摘する「相談できる力の育成」とはすなわち、司法アクセスを具体的に拡張するために法律専門家が果たすべき役割についての指摘であると捉えることができよう。「社会資源としての法律専門家の位置付け」を涵養するためにはまず、当事者が法律専門家を気軽に活用できるための「相談する力」を獲得する必要がある。同時に、「相談できない状態」にある人々についての理解を促し、周りに相談できない状態にある人がいた場合には、社会資源の活用として法律専門家へつなげる役目を担うことも、小牧氏が目指す「法教育」の目的に据えられている。

（２）考察

—新たな法律専門家像の創出、権利主体としての自己認識—

こうした「社会資源としての法律専門家の位置付け」という新しい法律専門家観の涵養への必要性は、司法へのアクセスが阻害されている人々に対する着目から発生している。

従来の先行研究においても、法律専門家観の変化については、とくに

を授業の狙いに据えて授業を全８回に分けて組み立てている。田丸美紀(2012)「それってDVなんじゃない?」『“はたらく”を学ぶ Vol.Ⅲ—教師と法律家の協働による授業実践集—』法律家と教師で育てる法教育勉強会、23-32頁。

法社会学の分野において弁護士役割論の議論の蓄積がなされてきた。すなわち、在野法曹モデル、プロフェッションモデル、リーガルサービスモデルの提唱がなされてきたが⁴⁰、当事者のニーズの変化や、新たなニーズの発見（福祉分野における弁護士の役割への期待等）、また紛争解決方法の多様化（ADR、リーガルカウンセリングなど）に伴い、こうした従来の弁護士像について別の角度からの役割の付与が必要とされていると言えよう。

このような理解に立った時、小牧氏の指摘するところの「社会資源の1つとしての法律専門家」という位置づけは、新たな法律専門家像の創出を示しているものと思われる。すなわち、法的知識や法の規則的側面を固定化されたものとして伝えるのではなく、身近に存在する社会資源の一つとして法律専門家を位置付け、それを主体的に活用していくことを含めて伝えることは、所与の前提としての法認識ではなく、必要があれば法を変えたり新しく作ったりすることもできるという柔軟な法認識の涵養にも寄与するものであると言えよう。

第五節 一般性と属人性の相克

1. 本章のまとめ

これまで、本章(第六章)では第一節から第三節において、司法ソーシャルワークを実践するNPO法人をはじめとするいくつかの事例をもとに分析を行ってきた。そこからは、支援対象者の枠組みを設けることが、「支援の対象」に当てはまらない人々を結果として排除してしまう点や、法的情報の提供と実際の活用との間には大きなギャップが存在している点を実証的に明らかにした。こうしたシステムが持つ排除性を克服するための1つの契機として、専門的観点に基づく具体的支援策の提供や、実際に足を運んで根気強く当事者と関わろうとする一人ひとりの職員達

⁴⁰ 宮川光治(1992)「あすの弁護士—その理念・人口・要請のシステム—」宮川光治、小山稔、那須弘平、久保利英明編『変革の中の弁護士—その理念と実践(上)』有斐閣、1-37頁。しかしながら、1960年代の行動経済成長期を経て、権力と闘うことを前面に押し出した在野法曹モデルはもはや弁護士業務の一側面しか捉えられていないという指摘もある(宮川1992:3-5)。

の熱心な働きかけなどに代表される、パーソナルな行動に由来する要素（属人性）の存在が不可欠であることが観察された。

第四節においては、児童養護施設における法教育実践と、「社会資源の１つとしての法律専門家」という位置づけに着目した法教育実践を見てきた。児童養護施設における法教育実践の事例では、法的知識の啓蒙という枠組みを超え、「法」そのものに対するイメージの緩和（柔らかな法認識）と、法律専門家を身近な存在として認識する態度の涵養につながっている側面が観察できた。この論点は、これまでの法教育実践には欠けていた点であり、法が持つ社会的機能の可能性の一端を担っていると捉える事ができよう。本稿の問題意識に引き付けるならば、人間関係が限定されがちで進路選択の幅が狭くなりがちな状況にある子どもたちにとって、法システムをはじめとする複数の機能システムに対する認識を肯定的に転換し得る機能の萌芽を内包していると思われる。

人々が持つシステム自体に対する忌避意識や拒絶反応、さらにインタビューで触れられていたDV被害者が声を挙げられない状況の両方に共通しているのは、法が持つ権威性についての躊躇と、抑圧された自己疎外状況である。こうした状況を前にした時、市民と専門家の間にあるアクセス阻害要因（アクセスバリア）を除去し、適切な支援の場へつなぐ役割を果たすのは、当事者の身近にいる他者であるというリアリティ、そして法律専門家を社会資源の一つとして捉えることの重要性が示唆された。

こうした、属人性（パーソナリティ）の内訳を見てみると、１つ目には専門的かつ経験的な知識の蓄積が挙げられる。今回本章で主として取り上げた事例では、社会福祉士の活躍と弁護士との連携による相乗効果が、システムを有効に作動させるために中心的な役割を果たしていることが分かったが、社会福祉士や弁護士達に共通していたのは、専門的知識に基づく的確な判断である。加えて、当事者の状況に応じて臨機応変に対応を変えることのできる支援者の豊富な経験の存在である。したがって、属人性（パーソナリティ）を形成する１つの要素は、「専門的知識と経験の蓄積」であると指摘できる。

２つ目には、それぞれの専門職間における役割分担の明確化に代表さ

れる、専門職同士が抱く互いへの意識という側面が挙げられる。これはフィールドワーク時の聴き取りから明らかになった点でもあるが、ケース会議や公式・非公式での打合せや懇親会等で接する機会が増えていくにつれて、各専門職同士が互いに抱いていた警戒意識や役割分担への不安感というものが軽減されたという主旨のことを複数の職員が指摘していた。専門職同士も、これまでそれぞれの領域でしか活動を展開してこなかったために、他の専門職をどのように位置づけて活用すればよいのか分からずに戸惑っていた様子が見て取れる。この点から読み取れることは、システム融合を目指す際に最初にクリアすべき点が、実は専門職間の警戒意識や縄張り意識であるということであろう。属人性（パーソナリティ）を発揮する前提条件として、専門職間の垣根を取り除き、互いを有効に活用する術を獲得できたときに初めて実質性を伴った「連携」が可能になるものと思われる。したがって、属人性（パーソナリティ）を有効に機能させる2つ目の要素には、「専門職間の的確な役割認識」が挙げられると言えよう。

本稿全体の仮説、すなわち「疎外メカニズムと包摂メカニズムをつなぐ役割を果たすものに属人的（パーソナルな）要素が関連しているのではないか」という点に関しては、本章における事例分析を通して、属人的なアプローチの有効性を実証的に示すことができた。属人性を発揮する主体となる専門職間同士の警戒意識を取り除き、彼ら自身がまず互いを社会資源の1つとして活用してこうとする意識を持つことにより、縦割りの弊害やタコつぼ化を克服していくことが、システム作動要因としての属人性（パーソナリティ）を有効に機能させる上で重要であるという点が示された。

2. 「属人性」への依拠が内包する課題 ―支援者支援の必要性―

これまで、システムの存在と活用との間にあるギャップに着目し、そのギャップを埋め架け橋になる重要な要素として、事例検討を通し「属人的要素」の抽出を行ってきた。しかしながら、「属人的要素」が持つ有用性がある一方で、「属人的」であるがゆえに内包してしまう課題も存在している。

課題の1つには、「属人性」が持つ偶発性の問題である。本節でも見てきたように、当事者がシステムを活用しようと決断するとき、すなわち当事者の主体的判断に基づくシステム作動の背景には、関わった弁護士や社会福祉士らがもつ属人的（パーソナルな）関わり合いが大きな役割を果たしていた。出所後にNPO法人を活用して自立に結びついたNさん（A6）は、当初は法人の活用に消極的であったが、担当弁護士の熱心な働き掛けにより活用へと結びついたことを「ラッキーだった」と回顧している。確かに意欲の高い弁護士にあたったNさんは幸運であっただろう。たまたま司法と福祉の連携に熱心な弁護士会がある地域にいたという点もNさんにとって非常に有利に働いた。

Iさん（A10）の事例からも、たまたまIさんにNPO法人を紹介した弁護士が、過去に「ヤンチャ」であったこと、Iさんにとって重要な位置づけを持つ「趣味」の話ができたことという、いわば偶然の一致により、弁護士に対するIさんの「信頼」が強固になっていったという経緯がある。

しかしながら、そうした「幸運」や「偶然の一致」、そして「地理的優位性」に依存する現在の状況は、普遍的な存在であるシステムへの接近が、「属人的要素」や「地理的優位性」といった不安定要素に大きく依存しなければ有効に機能することができていない状況を示している。

換言すれば、システムが持つ硬直性やシステム自体への拒否反応を打破する有意義な要素として「属人性」の有効性が指摘できるものの、その「属人性」はある種の「幸運」に左右されており、システムの存立基盤である普遍性・一般性と根本から対立しているというジレンマが発生している状況にある。

課題の2つ目は、「属人性」をうみだす個人、すなわち「不信感」や「警戒感」、「不安感」というものに代表される、当事者がシステム自体に持つ心理的阻害要因を払拭する働きをしているキーパーソンへの過度な依存がもたらす弊害である。

事例からも読み取れるように、社会福祉士たちは筆者が見る限り非常に緊張した毎日を、まさにほとんど24時間強いられているようにも感じられた。このようなキーパーソンへの過度な依存は、個人の疲弊を致命的で重大なものにするばかりか、イレギュラーな特殊事例として注目さ

れるだけに留まり、システム作動要因としての属人性が持つ有用性を広く一般に応用可能なものとして作動する事を妨げてしまう可能性がある。

すなわち、「あの人だから」「あの団体だから」うまく機能しているという評価付けの固定化は、なぜそこで上手く機能しているのかについての分析と分析結果の汎用性を高めることを阻害している。

「素晴らしい事例」として注目されつつも、そうした素晴らしい事例を可能にしている背景を分析し、共有する努力を継続し、普遍的なものとして全国各地で実現しない限り、いつまで経っても特殊事例としての位置付けから脱却できず、キーパーソンへの依存も半永久的に継続されることになる。キーパーソン依存傾向は、その依存が強ければ強いほど、その本人が倒れたり異動などによりその地域からいなくなってしまうとすると途端にシステムがうまく機能しなくなるという危うさを含んでいる。こうした、個人＝キーパーソンの重大な疲弊の上に成立するメカニズムは、道義的にはもちろんのこと、システムの安定性という根幹部分に関わる重要な課題であると言えよう⁴¹。

3. 一般性と属人性の相克

本章で取り上げた事例で見てきたように、セーフティ・ネットの欠陥を補填しうる可能性を多く含む先駆的な取り組みを展開している NPO

⁴¹ この点に関連して菅富美枝 (2010) は、自発的支援行為を行っている団体などを国が側面支援するという方法について言及している。すなわち、菅はイギリスの成年後見制度を基礎づけている2005年の意思決定能力法 (the mental Capacity Act 2005) が、「支援を自発的にやりたいと望む人々が過剰な法的責任に委縮することなく、積極的に任意の利他的支援活動に従事するための法的基盤を整備することによって、自発的な支援行為を側面支援している」として、この構図を、支援者を支援しようとする「二重の支援構造」であると分析している (菅2010:51-52)。こうした「二重の支援構造」は、キーパーソンへの過度の依存や疲弊を予防するだけでなく、任意の支援者を管理ではなく「支援」することにより、先駆的事例のエッセンスを共有し、社会全体における支援体制の構築を可能にする構造であると言えよう (菅富美枝 (2010)「判断能力の不十分な「市民」を包摂する「市民社会」の法制度—イギリスの成年後見制度を手掛かりとして」法哲学年報2010年号有斐閣、47-60頁)。

法人や、「属人的魅力」に基づいた個別ケアを実践している個人・団体の取り組みは、当事者一人ひとりに寄り添った心理的側面における支援が不可欠となっていることを示している。システムへのアクセス阻害要因の根幹部分に存在していると思われる心理的側面に働き掛けるこれらの取り組みは、当事者がシステムに参加しようと思える意欲の喚起を呼び起こしているという点において、これまでの「表面的な」啓蒙とは一線を画していると言えよう。

しかしながら、2. で指摘したように、まさに「個々人への支援」であるがゆえに、責任の所在を「個人」に求めることへの危険性を常に内包している。もちろん、観察したいくつかの事例では非常に慎重かつ思慮深い実践が行われていたが、実践の目指すところを見失わないためにも折に触れ注意する必要があると思われる。

本章では、システムの作動要因として属人的要素が大きな影響力を及ぼしているという実態を明らかにしたが、一方で、こうした「属人性」に依拠したシステムの作動は、まさに「属人的」であるがゆえに、システムとしての安定性に欠けるというジレンマの存在を顕在化させた。

一連の分析から、システムが原理的に抱え込んでしまう硬直性を緩和し、システムが実際に作動する際の重要なポイントとして「属人的要素」が不可欠であるのは明らかであると思われるが、一方で属人的要素に依拠しすぎるとシステムとしての安定性に欠けるという相克が生じている点も同時に明らかになった⁴²。

属人的（パーソナルな）信頼がシステムへの信頼につながり、それがシステム阻害要因の一つである心理的要因の除去に寄与するという仮説

⁴² これまで熱心に法教育活動をしていた学校教員が、異動先の赴任校では生徒の学力や職場環境の理解等が十分ではなく実践を展開することができないという指摘を複数の高校教員から伺った。また、公益弁護士活動に注力している東京弁護士会所属の複数の弁護士から、司法ソーシャルワーク実践は重要であるものの、人材不足や経験不足により成功事例はいわば特殊事例として存在している側面もあるという指摘をいただいた。その上で、成功事例で蓄積された経験をマニュアル化して後継に引き継ごうとする動きもあることを、公益的活動を展開している複数の弁護士から伺った。

を、具体的に可能なものとして機能させるためには、有志の取り組みを下支えする仕組みの構築が不可欠であると思われる⁴³。

第七章及び終章は、紙幅の関係上、次号に掲載する。

〔次号に続く〕

〔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）およびクラン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）（2015～2018年度）」（課題番号:15K16909）、日本学術振興会特別研究員奨励費（2016～2019年度）（課題番号:16J02208）の交付を受けている。

〔謝辞〕

インタビュー調査に御協力いただいた皆様にこの場を借りて御礼申し上げます。

⁴³ 有志の自発的な支援行為を側面支援している「二重の支援構造」について、前掲菅（2010）。

犯罪論における 同時存在原則について（5）

瀬 川 行 太

目 次

序章

- 1 責任能力・故意と同時存在原則
- 2 犯罪構成要素と同時存在原則
- 3 本稿の視点

第一章 ドイツにおける同時存在原則

第一節 問題の所在

第二節 学説

- 1 同時性原理・連関性原理から説明する見解
- 2 形式的同時性・規範的同時性に分類して説明する見解
- 3 検討

第三節 非同時的事例の分類

- 1 前・答責性グループ
- 2 補足的グループ
- 3 内在的グループ
- 4 検討

第四節 小括

（以上、67巻3号）

第二章 故意犯と原因において自由な行為

第一節 問題の所在

第二節 原因において自由な行為

- 1 判例
 - ①我が国の判例

- ②ドイツの判例
- 2 学説
 - ①例外モデル
 - ②構成要件モデル
- 3 私見
- 4 私見と判例の関係
- 第三節 実行行為途中からの責任能力の低下
 - 1 問題の所在
 - 2 判例
 - ①我が国の判例
 - ②ドイツの判例
 - 3 検討
 - 4 私見
- 第四節 小括 (以上、67巻4号)

第三章 過失犯と原因において自由な行為・違法性の意識の可能性

- 第一節 問題の所在
- 第二節 原因において自由な行為
 - 1 判例
 - ①我が国の判例
 - ②ドイツの判例
 - 2 学説
 - ①原因において自由な行為は不要であるとする見解
 - ②原因において自由な行為は必要であり、構成要件モデルの立場に立脚する見解
 - ③原因において自由な行為は必要であり、例外モデルの立場に立脚する見解
 - 3 検討・私見
- 第三節 違法性の意識の可能性
 - 1 問題の所在
 - 2 判例
 - 3 学説
 - ①間接的行為責任論を主張する見解
 - ②故意責任を二種類に分ける見解
 - 4 検討
- 第四節 小括 (以上、68巻2号)

第四章 自招防衛・自招危難

第一節 問題の所在

第二節 自招防衛・自招危難

1 学説

- ①例外モデルに基づく統一的解決を主張する見解
- ②構成要件モデルに基づく統一的解決を主張する見解
- ③事前責任論に基づく統一的解決を主張する見解

2 検討

3 私見

第三節 小括 (以上、69巻3号)

第五章 遅すぎた結果発生・早すぎた結果発生・事後的な故意の発生

第一節 問題の所在

第二節 遅すぎた結果発生

1 判例

- ①我が国の判例
- ②ドイツの判例

2 学説

- ①第一行為と第二行為は分断すべきという観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解
- ②形式的同時性・規範的同時性の観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解
- ③BGHの行為に関する理解を批判し、故意既遂犯の成立に反対する見解

3 検討

第三節 早すぎた結果発生

1 判例

- ①我が国の判例
- ②ドイツの判例

2 検討

- ①予備行為と同時存在原則
- ②未遂の故意・既遂の故意と同時存在原則
- ③一連の行為と同時存在原則

補論：離隔犯・間接正犯との関係 (以上、本号)

第四節 事後的な故意の発生

第五節 小括

終章

第五章 遅すぎた結果発生・早すぎた結果発生・事後的な故意の発生

第一節 問題の所在

本章では、故意と同時存在原則の問題を検討する。故意の非同時性が問題になるケースは、大別すると二つに分かれる。一つは、「早すぎた結果発生」や「遅すぎた結果発生」などに見られる、結果発生時に故意が存在しないケースである。ここでは、行為者の意に反して結果が早く又は遅く発生した場合に、行為者は故意犯の罪責を負うのかが問題になる。結果発生時に故意が存在しない以上、このようなケースで故意犯を認めることは、事前の故意・事後の故意を認めることになり、同時存在原則の観点からは妥当ではないとも考えられる。そこで、故意犯を認めるためには、どの時点で故意が存在しなければならないのかを考察することが、本章の一つ目の検討課題である。

もう一つは、故意が事後的に生じる場合である。例えば、盗品等保管罪において、盗品の認識が事後的に生じた場合や、大麻譲受罪において、大麻であることの認識が事後的に生じた場合である。これらのケースでは、盗品又は大麻を譲り受ける際に、行為者には譲り受けた物が盗品又は大麻であることの認識が欠ける以上、同時存在原則の観点からは、不可罰であるように思われるが、判例は盗品等保管罪や大麻譲受罪の成立を認めている¹。そこで、これらのケースでは、判例は同時存在原則の例外を認めているのか、それとも同時存在原則に従った判断がなされたのかどうかを考察することにする。

加えて、イエルーシェックが指摘していた承継的幫助のケースが挙げられる。例えば、正犯者の窃盗既遂後に、共犯者がそこで初めて介入す

¹ 盗品等保管罪については、最決昭和50・6・12刑集29巻6号365頁。大麻譲受罪については、大阪高判平成6・1・28判時1492号145頁。

る場合に、同時存在原則の観点からは、共犯者には窃盗罪の幫助犯は成立しないようにも思われるが、ドイツの判例では、窃盗罪の幫助犯が認められていることをイエルーシェックは指摘する²。そこで、このケースでは、判例は同時存在原則の例外を認めているのか、それとも同時存在原則に従った判断をしたのかなどの、承継的幫助と同時存在原則の関係についても考察することとしたい。これが、本章の二つ目の検討課題である。

第二節 遅すぎた結果発生

1 判例

①我が国の判例

我が国の判例としては、大判大12・4・30刑集2巻378頁がある。被害者を殺害することを決意した被告人は、午前二時頃、予め切り取った約八・九尺の細麻縄で、居室の座敷で熟睡中の市之助（以下、被害者とする）の頸部を絞扼したところ、被害者が身動きをしなくなったので、被害者が死亡したと思った被告人は、犯行の発覚を防ぐために、十数町離れた海岸砂上まで被害者を背負って運び、砂上に放置したところ、被害者は砂末を吸引し、頸部絞扼と砂末吸引とによって死亡したというものである。判例は、以下のように述べて、殺人罪を認めている。

「犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テ海岸ニ運ヒ去リ砂上ニ放置シタル行爲アリタルモノニシテ此ノ行爲ナキニ於テハ砂末吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本來前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ナキニ於テハ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テスル砂上ノ放置行爲モ亦發生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社會生活上ノ普通觀念ニ照ラシ被告ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ト市之助ノ死トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ認ムルヲ正当トスヘク被告ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出デタル行爲ハ毫モ前記ノ因果關係ヲ遮斷スルモノニ非ザルヲ以テ被告ノ行爲ハ刑法第百九十九條ノ殺人罪ヲ構成スルモノト謂フヘク此ノ場合ニハ殺人未遂罪

² Günter Jerouscheck/ Ralf Kölbel, Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, S.419ff.

ト過失致死罪ノ併存ヲ認ムヘキモノニ非ス」

②ドイツの判例

ドイツの判例としては、BGHSt 14, 193がある。被告人は、被害者が叫ぶことを防止するために、条件付き故意 (bedingte Vorsatz) で、被害者の口の中に砂を２回つめた。これによって被害者は意識を失い動かなくなったので、被告人は被害者が死亡したと勘違いした。被告人は被害者を肥溜めに投げ捨てたところ、実際には被害者は肥溜めで溺死したというものである。BGH は、以下のように述べて、刑法212条³(故殺罪)の成立を認めた。

「陪審裁判所が、被告人が、意識を喪失した被害者を投げ捨てる際にも、継続する条件付き故意を有して行為していたということを述べようとしていたのであれば、それは誤りである。条件付き故意は、被告人が被害者を死亡していたと確信していたことによって、むしろ喪失していたのである。不明確で歴史上時代遅れの概括的故意という概念は、この事実を変えることはできないのである。概括的故意を援用することで、本来の殺人の故意を、実際には殺人の故意が存在しない第二行為にまで拡大することは不適切なのである。被告人は、被害者の口に砂を２回つめることによって、死亡を直接的には確かに惹起していないが、間接的には死亡を惹起したのである。なぜならば、被害者が最終的に動かずに倒れたという結果が、被告人によって死亡したと思込まれ、それゆえに被害者は被告人によって肥溜めに投げ捨てられたのである。被告人が条件付き故意で行為した第一行為がなければ、被害者の死亡には至らなかったのである。それゆえに、第一行為が被害者の死亡原因である。被害者の死亡は、確かに、被告人が思い描いたものとは異なった様式で発生している。しかし、行為者が認識した因果経過と実際の因果経過のずれは、些細なものであり、法的に意味をなさないのである。この論理は、直接的故意の事例に対しては繰り返し適用されてきたところである。いずれ

³ ドイツ刑法第212条 1 項 (故殺) 人を殺害したが、謀殺者ではない者は、故殺者として5年以上の自由刑に処する。

ドイツ刑法第212条 2 項 特に犯情の重い事案では、無期自由刑を言い渡すものとする。

にしても、被告人が第一行為の際に条件付き故意で行為していたということは、別の解釈を想定するに理由にはなりえない。なぜならば、2種類の故意を区別することは、因果性とは無関係だからである。」

2 学説⁴

①第一行為と第二行為は分断すべきという観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解⁵

この見解の主張者であるルシュカは、遅すぎた結果発生に関するBGHの判例を、以下のように批判する

「第一行為による遂行された殺害の想定に際し、何が第二行為に起こったのか（第二行為はどのように扱うのか）という問題に対して、BGH及びそれに従う学説が態度決定をしていないということが、奇異な感じをあたえるのである。しかしながら、第二行為を検討しないわけにはいかないのである。特に、行為者が被害者を少なくとも第二行為によっても過失的に殺害したということは、誰も否定することができないであろう。つまり、この種の全てのケースにおいて、死亡は第二行為によりまさにもたらされているのである。しかしながら、この自明性（第二行為により死亡がもたらされたこと）から出発するのならば、BGHの解決策は、行為者が第一行為と同様に第二行為によっても被害者の死亡を引き起こしたという想定を含意していることになる。この場合に、二つの解釈が可能である。一つは、行為者は被害者の死亡を第一行為・第二行為のいずれによっても排他的に引き起こしたということ、つまり行為者は被害者を2度殺害したということである。もう一つは、第一行為・第二行為の両方が被害者の死亡を蓄積的に引き起こしたということである。しかしながら、第一の解釈は不合理である。なぜならば、同じ人間を2度殺

⁴ 遅すぎた結果発生の場合で、我が国及びドイツでの学説では、殺人罪の成立を肯定する見解が多数である。そこで、本稿では、同時存在原則の観点から遅すぎた結果発生の場合を検討し、殺人罪の成立を否定するドイツの見解を主に参照することにする。

⁵ Joachim Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982,S.319ff.

害することはできないからである。それゆえに、BGHのテーゼは、第一行為と第二行為の両方による蓄積的な殺害の想定を含意しているのである。つまり、それは、2つの行為が一緒に考察されていることを意味するのであり、行為の一体性と意味の一体性を暗に含意しているということの意味するのである。しかしながら、それは、同時存在原則に抵触するという結果になるのである。2つの行為に関する行為の一体性と意味の一体性の想定においては、第一行為において与えられていた殺害の故意が、（死亡という結果を引き起こす）行為遂行に必要な不可欠な第二行為に対しての単なる事前の故意にすぎないということが隠べいされているのである。解決の試みが、同価値性の意味において機械的に第一行為と結びついている第二行為を、単なる結果として捉えているということに、とりわけ誤りが存在しているのである。・・BGH及びそれに従う学説は、ウエーバーの概括的故意が行ってきたことをこっそりと行っているのである。ここ100年の間で展開されたこの種の学説は、第一行為時に生じた殺害の故意は第二行為にも拡張されうるということを述べている。そのような過度に拡張された故意はウエーバーの概括的故意を意味するということは何ら偶然ではないのである。その名称が以下のようなトリックを明白にするのである。そのトリックは、事前の故意を第二行為に対する行為故意と宣言することの中に存在しているのである。いずれにせよ、最近のこの学説の主張者は、このことも認識しているのである。その時に、同時存在原則の抵触がしばしば言及される。今日、ウエーバーの概括的故意は、BGHの言葉によれば『法の歴史において、もはや時代遅れ』ということになっている。しかしながら、BGHの用いた論理は結局のところ、このウエーバーの概括的故意の新たな変種にすぎないのである。」

このようにルシュカは、殺人罪の成立を認めるBGHの論理は、ウエーバーの概括的故意の変種にすぎないとして、遅すぎた結果発生の場合では、行為者には殺人未遂罪と過失致死罪の併合罪が成立することを主張している。

②形式的同時性・規範的同時性の観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解⁶

この見解の主張者であるイエルーシェックは、遅すぎた結果発生の場合を、以下のように分析する⁷。

「自然的な原因として縮小・制限される第二行為に対して、重要性を否定することは不可能なのである。肥溜めへ投げ捨てる行為は一つの行為であり、このことは誰も疑いようがないのであり、そしてこの行為は、過失致死の構成要件を満たしているのである。・・・支配的見解は、併合的な過失致死を認めることなく、2つの行為を1つの行為へと統合することで、殺人既遂という結論に至る・・・しかしながら、このような論理は、本来の同時性の問題や帰属問題を隠蔽することにもなるのである。概括的故意のケースでは、行為者は、最初に構成要件の結果に対する客観的危険を設定し、その後、もともと存在した故意は消失し、結果が実現されるのである。この状況の評価も、形式的な同時性の観点だけから述べられてはいない。むしろ、規範的な同時性の具体的射程範囲、すなわち刑法16条⁸が、どの客観的な行為部分まで、相応する行為者の認識を前提としているのか、そして刑法16条はそれにより必要な故意の同時性をどのように定義しているのかという問題が決定的なのである。」

このようにイエルーシェックは、形式的同時性の観点からは、第一行為と第二行為は分断されると主張する。そして、規範的同時性の観点からも、第一行為と第二行為は分断されることを以下のように述べる⁹。

「この問題は、行為者が時間的に延長された構成要件実現を、主観的にどの程度まで同時に反映・反応しなければならないかという一般的問題に係る。このような問題に対しては、体系的論証に基づいて検討することが可能である。刑法は、上述の構造と同じ状況を認識している

⁶ Jerouscheck/Kölbel, aa.O.(Fn2),S.422ff.

⁷ Jerouscheck/Kölbel, aa.O.(Fn2),S.422ff.

⁸ ドイツ刑法第16条（行為事情に対する錯誤）1項 行為遂行の際に、法定構成要件に属する事情を知らなかった者は、故意に行為したものではない。過失の遂行を理由とする可罰性は、なお残る。

ドイツ刑法第16条2項 行為遂行の際に、より軽い法律の構成要件を実現する事情を誤認した者は、より軽い法律に従ってのみ、故意による遂行を理由として処罰されうる。

⁹ Jerouscheck/Kölbel, aa.O.(Fn2),S.422ff.

のである。ある行為者が主観的には、終えられた行為を撤回したが（それは故意の消失を含むが）、行為者の結果発生防止の努力は失敗に終わるのである。このようなケースで、行為者が原因となって創出された危険が結果へと現実化した場合には、行為者は既遂犯で処罰されるべきなのである。それに対して、危険の結果への現実化が欠ける場合には、客観的帰属の規定に従えば、未遂犯のみが成立するのである。刑法24条¹⁰に従って、法益侵害が発生しているにも関わらず、真摯な結果防止努力が中止犯へと至るのである。この法的帰属モデルは、いつから故意の消失が故意行為を排除するのかという同時性の問題に、暗に答えているのである。それゆえに、概括的故意の構造ケースでは、この法的帰属モデルは刑法16条の中へと組み込まれるべきなのである。客観的・主観的構成要件の不完全な同時性は、行為者の主観からは、行為終了の段階後（つまり第一行為後）に、もはや故意を取り除くことはできないのである。しかしながら、故意的に設定された危険が結果へと現実化した場合には、既遂犯へと至ることになる。過失的に発生した危険が故意的な危険へと永続化させ、すなわち過失的に発生した危険が故意的危険と結びつき、蓄積する場合には、概括的故意のケースにおいて、この状況が存在することになる。しかしながら、仮に結果直近行為が過失として可罰的であるならば、客観的な結果の帰属を遮断するため、第一行為の既遂犯は問題にならないのである。大抵の場合、第一段階で発生した法益の危殆化は、法益侵害に対しては未だなお十分ではなく、第二行為は当初の計画と変更された危険を発生させるのである。ここでは、危殆化の実現が欠けるために、結果は故意的行為には帰属されないのである。それに対し

¹⁰ ドイツ刑法第24条（中止犯）1項 任意に更なる行為の遂行を放棄し、又は行為が既遂になるのを妨げた者は、未遂を理由としては処罰されない。中止行為者の関与がなくとも、行為が既遂に達しなかった時に、行為者が任意かつ真摯に、行為が既遂に達するのを妨げるように努めた場合には、処罰されない。

ドイツ刑法第24条2項 複数の者が行為に関与した場合に、任意に既遂に達するのを妨げた者は、未遂を理由としては処罰されない。但し、その者の関与がなくとも、行為が既遂に達しない場合、又は、その者の以前の行為寄与とは関わりなく行為が開始された場合には、行為が既遂に達するのを妨げる任意で真摯な努力があれば、その者の不処罰には十分なのである。

て、結果発生に決定的な第二行為部分では、第二行為の着手まで少なくとも必要である同時的故意が欠けているのである。」

つまり、イエルーシェックは、規範的同时性の問題を考えるにあたり、中止犯の規定を参照しながら、第一行為と第二行為の危険が蓄積されることで結果が実現された遅すぎた結果発生の場合では、第二行為が過失行為として可罰的であり、第二行為時に必要な同時的故意が欠けていることから、結果は故意行為である第一行為には帰属されないことを主張する。

③ BGH の行為に関する理解を批判し、故意既遂犯の成立に反対する見解¹¹

この見解は、BGH の論理を、以下のように批判する¹²。

「第一行為と、因果経過の非本質的な逸脱を想定することを通じて、BGH は既遂の可罰性へと至っており、この結論は学説においても広範囲で同意を見出している。興味深いことは、この判例が出るまで支配的見解であった未遂解決について、BGH は何も述べていないことである。・・BGH の解釈は、概括的故意の新たなバリエーションの1つにすぎないというルシュカの卓越したメッセージが、詳細に具体化されるべきである。・・行為 (Tat) に属するのは、法的に記述された構成要件だけでなく、それ (構成要件) に続く生活実態 (Lebenssachverhalt) も行為に属するのであり、肥溜め事例の場合には、死体を埋める行為がこれに該当する。この統一的な生活実態がどの程度まで広がるのかについては、BGH NStZ 2001,29が述べている。行為者は、死体と勘違いした被害者を埋めることを、第三者に任せた。依頼を受けた第三者は、被害者がまだ生きていることに気づき、被害者を一発殴り殺害した。第三者の殴打が致命的に作用したかどうかは解明されることができなかったので、刑事部は行為者を第一行為による殺人既遂で処罰した。この結論は驚くべきものである。というのも、行為者は、第三者を巻き込むことに

¹¹ Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, 50 Jahre Jauchegrubenfall (BGHSt14,193) - Alter Wein in noch älteren Schläuchen?, JR,2011,S.103f.

¹² Oğlakcioğlu,a.a.O.(Fn11),S.104f.

よって、統一的生活実態を、自分自ら引き裂いたからである。つまり、生活実態の任意的分割は問題になりえないということである。このような過度に広範な行為概念は、全体的考察（Gesamtbetrachtung）に焦点を合わせ、失敗に終わった個々の行為（肥溜め事では、第一行為）は決定的なものとしては考えないことによって、周知のように、刑法24条1項（中止犯、「更なる行為の遂行」という文言）の枠組みの中で主張されている。但し、生活実態という概念に対しては、広範囲に及ぶ意味は認められるべきではない。生活実態という概念は、同時存在原則を適切に維持することに対しては機能しないのである。」

つまり、この見解は、遅すぎた結果発生の場合を因果関係の錯誤として解決するBGHの見解に対して、「行為には、構成要件に続く生活実態も含まれる」という理解をBGHは基礎にしていることを指摘する。しかし、BGHの行為に関する論理は、行為概念を過度に広汎にするため、同時存在原則を適切に維持することはできないと批判する。

3 検討

遅すぎた結果発生に関するこれまでの議論を要約する。我が国の判例は、第一行為と結果の因果関係を問題にしており、故意の非同時性については、「被告人ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出テタル行為ハ毫モ前記ノ因果関係ヲ遮斷スルモノニ非ザル」と述べているだけで、具体的な説明は存在しない。他方で、ドイツの判例は、第一行為と結果の因果関係を問題にし、故意の非同時性については、「行為者が認識した因果経過と実際の因果経過のずれは、些細なものであり、法的に意味をなさないものである」と述べていることから、因果関係の錯誤として把握しているといえよう。

但し、我が国及びドイツの判例共に、殺人罪の成立を認める点では、共通している。学説では、我が国及びドイツ共に殺人罪の成立を認める見解が支配的であるが、ドイツでは、殺人罪の成立を認める判例の見解に反対し同時存在原則を重視する観点から、第一行為と第二行為を分断し、殺人未遂罪の成立を認める見解も主張されている。

それでは、我が国及びドイツの判例の理解は、同時存在原則を重視していないのであろうか。殺人罪の成立を否定する見解からは、判例の理

解は同時存在原則を隠蔽するもので、ウエーバーの概括的故意の変種に過ぎないと厳しく批判がなされていた。確かに、殺人罪の成立を認めることに賛成する学説からは、同時存在原則の点について詳細な説明がなされていなかったといえる。そこで、以下、同時存在原則を重視する立場から、BGHの論理を否定する見解を検討することにする。

まず、ルシュカ・イエルーシェックは、遅すぎた結果発生の場合で殺人罪の成立を認めることが、行為の一体性を認めるもので不当であるということを描き立てていた。ルシュカは、「BGHのテーゼ（理論）は、第一行為と第二行為の両方による蓄積的な殺害の想定を含意しているのである。しかしながら、それは、2つの行為が一緒に考察されていることを意味するのであり、行為の一体性と意味の一体性を暗に含意しているということの意味するのである。それは、同時存在原則に抵触するという結果になるのである。」と述べており、イエルーシェックも、「支配的見解は、併合的な過失致死を認めることなく、2つの行為を1つの行為へと統合することで、殺人既遂という結論に至るが、しかしながら、このような論理は、本来の同時性の問題や帰属問題を隠蔽することにもなるのである。」と述べていた。

これらの主張は、「遅すぎた結果発生の事例で殺人罪の成立を認めることは、第一行為と第二行為を一連一体の行為として扱うことであり、結局はウエーバーの概括的故意と変わらない」ことを描き立てるものといえる。そして、これらの主張からすれば、実行行為時における同時存在原則を重視する立場から、死亡原因となった第二行為時に故意が存在しない以上、第一行為と第二行為を分断すべき帰結へと至ることになる。

しかし、ドイツの判例は勿論、我が国の判例も、判旨の中で、「行為の一体性」については何も述べていないのである。我が国及びドイツの判例が、遅すぎた結果発生のケースで、第一行為と第二行為を統合して考えているのかは明らかではない。むしろ、我が国及びドイツの判例では、判旨を考察する限り、第一行為と結果の間の因果関係のみを問題にしているように思われる。

それでは、遅すぎた結果発生の事例では、第一行為と第二行為を一体として考えなければ殺人罪の成立を認めることはできないのであろうか。本稿は、第一行為と結果との間に因果関係が肯定できれば、第一行

為と第二行為を分断した上で、行為者に故意既遂犯の成立を認めることも可能であると考ええる。そして、遅すぎた結果発生の場合では、「犯人が、被害者を殺害後に、被害者の死体を遺棄することは稀ではないこと」、「医学的素人である犯人が、意識を失った被害者を死亡したと勘違いすることは稀ではないこと」、「第一行為と第二行為は時間的に近接していること」、などの諸点に鑑みれば、第一行為と結果との間に因果関係を肯定することは可能であるように思われる¹³。

但し、遅すぎた結果発生の事例では、「行為者は、第一行為で被害者を死亡させた」と誤信している点で、因果関係の錯誤が問題として残る。それでは、因果関係の錯誤は、故意を否定するのであろうか。

そもそも故意を認めるためには、構成要件該当事実を認識していなければならない、因果関係も構成要件要素の一部であるため、因果関係は故意の認識対象となる。しかし、行為者が将来の因果経過をあらかじめ全て認識することは不可能である。そこで、行為者が思い描いた因果経過と実際の因果経過が、構成要件の範囲内で一致していれば、行為者の認識のずれは因果経過の１コマとして評価され、行為者に故意が認められると解すべきである。とすれば、遅すぎた結果発生の事例でも、「被害者が、行為者の第二行為である死体遺棄行為によって死亡する」というケースは、行為者の第一行為から予想されるケースの一つに過ぎないのであり、行為者が思い描いた因果経過と実際の因果経過が、構成要件の範囲内で一致しているのであるから、故意は阻却されない。それゆえに、因果関係の錯誤は故意を阻却しないのである¹⁴。

¹³ このような指摘をするものとして、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2010年）276頁、橋爪隆「刑法総論の悩みどころ」法教408号（2014年）111頁以下。

¹⁴ 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣、2001年）963頁では、「行為者が認識した第一行為の危険性が具体的態様における結果に実現した場合には、故意は阻却されない」とする立場から、遅すぎた結果発生の事例では、行為者が認識しなかった別の要因（砂末の吸引）によって結果が実現されている以上、故意は阻却され、殺人未遂罪と過失致死罪の併合罪が成立することが主張されている。しかし、「行為者が認識した危険性」を基準としてしまうと、当該行為の危険性に無頓着である軽率な行為者程、故意が阻却される範囲が広がり、不

このように考えると、第一行為と第二行為を一連一体のものとして把握しなくても、第一行為と結果の間に因果関係が肯定される限りで、殺人罪の成立を認めることは可能である。それゆえに、ルシュカやイエルーシェックの批判はあたらないといえる。また、BGHの行為概念は妥当ではないとして批判する見解も、第一行為と第二行為を一連一体のものとして評価する前提に立脚していることから、この批判はあたらないといえる。

そうすると残る問題は、イエルーシェックが指摘した「遅すぎた結果発生」のケースは、過失的に発生した危険が故意的危険と結びつき、蓄積するケースだが、結果直近行為である第二行為が過失行為として可罰的である場合には、第一行為に対する客観的な結果の帰属は否定され、第一行為の既遂犯は問題にならない」という点である。換言すれば、遅すぎた結果発生「のケースでは、第二行為が過失行為で可罰的である以上、わざわざ第一行為を考慮する必要はないということであろう。

それでは、イエルーシェックの指摘は妥当なのであろうか。イエルーシェックの指摘を貫徹すると、過失行為が介在するケースでは、およそ行為者に故意犯として結果が帰属されることが否定されることになる。例えば、遅すぎた結果発生「のケースを少し変えて、行為者は殺意を持って被害者を殴打したところ、被害者は意識を失って倒れたので、死亡したと思って路上に放置したところ、自動車を運転中の第三者が被害者を過失によって轢いて死亡させたケースでは、行為者に殺人罪の成立を認めないことになる。第一行為の行為者は、被害者にどんなに重傷害を負わせたとしても死亡させない限り、被害者の死亡結果に対し責任を負わないことになる。しかし、このような論理は、逆に第一行為を軽視し、結果直近行為である第二行為を過度に重視する帰結へと至る。第二行為の行為者は、あくまでダメ押しのような形で死亡結果を惹起させたにすぎず、実質的に死亡結果を惹起させたのは第一行為の行為者である。やはり、上で挙げた設例では、第三者の行為は因果経過の介在事情として評価され、行為者と被害者の死亡の間には因果関係が認められるべきである¹⁵。

合理的結果を招くことになる。それゆえに、この見解は妥当ではないといえる。

¹⁵ このような指摘をするものとして、橋爪・前掲注(13) 111頁以下

よって、遅すぎた結果発生の事例では、実行行為並びに因果関係の起点としての行為は第一行為であり、第一行為と結果との間の因果関係を判断することで、故意の同時性の問題は解消されることになる。そして、第二行為が行為者の行為である点や死亡結果の二重評価の問題については、第二行為を共罰的事後行為として評価することで説明できるように思われる¹⁶。それゆえに、実行行為と故意の同時存在原則が満たされることになる。

第三節 早すぎた結果発生

1 判例

①我が国の判例

我が国の判例としては、最決平成16・3・22判時1856号158頁がある。被告人Aは夫Vを事故死に見せかけて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、被告人Bに殺害の実行を依頼した。Bは、他の者に殺害を実行させようと考え、C・D・Eを仲間に加えた。Bは、C・D・Eの3名が乗った車を、Vの運転する車に衝突させ、示談交渉を装ってVをC・D・Eが運転する車の方へと誘い込み、クロロホルムを使ってVを失神させた上、最上川付近まで運びVの車ごと崖から転落させて溺死させるという計画を立て、これを実行するように指示した。C・D・Eは、助手席側ドアを内側から開けることのできないように改造した車にクロロホルム等を積んで出発し、その際に、Vを溺死させる場所を当初の予定地ではなく近くの石巻工業港に変更した。C・D・Eは、計画通り、自分達が運転する車を、Vが運転する車に追突させ、示談交渉を装ってVを自分達が運転する車の助手席に誘い入れ、Eが多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルをVの背後からその鼻口部に押し当て、Cもその腕を押さえるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせてVを昏倒させた（第1行為）。その後、C・D・Eは、Vを2km離れた石巻工業港まで運んだが、Bを呼び寄せた上でVを海中に転落させること

¹⁶ このような指摘をするものとして、橋爪隆「刑法総論の悩みどころ」法教404号（2014年）97頁。

とし、Bに電話でその旨を伝えた。その後、Bが到着したので、B及びC・D・Eは、動かなくなったVをVの車の運転席に運び入れ、車ごと岸壁から海中に転落させた(第2行為)。Vの死因は、溺水に基づく窒息であるか、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できず、Vは第1行為で死亡していた可能性があった。B及びC・D・Eは、第1行為によってVが死亡する可能性を認識していなかった。しかし、客観的にみれば、第1行為は人を死亡させる危険性が相当高い行為であった。最高裁は、以下のように述べて、被告人らに殺人罪の成立を認めた。

「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実に容易に行うために必要不可欠のものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点で被害者が第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることはなく、実行犯3名について殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。そして、実行犯3名は被告人両名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人両名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負うものといわねばならない。」

②ドイツの判例

(i) RG DStR 1939,177

被告人は、走行中の列車内において妻をスパナで殴打することにより気絶させ、抵抗不能にした後で、妻を列車から突き落として殺す計画を

立てた。被告人はスパナで妻の頭を２回殴打した後、妻を列車から投げ落とした。妻の死亡原因となった脳出血が、列車の路盤への落下によって生じたのか、それとも被告人の殴打によって生じたのかは不明であったという事案で、RG は以下のように述べて刑法211条¹⁷（謀殺罪）の成立を認めた。

「致命的傷害が、被告人による２回の殴打あるいは１回の殴打によって生じたとしても、被告人が故意に死亡を惹起したことは明白なのである。被告人は、自己の行為によって、目指された結果を達成したのである。確かに、結果の惹起は、被告人が思い描いたものとは異なった様式で発生している。被告人が思い描いた因果連関と実際に生じた因果連関のずれは、行為者の見地や被害者の見地や一般的な見地から考察したとしても、些細なものである。陪審裁判所が適切に詳述しているように、行為者が、対象・場所・時間との関係で一定の違法行為を自己の意思及び認識の中に受け入れたということだけが故意に属するのである。行為者が実行行為及び行為経過の詳細を自己の意思及び認識に受け入れたことは、故意には属さないのである。妻を気絶させる行為と殺害は１つの統一的な企てとして計画されており、スパナによる殴打は行為の遂行の開始として計画されていたのである。それゆえに、妻を気絶させる手段として考えられていた殴打行為が致命的な脳出血を引き起こし、その結果として、死亡をもたらす行為として考えられていた、列車から突き落とす行為はもはや必要ではなくなってしまった場合には、このような事情は故意の存在に対しては重要ではないのである。」

（ii）BGH NStZ 2002,309

LG の認定によれば、被告人が、1999年１月６日の、どの時点で妻を殺害したのかは確定できないとされている。BGH は、被告人の犯行に

¹⁷ ドイツ刑法第211条（謀殺罪）１項 謀殺者は、無期自由刑に処する。

ドイツ刑法第211条２項 謀殺者とは、性欲を満足させるため、強欲あるいはその他の下劣な動機から、卑劣に又は残酷に、公共にとって危険な手段を用いて、又は他の犯罪行為を可能にする若しくは隠蔽するために、人を殺害した者をいう。

関して2つの行為経過が考えられると述べた。1つは、「被告人は、妻を家で殺害した後で、死体を別の場所に隠そうとした」ケースである。もう1つは、「被告人は、妻を家で抵抗不能にした後で、妻を別の場所に搬送して、そこで殺害しようとした」ケースである。その上で、BGHは、以下の行為経過を想定した。それは、

「被告人は、後で殺害する意思の下で、妻を縛って気絶させ、BMWのトランクに妻を乗せた。被告人はBMWで走行後、借りていた別の車に妻を乗せ換えて、100km離れた場所まで運転した。車から降りて、被告人は妻を殺害しようとしたが、妻は既に死亡していた。妻の死亡は、BMWのトランクに妻を乗せる前、乗せている間、乗せた後のいずれかの段階で、被告人の計画に反して発生したものであった」というものである。

LGは、「行為の直接的着手の意味における、被害者の生命に対する被告人の攻撃は、被害者を縛って気絶させる行為により開始され、被害者を車で移動させる段階で中断されたのであり、被告人の計画より早く被害者が死亡したにすぎない。それゆえに、故意は絶えず現存しており、一部は実現されているのであるから、被害者の生命に対する直接的危険は存在していた。被告人による車での走行の目的地に到着する前に被害者が死亡したということは、被告人が思い描いた因果経過と実際に生じた因果経過の非本質的なずれにすぎない」と述べて、被告人に対して刑法211条（謀殺罪）を認めた。しかしBGHは、以下のように述べて、LGの判決を破棄し、被告人に刑法222条¹⁸（過失致死罪）を認めた。

「行為経過に関する行為者の表象に従えば、第二行為によって初めて結果を惹起しようとしていた行為者が、既に第一行為によって結果を生させた場合には、行為者が当該結果を惹起する前に未遂の段階を越えていた又は第一行為によって未遂の段階を越えている場合に限り、故意的な結果惹起を理由とする判決が問題になるのである。なぜならば、予備段階の行為は確かに行為計画に寄与するが、行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過を開始させてはいないのであ

¹⁸ ドイツ刑法第222条（過失致死罪） 過失により人を死亡させた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

る。その結果、法的に重要な故意が欠けるために、因果経過に関する錯誤は問題にならないのである。行為結果が予備行為から既に発生してしまった場合には、結果の過失的惹起を理由とする判決だけが問題になるのである。刑法22条¹⁹に従えば、行為者が、行為に関する自己の表象に従って構成要件実現に着手するとすぐに、犯罪行為の未遂が存在する。しかし、行為者が構成要件の記述に合致する行為を遂行した又は構成要件メルクマールを実現して初めて、未遂行為が存在するわけではない。前段階に位置する行為も、未遂を理由とする可罰性を根拠づけることができるのである。それは、前段階に位置する行為が、行為者の表象に従えば、中間行為なく、支障ない行為経過において、構成要件実現へと至る場合や構成要件実現と場所的かつ時間的関連性を有する場合にのみ、妥当するのである。但し、このような抽象的基準は個々のケースにおける具体化を必要とする。例えば、行為計画の綿密さや法益危殆化の程度が、予備段階と未遂段階の区分に重要な意味を有するのである。・ ・ ・ここでは、被告人に有利になるように、『被告人の妻は、被告人の最初の攻撃（縛る又は気絶させる等）によって死亡しており、被告人はこのことを望んでもいなかったし、気づくこともなかった』という前提から出発すべきである。構成要件実現への直接的着手が存在したかどうかを判断する基礎になる行為者の全体的計画によれば、被告人は妻を単に気絶させる予定だった。そして、被告人は、妻を自分のBMWのトランクにのせて移動し、その後、違う車に妻を乗せ、殺害及び死体を隠べいするための場所に移動するつもりだった。・ ・ ・被告人の妻に対する最初の攻撃から、本来の殺害行為に至るまでに、13時30分から20時までの間が想定されており、この間に、複数の行為が想定されていた。そして、殺害場所は、被告人の自宅から100kmも離れた場所であった。これらの事情に鑑みると、被告人の妻に対する最初の攻撃が、刑法22条の意味における直接的着手として評価されることはできない。被告人は、妻を縛り気絶させる行為によっては、刑法211条又は刑法212条の構成要件該当行為を遂行してはいないのである。被告人は、自己の行為計画の枠内で

¹⁹ ドイツ刑法第22条（概念規定） 行為についての行為者自らの表象により、構成要件の実現に直接着手した者は、犯罪行為の未遂を行った者である。

は、表象された構成要件実現と時間的場所的に直接関連するいかなる行為も遂行していないのである。この結論を決定づけるものは、『被告人は、本来の殺害行為の前に、妻に全権委任の旨の署名を強要する中間的行為を予定していた』ことなのである。この事実は、『妻が、本来の殺害行為を予定している場所では、未だ生きていて、行為能力があること』を前提としている。それゆえに、被告人の妻への最初の攻撃が、殺害への直接的着手として評価されることはできないのである。

本件は、以下の事例とは区別されるべきである。それは、行為計画に従えば、いくつかの段階的行為を経て、構成要件メルクマールの実現に至る場合に、BGH が、前段階に位置する行為の実行により未遂の存在を認めるケースである。なぜならば、これらのケースでは、構成要件メルクマールの実現の前段階に位置する行為は、本来の殺害行為と場所的時間的に隣接しており、自然的一体性を形成しているので、本来の殺害行為の一部として考えられるからである。」

(iii) BGH NStZ 2002,475

被害者 K と死亡した Ha は同じ家に住んでいた。被告人 Z は、K から「お前が、(死亡した) Ha を殺したんだ」いうことを公衆の面前で何度も言われていた。ある日、Z は飲み屋で K と会った際に、K から「お前が Ha を殺したんだ」と再度言われたために、Z と K は口論になった。その時に Z は、飲み仲間である D と W に対して、「俺は K を殺す」と言った。そして Z は、K の腕の静脈に空気を注射することで K を殺害するための使い捨て注射器を、D と W に見せた。D と W は、Z の言動や行動をそこまで重大なものとは考えていなかった。その日の夜に、D の家で、Z は K と鉢合わせた。K は Z に対し、「お前は Ha の死亡に責任を取らなければならない」と述べたために、K と Z の間で口論が始まった。D は、K と Z に対して、口論をやめて静かにするようにと要求した。これを聞いた K は D の首につかみかかったために、D は 2・3 回拳で K を殴打した。殴打された K は、W の方にふらふらともたれかかってきたので、W も K の頭と首を 2 回殴打した。この状況を見た Z は、静脈に空気注射をして K を殺害する企てを、実行に移すことを決心した。Z は、使い捨て注射器を取り出し、D と W は Z のこの行為

を認識した。Zの先程の言葉から、DとWは、Zがなぜ使い捨て注射器を取り出したのかを理解した。DとWは、そもそもKの口論が原因なのであるという思いの下で、Zによって意図された方法でKを殺害しようとした。Wは布を手に取り、Kの背後に回り込んで、Kを羽交い絞めにする形でKの口に布を当てた。この間に、DとZは、Kを抵抗不能にするために、Wの行為に抵抗しているKの首と頭を少なくとも2回殴打した。Kは床に倒れ、口と鼻から出血し、顔に重傷を負った。Wが被害者を押さえている間に、DがKの左腕を固定し、ZはKの左腕に注射針を刺して、空気を注射した。Z・D・Wは、空気注射によってKが死亡したと思っていた。しかし、実際には、殴打によって咽頭部が破れ、血を吸いこんだためにKは死亡した。このような事案で、LGは、被告人Z・D・Wに対し、故殺未遂と傷害致死の観念的競合を認めたが、BGHは、以下のように述べてこれを破棄し、故殺罪（212条）の成立を認めた。

「確定された事実から、被告人らが、共同して故意的故殺を遂行したことは明らかである。被告人らは、共同行為により、被害者の死亡を惹起したのである。・・・判例においては、生じた因果経過と行為者の思い描いた因果経過のずれが些細なものである場合には、2つの因果経過は同価値であるという理由から、故意の観点においては因果経過のずれは重要ではないということが認められている。これに従えば、行為経過に関する行為者の表象に従えば、第二行為によって初めて結果を惹起しようとしていた行為者が、既に第一行為によって結果を発生させた場合には、行為者が当該結果を惹起する前に未遂の段階を越えていた又は第一行為によって未遂の段階を越えている場合に限り、故意的な結果惹起を理由とする判決が問題になるのである。この論理は、文献等においても幅広く同意を得ている。・・・被告人らは、空気注射による被害者の殺害を決心した後で、被害者の死亡原因となった傷害行為を遂行している。この致命的な傷害行為の中に、既に刑法22条の意味における殺害への直接的着手が存在している。なぜならば、被害者を抵抗不能にするための暴行と空気注射は、あらゆる観点において、一体性を形成しているからである。それゆえに、殺人の故意が形成される前に、WがKの頭と首に対して殴打したことは重要ではない。なぜならば、Wの殴打それ自

体が致命的原因となったということは、排除されるからである。」

2 検討

早すぎた結果発生に関する我が国及びドイツの判例を考察すると、故意既遂犯の成立を認めた判例は、以下の3点で共通していることが明らかになる。まず、「第一行為に実行の着手を認めている」こと、「第一行為と第二行為を一連の行為として扱っている」こと、「行為者の認識のずれについては、因果関係の錯誤として扱っている」ことの3点である。但し、「行為者の認識のずれを因果関係の錯誤で扱うこと」と同時存在原則の関係は前節で検討した。そこで、残る問題としては、「実行の着手」及び「一連一体の行為」と同時存在原則はどのような関係にあるのかということである。具体的には、以下の3つの問題が演繹される。①予備行為と同時存在原則の問題、②未遂の故意と既遂の故意を区別する立場から、早すぎた結果発生の場合では、故意犯の成立を認めることができないのではないかという問題、③第一行為と第二行為を一連の行為として扱う事と同時存在原則とはどのような関係に立つのかという問題である。そこで、以下これらの問題を検討する。

①予備行為と同時存在原則

予備行為では、殺人罪の成立を認めるには不十分なのであろうか。この問題について、ロクシンは、これまで主張されてきた根拠づけが不十分であることを以下のように述べる²⁰。

「行為決定によって担われた予備行為は、既遂の故意行為を根拠づけることができない点では、一致がみられる。BGHも、未遂段階になって初めて刑法的に重要な故意が生じることを認めている・・ある者は、『予備段階では実現意思が欠ける』と述べている。仮にこの主張が正しいとした場合に、これは本来の根拠付けのない答えにしかならない。なぜならば、『明白に存在する行為決意は、なぜ故意ではないのか、または実現意思ではないのか』が問われているからである。」

²⁰ Claus Roxin, Zur Erfolgszurechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalverlauf, GA 2003, S.258f.

ロクシンは、予備行為が、既遂の故意行為を根拠づけることはできないという点では、判例学説共に一致が見られるが、その根拠は何かという点については、これまで十分に解明されてこなかったことを指摘する。その上で、いくつか主張されている見解についても不十分であることを以下のように述べる²¹。

「いくつかの手近にある理由も、問題を残したままである。例えば、『人は、以前に開始していない、いかなる行為も既遂にすることはできない』という論証はもっともなように見える。しかし、日常の言語使用の意味においては、ある行為は、その予備行為によってでも既に、開始され、作動されとも言う事ができるのである。故意が生じるべき場合には、未遂段階に既に達していなければならないという理屈は、更なる根拠付けを必要とするのである。次いで、『予備行為によって生じる結果惹起の事例において、帰属可能な故意的行為遂行を想定するためには、予備行為はあまりにも危険ではない』という論証も考えられうる。しかし、予備行為が危険ではないことが、常に成り立つわけではないのである。例えば、BGH NStZ 2002,309では、『死亡へと至らしめる被害者に対する虐待と行為者によって意図された殺害の間には、多くの幕間行為が存在し、時間的にも場所的にも大きく離れている』という理由で、BGHは予備行為を想定した。しかし、予備行為である虐待行為は、予備行為が未遂を根拠づけたBGH NStZ 2002,475のケースと同様に危険なのである。危険でない予備行為から生じる変則的な因果経過は、本質的逸脱として、故意の同意においても、除外される。三つめの根拠は、『我々が、予備行為を、既遂の故意行為を理由とする刑罰を認めるための結合点にしまうと、法律によって規定された予備行為の不可罰の効果が失われる』というものである。しかし、この根拠づけも、『不可罰な未遂も存在する（かつての傷害罪）』ということを考慮していないのである。既遂の故意行為を想定することで、予備行為の不可罰性それ自体が妨害されるわけではないのである。むしろ、予備行為の可罰性は、結果が発生した事例に制限されている。そして予備行為が問題になるかどうか、今問われているのである。」

²¹ Roxin,a.a.O.(Fn20),S.258f.

このように、ロクシンは、「予備行為の文言又は客観面に着目することでは、予備行為は故意既遂行為の可罰性を根拠づけることはできない」ことを主張するが、それは妥当であるように思われる。なぜならば、ロクシンが指摘した BGH NStZ 2002,475 のケースのように、あらゆる予備行為が、故意既遂行為の処罰を根拠づけるだけの客観的危険性を有していないとはいえず、加えて、開始したか否かという文言によるアプローチも不十分であるからである。

上記の考察を踏まえると、予備行為時の行為者の主観に着目するアプローチが適切ではないだろうか。つまり、予備行為の段階では、行為者の主観が、故意既遂行為を認めるだけの内実を有していないことが決定的であるように思われる。BGH NStZ 2002,309 が判旨の中で述べた「予備段階の行為は確かに行為計画に寄与するが、行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過を開始させてはいないのである。その結果、法的に重要な故意が欠けるために、因果経過に関する錯誤は問題にならないのである。行為結果が予備行為から既に発生してしまった場合には、結果の過失的惹起を理由とする判決だけが問題になるのである。」という部分も、同趣旨のことを指摘している。予備行為では、行為者の主観からすれば結果発生へと至る因果経過が開始されていないために、行為者の主観も既遂の故意行為を認めるだけの内実を備えていないからである²²。

当該行為に、実行の着手が認められる場合には、行為者の主観も既遂の故意行為を認めるだけの内実を備えるといえる。それゆえに、故意を認めるためには、当該行為が実行の着手に達している必要がある。

②未遂の故意・既遂の故意と同時存在原則

次に、実行の着手が認められても「未遂故意」と「既遂故意」を区別する立場から、早すぎた結果発生ケースでは、行為者には殺人罪の成立を認めることはできないとして、以下のような主張がなされている²³。

²² 同様の指摘をするものとして、Roxin, a.a.O.(Fn20), S.201f. 塩見淳「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔第6版〕(有斐閣、2008年)130頁。

²³ 山口厚『新判例から見た刑法〔第3版〕』(有斐閣、2015年)89頁以下。

「判例・通説は、図式的に表現すれば、実行の着手＋構成要件の結果＝既遂犯とする理解に依拠するものといえる。このような理解は、形式論理としては疑問の余地がないものように思われる。しかし、内実に立ち入って考えると、この理解には疑問を容れる余地がある。確かに、既遂犯の構成要件該当性は、構成要件該当行為（実行行為）の危険性が構成要件の結果へ現実化したときに認められる。しかし、この既遂犯の構成要件要素である構成要件該当行為（実行行為）と未遂犯の実行の着手が認められる行為（実行行為）とは同一である必然性はない。なぜなら、未遂犯においては、法益保護の見地から、処罰時期の早期化が図られ、既遂犯の構成要件の結果惹起行為以前の行為にまで実行の着手が繰り上げられているからであり、換言すれば、未遂犯における実行の着手は、未遂処罰の必要性を根拠としてその観点から決められたもので、決して既遂犯の成立要件から導出されたものではないからである。このような視点からみれば、判例・通説は、未遂犯の処罰時期（実行行為とその着手）を既遂犯の構成要件該当行為（法益侵害行為）への着手以前に未遂処罰の必要性から政策的に遡らせつつ、さらに、そればかりではなく、今度はそのことを根拠として既遂犯の構成要件該当行為（実行行為）自体までを拡張・前倒ししていると解しうることになる。これは、未遂犯を犯罪の基本形、既遂犯をその結果的加重類型と理解することになるものといえよう。しかし、未遂を全て処罰しているわけではない現行刑法の構成上、このような理解は採りえない。やはり、既遂犯が基本型なのであり、未遂犯はあくまでも拡張類型であると理解されなければならないのである。・・構成要件の結果に直近する行為者の（故意による）惹起行為が本来（故意）既遂犯の構成要件該当行為（実行行為）であって、行為者自身による結果惹起行為（第２行為）を未だ将来に留保している第１行為の段階で、（故意）既遂犯の構成要件該当行為を肯定するのは妥当でなく、あくまでも第２行為が既遂犯の構成要件該当行為である以上、それを行うことを留保している第１行為の段階では、既遂犯の構成要件外の行為を行っている認識しかないため、既遂犯の故意はないという見地から、早すぎた構成要件実現の事案においては、第１行為への着手によって未遂犯は成立しうるが、それにもかかわらず既遂犯は成立しえないと解することができるのではないかと考えている。」

つまり、この見解は、未遂故意と既遂故意を区別する立場から、第二行為を留保している第一行為段階では、未遂犯の故意しか認められず、既遂犯の故意は認められないというものである。このような立場からすれば、早すぎた結果発生の場合で故意犯を認めることは、未だ既遂犯の故意が存在していないにも関わらず故意犯を認めるもので、同時存在原則に反することになる。しかし、未遂故意と既遂故意を区別する見解を貫徹すると、行為者が自分の予定していた行為を全て終わらせない限り、既遂故意は認められないことになる。例えば、行為者が被害者に向けて殺意を持って三回発砲し、三回目の発砲で殺害しようと思っていたが、二回目の発砲で被害者が死亡してしまった場合にも、行為者には既遂故意が認められず、殺人未遂罪しか成立しないことになる。この見解は、行為者が自己の行為を最後まで完全に支配して初めて故意が認められる理解に立脚していると思われるが、人間が自己の行為を最後まで完全に支配するというのは不可能な場合があり、これを故意の要件とするのは過度な要求ではないだろうか²⁴。加えて、現行法は、中止犯において、終了未遂と未終了未遂を同等に扱っている。終了未遂と未終了未遂で異なるのは、中止犯が認められるための要件であり、終了未遂と未終了未遂で行為者の故意が異なるわけではない。

ロクシンも、未遂故意と既遂故意を区別することに理由がないことを、中止犯の観点から以下のように根拠づけている²⁵。

「立法者が、終了未遂は未終了未遂以上に重要な故意を有しているという見解を採用していた場合には、立法者は未終了未遂に対して必要的減軽を予定しなければならなかっただろう。しかし、立法者は未終了未遂に対して必要的減軽を規定していない・・加えて、未遂が終わるまで故意と責任を維持した者だけが、既遂の刑罰に値するという見解があるが、これも厳密に見てみると正しくないのである。確かに、予備段階で意図しない形で結果を作動させた者に対しては、『未だ何も生じていなかった』のであり、行為者はいつでも考え直すこともできた』ということが、行為者に有利な形で考慮されなければならない。しかし、未遂の行

²⁴ このような指摘をするものとして、佐伯・前掲注(13) 279頁。

²⁵ Roxin, a.a.O. (Fn20), S.259f.

為者は、直接的に実行に着手したのである。我々は、行為者に対して、故意や責任を維持する力を要求する必要はないのである。確かに、行為者は、理論上は中止することもできたが、それはあくまでも理論上の可能性にすぎないのである。終了未遂でも中止犯は可能であり、その結果、この限りでは、終了未遂と未終了未遂との区別は存在しないのである。それゆえに、故意と責任を維持することは、故意への帰属にとって決定的な観点とはなりえないのである。なぜならば、結果が未終了未遂の段階における行為によって既に発生した場合にも、故意や責任を維持することは可能だからである。BGH NStZ 2002,475では、被害者は、確かに先行する虐待行為によって死亡した。しかし、行為者達はそれでもなお空気注射を実行したのであり、計画を完全に開始させたのである。同様の事が、別の判例に対しても妥当する。RG DStR 1939,177の事案で、妻をまずは気絶させ、その後に走行中の列車から妻を投げ捨てることによって妻を殺そうとした行為者は、先行する首絞めによる気絶行為で妻は死亡していたにも拘わらず、行為者は（列車から妻を投げ捨てることも含めて）最後まで自己の計画を実行したのである。これらのケースを、未遂にすることは妥当ではないのである。また、『終了未遂が、未終了未遂以上に危険であり、より大きな可罰性を示している』という主張も妥当ではないのである。BGH NStZ 2002,475は、未終了未遂の段階で遂行された虐待行為は、未遂を終了させる（終了未遂を完結させる）、死亡結果には役に立たなかった空気注射よりもずっと危険であるということを示す適切な例を提供しているのである」

このように考えると、未遂故意と既遂故意を区別することには理由がなく、それゆえに、早すぎた結果発生の場合で、行為者に故意犯の成立を認めることは、同時存在原則に違反するものではないといえる。

③一連の行為と同時存在原則

我が国及びドイツの判例は、第一行為と第二行為を一連一体のものとして扱っているが、これは同時存在原則とはどのような関係にあるのだろうか。

故意犯を認めるためには、実行の着手が認められることが必要であることは先程検討した。そうであれば、第一行為に実行の着手が認められ

れば、後は第一行為と結果との因果関係を問題にすれば十分であり、第一行為と第二行為を一連一体のものとして扱う必要性はないように思われる。

ここで、我が国やドイツの判例が、第一行為を単独に考察して第一行為に実行の着手を認めているのではなく、行為者の計画に含まれている第二行為との関係を考慮して、第一行為に実行の着手を肯定していることに着目する必要がある。例えば、我が国の判例でも、「第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」と述べられている。つまり、第一行為と第二行為が一連一体の行為と評価されているのは、判例が、第二行為を考慮して第一行為に実行の着手を認めた判断枠組みに鑑みれば、必然的帰結といえる。

そもそも故意犯を認めるには、構成要件該当事実の認識が必要であり、それゆえに実行行為の認識が必要である。加えて、実行行為とは法益侵害の危険性を有する行為であると解釈すれば、故意を認めるためには、実行行為の危険性を認識する必要がある。

しかし、早すぎた結果発生ケースでは、被告人らは第二行為を計画しているため、第一行為の危険性を十分に認識していないという事情が存在する。我が国の判例でも、被告人らは、クロロホルムを吸引させる行為が被害者の死亡を引き起こす危険性の高い行為であることは認識していなかった。つまり、第一行為だけを問題にしては、第一行為に行為者に故意を認めることはできないという事情が存在する。それゆえに、判例は、第二行為を考慮して第一行為に実行の着手を認めることで、第一行為と第二行為を一連一体のものとして評価したのではないだろうか。このように評価すれば、被告人らは、第一行為と第二行為を含めた「一連の行為の危険性」については十分に認識していたのであるから、被告人らに故意を認めることができる。

このように考えると、判例は、実行の着手と故意の存在時期は連動するものと考えているのではないだろうか²⁶。当該行為が実行の着手に達することで、因果経過が開始され、行為者の主観面も既遂犯を認めるだけの内実を備えるのである。それゆえに、事前の故意との区別も明確化されることになる。そして、実行行為と故意の同時存在原則が満たされるのである。

補論：離隔犯・間接正犯との関係

ここまでの検討からすれば、当該行為に実行の着手が認められれば故意が認められることになり、実行行為と故意の同時存在原則が満たされるように思われる。しかし、この論理を貫徹すると、離隔犯や間接正犯の場合に齟齬が生じる。なぜならば、間接正犯の場合には被利用者の行為時に実行の着手が、離隔犯の場合には到達時に実行の着手が認められる場合がある²⁷が、行為者に故意既遂犯が成立するか予備罪が成立するかは、実行の着手前である行為者の最終行為時の主観を基礎に区別されるからである。それでは、この問題はどのように考えるべきであろうか。

これまでの検討で明らかになったことは、予備行為では、同時存在原則が問題にならないのは、「行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過を開始させてはいないため、その結果として法的に重要な故意が欠ける」ことが理由であった。そして、早すぎた結果発生の場合でも、第二行為との関係で第一行為に実行の着手を肯定したのは、被告人らが第一行為の危険性を認識していないからであった。第二行為との関係で第一行為に実行の着手を認めることで、被告人らには「一連の行為の認識」が認められるために、故意が認められる。言い換えれば、早すぎた結果発生の場合では、実行の着手が認められない限り、行為者に故意を認めることはできないのである。

他方で、離隔犯や間接正犯の場合には、実行の着手が認められなくても、「行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過が開始され、その結果として法的に重要な故意が存在する」場合があ

²⁶ このような指摘をするものとして、橋爪・前掲注(13) 114頁以下。

²⁷ 大判大正7・11・16刑録24輯1352頁。

る。例えば、行為者が毒入りウイスキーを相手方に郵送する離隔犯のケースや、医師が情を知らない看護師に死亡へと至る薬物を患者に投与するように指示する間接正犯のケースでは、行為者が毒入りウイスキーを郵送する際や、医師が看護婦に薬物投与を指示する段階で、「行為者の意思に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過は開始されており、法的に重要な故意は存在している」といえる。

このように考えると、通常の単独犯の場合には、「行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過が開始され、その結果として法的に重要な故意が存在する場合」＝「実行の着手」であり、「故意」と「実行の着手」は連動しているといえる。しかし、離隔犯や間接正犯の場合には、「行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過が開始され、その結果として法的に重要な故意が存在する場合」≠「実行の着手」であり、「故意」と「実行の着手」は連動していないことになる。

とすれば、同時存在原則との関係では、通常の単独犯の場合と離隔犯や間接正犯の場合を区別して考える必要がある。つまり、通常の単独犯の場合には、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立することから、「実行行為時における同時存在原則」が妥当し、故意と実行の着手は連動することから、実行行為と故意の同時存在原則が満たされる。

他方で、離隔犯や間接正犯の場合には、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないことから、実行行為時における同時存在原則が妥当しない。しかし、早すぎた結果発生のケースで実行の着手を認める事は、行為者に、「一連の行為の認識」、すなわち「故意」を認めるための論理であり、離隔犯や間接正犯の場合には、早すぎた結果発生で見られた「被告人達が第一行為の危険性を十分に認識していない」という事情が存在しない点に鑑みれば、実行の着手を認めなくても、行為者の最終行為である、因果関係の起点としての行為時に故意を認めることができるのであれば、行為者には故意既遂犯の成立を認めることができる。そしてこの場合には、実行行為と故意の同時存在原則ではなく、因果関係の起点としての行為と故意の同時存在原則が妥当することになる。

〔付記〕本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2015年9月25日授与）「犯罪論における同時存在原則について」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたって、「日本学術振興会 特別研究員奨励費 研究課題：犯罪論における同時存在原則の意義と限界について（2014年～2015年度）」（課題番号26・3470）の助成を受けた。

判例における自招防衛の 判断枠組みについて

瀧 本 京太郎

目 次

序章

第1節 問題の所在

第2節 本稿の構成

第1章 平成20年決定までの判断枠組み

第1節 積極的加害意思論の影響を受けた判断枠組み

第2節 平成20年決定の判断枠組み

第1項 決定の概要

第2項 学説等の反応

第2章 平成20年決定以降の判断枠組み

第1節 裁判例の現状

第2節 検討

第1項 自招防衛の判断枠組み

第2項 要件論

第3節 小括

第1項 下級審から見た平成20年決定

第2項 「正当防衛状況」の汎用性

第3章 平成29年決定について

第1節 平成29年決定の概要

第2節 平成20年決定との棲み分け

第1項 射程の再確認

第2項 平成29年決定と自招防衛

第1款 「予期+違法な先行行為」ケースの処理

第2款 先行行為の性質

第3款 小括

第3項 正当防衛状況のゆくえ

第3節 平成29年決定以降の下級審

第4節 検討

第5節 残された課題——侵害の予期の「可能性」

終章

序章

第1節 問題の所在

いわゆる「自招防衛」の事案に関する最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁（以下、「平成20年決定」とする）は、すでに多くの先行研究によって分析されてきたように、①侵害の予期については言及せず、②急迫性ではなく「正当防衛状況」性を否定して、被告人の不正な暴行によって招いた侵害に対する正当防衛の成立を否定した。裁判員裁判が翌年から開始されることが予定されていたこともあり、①及び②の判断枠組みは、正当防衛が認められるような状況かという大枠を示しながら、専ら客観的な資料に基づき当該状況の有無を判断するというもので、裁判員にも理解の得られやすい枠組みであると評価されている。

しかし、その後の裁判員裁判において平成20年決定の判断枠組みをそのままの形で用いた裁判例は少なく、平成27年の事案では、侵害の予期が正面から認定され、また、「正当防衛状況」と「急迫性」は同義のものであるとみなされるなど、平成20年決定の射程については再考を迫られつつある。

このような状況の中、最決平成29年4月26日刑集71巻4号275頁¹（以下、第

¹ 本件に関する評釈・論文等として、大塚裕史「侵害の『急迫性』要件の意義と射程」判時2357=2358合併号（2018年）13頁以下、大谷實「自招侵害と正当防衛論」同6頁以下、佐伯仁志「正当防衛の新判例について」同19頁以下、門田成人「判批」法セ750号（2017年）109頁、木崎峻輔「相互闘争状況における侵害の急迫性の判断基準」筑波法政74号（2018年）41頁以下、小林憲太郎「自招侵害論の行方——平成二九年決定は何がしたかったのか」判時2336号（2017年）142頁以下、是木誠「判批」警察学論集70巻8号（2017年）184頁以下、坂

3章を除き「平成29年決定」とする）が、侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における急迫性の判断方法を示したことで、侵害を予期していた場合には、そうでない場合とは異なる判断が行われることが明らかとなった。また、同決定では平成20年決定が引用されなかったことから、2つの「決定」は共存し得る枠組みであると分析されているが、これらの分析における平成20年決定の射程理解は、平成20年決定が出された当時における分析と連続性を有しているか、検討の余地がある。

筆者は過去の論考²において平成20年決定及びその後の下級審裁判例の動向を分析したが、公刊後新たに加わった裁判例や、平成29年決定が出された現状にあっては、再度自招防衛に関する判断枠組みを検討し直し、平成20年決定の意義を再確認すると同時に、平成29年決定が自招防衛論にいかなる影響を与えるかを分析することが必要であると考えに至った。本稿は、このような問題意識の下で執筆されたものである。

第2節 本稿の構成

本稿ではまず第1章で、平成20年決定が出されるまで用いられてきた裁判所

下陽輔「判批」判例評論711号（判時2362号）169頁以下、嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文——変容する正当防衛制限論から」法教451号（2018年）26頁以下、菅原健志「判批」警察公論73巻2号（2018年）88頁以下、高橋直哉「正当防衛状況の判断」法教453号（2018年）10頁以下、高橋則夫「『急迫性』の判断構造——最高裁平成29年決定をめぐって——」研修837号（2018年）3頁以下、照沼亮介「判批」法教445号（2017年）48頁以下、中尾佳久「判解」ジュリ1510号（2017年）107頁以下、成瀬幸典「判批」法教444号（2017年）158頁、橋田久「判批」平成29年度重要判例解説（2018年）155頁以下、波床昌則「判批」刑ジャ54号（2017年）148頁以下、前田雅英「判批」捜査研究66巻7号（2017年）14頁以下、松宮孝明「正当防衛の正当性」法セ763号（2018年）91頁以下、森住信人「判批」専修ロー13号（2017年）113頁以下、山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（2・完）——最高裁平成29年4月26日決定を契機として——」立命館法学374号（2017年）196頁以下、377号（2018年）156頁以下。

² 瀧本京太郎「自招防衛論の再構成（2）——『必要性』要件の再検討」北大法学論集66巻5号（2016年）256頁以下。

の判断枠組みを紹介し、平成20年決定の枠組みについても簡潔に示す。それを踏まえ第2章では、同決定以降の下級審裁判例について検討を加え、第3章では平成29年決定の判断枠組みを分析・検討することで、平成20年決定の射程が、最高裁が当初意図した通りに理解されてきたかを明らかにし、2つの「決定」の相互関係についての考え方を示す。

第1章 平成20年決定までの判断枠組み

本章では、平成20年決定が出されるまでの自招防衛に関する判例・裁判例を概観する³。

第1節 積極的加害意思論の影響を受けた判例理論

自招防衛に関する判例・裁判例は大審院の時代からコンスタントに出されていたが⁴、戦後間もない頃までは、いかなる根拠により、また、刑法36条1項所定のいずれの要件が欠落するかについては、明確な説明はされてこなかった。しかし、最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁（以下、「昭和52年決定」とする）が、被侵害者が侵害を確実に予期し、かつ、積極的加害意思を有して侵害に対抗したときは急迫性の要件を満たさないとする理論（積極的加害意思論）を提示したことで、その後の自招防衛の判例実務は変容を見せた。すなわち、裁判所は自招防衛の事案においても侵害の予期（の可能性）を認定したうえで、自招行為を行った場合には侵害の急迫性を欠き、正当防衛は成立しないという枠組みを展開するに至ったのである。

その嚆矢となったのが、福岡高判昭和60年7月8日判タ566号317頁（以下、「昭和60年判決」とする）である。本件の事案は、被告人方で被告人に暴行を加

³ すでに瀧本・前掲注（2）255頁以下で検討を行っているため、本稿では深く立ち入らない。なお、本章中の判例・裁判例の事実の概要及び判旨については同論文に記載されている。

⁴ 大判大正3年9月25日刑録20輯1648頁、大判大正14年6月3日刑集4巻354頁、名古屋高判昭和25年3月9日高刑判決特報6号117頁、仙台高判昭和27年3月15日高刑判決特報22号111頁、大阪地判昭和33年11月20日判時169号32頁、熊本地判昭和35年7月27日判時236号6頁。

えられた A は一度自宅へ退避したが憤懣やる方なくなり、包丁を持ち出して被告人方を再度訪れ、5～10分にわたり叫びながら玄関戸を蹴っていたところ、被告人は窓から竹棒を突き出して A の頭部を傷害したというものであった。そして福岡高裁は、「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであつて、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできないものと解すべきである」と判示したのである。

昭和60年判決は、自招防衛の判断枠組みを詳細に、かつ要件論にも立ち入って正当防衛の成否を判断した初の事例であると思われる。昭和52年決定以前の裁判例においても、侵害を予期していたこと⁵や、攻撃的意図があったこと⁶を、正当防衛を否定する事情として判断に取り入れる事例が見られたことから、積極的加害意思論自体は何の脈絡もなく突然現れたわけではなく、これまでの実務の知見を集積したものといえる。しかし、急迫性要件を否定するという発想は、従来の裁判例にはなかった思考方法である。

その後の裁判例においては、36条1項との関係では侵害の不正性を否定するもの⁷や、相当性を否定するもの⁸、急迫性を含む複数の要件を同時に否定するもの⁹が見られるものの、自招防衛の判断枠組みとしては、昭和60年判決の枠組みから大きく外れることなく、特に侵害の予期（の可能性）は常に裁判所の判断に取り入れられてきた。

第2節 平成20年決定の判断枠組み

以上のように、昭和52年決定以降の自招防衛に関する判例理論はほぼ一貫して、被侵害者が侵害を予期し、又はその可能性があることを、正当防衛の成立

⁵ 前掲注（4）熊本地判昭和35年7月27日判時236号6頁。

⁶ 前掲注（4）大阪地判昭和33年11月20日判時169号32頁。

⁷ 東京地判昭和63年4月5日判タ668号223頁。

⁸ 大阪高判平成12年6月22日判タ1067号276頁。

⁹ 東京高判平成8年2月7日判時1568号145頁。

を否定するための一要件として要求してきた。昭和60年判決では、それに加えて侵害招致行為の不正性、時間的接着性、侵害の軽微性が要求されており、同判決以降の裁判例においても概ね類似の判断方法が採られてきた。

しかし、平成20年決定においては、侵害の予期についての言及がなく、要件論との関係でも、急迫性ではなく「正当防衛状況」性が否定されたことで、それまでの判例理論との連続性が強く意識されることとなった。

第1項 決定の概要

【事実の概要】

被害者（侵害者）である A（当時51歳）は、本件当日午後7時30分ころ、自転車にまたがったまま歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通り掛かった被告人（当時41歳）が A の姿を不審に感じて声を掛けるなどしたこと、両名は言い争いとなり、被告人はいきなり A の左ほおを手けんで1回殴打し、直後に走って立ち去った（第1暴行）。A は、「待て」などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、殴打現場から約26.5m 先を左折して約60m 進んだ歩道上で被告人に追いつき、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した（第2暴行）。被告人は A の攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取り出し、A に対し、その顔面や防衛しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、よって、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

第一審の東京地八王子支判平成18年7月5日刑集62巻6号1794頁（参照）は本件を喧嘩闘争の事案と位置付け、原則的に正当防衛の観念を入れる余地はないと判断した。

原審の東京高判平成18年11月29日刑集62巻6号1802頁（参照）は、「被告人は、本件集積所で A との間で言い争いを起こす中で、A に対して第1暴行を加え、その直後、走って立ち去ったのであって、被告人から A に対して挑発的な有形力を行使したと認められる。また、A に暴行を加えた際にはもちろん、走り去る途中でも、A が被告人の挑発を受けて報復攻撃に出ることを十分予期していたものと推認できる。実際、A は、被告人から暴行を加えられたため、やられたらやり返すとの思いから、被告人を直ぐさま自転車で追い掛けて行き、約90メートル先で追いついて、第2暴行を加えており、A の被告人に対する

第2暴行は、被告人がAに対して第1暴行を加えたことによって招いたものといわざるを得ない。加えて、第2暴行は、第1暴行と時間的にも場所的にも接着しており、事態にも継続性があり、第2暴行の内容も、相当強烈であったものの、素手による1回限りの殴打に過ぎず、第1暴行との関係で通常予想される範囲を超えるとは言い難いものである。結局、Aによる第2暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害とは認めることはできない」(下線部は筆者)と判示し、昭和60年判決の枠組みに沿って正当防衛の成立を否定した。

【決定要旨】(下線部は刑集記載の通り)

「前記の事実関係によれば、被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」

第2項 学説等の反応

平成20年決定の判断を受け、学説等からは、今後の判断枠組みのあり方を解明することを主目的とする論考が多数公表され、大きな議論を呼ぶこととなった。本稿において同決定に関する文献の内容を分析しておくことは、後述する平成29年決定に関する文献で述べられていることとの対比を行う上で不可欠の手順である。

(1) 昭和52年決定との整合的理解

まず留意しておく必要があるのは、昭和52年決定は自招防衛について判断したものではない点である¹⁰。それは、昭和60年判決が積極的加害意思論とは異

¹⁰ 橋爪隆「批判」ジュリ1391号(2009年)160頁は、「昭和52年決定の事案も、被告人らによる自招行為があったとも評価しうる事案である」としている。

なる判断枠組みを用いて自招防衛の事案を処理していることから明らかであろう。平成20年決定の評釈類では昭和52年決定との連続性が問題とされることがあるが、そこで論じられているのはあくまで両者の棲み分けの方法についてである。学説の多くは、昭和52年決定と平成20年決定は別個の論理に基づく判例であると理解しており、筆者もそのように考えている。ある論者は、今後の裁判実務においては、正当防衛の成立が否定されるためには、積極的加害意思論に基づくルートと、侵害の自招等の客観的事実それ自体に基づくルートの2通りが考えられ、後者の考え方は、最高裁が裁判員裁判を見据えて明確な判断基準を示そうとしたもの¹¹と理解することも可能であろう、と分析を加えている¹²。

（２）侵害の予期に言及しなかった意味

次に問題となるのは、平成20年決定が侵害の予期に言及しなかった点についてどのように考えるかである。同決定は侵害の予期を認定するのが困難と考えられた上で出されたものなのか、あるいは、従来の枠組みをそのまま用いることも可能であったが、あえて侵害の予期に依拠しない枠組みを創設しようとしたのであろうか。

この点に関する評価は二分されている。先の論者は、被告人がAを殴打した直後に逃走しているのであるから、Aが報復攻撃に及ぶ可能性を認識していたことは明らかであろうと述べている¹³。本件の調査官解説も、「本件のような客観的事実経過があれば、仮に侵害の予期が認定できなくても、侵害は予見可能な状態にあった」とも思われると説明している¹⁴。自招防衛における侵害の予期に関しては、被告人が実際に侵害を予期していたと認定する事例と、侵害を通常予期することができたと述べる事例とに分かれており、この点に関する立ち入った分析はあまりなされてこなかったものの、この解説からは、従来の枠組みを用いて裁判官の視点から本件を見たときは、侵害の予期（の可能性）を認定することは不可能でないことが読みとれる。意図的挑発事例は別として

¹¹ 佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」曹時61巻8号2517頁。

¹² 橋爪・前掲注（10）162頁。

¹³ 本稿も、このような見解に立つものである。

¹⁴ 三浦透「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度433頁。

も、「いかなる侵害のどのような予期があったか必ずしも明瞭でない場合があることを考えると、少なくともそうした場合には、侵害の現実の予期に依拠しない解決を探索する必要性があり、そのような解決を認める実際上の意義は高い」という見解も¹⁵、最高裁は意図的に侵害の予期に関する言及をしなかったと理解するものであろう。

これに対して、平成20年決定を「侵害の予期のない故意的な自招侵害」と位置付けたり¹⁶、同決定の「事案の性質上、被告人に侵害の予期を認めること自体がそもそも難しく、まして積極的加害意思まで認定することは不可能であった」と分析する論者¹⁷、さらには、「被告人はAから逃げ切れる、したがって、侵害は現実化しないものと考えていた可能性があ」ったため、「最高裁は侵害の予期の存在を指摘しなかったのではなく、できなかった」と指摘する見解も見られる¹⁸。

詳しくは後述するが、この点は平成29年決定との棲み分けをどのように考えるにかかわる問題である。仮に、平成20年決定は侵害の予期がなかった事案であると判断するのであれば、平成29年決定との棲み分けは、侵害招致行為の

¹⁵ 山口厚「正当防衛論の新展開」曹時61巻2号(2009年)312頁。佐伯・前掲注(1)20頁以下の分析も同旨。

¹⁶ 大塚・前掲注(1)17頁。ここでいう「故意的」というのは、自招防衛論に関する先行研究が検討してきた「故意的挑発」という意味ではなく、単に侵害招致行為自体を故意で行ったという意味に理解すべきであろう。

このほか、曾根威彦『刑法原論』(成文堂、2016年)195頁も、本決定は「侵害が予期されていない場合であっても」包括的な枠組みにより正当防衛の成立を否定したものと分析している。また、坂下・前掲注(1)174頁は、昭和52年決定や平成29年決定(後述)は「侵害の十分な予期が不可欠の前提をなす枠組みであり、それがない平成20年決定は別枠組みと見るほかない」とする。

¹⁷ 照沼・前掲注(1)52頁。大塚ほか編『大コンメンタール刑法(第3版)』(青林書院、2016年)587頁(堀籠＝中山)は、本件では「被告人に反撃の予見可能性はあったが予期していたとまではいえず、かつ、逃走したところから見て積極的加害意思があったとまでは認められない」ため、昭和52年決定の枠組みには適合しなかったとする。

¹⁸ 小林憲太郎「刑法判例と実務—第9回 正当防衛(上)」判時2299号9頁。しかし、「逃げ切れる」という思考は、Aが侵害行為を行ってくる可能性を認識していなければ発想し得ないのではないだろうか。

有無ではなく、侵害の予期の有無によって決せられることとなる。そうすると、侵害の予期がある自招防衛のケースは、平成20年決定ではなく平成29年決定の射程に含まれることとなろう。そうではなく、予期の認定は可能であったが、あえてそれに依拠しない枠組みを創設したと解する場合には、平成20年決定は、侵害の予期の有無にかかわらず、不正な先行行為によって侵害を招いた事案を広く射程に収め、平成29年決定はそれ以外のケースをカバーすることとなる。

（３）正当防衛状況の内容

平成29年決定との関係でもう一点検討を要するのは、平成20年決定が「急迫性」ではなく「正当防衛状況」性を否定した点である。問題は、この文言が従来通り急迫性を意味するのか、あるいは急迫性とは異なる概念なのかという点に存するが、平成20年決定が出された当時の学説の多くは、正当防衛状況という文言は急迫性とは異なるという理解を示していた。

例えば、本決定の調査官解説では、正当防衛状況を急迫性の意味に解する見解を列举した上で、「ただ、本決定が、原判決の認定と対照的に、客観的事実を挙げるにとどめ、侵害の予期やその可能性について全く触れていないことは、やはり押さえておかなければならない」とされ、また、「急迫性の問題とすることに分かりやすさ等の点において難点があり」、「客観的な間接事実によって主観的要件を推認するという方法は、裁判員裁判においては出来るだけ避けるべきであるとの指摘がある」と説明されている¹⁹。

学説からも、平成20年決定と昭和52年決定は私人による実力行使を正当化するような緊急状況性を否定したという点で共通しており、平成20年決定も急迫性要件の問題と位置付けた解決を図っても良かったのではないかという批判的検討を加えつつも、同決定の読み方としてはやはり、昭和52年決定との「理論的な抵触の可能性を回避するために、あえて急迫性要件に依拠しない問題解決を選択したもの」とする見解²⁰、平成20年決定は「正当防衛の要件論に立ち入ることなく正当防衛の成立を否定している」とする見解²¹、本決定は自招侵害の事例において侵害の急迫性の存否の問題として事案の解決を図らなかったとする

¹⁹ 三浦・前掲注（14）433頁。（判解）

²⁰ 橋爪・前掲注（10）163頁。

²¹ 川瀬雅彦「判批」慶應法学20号（2011年）304頁以下。

見解²²などは、いずれも正当防衛状況という概念は急迫性とは異なるものと理解していると考えられる²³。

第2章 平成20年決定以降の判断枠組み

第1節 裁判例の現状

以上のように、平成20年決定は、①主観的要素を自招防衛の判断枠組みから除外し、②急迫性とは異なる要素ないし要件の問題として事件を処理したものである。本決定はあくまで事例判断であるとのコメントが随所でなされてきたが、単に一般論的な枠組みを提示して当てはめを行わなかったにすぎず、裁判員裁判を視野に含めた新たな枠組みを創設しようと意図して出されたものであることは容易に推察されよう。特に②の点に関しては、これ以降の裁判例では自招防衛の事案でなくても「正当防衛状況」の存否が問題とされるようになっており、急迫性要件との関係はなお明らかではないものの、広範に用いられる文言となっている。

また、同決定の調査官解説が、最高裁は「原判決の認定と対照的に、客観的事実を挙げるにとどめ、侵害の予期やその可能性について全く触れ」なかった（傍点筆者）と解説している点からは、原判決が認定した要素のうち、侵害の予期に関する部分は意図的に拾われなかったことを示唆しているように読解可能である。

しかし、平成20年決定以降の裁判例を見ると、その多くが再び侵害の予期に関する認定を正面から行っていることがわかる。さらに、正当防衛状況という言葉も、事例を重ねるごとに、次第に急迫性要件に近似する概念として理解されるようになり、平成20年決定の意義は大きく揺らいでいる。以下では、同決定以降の自招防衛に関する事例を概観した上で検討を行う²⁴。

²² 明照博章『積極的加害意思とその射程』（成文堂、2017年）262頁。

²³ 同様の分析として、城下裕二「判批」井田良＝城下裕二『刑法総論判例インデックス』（商事法務、2011年）141頁、十河ほか『刑法総論判例50！』（有斐閣、2016年）49頁（森永真綱）、高山佳奈子「判批」別ジュリ220号（2014年）54頁。

²⁴ 瀧本・前掲注（2）210頁以下、同「判批」刑事法ジャーナル51号（2017年）

① 大阪地判平成23年7月22日判タ1359号251頁（裁判員裁判）

【事実の概要】

被告人とその弟 A が喧嘩をした際、被告人は A が使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、A の携帯電話を二つに折って投げ捨てたため、A は被告人に駆け寄り、手拳で1回その顔面を殴打し、さらに、後退しつつ前かがみになった被告人の顔面等を手拳で複数回殴打し、被告人の右奥歯を1本折った。その後被告人と A はもみあいとなり、被告人は A の首を絞めて死亡させた。

【判旨】

「〔物を壊す行為が〕被害者の怒りを一定程度誘発すべき違法行為であったことは否定できない。しかし、被害者はこれに対して、被告人に上記のような暴行を加えているのであり、物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば、被害者の行為は、被告人による物を壊す行為の違法性の程度を大きく超えているといえる。」「また、本件先行行為は、上記のとおり、被害者の怒りを誘発し得るものであったが、被告人と被害者が七、八年間、殴り合いの喧嘩をしておらず、その間、被告人と被害者との間で暴力が振るわれたという事実は認められないことからすると、被告人にとって、被害者が本件先行行為に応じて、被告人の歯が折れるほどの暴力を振るうなどということは、予想外の出来事であったと考えるのが自然であり、被告人が、被害者の攻撃を予期していたという事実は認められない。」（中略）「以上によれば、本件事件当時、被告人は、急迫不正の侵害に当たる被害者の攻撃に対して反撃が正当化される状況の下、防衛のために公訴事実記載の行為に及んだものといえる。」（下線部は筆者、以下本章中は同じ）

② 宇都宮地判平成23年10月25日 LLI/DB06650627（裁判員裁判）

【事実の概要】

ゲームセンターで働いていた同僚の A と無線を通じて口論となった被告人は、脚立の3段目の踏み板に立って作業していた A を見つけ、脚立の1段目を蹴ろうとしたが、思いがけず踏み外した。これを見た A が激昂して被告人

92頁以下、木崎峻輔「近似の裁判例における正当防衛状況の意義及び機能」筑波法政67号（2016年）37頁以下も参照。

につかみかかってきたため、被告人は左手で A の身体を思い切り振り払い、その場に転倒した A は左側頭部を強打し、死亡した。

【判旨】

「このような被告人の行為は、客観的に見れば、脚立に乗っている A に恐怖を感じさせ、A を怒らせるものであることは明らかであって、A が被告人につかみ掛かった行為は、被告人の行為に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえる。そして、A は被告人の両腕につかみ掛かっただけであり、殴るなどの行為に出ていないことも認められるのであり、A の行為は、被告人の脚立の踏み板を踏み付けようとした行為の度を大きく超えるものでないといえるから、被告人の前記暴行は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。」

③ 佐賀地判平成25年9月17日 LEX/DB25503819 (裁判員裁判)

【事実の概要】

路上を歩いていた被告人は、B 運転のタクシーが自分のごく近くを通過したことに腹を立て、同車の後部を足で小突いて停車させ、B を車外に引きずり出し、胸元をつかんで道路際のフェンスに押し付け頭を握り拳で殴るなどした上、仲裁に入った C の胸元をつかんでフェンスに押しつけた。その際、C を助けるため被告人の右腕をつかんできた B の身体に向けて右腕を力強く振り、B の胸に当てて路上に転倒させ、打撃によって生じた心臓震盪に基づく心停止状態に陥らせ、死亡させた。

【判旨】

「B が被告人の腕をつかんだ行為は、これら被告人の B 及び C に対する行為があればその先に通常起きうると予想される範囲内にあり被告人の不正の行為により自ら招いたものといえるから、被告人の本件殴打は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない。また、B が被告人の腕をつかんだ行為は、被告人の C に対する攻撃から C を助ける意思に基づくものであり、相当な範囲の行為にとどまっているから、正当防衛として違法性を欠き（刑法36条1項）、被告人に対する不正の侵害とはいえない。」

④ 横浜地判平成25年10月31日 LEX/DB25446095

【事実の概要】

A～Dの4名は、被告人が店長を務めていた飲食店に入店したが、他の客とのトラブルがあったため被告人はAらに退店を促した。Aらは態度を改めることを条件として店内に戻ることを許されたが、態度が改まらなかったため、被告人はまずCに対して店から出て行くよう伝え、さらにAに近づこうとしたところ、Cからうなじの辺りを力一杯叩かれたので、Cを店から追い出すため、その腕を掴んで店外に出た。Cは階段の所で被告人に対して「殺す」と脅してきたが、意味のない言葉だと思い、「殺せるもんなら殺してみろ」などと言い返したりした。

被告人がCを店外に出したときにCが殴り掛かってきたため、被告人はこれに応戦したが、Bに首を絞められるなどして、地面に倒された。被告人が立ち上がるとAが殴り掛かってきたため、被告人はAの顔面をげんこつで多数回殴るなどして反撃し、Aに全治約1か月間を要する傷害を負わせた。

【判旨】

「(1) 急迫不正の侵害等について

本件暴行の直前に、Aが被告人に殴り掛かろうとしていたのであるから、基本的に急迫不正の侵害が存在したというべきである。

ところで、被告人は、Aの顔面を1回殴打した後、Aが全く抵抗しないのに、さらにその顔を数回殴っている。しかし、1回殴打した後、Aの反撃が全く不可能になったとも、Aの反撃意思が消失したともいえないのであるから、その後も侵害は継続していたと認められる。」

「(2) 正当防衛状況の有無について

(中略) 確かに被告人は、本件暴行の前に、Cを殴打し、Bともみ合うなどしており、さらに、その前にCの脅し文句に言い返すなどしている。しかし、本件は、酔ったAらの店内での言動が他の客とのトラブルを招きそうになったことが発端となっており、被告人は店長として、これを避けるためAらを退店させようとしたのであるから、被告人の行動に非があったといえないことは明らかである。被告人がCとの喧嘩に応じるような言葉を発したのも、Cらに退店してもらうためであったと解する余地がある。

したがって、本件暴行は、自招侵害によるものとも、単なる喧嘩闘争中のものともいえず、正当防衛が成立し得る状況にはなかったとは認められない。」

⑤ 神戸地判平成26年12月16日 LEX/DB25447069

【事実の概要】

交通トラブルでCに「危ないやないか」などと大声で怒鳴りつけた被告人は、口論の最中に、Cが暴力団関係者なのではないかと考え、「もうええわ」と言って自車に戻ろうとしたところ、Cは被告人を追いかけてきたため両者はもみ合いになった。また、Cの仲間のDが被告人車に近づいてきたため、被告人はその場を離れようとして自車を急後退させ、その際C及びDをはねて傷害を負わせた。

【判旨】

「被告人がそのような事態に陥った原因は、Cの運転態度に腹を立てた被告人が路外のパチンコ店に入ったC車をわざわざ追いかけて停止させた上、自車を降りてC車の運転席付近まで行き大声で文句を言ったことによるものである。この点、……被告人が胸ぐらをつかむなど被告人の方から先にCに暴行を加えたとは認められないが、交通トラブルに関し相手方に大声で文句を言えば、相手方の対応によっては口論から素手のつかみ合いなどに発展することは通常予想できる範囲内のことであるから、前記Cの攻撃は被告人が自らの行為により招いたものといわざるを得ず、被告人においてCに対する正当防衛をなし得る立場になかったことは明らかである。」

⑥ 横浜地判平成27年3月13日 LEX/DB25447224 (裁判員裁判)

【事実の概要】

酒癖が悪く、医者から飲酒を制限されていた被告人の息子Aを不憫に思った被告人は、Aを誘い食事に出かけた。その際Aは飲酒したが、酔って他の客に絡みはじめたため、被告人はタクシーを呼び、Aと共に乗り込んだ。しかし、タクシーが発車する前後、Aが暴れ出したため、被告人はタクシー後部座席でAの身体を押さえつけたが、その際被告人はAの頸部などを圧迫し続けたため、Aは窒息死した。

【判旨】

横浜地裁は、Aの暴れる行為は「急迫不正の侵害に当たることが明らかである」とした。その上で、「……検察官は、これまでの経緯から、被告人は被害者が酒に酔えば暴れることを分かっているが自らそのような事態を招いたのであるから、侵害の急迫性がなかった旨主張する。しかしながら、被害者は酒

を飲めば必ず暴れるわけではなかったこと等の事実も考慮すると、被告人は被害者が暴れることを確実に予期していたとまでは認められないし、そもそも侵害を予期していたというだけで急迫性が失われるものでもなく、被害者を保護監督する必要のある被告人にタクシーの利用を回避する義務が課せられるわけでもない……（もっとも、上記のような事情は、後述のとおり、防衛行為の相当性の判断において、一定の意味を持つものと考えられる。）」と判示し、結論として過剰防衛の成立を肯定した。

⑦ 東京高判平成27年6月5日判時2297号137頁²⁵

【事実の概要】

金銭トラブルで暴力団関係者と電話で口論となった被告人は、電話の相手方に「今すぐ来い」という趣旨の発言をしたため、被害者は仲間を連れて被告人方に赴いた。被告人は仲間のDを呼び待機していたところ、被害者らがやってきて被告人及びDに暴行を加えてきた。被告人はDが被害者に暴行されるのを見てDの身の危険を感じ、あらかじめ用意していたシースナイフを持ち出して被害者の腹部を刺し、死亡させた。

原審の千葉地判平成26年10月22日裁判所ウェブサイトは、被告人の言動は「売り言葉に買い言葉として誘発されたもの」であり、自招防衛として正当防衛状況になかったというべき根拠となるほどの落ち度とは評価できず、被害者らが被告人方に来る可能性があることを認識していたが、確実に認識していたとまでは認められないとして、過剰防衛の成立を認めた。

【判旨】

「被告人が、暴力をいとなない暴力団組織に所属している被害者らに対して、その暴力団組織を軽んずる発言をしている状況で『こっちに来い』という趣旨の発言をしたということからすると、この発言は、被告人と被害者らがけんか腰の会話を交わしている際に、暴力沙汰のけんかをしかけるものといえる。そ

²⁵ 本件の評釈として、瀧本・前掲注（24）90頁以下、中野浩一「判批」捜査研究65巻2号（2016年）2頁以下、橋田久「判批」平成27年度重要判例解説（2016年）147頁以下、前田雅英「判批」捜査研究65巻12号45頁以下、山下大輔「判批」警察公論72巻2号（2017年）86頁以下。

うすると、被告人が被害者らの発言によって感情を高ぶらせてそのような発言をしたものであったとしても、被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招いたものである。」

「本件において、被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招き、被害者らが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性がかなり高いと認識しながら、そのような事態を招いた自らの発言について被害者らに謝罪の意向を伝えて、そのような事態を解消するよう努めたり、そのような事態になっていることを警察に告げて救助を求めたりなどすることが可能であったのに、そのような対応をとることなく、被害者らが暴行を加えてきた場合には反撃するつもりで、被害者らとは別の暴力団に属するDを被告人方に呼ぶとともに、殺傷能力の高い本件シースナイフを反撃するのに持ち出しやすい場所に置いて準備して対応し、被害者らから暴行を受けたことから、これに対する反撃として本件刺突行為に及んだものであり、被害者らによるD及び被告人に対する暴行が被告人らの予期していた暴行の内容、程度を超えるものでないことをも踏まえると、本件刺突行為については、正当防衛・過剰防衛の成立に必要な急迫性を欠くものといえる。」

⑧ 山形地判平成27年6月22日 LLI/DB07050325

【事実の概要】

被告人は、近隣トラブルになっていたAとの口論の際、Aの足を蹴るなどしたためAから胸ぐらをつかまれ、足払いをしてAを転倒させた(第1行為)。Aはさらに被告人の胸ぐらをつかむなどしたが、被告人は再びAに同様の暴行を加えた(第2行為)。

【判旨】

「被告人は、Aと口喧嘩となり、さらに、弁護士主張のように一方的に攻撃を受けたのではなく、むしろ、Aを蹴るなどすることで自ら積極的に喧嘩に応じているのであり、その後のAの行為は、上記被告人の行為に触発されて行われた、少なくとも同行為を前提としてその流れの中で行われたものと認められる。そして、Aが胸ぐらをつかんだ行為は、被告人が足で突くように蹴るなどしたことと比較して、程度として大きく超えるものではない。そうすると、Aの行為への反撃として被告人が第1行為を行ったからといって、それが正当とされる状況は認められず、Aの上記行為は急迫性を有する侵害とは

いえない。」「また、第2行為についても、被告人とAとの間の上記一連の経過の中で行われたものであり、第1行為と同様、Aの行為は急迫性を有する侵害とは認められない。」

⑨ 静岡地浜松支判平成27年7月1日 LEX/DB25540736

【事実の概要】

被告人は、自分に仕事を斡旋していた暴力団員のBとの交際費が多額になったため、Bとの関係を断つべく仕事を辞める旨伝えたところ、Bから居酒屋へ来るよう言われたので、ホームセンターでナイフを購入してから居酒屋へ向かった。

被告人がCに到着すると、Bはいきなり右手の平で被告人の左頬を殴打したため、被告人はナイフを取り出し、Bの胸倉をつかんだ。その後両者は店外に出て、Bは自動車からゴルフクラブ3本を取り出し、1本をそばにいた友人に渡し、2本を両手で持って被告人を殴打し、傷害を負わせた。その際ゴルフクラブが折れたので、Bは友人からゴルフクラブを受け取ってさらに被告人を殴打し、自動車にゴルフクラブを取りに行こうとしたが、被告人は持っていたナイフでBの左頸部を突き刺し、傷害を負わせた。

【判旨】

「確かに、被告人がBにナイフを示すなどしたことでBの怒りを増幅させ、その後のBによる侵害を招いた側面があるところ、被告人が、自己の不正の行為により自ら相手方の侵害を招いたといえ、かつ、相手方の攻撃が被告人の行為の程度を大きく超えるものでないなどの事情が認められれば、被告人がした本件傷害行為について、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況（以下「正当防衛状況」という。）における行為とはいえず、正当防衛の成立が否定される余地が生じる……。

そこで検討するに、被告人は、Bからいきなり左頬を平手で殴打されるという急迫不正の侵害を受け、それに対応してナイフを取出して右手で右腰辺りに構えて持ち、左手でBの服の胸倉をつかんだものである。被告人の上記行為は、それ自体暴行、脅迫と評価する余地があるとしても、防衛的な行動にとどまるものであり、防衛の意思をもってなされた、防衛行為として相当性を有する行為であると認められ、正当防衛が成立するというべきである。したがって、被告人が不正の行為によりBによるその後の侵害を招いたとはいえない。そし

て、Bがゴルフクラブで被告人の頭部等を3回にわたり殴打した行為は、危険性、執拗性の点において、被告人の上記行為の程度を大きく超えるものであることは明らかである。以上からすれば、被告人がした本件傷害行為は、正当防衛状況における行為といえ、これについて正当防衛の成立は否定されない。」

⑩ さいたま地判平成29年1月11日判時2340号120頁²⁶

【事実の概要】

Bとの近隣トラブルが続いていた被告人が犬を連れて歩いていたところ、Bが被告人を発見し、被告人の前に自転車にのった状態で立ちふさがった。被告人はBにどくよう求めたが応じなかったため、自転車の前輪を軽く2、3回蹴ったところ、Bは自転車に乗っていったん姿を消したが、その後自転車を降りたBがやってきて何度も被告人に殴りかかった。その間被告人は防御の姿勢をとっていたが殴打は止まなかったため、右手でBの顔面を殴り、負傷させた。さいたま地裁は、本件は喧嘩闘争の事案とはいえないとした後、自招防衛については以下のように判示した。

【判旨】²⁷

「そこで、次に、けんか闘争行為であるとまではいえないとしても、被告人がBによる殴打行為に先立って自転車の足蹴り行為に及んでいることをもって、本件暴行時点において反撃行為に出ることが正当とされない状況だったと評価すべきかどうかを検討する。

ア たしかに、本件では、Bによる殴打行為は、被告人による自転車の足蹴り行為に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態であると認められる。弁護人は、Bは被告人の進路に立ち塞がった当初から攻撃的であったのであり、その特異な性格から殴打行為に出たものであって、被告人による自転車の足蹴り行為に触発されたのではないと主張するが、Bが、過去における二度のトラブルの際……に被告人に暴行を加えたことはなく、本件で被告人の前に立ち塞がった際にも暴力的な態度に出ていなかったのに、被告人による自転車の足蹴り行為を受けた途端、自転車を止めて殴打行為に出てい

²⁶ 本件の評釈として、坂下陽輔「判批」刑ジャ 56号（2018年）102頁以下。

²⁷ 本稿で引用している部分は、判例集では全体にわたり下線が引かれているが、本稿では一部省略している。

ること等からすれば、その殴打行為は被告人による自転車の足蹴り行為に触発されたものと認められる。

イ しかし、被告人による自転車の足蹴り行為は、もとはといえば、被告人がBとの接触を避けて通行しようとしたにもかかわらず、その進路にBがわざと立ち塞がったために行われたのであって、専ら被告人に原因があるわけではなく、かえってBの上記行為がこれを誘発・挑発した側面があるといえ、同人にも相応の原因があるといえることができる。

しかも、被告人による自転車の足蹴り行為は、これをBによる殴打行為と比較すると、後者について検察官が主張するように、素手による攻撃であること、被告人が体勢を崩すまでには至らなかったこと、当たったのは初めの一回にとどまっていることを考慮しても、威力の程度の点で看過できない差がある。加えて、前者が……Bにどいてもらうための威嚇・けん制にとどまる行為であったとみられるのに対し、後者は被告人の身体を痛めつけることを意図した直接的な有形力の行使であり、いわば文字どおりの暴行行為であって、両者は一応同じ暴行であるといっても、質的にも相当異なっているというべきである。

ウ そうすると、以上のとおり被告人による自転車の足蹴り行為に至ったのにはBの挑発的・誘発的の行為も相応の原因となっており、被告人ばかりが大きく責められるべきものではないことに加え、同足蹴り行為と比べて、その後のBによる殴打行為が量的のみならず質的にも上回っていることに鑑みると、一般の社会通念に照らし、Bによる殴打行為が被告人による自転車の足蹴り行為に触発された一連、一体の事態としてなされたとしても、なおこれに対して被告人が反撃行為に出ることが正当とされ得ない状況にまでは至っていないと評価するのが相当である。

なお、検察官は、前記のとおり、被告人が、Bの自転車を蹴った時点で、Bによる侵害行為を当然予期していたことを前提に、その点も併せ考慮して、正当防衛状況を否定すべきであると主張しているとも解される。たしかに、相手の侵害行為を招いた自己の行為が文字どおりの暴行行為より程度の弱いものである場合であっても、相手に対してある言動を向ければ相手がこれに憤激して自己に攻撃してくることを予期しながらあえて当該言動に及び、案の定相手も攻撃してきたような場合に、反撃行為に及ぶことの正当性を否定すべき場合もないではないと思われる。しかし、……被告人が、Bの自転車を蹴った時点において、殴打のような直接の暴行をBから受けることを予期できていたとは

認められないから、結局検察官の主張は成り立たない。」「したがって、被告人の本件暴行は、けんか闘争の観点からみても、自招侵害の観点からみても、正当防衛状況（急迫不正の侵害）の下における行為であることが否定されるものではないと認めるのが相当である。」

第2節 検討

本節では、以上の裁判例を踏まえ、自招侵害の判断枠組みと、要件論という2つの観点からの分析を試みる。

第1項 自招防衛の判断枠組み

繰り返しになるが、平成20年決定は侵害の予期に基づかない判断枠組みを提示した点に特徴を有する判例であった。しかし、それ以降の事案を見ると、①、③、⑤、⑥、⑦、⑨事件では、侵害を予期していなかったこと（①、⑥、⑨事件）や、挑発行為から招いた侵害が通常予想される範囲内であること（③、⑤事件）、被害者による暴行を被告人が予期していたこと（⑦事件）が明示的に認定されている。また、②事件では平成20年決定の枠組みに忠実な判断がされているように見えるが、「客観的に見れば」挑発行為が被害者を怒らせることは明らかであるという指摘は、同決定には見られない。具体的状況の下でいかなる挑発行為がいかなる侵害を招き得るかは経験則的な判断をせざるを得ないはずであり、あくまで客観的判断とはいうものの、侵害の予期やその可能性を言い換えたに過ぎないと分析することも可能であろう。

昭和60年判決の枠組みをここで今一度確認しておきたい。同判決の枠組みによれば、(i) 不正な挑発行為、(ii) 時間的接着性（直接性）、(iii) 侵害が通常予想される態様・程度であること、及び(iv) 侵害が軽度にとどまっていること（軽微性）の要件を満たした場合には急迫性が否定されることとなる。平成20年決定の決定要旨に照らしてみると、「不正の行為により自ら侵害を招いた」は(i)と、「[不正な暴行の]直後における近接した場所での一連、一体の事態」は(ii)と、「攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでない」は(iii)ないし(iv)と、概ね同義であると考えられる。そうすると、少なくとも自招防衛の判断方法に関する限り、侵害の予期に言及して正当防衛の成立を否定した③、⑤、⑦の各事件は、平成20年決定よりも、むしろ昭和60年判決の判断枠

組みに依拠して事案の解決を行っていると考えるのが自然な見方であるように思われる。

第2項 要件論

要件論に関する点においても、平成20年決定以降の裁判例は、正当防衛状況という文言の理解につき、苦勞しているような印象を受ける。例えば④事件では急迫性に関する判断と正当防衛状況に関する判断が個別に行われており、正当防衛状況の判断は急迫性判断の後に行われている。①事件でも「急迫不正の侵害に当たる被害者の攻撃に対して反撃が正当化される状況」と判示されているように、「急迫不正の侵害」と「反撃が正当化される状況」は分けて書かれており、急迫不正の侵害が存在しても反撃が正当化されない状況があり得る、と理解することも可能な言い回しとなっている。

また、⑦事件においては、判決書の本文で正当防衛状況の文言は一切用いられず、正面から急迫性が否定されている。正当防衛状況という文言は、「正当防衛状況に関する当裁判所の判断」という見出しで用いられているのみであり、これは急迫性を否定した段落の見出しであるから、東京高裁は、急迫性と正当防衛状況を同義に解していると思われる。⑩事件でも「正当防衛状況（急迫不正の侵害）」というように、正当防衛状況とは急迫性の言い換えであると見なされている。

検察官の主張内容を見ても、正当防衛状況の扱いに苦心していることがうかがわれる。⑥事件において検察官は「被告人は……自らそのような事態を招いたのであるから、侵害の急迫性がなかった」と主張しているが、⑩事件では、単に正当防衛状況がないと主張するにとどまっている。実務においても、「正当防衛状況」という概念をどのように位置づけるべきかは定まっておらず、個々の検察官の判断に任されていることが看取される。

第3節 小括

平成20年決定が示した2つの意義について、ここまでの内容を小括しておく。

第1項 下級審から見た平成20年決定

まず自招防衛の判断枠組みについて、平成20年決定の看板ともいえる客観的

判断枠組みは、——少なくとも公刊物等から明らかになる限り——その後の下級審において、そのままの形で採用されたことはほとんどない。特に、侵害が「通常起きうると予想される範囲内」であると判示した③事件は裁判員裁判であり、裁判員に分かりやすい枠組みを示そうとした平成20年決定の意義は、これに沿った枠組みを用いない下級審裁判例から疑問を投げかけられているといえよう。

ではなぜ下級審は、平成20年決定が発した強いメッセージにもかかわらず、侵害の予期に関する判示を続けてきたのであろうか。

これに対しては例えば、下級審から平成20年決定を見たとき、同決定は侵害を予期できなかった事案における判断枠組みであると判断したのではないか、という回答が考えられよう。しかしながら、調査官解説などが指摘するとおり、平成20年決定が自招防衛に関する事案を広範に射程に含める意図があったことは否定できないように思われる。仮にそうした判断がなされていたのであれば、妥当な判例の理解に基づくものではないといわなければならない。

また、平成20年決定以降の事案において認定されてきた侵害招致行為は、自動車から相手を引きずり出したり（③事件）、交通トラブルになった相手に大声で文句を言ったり（⑤事件）、電話で相手を侮辱して被告人方に来るよう申し向けるような行為（⑦事件）であり、いずれも有形力の行使を伴う侵害行為を予期していたか、予期することができたと認定されている。それらの事案に照らすと、「平手打ち」から「ラリアット」という平成20年決定の事案においても、侵害の予期に言及することは事実認定の上からも可能であったはずである。

ただし、なお留意する必要があるのは、⑦事件において侵害招致行為とされたのは「電話による侮辱行為」であった点である。また、事実認定を見ると、被害者らは被告人に対して執拗な暴行を加えており、平成20年決定の判断枠組みをそのまま用いていれば、正当防衛状況は肯定されていたのではないだろうか²⁸。この点は先行研究においても指摘されており、かかる場合には「侵害の予期と積極的加害意思を問題とすることなど別の論理によって、正当防衛の成立を否定する必要があるように思われる」などとされている²⁹。そうすると、本稿

²⁸ 実際にも、本件原審では正当防衛状況の存在が肯定されている。

²⁹ 山口・前掲注（15）318頁。三浦・前掲注（14）438頁も、侮辱、脅迫、器物損壊により侵害を招いた場合については「本決定の射程は直ちに及ばない類型

で挙げた事例のうち⑦事件については平成20年決定の射程外に位置すると理解すべきこととなろう³⁰。

しかしながら、そのように考えたときに問題となるのは、(ア) ⑦事件のように平成20年決定の射程に含まれない事案をカバーする枠組みをどのように考えるかという点と、(イ) ③、⑤事件のように侵害の予期に言及している裁判例を、平成20年決定の延長線上に位置づけるのか、あるいは(ア)の判断枠組みの射程に含ませるのか、という点である。特に(ア)については、⑦事件はいわゆる侵害回避義務にも言及するなど、昭和60年判決の枠組みとも同一でないため、問題はより複雑となっている。

第2項「正当防衛状況」の汎用性

一方、「正当防衛状況」という文言の用いられ方としては、平成20年決定以降の裁判例においては、①この文言のみが用いられる場合、②急迫性と正当防衛状況を区別しつつ両者が用いられる場合、及び③急迫性と正当防衛状況を同義のものと見なされている場合があり、必ずしも平成20年決定が意図したとおりの用語法では用いられていないように思われる³¹。ただし、この文言自体は自招防衛が問題となった事案のみならず、正当防衛が争点となった事案において広く現れている。正当防衛状況という考え方は自招防衛の判断枠組みから切り離され、汎用性の高い概念として定着しつつあることは間違いないだろう。

しかし、そうであればなおさら、急迫性要件との異同を明確にしなければならないはずである。仮に両者が異なる概念であるのならば、使い分けをどのように行うべきかを明らかにすることは急務である。正当防衛状況という文言が

として検討される必要があると思われる」としている。

³⁰ ただし、⑥事件は積極的加害意思の認定がなされなかった事案であり、原審認定のとおり正当防衛状況の存在を肯定しても良かったのではないかという主張もあり得よう。平成20年決定は自招防衛として正当防衛の成立を否定すべき場合を広く射程に収めていると理解するのであれば、この枠組みから外れ、積極的加害意思など従来の枠組みによって正当防衛が否定されるのでもない事案について急迫性ないし正当防衛状況を否定する理由はないはずである。

³¹ 「正当防衛状況」という文言の多義性を指摘するものとして、木崎峻輔「近時の裁判例における正当防衛状況の意義及び機能」筑波法政67号（2016年）54頁以下参照。

現れてから10年近く経過しているにもかかわらず用いられ方がなお統一されていない状況は、早急に改善する必要がある。この点は次章で検討を加える。

第3章 平成29年決定について

以上のような状況の中で、最高裁は平成29年決定（本章中では「本決定」とする）において、侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における急迫性の判断方法について判示したが、この決定によって、平成20年決定の射程は見直しを迫られているのではないだろうか。

第1節 平成29年決定の概要

【事実の概要】

被告人は、知人である A（当時40歳）から、平成26年6月2日午後4時30分頃、不在中の自宅（マンション6階）の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月3日午前3時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行つたから待って。けじめとつたから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えと言われたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。

被告人は、自宅にいたところ、同日午前4時2分頃、A から、マンションの前に来ているから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁（刃体の長さ約13.8cm）にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。

被告人を見付けた A がハンマーを持って被告人の方に駆け寄って来たが、被告人は、A に包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いて A に近づき、ハンマーで殴りかかって来た A の攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出すと、殺意をもって、A の左側胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した。

【決定要旨】（下線部は刑集記載のとおり）

上告棄却。

「刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行

為を例外的に許容したものである。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく（最高裁昭和45年（あ）第2563号同46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号996頁参照）、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき（最高裁昭和51年（あ）第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照）など、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。』

「……事実関係によれば、被告人は、Aの呼出しに応じて現場に赴けば、Aから凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。したがって、本件につき正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した第1審判決を是認した原判断は正当である。」

第2節 平成20年決定との棲み分け

本決定で引用されている判例は昭和46年判決と昭和52年決定の2つのみであり、平成20年決定は引用されなかった。このため、本決定と平成20年決定は別の判断枠組みであると解する見解が多く見られる³²。本決定の分析を行う先行

³² 佐伯・前掲注（1）21頁、嶋矢・前掲注（1）31頁、高橋直哉・前掲注（1）

研究によれば、両者は侵害の予期の有無で線引きされるものであるとされている。しかし、その結論を得るためには、平成20年決定の射程理解について総括を行う必要がある。

第1項 射程の再確認

必ずしも統一的な見解ではないものの、平成20年決定の射程については先に述べたように、違法な先行行為により侵害を招致したケースについては、侵害の予期の有無を問わずその射程に含まれるという理解が学説・実務における多数説を形成している。しかしながら、その後の裁判例では、暴行による侵害招致行為のケースについても、通常であれば侵害を予期し得たとして正当防衛の成立を否定する事例が見られるのも先に指摘したとおりである。

先ほど本稿では、下級審がこのような判断を下してきた原因につき、下級審は平成20年決定の射程につき、侵害の予期がないケースのみを射程に含めると解釈したからだとする考え方には否定的な見解を示した。しかし、下級審が平成20年決定の枠組みを、裁判員裁判において用いることが容易でないと評価していたということは、考えられるのではないだろうか。

裁判員裁判が施行されるまでには、極めて周到な事前研究が行われ、法律の解釈や実務に関する前提知識が法曹三者と比べて劣る（ことが通常想定される）裁判員に対しては、そうした不安なく裁判に臨めるよう、特に手厚いケアが施されてきたように思われる。そのような対策は適切であった。しかしながら、実際に評議を行う過程では、被告人における侵害の予期に関する事情を抽出して説明を行う方が、かえって裁判員からの理解を得られやすかったということには十分考えられよう。客観資料から主観的認識の存否を判断するという手法には懸念が示されてきたが、例えば自招防衛の問題について説明するときは客観的資料のみから判断させるよりも、そのような侵害を招くかもしれないと分かっていたのに敢えて侵害招致行為に及んだ場合には正当防衛を否定すべきというような規範を示す方が、裁判員にとって理解しやすかったのではないだろうか。そもそも、侵害の予期に限らず、故意・過失などの主観的要素は客観的資料から推認するほかに、かかる手法はどうしても完全には排除され得ない。

13頁、照沼・前掲注（1）54頁、橋田・前掲注（1）155頁、山本・前掲注（1）374号219頁参照。

学説・実務がこれほどまでに強いメッセージを発してきたにもかかわらず、その名宛人というべき裁判員裁判において侵害の予期に関する言及が多数見られるのは、平成20年決定の射程の理解にではなく、司法研究を代表とする先行研究³³と、評議の実情との間に齟齬が生じたことに由来しているのではないだろうか。本決定の調査官も、「裁判員制度導入後の下級審は、司法研究の提言を参考として、争点整理や裁判員への判断対象の提示につき工夫を図ろうとしてきていると感じられるが、当事者と裁判員に対して当該事案でどのような要素を検討すべきか明確にしないまま正当防衛状況性に関する審理・評議を進めても、なかなかうまくいかず、試行錯誤しているのが現状のように思われる」と述べている³⁴。

そのような状況の中で出された本決定は、侵害の予期を前提とした総合的な判断枠組みを示すものであり、注目すべき判例である。同決定で示された考慮要素はこれまでに問題となってきた事例から得られた知見を集積したものであると考えられ、この枠組み自体は完全な新規性を伴って出されたものではない。しかし、侵害の予期に基づかない判断枠組みの形成を目指した最高裁が、侵害の予期を前提とした判断枠組みを提示したことは、裁判員裁判における現状を

³³ ただし、司法研究では、侵害の予期に依拠しない判断枠組みの創設について触れられていたわけではない点には注意を要する。司法研究では平成20年決定につき、「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」を判断対象として用いたもので、本研究と方向性を一にする、と述べられている。しかし、正当防衛状況とは「大きな判断対象」であり、その有無を判断する際の具体的な判断項目は事案によって異なっている。特に自招防衛についてみると、「侵害が意図的な挑発や原因行為の通常予想される範囲にとどまるものか、予想をはるかに超える激しいものであるかなど、事案に応じた検討が必要」であるとされており、司法研究においては、侵害の予期（の可能性）は自招防衛における「正当防衛状況」の判断要素から除外されていない。平成20年決定と司法研究が方向性を一にしているのは「正当防衛状況という大きな判断対象」を示した点にとどまり、侵害の予期に言及しなかった点については、司法研究の提言と平成20年決定は一致していない。この点も、下級審の自招防衛判断にばらつきが出ている一因をなすものといえる。すなわち、平成20年決定のように判断対象から侵害の予期を「排除」する枠組みと、司法研究のように「包含」させる枠組みが、下級審に対してほぼ同時期に提示されていたのである。

³⁴ 中尾・前掲注（1）108頁。

正面から受け止め、これまでの方針に修正を加えたと理解可能である。

第2項 平成29年決定と自招防衛

第1款 「予期+違法な先行行為」ケースの処理

学説からの分析では、本決定と、これが引用しなかった平成20年決定は別枠組みであるとされているが、それは、自招防衛のケースを平成20年決定ですべてカバーすべきことまでは意味しないものと解される。本決定が示す考慮要素には侵害を自ら招いたかという指標が含まれていないようにも思えるが³⁵、「行為者と相手方との従前の関係」、「行為者が侵害に臨んだ状況」が具体例として挙げられ、これらは「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして」急迫性の有無を判断するための事情である³⁶。したがって、侵害を予期しながら自招行為を行った場合は、平成29年決定の判断枠組みによって急迫性の存否が判断されると考えてよいように思われる。実際にも、後掲㊦事件（前橋地判平成29年9月6日 LLI/DB07250773）では、侵害の自招性が総合判断の考慮要素として指摘されている。

それでは、本決定により、自招防衛のケースは今後どのような棲み分けが図られていくこととなるだろうか。

最も重要な考察対象は、「侵害を予期しており、かつ不正な行為によって侵害を招いたケース」をいずれの枠組みで処理すべきか、という点である。すなわち、平成20年決定は、侵害の予期がなくても——すなわち、有無にかかわらず——、不正な行為により侵害を招いた場合は正当防衛状況性を欠くとした判例である一方で、本決定は侵害の予期がある場合の急迫性の判断方法について示した判例であって、平成20年決定以降の裁判例の状況に鑑みると、「侵害予期+自招防衛」のケースについては二つの判例の射程が重複しており、問題を複雑にしているのである³⁷。

³⁵ 照沼・前掲注（1）54頁は、本決定の「考慮要素の中に自招侵害に関する平成20年決定の要件と重複するようなものは見当たらず、むしろ両者は慎重に区別されている印象を受ける」とする。

³⁶ 決定要旨では「……等を考慮し」とされていることから、考慮要素は本決定で挙げられているものに限定されないと思われる。

³⁷ 平成20年決定を「侵害の予期がなかったケース」と考えた場合には、このような問題は生じない。本稿は、同決定については、侵害の予期を認定すること

特に考慮を要するのは、侵害を予期しながら、平成20年決定にいう「不正の行為」を行って侵害を招いた場合に、本決定の射程に含めることが妥当かという点である。不正な行為により侵害を招いたときは、侵害を予期していなくても正当防衛状況が否定されるという平成20年決定から出発すれば、侵害を予期していたのであれば、なおさら正当防衛状況を欠く。さらに、侵害の予期がない場合と比べ、侵害を予期していた場合には、平成20年決定よりも多角的な観点から急迫性の存否が判断されることとなるが、同じ「不正な行為」であるのに、予期の有無によって異なる判断枠組みが妥当することを説明するのは困難である。

しかし、平成20年決定が出された当時から、その射程については慎重に検討すべきとされていたことは、この問題を解決するヒントとなるように思われる。同決定では、被告人は侵害に先立ち被害者に暴行を加えており、侵害は被告人の暴行に触発されたものであって、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたというように、先行行為が「暴行」であるという点が強調されていた。また、学説においても、先行行為が暴行ではなく、侮辱的発言や脅迫、器物損壊等の場合には不正といえども直ちには射程が及ばない類型として検討される必要があると指摘されている³⁸。

このことを踏まえると、射程が重複している問題については、①平成20年決定における「不正の行為」は、具体的には「不正な暴行」を意味し、②侵害の予期を前提とする本決定の枠組みで問題となる先行行為は「暴行」以外の行為であると理解することによって解決を図ることが可能であると考えられる。侵害の予期の有無という観点で二つの判例を区別することは基本的に妥当であると思われるが、より厳密には、侵害の予期を前提とするか否かで区別を図って考えると考えるべきであろう。平成20年決定はこれを前提としないが、あくまで「前提としない」だけであり、暴行による自招防衛の事案では、侵害の予期があっても平成20年決定の射程に入るというべきである。

第2款 先行行為の性質

も可能であったが、あえてこれに依拠しない判断枠組みを提示しようとしたものと理解している。

³⁸ 前掲注（29）参照。

もう一点問題となり得るのが、本決定で問題となる先行行為の性質についてである。

昭和60年判決及び平成20年決定は、挑発行為が不正であることを、正当防衛の成立を否定する根拠の一つとして援用している。一方、本稿の理解に基づけば、侵害の予期があり、先行行為が「不正な暴行」以外であるときは本決定の枠組みで総合判断が行われることとなるが、先行行為は不正である必要があるか。あるいは、本決定の枠組みでは、先行行為の性質は総合判断の一要素となるにすぎず、先行行為が不正でなくても正当防衛の成立が否定され得るのであろうか。

（１）先行行為の「侵害招致行為」性

平成20年決定以降の裁判例を例に見ると、必ずしもすべてが先行行為の不正性に言及しているわけではない。②、③事件では言及があるが、⑤事件では、侵害は「被告人が自らの行為により招いた」とされ、⑦事件でも、不正性への言及は見られないまま正当防衛の成立が否定されている³⁹。

先行行為の性質を考察する際に重要な視点は、「(社会通念上)このような挑発をしたらこのような侵害を招く」といえるかどうかの線引きである。このようにいえるからこそ、自ら侵害を招いた者は自身の負担において緊急状況を解消しなければならないのであって、昭和60年判決や平成20年決定は、この線引きを「不正な暴行」に求めたというように見える。

しかしながら、社会生活の実際においては侮辱的言質や器物損壊などといった「挑発的態度」は無限に考え得るところである。また、侵害招致行為と目すべき行為は相手方とのトラブルの中で行われる場合が非常に多く、同一の性質をもつ先行行為であっても、具体的状況によって、「このような挑発からこのような侵害を招く」といえるか否かは異なる。例えば、侮辱的言質の相手方が気性の荒い人物か、あるいは日ごろから大人しい人物かでも「侵害招致行為性」の判断は異なり得るし、かかる言質がかねてからの近隣トラブルの中で生じたのか、すれ違いざまにぶつかって口論となった中で、あるいはディベートのような議論の中で生じたのかでも異なるであろう。結局のところ、侵害を招致す

³⁹ ⑧事件でも不正性が言及されていないが、先行行為が暴行であった事案であり、あえて言及するまでもなかったものと考えられよう。

るような先行行為であったか否かは総合的判断によるほかない。

（２）正当防衛を制限すべき先行行為

もっとも、侵害招致行為性と、正当防衛の成否は別の問題である。刑法36条1項の前身である旧刑法314条は、その但書で、「不正ノ所爲」によって「自ら暴行ヲ招」いた場合は正当防衛とならない旨を定めていた。後に36条1項に改められる際は、自招防衛は急迫性が否定される場合の一類型であるから、あえて自招防衛規定を明文で置く必要がないとの理由で36条1項には盛り込まれなかったという経緯⁴⁰がある。行為者の主観的要件は求められておらず、「不正」な行為という客観面のみが正当防衛否定の要件とされており、昭和60年判決及び平成20年決定で示されている客観的要件は旧刑法314条但書の趣旨と軌を一にするものである。二つの判例がこの点を意識していたかは定かでないが、正当防衛を否定すべき侵害招致行為の性質を「不正」な行為に限定していたことには理由があった。侵害の最終的な「引き金」が何だったかを特定するのは容易でないからこそ、招致行為に不正性を要求し、自招防衛とされる範囲を限定することには意義があったというべきである。挑発されたら侵害を行ってよいという規範はなく、(潜在的な) 侵害者には挑発に対する抑制を求めてよいという点を考慮すれば、後に侵害者が罪に問われる可能性があることは別論として、判断基準を挑発行為の違法性に見出すことは、市民の行動の自由を確保するという観点からも妥当であろう。

しかし、侵害を招く可能性があることを認識していたにもかかわらず、あえて挑発的行為を行うような場合にまで、招致行為が不正でなかったからといって直ちに正当防衛状況性（急迫性）を肯定することが妥当とは思われない。事前に侵害を予期していたのであれば、かかる行為を抑えるよう要求することは、行動の自由を不当に制限することにはならないというべきである。本決定が「侵害を予期していた場合における急迫性の判断方法」を示したことは、侵害の予期がある場合はそうでない場合に比べ、急迫性が認められるためのハードルが高いということを意味し、一定の場合には防衛行為を抑えることを求めているものと解される。そうすると、「暴行」以外の自招防衛のケースにおいて侵害

⁴⁰ 自招防衛規定の沿革については、瀧本京太郎「自招防衛論の再構成（１）—『必要性』要件の再検討」北大法学論集66巻4号（2015年）205頁以下参照。

を予期していた場合は、先行行為が不正とまではいえないとしても、本決定の総合判断の対象とすることは妨げられないと考えられる。

第3款 小括

昭和60年判決及び平成20年決定は侵害招致行為の客観面として不正性を要求してきたが、本決定によって、侵害の予期があった場合は必ずしも不正な行為によらなくても正当防衛の成立が否定され得ることが明らかとなった。下級審においてはすでにこのような傾向があったが、本決定はこれを追認したということも可能であろう。下級審は、平成20年決定に概ね沿った判断枠組みを用いて事件を処理してきたように見えるが、侵害の予期の存否を正面から認定しようとする傾向があることに鑑みると、先行行為が「暴行」でない自招防衛の判断は今後、本決定の総合判断方法に順次移行していくのではないだろうか⁴¹。もっとも、総合判断というからには、侵害の自招性は急迫性の存否判断の一要素となる。「自招性」が他の諸要素との間で相対化されることとなることで、例えば⑤事件や⑦事件のような「予期＋暴行以外」の事例群では、自招防衛というカテゴリーの独自性が希薄化され、わが国の自招防衛論の守備範囲が狭められることもあり得よう。

先行行為が不正な暴行である場合は、当然に侵害招致行為性が認められ、平成20年決定の他の要素を満たす限り、予期の有無を問わず正当防衛を制限すべきものとして理解される。これを換言すれば、自身の行動によって予期せず侵害を招致した場合は、当該行為が不正な暴行でない限りは自招防衛とはならず、正当防衛状況性（急迫性）は原則として肯定されることとなる。

先行行為が暴行以外のケースを平成20年決定の射程に含めるべきかについては、これまでの議論において必ずしも判然としてこなかったが、本決定は、平成20年決定の射程を明確化させることに大きく寄与する判例であるといえよう。

第3項 正当防衛状況のゆくえ

平成20年決定以降の下級審では、「正当防衛状況」という文言は用語法の差異こそあれ、比較的広範に用いられてきた。しかし本決定では、この語句は用いられていない。急迫性と正当防衛状況の関係については、本決定によって何

⁴¹ 後掲⑪事件では、侵害の自招性が考慮要素とされている。

らかの方向性が示されたのであろうか。

本稿の理解に従えば、平成20年決定は不正な暴行による侵害招致の場合につき「正当防衛状況」を否定し、侵害の予期を伴うその他のケースでは、本決定の枠組みの下で総合判断が行われることとなる。しかし、侵害を自ら招いたという点で共通しているのに、侵害招致行為の性質によって判断対象が「正当防衛状況」若しくは「急迫性」というように異なることを説明するのは容易でない。二つの判例を「侵害の予期の有無」で区別したとしても、予期の有無で判断対象が異なることの説明は、やはり困難であろう。

筆者自身は平成20年決定の「正当防衛状況」は急迫性を言い換えたものであると理解してきたが⁴²、かかる理解は平成20年決定以降の下級審裁判例を踏まえて形成したものであり、平成20年決定が出された直後に出された先行研究の論者が、正当防衛状況と急迫性は別の概念であると考えたのは当然のことである。同決定のような事案においては「急迫性の有無によって正当防衛の成否を判断するのは適当でないと考えたものと思われ、その背景には、侵害の予期を前提とした急迫性判断は、急迫性要件を評価的・量的に捉えようとする技巧的な手法であり、必ずしも有効・適切ではないという指摘が調査官解説においてなされていることから⁴³、最高裁が正当防衛状況という文言を用いた意図は、急迫性要件とは異なる思考枠組みを提供することにあつたと推察できる。

しかし、そうであれば、正当防衛状況という概念が刑法36条1項所定の各要件のいずれと関係づけられるとはどのような関係に立つのかを示す作業は、少なくとも行うべきであつた。裁判員裁判が実施されたからといって、36条1項の解釈に変更が生じたわけではない。評議に際しては、少なくとも正当防衛が成立するための要件については説明するものと思われるが、36条1項に記述されている文言に関連付けられていない不文の要件の存在を説明するほうが、かえって裁判員の理解を阻害することにもつながりかねない。その後の実務において、正当防衛状況が欠けるので急迫性が存しないと検察官が主張していたことは、最高裁の意図が実務者に対して伝わりにくかったことを示唆している。

⁴² 瀧本・前掲注(2) 296頁以下。

⁴³ 三浦・前掲注(14) 428頁以下では、「本件のような事案において急迫性欠如を理由とすることの問題について」という見出しに続き、これらの指摘がなされている。

正当防衛状況を急迫性要件の問題として取り扱うという下級審の傾向の背景には、事実審、特にその第一審を担当する実務者としては、罪刑法定主義の観点からも、可能な限り条文上の要件に落とし込んで主張・立証及び判決をすべきという思考があるのではないだろうか。そして、そのような「落とし込み」に最も適しているのが急迫性要件であることにはほぼ疑いがなく、結果として正当防衛状況は、徐々に急迫性に取り込まれることとなったと考えられる。

この点について参考となるのが、平成20年決定以降、積極的加害意思が問題となったケースの裁判例である。例えば鹿児島地判平成24年2月7日 LEX/DB25444383（裁判員裁判）では、「正当防衛による対抗が許されないといえるか（急迫性等）」という項目の中で積極的加害意思の不存在が確認されている。また、さいたま地判平成24年7月4日 LEX/DB25482350（裁判員裁判）では、「被告人は、グラウンドで被害者と対峙した時点においては、被害者からの暴行を十分に予期し、それに応じて自ら積極的に被害者に暴行を加えようとの意思から、被害者の暴行を迎え撃って自ら被害者に暴行を加えたものと認められるから、被告人の本件暴行は、何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況の下における行為とはいえず、本件では正当防衛は成立しない」と判示した。平成20年決定はあくまで自招防衛の事案につき正当防衛状況を否定したもので、他のケースにも正当防衛状況という考え方が波及するかどうかは不透明であったが、昭和52年決定以来長きにわたって急迫性の問題とされてきた積極的加害意思のケースでも「正当防衛状況」が用いられている現状からは、下級審において、この文言は急迫性要件を簡潔に言い換えたものと理解されていることが強く推認されよう。

以上のように考えると、現状では「正当防衛状況」という文言も自招防衛の判断枠組みと同様に、最高裁が当初意図したとおりの運用をされているかには疑問の余地がある。もっとも、「正当防衛状況」が「急迫性」と同義と解されているに過ぎないのであれば、「正当防衛状況」という文言は、今後も裁判員裁判を中心とする下級審で用いられていくことが予想される⁴⁴。そのことで特段

⁴⁴ 高橋則夫・前掲注（1）9頁以下は、「正当防衛状況」は「急迫性」を判断する際の、裁判員のための説明の道具にすぎず、また、急迫性には規範論的な意味（ルール性）があるが、正当防衛状況にはそれがないとして、正当防衛状況は急迫性に統合されるという私見を展開しており、本稿の立場からは正当で

の問題が生じることもないであろう。しかし、下級審が「正当防衛状況」の扱いに苦慮していると指摘されている中で本決定が出たことに鑑みると、「正当防衛状況」ではなく「急迫性」の問題とした本決定は、少なくとも侵害の予期が認定し得るケースでは、あえて「正当防衛状況」という語句を用いず、急迫性要件の問題であると説明しても差し支えないことを示すものといえよう。侵害の予期がない自招防衛のケースでは、なお正当防衛状況性の問題となる余地が残されているものの、下級審の傾向からは、今後は急迫性要件への回帰が強まることが予想されよう。

第3節 平成29年決定以降の下級審

では、平成29年決定以降、下級審はどのような判断をしているだろうか。

① 前橋地判平成29年9月6日 LLI/DB07250773（裁判員裁判）

【事実の概要】

軽度の知的障害があるAと知り合いになった被告人は、Aにキャッシュカードを売却する方法を教えたところ、実際に売却をしたAは警察の事情聴取を受けることとなり、その際被告人の名前を警察に伝えた。それを知った被告人はAを被告人方に呼びつけ、供述を撤回するよう執拗に要求し、警察署に電話を掛けさせるなどしていたが、このような要求に嫌気がさしたAは被告人方のふすまを殴って破り、被告人に殴りかかった。被告人はナイフでAの胸部を複数回突き刺し、全治約2か月間の傷害を負わせた。

前橋地裁は、被告人に確定的殺意があったことを認定した上で、過剰防衛の成否については急迫性がないとして、以下のように判示した。

【判旨】

「(2) 侵害の急迫性がないと判断した主な理由

まず、被告人がAによる侵害を予期していたことである。すなわち、……被告人は、本件当日、被告人方に呼びつけたAに対し、被告人がキャッシュカードの売却方法等をAに教えたという、Aの警察官に対する供述を撤回するよう繰り返し要求し、Aの帰宅を拒んでいた事実が認められから、被告人は、本件当日、Aを精神的に追い詰めていたことを認識していたといえる。さらに、

あると解される。

被告人と A は上記供述の撤回を巡って平成28年5月に殴り合いのけんかをしていたことがあり、被告人は、本件当日、苛立った A が被告人方のふすまを殴って破った時点で、続いて、A が寝室にいた被告人に対し素手で殴り掛かってくこと（以下「本件侵害行為」という。）を十分予期できたといえる。

次に、以下の事情を考慮すると、被告人は、単に本件侵害行為を予期しただけでなく、本件侵害行為の機会を利用して積極的に A に対して加害行為をする意思で本件侵害行為に臨んだと認められる。

第1に、被告人と A との従前の関係をみると、被告人が、軽度の知的障害を有する A より知的能力において上位にあり、根拠が明確でない借用書を A に書かせたり、被告人のために買い物や掃除をさせたりしていたこと、A が被告人を国家機密を扱う公務員か暴力団関係者であると強く信じていたことが認められ、被告人は A に対して上位の立場にあったといえる。

第2に、A の証言によれば、被告人が、A を被告人宅に呼びつけ、A に対してエアガンを突き付けるなどして A を脅し、被告人に関する供述の撤回を求めて、警察に何度も電話をかけさせたり、被告人方から帰ろうとした A を強い口調で引き留めたことが認められる。このような経緯によれば、被告人が A を精神的に追い詰めたり引き留めたりしなければ、A がふすまを殴り破いたり本件侵害行為に出ることはなかったともいえるから、A による本件侵害行為は、被告人が自ら招いた面がある。さらに、本件侵害行為は、A が手拳を1回突き出しただけのものであり、被告人はこれを避けている。以上の事情によれば、被告人は、A をなだめて帰すなどの他の回避手段も容易に取り得たということができ、本件侵害行為に対抗して A を本件ナイフで突き刺す行為に出る必要性は乏しかったといえる。

第3に、確かに、本件侵害行為は突発的なものであって、被告人は、本件侵害行為に備えて本件ナイフを準備していたわけではない。しかし、被告人は、A による本件侵害行為を避けるや否や、寝室内〔に〕あった本件ナイフを手に取り、本件ナイフを A に示すなどの威嚇的行動をとることもなく、A の胸部付近に本件ナイフを突き刺しては抜くという行為を3回繰り返している。このような行為態様から、被告人には、本件行為当時、突発的とはいえ、A を激しく攻撃する意思があったと認められる。

（3）総合判断

以上検討したところによれば、被告人は本件侵害行為を予期していた上、被

告人はAに対して上位の立場にあったこと、本件侵害行為は被告人が自ら招いた面があるだけでなく、被告人が本件侵害行為に対抗してAを本件ナイフで突き刺す行為に出る必要は乏しかったこと、本件行為はAに対する激しい攻撃の意思で行われたことなど、本件以前の事情を含めた本件行為全般の状況を踏まえ、常識に従って判断すると、被告人の本件行為は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容した正当防衛及び過剰防衛(刑法36条)の趣旨に照らして許容されるものとはいえない。したがって、本件において侵害の急迫性の要件は充たさず、被告人の本件行為に過剰防衛は成立しない。」(下線部は筆者、以下同じ)

⑫ 東京地判平成29年9月22日 LEX/DB25547336 (裁判員裁判)

【事実の概要】

工事現場のスタッフ同士での口論後に被害者が被告人を殴打してきたため、被告人は被害者の顔を多数回殴打して死亡させたという事件であった。検察官は、「被告人が、甲からの攻撃を予期し、同人が酔っ払って相手にならないことを分かっているながら、それに乗じて一方的に暴行を加えた」のであるから「正当防衛状況になかった」と主張したが、東京地裁は、侵害の確実な予期がなかったこと、及び被告人の暴行が一方的であったとはいえないことを指摘して、正当防衛状況性を肯定し、被告人を無罪とした⁴⁵。

【判旨】

「確かに、本件当夜、被告人と甲の間のもめ事が始まった後、当初は甲が被告人の胸ぐらをつかんでおり、その後、駐車場から被告人が1人でスタッフルームに戻った際も、もめ事が解消していたとはいえなかったこと、被告人もYに電話する際、甲が戻ってきた場合の身の危険を感じていた旨述べていることなどからすれば、甲が戻ってきた際に被告人に暴行を加えることを予期していなかったとはいえない。しかし、甲に言われて2人で駐車場へ出た後は、たとえ甲が今にも暴行を振るってきそうな剣幕であったとしても、結局、互いに暴力を振るうような場面は存在しなかったことが認められる…。また、被告人は、

⁴⁵ その後の控訴審(東京高判平成30年3月30日 LEX/DB25560316)でもこの結論が是認され、控訴棄却となった。

スタッフルームに戻った後、利き手の左手を携帯電話機でふさいだ状態で、自己のベッド上に座りながら電話していたのであって……、立ったまま甲を迎え撃つような態勢を取っておらず凶器の準備をしたともいえない。さらに、……本件暴行は一方的と評価できるものとはいえず、攻撃態様自体から被告人の予期の確実さを推し量ることには限界がある。そうすると、被告人がスタッフルームに戻った時点で、甲から攻撃を受けることを確実なものとして予期していたと認められる証拠があるとはいえない」

⑬ 仙台地判平成29年9月22日裁判所ウェブサイト(裁判員裁判)⁴⁶

【事実の概要】

かねてより仲の悪かった被害者が模造刀を持ち、マンションの階下に住んでいた被告人方を訪れ、「顔貸せ」と言って被告人を呼び出した。被告人は模造刀で切りかかれるかもしれないと思い、包丁をパンツに挟んで隠し持ち、被害者に付き従い駐車場へ向かった。駐車場で被害者が模造刀の切っ先を被告人に突き出してきたため、被告人は包丁で被害者の左腹部などを突き刺し、死亡させた。

【判旨】

「被告人は、被害者の呼出しに応じて被告人方居室を出て、本件駐車場に赴けば、被害者から本件模造刀で切りかかれるなどの暴行が加えられることを十分予期しながら、自室を施錠したり、警察や同僚の援助を求めることなどが容易であったにもかかわらず、本件包丁を準備してこれを携行した上、被害者に続いて自ら本件駐車場に赴き、被害者から本件模造刀を突き出されるや、殺意をもって前記刺突行為に及んだものと認められる。このような本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることができないときに、侵害を排除するために私人による対抗行為を例外的に許容するという刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、反撃行為に出ることを正当化するような緊急状況にあったとはいえない。したがって、被告人の本件行為は、侵害の急迫性の要

⁴⁶ 本件について検討する評釈等として、井上宜裕「判批」新・判例解説 Watch【2018年4月】189頁以下、松宮孝明「正当防衛における『急迫性』要件について」立命館法学377号（2018年）119頁以下。

件を充たさないものというべきである。」

⑭ 東京地立川支判平成29年11月21日 D1-Law/DB28254780（裁判員裁判）

【事実の概要】

居酒屋で口論となった被告人と被害者は、居酒屋を出て駐車場で再び口論していたが、被害者は「本気で殺してやる、ふざけんじゃないぞ、このやろう」などと言いながら殴りかかってきたため、被告人は被害者のあご付近を3回殴ったが、さらに被害者からの暴行がエスカレートしたため、再度あご付近を手拳で3回殴打した。被害者はそれによって仰向けに倒れ、その後、腹腔内出血による失血により死亡した。ただし、被告人の本件暴行から死亡までの間に、第三者による暴行が行われた可能性があった。

【判旨】

「(3) 正当防衛状況になかったか否かについて

ア 検察官は、本件居酒屋を出る時点において、被告人は、既に被害者からの侵害を予期しており、被害者からの暴行を受けるという機会を利用して被害者に暴行を加える積極的な加害の意思を有していたと主張する。

検察官は上記主張の根拠として、被告人が、被害者の額が自分の額に当たった後、それが被害者による意図的な暴行であることを確認した上で反撃に出ていることを指摘する。確かに、この点は、被害者からの暴行の機会を利用したものともみられないこともないが、他面、無駄な闘争を避けるための確認とみることも可能な多義的な事情である。

そして、被告人が、被害者の頭突きによる攻撃を確認した後においても、前記認定のとおり被告人は、一方的に苛烈な暴行を加えたわけではなく、前記認定のとおり、被告人の暴行は、被害者からの攻撃に対応する形で積極的に暴行を加えていることを考慮すれば、本件居酒屋を出る時点において、被告人がある程度被害者から暴行を受ける可能性を予期していたことは否定できないとしても、その機会を利用して被害者に暴行を加える積極的な加害の意思があったとまで認めることはできない。

イ また、検察官は、被告人が、身を守るためではなく、専ら被害者を攻撃するために暴行を加えたとも主張する。確かに、被害者に対する怒りや悔しさの感情があったことは被告人も認めており、これを否定できないが、前記のとおり、被告人の暴行は、被害者からの攻撃に対応する形で段階的になされている

ことを考慮すれば、当時の被告人の心理として、攻撃意思が併存していたことは否定できないものの、専ら被害者を攻撃する意思であったとまでは認めることができない。」

⑮ 横浜地判平成29年12月18日 LEX/DB25549389

【事実の概要】

バイクに乗っていた被告人は路上で被害者から「ミラーぶつかっただろう。」と因縁をつけられた。対面信号が青に変わったため被告人はバイクを発進させようとしたが、被害者が前に立ち両腕を前に出してきたため、バイクを少し後退させてから被害者の右横に向けて発進させた。その後、被害者はバイクの後部をつかんだが、被告人は走行を続けて被害者を転倒させ、対向車線に滑走した被害者は大型貨物自動車に轢過され、死亡した。横浜地裁は、バイクを発進させた行為と、被害者にバイクをつかまれた後も走行を続けた行為を分け、前者には正当防衛の成立を認め、後者は過剰防衛とし、急迫不正の侵害については以下のように判示した。

【判旨】

「なお、検察官は、被害者のつかまり行為は、それに先立つ発進行為という被告人自身の不法な暴行によって招いた行為であるから、侵害を自ら招いた被告人が何らかの反撃行為に出ることが正当化される状況にはない旨主張するが、……被告人の発進行為については正当防衛が成立するから、検察官の主張は前提を欠き、採用できない。

以上の検討によれば、被害者のつかまり行為は、被告人に対する急迫不正の侵害に当たる。」

第4節 検討

正当防衛状況という文言は、平成29年決定以降も引き続き検察官の主張や判決で用いられているが、その実質は急迫性要件の有無を論ずるものであり、正当防衛状況を急迫性要件とは別の概念であるということはもはや不可能であろう。

自招防衛との関係では、⑪事件の判決内容が示唆的である。同事件では、被告人がAを精神的に追い詰めなければ侵害を受けることもなかったのである

から、本件侵害は被告人自身が招いた面があると指摘され、この点が総合判断の一要素として考慮されている。本件は典型的な自招防衛のケースではなく、侵害招致行為と目された被告人の行為もいまだ違法とまでは判断できなかったため、判決でも「自ら招いた面がある」というにとどまっているが、平成29年決定の枠組みの中で侵害を自招したかという点が考慮の対象となることが示されたことは、今後の自招防衛の判断枠組みを考察するにあたり重要である。

もう一点明らかになったのは、昭和52年決定の枠組みは、なお積極的に用いられているという点である。⑪、⑭事件では、積極的加害意思の存否が正面から問題とされており、特に⑪事件では、(3)だけを見れば、平成29年決定の枠組みに沿った総合判断をしているように見えるが、(2)の判示部分では、総合判断の資料として積極的加害意思の存否を確認するというよりも、むしろ積極的加害意思の存否を確認するために、侵害の自招性や行為態様などといった総合判断を行っているように読める。積極的加害意思論は平成29年決定によってその權威性を弱められたものの、実務においてはなおこの理論が中心的な役割を果たしているといえよう。

ただし、「正当防衛状況」という語句の守備範囲は、あくまで急迫性要件にとどまるべきであることには注意を要する。⑭事件の「イ」の判示部分は、従来は「防衛の意思」の問題として扱われてきたが、ここでは正当防衛状況の判断の基礎として検討されている。しかし、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」とは、刑法36条1項所定の要件の全体的考察によって判断されるものではない。「何らかの」という文言は、正当防衛状況性の判断対象は従来急迫性に関して争点とされてきた事項に限定される趣旨と理解すべきである。裁判員に説明がしやすいという理由で正当防衛状況の判断対象を拡大させてしまうと、急迫性要件の枠内であらゆる事情を規範的に判断することとなり、過剰防衛の成立する余地を不当に狭めることにもなりかねない⁴⁷。

⁴⁷ 松宮・前掲注(46) 106頁、114頁以下は、急迫性の定義づけをしないまま、本来であれば防衛行為の相当性に関わる事情を急迫性の存否の考慮要素とすることは罪刑法定主義を骨抜きにするものであるとして、平成29年決定を批判する。ただし、坂下・前掲注(1) 173頁は、事前の予期がなく侵害が切迫した後は、退避可能性は相当性の問題であるが、侵害の予期がある侵害切迫前の段階では、回避可能性は急迫性の問題であると指摘している。

第5節 残された課題——侵害の予期の「可能性」

以上のように、平成29年決定は自招防衛と正当防衛状況に関する「軌道修正」を行う判例として評価することが可能である。もっとも、同決定の最も重要な意義は、積極的加害意思を認定し得なくとも、客観的事実に基づき急迫性を否定することは可能であり、昭和52年決定はその一類型にすぎないとしたことであろう⁴⁸。もっとも、平成29年決定が出される以前からも、積極的加害意思に言及せず、客観的な状況を手がかりとして急迫性を否定したケースは存在していたため⁴⁹、同決定の判示内容は当然のことであるともいえよう。しかし、実務が大きく依拠してきた昭和52年決定の位置づけを、急迫性を否定するために「必ず経過すべき中継点」から「一場合」へと転換させ、その基準を明示したことは、今後の実務に大きな影響を及ぼすものと思われる。積極的加害意思については、その存否は客観的事実の積み重ねによって認定されてきた⁵⁰ことに鑑みると、これまで積極的加害意思論によって処理されてきたケースの多くは平成29年決定の枠組みに包摂され、積極的加害意思の認定に用いられてきた客観的要素がダイレクトに急迫性判断の要素とされることで、将来的には積極的加害意思論自体が実務で用いられなくなる可能性も考えられるが、目下のところ、同理論の重要性はなお残存している。今後の争点整理において、特に検察官がどのような主張をするかにも影響するものと思われる。

しかし、留意しておく必要があるのは、「侵害の予期」と、その「可能性」は正しく分けて理解されているか、という点である。

平成20年決定以降の裁判例のうちいくつかは、このような挑発行為を行えば侵害を招くのは通常予期し得ると述べ、被告人が侵害を予期していたかどうかは正面から判断せず、その可能性に言及して正当防衛状況を否定するものがある。しかしながら、「可能性」という発想は、侵害を招いたきっかけとなった

⁴⁸ 中尾・前掲注（1）108頁など参照。なお、山口・前掲注（15）312頁、瀧本・前掲注（2）266頁参照。

⁴⁹ 大阪高判昭和56年1月20日判タ441号152頁、東京高判昭和60年8月20日判時1183号163頁、大阪高判平成13年1月30日判時1745号150頁。この点の分析として、橋爪・前掲注（10）164頁。

⁵⁰ 佐伯・前掲注（1）19頁。

行為のすべてについて急迫性を否定することにもつながりかねず、その妥当性には疑問がある。被告人の主観面という観点から類型分けを行うと、侵害を①予期していた場合、②予期していなかったが、その可能性があった場合、及び③全く予期していなかった場合に分けられるが、本決定が①を射程に含めているのは明らかであるというのが本稿の結論であり⁵¹、③は先ほど述べたように、不正な暴行を行っていない限り急迫性を肯定すべきであるから、本決定の射程に含まれないのは当然であるが、②についても最高裁が本決定の射程に含めようとしているのかは、事案の集積を待たなければ明らかにならない。しかし、本決定で問題となっているのは、あくまで被告人が実際に侵害を予期していたことを前提としたときの枠組みであって、「実際に予期していたかは判然としませんが、その可能性を認定し得る」とどまる場合には基本的に妥当しないものと考え、急迫性の存在を肯定すべきである。

また、侵害を予期できたのに、実際には不注意により予期できず侵害を招いてしまった場合には、仮に防衛行為者に何らかの落ち度を認めるべきなのであれば、相当性判断の考慮要素とするという考え方もあろう。しかし、侵害を予期できたことが相当性判断に際して防衛行為者に不利に作用すると考えると、市民は常に周囲を警戒しながら出歩かなければならないこととなる。侵害を実際に予期していた場合であっても、その事実は相当性の判断資料として用いられていないことに鑑みると、予期の可能性を相当性の判断対象とすることも避けるべきである。

終章

平成20年決定は画期的な判例であったが、その後の下級審では侵害の予期(の可能性)に言及するケースが相次いだ。このため、同決定の実務上の意義に疑義が呈される状況が続いていたが、平成29年決定が出された後で二つの判例を併せて検討すると、先行行為が不正な暴行である場合にはなお平成20年決定の意義が見いだされることが明らかとなった。ただし、裁判員裁判の評議において理解の得られやすい判断要素として「侵害の予期」があるのであれば、実務の上では、先行行為が暴行であっても侵害の予期が引き続き認定されることは

⁵¹ 平成20年決定は①～③のすべてを包含していると解される。

十分あり得るだろう。

しかし、先行行為が「暴行」であれば侵害の予期にかかわらず正当防衛の成立が否定されるということは、必ずしも実務において侵害の予期を認定してはならないことを意味することにはならない。侵害の予期が事実関係から認定可能なのであれば、これを認定することは結論の妥当性を高めることにつながる。したがって、先行行為が「暴行」のケースでは、侵害の予期を認定してもしなくても結論に影響を与えないと考えるべきであろう。理論の上では必要のない手順であっても、あえて侵害の予期を裁判において争点化しておくことで、審理がより丁寧に行われるというメリットも考えられる。

平成29年決定の下で自招防衛のケースを検討するときは、平成20年決定が考慮している要素以外のものが混入することも考えられるが、アドホックな判断が乱立して安定的な判断基準が形成されないおそれもある⁵²。総合判断であるとはいえ、侵害を自ら招いたという事実が認められたときは、退避義務・侵害回避義務論を参照するなどしながら、実務に耐え得る判断基準を定立していくべきである。

また、本稿は現在までに出示された判例を整合的に理解することに主眼を置いて検討を進めてきたが、無限に想定し得る侵害招致行為の中で、「不正な暴行」のみが平成20年決定という例外的な取り扱いを受ける根拠は明らかにできなかった。わが国の判例理論における自招防衛の判断枠組みが妥当であるかは、なお検討を要する課題である。

補遺

脱稿後、井田良「正当防衛をめぐる議論の現状—対抗行為に先行する事情と正当防衛状況—」季刊刑事弁護96号（2018年）10頁以下、及び、同『講義刑法学・総論（第2版）』（有斐閣、2018年）に接した。

自招防衛に関する論者の見解は概ね以下のとおりである。すなわち、正当防衛においては、侵害者と被侵害者が「不正」対「正」の関係に立つことで、被侵害利益（侵害者の法益）の要保護性が否定され、反対に保全法益（被侵害者の法益）の要保護性が認められる。しかし、積極的加害意思のケースや意図的挑発のケースは「不正」対「不正」の関係であるから保全法益の要保護性は否定さ

⁵² 橋田・前掲注（25）148頁参照。

れる。平成20年決定のようなケースは、保全法益に対する侵害が存在しているものの、自招性を理由として保全法益の要保護性が完全に否定される例外的ケースであって、安易な一般化を許すべきではなく、自招防衛論の主たる適用領域は相当性判断に限定がかかる場面である。他方で、言動によって侵害を招致したことにつき過失がある場合は直ちに「不正」対「不正」の利益状況となるわけではないが、保全法益の要保護性は減弱して「やむを得ずにした行為」の判断に際して取り得る手段が限定され、緩やかに過剰防衛の成立が肯定されやすくなる。

論者の見解によると、保全法益の要保護性は急迫性と相当性の双方で判断されている。具体的には、急迫性（正当防衛状況）では要保護性の「有無」が、相当性では「程度」が判断されることとなろう。また、自招防衛の本質的な問題は、侵害の予期がなくても招致行為を行った者の正当防衛は否定され得るかであるとしつつ、侵害を予期しながら侵害招致行為を行う場合もあることを認めている。

意図的挑発のケースは積極的加害意思論と同様の解決を行う点⁵³や、自招防衛の本質に関する点については、本稿も論者の見解に賛同するものである。しかし、なお検討を要するのは、過失による侵害招致の場合にも要保護性が減弱し得ると解することが妥当かという点である。言動による侵害招致を過失で行った場合は、「せいぜい『やむを得ずにした行為』が通常より厳しく認定されることがありうるにすぎない」としている⁵⁴ことからすると、言動以外の行為によって、過失的に侵害を招致した場合も要保護性が減弱することとなろう。例えば過失運転で相手方の自動車に追突し、怒った相手方から侵害を受けた場合や、誰もいないと思って石を適当に投げたら相手方に当たって侵害を受けたような場合も、要保護性の減弱が認められる可能性がある。しかし、いわゆる過失的挑発のケースにまで要保護性の減弱を肯定すると、その範囲は際限なく拡大するおそれがある。過失的挑発による要保護性の減弱のきっかけを、仮に「言動」に限定するのであれば、今後はその根拠が求められることとなろう。

⁵³ 井田・『講義刑法学』300頁参照。この点につき、同書初版では、意図的挑発の場合は「判例の立場からは急迫性の要件が否定されるであろう」とされていた。井田良『講義刑法学・総論（初版）』（有斐閣、2008年）277頁。

⁵⁴ 井田・『講義刑法学』312頁。

刑事判例研究

岡部 天俊

高速道路料金所における車軸数計測器に本線走行時の接地車軸数とは異なる車軸数を計測させるなどした行為につき電子計算機使用詐欺罪（刑法246条の2）の成立が認められた事例¹

横浜地裁平成27年6月9日第6刑事部判決

平成27年（わ）第188号：電子計算機使用詐欺被告事件

裁判所ウェブサイト

Ⅰ．事案の概要

被告人は、A株式会社において運転手として勤務していた者であるが、ETCシステムを利用する際、同システムにおいて、高速道路流入時の接地車軸数によって料金車種区分が認識され、流出時に当該区分及び通行区間によって料金が決定されることを利用して、牽引車と被牽引車の接地車軸数の合計が

¹ 本判決の評釈として、穴沢大輔「判批」上法59巻3号（2016）369頁以下、内田幸隆「判批」刑ジャ48号（2016）108頁以下、嘉田優「判批」新・判例解説 Watch（法セ増刊）20号（2017）195頁以下がある。また、本件を含む一連の高速道路不正通行事件についての警察当局者による詳細な解説として、岩田聡「リフトアクスルトレーラとETCシステムを悪用した高速道路不正通行事件の解決」月刊交通47巻4号（2016）44頁以下がある。さらに、本件を含む一連の高速道路不正通行事件を受けて、神奈川県警察本部交通部交通捜査課長が全日本トラック協会に宛てた注意喚起として、平成26年10月14日神交捜発第475号がある。

4車軸であり料金車種区分上の特大車（以下、「特大車」という）である連結車両で高速道路を通行するに当たり、これらの車軸のうち1車軸を一時的に上昇させることにより、同システムに、同車両の接地車軸数の合計が3車軸であり料金車種区分上の大型車（以下、「大型車」という）である旨の虚偽の情報を与えて高速道路の通行料金の一部の支払を免れようと企て、平成22年5月19日及び平成23年11月21日の前後2回にわたり、神奈川県内所在のB株式会社高速自動車国道C自動車道（以下、「D高速道路」という）E料金所において、同料金所直前まで接地車軸数が4車軸の状態で行ってきた各連結車両の車軸自動昇降装置をそれぞれ操作して一時的に各車両の後前軸を上昇させた3車軸の状態と同料金所ETCレーンに進入し、同状態で同レーンに設置された車軸数計測器の上を通過して、真実は、各車両がいずれも特大車であるのに、これらがいずれも大型車であると計測させ、同計測器に接続されたETCシステムの利用による通行料金の算出等の事務処理に使用される電子計算機にその旨虚偽の情報を与えるとともに、当該計測結果を同電子計算機から送信させて同車両に搭載された車載器に挿入されたETCカードにその旨の情報をそれぞれ保有させた上、同料金所ETCレーン通過後、各車両の後前軸が自動的に降下した状態で高速道路を通行した後、神奈川県内所在のD高速道路F料金所ほか1か所において、同車載器から各流出料金所設置の前同様の各電子計算機に、真実は、各車両がいずれも特大車として高速道路を通行したのに、これらがいずれも大型車であるとの虚偽の情報をそれぞれ送信し、神奈川県内所在の株式会社GH電算室内に設置されたETCシステムの利用による通行料金の徴収等の事務処理に使用される電子計算機に前記虚偽の情報を与えて各車両の通行料金と同表支払料金欄記載の各金額である旨の財産権の得喪、変更に係る不実の電磁的記録を作り、よって、前記A株式会社に同表特大車料金欄記載の各金額との差額の合計額である1,085円相当の財産上の不法の利益を得させた。

横浜地裁第6刑事部は、被告人車両は、流入料金所での車軸数計測時においては現に3車軸であった以上、特大車であるとはいえないなどとする弁護人の主張を斥け、電子計算機使用詐欺罪（刑法246条の2）の成立を認めた（懲役1年6月執行猶予3年）。

II. 判旨

「弁護人は、判示各事実について、被告人の車両は、流入料金所に流入した時点で3車軸の状態であり、特大車であったとはいえないから、ETCシステムに虚偽の情報を与えたとはいえない旨主張して、電子計算機使用詐欺罪の成立を争っている。

しかし、前掲関係証拠によれば、判示各連結車両の被けん引車に装備されていた車軸自動昇降装置は、おおむね、車軸制御弁を『下降』にした場合は後前軸が下降した状態を保持し、『自動』にした場合は、後軸の軸重が軽くなると後前軸が上昇し、重くなると後前軸が下降するというものであるところ、上記各車両は、被告人が判示流入料金所の直前で車軸制御弁を『下降』から『自動』に操作したことにより、設計上予定されていない一時的な後前軸の上昇が起こり、上記流入料金所のETCレーンに設置された車軸数計測器の上を3車軸の状態で通過したものの、別紙一覧表番号1においては約1分後の本線流入前の時点で、また、同表番号2においては約3分後の本線流入直後の時点で、既に後前軸が自動的に降下して4車軸の状態に戻っており、同状態のまま判示各流出料金所まで数十分にわたって通行したものであって、その間積荷に変動はなかったのであるから、そもそも、上記流入料金所を通過した時点において、その後の各通行区間を後前軸が上昇した3車軸の状態で通行することができないものであったと認められる。そして、前掲関係証拠によれば、上記車軸数計測器に接続されたETCシステムの利用による事務処理の目的は、車両の通行区間及び同区間の通行時における料金車種区分に応じた通行料金の算出等にあると認められるところ、このことに照らせば、被告人において、上記各車両が各通行区間を3車軸の状態で通行することができないにもかかわらず、一時的に後前軸を上昇させた状態で上記車軸数計測器の上を通過し、3車軸の大型車であると計測させたことは、上記事務処理に使用される電子計算機に虚偽の情報を与えたものというべきである（なお、被告人がこの点につき少なくとも未必的に認識し、認容していたことは、その供述内容から明らかであり、故意に欠けるところもない。）。弁護人の主張は採用できない。」

Ⅲ. 評釈

（１）はじめに

本件被告人は、高速道路料金が料金車種区分に応じて設定されており²、そ

の料金車種区分にとって重要な車軸数が流入料金所において計測されていることを奇貨として、流入料金所での車軸数計測時にのみ一時的に自らが運転するトレーラの1車軸を上昇させることによりこれを3車軸の状態とし、4車軸で走行した場合に請求されるはずの料金との差額を発生させている。しかしながら、被告人が流入料金所においてETCシステムに接続された車軸数計測器に与えた「3車軸」の情報は、被告人のトレーラが現に車軸数計測時において3車軸であったことから、車軸数計測時にはまさに真実の情報であるとも言え、必ずしも「虚偽」の情報であるとの評価がなし得ないことになる³。したがって、本件における争点は、被告人がETCシステムに接続された車軸数計測器に与えた情報が電子計算機使用詐欺罪（以下、「本罪」という）における「虚偽」の情報に該当するかということであり、より抽象化すれば、それ自体が虚偽であるとは言えない情報が本罪における「虚偽」の情報に該当するかということである^{4・5・6}。

² 東日本高速道路株式会社が管理運営を行っている高速道路における料金車種区分については、http://faq2.driveplaza.com/faq/attachment/9_1.pdf（東日本高速道路株式会社）（2018年6月22日最終閲覧。以下、同じ）参照。

³ 現に、警察当局においても、流入料金所で生成される「大型車（3車軸）」の情報が車軸数計測時には真実と言わざるを得ないことから、電子計算機使用詐欺罪による立件に当初疑義があったようである（岩田・前掲注（1）47頁）。

⁴ 本罪が成立する事例の多くは、与えられた情報それ自体が「虚偽」と評価され得るものである（岡田好史「判批」専修ロー3号（2008）111頁）。

⁵ 本罪が成立しないとしても、道路整備特別措置法24条3項後段違反の罪（同法59条）が成立し得るとする見解（嘉門・前掲注（1）196頁）もあるが、本件のような不正通行を捕捉する罰則は存在しないように思われる（同法施行規則13条2項各号参照）。警察当局においても、当初は同法違反が疑われたものの、本件を捕捉する罰則はないと判断されたようである（岩田・前掲注（1）47頁参照）。

⁶ なお、ETCシステムを通じた高速道路の不正通行につき本罪の成立を認めた事例として、佐賀地判平成20年11月12日 公刊物未登載LLI/DB判例番号L06350508・L06350509（実際に流入した料金所とは異なる料金所の情報が記録されたETCカードを用いて正規料金との差額を免れた事例）、大津地判平成28年1月14日 公刊物未登載LLI/DB判例番号L07150072（実際には普通車であるにもかかわらず軽自動車の車両情報を記録したETC車載器を用いて正規料金との差額を免れた事例）などがあるが、これらの事案は、情報それ自体の虚偽

後述のように、従来の判例・裁判例においても、それ自体が虚偽であるとはいえない情報を与えた事例において本罪の成立が認められており、本判決も一応その延長上にあると言えよう。しかし、情報それ自体だけでなく、その一定の背景事情をも判断基底に取り込む「虚偽」性の判断方法の具体的内容は、未だ必ずしも明確であるとは言えない。本判決は、こうした状況において、改めて本罪における「虚偽」概念を捉え直す契機となる重要な事例であると思われる。そこで本稿は、情報の「虚偽」性をめぐる判断を中心として、本判決の検討を試みるものである。

以下では、次のような順序で検討を進める。まず、本件において悪用された車軸自動昇降装置（以下、「リフトアクスル」という）についての基本的な事項が広く知られているとはいいい難く、被告人による悪用の方法も巧妙であることから、リフトアクスルに関する基本的事項および被告人による悪用の手口について若干の紹介を行う（→（2））。その上で、従来の判例・裁判例および学説を踏まえた上で、本判決における「虚偽」性をめぐる判断について検討を行う（→（3））。その後、本判決において争点とはならなかったものの解釈論上問題となり得る点について若干の検討を加えた上で（→（4））、最後に総括と若干の補論を展開することとしたい（→（5））。

（2）リフトアクスルの概要と本件における悪用の方法

本件被告人は、トレーラに搭載されたリフトアクスル機能を悪用することによって、正規料金との差額を発生させたわけであるが、本判決によると、その基本的な仕組みは概ね次のようなものであった⁷。すなわち、リフトアクスルトレーラには、「下降」と「自動」という2種類の設定を選択することができる車軸制御弁があり、①この車軸制御弁が「下降」に設定されている場合には、後前軸（トレーラの前軸）が下降した状態を保持し、連結車両全体で常に4車軸の状態となるのに対し、②「自動」に設定されている場合には、トレーラの荷重が一定値を下回ると後前軸が上昇し、連結車両全体で3車軸となり、後前軸上昇時においてトレーラの荷重が一定値を下回ると後前軸が下降し、連結車両

性が容易に肯定され得るものであり、本件とは異なっている。

⁷ リフトアクスルの作動原理については、http://www.jabia.or.jp/use/trailer/pdf/trailer_29_1296178415.pdf（社団法人日本自動車車体工業会）も参照。

全体で4車軸となる、というものであった。

ところが、リフトアクスルは通常、運転者が強制的に後前軸を上昇させるということを可能にしていないため、一見、本件トレーラにおいて何か特別な改造などが施されていたようにも思われるところである。具体的には、①運転者が強制的に後前軸を上昇させることができるようにするための改造や、②車軸制御弁が「自動」に設定されている場合における後前軸上昇の基準となる荷重値をデフォルトよりも高くする再設定などが考えられる。しかしながら、本判決からは、本件トレーラに①のような改造が施されていたということは読み取ることができない。また、②のような場合には、本線を4車軸の状態で行走するためには流入料金所通過後にさらなる何らかの操作を行う必要があるところ、本判決からは、そうしたことも読み取ることができない。したがって、本件におけるリフトアクスル悪用の手口は、上記①および②のいずれにも該当しないということになる。

では、本件被告人がリフトアクスルをどのように悪用したのかと言えば、本判決および警察当局者による解説⁸から、次のようなものであったと考えられる。リフトアクスルトレーラは、仮に積載なしの状態であったとしても、車軸制御弁を「下降」から「自動」に切り替えることにより、後前軸が一時的に上昇する。とは言うものの、先述のように、車軸制御弁が「自動」に設定されている以上、そうした一種の裏技のような手動操作を行った後に、トレーラの荷重が検知されることにより後前軸は再び下降してしまうことになる。しかし、一旦上昇させた後前軸を再び下降させるためには、サスペンション用ベローズへの給気などが必要となり、そうした準備動作が完了するまでには数分を要する。したがって、本件被告人は、流入料金所の直前において連結車両を一旦停止させ、一時的に後前軸を上昇させる手動操作を行った上で、再び後前軸が下降してしまうことになるまでの数分が経過するまでに流入料金所を通過することにより、ETCシステムに接続された車軸数計測器に「3車軸」の情報を与えたと考えられる。

以下では、上述のようなリフトアクスルの概要と本件被告人による悪用の手法を前提として、本判決における情報の「虚偽」性をめぐる判断について検討を加える。

⁸ 岩田・前掲注(1)45-47頁。特に、同47頁の図が参考となる。

(3) 情報の「虚偽」性をめぐる判断について

(a) 「虚偽」性の判断方法とその具体的内容

(a a) 「虚偽」の定義

本罪における「虚偽」とは、「当該システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反すること」をいうと一般に解されており⁹⁻¹⁰、判例上もこうした定義が採用されている¹¹。したがって、ここでいうところの「事務処理の目的」の広狭次第で、「虚偽」概念の広狭、ひいては本罪の成立範囲が変動することになる¹²。

しかしながら、「虚偽」という文言を素直に捉える限り、単に「その内容が真実に反すること」という定義で十分であるようにも思われる。にもかかわらず、実際にはそのように解されていないのが現状である。そのため、本罪における「虚偽」性の判断方法を正確に理解するためには、本罪における「虚偽」の定義のうち「事務処理の目的に照らし」という部分がどのような意義を含んでいるのかという点について検討を行う必要がある。そこで以下では、それ自体が虚偽であるとは言えない情報の「虚偽」性が問題となった事例をめぐる判例・裁判例を中心に検討を行い、「事務処理の目的に照らし」の意義の解明を試みたい。

(b b) 「事務処理の目的に照らし」の意義

(a a a) 最高裁判平成18年2月14日決定

それ自体が虚偽であるとは言えない情報の「虚偽」性が問題となった事例と

⁹ 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論』(弘文堂、第7版、2018)235頁、米澤慶治編『刑法等の一部改正の解説』(立花書房、1988)121-122頁〔的場純男〕など。

¹⁰ なお、鈴木左斗志「電子計算機使用詐欺罪(刑法246条の2)の諸問題」学習院37巻1号(2001)210頁以下、288頁以下参照。内田幸隆「背任罪と詐欺罪との関係」早法53巻(2003)133-134頁、渡邊卓也「電子計算機使用詐欺罪における『虚偽』性の判断」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015)371-373頁参照。

¹¹ 東京高判平成5年6月29日高刑46巻2号189頁、大阪高判平成17年6月16日高検速報平成17年259頁、東京地裁平成24年6月25日判タ1384号363頁、東京高判平成24年10月30日高検速報平成24年146頁。

¹² 小田直樹「判批」ジュリ1332号(2007)170頁。

して最も重要であるのは、最高裁平成18年2月14日決定（以下、平成18年決定という）であろう。

前提となる事案は概ね、被告人は、インターネット上で、窃取した他人のクレジットカードの番号等を入力・送信することにより、いわゆる出会い系サイトにおいて利用することができる電子マネーをチャージし、電子マネー利用権を得たというものであった。

この事案では、被告人が入力・送信したクレジットカード番号等の情報が、有効なクレジットカードに印字されたものであり、それ自体は正しいものであったことから、与えられた情報の「虚偽」性が争点となったのであるが、原審・大阪高裁は、本罪における「虚偽」に関する一般的な定義を示した上で、与えられた情報の「虚偽」性を肯定していた¹³。そのような中、最高裁は、「被告人は、本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たものというべきであるから、被告人につき、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた原判断は正当である」と判示して、与えられた情報の「虚偽」性を肯定し、上告を棄却したのである。

平成18年決定自体は、本罪における「虚偽」の定義ないし判断方法について明示していないが、同決定における「虚偽」の理解については、同決定についての調査官解説から示唆を得ることができる。平成18年決定の調査官は、本罪における「虚偽」をめぐり、次のような解説を示している。

「…電子計算機使用詐欺罪は、人を介した取引であれば詐欺罪に当たるような不正な行為で、電子計算機により機械的に処理されるものについて、これを取り締まる趣旨で創設されたものである…。換言すれば、電子計算機を使用する犯罪であるからといって、人を相手にする場合とおよそ異質なものであるというわけではなく、むしろ、一般の詐欺罪の場合と類比すべき場合は少なくないものと思われる。」「そうすると、所論のように電子計算機に入力される文字どおりの情報そのものに限定して虚偽かどうかを判断するのではなく、本決定のように、当該入力行為により実現される財産的な処分行為を全体としてとらえ、電

¹³ 大阪高判平成17年6月16日前掲注（11）。

子計算機による事務処理の趣旨に照らし、虚偽の情報を与え、不実の記録をさせたことに当たるかどうかを判断するのが相当であろう。」¹⁴

平成18年決定が本罪における「虚偽」をめぐる一般的な定義を前提とする原審を是認している点に加え、上記調査官解説の内容からすれば、平成18年決定も、「虚偽」をめぐる一般的な定義を採用していたものと考えられる。そうであるとすれば、平成18年決定は、被告人が「本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え」たとしていることから、電子マネーのチャージを行おうとする者が本人名義のクレジットカードを使用しているのかの確認という、電子計算機が實際上判定していない事項が、当該システムの事務処理の目的に含まれていたと解することができる。

問題は、電子計算機に対して与えられることになる情報の「虚偽」性の判断基底として、電子計算機が實際上判定していない（認識し得ない）事情を含めることの可否である¹⁵。この点につき肯定の立場を採用する平成18年決定は、調査官解説の内容を踏まえれば、その根拠について次の点に求めているといえよう。すなわち、本罪が、人が介在していれば詐欺罪が成立し得るにもかかわらず電子計算機が人を代替していることによって詐欺罪が成立し得ないという場合を捕捉する趣旨で創設された規定であることから、本罪における「虚偽」の情報とは、仮定的な事務処理者に対して与えられた場合に欺罔行為として評価されるような情報である、ということである。そうすると、平成18年決定は、一事例判断であったとは言え、本罪と詐欺罪との比較から、「虚偽」性の基準とされる「事務処理の目的」の中に、仮定的な欺罔行為性を判断する場合における取引上重要な事実に関する確認を取り込むことができ、それを限度として、情報それ自体のみならずその背景事情をも考慮し得るということを前提としたものであると言えよう。

（b b b）その後の裁判例——自動改札機を利用したキセル乗車

¹⁴ 藤井敏明「判解」ジュリ1334号（2007）233-234頁。同「判解」最判解刑事篇平成18年度67-70頁も同旨。

¹⁵ 嘉門・前掲注（1）197-198頁参照。

こうした平成18年決定の理解は、後の裁判例においても踏襲されているようである。すなわち、被告人は、B 駅の自動改札機が回数券の有効区間内に自動改札機未設置駅（A 駅）があることから、B 駅を有効区間を含む回数券であれば入場情報がなくても出場を許していることに着目し、A 駅と C 駅の間に位置する B 駅で下車する際に、真実は有効区間外から乗車したにもかかわらず、予め用意しておいた A 駅から C 駅を有効区間とする普通回数乗車券で入場情報がエンコードされていないものを投入し、正規運賃との差額を免れたという事案について、東京地裁平成24年 6 月25日判決¹⁶は、本罪の成立を認めたのである¹⁷。

東京地裁は、B 駅の自動改札機が、B 駅を有効区間内に含む回数券で入場情報がエンコードされていないものとの関係では、実際には入場情報を判定していないにもかかわらず、「入場情報のエンコードがないことが有効区間内の自動改札機未設置駅における入場情報に代わるものとして扱われている」などとして、B 駅の自動改札機の事務処理の目的に入場情報の判定が含まれることに変わりはないとの立場を示している。では、なぜここでも実際には電子計算機が判定していない事項が電子計算機による事務処理の目的に含まれると解されたのかと言えば、自動改札機未設置駅から入場した乗客の利便性を考慮して入場情報のない回数券であれば自動改札機未設置駅から乗車したものとみなして運賃を請求するという取扱いがあるのであれば、入場情報のない回数券によって出場しようとする乗客に対しては自動改札機未設置駅から入場したものとして運賃を請求するというのが人による通常の事務処理であるという考慮があったからに他ならないと思われる。そうであるとすれば、ここでも、実際には電子計算機が判定していない前提に関する判定までもが「事務処理の目的」に取り込まれているものの、判断基底のうち情報それ自体を超えた部分については、

¹⁶ 判タ1384号363頁。なお、本文に掲げた事実は往路に関するものであり、復路において被告人は、実際の入場駅とは異なる入場情報がエンコードされた切符を投入しており、こちらについては問題なく情報の「虚偽」性が認められるであろう。ただし、この事案では、弁護人が本罪にいう「虚偽」の情報とは、不正に作出され、または改変された情報をいうと主張したことにより、真正に発券された切符を用いている復路についても情報の「虚偽」性が争点化したのである。

¹⁷ 事案の詳細は、和田俊憲「キセル乗車」法教392号（2013）94-95頁参照。

仮定的な欺罔行為性を判断する上での取引上重要な事実という範囲内に収まっているといえよう。

その後、控訴審・東京高裁平成24年10月30日判決は、原判決を全面的に是認しつつ、平成18年決定を引用していることから、東京地裁および東京高裁はともに、平成18年決定を踏襲するものであると言えよう。

(c c c) 学説等からの指摘

本罪の詐欺罪に対する補充的性格に鑑み、本罪における「虚偽」の情報を与える行為を詐欺罪における欺罔行為と平行に考える理解は、学説からも有力に示されていると言えよう。たとえば、「本罪は、種々の取引分野において、財産権の得喪・変更の事務が自動的に処理されるシステムが増加しつつあることを背景に立法され、これを反映した規制対象行為が類型化されている。このような状況に鑑みれば、判断資料とすべき事情を『取引上重要な事実』に限定すべきとする見解が、正しい方向性を示しているように思われる」¹⁸、「判例や学説が情報の虚偽性を判断する上で、『当該システムにおいて予定されている事務処理の目的』を基準とする理論的根拠は、欺罔同価値性を担保するために、何が客観的に『取引上重要な事実』となっているのかを明らかにしなければならない点にあるといえよう」¹⁹といったように、まさしく、仮定的な欺罔行為性を判断する上での取引上重要な事実に関する確認を「事務処理の目的」に取り込むというアプローチが学説上も主張されている²⁰。

また、類似の理解は、学説のみならず、検察官の立場からも示されている²¹ところであり、実務上も受け入れられやすいものであることを表していると言えよう。

(c c) 小括——欺罔同価値性を限界とした虚偽概念拡張機能

以上、判例・裁判例を中心に、「事務処理の目的に照らし」の意義について

¹⁸ 渡邊・前掲注(10) 376頁。

¹⁹ 内田・前掲注(1) 112頁。

²⁰ 門田成人「判批」法セ694号(2012) 133頁、林幹人「電子計算機使用詐欺罪の新動向」NBL837号(2006) 32頁も同旨。

²¹ 井上宏「判批」研修698号(2006) 31頁、高嶋智光「判批」研修778号(2013) 21頁。

検討を行ってきた。その結果、以下のことが明らかになったと言えよう。

本罪における「虚偽」をめぐる一般的な定義のうち、「事務処理の目的に照らし」という部分は、電子計算機が人を代替して事務処理を担っているために人が介在しないことが障壁となって詐欺罪が成立し得ない場合を捕捉するという本罪の立法趣旨から導かれるものであり、仮定的な事務処理者²²に対する欺罔行為性を判断する際の取引上重要な事実を「虚偽」性の判断基底として取り込む機能を有している。そして、平成18年決定は、まさに上記理解を前提としていられる。判例上、情報の「虚偽」性を検討するにあたっては、情報それ自体だけでなく、その一定の背景事情までが考慮されるに至っているが、仮定的な事務処理者における取引上重要な事実がその限界を形成していると言えよう。

これらのことを踏まえた上で、次に、本判決における情報の「虚偽」性をめぐる判断について検討を加える。

(b) 本判決の検討

(a a) 基本的な判断枠組み

本判決は、本罪における「虚偽」の定義ないし判断方法について一般論を示していないものの、ETC システムの利用による事務処理の目的を示した上で、それに照らした情報の反真実性について検討していることから、本判決も、「虚偽」をめぐる一般的な定義を前提としているものと解される。そして本判決は、ETC システムの利用による事務処理の目的を「車両の通行区間及び同区間の通行時における料金車種区分に応じた通行料金の算出等」とした上で、「各車両が各通行区間を3車軸の状態で行き通ることができないにもかかわらず、一時的に後前軸を上昇させた状態で上記車軸数計測器の上を通過し、3車軸の大型車であると計測させた」点に、「虚偽」の情報の存在を肯定している。

しかし、そもそも車軸数計測器に接続されたETCシステムが実際上判定しているのは、あくまでも計測時における車軸数でしかなく、「どの料金車種区分で本線を走行するのか」は判定していないと言わざるを得ない。そうであるにもかかわらず、本判決においては、本線走行時の料金車種区分の判定が

²² „An der Stelle der EDV hinzugedachter Mensch“ in: Susanne Reindl-Krauskopf, Computerstrafrecht im Überblick, 2. Aufl., 2009, S. 77.

ETCシステムの事務処理の目的として評価されている。本件において与えられた情報は、それ自体として見れば、流入料金所における車軸数計測時における接地車軸数の情報でしかない以上、ETCシステムの事務処理の目的を本判決のように解することによって、はじめて「虚偽」性が肯定されることになるのである。

たしかに、ETCシステムは当然のことながら、車両がどの料金車種区分で本線を走行するのかについてまでは實際上判定していない。しかしながら、本罪の立法趣旨は、人が介在すれば詐欺罪が成立し得るにもかかわらず電子計算機が人を代替していることにより詐欺罪が成立し得ないという場合を捕捉するという点にあることから、当該情報が仮定的な事務処理者に対して与えられた場合にそれが欺罔行為として評価されるかという点が「虚偽」性の判断にとって重要なものであり、平成18年決定の趣旨はまさにこうしたものである。本件について見れば、仮定的な高速道路料金所係員に対し、自車が3車軸であるという情報を与えれば、当該車両は3車軸で走行する(した)のだと判断されるのが取引通念上通常であり、仮定的な欺罔行為性が認められるであろう。したがって、本判決が本件において「虚偽」の情報の存在を肯定した判断は、本罪の立法趣旨を正確に踏まえたものであるとともに、平成18年決定と同趣旨のものとして位置づけられるように思われる²³。

²³ これに対して、嘉門・前掲注(1)198頁は、本罪における「虚偽」性の判断をめぐる、「入力された情報を離れ、さらに、電子計算機が認識しうる範囲を超えて、実質的、合理的な観点から虚偽の判断がなされるべきではない」としつつ、そのように考えたとしても本件では本罪が成立し得るとする。しかし、本件において与えられた情報それ自体として見れば、あくまでも「流入料金所通過時において3車軸の状態である」ということを意味するにすぎず、「本線走行時において3車軸の状態であった」ということは意味しないから、情報それ自体のみによる評価では不十分であろう。また、同198頁は、「元々、立案担当者は、『入力された情報を完全に離れた実質判断』を肯定していたわけではない。その証拠に、窃取に係るプリペイドカードを使用して財産上の利益を得た場合、それだけでは、虚偽の情報を電子計算機に与えたとは言えないとしていた」とするが、ここで立案担当者が想定しているプリペイドカードは、テレホンカード等の必ずしも他人による使用が禁止されていないものであり、立案担当者の見解は、そのために情報の「虚偽」性が欠如するという趣旨であると思われる。現に、立案担当者も、そうしたプリペイドカードとは性格を異にするデビット

(b b) リフトアクスルの非濫用的使用に対する配慮

さらに本判決は、「設計上予定されていない一時的な後前軸の上昇」が起こった点に加え、積荷の変動がないのに本線では4車軸で走行していた点を認定した上で、被告人が「虚偽」の情報を与えたという結論を導いており、ここからは、リフトアクスルを通常の仕組みに基づいて使用する運転者に対する配慮を看守し得るように思われる。

本判決の立場からは、①車軸制御弁を常時「自動」に設定して運転する者が3車軸の状態ですべて有料高速道路を走行し高速道路料金を節約する行為についてはもちろん、②車軸制御弁を通常は「下降」に設定して運転する者²⁴が、自車に積載がないことを利用して、有料高速道路だけは3車軸の状態ですべて高速道路料金を節約する行為についても、本罪は成立し得ないものと思われる。

料金車種区分に応じた料金設定が主に走行による路面への類型的な影響に基づくものであるとすれば、仮定的な事務処理者の立場からは、本線走行時の接地車軸数が取引上重要な事実であるから、有料高速道路だけを3車軸で走行したとしても、「虚偽の情報」が観念し得ない。それゆえ、上記のような帰結も、本罪の趣旨に適い妥当であろう。

(4) その他の点について

(a) 財産上の利益と既遂時期

本件の争点とはなっていないものの、本件において財産上の利益と評価され得るものとしては、高速道路の利用権それ自体と正規料金との差額の免脱があり得、本判決は後者を採用したということになる。本件におけるETCシステムの仕組み²⁵に鑑みれば、基本的には、本罪の実行行為である「虚偽の情報…を与えて…不実の電磁的記録を作」る行為は、流出料金所からの流出時に初めて初めて実現されることになる²⁶ため、こうした判断は穏当であると言えよ

カードを拾得・窃取するなどして使用する場合には、本罪成立の余地を認めている(米澤編・前掲注(9)125-126頁[的場])。

²⁴ 後後軸の軸重増大による劣化や制動性能の悪化への懸念などから、4車軸の状態での走行が好まれることもあり得る。

²⁵ https://www.toshiba.co.jp/about/ir/jp/private/tec_book/tec200909.pdf (株式会社東芝) 参照。

²⁶ 本件は、流入料金所および流出料金所において「虚偽」の情報を2度与える

う²⁷。財産上の利益をこのように捉えるならば、本罪における既遂時期をめぐり一般的な理解に従えば、流出料金所における路側装置との通信により不実の記録を中央処理装置に記録させた時点で既遂に達することとなり、本判決もそのような判断を行ったものと思われる。

(b) 第三者利得目的

本罪は、詐欺罪の補充類型であることから、財産上の利益を被告人の勤務先であるA株式会社に得させたという本判決の前提からすれば、被告人において第三者利得目的が必要となる。この点につき本判決は言及していないものの、A株式会社が被告人の勤務先であり、運送コスト削減が被告人の歩合給にも影響し得ることに鑑みれば、被告人における第三者利得目的は、当然に認められる事案であったといえよう²⁸。

(c) 私電磁的記録不正作出・供用罪の成否

なお、本件公訴事実には、私電磁的記録不正作出罪（161条の2第1項）および同供用罪（同3項）（以下、併せて「両罪」という）が含まれていないものの、理論的には、両罪も成立し得るであろう。すなわち、本件被告人が流入料金所における車軸数計測器に「3車軸」として計測させることによりその旨の情報を自己のETCカードに記録させた行為は、人の事務処理の用に供する義務に関する電磁的記録を不正に作る行為に該当し、また、流出料金所における路側装置に対し自己のETCカードに記録された「3車軸」の情報を送信した行為は、不正に作られた義務に関する電磁的記録を人の事務処理の用に供する行為に該当する上、両行為時には、被告人において「人の事務処理を誤らせる目的」が優に認められるからである。

もっとも、本件において両罪が成立し得るとしても、これらに該当する行為

ことによって不実の記録が作られている（穴沢・前掲注（1）372頁、嘉門・前掲注（1）197頁）という点で、特徴的である。

²⁷ なお、通行区間に応じた料金設定がなく流入料金所において支払いを行う有料高速道路を仮定すれば、流入料金所における路側装置との通信の時点（厳密には路側装置の中央処理装置との通信の時点）で、本罪の既遂に達することになるだろう。

²⁸ 嘉門・前掲注（1）197頁。

と本罪に該当する2つの行為は重なることになるから、観念的競合(54条1項前段)となり、本罪の法定刑により処断されることになる。このように考えれば、本件公訴事実中に私電磁的記録不正作出罪および同供用罪が含まれていないことも理解できないではないが、両罪が成立し本罪との観念的競合となれば量刑にも影響があることに加え、本罪の保護法益たる個人の財産のみならず両罪の保護法益たる電磁的記録に対する公共の信用までもが侵害されているということを重視するならば、両罪を公訴事実を含めることが望ましかったように思われる。

(5) おわりに——総括と補論

本判決は、それ自体が虚偽であるとは言えない情報であっても、「事務処理の目的」の中に仮定的な欺罔行為性を判断する上での取引上重要な事実を判断基底として取り込むことによって虚偽性を肯定するという判例の態度が発現する一事例として位置づけられよう。

本罪と趣旨を同じくするドイツ刑法263a条²⁹およびオーストリア刑法148a条^{30・31}は、本罪とは逆に、文言上は、それ自体が虚偽であるとは言えない情報

²⁹ ドイツ刑法263a条(コンピュータ詐欺罪(Computerbetrug))1項は、「違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、プログラムの不正作成、不実若しくは不完全なデータの使用、データの無権限(unbefugt)使用又はその他データ処理過程への無権限干渉によりデータ処理過程の結果に影響を与え、これにより他人の財産に損害を与えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。」と規定する。

³⁰ オーストリア刑法148a条(データ処理の詐欺的濫用罪(Betrügelischer Datenverarbeitungsmißbrauch))1項は、「自己又は第三者に利得させる故意をもって、プログラムの生成若しくはデータの入力、改変、消去若しくは隠蔽により又はその他処理過程の進行に対する作用によって自動データ処理の結果に影響を及ぼす(beeinflussen)ことにより、他人の財産に損害を与えた者は、7月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。」と規定する。

³¹ なお、本罪、ドイツ刑法263a条およびオーストリア刑法148a条に対応する規定としてスイス刑法147条があるが、同規定は、本来であれば詐欺罪によって捕捉され得たにもかかわらず人の錯誤が介在しないために不可罰となる行為を処罰対象とすることを主たる目的としつつも、それにとどまらない適用範囲を有していると解されており(z. B. *Gerhard Fiolka*, in: Marcel Alexander

の供与も捕捉され得る形式となっているものの、欺罔同価値性が担保されるようなかたちでの制限的解釈が通説化している³²。このことからしても、人が介

Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., 2007, Art 147 Rn. 10; Niklaus Schmid, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität, 1994, § 7 Rn. 15 ff.), その意味で、本罪などとは性格を異にするものと言える。

³² Vgl. [Deutschland] Erik Kraatz, Besteht ein Exklusivitätsverhältnis von Betrug und anschließendem Computerbetrug?, JR 2016, S. 317 f.; ders., Der Computerbetrug (§ 263a StGB), Jura 2010, S. 41; Annette Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, Rn. 47: „Vorzugswürdig ist die h. M., die das Merkmal der Unbefugtheit „*betrugsspezifisch*“ auslegt. *Unbefugt ist die Verwendung von Daten danach dann, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätte...* Die h. M. überzeugt, da sie die *Strukturgleichheit zwischen § 263 und § 263a StGB* beachtet und zu einer *restriktiven Auslegung des als lückenfüllend konzipierten Tatbestandes* führt.“; Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 2006, Rn. 483; Wolfgang Wohlers/Tilo Mühlbauer, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl., 2014, Rn. 44 f.; [Österreich] Christian Bertel, Anmerkung zu OGH 4. 9. 1997, 15 Os 73/97, JBl 1998, S. 739 f.; Alois Birklbauer/Marianne Johanna Hilf/Alexander Tipold, Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl., 2017, § 148a Rn. 8; Egon Engin-Deniz/Clemens Grünzweig, Pay-TV-Piraterie im Strafrecht, eolex 2001, S. 588; Margarethe Flora, in: Otto Leukauf/Herbert Steininger, StGB, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 148a Rn. 19; Diethelm Kienapfel, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil II, 3. Aufl., 1993, § 148a Rn. 22: „Aus der gezielt betrugsähnlichen Konstruktion ist abzuleiten, daß § 148a nur solche Eingaben erfassen soll, die als menschliche Erklärungen betrugstypische Täuschungen bedeuten würden.“; Kurt Kirchbacher/Walter Presslauer, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 24b. Lfg., 2009, § 148a Rn. 18; Konrad Kmetz, Grundzüge des Computerstrafrechts, 2013, S. 52; Peter Komenda/Patrick Madl, in: Otto Triffterer et al. (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Lfg., 2013, § 148a Rn. 48; Venessa McAllister, Strafrechtliche Auswirkungen der neuen „PayPass“-Funktion von Kredit- und Bankomatkarten, JBl 2014, S. 226; Reindl-Krauskopf, a. a. O. (Fn. 22), S. 72 ff. passim, v. a. S. 72: „§ 148a StGB ist aufgrund seines

在すれば詐欺罪が成立し得るにもかかわらず電子計算機が人を代替しているために詐欺罪が成立し得ないという場合を捕捉するという目的のもとで創設された規定では、欺罔同価値性を志向した適用範囲の適正化を可能にする解釈が要請されるものと思われる。まさに本罪においては、「事務処理の目的に照らし」という定義要素が、虚偽概念を拡張するというかたちでそうした適正化を担っている³³、その点を意識した解釈・適用が望まれる³⁴。

Namens (betrügerischer), seiner Stellung (inmitten der Betrugs- und betrugsähnlichen Delikte) und seiner Entstehungsgeschichte als *betrugsähnliches Delikt* aufzufassen. Der Gesetzgeber wollte nämlich genau jene Fälle von § 148a StGB erfassen, die bloß deshalb nicht als Betrug bestraft werden konnten, weil der Täter keinen Menschen täuschte, sondern sein Handeln gegen eine EDV-Anlage richtete... Dieses Verständnis führt dazu, dass in jedem Einzelfall zu überprüfen ist, ob der Sachverhalt betrugsähnlich ist, maW ob ein Betrug nach § 146 StGB vorläge, wenn der Täter mit seiner Dateneingabe, Datenfälschung usw keine Maschine, sondern einen Menschen ansprache. Ob Betrug vorläge, lässt sich in einer „Mensch-anstelle-Maschine-Prüfung“ beurteilen: An die Stelle der EDV-Anlage, in die der Täter bestimmte Daten eingibt, ist ein Mensch zu denken, dem der Täter die Daten vorlegt.“; Gabrielle Schmölzer, Die unbefugte Verwendung einer fremden Bankomatkarte – Strafrechtliche Aspekte, EDVuR 1990, S. 2.

³³ 電子計算機損壊等業務妨害罪(234条の2第1項)においても、「虚偽の情報」という文言が用いられており、ここでいう「虚偽」も、「当該システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反すること」と定義されている(大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法第12巻』(青林書院、第2版、2003)154頁〔鶴田六郎〕)。しかし、詳述は避けるが、本罪における「虚偽」を規定する「事務処理の目的」と電子計算機損壊等業務妨害罪における「虚偽」を規定する「事務処理の目的」は、自ずと内容が異なるはずであり、したがって本罪における「虚偽」概念と電子計算機損壊等業務妨害罪における「虚偽」概念も異なることになるう。

³⁴ なお、「事務処理の目的に照らし」という定義要素が、欺罔同価値性を限界として虚偽概念を拡張するとしても、本罪の処罰範囲と詐欺罪のそれが一致するわけではないという点に注意を要する。というのは、本罪における情報の「虚偽」性の判断にあたっては、「その情報が」仮定的な事務処理者に与えられた場合に欺罔行為と評価されるかが重要であり、そこでは、情報を与える態様や情報記録媒体の外観などは考慮されないからである(vgl. Reindl-Krauskopf, a. a. O. (Fn.

22), S. 72: „Ob Betrug vorläge, lässt sich in einer „Mensch-anstelle-Maschine-Prüfung“ beurteilen: An die Stelle der EDV-Anlage, in die der Täter bestimmte Daten eingibt, ist ein Mensch zu denken, dem der Täter die Daten vorlegt. *Der Mensch muss dabei freilich auf die Fähigkeiten der Maschine beschränkt werden. Kann die Maschine etwa nur die Daten prüfen, aber nicht das äußere Erscheinungsbild des Datenträgers, so ist auch der Mensch in der hypothetischen Prüfung auf die Prüfung der Daten beschränkt.*“)。つまり、本罪における情報の「虚偽」性の判断は、問題となる行為を意味づける様々な事情が考慮される詐欺罪における欺罔行為性の判断とは異なるのである。

執筆者紹介（掲載順）

角本和理	辻康夫	橋場典子	瀬川行太	瀧本京太朗	岡部天俊
立命館大学准教授	北海道大学大学院教授	日本学術振興会特別研究員	北海道大学法学部専任講師	防衛大学校人文学部教授	日本学術振興会特別研究員

平成30年11月22日 印刷
平成30年11月30日 発行

編集人 眞壁 仁

発行人 北海道大学大学院法学研究科長
加藤 智章

印刷 北海道大学生協同組合
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. 69 November 2018 No. 4

CONTENTS

ARTICLES

- Theory of Privacy in a Cyber Age (6) Kazumasa KAKUMOTO 1
- Community rebuilding in the late-modern period: Examining an aspect of multiculturalism policies Yasuo TSUJI 262[1]
- Social Exclusion and Legal System (4):
System Operation Through Personality ☆..... Noriko HASHIBA 232[31]
- Das Koinzidenzprinzip bei der Lehre vom Verbrechen (5)
..... Kouta SEGAWA 154[109]

NOTES

- Über die Entscheidung der Notwehrprovokation in Japanischen
Rechtsprechung Kyotaro TAKIMOTO 122[141]

CASE NOTE

- Note on Criminal Law Case Takatoshi OKABE 76[187]

[]...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