

# 東海法学

No.61

## 論説

特殊詐欺における末端関与者の共謀と故意

— 東京高裁平成 31 年 4 月 2 日判決を素材として —

..... 山中純子

## 判例研究

金融商品取引法 166 条 1 項 5 号における「職務に関し知った」の意義

— 東京高判平成 29 年 6 月 29 日判時 2369 号 41 頁 —

..... 小林史治

## 論説

法源となった「正義」(1/2)

— 「法哲学」On-line Seminar —

..... 大塚 滋

## 論説

常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(1)

..... 岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子

## 論説

「エスノメソドロジー・会話分析」と法社会学

— 「生ける秩序」としての「法」の経験的探究に向けて —

..... 北村隆憲

2021

東海大学法学部



# 東海法学 No.61

2021  
東海大学法学部



## 東海法学 61号 2021 目次

### 論説

特殊詐欺における末端関与者の共謀と故意

－東京高裁平成31年4月2日判決を素材として－

..... 山中純子 1

### 判例研究

金融商品取引法166条1項5号における「職務に関し知った」の意義

－東京高判平成29年6月29日判時2369号41頁－

..... 小林史治 27

### 論説

法源となった「正義」(1/2)

－「法哲学」On-line Seminar－

..... 大塚 滋 39

### 論説

常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(1)

..... 岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子 73

### 論説

「エスノメソドロジー・会話分析」と法社会学

－「生ける秩序」としての「法」の経験的探究に向けて－

..... 北村隆憲 97



【論説】

# 特殊詐欺における末端関与者の共謀と故意

東京高裁平成 31 年 4 月 2 日判決を素材として

山中 純子

## 概要

1. はじめに
2. 東京高裁平成 31 年 4 月 2 日判決の概要と認定内容
  - 2-1 窃盗罪の成立
  - 2-2 本件詐欺グループの共謀の内容
  - 2-3 被告人の罪責
3. 特殊詐欺における共謀について
  - 3-1 共謀概念
    - (1) 共謀とは
    - (2) 包括的共謀
  - 3-2 共同正犯性を基礎付ける合意内容
  - 3-3 共謀の射程
  - 3-4 被告人の共謀
    - (1) 被告人と受け子の謀議
    - (2) 合意内容
    - (3) 窃盗に関する意思連絡
    - (4) 共謀の射程
4. 末端関与者の故意
  - 4-1 共謀と故意の区別
  - 4-2 故意の認定
    - (1) 概括的故意と特段の事情
    - (2) 詐欺の故意と窃盗の故意
    - (3) 被告人の故意
  - 4-3 窃盗罪と詐欺罪の抽象的事実の錯誤
5. 末端関与者の共同正犯性
  - 5-1 正犯性の判断基準
  - 5-2 被告人の正犯性
6. おわりに

## 概要

特殊詐欺においては、受け子等の末端関与者が詐欺に関する故意や共謀を争う事案が多い。その多くは、末端関与者であっても、犯行の概要を認識しており、詐欺の故意を認めるに十分であり、故意が認められれば共謀も認められることになる。しかし、当初の犯行計画から逸脱があった場合、末端関与者の故意や共謀を認めるには、事前の共謀においてどのような内容の合意があったか、犯行についてどのような認識を有していたかなど、個別の事情を明らかにした上で判断すべきである。

本稿では、受け子が詐欺の共謀から逸脱し、被害者から気付かれないように現金を持ち去って窃盗罪に問われた事案において、末端関与者である運転手役の被告人に窃盗罪の共謀と故意を認めた東京高裁平成 31 年 4 月 2 日判決を素材とし、末端関与者に共謀や故意等を認めることができるかを検討する。その前提として、特殊詐欺における詐欺グループの特徴、末端関与者の立場等に照らし、実行行為を担わない末端関与者を共同正犯とするような共謀とは何か、包括的共謀とは何かなどについて考察する。また、共謀とは別に、末端関与者の故意を認定するために必要な個別の認識や事情について論じる。その上で、共謀や故意を検討する際に考察した事情をもとに、そもそも末端関与者に共同正犯性を認めることができる事案であったのかについても検討を加える。

### 1. はじめに

特殊詐欺をめぐるのは、近年、詐欺罪の故意及び共謀に関する複数の最高裁判決が出ている。下級審判決の中にも、受け子が現場における独自の判断で、被害者から現金の交付を受けずに現金を奪取した窃盗罪（及び詐欺未遂罪）に問われた事案において、運転手役の被告人に窃盗罪の共謀と故意が認められた東京高裁判決<sup>1</sup>（以下、「本判決」という。）がある。この事案においては、受け子による窃盗行為は、「実質的に当初の共謀の範囲内にあり、また、被告人が前記共謀に沿う認識を有していた以上、窃盗の故意に欠けるところもないといえる。」と認定されている。本判決は、被告人と受け子等の共犯者との間の共謀を認定した上で、窃盗の故意は共謀の射程内であるとしたと解されるところであるが、被告人がいつ、どのような内容の共謀に加わったのか、被告人の内心がいかなるものであったかについて精査されることなく、被告人の窃盗の共謀と

---

<sup>1</sup> 東京高判平成 31 年 4 月 2 日判時 2442 号 120 頁。

故意が一括して認定されている。

近時の特殊詐欺をめぐる判例で見られる共謀と故意に関する認定を目にすると、特殊詐欺に関わる者を処罰するための理論が発展している一端を見ることができ一方で、共謀と故意に関する認定が一括して済まされ、詳細な認定過程が不明な場合が多いように感じられる。また、特殊詐欺においては、詐欺グループの主犯格と各関与者との間の共謀については、「包括的共謀」が認定されることがある。しかし、その共謀の成立状況及び共謀内容については、詳細な事実認定がなく、末端関与者に共同正犯性を認めるほどの共謀が成立していたといえるのか、そもそも末端関与者の正犯性は十分に根拠付けられているのか疑わしい場合もある。

そこで、本稿では、末端関与者である運転手役の被告人が窃盗の共謀共同正犯に問われた本判決を素材とし、被告人を窃盗の共同正犯たらしめた「共謀」とは何か、被告人に窃盗の共謀や故意を認定するために必要な事実とは何かを中心に、被告人の故意や正犯性についても考察し、本件で被告人に詐欺未遂、窃盗の共謀共同正犯を認めた判断が適切であったかどうかを検討する。

## 2. 東京高裁平成 31 年 4 月 2 日判決の概要と認定内容

### 2-1 窃盗罪の成立

本判決の事案は、氏名不詳の共犯者ら（以下、「本件詐欺グループ」という。）が被害者に対し、電話の相手が警察官及び日本銀行の職員であり、貯金が無断で引き出されるおそれがあるから、これを保全するために貯金口座から現金を引き出す必要があるなどとうそを言い、引き出させた現金を、日本銀行職員を装った受け子（以下、「受け子」又は「A」という。）に交付させて騙取しようと詐欺に及んだものであった。本件被告人は、受け子から依頼を受け、受け子を被害者方に送迎する役割を担っていた運転手役であった。

本件において、被害者方を訪れた受け子は、現金の交付を求めたものの、被害者から本当に大丈夫なのかと何度も尋ねられ、受取書の交付も求められるなどしたため対応に窮し、書類を取ってくると述べて一旦被害者方を出た。その後、受け子は、指示役の共犯者からもう一度受け取りに行くように指示され、再び被害者方の玄関に入ったが、被害者の受け子への反応が変わっていないと感じられた。そこで、被害者が電話を取りに奥に行った隙に、手ぶらで帰るわけにはいかないと考えて玄関に置かれていた被害者の用意していた現金を手に取り、被害者方を出た。

第一審<sup>2</sup>では、公訴事実が争われることなく、被告人に詐欺既遂罪の共謀共同正犯が認められた。被害者が受け子に現金を渡すつもりで用意していたことなどを踏まえ、現金の持去りを被害者が容認していたとして不作為による交付行為を認めたものと解される<sup>3</sup>。

しかし、控訴審では、被害者が電話の相手から受け子に現金を渡すように改めて言われ、通話したまま玄関に戻ると、既に受け子が現金を持ち去っていたことなどを踏まえ、本件現金について、被害者が受け子に対して「積極的な交付行為を行なったわけではなく」、受け子による「無断持去りを容認していたと認めることもできないというべきである」点を考慮し、詐欺は未遂にとどまるものとした。そして、玄関に置いてあった本件現金を被害者に無断で持ち去ったことにつき、窃盗罪の成立を認めた。

## 2-2 本件詐欺グループの共謀の内容

被告人は、知人の紹介で特殊詐欺の現金の受取役をすることになった受け子から、被害者から現金を受け取る前後の運転手役を依頼され、実際に受け子を被害者方へ送迎した。本判決が認定した被告人と本件詐欺グループとの間の共謀の内容は、「氏名不詳の共犯者らが、被害者に対し、郵便局の口座から貯金を引き出して被害者方を訪問する日本銀行職員に交付する必要があるなどとうそを言い、…被害者からその現金の交付を受けるといふもの」であった。本判決は、受け子の窃盗行為につき、「共謀の内容と完全には一致しないものの、犯行の動機及び目的は全く同一、共通であり、氏名不詳の共犯者による欺罔行為を主たる手段として、被害者が準備した現金を取得するという点でも共通しており、ただ、Aの目の前に置かれた本件現金について、被害者がこれを交付するという部分が欠けたにすぎない。」「被告人を含む共犯者は、被害者が準備する現金を警察等に発覚せずに取得できるかどうかにかこそ関心があり、被害者の意思に基づく交付が必要であり、被害者に気付かれないように持ち去ってはならないなどと考えていたとは認め難い。加えて、氏名不詳の共犯者は、Aが現金を持ち去った後、被害者に対し、警察に向かっているので大丈夫である旨、取り繕う説明をして直ちに通報されることを防ぎ、また、Aは当初の予定どおり本件現金を共犯者に交付しており、いずれも共謀どおりの結果実現に向けて行動している。」と述べた。その結果、受け子による窃盗行為は、「実質的に当初の共謀の範囲内にあ」と判示した。

<sup>2</sup> 水戸地判平成30年9月26日判時2442号123頁。

<sup>3</sup> 大竹依里子「特殊詐欺の受け子が、被害者の離席時に、現金入り封筒を持ち去った点につき、詐欺罪か窃盗罪かの判断を要した事例」研修846号56頁以下。

### 2-3 被告人の罪責

被告人は、自動車を運転して受け子を被害者方付近まで連れて行き、受け子が被害者宅を訪れている間は自動車で待機していた。そして、一旦自動車に戻ってきた受け子から「現金を受け取れなかった、やばい」などと伝えられたほか、受け子が指示役から再度被害者方に行くように指示された際には、「危ないならやめた方がいい」と言ったものの、前記知人が怖かったことから現金を受け取りに行くことにした受け子の依頼で、再び自動車で被害者方付近まで送り届けた。そして、被害者方付近で待機し、受け子から成功した旨伝えられると、その後、本件現金の中から報酬として10万円を受け取った。なお、受け子自らの報酬は5万円であり、残りは前記知人に手渡した。

以上の事実関係のもと、被告人が、受け子や指示役ら本件詐欺グループと共謀しており、受け子による窃盗行為は、「実質的に当初の共謀の範囲内にあり、また、被告人が前記共謀に沿う認識を有していた以上、窃盗の故意に欠けるところもないといえる」ことから、被告人に詐欺未遂及び窃盗の共謀と故意を認め、共同正犯とした。

## 3. 特殊詐欺における共謀について

### 3-1 共謀概念

#### (1) 共謀とは

本件は、前記2-2のとおり、被告人と本件詐欺グループとの間で、被害者から現金を詐取するいわゆる特殊詐欺を内容とする共謀が成立していたが、受け子が実際には窃盗行為に及んだため、実際の犯行が共謀の範囲から逸脱している事例における「共謀の射程」の問題として取り扱われている<sup>4</sup>。しかし、共謀の射程がどこまで及ぶかについて検討する前に、まずは、特殊詐欺グループ間で成立する「共謀」とは何かについて考える。

「共謀」には、共犯者間の意思の連絡を意味し、狭義の共犯（教唆・幫助）

<sup>4</sup> 濱田新「いわゆる特殊詐欺の事案において、被害者の交付行為を欠くことから、受け子に詐欺未遂罪と窃盗罪が成立する場合に、共謀の内容が詐欺と窃盗にわたるものと認定できる場合の共犯者である被告人の窃盗の罪責」刑ジャ 66号 112頁以下、品田智史「窃盗と詐欺の関係」法セ 779号 37頁、伊藤嘉亮「詐欺罪における共同正犯の限界」法時 92巻 12号 32頁。なお、大塚雄毅「特殊詐欺の事案において、被害者の交付行為を欠くとして、受け子に詐欺未遂と窃盗が成立するとした上、共謀の内容が詐欺と窃盗にわたるものと認定できるとして、共犯者である被告人に詐欺未遂の共同正犯と併せて窃盗の共同正犯が成立するとした事例」研修 868号 25頁以下は、実務の立場から、実際に行われた犯行が当初の「共謀の範囲」にあったといえるか、その犯行について「故意」が認められるかの二つの観点から検討を行っている。

においても必要となる共謀と、それに加え、実行行為に関与しない共犯者に対しても共謀共同正犯を成立させるための要件になる、共同「正犯性」を基礎付ける意味での共謀があると考えられる<sup>5</sup>。本稿では、前者の狭義の共犯においても認められる共犯者間の意思の連絡このことを「意思連絡」といい、後者の共同正犯性をも含む場合を「共謀」ということとする。我が国の判例で確立したとされる共謀共同正犯における「共謀」は後者である。

判例（練馬事件）<sup>6</sup>によれば、「共謀」とは、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなすこととされる。ここから、共謀については、「謀議」とその内容に分けて考えることができる。まず、学説では、謀議について、「共同犯行の認識」という内心の心理状態とみる「主観的謀議説」と、意思を疎通する行為とみる「客観的謀議説」との対立がある<sup>7</sup>。共謀を、共同正犯を成立させるための要件として考えるならば、共同正犯の成立の基礎には各関与者の法益侵害に対する心理的因果性が必要であり<sup>8</sup>、各人が内心で片面的に共同犯行の認識を有しているだけでは心理的因果性は及ぼさないから、共謀には共同犯行に関する客観的な意思疎通を通じた合意が必要である。したがって、客観的謀議説に立ち、謀議とは、意思を外部に表示し、共同意思を形成する行為であると考え<sup>9</sup>。

共謀共同正犯を確立したと言える前記練馬事件によれば、謀議によって形成される合意の内容は、「共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すこと」であり、この共同して犯行を行う点に、単なる意思連絡を超えた、共謀の共同「正犯性」が内包されている。合意の内容が共同正犯性を基礎付けるものであって初めて、「共謀」があったといえるだろう<sup>10</sup>。

---

<sup>5</sup> 品田智史「特殊詐欺事案における故意と共謀」阪大法学 68(3-161)646 頁以下では、「共同犯行の双方向的認識として、共犯者間の意思の連絡」を要素とする場合と、「狭義の共犯（教唆・幫助）と共同正犯との区別」という意味で、共同『正犯』性を基礎付ける要素とする場合が挙げられている。

<sup>6</sup> 最判平成 33 年 5 月 28 日刑集 12 卷 8 号 1718 頁。

<sup>7</sup> 松原芳博『刑法総論〔第 2 版〕』（2017）286 頁以下。

<sup>8</sup> 因果性については、物理的因果性と心理的因果性の両者が考えられるが、実行共同正犯と異なり、実行行為を分担しない関与者がいる共謀共同正犯においては、意思の連絡に基づく心理的因果的寄与が不可欠である。

<sup>9</sup> 松原・前掲注(7)387 頁は、「内心の心理状態は外部的な行為として表出してはじめて外界に対して因果的な作用を及ぼしうる」ことなどから、客観的謀議説を支持する。

<sup>10</sup> 松原・前掲注(7)388 頁は、「共謀」を、意思連絡一般を指す場合と、正犯性を基礎付けるような強度の（心理的な拘束を伴った）意思連絡を指す場合に分けた上で、前者の用語法の方が、心理的因果性と正犯性を区別して共同正犯の要件を分析的に検討することができる点において優れているとする。但し、後者の用語法の延長で、（共同）正犯性を基礎付ける全事情を「共謀」ないし「謀議」という概念の中で考慮することも考えら

そこで、共謀を、客観的謀議によって形成される共同犯行についての合意<sup>11</sup>であると定義する。合意によって、共同犯行することに心理的な拘束が伴うことで、正犯性が基礎付けられると考える。

## (2) 包括的共謀

ところで、特殊詐欺においては、不特定多数の者に対して犯行が繰り返されるため、通常の共謀とは異なり、個々の犯行の度に謀議が行われるわけではないことに特徴があるとされる<sup>12</sup>。共謀の内容は、「この手口で高齢者からできるだけ金をだまし取る」といった大まかな合意として形成され、後はマニュアルに従って作業を繰り返すにすぎない<sup>13</sup>。個別の犯行について謀議がなくても、複数の犯行について包括した共同犯行の合意が存在するため、「包括的共謀」が成立したとされるのである<sup>14</sup>。

この包括的共謀は、特殊詐欺グループのあるメンバーについて、個々の犯行への直接の関与が認められない場合や、複数の犯行のどれに関わったか判明しない場合に、包括的共謀を認めることで、個々の犯行について共同正犯を認めることができる点に意義がある。しかし、特定の犯行に関与したことが明らかであり、包括的共謀と呼ぶ意義が乏しい場合でも、共謀の実態が、当該犯行よりも前に複数の犯行が反復されることを合意していた反復型の包括的共謀や、当該犯行について概括的に手段や流れのみが合意された不特定型の包括的共謀<sup>15</sup>

---

れるとする。本稿では、後者の用語法に近い意味で「共謀」を用いる。

<sup>11</sup> 樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修 844 号 4 頁, 8 頁は、「共謀共同正犯における共謀＝合意は、犯罪を実行に至らしめるまでの心理的拘束をもたらしたり、責任感の消失による心理面における障壁を除去したりする点にその固有の意義が認められる」とする。その上で、共謀を「犯罪実行についての合意」とする。

<sup>12</sup> 十河太郎「共謀の射程、共犯関係の解消」法セ 779 号 27 頁。

<sup>13</sup> 十河・前掲注(12)27 頁。

<sup>14</sup> 樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定—実体法に基づく構造の解明」法時 91 卷 11 号 65 頁は、包括的共謀が認められるためには、反復される詐欺行為全体を実行することについての合意といえるほどの意思連絡が関与者間で形成されていることが必要であるとする。また、自らが関与しない詐欺まで含めて包括的共謀による共謀共同正犯を認めるのであれば、(指示役や架け子と違って)基本的に詐欺グループの外側にいる受け子であれば、自分が関与していない詐欺についてまで利益分配を受けている、架け子グループに属する人間と親しい人間関係を形成している、アジトの位置や構成員あるいは金の流れを知っているといった事情を通じて、グループの一員といえるほどの立ち位置を占めていることが必要になるとする。

<sup>15</sup> 品田智史「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺について」法時 92 卷 12 号 23 頁以下は、不特定多数の者に対して犯行が繰り返されることについて合意が形成される場合(反復型の包括的共謀)と、個々の犯行における具体的な被害者、欺罔手段、被害金額、受取りのタイミングなどが特定されずに、概括的に手段や流れについて合意が形成される場合(不特定型の包括的共謀)の二種類に分ける。

に該当する場合が多いと思われる。それに加え、そもそも判例<sup>16</sup>は、共謀については「謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない」としているの、裁判では具体的に共謀が成立した時点とその内容が特定されないことが多い。したがって、特殊詐欺の事案においては、詐欺グループ間の共謀が認定されたとしても、個別の犯行に関する合意が、いつ、どこで、どのような内容で形成されたか具体的に示されることは少ないと思われる。

### 3-2 共同正犯性を基礎付ける合意内容

前記3-1(1)で述べたとおり、共謀が、単なる意思連絡を超えて、共同正犯性を基礎付けるものになるためには、合意された内容が共同正犯性を満たすものである必要がある。「共謀」があることによって、実行に関与していない者でも共同正犯者になるという共謀共同正犯の性質に鑑みれば、関与者が犯罪の実現に重要な因果的影響を及ぼして初めて共謀を認めるべきであり、主観面においても、因果的影響を及ぼすような関与について合意していたことが認められるべきである<sup>17</sup>。つまり、関与者の正犯性を基礎付ける事情である、関与者の重要な役割や寄与、組織の中での立場や影響力、自分たちの犯行といえるようなグループ意識などに基づいて、客観的に正犯性を認定するのは別に、それら正犯性を基礎付ける事情に対する合意がなされて初めて、共謀があったと言えると考える。このように考えた場合、「共謀」を認定するには、共同正犯性を基礎付ける事情に関する合意が成立していることが必要であるため、共謀の合意内容については、概括的な手段や流れのみならず、当該関与者の役割や位置付けも含めた合意を認定しなければならない。

共謀共同正犯は、そもそも犯罪の中心人物が、実際に実行行為に出ることなく、背後に控えていることが少なくないが、そのような黒幕を正犯として評価しないことが実態にそぐわないことから発展してきた共犯形態である<sup>18</sup>。そのため、組織におけるその人物の位置付け、影響力、関与者相互の関係、結び付き等が、共謀を判断する上で重要な要素とされてきたのである<sup>19</sup>。ところが、特

<sup>16</sup> 前掲注(6)（練馬事件）。

<sup>17</sup> 品田・前掲注(15) 24 頁は、包括的共謀による共同正犯を認める場合につき、関与者が個別の犯行に及ぼした影響力に着目するアプローチと、包括的共謀の参加者間の結びつきを重視するアプローチに分けるが、ここで述べる因果的影響を及ぼす関与に合意していたことは、前者のアプローチといえよう。

<sup>18</sup> 島田総一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか『理論刑法学の探究 3』（2010年）36 頁参照。

<sup>19</sup> 島田・前掲注(18)51 頁以下参照。

殊詐欺においては、末端関与者である受け子のみが逮捕され起訴に至ることが多く、黒幕である詐欺グループの主犯格は「氏名不詳の共犯者」のままであることが多い。裁判で争われるのは、実行行為に携わらなかった黒幕ではなく、実行行為の一部にしか携わらなかった受け子や、実行行為に全く携わらなかった運転手役、リクルーター等の末端関与者の共謀である。詐欺グループの実態を知らされず、本来的に「正犯」とは言い難い末端関与者について、詐欺グループとの間の共謀の成否を判断するにあたっては、当該末端関与者の共同正犯性を基礎付ける事情に対する合意があることがより一層重要である。

しかも、特殊詐欺グループにおいては、主犯格である指示役であれば、役割分担者の人数、各人の役割、うその内容、具体的なマニュアルまで知っており、被害者が疑ってきた場合など不測の事態にどう対応するかも思い描いていることだろう。また、架け子であれば、少なくとも被害者リストや被害者に対する電話対応のマニュアルにアクセスすることが可能な立場にあり、犯行に用いる偽のストーリーを知っているだろう。それに対し、受け子は、「現金を受け取るだけの簡単な仕事」などと言われて特殊詐欺に加担し、具体的な受取方法は、その都度、電話等で知らされるのであり、直前まで自分が何と名乗るのかさえ知らないことも多い。詐欺グループの末端に位置する受け子には、受け子が逮捕されても上位者まで捜査の手が伸びないように特殊詐欺グループの実態を知らせないようにしていることもあり、受け子は、自らが実行に関与する側面においてしか詐欺の内容を知らないのである。その受け子から依頼を受けた運転手役であれば、共有している情報はさらに限られるだろう。このように、関与者間で意思連絡がなされたとしても、具体的な犯行態様や役割等に関して、各関与者によって異なる認識を有していることが起こり得ることからも、当該関与者の役割や位置付けも含めた合意を認定する必要がある。

しかしながら、前記 3-1 (2) で述べたとおり、特殊詐欺においては包括的共謀がなされることが多く、具体的に合意された内容や、当該関与者が具体的にどのような認識で合意したのかについて明らかになっていないことが多いのが現状である。

### 3-3 共謀の射程

本件では、被告人と氏名不詳の共犯者との間に本件詐欺に関する共謀があることを前提として、受け子の窃盗行為が共謀の射程内に入るかどうかが問題となった。共謀の射程については、そもそも関与者間で合意されていた内容が適切に認定されて初めて、そこからどの程度、逸脱・過剰なのかなどが判断可能となる。したがって、共謀の射程が及ぶかどうかの判断にも、共謀における合

意内容を具体的に明らかにすることが極めて重要である<sup>20</sup>。

共謀の射程については、共謀時点と逸脱・過剰行為時点とで、主観面と客観面に連続性があるかどうかで判断されている<sup>21</sup>と指摘されるが、この主観面と客観面の連続性とは、具体的に何の連続性を指すのであろうか。学説においては、共謀の射程の限界付けについて、①共犯の心理的因果性の限界、②（共同）正犯性の限界、③故意の存否の3つの意味で検討されている<sup>22</sup>。まず、犯罪事実の認識という各人の責任を基礎付ける故意と、他の共犯者との意思連絡や心理的因果性を基礎付ける共謀は必ずしも一致せず、別個に判断すべきであると考えるので、共謀と故意の判断を一致させる③の立場は取り得ない。そして、共謀とは、単なる意思連絡に加え、共同正犯を成立させて、実行に関与していなくとも共犯としての責任を負わせるための要件であると考えられる立場から、①のように心理的因果性の問題として位置付けるべきであると考えられる。但し、①の心理的因果性を検討する際には、関与者の共同正犯性を基礎付ける事情に対する認識、例えば関与者がどの程度の心理的影響を及ぼし得る立場として合意されているかなどを検討するため、検討する要素は、②の正犯性の限界の判断とも重なり合うだろう。しかし、仮に、心理的因果性が認められるような合意があったとしても、客観的な関与形態を見れば、重要な役割を果たしていない、相互利用補充関係が認められないなどの理由で正犯性が認められない場合も考えられる。②の正犯性の限界は、共謀という事前の合意が認められても、別途、客観的に画されるものであるから、共謀の射程を判断する直接の基準とすべきではない。よって、共謀の射程とは、①の共犯の心理的因果性の限界の問題であると考えられる。

その上で、共謀の射程を判断するためには、客観的な事情と主観的な事情の両面から比較検討し、逸脱行為に共謀の心理的因果性が及んでいるかを判断することになる。客観的な事情とは、従前の共犯行為の寄与度、影響力、当初の共謀と実行行為の内容の共通性、関連性などであり、主観的な事情とは、犯意の単一性、継続性、動機・目的の共通性、過剰結果の予測可能性の程度などである<sup>23</sup>。そして、共謀の心理的因果性とは、共謀によって実行担当者の主観面に働

<sup>20</sup> 十河太朗「共謀の射程について」川端博ほか『理論刑法学の探究3』（2010年）87頁は、「共同正犯は、共同実行の意思に基づいて実行行為が行われるところに本質があるのであるから、当該結果が共同実行の意思の範囲外の行為によって生じたと考えられる場合には、たとえ各人の行為と結果との間に因果関係が認められたとしても共同正犯の成立は否定されるべきではないか。」と述べており、共同実行の意思の本質を重視している。本稿も、共同正犯性を基礎付ける合意を重視するものである。

<sup>21</sup> 十河・前掲注(12)28頁以下、品田・前掲注(4)法セ779号37頁。

<sup>22</sup> 松原・前掲(7)438頁注(1)、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（2020）311頁以下参照。

<sup>23</sup> 十河・前掲注(20)101頁。

きかけ、その犯行を促進・強化する関係であるといえるから、結局、心理的因果性の判断は、合意内容が共同正犯性を基礎付けるようなものであったかという合意内容に関する判断と重なるものであると解する<sup>24</sup>。例えば、ある関与者が組織内で影響力のある立場にあり、重要な役割を担っていることが認識された上で犯行の合意があった事案において、実行分担者がその関与者の意向を汲んで、別の手段を選んで実行した場合や、独自の判断で犯行態様を変更した場合には、共謀から逸脱した行為の実現及びそれに伴う結果発生は、共謀内容（組織内の影響力、重要な役割）から誘発されたもので心理的因果性が及んでいるといえるだろう。その結果、その逸脱行為は、共謀の射程内と判断されることになる。しかし、逸脱行為が当初の共謀とは別の新たな犯意に基づいており、その犯意が生じたことに当初の共謀の心理的拘束や影響が及んでいない場合には、共謀の射程外である<sup>25</sup>。

特殊詐欺において、包括的共謀として認められるような概括的な合意内容を共謀の内容とするのであれば、共謀の射程はどこまででも広げられ、おおよそ被害者を騙して現金を取得するものであれば、何でも射程内になってしまうおそれがある。共謀の射程については、共謀で合意された内容を具体的に明らかにした上で、心理的因果性が及ぶかどうかを基準として、厳格に画する必要があるだろう。

### 3-4 被告人の共謀

#### (1) 被告人と受け子の謀議

本件では、受け子が知人の紹介で現金受取役をすることになった際、被告人に運転手役を依頼したことが認定されている。依頼とそれに対する承諾があれば、意思連絡が認められ、受け子との間には問題なく客観的謀議が認められる。また、共謀は、中間者を通じて意思連絡が認められる場合の順次共謀や間接共謀も含むところ、本件では、受け子を介した順次共謀があり、被告人と氏名不詳の共犯者との間にも意思連絡が認められることとなる。

但し、いつ、どこで、どのように意思連絡がなされたかは不明である。本判決の量刑理由からは、被告人が他にも5件の特殊詐欺に関与したことが示されており、「現金受取役を送迎したり、現金受取役の仕事を紹介したりする」など

<sup>24</sup> 樋口・前掲注(11)20頁は、「共謀の射程については、①合意の内容を明らかにした上で、②当該合意の枠内で犯罪が実行されているかを問題にするという形で、共謀共同正犯の要件と連動した議論が可能になる。」と述べており、合意内容の認定と共謀の射程の判断が連動することを示唆している。

<sup>25</sup> 十河・前掲注(20)99頁は、「共謀の射程がどこまで及ぶかは、当初の共謀とは別の新たな共謀ないし犯意に基づいて実行行為が行われたといえるかという問題と表裏一体の関係にあるといつてよい。」とする。

していたことが分かる。そうであれば、本件犯行を含む一連の犯行のうち最初の犯行が実行されるよりも前に、反復型の包括的共謀があった可能性は高い。しかし、反復型の包括的共謀があったとしても、個々の犯行の前には、例えば「今から頼む」と言われるなど、直接本件に関する謀議が何らかの形で行われているはずである。そのような具体的な謀議は認定されていない。

## (2) 合意内容

本件では、共謀の内容として、「氏名不詳の共犯者らが、被害者に対し、郵便局の口座から貯金を引き出して被害者方を訪問する日本銀行職員に交付する必要があるなどとうそを言い、現金の交付を受けるというもの」という概括的な犯行計画が認定されており、本件詐欺グループの共謀が認定されている。しかし、これは、本件詐欺グループ内で共謀のあった最大公約数の内容が示されているだけである。前記3-2で述べたとおり、実際には各関与者の立場によって、どこまで犯行計画や犯行手口を把握していたかなどは異なるだろう。本件の被告人は、本件特殊詐欺グループの一連の犯行に関与するうちに、特殊詐欺の手段や実態について、ある程度知るところとなっていたと思われる。しかし、被告人の主観面については、特に検討がなされておらず、被告人が、本件詐欺グループと受け子の間に形成された共謀と同内容の合意をしていたことを推認させる積極的な事情は読み取れない。被告人は、受け子を介した順次共謀で詐欺グループに加わったため、詐欺グループに属している意識も希薄であると思われるし、指示役が怖いから抜けられないといった心理的拘束もうかがえないから、本件詐欺グループとは犯行に関する認識が異なっていた可能性は十分にあり得る。本件では、被告人が特殊詐欺の内容をどこまで認識して合意していたか、運転手役としてどの程度の裁量があったのか、報酬についてどういう取決めがあったのか、特殊詐欺グループからどう位置付けられていたのかといった内容は分からない。

以上に照らせば、被告人と氏名不詳の共犯者らとの間には、特殊詐欺に関する単なる「意思連絡」は認められるものの、被告人の主観面が具体的に明らかになっておらず、被告人の共同正犯性を基礎付けるような共同犯行の合意、すなわち「共謀」を認定することが、そもそも困難であるようにも思われる<sup>26</sup>。

---

<sup>26</sup> 鈴木彰雄「共謀共同正犯における『共謀の射程』について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010年）520頁は、共謀の射程の問題を分類する中で、「外形的には共謀が存在するように見えるが、当該犯行に関する意思疎通としては不完全であると評価されるために、当初から共謀があったとは認められない事例については、共謀の射程は問題にならない。」とする。本件は、被告人の主観面が明らかでないため、場合によっては、犯行内容に関する意思連絡が不十分で共謀が認められないこともあるだろう。

### (3) 窃盗に関する意思連絡

本件では、そもそも被告人が合意した内容が明らかではないため、被告人の「共謀」を認定することにも難があるが、本判決では、被告人が本件詐欺グループとの間に、「詐欺」の共同犯行について共謀していたことを前提にしている。そして、「被告人を含む共犯者は、被害者が準備する現金を警察等に発覚せずに取得できるかどうかにかこそ関心があり、被害者の意思に基づく交付が必要であり、被害者に気付かれないように持ち去ってはならないなどと考えていたとは認め難い。」と判示している。しかし、被告人と氏名不詳の共犯者の認識を個別には検討していない。また、「考えていたとは認め難い」という判示は、考えていなかったことに関する認定、すなわち消極的認定であり、被告人が何を考えていたかについての積極的認定は見当たらない。

この点、詐欺グループの内側にいる指示役や架け子であれば、反復して行う詐欺をできるだけ多く成功させ、被害者からできるだけ多く現金を詐取するという動機で特殊詐欺を取り仕切っており、被害者から現金を取得する手段を問わないと考えていたとしても不思議ではない。また、受け子が窃盗行為に及んだ結果、犯行が発覚することになって現金取得に失敗したとしても、受け子が捕まるだけであり、特殊詐欺グループ全体の摘発に及ぶことは稀であるから、発覚しやすい手口に変更してでも現金を取得することを望んでいることも考えられる。あるいは、仮に被告人が、受け子が逃げないように見張るために指示役が派遣した、本件詐欺グループの指示役と近い関係にある人物であった場合や、本件詐欺グループに弱みを握られているため、どんな手を使ってでも現金を取得しないと痛い目に遭わされるなどと怯えているなどの事情があれば、「被害者に気付かれないように持ち去ってはならないなどと考えていたとは認め難い」との推認にも合理性がある。しかし、運転手役であった被告人が、そのような認識を有していたと判断する根拠は乏しい。むしろ、被告人は、受け子から「現金を受け取れなかった、やばい」などと伝えられ、受け子が指示役から再び被害者方に行くように指示された際には、「危ないならやめた方がいい」と告げている。この発言は、被害者に看破され、警察に捕まる可能性を踏まえ、犯行を思いとどまるよう助言していると解するのが自然である<sup>27</sup>。被告人の立場に立てば、受け子が隙をみて現金を持ち去ってきたとしても、受け子を自動

<sup>27</sup> この点、匿名解説判時 2442 号 121 頁は、「被告人もスムーズに現金の交付を受けられなかった受け子から相談を受け、指示役の共犯者にも指示を仰いだという経過が認められることなど」を当初の共謀の範囲が詐欺と窃盗の両罪に当たることの根拠として挙げるが、相談を受けた被告人は、「危ないならやめた方がいい」とやめさせようとする発言をしている上、指示役の共犯者に指示を仰いだのは受け子であり、被告人もその指示を受けたかどうかは不明であるから、ここで挙げられている根拠は説得力を欠く。

車に乗せているときに警察に追跡されれば、一緒に捕まる可能性は高い。仮に、受け子だけが先に捕まったとしても、被害者方付近で待機していた被告人も発見される可能性は高く、また、受け子と直接繋がりのある被告人に警察の捜査が及ぶ可能性も高い。結局、被告人は、指示役など他の共犯者とは違って、受け子の犯行態様によっては逮捕される大きなリスクを負っているのである。被告人が、怪しむ被害者から、無断で現金を持ち去ることを事前に認容していたことを裏付けるような事情は見当たらず、被害者に気付かれないように持ち去ってほしくないなどと考えていた可能性すら否定できない。

また、本判決においては、氏名不詳の共犯者が、受け子が現金を持ち去った後、被害者に対し、警察に向かっているので大丈夫である旨、取り繕う説明をして直ちに通報されることを防いだ事実が、受け子の行為が共謀の射程内であったことの認定に使用されている。たしかに、事後的な行動であっても、咄嗟に取り繕ったことは、受け子が逸脱行動に出ることをある程度想定していたことを推認する事情にはなるだろう。しかし、この推認が許されるのは、現に取り繕う咄嗟の行動に出た共犯者（本件では、氏名不詳の架け子）の認識であり、受け子が逸脱行動に出たことさえ把握していないと思われ、実際に取り繕う行動に出ない被告人の事前の認識を推認することはできない。

なお、被告人は、指示を受けて再び被害者方を訪れることにした受け子を被害者方付近まで送り届けているし、戻ってきた受け子をまた車に乗せているので、この点を捉えて、「共謀どおりの結果実現に向けて行動している」と評価する余地はある<sup>28</sup>。しかし、被告人は、受け子から、成功した旨を伝えられたのみであり、被害者の隙をみて勝手に持ち去ったことまで伝えられたとは認定されていない。客観的に被告人が果たした役割は、他の詐欺既遂となった犯行と同じであり、窃盗後の受け子を送迎していたとしても、受け子が窃盗に該当する持去りをするを認容していたことまで認定する根拠にはならないだろう。

#### (4) 共謀の射程

本判決は、受け子の窃盗は、「共謀の内容と完全には一致しないものの、犯行の動機及び目的は全く同一、共通であり、…欺罔行為を主たる手段として、…現金を取得するという点でも共通して」いると述べる。受け子の窃盗は、共謀した内容である、被害者を騙して現金を取得するという動機及び目的に合致し

---

<sup>28</sup> もっとも、匿名解説・前掲注(26)121頁では、「受け子とその共犯者の双方が目的である現金の入手という結果実現に向けられたと評価できる行動をとったこと」を共謀の範囲が両罪にわたると認定した根拠に挙げているが、本判決が指し示している「結果実現に向けられたと評価できる行動」は、架け子が被害者に対して取り繕う説明をして結果実現に向けて行動したことであり、運転手役の行動については触れられていない。

ており、その動機及び目的を有するがゆえに誘発されたものであったと考えれば、共謀の射程内と言えらる。しかし、これは、あくまで指示役や架け子など、本件詐欺グループで影響力のある立場にあり、犯行の全体像を把握している者が合意していた内容からの視点である。そのような視点からは、慌てた受け子が逸脱行為に出ることや、現場の受け子が臨機応変な対応に出ることなども経験則として認められるだろう<sup>29</sup>。これに対し、本件グループの末端にいた被告人は、前記3-4(3)で詳述したように、本判決が認定した事実のみでは、窃盗に切り替えることまで含めて合意していたとは認められない。被告人の影響力、当初の共謀と実行行為の内容の共通性、関連性、犯意の単一性・継続性、動機・目的の共通性、過剰結果の予測可能性の程度等の要素を検討すると、詐欺と窃盗の共通性や、被害者から現金を取得するという意味での犯意の単一性・継続性、動機・目的の共通性といった要素についてはある程度一般的に判断することができる。しかし、被告人の主観面など個別事情は明らかでないから、逸脱を予測し得たかも不明であるし、これまで繰り返されていた他の詐欺と同様に、可能な範囲内で犯行を成功させて報酬が貰えればよいと考えていた可能性もある。また、自己又は近い存在の受け子が捕まるリスクを負ってまで現金を奪うことに合意していたと認めるだけの根拠は乏しい。さらに、被告人が、受け子の犯行に心理的因果性をもたらすような、犯行計画に影響を与えるような立場にいたとは認められない。現に、被告人の「危ないならやめた方がいい」という発言は受け子に聞き入れられていない。受け子の逸脱行為に心理的因果性を有していたのは、あくまで指示役であり、受け子が被告人との共謀により、窃盗に切り替えることを誘発されたとは認められない。

よって、被告人に窃盗の共謀を認めるなら、被告人が最初に合意した共謀の内容、被告人と本件詐欺グループとの関係性等を具体的に認定すべきであったと考える。被告人も本件詐欺グループと同程度の動機又は目的を持ち、受け子に影響を与え得るような関係や立場であることが合意内容になっていたのでは

---

<sup>29</sup> 濱田・前掲注(4)113頁以下及び同頁注(25)においては、「計画を微調整することについて、関与者の間で事前に想定されていたことは、十分考えられる。」とし、計画修正についての意思連絡がある場合として、当初から詐欺と窃盗の共謀があるパターンが多いと思われる旨述べるが、疑問である。架け子が個別の被害者の反応に合わせて電話でやり取りすることは、被害者を欺罔して錯誤に陥らせるために当然予想される犯行態様であるのに対し、受け子は架け子が陥らせた被害者の錯誤に合わせた役になり切ることが求められるのであり、多くの場合は判断を「上司」に仰がなければいけない使者として現金等を受け取りに行っていると思われる。現に、本件においても、被害者に受取証の交付を要求されたときに対応に窮し、被害者方を出て、指示役に指示を仰いだのである。したがって、指示役にとっては、困った受け子が窃盗に及ぶことは想定内であったとしても、受け子や運転手役の被告人が、被害者が交付してくれないときには無断で持ち去るということまで初めから想定していたとは考えられない。

れば、受け子の窃盗行為が被告人との共謀の射程内であると認定することもできると考える。しかし、被告人がどこまで共通認識を有していたか分からない本件詐欺グループと受け子との間に認められる共謀を基礎として、窃盗も共謀の射程内であることを認定しただけでは、被告人に窃盗の共謀を認めるには不十分であったと考える。

## 4. 末端関与者の故意

### 4-1 共謀と故意の区別

本判決は、「被告人が前記共謀に沿う認識を有していた以上、窃盗の故意に欠けるところもない」と述べるのみであり、共謀と窃盗を区別して認定していない<sup>30</sup>。特殊詐欺においては、受け子の詐欺の故意が争われることは多く、例えば、被害者に宅配便で現金を送付させる送付型の事案において、現金受取り役である受け子に詐欺罪の故意及び共謀が認められるかどうかの問題になった際、「被告人は、自己の行為が詐欺に当たるかもしれないと認識しながら荷物を受領したと認められ、故意に欠けるところはなく、共犯者らとの共謀も認められる。」とした最高裁判決<sup>31</sup>などがある。たしかに、詐欺の故意と共謀については、同じ被告人の内心が問題になっており、その認定が重なる場合が多いと思われる。しかし、故意は犯罪事実の認識・認容という個人の責任を基礎付けるものであるのに対し、共謀は他の共犯者と連帯する責任を基礎付けるものであり、両者は必ずしも一致しないため、本来、別個に判断されるべきではないだろうか<sup>32</sup>。本判決も、被告人が窃盗の故意を有していたかについては、別途検討する

<sup>30</sup> 前掲大塚 28 頁は、本判決について、「当該共謀の事実があれば、飽くまでも事実認定の問題として、被害者に対する詐欺のみならず窃盗の故意も認められると判断したものの」と解し、「被告人の認識に、窃盗の構成要件に該当する行為に及ぶという具体的な認識・予見を基礎づける事実が含まれているという関係にあると認められるため、窃盗の故意が認められるという結論に至った」と理解する可能性を示すが、具体的に被告人のどのような事実の認識に、窃盗の構成要件に該当する行為に及ぶという具体的な認識・予見を基礎づける事実が含まれているのか、なぜ含まれていると言えるのかについての認定過程は示されていない。

<sup>31</sup> 最判平成 30 年 12 月 11 日刑集 72 卷 6 号 672 頁。亀井源太郎「詐欺の被害者が送付した荷物を名宛人になりすまして受け取るなどしたことと詐欺罪の故意および共謀」重要判例解説令和元年 144 頁は、共犯性の問題（共謀あるいは意思連絡）と故意の問題を区別して扱ったものと評価するが、判決文からは、被告人の故意を認定することによって共謀までもが認定される理由や過程については明らかでない。

<sup>32</sup> 松原・前掲注(7)389 頁は、「故意は各関与者の心理上に独立に存在する静的な認識であるのに対して、意思連絡としての共謀は、他の共同者の心理に因果的作用を及ぼす動的な働きかけである」ことから、故意と共謀を区別する。なお、江見健一「特殊詐欺の送付型事案における受け子について、詐欺罪の故意及び共謀があるとされた事例」論ジュリ 33 号 176 頁は、受け子である被告人について、「詐欺罪を構成する行為の一部しか

ことができる問題である。共謀については、本件犯行より前に行われた包括的共謀であっても、犯行直前に行われた本件に関する個別の共謀であっても、いずれも事前の共謀を認定しているにすぎない。これに対し、故意は、行為時に要求される認識・認容であり、共謀とは理論的には別の時点で認定されるべきものである。特に本件では、共犯者間で成立していた共謀の基本的な内容は詐欺であったのだから、窃盗に対する認識は、共謀とは区別して検討すべきであるとする。受け子の窃盗行為が共謀の射程内であったとしても、射程外であったとしても、運転手役である被告人個人に窃盗についての認識・認容があったかは別に検討することができるからである。そこで、本件の被告人に窃盗の故意を認定することができるかどうかについて、以下で検討する。

## 4-2 故意の認定

### (1) 概括的故意と特段の事情

故意の有無が問題となった事案としては、覚醒剤の密輸事件において、覚醒剤であることの認識を否認する被告人に対し、「覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。」と認定した判例<sup>33</sup>がある。これは、有害違法な薬物の未必的認識が認められれば、その薬物の中に覚醒剤も含まれるのが通常であるから、覚醒剤を除外する特別の事情がない限り、覚醒剤の未必的認識が認められるとし、概括的故意として覚醒剤の故意を認定していると評価される<sup>34</sup>。

特殊詐欺における詐欺の故意に関しては、受け子が詐欺の故意を争った前記判決<sup>35</sup>は、名宛人になりすまして受け取ったなどの間接事実から、「自己の行為が詐欺に当たる可能性を認識していたことを強く推認させる」とした上で、「荷物の中身が拳銃や薬物だと思っていた旨供述するが、荷物の中身が拳銃や薬物であることを確認したわけでもなく、詐欺の可能性があると認識が排除されたことをうかがわせる事情は見当たらない」とした。他にも、間接事実から被告人の詐欺の概括的故意を推認した上で、詐欺の可能性があると認識が排除されたことをうかがわせる事情が見当たらない判断した判決がある<sup>36</sup>。

---

行っておらず、そのみでは犯罪が完成しないこと(…)を前提として、その故意の内容も、共犯者と共同して行っている詐欺に自己が関与していることを認識していたかが問題となるのであって、故意の内容は共犯者との共謀を含むものであって、故意が認められる場合にはかけ子らとの共謀も認められる関係にある」と指摘する。

<sup>33</sup> 最決平成 2 年 2 月 9 日裁判集刑 254 号 99 頁。

<sup>34</sup> 半田靖史「受け子の故意と共謀の認定」法時 92 卷 12 号 17 頁。

<sup>35</sup> 最判平成 30 年 12 月 11 日・前掲注(31)。

<sup>36</sup> 最判平成 30 年 12 月 14 日刑集 72 卷 6 号 737 頁。

このように、間接事実から故意を推認し、特定の対象が除外されていたと認められる特段の事情がない限り、その故意を認定する手法はよく見られる。本件の被告人については、高齢者から金銭を騙し取る犯罪に繰り返し関与していたのであるから、詐欺に対する故意は問題なく認められる。しかし、窃盗の故意を認定することはできるだろうか。本判決における窃盗の認識に関連する判示は、共謀を認定する文脈において、「被害者に気付かれないように持ち去ってはならないなどと考えていたとは認め難い」と、窃取する可能性があるとの認識を除外していなかったことを述べている部分のみである。本件においても、覚醒剤の故意や特殊詐欺の故意の認定手法に倣い、詐欺の故意を有しており、窃盗をする可能性があるとの認識を除外していなかったという事実から、被告人の窃盗の故意を認定することができるのだろうか。

## (2) 詐欺の故意と窃盗の故意

被告人が、特殊詐欺の概括的故意を有している場合、そこには窃盗に関する未必的な認識は含まれるのであろうか。有害違法な薬物に関する概括的認識がある場合、認識された事実の範囲内で、具体的に覚醒剤等の薬物の性質に応じた故意があると解される<sup>37</sup>。そこから、覚醒剤をあえて除外するには、特段の事情が必要であろう。これに対し、高齢者から現金を騙し取る特殊詐欺に関しては、「オレオレ詐欺」などと称され、そこに「詐欺」という文言が入っている以上、まずは詐欺罪を想起するのが通常であろう。特殊詐欺の概括的な故意を有する者の認識から、詐欺の被害金の受取りの可能性を除外するには、中身が拳銃や違法薬物であると認識する具体的な可能性があるなど、特段の事情が必要になる<sup>38</sup>。しかし、本件において、窃取する可能性があるとの認識（被害者に気付かれないように現金を持ち去るという、詐欺とは異なる財物の取得態様を選ぶ可能性についての認識）を除外していなかったという事情は、他の事例において故意の認定を否定する特段の事情とは異なり、概括的故意についての前提を欠くものである。違法薬物に対する概括的な故意が認められる中で、特定の違法薬物を除外することや、特殊詐欺に対する概括的な故意が認められる中で、現金の可能性を除外することは、概括的な故意が認められることを前提に、その故意に対応する犯行において典型的な客体に対する認識を除外するかどうか

<sup>37</sup> 薬物の概括的認識と故意の関係については、香城敏磨『刑法と行政刑法』（2005）322頁以下参照。

<sup>38</sup> 最判平成30年12月11日・前掲注(31)は、「被告人は、荷物の中身が拳銃や薬物だと思っていた旨供述するが、荷物の中身が拳銃や薬物であることを確認したわけでもなく、詐欺の可能性があると認識が排除されたことをうかがわせる事情は見当たらない。」と判示した。

の問題である。ところが、本件では、詐欺の概括的な故意の中に窃盗が含まれるかどうかを具体的に認定しないまま、詐欺の構成要件であり典型的な態様である交付行為ではなく、別罪である窃盗の構成要件の犯行態様を除外していたかどうかを問題にしている。本来は、詐欺の概括的な故意の中に窃盗が含まれるのかを第一に検討すべきであるのに、その「原則」を検討することなく、詐欺の典型的な態様ではない窃取行為を除外する特段の事情がなかったという「例外」がなかったことに言及しても、「原則」部分が積極認定されたことにはならない。被告人が、窃盗を除外していなかったと認定しても、窃盗について内心で想起したことがなければ、窃盗の認識を積極認定することはできないはずである。

そこで、特殊詐欺の概括的な故意の中に、窃取という犯行態様も含まれるのかどうかを改めて検討すると、詐欺罪と窃盗罪はともに財産犯である。また、特殊詐欺においては、被害者にキャッシュカードを封印するとの錯誤に陥らせ、別のカードとすり替えてキャッシュカードを窃取する犯行態様（いわゆるキャッシュカードすり替え型）も存在する。しかし、詐欺グループがマニュアルに則って犯行を反復していることに鑑みれば、一つの詐欺グループが詐欺と窃盗を初めから混在させて実行することは稀であろう。すり替え事案、キャッシュカードを詐取する事案、現金を交付させる事案、現金を送付させる事案、ATMを操作させる事案など、様々な特殊詐欺形態が存在していることは事実である。しかし、ここでは、詐欺罪と窃盗罪という犯罪が客観的に重なり合うのかどうかの問題なのではなく、特殊詐欺グループの末端関与者が内心で、詐欺と窃盗の両方の犯行形態を概括的にも認識していたことを認めることができるかが問題となる。本判決は、「被害者が準備する現金を警察等に発覚せずに取得できるかどうかにかこそ関心があり」と述べており、本件詐欺グループが、手段を問わず、現金取得という結果実現を目指していたことの指摘があるが、末端関与者である被告人も同様の認識であったかを明らかにする必要があるだろう。特殊詐欺に関与する認識を有していた被告人が、窃盗の犯行態様に変更され得ることも当然に想起するとはいえないのではないだろうか<sup>39</sup>。少なくとも、被告人が認識していた犯行態様の中に、窃盗が含まれ得ることを示す何らかの事情を認定することが必要であろう。そのためには、特殊詐欺が一般的にどのようなものであり、特殊詐欺グループの主犯格や実行役がどのような認識でいるかだけでは足りず、被告人自身が現金取得手段についてどのような認識を持っていた

<sup>39</sup> なお、半田・前掲(34)17頁は、財物の授受を伴う犯罪行為の認識の中に、単に詐欺も財物を受け取る犯罪だからという一般抽象的な理由で、社会通念上詐欺の認識を推認することについて、他の犯罪と併存的であっても、いささか強引であると批判的な見解を示している。

か、窃盗に切り替える可能性を予測し得たか、窃取行為に及ぶことを認容していたかといった事情のほか、被告人自身の動機・目的等について明らかにしておくべきである。特殊詐欺においては、詐欺グループ内における位置付けによって、犯行態様に対する認識やどの程度犯行を実現したいかという意欲の度合いが違うことを考慮する必要があるだろう。

### ③ 被告人の故意

本件の被告人は、受け子から運転手役を頼まれたこと、本件よりも以前に既に特殊詐欺の運転手役を複数回担っていたことから、自己が運転手役として関与する特殊詐欺について、架け子の欺罔によって錯誤に陥った被害者から受け子が現金を受け取るという犯行の概要を認識していたといえる。しかし、被告人が、受け子の受領行為をどのように認識していたかに関する具体的な認定はなく、被告人が認識・認容していた特殊詐欺の中に、被害者から交付を受けずに現金を持ち去ることについて、被告人がどう認識していたかを積極的に示す証拠はない。少なくとも、本件以外に、窃盗に切り替えるような状況になったことは認められていない。また、受け子が再び被害者方に赴く前に、被害者に気付かれないように持ち去ってくることを示唆したり、事後的に、被害者がいない隙に持ち去ってきたことを報告したりした様子も認定されていない。被告人は、現金を手に入れたいという動機・目的は有していたと思われるが、末端関与者である被告人が、被害者から発覚しやすくなる態様を取ることまで望んでいたかは分からない。運転手役に過ぎない被告人が、犯行マニュアルを共有していたかも不明であり、被害者が交付に応じない場合の別の態様として被害者の隙について持ち去ることを予測し得たかも分からない。

もちろん、被告人に特殊詐欺の故意がある場合に、被告人の特殊詐欺への関与の仕方、詐欺グループでの立場、動機・目的等によっては、受け子が窃盗に切り替えることになる状況も想起しており、窃盗の故意も含んだ概括的故意が認められることはあるだろう。しかし、故意とは個人の内心における認識・認容であるから、特殊詐欺グループ一般の認識・認容から概括的故意を認めるのは適当ではなく、被告人の主観面を明らかにして初めて認定されるべきである。本件では、被告人が窃盗の未必的故意を有していた可能性は十分考えられるものの、被告人の主観面を示す具体的な事情が明らかではなく、本来、本判決内で認定されている事実のみから被告人の窃盗の故意を導くのは困難であったと考える<sup>40</sup>。

<sup>40</sup> なお、運転手役であっても、特に犯罪実現に強い意欲を持っている場合、運転手役が受け子の窃盗行為も認容していたことを裏付けるような言動が認定されることもあるだろう。そういった場合には、窃盗の故意を認めることになると考える。

#### 4-3 窃盗罪と詐欺罪の抽象的事実の錯誤

仮に本件で被告人に窃盗の故意が認められない場合には、客観的には窃盗が成立し、被告人の認識した事実が詐欺であったのであるから、窃盗と詐欺という異なる構成要件にまたがる抽象的事実の錯誤の問題となる<sup>41</sup>。通説・判例は、行為者が認識・予見した事実が該当する構成要件と実際に生じた事実が該当する構成要件が重なり合う場合に、重なり合う限度で故意を認めている。本件では、窃盗（刑法 235 条）と詐欺（刑法 246 条 1 項）の構成要件の重なり合いが問題となるが、これは客観的に犯罪構成要件から検討されるものであるから、被告人の詐欺の認識に窃盗の認識が含まれるかといった主観面について検討した前記 4-2(3)とは異なる判断である。

本件で問題となっている窃盗罪と詐欺罪は、条文相互で形式的な重なり合いがないため、実質的な重なり合いがあるかどうかが問題となる<sup>42</sup>。その際、保護法益と行為態様の比較が基準として考えられるが、行為態様はあまり重視されず<sup>43</sup>、保護法益の共通性ないし重なり合いが最低限度必要となるだろう<sup>44</sup>。行為態様については、強制性交等罪と準強制性交等罪のように同一の法益侵害の惹起態様を別々の構成要件で規定しているだけでであると捉えれば、たとえ異なっても、実質的な重なり合いを否定する方向には働かない。

まず、窃盗罪と詐欺罪は、どちらも財産を保護法益とする財産罪であるから、最低限の重なり合いは認められる。しかし、被害者の意思に基づかない奪取行為と被害者の（瑕疵ある）意思に基づく交付行為という財物の占有移転の態様が異なる<sup>45</sup>。とはいえ、特殊詐欺においては、被害者を欺罔して錯誤に陥らせることでキャッシュカードを奪取する隙を作出し、被害者からキャッシュカードを窃取するというキャッシュカードすり替え型事案<sup>46</sup>も多く見られる。この被

<sup>41</sup> なお、本判決は、「被告人に共謀に沿う事実の認識がある以上、窃盗の故意を認め得るのであって、本件は錯誤の問題ではない」と述べるが、本件で示された共謀に沿う事実の認識があっても、被告人の窃盗の故意を認定するには不十分であると考える。

<sup>42</sup> 窃盗と詐欺の符合を認めた事案として、名古屋地判平成 20 年 12 月 18 日（森田昌稔「不正に入手した給油カードを使用したセルフ方式のガソリンスタンドにおける給油行為の擬律が問題となった事例」研修 761 号 83 頁）参照。

<sup>43</sup> 品田・前掲注(4)38 頁。

<sup>44</sup> 山口厚『刑法総論 [第 3 版]』（2016 年）241 頁参照。

<sup>45</sup> 杉本一敏「行為の構造から見た『実行の着手』時期(1)―総論―」刑ジャ 67 号 99 頁以下で述べられている。構成要件の行為に着目し、犯罪類型を「最後の一突き」型と「積み重ね」型に分ける考え方によれば、窃盗罪は窃取という行為が 1 個の基礎行為（動作）によって生成される「最後の一突き」型であるのに対し、詐欺罪は欺罔行為が、複数の虚言（基礎行為）の連続体・集合体の積み重ねによってはじめて生成される行為であるから、「積み重ね」型犯罪であり、構成要件の符合を認め難いようにも思われる。

<sup>46</sup> 京都地判令和 1 年 5 月 7 日（LEX/DB25563868）、大阪地判令和元年 10 月 10 日（公判物未登載・大塚雄毅「被害者をだましてキャッシュカードを封入させた封筒をその隙を

害者から交付を受ける類型とすり替えて奪い取る類型については、構成要件該当行為が異なるとしても、全体を通してみると、財産取得に至るまでの過程やいずれの態様でも被害者の財産への侵害が起こる点が重なり合っている。また、詐欺罪が錯誤に陥った被害者を利用して占有を移転させる行為類型であることから、同罪を事実上、窃盗罪の間接正犯の一部の類型を特別に規定しているとする考えもある<sup>47</sup>。なお、この侵害態様の相違については、窃盗罪は占有を、詐欺罪が財産処分を、それぞれ副次的な保護法益とする点で異なるとして法益侵害と関係させて解することもできる。しかし、副次的な保護法益は処罰限定のために要求されるものと解する限り、同一の保護法益に対する侵害態様の相違である<sup>48</sup>と捉える方が適当である。構成要件の実質的な重なり合いの判断は、行為者が未必的にも認識していなかった事実に対して故意を認めて帰責するための判断になるのであるから、行為態様よりも法益侵害結果の惹起の重なり合いを重視するのが適当であると考えられる。

したがって、本件のように、特殊詐欺の一類型として被害者の財物取得に向けて行われた窃盗罪については、保護法益の重なり合いがあることを重視し、詐欺罪と実質的に構成要件の重なり合いがあると認めるべきである<sup>49</sup>。

以上の事実には照らせば、被告人に、窃盗について認識・認容を直接認めることができない場合でも、抽象的事実の錯誤として窃盗罪と詐欺罪の実質的な重なり合いを考慮すれば、重なり合いのある、法定刑の下限が低い窃盗罪の故意が認められることになるだろう。その結果、被告人の主観面から窃盗の故意を認定することができなくとも、被告人に窃盗罪を認めることは可能であろう<sup>50</sup>。

---

見てダミーカードを封入しておいた封筒にすり替えて奪おうとしたが財物の占有移転が未遂に終わった事案に関し、窃盗の実行の着手があったとして窃盗未遂の成立を認めた事例」研修 859 号 31 頁）、東京高判令和 3 年 3 月 11 日（公刊物未登載・吉川卓也「被害者をだましてキャッシュカードを封筒に封入させ、その隙を見て当該封筒をダミーカードを封入した封筒とすり替えて奪う特殊詐欺類似の手口の事案において、窃盗罪の着手時期について判示した事例」研修 877 号 15 頁）、高橋健太「特殊詐欺事件において、成立罪名及び実行の着手の有無が問題となった事例」捜査研究 820 号 53 頁参照。

<sup>47</sup> 橋爪・前掲注(22)172 頁。

<sup>48</sup> 強盗罪において、暴行又は脅迫という異なる手段が定められているが、どちらも財産という保護法益を侵害する強盗罪である場合と同様に解することができるだろう。山口・前掲注(44)241 頁参照。

<sup>49</sup> この点、詐欺と窃盗の構成要件が実質的に重なり合うのであれば、共謀や故意の認定においても、詐欺の認識の中に窃盗の認識を含めることもできたのではないかと批判も考えられるが、内心面で認識・認容していたかについての重なり合いと、客観的に犯罪の法益、犯行態様等から判断する重なり合いは別であり、判断が分かれることがあっても不合理とは言えないと考える。

<sup>50</sup> 但し、詐欺と窃盗に実質的な重なり合いがあることにより、詐欺の共謀ではなく窃盗の共謀を認めることができるかは、別途検討しなければならない問題であると考えられる。

## 5. 末端関与者の共同正犯性

### 5-1 正犯性の判断基準

最後に、被告人の共同正犯性についても検討しておく<sup>51</sup>。本件で被告人の担った役割は、受け子の送迎であり、本件特殊詐欺の実行行為は一切行っていない。被告人が実行行為を分担することなく、受け子の犯行を物理的・心理的に幫助したに過ぎないならば、被告人は共同正犯ではなく、幫助犯になるだろう。

共同正犯と幫助を区別する際、判例は、「自己の犯罪」を遂行する意思で犯行に関与したのか、「他人の犯罪」に加功する意思で犯行に関与したにすぎないのかという基準によっており、主観説に立つとされる。しかし、事前に共同正犯としての主観で共謀に加わったとしても、客観的に果たした役割が重要でないと認められる場合などには、正犯性を認定することができない場合もあり、実質的客観説に立って考えるべきであろう。前記3-2で述べたとおり、犯行に関する合意があり、その合意内容が被告人の正犯性を基礎付けるものであれば、共謀を認めることができる。しかし、被告人の主観面とは別に、その犯罪全体を見たときに、被告人が「自己の犯罪として」加わったと言えるかは、被告人の果たした役割<sup>52</sup>や被告人が享受した利益など客観的な要素によって判断すべきである。

特殊詐欺においては、受け子を紹介したリクルーターについて、正犯性を否定した事例<sup>53</sup>があり、実行行為を分担しない者の正犯性を判断する際の考慮要素が参考になる。同事例の判決は、①被告人と詐欺グループとの関係性、②犯罪結果に対する利害関係、③被告人が担った役割の重要性等に言及し、当該リクルーターが犯行を「自己の犯罪」として行ったと評価できるか否かを検討した<sup>54</sup>。特殊詐欺における末端関与者の共同正犯性を判断する基準については、

<sup>51</sup> 前記3.で検討したように、本判決で判示された事実のみでは被告人に窃盗の共謀を認めることは困難のように思われるが、少なくとも詐欺未遂に関しては、共謀も故意も認められるため、共謀共同正犯が認められるかを最終的に判断するためには、被告人の共同正犯性についても検討する必要がある。

<sup>52</sup> なお、佐久間修「共謀共同正犯をめぐる諸問題」法時85巻1号は、判例においては、犯行経過で果たした役割が主要な判断要素となっていることについて、「なぜ事後の犯行経過で果たした重要な役割が主要な判断要素となるかについては、明確な理由・根拠が示されていない」と指摘する。

<sup>53</sup> 東京高判令和2年10月22日（公刊物未登載・梶美紗「特殊詐欺において、受け子を紹介した被告人に詐欺・詐欺未遂の共同正犯の成立を認めた原判決を破棄し、幫助犯にとどまるとした事例」研修876号31頁以下）。

<sup>54</sup> なお、同事例では、リクルーターとしての役割の全貌が明らかでなかったこと、犯行グループとの関係が間接的であったこと、紹介料を得ていたと認定することが困難であること、受け子らの行動を把握していたわけでもないこと等から、故意及び共謀を認定したものの、正犯性を否定した。

更なる検討を要するところであり、今後の研究課題としたいが、本稿では、近時の裁判例が言及した基準に沿って、被告人の正犯性について検討することとする。

## 5-2 被告人の正犯性

被告人の正犯性を基礎付ける事情については、事前の共謀の合意内容になっていたかという観点から既に検討した。しかし、ここでは、実際に行われた犯行について、被告人の正犯性を基礎付ける事情が客観的に存在するかどうか重要である。正犯性を基礎付ける事情については、前記3-4における検討と重複する部分もあるが、前記5-1の①ないし③の基準に沿って再度検討する。

まず、①被告人と詐欺グループの関係性については、被告人は、受け子から依頼を受けて本件に加担したにすぎず、詐欺グループとは受け子を介した間接的なつながりしか読み取れない。また、受け子は、タクシー等の別の交通手段を利用しても、犯行を実行することが可能であったことに照らせば、被告人は詐欺グループにとって必須の存在ではなかったといえる。さらに、被告人の影響力は、受け子に「危ないならやめた方がいい」と助言しても無視される程度に小さかった。したがって、詐欺グループの末端にいる被告人は、犯行の実現に影響を与える立場とはいえ、本件詐欺グループに因果性を有していたとはいえない。

次に、②犯罪結果に対する利害関係についてであるが、被告人は、受け子の送迎を行うことにより、受け子よりも高額な報酬10万円を手に入れている。しかし、この報酬額は、被告人の役割が受け子より重要であることは意味しないだろう。客観的に見れば、現金受取りという実行行為の一部を担っている受け子の方が重要な役割を果たしているのは明らかである。そうであるにもかかわらず、運転手役の方が多額の報酬を得ているということは、受け子と運転手役の分け前について決めたのは、犯行を取り仕切る詐欺グループではなく、リスクのある犯行に被告人を誘った受け子自身であった可能性が考えられる。被害者から取得した現金のうち、受け子側の取り分は決められており、そこから受け子が自ら依頼した運転手役に報酬を支払うことは十分考えられる。その際の報酬額は、受け子と運転手役の関係性に影響されるだろう。したがって、報酬額については、犯行全体における被告人の役割の重要性ではなく、受け子にとっての被告人の重要性が反映されていると思われる。そして、10万円の報酬は、約200万円という全体の被害額からすれば、わずか20分の1に過ぎないことに鑑みると、むしろ被告人が詐欺グループの中で低い地位にいたことを示しているといえよう。

最後に、③被告人が担った役割の重要性については、被告人の本件詐欺グル

ープとの関係性及び報酬額からも低かったといえるだろう。その上で、被告人は、実行行為には直接関係しない受け子の送迎役であった。被告人は、自らの関与する犯罪が詐欺でも窃盗でも、その関与形態は同じであり、犯行に影響を与えるような役割は果たしていなかった。また、受け子は仮にタクシーなど他の移動手段を利用しても、犯行自体は可能であったのであり、被告人は、受け子にとって犯行を促進・容易にする存在であったかもしれないが、正犯性を認めるほど重要な役割は担っていなかったといえる。

以上より、本判決から読み取れる事情を前提にすれば、被告人の本件詐欺グループ内の位置付けは低いものであり、犯罪の成功によって得た報酬も多くななく、末端関与者であった被告人が果たした役割は犯罪の遂行に不可欠のものではなかったことが認められる。よって、本件では、被告人に事前の「共謀」を認めることができたとしても、共同正犯性を認めることはできず、被告人を幫助犯にとどめることが適切だったのではないかと考える。もちろん、同じ運転手役であったとしても、詐欺グループの上位に位置し、受け子を監視し、犯行計画を左右し得る立場であれば、幫助ではなく共謀共同正犯になることもあるだろう。しかし、本件では、十分に被告人の本件詐欺グループ内での立場や犯行計画への関与、犯罪遂行への影響力などを検討することなく、被告人と氏名不詳の共犯者らとの間の意思連絡を認定するだけで、被告人を共同正犯とした点に問題があると考えられる。

## 6. おわりに

本稿では、特殊詐欺事案において、運転手役の被告人に窃盗の共謀共同正犯を認めた事例を素材に、共謀、故意、抽象的事実の錯誤、正犯性といった様々な刑法理論について、末端関与者である被告人の立場から推認できることをもとに、順に検討した。各論点について個別の考察をすることとどまり、重複する検討もあったほか、共謀と故意の認定について重なる部分を理論的に整理するには至っていない。しかし、検討の結果、被告人が合意した共謀の内容、被告人の故意、被告人の正犯性といった犯罪の成否を左右する重要な判断をするにあたって必要な事実の認定が十分になされていないことが明らかになった。詐欺グループの末端にいる被告人の立場を考慮せずに、氏名不詳の共犯者が受け子と共謀していた内容を被告人にも認めていることや、被告人の主観面について、具体的な認定なく故意を認めていることには問題がある。また、正犯性については、争点になっていなかったため、本判決から読み取れる事実関係は少ないが、末端関与者という立場に照らせば、争う余地があったのではないだろうか。

本判決の判断過程をたどると、近時の特殊詐欺が多発している状況、特殊詐欺の悪質性等から、特殊詐欺一般に通じる論理則・経験則が出来上がっており、「通常の特特殊詐欺に関与する者ならば、こういう認識を有しているはずである」といった推認が背景にあるように感じられた。もちろん、犯行マニュアルがあり、巧妙な手口で、多くの被害者を生んでいる特殊詐欺は、十分に世間一般に周知されており、その実行行為の一部を分担しておきながら、「詐欺だとは思わなかった」などと主張する不合理な弁解を許すべきではないし、特殊詐欺一般に通じる論理則・経験則を用いて積極認定すべき場面はある。しかし、特殊詐欺に関わる個人の責任を判断するには、その個人の認識について、その個人の置かれた状況、立場に即した認定をするのが責任主義の基本である。詐欺グループの犯行計画に何ら影響を及ぼさず、犯行の全容も知らない末端の運転手役等であれば、実行行為を分担する他の関与者とは異なる認識や動機を有していることもある。そのような個々人の主観面について取り調べることなく、また、十分な間接事実の積み重ねによらずに、特殊詐欺を根絶するためには特殊詐欺への関与者を厳罰に処さなければならないといった考えが先行することによって、末端関与者に故意を認めたり、共謀共同正犯を成立させたりするようなことがあってはならない。

やまなかじゅんこ（本学法学部講師）

【判例研究】

# 金融商品取引法 166 条 1 項 5 号における 「職務に関し知った」の意義

—東京高判平成 29 年 6 月 29 日判時 2369 号 41 頁—

小林 史治

1. 事案の概要
2. 判旨
3. 研究
  - 3.1. 本判決の意義
  - 3.2. 検討

## 1. 事案の概要

本件は、X（原告、被控訴人）が、処分行政庁（金融庁長官）から、A証券株式会社（以下「A社」という）の従業員らが東京電力株式会社（以下「東京電力」という）との間の引受契約の締結の交渉に関し知り、その後A社の機関投資家営業二部営業員がその職務に関し知った、東京電力が株式の募集を行うこと（以下「本件公募増資」という）についての決定をした旨の事実について、当該営業員から伝達を受けながら、上記事実が公表される前に、自己の計算において東京電力の株式200株を売り付けたとして、金融商品取引法（以下「法」という）175条1項1号、166条3項に基づき、課徴金6万円を納付すべき旨の決定（以下「本件決定」という）を受けたのに対し、Xが、本件決定は、法解釈の誤り及び事実誤認があるなどと主張して、Y（国、被告、控訴人）に対して、本件決定の取消しを求めた事案である。

Xは、平成22年1月20日、コンサルティング業務や資産運用に関する情報提供等を業とするB株式会社（以下「B社」という）の代表取締役役に就任していた。

Cは、平成22年9月時点において、A社の機関投資家営業二部営業員として勤務していた。Cが勤務するA社では、内部者取引管理に関する規程が定められ、

業務上、法人関係情報に接する可能性が高い部署として、シンジケート部等を「イン部署」と定め、他の部署から物理的に隔離するなどして、法人関係情報及びA社が重要な取引（合併、買収、公開買付、新株等の発行又は発行会社の経営の重要な変更等）に関与している場合の当該取引に関する情報が業務上不必要な部署に伝わらないよう管理するものとされていた。A社では、イン部署ではない部署に所属する職員について、業務上、未公表の内部情報を当該職員に伝達する必要が生じた際には、当該職員を内部情報受領者としてシステム上登録し、内部情報を持たない部署や職員と区別して、情報管理を行うことがあり、この登録を「イン登録」と呼んでいた。機関投資家営業二部はイン部署ではなく、Cが、本件公募増資に関してイン登録されたことはない。

Eは、平成22年当時、A社の企業調査部において、東京電力を含む資源・エネルギー関連銘柄を担当する証券アナリストとして勤務していたが、9月22日、本件公募増資についてイン登録され、本件公募増資が同月29日に公表されることを知った。

また、Fは、平成22年当時、A社の機関投資家営業二部において、公募増資等のファイナンス案件に関する部内の取りまとめ等を行う募集担当を務めていたが、9月24日、本件公募増資についてイン登録され、本件公募増資が同月29日に公表されることを知った。

Xは、平成22年9月27日午後、東京電力の株式100株を23万3600円で、同月29日、東京電力の株式100株を20万9500円で売り付けた（以下、両者の売付けを併せて「本件売付け」という）。他方、Xは、同日午前には、2回に分けて、同社株式100株を21万5300円で買い付け、また、100株を21万200円で買い付けていた。

本件売付けに至るまでの間、Xは、B社が別途契約を締結していたG社の従業員（トレーダー）であるDとの間で、自己の情報源がC（チャット上は「A社ガイ」と表記されている）であることを明示した上で、同月7日には、①「9月の第5週については、A社ガイは、休みを取ることができない。」とのチャットを、同月21日には、②「私のA社ガイが電話してきたところによれば、アナリスト（Eのことと認められる）がJXについては否定したので、東京電力について、JXよりも可能性が高い」とのチャットを、同月27日午前10時29分ころには、③「A社ガイが只今私の携帯電話に案件は29日らしいというメッセージを送ってきた」とのチャットを送るなどしている。①及び②のチャットによれば、Cが本件公募増資に係る情報の入手のために、Fに休暇取得の可否を確認したり、アナリストであるEに接触したりしていたこと、上記③のチャットによれば、CがEやFへの接触を通じて、遅くとも本件売付け前の同月27日午前には、東京電力の本件公募増資の公表が同月29日にされるとの情

報を取得していたとして、X が公表前の本件公募増資に係る情報を入手した上で本件売付けがなされたものとして本件決定が下された。

本件の争点は、Cが、本件公表前に、職務に関し本件公募増資に係る重要事実を知ったか否か（以下「争点①」という）、そして、Xが、本件公表前に、Cから本件公募増資に係る重要事実の伝達を受けたか否か（以下「争点②」という）という点にあった。

第一審判決（東京地判平成28年9月1日判タ1434号172頁）では、「Fがその日（9月29日）は何かがあるかもしれない、規模は大きいかもしれないと答えたということがあったとしても、...Cは、Eとのやり取りにより、東京電力が公募増資を実施すると決定したことを知ったとは認められず、Fの回答も、特定の企業につき特定の事実があると示すものではない」と及び「9月27日のXとDのチャットの内容から、Cは、同日までの間に、東京電力の公募増資の公表が同月29日にされるといううわさに接したり、複数の情報を総合したりしてC自身がそのように推察したものと考え得るものの、それ以上に、Cの認識を具体的に推認することはできない。上記チャットの内容により、Cが、東京電力が公募増資を実施すると決定したことや、その公表が同日にされることを知ったとは認められない」とし、争点①におけるCが、本件公表前に、職務に関し本件公募増資に係る重要事実を知った事実を否定して、争点②について判断を下すまでもなく、Xの請求を認容した。

そのため、Yが控訴した。

## 2. 判旨

控訴棄却（確定）。

(1) 「上場会社等と特別の関係にある者は、一般に、当該上場会社等の内部情報を一般投資家より早く、よりよく知り得る立場にあることから、これらの者が一般投資家の知り得ない内部情報を不当に利用して当該上場会社等の特定有価証券等の売買取引をすることは、金融商品取引市場における公平性、公正性を著しく害し、一般投資家の利益と金融商品取引市場に対する信頼を著しく損なうことになるため、法は、いわゆる内部者取引を禁止し、その違反に対して刑事罰や課徴金を課しているが、規制の明確性や予測可能性を確保する観点から、その禁止の対象となる個々の内部者取引については、内部情報の流通形態ごとにその主体や禁止行為の類型等の構成要件の細目を具体的に規定している」（以下「判旨1」という）。

(2) 「法人内部においては、上場会社等と契約を締結し、又は締結の交渉をし

ている部門が有する内部情報が他の部門にも伝播することが予測されるが、上場会社等と契約を締結し、又は締結の交渉をしている法人の役員等が重要事実を知った場合において、当該法人の他の役員等がその重要事実を知ったときに、その者をいわば第 1 次情報受領者とする、法は第 2 次情報受領者を禁止の主体とはしていないため、その者から重要事実の伝達を受けた外部の者がその内部情報を利用して当該上場会社等の特定有価証券等に係る売買等を行うことが可能になってしまうことから、これを防止するため、当該法人の他の役員等を情報受領者としてではなく会社関係者に含めて禁止の主体としたものと解される。したがって、上場会社等の契約締結の交渉中の法人等の他の役員等がその者の職務に関し重要事実を知ったとして法 166 条 1 項 5 号に該当するというためには、その者が職務に関し重要事実を構成する主要な事実を単に認識したというだけでは足りず、その者を会社関係者と位置づけることを正当化する状況、すなわち、その方法や態様等を問わないものの、当該契約の締結若しくはその交渉をする役員等が知った重要事実が法人内部においてその者に伝播したものと（流れて、伝わったもの）と評価することができる状況のもとで重要事実を構成する主要な事実を認識した場合であることを要する」（以下「判旨 2」という）。

(3) 「Yは、法 166 条 3 項とは異なり、同条 1 項は、職務に関し重要事項を「知った」としか規定されておらず、「伝達」を要件とはしていないから、会社関係者が法人内の複数の断片的な情報を取得しそれらを組み合わせることによって重要事実を認識するに至った場合であっても、重要事実を「知った」ものといえ、しかも、その認識は未必的なもので足りると主張する。「しかしながら、法 166 条 3 項は、会社関係者から流れた内部情報を外部の者が取得した場合であるのに対し、同条 1 項 5 号は、法人内部において契約の締結、交渉をしている役員等から流れた内部情報を他の役員等が取得した場合であって、内部情報の伝播（流通、取得）という点では異なるものではないから、同号の職務に関し「知った」の意義を法人内部における内部情報の伝播を前提にするものと捉えることは合理的であって、法の規定の構造や趣旨等に何ら反するものではない。そして、Y のいう複数の断片的な情報には、上場会社等に由来しない法人内部の事実や、重要事実とは関係がないような事実も含み得るものであって、しかもそれを組み合わせることによって認識するというのも、金融商品取引市場に流布する噂、当該上場会社の業績、開示情報、株価の動向、証券アナリストの分析、予測等の外部情報の収集力や分析力といった営業員個人の資質に左右される主観的な推測との区別を曖昧なものとし、客観性、明確性に欠けるものであり、上記の程度の認識をもって「知った」に当たると解することは、法がその禁止の対象とする個々の内部者取引について、内部情報の流通形態ごとにその

主体や禁止行為の類型等の構成要件の細目を具体的に規定している趣旨に沿うものとはいえない」(以下「判旨3」という)。

(4) CとEとのやり取りについては、Cは、9月21日、東京電力及びJXの公募増資についてEに尋ねたところ、Eから、東京電力については可能性は否定できない、やってもおかしくないという回答を、JXについてはEが否定的に考えているとCにおいて受け止めるような内容の回答をそれぞれ得たものと認められるものの、当該Eの回答をもって、「東京電力が本件公募増資を行うことについての決定をしたことがEからCに伝播したということとはできない」としている。

(5) CとFとのやり取りについては、同月29日に顧客との夕食の予定を入れることができるかどうかについて問合せを受けたのに対し、その日は何かあるかもしれない、規模は大きいかもしれないなどと回答したことが認められるものの、「Fが、イン登録後に、本件重要事実を念頭に置きながら上記回答をしたとは考えにくいところであって、上記回答によって本件重要事実がCに伝播したと認めるには十分ではない。そのほかにFからCに本件重要事実が伝播したことを認めるに足りる証拠はない」として、本件重要事実がA社内部においてCに伝播したものと認められないから、Cが本件重要事実を職務に関し知ったということとはできないとした。

### 3. 研究

#### 3.1. 本判決の意義

平成25年金融商品取引法改正により、インサイダー取引規制の一環として、情報伝達行為・取引推奨行為(法167条の2)が規制されることとなったが、そのきっかけとなったのが、いわゆる「公募増資インサイダー」と呼ばれる、公募増資に関する重要事実を金融商品取引業者(証券会社)の営業部門が第三者に伝え、当該第三者が情報受領者(法166条3項)としてインサイダー取引を行ったという一連の事案である。公募増資インサイダーについては、課徴金納付命令が出されていたが、近時、数は多くないものの、当該命令を取り消す裁判例が散見されるようになり、本件の第一審判決(前掲東京地判平成28年9月1日)が最初の取消しの判決とされている。

本件では、証券会社であるA社の従業員らが東京電力との間の引受契約の締結の交渉に関し知った本件公募増資にかかる情報を、同社の機関投資家営業二部営業員Cがその職務に関し知り、そして、Cからそれを聞いたXが情報受領者に該当するとして、法166条3項違反が問われたものである。本判決では、

前述した争点の 2 つのうち、C が、本件公表前に、職務に関し本件公募増資に係る重要事実を知ったか否か（争点①）について判断が下されており、法 166 条 1 項 5 号の「職務に関し知った」の意義が問われた。

### 3.2. 検討

#### (1) 問題の所在

法 166 条 1 項 5 号は、同項 4 号の「契約を締結している者又は締結の交渉をしている者」に加え、当該者と同一法人にいる役員等が、その者の「職務に関し知った」場合も会社関係者としてインサイダー取引規制の対象となることを規定している。この「職務に関し知った」に該当するかについては、「職務に関し知った」が意味するところと、「知った」の範囲・程度に分けて検討するのが有用であると考えられる<sup>1</sup>。

まず、「職務に関し知った」について、会社関係者が職務それ自体により知った場合のほか、職務と密接に関連する行為により知った場合を含むと考えられているが<sup>2</sup>、この点に関しては、諸説分かれるところであるとも指摘されている<sup>3</sup>。

次に、「知った」については、法 166 条 2 項各号に規定される重要事実をどの範囲や程度で認識する必要があるかという点も問題となる<sup>4</sup>。この点、投資者

---

<sup>1</sup> 宮崎裕介「公募増資にかかるインサイダー取引に対する課徴金納付命令が取り消された事例」法と政治69巻3号652頁，646頁（2018），本村健ほか「I 法人等の役員等が金融商品取引法166条1項5号にいう会社関係者に該当するというためには、その者を会社関係者として位置づけることを正当化する状況、すなわち、重要事実が法人内部においてその者に「伝播」したもの（流れて、伝わったもの）評価することができる状況が必要であるとした事例、II 金融商品取引法166条1項5号にいう「知った」の程度として、重要事実を構成する主要な事実を認識することを要するとした事例」商事2154号60頁（2017），陳宇「金融商品取引法166条3項による取引の規制対象とされるには、法人等の役員等が重要事実をその職務に関し知ったこと、また、同人から当該重要事実の伝達を受けたことを要するとした事例」法学研究（慶応義塾大学）93巻7号115頁，120頁（2020）。また、梅本剛正「金融商品取引法166条1項5号による取引規制の対象とされるための要件」私法判例リマークス61号106頁，108頁（2020）参照。

<sup>2</sup> 横島祐介『逐条解説インサイダー取引規制と罰則』（商事法務研究会，1989）36頁，44頁。

<sup>3</sup> 宮崎・前掲（注1）646頁。

<sup>4</sup> なお、どのような事実を認識する必要があるかという事実の範囲の問題と、認識が確定的なのか未定的なのかという認識の程度の問題は、個別に検討すべき問題とも考えられ

の投資判断に影響を及ぼすべき重要事実の内容の一部であれ、それを知れば、その一部すら知らない一般投資者との関係において特権の立場にあるとする立案担当者の見解<sup>5</sup>のほか、少なくとも、内部情報を知りうる立場にあることに起因して、重要事実を認識するに足る、重要な示唆情報を認識したことが必要であるといった見解<sup>6</sup>などがあり、本件で Y は、法人内の複数の断片的な情報を取得しそれらを組み合わせることによって重要事実を認識するに至った場合であっても「知った」に該当すると主張していた。

前者の「職務に関し知った」については、「関し」という文言が持つ曖昧さから外延が不明確になってしまっていると指摘されている<sup>7</sup>。本判決が示す「職務に関し知った」については、その範囲を明確に画しているといえるかについて慎重な検討が必要と考えられることに加え、法 166 条 1 項 5 号の文言に反する要件を必要とするものではないかといった批判<sup>8</sup>などがある。また、後者の「範囲・程度」について、法 166 条 1 項 5 号に該当する会社関係者が、どのような事実を認識したのかといった点や、その認識の程度が確定的なのか未必的なのかといった点は、事実認定に大きく依拠する部分もあるといえ、さらに、本判決が示した「知った」の内容については学説上も批判<sup>9</sup>がある。

本稿では、主に前者の「職務に関し知った」について論じた後、後者の「範囲・程度」についても触れることとしたい。

## (2) 「職務に関し知った」について

### ア 訴訟で主張された情報伝達要件説

X主張の情報伝達要件説によれば、①法166条1項5号の立法趣旨は、法人内で情報が業務上伝達された場合に、その伝達された者を会社関係者として規制することにあり、「伝達した」又は「流した」場合以外をも広く規制するのは同号の趣旨ではなく、②法166条は、会社関係者が上場会社等との間の一定の関

---

るが、本件のほか、例えば、公募増資インサイダー事案の1つである東京地判令和元年5月30日金商1572号14頁でも、「別経路による情報は単なる推測や噂にとどまるものであったが、内部情報によりこれが確実なものであると裏付けられた場合」と判示しており、この両者は明確に区別されていない。

<sup>5</sup> 横島・前掲（注2）35頁。

<sup>6</sup> 段磊「会社関係者がその職務に関し重要事実を知ったか否かの判断」ジュリスト1508号124頁、127頁（2017）。

<sup>7</sup> 段・前掲（注6）126頁、木目田裕＝上島正道監修『インサイダー取引規制の実務〔第2版〕』（商事法務、2014）61頁〔山田将之＝八木浩史〕。

<sup>8</sup> 宮崎・前掲（注1）647頁。また、段・前掲（注6）127頁参照。

<sup>9</sup> 陳・前掲（注1）122頁。

係から重要事実を知った場合に限って規制の対象としており、そのような一定の関係とは無関係に重要事実を知った場合は規制されないはずであり、契約締結の交渉等に当たる役員等が重要事実を知ったことと当該会社関係者が知ったこととの間に因果的な関連性がなければならないとする<sup>10</sup>。

この点、Xの主張する情報伝達要件説に対しては批判<sup>11</sup>も多い一方、本件判決が情報伝達要件説を採用したものであるとする指摘<sup>12</sup>もある。

しかし、情報伝達要件説に対する学説上の批判は首肯できるが、以下に見るとおり、本判決が情報伝達要件説を採用したものであるとする指摘は必ずしも適切ではないと考えられる。

#### イ 情報伝達要件説の問題点

X主張にかかる情報伝達要件説の主要な理由は、①法 166 条 1 項 4 号の会社関係者（以下「4 号の会社関係者」という）が同一法人内で「伝達した」又は「流した」場合に限られるべきであり、②同号の会社関係者が重要事実を知ったことと同項 5 号の関係者（以下「5 号の会社関係者」という）が知ったこととの間に因果的な関連性がなければならないという点にあると考えられる。しかし、この情報伝達要件説に対しては、学説上も多くの批判があり、また、情報伝達要件説によると規制される範囲が不必要に限定されるおそれがある。すなわち、「伝達した」又は「流した」の意味するところが、4 号の会社関係者が 5 号の会社関係者に「意図的」に伝達したり流したりすることを要するとす

---

<sup>10</sup> また、Xは、本文の①②に加えて、③法は、情報の第二次以降の受領者を規制対象としておらず、法人内で情報が伝達されれば容易に第二次受領者に該当して規制から外れることになるところ、法166条1項5号は、法人内での第二次以降受領者を規制範囲内に取り込んで規制範囲を妥当なものとするために設けられた規定であって、情報伝達要件説は情報の第二次以降受領者が規制されないという特徴とも整合的で、④仮に法166条1項5号が広く職務上重要事実を知った者を規制対象とする趣旨であれば、そもそも同項1号から4号までのような規定を設けずに、端的に広く規制する規定にすれば足りるはずであるところ、会社関係者と重要事実との限定的な関係についてのみ規制対象とする法形式を採用したのであるから、同項5号の規制対象も限定する必要があると主張している。

<sup>11</sup> 段・前掲（注6）126頁～127頁。

<sup>12</sup> 本村ほか・前掲（注1）60頁。また、段・前掲（注6）127頁は、本件に関連して解雇された従業員による地位確認等請求事件（東京地判平成28年2月26日労判1136号32頁）も情報伝達要件説を採用するものであるとし、湯山智教「重要事実をその職務に関し「知った」の意義」ジュリ1529号108頁、111頁（2019）も、本判決が重要伝達要件説の影響を相当に受けているとする。

るのであれば<sup>13</sup>、学説が批判するとおり、必要以上に限定的な解釈となって、一般的な学説や判例の動向に反するものであるといえよう<sup>14</sup>。また、近時の金融商品取引業者の実務としては、程度の差こそあれ、同一法人内において、法人関係情報などの重要な情報について、他部署など業務上必要のない者に対する伝達を禁じており、その旨の社内規定も整備されているため、「意図的」な伝達を必要とすることは、特に業務上知る必要がない者が 5 号の会社関係者となる場合、当該社内規定違反の場合のみがその適用対象となることとなり、実務に即しておらず、規制の範囲が不必要に限定されることともなる。

ウ 本判決における「職務に関し知った」の意義

ところで、本判決でも、判旨 3 において、「法 166 条 3 項は、会社関係者から流れた内部情報を外部の者が取得した場合であるのに対し、同条 1 項 5 号は、法人内部において契約の締結、交渉をしている役員等から流れた内部情報を他の役員等が取得した場合であって、内部情報の伝播（流通、取得）という点では異なるものではない」としており、一見すると、法 166 条 1 項 5 号と同条 3 項との間に区別を設けておらず、訴訟で主張された情報伝達要件説を採用していると理解される可能性がないともいえない<sup>15</sup>。

しかし、X 主張の情報伝達要件説が 4 号の会社関係者が 5 号の会社関係者に「伝達した」又は「流した」とするのとは違い、本判決では、あえて表現を変えて「伝播したもの（流れて、伝わったもの）」（判旨 2）と受動的な言い回しをしていることからしても、4 号の会社関係者による「意図的」な伝達までは要していないと考えられる。

5 号の会社関係者がインサイダー取引規制に服すこととなる理由は、当該関係者が、一般投資者が知ることができない「重要事実」を職務に関し知っていたら特権の立場に立つからであることを考えれば、その「重要事実」を何らか

<sup>13</sup> 陳・前掲（注1）120頁参照。

<sup>14</sup> 松岡啓祐「増資インサイダー取引を理由とする課徴金納付命令が取り消された事例」新・判例解説Watch20号159頁、161頁（2017）、段・前掲（注6）127頁。また、宮崎・前掲（注1）647頁参照。

<sup>15</sup> 本村ほか・前掲（注1）60頁。また、王子田誠「金融商品取引法166条1項5号による取引規制の対象とされるための要件等」新・判例解説Watch26号143頁、145頁（2020）も、本判決の立場を「法人の他の役員等が重要事実を当該会社関係者に「伝達」したことまたは「流した」ことが必要であり、会社関係者が他の役員を一方的に調査して得た情報は該当しない。…この立場からは営業担当者が情報隔壁の内部にいる者に対する働きかけについて適用対象外になってしまう可能性がある」として、「意図的」な伝達を要するものと解している。

の形で取得したことによって、違法性を帯びると考えるのが合理的であり、その「重要事実」にかかる情報の発出・流通が 4 号の会社関係者に起因する必要があると考えられる<sup>16</sup>。その上で、その発出・流通を、「伝達」や「流した」という 4 号の会社関係者の「意図的」な行為に限定することなく、「伝播したもの（流れて、伝わったもの）」でよいとする本判決の考え方は、評価されるべきものと考えられ、学説上も同様の評価がある<sup>17</sup>。4 号の会社関係者からの「意図的」な伝達を必要とする考え方を情報伝達要件説とし、本判決が、そのような「意図的」な伝達を不要とするものとして一線を画すのであれば<sup>18</sup>、「職務に関し知った」の考え方について一定の方向性を示すものと評価できると考えられる<sup>19</sup>。

### (3) 「知った」の範囲・程度について

本判決では、「知った」といえるために、「重要事実を構成する主要な事実を認識した場合であることを要する」（判旨2）とした上で、「Yのいう複数の断片的な情報には、上場会社等に由来しない法人内部の事実や、重要事実とは関係がないような事実も含み得るものであって、しかもそれを組み合わせることによって認識するというのも、金融商品取引市場に流布する噂、当該上場会社の業績、開示情報、株価の動向、証券アナリストの分析、予測等の外部情報の収集力や分析力といった営業員個人の資質に左右される主観的な推測との区別を曖昧なものとし、客観性、明確性に欠ける」（判旨3）としている。

まず、前半の「重要事実を構成する主要な事実を認識した場合」（判旨2）については、インサイダー取引規制の立案担当者が投資判断に影響を及ぼすべ

---

<sup>16</sup> 行澤一人「契約担当役員等以外からの情報入手と金商法166条1項5号」ジュリ増刊1544号108頁、109頁（2020）、陳・前掲（注1）120頁参照。

<sup>17</sup> 行澤・前掲（注16）109頁、陳・前掲（注1）120頁、黒沼悦郎『金融商品取引法〔第2版〕』（有斐閣、2020）436頁。

<sup>18</sup> 行澤・前掲（注16）109頁は、本判決の考え方をX主張の「情報伝達要件説」と区別して、「伝播説」としている。

<sup>19</sup> なお、本判決に対しては、同じ会社関係者でも、本判決が法166条1項1号ないし4号と5号を分けて考えるのに対し、学説が法166条1項各号の会社関係者を「職務に関し」で統一的に捉えようとするところと異なるとする指摘がある（行澤・前掲（注16）109頁）。この点、詳細は割愛するが、例えば、決定事実については、まず当該事実を職務に関し知るの「業務執行を決定する機関」であるところ、それ以外の上場会社役員職員については、「業務執行を決定する機関」から何らかの形でその情報が発出・流通しなければならぬはずであり、本判決の立場は、必ずしも法166条1項1号ないし4号と5号を分けて考えるものではないと整理することも可能と思われる。

き重要事実の内容の一部を知った場合も規制の対象になるとしているところ<sup>20</sup>、「投資判断に影響を及ぼす」ものが本判決にいう「主要な事実」であるとするのであれば、両者において、大きく異なるところはないと考えられる<sup>21</sup>。

他方、後半の「複数の断片的な情報」(判旨3)について、Yは、「会社関係者が法人内の複数の断片的な情報を取得しそれらを組み合わせることによって重要事実を認識するに至った場合」も法166条1項5号の「知った」に該当すると主張したところ、本判決は、「複数の断片的な情報には、上場会社等に由来しない法人内部の事実や、重要事実とは関係がないような事実も含み得る」としてその主張を排斥している。

当該判旨に対しては、内部情報を知る者と同じ社内にいるという特権的な地位にあるがゆえに、重要事実に関する断片的な情報を取得した上で、それを市場等で入手可能な情報と組み合わせたりすることで、総合的に重要事実を認識する場合もあるとの理由<sup>22</sup>や、主要な事実が伝播することを要求するのは、いかに客観性、明確性を重視するとしてもやや過剰にすぎるという理由<sup>23</sup>で、批判の対象となっている<sup>24</sup>。

しかし、当該判旨を素直に読む限り、本判決は、「知った」とされる情報から、「複数の断片的な情報には、上場会社等に由来しない法人内部の事実や、重要事実とは関係がないような事実」や「金融商品取引市場に流布する噂、当該上場会社の業績、開示情報、株価の動向、証券アナリストの分析、予測等の外部情報の収集力や分析力といった営業員個人の資質に左右される主観的な推測」を除外するものといえ、必ずしも過剰な限定を加えるものとはいえず、4号の会社関係者からもたらされた断片的情報が、それ自体としては投資判断に影響を与えないものであれば、職務に関し知ったとはいえないと考えられる<sup>25</sup>。そうすると、この点に関する判旨は、立案担当者の見解と異なるものではないと考えることも可能であろう<sup>26</sup>。

最後に、認識の程度について、未必的な認識でもよいのかという点につき、

---

<sup>20</sup> 横島・前掲(注2)35頁。

<sup>21</sup> 梅本・前掲(注1)109頁。

<sup>22</sup> 湯山・前掲(注12)111頁。

<sup>23</sup> 行澤・前掲(注16)109頁。

<sup>24</sup> その他、本判決の判旨3に対して懐疑的なものとして、松尾健一「金融商品取引法166条1項5号にいう「その者の職務に関し知ったとき」の意義」金法2145号55頁、57頁～58頁(2020)。

<sup>25</sup> 梅本・前掲(注1)109頁。

<sup>26</sup> 梅本・前掲(注1)109頁。

学説上は、未必的なもので足りるとするものが多い<sup>27</sup>。それに対し、本判決の態度は必ずしも明らかではなく<sup>28</sup>、「重要事実を構成する主要な事実を認識した場合であることを要する」（判旨 2）とのみ判示している。

前述のとおり、5 号の会社関係者がインサイダー取引規制に服することとなるのは、一般投資者が知ることができない「重要事実」を職務に関し知って特権的立場に立つことからすれば、未必的な認識の場合であっても規制対象になると考えるべきであるが<sup>29</sup>、この点は、かなり事実認定に依拠せざるを得ないと考えられる<sup>30</sup>。

本判決をめぐっては、当局によるインサイダー取引規制の実効的な取り締まりが阻害されるとする懸念が示される一方<sup>31</sup>、法 166 条 1 項 5 号の解釈に対して一定の肯定的な評価<sup>32</sup>があるように思われる。他の公募増資インサイダー事案の裁判例<sup>33</sup>との比較を踏まえたさらなる検討も必要と思われ、今後の研究に期したい。

\* 本稿は公益財団法人野村財団の助成を受けた研究成果の一部である。

こばやし ふみはる（本学法学部准教授）

---

<sup>27</sup> 松岡・前掲（注14）161頁、陳・前掲（注1）120頁等。また、深水大輔「「公募増資インサイダー事案」に見られる解釈・事実認定上の課題について」信州大学法学論集22号151頁、154頁（2013）参照。

<sup>28</sup> ただし、湯山・前掲（注12）111頁は、本件で Cは未必的な認識を有していたとして、本判決が未必的な認識を排除していることを示唆する。

<sup>29</sup> この点、前掲東京地判令和元年5月30日は、「内部情報によりこれが確実なものであると裏付けられた場合」と判示しており、学説から疑問が呈されている（王子田・前掲（注15）145頁～146頁、陳・前掲（注1）123頁）。

<sup>30</sup> なお、行澤・前掲（注16）109頁、深水・前掲（注27）154頁参照。

<sup>31</sup> 行澤・前掲（注16）109頁、湯山・前掲（注12）111頁参照。

<sup>32</sup> 梅本・前掲（注1）109頁。

<sup>33</sup> 例えば、前掲東京地判令和元年5月30日、東京高判令和2年6月25日金商1603号38頁等。

【論説】

## 法源となった「正義」(1/2)

「法哲学」On-line Seminar

大塚 滋

【概要】

本稿は、2021 年度内に、架空の大学法学部で開講された 4 年次生向け「法哲学」ゼミナール(オンライン)のうち、「法源となった『正義』」をテーマとした 2 時限分の授業の収録データを起こしたものである。

「法源となった『正義』」とは、法律上の用語または判決文に用いられた用語としての「正義」のことであるが、この授業ではその事態の孕む危険性に目を向けるべきことが強調される。その危険性とは、裁判官にほとんど無制約の裁量権を与え、法治主義の根幹を崩す危険性である。ところが、この問題性はこれまで当該実定法学者だけでなく、「正義」問題を専門的に論じてきた法哲学者にもそれほど意識されてこなかったが故に、実定法学者と、特に法哲学者に警鐘を鳴らすべく取り上げられたテーマである。

本号掲載分の授業は、法令上の「正義」に焦点を当てた。その中でも特に危険性の高い例として、刑事訴訟法 397 条、411 条、特に後者の「著反正義」が取り上げられ、代表的な刑事訴訟法学者のこの問題への関心の低さ、基本的人権の保障という日本国憲法の原則に安易に依拠した「片面的」な「当事者救済」論の問題性が指摘される。

この例以外に、やはり「正義」という語を含み持つ日本国憲法 9 条、教育基本法前文および 2 条、弁護士法 1 条の諸規定が、無視はできないにしても、無くもがなの装飾語的な使用をしているだけの比較的無難な例として紹介される。

なお、今回の公表については、下記全員から了承を得た。

【登場人物】

- P = 法哲学・法学方法論の教授 (法実証主義者)
- A = 法哲学ゼミの 4 年次生で法学方法論講義履修済み、法哲学講義未履修
- B = 法哲学ゼミの 4 年次生で法学方法論、法哲学両講義履修済み
- C = 大学院博士課程 1 年次生で法哲学専攻 (研究テーマ: 「ナチズムと法哲学」)  
指導教員は P、学部は他大学
- D = 法哲学ゼミの 4 年次生で法学方法論、法哲学講義履修済み (欠席)
- E = 法哲学ゼミの 4 年次生で法学方法論履修済み、法哲学講義未履修 (欠席)

### ゼミ開始

A: こんにちは。

P: こんにちは, A 君。早いね。緊急事態宣言が発令されて, 今日からまたこのゼミも on-line 授業になったから, いつもの遅刻はなしか。

A: はい。忘れ物とか, 電車に乗り遅れ, とか, ないんで。対面のときはいつもすみません。

P: 今日は, 正義の問題の応用編をやるから, 『六法』の他, 君の持っていない刑訴の教科書も用意して, 上訴のあたりだけでいいから少しは目を通しておいて, と言っておいたけど, 大丈夫だよな?

A: 大丈夫です。部活の後輩の3年生が取っているんで, 今日だけ借りてきました。それで, さっき, 少しパラパラと……。

P: 同じ手続法でも, 君が取っている民訴とはだいぶ趣が違うから, 初めて見るような言葉がたくさん出てきたんじゃないか……

あ, こんにちは, B さん。今日はギリギリだね。

B: そうなんです。こんにちは。なんだか, うまく繋がらなくて, 先生たちの声は時々聞こえたりしたんですけど。でも, もう大丈夫です。刑訴の教科書もあります。

C: あ, どうもすみません, 遅くなりました。今戻ってきました。大学院生としては, 教科書だけじゃなくて, コメントールくらい参照しておかないといけない, と思って, さっき図書館で探して, 一つ選んで, コピーにざっと目を通していたんですが, 結構ボリュームがあって, 思いの外時間がかかってしまったんです。

P: じゃあ, C さんは, 今, 大学の研究室なんだね。

よし, 出席予定者が全員揃ったので, ゼミを始めます。3 人も, 前の時みたいにな, スマホでも参加してもらうから, スタンプイしておいてね。

A・B・C: はい, 大丈夫です。

P: そうそう, D 君と E さんはそれぞれ就活でオンライン面接とか説明会とかがあって, このゼミには参加できない, とのことでした。それぞれの課題レポートをメールで送ってもらっているから, 後で紹介するよ。

### 「正義」

さて, 今週と来週の授業は「法源となった『正義』」というテーマで, 他の人があまりやらない, ちょっと変わった角度から正義の問題を考えようという試みだ。正義の問題というのは法哲学の中でも法価値論に属するとされていて, このゼミでもそういうものとして扱ってきたけれど, このテーマでは, それを超えて法解釈論にも足を踏み入れてしまおう, ということなんだ。

A: 刑訴とかが話題になる, というので, おおよそ察しはついていましたが。

B: そういえば, 刑事司法のこと, 英語では criminal justice って言うんですね?

P: そうだけど, その justice は正義じゃなくて, 裁判という意味で, 今日の話と直接は関係ないんだ。

C: 先生は, 私の大学の授業でも, 古代の正義とは裁判だった, なんて話していましたよね。

P: そう, それは法哲学の授業の重要部分で, 今でも話しているよ。ローマのユスティティアとかギリシャのディケーとかの正義の女神にそれが象徴されている, ってね。

B: 私もその話憶えています。そもそも天秤と剣を持っているユスティティア (iustitia) というのは justice の語源なんですよ。だからか, 正義って, 結構血生臭いものなんだって。

A: そうなんだ。あ, すみません。僕, 先生の法哲学の講義取っていないんで。

P: まあ, その問題は, 今はいいや。とにかく本題に入ろう。

「正義」とは何か, という問題は, 哲学や法哲学の専売特許みたいに思われているけど, 実は, 実定法解釈の問題でもあったんだよ。だから, これまで「正義」に関して口はばった議論をしてきた法哲学は, ここで, 実定法学と正面から渡り合っていなければならなかったんだけど, この論点は, 僕が知るかぎり, 唯一の例外を除いて, 全くと言っていいほど注目されてこなかった。その例外というのは笹倉秀夫先生だ。笹倉先生は『法解釈講義』という本を書いて, その中の「条理」解釈を扱った章で, 判例に現れた「正義」を問題にしているんだ (笹倉 2009: 157 以下)。来週のゼミで詳しく紹介するよ。

では, 正義を論じてきた法哲学者たちが, 「法源となった『正義』」の存在を認知したとして, そのことに対して法哲学者としてどのような学問的議論を展開すべきなのか。そういう問題を, 少し考えてみよう, というのが, このテーマを設定した僕の意図だ。もしかすると, 新鮮な発見があるかもしれないね。

## 法源

そうそう, 「法源」という概念について, 最初にちょっと説明しておかないといけないうね。講義では何度か話しているけれど, A 君は聴いていないので, 再確認しておこう。メモを画面に出すね。

この言葉はドイツ語の Rechtsquelle の訳語。直訳すれば「法 Recht の泉 Quelle」ということになるんだ。学界ではいろいろな定義があるけれど, 僕の考えはこうだ。法源とは, 裁判所が, たとえ上べだけであろうと, 判決——これも法の一つ——をそこから汲み取る, いや引き出しているところの法規範である, と

いう考えだ。言うまでもなく、日本のような成文法国家では、日本国憲法 76 条 3 項が、「すべて裁判官は、・・・この憲法及び法律にのみ拘束される」と定めていることで示されるように、「法源」というのは、基本的には、憲法、法律、命令、規則、条例とか、法律に認められた慣習法とかのことだね。判例法国家では、それに対して判例が前面に出てくるわけだけれど、日本でも実際には最高裁判例もその法源の列に加わっているのは、知っての通り。とはいえ、「正義」や自然法が正式に「法源」に加えられることはなかったはずだね。だから、「法源となった『正義』」というの、法律用語になった、つまり立法者が法律の中で使った「正義」と、判決文用語になった、つまり裁判官が判決の中でそれに依拠したと表明した「正義」、という意味さ。

### 刑事訴訟法 411 条

今日はその前者の立法上の「正義」を見てみることにしよう。来週は後者つまり判例上の「正義」を見て、最後に全体として何が問題なのかをみんなで議論することにしたい。

さて、法律用語としての「正義」の例はいくつかあるけれど、最初に取り上げるのが、最も大事な例で刑事訴訟法の 397 条 2 項と 411 条だ。一応スマホでその条文出したけれど、A 君、自分の『六法』読んでくれるかな。

A: はい。うわ、長い。

刑事訴訟法 397 条 [破棄の判決] 2 項「第 393 条第 2 項の規定による取調 [第 1 審判決後の刑の量定に影響を及ぼすべき情状についての控訴裁判所の職権による取調一引用者; 以下同じ] の結果、原判決を破棄しなければ明らかに**正義**に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる。」

同法 411 条 [破棄の判決]「上告裁判所は、第 405 条各号に規定する事由 [上告を許す事由: 憲法違反、判例違反等] がない場合であつても、左の理由があつて原判決を破棄しなければ著しく**正義**に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる。」

- 1 判決に影響を及ぼすべき法令の違反があること。
- 2 刑の量定が甚だしく不当であること。
- 3 判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があること。
- 4 再審の請求をすることができる場合に当たる事由があること。
- 5 判決があつた後に刑の廃止若しくは変更又は大赦があつたこと。」 [強調一引用者; 以下同じ]

P: ありがとう。どう、読んでみて?

A: 本当に「正義」という言葉が条文の中にあるんですね。新鮮な驚きです。

B: ただの問題点ではなく、「正義」に反するほどの問題点があると上級審の裁判官が考えたら、原判決を破棄できるようになっているわけで、「正義」には実定法上すごい力が与えられていたということに、今更ですが、私も驚きました。

C: 法哲学者になろうとする以上、この法令用語の「正義」を見て見ぬ振りはできませんね。

P: そうだろう！ でも、これまで我が国の法哲学者たちは、僕の知るかぎり、この条文のことなど全く見向きもしてこなかったんだ。

白状するけれど、実は、僕自身もその例外ではなかったんだ。僕は一法実証主義者として、哲学者や法哲学者が問題にしてきた、法の理念としての「正義」や、法が実現すべき「正義」とか、時には法とは関係ない次元での行為の基準としての「正義」とか、を批判することはばかり考えていたんだけど、実は、来週取り上げようと思っている、改正前の民法 724 条後段のいわゆる除斥期間に関する裁判例の中で「正義」に基づいて除斥期間を適用しないとするものがあることを知って、いろいろ調べてみているうちに、偶然、この問題にも気づいたのさ。法解釈とはこういうものだ、などと、法学方法論をしたり顔で講じていた者として恥ずかしいかぎりだね。

ところが、来週詳しく紹介する笹倉先生は、この刑訴法 411 条の「正義」に接近遭遇した極めて珍しい法哲学者なんだ。つまり、411 条の条文の中にある「正義」には直接触れはしなかったけれど、411 条に基づいた判決の判決理由の中にある「正義」には注目していたんだ（笹倉 2014: 262 参照）。

### 「著反正義」

C: ところで、刑訴の教科書とかでは、この 411 条の破棄事由は「著反正義」というふうに表現されているみたいですね。

A: 「ちょはん」正義？ 何ですか、それ？

B: 411 条の「著しく正義に反する」というところを縮めたのよ、たぶん。397 条の方は「明らかに正義に反する」だけだね。

P: 両者、表現は違うけど、意味はそんなに違わないと僕は思うので、今日のところは、どちらも同じく「著反正義」と呼んでおくことにしよう。

さて、その「著反正義」、みんなの手元にある刑訴の教科書ではどのように説明されているか、それを確認しておこう。刑訴を取っていた B さん、あなたの教科書はどうなっている？

### 白取祐司説

法源となった「正義」(1/2) (大塚)

**B:** はい、私の教科書は白取祐司先生の『刑事訴訟法 第9版』(2017年)ですが、この上訴のあたりの授業はあまりよく覚えてないですね。スマホのカメラで出しますね。

397条の方は、控訴理由がない場合の「例外」的な原判決破棄を定めたものとして、あとは条文そのままです(白取2017:506)。411条の方は、少し詳しく書いてあります。「職権破棄事由」という題が付いていて、「当事者の権利としての上告理由ではない」けれど、「著反正義」による破棄で、「具体的救済機能」を發揮できるし、「実務上も、411条の職権破棄の中立が上告の大半を占めている」として、いくつかの判例も例示されていますが、「正義」概念については特に何も言っていません(同前:509-510)。

**P:** ありがとう。白取先生はその「正義」を、被告人の「具体的救済機能」を果たすものとして捉えているわけだな。とすると、その根拠となる「正義」の中身を論じないのは疑問とせざるをえないな。この点は指摘しておこう。

じゃあ、A君の教科書はどうか?

### 庭山英雄・岡部泰昌説

**A:** 借りてきた後輩の教科書は庭山英雄先生と岡部泰昌先生の『現代青林講義 刑事訴訟法〔第3版〕』(2006年)です。スマホで出します。

397条の控訴審の方は、条文が書いてあるだけです(庭山・岡部2006:313)。上告審の方は、Bさんの教科書と同じ「職権破棄理由」という項目の中で411条を引用し、やっぱり「具体的救済」の役割を果たしているということが一言書いてありますが、詳しい説明はないようです(同前:317-318)。この教科書もやはり「正義」という言葉には特に気を留めていない感じですね。

**P:** やっぱりそうか。ありがとう。ただ、庭山先生たちの方が一層あっさりしているみたいだね。

### 「正義」問題素通りの一般的傾向

僕は全部の教科書を見たわけではないけど、この、ほぼ素通りというのはどうも刑法法の先生方の一般的な傾向みたいな気がする。たまたま僕の手許にある椎橋隆幸先生他の『よくわかる刑事訴訟法』(2009年)でも、控訴審に関しては「正義」の語すら出てこないし、上告審の方も、辛うじて条文が引用されているだけだ(椎橋他2009:189,191)。

**C:** 先生、私、刑法法の教科書は2冊持っているんですが、一冊はまさに素通りですね。それは渥美東洋先生の『全訂 刑事訴訟法』(2006年)ですが、「正義」など、解釈にはなんの関係もないかのように、控訴審の方も上告審の方も、ただ条文が引用されているだけです(渥美2006:531,539-540)。

**B:** 先生はさっき、この問題に法哲学者が見向きもしてこなかったのは問題だ、みたいなこと言っていました。刑訴法の多くの先生方も、こんな具合で無頓着だとすると、先生だけが騒いでいる、と言うと言いすぎですが、本当はそんなに大事な問題じゃないのかな、なんていう気もしちゃいますが・・・

**A:** 僕もちょっとそんな感じがしました。

**C:** 私は、逆ですね。なんで多くの刑訴法の先生方は、ここまで知らん素振りができたんだろうと思っちゃいましたね。法哲学業界のメイン・イシューの一つである「正義」という言葉は、絶対に目を引くはず。実定法の中で明らかに異彩を放っていますものね。

**P:** 確かにそうだ。放置しているわけにはいかない大きな問題だよな。なんと言ったって、他の条文で定められた控訴理由や上告理由とは別の理由で原判決を職権で破棄する権限を、白取先生の表現を借りれば、「例外」的に裁判所に認めている条文の決定的に重要な要素となっている文言だよ。どうでもいいわけではないよ。侃侃諤々の議論があつて然るべきなのに、それをしてこなかったように見える刑訴法の先生方はやはり問題だと思うな。

#### 「片面的」な「具体的救済」

もっと言ってしまうと、詳しく論じてもないのに、白取先生や庭山先生たちは、この職権破棄が「具体的救済」の機能を持つとしちゃっているけれど、どうしてそんな見方ができるのか、という疑問も出てくる。根拠なき決めつけだよ。しかも、「救済」する方の機能だけに言及しているけど、果たしてそれでいいのか、これだって問題だよ。

**A:** え、どういう意味ですか？

**B:** 例えば、被告人無罪の原判決を「著反正義」という理由で破棄して有罪にしてしまう可能性もあるんじゃないか、ということですか？ 今読んだところ、白取先生はその可能性を認めたくないみたいで、「著反正義」は「片面的に理解すべき」だ、としていますよ(白取 2017 : 509 注 39)。

**A:** 「片面的」って、例えば、被告人有罪の原判決を「著反正義」ということで無罪にするみたいな、被告人が有利になるような破棄だけが認められる、ということ？

**B:** そうだと思うけど。

**P:** しかし、待てよ。関連する条文を含めて読んでみても、破棄されるべき原判決は有罪判決だけとか、上訴原告が被告人の時だけとか、の特定はないぞ。「片面的」であるべし、とする根拠は文言上どこにもない。だから、両面ありうる、ということじゃないのかな。もしかすると白取先生たちは「正義」という言葉の中に、被告人の「救済」という意味を込めたいのかもしれないが、それはあ

まりに偏っているよね。刑事司法は実体的真実主義のはずだ。憲法 31 条（法定手続の保障）や「疑わしきは被告人の利益に」という原則による制約はあるとは言え、実体的真実主義というのは、被告人が有罪になるにせよ無罪になるにせよ、刑事裁判は証拠立てられた客観的な真実のみ依拠しなければならないという姿勢だからね。もしかするとこれらの条文における「正義」とは、白取先生たちの考えとは逆に、実体的真実の追求のことを意味しているのかな・・・いやいや、僕が言いたかったのはそういうことじゃない。

### 救済する・しないの裁量権

僕が言いたいのは、例えば上告審なら、411 条の各号に定めた理由があっても「著反正義」とは言えない、という理由で、原判決を破棄しない、という判断を最高裁がすることも可能だろう、ということだ。つまり、具体的に救済しないことも、この条文は裁判官に授權しているわけだ。控訴審の場合だって、職権取調をしたところ、原判決の刑の量定に疑問が生じたけれど、破棄しなくても「明らかに正義に反する」とは言えないとして、控訴を棄却してもいいわけだ。このことをどう思う？

**B:** 確かにそうですね。411 条の五つの事由のどれかがあれば必ず破棄しなければならない、となっているわけじゃありませんものね。むしろ、そうならないようにこの一句が入っている？

**A:** 五つのうちどれかの事由があっても、この一句のお陰で、裁判官には、原判決を破棄する・破棄しない、という裁量権が与えられる、ということですか？

**P:** その通り。救済する・しない、の裁量権ね。そのような大事な裁量の根拠となる「正義」の中身をはっきりさせないままにしておけば、この裁量権は、限界がとんでもなく曖昧な、つまりはほぼ絶対的と言っていい権限になるよね。

### 松尾浩也説

**C:** 先生、いいですか？ 私はもう 1 冊教科書持っているんです。ちょっと古いですが、松尾浩也先生の『刑事訴訟法Ⅱ』（1992 年）という 2 冊本です。その後半の方を見ると、控訴審については、ただ条文が紹介されているだけなのですが（松尾 1992：502）、上告審の方は結構詳しく書いてあって、今問題になった「裁量権」のこともそこで言及されているんですよ。スマホの画面で皆さんに見てもらいながら、ちょっと長くなりますけど内容紹介します。

**P:** はい。じゃあ、できるだけ手短かにお願いします。

**C:** わかりました。頑張ります。

松尾先生は、411 条は「職権による破棄または裁量による破棄と呼ばれる権能」（同前：531）を定めているとして、明確にそれは「裁量」権だとしています。

それで、この「著反正義」要件は、「上告理由にあたらぬ事由によって破棄することが・・・上告理由を制限した趣旨を減殺することになる反面、原判決に瑕疵があることをみつけながらそのまま確定させたのでは具体的な事件の解決が著しく妥当を欠くことがあるので、両者の調和点を設定したものと考えられる」としています。問題はその「正義」の内容をどう定めているかなのですが、松尾先生は、それは「現行法秩序に基盤をもつ正義の観念でなければならないであろう」としています。そして、「著反正義」かどうかの判断には「高度の哲学的・政策的配慮」をはたらかせるべきじゃないか、という結論は述べていますが(以上、同前:532)、その配慮の内容がはっきりしません。それから、「著反正義」ではないとした判例も四つほど挙げて、一つについては簡単な評価もしていません(同前:534注7)。

**P:** 大変簡潔な要約をありがとう。松尾先生は、他の先生方に比べて、少し深く「正義」の問題に踏み込んではいらぬようだね。だけど、「現行法秩序に基盤をもつ正義の観念」って一体どんなものなんだろう。法哲学は普通、法秩序は正義に基盤をもつべし、と言うけれど、その逆みたいな・・・具体的に言ってもらえないと分からないね。さらに、「高度の哲学的・政策的配慮」って言うけれど、それも一体どういうものなんだろう。「著反正義」を「裁量」の問題にしてしまっているのだからそうなるのは当然かもしれないけれど、雲を掴むようだな。

しかし、法価値論のコア的部分をなしている「正義とは何か」という問題を論じてきた哲学者や法哲学者にとって、「正義」というものは断じて「政策的配慮」のことではなかったと思う。その「正義」という語が用語として組み込まれている刑事訴訟法を解釈する学界の権威にこんな言い方されていると知ったら、みんな大いに気を悪くすると思うよ。

### 「正義」という印籠

**C:** 「正義」という、有り難そうだけれど、なんだかモヤッとした概念を使って、裁判官に幅広い裁量権を与えている、という理解をしているんですね。それも、原判決破棄か上訴棄却か、という極めてクリティカルな場面での裁量権を。

**P:** 僕が言いたいのは、そのような理解で本当にいいのか、ということだ。もしいいのだとすると、「正義」を上位の法源にしたのは、「政策的配慮」に決定権を与えるための極めて便利な道具、つまり「政策的配慮」の隠蓑、そう、水戸黄門の印籠みたいな役割を果たしうるから、ということになってしまい、極めて危険な事態だということになると思う。

A君、Bさん、裁判官にそんな印籠を与えちゃっていいのかな。厳格を旨とするはずの刑事訴訟法なのに。

**A:** いや、困りましたね。僕にはよく分からないですよ。

ところで先生、「正義」を水戸黄門の印籠みたいに考えている刑訴法学のことを知ったら、法哲学者たちは気を悪くする、と言いましたが、僕は先生の「法哲学」の授業を取っていないので、その辺りのことよく分からないので、できるだけ手短かに教えてもらってもいいですか？

B: それ、私も復習のつもりで聴かせてもらいたいです。

P: 質問が出たら、話そうとは思っていたよ。手短に、か・・・やられたな。

### 法哲学における「正義」

では、スマホで見せながら、研究室の書架にある何冊かの本の中から例を挙げるとね、古い順に。

まず、尾高朝雄先生。「法規範が正しさを目指すものであること、法の目的が『正』に存すること」は明らかであって、「『何を正義といふか』に答へること」が「法哲学」の「重大な任務」である、と(尾高 1937: 280-281)。次は、加藤新平先生。「法は正義の実現を最も基本的な使命と一つとする社会規範である」、と(加藤 1976: 425)。その次はホセ・ヨンパルト先生。「正義の実現が実定法の任務であることは明らかであり、社会秩序が正当であるということが、何よりも求められ」る、と(ヨンパルト 1993: 191)。まだ、続けるかい？

C: もう少し紹介しても、手長にはならないと思います。

P: そうか。じゃ、続けるよ。4 人目は玉木秀敏先生。先生は「正義」を「法が追求し実現すべき重要な価値」と表現している(玉木 1993: 246)。最後は酒匂一郎先生。「正義は法がその概念からしてその実現を追求すべき価値である」、と(酒匂 2019: 171)。どうかな、A 君？

A: ありがとうございます。先生の授業を受けているとそんな感じしないんですが、法哲学って、ずいぶん格調高いんですね。「正義」を「政策的配慮」の口実に使うなど、もってのほか、と気を悪くしそうなのは、よく分かりました。でも、法哲学という学問が「正義」をそういう格調にしてしまったんですか？

P: そうじゃないよ。そもそもギリシャの昔からそうだったんだ。アリストテレスが配分的正義と矯正的正義の区別を説いたことは知っているだろう？

A: あ、はい。その言葉だけは聞いたような・・・

B: 私は法学方法論の授業を聴いたので、その他に、宜(エピエイケイアー)という正義も彼は説いていたことも知っています。

P: まあ、その宜はともかく、前の二つの正義のうち、矯正的正義の方について、アリストテレスはこんなことを言っているんだ。スマホで見せるよ。それは「法が顧慮するところ」の正義で、「紛争の生じたときにひとびとが窮余裁判官に訴えに赴く」のは、「利得と損失の『中』」であるところの「『正しき』に訴えるということにほかならない」、とね(アリストテレス 1971: 182-183)。

その「中」の話は置いといて、「裁判官」と訳された言葉は dikastes で、正しきを司る人という意味だとなっているよね。この言葉は dike という女神の名前と語幹が同じなんだけど、正義を意味する dikaiosyne という言葉も同じだ。つまり、ギリシャの昔から正義と裁判官と法は血縁関係にあったわけで、ローマでも、あの iustitia という女神の名前から法を意味する ius という語が生まれ、後に正義・裁判・裁判官を意味する justice という語が生まれたんだ。ギリシャとローマはこの意味で親戚筋にあたるわけだね。

さらに、ドイツ語を例にとると、法と訳される Recht という言葉は、みんな知ってる通り、正しい、という意味もあるでしょ？ 法と正義は、少なくとも西洋の文化の中では不可分だった、と言っていいんじゃないかな。いや、西洋的文化と言ってしまったけれど、実は、「正義」の女神の元祖は古代エジプトの女神様らしいんだ。その当時のエジプトでは、Osiris という冥界の神がいると信じられていて、その神は、死者が美しい来世に行けるか怪獣に喰われるかを天秤を使って決める法廷を開くんだそう。その天秤の一方の皿には、死者の現世での行状のシンボルとしてその心臓を載せ、他方の皿には、Ma' at という名の小さな女神を載せて判断したそう (See KISSEL1984:19-20)。だから、必ずしも西洋起源とは言えないかもしれない、ということは言うておかないといけないと思う。しかし、法と正義を結びつけるのは決して法哲学という学問だけの偏った考え方ではないんだよ。

A: 文化、それも法文化の問題なんですね。深いんだ。分かりました。

C: 私もエジプトの女神の話は初めて聞きました。キリスト教の最後の審判みたいです。

P: じゃあ、さっきの質問に戻ろう。

### ブラックボックス的裁量権

A 君, B さん, 原判決を破棄するかしらないかについて、限界があるんだかないんだか分からない裁量権を刑事裁判官に与えてしまっているのか、という質問さ。どうかな？

A: もしかして、ですが、何がなんでも法律でガチガチに縛ってしまったら、三審制の中で、上級審の裁判官が下級審のとんでもない間違いに気付いても、直せないまま判決を出さなきゃなんないことになるから、こういう仕組みはやっぱり必要だ、っていうことなんですかね？

B: 確かに、そういう非常時用の原判決キャンセル装置みたいなものは制度上必要な気もするけれど、私は、今のように「正義」がブラックボックスのままだとすると、この印籠をそれほど非常時でもないのに濫用する裁判官が出てきたとして——いや、もう出ているのかもかもしれませんが——、それにダメを出す方法が

制度上ない以上、次第に法治主義の刑事司法がひび割れていき、果ては人治主義になってしまう可能性も出てくるんじゃないか、とも思います。だから、先生の疑問も案外取り越し苦労ではないような気がします。いや、案外、は言い過ぎでした。すみません。

それで、今ふと思ったんですが、例えば、411条の規定から「著反正義」の部分の部分を削って、そこを単純に「左の事由を認めるときは・・・」に変えてしまったら、どうなるんでしょうか？

それでも事態はそれほど変わらないんじゃないでしょうか。だって、1号から3号までだけですが、そこには、「影響を及ぼすべき」とか、「甚だしく」とか、「判決に影響を及ぼすべき重大な」とか、結構主観が入り込む、程度に関する要件が付いていて、その程度要件の最高レベルがあっても、さらにそれが「著しく正義に反すると認める」ことを要件としているわけですから、主観的な程度要件による二重の縛りをかけようとしているんですよ。つまり、「量刑が甚だしく不当」(2号)であっても、「著しく」は正義に反していない、ということもありうるわけで、そういう場合、両方まとめて「甚だしく」不当ではない場合、と縮めちゃっても実際には大きな違いはないんじゃないですか？ 要するに、「正義」云々は、なくてもいい余分な文言だった、とか。

A:なるほど、そうかも。じゃあ、もう一つの397条の方はどうかな。＜明反正義＞——これは僕が今作った言葉だけど——その部分の代わりに、「刑の量定に明らかに影響を及ぼすと認めるときは・・・」なんて書いてしまうのもありかもな？ いや、こっちの条文のことは後で自分で考えてみます。

P:Bさん、確かに、そうしてしまえば、刑訴法学者たちが411条解釈で、例えば僕のような変わり者法哲学者から、後ろ指指されることもなくなるだろうね。

しかし、Bさんの言うような改正を施した後、ある下級審判決の「量刑」の「不当」を、例えば、その程度はそれほど「甚だしく」ないとした最高裁判決が出たとして、次に、別の下級審判決の「量刑」の「不当」を「甚だし」とする最高裁判決が出たとするじゃないか。そうやって判例がだんだん積み上がっていくうちに、どこかで定量的な相場みたいなものが出来上がるのが普通だね。そうすると、その後の最高裁はそれに拘束されるようになり、実質的には裁量権がなくなってしまうよね。「正義」は我々の専売特許だと思い込んでいた法哲学者たちには悪いけれど、やっぱり、正体は掴めないけれどなんとなく客観的で定性的な何か、それも立法者公認の何かに依拠している方が遥かに融通が効いて便利なのかもしれないよ。

## 『大コンメンタール刑事訴訟法』

C: 先生, すみません。議論はだんだん核心に近づいているようですが, そこに行く前に, 図書館でコピーしてきたコンメンタールの内容も先生を含めて皆さんに紹介しておきたいんです。やっぱり教科書とは違います。いいですか?

P: そうだった。是非お願いします。

C: 私が選んだのは, 河上和雄先生たち編集の『大コンメンタール 刑事訴訟法第 2 版』第 9 巻 (2011 年) なのですが, 397 条の「明反正義」(A 君命名) に関する部分は 2 ページほどなのに, 411 条の項のうち「著反正義」に関する部分は, なんと 35 ページもあるんですよ。その大半は具体的裁判例を各号ごとに分類し簡単に検討することに当てられているんですが, その中で, さっき先生が問題にした「不著反正義」判例も, 松尾先生の比じゃないくらい列挙されているんです。コンメンタールだからできることかもしれません。

この項の執筆者である原田國男先生が書いたまとめの部分をごととですが読んだので, そこで大事だと思った箇所を掻い摘んで読み上げたいと思います。ただ, 「正義」とは何かについて正面から論じてはいない, ということは最初に言っておきます。

P: 正面からは論じない, という点では他の教科書と同じだね。あ, すみません。続けてください。

C: そうですね。大きく違うのは「著反正義」の判例ばかりでなく, 「不著反正義」の判例を数多く挙げているところですかね。

読み上げます。原田先生は, まず, 「著反正義」というのは, 「正義という絶対的概念と著しさという相対的概念が結合した**一種不思議な言葉**であり, いくらこれを言い換えてみても, その内容が格別明確になるという類のものではない」から, 「具体的な適用例を積み重ね, 検討してゆく他あるまい」として(河上他 2011: 595), 数多くの判例を検討していくのですが, まとめの中で, 例えば, 事実誤認があるので無罪とすべき場合でも「不著反正義」とした判例のあることを指摘して, 「無罪とすべきなのに有罪とすることを著しく正義に反するといわないで, 何を著反正義なのかという気もするが, ・ ・ ・宣告刑が不当でないならば, 不著反正義として是正するまでの必要はないという感覚がうかがわれる。 ・ ・ ・高度の政策的判断によると思われる」, と述べて(同前: 622), 松尾先生の「政策的配慮」と通じる理解を示しています。そして, こんなことも言っているのです。「何をもって, 落ち着くべきところとみるかは, 事件をめぐる種々の事情を総合して**健全な法的感覚(リーガルマインド)**から決するほかない。ここにこの正義条項の**妙味**があるともいえる」, って(同前: 625)。リーガルマインドが出てきましたよ。先生はこんなこと言われたら黙っていらっしゃいませんか。

P: もちろんだとも。「正義」に反するかどうかは「高度の政策的判断」だとした上で, それを「健全な法的感覚」などという, 耳触りはいいけれど, 何言っ

いるのだから分からない言葉で言い換えをするばかりか、その「感覚」のことを「リーガルマインド」だと言うに及んでは、黙ってられないね。さらに、その内容不明なものがことを決する点を「正義条項の妙味」などとポジティブに評価している点は、もつてのほかと言わざるをえない。

### 「正義」は「不思議な言葉」

しかし、その点は後回しにして、「著反正義」を「正義という絶対的概念と著しさという相対的概念が結合した一種不思議な言葉」だと指摘している点を先に問題にしておこう。

A 君, B さん, この指摘に問題はないかな? どうだろう。

A: 問題ですか? 「不思議な」という指摘は、正体がよく分からない、という意味なら、僕も同感ですが、「絶対的概念」と「相対的概念」が結合するなんて本当はありえないんだが、という指摘だとすると、ちょっと僕には・・・

B: 私には、「正義」が「絶対的概念」だという意味がよく分からないですね。P 先生は法哲学の授業で、「正義」の候補としては、これまで、自由だとか、平等だとか、人権尊重だとか、幸福だとか、平和だとかが挙げられてきた、と言ってましたよね。そういうものがそれぞれみんな、我こそが「絶対」だと争っていることになるわけで、大昔から現在に至るまでその争いに決着がついていないとすると、まさにその事実そのものによって、どれも「絶対的」ではない、ということが証明されてしまっているんじゃないかと思いますが、どうですか?

P: その争いの決着は今後もつくことはないと思う。それはともかく、C さんはどう思いますか?

C: 私は、原田先生が「正義」は「絶対的概念」だと言っているのは、今 B さんが挙げた「正義」の中身の候補のことでじゃなくて、その候補たちが争っている「正義」という箱、つまりその地位の方だと思います。「正義」は、その中身が何であれ、誰もがひれ伏す、という意味で「絶対的」なんだと原田先生は考えているんだと想像します。だから、神の絶対性に近いかもしれませぬ。それ対する侵犯は軽微も重大もなく、皆不正義のはずなのに、ということなのでしょうが?

P: 僕も原田先生の意図はよく分からない。しかも、「著反正義」は、その「絶対的概念」と「相対的概念」が結合している「不思議な」概念だから、いくら言い換えてもその内容が明確にならない、という言い分は納得できないな。そもそも「正義」そのものの内容が明確じゃないんだから。

でも、そのように表現したのは、判例も定義をしないで使っているから、自分も「正義」を定義しない、という言い訳のような気もしたな。いや、「正義」の曰く言い難さ、それをそのままにしておこう、あまり踏み込むと自縄自縛に陥る恐れがある、という思いがどこかにあるのかもしれない。

Cさん、確認ですが、原田先生は、「著反正義」の判例や「不著反正義」の判例を整理・分析して、そこから、判例における具体的な「正義」概念を炙り出す、という作業はやってなかったんですよね？

C: はい、やっていないと思います。多数の判例を整理しましたが、そこから引き出したのは、「著反正義」とか「不著反正義」というのは、さっき読み上げたように「高度の政策的判断」だという結論です。「著反」する対象の「正義」の内容は問題にしていらないと思います。

B: ということは、「絶対的概念」だとしたけれど、その「正義」の正体を突き止めようという気持ちはなかった、ということですね。

A: 「相対的概念」との結合がありえないということの説明も？

P: そもそも法哲学的にこの問題を議論しようというスタンスを持っていないから、そういうことをあれこれ指摘しても始まらないのかもね。

僕は、「正義」とは何か、という問いに答えを出そうとしてきた哲学者や法哲学者に対してイデオロギー批判をしてきた法実証主義者だから、彼らを代弁して、「正義」概念にまともに向かい合わない刑法学者を批判するのは、おかしいけれど、これだけは言っておきたいな。

それはね、「正義」をどのように定義しようと、それは絶対的概念ではありえない、ということさ。だから、「著反正義」みたいに「相対的概念」と結びついても、全然「不思議」じゃない、ということだ。例えば、「正義」とは自由だ、ということにしてみよう。そして、ある政府が、その自由を侵害するのではないかと疑われる可能性のある政策を打ち出したとしてみよう。そうすると、当然、一方で、<その政策は著しく自由を侵害する>として批判する者も出て来るし、他方で、<確かに自由を侵害はするが、大した程度ではない。国家的利益の方が大きい>として擁護する者も出てくるはずだ。実際には常に、その程度こそが問題なんだ、ってね。

A: 「平等」だって同じですか。ある先生の成績評価は概ね「平等」だ、とか言いますしね。

B: ある大学の入試選抜で<酷い>「人権」侵害が行われた、とか、それから、たとえ<小さな>「幸福(幸せ)」でも積み重なれば大きな・・・とか、私たちも日常的に言ったりしてますね。

C: 考えてみれば、絶対性の権化のような神ですら、そうかもしれませぬね。<仏の顔も三度まで>とか・・・

P: こうしてみると、どうも、我がゼミ的には原田先生の言い分にあまり分はないようだね。

僕が思うに、「著反正義」の問題の要点は、絶対的概念と相対的概念が結合している点にあるんじゃないくて、正体不明の「正義」なるものに「著しく反する

と認める」といった、全く主観的な判断、いや信念、いや思い込みに依拠する他ない基準でもって、原判決を破棄したりしなかったりする権限を上級審の裁判官に与えたことだと思うね。

### 「著反正義」とリーガルマインド

さて、この問題はこのくらいにして、さっき後回しにした「リーガルマインド」問題に戻ろう。A君、Bさん、分かるかな？ Cさんが、僕が黙ってられないと思った理由はどこにあると思う？

**A:** 先生の「法学方法論」は取ったところか、S評価をもらった学生として、それを答えられないとまずいので、僕から。

これ試験にも出ましたよね。確か、リーガルマインドというのは、裁判官がその役割上必ず持っているなければならない心構えで、自分が審理している事件に下すべき妥当な判決はこれだと確信したけれど、それを出すためには法適用にとどまっているわけにはいかず法創造をするほかないと思った場合でも、あくまでも現行法を適用しているという外観だけは守ろうとすること、その外観を作るのはどうしても無理、と判断したら、渋々だけ法適用にとどまる、ということ、だったかなと。

そうすると、これはどうも技巧的なレベルの話で、原田先生が言うような「健全」さとは関係なさそうですね。

**P:** 丸暗記じゃなくて、僕の言いたいことをよく理解してくれたね。感心、感心！

**B:** すごいわね。さすが絶滅危惧種の S 評価者だけのことはある。私がもらった評価は普通の B だったかな。

私は、このリーガルマインドって、法律に拘束されながらも、妥当な結論に導こうとする裁判官の止むに止まれない、まさに「健全」な心構えだと思うわ。それを抑え込もうとしても無駄だということを示す歴史的な例として、先生がフランス革命直後の、確か「一般立法諮問(réfère de caractère général)」制度(1790年)だったか、とその後の『ナポレオン法典』(1804年)の例を、なんだかそこで本当に見てきたかのように熱く話していたのは憶えています。

**C:** フランスのその制度は、近代民主政治の基本原則の一つとされている三権分立主義が生み出したもので、裁判官が判決に際し、法律の文理解釈以上の何らかの解釈活動が必要と判断したら、必ず立法府に諮問するべし、という制度でしたね。カイク・ペレルマンのレトリックに関する本(ペレルマン1986: 35-39参照)で読んだことがあります。

裁判官に法律の機械的適用を求めるこのような発想は、近代刑法学の基礎を築いたとされるイタリアのチェザーレ・ベッカリーア(『犯罪と刑罰』1764年)にも見られますが、何と言っても、その前に、フランスのシャルル・ド・モンテス

キューが『法の精神』(1748 年)の中で、裁判官は「法律の文言を宣言する口の役割しか果たさない。・・・その力も、きびしさも調節できぬ無生物である」と言い切ったこと(モンテスキュー-1999: 450)が有名ですね。この発想が実は、リーガルマインドなどまかりならん、法適用の顔をして法創造するなんて、つまり実質的に現行法を廃棄するなんて許さん、という意味だったわけですね。でも、このマインドなしでは裁判などやってられない、ということで、裁判官や学者たちがこの制度に抵抗を続けた結果、やっと彼らはその本質的「生物」性を発揮できるようになった、という話ですよ。こっちの大学院に来て先生の学部の「法学方法論」授業を聴講しましたが、熱が入っていたことは確かでしたね。

P: そうかね。そんなに熱かったかね。今 C さんが持ち出したモンテスキュー的な三権分立思想って、司法は勝手なことやるな、ということだから、みんなあまり言わないけれど、本当は三権を平等に認めようとしたものではないんだよ。C さんが引用した有名な一文の後に、彼は、法律の規定よりも「穏和な判決」を出して「法律を緩和すること」は「立法体の一部」の「至高の権威の役割」だなんて言っているわけで(同前: 451)、「一般立法諮問制度」は明らかに彼の思想に忠実に造られたと言えるね。つまりは立法権中心主義なんだ。

まあ、我が日本国憲法も、国会を「国権の最高機関」と謳っているわけで(41 条)、モンテスキュー的な変則的三権分立制を採っているんだけど・・・いやいや、7 条解散なんていう憲法違反の衆議院解散を裁判所や多くの憲法学者が認めてしまい、総理大臣に衆議院解散権なるものを与えてしまっている現状では、内閣総理大臣こそが「国権の最高機関」だと中高生が答えても不正解とは言い切れない状態で、モンテスキューに顔向けできないような体たらくだな。嘆かわしい。

A: え、あれ憲法違反なんですか？

P: いや、その問題は置いて、ともかく、司法を判決自動販売機などにはできない、ということが、この立法中心主義の下に造られた「一般立法諮問」制度の惨めな失敗によっても、さらには、再活性化した法解釈——の名の下の法創造——活動を嘆いたナポレオンの「我が法典は失われたり！」という有名な叫びによっても、証明された、ということが重要なのだ。

### 「健全な法感覚」

今問題にしている刑訴法に記載された「正義」は、まさにこのリーガルマインドを働かせるには実に好便な手がかりとなっていることは確かだ。しかし、このリーガルマインドが、B さんが認めるように「健全」である保証はどこにもないのさ。本当は法創造しているのに法適用だと理屈つけるわけだから、誤解を恐れず言えば、妥当だと思う判決を導くために上手く嘘をつくマインド、A 君の言う

ような「技巧」なのであって、その判決が本当に妥当かどうかとは別のさ。

断っておくけど、僕自身はケルゼニアンだから、僕が裁判官だったとしてもリーガルマインド全開で法解釈することはないよ。僕は法適用の範囲でのみ自分の妥当性判断に従うつもりでいるんだ。自分が妥当だと思ふ判決でもそれが果たして法解釈として可能か、ということが決定的ポイントであって、可能ではないと判断すれば、辛いけれど、妥当とは思わない判決でも下すね、裁判官である以上。その点ではモンテスキュー主義者なのかな。来週扱う民事裁判も、それは法解釈として可能か、という観点から問題にしようと思っているんだ。

あれ、議論がかなり脱線気味になってきたな。でも、脱線ついでに、みんなはこのリーガルマインドのこと、どう理解しているのか、聞いてみたい。

**B:** いろんな先生たちから、法律を憶えるんじゃないくて、リーガルマインドを身につけなさい、的なことを言われたような気がします、具体的にそれがどういうものか、は教えてもらわなかったと思います。

**A:** そう。リーガルマインドとはこういうものだ、と具体的に言い切っていたのはP先生だけじゃないですかね。

**C:** 前の大学でも、卒業式の日に学部長先生が「法学部卒業生としてこの4年間で培ったリーガルマインドを発揮して社会で活躍することを期待しています」といった意味のことを仰ってましたね。なんとなく、分かったような気になっていました。

**P:** 僕も同じだ。学生の頃から先生たちや先輩たちから何度も聞かされてきた。でも、要するにどういうものか、は結局分からなかったな。なんだか、法学の極意とか奥義のようなもので、耳で聞いたり、本で読んだりして身に着けるのではなく、我々の背中を見て学びとれ、と言われていたみたいで、なんだか法学部って徒弟制度みたいだな、って思ったことを憶えているね。

長谷川晃さんという法哲学者もこの本(『解釈と法思考——リーガル・マインドの哲学のために』1996年)で、それは「法的な分析、判断、決定を行うための知的能力あるいは技法の総体」とか、「複雑な法的判断におけるバランス感覚」といった定式化ができるけれども、その内実は分明ではないとして、「一種の暗黙的知識」だとしている(長谷川1996: 2-3)。

**C:** あの、聞きかじりなんです、マイケル・ポランニーという哲学者が「暗黙知(tacit knowledge)」ということを行っていますね。リーガルマインドというのはそれと同じで、自転車の乗り方みたいに、経験的には分かっているけれど、上手く言語化できない知識、という意味ですかね。

**P:** そうだと思う。

**B:** なんか、よく分かりませんが、どうやらリーガルマインドは、刑訴法の前田先生の言っている「健全な法感覚」とは違うものだ、ということは分かったよう

な気がします。

A: 「健全な」という価値を含んだ表現になったのは、「正義」のイメージに引っぱられたからですかね。

P: そうだろうね。さっきも言ったように、411 条の「正義」は、裁判官がリーガルマインドを発揮するときの苦労を大幅に軽減する実に便利なツール、言い換えれば、立法者が司法官に用意してあげたオールマイティーカードみたいなものだけど、そのカードは健全な感覚で使うことも不健全な感覚で使うこともできるものだ、ということは了解してもらえたかな。

### 「正義条項の妙味」

A: はい。ところで、原田先生が「正義条項の妙味」と言ったのは、「正義」のそのオールマイティーカード的な性格のことじゃないですかね。

P: この条文のおかげで、絶妙な匙加減なんだけど、うまく説明できない判断をしても、あまり突っ込まれない、という意味でそう言ったんだと僕も思う。しかし、それじゃいけないんじゃないか、学問として。主観に丸投げは危なすぎる。そうじゃなくて、「正義」をなんとしてでもブレイクダウンして、操作可能なものにして、少しでもその「妙味」をなくす努力をしなきゃいけないんじゃないか、と僕は思うけどね。

そうそう、このコンメンタールは別にして、多くの教科書はこの「正義」の中身を議論することにあまり重要性を認めていないみたいだと言ったけど、昨日、念のために CiNii Articles というネット上の学術論文データベースをサイニってみたら、一つだけ「著反正義」問題を正面に据えた論文が出てきたんだ。これについて話しておかないとね。

B: あ、その「サイニってみる」って、先生、「ググってみる」を真似したんですね？

P: その通り！

A: 先生、軽すぎる！でも、それはともかく、その論文は法哲学者のお眼鏡に叶うものだったんですか？

P: それがね、残念ながら、そうとは言えない、というのが僕の感想だ。その意味では、今までのものと大差はない、ということになるね。ネットに PDF でアップされていたのをダウンロードしてあるから、画面共有でみんなに見てもらいながら紹介するよ。

### 辻本典央説

この論文は辻本典央先生が 2008 年に書いたもので、題名はちょっと長いけれど、この通り。マーカーつけてあるところ読むね。辻本先生は、刑訴法 411 条を、

「具体的事案における正義を実現すべきことを定めたもの」と特徴づけた上で、「数多くの裁判例」から「最高裁の著反正義要件に対する一定の傾向を読み取り、今後の方向づけを試みる」ためにこの論文を書いた、としている(辻本 2008 : 1-2)。

考えていることは、さっきの原田先生のもと同じだと思う。しかし、本条の特徴づけの際に、旧刑訴法では「著反正義」が要件とされていなかった、ということが言及されていて、「当事者救済の範囲は、現行法の方が旧法よりも狭くなった」と指摘しているこの点(同前 : 2)が僕には特に興味深かった。

そこで、旧刑訴法はどう規定していたのかと思って、国立国会図書館の蔵書を調べてみたら、分かったね。こうだった。ダウンロードしてあるから、見せるね。

現行刑訴法 411 条の 1 号(法令違反)にあたるものはないんだけど、2 号から 5 号がそれぞれ独立条文になっている。そのうち、現行法と同じく程度概念を含む 412 条と 414 条だけを読むよ。

「刑ノ量定甚シク不当ナリト思料スヘキ顕著ナル事由アルトキハ之ヲ上告ノ理由ト為スコトヲ得」(旧刑訴法 412 条)

「重大ナル事実ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顕著ナル事由アルトキハ之ヲ上告ノ理由ト為スコトヲ得」(同法 414 条)

### 「著反正義」は救済の範囲を狭めた

412 条の方は、現行の 411 条 2 号と大きな違いはなくて「甚シク」が入っているけれど、414 条の方は現行の 3 号にある「判決に影響を及ぼすべき」がない点が違うかな。現行法になって法令違反が加わったからその分、例外的上告理由は増えたけれど、「著反正義」の一節が書き加えられたことで、当事者救済の範囲が狭くなった、との認識は正鵠を射ていると納得したよ。

**A :** 「当事者救済」という観点から見ると、基本的人権の尊重を基本原理の一つとする日本国憲法のもとに制定された新刑訴法なのに、「著反正義」の一文を入れたことでむしろ刑事被告人の権利は縮小した、ということですか。それから、その旧刑訴法って、さっき (p. 50) B さんがこんなふうに改正したらどうだろう、って言ったのとはほぼ同じだったんですね。

**B :** そうみたいね。まあ、職権的破棄事由という制度を認めるとして、それを普通に考えれば、こんな規定になるとは思うんだけど。

**P :** そういう常識的な規定に、わざわざ「著反正義」云々を足したのは、あえて「当事者救済の範囲」を狭めるためにやったことだ、と考えるのも普通だよな。「著反正義」の場合は破棄できる、って肯定的な規定の仕方になっているけれど、その意味には、各号の条件があっても「著反正義」と認定しなければ、破棄しなくても構いませんよ、ということが含まれていると捉えるのが自然だと思う。

A: すると、B さんの教科書や僕の後輩の教科書みたいに、この条文は「具体的救済」の可能性を与えるものだ、とする理解はこの条文の解釈としては問題があるということになっちゃうんですかね。

P: そう思ったとして、不思議ではないな。

C: 「正義」という概念がむしろ「当事者救済」の範囲を狭めるために動員された可能性がある、というのは私もちょっと意外でしたね。

P: 水戸黄門の印籠は、力を持つ者から不当な扱いを受けて苦しんでいる弱者を救済するために、持ち出されるんだけど、この条文の中にある「正義」の印籠は、逆に、不当な扱いがあっても、それを忍従させるためにも持ち出されうようにも見えるね。このあたりの立法経緯は詳しく調べてみたら面白そうだね。

A: ということは、さっき先生は、この条文は被告人を救済したり、しなかったりの裁量権を裁判官に与えている点を強調していましたが (p. 46)、それは旧刑訴法の規定が頭にあったからですか？

P: いや、僕のあの指摘は、それとは関係なく、現行法 411 条を普通に解釈した結果にすぎないよ。旧刑訴の規定がその解釈を補強してくれたけどね。

例えば、仮に、僕のゼミの募集要項がもともと、選抜条件は、①法哲学か法学方法論を受講済みの者か、②3 年次 GPA が 3.5 以上の者となっていたところ、新たに、③面接で、法哲学を学習する意欲が十分と認められた者、という条件が加わったとしよう。そうすると、この要項の機能は 411 条と同じになるのさ。つまり、①と②という客観的な条件を満たしていることは最低条件で、それを満たしているでも、<意欲不十分>という理由で、「残念ながら・・・」ということはあるわけじゃないか。これは教員の裁量権の範囲内の問題だ。実際の僕の募集要項がそうになってないことは知っての通りだけど。とにかく応募者少ないし。

A: なるほど。僕らの時、応募者が少数だったから全員めでたく合格できましたものね。いやいや、そういうことじゃなくて、よく分かりました。

### 「著反正義」の「片面的」構成

P: ならば次に行くけど、辻本先生は、それにもかかわらず、この「著反正義」の一節が加えられたことをネガティブな意味には理解しないようにしているようなんだな。

B: ということは、それでもなおかつ「当事者救済の範囲」を旧刑訴法の時みたいに広いままにしたいと思っている、ということですか？

P: そういう単純な話じゃないと思う。とにかく辻本先生の結論はこういうことだ。

「当該事件の犯情や、具体的手続状況等を考慮した上で、『政策的配慮』を前提とした『健全な法的感覚』に基づいて判断されなければならない」が、『正

義』の実現に際し被告人側に有利な形で片面的に構成されるべき」である、と(辻本 2008 : 26)。

「政策的配慮」とか「健全な法的感覚」とか、の言葉が出てくるので分かるように、さっきの松尾先生や原田先生と基本的に同じ考え方だね。職権主義の旧刑訴法の解釈で「当事者」という言い方をするのはどうかと思うけれど、そこでは、被告人と検察の両当事者が救済されえたのに対して、検察の方を排除して被告人にだけ救済を与える言葉として「正義」を構成しようということだと思う。さっき僕が読んだ旧刑訴の2箇条とは別の2箇条は現行の4号5号にあたるもので、いずれも被告人の救済に限定されているけれど、読んだ2箇条は中立な書きかただったよね。それでも、それも片面的に解釈しよう、ということだな。

**A :** 辻本先生は「当事者救済の範囲は、現行法の方が旧法よりも狭くなった」と言っていました、それは、救済されるのが被告人の方だけになった、という意味にもとれる、ということなんですね。なるほど。でも、なんだか、こじつけっぽい感じがしないでもないですね。

**P :** そう、その感覚は大事だよ。

### 「正義」の定義

では、この結論が判例分析からどんな論理で導かれるか、説明するけれど、論文の終わりの方に画面をスクロールするよ。

辻本先生は、まず、多くの裁判例から次の三つの傾向を読み取った。①は、「著反正義」と「不著反正義」とを分ける「判断基準」は、「具体的量刑が妥当であるか、被告人の防御が実際にどれほど侵害されたか」であること、②は、「法令解釈の統一を図るべく・・・実務上の統一的基準を提示することに主眼において」原判決を破棄すること、③は、量刑が「著しく不当」であれば、通常は「著反正義」と認められること、この3点だ。そして、この傾向が「本条の適用・運用において妥当であるといえるか」と問題を立てて、検討を始める(同前 : 22-23)。

**C :** ということは、最高裁が「正義」の内容をどう理解していたか、の傾向を読み取ったのではなく、最高裁は具体的にどういう時に「著反正義」と判断し、どういうときに「不著反正義」と判断するか、言ってみれば、「正義」の中身はともかく、どういう条件があれば原判決を破棄したり、上告を棄却したりするのか、の傾向を読み取った、ということですね。

**A :** そうだとすると、そもそものところの疑問ですが、そういう議論って、法解釈論と言えるんですか？ 法解釈論というのは、この条文はこう解釈すべきであるとか、そう解釈してはならないとか、を論じ合うものだと思っていましたが。

**B :** 法社会学の授業だったかで聞いたことがあるんですが、民法学の領域には実用法学という考え方があるみたいで、それによると判決を予測することが法学

の重要な役割らしいのですが、辻本先生のこの傾向の読み取りって、領域は違いますが、判決を予測するためのデータ分析みたいな感じがしますね。上告して勝てるか負けるかを予想するためには大事なことだと思いますが。

**P:** ここだけ見ると、確かに刑訴法の解釈論じゃないような気もするね。

だけど、辻本先生は、良いも悪いも最高裁の傾向はこうだ、と言って終わりにするのではなく、その妥当性を判断するために、「正義」概念を定義しようとしてはいるのさ。だから、判決の予測が最終目標じゃないわけで、解釈論だと括ることはできそうだと思う。

とはいえ、問題がないわけじゃない。辻本先生は、なんと『広辞苑』と刑訴法 1 条を引き合いに出して「正義」を定義したんだ(同前: 23 以下)。

**C:** え、法哲学者や哲学者の定義じゃないんですか? 法哲学者の議論を参照してみたけれど、どれも全く役に立たない、ということで国語辞書を見た、というんだとすると、法哲学者を目指す私としては、ちょっとがっかりです。

**P:** 確かに、法哲学者たちは法の理念のレベルに視線がいていて、このような実定法上の「正義」概念のブレイクダウンにヒントを与えるような議論をしてこなかったからね。言ってみれば空中戦をやっていたんだよ。法解釈の地上戦では使えないと思われても当然かも。

**A:** とところで、『広辞苑』(第 6 版)にはどんなふう書いてあるんですか。「正義」の意味を知るために、それを引いてみようと思ったことなかったんで。

**P:** 僕も初めて見たよ。ほら、なんとジョン・ロールズの議論も含めて、あれこれ書いてあるんだけど、辻本先生は「社会全体の幸福を保障する秩序を実現し維持すること」というこの部分を引用しているね。

**A:** なるほど。でも、それってすごく一般的で、その定義だけじゃ、刑訴法 411 条の解釈にはあまり役に立たないような気がしますね。試しに「著反正義」に代入して作文してみますと、「社会全体の幸福を保障する秩序を実現し維持すること」を著しく妨げると認める場合は・・・、とでもなるんですかね。P 先生がさっき言っていた「正義」概念のブレイクダウンにはなっていませんね。灰色の霧をただピンク色の霧に代えただけみたいな・・・

**B:** 刑訴法 1 条だって、そのブレイクダウンになるとは言えないと思います。読み上げてみますよ。

「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」

となっているんですよ。これが「正義」とどう絡むんでしょうか?

**P:** 辻本先生は、絡む、と考えているわけだ。しかも『広辞苑』の定義とこの刑訴法 1 条を「すなわち」で繋いでいるから、同趣旨だと捉えていて、この二つの

文言から即、こんなふう「正義」を定義づけているんだ。読むね。

### 「実体的正義」と「手続的正義」

「従って、刑事訴訟では、実体の解明及び刑罰法令の適切な実現と、個人の基本的人権の保障とが、正義を実現するための不可欠の要素となる。」つまり、「正義」は「実体的正義と手続的正義の二面から構成される」から、「正義に反するとは、実体的正義と手続的正義のいずれかにおいて、個人及び社会のいずれかに不当な結果が生じていることをいう」が、「その全てを充足することが困難な場合もありうる」から、「不著反正義といいうるためには、一部の要素における不正義がなお受忍されるべき必要最小限度のものに留まっていなければならない」、とね(同前：23-24)。

さあ、A君、Bさん、この「正義」の定義どう思うかな？

A：第一感、『広辞苑』の定義は関係ないですね。刑訴法1条だけに基づいた定義みたいな感じじゃないですか？「社会全体の幸福」はどこに行っちゃったのか・・・あ、そうか、「公共の福祉」のことか。

B：でも、「正義」は「実体的正義」と「手続的正義」だとして、「実体的正義」の中身は「基本的人権の保障」だけになっていて、「公共の福祉」はそこに入っていないわけだから、「不当な結果」が「社会」にも生じうることを認めているように読めるところがあったとしても、「社会全体の幸福」はやっぱどこかに行っちゃったと見ていいんじゃないかしら。

A：そうだよな。そうすると、辻本先生の「正義」とは、詰まるところ、刑訴法1条で言う「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現すること」——これが「手続的正義」——と、「個人の基本的人権の保障」を全うすること——こっちが「実体的正義」——、となるわけだね。

C：この点も忘れないで。「著反正義」の「著しく反する」とは、「受忍」限度を越えて侵害する、という意味だと、一応はブレイクダウンしているということ。

P：そうすると、この定義の評価はどういうことになるかな？

A：なんだか、「正義」という言葉がちっとも「正義」っぽくなくなったような気はします。

B：私も同感です。全部実定法のレベルで言えることですよな。「手続的正義」や「実体的正義」って、要するに、刑訴法1条と、例えば憲法31条とか37条とかその他の、いわゆる人身の自由のこのことだ、と言ってもいいんじゃないですか。

C：ついでに言えば、受忍限度論も、その限度がどの程度のことを言うかを具体的に示さなければ、「著反」をただ言い換えただけで、少しも解像度は上がっていない、と批判されても反論は難しいんじゃないでしょうか。

### 「正義」概念の無色透明化

P: このやり方は、「正義」概念の実定法化と言うより、「正義」概念の無色透明化だと言われちゃうかもね。そうした上で、「正義」の向こうに刑法1条と憲法の人権規定が透けて見えるようにしていただけみたいだからね。多くの法哲学者は「正義」を実定法の上位にある価値で、それは実定法が永遠に目指すべき理念である、としてきたのね。

ところで、辻本先生の結論は、『正義』の実現に際し被告人側に有利な形で片面的に構成されるべきである、というものだったよね。その結論は、今の二つの「正義」論からどう導かれると想像しますか、お二人さん？

A: いやー、どうなのでしょう。僕は、解釈論はともかく、「被告人側に有利」に考える、ということ自体は、人身の自由を手厚く保障しているのが憲法のもとでは、別に責められるべきことだとは思えないんですよ。それに、最高裁は人権の最後の砦だと言われるじゃないですか。

B: 辻本先生の結論は、解釈論的に言えば、二つの正義のうち、基本的人権の保障という「実体的正義」を優先する、ということ、つまり、それを「実体の解明及び刑罰法令の適切な実現」という「手続的正義」よりも前に持ってくる、ということですよ。でも、この優先関係を実定法的に正当化できるかどうかというと、疑問を感じないわけではないです。だって、刑法1条も、規定の仕方としては、辻本先生の言う「手続的正義」をメインに定めているわけで、主たる趣旨は実体的真実主義ですものね。

P: この論文の最初のところに戻るね。辻本先生はそもそも、最高裁は「訴訟当事者の具体的救済の最終的保障という機能」を要請されていると考えていて、「411条は、所定の上告理由が認められない場合でも、・・・職権で原判決を破棄し、具体的事案における正義を実現すべきことを定めた」と捉えているんだ(同前:1)。この理解は、「片面性」主張の伏線のように見えるけど。

C: そうですね。訴訟法上の当事者主義というのは、検察をも当事者と位置づける、というものですが、「当事者の具体的救済」と言う時の「当事者」には検察は相応しくないように感じますね。

A: 人権保障と言ったら、それは当然、被告人側だけ想定しているんですよ。

P: いや、待ってくれよA君。人権は、この「著反正義」の一節がなくなると、刑法1条があるから、常に尊重しなきゃならんわけで、それでも、人権は極めて大事だからこの一節で重ねて人権尊重を強調した、と考えるなら、立法者がどうして、<著反人権>じゃなくて、わざわざ「正義」という、より抽象的な言葉を使ったのか、ということを説明できなきゃならないはずだ。だけど、その答えには窮するんじゃないか。

A: は、はい。確かにそうですね。

**P:** やっぱり、その捉え方には無理があるんだよ。気持ちは分かるけど。現行刑訴法の立法者がどうして「著反正義」の一節を書き添えたのか、その意図は僕には分からないけれど、この一節の客観的な機能は、さっきも言ったけど、正体不明な「正義」というものを基準として、それには「著しく」反していない、という、主観的な判断に基づく上告棄却判決を裁判官に幅広く授権することだ、ということにははっきりしていると思うよ。

**C:** つまり、こういうことですね。411条の「正義」をはっきりと「個人の基本的な人権の保障」だと定義したとしても、規定上は、その「正義」の侵犯が「受忍されるべき必要最小限度のものに留まってい」と主観的に認めるならば、裁判官は上告を棄却しても構わないですよ、という仕組みになっている、という。だから、結果的には、この条文に基づいているのに、人権が侵害された、と批判されることが起こりうる、と。

**B:** ということは、「正義」に何を当てはめても、「著しく」反すると認めるときは、という条件とくっついているかぎり、同じ機能を持つ、ということですか？ だから、刑訴法411条の「正義」をあれこれ詮索しても意味はない、と。

### 「正義」の危険性

**P:** そうだとも言えそうだけど、問題の核心はやはり「正義」だと言うべきだな。それ自体が危険性を孕んでいるからだ。「著しく」がなくて、単に<正義>に反すると認めるときは>となっていたとしても、事態は変わらないんじゃないか。「正義」が客観的に定まらない以上、「反する」かどうかは、結局、主観的な判断にすぎないわけだからね。

**B:** 確かにそうですね。

**A:** 先生はさっきから、「正義」は危険なものだ、みたいなこと言っていますが、どんなふうに危険なのか、もう少し説明してくださいよ。それって、常識的な主張じゃないような気がします。

**P:** Cさんが言ったように、「正義」を人権保障だとすると、その「正義」に著しくは反していない、という理由で、被告人の具体的な救済をしない裁量権を裁判官に与えてしまう可能性もあるんだけど、全く逆に、例えば社会の安寧秩序みたいな価値だとすると、検察側の上告事件で、こんなことも生じうるわけだ。原審での量刑があまりにも軽いので、そのことはこの「正義」に著しく反する、という理由で、破棄自判する裁量権を与えてしまうこともある。ありえないわけじゃないよ。「正義」という箱にはなんでも入れることができるのさ。その裁量権を終審裁判所が持つんだよ。危険だと思わないか。権力を持つ者に、あまり操作性の良いツールを与えると、それこそ我々の人権が容易に蹂躪される恐れも増大するんだよ。

A: 先生, それは考えすぎですよ。

B: いや, 慎重であることに越したことはないかもよ。

### 「一般条項」の危険性

C: あの, いいですか。私の研究テーマとの関係で, 以前先生から読んでおくように言われた広渡清吾先生の本に, その危険性に関して参考になりそうなことが書いてあったので, 紹介していいですか?

P: ああ, 一般条項の話ね。よろしく。

C: この本は『法律からの自由と逃避』(1986 年) というもので, ナチズムの時代の前後にドイツの法律学者が何を語りどう行動したかをユストゥス・ヴィルヘルム・ヘーデマンという私法学者を軸に辿っていて, 私の研究(「ナチズムと法哲学」)にも貴重な情報をたくさん与えてくれるものです。だけど, 今の「危険性」に関わる議論の要点だけを紹介しますね。

広渡先生によると, ナチズムの立場に立つハインリッヒ・ランゲという法律家は, 「一般条項は, それを通じて古い法的生活の上に新しい法思考が流れ込む突入口」であって, 裁判官がそれを用いる場合, 裁判官には『法律の文言』に代わって『公平に, かつ正義に従って思考するすべての者の判断』が基準として示されるべきである」と述べただけでなく, 「ナチス国家において初めて, 一般条項は, ……一義的な内容を獲得し, 正義による解決と厳格な規範の適用との間の矛盾は解消する」とも述べたそうです(広渡 1986: 367-368)。ナチズムは一般条項を, 自分たちが考える正義と結びつけて重用した, ということです。P 先生が強調する「危険性」というのは, こういうことなんじゃないでしょうか。

A: 一般条項って, 日本の民法で言う公序良俗の規定(90 条)のことでよね?

B: 信義誠実とか権利濫用とか(1 条 2 項・3 項)もそうですね。

P: そうだ。でも, その中でも特に注意すべきは 90 条だ。なんとと言っても, 「公の秩序又は善良の風俗に反する」と認定しさえすれば, その法律行為を「無効」にすることができるわけだからね。詳しい説明は省くけれど, こういう規定はとても便利なんだ。たとえ違法性の認定が難しくても, 「公序良俗」という曖昧な基準で一定の法律行為を無効にできてしまうわけで, 裁判官の性善説に立てば, 市民の権利はこの規定によって守られる, という寸法だ。でも, この便利さは, 権力の濫用にも容易につながることは分かるだろう。一方にだけ便利で, 他方には不便というわけにはいかないんだよ。今名前が挙がったランゲという人の言う「正義」は, 言うまでもなく, ナチスの「正義」だ。僕らは, そういう「正義」を排除する心情は確実にあったとしても, それを裏付ける学問的な論理は残念ながら持ち合わせていないと思う。「著反正義」の「正義」も全く同じさ。危険極まりないのだ。

### 法哲学が刑法 411 条について取るべき態度

とすると、法哲学はこの問題に関してどのような議論を展開すべきなのかな？

**B:** 411 条には、ジェノサイドは極端だとしても、とんでもない人種差別やその他の恐ろしいことを「正義」の名のもとに許してしまう余地があるということですね。すると、「正義」を論じてきた法哲学の取るべき道は・・・411 条の解釈には直接関わらないとしても、そのような非人道的な非「正義」が登場してくる危険性に常に警鐘を鳴らし続ける、という・・・

**A:** でも、この条文の解釈の中で日本の最高裁の裁判官がそんなことまでは考えないと信じたいですが、もし誰かがその予想を裏切ったら、日本国民は次の国民審査でその人たちをクビにしたいと思います・・・しないかな。いや、だから、僕は、法哲学者もこぞって、「正義」とは、普遍的に、「基本的人権の保障」なんだと主張すべきだと思います。

**C:** 偉大な哲学者などを何人も生み出した、あの論理的な思考をするドイツの国民も、国家が未曾有の危機的な状況に陥った時、ヒトラー率いるナチスの政権掌握を阻めなかったんですから、裁判官に対する A 君のような信頼は裏切られる可能性は大いにある、と思いますし、みんなが、「正義」とは人権の保障だ、と合唱しても、「著しく反すると認める」という一節がある以上、さっき先生が言ったようなリスクはなくなるわけではないわけで・・・

**P:** みんな、ありがとう。

僕は、自分がそれぞれ信ずる「正義」を論じてきた法哲学者が、立法者という他者が法文の中で使用した「正義」概念をどう解釈すべきか、という議論に加わるかどうか、極めて疑問だと思っているけれど、たとえ加わったとしても、その危険性は減衰しないと思う。それぞれが自分の「正義」を主張するからね。だから、僕は、結論的に言ってしまうと、411 条から「著反正義」の部分削除すべきだ、と考えているんだ。これは解釈論じゃなくて立法論だけだね。

さて、刑法 411 条の問題は、この「危険性」に対して法哲学は何をすべきか、何を言うべきか、についてそれぞれの意見を出し合ったことでよしとして、ここで終了することにしよう。

### 日本国憲法 9 条の「正義」

最初にもちょっと言ったけど、「正義」を法源化した例は、これだけじゃないんだ。ネット上の電子政府の中に「e-Gov 法令検索」というツールがあるのは、知っての通り。これを利用して確認したら、「正義」を用いているわが国の法令は計 4 件、使用数は 6 回あった。その中には、言われれば、すぐ分かるものもあるよ。

今日欠席の D 君と E さんに予め課題として関連情報を調べておいてもらったので、それをみんなに画面で見てもらおうよ。

A: そうですか。有名なものもあるんですか。すぐに思い浮かばないな。

P: はじめは、D 君に調べてもらったやつで、憲法 9 条 1 項だよ。

B: あ、「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し……」ですね。

P: そう。この前段は、戦争放棄を定めた後段に比べると、あまり話題にならないところだよな。D 君は、なんと宮澤俊義『日本国憲法』(1955 年)を調べたみたいだ。それによると、宮澤先生は、「正義と秩序を基調とする国際平和」を、「恐怖と隷従とによって外見的に平和が保たれているように見える」「奴隷の平和」と対比して、「真の国際平和」と言い換えた(宮澤 1955: 163)だけらしい。どうやら、「正義」とは、「恐怖と隷従」に支配されていない状態のことなんだろうが、「正義」が何かははっきりしないね。

それから、よく調べたね。ホセ・ヨンパルト『日本国憲法哲学』(1995 年)も読んだんだ。ヨンパルト先生は、この部分では「平和は正義を基調とする」という考え方が宣言されているが、9 条解釈としての「無条件平和主義」とは必ずしも整合しない、とも考えていて、この点は、「未だ意識されていない」が、「第 9 条に関する最大の問題点」である、としている(ヨンパルト 1995: 103-104)そうだ。でも、やっぱり、この「正義」とは何か、は論じてないね。

まあ、戦争放棄を定めた後段こそがこの 1 項の肝で、この前段はそれを美しくデコレートしているだけ、との見方もできるわけで、そこで、「正義」が定義されないまま使われても、それほど危険でも有害でもないとは言えそうだけど。

ただ、似たような使用例に国際連合憲章の前文と 1 条、2 条があることを D 君はちゃんと押さえているね。1 条 1 項の例だけ見ると、国連の目的の第 1 は「国際的平和及び安全」を「平和的手段によつて且正義及び国際法の原則に従つて実現すること」である、となっているね。ここでは国際紛争解決のための法源としての位置づけがかなり明確になされていると言えそうだけど、「正義」はやはり定義されていない。D 君が参照した藤田久一先生の『国連法』(1998 年)では、「国連の基本的目的は『平和と安全の維持』にあり、『正義の維持』は……第二義的なものにすぎない」(藤田 1998: 87)とまで言われているそうだ。条文では「正義」は国際法より前に置かれているのに、実に軽い位置づけだね。

B: 国家や国際関係の理想とすべきあり方、的なもの程度ということでしょうか。

A: 具体的には、第 2 次世界大戦でドイツのナチズムや日本の軍国主義などが生み出そうとしたような秩序を「正義」の反対の「悪」とかなり具体的にイメージしていたのかもかもしれませんね。

P: そうかもしれないね。だから、当時の人たちはこれらの「正義」を取り立てて定義しなくてもその内容のイメージは明確に共有されていたんだろう。

### 教育基本法の「正義」

さて、今度はEさんのレポートだ。教職課程をとっていた彼女には教育基本法と、あと一つ、弁護士法を調べてもらったんだが、どうかな。

教育基本法は、その前文と2条に「正義」という言葉が出てくる。前文の方を見ると、「・・・我々は、この理想を実現するため、個人の尊厳を重んじ、真理と正義を希求し、公共の精神を尊び、豊かな人間性と創造性を備えた人間の育成を期する・・・」とあるね。Eさんは、この「正義」とは何か、を探るために田中耕太郎『教育基本法の理論』(1961年)を参照した。田中先生が法哲学者でもあったということを知っていたのかな。それはともかく、この本は、平成18年の改正以前の1条に書かれた、同様の文脈における「正義」について、かなりのページを割いているようだけど、その結論を要約すると、こうなるらしい。「正義」には広狭二義あって、広義は「道徳一般の意味の正義」のことで、「彼は正義感が強い」と言うときの「正義」であり、狭義は「法学的の意味の正義」のことで、どうやら「順法」という意味なのだが、本法における「正義」は、「単に法学的のものばかりでなく、道徳一般を意味するものと解するのが適当で」、「起草者は・・・、正義を漠然と道徳一般と観念したものであろう」、と(田中1961:95-100)。

要するに、「正義を希求し」(旧法では「正義を愛し」というのは、悪いことをしない、といった程度の、ごく常識的な理想的人間像の属性を表しているにすぎない、と見ることができるんじゃないかな。まあ、これも無難な用法だ。

### 弁護士法の「社会正義」

もう一つは弁護士法1条1項だ。こう書いてある。「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする。」一度は弁護士を目指していたBさんは知っているね？

B: はい、もちろん知っています。

P: こっちは、刑法の「正義」と違って、その内容は人権の保障とは別物でないといけなよね、併記されているわけだから。

A: いや、基本的人権の擁護が、社会正義の実現なんですよ。

P: それならば、社会正義云々の部分はカットできる、ということ？ それはおかしいんじゃないか。

Eさんは、この「社会正義」という、我々がよく口にする概念を明らかにすべく、いろいろ調べたんだけど、いい文献が見つからず、日弁連のウェブサイトの「弁護士の使命と役割」というページ(日本弁護士連合会2021)をチェックし

たようだ。そこでは「人権擁護と社会正義の実現」が一括りにされていて、「社会正義」それ自体の説明はなかったらしい。民事事件では、「依頼者の立場にたつて『法的に守られるべき利益は何か』を模索し、依頼者の正当な利益を実現して紛争を解決するために活動」することがそれで、刑事事件では、「えん罪の防止」のほか、「行き過ぎた刑罰が科されたり、違法な手続が見逃されたりしないように」、「被告人の立場から、意見を述べ、証拠を提出」といった活動をするのがそれだ、となっているだけだとのこと。ここでもやはり、「社会正義」は、弁護士を正義の味方的なものとして印象づける役割を担う常識的な概念として用いられているだけだね。これも、それほど罪のない使用法だね。

Eさんはすごい。この「社会正義」が国際労働機関(ILO)憲章の中でも使われていることを発見したんだ。こうだ。「世界の永続する平和は、社会正義(social justice)を基礎としてのみ確立することができるから、・・・、締約国は、正義及び人道の感情と世界の恒久平和を確保する希望とに促されて、且、この前文に掲げた目的〔省略〕を達成するために」、この憲章に同意する(前文)、と書かれている。単なる「正義」も使われているね。いずれも、一定のイメージと結びついてはいるけれど、きちんとした定義はなされておらず、内容ははっきりしないままだ。

B: こういう、内容を特定することは難しいけれど、なんとなくいい香りを放ってくる概念というのは、とんでもなく悪い考えを持った人間が権力を牛耳りでもしない限り、無難な飾り言葉くらいで済んでいるんでしょうが、そういう人間が出てきたりすると、途端に危険な道具に変身してしまうんでしょうね。

C: いや、どうでしょうか。とんでもなくいい考えを持っている人間によっても、知らず知らずに危険な道具にされてしまって、あるとき気づいたら、もはや手がつけれない状態になっている、ということも考えられるんじゃないでしょうか。

### ゼミ終了

P: はい、その議論の続きは来週のゼミのどこかでやろう。もうチャイムが鳴ったし。来週のテーマは民法724条だよ。「正義」が出てくるその判例を調べて、一つでも読んでおくように。それから、不法行為法の教科書も忘れずにね。

皆さん、お疲れ様でした。来週出席できない人は前もって連絡ね。課題出すから。

A: はい。ありがとうございます。

B: 私は必ず出席します。Cさんもですよ。ありがとうございます。

C: はい。来週また、いろいろ話します。失礼します。

引用文献

アリストテレス

1971 『ニコマコス倫理学 (上)』高田三郎訳 岩波書店

渥美東洋

2006 『全訂 刑事訴訟法』有斐閣

藤田久一

1998 『国連法』東京大学出版会

長谷川晃

1996 『解釈と法思考——リーガル・マインドの哲学のために』日本評論社

広渡清吾

1986 『法律からの自由と逃避——ヴァイマル共和制下の私法学——』(日本評論社)

加藤新平

1976 『法律学全集1 法哲学概論』有斐閣

河上和雄・中山善房・古田佑紀・原田國男・河村博・渡辺咲子 (編)

2011 『大コンメンタール刑事訴訟法 第2版 第9巻 [第351条~第434条]』青林書院

KISSEL, Otto Rudolf

1984 *Die Justitia : Reflexionen ueber ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst*, Verlag C.H.Beck, Muenchen

ヨンパルト, ホセ

1993 『法哲学案内』成文堂

1995 『日本国憲法哲学』成文堂

松尾浩也

1992 『刑事訴訟法 II \*公判から裁判の執行まで\*』有斐閣

宮澤俊義

1955 『法律学体系コンメンタール篇1 日本国憲法』日本評論社

モンテスキュー, シャルル・ド

1999 『世界の名著34 モンテスキュー』井上幸治編集 中央公論社

日本弁護士連合会

2021 [https://www.nichibenren.or.jp/legal\\_info/lawyer/mission.html](https://www.nichibenren.or.jp/legal_info/lawyer/mission.html)

庭山英雄・岡部泰晶

2006 『現代青林講義 刑事訴訟法 [第3版]』青林書院

尾高朝雄

1937 『改訂 法哲学』日本評論社

ベレルマン, カイム

1986 『法律家の論理——新しいレトリック——』(江口三角訳)木鐸社

酒匂一郎

2019 『法哲学講義』成文堂

笹倉秀夫

2009 『法解釈講義』東京大学出版会

2014 『法学講義』東京大学出版会

椎橋隆幸 (編著)

2009 『よくわかる刑事訴訟法』ミネルヴァ書房

白取祐司

2017 『刑事訴訟法 第 9 版』日本評論社

田中耕太郎

1961 『教育基本法の理論』有斐閣

玉木秀敏

1993 「正義論の現代的展開」田中成明編『現代理論法学入門』法律文化社所収 246-274  
頁

辻本典央

2008 「刑法 411 条により原判決が破棄されるべき『著反正義』要件について——上  
訴の研究——」『近代法学』56 卷 2 号 1-26 頁

おおつか しげる (本学名誉教授)



【論説】

# 常習犯・累犯の加重処罰規定及び 常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(1)

岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子\*

概要

序章 はじめに

- 第1 常習犯・累犯に対する加重処罰とその意図
- 第2 クレプトマニア(窃盗症)と常習累犯窃盗罪
- 第3 本稿の構成

第1章 現在の量刑論の素描

- 第1 量刑論研究の軌跡
- 第2 量刑論の射程
- 第3 量刑に関する現在の基本的な考え方

第2章 常習犯に関するこれまでの議論の整理

- 第1 常習犯の定義と概念
- 第2 常習犯に関する学説と判例・裁判例

第3章 累犯加重に関するこれまでの議論の整理

- 第1 我が国における累犯に関する規定
- 第2 加重処罰の根拠

(以上、本号)

第4章 常習犯・累犯の加重処罰に対する量刑論からの検討

第5章 常習累犯窃盗罪の検討

終章 おわりに

---

\* 「刑事司法について考える法律家の会」(<http://lgcj.tokyo/>)のメンバーによる。

## 概要

我が国においては、具体的な法文の定めの有無にかかわらず、犯罪行為に常習性が認められる場合や、過去に前科がある場合は、被告人に対する刑罰を加重する事情として取り扱われてきた。また、常習累犯窃盗罪等、常習性や前科の存在を要素とする加重的な構成要件も存在する。

しかしながら、同種の犯罪行為を繰り返す被疑者・被告人の中には、クレプトマニア（病的窃盗癖）等、犯罪行為に対する依存症への罹患が背景として認められるケースも存在する。

また、裁判員裁判制度の導入等を契機として、我が国においても量刑論についての議論が深まりつつある。

本稿は、現時点における量刑論を踏まえ、常習犯や累犯について、一律に被告人に対する刑罰を加重することを前提とするかのような現行法の合理性を、これまでの学説等を整理した上で検討するものである。

本号においては、現時点における量刑論及び常習犯と累犯に関するこれまでの議論を整理し概観する。

## 序章 はじめに

### 第1 常習犯・累犯に対する加重処罰とその意図

犯罪を繰り返す犯罪者に対し、そうでない犯罪者に比べて加重した刑罰を科すという刑事司法的な対応は、古くからなされてきた。法制度としては、常習犯に対する個別の構成要件としての加重処罰規定を設ける場合や、再犯者・累犯者に対する総則の加重処罰規定を設ける場合がこれにあたる。

我が国でいえば、常習賭博罪（刑法185条）の規定や、常習傷害等（暴行行為等処罰ニ関スル法律1条の3）、常習特殊窃盗罪（盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（以下「盗犯等防止法」という。）2条）、常習累犯窃盗罪（同法3条）の規定、また、再犯・累犯の刑罰の加重について定めた刑法57条及び59条がある。

また、常習性や累犯前科は、被告人に不利な量刑事情として用いることが一般的に許容されていると言ってよい。

このような犯罪の繰返し・反復を理由とした刑罰の加重は、当該犯罪者をそこから離脱させることを意図して行われているものと解される。しかし、この「常習犯・累犯に対する加重処罰」という「手段」と「繰り返されてきた犯行

からの離脱」というその「目的」とは、果たして本当に合理的関連性を有するものなのか。あるいは、ある程度の合理的関連性を有するとしても、その合理性が維持されるのは、本来、どの範囲、どの限度なのだろうか。

## 第 2 クレプトマニア (窃盗症) と常習累犯窃盗罪

近時、万引き行為に関連して「クレプトマニア」という用語が一般の人たちでも知る言葉となりつつある。「クレプトマニア」は、日本語では「窃盗症」などと訳される。それは、窃盗行為、とりわけ万引き行為を繰り返してしまう人々を指しており、いわゆる行為依存の一種であると言われている。

万引きは、窃盗罪 (刑法 235 条) に該当する行為であるが、多数ある窃盗罪の類型の中でも万引きで捕まる人々の中には、捕まっても、捕まっても、何度でもこの行為を繰り返してしまうという人々が多い。かつて窃盗罪の法定刑は、詐欺罪や恐喝罪など同様に「10 年以下の懲役」とされていたが、平成 18 年 (2006 年) の刑法改正によってこれに「50 万円以下の罰金」が加えられた。これは、万引きの急増に呼応した改正であった。

ところが、クレプトマニアと呼ばれる人々の中には、罰金刑を受けても万引き行為が止められず、公判請求され、執行猶予判決を受けるに至っても止められず、とうとう実刑となり、刑務所に服役し、そうしてようやく刑務所から出てきたというのにまだ止められない、という人々もいる。そして、10 年以内に 6 月以上の懲役刑の執行を 2 回受けたにもかかわらず、またしても万引きで捕まってしまう起訴されるということになると、「窃盗罪」ではなく「常習累犯窃盗」の罪 (盗犯等防止法 3 条) で起訴されることとなる。

この常習累犯窃盗罪の法定刑は、3 年以上の有期懲役である。それゆえ、何らの減軽もされなければ、多くの場合は、少なくとも 3 年は刑務所に入ることになるし、酌量減軽されても最短で 1 年 6 月は服役しなければならない。

クレプトマニアの場合は、常習累犯とは言ってもあくまで「万引き」であるから、当該窃盗の実行行為に係る被害としては少額であることが多い。そのような場合でも、常習累犯窃盗罪となれば、どんなに短くても 1 年 6 月の服役は免れないのである。

クレプトマニアの人々が万引きを止めるために必要なことは、精神医療の専門家による治療プログラムであるという認識は、現在では、ほぼ共有されているところと思われる<sup>1</sup>。しかし、常習累犯窃盗罪の法定刑のこの「3 年」とい

<sup>1</sup> 例えば、神林美樹ほか『行為依存と刑事弁護 性依存・窃盗症などの弁護活動と治療プログラム』183 頁以下 (日本加除出版, 2021) 参照。

う重い下限は、結果的にその治療のスタートを遅らせることになり、かえって再犯防止という特別予防効果を阻害する事態を招いている。

再犯から離脱させるための加重処罰がかえってその効果を阻害する。これは、法制度が健全に機能しているとは明らかに言いがたい事態である。そして、そのことは、この法制度の存在によって、当のクレプトマニアの人たちはもとより、万引きによって被害を受けている社会もまた害を受けているということの意味する。

このような問題意識は、視野を広げれば、常習累犯窃盗の問題だけにとどまるものではないだろう。そもそも、常習犯や累犯に対する加重処罰は、正当性・妥当性のある制度として機能しているのであろうか。

常習犯や累犯に対する加重処罰という刑事的な扱いは、現在刑事司法に関わる者の多くが生まれる前からすでに存在している。それゆえ、長らくその存在自体に疑問を抱いてはこなかったかもしれない。しかし、よく考えてみれば、これ自体について再考の必要があるのではないだろうか。

### 第3 本稿の構成

本稿では、以上のような問題意識に基づき、以下、関連する問題について次のような切り口から、順次検討を加える。

#### ① 第1章「現在の量刑論の素描」

ここでは、現在の「量刑論」における一般的な考え方を確認し、第2章以下での検討における共通認識とする。

#### ② 第2章「常習犯に関するこれまでの議論の整理」

主として常習賭博罪(刑法185条)をめぐって従来議論されてきた「常習」概念をめぐる問題、学説の状況、判例の立場などについて確認し、検討を加える。例えば、「常習」は、行為者の属性か、行為の属性か、双方か。また、常習犯が加重処罰される根拠は何か等について検討する。

#### ③ 第3章「累犯加重に関するこれまでの議論の整理」

刑法57条、59条は、なぜ再犯・累犯を刑の加重事由としているのかについて、常習犯と累犯との共通点と相違点を確認しながら検討する。

また、累犯に対する加重処罰の根拠は、違法の増大、責任の増大あるいはそれ以外の要素に求められるのかについて、警告理論や刑の感銘力の問題などについて取り上げながら検討する。

併せて、累犯に対しての従来からの規定による加重処罰及びその程度(範囲・限度)が、現在の刑罰理論に照らして妥当なものと評価されるのかについて検討する。

#### ④ 第 4 章「常習犯・累犯の加重処罰に対する量刑論からの検討」

第 1 章から第 3 章までの検討を踏まえ、現在の量刑論の立場から常習犯・累犯の加重処罰に対する再検討を行う。

#### ⑤ 第 5 章「常習累犯窃盗罪に対する検討」

現在、「依存による犯行」に対する犯罪類型として特に問題になるのは、常習累犯窃盗であることから<sup>2</sup>、本稿では特に常習累犯窃盗罪に焦点を当てて、その検討を行う。

#### ⑥ 終章

以上を踏まえ、著者らの結論を示す。

### 第 1 章 現在の量刑論の素描

#### 第 1 量刑論研究の軌跡

量刑論の研究は、ドイツでは 1969 年の刑法改正によって新しい総則中に「刑の量定の原則」に関する 46 条が設けられたことをきっかけとして活発化したと言われる。我が国では、これに少し遅れ、1973 年 (昭和 48 年) に、刑法改正草案が量刑の一般的基準 (48 条) を置いたことで、これをめぐって議論が闘わされた<sup>3</sup>。もっとも、我が国では、少なくとも 1990 年代までは、量刑に関する総合的・体系的な研究は、ドイツにおけるほど活発には行われてこなかったと言われる<sup>4</sup>。

しかしその後、2009 年 (平成 21 年) に発足した裁判員裁判制度において、一般人から選ばれた裁判員が、裁判官とともに、事実の認定のみならず刑の量定にも関与することとなると、我が国でも、にわかに量刑論が注目を集めるようになった。

とはいえ、我が国においては現時点でも、量刑原則が立法化されるには至っていない。

#### 第 2 量刑論の射程

---

<sup>2</sup> 常習賭博罪 (刑法 186 条 1 項) も、依存による犯行としての側面がある犯罪類型であろう。ただ、常習賭博罪は、社会的法益に対する罪であり、より社会政策的な側面が強くなる。また、実際には、公営賭博による違法性阻却が広範に認められているため、賭博行為に依存していたとしても、「犯行」と評価される賭博行為が繰り返されている場合というのは、限定的であろう。

<sup>3</sup> 阿部純二「量刑論の現状と展望」現代刑事法 2001 年 1 月号 4 頁。

<sup>4</sup> 川崎一夫『体系的量刑論』(成文堂、1991) 11 頁。

量刑とは、犯罪を原因として言い渡される宣告刑及びその他の処分を形成する全過程を意味する、とされる。言うまでもなく刑罰は人権の制限を伴う処分であるから、量刑が恣意的に行われる場合には、人権侵害がもたらされる。それゆえ、量刑論は、量刑の合理性、科学性、妥当性を確保し、よって、量刑における人権侵害を回避することを目的し、発展してきたと言ってよい<sup>5</sup>。

また、量刑は、相対的法定刑主義の下では、立法府と裁判官との共同作業となる。相対的法定刑主義とは、刑種・刑量を法律で定めるにあたって、一定の範囲内において裁判官に量刑についての裁量の余地を残しておくという立法形式を採用する考え方である<sup>6</sup>。古く、近世初頭のヨーロッパでは、犯罪に対して特定の刑罰が規定されておらず、刑罰の適用は専ら裁判官の判断に委ねられていた。これを絶対的専断刑主義という。しかし、その後、啓蒙主義的自由思想が台頭すると、犯罪に対して科す刑罰を法律上特定すべきであるとする考え方が主張されるようになる。これが絶対的法定刑主義である。この絶対的法定刑主義の下では、逆に裁判官は刑罰の適用に際して刑量を決定する必要がなく、量刑は、専ら立法の領域に属することになる。しかし、これでは、量刑に対する法的安定性と形式的平等は確保されずとも、具体的妥当性と実質的平等は確保されない。そこで、絶対的法定刑主義に伴うこうした問題点を理由として、刑事立法としては次第に前述した相対的法定刑主義が主流となったのである<sup>7</sup>。

相対的法定刑主義の下では「法定刑」は、裁判官の裁量の限界を画するという意味をもっている。そのため、それは場合によっては、具体的妥当性を追求する裁判官の障害となることもある<sup>8</sup>。つまり、ある犯罪に対する法定刑(処断刑)の設定自体が不合理である場合は、立法による枠の設定が障害となって、裁判官による「あるべき量刑」が実現されないことになる。それゆえ、量刑の合理性・科学性・妥当性の確保を目的とする量刑論は、相対的法定刑主義の下では、量刑における裁判官による裁量権行使の在り方のみならず、立法府による法定刑の刑種・刑量の枠の定め方(さらには、加重減輕事由による処断刑の枠の定め方)をも、当然にその規制の射程に含めることとなる。つまり、相対的法定刑主義を採用する現行の刑事司法制度の下での「量刑論」の議論は、裁判官による量刑判断の在り方だけでなく、立法府による法定刑等の定め方をも、当然にその議論の射程に置くのである<sup>9</sup>。

---

<sup>5</sup> 川崎・前掲注(4)1頁。

<sup>6</sup> 川崎・前掲注(4)3頁。

<sup>7</sup> 川崎・前掲注(4)3頁。

<sup>8</sup> 川崎・前掲注(4)4頁。

<sup>9</sup> なお、アメリカにおいては、連邦量刑ガイドラインがある。

### 第 3 量刑に関する現在の基本的な考え方

では、量刑論における現在の到達点は、どのようなものであろうか。

#### 1 責任主義

まず、「量刑は責任に従う」という責任主義の原則が、量刑においても指導原理になることについては、いまや疑いのないものとなっている。つまり、責任主義による規制は、犯罪の成否のみにとどまらず、成立した犯罪によってもたらされる刑罰の程度までもその支配下に置くのである。

前述したドイツ刑法 4 6 条 1 項は「行為者の責任は、刑の量定の基礎である。刑が、社会における行為者の将来の生活に与えると期待し得る効果を考慮するものとする。」と規定している。また、我が国の改正刑法草案 4 8 条 1 項も「刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない」と規定していたところである<sup>10</sup>。

もっとも、ここにいう「責任」が、犯罪成立要件としての責任と同じものか、これとは違う「量刑責任」であるか、という問題は成り立ちうる。そして、かつてはこれを分離する見解もあった。しかし、その説明に成功しているとはいえず、現在では、同じものとする見解が一般化している<sup>11</sup>。

また、その責任の対象については、これを個別行為責任と捉える考え方が主流であると言ってよいと思われる。個別行為以外の行為者の危険な性格や人格形成行為などに責任の基礎を求める見解は少数である。少なくとも性格責任や人格形成責任を無限定な形で一般的な量刑基準としようとする主張は、ほとんどみられなくなっていると言われている<sup>12</sup>。つまり、「量刑が個別行為責任主義に従うべきこと」については、学説上は、ほぼ一致を見せている状況にあると言ってよいであろう。

#### 2 幅の理論と点の理論

もっとも「量刑は責任に従う」とは言っても、責任量が刑量にいかにして変換されるかをめぐっては、いわゆる「幅の理論」と「点の理論」との対立がある。また、責任主義の要請が刑の上限のみを画するのか（消極的責任主義）、同時に刑の下限をも画するのか（積極的責任主義）に関しても、いまなお見解の

<sup>10</sup> 阿部・前掲注(3)5頁。

<sup>11</sup> 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐらる問題(1)(2)」早稲田法学 68 卷 3・4 号。城下裕二『量刑基準の研究』(成文堂, 1995) 112 頁。

<sup>12</sup> 井田良「量刑理論と量刑事情」現代刑事法 3(1) (2001) 36 頁。

対立が見られる状況にある<sup>13</sup>。

「幅の理論」は、責任に応ずる刑は、法定刑(処断刑)の範囲の中の一定の幅で示されるとする考え方である。これに対し、「点の理論」は、責任刑は法定刑(処断刑)の範囲の中の一点で示されるとする考え方である。現在においては「幅の理論」が主流となっている。また、責任の機能に関しては、消極的責任主義が多数説であると言われる。

「幅の理論」を前提として積極的責任主義を採用する場合、次に見る予防の要請による刑罰への影響は、その責任の「幅」の範囲内でのみ機能し、責任量の下限を超えて刑罰を下げることは否定される。これに対し、「幅の理論」とともに消極的責任主義を採用する場合には、予防の要請は、責任の幅の中で量刑に影響するだけでなく、責任量の下限を超えて刑罰を押し下げられることも許容される。現在では、後者の立場が多数である。

### 3 予防による規制

次に、量刑が、責任主義と同時に「刑罰の目的」からの規制を受けるということも、また、多くの学説が一致して認めるところである。もっとも、刑罰の目的に関しては、刑法の基礎理論として、かねてより応報刑論と予防刑論(目的刑論)との対立がある。応報刑論は、遡ればカントの同害報復の原理やヘーゲルの等価的倫理的非難に端を発するが、現在の応報刑論は、過去に行われた犯罪に対する行為者の責任に比例する刑罰が科されるべきだとする立場をいう<sup>14</sup>。そのため、現在では「応報刑は責任刑である」ということもできるとされる<sup>15</sup>。他方、予防刑論は、刑罰の目的を将来の犯罪の予防であるとする考え方であり、この予防目的には一般予防と特別予防がある<sup>16</sup>(後述)。

応報刑論には、刑罰の根拠を応報のみに認めるという「絶対的応報刑論」もかつてはあったが、現在ではそのような立場はみられず、応報という要素を認

<sup>13</sup> 山中敬一『刑法総論 [第3版]』(成文堂, 2015) 57頁。責任が刑罰を基礎づけ構成するという意味は責任の刑罰構成機能と呼ばれ、責任が刑罰を限界づけるという意味は責任の刑罰限定機能と呼ばれる。前者のみを認める考え方は「責任あれば必ず刑罰あり」という考え方に結びつき、積極的責任主義と呼ばれ、後者の機能のみを認める見解は「責任なければ刑罰なし」ということを意味するから消極的責任主義と呼ばれる。消極的責任主義が多数説であるとされる。

<sup>14</sup> 山中・前掲注(13)58頁以下。

<sup>15</sup> 平野龍一『刑法 総論 I』(有斐閣, 1972) 21頁は、「応報刑論者は、単に応報であることによってではなく、犯罪との間に均衡を保った「正しい」応報であることが刑罰を正当化するという。しかもその「均衡」は、「目には目を、歯には歯を」という、犯罪の結果の軽重との均衡だけでなく、行為者の責任との均衡が必要だとされる。いいかえると、責任に応じた非難であることが、刑罰の正当性の根拠だということになる。その意味で、応報刑は責任刑だといってもよい」とする。

<sup>16</sup> 山中・前掲注(13)60頁。

めつつも、予防目的を認める「相対的応報刑論」が主流をなしている。つまり、刑罰の本質を応報としての害悪・苦痛であるとしつつも、その目的は犯罪の防止であるとする考え方である。そして、このような相対的応報刑論が支配的な見解となっていると言われる<sup>17</sup>。

そこで、このような相対的応報刑論の考え方を前提とするならば、量刑は、前述した「責任主義」による規制に加え、「刑罰の目的」との関係で、応報刑論（応報）と予防刑論（予防）の2つの方向からの規制を受けることになると考えられるのであるが、前述のとおり、現在では「応報刑＝責任刑」と解されるため、「応報」による要請は、「責任主義に基づく量刑」が実現される限りにおいては同時に実現されることになる。それゆえ、「応報」の要請自体は「責任主義」と独立した量刑基準としては機能せず、結果的に「責任主義」と並んで独立した量刑基準を形成するのは、専ら「予防」の要素のみということになる。

もっとも、「予防」と言っても、そこには2つのものがある。一般人に影響を与えることで可能な犯罪を未然に防ぐという効果を期待する「一般予防」と、犯罪者の再犯の防止、再社会化を期待する「特別予防」である。そこで、これら2つの要請がそれぞれどのように働くのかについては、区別して検討する必要がある。

また、近時では「一般予防」は、更に2つの側面があるとされる。すなわち、潜在的犯罪者に対して刑罰による威嚇をすることで犯罪が防止されることを期待する「消極的一般予防」と、犯罪者が適切に処罰されることにより犯罪行為が正当化されることを防ぎ、法秩序への国民の信頼を回復し、一般国民の規範意識を覚醒・強化することによって犯罪が防止されることを期待する「積極的一般予防」とである。前者は「威嚇予防」、後者は「規範予防」とも呼ばれる。そこで、これら一般予防のもつ2つの側面についても区別して検討する必要がある。

このように「予防」の要素の量刑に対する影響を論ずるにあたっては、これら3つのうちの「どの要素」が「どのように」影響を及ぼすのかということが区別して議論されなければならないが、現時点における到達点としては、一応次のように整理することができるであろう。

第1に、特別予防の要素が量刑に対して影響することは一般的に肯定されて

---

<sup>17</sup> 西田典之著・橋爪隆補訂『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂、2019）20頁以下は「絶対的応報刑論は正義・因果応報という観点から責任の追及を行うという考えをとる。それゆえ、「責任あれば刑罰あり」という積極的責任主義につながる。これに対して、相対的応報刑論は、刑罰の目的は、法益の保護・犯罪の抑止にあるとして、あくまで刑罰の歯止めとして応報刑論を取り入れる。それゆえ、「責任なければ刑罰なし」という消極的責任主義へとつながる」とする。

いと言つてよいであろう。もつとも、これが行為者に有利な方向にのみ働く  
と解すべきか、有利にも不利にも働くべきかについては、学説は統一し  
ない。しかし、仮に後者のように解するとしても、特別予防を根拠とする刑の  
加重は責任刑の上限を超えることはできないとする見解が主流である。他方で、  
行為者に有利な方向で働く場合については、責任刑の下限を超えて量刑を引き  
下げることができるという「消極的責任主義」の立場が主流であることは、す  
でに述べた。

第2に、一般予防のうち積極的一般予防(規範予防)については、見方が分  
かれる。この考え方によれば規範違反があれば必ず処罰すべきだという懸念が  
示される一方で<sup>18</sup>、他方では、責任主義に従った刑罰が科せられるならば、これ  
によって「規範の安定化」がもたらされるから、積極的一般予防は、量刑にお  
いて独立した意味をもたないという見方もある<sup>19</sup>。

第3に、消極的一般予防(威嚇予防)は、おそらく最も見解が先鋭に対立す  
るところである。まず、学説は、幅の理論を前提とした「責任刑の幅」の範囲  
内であってもこれを行為者の不利(量刑を加重する方向)に働かせることには、  
こぞって反対する<sup>20</sup>。例えば、当該犯罪が頻発しているという理由から行為者  
の刑罰を加重するという帰結は、必ずしも明確でない「威嚇」という要因を理  
由にして、まさに当該行為者を犯罪防止の「手段」として用いることになり、

---

<sup>18</sup> 西田・前掲注(17)18頁。

<sup>19</sup> 阿部・前掲注(3)6頁はこのように指摘する。しかし、消極的責任主義によれば、特別  
予防の考慮によって、再犯の可能性が乏しければ責任刑の下限を超えて量刑を軽くする  
ことも許容されるが、規範予防の観点はこのような軽い量刑を阻害する方向で働くこと  
が考えられる。例えば、夫から日常的なDVを受けていた妻が遂に夫を毒殺したという  
事案の場合、夫のいない今、行為者である妻には再犯の可能性はほとんど考えられない  
が、だからと言って妻に対して極めて軽い量刑をすることについては、規範予防の要請  
はこれに否定的に機能すると考えられる。

<sup>20</sup> 阿部・前掲注(3)6頁は、この点について次のように指摘する。「一般予防的考慮は刑  
を重くする方向のみならず軽くする方向にもはたらくから、一概にこれを排斥すること  
はできないが、少なくとも刑を重くする方向にはたらかせることは妥当でないであろ  
う。第三者を威嚇するために犯人に重い負担を負わせることは、犯人に対する刑罰とし  
ては正当化し得ないからである」。また、城下・前掲注(11)130頁は次のように述べる。  
「しかし、威嚇予防に対しては、次のような批判がなされた。第一に、この考え方は必  
然的に厳罰につながる。なぜならば、刑罰による威嚇を行おうとする者は、できるだけ  
厳しく処罰することによって威嚇力を高めようとする傾向があるからである。……第二  
に、威嚇による予防の効果は、多くの犯罪や行為者について今日まで証明されていな  
い。……第三に、威嚇による予防は、個人を、その者自身のためではなく、他人のため  
に処罰するということを意味する。このことは、犯罪者を『手段』として他の者の犯罪  
行為を予防することになり、人間の尊厳に反する。個人を、国家が利用し得る人的資源  
としてではなく、国家以前に存在し、国家から保護されるべき人格価値の担い手であ  
り、すべての他者と全く等しい存在として認める法秩序にとって、右のような個人の  
『手段化』は許されないのである。」

憲法 13 条の保障する「個人の尊厳」に反するなどとされる<sup>21</sup>。これに対し、刑事実務では、検察官が一般予防（威嚇予防）を理由として被告人に対して厳罰をもって臨むべきであると「論告」において主張することは、頻繁に行われるところである。

#### 4 量刑事情の限定

以上によれば、量刑は「責任主義」と「予防」によって規制されるとするのが、現時点での量刑論の到達点であると考えられる。つまり、量刑は、責任主義と予防を基準として行われるべきであるということである。

そして、量刑基準が定めれば、それは量刑事情の範囲を限定させることへとつながる。つまり、責任主義の観点に基づく責任量にも、予防（とりわけ特別予防）の効果にも関連しない事情は、量刑に際して考慮してはならない、というルールに帰結する。

#### 5 二重評価禁止の原則

しかし、量刑事情の限定に関しては、さらにもう 1 つ、「二重評価禁止の原則」という問題がある。前述したとおり、ドイツでは量刑基準が法定されているが、これに関するドイツ刑法 46 条 3 項は「すでに法律上の構成要件の要素となっている諸事情はこれを考慮してはならない」と規定している。これが二重評価禁止の原則である。

これは、量刑においては、構成要件要素としての事実それ自体、さらには、当該犯罪類型が当然に予想する事情、立法理由となった事情、行為の実行に通常伴う事情等を考慮することは、許されないとするものである。立法者が法定刑の確定にあたってすでに一度考慮した事情を、法定刑の枠内での量刑に際して重ねて考慮することは、当該事情に不相当な比重を与えることになるので、許されないとしているのである<sup>22</sup>。

本章の冒頭でも述べたとおり、我が国には、現時点において量刑基準・量刑事情についての規定は存しない。しかし、そうであればこそ、この点は合理的な考慮に基づいて理論を構築するほかはなく、このような合理性のある原則は、我が国においても当然考慮されると解するべきであろう。

#### 6 小括

以上のとおり、量刑に関する現在の基本的な考え方によれば、以下のように

<sup>21</sup> 城下裕二・前掲注(11)134 頁以下。

<sup>22</sup> 井田・前掲注(12)36 頁。

なる。

第1に、量刑は、責任（個別行為責任）と予防（特別予防）の観点から行われるべきである。そのため、これらの要素がどのようにして量刑に変換されるのかという問題は残るにしても、少なくとも、このいずれの観点からも量刑に影響しない事情は、量刑事情として考慮することは許されない。それゆえ、そのような事情を考慮してなされた量刑は、違法なものとなる。

第2に「二重評価禁止の原則」がある。そのため、責任（や予防）に影響する要素であっても、立法者が法定刑の確定にあたってすでに一度考慮した事情は、再度、量刑にあたって考慮してはならない。それゆえ、構成要件要素としての事実それ自体、さらには、当該犯罪類型が当然に予想する事情、立法理由となった事情、行為の実行に通常伴う事情等を考慮してなされた量刑も、また違法なものとなる。

## 第2章 常習犯に関するこれまでの議論の整理

### 第1 常習犯の定義と概念

#### 1 常習犯の定義

前述のとおり、我が国においては、常習犯を総則的に加重処罰する規定はない。個別の構成要件として規定されている場合や、量刑として考慮されるにとどまる<sup>23</sup>。

まず、「常習犯」の定義を確認すると、現状、「一定の行為を反復累行する習癖のある者が犯すことによって成立する犯罪」<sup>24</sup>、「繰り返して犯罪を犯す習癖に基づいて犯罪を行うこと」<sup>25</sup>といった辞典に挙げられている定義に言及されることが多い<sup>26</sup>。ここでは、「犯罪」や犯罪行為に着目して「常習犯」を定義し

<sup>23</sup> 常習性を構成要件として規定している法律は多くないものの、多くの迷惑行為防止条例においては、常習痴漢罪や常習盗撮罪の規定があり、その適否については、今後の検討課題である。差し当たり、事実認定の観点から、田邊三保子「痴漢及び盗撮の事案における常習性の認定について」警察学論集 68 卷 10 号 132 頁以下参照。

<sup>24</sup> 竹内昭夫ほか編『新法律学辞典〔第3版〕』（有斐閣、1989）726 頁。

<sup>25</sup> 三井誠ほか編『刑事法辞典』（林美月子）（信山社、2003）420 頁。なお、同辞典の記載では、常習賭博罪などが挙げられた上で、「これらの犯罪では、行為者に常習性があり、その発現として犯罪を犯すことが問題となっているのであって、常習犯人という行為者の類型が問題となっているのではない。」とされている。

<sup>26</sup> 例えば、増田啓祐「常習性と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第2巻犯罪等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011）138 頁、西岡正樹「常習犯規定に関する一考察(1)」法政論叢（2019）72 号 1 頁など。井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』113 頁注 49）（有斐閣、2018）も、ほぼ同様。

ている。「常習として」行為を行うことを構成要件として挙げている犯罪について、「犯罪類型としての常習犯」<sup>27</sup>と述べられるのも、このような考えといえる。

その一方で、1962年(昭和42年)の論文などでは、「刑事政策上、かつてはスリ、詐欺師、墮胎幫助の産婆などの職業的犯人のごとく、刑法的違反をある程度に職業とし、それをもって一定の継続的生活の維持方法としている者」を常習犯として把握していたのが、「刑事政策上も刑事法関係法規上も統一され、常習犯とは、一定種類の犯罪の反復行為によって形成された一定種類の犯行への傾向(常習性)を有する犯人であると解され、その中核となるのは一定種類の犯罪への傾向性である」とされていた<sup>28</sup>。このような意義に照らして、犯人の類型に着目した概念と言われることもある<sup>29</sup>(以下、便宜上、「犯人類型としての常習犯」という。)

本稿は、常習犯に関する批判的な検討を目的とするものであるため、議論の整理にあたっては、まず、「常習犯」に関する概念や歴史の概略を取り上げる。その上で、犯罪類型としての常習犯、犯人類型としての常習犯のいずれであっても中核的な要素である「常習性」をめぐる学説と判例・裁判例を概観する。

## 2 常習犯の概念

そもそも、「常習犯」については、実体把握が先決であるとされ<sup>30</sup>、明確にすることが学説的な検討課題とされてきた。

### (1) 海外における「常習犯」概念の歴史

西欧において、常習犯類似の観念は、古くは、ローマ法からあつたとされる<sup>31</sup>。そして19世紀における累犯者や常習犯罪者の増加現象に対処するため明文規定が立法されるようになった<sup>32</sup>。1810年のフランス刑法典では、常習乞食罪、常習的猥褻物陳列罪、常習的暴行罪、営業的売春周旋罪、常習的売春周旋罪など「常習犯」の観念が立法的に導入され、ドイツでも1813年バイエルン刑法典には、「熟練した常習的詐欺師」という表現が用いられ、「熟練し

<sup>27</sup> 増田・前掲注(26)139頁。

<sup>28</sup> 奥田保「常習犯について」『創立20周年記念論文集 第3巻(刑事編)』(司法研修所、1967)125頁。

<sup>29</sup> 岩崎二郎「常習犯について」団藤重光ほか『刑事法学の基本問題(上)』(有斐閣、1958)605頁。後述する内田文昭「常習犯と違法性の意識」神奈川法学34巻2号(平成13)29頁以下も同様。

<sup>30</sup> 林弘正「常習犯についての法制史的研究序説」森下忠ほか編『日本刑事法の理論と展望 上巻—佐藤司先生古稀祝賀—』(信山社、2002)315頁。内田・前掲(29)19頁も同旨。

<sup>31</sup> 内田・前掲注(29)17頁。

<sup>32</sup> 林・前掲注(30)314頁。

た常習的（慣行的）な犯行」が極めて「悪質で危険な人間」であるがゆえに、重刑に値するとされ、その後、1851年のプロイセン刑法典、1871年のドイツ帝国刑法典においても、「営業的」「常習的」犯行が規定されていた<sup>33</sup>。ただ、「常習犯」は、「累犯」との関連において捉えられていた。また、「営業犯」（や「職業犯」）との間では外形的な「累行性」が共通項として捉えられていたものの、内部的・心的特性において激情犯・衝動犯とかかわりをもつ「常習犯」が意識されるようになったのは、古くからのことではなかった<sup>34</sup>。その後、ドイツにおいては、「常習犯」を、累犯や営業犯に解消しようとの考えもあったものの、「累犯」とは「有罪判決・刑執行の効果もなしに、比較的短時間を経過した段階で、再度以上に亘って犯罪を累行した場合」、「営業犯」とは「継続的な実行により継続的に収益を得ようとする犯行」の場合、「職業犯」とは「必ずしも収益を求めるわけではないにしても、なお継続的な業として犯行を行うとする場合」を意味すると整理し、「常習犯概念の純化を求めるならば、『常習犯』とは、累行・熟練により、犯罪が『容易で快適な仕事』（フォイエルバッハ）となり、あるいは、『うまくいった』ことに『味を占め』（アジャッヘンブルク）、その『とりこ』（ヴァールベルク、ボッケルマン）になって、絶えず犯行の『機会を求め続け』（カール）、したがって、犯行決意も『素早く自明のもの』（ドッヒョー、リリエントール）として生じてくる行為者ないしは、そのような行為者になることを決意した者を指称する」<sup>35</sup>とされている。「常習犯」とは、「深く根付いた犯罪指向性の発現としての犯罪累行性」にあり、着目すべきは、「外的特性としての累行性ではなくして、その内的特性としての犯罪指向性」とされた<sup>36</sup>。

## （２）我が国の「常習犯」概念の展開

このようなドイツ法での議論とは異なり、我が国において「常習犯」は、「営業犯」「職業犯」との関連性や異同が明確には考慮されてこなかったとされる<sup>37</sup>。

また、犯罪類型としての常習犯が規定されるに至った経緯も、海外における展開とは若干の相違がある。

<sup>33</sup> 内田・前掲注(29)19頁。

<sup>34</sup> 内田・前掲注(29)19頁以下。

<sup>35</sup> 内田文昭「常習犯と違法性の意識」神奈川法学 34巻2号（平13）29頁以下。

<sup>36</sup> 内田・前掲注(29)30頁。

<sup>37</sup> 内田・前掲注(29)19頁以下。岩崎二郎「累犯」岩崎二郎ほか『総合判例研究叢書 刑法(6)』（有斐閣、1957）59頁では、常習犯について、「職業犯人と同義に解することは明らかに狭きにすぎるのでその後状態的犯人（Zustandsverbrecher）の語を用いてこれを(1)狭義の慣習的犯人、(2)職業的犯人、(3)性向的犯人等の包括概念とした。英法にいわゆる Habitual Criminal もかような広義のものを指称する。尚営業犯・慢性犯・慣習犯・持続犯・反覆犯といった名称も用いられる。」というように、非常に広い概念として指摘されている。

## ア. 常習賭博罪の制定過程概要

まず、我が国の旧刑法には、犯罪類型としての常習犯の規定はなく、単純賭博罪の規定のみであったところに、明治34年(1901年)刑法改正案215条で、「単純賭博罪に比べ弊害のより大なること」(原文の片仮名書きを平仮名に改め、その他、字体や読点についても一部書き改めてある。以下同様。)から重く罰するとして現行の明治40年(1907年)刑法に常習賭博罪が規定された<sup>38</sup>。これが「犯罪類型としての常習犯」の規定の始まりといえる<sup>39</sup>。なお、「常習として」の意味については、立法当時は「文字の通り、不断賭博する者を指したのであります」<sup>40</sup>とされた。

大正10年(1921年)となり現行明治40年刑法の改正事業が始動し、大正13年(1924年)に、総則規定に関する第16項において「常習犯に付いては特に刑を加重すべき規定を設けること」が議題とされ、大正13年(1924年)12月6日開催の第5回諮問第4号主査委員会では、「常習犯」とは、「強窃盗其他財産犯に関する常習者にして改化遷善の効果なき者に付ての問題」(花井卓蔵委員発言)とされ、牧野英一委員から、フランスやドイツなどの法制度と共に不定期刑の紹介がされるなどした<sup>41</sup>。

## イ. 暴力行為等処罰法の制定過程概要

そして、大正時代末期から昭和初年にかけての労働農民運動・小作争議の増加を受け、特別刑法の立法が議論され、暴力行為等処罰に関する法律(以下「暴力行為等処罰法」という。)、盗犯等防止法が制定されるに至った。

ここでは、暴力行為等処罰法の制定過程について言及する(盗犯等防止法は、別途扱う。)。暴力行為等処罰法の大任による提案理由や説明では、団体・多衆と、常習的に暴行などを為す者が並列的に挙げられたり、団体やその構成員が常習として暴行の他脅迫をする場合が挙げられたりした<sup>42</sup>。政府委員による、暴力行為等処罰法1条の3(現行法)の「常習として」の意義の説明は、刑法の常習賭博罪の文言を借りてきたとされ、例えば、「押借「ユスリ」の慣行者、習癖者とかいような者を取り締まりたいと云う意味で使った」と述べられた一方で、処罰根拠としては、団体・多衆の威力と同様に、繰り返しによる威力や恐怖心を観念できることが指摘された<sup>43</sup>。暴力行為等処罰法は、大正15年(1926年)4月10日に成立した。

<sup>38</sup> なお、常習賭博罪に関する制定過程の詳細は、中島広樹「常習犯に関する一考察」平成法政研究7巻1号44頁以下参照。

<sup>39</sup> 林・前掲注(30)329頁。

<sup>40</sup> 林・前掲注(30)330頁。

<sup>41</sup> 林・前掲注(30)339頁。

<sup>42</sup> 林・前掲注(30)336頁以下。

<sup>43</sup> 林・前掲注(30)338頁。

## ウ. 刑法改正事業を通じた「常習犯」についての検討過程概要

その後、前述の刑法の改正事業を通じて「刑法改正の綱領」が出された。その中の第1項では「各罪に対する刑の軽重は本邦の淳風美俗を維持することを目的とし忠孝其他の道義に関する犯罪については特に其の規定に注意すること」とされ、第2項では「裁判上刑の量定に関する一般標準を定め特に前項の趣旨に適合する規定を設けること」とされ、第17項に、「常習犯に付ては特に刑を加重すべき規定を設けること」とあった。この第17項につき、司法省行刑局長泉二新熊委員からは、「実際の上に於いて常習性を帯びて居るものであるかどうかと云うことに重きを置くことになって」おり、このような「常習性」ゆえに、常習賭博罪が単純賭博罪よりも重くされていることや暴力行為等処罰法が常習として犯した場合には加重されていることを挙げるに至った<sup>44</sup>。また、常習犯に関する17項は、第2項を「一層明らかにする必要があるため」別に規定したものであるとされた(泉二新熊発言)<sup>45</sup>。

刑法改正の綱領は、その後、戦後の改正刑法準備草案、改正刑法草案にも引き継がれていったが<sup>46</sup>、最終的には、明治40年現行刑法がほぼそのまま維持された。本稿では改正刑法草案についての詳細などには立ち入らないが、この制定史からは、どちらかといえば、「常習犯」の内実を明らかにして条文化していくこと、すなわち犯人類型としての常習犯を明らかにするというよりも、社会・政府の要請から犯罪類型としての常習犯を規定していくことが先行し、拡大していった様子が見てとれるように思われる<sup>47</sup>。

第4章ではこの点も検討するとして、犯罪類型としての常習犯にせよ、犯人類型としての常習犯にせよ、「常習性」を中核としているため、以下では、「常習性」に関する学説や判例・裁判例の議論を概観する。

## 第2 常習性に関する学説と判例・裁判例

### 1 常習性の意義に関する学説

常習性の意義については、①行為者の属性に着目したものと考えるか、②行為の属性と考えるか、あるいは、③行為者の属性であるとともに行為の属性で

<sup>44</sup> 林・前掲注(30)341頁。なお、花井卓蔵委員長は「之は当然でありまして説明の必要はないと思います」と述べていた。

<sup>45</sup> 林・前掲注(30)342頁。

<sup>46</sup> 吉川経夫「改正刑法草案とモラリズム」法哲学年報(1976)19頁。

<sup>47</sup> 中島・前掲注(38)69頁においても、「準博徒を捕捉」したいとの取締りの必要性が先行して、犯罪類型としての常習犯が形成されてきたのではないかとまとめだと思われる。なお、人格責任論の理論展開との関係では、団藤重光『刑法綱要総論第3版』(創文社、1990)138頁参照。

あると考えるかの見解がある<sup>48</sup>。また、それぞれについて、責任要素と考えるか、違法要素と考えるかの差がある。これらは、加重理由や身分と共犯(刑法65条の適用の有無)をどのように考えるかと関係する。

まず、常習性について、①行為者の属性であるとする考え方がある。「常習性」は、行為そのものの属性ではなく行為者の属性であり<sup>49</sup>、常習性には多分に素質的因子と環境的因子が含まれており、人格形成責任の観点から、責任要素として、人格形成に行為者に非難を期することのできる限度で量刑上、刑を重くする要素として考慮されるべきとする<sup>50</sup>。

それに対して、常習性を②行為の属性であるとするのは、基本的に、「犯罪は行為である」とする考え方からである<sup>51</sup>。行為にあらわれた「行為者の特性」は行為の実質的な内容だといってよく、行為刑法の考えからすれば、常習性とは、「行為の属性」と考えるべきことになる<sup>52</sup>。そして、行為の属性であることを貫徹し、常習性が営業性と同じように、行為の客観的な属性であると考えたと、身分ではなく、刑法65条2項の適用はないことになる<sup>53</sup>。そして、行為の危険性から違法性の加重があるものとする。

③行為者の属性であるとともに行為の属性でもある<sup>54</sup>とする考えは、常習性が元来、一定の犯罪を反復・累行して行う習癖をいうため行為者の特性・属性を意味するとしても、刑法上は、行為を離れた行為者の概念を認めるべきでないことから、行為の属性であると同時に行為者の属性であるとする<sup>55</sup>。また、常習犯が集合犯と解されていることから、常習性を違法要素と理解することは可能であるものの、違法要素としてはその限度で考慮され、責任要素としての性格は否定できないともされる<sup>56</sup>。ただし、ここでの責任要素とは、常習性による責任加重を意味するため、その前提として、刑罰による特別予防の必要性から責任が加重されるとの理解を採用する必要があるとされる<sup>57</sup>。

結局、ここでの問題は、④行為者の属性と考えることに対して、その背後に

<sup>48</sup> 増田・前掲注(26)142頁以下。

<sup>49</sup> 団藤・前掲注(47)138頁。

<sup>50</sup> 団藤・前掲注(47)138頁注(四)、532頁、内田・前掲注(29)29頁。なお、西田典之著・橋爪隆補訂『刑法各論〔第7版〕』(弘文堂、2018)427頁も参照。

<sup>51</sup> 平野・前掲注(15)108頁。

<sup>52</sup> 平野・前掲注(15)108頁。

<sup>53</sup> 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1969)372頁。

<sup>54</sup> 大塚仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』(有斐閣、2005)530頁以下。

<sup>55</sup> 大谷實『刑法講義各論新版第4班補訂版』(成文堂、2015)530頁。山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣、2010)518頁も同旨。

<sup>56</sup> 山口・前掲注(55)519頁。

<sup>57</sup> 山口・前掲注(55)519頁注21)。

常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪の批判的検討  
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

ある人格形成責任論に対する批判<sup>58</sup>や、刑法が「彼が何であるか」について関心を持つべきでなく、「彼が何を行ったか」に関心を持つべきとの鉄則を固持するかどうかにあるといえよう。行為主義を貫徹しようとする、『『犯罪指向性』を『常習犯』の概念標識としながら、なお『行為者性』の見地に赴かな』ようにしなければならなくなるからである<sup>59</sup>。

## 2 「常習性」に関する判例・裁判例

判例・裁判例は、「常習性」につき、大審院から最高裁<sup>60</sup>を通じて、行為者の属性と解しているとされる<sup>61</sup>。

そして、「常習性」の定義は、常習賭博罪<sup>62</sup>や常習累犯窃盗<sup>63</sup>などを通じて、「反復して犯罪行為を行う習癖」を意味するとされる。

また、常習累犯窃盗罪の裁判例では、「窃盗の常習性は、機会があれば、抑制力を働かせることなく安易に窃盗を反復累行するという習癖があれば足りるものと解される。」<sup>64</sup>とも述べられている。

行為者の習癖の発現したものであれば、一回の犯罪、例えば賭博でも常習賭博罪になるとされる。

また、習癖者という一種の身分が加重的原因となっている一つの身分的加重類型であるため、常習賭博罪でいえば、常習者と非常習者が共同した場合には常習賭博罪と単純賭博罪の共同正犯が、非常習者が常習者に賭博を教唆・幫助した場合には非常習者に単純賭博罪が、常習者が非常習者に賭博を教唆・幫助した場合には常習者に常習賭博罪の教唆・幫助が成立する。

なお、常習性の認定にあたっては、i)被告人の前科の内容(前科の回数、態様)といった習癖の形成に関する資料、ii)最終刑から今回犯行に至るまでの期間及び被告人の行状といった習癖の存続を示す資料、iii)今回犯行の内容(動機、態様)等の事情といった習癖の発現としての資料が重要な判断資料とされている<sup>65</sup>。

このように、一見、判例・裁判例においては、犯罪類型としての常習犯とは、犯人類型としての常習犯を意味するものとして固まっているようにもみえる。

---

<sup>58</sup> 平野・前掲注(15)62頁以下。

<sup>59</sup> 内田・前掲注(29)41頁以下。

<sup>60</sup> 最決昭和54年10月26日刑集33巻6号665頁等。

<sup>61</sup> 増田・前掲注(26)140頁。但し、◎行為者の属性と行為の属性の両面あるとの見解に親近性を有するとされることもある(同141頁注12)参照)。

<sup>62</sup> 最一小判23年7月29日刑集2巻9号1067頁等。

<sup>63</sup> 大判昭和7年8月6日刑集11巻1169頁等。

<sup>64</sup> 東京高判平成10年10月12日高刑集51巻3号479頁。

<sup>65</sup> 増田・前掲注(26)145頁から147頁。

しかし、賭博遊戯機を設置し遊技場の営業をした経営者につき、行為者の意思、投下した資金の額、営業規模、賭博の反復回数などを指摘して、「賭博を反覆累行する習癖」があるとした最高裁判例（最決昭和 54 年 10 月 26 日刑集 33 卷 6 号 665 頁）がある<sup>66</sup>。「習癖」概念を拡張して、「賭博を容易に止められないという状況に自らを置いた意思態度」も習癖に含めることによって正当化することが述べられているが<sup>67</sup>、犯罪類型としての常習犯の中に、営業犯としての側面が流入しているとも見える<sup>68</sup>。犯罪類型としての常習犯と、犯人類型としての常習犯の整理が不十分であるといえなくもないであろう<sup>69</sup>。

### 第 3 章 累犯加重に関するこれまでの議論の整理

#### 第 1 我が国における累犯に関する規定

次に、累犯加重に関する議論を整理する。

我が国の刑法には、累犯要件を構成要件要素とする犯罪は存在せず、特別法として、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律が常習累犯窃盗等を定めているに過ぎない<sup>70</sup>。一方で、我が国の刑法は、その第十章において、「累犯」について次のような条文を設けている。

(再犯)

第 56 条 懲役に処せられた者がその執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から 5 年以内に更に罪を犯した場合において、その者を有期懲役に処するときは、再犯とする。

② 懲役に当たる罪と同質の罪により死刑に処せられた者がその執行の免除を得た日又は減刑により懲役に減輕されてその執行を終わった日若しくはその執行の免除を得た日から 5 年以内に更に罪を犯した場合において、その者を有期懲役に処するときも、前項と同様とする。

<sup>66</sup> 最決昭和 54 年 10 月 26 日刑集 33 卷 6 号 665 頁。なお、この最高裁判例以降、東京高判昭和 60 年 8 月 29 日高集 38 卷 2 号 125 頁など、同様の裁判例が続いている。谷村允裕「常習犯罪における常習性の認定」判タ 711 号 69 頁以下も参照。

<sup>67</sup> 谷村・前掲注(66)69 頁。

<sup>68</sup> 渡部保夫「常習賭博罪の常習性が認められるとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇昭和 54 年度 292 頁以下では、「常習」という概念に営業的な類型と習癖的な類型があり、また「営業犯」と「常習犯」が別個の概念であることを認識した上で、双方を一括して捉えることの適否が検討されている。

<sup>69</sup> 谷村・前掲注(66)70 頁では、このような営業賭博類似の問題は、暴力行為や窃盗では見当たらず、性癖としての常習性の問題とすることで十分であると指摘するが、暴力行為を職業的に行うものや、窃盗によって生計を立てる者も考えられ、必ずしもこのようにはいえないであろう。

<sup>70</sup> 常習累犯窃盗については、次章において検討する。

③ 併合罪について処断された者が、その併合罪のうちに懲役に処すべき罪があったのに、その罪が最も重い罪でなかったため懲役に処せられなかったものであるときは、再犯に関する規定の適用については、懲役に処せられたものとみなす。

(再犯加重)

第57条 再犯の刑は、その罪について定めた懲役の長期の2倍以下とする。

第58条

削除<sup>71</sup>

(3犯以上の累犯)

第59条 3犯以上の者についても、再犯の例による。

このように、刑法57条、59条は、再犯・累犯を刑の一般的な加重事由として定めている。そこで、まずは我が国の刑法が再犯・累犯について、刑を加重している根拠について、これまでの議論を整理することとする。

## 第2 加重処罰の根拠

### 1 再犯・累犯の加重根拠についての裁判例

再犯・累犯の加重根拠を直截に判示した最高裁判例は存在しない。一方で、再犯・累犯の規定は、審理の対象となっている公訴事実とは異なる事実を理由に被告人の刑事責任を加重するものであり、かつ、その事実に対しては、既に刑罰が科されていることから、二重処罰を禁止する憲法39条に抵触するのではないかという問題提起がなされ、この点についての最高裁判例は存在する。

最大判昭和24年12月21日(刑集3巻12号2062頁)は、「刑法第56条第57条の再犯加重の規定は第56条所定の再犯者であるという事由に基いて、新に犯した罪に対する法定刑を加重し、重い刑罰を科し得べきことを是認したに過ぎないもので、前犯に対する確定判決を動かしたり、或は前犯に対し重ねて刑罰を科する趣旨のものではないから所論憲法第39条の規定に反するものではない。」と判示している。同様に、最判昭和25年1月24日(刑集4巻1号54頁)は、「累犯者の刑を加重する規定も亦、憲法の平等の原則に違反するものでない」として、憲法14条にも抵触しないことを明らかにしている

<sup>71</sup> 「1項 裁判確定後再犯者タルコトヲ発見シタルトキハ前条ノ規定ニ従ヒ加重ス可キ刑ヲ定ム 2項 懲役ノ執行ヲ終ワリタル後又ハ其執行ノ免除アリタル後発見セラレタル者ニ付テハ前項ノ規定ヲ適用セス」という内容が定められていたものの、昭和22年の改正の際に二重処罰を禁止する憲法第39条に抵触する疑いがあることを理由に削除された。

る。

このように、再犯・累犯を理由に刑を加重すること自体については、最高裁も是認しているところではあるが、その根拠についてどのように考えるべきか。この点についての学説は錯綜していると言わざるを得ない。まずは代表的な見解について整理することとする。

## 2 学説

### (1) 責任の増加を刑の加重根拠とするもの

#### ア. 行為責任と行為者責任に基づく説明が多い

再犯・累犯を理由に刑を加重する根拠については、一度刑を科したにもかかわらず再度犯罪行為に及んだ点について強い非難が加えられるとする行為責任の増加と、犯罪を繰り返す行為者の強い反社会的危険性に対して保安的観点から対処する必要があるとする行為者責任の点に求められることが多い<sup>72</sup>。

もっとも、行為責任の増加と、行為者責任という属人的な要素を理由とする刑の加重とは、大きくその理論的根拠を異にする。また、行為責任の増加に再犯・累犯の加重根拠を求める見解も、その内容について統一されているとはいえない。

まずは、その内容を概観する<sup>73</sup>。

#### イ. 行為責任を理由とする見解

##### (ア) 警告理論を理由とする見解

行為責任を理由とする見解は、一度刑を科したにもかかわらず再度罪を犯した点に対する行為責任的な見地から、初犯者より強い非難が妥当するため、再犯者・累犯者に対する刑罰を加重するものと解している<sup>74</sup>。この見解は、前刑の存在を警告と理解し、その警告を無視したことについて、行為責任の増大が認められると理解しているものといえる。

##### (イ) 刑の感銘力を理由とする見解

警告理論については、国家に対する反逆の程度を刑の加重根拠とすることにつながることを理由に反対する見解も根強い<sup>75</sup>。そこで、行為責任の増加に再

<sup>72</sup> 前田雅英ら編『条解刑法 第四版』(弘文堂, 2020) 232 頁。

<sup>73</sup> 各学説を整理した文献として、大塚仁ら編『大コンメンタール刑法 第4巻 第三版』(青林書院, 2013) 422 頁。

<sup>74</sup> 団藤重光『刑法綱要(総論 第3版)』(創文社, 1990) 532 頁, 大谷實『刑法総論講義新版第5版』(成文堂, 2019) 540 頁, 関哲夫『講義刑法総論第2版』(成文堂, 2018) 516 頁, 高橋則夫『刑法総論第4版』(成文堂, 2018) 559 頁。藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂, 2004) 359 頁。

<sup>75</sup> 大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第3巻一般情状等に関する諸問題(3)』(判例

犯・累犯加重の根拠を求める見解の中には、警告理論を用いるのではなく、再犯者・累犯者には、初犯者が有する反対動機に加えて、前刑の感銘力と行刑による教化改善の結果を受け、初犯者が有する反対動機よりも強力な反対動機を有していると考えられることから、このような強い反対動機をも押し切って再び罪を犯した点に、強い非難可能性があると解するものもある<sup>76</sup>。

#### ウ. 行為者責任を理由とする見解

##### (ア) 行為者責任のみに着目する見解

一方で、累犯・再犯の事実は、公訴事実とは直接の関連性をもたない過去の出来事であることから、累犯者・再犯者であるという事実は、問題となっている公訴事実に関する行為責任には影響を及ぼさないのではないかとの批判がある。そこで、犯罪を繰り返すことによって示された被告人の犯罪的性格が重く、保安的観点から刑が加重されるとして、被告人の行為者責任を刑の加重根拠として説明しようとする見解も存在する<sup>77,78</sup>。

##### (イ) 行為者責任と併せて行為責任にも着目する見解

もっとも、被告人の犯罪的性格に着目し、保安的観点から刑を加重すると考えた場合、累犯・再犯加重の要件として、前刑の執行を求めることに合理性がなくなる。また、そもそも行為責任の考えを除外して判断すること自体、責任主義に悖るものと考えられる。

そこで、行為者責任だけでなく行為責任の観点も加味して、両者の観点から再犯・累犯の加重根拠を説明しようとする見解があり、このような見解が冒頭で述べた通説の見解であると解される。例えば、主として警告理論を前提に刑の加重根拠を説明する見解においては、個別の事情によって警告機能が働かないケースとの関係で、規範的責任論でいうところの非難可能性が、反復累行に現れた犯罪者人格に着目して法定刑を一律に加重する仕組みであるとして、行為者責任の観点も取り込んだ説明を試みている<sup>79</sup>。

前述したように、累犯・再犯についての加重根拠について判示した最高裁判例は存在しないものの、下級審の裁判例としては大阪高判昭和54年8月9日(判例時報957号117頁)が「累犯加重の規定が設けられた趣旨は、前に刑の執行を受けたにもかかわらず、五年を経過しない間に、刑罰に含まれる訓戒、警告を無視し、再び犯罪を犯したところに、非難の加重性、社会的危険性

---

タイムズ社、2011) 高山佳奈子「コメント」74頁。

76 佐藤文哉「累犯と量刑について」罪と罰15巻4号7頁。

77 木村亀二『新刑法読本 全訂 3版』(法文社、1963) 295頁。

78 岩崎・前掲注(37)3頁。

79 佐久間修「責任と刑罰(その3) - 累犯・常習犯と併合罪加重」警察学論集67巻5号161頁。

が認められるということにある」と判示しており、裁判実務も、二つの観点から加重根拠の説明を試みているものといえる。

このような見解は、前刑が執行されていることが累犯加重の要件とされている点に行為責任の増加を見出しており、他方で、法定刑が倍加されている点に、行為者責任に対する保安刑の性格を見出しているものと考えられる<sup>80</sup>。

## (2) 責任以外の要素から説明を試みる見解

### ア. 違法性の増加を理由とする見解

少数ではあるものの、累犯・再犯者による犯行については、その違法性が高まることに、刑の加重根拠を求めるものもある<sup>81</sup>。累犯・再犯者の中には、先天的で治療不可能な性格的な要因を有している者が少なくないことからすると、非難可能性が高いと評価することは困難であるものの、刑の執行を受けた上で再犯に及んでいる点で違法性が高いことから、量刑としては初犯者より重いものが妥当するものと解するものといえる。

前述した常習性の加重処罰に関する⑩の議論に近い見解といえよう。

### イ. 責任主義の例外としての刑事政策を理由とする見解

行為責任及び行為者責任を理由とする見解に対する批判を前提としつつ、累犯・再犯についての刑の加重を正当化する見解として、前刑の執行では再犯防止に効果がなかったことに着目し、特別予防の観点から、再犯防止のためにはより長期の刑が必要となるという刑事政策的制度であると説明するものもある<sup>82</sup>。この立場からは、累犯・再犯加重は、責任主義の例外を認めた制度として理解されることとなる<sup>83</sup>。

## (3) 累犯加重に疑問を呈する見解

以上のとおり、累犯・再犯を理由に刑を加重する根拠に対しては、どの見解に対しても有力な批判があり得るところで、累犯・再犯であることを理由に刑の加重をすることは、責任主義から疑問であるとする見解も存在する<sup>84</sup>。特に、前刑の感銘力と行刑による教化改善の結果を受け、初犯者が有する反対動機よりも強力な反対動機を有していることを理由に、行為責任の観点から刑の加重根拠を説明しようとする見解からも、前刑の感銘力と行刑による教化改善とい

<sup>80</sup> 中島・前掲注(38)94頁。

<sup>81</sup> 西原春夫『刑法総論』(成文堂, 1998) 397頁, 内田文昭『改定刑法 I (総論) 補正版』(青林書院, 1998) 224頁。

<sup>82</sup> 中野次雄『刑法総論概要 第三版補訂版』(成文堂, 1997) 234頁。

<sup>83</sup> 井田・前掲注(26)622頁。

<sup>84</sup> 松宮孝明『刑法総論講義 第5版補訂版』(成文堂, 2018) 170頁。

うのは単なる仮説にすぎないとの指摘も存在し、このような理解の下で、現在の刑事政策にかわる次善の策が見出されるまでの間、この仮説を一応は肯定すべきだと解されている<sup>85</sup>。前刑が過失犯による場合であっても累犯加重が可能となっている現在の規定からすると、非難可能性や社会的危険性の増加も認められず、犯罪の累行によって法益侵害が高くなるとも認められないことからすれば、前述した学説が説明するような内容では、累犯・再犯の刑の加重を正当化することは困難なものといえ<sup>86</sup>、上記仮説を肯定し続けることができるのかについて、再検討が求められるものといえる。

### 3 小括

以上のとおり、再犯・累犯についての刑の加重根拠については、様々な見解が対立しており、責任主義の例外として認める見解や、そもそも刑の加重根拠を適切に説明することが困難であることを認める見解も存在する。結局、説得的な根拠づけはなされていないといえる<sup>87</sup>。

にもかかわらず、累犯・再犯について一般的に刑を加重する規定について問題視されてこなかったのは、どのような説明をするにしても、累犯・再犯者に対する刑を加重すること自体が、素朴的常識的考慮と一致する<sup>88</sup>ため、その根拠について十分な議論がなされてこなかった点にあるのではないだろうか。

クレプトマニア等、累犯・再犯に該当する場合であっても、必ずしも累犯・再犯を理由に、刑罰を加重すべきとはいえない事案が顕在化した現時点においては、改めて議論がなされることが求められるものといえる。

(次号に続く)

おかもと ひろあき (弁護士)

かみや たつみつ (弁護士)

しんどう ひろと (弁護士)

すぎやま ひろあき (弁護士)

やまなか じゅんこ (本学法学部講師)

---

<sup>85</sup> 佐藤・前掲注(76)8頁。

<sup>86</sup> 西岡正樹「累犯加重に関する一考察」山形大学法政論叢 56号4頁。

<sup>87</sup> 西岡・前掲注(86)2頁。

<sup>88</sup> 瀧川春雄「併合罪と累犯」日本刑法学会編『刑法講座第4巻』(有斐閣, 1963) 195頁。

【論説】

# 「エスノメソドロジー・会話分析」と法社会学 ——「生ける秩序」としての「法」の経験的探究に向けて

北村隆憲

目次

[概要]

1. エスノメソドロジーと会話分析
  - (1) ガーフィンケルとエスノメソドロジー
  - (2) サックスと会話分析
2. 「エスノメソドロジー・会話分析」と法社会学
  - (1) 「法」研究と「エスノメソドロジー・会話分析」とのつながり
  - (2) 「秩序現象」としての法
  - (3) 「法的場面」のエスノメソドロジー
  - (4) エスノメソドロジーと「生ける法」[Law in Action]
  - (5) エスノメソドロジーと法社会学
3. エスノメソドロジーと会話分析による研究の考え方
  - (1) エスノメソドロジーの研究方針
  - (2) エスノメソドロジーによる「秩序」の経験的探究
  - (3) 会話分析における会話的「秩序」の経験的探究
  - (4) エスノメソドロジー・会話分析のアプローチとよくある誤解
4. 結語 — 「法」という「秩序現象」の経験的探究に向けて

[謝辞]

[参考文献]

[概要]

エスノメソドロジーとそこから発展した会話分析のアプローチから「法」を探究した内外の多くの研究について別稿（北村 2019）で検討・紹介した。また、ここでは、エスノメソドロジーと会話分析による社会的行為と社会秩序への探究と法社会学との密接な関係についても若干触れた。本稿では、この主題についてより詳細に論じるとともに、エスノメソドロジー・会話分析の考え方と研究方法についてもより立ち入った説明を行う。「エスノメソドロジー・会話分析」と「法」研究、ないし法社会学との関係について、別稿と合わせて、この問題についてのより幅広い理解を提供することが本稿の目的である。

## 1. エスノメソドロジーと会話分析

### （1）ガーフィンケルとエスノメソドロジー

「エスノメソドロジー (ethnomethodology)」は、アメリカの社会学者 Harold Garfinkel により考案され展開された、社会的行為・社会秩序を探究する研究アプローチである。ガーフィンケルは、社会の「人々 (ethno-)」が、出来事や行為を理解可能／説明可能なものとして産出・維持する「方法論 (-methodology)」とそれを通して社会秩序が達成される在り様を経験的に研究する社会探究のアプローチとしてエスノメソドロジーを考案した。日常的世界に生きる社会の成員にとって、「社会」や「現実」は、直接に有意味で理解可能なものとして立ち現れている。エスノメソドロジーにとって、「社会秩序」は、研究者による理論的／概念的な構成物の媒介を必要とせずに、その社会的場面の参加者たち自身の相互行為の詳細のなかで、自明視された固有の精緻な「方法論」により刻々と相互反映的にローカルな説明可能性／理解可能性として協働的に成し遂げられ続ける「達成 (accomplishment)」なのである。

このような社会秩序についての固有の観点は、ガーフィンケルがハーヴァード大学でタルコット・パーソンズの下で研究をしていた時期から次第に明確なものとして形成されていった。パーソンズは、V. パレート、E. デュルケイム、M. ウェーバー等の経済学・社会学理論の理論的検討から導いた「主意主義的行為理論」を基礎にして、壮大な社会システム理論を構想していた。彼によれば、人々の「生(なま)の体験」(パーソンズ 1937=1976:54)とは一つの「抽象」(ibid.) にすぎず、概念構造に媒介されて初めて理解可能となる。「いかなる経験的知識といえども、・・・概念的に構成されていないものはない」のであり、「すべて

の経験的観察は、『概念図式の見地から』なされたものである」(ibid.)から、社会を記述し説明する科学的な社会学的探究にとって、概念図式/概念構造は不可欠なものであるとみなされた。パーソンズは、「社会」の研究に不可欠な「行為」についての概念的枠組みを理論化するなかで、「万人の万人に対する闘争」(トマス・ホブズ)から「いかに社会秩序は可能か?」という「ホブズ問題」を、規範の制度化や価値のシステムが要求するルールの内面化により動機づけられた人々の自発的遵守による社会秩序の成立に焦点を当てて、社会的行為のパターンや社会秩序についての概念枠組みから成る理論を作りあげることにより解決することを試みたのだった。

これに対して、ガーフィンケルは、パーソンズの研究から深く学びその意義を高く評価しつつも(Rawls 2019)、社会秩序についての「問題」を、パーソンズに倣って理論家の志向に沿った抽象的・理論的な構成物により解決しようとすることから、具体的な社会的場面において社会成員によりいかに社会秩序が産出されるかを記述するという志向へと決定的に変容させた。ガーフィンケルにとっては、社会秩序がいかに成立するのかという問題は、社会学の理論による「解決」を要せず、社会成員にとっての「問題」へと変換され成員自身による日常的な諸活動の精緻な方法による絶え間ない「達成」として理解されるものとなった。言い換えれば、パーソンズが人々の具体的な諸活動それ自体には「社会秩序」は存在せず、理論家による社会学的理論や諸概念によってのみ「秩序」を与えることができ、またそれを記述・説明することができると考えたのとは対照的に、ガーフィンケルは、社会空間は人々の具体的な諸活動の詳細を通じて達成された内生的で状況的な「秩序(order/orderliness)」により充溢しているものとして把握していたと言ってもいいだろう。

このことは、ガーフィンケルが、デュルケイムが『社会学的方法の規準』(Durkheim 1895=2018)で述べていた、「社会的事実(fait social)の客観的現実性は社会学の根本原理である」という宣言を、「社会的事実の客観的現実性は社会学の根本現象である」とラディカルに読み替えたことに明確に示されている。

「社会的事実の客観的現実性は社会学の根本原理であることを教えるデュルケイムの一つの見方とは対照的に、次のような教えを受けとり一つの研究ポリシーとして利用される。つまり、社会的事実の客観的現実性は、メンバーによる日常的で巧妙なやり方による日常生活の協調的な諸活動の継続的な達成であり、メンバーにより知られ使われ当然視されている達成であることは、社会学を行うメンバーにとって根本現象である、というものである。」(Garfinkel 1967:

vii)

「この言葉は次のように読まれるべきである。エスノメソドロジーによる研究が課題とするのは、不朽の・普通の社会の社会的事実を産出し・記述する、自然な説明可能性をもつワークを特定することだということである。社会的事実とは社会秩序というモノ(the Thing)——つまり、デュルケイムが語っていた普通の社会の固有の秩序現象——なのである。」(Garfinkel 2002:66)

デュルケイムにとって「社会的事実」とは、個人に対して外的な制約を課すとともに個人には還元できない独立性を持つ存在として理解されていた。個人を超える存在としての研究対象である「社会」の把握は、「社会」という固有の対象を持つ学問分野としての「社会学」をつくりだしたアイデアでもあった。しかし、ガーフィンケルはデュルケイムの考えを完全に“転倒”させ組み替えることで、社会的世界ないし「社会構造」のもつ所与性、強制性、独立性を、メンバー自身により固有の・絶えざる・精妙な方法によって創りあげられ維持されるものとして探究することを促したのである。

こうしてガーフィンケルは、「社会秩序」を、日常的及び専門的な社会的場面に参加している社会成員にとっての「秩序現象」として捉えなおすことから出発して、社会成員の日常的知識や実践的推論の巧みな使用によってその社会的状況の「内側から」どのように作りだされるのか、その「方法/方法論(method/methodology)」を経験的に記述しようとする研究プログラムをエスノメソドロジーと名付けたのである。

ガーフィンケルは、とりわけ、E. フッサールの哲学的現象学、A. ギルヴィッチの構成的現象学、A. シュッツの現象学的社会学、さらには後期ヴィトゲンシュタイン哲学などの知的格闘を通じて、パーソンズ社会学における「秩序問題」を社会成員による秩序産出の問題として再特定化(respecify)して、その研究プログラムの中心に据えた。つまり、ガーフィンケルは、自他の行為や出来事などの「社会的事実」を、社会成員たちが、協働的に、相互に理解可能な「やり方/方法(methodology)」を用いて、本質的に「土着的(autochthonous)」な性質をもつ「生ける秩序現象(the lived order phenomena)」(Garfinkel 2002:66)として解明しようとしたといえる。

## (2) サックスと会話分析

その後、ハーヴェイ・サックス(Harvey Sacks)とその共同研究者たちにより、エスノメソドロジーに通底する問題関心のもとに、自然に生起する会話の録音

に基づいた言語的相互行為における行為連鎖の分析を行う「会話分析 (conversation analysis)」が発展した。会話分析は、当初「日常会話 (a conversation)」の分析として始まり、最初期の著名な研究として、会話における「順番交替 (turn-taking)」の組織や「修復 (repair)」の組織の研究 (Sacks, Schegloff and Jefferson 1974=2010) がある。「順番交替」とは、日常会話で、通常、発話間に大きな切れ目も大きな発言の重なりもなくスムーズに発言者が交替していく事実のことである。また、「修復」とは、会話の中で、聞き取り、理解、発話産出などに関わるトラブルが生じた時の対処の仕方のことである。これらの研究は、発話順番がスムーズに交替したり相手の発話が聞き取れなかったり理解できなかったりした際に生じる対処、あるいは発言間の重なりや沈黙など、私たちが現に自然に行っており、学術的には偶然やカオスとして注意を向けられない事柄が、会話参加者たち自身により相互行為上高度に組織化されたやり方で達成されたものであることを——換言すれば、個々の行為の理解可能性が内生的・間主観的に組織化された社会秩序であること (Heritage 1984) ——を初めて体系的に明らかにした。

つまり、日常的な相互行為 (会話) の詳細は、その理解のために数字や抽象的なモデルを必要とする曖昧で混乱したものではなく——サックスの「あらゆるところに秩序あり」(Sacks 1984:22) という言葉が明示するように——相互行為に参加している成員自身によってすでに秩序化されているものなのである。会話分析は、一方で、身体動作やその場面の人工物の利用などを含めた多様な態様を含む相互行為の分析へと展開されるとともに (例えば、Goodwin 2017。また、こうした観点からの刑事法廷の分析として、グッドウィン 1994=2010)、他方で、法や医療などの特定の制度的目的の下で生じる、いわゆる「制度的場面における会話」の研究にも多くの成果を積み重ねてきた (法廷における相互行為についての会話分析として、Atkinson & Drew 1979、医療における医師—患者相互行為の分析として、Heritage & Maynard 2006=2015)。

また、サックスは、こうした行為連鎖の分析に基づく言語的相互行為の研究とともに、会話参加者たちが人を特徴づけたり言及したりする際のカテゴリーの実践的使用に関する研究の端緒も開いた (Sacks 1972=1989)。私たちがある人に言及したり特徴づけたりする際に、その人に正しく当てはまるカテゴリー (「先生」「学生」「ママ」「会社員」「エリート」「おたく」……) はほとんど無数にあるものの、私たちは一定の慣習的で秩序だった方法に沿って、そこから引き出される推論を他者が認識するための基礎として、その中から特定のカテゴリーを選択して使用する。社会の成員が特定の状況において使用する人のこのようなカテゴリーの分析は、会話上の行為連鎖の分析と結びついて、「成員 (性) カテゴリー化分析 (membership categorization analysis)」という「生け

る文化（culture in action）」（Hester and Eglin 1997）への探究アプローチとして発展してきている（以下、「会話分析」には「成員（性）カテゴリー化分析」を含む）。

会話分析のアプローチは、体系的かつ精緻に言語的／身体的相互行為を分析しうることから、その知見と分析技法は、社会学の領域を超えて、言語学、社会言語学、心理学、コミュニケーション学、文化人類学、工学、デザイン、教育学、経営学、医療コミュニケーション、など広範な分野で利用されている（会話分析の体系的知見と他領域への広がりについて Sidnell & Stivers 2013 参照）。

このようにエスノメソドロジーと会話分析（以下、「エスノメソドロジー」には「会話分析」を含む）は共に、様々な社会的場面において社会成員が固有の実践的合理性に依拠して社会秩序を協働的に生み出していきやり方を、内在的かつ経験的に（しかし、経験主義的ではなく）探究する研究プログラムとして発展してきた。また、エスノメソドロジーは、認知主義的・心理主義的な諸前提をとらないラディカルな分析的・理論的観点に立ちつつ、同時に、経験的な研究を生産的に進めかつ知見を累積的に展開することが可能な社会探究のアプローチとしても知られている（Travers 2001=2009）。

## 2. 「エスノメソドロジーと会話分析」と法社会学

### （1）「法」研究と「エスノメソドロジー・会話分析」とのつながり

法が実際の社会の中でどのように働きどのような帰結をもたらしているのか、という問いを経験的に研究する伝統的分野は、「法社会学」ないし「法と社会」研究（‘law & society’ studies）」と呼ばれる。エスノメソドロジーによる社会的行為と社会秩序についての多くの探究は、以下で述べるように、「秩序としての法」ないし「法としての秩序」の問題系に取り組むものであったものの、これまで「法社会学」研究として十分に参照、理解されてはこなかった。その少なくとも一つの理由は、エスノメソドロジーによる「法」研究やその研究者が、「法社会学」や「法と社会研究」と自己規定することなく、関連する社会学などの分野で研究を発表してきたことである。また、もう一つの理由は、ガーフィンケル自身が、外在的な理論やモデルを当てはめることにより「社会」を理解しようとする従来の社会諸科学のアプローチを「構築的分析（constructive analysis）」と呼んで、それとは「共約不可能な代替的なアプローチ」（Garfinkel and Wieder 1992, Garfinkel 2002）としてエスノメソドロジーを特徴づけたことにもよるだろう。こうした特徴づけの下では、通例的な社会科学の方法論と前提に基づく法社会学／「法と社会」研究と交流したり対峙して批判したりと

いうよりも、主としてエスノメソドロジーの研究ポリシーにそって経験的研究を生み出すことに注力することが重視された。さらには、上記の2つの理由も重なることで、法社会学の側へ、エスノメソドロジーによる法研究についての情報や理解が伝わりやすくなったことが挙げられるだろう(ただし、日本では80年代末からエスノメソドロジーの立場からの法社会学研究がなされてきた[樫村1989など]ことで、日本の「法と社会」研究の専門学会である日本法社会学会において、こうしたアプローチについて比較的広く知られるに至っていることは国際的にも特筆すべき例外にあたる)。

しかし、エスノメソドロジーと「法」研究との間には、以下のような初期の接点から始まり、その後も絶えることなく深く本質的な関係性が存在しつづけているのである。そもそも「エスノメソドロジー」という語は、ガーフィンケルが1954年に陪審員に関する研究計画に参加したことを一つのきっかけとして考案された。ガーフィンケルは、ある交通事犯についての実際の陪審評議の録音を通じて陪審員たちの話を聞く機会を持った。ガーフィンケルの興味を引いたのは、陪審員たちが評議の中で示す、彼ら自身の「方法論」への真剣な実践的関心であった。陪審員たちは自分たちの知識の使い方や議論の仕方(何が見出すべき「事実」なのか、何が適切な「説明」や「証拠」なのか、など)に強い関心を示しつつ、陪審員として「正しく」振舞おうとしていたのである(Garfinkel 1967)。ガーフィンケルは、陪審員評議という社会的場面に参加している人々が、発言や推論という実践活動を通じてその場面における自他の行為や出来事を理解可能/説明可能なものとして、つまり秩序だったものとして産出・維持する「方法論」を経験的に研究するものとして、「エスノメソドロジー」というアイデアと言葉を考案したのである。

また、上述のように、デュルケイムは、社会学の「根本原理」として「社会的事実」を発見することによって社会学を独立の学問分野として成立させたのだったが、石村(1983:71)が指摘するように、デュルケイムが「法現象をそのような意味での社会的事実としてとらえ、これについての社会学的研究、すなわち法の社会学を可能にする素地が作られた」(傍点原文)ことで「法社会学」の学としての成立を可能としたとするならば、「社会的事実」を「根本現象」へと転換することでエスノメソドロジーを成立させたガーフィンケルは、「法」を「秩序現象」として探究する「素地」をも創り出したことになるだろう。

さらに、会話分析の創始者であるハーヴェイ・サックスは、もともとイェール大学のロースクールで法律家としての訓練を受けて、「法」に強い関心を持っていた(その証の一つが、本書第3章のサックス論文である)。サックスは、「生ける法(Lebendes Recht)」の概念で知られたオイゲン・エールリッヒ(Eugen Ehrlich)の法社会学についての論文を執筆していたとされる(Sacks

1997:Introduction by Schegloff)。エールリッヒ(1913=1984)は、社会を社会的組織の総体と考え、社会的組織の内部秩序を「生ける法」と呼んで、国家法（ないし、「法規(Rechtssatz)」）は、法の原始的・基礎的形態としてのこの「生ける法」（「法規範(Rechtsnorm)」）に由来するとみなし、「生ける法」に焦点を据えつつ法秩序の科学的研究を目指した。サックスの初期のこの論稿は、ごく短い草稿であるとはいえ、エールリッヒがその内実について必ずしも十分に解明しなかった「生ける法」について、「国家法(法規)／生ける法(法規範)」(あるいはより一般的には、「ルール(規則)／行為」,「法／社会」という、対立項間の区別が実体化されれば研究上困難を生じさせうる二項対立(Cotterrell 2008; Dupret 2011; 小宮 2011)を前提することなく、弁護士の秩序管理のワーク(本書第3章の解題参照)を通じた法秩序の産出という観点から、それを経験的に研究する道筋を示したと考えられるかもしれない(樫村 2004, Ikeya 2019)。

## (2) 「秩序現象」としての法

このように、エスノメソドロジーは、その創生の時期から「法」と深い関係性があった。しかし、より重要なことは、エスノメソドロジーが取り組んできた問題群の多くが、その研究史の初期以降においても様々な「法的場面」における「秩序トピック(order topics)」(Garfinkel and Wieder 1992)の問題系に属してきたということである。ここで「秩序トピック」とは、単に「秩序」をめぐる学術的「トピック」、ということではない。この言葉は、「秩序」という社会的事実を社会成員によって達成された「現象」と把握して、その達成を人々の具体的な実践の場面において経験的に探究することへの強い志向を示すための言葉である。換言すれば、エスノメソドロジーによる法研究は、「法」を「生ける秩序現象(the lived order phenomenon)」(Garfinkel 2002:66)として探究してきた、ということの意味する。

エスノメソドロジーと会話分析の良く知られた初期の研究から、法を「生ける秩序現象」として探究したいいくつかの研究例を年代順に挙げてみよう。D. サドナウ(Sudnow 1965)による公設弁護士と検察官による有罪答弁取引交渉の研究は、日常的なカテゴリーの使用という弁護士によるワークに媒介されて初めて刑法規定の法秩序が実践的に実現する状況を解明するものである。ビットナー(Bittner 1967)の研究は、法執行者としての警察官たちが日々のルーティン業務活動として、精神病と見なされうる人々とのやり取りにおいて職業上の暗黙の知識を利用して非合法的な裁量の下に警察官として適切に業務を達成する実践秩序についてのものである。サックス(Sacks 1972)の研究は、警察官たちの日々のルーティン業務活動にかかわるものであり、警ら巡査たちがその外見

や振る舞いに依拠して不審な人物を発見する暗黙の方法的知識の利用に関するものである。また、ウイダー(Wieder1974=1987)の研究は、仮出獄者のための更生施設における被収容者と施設職員たちの間で彼ら自身が言及し合う施設内の「収容者コード(ルール)」が相互反映的な形式で使われて法的な更生制度内における施設職員や被収容者たちによる活動の意味秩序が理解可能なものとして協働的に達成されていく姿を描き出したものである。ポルナーの研究(Pollner 1974)においては、交通裁判所での裁判官や被疑者(被告人)の活動とやり取りの秩序がいかに生活世界の根本的な常識的想定と結びついて達成されているかが分析されていた。さらに、P.アトキンソンとP.ドリュエによる研究(Atkinson & Drew 1979=2014/15)は、法廷尋問の特徴を持つ場面で、尋問者が証人に対して直接の非難発言を行うことなく、「質問—回答」の連鎖に加えて、言及対象の様々なカテゴリー化を通じて、被尋問者に対して責任を帰属させる尋問という相互行為の実践秩序を解明するものであり、この研究のタイトルはまさに「法廷の秩序(Order in Court)」と名付けられていた。翻って見れば、エールリッヒも、「法」の概念にとって決定的なメルクマールは、強制などではなく、「法は秩序である」(Ehrlich 1913=1984:22)ことであると述べていたが、上に挙げた6つのエスノメソドロジーによる「法」研究は、ともに、法を、特定の社会的・専門的状况における社会成員による達成としてとらえ返すことを通じて、人々の実践の精巧かつ詳細な方法論を可視化する精細さにおいて、「秩序現象」として経験的に分析するものなのである。

### (3)「法的場面」のエスノメソドロジー

ここで注意したいことは、上で「法」や「法的場面」というとき、その状況が、裁判所や刑事司法施設などの公式の法制度の物理的空間の中で行われているということや、弁護士と検察官という社会的地位を持つ者たちの間でのやり取りであること自体が、そこで行われる活動を「法」的場面とするわけではないということである。これは、例えば、ある言語的やり取りが、学校の「教室」という物理的空間で生じていることや、そこにいる人々が「教師」とか「生徒」といった社会的地位を有しているということだけにより、「授業」と理解されるものであるわけではないことと同様である。エスノメソドロジーの観点からは、実際の相互行為に外在的な文脈や解釈的資源(そこが「裁判所」であること、彼(女)らが「教師」「生徒」であること)を持ち出してその場面を理解するのではなく、相互行為の詳細に内在的に(endogenously)生成されるものとして理解されなければならないのである。

また、例えばそこにいる個人が別の個人と入れ替わったとしてもその社会的行為の特徴が安定的に提供される限り、その場面の秩序性は引き続き産出され

示されうる。つまり、エスノメソドロジーにとって、その場面や状況が「法的である」ということは、その場面に参加している人々が、その場面とその場面に埋め込まれた自他の活動（例えば、ある場面で、法律の規範やルールとの関係で事実や自他の行為の理由や意味を説明するという活動）を通じて、相互反映的に、その場面を「法的なものとして理解可能／説明可能なものとして組織化するやり方を探究することができる「現象」なのである。

また、上で言及したガーフィンケルによる陪審研究に仮託すれば、通例的な社会学や社会心理学の観点から、裁判所の評議室という空間における 12 名の人々の発言と行為を「小集団」として研究すること（例えば、小集団のグループ・ダイナミクスの研究）はできるだろうが、エスノメソドロジーの観点からそれを「陪審団」として研究すること、つまり、ここに参加している人々自身が自他の活動を（「法的な意義と帰結とをもつ）「陪審員（団）」の活動として理解可能／説明可能に組織化するやり方を探究することとは全く異なる、ということでもある。

このように、エスノメソドロジーによる法研究は、その創成以来、「法」を「生ける秩序現象」として探究してきた。このことが現在でも当てはまることは、エスノメソドロジー・会話分析に依拠したごく最近に出版された研究群においても、法実務の秩序形成 (Dupret, Lynch & Berard 2015)、調停の相互行為秩序 (Garcia 2019)、法的ルール使用の実践秩序 (Dupret, Colemans & Travers 2021) などが、社会成員の産出する「秩序現象」として検討されていることから明らかである（さらに多くの関連研究について、北村 2018 を参照）。

#### （４）エスノメソドロジーと「生ける法」[Law in Action]

さて、ここまで、エスノメソドロジーによる法研究を、法における／法としての「生ける秩序現象」の探究として理解してきたが、本稿のサブタイトルには、「生ける秩序としての法」という言葉が使われている。従来から、「法と社会」ないし「法社会学」の研究領域において、「生ける法」(E. エールリッヒ) と「Law in action」(R. パウンド) (Pound 1910) という 2 つの理論的概念により（明示的に、あるいは、非明示的に）、「法と社会」についての経験的研究が鼓舞されてきたことはよく知られている（法社会学における両概念の理論的、実践的意義について、Nelken 1984 を参照）。おそらく、法学や法社会学の領域に馴染みがある読者は、本稿のサブタイトルを見てすぐさまエールリッヒとパウンドがそれぞれ使用した上記の 2 概念を想起したのではないだろうか。しかし、本稿でのここまでの記述ですでに明らかのように、エスノメソドロジーの観点からの法研究は、「国家法／生ける法」や「Law on the books (in books) / law in action」という二項対立をそのまま維持したうえで、その第 2 項（「生ける

法」, 「law in action」) を探究するよう求めるものではない。

これらの法社会学上の概念は、不均衡な関係として対照されたペアを成す二項対立（「国家法／生ける法」, 「Law on the books／Law in Action」）の枠組みの中に位置づけられている。そして、第 2 項を新たな研究上の焦点とすることを要請することによって、第 1 項にのみ焦点を当ててきた伝統的な法律学や法理解（エールリッヒにおいては、「実用法学」）への大きな批判的なモメントをもつとともに、第 2 項を経験的に探究することを促す効果を帯びるものであった。本稿で繰り返し確認したように、エスノメソドロロジーによる法研究は、法という社会的事実を社会成員による多様な実践により産出（達成）された「現象」として探究するように勧めるものである。したがって、本稿のサブタイトルにある「生ける秩序」という言葉は、法社会学の著名な上記理論における 2 つの二項対立の枠組及びその第 2 項それ自体としてではなく、エスノメソドロジ的に再特定化——つまり、「達成」に関わる多様な実践によってその「現象」がいかにか組織化されるのかを探究すること——された（されるべき）ものとして読まなければならない。例えば、エスノメソドロロジーのアプローチからの社会成員による状況的達成についての研究の知見により、この二項対立における第 1 項の理解可能性自体が第 2 項の実践のなかに埋め込まれて産出されていることが経験的に示されるならば、第 2 項と排他的に対照化されている第 1 項の理念とともに、二項対立の枠組みそのものが見直されるべきことになるだろう。

もちろん、法社会学上の従来諸理論・諸概念とエスノメソドロロジーによる法研究の知見との関係は、解決済みのものではない。例えば、エールリッヒは、社会組織の内部秩序としての「生ける法」が紛争などにより混乱・毀損した場合には、法曹たちの活動によって崩壊した諸事実のなかから新たな事実関係を取り出し「法律問題」へと作り変えることによって、争いの解決のための基礎として「裁決規範(Entscheidungsnorm)」が新たな法の創造として生み出されるとしていた。つまり、「裁決規範」は、「国家法」と「生ける法」とを媒介するとともに両者のどちらにも還元できないものとして、実務法曹たちによる実践的決定の累積として新たな法秩序を生み出すものであり、「裁決規範」こそ法学の発展の核心にあるとしたのだ。ここには、エールリッヒ法理論のもつ、エスノメソドロロジーのアプローチとも親和的な[法やルールについての]「リアルな見方」(櫻村 2004:150)、つまり、「実践学的な(praxiological)」な観点、が示されているといえるかもしれない。エスノメソドロロジーによる法研究と、こうした従来法社会学の諸理論との関係についても、さらに十分な検討が求められる。

### （５）エスノメソドロジーと法社会学

以上のように、エスノメソドロジーと法研究ないし法社会学研究（「法と社会研究」）との間には、一貫して深く広い関係性が存在している。エスノメソドロジーは、「社会」についての研究にとって枢要な「社会秩序」の問題について、従来の社会学や社会科学全般における考え方と決定的に異なる理解を基礎として、行為や出来事を有意味なものとして協働的に達成していく社会成員の方法・手続きを経験的に探究する研究プログラムとして展開されてきた。エスノメソドロジーと会話分析による法研究は、法が社会成員の行為のやり取りが結びついていく展開の中で、相互反映的かつ実践的に達成されていく姿を、行為者たちの志向に沿った再現可能な詳細さで、相互行為の内側から、厳密かつ系統的に分析・記述しようとする。こうした研究は、社会における法の現実の働きを理解しようとする法社会学や「法と社会研究」が、「生ける法」や「law in action」という言葉で探究し続けてきた「法」のリアルな姿を、「生きた秩序現象」として理解して、より高い解像度と明晰なパースペクティブのもとで私たちに示してくれる。そこでは「法」は、社会成員（専門家であれ素人であれ）の日常的諸活動やその状況から独立した理念的・超越的な知識や技能としてではなく、人々の実践とその実践が埋め込まれた状況との相互反映的な関係の中で生み出され維持される、固有の「生ける秩序」として探究されるのである。

## 3. エスノメソドロジーと会話分析による研究の考え方

### （１）エスノメソドロジーの研究方針

ガーフィンケルがエスノメソドロジーの立場を明確に確立した『エスノメソドロジー研究(Studies in Ethnomethodology)』の第1章の別ヴァージョン)のなかで、ガーフィンケルは、エスノメソドロジーの研究ポリシーを次のように記述している。

「実際の活動の機会ならどのようなものでも探究の対象にされうる。それがどのようなものであっても、それらが、意味、事実性、方法的な実践、原因、『文化を共有する仲間』のあいだの合意、実践的な行為、に関する選択肢の中からの『選択』であり、その選択はメンバーによる行為の投企である、という特徴を求めて検討を行うことができる。このような可能性が研究と解釈の処方箋として利用されるならば、検死官による剖検から天体物理学まで含む考えうるすべての種類の探究が、社会的に組織された精妙な実践として、私たちの関心を呼ぶことになる。あらゆる探究の方法は、例外なく、日々

の活動という社会構造が文脈、対象、資源、正当化、トピックを与えるさまざまな方法から、私たちの関心にとっての適格性を獲得する。心理学的な剖検と同様に、占い棒による地下水探査、数学、化学、社会学もまた、それが素人によるものであれ専門家によるものであれ、そのワークを行うことは、次のような研究方針にしたがって検討されるだろう。すなわち、個々のどのような探究の事例においても、意味や事実や方法のあらゆる特性は、実践的な行為の組織された場面で巧みに成し遂げられた達成であるとする方針である。」(Garfinkel 1967:32)

独特の用語法と文体からなるこのガーフィンケルの言葉を、筆者なりに言い換えてみれば、次のようになるだろう。つまり、それがどのような行為や出来事であっても、意味を成す「事実」として私たちの目の前に生じている行為や出来事は、その場面に参加する人々（専門家であれ素人であれ）により、精巧なやり方によって成し遂げられた産物と理解することができる。この達成としての社会的事実を、その実際の状況や場面の外部から持ち込んだ見方や枠組みに依拠して理解するのではなく、その場面に参加する人々によりそれらが理解され、利用され、語られるやり方それ自体に即して記述・分析しようとするのがエスノメソドロロジーの探究となる、ということである。この探究から除外されうるような探究領域はない。もちろん、その中には、秩序現象としての「法」という社会的事実も含まれる。

## (2) エスノメソドロロジーによる「秩序」の経験的探究

振り返ってみれば、ガーフィンケルは、「実践的行為」や「社会秩序」の探究としてエスノメソドロロジーを展開したが、例えば、大学院時代の学問上の師であった T. パーソンズがそうしたようには、「行為」や「社会秩序」を記述・説明する概念的構築物という意味での、「理論」や「モデル」をつくることはなかった。つまり、ガーフィンケルは、エスノメソドロロジーというアプローチの提案をめぐる「理論」的言明を行ってはいらぬものの、「実践的行為」や「社会秩序」「の理論」／「のモデル」を展開することはなかった。ガーフィンケルの理論的な提案も、常に彼自身による経験的研究に依拠して提起されていた。

ガーフィンケルのエスノメソドロロジーが、A. シュッツの現象学的社会学から大きな影響を受けて生み出されたものであることはよく知られている。例えば、初期のガーフィンケルは、A. シュッツの現象学的社会学の「視界の相互性 (reciprocity of perspectives)」のテーゼを「構成的期待 (constitutive expectancies)」(Garfinkel 1963) と読み替えることを通じて、T. パーソンズが

「規範的志向 (normative orientation)」ないし「規範」により安定的な社会秩序が可能となるとした秩序問題を、「規範」や「価値」や「文化」に訴えることなく（つまり、社会成員を規範的ルールの「判断力喪失者 (a judgmental dope)」 [ガーフィンケル 1964=1995:76] と扱うことなく）、探究しようとした。しかし、ガーフィンケル自身は、その後「60 年代初頭にはシュッツは捨てられた」 (Garfinkel 1993/2020) と述べている。彼自身はその理由を示していないが、秩序問題について、シュッツの現象学的社会学は、秩序問題を純粹に普遍化的／理論的なやり方で解決することを志向するアプローチであったといえるから、こうした社会秩序の考え方は、ガーフィンケルがその後決定的にシュッツと袂を分かち理由となりうるものだろう。また、シュッツは、自然的態度により現出する日常的世界は、「至高の現実」であるとしても、科学的理論的活動や夢などを含む「多元的現実」の一つであり、異なる現実間の移行は「ショック」も伴う経験として理解されていた。ガーフィンケルは、こうした秩序観とは対照的に、あらゆる実践活動（科学的理論的活動も含む）を社会秩序を達成する日常的で自明視され精巧なやり方として探究するというアプローチをとった。これもまたシュッツ理論との決別の理由であったと考えることができるかもしれない (cf. Korb 2014)。

エスノメソドロジーについてよく知られている用語群——「指標性 [文脈依存性] (indexicality)」、「解釈のドキュメントの方法 (documentary method of interpretation)」、「相互反映性 (reflexivity)」、「エトセトラ (etcetera)」、「背後期待 (background expectancies)」などなど——は、総じて一見、社会秩序についての「理論」の一部とみなされがちではあるものの、むしろエスノメソドロジー的社会探究を開始するための、エスノメソドロジー世界への一枚の「入場券」 (Lynch 1993=2012)、あるいは、探究の方向を指し示すインストラクションと理解すべきだろう。なぜなら、例えば、あらゆる言葉や行為が「文脈依存的」である、つまり、言葉や行為の意味はそれが生じている文脈に依存する、と学んだとしても、それが実際に用いられている特定の社会状況の詳細へと内在的に結びつけられて探究されるまでは、社会成員が協働的につくりあげている日常世界の現実について何も学んだことにはならないからである。そもそも、エスノメソドロジーの観点からは、「文脈依存性」という概念は、「すべての表現は文脈に依存している」ということを主張することではない。むしろ、私たちがコミュニケーションの中で文脈依存的表現／行為を常に理解可能なものとしている実践活動の詳細を明らかにすることに向けられたものなのである。要するに、社会秩序が社会成員自身によって具体的な社会的状況において有意味なものとして産出されていく「生ける秩序」は、その場面において進行しつつある達成の姿を実際に経験的に探究することなく、研究者があらかじめアブ

リオリに予測したり理論化したりすることによっては決して捉えることはできないとエスノメソドロロジーは考えるのである。

ガーフィンケルによれば、理論、モデル、カテゴリーなどを使って日常的な諸対象を捉えようとするには「意味変換の操作(sense transforming operations)」(Rawls=Garfinkel 2019)が関わるが、通例的な社会諸科学が行うこの操作により、対象は「客観的」な存在としてその外部から研究者によりその規則性や法則性を発見したり確証したりすることができることになる。しかし、こうした操作によって、その行為や出来事が生じている現実の生活世界の具体的文脈から行為や出来事が引き離され、脱文脈的で自己充足的な存在として行為や出来事が理解されることになるとき、その「現象」は失われてしまい、そこから元の生ける「現象」を回復することはできない。ガーフィンケルが初期の未刊行本の中で挙げている例(Rawls=Garfinkel 2019:120)を少し敷衍してこのことを例示してみよう。日常会話を録音して、それを何倍かのスピードで再生してみると、音の突発的な継起と沈黙とが観察可能な特徴として現れるだろう。通例的な社会科学の研究法論を使って、変換操作後の対象(音の突発的な継起)について、その音の出現頻度、音声の高さ、強度などの特徴を集めそれを統計学的に処理することによって“科学的に”研究することができる。しかしそのとき、元の録音データのもつ発言の固有の連鎖により生み出されていた会話の自然な秩序性は失われ、まったく別の対象を研究していることになる。そして、(再生速度を基に戻して元の会話を新たにリアルタイムに観察することなしには)そうした研究の結果から元の会話のもつ秩序的な諸特性を回復することはできないのである。

エスノメソドロロジーにとって、「秩序」は、特定の行為とその場面に構成的に埋め込まれた「状況的(situated)」／「内生的(endogenous)」／「土着的(autochthonous)」な特徴をもつと言われる。その意味は、社会秩序は、現在の活動とそれに先立つ活動と後続する活動とが内在的なやり方で協調的に結びつきながらの展開を通じて理解可能／観察可能な現象として産出されるとともに、メンバーの秩序実践が提示される固有の場所と時間と不可分に結びついており、つまりは、活動の詳細の秩序性にとって外在的な分析者によって付け加えられるものは何もないということを意味する。つまり、場面における諸活動の時間的な展開の詳細は、これらの諸活動の詳細を結びつける何らの外的な原理、原則、ルール(暗黙知、ハビトゥス、共通文化・規範、といった解釈フレーム)によることなく、メンバーにとっての「現象野(a phenomenal field)」において自然な理解可能性を帯びた“ひと目で(at a glance)”，直接に、諸活動の連接の“ゲシュタルト(Gestalt)”として理解可能／説明可能なものなのである。

その後になって刊行されたガーフィンケルの著作(1988, 2002)では、「秩序

(order)」の語にアスタリスク記号(\*)が付されて使われている(order\*)。この用法は、関連する「理性、論理、意味、証明、斉一性、一般化、普遍性、比較可能性、明確性、定常性、整合性、客観性、客観的知識、観察、詳細、構造、などなど」(Garfinkel 2002: 118)といった「秩序トピック」を具体的実践による達成としてエスノメソドロジー的に再特定化して探究するための対象候補として扱うことを要請するものである。しかしより重要なことは、他方で、このアスタリスク付きのエスノメソドロジーの「秩序\*」は、その語ないし概念が通例的に帯びた常識的/学術的含意に基づいて理解されたり、何らかの「秩序」についての(ガーフィンケル独自の)「理論」を構成する概念と誤解されたりすることを徹底的に回避して、諸活動の具体性の詳細への経験的分析に依拠してのみ理解されなければならない「現象」であることを常に想起させるためのインストラクションであると理解すべきであろう(cf. Korbut 2014)。

以上のような意味において、エスノメソドロジーは、社会秩序や社会的行為についての理論やモデルを概念的に構築することのないやりかたで、社会成員たちが固有の社会秩序をつくりあげ維持する多様な相互行為実践(その中には研究者による理論やモデルの構築作業も含まれる)を、徹頭徹尾、経験的に探究することを目指すものなのである。

### (3) 会話分析における会話的「秩序」の経験的探究

会話分析は、日常会話の分析として開始された。サククスと共同研究者たちが録音された日常会話とその詳細な書き起こしの分析から見出したものは、会話的相互行為の高度に精緻な「秩序」であった。つまり、発話はなんらかの「行為」を遂行する媒体であり、相互行為としての会話(talk-in-interaction)は、会話参加者たちが発話順番を交替していくことを通じて日常会話を展開していく中で、発言と行為が参加者たち自身による「方法/やりかた(method)」に基づいて連鎖的(sequentially)に組織化されることにより、何らかの外的な原理に依拠することなく、協働的活動の内側から産出されるものなのである。会話分析は、会話の中の発話の重なり、言い間違いや言い直し、発話中や発話間の小さな沈黙など、それまで単なる偶然や個人の特徴であり無秩序と考えられてきた会話の詳細の隅々までにわたって固有の秩序性が存在していることを示した(Sacks, Schegloff, and Jefferson 1974=2010)。

会話分析の最初期によく知られた発見は、「順番交替の秩序」に関する「順番の組み立てを支配する基本的な規則群」(ibid.)である。それをやや簡略化して示せば、次のようなものである。

(1) あらゆる順番において、最初の順番構成単位[文、節、句、語などの順番の単位]が順番の移行に適切な最初の場所[通常はその発話が完了してもよい最初の場所]に至ったとき、

(a) そこまでに現在の順番が、[「質問」のように]次の話者を選択するように組み立てられていれば、その選択された者が次の発話順番を取る権利・義務を得て、順番が替わる(他者選択)。

(b) そこまでに現在の順番が次の話者を選択するように組み立てられていなければ、現話者以外の者が自己を次話者として選択してもよい。その場合、最初に発話を開始したものが発言権を得て、順番が替わる(自己選択)。

(c) そこまでに(a)も(b)も生じていなければ、現話者が話し続けることができる。

(2) 最初の順番構成単位が順番の移行に適切な最初の場所に至ったとき、(1a)も(1b)も実行されず、かつ(1c)によって現話者が話し続けるならば、次の順番移行適切場所において、(1a)～(1c)が再適用され、順番移行が生じるまで、同様のことが繰り返される。

サックス等は、この「規則」により会話についての様々な諸事実(一度に一人が話す、発話の重なりは少ない、発話間の切れ目はわずかである、順番の順序は決まっていない、など)がすべて説明可能となることを示した。この規則はまた、「文脈から自由であると同時に、非常に強く文脈に敏感でもありうる」つまり「一般的な抽象性と、局所的な具体化の潜在力」(Sacks et al. 1974=2010:14-15)とを備えたものでもあった。

注意すべきは、この「規則」群は、会話者の特定の行為や発言を強制する法律のルールのようなものとしてではなく、むしろ「実際の順番交替の局所的な機会に際して会話参加者の志向が差し向けられる諸実践を記述したもの」なのであり、「相互行為としての会話での毎回の具体的な機会においてその実例として実現される(instantiated)とともに再産出される」ものと考えられるべきである(Hutchby 2001:62)。例えば、Aが「質問」をBに宛てた(他者選択)として、(1a)の規則によればBが発話順番を取る(通例的には、「返答」をすることになるが、Bはあえて発話を産出しないという一見“規則違反”をすることによってAを「無視する」という行為を行うことができるだろう。その時Bが「返答」をしないことが、Aを「無視する」(などの)行為として(AとBに、さらに、その録音を聴いている研究者にも)理解可能であるのも、この「規則」との関係においてに他ならない。この「規則」は、このBの行為の中で、その都度新たにそのような「規則」として背景的に志向されることを通じて、見出

されるものなのである。

会話分析は、自然に生じた実際の会話の録音・録画データと、発話間の間合い、重なり、言い直し、などを観察可能にする特殊な記号を用いたトランスクリプト（書き起こし）に基づく詳細かつ系統的な記述・分析にもとづいて、上述の「順番交替」をめぐる「規則」の発見とともに、行為としての発話が組織的に結びついていく会話上の秩序である「行為連鎖」、発話上のトラブルに対処する秩序である「修復」など、会話的相互行為における秩序産出の様々な実践を明らかにしてきた。そして、とりわけ重要なことは、会話分析による秩序の探究は、上記のような「順番交替」、「行為連鎖」、「修復」といったメカニズムの知見を背景として、（特定の会話に限定されないジェネリックな意義をもつものの）一回限りの会話的相互行為が「文脈から自由であるとともに文脈に敏感な」やりかたで実現されている具体的で固有の諸実践を解明することができるということである。

先に、エスノメソドロジーにおいて、「社会秩序」は、現在の活動が先立つ活動と後続する活動とが内在的なやり方で協調的に結びつきながらの展開を通じて理解可能／観察可能な現象として産出されるものと理解されていると述べた。会話分析では、こうした考え方がより見やすい在り方で、以下のように、その研究アプローチとその知見自体の中に体现されている。会話分析が見出した会話の秩序の本質的な一特徴は、各参加者の産出する行為としての発話が、「文脈に依存するとともに文脈をつくりだす (context-shaped and context-renewing)」という二重の文脈性をもつことである (Heritage 1984)。つまり、一方で、現発話は先行発話とりわけ直前に隣接する発話の文脈を考慮することなしには現発話順番を産出することができない点で現発話は先行文脈に依存する。他方で、現発話は次発話を経験的に予想させ規範的に要求することにより次話者が産出する行為の文脈を新たにつくりだす。その際、現発話は多様なレベル（先行発話が完了したか否か、その発話でどのような行為が行われているか、その発話は誰に宛てられているか、それに応答すべきか否か、など）において先行発話についての自己の理解を表示し証拠立てる。このようにして、行為としての個々の発話順番が次々と連鎖していくことを通じて、次の行為が産出される文脈と先行行為を理解する文脈とが繰り返し刷新され続けるのである。このように、相互行為としての会話 (talk-in-interaction) は、参加者たちの発話順番の一つ一つの進行ごとにリアルタイムの動的過程として組織化されていく「秩序」なのである。このようにして「発話順番ごと」に組織化されていく秩序化の継続的プロセスは、「間主観性の連鎖的アーキテクチャー (sequential architecture of intersubjectivity)」 (Heritage 1984) と呼ばれることがある。会話分析が見出すとともに研究上の指針とするこうした相互行為としての

会話の特徴は、ガーフィンケルが注目した発言や行為の「インデックス的／文脈依存的」ないし「相互反動的」な性格と通底するものであることは明らかである (Heritage 1984)。

会話のコミュニケーションは、通例的に「意思疎通」とも言い換えられることから示唆されるように、あらかじめ“心／頭”の中で確定された「意思／意味／意図」の内容を、あらかじめ相手と共有された解読ルール (コード) により記号表現に変換し、何らかの媒体を通じて相手に送信し、受信した相手はそれを共有コードを使って解読し、相手の確定的な「意思／意味／意図」の内容として理解する……といった図式に基づいて理解されることが多い。このコミュニケーション図式は、あらかじめ確定した意味内容とあらかじめ共有されたコードによって保証されるものとして「共通理解 (相互理解)」を想定している。しかし、ガーフィンケルは、「共通理解 (common understanding) は、何らかの話題について内容が厳密に確定されている合意を人々が共有していることから形成されているわけではない」(ガーフィンケル 1967=1995:36) のであって、「記憶磁気装置内にあらかじめコード化された入力項目として扱われる」のではなく、「瞬時瞬時構成される性質」(ガーフィンケル 1967=1995:41) を持つものとして、あるいは、「必然的に操作の構造 (an operational structure) をもつ」(Garfinkel 1967:25) ものとして理解されるべきとしていた。ここで示唆されているのは、実質的に確定的ななんらかの意味内容やその解読ルール (コード) を予め共有することを条件とせずに、固有の方法／手続きによって時間とともに一步一步組み立てられ刷新され続けることとして「共通理解」を考えるやり方とあってよい。

会話分析は、ガーフィンケルによるこうした「相互理解」の考え方を、先に述べた「間主観性の連鎖的アーキテクチャー」を成す会話の相互行為のなかで、あらためて見出すのである。

「・・・会話の相互行為は、発話順番の交替を基礎として実現する行為の秩序によって構造化されている。この秩序によって、公的に表示されるとともに継続的に刷新される間主観的な理解の文脈が体系的に支えられる。会話の参加者たちが「会話の状況」についての彼らの理解を相互に提示し合うのは、この“発話順番ごと”という会話の特徴を通じてである。注目すべきことは、このような表示された理解は、会話参加者たちの連鎖的に秩序化された諸活動の一種の副産物ないし間接的な成果として生じるということ、つまり“理解”そのものが会話の“表面”で主題化されることはめったにないということである。この手続きを通じて、参加者たちはお互いの理

解を明示的に確認したり再確認したりするという課題から解放される。したがって、相互理解というものは、会話的相互行為の連鎖的に秩序づけられた詳細のなかに、ガーフィンケルの言葉を借りれば、「受肉されて／化体されて (incarnately)」提示されるのである。」(Heritage 1984:259) (強調は原著者)

この引用で示されているのは、「秩序」が産出されるプロセスと「相互理解」が成立するプロセスとは相即的なものであるということである。通例的なコミュニケーションの図式は、共有された理解があらかじめ存在するという想定に依拠して、コミュニケーション／相互行為の「秩序」の成立を考えていた。また、相互理解を、観察可能ではない「脳／心」などのなんらかの内的過程での出来事として暗黙に想定していた。もちろん、コミュニケーションが行われるときに脳細胞が何らかの働きをしていることは疑い得ない。しかし、こうした想定は「相互理解」や「社会秩序」を経験的に探究するためには問題の多いものなのである (Hutchby 2001)。これと対照的に、エスノメソドロジーが示唆し、会話分析が見出したのは、相互理解とは、徹頭徹尾、人々が自分たちの相互行為の進行のただ中で相互の行為としての発話の理解を表示したり承認したりする観察可能な「やり方／方法」を通じてその状況の理解可能な秩序をつくりあげることにおいて達成されるものなのだというのである。

このように、会話分析による「社会秩序」探究の核心は——エスノメソドロジーの考え方と通底して——、分析者の理論やモデルを当てはめるのではなく、あくまでも場面の参与者たち自身が作り出す相互行為の文脈の論理（参与者の志向の組織化）に内在的に、つまり、「参与者たちが行うやり方で」(Maynard 2006 : 488) 相互行為としての会話の秩序を探究することに存する。また、こうした探究方法をとることにより、「実際に行為の構成される仕方が、優れた理論的直観によっても見通せない多様性と複雑さを持つことに目を開かせてくれること」(串田他 2017 : 37) にもなるのである。

日常会話の研究から出発した会話分析は、言語的相互行為を文脈に即して精緻に分析しうることから、その後、「法」的場面の相互行為を含む、様々な「制度的」相互行為の分析にも利用され、社会学の領域を超えて、超領野的に利用されるに至っていることについては既述のとおりである。

#### （４）エスノメソドロジー・会話分析のアプローチとよくある誤解

エスノメソドロジーのアプローチからの研究は、研究対象となる状況への深いかわりあい (immersion) を要請する。理想的に言えば、研究対象となる社会的相互行為の有能な実践者たち（それが何らかの「専門家」か否かを問わず）

として適切にふるまえる知識／能力を備えることが要求される（「固有の適切性(unique adequacy)」の要請と言われる）。何らかの専門家（例えば、弁護士）の実践活動を研究するためには、彼（女）らが実務実践の場面で専門的な課題を達成するために利用する相互行為上の技能や能力をできる限り研究者自身が備えていることが必要となることは当然だろう。日常生活の場面ではない様々な専門的な実践能力が求められる社会的場面の研究のためには大きな時間と労力も必要となることも少なくないが、実際に、ジャズ・ピアニスト(Sudnow 1967=1993)、数学者(Livingston 1986)、弁護士(Burns 本訳書第 11 章, 2009=1018; Travers 1997)となってエスノメソドロジー研究が行われることもある。しかし少なくとも、例えば、「法律相談」の社会秩序についてエスノメソドロジーや会話分析の研究をする場合には、その場面の秩序を十分に探究するために、法や弁護士実務についての知識や技能をできる限り身に付けている必要がある（その一つの実例として、樫村 1996, 2004 など）。

エスノメソドロジーの入門書においては、自己省察、会話の録音・録画、現場に浸り込む参与観察といったものが代表的な研究技法とされているものの、現在、広い意味でエスノメソドロジーの経験的な研究では、会話分析の手法が利用される場合が多い。だが、実は、実践的行為と社会秩序の探究としてのエスノメソドロジーに、特有のデータやその分析技法というものがあるわけではない。そのことは、本訳書に所収された論文群が、観察、参与観察、インタビュー、文書記録の精査、会話の録音・録画などまことに多様なデータと分析技法を用いていることから理解される。これらの研究（やデータ収集）技法は、他の研究アプローチでも使用されるものでもある。つまり、エスノメソドロジーのアプローチで重要なことは、こうした「技法」それ自体ではなく、社会成員による状況的な秩序実践を「秩序現象」として検討することに見合ったデータと探究の方法を用いる（同時に、そうしなければならない）ことだということである。

会話分析のアプローチでは、会話の録音・録画データは必須であるものの、これもまた、それが焦点を当てる実践活動を探究するに見合ったものであると考えられるからに過ぎない。つまり、会話のやりとりは身体活動も含めて素早く複雑に進行するから、その詳細をフィールドノートへの筆記、調査者の記憶、あるいは行為者の事後的説明などの通常のデータ記録手段ではその詳細を記録できない。録画録音されたデータは、繰り返し観察することができるとともに、その分析の適切性を他の研究者が確認することもできるのである。

エスノメソドロジーは、社会についての「マクロ」な分析と対照的に、「ミクロ」のアプローチとして特徴づけられることがある。そうした特徴づけを与えられやすい理由の一つは、例えば会話分析による研究で、通例的な研究では些

末で研究上無関係なものとして無視されてしまうような出来事・活動の詳細——1秒にも満たない沈黙、複数の発話の微細な重なり、発言の小さな言い直し、など——にこのアプローチが微に入り細を穿って注目することであろう。しかし、こうした細部への注目は、研究者の研究関心から帰結することというよりは、その活動のやり取りに参加している社会成員自身がそうした相互行為の細部を考慮に入れながら状況の秩序を実現しているからに他ならないのである。エスノメソドロジーや会話分析のアプローチにとって、いわゆる「社会構造」や「制度」と呼ばれるようないわゆる「マクロ」な側面は、人々の実践的諸活動の接続の詳細をつうじてそれとしての（「マクロ」としての）理解可能性が初めて生み出されるのである。だから、むしろ、社会的世界をアブリオリに「ミクロ」なレベルと「マクロ」なレベルとに分割しておいて社会を研究し始めることそのものが疑われるべきことになる。敢えてこの区分を使えば、「ミクロ」と「マクロ」とは、社会秩序の相互行為的な再生産の過程において内在的に接合していると考えられなければならないということになる。

さらに、エスノメソドロジーは、個人の「主観性」に依拠した「行為者の観点」からの研究アプローチであると誤解されることがある。エスノメソドロジーは、特定の社会的場面での行為者たちの活動により社会秩序が産出されていく方法を研究するプログラムであるものの、それは「行為者の観点」からの社会研究であったことはない。例えば、この言葉は、日常的行為者の意識の志向的分析に依拠するA.シュッツの現象学的社会学、あるいはまた、社会規範に操られた存在として解釈されたパーソンズの「社会的行為者像」について当てはまるとしても（「[行為の準拠枠]が取り扱っているものは、その行為が分析され考察されている行為者の視点から見て、現出しているような現象——事物や事象——である」（パーソンズ 1937=1976:81. 傍点原文））、エスノメソドロジーには当てはまらない。エスノメソドロジーの焦点は、個人としての行為者や行為者の“主観性”にではなく、常に特定の場面に参加するメンバーたちによる実践的諸活動ないし相互行為の「詳細(details)」の内部の組織性とそれを通じて理解可能な秩序が産出される仕方に向けられているからである。

いま「メンバー(member)」という言葉を使ったが、これは「日常言語の習得」とも言い換えられることがある。しかしそれは、単にある言語を母国語として身につけているといったことではない。また、「メンバー」であるということは、人々が事実的に何らかのグループに帰属していることでも、人々が何らかの特定の社会空間に偶然居合わせているということでもない。ここで「習得」されている（べき）知識／技能は、その場面において適切に他者に理解可能なやり方でその場面にふさわしい相互行為を行っていく知識／技能のことである。さらに重要なことは、その知識／技能も実際の社会的文脈から切り離された抽象

としてのそれではないことである。「メンバー」はある社会的場面(例えば、「授業」「法廷尋問」「法律相談」など)をそのような社会的現実として達成し続けているのだから、「メンバー」が「メンバー」であるのは、その「場面」がその「場面」として理解可能なやりかたで達成され続けている限りにおいてということになる。スーパーのサービスカウンターで「列に並ぶ」という活動を考えてみよう。列は、誰か特定の個人が列から離れて買い物を再開したり、別の個人が列に並ぶことで個人が入れ替わったとしても、(現在の列に並んでいる人々にとって)その列は列としての理解可能性を帯びて存続し続ける。つまり、列のメンバーのメンバーシップは、その列の理解可能性と表裏の関係にあるといえる。いいかえれば、「メンバー」とは、達成されるその場面の「秩序」とそれを達成する人々の実践の詳細の間の、決して切り離すことのできない相互反映的な関係に向けられた概念なのである。

#### 4. 結語 — 「法」という「秩序現象」の経験的探究に向けて

以上のように、エスノメソドロジーと会話分析による社会秩序探究の核心は、その場面の人々が産出する実践的行為と秩序についての彼(女)ら自身がやり取りのなかで志向する意味を取り戻すことである。こうした研究が適切になされるならば、エスノメソドロジーによる様々な社会的場面における秩序現象の記述は、一般的な認知主義的な枠組みや行為を規範への遵守として説明する理論モデルに基づく研究が取り逃がしてしまうような状況的な行為と秩序性の固有な特性を明らかにすることができるだろう。また、そうした知識は、その場面の実践秩序の論理に沿って系統的にその方法を可視化して、実践についてのインストラクションとして読むことができるので、専門的実践の改善のためにも役に立つものであるはずだ。

要するに、本節の冒頭に挙げたガーフィンケルの言葉は、私たちがどのような現象や出来事であれエスノメソドロジーの考え方を利用して、しっかりとした理論的基盤に立ちつつ、系統的かつ経験的なやり方で、社会成員が生み出すニュアンスに富んだ「生ける社会秩序」への探究を、そして社会秩序の重要な一形式としての「法」の探究を、身近な社会的世界のどこからでも開始することができるということを意味するのである。

若きガーフィンケルが親交を深めた現象学者アロン・ギュルヴィッチ(Aron Gurwitsch)は、現象学の観点から出発して、従来のゲシュタルト心理学の知見を、意識や知覚において対象世界が外的な原理を必要とせずにそれ自体として統一性をもつものとして——つまり「秩序」として——現れることの探究として理解して、構成的現象学として展開させようとしていた。ガーフィンケルは、

先に述べたように、60年代にすでにA. シュッツを「棄てた」後においても、ギェルヴィッチのゲシュタルト知覚の例(Gurwitsch 1957/2010)を大学院生の教育場面でよく利用していたようである(Garfinkel 1993/2020)。そのひそみに倣うとするなら、エスノメソドロジーは、あたかも私たちが「レヴィンの壺」として知られた図像を見る際に、「壺」／「横顔」の知覚像がもつその「図」／「地」としての意義が、見方によって「ゲシュタルト」的に反転(alternate)されてしまうように、社会的世界を（通例的な社会科学によるものとは）全く異なる相貌の下で“見る”ことを提案するとともにそれを可能にしてくれる。だから、エスノメソドロジーを“理解する”ということは、ガーフィンケルの書き物を崇め奉ることではないことはもちろんだが、ガーフィンケルの論文を知的に読んでよく理解することでさえないことになる。エスノメソドロジーを理解するということは、私たち自身が社会的世界をそのように“見る”ことを学び、実際にその探究の旅を開始することを意味するのである。<sup>1</sup>

「普通の社会の達成物としての秩序のトピックを再特定することに方向づけられたエスノメソドロジー的な探究の技能を、その研究結果について読むことだけで学ぶことができるやり方などありはしない。」(Garfinkel 2002:168)

このようにして「生ける社会秩序」の探究へと向かうエスノメソドロジーの観点からは、「法」は日常世界を超越した理念や観念ではなく、人々の具体的な行為のやり取りの詳細の中で生み出され維持されていく生ける秩序——つまり私たち自身が精細かつ系統的な方法を通じて作りあげ維持しているリアリティー——である。こうした認識は、「法」を社会生活においてより身近でリアルなものとして感じ理解することができることにつながるとともに、こうしたリアルな認識に基づいてこそ、「法」を評価したり、批判したり、作り直したり、あるいはそれに抵抗する、といった可能性もまたより具体的に現実的なものとなると考えたい。

[謝辞]

本研究は、日本学術振興会科学研究費補助金（基盤研究(B)，2020年度～2024年度，課題番号：20H01417，研究代表者：北村隆憲）の助成を受けた研究の成果の一部である。

---

<sup>1</sup> そのような探究の旅での著者自身の探究の試みとして、北村（2013, 2019a, 2019b, 2019c, 2020, 2022, forthcoming -a,-b）などがある。

## [参考文献]

- Atkinson, J. Maxwell. and Drew, Paul (1979=2014/15) *Order in Court: The Organisation of Verbal Interaction in Judicial Settings*. Humanities Press. [第 2 章の翻訳として北村隆憲・当山紀博訳「日常会話と法廷尋問の順番交替組織」、『東海法学』49 号 2014 年。第 4 章の翻訳として北村・当山訳「非難の管理」、『東海法学』50 号 2015 年及び 51 号 2016 年]
- Bittner, Egon (1967) “Police discretion in emergency apprehension of mentally ill persons,” *Social Problems*. 14:278-92.
- Burns, Stacy Lee (2009=2018) “Doing Justice and Demonstrating Fairness in Small Claims Arbitration,” *Human Studies* 32(2):109-131. (北村隆憲・当山紀博訳「「仲裁」のエスノメソドロジー—正義を行い公正さを実演する」東海法学 55 号)
- Cotterrell, Roger (2008) *Living Law: Studies in Legal and Social Theory*. Routledge.
- Dupret, Baudouin (2011) *Adjudication in Action: An Ethnomethodology of Law, Morality and Justice*. Aldershot, Ashgate.
- Dupret, Baudouin, Lynch, Michael and Berard (eds.) (2015) *Law at Work: studies in Legal Ethnomethods*, Oxford: Oxford University Press.
- Dupret, Baudouin, Colemans, Julie & Travers, Max (2021) *Legal Rules in Practice: In the Midst of Law's Life*. Routledge.
- Durkheim, Emile (1895=2018) *Les Règles de la Méthode Sociologique*. [エミール・デュルケーム (菊谷和宏訳) 『社会学的方法の基準』講談社学術文庫]
- Ehrlich, Eugen (1913=1984) *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. [オイゲン・エールリッヒ (河上倫逸・マンフレート・フープリヒト訳) 『法社会学の基礎理論』みすず書房]
- Garcia, Angela Cora (2019) *How Mediation Works: Resolving Conflict Through Talk*. Cambridge University Press.
- Garfinkel, Harold (1963) “A conception of, and experiments with, ‘trust’ as a condition of stable concerted actions.” In Harvey O. J. (ed.) *Motivation and Social Interaction: Cognitive Determinants*. Ronald Press. 187-238.
- Garfinkel, Harold (1964=1995) “Studies of the routine grounds of everyday activities,” *Social Problems*. 11(3):225-250. (「日常生活

動の基盤——当たり前を見る」北澤裕・西阪仰訳『日常性の解剖学——知と会話』マルジェ社 31-92。

- Garfinkel, Harold (1967) *Studies in Ethnomethodology*, Prentice-Hall.
- Garfinkel, Harold and Sacks, Harvey (1970) “On formal structures of practical actions,” in J. C. McKinney and E. A. Tiryakian (eds), *Theoretical Sociology: Perspectives and developments*, Appleton-Century-Crofts. 337-66.
- Garfinkel, Harold (1988) “Evidence for locally produced, naturally accountable phenomena of order\*, logic, reason, meaning, method, etc. in and as of the essential quiddity of immortal ordinary society (I of IV): An announcement of studies. *Sociological Theory* 6 (1): 103-9.
- Garfinkel, Harold (2002) *Ethnomethodology’s Program: Working Out Durkheim’s Aphorism*, Rowman & Littlefield.
- Garfinkel, Harold (1993/2020) “Ethnomethodological misreading of Aron Gurwitsch on the Phenomenal Field.” *Human Studies* 44:19-42.
- Garfinkel, Harold and D. L. Wieder (1992) “Two incommensurable, asymmetrically alternate technologies of social analysis”, in Watson and Seiler (eds), *Text in Context: Contributions to Ethnomethodology*, Sage. 175-206.
- Goodwin, Charles (2017) *Co-Operative Action*. Cambridge University Press.
- Goodwin, Charles (1994=2010) “Professional Vision,” *American Anthropologist*, 96(3):606-633. [チャールズ・グッドウィン（北村隆憲・北村弥生訳）「プロフェッショナル・ヴィジョン—専門職に宿るものの見方」『共立女子大学 文芸学部紀要』56]
- Gurwitsch, Aron (1957/2010) (Richard M. Zaner ed.) The Collected Works of Aron Gurwitsch (1901-1973) Volume III. *The Field of Consciousness: Theme, Thematic Field and Margin*. Springer.
- Heritage, John (1984) *Garfinkel and Ethnomethodology*. Cambridge: Polity Press.
- Hester, Stephen and Eglin, Peter (1997) *Culture in Action: Studies in Membership Categorization Analysis*. University Press of America.
- Hutchby, Ian (2001) *Conversation and Technology*. Polity.
- Ikeya, Nozomi (2019) “A reading of Sacks’ Lawyer’s Work as an invitation to ethnomethodological studies of work.” *Ethnographic Studies* 16:167-180.

- Heritage, John and Maynard Douglas W. (eds.) (2006=2015) *Communication in Medical Care: Interaction between Primary Care Physicians and Patients*. Cambridge University Press. [(岡田光弘・川島理恵・黒嶋智美・榎田美雄訳)『診療場面のコミュニケーション——会話分析からわかること』勁草書房, 2015]
- 石村善助(1983)『法社会学序説』岩波書店。
- 榎村志郎(1989)『「もめごと」の法社会学』弘文堂。
- 榎村志郎(1996)「法律相談における協調と対抗」棚瀬孝雄編『紛争処理と合意』ミネルヴァ書房 209-234。
- 榎村志郎(2004)「相談の語りとその多様性」和田仁孝・榎村志郎・阿部昌樹編『法社会学の可能性』法律文化社 212-235。
- 榎村志郎(2004)「法現象の分析」山崎敬一編『実践エスノメソドロジー』有斐閣 143-157。
- 北村隆憲(2013)「反対尋問のビデオ・エスノグラフィー—弾劾と防御の方略とコミュニケーション・トラブル」法学論集 47(2):239-269
- 北村隆憲(2018)「エスノメソドロジーと会話分析による法社会学研究の世界」東海法学 55:1-56。
- 北村隆憲(2019a)「法律相談のコミュニケーションを分析する—全体構造組織と相互理解の技法」東海法学 56:81-129。
- 北村隆憲(2019b)「調停のコミュニケーションを分析する—非難の連鎖はいかに「管理」されるか」東海法学 56:47-80。
- 北村隆憲(2019c)「裁判官のアイデンティティと実践の諸形式—評議における相互行為資源としての「後ろの位置」」法社会学 85:181-208。
- 北村隆憲(2020)「裁判員評議における発話行為の「類型」と「位置」—「法と言語」研究への相互行為分析からの寄与」法と言語 5:1-24。
- 北村隆憲(2022)「「紛争経験」の相互行為分析——面接調査においてトラブルの事実性はいかに達成されるか？」法社会学 88:1-28
- 北村隆憲(forthcoming-a)「「裁判の理由」はいかに語られたか?—紛争経験の面接調査における「質的研究」の意義」
- 北村隆憲(forthcoming-b)「「面接調査」の相互行為分析—調査者と対象者は「紛争経験」をいかに達成するか」
- 小宮友根(2011)『実践の中のジェンダー』新曜社。
- Korbut, Andrei (2014) “The idea of constitutive order in ethnomethodology,” *European Journal of Social Theory*. 17(4):479-496.
- Nelken, David (1984) “Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law,” *Legal Studies* 4 (2): 157-74.

- Livingston, Eric (1986) *The Ethnomethodological Foundations of Mathematics*. Routledge.
- Lynch, Michael and Bogen, David (1996) *The Spectacle of History: Speech, Text, and Memory at the Iran-Contra Hearings*. Durham: Duke University Press.
- Lynch, Michael (1993=2012) *Scientific Practice and Ordinary Action*. Cambridge University Press. [マイケル・リンチ (水川喜文・中村和生監訳) 『エスノメソドロジーと科学実践の社会学』勁草書房。]
- Maynard, Douglas W. (2006) “Comment-Bad news and good news: losing vs. finding the phenomenon in legal settings,” *Law & Social Inquiry* 31 (2) : 477-497
- Parsons, Talcott (1937=1976) *The Structure of Social Action: A Study in Social Theory with Special Reference to A Group of Recent European Writers*. New York: McGraw-Hill. [稲上毅・厚東洋輔訳 『社会的行為の構造 1 総論』木鐸社。]
- Pollner, Melvin (1974) “Mundane Reasoning” *Philosophy of the Social Sciences*. 4:35-54.
- Pound, Roscoe (1910) “Law in books and law in action,” *American Law Review* 44:12-36.
- Rawls, Anne Warfield (ed.) (2019) *Harold Garfinkel: Parsons’ Primer*. J. B. Metzler.
- Sacks, Harvey (1972) “Notes on police assessment of moral character,” in David Sudnow (ed.) *Studies in Social Interaction*. Free Press. 280-93.
- Sacks, Harvey, Schegloff, Emanuel A., and Jefferson, Gail (1974=2010) “A Simplest Systematics for the Organization of Turn-Taking for Conversation,” *Language*, 50 (4): 696-735. [西阪仰訳, 「会話のための順番交替の組織——最も単純な体系的記述」『会話分析基本論集』世界思想社。]
- Sacks, Harvey (1972=1989) “An initial investigation of the usability of conversational data for doing sociology,” In David Sudnow ed., *Studies in Social Interaction*, The Free Press. 31-73. [ハーヴェイ・サックス「会話データの利用法」G. サーサス他著 (北澤裕・西阪仰編訳) 『日常性の解剖学——知と会話』マルジェ社。]
- Sidnell, Jack and Stivers, Tanya (eds.) (2013) *The Handbook of Conversation Analysis*, Wiley-Blackwell.

- Sudnow, David (1965) “Normal crimes: sociological features of the penal code in a public defender office,” *Social Problems* 12-3:255-276.
- Sudnow, David (1967=1993) *Ways of the Hand: The Organization of Improvised Conduct*. Bantam. [徳丸吉彦, 卜田隆嗣, 村田公一訳『鍵盤を駆ける手—社会学者による現象学的ジャズ・ピアノ入門』新曜社。]
- Travers, Max (1997) *The Reality of Law: Work and Talk in a Firm of Criminal Lawyers*. Ashgate. (第3章と5章の翻訳として, 北村隆憲・内山安夫訳『『ラディカルな』弁護士の法律事務所という現象』東海法学42号2009。及び, 「クライアントに有罪答弁をするよう説得すること」東海法学43号2010。)
- Travers, Max (2001=2009) “Law in Action: An Ethnological Perspective,” paper delivered at the fifth joint meeting of the Law and Society Association and the Research Committee on Sociology of Law of the International Sociological Association, Central European University, Budapest, Hungary, July 4.-7. [マックス・トラヴァース(北村隆憲・内山安夫訳)「“生ける法 (Law in Action)” —エスノメソロジーの視点から」東海法学41号。]
- Wieder, Lawrence D. (1974=1987) “Telling the Code” In Roy Turner (ed.) *Ethnology*, Penguin, 144-172. Originally published as Wieder, D.L. (1974) *Language and Social Reality: The Case of Telling the Convict Code*. The Hague: Mouton. [ローレンス・ウィーダー「受刑者コード」山田富秋・好井裕明・山崎敬一編訳『エスノメソロジー—社会学的思考の解体』せりか書房 167-232]

きたむら たかのり (本学法学部教授)



石田 清彦  
内田 剛  
内山 安夫  
押久保 倫夫  
唐津 恵一  
北村 隆憲 ○  
柑本 美和  
小林 史治  
塩原 眞理子  
鈴木 貴博  
鈴木 宏昌  
高田 映  
高橋 奈々  
富高 彩  
内藤 悟  
永山 茂樹  
橋本 篤聡  
服部 美弘  
藤中 敏弘 ○  
山田 尚子 ○  
山中 純志 ○  
山田 純子 ○  
(法学部長)

東海法学 第六十一号

発行日 二〇二一年九月三〇日

出版・発行 東海大学法学部

神奈川県平塚市北金目四一―一

# ***Tokai Law Review***

*No. 61*

## ●Contents

[Article]

**Komplott und Vorsatz des untergeordneten Mittäters beim Sonderbetrug  
- Anhand des Urteils des OG Tokyo vom 2. April 2019**

..... YAMANAKA Junko

[Case]

**Meaning of “Coming to Know in the Course of Duty“ in Insider Trading  
Regulation**

..... KOBAYASHI Fumiharu

[Article]

**“Justice” as a legal term in statutes and judgements  
- On-line Seminar on Legal Philosophy (1/2)**

..... OTSUKA Shigeru

[Article]

**Critical Review of Provisions for Aggravated Punishments against  
Habitual Crime and Repeat Offenses, and Habitual Recidivist Theft (1)**

..... OKAMOTO Hiroaki, KAMIYA Tatsumitsu,  
SHINDO Hiroto, SUGIYAMA Hiroaki and YAMANAKA Junko

[Article]

**Ethnomethodological and conversation analytic studies and the sociology  
of law: towards the exploration of law as ‘the lived order phenomena’**

..... KITAMURA Takanori

2021

SCHOOL OF LAW, TOKAI UNIVERSITY

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