

東海法学

No.62

論説

法的場面のコミュニケーションを探究する

－「法の相互行為分析」(1)－

..... 北村隆憲

論説

特殊詐欺における受け子の故意

..... 山中純子

論説

法源となった「正義」(2/2)

－「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(2)

..... 岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子

2022

東海大学法学部

東海法学 No.62

2022
東海大学法学部

東海法学 62号 2022 目次

論説

法的場面のコミュニケーションを探究する

－「法の相互行為分析」(1)－

..... 北村隆憲 1

論説

特殊詐欺における受け子の故意

..... 山中純子 27

論説

法源となった「正義」(2/2)

－「法哲学」On-line Seminar－

..... 大塚 滋 51

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(2)

..... 岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子 85

【論説】

法的場面のコミュニケーションを探究する —「法の相互行為分析」(1)—

北村隆憲

目次

【概要】

- 1 法的場面のコミュニケーション
 - 1.1 本稿の目的
 - 1.2 「コミュニケーション」と「相互行為」
 - 1.3 「法的場面」のコミュニケーション
- 2 「法」を探究する諸方法と「コミュニケーション」
 - 2.1 法探究の方法(1):「裁判官の観点」(法律学)
 - 2.2 法探究の方法(2):「科学者の観点」(法社会学)
 - 2.3 法探究の方法(3):「行為者の観点」(法の相互行為分析)
- 3 会話の「やり方/方法」の詳細から分かること
 - 3.1 ある会話を観察する
 - 3.2 この会話の「やり方」の詳細
 - 3.3 いくつかの注意点
- 4 小括

【謝辞】

【参考文献】

概要

本稿は、「法」に関わる様々な場面で生じるとともにそうした場面をそれとして生み出す「相互行為」ないし「コミュニケーション」について検討する一連の論稿の一部である。この検討に際しては、人々の相互行為実践を通じて社会秩序が生み出されていくプロセスを詳細かつ系統的に捉えることができる研究アプローチである「エスノメソドロジー・会話分析」の考え方（「相互行為分析」とも呼ぶ）と知見とを利用する。

本稿では、まず、「法」を探究する方法として、(1)「裁判官の観点」（法律学）、(2)「科学者の観点」（法社会学）、(3)「行為者の観点」（法の相互行為分析）の3つを提示して各観点の意義と、各観点における「コミュニケーション」の位置を確認する。

「法の相互行為分析」が焦点を当てる第3の「行為者の観点」からの法探究とは、法的場面のコミュニケーションそれ自体を探究の対象として、そのコミュニケーションの参加者たちが織り成す相互行為のやり方の詳細に内在的な視点から系統的に、「法」がそれとして達成されていく姿を描き出そうとするものである。

1 法的場面のコミュニケーション

1.1 本稿の目的

本稿は、「エスノメソドロジー」と「会話分析」という社会成員たちによる「行為／実践」とそれが生み出す「社会秩序」を探究するアプローチ（本稿では「相互行為分析」とも呼ぶ）の観点から、「法」に関わる様々な場面や状況で生じるコミュニケーション（「相互行為」とも呼ぶ。詳細は後述。）について検討・紹介する一連の論稿の一部である。¹

一般に「法」というと、抽象的・観念的な原則や規則（ルール）として理解されていることが多い。こうした「法」の一般的イメージとは対照的に、「相互行為分析」のアプローチから検討してみると、「法」は、具体的な社会的状況や場面の中で、そこに関わる社会成員による多様で具体的な諸活動のやりとりに

¹ とりあえず、エスノメソドロジーについて、Garfinkel (1967, 2002)、会話分析について、Sacks et al. (1974=2010)を参照。こうしたアプローチの「法」研究への応用として、櫻村 (1989)、北村 (2018, 2021)を参照。このアプローチによる法探究について、本稿以降の本連載の中で詳しく取り上げていく。

よる一步一步の活動の展開を通じて協同的に実現されている固有の「生ける秩序」として理解できる。この研究アプローチとその成果の観点からの「法」の探究は、私たちの社会において枢要な位置を占めている「法」というものが、普通の社会成員にとって疎遠な抽象的・概念的な規則(ルール)や国家が定めた既定の制度枠組みとしてではなく、そこに関わる人々によるやりとりの「内側」から精妙に織りなされる産物として、そのより“リアル”な実像を理解することを助けてくれる。このことの意味を、一連の論稿を通じて明らかにしていくことになる。

1.2 「コミュニケーション」と「相互行為」

私たちは、家庭でも、学校でも、職場でも、他者と様々に関わり合いながら日々の社会生活を送っている。その際に、私たちは、コトバや身体の動きを通じたやりとりによる他者との「コミュニケーション」を通じてそうした「関わり合い」を実現する。その意味で、「コミュニケーション」なしには、社会生活自体が成り立たない。

ここで、「コミュニケーション(communication)」という言葉について確認しておきたい。この概念は、「友人とは良いコミュニケーションをとらなければならない」といったように、日本語の日常語の一部としてよく利用されている。

「コミュニケーション」という言葉は、形容詞の common (共通の、共有された)という言葉から派生した「コミュニティ=共同社会(community)」といった言葉とも関連して、「分かちあう」「通じ合う」ということを含意する。日本語では「意思疎通」と訳されることもある。本稿では、「コミュニケーション」と互換的に、「相互行為(interaction)」という言葉も使用する。“interaction”の“-action”は、「行為/活動」という意味で、“-inter”は「相互の」という意味だから、「お互いの行為のやりとり」を表す。「相互作用」とも訳される場合があるが、後に述べるように、本稿の観点からは、人々の「行為/活動」が結びつきながらやりとりされていると考えることが重要なので、「相互行為」の語を採用する。例えば、私たちが日々友人や家族と行っている「会話」は、複数の人々が、各参加者の発言を通じた行為をやりとりするものであるから、「相互行為」に当たる。²

² 「コミュニケーション」の問題という「言語学」という学問分野に属するテーマと思われるかもしれないが、伝統的には、言語学者の関心は主として構文法つまり語を組み合わせる文法的に適切な文章をつくり上げる言語の規則—を理解することに向けられていたから、言語学のアプローチには「相互行為」は含まれなかった(ただし、現在の言語学では、「語用論」や「相互行為言語学」といった分野において、言語使用の問題を扱っている)。もちろん、言語という媒体は、社会成員

実は、本稿の目的にとっては、「コミュニケーション」という言葉より、「相互行為」という言葉の方がより精確で望ましい。というのは、後に検討するように、「コミュニケーション」という概念には、共通の解読コードの存在が自明視されたうえで、個人の内心で確定された「意思／意図／メッセージ」が相手に「伝達」されるという、いわば「メッセージ伝達モデル」と言えるような図式が暗黙裡に想定されていることが多いからである。こうしたよく知られた「コミュニケーション」のモデルは、私たち社会成員が実際に行っている社会的なやりとりの現実をあまりよく汲み取ることができない弱点を持っていることを後に示したいと思う。ただし、「コミュニケーション」は、聞きなれた便利な言葉だから、上記の注意点を念頭に置いたうえで、「コミュニケーション」と「相互行為」を互換的に使っていく。とりあえずは、両概念とも、「人々の間でコトバや行為のやりとりが展開していく具体的プロセス」のことを指すと考えておいていただきたい。この「やりとり」には、言語的なものだけではなく、視線、ジェスチャー、体の向きといった身体活動や、その場面にある様々なモノを利用したやりとり、あるいはまた、ズームやラインによる会話といったオンラインによるやりとりなども含まれる。³

1.3 「法的場面」のコミュニケーション

上で、「コミュニケーション」なしには、社会生活は成り立たない、あるいは、社会生活自体が「コミュニケーション」によって成り立っている、と述べた。そしてこのことは、日常生活の場面でだけでなく、「法」の世界——つまり、法的な意味をもつ様々な場面や状況——でもまったく同じである。

が人生をおくる過程で関与する相互行為の最も重要な側面であることは言うまでもない。しかし、社会成員が言語を使用するとき、それを単なる文法形式を備えた言語命題としてではなく、特定の時と場所と相手に対して、有意義な行為としての発言ないし発言として他者とやりとり（相互行為）を行うことになる。本稿において、「相互行為分析」のアプローチから法的場面の様々なコミュニケーションを検討する際には、「コトバ／言語」そのものに研究の焦点を定めるのではなく、＜言語も利用可能な資源の一部として利用しつつ社会成員が相互理解可能な首尾一貫した意味のある相互行為を生み出すために自己の発言や行為を組み立てて他者の行為と調整し合っていくやり方＞に焦点を当てることになる。

³ 「やりとり」という言葉には、ある一人が確定的に決定した「意図」や「意味」や「情報」を「モノ」のように他者と受け渡す、というニュアンスがある。しかし、本稿で「コミュニケーション」や「相互行為」とは、より正確には、「行為」（例えば、「質問」や「誘い」という行為）としての発言が、発言者の交替を通じて、相互理解可能なやりかたで系列的に結びつきながら（例えば、「質問」という行為が「返答」という行為と、「誘い」という行為が「受諾／拒絶」という行為と、結びつきながら）展開されていくことを意味する。詳細は次章以降を参照。

「法」の世界もまた、コミュニケーションから成り立っており、コミュニケーションによって実現されている。例えば、刑事裁判での検察官や弁護士（弁護士）による証人への「尋問」のやりとり、弁護士が市民に法律問題についてアドバイスをする「法律相談」のやりとり、契約や紛争解決のための「交渉」のやりとり、裁判員裁判での裁判官と市民の裁判員とによる「評議」のやりとり、調停人を交えて紛争解決を話し合う「調停」のやりとり、市民が事件や火災を警察や消防に通報して法システムが動き出すきっかけとなる電話の「緊急通報」のやりとり、被疑者に対する警察官の「取り調べ」のやりとり、などを考えてみればよい（こうした様々な法的場面におけるコミュニケーションについては、本連載のなかで検討していく）。こうした様々な法的な状況におけるやりとりがすべて「コミュニケーション」ないし「相互行為」により成り立っているとともに、それにより実現されていることは、とりあえず直感的に明らかなことだろう。

「法」と言うと六法全書の中に書かれた、「民法」「刑法」「刑事訴訟法」といった「法律」の「規則／ルール」や、「裁判制度」「弁護士制度」といった「法制度」を思い浮かべるかもしれない。しかし、こうした、法の「ルール」や「制度」と言われるものは、それ自体としては、六法全書の中に書かれた条文のコトバや概念である。例えば、条文は誰かが解釈したり何らかの行為の理由として使ったりしなければ単なる紙の上のインクの染みに過ぎない。こうした「ルール」や「制度」は、社会の人々が、実際の場面や現場において、それらを実際に他の人々共に、協力的なやり方で——時には「敵対的」なやり方で——自他の発言と行為をやりとりして展開させていくという「コミュニケーション」によってはじめて、いわば「生きた法」として現実のものとなる。

したがって、本稿と以降の諸論稿で「法的場面」と呼ぶのは、このような、様々な法律のルールや法制度における法の専門家（裁判官、検察官、弁護士、法学者、など）同士や法専門家と市民とが、社会の様々な場面において法の「ルール」や「制度」との関係において発言や行為のやりとりに関与していく——と同時にこうしたやりとりを行うことによりまさにその法的ルールや法制度をそれとして現実に働かせていく——多様な社会的状況のことである。⁴

⁴ 注意すべきは、ここで「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

それでは、社会の人々が行う「コミュニケーション／相互行為」によって、こうした多様で具体的な「法的場面」が、いったいどのように実現されているのだろうか？ また、そうした実現の仕方は、社会と社会成員としての私たちにどのような関連があるのだろうか？ 本稿と本稿に続く「法の相互行為分析」の諸論稿のなかで検討していくのは、こうした問題についてである。

2 「法」を探究する3つの方法と「コミュニケーション」

「法」（法律、様々な法制度、法専門家の活動などなど）を「探究する」⁵ 様々

はないことと同様である。後に示していくように、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」であることなど）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生成されるものとして理解されなければならない。

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。

⁵ 本連載で「(社会) 探究(social inquiry)」（Garfinkel 1967:104-115）という言葉は、何らかの専門家（例えば、裁判官、弁護士、法学者、法社会学者など）であれ素人（裁判員、紛争当事者、被疑者／被告人、法律相談の相談者など）であれ、「法」との関係で、具体的な社会的環境（そこには、自他のなんらかの発言・行為・出来事などが含まれる）が与える諸課題に様々なやり方で対処（具体的には、例えば、理解、判断、決定、使用など）する諸活動を意味するものとして使われる。この活動には、典型的には、様々な可能性の中から何かを選択するという「日常的な選択状況」（Garfinkel 1967）における活動とその帰結が含まれる。したがって、「探究」という言葉は、単に専門家が「研究」だけに限定されない。専門家の「研究」は、「研究」という自己の職業的課題や対象という社会環境に対する学術的な「対処」の仕方の一つである。また、法律相談で相談者である市民は、自分の社会生活上のトラブルに「対処」するために、弁護士と適切に「法律相談」を行うというコミュニケーション上の課題への「対処」を行うという、いわば2重の「探究」に従事することになるだろう。こうした意味において、社会の成員は、すべて「探究」者である。

この観点からは、以下で説明される（本稿が焦点を当てる）「行為者の観点」からの法探究のアプローチとは、専門家であれ素人であれ、コミュニケーションの参加者たち自身が「探究」のやり方（方法）に系統的かつ厳密に寄り添うことができる研究上の方法論（エスノメソドロジーと会話分析＝相互行為分析）に基づいて、法的相互行為について学術的「探究」を行おうとするアプローチとして提示される。

なアプローチがある。ここでは、本稿の目的との関係で、それを3つのアプローチに仮に分けてみたい。そして、それぞれの探究の観点において、「コミュニケーション」というものがどのような位置を占めているかを考えてみよう。

2.1 「法」探究の方法(1):「裁判官の観点」(法学)

「法」についての学問や研究といえば、まず思い浮かぶのは「法学」である。「法学」は、一言で言えば、六法全書に書かれている各種の法律を具体的な事件や争いを解決するためのルールとして適用するために、それをどのように「解釈」すべきかを検討する学問分野である。六法全書にはたくさんの「法律」が収められている。日本の法律だから日本語で書かれているわけだが、日本語が分かれば「法律」の条文が理解できるわけではない。もし、そうならば、大学の法学部で4年間(場合によってはさらに法科大学院で数年間)法律を勉強する必要はないだろう。六法全書の「法」を理解するという事は、単にそれを日本語で読むことではなく、特定の法律の文言を「法律のルールとして」適切に理解することを意味する。そして、そのためには、その条文の文言の法的な意味、他の条文との関係、他の法律との関係、法の体系的な位置づけ、法律の制定経緯や理由、その条文に関連する裁判所の重要な判決、法学者の学説などを参考にして、その法律の条文を明確な意味を持つ「ルール」として「解釈する」こと(そこから、法学は「法解釈学」とも呼ばれる)がなされなければならない。「法学」とか「法解釈学」と呼ばれるこうした分野は、主として、その専門家としての「法学者」によって担われており、「法」についての学問・研究、また大学の法学部や法科大学院などでの法学教育の中で大きな部分を占めている。

法学の究極の目的は、社会の中で生じた法的な事件がその争いの解決を求めて裁判所に持ち込まれたときに、こうした法律のルールについての法解釈を基礎にして、裁判官がその事案をめぐる諸事実を認定したうえで、その法律ルールを解釈して事件の事実に適用することによって、事件や争いに対して法的判断(判決)を下し法的解決を図ることができるようにすることである。だから、法学者による法律学的・法解釈学的な研究や理論も、究極的には、「裁判官」による法適用の際に利用されることが目指されているといつてよい。ただし、ここで「裁判官」というのは、特定の裁判官のことではなく、「最終的な法的決定者」として、いわば理念としての判断者のことである(したがって、実際には、同様の事案も異なる裁判官により異なる判断が下されることは頻繁にある)。

弁護士や検察官もまた、自分が取り扱う事案を適切に処理するためには、「裁判官」の観点からの事案評価、つまり最終的に裁判で裁判官がどのような決定を行うかを考慮して自己の法実務上の判断をする必要があるから、やはり「法」

を「裁判官の観点」から探究していることになる。

こうした「裁判官の観点」からの法の探究は、実務的／実践的な特徴を持っている。つまり、法の意味を理論的に解釈するばかりではなく、社会で生じる実際の問題（裁判の事案）を解決するという実務の中で実践的／実際に「法」を使うということが念頭に置かれているということである。

「法律学」的な「法」の探究は、主としてこうした法律の専門家としての法学者や法実務家（法曹）により担われているものの、現代の社会生活では、市民にもまた、自分が関わりうる紛争や事案が、裁判官によりどのように判断されるかについて検討したうえで、自己の行動の仕方を検討することができるような知識と能力が求められている。「リーガル・マインド（法律的なものの考え方）」とか、「法律家のように考える（think like a lawyer）」などといわれるときには、このような理念としての「裁判官の観点」をとることができる知識や能力ということが想定されているのである。したがって、このような意味において、法律学は、「裁判官の観点」から「法」を見ている、と言うことができるだろう。

こうした「裁判官の観点」から見ると、法的コミュニケーションはどのように映るだろうか。主として法律学的な探究を担っている法学者や法実務家は、日々法に関わる「コミュニケーション」を行っているといえる。法学者が法解釈や判例解釈に関する論文を書くなどの活動は、同じ法分野の他の専門家を直接の読者として想定した法的コミュニケーションに当たるだろう。また、法実務に携わる裁判官は法廷を主宰して当事者や証人とのやりとりというコミュニケーションを、検察官は被疑者と尋問のやりとりのコミュニケーションを、あるいは、弁護士は、依頼人と法律相談というコミュニケーションに従事したり、法廷で弁論というやりとりのコミュニケーションを行う。

このように、法専門家たちは、「法的コミュニケーション」に常に従事している。しかし、彼らは、自分たちが従事しているそうした「コミュニケーション」自体に意識的な関心を向けたり、それを“主題化”（あえてそこに焦点を当てて検討する）したりすることはあまりない。というのは、自分が今その時に携わっている業務（例えば、検察官の尋問、弁護士の法律相談、調停人による調停など）における発言や行為（「コミュニケーション」）は、彼らが専門家としての訓練と経験を通じて当たり前／当然／自明な「ルーティン」（いつもの慣れ親しんだ定型的・通例的活動）として行っていることだからである。人は通常、自分が当たり前・当然のこととして従事している活動（「コミュニケーション」）に焦点を当てるといふ動機や関心をもたないものである。また、実務を実際に遂行しているときそうした反省的な意識を自分の活動自体に差し向けることは、

その実務の遂行を妨げかねない。⁶

2.2 「法」探究の方法(2)：「科学者」の観点（法社会学）

法律のルール解釈とその実務上の使用に焦点を当てる「法律学」とは対照的に、法律のルールや法制度が社会の中で実際にどのように働いたりどのような結果を生じさせたりしているのかということに焦点を当てて、それを「経験的に」（思惟のみではなく、実際の社会の中から得られた“データ”の分析に基づいて）探究する「法」への接近方法がある。「法社会学(sociology of law)」ないし「法と社会研究(“law & society” studies)」と呼ばれている研究領域がそれである。⁷

「法社会学」は、日本の学術史の中では、「社会学」の下位部門（例えば、「家族社会学」、「組織社会学」・・・）としてではなく、法学のなかでその一部として発展してきたという特徴を持っている。また、広義においては、他の学問領域（人類学、心理学、経済学、社会学など）の観点との融合により発展してきた「法人類学」、「法と心理学」、「法と言語学」、「法と経済学」、といった名前と呼ばれる比較的新しい研究諸領域を、「法社会学」のなかに含ませて理解することがある。したがって、現在「法社会学」は、単に「社会学」によって「法」を研究することとしてではなく、より広く、「法の社会科学研究」と理解されることが多い。この広い意味における「法社会学」に当てはまる大きな特徴の一つは、社会の中における「法」の働きや影響を「科学的」ないし「経験科学的」に研究しようとするアプローチをとることである。

「科学（サイエンス）」というと、物理学、医学、天文学、化学、といった、自然的／物理的存在物を研究対象とする「自然科学」のことをまず思い起こす

⁶ ただし、こうした状況はやや変わりつつある。特に、近年、専門家が関わるサービス提供の場面で（医療、サービス、法）、「クライアント」としての市民の主体性や自律性を最大限に尊重すべきという社会的潮流を背景として、法専門家もより良い「コミュニケーション」を通じてより良い法的サービスを提供すべきことが強く意識されるようになった。例えば弁護士は、法律相談のやり方を改善することにより市民への法的サービスの質を向上させるために法律相談の「コミュニケーション」を学びなおしたり、裁判員制度における刑事裁判で市民から選ばれた裁判員に自己の主張を納得してもらうための法廷尋問の「コミュニケーション」についての研修を受けたりする、ということが求められるようになってきている。このような学習や研修の際には、自他の行う「コミュニケーション」が主眼的に意識されて、習得や改善の対象として検討されることになる。

⁷ 最近の法社会学テキストとして村山・濱野(2019)。古典家による法社会学理論について石村(1983)、20世紀末までの世界の法社会学の動向について千葉(1988)など。

かもしれない。「自然科学」は、大雑把な言い方をすれば、自然界の存在物を、それ自体で自足的に存在すると考えられる「モノ」（生物、天体、細胞、化学物質、など）として研究対象とするといえる。自然科学は、そうした研究対象としての「モノ」を、「モノ」の世界の外側から「客観的に」研究して、その構成要素やその働きなどを発見することを目指している。

「自然科学」に対して、人間の心理・経済・社会・文化などの諸局面を研究対象とする研究分野は「社会科学」と言われる。大まかに言えば、歴史的には、社会科学は自然科学の「成功」にならって、自然科学の考え方や研究方法を人や社会の探究にも採用するという基本方針によって大きく発展してきた。社会科学が自然科学から採用した考え方や研究方法の中でもとりわけ重要なものは、「科学的」な方法論/手続きである、それは、ある現象について原因と結果を明確に分離して、理論的概念を具体的な手続きとして操作化し、とりわけ現象を数量として扱えるものとして、それがどのような要因（変数）によって生じるかを説明できる因果関係や要因間の関連性などについての一般化可能な法則を発見したり検証したりするという考え方である。こうした「科学的」あるいは「実証的」な研究アプローチを採用した社会科学の研究では、現象が生じる条件を統制した実験や、標準化されたサーベイ（大規模なアンケート調査）により、計量化可能なデータを取得して、それを数学に基礎をおく統計学的手法によって分析する方法が用いられることが多い。⁸こうした研究では、社会現象を母集団の中で現れる頻度や分布を記録して、それを分析する。

このような「科学的」な研究方法には大きな利点がある。その一つは、研究対象を研究主体に外在する自足的な研究単位ないしその集合として理解して、

⁸ 「法社会学」は、「法」の「社会学」的研究に限られないとは言うものの、「社会学」の考え方や研究方法からも大きな影響を受けている。「社会学」という学問は近代になって初めて自立してきたものである。「社会学」を独立の学問分野として確立した著名な学者の一人として、フランスの社会学者エミール・デュルケーム (Emile Durkheim, 1858-1917)がいる。彼は、他の学問とは異なる独自の対象を扱う科学としての「社会学」という学問領域の地位を築いた。デュルケームはその著書『社会学的方法の規準』(1895)のなかで、社会学の研究対象を「社会的事実」としてしている。「社会的事実」とは、個人の外側にあつて個人の行動や思考を拘束・束縛するものであるとされる。例えば、「法」や「法制度」は、個人の「意識」に外在して、いわば「モノ」のように抗いがたい拘束性を持って、私たちの考え方や行為を制約している感じられるから「社会的事実」に当たる。「社会的事実」は、個人の意識、つまり「心理(学)」の観点からは十分に研究することはできない。こうして、デュルケームは、「社会的事実」という現象の「発見」を通じて、「社会」という独自の対象を研究する「社会学」という学問を生み出した。デュルケームの、社会現象を人間に外在する「モノ」として「科学的」に研究するという考え方は、社会学を通じて現在の「法社会学」の考え方ともつながっている。

対象を研究データとして数量化になじむように扱うことで、社会の広い側面についての一般化可能な規則性(理論, モデルなど)を発見したりその正しさを厳密に確かめたりすることができることである。

他方で、社会科学と法社会学におけるこうした主流の考え方に対して、次のような重要な異論も示されてきた。自然科学的な研究の場合には研究者は、自然的/物理的存在物としての「モノ」を、その「外部」から観察・認識・研究できるということが想定できるように思われる。それに対して、とりわけ「社会的」な現象(人々の行為や社会)を研究する場合には、社会の成員や彼らがそこに住まう社会的世界は、それ自体が「意味」秩序の一部であり、それらを理解しようとしている研究者自身もまた同じ「意味」の世界に生ける存在である。そうした社会的な意味の網の目としての現実の人の行為や社会という現象について、自然科学でと同様に、研究対象としての社会現象を「客観的」に自足的に存在する「モノ」として扱い、それを数量化可能な変数に還元して現象の「外側」から研究するというアプローチは、研究対象となる人間や社会というものが持つ複雑で固有の姿を取り逃がしてしまうのではないか、という疑問(以下、「意味問題」と呼ぶ)がそれである。この「意味問題」は、一言で言えば、「科学的」探究が、ある行為や出来事の「意味」やそれが生じている具体的な、行為者たちにとっての活動の「文脈」から切り離されて、脱文脈的な操作により、現象をとらえることになりがちであるということに関わり、その世界把握の視角や方法論の問題にまで及ぶ場合もある。⁹

この「意味問題」について、一例として、次のようなストーリーを考えてみよう。学生のA君は同じ授業を履修している女子学生Bが好きになり、授業後にBにウィンクで気持ちを何とか伝えようとしたが、BはAに目をやったものの気が付かずに教室から出て行ってしまった。この様子を遠くから見ていたAの悪友のCは、「お前、ウィンクへたくそだなあ、こうやるんだよ」といって、Aの行為を真似して見せた後で、「上手な」やり方でやって見せた。AはCのやり方を見て、次の機会に上手にやりたいと思い、家に帰って鏡の前で一生涯懸命練習したのだった……。ここで、A, B, Cが行っている身体動作(臉の

⁹ 本連載の探究が採用する相互行為分析(エスノメソドロジーと会話分析)の観点からは、ここで「社会科学」的な社会探究とは、本質的には、H. Garfinkelが「形式分析(formal analysis)」とか「構築分析(constructive analysis)」と呼ぶ特性を持つ方法・手続きと理解される。そこでは、研究対象(文脈依存的で意味的な現象)は、「まず、理念化[記号化]された表現へと変容され、次に、その理念化の特性として構造が分析され、そしてその分析の結果が実際の文脈依存的表現(indexical expressions)にその特性として割り振られる」(Garfinkel and Sacks 1970:339)。本文中、「脱文脈的な操作」とはこのような操作を指す。

開閉）は同一である。この行為を部分的に写真や映像にとってみれば——つまり、ここでの彼らのやりとりの「文脈」を考慮に入れずに彼らの相互行為の「外部から」観察すれば——すべて同じ「まぶたの開閉」と見える。そして、これをデータとして、この「まぶたの開閉」をその速度や頻度を調べて統計学を使って研究することもできる。しかし、瞼の動きを「まぶたの開閉」という単なる物理的／身体的動作として見るというのは、かなり特殊な状況だろう（例えば、心理学の実験）。実際の社会的場面では、身体的動作としては同一の「まぶたの開閉」は、それが生じている具体的な社会的状況や場面——つまり「文脈」——に応じて異なる多様な「意味」をもつ行為として——「ウィンク」、「ウィンクの模倣」、「ウィンクの教示」、「ウィンクの練習」などとして——その場面に参加している人々に理解されているはずである（ギアーツ 1983=1999 に挙げられた例を改変）。

この例が示唆するように、社会的現象や出来事を探究するためには、こうした「意味」や「文脈」といった重要な問題をどのように扱うかが重要な課題となるのである。

社会学や法社会学の領域では、こうした「意味問題」に対応しようとする研究は、「質的研究」と分類される研究群によってなされてきた。こうした研究群は、例えば、マックス・ウェーバーの理解社会学、J. H. ミードや H. G ブルーマーのシンボリック相互作用論、アーヴィン・ゴフマンの相互行為社会学、アルフレッド・シュッツの現象学的社会学、あるいは、「解釈学」的方向を持つ文化人類学、さらには「ポスト・モダン」の哲学思想、などなど、多様な理論的背景をもっている。また実際のデータ収集や分析に関しては、非構造インタビュー、参与観察、フィールドワークの手法が用いられることが多い。¹⁰海外と比

10 本連載で主として採用する「エスノメソドロジーと会話分析」のアプローチ（本連載では「相互行為分析」と呼んでいる）からの研究も、「質的研究」に含められることが多い。例えば、「質的研究」の入門書であるフリック(1995=2002)でも、「質的研究」の一つとしてエスノメソドロジーと会話分析のアプローチを挙げている。

最近の日本の法社会学の入門的紹介では、「量的研究と質的研究は相互補完的な関係にあり、これらが両輪となって発展してきた」（飯田高 2021: 50 注 11）と表現されている。そして、このことに間違いはないだろう。ただし、「量的研究」／「質的研究」という対照がなされる際には、「質的研究」は「量的研究」の補助的ないし残余カテゴリーとして理解されがちだという問題がある。また、この2つのカテゴリーへの分割と対照自体の適切性を問うこともできるだろう。

本稿では「相互行為分析」を第3の観点として特に焦点を当てることから、それを「質的研究」としては扱わない。ただし、本稿でのそうした扱いは、「法の相互行為分析」が「法社会学」研究ではないことを意味するわけではなく、通例的な「経験科学的」方法とは異なる観点からのアプローチであることを強調するために

較しても、日本の法社会学研究の世界では、こうした「質的研究」の比較的大きな蓄積がある。

しかし、現在の日本の内外の法社会学の考え方や研究方法の主流は、「自然科学」に由来する「実証的」で「科学的」な研究方法を、法の研究に利用するというものである。したがって、現在の法社会学研究の大きな特徴は、「科学者」の観点で法を探究すること、と言い換えることができるだろう。こうした考え方に基づいて、「法と社会」に関わる多様な現象を研究対象とした多くの経験科学的な研究——つまり「法の社会科学」研究——が積み重ねられてきている。

「法の社会科学」としての法社会学の観点から、法的なコミュニケーションはどのような位置を占めているだろうか。実は、上述のような、「意味」や「文脈」といった問題の取り扱いにくさのためだろうか、これまで法社会学のなかで法の「コミュニケーション」の問題は、それ自体としてはほとんど焦点を当てられることはなかった。

その中で例外に当たる一例は、川島武宜の「法的過程におけるコミュニケーション」(1982)という論稿などである。川島によれば、「法」は、社会の人々に「法」の意味をコミュニケーション(伝達)することで法的「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の機能)の手段となるとする。例えば、法的な紛争の決定基準(法規範)が裁判官に対して(制定法という記号を通じて)伝達されることで裁判官はそれに基づいて判決を下し、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)にコミュニケーションされ、その法的決定の理由付けは事件の当事者や上級裁判所にコミュニケーションされる。こうした法的コミュニケーションにより法が社会統制機能を果たすことができる。

川島のこの論稿は、「コミュニケーション」という概念を利用して、「法」の性格を経験的に研究するために重要な観点を提出するものである。¹¹ただし、そこでは、法的「コミュニケーション」は、「社会統制」という法の機能を媒介する手段・方法としてのみ扱われており、「コミュニケーション」自体に焦点を当ててそれを解明しようとする関心はない。また、その「コミュニケーション」概念は、後述する「メッセージ伝達モデル」¹²に基づいており、実際の社会的コ

ある。「法の相互行為分析」の法社会学研究への寄与に焦点を当てる北村(2018,2021)を参照。

¹¹ 最近の新たな法社会学的研究として、「情報としての法」概念に焦点を当ててより広く多角的に「法的コミュニケーション」を検討するものとして郭(2017)がある。

¹² 後続の連載の中で示すように、ここで「メッセージ伝達モデル」と呼ぶのは、典型的には、スイスの言語学者フェルディナン・ド・ソシュールが『構造言語学講

コミュニケーションが孕む「意味問題」に応答するものでもない。

これに対して、本稿が依拠する、法探究への第3番目のアプローチは、法的場面における「コミュニケーション」をそれ自体研究の対象として焦点を当てて、「行為者」の観点から「法」を探究しようとするものである。

2.3 「法」探究の方法(3)：「行為者の観点」(法の相互行為分析)

「法」を探究するための3つ目のアプローチは、「(コミュニケーションに参加している) 行為者の観点」からのものである。

「行為者の観点」といっても、もちろん、コミュニケーションに参加している諸個人(他者)の「意識」や「内心」に不可思議な方法を使って接近しようとするのではない。後に詳細に紹介する「相互行為分析」のアプローチから見ると、「行為者の観点」から「法」を探究するとは、法的場面の相互行為に参加している社会成員たちが、自他の発言や行為を次々と有意義なやり方で実践的に結びつけながらその場面の意味を生み出すために(意識的/無意識的に)使

義』(ソシュール 1972=2014)中で示した理論モデルや、情報理論を確立したクロード・シャノンが「情報の数学理論」(Shannon 1948)で示した図式において提示されているような考え方のことである。これらの考え方では、基本的に共通して、「送り手」と「受け手」の間で予め共有された「コード/解釈ルール」に従って「送り手」の側で「メッセージ」や「概念」が自足的な意味として確定されたうえで客観的な記号に変換され、それが「受け手」へと伝達される、というモデルが提示されている。こうした想定/前提に基づくコミュニケーションのモデルは、それぞれの学問領域において重要な意義(「構造言語学」という領域の創造や「インターネット」などへと続く情報通信技術の発展)をもち、かつ現在でも多くの学問分野においてコミュニケーション概念が用いられる際に暗黙裡に想定され続けているモデルであるものの、現実の会話コミュニケーションを理解するためには大きな弱点を有していると考えられる(Hutchby 2001; 北村 forthcoming)。一例を挙げれば、これらのモデルでは、「5万円」という誰かの発言(メッセージ)を日本語の文法などのコードを用いて「日本語で一定の貨幣量を意味する」と理解することはできて、この発言で行為者が「何をしているのか」——例えば、それが交渉における「オファー」なのか、あるいは財布の中の金額を伝えるだけの「情報提示」なのか——という社会成員が日常生活で常に行っている発言を通じた行われる「行為の意味」を理解することができないのである。端的に言えば、これらのモデルは、この発言が埋め込まれている前後の会話の文脈(等)を理解しつつ進めていく私たちが実際に達成している相互理解のプロセスを適切に記述できない。こうしたモデルに代えて、本連載では、エスノメソロジーと会話分析のアプローチに由来する、「相互主観性の連鎖的アーキテクチャ(sequential architecture of intersubjectivity)」(Heritage 1981)の考え方に依拠して、法的場面のコミュニケーションを検討していく。この考え方によれば、「コミュニケーション/相互行為」とは、行為としての発言が一步一步意味に結びついていくこと(行為連鎖)を通じて相互反動的に相互理解が達成されていくプロセスなのである。

用している具体的な「やり方」の詳細に即して研究することを意味する。こうしたアプローチからは、法的場面のコミュニケーションは、そのコミュニケーションに参加している人々が組み立てている行為のやりとり（相互行為）の「意味」や「文脈」に忠実に、そのコミュニケーションを理解できることになるのである。

このような「行為者の観点」の意味と意義について、より具体的には、本連載を通じて様々な法的場面のコミュニケーションの実例を検討することの中で次第に明らかになっていくだろう。ここでは、日常会話のコミュニケーションから一例を挙げて、第2の観点である「科学者の観点」との対照において、「行為者の観点」の具体的なイメージを提供しておこう。

友人や家族が行っている日常会話を録音して、まずその録音を普通ので再生してみよう。あなたは、例えば、会話の冒頭で、AがBに「質問」をして、Bがそれに「返答」している部分に気が付く。その時あなたは、この2つの発言を、異なる話者から発せられた2つの無関係な発言と理解するのではなく、「質問」と「返答」という関係にあるものとして適切に理解できていたことになる。そして、あなたは、(そんなことはそもそも実行不可能ではあるのだが) 彼らの「脳内」を調べることなしに、この理解はこの会話の録音を聴いているあなただけのものではなく、この会話に参加している二人の会話者にとっても同様であることに確信があるはずだ。つまり、ここでは、あなたは、「質問」と「返答」という2名の会話者自身による発言の「意味」の理解に即して、——つまり、この会話コミュニケーションをしている「行為者(参加者)の観点」から——この2つの発言とその関係の意味を自然かつ即座に理解していたことになる。

次に、今度は、この録音を何倍かのスピードで再生してみよう。スピーカーからは、音の突発的な継起と無音との連続が聞き取れる。そして通例的な社会科学の方法論を使って、例えば、録音され数倍速で再生されたこの研究対象(音の突発的な継起と無音)について、音の出現頻度、音の高さ、音の強度などの特徴を集めて統計学的に処理することで、そのデータを「科学的に」分析することができるだろう。しかしそのとき、元の録音データのもつ(例えば、「質問」と「返答」という)2つの発言/行為の連なり(「連鎖」という)により生み出されていた会話参加者たち自身の理解に基づく会話のもつ自然な秩序性は失われてしまうことになる。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会話者自身の発言のやりとり(「質問」と「返答」など)の意味理解を回復することはできない(Rawls 2019:120にあるGarfinkelが挙げている一例を改変)。

上の例が示唆することを敷衍しておこう。私たちは、会話の発言のやりとり

を、物理的な音声の連続としてではなく、あるいは、無関係な発言の連続としてではなく、例えばそれを「質問」と「返答」という行為の連なりとして——つまり、「質問」が特定人に宛てられると宛てられた人から「返答」が返されることが強く期待されるような関係にあるものとして——理解することができる。その理由は、参加者たちがお互いの発言がいつどのようになされたかに注意を向けつつ、一步一步の発言の展開の中で示される自他の発言の意味を確認し合っているということである。そして、この会話上の暗黙の「期待」を共有する外部の観察者も、これらの発言の結び付きの中で、参加者たちと同様の「理解」を手にすることができるのである。¹³対照的に、録音を早回しして聴いた場合には、それは物理的な音声として聞こえるから、音声を外形的に研究することはできるものの、先のような発言の結び付きのなかで実現されていく会話の「秩序」——つまり、会話参加者自身が理解する2つの発言とその結び付きの意味あい——を把握することはできないということである。そして、こうした会話コミュニケーションのメカニズムをよりよく知るることによって、会話参加者にとってそれがどのような意味を担っているのかを分析することができるのである（さらに詳細については、本連載の中で示していくことになる）。

この第3の観点は、このような意味における「行為者の観点」から、上記2つの観点とは対照的に、法的場面の「コミュニケーション」それ自体に焦点を合わせて探究を行うものである。「コミュニケーション自体に焦点を合わせて探究する」ということの意味を理解するために、上述した「裁判官の観点」と「科学者の視点」とについて述べたことを再確認しておこう。

まず、一方で、裁判官をはじめとする法実務家や法学者は、その実務・実践において常に法的「コミュニケーション」に従事しているのだが、前述のように、自己の専門家としての実務的な諸活動の枠内には、法的な「コミュニケーション」自体を探究するという関心や動機を基本的にはもっていない。また、その探究のアプローチの内部には、「コミュニケーション」自体を探究する固有の方法論をもたない。したがって、こうした、「裁判官の観点」からの法探究は、法的場面の「コミュニケーション」それ自体に焦点を合わせて探究されることはなかった。また、他方で、「科学者の観点」は、概して、研究対象を外在的な観点からそれ自体で自足的な「モノ」として「客観的」に扱うアプローチであった。しかし、「コミュニケーション」は、常にその場面における特定の文脈に埋め込まれた、行為者たちにとっての「意味」としての性格を持つために、「コ

¹³ 「質問」と「返答」という2つの発言のように、通常隣り合って産出されるこうした2つの強く結びついた発言は、「隣接ペア」と呼ばれる。「隣接ペア」の詳細については、次回以降に説明する。

コミュニケーション」それ自体を探究の対象とされることはほとんどなかったし、探究される場合にも、それを実際の生きた相互行為の文脈から切り離さずに検討することには困難が伴った。

つまり、第1と第2の法探究の方法は、それぞれ異なる理由からではあるが、法的な「コミュニケーション」自体を探究の対象とすることはほとんどなかったということである。両観点では、法が「コミュニケーション」であることは自明の前提であり、法探究の「素材／資源」として暗黙裡に利用されてきたものの、それ自体は探究の対象とはされなかったということである。これと対照的に、第3の観点は、法的場面の「コミュニケーション」を探究の資源とすることに代えて、「コミュニケーション」それ自体をトピックとして主題化して、「行為者の観点」から探究するものである。¹⁴

以上のように、「法」を探究する3つのアプローチについて説明してきた。注意したいことは、「法」の探究の観点をこのように3つに区分したのは、本稿の主たる関心である第3の観点の特徴を強調するためであって、それが他の2つの観点より優れていたり適切であったりするといったことを意味するわけではないということである。この3つの観点は、法の探究において、それぞれ固有の意義を持つ。また、3つの観点は、相互排他的なものではないし、それぞれの法の探究を推し進めるために、相互に貢献し合うことができる。例えば、普段は「裁判官の観点」をとって法的実務に従事する弁護士や法解釈を行う法学者が、必要に応じて、「科学者の観点」から「法」を探究する（「法社会学」研究をする）こと——もできる。また、第3の方法により、社会的文脈を考慮した「行為者の観点」に依拠して、「科学者の観点」からの研究（「法社会学」研究）を進める際に、その研究に新たな側面を加えたりすることもできる。ある

¹⁴ 通例的な社会科学的諸研究のアプローチでも、また、特にいわゆる「質的研究」においても、社会探求の際に「行為者の観点」を何らかの形で研究に反映させることの必要性について頻繁に言及されてきた。しかし、従来「行為者の観点」は、個人の心理や内心の解釈過程と理解されて理論的に概念化されはするものの、「ブラック・ボックス」としてそれ自体は探求されないことが多かった。相互行為分析のアプローチは、「行為者の観点」を個人の心／頭の中の解釈過程と考えることに代えて、特定の状況における人々の実践的行為—現実に行われる具体的な相互行為の詳細—に焦点を当てて、それを通じて社会的事実や現実がつくりあげられている「やり方／方法」を観察することによって、「行為者の観点」を経験的に解明しようとするものである。

また、相互行為（コミュニケーション）の詳細の観察は、その後に概念的な形式を与えられることになるにせよ、最初の観察に提示されるのは概念的なものではなく、その状況と行為の具体的な詳細である。第3の観点の研究者は、この状況に内在的に生み出される固有な秩序性を、見失わずに伝えなければならない。

いはまた、例えば弁護士が関わる法律相談のコミュニケーションを「行為者の観点」から十分に探究するためには、このコミュニケーションの「当事者」（の一方）である弁護士自身の観点（第1の観点）を十分に理解・検討しておかなければならないだろう。

こうした「行為者の観点」についてよりよく理解するために、コミュニケーションが「どのように行われているか」についての詳細を実際に観察することから始めてみよう。次項では、ある会話の書き起こしを使いながら、この点について、もう少し検討してみよう。

3 会話の「やり方／方法」の詳細から分かること

3.1 ある会話を観察する

まず、下の【抜粋1】の「やりとり」を見てみよう。AとBの二人のやりとりである。実際にこのやりとりをゆっくりと読んでみよう。そして、このやりとりが、どこで、何のために、誰によって、行われている、どういう種類のやりとりか想像してみしてほしい。また、どうしてそのような推測ができるのかも考えてほしい。

【抜粋1】（簡易化版）

- 1 A：あなたの友人はレイブされたと言った。そうですか？レイブされたと言った。そうですか？
- 2 B：はい。
- 3 A：しかし彼女があなたに言ったのは靴を探してほしいということだった。間違いありませんか？
- 4 B：はい。
- 5 A：彼女は何度も靴のことを気にしていた。
- 6 B：はい。
- 7 A：それで、あなたは家の中に入っていった。間違いありませんか？
- 8 B：はい。
- 9 A：家の中に、レイブ犯がいるところに。そうですね？
- 10 B：そう言っていていいと思います。はい。
- 11 A：そこは暗かった。
- 12 B：はい。
- 13 A：あなたはキッチンを抜けていった。そうですね？
- 14 B：はい。

- 17 A : この狭い廊下へ。
18 B : はい。
19 A : 廊下は暗かった, そうですね?
20 B : そうです。
21 A : あなたは, 友人がレイプ犯だと言っているこの男と会った。間違いあ
22 りませんか?
23 B : はい。
24 A : その暗い廊下で, そうですね?
25 B : はい。
26 . . .

ここには, AとBの2人が発言をやりとりしている「会話」のコミュニケーションの一部が示されている。しかし, この「会話」が, 私たちが友人や家族などに行っている「日常会話」かといえ、そうではないように思える。それはまた, 大学(例えば, 法学部の)の「授業の会話」でもないと感じるだろう。おそらく, この会話断片を読んだ人は, この場が裁判の「法廷」であり, 法実務家(検察官や弁護士)と証人との間で「尋問」が行われているのだと的確に推測することができるのではないだろうか。しかし, いったい, 私たちはこのやりとりを見て(聴いて), どのようにして自然にかつ適切にそのことを理解できるのだろうか。

それは会話の「内容」によるのだろうか。例えば, やりとりの「内容」として「レイプ犯」という言葉がでてくる。AはBに, 「レイプ犯」に会ったかどうかを尋ねた後, B自身と「レイプ犯」が歩いていく道筋をとて細かく尋ねているようだ。しかし, 私たちは, テレビや新聞のニュースを見て, 家族や友人との会話や, あるいは(法学部での)授業の中で, 犯罪や事件について話題にすることもあ。だから, このような事件に関わる言葉やトピックが会話の中で出てくることだけでは, それがどのような種類の会話であるかわかるわけではない。

実は, 私たちが, この「会話」が, どこで, 誰により, どのような目的で行われているものかについてかなりの確に想像することができたのは, 会話の「内容」ばかりではなく, その「語られ方」つまり会話のやりとりの「やり方(方法/方法論)」の詳細を暗黙の裡に考慮に入れながら理解していることによるのである。

3.2 この会話の「やり方」の詳細

会話のやりとりの「やり方/方法」にさらに注目して, もう一度【抜粋1】

を観察してみよう。そこには、会話の「やり方／方法」に関するどのような特徴があるだろうか。会話の「やり方／方法」とは、より具体的にいえば、それぞれの発話がどのように組み立てられているか、会話の流れの中でどのような位置で産出されているか、という2点が特に大事だから、そのことを念頭において観察してほしい（詳細は、連載の会話分析についての章で扱う）。

例えば、「日常会話」と比較して、次のような特徴を見つけることができるかもしれない。一つ一つの特徴について、上の書き起こしを参照して、実際にそうなっているかを確認してほしい。

- (1) このやりとりでは、「質問」と「返答」だけが行われている。日常会話では会話参加者たちは、「質問」したり「返答」したりするばかりではなく、「依頼」をしたり、「挨拶」をしたり「挨拶を返す」ことを行ったり、あるいは、どこかに一緒に行こうと「誘う」ことを行ったり、またその誘いに「同意」したり「拒絶」をしたり、人や状況を「評価」したり、といったように、「質問」や「返答」以外の様々なことを行うことが普通であるはずなのに。
- (2) 質問をするのは常にAであって、質問に返答するのはいつもBである。友人や家族などを行う日常会話では、会話参加者の一人が質問だけをして別の一人が返答だけをする、といったことは普通あまり生じないだろう。
- (3) Aの質問はすべて、「オープン・クエスチョン」（なぜ、何を、どのように、誰が、といった質問）でなく、「はい／いいえ」を求める形式（「クローズド・クエスチョン」。「極性質問」とも呼ばれる）により行われている。もちろん日常会話でも、極性質問は使われるが、この形式ばかりを使う日常会話は想像しにくいだろう。
- (4) Bの返答はすべて基本的には「はい(Yes)」である（「そうです」「そういいと思います」もあるが、これも「はい」の変形と考えられる）。また、その同意は、おおむね最小限の長さ（「はい」）のものである。日常会話でも、相手の質問に「同意」することは多いだろう。ただ、質問に「非同意」（同意しないこと）する場合もあるし、同意するにしても「はい」だけで終わることは少ないのではないだろうか。
- (5) Aの質問に対してBが返答をしているが、日常会話では、質問者が「なるほどね」「うんそうか」といった相手の返答を「受け止め」たことを示す言葉を発することが多い。しかし、Aはまったくそうした「受け止め」の発言をせずに、Bの返答が終わるたびに質問を続けている。
（他にも多くの特徴を見つけ出せるだろう。この会話をその一部とする法廷尋問のコミュニケーションの分析については後に詳しく検討する）。

3.3 いくつかの注意点

このように、上の【抜粋1】の「会話」を読む私たちは、発言の意味内容とともに、多かれ少なかれ、以上に例示したこの発言と発言のやりとりの「やりかた」に見られる諸特徴から、この会話を「法廷尋問」であると推測できるように思われる。要するに、私たちは、会話のトピック（内容）とともに、必ずしも意識的ではないにせよ、やりとりの「やり方／方法」についての様々な特徴にも注目して、この場面で行われていることは何であるか、発言者はどのような人物か、彼らは何を行っているのか、などのことについて理解しているのである。私たちはこうしたことを、特別意識しないでも、この抜粋を普通に読む際に、自然に行っていたのである。

このように、会話コミュニケーションを理解するために、会話の「やり方／方法」の詳細が大事であるとすれば、その詳細に注目することによって、もっと多くのことが分かるのではないかと思えてくるだろう。

今、「コミュニケーションの「やり方／方法」の詳細に注目することによって、もっと多くのことが分かる」と書いたが、いくつかの注意が必要である。

- (1) 上では、コミュニケーション「内容」と「やり方」とを別のものとして説明しているが、実際には、私たちは「内容」についての理解と「やり方」の理解の両者を折り合わせるようにしながらコミュニケーションを理解しているのである。やりとりの「やり方」の諸特徴は、その発言の「内容」をどのようなものと私たちが考えるかということに影響を与えるとともにそれに反映される。
- (2) この会話の書き起こしでは、発言者の欄に「A」と「B」と書かれている。しかし、発言者として「弁護士」「証人」と書いてあれば、すぐに法廷の尋問であることが分かるだろう。その時、これを読む私たちは、その発言者が誰か（肩書、社会的役割）ということについての情報を使って、この会話の「意味／意義」を理解していることになる。しかし、上の推測の試みが示したように、私たちは発言者の肩書や役割といった情報がなくても、コミュニケーションの「やり方」（と「内容」）に基づいて、それがどのような種類のコミュニケーションであるかを適切に推測できるのである。
- (3) この場面が「法廷尋問」であるということは、この会話を読んだり聴いたりしている「わたしたち」にとっての理解であるばかりではなく、「彼（彼女）ら」——つまりこの会話に参加しているAとB本人——にとっての理解でもあるだろう。
- (4) 「行為や発言のやりとりの特徴」といったとき、これはあくまで「やりとり」であるということに注目しなければならない。つまり、この会話を構

成する発言を、単独ではかの発言（つまり、この発言の「文脈」と切り離して理解しようとしても、その発言の意味は理解できないだろう。例えば、Bの「はい」（48, 51, 57行目）というコトバは、私たちが何かに同意する時に用いるだけではなく、話し手に話を進めてほしいときのあいづちにも用いるし、なにかを人に差し出すときにも、あるいはまた、何かを促すときにも、使うことができる。この抜粋で、Bの「はい」という発言が、他でもなく「同意」という行為として理解できるのは、その直前の発言が「質問（「はい／いいえ」質問）として理解できることに基づいているとともに、逆に、先行発言が「質問」としての理解できることは、同意として（も）理解することができる「はい」という発言が、その直後に発せられている、という事情にも依存していると言える。つまり、行為や発言はその「文脈」の中、つまり「やりとり」（相互行為）の中で初めて会話参加者にとって（そして、それを聞いたり読んだりしている「私たち」にとっても）意味をもつ（理解し合える）ことになる。つまり、コミュニケーションは、誰かが単独で行っていることなのではなく、そこに参加している人々が「共同的に（協働的に）」実現している、ということである。

- (5) このようなやりとりの「やり方」の特徴から、「A」と「B」がそれぞれ「誰なのか（アイデンティティ）」を推測するとき、私たちは様々な「常識」的な知識や推論を利用している。AとBのやりとりの特徴を暗黙の裡に考慮するとき、私たちは同時に、そのようなやりとりをする人々はどうのような人であるかについての「常識」を自然に動員している。そして彼らに、「検察官／弁護士」と「証人（あるいは、被告人）」についての理解を当てはめることが自然に思われるとき、今度は逆に、そのようなカテゴリーに属する人々が通常「何をするのか」ということについての「常識」的な知識や考え方（推論）が用いられている¹⁵。

¹⁵ ただし、こうした理解の仕方に対して、AとBとは、「反対尋問」の法的ルール（規則）に従って行為している（発言している）だけではないかという反論があるかもしれない。こうした反論には次のような前提がある。つまり、会話のやり取りの外部に、法律のルールがあってそのルールが行為者に一方的に特定の行為を因果的に押し付けるのだと。しかし、このように考えることは、行為者AやBを、規則に拘束された「操り人形」のようなものと考えることである。そのように考える代わりに、AとBとが上のような特徴のあるやり方でこのやり取りを次々に行うことなかで、むしろ自分たちがどのような規則に従っているかをお互いに示し合い、理解し合う（もちろん誤解も生じる）というように考えてみよう。その時、規則と行為との関係は、前者が後者を一方的に規定するようなものではなく、行為を規則に従っているものと示す（例えば、規則に言及する）ことで行為が有意義なものとなるとともに、それによってそこで従われている規則の詳細が理解可能となるとい

(ここまでの説明については、次回以降で「法廷尋問」についてさらに検討したあとに、もう一度振り返ってもらえれば、さらに理解が豊かになるだろう)

4 小括

私たちは、日常生活においても、「法」的な状況においても、何らかの「コミュニケーション(相互行為)」に参加(実践)しており、こうした「コミュニケーション」を行うことなしには、日常生活も「法」の世界も、成り立つことはできない。その意味で、「コミュニケーション」は、人が自己と他者及び社会的世界における諸課題に対処するという意味での様々な「探究」(そこには、日常的諸課題の処理とともに、専門的な実践や「研究」も含まれる)のプロセスである。

「法」を「探究」する方法として3つが挙げられた。各方法は、(1)「裁判官の観点」(法学)、(2)「科学者の観点」(法社会学)、(3)「行為者の観点」(法の相互行為分析)と名付けられて、各観点からの法探究の特徴が示された。

本連載が採用する「法の相互行為分析」のアプローチが焦点を当てる「行為者の観点」による法の探究とは、法的場面のコミュニケーションそれ自体を探究の対象として、コミュニケーションの参加者たちが織り成す相互行為のやり方の詳細に内在的な観点から「法」がそれとして達成されていく姿を描き出そうとするものである。

こうしたアプローチに関する初発的な例証として、私たちがある会話の抜粋を理解しようとするとき、私たちは、(会話)コミュニケーションの「内容」とともに、その「やり方/方法(how)」を、暗黙の裡に考慮に入れていることが示唆された。その際、私たちは、関連する様々な常識的知識や推論を暗黙のうちに用いながら、発言や行為の展開の文脈を参照しつつ、その場面や状況の意味(それはどのような場面なのか、そこで行われている自他の行為は何なのか、そこに関わっている人々は誰なのか、など)についての理解を生み出しているのである。

こうした角度から、「法」が実際の「コミュニケーション」のやりとりを通じて実現していくプロセスを詳細かつ系統的に探究するアプローチ(考え方と分析の方法)として、エスノメソドロジーと会話分析がある。本連載では、このアプローチを使って様々な法的相互行為を検討していく。その前提として、次

うものとなる。こうした考え方こそ、法の生きた現実を考える上で、よりリアルな観点であることが本連載で示されていくだろう。

稿では、このアプローチの考え方と研究方針について見ていくことになる。

[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成果の一部である。

[参考文献]

- 千葉正士（1988）『法社会学—課題を追う』成文堂。
- デュルケーム，エミール（1895=2018）（菊谷和宏訳）『社会学的方法の基準』講談社。
- Garfinkel, Harold (1967) *Studies in Ethnomethodology*. Polity.
- Garfinkel, Harold and Sacks Harvey (1970) “On formal structures of practical actions,” in John C. McKinney and Edward A. Tiryakian, *Theoretical Sociology: Perspectives and Developments*, Appleton-Century-Crofts.
- Garfinkel, Harold (2002) *Ethnomethodology's Program: Working Out Durkheim's Aphorism*, Rowman & Littlefield.
- ギアーツ，クリフォード(1983=1999)（梶原景昭他訳）『ローカル・ノレッジ：解釈人類学論集』岩波書店（Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. Basic Books）。
- Heritage, John (1984) *Garfinkel and Ethnomethodology*. Polity.
- フリック，ウヴェ（1995=2002）（小田博志他訳）『質的研究入門—人間の科学>のための方法論』春秋社。
- Hutchby, Ian (2001) *Conversation and Technology: From the Telephone to the Internet*. Polity.
- 飯田高（2021）「法社会学とはどんな学問？」法学教室 491: 48-51。
- 石村善助（1983）『法社会学序説』岩波書店。
- 郭薇（2017）『法・情報・公共空間—近代日本における法情報の構築と変容』日本評論社。
- 樫村志郎（1989）『「もめごと」の法社会学』弘文堂。
- 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（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号 1-56。

- 北村隆憲 (2021) 「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」の経験的探求に向けて」東海法学 61 号 1-56。
- 北村隆憲 (forthcoming) 「交渉をコミュニケーションとして探究する—相互行為分析の視点から」日本交渉学会誌 vol. 30。
- 村山眞維・濱野亮 (2019) 『法社会学 (第 3 版)』有斐閣。
- Rawls, Anne Warfield (ed.) (2019) *Harold Garfinkel: Parsons' Primer*. J. B. Metzler.
- 六本佳平 (1986) 『法社会学』有斐閣。
- サックス, ハーヴェイ, シェグロフ, エマニュエル, ジェファーソン, ゲイル (1974=2010) (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 (Harvey Sacks, Emanuel A. Schegloff, and Gail Jefferson “A Simplest Systematics for the Organization of Turn-Taking for Conversation,” *Language*, 50 (4): 696-735)。
- Shannon, Claude E. (1948) “A mathematical theory of communication,” *Bell System Technical Journal*. 27:379-423.
- ソシュール, フェルディナン・ド (1972=2014) (小林英夫訳) 『一般言語学講義』岩波書店。

きたむら たかのり (本学法学部教授)

【論説】

特殊詐欺における受け子の故意

山中 純子

概要

1. はじめに
2. 3つの最高裁判例の概要と判旨
 - 2-1 最高裁平成30年12月11日判決(事件①)
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判旨
 - 2-2 最高裁平成30年12月14日判決(事件②)
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判旨
 - 2-3 最高裁令和元年9月27日判決(事件③)
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判旨
3. 故意を推認させる間接事実
 - 3-1 判例で認定された間接事実の整理
 - (1) 詐欺の故意の認定に必要な認識
 - (2) 事件①で認定された事実
 - (3) 事件②で認定された事実
 - (4) 事件③で認定された事実
 - 3-2 詐欺の故意を推認させる間接事実
 - (1) 何らかの犯罪に関わるものであることの認識を示す間接事実
 - (2) 詐欺罪の構成要件を想起させる間接事実
 - 3-3 概括的故意を認定した最高裁決定との比較
4. 詐欺の故意を否定する事情
 - 4-1 受け子の弁解内容
 - 4-2 事実の認識を妨げる特異な事情

特殊詐欺における受け子の故意（山中）

- (1) 特異な事情による故意阻却を認めた最高裁判決との比較
 - (2) 詐欺の認識を妨げる特異な事情
 - (3) 違法薬物の故意の認定枠組みとの比較
5. 特殊詐欺の故意の認定枠組み
- 5-1 三段階の認定枠組み
 - 5-2 その他の詐欺の認識を補強する事情
 - (1) 多数の者による役割分担
 - (2) 荷物の中身が現金であること
6. おわりに

概要

特殊詐欺事案においては、受け子が詐欺の故意を争うことが多い。本稿では、現金送付型の3つの特殊詐欺事案において、最高裁が受け子の詐欺の故意を認定した際に用いた認定枠組みをそれぞれ分析した上で比較検討し、受け子の詐欺の故意をどのように認定することができるかを明らかにする。

そのために、まず、3つの事案において、最高裁がどのような間接事実から詐欺の故意を認定したのかを整理する。そして、(i)何らかの犯罪に関わるものであることの認識を示す間接事実及び(ii)詐欺罪の構成要件を想起させる間接事実という2種類の間接事実から、詐欺の故意を推認することができることを導き出す。次に、最高裁が示した詐欺の故意を否定する事情とは、原則として故意を推認することになる間接事実との関係で、例外的に(iii)詐欺の認識を妨げる特異な事情であると位置付けた上、詐欺の認識を妨げる特異な事情とは具体的に何を指すのかについて検討する。最後に、特殊詐欺の故意の認定枠組みを(i)ないし(iii)の三段階で示した上で、(ii)における詐欺の要素の認識の重要性について確認する。

1. はじめに

近年、特殊詐欺事件の検挙、起訴が跡を絶たない中で、特に受け子の故意が認められた最高裁判決が複数出されて注目されている。これらの最高裁判決では、詐欺の故意が認められる場合には、共犯者らとの共謀も認める認定をしており、受け子の故意の認定が受け子を有罪とする決め手となっている¹。そこで、

¹ 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

本稿では、3つの最高裁判決をもとに、現金送付型の特殊詐欺における受け子の故意を認定するために必要な認識について検討する²。

特殊詐欺には、受け子が被欺罔者から現金を直接受け取る「現金手交型」と、受け子が被害者から送付された現金を受け取る「現金送付型」があるところ、被欺罔者と対面する現金手交型の受け子については、受け取りに行く際に、警察官や銀行員などの偽の肩書きと偽名を騙り、スーツ姿で被害者方を訪問し、いわゆるオレオレ詐欺の被害者になりそうな高齢者に対し、うその話を信じさせて現金を受け取るため、詐欺の認識を否認するのは難しい。しかし、現金送付型の場合は、受取りの際の行為としては、受動的に荷物を受け取るのみであり、積極的にうそをつくことなく、また、現金であることを確認する機会もないまま回収役に荷物を引き渡すなどするため、詐欺であるとの確定的故意がないまま犯行に加担することが現実に起こり、詐欺の認識を否認する受け子も多い。しかも、特殊詐欺は、詐欺グループ内の役割分担が細分化されており、受け子が他の関与者や詐欺の具体的内容等を知らされていなかったり、検挙された場合の弁解方法を事前に指示されたりしている³ことが多く、故意の推認に結び付く間接事実や証拠が限定され、比較的証拠が薄い事案が多いため、受け子の故意の判断に困難さが伴う⁴。本稿で検討する3つの最高裁判決は、いずれも受け子の故意を認めたものであり、特殊詐欺の末端関与者である受け子にとっては弁解が通らない厳しい結論となっている。

2. 3つの最高裁判例の概要と判旨

2-1 最高裁平成30年12月11日判決⁵(事件①)

(1) 事案の概要

「被告人は、平成27年9月頃、かつての同僚であったGから、同人らが指

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との考えから、末端関与者の共謀と故意につき検討したものとして、山中純子「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」東海法学61号1頁参照。

² 本稿に先立ち、最判平成30年12月11日刑集72巻6号672頁を素材に受け子の故意と共謀につき検討したものとして、Keiichi Yamanaka / Junko Yamanaka: Vorsatz und Komplott-Mittäterschaft beim „Sonderbetrug“, in: Individuals, society, and the state – from the perspective of penal law and criminology. Liber Amicorum in Honour of Professor Emil W. Plywaczewski (2022年予定)がある。本稿は、その中で述べた受け子の故意の認定方法に関する考察や主張をより詳細に論じるものである。

³ 吉戒純一「判批」ジュリ1558号(2021)103頁。

⁴ 蛭田円香「判批」ジュリ1560号(2021)99頁。

⁵ 刑集72巻6号672頁。

示したマンションの空室に行き、そこに宅配便で届く荷物を部屋の住人を装って受け取り、別の指示した場所まで運ぶという『仕事』を依頼された。被告人は、Gから、他に荷物を回収する者や警察がいらないか見張りをする者がいること、報酬は1回10万円ないし15万円で、逮捕される可能性があることを説明され、受取場所や空室の鍵のある場所、配達時間等は受取りの前日に伝えられた。被告人は、同年10月半ばから約20回、埼玉県、千葉県、神奈川県及び東京都内のマンションの空室に行き、マンションごとに異なる名宛人になりすまして荷物の箱を受け取ると、そのままかばんに入れ又は箱を開けて中の小さい箱を取り出して、指示された場所に置くか、毎回異なる回収役に手渡した。実際の報酬は1回1万円と交通費二、三千元であった。」

被告人は、2件の詐欺罪及び1件の詐欺未遂罪で起訴されたところ、第1審（鹿児島地判平成28年7月20日刑集72巻6号711頁）は、3件とも成立を認めた。しかし、控訴審（福岡高宮崎支判平成28年11月10日刑集72巻6号722頁）は、原判決を破棄し、いずれも無罪とした。

(2) 判旨一原判決破棄、控訴棄却

「被告人は、Gの指示を受けてマンションの空室に赴き、そこに配達される荷物を名宛人になりすまして受け取り、回収役に渡すなどしている。加えて、被告人は、異なる場所で異なる名宛人になりすまして同様の受領行為を多数回繰り返し、1回につき約1万円の報酬等を受け取っており、被告人自身、犯罪行為に加担していると認識していたことを自認している。以上の事実は、荷物が詐欺を含む犯罪に基づき送付されたことを十分に想起させるものであり、本件の手口が報道等により広く社会に周知されている状況の有無にかかわらず、それ自体から、被告人は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ものというべきである。この点に関し、原判決は、……受け取った荷物の中身が詐欺金である可能性を認識していたと……の推認を成り立たせる前提として、空室利用送付型詐欺の横行が広く周知されていることが必要であるなどというが、その指摘が当を得ない……。また、原判決は、従来型の詐欺の手口を知っていたからといって、新しい詐欺の手口に気付けたはずとはいえないとした上、……被告人にとって、相当高度な抽象能力と連想能力がないと自己の行為が詐欺に当たる可能性を想起できないとするが、上記両手口は、多数の者が役割分担する中で、他人になりすまして財物を受け取るという行為を担当する点で共通しているものであり、原判決のこのような能力がなければ詐欺の可能性を想起できないとするのは不合理であって是認できない。」

「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。」

「このような事実関係の下においては、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、詐欺の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。」

2-2 最高裁平成30年12月14日判決⁶(事件②)

(1) 事案の概要

「被告人は、平成26年11月末から同年12月初め頃、知人の暴力団組員Aから、荷物を自宅で受け取ってバイク便に受け渡す仕事に誘われ、荷物1個につき5000円から1万円の報酬を払うと言われた。被告人は、Aの依頼が犯罪に関わる仕事ではないか不安に思い、荷物の中身を尋ねると、Aは、雑誌とか書類とかそういう関係のもの、絶対大丈夫などと答えた。」「被告人は、Aから、私書箱業務契約書、五、六名分の運転免許証の写し及びプリペイド式携帯電話機(以下「本件携帯電話」という。)を渡された上、仕事に関する連絡は本件携帯電話を使う、荷物が届く前に指示役の男が受取人の氏名を連絡するので、私書箱業務契約書の契約当事者欄に筆跡を変えて受取人と被告人の氏名等を記入する、荷物は絶対に開けない、荷物受領後に本件携帯電話で指示役に報告し、バイク便に荷物を渡したらAにも連絡するなどの指示を受けた。」

「被告人は、Aらの指示に従って、自宅で、平成26年12月12日に1個、同月16日に1個、同月17日に本件荷物を含めて2個、同月26日に2個、それぞれ伝票の宛先欄に記載された受取人名を受領欄にサインして他人宛での荷物を受け取った。被告人は、荷物を受け取ったことを指示役に報告し、約5分後に自宅に来たバイク便の男に荷物を渡し、後日、Aからおおむね約束どおりの金額の報酬を受け取った。」

第1審(千葉地判平成28年4月27日刑集72巻6号777頁)は、詐欺罪の成立を認めたが、控訴審(東京高判平成28年10月14日刑集72巻6号779頁)は、原判決を破棄し、無罪とした。

(2) 判旨一原判決破棄、控訴棄却

「被告人は、Aの依頼を受けて、自宅に配達される荷物を名宛人になりすまして受け取り、直ちに回収役に渡す仕事を複数回繰り返して、多額の報酬を受領している。以上の事実だけでも、Aが依頼した仕事が、詐欺等の犯罪に基づいて送付された荷物を受け取るものであることを十分に想起させるものであり、被告人は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

⁶ 刑集72巻6号737頁。

る。」

「被告人は、捜査段階から、荷物の中身について現金とは思わなかった、インゴット（金地金）、宝石類、他人名義の預金通帳、他人や架空名義で契約された携帯電話機等の可能性を考えたなどと供述するとともに、荷物の中身が詐欺の被害品である可能性を認識していたという趣旨の供述もしており、第1審及び原審で詐欺の公訴事実を認めている。」「それ以外に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も見当たらない。」

「このような事実関係の下においては、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、詐欺の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。」

2-3 最高裁令和元年9月27日判決⁷（事件③）

(1) 事案の概要

氏名不詳者らは、架空の老人介護施設の入居権譲渡に関する問題を解決するために必要であるように装って被害者から現金をだまし取ろうとし、第1事件では、甲マンション1303号室のB宛に宅配便で2回に分けて現金合計350万円を発送させた。同室は、当時、入居者がおらず、空室であった。そして、甲マンションのエントランスには、オートロック式の自動ドアとインターフォン機器のほか、集合郵便受け及び宅配ボックスが設置されていた。同郵便受けのエントランス側（表側）には郵便物等の投入口があるが、郵便物等の受取りは、オートロックを解錠して自動ドアからマンションのエレベーターホールに入り、同郵便受けの裏側から行う構造となっていた。また、荷物の配達時に名宛人である居住者が不在であった場合には、宅配業者は、荷物を宅配ボックスに入れ、暗証番号を設定して施錠した上、不在連絡票に暗証番号を記入してこれを名宛人の郵便受けに投函し、名宛人は、郵便受けから不在連絡票を取り出し、そこに記載された暗証番号を用いて宅配ボックスから荷物を受け取る仕組みとなっていた。被告人は、上記氏名不詳者らから荷物受取りの依頼を受け、2回にわたり、甲マンションのエントランスに入り、1303号室の郵便受けの投入口から宅配便の不在連絡票を取り出し、そこに記載された暗証番号を用いて宅配ボックスの扉を開け、被害者が送付した現金在中の荷物を取り出し、同荷物を回収役に渡した（詐欺既遂事件）。

その後、上記氏名不詳者らは、同様の手口で別の被害者から現金をだまし取ろうとし、第2事件では、乙マンション303号室のD宛に現金150万円を宅配便で送付させた。被告人は、同様に、乙マンションの宅配ボックスから現

⁷ 刑集73巻4号47頁。

金を取り出そうとしたが、警察官に発覚したため、その目的を遂げなかった(詐欺未遂事件)。

なお、被告人は、上記両事件の各受取りの際に、携帯電話を使用しており、同一の電話番号の相手と通話していた。

第1審(静岡地浜松支判平成29年12月22日刑集73巻4号102頁)は、詐欺既遂事件及び詐欺未遂事件につき、その成立を認めたが、控訴審(東京高判平成30年7月20日刑集73巻4号112頁)は、詐欺既遂事件につき、被告人に詐欺の故意及び共謀を認めた点に事実誤認があるとして、無罪を言い渡した。

(2) 判旨一破棄自判

「被告人は、依頼を受け、他人の郵便受けの投入口から不在連絡票を取り出すという著しく不自然な方法を用いて、宅配ボックスから荷物を取り出した上、これを回収役に引き渡しており、本件マンションの居住者が、わざわざ第三者である被告人に対し、宅配ボックスから荷物を受け取ることを依頼し、しかも、オートロックの解錠方法や郵便受けの開け方等を教えるなどすることもなく、上記のような方法で荷物を受け取らせることは考え難いことも考慮すると、被告人は、依頼者が本件マンションの居住者ではないにもかかわらず、居住者を名宛人として送付された荷物を受け取ろうとしていることを認識していたものと合理的に推認することができる。以上によれば、被告人は、送り主は本件マンションに居住する名宛人が荷物を受け取るなどと誤信して荷物を送付したものであって、自己が受け取る荷物が詐欺に基づいて送付されたものである可能性を認識していたことも推認できるというべきである。原判決は、……最低限、以前から同じような取出しを繰り返していたとか、別のマンションでも同じような取出しをしていたなどの事実が加わらなければ、詐欺の被害者が送った荷物を取り出しているのかもしれないという、詐欺の故意に結び付く発想には至らないというが、事後的な事情を含めて詐欺の故意を推認することができる場合もあり得る……。」

「被告人は、『Bから荷物の受取を依頼されたのであり、Bは本件マンションに居住していると思っていた。』旨供述するが、……被告人の本件各荷物の取出し方法や各事件当時の通話状況に照らせば、この供述を信用することはできず、それ以外に上記の詐欺の可能性の認識を排除するような事情も見当たらない。」

「このような事実関係の下においては、被告人は、自己の行為が詐欺に関与するものかもしれないと認識しながら本件各荷物を取り出して受領したものと認められるから、詐欺の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。」

3. 故意を推認させる間接事実

3-1 判例で認定された間接事実の整理

(1) 詐欺の故意の認定に必要な認識

詐欺の故意を認定するには、詐欺罪の構成要件に該当する事実の認識、認容が必要である。前記2で紹介した3つの事件において、受け子に詐欺罪の故意を認定するには、荷物の送り主が、共犯者による欺罔によって錯誤に陥っていることの認識（少なくとも未必的な認識）が必要である。そして、受け子が詐欺の認識を否認している事案において、受け子の認識という主観面を認定するには、その主観面を推認させる様々な間接事実の認定が重要である。まずは、各事件において、どのような間接事実から、荷物の送り主が錯誤に陥って送付していることを被告人が認識していると認定したのかを概観する。その際、詐欺罪であることから、「詐欺」の構成要件要素に着目し、どのような事情が摘示されていたのかを整理する。

(2) 事件①で認定された事実

まず、事件①においては、被告人自身が、犯罪行為に加担していると認識していたことを自認していたという事情がある。被告人は、宅配便を受け取る際、送付先のマンションの一室の住人を装って受け取っている。しかも、異なる場所で異なる名宛人になりすまして受け取るということを多数回繰り返していた。この被告人の行為自体に、他人になりすますという「うそ」が含まれていることから、被告人は詐欺罪の構成要件要素である「欺罔」を想起し、認識することができる状況にあったといえる。

また、何らかの犯罪であることを想起させる事情として、警察がいなか見張りをする者がいること、逮捕される可能性があることを説明されており、警察官の取締りの対象となる違法行為であることが端的に示されていたといえる。約20回の受取りに関与する中で、受取場所がその都度変わることで、荷物の回収方法や手渡す回収役がその都度異なることは、警察に発覚しないよう、拠点を転々と変えていたからだといえる。また、報酬が1回10万円ないし15万円であるということは、荷物の受取りという単純な業務としては高額すぎる報酬であり、逮捕される危険を伴うような違法行為に加担することを想起させるだろう。さらに、実際の報酬が1回1万円と交通費二、三千元であったことについては、それでもなお通常の単発のアルバイトと比較して高額報酬であることに加え、約束した報酬の10分の1に満たないような金額しか支払わないということから、契約を蔑ろにしても何ら問題にならないことがうかがえ、正常

な経済取引ではない⁸といえる。

これらの事情から、被告人は、「荷物が詐欺を含む犯罪に基づき送付されたこと」を十分想起することができたと認定された。

加えて、最高裁は、原審が「相当高度な抽象能力と連想能力がないと自己の行為が詐欺に当たる可能性を想起できない」と述べたのに対し、被告人が認識していた自身の関与は、「多数の者が役割分担する中で、他人になりすまして財物を受け取るという行為を担当する点」で従来の詐欺の手口と共通していることから、相当高度な抽象能力と連想能力がなくても、詐欺の可能性を想起できるとした⁹。この判示からは、特殊詐欺の核心的特徴を「多数人による役割分担」と「被害者が受取人として想定している者ではない者が、その者になりすますなどして財物を受け取ること」に見出していると捉えることができる¹⁰。前者は、架け子、受け子、指示役、回収役などの役割分担をしている特殊詐欺グループの特徴を述べるものであり、詐欺の中でも、いわゆる特殊詐欺に特有の事情といえる。それに対して、後者は、詐欺罪における「欺罔」や「錯誤に基づく交付」に対応する行為を述べるものであり、詐欺の故意にとって核心的な部分であるといえよう。したがって、より詐欺の可能性を直接的に想起させる事情は、後者のなりすましによる受領行為であるといえる。しかし、特殊詐欺事案において、受け子は指示を受けて役割を果たすだけであり、実行行為の一部にしか関与しないことから、自身が関与しない犯行行為を担当する共犯者がいることも想起してはじめて、詐欺の認識があるといえよう。自身の関与する詐欺は、複数人の共同によってはじめて遂行することができるという意味で、特殊詐欺の故意を認める際には、自ずと共犯者らとの共謀も認めることができることが多い¹¹。事件①において、被告人は、指示役や回収役の存在を把握しており、複数人による役割分担がなされていることを認識していたといえる。したがって、詐欺の中でも特殊詐欺である可能性を認識していたといえるだろう。

(3) 事件②について

次に、事件②については、まず、被告人自身、犯罪に関わる仕事ではないかと不安に思い、荷物の中身を尋ねたという経緯があり、「絶対大丈夫」との答えを得た一方で、「荷物は絶対に開けない」という指示を受けていたのであり、犯

⁸ 第1審（前掲静岡地浜松支判平成29年12月22日）も指摘した点である。

⁹ 但し、前田雅英「詐欺罪の故意の認定」捜査研究824号(2019年)23頁は、刑罰謙抑主義の立場から、手口の共通点があれども「別個」の手口なので詐欺の故意を否定することも可能であると指摘する。

¹⁰ 成瀬幸典「判批」『重要判例解説令和2年度』ジュリ臨増1557号117頁。

¹¹ 江見健一「判批」論ジュリ33号(2020年)176頁参照。

罪に関わる仕事ではないと確信できるような根拠は見当たらない。むしろ、被告人は、捜査段階から、「荷物の中身について現金とは思わなかった」としながらも、「インゴット（金地金）、宝石類、他人名義の預金通帳、他人や架空名義で契約された携帯電話機等の可能性」を考えたなどと供述するとともに、「荷物の中身が詐欺の被害品である可能性を認識していた」という趣旨の供述もしていたと認定されている。そして、何らかの犯罪であることを想起させる事情として、荷物1個の受取りに対する報酬が5千円から1万円という高額であること、依頼主が暴力団組員であり何らかの犯罪により収益を上げようとしている可能性があることが挙げられる。また、受け取った荷物をすぐに回収役のバイク便の男に渡していたという事情は、依頼者側の人物が直接受け取るには逮捕の危険が伴うことから、わざわざ報酬を支払って被告人やバイク便を介させていることをうかがわせるものであり、やはり何らかの違法行為であることを想起させる。

それに加え、被告人は、自宅で荷物を受け取っているとはいえ、私書箱業務契約書、5、6名分の運転免許証の写し等を受け取り、荷物が届く前に受取人の氏名の連絡を受け、私書箱業務契約書の契約当事者欄に筆跡を変えて受取人と被告人の氏名等を記載するという行動を取っている。他人の運転免許証の写しをもとに、他人になりすまして一人で契約書を作成するということは、それ自体、極めて不自然な行為であり、当人に署名してもらうことができない事情や当人の意思に沿わない違法な行為であることを想起させる。また、その都度、筆跡を変えて記載するということは、毎回別の人物になりすましていたのであり、同じ人物が契約書を一人で何度も作成していることが発覚しないように偽装工作していたといえる。さらに、被告人は荷物ごとに宛先欄に記載された受取人名を受領欄にサインしており、ここでも受取人になりすましていた。つまり、被告人自身が意識的に「うそ」をついていたのであり、やはり被告人は荷物の受取りにつき、詐欺罪の構成要件要素である「欺罔」を想起し、認識することができたといえる。

(4) 事件③について

さらに、事件③においては、被告人が、他人の郵便受けの投入口から不在連絡票を取り出すという著しく不自然な方法を用いて、宅配ボックスから荷物を取り出したことに特徴がある。被告人が、もし荷物の名宛人かつ送付先の居住者である人物から荷物の受取りの依頼を受けたのであれば、オートロック解錠の仕方や郵便受けの取出口側の開け方を教えてもらっていたはずであるが、そのようなことを教えてもらうことはなく、後の詐欺未遂事件でも通話していたのと同じ電話番号の相手と携帯電話で通話しながら荷物を受け取っていたの

である。このような事情から、被告人は、依頼者が本件マンションの居住者ではないにもかかわらず、居住者を名宛人として送付された荷物を受け取ろうとしていることを認識していたと合理的に推認することができる。このことは同時に、被告人が荷物の送り主のことを想像してみた場合、送り主は本件マンションに居住する名宛人が荷物を受け取るなどと誤信して荷物を送付したものであると認識していたことも推認させる。これは、詐欺罪の構成要件である、「錯誤に基づく交付」を認識していたということにほかならない。したがって、被告人は、自己が受け取る荷物が、「詐欺」に基づいて送付された荷物である可能性も認識していたと推認することができる。

3-2 詐欺の故意を推認させる間接事実

3つの最高裁判決が詐欺の故意を認定するにあたり示した間接事実を概観してみると、2種類の間接事実、すなわち、(i)被告人の関与した荷物の受取りが何らかの犯罪に関わるものであることを認識していたこと(犯罪関連性の認識)を示す間接事実と、(ii)被告人が詐欺罪の構成要件である「欺罔」や「錯誤に基づく交付」を想起させる事実を認識していたこと(詐欺関連性の認識)を推認させる間接事実に分けることができる¹²。

(1) 何らかの犯罪に関わるものであることの認識を示す間接事実

(i)に該当する犯罪関連性のある事実を検討すると、まず、荷物を受け取るだけの単純な業務であるにもかかわらず高額報酬であることは、例えば、受け子が「闇バイト」、「ブラックバイト」などとSNSで検索して受取役にありつき、「何らかの犯罪に関わるものかもしれないと思った」旨自認することが多いように、多くの特殊詐欺事案で認定することができる事情であるといえる。受取役を引き受ける際に犯罪に関与するのではないかと不安に思ったこと、警察に逮捕される可能性を示唆されたり、警察に発覚しにくいような対策がとられたりしていること、荷物の中身を見ることを禁止されることなども、特殊詐欺事件においてよく見受けられる事情であり、いずれも、何らかの犯罪に関与することを想起させるものである。事件②では、被告人が、「インゴット(金地金)、宝石類、他人名義の預金通帳、他人や架空名義で契約された携帯電話機等の可能性」を考えたとき具体例まで供述しており、少なくともこれらの何らかの犯罪に関わることを認識していたと推認することができる事情がある。

¹² 江見前掲注(11)172頁は、「犯罪行為であることを認識していたこと」を「犯罪関連性の認識」と呼び、その「犯罪には詐欺が含まれ得ることを認識していたこと」を「詐欺関連性の認識」と表現する。本稿では、詐欺が含まれ得ることを認識よりもより積極的に詐欺を想起させる事実の認識のことを「詐欺関連性の認識」と呼ぶ。

また、同様の受領行為を繰り返していることについては、何らかの犯罪に関わっているという漠然とした認識が、繰り返すうちに、犯罪手口や実態が見えてきて犯罪に関与していることの確信に変わることもあるだろう。繰り返す中で、毎回受け取る際の名前が違うことや受取場所が異なることなどの事情が加われば、犯罪性をより強く推認させる¹³。

しかし、これらの事情は、具体的な例示の中に詐欺が含まれていない限り、必ずしも「何らかの犯罪」の中に「詐欺」が含まれていることを意味するものではないだろう。たしかに、「何らかの犯罪」の中から積極的に「詐欺」が排除されることはないかもしれないが、特殊詐欺の被害者として典型的な高齢者と直接対面していないことや、依頼者から「雑誌とか書類とかそういう関係のもの」などと言われた上で、荷物を絶対に開けないように指示されていたなどの事情を考慮すれば、詐欺以外の犯罪であると考えたという弁解の余地を与えるものである。そうすると、事件①の原判決が指摘したような、本件で用いられた「新しい詐欺の手口に気付けた」といった事情や、事件③の原判決が指摘したような、「以前から同じような取出しを繰り返していたとか、別のマンションでも同じような取出しをしていたなどの事実」をも加えなければ、詐欺の故意の認定が否定される余地が残るだろう。なお、これらの事情の要否については、後記5-2(1)でも述べる。

(2) 詐欺罪の構成要件を想起させる間接事実

これに対し、(ii)に該当する詐欺関連性のある間接事実とは、受け子が他人を装うという「うそ」があることや、送り主が荷物の名宛人が受け取るものであると誤信して送付した荷物であると認識して受け取ることなどである。このような事実があれば、詐欺罪の構成要件である「欺罔」や「錯誤に基づく交付」という事実の認識が推認される。したがって、詐欺の故意を強く推認させる間接事実であるといえる。

事件①で荷物の名宛人になりすましていることや、事件②で筆跡を変えて他人になりすましていることなど¹⁴は、被害者を直接に欺罔しているわけではな

¹³ 違法薬物や銃器の授受等でも、捜査機関の追跡を免れるために荷物の宛先や送付先をその都度変更するという考えられ、受領行為の繰り返しは、何らかの犯罪実行に関与していることの認識を推認させるだろう。但し、同種行為の反復があるからといって、被告人が詐欺事実を認識したとまでは認められないだろう（大庭沙織「判批」刑事法ジャーナル64号(202年)98頁）。なお、類似事実の存在が、故意の推認に果たす役割について、中川武隆「判批」判例秘書ジャーナルHJ200024(2020年)8頁以下参照。

¹⁴ これらを「特異な状況における受領行為」とまとめて表現した場合、「そのことから想起される犯罪は多様なものであって特異性の認識だけでは詐欺罪の故意を推認できない」（亀井源太郎「判批」『重要判例解説令和元年度』ジュリ臨増1544号144頁参照）

いことから、詐欺罪の構成要件である「欺罔」自体があるわけではないが、その構成要件である「欺罔」を想起させる「うそ」であるということができる。

事件③においては、被告人が受取役を引き受けた経緯や、いくらの報酬を受け取るようになっていたかなど、事件①や事件②で認定されたような、被告人の関与した荷物の受取りが、(i)何らかの犯罪に関わるものであることを示す間接事実は認定されていない。しかし、事件①や事件②では詐欺罪を想起させる「うそ」という詐欺的要素が認められるにすぎないのに対し、事件③では、「送り主は本件マンションに居住する名宛人が荷物を受け取るなどと誤信して荷物を送付したものであって、自己が受け取る荷物が詐欺に基づいて送付されたものである可能性」¹⁵を認識していたことが推認されるとしている。これは、送り主の「錯誤に基づく交付」という詐欺罪の構成要件を被告人が認識していたことの推認を示すものである。そして、送り主が錯誤に陥った原因は、荷物の送付及び受取りを依頼してきた依頼者側の人物が送り主を「欺罔」したことにあるとの推測も働くことから、受け取る荷物が「詐欺」に基づいて送付されたものである可能性の認識も導き出されるのである。これらを踏まえると、事件③は、(i)の事実がなくとも、(ii)だけで詐欺の故意を認定するに足りる強い推認力のある間接事実が認められる事案であったということができる¹⁶。

といえるかもしれないが、その特異性を具体的に分析すると、詐欺的要素が読み取れるといえよう。特異な状況における受領行為であることとは別に「詐欺に関与するものかもしれないとの認識」を基礎付ける事実の立証を求めたと解するよりも、特異な状況における受領行為であること自体が、それが詐欺的要素を含んでいれば「詐欺に関与するものかもしれないとの認識」を基礎付ける重要な事実になると解することができる(福岡高判平成20年12月20日判タ1439号119頁、成瀬幸典「判批」法学教室462号(2019年)156頁参照)。

¹⁵ なお、江見・前掲注(11)172頁は、事件①②について、被告人の唯一の行為である「荷物を受領した」ことが行為として摘示されており、「自己の行為が詐欺に当たる」と表現されていることから、「欺罔・錯誤に基づいて被害者が発送した被害品を受領する行為が詐欺の実行行為であるとの趣旨を含蓄するようにも読むことが可能である(それは正当である)」と述べる。しかし、事件③判決における「自己が受け取る荷物が詐欺に基づいて送付されたものである可能性を認識していた」、「自己の行為が詐欺に関与するものかもしれないと認識しながら本件各荷物を取り出して受領したものと認められるから、詐欺の故意に欠けるとはなく」などの表現からは、自己の行為が詐欺の実行行為に当たるとの含蓄は読み取れず、「詐欺行為への関与」という視点から、詐欺の認識を判断していると思われる。

¹⁶ 玄守道「判批」新・判例解説 Watch27号(2020年)164頁は、③事件の判断枠組みにつき、「その射程は、受取方法の不自然さが著しい場合に限定されよう」と指摘するが、受取方法の不自然さから、送り主が名宛人としている者でない者が荷物を受け取る詐欺であることまで導くことにより、判断枠組みの基礎は、詐欺罪の構成要件を想起させる事実(詐欺関連性)に見出すべきである。なお、大庭・前掲注(13)98頁は、「送付型においては、基本的に、特殊詐欺に関する知識を前提にした詐欺の認識の形成を想定すべき」とする。たしかに、犯罪性の認識から、詐欺の認識を形成するまでの間には、「既に

以上より、詐欺の故意の推認に必要な間接事実として、(i)被告人の関与した荷物の受取りが何らかの犯罪に関わるものであること（犯罪関連性）の認識を示す事実だけでは十分でなく、(ii)被告人が詐欺罪の構成要件を想起させる詐欺的要素（詐欺関連性）を認識していたことが必要である¹⁷。

3-3 概括的故意を認定した最高裁決定との比較

前記3-2では、詐欺の故意を推認させる間接事実を(i)と(ii)の2種類に分けて検討して詐欺の故意の推認過程を示したが、事件①判決では、被告人の受領行為の態様等から「荷物が詐欺を含む犯罪に基づき送付されたことを十分に想起させるもの」であったと認定されている。ここでは、詐欺罪とそれ以外の犯罪の認識を一括りにして「詐欺を含む犯罪」として認定されていることから、間接事実を(i)と(ii)に分けて詐欺の故意を推認したのではなく、詐欺を含む犯罪に対する概括的故意が認定されたと解する余地もありそうである。

概括的故意を認めた判例としては、覚醒剤輸入罪・所持罪の故意に関する最高裁決定¹⁸が「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」と判示したことが想起される。同決定は、薬物の故意について、覚醒剤であるとの「種として」の認識がなくとも、覚醒剤を含む違法な薬物類であるとの「類として」の認識があれば足りるとし、概括的故意を認めたものとされる¹⁹。

たしかに、①事件判決は、詐欺を含む犯罪の故意を有していた場合、詐欺罪の明確な故意はないとしても、詐欺を含む犯罪に対する概括的な故意を有していると述べているように読み取る余地はある²⁰。しかし、薬物の故意と詐欺の

有する特殊詐欺に関する知識と照らし合わせることにより、自己の行為と特殊詐欺のイメージを結びつける」プロセスが通常あるだろう。しかし、詐欺の認識を導く推認力が強い、詐欺の構成要件の認識に直接結び付くような事実の認識があるときには、必ずしも特殊詐欺に関する知識がなくとも（例えば、新種の詐欺と認識していようと）、詐欺の認識を推認することができると思われる。

¹⁷ 江見・前掲注(11)172頁も同旨と解することができよう。

¹⁸ 最決平成2年2月9日判時1341号157頁。

¹⁹ 原田國男「判批」ジュリ958号(1990年)80頁によれば、最決平成2年（前掲注(18)）は、構成要件該当事実の認識につき、客体が覚醒剤かもしれないと明確に認識していた場合というよりは、ぼんやりと「覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類」という概括的な認識（俗にいう「やばい薬」との認識）で足りるとしたものである。なお、薬物事案における概括的故意については、内田文昭「覚せい剤輸入・所持罪と概括的故意」判タ726号64頁参照。

²⁰最決平成2年（前掲注(18)）と類似の考え方で詐欺の故意を肯定したものと捉えることができるとするものとして、角田正紀「判批」刑事法ジャーナル60号(2019年)162頁。

故意では、決定的な差異がある。薬物においては、覚醒剤の輸入・所持の故意と、その他の身体に有害で違法な薬物の輸入・所持の故意とは、保護法益と行為態様が共通又は類似しているといえる。覚醒剤取締法違反なのか、その他の特別法違反なのかの違いはあるものの、精神的・身体的依存状態を惹起する身体に有害な薬物の規制を目的とし、保健衛生を保護法益としていることは共通している。そして、密輸形態や方法に照らし、それらの薬物の輸入・所持の行為態様も共通であるといえよう²¹。

しかし、詐欺罪と詐欺を含む犯罪とでは、保護法益と行為態様が全く異なるものである可能性がある。一方の詐欺罪については、財産を保護法益としており、荷物の受領行為に関しては、被害者の交付行為を完成させるものといえる。他方で、①事件の被告人が可能性があると考えた荷物の中身は、拳銃や薬物である。すなわち、例えば、拳銃の譲受(銃砲刀剣類等取締法31条の4第1項、3条の10)や覚醒剤の譲受(41条の2第1項)といった法令違反が当てはまるのであり、詐欺罪とは、規制目的も保護法益も全く異なるものである。また、宅配便で送付するという外形が共通していたとしても、その行為が、例えば物品の引渡しなのか、代金の支払いなのかは不明であり、譲渡、運搬、保管など異なる行為態様が考えられる。したがって、特殊詐欺事案においては、「詐欺を含む犯罪」と表現されていたとしても、覚醒剤輸入罪・所持罪の故意に関する前記最高裁平成2年決定とは異なり、詐欺とは保護法益や行為態様が異なる別の構成要件をもつ犯罪の故意をも含めた概括的故意を認めることはできない²²。詐欺罪を含む何らかの犯罪という規範にしか直面していなかった受け子は、詐欺罪の規範に直面していたとは言い難く、故意犯の重い責任を根拠付けることはできないだろう²³。

²¹ 規制目的、保護法益、行為態様などを基準として2つの罪の構成要件の重なり合いを判断する考え方については、覚醒剤輸入罪を犯す意思で麻薬輸入罪に当たる事実を実現した抽象的事実の錯誤の事案において、構成要件の実質的な重なり合いを認めた最決昭和54年3月27日刑集32巻2号140頁が参考になる。

²² 構成要件に実質的な重なり合いがない抽象的事実の錯誤については、故意を肯定できないのが原則であり(山口厚『刑法各論[第3版]』235頁以下)、異なる構成要件にまたがる罪を一括りに概括的故意とすることは不当であろう。特殊詐欺事案において、最決平成2年(前掲注(18))と類似の考え方で詐欺の故意を肯定したものと捉えることに対し、「抽象的符合説を一般的に採用していないことと整合するか疑義が生じ得る」と指摘するものとして、江見・前掲注(11)172頁参照)。また、高橋則夫「特殊詐欺をめぐる犯罪論上の諸問題」判例秘書ジャーナルHJ20001515頁は、覚醒剤が「身体に有害で違法な薬物」に含まれることに対し、特殊詐欺の場合は、特異な状況における受領行為であることから、「社会通念」を介在させる必要があり、覚醒剤事犯とのパラレル性はないのではないかと指摘する。

²³ 大庭沙織「振り込め詐欺における受け子の故意の認定」刑事法ジャーナル53号(2017年)25頁。

4. 詐欺の故意を否定する事情

4-1 受け子の弁解内容

受け子が詐欺の故意を否認する際には、単に詐欺であるとは思わなかったと供述するのみならず、具体的に考えた物品を挙げた上で、受け取る荷物の中身が詐欺の被害品であるとは思わなかったと弁解することがある。事件①では、「荷物の中身が拳銃や薬物だと思っていた」旨述べており、事件②では、「インゴット（金地金）、宝石類、他人名義の預金通帳、他人や架空名義で契約された携帯電話機等の可能性を考えた」旨述べている²⁴。

受け子が受け取る荷物の中身については、現金送付型の特殊詐欺の場合には、そもそも現金は、現金書留郵便でなければ郵送できず（郵便法 17 条）、宅配便約款等においても現金を送付することを禁止する規定があることなどから、その中身が現金であることの認識があるだけでも、詐欺を含む何らかの違法行為によって送付されていることが推測される²⁵。それを踏まえて、特殊詐欺の指示役は、受け子に対して「警察に捕まっても荷物の中身は書類だと思っていたと供述すれば大丈夫」などと指示する。そして、受け子は、実際に捕まっても「現金であるとは思わなかった」と指示どおりに弁解することが多い。架け子においても、被害者に対し、もっともらしい理由を告げて荷物の品名を「書類」と書くように指示するなど、仮に受け子が逮捕されたとしても、受け子の弁解が信用されやすいような工夫を凝らしている。

しかし、最高裁は、事件①において、「荷物の中身が拳銃や薬物だと思っていた」との被告人の弁解に対し、「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」と述べ、被告人に詐欺の故意を認めた。そこで、事件①判決が、詐欺の故意について、詐欺以外の犯罪であることの認識の主張との関係でどのように認定したかを検討する。

4-2 事実の認識を妨げる特異な事情

(1) 特異な事情による故意阻却を認めた最高裁判決との比較

事件①判決は、「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

²⁴ もっとも、事件②では、受け子は、「荷物の中身について現金とは思わなかった」と述べながらも、「詐欺の被害品である可能性を認識していた」と供述していた。

²⁵ 例えば、郵便局が提供するサービスであるレターパックには、『レターパックで現金送れ』はすべて詐欺です。』との文言が記載されており、郵便又は宅配による現金送付が詐欺であると周知されているといえる。

せる事情」がある場合には、詐欺の故意が否定される余地を残している²⁶。事件③判決でも、「詐欺の可能性の認識を排除するような事情も見当たらない」と指摘している²⁷。これらは、何らかの犯罪に関与していることの認識があったとしても、詐欺の可能性があると認識が排除される場合には、詐欺の故意を否定するという、「原則と例外の関係」を示していると解することができる。

この判断枠組みは、無許可営業罪における無許可営業の故意が否定された最高裁判決²⁸に類似性をみることができる。同判決は、被告会社に対し正規の営業許可はなかったとの自然的事実の認識があったとしても、県知事の変更届受理という特異な事情が介在したため、被告人がこれにより被告会社に対し営業許可があったと認識するに至ったときは、変更届受理が法律上無効であったとしても、事実の錯誤として故意を阻却する趣旨であると解されている²⁹。つまり、それが構成要件事実に当たるという意味の認識を妨げる特異な事情が介在していたため、故意の成立に必要な程度に事実の認識があったとは判断できない場合には、故意の成立が否定されるという例外事情を示したものである。これを特殊詐欺事案に当てはめ、事件①判決の示した「詐欺の可能性があると認識が排除」される場合とは、詐欺罪に当たる可能性があるという認識を妨げる特異な事情が介在した場合である解することができるのではないだろうか。しかし、前記無許可営業罪の事案においては、同罪が法規の制定によってはじめて何が禁止されるかが決まる法定犯であるため、「正規の営業許可はなかった」との自然的事実の認識は、無許可営業罪の成立に直結する事実の認識であり、詐欺を推認させる間接事実の認識とは意味が異なるように思われる。

そこで、改めて事件①における被告人の認識をみてみると、(i)何らかの犯罪に関わるものであることの認識と(ii)詐欺罪の構成要件を想起させる詐欺的要素を認識していたことが認められる。特に、荷物を名宛人になりすまして受け取っていたことは、詐欺的要素が強い。事件①判決において示された「原則と例外の関係」を示す判断枠組みにおける「原則」は、簡単に覆すことのできない推認力の強いものであり、詐欺罪の成立に直結する事実の認識を推認させるものであると解することができる。したがって、前記無許可営業罪事案の最高裁判決が述べた、自然的事実の認識と同程度に社会的意味を有すると解することができるだろう。そのように強く推認される認識を例外的に排除するの

²⁶ 江見・前掲注(11)175頁は、事件①について、「荷物の内容物を確認するといった詐欺の被害品でないことを確実に把握し得るような事情が例示されたもの」と評する。

²⁷ 事件③判決の判断枠組みにつき、中川・前掲注(13)7頁以下、吉田誠「判批」研修859号(2020年)57頁、前田雅英「判例の『特殊詐欺の故意』の認定の変化」捜査研究832号(2020年)2頁以下参照。

²⁸ 最判平成元年7月18日刑集43巻7号752頁。

²⁹ 香城敏彦「判解」最判解刑事篇平成元年度(1991)260頁以下。

であるから、「例外」が成り立つのは、詐欺罪に当たる可能性があるという認識を妨げる「特異な事情」が介在する場合であると解することができるだろう。

(2) 詐欺の認識を妨げる特異な事情

では、詐欺罪に当たる可能性があるという認識を妨げる特異な事情とは何であろうか。①判決においては、「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」と述べられているとおり、荷物の中身が拳銃や薬物であることを確認していたとすれば、具体的に詐欺以外の犯罪を想定していたため、詐欺の可能性が排除されていたことを認める余地があったと思われる。しかし、中身が拳銃や薬物であることの確認とは、具体的にどの程度の確認をすることを要求しているかは、同判決からは不明である。

仮に、荷物を開けて中身を実際に確認して拳銃あるいは違法薬物があることを把握していたという事情があれば、拳銃の故意又は薬物の故意を認めることになり、詐欺の可能性の認識を排除することになるだろう。但し、荷物の中身を開けないように指示され、すぐに別の回収役に引き渡なければならぬ立場の受け子にここまで要求するのは非現実的であり、故意を阻却する余地をほとんど与えないものである。

では、依頼者や指示役に対して、中身が何であるか説明を求めるという意味で確認したということを要求しているのであろうか。事件②では、被告人が依頼者に荷物の中身を尋ねたものの、「雑誌とか書類とかそういう関係のもの」と返答された上、荷物を絶対に開けないように指示されていた。受け子が確認することができる相手である依頼者は、通常、事件②のように、現金でもなければ、他の犯罪に当たるものでもない物であると答えるであろう。しかし、その答えを信じたと主張しても、詐欺の可能性の認識を排除するには不十分であろう。詐欺の認識を妨げる事情になるどころか、むしろ、受け子が確認のために尋ねること自体が、何らかの犯罪であることを認識していたことを推認させる事情になってしまい、故意を阻却するのではなく、積極的に裏付ける事情になる可能性が高い。

その他の中身の確認方法としては、宅配便の送り状に記載された「品名」を確認したことや、荷物の形状、大きさ、重量等を直接感得することが考えられる。しかし、何らかの犯罪であることが疑わしい以上、いずれも依頼者が特殊詐欺であることが発覚しないように細工していることも容易に想像できるため、外形的に確認しただけでは、確認として不十分であり、故意の阻却を導くことはないだろう。

以上より、詐欺罪に当たる可能性があるとの認識を妨げる特異な事情とは、基本的に、荷物を開けて中身を実際に確認して拳銃あるいは違法薬物があるこ

とを認識していたため、拳銃の故意又は薬物の故意を積極的に認めることができるような場合であると考えられる³⁰。そのような積極的に別の犯罪の故意が認められる場合には、詐欺の可能性の認識が併存することが考えられないため、詐欺の故意が否定されることになるだろう³¹。

このような内容物の認識の考え方については、覚醒剤密輸入事犯の運び屋の故意立証とも類似性がある。すなわち、「本件犯行は密輸組織が関与した犯行であること」を間接事実の柱に位置付けた上で、経験則上、①密輸組織は運び屋を仕立てて高額な物を運ばせる以上、覚醒剤の確実な回収措置を図るはずであり、当該運び屋は、委託された物の回収方法について指示又は依頼を受けた上で委託された物を持って来日したことが確認できること、②単に荷物を誰かに渡すなどするためだけであれば、荷物だけを送ればよいのであって、そのために人ひとりに対し、航空運賃のほか、ホテルの予約をして滞在費用を払うだけの費用をかけてまで渡航させることといえば、委託した物の中に隠された密輸品を運ぶためとしか通常考え難いこと、③密輸品として考えられる物としては、あえて別物と確信できるだけの特段の事情のない限り、覚醒剤を含む違法薬物が考えられるという推認過程から、運び屋の故意を認める立証方法である³²。受け子の故意に置き換えると、①何らかの犯罪に関わる物品を受領する可能性が高いこと、②この「何らかの犯罪」に詐欺が含まれることの認識を推認した上で、③あえて別の犯罪と確信できるだけの特段の事情がない限り、詐欺を含む犯罪であると考えられるという推認過程になろう。この③あえて別の犯罪と確信できるだけの特段の事情とは、中身が拳銃や違法薬物であることを確信できるだけの特段の事情であり、上述のとおり、荷物を開けて中身を実際に確認して拳銃あるいは違法薬物があることを把握していたといった特異な事情がある場合に限られよう。

³⁰ なお、荷物の中身の確認以外に詐欺の認識を否定する特異な事情を考えるとすれば、例えば、以前にも同じような荷物の受取役を引き受けたことがあり、その際には詐欺の被害金の受取りではなかったため、詐欺ではないと信じたなどの場合があろう。自らの経験に基づいて、詐欺でないと思ったことにつき、説得的な理由があるときであり、このような場合には、中身を確認したのと同程度の意味合いがあると思われ、詐欺罪に当たる可能性があるとの認識を妨げる特異な事情があったといえそうである。

³¹ なお、詐欺の認識を推認することができるとしても、実際には詐欺を認識していなかった可能性があるため、詐欺の認識があったとの推認と整合しないような外部の態度がないかも検討する必要がある（大庭沙織「特殊詐欺の受け子の故意の認定方法」島根法学63巻2号（2020年）25頁）。例えば、「詐欺の被害品を受領したことを認識していたのであれば通常考え難い会話」をしていた場合（名古屋高判平成28年9月21日判時2363号120頁）などは、詐欺の認識の推認過程を妨げるのではなく、受領時や受領後の態度から詐欺の認識の推認が覆ることがあると思われる。

³² 加藤経将「いわゆる受け子の故意に関する捜査と立証」高島智光ほか編『新時代における刑事実務』（2017年）104頁以下。高橋・前掲注(22)116頁参照。

(3) 違法薬物の故意の認定枠組みとの比較

ところで、裁判所が、故意の認定方法を示し、故意を否定する特異な状況が肯定できる場合に例外的に故意を阻却する余地を示したものとして、指定薬物事犯の故意に関する裁判例がある³³。同裁判例は、「当該薬物が処罰の対象とされている違法の実質を十分認識している以上、当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じたことに十分合理的な理由があるなど、特異な状況が肯定できる場合でなければ、故意が否定されることはない」と判示したものである。特異な状況としては、責任ある公的な立場の者あるいは薬物に関する専門家から、根拠を示すなどして、当該薬物が指定薬物ではないというような説明を受けたなどの状況が考えられるとされるが³⁴、このような状況はほとんど想像することができない。むしろ、被告人が、当該薬物には指定薬物として指定されていない薬物しか含有されていないと信じた理由として、購入前に未規制の合法薬物であることを販売員に確認したり、インターネットで調べたりしていたことを主張した場合には、そのような「確認」をしたこと自体が、当該薬物が規制され得ることを認識していたことを推認させるとして、故意を積極的に裏付ける事情になり得るといえる。

このように、判決において、故意を阻却し得る例外事情があることを示しているながら、実際に故意が阻却される余地が極めて限られている状況は、特殊詐欺事案にも共通しているといえよう。詐欺の可能性があると認識を排除する余地を残しているながらも、前記4-2(2)で検討したとおり、現実的には、荷物の中身が詐欺の客体以外の物であることを確認することはほとんど想定できず、逆に、確認しようとしたこと自体が詐欺の可能性の認識についての推認を強めることになるからである³⁵。詐欺の故意を否認する受け子にとっては厳しい基準であるといえるが、故意を推認するための間接事実が十分に認められる以上、

³³ 福岡高判平成28年6月24日高刑集69巻1号1頁。同判決の解説として、山中純子「指定薬物事犯の故意の内容」松原芳博ほか編『判例特別刑法【第4集】』（2022年予定）参照。

³⁴ 匿名解説・判時2340号127頁。

³⁵ なお、石川さおり「現金送付型の特殊詐欺における受け子の故意を立証するための捜査の在り方について」警察学論集72巻1号(2019)87頁が、覚醒剤の自己使用事案における故意の認定につき、「尿中から覚醒剤が検出されれば、『特段の事情』のない限り、自らの意思で覚醒剤を使用したとの事実を認定できるとする判断枠組み」について、「被告人の供述が積極的に信用できるとまではいえなくとも、その信用性を排斥することができないとの判断に至れば、事実上の推認は破られ、覚醒剤使用の故意を認定するには合理的な疑いが残ることになるとされている」ことを指摘しているとおり、被告人に特段の事情の立証責任があるかのような判断に陥らないように注意する必要がある（東京高判平成28年12月9日判時2332号109頁参照）。

特殊詐欺事案の実態に見合った適切な判断枠組みであると考えられる³⁶。

5. 特殊詐欺の故意の認定枠組み

5-1 三段階の認定枠組み

以上で検討したことを踏まえ、様々な間接事実からの特殊詐欺の故意の認定枠組みをまとめると、以下の三段階で考えることができる。まず、被告人の詐欺の認識を推認させる基礎となる事実、前記3で述べた2種類の間接事実である。つまり、(i)被告人の関与した荷物の受取りが何らかの犯罪に関わるものであること(犯罪関連性)の認識を示す事実及び(ii)被告人が詐欺罪の構成要件である「欺罔」や「錯誤に基づく交付」を認識していたことを想起させる詐欺的要素(詐欺関連性)の認識を示す事実である。これらの(i)及び(ii)を満たす場合には、原則として詐欺の故意が推認されるが、例外的に(iii)詐欺の可能性があると認識を妨げる特異な事情がある場合には、詐欺の故意が否定されることになる³⁷。

この(i)ないし(iii)の中でも、特に重要で核となるのは、(ii)である。なぜなら、詐欺の故意というのは、詐欺罪の客観的構成要件である「欺罔」や「錯誤に基づく交付」に対する主観的な認識であるところ、その主観的な認識を強く推認させる事情であるからである。送り主を欺罔しているという直接の認識がなくとも、宅配便の受領行為に他人になりすますという詐欺的要素がある場合には、送り主が受け子ではない別の人物に送ろうとしていたことを認識することができるといえ、「錯誤に基づく交付」の認識を認定することができる³⁸。このように、詐欺罪の故意の本質的な部分の認識に結びつく(ii)が重要となる。

また、(iii)については、特異な事情であるから、荷物の中身を実際に確認して他の犯罪の客体となる物を見た場合やそれに匹敵するような事情がある場合に限られるだろう。

³⁶ 但し、受け子と特殊詐欺グループの中心にいる共犯者との間に、受け子の共同正犯性を基礎付けるような共同犯行の合意である「共謀」が認められるかどうかは、受け子の果たした役割に照らせば、議論の余地があるだろう(山中・前掲注(1)5頁以下参照)。

³⁷ 三段階の認定構造で説明する評釈として、江見・前掲注(11)172頁。また、受け子の故意の認定構造について、「概括的認識を媒介とする推認構造」と「直接的に詐欺の可能性の認識を推認する構造」に分けて説明するものとして、富川雅満「特殊詐欺における受け子の故意の認定」法学セミナー793号(2021年)29頁以下参照。

³⁸ なお、玄守道「判批」新・判例解説 Watch27号(2020年)164頁は、③事件の判断枠組みにつき、「その射程は、受取方法の不自然さが著しい場合に限定されよう」と指摘するが、受取方法の不自然さから、送り主が名宛人としている者でない者が荷物を受け取る詐欺であることの可能性の認識まで導くべきであり、判断枠組みの基礎は、受取方法の不自然さよりも、詐欺関連性にみるべきである。

5-2 その他の詐欺の認識を補強する事情

(1) 多数の者による役割分担

事件①判決では、多数の者が役割分担して犯罪を実現することについても言及されたが、この事実の認識は、(i)の犯罪関連性の認識には当たると思われるが、それだけでは詐欺的要素がなく、(ii)の詐欺関連性の認識を直接推認させる事情にはならない³⁹。しかし、(i)のように何らかの犯罪を推認させる事情といった抽象的な意味しかもたないものにとどまるものでもない。詐欺的要素に多数人の役割分担という要素が加わることによって、詐欺罪の中でも、組織的に役割分担して実行されることが周知されている「特殊詐欺」であることが推認されるからである。

また、詐欺グループにとって、わざわざ報酬を払って部外者の受け子に依頼するという事は、秘密の漏洩による犯行発覚や被害金の持ち逃げのおそれもあり、デメリットも大きい。そのため、拳銃や違法薬物の譲受など秘密裡に行いたいものであれば、関与させる人数を極力減らして、同様に秘密裡に譲渡したい譲渡人から直接受け取る方法もとることができるはずである。それにもかかわらず、詐欺グループ内の中心にいる者が自ら受け取らないのは、被害者である送り主に対して送付の意味を偽っており、騙されていることに気付かれて通報されることなどにより犯行が発覚するおそれが高いからであろう。このように考えれば、あえて部外者が加わって役割分担しているということの認識も、特殊詐欺であることの認識の推認を補強するであろう。

したがって、多数の者による役割分担の認識については、(ii)の詐欺的要素の認識に加われば、「特殊詐欺」の認識の推認を補強する事情になるということができよう。事件①の原審のように、新しい手口に具体的に気付くことができたかどうかや、③事件の原審のように、以前から同じような取出しを繰り返していたとか、別のマンションでも同じような取出しをしていたなどの具体的な事情を踏まえなくても、多数の者による役割分担という特徴のある詐欺に関与していることを想起させることができれば、特殊詐欺の故意を認定することができるだろう。

(2) 荷物の中身が現金であること

また、荷物の中身が現金であることの認識については、それだけでも何らかの違法行為であることの認識を推認させるため、(i)の間接事実にあたること

³⁹ 多数の者による役割分担の認識は、故意を推認させるというよりも、共謀を推認させる事情と考えるのが素直であるといえよう。

は間違いない。しかし、詐欺罪が財産犯であり、特殊詐欺の最終目的は被害者から現金を騙し取ることであることに鑑みれば、中身が現金であることを認識していれば、その他の詐欺的要素と結び付くことにより、何らかの犯罪を超えた詐欺の認識を推認させることになるだろう⁴⁰。財産犯を想起させるというだけでは、詐欺罪以外の犯罪も考えられるし、現金の送付であるというだけでも違法取引に係る代金の支払いなどが考えられるため、荷物の中身が現金であることの認識だけでは、(ii)の間接事実に該当するとはいえないが、詐欺的要素の認識と併せると詐欺の認識を推認させることができる。したがって、荷物の中身が現金であることの認識についても、(ii)を補強する重要な事情であるといえる。

6. おわりに

本稿では、現金送付型の特殊詐欺事案において、受け子の故意が問題となった最高裁判例を取り上げ、詐欺の故意の認定方法について検討した。冒頭に述べたように、現金手交型である場合には、受け子が警察官や銀行員などを装い、偽の肩書きと偽名を騙ることから、受け子には詐欺的要素の認識があり、詐欺罪の構成要件である「欺罔」や「錯誤に基づく交付」の認識があったことを推認しやすいといえる。しかし、特殊詐欺事案においては、特殊詐欺グループも、受け子の成り手を確保するために、また、受け子が受領に成功するように、受け子にもうその話を信じこませようとすることがあり、うその話の内容はより巧妙になっている。現金手交型であっても、架け子が被害者に対し、受け取りに来る人物に中身が現金であることが分からないように手渡すよう指示することがあるなど、詐欺の故意の認定にとって消極の間接事実が意図的に作出されていることがある。したがって、特殊詐欺事案において詐欺の認識を推認させる間接事実を積み重ねる際には、より強い推認力をもつ、詐欺的要素をもつ事情及び特殊詐欺に特殊な事情を適切に見極め、そのような事情を核として適切に故意の認定をする必要がある。

やまなかじゅんこ（本学法学部講師）

⁴⁰ 角田・前掲注(20)164頁は、受け子の故意が問題になるような事案では、事実認定の個別性・具体性が強いので、似たような間接事実（情況証拠）であっても、被告人の詐欺の認識を推認させる力には差異があることを指摘する。

【論説】

法源となった「正義」(2/2)

「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、判決文上の「正義」に焦点を当てた。中心的に議論される判決は平成29年改正前の民法724条後段を除外期間を定めたものとしつつ、妥当と考えられた結論を引き出すべく、民法規定に上位する法源として指定した「正義・公平の理念」に依拠して当該規定の適用を否定したものである。当該条文の改正によって、そのような自然法論的解釈もたらす危険性は少なくなったものの、この安易な発想が裁判官や学者によって共有されているかぎり、我々国民は、この「正義」が暴走する危険に常に晒されている、ということが、古代ローマのモンストルムの法理などの例に基づいて指摘される。

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(欠席)
- 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

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

ゼミ開始：ワクチン接種

P: こんにちは。今日はみんな揃ってるね。

ところで、先週欠席の二人、授業の録画送ったけれど、観てくれたかな？

D: はい、観ました。刑訴法 411 条の「正義」という言葉について法哲学者だけでなく刑訴法学者もあまり重要視していない、というか、むしろスルーというのには驚きましたね、法哲学のゼミ生として。定義を試みることもせずに安易に使うのは、学問じゃなくてもまずいですよね。

E: 私も2回観ました。「正義」という響きのいい言葉を、中身もはっきりしないまま使っていると危険な下り坂を後戻りできなくなってしまうよ、という先生の指摘が実に意外でした。「正義」じゃなくても、同じような受け入れやすい言葉、便利に使っていましたが、どうしてそれが「正義」となると危険なのか、随分考えてみましたが、よく分かりませんでした。

P: 大事なところ、ちゃんと考えてくれたね。ありがとう。その「問題は、先週と今週のこの授業のテーマだから、また後でみんなで話し合おう。

さて、A君もCさんも先週に引き続き出席だけれど、今日は残念ながらBさんが欠席なんだ。昨日連絡があってね。一昨日受けたワクチン接種の副反応で39度以上の発熱と身体中の痛みで寝ているって。大事ないといいんだけどね。

A: 僕は、打った腕が二日くらい筋肉痛みたいに痛かっただけでした。

C: 私は一時37度5分くらい熱が出ましたけれど、今はもう平熱です。

P: それは良かった。

E: 私は、実は、まだ打つのを迷ってるんです。

P: そうか。僕は優先的に打たせてもらったんだけど、Eさんの迷いもよく分かるよ。特別に緊急承認されたワクチンだものね。不安があって当然。でも、これは公衆衛生の問題であって、果たして一人ひとりの自己決定権の問題にしまっていていいのか、その点キチンと考えて答えを出す必要があると思うね。少なくとも法哲学に関わっちゃった以上。脅しみたいだけど。

C: J. ベンサムの功利主義の考え方、「最大多数の最大幸福」。習ったと思うけど、これも参照してね。

E: はい、分かりました。よく考えてみます。

民法 724 条後段「除斥期間」

P: では、ゼミを始めよう。今日も、「法源となった『正義』」の具体例に即して、「正義」という言葉遣いの危険性の問題を考えるんだけど、今日取り上げる例は判決文だ。それも民事判例だ。こっちの方の「正義」は、先週やった法律

上の「正義」と比べて、ハンパないくらい危険なんだよ。なんと言ったって、法律によって授權されてもいないのに、裁判官がそれを根拠に法律の適用を排除してしまうんだからね。その点、先週話に出てきた「公序良俗」や「信義誠実」、「権利濫用」とはわけが違う。そっちには条文上の根拠があったものね。だから、判決文で突然使われる「正義」は、ハンパなく危険だというわけだ。

A: 先生、「ハンパなく」なんて、やっぱり軽すぎますよ。大事な話なのに。

P: じゃあ、判決で用いられた「正義」という言葉の持つ危険性は半端なものではない、と言い直そう。これで普通の重さになったかな？

で、その危険性を僕が感じ取った判決というのは、先週も言ったように、2017年(平成29年)に改正される前の民法724条後段に規定された20年という期間を「除斥期間」と捉えた上で、それを、「正義」に基づいて適用しなかった2001年の下級審判決なんだけれど、この判決の内容を見る前に、何はともあれ、この条文の規定内容を確認しておこう。

Eさん、その条文読んでくれるかな。改正前のもも載っていると思うので、両方ね。一応、画面には出しておくけど。

E: はい、分かりました。両方あります。では、改正前のものから読みます。

民法724条(平成29年改正前)「不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないときは、時効によって消滅する。

不法行為の時から20年を経過したときも、同様とする。」〔強調－引用者；以下同じ〕

これが改正されて、今はこうなりました。

(平成29年改正後)「不法行為による損害賠償の請求権は、次に掲げる場合には、時効によって消滅する。

1 被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないとき

2 **不法行為の時から20年間行使しないとき。**」

P: ありがとう。

みんなにはまず、改正前の条文のどこにも「除斥」なんて言葉は出てこない、ということを改めて確認しておいてほしいと思う。つまり、「除斥期間」というのは、後段にある20年のことをそう解釈した、ということね。前段の3年間は明示的に消滅時効の期間だとされているから問題はないけれど、後段は、「同様とする」としか書かれていなかったから、そこを「時効によって消滅する」とするべきなのか、単に「消滅する」と読んで除斥期間とするべきなのか、といった解釈の余地が出てくるわけだ。それが改正されて、どちらも同じく消滅時効の期間である、ということが否定できないようになったね。

内田貴先生の『改正民法のはなし』という冊子をスマホの画面で見せるけど、この本でも、後段の規定は除斥期間を定めたものだとする従来の判例の立場に対する批判が強くなって、まさに20年間というものを「時効期間であることを明示する改正」を行なった、ということになっているね(内田2020:16参照)。

「正義」を用いた判決例

さて、問題の下級審判決というのは2001年の東京地裁の判決(東京地判平成13年7月12日)だ。これの新聞報道を読んで、「法源となった『正義』」なんて変わった問題をいつか掘り下げてみたいと思うようになったんだ。

A: そうでしたか。最高裁の判決じゃなかったんですね。完全ノーマークでした。で、どうしてそんな地裁判決が新聞報道されたんですか？

P: それはね、第2次大戦で我が国から被害を受けたアジア諸国に対する戦後補償に関する画期的な判決だったからだ。戦争中のことを平成の時代になって問題にするのは難しいんじゃないか、と思われていたところ、その訴えを認めよう、という判決だったからね。

C: やっぱり戦後補償裁判だったんですね。多分そうじゃないかな、と思ってましたよ。中国人や韓国人の強制連行事件のものとか元従軍慰安婦の裁判とか、この種の裁判って、戦争責任の問題に関わるので、政治的判断や国際関係的な配慮が入り込んで、法実証主義からすると問題になる判決が多いですね。先生的には、政治的配慮なんでもってのほかですから。

P: そうさ。僕も、第一感、こういう裁判だからこそ、「正義」が切り札として持ち出されたに違いない、と思ったんだ。しかし、必ずしもそうじゃなかった、ということはみんなも分ったね。

A: 僕は、最高裁判決に違いないと思って、「正義」と「除斥期間」で検索したんですよ。それで、これに間違いない、と思った判決(最判平成21年4月28日)をコピーしてきました。教科書にも出てましたし。

P: あれかな？ ま、後で紹介してよ。

E: 私も最高裁判決だけしか探しませんでした。でも、最初、「正義」だけで検索したら、たくさん出てきちゃったのですが、そのいくつかを見ているうちに、「正義と公平」ならば、ということで検索し直したら、グッと減り、その中に、先生が法学方法論の授業で「もちろん解釈」の例として取り上げていた予防接種禍東京集団訴訟の上告審判決(最判平成10年6月12日)が出てきたので、それにしちゃいました。これも教科書に出ていました。

P: 確かにそれも「正義」を判決の根拠にしてはいるけれど、ちょっと微妙なんだな。まあ、それは後にしよう。

D: 僕も最高裁判例です。「正義に反する」で検索しました。古いんですが、10

年くらい前の判決が引用していたやつで、「正義」に基づいて原判決を破棄したもの(最判昭和44年7月8日)にしました。民法724条とは関係ないですが。

C: 私は、さっきも言いましたように、戦後補償裁判に対象を絞ったのですが、高裁判決まででした。それで、724条後段を「正義」で制限したものではないのですが、やはり「正義」を動員して原告の請求を認めた判決(広島高判平成16年7月9日)をピックアップしました。

P: 不法行為じゃなく安全配慮義務違反だとしたやつかな? それも後で紹介してください。僕の東京地裁の判決とどこが違うか、確認しよう。

いや、みんなそれぞれよくそういう判決にたどり着いたね。

東京地判平成13年戦後補償判決

それらの検討は後でやるとして、まずは、東京地裁の判決を、掻い摘んで紹介しておこう。じゃあ、雑誌(『判例タイムズ』1067—以下『判タ』と略称する—:119以下)に掲載された判決文をスマホの画面に出すよ。

問題となった事件は、日本政府が、戦時中に、「華人労務者内地移入」を閣議決定し、その結果、中国山東省のある住民が、1944年に北海道へ強制連行された上で過酷な労働を強制され—いわゆる徴用だな—、さらにはそれに耐えかねて1945年、太平洋戦争終戦直前に作業場から逃走し、その後1958年まで北海道の山中での逃走生活を余儀なくされ、耐え難い精神的苦痛を被った、ということで、その中国人が1996年に我が国を相手取って提起した損害賠償請求事件だ。結論的にその請求額を満額認容した、同種の訴訟としては画期的な判決とされるものだ。とはいえ、高裁ではひっくり返されているけどね(東京高判平成17年7月23日)

この裁判には争点はいくつもあったけれど、この授業で必要な「争点6」の民法724条後段の適用問題に焦点を絞るよ。ただ、この地裁判決は、国が原告を戦中に強制連行し強制労働をさせたこと自体からは原告に賠償請求権は生じない、と認定しているんだ(『判タ』:138,140-143)。地裁が賠償の対象にしたのは、13年間の逃走生活のうち、ポツダム宣言受諾後、とりわけ、国家賠償法が制定され施行された日(1947年10月27日)以降のことだ。

D: えっ、賠償を命じたのは強制連行や強制労働そのものに関してじゃないんですか。画期的という割には、ちょっと肩透かしみたいですね。

A: まさか、「戦後」補償って、そう意味で、じゃないですよ?

P: 違うよ。この事件はかなり特殊だけど、問題の戦後の逃走生活も戦中の過酷な徴用の結果引き起こされているわけだから、実質的には、戦時中の日本政府から被った被害の補償と同じものと考えていいと思う。

もちろん今日のテーマから言えば、不法行為が戦時中のものか戦後のものか

は大きな問題じゃないね。訴訟提起がなされた 1996 年は、原告が保護された 1958 年から数えても既に 38 年経過していたんだからさ。

E: じゃあ、戦後の日本政府は原告に対してどういう不法行為を犯した、とその地裁は言っているんですか？ 簡単をお願いします。

P: ごく簡単に言うと、日本政府は、戦争終結後、徴用した原告に対して「原状回復義務」としての「救済義務」を負ったにもかかわらず、それを履行しなかったために、国賠法 1 条に定めた「違法行為」を「不作為」によって犯した、という認定だ (『判タ』: 145-147)。

E: 終戦後になって発生した義務の違反、ということですね。

P: そうだ。では、いよいよ問題の核心、除斥期間の適用排除問題にいくぞ。

東京地裁は、最高裁の平成元年判決——これは後でも出てくるので、詳しくはそこでね——に従って、724 条後段は「不法行為をめぐる法律関係の速やかな確定を意図している」から、「除斥期間と解すべき」だとしたのだけれど、「消滅の対象とされるのが国家賠償法上の請求権であって、その効果を受けるのが除斥期間の制度創設の主体である国である」という点を考慮すると、「**国家賠償法及び民法を貫く法の大原則である正義、公平の理念**を念頭においた検討をする必要がある」として、救済義務を怠り、原告からの要求にも、調査すら行わずそれを放置した被告国に、「その責任を免れさせること」は、原告の「被った被害の重大さを考慮すると、**正義公平の理念に著しく反している**と言わざるを得ないし、・・・国家として損害の賠償に応ずることは、**条理にもかなう**というべきである」から、「民法 724 条後段の除斥期間の適用はこれを制限するのが相当である」と結論しているんだ (『判タ』: 147-149)。

A: 結論的には文句なしですね。中国から無理やり連れてこられて過酷な労働をさせられて、辛くて逃げ出し、13 年も異国で逃亡生活を続けてきた人に、国がその損害を賠償するのは当り前のことだと思います。

E: 私もそう思いますし、特に、国が、自分のやった不法行為を、自分で作った国家賠償法 4 条で、自分で作った民法 724 条の除斥期間を適用することにして、その責任を免れようとするなんて、断じて許されない、という判断には、拍手を送りたい気持ちです。

C: いいですか。二人の意見に水を差すようだけど、私は、この判決が引き出してきた「正義」なるものには引っかからなければならないと思いますよ、法哲学をやっている者として。だって「**国家賠償法及び民法を貫く法の大原則である正義、公平の理念**」って、どういうものなんですか？ そもそも「正義」の理念というのは個々の実定法を本当に貫いているって言えるんですか？ その辺りもっと具体的に「正義」をブレイクダウンしてもらわないと、それを「念頭において」考えることなんてできないと思いますが、どうですか。

それから、先生の法学方法論の授業でも条理解釈という解釈方法があるって習った記憶がありますが、「条理」に適っていればOKだと言うなら、「正義公平の理念」なんてコントロールな概念を特に持ち出す必要はないんじゃないですか？ 一般に言う「条理」って万能っぽいですよね。

P: その通りだと思いますよ。でも、どっちの問題も今日のテーマですから、また後でゆっくり。

D: でも、東京地裁が「正義」を持ち出したのは、20年を除斥期間と解釈したための苦肉の策なんでしょう？ 消滅時効だと解釈しさえすれば、こんな「正義」とか「条理」とかの理屈はいらなかったんじゃないでしょうか？

P: 確かにそうだ。東京地裁は、有力な消滅時効説もある中で、除斥期間説をあえて採用する理由として、一言こんなことを言っているよ。この規定は「不法行為を巡る法律関係の速やかな確定を意図しているもの」だから、「時間の経過という一義的基準」でことを決すべきだ、とね(『判タ』: 147, 148)。

A: なんだかその理由は時効制度全体に当てはまるような感じがしますね。

「時効」制度

P: 「時間の経過という一義的基準」というのは、一つには、時計は動き出したら途中で止まらない、という意味だと思う。消滅時効はそうじゃないよね。

他の意味もあるけど、まあ、このゼミは法哲学だから、あまり民法の解釈問題に深入りはできないとはいえ、D君やA君の鋭い指摘もあったので、この地裁判決を評価するために、みんなに用意してもらった教科書には問題の724条後段についてどんなふう書いてあるのか、確認してみることにしよう。

だけど、その前提として、民法の時効制度の大事なところを簡単におさらいしておきたい。これは総則の問題だ。1年生か2年生でやっているはずだから憶えているよね。平成29年の改正でだいぶ複雑になり分りにくくなっているけれど、そこら辺はスキップしましょう。D君、どう？

D: はい、憶えています。みんなより1年遅く、再履修で取りましたので・・・

時効には、物権である所有権などの取得時効(民法162条以下)と債権などの消滅時効(同法166条以下)という2種類があって、取得時効というのは、所有権の場合、所有の意思で20年間平穏かつ公然と占有していると自分のものになる、というものです。こっちは改正されませんでしたね。

今日の問題と関係がある債権の消滅時効の方は、改正で、全部まとめて、権利行使が可能だと知ってからだと5年間、権利行使が可能になってからだと10年間行使しないしていると消滅することになりました(民法166条1項)が、改正前は、そんな区別なしに、一般の債権は10年(旧民法167条1項)となっていて、特定の債権には1年から3年の短期消滅時効(旧民法170～174条)とい

うのもありました。これは、債権というのは、ボーッととして一定の期間督促もしないでいると、パーになっちゃう、というものだと思います。

P: ありがとう。でも、僕が確認してほしいのは、年数とかじゃなくて、改正されても変わらなかった、もっと基本的な、そもそも時効ってどんな制度なのかとか、どうしてそんな制度あるんだとかなんだ。Eさん、どうですか？

E: 私は細かい点はほとんど忘れてしまいましたが、時効というのは、本当の権利や義務と矛盾する事実状態が一定の期間継続してきたら、事実状態の方を重んずる、という制度だと習いました。＜権利の上に眠る者は保護しない＞なんていうことわざとも関係がありましたよね。

C: そう、それが資本主義経済システムに適合しているからなのよ。民法は、権利保護という静的な安全とともに、あるいはそれ以上に取引の安全という動的な安全を重視している、ということも習ったでしょう。

E: はい、習いました。

A: 私法上の時効というのはまさに取引の安全を重視した制度なんですね。でも、刑の時効(刑法31条)とか公訴時効(刑訴法250条)とかの刑事法上の時効には、権利云々とか動的な安全とかの説明は当てはまらない、ということは一言言っておきたいですね。迷宮入りになった事件では、警察や検察庁は権利の上に眠っていたわけじゃないですし、取引の安全とは関係ないですものね。

C: いやA君、私法の方だって、他人の土地だと知っていたのに、自分の土地の上であるかのようにそこに小屋を建てて暮らしていたところ、うまいこと本当の所有者に気づかれることなく20年経ったら、そこは自分の土地になってしまうとか、人からお金借りても、返してくれと言われないうちに5年間知らんぷりしていたらその借金をなかったことにできるなんて、犯罪を犯しても、逃げおおせた者は、許しましょう、というのと似たようなものじゃないですか？

A: 確かに、そうですね・・・

P: まあ、民事も刑事もまとめて、そもそも法的には問題がある事態だとしても、一定の時間その状態が続いたら、それを既成事実としてそれに法的な保護を与えるというのが時効制度だ、ということにしていいんじゃないかな。

それから、短期消滅時効が廃止されたり、刑事法の方でも、最近になって公訴時効が延長されたり、罪によっては廃止されたりもしているから、若干怪しくなってきたけれど、一般には、時間が経つと証拠も散逸したり関係者の記憶も不正確になってくるから、というのが一番の理由だとされているのは知っての通りだね。法律関係を安定させる、という理由もあって、これはさっきの東京地裁判決が挙げた理由とかなり近い感じだね。

しかし、ここが大事なんだけど、民事の時効制度には、刑事のそれと決定的

に違うところがあるよね？

E: 刑事だと、時効の利益を受ける者、つまり犯人が国外にいた場合は、その間、時効は停止します(刑法255条)が、民事にはそんなことはない、というところがすぐ頭に浮かびましたが・・・

時効の援用

A: いや、もしかして「援用」(民法145条)のことじゃないですか？これって、時効の利益を得る方、つまり所有権もらえちゃったり、債務が消えちゃったりする方が、時効が完成したと主張しなければ、元の権利や債権は生き続ける、って制度でしたよね。それに対して刑事の時効は、要するにタイマーの問題だけだから、カウンターがゼロになって時効が成立しちゃえば、犯人が、それを「援用」する、という特別な行為をしなくても、もうその罪は問えないんですよね。そこが全然違うような気がします。

D: 確かに。公訴時効とかに「援用」はないな。犯罪行為の終了時点からタイマーがカウントダウンを始め(刑法253条)、Eさんが挙げた場合もそうだけど、途中停止したりすること(同法254,255条)はあるけれど、所定の期間が経過すれば、ピープ音が鳴って、それで一巻の終わりだものね。

E: タイマーが止まることがある、という点では、民事の方にも時効の完成猶予とか更新とかの制度(民法147条以下)があるから、同じですけどね。

P: その通り。でも、やはり民事と刑事の決定的違いは、A君が言ってくれた、時効の利益の享受には、タイマーがゼロを表示していることが客観的に確定されるだけじゃなく、享受する側の「援用」という意思表示を要求するかどうか、ということだね。この点は、今日の問題にとって、極めて重要だよ。民事の時効の効果は、当事者の意思に依存している、ということだ。

そして、意思表示だからこそ、「援用」は一般条項の管轄範囲に入ってくるわけだ。とりわけ、権利濫用(民法1条3項)のね。

しかし、この民事の時効と似て非なる「除斥期間」なるものは当事者の意思に依存していない——いや、依存させない——制度だよ。僕が挙げた東京地裁判決とかの当時の判例や通説は、それを、刑事の時効に近い制度だと読んだことになるわけだ。

A: 先生は、724条後段も消滅時効を定めたものと解釈しているんですか？

P: 確かに、そう解釈する方が自然に見えるし、話は単純だと思うけれど、僕が学生の頃習った先生は、あれを当り前のように除斥期間だと言っていた気がするんだ。それで僕もまったく疑わずにそれを受け入れていたわけ。でもね、民法が大の苦手だった人間の言うことだから、当てにはならないけどね。

D: 先生、民法苦手だったんですか。僕と同じですね。どうも好きになれなく

て。でも、先生、R. v. イェーリングの民法系の、というかローマ法関係の論文をいくつか翻訳したって法学方法論の授業で言ってたじゃないですか。

P: 概念法学の正体を明らかにするために、どうしても必要だったからね。だから、それはそれは苦難の道だったよ。ラテン語もふんだんに出てきたしね。いい勉強にはなったけれどね。

E: はい、では、話を戻しますが、当事者による援用という行為を要求する民事の消滅時効は、私的自治とか、<訴えなければ裁判なし>とかいった、民法や民事訴訟法の大原則とも整合する制度だ、ということなのでしょうかね？

C: その通りだと思うわ。皆さん、民訴法 89 条を見てくれますか。そこでは、裁判所はいつでも和解を試みるができるってなっていますよね。それが示しているように、民事紛争の場合は、国は本来、当事者同士の合意で解決してくれるのが最善だと思っていて、裁判所が判決で白黒付けるのはやむを得ない場合だけにしたい、という仕組みになっているわけですから、タイマーのピープ音が鳴って電源が自動的に切れるみたいに、当事者の意思とは関係なく権利関係が変わってしまうような制度は採用されない、と解釈する方が自然だと私は思います。だから、今見た東京地裁判決をはじめ当時の判例はどうして自然な解釈をしなかったのか、ちょっと疑問に思っています。

松本克美「除斥期間」論文

P: 僕にはそのへんの事情はよく分からなかったんだけど、松本克美先生の「民法旧 724 条後段の 20 年期間＝除斥期間説の違憲無効論」という論文(2020 年)を読んでみたら、おおよそ分かったね。

A: 先生、その論文、やっぱりサイニったんですか？

P: いや、最近、民法 724 条と除斥期間という検索ワードでググってみたら、すぐ出てきたんだ。ダウンロードしてあるから、画面で共有するよ。

C: この題名を見ると、まさにビンゴみたいな論文ですね。でも、除斥期間説が「違憲無効」とは、松本先生はどの点についてそう言っているんですか？

P: 松本先生は、改正前の 724 条後段でもそれを除斥期間と解するのは「立法者意思」に反した「反制定法的解釈」だと批判していて(松本 2020: 232, 236)、国賠法事案でそれが採用された場合は、国や公共団体の賠償責任を定めた憲法 17 条に違反し、その他の場合は、個人の尊厳を民法の解釈基準として定めた民法 2 条を通じて憲法 13 条や、裁判官は憲法と法律にのみ拘束されるとした憲法 76 条 3 項などに違反する、と主張しているよ(同前: 263-267)。僕としては、その点について少し言いたいことはあるけど、まあ、その点についてはこれ以上深入りしないことにしよう。

C: すみません。解釈学説間の相互批判のレベルじゃなくて違憲無効という論

点が出てきてちょっと意外な感じがしたものですから・・・

D: 松本先生は、立法者は旧 724 条後段の 20 年を消滅時効として定めたんだ、と主張しているわけですね。

P: 明治民法の制定過程まで遡ってそう結論づけているよ (同前: 237 以下)。

E: 私も消滅時効だとするのが自然な解釈だと思いますが、立法者はそのつもりであの条文を作ったんだとすると、自信が持てますね。

P: いや、どうかな。あれが消滅時効を定めたものであることがそれほど明確なのか、は疑問なしとしないね。松本先生も、学説では戦前から消滅時効説と並んで除斥期間説があったことを認めているし (同前: 241 以下)。下級審の判決にも両方の立場のものがあつただけけれど、平成 1 年になって最高裁 (最判平成元年 12 月 21 日) が、あの規定は、消滅時効ではなく除斥期間を定めたものだ、と「統一」したとしているからね (同前: 246)。あ、そう、この判決を調べてきた人いるかな?

A: それ、みんなで B さん担当と決めたので、僕たちは調べていないです。

平成元年最高裁判決

P: そうだったのか。じゃあ、僕が簡単に紹介することにして。画面に出しておくよ。短いからね。

これは、1977 年に提訴された、不発焼夷弾処理の際の火傷事故に関する国家賠償法の事件で、問題となった不法行為は 1949 年に起こっていたので、28 年以上経過していたわけだ。そこで最高裁は、724 条後段は「損害賠償請求権の除斥期間を定めたものと解するのが相当」だとして、請求を棄却したんだ。

この事件の下級審判決は、地裁が全部棄却で、高裁は、消滅時効 (または「弱い除斥期間」) 説に基づいた上で権利濫用を認定した、国賠法 1 条による損害賠償責任の認容だ。

A: その「弱い除斥期間」というのは、「被害者保護の観点から」、期間の経過の「中断、停止を認める」という考え方ですね。でも、除斥期間だとしていながら、そんなこと可能なんですかね。

D: それが可能だったら、消滅時効だとした場合と同じじゃないですかね。

P: まあ、当時は裁判所もいろいろな説をとっていたんじゃないか。それを最高裁が (強い) 除斥期間説に統一した、ということなんだろう。

E: 先生、20 年間は除斥期間だと解すると、国賠法事件の場合、被告の国などには有利な結論ですよ。この事件が戦争末期に米軍に空襲された際の不発弾の処理にまつわるものだ、ということと、最高裁によるその説の統一とは関係ないんですかね?

P: どうだろうね。米軍の不発弾だったということとは関係なさそうだけれど、

国賠法事件だったということとは関係なきにしもあらずかな。

A: 先生、画面を最初の方に戻してくれますか。あ、ここでいいです。

この判決、ここで、被告が原告たちに対して、事故直後には「療養見舞金」とかを、それから、だいぶ経ってからだけど、1961年以降にできた法律に基づいて「障害給付金」とかを、合計すると60万円以上ですか、それを支払っていることも認定していますよね。だから、もしかすると、消滅時効説に立っても、被告の時効の援用を権利の濫用だとはしないという路線の選択もあったのかもかもしれませんね。

C: A君、それはどうですかね。当時の60万円って、今の金額に直しても500万円くらいにしかならないんじゃないかしら。これじゃあ全身火傷と重度の後遺症に対するものとしては少なすぎるし、何よりも、これは「見舞金」とか「給付金」とかであって、損害に対する賠償金じゃないわよね。最高裁も、その支払いを判決で認定しただけで、あとは何も言っていないのは、それを請求棄却の理由にはできない、と考えていたからだと思うわ。請求棄却するには、やはり除斥期間説に立つしかない、と考えたんじゃないかしら。

P: いや、請求棄却ありきじゃなかったと思うけれど、消滅時効説じゃ、この事件の場合、時効の援用を権利濫用だとも、濫用ではないとも言い切れない状況に陥ると判断したんじゃないか、という見立てはその通りだと思うな。

いやいや、松本論文を読んでいて、ちょっと先走りしすぎたようだな。

民法 724 条後段に関する教科書：大村敦志

一応、今までのところで、時効制度の基本が確認できたと思うので、みんなの教科書が724条に関して、それぞれどんなことを書いているのか、を共有しておこう。Eさん、最初をお願いします。

E: はい。私の教科書はちょっと古いですが、大村敦志先生の『基本民法Ⅱ 債権各論(第2版)』(2005年)です。大学の授業で使った内田先生の教科書はD君に任せましたので、図書館で探してきました。スマホ画面で見せます。

大村先生は、あまりはつきり自説を論じてはいないですね。1項の3年が消滅時効の期間である点には「異論はない」とするのに対し、2項の20年については、「通常、除斥期間であると考えられている」として、今問題となった平成元年の判決にも触れています。先生はどちらの立場かは述べていません。ただ、平成元年の判決の「妥当」性については疑問が残るとして、「訴訟において除斥期間満了を主張することが信義則に反し許されないという場合は残る」と言っていますね(大村2005:242,243)。

P: なるほど、さっき出てきた「弱い除斥期間説」(p.61)みたいな考え方なんだろう。期間満了の主張に信義則が適用されるのならば、D君が言ったよう

に、除斥期間だろうが消滅時効だろうが同じだよね。

じゃあ、次にD君、お願いします。

内田貴

D: はい。僕は去年の授業で使った内田貴先生の『民法Ⅱ 第3版 債権各論』(2011年)です。民法の大改正が施行されたのがこの年でしたが、この教科書でやりました。スマホ画面見えますか。

内田先生も、724条後段に関して自分の考えは言っていないようです。さっきの平成元年の判決と、Eさんが紹介しますが、除斥期間説に立ちながら「正義」を持ち出して724条を適用しなかった平成10年の判決とを引用して、元年の判例は「通説の立場に立って」いたとか、それを契機にして時効説が「多数説」になったとか、解説しているだけです。ただ、最後に「そろそろ立法的解決が図られるべき時期が来ている」と言っています(内田2011:470-473)。

E: まさにその通りになった、というわけね。

P: しかし、大村先生とか内田先生とか、超有名な先生方がこの問題に対する態度表明をそこではしていなかった、というのも、意外だったね。

C: 確かにそうですね。でも、そもそも「通説」とか「少数説」とか「有力説」とかって、よく出てきますが、こういう区別は、誰がどうやって決めているんですかね? 「通説」=多数説、ということでもないんですよね? 内田先生も「通説」とは別に「多数説」という表現を使っていますから。

A: こう解釈するのが判例通説、なんて言い方がよくされているところを見ると、判例が採用している説と同じ説が「通説」なんじゃないですか?

P: それは違うと思うけど、どうやらあまり客観的な基準があるわけではなさそうだな。教科書や論文をざっと見たかぎりでは、ほとんどの学者が採っているようだと思われた説が「通説」だとされているんじゃないか、ということで。

じゃあ、次にA君の教科書はどうか?

近江幸治

A: 僕は、民法大改正を反映した教科書を探してきました。近江幸治先生の『民法講義Ⅳ 事務管理・不当利得・不法行為 [第3版]』(2018年)です。スマホの画面で見てくださいれば分かりますが、これは、まだ施行前ですが、改正された条文に基づいた解説をしているんです。しかし、ところどころで改正前のことにも触れています。それで、724条後段については、「従来『除斥期間』と解されてきた」とした上で、それでは「硬直的な解釈」になるという理由から、内田先生の本でも出てきた平成10年の判例や僕が後で紹介する平成21年の判例を契機にして、消滅時効に改正された(近江2018:219)、と書いています。こ

こを見る限り、近江先生は20年のことを除斥期間と解釈しているんだろうと思って、先生の『民法講義 I 民法総則 [第6版補訂]』(2012年)を見たら、「長短二重の期間制限がある場合は、長期の方を「除斥期間と解してよいであろう」(近江2012:375)と言っていました。

P:よく調べてくれたね。近江先生は通説の立場だったんだ。でも、どうやら、あまり断固とした態度表明ではないみたいだね。

さて、今度はCさんの手元にある教科書のことを聞くことにしよう。

我妻栄＝有泉享

C:はい。私は先週と同じくコンメンタールも持ってきましたが、それは後にして、先生が学生時代勉強していただろうと思うものから始めます。我妻栄先生と有泉享先生の『民法2 債権法』(1985年)です。これも、今までの教科書と同じで、自説展開はありません。「20年期間は除斥期間と解する説が多い」と述べているだけです(我妻・有泉1985:450)。

P:懐かしいね、その本。

さっきの松本先生によると、戦前の我妻先生は消滅時効説だったらしいけれど(松本前掲:240)、そうだとすると、この本での言い方は、多勢に無勢なので、除斥期間説に渋々白旗を上げた、ということだったみたいだね。

植林弘

C:コンメンタールも同じような感じです。加藤一郎先生編集の『注釈民法(19) 債権(10)』(1985年)ですが、724条担当の植林弘先生は「20年を消滅時効と解する説が多いが、近時、これを除斥期間と解する説が有力である」として、我妻(・有泉)先生と加藤先生の本を有力説の例として挙げています(植林1985:377)。でも、それぞれの説の根拠には触れていません。

P:どうしてだろうね。解釈論的にも実務的にもシビアな対立だと思うのにね。民法の先生たちにとって大事なものは結論だけなのかな。

清水元

しかし、そんな中、僕はちよつと異質な教科書を見つけたんだ。清水元先生の『プログレッシブ民法 [債権各論II]』(2015年)だ。724条について詳しく書いているんだけど、先生はどうやら除斥期間説に立っているみたいなんだ。

どうやら、と言ったのは、あまり明確な態度表明ではないのと、「[724条一引用者;以下同じ]後段も請求権時効を規定したものと解される」(清水2015:332)として、除斥期間も時効の一種みたいな言い方をしているからなんだ。

D:除斥期間説も、724条後段は、時間の経過とともに、請求権をなくすことを

意味している、という理解だから、除斥期間も広い意味での時効だと言っているのかな。でも、「時効」だと言っちゃったら、さっき(p.59以下)民事時効の特徴だと指摘してもらった「援用」(民法145条)が必要になりますよね。やはり、違ふと言わなければならないような気がしますけど・・・

P: そうだよな。ここだけ読むと、なんだか清水先生は消滅時効説みたいにも見えてしまうよね。でも、最後まで読むと、そうじゃなかった。というのも、除斥期間説を「通説・判例」だとした上で、判例が、「一般条項の適用を否定する」という点で批判されたために、それを「緩和する姿勢を示している」ことに対して、「不法行為に対する否定的評価は724条によって緩和されており、例外を設けることは制度そのものを否定することにあるおそれなしとしない」という「異論(暴論?)」を述べているからなんだ(同上:338,340-341)。

E: その「異論」は明らかに除斥期間説ですよ。学界的にはあまり評判が良くないから、「暴論」みたいな言い方をしているんでしょうか。

P: 20年を消滅時効化する民法改正の準備をしていた頃だから、相当分が悪かったんだろうね。でも、その「暴論」の理由はしっかり述べているところが、僕には好感が持てたな。さっきの続きでこんなことを言っている。「724条後段は不法行為の内容や質(故意か過失か、犯罪か非犯罪か)を問わず、免責させるものであり、不法行為者に対するマグナカルタの側面を有していると考えられる。・・・加害者はみずから招いたとはいえ、20年間は責任追及の怖れの中で生活しているという過酷な事実も考慮されるべきではないだろうか。」(同上:341)内容はともかく、理由を述べている。

D: これはすなわち除斥期間説宣言ですね。

P: そうだと思う。

A: でも、びっくりですね。不法行為者の「マグナカルタ」ですか。この見方は、さっきやった刑事時効制度(p.58以下)の場合と趣旨が同じみたいですね。つまり、除斥期間は公訴時効と同じだという。

C: しかし、不法行為者が私人の場合は「マグナカルタ」だと言ってもいいかもしれませんが、行為者が国家の場合はこうは言えないですよね。国家は生身の人間じゃないわけで、「責任追及の恐れの中で生活しているという過酷な事実」はあり得ないですね。つまり、清水先生の言うこの制度理由は、少なくとも国賠法が施行された後は、一面的すぎるとの誹りを免れないと思います。

E: 私の親みたいな法律の素人は、この話を聞いたら、法律って、悪いことした人たちに随分と優しいんだな、と思うでしょうね。犯罪を犯しても、多くの場合、一定時間が経っちゃえば、はい、もうお構いなしです、となっていますね。生き馬の目を抜く経済社会は常にリスクと隣り合わせですから——これ、先週の企業説明会で言われたんですよ——、債権を請求し忘れたとかで、時効

を援用されて、はいお仕舞い、は仕方がないことだは思うでしょうが、故意や過失で他人に損害を与えた人でも一定時間が経ったらもう賠償しなくていいですよ、20年も長い間大変でしたね、と言って許しちゃうわけですから。被害者の方をこそもっと大事に考えないといけないんじゃないか、って。

P: その感想、ごもつともだね。特に被告が国とかの場合、これは明らかに被告に有利な解釈だから、国民から反発されるのは当然のことだと思う。

ただ、このような解釈は、国賠法ができる前から、つまり戦前からあったようだ。さっきも引用した松本先生の論文からの孫引きだけれど、吾妻光俊先生は1930年に、こういう問題提起をしていたんだ。

3年の消滅時効だけでは「不法行為者は極めて不安定な地位に置かれざるを得ない(主観的非難の如き此処に問題とする価値なしと思ふ)。被害者の裁判上の請求にのみ俟つ事は・・・不法行為者の堪へ難き所である。従って此処に於ても法律は不法行為上の債権に対して法定期間〔20年の除斥期間〕を定めたるに非ざるか。」(松本2020: 241)

その後も、1941年には中川善之助先生が、「除斥期間」の規定は、「行使しようと否とに拘はらず、ある期間権利を行使しない者ある場合に、権利関係の調整安定の必要上、その後に於いては権利行使を禁ずる趣旨」だと述べているんだね(同上: 242)。

被害者より不法行為者の擁護、長期にわたって不安定な権利関係を強行的に安定させる必要、こういう目的が立法理由だという解釈だね。

E: 「マグナカルタ」説は清水先生だけじゃなかったんですね。

C: 第1次世界大戦から第2次世界大戦に向かつて、身の程も知らずに自ら世界の列強に伍するべく、軍部のみならず財界もイケイケドンドンだったこの時期の雰囲気反映しているような感じがしますね。

P: それは分からないけれど、静的な安全よりも動的な安全をとるか、過去に引きずられているわけにはいかないとかの、異常なぐらいの強い思いは感じるね。

さて、学説の動向や除斥期間説の根拠がざっとだけ分かったので、今度はその説に立ちながら「正義」をもって実質的にそれを否定するような判例を見ることにしよう。みんなそれぞれ別の判例を選んできてくれたので、それを順次紹介してもらいましょう。古い方から、というと・・・

D: 一番古いのは僕が選んだ1969年の最高裁判例です。でも、これは「正義」に基づいて原判決を破棄した判決とはいえ、問題の724条には関係していないので、一番最後にしてください。

P: 了解。

平成10年最高裁判決

E:すると、一番古いのは、私が選んだ1998年の判決(最判平成10年6月12日)になりますね。この判決は、さっきも言いましたが、有名な予防接種禍東京集団訴訟の上告審判決です。画面共有で出しますね。

これは集団訴訟なので、何次にも亘ってたくさんの様々な原告がいるんですが、その中で、724条の除斥期間が問題となった原告は、生まれた年の1952年に痘そうの集団接種を受け、それが原因で重篤な障害が出てきて寝たきり状態になったために、1974年に訴訟を提起した人です。つまり、接種から22年くらい経った後に訴訟提起したんですね。

この原告の訴えに対して、東京地裁は、そもそも国賠法上の国などの賠償責任を認めたのではなく、憲法29条3項のもちろん解釈に基づいて損失補償を認めるという離れ業をやったのけたのですから、この期間の経過を問題にすることはなかったのですよね、先生？

P: そうだ。その判決は私有財産の収用に關する制度を人の生命や健康の問題に適用しようとした例だ。

A: 思い出しました。もちろん解釈というのは類推解釈と似た方法ですけど、財産が正当な補償なしに収容されえないのだから、それよりも重い法益の生命・健康の場合、正当な補償をされるべきなのは当然、という論理でしたね。

P: 「・・・ましていわんや・・・をや」というやつだ。A君さすがだね。1年生の時の法学方法論の授業内容、よく憶えていたな。生命や健康の収用なんて、ゾットする話だけど、この点はまた後(p.78以下)で触れることにしよう。

E: 控訴審の東京高裁は、その論理をとらず、あくまでも国賠法上の問題として扱うことにしました。そして、724条後段は除斥期間を定めたものとした上で、この原告のケースについては、「訴え提起が遅れたことにやむを得ない事情があって、裁判所が除斥期間の経過を認めることは、正義と公平に著しく反する結果をもたらす、法秩序に反する」から賠償請求権を認めるべきだ、と原告側が主張したのに対して、「除斥期間の趣旨」は「一定の時の経過によって法律関係を確定させるため、被害者側の事情等は特に顧慮することなく、請求権の存続期間を画一的に定める」ことにあるとして、その主張を斥けたんです。

ただ、「正義と公平に著しく反する結果をもたらすということは到底できない」と言っているわけですから、「正義」を民法の上位にある法源としては認めているんじゃないですかね。その点では原告側の主張やこれから紹介する最高裁の考えと基本的には同じではないか、という気がするんですけど・・・

C: その指摘は大事よね。著しく反している、と認定すれば、除斥期間満了後も賠償請求権を認めることもありえますからね。

P: そうだね。確かにこの高裁判決も「法源となった『正義』」の例の一つと言ってもいいかもしれない。とはいえ、やはり、その「正義」を持ち出しただ

けじゃなく、それによって実定法規定をキャンセルしないと注目されないな。

E: それをやったのがまさにこの上告審の判決です。

最高裁は、やはり724条後段は「損害賠償請求権の除斥期間を定めたものである」としていますが、この原告は「20年を経過する前6箇月内において心神喪失の常況にあるのに後見人を有し」ていなかったもので、期間の経過だけで原告の権利行使を許さないことにすると、「心神喪失の原因を与えた加害者は、20年の経過によって損害賠償義務を免れる結果となり、**著しく正義・公平の理念に反するもの**といわざるを得ない」し、その「被害者を保護する必要がある」から、「その限度で民法724条後段の効果を制限することは**条理**にもかう」として、「〔旧〕民法158条〔未成年者または成年被後見人と時効の停止〕の法意に照らし」て、その「効果は生じない」と結論づけたのです。

先生が紹介した平成13年東京地裁判決 (p. 55以下) はまさにこの判決を踏襲しているんですね。「条理」も出てきていますし。

ただ、民法158条との関係があるからでしょうが、「20年を経過する前6箇月内」という、本人からすれば偶然的な期間のことを捉えて、「著しく正義・公平の理念に反する」と判断するのは、ちょっとこじつけ的な気もしますね。

A: この判決、加害者である国が自分の作った除斥期間制度を利用して、自分の果たすべき賠償義務を逃れようなんて許せないから724条後段は適用しないという、戦後補償の東京地裁判決と同様の結論を出していて、その結論には文句はないんだけど、除斥期間説を採っておきながら、時効に関する158条の「法意」なんか「照らし」ちゃいけないんじゃないかな、って思う。

D: 「正義・公平の理念」は、そのかなり無理筋の類推解釈を正当化するために持ち出されたのかな。

C: いや、逆に、「正義・公平の理念」という超法的な概念を持ち出したことを158条で和らげたのかもしれないわ。

P: 意地悪な言い方をすると、最高裁は除斥期間説を採っちゃったために自縛自縛になっちゃって、デウス・エクス・マキナ (deus ex machina) 的なやり方で「正義」を持ち出し、妥当な解決を図った、ということだろうね。

E: なんですか、そのデウス・・・とかいうのは？

P: これはラテン語で、デウスというのは神のこと、マキナは機械だな。簡単に言えば、機械から出てくる神というところだ。これは古代ギリシャの演劇の手法で、劇の最終局面で混乱した場面に、たとえば、天井から神が乗ったブランコが降りてきて、託宣を垂れてその混乱を解決し、大団円を迎える、まあ、こういう手法らしい。除斥期間説を採っていたけれど、それでは妥当な解決を得られないので、「正義」という神様にご登場願った、ということさ。

C: でも先生、この判決は、ブランコという、上からの機械じゃなく、動く歩

道みたいな、横にスライドする機械であたかも普通の人間のように登場させていますよ。中身は漠然としていますが、条理などを持ち出したり、158条の法意に照らしたりしていますから。

P:まさしくその通り。とはいえ、やはりデウスなんだ。先週の表現を使えば、法意という助さんをお供につけた水戸黄門の御印籠だな。

でもそのことは後でやるとして、この判例についてはこのくらいにしておこう。今度はA君の判例を紹介してもらえるかな。

平成21年最高裁判決

A: はい。僕の判例は2009年の判例(最判平成21年4月28日)です。これは、除斥期間経過で利益を得る側が、国とかじゃなくて、犯罪者だという点が今までの判決と違ってしています。普通の損害賠償請求事件です。マキナで「正義」が出てくる裁判は国賠法事件だけじゃなかったわけですよ。「正義」を持ち出す論理も国賠法のケースとよく似ています。D君のも判例も同じだよ。

D: まあ、一応そうだね。

A: それで、この事件は、殺人事件の被害者の家族が加害者を訴えた、という事件です。僕のスマホの画面を見てください。問題の殺人事件は1978年に起こっているんですが、犯人が、その殺害の事実が発覚するのを防ぐために、死体を自宅の床下に埋めただけでなく、家の周りに塀を回らせたり、防犯カメラを設置したりして隠匿したため、被害者の状況を誰も知りえないまま時間が経過しました。ところが、事件から26年後の2004年に犯人が自首をしたために、被害者が死んでいること、しかも殺害されたことが確認され、2005年にその加害者を相手取った訴訟が家族によって提起されたんです。

E: 20年はとっくに過ぎているわけね。それでも賠償請求権は切れていないとする論理とはどんなものなの。国賠法事件のものと似ているんでしょう？

A: それは、法的と言うより道徳的に見て許されない加害者の責任逃れを阻止する論理だと思う。簡単に言えば、このケースで請求権を消滅させてしまったら、あんまりじゃないか、酷すぎるよ、という素朴な感情を論理化したものじゃないかな。判決のこのあたりを見られるかな。よく似ているよ。

「加害者が、被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出し、そのために相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま除斥期間が経過した」ために、「相続人は一切の権利行使をすることが許され」なかったのだから、その「原因を作った加害者」が「損害賠償義務を免れるということは、著しく正義・公平の理念に反する」って・・・

E: うん、同じ最高裁だから当然だと思うけど、よく似ている。

D: しかし、ちょっと待ってくれる？

この部分で、死体を隠したこととかを「殊更に」って言っているのには違和感を持ったな。殺人犯が自分の犯罪が判明してしまわないように死体を遺棄したり証拠を隠滅したりすることは、別にいいことじゃないけれど、普通のことです殊更じゃないよね。この論理でいくと、罪証を隠滅したために20年以上発覚しなかった犯罪には——そんなには多くないだろうけれど——すべて724条後段は使えないことになっちゃうんじゃないかな。

P: 僕の意見いいかな。この判決が「正義」を持ち出した根拠は、A君の言う通りで、どうやら、自分が正しいと信じていて変えるつもりもない法律解釈がもたらす結果が、残念ながら自分の「正義」感からはどうにも許しがたいものだった、ということのようだね。D君の指摘した「殊更」という表現はまさにそれを示していると思う。Eさんの判例も同じで、それが民法158条の「法意」とかを持ち出したのは、やはりこじつけの感を否めないね。

A: 先生、僕の判決も民法の条文の法意を持ち出しているんですよ。こっちは旧160条です。これは、相続財産に関して、相続人が確定して相続財産の管理人が選任された時から6ヶ月間は、時効は停止する、と定めた条文です。これも時効の規定ですから、除斥期間には関係ないはずですよ。

それなのに、この判決は、「相続人が確定しないまま上記殺害の時から20年が経過した場合において、その後相続人が確定した時から6か月内に相続人が上記殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、〔旧〕民法160条の法意に照らし」て、「724条後段の効果は生じない」ことになるとしました。訴訟提起は2005年4月11日で、相続人の確定は2004年12月29日ですから、3ヶ月半くらいしか経っていないですね。724条後段の20年が時効期間ならば、停止している期間内ですね。

D: さっき (p. 68) C さんが言ったように、「正義・公平の理念」エクス・マキナの唐突さを少しでも薄めるために、除斥期間説にとっては禁じ手のようなこの時効規定の「法意」持ち出しをしたんだろうな。

C: そうだと思うわ。

P: A君、ありがとう。724条がらみの判決の中で「正義」がどんな役割を果たしているかがだいぶ見えてきたみたいだな。

今度は、724条とは関係していないけれど「正義」を持ち出した、という判決をD君に紹介してもらおう。

昭和44年最高裁判決

D: はい。できるだけ簡単に紹介します。スマホの画面見てください。

この1969年の判決（最判昭和44年7月8日）はある貸金等請求事件に絡んで提起された損害賠償事件で、要するにこういう事件です。

貸金裁判の途中で裁判外の和解が成立し、被告が原告に和解金額を支払ったが、原告は、その裁判を取り下げず、被告不出頭のまま原告勝訴の判決を得た。被告は、和解が成立しているのだから、と判決の送達を受けても控訴しなかったために判決が確定してしまった。それだけでなく、原告はその判決に基づいて強制執行までした。それでその被告は、これは原告による不法行為だとして損害賠償裁判を起こしたんですね。

で、控訴審は、再審で取り消されないかぎり貸金裁判の確定判決と強制執行は違法ではない、として請求を棄却したんですが、この上告審は、その原判決を破棄差し戻しにしたんです。その理由の中で「正義」が登場します。「上告人」は貸金裁判被告で、「被上告人」はその原告です。読みます。「被上告人は、・・・上告人が・・・和解の趣旨を信じて訴訟活動をしないのを奇貨として」、訴訟手続を続行し、「確定判決を取得したものと疑われる」し、「強制執行に及ぶべきではなかつたものといえる」。故に「被上告人としては、・・・前示の如き正義に反する行為をした疑いがあるものというべきである。」ここですね。違法ではない判決取得と強制執行を「正義」に反する「疑い」があるという理由で、それを不法行為だ、と言ったわけです。

A: これはすごい判決だね。確かにこの原告のやったことは、それはないだろう、人間として最低じゃないか、と言いたいくらい、非難すべき行為だけど、控訴審の言うように、再審を申し立てて解決するのが筋で、不法行為として損害賠償請求するような事件じゃないと思う。それを、「正義」に反するからではなく、反する「疑いがある」からひっくり返したわけね。すごいわ。デウス・エクス・マキナ、それも、ドライアイスの煙でよく見えないから、本当にいるかどうか分からないデウスによる決着だ。

D: まさにそのとおり。さっき、「一応」って言った意味が分かっただろう。

E: つまり、「正義」って、法律的には間違っていないことでも、理由ははっきり言えないけど、これは許せない、不条理だと思うことをキャンセルしてしまうときに持ち出される便利な概念だということなのね？

P: そのようだね。だけど、そうすることで誰もがその判決を歓迎するかもしれないけれど、それがとても危険な可能性を孕んでいる、ということのをこのゼミではみんなと確認したいと思っているんだ。

C: 先生、いいですか？ 皆さんの判例紹介が終わったので、私が探してきた判例の話をしたいと思うんですが。

P: そうだった。じゃあ、最後にCさんの判例の紹介をお願いします。

広島高裁平成16年戦後補償判決

C: はい。では、2004年に下された戦後補償に関する広島高裁の判決（広島高

判平成 16 年 7 月 9 日) をできるだけ簡潔に紹介します。画面共有で判決の該当部分を出しておきます。

だいぶ前 (p. 57) ですが、先生が紹介した東京地裁の戦後補償判決に関して、D 君は、724 条後段は消滅時効を定めたものだとすれば「正義」なんて動員しなくても済んだんじゃないか、って言いましたが、一般債権の消滅時効の場合でも「正義」が引っ張り出されることもあるんですよ。この判決がそれです。

では、少し詳しく紹介しますと、この判決は、原告である中国人を戦時中に強制連行し、強制労働させたことを確かに不法行為だと認めているんですが、それに基づく損害賠償請求権は、1998 年の提訴の時点で 724 条後段の 20 年の除斥期間が過ぎており消滅している、と判断しています。東京地裁のように、「正義」や「公平」でその期間の経過にストップをかけませんでした。

しかし、その代わりに、国と原告との間には、「雇用関係又はこれに準ずる法律関係を認めることができる」から、被害者を「劣悪な環境の下で過酷な労働に従事させていたことは債務不履行(安全配慮義務違反)というべき」だと構成しました。そうしますと、それに対する損害賠償請求権は旧民法 167 条 1 項により、10 年で時効消滅することになりますね。724 条後段の場合より 10 年も短い。しかし広島高裁は、様々な事情を勘案すると、「時効期間の徒過を理由に権利を消滅させることが、**著しく正義・公平・条理等に反する**と認めるべき特段の事情が認められるから、被控訴人〔国〕に、消滅時効を援用して、損害賠償義務を免れさせること」は、「権利の濫用」であり、「**著しく正義に反し、条理にも悖るもの**というべきである」と認定したのです。

この援用という意思表示には一般条項による歯止めが可能だ、ということはさっき (p. 59) 先生が確認してくれましたよね。だから、この判決は、724 条後段を消滅時効を定めたものだと解釈したとしても、そうすれば権利濫用が使えるにもかかわらず、「正義」が登場してくることはありうる、ということを示している事例だと言えるんです。

D: 確かにそうですね・・・

A: でも、僕の感じた疑問を言ってもいいですか。この判決の場合、「正義」を持ち出す必要性がよく分かんないです。「権利濫用」一本でいって何も問題なかったんじゃないですか？ C さんが「様々な事情」と言った事情がどんなものなのか分かんないですが、それが何であっても、権利の「濫用」を、「正義」を経由せずに直接根拠づけることができたんじゃないかと思うんですよ。

P: 僕もそう思うな。おそらくこの広島高裁は、平成 10 年の最高裁判決に引張られて「著しく正義・公平・条理等に反する」という表現を使用したんだろうが、A 君の言うとおりで、それはなくもがなの贅言だと思う。

でも、C さん、ありがとう。僕が紹介した東京地裁判決との違いがはっきり

したけれど、二つに共通して使用されている「正義」概念の内容が怪しげだということもよく分かりました。「正義」使用のインパクトはやはり東京地裁の方が大きいですけどね。

これまでの中間まとめ

さて、ここまで、みんなにそれぞれ、「正義」を判決の根拠に用いた判決を紹介してもらい、その都度若干の意見交換をしてきました。「正義」を用いた判決はもっとあることは判例検索システムを使ったので分かっているけれど、全部を網羅するわけにもいかないの、基本的には民法724条後段関係に絞ったわけだけど、この法哲学ゼミとしては、それらの「正義」について、中間総括的に今どんなことが言えるか、皆に聞いてみたい。

A: 先生が言ったデウス・エクス・マキナ。トランプゲームで言えばオールマイティーカードみたいに「正義」が使われている、ということですか。

E: そのマキナは、でも、誰もが予想できないときに突然上から降りてくる、というよりは、このままじゃまずいけれど、どうにも手詰まりになって、みんなが困っているときに、いわば救世主みたいに登場してきていたわよね。

D: 確かにそうだ。だけど、その救世主がどういう人物かまったく明らかになっていない、というか、誰も明らかにしようともしていないんだよね。

E: さっきも言ったけれど、個々具体的な事件の解決にあたって、一般人の感覚で、それはあんまりだ、酷すぎる、という結論を避けるときに「正義」が出てくるようなので、その内容にはある程度の傾向はあるように思う。思うけれども、その傾向を言葉で表してはいないわね。暗黙の了解みたいな感じ。

C: 中身が何だか分からない、いや、何も入っていないかもしれないのに、外側だけで判決を根拠づける力を持っているなんて、「正義」はやはり水戸黄門の印籠みたいですね。

P: その印籠に当の裁判所も民法学者もほとんどまったく問題を感じていないように見えることが、いちばんの問題だな。僕は、「正義」とは何か、という問題を真剣に議論している法哲学者たちをやや冷ややかな目で見えてきた方だけれど、これほどまでに「正義」のなんたるかに無関心でいられる裁判官や民法学者たちには、正直、落胆を隠せないよ。

C: あたかも、Eさんが言ったように、暗黙の了解があるかのようです。

A: 先週の刑事訴訟法411条や397条の「正義」の使われ方も同じでしたね。

P: 「正義」を熱く論じ続けてきた法哲学は憤って当然だと思うが、これまたほとんど無関心。法哲学者の中で唯一の例外と思われるのが、先週名前を挙げた笹倉秀夫先生だ。

法哲学者笹倉秀夫の議論

そこで、この笹倉先生の議論をみんなに紹介しよう。先生は『法解釈講義』(2009年)という法学方法論の教科書の中で、通常の解釈方法とは別の「もう一つの解釈手法」として「条理」を挙げ、その例として今日このゼミで紹介されたものを含む多くの判例を取り上げているんだ。

D: 僕が紹介した昭和44年の判決には出てこなかったですが、EさんやA君の判決、それからCさんの判決にも「条理」が「正義」とセットみたいに出てきましたね。僕も法学方法論の授業で習ったと思うんですが、その「条理」ってどんなものだったか、もう一度教えてもらってもいいですか？

P: 了解。笹倉先生も当然詳しく説明しているけれども、僕はその説明にはちょっと納得がいけないんだな。先生は、条理は「制定法等を基礎にしつつ社会生活をも考えることによって構成できる」ものという意味で「第四の実定法」だと評価しているんだ(笹倉 2009:157)。これは、僕が最初に紹介した東京地裁の判決が言っていた「国家賠償法及び民法を貫く法の大原則である正義、公平の理念」という考え方と一脈通じているみたいだけれど、その時Cさんが指摘したように(p.56)、それがどのようなものか具体的に言ってもらわないと、それを実定法だとするには同意しようがないと思う。

じゃあ、僕は「条理」をどう捉えているのか、というと、一言、物の道理のことだ、となる。これもなんだか分からないよね。でも、その反対語は不条理だ。こっちの方はかなりイメージしやすいと思う。だから、不条理じゃない、道理にかなった理屈、人を納得させる理屈、これが条理だ、と言えば分かってもらえるかな。「こういうときゃ、お前が頭を下げるのが、道理ってえもんだ」なんて年寄り(江戸っ子)が若い者を諭すことがあるけれど、その「道理」が「条理」だ。つまり、なんとなく了解できるけれど、どうにもブレークダウンできない理屈なんだ。Eさんが言っていたように、個々具体的な場面で、それはあんまりだ、酷すぎる、という感想がかなり一般的に持たれることがあるけれど、その感想の根拠となっている共通の物の見方、というところかな。だから僕は、こういう基準に従って厳格な法適用を制限したりすることには極めて慎重でなきゃならない、と考えているんだ。主観的な、というか恣意的な裁判になっちゃう恐れがあるからさ。

C: 私も、「第四の実定法」は、条理に頼る裁判官を煽りすぎだと思います。

E: でも、そういう曰く言い難い正義感覚みたいなものが多くの人たちに共有されていることは確かですよ。それが司法の場面でうまい具合に働いてくれば、それこそとんでもない不条理な判決は出ない、という。

A: 甘いな。その考えには落とし穴がある、というのが先生の主張だよ。

P: それはこの後のテーマだ。

D: 要するに、日本人なら日本人の長い間の経験知であり共通感覚的な物の見方だけれど、融通無礙なものだから、危険性もあるよ、気をつけて、というもののなんですね。

P: そういうことだ。で、笹倉先生はこの条理解釈の実例をいくつも挙げて、主なものにコメントを付している。その中で、このゼミで今日紹介された「正義」を使った判決などで、先生がどうコメントしているかを紹介しよう。

先生は、条理の中の「正義」は、「その社会のあるべき行為原則に沿っているという意味での正義」だとして、それが「法律（や慣習法）の欠缺を補充したり」、その「適用を否認したり修正したりする」という機能には言及しているんだけど（笹倉 2009 : 173）、その「あるべき行為原則」とは具体的にどのようなものか、つまり、判決が用いた「正義」の中身は何か、ということについてはそこでは述べていないようなんだな。

事件と裁判所は違うけれど、やはり中国人の強制連行・強制労働に関わる事件で「正義」の理念を念頭において一部請求認容した判決に対しても、それが排除しようとした「正義に反した法律関係」の「正義」を特に問題にしていなかった（同上 : 181）。同様の戦後処理裁判で全面的に請求認容した判決が根拠にした「正義」のことを「人道」と言い換えてはいるが（同上 : 182）、それだけでは「正義」が十分にブレイクダウンできたとは言えないと思う。Eさんが紹介した平成10年の予防接種禍訴訟最高裁判決についても、民法158条の「法意」を持ち出す「無理」を犯したのは、「ひとえに『正義、公平』の条理判断に導かれて法的構成をしたから」だとしているけれど、その「正義」とは何か、の批判的検討はしていない（同上 : 185）。さらに、A君が紹介してくれた平成21年の最高裁判決が維持した高裁判決についても、『正義・公平』判断に導かれて法的構成をしたから、「除斥期間を時効と同一に扱う」という「論理的な無理となることを敢えて犯している」と厳しく批判しているけれど、やはり、「正義」判断そのものを問題にはしていない（同上 : 191）。

さらに、笹倉先生は『法学講義』（2014年）という教科書でも、「内外の多くの人々の『正義論』は、法実務上で重要な正義の問題・・・を考えるうえでは、使いものにならない」として、「判決を素材にして、法の世界における正義問題を考える」という極めて斬新で野心的な試みをしているんだけど、実際には、「法的安定性重視」の「ルール正義」と「具体的妥当性重視」の「帰属正義」とがそれぞれの判決の中でどのように関係し合っているかの説明に終始しているように見えるんだな（笹倉 2014 : 239-241, 253）。

D: 法的安定性とか具体的妥当性とかは法学方法論の授業で習いましたが、それらが「正義」なんだとは、ちょっと意外な感じですね。その二つは、原理的には対立し合う法解釈の指針みたいなものでしたよね。そして、概念法学とい

うのは、そのどちらも満足させようとする手品みたいな方法のことだ、というのが先生の考えでしたよね。法哲学の授業で習った「正義」は、そうじゃなくて、そもそも法の上であって、それが目指すべき理念とされているものだったような。先生はそういうものを全部批判していましたけど。

E: 判決の中の「正義」とはどのようなものかを論じていない、ということは、「正義」も、「条理」と同じで、曰く言い難い、ということなのでしょうか。

A: ということかもしれないけど、その「正義」が、法律の欠缺を補充する機能を果たす、ということろまではいいとして、法律の適用を否認したり修正したりする機能まで認めてしまうのは、ちょっと怖いですね。

P: その点僕も同意するけれど、笹倉先生が法哲学者として多数の判決実例を、おそらく LEX/DB を使って検索して、条理解釈だけじゃなく、法解釈方法のすべてを網羅的に解説した点については、敬服しているんだ。これは偉業と言わざるをえないよ。

C: P 先生もこういう教科書を書くべきですよ。いや、口が滑りました。

P: まいったな。今後の検討事項に入れておくよ。

判決の中の「正義」の危険性

それはともかく、いよいよ、曰く言い難い「正義」が、これほどまでに便利に判決の中で使われることの危険性を問題にしよう。まず、先週はこの点についてどんなことが解ったかな？

A: 先週出席していたゼミ生は今日は僕だけですから、僕が言います。

「正義」が法律用語になっていることの危険性は、その概念が客観的に定められない以上、裁判官の主観が大手を振ってまかり通ってしまうので、とんでもない内容を「正義」だとしてもできる過大な裁量権を裁判官に与えることになってしまう、ということでしたか。

C: それに加えて、ナチスにとっての一般条項のように、裁判官にはとても便利であるがゆえに、人権侵害とかナチス的な正義とかの通り道になってしまう、というようなことも、私が言ったかな。

P: そうだったね。たとえ善意で、良い結果をもたらすべきツールとして「正義」という概念が条文の中で用いられ、最初は狙いどおり良い結果をもたらしたとしても、内容が融通無碍だから、いずれ悪意で利用することが可能になってしまう、という危険性に注目しようということだったよね。

ことは法解釈の問題だから、どんな用語でも大なり小なりそういう危険はあるんだけど、できるかぎりそういう危険性のある用語の使用は避けるべきだ、というのが僕の考えだった。

A: 僕は、それって、ちょっと考えすぎじゃないかな、と思いましたが・・・

C: いや、権力というのは、我々の想像を超えて怖いものです。注意してしすぎることはないですよ。その代償として、政治の効率はある程度犠牲にしなければならぬですけどね。

P: そもそも民主主義制度というのは、権力というか権力者に対する不信の制度なんだよ。三権分立などはその最たるものだ。だから民主主義社会に住んでいる僕らは常に権力を監視していなければならないんだよ。選挙に行かないなんてもってのほかだ。私は監視してません、ということを権力者に白状しているようなものだ。いや、ちょっと脱線したか。

E: しかし、今日紹介されたいくつかの民事判例の中には国賠法事件もあって、むしろ権力側の勝手は許さない、という意図で「正義」とか「公平」とかが用いられているんですけど・・・

「地獄への道は善意で舗装されている」

P: その通り。それらの事件に関しては、「正義」の名のもとに、まさに多くの国民が賛同したり納得したりする解決を導いていたね。だけど、法学方法論の授業でも口酸っぱく言ったと思うけれど、法解釈をする際、善意からある上手い理屈を考えついたとしても、それが常に良い結果だけをもたらすわけじゃない。その理屈を悪用しようと思ったらできるか、悪用したらどんなことが起こるか、って真面目に想定してみる必要があるんだよ。「地獄への道は善意で舗装されている」ということわざがあるくらいだからね。

A: 良かれと思ってやったことが裏目に出ることがある、ということですか。

P: そうだね。

昔アメリカにオリバー・W・ホームズという有名な裁判官がいて、「法の小径」と題されたその講演記録があるんだけど、その中で彼はこんなことを言っているんだ。「皆さんが他でもない法のことを知りたいと思うなら、悪人[a bad man]としてそれを見なければなりません。」(Holmes 1897:459) この言葉の含蓄も噛みしめないといけないと思うよ。

D: 「正義」を悪人の目線で考えてみよ、ですか。僕は悪人じゃないから、想像には限界があるな。

E: 自分の言ったことを悪い意味で受け取られて驚いたけれど、よく考えたら無理もない誤解だったな、と反省した経験はあるので、想像はできます。

C: 先生の法実証主義というのは、多少ひねくれた考えなので、いつもこの「悪人」の視点を忘れないようにしているみたいですね。

P: とにかく、良かれと思って考えた理屈を悪用する悪人の裁判官を想定する、というのは、悪い隣人を想定するより難しいかもしれないけれど、法を学ぶ者には極めて大事なことなんだ。

モンストルムの法理

これは法学方法論の授業でも言及したけれど、かつて、古代ローマにあったというモンストルム[monstrum]の法理のことを憶えているかな？ これは、善意が地獄に繋がりを、という最適の例だ。

E: 奇形の赤ちゃんが産まれて驚いた母親がその場でその子を殺してしまい、嬰兒殺で訴えられたけれど、裁判官がこの母親を哀れに思い、殺したのは人間ではなく、モンスターだったとして、放免してあげた、という話でしょ？

P: その通り。では、この善意の裁判官が下した判決は正しかったのかな？

D: その母親は救われたと思ったでしょうね。その母親の関係者たちも、裁判官ありがとう、って思ったことでしょう。市民たちからも、上手い理屈を考えてあつぱれ、と称賛されたと思います。でも・・・ということですよ。

A: 奇形児をモンスターだなんて、これは今ではとんでもない話ですよ。こんな理屈が通ったら、奇形児は人間ではないから、殺しても問題なし、と考える裁判官が出てきても不思議ではないですね。

P: それだよ。僕はその危険性を強調したいんだ。

生命の収用

さらに、今日のゼミで紹介された予防接種禍集団訴訟の第1審判決。これも法学方法論の授業で取り上げたけれど、予防接種禍は公衆衛生の維持のための避けられない犠牲だったのだから、憲法29条3項に言うところの公共のための収用と同じだ、という構成をして、正当な補償として、実質的には損害賠償と同等の補償をすることで被害者を救おうとした判決だったね。これも同じだ。

C: これは、予防接種は公衆衛生上どうしても必要だけれども、一定の割合で重篤な障害に陥り、最悪生命を失う子供も出てしまうというリスクは初めから分かっていた、その被害者を救いたい、でも、国や医師たちの行為を不法行為としてしまったら、目の前の被害者は救えるけれど、これから先予防接種ができなくなってしまう、それでは我が国の公衆衛生が危殆に瀕する——そういう考えから、被害者を救いながらも予防接種を続けることを可能にするという離れ技として編み出された論理だったと記憶していますが。

A: この事件の解決としては、生意気な言い方ですが、正直、褒めてやりたいですね。よくぞそんな理屈考えたな、という感じです。

D: 僕も、先生の指摘がなければ、素晴らしい判決の上位ランクに入れたいと思うほどでしたが、人の生命を収用したのだから、国は正当な補償を支払うべきだ、という理屈は、やはり、国は、正当な補償金を支払いさえすれば、国民の生命を公共の利益のために収用しても構わない、という恐ろしい理屈に、容

易に変換されてしまうわけですよ。

E: それは恐ろしいですね。この判決が上級審でひっくり返されたのはその危険性が察知されたからでしょうか?

P: それは分からないが、結論はともかく、その論理がひっくり返されてよかった、と僕は思っている。

「正義」を法源とする自然法論の危険性

しかし、「正義」概念を動員して法律上不可能なことを可能にしてしまうのは、もっと危険なんだ。今の予防接種禍訴訟の場合は、あまりにも無理筋の解釈だけど、憲法の条文を根拠にしているね。ある程度は客観的に確認できる根拠だ。しかし今日の例の中の「正義」はどうだっただろう。法律条文上何の根拠もない。それなのに、それを法律の上位にある法源として承認し、それによって法律の適用を制限してしまったんだよ。これは、まさしく伝統的な自然法論の実践だ。それも、中身が白地の法源によって実定法の効力を左右させる。そんな危ないことやっていないのか?

A: そうですよ。 「正義」という言葉が実定法の上の法源になったんですね。憲法76条3項に「すべて裁判官は・・・この憲法及び法律にのみ拘束される」と書かれているのに、 ですね。これは憲法違反ということですか。

D: 言ってみれば、そうかもしれない。

E: 「正義」の味方だけ。

P: 憲法違反かどうかは別にして、A君の指摘は大事だ。おそらくや、当該事件の裁判官たちは、型通りの法適用をしたのでは、誰もが、あんまりだ、酷すぎる、と感じるような結論になってしまうから、「正義」や「公平」を持ち出して、それを避けたんだろう。だから、それらの事件に関しては「正義」の味方がもたらした妥当な結論だったと言えるかもしれない。みんなから拍手をもらえるかもしれない。

しかし、その法源となった「正義」は、意味が曖昧どころか内容空虚なんだよ。だから、その中に多くの人々が酷すぎると感じる原理だって持ち込むことが可能で、その持ち込みをやる裁判官が出てこないとも限らないわけだ。その時、僕らは何を経験することになるだろう。想像してみてくれ。法哲学がこの問題を素通りしていることが信じられない。

C: ナチスの再来だけは何がなんでも防がなければなりませんね。

D: ナチスですか。僕にはどうもあまりリアリティーないな。

C: あのね、ドイツの大学人の多くはナチスが政権を取っても「時流に迎合し順応し」、「こうしたことがいつまでも続くはずはない」と信じて雌伏していたらしく (山本 1985: 98-100)、ヒトラーがドイツを未曾有の犯罪国家にしてし

まうなんていうことにあまりリアリティーを感じていなかったみたいよ。

P: D君だけじゃない。そういう若い人たちが多いから、僕は言い続けなければならぬと思ってるんだ。

君たちが生まれた頃、2001年9月11日にアメリカのニューヨークなどで同時多発テロが起こったことは知っているね。当時のブッシュ大統領はその日に行った演説の中で、今日は「すべてのアメリカ人が・・・正義と平和に向けたその決心において連帯する[unite in our resolve for justice and peace]日」であると宣言し(<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PPP-2001-book2/html/PPP-2001-book2-doc-pg1099.htm>), 20年に及ぶアフガニスタン戦争を引き起こしたんだ。ブッシュの言ったこの「正義」が意味していたのは明らかに<血の報復>だ。アメリカの国民はそう諒解して、共感していたと思う。「正義」という言葉が、その崇高な響きでもって、人々の恐怖と怒りと復讐心を包み込み、その結果、彼らを破壊的な方向へと押し流していったんだと思う。

C: イラク戦争もそうですよね。「正義」が世界史を動かしたんですね。

P: そう、「正義」という言葉は、否でも応でもそういう力を持ってしまうんだ。今日出てきた、「それはあんまりだ!」「それは酷すぎる!」という素朴な感情も、「正義」を使って容易に言い換えることができちゃう。そして正当化できちゃう。でも、それでいいのかな、そのような「正義」を密輸入的に、法律に上位する法源にしてしまってもいいのかな?

E: 良くないですよ。法哲学が黙っていていいわけではない問題ですね。

P: しかし、我が法哲学はこの問題を等閑に付してきた。先週の問題とともに、少なくとも組上には載せて欲しいね。

「正義」は「正しい」の名詞化

さて、このゼミもそろそろタイムアップなので、その「正義」という言葉自体について、僕の考えを簡単に説明したい。意見があったら、その都度ね。

「正義」という言葉は、「正しい」という形容詞を名詞化したものだ、というところから始めよう。名詞というのは、何かの名前だ。その何かのことを指示対象と言う。みんなのところにある『六法』を指さして、「ロッポー」と言えば分かるね。その「ロッポー」が名詞だ。だから、「正義」という名詞にも、同じような指示対象があると考えるのは、ある意味無理もないことなんだ。しかし、形容詞を名詞化したものには、これって指し示せる対象はない。

E: 先生、それじゃあ、抽象名詞はみんな指示対象はないんですか?

P: 抽象名詞って、だいたい形容詞や動詞から作られているから、ざっくり、そうだといいんじゃないかと思うな。

人間のこの大きく発達した脳みそがそんな変換を可能にしたわけだけど、そ

のために人間の中に、名詞がある以上、指示対象が必ずあるに違いない、それはどのようなものか、どこにあるのか、という仮象問題に取り憑かれた者が出てきたんだ。形而上学というのは、要するに「真・善・美」とは何か、ということ考察する学問だけれど、僕に言わせると、その答えは絶対に出てこない。「真」は「正しい」——これは、 $1+1$ は2が正解という意味の「正しい」——という形容詞を、「善」は「善い」を、「美」は「美しい」を人間の頭の中で名詞化したものにすぎないのだから、どこを探しても出てくるはずはないからだ。「正義」だって同じだ。「君の今の振る舞いは正しい」という時の「正しい」という形容詞を名詞化したものにすぎない。

D: 法哲学の授業で、先生は、存在 (Sein) と当為 (Sollen) の二元論なんて難しく考える必要はない、その名詞に騙されてはいけない、単に「・・・である (sein)」という文と「・・・べきである (sollen)」という文の二元論のことにすぎない、と言っていましたね。それと同じですか？

P: まさしくそのとおりだ。そういう名詞は、実体化して考えがちだけど、名詞になる前のものを考えれば、不当に幻惑されないですむよ。「真」は別だけど、あとは皆、主観的な価値判断にすぎないんだ。世界には「僕はこれを善いと思う」、「私はこれを美しくないと思う」、「彼はこの行為を正しいと思っている」という評価しか実在していないんだ。皆主観的なものだから、他の人から同意されることもあれば、反対されることもある。そういうものだ。

A: じゃあ先生、今日の判決を下した裁判官の、除斥期間の経過で損害賠償責任を免れさせるのは「著しく正義・公平の理念に反する」という表現も、本当は、<損害賠償責任を免れさせるなんてあまりにも酷い、被害者が可哀想すぎる>という素朴な思いを、あたかもどこかに実在している「正義」なる基準に照らした判断であるかのように語っているだけで、ということなんですね？

P: 僕はそう思うね。だから危険なんだ。

バートランド・ラッセル「哲学の小児病」

この関連でもう一ついいかな。昔バートランド・ラッセルという哲学者がいて、1946年に『西洋哲学史』という本を書いているんだが——古い話ばかりで申し訳ないね——、彼はプラトンのイデア論に関するところ(15章, 18章)でこんなことを書いているんだ。スマホで見せるよ。

プラトンは「関係の命題の観念」によって悩まされていた。つまり「6は4より大きい、12よりは小さいから、6は同時に大きくまた小さい。そしてこれが矛盾だという。」これは「哲学の小児病」だ(ラッセル 1978: 156, 135)、とね。

このラッセルの指摘は、他と比較して成り立つ相対的な形容詞についてだけど、形容詞一般にも当てはまるように思うんだ。プラトンが矛盾だと感じたの

は、「大きい」と「小さい」という性質を「赤い」と「青い」というそれ自体の属性と同じように実体化して捉えているからだと思う。同じ物が同時に赤くて青いというのは矛盾に他ならないからね。「正しい」という形容詞を名詞化した「正義」を実体と理解し、それは何か、と考えてしまうのも「哲学の小児病」だと思うけど、どうかな？

C: 先生、そうしますと、哲学、いや形而上学は皆「小児病」患者のうわごと、ということになってしまうんですか？

P: そうだと思うよ。僕らは「正義」や「善」や「美」なるものがなんだか分からなくても、「それは正しいと思う」、「それは善くないと思う」、「それは美しいと思う」って言うっていいよね。だって主観的な判断だから。しかし、その主観が客観的な法源として認められ裁判で大手を振って・・・

ゼミ終了

C: 先生、チャイムが鳴っています！

P: あ、そうだな。では、言いたいことは大体言ったし、みんなもちゃんと調べてきて、意見も言えたと思うので、これで今日のゼミは終わりにしよう。

来週は「法と道徳の関係」の問題です。シラバスに書いておいたいくつかの問題のうち、関心を持ったものについて、それぞれ調べておいてね。

A・D・E: はい、分かりました。ありがとうございました。

P: あ、来週は対面授業になるかも。メールに注意しておいてね。

完

引用文献

Holmes Jr., Oliver Wendell

1897 “The path of the law,” in *Harvard Law Review*, Vol. X, No. 8, p.457-478

松本克美

2020 「民法旧724条後段の20年期間＝除斥期間説の違憲無効論」『立命館法学』391号
228-267頁

近江幸治

2012 『民法講義 I 民法総則 [第6版補訂]』成文堂

2018 『民法講義IV 事務管理・不当利得・不法行為 [第3版]』成文堂

大村敦志

2005 『基本民法II 債権各論 (第2版)』有斐閣

ラッセル, バートランド (Russell, Bertrand)

1978 『西洋哲学史 I - 古代より現代に至る政治的・社会的諸条件との関連における哲学史 1 古代哲学』市井三郎訳 みすず書房

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

清水元

2015 『プログレッシブ民法〔債権各論Ⅱ〕』 成文堂

内田貴

2011 『民法Ⅱ 第3版 債権各論』 東京大学出版会

2020 『改正民法のはなし』 東京大学出版会

植林弘

1985 『注釈民法(19) 債権(10)』 (加藤一郎他編) 有斐閣

我妻栄・有泉享

1985 『民法2 債権法』 一粒社

山本尤

1985 『ナチズムと大学——国家権力と学問の自由』 中公新書

おおつか しげる (本学名誉教授)

[お詫びと訂正]

前号 43 頁において、笹倉秀夫先生につき、刑訴法「411 条の条文の中にある『正義』には直接触れはしなかった」と書きましたが、事実誤認でした。先生はご著書『法学講義』248-249 頁で、同条各号がその「正義」の例示だとして、それについて言及されていました。笹倉先生には誠に申し訳なく、お詫びするとともに、上記一文を含む 4 行の Paragraph を削除いたします。

【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 (2)

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 章 現在の量刑論の素描

第 2 章 常習犯に関するこれまでの議論の整理

第 3 章 累犯加重に関するこれまでの議論の整理

(以上, 東海法学 61 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 1 常習犯の加重処罰について

1 問題の切り口

2 常習性は責任を増大させるか

3 常習性は予防における悪要素か

第 2 累犯加重について

1 累犯は責任を増大させるか

2 累犯は予防における悪要素か

3 ドイツ法における累犯加重規定の削除

第 3 常習犯・累犯の加重処罰を法制度としてどのように考えるべきか

(以上, 本号)

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

前号では、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した。

本号においては、そこでの議論を前提に、現在の量刑論の観点から、常習犯に対する加重処罰、累犯に対する現行の加重処罰規定についての正当性・妥当性について検討する。また、ドイツ法からの示唆もこれらの加重処罰規定の検討の素地に加える。

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

以下では、前章までで確認した内容、すなわち、現行の常習犯・累犯に対する加重処罰およびその程度（範囲・限度）とこれをめぐる学説・判例による議論の状況を踏まえ、量刑論の見地から、その正当性、妥当性について検討する。

第１ 常習犯の加重処罰について

１ 問題の切り口

すでに確認したように、我が国の刑法には、常習犯の加重処罰に関する一般的な規定はなく、常習賭博罪、暴力行為等処罰法における常習傷害等罪、常習面会強請罪、常習面談威迫罪、また、盗犯等防止法における常習累犯窃盗罪など個別的な犯罪としての加重処罰規定があるにすぎない。それゆえ、それら以外の場合、常習性は、専ら裁判官による量刑判断の考慮要素として用いられるにとどまる。

ただ、いずれの場合でも、常習である場合が常習でない場合に比べて重く処罰されるのだとすれば、そこには量刑論的に見て合理的と考えられる根拠がなければならない。そうでなければ、常習性を理由とした加重処罰規定であれ、個別事案における常習性を理由とする裁判官による量刑判断であれ、正当性を持ち得ないこととなる。

この点、第２章で確認したところによれば、常習性を理由とした加重処罰の理論的根拠は、我が国では、常習性が行為者類型か行為類型かなどの問いをめぐって展開されてきたといえる。

しかし、率直に言って、このような「問い」つまり「議論の切り口」は、量刑論的にはやや迂遠であろう。

現在の量刑論の到達点からすれば、量刑は「責任主義と予防」の観点からなされるべきことが共通認識とされている。そして、これを前提としつつ、常習性を理由とした加重処罰が正当化されるのだとすれば、常習性は「責任」を重

くするか、あるいは、「予防」における悪い要素として働くかのいずれかしかないことになる。そうであれば、むしろその点を端的に問うべきであろう。歴史的には、社会・政府の要請から犯罪類型としての常習犯の規定が先行していった経緯¹からして、改めてこの点は検討されるべきである。

2 常習性は責任を増大させるか

では、まず、常習性は「責任」を加重するか、という点から検討しよう。

すでに確認したように、ここにいる「責任」とは、個別行為責任である。そして、個別行為責任は、行為者が違法な行為をしたことを前提に、この違法な行為をしたことについての法的な非難を行為者人格に対して加えるものである。それゆえ、その責任量は、①その行為の違法の程度（違法の量）と、②その違法行為がどの程度行為者人格に帰属するか（帰属の量）とによって決まることになる。

(1) 常習性は違法の量を増大させるか

ア. 法益侵害性または反倫理性の増大の有無

では、行為の「違法の量」は何によって決まるのか。「違法の量」に関しては、結果反価値論（結果無価値論）を採るか、行為反価値論（行為無価値論）を採るか、あるいは、二元論を採るか、何が違法の量に影響する要素であるかは変わってくる。結果反価値論によれば、行為が惹起した法益侵害やその危険の質や程度といった要素が行為の違法の量を増大させることになる。他方、行為反価値論によれば、行為の倫理性や社会的相当性の観点からその評価を下げる要素が違法性の量を増大させることになる。二元論によれば、その両者が違法の量に影響を与えることになるが、その与え方は、結果反価値と行為反価値との関係をどのように捉えるかによって変わってくる。

ただ、いずれにしても、結果反価値性も行為反価値性も増大させない要素は、およそ違法の量を増大させることはない。

では、常習性は、どうか。常習性を行為類型と考え、反復累行される行為全体を概括的に違法評価の対象として把握するものと構成するのであれば、非常習犯の場合と比較して、違法評価の「対象たる行為」自体が拡大することになるから、その対象が拡大した分だけその行為の法益侵害性や反倫理性は、加算的に増大することとなる。

しかし、現在、一般的に用いられている「常習」の概念はこのようなもので

¹ 第2章第1（岡本裕明ほか「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）」東海法学61号（2021）86頁）以下参照。

はない。たとえ１回だけの犯行であっても「常習」と評価される場合が肯定されている。このことからすると、これを行為類型と考えるにせよ、行為者類型と考えるにせよ、違法評価の対象たる「行為」自体は、非常習的な犯行の場合と異ならないことになる。このことを前提としたうえで、常習犯は、非常習犯に比べて加重処罰がなされている。

そうだとすると、問題は、同じ１つの行為を、常習者がする場合、非常習者がする場合よりも、その法益侵害性や反倫理性等が増大するかどうかである。

イ．職業的犯行による正当化

この点に対する１つの回答は、行為者が職業的に犯行を繰り返すことによつて、その犯行態様が巧みになり、それゆえに結果発生の可能性、つまり法益侵害の危険性が高まるので行為の違法性が増大するという理屈である。このような意味での常習性は、行為の種類と構成するほうが素直であろうが、これを「巧みな者」による犯行という意味で行為者類型と考えることも不可能ではないだろう。いずれにしても、このように考えるのであれば、常習者による犯行の場合は、非常習者による犯行の場合と比べてその行為自体のもつ法益侵害性が増大し、非常習者による犯行の場合よりも「違法の量」が増えるので、それに従つて行為者人格に帰属する責任量も増大するということになる。そうすると、「責任主義」の観点からの加重処罰の理論的根拠をここに求めることが可能となる。犯行を絶えず繰り返す意思の発現として具体化された行為は、法益侵害性（危険性）の面においても、非常習者の行為とは違った客観的な意味を有し、その意味で強い違法性を示すという主張も、このような違法の量の増加に着目したものといえる²。

しかし、このような理屈が成り立つのは、現在「常習犯」として加重処罰されているもののうちの一部であろう。

第１に、傷害罪や窃盗罪など、何らかの結果の発生を構成要件要素とし、かつ、その構成要件の結果自体がすなわち法益侵害事実であつて、その発生やその発生の危険性が当該犯罪の処罰根拠とされている場合に限られるであろう。そうすると、例えば、常習賭博罪の場合はこれに該当しない。なるほど、賭博の常習者は、同人の好む種類の賭博を反復累行することによつて、次第に技量が増し、勝つ可能性が高まるかもしれない。例えば、麻雀賭博を好んで頻繁にやっている人は、だんだんと麻雀がうまくなり、次第に他のプレイヤーに勝つて他者から賭け金を巻き上げる機会が多くなるかもしれない。しかしながら、言うまでもなく、賭博罪は、このようにして他のプレイヤーから金員を巻き上げることを法益侵害として処罰する犯罪ではない。それゆえ、その者が麻雀に

² 内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）〔補訂版〕』（青林書院新社，1997）227頁注14）。

習熟し、次第に勝率を上げたとしても、そのこと自体は、その賭博行為の処罰根拠たる法益侵害性を増大させることを意味しない。そのため、「常習者による犯行は、職業的で巧みであるがゆえに、その法益侵害性が増大し、そこに加重処罰の理由がある」との前記の説明は、常習賭博罪のような場合には用いることができないのである。これが、この説明のもつ1つ目の限界である。

第2に、この説明は、対象たる犯罪が傷害罪や窃盗罪などの結果犯の場合であっても、その犯行が「職業的ではない常習者」については当てはまらず、用いることができない。例えば、万引き行為をひたすら繰り返すクレプトマニアなどの場合、確かにその犯行は、反復累行され、常習的ではあるものの、それによって犯行態様が巧みになっているかという点、必ずしもそうとはいえないであろう。むしろ、その犯行は衝動的で、直ちに露見するような馬鹿馬鹿しい犯行態様であり続けることも多く、それゆえに容易に発覚してしまうということも多いのである³。それゆえ、クレプトマニアをはじめとする、近時増加の傾向にある「依存症」に起因する犯行についていえば、「職業的な巧みさ」を理由とした加重処罰の説明は、同様に、用いることができないと考えられる。これがこの説明のもつ2つ目の限界である。

ウ. 集合犯としての側面からの正当化

もう一つの回答としては、集合犯と解されていることの特性から、違法性が増加するとの説明が考えられないではない⁴。すなわち、複数回の犯行が予定されているため、複数回の犯行がある限り、違法が増大していると解するのである。

しかし、この考えの場合には、上記のように、現在の判例・通説では、1回だけの犯行だとしても常習性の発露を認める場合には、常習犯として加重処罰され得るのであって、そのことの正当性が改めて問われることになる⁵。

³ 斉藤佳章『万引き依存症』（イースト・プレス、2018）23頁。著者は、クレプトマニアなどの治療プログラムに携わっている精神保健福祉士、社会福祉士であるところ、同書では、クレプトマニアの治療のためにクリニックに通院する途中、コーヒーチェーン店の注文カウンターで注文後、その脇の冷蔵ケースからバゲットを使った長めのサンドイッチをショルダーバッグに押し込み、コーヒーの清算を済ませそのまま去ろうとしたところ、店員から「お支払いが済んでいない商品がありますよね」と呼び止められ、警察に通報された患者の事例が報告されている。その際、15センチほどあるサンドイッチの半分が彼のバッグから飛び出していたという。

⁴ 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010）519頁、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巻犯情等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011）140頁。

⁵ 中島広樹「集合犯概念」平成法政研究7巻2号(2003)141頁以下。

（２）常習性は帰属の量を増大させるか

ア．意思支配に影響を与える要素

そこで次に、常習性が「帰属の量」を増加させるかを検討する。

常習者による犯行と非常習者による犯行とを比較した場合に、仮に行為の違法の量が同じであっても、当該違法行為が行為者人格に帰属する程度において常習者のほうが非常習者よりも大きいのであれば、そこに常習者による犯行を加重処罰する根拠を見出すことができる。これは、違法性においては等しい行為であっても、故意犯のほうが過失犯よりも重い処罰に値するとされるのと同じ理屈である。

では、この「帰属の量」を決めるのは何か。現在の通説である規範的責任論に従えば、法的な責任非難を基礎づけているのは「他行為可能性」であるとされる。つまり、構成要件に該当する違法な行為を回避できたこと、それ以外の行為をなすことができたことである⁶。そして、この構成要件に該当する違法な行為に出ることを回避することは、むしろ行為者の自由な意思決定により行われる。それゆえ、これは、当該行為に対して行為者が意思によって支配をしていたこと（意思支配性）と言い換えることできる。そして、この行為に対する意思による支配の程度が容易であるほど責任は重くなり、これが困難になれば責任は軽くなり、意思支配性が皆無となれば、他行為可能性はなくなり、行為者に対する責任非難はできなくなる、と考えられる。

では、このような行為に対する意思支配の程度を決めている要素としては何があるか。従来言われてきたのは次のものである。

第１に、責任能力がある。つまり、行為の是非を弁別し、この判断に従って自己の行動を制御する精神的な能力があるか否かである。完全に責任能力がある場合と比較して、限定責任能力（心神耗弱）の場合は帰属の程度が弱くなり、責任も減少する。さらに責任無能力（心神喪失）となれば、違法行為に対する刑事責任を問うことは完全にできなくなる。

第２に、事実に対する認識がある。故意犯のほうが、過失犯よりも責任非難の程度が重いのは、自己の行為をとりまく事実に対する認識（予見を含む）がある場合のほうが、それがなくその認識（予見）可能性があるにとどまる場合に比べて、行為に対する意思支配の程度が強いことを示している。さらに、事実に対する認識（予見）可能性がまったくなければ、無過失となり、責任非難をすること自体ができなくなる。

第３に、違法性の意識がある。「違法性の意識」自体は、故意の要素ではなく、「違法性の意識の可能性」が責任の要素であるとする学説が強いが、それでも、

⁶ 山口厚『刑法総論〔第３版〕』（有斐閣，2016）195頁。

故意犯の場合において「違法性の意識」がある場合のほうがこれのない場合に比べて行為者に対する責任非難の程度が大きいと考えられることは疑いないであろう。その意味で、違法性の意識の有無やその可能性の程度(難易度)は責任の程度に影響すると考えられる。

第4に、適法行為の期待可能性の程度がある。行為者の置かれた具体的な状況の異常さゆえに、行為者に適法行為に出ることを期待できない場合には、責任が否定される。そして、そこまではいかなくても、適法行為に出ることが困難な状況が認められれば、責任の程度は軽くなると考えられる。

以上の4項目が、行為に対する行為者の意思支配の程度に影響を与え、責任非難を増減させる要素であることは疑いのないところであろう。

イ. 各要素はいかに意思支配に影響するか

では、この4項目は、いかにして行為に対する意思支配の有無・程度に影響するのだろうか。

刑法は、命令規範として、名宛人に対して違法な行為をしないよう命じている。そして、名宛人がこの命令に従って違法な行為に出ることを思いとどまるには、名宛人は、まず、これから自分がしようとしている行為が「違法な行為」であると知る必要がある。これを知ることで、名宛人の内心では「これは『違法な行為』であるから、しない」という反対動機が形成される。そして、この反対動機に従って、行為者が「この行為に出ない」という意思決定をし、その意思決定に従って行動が制御されて、名宛人は、違法な行為に出ない、という刑法の命令に従った態度をとる。こうして、刑法は遵守される。ここではこのような過程を仮に「反対動機モデル」と呼ぶことにしよう。

このような反対動機モデルにおいては、名宛人が刑法を遵守しなかった、つまり、刑法の命令規範に違反したと評価されるのは、このようなメカニズムを通じた刑法の遵守が可能であったのに、名宛人がそれをしなかった場合である。遵守することが不可能であった場合には、それは「遵守できなかった」のであって「遵守しなかった」とは評価されない。つまり、このようなメカニズムによる行動の制御が不可能であった場合には、客観的には刑法に違反する違法な行為が行われていても、行為者は命令規範に違反したとは評価されないのである。

このようなメカニズムによる命令規範の遵守ができるための要素として、下記(a)から(c)までの3つが考えられる。

(a) 違法な行為の認識可能性

まず、名宛人は、これから自分がしようとしている行為が「違法な行為」であると知ることが可能であったことが必要である。もちろん、違法な行為であ

ると認識している場合には、直ちに反対動機の形成が可能であるから、そのほうが望ましいが、必ずしも認識している必要はない。なぜなら、違法な行為であるとは認識していなかったとしても、違法な行為であるとの認識が可能であった場合には、「違法な行為であると（正しく）認識したうえで反対動機を形成する」ことが可能であったので、「違法な行為であると（正しく）認識すべきであり、そのうえで反対動機を形成すべきであった」といえる余地が残るからである。

では、これから自分がしようとしている行為が違法な行為であると正しく認識することが可能となるために必要な条件は何か。

第１に、自分がこれからしようとしているのはどのような行為で、その行為からもたらされる結果はどのようなものか、さらにはその行為の社会的意味などについて、正しく認識（予見）し、または認識（予見）できることが必要である。これが「事実」の認識及び認識可能性の問題であり、「故意」・「過失」の問題である。

第２に、行為についての適法・違法の判断が一般的に可能な判断能力を行為者が有していたことが必要である。これは、責任能力のうち「是非弁別能力」の問題である。

第３に、そのような一般的な能力を前提に、当該の具体的な対象行為に対して適法・違法（是非善悪）を判断することができる知見を具体的に有していたことが必要である。これが「違法性の意識の可能性」の問題である。

このような条件が揃えば、名宛人はこれから自分がしようとしている行為が「違法な行為」であると知ることが可能である。

そして、違法な行為であると知った場合には、名宛人の内心で「違法な行為だから、しない」という反対動機が形成されることを法は期待する。もちろん、名宛人に遵法精神が不足しているために「違法な行為」だと知ったにもかかわらず「しない」という反対動機が形成されず、その結果、違法な行為に出ることを決意する場合もあるだろうが、その場合には、まさに、そのこと自体が法的非難の対象となる。

（b）反対動機を抑圧する特殊な事情の不存在

つぎに、「違法な行為だから、しない」という反対動機が形成されれば、名宛人は、ふつう、この反対動機に従って当該行為に出ないという意思決定をするものと考えられる。

ただ、人によっては「違法な行為だから、しない」という反対動機が形成されたにもかかわらず、「違法な行為だけど、する」という行為動機のほうが優先され、結局、違法な行動に出る、という場合がある。これは、反対動機が形成されないのではなく、反対動機は形成されたが行為動機がそれを乗り越えた場

合と表現してもよいだろう。

通常の場合であれば、行為動機が反対動機を乗り越えた場合、そのこと自体が行為者に対する法的非難の対象となる。しかし、状況によっては、名宛人が「違法なので、しない」という反対動機よりも、「違法だが、する」あるいは「違法だが、せざるを得ない」と考えて実行に出てしまい、かつ、このことを法的に非難できないと感じられる場合もある。つまり、当該行為を実行したことが遵法精神の欠如やその不足によるものではなく、健全な遵法精神を備えた通常人であってもそう決意することが無理もないと考えられるような特殊な事情によるものであれば、もはやこれを法的に非難することはできないと考えられる。反対動機を抑圧する特殊な事情が存在する場合であり、これが「適法行為の期待可能性」の問題である。

(c) 行動制御可能性

最後に、名宛人の内心において反対動機が形成され、この反対動機に従って行為を踏みとどまることを行為者が決意しても、その決意によって行動を制御することができなければ、名宛人は反対動機に基づいて「違法な行為に出ない」という態度をとることができない。そこで、名宛人がこのような能力を備えていたことが必要であり、これが責任能力のうちの「行動制御能力」の問題である。

このように、①責任能力、②故意・過失、③違法性の意識の可能性、④適法行為の期待可能性といった責任を形成する4つの要素は、反対動機モデルの中で上記のように機能する要素として位置づけられるであろう。

そして、上記の(a)違法な行為の認識可能性、(b)反対動機を抑圧する特殊な事情の不存在、(c)行動制御可能性のいずれについても、有無の問題だけでなく、程度の問題がある。すなわち、自己の行為を違法と認識していた場合のほうが、認識は可能であったが実際に認識していなかった場合よりも、反対動機の形成が容易である分、程度は悪いと考えられる。反対動機を抑圧する特殊な事情も、これを不可能とする程度にまで至れば責任を阻却するが、そこまで至らなくても反対動機によって行為を踏みとどまることが困難な状況となれば、責任は低減すると考えられるし、またその困難さの程度によってその低減の程度も変わると考えられる。また、行動制御能力にしても、これが不存在となれば責任は阻却されるし、制御が困難な状態であれば責任はその分低減されると考えられる。

ウ. 量刑事情と責任要素との関係

そこで、上記のような責任要素(前記①から④までの4項目)のいずれかに影響を与える事情であれば、それは行為者による行為に対する意思支配の程度

に影響し、「帰属の量」を変動させると考えられる。

問題は、常習性が、一般に、一定の犯罪を反復・累行して行う習癖をいうと解されているところ、このような習癖の存在が、前述した「反対動機モデル」においてどのような意味を有するか、である。

自分がこれからしようとしている行為が違法な行為であることを、行為者自身が認識した場合、通常はこの段階で「違法な行為だから、しない」という反対動機の形成が行われる。ところが、故意犯の行為者は、このような認識もち（場合によっては逡巡し）つつも、犯罪の実行に伴うさまざまな誘惑に負けて、「違法な行為であるが、する」という行為動機を優先し、実行を決意して、これを実行する。このような状態を捉えて、行為者は「規範的障害を乗り越えて」実行したなどと表現されることもある。

これが常習犯になると、このような「規範的障害を乗り越える」ということが常態化してくるであろう。そしてこのような状態を称して「規範意識が鈍磨した」と表現されることもある。

規範意識が鈍磨すると、その者にとっては、その犯罪はむしろ日常であって、その行為が違法な行為であるとはあまり意識しなくなるかもしれない。しかし、そのことは「違法性の意識」がなくなることを意味するものではない。違法性の意識は、自分が主観的にその行為を悪事と感ずるかではなく、国家社会においてその行為が違法な行為、つまり法的に許容されていない行為とされていることを認識しているかということにほかならない。それゆえ、常習性によって規範意識が鈍磨したからといって、行為者の「違法性の意識」がこれによって消滅するというわけではない。

常習性によってもたらされる規範意識の鈍磨とは、一定の犯罪に関する「違法だから、しない」という反対動機によって行為に出ることを踏みとどまろうという意欲の減退または喪失といえるかもしれない。それは、法的に望ましくない人格の形成であり、端的に「墮落」と表現してもよいかもしれない。

そこで、個別の違法行為をしたことについて行為者を非難する「個別行為責任」を超えて、その墮落した人格の形成についても非難する「人格形成責任」の考え方を導入するのであれば、このような規範意識の鈍磨によって、常習性の加重処罰は最も素直に基礎づけることができる。しかし、すでに述べたように、このような人格形成責任という考え方は、一般的な支持を得るまでには至

7 日高義博『刑法総論』（成文堂、2015）294頁以下。故意の要件として違法性の意識を必要とする説（厳格故意説）に立脚しつつ、違法性の意識の内容を「法的に許されないことを意識すること」（実質的違法性の意識）と解することにより、常習犯や確信犯などにおいても違法性の意識を見出すことはできるとする。

っていない⁸。

では、規範意識の鈍磨を、個別行為責任を増加させる要素として位置づけることはできないのか。

無理であろう。上述の「反対動機モデル」で考えた場合、(a)の「違法な行為の認識可能性」は、反対動機を形成するために必要とされる積極的要素であり、(b)の「反対動機を抑圧する特殊な事情」は、その消極的要素である。そこで、例えば、行為者が「自分がこれからしようとしている行為が違法」であることを認識しつつ、かつ、反対動機を抑圧する特殊な事情が存しないという状況下においては、行為者が常習者であれ、非常習者であれ、反対動機を形成する積極的要素(これを容易にする事情)も反対動機を抑圧する消極的要素(これを困難にする事情)も等しいのだから、その場合の反対動機の形成の容易さにおいても、これに基づいて行為を踏みとどまる容易さにおいても差異があるとは考えられない。つまり、行為者が行為をその意思によって支配している程度(行為選択の自由度・容易性)に差異があるとは考えられない。

もちろん、常習者の場合は、行為をするという選択をするにつき、いわば「慣れっこ」になってしまっていて躊躇いすらしなないかもしれない⁹。そして、躊躇いすらしなないことは、いわば刑法に対する無頓着な態度として許しがたいと感じられるかもしれない。しかしここで「許しがたい」と感じられる実体は何かと考えると、それは「法に対する無頓着な人格」としての常習者の危険性であろう。つまり、法に対して敵対的な行為者人格の危険性である。これは、どう考えても、違法な行為をしたことについて行為者の責任を問う、という「個別行為責任」の考え方を超える対象である。

以上のように、「常習性」を個別行為責任主義の下において責任を増大させる要素と位置づけ、刑罰を加重する根拠とすることは、不可能である¹⁰。

⁸ なお、ドイツでは、1993年11月24日の「危険な常習犯および保安と改善の処分に関する法律」(常習犯人法)が、刑罰にも行為者刑法的影響を与えた。ドイツ刑法旧20条aは、「三度目の有罪判決に当たっては、『行為の全体的評価』によって、行為者が『危険な常習犯である』ことが明らかになったとき」、重懲役を命じていたため、ここでは行為者自体ではなく、常習犯という刑事学上の行為者類型に属することが刑罰を決定していたといえる(〔山中敬一監訳『クラウス・ロクシン 刑法総論 第1巻〔基礎・犯罪論の構造〕【第4版】〔翻訳第1分冊〕〕(信山社, 2019)「第6章 行為刑法と行為者刑法」〔川口浩一〕234頁)。しかし、ドイツの現行刑法は、行為刑法であることに争いはなく、常習犯人法については、刑罰と保安処分の二元主義を導入し、治療及び介護施設、保安監置ならびに職業停止の処分を導入したものを修正したものが、現行法にも残っており、日本法とは異なっている(ロクシン・前掲「第4章 1871年以降のドイツ刑法改正」〔山中友理〕143頁)。

⁹ 常習犯概念を純化した場合の考え方について、第2章第1(岡本ほか・前掲注(1)86頁)参照。

¹⁰ 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取れば、責任要素と位

そのみならず、行為者の常習的犯行が「依存症」という病気に影響されている場合には、それは、むしろ逆に、反対動機の形成を困難にする特別な事情ないしは反対動機に従って意思決定し行動を制御することを困難にする事情として、行為に対する意思支配の程度を減少させ、量刑を引き下げる方向で機能するものとする考えられるところである。

3 常習性は予防における悪要素か

刑罰に期待される刑事政策上の「予防」効果には、一般人が犯罪に手を染めることを防止することを期待する一般予防と、犯罪者が再犯をすることを防止することを期待する特別予防とがある。もっとも、ある行為者に対する量刑を考えるうえで、一般予防効果の増大を期待して当該行為者に対する刑罰を重くすることは、たとえ、責任刑の幅の範囲内であったとしても、当該行為者を刑事政策のための手段として用いることになり、個人の尊厳に反するなど、強い批判があることはすでに述べた¹¹。そこで、以下では、特別予防の観点から「常習性」を量刑上の悪要素として用いることの合理性について検討する。

この点、常習性とは一定の犯罪を反復・累行する習癖であるところ、これを続けることによって行為者に対して起こる変化は、上記のように、一般に「規範意識の鈍磨」と表現されるものである。

では、こうして常習者として規範意識の鈍麻した者は、非常習者であった頃と比べると、どこが異なるのか。おそらく犯行によって得られる利益に味を占めた点と、犯行に及んだものの結局は捕まらなかったという体験によって「滅多に捕まることはないのだ」という安心感を得てしまった点で違いがあるといえよう。前者は、犯行への誘惑が強くなったことを意味し、後者は、刑罰の一般予防効果である「刑罰の威嚇力」が弱まったということの意味するものと考えられる。

では、このような常習者は、非常習者に比べて、再犯の防止を期待する特別予防において、刑罰の必要性が増加すると考えられるか。

置げることが可能であるが（山口・前掲注(4)519頁注21）参照）、端的に、予防の問題として検討すべきであろう。クレプトマニアの治療にあたる医師の観点から、自由意思を前提とする刑事司法の問題点を指摘するものとして、中元総一郎「窃盗症への医学的アプローチと現行の刑事司法・司法精神医学の問題点」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』（成文堂、2021）95頁以下参照。

¹¹ 第1章第3（岡本ほか・前掲注(1)82頁以下）参照。樋口亮介「改正少年法の運用課題—特定少年の責任という見地から」法時94巻2号31頁は、「例えば万引きのような軽微な犯罪が反覆される場合、現に行われた犯行され自体についてみると、その違法性は低い。それにもかかわらず、刑事事件において重い量刑がなされるのは、同種の犯行の反覆によって刑法規範が強く動揺することに対応するためという側面から根拠づけるに他ない。」とするが、本文の通り、むしろ正当化できないと解すべきであろう。

素直に考えれば、増加するものと考えられるだろう。行為者の内部に一度芽生えてしまった犯行への誘因は、今後も行為者の内心において反対動機の形成を阻害する要因になると考えられるし、犯罪を行ったからといってそのすべてが摘発されるわけではないという高を括った態度を改めさせるためには、相応に重い処罰によって「懲らしめる」必要があると考えられるからである。

それゆえ、常習性は、端的に、特別予防の観点から刑罰を引き上げる量刑上行行為者に不利な要素となるものと考えてよいであろう。

ただ、これが量刑上行刑罰を引き上げる要素として働くとしても、その働き方は「責任主義」と「予防」との関係からおのずと限定的なものとなる。なぜなら、予防の要素は責任主義における責任量の「幅」の範囲内でしか働き得ないから、いかに特別予防の必要性が高いとしても、これを理由に常習者に対して責任量の上限を超えた重い刑罰を科すことはできないからである¹²。

そうすると、例えば、単純賭博罪と常習賭博罪との関係を見た場合、単純賭博罪(刑法185条)の法定刑が「50万円以下の罰金又は科料」であるのに対し、常習賭博罪(刑法186条1項)の法定刑が「3年以下の懲役」であることをこの特別予防の必要性の高さという理由だけで正当化できるかという点、正直無理があると言わざるを得ない。仮に、単純賭博罪の法定刑の上限が当該犯罪における責任量の幅の上限を意味していると解するならば、それを超えた刑罰を特別予防の必要を理由として科すことは、本来できないものである。そこで、現行の規定を前提に、もしこれを合理的に説明することを試みるのであれば、むしろ逆に、常習賭博罪の法定刑の上限が責任刑の上限を示しており、単純賭博罪は「1回だけの出来心」を理由に法定刑を極端に抑えた軽減類型なのだとも言わない限り、これを正当化することはできないように思われる。もっとも、このような解釈は、常習賭博罪の制定過程での議論に沿うものではない¹³。

以上のとおり、常習性は特別予防の観点からは、量刑を重くする方向に働く悪要素となるものと一応考えることができる。しかし、これが常習犯のすべての場合にあてはまるかという点、そうではないであろう。というのも、クレプトマニアなど依存症に起因して犯行を繰り返す常習者の場合、再犯の防止にとって科学的に必要かつ有効なのは治療であって、刑期を長くすることによって再犯防止の効果があるとは考えられないからである。そうすると、このような場合は、再犯防止効果を狙った刑の加重というものが、およそ合理的な意味を

¹² なお、特別予防の必要性から責任が加重されるとの考え方からは、この批判を回避できないではないが、責任と予防という区分そのものを無意味にするもので、妥当とはいえない。

¹³ 常習賭博罪の制定過程概要については、第2章第1(岡本ほか・前掲注(1)87頁)参照。

もたないことになる。そこで、依存症に起因する常習者などに対しては、特別予防の観点からも、常習性は刑を加重する理由とはなり得ないこととなると考えられる。

第２ 累犯加重について

１ 累犯は責任を増大させるか

常習犯について見たところと同様に、累犯加重についても、現在の量刑論の到達点である「責任主義と予防」の観点から、加重処罰を正当化し得るのかについて検討する。

ここでも、責任主義における責任が、個別の違法行為を行為者が行ったことによる責任（個別行為責任）であることを前提に、累犯であることが、①行為の違法性自体を増大させるのか、②違法行為の行為者人格への帰属（意思支配）の程度を増大させるのか、という２つの観点から検討する。

（１）累犯は違法の量を増大するか

すでに見たように、累犯加重の正当性を基礎づけようという試みには、行為責任を理由とする見解と行為者責任を理由とする見解とがあり、前者に属するものとして「警告理論」と「刑の感銘力」による基礎づけなどがある。

そして、行為責任が増大する場合には、前述のとおり、①行為の違法性が増大することによって責任が増大する場合と、②違法行為は同じで責任が増大する場合とがあるが、この点「警告理論」も「刑の感銘力」による基礎づけも、いずれも②に属するものとされる。

これに対し、①違法性の増大によって行為責任が増大することを理由として、累犯の加重処罰を基礎づけようとする見解が、少数ながら存在する。

この見解は「累犯者の場合、規範に対する侵害の程度が初犯者に比べて格段に重い」という。すなわち、「累犯の場合、規範に対する侵害が二度目以上で、しかも単に確定判決を受けたばかりでなく、その執行をも受けた上でのことである」という点からして、「違法性の程度が重く」というのである¹⁴。

以下、この見解に対して、若干の検討を加える。

第１に、この見解は、累犯者のほうが初犯者に比べて、同じ行為をした場合でも「規範に対する侵害の程度」が「重い」という。では、この「規範に対する侵害の程度」とは、どういう意味か。刑罰法規は、行為に対する評価規範という側面をもち、これに違反する場合には行為は「違法」と評価される。そこで、「規範に対する侵害の程度が重い」とは、結局、この評価規範の評価基準に照

¹⁴ 西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977）397頁。

らして重く評価されるに値する事実が認められるということであろう。

では、当該行為者が、かつて刑罰法規に違反し、有罪判決を受け、懲役刑の執行を受けたという事実は、このような評価基準に照らして重く評価される事実なのか。この評価規範がいかなるものであるかは、違法を結果反価値によって捉えるか、行為反価値によって捉えるか、あるいは二元的に捉えるかによって異なるであろう。例えば、違法を結果反価値によって捉えるならば、行為が法益を侵害したか、侵害の危険性を発生させたかが基本的な評価基準となる。侵害される法益が重大であったり、侵害の程度が深刻であったり、あるいは、侵害の危険が高かったりすれば、そのような侵害や危険を惹起した行為に対する違法評価は重くなる。

しかしながら、当該行為者において、かつて刑罰法規に違反し、有罪判決を受け、懲役刑の執行を受けたことがあるという事実は、このたびの法益侵害やその危険には一切影響がない。それゆえ、「規範に対する侵害の程度が重い」と評価されることはあり得ない。つまり、上記のような見解は、まずもって、結果反価値論からは採用できないと解される。

では、行為反価値論や二元論からどうか。この場合、国家社会的倫理規範に対する違反や社会的相当性からの逸脱というものをどのように捉えるかによって異なる余地はある。しかし、違反事実は同じでも1度目の違反と2度目以降の違反とでは「違反の程度」が異なるという説明には、理解しがたいものがある。もちろん、倫理規範にも、違反の程度という概念は存在するであろう。例えば、行為者の主観的または客観的な行為態様の如何によって、違反の程度が軽微であるとか、違反の程度が重大であるとの区別はなされるであろう。しかし、かつて違反したことがあり、それについての「懲らしめ」としての懲役刑を受けながら、再度違反した場合には、今回の行為の態様が仮に前回とまったく同一であっても、違反の「程度」が重くなるということは考えにくい。

この点、2度目の違反の際には、その違反事実だけでなく1度目の違反事実までが評価の対象となるというのであれば、違反が累積され、違反の程度が重くなるということは理解できる。しかしこのようなことは、前回処罰された事実について再度処罰されるのと同一の結果になるから、二重処罰の禁止（憲法39条後段）に抵触することとなる。

確かに、初めて刑法規範に違反した行為者に比べ、一度は有罪判決を受け、懲役刑の執行を受けたにもかかわらず、性懲りも無くまたしても刑罰法規に違反したという行為者（つまり累犯者）は、初犯者と比べて「どこかが違う」という素朴な感覚には、共感できるものがある。しかし、その違いは「規範に対する侵害の程度」ではないだろう。この点が、この見解が一般的な支持を受けるには至っていない理由であるように思われる。

（２）累犯は違法行為の帰属を増大させるか

「警告理論」も「刑の感銘力」によって加重処罰を基礎づける見解も、いずれも、累犯者に対する加重処罰は、違法行為の行為者への帰属の程度が増大することを理由とすると説明する点で共通する。では「警告理論」や「刑の感銘力」は、これを十分に説明しているといえるのであろうか。以下、検討する。

ア．警告理論について

まず、警告理論は、前刑の存在を警告と理解し、その警告を無視したことによって行為責任の増大が認められると説明するものである。しかし、個別行為責任を前提とした「反対動機モデル」に基づいて考えるならば、この警告はどこに位置づけられ、意思支配に対してどのようなメカニズムで影響を及ぼすものといえるのか。

①責任能力や、②故意・過失に係るものとは解されない。そこで、以下では、③違法性の意識の可能性と、④適法行為の期待可能性への影響について検討する。

（ア）「警告」は違法性の意識に影響するか？

確かに「違法性の意識の可能性」が存在しない場合には、責任が阻却されて犯罪が成立し得ないこととなる。また「違法性の意識」が故意の成立要件であるか否かはともかくとして、違法性の意識がある場合と、違法性の意識はないがその可能性があるにとどまる場合とでは、前者のほうが行為者の行為に対する意思支配の程度が大きく、責任は重くなると考えられる。

また、同じく「違法性の意識」が存在するという心理状態の中でも、そこにはさらに差のあるものを考えることはできる。例えば、違法評価の対象となる自己の行為について「違法だとはわかっていたが、どの程度の違法かはわからなかった」とか、「違法だとは思っていたが、それほど大きな違法だとは思っていなかった」あるいは「犯罪になるとは思っていたが、せいぜい罰金程度だと思っていた」などという場合、ここには、行為の違法評価に対する認識の程度に差があると考えられる。

そして、以前に有罪判決を受け、懲役刑の執行を受けたということになると、当該行為に関する限りは「違法性の意識」が明確に植えつけられ、しかも、その行為が「懲役刑」に値するものであることも思い知らされているといえよう。

しかし、累犯の場合は、常習犯とは異なり、今次の犯罪が前回に懲役刑を受けた犯罪と同一の犯罪であるとは限らない。それゆえ、前回、有罪判決を受け、懲役刑を受けたとしても、そのことは今次の犯罪について「その行為が懲役刑に値するほどに違法な行為であると認識していた」ということを保障するものとは限らない。

その一方で、そのような有罪判決を受けたことがない者であっても、通常の社会常識をもつ一般人であれば、他人の物を盗んだり、他人に怪我をさせたりすれば、場合によっては懲役刑になるくらいの犯罪であるということは、知っているのがふつうである。つまり、違法性の意識に関していえば、行政刑法犯や特別刑法犯でない、ごくふつうの刑法犯である限りは、自己の行為が懲役刑を受ける程度の違法性を有するかについても、知っている場合のほうが多いと考えられる。

そうであれば、「違法性の意識」の程度という点は、累犯の場合に特に法定刑の上限を大幅に引き上げるほどの事情になるとは考えにくい。したがって、「警告」が違法性の意識に影響を与えることによって責任が増加すると説明することには、無理があろう。

(イ) 適法行為の期待可能性への影響

つぎに、「警告」は、適法行為の期待可能性に影響するか。

警告理論は、行為者が有罪判決を受け、懲役刑の執行を受けたことをもって「警告」と解し、この警告を無視して再度の犯行へと及んだところに個別行為責任の増大が認められるとする。そうすると、この警告は、当該行為者に対して、他の一般人とは異なって、犯罪行為を強く禁ずる特別の禁止規範ということになる。もしこのように解するならば、確かに、同一の法益侵害行為をしたとしても、累犯者は、非累犯者とは異なるより「強い禁止規範」に違反しているのであるから、より大きな責任が生ずる、ということになる。この理屈は、一応成立可能なようにも思われる。

しかし、そもそも刑法規範は、このように一定の名宛人に対して自由に禁止を要求する程度を変えることができるものなのだろうか。

この問題は、より一般化すれば、刑法規範が、名宛人に対して、違法行為に出ずに適法行為に出ることを(刑罰をもって)期待する程度(=禁止の程度)は、立法者の側で自由に設定することができるのか、という問題であるといえる。

しかし、結論的にいえば、この問いに対して肯定の回答をすることは、責任主義(個別行為責任主義)を放棄することを意味することになるであろう。

個別行為責任主義は、行為者がした違法行為の程度、より端的に言えばそれによって惹起された法益侵害やその危険の程度を、刑罰の上限とし、行為者に対して過酷な刑罰が加えられることを防止する。もっとも、これのみならば、ハンムラビ法典の「目には目を、歯には歯を」という状態を一步も出ることがないから、ここからさらに調整が加えられる。行為者の惹起した法益侵害やその危険は、「同害報復」ではなく、自由刑、財産刑など、価値的に等しい法益の剥奪・制限へと変換され、刑罰として再構成される。そして、ここからさらに、

その違法行為が行為者へと帰属する程度が問題とされ、行為者に対して責任に応じた刑罰が決められることとなるのである。

このような責任主義のメカニズムにおいて行われる「法益侵害」から「刑罰」への変換は、元来が、異なるもの相互間での等価性を問題にするものであるため、感覚的なものに頼ることは否定できず、この点は立法者の英知に期待するほかないところは、確かにある。しかし、それでも、そこにはある程度の尺度が成り立つからこそ、責任主義は、犯罪の内容・程度に合わない過酷な刑罰を抑制するという機能を維持し得るのである。

ところが、もしここで、刑法規範が「ある人たちに対してだけ、他の人たちに対するよりも厳しく禁止を要求し、その厳しい禁止に対して違反したがゆえに、重い刑罰を科することができる」ということを是認するならば、この「ある人たち」に対しては、上記のような責任主義による規制がまったく働いていないことになろう。さらに言えば、このような「ある人たち」に対して「厳しく禁止を要求する」という方法によって刑罰を重くすることができるのであれば、「他の人たち」に対しても同様にそれはできることになり、結局、刑法規範は、だれに対しても「厳しく禁止を要求する」、「強く禁圧する」という方法を採用することで、違法（法益侵害及びその危険）の程度に縛られず自由に重く処罰することが可能となってしまうであろう。これは、責任主義の崩壊である。

つまり、責任主義を前提とする限り、刑法規範が、刑罰を制裁として掲げて人々に対して行為を規制する場合、こうして掲げることのできる刑罰の重さは、規制対象たる行為が惹起した法益侵害の質や量によっておのずと定まるものなのであって、立法者の「厳しく禁止を要求する」、「強く禁圧する」という意向によって自由に重く設定することが許されるものではないのである。

それゆえ、累犯者に対しては「警告」が、犯罪行為を行わないように強く禁止しており、その強い禁止に違反したがゆえに、累犯者の責任は重い、という理屈は、責任主義の立場からは採用することができない。

適法行為の期待可能性の理論は、刑法規範が名宛人に対して適法行為を期待できる場合には限界があることを示しているが、これは、有無だけの問題ではなく、程度をもつ概念でもある。それゆえ、適法行為を期待できる場合において、名宛人がその期待に応えず違法な行為に出た場合でも、そのことに対して無限定に非難の程度を設定できるわけではない。刑法規範が刑罰によって禁止を要求できる強さは、対象たる違法行為が惹起した法益侵害やその危険の質と量によって限界づけられているのであり、それを超えて厳しく「適法行為に出ることを期待」できるわけではないのである。

その意味では「警告」を、適法行為の期待可能性に対して影響を与える要素

と位置づけ、「反対動機モデル」の中で機能させることも、不可能といえる。

イ. 刑の感銘力等による帰属の増大について

つぎに、「刑の感銘力と行刑による教化改善」を理由として累犯の加重処罰の根拠を基礎づけようとする見解は、累犯者は、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する。

確かに、行為者が犯罪行為に出る際、行為者の内心では「違法だが、したい」という行為動機と、「違法だから、しない」という反対動機とが葛藤し、行為動機が反対動機を押し切って行為に出る、というプロセスをたどるのが通常であろう。

この見解は、これを前提に、累犯者の場合は、初犯者の場合に比べ、刑を受けたことによる感銘力と教化改善の結果として、初犯者が有する反対動機よりも反対動機が強力であり、それにもかかわらず、その強力な反対動機を押し切って行為に出たということは、累犯者の行為動機がより強力であるということの意味するとして、そこに累犯者に対する強い非難可能性の根拠を求めるのである。

しかし、ここには2つの問題があるように思われる。

第1に、この見解が前提とする「累犯者は、刑の感銘力と行刑による教化改善の結果として、犯行にあたり強力な反対動機を形成する」ということ自体が、事実であるかが疑わしいということである。これはむしろ制度設営者の側からの期待ないしは願望というべきものであろう。累犯者の犯行の際、その内心において「強力な反対動機が形成されている」かどうかなど、まったくわからないことなのである。そうであれば、それを乗り越える「強力な行為動機」の存在もまた不明であるということになる。これがこの見解の第1の問題点である。

第2に、仮に、この見解が前提とするような「強力な反対動機」とこれを乗り越える「強力な行為動機」が想定されたとしても、これらは「反対動機モデル」の要素である、①責任能力、②故意・過失、③違法性の意識の可能性、④適法行為の期待可能性、のいずれにも位置づけることができないということである。

確かに、行為者が犯行に及ぶ際、その内心では、行為動機と反対動機とが対立し、行為動機が反対動機を乗り越えて犯行を決意する、という内心の過程をたどることは通常といえるかもしれない。だが、実際には、行為者の遵法精神の欠如により反対動機がまったく形成されないこともあるだろう。逆に、反対動機は強かったにもかかわらず、例えば「遊ぶ金欲しさ」といった行為動機があまりに強かったために行為動機が反対動機を易々と乗り越えてしまったとい

う場合もあろう。そしてこの場合、後者のほうが前者に比べて非難の程度が大きいといえるのだろうか。また、例えば、常習的に犯行を繰り返していたために、次第に規範意識が鈍磨し、あまり深く考えずに犯行に及ぶようになってしまった常習犯の場合、そもそも反対動機が微弱で、強い行為動機もないので責任が軽い、ということになるのだろうか。いずれもそうであるかは極めて疑問であり、そうではないように思われる。

すでに見たように「反対動機モデル」を機能的に考えた場合、（a）「違法な行為の認識可能性」は反対動機を形成するために必要とされる積極的要素を、（b）「反対動機を抑圧する特殊な事情」はその消極的要素を意味するところ、行為者が「自分がこれからしようとしている行為が違法」であることを認識しつつ、かつ、反対動機を抑圧する特殊な事情が存しないという状況下においては、反対動機を形成する積極的要素（これを容易にする事情）も反対動機を抑圧する消極的要素（これを困難にする事情）も等しい以上、初犯者であれ、累犯者であれ、その場合の「反対動機を形成する容易さ」においても、「反対動機に基づいて行為を踏みとどまる決意をする容易さ」においても差異はない。そうすると、行為者がその行為を意思によって支配している程度（行為選択の自由度・容易性）において、両者には差異はまったくないのである。

個別行為責任主義、そして規範的責任論の考え方に従えば、行為者に対して違法行為に出ないで適法行為に出ることを期待することができる状況下において、行為者が違法行為に出ることを決意したことこそが責任の基礎である。この場合、行為者が自己の行為を違法であると認識していたのか、認識可能であったにすぎないのか、また、違法行為に出ないと決意することが困難な状況にあったか否かなどは行為に対する意思支配の程度に影響するであろうが、決意するに至った内心の過程は意思支配の程度に影響するものではない。それゆえ、それは責任の要素ではない。行為を決意するに至った行為者の内心で過程を問題にすることは、むしろ個別行為責任の考え方を乗り越え、その外側へと一歩踏み出すこととなってしまうだろう。

以上のとおりであるから、「刑の感銘力」を理由として責任の増大を基礎づける見解にも、また、賛成することはできない。

2 累犯は予防における悪要素か

では、累犯者であることは、予防における悪要素として働くか。

すでに見たように、累犯加重の根拠を、行為責任の増大に求めることを諦め、累犯においては、前刑の執行に再犯防止の効果がなかったことに着目し、累犯加重は、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

いう刑事政策的な制度であると説明する見解がある¹⁵。

確かに、累犯の場合、今回の犯行が故意犯であるような場合は、前刑が再犯防止の効果をもたなかった、あるいは十分ではなかった、と評価されるであろう。それゆえ、その効果のなかった原因が、刑の内容にあるか、本人の刑罰感受性にあるかはともかくとして、前回と同様の刑では今回も効果がない、あるいは、不十分であると感じられるということは、当然あるだろう。そして、刑罰の内容を変更できないのであれば、せめてその刑期を長くして、十分な教化改善の効果を期待するということは合理的な理由といえる。

しかし、現在の量刑論によれば、予防の考慮は、あくまで責任刑の幅の範囲内で機能するものにすぎないため、これによって現在の我が国の累犯加重制度（初犯の場合に比べて懲役刑の長期を2倍以下とする刑法57条）の正当性を基礎づけることはできないというほかない。

また、すでに常習犯について述べたところと同様に、クレプトマニアなど依存症に起因して犯行を繰り返す、遂には累犯になってしまったというような累犯者の場合については、刑を加重したところでそれが再犯の防止につながることは考えられないため、特別予防の観点からしても、これを刑を加重する理由として用いることには合理性を認め得ないであろう。

3 ドイツにおける累犯加重規定の削除

(1) 刑法旧48条の累犯加重規定

我が国の累犯加重制度に正当性が認められないという主張は、決して突飛なものではない。ドイツでは、刑法旧48条に累犯加重に関する一般規定があったものの¹⁶、責任主義との関係上問題が生じ、1986年改正の際に削除され

¹⁵ 第3章第2（岡本ほか・前掲注(1)95頁）参照。

¹⁶ 第1次刑法改正法17条と第2次刑法改正法48条とは内容的に同一である。なお、48条の規定は、以下のとおりであった。

(1) 1. 少なくとも2回、本法の管轄域内で、故意の刑法犯によって有罪宣告を受け、
2. これらの行為のうち1個又は複数で少なくとも3月以上の自由刑で執行を終えた後、その者が故意の刑法犯を犯し、その刑法犯の性質と事情に鑑みて、過去の有罪判決を警告として受け取らなかったことについて非難される場合で、その罪の法定刑が別段の高い下限の刑がない場合には、自由刑の下限は6月となる。対象となる自由刑の上限は、変更されない。

(2) 第1項は、新たに犯した刑の法定刑の上限が1年未満の場合には、妥当しない。

(3) 第1項第1号の意味において、併合罪の有罪判決は、唯一の有罪判決とみなす。未決勾留又はその他の自由剥奪が自由刑に算入された場合、その刑は第1項2号の意味における執行を終えた刑とみなす。

(4) その次の犯行まで5年を超える期間が経過している過去の犯行については、考慮しない。

この期間内において、行為者が公的機関の命令によって施設内において監置されていた

ているのである。そのため、ドイツにおける累犯加重に関する一般規定の施行期間は約１６年間にすぎなかった¹⁷。

ここでは、ドイツで累犯加重の一般規定が削除されるに至るまでドイツ国内で見られた議論及び同規定の運用等について概観する。

まず、１９６９年にドイツ刑法４８条に規定されるに至った累犯加重¹⁸に関する一般規定の根拠については、「高められた行為責任」であるとされ、累犯については、「以前の行為や有罪宣告に基づく特別の非難可能性」があるとされた¹⁹。すなわち、累犯者がすでに以前の有罪宣告により警告されたにもかかわらず、累犯行為に際してより強い反対動機を乗り越えたことに基づく行為責任の増加²⁰に根拠が求められた²¹。

（２）責任主義からの批判

ア．刑罰の感銘力に対する批判

しかし、この累犯加重規定に対しては、責任主義の観点から様々な批判があった²²。ここでは、以下の２つの批判に大別して紹介する²³。第１に、行為責任の増加において主張されるような「受刑の心理的效果」というものの存在が疑

ときは、その時間を期間の計算に含めない。

¹⁷ 中島広樹『累犯加重の研究』（信山社、2005）166頁以下。なお、その後の1998年改正で、ドイツ刑法176a条に児童の性的虐待についての累犯加重規定が設けられている（Vgl. Klaus-Stephan von Danwitz, Strafschärfungen für Rückfalltaten: Ein Rückfall des vorgewarnten Gesetzgebers?, KritV Vol. 88, No. 3 (2005), S. 255 ff.）。

¹⁸ なお、累犯加重に関する規定は、当初は、1966年に刑法17条として立法化されたが、その後同一内容で48条に改正された。

¹⁹ 中島・前掲注(17)162頁以下。

²⁰ Bernhard Janssen, Probleme der Strafzumessung bei Rückfalltätern, ZRP 1991, Heft 2, S. 52; K von Danwitz, a. a. O. (Fn.17), S. 255 ff.

²¹ 中島・前掲注(17)172頁以下。なお、「責任」は行為責任の意味においてのみ理解されるべきであり、性格責任や行状責任とは区別された「行為者人格を考慮に入れた広い意味での行為責任」として理解されるのがドイツの通説である。

²² Helmut Geiter, Rückfallvorschrift (§48 StGB) aufgehoben: Anlaß zum Jubel oder Beispiel für die Funktionalität von Hintertüren?, ZRP 1988, Heft 10, S.376 ff., 中島・前掲注(17)172頁以下。

²³ ほかに、警告の無視が付加的な責任を作り出すという「高められた行為責任」の考えに対する批判もある。行為責任にとって決定的なのは、行為自身に詰め込まれた違反であり、警告の無視による刑罰倍加は行為責任思想と相容れないとする。前科に不従順であったがために処罰するのは不合理であるとの批判もあった。累犯加重については、一事不再理の原則に反する、あるいは抵触しないとしても、当該累犯行為の背後に存在する以前の有罪宣告ないしその執行に依存する限り、行為刑法の原則の侵害であると批判される。また、ドイツ刑法52条により複数罪が併合されて刑を合算するよりも軽くなるのに、累犯の場合は一罪ずつ処罰されて重くなることに対する疑問もある。Vgl.

Janssen, a. a. O. (Fn.20), S.53; von Danwitz, a. a. O. (Fn.17), S. 256, 中島・前掲注(17)128頁以下。

わしいという主張である²⁴。すなわち、刑罰の感化力や刑の有効性を疑問視する立場からの批判である。刑罰については、その執行によってスティグマを押して不安定な立場に置き、また社会的に隔離することで更生の機会を奪うなど、むしろ長期の自由剥奪による否定的な影響が指摘される場所である²⁵。

イ. 累犯者が感銘力を欠く場合についての批判

第2に、累犯は、精神薄弱者、精神異常者、精神病質、神経症患者、癲癇患者、中毒者、未熟な人格なども原因となることがあり、道義的に負担の軽減されるべき、あるいは道義的に中立な特性を有する累犯者については、「警告」には感銘しない、あるいはそのような者への「警告」は感銘力を欠くという批判である。以前の有罪宣告によって反対動機が正当に規範的に設定されるとは限らないのである²⁶。また、累犯者には「より薄弱な犯罪への抵抗力」が徴表されているのであり、累犯者の主観的能力面を考慮すると、刑の加重は正当化されないとの主張もある。累犯者は、有罪判決を受けるたびに、規範に即した行動を取る能力が増加するのではなく、むしろ低減していると指摘するものもあった²⁷。このような場合、「高められた行為責任」に関する命題は機能せず、累犯加重は行為責任と一致しないという結論に至る²⁸。

ウ. 批判に対処する「非難性条項」

第1と第2の批判を併せると、「前刑の警告機能」に感銘する累犯者がそもそもほとんど存在せず、「前刑の警告機能」そのものについても実際の効果は疑わしい以上、「前刑の警告無視に基づく高められた行為責任」の公式を維持することは困難であるという結論に至る。立法においては、このような、警告機能を肯定し得るような刑罰の有効性に対する根本的な疑惑、累犯者の大部分は警告に感銘しにくい人格の特徴をもっているから警告理論は少数の例外的事例にしか当てはまらないといった批判を受けて、累犯加重の一般規定にいわゆる非難性条項²⁹が設けられていた。しかし、判例においては、前刑の警告機能の客観

²⁴ 中島・前掲注(17)174頁。

²⁵ Janssen, a. a. O. (Fn.20), S. 53.

²⁶ Janssen, a. a. O. (Fn.20), S. 53は、刑罰による警告に接する機会があるのは、司法に携わる者など多数おり、前科者にだけ警告に従うことを求められることを疑問視し、前科者の方が、他の者より犯罪を抑制する力を培うことができない環境にいることを指摘する。

²⁷ Bernd-Dieter Meier, Anwendung und Bedeutung der allgemeinen Rückfallvorschrift, ZStW 95 (1983), S. 317.

²⁸ 中島・前掲注(17)175頁以下。

²⁹ 中島・前掲注(17)193頁以下参照。累犯加重の対象を「その刑法犯の性質と事情に鑑みて、過去の有罪判決を警告として受け取らなかったことについて非難される場合」に限っている(前掲注(16)の旧48条1項参照)。

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（２）
（岡本・神谷・進藤・杉山・山中）

的・実質の有効性の検証は十分になされなかったといえる³⁰。

エ．累犯者が感銘力（制御能力）を欠くとされた判例

他方で、累犯者が累犯行為の実行に際して平均人以上の反対動機を備えていたかどうか、すなわち平均人を上回る強固な制御能力を備えていたかについては、判例の中でも検討していたものがある³¹。薬物中毒者の被告人が、麻酔剤の所持及び連続的譲渡を理由に旧４８条の累犯加重がなされた事案において、ケルン上級地方裁判所は、「同条の刑罰加重は、その知的能力およびその一般的な動機づけの可能性により、警告を理解し、かつそれによって自らを規制することが可能であった場合のみ許容される」と判示した³²。同裁判所は、長年にわたる薬物濫用は制御能力の制限を導くので、行為者の側においては以前の有罪宣告の警告を認識し、それに従い得る主観的状态になく、したがって「以前の有罪宣告を考慮した高められた責任非難」を加えることができない可能性があるとしたのである。この可能性は、限定責任能力ないし異常な行為事情もしくは生物学・心理学上の行為者の特異性に起因し得るとされた³³。このように、「制御能力が脱落した場合」があることは判例も認めたのであるが、累犯行為の実行時点において「行為者の制御能力の強化ないし反対動機の強化」があったことの積極的な立証については不問に付されていた³⁴。

オ．責任主義違反の批判への対応

結局、累犯加重に向けられた責任主義の観点からの様々な批判は、非難性条項を取り入れ、判例・学説においてその適用が検討されたにもかかわらず、十分に回避することはできなかったと評価されている³⁵。責任主義違反の批判をかかわず論拠は、「立法とそれに関する学説・判例によって、責任の増加する場合とそうでない場合とを的確に選別しうる」という一点にあったが、立法的な解決はなされなかったのである³⁶。

（３）軽微犯罪に適用することについての批判

ア．軽微犯罪の累犯への適用

刑法旧４８条は、累犯として犯された軽微な犯罪の場合、いかなる事例においても最低６か月の自由刑が責任相応であるとは思われないという点でも批判

³⁰ 中島・前掲注(17)205頁以下。

³¹ 中島・前掲注(17)206頁以下。

³² OLG Köln Stv 1982, 228.

³³ 他方で、意思薄弱や社会的無援助などの動機から累犯に陥ったということを指摘するだけでは不十分とした判例もある(Vgl. OLG Köln GA 1978,84)。

³⁴ 中島・前掲注(17)214頁。

³⁵ 中島・前掲注(17)217頁。

³⁶ 中島・前掲注(17)220頁。

されていた³⁷。これが、後述する旧48条の直接の削除理由にもなった。軽微な犯罪とは、例えば、比較的軽微な不法・責任内容しかないとされる万引き犯などである。刑法旧48条の効果として自由刑の下限が6か月に固定されてしまうが、このことは不法内容の軽微な構成要件の場合には累犯者の行為責任を過大に評価するもので行為責任の原則に反することになり得ると問題視された³⁸。なお、ドイツ刑法旧48条2項には、「第1項は、新たに犯した刑の法定刑の上限が1年よりも低い場合には、妥当しない」との規定があり、累犯が軽罪³⁹であるときはもともと累犯加重が除外されている。規定削除にあたって問題とされたのは、同項で把握されない軽微累犯である。

イ. 軽微犯罪の累犯に関する判例

それまで判例においては、万引きされた物件の価値が僅少であっても累犯加重が妨げられることはないと判示されていた⁴⁰。裁判において、重窃盗罪の規定（ドイツ刑法243条1項）は、同条2項によって、被害品の価値が僅少であるときは適用が除外されることから、被害結果が軽微なときには累犯加重も除外すべきとの解釈が主張されることもあったが、犯罪への固執の中にその正当性を見出す特別予防的に整えられた累犯者の加重処罰は、窃取された物件の価値の大小には左右されないと解された⁴¹。裁判の中では、旧48条2項で除外されない軽微犯罪について、累犯加重を認めているという現行法の優越性が認められた⁴²。

ウ. 学説からの批判

しかし、学説の中には、軽微犯罪に関して生じる有罪宣告は将来の行為に対しては、微弱な警告機能しかもたないなどとして、軽微犯罪者には「前刑の警告無視に基づく高められた行為責任」が生じないはずだと批判するものがあつた⁴³。そして、軽微累犯に対する加重刑排除論として、刑法48条2項拡張解釈説、刑法48条2項の類推適用説、責任主義に基づく第3の要件説⁴⁴などが

³⁷ Meier, a. a. O.(Fn.27), S. 316 ff, 中島・前掲注(17)273頁。

³⁸ 中島・前掲注(17)274頁。

³⁹ ドイツ刑法12条において、下限が自由刑1年以上の場合を「犯罪」とし、自由刑の下限がそれよりも低い場合や罰金刑の違反行為については「軽罪」とすることが定められている。未遂犯に関する規定（犯罪は原則処罰されるが、軽罪は法律に定めがある場合のみ処罰）などが異なる。

⁴⁰ OLG Bayern NJW 1977, 912, OLG Koblenz NKW 1978, 2043.

⁴¹ 中島・前掲注(17)287頁。

⁴² 中島・前掲注(17)291頁。

⁴³ Meier, a. a. O.(Fn.27), S. 317.

⁴⁴ 責任主義の絶対的優位を前提としつつ、刑法48条は累犯行為の行為責任がそれ自身少なくとも6か月の自由刑の重さに達している場合、はじめて適用されるとの考えである。

唱えられた⁴⁵。学説では、責任主義の観点からは被害結果の重大な累犯行為も軽微なそれも、一律に６か月の刑の下限が責任相応であるとするのは不合理であり、比例原則の観点からも軽微累犯に対する加重刑を排除する必要があるとの批判⁴⁶はあったが、実定法の解釈問題に転化されてしまっていた。

（４）旧４８条の累犯加重規定の削除

ア．削除理由

その後、累犯加重規定の有効性が実証されていないことを理由として、刑法旧４８条は１９８６年改正で削除されるに至った。実務の運用においては、４８条が適用される約１５ないし１８パーセントは、軽微犯罪に関する事件だったため、行為の重さが刑に見合っておらず、不公平な加重がなされていたことが指摘されていた⁴⁷。実際に４８条が適用された事例を調査した結果、４８条は、量刑において行為者にとって不利に考慮される事情が多ければ多いほど、頻繁に適用されているが、犯行の重さなど行為それ自体に関連する事情が行為者にとってそれほど不利に働かないときに、最も顕著に加重の効果をもたらすということが明らかになった。つまり、４８条がなくても、通常の量刑考慮によって必要な加重はなされており、４８条が適用される事例は、そもそも犯行自体が軽く、４８条による加重の効果が意味をもっていなかった場合であった⁴⁸。そのため、４８条の累犯加重規定は、４６条の量刑に関する一般条項に吸収することができることが指摘されていた⁴⁹。

連邦議会においては、その削除提案理由について、「純粋な軽微犯罪ではない犯罪については、４８条１項第１文で予定されていた刑の下限が有効に機能することはない。なぜなら、このような事件においては、この規定がなくてもどのみち６か月以上の自由刑を科すからである」と説明された。また、「軽微犯罪については、累犯であったとしても、６か月以上の自由刑に科すことは必ずしも責任に見合っているとは言えない⁵⁰」とされた。さらに、４８条の削除が、犯

⁴⁵ 各学説の整理につき、Joachim Wagner, Die schuldangemessene Bestrafung von Bagatelldelikten im Rückfall: Ein Beitrag zur Auslegung von § 48 StGB, GA (1979), S. 39 ff, 51 ff.

⁴⁶ なお、累犯加重の適用が比例原則に反するとして争われた事案において、憲法裁判所（BVerfG, 16. 01. 1979 - 2 BvL 4/77, BVerfGE 50, 125 ff.）は、比例原則によらず、非難性条項の解釈を通じて軽微累犯から加重刑を排除した。すなわち、軽微犯罪性と他の具体的事情、例えば、軽微累犯者が同時に意思薄弱や社会的無援助の場合には、微弱な警告機能あるいは制御能力の欠如があるとして、「前刑の警告無視に基づく行為責任増加」を否定したのである。

⁴⁷ Meier, a. a. O.(Fn.27), S. 338.

⁴⁸ Meier, a. a. O.(Fn.27), S. 336 ff.

⁴⁹ Meier, a. a. O.(Fn.27), S. 339.

⁵⁰ BT-Dr. 10/4391, S. 15.

罪者の再社会化の成功にとって重要なことであることも主張された。特に、軽微犯罪については、軽微な法益侵害に対して厳しいと感じられる刑を科すことは、犯罪者が再社会化を目指すにあたってネガティブな影響をもたらしてきたのであり、このような状況をなくさなければならないとされた⁵¹。

イ. 累犯規定削除に対する評価

以上が、ドイツにおいて一般的な累犯加重規定が削除されるに至るまでの議論及び経緯である。旧48条の累犯加重規定は、行状責任⁵²を想定した場合に初めて説明可能なものであり、行為責任の原則と調和し得ないものだったのである⁵³。ドイツでは、48条の廃止によって、前科を量刑判断においてより重い刑に科すために考慮してはならないという法律の立場が示されたと言える⁵⁴。この立法者の決断から読み取ることができるのは、ドイツでは、行為者刑法解釈がより重い刑罰を基礎づけることになるような場合に、たとえ行為者刑法的説明が可能であったとしても、行為刑法的解釈が優先されなければならないということである⁵⁵。

ドイツでは、累犯加重規定が導入された当初から、行為責任の原則に反するとの批判が根強かったものであるが、非難性条項を加えて法定することにより、責任非難が増加する場合に限って、累犯加重をするという対応をしていた。しかし、実際の適用事例は、累犯加重することが不相当な軽微犯罪が多く、加重が必要な場合には刑法46条により通常の量刑判断により適切な加重をすることができる以上、48条の存在がむしろ弊害になっていたとすることができる。その結果、累犯加重規定は削除されるに至ったのであり、我が国の刑法における累犯加重規定について、理論的正当性があるのかどうか、適用事例が相当かどうかなどの検討をするにあたり、参考になるものと思われる。

⁵¹ BT-Plenarprotokoll 10/120 v. 7. 2. 1985, S. 8928.

⁵² ドイツのメツガーの提唱した、「行為者の刑法的責任は、個別行為責任のみならず、その者を『その気質から引き出させる』全体的行状責任でもある」とするものであり、「このような行状責任は、行為者の全人格、間違った行状によってそのようなものとなった存在を問題とするものであり、その限りで、それは行為者刑法的構想だといえる」が、今日のドイツでは、「個別行為責任を超える理論はすべて、法治国家的理由により圧倒的に否定されている」(ロクシン・前掲注(8) 235 頁以下)。

⁵³ ロクシン・前掲注(8) 241 頁。

⁵⁴ Geiter, a. a. O.(Fn.22) S. 379 ff.は、旧48条が削除されたことを評価しつつ、一般的な量刑規定である46条2項が「抜け穴」となって、前科によって刑が加重されることを批判している。旧48条の廃止については、刑法の制裁体系の構造にとって最も重要な修正の一つであると評価するものもあれば、犯罪学における偉業と讃えることについて勘違いの空騒ぎと批判するもの(Geiter, a. a. O.(Fn.22) S. 377)までである。

⁵⁵ ロクシン・前掲注(8) 241 頁。

第３ 常習犯・累犯の加重処罰を法制度としてどのように考えるべきか

１ 常習犯について

前号では、我が国における常習犯の加重処罰規定が、どちらかといえば、その内実が明らかにされていくというよりも、社会・政府の要請によって、犯罪類型としての常習犯を規定していくことが先行してきたことを述べた。

そして、実際にも、現在の量刑論の基礎となる「責任主義と予防」の観点から検討した結果は、次の通りである。まず職業的な犯行がなされている場合に限っては個別行為責任として正当化できなくはない。しかしながら、行為責任から見た危険性の増大で正当化ができる以上に、予防の観点から、加重処罰を肯定することはできないというものである。

結局、行為責任主義を貫徹しようとした場合、常習犯については、行為の複数性を要件としない限り、刑の加重根拠を説明できない⁵⁶と思われる。このような行為の複数性を前提としない加重処罰規定は、「一定の犯罪を反復・累行して行う習癖」があるという認定から、発生が立証されていない過去の犯罪の罪責や、発生していない将来の犯罪の抽象的な危険性を理由とした罪責を問うていると解さざるを得ない。

さらに、このような加重処罰がされることによって、実質的には、医学的な治療を要する依存症に起因して犯罪を反復・累行した者に対する治療開始を遅らせ、いたずらにより重大な刑罰のスティグマを科すものといえる。刑法の補充性の要請からしても、このような加重処罰規定が適当とはいえない。

よって、現状の「常習として」といった構成要件要素のみで加重処罰をしている常習犯の加重処罰規定は、量刑論的に正当化できる犯人類型に限定されておらず、正当化できないものである。むしろ、治療が必要となるような依存症によって犯罪を行ってしまった者に対する治療を遅らせるものといえ、改められるべきである。

２ 累犯について

累犯加重について、「責任主義と予防」の観点から加重処罰を正当化し得るかを検討した結果は、次の３点にまとめることができる。

⁵⁶ 中島・前掲注(17)152頁以下。なお、行為の複数性を要求している構成要件としては、スローカー行為等の規制等に関する法律２条４項の「スローカー行為」において、つきまとい等を「反復してすること」と定義している。この「反復性」の要件を、常習性の要件と同様に解することは、法文上無理があるという意見が、大阪刑事実務研究会では大勢であったとのことである（矢野直邦『「スローカー規制法」が規制するスローカー行為について」判タ 1426号（2016）9頁注12）参照。

- ①累犯の場合も、同じ犯罪行為についての違法性が問題となる以上、違法性の増大は認められない。
- ②「反対動機モデル」に基づいて違法行為の行為者への帰属を検討するにあたって、「警告理論」も「刑の感銘力」による説明も、行為者に対する帰属の程度を増大を合理的に説明する内容ではない。
- ③累犯を予防における悪要素として評価できるのは、自由意思による判断の結果として犯行に及んだ場合に限られ、依存による犯行等が問題となる場合には、悪要素として評価できない。

そうすると、累犯が行為者の刑の加重要素として評価できる範囲は認められるものの、少なくとも依存による犯行等が問題となる場合には、刑の加重要素として扱う合理的な根拠は認められない。

また、累犯を行為者の刑の加重要素として評価できる場合においても、予防における悪要素や違法行為の帰属の程度という点が問題になるにすぎず、違法の量を増大させるものとは考えられず、行為者に認められる行為責任の幅は、初犯者と同じものと認められる。

そうだとすると、累犯は、刑法57条が定める「その罪について定めた懲役の長期の2倍以下」という、大幅な法定刑の引上げを基礎づける事実とはなり得ない。

以上のことから、累犯に対して一律に行為者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刑法第10章(56条ないし59条)は削除されるべきである。

このような提言がドイツ法における旧刑法48条の削除に関する議論にも即したものであることはすでに述べたが、このことは現時点における我が国の裁判実務との関係においても決して突飛なものではない。

例えば、法務省法務総合研究所編「令和2年度犯罪白書」の起訴人員中の有前科者の人員・有前科者率についての表によれば、窃盗罪の起訴人員の53.5%が有前科者とされているところ、令和2年度の司法統計のうち、通常第一審事件の終局総人員(罪名別刑期区分別)の一覧表によると、10,547件の懲役刑・禁錮刑が選択された有罪人員のうち、窃盗罪(刑法235条)が定める10年以下の懲役刑を超える刑罰が科されているのはわずか2件にすぎない。当該2件についても、他の犯罪との併合罪として処理されている可能性が極めて高いものといえ、刑法57条によって大幅に引き上げられた法定刑をもって刑罰を科すべき事案は存在しないといっても過言ではない。

以上のとおり、累犯について一律に刑罰を加重する旨を定めている我が国の

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（２）
（岡本・神谷・進藤・杉山・山中）

刑法第１０章の規定は、実務上も不要な規定といえ、削除が求められるものといえる。

以 上
（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）

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 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 篤美
藤中 敏弘
鞠山 尚子 ○
山田 清志 ○
山中 純子
(法学部長)

東海法学 第六十二号

発行日 二〇二二年三月三〇日

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. 62

●Contents

[Article]

Explorations of Communication at Legal Settings: Interaction Analysis of Law (1)

..... KITAMURA Takanori

[Article]

Vorsatz des Empfängers beim Sonderbetrug

..... YAMANAKA Junko

[Article]

**“Justice” as a legal term in statutes and judgements
: Online Seminar on Legal Philosophy (2of2)**

..... OTSUKA Shigeru

[Article]

Critical Review of Provisions for Aggravated Punishments against Habitual Crime and Repeat Offenses, and Habitual Recidivist Theft (2)

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

2022

SCHOOL OF LAW, TOKAI UNIVERSITY

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