

東海法学

No.59

論説

欺罔による性的行為の処罰について

ードイツ性刑法との比較に基づいてー

..... 山中純子

論説

弁護士はいかに相談者の「表情を読む」か

ービデオ・エスノグラフィーによる法的コミュニケーション研究の意義ー

..... 樫田美雄・北村隆憲・米田憲市・岡田光弘

論説

「意味」としての法

ー記号、象徴、物語として法を理解するー

..... 北村隆憲

2020
東海大学法学部

東海法学 No.59

2020
東海大学法学部

東海法学 59号 2020 目次

論説

欺罔による性的行為の処罰について

ードイツ性刑法との比較に基づいてー

..... 山中純子 1

論説

弁護士はいかに相談者の「表情を読む」か

ービデオ・エスノグラフィーによる法的コミュニケーション研究の意義ー

..... 榎田美雄・北村隆憲・米田憲市・岡田光弘 27

論説

「意味」としての法

ー記号、象徴、物語として法を理解するー

..... 北村隆憲 47

【論説】

欺罔による性的行為の処罰について

ドイツ性刑法との比較に基づいて

山中純子

1. はじめに
2. ドイツにおける欺罔による性的行為
 - 2-1 2016 年改正後のドイツの性刑法
 - 2-2 抗拒不能の場合として処罰する可能性
 - 2-3 認識可能な意思に反した場合として処罰する可能性
 - 2-4 法益関係的錯誤説に基づく処罰の検討
 - 2-5 ステルシング判例（ベルリン上級地方裁判所 2020 年 7 月 27 日判決）
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判決の要旨
 - (3) 判決についての考察
3. 日本における欺罔による性的行為
 - 3-1 欺罔による性的行為が問題となった裁判例
 - 3-2 錯誤の内容の認定
 - (1) 錯誤の判断基準
 - (2) 錯誤の内容
 - 3-3 法益関係的錯誤の認定
 - (1) 法益関係的錯誤説に基づく考え方
 - (2) 性犯罪の「法益」についての検討
 - (3) 法益関係的錯誤かどうかの判断
 - 3-4 法益関係的錯誤説による帰結
4. まとめ

1. はじめに

日本では、2017年に性犯罪に関する刑法が改正され、性犯罪規定が大幅に変更された¹。2020年9月現在、平成29年刑法一部改正法附則9条に基づいて施行後3年の検討をするため、法務省において「性犯罪に関する刑事法検討会」

（以下、「検討会」という）が開催されている。2017年改正においては、性犯罪として認められなかった問題事例を事実認定の問題であると捉え²、刑法176条及び177条における「暴行又は脅迫」並びに刑法178条における「抗拒不能」の要件に変更が加えられることはなかった³。同改正においては、性犯罪の被害者が法的に救済されない理由を捜査機関及び裁判所の被害者の心理等に関する心理学的・精神医学的知見等の不足あるいは刑事裁判手続における事実認定の問題であるとする一方で、法改正を最低限の範囲にとどめたと言えるだろう。しかし、2019年3月に準強制性交被告人等事件等において無罪判決が相次いだこと⁴やフラワーデモ⁵等の性犯罪規定の拡充を求める運動を経て、現在開催されている検討会においては、暴行・脅迫要件及び心神喪失・抗拒不能要件を撤廃

¹ 強姦罪（刑法旧177条）の構成要件が拡張されて強制性交等罪（刑法177条）となった点や監護者性交等罪（刑法179条）が新設された点など、明治40年の現行刑法制定以来の性犯罪のあり方に関わる大きな改正であった。平成29年改正の詳細につき、田野尻猛「性犯罪の罰則整備に関する刑法改正の概要」論究ジュリスト23号（2017年秋）112頁、角田由紀子「性犯罪の改正—改正の意義と課題」論究ジュリスト23号（2017年秋）120頁、北川佳世子「強制性交等の罪・準強制性交等の罪」法律時報90巻4号55頁、辰井聡子「性犯罪に関する刑法改正—強制性交等罪の検討を中心に—」刑事法ジャーナル55号（2018年）4頁。改正議論に参加した立場からの意見として、宮田桂子「性犯罪法改正に関する備忘録—改正の議論に参加して」駒澤法曹16号（2020年）195頁参照。

² 改正前の法務省の「性犯罪の罰則に関する検討会」においては、暴行・脅迫要件について適切に事実認定がなされれば被害者等から撤廃意見は出ないはずであるという意見や認定の仕方を被害者の心理を十分に考慮したものにしていくことが改善策であるなどの意見が出されていた（平成27年8月6日性犯罪の罰則に関する検討会「性犯罪の罰則に関する検討会」とりまとめ報告書20頁参照、<http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf>、最終閲覧2020年9月29日）。

³ 衆参両議院の法務委員会における附帯決議においても、「暴行又は脅迫」（刑法176条、177条）及び「抗拒不能」（刑法178条）の認定を適切に行うための調査研究や研修の充実について言及されるにとどまった（「刑法の一部を改正する法律（平成29年法律第72号）附則第9条並びに同法律案に対する衆議院法務委員会及び参議院法務委員会における附帯決議」参照、<http://www.moj.go.jp/content/001323982.pdf>、最終閲覧2020年9月29日）。

⁴ 福岡地裁久留米支部平成31年3月12日判決（控訴審である福岡高裁令和2年2月5日判決 LEX/DB25565044 にて、有罪。）、静岡地裁浜松支部平成31年3月19日判決判時2437号107頁、名古屋地裁岡崎支部平成31年3月26日判決判時2437号100頁（控訴審である名古屋高裁令和2年3月12日判決 LEX/DB25565258 にて、有罪。）、静岡地裁平成31年3月28日判決 LEX/DB25563007。

⁵ FLOWER DOMO, <https://www.flowerdemo.org/>, 最終閲覧2020年9月29日。

し、被害者が性交等に同意していないことを構成要件とすべきかどうか論点となっている⁶。性犯罪の法益が性的自己決定権であるとすれば、手段を問わずに、意思に反して行われた性的自己決定権を侵害する性的行為を処罰対象とするべきであると考えられるところであるが、法益の捉え方や不同意性交等をめぐる規定の仕方は種々考えられ、なお検討を要する⁷。

ドイツでは、2015 年に性犯罪規定が改正され⁸、「Nein heißt nein (ノーはノー) モデル」を採用した条文が規定された。これにより、ドイツ刑法 177 条 1 項で「他人の認識可能な意思に反し」た性的行為が罪とされ、いわゆる不同意性交等を処罰する規定が導入されている。そのような状況下において、2020 年 7 月 27 日、ベルリン上級地方裁判所 (Berlin KG) がこの規定を適用して注目の判決⁹を下した。いわゆるステルシング (性交の際に秘密裡にコンドームを外して陰性交を行うこと) の事例において、認識可能な被害者の意思に反して行われた性交として性的侵襲罪 (Sexueller Übergriff, ドイツ刑法 177 条 1 項) の

⁶ 「性犯罪に関する刑事法検討会 検討すべき論点」参照、

<http://www.moj.go.jp/content/001327158.pdf>、最終閲覧 2020 年 9 月 29 日。

⁷ 本稿では、日本刑法に不同意性交等罪を導入すべきかという問題には踏み込まないが、筆者は、2020 年 3 月末日まで東京弁護士会に所属し、「刑事司法について考える法律家の会」の弁護士と性犯罪に関する刑法改正検討会を行なっていたことから、不同意性交等罪を含む刑法改正に関する意見については、追って公表予定の性犯罪規定の改正案に譲るものとする。本稿は、同検討会で作成した「各国性犯罪規定の構造的比較」のうち、筆者が担当したドイツの性刑法において、現行法下で直接の規定がなく、十分に分析することができなかった欺罔による性的行為に関するドイツにおける法解釈・判例等を紹介し、そこから示唆を得て日本における欺罔による性的行為の処罰について論じるものである。

⁸ ドイツ性刑法 2015 年改正については、Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz(Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Nomos, 2017; Mohamad El-Ghazi, Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach §177 Abs.1 StGB n.F., in: ZIS 3/2017, S.157ff; Ulfrid Neumann, Strafrechtliche Grundlagenproblem der „Übergangsjustiz“, in: ZIS 7-8/2017, S.382ff; Konstantina Papathanasiou, Der reformierte Sexualstrafrecht -Ein Überblick über die vorgenommenen Änderungen, in: KriPoZ 2/2016, S.133ff; Elisa Hoven, Das neue Sexualstrafrecht -Der Prozess einer Reform, in: KriPoZ 1/2018, S.2ff; Joachim Renzikowski/Anja Schmidt, Nach der Reform ist vor dem Reform, Zum Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, in: KriPoZ 6/2018, S.325ff; Garonne Bejjak, Der Straftatbestand des §177 StGB (Sexual Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers, in: Kritische Justiz, Vol.49, No.4 (2016), S.557ff; Tatjana Hörnle, Warum §177 Abs.1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, in: ZIS 4/2015, S.206ff; Osman Isfen, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten, Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, in: ZIS 4/2015, S.217ff; 深町晋也「ドイツにおける 2016 年性刑法改正についてー我が国の性犯罪規定における暴行・脅迫要件の未来」法律時報 89 卷 9 号 97 頁、吉川真理「ドイツにおける性犯罪規定の改正について」静岡法務雑誌第 11 号(2019 年 8 月)21 頁参照。

⁹ KG Berlin, Beschluss vom 27.Juli 2020-4 Ss 58/20-, Juris.

成立を認めたものである。この判例が注目に値する理由は、ドイツ刑法においても構成要件にされておらず原則として不可罰との意見が多かった¹⁰「欺罔による性的行為」の一種を現行の性的侵襲罪で処罰することを認めた点にある。

日本では、欺罔による性的行為¹¹ないし錯誤に基づく性的行為（以下、両者を総じて「欺罔による性的行為」という）については、事案によって「抗拒不能」に該当するとして準強制わいせつ罪・準強制性交等罪（刑法 178 条）を適用して処罰されるに過ぎない。「抗拒不能」とは、心神喪失以外において、心理的又は物理的に抵抗不可能か又は著しく困難な状態にあることをいうとされている¹²。日本刑法においては、抗拒不能の中に心理的抗拒不能も含むと解されて運用されている点に特徴があり、その結果、恐怖、驚愕、錯誤によって行動の自由を奪われていた場合における性交等も広く処罰することが可能となっている¹³。現状の検討会では、暴行・脅迫要件や心神喪失・抗拒不能要件以外の威迫や不同意による場合の規定の要否について議論されているものの、欺罔による性的行為については、事実上、心理的抗拒不能を幅広く認めることによって処罰することができることから改正の必要がないものとして扱われているように思われる¹⁴。本稿では、日本において性犯罪の枠組みや構成要件を見直す転換点¹⁵にある現在、日本でも欺罔による性的行為を犯罪として正面から処罰する可能

¹⁰ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2020, §177, Rn.2、佐藤陽子「ドイツにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル 45 号 71 頁(2015 年)。

¹¹ 本稿では、準強制わいせつ罪・準強制性交等罪（刑法 178 条）における、「わいせつ」及び「性交等」の総称として、「性的行為」と表現する。また、2016 年改正前の強姦罪（旧 177 条）については、適宜、強制性交等罪と言い換えることとする。

¹² 仙台高判昭和 32 年 4 月 18 日高刑集 10 巻 6 号 491 頁、東京高判平成 15 年 9 月 29 日東高刑時報 54 巻 1=12 号 67 頁、刑事比較法研究グループ「比較法からみた日本の性犯罪規定」刑事法ジャーナル 45 号 160 頁(2015 年)参照。

¹³ 刑事比較法研究グループ前掲 160 頁。

¹⁴ 前掲「性犯罪に関する刑事法検討会 検討すべき論点」参照。また、ステルシングの事例等につき、「抗拒不能」の延長線上のケースとは言えず、犯罪化することに疑問の余地を示すものとして、井田良「性犯罪処罰規定における暴行・脅迫要件をめぐって」法曹時報 72 巻 2 号 280 頁以下参照。

¹⁵ 強制わいせつ罪の性的意図に関し、「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でな」とした最高裁判例（最判平成 29 年 11 月 29 日刑集 71 巻 9 号 467 頁）においては、「あえて保護法益が性的自由であることには触れず、被害者の受けた性的な被害の有無、内容、程度を重視すべきとしている」点が指摘されており、「より広く被害の重大性に目を向けるべきであるとの最高裁としての意思を示したもの」であり、犯罪成否を決定する考え方につき、『「被害者からみた犯罪の成否」に転換すべきだとした」と評されている（木村光江「行為者の性的意図と強制わいせつ罪の成立要件」平成 29 年重要判例解説 158 頁参照。）。同判例が法益や被害の中身に踏み込んでいないとはいえ、性犯罪に対する国民の意識を反映した被害者からみた視点に転換すべきとの意思が読み取れることも、日本において性犯罪の枠組みを見直す転換点にあることを示していると考えられる。

性及び必要性につき、ドイツ性刑法の学説・判例を紹介しながら比較法的に検討する。

以下では、まず、ドイツにおける欺罔による性的行為をめぐる議論及び裁判例を紹介し、性犯罪の法益について考察する(2.)。その上で、ドイツのステルシング判例で示された性犯罪の法益に関する考え方等を参考にしながら、日本の性犯罪の法益を見直し、欺罔による性的行為について準強制わいせつ罪・準強制性交等罪の成否が問題となった裁判例を法益関係の錯誤説によって処罰することの可能性及び必要性を検討し(3.)、最後に、日本における欺罔による性的行為の処罰について意見を述べる(4.)。

2. ドイツにおける欺罔による性的行為

2-1 2016 年改正後のドイツ性刑法

2016 年のドイツ刑法改正において、ドイツ刑法 177 条¹⁶の性犯罪規定はその基本構造が大きく変更された。同条は、性的侵襲、性的強要、強制性交(強姦)の規定であり、同条 1 項では「他人の認識可能な意思に反して」行う性的行為が処罰対象となっている。そして、同条 5 項において、旧規定では基本類型であった暴行を用いた場合(同項 1 号)、脅迫を行った場合(同項 2 号)等が加重類型とされた。改正の背景には、ドイツも署名したイスタンブール条約 36 条 1 項が同意に基づかない性的行為を処罰対象とすることを求めていたことがある。改正にあたっては、旧規定では処罰することができなかった 4 つの類型、すなわち①暴行又は暴行による脅迫と性的行為の間に終局的な関連性がない場合、②傷害又は殺害以外の侵害に対する恐怖による場合、③単に主観的に不保護下にある場合、④驚愕の瞬間を利用する場合という類型に分け、処罰の間隙を埋めることが目的とされた¹⁷。これらの類型については、ドイツ基本法 1 条 1 項に関係する同法 2 条 1 項で保障された人格権の核たる領域である性的自己決定権を侵害するものであるから処罰に値するとされた¹⁸。しかしながら、改正後の規定の基本類型にも、加重類型にも、欺罔(Täuschung)を手段とする規定は存在しない。欺罔された場合は、一般的に性犯罪の法益たる性的自己決定権の保護の対象ではないとされる¹⁹。

¹⁶ ドイツ刑法 177 条 1 項：他人の認識可能な意思に反して、その者に対する性的行為を行い、その者に性的行為を行わせ、又は第三者に対する若しくは第三者による性的行為をその者に対して行った若しくは甘受させた者は、6 月以上 5 年以下の自由刑に処する(筆者翻訳)。

¹⁷ BT-Dts. 18/8210, S.12.

¹⁸ BT-Dts. 18/8210, S.7.

¹⁹ なお、Fischer, a.a.O., §177, Rn.2 は、ドイツ刑法 174 条以下の性的虐待の罪においては、欺罔による場合が問題となり得ることを指摘する。

2-2 抗拒不能の場合として処罰する可能性

ドイツ刑法 177 条 2 項²⁰には日本の抗拒不能要件に類似する要件が規定されているため、まずは同項で欺罔による性的行為を処罰する可能性について検討する。ドイツ刑法 177 条 2 項は、日本の準強制わいせつ罪・準強制性交等罪とは異なり、心理的抗拒不能の場合を含まない。同項 1 号の「反対意思を形成又は表明することができない状況を利用した場合」とは、同条 4 項²¹の規定する病気や障害による場合以外の「深刻な意識障害」、例えばアルコールや薬物による酩酊状態、睡眠等によって反対意思を形成又は表明する能力がないことをいう²²。つまり、物理的に現に抗拒することができない場合及び精神的・心的な内在的要因により抵抗する意思を形成することができないか、表明することができない場合だけが処罰対象になっている²³。日本刑法における心理的抗拒不能のように、錯誤に陥っていたことで抵抗意思を形成する機会を奪われていただけであり、錯誤に陥っていなければ抵抗意思を形成することも表明することもできたと思われる場合とは区別される。したがって、欺罔によって被害者が錯誤に陥っていたとしても、物理的に抵抗することは可能であるし、また精神的・心的な内在的要因による抗拒不能ではないため、ドイツ刑法 177 条 2 項 1 号には該当しない。また、同項 2 号も、「意思形成又は表明が著しく限定されている状況」であるから、同項 1 号と同様に抵抗する能力があることを前提にその能力が著しく限定されている状況を指しており、錯誤により抵抗意思を形成する機会を奪われていた場合は対象外である。さらに、同項 3 号は「驚愕の瞬間を利用した場合」、同項 4 号は「相当の害悪が生じる恐れがある状況を利用した場合」、同項 5 号は「相当の害悪を伴う脅迫によ」る場合を掲げていずれも行為者側の手段を規定しているところ、欺罔による場合はいずれにも該当しない。そして、同項各号が具体的な抗拒不能状況を限定列挙していることから、ここに

²⁰ ドイツ刑法 177 条 2 項：他人に対する性的行為を行い、その者に性的行為を行わせ、又は第三者に対する若しくは第三者による性的行為をその者に対して行った又は甘受させた者は、①行為者が、その者が反対意思を形成又は表明することができない状況を利用した場合②行為者が、その者が身体的又は精神的状態を理由に、意思形成又は表明が著しく限定されている状況を利用した場合。但し、行為者がその者の同意を得た場合を除く。③行為者が驚愕の瞬間を利用した場合④行為者が、抵抗した場合には被害者に相当の害悪が生じる恐れがある状況を利用した場合、又は⑤行為者が、相当の害悪を伴う脅迫によって、その者に性的行為の遂行又は甘受を強いた場合、前項と同様に罰する（筆者翻訳）。

²¹ ドイツ刑法 177 条 4 項：意思形成又は意思表明の不能が被害者の病気又は障害に基づく場合は、1 年以上の自由刑に処する（筆者翻訳）。

²² Fischer, a.a.O., §177, Rn.21.

²³ 2015 年改正前の条文解釈につき、刑事比較法研究グループ前掲 161 頁、前掲佐藤 83 頁参照。

列挙されていない錯誤を利用した場合は、同項の処罰対象には含まれないと解される²⁴。ゆえに、欺罔による性的行為を処罰することができるかについて論じる場合において、現行のドイツ刑法 177 条 2 項で処罰する可能性について言及する学説は不見当である²⁵。

2-3 認識可能な意思に反した場合として処罰する可能性

欺罔による性的行為がドイツ刑法 177 条 2 項の処罰の対象にならない中、その処罰については、基本類型である同条 1 項を適用する可能性がある²⁶。

ドイツ刑法 177 条 1 項は、「他人の認識可能な意思に反し」た性的行為を処罰対象としている。この規定は、「Nein heißt nein (ノーはノー) モデル」を採用し、性的自己決定を尊重したものであり²⁷、いわゆる不同意性交等の処罰を規定したものと評価することができる。それと同時に、性的行為を望まない者に対しては、性的行為の時点で客観的な第三者から認識可能な反対の意思表示をすることを要求している²⁸ので、被害者の反対意思が認識不可能であった場合、その被害者は保護されない。つまり、同項は、被害者の性的自己決定を保護の対象とすると同時に、被害者に意思表示というコミュニケーション責務 (Kommunikationsobliegenheit) を課している点に特徴がある。被害者が、反対の意思表示というコミュニケーション責務を果たしていた場合に初めて、その反対意思に反して行われた性的行為が処罰対象になる。そして、反対意思の認定については、客観的な第三者が認識可能かどうかを判断基準としており、被害者が行為時において言葉にして明示的に説明しているか又は挙動(例えば、泣くことや性的行為からの防御行為)により表明している場合に、客観的な第三者から認識可能とされる²⁹。客観的な第三者を基準とするので、行為者が主観的に外形的な行動では示されていない被害者の反対意思を特別に知っていた

²⁴ Elisa Hoven/Thomas Weigend, „Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht“, in: KriPoZ 3/2018, S.157.

²⁵ Hoven/Weigend, a.a.O., S.156ff.は、欺罔による性的行為の処罰の必要性を認める立場から、ドイツ刑法 177 条 2 項に欺罔を手段とする場合を加える改正をすべきであると主張する。

²⁶ Rita Vavra, „Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?“, in: ZIS 12/2018, S. 611ff.のほか、玄守道翻訳「Joachim Renzikowski ドイツにおける性刑法の改正—性的強要から性的侵害(Übergriff)へ—」龍谷法学 2018 年 51-1 号 889 頁以下参照。

²⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, in: BT-Dts. 18/9097, S.22.

²⁸ Hoven/Weigend, a.a.O., S.158.

²⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, a.a.O., S.23; Mohamad El-Ghazi, a.a.O., S.166; Fischer, a.a.O., §177, Rn.17.

場合には、同規定は適用外である³⁰。

この基準に従うと、欺罔により被害者が錯誤に陥って性的行為に同意していた場合、錯誤に陥っていたという事情があるにしても、その行為時において性的行為に対する明確な反対意思が認識されなければ、ドイツ刑法 177 条 1 項には該当しないこととなる³¹。行為者の欺罔により被害者が反対意思を形成することが阻害されたのであるが、そのために行為時に被害者の反対意思が形成されていないことには違いない。欺罔による性的行為は、錯誤に陥った事項や理由の如何にかかわらず、ドイツ刑法 177 条 1 項によって処罰することはできないと解される傾向にある³²。同項で処罰することができないと解される理由としては、もし行為時に実際に存在している意思ではなく、真実を知っていたならば反対しただろうという仮定の「真意」を考慮するとすれば、処罰範囲を過度に拡大することになり、立法者意思³³や法体系に反する³⁴ことになることが挙げられる。ドイツ刑法 177 条 1 項が明示的に表明されていない「真意」まで考慮するとすれば、反対意思を形成又は表明することができない場合について規定した同条 2 項が不要な条文になってしまうだろう³⁵。同条 1 項の対象をその行為時に実際に存在する表明された反対意思に限定してこそ、同条 2 項に独自の存在意義が認められるのである。このように、立法者意思等を理由にドイツ刑法 177 条 1 項を厳格に解し、欺罔による性的行為に同項の適用を認めない考え方が有力である³⁶。

2-4 法益関係の錯誤説に基づく処罰の検討

欺罔による性的行為は、ドイツ刑法 177 条 1 項でも同条 2 項でも処罰するの

³⁰ Hoven/Weigend, a.a.O., S.158; Moritz Denzel/Renato Kramer da Fonseca Calixto, „Strafbarkeit und Strfwürdigkeit der sexuellen Täuschung“, in: KriPoZ 6/2019, S.349.

³¹ ドイツ刑法 177 条における性的侵襲の「侵襲」とは、字義的に、自然意思に反することを意味しており、欺罔によって得た同意がある場合、明らかな自然の意思には反していないとの指摘がある（Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.349 参照）。

³² Hoven/Weigend, a.a.O., S.158.

³³ 2016 年のドイツの性刑法改正において、欺罔による性的行為罪の規定はなく、また、婚姻関係について錯誤に陥らせた性交についての罪（ドイツ刑法旧 179 条）が 1969 年に廃止された歴史的経緯に照らしても、欺罔による性的行為の処罰について立法者意思が存在しないことがうかがわれる（Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.349f. 参照）。

³⁴ 欺罔やそれに類する文言が、それらを手段とする罪では明示的に使用されているのに対し、ドイツ刑法 177 条においては使用されていない点からも、ドイツ刑法の体系的理解によれば欺罔による性的行為が処罰対象でないことがうかがわれる（Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.349 参照）。

³⁵ Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.351.

³⁶ 但し、Vavra, a.a.O., S.612 は、欺罔からの性的自由の保護を理由に同項の適用可能性を示す。

が困難であると考えるのが有力であることは前述のとおりであるが、性犯罪の保護法益である性的自己決定権に關係する錯誤である場合には、法益關係の錯誤説³⁷から処罰の必要性が主張されている³⁸。この説に立つと、法益処分の態様、程度及び危険性といった核心部分について錯誤がある場合は、法益關係の錯誤として被害者の法益処分に対する同意が無効になるが、期待していた対価など動機についての錯誤の場合は法益關係的でないことから同意の有効性には影響を与えないこととなる。この法益關係的錯誤説によって錯誤に陥った被害者の同意の有効性を判断するには、まずドイツ刑法 177 条の保護法益について明らかにする必要がある。同条は、性的自己決定に対する罪と題する第 13 章に規定されているところ、一般的に性的自己決定とは、それぞれの人が、今、ここで、その相手方と性的關係を持ちたいかどうかを自己決定することであると解される³⁹。より具体的には、強制され決定されたものではなく、自由に独立して、自主的に自己責任で性的關係を形成し發展させることを指す⁴⁰。また、性的自己決定には、いつ、誰と、どのような状況で性的行為を行うかを自己決定するという積極的な性的自由だけでなく、性的他己決定からの自由という消極的な側面もある。換言すれば、他人の性的干渉の客体に貶められない自由とも言うべきものである⁴¹。刑法においては、この消極的な性的自由の防御権としての側面が重要である⁴²。この性的自己決定権はドイツ基本法 2 条 1 項が保障する個人の自由、そして個人の尊厳の一部であるとされる⁴³。欺罔による性

³⁷ ドイツの法益關係的錯誤説については、Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, Athenäum Verlag, 1970; Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, Duncker & Humblot Berlin, 1998; 山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関大法学 33 卷 3・4・5 合併号 271 頁以下参照。

³⁸ ドイツにおける法益關係的錯誤説によって処罰の必要性を判断する説として、Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.352ff.

³⁹ Frommel, Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch Band 2 5. Aufl., 2017, §177, Rn.16.

⁴⁰ Vavra, a.a.O., S.612; Tatjana Hörnle, ZStW127(2015), S.851; Brigitte Sick/Joachim Renzikowski, “Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung”, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S.604ff.; Brigitte Sick, “Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht, Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts, ZStW103(1991) Heft1, S.51; 山中敬一「強制わいせつの罪の保護法益について」研修 817 号 (平成 28 年 7 月号) 6 頁参照。

⁴¹ Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.3, 2. Aufl., 2012, Vor §174ff. Rn. 7.

⁴² Renzikowski, a.a.O., Vor §174ff. Rn. 7; Fischer, a.a.O., §177 Rn.2; Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.352; なお、嘉門優「被害者の意思侵害要件の展開—強姦罪における暴行・脅迫要件を題材として—」浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻] 成文堂 2016 年 744 頁も参照。

⁴³ Renzikowski, a.a.O., Vor §174ff. Rn. 7.

的行為を法益関係の錯誤説に基づいて検討する際には、このような性的自己決定権という法益との関係で、錯誤の対象ごとに、その錯誤が法益関係の錯誤と言えるかどうか、それによって被欺罔者が刑法による保護に値するかどうかについて判断する必要がある。

錯誤の対象については、①人物の同一性（配偶者、あるいは知っている誰かと勘違いさせる）、②性的行為の性質、③行為者の特徴（地位、収入、外見、健康状態、家柄、宗教など性交相手の属性や身体的特徴等）、④動機（利益誘導、反対給付の存在）についての錯誤といった類型に分けて個別の事例ごとに処罰に値するかどうかの検討がなされる⁴⁴。まず、①人物の同一性に関する欺罔については、被欺罔者が名前等によって相手方を確認し、その特定の相手方に対して性的行為をすることについての同意を与えた場合等である。この場合、目の前にいる欺罔者を別の人物であると思っているのであり、その者と性的行為をするという認識を欠いていたため、その者に対しては一度も性的行為をする同意を与えていない。したがって、人物の同一性に関する欺罔は、性的自己決定において、誰と行かうかという核心に関することであり、被害者の性的行為についての同意を無効とする刑法上の保護に値する錯誤と言える⁴⁵。

次に、②性的行為の性質についての欺罔については、性的行為としての認識がなかった場合には性的自己決定をしていないことになる。例えば、婦人科医が、患者に対して治療であるとの錯誤に陥らせて性的行為を行う場合には、被欺罔者は性的行為であるという認識を欠いているため、性的自己決定をする状況になかったと言える。これは、被害者が昏睡状態あるいは睡眠中であった場合に近い状況である⁴⁶。したがって、被欺罔者の性的自己決定が侵害されており、性的行為の性質についての欺罔は処罰に値する⁴⁷。なお、性的行為の態様についての錯誤は、性的行為それ自体の認識がある場合であり、判例でも問題となったことから、別途後述する。

これに対し、③行為者の特徴については、被欺罔者が性的行為の相手方に求める条件とも考えることができ、性的行為それ自体とは切り離して考えられる。性的行為の相手方の宗教、人種、出自、地位、収入及び外見等は、性的自己決定という法益の周辺事情であり、個人的な信念や嗜好に法益関係性は認められない⁴⁸。例えば、相手方の宗教について錯誤に陥っていた場合、特定の宗教の人

⁴⁴ Hoven/Weigend, a.a.O., S.157ff.; Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.353ff.

⁴⁵ Hoven/Weigend, a.a.O., S.160, 反対意見として、Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S. 353.

⁴⁶ Hoven/Weigend, a.a.O., S.160.

⁴⁷ Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S. 354; Hoven/Weigend, a.a.O., S.160.

⁴⁸ Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.353.

としか性交しない、あるいは特定の宗教の人とは性交しないという宗教上の信仰を理由とする個人的な条件があっても、それを国家が刑法で刑事罰を科してまで保護することには疑問が呈される⁴⁹。国家がドイツ基本法3条3項で宗教、人種、出自等による差別を禁止しながら、刑法による保護を与えることで、宗教、人種、出自等による差別を助長することになるからである⁵⁰。同様に、地位、収入、外見、家柄等に対する個人的な条件、嗜好についても、国家が刑罰を科してまで保護する必要はないと考えられる。他方で、性交相手の健康状態については、行為者が性病等に感染していることを隠していた場合、被欺罔者が性交により感染するおそれがあることから、性交と完全に切り離して考えることは困難なようにも思われる。しかし、性病等を隠したことによって受ける不利益は、あくまで病気への感染であるから傷害罪に問うべきであり、性犯罪としての不法を見出すことはできないと考えられている⁵¹。したがって、行為者の特徴についての欺罔がある場合は、性的自己決定と法益関係性のないものとして、被欺罔者の同意は有効とされ、欺罔による性的行為は処罰に値しないと解される。

さらに、④動機についての錯誤は、性的行為それ自体と切り離して考えられるものであって法益関係性がないことから、処罰の対象外と解される⁵²。例えば、被欺罔者が反対給付を得られるとの錯誤に陥っていた場合、被欺罔者が得られるはずの反対給付は、性的自己決定権とは別個の財産的利益である。この性的自己決定権とは別個の法益は、詐欺罪の保護の対象になることがあり得るとしても、性犯罪規定による保護には値しない⁵³。他人に裏切られたり騙されたりすることは、一般的な生活に伴うリスクであり、刑法は、嘘をつくことや他人の意思を操作することのみをもって処罰することはない⁵⁴。したがって、

⁴⁹ なお、イスラエル刑法においては、人物の同一性又は性的行為の性質に関する欺罔によって同意を得て女子と性交した場合に強姦罪とする規定があるところ、人物の同一性についての欺罔は、本質的な人的な属性についての欺罔で足りるとし、独身のユダヤ教徒であると偽ったアラブ出身の男が有罪判決を受けた例がある(CrimA 5734/10 Kashur v. State of Israel [2012], Takdin (Isr.))が、ドイツでは基本法の禁止する宗教による差別を保護することになるとして、批判的な意見が述べられている(Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S. 353; Hoven/Weigend, a.a.O., S.156 参照)。

⁵⁰ Hoven/Weigend, a.a.O., S.160 は、個人的な、そして人種差別的で不寛容な条件を保護することは、国家の役割ではないとしている。他方で、Vavra, a.a.O., S.617 は、国家は差別的な側面から保護を与えたわけではなく、あくまで個人的な性的自己決定を保護したまでであり、たとえ差別的な好みが社会的に望ましくなくても、性交相手を選ぶ個人の自由があるとして、個人の好みが認識可能な程度に伝えられていたときには保護すべき利益があるとする。

⁵¹ Hoven/Weigend, a.a.O., S.159.

⁵² Hoven/Weigend, a.a.O., S.160; Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S. 353.

⁵³ Hoven/Weigend, a.a.O., S.159.

⁵⁴ Hoven/Weigend, a.a.O., S.160.

動機についての錯誤は、刑法による保護に値しないとされる。

このように、性的自己決定権という法益に照らして錯誤の対象について検討すると、①人物の同一性及び②性的行為の性質を欺罔した場合には処罰すべきであるとの結論が導かれる。そして、現行ドイツ刑法によって処罰できないのであれば、同法 177 条 2 項に欺罔を手段とする場合を追加するなどの法改正をすべきであるといった主張がなされている⁵⁵。

2-5 ステルシング判例(ベルリン上級地方裁判所 2020 年 7 月 27 日判決⁵⁶)

(1) 事案の概要

このような議論状況の中、2020 年 7 月 27 日、ベルリン上級地方裁判所で注目すべき判決が下されたので、この性的行為の態様について欺罔した事案を紹介する⁵⁷。いわゆるステルシング (Stealththing)、すなわち、性交の際に秘密裡にコンドームを外して膣性交を行ったことが問題となった事件で、性的侵襲罪 (ドイツ刑法 177 条 1 項) が成立すると判断された事案である⁵⁸。

本件は、38 歳の警察官が、インターネットで知り合った当時 20 歳の警察官候補者に対し、同人が何度も誤解の余地がないほど明白に、いかなる場合でもコンドームなしで性交したくない旨言葉に出して表明していたにもかかわらず、

⁵⁵ Hoven/Weigend, a.a.O., S.161.

⁵⁶ KG Berlin, Beschluss vom 27.Juli 2020-4 Ss 58/20-, Juris.

⁵⁷ なお、ボン簡易裁判所(AG Bonn)が 2020 年 2 月に判決を下した、被告人が 30 ユーロを支払って買春した際に秘密裡にコンドームを外したステルシングの事案でも、被告人が控訴を取り下げたため、執行猶予付きの 8 月の自由刑を言い渡した判決が確定したことに関する同年 9 月 29 日の報道につき、https://ga.de/bonn/stadt-bonn/freier-in-bonn-zog-kondom-heimlich-ab_aid-53635671, 最終閲覧 2020 年 9 月 30 日。ベルリン上級地方裁判所の判例が、ドイツ刑事実務において定着する方向に向かっていると評価できるだろう。

⁵⁸ 本判決が下される前のものであるが、ステルシングによる性交にドイツ刑法 177 条 1 項を適用することを肯定するものとして、Felix Herzog, „Stealththing“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?, in: Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 351(356f.); Kim Philip Linoh/Nico Wettmann, „Sexuelle Interaktionen als objektuale Vertrauensbeziehung. Eine juristisch-soziologische Untersuchung des Phänomens Stealththing“, in: ZIS 7-8/2020, S. 383ff; ステルシングの事例について、秘密裡に行われるステルシングにおいて被害者がその性的行為の時点で反対意思を表明することはできないため現行法 177 条 1 項では処罰できないとするものとして、Kay H. Schumann und Lukas Schefer, „Das sog. Stealththing als Prüfstein des §177 StGB n.F.“, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, 2019, S.811; 性的行為についての同意はあり、性病への感染等からの保護は身体の不可侵性の問題であるとして法益関係性を否定して処罰の必要性を認めないものとして、Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S. 353; 条件付き又は一般的な反対意思の表明ではないとし、ステルシングはドイツ刑法 177 条の問題ではなく、傷害未遂罪 (ドイツ刑法 223 条 1 項、2 項) 及び侮辱罪 (ドイツ刑法 185 条) で処罰可能であるとする説として、Kevin Franzke, Zur Strafbarkeit des so genannten „Stealththing“, in: BRJ 02/2019, S. 114ff.

体位を変える中で密かにコンドームを外し、被害者の膣内に陰茎を挿入して射精したという事案である。被告人は、相手方がコンドームを装着していなければ性交しないという意思を有していた被害者に対し、秘密裡にコンドームを外すことによって、被害者を引き続きコンドームを装着しているとの錯誤に陥らせ、その錯誤に乗じて性交に及んだ。第一審は、上記事実を認定して被告人に執行猶予付き 8 月の自由刑を言い渡した⁵⁹。続く控訴審においては、第一審の認定事実のまま、量刑のみ執行猶予付き 6 月の自由刑に減刑された⁶⁰。これに対し、被告人は、認定された被告人の行為は罪には当たらないとして無罪を主張して上告した。

(2) 判決の要旨

ベルリン上級地方裁判所は、以下のとおり判示して被告人を有罪とした⁶¹。

「刑法 177 条が保護する性的自己決定とは、いつ、誰と、どのような性質、態様の性的行為を行うかを自己決定する自由である。…本規定の保護目的によれば、法益主体が、性交それ自体をするかどうかのみならず、どのような前提条件の下、性的行為に同意するかについても決定することができる。」そして、被告人が「被害者の意思に反して避妊具なしで陰茎を挿入したのみならず、さらに被害者の膣内に射精までした」ことを認定し、この行為は、処罰を根拠付ける重大性があり、コンドームを装着して行うことで同意された性交とは別の法的な質を有していると指摘し、本件の性交を刑法 177 条 1 項の構成要件に該当する性的行為であると評価した。また、同判決は、「被害者が包括的に保護された性的自律性を実現するにあたって要求したコンドームによる防御は、妊娠や病気への感染を避けるという観点だけで意味があるのではない」とし、「むしろ構成要件の不法は、被害者の性的自治を侵害する点において性的自己決定権の次元でも存在する」ことを明らかにした。その理由については、被害者が「自由な性的自己決定に対する法的に重大な侵害の下、膣への挿入行為をする者により、意識的に他己決定による性的行為の単なる客体に貶められ、その者の個人的な性的満足のために利用された」ことを指摘している。そして、「犯人の行為の不法は、刑法 177 条 1 項の保護法益に関連する屈辱感を与えるという面や

⁵⁹ AG Tiergarten, Urteil vom 11. Dezember 2018 –(278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18)–, Juris.

⁶⁰ LG Berlin, Urteil vom 27. November 2019. (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19)–, juris.

⁶¹ なお、同判決は、本事案では上告審で判決罪名を変更することが法的にできないため、特別な加重類型に該当するとされる刑法 177 条 6 項第 2 文 1 号の条件を原則として満たしているものの、特別な加重類型である強制性交罪(Vergewaltigung)を言い渡すことはできないとした上で、ステルシングの個別事案において、将来的に同罪の成立が認められる可能性があることを示唆した。

道具として利用するという点にも存在して」おり、「刑法 177 条は、このような他人による性的他己決定から法益主体を守る規定である」と判示した⁶²。

(3) 判決についての考察

本判決は、コンドームなしでは性交しないという被害者の意思が何度も誤解の余地がないほど明白に言葉にして表明されていた点を捉え、コンドームを着しない性交をドイツ刑法 177 条 1 項の「他人の認識可能な意思に反し」た性的行為であると認定した。同項が適用される性的行為に、明示的に示されていたコンドームなしで性交しないという被害者の意思に反した態様の性的行為を含める解釈が示された。それまでステルシングについてドイツ刑法 177 条 1 項の適用を否定していた学説は、同項の「他人の認識可能な意思」という要件が被害者に対し、具体的な性的行為を目前にして、その行為時に客観的な第三者から認識可能な反対の意思表示をすること（コミュニケーション責務）を要求していることを理由として、錯誤に陥っていた場合はその行為時点では性的行為それ自体に反対意思を表明していないことから同項の構成要件を満たさないとしていた。つまり、秘密裡にコンドームを外されていた場合には、被害者がたとえ事前にコンドームなしの性交を拒否していたとしても、その行為時点では反対意思を表明していないから、客観的な第三者が認識可能な反対意思がないと解していた。しかし、本判決は、被害者が繰り返しコンドームなしの性交を拒否し、性的行為が始まる前にも再度直接明白に抵抗の意思を示したことにより、コンドームの使用が被害者にとっての基本的な前提条件となっていたことを認定した⁶³。本判決は、被告人が秘密裡に行動したのは、被害者にコンドームを外すことを打ち明ければ性交を拒否されることを分かっていたからであることは明かだと指摘し、被告人が被害者の反対意思を実際に認識していたことも認定している。

本判決に考察を加えると、本判決を、行為時にコンドームなしの性交に応じないという反対の意思表示を改めてすることがなくても、具体的な状況下で客観的に被害者の意思に反していた事実を認定し、ステルシングが「他人の認識可能な意思に反して」という客観的構成要件に該当すると事例判断した判決で

⁶² なお、本判決は事例判断であると評されており、射精まで行われなかった場合にも性的侵襲罪が成立するかどうかについては何ら述べられていない（Lisa Jani, (Sprecherin der Berliner Strafgerichte), „Kammergericht in Berlin entscheidet erstmals obergerichtlich über die Strafbarkeit des sog. Stealthings (heimliches Abstreifen des Kondoms beim Geschlechtsverkehr) (PM 51/2020), in: Pressemitteilung vom 13.08.2020, <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2020/pressemitteilung.975296.php> (Zugriff am 10.09.2020)参照)。

⁶³ LG Berlin, Urteil vom 27.November 2019. (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19)-, juris, Rn. 33f.

あるとだけ捉えるのは不十分であると考ええる。なぜなら、行為時にコンドームなしの性交に反対意思を有していたとしても、それはコンドームを装着しないという性的行為の態様についての反対意思にすぎず、性的行為それ自体には同意していたとして性的侵襲罪の成立を否定する余地は存在するからである。本判決では、コンドームを装着する性交としない性交の錯誤について、行為時の性的行為それ自体への同意を無効とする性的侵襲罪の法益関係の錯誤であると解してステルシングが処罰に値すると判断した点が重要であると考ええる。また、コンドーム使用の有無による相違点は、妊娠や性病への感染のおそれがある性交とそのようなおそれのない性交の違い、すなわち妊娠や性病への感染という身体の不可侵性⁶⁴に対する侵害のおそれの有無にあるとも考えられるが⁶⁵、本判決はコンドーム使用の意味について、妊娠や性病への感染を防ぐという客観的外形的な要素のみならず、「親密さに対するバリア」としての機能も指摘している。そして、コンドームの不使用について、妊娠や病気への感染のおそれという観点からだけではなく、むしろ「膣への挿入行為をする者により、意識的に他己決定による性的行為の単なる客体に貶められ、その者の個人的な性的満足のために利用されたこと」や「屈辱感を与えるという面や道具として利用されるという点」から法益侵害性を認めている。ドイツ刑法 177 条 1 項の性的侵襲罪の法益に、性的自律性をもった個人の尊厳を含めた解釈を明示したと言えよう。性的自己決定権には、前記 2-4 でも述べたとおり、他己決定による性的侵襲の客体とされることからの保護という消極的な自由もある⁶⁶と考えられており、防御権としての側面もある。本判決で認められた性的自律性をもった個人の尊厳は、どのような地位や外見の人と性的行為をしたいかといった個人の嗜好とは異なるものである。個人の嗜好に係る事項の錯誤であれば、動機の錯誤として法益関係の錯誤からは除外されるだろう。しかし、他人の性的行為の客体に貶められることからの自由、他人の性的満足の道具として利用されることからの自由、性的尊厳を侵害され屈辱感を与えられることからの自由であれば、消極的な性的自由として、国家が刑法で保護するに値するのである。本判決により、性的自己決定に対する罪は、性的尊厳や性的人格権⁶⁷を保護する規

⁶⁴ ドイツ刑法 223 条の傷害罪を含むドイツ刑法第 17 章は、身体の不可侵性に対する罪を規定している。

⁶⁵ 妊娠や性病への感染は身体の不可侵性に対する侵害であり、性的自己決定として保護する対象ではないとする意見として、Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.353 参照。

⁶⁶ Renzikowski, a.a.O., Vor §174ff. Rn. 7; Fischer, a.a.O., §177 Rn.2; Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, a.a.O., S.352; Brigitte Sick, a.a.O., S.51.

⁶⁷ 辰井前掲「「自由に対する罪」の保護法益—人格に対する罪としての再構成」425 頁以下、山中前掲「強制わいせつの罪の保護法益について」9 頁以下参照。

定であり、その法益に係る錯誤がある場合、性的行為への同意は無効であることが確認されたと解すべきである。コンドームを秘密裡に外した性交は、単なる性的行為の態様についての錯誤の問題ではなく、被害者のコンドームなしでは性交しないという性的自己決定を無視した行為であり、その点において性的侵襲罪が保護しようとする性的尊厳・性的人格権を侵害するものである。性的侵襲罪等の性犯罪の成否を判断する際には、性的自己決定に対する罪の法益の本質を適切に捉えた法益関係の錯誤説によってこそ、妥当な結論が導かれる。

3. 日本における欺罔による性的行為の処罰について

3-1 欺罔による性的行為が問題となった裁判例

日本で欺罔・錯誤による性的行為が問題となった裁判例には、①被害者が半睡半醒の状態で夫であると誤信しているのに乗じて性交した事例⁶⁸、②熟睡し、夢うつつのまま内縁の夫であると誤信しているのに乗じて性交した事例⁶⁹、③深夜暗い部屋で寝ている被害者が夢うつつの中おぼろな意識のうちで情夫であると誤信して性交した事例⁷⁰に抗拒不能に乗じたものであると認めた裁判例がある。また、④医師を信頼して正当な治療行為が行われているものと誤信していた場合⁷¹、⑤医師を装った者から検査や治療のための処置であると誤信させられた場合⁷²にも抗拒不能の状態での性交であったことを認めている。さらに、⑥プロダクションの取締役が、モデルになるためには全裸になって写真撮影されることも必要であると誤信させ、被害者を全裸にして写真撮影し、身体に触るなどした事案⁷³でも、抗拒不能が認められた。他方で、⑦性的に無知な被害者に墮胎するために必要な行為をしているものと誤信させて抗拒不能状態に陥らせていたかどうかが問題となったところ、被害者が驚愕狼狽したとも欺罔により強く意思決定に制約を受けたとも認められないとして抗拒不能を否定した事案⁷⁴、⑧被害者の子宮に疾患があると偽るなどして靈感による治療によってのみ治療することができると誤信させて抗拒不能状態に陥らせたかどうかが問題となったところ、被告人の言動は通常の判断能力を有する成人女性を広く信用させるに足りる力を有するものとは言えず、被害者が性交に応じたのは靈感能

⁶⁸ 広島高判昭和 33 年 12 月 24 日高刑集 11 巻 10 号 701 頁。

⁶⁹ 大阪地判昭和 62 年 10 月 1 日判時 1256 号 123 頁。

⁷⁰ 仙台高判昭和 32 年 4 月 18 日高刑集 10 巻 6 号 491 頁。

⁷¹ 東京高判昭和 33 年 10 月 31 日判タ 85 号 75 頁、東京地裁昭和 38 年 3 月 16 日下刑集 5 巻 3・4 号 244 頁。

⁷² 名古屋地判昭和 55 年 7 月 28 日判時 1007 号 141 頁、東京地判昭和 62 年 4 月 15 日判時 1304 号 147 頁。

⁷³ 東京高判昭和 56 年 1 月 27 日刑月 13 巻 1・2 号 50 頁。

⁷⁴ 岡山地判昭和 43 年 5 月 6 日下刑集 10 巻 5 号 561 頁。

力に対する全面的な錯誤によるものと速断することはできないとした事案⁷⁵等があり、欺罔・錯誤によって性交した場合に、必ずしも準強制わいせつ罪・準強制性交等罪が成立するわけではない。

日本では、欺罔による性的行為についても心理的抗拒不能による場合として準強制わいせつ罪・準強制性交等罪が適用されて犯罪が成立する場合があるのは、冒頭 1. で述べたとおりである。そこで、準強制性交等罪（旧準強姦罪）の成立が否定された事例については、錯誤に陥った状態がドイツ刑法 177 条 2 項の抗拒不能に含まれないドイツにおいても、ドイツ刑法 177 条 1 項の性的侵襲罪の成立を認めた前記 2－5 のステルシング判例から示唆を得て、改めて刑事処罰の可能性及び必要性を考察する。その考察にあたっては、前記 2－5(3)のとおり、ステルシング判例を、性交時のコンドームの装着の有無という性的行為の態様についての錯誤に基づく同意があった事案で法益関係的錯誤を認めて犯罪の成立を認めた事例であると解釈することができることに照らし、日本の事例においてもまず被害者の錯誤の内容を適切に認定する。その上で、ステルシング判例でも強調されたように性的自己決定に対する罪の法益が性的他己決定の単なる客体に貶められることからの自由という消極的自由にもある点を踏まえ、日本の性的自由に対する罪の法益を見直した上で、問題となる事例において法益関係的錯誤があるかどうかについて詳述する。

3－2 錯誤の内容の認定

(1) 錯誤の判断基準

前記 3－1 の⑦被害者が堕胎のために必要な行為であると錯誤に陥っていた事案及び⑧靈感による治療のための性交によってのみ疾患を治療することができると誤信させられていた事案について概観すると、いずれも、被害者が性交について堕胎や治療のために必要な行為であるとその目的を誤信していたものであるが、性交それ自体については認識があった事案であるため、性交それ自体について錯誤がない点が犯罪の成立を否定する方向へ働いたと考えられる。そして、⑦の判決は、抗拒不能状態の判定にあたっては、「通常その年齢層の婦女であるならば心理的に『抗拒不能』になるという一般性を有しなければならない」とした上で、同事案ではそのような状態を認定することができないとして犯罪の成立を否定した。⑧の判決は、「被告人の言動は、通常人の感覚に照らし、いかにも眉つばもの、少なくとも、通常の判断能力を有する成人女性を広く信用させるに足りる力を有するものとは見ることができない」としており、被害者が「被告人との間の性行為に応じたのは、靈感能力に対する全面的な錯

⁷⁵ 東京地判昭和 58 年 3 月 1 日判時 1096 号 145 頁。

誤によるものと速断することはでき」ず、被害者が性交それ自体について承諾していた事案として準強制性交罪（旧準強姦罪）の成立を否定した。

両裁判例は、錯誤に陥っていたかどうかや性交それ自体について認識があったかどうかを判断する際に「一般性」や「通常人」といった一般的平均人を基準として持ち出した。このうち、被害者が錯誤に陥っていたかどうかの判断については、仮に一般的平均人ではなく被害者の主観を基準として錯誤による心理的抗拒不能かどうか判断されていれば、準強制性交罪が成立していたと考えられる。錯誤について、一般的平均人を基準としていることについては学説でも批判されているところであるが⁷⁶、問題となっている罪が性的自由に対する罪であり、性的自己決定が侵害されたかどうかが重要な事案であるのだから、錯誤に陥っていたかどうかの判断は被害者の主観を基準とすべきであると考ええる。詐欺罪（刑法 246 条）において、一般的平均人なら騙されなかったであろう事案で錯誤に陥ったことを認めないとすれば、詐欺既遂罪が成立する範囲を極端に狭めてしまうことになるだろう。もし被害者が錯誤に陥っていたか、その錯誤ゆえに性的行為に同意したのかどうかについて客観的に判断するのであれば、その客観性は、一般的平均人の基準によるのではなく、被害者の主観的な性的行為に同意する前提条件を基準としつつその前提条件を客観的に認識することができるように明示していたことを要求することで担保されると考える。ドイツ刑法 177 条 1 項は、「他人の認識可能な意思に反して」との構成要件を設けることで、被害者にコミュニケーション責務を課して反対意思の表明を要求し、客観的な第三者から認識可能な反対意思の有無を判断している。日本刑法には、不同意性交等を処罰する規定が存在しないので反対意思の表明があれば直接に構成要件を満たすわけではないが、詐欺罪において、被害者が暴力団組織と関係がないことの確認措置を採っていたかどうかで欺罔行為の存否の認定が分かれた判例⁷⁷があるように、被害者に客観的に認識可能な意思の表明を求めることには親和的な判例実務があり、反対意思の明示を求めることは欺罔・錯誤の有無の判断基準の明確化に資する。ゆえに、被害者が性的行為に同意する前提条件を客観的に認識可能な何らかの形で表明しており、錯誤がなければ同意しなかったと言える場合には、被害者がその錯誤ゆえに性的行為に同意し

⁷⁶ 川本哲郎「準強姦罪における「抗拒不能」について—イギリス法との比較—」川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕（成文堂）70 頁以下において、一般的平均人の心理精神状态を基準とするか当該被害者に即して判断するかによって結論を分けた日本の裁判例の分析・評価が示されている。

⁷⁷ 詐欺罪の成立を肯定したものとして、最決平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 巻 3 号 646 頁、詐欺罪の成立を否定したものとして、最判平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 巻 3 号 582 頁。

たと認定することができる。このように、錯誤に陥ったことの判断基準を被害者の主観とすれば、**78**のような欺罔による性的行為の事例につき、被害者が錯誤に陥っていたことを認定して心理的抗拒不能による準強姦性交罪を成立させる余地が生まれるように思われる。

(2) 錯誤の内容

残る問題は、性交が墮胎や治療のために必要な行為であると被害者がその目的について錯誤に陥っていたことが認定されても、被害者が性交それ自体に同意していたことにある。つまり、被害者の錯誤が何についての錯誤であるかという本質を見極め、その錯誤が法益関係の錯誤であると言えなければ、被害者が性交それ自体に同意していたがゆえに準強姦性交罪が成立しない結果になってしまうのである。

78の事例とは異なり、欺罔・錯誤の場合で抗拒不能に陥っていたとして準強姦性交罪の成立を認めた事例として、**4**医師を信頼して正当な治療行為が行われているものと誤信していた事例及び**5**医師を装った被告人から検査や治療のための処置であると誤信させられた事例がある。これらの事例では、被害者は性交するという前提事情の認識を欠いており、この状態が心理的抗拒不能であったとして準強姦性交罪が認められている。**78**のように治療等のための性交であると誤信していたため性交すること自体の認識はあった事例と犯罪の成否を分けた点は、被害者が行為の性質について「治療」と誤信していたか、治療に必要な「性交」と誤信していたかの違いに過ぎない。つまり、性交それ自体に同意していたかどうかの違いだけである。しかし、「性交」であることを認識していたから性交に同意していたと文字通り判断することに、果たして合理性があるのかについては慎重に考えなければならない⁷⁸。当事者からすれば、その行為を「治療」と誤信していようが、治療に必要な「性交」と誤信していようが、その行為の本来の目的について認識が欠けていることには相違ないのではないだろうか。本来の目的とは、すなわち行為者の性的意図である。

日本の準強姦いせつ罪・準強姦性交等罪の法益については、性的自由であり、性的自己決定権であるとするのが通説の考え方である⁷⁹。これを、いつ、誰

⁷⁸ 準強姦性交罪の成立を否定した東京地判昭和 58 年 3 月 1 日判時 1096 号 145 頁においても、被告人の言動について、「その行為内容自体ははなはだ反社会的であり、別に罰則をもうけて処罰の対象にとりこむことも、方策として十分考えうる素地をそなえてはいるけれども、…無罪とするほかない」と言及しており、無罪とする結論の妥当性に対する疑問が読み取れる。

⁷⁹ 強姦いせつ罪・強姦性交等罪の保護法益について、性的不可侵性であるとする説につき、山中前掲「強姦いせつ罪の保護法益について」9 頁以下、性的尊厳、性的人格権であるとする説につき、辰井前掲「「自由に対する罪」の保護法益—人格に対する罪としての再構成」414 頁以下、特に 425 頁以下。

とどのような状況で性的行為をするか決定する積極的な自由と捉えれば、たしかに、医師と称する目の前の者と靈感治療のための「性交」をすることや堕胎のために必要だとされる「性交」をすることについて、性的自己決定に基づいて同意しているように思われる。しかし、靈感治療や堕胎のための性交と性的動機に基づく性交とは、性的行為の目的が異なるものであり、被害者は性的行為の本来の目的、換言すれば行為者の性的意図について誤信していたと言える。たしかに、被害者に行為者の主観的意図ではなく客観的にわいせつ行為とされる行為の認識があれば、法益処分のための認識としては十分であるとする考え方もあり⁸⁰、強制わいせつ罪において行為者のわいせつ意図を不要とした最高裁判例⁸¹とも整合するように思われるが、ここでは、同判例のように行為者のわいせつ意図を認定することができない場合とは異なり、行為者は性的意図を有しているのに別の意図であると欺罔したのであり、その性的意図の有無が被害者の同意にとって決定的であったと言える。強制わいせつ罪の成立を認めた前記判例は、社会の一般的な受け止め方を考慮して、被害者保護の観点から、同意能力のない児童に対する客観的なわいせつ行為に際して行為者のわいせつ意図を不要としたのであって⁸²、決して同意能力のある被害者の同意の判断に際して行為者の性的意図が無関係であるという意味で性的意図を不要としたわけではない。むしろ、被害者を保護すべきという社会一般の価値判断のもとでは、行為者の性的意図の有無によって、被害者にとってはその性交それ自体の性質が異なってくるのであり、まさに性的意図の有無が性交への同意を決する本質的な要素となる。被害者にとって、行為者の性的意図の有無は、性的他己決定の客体となるか否かを分ける要素であり、性交に同意するかどうかの判断は、防御権としての性的自己決定権を行使するかどうかの判断そのものである。

以上を踏まえると、**⑦⑧**の事例について、たとえ性交という客観的行為それ自体について認識していたとしても、行為者の性的意図という本来の目的について認識していなかった場合には、性交についての前提事情の認識を欠いていたとして、刑法上の保護を与えるべきである。そして、性的意図がある性的行為であり潜在的に妊娠や性病への感染のおそれがある性交と、性的目的のない堕胎や治療のために必要であると行為者が主張する性交では、性交によって達成しようとする目的が正反対であって性質が異なることに着目して錯誤の内容をより一般的に捉えると、性的行為の「性質」についての錯誤と言うことがで

⁸⁰ 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報第1号（1985年）94頁。

⁸¹ 最判平成29年11月29日刑集71巻9号467頁。

⁸² 木村前掲「行為者の性的意図と強制わいせつ罪の成立要件」158頁。

きる⁸³。結局、性交であると認識していなかった④⑤も含めて、④⑤⑦⑧全ての事例について共通して、性的行為の性質についての錯誤であったと言える。

そこで、次に、性的行為の性質についての錯誤が法益関係の錯誤であるかについて検討する。ドイツのステルシング判例は、被害者の性的行為それ自体への同意があったが、被害者の避妊具の装着の有無という性的行為の態様についての錯誤が法益関係の錯誤であると認定することによって性的侵襲罪の成立を肯定したと解することができるのは前記 2-5(3)で考察したとおりであり、日本の欺罔による性的行為の事案についても同様の検討をする。

3-3 法益関係の錯誤の認定

(1) 法益関係の錯誤説に基づく考え方

法益関係の錯誤説については、ドイツにおける法益関係の錯誤説⁸⁴が紹介されて以降、日本でも独自の発展を遂げてきた学説である⁸⁵。法益に関係する事実の錯誤の場合にのみ、同意は無効となり、動機の錯誤にすぎない場合には同意は有効とするのが基本的な考え方である⁸⁶。準強制わいせつ罪・準強制性交等罪においては、法益関係の錯誤がある場合、被害者の同意が存在していないこととなり、性的自由の侵害があるとする。相手の同一性についての錯誤であれば、誰と性的行為を行うかが性的自己決定の核心部分であることから、法益関係の錯誤があり、同意は無効となるから準強制わいせつ罪・準強制性交等罪が成立することに異論はないと言える⁸⁷。しかし、性的行為それ自体とは無関係な事情について錯誤が存在するに過ぎない場合は、被害者の同意は有効であり、その性的自由が侵害されたとは言えないとされる⁸⁸。例えば、前記⑥のモデ

⁸³ なお、この性的意図についての錯誤を、治療してもらえと思ったから同意したといった被害者の動機の錯誤であるとして同意を無効にしないと解するのは誤りであると考ええる。動機の錯誤は、対価を得るためなどの性的行為それ自体と切り離すことができる動機に関するものであり、ここで問題となる治療してもらえる性的行為とそうではない性的行為については、性的行為それ自体の性質についての錯誤である。

⁸⁴ Arzt, a.a.O.; Amelung, a.a.O.; 山中前掲「被害者の同意における意思の欠缺」。

⁸⁵ 山中前掲「被害者の同意における意思の欠缺」、佐伯前掲 51 頁、野村和彦「わが国における法益関係の錯誤説に対する疑問」日本法学第 80 巻第 4 号 (2015 年 2 月) 35 頁、小林憲太郎「いわゆる『法益関係の錯誤』の意義と限界」立教法学第 68 号 (2005) 27 頁、佐瀬恵子「法益関係の錯誤に関する考察～ドイツ刑法との比較から～」創価ロージャーナル第 9 号 51 頁。

⁸⁶ 山中敬一「刑法総論 [第 3 版]」成文堂 (2015) 218 頁、山口厚「刑法総論 [第 3 版]」有斐閣 (2016) 170 頁、山口厚「クローズアップ刑法各論」成文堂 (2007) 13 頁。

⁸⁷ 山中前掲「刑法総論 [第 3 版]」219 頁以下、山口前掲「クローズアップ刑法各論」29 頁。

⁸⁸ 佐伯前掲 92 頁。

ルになるためには全裸になって写真撮影されることも必要であると誤信させ、被害者を全裸にして身体に触るなどした事案であれば、被害者は全裸になることなどわいせつ行為自体については錯誤なく同意しており、仮にモデルになるために必要かどうかという点だけに錯誤があったとすれば、動機の錯誤であり被害者の同意は有効という判決とは異なる帰結になる⁸⁹。また、被害者が行為者の性的意図について錯誤に陥っていた場合についても、行為者の主観的意図ではなく客観的にわいせつ行為とされる行為の認識が被害者にあれば、法益処分のための認識としては十分であるとし、やはり被害者の同意が有効であると主張される⁹⁰。同様に考えれば、被害者が性交の性質について墮胎や治療のために必要な行為であると誤信していたとしても、性交それ自体について認識があった前記⑦⑧の事案であれば、被害者の同意が有効として、やはり判決が示したとおり準強姦性交罪不成立の結論が導かれるだろう。

しかし、前記3-2(2)で述べたとおり、被害者が性的行為それ自体について認識していたとしても、行為者の性的意図を認識しておらず性的行為の「性質」についての錯誤が存在する場合があります、その場合には法益関係の錯誤であるとして同意を無効にする余地がある。そこで、何が法益関係の錯誤かについて、ドイツのステルシング判例で示された法益を参考にしながら、日本の準強姦わいせつ罪・準強姦性交等罪の「法益」について再検討する。

(2) 性犯罪の「法益」についての検討

法益関係の錯誤説においては、その法益が何であるかによって、当然、法益と無関係な動機の錯誤であると判断される範囲が異なってくる。日本の詐欺罪の判例実務では、欺罔行為の認定にあたって欺罔の対象事項が「財産的処分行為をするための判断の基礎となる重要な事項である」か否かが判断基準として定着しているが、性犯罪において性的自己決定権を行使するための判断の基礎となる重要な事項についての錯誤があったとしても、それだけで準強姦わいせつ罪・準強姦性交等罪が成立するとは考えられない。例えば、結婚する意思がないなら性交に同意しないとして被害者が確認のための書面を作成していたとしても、被害者が暴力団組織と関係がないことの確認措置を採っていた場合とは異なり、性的行為それ自体をする認識がある場合には性的自己決定権の行使をするための判断の基礎となる重要な事項ではない動機の錯誤であると判断さ

⁸⁹ 佐伯前掲 92 頁。

⁹⁰ 佐伯前掲 93 頁以下。なお、強制わいせつ罪の性的意図に関し、最判平成 29 年 11 月 29 日刑集 71 卷 9 号 467 頁が「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でな」として、最判昭和 45 年 1 月 29 日刑集 24 卷 1 号 1 頁を変更したことは周知のとおりであり、この平成 29 年判例も客観的にわいせつ行為とされる行為である点を重視している。

れるだろう。この詐欺罪と準強制性交等罪の場合の結論の違いは、法益関係的錯誤説において、その法益が「財産」であるか、性的「自由」であるかの違いから導かれる⁹¹。しかし、法益関係的錯誤説は、本当に財産に対する罪と性的自由に対する罪について、合理的な区別をしているのだろうか。

日本の法益関係的錯誤説においては、形式的には財産と性的自由という法益の区別をしながらも、実質的には詐欺罪における財産的処分行為と性犯罪における性的自己決定権の行使を同列に捉えているのではないだろうか。性的自己決定の場面で性的行為についての同意を検討する際、性的自由についても、財産と同じように本人の意思で「処分」するものとして捉えているように思われるのである。しかし、これは性的自由の法益を正しく捉えていないがための帰結である。性的自由を、いつ、誰と、どのような性的行為をするかという積極的な自由としてだけ捉えると、同意の上での性的行為は性的自由の侵害ではないと言えるだろう。しかし、性的自由について、ドイツのステルシング判例でも示されているように、他人の性的満足の道具として利用されることからの自由、性的尊厳を侵害され屈辱感を与えられることからの自由という防御権的構成をし、他己決定による性的行為の単なる客体に貶められないという消極的自由であると解すれば、たとえ性的行為それ自体に同意しているように思われても性的自由の侵害はある。つまり、被害者が行為者の性的意図の有無ひいては性的行為の性質の錯誤に陥っていたがために同意したのだとすれば、欺罔者の他己決定による性的行為の客体とされ、行為者の性的満足の道具として利用され、屈辱感を与えられたことには違いないと言える。被害者が性的行為それ自体に同意したとしても、防御権たる消極的な性的自由については処分あるいは放棄していないのである。ここに、自己の所有物として利用処分する意思の対象とされる財産と、処分や放棄の対象にはそぐわない性的自由の違いの本質がある。これまでも法益関係的錯誤説においては、その法益が「財産」であるか、性的「自由」であるかの違いに着目した検討がなされていたが、性的自由という法益について、いつ、誰とどのような性的行為をするかという客観的事情について自己決定権を行使するという積極的自由の側面のみを捉えており、他己決定による性的行為の単なる客体に貶められることからの自由、他人の性的満足の道具にされることからの自由、性的屈辱感を与えられることからの自由といった消極的自由の側面、すなわち性的尊厳・性的人格権である⁹²という理解が欠けていたように思われる。この法益は、錯誤に陥っている被害者が処分することのできない性質のものである。

⁹¹ 山口前掲「クローズアップ刑法各論」29頁。

⁹² 性犯罪の法益の本質を性的尊厳、性的人格権と表現するものとして、辰井前掲「「自由に対する罪」の保護法益—人格に対する罪としての再構成」424頁以下参照。

③ 法益関係の錯誤かどうかの判断

以上のとおり、性的自由に対する罪の法益を性的尊厳・性的人格権であると捉えた上で、性的行為の性質についての錯誤が法益関係の錯誤かどうかを判断する。**⑦⑧**の事例において、被害者は、堕胎や治療に必要な行為であると性的行為の性質について誤信したからこそ性交に同意したのであり、そのような性質の行為ではないと行為者の性的意図を知っていれば、性交することに同意しなかったであろう。前記**3-2(2)**でも述べたとおり、行為者の性的意図の有無や性的行為の性質の別は、性的他己決定の客体となるか否かを分ける本質的要素であり、その要素を考慮して行う性的行為に同意するかどうかの判断は、防御権としての性的自己決定権を行使するかどうかの判断と同じなのである。したがって、被害者が行為者の性的意図の有無については性的行為の性質について陥っている錯誤は、性犯罪の法益に直接に関係するものである。被害者は、性的行為の性質について錯誤に陥らなければ、欺罔者の他己決定によりその者の性的行為の単なる客体とされることはなく、その者の個人的な性的満足のために利用されることもなく、そして屈辱感を与えられることもなかったのであるから、性的行為の性質の錯誤は、法益関係の錯誤である。

3-4 法益関係の錯誤説による帰結

日本で準強制性交等罪の成立が否定されてきた**⑦⑧**のような事例では、性的行為の性質についての錯誤という法益関係の錯誤に陥った結果、被欺罔者が他人の性的満足の道具として利用され、屈辱感を与えられ、性的尊厳・性的人格権を侵害されたことが認められる⁹³。性的自己決定が、個人が自由に行使することができる積極的自由のみから成り立っていると考えれば、被害者は自らその自由を処分したと言えるが、法益として重要なのはむしろ消極的自由である。消極的な性的自由は、他己決定による性的行為の単なる客体に貶められることから自らの性的尊厳を守るという防御権であり、錯誤に基づく性的行為についての同意によって処分することができるものではないのである。たとえ性交それ自体に同意していたとしても、他己決定による性的行為の単なる客体に貶められ、その者の性的満足のために利用され、屈辱感を与えられることにまで同意していたとは言えない。よって、性的行為の性質について錯誤がある場合は、法益関係の錯誤説に基づけば、法益関係の錯誤があつて被害者の同意は無効で

⁹³ なお、この場合、決して行為者の欺罔行為自体に性犯罪の不法を見出しているのではなく、被害者の消極的な性的自由を奪い、性的尊厳・人格権を侵害したという法益侵害結果に不法がある。性的自由に対する罪は、詐欺罪のように交付の意思決定を歪める欺罔という手段に特徴がある犯罪とは異なり、あくまで性的自由の侵害によって処罰の必要性を見出すべきである。

あるから、準強制わいせつ罪ないし準強制性交等罪を認めるべきであるという結論が導かれる。

4. まとめ

以上で検討したとおり、性的行為の性質についての錯誤は、法益関係的錯誤として性的行為についての同意を無効にすると解するべきである。性的行為の性質についての錯誤には、本稿で扱った堕胎や治療のために必要な行為であると誤信していた場合のほか、2016 年改正後に強制性交等罪の対象となった口腔性交・肛門性交といった性交等の態様を誤信していた場合、ドイツのステルシング判例で問題となったコンドームを装着していると誤信していた場合⁹⁴など、性的行為の性質に影響する態様についての錯誤も含まれるだろう。これらの錯誤がある場合には、被害者の同意が無効となると解すべきである。他方で、動機についての錯誤は、性的行為それ自体とは切り離して考慮することができるものであり、積極的な性的自由を行使する際に影響するものである。したがって、消極的な性的自由とは異なり、性的尊厳・性的人格権という法益に関係する錯誤ではないため、被害者の同意を無効としないと考える。

このように性的自由に対する罪の法益を性的尊厳・人格権であると考えれば、性的行為の性質や態様について錯誤がある場合、法益関係的錯誤説の考え方によって被害者の同意を無効として、犯罪の成立を肯定するのが妥当であり、現行法下でも準強制わいせつ罪・準強制性交等罪を成立させる余地があるように思われる。しかし、そもそも不同意性交等罪が規定されていない日本刑法において、これまで裁判実務で欺罔による性的行為が準強制わいせつ罪・準強制性交等罪の処罰対象となったのは、あくまで人物の同一性についての錯誤や性的行為と認識せずに別の性質の行為であるとの錯誤があった場合などで、被害者が錯誤によって心理的抗拒不能に陥っていたと認定された事例に限られている。

⁹⁴ なお、日本刑法の下、ステルシング事案について、法益関係的錯誤と言えるかどうかについて付言すると、「2016 年改正前の強姦罪において、処罰される行為が陰性交に限られていたのは、陰性交が女性にとって妊娠の危険を伴う行為であり、また、かりに妊娠の危険がないとしても、生殖行為としてシンボリックな意味を有することから、他の性犯罪よりも重く処罰すべきであるという理解に基づくもの」（橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば 70 号(2017 年 4 月)5 頁)であり、陰性交以外の性交類似行為が処罰されるようになった改正後の刑法においても、陰性交が妊娠の危険を伴う行為であることや、生殖行為としてのシンボリックな意味を有することに相違なく、陰性交をするか避妊具を装着した性交をするかについての錯誤があれば、やはり性的行為の性質についての錯誤として、法益関係的錯誤を認めることができると考える。なお、スイスにおいては、2017 年に初めてステルシング事案でスイス刑法 191 条に該当するとして、有罪判決 (Urteil des Bezirksgerichts Lausanne PE15.012315-LA vom 09.01.2017) が下されている (Nora Scheidegger, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Nomos, 2018, S. 249f.)。

しかも、それらの事例では、例えば半睡半醒の状態であったことや夢うつつの状態であったことも認定されており、単に錯誤に陥っていたことだけではなく、半覚せい状態であるなどの性的行為を拒否することができないことを基礎付ける付加的要素も考慮されている⁹⁵。拒否することができないことを基礎付ける要素を加味して初めて抗拒不能を認定しているのであれば、日本の刑事実務において純粋に法益関係的錯誤があっただけで心理的抗拒不能であるとして準強制わいせつ罪・準強制性交等罪の成立が認められるのかは不明である。たしかに、これまで裁判例で犯罪の成立を否定されてきた性的行為の性質についての錯誤の場合も、性的自己決定の判断を左右する本質的要素についての認識を欠くため心理的抗拒不能であるとして準強制わいせつ罪・準強制性交等罪を成立させる解釈は可能である。しかし、行為者にとっても被害者にとっても、それが法益関係的錯誤であるとされるかどうかによって犯罪の成否が分かれるのは法的安定性を欠くものである。本稿で検討したように、欺罔による性的行為のうち、人物の同一性の錯誤や性的行為の性質についての錯誤等の一定の法益関係的錯誤に陥らせた場合について、性的行為を拒否することができないことを基礎付ける付加的要素を加味しなくとも性的自由を侵害する罪として処罰する必要性を認めるのであれば、罪刑法定主義の観点から、欺罔を手段とするわいせつ・性交等を罪とする新たな性犯罪規定を設けるべきである。日本刑法において、暴行・脅迫要件及び心神喪失・抗拒不能要件の双方の解釈を広げ⁹⁶、現行の性的自由に対する罪の規定の適用範囲を広げることで対応することには限界があり、不同意性交等罪の新設も含め、処罰の必要がある行為については、新たな類型の性犯罪として立法することを検討すべきである。

* * *

やまなか じゅんこ（本学法学部講師）

⁹⁵ 比較法的にみると、単なる欺罔・錯誤では足りず、半覚せい状態であったことなど、性的行為を拒むことができないことを基礎付ける事情がある場合に犯罪の成立を認めるスイス法型の考え（刑事比較法研究グループ前掲 166 頁参照）に親和性があると言える。

⁹⁶ 準強姦罪・準強制わいせつ罪と強姦罪・強制わいせつ罪の捕捉範囲が大きくオーバーラップすることにつき、深町晋也「性犯罪における暴行・脅迫の程度」法学教室 427 号（2016 年）40 頁、嘉門前掲 753 頁参照。

【論説】

弁護士はいかに相談者の「表情を読む」か ービデオ・エスノグラフィーによる法的コミュニケーション研究の 意義ー

樫田美雄・北村隆憲・米田憲市・岡田光弘

目次

1. 本論文の狙いービデオによるリーガル・コミュニケーション研究の意義の素描的提示ー
 - 1.1 ビデオ・エスノグラフィーとは何か
 - 1.2 リーガル・コミュニケーション研究をビデオ・エスノグラフィーを用いて行う意義
2. ビデオを用いないリフレクションとビデオを用いたリフレクションの対比
 - 2.1 金言集としての藤井 (2013)
 - 2.2 「解決」から逆算して検討されるべきものとしての「法律問題化」
 - 2.3 助言に従うために必要な最重要部分が「金言」内に存在していない
3. 当事者の自己理解の陥穽を乗り越えてコミュニケーションに対する感受性を向上させるという意義
 - 3.1 当事者の自己理解の陥穽とその乗り越えーあるエピソードから
 - 3.2 模擬法律相談場面に関するビデオを用いたリフレクションの意義の例示
 - 3.3 相互行為的に表情を読んでいることがビデオから分かるQ弁護士(役)ー言いにくいことの「しぐさ」による表示と優先構造(ポメラantz)の議論からー
 - 3.4 ビデオ・エスノグラフィーは「振り返り(リフレクション)」に有用
4. おわりに

要旨

本論文では、従来のリーガル・コミュニケーション研究の帰着点のひとつの典型である「金言集」的なものを取り上げて、その問題点をまず指摘した。つまり、現実のコミュニケーションを考えた時に、「金言集」は、標準的な場合におけるおおざっぱな「指針」しか与えることができない点を指摘した。

本論文では『金言集』の作成と利用にかわる方針として、さまざまな現実の

多様性/条件に対応するための「感受性の涵養」路線を提起した。その上で、この路線の手段として「ビデオ・エスノグラフィーの実践」がある、という立論を行った。そして、この立場を基盤に、「リーガル・コミュニケーション研究をビデオを用いて行う意義」を解説した。

また、コミュニケーションの状況を精密に理解するには、その場面の当事者の理解や知識を十分に重視する必要があるが、当事者の主張には「当事者の自己理解の陥穽」が生じることがある。欲望の大きさ等が本人には十分に自覚されていない場合には、本人は自分がしていること/できていることをしていないこと/できていないこととして理解し、語ってしまうことがあるのである。そのような事実とは異なった語りを基盤にすると「振り返り（リフレクション）」がうまくいかないことになる。

このような事態に対しても、我々は「感受性の涵養」路線を対置するべきである。本論文の後半では、実際の「トランスクリプト（書き起こし）」を用いて、弁護士役が、相談者（依頼者）の「しぐさの意味」を読み取っている状況を、その読み取りメカニズムごと解説した。

1. 本論文の狙いービデオによるリーガル・コミュニケーション研究の意義の素描的提示ー

本論文ⁱの狙いは、エスノメソドロジー・会話分析の立場から主張されている「ビデオ・エスノグラフィー」という調査研究法を基盤として、ビデオを用いて、「リーガル・コミュニケーション研究」（法的コミュニケーション研究）を行うことにどのような意義があるのかという問題を、実践例を提示しつつ模索することである。

本節では、この本論文の狙いそのものを概説するために、まず、ビデオ・エスノグラフィーについて述べ、ついで、それを、リーガル・コミュニケーション研究に適用することの意義を述べていくことにしよう。

1.1 ビデオ・エスノグラフィーとは何か

ビデオ・エスノグラフィーは、エスノメソドロジー・会話分析の立場に立った調査研究法であり、簡単に定義すれば、「場内内参加者の当事者的知識を十分に活用しながら、ビデオデータの持つ状況保存性と再現性を活用して、根拠のある形で振り返り（リフレクション）を行いつつ、コミュニケーションの研究を行おうとするもの」であるⁱⁱ。

この調査研究法のポイントは3点ある。ひとつ目は、「当事者的知識の活用」であり、エスノメソドロジー・会話分析の伝統に関連させて述べるのならば、

制度的場面研究において、場面でレリバント（有意味）になっている志向性を重視してきた流れを汲むものである。場面ごとに存在している課題、場面ごとに存在している習慣を丁寧にフォローしながら、場面で起きていることを明らかにすることが、重要である、という主張である。これは、コミュニケーションを経験的に研究しているようにみえて、実際には、研究者の一方的解釈のアドホックな押しつけになっていることもしばしばあった従来の研究へのアンチテーゼとしての意味合いをも持つ主張である。

ふたつ目は、「ビデオデータを用いた振り返り（リフレクション）の実行」ということであり、こちらは、安易な当事者研究へのアンチテーゼとしての意味合いをもっている。すなわち、ビデオ・エスノグラフィーのひとつの特徴である「当時の知識の活用」という方針にだけ導かれたのでは、しばしば「当事者の独善的見解への従属」になってしまうリスクを、経験的研究といえども、免れ得ないからである。しかし、ビデオデータを参照しながらの振り返り（リフレクション）を研究の中に組み込むのなら、このリスクを小さくすることができる。

なぜなら、ビデオデータの中には、しっかりとシークエンシャル（順序的）な秩序、つまりは、相互行為的な意味、というものが埋め込まれているので、そのシークエンシャルな秩序と呼応した理解を当事者が取らずに発言をしている場合には、「そういうことは起きていないのではありませんか」と、他者が根拠をもって反論することができるからである。

みつ目には、「ビデオ・エスノグラフィーの実践」は、より適切なコミュニケーション理解に繋がっていくだけでなく、コミュニケーション当事者の「感受性の涵養」を経由して、「新しい専門職的知識や新しい専門職的慣習の創造」にまで繋がる可能性があることである。つまり、それは、教育促進方策としても、研究促進方策としても価値があるだろうものなのである。

以下、実例を用いて、この可能性を素描していきたい。

1. 2 リーガル・コミュニケーション研究をビデオ・エスノグラフィーを用いて行う意義

「ビデオ・エスノグラフィー」は「エスノメソドロジー・会話分析」の特別形態なので、本来ならば、「リーガル・コミュニケーション研究をビデオ・エスノグラフィーを用いておこなうことの意義」を明らかにするためには、まずは、「リーガル・コミュニケーション研究をエスノメソドロジー・会話分析の立場から行うことの意義」の確認からする必要がある。しかし、本稿では、この部分については省略して、議論を先にすすめよう。なぜなら、上述の本格的な課題を行うためには、別論文が必要になるからである。たとえば、そのため

には、神戸大学の樫村志郎名誉教授とその教え子たちによる関連業績の網羅と解析が必要になる。あるいは、リーガル・コミュニケーション研究を、制度的場面研究であると考えれば、エスノメソドロジー・会話分析における、ワークプレイス研究の成果を扱う必要もでてくるだろうが、今回はその準備がないⁱⁱⁱ。

本論文では、ショートカットと言われるかもしれないが、とりあえずは、ビデオ・エスノグラフィーによるリーガル・コミュニケーション研究の意義を素描することだけに集中しよう。対比相手としては、エスノメソドロジー・会話分析の立場をとらない、他のリーガル・コミュニケーション研究だけを、扱うことにしよう。

たとえば、対比物として、藤井篤の2013年の著作である『弁護士の仕事術Ⅰ 法律相談マニュアル』を取り上げるのがよいだろう。この本は、主張が明確なよい本であるが、その一方で「金言集」の特徴をもよく持っている本になっている。すなわち、「抽象の程度」が比較的高い「金言」の提示だけが目標になっているために、「実践において活用しにくい（金言を具体的事例において実践する際の分かれ道がみえない）」著作になってしまっている面があるのである。これは言い換えれば「事例から金言への道筋を追って再体験することが困難である」ということでもある。

これに対して、我々は、「抽象の程度」が高い議論も行うものの、その「抽象の程度の高い議論」そのものが、「振り返り活動（リフレクション）」の中で行われているために、当該議論に至る道筋が検証可能で再体験可能なものになっている^{iv}。以下、この対比を、実例をもって提示していきたい。

2. ビデオを用いないリフレクションとビデオを用いたリフレクションの対比

2. 1 金言集としての藤井（2013）

上述の藤井（2013）には、たとえば、「依頼者の求めることを法律問題として整理し、その解決に向けた手立てを検討し、アドバイスをする」（藤井、2013：10）というような標題の小項目が存在する。この標題は「助言」風あるいは「指針」風の書き方がされているので、これを「金言」と読み取ってもよいだろう。では、どのような「助言」あるいは「指針」がここで示唆されているのだろうか。

そのためにはこの標題部分を、前半と後半に分けて読み取る必要がある。前半は「依頼者の求めることを法律問題として整理する」という部分である。後半は「その解決に向けた手立てを検討し、アドバイスをする」とである。標題の段階では、前半が終わってから、後半が始まるように見える書き方になっ

ているが、解説を読むと、じつはそういう示唆ではない示唆がなされている。どういう示唆なのだろうか。

結論を先取りしていえば、それは「解決」から逆算して検討されるべきものとしての「法律問題化」、というような示唆である。つまり、どのように「法律問題化」するか、という課題は、時間的に一方向的な思考として、相談者の意向にしたがってなされればそれで十分という課題ではなく、「解決策」の妥当性から逆算しながら、相談者の意向を形成していくような、いってみれば、相互行為的な課題である、という主張がなされているのである。

2. 2 「解決」から逆算して検討されるべきものとしての「法律問題化」

なぜ、そのような面倒な課題が弁護士の課題なのだろうか。解説の事例がわかりやすい。

藤井(2018)が扱う事例の事実は、「資金を出資したり貸し付けたりしたのに返してくれない」という事実である。藤井の実感によれば、この事例を「初心者である弁護士は」「相手方から依頼者(相談者)に対する詐欺として捉えることが多い」(藤井、2013: 10)のだという。しかし、それは安易でよくない相談対応のやり方である。なぜなら、「実務上、詐欺罪(刑法第246条)の告訴や、詐欺を理由とする法律行為の取り消し(民法第96条)、不法行為である詐欺を理由とした損害賠償請求(民法第709条)は、(裁判所などに)その事実を詐欺として認めてもらうためのハードルが相当に高い」(藤井、2013: 11)からである。

つまり、弁護士たるもの「相談者(依頼者)の話に引きずられて、無理筋で『詐欺』の法律構成をしてしま」(藤井、2013: 11)わないようにしなければならないのである。

2. 3 助言に従うために必要な最重要部分が「金言」内に存在していない

しかし、つねに「詐欺」を避けた「法律問題化」が適切になるわけではないだろう。どのように「事実」を「法律問題化」するかという問題は、たしかに、「相談者」と「弁護士」の共同創造行為ではあるだろうが、一方的に弁護士側がリードできる問題ではないように思われるからである。

今回は詳述しないが、我々の研究チームが毎年夏合宿で扱っている「ペットショップオーナー vs. 愛猫家」事例では、自分の購入した「ネコ」が先天性および後天性の疾病を抱えていることに憤慨した「愛猫家」は、「損害賠償」よりも強く「ペットショップの衛生管理状況の改善」を求めるシナリオになっている。「他のネコちゃんを救いたい」というのが「愛猫家」の願いだからである。けれども、そのようなシナリオに基づいてコミュニケーションがなされ

ているのにもかかわらず、しばしば「愛猫家側代理人」になった「弁護士役司法修習生」は、「法律問題化」にあたって、「ペットショップの衛生管理状況の改善」を主題化するのを避けてしまう。結果として、「ペットショップ側代理人」との交渉の状況報告をしていくうちに、「愛猫家」の不興を買って、「代理業務の危機」に陥ってしまう。そんなことが頻繁に観察された。

つまり、重要なのは、「相談者（依頼者）の話に引きずられて、無理筋で『詐欺』の法律構成をしてしまわないようにする」という「方針」は、いつでもつねに正しい「鉄則」ではない、ということである。そうではなくて、その「方針」が適切であることも、適切でないこともあるような「適切である可能性のある方針」に過ぎないのである。

とするのならば、大事なのは、どのようなときに、上記のような「適切である可能性のある方針」が適切になって、どのようなときに上記のような「適切である可能性のある方針」が適切でなくなるのか、ということ、を、判別する力を得ることであろう。つまりは、「方針」の適用を適切におこなうための「感受性の涵養」こそが重要なのだが、従来型の「金言集」は、そのような最重要の能力を与えてはくれなかったのである。

それに対し、ビデオ・エスノグラフィーの実践は、それ自身が、一種の当事者訓練として、どのような状況が「方針」の当てはめに適切な状況で、どのような状況が「方針」の当てはめには不適切な状況なのか、という問題に解を探し当てる力を与えてくれるのである。つまり「感受性の涵養」として機能する側面をもつのである。⁵

「ビデオ・エスノグラフィー」の活動は、抽象度の高い問題もあつかう。2019年3月に行った法科大学院における活動では、講義を前提とした上での模擬法廷の活動を題材にビデオ・エスノグラフィーの実践を行ったが、そこでのテーマは、「対立的法コミュニケーションを通じた、新しい法解釈実務の創造」であった。架空の「食材横流し」事例をもとに、どの程度の注意義務が納入側に存在するかという問題を検討したが、その際には、両当事者間で取り交わされるすべてのコミュニケーションの内容が、レストラン業界の慣習などと組み合わせられて解釈されて、「法的問題化」されて行き、単なる「法律実務家になるための訓練」を超えて「法律実務における新しい思考枠組みを創造する」ことにまで志向したものになっていっていた。この「創造活動」の全体が「ビデオ・エスノグラフィーの実践」によって「促進」されていた、というのが我々の見立てである。つまり、「ビデオ・エスノグラフィーの実践」による「感受性の涵養」は、新しくてより妥当な、「事例取り扱い実務慣習の創造」にまで結びつく可能性があるものなのである。そういう点でも、現状追認的性格が強い「金言集」とは、差異化が図り得るのではないか、と思っている。

3. 当事者の自己理解の陥穽を乗り越えてコミュニケーションに対する感受性を向上させるという意義

3. 1 当事者の自己理解の陥穽とその乗り越えーあるエピソードから

我々の「自己理解」というものは、自分自身の「欲望」や「期待」の強さに強く汚染されている。したがって、あることがらに関して「自己評価が低い」という事実があっても、それを端的に「客観的な結果の悪さ」を表すものだと受け取ってはならない。それは、自身の「欲望の大きさ」や「期待の大きさ」に比例した相関項であるかもしれない、ビデオ・エスノグラフィーの実践を通して、改訂されていくようなものなのかもしれないのである。この事態を「当事者の自己理解の陥穽」と呼ぶことができるだろう。ビデオ・エスノグラフィーの実践は、この自己理解の陥穽から、当事者が逃れることを支援できるだろうし、そのようにして専門職としての資質を育てることに貢献できるだろう。

前節後半でも述べたように、我々の研究チームは、毎年X大学を会場に、リーガル・コミュニケーション研究をテーマとした、夏合宿を行ってきている。

夏合宿のスケジュールはだいたい毎年同じであり、大学の市民向け無料法律相談の観察/分析が丸二日と、司法修習生の研修を兼ねた「模擬法律相談」に関する観察/分析が丸二日と、合計4日間ほどが行われる慣例になっている。それらを題材に、主として、エスノメソドロジー・会話分析の立場からの研究会活動を行いつつ、当事者（司法修習生やコミュニケーションの改善を志向している弁護士）にも、その研究会に参加してもらいつつ、「リフレクション（ふり返り活動）」をしてもらっている。

2018年の夏に、司法修習生のK氏に、弁護士役（愛猫家の代理人：Q）を演じてもらったことがあった。そのときに、K氏の相手役のS氏（愛猫家。ネコの購入者。全国チェーンのペットショップから、国内では珍しいネコを高額の支払いをして買ったところ、先天性・後天性の各種の障害/病気があり、治療費等の支出に困っているという役を演じている）がたまたま、マスクをしていたことがあった（少し咳き込んでいたので、エチケットとして着用していた。コロナ禍の前の話である）。

いつもどおり、模擬法律相談が終了した後、感想を述べる段取りになって、最初にK氏がいったのは、次の内容だった。

K弁護士役：相手にマスクがあつて表情が読めなかった

（下線の強調は、筆者）

本人の述懐としては、このとおりなのだろう。

しかし、本節の冒頭にみたとおり、この評価を、「結果の悪さ」を直接的に表すものだ、と受け取る必要はないだろう。というのも現実には、K弁護士役

弁護士はいかに相談者の「表情を読む」か（樫田・北村・米田・岡田）

はたいへん丁寧に相手の表情を読んでいたということの証拠が、＜ビデオ画像を追ってみるとわかる＞形で、会話のあちらこちらに存在していたのである（詳しくは後述）。

では、このエピソードから、我々はどうのような教訓を手に入れたらよいのだろうか。ひとつには、先述のとおり、我々自身が自分自身に関して行う活動の評価は、欲望や期待のありように、たいへんに深く汚染されてあるものだ、ということだろう。つまり、欲望が大きければ、低い評価へのバイアスが強くかかるのである。人間の、ビデオを用いない、無道具的な「振り返り（リフレクション）」は、たとえ、自分自身のことに関してであっても、この事例のように、かなりあぶなっかしい代物なのである。

しかし、対抗手段はあるのである。「ビデオ・エスノグラフィーの実践」がその対抗手段である。具体的には、「振り返り（リフレクション）における道具として、ビデオとビデオのトランスクリプトを用いると、非言語的コミュニケーションを充実した形で行っていることがビデオに映っていることが露わになる」のである。この展開を、以下では追っていきたい。

3. 2 模擬法律相談場面に関するビデオを用いたリフレクションの意義の例示

まず、つぎのトランスクリプトを見て欲しい。^{vi}

断片1 「なんか、そういうことですか？」 2018年8月31日、17:54:58～

01 Q弁護士：あの：：： 病気のことはまあ確認（（Qは視線上げる））

02 したっていうことだったんですけど（（Q視線を相談者へ））

03 S相談者： ° はい° （（うなずき））

04 Q弁護士：>とくにその<【写真1：S 背筋ピン】 具体的に：：

05 本当に病気がないっていう（（Q書面視線））なんとか【写真2、3：S小首かしげ前後】

06 証（（Q視線を上げる））明じゃないんですけど；

07 S相談者： はあ：： 【写真4：Sが2回目の小首かしげ。大きく脱力。下を向く】

08 Q弁護士：なんか、そういうことですか？【写真5：Q弁護士（役）】

09 ただまあ口頭で、やつ そんなことないよないよ

10 という そういうレベルですか

11 S相談者：まあ そうですね



【写真 1：模擬法律相談-とくにその S 背筋ピン 20180831__175507】



【写真2：模擬法律相談-なんとか Sの1回目の小首かしげ直前20180831_175514の1】
※S 相談者の首はほぼ直立し、背後の時計の液晶はほとんど見えない。

弁護士はいかに相談者の「表情を読む」か（樫田・北村・米田・岡田）



【写真3：模擬法律相談-なんとか Sの1回目の小首かしげ直後20180831_175514の2】
※S 相談者の首は右に傾けられ、背後の時計の液晶画面が少し大きく見えている。



【写真4：模擬法律相談-はあ： Sの2回目の小首かしげ直後20180831_175517の1】
※S 相談者の首は右ななめ前に大きく倒され、背後の時計の液晶画面のほとんどが見えている。



【写真5：模擬法律相談-なんか、そういうことですか？ Qの写真20180831_175517の2】

ここで法的に問題になっているのは、「買って来た当該のネコは、病気にかかっていないということが、ペットショップによって、どの程度保証されたネコだったのか」という問題である。この保証の程度が高かったならば、S相談者側に立つ代理人弁護士は、楽になる。相手側（ペットショップ側）の責任を容易に問えるからである。そういう「法的論点」があることを前提に、Q弁護士（役）は、1行目で「う：：ん 病気のことはまあ確認したっていうことだったんですけど」と、すでに、S相談者が発話して、ふたりで共有されている内容を確認する。これは、次の「質問」の準備になっている。つまり、「病気がないことを確認したかどうか」が問題なのではなくて、「どの程度の水準で、病気がないことを確認したのか」ということこそが問題なのである、という、問いのターゲットを定める準備的な発話にこの発話はなっているのである。一般的に病気がない、という情報伝達だけでなく、調べた上で、病気がない状態を保証する意味で、先方（ペットショップ側）が、購入者に対して約束をしたのかどうか、そこが、聞いているポイントなのだ、ということがわかるように、この準備発話は語尾を疑問形にする形でなされている。

3. 3 相互行為的に表情を読んでいることがビデオからわかるQ弁護士（役） 一言にくいことの「しぐさ」による表示と優先構造（ポメラント）の議論から－

3. 3. 1 「音声への注目」から「しぐさへの注目」へ

トランスクリプトに上げた20秒足らずのコミュニケーションを詳細に分析していくと、この短い会話のなかで、「音声化された言語によらない状況の相互

的な読み取り」が、会話の当事者である両者によって、頻繁になされていることがわかる。

われわれは、日常的には、「表情を読む」という表現を使うが、顔の表情だけを有意味なものとして扱っている訳ではない。その実態は、以下に述べるように、音声化された言語のやりとりによらない状況理解の総合的交換の総体なのであって、そのように「表情を読む」というQ弁護士（役）の言葉を解釈し直すのならば、「Q弁護士（役）」はたいへん上手に「表情を読んでいる」といえるのではないだろうか。

まずは、端的に証拠をあげよう。それは、7行目から8行目にかけての相互行為に現れている。まず、驚かさせられるのは、音声トランスクリプトをみるだけでは、意味がよくわからない発話が8行目でなされていることである。8行目で「Q弁護士」は「なんか、そういうことですか？」と発話しているが、これは、疑問符で終わっている文ではあるものの、「確認的疑問文」になっている。つまり、かなりの程度、「S相談者」の言いたいことは分かっているけれども、その理解でよいのか、という確認を「Q弁護士」はしているのである。

どうしてそういえるのだろうか。いえる理由は、この8行目に、「そういうこと」という指示語があるからである。指示語に導かれて8行目の発話はなされているので、つまりは、直前の7行目のS相談者の何らかのメッセージが有意味で、重要で、示唆的であるということを、この8行目のQ弁護士の発話は指示しているのである。

では、その7行目のどの部分が「有意味で、重要で、示唆的」なのだろうか。7行目には、音声としては「はあ：：」という「音」しか、存在していない。「はあ：：」という発話それ自身は、なにかしらはっきりしない状態であるということを示べるもの言いであろう。あるいは、続けての発話の準備的発話である、とも聞き取れよう。このいずれの場合であっても、それ自身が「有意味で、重要で、示唆的」な内容を表示しているということには、なかなかかなりそうもない。

にもかかわらず、8行目で「「なんか、そういうことですか？」とQ弁護士が発話している以上、Q弁護士には、見通しが与えられているのである。とするならば、その見通しは、音声からあたえられたものではなく、「しぐさ」からあたえられたものか、あるいは「しぐさ」と「音声」の組合せ状況から与えられたものである、ということができるだろう。

そう考えて、ビデオに映っているS相談者の「しぐさ」をみると、小首を右に大きくかしげたあと、上半身の全身を大きく脱力させて、下を向く、というしぐさを「はあ：：」という発話とともに、しているのであった（【写真4】）。さらに、この7行目から8行目にかけてのコミュニケーションをみるために、そ

の前後を繰り返し再生していると、当該の大きな「しぐさ」の1秒前にも「小首を右に傾ける」という類似の「しぐさ」を、小さいながらもしていることが発見されたのである（【写真2】と【写真3】）。

我々の文化では、全身を脱力させて、下を向くという「しぐさ」は、「残念さの表示」として知られている「しぐさ」である。そう考えて、この部分での「しぐさ」の具体的な意味を検討してみると、以下のような「相互行為」が起きていた、ということができそうである。

3. 3. 2 「残念さ」が表示する意味をビデオデータから考える

前項では、一方の「残念さ」を表示する「しぐさ」が、コミュニケーションのもう一方の相手であるQ弁護士から有意味なものとして注目され、とりたてて言及されていた（8行目）ことを確認した。しかし、この「残念さ」への注目とは、いったいどのような行為を構成していることがらなのだろうか。このことを解明するためには、もうすこし、大きな構造として、ここで会話をしている両者のやりとりを見ていく必要があるだろう。そうすると、以下のような読み取りの手順になるだろう。

まず、トランスクリプトの1行目から3行目にかけては、ある合意が取り交わされている、ということが出来るだろう。すなわち、（ネコの）「病気のことはまあ確認したということだったんですけど」（1～2行目）という「Q弁護士」の発話が、「S相談者」の「はい」（3行目）によって後続されていることから、1～2行目の発話が、質問として聞かれていることがわかる。つまり、血統書付きのネコのペットショップからの購入という文脈のもとでこの会話がなされている以上、ここでは、「病気がないということの確認」が「まあ確認した」というレベルではなされていた、ということが相互承認されているのである。ところが、この「合意」は、最終的な合意ではない。ほぼ同じ問題が、もう一度聞き直されてしまうからだ。

4～5行目で「Q弁護士」は「>とくにその<具体的に：：本当に病気がないという」という発話を行っている（下線強調は筆者）。「病気がないということの確認」は、初歩的なレベルではすでに済んでいるのだから、この4～5行目で行われていることは、初歩的でないレベルでの確認であると言えるだろう。つまり「とくに」「具体的に」確認がされているのかどうか、ということが、新規に問題提起されている、とこの部分は聞くことができる。

そして、この「新しい水準での問い」に関しては、3行目のような明確な「肯定」は「S相談者」から帰ってはこなかった。「S相談者」はそのかわり、この部分でほんのわずかではあるが「小首をかしげる（1回目）」のである。【写真2】から【写真3】への変化がその証拠である。おなじ、5時55分14秒のなかでの

「しぐさ」ではあるが、写真内の矢印で指示した部分をみてもらうとわかるように、「S相談者」の背後の壁掛け時計の盤面の、日付の液晶表示部と頭の重なり方に注目すると、あきらかに、「S相談者」は、首を右側にかしげているのである（動画ではより明確にそのように観察することが可能である）。

これは、何を意味しているのであろうか。どうも、ある「躊躇」が「しぐさ」として表示されているようなのである。

ポメラantz（1978、1984）の議論（優先構造というエスノメソドロジー・会話分析の議論）によれば、非優先的回答（つまり“いいえ”という回答）は、しばしば直接発話されずに、「躊躇」や「延期」によって代用される。ここでは、「Q弁護士」は「S相談者」の代理人であり、ネコの病気の責任をペットショップに取らせることが課題となっているのだから、「病気がないという確認」を「具体的に」取っていたかどうか、質問の中身であると聞くことができるだろう。そのような問いかけに対して、「非優先的回答」で答えている意味は「（具体的には確認は）取れていない」ということであろう。

でも、それなら、なぜ、同じことを、言語的に示さないのだろうか。積極的に「しぐさ」にシフトした形で「躊躇」を示す理由も説明されなければならないだろう。

この部分、十分な考察はできていない。ただ、私自身は、法律家ではないので、以下の推論は想像的なものだが、もしかすると、「専門家-素人」コミュニケーションであることに由来する意味もあるのかも知れない。どうということかという、1行目から3行目に関する「合意」のもとになっている「S相談者」からの主張が、法律家に対してのものとしては、不適なものだった、という反省が、この「しぐさ」シフトに影響を与えているかもしれないと思われるのである。すなわち、ここでの「S相談者」の「しぐさにシフトされた躊躇」は、法的に有意味な形で事実を述べるべきであったのにもかかわらず、法的に有意味な形ではない水準で「病気ではないという主張をペットショップ側がしていた」という話をしてしまったことの「申し訳なさの表示」を伴わせるためになされたものだったようにも思われるのである。「専門家-素人」関係のもとでは、素人側はしばしば積極的に「自信なさげな」態度を取ることが知られているが、そうやって「知識勾配に関する規範的秩序」を尊重する態度を示すことがなされるのだが、そういうことがここでも起きているようなのである。

ところで、この「小首を右に傾ける」やり方での「躊躇の表示」は、2度おこなわれている。では、なぜ、2度もこの、「同様のやり方での躊躇の表示」がなされているのだろうか。そして、その提示の仕方の程度がなぜ大きく違っているのだろうか。この問題を解いておかなければ、全体構造の読み取りとして不十分である、ということになるだろう。

3. 3. 3 2度の「躊躇」はなぜ行われたのかー表情を読むことの相互性ー

なぜ2度の「躊躇」が行われたのか、という問題を解決するためには、「しぐさ」の意味を単なる単独行為者の意味表示行為としてとらえるのではなく、相互行為として捉える必要がある。そういう方向への分析視角の転換が必要となる。

そういう転換をしたうえで、ビデオデータを詳細にみてみると、じつは、「1回目の小首かしげ」（【写真2】と【写真3】）の時点では、「Q弁護士」は、「S相談者」の方を向いていない（おそらくは、そのことを「S相談者」もモニターできている）ことが重要なものとしてみえてくる。

「Q弁護士」の視線が、「S相談者」に向くのは、6行目の「証（Q視線を上げる）明じゃないんですけど」という譲歩発言の出だし、の「証明」の「証」をいった部分である。

この直後の部分は、「移行適切場」というほどの区切れにはなっていないが、コミュニケーションの相手が反応を示してもよい場所としての「反応機会場」にはなっているようだった^{vii}。つまり、文章としては、5行目から8行目までがつながって一つの文章になっている（本当に病気がないっていう なんとか証明じゃないんですけど： なんか、そういうことですか？）けれども、日本語の特徴として、そのように、ひとつの文章のつながりの中に、コミュニケーション相手の反応を聞くことができる「場」が存在しており、そこにおいて「はあ：」という音声とともに「比較的大ぶりの落胆のしぐさ」が呈示されているという事態がおきていたのである。ここで、この2回目の「しぐさ」が大ぶりなのは、おそらくは、1回目の「しぐさ」が見過ごされてしまったことに対応しており（2回目は見過ごされないようにしなければならない）、かつまた、「Q弁護士」の発話が、ちょうど「反応機会場」のタイミング形成になっていたということで説明できるだろう。つまりは、「Q弁護士」も「S相談者」も、ともに、相手のコミュニケーションをモニターしながら、その場その場で適切な振る舞いをしているのであり、そのような相互に適切な振る舞いが組み合わされるなかで、「表情を読む」ということが、達成されているのであった。そうやって、最終的に、11行目に「まあ そうですね」という「了解」が達成されたのであった。

3.4ビデオ・エスノグラフィーは「振り返り（リフレクション）」に有用

前節の内容は、エスノメソドロジー・会話分析の分析としては、簡便なものではあるが、それがビデオに映っている動画の内容に関する分析と、ある程度の法律的知識との組み合わせによってなされているということ、すなわち、ビデオ・エスノグラフィーの実践として行われていることの意義は大きいといえ

よう。じつは、われわれは、ここで行った分析の、ここよりラフで初歩的なものを、X大学のマルチメディアルーム（音声付きの動画再生を自由自在にできる実験的研究室）で行ったが、そのビデオセッション中の当事者（Q弁護士役とS相談者）は、セッション中にも多く発言し、分析をより妥当なものにするのに、貢献してくれていた。このように、当事者がビデオセッションに参加して、じっさいに当事者が持っていた知識を参照しながら、コミュニケーションの様態を的確に記述するサポートを得られる点で、ビデオ・エスノグラフィーは有用だし、ビデオ・エスノグラフィーの実践結果には、信頼性があるといえよう。

今後、もし、ビデオを使ったふり返りを、当事者自身が、自らの力で行えるようになるのなら、ビデオ・エスノグラフィーの実践の意義はさらに大きなものになるだろうとも思われた。なぜなら、そのような活動の繰り返しは、「コミュニケーションに関する感受性の涵養」そのものに繋がっていくことが予想できるからである。

ここまでの議論をまとめておこう。じつは、「表情を読む」ということばで、われわれは、非言語的なコミュニケーションによる（相互）理解を指し示す習慣がある。「表情を読む」ことに基づいた行為は、相互行為をしている人達にはあまり意識されず、言語化されることも少ないが、現実の相互行為の秩序を大きく拘束しているコミュニケーションである。

エスノメソドロジー・会話分析という指針を得たビデオによる「ふり返し（リフレクション）」、つまり、ビデオ・エスノグラフィーの実践は、まずは、リーガル・コミュニケーションにおける、この非言語的なコミュニケーションの重要性に「ふり返し（リフレクション）」を及ぼすきっかけを与える点で、有意義であるといえるだろう。ついで、会話というものが、言語的なコミュニケーションと非言語的なコミュニケーションの組み合わせであることに思いをいたすのなら、そのことからの波及効果も期待できるだろう。つまり、「表情を読む」ことに注目した「ふり返し」は、リーガル・コミュニケーションの特徴を踏まえた、リーガル・コミュニケーション全体のふり返しや分析にとって有用なものとして働いていく、ということを期待してよいように思われるのである。

そのような示唆を与える分析事例として、上述の「断片1」に関する分析をみることができるのではないだろうか。ビデオデータを用いた「振り返り（リフレクション）」を行うならば、本人による「表情が読みにくかった」という述懐とはことになって、実際には、Q弁護士（役）はS相談者（役）と協力しあって、S相談者が、ネコが病気でないということに関する確たる証拠は事前には入手していなかった、ということと、そして、そのことは、日常会話的にはともかく、法律相談としては、重要なことであるということと、Q弁護士もS相談者も、ともに理解しているということと、そのふたつのことを、ともにながら、

この短時間の会話の中で相互行為的に達成しているということを、我々は根拠のある形で主張することができるだろう。当事者は、ビデオ・エスノグラフィーの実践を経由しなければ、おそらくは納得し合わなかったはずの「実際の相互理解に至る経緯の詳細」を、今回のケースのように、相互に納得できるようになるだろう（強調は筆者）。

そして、そのような実践を積み重ねることから、さまざまな派生的議論の基盤がえられることだろう。たとえば、弁護士（役）というものが、「無自覚的に」いかに強く「非言語的コミュニケーション」に志向しているのか、ということを確認できたならば、そのことを出発点に、「法律職-素人」コミュニケーションの未来の姿も、構想していくことができるのではないだろうか。そのように思われるのである。

4. おわりに

本論文では、従来のリーガル・コミュニケーション研究の帰着点のひとつの典型である「金言集」的なものを取り上げて、その問題点をまず指摘した。つまり、現実のコミュニケーションを考えた時に、「金言集」は、標準的な場合におけるおおざっぱな「指針」しか与えることができない点を指摘した。

このように、限界ある適切性しかもっていない「諸金言」を、その「限界」を詳細には呈示できない形で呈示しているのが、これまでの書物化された「金言集」というものの不十分さなのである。

本論文ではかわりの方針として、さまざまな現実の多様性/条件に対応するために、「感受性の涵養」路線を提起し、その手段として「ビデオ・エスノグラフィーの実践」がある、という立論をおこなった。そして、この立場を基盤に、「リーガル・コミュニケーション研究をビデオを用いて行う意義」を解説した。

また、コミュニケーションの状況を精密に理解するのには、その場面の当事者の理解や知識を十分に重視する必要があるが、当事者の主張には「当事者の自己理解の陥穽」が生じることがある。欲望の大きさ等が本人には十分に自覚されていない場合には、本人は自分がしていること/できていることをしていないこと/できていないこととして理解し、語ってしまうことがあるのである。そのような事実とは異なった語りを基盤にすると「振り返り（リフレクション）」がうまくいかないことになる。

このような事態に対しても、我々は「感受性の涵養」路線を対置していきたい。本論文の後半では、実際の「トランスクリプト（書き起こし）」を用いて、弁護士役が、相談者（依頼者）の「言外の意味」を読み取っている状況を、そ

のメカニズムごと解説した。そして、弁護士側どうようの「相互行為的システム」が、相談者の反応においても存在していることを明示した。

上述のような本論文の議論によって、以下の2つの点が言えると考えている。第一点目は、ビデオを用いた探求を進めることによって、少なくとも可能性としては、リーガル・コミュニケーション研究は大きく進展するだろう、ということである。第二点目は、ビデオを用いたリーガル・コミュニケーション研究が進むならば、法科大学院教育や司法修習生研修の内容が改善され、さらには、そのような「教育現場の洗練」によって、法的な思考そのものが、より現実フィットしたもの洗練されていく、というような改善スパイラルが始まっていく可能性も示唆できたと考えている。この可能性を信じて、ビデオ・エスノグラフィーの実践を発展させる方向で、さらに研究を進めていきたい。

【註】

i 本論文のもとになる研究資料の一部は、科学研究費補助金「法律相談の相互行為分析—対話的相談時代の専門職間コミュニケーションの研究」（研究代表者：樫田美雄、2016年度～2018年度、課題番号：16K13421）の支援のもとで得られた。記して感謝する。

ii 「ビデオ・エスノグラフィー」に関しての概説論文としては、（岡田、2008）および（樫田ほか、2008）が存在している。参照してほしい。

iii ワークプレイス研究の成果としては、水川ほか編（2017）を最重要のものとしてあげることができるだろう。なお、エスノメソドロジー・会話分析の立場をとらない研究者もビデオカメラを用いて重要な成果を上げつつある。その実例としては、佐伯ほか（2018）をあげておこう。なお、この佐伯ほか（2018）研究に言及しながら、ゲーム的・エピソード的でない現象理解の重要性を述べたものとして樫田（2018）をあげることができる。筆者は、リーガル・コミュニケーション研究においても、この考え方（ゲーム的・エピソード的でない現象理解の重要性）が重要であるという理解をしており、その主張に沿った別稿を、Garfinkel(1967)に依拠させる形で、準備中である。

iv 実践例を検証可能・追体験可能なものとするのに「ビデオデータ」を用いることの有用性を「可視化」というキーワードで示した論文として、北村（2019）をあげておこう。なお、北村の『東海法学』における毎年の諸業績の多くが関連業績であるので、参照が望ましい。

v 以下でも述べるようにX大学でのビデオ・エスノグラフィーの実践は、「司法修習生」に対しての「研修」として行われているし、我々は、法科大学院の大学院生に対しても「ビデオ・エスノグラフィーの実践」を、おなじく「感受性の涵養」の体験学習として提供してきている。詳しくは続報を待って頂きたい。

vi トランスクリプトとは、音声を文字に落とし込んだもの。文字起こしのことである。トランスクリプトで使われている記号については、以下の【表1：トランスクリプトで用いている記号について】を、参照せよ。

【表 1：トランスクリプトで用いている記号について】

(.)	ごく短い沈黙を表す。マイクロポーズ。
(0.5)	数字は沈黙（ポーズ）の秒数を表す。左の例では 0.5 秒の沈黙（ポーズ）を示している
()	聞き取り不能箇所
:	直前の音が伸びていることを表す。コロンの数が長さに比例。
=	行末と行頭の等号は、発話間に隙間がなく連続した発話
?	語尾の音の上昇（文法記号ではない）
—	ダッシュは突然の音の途切れ（例：それ）
h	息を吐く音。しばしば笑いを表す。h の数が増えるほど長い笑いを表す
↑ ↓	急激な音の上昇・下降
(())	二重丸括弧内記載事項は、そこでの動作等、分析者の注記

vii 「反応適切場」に関しては、西阪（2008）、串田・平本・林（2017：55ff.）を参照せよ。

【文献】

- 藤井篤 2013 『弁護士の仕事術Ⅰ 法律相談マニュアル』日本加除出版株式会社。
- Garfinkel, Harold, 1967, *Studies in Ethnomethodology*, Polity Press.
- 樫田美雄, 2013, 「『模擬法律相談の即時分析』の実演-臨床場面の共有による創造的展開の達成にむけて」『法曹養成と臨床教育』6: 158-164.
- 樫田美雄, 2016, 「ビデオで調査をする方法① ビデオで調査することのメリットとデメリット-「リアリティ喚起力の大きさ」と「常識に汚染されるリスク」『新社会学研究』1: 159-163.
- 樫田美雄, 2017, 「ビデオで調査をする方法② ビデオの説明力過剰性を克服する仕組みとしての「異物化」『新社会学研究』2: 198-202.
- 樫田美雄, 2018, 「ビデオで調査をする方法③ ビデオで調査をして当事者研究的社会学調査を行おう」小川博司・樫田美雄・栗田宣義・好井裕明・三浦耕吉郎編『新社会学研究3』新曜社.
- 樫田美雄・岡田光弘・五十嵐素子・宮崎彩子・出口寛文・真鍋陸太郎・藤崎和彦・北村隆憲・高智子・太田 能・玉置俊晃・寺嶋吉保・阿部智恵子・島田昭仁・小泉秀樹, 2008, 「高等教育改革の相互行為分析- ビデオ・エスノグラフィー研究の狙いと工学部都市工学演習の実際-」『大学教育研究ジャーナル』5: 93-104.
- 樫田美雄・中塚朋子・岡田光弘編, 藤崎和彦監修, 2018, 『医療者教育のビデオ・エスノグラフィー-若い学生・スタッフのコミュニケーション能力を育む-』晃洋書房.

弁護士はいかに相談者の「表情を読む」か（樫田・北村・米田・岡田）

- 樫村志郎, 2004, 「法現象の分析」 山崎敬一編『実践エスノメソドロジー入門』有斐閣, 143-157.
- 北村隆憲, 2019, 「調停のコミュニケーションを分析するー非難の連鎖はいかに「管理」されるかー」, 『東海法学』 56 : 47-80.
- 串田秀也・平本毅・林誠, 2017, 『会話分析入門』 勁草書房.
- 西阪仰, 2008, 「発言順番内において分散する文-相互行為の焦点としての反応機会場-」, 『社会言語科学』 10 (2) : 83-95.
- 岡田光弘, 2008, 「ビデオ・エスノグラフィーー医学教育のなかの身体と視線ー」『応用社会学研究』 50 : 155-164.
- Pomerantz, A. , 1978, Compliment responses: Notes on the co-operation of multiple constraints. Jim Schenkein (ed.) *Studies in the Organization of Conversational Interaction*, Academic Press:79-112.
- Pomerantz, A. , 1984, Agreeing and disagreeing with assessments: some features of preferred / dispreferred turn shapes. In J.M. Atkinson. & J. Heritage, (Eds.), *Structures of social action* , Cambridge University Press:57-101.
- 佐伯胖・刑部育子・苅宿俊文, 2018, 『ビデオによるリフレクション入門ー実践の多義創発性を拓くー』 東京大学出版会.
- 水川喜文・秋谷直矩・五十嵐素子編, 2017, 『ワークプレイス・スタディーズーはたらくことのエスノメソドロジー』 ハーベスト社.

かしだ よしお（神戸市看護大学准教授）

きたむら たかのり（本学法学部教授）

よねだ けんいち（鹿児島大学司法政策教育研究センター教授）

おかだ みつひろ（成城大学 非常勤講師）

【論説】

「意味」としての法

—記号、象徴、物語として法を理解する—

北村隆憲

[目次]

概要

1. 「法」の2つの側面—「手段としての法」と「意味としての法」
2. 意味を経験する
 - 2.1 「経験」の「意味」
 - 2.2 記号＝意味宇宙としての社会的世界
 - 2.3 法的象徴(シンボル)の問題—法は何によって指し示されるか
3. 法の二つの意味作用—「デノテーション」と「コノテーション」
 - 3.1 赤信号は「語る」
 - 3.2 法の象徴的機能—米国禁酒法のコノテーション
 - 3.3 「らい予防法」にみる法のコノテーション
 - 3.4 「飲酒運転者」のイメージを創出する—交通法規の意味論
4. 法廷における「事実」の認定と構築
 - 4.1 リアリズム法学における「事実」
 - 4.2 「事実の創出」としての事実認定
5. 法の物語・法における物語
 - 5.1 法と物語
 - 5.2 法廷における物語
 - 5.3 物語りとしての「紛争／トラブル」の語り
6. 法の意味の力と社会的世界
 - 6.1 日常世界の意味構成における法の役割
 - 6.2 法の意味による社会的現実の創出
 - 6.3 結語

[参考文献]

概要

法社会学は、「経験」科学である。経験とは、私達が生の中、他者やその行為、あるいは様々な事物や出来事と出会い交流・交感することである。法社会学は、こうした私たちの様々な経験を土台として、「法」を理解しようとする試みである。

しかし、私たちは世界の事物や出来事に、単なる物理的存在として出会うわけではない。法社会学が研究する「社会」や「法」は、意味の（相互）理解という私達の行為を通じて、記号と意味の複雑な体系としてたち現れてくるような存在である。本稿では、記号／象徴／物語の働きによって理解され作動する「意味としての法」という視点から、私達の日常的な基本的な経験から出発して、どのように法的世界が現象し理解されるのか、また、法がどのように私達の日常生活を形作っているのかについて、一つの見方を提案する。

こうした観点から「法」を見ることは、新たな「法」に関する理解を浮かび上がらせるとともに、法と社会研究に新たな研究課題をも示唆することになるだろう。¹

1. 「法」の2つの側面－「手段としての法」と「意味としての法」

今日は待ちに待った彼(女)とのデートの日だ。初めてフレンチ・レストランで一緒にディナーをとることになっている。あなたは「食事」はうまく行った、と思っていたのだけれど、彼(女)は食後に訳のわからない理由をつけて、さっさと席を立てて帰ってってしまった。

食事をとる行為は、生物としての欲求を充足させるとともに、食事の目的を達成するために、食べ物の状態を変化させるという技術的・機能的意味を持っていることはいまでもないだろう。けれども、彼(女)とのディナーで大事だったのは、食欲を満たすことだけではなかったはずだ。あなたがもし、スープを音を立ててすすったり、食

¹ 本稿末尾の参考文献がほとんど2000年以前のものであることから想像しうるように、この小論は18年ほど前に、ある法社会学編著のために書かれたものである。事情でその出版がなされないままとなった。本稿では、構造言語学、記号論、物語論などの領域のアイデアを＜法と社会＞研究に取り入れる小さな試みを行なうとともに、それを通じて、千葉正士博士の提起した「法的シンボル／法の象徴的機能／法文化」の概念（千葉 1977・78, 1988, 1991）の一部をさらに展開する方向を模索した。その後筆者は、理論的・方法論的には、本稿に示されているような法の理解の仕方からはやや距離をとることとなり、また本稿はテキストブックの一部として書かれたものではあるものの、法を「意味」の織物として探究する法と社会の研究という考えを平易に述べたものである点で、現在でも一定の価値を有するのではないかと考え、本文と文献に若干変更を加えて、ここに掲載する。

器をガチャガチャ鳴らしたり、あるいはいかにもガツガツとフォアグラを丸ごと飲み込んだりしていたら、あなたのその「食事の仕方」において、意図せずに、自分の文化的・社会的・個人的特性を表出してしまったことになる。人間行動は、このように、ある目的を達成するために外界に直接影響を与えるような「技術的・機能的」行為と見ることもできれば、同じ行為を、外界に直接影響を与えるわけではないけれども、世界の意味を表現したり伝達したりする「表現的・記号的」行為と見ることもできる。もちろん、この二つの見方は、どちらが正しいということではなく、相補的な観点であるが、概して、人々の行為や出来事について、分析的に、この二つの観点を区別することができる(リーチ 1981)。

この区別を、法社会学研究の文脈に引きうつすことができる。法社会学が「法と社会」を研究する際に前提される法に関する一つのポピュラーな観点がある。法を主として社会生活を維持・規制・変更するための道具、つまり手段的・技術的な目標達成技術とみなし、法が社会と社会成員に対して外在的なサンクションや誘因として効果・影響を及ぼすものとする視点(「手段としての法」)である。これと対照的な観点の一つとして、法をそれ自体ある種の意味を発したり伝達する表現的・記号的なものとして把握して、法がそれ自体特定の社会的意味とイメージを表現したり、私達の意識や思考を構成する媒体、つまり社会的行為が理解されるための枠組みやメディアとなって私達の行なう社会的行為の意味を内在的に形成するとみなす法の見方があるだろう(「意味としての法」)。本章では、後者の「意味としての法」という観点から、「意味」を生み出し相互理解を実現させる「記号」「象徴」「物語」という現象をキーワードにして、法社会学の研究対象である「法と社会」がどのように見えてくることになるか、これについて検討していく。

2. 意味を経験する

2.1 「経験」の「意味」

「意味としての法」と言ったけれども、そもそも「意味」とはなんだろうか。法社会学が「経験」科学であるという学問的性格との関係で、「意味」の「意味」を考えてみよう。

法社会学は「経験」科学の一つだといわれる。簡単に言えば、机上の空論で済ますのではなく、人間の「経験」に基づく資料(データ)を駆使して、＜法と社会＞を探求する、ということである。「経験」というと、なにか特別に珍しくて驚くべき出来事に出くわすこと、と思うかもしれないが、それだけが「経験」なのではない。私達が日々の生活の中で感覚・知覚能力を使って世界(モノ・コト・ヒト)に出会うことをすべて「経験」と考えておこう。ということは、「経験」とは、私達の生そのものの根本的な形式といってもよいことになる。私たちの生きる世界は、物理的存在で満ちているようにみえるから、私達が経験を媒介に出会う＜世界＞もそうした物理的に理解される限りのモノだと思

うかもしれないが、実はそうではない。次の例で考えてみよう。

A君はどうやらBさんが好きらしい。法社会学の授業が終わって、AはきょろきょろとBを探している。Aは、ガールフレンドが沢山いると噂の親友のCには話してあったのだけれど、「今日こそはBさんに僕の存在を知ってもらうんだ」と決意して授業にやってきたのだ。やっとBを見つけたAは、Bに向かって盛んに「臉を開閉」している。これにはCは笑ってしまった。「お前のウインクは滑稽だね。ウインクっていうのはこうやるんだよ」といいながら、Aの下手なウインクを「真似」して見せて、その後で上手な気の引き方を教えてくれた。「そんなに俺、下手かなあ」。馬鹿にされたAは自宅に戻って鏡の前で一生懸命「ウインクの練習」をしたのだった。

AとCの行為は、すべて＜物理的＞には、同じ「臉の開閉」である。カメラでこれを写せばすべて同じような動作が写っているはずだ（そしてそれを見ただけでは、「何をやっているのか」はわからない）。けれども、AとCにとって（多分Bにとっても）重要なのは、＜物理的には＞「同じ」に見えるこれらの行為がそれぞれ異なる「意味」を持っているということ、つまり、「（下手な）ウインク」であったり、「ウインクの模倣」であったり、「（上手な）ウインクの教示」であったり、「ウインクの練習」であったりする、これらの行為の異なる「意味」なのだ。社会的世界に生きる私達は、その場における相互行為や行為の状況を参照しながら、特定の行為がどのような「意味」を有する行為なのかを理解（あるいは誤解）しつつ生きている。つまり、私達が「経験」するものは、物理的な存在そのものというよりも、その「意味」にほかならない。

2.2 記号＝意味宇宙としての社会的世界

こうしてあなたが本を読んでいるとき、あなたはインクで刻印されたこの文字の連鎖を、滑らかに時にはギクシャクしながら追っている。あなたはそのとき、このインクの連鎖を単にインクの「しみ」としてではなく、あなたの中にイメージや概念を表示する有意味な記号（言語）として解釈する。それは、楽しさや興味や時には退屈を運んでくれる経験だ。あなたは、インクのしみを視線でなぞっていたのではなく、そこにさまざまな「意味」を読んでいたわけだ。読書に少し飽きたあなたは、部屋の窓に視線を移す。読書していたときには意識の辺縁で感じられた不分明な影が、今や鳥のさえずりや木々の枝の葉としてのハッキリとした「意味」を成す。無論、「意味」といっても、モースル符号のように人工的なルールにしたがって意味を解釈できるものもあるし、煙から火の存在（という意味）を察知するような自然な反応もあるし、あるいは、落ち行く一枚の木の葉から人生の悲哀（という意味）を感じる場合もある。また、あなたが人生に絶望して世界を「無意味」と感じたとしても、それは、あなたが世界と自分を考え直しはじめるきっかけと言う「意味」をもつかもしれないし、親から見れば自分の子供が一人前の悩みを持つようになる成長という「意味」をそこに付与するかもしれない。最悪の場合でも、あなたはそこに自殺の理由（「意味」）を見つけることだろう（ただし、それは必

ずしも賞賛すべき「意味」ではないけれど)。世界は「意味」であふれている。私達は、世界や自分になんらかの意味を付与しなければ、一瞬たりとも生きられない(竹内 1981)。

この点で、生きるということは、知覚対象たる世界をさまざまに切り分けて(分節して)、多かれ少なかれ明確な境界を設定することによって、世界を整序して理解可能なものとする、つまり「意味づける(意味を付与したり読み取ったりする)」諸活動に従事するということと殆ど同じことになる。私たちがそこで暮らしている文化的・社会的世界は、このように、膨大な意味の集積した宇宙と考えることができる。人は、様々な他者や出来事やモノとの交流の中から作り上げられている膨大な意味の宇宙に産み落とされ、それを多かれ少なかれ受容しながらもそれを時として変容させつつ生きていく。「文化」という名前と呼ばれているのはこうした意味宇宙の複雑な網の目のことに他ならない(ギアーツ 1987)。

ところで、この「意味づける」という行為を検討してみると、文字がイメージや概念を指し示すように、あるいは好きな彼女(彼氏)の何気ない仕草が自分にとって重要な意義を持つように、知覚されたあるコト・モノ(意味するもの)が別のコト・モノ(意味されるもの)を指し示すという関係(記号関係)があることがわかる。この「意味するもの(「記号表現」)」と「意味されるもの(「記号内容」)」との両者が結びつくことによって「意味」が生じる(意味を付与したり読み取られたりする)事態(あるいは働き)を記号作用ないし記号表現と呼んでおこう。したがって、「記号(作用)」とは、自己によって自己以外の何者かを指し示すもの、換言すれば、現前する知覚物(モノ・コト)とそれとは別のあるものとの間に何らかの意味作用を発生されるような関係のことである(竹内芳郎 1981; 池上嘉彦 1984)²。

2.3 法的象徴(シンボル)の問題—法は何によって指し示されるか

記号(作用)が、自己によって自己以外の何者かを指し示すという関係性に基づくとなると、法に関して、二つの問題領域が見出されることになる。第一に、法を「記号内容」と考えて、法を表現する「記号表現」となる社会・文化的形式の諸形態を探求することである。第二に、法を「記号表現」と考えて、法がどのような社会・文化的意味を「記号内容」として表しているのかについて考察することである。前者は、「法的象徴(シンボル)」の問題、後者は「法の象徴的(シンボリック)機能」と呼ばれてきたテー

² 「自己によって自己以外の何者かを指し示す」という記号(作用)の様々な現象形態は、「記号」「サイン」「象徴」「信号」「アイコン」等の言葉で呼ばれている。こうした様々な記号は、記号現象を専門的に取り扱う言語学や記号論(記号学)と呼ばれる学問領域において、緻密な分類と定義が行なわれているが、それぞれの学問領域によって言葉遣いに「くせ」があり、統一的な用語法はないといつてよい。本章では、便宜上、厳密な概念区分は行なわず、「記号」「象徴」「信号」を区別せずに用いておく。

マ群（千葉 1977-78, 1988, 1991）に対応している。まず「法的象徴」の問題を考えてみよう。

「法」がどのような形式によって指し示されるのかと問われれば、現代のわれわれは、法は法文（法規）によって表現されるとするのが常識だろう。しかし、慣習法の領域では、古来、様々な「法的象徴」が存在した。例えば、法と習俗がある意味で一体化していたドイツの慣習法の中には、法と権利を指し示す様々な事物や儀式的な所作が数多く見出される。たとえば、法廷で証言することができるためには証人は証言の間ずっと耳を引っ張られていなければならない、といった現在から見れば奇異に映る一定の言葉や行為が、法的な意味を与えられていた（堅田剛 1985）。

民俗学、人類学によっても未開社会から様々な資料が集められた。人類学者は、法的シンボルが法を表現する現象を、未開法の重要な特徴と考えている。日本や他の社会で見出される法的象徴には、親族・身分を表す親族・身分呼称などの「言語的」な法的シンボルとともに、旗や記章、特定の色・形、アクセサリー、衣服、髪型等の身体装飾、公簿、証書などの物品、ジェスチャーや贈与・交換などの儀礼的な行動様式、などの「非言語的」な法的象徴がある。例えば、シャモジは、日本の伝統的習俗において一種の社会規範に基づく「主婦権」、つまり固有法上の権利を象徴するものと考えられる（千葉 1988）。

しかし、法的シンボルの研究は、単に、伝統的社会の古い法的慣行を收拾するというのではない。それは、法がどのような社会的メディアによってその存在を解釈されたり理解されたりするのかという問題である。たとえば＜所有権＞は、日常生活においては、民法の規定において把握されていると同時に、「立ち入り禁止」の立て札や鉄条網などの社会的な事物、「こら、出て行け！」という社会的サンクション、母親の「空き地に入って遊んではダメですよ」というしつけの言葉、こういった様々なシンボルによって、重層的に社会的意味のネットワークに組み込まれている。これらの「法的象徴」を、「所有権」の法的定義と無関係として無視することは容易だが、実は、日常世界において、人々はこうした様々な社会・文化的諸形式、つまり「法的象徴」を通じて、法や所有権というものを現実的なものとして理解している。

例えば、裁判所の空間が特有の法と正義のイメージを作りだしている。裁判所の空間は、様々な手段により区分けされて記号となり、正義（法）を指し示す意味を創出する、法的象徴となりうる。わが国の最高裁判所は、物々しい巨大な城砦のような建築で有名である。大法廷の天井には天空に向けた大穴が口を開けて、あたかも混沌から宇宙が生成する母性的な光が舞い降りてくるようだ。それが、法廷の壁に向かい合っかけてかけられた、それぞれ「温かさ」を表す太陽と「冷厳さ」を示す月をモチーフにするタペストリーの対立と相まって、宇宙的広がり効果を与えている。そこには、西欧における片手に剣を片手に天秤を持つ正義の女神「ユスティティア」のような正義や法の可視的モデルは存在せず、むしろそのような「絶対者」としての正義のイメージの存

在が意図的に避けられている。つまり、絶対的な正義・法の象徴の「不在」によって日本的な正義と法（つまり、超越的な法・正義が存在しない正義と法のイメージ）が象徴されている（岩谷 1997）。

私達の日常的諸活動や諸事物からどのようにして法や正義の現実性の意味（イメージ）が作り出されたり維持されたりするのか、十分開拓された研究領域ではないとはいえ、法社会学の重要な研究テーマの一つを、「法的象徴」の問題は提供している。

3. 法の 2 つの意味作用－「デノテーション」と「コノテーション」

冒頭で、法の二つの見方、「手段としての法」と「意味としての法」の区別に言及した。その区別をもう少し具体化してみよう。

「意味としての法」は、法の表現的・記号的・伝達の側面である。従来法社会学で、「法の意味の伝達」に関する議論が無かったわけではない。しかし、それはここで言う「意味としての法」の観点からというよりは、むしろ「手段としての法」の観点からの理解であったといえよう。

法は、条文や判例というコトバつまり記号を媒介にして社会統制（社会行動を一定の行動様式に方向付けることによる社会秩序の形成と維持）を行なう。その際に法は法的社会統制に関わる人々に「法」の意味をコミュニケート（伝達）していると考えることができる。法的決定基準（法規範）が裁判官に対して（通常、制定法という記号を通じて）伝達されて、裁判官はその法的決定基準に基づいて判決を下すことができるし、法的決定（判決）によるサンクション（社会統制の手段）が当事者やサンクション実行者（たとえば、執行吏）に伝達され、あるいはその法的決定の理由付けが事件の当事者や上級裁判所に伝達される。また、これらの法の意味は、当該紛争の当事者や法専門家に対してだけではなく、社会の成員一般にも伝達されている。法過程は、このように、様々な「法の意味」のコミュニケーションを本質的に内蔵しているものと考えられてきた（川島 1982）。ただし、このように、「法の意味の伝達」、といっても、主として、法的社会統制の手段・方法として、つまり「手段としての法」として把握されていたことになる。

しかし、法の伝達する意味は、社会統制という目的に対する手段の観点から、個々の法規範や判決が伝達する一義的・直接的な意味（直示の意味＝デノテーション）だけではない。法は、その記号システムを通じて、より間接的・情緒的・暗示的な意味（共示の意味＝コノテーション）をコミュニケートすると考えることができる。この「コノテーション」と「デノテーション」という対概念を使って、「意味として法」の諸側面を身近な具体例の中から理解してみよう。

3.1 交通ルールにおけるデノテーションとコノテーション－「赤信号」は「語る」

あなたは免許証を取るために自動車教習所に通っている。いまだき車の運転ができなければ就職にも不利かもしれないし、何しろ免許を取ったら彼女を車に乗せてデートに出かけられるのだ。ひとつだけ気に入らないのは、教官が、尊大で口うるさいということ。今日も、実技教習で、信号機を指差して、「赤は進行禁止（の意味）だ」「緑は進行の信号だ」と繰り返しくりかえす。そんな当たり前のことはいいから、もっと愛想よく教えてよ…。

あなたの知っている交通「ルール」はこうだ。

赤信号→進行禁止、青信号→進行、黄色信号→注意³

赤信号は通行禁止を指示し、緑の信号は通過を意味し、黄色の信号は注意を表わす。異なる信号の色はそれぞれ行うべき運転行為を指し示している。ここにも又「記号表現」（意味するもの）と「記号内容」（意味されるもの）との結合関係、前者が後者をく指し示す＜働き、つまり「記号作用」が存在する。両者の結びつきのルールを「コード」と呼んでおこう。

赤信号が進行禁止を表わす、と言うけれども、一生懸命実技教習を受けているあなたにとっては、「赤信号」と「進行禁止」という概念は別のものではないはずだ。車を運転しながら、まず、「赤信号」を見て、それに「進行禁止」の意味を結びつける、ということをやらわけではないだろう。「赤」を見ればあなたも反射的にあなたの右足はブレーキペダルを踏んでいる。つまり、「記号表現」と「記号内容」と分けて考えると、この二つはコインの裏と表のように、一つの事態の現実には切り離せない二つの局面である。

また、「青」信号、というけれど、本当に「青い」信号など見たことがない。むしろ「緑」色に見える。それに教習所の「赤」信号は、きっと中の電球が古くなっているのだろう、「赤」というよりも「黒」に近いぐらいだ。つまり、交通信号のルール（コード）においては、信号灯の「色」それ自体が重要なのではない。「進行禁止/進行（進行可）」という対立を指し示すことのできる＜差異＞が重要なのだ。青信号は、「赤」や「黄色」ではない限りにおいて、「通過」という意味を持つ。だから、画家にとっては青と緑はまことに大きな違いだが、交通信号のルールにとっては、「青」と「緑」の違いは重要ではない。記号システムが「差異の体系」といわれる理由もここにある⁴。

³ 道路交通法施行令によれば、「黄色」は、停止位置に近いために安全に停止できない場合を除く「進行禁止」を意味するが、ここでは、表記を簡便にするために、黄色は「注意」を意味するとしておく。

⁴ 記号は実体として一つの意味を有するというよりは、ひとまとまりの記号体系内の諸記号の配置によって決まる。したがって、記号は、他の記号との「差異」によって意味が生み出されると考えることができる。交通信号は、三つの単位からなる「差異の体系」である。詳細に見てみると、この

記号作用は、重層的に意味を表現することができる。あなたは、教官に「赤信号はく止まれ」を意味する」と口頭で指示されつつ、現実の行為の中で、「赤信号」(記号表現)を知覚して「進行禁止」(記号内容)の行為を行う、という一連の行為を行う。教官の教示行為が体现するのは、道路交通法のルールである。従って、ここには、知覚と行動に関わる現実のコードに対して、そのコード自体を記号意味部とする赤信号についての交通ルールの記号関係(法コード)を考える事ができる。

2. 法コード

1. 現実コード

記号表現部： ／赤信号では停車／ (規範文)	記号意味部： 「赤信号では停車」 (規範命題)	
	記号表現部：赤の知覚	記号意味部：停車行動

この第二の記号関係は、言わば交通ルールの「文字どおりの」意味(直示的意味:デノテーション)を表す。しかし、記号関係は更に展開・重層化されて、その記号関係の上に別の意味体系を表示するもう一つの記号関係が構築されうる(バルト 1972, 1980)。

あなたの横で見守るこのいかにも事務的な風情の教官が発する言葉の言い回しや抑揚や彼の命ずる規範の言葉の中に、彼のいらいらした気分や彼の怒りっぽい性格、あるいは彼が恐らく強調したいであろう「先生」の権威的役割、等をあなたは思わず「読んで(意味づけして)」しまわないわけにはいかない。あるいは、法律や法律制度をなんとなく権威的でよそよしいものであると感じているあなたは、教官の言葉に「法」の権威主義を感じ取るかもしれない。その時、法の直接的な意味(デノテーション)に伴って、情動的な付加的な意味(共示的意味:コノテーション)が表現・伝達・把握されている。この第三の記号関係は、第二の記号関係に比べて、より感情喚起的で、曖昧・多義的な記号＝意味表現である。人は、道路交通法のコードを、現代社会秩序維持のための枢要なルールと感じるかも知れないが、まったく別様な意味、例えば、法が字義に拘泥し、権威主義的であると感じているあなたにとって、そこに権威主義と形式主義のイメージを読み取るかもしれない。

三つの単位間の関係は均質ではない。信号の記号意味部に関して、「禁止」と「通過」は対立概念だが、「注意」はく禁止されておりかつ許可されている>ものとして、両者の「混合辞項」として、三者は特有の構造として組織化されている。

3. 法のコノ テーション	記号表現部： 「法」（or それを体現する教官）の特性的 表現		記号意味部： <権威> 権威主義	
	記号表現部： ／赤信号では停車／ （規範文）		記号意味部： 「赤信号では停車」 （規範命題）	
2. 法コード （法のデノテ ーション）				
1. 現実コード				

3.2 法の象徴的機能－米国禁酒法のコノテーション

明示的で直接的な記号作用（デノテーション）の上に重層的に成立する記号作用（コノテーション）は、従来「法の象徴的機能」（千葉 1977-78）という名の下において研究されてきた研究テーマと重なり合う。

「法の象徴的機能」とは、人々の行動に直接影響したり特定の政策や社会統制の目的を達成したりする手段としての「手段的機能」に対照して、法に対して大量の組織的逸脱が観察できる場合、つまり法的手段的な働きが無効化しているように見える場合でも、その法が存在するということが自体が何らかの重要な意味を有すると考えられるような立法・法的行為の特殊な存在態様を指している（Gusfield 1963）。

例えば、アメリカ合衆国で1920年に施行され1933年に廃止されるまで国内における酒の製造・販売・輸送を禁じた合衆国憲法修正18条（いわゆる「禁酒法」）がある。酒の製造や飲酒は人間文化にほぼ普遍的に見られる行為だが、自由の国とイメージされているアメリカで、酒が法律なかんずく憲法によって禁止されたということを知るのは、大きな驚きだろう。もちろん、アル・カポネの暗躍でも良く知られるように、この法は組織的に逸脱され、酒の密造が行なわれて地下のバーでは飲酒は実際には広く行われていたわけだから、このような実際にまったく働かない法というのは一見「不合理」なものにも思える。しかし、禁酒法をある種の「記号＝象徴」として観察してみると、禁酒法は、たとえ守られないとしても、その存在自体が社会的に重要な意味を担ったと考えられる。

合衆国はヨーロッパからのプロテスタント系の人々によって建国されたが、彼らは、基本的に、「しらふ」を重んじて反飲酒の立場に立っていた。19世紀末にヨーロッパからのカトリック系移民が増加し、発展する都市の労働者階級となっていくとき、当初の反飲酒運動は教育的に悔い改めさせるというソフトな方策で行なわれていたが、カトリック系移民の更なる台頭に対して農村部旧住民であるプロテスタント系の人々は、飲酒規制立法というハードな方策をとり、公的な意味を有する立法という手段を通じて、自己の価値と生活様式に対する敬意と社会的優越の認知を求める象徴的宣言をおこなったのであった。禁酒法は、飲酒の禁止という手段的な意味を超えて、法の存立自体が特定の階級・宗教・生活様式の社会的地位・価値の宣言という重要な

意義、つまりコノテーションを有していたのである (Gusfield 1963; 北村 1985; 北村・千葉 1988)。

3.3 「らい予防法」にみる法のコノテーション法が恐怖と差別を生み出す

教習所における交通ルールや教官の＜権威主義＞であったなら、たわいのないことと我慢できるかもしれないが、法がより強力な、そして差別的なコノテーションを持つこともある。

患者の強制隔離や外出制限などを規定して、施設内で強制労働、監禁、断種、堕胎などを強要し、「人間」として享受すべき権利を奪ってきた「らい(ハンセン病)予防法」(1953)が 1996 年に廃止された。「民族を浄化し、優秀な国民をつくる」という優生思想のもと、隔離政策が国によって進められた。早い時期から、らいの感染力の弱さが指摘されてきたにもかかわらず、また、その後海外で特効薬が開発されて在宅治療も可能になり、本来はらい患者をらい予防法により隔離する必要はなくなっていたのである(大谷 1996)。つまり、「らい予防法」の、「らいを予防する」という手段の機能は果たせなくなっているにもかかわらず、法が廃止されなかった結果、らい病に対する隔離を要する「恐ろしい伝染病」という法のコノテーション(イメージ)が存続・増幅して、社会への恐怖と、患者・家族への偏見、差別を助長してきた。

らい予防法のデノテーション、つまり意図された意味・字義どおりの意味(手段的機能)は、医師の届出義務、国立療養所の設置、患者の入所措置、強制隔離や外出制限、患者の福利増進などであったが、そのデノテーションがそれ自体記号(記号表現)となつて、差別的なコノテーション(記号意味)を人々の中にイメージとして作り出し、それが今度は法的手段的な諸規定を正当化するという循環的なメカニズムで差別構造が維持・増幅されたと考えることができるだろう。

2. 法のコノテーション

1. 法コード(法のデノテーション)

記号表現部： らい予防法における 「らい病」「らい患者」		記号意味部： 「不治の病」「恐ろしい 伝染病」
記号表現部： 「らい予防法」	記号意味部： らい予防	

恐怖・偏見・差別

3.4 交通法規の意味論—「飲酒運転者」のイメージを創出する

次に、「飲酒運転」をめぐる米国交通法と判決を素材に、法の記号作用を通じて、より複雑なコノテーションが創出される場合があることをみてみよう。

そもそも市民にとって交通事犯は市民が誰もが犯す可能性のあるものであるし、ま

た、その警察による取り締まりも散発的なものだ。その意味で交通事故の犯罪性は曖昧であるといってよい。ところが、この曖昧な犯罪性の領域において、米国の交通法規上、居眠り運転などの事故誘発可能性の高い状態や年齢・性別といった条件は過失認定上重要なはずなのにも関わらず、法的なカテゴリーとしては存在していない。これと対照的に、飲酒運転は他の交通事故と比べて非常に厳しい罰則が規定されている。また、裁判所も、飲酒運転事故について、飲酒運転者は社会的な「脅威(a menace)」であると判示する。米国の飲酒運転に関する法行為には、飲酒運転が社会の敵であり脅威、「酩酊殺人鬼(a drunken killer)」であるという強力なイメージが埋め込まれていて、その行為の反道徳性がこのイメージを通じて、飲酒運転による自動車事故の危険性をドラマティックに表現・伝達していると分析できる(Gusfield 1981)。

もちろん、飲酒運転は「危険」で「悪いこと」だから、こうした法的な扱いは当然のことと考えることもできよう。しかし、問題は、法が飲酒運転(者)をこのようなものとして描くことによって、自動車事故の原因として、自動車そのものの設計や道路の状況、性質、デザインなどに関する政策に対する考慮を無視させることにある。

このように、法は、飲酒のみが自動車事故の原因であるという現実についてのたった一つの見方に信任を与え、飲酒運転者を暗黙に道徳的な逸脱者、反社会的な人間として道徳的な意味づけを行なうことによって、多様な現実を一方向に誘導するコノテーション＝イメージを伝達することがありうる(ここでは、そのイメージの是非の問題は問わないこととする)。

このように、法におけるコノテーションの記号作用は、時として、特定な強力な意味表象(イメージ)を私たちの内部に作り出し、そのイメージを「創出」されたものではなく、自然で当然な「現実」そのものと感じさせる働きをすることがある(Gusfield 1981; 北村 1985)。

4. 法廷における「事実」の認定と構築

4.1 リアリズム法学における「事実」

裁判において、「事実認定は裁判の要」といわれるが、事実認定とはなんだろうか。日本語の「事実認定」に当たる英語は「fact-finding(事実発見)」だが、これらの言葉には、「生の事実」といったものが唯一動かしがたいものとして客観的に存在しており、あとはそれをいかに「発見」するべきかが問題だ、という想定(あるいはレトリック)が存在するようにも思われる。

伝統的には、裁判は、事実認定とその事実への法律の適用という二つの構成要素からなるとされ、事実認定は証拠の素朴で受動的な反映とされるとともに、法適用は機械的な過程と考えられていた時代があった。つまり、「事実」を投げ込むと自動的に判決をアウトプットする自動機械、あるいは、法概念の論理的計算機としての裁判官

というイメージである。

米国では、こうした考えに対する根本的な批判は、いわゆる「リアリズム法学」の法学者・実務家たちによって行われた。リアリズム法学は、一方で、判決における法的ルールが決定的な役割に疑問を呈する(「ルール懐疑主義」)とともに、他方で、「事実の不確定性」が唱えられた(「事実懐疑主義」)。後者の主張を代表する、米国の著名な法学者であり合衆国連邦控訴裁判所判事ジェローム・フランク(1970)によれば、裁判官・陪審・証人は記憶違いや誤解から自由ではないし、彼らの政治的信条、経歴境遇、性格、などの主観的・非合理的に大きな影響を受けるために、裁判における事実は不確定であり、「事実認定とは過去の客観的な事実についての裁判所の主観的推測に過ぎない」とした。フランクは、この意味において、裁判における「事実」は発見されるものではなく「作られる」ものであると主張したのであるが、これはありのままの「事実」(生の事実)というものを否定したのではなく、伝統的な裁判所の実事認定の方法の欠陥から生じる不正義を是正するための改革の必要性を説いたのであった。

4.2 「事実の創出」としての実事認定

このように、フランクは、裁判において「事実」というものが「作られる」という事態を、憂慮すべき事態として否定的に捉えたのだが、異なる角度からではあるが、現代の社会科学においては、「事実」が「作られる(構築される)」ということの意味をより積極的に真剣に受け止めようという考え方が広く受け入れられている。

一般に、社会生活のうえでわたしたちがどのように「事実」を確定するか考えてみよう。わたしたちは、「生の」事実といったものがあるようについ考えがちである。例えば、身体の物理的な動きがそれにあたると考えられるかもしれない。だがこうした「事実」に関する理解は、それ自体、特殊な目的や状況における一つの「観点からの記述」に過ぎない。例えば、「地表から1メートルの位置に上げられた右手がゆっくりと下にさがり近傍の他者に触れる」という身体の動きの「客観的」記述があるでしょう。これも「生の」事実というよりも、例えば、ある種の体操やダンスをしているときに右手の動かし方に関する指導者の指示、といった特定の視点から、ある文脈において行われる記述なのである。つまり、実際の社会のなかでは、身体の動きや出来事は、特定の具体的な社会的状況(脈絡)のなかでしか生じようがないのであって、特定の文脈から切り離された「生の」出来事(事実)それ自体といったものは一つの抽象に過ぎない。

例えば、上記の動作は、行為者が医師でありそれが診察室という場面で起きていることならば、その手の動作は、一連の前後の動作と関連のあるまとまりとして把握されて、「医師が患者を診察・治療している」という「事実」として理解されるだろうし、行為者が医師であっても電車という場面でそれが行われたならば、「A が電車内で違法な振るまいをする」という「事実」として理解されることになる。つまり、わたしたちが「事実」と呼ぶものは、現実の文脈から切り離された「生の」事実といったものではなく、そ

の行為や出来事の社会的な文脈を常に伴った「意味」のことなのだ。わたしたちが「事実」とよぶものには常に行為や出来事の文脈が組み込まれている。別の言い方をすれば、「事実」(の記述)とは必ず特定の視点から諸要素を一つの意味あるまとまりの全体として秩序付けることにより「創出された」ものであるということだ。

5. 法の物語・法における物語

5.1 法と物語

そのような「特定の視点からの諸要素の有意義なまとまりの秩序」が「物語り(ストーリー)」である。法の世界には「物語(ストーリー)」があふれている。人々は、弁護士のもとを訪れて自己の関わるトラブルのストーリーを語り、弁護士は依頼者の話を、権利・義務あるいは犯罪という法的な言葉遣いと枠組みのストーリーに作り上げる。法廷では、証人は出来事に関するストーリーを証言し、原告と被告あるいは検察官と弁護人は、それぞれの立場から、そのストーリーを利用したり反駁したりしながら、事案に関する時には敵対的なストーリーを戦わせあう…。確かにわたしたちは裁判と法廷をめぐる多様な物語＝ストーリーの存在についてこうしたイメージを持っている。しかし通常、法がストーリー(物語)であるということを真剣に受けとめることはなく、単なる比喩と考えられている。そもそも、「厳粛」で「真面目」な裁判の世界と、「遊び」や「フィクション」に属する物語やストーリーとが関わりがあるはずが無いし、裁判では「お話」ではなく、「真実」を発見しなければならない、というわけだ。

ここで「物語(ストーリー)」とは、個々の小説や童話としてのみ理解されるものではなく、世界を意味のあるものとして理解し生きようとする私たちの本源的な衝動に根ざしたものであり、世界と自己を有意義なものとして意味づける形式ないし原理として理解されたものである。私たちはストーリーの形式を用いて、一連の出来事の素材をある筋に基づいて時間軸に沿って有機的全体として意味を持つよう縫いつなぎ合わせる(ブルーナー 1999:137)。私たちは、自己や他者や世界を理解するときに、そうした意味的な全体化作用を行っており、物語において、人は自己と世界を、個々の出来事が物語の全体との関係において意味を持ち、また逆に、その全体も個々の事象や行為の配置によって常に刷新されて理解されていくような展開する循環関係の中で把握している(ブルーナー 1999; Amsterdam and Bruner 2000)。

「物語という表現形式で経験を表すわれわれの能力が、ただの子供の遊びではなく、文化の中で営まれるわれわれの生活の大部分を支配する意味を形成する手段としてあるということである。その範囲は寝る前の独り言から、法制度下での慎重に考慮した証言にまでわたる」(ブルーナー 1999:137)。

出来事や事物や諸行為は、時間的秩序に沿って選択的に一定の文脈の中に配置され、出来事の意味とその文脈が相互規定的に構成されつつ、有意味なものとして理解可能となる。「物語は時間という次元を持つ、人間の行為の象徴的記述である。物語には、始まり、中間部、および終結がある。物語は、プロットすなわち筋と呼ばれる、認識可能な出来事のパターンによってまとめられている。」(サービン 1991: 169)

人文社会科学の諸分野において、物語とは人が世界を生き、理解する際の根本形式であるとの了解が広まりつつある(Polkinghorne 1988; リクール 1987, 1988; Jackson 1988)。物語とは、「人々が自己の時間的経験を有意義な全体へと組織し、自己の人生の出来事を、展開していくテーマ群に統合していくための類型」(Polkinghorne 1988:163)なのである。

例えば、ある行為や出来事を明確に伝達するためには、最低限、「行為者、場面、手段、意図、行為」といった、それらの行為や出来事の「文脈」に言及する必要があるだろう。上記の例に当てはめてみれば、ここで「事実」とは、「医師が、診察室で、手で、診察・治療のために、患者を触診する」ということであるから、「事実」の理解には、「誰が、どのような状況で、どうやって、どういう理由(目的・意図)で、何をしたのか」という諸要素の特定を組み立てかた、つまり緒情報を整合的に配列して一つの筋立てとしてまとめあげる操作である「物語(ストーリー)」の形式がすでに含まれている。

さらに、医師(「行為者」)が電車内で(「場面」)他人を触った(「行為」)場合には、特定の行為者(医者)に期待される行為(診察・治療)とその行為の状況(電車内)との間、つまり「行為者－場面－行為」という諸要素間に齟齬(通常の規範からの逸脱)が生じることになる。これが引き金となって、「意図(動機)」が探索されて、「医師が電車内で違法行為を行った」というストーリーが作られていくかもしれないし、あるいはまた、「場面(状況)」が改めて見直されて、「医師が電車内で急病人を診察した」という別の物語が構築されるかもしれない。

このように、物語の構築という視点から捉えてみるならば、裁判における「事実認定」もまた、素朴な意味において「生の事実」の「発見」ではありえないことになる。証拠や証言は「生の事実」を指し示す透明な媒質であり、陪審員や裁判官はそうした情報を受動的に裁判に反映させる純粹無垢な媒体であるという想定はフィクションなのである。

5.2 法廷における物語

裁判では、大量の情報、時には相矛盾する証拠や証言が出来事の時間秩序と無関係に法廷に提出される。こうした大量情報の海のなかから、陪審員たちは日常生活においても人々が暗黙裡に用いている知識や推論方法を使って、情報を取捨選択し適切な文脈に配置して出来事(ここでは犯罪が疑われている行為)の整合的で理解可能な「意味」を見出していく。法廷において弁護士や陪審員(以下、日本の裁

判員についても当てはまる）が裁判の展開を理解して争点についての判断を可能にする形式もまた「物語」と考えることができる。

「物語の本質的な諸要素は、ある「状況」において、ある「手段」を用いて、「目的」を獲得するために「行為」する「行為者」である。行為者は人間である場合もそうではない場合もある。イソップ童話におけるように動物かもしれないし、教会、国家、権利、といった登場人物の場合もある。物語は、典型的には安定的な状態（通常の、期待されている、正当な事物の状態）から、ある種の逆転、反転、分裂（トラブル）を通して、このトラブルを正したり処理したりする試み（あるいは、その挫折）から、過去の状態の回復あるいは新たな状態の確立へと進行するものである」（Amsterdam and Bruner 2000:46）。

物語りの一般的な構造を視野に納める法社会学的研究の一つに、ベネットとフェルドマンの陪審研究(Bennett and Feldman 1981=2007)がある。かれらによれば、刑事裁判における判断の基礎として、一般市民たる陪審は法の専門家と「物語り(story-telling)」という社会的な判断枠組を共有しており、その機能は、出来事を行為者・手段・動機・状況などに選択的に配置し明確な意味を付与することによって複雑に錯綜した出来事を法のカテゴリーに妥当する形に変換するメディアだとされる。つまり、陪審の評決の基礎となる証拠の認知・判断は、提出された証拠の要素ではなく、それらが物語りの全体へと組織される程度に依存する、ということである(Jackson 1988)。

陪審員が出来事の意味を判断する(事実認定する)過程を、仮説事例により例示してみよう。ある朝妻がベッドで死亡しているところを夫が発見して通報した。夫が被告人となった裁判で、複数の検察側証人が、夫が妻に高額の生命保険をかけていたこと、妻の胃から毒物が検出されたこと、夫が毒物を納屋から自宅に持ち込んだこと、妻は就寝前にホット・チョコレートをのんだこと、居間の暖炉から焼却された毒物が検出されたこと、などを証言した。陪審員はこうした様々な情報を、「誰が(行為者)」、「どのような意図で(動機)」、「どのような状況で(場面)」、「どのように(手段)」、「何を行なったのか(行為)」ということを中心に起承転結のある物語のプロットとして秩序付けていく。この事案の意味構築の推論過程は次のようにモデル化できる。第1に、裁判事案の物語の中の「中心行為」「殺人か自殺か事故か」の見当がつけられ、第2に、中心行為をめぐる様々な情報が取捨選択されつつ様々な日常的(常識的)な知識・推論に基づいて物語の構成要素として結び付けられ(例えば、「夫婦であれば毒物を飲み物に混入させる機会が多い」「生命保険の被保険者が死亡すると受取人は高額保険金を請求できる」「ホット・チョコレートに混ぜれば毒物の匂いは消せる」など)、第3に、こうして構築された物語が、類似ケースについてのわれわれの経験的知識に基

づいて、その情報間の整合性と完全性がテストされる(「矛盾は無いのか? 情報は十分か? このようなストーリーは可能か? よくあることか? 」。この過程を行きつ戻りつしながら、出来事(事案)の意味が確定されていくのである(図1参照)。このようにして、首尾一貫した物語が展開する場合に、判断者は「合理的な疑いを超える」確信にいたるものと考えられる。

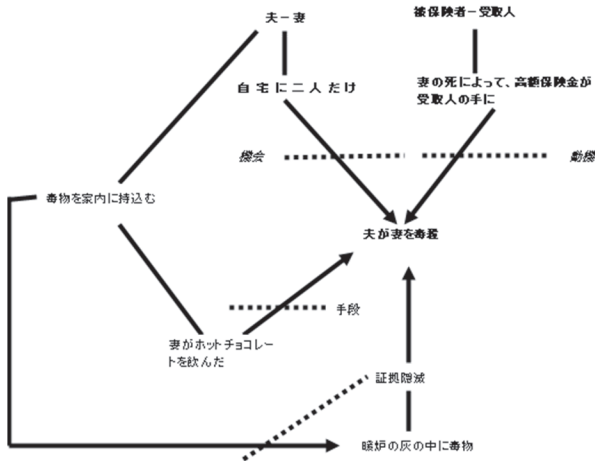


図1 物語モデルに基づく陪審員の推論過程の例示 (ベネット・フェルドマン 2007:53)

この主張を裏付けるために、彼らは社会心理学的な実験をおこなって、模擬証人が様々なストーリーを模擬陪審員に聞かせて、その「物語の実際の真偽」と「聴き手の信憑性(真偽)判断」との関係が検討された。その結果、二つの変数の間には相関関係は無く、聞き手の信憑性判断は物語の「曖昧性」(物語に解釈の余地がある、矛盾がある、欠けている部分がある、など)の程度に依存することが見出された。

裁判官による事実認定も、原理的には、ベネットとフェルドマンが分析した、市民による判断と必ずしも異なるわけではないだろう。裁判官による事実認定は、主として「経験則」を用いるとされる。裁判官の判断は、証拠調べに基づいて合理的判断を行う自由心証主義によるが、その判断の合理性を担保するために「経験則」が利用される。それは、「個別的経験から帰納的に得られた事物の概念・事象についての法則的命題」とされている。

例えば、証人の証言内容は経験則に照らして検討されるが、それは、私たちが普段経験する「出来事の成り行き」に合致していると考えられるかどうか、という判断のこ

とである。物語の観点からは、経験則は、事案を構成する出来事に関する諸情報を結び合わせて首尾一貫した出来事（犯罪や紛争）の意味を確定する、つまり事案の物語（「出来事の成り行き」）を構築するために重要な役割を果たすものである。

法廷に提示され陪審員の判断対象となる物語は、検察官と弁護人が提出するものである。以上のような物語り構成という観点からは、法律家たちの法廷戦略が裁判事案の帰結に対して持つ効果や意味もまた、例えば弁護士がどれだけ華々しい弁論をしたかということ自体ではなく、それが当該事案が展開されていくストーリーの文脈のなかにどのように位置づけられるかによって決定されと考えられる。

ベネットとフェルドマンの研究で示された裁判での「物語」の働きについての議論は、さらに検証を必要とする仮説モデルである。陪審員や裁判員が実際の会話コミュニケーションの中でどのように推論を行って評決に至るのかというテーマは、経験的研究に基づく法社会学の重要で有望な研究分野の一つである

5.3 物語としての「紛争／トラブル」

法社会学の研究トピックの一つに「紛争（解決）」の問題がある。法や法制度は、社会の紛争を解決する手続きであると一般に考えられているから、それが重要な研究対象となることは自然なことだろう。しかし、社会の中で生じる紛争のうちほんの一握りしか裁判沙汰にはならないし、弁護士に相談される事案さへも少数である。

裁判所まで到達しないからといって、それらの紛争が社会やそこで生きる人々にとって重要でないわけではない。むしろ、人は様々なトラブルやめごとを日々経験している。そして、紛争は人々にとって主観的な（好ましくない、嫌な、正義に反した、不合理な、不都合な、対処を要求すること、などといった）経験としてまず立ち現れ、紛争の相手方や関係者とのやり取りのなかで相互主観的な現実となっていく（こうした、当事者たちにとって、主観的／間主観的に常に変容する紛争の意味を、以下では「トラブル」としておく）。

私たちはトラブルを、人間の根本的な経験形式の一つである物語りの時間性である、「プロット」ないし「筋立て」の中で理解する。そして、「筋の構造の中心は、人間の窮地とその解決の試み」（サービン 1991:169）であるとされる。つまり、私たちの出会うトラブルはそれ自体、物語りの形式として理解されていることになる。これは、理論的にそのように言うことができるというだけでなく、実際に、人々に日常的な「トラブル」についてインタビュー調査をして分析してみると、人々の語りは、圧倒的に、何らかの日常的で自明な通例性が不都合な経験に会い崩壊しその解決を模索する（あるいは、しない）という筋立て構造をなぞる形式に収斂していることが分かる（北村 2000）。

紛争経験に関するインタビュー調査に基づくイービックとシルビーの研究は、人々

の語りの中から 3 つの類型を析出している(Ewick and Silbey 1998)。第 1 の類型は、法を社会生活から疎外された超越的、公式的権威と捉えて法に服従する「服従的法意識 Before the Law」、第 2 の類型は、法を日常生活の内部で特定の価値や利益をかなえる戦略的道具として理解する「法内在的法意識 Within the Law」、第 3 に、法に囚われの身になっていると感じる人々が法とは異なる正義感覚に基づき日常的な小さなサボタージュや虚偽を通じて法の小さな裂け目から法に抵抗する「抵抗的法意識 Against the Law」という三類型のストーリーである。

著者自身が行った、米国に住む日系人／日本人の米国での紛争経験についてのインタビュー調査では、「戦略の物語」、「予防の物語」、「回避の物語」、「受容の物語」、「学習の物語」という 5 類型が見出された。「受容の物語」とは、トラブルに出会ってそれを甘んじて引き受けたり泣き寝入りしたりするという語りのパターン、「回避の物語」は、そもそもトラブルに出会わないように戦略を練って対処するという語り、「戦略の物語」はトラブルに際して様々な戦略によってそれを克服するという物語、「予防の物語」というのは戦略的にはじめからトラブルに出会わないように努力するという語りのスタイル、最後に、「学習の物語」は、トラブルに出会って苦労したことを教訓として利用するということが強調される物語の類型である。これらの 5 つのトラブル語りの類型の間には、構造的な連関が存在した(北村 2000; 2004)。

人々がそこで住まう「文化」というものを、人々が様々に異なるやり方で出会う問題やトラブルを解決するために用いるところのシンボル、記号、物語の道具箱と考えるなら、これらの物語類型は、「文化」のレパートリーを構成する、人々の社会的経験と文化的知識のストックをなしている。そして、こうした社会的・文化的知識ストックとしての物語諸類型は、トラブル物語の語り行為において具現化すると同時に、社会・文化的知識の構造を再生産してもいると考えられる(北村 2004)。

6. 法の意味の力と社会的世界

6.1 日常的世界の意味構成における法の役割

法は、その意味作用によって、世界に関する特定のイメージを作り出すだけではない。私たちが、法とまったく関わりが無いと考える単なる日常的な行為や認識に対しても、法の意味は内在的に深い影響を与えている。

法学の初歩的講義においてよく行われる次のような説明がある。普段何気なく行っている「日常的行為」はそれが法とは無関係のように見えても、実は、法的な意味を有する行為なのだ、という説明である。例えば、友人から昼ご飯代や本代としてお金を借りる行為が、契約書を書いたり判子を押したりしていないけれども、実は法律적으로는民法に規定される消費貸借と呼ばれる「契約」なのだ、というわけだ。この説明は決して間違っていないけれども、問題の意義はかえって見えにくくなるかもしれない

い。

この説明において、ひとつの「日常的行為」が「お金を借りる」行為つまり「借金」として記述されていることに注目しよう。次のような事実の経過があったとしてみよう。「法学の講義の後、友人 A が私の座っている机の上に何枚かの紙幣と硬貨を置いて教室を出て行き、私はその紙幣と硬貨を持ち去った。」この事実経過から、「私は A から金を借りた、借金をしたのだ」と述べるができるためには、実は様々な前提が必要である。私と A は共に金を貸し借りできるような資格を有する者（「法人格」）であること、その金は A の金である（「所有権」）こと、その金は A が捨てたり私にくれたり（「贈与」）したものではなく借りた（「貸借」）ものであること、他人の金なのだから借りた以上将来返す（「返済」）ことをしなければならない（「債務」）こと、少なくともこうした前提を理解していなければ、先の事実経過を「借金」という言葉を使って適切に記述することはできないだろう。「（法）人格」、「所有権」、「贈与」、「返済」、「債務」……これらはすべて法的な概念・カテゴリーである。つまり、そもそもある日常的行為の連鎖を一まとまり（単位）の「借金」という行為（「日常的」カテゴリー）であると把握する（記述する）ためにも、あらかじめ様々な法的な概念・カテゴリーを前提にしなければならないのである。

つまり、先の法学講義における説明のなかで「法的」として理解されるべきとされていた日常的行為は、改めて法的な行為として「解釈」される前にすでに法的な意味を前提として構成されていたわけだ。だから、法的意味は、人々の思考・内面により深く内在し、日常的行為自体を行なったり認識したり理解したりするための枠組みとして作動していると考えることができるだろう。

翻って考えてみれば、確かに、現代の日常生活において、「契約」や「法人」や「所有権」といった法的概念・カテゴリーを少なくとも暗黙裡に把握することなしに日々を送る事はできない。自己を、自由で平等な取引主体であり、権利能力・行為能力のある法人格を備えた者として少なくとも暗黙のうちに理解しているのでなければ、当然のようにスーパーで買物をすることもできない。

しかし他方で、日常生活における諸行為が法的意味を前提してしまっているにもかかわらず、私達はむしろ法は日常の生活とは独立した疎遠な存在であると感じている。その理由は、私達が暗黙のうちに思考・認識の枠組みとなる法的カテゴリーの意味をあまりに自然・当然なものとしてそうと気がつくことなく内面化しているので、それらを非法的な、つまり法とは独立した「日常的行為」として感じ、その結果、「日常的行為は、実は、法的な意味を有する行為である」という（転倒した）説明が違和感無く受け入れられることになるのである。

この点では、法は日常生活に対して外在的に影響を与え日常世界を変化させているというよりも、私達に深く内面化された法の意味が日常生活を内在的に「創出（ないし、構築）」しているといってもよい（Sarat & Kearns 1963）。

6.2 法の意味による社会的現実の創出

法は特定の事物を名づけて意味を付与し、その意味が一定の状況において優先される、という働きをする。そこに「意味としての法」の一つの現れを見ることができる。

あなたと彼(女)はお互いに愛し合っている。二人はいつも一緒にいたいと思う。二人は、「結婚しようよ」と約束しあった。「愛があれば婚姻届などという形式なんか必要だよ」と話し合っ、婚姻届を出さないことにして、二人の共同生活が始まった。

愛し合うあなたと彼(女)がこの＜共同生活＞にどのような思いを込め、それをどのように名づけ、どのような意味を与えているのか。これは二人以外には分からない。二人にとってその生活は、おそらく、名づけることなど出来ない、日々生まれつつある創造的關係としかいいようのないものだろう。

しかし、法は、二人の共同生活に特定の意味を付与する。その意味は、この名状しがたい関係を「婚姻/内縁」という二項対立の枠組みの中の一つ(「内縁」として理解されるものとして名づける。ただし、二項対立といっても、この二項は同等なものではなく、階層化されている。「内縁」は「婚姻」より価値的に下位として位置付けられている。従って、あなた達二人が、婚姻届という形式を必要とする「婚姻」制度に抵抗する意図を持っていたとしても、二人の「内縁」の選択は、この「婚姻/内縁」という法的枠組み内部の対立項として解釈されるしかない。だから、婚姻届を出さないという彼らの＜抵抗＞自体が結果的に彼らをこの法のコードに従属させ、むしろ「婚姻」制度をある意味で支え、強化することになると言える。人は婚姻制度(家族制度)を維持するために結婚するわけではない。お互いの愛情に基づいて、生活を共にするために結婚する。その結果、婚姻制度は暗黙に肯定され続けることによって再生産されることになる。

法のこのような強力な意味形成力を一種の「権力」と考えることもできる(ブルデュー 1988)。重要なことは、この「権力」は、意味が誰かから押し付けられることとしては必ずしも経験されない(もし押し付けられていると感じたら、それに＜抵抗＞する事は容易だ)。むしろ、愛し合う二人にとって「結婚しようよ」という約束が「当たり前で自然なもの」であるように、私達にそれが当たり前で自然な社会の形式であり、動かしがたい事実であると感じさせることによって、それを反省的に疑い現実が別様でも有り得たことに思いを巡す可能性を排除してしまうような力なのである。つまり、この意味において、法の「権力」とは、法的ルールの違反者に制裁を課することができる力に存するというよりは、法的なイメージとカテゴリーで記述される「意味」の世界が、人々が生きるべき唯一の世界であるということを私達に説くその能力に存するのである。

6.3 結語

法社会学が研究する「社会」や「法」は、意味の(相互)理解という私達の行為を通じて、記号と意味の複雑な体系としてたち現れてくるような存在である。本稿では、記号／象徴／物語の働きによって理解され作動する「意味としての法」という視点から、

私達の日常的な基本的な経験から出発して、法的世界がどのように現象し理解されることにより、「法」という意味をつくりあげ、同時に、「法」がどのように私達の日常的な行為を形作っているのか、について若干の検討をおこなった。

〈法と社会〉を考える際に、法が「意味」的な存在であることは、ある意味では自明視されている。しかし、それゆえにこそ、そのことの意味は必ずしも〈法と社会〉研究の研究のなかで真剣に受け取られておらず、それ自体として研究対象になってきたとは言えないように思われる。

本稿は、法を意味的存在として、意味作用の織物としてみる見方の一端を検討することを通じて、これまでとは異なる角度から「法」に関する理解を浮かび上がらせるとともに、それによって、〈法と社会〉の経験的研究に向けて、一つの研究課題と方向とを示唆しようとした。

[参考文献]

- Amsterdam, Anthony and Jerome Bruner (2000) *Minding the Law: How Courts Rely on Storytelling, and How Their Stories Change the Ways We Understand the Law and Ourselves*, Harvard University Press.
- Austin Sarat and Thomas Kearns (1993) “Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life”, in Austin Sarat and Thomas Kearns (ed.) *Law in Everyday Life*, Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- バルト, ロラン (1972) (佐藤信夫訳) 『モードの体系: その言語表現による記号学的分析』みすず書房.
- バルト, ロラン (1980) (篠沢秀夫訳) 『神話作用』現代思潮社.
- Bennett, W. Lance and Feldman, Martha S. (1981=2007), *Reconstructing Reality in the Courtroom*, Rutgers U.P. (北村隆憲訳 『法廷における現実の構築—物語としての裁判』日本評論社. 2007 年)
- ブルーナー, ジェローム (1999) 『意味の復権—フォークサイコロジーに向けて』(岡本夏木=仲渡一美=吉村啓子訳) ミネルヴァ書房.
- 千葉正士 (1977-78) 「法と文化 I—XII」法律時報 49 巻 6, 8, 9, 11-13, 50 巻 1-6 号.
- 千葉正士 (1988) 『法社会学—課題を追う』成文堂.
- 千葉正士 (1991) 『法文化のフロンティア』成文堂.
- Ewick, Patricia and Silbey, Susan (1998), *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, University of Chicago Press.
- ギアーツ, クリフォード (1987) (吉田禎吾・柳川啓一他訳) 『文化の解釈学 I』岩波書店.
- Gusfield, Joseph (1963) *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, Ill.: University of Illinois Press.

- Gusfield, Joseph (1981) *The Culture of Public Problems: Drinking - Driving and the Symbolic Order*, Chicago, The University of Chicago Press.
- ブルデュー, ピエール (1988) (石崎晴己訳)『構造と実践』新評論.
- フランク, ジェローム (1970)『裁かれる裁判所(上・下)』弘文堂.
- 岩谷十郎 (1997)「法的象徴空間としての最高裁判所」森征一・岩谷十郎編『法と正義のイコノロジー』慶応義塾大学出版会.
- 池上嘉彦 (1984)『記号論への招待』岩波書店.
- Jackson, Bernard S. (1988) *Law, Fact and Narrative Coherence*, Deborah Charles Publications.
- 堅田剛 (1985)『法の詩学—グリムの世界』新曜社.
- 神長百合子 (1996)『法の象徴的機能と社会変革—日系アメリカ人の再審査請求運動』勁草書房.
- 川島武宜 (1982)「法的過程におけるコミュニケーション—法律学と法社会学の接点」『川島武宜著作集 第三巻』岩波書店.
- 北村隆憲 (1985)「法の象徴的機能と劇的過程」東京都立大学法学会雑誌 26巻第2号.
- 北村隆憲 (1993)「物語と法社会学」法社会学 45 号 238-242.
- 北村隆憲 (2004)「法の物語と紛争の語り」法社会学 60 号 59-75.
- 北村隆憲 (2000)「トラブルの物語分析—在米日本人に対する面接調査に基づいて」東海法学 24 号 55-91.
- 北村隆憲・千葉正士 (1988)「法の象徴的機能とガスフィールドの意義」法律時報 60 巻第 10 号 72-75.
- 大谷藤郎 (1996)『らい予防法廃止の歴史』勁草書房.
- Polkinghorne, Donald E. (1988) *Narrative Knowing and the Human Sciences*, State University of New York Press.
- リクール, ポール (1987, 1988)『時間と物語(Ⅰ・Ⅱ)』(久米弘訳)新曜社.
- リーチ, エドマンド (1981) (青木保・宮坂啓造訳)『文化とコミュニケーション—構造人類学入門』紀伊国屋書店.
- サービン, セオドア (1991)「心理学の根源的メタファーとしての語り」(長田久雄訳)『現代のエスプリ』286 号 169-187.
- 竹内芳郎 (1981)『文化の理論のために—文化記号学への道』岩波書店.

きたむら たかのり(本学法学部教授)

東海大学法学部教員一覧（○印は編集委員）

石田 清彦
内田 剛
内山 安夫
押久保 倫夫
北村 隆憲
柑本 美和
塩原 真理子
鈴木 貴博
高橋 映
富高 奈々
内藤 悟彩
永山 茂樹
橋本 篤聡
服部 篤美
藤中 敏弘
山田 清志（法学部長）

東海法学 第五十九号

発行日 二〇二〇年九月三〇日

出版・発行 東海大学法学部

神奈川県平塚市北金目四一

Tokai Law Review

No. 59

●Contents

[Article]

**Strafbarkeit der sexuellen Handlungen durch Täuschung
- im Vergleich zum deutschen Sexualstrafrecht -**

..... *YAMANAKA Junko*

[Article]

**How an Attorney "Reads Client's Face" : Significance of Conducting
Legal Communication Research by Video Ethnography**

..... *KASHIDA Yoshio, KITAMURA Takanori,
YONEDA Kenichi and OKADA Mitsuhiro*

[Article]

Looking at Law as the System of Meaning, Symbols and Narratives

..... *KITAMURA Takanori*

2020

SCHOOL OF LAW, TOKAI UNIVERSITY

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