

ISSN 0287-4601

日本法學

第八十五卷 第四号 2020年3月

南部篤教授退職記念号

日本大学法学会

日本法学 第八十五卷第二号 目次

日本大学法学部

創設百三十周年記念号

日本法学 第八十五卷第三号 目次

論 説

ブリュッセル規則における消費者保護規定の展開 …… 中 村 進
再論・参考人の虚偽供述と証拠隠滅等罪の成否 …… 加 藤 康 榮

研究ノート

憲法の憲法適合性 …… …… 岡 田 俊 幸
——ヘッセン州憲法第四一条の憲法適合性をめぐって——

資 料

穂積陳重博士『羅馬法講義』 …… …… 吉 原 達 也 編
総論及び第一編 羅馬法律史

論 説

租税条約における配分ルールの構造 …… …… 今 村 隆
——事業所得と譲渡収益や利子所得との関係——



南部篤教授近影

献呈の辞

南部篤先生は、令和二年三月末付をもってご退職されます。ここに謹んで感謝の意を表し、本号を退職記念号として献呈いたします。

南部先生は、昭和五四年三月に日本大学法学部経営法学科を卒業後、同年四月に同大学大学院法学研究科博士前期課程、昭和五七年四月に同大学大学院法学研究科博士後期課程に進学されました。その後、昭和六二年六月に日本大学法学部助手として本学部勤務されて以来、専任講師、助教授を経て、平成二四年四月に教授に就任されてから今日まで、三十三年もの長きにわたり日本大学法学部において研究、教育のみならず、大学行政においても数多くの功績を残してこられました。

南部先生は、ゼミナールの指導教員であつた板倉宏教授の薫陶のもと、これまで租税犯罪、コンピュータ犯罪およびフランス刑法に関する諸問題について一貫して取り組んでこられました。とくにコンピュータ犯罪や情報犯罪に関しては、「フランスのコンピュータ犯罪と刑法」「情報、電子データと物概念の変容」「コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪と刑事立法」など多くのご論稿を発表され、インターネットが構築される以前からネットワーク犯罪に対する刑事規制の必要性を論じておられることは正に慧眼というべきであり、情報犯罪に関するご研究は今後も一層注目されるべきものといえます。また、経済犯罪についても法人処罰のあり方から不正経理や詐欺などのテーマに

関して、精緻な理論を前提としつつも現実的な解決策を模索するような見解を展開されてきました。加えて、先生のご研究を振り返るときに重要なのは、フランス法との比較法学であり、学界の主流であるドイツ刑法に依りがちな議論とは異なる観点からの思索方法は、後進の亀鑑となるべきものといえるでしょう。

本学以外においても立教大学、大東文化大学、税務大学校などで教鞭をとってこられた先生は、多くの学生への教育指導にあたり、社会に有能な人材を輩出されています。基礎知識を解りやすく説かれながらも学生に対して常に主体的で能動的な思考を求めるという魅力ある方法で教育にあたっただけでなく、先生のご講義には多くの受講者が集まり、さらにそのお人柄ゆえにゼミナールは大変人気があり、法曹界をはじめ、様々な分野で活躍する有為な人材を数多く世に送り出してこられました。

南部先生は、大学行政においても極めて大きな功績を残されました。平成一六年四月に就職指導委員会の副委員長となられて以来、学生生活委員会副委員長などを歴任され、平成二五年四月に学生生活委員会委員長に就任され、その後、法学部人権委員会委員長、法学研究所長などの要職を務められました。また、平成二九年九月には、日本大学評議員の職に就かれて現在に至っています。これらご要職のなかでも特筆すべきは、学生生活委員会委員長を六年にわたって務めていただいたことであり、この間、先生に対する教職員と学生の信頼は揺るぎないものでした。先生のご指導とご尽力があればこそ、様々な課題を抱えながらも学生生活に関する本学部の運営は堅実かつ適正に行われてきたものといえます。さらに学生生活のみならず、先生の的確なご判断と高いご見識によって、本学部全体の運営をこれまで牽引し支えていただきました。

南部先生のご退職によって、本学部は精神的支柱を失うに等しいといっても言い過ぎではないでしょう。また、私

事にわたりますが、大学院以来親しくご指導いただいた先輩であると同時に、郷里の先達でもあります先生が大学を去られることに寂寞の感を強くします。

最後になりますが、南部先生には、今後とも後進に対して一層のご指導を賜り、本学の行方を厳しくかつ暖かく見守っていただきますようお願い申し上げますとともに、先生の益々のご活躍を祈念し、献呈の辞といたします。

令和二年三月吉日

法学部長 小田 司

目 次

献呈の辞

核兵器に関する国際法と赤十字の核兵器廃絶への試み	河合利修	三
日本赤十字社と災害救護	喜多義人	二五
犯罪構成要件の理論と刑法の解釈	設楽裕文	五
主要農作物種子条例について	高橋雅夫	五
専門職教育と社会的責任論 ——ジャーナリズムの規範理論研究の原点——	塚本晴二朗	二七
市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題	長谷川貞之	四
宮崎道三郎博士の独逸法律史講義について	吉原達也	三三
政令一般恩赦について	野村和彦	二七
明治四十年刑法の制定と馬券の禁止について	末澤国彦	二九

犯罪被害者のダイバージョン制度への 積極的関与に関する一考察	西山智之	三六

アメリカにおけるサイバーいじめ 対策立法の刑法的側面	西貝吉晃	四〇

グローバル人事における HRテクノロジーと法的課題	木川裕	四四

作爲的犯行の不阻止 ——不真正不作爲犯論と共犯論との錯綜領域——	上野幸彦	四六

詐害行為取消により生ずる受益者の取消債権者に対する受領金 支払い債務にいつから法定利息あるいは遅延利息が発生すべきか ——最判平成30年12月14日民集72巻6号1101頁を参考にして——	益井公司	四九〇

サン＝シモンの ペルゴー宛てとりウエ宛て自筆書簡	川又祐	五〇

南部篤教授 略歴

南部篤教授 主要業績

索引

南部篤教授退職記念号

核兵器に関する国際法と赤十字の核兵器廃絶への試み

河 合 利 修

はじめに

昭和二〇（一九四五）年八月六日広島に、九日長崎に原爆が投下され、多数の人命が失われた。その後、武力紛争における核兵器の使用はないものの、冷戦中にアメリカとソ連が核兵器の開発を進め、イギリス、フランス、中国も核兵器の保有国となった。冷戦は終了したものの、これら五カ国が多数の核兵器を保有していると同時に、あらたにインド・パキスタン・北朝鮮が核兵器を実験あるいは保有し、イスラエルも核兵器を保有しているとみられている。

このような核兵器の開発、保有に対して国際社会は手をこまねいていたわけではなく、関連する条約を締結することで、ある程度の歯止めをかけた。核兵器の実験については、一九六三年に「大気圏内、宇宙空間及び水中における核兵器実験を禁止する条約」（以下、「部分的核実験禁止条約」という）が採択され、同年発効した。核兵器の保有につい

ては、「核兵器の不拡散に関する条約」（以下、「核兵器不拡散条約」という）が採択され、二年後の一九七〇年に発効した。さらに、「ラテン・アメリカ及びカリブ海地域における核兵器の禁止に関する条約」（以下、「トラテロコ条約」という）をはじめとして、地域的な条約により、該当地域においては核兵器の使用も含めた全面的な核兵器の禁止が達成されている。また、国際司法裁判所（International Court of Justice、以下「ICJ」という）は、国際連合総会（以下、「国連総会」という）の要請に基づき「核兵器による威嚇又は核兵器使用の合法性」に関する勧告的意見を一九九五年に与えた。

これに対して、核兵器の一般的な使用の禁止条約の採択は長い間達成されていなかった。また、右の諸条約にも関わらず、核兵器の一般的な実験および保有も禁止されていなかった。しかし、二〇一七年七月一七日にニューヨークにおいて「核兵器の禁止に関する条約」（以下、「核兵器禁止条約」という）が採択され、第一条一により核兵器を「開発し、実験し、生産し、製造し、その他の方法によって取得し、占有し、又は貯蔵すること」(a)および「使用し、又はこれを使用するとの威嚇を行うこと」(d)が禁止され、核兵器の全面的な禁止が達成された⁽¹⁾。核兵器の保有国およびそれらの多くの同盟国はこの条約に加入していないため、実効性には疑問が持たれており、また、発効の条件である五〇カ国の批准を満たしてはならず、いまだ未発効ではあるが、これまで長く期待されながらも達成されていない⁽²⁾。かつて一般的な核兵器の禁止を定めた条約が採択されたことは画期的であった。

核兵器禁止条約を積極的に推進したのは、国際法上の法人格を有する国家だけではなく、様々な非政府組織もその採択に寄与し、なかでも赤十字は中心的な役割を果たしたといえよう。赤十字はジュネーブ諸条約に定められた義務を履行する非政府組織であり、また国際人道法を研究、発展させる役割も担っている。その中心にあるのが赤十字国

際委員会 (International Committee of the Red Cross、以下「ICRC」という) であるが、各国にある赤十字社および赤新月社もその国においてジュネーブ諸条約上の役割を担い、また、国際人道法の普及などの人道的な活動を行っている。赤十字は核兵器の禁止についても戦後長い間、訴え続けてきたが、その中立の原則にもかかわらず、政治的に議論の分かれる核兵器禁止条約の採択に積極的に関わったのは、注目に値する。

本稿では、第一に右に掲げた条約を含めた核兵器に関する諸条約およびICJの勧告的意見について、概観する。そして、赤十字が核兵器の問題において果たしてきた役割について、とくにICRCの役割を中心としながら年代順に見ていき、どのような変化が赤十字に生じたかを考察する。なお、本稿では赤十字がどのように変化したかに注目することとし、「なぜ」変化したかについての検証については、資料などの制約から今後の研究の課題としたい。また、赤十字は多義的であり、その定義は難しいが、本稿で赤十字とはICRCを念頭におきながら赤十字全体を指すものとし、ICRCや日本赤十字社が具体的な行動や発言を行った場合は、その組織名を使用するものとする。

第一章 核兵器に関する国際法

前述のとおり、二〇一七年に核兵器禁止条約が採択されたが、それに至るまで、国際社会がどのように核兵器を規制しようとしたかを概観してみたい。なお、ここでは一般的あるいは地域的な核兵器への取り組みに絞り、米ソ(ロ)間で締結された二国間条約は取り扱わないものとする。核兵器に関しての最初の取り組みとしては、一九六三年に採択された部分的核実験禁止条約が挙げられる。この条約により、核兵器の「大気圏内、宇宙空間を含む大気圏

外並びに領水及び公海を含む水中」（第一条一a）における実験は禁止された。この条約は第三条により「原締約国」のアメリカ、イギリス、ソ連の三カ国の批准で効力を生じるため、採択から二カ月あまりの一九六三年一〇月一〇日に効力が発生したが、開放条約のため、現在の当事国は一二五ヶ国である。⁽⁴⁾ もともと、この条約は核兵器の地下実験を禁止してはならず、これは課題として残っていたが、一九九六年に包括的核実験禁止条約が採択され、その第一条により、「自国の管轄又は管理の下にあるいかなる場所においても」核実験を行うことが禁止され、地下実験の禁止が実現した。もともと、この条約は第一四条一により附属書Ⅱにある全ての国による批准が必要であるが、附属書Ⅱにある四四カ国のうち、アメリカを含む八カ国が批准してならず、批准国数は一六八カ国にのぼるものの、いまだ発効していない。⁽⁵⁾

核兵器の保有については、核兵器不拡散条約が一九六八年に採択され、一九七〇年に発効した。この条約により、核兵器は「核兵器国」と規定されたアメリカ、ソ連、イギリス、フランス、中国の五カ国のみに保有が認められ、⁽⁶⁾ それ以外の非核兵器国は第四条一により国際原子力機関（International Atomic Energy Agency: IAEA）の査察を受けることとなっている。この条約は全世界的に批准が進み、現在一九一カ国が締約国となっているが、核兵器を保有あるいは保有が疑われているインド、パキスタン、イスラエルは未批准国になっている。⁽⁷⁾ また、北朝鮮はこの条約からの脱退を表明したが、これが正式な脱退かどうかは意見が分かれている。⁽⁸⁾

核兵器禁止条約の締結前に、核兵器禁止に関する地域的な取り組みが積極的に行われたのは注目に値しよう。最初に核兵器の全面的な禁止を規定したのは、一九五九年に採択、六一年に効力が発生した南極条約であった。第一条一は南極地域を「平和的目的のみに利用する」ことを定め、「あらゆる型の兵器の実験のような軍事的性質の措置は、

特に、「禁止する」と規定している。さらに、第五条一は「南極地域におけるすべての核の爆発…は、禁止する」と定めている。アメリカ、ロシアをはじめとした核兵器保有国もこの条約の批准国であることであることは、注目に値しよう。^⑨ 南極条約は、南極条約体制のもと、よく守られているといえる。^⑩

南極に加えて、海底も非核化が実現している。一九七一年の「核兵器及び他の大量破壊兵器の海底における設置の禁止に関する条約」により、「海底区域の限界」すなわち領海一二海里より「外側の海底」に「核兵器及び他の種類の大量破壊兵器並びにこれらの兵器を貯蔵し、実験し又は使用することを特に目的とした構築物、発射設備その他の施設を…据え付けず又は置かない」ことが規定された。^⑪ 宇宙については、一九六六年に「月その他の天体を含む宇宙空間の探査及び利用における国家活動を律する原則に関する条約」（以下、「宇宙条約」という）が採択された。宇宙条約第四条は、核兵器の天体への設置、宇宙空間への配備を禁止し、とくに月その他の天体については「もっぱら平和的目的」に利用され、「あらゆる型の兵器の実験並びに軍事演習の実施は、禁止する」と規定し、徹底した平和利用を規定している。

これまで、世界のある地域における核兵器を禁止する五条約が採択されている。すなわち年代順に、前述のトラテロルコ条約、一九八五年の南太平洋非核地帯条約（ラロトンガ条約）、一九九五年の東南アジア非核兵器地帯条約（バシコク条約）、一九九六年のアフリカ非核地帯条約（ベリンダバ条約）、そして二〇〇六年の中央アジア非核兵器地帯条約である。^⑫ これらの条約はいずれも非核兵器国がその地域内で締結した条約であるものの、トラテロルコ条約、ラロトンガ条約そしてベリンダバ条約については、核兵器国の義務を定めた議定書が一部または全部の核兵器国の批准により発効しており、条約の拘束力が担保されている。

以上のように、条約により核兵器の実験と保有が定められ、また、地域的な取り組みも行われてきたが、核兵器の使用については、議論が分かれており、現在まで続いている。これに関連する条約としては、一九七七年に採択された「千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（議定書Ⅰ）」（以下、「第一追加議定書」という）が挙げられる。第一追加議定書には核兵器の禁止を定めた規定はないが、その第三五条に戦闘の方法および手段として、「いかなる武力紛争においても、紛争当事者が戦闘の方法及び手段を選ぶ権利は、無制限ではない」(一)と定め、さらに不必要な苦痛を与える兵器の禁止(二)、自然環境に「広範、長期的かつ深刻な損害を与える」ような戦闘の方法および手段の禁止(三)を定めている。

第一追加議定書の規定が核兵器の禁止を含んでいるかは議論が分けてきた。議定書採択の五年後発刊されたBothe, Partsch および Solf による注釈書は、外交会議の議事録から、議定書の「範囲は核兵器の使用という特別な問題を除外している」と述べている⁽¹³⁾。ICRCが作成した『コンメンタリー』では、第一追加議定書第三五条の注釈において核兵器の使用の合法性に関する記述はほとんどないが、文民たる住民の保護を定めた第四編第一部「敵対行為の影響からの一般的保護」の注釈に詳細な記述がある。『コンメンタリー』は、外交会議において核兵器は議論されないことが決められたことは確かだが、すべての戦闘の方法および手段に適用される一般的な原則や区別原則のような慣習法のルールは有効であり、核兵器にも適用されると結論づけている⁽¹⁵⁾。

核兵器の使用の合法性の議論に一石を投じたのが一九九五年にICJがだした勧告的意見であった。世界保健機関と国連総会の二つの機関が核兵器の使用の合法性について勧告的意見を要請し、ICJは国連総会からの要請に応じた勧告的意見をだしたのである。勧告的意見の中で本稿に関係する注目すべき点は、その結論の以下の部分であろう。

ICJは「核兵器の威嚇または使用は、武力紛争に適用される国際法の要請、特に国際人道法の原則およびルールの要請と、核兵器を明確に扱っている条約と他の約束とも両立しなくてはならない」と結論を下した。⁽¹⁶⁾もつとも、その直後、「上記の要請から、核兵器の威嚇または使用は一般的に武力紛争のルール、そしてとくに人道法の原則およびルールに反するであろう」としながらも、「裁判所は、核兵器による威嚇またはその使用が、国家の生存そのものが危機にあるような、極端な自衛の状況において、合法か違法かに明確に結論を下すことはできない」とした。⁽¹⁷⁾

Shaw はこの勧告的意見に関する分析のあと、「核兵器の保持と、極限状態において自衛件に関する条件を厳しく遵守した核兵器の使用については、国際法において禁止されてはいない」と述べている。⁽¹⁸⁾同様に、Crawford や Pert も戦術的核兵器の合法的使用の可能性に言及したうえで、「核兵器の使用を禁止する新しい条約が存在しないため、『そのような戦術的核兵器の』使用は国際人道法に違反しないだろう」と述べる一方で、その脚注において、当該書を書いている時点において、赤十字が核兵器の全面禁止を定める条約の締結のためのキャンペーンに関わっていることを紹介している。⁽¹⁹⁾

第二章 赤十字の動き

赤十字は、一八五九年のソルフェリーノの戦いに起源をたどることができる。この戦いにおいて、スイス・ジュネーブのアンリ・デュナンは敵味方の区別なく傷病兵を救護し、その著書『ソルフェリーノの思い出』において戦時における救護活動を行う団体を平時から設立することと、そのような団体が活動できるように国家が条約を結ぶこと

を提唱した。⁽²⁰⁾ 最初の提案が一八六三年に赤十字（ICRC）として、第二の提案が一八六四年にジュネーブ条約として結実した。第二次世界大戦までの赤十字の主な活動は戦時における救護であり、広島と長崎の原爆被害者への救護活動についても、日本赤十字社が全壊を免れた広島赤十字病院および近県からの支部により行い、また、日本に赴任していたICRCのフリッツ・ビルフィンガーの電報をうけて、ICRC代表のマルセル・ジュノーが広島に赴き救護活動を行った。⁽²¹⁾

第二次世界大戦直後に開催された赤十字の国際的な会議でも、核兵器の使用の禁止あるいはそのための条約の採択をよびかける決議が次々と採択された。たとえば、赤十字国際会議は四年に一度開催される赤十字の最高意思決定機関であるが、一九四八年、戦後最初にストックホルムで開催された赤十字国際会議は、決議二四において「原子力あるいは戦争の目的のために同じような威力を持つ『兵器』の全ての使用を完全に禁止することを厳粛に約束するよう政府に誠実に要請する」という決議をおこなった。⁽²²⁾ さらに、「赤十字と平和」と題された決議六四の中には、以下のような理想的な一節がある。

「人類の歴史は、戦争の恐ろしい惨禍に対する運動は、それが政治的分野に限られている限り、成功しないことを示している。総力戦の化学、生物あるいは原子力兵器の破壊力がますます効果的になることに直面して、これに反対する勢力はいかなる手段によっても、この恐ろしい破局を避けるようにしなければならぬ。平和は単に戦争のない状態ではない。平和はほとんどすべての人間の営みにおいて、日々、不断の努力による戦いにおいて、勝ち取られなければならない。⁽²³⁾」

第二次世界大戦の反省をふまえ、一九四九年に開催された外交会議は、既存の三つのジュネーブ条約を修正・強化するとともに⁽²⁴⁾、それまで条約の保護の対象ではなかった文民を保護する条約をあらたに追加して⁽²⁵⁾、ジュネーブ四条約を成立させた。外交会議においては核兵器の問題は議題に上らず、ソ連代表が委員会に提出した核兵器を禁止する条約を採択するよう国家に促した決議案は受け入れられなかった⁽²⁶⁾。その結果、四条約の中でも特に文民の保護を定めた第四条約は、核兵器の使用を含む戦闘方法から十分に文民たる住民の保護を保護できるとはいえなかった⁽²⁷⁾。赤十字はジュネーブ条約を履行する義務を負っていると同時に、ジュネーブ条約を発展させることもその任務としている。赤十字は国家ではないため、ジュネーブ条約などの条約を採択するために開催される外交会議の正式な参加者ではないが、そこで果たす役割は重要である。そして、このような状況をうけ、一九五〇年四月五日にICRCは大量破壊兵器に関するアピールを行った。そのアピールの最後の段落は以下のとおりである。

「赤十字国際委員会はここに、一九四九年のジュネーブ諸条約の締約国政府および（中略）一九二五年のジュネーブ「毒ガス等禁止」議定書締約国政府に対し、原子力兵器および一般的な面で、全ての無向ミサイルの禁止に関する合意に至るためあらゆる手段をとることを要請する。国際委員会はもう一度、全ての政治的・軍事的考慮から距離をおかなくてはならない。しかし、もし厳密に人道的な立場で、国際委員会がこの問題を解決することを支援することができるなら、赤十字の原則にのっとり、その課題に専念することを用意がある。」⁽²⁸⁾

その後一九五四年にICRCは、空襲および大量破壊兵器の危険から文民たる住民を保護するための方法を非公式

に協議することとした。⁽²⁹⁾ この会議において協議された結果をふまえ、ルール案が作成され、その14条は文民たる住民を危険にさらす核兵器および化学・生物兵器の使用の禁止を規定した。⁽³⁰⁾ もっとも、このルール案は結局、一九五七年にニューデリーで開催された赤十字国際会議において東西両陣営の国々に反対され、前身はみられなかった。⁽³¹⁾ Bugnion は、各国政府が詳細な条約を望んでいなかったため、ICRC ができたことは最も基本的な原則のレベルで文民たる住民を保護する問題を再びとりあげることであつたと述べている。⁽³²⁾

一九七四年から七七年まで、外交会議が開催され、ここで前述の第一追加議定書および「非国際的武力紛争に適用される千九百四十九年十二月のジュネーヴ諸条約の非国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（議定書Ⅱ）」（第二追加議定書）が採択された。第一追加議定書には四八条以下に文民たる住民への敵対行為の影響からの一般的保護が規定されており、軍事目標の定義や民用物と軍事目標の区別原則、無差別な攻撃の禁止など、それまでにない詳細な規定を置いているが、前述のとおり核兵器の問題については外交会議では取り上げないことが決定され、これについての議論はなかった。⁽³³⁾

赤十字、とくにICRCが核兵器の人道法違反への言及と、核兵器廃絶への一般的な希望を述べるように至った契機は前述のICJの勧告的意見といえよう。ICRCはこの意見をうけて、自身の立場を再検証し、そして核兵器に関する意見を公にするに至った。⁽³⁴⁾ まず、ICRCは勧告的意見が出された後の一九九六年に国連総会において声明を発したが、そのなかで以下のように述べている。

（前略）ICRCは、核兵器の使用がどのようにすれば国際人道法のルールと両立しうるか考えることが難しい。

核兵器の破壊的な効果のため、これらの兵器が使用されることを誰も望まないと私たちは確信している。裁判所の意見が、このような恐ろしい脅威を人類から取り除くための国際社会の努力に対して、新しい勢いを与えることを、ICRCは心から希望する。⁽³⁵⁾

さらに、ICRCは二〇〇二年に倫理的・人道的な面を考慮して、以下の声明を発した。⁽³⁶⁾

国際人道法の原則およびルール、特に区別と均衡性の原則、ならびに過度な傷害 (causing superfluous injury) あるいは不必要な苦痛を与えることの禁止は、核兵器の使用にも適用される。ICRCは、核兵器の使用がどのようにすれば国際人道法のルールと両立しうるか考えることが難しい。

(中略)

ICRCは核兵器の完全な禁止とそのような兵器の除去を達成するために交渉を行うことを、これまでも試みてきたように、国家に要請する。⁽³⁷⁾

二〇〇九年から二〇一〇年にかけては、核兵器の問題について国際社会の注目が集まった時期であり、アメリカ合衆国とロシアの間で新しいSTART条約に関する交渉が行われ、また、バラク・オバマ大統領は核兵器のない世界に関するプラハ演説を行った。また、核不拡散条約の再検討会議が二〇一四年四月にニューヨークで開催され、そこで核兵器の使用が破滅的な人道上的結果を招くため、全ての国家が国際人道法を順守することが確認された。⁽³⁸⁾ この

ような状況下で、ICRCは核兵器に関する討議に積極的に貢献するようになり、二〇一〇年にはICRCのヤコブ・ケレンバーガー総裁が核兵器に関する外交的スピーチを初めて行った⁽³⁹⁾。このスピーチは全編を通して人道的な面から核兵器について言及しているが、以下の点は注目に値する。

赤十字国際委員会は、核兵器に関する議論が軍事的政策と武力外交の面だけで行われてはならないと固く信じている。核兵器の存在は最も重大な問題のいくつかを呈している。その問題とは、国家の権利が人道に従わなければならない状況、人類が創った技術を人類が制する能力、国際人道法の範囲、そして人間が戦争において人間に危害を加えることを厭わない、あるいはそれが許されている範囲についてである。

（中略）

ICRCは人道組織として、純粋に法的分析を超え、そして越えなくてはならない。核兵器は以下の点においてユニークである。すなわち、破壊的な力、それらが生じさせる言語に絶する人間の苦痛、それらが影響を及ぼす範囲と時間を制御できないこと、それらが生じさせる「戦争の」拡大の危険性、そしてそれらが環境、将来世代、そして人類の生存そのものにもたらす脅威という点である。ICRCはしたがって、そのような兵器が再び使用されないことを、そのような使用に対する個々の国の見解がどのようなものであろうと、全ての国に要請する⁽⁴⁰⁾。

長年にわたり、核兵器の議論は軍事的、政治的、あるいは安全保障上のコンテキストで議論されてきたが、その使用が人道的に壊滅的な結果をもたらし、国際人道法に適合しないことが徐々に認識され⁽⁴¹⁾、ケレンバーガー総裁のス

ピーチもその表れといえよう。そして、二〇一四年から一五年にかけて「核兵器の人道的影響に関する会議」がオスロ、ナヤリト、ウィーンで開催され、「人道的イニシアティブ」が発展し、国家、国際機関、非政府組織などの様々な団体が、核兵器の使用による破滅的な人道的影響を考慮し、核兵器の全面禁止をとなえるようになった。⁽⁴²⁾ その結果として成立したのが、核兵器禁止条約であった。

第三章 考察

これまで見てきたように、核兵器に関する条約は当初、地域の条約を除けば、実験と保有に関するものだけであり、全面的な禁止は二〇一七年の核兵器禁止条約を待たなければならなかった。赤十字は核兵器の禁止を望みつつも、それが実現するのには七〇年かかった。本章では赤十字の核兵器に関する対応を四つの段階に分けて、赤十字の姿勢を考察する。

第一段階は、戦後直後であり、この段階では赤十字は非常に積極的に核兵器禁止を望み、また発言をしていた。赤十字は原爆が広島、長崎に投下された直後、救護活動を行ったが、このような活動を組織的に行った国際的な非政府組織はおそらく赤十字だけであり、その体験をもとに積極的な発言をしたのは想像に難くない。前述のストックホルムで開催された赤十字国際会議における決議や、あるいはジュネーブ諸条約締結後のアピールはその表れといえよう。第二段階は沈黙とまでは言えないが、赤十字が積極的に核兵器の廃絶を具体的に求めるかわりに、民間人への空襲または無差別攻撃の禁止など個別具体的な目標設定をとおして、核兵器が使用されることを防止し、あるいは核兵器

が使用された場合の惨禍を少なくしようとした一九五〇年代から一九五五年のICJの勧告的意見までである。これを端的に表したのが、日本赤十字社が約一〇年おきに自社の活動をまとめ、出版している『日本赤十字社史稿』の記述である。⁽⁴³⁾

これ「一九五四年のビキニ実験」よりさき、赤十字国際委員会では、このような国際情勢下では、核兵器の禁止を実現することは困難であり、またこの問題は政治的要素を含んでいるので、真つ向から禁止の線をうち出すことは避けて、赤十字の可能な範囲で、どうすれば一般文民、傷病者、捕虜、病院その他の施設などの保護を全うすることができるか、またこのことを目的としたジュネーブ条約の趣旨を貫徹することができるかを研究することになり、各国から専門家をジュネーブに招集して空戦や盲目的武器から文民や中立施設を法的に保護する方法を協議することになった。⁽⁴⁴⁾

この記述からいくつかの点が読み取れる。一つは、核兵器の禁止が政治的要素を含んでおり、中立である赤十字はこの問題を真正面から取り組むのを避けたことである。赤十字は長い間、武力紛争に当事者としてかわることはもちろんのこと、その他の政治的な議論にも関与しないで中立を貫いてきたが、それは一九六五年にウィーンで開催された第二十回赤十字国際会議において正式に「国際赤十字運動の基本原則」の一つとして採択された。⁽⁴⁵⁾ 中立の原則は、「すべての人からいつも信頼を受けるために、赤十字・赤新月は、戦闘行為の時いずれの側にも加わることを控え、いかなる場合にも政治的、人種的、宗教的または思想的性格の紛争には参加しない。」と現在、規定されている。⁽⁴⁶⁾

この記述がなされた当時はまだこの中立の原則はなかったが、中立はその創設以来、長く赤十字が遵守してきた。⁽⁴⁷⁾ 赤十字は戦争においても、その是非を問うことはなく、戦争のすべての当事国から信頼をえて、人道的活動を行うことに注力してきた。もちろん、ジュネーブ条約上の活動、特に捕虜訪問を行う場合、そこでジュネーブ条約違反の行為を見聞することはあるが、状況を改善するためには、当該政府を批判しているように見られないよう、秘密の報告書により政府に状況の改善を要請する。⁽⁴⁸⁾

赤十字は戦時と同様、平時も中立の原則のもと、政治的問題や宗教的問題に関与することを避けている。これは、そのような問題に関わることで、政府を批判していると思われることで、結果的に人道的活動が受け入れられないことを防ぐためである。核兵器の問題も極めて政治的・軍事的な問題であり、核兵器全廃を求めることは核兵器を持つ国々を批判したととられかねない。しかも核兵器国は安全保障理事会の常任理事国であるので、その国際政治における影響力は大きく、また、ICRCの活動もこれらの国々、とりわけアメリカ合衆国政府が最大の支援国であることは見逃せない。⁽⁴⁹⁾

赤十字にとって核兵器の問題について国際社会に訴えかける契機たりえたのは、前述の一九七四年から七七年まで開催された外交会議であろう。この外交会議の成果である第一追加議定書は武力紛争の犠牲者を保護する「ジュネーブ法」だけではなく、戦闘の手段および方法を規定する「ハーグ法」も含んでいる点が画期的であり、核兵器についても取り上げることは可能であったはずである。しかしながら、前述のとおり、外交会議では政府代表者はこの問題を扱わないこととした。また、赤十字の『コンメンタリー』もこのことにふれ、核兵器にも慣習法のルールが適用されるとしているが、その記述は後の赤十字の積極的な態度と比べると抑制的であることがわかる。

このように、赤十字は米ソ冷戦と重なる約四〇年間、可能な分野における核兵器の使用の抑制に注視し、核兵器の全廃を規定する条約の提案のように、政治的に大きな問題ととられかねないことは避けたというのが妥当であろう。

第三の段階は一九九五年に出されたＩＣＪの勧告的意見である。ここで、少しではあるが赤十字も積極的な発言をし始めたことが、その声明から見て取れる。その前においては、民間人への無差別攻撃や、武力紛争の犠牲者の保護などの個別の観点から核兵器の問題に対応しようとした赤十字が、広く国際人道法あるいはその原則に言及し始めたのである。前述のＩＣＲＣの国連総会での声明では、核兵器の使用が国際人道法のルールと両立しないであろうと、婉曲的ではあるが、国際人道法のルールに言及している。さらに二〇〇二年のＩＣＲＣの声明も基本的には国連総会での声明と同じであるが、区別原則や均衡性の原則に加え、過度な傷害や不必要な苦痛を与える恐れがあることを強調し、より人道面における核兵器の問題を強調したことがわかる。もちろん、この勧告的意見に影響されたからといって、赤十字が核兵器の保有はもとより使用も禁止する条約の採択を提唱したわけではないが、その立場は実現可能かもしれない、核兵器に対する個々具体的な取り組みに力を入れることから、後につながるような人道的な理由から核兵器の問題を扱うように変化したといえよう。

そして、最後の段階は二〇〇九～二〇一〇年のオバマ演説と核兵器不拡散条約再検討会議を契機とした、核兵器全廃条約への赤十字の積極的な取り組みと、それに続く条約の採択であろう。中立の原則から核兵器廃絶へ積極的に関わることを避けてきた赤十字が、一九九五年のＩＣＪの勧告的意見を経て人道的な面から核兵器の問題を見るようになり、そして、核兵器全廃を求める国際的な環境が形成されるなかで、赤十字もこれまでより一歩踏み込み、核兵器を人道的な問題としてとらえ、核兵器の一般的な禁止を求めるようになった。前述のとおり、二〇一〇年にＩＣＲＣ

のケレンバーガー総裁は、核兵器の問題を軍事的、政治的な問題としてとらえるのではなく、人道の問題としてとらえる旨の発言をした。これは、一九九五年のＩＣＪの勧告的意見後にだされた、核兵器の使用が国際人道法の原則等に反するとしたＩＣＲＣの見解を踏まえたものではあるが、核兵器の問題を軍事的、政治的問題から人道的問題としてとらえることに言及したことは画期的であった。

人道的側面から核兵器の問題を考えるのであれば、人道の原則をその諸原則の第一に掲げる赤十字がとりうる道は、核兵器廃絶を求める条約の採択であろうことは、想像に難くなく、また実際にそのようになった。核兵器の問題についていえば、中立の原則より人道の原則がまさり、赤十字は積極的な行動をとったといえよう。齊藤の「中立の赤十字が高度に政治的な側面もはらむ核兵器を、その「いかなる使用も国際人道法に合致することは不可能である」と断じ、「共通の人道（our common heritage）への挑戦」と位置付けたことは国際社会において注目を浴びる出来事となった」という意見はまさに当を得ているといえよう。⁵⁰

おわりに

赤十字は世界最大の人道団体として一五〇年以上の間、世界各地で戦争の犠牲者を保護する活動を行い、その活動には原爆投下による犠牲者の救護活動も含まれている。そして、第二次大戦直後は核兵器の禁止について積極的な発言を行った赤十字であったが、一九五〇年から徐々にその積極的な姿勢は変化し、中立の原則から政治的な問題になることを避け、一般的な核兵器の禁止よりも、核兵器に関連した具体的な問題に特化して取り組むようになった。

もつともそのような姿勢は、一九九五年のICJによる勧告的意見で変化し、そして、二〇〇九～二〇一〇年の国際情勢にもあわせて、核兵器の問題を人道的な問題と認識し、核兵器全廃を志向した。そしてその成果が核兵器禁止条約の採択であった。

もつとも、核兵器の問題はこの条約で解決したわけではなく、むしろ核兵器国およびそれらに同調する国々と、核兵器禁止条約に賛成する国々の溝が浮き彫りになったのも確かである。加えて、核兵器禁止条約は発効要件を満たしていないため、発効しておらず、また発効したとしても、核兵器国が条約に加入する可能性は低いいため、条約の実効性は低いといえよう。核兵器禁止条約の採択を主張した赤十字は、国際人道法の普及活動や各国政府への働きかけなどをとおして、このような状況を変えるように行動する義務があることはいうまでもない。赤十字にとっては、これからの取り組みがむしろ重要となろう。

なお本稿は、二〇一七年度文部科学省科学研究費（「大災害における被害者救済システム構築～原子力災害に関する法制を素材として～」、基盤研究（C）17K12624）の研究成果である。

- (1) 外務省ホームページ「核兵器の禁止に関する条約（暫定的な仮訳）」<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000433139.pdf>による（二〇二〇年二月一六日閲覧）。
- (2) 二〇一七年七月七日現在、三四カ国が締約国である。Treaties, States Parties and Commentaries, ICRC Homepage, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl>（二〇二〇年一月二六日閲覧）。
- (3) 赤十字においては、赤十字は単なる組織ではなく、国際赤十字・赤新月運動という運動体を指すとしている。
- (4) United Nations Office for Disarmament Affairs, Treaties Database Home, Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the

- Atmosphere, in Outer Space and Under Water, https://disarmament.un.org/treaties/t/test_pan (二〇一九年二月二九日閲覧)。
- (5) 外務省ホームページ「包括的核実験禁止条約 (CTBT) 概要」 <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kaku/ctbt/gaiyo.html> (二〇一九年二月二九日閲覧)。
- (6) 第九条三に「核兵器国」の規定があり、核兵器国と非核兵器国の義務がそれぞれ第一条、第二条に規定されている。なお、本稿において核兵器国といった場合は、核兵器不拡散条約が規定している核兵器国を指すこととする。
- (7) 外務省ホームページ「NPTにおける締約国 (191か国) (2017年4月現在) (出典：国連軍縮局ホームページ)」 <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000249745.pdf> (二〇一九年二月三〇日閲覧)。
- (8) たとえば国連軍縮局ホームページを使った締約国リストを掲載している外務省ホームページは、北朝鮮を締約国としている。同右。
- (9) 南極条約の締約国は二〇一九年二月現在五四カ国である。外務省ホームページ「南極条約・環境保護に関する南極条約議定書」 https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kankyoyoyaku/s_pole.html (二〇一九年二月三〇日閲覧)。
- (10) 南極条約および南極条約体制については、池島大策『南極条約体制と国際法』(慶應義塾大学出版会、二〇〇〇年)を参照。
- (11) 第一条。なお、海底区域の限界の定義については、第二条。
- (12) 外務省ホームページ「これまでに署名された非核兵器地帯条約」 <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kaku/n2zone/sakusei.html> (二〇一九年二月三〇日閲覧)。
- (13) Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 191.
- (14) Commentary of 1987, § 1403, Treaties, States Parties and Commentaries, ICRC Homepage, available at <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/470> (二〇一〇年一月二六日閲覧)。
- (15) *Ibid.*, § 1852.
- (16) International Court of Justice, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Legality of the Threat or Use of*

Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, para. 105, available at <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (二〇二〇年一月二六日閲覧)。なお、この判断は裁判官の全員一致によった。本稿における勸告的意見の日本語訳は筆者が行ったものである。

- (17) *Ibid.* なお、この判断は七対七で判断が分かれたため、裁判長が賛成に一票を投じた。
- (18) Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008, p. 1189.
- (19) Emily Crawford and Alison Pert, *International Humanitarian Law*, 5th ed, Cambridge University Press, 2018, p. 226 & note 257.
- (20) Henry Dunant, *Memory of Solferino*, Originally published in 1962, English version, American Red Cross (1939, 1959) Reprinted by the International Committee of the Red Cross, pp. 117 and 126.
- (21) 日本赤十字社および ICRC の救護活動については、François Bugnion, ‘The International Committee of the Red Cross and nuclear weapons: From Hiroshima to the dawn of the 21st century’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 850, 2005, 511-524, pp. 512-514. が簡潔にまとめていて読みやすい。
- (22) *Seventeenth International Red Cross Conference, Stockholm 1948, Report*, p.94. 筆者訳。
- (23) *Ibid.*, pp. 102-3. 筆者訳。なお、この部分を含む決議六四の二は、赤十字の代表者会議と赤十字社連盟により提出された「平和に関する宣言」を赤十字国際会議が採択したものである。
- (24) 成立したのは、「戦地にある軍隊の傷者及び病者の状態の改善に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約」(ジュネーブ第一条約)、「海上にある軍隊の傷者、病者及び難船者の状態の改善に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約」(ジュネーブ第二条約)、「捕虜の待遇に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約」(ジュネーブ第三条約)である。なお、ジュネーブ第二条約については「千九百六十年のジュネーブ条約の原則を海戦に应用するための千九百七十年十月十八日の第十八ハーグ条約」が改正されて成立した。
- (25) 戦時における文民の保護に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約。

- (26) Bugnion, *supra*. note 21, pp. 515-516.
- (27) *Ibid.*, p. 516.
- (28) “Arme atomique et armes aveugles” (Atomic weapons and non-directed missiles), *Revue internationale de la Croix-Rouge*, English supplement, Vol. III, No. 4, April 1950, pp. 70-73, reprinted in Bugnion, *supra* note 21, pp. 516-517. 筆者訳。
- (29) Bugnion, *ibid*, p. 518.
- (30) *Ibid.*, p. 518.
- (31) *Ibid.*
- (32) *Ibid.*
- (33) *Ibid*, p. 519.
- (34) Linh Schroeder, “The ICRC and the Red Cross and Red Crescent Movement: Working Towards a Nuclear-Free World since 1945”, *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, 2018, Vol. 1, No. 1, 66-78, pp. 69-70.
- (35) ‘ICRC statement to the United Nations General Assembly on the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons’, *International Review of the Red Cross*, March 1997, No. 316, pp 118-119. 筆者訳。
- (36) Bugnion, *supra*. note 21, p. 522.
- (37) (Internal) Document A 1218 rev2, adopted by the ICRC Assembly on 27 June 2002; “Use of nuclear, biological or chemical weapons: Current international law and policy statements”, Information note to Presidents/Secretary Generals of National Societies, 4 March 2003, ICRC Archives, file 141.2-011, reprinted in Bugnion, *supra*. note 21 pp. 522-523. 筆者訳。
- (38) 齊藤彰彦「被爆七〇年目の人道理念―核兵器廃絶を目指す人道的アプローチにみる」『人道研究ジャーナル』第五号、二〇一六、四八―六二頁、五四頁。Schroeder, *supra*. note 34, p. 70.
- (39) Schroeder, *ibid.*, p. 70. スプーチンの詳細は別のところを参照。 “Bringing the era of nuclear weapons to an end”, Statement

by Jacob Kellenberger, President of the ICRC, to the Geneva Diplomatic Corps, Geneva, 20 April 2010, available at <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/statement/nuclear-weapons-statement-200410.htm> (二〇一〇年一月二六日閲覧)。

- (40) “Bringing the era of nuclear weapons to an end”, *ibid.* 筆者訳。
- (41) Schroeder, *supra*, note 34, p. 71.
- (42) *Ibid.*, p. 72.
- (43) 日本赤十字社編『日本赤十字社社史稿』第六巻、日本赤十字社、一九七二年。
- (44) 同右、一四五頁。
- (45) のちに、赤十字に加え、赤新月が加えられ、「国際赤十字・赤新月運動の基本原則」となった。
- (46) 日本赤十字社ホームページ「赤十字基本七原則」<http://www.jrc.or.jp/about/principle/> (二〇一九年二月二二日閲覧)。
- (47) Cornelio Sommaruga, “Swiss neutrality, ICRC neutrality: are they indissociable?”, *International Review of the Red Cross*, 1992, No.288, pp. 264-273, p. 267.
- (48) もっとも、秘密の報告書も時により、公になる場合がある。たとえば、イラク戦争においては、アメリカ軍のアブ・グレイブ収容所におけるイラク人の取扱について、アメリカに改善を求めたICRCの報告書が何らかの理由で公にされ、ICRCに批判が集まった。“What is the ICRC’s position on the reported abuse of Iraqi prisoners by US and UK forces”, 6 May 2004, available at <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/faq/5ynj5r.htm> (二〇一〇年一月二六日閲覧)。
- (49) 二〇一八年にICRCが各国の政府から得た資金の総額は合計一五億六七〇八万七四四〇スイス・フランであったが、そのうち、アメリカ合衆国政府は四億六一九〇万一一六〇スイス・フランを支出し、総額の四分の一強を占めている。International Committee of the Red Cross, *Annual Report 2018*, 2019, p. 587.
- (50) 齊藤「前掲論文」五六頁。

日本赤十字社と災害救護

喜 多 義 人

はじめに

日本は四季に富む風光明媚な国である反面、国土は平地が少なく、険しい山々から流れ出る河川は時に氾濫を起こす。また、台風が毎年のように上陸し風水害をもたらし、火山の噴火による被害も小さくない。さらに、日本の周辺では海陸のプレートが接しているため、地震が発生しやすい。つまり、日本は「災害大国」なのである。

災害が発生すると、現場には自治体の警察・消防や自衛隊とともに、日本赤十字社の医師と看護師の姿があり、被災者の治療、健康管理にあたっている。

日本赤十字社は一般に、災害時の救護活動や血液事業、国民の健康管理を行なう組織だと思われるが、その前身である「博愛社」の創立主旨は、戦時における負傷者の救護であった。博愛社は一八七七（明治一〇）年五月、西

南戦争の最中に元老院議員佐野常民と大給恒によって創立された。佐野と大給は、九州の戦場で傷ついた多数の政府・西郷両軍の兵士が、十分な治療を受けられない状況におかれていることに同情し、当時、ヨーロッパ諸国で設立が進んでいた赤十字社にならった民間救護団体を創立し、敵味方の区別なく負傷者を治療することを思い立ったのである。⁽¹⁾

佐野らが政府に提出した「博愛社社則」は、博愛社の目的を「戦場ノ創者ヲ救フ」ことにおき（第一条）、その活動資金は「社員ノ出金ト有志者ノ寄付金」（第二条）で賄うとしていた。⁽²⁾戦後、博愛社は永設化の方針のもと、社員の募集と資金の蓄積に努めたが、成果は上がらなかった。⁽³⁾博愛社発展の一大転機となったのは、一八八六（明治一九）年六月五日の日本のジュネーヴ条約（戦地軍隊ニ於ケル傷者及病者ノ状態ノ改善ニ関スル条約）への加盟と、同年十一月七日の博愛社病院（のちの日本赤十字社病院）の開設であった。条約加盟にともない、一八八七（明治二〇）年四月一日、「日本赤十字社社則」が認可され、博愛社は社名を「日本赤十字社」に改称した（第一条）。同年九月二日、日本赤十字社は赤十字国際委員会から日本の赤十字社として承認された。⁽⁴⁾しかし、同社の目的が「戦時ノ傷者病者ヲ救療シ、力メテ其苦患ヲ軽減スル」（社則第一条）ことにあったことに変わりはなく、災害救護はまったく想定されていなかったのである。

ところが、一八八八（明治二二）年の磐梯山噴火にさいして被災者を救護したことが契機となり、日本赤十字社は災害救護に従事するようになった。そして、災害救護の実施のために社則を改正し、新たに制定した定款に災害救護を同社の事業として規定し、さらに救護活動において依拠すべき救護規則を整備したのである。一九四五（昭和二〇）年の終戦に至るまで、日本赤十字社が行なった災害救護は、戦時救護よりはるかに多い。

戦後、日本赤十字社は戦争を憲法で放棄した国の赤十字社として災害救護に重点をおき、今日に至っている。そして、その公共性、国際性、組織力から「災害救助法」（一九四七年）や「災害対策基本法」（一九六一年）において、国が行なう災害救助や災害応急措置への協力を義務づけられている。

このように、日本赤十字社が災害救護にさいして、民間団体でありながら重要な役割を果たしてきたことは明らかである。そこで、本稿では、日本赤十字社が災害救護を行なうに至った経緯、およびその活動を規律する法令および内規、そして災害救護における同社と国・地方当局との関係等について考察することにした。なお、資料の引用にあたっては旧漢字を常用漢字にあらため、適宜句読点を付した。また、当時の呼称にしたがい、看護師を看護婦と表記した。

一、日本赤十字社による災害救護事業の開始

（一）日本赤十字社則と平時事業

戦時救護を主旨とする博愛社・日本赤十字社にとって、災害救護は「平時事業」と位置づけられる。「平時」という概念は、すでに「博愛社則付言」（一八七七年八月一日）にみられる。すなわち、社則付言第一条は「該社ノ主旨ハ：戦時ニ方リ報国慈愛ノ赤心ヲ以テ軍医部ヲ補助シ、博ク創者患者ヲ救済スルニ在リ」と宣言したのを受けて、第九条で「報国恤兵ノ義務ハ之ヲ平時ニ講究シ、其需用物品ノ如キモ亦予メ之カ準備ヲ為サ、ルヘラカス」と定めていた。ここでは、「平時」は戦時救護事業のための準備期間とされていた。また、第八条に、社員が拠出する金銭およ

び有志者の寄付による金銭物品は「戦地創者患者ノ救済ニ供スル外、決シテ他ニ使用スルコトヲ得ス」と断っていることから、当時の博愛社が災害救護をまったく想定していなかったことは明らかであった。

また、「博愛社規則」(一八八一年一月二四日)は、第一条で「博愛社ハ報国恤兵ノ義心ヲ以テ戦場ノ負傷者疾病者ヲ看護シ、力メテ其苦患ヲ減スルヲ主意トス」としたうえで、その「事務ヲ戦時平時ノ二部二分チ」、平時には「有事ノ日ノ用ニ供スル準備ヲ為」(第二条)すこととしていた。そして、平時の具体的事業として、治療器械の整備、救護員の確保、地方の有志者との連絡を通じた本社の維持拡張をあげていた(第八条)。本規則は、「平時」の見出しのもとに第八条から第一三条までの規定をおいているが、第八条以外は博愛社の組織、会議、資金出納および新入社員に関する報告書の作成・配布、役員に関するものであり、災害救護につながる規定はなかった。

こうした状況は、日本がジュネーヴ条約に加盟し、博愛社が日本赤十字社に改称されたのちも変わらなかった。一八八七年四月の「日本赤十字社社則」によると、日本赤十字社の目的は前述のように戦時の傷者病者の救護にあり、その行動については「千八百六十三年十月『ジュネーヴ府』ニ開設セル万国会議ノ議決及千八百六十四年八月同府ニ於テ欧州諸政府ノ間ニ締結セル条約ノ主義ニ従フ」としていた(第三条)。そして、創立目的を達成するため、「戦時ニ於テ軍医部ニ付随シ之ヲ幫助シテ傷者病者ノ救護ニ尽力」し(第四条第二)、「平時ニ於テハ傷者病者ノ救護ニ適応スヘキ人員ヲ養成シ、物品ヲ蒐集シ、務メテ戦時ノ準備ヲ完全ナラシムル」ようにすべきことを定めた(第四条第二)。第四条は、見出しを「平時及ヒ戦時ノ事業」として、平時事業を戦時事業の前においているが、このことは事業の優先順位を意味しない。つまり、博愛社時代と日本赤十字社の成立時には「平時」という概念はあったものの、災害救護は想定されておらず、「平時事業が、基本的に戦時救護のためのみにあることに変わりはない^⑤」のである。

(二) 日本赤十字社成立期の災害救護事業

① 磐梯山の噴火

博愛社、日本赤十字社ともに、その主旨は戦時傷病者の救護であり、災害時の被災者救護は予定していなかったが、一八八八年の磐梯山噴火に際して、皇后の内旨により救護員を派遣したのを契機に、災害時の救護事業を行なうことになった。

一八八八年七月一五日午前八時頃、福島県の磐梯山が爆発し、岩石と火山灰が飛散、土砂は泥流となって流出した。この爆発による被害は、山の西北に位置する檜原村一帯と猪苗代町の一部、当時の磐瀬、大塩など五カ村一部落に及んだ。被災地の家屋四六三戸のうち、四七戸が全壊し、四五戸が埋没した。人的被害は死傷者五一八名、うち死者は四六二名とされる^⑥。

日本赤十字社がこの変災を知ったのは官報であったが、死傷者数が明確に掲載されておらず、また社則に災害救護の規定がなかったため、救護員の派遣を逡巡していたところ、一九日になって、皇后から吉井友実宮内次官を通じて、本社医員の派遣の内旨が下された。佐野社長は、直ちに日本赤十字社病院勤務の土肥淳朴一等軍医ほか二名の医員に必要な医療器材と薬品を携帯させ、二〇日、現地へ出発させた。看護婦、看護人は同行しなかった。

土肥ら救護員は、郡山から徒歩で猪苗代町に至り、仮病院にあてられた猪苗代小学校と警察分署で、地元の医師とともに治療を開始した。しかし、救護員の到着時には軽傷者は退院していたり、自宅療養を希望したため、入院患者は一五名しかおらず、そのうち重症者は六名にすぎなかった^⑦。患者の多くは挫傷と火傷で、骨折、頭部剔創などもあった。患者の中には創面が汚れていたり、骨折の処置が不適当な者がいたため、救護員は直ちに携行した器材を使

用して治療を行なうとともに、病床日誌や処方録を作成し、病室の環境整備につとめた⁽⁸⁾。また、被災地を巡回し、自宅療養中の患者の診療を行なった。患者の減少と臨時病院の医師たちが治療に習熟したことにより、救護員の滞在の必要がなくなったため、県知事と協議し、さらに仙台出張の途中、被災地視察のため来訪した佐野社長の許諾を得て、二五日、帰京の途についた。佐野はこのとき、負傷者を慰問し、浴衣地と見舞金を贈っている。

佐野は帰京後、皇后に救護と負傷者の状況を子細に報告した。八月八日、皇后から今回の救護費の補助として二〇〇円の下賜があった⁽⁹⁾。

このように日本赤十字社による最初の災害救護は、皇后の内旨、すなわち非公式の命令によって行なわれたのである。『昭憲皇太后実録』は、「尚此の災変（著者注：磐梯山噴火）に当り、特に日本赤十字社に内旨を下して罹災民の救護に従はしめたまふところあり：因に同社が戦時救護事業の外に平時の災害に際して救護活動を行へるは此の時を以て最初となす⁽¹⁰⁾」と記している。このときの活動は、国際的にも赤十字社による最初の災害救護活動であったと言われている⁽¹¹⁾。

② トルコ軍艦の遭難

磐梯山噴火から二年後、未曾有の海難事故が発生した。一八九〇（明治二三）年九月一六日夜、友好親善のために訪日し、天皇に拝謁後、帰途についていたオスマン帝国の軍艦エルトゥールル号（二三四四トン）が紀州大島（現・和歌山県東牟婁郡串本町）沖で暴風雨に遭って沈没し、死者・行方不明者五八九名が出たのである。生存者は泳いで海岸にたどり着いた六九名で、そのほとんどが負傷しており、地元民の応急処置を受けていた⁽¹²⁾。

宮内省は、遭難の報に接すると、直ちに丹羽龍之助式部官と侍医桂秀馬ほか数名を差し遣わすとともに、日本赤十字社に対しても医員を派遣して治療にあたるように命じたが、このときも皇后の内旨があったとされる。¹³ これを受けて、同社は医療器械・材料等を準備し、一九日、日本赤十字社病院の医員、看護婦各二名を式部官らとともに列車で神戸に出発させた。一行は、神戸から船で大島村へ向かう予定であった。ところが、ドイツ軍艦が生存者を大島から神戸に護送してきたので、遺体検分のために現地に残してきた二名を除く六七名を受け取り、和田岬消毒所内の乗客停留所に開設した仮病院に収容した。診察の結果、重傷者一三名、軽傷者三八名、その他は健康体であった。¹⁴

九月二四日、桂侍医らに帰京が命じられると、二六日以降、治療はすべて日本赤十字社に委ねられた。そのため、本社から事務員一名、調剤員一名、看護婦二名が増派され、二五日、神戸に到着した。さらに、二八日には日本赤十字社病院の主任医師山上兼善を派遣し、患者を診察させた。その結果、患者は快方にむかっていると判断されたことで救護員の滞在の必要がなくなり、県立病院に治療看護を引き継ぎ、医員一名、看護婦二名を残して、他の六名は一〇月三日に帰京した。その後、患者は日本の軍艦によって本国へ送還されたため、残った三名も一〇月一日に帰京した。

エルトゥール号の傷病者は少数で、また治療期間も短かったが、言語がまったく通じない外国人の治療看護ははじめてであり、困難をきわめたようである。そのときの状況を『日本赤十字社史稿』は、「診察又ハ手術施行ニ当リ医員看護婦ヲ信用セス、号泣抗拒或ハ看護婦ヲ殴打スル者アリ。一般ニ治療ヲ嫌厭シテ苟モ一時ノ苦痛ヲ免レントスルモノ、如ク、頗ル困難ヲ極メタリ¹⁵」と記している。それでも「只誠意懇切ヲ主トシ、専ラ我意ヲ通スルコトニ注意」した結果、「朝夕彼我相馴ル、ニ随ヒ、後ニハ彼ヨリ好テ治療ヲ求ムル¹⁶」ようになったという。

エルトゥール号遭難者の治療に要した費用は、林董兵庫県知事が国庫による負担を主張し、現地の救護員にも治療費の見積書を提出するように指示したため、日本赤十字社は最終的に五三一円四五銭二厘を宮内省に請求した。⁽¹⁷⁾

③ 濃尾地震

日本赤十字社の成立初期には大災害が続いた。一八九一（明治二四）年、岐阜県で巨大地震が発生した。「濃尾地震」である。一月二八日午前六時三十分頃に発生したマグネチュード八・四の地震の被害は、岐阜、大垣を中心に県下全域におよび、住宅の全壊五万戸、半壊三万三四五九戸と県下の住宅の約半数に達した。また、地震にともなう火災により四四五五戸が焼失し、人的被害は死者四九九〇名、負傷者一万二七八三名にのぼった。⁽¹⁸⁾ 日本赤十字社岐阜県委員部は、地震発生直後に救護班を編成し、被災地に救護所を開設して負傷者の救護にあたったが、被害規模が大きかったため、同委員部だけでは対応できず、愛知県知事から翌二九日、本社に応援の要請がなされた。

これを受けて佐野社長は直ちに参内し、皇后に内奏したところ、皇后は「畏モ此変災ヲ知召サレ深ク罹災者ノ不幸ヲ哀レマセ給ヒ、恰モ社長ノ参内ヲ待タセ給フカ如ク、速ニ医員看護婦ヲ派遣シ、厚ク救護ヲ尽クヘキノ内旨⁽¹⁹⁾」を下した。佐野は、病院に医療器材、薬品等の準備を命じ、同日午後九時五〇分発の列車で医員二名、看護婦四名を出発させた。このように日本赤十字社の対応は素早かった。次いで、岐阜県知事からも救護員の派遣要請があり、三〇日午前八時、医員三名、看護婦六名、事務員一名を岐阜県に派遣した。さらに、一月三日にも医員三名、調剤員一名、看護婦六名を愛知県に、医員二名、調剤員一名、看護婦四名を岐阜県に増派した。また、岐阜県に近接する京都支部も一月一日、大垣に医員三名、助手医員三名、事務員を派遣した。⁽²⁰⁾

岐阜県に派遣された本社救護員の第一陣は、大野郡古橋村の寺院内に仮病院を開設し、十一月一日から三〇日まで、入院患者二九名を含む四二七名を治療し、美江村出張治療所は一三四名、日置江村出張治療所は八四名、佐波村出張治療所は六六名を治療した。⁽²¹⁾一〇月三〇日派遣の第二陣は、武儀郡関町に分派病院を開設し、入院患者二九名を含む二六八名を治療した。⁽²²⁾また、京都支部も十一月一日に大垣に臨時仮病院を開設し、京都同志社病院、京都医会と協力して一二月九日までに入院患者七三名を含め、外来患者三二六四名を治療した。⁽²³⁾この災害に際して日本赤十字社が派遣した救護員は、京都支部を含め二四名で、六カ所の救護所において五二日間にわたり、治療看護を行なった。その患者数は二八六二名、再来患者は延べ三四七八名にのぼった。⁽²⁴⁾

なお、日本赤十字社は一八九〇年から看護婦の養成を開始するが、濃尾地震に同社が派遣した看護婦二〇名のなかに、一八九一年一〇月に看護学校の修学課程を終え、日本赤十字社病院で実務についたばかりの第一期生一〇名が含まれていたことは、よく知られている。

二、災害救護に関する法令・内規の整備

(一) 社則の改正

日本赤十字社の成立時には、社則等に災害救護に関する規定がなく、磐梯山噴火、トルコ軍艦沈没、濃尾地震の救護は皇后の内旨や宮内省の指示によって行なわれた。そのため、一八九二（明治二五）年四月二八日、社員総会の議決をもって社則を改正し、第四条の「本社ハ第一条ノ目的ヲ達スル為メ左ノ事業ヲ執行スルモノトス」との規定を、

「本社ハ第一条ノ目的ノ外左ノ事業ヲ兼行スルコトアルヘシ」にあらため、同条第二「平時事業」に「臨時天災ノ場合ニ於ケル負傷者ヲ救護スル事」を加えた。⁽²⁵⁾ ここにおいて、災害救護は戦時救護と並ぶ日本赤十字社の正式の事業となったのである。

日本赤十字社が災害救護をその事業に加えた理由は、同社の公式社史である『日本赤十字社史稿』によると、まず第一に、日本赤十字社は軍人傷病者の救護を唯一の事業とするが、「其期スル所ハ素ト人類共愛ノ至誠ヨリ発スルモノ」であるから、「変災ニ際シテ夥多ノ傷病者ヲ生シ、救護十分ナラスシテ永ク呻吟セシメ、又ハ期ヲ愆リテ死ニ至ラシム」ことは「最モ遺憾トスル所」⁽²⁶⁾ だからである。また、戦時に用いる人員や衛生材料は、常に運用して習熟し、利害を研究調査し改良を図ることが必要であり、「天災事変ノ救済ハ人類共愛ノ主旨ヲ達スルト同時ニ、戦時救護ノ練習ニ資ス所少」⁽²⁷⁾ なくない。さらに、諸国の赤十字社も平時事業を拡張する傾向にあることをあげている。⁽²⁸⁾ つまり、日本赤十字社が災害救護を正式に実施するに至ったのは、戦時救護も災害救護も傷病に苦しむ人びとを救済するという点では同じであり、後者は前者の練習にもなり、そして各国赤十字社の災害救護への事業拡張が背景にあったということができる。

また、赤十字研究者の神戸務もその著書『日本赤十字社発達史』のなかで、災害救護実施の理由と利点として、以下のことを指摘する。すなわち、災害救護は、第一に、災害発生時に日本赤十字社の社長を呼び、被害状況を下問する天皇皇后の、臣子に対する愛情を満足させる唯一の事業であること。第二に、準備救護員にとって緊急の救護事業を行なう練習になること。第三に、博愛の趣旨を全うし、社員の慈善心を満足させられること。第四に、各地方の災害を救護すれば、その地方の人民は赤十字社の有用性を理解するため、社旨を普及できることである。⁽²⁹⁾

戦争は常に起こるものではないが、自然災害は予測できず、しかも一瞬にして甚大な被害が生じることが少なくない。平時において救護に供する人員や資材を準備し、資金を蓄積しておき、災害発生時にそれらを用いて傷病者を救護することは、常設の政府公認団体である日本赤十字社にしかできない事業だったのである。

(二) 日本赤十字社定款における災害救護規定

博愛社は、創立以来、博愛社社則、博愛社規則付言、博愛社規則により、社名の変更後は日本赤十字社社則により、その目的や事業内容、内部組織、社員資格、意思決定手続などを定めてきたが、それらは内部規則にすぎなかった。また、宮内省、陸軍省、海軍省の監督下で戦時救護事業を実施することは事実上認められていたが、国内法上の根拠がなかった。そのため、佐野社長はすでに一八九七（明治三〇）年四月、日本赤十字社の地位に関する勅令案を起草し、陸軍省と内議していたが、一八九六（明治二九）年二月に民法（法律第八九号。一八九八年七月施行）が制定されたのを機に、まず同社の法人化をはかることにした。⁽³⁰⁾ 民法第三四条が「祭祀、宗教、慈善、学術、技芸其他公益ニ関スル社団又ハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務官庁ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得」と規定していたからである。社団法人の設立者は、定款を作成しなければならない（第三七条）。そのため、一八九八（明治三一）年一〇月二八日、「日本赤十字社定款」四一カ条が作成され、社員総会の承認を得た。そのうえで、主務官庁である内務省、陸軍省、海軍省に法人設立を申請し、一九〇一（明治三四）年十一月二六日に認可を得、十二月五日、法人の設立手続を完了した。

日本赤十字社定款は、従来の社則を取捨修正して作成されたもので、⁽³¹⁾ 前文で博愛社時代からの事蹟を略述し、第一

条で同社が民法上の社團法人であること、第二条で皇室の保護下にあること、第四条で戦時救護において準拠すべき国際会議の決議と条約について定める。そして、第八条で同社の主たる目的として「戦時ノ傷者及病者ヲ救護スル」ことをあげるとともに、「天災又ハ事変アル場合ニ於ケル傷者及病者ヲ救護スルコトアルベシ」とする。これは、一八九二年の社則改正で、天災事変のさいの負傷者救護を加え（第四条一項）、さらに一九〇〇（明治三三）年七月、後述の「日本赤十字社天災救護規則」を制定したことによる。第九条は、前条の規定を実施するため、「天災事変ノ急ニ応スルニ足ルベキ準備ヲナスコト」（同条一項）と、「天災事変ノ際ニ在リテハ当該官衙ノ委嘱ニ応ジ、若クハ其認可ヲ得テ傷者及病者ノ救護ニ従事スルコト」（同条三項）を事業として明記したのである。

なお、一九〇一年十二月二日、陸海軍との関係を明確にするため、「日本赤十字社条例」（勅令第二三三二号）³²が制定されたが、災害救護や平時準備に関する規定はなかった。

（三） 災害救護に関する内規

① 明治三三年天災救護規則

日本赤十字社は、すでにみたように一八九二年に社則を改正し、「臨時天災」における負傷者救護を事業に加えた。そして、一九〇一年の定款で、「天災又ハ事変」の場合の傷病者の救護を同社の事業として明記した。

一九〇〇年七月、はじめて災害時における救護の実施手続と事業内容等を定めた「日本赤十字社天災救護規則」（以下「天災救護規則」）³³一三カ条が制定された。同規則によると、日本赤十字社が救護を行なう「天災」は震災、風災、水災、火災の四種で（第一条）、天災により「多数ノ傷病者ヲ生」じ、地方官庁の救済がおよばない場合に、当該官庁

の委嘱を受けるか、あるいは日本赤十字社本社または支部が必要と認めたときに当該官庁の認可を得て、救護を実施する（第二条）。また、「天災」以外の汽車、船舶または群衆の遭難、地盤崩壊等の「事変」により多数の傷病者が発生し、当該官庁の救済がおよばない場合も、その官庁の委嘱を受けたときは、天災救護に準じて対応することとした（第三条）。つまり、最初に制定された天災救護規則では、「天災」と「事変」への対応が区別されていたのである。

天災救護事業は、東京府管内においては本社が実施し、地方においては社長の指示を受けて支部長が実施するが、事態の重大性が認められるときは本社から理事員を派遣して監督せしめることがある（第四条）。被害規模などにより災害発生地の支部が救護を担任できないか、人員や衛生材料が不足しているときは、支部長がその旨を社長に稟議する。社長は、この場合、本社が準備する人員材料をもって補充し、または近隣の支部に応援を命じることができる（第一〇条）。救護に要する人員材料は、戦時救護規則にもとづき準備しているものを充てるが（第五条）、災害の状況に応じて、戦時救護規則により編成される救護班の派遣と病院の開設を予定していた（第六条³⁴）。また、救護費用には寄付金を充て、不足するときは（日本赤十字社の）会計規則にしたがって支出する。患者の食料や仮設病院に要した費用は、地方官庁に請求するものとした（第二二条）。

② 明治三十七年天災救護規則

一九〇四（明治三七）年五月四日、天災救護規則に一大改正が行なわれ（本達第一六号）、旧規則の一三カ条が二四カ条に増補された³⁵。まず、注目すべき改正点は、天災救護が傷病者の多少にかかわらず実施されるようになることと、その事業は地方支部が執行することになったことである。すなわち、救護事業の実施条件として、旧規則が「天

災」または「事変」において「多数ノ傷病者ヲ生」じた場合と規定していたのに対し（第二条、第三条）、新規則は「傷病者ヲ生シタル場合」（第一条）とした。この改正の理由は、過去の経験から、濃尾地震と三陸海嘯（一八九六年）を除けば、戦時救護規則が定める救護班や病院組織をもつて行なうような救護はほとんどなく、また救護の実施にあたり傷病者の多少を判断する時間的余裕もないなど、旧規則は多くの点で現状に適合していないと判断されたためであつた。⁽³⁶⁾

また、旧規則では、天災救護事業を社長の指示を受けて支部長が実施することになっていたのを、新規則では「其地方支部ニ於テ執行シ、社長之ヲ監督ス」ることにあつた（第二条）。支部長は地方官庁の委嘱を受けるか、地方官庁に交渉したのち、被害状況を社長に急報し、その承認を得て、救護事業を実施する。ただし、緊急の場合は事後承認が認められていた（第三条）。これにより、災害救護は支部の事業となつたのである。

さらに、支部の行動の自由を確保するため、救護員の招集方法や救護員の組織は、支部長が状況に応じて適宜定めることとした（第九条、第一〇条）。また、救護事業を実施する支部が、「救護ノ力足ラサルトキ」は、近隣の支部に応援を求めることができる（第四条）。すなわち、旧規則では、社長に稟議し、社長が近隣支部に応援を命じるとしていたのが、新規則では支部長が直接応援を要請することになった。ただし、応援の要請に応じる支部長は、社長の承認を得なければならない（第四条）。このほか、救護費用についても重要な改正があり、救護費用は寄付金ではなく、救護を実施する支部の臨時費をもつて支出し、費用が多額にのぼり支部が負担できないときは、本社の臨時費から不足分の一部が補助されることになった（二二条）。なお、応援要請を受けて救護に従事した支部の経費は、応援を要請した支部が負担するものとされた（二三条）。こうした改正もまた、支部の行動の自由を拡大するものであつた。

③ 日本赤十字社災害救護規則

一九一〇（明治四三）年六月三日、天災救護規則が定める災害救護の範囲を世界の趨勢に合わせて拡張するため、定款の改正が行なわれた。すなわち、第八条が「本社ハ、戦時傷者病者ヲ救護スルヲ目的トス」と規定したあとに、「前項ノ主タル目的ノ外、天災事変其ノ他必要ノ場合ニ於テ傷者病者ヲ救護シ又ハ救助金ヲ募集スルコトアルベシ」との文言を追加した。ここで「必要ノ場合」とは、天災事変だけでなく、多数の群衆に起因する負傷者の救護を含む広い意味をもち、伝染病や流行病においても状況によつては救護を行なうことが想定されていた。³⁷ また、救助金の募集は、サンフランシスコ震災（一九〇六年）とイタリアのカラブリア地方の震災（一九〇八年）にさいし、日本赤十字社が全国から災害救助金を募集したことが契機となつて挿入された。³⁸

同年一〇月二七日には、「日本赤十字社臨時救護規程」（本達乙第七号）が制定された。これは、祭礼や式典、総会、集会などで多数の群衆により不慮の事故が発生した場合に、地方支部が救護を実施する手続を定めたものである。³⁹

そして、一九一一（明治四四）年九月一九日、天災救護規則と臨時救護規程を統合して、「日本赤十字社災害救護規則」（本達甲第一八号）一九カ条が制定された。⁴⁰ 本規則によると、「災害救護」とは「天災事変其ノ他公衆ノ災害ニ基因スル傷者及病者ヲ救護スル」ことをいう（第一条）。ここでは、前述の定款改正を受けて、救護を行なう「災害」の範囲が拡大されている。災害救護にあつては「迅速且懇切ニ応急救護ヲ行」なわなければならない（第二条）、支部長は「救護ノ施行ヲ敏活ナラシムル為」、適宜の方法を定めて社長に報告しなければならない（第五条）。

本規則で新たに定められたものに「救護所」がある。災害時には救護所を常設し、または臨時に開設して救護を行なう（第四条）。支部長は、常設するときには、事前に社長の承認を得なければならない（第七条二項）。救護所は、医員

二、看護婦一〇（うち婦長二）で編成する（第六条第一表）。なお、必要に応じて巡回救護を行なう（第四条）。このほか、災害救護の実施主体および実施手続、救護力不足の場合の社長への援助要請などは、従前のままであった。

災害救護規則はその後、一九二〇（大正九）年、一九二二（大正一一）年、一九三四（昭和九）年、一九四二（昭和一七）年と四度の改正を経て、一九五五（昭和三〇）年に「日本赤十字社救護規則」が制定されるまで、災害発生時の救護事業に適用された。

三、戦後の日本赤十字社と災害救護

（一）災害救助法の制定

① 災害救助法による日本赤十字社の責務

戦時中や終戦直後、国民が空襲や食料難、インフレに苦しむ中でも災害は容赦なく襲いかかってきた。一九四六（昭和二一）年十二月二日、和歌山県潮岬沖合の海底を震源とするマグネチュード八・〇の強い地震は、紀伊半島と四国地方を中心に広範囲にわたり死者三七六九名、負傷者二万二二〇三名、家屋全壊三万六一八四戸、半壊一万一八一六戸の被害を出した。⁴¹この「南海地震」が契機となり、第一回国会において、一九四七（昭和二二）年一〇月一八日、「災害救助法」（法律第二一八号）が成立した。

明治以降、被災者救済の法令としては、一八七五（明治八）年の「窮民一時救済規則」、一八八〇（明治一三）年の「備荒儲蓄法」があったが、相次いだ大規模災害により儲蓄金が払底したため、一八九九（明治三二）年、救済基金を

府県ごとに設立することにした「罹災救助基金法」が制定された。この法律は、災害救助法以前では「非常災害時における唯一の救済制度」であったが、「その基準は各都道府県においてそれぞれの財政力、救助に対する考え方の相違等によって著しい差異」があり、また「何等の実体的規定がないため救助活動も区々、かつ、不徹底にわたりやすく、特に救助の実施や物資の調達についての関係機関の連絡に統一を欠く⁽⁴²⁾」という問題点があった。そこで、新たな法整備が急務となったのである。

災害救助法は、第一条で、「非常災害に際して、国が地方公共団体、日本赤十字社その他の団体及び国民の協力の下に、応急的に、必要な救助を行い、災害にかかった者の保護と社会の秩序保全を図ることを目的」に掲げ、国が被災者救助の責任を負うことを明記した。災害救助法にもとづく日本赤十字社の義務を具体的に定めた一九四八（昭和二三）年の「災害救助に関する厚生大臣と日本赤十字社社長との協定」（以下「厚生省・日赤協定」）は、同社は災害救助法の第一条において地方公共団体等とともに国の救助活動に協力することが建前とされるが、第三条の二第一項はさらに「日本赤十字社は、その使命に鑑み、救助に協力しなければならない」として、救助に対する協力義務を総括的に規定したと説明する。⁽⁴³⁾

日本赤十字社の災害救助における業務は、救助活動を行なう各種団体や個人間の連絡調整と、都道府県知事から依頼される業務の実施である。すなわち、第三条の二第二項は「政府は、日本赤十字社に、政府の指揮監督の下に、救助に関し地方公共団体以外の団体又は個人がする救助協力…の連絡調整を行なわせることができる」と規定する。こうした連絡調整は、各種団体や個人が無計画、無統制に救助活動を行なえば十分な効果を発揮できなくなることから、連絡調整によって総合的かつ有機的に最大の効果があがるようにするために不可欠である。この各種団体や個人

の協力に方向づけを与える立場は、政府の指揮監督下にある日本赤十字社にのみ認められたものである。⁽⁴⁴⁾ただし、連絡調整を行なう事項は無制約ではなく、「厚生省・日赤協定」では、救助金品の募集、労力奉仕班の編成派遣、医療および助産などが例示されていた（第三項⁽³⁾）。

都道府県知事から依託される業務については、第三二条が「都道府県知事は、救助又はその応援の実施に關して必要な事項を日本赤十字社に依託することができる」とだけ規定する。その具体的な依託業務は、「厚生省・日赤協定」により、差しあたつて「医療、助産及び死体の処理（一時保存を除く。）で都道府県知事が依託を適當と認める範囲のもの」とされた（第二項）。なお、一九五九（昭和三四）年七月に協定が改正され、死体の洗浄、縫合、消毒などの処置と検案が追加された。委託の範囲は、都道府県知事が日本赤十字社とあらかじめ協議して決めておき、厚生大臣の承認を得なければならない（第二項⁽¹⁾）。

委託は、日本赤十字社が都道府県知事が本来行なうべき救助事業を代行するのであり、都道府県知事と日本赤十字社（実際は各都道府県の支部長）との間に委託契約が締結される。日本赤十字社は、委託された医療、助産などの事業を日本赤十字社の名と責任において行ない、その効果は都道府県知事に帰属することになる。⁽⁴⁵⁾

第三二条により依託された事業を実施するために日本赤十字社が負担した費用は、その費用のための寄付金その他の収入を控除した額を、都道府県が補償することになっている（第三四条）。この場合、補償されるのは人件費、救護諸費、救護所設置費、輸送費、人夫賃、扶助費、事務費などの依託事業の費用、および救済物資などの集荷、輸送、管理、配分などを依託された場合の費用である。これに対して、日本赤十字社が当然行なうべきことに要した費用のほか、連絡調整のための費用、義援金品の募集・配分に要した費用は補償されない。⁽⁴⁶⁾

日本赤十字社が災害救助法で国の救助活動への協力を義務づけられる理由は、同社が傷病者の救護を主目的とする慈善団体であり、災害救護においても歴史と実績を有し、各都道府県に支部をおくとともに、世界各国の赤十字社と緊密な関係を保持しているからである。さらに、非常時にどこにでも優秀な医師と看護婦を派遣することができる唯一の団体であることもあげられよう。⁽⁴⁷⁾

② 厚生省と日本赤十字社との協定

災害救助法にもとづき、日本赤十字社が行なうべき救護事業や救護班の編成準備について具体的に定める厚生大臣と日本赤十字社社長との協定が、一九四八年四月二八日に締結された。本協定はまず、災害救助の責任は都道府県知事が負い日本赤十字社はこれに協力する建前であること、都道府県知事が日本赤十字社に委託する業務はさしあたり医療と助産であること、日本赤十字社は救助活動に関して各種団体や個人間の連絡調整を行なうことを確認する。そして、日本赤十字社が行なうべき救護員・救護班の準備について規定する。

それによると、まず日本赤十字社の各都道府県支部は、同社の職員または契約による医師などからなる救護班を五個以上編成しなければならない（第二項②）。また、市（六大都市では特別区または区）、町村の区域ごとに医療関係者などをもって医療班を編成しなければならない（第二項③）。さらに、市町村の区域ごとに日本赤十字社奉仕団を編成し、第一救護にあたる篤志救助員を設置しなければならない（第二項④）。これにより、日本赤十字社は、赤十字社本来の救護班、現地の医師と看護婦で組織する医療班、篤志救助員の奉仕班の三組織で災害救助にあたることになった。救護班の編成については、一九四七年十二月に「篤志救助員規則」（本達甲第二〇号）、一九四九（昭和二四）年七月に

「救護班編成基準」（本達乙第一〇号）が制定されている。これらについては、後述する。

なお、都道府県知事は、災害救助法第三一条にもとづく主任大臣の命令を実施するため必要と認めたときは、救護班の活動について日本赤十字社都道府県支部長に命令することができる（同条二項⁽⁴⁾）。

協定締結直後の六月二三日、厚生省社会局長から各都道府県知事に宛て発せられた「災害救助法による日本赤十字社の活動に関する件」（社乙発第九四号）は、都道府県知事が日本赤十字社支部と協議し、委託事項に関する取り決めを行なうことを要請している。⁽⁴⁸⁾

なお、二〇一三（平成二五）年、災害救助法の所管が内閣府（防災担当）に移管されたのちも、「厚生省・日赤協定」は内閣府との協定として効力が継続していた。しかし、平成三二（二〇一九）年四月、内閣府と日本赤十字社との間で同法にもとづく新協定が締結されたことにより、厚生省との協定は廃止された。

（二）日本赤十字社法および日本赤十字社定款の制定

① 日本赤十字社法の制定経緯

終戦後、日本赤十字社は戦災者の救護や復員・引揚者の援護に忙殺されていたが、この時期には自然災害が多発し、戦時中からの食料難は国民の体位低下をもたらしていた。こうした状況下で、篤志による人道援助団体である日本赤十字社に期待が集まった。その期待に応えるためには、新たな時代に適合するように戦時救護を主任務としていた同社を再編し、社員制度や内部組織を改革することが必要であった。

一九四六年五月、連合国軍総司令部（GHQ）において、日本赤十字社の今後のあり方について協議が行なわれ、

まずは新時代に即した民主的な団体に改組することが最優先であり、定款の改正などを早急に行なうべきことが強調された。次いで、GHQ、厚生省（当時）、日本赤十字社が研究討議した結果、戦争を放棄した国の赤十字社として、災害救護に重点をおいた体制の確立などの方針が提示された。⁴⁹その結果、まず一九四七（昭和二二）年十一月一八日に定款が改正された（本達甲第一号）。

この戦後最初の定款改正では、日本赤十字社の組織を民主化するとともに、事業の重点を災害救護や国民の福祉増進に移したほか、数々の根本的な修正が加えられた。⁵⁰災害救護に関しては、日本赤十字社は「戦争、天災事変二因ル傷病其ノ他犠牲者ノ救護ヲ行ヒ、常時健康ノ増進、疾病ノ予防、苦痛ノ軽減及社会福祉の増進ヲ図ル」ことを目的とし（第八条）、この目的を達するため、一〇の事業を行なうとした（第九条）。これらの事業の第一に掲げられているのが、「災害救護ノ実施及之ニ要スル準備」である。第二には「俘虜抑留者ノ情報、救恤」をあげているものの、その他は保健指導および疾病の予防、児童・妊産婦の保護、救急法等の指導、青少年赤十字団・赤十字奉仕団の運営など、いずれも新しい時代に即応するものであった。

定款改正に先立つ同年一月二日、「日本赤十字令」（一九〇一年制定の日本赤十字条例を一九三八年に改正したもの）が廃止され、日本赤十字社はその根拠法を失った。そのため、これに代わる同社の新たな法的根拠が必要となったのである。なお、日本赤十字社は、その前身の博愛社以来、軍衛生部の補助機関として負傷者の救護を主任務とし、皇室の保護を受けてきた関係上、宮内省および陸軍省、海軍省の監督下にあったが、終戦によって陸軍省は第一復員省、海軍省は第二復員省に改組され、さらに第一、第二復員省も廃止されたため、同社は一九四六年六月、厚生省の所管に移管されることになった。⁵¹

日本赤十字社の根拠法は、他の理由からも必要とされた。すなわち、日本は、一九五一（昭和二六）年九月八日に連合国との間で平和条約（一九五二年四月二八日発効）に調印したが、調印時に行なった「宣言」で平和条約の発効後一年以内に、一九四九年八月一二日の戦争犠牲者保護に関するジュネーヴ諸条約に加入することを宣言していた（第二項九）⁵²。したがって、日本赤十字社の組織や制度を早急に確立し、ジュネーヴ諸条約を実施できる態勢を整えなければならなかった。そのためには、日本赤十字社を「従来のような一般社団法人として運営させるより、特殊法人として法的根拠を与え、国の指導援助のもとに日赤をより強力、より健全なものに発展させることが緊要である」⁵³と考えられたのである。

日本赤十字社法案は、七つの基本構想のもとに討議し作成されたが、そのうちの一つは災害救助法第一条および第三二条を受けて、「条約に規定する国の業務ならびに災害時または伝染病流行時における国の行なう救助業務の一部を日本赤十字社に委託」⁵⁴するとして、国の災害救助への協力を掲げていた。法案は、一九五二年六月七日、共産党を除く各党から第一三回国会に共同提案され、衆議院での可決、参議院での修正可決を経て、八月一四日、衆議院で再可決され、「日本赤十字社法」（法律第三〇五号）が成立した。

日本赤十字社法の制定にともない、厚生省は九月一日、各都道府県知事に宛て、日本赤十字社に対する指導援助の徹底を要請する通達を発した。通達は、冒頭で以下のように述べている。

この法律は、日本赤十字社の行なう事業の公共性と国際性にかんがみ、これを特殊法人に改組し、もってその事業の円滑適正なる運営を期せしめることを目的とするものであつて、その運用の成否は、直接国民生活の安定の

上にひいては国際信用の上にも重要な関係を有するものであるから、…ひろく法の趣旨の周知徹底につとめるとともに、その運用について格段の意を用いられ、この法律の所期の目的達成に遺憾なきを期せられたく⁵⁵⁾。

通達はこのほか、日本赤十字社の業務は国または地方公共団体の業務ときわめて密接な関係を有しているため、同社との連絡を密にし、円滑適正な業務の運営が行なわれるように留意すること（第四項二）、同社の教護員確保に關係機関が積極的に協力するように指導することを要請している（同項三）。

② 日本赤十字社法および日本赤十字社定款における「災害救護」業務

日本赤十字社法は、六章四一カ条からなる。まず、日本赤十字社はその目的を「赤十字に関する諸条約及び赤十字国際会議において決議された諸原則の精神にのっとり、赤十字の理想とする人道的任務を達成すること」におく（第一条）。そして、その国際性、人道的な性格から、赤十字關係の国際機関や各国の赤十字社と協調して国際赤十字事業の発展に協力し、世界の平和と人類の福祉に貢献するように努めなければならない（第二条）。

日本赤十字社が実施すべき事業については、まず第二七条が、「赤十字に関する諸条約に基づく業務」、「非常災害時又は伝染病流行時において、傷病その他の災やくを受けた者の救護」、「常時、健康の増進、疾病の予防、苦痛の軽減、その他社会奉仕のために必要な事業」および第一条の目的を達成するために必要な事業の四つをあげている（同条第一項）。これらは日本赤十字社本来の業務であるが、このなかには災害救助法にもとづき、国の委託を受けて行なう業務が含まれる（同条二項）。同社は、第二七条に定める業務（「救護業務」という）の実施のために必要な救護員を

常時確保しておかなければならず（第二八条）、必要なときは医師、看護婦その他の特殊技能者を養成しなければならぬ（第二九条一項）。したがって、日本赤十字社は災害救助法と「厚生省・日赤協定」により、災害時に派遣する救護班、現地医療班等を準備し、救護員を確保する義務を負う。救護員の確保は、基本的には日本赤十字社による看護婦の養成という形で行なわれるが、これについては本論と直接関係がないため省略する。⁵⁶

救護業務における国との関係では、第三三条が「国は、赤十字に関する諸条約に基づく国の業務及び非常災害時における国の行なう救護に関する業務を日本赤十字社に委託することができる」と規定する（第一項）。委託される事項は、前述の「厚生省・日赤協定」で具体的に定められているとおりである。また、国は、委託する業務の実施に必要な施設または設備をあらかじめ整備しておくように日本赤十字社に命じることができる（第二項）。この場合、国が整備に要する費用の全部または一部を負担することになっている（第四項）。

日本赤十字社法の制定にともない、「日本赤十字社定款」の改正が行なわれ、一九五二年一〇月三十一日、厚生大臣の認可を受けた（同日、本達甲第三号として社内⁵⁷に示達）。本定款は、一九四七年改正の定款を再改正したというよりは、新たに制定されたものというべく、条文も四六カ条から七七カ条へと大幅に増加した。業務については、第六章（第四七条―第五六条）に規定がおかれている。

まず、日本赤十字社は、博愛社以来の創立目的である戦時救護、すなわち「戦時、事変等において、赤十字に関する諸条約に基づき、戦傷病者の救護、捕虜、抑留者の援護及び文民の保護」を第一の業務と位置づける（第四七条一項一号）。この規定は、日本赤十字社法第二七条の同社の業務を具体的に示したものであり、武力紛争時の救護活動が予定されている。次いで、「地震、火災、風水害その他の非常災害時又は伝染病流行時において、傷病その他の災

やくをうけた者の救護を行なう」ことをあげている（同条一項二号）。このほか、第二七条一項三号および四号に掲げる業務を行なう。

定款では、これらの業務を遂行するために必要な事業についても規定する。すなわち、救護員の確保とその養成訓練、救護材料の準備、救護組織および装備の整理である（第四八条一項一号）。ここでのいう救護組織とは、「厚生省・日赤協定」の救護班、現地医療班および救護奉仕班である。そして、日本赤十字社は、救護業務に従事する救護員を一定の計画にもとづいて登録することにより、常時確保しておかなければならない（第四九条第一項一号、二号）。こうした救護班等の編成、救護員の登録については、一九五五年の「日本赤十字社救護規則」が詳細に規定している。

日本赤十字社法と定款の制定により、日本赤十字社は法的根拠を付与され、その業務の内容が明確にされることになった。

（三） 救護規則の制定

① 篤志救助班

一九四八年の厚生省と日本赤十字社との協定は、同社に対し、各都道府県支部が五個班以上の救護班のほか、地元の医師看護婦による医療班、篤志救助員からなる救護奉仕班の編成を義務づけていた。そこで、日本赤十字社はまず、一九四七年一月一六日に「救護班編成基準」（本達乙第二〇号）⁵⁸を下達し、災害救助法にもとづき同社が編成派遣する救護班を救護班、現地医療班、救護奉仕班とした（第一条）。救護班は、支部または本部が派遣し、災害発生時に罹災者に医療救助を行なう。現地医療班は、罹災地において編成され、災害の発生とともに罹災者への応急医療を行な

う。救護奉仕班は、現地奉仕員中の篤志救助員をもって編成し、災害発生直後に現場において罹災者に対する第一救護を行なう（第二条）。このほか、本部または支部は、状況に応じて防疫班と給水班を編成することができる（第三条）。

救護奉仕班の構成員たる篤志救助員については、「救護班編成基準」と同日、「篤志救助員規則」（本達甲第二〇号）が下達されている。⁵⁹それによると、篤志救助員とは、災害発生時、災害救助法にもとづく分区（市区町村）において、応急救護班の班員として、篤志をもって班長たる医師の指導のもとに、傷病者に対する第一救護を行なう者をいう（第一条）。篤志救助員は、日本赤十字社奉仕団の団員であつて、⁶⁰第一救護の講習証書を有する者、または第一救護の経験を有し支部長が適当と認める者である（第二条）。篤志救助員となるためには、篤志救護員規則とともに制定された「第一救護講習規定」（本達乙第一四号）により、罹災傷病者に対する第一救護を迅速的確に実施するため、支部が開催する概ね一八時間の講習を受けていなければならない。⁶¹篤志救助員は地区分区の奉仕団に所属していなければならない（第七条）、篤志救助班は奉仕団ごとに、団員中の篤志救助員をもって編成される（第九条）。

② 日本赤十字社救護規則

日本赤十字社法と定款が制定され、災害救護が日本赤十字社の主要な業務であることが明示されると、災害救助法および「厚生省・日赤協定」による責務を遂行するため、新たに災害救護規則を作成する必要性が生じた。災害救護に關しては、前述の災害救護規則、救護班の編成・準備に關しては戦時救護規則があつたが、これらを時代に即したものに全面的に改正しなければならなかつた。とくに、戦前の災害救護は、戦時救護のために準備していた医員、看護婦、医療器械、病衣等を用いて行なっていたが、災害救護に特化した活動を効果的に実施できる体制の構築が急務で

あった。そのため、一九五五（昭和三〇）年九月二〇日、「日本赤十字社救護規則」（本達甲第四号、以下「救護規則」）三六カ条が制定されたのである。⁶²⁾

本規則はまず、災害救護業務を円滑に実施するため、本社に社長の諮問機関として災害救護対策中央委員会を設置する（第一条）。これに対し、各支部には災害救護対策地方委員会を設置し、救護業務に関する計画および災害救助法にもとづく連絡調整などについて支部長の諮問に答えることとした（第七条、第八条）。支部長は救護、情報連絡、資材、各種民間団体との連絡調整などに関する計画を作成し、その実施に必要な準備をしておかなければならない（第八条⁶³⁾）。

災害救護事業を実施する主体は、戦前と同様に、災害発生地の支部長である（第九条）。災害の規模が大きいなど必要と認めたときは、支部長は近隣の支部に救援を求めることができ、それでもなお救護力が不足しているときは、社長に救援を求めることができる。社長は支部を選定して、救援について必要な指示を行なう（第一〇条）。

救護員と救護班については、第二二条以下に規定されている。それによると、救護員とは「救護業務に従事させるに必要な者」をいい、救護班要員、現地医療班要員、特殊救護要員に区分される。支部長は救護員を登録しておかなければならない（第二二条一項）。救護員として登録されるのは、救護班要員が医師、赤十字看護婦長、同看護婦、同看護婦心得、看護婦、准看護婦、主事、補助員、薬剤員などであり、現地救護班要員が医師と看護婦、特殊技能要員が自動車操車要員、舟艇操作要員、発電機操作要員、汙水操作要員、工作要員などである（別表第一甲号）。これらの救護員は、支部長が任命または委嘱する（第二三条）。

救護班および現地医療班の編成基準は、以下のとおりである。救護班は班長たる医師一、赤十字看護婦長一、同看

護婦四、主事一、補助員一の計八名で編成し、状況に応じてこの人員を増減することができる。また、災害の状況に対応して多数の救護班を派遣したため、赤十字看護婦の定数を充足できないときは、赤十字看護婦以外で登録されている救護班要員または現地医療班要員をこれに充て、もしくは赤十字看護婦心得または准看護婦をもつて不足を補うことができる（別表第一乙号、備考二）。救護班が赤十字看護婦長と同看護婦を中軸として編成されている理由は、「本社において直接養成し又は教育をなした看護婦をあてることによって、一般から高く評価されている赤十字救護班の技術と権威とを保持せしめようとする」ためである。⁶⁴ 救護班の人数か八名と少ないのは、自動車で迅速に移動できるようにしたためである。

災害救助法にもとづく「厚生省・日赤協定」により、日本赤十字社の各支部は五個以上の救護班を常備することになったが、救護規則で定められた準備すべき救護班の数は、支部の規模に応じて二〇個班が三支部、一五個班が五支部、一〇個班が六支部、八個班が二支部、七個班が三支部、五個班が七支部で、合計四二七班（沖縄県を除く）であった（別表第二乙号）。二〇一八（平成三〇）年度末現在、常備救護班数は四八九班、救護員数は常備救護班要員三四三七名を含め五八九九名である。なお、現行規則上、救護班は医師一、看護師長一、看護師二、自動車操作要員一の計六名で編成される。⁶⁵

現地医療班は、班長たる医師一、看護婦二の計三名で編成される（別表第一乙号）。その登録にあたっては、市区町村ごとに現地医療班が編成できるように、その地域の開業医師や在郷看護婦等の理解と協力を得て、多数の医療関係者を登録するよう努めなければならない。⁶⁶

このほか、救護規則は、救護員の訓練（第一八条）、救護装備の整備および救護材料の準備（第一九条）、救護材料の

保管（第二〇条）、救護事業に関して便宜を受けるための運送・通信事業者との協定の締結（第二一条）などについて定め、また救護員の招集（第二二条）、救護従事期間（第二四条）、救護員の使用者に対する協力依頼（第二五条）、救護員に対する旅費その他の実費の弁償（第二六条）などについても規定している。

救護規則の制定により、日本赤十字社法と同定款が規定する業務を実施するための基本的事項が明確になった。これ以降、日本赤十字社は、同規則と救護計画にもとづき、救護体制を人的・物的両面から整備していくことになるのである。

（四）災害対策基本法と日本赤十字社

一九五九（昭和三四）年九月、紀伊半島から東海地方にかけて死者四六九七名、行方不明者四〇一名という甚大な被害をもたらした「伊勢湾台風」が契機となり、一九六一（昭和三六）年一〇月三十一日、「災害対策基本法」が制定された。当時の災害への対応は、所管省庁ごとに個別に制定された関係法令にもとづいて行なわれていたため、災害発生時の対応は省庁や自治体によってまちまちであり、一貫性を欠いていた。また、防災体制も各省庁ごとに定められており、体系的な防災体制の構築が急務であった。そこで、災害対策に関する基本的な法律を制定することになったのである。⁶⁷⁾

災害対策基本法は、防災に関する基本理念を定め、「国および地方公共団体その他の公共機関を通じて必要な体制を構築」し、責任の所在を明確にするとともに、「防災計画を作成」し、災害予防、災害応急対策、災害復旧および防災関係の財政金融措置その他必要な「災害対策の基本を定める」ことにより、「総合的かつ計画的な防災行政の整

備と推進」を図り、もって社会秩序の維持と公共の福祉の確保に資することを目的としている（第一条）。本法では、防災に重点がおかれている。「防災」とは、第二条一の定義によれば、「災害を未然に防止し、災害が発生した場合における被害の拡大を防ぎ、及び災害の復旧を図ること」をいう。

日本赤十字社は、本法において、行政法人通則法第二条一項による独立行政法人、日本銀行、日本放送協会その他の公共機関および内閣総理大臣が指定する電気、輸送、通信などの公益的事業を営む法人とともに「指定公共機関」とされている（第二条五号）。したがって、指定公共機関である日本赤十字社は、その業務にかかわる防災計画を作成し、かつ法令にもとづきこれを実施するとともに、国、都道府県および市町村の防災計画の作成・実施に協力しなければならぬ（第六条一項）。また、その公共性、公益性にかんがみ、その業務を通じて防災に寄与しなければならぬ（第六条二項）。

こうした責務上、防災に関する国の最高機関である中央防災会議の委員に指定公共機関の代表が加わっており（第一二条六項二号）、日本赤十字社社長も四名の代表者のうちの一人として委員に任命されている⁶⁸。そのため、日本赤十字社社長は防災基本計画の作成・実施に参与し、また防災に関する重要事項について審議し、内閣総理大臣に意見を述べることができる（第一一条二号一―三号）。なお、都道府県防災会議でも指定地方公共機関の役員または職員が委員に任命されることになっており（第一五条五項七号）、日本赤十字社に関しては各支部の事務局長が委員に任命されている。

日本赤十字社は、指定公共機関として、法令または防災計画に従い、その所掌業務について、災害に関する情報を迅速に伝達するための組織（第四七条一項）、および防災業務計画または地域防災計画（第二条九号、一〇号参照）を的

確、円滑に実施するための防災組織を整備しなければならない（第四七条二項）。そして、防災訓練を行ない（第四八条一項）、災害応急対策または災害復旧に必要な物資・材料を備蓄、整備、点検し、防災関係の施設・設備を整備し、点検しなければならない（第四九条）。

また、日本赤十字社は、災害が発生するか、まさに発生しようとしているとき、法令または防災計画に従い、その所掌業務にかかわる応急措置をすみやかに実施するとともに、国の行政機関または都道府県もしくは市町村の長などが実施する応急措置が的確かつ円滑に行なわれるようにするため、必要な措置を講じなければならない（第八〇条一項）。なお、応急措置を実施するため特に必要と認めるときは、国の行政機関または都道府県もしくは市町村の長に對し、労務、施設、設備または物資の確保について応援を求めることができる（同条二項）。

このほか、日本赤十字社は、災害基本計画にもとづき、その業務に関して、防災業務計画を作成しなければならないが、かつ毎年これに検討を加え、必要な場合は修正しなければならない（第三九条一項）。この規定にもとづき策定された「日本赤十字社防災業務計画」は、一九六七（昭和四二年）一月、厚生大臣を経由して内閣総理大臣に報告され、官報に掲載された。本計画は第一・総則、第二・防災に関する組織、第三・計画、第四・災害予防、第五・災害応急対策からなっている。⁶⁹その後、一九七四（昭和四九）年、一九八〇（昭和五五）年、一九九六（平成八）年、二〇一〇（平成二二）年、二〇一四（平成二六）年と五度の修正を経て、今日に至っている。

むすびにかえて

本稿では、戦時救護を主旨として創立された日本赤十字社が災害救護事業を行なうに至った経緯と事業実施のための諸規則について考察し、さらに戦後の災害救護における国との関係を明らかにした。

日本赤十字社は、成立当初は災害救護をまったく想定していなかったが、磐梯山噴火、トルコ軍艦遭難、濃尾地震にさいして皇后の内旨により救護員を派遣したのを機に、一八九二年に社則を改正し、災害救護を正式の事業に加えた。その背景には、博愛社時代から援助を惜しまなかった皇后の期待に応えるという意味もあったが、傷病者の苦患を軽減するという赤十字社本来の任務と各国赤十字社の災害救護への事業の拡大があった。

日本赤十字社は一八九八年に社団法人として登記されるが、その定款で災害救護を同社の事業として明記した。そして、一九〇〇年に災害救護事業の実施手続を定めた天災救護規則をはじめて制定し、一九一一年にはさらに内容を充実させた災害救護規則を制定した。

戦前の災害救護は、これらの諸規則にもとづき、戦時救護のために準備した救護員と医療器材等を用いて行なわれた。磐梯山噴火救護以降、終戦までに日本赤十字社が行なった災害救護は、実施回数五二六件（このほかに臨時救護一万四一〇八件がある）、派遣救護員数一〇万四一〇一名（同、二〇万九五五七名）、救護患者数一〇五万八八一名（同、三七五万六六五七名）にのぼる。⁽⁷⁰⁾ このなかでは三陸地震津波（一八九六年）、関東大震災（一九二三年）、北丹後地震（一九二七年）など多数の死傷者を出した災害での救護活動が注目される。⁽⁷¹⁾

戦後、日本赤十字社は戦争を放棄した国の赤十字社として災害救護に重点を移し、そのための準備をすすめた。災

害救護の中核を担うのは救護班である。同社は救護班のほか、戦前にはなかった災害発生地の医師と看護婦による現地医療班、篤志救助員からなる篤志救助班を編成するとともに、災害発生時に第一救護にあたる奉仕団の育成に力を注いだ。

国との関係では、戦前の災害救護は地方支部長の判断か地方当局の要請によって行なわれていたが、災害救助法により国の災害救助に協力する義務を負うことになった。そして、この義務は、日本赤十字社の存立と活動の法的根拠となる日本赤十字社法にも反映された。一九五五年には救護組織、救護実施手続等を明確にした日本赤十字社救護規則が制定された。こうした体制のもとで、日本赤十字社は伊勢湾台風（一九五九年）、阪神・淡路震災、東日本震災などの大災害で大規模な救護活動を展開したのである。⁷²

日本赤十字社は災害対策基本法により「指定公共団体」と位置づけられ、内閣総理大臣が主催する中央防災会議に代表者を送り、国や地方自治体の防災基本計画に参画することになった。つまり、災害救助と防災において、日本赤十字社は重要な役割を果たすことになったのである。こうした特別の地位は、同社が篤志をもって人道援助活動を行なう民間団体で公共性・公益性が高く、各国の赤十字社と密接な関係を保ち、全国に支部をおき多数の社員を擁するという組織力のほかに、優秀な医師や看護師を迅速に被災地に派遣する能力をもっていることに由来するのである。

本稿では、紙幅の関係上、主要な災害における日本赤十字社の救護活動を分析することができなかった。とくに一九三七年の日中戦争勃発以降、戦時救護に人員と資材を取られるなかで、どのような救護活動を行なうことができたかに関心がある。また、本稿で概観した救護体制や国との関係についての問題点なども明らかにしなければならないだろう。こうした点は、今後の研究課題としたい。

本稿は、二〇一七年度文部科学省科学研究費（「大災害における被害者救済システム構築―原子力災害に関する法制を素材として―」、基盤研究（C）17K12624）の研究成果である。

（1）博愛社の創立経緯は、日本赤十字社『日本赤十字社史稿』（日本赤十字社、一九一一年、以下『社史稿』）八九―一一六頁、吉川龍子『日赤の創始者 佐野常民』（吉川弘文館、二〇〇一年）四八―一〇〇頁に詳しい。また、西南戦争での救護活動については、喜多義人「西南戦争の傷病者救護と博愛社」、『日本法学』第八四巻二号、二〇一八年一〇月、一〇五―一四二頁参照。

（2）博愛社社則は「博愛社創設ノ義岩倉右大臣へ出願並ニ却下ノ件」（『博愛社結社及処務関係 自十年 至二十年』、簿冊番号一、綴込番号・明治十年第二号、日本赤十字社本社所蔵）、および『社史稿』九二―九六頁所収。

（3）西南戦争後から日本赤十字社の成立に至るまでの佐野らの活動と博愛社の社勢については、神戸務『日本赤十字社発達史 全』、尚文社、一九〇六年、一四六―一六二頁参照。

（4）ジュネーヴ条約への加盟経緯については、喜多義人「日本のジュネーヴ条約加盟―博愛社時代の外交交渉記録から」（日本赤十字国際人道研究センター編『人道研究ジャーナル』第八号、東信堂、二〇一九年一月）二二―三二七頁参照。

（5）河合利修「日本赤十字社の平時事業」（黒沢文貴・河合利修編『日本赤十字社と人道援助』、東京大学出版会、二〇〇九年）二二九頁。

（6）日本赤十字社福島県支部編『日赤福島県支部百年の歩み』、日本赤十字社福島県支部、一九七七年、七四―七五頁。

（7）同右七六頁。

（8）吉川『日赤の創始者 佐野常民』、一六三頁。

（9）『社史稿』一五八二頁。

（10）明治神宮監修『昭憲皇太后実録』、吉川弘文館、二〇一四年、四五六頁。

- (11) 日本赤十字社『日本赤十字社百年史 人道―その歩み』、日本赤十字社、一九七九年、一七九頁。
- (12) 本事件における日本赤十字社の救護活動については、川原由佳里「1890（明治23）年トルコ軍艦エルトゥールル号海難事件における日本赤十字社の災害救護活動」（『日本看護歴史学会誌』第二号、二〇〇九年三月）四四―五七頁参照。
- (13) 『昭憲皇太后実録』は、「内旨を日本赤十字社に下したまひ、医員・看護婦を派遣して遭難負傷者の救護に従はしめたまふ」と記している。同書五三七頁。
- (14) 『社史稿』一五九一頁。
- (15) 同右、同頁。
- (16) 同右一五九一―一五九二頁。
- (17) 川原「1890（明治23）年トルコ軍艦エルトゥールル号海難事件における日本赤十字社の災害救護救護活動」、五二頁。
- (18) 日本赤十字社岐阜県支部『赤十字ぎふ百年のあゆみ』、日本赤十字社岐阜県支部、一九八八年、一四二頁。
- (19) 『社史稿』一六〇二―一六〇三頁。
- (20) 同右一六〇三頁。
- (21) 同右一六〇六頁。
- (22) 同右、同頁。
- (23) 同右一六〇六―一六〇七頁。
- (24) 日本赤十字社岐阜県支部『赤十字ぎふ百年のあゆみ』一四三―一四五頁。
- (25) 第六回社員総会では、第四条のほか、第一〇条に災害救助の実施手続に関する規定が増補された。すなわち、臨時天災が発生し負傷者の救護を行なうときは、社長は臨時議會を招集し、出席する議員が定員に満たない場合でも議決をすることができる。ただし、天災の惨状により急を要するため常議會を開催できない場合は、救護の実施後、事後承認を求めることができるとした。改正条文は、日本赤十字社『日本赤十字社第八回報告』、日本赤十字社、一八九三年、四二―四三頁に収録。
- (26) 『社史稿』一五六六頁。

- (27) 同右一五六六―一五六七頁。
- (28) 同右一五六七頁。
- (29) 神戸『日本赤十字社発達史』四六〇―四六一頁。
- (30) 『社史稿』八〇―八一頁。
- (31) 神戸『日本赤十字社発達史』一八〇頁。定款は同書一八一―一九二頁、および『社史稿』一九二―二〇〇頁に収録。
- (32) 日本赤十字社条例の条文および制定経緯については、『社史稿』七九―八三頁参照。
- (33) 天災救護規則は、日本赤十字社『本社救護規則及規程類』（日本赤十字社本社所蔵）に収録。
- (34) 一九〇三（明治三六）年二月一五日の「日本赤十字社戦時救護規則」（一ノ一第九九八号、九三カ条）によると、一個救護班は医員二、調剤員一、看護婦長二、看護婦二〇、書記一の二六名で編成される（三九条）。この救護班を陸軍に対して一二個、海軍に対しては四個（看護婦編成）を準備するとしていた（第四一条）。戦時救護規則は、日本赤十字社『日本赤十字』第一二九号、日本赤十字社発行所、一九〇三年一二月）録事一―一三頁に収録。また、一九二三年改正の戦時救護規則が、日本赤十字社『日本赤十字社史稿 昭和11年―昭和20年』第五卷、日本赤十字社、一九六九年、一四三―一四五頁に収録されている。
- (35) 本救護規則は、田中久太郎編纂『日本赤十字社例規類纂』、日本赤十字社発行所、一九一〇年、一八七―一九三頁に収録。
- (36) 『社史稿』一五七二―一五七三頁。
- (37) 日本赤十字社『自明治四十一年 至大正十一年 日本赤十字社史続稿』（以下、『社史続稿』）下巻、日本赤十字社、七四七頁。
- (38) 同右。
- (39) 臨時救護規程は、日本赤十字社『自明治三十七年 至同四十三年 本達号 規則集』（日本赤十字社本社所蔵）に収録。
- (40) 災害救護規則は、日本赤十字社編纂『日本赤十字社例規類集』、博愛社、一九一九年、三三三―三四〇頁に収録。
- (41) 力武常次・竹田厚監修『日本の自然災害 500―1995年』、日本専門図書出版株式会社、二〇一〇年、三三九―

三四一頁。

- (42) 災害救助実務研究会編『災害救助の運用と実務 平成18年版』、第一法規、二〇〇六年、二〇五頁。
- (43) 「厚生省・日赤協定」第一項。本協定は、同右四二九―四三〇頁および日本赤十字社『日本赤十字社社史稿 昭和21年（昭和30年）第六卷（以下『社史稿』第六卷）、日本赤十字社、一九七二年、二〇八頁に収録。
- (44) 「厚生省・日赤協定」第三項。
- (45) 災害救助実務研究会編『災害救助の運用と実務 平成18年版』四二五頁。
- (46) 『社史稿』第六卷、一九六頁。
- (47) 同右、同頁。
- (48) 「災害救助法による日本赤十字社の活動に関する件」は、災害救助実務研究会編『災害救助の運用と実務 平成18年版』四三〇―四三二頁に収録。
- (49) 日本赤十字社『日本赤十字社法制定五〇周年記念―そして新たな旅立ち』、日本赤十字社、二〇〇二年、九〇―九一頁。
- (50) 定款改正の要点については、茨城県支部百年史編纂委員会編『百年のあゆみ』、日本赤十字社茨城県支部、一九八八年、五六五―五六六頁に詳しい。なお、本定款は日本赤十字社本社所蔵。
- (51) 「日本赤十字社の移管に関する件」（一九四六年六月三日付、厚生省衛生局長発・日本赤十字社宛、衛発第四二九号）、『社史稿』第六卷、一九三―一九四頁に収録。
- (52) 四つのジュネーヴ条約とは、「戦地軍隊における傷者及び病者の状態の改善に関する条約」、「海上における軍隊の傷者、病者及び難船者の状態の改善に関する条約」、「捕虜の待遇に関する条約」および「戦時における文民の保護に関する条約」で、日本は一九五三年四月二一日、これらの条約への加入を通告した。
- (53) 日本赤十字社『日本赤十字社法制定五〇周年記念』、九五頁。
- (54) 基本構想の第五項。本構想は、『社史稿』第六卷、一八一頁に収録。
- (55) 「日本赤十字社法の施行に関する件」（一九五二年九月二一日付、厚生事務次官発・各都道府県知事宛、社第六三号）、同

右一八四頁に収録。

(56) 日本赤十字社による看護婦養成の開始については、亀山美知子『日本看護史Ⅰ日本赤十字社と看護婦』、ドメス出版、一九八三年、三二—四四頁、および吉川『日本赤十字社の創始者 佐野常民』一四二—一五九頁、また戦後の養成については『社史稿』第六卷、二二〇—二二七頁参照。

(57) 本定款は、日本赤十字社『日本赤十字社例規類集』、日本赤十字社、一九五五年、三八一—三九一頁、および『社史稿』第六卷、四一一—四一六頁に収録。

(58) 「救護班編成基準」は、『社史稿』第六卷、二〇九—二一〇頁に収録。

(59) 「篤志救助員規則」は、『社史稿』第六卷、二〇八—二〇九頁に収録。

(60) 日本赤十字社奉仕団は、救助活動の現地機関として市区町村あるいは学校、職場等に日本赤十字社社員をもって結成される。GHQが奉仕団を推奨した。一九四七年一〇月二五日に厚生省が各都道府県知事に宛てた「災害救助法施行に関し日本赤十字社の育成協力に関する件」（社乙発一二二一〇号）は、知事に対して奉仕団の結成が可及的速やかに行なわれるように協力することを要請していた。本通達は、『社史稿』第六卷、一九五—一九六頁に収録。

(61) 「第一救護講習規定」は、同右三五—三五六頁に収録。

(62) 日本赤十字社救護規則は、日本赤十字社『日本赤十字社例規類集』、日本赤十字社、一九五五年、五六—五八四頁、および『社史稿』第六卷、二一七—二二〇頁に収録。

(63) 支部による救護計画の作成については、「救護規則施行に関する件」（一九五五年六月二〇日、社救第一一四号）の第四「救護計画に関する事項」が作成基準を詳細に定めている。本文書は、日本赤十字社『日本赤十字社例規類集』五八五—六一六頁に収録。

(64) 「救護規則施行に関する件」第七「救護班並びに現地医療班に関する事項」。

(65) 「日本赤十字社現勢」、日本赤十字社ホームページ（二〇二〇年二月一二日閲覧） <http://www.jrc.or.jp/about/pdf/%E7%B5%84%E7%B9%94%E6%A6%82%E8%A6%81%E3%81%AF%E8%A1%A8%E3%81%AF%E3%81%93%E3%81%A1%E3%82%89>.

- (66) 「救護規則施行に関する件」第六「登録に関する事項」。
- (67) 災害対策基本法以前の災害救助、防災体制の問題点および同法の制定経緯については、防災行政研究会編『逐条解説 災害対策基本法』、第三次改定版、ぎょうせい、二〇一六年、一一九頁、および中央防災会議編『1959 伊勢湾台風報告書』、中央防災会議 災害教訓の継承に関する専門調査会、二〇〇六年、一六〇―一六二頁参照。
- (68) 委員は二六名以内で、任期は二年、再任が可能である。二〇一七年七月現在、指定公共機関からは赤十字社社長のほか、日本銀行総裁、日本放送協会会長、日本電信電話株式会社社長が委員に任命されている。防災行政研究会編『逐条解説 災害対策基本法』一一八、一二〇頁。なお、日本赤十字社社長は、災害対策基本法の制定当初から、学識経験者二名のうちの一人として委員になっていた。日本赤十字社『日本赤十字社百年史 人道―その歩み』九〇頁。
- (69) 日本赤十字社防災業務計画は、日本赤十字社『日本赤十字社史稿 昭和41年～昭和50年』第八卷、日本赤十字社、一九八八年、二七二―二七四頁に収録。
- (70) 日本赤十字社『日本赤十字社百年史 人道―その歩み』、一八一頁。
- (71) 戦前・戦後の救護事業の実績は、『社史稿』の各巻に記載されている。なお、三陸津波については『社史稿』一六二―一六四〇頁参照。関東大震災については日本赤十字社編『大正十二年関東大震災 日本赤十字社救護誌』（日本赤十字社、一九二五年）、北丹後震災については日本赤十字社京都支部編『奥丹後震災救護誌』（日本赤十字社京都支部、一九二八年）がある。
- (72) 伊勢湾台風での救護活動については、日本赤十字社『日本赤十字社史稿 昭和31年～昭和40年』第七卷（日本赤十字社、一九八六年、三〇六―三〇七頁）、阪神・淡路震災については同『阪神・淡路大震災―救護活動の記録―』（日本赤十字社、一九九六年）、東日本震災については同『日本赤十字社における東日本大震災の活動評価―エビデンスベースの災害救護活動報告書』（日本総合研究所、二〇一三年）等を参照。

犯罪構成要件の理論と刑法の解釈

設 楽 裕 文

- 一 はじめに
- 二 『犯罪構成要件の理論』における小野構成要件理論
- 三 小野構成要件理論についての考察
- 四 新たな理論についての覚書
- 五 むすびに

一 はじめに

本稿の目的は、小野清一郎の著書『犯罪構成要件の理論』^①に収められた諸論文を素材として、小野の構築した構成

犯罪構成要件の理論と刑法の解釈（設楽）

要件理論（本稿においては、「小野構成要件理論」と呼ぶことにする）及びこれと関連する刑法解釈論を検討し、その問題点を踏まえて構築されるべき新たな理論の枠組を提示することである。

小野の経歴は、宮澤浩一のまとめたところによると、⁽²⁾一八九一年一月一日生、一九一七年に東京帝国大学法科大学卒業、検察官として実務に従事し、一九一九年一月に同大学助教授に就任、欧州留学から帰国後、一九二三年八月に同大学教授に昇任、高等文官試験委員等を歴任し、法学博士の学位を得たものの、一九四六年に公職を追われ弁護士登録、その後、一九五二年には法制審議会委員となり、一九六三年には同会刑事法特別部会の部長として刑法改正案作成の責任者となり、一九八六年三月九日没、といったものになる。また、小野が一九三八年創設の刑事判例研究会に晩年に至るまで出席して指導に当たったこともあって、小野を追悼する文集として、同会の会員を主な執筆者とする『小野先生と刑事判例研究会』⁽³⁾が公刊されている。同書は、もとより学術書ではないものの、小野の人となりや考えを知る手掛かりとなる貴重な資料であるので、本稿の注記において度々引用することにする。

小野の法理論、法思想については、既に多くの研究があり、批判がなされている。例えば、町野朔は、「小野にとつては、刑罰は文化的共同社会実現という理念に奉仕するものであり、刑法は終局的にはこのような『国家的道義』にほかならなかった」のであり、「小野は、〔…〕構成要件該当性の要請は罪刑法定主義に超越して存在する法理的要求だとする。そして、刑罰による文化の保護は、個人の自由の保護より高次にある刑法の目的であり、刑罰法規から構成要件が導出される場合でも、その解釈は目的論的に行なわれるべきだとする」のであって、「小野の構成要件―違法―責任という犯罪論体系も『反文化的・反社会的行為』、すなわち『道義的責任』という犯罪の本質を概念的に把握するための道具にすぎなかったのである」と評価している。⁽⁴⁾また、中山研一は、小野は、「罪刑法定主義の

下でもその内容は誇張されてはならず、刑法の解釈はかなり自由かつ合理的なものでなければならない」としていたところ、後には、日本法理の影響を受けて、「日本の道義観念による道義的価値合理性こそが最終の解釈基準たるべきものとされるにいたった」のであり、初期の理想（文化と正義）と現実（国家刑罰権の適用）との区別が曖昧になつて「人倫と道義が国家的道義となり国家的秩序と同一視される傾向が生じたことはいなみがたいように思われる。そして、その点にこそ、真の問題性があるように思われるのである」と評価している。⁽⁵⁾とはいえ、小野の解釈に（少なくとも一時期）限定的で自由主義的なものがあつたことも指摘されている。⁽⁶⁾また、小野の理論・思想が罪刑法定主義を蔑にし国家的道義を刑法によって実現しようとするものであるなら、第二次世界大戦後の日本において支持を得ることはできなかったように思う。とすると、小野構成要件理論には、積極的に評価され、今後の刑法理論の構築に生かされるべきものがあるのではないか。本稿は、このような問題意識に基づくものである。

次章から小野構成要件理論の検討に入る。なお、引用部分の表記については、旧字体を用いないなど一定程度の変更を加えた。

二 『犯罪構成要件の理論』における小野構成要件理論

1 『犯罪構成要件の理論』所収の諸論文

『犯罪構成要件の理論』（以下、本章においては、「本書」という）は、六篇の論文から成っている。これを本書の「発表年譜」（四八五頁）によつて発表年月日順に並べると、次のようなものになる。

- ① 一九二八年一月一日発表の「構成要件充足の理論」
 - ② 一九三二年一月五日発表の「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」
 - ③ 一九三三年四月二〇日発表の「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」
 - ④ 一九三八年三月二〇日発表の「構成要件概念の訴訟法的意義」
 - ⑤ 一九四三年一月一〇日発表の「犯罪の単複と構成要件」
 - ⑥ 一九五二年中に一部を発表し、全体を本書において発表した「犯罪構成要件の理論」
- これらの論文のうち、⑥の論文は、一九五二年四月二八日に日本国との平和条約が発効し公職追放令が廃止された後に全体が発表されたものであり、小野構成要件理論の初期の姿を表わすものとはいい難い。そのような姿を表わしているのは①ないし⑤の論文、とりわけ、①ないし③の論文である。そこで、本章においてはこれらの五論文を基に、小野構成要件理論の生成と変化の過程を検討してみることにする。

これらの五論文は、第二次世界大戦に向かう激動の時代に発表された。①の論文を発表した一九二八年の六月には、満州某重大事件が発生し、翌一九二九年一〇月には世界恐慌、一九三一年九月には満州事変が起こっている。②の論文を発表した一九三三年には、満州国建国宣言がなされ、五・一五事件が起こる。翌一九三三年には、河上肇、小林多喜二が検挙され、③の論文が発表された翌月（五月）には、小野と同じく構成要件理論を唱える瀧川幸辰に関わる瀧川事件（京大事件）が発生している。⁷一九三五年には天皇機関説事件、一九三六年には二・二六事件、一九三七年には、盧溝橋事件、矢内原忠雄筆禍事件が発生し、④の論文を発表した一九三八年には、国家総動員法が公布され、河合栄治郎の著書が発禁になり、翌一九三九年には、平賀肅学、第二次世界大戦勃発、一九四〇年には、日独伊三国間

条約が調印され、大政翼賛会、日本法理研究会が発足し、一九四一年には対米宣戦布告がなされる。このような内外の状況は五論文の内容に相当な影響を及ぼしたものと推察しうる。

2 「構成要件充足の理論」

「構成要件充足の理論」は、「概念構成は、すべての学問に於ける要素であり帰趣である。苟くも『学問』である以上、何等かの概念構成を有せざるはない。而して真理を追ふものとしての学問的努力は、常に、より正確にして、しかもより妥当なる概念及び論理の思想的構造を求めて止まないのである」という高い調子の文章で始まる。この後には、法律の社会学的観察及び法理学的考察によって従来の概念法学が没落せしめられ、「新なる歴史的事情に適應せる概念法学」が準備されるべき状況下で、法律社会学や法律哲学とは異なる、「『より正確にして』且つ『より妥当なる』概念及び論理の構造」の発見及び「新なる概念法学の建設」こそが「法律学徒の真の仕事」であり、「此の建設的努力を缺ける法律学は、法律学たるに値せぬのである」という意気軒昂な文章が続き、「以上の如き方法的思想を基底として、私は、刑法に於ける謂ゆる刑法理論（哲学）及び刑事政策に注意を払ひつつ、しかも現行刑法の学としての独自の理論的体系の建設的考察の必要あるを認め、此の方面に於てささやかなる寄与を為さんことを一つの志願としてゐるのである」という態度が表明され、一九二三年の中央大学における刑法の講義以来、刑法総論における犯罪論の一般概念の一要素として「構成要件の充足」ということを説いているのは、『構成要件該当性』の理論」に修正を施して日本の刑法学に導入しようとする試みであることが示される（一九五―一九六頁）。

ここで小野が「構成要件該当性」の理論と呼んでいるものは、いうまでもなく、Beling (Ernst von Beling) 及び Mayer (Max Ernst Mayer) の理論である。Beling の影響を既に受けた日本の学者の著作として宮本英脩の『刑法學綱

要』があげられ、そこではBelingが構成要件該当性と同じ意味に用いている、犯罪の「類型性 Typizität」の概念を借りて犯罪の一般的要件の一とすることが指摘される。ただし、小野は、宮本においては、その刑法論の全体構造から見て、「類型性」の概念には、従来の「『有責且つ違法にして、刑を以て威嚇されたる行為』といふ場合に於ける『刑を以て威嚇されたる』に当るべき体系的地位しか認められて居らぬ」とする(二〇二頁)。

その後で、小野は、牧野英一の「行為の危険性」の概念とBelingの「構成要件該当性」を同一視する。「だが、茲に注意すべきことは、牧野博士が『行為の危険性』なる概念に刑法総論の体系上可成り重要な地位を認められてゐることである。此の『危険性』の概念は恐らくイタリア学派に於ける危険性 *pericolosità* 又はドイツ社会学派の謂ゆる社会的危険性 *soziale Gefährlichkeit* に由来する概念であつて、『危険なる行為にして初めて危険なる性格の徴表と為すことを得べし。』といふ犯罪徴表説的論理の下に『危険性』を『犯人の』危険性から『行為の』危険性に移して考へられたるものと思はれるのである。しかし、『行為の危険性』は犯罪の『客観的要件』として第一に挙げられてゐる。しかも、其の『危険性』は、牧野博士によつて可成り特殊的・法律的な意味を帯びさせられ、『各本条に危険なる行為の内容を列挙して犯罪の内容を限定す。即ち、犯罪の成立には、行為が先づ、各本条に規定せらるる事実が該当することを要するなり。』と説かれてゐるのである(日本刑法七五頁)。然るに、此の如く特殊的・法律的に概念化された危険性こそは、ベーリングの意味に於ける『構成要件』に外ならないであらう。即ち、私見によれば、牧野博士の『行為の危険性』なる概念とベーリングの『構成要件該当性』とは、本質的に同一のものである。此の点に付ては牧野博士自ら Tatbestandsmäßigkeit の語を『事実性』と訳して『危険性』の語に添へて居られることも一つの証拠となるかも知れない。されば、私の『構成要件充足』の理論は、ベーリング及びマイヤーを祖述する点多きに拘は

らず、また牧野博士の『行為の危険性』の概念を発展せしめ、徹底せしめようとする一つの試みとして理解されることを希望するものである」というのである(二〇二―二〇三頁)⁽⁸⁾。

小野は、この後、「ベーリング及びマイヤーに於ける『構成要件該当性』の学説」と題する章(二章)において、Beling 及び Mayer の学説を紹介し、後者の学説が論理的により正確(二〇八頁)、純粹(二二一頁)であると評価しつつ、前者の学説が構成要件には価値判断を含まないとしている点、後者の学説が「構成要件該当」の概念を制限して客観的要素のみに対する該当を指すものとしている点を、それぞれ批判して、自己の学説を展開する布石を打っている(二二二―二四頁)。のみならず、小野は、Beling が自らの理論の思想的根拠を罪刑法定主義に求め、「類型性」を「構成要件該当性」と同一の意味に用い、非類型的な行為はいかなる場合も犯罪となることはない、としていること(二〇四頁)については、「法律の全体を実証的な法令の規定のみに拠って論ぜんとする法律実証主義的思想は私の極力否定せんとするところ」であるという意味において「ベーリングの根本思想には従ふことができぬ」と否定的に評価している(二〇六頁)。この点は、三章「構成要件充足の理論的基礎付け」において、Beling が罪刑法定主義をその理論の根拠とすることを批判する Goldschmidt (James Goldschmidt) の所論を評価しつつ、次のように展開される。「蓋し、罪刑法定主義は、ヨーロッパ大陸に於ける啓蒙期以後の特殊なる国法思想に胚胎する原則であつて、今日に於ては少くとも其の当初に於ける重要性を失ひ、個人の自由よりも寧ろ有効なる社会防衛を先とするに至り、最近の刑事立法は再び裁判官の自由裁量の範囲を拡張するに傾き、各個の犯罪に関する規定の如きもより簡略なるものとし、其の概念をより抽象的ならしむることによつて其の適用範囲を寛かにするに傾いてゐる。此は我が旧刑法と現行刑法とを比較するも明かである。而して学説上に於ても、罪刑法定主義そのものはともかく、之を基礎として主張され来

た解釈の嚴格、類推の排斥、刑法の不遡及、絶対不定期刑の排斥等あまたの原則的要求は其の妥当性を疑はれつつあるのである。「ここで牧野の『罪刑法定主義と犯罪徴表説』を頁数を示すことなく引用する」さりながら、構成要件該当性の理論は、果して罪刑法定主義の原則の根拠に於てのみ支持され得べき理論であらうか。私は其の然らざるを信ずるものである。蓋し、『構成要件該当』の概念に依つて必要とされるのは、単に犯罪の成立が一定の（特別）構成要件に該当する事実の存することに過ぎずして、其の構成要件が成文上嚴密に規定されてゐなければならぬといふことではない。而して、たとへ罪刑法定主義の原則が全然否定されとしても、単なる『構成要件該当』の要求、即ち犯罪の成立には違法とか、有責とか、因果関係とかいふ如き普遍的な思想の外に、一定の特殊的に構成された法律的概念に該当する行為を必要とするといふことは、今日の刑法上到底否認すべからざる原則的要求である。此の原則的要求は、罪刑法定主義から独立な、論理上罪刑法定主義に先行する一の法理的要求である。何となれば、慣習法、判例法乃至は条理に依る刑罰法規の認めらるる場合に於てさへも、此の要求は尚妥当する。『構成要件該当性』の理論は此の点に其の法理的根拠を求むべきものである」というのである（二二六―二二七頁）⁹。このように、小野によれば、理論の基礎は、「特殊的概念構成の必要」に置かれるべきであつて、罪刑法定主義に置かれるべきではなく、「不應為律」が認められる法制の下でも「『構成要件充足』の理論を支持する余地は充分にある」ということになる（二二八頁）。とはいえ、小野といえども、罪刑法定主義が「到底疑ふべからざる一原則である以上、現行法の問題としては、結局構成要件は法令に於ける処罰規定の解釈によつて定まるといふことになる外ないのである」とは述べる。それでも、処罰規定の解釈においては「法令の用語及び其の形式的論理に囚はれてはならぬ」とする（二三五頁）。「即ち、処罰規定の解釈に當つては、刑法理論及び刑事政策的利益較量を必要とし、殊に当該刑罰法規に於ける利益

保護の精神及び其の必要限度を考覈せねばならぬ。其の実証的資料としても、法令の成文以外に、判例、慣習其の他社会生活に現はれた事実及び思想の一切を参考すべきである。此等の実証的資料は、第一次的法源たる法令に対して、いはば第二次的法源ともいふべきものである。此の点よりして私は寧ろ単なる法律実証主義的なベーリングの思想にあきたらざるものである」というのである(二二六頁)。ここまでの小野の主張は、ともかくも法令の用語が第一次的なものであることは認めているように見える。ところが、小野は、法令の用語が日常用語的語義によつて解釈されるべきことさえ否定する。「尤も、ベーリングと雖も、構成要件の意味は法令の用語のみに依りて決すべからざる、其の暗黙に了解されたもの subintelligenda の助けを借らなければならぬといふことを説いてゐる〔…〕。だが、最も重要な場合に於て、構成要件の内容を決するに『自然的語義』 natürlicher Sprachgebrauch 又は『單純なる生活上の用語例』 einfacher Lebenssprachgebrauch の問題に過ぎずとする」とは〔…〕到底同意し難い」というのである。とはいへ、構成要件の内容は各個の刑罰法規の解釈の問題であるから、具体的にいかなる範囲の事実が犯罪として処罰されるべきかは、まず法令の解釈上認められる構成要件に該当する事実があるか否かということ、即ち「特殊的に構成された法律的概念に対する当嵌め Subsumtion の問題」になる。この意味で、「構成要件の特殊内容を超越した因果関係とか危険性とかいふ如き抽象的な概念により演繹して論理的に処罰の範囲を解決し得べしと考える古い形式の自然法論的な考へ方」は、小野の立場からは「断然否定せんとするところである」ということになる(二二六頁)。

以上のように「構成要件充足の理論」の形成を論じた後、構成要件の一般的形式及び構成要件の充足に関して生ずる一般的問題として、同理論による個別問題への解答が示される。構成要件の一般的形式に関しては、行為、結果、処罰条件、身分犯などについて、多少の相違はあるものの、今日の小野・団藤学派の研究者において受け入れられて

いる理論が展開される。目的犯の目的はもとより殺人罪の殺意のような故意犯における結果の認識も主観的構成要件要素であるとされ、規範的構成要件要素も承認される（二三三頁）。そして、構成要件の充足に関する問題として理論的考察において重要なものは、第一に「実行行為」（法律上の構成要件に該当する現実の行為）の概念であり、第二に「構成要件該当なる結果」（法律上の構成要件の概念的要素に該当する現実の結果）の概念であることが示され、①不作為犯の問題はいかなる場合に不作為が一定の構成要件に該当する実行行為として取り扱われるべきかという問題であり、②因果関係の問題は構成要件該当なる結果があるか否かという問題である、とする（二三五―三三六頁）。①については、不作為犯の成立には実行行為として認められるべき不作為が必要であり、「其のためには第一に行為者が事実上結果防止の可能な地位にありたること、第二に行為者が其の結果の防止に関して法律上特に義務づけられた者なることを必要とする」という（二四〇頁）。②については、相当因果関係説を「其の素朴なる日常経験を基礎とする点及び之を一般化した法則的思考に重きを置く点に於て理論的に不可である」と排斥し、牧野が因果関係を「危険関係」としたことを「頗る意味あること」と評価しつつ、「私は、其の『危険関係』といふことを各個の刑罰法規に於て予想された『行為の危険性』と考へたいのである。換言すれば、構成要件上『結果』と認めらるる現実の出来事を要するの意味に過ぎないと考へるものである。更に換言すれば、結局『構成要件該当なる結果』ありや否やといふことに過ぎぬと考へるもの」であり、「当該刑罰法規の解釈上、果たして或る実行行為の『結果』と認むべきものありや否やを、其の刑罰法規の意味及び目的の見地に於て具体的に決定する」ことによつて構成要件の要求する因果関係の範囲は決定できるとする（二四二―二四四頁）^⑩。

3 「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」

未遂犯、共犯の修正された構成要件について、「構成要件充足の理論」では、小野が構成要件と呼ぶものは「即ち普通に犯罪の『特別』構成要件と称するものに当るのである。（但し未遂犯及び共犯の如き総則的規定によつて修正された場合を含む）」という程度に触れられているに過ぎない（二二〇頁）。これに関する理論は、「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」で展開されることになる。それによれば、構成要件の全部的該当、「換言すれば完全なる該当（充足）あるを俟て其の法律効果たる可罰性が発生すると考へなければならぬ」ところ、この構成要件を刑法各本条の構成要件（特別構成要件）と考えると、未遂犯、共犯においては構成要件の部分的該当はあつても充足はないのではないか、という疑問を生じることになり（二五一頁）、この疑問を解決するため、小野は、未遂犯、共犯を「修正された構成要件」とするのである。未遂犯について、小野は、四三条によつて各本条の「独立なる構成要件」を修正することにより成立する観念形象は一つの特別構成要件であり、これを充足する具体的事実が生じるときは特別構成要件の充足があり、「即ち刑法総則に於ける犯罪の一般的概念要素としての構成要件の充足ありと謂ふべき」であつて、Beling が「修正せられたる構成要件該当性」として特殊の犯罪現象形式において構成要件該当性が拡張された意味で認められるとしたのに対し、「之に反して私は、構成要件の修正形式を考へる。即ち未遂犯又は共犯の規定によつて各本条の構成要件そのもの、即ち其の観念的内容が修正されると考へるのである。其の修正された観念的形象は、それ自身一の構成要件、しかも『特別』構成要件である」（傍点原文）とする（二五五―二五六頁）。ところが、小野は、修正された構成要件については、それが特別構成要件であるにもかかわらず、類型性を必要としないとする。即ち、Beling が類型性を構成要件該当性の同意語として用いた点を再び批判し、さらに、「類型」は本来社会学的な概念で

あるとしつつ、犯罪の構成要件は「反社会的乃至反文化的行為の『類型』を其の原質とする」ものの、「其の社会的な『類型』そのものではなく、法律上の『構成要件』として刑罰権発生の原由たるものである」として、構成要件の充足という場合の構成要件は特別構成要件であるところ、「但し、其は、社会学的には各種の反社会的乃至反文化的行為の類型にちがひないが、法律上に於ては専ら其の法律上の觀念的形象が經驗的事實の上に實現されたかどうかの問題に為るのである。而して此の場合に於ける『特別』構成要件は必ずしも其の直接に刑法各本条に於て規定された、『独立なる』構成要件たるを要しない。其の『修正されたる』ものも亦『特別』構成要件であり、斯くて、此の關係に於ては『類型』なる概念は必要でないことになる」とするのである（二五八―二六〇頁）。

そのようにはいうものの、小野は、未遂犯の要件である実行の着手については、犯罪の「実行」とは犯罪構成要件に該当する行為であり、「着手」とは実行を開始すること（構成要件の一部を實現すること）であつて、「其の基本的構成要件に対する部分的該当性を有するものである」とする。ここで、牧野や宮本の主観説が「極めて抽象的」であると批判される。予備行為があるといえるのか実行行為があり実行の着手があつたといえるのかについては、「社会的觀察上構成要件の觀念する反文化的行為の類型性を有するに至れば、其はすでに実行行為があつたもの」であり、「実行行為ありや否は類型的な反文化性の有無に依り判断されなければならぬ」というのである（二六四―二六七頁）。

共犯についても、「常に或る犯罪の構成要件を基本としてのみ考へられる」のであり、六〇条の「犯罪の実行」とはある一つの犯罪構成要件に該当する行為をいうのであつて、「即ち構成要件に該当する行為に加功したる者に非ざれば共同正犯たること得ぬのである」という。二人以上の行為が実行行為を分担するものであるか否かは「共同行為の全経過に於て各の行為が構成要件の予想する類型的反文化性を有するものであるかを標準として判断すべき」であり、

例えば、見張行為は一般的には幫助行為に過ぎないとする（二六九～二七〇頁）^⑪。しかし、教唆犯、従犯となると、「一種の一般的な行為類型である」ものの、教唆行為、幫助行為は、「特定の構成要件に於ける行為概念に關係せしむることによって其の具体的内容を思考し得るものでありながら、しかも其の構成要件上の行為概念の範囲に入らざるもの」であり、「此の点において、かの予備行為と其の性質を同じくする」ということになる。とはいっても、予備行為や教唆行為、幫助行為を独立犯として処罰することについては、「現在の社会事情の下に於て果して正義且つ合目的であるか、私は之を疑ふ。何故なれば其は苛察なる警察政治を齎す虞があるからである」という。また、教唆犯、従犯の未遂については、当時の六一条に「正犯に準ず」と規定されていることから、教唆犯の未遂犯は処罰可能であるものの、従犯の未遂犯は処罰できないとする。もともと、後注によれば、教唆犯の未遂犯を処罰可能とした点は、間もなく変更している（二七一～二七六頁）。

4 「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」

「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」において、小野は、未遂犯の規定における客観主義を正当とし、牧野、宮本の主観主義を批判している。小野の主観主義批判は、その「イデオロギー的根拠」に遡って展開される。「私見によれば主観説は国家絶対主義的イデオロギーを根拠とする未遂犯論である。之に反して客観説は自由主義的イデオロギーを根拠とする未遂犯論である。近世の法律思想に於て二つの基本的な潮流がある。一は国家絶対主義・超個人主義の思想であり、他は個人主義・自由主義の思想である。此の法理的対立は未遂犯論に於て主観主義及び客観主義の対立として現はれる」として、牧野の見解を含む主観説を批判し、『犯意』中心の主観説は必ずしも目的主義又は社会防衛論の必然的帰結ではないのではないか」とさえいう（三〇六頁）。

もつとも、小野は、国家絶対主義・超個人主義と対立する個人主義・自由主義に左袒するわけではなく、「国家及び個人の上に更に文化的共同社会を建設することが人類の文化理想である」という思想を唱える（この思想を、ここでは「文化主義」と呼ぶことにする⁽¹²⁾）。それでも、小野は、「国家を以て直ちに理想的な文化的共同社会であると為すことは出来ない。其は寧ろ其の現実的地盤たる社会生活に於ける経済的、文化的勢力関係を反映する一の支配社会である」という認識は有しており、「支配階級のイデオロギーは国家を文化的共同社会と一致せしめ、其の觀念上理想化された国家を絶対的なもの、無制限に服従すべきものとして主張せんとする。此れ国家絶対主義の立場である」ところ、国家において完全な文化理想が実現されているなら刑罰と法律は廃止されて然るべきであり、教育刑はおろか純粹の教育の必要さえもないということになるかも知れないものの、「だが、苟くも支配的關係の存続する限り、国家と其の威力的強制は必然的であり、教育と教化とも亦必然である。其の限りに於て強制の最も顯著なるものとしての刑罰に対して個人の自由、否被支配階級の自由が見失はれてはならぬ」とする。さらに、小野は、牧野においては国家が犯罪人を教育して社会に同化させるように行動する場合は「その行動に対して無限に服従せねばならぬ」ということになるのに対して、「国家は全文化的立場から見ても一の部分的社会であり、其の文化的理念も亦部分的理念である。従つて、国家の理念がひとり無限に妥当することを得るものではない、と私は考へるのである」とし、「私は、文化国家の立場に於て、道義的目的を有する刑罰的応報の超個人主義的な必要を認めるが、たとへそれが如何に人道化され、教育化されても、苟も其が人の生命、自由乃至財産の剝奪を以て脅威するものである限り、其は個人的自由に対する關係に於て法律的に限界されなければならぬ。是れ実に刑法本来の任務である」として、「文化主義の見地からの自由主義」とでも呼ぶべき見解を唱えている（三〇四～三〇八頁）。

右のような文化主義の見地からの自由主義に基づいて、未遂犯における主観主義は排斥される。具体的に批判の対象となるのは、牧野、宮本の見解である。小野は、「宮本教授は『厳格なる理論より謂へば予備陰謀を処罰することは例外にあらずして、寧ろ処罰せざることが例外たるべきもの』とされ、牧野博士は『主観主義からいへばすべての犯罪が形式犯でなければならぬ』とされるのであるが、しかし、此は第十八世紀の警察国家的法律状態に帰ることであり、今日の刑法に於て其の実現を見るとせば、其は恐らく金融資本主義的又は帝国主義的政治勢力の絶対的支配を意味することを覚悟せねばならぬであらう」と述べ、「国家は自ら其の統制を以て直ちに完全なる共同社会的なものであると誤信してはならぬ」のであり、「宮本教授の謂ゆる『謙抑主義』なるものは此の点に触れるものである。但しすべての予備を処罰すべしなどといはれる態度は事実に於て全く謙抑主義を裏切るものである」とする（三二三～三三四頁）¹³。

この後、小野は、刑法四三条（当時）、刑法総則草案二二条の「犯罪の実行に着手し之を遂げざる者」に即して自説を展開する。それによれば、「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」で述べたところと同様に、犯罪の「実行」とは各本条における犯罪の構成要件に該当する行為であり、「実行に着手し」とは、このような行為そのものを開始することである、ということになる。ただ、「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」では、「実行行為ありや否は類型的な反文化性の有無に依り判断されなければならぬ」とされていただけであるのに対し、ここでは、「法益の権衡」という考慮要素が登場する。そもそも、「実行行為とは何ぞや」という問題は「各本条における語義によつてすべてが解決するといふのではない」のであり、構成要件が各本条の規定を基礎とするものであるとはいっても、「之に対して適当なる解釈を施すことは何等禁ぜられたところではないのみならず、実に適当なる解釈を施す

ことによつてのみ其の規範としての具体的内容を認識することを得るのである。而して刑罰法規の解釈に於ては其の目的とする法益が何であるかを認識することが必要である」という。それでも、小野は、法益を保護するためなら大いに拡張解釈をしてよい、といった考えは採用しない。「しかしながら、刑罰法規の目的自体が決して單純に或る一つの法益を保護するとは限らない。公益的見地を主としつつ、同時に私益的見地を交ふるものがある（例、誣告罪）。しかのみならず、刑法は法益を保護せんがために之を攻撃する者より法益を剝奪するものである。然る限り、社会防衛の見地に於て苟も保護さるべき法益の存在する限り之を保護せんとするが如き解釈は、不当に構成要件の解釈を拡張するに至るものである」として、窃盜罪の客体である「財物」は物理的管理の可能なもののみを意味するのであつて、權利窃盜は認められないとする。「真の規範的・目的論的解釈は、全体的な正義の立場に於て、種々なる個々の『目的』乃至『法益』の間に於ける權衡を考へなければならぬ。社会的利益と個人的利益との調和こそは刑罰法規の解釈に於ける根本的な問題であるのである」（三一四～三一六頁）。具体例として、さらに、①窃盜の目的をもつて他人の住居に侵入した場合に窃盜未遂罪が成立するか、②保険金騙取目的で自己所有の家屋に放火して焼燬したものいまだ保険金の請求をなさざる場合に詐欺未遂罪が成立するか、という問題が検討される。①については、何が「他人の財物を窃取する」行為であるかは單にその文字だけでわかることではないので社会觀念の助けを借りて具体的内容を明らかにすると、「夜間、殊に『門戸牆壁を踰越損壞し若しくは鎖鑰を開き邸宅倉庫に入り』（旧刑法第三六条、盜犯防止法第一条）たる如き場合」は窃盜罪の実行の着手が認められ窃盜未遂罪が成立するものの、「日間正門より侵入するが如き」では同罪の実行の着手は認められないとし、②については、主觀説によれば放火行為によつて犯意が遂行的かつ確定的に明らかにされ、ないしその飛躍的表動があつたと見るべきであるように思われるも

の、客観説により詐欺罪の実行の着手は認められないとする（三一八～三二〇頁）。ここでは主観説よりは限定的な見解が客観説として示されているものの、その前に言及された「法益の権衡」がどのように考慮されているのかは明確ではない。むしろ、法益に対する危険の切迫性を考慮しているように見える。

実行行為と行為の危険性との関係は、不能犯に関して論じられる。小野は、未遂犯は、その要素として、「犯罪の実行即ち各本条に於ける犯罪構成要件に該当する行為あることを必要とする」ところ、「構成要件に該当するや否」は、「定型的な反文化的行為ありや否、其が法律上の構成要件を充足するや否の問題である」とする（三二〇～三二二頁）。ここまで読むと、実行行為に該当するか否かは定型的な反文化的行為か否かを社会観念によって判断することにより決定されるのかと思える。しかし、小野は、続けて、「さはいえ、其の構成要件上の行為そのものが、少くとも刑事犯に関する限り、原則として一定の法益侵害の結果又は其の危険を以て其の内容とするものである。即ち其は侵害犯であるか或ひは危険犯である。刑事犯としては形式犯は例外的現象にすぎない。其の限りに於て結果発生 of 危険なき行為は実行行為ではないと解釈せねばならぬ。換言すれば、実行行為は常に構成要件的结果を生ぜしむるに足る行為でなければならぬ」とする（三二二頁）。小野は、前述したように、「構成要件充足の理論」において、同理論が「牧野博士の『行為の危険性』の概念を発展せしめ、徹底せしめようとする一つの試みとして理解されることを希望するものである」と述べているところ（二〇三頁）、不能犯に関し、「其の行為が危険であるかどうかは、『其の行為』、即ち其の具体的な行為として重要な性質を見失ふことなしに、しかも之を社会生活の経験に依り類型化して考へ、而して斯かる行為を以て危険なるもの、即ち犯罪の完了する蓋然性あるものと然らざるものを分たんとするのである」とし、具体的な危険性評価は、「指導的文化層に於ける社会観念」を顧慮して裁判官の立場から、（行為者で

はなく）行為についてなされるべきであるとする。しかも、この評価は、「行為全体、其の主観的（心理的）方面と其の客観的（物理的）方面とを觀察して総合的に」なされるものであつて、「行為者の主観も亦危険性を評価すべき要素である」という（三三二～三三四頁）。このように考えると、反文化性の評価と危険性の評価は混和し一体化することになるように思う。

小野は、自己の見解を、定型的な危険性を考える点で危険説であり、「しかも其の定型化には多かれ少かれ抽象化を必要とする意味に於て抽象的危险説である」と述べている（三三七頁）。とはいつても、この見解は、行為者の表象したところが事実であつたと仮定して危険性を評価するものではない。具体例として、①懷中物を強取しようとして通行人に暴行を加えたものの、たまたま懷中物がなかった場合や②かねて用意したピストルで人を射撃したものの誰かがひそかに弾丸を抜いておいた場合は、不能犯ではないものの、③砂糖を昇汞と思つて毒殺を試みた場合は、主観説のように殺人未遂罪の成立を肯定することはできないとする（三三四頁）。③については、当該砂糖が昇汞である可能性が極小であるときは殺人罪の構成要件に対する関係では非定形的なものであつて、不能犯になるとするのである（三三八頁）。

5 「構成要件概念の訴訟法的意義」

「構成要件の訴訟法的意義」の中で、小野は、「構成要件の理論は我が邦に於ても今や其の理論的価値が認識され、其の新なる展開が考へられてゐる」として、瀧川、宮本のほか、佐伯千仞「タートベスタント序論」などの論文について論評しているものの（四一二～四一八頁）、文化主義の見地からの自由主義に基づく主観主義批判は見られない。かえつて、小野は、「さて刑法におけるわが構成要件の理論も実に此の近代ドイツ法学における自由主義、法律実証

主義、而して論理主義的傾向の下に生まれたものであると謂ひ得る」として、このことは、Belingが、思想的根拠を罪刑法定主義に求めたこと、構成要件概念の重要性を認めることは刑法論の実証化を徹底せしむる所以であるとしたこと、構成要件を違法性と峻別して価値判断を含まない叙述的内容を有するに過ぎないものとしたこと等によって明らかであるところ、「ところで、これらのすべては私の最初から否認したところであつた」として、構成要件を純客観的・叙述的なものであるとするBelingの見解はもとより、これを不法類型と見るMezger (Edmund Mezger)などの見解とも異なつて、「私は構成要件を以て違法にして且つ道義的に責任ある行為の定型と見るものである。其は違法性と道義的責任との理念を具現化するものであり、しかも政治的・社会的な処罰の現実的必要によつて定型化されたものである。即ち、私見によれば、構成要件は不法類型であると同時に又責任類型でもあるのである」とする。しかも、「元来違法性と道義的責任とは、倫理的・道義的な否定判断として其の本質を同じくし、しかも実際的には渾然として殆ど分つべからざる意識的複合」であつて、分別の契機として、「第一に行為そのものに着眼して其が国家的法律秩序の一般軌範的要求に反するといふ意味に於て違法であるといふこと、而して、第二にその行為を行為者に關係せしめて其の行為体験を批判するに、正しくその行為者の義務違反として道義的に非難せらるべきものであるといふ意味に於て責任があるといふことが考えられる故である」という(四二三―四二六頁)。目的犯の目的や不法領得の意思などの主観的要素は「構成要件に属すると同時に違法性の要素であり、亦道義的責任の要素でもある」のである、「分割的思考は事態の本質を把握するものではない」のであつて、道義的責任の形式である故意・過失も「それが刑法各本条の解釈上犯罪を特殊化し、個別化する要素である限りに於て」構成要件要素に含まれるとする(四三〇―四三二頁)。しかも、構成要件は罪刑法定主義以前のものであり、「或る定型的行为を犯罪として之を可罰的なもの

とすることは本来国家的必要に基くのであって、従って其は公益的意義のものである」といい、「即ち構成要件理論の政策的意義は第一に公益的なものであり、併せて個人的自由保障の意義を有するものなので、後者のみに着眼するのは第十九世紀のイデオロギーに囚はれた見方にすぎないのである」ともいう（四三七～四三八頁）。ここでは、文化主義の見地からの自由主義は大きく後退し、処罰の国家的必要に基づいて定立された規範の要求に反したことが違法であり、そのような義務違反に対する道義的非難が責任である、という考えが前面に出てきている。

6 「犯罪の単複と構成要件」

『日本法理の自覚的展開』の公刊（一九四二年）を経て発表された「犯罪の単複と構成要件」になると、小野の考えに日本法理が加味されて独特の色合いを見せるようになる。そこでは、「日本国家における歴史的伝統と民族精神の地盤の上に在る法律の体系としての刑法」としての「日本刑法」の立場に立つことが宣言され、主観主義に対しても「問題は主観主義といふ概念にあるのではなく、具体的に如何なる世界観的態度の下に犯人そのもの又は其の主観を評価するかである。抽象的公式主義に終始する従来の刑法理論は今や清算されなければならない。さうしてそれに代って何よりもまづ我が日本刑法の具体的精神を領解し、其の内在する日本法理を自覚することが必要である」といった言明がなされる（三九二～三九三頁）。もつとも、ここに至っても、小野の考えは、国家的道義の見地から秩序維持のために徹底して処罰範囲を拡張する、というようなものにはなっていない。それは、「日本道義を規定とする日本刑法の精神は単なる治安ないし保安の目的にあるのではなく、『道』であり『法』である」のであって、日本刑法は「決して行為者たる人そのものを否定しない」といい、国民が「履むべき道に迷へる姿」が犯罪であり、「しかも其の罪を悪んで其の人を悪まず、国家的道義のために已むことを得ずして刑罰を行ひつつも、其の国民的生命をい

たみ、其の道義的自覺を祈り、其の道義的更生を助けるのが日本刑政の精神である」と述べるところに表出する（三九四―三九五頁）。また、「罪とは事実としての行為ではなく、行為を対象とする国家の道義的・法律的な否定的判断であり、責任判断である。茲に反道義性とは刑法総論における違法性と道義的責任とを包含する。だが其は法律的に構成要件として定型化されている。それ故にしばらく法律的に一般化して考へるならば、犯罪とは構成要件に該当する行為、構成要件を充足する行為であるとも謂へる」という辺りには、国家の道義的・法律的な判断により自然的な行為が犯罪とされる、という当時の刑法適用の現実的な姿を慨嘆しているように読めなくもない（三九六頁）。いずれにせよ、小野の犯罪論、構成要件理論は、この時点において極端化した姿を見せているとはいえる。

三 小野構成要件理論についての考察

小野構成要件理論について、その背後にある考えも含めて、考察を加えてみる。

小野が罪刑法定主義の重要性が失われ、「解釈の厳格、類推の排斥」などの原則的要求は妥当性を疑われているとし、「法令の用語」や「自然的語義」、「單純なる生活上の用語例」によつて刑罰規定の解釈はなされるべきではないとした点は疑問である。罪刑法定主義が「啓蒙期の特殊なる国法思想に胚胎する原則」であるとしても、〈刑罰はそれを受ける者にとつて有害なものであり、自由保障はどの時代の法制下でも重要である〉という事実は無視できない。この事実は、小野も意識しており、前掲のように、「私は、文化国家の立場に於て、道義的目的を有する刑罰的応報の超個人主義的な必要を認めるが、たとへそれが如何に人道化され、教育化されても、苟も其が人の生命、自由乃至

財産の剥奪を以て脅威するものである限り、其は個人的自由に対する關係に於て法律的に限界されなければならぬ。是れ実に刑法本来の任務である」と述べている。このような、〈個人的自由保障のために刑法によつて刑罰を限界づける必要〉が現実に存在していたことは、当時の社会情況を見ても明らかである（もとより、限界づける解釈が展開できる状況にあつたか否かは別の問題である）。そして、刑法による刑罰の限界づけのためには、条文の文言につき言葉の日常用語的語義による解釈を第一にすべきである。そのようにして解釈したのでは、具体的事案に適用できるほどに具体的な解釈論上の結論が導出できないとか、導出した結論がいかにも妥当性を欠くとかいうときに、第二段階として法の趣旨・目的を意識した解釈をなすべきなのであり、それも無限定に許容されるものではない。小野も述べているように、このようなときこそ目的と法益の権衡を考へて基準設定をしなければならないのである。ただし、刑法の任務ないし目的が刑罰を限界づけて個人の自由を保障し人権を擁護することであることからすれば、そのような任務の遂行あるいは目的の達成のためには、最後の手段として、当該法令の文言・趣旨・目的に反する解釈が許されないではないと思う（例えば、罪刑均衡を失するような法令が立法された場合は、同法令をほとんど無力化するような解釈も許されないではない。もとより、現行法制化ではそのような法令は憲法三一条等に反するものとして無効化されるといふのが筋ではある）。

小野が構成要件を社会学的には「反社会的乃至反文化的行為の類型」であるとし、実行行為の存否は類型的な反文化性・危険性があるかについての「社会観念」による判断により決定されるところも疑問である。構成要件の基礎となる社会学的類型の存在は実証されていない。むしろ、構成要件は立法者が定めた条文によつて示される特定の犯罪の型に過ぎない、と考えるべきであろう。したがつて、実際に定められた各条文の文言から「犯罪の型」は導出されるべきものであつて、社会観念によつて定められるべきものではない。また、「社会観念」、「社会通念」、あるいは

「社会倫理」といった具合に、「社会」という言葉を冠しても、その実は、解釈者又は判断者の観念・通念・倫理に過ぎない。このことは、小野が危険性評価は指導的文化層における社会観念を顧慮して裁判官の立場からなされとされていることから明らかである。さらに、小野が反文化性を反国家的道義性に置き換えるときは「社会観念」への顧慮さえ失われているといわざるをえない。

小野は、「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」においては、文化的共同社会と国家とを区別し、現実の国家は、文化的共同社会ではなく、また、「一の部分社会」であって、国家の理念が無限に妥当するものではないとしていた。しかし、「構成要件概念の訴訟法的意義」においては、国家的必要により定立された規範に反することが違法であるとし、「犯罪の単複と構成要件」に至っては、国家の道義的・法律的判断により否定的評価を下されたものが犯罪であり、これを定型化したものが構成要件であるとしている。その変容は著しい。小野が構成要件理論を導入するに際して影響を受けたMayerは、⁽¹⁴⁾法の正当化と法律の拘束力は個人が認識し承認する文化規範と法規範とが一致することから認められるものであり、文化規範は法規範とは別のものであるとした。⁽¹⁵⁾そして、Mayerは、法命題の保障機能は法律家が第一に考えるべきもので、法学の本来の主題であるとし、⁽¹⁶⁾さらに、法の侵害は生活によって作り出され法規範によって承認された利益の侵害であり、民衆の文化規範は、このような利益を害さないような法的命令を求めるものであって、法秩序の機能は利益から法益を作り、法益の保護を保障することのみであるとして、「利益の保護は法の本質である」というListzt (Franz von Listzt) の言葉を引用している。⁽¹⁷⁾こうしたMayerの所説には、第二次大戦後に日本でも主張された、社会的相当性の理論や（本来の）法益保護主義の思想と相通じるものがある。小野構成要件理論は、Mayerの理論とも大きく異なったものになってしまったように思う。

ただ、小野が主観説に比して限定的な解釈を展開した点は積極的に評価されてしかるべきである。いかに国家主義的に見える言説を表明しようと、個々の解釈が謙抑的、合理的、人権擁護的なものであるなら、イデオロギー的な言説の当否はさほど重視すべきものではないともいえる。刑法は具体的事件において適正・妥当な結論を導くための道具であり、解釈は道具を正しく用いるための技術である。小野は、窃盗罪の客体である「財物」を物理的管理可能性のあるものに限定し、砂糖が昇汞である可能性が乏しいのに行為者がこれを昇汞と思って毒殺を試みた場合は不能犯として殺人未遂罪は成立しないと、昼間、住居に正門から侵入しただけでは窃盗罪の実行の着手は認められないとし、見張行為は一般的には共同実行ではなく幫助行為に過ぎないと解している。そこには、当時としてはかなり限定的な解釈をしようとする態度が見られるのである。小野の個々の解釈を精査した上でなければ、小野の思想や小野構成要件理論を国家主義的であると批判することにさほど意義があるとはいえないように思う。⁽¹⁸⁾

四 新たな理論についての覚書

小野の構成要件理論及びその背後にある考えは、現行の日本国憲法を頂点とする法制度の下では維持できない。そのような法制度に相應しい新たな理論が構築されなければならない。筆者は、そのような理論構築を志向している。⁽¹⁹⁾ここでは、紙幅の関係もあり、簡潔な覚書として理論の枠組を示すに止める。

罪刑法定主義に代表される基本原則は、日本国憲法の下で再構成されなければならない。古典的な罪刑法定主義が二〇世紀、二一世紀の法制度にそぐわないものであることは、確かに牧野や小野が指摘したとおりである。しかし、

罪刑法定主義が妥当しないからといって刑罰が不合理に用いられることによる脅威に人々がさらされてよいわけではない。日本国憲法一一条は、「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる」と規定しているのである。そして、三一条以下には、刑罰に対抗する人権保障の規定が並んでいる。このような憲法の下では、古典的な罪刑法定主義ではなく、〈基本的人権保障主義〉といった新たな原則によつて、刑罰による人権侵害の防止に役立つ刑法理論が構築されなければならない。

行為者に不利益な類推の禁止は、基本的人権保障主義から導出されるべきである。小野は、すでに旧憲法下において、国家は「一の部分社会」であり、その理念も「部分的理念」であると喝破した。まして、日本国憲法の下では、「国家」は国家機関、より率直にいうなら公務員の組織に過ぎない。しかも、この組織による国政は「国民の厳粛な信託」によるものであり、組織構成員の所為は国民の人権を擁護する限りで正当化されるものである（九七条、九八条一項、九九条）。この組織は、国民といわば契約をしているのである。立法機関によつて制定された刑法の条文は、「このような場合には、ここまで刑罰権行使を認める」という内容の契約条項である。そのような条項は、文言に従つて解釈されるべきであり、「国民の側がどこまで予測できるか」とか「社会通念によればどう解されるか」といったことにより、文言の日常用語的語義から離れたものを意味すると解釈されるべきものではない。

ある行為がある犯罪の実行行為に該当するか否かの判断は、刑罰法規の条文の文言を基にして当該条文の文言にあてはまるかにより判断されるべきである。これを「類型性評価」と呼ぶことができる。これは、厳密には構成要件該当性の判断ではなく「条文該当性」の判断とでもいうべきものである。そして、類型性評価により、例えば一九九条

の「人を殺」す行為に該当しないと判断されたなら、いかに危険性が認められる行為でも同条の「人を殺」す行為には該当しない、とすべきである。また、未遂犯の要件である「犯罪の実行に着手して」（四三条）の解釈においても、文言の日常用語的解釈によって、右のような実行行為を開始して（結果発生に至る）切迫した危険を発生させたときに「犯罪の実行に着手し」と認められると解する。他にも刑法典第二編を含めて解釈論を展開したい所は多々あるものの、本稿においては、このあたりで止めるしかない。筆者は、「構成要件」という概念をなるべく用いない犯罪論を現在構築中であり、いずれ機会があれば公表したいと思っている。

五 むすびに

若干の感想を記してむすびとする。

『犯罪構成要件の理論』、特にその五論文を読むと、恩師牧野の主観主義と調和させようとして叶わず、文化主義の立場から客観主義的解釈を唱えれど時世の波に吞まれ、それでも、親友瀧川や瀧川事件に際して退職した人々のように大学を去ることはせず、後に心ならずも大学を追われ、年月を経て復活する、といった研究の途を歩んだ小野の苦悩が伝わって来るようである。⁽²⁰⁾ 仏教学者としても知られる小野は、歎異抄の「親鸞は弟子一人ももたずさふらふ」の言について、「何という無我の心境であろうか」、「親鸞の非政治的態度を物語るものといえる」と述べている。⁽²¹⁾ 公職追放となるまで東京大学の研究室に留まり、多くの弟子の指導に心を砕いた小野は、容易に無我の心境には達しえなかったのではないかと想像される。それでも、小野が構築した理論と思想は古典と呼ぶに相応しいものであり、その

論文が二一世紀の刑法研究者が克服すべく読み込む価値のあるものであることは疑いない。守から破を経て離に至ることこそ、後進の指導にも力を注いだ小野に報いる途の歩みであり、後続く法律学徒の任務である。

注

- (1) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、初版一五刷、一九七七年）なお、初版一刷は一九五三年）を意味する。
- (2) 宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的研究』四七五頁以下（日本評論社、一九九四年）の四八一～四八八頁参照。
- (3) 平野龍一編『小野先生と刑事判例研究会』（有斐閣、一九八八年）を意味する。なお、筆者は、「親鸞は弟子一人ももたずさふらふ」の言に反するものいいをあえてするなら、小野のいわば曾孫弟子の一人にあたるものであるけれど、その聲咳に接したことは一度もない。
- (4) 三井誠ほか著『刑法学のあゆみ』九〇～九三頁（有斐閣、初版五刷、一九八七年）参照。なお、同書の初版一刷は一九七八年九月三〇日に出版されているので、この記述を小野が読んでいる可能性は高い。ただ、町野の回想によれば、「私どもの小著は、小野先生のところにも送られた筈である。だが、先生がそれを読まれたかどうかは分らない」ということである（平野・前掲注(3)二一四頁参照）。本文で述べたように小野が没したのは一九八六年三月であり、小野は七年以上の間、刑事判例研究会の会員であった町野に対し何も語らなかったということになる。
- (5) 中山研一『刑法の基本思想』七五～七九頁（成文堂、増補版、二〇〇四年）参照。
- (6) 宮澤・前掲注(2)四九九～五〇一頁、中山・前掲注(5)五五～五六頁、各参照。
- (7) 小野は、後年、「瀧川とは」細かい点ではともかく、大筋では考え方を同じくし、競争者というよりは協力者として終始親しい交際を続けた。刑法学における親友としては彼を措いてない」と述べている（小野清一郎『刑法と法哲学』四六八頁「有斐閣、一九七一年」参照）。また、これも後年、小野が、川口莘に水道橋近くの公園で「私がこのベンチに腰掛けていたら、

向うの家のラジオが京大の瀧川事件を報じていた。その頃、私は少し体を悪くしていたが、この辺まで散歩に来ていたのだよ」と語った（平野・前掲注（3）七四頁）とか、一九六二年に瀧川が他界した直後、京大出身の吉川経夫を「君とゆっくり瀧川君のことを偲びたいんだ」といって自宅に誘い、思い出を語った（平野・前掲注（3）七九〜八〇頁）とかいったエピソードも伝えられている。③の論文発表直後の瀧川事件の発生が小野に衝撃を与えたことは想像に難くない。

（8）宮澤浩一は、小野は「構成要件充足の理論」では、牧野の著作に対して敢えて異を唱えるものではないとし、たいへん気を使っている」と述べ、そのような特徴を示す個所として、この部分をあげている（宮澤・前掲注（2）四九五〜四九六頁）。

（9）小野の恩師牧野は、罪刑法定主義は一八世紀から一九世紀にわたる社会変革と相まって意義を有していたものであり、大日本帝国憲法二三条の下では刑法においても類推解釈が許容されるのであって、法は「現代の合理的国民精神の表示」として解釈されなければならない旨主張した（牧野英一『罪刑法定主義と犯罪徴表説』一四頁、一一〇頁〔有斐閣、四版、一九二九年―初版発行は一九一八年〕参照）。このような主張は、主観主義に基づくものでは必ずしもなく、小野にとつて受継しやすのものであったといえる。この頃は、瀧川さえ、牧野の影響を受けて、類推を刑法から排斥しようとする見解は「一ノ『メルヘン』ナリ」といつていた（瀧川幸辰「罪刑法定主義ノ歴史的考察」法學論叢一卷六号五六頁以下〔一九一九年〕の八二頁参照）。

（10）小野は、自己の見解を後に「構成要件的・定型的な因果関係論」と呼び、「このやうな因果関係の概念においては、構成要件的行為の面と構成要件的結果の面とは相即相入する、相照応したものでなければならない。行為には結果発生の原因となる可能性、すなはち危険性がなければならないし、結果はその危険性の現実化でなければならない」としている（前掲注（1）七五〜七九頁）。

（11）その後、小野は、窃盗の現場において見張をするのは実行を分担するものであるといえるとしている（前掲注（1）一一五頁）。また、『新訂刑法講義総論』二〇五頁（有斐閣、一五版、一九五六年）では、共謀共同正犯につき否定的な立場を採りつつ、「但し、実行行為の有無は二人以上の行為を全体として観察すべきであり、個々の行為のみを切斷して観察すべきではない。此の意味に於て直接手を下さなくても、犯罪を共謀し且つ其の見張を分担するが如きは、幫助でなく共同正犯と認むべき

であらう」としている。

(12) 小野は、『法理學と「文化」の概念』（有斐閣、一九二八年）において、『法律の理念』としての『正義』を以て『文化一般の統一的理念体系を、経験的現実の社会生活に応じて実現する』ことだと考へる」とし、これは、「客観的及び主観的文化の全部を含む総合的価値体系」であるところの「文化一般の統一的理念体系、即ち全文化価値の超越的総合体系」を実現しようとする理想に奉仕するものが正義であるとする考えで、「私の正義観は恐らく一種の『文化』至上主義と呼ばれるべきであらう」と述べている（三七一―三七四頁）。

(13) 牧野が停年退官したのは一九三八年三月であるから（平野・前掲注(3)一五五頁参照）、小野が「刑法総則草案における未遂犯及び不能犯」を発表した当時、牧野は現役教授であった。小野が牧野らの主観主義を批判する論文を公表することには相当な決心が必要であつたのではないかと想像する。ちなみに、同じく刑法総則草案の未遂犯規定に関する論文であっても、一九三三年二月一〇日に発表された「刑法総則草案と中止犯」（小野清一郎『刑罰の本質について・その他』二七五頁以下〔有斐閣、一九五五年〕所収）においては、牧野、宮本の主観主義に対する激しい批判はなされず、特別予防に方針づけられた政策的理由は中止犯の立法理由として妥当性を有するとし（二八〇頁）、中止行為をしたのに結果が発生した場合を中止犯として扱う牧野の見解にもある程度の賛意を示し、任意的な刑の減輕事由とする立法を提案している（三〇一―三〇三頁）。もっとも、小野は、このような場合は「褒賞的応報による道義的責任の解除」があるとしており、これを処罰限定志向の考えと評価できなくもない。

(14) Mayer の理論は「構成要件充足の理論」の中で検討され、Beling の理論より評価されている。また、『法理學と「文化」の概念』（前掲注(12)）の第五章（一八七―二二〇頁）では、Mayer の『法律規範と文化規範』（原著は後掲注(15)）等に見られる見解が検討されている。さらに、小野が後に中野次男に「先生はベーリングの影響が一番大きいのですか」と尋ねられて「いや僕はM・Eマイヤーだよ」と答えたというエピソードも伝えられている（平野・前掲注(3)一七四頁参照）。

(15) Vgl., *Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen*, Ernst Beling (Hrsg.) *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 50, 1903, S. 16-17.

- (16) Vgl., Mayer,a.a.O. (Anm. (15)), S.50.
- (17) Vgl., Mayer,a.a.O. (Anm. (15)), S.60.
- (18) 臼井滋夫は、一九四五年春、海軍予備学生の試験に応募し、口頭試問の際、試験官の海軍大佐に、当時読み終えたばかりの『日本法理の自覚的展開』の論旨を「多分に国家主義的・国粹主義的に修正しつつかいつまんで述べたところ、『ふーむ。帝大法科にもなかなか立派な教授がおるのう。』」といたく感心された体であった」と回想している（平野・前掲注（3）二四七～二四八頁参照）。「多分に国家主義的・国粹主義的に修正」という辺りを読むと、『日本法理の自覚的展開』で述べられた小野の言説は、当時としてはさほど過激なものではなかったといえるのかも知れないと思える。もとより、現行法制下では日本国憲法に適合した法理が主張されるべきである。
- (19) 新たな理論の具体的な展開の試みとして、設楽裕文『刑法の目的と解釈』（八千代出版、二〇一九年）参照。
- (20) 小野は、『犯罪構成要件の理論』（前掲注（1））の「あとがき」（四八七頁）で「結局、構成要件の理論は、私の『悲しき玩具』であつたとおもはれる」と述べている。日沖憲郎は、「小野先生の思い出」の中で、小野が刑法改正を「あれは私の悲しい玩具ですよ」といった旨を間接的に聞いたときのことを思い出しつつ、小野は「巧みな諧謔に託して悲痛な吐息をお漏らしになったのではあるまいか」と述べている（平野・前掲注（3）一八九頁参照）。右の「あとがき」からも悲痛な吐息が聞こえてくるようである。
- (21) 小野・前掲注（7）の四九〇頁、五一五頁から引用した。

主要農作物種子条例について

高 槁 雅 夫

- 一 はじめに
- 二 種子法の概要
- 三 種子法廃止の経緯
- 四 種子条例
- (1) 種子法廃止後の都道府県の役割
- (2) 種子条例に基づく主要農作物の種子生産体制
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

稲、大麦、はだか麦、小麦及び大豆といった穀物生産の安定化を図るために、昭和二十七年に制定された主要農作物種子法（以下、「種子法」という。）が、平成三〇年に廃止された。廃止の主たる目的は、後述するように、民間活力の導入であるとされている。その後、いくつかの県において、種子法に代わる主要農作物種子条例（以下、「種子条例」という。）が制定されてきている。

この種子法廃止に際し、農林水産省は、「主要農作物種子法の廃止についてよくあるご質問」において、「各地で種子条例が作られています。種子法を廃止した意味がなくなってしまうませんか？」という質問に対し、「それぞれの地域の実情に応じて種子供給体制を構築しようとしているもので、法廃止の趣旨に反するものではありません。例えば、稲、麦類及び大豆以外の作物も対象にするなど、都道府県が、それぞれの地域の状況に応じて条例を制定することは、地域にとって必要な措置を自ら判断して講じようとしているものと受け止めています。これは、多様なニーズに応じた種子供給体制を構築するという、種子法廃止の考え方に沿うものであると考えています。^①」との回答を行っている。

本稿は、このような種子条例制定の状況を踏まえ、種子法に規定されていた公的種子事業のあり方と、種子条例における種子事業のあり方をそれぞれ検討することにより、種子条例の構造が、農林水産省の指摘するように、種子法廃止の考え方に沿うものとなっているかを明らかにするものである。

まず、種子法における種子事業の概要を考察した上で、種子法が廃止に至った経緯について略述する。次いで、各

地で制定されている種子条例に基づいて展開される種子事業の概要について、主に種子法との相違を明らかにし、種子法廃止との整合性を検討することとする。

二 種子法の概要

種子法は、全八条から成る。まず、種子法の目的とするところは、稲、大麦、はだか麦、小麦及び大豆といった主要農作物（同法一条一項）の優良な種子の生産及び普及を促進するため、種子の生産については場審査その他の措置を行うこと（同法一条）とされる。したがって、種子法は、主要農作物の種子の生産に関わるものであり、種子の品種改良あるいは種子の販売・流通に関しては、その直接の目的としていないわけではない。

その種子の生産に関して、都道府県は、主要農作物の原種及び原原種ほの設置等により、指定種子生産ほ場において主要農作物の優良な種子の生産を行うために必要な主要農作物の原種及び当該原種の生産を行うために必要な主要農作物の原原種の確保が図られるよう主要農作物の原種及び原原種の生産を行わなければならない（同法七条）とされ、都道府県が主要農作物の種子生産の主體的役割を担うこととされている。

その他に、都道府県の役割として種子法が規定するものには、主要農作物の種子を生産する者が経営するほ場に対する指定種子生産ほ場としての指定（同法三条）、指定種子生産ほ場の経営者（指定種子生産者）に対するほ場審査（種子生産ほ場において栽培中の主要農作物の出穂、穂ぞろい、成熟状況等について審査すること）・生産物審査（種子生産ほ場において生産された主要農作物の種子の発芽の良否、不良な種子及び異物の混入状況等について審査すること）（同法四条）、都道府

県が定める基準に適合する主要農作物又はその種子に関するほ場審査証明書又は生産物審査証明書の交付（同法五条）、指定種子生産者又は指定種子生産者に主要農作物の種子の生産を委託した者に対する主要農作物の優良な種子の生産及び普及のために必要な勧告・助言・指導（同法六条）がある。

さらに種子法の特徴として挙げることができるものに、同法八条に規定される、いわゆる奨励品種制度がある。都道府県は、当該都道府県に普及すべき主要農作物の優良な品種を決定するため必要な試験を行わなければならないとされる⁽²⁾。たしかに、種子法自体は、あくまで主要農作物の種子の生産に関わるものであるが、この奨励品種制度によつて、種子の品種改良との関連性が現れるのである。すなわち、「都道府県の農業試験場では品種改良から奨励品種選定のための試験、原原種の生産まで一貫した事業として取り組んできた⁽³⁾」のである。さらに、「奨励品種とされた品種は、栽培の促進と普及を行うために国や都道府県から様々な優遇措置を受けています。コメ（稲）などの場合、政府がコメを買い取る価格について、奨励品種は奨励品種以外の品種よりも高く設定されます。このため農協（JA）で販売される奨励品種も、他の品種よりも販売価格が高くなるのです。

この結果、農業従事者に奨励品種の栽培を促す効果が生じるといえます。

このように、種子法で種子生産の仕組みが基礎づけられることによつて、国、都道府県が主導して、地域ごとの安全な種子の生産・流通・管理を独占的に担ってきたのです⁽⁴⁾。」とされるのである。

種子法に対する評価が分かれるのは、おそらくこの奨励品種制度の位置づけによるものと思われる。種子法の役割を肯定的に捉える論者は、「この法の下で地域にあった多様な品種が開発されており、その数は全国で300品種を超す。日本の主要穀物の種子が国内で完全自給され、戦後、日本でそれらの種子が不足する自体が生じなかったこと

は、同法の成果である。」⁽⁵⁾として、奨励品種制度によって支えられた地域ごとの多様な品種開発において、都道府県による公的種子事業の役割が大きいとする。

一方、種子法の役割を否定的に捉える論者は、「主要農作物種子法は、言ってみれば、主要農作物の種を県が独占するという法律ともいえます。事実、現在、日本に出回っているコメなどの種は、県の農業試験場で開発された種ばかりです。明治時代のような民間の育種によるコメの品種というのは、ほとんど見かけなくなりました。明治時代にあった数千もの育種が消え、県の試験場で開発された種だけになっていった原因のひとつは、主要農作物種子法があったからです。……主要農作物種子法は、県に育種を強制すると同時に、この法律の中で、奨励品種制度という制度を生み出しました。県は地元の農業試験場で開発したコメの品種を奨励品種にし、地元の農協が流通に乗せます。そのため、多くの農家は奨励品種ばかりを作付し、ついには民間育種のコメはほとんど作らなくなりました。つまりは、主要農作物種子法により、コメの多様性がどんどん失われていったという見方もできるのです。」⁽⁶⁾とする。

次に述べる「種子法廃止の経緯」で検討するように、この奨励品種制度によって支えられた都道府県による公的種子事業が、民間事業者の参入を妨げてきた要因として考えられ、種子法廃止の理由とされているのである。

三 種子法廃止の経緯⁽⁷⁾

種子法廃止が初めて提起されたのは、平成二八年の規制改革推進会議農業ワーキング・グループと未来投資会議の合同会合においてである。この会合では、「生産資材価格形成の仕組みの見直し及び生産者が有利に取引できる流

通・加工の業界構造の確立に係る取組について」検討がなされ、そこでの配付資料『総合的なTPP関連政策大綱に基づく「生産者の所得向上につながる生産資材価格形成の仕組みの見直し」及び「生産者が有利な条件で安定取引を行うことができる流通・加工の業界構造の確立」に向けた施策の具体化の方向』（以下、「具体化の方向」という。）の中で言及されている。その「施策具体化の基本的な方向」において、「(1)生産資材価格の引下げ 関連産業の合理化・効率化等を進め、資材価格の引下げと国際競争力の強化を図るため、以下の方向で施策を具体化すべきである。」として列挙する中で、「⑩戦略物資である種子・種苗については、国は、国家戦略・知財戦略として、民間活力を最大限に活用した開発・供給体制を構築する。

そうした体制整備に資するため、地方公共団体中心のシステムで、民間の品種開発意欲を阻害している主要農作物種子法は廃止する。⁽⁸⁾」とされたのである。

同様に、同年一月に政府の農林水産業・地域の活力創造本部によって決定された農業競争力強化プログラムにおいても、種子法の廃止が提起されている。「生産者の所得向上につながる生産資材価格形成の仕組みの見直し」において、「(1)生産資材価格の引下げ 生産資材価格の引下げと農業及び生産資材関連産業の国際競争力の強化を図るため、以下のとおり取り組む。」として列挙する中で、「⑩戦略物資である種子・種苗については、国は、国家戦略・知財戦略として、民間活力を最大限に活用した開発・供給体制を構築する。

そうした体制整備に資するため、地方公共団体中心のシステムで、民間の品種開発意欲を阻害している主要農作物種子法を廃止するための法整備を進める。⁽⁹⁾」とされ、前記「具体化の方向」とほぼ同様の文言での言及がなされている。

いずれにせよ、そもそも種子法廃止が、「生産資材価格の引下げ」を通じて「生産者の所得向上」を図るための措置であるとして位置づけられていることは間違いないであろう。

平成二九年四月第一九三国会において、「主要農作物種子法を廃止する法律案」が成立し、平成三〇年四月一日に施行された。種子法廃止法案の提出理由は、「最近における農業をめぐる状況の変化に鑑み、主要農作物種子法を廃止する必要がある。」としているだけであり、何らかの具体的な説明がなされているわけではない。より具体的な説明については、種子法廃止法案の背景として、「主要農作物種子法を廃止する法律案の概要」において、次の記載がなされている。

- ・種子生産者の技術水準の向上等により、種子の品質は安定
- ・農業の戦略物資である種子については、多様なニーズに対応するため、民間ノウハウも活用して、品種開発を強力に進める必要。しかしながら、都道府県と民間企業の競争条件は対等になっておらず、公的機関の開発品種が大宗を占めている。
- ・都道府県による種子開発・供給体制を生かしつつ、民間企業との連携により種子を開発・供給することが必要（民間企業が開発した稲の品種で、主要農作物種子法に基づく奨励品種に指定されている品種はない状況¹⁰）

また、種子法廃止法案が議題とされていた第一九三国会衆議院農林水産委員会において、山本有二農林水産大臣は、「近年、種子生産者の技術水準の向上等によりまして、種子の品質が安定してきている状況の中で、都道府県に

一律に原種、原原種の生産や品種の試験を義務づける制度の必要性が低下している状況にございます。

このため、良質かつ低廉な農業資材の供給を進めていくとともに、民間事業者が行う種子の生産や供給を促進する観点も踏まえ、主要農作物種子法を廃止することとし、この法律案を提出した次第でござ^⑪います。」との種子法廃止理由の説明を行っている。

さらに、同委員会において、農林水産省政策統括官は、「主要農作物種子法第八条におきましては、都道府県に對しまして、当該都道府県に普及すべき主要農作物の優良な品種を指定するために必要な試験を義務づけているところでございます。

この試験を行って、普及すべき優良な品種、いわゆる奨励品種に指定されれば、都道府県がその種子の増産や審査に公費を投入しやすくなるということがございます。こういった状況の中で、都道府県が開発した品種が優先的に奨励品種になるということになっておりまして、例えば稲で見えた場合に、民間企業が開発した品種で奨励品種に指定されたものは今までの状況でございます。このこと自体、今御指摘の、民間企業とそれ以外がイコールフットィングになっていない証左だというふうに理解しております。

このように、法律に基づきまして国が都道府県に奨励すべき品種を決定させる、こういう現行の枠組みを前提とする限り、民間企業の参入につながらず、マーケットのニーズを踏まえた種子生産を拡大していくことは困難であるというふうに考えているところでござ^⑫います。」との答弁を行っている。

平成二九年農水事務次官通知「稲、麦類及び大豆の種子について（通知）」（二九政統第一二三八号）でも、種苗法との関連で種子法の意義が変質したとの指摘をした上で、種子法が、「①各都道府県とも家庭用需要を指向した画一的

な品種開発を目指し、②外食・中食産業用や輸出用などの多様な需要に対応する品種や生産コストを下げる品種の開発にはほとんど取り組まれていない、③都道府県の開発品種が奨励品種のほとんどを占め、民間事業者が開発した品種については採用されにくい、④したがって、民間事業者は稲等の品種開発の意欲が湧かないという状況が続いており、これでは我が国農業の国際競争力の強化に向けて官民の総力を挙げた種子の開発・供給体制を構築することはできないという判断に至ったところである。¹³⁾と廃止の理由を述べている。

いずれにせよ、これらの説明においては、農業競争力強化プログラムに現れていた、生産資材価格の引下げを通じての生産者の所得向上といった観点は抜け落ち、何ら言及がなされてはいない。それにより一層、民間企業との連携強化を強く打ち出したものとなっている感はぬぐいきれないものとなっている。

この民間企業との連携強化という観点は、種子法廃止とともに成立した農業競争力強化支援法において、より明瞭に現れている。まず、農業競争力強化支援法の目的とするところは、「我が国の農業が将来にわたって持続的に発展していくためには、経済社会情勢の変化に対応してその構造改革を推進することと併せて、良質かつ低廉な農業資材の供給及び農産物流通等の合理化の実現を図ることが重要であることに鑑み、これらに関し、国の責務及び国が講ずべき施策等を定め、当該施策の一環として事業再編又は事業参入を促進するための措置を講ずること等により、農業者による農業の競争力の強化の取組を支援し、もって農業及び農業生産関連事業の健全な発展に寄与すること」(同法一条)であり、この目的規定に対しては、「二連の農業構造改革(農地の集約化、農業経営規模の拡大)を目指す立法者の決意が表明されていると同時に、農業構造改革や競争促進を図ることによっていわゆる「強い農業」ないし「国際競争に打ち勝つ農業」が実現するとの立法者の市場経済に立脚した産業観が垣間見える。」¹⁴⁾との指摘がなされてい

る。そして、同法八条四号が、「国が講ずべき施策」のうち、「良質かつ低廉な農業資材の供給を実現するための施策」として、次のように規定している。

第八条 国は、良質かつ低廉な農業資材の供給を実現する上で必要な事業環境の整備 のため、次に掲げる措置その他の措置を講ずるものとする。

一 三 （略）

四 種子その他の種苗について、民間事業者が行う技術開発及び新品種の育成その他の種苗の生産及び供給を促進するとともに、独立行政法人の試験研究機関及び都道府県が有する種苗の生産に関する知見の民間事業者への提供を促進すること。

同法にいう「民間事業者」とは、モンサントを買収したバイエルや住友化学等のバイオ企業を指すと考えられる。そういった民間事業者に対して、これまで都道府県による公的種子事業で蓄積された知見を積極的に提供することを、同法は求めているのである。

種子法に対して批判的な意見を持つ場合でも、種子が大手種子企業の手に委ねられることに懸念をいだく見解も見られるところである。¹⁵⁾

四 種子条例の概要

(1) 種子法廃止後の都道府県の役割

種子法は廃止されたが、公的種子事業における都道府県の役割までも終わりを迎えたわけではない。種子法廃止法案が成立した第一九三回国会の参議院農林水産委員会では、次のような附帯決議がなされ、都道府県の役割についても言及がなされている。

- 一 将来にわたって主要農作物の優良な品質の種子の流通を確保するため、種苗法に基づき、主要農作物の種子の生産等について適切な基準を定め、運用すること。
- 二 主要農作物種子法の廃止に伴って都道府県の取組が後退することのないよう、都道府県がこれまでの体制を生かして主要農作物の種子の生産及び普及に取り組むに当たっては、その財政需要について、引き続き地方交付税措置を確保し、都道府県の財政部局も含めた周知を徹底するよう努めること。
- 三 主要農作物の種子について、民間事業者が参入しやすい環境が整備されるよう、民間事業者と都道府県等との連携を推進するとともに、主要農作物種子が、引き続き国外に流出することなく適正な価格で国内で生産されるよう努めること。

四 消費者の多様な嗜好性、生産地の生産環境に対応した多様な種子の生産を確保すること。特に、長期的な観点から、消費者の利益、生産者の持続可能な経営を維持するため、特定の事業者による種子の独占によって弊

害が生じることのないよう努めること。

都道府県の役割については、まず、附帯決議の二に述べられているように、「これまでの体制を生かして主要農作物の種子の生産及び普及に取り組む」ことが期待され、その取組に対しては、地方交付税措置を確保することが求められている。種子法廃止後においても、都道府県の主要農作物の種子に対する体制は、大きな変更がなされないようにも見える。しかしその一方で、附帯決議の三にあるように、「主要農作物の種子について、民間事業者が参入しやすい環境が整備されるよう、民間事業者と都道府県等との連携を推進する」こととされる。この民間事業者との連携推進を、各都道府県がいかに具体的なものとしていくかによって、種子条例のあり方も変わってこざるを得ないものと思われる。

都道府県の役割に対する直接の言及ではないものの、この附帯決議において留意すべき点として次の四点を挙げることができる。①今後の主要農作物の種子の生産等については、「種苗法」に基づいて運用されること、②主要農作物種子が、引き続き国外に流出することなく適正な価格で国内で生産されるよう努めること、③消費者の多様な嗜好性、生産地の生産環境に対応した多様な種子の生産を確保すること、及び④長期的な観点から、消費者の利益、生産者の持続可能な経営を維持するため、特定の事業者による種子の独占によって弊害が生じることのないよう努めること、である。

①の観点からは、種苗法が知的財産保護を主たる目的とすることから、主要農作物の種子に関して都道府県に知的財産保護への対応が求められる可能性を示しているといえよう。また、②、④の観点は、恐らく、海外の大手バイオ

企業を念頭に置いたものと考えられ、①の観点への対応と相まって、国のみならず都道府県の公的種子事業の位置づけを再構築すべきことも将来的には求められる。最後に、③の観点は、直接的には、種子の多様性を求めているものであるが、広く生物多様性の観点からの取り組みの必要性を考えるべきであろう。

附帯決議のほかに、前述の平成二九年農水事務次官通知¹⁷においても、種子法廃止後の都道府県の役割について、次のように述べている。

3 種子法廃止後の都道府県の役割

(1) 都道府県に一律の制度を義務付けていた種子法及び関連通知は廃止するものの、都道府県が、これまで実施してきた稲、麦類及び大豆の種子に関する業務のすべてを、直ちに取りやめることを求めているわけではない。

農業競争力強化支援法第8条第4号においては、国の講ずべき施策として、都道府県が有する種苗の生産に関する知見の民間事業者への提供を促進することとされており、都道府県は、官民の総力を挙げた種子の供給体制の構築のため、民間事業者による稲、麦類及び大豆の種子生産への参入が進むまでの間、種子の増殖に必要な栽培技術等の種子の生産に係る知見を維持し、それを民間事業者に対して提供する役割を担うという前提も踏まえつつ、都道府県内における稲、麦類及び大豆の種子の生産や供給の状況を的確に把握し、それぞれの都道府県の実態を踏まえて必要な措置を講じていくことが必要である。

(2) 都道府県が、稲、麦類及び大豆の種子の生産や供給に係る業務を実施するに当たっては、
① 米等の生産・販売を戦略的に行っている農業者や農業者団体等との意見交換等により、種子・種苗行政に関

するニーズを的確に把握すること

② 都道府県内の農業者が必要とする種子の調達状況の調査を行うこと

③ 以上を踏まえて稲、麦類及び大豆の種子の供給に当たって都道府県の措置すべきことを整理すること
を大前提として、従来実施してきた業務を実施する場合には、必要に応じて、従来の通知を参考とされたい。

その際、種子法の廃止を踏まえ、民間事業者の育成品種についても適正に取り扱うことや、種子生産における民間事業者との連携を十分に考慮していただく必要がある。

(3) このような取組を行うに当たって、必要な場合には、都道府県段階における稲、麦類及び大豆の種子の安定的な供給や民間事業者の参入の促進を行うための協議会を設置すること等により、情報の共有、課題の解決策の検討を行うことも考えられる。

なお、都道府県域を越えた横断的な課題については、国が調整を行うこととする。

この平成二九年農水事務次官通知では、農業競争力強化支援法における民間事業者との連携という側面が強調されたものとなっている。すなわち、「民間事業者による稲、麦類及び大豆の種子生産への参入が進むまでの間」、都道府県は、官民の総力を挙げた種子の供給体制の構築のため、種子の増殖に必要な栽培技術等の種子の生産に係る知見を維持し、それを民間事業者に対して提供する役割を担うとされ、民間事業者の育成品種についても適正に取り扱うことや、種子生産における民間事業者との連携を十分に考慮することが求められている。参議院の附帯決議とは異なり、都道府県の役割は、都道府県による公的種子事業から民間事業者による種子事業への移行の、いわば「つなぎ」の役

割でしかないような印象を受けるところではある。

(2) 種子条例に基づく主要農作物の種子生産体制

「日本の種子を守る会」によれば、平成三〇年に兵庫県（主要農作物種子生産条例）、新潟県（主要農作物種子条例）、埼玉県（埼玉県主要農作物種子条例）及び山形県（山形県主要農作物種子条例）、平成三一年・令和元年に富山県（富山県主要農作物種子生産条例）、北海道（北海道主要農作物等の種子の生産に関する条例）、岐阜県（岐阜県主要農作物種子条例）、福井県（福井県主要農作物の品種の開発および種子の生産に関する条例）、宮崎県（宮崎県主要農作物等種子生産条例）及び鳥取県（鳥取県農作物種子条例）、令和二年四月施行予定の長野県（長野県主要農作物及び伝統野菜等の種子に関する条例）、宮城県（主要農作物種子条例）及び栃木県（栃木県奨励品種の優良な種苗の安定供給に関する条例）の計一三の道県が種子法に代わる条例を定めている¹⁸（以下、各道県の「種子条例」という）。福島県や茨城県等のように、条例ではなく、要綱で対応している県も見られるところである。

すでに施行されている一道九県の種子条例は、道県が原種・原原種の生産を主体的に行うなど、種子法における規定とほぼ同様の規定が置かれている。種子法には見られなかった各種子条例の特徴を挙げると以下の通りである。

① 条例の対象となる作物について

種子法における主要農作物と同一の農作物を対象とするものとして、兵庫県、新潟県、埼玉県、山形県、富山県、岐阜県、福井県及び鳥取県の八県となっている。種子法における対象作物とは異なるものとして、北海道（稲、大麦、小麦、大豆、小豆、えんどう、いんげん及びそば）及び宮崎県（稲、大麦、裸麦、小麦及、大豆及びそば）の一道一県となつ

ている。

② 奨励品種制度等の規定について

埼玉県を除く、他の一道八県では、種子法で見られた奨励品種制度類似の制度を設けている⁽¹⁹⁾。埼玉県の種子条例には、明示的な規定は置かれていない。奨励品種の決定は、埼玉県主要農作物種子生産基本要綱の二条及び三条によっている。奨励品種制度がこれまで果たしてきた役割を踏まえ、今後とも奨励品種制度を維持するのであれば、より明確な根拠規定を条例中に設けるべきであると考ええる。

③ 財政措置の規定について

種子法は、都道府県による主要農作物の種子生産に当たり、国からの財政措置の根拠となっていた。その根拠が失われることは、生産者等にとって懸念事項の一つとなりえる。条例中に明示的に財政措置を講ずることを規定するものは、埼玉県、山形県、北海道、岐阜県、福井県、宮崎県及び鳥取県の一道六県にのぼり、財政的な裏付けを与えている。

④ 知的財産権保護

埼玉県は、在来種の生産及び維持について、種子条例五条で「県は、各地域において従来から生産されている主要農作物の生産及びその維持に協力するものとする」とし、在来種の維持についての規定を設けている。このような規定は、主要農作物の遺伝子情報の確保という観点から重要であろう。

北海道は、種子情報が知的財産に該当することから、種子条例一四条において、「知事は、優良品種に係る知的財産権の適正な保護が図られるよう、品種育成者に対し、情報提供その他の必要な支援を行うものとする」として、知

的財産権の保護を図っている。

⑤ その他

従来、種子法の関連規定である主要農作物種子制度運用基本要綱に基づき策定されていた、主要農作物種子計画については、種子法廃止に伴い、一道九県すべての種子条例中に規定が置かれている。

以上、施行済みの一道九県における種子条例の特徴を指摘した。また、これらの種子条例を概観すると、その組み立ては、概ね、種子法の枠組みを踏襲したものとなっており、今後也都道府県が主要農作物等の種子生産においては、主要な役割を果たす主体として位置づけられている。とりわけ、種子法に基づき運用されていた奨励品種制度については、明示的には一道八県が、種子条例中に規定を設けているのである。すると、「主要農作物種子法の廃止についてよくあるご質問」に対する農林水産省の「種子法廃止の考え方に沿うものであると考えています」との回答には、改正の背景もあわせ考えると疑問符がつくものであると言わざるをえない。民間事業者との連携を強く求める農業競争力強化支援法の下で、従来と同様の主要農作物種子生産の体制を都道府県が今後も維持していけるのかは、不明である。

都道府県は、種子法廃止後は、種苗法に則した種子生産が求められることとなるが、その点で、特に注目に値するのが、北海道の種子条例である。右記①で述べたように、北海道種子条例の対象は、種子法における主要農作物から、主に中国・九州地方で生産されるはだか麦を除いた上で、小豆、えんどう、いんげん及びそばを新たに加え、北海道における生産に適したものに特化している。また、右記④にあるように、北海道種子条例一四条は、「知事は、優良品種に係る知的財産権の適正な保護を図られるよう、品種育成者に対し、情報提供その他の必要な支援を行うものと

する。」と明示的に規定し、知的財産権保護を図っている。地域に適した農産物の種子を残し、それを知的財産権を通じて保護してこうという姿勢も垣間見える、この北海道種子条例の規定のあり方は、今後、知的財産権の保護が求められる種苗法下での種子生産において、他の都府県においても参考とすべきものと言えよう。

種子条例の対象農産物を、種子法における主要農産物より広げる規定の仕方は、宮崎県種子条例においても行われている。このように種子条例において、地域の特性に配慮していく姿勢は、種子法廃止の理念に沿ったものということができる。また、埼玉県種子条例は、対象農産物については種子法の主要農産物と同様であるが、右記④で指摘したように、在来種の生産・維持に言及している点は評価できる。いずれにせよ、各都道府県は、今後、種苗法、農業競争力強化支援法を前提とした、主要農産物の種子生産の体制構築が求められていることを再認識した条例等の整備が必要であろう。

五 結びにかえて

種子法廃止及びその後の種子条例をここまで概観してきた。繰り返しになるが、種子法廃止が意図した状況には未だ達していない感があるのは否定できないところである。都道府県による公的種子事業のあり方は、今後も検討を加えていかなければならない課題として残されている。種子をめぐるのは、例えば、農地に遺伝子組み換え作物の種子が混入したことにより、米モンサント社から巨額の損害賠償を求められたシュマイザー事件²⁰に現れているように、知的財産権が尊重される現代にあつて、肥大化する種子産業との距離をどのように保つべきか、自分たちの食料主権を

いかに保つべきか等々、様々な問題と取り組まなければならない。

ヴァンダナ・シーヴァ等により早くから問題提起されてきた種子との関係⁽²¹⁾を、私たち日本人も今一度考える時期にさしかかってきていると言えよう。

注

- (1) 参照、農林水産省ホームページ (www.maff.go.jp/j/seisan/ryutu/info/171116.html) 令和元年10月30日閲覧。
- (2) 主要農作物の優良品種を決定するための試験には、次のように長い時間を要するものとなっている。「品種改良の終盤で、優良品種候補となった「有望系統」を栽培が見込まれる地域において前もって能力評価する二つの試験があります。ひとつ目は奨励品種決定基本調査、もうひとつは奨励品種決定現地調査です。基本調査は育成場以外の各地域の農業試験場で三年以上実施されます。現地調査は、さらに広い地域の農業改良普及センターと試験ほ場を提供する農家や地域農業技術センター、JAの協力を得て二年以上実施します。」(田中義則「種子法が果たしてきた役割と廃止後の課題」荒谷明子他『種子法廃止と北海道の食と農地域で支え合う農業—CSAの可能性—』(寿郎社、平成30年) 六四頁。
- (3) 一般社団法人農村漁村文化協会編『種子法廃止でどうなる？ 種子と品種の歴史と未来』(一般社団法人農村漁村文化協会、平成30年) 二七頁。
- (4) 田井勝「主要農作物種子法とは」TPP交渉差止違憲訴訟の会・弁護団編『消された「種子法」』(かもがわ出版、令和元年) 一七〜一八頁。
- (5) 印鑰智哉「種子をめぐる世界と日本の状況」小規模・家族農業ネットワーク・ジャパン(SFFNJ)編『よくわかる国連「家族農業の10年」と「小農の権利宣言」』(一般社団法人農村漁村文化協会、平成31年) 六二頁。
- (6) 岡本よりたか『種は誰のものか？』(キラジェンヌ、平成30年) 一六七頁〜一六八頁。
- (7) 種子法廃止の経緯及び問題点の指摘については、久野秀二「主要農作物種子法廃止の経緯と問題点—公的種子事業の役割

を改めて考える―」京都大学経済学研究科ディスカッションペーパーシリーズNo.J-17-001「一般社団法人農村漁村文化協会編『種子法廃止でどうなる？種子と品種の歴史と未来』（一般社団法人農村漁村文化協会、平成三〇年）が詳しい。

- (8) 参照、首相官邸ホームページ（www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/miraitoshikaigi/suishinkaigo_dai3/siryoul.pdf）令和元年一〇月三〇日閲覧。

- (9) 参照、農林水産省ホームページ（https://www.maff.go.jp/j/kanbo/nougyo_kyousou_ryoku/attach/pdf/index-1.pdf）令和元年一〇月三〇日閲覧。

- (10) 参照、農林水産省ホームページ（<https://www.maff.go.jp/j/law/bill/193/attach/pdf/index-13.pdf>）令和元年一〇月三〇日閲覧。

- (11) 参照、第一九三回国会平成二九年三月八日開催衆議院農林水産委員会議事録。

- (12) 参照、第一九三回国会平成二九年三月二三日開催衆議院農林水産委員会議事録。

- (13) 参照、農林水産省ホームページ（<https://www.maff.go.jp/j/seisan/ryutu/info/attach/pdf/171116-19.pdf>）令和元年一〇月三〇日閲覧。

- (14) 國井義郎「種子法廃止と種苗法」名古屋学院大学論集社会科学篇第五四巻第四号七四頁。

- (15) 岡本よりたか『種は誰のものか？』（キラジェンヌ、平成三〇年）一七四頁。

- (16) 第一九三回国会参議院平成二九年四月一三日開催農林水産委員会において進藤金日子委員は、「種子法の廃止により種子に関する知的財産権の公的保護が仮に、なくなるといふことないんですけれども、そういう不安に対して、なくなったとして、農業競争力強化支援法案における民間事業者への情報提供によって外資系企業に我が国が長年蓄積してきた種子情報が流出して、結果的に種子メジャー等に我が国の主要農産物の種子が席卷されるんじゃないか」との質問を行っている。

- (17) 参照、農林水産省ホームページ前掲注(13)。

- (18) 参照、日本の種子を守る会ホームページ（<https://www.taneomamoruai.com/>）令和元年一〇月三〇日閲覧。

- (19) ただし、その規定の仕方は、条例ごとに異なる。兵庫県「知事は、主要農作物の種類ごとに、県が特に品質を管理し、か

つ、安定的な生産の確保を図る必要がある品種を指定するものとする。」(二条一項)、新潟県「知事は、県内に普及すべき主要農作物の優良な品種を選定するための調査を行うものとする。」(一二条)、山形県「前項の規定による県内に普及すべき主要農作物の優良な品種の決定に關し必要な事項は、知事が定める。」(九条二項)、富山県「知事は、県が普及すべき主要農作物の優良な品種を決定するための試験を行うものとする。」(九条)、北海道「知事は、収量、品質その他の栽培上又は利用上の特性が優良なものであることその他の知事が定める基準に適合すると認められる主要農作物等の品種を優良品種として認定することができる。」(八条一項)、岐阜県「第四条県は、県内における生産を奨励すべき主要農作物の優良な品種(以下「奨励品種」という。)を決定するものとする。2 県は、奨励品種を決定するに当たっては、必要な試験等を行うものとする。」(四条)、福井県「知事は、安定的な生産および普及を図る必要がある主要農作物の優良な品種を決定するための試験を行うものとする。」(四条)、宮崎県「知事は、優良な種子を計画的に生産するため、主要農作物等の優良な品種を選定するための試験を行う」(六条一項)、鳥取県「知事は、特定農作物の品種のうち、本県において普及すべき優良な品種(以下「奨励品種」という。)を決定するものとする。2 県は、農業に關する試験及び研究を行う県の機関(以下「試験場」という。)において、前項の規定による決定を行うために必要な試験を行うものとする。」(三条)等である。

(20) Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser, [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34.

(21) Vandana Shiva, *Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge*, North Atlantic Books, 2016, (previously published in 1999 by South End Press).

専門職教育と社会的責任論

——ジャーナリズムの規範理論研究の原点——

塚 本 晴 二 朗

はじめに

一九八五年、世界初のジャーナリズム倫理学の学術雑誌 *Journal of Mass Media Ethics* が創刊された。このことに象徴されるように、アメリカにおけるジャーナリズム倫理学が、「成長産業」^①に転じたとされたのは、一九八〇年代である。もちろん突然そうなったわけではない。特にジャーナリズム倫理学研究の場合は、一九三〇年代から一九六〇年代の間が「低調期」^②とされている。ただし、低調期といわれる時期に、何らみるべきものがなかった、というわけではない。むしろ今日のアメリカ・ジャーナリズム倫理学研究が、個々のジャーナリストの道德に関する考

察にとどまらず、デモクラシーにおけるジャーナリズムの役割を視野に入れた、規範理論研究へと展開していく原点をみることができるのである。本論は、この低調期に焦点を絞って、アメリカ・ジャーナリズム倫理学研究の展開をみていくことにする。

一、専門職教育とジャーナリズム倫理学の「一時的活況」

一八〇〇年代後半、アメリカは急速な工業化、機械化、都市化を迎え、社会的、文化的、政治的に大きく変化した。ジャーナリズムもそうした時代の中にあつて、より多くの読者のヒューマン・インタレストに応える、ポピュラー・プレスの性格をより明確にしていった。新しい技術を取り入れたニュース企業としての姿を、確立していったのである。

ジャーナリズムに関わる状況の変化を具体的にみると、電信は一八六八年から一九〇〇年までに全米に敷設された回線のマイル数が、九万七五九四マイルから九三万三一五三マイルまで増加している。これに対して電信の使用料は、一八七六年には一メッセーじあたり平均約五一セントだったものが、一八八四年には約三七セントと値下がりしている。蒸気機関等による機械化は、短時間での新聞の大量印刷とその輸送を可能にした。そればかりではなく製紙業界における機械化が、新聞用紙の費用低減へと繋がったのである。一八六〇年代中盤、大都市の新聞社は新聞用紙に総支出の四五%から五〇%を費やしていたが、一八八〇年までには一七%に低下している。^③新聞雑誌等の購読者の拡大のためには必須である教育も、この時期に発展した。一八七〇年から一九〇〇年の子供のパブリックスクール

就学率は、五七%から七二%に上昇し、高校の数は一八六〇年には一〇〇校程であったものが、一八八〇年には八〇〇校となり、一九〇〇年には六〇〇〇校に急増した。また識字率も人口の八割程から九割近くにまで上昇している。これに伴い、一八七〇年から一九〇〇年までの間に、英字日刊紙の総数は四八九紙から一九六七紙へと増加し、日刊の刊行物の総発行部数は、二六〇万部から一五〇〇万部へと上昇した。⁽⁴⁾

新聞のポピュラー・プレスとしての地位確立は、商業主義へと繋がっていった。ジョゼフ・ピュリツァーとウィリアム・ランドルフ・ハーストのイエロー・ジャーナリズムに代表されるような、激しい販売競争をもたらすこととなり、紙面におけるセンセーショナリズムを促進する結果となったのである。新聞業界の商業主義が、センセーショナルな紙面に結びついたのは、「売れる紙面」を目ざす編集方針だけではなかった。センセーショナルな紙面作りと記者の活動を結びつけるものとして、「正規の記者と、当時一般的であった出来高払いの契約記者との競争は、たぶんその一因であつたろう。既に、当時の記者の支払いと仕事のシステムが、ニュースの中のセンセーショナリズムを促進する傾向」⁽⁵⁾があつたのである。そのシステムというのが、「記者が書いた記事のコラム・インチによって支払われる」⁽⁶⁾ものであつた。契約記者達は、生活のために少しでも多く自らの記事が掲載される必要があつた。そのために、なりふりかまわぬ取材と記事執筆が行われたのである。新聞業界の販売競争は、少しでも人件費を浮かせようとする経営方針を生み、それへの対応を迫られた契約記者達の生存競争が、イエロー・ジャーナリズムの傾向をより助長していったのである。

それは、当時のジャーナリズムに対する激しい批判と反感を招くこととなった。例えば、サミュエル・ウォーレンとルイス・ブランドイスの論文「The Right to Privacy」は、そうした批判の代表的なものといえる。二人は

「プレスは、あらゆる方面において、明らかに礼儀や品位の境界を踏み越えている。ゴシップは、もはや、くだらないたちの悪い退屈しのぎ程度のもではなく、ずうずうしくもプレス業界にとっては、従事すべき本業となったのである。好色な興味を満たすために、性的関係についての詳述が、毎日の紙面中に、鏤められている。怠惰なものを引き付けるために、記事という記事は、くだらないゴシップに満たされている。そして、そういう記事は、家庭生活内への侵入によつてのみ、書かれうるものなのである」と、当時の新聞を酷評し、誰もがプライバシー侵害から法的に保護される必要性を訴えたのである。受けの良い新聞には、ニュースの虚偽や偏向といった苦情も非常に多く伴ったのである。

一方、一八〇〇年代後半のアメリカ社会の変化は、大学教育に関してもみられた。一八六二年制定のモリル法による政府補助や新興富裕層による財政支援を受けて、州立大学も私立大学も著しい発展を遂げるのである。^⑧このモリル法は、農科大学設立を目的とした公有地払下げの法律ではあったが、それを切っ掛けとして、大学における専門職教育の論理が活発に論じられるようになったのである。そしてジャーナリズムも、モリル法の後に続いた専門職教育のうねりとともに大学教育に組み込まれたのである。^⑨

大学における専門職教育が活発に論じられる中で、プレスは自らの道德的墮落を認め、ジャーナリズムのあり方を改善していこうと動き出した。その動きは、専門職教育や倫理綱領の制定等に繋がっていった。一八〇〇年代後半、州立大学も私立大学もその数を増やしていく中で、ジャーナリストを専門職業人として大学教育で養成しようという流れが確立していった。そうした中であつて、一九一五年までにジャーナリズム倫理の講座も、インディアナ、カンザス、カンザス・ステイト、ミズーリ、モンタナ、オクラホマ、オレゴン、ワシントンといった各大学に置かれ、他

の大学でもジャーナリズム史やジャーナリズム法の講座の中で、ジャーナリズム倫理の教育が行われていた。また「倫理綱領 (Codes of Ethics) は、二〇世紀初頭のジャーナリストが自身への批判に答えるためと自らの最善の業務を明確にするために使用した主たる手段⁽¹⁰⁾」であった。

一九一〇年に採択されたカンザス編集者協会 (Kansas Editorial Association) をはじめとして、一九一〇年代から一九二〇年代にかけて、州のプレス協会や個々の新聞社で、倫理綱領が採択されていた。その流れの一つの頂点といえるのが、一九二三年に制定され、後に日本の新聞倫理綱領にも影響を及ぼす、アメリカ新聞編集者協会 (American Society of Newspaper Editors) の倫理綱領 (Canons of Journalism) である。⁽¹¹⁾

大学において専門職教育がなされ、当該専門職に従事する者の職能団体が設立され、当該団体に所属する者が遵守すべき倫理綱領が制定される、という専門職の三本柱が、ジャーナリズムにも形成されていくと、その動きに続いて、アメリカにおいてシステムティックなジャーナリズム倫理学の五文献が、集中的に刊行された。ジャーナリズム倫理学の「一時的活況⁽¹²⁾」と呼ばれる時期を迎えるのである。五文献とは、ネルソン・クロフォードの *The Ethics of Journalism* (1924) 、レオン・フリントの *The Conscience of the Newspaper* (1925) 、ウィリアム・ギボンスの *Newspaper Ethics* (1926) 、ポール・ダグラスの *The Newspaper and Responsibility* (1929) 、アルバート・ヘニングの *Ethics and Practice in Journalism* (1932) である。これらの文献は、それまでに積み上げられてきた伝統的な倫理学の営みを基盤としていた。また、記者と取材源、経済的な誘惑と利害衝突、国家安全保障、自由なプレスと公平な裁判、欺くこと、公正さ、正確さ、センセーショナリズム、プライバシーといった問題等を扱っており、今日のジャーナリズム倫理学の文献の内容と、ほぼ共通している。⁽¹³⁾

例えば、ギボンズの *Newspaper Ethics* は、第4章「新聞と公衆」、第7章「新聞の責任」、第8章「デモクラシーにおける新聞」において、後にプレス自由委員会によって提唱される、プレスの社会的責任論と大要において、ほぼ同様な理論の輪郭を描いている。⁽¹⁴⁾ いうまでもなく、一時的活況を呈した理由は、しつかりとした倫理観をもったジャーナリストを、大学教育によって養成しようという風潮が高まりだしたために、ジャーナリズム倫理学の講座のテキストが必要となった、ということである。

一九世紀を通じて道徳哲学は、アメリカの大学のカリキュラムにおける、最も重要な講座であった。中世の大学以来の伝統を受け継ぐ道徳哲学は、知識の異なる分野に知的統一を与えて、学生に善良な市民たる準備をさせることを目的とした。道徳哲学の講座の主な構成要素は、倫理学の理論的支柱であり、倫理学原理は道徳的感性を喚起し、最良の長期的指針を与えるものであった。大学における専門職教育の一つとなった、ジャーナリズム教育にも、専門職倫理教育は重要なものだったのである。しかしジャーナリズム教育が大学の高等教育になった二〇世紀初頭、道徳哲学は衰退期にあった。純粋な知識は科学的な自然法則においてのみ確認されることができると理解する、科学的自然主義がこの時期の知識構造を秩序立てるようになった。哲学的な問いは、自然科学そのものに難癖をつけることであり、すべての有意な知識とは、絶えず物理学、化学、生物学等の模範的な学問分野と共にあった。自然科学の進歩は、コミュニケーション研究者を含む研究者達に、その方法論と原理を促進されながら、称賛される理想となった。⁽¹⁵⁾

大学教育で支配的な地位を占めるようになっていく専門職においても、その倫理の判断基準は、科学的な基盤に裏付けられた技術的な専門知の熟達と使いこなしであった。例えば、医師の実務において、専門職的道德性のための規範的モデルは、健康に関わる科学の正しい応用であった。このような状況下にあつて、専門職教育としてのジャーナ

リズム教育の一環として、大学に講座が置かれ出したジャーナリズム倫理学は、システマティックな道德哲学とは、まったくかけ離れて展開してきたのである。^{①⑥}

科学的自然主義を事実と価値の二分法に拡大解釈することにより、ジャーナリズムの道德性は、中立的なデータの不偏不党報道と同義になった。客観報道は単なる技術ではなく、道德的規範でもあった。情報を伝えることから価値判断を対象外にすることは、美德と考えられた。科学、技術、専門職等の進歩と歩調を合わせられなかった道德哲学は、その代わり術学的な範疇と評価されるようになったのである。ジャーナリズム倫理学研究の一時的活況は、道德哲学の領域外で起きたものである。哲学としての倫理学は、専門職や社会科学・自然科学といった、大学においてますます支配的になっていくものから、流刑者にされたのである。^{①⑦}

このような時代に、道德哲学としてのジャーナリズム倫理学の居場所はなかったのである。科学的自然主義の時代にあつては、価値観が伴う行為規範の構築よりも、科学的なデータに基づく客観報道の追求の方が、ジャーナリズムの倫理を考えるためには重要だったのである。一九三三年を境として、「倫理」という言葉がジャーナリズム研究の文献タイトルから四〇年間姿を消すことに象徴されるように、この一九二〇年代を中心とするジャーナリズム倫理学研究の高まりは、皮肉にもジャーナリストが専門職とされたがゆえに、一時的活況に終わるのである。以後一九七〇年代まで、ジャーナリズム倫理学研究は低調期であつた、とされる。

二、プレス(18)の自由委員会と『自由で責任あるプレス (A Free and Responsible Press)(19)』

ジャーナリズム倫理学研究の低調期真っ只中の一九四七年に発表された、プレスの自由委員会の報告書『自由で責任あるプレス』は、発表当時「ジャーナリズム業界から賛同を得られなかった」⁽²⁰⁾。それにもかかわらず、その後「国際的にも国内的にも必要とされるであろう、未知の時代のプレス理論の新しい枠組み」⁽²¹⁾だったと評価されるようになる。「世界が模倣すべきアメリカ発の指標というのではなく、デモクラティックな社会がプレスのために有効な哲学や政策を展開するために必要なものの一種」⁽²²⁾というように、アメリカばかりでなく、多くの国々で受け入れられている考え方とされている。現在では、ジャーナリズム倫理学研究の古典といって過言ではない。

プレスの自由委員会の研究は、その組織の名前から推測できるように、必ずしもジャーナリズムの倫理学を対象に絞っていたわけではない。そもそもプレスの自由委員会への出資者で、五大雑誌出版社の一つタイム社のヘンリー・ルースは、検閲とメディア企業経営への政府の介入が関心事であった。ルースにとって第二次世界大戦時の検閲は、自らも報道絡みで妻が拘束された経験を持つため、生々しいものであった。また当時の政府は、メディア企業の独占寡占化を懸念し、メディア企業の経営を多様化させようとしていた。ルースの所有する巨大メディア企業は、政府が調査に乗り出すべき典型的なものであった。こうしたことからルースは、一九四二年一二月に古典的な「思想の自由市場論」を再肯定するような結果を期待して、シカゴ大学総長ロバート・M・ハッチンスにプレスの自由に関する検討を依頼したのである。⁽²⁴⁾

翌年、タイム社から二〇万ドル、エンサイクロペディア・ブリタニカ社から一万五千ドルという資金を受けて、プ

レスの自由委員会が結成された。プレス(25)の自由委員会はプレスの関係者五八人の証言を聞き、プレスに関心をもつ産業界、政府、民間機関等の二二五人以上にインタビューし、二、三日にわたる会合を一七回開き、一七六の文書を検討した。

プレス(25)の自由委員会は、プレスの当時の状況の特徴として、事業体の減少傾向を挙げている。当時は、小さなプレス(25)の淘汰が進んだ所が多かった。新聞では日刊紙の発行数が、一九〇九年の二六〇〇紙をピークとして減少し続け、目下一七五〇紙となっていた。その日刊紙が発行されている都市の中でも、競合紙があるのは一二七都市だけで、約一二分の一となっていた。どの都市にも競合する日刊紙がない州は一〇州で、どの都市にも競合する日曜紙がない州は、二二州だった。日刊紙の総発行部数約四八〇〇万部中、四〇%が競合紙を持っていなかった。競合紙が存在するのは大都市だけになっていた。また、日刊紙一七五〇紙の九五%で、総発行部数の〇・二%を除く全てが、AP、UP、INSという三大通信社の一つかそれ以上から配信を受けていた。ラジオは四大ネットワーク、映画は八大社があった。出版は、雑誌出版社にも、書籍出版社にも五大社があった。

当時の状況の特徴は、プレスの規模の拡大に伴う事業体の減少だけに止まらない。一個人か一企業によって、一つあるいは複数の都市の新聞やその他のマス・メディアを複数所有する「チェーン・オーナーシップ」もあげられる。全国レベルのハースト、スクリップス・ハーワード、マコーミック・パターソン各グループとそれよりも小さな地域、地方レベルのチェーンは、全米の新聞の総発行部数の五三・八%を占め、一四人で日刊紙総発行部数の二五%を支配し、五〇人足らずで日曜紙総発行部数のほぼ半分を支配していた。

以上のようにコミュニケーション産業を通じて、小さなものはごく限られた周縁部に存在するだけで、新規事業を

興す機会は、極めて限られていた。⁽²⁶⁾

プレス自由委員会は、当時のプレスの状況を踏まえて、プレス自由は危機に瀕している、と結論づけるが、その理由を次の三つであるとしている。

- 一、人々に対するプレスの重要性は、マス・コミュニケーションの手段としてのプレスの発展と共に、著しく増大してきた。同時に、マス・コミュニケーションの手段としてのプレスの発展は、プレスを通じて自らの意見や考えを表現することができる人々の割合を、著しく減少させてきた。
- 二、マス・コミュニケーションの手段としてのプレスという機構を使用できる僅かな人々は、社会の必要に対して十分にサービスを提供してこなかった。
- 三、プレスという機構の管理者は、時々社会が非難し、もし継続すれば規制や統制を不可避免的に受けるようなことをしてきた。⁽²⁷⁾

プレス自由委員会は、個人の表現の自由とプレス自由が異質なものになったと捉えた。もはやプレス自由は、古典的な思想の自由市場論の範疇ではなく、個々人の権利や公共の利害と合致する必要があるもの、という結論を下したのである。そこで、プレス自由の危機を脱するためには、五つのことが要請される、としたのである。

- 一、日々の出来事の意味がわかるような文脈において、そのような出来事の誠実で、包括的で、理性的な説明を

すること。

二、解説と批判の交換の場であること。

三、社会を構成する諸集団の代表的な実像を映し出すこと。

四、社会の諸目標や諸価値を提示し、説明すること。

五、日々の情報に十分に接触できること。⁽²⁸⁾

プレス自由委員会は、プレスの巨大化、集中化によって、プレスの自由論を修正せざるを得ない、としたのである。意見を自由に交換できることを前提とする古典的な思想の自由市場論は、全ての人々が意見の表明をすることにおいて、対等である必要があった。しかし、巨大化、集中化したプレスの下では、それに接触できる者のみに「発言」が許された。自分の意見を伝える手段を持たなければ、どんなに正しい意見であろうとも、存在しないのと同じようなものである。つまり、古典的な自由市場の原理には、二〇世紀のような巨大なマス・メディアというようなものの存在が、予定されていなかったのである。こうした現実認識の下にプレスの自由委員会は、政府、プレス、公衆それぞれがなしうる行動を勧告している。

政府を通じてなされうること

一、我々はプレスの自由の憲法的保障がラジオや映画を含むものと認識するべきであると勧告する。

二、我々は政府がコミュニケーション産業における新規の起業を促進し、そのことが新しい技術の導入を助長し、

反トラスト法によつて大規模事業体間の競争を維持すること、しかしそうした法律はどのような事業体を解体しない程度に使用されるべきであり、コミュニケーションに集中が必要な場合、政府は公衆がそのような集中で利益を得るかに気をつけるよう努めることを勧告する。

三、名誉毀損の現行救済措置に代わるものとして、我々は被害者側が加害者による事実の取り消しあるいはいい直し、または反論の機会を獲得しうる法の制定を勧告する。

四、我々は暴力を生ずる明白かつ現在の危険が存在しない場合、我が国の制度の革命的変革のための表現を禁止する法の制定は無効であることを勧告する。

五、我々はマス・コミュニケーションのメディアを通じて、政府がその政策に関する事実や根底をなす目的を公衆に伝えることと、マス・コミュニケーションの民間機関が政府ためのメディアとして務まらないか務めようとしないという程度であれば、政府自体がメディアを用いることを勧告する。また我々は、マス・コミュニケーションの民間機関が特定の外国の一つあるいは複数にこの国についての情報を伝えられないか伝えようとしない場合、政府がそうした欠陥を補うために政府自体のマス・コミュニケーションのメディアを用いることを勧告する。

プレスによつてなされうること

一、我々はマス・コミュニケーション機関が情報や議論のコモン・キャリアーの責任を受け入れることを勧告する。

二、我々はマス・コミュニケーション機関が自らの領域での新しい実験的活動に資金調達する責任を引き受ける

ことを勧告する。

三、我々はプレスメンバーが精力的な相互批評に従事することを勧告する。

四、我々はプレスが自らのスタッフの能力、独立性、効率性の向上のために考えられうるすべての手段を使用することを勧告する。

五、我々はラジオ業界が自らの番組をコントロールし、最良の新聞の扱い方と同様に広告を扱うことを勧告する。

公衆によつてなされうること

一、我々は非営利団体がアメリカ国民によつて要求されたプレスのサービスの多様性、量、質の供給支援をすることを勧告する。

二、我々はコミュニケーション領域の先端研究、調査、発表の学術―専門職センターの創設を勧告する。さらに我々は既存のジャーナリズム学部がその学生に最も広く多くの一般教養を獲得させうる目的のために自らの大学のすべての資源を活用することを勧告する。

三、我々はプレスの業務に関する年次評価や報告を行う新しい独立機関の設立を勧告する。⁽²⁹⁾

プレスの自由委員会の報告は、「巨大なマス・メディアの出現による国家（ないし政府）・メディア―市民という二極的な言論状況から国家（ないし政府）・メディア・市民という三極的な言論状況への変化に対する極めて現実的な対応」⁽³⁰⁾だったのである。そこでプレスばかりでなく、政府や公衆がなすべきことをも勧告する、という形になっている

のである。

しかしプレス自由委員会が出した報告書は、ルースを失望させた。その内容は、ルースをはじめとするプレスの経営者達には、聞きたくない言葉だった。ルース達は、委員会の報告を非難した。政府の介入からの自由は、メディアの公的奉仕の義務を否定するものではなく、公的奉仕のための自由は、政府の介入からの自由の前提である、とするプレスの自由委員会の基本的な主張を否定しようとした。まるでチェーン化した新聞社や一都市一紙状態の日刊紙が、伝統的な自由市場の原理に影響を及ぼすことはないかのように、思想の自由市場論に執着した。そして当時のメディア企業の仕事は、市民の知る権利のためにニュースや意見を供給するのではなく、広告主に読者・視聴者を売る事業になっていった。⁽³¹⁾

またプレスの自由委員会は、「公衆によつてなされうること」の二番目の勧告等で、ジャーナリズム教育に言及している。⁽³²⁾ プレスの社会的責任を強調するとともに、その担い手たるジャーナリストを養成する、大学でのジャーナリズム教育の重要さを論じているのである。ただし、基本的な立場としては、各大学のジャーナリズム学部は、そのなすべき義務を果たしていない、との強い批判であった。このような言及に対して、AASDJ (アメリカ・ジャーナリズム学部学科協会 American Association of School and Department of Journalism) 会長のロバート・W・デズモンドは、「ジャーナリズム学部に関するところほど、この委員会が、ふんだんに奇想を放っているところはない」⁽³³⁾と、非常に攻撃的に反論している。ジャーナリズムの研究者が、プレスの自由委員会のメンバーにいなかったこともあり、専門外のジャーナリズム教育に言及したために、メディアの経営者達ばかりでなく、ジャーナリズムの研究者達からも、非難される結果となったのである。

一連の反応や批判が、正当なものであったかどうかは別として、プレス（34）の自由委員会の報告書『自由で責任あるプレス』は、発表当初高く評価されなかったばかりでなく、メディアの業界からも、研究者からも非難されたり、無視されたりしたのである。

三、『マス・コミの自由に関する四理論 (Four Theories of the Press)（34）』と社会的責任論

メディア産業界がプレスの自由委員会の報告書を無視した一方で、大学のジャーナリズム学部等では、この報告書を真剣に受け取るようになっていった。（35）その発端が、一九五六年に刊行された、フレッド・S・シーバート、セオドア・ピータスン、ウィルバー・シュラムらによる『マス・コミの自由に関する四理論（以下『四理論』とする）』である。『四理論』は、その類型学的な思考により、ジャーナリズム研究にとって、極めて重要なものであった。この文献の副題は「プレスがどうあるべきであり、何をすべきかに関する権威主義、自由主義、社会的責任、ソビエト共産主義の概念」（36）となっている。これらの四つの概念は、「プレスの存在理由はなにか、プレスが、国によつて、まるで違う目的に奉仕したり、非常に異なった形態を示しているのはどうしてなのか」（37）という、著者達自身の基本的な疑問に対する自らの返答である。

『四理論』では、この本の主題は「プレスは常にそれが活動している社会の、社会的政治的構造に応じた形態となり、色あいをおびているものだということにある。とりわけ、それは、個人と機構との関係を規律している社会的統制制度を反映しているものなのである。われわれは、プレスを体系的に理解するには、社会のこういった側面を理解

することが肝心だと信じている」⁽³⁸⁾としている。このような主張は、道理にかなっており、『四理論』はプレスシステムの、異なる政治システムや哲学に結びつけられることを示唆して、社会におけるメディアの役割を省察するための、歓迎されるべき刺激を供給したのである。社会的な規範の問題は脇に置いて、価値自由の立場を取る社会科学の慣習の中にあつて、『四理論』は政治的価値や専門職倫理等と社会とを、どのようにプレスが関係づけるかの系統的な分析という、マス・コミュニケーションの新しい領域の方向付けを行った。プレスと社会の異なるパラダイムを対比する方法は、理論的に有効であるばかりでなく、ジャーナリスト養成教育のための重要な講義のツールを供給した。第二次世界大戦以来のマス・メディアの発達とともに、政治との関係を含む、社会におけるマス・メディアの役割と課題を明確にする不可避的な必要が存在していた。しかし、当時台頭してきた学問領域には、応えられるものがほとんどなく、それゆえ『四理論』がこの分野の古典となったのである。『四理論』はベストセラーとなり、たぶん他のいかなるジャーナリズム研究の文献よりも、多くの回数増刷され、多くの言語に翻訳されたのである。⁽³⁹⁾

『四理論』は、『自由で責任あるプレス』で主張された考え方に「社会的責任論」と名付け、「決してハッチンス委員会の学者グループのこしらえた抽象論だと片づけてしまつてはいけない、ということのをのべておこう。ハッチンス委員会では評判のよくなかったプレス一派は、この理論をそう扱ってきた。しかし、この理論の本質的なものは、すべて、委員会よりずっと以前に、責任ある編集者や発行者によつてのべられたものであつたし、また、委員会以後ないしは委員会とはまったく独立に、ほかの責任ある編集者や発行者によつても表明されてきているものなのである。これは現実の趨勢であつて、机上の空論ではない」⁽⁴⁰⁾とした。そして次のように図式化している。

社会的責任論

発達の時期と地域…二〇世紀にアメリカで発達した。

起源…W・E・ホッキングの著書、プレス（注）の自由委員会、実家およびメディア倫理綱領から生まれた。

主目的…知らせ、楽しませ、売ること、しかし主としては抗争を討論のレベルに引き上げること。

メディアを行使できる者…言いたいことのある者はすべて権利をもつ。

メディア統制の方式…社会の世論、消費者の行動、および職業的倫理。

禁止事項…公認されている人権、および重要な社会的利益の重大な侵害。

所有形態…政府が公共サービスを保障するために乗り出す必要のある時以外は私有。

他理論との基本的な相違点…メディアは社会的責任の義務を負わねばならぬ。もし負わねばはいは、誰かがメディアの行動を監視せねばならぬという点。⁽⁴¹⁾

『四理論』によつて、プレスの自由委員会の考え方は、社会的責任論という規範理論として、アメリカの各大学のジャーナリズム教育の中で浸透していくことになる。さらには、『四理論』を学んだ者が、ジャーナリズムの現場で多数派を占めるようになった時、社会的責任論は、アメリカ・ジャーナリズム規範理論研究の主流となるのである。

ジャーナリズム倫理学研究の低調期とされる時期の後半、つまり一九五〇年代と一九六〇年代の二〇年間は、既述のように、まだ「倫理」という言葉を使用した文献は登場しなかった。しかしその代わりに、一九四七年の報告書刊行時点では無視された、プレスの自由委員会の考え方が見直され、「責任」という言葉がジャーナリズムにおいて重

要視されるようになる時期だったのである。⁴²⁾

おわりに

ジャーナリズム研究における倫理学は、ジャーナリズムが大学教育で養成されるべき、専門職となったがゆえに一時的活況を迎えた。しかし、専門職教育が科学的自然主義と手を携えるようになるとともに、低調期を迎えることになる。

一方、制度比較研究として見直された社会的責任論は、専門職教育のツールとして浸透していった。社会的責任論の浸透は、技術論としての客観報道や、社会科学としてのコミュニケーション論の延長上のニュース分析等に終始し、ジャーナリズムとは何か、という本質を追究しなくなっていたジャーナリズム研究に、倫理学を呼び戻したといえる。その意味で極めて重要な理論である。それは現在でも、一定の評価を得ていることから証明できる。つまり社会的責任論の登場が、ジャーナリズム研究における倫理学の確立へと繋がっていったのである。いわば一時的活況から低調期にかけてのジャーナリズム倫理学は、専門職教育に翻弄される歴史を歩んだのである。

しかし社会的責任論は、あくまでも制度類型、あるいは制度比較といった法学的・制度論的アプローチから生じたものであって、倫理的・哲学的なアプローチから生まれてきたものではない。ジャーナリズム研究史の中で重要な位置を占めることに変わりはないが、あくまでも規範理論の重要性に目を向けさせた、という役割であって、規範理論としてのジャーナリズム研究の隆盛は、この社会的責任論に対して、肯定的であれ、否定的であれ、批判的な所論

が登場するのを待つことになるのである。

アメリカにおけるジャーナリズム倫理学研究として、現在の研究対象をもカバーしていた優れた研究と評価される、一時的活況の五文献は、アメリカのジャーナリズム規範理論研究のスタート・ラインではなかった。アメリカにおいてジャーナリズムの倫理学や規範理論の研究の重要性が強調されだした時、その中心となったメルルやクリスチャンズは、法学的・制度論的なアプローチと倫理学的・道徳哲学的なアプローチの相違を訴えた。哲学的な基盤を持った規範理論研究と、法規範の研究の役割の違いを主張したのである。しかし皮肉なことに、そのような議論を呼び起す切っ掛けとなり、アメリカのジャーナリズム規範理論研究の原点ともいえる位置を占めたのは、法学的・制度論的なアプローチである、プレスの自由論の再検討に端を発するものであった。そうして生まれた社会的責任論が、アメリカのジャーナリズム規範理論研究の原点となったのである。

* 本論は、「科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）…極化現象の分析と『ポスト・トゥルース』時代の倫理的視座の探求（研究種目…基盤研究（C）一般 研究課題番号…一八K〇〇〇四九…二〇一八年四月一日～二〇二二年三月三十一日）」による研究成果の一部である。

註

- (1) Christians, Clifford G. (1991). "Communication Ethics" *Communication Research Trends*, Vol.11, No.4, p.1.
- (2) Lambeth, Edmund B. (1988) "Marsh, Mesa, and Mountain: Evolution of the Contemporary Study of Ethics of Journalism and Mass Communication in North America." *Journal of Mass Media Ethics*, Vol.3 No.2, pp.20-25.

- (c) Shaw, Donald L. (1967) “News Bias and the Telegraph: a Study of Historical Change.” *Journalism Quarterly*, Vol.44, pp.6-10.
- (4) Emery, Michael, Emery, Edwin & Roberts, Nancy L. (2000) *The Press and America: An Interpretive History of the Mass Media, 9th ed.* Needham Heights: Allyn & Bacon. p.157. なお、訳書として大井眞二、武市英雄、長谷川倫子、別府三奈子、水野剛也 (二〇一六) 『アメリカ報道史 ジャーナリストの視点から観た米国史』参照。
- (5) Pilgrim, Tim A. (1987) “Privacy and American Journalism: An Economic Connection.” *Journalism History*, Vol.14, No.1, p.23.
- (6) Ibid.
- (7) Warren, Samuel D. & Brandeis, Louis D. (1890) “The Right to Privacy.” *Harvard Law Review*, Vol.4, No.1, p.196.
- (8) Emery, Michael, Emery, Edwin & Roberts, Nancy L. (2000) op. cit., p.157.
- (9) Christians, Clifford G. & Covert, Catherine L. (1980) *Teaching Ethics in Journalism Education*. Hastings-on-Hudson: The Hastings Center. p.1.
- (10) Ferré, John P. (2009) “A Short History of Media Ethics in the United States.” in Wilkins, Lee & Christians, Clifford G. (eds.) *The Handbook of Mass Media Ethics*. New York:Routledge, pp.19-20.
- (11) この時期がジャーナリズムにとって如何に重要な時期であったかについては、別府三奈子 (二〇〇六) 『ジャーナリズムの起源』世界思想社 一二五頁～一四九頁参照。
- (12) Christians, Clifford G. (1977) “Fifty Years of Scholarship in Media Ethics.” *Journal of Communication*, Vol.27, No.4, pp.20-21.
- (13) Christians, Clifford G., Ferré, John P., & Fackler, P. Mark (1993). *Good News: Social Ethics & the Press*. New York: Oxford University Press. pp.32-33.
- (14) Gibbons, William F. (1926) *News Ethics: A Discussion of Good Practice for Journalists*. Ann Arbor: Edwards Bros.

- (15) Christians, Clifford G. (2000) "An Intellectual History of Media Ethics." in Pttyn, Bart (ed.) *Media Ethics: Opening Social Dialogue*. Leuven:Peeters, pp.21-23.
- (16) White, Robert A. (1989) "Social and Political Factors in the Development of Communication Ethics." in Cooper, Thomas W., Christians, Clifford G., Plude, Frances Forde & White, Robert A. (eds.) *Communication Ethics and Global Change*. White Plains:Longman p.46.
- (17) Christians, Clifford G. (2000) op. cit., pp.21-24.
- (18) 正式名称は' Commission on Freedom of the Press だが、ロバート・M・ハッチンスが委員長であったため、ハッチンス委員会ともいわれる。なお、この委員会の名称や報告書で使用される「プレス」という言葉は、当時のマス・メディアとはほぼ同義に使用されている。そのため本論においても、プレス、メディア、マス・メディアは、互換的に使用している。
- (19) Commission on Freedom of the Press (1947) (reprint 1974) *A Free and Responsible Press: A General Report on Mass Communication: Newspapers, Radio, Motion Pictures, Magazines, and Books*. Chicago: University of Chicago Press. マサ訳書として日本新聞協会編集部 (一九四九)『新聞の自由と責任』日本新聞協会、渡辺武達 (二〇〇八)『自由で責任あるメディア』論創社参照。
- (20) 林香里 (二〇〇一)『「プレス」の社会的責任理論』再訪—『米国プレスの自由委員会』一般報告書提出から53年を経て—『マス・コミュニケーション研究』第五八号 一二三頁。
- (21) Christians, Clifford G., Ferré, John P. & Fackler, P. Mark (1993) op. cit., p.37.
- (22) Nordenstreng, Kaarle & Christians Clifford G. (2004) "Social Responsibility Worldwide." *Journal of Mass Media Ethics*, Vol.19, No.1, p.4.
- (23) ルースは、週刊ニュース雑誌『タイム』、週刊写真雑誌『ライフ』、月刊誌『フォーチュン』と『アーキテクチュアル・フォーラム』、ドキュメンタリー映画制作会社、ラジオ番組『マーチ・オブ・タイム』、当時は売却していたが、大都市のラジオ局WQXRとラジオ・ネットワークABCに出資していた。Commission on Freedom of the Press (1947) (reprint 1974)

op. cit., p.45.

- (24) Ferré, John P. (2009) op. cit., pp.21-22.
- (25) Commission on Freedom of the Press (1947) (reprint 1974) op. cit., pp.v-vi.
- (26) Ibid., pp.30-51.
- (27) Ibid., p. 1.
- (28) Ibid., pp. 20-29.
- (29) Ibid., pp. 79-106.
- (30) 大井眞二・谷藤悦史 (一九九二) 「近代の始まり―『プレスの自由論』再考に向けて」『新聞学評論』第四〇号五〇頁。
- (31) Ferré, John P. (2009) op. cit., p.22.
- (32) なお『自由で責任あるプレス』の第五章「自主規制」の「専門職化」という節でも、ジャーナリズム教育に触れている。
Commission on Freedom of the Press (1947) (reprint 1974) op. cit., pp.76-78.
- (33) Desmond, Robert W. (1947) “Of a Free and Responsible Press,” *Journalism Quarterly*. No.24, pp.188-192.
- (34) Siebert, Fred S., Peterson, Theodore & Schramm, Wilbur (1956=1959) *Four Theories of the Press: The Authoritarian, Libertarian, Social Responsibility, and Soviet Communist Concepts of What the Press Should Be and Do*. Urbana: University of Illinois Press. (内川芳美『マス・コミの自由に関する四理論』東京創元社)
- (35) Ferré, John P. (2009) op. cit., p.22.
- (36) Libertarian の訳を自由主義とした。他の論文を含めて、普段はリバタリアンとカタカナで書いているが、『四理論』では自由主義という訳が既に定着しているので、『四理論』の場合のみ自由主義という訳を用いる。
- (37) Siebert, Fred S., Peterson, Theodore & Schramm, Wilbur (1956=1959) op. cit., p.1. 前掲書一頁。
- (38) Ibid., pp.1-2. 同書一頁。
- (39) Christians, Clifford G., Glasser, Theodore L., McQuail, Denis, Nordenstreng, Kaarle, & White, Robert A. (2009)

Normative Theories of the Media: Journalism in Democratic Societies, Urbana and Chicago: University of Illinois Press.

(40) Siebert, Fred S., Peterson, Theodore & Schramm, Wilbur (1956=1959) op. cit., p.5. 前掲書一八頁。

(41) Ibid., p.7. 同書一〇頁。

(42) Merrill, John C. (1974) (reprint 1990) *The Imperative of Freedom: A Philosophy of Journalistic Autonomy*. New York: Freedom House. pp.84-86.

市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題

長谷川 貞 之

（目次）

- 一 はじめに
- 二 プラットフォームと二面的で双方向市場の契約関係
 - 1 プラットフォームの概念
 - 2 市場のプラットフォーム化とネットワーク効果
 - 3 プラットフォームの多面構造と契約関係
 - （1） プラットフォームの関係当事者
 - （2） プラットフォームの種類
 - （3） プラットフォームの構造的特徴と機能
 - （4） 二面的・双方向市場の契約関係

市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題（長谷川）

4 市場のプラットフォーム化と契約上の問題点

三 シェアリングエコノミーによる個人間取引の展開

1 シェアリングエコノミーの意義

2 シェアリングエコノミーの起源と台頭

（1）従来型の共有社会

（2）コラボ消費と社会の変容

（3）シェアリングエコノミーの到来

3 シェアリングエコノミーの質的転換と現代的展開

（1）シェアリングエコノミー発展の要因

（2）コラボ消費の現代的なアレンジ

（3）シェアリングエコノミーによる新たな価値創造と本質論

4 個人間取引の促進と契約上の問題点

四 シェアリングエコノミーと関係当事者に対する規律

1 基本的視座

2 各種業法の規制と媒介、仲介サイト

（1）提供者に対する規制

（2）プラットフォーム事業者に対する規制

（3）利用者に対する利用規約と消費者保護

3 プラットフォーム事業者の責任と裁判例

4 政府による法規制と自主的ルール

5 契約法理の再構成の必要性と方向性

五 結び

一 はじめに

近年、わが国では、情報技術 (Information Technology) が著しく発達し、スマートフォンやタブレット端末などの普及を背景に、ソーシャルゲームや電子書籍、検索サービスなど、インターネット上での新たなビジネスが急速に広まってきている。また、これをめぐるイノベーションも活発である。こうした社会経済の変化に伴い、オフラインのリアルな店舗からオンライン上の店舗への移行には顕著なものが見られる。とりわけ、インターネット上に開設されたWebサイトを通じたオンラインでの取引が、今日の経済社会に大きなインパクトを与えている⁽¹⁾。

インターネットの発展に伴う流通イノベーションは、単に店舗がオンライン上に移ったにとどまらず、商品自体のデジタル化を伴うものである。インターネットを通じたデジタル情報の流通が可能となることによつて、商品・サービスや情報などのコンテンツはデジタル信号化され、それがオンラインで販売される取引モデルが可能となった。今や、インターネット上のWebサイトで商品化できないものはないといわれるほど、あらゆる物がインターネット上のオンライン店舗で取引の対象とされている。

インターネット上のオンライン店舗は、オフライン店舗とは劇的に異なる。オンライン店舗への出品は、製造者が出品者の場合もあれば、製造者でない者が出品者である場合もあり、また、オンライン店舗を管理運営する事業者自身が出品者である場合もあるが、いずれにせよ、その多くはインターネット上のWebサイトに開設された店舗であ

る「プラットフォーム」(Platform)を介して取引が行なわれ、プラットフォームが出品者である企業とその購入者である消費者との出会いの「場」となっている。こうした取引は、「プラットフォームビジネス」(Platform Business)と呼ばれる⁽²⁾。今日、デジタルテクノロジーを駆使して各種のモノやサービス、情報などを提供するIT産業は、インターネット上のプラットフォームを活用しており、⁽³⁾「デジタル・プラットフォーム」(Digital Platformer)として、デジタル経済の進化の中でその存在感を高めている。⁽⁴⁾ その中でも、GAF Aと呼ばれる米国企業の四社(Google, Apple, Facebook, Amazon)、BATと呼ばれる中国企業の一群(Baidu, Alibaba, Tencent など)は、日常的に拡大するモノやサービス、情報などのコンテンツについて、これらを束ねるWebサイトをプラットフォームとしてインターネット上に創設し、現在および将来の幅広いプラットフォーム市場にその影響力を及ぼしており、とくに注目を集めている。⁽⁵⁾

さらに、近時は、市場のプラットフォーム化が進む過程の中で、「シェアリングエコノミー」(Sharing-economy)という取引形態も急速に普及しつつある。⁽⁶⁾ これは、インターネット上のWebサイトに開設されたプラットフォームを通じて消費者が個人間で遊休資産やサービスなどを交換し共有し合うというもので、見知らぬ者同士の個人間取引が中心である。こうした取引形態が実現した要因の一つに、プラットフォームの存在を挙げることができる。⁽⁷⁾

デジタル・プラットフォームの多くは、二〇〇〇年前後に創業した比較的新しい企業であるが、急速に利用者を拡大し、成長を遂げている。デジタル・プラットフォームの提供するサービスやシェアリングエコノミーは、これを活用することで個人や社会に対して新たな価値を提供し、わが国経済の活性化・国民生活の利便性向上に資することが期待されるものである。⁽⁸⁾ また、シェアリングエコノミーは、社会への参加や収入の多様化という点では、商

品・サービスの提供者と利用者の双方にとって幸福度を上げるインセンティブを提供する有用な手段となり得るものと考えられる。⁽⁹⁾

しかしながら、シェアリングエコノミーは、その一方で、インターネットの普及とデータの利活用に関する技術的な発展を背景としてはじめて成立し得るビジネスモデルであることから、これまでに既存の法体系において顕在化してこなかった様々な論点を提供している。プラットフォームの位置づけや、プラットフォーム事業者が負うべき責任、プラットフォーム事業者に対して適用されるべき規制などについては、現在の法体系の下において必ずしも議論が深まっているわけではない。⁽¹⁰⁾

本稿は、このような問題意識に基づいて、プラットフォームをめぐる契約上の問題について、市場のプラットフォーム化の意義とプラットフォームの機能を分析し、その法的課題を明らかにすることを目的としている。

本稿では、まず、プラットフォームの概念ないし定義を確認したうえで、巨大IT企業による市場のプラットフォーム化、GAF Aに代表されるプラットフォームを取り上げ、プラットフォームの機能的特徴を整理し、プラットフォーム化された市場がネットワークの二面性を特徴とする双方向な市場であることを明らかにする(二)。ここで、プラットフォームの種類の契約法の観点から整理・分類したうえで、プラットフォームの構造的特徴を明らかにし、法的側面からプラットフォームの契約関係を分析する。次に、プラットフォームとシェアリングエコノミーの関係を取り上げ、シェアリングエコノミーによる個人間取引の促進と社会経済の活性化による社会の変容について言及する(三)。シェアリングエコノミーは、コラボ消費の思想が進化し、プラットフォームを基礎に質的転換を遂げたものであるが、個人間取引を促進する意義と問題点がどこにあるのかを契約法の観点から明らかにする。続いて、

シェアリングエコノミーによる個人間取引と各種業法との関係を取り上げ、インターネット上のプラットフォームに開設される仲介サイトの抱える問題点とプラットフォーム事業者の責任について検討する（四）。

今日、プラットフォームが議論の対象となっているのは、それがネットワーク効果を伴った二面性を特徴とする双方向市場（いわゆる両面市場）を成立させることにある。これまで、プラットフォームが各サイドに課する価格構造の解明にあり、ある程度の理解も深心的課題は、経済学の観点から、プラットフォームが各サイドに課する価格構造の解明にあり、ある程度の理解も深まっているが、具体的事例の法的な分析などは、その重要性にもかかわらず十分に行われていない^⑪。また、シェアリングエコノミーは、インターネットの普及とプラットフォームに集積される各種のデータの活用を背景に、はじめて成立し得るビジネスであり、後述するようにこれまでに既存の法体系において顕在化してこなかった様々の問題が現われている。本稿は、プラットフォーム化された市場における参加当事者間の契約関係を法律学の観点から取り上げ、これを検討するものであり、本研究には先駆的意義があるものと思われる。

二 プラットフォームと二面的で双方向市場の契約関係

1 プラットフォームの概念

プラットフォームという言葉は、中世フランス語の“plate-forme”に由来し、そこから英語圏に入った単語であり、元来、「土台」や「基盤」といった「周りの部分よりも高くなった平らな場所」を意味する単語である^⑫。日常用語としては、駅のホームを指す言葉（乗客が乗り降りする一段高くなった場所）として使われることが多い。ここから転じて、

多様な製品の共通部分、あるいは、ソフトウェアやサービスの土台となるハード・ソフト・サイトを示す概念として、広くプラットフォームという言葉が産業界でも使われるようになったといわれている⁽¹³⁾。また、経営学では、コンピュータ用語から派生して、製品の構造を階層的に捉えて表現する場合や、それに対応した産業構造の階層をプラットフォームと呼ぶことがある⁽¹⁴⁾。

今日、プラットフォームという言葉は、コンテンツの提供者と利用者がインターネットを利用する際の共通基盤の意味で用いられることが多いが、様々な場面において各様に用いられており、明確な定義が定着しているわけではない⁽¹⁵⁾。プラットフォームという言葉をコンピュータ用語に限定するにしても、その意味は必ずしも明確とはいえない⁽¹⁶⁾。こうした緩い定義であるがゆえに、プラットフォームの内容は多種多様なビジネスモデルを含む曖昧な概念にとどまっている⁽¹⁷⁾。

本稿では、法律学の観点から、プラットフォームを、二つ以上の顧客グループ（供給者側と需要者側）を誘致し、仲介し、結びつけ、お互いに取り引することで大きな価値を生み出すインターネット上の取引の「場」と定義しておくことにする。

2 市場のプラットフォーム化とプラットフォーム効果

インターネットが普及し、その処理能力が高まるにつれて、プラットフォームは急増している⁽¹⁸⁾。多くの企業が、ソフトウェアを使い、事業をインターネットと結びつけることで利益を増やし、サプライチェーンを効率化してきた。GAF Aに代表される巨大IT企業は、そのほとんどがインターネットを中心に構築されている⁽¹⁹⁾。

【図表 1】 取引の類型化

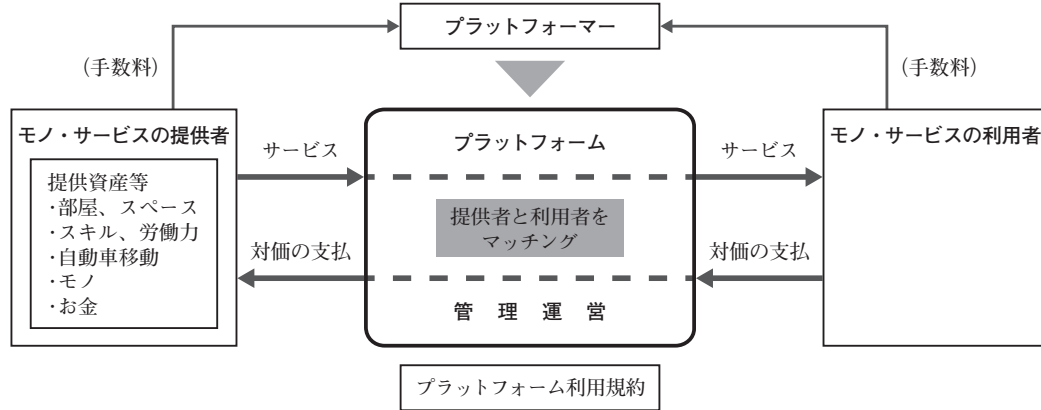
	企業対企業 B to B	企業対企業対消費者 B to B to C (両面市場)	企業対個人 B to C	個人対個人 C to C
概念図				
類型例	FinTech (法人向け) AR/VR (法人向け)	情報検索 SNS (ソーシャルメディア) ネット動画 (無料)	FinTech (個人向け) AR/VR (個人向け) ネットショッピング 電子書籍 音楽 ネット動画 (有料)	シェアリングエコノミー オークション フリマアプリ

(出典) 総務省編『平成 29 年版情報通信白書』（2017 年）36 頁

プラットフォームが台頭してきた背景には、大きく二つの潮流が作用している。一つは、一九九〇年代後半からの電子商取引市場の出現であり、もう一つは、情報ネットワーク論の新しいアプローチとして、ネットワーク効果に着目した研究が高まってきたことにある。⁽²⁰⁾ ネットワーク効果とは、提供されたモノやサービス、情報の利用者が増えるほど、利用者にとってその価値が高まることをいい、「需要サイドの規模の経済」と呼ばれることもある。⁽²¹⁾ 利用者の拡大によって利用者の便益が増加する場合、一層のネットワーク効果が働く。ネットワーク効果が存在する市場では、直線的な契約関係にない者がプラットフォームを介して連結されている市場構造を生むことがあり、さらに顧客を集めることができる。⁽²²⁾ こうしたプラットフォームビジネスの爆発は「プラットフォーム革命」といわれ、⁽²³⁾ 現代ではプラットフォームの台頭により経済や社会全体の隅々に至るまでプラットフォームによる社会変革が進んでいる。⁽²⁴⁾ 今日、プラットフォームの仕組みを理解していなければ成功はないといわれるほどである。

このようなネットワーク効果を伴うプラットフォーム市場における取引には、常に三者関係が必要となる。ネットワークの両側には、それぞれ異なるユーザー・グループ（供給側・需要側）が存在し、プラットフォーム事業者と

【図表2】 プラットフォームと関係当事者



プラットフォーム上で、利用者間契約（売買・賃貸借・役務提供契約など）が締結される場合（締結の機会を増大させる場合を含む）とそうではない場合がある。

プラットフォームを誰に利用させるのか、どのように利用させるのか、プラットフォームに関連する知財の管理などについての決定権限はプラットフォームーにある。

（出典） 筆者作成

呼ばれる単一あるいは複数の仲介業者を介して取引が行われる。プラットフォームとは、このような取引に関するアーキテクチャとルールを具体化したものである⁽²⁵⁾。プラットフォームの核心は、プラットフォームがモノやサービス、情報の提供者とその利用者をつなぐ役割を果たし、両者のマッチングを促進しているということである。このような取引形態を、モノやサービス、情報の提供者か利用者か、企業か消費者かという観点から分類すれば、①企業対企業（BtoB）、②企業対企業対消費者（BtoBtoC）、③企業対消費者（BtoC）、④消費者対消費者（CtoC）に分類することが可能であり、プラットフォームを介して、取引は①から④に向かって多様化している（図表1）。④の主要な場面が、後述するシェアリングエコノミーと呼ばれる取引形態である。

3 プラットフォームの多面構造と契約関係

（1）プラットフォームの関係当事者

プラットフォームの主要な関係者は、前述したように、プラットフォームを管理運営する事業者（プラットフォーム本体とエコシステムの

発展や管理を担う組織。企業や非営利団体、ネットワークなど）と二つのサイド（プラットフォームが仲立ちするそれぞれ性質の異なる事業者や顧客のグループ。通常、供給サイドと需要サイドの二つのグループに分けられる。これらをまとめてプラットフォーム参加者と呼ぶ）を中核とし（図表2）、これに協力者（プラットフォーム事業者と提携して参加利用者に付加価値を提供する個人やコミュニティ、企業、団体）、および、その他の関係者（プラットフォームの発展や企業間競争に与える影響について特別の関心をもつ政府や規制当局など）⁽²⁶⁾がいる。プラットフォームに参加する提供者と利用者の双方には個人と事業者が混在している。プラットフォーム事業者は、参加当事者に関するデータへの完全なアクセス権を有し、プラットフォーム上のルールを管理する存在である。

プラットフォームが膨大なデータを囲い込んで独占的な地位を築き、市場占有率の極めて高いプラットフォームが誕生する場合には、他の事業者の参入が阻害されることから、独占禁止法上の問題が生じることがある。⁽²⁷⁾ 検索サービスやSNSなどのプラットフォームにおいては、一般にネットワーク効果が生じることから、寡占が生じやすいともいわれる。⁽²⁸⁾ 独占や寡占には、事業者の数が限られることで競争が制限され、モノやサービス、情報の価値が上昇し、消費者の利益が阻害される側面もある。⁽²⁹⁾ このことが、後述するように、近時の巨大IT企業による競争制限として大きな問題となっている。

（2）プラットフォームの種類

前述したように、プラットフォームは、主に、製品開発やテクノロジー、あるいは、経済取引において用いられる言葉であるが、確固たる定義があるわけではない。従って、プラットフォームの種類ないし分類についても、論者によつて、その説明の仕方は微妙に異なる。契約法の観点からは、取引やマッチングの有無に着眼することが重要であ

る。

(ア) 取引・非取引の区分によるプラットフォーム

通常、プラットフォーム事業者が仲介する取引の有無により、プラットフォームは取引型プラットフォームと非取引型プラットフォームに分かれる³⁰。前者は、アマゾンのように消費者と商品・サービスの供給者が取引を行うことを仲介したり、婚活サイトのように男女の出会いの場を提供したりするものである。後者は、グーグルの情報検索サービスやフェイスブックのソーシャルネットワークサービス(SNS)のように、利用者の何らかの関心に応えるサービスが広告主などにより支えられるビジネスを行うものである。

(イ) マッチング・非マッチングの区分によるプラットフォーム

プラットフォームには、マッチング型プラットフォームと非マッチング型プラットフォームが存在する³¹。前者の典型は、インターネットショッピングモールやオンラインオークションである。また、各種のモノやスキルなどを個人間で交換ないし共有するシェアリングエコノミーにおいて利用されるプラットフォームも、このようなマッチング型プラットフォームの一種である。後者の典型としては、電子掲示板やSNS、動画共有サイトなどのソーシャルメディアを挙げることができる。

マッチング型プラットフォームにおける市場の構造は、プラットフォーム事業者と参加提供者と参加利用者の三者から成る「多面市場」(multi-sided market)である。この多面市場を維持するために、マッチング型プラットフォームでは、プラットフォーム事業者と参加提供者との間のみならず、参加利用者との間においても、それぞれプラットフォームの利用に関する契約が締結される。

【図表3】 プラットフォームビジネスの類型化

プラットフォーム 分析の 視点	マッチング型プラットフォーム (プラットフォームが提供するネットワークを 介して利用者間取引が締結できる場合)		非マッチング型プラット フォーム	
	B & C	C & C	B & C	C & C
プラット フォーム 利用 者				
プラット フォーマー の収益構造	商品やサービスを提供する利用者サイドからの手数料	両利用者サイドからの手数料	商品やサービスを提供する利用者サイド等からの広告収入	利用者サイドへの広告掲載による収入
該当例	ネットショッピングモール カード決済 アプリマーケットサイト 共同購入クーポンサイト ネットオークション	シェアリングエコノミー（狭義） フリーマーケット ネットオークション	情報検索サイト クチコミサイト等	S N S

（出典） 千葉恵美子・消費者法研究5号（2018年）93頁

プラットフォームを、単にインターネット上の取引ないし仲介の「場」として漠然と捉えるのではなく、上記のように分類して捉えることにより、インターネットを利用した様々なモノやサービス、情報の提供における法律関係について、それぞれの共通点と相違点を整理することができる。また、このことを通じて、新しく登場するサービスについての法的リスクや規制の適否を考えることが可能となる⁽³²⁾。これに対し、非マッチング型プラットフォームでは、参加提供者と参加利用者は非対称である場合が多く、その立場を入れ替えたつ、互いに情報を提供し消費するという点に特徴がある。それゆえ、参加利用者より提供される情報の中には、後述するように、違法な情報によつてしばしば第三者に対して権利侵害が生ずることがある（【図表3】）。

（ウ） その他の分類によるプラットフォーム

以上の分類のほかに、論者の中には、プラットフォームを、①取引型プラットフォーム（Transaction platform）、②技術開発型プラットフォーム（Innovation platform）、③統合型プラット

トフォーム (Integrated platform)、④投資型プラットフォーム (Investment platform) の四つに分類することも試みる者もいる。⁽³³⁾これらは、プラットフォームに連なる企業、個人によって織りなされるネットワークにおける組織効率の最大化を目指すという観点から分離されるものである。また、論者の中には、プラットフォームの種類を、プラットフォームビジネスの構造から見て、基盤型プラットフォーム、媒介型プラットフォームの二種類に大別する者がいる。⁽³⁴⁾これは、プラットフォームビジネスが階層構造をもつ産業の一部分であり、徐々に媒介型へとその概念の範囲が拡大してきたという歴史的観点を踏まえ、プラットフォームを機能面から捉えた分類である。また、様々なプラットフォームの事例の分析を通じて、プラットフォームを交流型、交換型、交差型に分類して整理する者もいる。⁽³⁵⁾さらに、プラットフォームの形態は、デジタル情報流通のソフトウェア・プログラムから、クレジットカードのメディア媒体、インターネットを介した取引市場、ショッピングモールや証券取引所に至るまで、多様で幅広いとしたうえで、プラットフォームの形態を、ソフトウェア、メディア機器、製造・流通ネットワーク、商業・都市施設に区分して説明する者もいる。⁽³⁶⁾

(3) プラットフォームの構造的特徴と機能

プラットフォームは、インターネット上のWebサイトに開設された取引の場であり、その取引の場においてモノやサービス、情報などの取引がインターネットを活用してなされるところに特徴がある。インターネット上のプラットフォーム市場では、集積された各種の情報の中から必要な情報を容易に探し出すことができるようなIT技術を活用することにより、プラットフォームがなければ従来不可能であった新たな価値の創出や取引を実現させることが可能となる。

（ア） 新たな価値の創出

プラットフォームを管理運営する事業者は、インターネット上のプラットフォームを通じて、ネットワーク内の参加者を増やし、それらを結びつけることで成長する。究極的には、プラットフォームでは、取引を円滑化することによって驚くべき量の新たな価値が創出され、交換されて行く。従来の直線的なビジネスが、自ら商品を生産し、各種のサービスや情報などを提供することで価値を生み出したのに対し、プラットフォームは直接に生産手段を有しないが、参加者間につながりを作り、各種のモノやサービス、情報などの交換・取引を行なうことで、より大きな価値を生み出すことができる³⁷。成功しているプラットフォームは、ほぼ共通して、適切な参加者同士をマッチングさせ、最も関連性のあるモノやサービス、情報と交換・取引できる環境を作り出している。しかも、それらがIT技術の活用により効率的に行われているのである。

（イ） ビッグデータの処理と活用

上記のような新たな価値の創出のために、プラットフォームにおいては、より多くの各種情報（いわゆるビッグデータ）を集積し、情報間のつながりを分析したり、新たに結びつけたりしながら、新たな価値を生み出すことが行われている³⁸。収集されるデータが多ければ多いほど、また、データの収集・整理や分類、解析、解釈などに用いるアルゴリズムが上手く設計されていればいるほど、交換される情報の関連性や有用性が高まり、最終的なマッチングが高いものとなる。

ネットワーク上に構築されたプラットフォームに情報が集積することは、情報の可視性を高め、参加者相互間のつながりを強化することを意味するが、その情報をどのようににつなぐか、あるいは、情報間のつながりから何を読み取

るかということが、今後の重要な課題となる⁽³⁹⁾。また、これに関連して、プライバシー管理がプラットフォームビジネスでは問われることとなる。この点は後述するが、プラットフォームを管理運営する事業者は、顧客の個人情報の管理を行い、プライバシーを保護しながら、収集したデータの活用を促進する重要な役割を担っているといえよう。

(ウ) モノのインターネット化

インターネット上に構築されるプラットフォームの意義が高まりつつある要因には、ビッグデータの活用のほかにも、モノのインターネット (Internet of Things : IoT) 化を挙げることができる⁽⁴⁰⁾。IoTは、一九九九年に、イギリス人の技術開発者ケビン・アシュトンが提唱した用語で、あらゆるモノにコンピュータが埋め込まれ、そうしたモノがインターネットにつながって通信し合うようになること、センサーを含む機器にIPアドレスをもたせ、情報の収集とフィードバックを可能とすることによって、新たな利益が生み出されることになった。電力業界における電力のスマートメータ化、自動車のカーナビにおけるネットワーク化などは、その代表例である。

モノのインターネット (IoT) 化が進み、様々なモノをネットワーク上でつないで情報を収集したり、制御のために送り込んだりすると、モノが、今、どこで、どのような状態にあるかを容易に把握することが可能となる。その結果、モノとそれを使っている人とが紐付けられ、誰が使っているかも容易に知ることができる。そうなれば、必ずしもモノをお金と交換に売り渡さなくとも、ビジネスが成立する。例えば、車を所有することに伴う費用を避けるために、必要な時だけ車を借りるといった行動が増えてくる。これは、「所有権を売る」モデルから「利用権を売る」モデルへの転換である。このようなことが、近時、様々なところで起こっている。このモノのインターネット (IoT) 化をプラットフォームと結び付け、さらに一層の展開を図ったのが、シェアリングエコノミーである。詳しくは

後述するが、シェアリングエコノミーでは、製品などのモノを中心に、その貸し借りや交換、共有が行われているが、シェアリングエコノミーは社会変革の手段となり得る可能性を秘めている。

(4) 二面的・双方向市場の契約関係

(ア) プラットフォームによる二面的(多面的)な双方向市場

二組の経済主体(提供者側と利用者側)がプラットフォームやその仲介者(プラットフォーム事業者)を通じて相互に作用する市場を、今日の経済学ないし競争法の領域では、「二面向市場」と呼んでいる。⁽⁴¹⁾ 一面向市場は“two-sided market”の訳語であるが、前述したように、プラットフォームが作り出すのは、ネットワーク効果を伴った二面性を特徴とする市場で、そのような効果はどちらの側にも単独であるいは複合的に起こり得るものである。ここでは、仲介者であるプラットフォーム事業者を中心に、双方向に相対している市場がイメージされている。このような市場は、法律学の観点からは、「多面的で双方向性をもった市場」というのが適切であるように思われる。⁽⁴²⁾

インターネット上Webサイトに開設されたショッピングモールなどでは、出店が多いほど消費者にとって便利であり、市場に来自る消費者が多いほど出店が魅力的となるので、店舗の拡大と高い集客力を期待することができる。このようなネットワーク効果は、同じグループ内の利用者間で起きるにとどまらずグループを超えて起こる。これを「間接ネットワーク効果」というが、ネット上のショッピングモールでは間接ネットワーク効果が生じやすい。その意味では、インターネット上のショッピングモール市場は多面的である。単に二組の経済主体が双方向に相対しているだけの市場ではなく、これに加えて、一方の経済主体の意思決定が、典型的には外部性を通じて、他方の経済主体の結果に影響を及ぼす市場である。プラットフォームを運営管理する事業者は、各種のモノやサービス、情報などを

提供する出品者とその利用者である消費者との間をつなぐ仲介者であり、双方と関係をもち、それらの間の相互作用にも影響を与える存在である。

このような間接ネットワークを伴うプラットフォーム市場は、二方向に限定されるわけではなく、三方向以上が相互に作用する市場でもあり得るから、注意を要する。例えば、検索エンジンのようなプラットフォームでは、検索の対象となった情報やサイトの提供者は多数であり、複数の情報提供者と利用者から構成される。その意味では、双方向市場はより一般的には多面市場 (multi-sided market) と呼ぶべきである。⁽⁴³⁾ 多面市場と呼ぶ方がプラットフォームをめぐる問題を一般化して捉えることを可能とし、問題解決のための着眼点としては好ましいように思われる。

プラットフォーム化された多面的な双方向市場には、多くの場合、一つの市場に複数のプラットフォームがあつて、それらは競争関係にある。しかし、プラットフォームに提供される各種のモノやサービス、情報などのコンテンツの内容はプラットフォームごとに異なり、また、プラットフォームの利用者も異なるから、完全競争モデルが想定する同質的な競争とはならない。このため、プラットフォームビジネスでは、特定のプラットフォーム事業者が何らかの市場支配力を持ちやすいともいわれる。⁽⁴⁴⁾

(イ) 二面的 (多面的) で双方向な市場における契約関係

プラットフォームに関する法的問題は、競争法の分野だけでなく、契約法その他の法分野とも関連ないし交錯する。契約法との関係では、前述したように、プラットフォームがネットワーク効果を伴って作り出す市場が多面的で双方向性をもった市場であるという点の認識が重要である。このような市場の契約関係を考えるうえでは、それはどのようにに市場として確定すべきか、まずこの点が求められる。

プラットフォーム市場においては、モノやサービス、情報の提供者は、プラットフォームを介して利用者と売買や交換などの契約を結ぶが、プラットフォーム事業者とも利用契約を結び、一定の契約関係に入る場合が少なくない。プラットフォーム事業者は、一方で、広告主との間で広告料の支払いを受け、モノやサービスなどを出品する提供者との間では仲介手数料の支払いを受けるなど、有料の委託契約を締結している。他方、プラットフォーム事業者は、情報検索やSNSなどのソーシャルメディア、オンラインショップとの仲介などのサービスを利用者に提供する関係では、通常、利用者から金銭による対価の支払いを受けず、利用者が利用規約に同意したうえで、利用者の個人情報の提供を受けるにすぎない。むしろ、利用者を誘引するためのサービス（価格比較サービスなど）を無償で提供するという戦略が取られることが多い。

モノ・サービスや情報などの提供者とプラットフォーム事業者、およびその利用者の三者が取引の場（プラットフォーム）を中心に面に向かい合っている多面的で双方向性をもった市場にあつては、全体として一つの市場を認定し、そのうえで、関係する参加当事者や間接ネットワークの効果の強弱などを考察して、契約当事者間における権利義務などの法的判断が求められることになる。⁽⁴⁵⁾ プラットフォーム事業者は、間接ネットワーク効果を伴うプラットフォームにおいて事業の生態系（エコシステム）を機能させるために、多様なデータを収集し、これを利用するのであつて、取引型プラットフォームは全体として一つの市場、非取引型プラットフォームは複数の市場といった形式的な市場の確定は関係当事者間の法律関係の解明のためにはあまり意味がなく、戒められるべきである。⁽⁴⁷⁾ そのように解してこそ、プラットフォーム事業者に一定の役割・義務・責任を担わせることが可能となる。そのように考えることは、利用者の保護や消費者の安全確保などを図るうえで効果的であるとともに、取引の安全や公正性を確保すること

により取引相手や消費者からの信頼を集め、引いては自らの健全な発展を促すことにもなる。⁽⁴⁸⁾

4 市場のプラットフォーム化と契約上の問題点

以下、これまでの検討を踏まえて、プラットフォーム化された市場における契約上の問題点を挙げておこう。

プラットフォームは、利用者と様々なモノ・サービスや情報を結びつけ、一つのネットワークを構築する取引の場である。利用者は、自ら作成・入力したデータと引き換えに、無料でサービスを利用する。得られたデータは新しい商品やサービスの生産要素としてイノベーションの糧となり、また、データ自体は取引の対象となり得る。前述したように、プラットフォームにおいて事業者の競争上の地位を決定づけるのはデータである。⁽⁴⁹⁾ データは、インターネットを通じて広く大量に収集され、それが多くのサービス市場における競争上の地位に影響を与える。⁽⁵⁰⁾ しかし、データの集積は個人情報情報の侵害を生じやすく、プライバシーの保護と競争法との関係について新たな問題を生み出している。

プラットフォーム事業者は、利用者から多様なデータを収集し、これを利用するが、こうした活動が個人のデータ提供者を識別するのに十分な程度で行われるときは、個人情報保護の観点から重大な問題を提起する。プラットフォームが利用者に提供するサービスが無料であるからといって、そのことが個人情報侵害の違法性を阻却し、プライバシー保護の問題を回避できるわけではない。プラットフォーム事業者による個人データの不当な収集など、反競争的効果の直接的証拠がある場合には、いわゆるプライバシー侵害などの問題を生じさせることになる。⁽⁵¹⁾

プラットフォーム事業者は、プラットフォームの機能を絶えず改善し、また追加するというイノベーションにより

競争を行っているが、プラットフォームに基づく多面的で双方向性をもった市場は価格に基づく競争を前提とする伝統的な市場とは異なる。プラットフォーム化された市場には、多くの場合、一つの市場に複数のプラットフォームがあつて、それらは競争関係にある。先に指摘したように、プラットフォームに提供されるモノ・サービスや情報などの内容はプラットフォームごとに異なり、また、プラットフォームの利用者も異なることから、プラットフォーム間の競争は完全ではなく、特定のプラットフォーム事業者が何らかの市場支配力をもちやすい⁽⁵²⁾。こうしたプラットフォームが支配する多面的市場では従来の伝統的な市場分析力をうまく適用できない可能性が存在することを課題として指摘する論者も少なくない⁽⁵³⁾。

市場におけるプラットフォームの存在感が高まると、独占ではないかと危惧する声が出てくる。また、ネットワークが拡大するにつれて、プラットフォームの利幅も大きくなるから、市場が成熟すると、その業界を支配するプラットフォームは一つか二つに絞られてくる。その結果、市場における寡占化が生じやすい。プラットフォームをはじめとする革新的な企業もたらす生産性の向上は、経済の不均衡を増幅させ、政府や規制当局の介入を誘う可能性がある。この点につき、公正取引委員会は、二〇一九年一〇月三十一日、プラットフォームと呼ばれる巨大IT企業の実態調査に関する報告書を公表した⁽⁵⁴⁾。同報告書は、通信販売サイトやスマートフォン用アプリストアを経営するプラットフォームと呼ばれる事業者と出店企業の九三社から聞き取り調査を実施し、独禁法などの法令違反となる行為を整理して公表したものである。今日、通販サイトやアプリストアの運営をめぐるのは、出店企業から徴収する手数料の一方的な引き上げ、商品表示の順位の基準不開示、特定決済システム導入の強制、最安値での販売強制、消費者からの返品対応への強制、他のプラットフォームの利用制限、顧客情報・データの運営事業者による自社利用など、

様々な問題が浮上してきている。

政府は、右の公正取引員会の実態調査報告書を踏まえて、二〇一九年一月一二日、デジタル市場競争会議（議長・菅義偉官房長官）を開き、巨大IT企業への規制についてGAF Aと呼ばれる米大手四社の法務や公共政策の責任者から意見聴取をした。そして、政府は、聴取した意見等を参考に、関係省庁による横断的な規制案の検討を行った結果、二〇二〇年二月一七日、デジタル市場競争会議でデジタルプラットフォームの取引透明化に関する規制案を定め、翌一八日の閣議でこれを決定し、国会に提出した。⁵⁵ 取引の透明化は、新法「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」（案）で対応するものとし、当面、売り上げやシェアで一定以上の規模を持つ通販サイトとスマートフォンのアプリストアの運営企業を対象とする。対象企業に対して、出店者との契約を解除した場合に判断基準を開示することや契約変更を事前に告知することなどを義務付けるとともに、運営状況を毎年度、経済産業大臣に報告し、同大臣はこれを評価して公表する。取引先からの苦情に適切に対応する体制の整備も促し、従わない場合は公正取引委員会の勧告や命令の対象となる。収集・利用する個人データの取り扱いでも、新たなルールを整備する。対象企業がサイトの購買履歴といった個人データを明確な説明なく利用すると「優越的地位の乱用」にあたるとし、また、個人データを保護するため、個人が望まないデータ利用の停止を企業に要請できる「利用停止権（使わせない権利）」を導入する。法案策定の検討段階では、出店者に不利益となる一方的な規約変更や競合商品の拒絶など具体的な行為を禁止する案もあったが、巨大IT企業側の反対の声が大きく、技術革新の妨害になるリスクが拭えないとして、取引上の禁止行為を定めることは見送られた。この点、取引先の中小・個人事業者の間では、不利な契約を強いられることになるといった声が上がっており、新法案の実効性を疑問視する声もある。

しかし、先に指摘したように、プラットフォーム事業者には大きな市場支配力があるといっても、彼らはプラットフォームに参加するモノやサービス、情報などの提供者とその利用者に価値をもたらすことで間接的に支配しているにすぎない。プラットフォームは、ネットワーク内の利用者を増やし、結びつけることにより成長する。従来の直線的なビジネスのように生産手段を所有することによってではなく、提供者・参加者の双方を結びつけることによって市場支配力を構築するのである。その支配力は、プラットフォーム市場への幅広い参加と利用の結果であって、厳しく管理されたモノやサービスなどの所有と支配の結果ではない。プラットフォームは、大規模なネットワークを構築して管理し、利用者間の交換価値を円滑化すること、あるいは、そのような取引を作り出すことにより価値を生み出している。これがプラットフォームにおける価値エコシステムであり、価値の連鎖である。このような間接ネットワーク効果を伴う多面的で双方向性をもった市場の特性に鑑みれば、政府が指針などで大枠を示し、巨大IT企業が自律的に取引環境の改善に取り組んで行く形でのルールの整備が望ましいといえよう。重要なことは、このようなプラットフォームが生み出している社会的・経済的進歩の果実を消費者が得られるように配慮しながら、規制の方法および内容を検討すべきであるように思われる。詳しくは、四の4で論ずる。

三 シェアリングエコノミーによる個人間取引の展開

1 シェアリングエコノミーの意義

インターネット上のプラットフォームを介して行われるビジネスは、産業構造を根底から転換する重要な契機を有

している。⁽⁵⁶⁾ そのような取引の場を提供するプラットフォームは、見知らぬ者同士の個人間の取引を促進する場面においても重要な存在となっている。⁽⁵⁷⁾

近年の新しいテクノロジーは、昔ながらのモノやお金を所有する形態を、モノやお金、さらにはスキルなどを含む個人の資産をシェアし、利用して行くという形態に変貌させつつある。所有から利用を中心とした資産の流れに関する新しい経済は「シェアリングエコノミー」(Sharing-economy)と呼ばれ、アメリカから伝播してきたものである。⁽⁵⁸⁾

二〇〇〇年代半ばの米国シリコンバレー(カリフォルニア州北部のサンフランシスコ・ベイエリアの南部に位置しているサンタクラバレーおよびその周辺地域の名称)が、シェアリングエコノミー発祥の地といわれる。二〇〇八年、自宅の空き部屋などを宿泊施設として貸し借りするための仲介サービスが「エアビーアンドビー」(Airbnb)で始められた。⁽⁵⁹⁾ これに触発されるかのように、その後、多くの仲介サービスが生まれた。ウーバー・テクノロジー(Uber Technologies)が提供するライドシェアリング・サービスも、その一つである。⁽⁶⁰⁾ 米国発のエアビーアンドビーとウーバーは、シェアリングエコノミーの典型的な成功例である。⁽⁶¹⁾ 後述するように、資産の「所有」から「利用」へという新しい経済は、市民の間で培われてきたコラボ消費(Collaborative Consumption)の考え方を基礎に置きながら、これをシェアリングエコノミーという新しい経済システムにまで昇華したものだといわれる。⁽⁶²⁾ このシェアリングエコノミーという新しい経済は、二〇〇〇年代に入って、世界中に急速に広まった。⁽⁶³⁾

シェアリングエコノミーとは、英語(Sharing-economy)を直訳すれば、「経済を共有すること」、あるいは、「共有の社会関係によって統御される経済」(共有経済)を意味する用語である。意識すれば、個人が保有する活用可能な資産やスキルなどを、インターネット上のプラットフォームを介して、他の個人も利用可能とする経済活性化の取引行為

といふことができる。⁽⁶⁴⁾ このような取引を仲介するプラットフォームは、他人の余剰資産などの貸し借りや共有、あるいは再利用を可能にするシェアリングエコノミーの中心的存在でもある。シェアリングエコノミーは、こうした貸し借りや共有、再利用を通じて人間関係を作り出し、コミュニティの運営として機能させようとするところに狙いがある。しかし、今日では、それが本来意図したところとは異なり、営利目的から相互扶助や贈与までも含む広い概念として用いられている。⁽⁶⁵⁾

現在、このような新しい経済システムに立脚した新しいビジネスモデルや働き方が次々と生まれ、世界中に広まりつつある。わが国においても、シェアリングエコノミーの市場規模は年々増加して行くと予想されており、シェアリングエコノミーによる新しい価値の創造が日本の経済の仕組みを大きく変えつつある。⁽⁶⁶⁾

シェアリングエコノミーは、従来のレンタルやリースといった専門業者対個人の取引の仕組みと違い、見知らぬ個人と個人が取引するのが一般的であり、その個人間取引のマッチングを行う場をプラットフォームを管理運用している事業者が提供している点に特徴がある。コラボ消費の思想を背景に現代に甦った新しいシェアという経済は、「共に所有する」（共有）ではなく、「共に利用する」（共用）というところに本質があるといえよう。

今日、シェアリングエコノミーとしてプラットフォームを提供する多くの企業は、運輸、配送、買い物代行などのビジネスサービスにおいて、顧客とサービス提供者との間をインターネットのプラットフォームによって仲介している。その目的は、営利目的ないし商業活動である場合が多い。しかし、プラットフォームを基盤に置いた初期のシェアリングエコノミーは、それがアメリカで誕生した当初、非営利を目的とし、見知らぬ個人同士をインターネットによって仲介するものであった。その特徴は、従前からあるモノやサービスの共用をインターネットで瞬時につなぎ合

わせることで置き換えたものであり、新たなビジネスが誕生したというものではなかった。その後、このようなプラットフォームビジネスは、デジタル化されたインターネットを通じて更に進化を遂げ、交通インフラや企業間取引のオフィスサービスなどへの業態転換という目的のためにも活用されるようになり、次の段階に進んで行ったといわれている。⁽⁶⁷⁾

前述したように、二〇〇〇年代後半に、自宅の空き部屋を他人に貸し出す民泊サービスを手掛けるエアビーアンドビー (Airbnb) や自動車の空いている座席を同じ目的に行きたい人に貸し出す相乗り・配車サービスを仲介するウーバー (Uber) などがシェアリングエコノミーとして登場してからは、その違いは鮮明であり、それ以前のものと今とでは、その性質が大きく異なるともいわれている。⁽⁶⁸⁾ 現在、シェアリングエコノミーは、その多くがインターネット上に開設された仮想のフリーマーケット (Flea Market) 内でスマートフォン用のアプリ (モバイルアプリケーション) を用いて行われることから、「フリマアプリ」と呼ばれることがある。フリマアプリにより、見知らぬ個人同士のマッチングがいつでも・どこでもリアルタイムで行うことが可能となった。その結果、シェアリングエコノミーの市場規模も飛躍的に拡大する傾向にある。

2 シェアリングエコノミーの起源と台頭

(1) 従来型の共有社会

ところで、シェアリングエコノミーに見られるモノやサービスなどを社会で共有する考え方は、ずっと以前から行われており、目新しいことではない。そのような慣行は、古くは、ヨーロッパの村々の共用地・雁場・牧草地にみら

れ、また、現代では、公園、図書館、コミュニティの財産などにも見られる⁽⁶⁹⁾。

わが国においても、古くは共有という形で、昔から人々の生活の中に様々な形で存在してきた。その初期形態として、村や集落単位でコミュニティを作り、共同で財産を維持管理する仕組みやルールを挙げることができる。例えば、入会地は、生活に欠かせない物資を得ることができる場所として、村落共同体で管理・利用されている土地である。薪や用材を切り出すための山や、屋根を葺く茅を刈り取るための原野、地域の水源などが、入会地としてシェアされてきた。また、長屋暮らしなどでは、味噌や醤油の貸し借りのように、必要なものをシェアしながら暮らして行く風習もあった。このような昔ながらの共有の仕組みは、「扶け合いとしてのシェア」と呼ぶことができる⁽⁷⁰⁾。扶け合いとしてのシェアは、お互いがお互いのことをよく知っている地理的なし血縁的に繋がったグループがコミュニティを構成し、そのコミュニティ内で相互シェアが行われる点に特徴がある。このような扶け合いとしてのシェアは、限定的なエリアにおける双方向の貸し借り関係で成立しているサービス形態であるといえる。

次に、コミュニティによる扶け合いのシェアを通じて提供されたインフラなどの整備は、時代の流れに乗って、政府や自治体が提供するサービスへと代替されて行った。このような政府・自治体が提供しているインフラ整備またはそのためのサービスは、「公共としてのシェア」と呼ばれる⁽⁷¹⁾。公共としてのシェアは、多人数でインフラの費用と便益を分かち合うという点では、扶け合いとしてのシェアと共通している。また、公共としてのシェアは、政府や自治体の行政区域というように、決められた圏内に限られるという点では、扶け合いとしてのシェアと類似性をもつ。しかし、公共としてのシェアは、費用と便益を負担する人々の関係性という点では、扶け合いとしてのシェアと大きく異なる。すなわち、扶け合いとしてのシェアは、提供者と利用者の横の繋がりと信頼で成立する双方向のサービスで

あり、両者が入れ替わることがあるのに対し、公共としてのシェアは、提供者が定めた制度に基づく一方方向のサービスであり、サービスの提供者と利用者が基本的に入れ替わることはない。つまり、公共としてのシェアは、対象者との関連性が一方方向に固定されている点に特徴があるといえよう。

さらに、従来型のシェアの形態としては、「営利としてのシェア」がある⁽⁷²⁾。これは、企業が資産を所有し、会員である利用者にこれを提供するという仕組みに代表されるように、対象者との関係性が一定方向に固定されているサービス形態である。営利としてのシェアは、公共としてのシェアと類似性を有する。しかし、公共としてのシェアは、サービスの提供の範囲に地縁・血縁・コミュニティなどの枠組みがなく、また、その対象は生存のために必要不可欠で、かつ、個人では自ら調達することが難しいモノやサービスの提供である。これに対し、企業が提供する営利としてのシェアサービスは、生存のために必要不可欠ではないが、それがあると生活が充実するといったモノやサービスの提供が対象である。

このように、これまでも共有経済といわれるものがなかったわけではない。しかし、現代のシェアリングエコノミーは、従来型のシェアに対し、オンライン上のプラットフォームを介して行われるモノやサービスなどの共用であり、様々なモノやサービスなどを多様な主体間で、時にはまったく見知らぬ個人同士の間でも双方方向の取引を可能とする点に特徴がある⁽⁷³⁾。人はインターネットを介していつでも・どこでも、必要なだけ利用できる点が、シェアリングエコノミーの大きな特徴である。また、対象や時間によって提供者と利用者が相互に入れ替わることができる点も、従来にないシェアリングエコノミーの特徴といえる⁽⁷⁴⁾。

（2） コラボ消費と社会の変容

シェアリングエコノミーは、一九五〇年代以前のアメリカにおける牧歌的な古き良き時代を彷彿とさせるもので、連帯意識をもった人的関係の強い集団の中で育まれてきた慣行に、その原形をみることができるといわれる。シェアリングエコノミーという言葉の起源は必ずしもはっきりしないが、シェアリングエコノミーを論ずる学者の論文のいくつかは、レイチェル・ボッツマン (Rachel Rotman) とルー・ロジャーズ (Roo Rogers) が二〇一〇年に出版した共著『私のものは貴方のもの：共同消費の台頭』 (What's mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption)⁽⁷⁵⁾ の中で説いた「コラボ消費」 (Collaborative Consumption) に由来するという⁽⁷⁶⁾。この「コラボ消費」的な発想にヒントを得た学者らがこの考え方を一般化ないし普遍化して説明しようと試み、それが後にシェアリングエコノミーという言葉を生んだとも考えられている⁽⁷⁷⁾。ただし、シェアリングエコノミーが登場してきた初期と現在のシェアリングエコノミーとの間には、その内容に大きな質的变化が見られる⁽⁷⁸⁾。

ボッツマンとロジャーズによると、一九五〇年代のアメリカでは、友人や友人の知人を頼って旅行することは珍しくなかった。これに対し、今では、インターネットの普及に伴い、生産者と消費者、売り手と買い手、貸し手と借り手、また、近所同士を効率よく結ぶオンライン取引の巨大な市場が存在する。このようなオンラインによる取引は、昔の村での対面取引で結ばれている強い絆に似ているが、その規模はもっと巨大で限らないものである。今日、人は、職場や近隣、アパートや学校だけでなく、インターネットを介して結びつき、グループを作り、不特定多数による交流が作り出されている。言い換えれば、テクノロジーが古い信頼を新しい形に変え、このようなコミュニティの中で、人は協力し、シェアしながら生活をしている。こうしたシェアやコラボは、以前にはあり得なかったやり方や規模で

実現され、「私のものはあなたのもの」(What's Mine is Yours) 的な文化と経済が生み出されているという。ボッツマンとロジャーズは、昔ながらの古い集団や共有がコラボレーションし、コミュニティといった魅力的で価値ある形として再生しつつあるといい、このような大きなうねりを「コラボ消費」と名付けた。⁽⁷⁹⁾

ボッツマンとロジャーズは、次のようにいう。「人々は、日々コラボ消費を実践している―昔ながらの共有、貸し出し、売買、借り入れ、贈与、そしてスワップは、テクノロジーとP2Pのコミュニティを通して新たな形に生まれ変わった。コラボ消費によって、人々はモノやサービスを所有せずに利用することの莫大なメリットに気づいただけでなく、同時にお金や空間、時間を節約できることも、新しい友人を作ること、活発な市民に帰ることができることも気がついた。SNSやスマートグリッド、そしてリアルタイム技術のおかげで、時代にそぐわない過剰融資の習慣から抜け出して、自転車や自動車のシェアといった共同生活に基づく革新的なシステムをつくるのが可能となっている。これらのシステムは、利用効率を上げ、ムダを減らし、よりよい商品の開発を促し、過剰生産と過剰消費によって生まれた余剰を吸収することで、環境に大きく献をする⁽⁸⁰⁾。」と。

ボッツマンとロジャーズは、右のように述べたうえで、世界中で起きつつあるコラボ消費の事例を、三種類のモデル―プロダクトサービス・システム、再分配市場、そして、コラボ的ライフスタイル―に分類し、これら三つのモデルが一つになって、「何を消費するか」だけでなく、「どう消費するか」を変えつつあると説いた。⁽⁸¹⁾ コラボ消費は、イデオロギーに縛られることなく、社会主義と資本主義の両極端な期待を同時に満たすことができる考え方である。多くのモノを買い、それらを維持する余裕のある人が必ずしも人生に満足していないことは、様々な研究から明らかである。むしろ、その逆こそ真実であることの方が多い。ボッツマンとロジャーズは、この点を指摘しつつ、我々に

今の消費経済に未来があるかどうかを問い質した。

ボッツマンとロジャーズによると、この五〇年というもの、子どもたちは過剰に個人主義を重んじる社会で育ってきたために、生まれつき備わった自分勝手な性質が同じように生まれつき持っている分かち合いの精神を覆い隠しても不思議ではないが、この傾向は変わりつつあるという。過去数十年の間に、コラボレーション革命が静かに、しかし力強く起こり始め、文化や政治、経済のシステムの中で勢いを増している。コラボ消費を身近に行う人は、ミレニウム世代に入って、ますます増えている。多くの人が、モノを所有しなくても、そのモノから受けたサービス、つまり利用した分だけにだけお金を払うという「所有より利用」の考え方に、バックグラウンドの違う様々な世代がますます傾いているのは確かである。このコンセプトがプロダクトIIサービス・システムの基本であり、このモデルが個人の私的所有を前提に成り立ってきたこれまでの産業を破壊しつつあるという⁽⁸²⁾。プロダクトIIサービス・システムの環境への明らかなメリットは、あまり使われていない私有物をシェアによって最大限に活用できることにあるが、利用者にとっては二倍のメリットがある。一つは、品物の代金を全額払う必要はなく、維持費や修繕費、保険料などが節約できるうえに、持てる資産を最大限に活用することもできる。もう一つは、モノとの関係が所有から利用にシフトすることで、旅行やレジャー、仕事、食べ物、そして子供に関することまで、様々なニーズを満たすための選択肢が変わり、多様になる。また、人はソーシャルネットワークを通して、中古品や私有物を、必要とされていない場所から必要とされるところへ、また、必要とする人に配り直す。これがコラボ消費の第二のタイプ、再配分市場モデルである。シェアやスワップ、物々交換の対象となるのは、自動車や自転車や中古品といった目に見えるものだけではなく、同じような目的をもった人たちが集まり、時間や空間、技術やお金といった目に見えにくい資産を共有する。これが、

ボッツマンとレイチェルが説くコラボ的ライフスタイルのモデルである。

(3) シェアリングエコノミーの到来

現代社会に甦ったシェアリングエコノミーは、当初は無償を前提に個人間の取引を促進するものであったが、今では営利目的ないし商業活動として活用される傾向にある。そのため、シェアリングエコノミーを定義しようとする場合、定説といったものがなく、論者の中にもいくつかの見解が示されている⁽⁸³⁾。有力な見解は、シェアリングエコノミーの取引は見知らぬ個人同士の個人間取引であることに力点を置いて、シェアリングエコノミーを定義しようとする⁽⁸⁴⁾。このほか、シェアリングエコノミーを十分に活用していない遊休財産に限定して定義する者⁽⁸⁵⁾、一定の期間に未使用の財産や労務を提供する仕組みと定義する者がおり、また、人が動産やその他の資源、時間、技術などを提供する際の手助けをするウェブサイト上の手段と定義する者がいる⁽⁸⁷⁾。論者の中には、シェアリングエコノミーを一言で要約することは難しいとしながらも、一般的には、コミュニティにおける所有、地域限定の生産、共有、協働、小規模事業を促進することを意味するという者がいる⁽⁸⁸⁾。

いずれにしても、シェアリングエコノミーを定義することは、その対象の広さと目的の多様性から、難しいといえよう。現在のところ、共有経済が何を意味するのか、どのような経済活動がこれにあたるのかについては、これまで一致した見解は示されていない⁽⁸⁹⁾。最大公約数的に広くシェアリングエコノミーを捉えるならば、目的の観点から、シェアリングエコノミーは、モノの利用権を第三者に移転し、そのモノの利活用を図ることにより、対象となるモノの所有者が引き出せない価値を引き出すことにあるとか、遊休財産を共有し活用して行くことにより、人は環境を保護し、収入を得て、資源の不要な消費を回避することができるといえる経済の仕組みということになる⁽⁹¹⁾。後者の立場からは、

シェアリングエコノミーは、環境を破壊することなく、資源の利用を持続する近年の傾向に沿うもので、インフレのない経済を構築するのに役立ち得るということになる。

3 シェアリングエコノミーの質的転換と現代的展開

（1）シェアリングエコノミー発展の要因

今日、シェアリングエコノミーが拡大した背景には、ITの進化やスマートフォンの普及などが大きな要因として挙げられる。ITの進化により、すべてのものがデジタル化され、インターネットやスマートフォンを通じて取引が可能となった。モノのインターネット化（IoT）⁹²は、使われていないモノや場所、空いている時間を、それぞれ必要とする人と結びつけて価値を生み出している。多くのシェアリングサービスは、スマホから簡単に利用できるプラットフォームを整備し、アプリをダウンロードすれば即座に利用できる環境を整えている。これまで見えなかった個人の資産（モノや空間、お金など）やスキル（能力、知識など）について、その活用可能な時間帯や内容に関する情報をインターネットを通じてリアルタイムに不特定多数の個人の間で共有することが可能となった。このことが、シェアリングエコノミーの拡大に大きく寄与している。⁹³

また、シェアリングエコノミーは、インターネット上のプラットフォームを介した見知らぬ者同士の個人間取引を基本的な特徴とする。シェアサービスを通じて、モノや時間などを共有し合うのは、それまで会ったことのない他人同士である。それゆえ、何よりも当事者間における「信頼」（trust）の構築が重要となる。この点、シェアリングエコノミーにおいては、インターネット上のプラットフォームに設けられた「相互評価システム」（mutual reputation

system)を通じて信頼が得られるようになったことが大きかった。相手方を信頼できるか否かを判断するのに、スマホで確認できるSNSでの振る舞いや友人の数、過去の利用者による口コミ・得票、格付けは、見知らぬ他人同士の個人間取引にとって欠かせない材料である。こうした相互評価システムの構築は、シェアリングエコノミーの拡大にとって不可欠な要因であったといえる。⁹⁴⁾

このほか、人々の消費スタイルの変化も、シェアリングエコノミーの拡大に影響している。それが、コラボ消費への志向である。現代社会では、従来の大量生産・大量消費が見直され、モノを持つという豊かさから持たない豊かさへと消費の行動が変化してきている。従来、経済の目的は「所有」であり、家や車、衣類、家具家電など、多様で高価なモノを所有することが富の象徴となっていた。しかし、近年、必ずしも所有を求めない傾向へと価値観が変化し、豊かさの定義が変わってきた。この背景には、所有することを前提とした従来の経済活動の弊害、例えば、環境問題などがとくに先進国を中心に意識されるようになったことも無関係ではない。いずれにしても、シェアリングエコノミーは、空き家や稼働していない自家用車などの資産を有効に活用することで、社会全体の無駄を減らし、環境に配慮した持続可能な社会への転換を促す契機を有している。さらに、少子高齢化や人口減少で財源が確保できず、鉄道やバス、保育施設などの公共サービスが維持困難な自治体にとっては、シェア企業と連携することにより、自治体が抱える課題の解決策としても期待されている。⁹⁵⁾

(2) コラボ消費の現代的なアレンジ

シェアリングエコノミーと呼ばれる新たな経済の仕組みが、今や世界中に急速に広まり、世の中を大きく変えようとしている。新しいシェアの対象となるモノやサービスなどの資産は実に幅広く世の中に存在し、シェアできる対象

【図表 4】 シェアされる資産に着目したシェアリングエコノミー

資産 サービス	モノ	空間	スキル	移動	お金
サービスの内容	フリーマーケットサービス	民泊サービス ホームシェア 駐車場・会議室の利用	家事代行 労務の提供	ライドシェア カーシェア	クラウドファンディング ソーシャルレンディング
具体例	メルカリ	Airbnb	エニタイムズ	Uber	

（出典） 千葉恵美子・消費者法研究 5 号（2018 年） 73 頁

者と対象物の圧倒的な広がり、新しい経済システムを広げる原動力となっている。わが国においても、民泊を仲介するエアビーアンドビーやタクシー・ハイヤーの配車と個人間の相乗りを仲介するウーバーといった世界的にグローバルな展開を目指す企業が上陸し、本格的にサービスを展開する動きが出てきた。⁽⁹⁶⁾当初、民泊のエアビーアンドビーや配車サービスのウーバーなど、シェアリングエコノミーの代表的なサービスは既存業界の反対などで規制されていたため認知度は低かった、しかし、その後、個人が一般住宅に有料で旅行者などを宿泊させることを可能とする「住宅宿泊事業法」（いわゆる民泊新法）が施行されるに至ると、⁽⁹⁷⁾ビジネスとしてシェアリングエコノミーはわが国でも徐々に知られるようになった。⁽⁹⁸⁾ただし、自家用自動車を使った相乗りまたは配車サービスのよう、法整備が進んでない分野も少なからず存在する。⁽⁹⁹⁾

わが国におけるシェアリングエコノミーのサービスは、一般に、モノ、空間、移動、スキル、資金の五つに類別されて、紹介されることが多い。⁽¹⁰⁰⁾（図表 4）。これら五類型のうち、わが国で最も先行しているのが「モノ」のシェアリングである。⁽¹⁰¹⁾中でも、相乗り・配車サービス（ライドシェア）や宿泊サービス（民泊）がシェアリングエコノミーの典型事例のように議論されている。⁽¹⁰²⁾しかし、シェアリングエコノミーはこれらの領域に限定されるわけではない。この他にも、インターネットを介して提供される

資産であれば、有形資産から無形資産に至るまで多岐にわたる。¹⁰³ また、実際、見知らぬ個人同士の個人間取引を特徴とするシェアリングエコノミーサービスにおいて、これを仲介事業として展開する場合、そのいずれか一つの切り口で事業を行っている企業は少なく、二つ以上の組み合わせで事業を展開している企業がほとんどである。¹⁰⁴

従来のインターネット上のオンラインショッピングは、モノやサービスなど提供する事業者と消費者との間の取引(BtoC)が中心であった。これに対し、シェアリングエコノミーでは、インターネット上のプラットフォームを利用することで、モノや資産、スキルなどを提供したい個人と提供を受けたい個人とをマッチングさせ、個人間の取引(CtoC)を促進することが意図されている。

今や、インターネットを介したスマートフォン上に、シェアリングエコノミーなどの多様なサービスが登場し、利用が広がっている。シェアリングエコノミーは、その多くがインターネット上の仮想のフリーマーケット内で、スマートフォン用のアプリを用いて行われる。フリマアプリにより、個人間取引がいつでも・どこでもリアルタイムで行うことが可能となった。フリマアプリ上では、新品・中古品の区別を問わず、衣料品や雑貨小物、家具、家電などの多くのモノが取引されている。提供者は、売りたいモノを商品としてスマートフォンで撮影し、そのまま出品することができするため、従来のオークションなどの形態に比べて取引の利便性は高いといえる。¹⁰⁵ 活用次第では、個人の保有する遊休資産のみならず、余暇時間やスキルについても、シェアリングエコノミーでこれを取り扱い、個人が日常は本業としていない宿泊サービスや家事代行なども対象とすることも考えられよう。¹⁰⁶

わが国では、法規制の関係であまり普及が進まないが、アメリカやEUでは、一般の住宅への宿泊(民泊)や自動車の相乗り(ライドシェア)などを中心に、様々なシェアリング型サービスが立ち上がっている。¹⁰⁷ 例えば、個人が自

分の車を個人に貸すサービス (Gateround)、家の掃除など雑事をしてくれる個人を探すサービス (TaskRabbit)、旅行などに行く際にペットを預かってくれる個人を紹介するサービス (DogVacay)、個人の旅行ガイドを紹介するサービス (Vayable)、自宅において日時限定でレストランをしたい人が顧客を得るサービス (Heasly) などが、成功ビジネスの例として挙げられる。これらシェアリングサービスの多くは、個人間取引のマッチングをするプラットフォームを通じて、個人が事業主となってサービスを提供するという形態のものである。

(3) シェアリングエコノミーによる新たな価値創造と本質論

シェアリングエコノミーは、モノや空間、場所、人のスキルなどを他人と共有し、あるいは、これらを活用するシェアリングサービスが支配する経済圏である。近年、シェアリングエコノミーが話題となっているが、その裏側にある革命的な技術革新の本質を突いた議論はまだあまり見られない。シェアリングエコノミーの拡大は、人の意識が所有から共用へと変化していることを示すものであるが、その本質は、モノやお金、スキルなどを共有して金銭的な取引を促進することよりも、そこで繋がる人間関係や相互評価に基づく信頼の可視化からもたらされる新しいコミュニティの形成にある⁽¹⁰⁾。言い換えれば、シェアリングエコノミーは、失われた人間関係を現代社会に再び取り戻し、モノの貸し借りを超えた人間同士の交流が始まる契機になり得るものと捉えることができる⁽¹¹⁾。

シェアリングエコノミーの発展の過程で培われた資金調達や人材活用、事業成長などに関するノウハウは、得難い経験である。この流れが逆に、従来の伝統的な企業間取引に伝播し浸透するとしたら、世界中の企業がそれぞれの経営資源を持ち寄ることによって事業を形成し合うことも一般的となろう。こうした共有経済の考え方が継続するのであれば、個人の生き方や組織のあり方も大きく変わらざるを得ないが、これが一時的ないし過渡的なものにすぎない

のか、一つの言葉に表される一時的な盛り上がりのみを捉えるのではなく、その背後で進行する大きな流れを見定め、その意味を考えることが今まさに求められている。⁽¹¹⁾ シェアリングエコノミーは、これから起こるであろう革命的な技術革新の一端にすぎず、これからITを駆使した新しいイノベーションが様々な分野に押し寄せ、既存のビジネスモデルを変えて行くかもしれない。人間の活動がアルゴリズムで表現できるようになると、タスク単位で分解するとか、新しく組み合わせるなどして、多くの人の活動は自動化が可能となる。すでに情報検索や会計処理などは、完全自動化された。このような完全自動化は、AIの発達で今後も劇的に増えることが予想され、「法」から「コード」への転換が到来する時代が現実なものになりつつある。⁽¹²⁾

4 個人間取引の促進と契約上の問題点

インターネットの向こう側にいる個人については、これまで顔が見えず、信用度を推し量りにくかった。この点、実名利用のソーシャルメディアが普及すると、これによって一定程度の信用度が可視化され、個人によるモノやサービスの提供も選別して利用することが可能となった。前述したように、プラットフォームの提供するサービスや多くのシェアリングエコノミーにおいては、モノやサービスの提供後、利用者と提供者との間で相互に評価し合う仕組み（利用者が星の数などで行う評価、格付けなど）が導入されている。この相互評価システムにより、当事者双方に高い評価を得ようとするインセンティブが働き、モノやサービス全体の質を実質的に担保する仕組みとなっている。そして、これと同時に、事後レビューのような相互評価システムは、これを導入することで、取引費用の高騰を抑えることも可能となった。

しかし、シェアリングエコノミーにおいては、インターネット上のプラットフォームを管理運用する事業者が仲介するとはいえ、見知らぬ個人同士の取引が中心であるため、提供するモノの品質やサービスの質をめぐり、提供者と利用者との間で紛争となることも少なくない¹¹³。この点、シェアリングエコノミーでは、前述の相互評価システムにより、ほとんど多くの場合、利用者が提供者を正しく評価する仕組みが考案されており、低い評価を受ければ新たな利用者獲得は困難になる。そのため、提供者側には質の高いサービスを提供するインセンティブが働く仕組みとなっている。また、利用者側もこれと同時に評価を受けるため、利用者の質も問われることになる。シェアリングエコノミーの特性を考慮するならば、インターネット上のプラットフォームで両者のマッチングを行うプラットフォーム事業者の適正な管理も必要である。この点、相互評価の補完として、プラットフォーム事業者を認証する制度などを設けて置くことは必要と思われる¹¹⁴。

シェアリングエコノミーに限らず、プラットフォームを提供する企業は、一般的に、仲介したモノやサービスに関するビジネスリスク、人材確保や生産手段確保のコストを、プラットフォームの参加当事者（需要側・供給側）に受けもたせることが多い。その結果、プラットフォームビジネスは、比例的にコストが増加することなく、市場における急成長が可能となった。しかし、その反面、諸種のコストを人件費に含めざるを得ない既存の同業他社の競争相手に対しては、非常に破壊的な力を有しており、激しい競争を生じさせている¹¹⁵。シェアリングエコノミーサービスが既存産業に与える影響は、現時点ではまだ小さく、その内容はあくまで将来的な可能性を予想しているにすぎない¹¹⁶。しかし、シェアリングエコノミーサービスが普及すれば、いままでは法令順守の費用等を負担してきた既存事業者がシェア事業者から顧客を奪われるというのは、あまりにも不公平である。経済の新陳代謝が生じるのは歴史的にやむを得な

いことであるが、過度期には既存の事業者に対する何らかの経済措置や配慮は不可欠というべきであろう。^⑪ 現行の法制度がシェアリングエコノミーを想定していない以上、時代に即した法整備が必要なのは間違いない。

また、プラットフォームを介して働く者の就労の実態は、業種や仕事の内容が異なる場合はもとより、同種の仕事でも管理のあり方やその程度、業務自体の繁閑、あるいは個々人の働き方などにもよって多様である。労働サービスの分野でも、シェアリングエコノミーを通じた就労には問題が生じやすい。プラットフォーム事業者は、雇用主と就労者をインターネット上のプラットフォームによって仲介するにすぎないという理由から、プラットフォームを介して就労する労働者を雇用者ではなく、独立した自営業者と扱う傾向にある。^⑫ 自営業者と扱われる個人は、通常の雇用労働者が享受していた失業保険や健康保険、年金、労働災害保険といった社会保障を失うことになり、同じような仕事をしている他の雇用労働者と比べても、不安定かつ低賃金に陥りやすい。^⑬ 実際、アメリカやEUなどでは、この点が社会問題化し、プラットフォーム事業者や発注者を含む当事者間の労働関係を明らかにし、当該就労者の法的区分や社会的保護のあり方を見直そうとする動きや自営業者の権利擁護、社会保障のための新たな法制策を求める運動が起こっており、また、その一部は訴訟へと発展している。^⑭

さらに、シェアリングエコノミーが広く普及することにより、個人がモノやサービスの提供者として収入を得るようになる、所得税や消費税などの課税上の問題が生じる。また、こうした課税漏れの懸念のほか、サービス提供者やプラットフォーム事業者に適用される所得区分、課税措置など、シェアリングエコノミーをめぐる生じる課税上の問題は少なくない。個人がシェアリングエコノミーにより取得した一定以上の所得については申告義務があり、それが適正に行われなければ所得の申告漏れが大量に発生し、課税の不公平を生ずることになる。また、課税するにし

ても、それが給与所得、事業所得、雑所得のいずれに該当するかによって、控除や経費の扱い、赤字の損益通算などの処理が異なり、納税額の多寡や事務負担に違いが生ずることとなる。¹²² 早急な解決策が求められるところである。

四 シェアリングエコノミーと関係当事者に対する規律

1 基本的視座

これまでの検討から明らかなように、シェアリングエコノミーは、資産の価値を所有による排他的支配に求めるのではなく、資産へのリアルタイムなアクセスに求めることにより、その取引をより柔軟かつ容易にし、個人が所有する遊休資産を経済活動に活用し得ることを可能とした点に、その革新性が認められる。シェアリングエコノミーにおいて、事業者でない個人は、これまで事業者に独占されていたサービス利用者へのアクセス手段を得て、自らが普通に所有している遊休資産を何ら特段の先行投資をすることなく、反復的ないし継続的に提供することが可能となった。しかし、シェアリングエコノミーは、インターネットの普及とプラットフォームに集積される各種のデータの活用に関する技術的な発展を背景としてはじめて成立し得るビジネスモデルであるから、これまでに既存の法体系において顕在化してこなかった様々な論点を提供している。

2 各種業法の規制と媒介、仲介サイト

(1) 提供者に対する規制

現行法上、プラットフォームおよびこれに参加する契約当事者を一般的に規制する法律はいまだない。従って、参加当事者がどのような規律に服するかは、民商法その他の法律、各種業法が定めるところによることになる。¹²³ 各種のモノ・サービスや情報などの提供者に対しては、一般に「業法」と呼ばれる規制が課される。業法が適用されるか否かは、提供するサービスが「業法」の規制対象か、「業」に該当するかによって判断される。

従来、あるサービスを反復継続して行うことは業とみなされ、そのようなサービス提供者は当該サービスの利用者に対して広告宣伝や設備準備のために一定の投資を必要としたことから、これらの者が事業者として扱われた。しかし、インターネット上のプラットフォームを介して行なわれるシェアリングエコノミーの場合、事業者のように先行投資を行って反復継続してサービスを提供するのではなく、事業者でない個人がプラットフォームを活用して遊休資産の提供を行うにすぎない。そのため、こうした行為が果たして業といえるかどうか、その判断は容易ではない。

サービス提供者が個人であっても、その行為が反復継続性をもち、業に該当する限りは、各業法の適用を受けることになる。シェアリングエコノミーに参加する個人のサービスの提供に際して、何らかの資格が必要とされるとき、資格の取得に時間や費用がかかり、遊休資産のプラットフォームへの提供自体に支障が生じることにならざるを得ない。この点、具体的にいかなる行為が業法の規制対象となるのか否か、その判断が求められることになる。この問題につき、政府レベルでは、内閣官房IT総合戦略室の「情報通信技術（IT）の活用に関する制度整備検討会」や「シェアリングエコノミー検討会議」などにおいて、シェアリングエコノミーに関する規制のあり方が本格的に議

論され始めている。⁽¹²⁴⁾ シェアリングエコノミーは、資産の価値を所有による排他的支配に求めるのではなく、資産へのリアルタイムなアクセスに求めることにより、その取引をより柔軟かつ容易にし、個人が普通に所有する遊休資産を経済活動に活用することを可能とした点に、その革新性が認められる。このような新たな価値の創設を担い得るシェアリングエコノミーに対しては、これを規制するにしても、その価値を損わないように、シェアリングエコノミーがインターネット上に存在する経済であるという観点から、柔軟な制度設計が求められる。

（2）プラットフォーム事業者に対する規制

プラットフォーム事業者に対して何らかの法規制が課せられるか否かは、当該行為が各種業法によつて規律される行為の「媒介」といえるかどうかで、その適用の可否が判断される。⁽¹²⁵⁾ 媒介は商法上の「仲立」と呼ばれ、商行為の定義に登場する概念であり（商法五四三条）、仲立を含みこれを包含するものである。仲立という言葉が典型的に意味する行為としては、商法上の仲立がある（商法五四三条）。仲立は、商品の売買など他人間で行われる商行為の媒介をなすことをいい、他人の間に立つて両者を当事者とする法律行為の成立に尽力する事実行為を指すものである。⁽¹²⁶⁾ 各種業法において、プラットフォーム事業者の行為が媒介と評価されると、当該事業者の行為は各種業法において規制対象となる。ただ、現実には、プラットフォーム事業者の役割は、このような媒介に至らない程度の関与にすぎない場合も少なくない。

媒介を行う業者の法規制としては、これを一般的に規制する法律はいまだなく、各種業法および民商法などの法律で定まるところによる。媒介事業者としては、金融商品取引業者（金融商品取引法二条八項二号）、物品海上運送契約等の締結を媒介する海運仲立業者（海上運送法二条八項）、旅館運送契約・宿泊契約の締結を媒介する旅行業者（旅行業法

二条四項）、不動産仲介業者（宅地建物取引業法二条二項）、放送法上の有料放送管理事業者（放送法一五二条）などがよく知られている。

例えば、旅行業法は、旅行業の登録を受けて旅行業を営む者（一般に旅行代理店と呼ばれる）が旅行業務の取扱いに關して旅行者と結ぶ契約を企画旅行契約等と呼び（旅行業法一二条の四第一項）、これらの契約につき旅行者は約款を定めて観光庁長官の認可を受けなければならないと定める（同法一二条の二第二項）。また、観光庁長官と消費者庁長官が定めて公示した標準旅行約款と同一の約款を旅行者が定めたときは、観光庁長官の認可を受けたものとみなすと定めている（同法一二条の三）。わが国の旅行者のほとんどは標準約款を自社の約款として採用しているから、旅行者と旅行者が締結する旅行業務に關する契約が一般的な旅行契約であり、その内容はもっぱら標準約款をもって定められているといえる¹²⁷⁾。企画旅行契約の場合、旅行者は、旅行者が旅行者の定めた旅行日程に従って、運送・宿泊機関などの提供する運送・宿泊その他の旅行に關するサービスの提供を受けることができるように「手配」する債務を負っている（募集型約款三条、受注型約款三条）。この手配という旅行者の行為については、代理、媒介、取次と理解されてきた¹²⁸⁾。しかし、旅行の企画・手配といった旅行契約の実態を調べて見ると、その内容は代理・媒介・取次ほど明確には割り切れないものがあり、異なる解釈も成り立ち得る。そのため、旅行者が旅行契約を締結することによって、航空会社、バス会社、ホテルや旅館などに対していかなる権利を有するかは、旅行者と旅行サービス提供者に生じた紛争ごとに、必要な範囲で旅行者の行為の法的性格を論じれば足りるのであつて、旅行者の手配に關する具体的な行為の法的性格まで踏み込む必要はないと解されている¹²⁹⁾。

確かに、旅行者と旅行サービス提供者の間に立つ旅行者の法的地位を統一的に捉えることができれば、旅行

者が運送や宿泊などの旅行サービス提供者に対していかなる権利を有するかが判明し、法律関係の明確化とともに、旅行者の保護にも役立ち得るが、実態はそうようになっていない。旅行業者は、単に輸送機関や宿泊施設などの情報を提供する者ではなく、委託に基づき旅行者の希望に沿った航空会社、バス会社、ホテルや旅館などを探し、旅行者と旅行サービス提供契約を締結する意思があるかどうかを確認するとか、当該契約の条件の細部を打ち合わせるなどして、旅行者と旅行サービス提供事業者との間に当該サービス提供契約が締結できるよう尽力する者である¹³⁰。ここでは旅行サービス提供契約の締結に向けた積極的な人的関与が想定されており、そのような人的関与を行っていない旅行業者は旅行業法上の認可を行わなくてもよいという解釈も成り立ち得る。現に、一部の大手を含むオンライン旅行代理店は、「場」の提供者に過ぎないとして、旅行業法上の登録を行っていない¹³¹。

また、前述したように、今話題の民泊について見ると、民泊は、一般の民家やマンションの空き室を活用し、一日単位で提供する宿泊サービスである（住宅宿泊事業法「民泊新法」二条三項）。営業日数は年一八〇日が上限で（各自治体はさらに条例で営業日数を制限できる）、民泊オーナーには、宿泊者名簿の作成や合法物件である標識の掲示、外国語で施設の利用法を説明することなどが義務づけられている。従来、旅館業法には民泊の定義がなく、自宅などに有料で人を泊める場合には、ホテルや旅館と同様、旅館業法上の許可を得る必要があった。民泊法が施行された現在、民泊オーナーらは自治体に届け出るなどして届け出番号を得ると、合法民泊となる。

民泊運営の仕組みは、民泊オーナーが仲介サイトに物件を掲載し、利用客は立地や金額などを検討して申し込む。民泊の予約サイトなどを運営する仲介業者は、観光庁に登録しなければならない（民泊法二条八項、四六条）。無登録で民泊仲介業務を行い、または、これを行わせた者については、最高一〇〇万円の罰金が科せられる（民泊新法七二

条以下)。ここでいう民泊仲介業とは、宿泊者のために届出住宅における宿泊のサービスの提供を受けること、また、住宅宿泊事業者のために、宿泊者に対する届出住宅における宿泊のサービスの提供について、代理して契約を締結し、媒介をし、または、取次ぎをする行為である。仲介業者は、宿泊者と締結する民泊仲介契約に関して約款を定め、観光庁長官に届け出なければならない(民泊新法五五条)。

民泊法の施行により無届の民泊が違法な仲介サイトに掲載されるケースがなくなったわけではないが、民泊法が定める規律の明確化は、一般人があらかじめ自らの行為を既存の旅館業法に該当しないようにコントロールすることができるという点では、見知らぬ個人同士の個人間取引を特徴とするシェアリングエコノミーの推進に資するものであり、積極的に評価することができる。

以上のように、各種業法にいう媒介というためには、モノやサービスなどの提供者とその利用者の間に立って、両者を当事者とする法律行為の成立に尽力する行為を行うことが必要である。一般に、インターネット上のプラットフォームを管理運営する事業者は、法律行為の成立に尽力したといえるほどの人的な関与は行っておらず、単にシステムを利用させるなどして取引の「場」(プラットフォーム)を提供するにすぎない。プラットフォーム事業者の果たすべき役割がプラットフォームという場所やシステムの提供者としての役割にとどまる限りにおいては、取引当事者または仲介者としての法規制を受けないのが原則であるといえよう。¹³²⁾

ただ、プラットフォームを管理運営する事業者の中には、インターネット上に開設されたオンライン店舗などで、各種のモノやサービスや情報などを提供する出品者と利用者である消費者をマッチングさせて、その見返りとして一方または双方から使用料などの支払を受け、あるいは、宣伝広告を掲載する広告主から広告料を徴収するビジネスモ

デルを営む者もいる。このような場合には、プラットフォーム事業者は仲介事業者として扱われることになる。前述の内閣官房IT総合戦略室の中間整理では、このようなプラットフォーム事業者は仲介事業者と表現されている。¹³³

業法などの法規制が加えられない場合、プラットフォーム事業者は何でも自由に活動が許されるというわけではない。一方または双方の当事者から委託を受けて行う仲介行為は民法上の準委任と解されており（民法六五六条）、委任における受任者の地位に基づく責任が発生する場合がある。この場合、とりわけ重要なのが、プラットフォーム事業者が利用者に対して負う善管注意義務（民法六四四条）の判断である。プラットフォーム事業者は、プラットフォーム上で行われる個々の取引の適正について一般的かつ網羅的な監視までは要求されないが、問題を認知した場合には、個別的かつ事後的な措置を講じることが求められることがある。

例えば、プラットフォーム事業者がインターネット・オークションを運営するような場合、プラットフォーム事業者は古物営業法上の「古物競りあつせん業者」（同法二条五号）に該当し、公安委員会への届出義務（同法一〇条の二）、盗品等の疑いがある場合の警察官への申告義務（同法二条の三）を負っているが、出品されている古物の中に盗品などの疑いの古物が含まれているかどうかについての調査義務までは負わないと解されている。¹³⁴ また、出品者の確認（同法二二条の二）や古物売買に関するあつせんの記録・保存（同法二二条の四）などは、自ら古物を売買する古物商の場合とは異なり、努力義務にすぎない。¹³⁵

（３） 利用者に対する利用規約と消費者保護

インターネット上に開設されるプラットフォームフォームにおいては、多くの場合、プラットフォーム事業者により利用規約が定められており、取引行為の際にシステム上で利用規則に同意することが要求される。これにより、利用者とプ

プラットフォーム事業者の間にプラットフォーム上の利用契約が成立することになる。利用者に対するプラットフォーム事業者の責任を含めた当事者間の法律関係は、基本的に当該利用契約の規定内容により規律されることになる。ただし、プラットフォーム上の利用規約において、利用者がプラットフォーム上で取引によって被った損害につき、プラットフォーム事業者は責任を負わない旨が明記されていても、当該利用者が消費者契約法にいう「消費者」（消費者契約法二条一項）に該当する場合には、責任免除の約定は無効とされる（同条八条一項）。

プラットフォーム事業者の故意または過失によって利用者に損害が生じた場合には、利用契約上の責任とは別に、不法行為責任が発生することがある（民法七〇九条）。また、情報の仲介などに関するプラットフォームにおいては、利用者より提供される情報の中には、違法な情報が含まれている場合があり、それによって第三者に対して権利侵害が生じたときは、ソーシャルメディアの管理者であるプラットフォーム事業者にプロバイダーとしての法的責任の問題が生ずる。この場合、権利侵害情報の被害者は、プロバイダー責任制限法四条に基づき、プラットフォーム事業者に対して発信者情報の開示を求める権利を有する¹³⁶。また、損害賠償請求については、プロバイダー責任制限法三条が民法の特則となっており、同条に基づき、権利侵害情報の被害者はプラットフォーム事業者に対して損害賠償を請求することも可能である。

3 プラットフォーム事業者の責任と裁判例

前述したように、見知らぬ個人同士の取引を基本的特徴とするシェアリングエコノミーの仕組みそのものは単純で、モノやサービスなどを提供する側と利用する側、そして、両者をインターネット上のプラットフォームでマッチング

させ、仲介するプラットフォーム事業者の三者からなる。提供者と利用者のマッチングには、スマートフォンアプリなどが用いられる。利用者はその対価を提供者に支払い、対価の一部をプラットフォーム事業者が手数料として徴収する例が多い。その実質は決済手数料に近いともいわれるが、プラットフォーム事業者が不特定多数の個人間取引の成立に積極的かつ深く関わっている場合には、提供されるサービスの品質や履行について、サービス提供者と並んで、プラットフォーム事業者にも責任が生じてくる場合もあり得よう。しかし、現在のところ、プラットフォーム事業者の責任については、裁判例を見ても、具体的な取引への関与の度合いによるものの、総じて限定的な範囲にとどまっている。

例えば、オークションサイトにおいて詐欺の被害にあった参加利用者が、詐欺を行った出品者ではなく、オークションサイトの運営者に対して損害賠償を求めた事案で、インターネットオークションサイトの運営事業者は、他人間の法律行為に尽力する者とはいえないとして、その媒介性、仲立人であることの該当性が否定されたものがある¹³⁷。本事案では、オークションガイドラインが設けられており、オークションサイトの運営者は故意または重過失がない限り、参加利用者による損害賠償請求から免責される旨の条項が定められていたところ、オークションサイトという「場」の提供者が参加利用者に対していかなる義務を負うかという点が争点となった。

本件の第一審は、詐欺が増加しつつあった当時の状況に照らし、オークションサイトの運営者には利用者との間に締結された利用契約における信義則を根拠として、「欠陥のないシステムを構築して本件サービスを提供すべき義務」を認めたが、結論においては適切な対応が取られていたとして、かかる義務違反を否定した¹³⁸。控訴審では、本件オークションサイトの運営者が仲立人に該当するかどうか争われたが、オークションサイトの運営者は落札後に行

われる出品者と落札者の交渉過程には一切関与していないこと、出品者は自らの意思で本件オークションに出品し、入札者も自らの意思で入札していること、従って、運営者がその過程で両者に働きかけることはないこと、落札に関する通知はシステム上のプログラムに従い自動的に行われ、運営者が落札に向けて何らかの尽力をしているとは認められないことなどの事情に鑑みれば、本件オークションサイトの運営者が仲立人であることの該当性は否定されなかった。¹³⁹

また、金融商品取引所について、同所が利用者間の契約締結を媒介する仲立人（商法五四三条）にあたるかどうかが争われた裁判例がある。¹⁴⁰ 金融商品取引所は、システムの参加者が定型化された売買注文などをシステムの端末装置から入力すると、あらかじめ定められた一定のルールに従い取引が自動的に成立するシステムを提供しているのみであり、法律行為の成立に尽力する事実行為である媒介を行っているとはいえないとされている。

このほか、オンライン・ショッピングモールの出店者による商標権侵害について、商標権侵害の商品を販売した出店者に加えて、出店可能な場所を提供したインターネットモールの運営者に対して差止請求および損害賠償請求をなし得るか否かが争点となった事案がある。¹⁴¹ この事案において、裁判所は、モール運営者は逐一事前にチェックして権利侵害の有無を確認する義務は負っていないとし、結論において本件モール運営者の責任を否定した。ただし、インターネットモールの運営者が出店者に対する管理・支配を行っていること、出店者から基本出店料やシステム利用料などの経済上の利益を得ていること、出店者による商標権侵害の事実を知りまたは知り得る状況にあったこと、合理的期間内に侵害内容の除去をなし得たことが認められる場合には、インターネットモールの運営者に対しても商標権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求をなし得ると判示した。

4 政府による法規制と自主的ルール

これまでの検討から明らかなように、シェアリングエコノミーが提供するサービス取引は、見知らぬ者同士の個人間取引を基本とし、提供者の所有する資産やスキルを利用者に提供する仕組みである。しかも、その範囲は、モノや空間、移動、お金、スキルなど様々であり、多岐にわたる。このような特徴を有するシェアリングエコノミーについては、インターネット上のプラットフォームを介して行われるにしても、プラットフォーム事業者はサービスの提供者と利用者をマッチングさせるだけであり、従前のような各種の業法による企業に対する規制は及ばないのが原則である。シェアリングサービスの中には、自宅の空き部屋を他人に貸し出す民泊サービスのよう、住宅宿泊事業法（平成二九年法律第六五号）により利用者の安全を図るものもあるが、シェアリングエコノミーが取り扱うサービスについて個別の業法が設けられ、それによる規制が加えられるのは、むしろ例外的な措置である。

しかし、それでもなお、前述したような問題や課題が顕在化している。

インターネット上のプラットフォームやシェアリングエコノミーが提起する問題に関する議論は端緒にいたばかりであるが、インターネットを通じた取引は、今日、国境を越えて行うことが容易である。とくに、近年、短期間の間に多くの国で、プラットフォームを通じたビジネスを展開する傾向が顕著になっている。それゆえ、プラットフォームの規制については、世界各国で検討が進められている¹⁴²⁾。

欧州連合（EU）では、欧州委員会が、二〇一六年六月、シェアリングエコノミー（欧州においては collaborative economy¹⁴³⁾という）に係る取組を示すガイダンス文書『シェアリングエコノミーに関する欧州のアジェンダ』を公表した。次いで、欧州委員会は、二〇一八年四月、「オンライン仲介サービスのビジネス利用者のための公平性及び透明性の

向上に関する規則案」(COM(二〇一八)二三八)を公表し、欧州議会(二〇一九年四月)、EU理事会(同年六月)における採択を経て、二〇一九年七月に規則として公布された。⁽¹⁴⁴⁾ 同規則は、全一四三か条で構成され、二〇二〇年七月一二日からすべての加盟国に適用される。

わが国の政府は、成長戦略の一環として、シェアリングエコノミーを積極的に推進する立場から、シェアリングエコノミーの健全な発展のために、業法を中心とした現行規制の適用範囲の不明確な分野の解消に向けた取組みを行っている。⁽¹⁴⁵⁾ 主な動きを見ると、内閣のもとに設けられた内閣官房IT総合戦略室では、情報通信技術(IT)の利活用に関する制度整備検討会が二〇一五年五月に公表した中間整理案(「中間整理」制度整備の基本的な方向性⁽¹⁴⁶⁾)とこれに対するパブリックコメントを踏まえて、二〇一六年七月から「シェアリングエコノミー検討会議」を開催し、利用者の不安に向けた諸方策について議論を行っている。同検討会議は、二次にわたる提言を行い、同年一月、「中間報告書」を公表した。⁽¹⁴⁷⁾ 中間報告書では、シェアリングエコノミーの健全な発展のための具体的施策として、自主的ルールによる取引の安全性や信頼性の確保、業法を中心とした現行規制の適用範囲の不明確な分野の解消に向けた取組みなどが示された。⁽¹⁴⁸⁾ この中間報告書を受けて、政府は、同年一月、内閣官房IT総合戦略室内に「シェアリングエコノミー促進室」を設置し、シェア事業者からの相談や政府の支援制度などの検討を行っている。⁽¹⁴⁹⁾ また、政府は、これらに続き、新成長戦略「未来投資戦略二〇一八」および「骨太方針二〇一八」において具体的施策の一つにシェアリングエコノミーを掲げ、地方へのシェアリングエコノミーの普及を重要施策に位置づけ、シェアリングエコノミーの活用事例を創出する成果指標を新たに設定して、シェアリングエコノミーを積極的に推進して行くことを明らかにしている。⁽¹⁵⁰⁾ そして、政府は、前述したように、二〇二〇年二月一日、「デジタルプラットフォームの透明性及

び公正性の向上に関する法律」(案)を国会に提出し、二〇二〇年度中の国会での制定および施行を目指している。

現行の法制度がシェアリングエコノミーを想定していなかった以上、時代に即した法整備が早急に必要とされるのは間違いないところである。この点、関係業界の企業は、シェアリングエコノミーの拡大に対してどのように対応するのか、この点が重要な課題となる。⁽¹⁵¹⁾シェアリングエコノミーの普及の速度は速く、その対象は様々であるから、シェアリングエコノミーサービスの将来的な普及に備えて、企業は十分な対策を検討しておくことが求められる。⁽¹⁵²⁾

シェアリングエコノミーを規律しようとする場合に、政府や自治体はどの程度まで関与すべきかについては、現在、定説といったものはなく、争われている。⁽¹⁵³⁾論者の中には、シェアリングエコノミーに対する規制は、政府は自治体で十分に引き受けることができない場合にだけ権限を行使して立法すべきであるとし、下位の機関でなしうることを上位の機関が干渉してはならないと説く者がいる。⁽¹⁵⁴⁾これは、補充性の原則 (Principle of Subsidiarity) といわれる考え方であるが、⁽¹⁵⁵⁾シェアリングエコノミーの場合にも同様にあてはまると考えられる。シェアリングエコノミーの対象は様々であり、広範囲に及び得るものであるから、これを一律に規制することは難しい。むしろ、プラットフォームを管理運用する事業者や関係業界団体が自主的ルールを定め、これに委ねるべき方向で調整をすべきである。そのうえで、政府や自治体は、基本となる共通事項について、利用する者の収入や時間、回数など、必要最低限の規律を定めることが好ましいといえよう。⁽¹⁵⁶⁾

5 契約法理の再構成の必要性と方向性

今日、資本主義の世界では、共用型経済へのパラダイム転換が起こりつつある。それは、シェアリングエコノミー

という新しい経済で展開される社会の変容である。近年のテクノロジーの著しい発展とモノのインターネット（IoT）化は、経済をデジタル化し、インターネット上であらゆる財を人に結び付け、あらゆる接続点（企業や家庭や乗り物など）に絶えず刻々とリアルタイムで情報を提供することを可能とした。何十億もの人がピアトゥピア（ネットワーク上でコンピュータとそのユーザー同士が対等な関係で通信する方式）でネットワークに関与し、多くの新たな経済的機会と慣行を作り上げている。その結果、あらゆる財や情報が統一性ある稼働ネットワークに組み込まれ、社会のエントロピーを最適化しつつ、より生態系に近い環境で持続可能な社会（エコシステム）が構築されようとしている。このような背景を伴って資本主義経済の中に登場してきたのが、シェアリングエコノミーという新たな共有型経済である。シェアリングエコノミーは、これに参加する契約当事者および取引の観点から見ると、ネットワーク効果を伴ったインターネット上のプラットフォームを介して見知らぬ個人同士を結び付け、それを通じて行われる個人間取引である。その取引は、個人間でのモノやサービス、情報などの共用（貸し借り、売買、交換など）を基本としている。⁽¹⁵⁷⁾ 財の共用という考え方によってもたらされる変化は、極めて破壊的で、商業という限られた世界のみならず、社会を根底から支える価値観にも影響を及ぼす力をもっている。シェアリングエコノミーのような共用型経済が支配する経済圏では、プラットフォーム事業者と利用者相互間を中心に協働型コモンズとしてのコミュニティが結成される。⁽¹⁵⁸⁾ このコミュニティは、生活の最も社会的な側面にかかわる場であり、大抵、民主的に運営される自主管理組織からなる。コミュニティの中では、人々のネットワークが構築され、信頼関係が益々その重要性を増すことになる。⁽¹⁵⁹⁾ また、共用型経済の下では、財を所有することはそれにアクセスすることほど重要ではなくなり、個人による私利の追求は共用型の私益によって抑えられ、それに取って代わられることになる。

シェアリングエコノミーに代表される相互的な経済活動は、まだ漠然としていて、具体的な事例が散見される程度であるが、世の中が所有よりも共用という考え方に共鳴するにつれて、人の日常生活のあり方も変わり始めている。今起きている信頼への転換は、単なるテクノロジー革命の一部でもなければ、新しいビジネスモデルの出現でもない。それは、より根本的な根底からの変革であり、社会と文化の革命といえるものである。

テクノロジーの進化とこれによって引き起こされる社会の変容によって、再び大きな変革の時代に突入しつつある。テクノロジーの進化は、単に科学技術を進歩させるだけでなく、それが具体的な製品やサービスに実用化されると、社会や生活を大きく変化させることになる。このとき、社会で生成する新たな法律上の問題も、その種類や内容が変わってくる。契約でどのように定められているかによらず、技術的に使えない・見られないといった状況が発生し、利用者にはこれ以外の選択肢がないといった事態も生ずる。この場合、取引のルールは「契約」ではなく、「技術」であり、それを構成する「規格」や「基本設計」ということになる。ローレンス・レッシング教授は、一九九五年に『コード（CODE）』という書籍を出版し、その中で、技術的な「規格」（コード）が法律上で保障されているはずの権利とは無関係にルールを作っていると指摘した。¹⁶⁰「規格（コード）が法に代わる」という指摘は、この問題を端的に表現するものである。レッシング教授がこれを最初に提起したときは、デジタル技術によって法が潜脱されるというマインスのニュアンスがあった。規格（コード）によって法のルールが塗り替えられ、法が擁護している権利や価値が損なわれることに、レッシング教授は強い危機感を持っていたといわれる。¹⁶¹これに対し、今日、人工知能（AI）が普及する時代にあつて、規格（コード）が法に代わるという考え方は、トラブルが発生した場合に、法ではなく、技術的な対応によって問題の解決が図られること示唆する意味をもっている。

ただ、このような考え方を受け入れるにしても、次の点には留意する必要がある。それは、人間が法を解釈し運用する場合、裁量の余地が少ないと思われるときですら、様々な要因を考慮し、判断を行っている。これに対し、法の解釈運用を規格（コード）で置き換えようとする場合、人間が行うはずの裁量の余地を残した解釈運用をプログラムに書き込む必要があるが、それは複雑な内容にならざるを得ない。果たして、そのような取扱いが規格（コード）において可能かどうかである。¹⁶²

規格（コード）が法に代わるという考え方を推し進めて行くと、人工知能（AI）が契約書を見せて、それに人間が同意をしてから契約に入るという世界も考えられないわけではない。このような考え方は、現代の契約理論が構築される以前の合意理論の下で提唱されていた契約理論である。現代の契約理論は、ドイツ民法の影響の下に、契約を相対立する当事者の意思の合致と捉え、契約当事者の申込と承諾という意味に重きを置く構成原理を採用している。これに対し、それ以前の契約理論は、まず、契約当事者から独立した独自の客観的に正当性を持つ合意というものが存在し、これが社会的に確定されて、しかる後に、当事者がそれを承諾（同意）することによって契約が成立すると考えられていた。しかし、このような考え方に対しては、その客観性なるものが人間の自律性を損なうということで、カントからサヴィニーに至る時期においてそれが放逐され、契約は当事者の意思の合致（合意）に成立するものと考えられた。¹⁶³ それでも、現代の契約理論は、行き過ぎた個別の意思の探求を反省し、意思の形成には社会通念などが顧慮されるとしており、社会とのつながり（いわゆる契約の社会化）を否定しているわけではない。現在、開発が進められている人工知能（AI）その他のデジタル技術は、人間の自律的な判断部分をデータに基づく機械の判断に置き換えるものである。人間が関与しないまま契約が締結されるとか、機械の動作によって契約が成立するといったこと（これ

らは「スマートコントラクト」とも呼ばれる）については、議論しなければならない問題が多く残されている。¹⁶⁴ 契約理論の再構成は必要不可欠であるが、同意理論の復活に至るかどうかは今後の課題である。

テクノロジーの発展とインターネットの普及、それに伴うモノのインターネット（I・T）化は、出現しつつあるシェアリングエコノミーの台頭を促し、相乗効果を発揮させることに役立っているが、いくつか重要な問題が提起されている。¹⁶⁵ その1つが個人データの活用とプライバシーの保護である。プラットフォームビジネスにおいて、利用者が検索した閲覧履歴や商品購入の履歴、投稿や写真などのデータは、プラットフォーム事業者の手に残される。堆積した膨大な個人データはビッグデータといわれ、これらを人工知能（AI）などを活用して解析すると、利用者のニーズが分かり、次のビジネスチャンスにつながる。プラットフォームは、取引の場の提供を通じて、人の行動に関する膨大な個人データを手にしたといわれる。それゆえ、こうした個人データは「新時代の石油」とも称される。GAF Aなどの巨大IT企業が経済的に大きな影響力を持っている理由は、彼らがデジタル経済のプラットフォームとして、こうした膨大な個人データを握っているからである。プラットフォームは、対価の支払いもなく利用者から個人データを集め、巨額の利益を上げている。このようなビッグデータから得られる利益が誰にどのような形で分配されるかは、非常に重要な問題である。法的な支配権が存在しない中で、これをプラットフォームの利用などの契約に委ねておくことは、利益の分配が不公正となる懸念が生ずる。¹⁶⁶ プラットフォーマーが国家を凌ぐほどに大きな力をもつのであれば、権利の保護についても責任を持つべきであり、そのあり方が問われなければならない。¹⁶⁷

一方、モノのインターネット（I・T）化によりあらゆる人とモノがネットワークで結びつけられると、プライバシーを神聖不可侵なものとしていた囲い込みの層が次々に剥ぎ取られ、自由や幸福追求の権利と同様に重要とみなさ

れていたプライバシーの権利が危険に晒されることになる。プライバシーを守るためにどのような方策が必要とされるかは、重要な問題である。この問題については、一方で、生活のあらゆる面に関する情報が本人の許可なくまたは本人の意思に反して使われ、本人の幸福を危うくしたり損なったりしないように保障しながら、他方で、誰もが恩恵を受けられる透明性の高い開かれた情報やデータの流通を確保する方策が求められる¹⁶⁸。

人類の歴史からみれば、シェアリングエコノミーのような相互的な経済活動は、古くは共有という概念の下でこれまで行われており、目新しいものではない。にもかかわらず、旧来の共有という概念が装も新たにコラボ消費およびこれに基礎を置くシェアリングエコノミーとして現代社会に登場した背景には、インターネットによるオンライン市場の発展、とりわけ市場のプラットフォーム化が大きく寄与している。今日、シェアリングエコノミーという新たな経済が個々人の生活と社会経済に大きな影響を与え、それが新たなビジネスを促進するという点については、ほとんど異論がない。しかし、今日、ウーバーやエアビーアンドビーなどのシェアリングビジネスに対して差止めなどの多数の法的措置が求められるように、これをどこまで受け入れ、規制するかについては、世界の各地で論争がある。法が社会の変容に的確に対応するには、まず、テクノロジーの進化がどのような社会の変化をもたらしているかを正しく理解しなければならない。そのうえで、そのような社会の変化が現在の法的枠組の中で処理できるかどうか、この点を検討することが必要である。それにより、法が変革を迫られている問題点が明らかになり、将来への対応が可能となるといえよう。

五 結 び

本稿は、プラットフォーム化された市場がネットワーク効果を伴う二面的で双方向性をもつ市場であることを踏まえ、プラットフォームの種類を契約法の観点から整理・分類したうえで、プラットフォームビジネスの構造的特徴を明らかにし、法的側面からプラットフォーム上の契約関係を検討したものである。また、これに関連して、プラットフォームとシェアリングエコノミーの関係を切り上げ、シェアリングエコノミーによる個人間取引の促進と、それがもたらす問題点などを明らかにし、これにつき検討を加えた。

わが国においては、企業結合事例について、すでにプラットフォーム事業者に対し、独禁法などの競争法を適用する事例が登場するに至っている。通販サイトやアプリストアの運営をめぐることは、出店企業から徴収する手数料の一方的な引き上げ、商品表示の順位の基準不開示、特定決済システム導入の強制、最安値での販売強制、消費者からの返品対応への強制、他のプラットフォームの利用制限、顧客情報・データの運営事業者による自社利用など、様々な問題が浮上してきている。このような事例は、今後増えて行くことが予想される。

プラットフォームは、ネットワーク内の利用者を増やし、結びつけることにより成長する。従来の直線的なビジネスのように生産手段を所有することによってではなく、参加者を結びつける手段によって市場支配力を構築するのである。その支配力は、幅広い参加と利用の結果であって、厳しく管理された所有と支配の結果ではない。プラットフォームは、大規模なネットワークを構築して管理し、利用者間の交換価値を円滑化すること、あるいは、そのような取引を作り出すことにより、価値を生み出している。このような、ネットワーク効果を伴って市場を形成するプ

プラットフォームの特質に鑑みるならば、市場支配ゆえに一律に規制するのではなく、プラットフォームが生み出している価値の連鎖に配慮し、具体的な懸念事項について個別に検討を加えて行く必要は高いといえよう。

一方、シェアリングエコノミーは、インターネット上のプラットフォームを介して企業や個人が所有するモノやサービス、情報などの資産を共用（貸借・売買・提供）していく新しい経済の動きである。シェアリングエコノミーによる取引は、プラットフォームという取引の場を必要不可欠とし、その場を提供するプラットフォーム事業者がモノやサービスなどの提供者とその利用者のマッチングに深くかかわっている。この三者関係を契約法の観点からどのように規律するのか、この点が今後重要な問題として検討されなければならない。

プラットフォームビジネスおよびシェアリングエコノミーにおいては、両者がともにインターネット上のプラットフォームを介したビジネスモデルであることから、これまで既存の法体系において顕在化してこなかった様々な論点が顕在化しており、複雑な法律問題となって現れている。本稿では、これらの問題点を洗い出し、これを整理したが、明確な問題解決のための具体的な解釈論については今後の課題である。更なる検討は他日を期すことにし、差し当たり、新法案に対する国会等での審議を見守ることにしたい。

(1) 小田切宏之『イノベーション時代の競争政策』（有斐閣、二〇一六年）一九六頁以下、一九八頁。日本における情報化の進展と政策、ネットワーク化について、西谷敏「日本における情報化社会と法」松本博之ほか編『インターネット・情報化社会と法』（信山社、二〇〇二年）二九頁以下。

(2) 曾我部真裕ほか『情報法概説』（弘文堂、二〇一五年）七四頁。詳しくは、田村泰一「プラットフォーム戦略とビジネス

モデルに関する分析視角―デジタルコンテンツ端末を中心に―」早稲田国際経営研究四五号（二〇一四年）四一頁以下。

- (3) インターネットやデジタルコンテンツにかかるプラットフォームは、「デジタル・プラットフォーム」(Digital Platform)と呼ばれる。武田邦宣「デジタル・プラットフォームの市場支配力分析―SNS事業者とコミュニケーション事業者の統合事例―」公正取引七七九号（二〇一五年）一一九頁。

- (4) 経済産業省編『通商白書平成27年版』（勝美印刷、二〇一五年）一二七頁以下。総務省編『令和元年版情報通信白書』（日経印刷株式会社、二〇一九年）六七頁は、主なデジタル・プラットフォームを、広告・検索、電子商取引、SNS・アプリ、端末・ソフトウェア小売の四つの分野に分類し、紹介している。

- (5) ITを活用して複数の企業と個人を結びつけるプラットフォームビジネスに携わる企業が本社を置く数を国別にみると、中国がもつとも多く、プラットフォームビジネスによる経済の支配は、アメリカやEUよりもむしろ中国の方が顕著である。アレックス・モサドニニコラス・L・ジョンソン『プラットフォーム革命』（英治出版株式会社、二〇一八年）三五頁以下。詳しくは、山谷剛史「新興国市場プラットフォームビジネス」出井伸之（監修）『進化するプラットフォーム・グループ・アップル・アマゾンを超えて』（角川学芸出版、二〇一五年）二〇七頁以下。山崎憲ほか『諸外国のプラットフォームビジネス調査―アメリカ、イギリス、ドイツ、フランス―』（JILP海外労働情報19―07）（労働政策研究・研修機構、二〇一九年）九頁が引用するPeter C. Evans and Annabelle Gawer (January 2016), “The Rise of the Platform Enterprise” (PDF). The Center for Global Enterprise. Retrieved 15 March 2018によれば、デジタル・プラットフォーム企業が本社(Head Quarters)を置く場所は、二〇一五年時点で、サンフランシスコ・ベイエリア（いわゆるシリコンバレー）に四四社、シアトルが四社、北京が三〇社、杭州が六社、深圳が五社、東京が五社、ヴァルドルフ（ドイツ）が一社、ケープタウン（南ア）が一社、ノーウオーク（アメリカ）が一社、上海が一四社である。

- (6) 総務省編『平成29年版情報通信白書』（日経印刷株式会社、二〇一七年）二三頁以下。
- (7) 増島雅和ほか『「シェアリングエコノミー」の論点整理』Business Law Journal 二〇一六年一〇月号六二頁以下。
- (8) プラットフォーム化と産業構造の変化につき、経済産業省編・前掲注(4)一二七頁以下。

- (9) 総務省編・前掲注(4)六八頁。
- (10) これまでの先行研究については、千葉恵美子「電子商取引をめぐる取引環境の変化と今後の消費者法制―デジタル・プラットフォーム型ビジネスと取引法―」消費者法研究五号(二〇一八年)六三頁以下、齋藤雅弘「通信販売仲介者(プラットフォーム運営業者)の法的規律に係る日本法の現状と課題」消費者法研究四号(二〇一七年)一〇五頁以下、および、本稿の後注で引用する文献を参照。
- (11) 林秀弥「プラットフォームを巡る法と政策」岡田羊祐・林秀弥『クラウド産業論』(勁草書房、二〇一四年)二二頁以下、二二―二三頁、岡田羊祐「クラウド産業論…本書の分析視角」同書一頁以下などが指摘するところである。高まるプラットフォームの構築につき、アンドレイ・ハウジ「マルチサイド・ソフトウェア・プラットフォーム…ビジネスモデル、産業政策とイノベーション」後藤晃Ⅱ児玉俊洋(編)『日本のイノベーション・システム』(東京大学出版会、二〇一六年)一七頁以下。
- (12) 根来龍之「プラットフォームビジネスとは」出手(監修)・前掲注(5)五九頁以下、七二頁。
- (13) 根来・前掲注(12)七四頁。
- (14) 根来・前掲注(12)七七頁。
- (15) 曾我部ほか・前掲注(2)七五頁。プラットフォームの先行研究につき、溝下博「プラットフォームビジネスとビジネスモデルに関する研究レビュー」広島大学マネジメント研究一八号(二〇一七年)三三頁以下。
- (16) 言及する対象によって、プラットフォームが指し示す対象は異なる。林秀弥「二面市場とプラットフォーム…その法的課題」法とコンピュータ三三三号(二〇一五年)七頁以下、八―九頁は、これまで示されたプラットフォームの定義を集めて整理している。
- (17) ロール・クレア・レイエ、ブノワ・レイエ／根来龍之監修、門脇弘典訳『プラットフォーム勝者の法則』(日本経済出版社、二〇一九年)二五頁。プラットフォーム概念の多様性につき、Tarleton Gillespie, *The Politics of Platforms*, 12 (3) *New Media & Society* 1 (2010).
- (18) モサドⅡジョンソン・前掲注(5)四九頁以下。

- (19) これまで最も成功したプラットフォームは、グーグルとアップルである。モサド・ジョンソン・前掲注(5)四九頁。
- (20) 小見志郎『プラットフォーム・モデルの競争戦略…事業創造のマネジメント』（白桃書房、二〇一一年）五頁。初期の研究につき、小見・同書五―七頁。
- (21) アンドリュウ・マカフィー、エリック・ブリニョルフリン／村井章子（訳）『プラットフォームの経済学…機械は人と企業の未来をどう変えるか？』（日経BP社、二〇一八年）二二三頁。詳しくは、Joseph Farrell and Garth Saloner, Sandarization, *Compatibility, and Innovation*, 16 (1) *Rand Journal of Economics* 70-83 (1985) ; Michael Katz and Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, 75 (3) *American Economic Review* 424-440 (1985) など。
- (22) 根来龍之『プラットフォームの教科書』（日経BP社、二〇一七年）一一〇頁。
- (23) ジェフリー・G・パーカーほか／妹尾賢一郎監訳、渡部典子訳『プラットフォーム・レボリューション』（ダイヤモンド社、二〇〇八年）六頁、一〇頁。Only Lobel, *The Law of the Platform*, 101 *Minn. L. Rev* 87, 106 (2016)。
- (24) プラットフォーム企業によって現在変わりつつある産業部門と企業の例につき、ジェフリー・G・パーカーほか・前掲注(23)二二頁以下、および、同書二二頁図一―二参照。
- (25) トーマス・アイゼンマンほか／松本直子（訳）「ツー・サイド・プラットフォーム戦略」DIAMOND ハーバード・ビジネス・レビュー二〇〇七年六月号六八頁以下、七三頁。アーキテクチャという言葉が法学に浸透したのは、ローレンス・レシングの功績が大きい。松尾陽編『アーキテクチャと法―法学のアーキテクチュアルな展開？』（弘文堂、二〇一七年）二七頁、三三頁以下など。
- (26) レイエ・レイエ・前掲注(17)一二四―一二五頁。
- (27) 曾我部ほか・前掲注(2)八一頁。独占禁止法上、プラットフォームが問題となった事例として、ヤフー・グーグル業務提携事件、DeNA事件、JASRAC事件などがある。これらの事件の詳細につき、曾我部ほか・前掲注(2)九〇頁以下。
- (28) 曾我部ほか・前掲注(2)一二四頁以下。
- (29) 総務省編・前掲注(6)三七頁。オンラインプラットフォームの寡占度が上昇すると、その一方で、アプリ事業者による

サービスの多様化が進行し、その結果として、イノベーションが促進され、消費者の利益・便益が増進される可能性もあるが、逆に、新たなイノベーションが阻害される可能性があることも指摘される。

(30) 土田和博「デジタル・プラットフォームと独占禁止法・総論」法時九一卷三号（二〇一九年）五四頁。

(31) 森亮二「プラットフォームの法律問題」NBL一〇八七号（二〇一六年）四頁以下、藤原総一郎ほか「シェアリングエコノミーにおけるプラットフォーム規制（上）」NBL一〇七三号（二〇一六）一八頁以下。

(32) 森・前掲注(31)四頁。

(33) 山崎憲ほか・前掲注(5)一二頁以下。

(34) 根来・前掲注(22)四六頁以下。

(35) パーカーほか・前掲注(23)四五七頁以下。

(36) 小見志郎『プラットフォーム・モデルの競争戦略』（白桃書房、二〇一一年）九頁。

(37) モサド・ジョンソン・前掲注(5)六二頁。

(38) 國井二郎「プラットフォームビジネス」出井（監修）・前掲注(5)二三五頁以下。

(39) 國井・前掲注(38)二五三頁。ビッグデータの時代には、マーケティングのあり方も大きく変わりつつある。従来は、まず仮説を立ててからアンケートを取り、サンプリングの原理から仮説を実証するという方法が一般的であった。これに対し、今はサンプルではなく、全数を集め、かつ、あらかじめ限定しない多種の情報を収集したうえで、すべての変数間の相関を調べながら関係性のパターンを帰納的に抽出するといった手法が増えているという。國井・前掲注(38)二五三頁。

(40) 國井・前掲注(38)二四八頁以下。

(41) 小田切・前掲注(1)二二七頁など。

(42) 二面市場と双方向市場のもつイメージと両者の関係につき、白石忠志「平成26年度企業結合事例集の検討」公正取引七七九号（二〇一五年）一〇頁以下、一五頁の図一と図二を比較参照。

(43) 小田切・前掲注(1)二三三頁、白石・前掲注(42)一五―一六頁など。

市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題（長谷川）

- (44) 小田切・前掲注(1)二三三頁。
- (45) 詳細は、土田和博「不当な取引制限の基本的論点と現代的論点」公正取引八一〇号（二〇一八年）一四頁以下。この問題については、とりわけ、プラットフォーム事業者と提供者との間に、契約の開始時、中途、および終了時において、どのような法律関係が生じているのかが重要である。
- (46) エコシステムの概念について、OECDでは、経済主体の複雑でグローバルな相互依存関係を有するものとして「グローバル・データ・エコシステム」という概念を紹介している。Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being, OECD (2015). また、「ICTエコシステム」の概念につき Martin Fransman, The New ICT Ecosystem: Implication for Policy and Regulation, Cambridge Univ. Press, 2010, p.9.
- (47) 土田和博「デジタル・プラットフォームと独占禁止法・総論」法時九一卷三号（二〇一九年）五四頁以下、五五―五六頁。
- (48) 林秀弥「プラットフォームと二面市場」法時九一卷三号（二〇一九年）五九頁以下、六二頁。
- (49) このため、データは新しい貨幣であり、石油であるともいわれる。武田・前掲注(3)二三頁。
- (50) 例えば、フェイスブック (Facebook) などは、SNSで得たデータをもとに、SNSの利用者に対してオンライン広告を提供している。SNSは無料で提供され、宣伝広告や追加サービスにより収益を得るのが一般的である。これに対し、オンライン広告を提供しないSNSもある。WhatsApp (WhatsApp) は、オンライン広告で利用し得る個人データを収集しないし、また、オンライン広告を提供することもしていない。武田・前掲注(3)二〇頁、二二頁。
- (51) 詳細は、土田・前掲注(45)五六頁。
- (52) 小田切・前掲注(1)二三三頁。併せて、後掲注(55)および(55)を参照。
- (53) 武田・前掲注(3)二八頁。
- (54) 報告書の内容については、二〇一九年十一月一日付けの主要新聞社の新聞朝刊を参照。
- (55) 新法案は、全四章二五か条から成る。新法案の趣旨・概要および関連資料つき、経済産業省のHP参照。
- (56) Lobel, *supra* note 23, at 87, 94 (2016).

- (57) Meghan Murphy, *Cities as the Original Sharing Platform: Regulation of the New Sharing Economy*, 12 J. Bus. & Tech. L., 127, 137 (2015).
- (58) 詳しくは、アルン・スンドララジャン／門脇弘典・訳『シェアリングエコノミー』（日経BP社、二〇一六年）四四頁以下、五一―五二頁、一八二頁以下。
- (59) エアビーンアンドビーの設立の経緯につき、リー・ギャラガー／関美和・訳『Airbnb Story』（日経BP社、二〇一七年）六頁以下など。
- (60) 立入勝義『ウーバー革命の真実』（デイスカヴァー・トゥエンティワン、二〇一八年）二九頁以下など。
- (61) 創業期のエアビーンアンドビーやウーバーの試練とその後の興隆につき、ブラッド・ストーン／井口耕二・訳『UberとAirbnbはケタ違いの成功をこう手に入れた』（日経PB、二〇一八年）イントロダクション（一一―一七頁）、二四頁以下、宮崎康二『シェアリングエコノミー：Uber, Airbnbが変えた世界』（日本経済新聞社、二〇一六年）八三頁以下 [Airbnb]、一〇九頁以下 [Uber]。
- (62) Inara Scott and Elizabeth Brown, *Redefining and Regulating the New Sharing Economy*, 19 U. Pa. J. Bus. L. 553, 554, 566 (2017); Murphy, *supra* note (57), at 137. シェアリングエコノミーは、個人の資産を所有から切り離し利用に重点を置もので、所有権経済 (ownership economy) からアクセス経済 (access economy) への道を明確にするものといえる。
- (63) Scott and Brown, *supra* note 62, at 554, 566; Francesco Ducci, *Competition Law and Policy Issues in the Sharing Economy*, in: Law and the “Sharing Economy” Regulating Online Market Platforms, edited by Derek Mckee, et al., Univ. of Ottawa Press 2018, 295, 300 et seq.
- (64) 総務省編・前掲注(6)二三頁。英語論文として、Scott and Brown, *supra* note 62, at 553; Murphy, *supra* note 57, at 127 など。
- (65) シェアリングエコノミーに関する邦語文献は多数あるが、差し当たり、市川拓也「概説 日本におけるシェアリングエコノミーの現在」生活協同組合研究五二三号（二〇一九年）五頁以下、同「拡大するシェアリングエコノミー―現状と課題―」

国民生活ウェブ版六六号（二〇一八年）一頁以下、高田裕介「わが国のシェアリングエコノミー政策の狙いと今後…『個』を基軸とした経済圏の創出」金融財政事情七〇巻三四号（二〇一九年）三〇頁以下、佐別当隆志「日本におけるシェアリングエコノミーの現状」自動車技術七三巻一号（二〇一九年）二六頁以下、萩原功「シェアリングエコノミーとは何か？〜製造・流通・物流をどう変えるのか？〜」流通ネットワーキング三〇三号（二〇一七年）一一六頁以下など。

- (66) 市川拓也「シェアリングエコノミーへの期待と課題〜日本経済の健全な成長に向けて〜」大和総研調査季報二四号（二〇一六年）三八頁以下、此本臣吾「〈基調講演〉デジタルで変える日本の未来…シェアリング・エコノミーの衝撃」NIRA未来開発フォーラム二〇一七・知的資産創造（二〇一八年新春号）四頁以下、岡田悟「シェアリングエコノミーをめぐる論点」調査と情報九八三号（二〇一七年）一頁、四頁以下など。総務省・前掲注(6)二三―二八頁は、シェアリングエコノミーの代表的サービスを五つの分野（モノ・空間・スキル・移動・お金）に区分し、わが国のシェアリングエコノミーの市場状況を分析したうえで、消費者の認知度や利用意向を国際的に比較した統計資料を公表している。

- (67) Murphy, *supra* note 57, at 129; Scott and Brown, *supra* note 62, at 559.

- (68) Jamila Jefferson-Jones, *Airbnb and the Housing Segment of the Modern 'Sharing Economy': Are Short-Term Rental Restrictions an Unconstitutional Taking?*, 42 Hastings Const. L.Q. 557 (2015).

- (69) Murphy, *supra* note 57, at 128. 詳しへば、Molly Cohen and Arun Sundararajan, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, 82 U. Chi. L. Res. Dialogue 116, 124-25 (2015); Sofia Ranchordas, *Does Sharing Mean Caring: Regulating Innovation in the Sharing Economy*, 16 Minn. J. Sci. & Tech. 413, 456 (2015); Tom Slee, *What's yours is mine : against the sharing economy*, Scribe, 2017, p. 23 など。レイチェル・ボッツマン／関美和訳『TRUST: 世界最先端の企業はいかに〈信頼〉を攻略したか』（日経BP社、二〇一八年）一九頁以下にも簡単な概観が示されている。

- (70) 長田英知『いまこそ知りたいシェアリングエコノミー』（デスカヴァー・トゥエンティワン、二〇一九年）二四頁。

- (71) 長田・前掲注(70)二七頁。

- (72) 長田・前掲注(70)三一頁。

- (73) 長田・前掲注(70)四六―四八頁。
- (74) 長田・前掲注(70)四八頁は、このような特徴を有するシェアリングエコノミーを従来型のシェアに対して「社会的共用としてのシェア」と呼ぶことができるとしている。
- (75) 本書の翻訳として、レイチェル・ボッツマン、ルー・ロジャーズ／小林弘人(監修)、関美和(訳)『シェア…〈共有〉からビジネスを生み出す新戦略』(日本放送出版協会、二〇一〇年)がある。以下では、ボッツマン、レイチェル／小林(監修)、関(訳)として引用する。
- (76) Scott and Brown, *supra* note 62, at 558. コラボ消費という言葉は、フェルソンとスペースが一九七八年に発表した論文(M. Felson and J. L. Spaeth, *Community Structure and Collaborative Consumption: A Routine Activities Approach*, 21 *American behavioral Scientist* 614 (1978)) において最初に用い、ボッツマンとロジャーズが二〇一〇年の著書で現代的意味における最も有用な定義を与えたといわれている。Cait Lambert, *Collaborative Consumption, from Theoretical Roots to new Opportunities*, in: *The Cambridge Handbook of Consumer Psychology*, edited by Michael I. Norton, et al., Cambridge Univ. Press, 2018, pp. 694-695.
- (77) Scott and Brown, *supra* note 62, at 558, 558 et seq.
- (78) 現代社会における変容を指摘するものとして、Scott and Brown, *supra* note 62, at 567, 590; Talia Loucks, *Travelers Beware: Tort liability in the Sharing Economy*, 10 *Wash. J. L. Tech. and Arts* 329, 330 (2015); Catherine Lee Rassman, *Regulating Rideshare without Stifling Innovation: Examining the Drivers, the Insurance Gap, and Why Pennsylvania Should Get on Board*, 15 *Pitt. J. Tech. L. & Pol'y* 81, 97-99 (2014); Hannah A. Posen, *Ridesharing in the Sharing Economy: Should Regulators Impose Uber Regulations on Uber*, 101 *Iowa L. Rev.* 405, 407 (2015) など。
- (79) ボッツマン、レイチェル／小林(監修)、関(訳)・前掲注(75)一三頁。
- (80) ボッツマン、レイチェル／小林(監修)、関(訳)・前掲注(75)一四頁。
- (81) ボッツマン、レイチェル／小林(監修)、関(訳)・前掲注(75)一四頁以下。

- (82) ホットマン、レイチェル／小林 (監修)、関 (訳)・前掲注(75)八九—一〇一頁。
- (83) Scott and Brown, *supra* note 62, at 559.
- (84) Ranchardas, *supra* note 69, at 416; Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing As A Modality of Economic Production*, 114 Yale L. J. 273, 276 (2004); Molly Cohen and Corey Zehngelot, *What's Old Becomes New: Regulating the Sharing Economy*, 58 Boston B. J. 6 (2014); Chris J. Martin, Paul Uphan and Leslie Budd, *Commercial Orientation in Grassroots Social Innovation: Insights from the Sharing Economy*, 118 Ecological Econ. 240, 240 (2015); Bronwen Morgan and Dechan Kuch, *Radical Transactionalism: Legal Consciousness, Diverse Economies, and the Sharing Economy*, 42 J. L. Soc'y 556, 557 (2015) ㄆㄆㄆ。
- (85) Rossman, *supra* note 78, at 97-99.
- (86) Bryant Cannon and Hanna Chung, *A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies*, 31 Santa Clara High tech. L. J. 23, 25 (2015).
- (87) Louks, *supra* note 78, at 330; Posen, *supra* note 78, at 407 ㄆㄆㄆ。
- (88) Janelle Orsi, *Practicing Law in the Sharing Economy: Helping People Build Cooperative Social Enterprise, and Local Sustainable Economies*, American Bar Association 2014, p.2.
- (89) Cristiano Codagnone and Bertin Martens, *Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues*, European Commission Institute for Prospective Technological Studies: Digital Economy Working paper No. 2016/01, pp.6-7. available at: <http://ssrn.com/abstract=2783662> ㄆㄆ 各論者の説く定義を挙げて、分析を加えている。
- (90) Scott and Brown, *supra* note 62, at 561.
- (91) Orsi, *supra* note 88, at 4.
- (92) シェレミー・リフキン／柴田裕之・訳『限界費用ゼロ社会：モノのインターネット』と共有型経済の台頭』(NHK出版、二〇一五年) 一五頁以下、二三三頁、一一二頁。

(93) 野口功一ほか「拡大するシェアリングエコノミー」Journal of Financial Planning 21 (228) (二〇一九年) 六頁、〈特集〉「ニーズをつなぐ」：広がる『シェア』経済」NIKKI ECOLOGY 2016.5 三六頁以下、三七頁、〈特集〉「シェアリングエコノミーの破壊力」総論」経済界一〇五二号 (二〇一五年) 一八頁以下、二〇—二二頁など。

(94) ボッツマン・前掲注(69)二三頁は、今起きている信頼は単なるテクノロジー革命の一部でもなければ、新しいビジネスモデルの出現でもない。それは、より根本的な根底からの変革であり、社会と文化の革命といえるもので、この革命は世界を変えることになるという。併せて、上田祐司「シェアリングエコノミー2019」戦略経営者二九二号 (二〇一九年) 二四頁以下、四五頁参照。エアビーエヌビーを例にとると、エアビーエヌビーでは、ID認証、オンライン決済、二四時間対応のカスタマーセンターによるサポート、予約リクエスト、相互レビュー、ホスト保険を整備することで、ホスト／ゲストが抱える「自分の家を貸す／自分の家に泊まる」という抵抗感を和らげ、見知らぬ個人間の取引を安全なモノにすることに成功している。長田・前掲注(70)七〇—七三頁。

未知のものへの信頼がイノベーションと経済発展に欠かせない役割を果たしてきたことは、歴史が物語っている。その一つが、中世の地中海沿岸で遠隔貿易を担ったマグリブ貿易商が築き上げた信頼の話は有名である。マグリブの商人は、正式な貿易上の規制や法的な契約も存在しなかった時代にあつて、遠く離れた場所にいる代理人が自分たちの見張りなしに、荷降ろしや現地での市場販売を行わせるために、連合体を結成し、集团的制裁を課すことによって、評判に基づく信頼のシステムを作り上げた。商人を欺いた代理人に対しては、貿易商のグループすべてが取引を停止し、雇わないという約束(coalition・結託とも呼ばれる)を交わした。商品も代理人のどちらの側も、取引の継続のためには正直さが得になることを知ることになった。これが、近代的な遠隔貿易の時代の幕上げとなった。その後、キリスト教会を中心に形成された「ジェノバの商人」もまた同様に遠隔貿易に関与した。しかし、彼らは、マグリブの商人よりも個人主義的な価値観を有しており、商取引の実行は出自や血縁といった縁故主義によらず、あくまでも個々人の正直さや経済能力といった信用によって運用された。そのため、裁判所などの第三者機関による裁定を受け入れ、商人法という法システム(商慣習)を発展させることになった。ただ、彼らが採用した商取引方法は、「マグリブの商人」たちが採用した閉鎖的な方法に比べて、裁判所などの社会制度の整備を事前に必要と

したため、より高いコストが必要であった。しかし、ジェノバの商人たちが採用した法システムの方が市場をよりオープンとさせたことから、経済規模と経済域が拡大するにつれて、マグレブの商人との競争ではジェノバの商人が優位に立ったといわれている。詳しくは、アブナー・グライフ／岡崎哲二・神取道宏監訳『比較歴史制度分析』(NTT出版、二〇一〇年)五一頁以下「第3章 自律的秩序による契約履行制度・マグリブ商人の結託」、一八八頁以下「第8章 国家の建設・ジェノヴァの興亡」、一三二頁以下「第9章 制度の軌跡とその起源・文化に根ざした予想と社会組織」。グライフの説く歴史観を批判的に取り上げながら、マグリブ貿易団が定めた制裁主義の意義を検討する最近の論文に、Lisa Bernstein, *Contract Governance in Small-World Networks: The Case of The Maghribi Traders*, 113 Nw. U. L. Rev. 1009 (2019) 1009があげられる。

(95) 上田・前掲注(94)四七頁以下。

(96) 〈特集〉「世界の常識 日本を急襲シェアリングエコノミー」NIKKEI BUSINESS 二〇一五年十二月二二日号二八頁以下は、日本にもシェアリングエコノミーと呼ばれる新たな経済活動が押し寄せているとし、いち早くその最前線を報道している。このほか、この種の報道は、〈特集〉「シェアリングエコノミー 素人革命」の衝撃」週刊ダイヤモンド二〇一六年一月九日号九二頁以下、「もうかるシェア経済」エコノミスト二〇一七年八月八日号一八頁以下などでも取り上げられている。

(97) 住宅宿泊事業法(民泊新法)の制定経緯につき、谷口和寛「住宅宿泊事業法(平成29年法律第65号)の解説」NBL一一二二号(二〇一七年)二〇頁以下、山本龍太郎・木田晃一「初のシェアリングエコノミー立法『民泊新法』のポイントと留意点」ビジネス法務一七巻九号(二〇一七年)五九頁以下、柴野相雄ほか「住宅宿泊事業法施行要綱(ガイドライン)の概要について」NBL一一一八号(二〇一八年)一九頁以下、高田泰「新法施行から一年余り、日本の民泊はどこへ行く」生活協同組合研究五二三号(二〇一九年)一九頁以下など。一般個人が自宅の空き部屋を宿泊場所として提供する行為(いわゆる民泊)は、宿泊料を徴収すると営業行為と見なされ、旅館業法の規制対象であった。旅館業法には民泊に関する規定が設けられていなかったため、民泊を旅館業法が定める簡易宿泊所に位置づけ、営業許可を必要とした。しかし、民泊の利用者が拡大するにつれ、旅館業法の許可がないまま宿泊業を営む無許可営業が増加し、これが社会問題となった。このような状況を改善するため、二〇一六年一〇月、民泊ビジネスに関する規制緩和として、国家戦略特別区域法一三条の旅館業法の特

例（いわゆる民泊特区）が導入された。これは、特区にある施設において旅館業を営む者が都道府県知事等の特定認定を受けた場合、旅館業法の適用を除外するというものである。そして、更なる規制緩和として、二〇一七年六月、民泊のルールを定めた「住宅宿泊事業法」（以下、民泊新法という）が制定された。民泊新法は、旅館業法の許可がなくても、年間一八〇日を超えない範囲内で住宅（台所・浴室・トイレ・洗面施設を備え、生活の本拠として使用している家屋）への宿泊を可能とする。民泊新法では、住宅宿泊事業・管理業・仲介業の三つの事業と事業者の要件（住宅宿泊事業者につき都道府県知事への届出「住宅宿泊事業法三条一項」、住宅宿泊管理業者につき国土交通省への登録「同法二二条一項」、住宅宿泊仲介業者につき観光庁への登録「同法四六条一項」など）を定めている。民泊新法施行後の課題につき、鎌野邦樹「民泊をめぐる法的課題——住宅宿泊事業法施行後の私法上の論点」ジュリ一五二六号（二〇一八年）七六頁以下、高坂晶子「民泊をめぐる国・自治体の動きと今後の課題」都市問題二一〇号（二〇一九年）四頁以下など。

(98) なお、わが国のシェアリングサービスは決して普及しているとはいえない難い実態があるとの指摘につき、浜屋敏「シェアリングエコノミーの普及に必要な利用者起点のビジネスモデル」Netcom 三〇巻（二〇一七年）二八頁以下、三四頁。

(99) わが国では、自家用車による有償の旅客運送を行うこと（いわゆる白タク）は原則として禁止されており（道路運送法七八条）、相乗り・配車サービスとして可能なのは、ガソリン代や道路通行料の実費範囲内で同乗者が費用を分担する移動サービスに限られる。白タクのような営業行為はタクシー業界からの反発も強い。この点につき、野間敬和「営野邑一斗」ライドシェア、カーシェアをめぐる最近の議論——安全性の確保を中心として」ビジネス法務一七巻九号（二〇一七年）六五頁以下、川上資人「ライドシェアを通して見るシェアリングエコノミーの問題」労働調査五七七号（二〇一九年）一三頁以下など。

(100) 野口ほか・前掲注(93)一〇——一九頁、上田・前掲注(94)二五頁、石塚俊「シェアリングエコノミーサービスと既存産業への影響」商工ジャーナル五〇四号（二〇一七年）三六頁以下、三八——三九頁、萩原・前掲注(65)一一七——一九頁、〈特集〉「もうかるシェア経済」エコノミスト二〇一七年八月八日号七頁以下など。

(101) 総務省編・前掲注(6)二三頁。

(102) 民泊サービスにつき、山本・木田・前掲注(98)五九頁以下、柴野・前掲注(97)一九頁以下など。また、ライドシェアにつ

き、野間Ⅱ管野・前掲注(99)六五頁以下、川上資人「ライドシェアを通して見るシェアリングエコノミーの問題」労働調査五七七号（二〇一八年）一三頁以下など。

- (103) 高田・前掲注(65)三一頁、同「シェアリングエコノミーの推進に向けて」技術と経済六三二号（二〇一九年）一頁以下、二一五頁など。詳しくは、根来龍之監修『プラットフォームビジネス最前線…26の分野を図解とデータ徹底解剖』（翔泳社、二〇一三年）六七頁以下。

- (104) エコノミスト二〇一七年八月八日号二四—二五頁には、〈特集〉「もうかるシェア経済…注目企業5分野40社」（編集部）と題して、五つの主要分野で活躍するシェアリングエコノミーの代表的企業四〇社の一覧法が掲載されている。鈴木岳「シェアリングエコノミーの国内事例の現況」生活協同組合研究五二三号（二〇一九年）四一頁以下は、各種の雑誌媒体で紹介されたシェアリングエコノミーに関する様々な事業や活動を、ビジネスとしての展開例、自治体での動向、シェアコミュニティの三つに区分して、それぞれの特色や概要を紹介する。

- (105) 総務省編・前掲注(6)二五頁。

- (106) シェアリングエコノミーの利用に関する日本・アメリカ・イギリスの三か国の比較につき、総務省編・前掲注(6)二八頁、および、同頁の図表一—二—二—一九—二〇参照。

- (107) Scott and Brown, *supra* note 62, at 562-565. 根来・前掲注(34)一〇三頁。

- (108) スンドララジャン／門脇・訳・前掲注(58)六六頁。

- (109) 佐別当・前掲注(65)二六頁。

- (110) 松田晃一「シェアリング・エコノミーの時代、『所有』から『利用』へ」SECジャーナル一二卷三号（二〇一六年）五四頁。今起きている信頼への転換は、より根本的な根底からの変革であり、世界を変える力をもっている。この点につき、ボッツマン・前掲注(69)二三頁。

- (111) 琴坂将広「シェアリングエコノミーの先にある、新しい組織の可能性」Nextcom 三〇卷（二〇一七年）一八頁以下、二六頁、穂鷹知美「ヨーロッパにおけるシェアリングエコノミーをめぐる議論と近年の状況」生活協同組合研究五二三号

(二〇一九年) 一二頁以下など。

(112) 小塚莊一郎『AIの時代と法』〈岩波新書〉(岩波書店、二〇一九年) 二五頁以下、一二八頁以下、一八八頁以下。ただ、AIがいかに優れていても、それによって自動化できないものがある。それは人間からの信頼である。この点につき、前掲(94)参照。ちなみに、国内のシェアリングエコノミー市場は、二〇一六年の五〇三億四〇〇〇万円から二〇二二年には二・一億の一〇七〇億九〇〇〇万円に拡大する見通しである。矢野経済研究所「シェアリングエコノミー(共用経済)市場に関する調査」(二〇一七年一月)。データの分析につき、NIKKI COMPUTER二〇一七年二月七日号一八頁以下。併せて、吉岡真史「GDP統計におけるシェアリングエコノミーの捕捉の現状」ESTRELA三〇二号(二〇一九年)一四頁以下、山澤成康「1次統計におけるシェアリングエコノミーの把握」季刊国民経済計算一六四号(二〇一八年)二二頁以下など参照。

(113) Scott and Brown, *supra* note 62, at 572 et seq.

(114) この点で、一般社団法人シェアリングエコノミー協会による認証制度は参考となる。これは、同協会の自主ルールに適合したプラットフォーム事業者を認証する制度である。

(115) 山崎憲ほか・前掲注(5)四頁。

(116) 石塚俊「シェアリングエコノミーサービスサービスと既存産業への影響」商工ジャーナル二〇一七年三月号三六頁以下。

(117) 市川拓也「シェアリングエコノミーの潮流」戦略経営者三六七号(二〇一七年)二六―二七頁。

(118) Scott and Brown, *supra* note 62, at 578; Venessa Katz, *Regulating the Sharing Economy*, 30 Berkley Tech. L. J. 1067, 1103-04 (2015) など。

(119) 山崎憲ほか・前掲注(5)四頁。

(120) しかし、その一方で、個人労働者を請負から雇用へと区分変更を行うことで権利や社会保障の向上を獲得するのではなく、請負労働者の権利を拡大する方向もみられる。この点の議論と動向につき、山崎憲ほか・前掲注(5)一九頁。

(121) 山崎憲ほか・前掲注(5)一八頁以下、「諸外国におけるシェアリング・エコノミー」Business Labor Trend 2017.12「各国レポート」アメリカ、イギリス、ドイツ、フランス、中国」、國武英生「シェアリング・エコノミーと雇用関係—アメリカと

イギリスにおけるUber訴訟をめぐる覚書」季刊労働法二五七号（二〇一七年）一三九頁以下、一四九—一五四頁、上村俊一「シェアリング・エコノミーが生み出す新たな働き方／英米におけるUberドライバーの権利保護をめぐる動き」Work & Life 二七号（二〇一七年）五八頁以下、六〇—六六頁など。英国の裁判所では、ウーバーの運転手は自営業者ではなく労働者であり、最低賃金や休暇を得る権利があるとする判決が出ている（BBC, Uber loses latest legal bid over driver rights, 19 December 2018）。

- (122) 岡田・前掲注(66)一二頁。詳しくは、渡辺徹也「シェアリングエコノミーに携わるプラットフォーム企業と課税——所得課税および執行上の問題を中心に——」税経通信三四卷二号（二〇一九年）六頁以下、森信茂樹「デジタルエコノミーと税制：「違法でないものは合法」か」金融財政ビジネス一〇六五号（二〇一七年）四頁以下、同「拡大するシェアリング経済課税議論を急げ」租税研究八一四号（二〇一七年）一九四頁以下、同「国際課税デジタルエコノミーと税制」Wedge 二九巻四号（二〇一七年）五〇頁以下、佐藤良「シェアリング・エコノミーの問題点——課税上の観点から——」調査と情報九八五号（二〇一七年）一頁以下など。

- (123) 増島・前掲注(7)六四頁。

- (124) 内閣官房IT総合戦略室「情報通信技術（IT）の活用に関する制度整備検討会中間整理／制度設備の基本的な方向性」（平成二七年二月一〇日）、「『民泊サービス』の制度設計のあり方について」（平成二八年六月二〇日）六頁。

- (125) 増島ほか・前掲注(7)六七頁以下。

- (126) 江頭憲治郎『商取引法「第7版」』（弘文堂、二〇一三年）二一九頁。

- (127) 三浦雅生「旅行契約」内田貴門口正人編集代表、大村敦志ほか編『講座 現代の契約各論2』（青林書院、二〇一九年）三三頁。なお、日本旅行業協会『2011年度版旅行業法解説：約款例解説』（日本旅行業協会、二〇一二年）一四頁参照。

- (128) 三浦雅生『標準旅行業約款解説』（自由国民社、二〇一八年）四七頁。

- (129) 三浦・前掲注(127)三六—三七頁。

- (130) 三浦雅生『改正・旅行業法解説』（自由国民社、二〇〇六年）四一頁。

- (131) 増島ほか・前掲注(7)六八頁によると、無登録の罰則などを受けた事例は現時点で存在しないという。
- (132) 藤原ほか・前掲注(31)一八頁。
- (133) 内閣官房IT総合戦略室「情報通信技術(IT)の利活用に関する制度整備検討会中間整理」制度設備の基本的な方向性」(平成二七年二月一〇日)、『民泊サービス』の制度設計のあり方について」(平成二八年六月二〇日)六頁。
- (134) 通達として、平成一五年八月四日付警察内発第五六号。
- (135) インターネット・オークションをめぐる契約上の問題につき、磯村保「インターネット・オークション取引をめぐる契約上の諸問題」民商一三三卷四〇五号(二〇〇六年)六八四頁以下、山本宣之「インターネット・オークション運営者の不法行為責任」民商一三三卷四〇五号(二〇〇六年)六五四頁以下など参照。
- (136) 詳しくは、総務省総合通信基盤局消費者行政第二課『改訂増補第2版 プロバイダ責任法』(第一法規、二〇一八年)六九頁以下。プロバイダ責任法施行一〇年の軌跡と展望につき、堀部正男監修『プロバイダ責任制限法 実務と理論』(別冊NBL一四一号)(商事法務、二〇二二年)参照。
- (137) ヤフーオークション事件。名古屋地判平成二〇・三・二八判タ一二九三号一七二頁、名古屋高判平成三〇・一一・一一裁判所ウェブサイトに。
- (138) 名古屋地判平成二〇・三・二八判タ一二九三号一七二頁。
- (139) 名古屋高判平成三〇・一一・一一裁判所ウェブサイトに。本判決の分析として、藤原ほか・前掲注(31)二一―二三頁、花田容祐「判批」NBL九三一号(二〇二〇年)四九頁参照。
- (140) ジェイコム株式誤発注訴訟事件。東京地判平成二一・一二・四金判一三三〇号一六頁、東京高判平成二五年七月二四日判タ一三九四号九三頁。
- (141) チュッパチャップス事件。知財高判平成二四・二・一四判タ一四〇四号二一七頁。
- (142) 藤原ほか・前掲注(31)六一頁以下など参照。
- (143) この報告書は、一般社団法人「シェアリングエコノミー協会」より日本語仮訳が公表されている。同協会HP参照。

- (144) Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, OJ L186, 2019.7.11. 規則の概要につき、濱野恵・外国の立法二八一号 (1) (二〇一九年) 四頁以下。
- (145) 岡田・前掲注(66)六頁、市川・前掲(66)四二頁など。詳しくは、松田昇剛「総務省の政策立案者が語る通信政策の今… IT活用でBtoCからCtoCへシェア事業者がマッチング」NIKKI COMMUNICATION二〇一七年五月号五二頁以下、石原一樹「政府におけるシェアリングエコノミー推進について」季刊不動産研究六一巻一号 (二〇一九年) 四頁以下。
- (146) 中間整理案の内容と分析につき、中崎尚「シェアリングエコノミーサービスに急遽登場した規制論、その本質的問題点とは」Business Law Journal二〇一六年五月号四六頁以下。
- (147) 「シェアリングエコノミー検討会議 中間報告」(二〇一六年一月) 首相官邸Webサイト。シェアリングエコノミー検討会議は、二〇一六年七月から十一月までに計七回開催され、多数のシェアリングエコノミー企業や自治体関係者からヒアリングを行い、活発な議論を行っている。
- (148) 中間報告の内容につき、松田・前掲注(110)五五―五八頁、中崎・前掲注(146)四六頁以下、岩坪慶哲「政府におけるシェアリングエコノミー推進の取り組み」国民生活ウェブ版六六号 (二〇一八年) 五頁以下、岡田・前掲注(66)六頁など。
- (149) 松田・前掲注(110)五八―五九頁。
- (150) 佐別当・前掲注(65)二七頁以下。地方自治体で推進するシェア事業の活用事例につき、〈特集〉「車も、お金も、時間も共有」シェアリングエコノミー〜押さえておきたい活用例と留意点〜」Journal of Financial Planning 21 (228) (二〇一九年) 五頁以下、九頁など。
- (151) 萩原・前掲注(65)一一〇―一二二頁、高田裕介「シェアリングエコノミーの促進に向けて」技術と経済六三二号 (二〇一九年) 一頁以下、六頁など。
- (152) 高田裕介「シェアリングエコノミーの促進に向けて」技術と経済六三二号 (二〇一九年) 一頁以下、同「シェアリングエコノミーを知る〜新時代の『信頼のシステム』を使いこなすためには〜」ESTRELA三〇二号 (二〇一九年) 二頁以下、佐

別当・前掲注(65)一〇頁以下、萩原・前掲注(65)一一二頁。

(153) Orly Lobel, *supra* note 23, at 187, 261^{ㄅㄣˊ}。

(154) Murphy, *supra* note 57, at 143, 146, 148.

(155) Georg Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, 94 Colum. L. Rev. 331, 338 (1994); Aurelian Portuese, *The Principle of Subsidiarity as a Principle of Economic Efficiency*, 17 Colum J. Eur. L. 232 (2011) ^{ㄅㄣˊ}。

(156) Bryant Cannon and Hanna Chung, *Who Decides? A Framework for Fitting the Co-Regulation of Sharing Economies to the Contours of the Market*, in: *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, edited by Nestor M. Davidson, et al., Cambridge Univ. Press, 2018, p.449.

(157) 財の「共用」という概念は、相互的な経済活動を可能とするシェアリングエコノミーにとって基本となる重要な概念であるから、資本主義経済における「所有」との関連で、さらに検討が必要である。今日の資本主義経済における財産所有は、封建的経済の下における財産所有の概念を打破して認められたもので、両者はまったく異なる。封建的経済の下では、この世のすべてのものは神の創造物（被造物）であり、もっぱら神の裁量に委ねられた。被造物は最も下等なものから天上の天使へと上向きに高くなる形で厳密に構築されたヒエラルキーの下に置かれ、「存在の大きいなる連鎖（Great Chain of Being）」（この宇宙はあらゆる階層の存在で充滿した連続する鎖の環であり、充滿と連続という二つの原理がいわば無意識のうちに人々に作用し続け、一つの世界観を作り上げるとする概念。詳細は、アーサー・O・ラヴジョイ／内藤健二・訳『存在の大きいなる連鎖』〈ちくま学芸文庫〉（筑摩書房、二〇一三年）など参照）と考えられた。各人は、被造物全体が適切に機能するように、それぞれに定められた義務を守り、自らの上下に位置する者たちに対する務めを果たすことが求められた。農奴や騎士、領主、教皇は、みな身分も生活も異なっていたが、封建制の忠義の絆によって他者に奉仕することが義務づけられた。そのような枠組の中で、財産は、上は天の王座から下は共有地で働く農民らに至るまでの各層に、ピラミッド状に付与された一連の委託物として概念化された。財産は独占的に所有されることはなく、各人はそれぞれの義務について定められた掟に従い、様々な責任の

もとに分割された。誰もが財産について一定の支配権を持っていたが、絶対的な所有権を持つ者は一人もいない。このような封建的経済はあまり変わることなく七〇〇年以上にわたって続いたが、その後、新たな経済の力が封建時代の秩序を少しずつ崩し始めた。共同で維持されてきた土地が囲い込まれて私有財産に変わり、市場で交換されるようになった。また、多くの農民が土地の囲い込みにより先祖代々の土地から立ち退かされ、新たな労働力として市場で賃金と引き換えに利用されるようになった。今日の資本主義経済における所有概念は、大規模な囲い込みとそれに続く市場経済の中で認められてきたものであって、土地の所有関係を条件付きの権利から排他的で独占的な所有権へと本質的に変えることになった。シェアリングエコノミーにおける共用概念の多様性と近時の議論につき、Lamberton, *supra* note 76, pp. 694-696.

(158) 協働型コモンズとシェアリングエコノミーとの関係につき、リフキン／柴田「訳」・前掲注(92)三三頁、四一頁、四七頁、二二六頁以下。コモンズ論についての最も有名な叙述は、ギャレット・ハーディンが一九六八年に「サイエンス」誌に発表した「コモンズの悲劇」と題する論文である (Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 Science 1244 (1968))。コモンズの悲劇とは、「多数者が利用できる共有資源が乱獲されることによって資源の枯渇を招いてしまうという経済学における法則」のことである。ハーディンは、牧草地を共有資源に、多数者を牛飼いに例えて説明した。それから一八年後、キャロル・ローズが自らの論文に「コモンズの喜劇」という題をつけ、この問題に新しい命を吹き込んだ (Carol Rose, *The Comedy of the Commons*, 53 (3) U. of Chicago L. Rev. 310 (1986))。ローズは、私有財産や政府が管理する公有財産の他にも、個人や政府に完全には管理されていない「本質的に公共の財産」という独特の部類があるとし、このような財産は社会全体が共同で所有し管理する財産であって、政府当局と称されるいかなる管理者からも独立しており、その管理者の所有権より実際に優位にある。その財産の所有権は「慣習的権利」として知られており、昔から存在してきたコミュニティの権利であると説いた。これに続いたのが、エリノア・オストロムである。彼女は、公共財や共有資源の管理に関して、それまでの政府が市場が対処するという主張に異議を唱え、資源を管理する効率性は市場でも政府でもなく、コミュニティが補完的役割を果たしたときに最も効果的になると説いた (Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990, p. 58)。このような考え方は、協働型コモンズである現代のコモンズを考えるうえ

でも大いに参考となる。

(159) 未知のものへの信頼がイノベーションと経済発展に欠かせない役割を果たしてきたことは、歴史が物語っている。その一つが、一世紀ころの地中海沿岸で遠隔貿易を担った「マグリブの商人」が築き上げた信頼と制裁主義である。前掲注(94)参照。シェアリングエコノミーにおける信頼と相互評価の重要性については、Mareike Möhlmann and Andrea Geissinger, *Trust in the Sharing Economy: Platform-Mediated Peer Trust*, in: Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy, edited by Nestor M. Davidson, et al., Cambridge University Press, 2018, p. 27; Anne SY Cheung and Wolfgang Schulz, *Reputation Protection on Online Rating*, 21 Stan. Tech. L. Rev. 310 (2018); Michael Luca, *Designing Online Marketplaces: Trust and Reputation Mechanisms*, 17 Innovation Pol'y & Eco. 77 (2017) など。

(160) ローレンス・レッシング／山形浩生・柏木亮二「訳」『Code: インターネットの合法・違法・プライバシー』（翔泳社、二〇〇一年）三頁以下、七七頁以下。

(161) 小塚・前掲注(112)一三九頁、一四五頁。

(162) 人工知能（AI）がいかに優れていても、それによって自動化できないものがある。それは人間からの信頼である。人間に似せたロボットは擬人化された物体であり、人はテクノロジーを擬人化したがる。自分たちに外見や声が似ているものは、信頼しやすいからである。人工知能（AI）の外見が人間に近づくほど、より共感が生まれる。しかし、それもある一定の時点までである。対象物が人間らしくなり過ぎると逆効果で、人は不安になり、嫌悪さを感じるようになる（いわゆる「不気味の谷」といわれる不安感が生じる）。人工知能（AI）などの知性をもつ機械の信頼性をどのように評価するかは、重要な問題である。ボッツマン・前掲注(69)二七三頁以下、二七七頁。

(163) 本文で述べた同意理論につき、筏津安恕『失われた契約理論』（昭和堂、一九九八年）一二頁以下、中谷寛樹「ボアソナードの合意論と多数当事者間契約論」（伊藤進先生傘寿記念論文集）『現代私法規律の構造』（第一法規、二〇一七年）一頁以下。

(164) 宍戸常寿ほか「AIと社会と法…パラダイムシフトは起きるか？—契約と取引の未来…スマートコントラクトとブロック

チェーン」論究ジュリ二七号 (二〇一八年) 一五二頁以下。シェアリングエコノミーの構造を踏まえたとうえで、関係する当事者の契約関係を分析したもの」 Antonio Orti Vallejo, *Contractual Relationships in Collaborative Economy Platforms*, 27

(5) Eur. Rev. Private L. 995 (2019); Rob Frieden, *The Internet of Platforms and Two-sided Markets: Implications for Competition and Consumers*, 63 Vill. L. Rev. 269 (2018); Guido Smort, *The Protection of the Weaker Parties in the Platform Economy*, in: *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, edited by Nestor M. Davidson, et al., Cambridge University press, 2018, p. 431など。人工知能の開発や実利用に関するルール作りの現状については、小塚・前掲注(112)一一四頁以下を参照。

(165) 私的所有とそれがもたらす貧富の差異については、分配的正義の観点からの検討が必要である。この点につき、サミュエル・フライシャー／中井大介「訳」『分配的正義の歴史』(晃洋書房、二〇一七年)五一頁以下、一八四―一八五頁、アイリス・マリオン・ヤング／岡野八代、池田直子「訳」『正義への責任』(岩波書店、二〇一四年)九四頁など。

(166) プラットフォーム事業者の責任に関する最近の議論について、Francesco Ducci, *Competition Law and Policy Issues in the Sharing Economy*, in: *Law and “Sharing Economy” Regulating Online Market Platforms*, edited by Derek McKee, et al., University of Ottawa Press, 2018, p. 295.

(167) プラットフォーム事業者による自主的規制が必要であることについては、ほぼ一致している。問題は、事業者による自主規制と政府・自治体の補完的役割との関係である。この問題については、Cannon & Chung, *supra* note 86, pp. 184 et seq. など、前掲注(152)―(154)のほか、最近の議論として、Christoph Busch, et al., *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, EuCML 1/2016, 3; Charlotte Garden and Nancy Leong, *The Platform Identity Crisis: Responsibility, Discrimination, and Functional Approach to Intermediaries*, in: *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, edited by Nestor M. Davidson, et al., Cambridge University Press, 2018, p.449; Finn Makela, Derek McKee, and Teresa Scasa, *The “Sharing Economy” through the Lens of Law*, in: *Law and the “Sharing Economy” Regulating online Market Platforms*, edited by Derek McKee, et al., University of Ottawa Press, 2018, p. 1.

(168) EUで二〇一六年に成立し、二〇一八年五月に施行された「一般データ保護規則」(General Data Protection Regulation: GDPR)は、EUにおける個人情報保護のルールを一新する制度を設けている。GDPRは、個人をデータ主体と位置づけ、その処理に関して遵守すべき六原則(①適法性・公平性・透明性、②目的限定の原則、③データ最小化の原則、④正確性の原則、⑤保存制限の原則、⑥完全性・秘密性の原則)を掲げたうえで(GDPR五条)、個人データに関するデータ主体の権利を明記した。この中には、収集された個人データの情報提供を受ける権利(GDPR三条・一四条)、自己のデータにアクセスする権利(GDPR一五条)、不正確な個人データの訂正を求める権利(GDPR一六条)などのほか、一定の場合には自己に関する個人データの削除を求める権利(いわゆる「忘れられる権利」…GDPR一七条)や、自己に関する個人データを読み出し可能なフォーマットで受け取る権利(GDPR二〇条)も明記されている。EUは、GDPRの制定により、個人データの利用に関するルールを厳格にして、利用を拒絶する自由を個人の側に与え、また、利用に際して対価が支払われるような仕組を導入したといえる。小塚・前掲注(112)八〇頁以下。GDPR制定の経緯・目的、規制対象につき、詳細は、岡田淳ほか編『実務担当者のための欧州データコンプライアンス―GDPRからeプライバシー規則まで』(別冊NBL一六八号)(商事法務、二〇一九年)二頁以下、宮下紘『EU一般データ保護規則』(勁草書房、二〇一八年)二頁以下、小向太郎・石井夏生利『概説GDPR―世界を揺るがす個人情報保護制度』(NTT出版、二〇一九年)一四頁以下など。

宮崎道三郎博士の独逸法律史講義について

吉 原 達 也

はじめに

- 一 帝国大学草創期における「独逸法律史」講義
 - 二 春木一郎博士による宮崎博士講述「独逸法律史」筆記録
 - 三 宮崎博士の「独逸法律史」と「比較法制史」との関係
- 小 結

別表 「宮崎道三郎博士講述独逸法律史」及び「比較法制史」第二部「独逸法制史」対照表
附…宮崎道三郎講述「独逸法律史」緒論―春木一郎博士筆記録による―

はじめに

宮崎道三郎博士は、^①「日本法制史研究の最初の専門家であると同時に、西洋に於ける近代的法制史研究法を輸入して、之を日本法制史研究に適用、実践した点に於ても最初の人である」^②とされるが、明治二〇年代帝国大学法科大学において日本法制史を講ずるとともに、羅馬法及び比較法制史というかたちで西洋法制に関する講義も並行して行っていた時期があつた。先に宮崎博士による講述『比較法制史』^③を手がかりに、博士の比較法制史方法論を中心に若干の考察を試みた。^④次いで、宮崎博士がドイツ留学からの帰国した一八八八（明治二一）年以来数年間にわたって行つたと考えられる「羅馬法」講義について、主に春木一郎博士（一八七〇—一九四四）^⑤による講述筆記録を通じてその一端を明らかにするとともに、「比較法制史」講義の關係について考察を試みたところである。その後、同じく春木博士による宮崎博士講述「独逸法律史」筆記録を参看する機会をえたので、本稿では、同筆記録を手掛かりに、宮崎博士による明治二十年代に実施された「独逸法律史」講義の構想とその後の「比較法制史」講義がいかなる關係にあるのかについて、若干の検討を試みることにしたい。

一 帝国大学草創期における「独逸法律史」講義

帝国大学草創期における「羅馬法」講義の変遷についてはこれまでも検討したことがある。^⑧宮崎道三郎博士が「法制沿革」「羅馬法」と並行して、一八九一（明治二四）年九月より一八九三（明治二六）年夏までの二年間法科大学

において「独逸法律史」の講義を担当されたことは、岩野英夫教授のご研究によってつとに明らかにされているところである。⁽⁹⁾

宮崎博士が、四年間に及ぶドイツ留学⁽¹⁰⁾から帰国したのは、一八八八（明治二二）年一〇月一九日のこと、同月二九日付で帝国大学教授に任用され、法科大学勤務となっている。⁽¹¹⁾ 前稿においてすでに記したところであるが、宮崎博士がこの年「古代羅馬法」という科目を担当していたことは「法科大学教員受持学科表」（明治二十一年九月—明治二十二年七月）⁽¹²⁾ によつて確認できる。翌年の一八八九（明治二二）年から一八九一（明治二四）年にかけての二年間は「法制沿革及び羅馬法」⁽¹³⁾ を担当された。一八九一（明治二四）年、⁽¹⁴⁾ 一八九二（明治二五）年は「法制沿革、羅馬法並びに独逸法律史」の講義を担当した。⁽¹⁵⁾ その後、一八九三（明治二六）年の講座制への移行に伴い、九月九日付で、羅馬法講座担任、法制史比較法制史講座兼任となり、⁽¹⁶⁾ 翌一八九四（明治二七）年九月、戸水寛人博士教授任用・羅馬法講座担任に伴い、九月八日付で法制史比較法制史講座担任となるのである。⁽¹⁷⁾ 一八九三（明治二六）年に講座制がスタートする以前に「独逸法律史」の講義が実施されることになった背景には以下のような経緯が確認される。

一八八六（明治一九）年に始まる帝国大学法科大学では「法律学第一科」「法律学第二科」「政治学科」からなる学科体制が採用されたが、これは「当時我が国の法典は猶編纂中に属したれば、法学教育は勢ひ外国法に依らざるを得ず。此に於て仏語を主としたる法律学科と英語を主としたる法律学科を設け、前者を第一科と為し、後者を第二科と為した」⁽¹⁸⁾ という事情に基くものであった。このような法律学科二科体制は翌一八八七（明治二〇）年九月には、「独逸法」が加えられたことにより、「英吉利部」「仏蘭西部」及び「独逸部」の三部体制に移行する。さらに翌年の一八八八（明治二二）年には、「第一部」「第二部」「第三部」と改称され、それぞれ「英吉利法」「仏蘭西法」「独逸法」

を主とするものとなった。さらに一八九〇（明治二三）年には、法学教育の重点が従前の外国法教育から「本邦法典」へ移され、外国法は「参考科」とされるようになった。『帝国大学五十年史』は「本邦法典を主とし外国法は之を参考科と為し、参考科を第一部第二部第三部と為せり」と記している。⁽¹⁹⁾それは前年の大日本帝国憲法の発布以後、民法典などが逐次発布されてきたという事情に対応するものであったとされている。法律学科として「毎年本邦法典其の他を授け、猶別に参考科として外国法を参考科として授くることとした」⁽²⁰⁾とされる。さらに翌一八九一（明治二四）年には、従前修業年限三ヶ年制を改め、四ヶ年制が採用され、これに伴う学科目の改正により「独逸法律史」（毎週二時間）がはじめて登場することになり、先に記したように、この年から宮崎博士が「法制沿革」「羅馬法」と並んで「独逸法律史」を担当されることになった。以上のような経緯を踏まえた上で、以下では宮崎博士の「独逸法律史」という講義がいかなる内容のものであったかについての考察に移ることとしたい。

二 春木一郎博士による宮崎博士講述「独逸法律史」筆記録

現在京都大学法学部図書室には、春木一郎博士旧所蔵本をはじめ関係の資料が残されている。⁽²²⁾宮崎博士の「独逸法律史」講義に関する記録については、同図書室に収蔵されている春木博士による宮崎博士講述「独逸法律史」筆記録が知られている。同図書室の書誌には「獨逸法律史／宮崎『道三郎』講義」「春木一郎筆記」、書き題簽の書名として、別タイトル「宮崎先生帝大講義／獨逸法律史」とされ、「和装」、「巻尾に「明治廿七年二月十五日木曜日午前十時了」との墨書あり」とされている。但し書き題簽に「宮崎先生帝大講義 獨逸法制史^{マヤ}」とあり、「獨逸法制史」が

表題には使われているが、本稿では以下筆記録本文冒頭にも記されている「独逸法律史」として統一しておきたい。この春木博士の手になる宮崎博士講述「独逸法律史」が記された時期は書誌にも記されている末尾の「明治廿七年二月十五日木曜日午前十時了」という記録が唯一の手掛かりでしかない。なぜ「明治廿七年二月」なのか、まずこの問題から考えていくことにしたい。本筆記録が記された時期について少なくとも二つの可能性が考えられる。

一つは「明治廿七年二月」時点で春木博士によって何らかの記録から清書されたという可能性である。春木博士が法科大学に入学されたのは一八九一（明治二四）年であり、宮崎博士の「羅馬法」を聴講したのは、同年九月から翌一八九二（明治二五）年の夏までのことであつた。²³ 他方、先の岩野教授の検討で、宮崎博士は一八九一（明治二四）年九月からの一年間及び一八九二（明治二五）年九月からの一年間の二年間「独逸法律史」を担当されたことになっている。²⁴ 宮崎博士がこの二年間のみ「独逸法律史」を担当されたとすると、春木博士はこの兩年のうちのいずれかの年に「独逸法律史」を聴講して、その後「明治廿七年二月十五日」の時点であらためて筆記録を清書したということになる。春木博士はこの年の七月に帝国大学法科大学卒業することになるが、この時期に宮崎博士の「独逸法律史」の筆記録をあらためて清書した経緯はいかなるものであつたかも疑問として残るところである。春木博士の「羅馬法」筆記録は、横野のノートにペン書きであり、また数カ所欄外に講義の日付と思われる数字が記されていることなどからも、聴講時の記録であることがうかがえる。これに対して「独逸法律史」筆記録は、縦野の和紙に恐らく墨書された形式となっており、「羅馬法筆記録」とは体裁が異なる。春木博士の字体は必ずしも読みやすいものではない。その点で同じ春木博士の手になるものであれば、「独逸法律史」筆記録の方が比較的判読しやすいことも清書された可能性を補強する一つの証左となるかもしれない。

いま一つは、宮崎博士が、「羅馬法講座」担任「法制史比較法制史講座」兼担した一八九三（明治二六）年の年にも「独逸法律史」の講義が継続して行われていて、春木博士の筆記録はこの年の宮崎博士による「独逸法律史」の講述記録であるという可能性である。「明治廿七年二月十五日」という日付が年次の途中である点が疑問となるが、この年次に何らかの形で「独逸法律史」の講義がなされていたという可能性が考えられる。ここでは春木博士の筆記録の成立時期について少なくとも以上の二つの可能性があることを指摘するだけにとどめるが、後者の問題は、宮崎博士が一八九三（明治二六）年から九四（明治二七年）かけて担当した科目は何であったかを考える上で一つの手掛かりを与えてくれるように思われる。この点に関して、春木博士を初めとする一八九一（明治二四）年九月の入学生はどのようにして法科大学を卒業したかということについてもさらに確認を必要とする。

先に記したように、一八九〇（明治二三）年に従前の法律学科三部制から法律学科と参考科からなる体制に移行し、⁽²⁵⁾さらに翌一八九〇（明治二四）年には「本邦法典を授くるに、三ヶ年にては時日不足なるを慮ひたる」⁽²⁶⁾として修業年限が四ヶ年に延長され、その際の学科目の改正によって「独逸法律史」も講じられることとなり、宮崎博士がこれを担当した。この際の改正について「第一年の課程中……参考科第二部仏蘭西民法を仏法（汎論）（毎週四時）と改め、同第三部独逸法律史（毎週二時）とし……」⁽²⁷⁾とあることからすると、「独逸法律史」は第一年に配せられていたことになる。このことは先の筆記録清書説を裏付ける証左となるかもしれない。もう一点、一八九一（明治二四）年の改正については、修業年限四年の制度が実際にどのように行われたのかという点でも疑問が残る。具体的にはこの年に入学した春木博士が四年後ではなく、三年後の一八九四（明治二七）年七月に卒業しているのはなぜかという疑問である。この問題に対する一つの答えは、一八九三（明治二六年）九月に実施された学科編成の改正に伴い、学年制が

廃止され、課目制が採用されたこと⁽²⁸⁾にあるのではないかと考えられる。学年制が廃された結果、学生を分けて「第一回受験生」、「第二回受験生」、「第三回受験生」とされ、「第一回受験生」はその年に新たに入学した者その他の者であつて、「所定の第一回試問を受けんとする者」とされ、以下、第一回、第二回の試問にそれぞれ合格した上で、順次第二回、第三回の試問を受けることができ、それぞれ合格後に一年以上の在学を必要とされた。「故に最も短き場合は三学年の在学により卒業し得べきなり」⁽²⁹⁾とあるように、結果として、修業年次を三ヶ年とすることが在学中の学生にも認められたのではないかと考えられる。この改正は同年の講座制への移行とも密接に関わっているはずである。講座制への移行に伴う学科目の大幅な改変と学年進行の問題を一気にかつ柔軟に解決する方法としてはこのような形をとらざるをえなかったのではないかと考えられる。

ここで春木博士の宮崎博士「独逸法律史」筆記録はどの年次のものであるかという問題にもう一度戻ることとする。この問題は、宮崎博士が一八九三（明治二六）年から翌年にかけてどのような講義を行ったかとも関わってくる。かつて瀧川政次郎博士が、『日本法制史研究』「明治以後における法制史学の発達」と題する論稿⁽³⁰⁾において宮崎博士の「羅馬法」講義を「明治二十八年から三十一年まで」担当されたと記述されたが、この点は、岩野教授の綿密な検討によつてその誤りが訂正されているところである。⁽³¹⁾宮崎博士が一八九三（明治二六）年に「羅馬法講座」担任として、「羅馬法」を講じたことは確かである。⁽³²⁾この点で、藤野奈津子教授が法制史学会報告の中で同年宮崎博士の「羅馬法」講義を聴講した松木幹一郎氏（一八七二—一九三九）のノートのあらましを初めて紹介されたことは貴重である。⁽³³⁾これによれば、全体は「外篇」と「内篇」に分かれ、前者は、講義の目的、参考書の紹介など序論的講義であり、後者は「通則」「物権法」「債権法」「家族法」「相続法」の五編構成で、ローマ私法の全体が講じられたようであ

る。春木博士による一八九一（明治二四）年の「羅馬法」筆記録³⁴では、前半は「羅馬法沿革論」としてローマ法史の詳細が語られ、後半ではローマ私法の全体が「総則」「財産法」「家族法」「相続法」として講じられている。「松本ノート」との違いは、「羅馬法沿革論」に比重の半分が置かれており、講義時間数から考えると「羅馬私法」の部分において濃度差があったと考えられる。

同年宮崎博士が兼担した「法制史比較法制史講座」に関して、「法制史」の講義は三上参次博士によつて、その後一八九五（明治二八）年までの二年間担当されたとされる。このことは、三上博士自身の言葉として語られている³⁵ことでもあり、たしかに信憑性があると考えられる。しかし一八九四（明治二七）年に宮崎博士が「法制史比較法制史講座」担任となり、「羅馬法講座」を帰国した戸水寛人博士が担任したとすると、「法制史」講義の点で宮崎博士と三上博士との関係がどのように考えられるべきかの判断を留保せざるをえない。

ではこの年「比較法制史」は宮崎博士によつてどのように講じられたのであろうか。前稿において検討したように、春木博士による一八九一（明治二四）年の宮崎博士講述「羅馬法」筆記録の前半「羅馬法沿革論」と、日本大学所蔵の『比較法制史』第一部「羅馬法制史」との間には内容上きわめて親和性がある³⁶。同様に、構成上の細部はあくとして、春木博士による「独逸法律史」筆記録と、『比較法制史』第二部「独逸法制史」との間にも親和性が認められる。『比較法制史』については、日本大学所蔵本と摂南大学所蔵本との比較したにとどまる。謄写刷版の日本大学所蔵本の成立年次は確認できない。摂南大学所蔵本は宮崎博士の「比較法制史」の最終年一九〇一（明治三四）年から一九〇二（明治三五）年の筆記録であるが、その筆記内容の点では前者に及ばないように思われる。もとより例えば最後が尻切れトンボのような終わり方をしているところもあり、内容的にも簡略化されている印象を受けるのは、こ

れは筆者による差異であるのかもしれない。しかし全体の構成として、前半の羅馬法制史、後半の独逸法制史という構成は両者に共通しており、このことから宮崎博士による「比較法制史」は一貫してこの二部構成で講じられていたと考えられる。このように考えると、一八九三（明治二六）年の「比較法制史」も、「羅馬法制史」ないし「羅馬法沿革論」と「独逸法制史」を内容となっていたのではないか。先の松木氏ノートからもうかがえるように、この年の「羅馬法」講義は藤野報告に示されるように「羅馬私法」に重点をおいたものであり、従前の「羅馬法」のうち「羅馬法沿革論」の部分は「比較法制史」の内容として講じられたとすると、春木博士による宮崎博士講述「独逸法律史」筆記録は、「比較法制史」講義の一部としてであるか、独立してであるかは別として、この年の「独逸法律史」を内容を伝えるという可能性も否定できないと思われる。そのように考えると、春木博士によって筆記録末尾に記された「明治廿七年二月十五日木曜日午前十時了」という記事もこのことを物語っているともいえる。宮崎博士は一八九一（明治二四）年の「羅馬法」を毎週月曜日と木曜日に二時間ずつ合計四時間を講じられたと考えられる⁽³⁷⁾、一八九三（明治二六）年の年は月曜日が「独逸法律史」の講義日であり、「午前十時了」は午前中最初の講義時間の終了を講義室の現場で記した記録とも見ることできる。かりにこの年の「比較法制史」の中でまず「独逸法律史」が講じられたとすると、九月から翌年六月初めまでの毎週あたり講義時間数から算定すると、「独逸法制史」に三分の二ほどの比重があてられていたことになる。その場合、春木博士による「独逸法律史」筆記録は、宮崎博士が並行して講じられた「羅馬法」との関係で、「比較法制史」がその後の日本大学所蔵本や摂南大学所蔵本伝える構成とは異なった講義構成とならざるをえなかったということを示していることになる。

以上、春木博士による宮崎博士「独逸法律史」筆記録の背景にあるいくつかの問題点について検討してきた。そこで

次に宮崎博士の「独逸法律史」が何を構想しいかなる目的を有するものであるかについての検討に移ることとしたい。

三 宮崎博士の「独逸法律史」と「比較法制史」との関係

春木博士による「独逸法律史」筆記録は、次のような構成になっている。まず冒頭に「独逸法律史」と記され、「緒論」として「独逸法律史を学ぶの利益」が説かれる。「緒論」については四で触れる。本論は、全体として、「第一期」～「第四期」の四期区分が採用されおり、第一章から第四章までの通しの章立ての構成が採られている。この通しの章立ては、「羅馬法」筆記録にも共通する構成である。「比較法制史」第二部の「独逸法制史」では、「第一期」～「第四期」から「第一章」～「第四章」という大項目の章立てに、これら四章のもとに小項目として「節」を置くという構成に変更されている。この点は「羅馬法」の「羅馬法沿革論」から「比較法制史」の「羅馬法制史」への変更と同じである。両者の対照表を別表として掲げてあるので、参照していただきたい。全体は第四章から構成されるが、例えば「第一章 日耳曼人の由来」は量的に半丁弱であるのに対して、最後の「第四章 第十五世紀の末より第十九世紀の始に至る独逸法律沿革の大略」は十一丁にも及ぶように、章自体の分類は試行的なものにとどまっている印象を受ける。もとより第四章は、主に近世から近代にかけての国制と法学史に関する論述が中心となっているのに対して、それまでの章が、「日耳曼法」に始まり、それぞれの民族の由来から説き起こされ、王以下の種々の役職、兵制、身分、土地制度、民法・刑法・訴訟法などの法制度を個々に章を立てて論じていくという方式が採用された結果である。

独乙法律史

緒論

第一期 日耳曼時代

第一章 日耳曼人種の由来

第二章 日耳曼人種の住所

第三章 日耳曼人種の諸部族

第四章 civitas, pagus (Gau) 及び vici (Dorf)

第五章 rex, kuninc, dux, princeps

第六章 comentus, comes

第七章 concilium

第八章 Hundertschaftung

第九章 軍隊の組織

第十章 裁判所の組織

第十一章 身分の種類

第十二章 土地制度

第十三章 刑法

第十四章 民法

第十五章 訴訟手続

〔第二期 フランク時代、記載なし〕

第十六章 日耳曼人種の移転及び其影響

第一節 日耳曼人種の移転

第二節 日耳曼人種移転の結果

第十七章 日耳曼人種に新たに建国せし諸国の状況

第一節 Gothen

第二節 Langobaden

第三節 Bayern

第四節 Burgunden

第五節 Ostgothen

第六節 Alemannen

第七節 Saxonen

第八節 Friesen

第九節 Angelsachse

第十八章 日耳曼人の建国及び其国勢の拡張

第十九章 人民集会 [?]

第廿章 Gau, Graf

第廿一章 centena, centenarius

第廿二章 ducatus, Herzog

第廿三章 missaticum, missus dominicus

第廿四章 日耳曼の侍臣

第廿五章 議会

第廿六章 兵制

第廿七章 封建制度

第廿八章 裁判上の組織

第廿九章 財政

第三十章 immunitas

第三十一章 土地制度

第三十二章 身分の種類

第三十三章 法律の体裁

第一節 緒言

第二節 leges barbarorum, leges Romanorum

第一款 leges barbarorum

第二款 leges Romanorum

第三十四章 民法

物権・債権・親属法

第三十五章 刑法

第三十六章 訴訟手続

第三期 中世 第九世紀より第十五世紀頃迄の沿革

第三十七章 独乙国の分立及び其国勢沿革大略

第三十八章 王家及び財政

第三十九章 侍臣

第四十章 地方の政治機関

第四十一章 Stadt の沿革大略

第四十二章 Rechtsquellen 法源

第四十三章 中世に於ける裁判所の組織

第四期 近世

第一小期

る独逸法律沿革の大略

第四十四章 第十五世紀の末より第十九世紀の始に至

宮崎博士は、講義の冒頭「緒論」として、「独逸法律史を学ぶの利益」について語る。

宮崎博士は、一八八八（明治二一）年にドイツ留学から帰国して以後、翌一八八九（明治二二）年から一八九三（明治二五）年にかけて、『法学協会雑誌』に「羅馬法の独乙国に伝来したる始末を述ふ」³⁸（三回連載）、「独乙国法学家アイヒホルン氏ノ伝」³⁹（二回未完）「サウキニー氏の略伝」（未完）、『東洋学藝雑誌』に「法律沿革ノ研究ニ就テ」⁴⁰「羅馬法ノ影響ニ就テ」⁴¹（二回連載）をはじめ「羅馬法」及び「独乙法律史」に關係する一連の論稿を公にされている。⁴²この時期はちょうど宮崎博士が「羅馬法」及び「独乙法律史」の講義を担当されていた時期と重なり合うことはいうまでもない。「羅馬法」講義との關係については、すでに記したところでもあるので、ここでは「独逸法律史」との關係について必要と思われる限りで紹介しておきたい。

緒論は次のような文言から始まる。

「余は此研究を以て随分必要なりとす。何国の法律を問はず、其沿革を論ずる、甚だ必要にして、猶水の升に盈るを流るが如し、独逸法を研究するにも其現行法のみを研究して其沿革を忽^{ゆるがせ}にするは水の源を知らずして其流を見るのみ、啻に然るのみならず、現行法のみを知るとも其源の来る所を知らざれば現行法を解すること大に困難なり。」

（春木筆記・三丁表）

西洋伝来の「権利」「義務」などの語の「意味」「定義」などは、「現今日本法律の關係たる羅馬法律を研究せる人

は早く知り得べし。乃ち現今の法律を研むるにも其由来する所を理会すること甚だ易し、且つ独逸法律を研究せんとするものには独乙現行法の意味を了解せんとするには独乙法律の沿革を一応研究せざれば能はず。」(春木筆記・三丁裏)として「独乙現行法」の意味を理解するためにその「沿革」の研究を必要とすることが説かれるとともに、ドイツにおける法学教育において「沿革」の問題がどのように扱われているかについて紹介される。これらは宮崎博士のドイツ留学中の実体験に基づくところが多い。

まず「独逸私法 Deutsches Privatrecht」という科目のほかに、「純正羅馬法 Institutionen」[Pandekten oder Auslegungen des römischen Rechts]は私法を論ずるものでいずれもローマ法に関係が深い。「独乙にては此ローマ法に関係ある法律のローマ法の法律を重んずること多し。」(春木筆記四丁表)とされ、なかでもパンデクテンの課業は一週間毎週十二時間位あることが紹介される。⁽⁴³⁾ドイツの法学教育においては「独逸法律に関して独乙私法よりは同じローマ法を以て重に研究す。世上の著書もローマ法に関係するもの多し。独逸私法は独逸法系の法律なれども学者の独逸私法を攻究するにローマ法の従来完備するものを用ゆるもの多し。」として、ドイツ私法を概説するにあたって、ローマ法私法家が用いる分類法、総則 (Allgemeines Recht [Allgemeiner Theil]) と各則 (Speciales Recht [Spezialer Theil]) による分類法が用いられることにもローマ法学が及ぼす影響の大きさが示される。⁽⁴⁴⁾もし「現今の独乙法律」を研究するには、それが「如何にして然かなれるやの歴史に及ばざれば如何ぞ」(春木筆記・四丁表)として、歴史研究の重要性が強調される。「独乙法律の精神及び応用を理解する」(春木筆記・四丁裏)ためには「独乙法律を研究すると共に其歴史即ち其由て来たる処を研究せば益する処多い」(同)とされる。次に「独逸法律史」の学科目としての位置づけが語られる。

「正科に於てローマ法を研究するは重なり。^{おも}ローマ法は第十二世紀より独乙に輸入し独乙法律界に大變動を及ぼせ

り。即ち正科にて羅馬法を学びて羅馬法律の後世に及す影響を知るを得たり。歴史にてはローマ法の独乙法に及ぼす影響を知るなり。両者は相俟て大に益する処あるべし。

而して参考科に於て日本人……独乙法律を研むるは独乙に帰化する為めにあらず。必ず独乙法律を参考して日本法律を改良し又日本法律の応用「著」を為さんとするなり。即ち独乙法律を研究するは独乙法律なるが故にあらず、其中に取るべき所あればなり、乃ち学ぶより参考すべき処あればなり。」(同)(傍点引用者)

ここで「正科」「参考科」という言葉は、一八九〇(明治二三)年の法律学科三部制が廃止され、法律学科が「本邦法典其の他を授」けるとされるときに、これとは別に外国法を授ける参考科三部制が採用され、翌年には学科目の改組にともない「独逸法律史」が参考科第三部に配当された当時の状況⁽⁴⁵⁾を具体的に知ることができる。『正科』という語は、学課程の規則類にはなく、慣行として「参考科」と対照的にこの語が使われているものと思われる。『羅馬法』は「正科」に属し、「羅馬法を学びて羅馬法律の後世に及す影響を知る」ことを目的とする。

「独乙法律」を究めるのは、これを参考にして「日本法律を改良」しその「応用」に資することにあるが、「現今独乙法律」を研究するだけでは足りない。誰しも「独乙法律」が今あるようになった原因を究めるためには、その「沿革」を知ることが確かかつ手近な道であり、「独逸法律史」の講義はそのことを目的とする。

「参考科にて独乙法律を研究すれども他日西洋及び日本の法律を研究して一書を著はさんとするの意あらば今日独乙法律を研究するに益ある可し。如何となれば今次欧州諸国に学問の尤も隆盛なるは独乙国」であるとして、ランケ以下当時の歴史学、哲学、そして法学の領域の指導的な学者たちの名前が列挙されていく[春木筆記・五丁裏を参

照」。もちろん当時の第一線の学者たちであることはいうまでもないが、その中には、宮崎博士がドイツ留学中に各地の大学で実際に聴講したゾーム、シュレーダーらの名前が含まれていることは注目される。例えば宮崎博士は、ライプツィヒにおいて一八八七（明治二〇）～八八（明治二一）年冬学期にゾーム教授の「ドイツ私法」、八八年夏学期には同じくゾーム教授による「ドイツ法制史」、ゲッチンゲンでは八七年夏学期にシュレーダーの「ドイツ法制史」を聴講したことが確認されている。⁴⁶ゾームの「フランク法とローマ法」に関する論文が、創刊された『サヴィニー雑誌』第一巻の巻頭論文として発表されたのは一八八〇（明治一三）年のことである。宮崎博士が留学した当時「ドイツ法制史」という学問領域が新たに開拓されつつあった時代であった。ドイツ法制史研究を牽引したのが、ゾームであり、もう一人がハインリヒ・ブルンナーである。「独乙法律史」の中でも、この二人の名前が何度か登場する。ブルンナーが終始一貫してドイツ乃至ゲルマン法制史家としての立場を貫いたのに対して、ゾームは、ドイツ法ないしゲルマン法はもとよりローマ法、教会法さらには民法の領域にまでその研究の領域は及んでいる。宮崎博士がこれら二人に対して高い評価を与えていることがうかがえるが、宮崎博士の法制史学と具体的にいかなる関係を有するかについてはここでは留保せざるをえない。

この点について長尾龍一教授は、宮崎博士の法制史学 zu ゾームの研究が与えた影響として、「手附」に関する研究に具体化されていることを指摘されている。⁴⁸ここでは「独逸法律史」講義と「比較法制史」講義の関係を考える上で参考になる限りで言及するにとどめる。「独逸法律史」と「比較法制史」第二部「独逸法制史」の間には、さきに指摘したように章立てなど差異があるが、全体の枠組み自体に大きな違いはないように思われる。しかしながら細部を見ていくと、内容的にはかなりの書き換えが行われていることが確認できる。長尾教授が指摘された「手附」に関する

る「比較法制史」における長い言及は、「独逸法律史」にはまったく見られない。「比較法制史」においては、日本における「手附」に関する資料を列举しつつ、日本と西洋の法制度の比較を試みようとする姿勢が顕著に表れている。宮崎博士は「手附」の問題について、一九〇〇（明治三三）年一月に東京学士会例会講演においても言及されている。⁴⁹「徳川時代已後の書類」に見られる「手附」という名称の例、古い中国、日本の辞書類からこれに関連する例が取り上げられるとともに、「*Arrha sponsalitia* 聘財」としてローマ法の所謂「婚姻予約の手附」への言及が見られる。⁵⁰ここではズームではなく、邦語訳があるとしてデルンブルクの『パンデクテン』第三巻が指示されているとともに、シュトツベの『ドイツ私法』⁵²が参考としてあげられている。宮崎博士が「手附」に関心をもたれ、日本法、中国法、ローマ法、ゲルマン法の比較へと研究を展開された時期を特定することはできないとしても、「比較法制史」と「独逸法律史」との性格の違いを知る上で重要な手掛かりとなる考えられる。

小結

以上宮崎博士の「独逸法律史」講義をめぐる、春木博士による講述筆記録を手掛かりに、未解明の点について若干の考察を試みた。春木博士による「独逸法律史」筆記録の成立時期とも関連して、「独逸法律史」の内容があくまでドイツ法律の歴史、沿革を語ることにとどまっている。このことからすると、一八九一（明治二四）年已以来講じられた「独逸法律史」の原型を伝えていると考えられるが、一八九四（明治二七）年二月にされたという時期の違いがなぜ生じるのかという問題については本稿では留保しておきたい。一八九三（明治二六）年に講座制が始まり、「羅

馬法」と「法制史比較法制史」の二つの講座が成立した。この年に宮崎博士が講座担任として「羅馬法」の講義を行っていたことは確かである。このことは松木幹一郎ノートなどによってその詳細がいずれ明らかにされることになる。『法制史比較法制史』講座兼任として「比較法制史」を講じられたと考えられるがこの年を特定できる筆記録によつては確認できない。春木博士の「独逸法律史」筆記録がこの年の「比較法制史」講義の一部をなすのか、一八九一（明治二四）年入学生の学年進行に伴う参考科「独逸法律史」がこの年にも開講されたのかという可能性も否定できないように思われる。春木博士が「英法科」の出身であることと、参考科第三部独逸法に配される「独逸法律史」の記録を残されているのはなぜかなど、明らかにできなかった点については今後の課題としたい。

（１） 宮崎道三郎博士の事績については、中田薫「宮崎道三郎先生小傳」（中田薫編『宮崎先生法制史論集』（岩波書店、一九二九（昭和四）年所収。石井良助「日本法制史研究の発達」『東京帝国大学学術大観 法学部 経済学部』一九四二（昭和一七）年、二七七—二九三頁、とくに二八〇—二八二頁。「日本法制史学八十八年—東京大学における—」『国家学会雑誌』第八一卷第一・二号（一九六八（昭和四三）年）、一〇九—一三七頁所収、宮崎博士については、とくに一一一—一一四頁を参照。同『大化改新と鎌倉幕府の成立』創文社・一九七二（昭和四七）年、三三七—三五九頁に収録、とくに三三〇—三三三頁を参照。瀧川政次郎「明治以後に於ける法制史学の発達」『日本法制史研究』有斐閣・一九四一年、とくに宮崎博士に関して、六二八—六三〇頁。なお、宮崎博士の東京大学在学中の答案内容についての言及がなされている、六二三—六二四頁。武藤和夫「法制史学の開拓者 宮崎道三郎先生」『法経』第3号（三重大学法経学会、一九五四（昭和二九）年）二—八頁。本文献については、『日本人物文献目録』平凡社・一九七四（昭和四九）年、項目「宮崎道三郎」も参照。宮崎博士の略歴・著作目録については、吉原丈司・吉原達也編『宮崎道三郎博士略年譜・著作目録（八訂稿）』<https://home.hiroshima-u.ac.jp/tatyoshi/miyazaki001.pdf>を参照されたい（随時更新中、以下『宮崎博士著作目録』WEB版として引用）。

(2) 石井良助・前掲「日本法制史研究の発達」二八〇頁。

(3) 宮崎道三郎講述『比較法制史』上下、日本大学所蔵本、刊行年代は不明を参照。同資料の翻刻として、吉原達也編「宮崎道三郎博士講述『比較法制史』緒論及び第一部 羅馬法制史」『日本法学』第八四卷四号(二〇一九(平成三二)年三月)三〇三頁(以下『比較法制史 上』として引用)。第二冊の翻刻として、吉原達也編「宮崎道三郎博士講述『比較法制史』第二部 独逸法制史」『日本法学』第八五卷一号(二〇一九(令和元)年)一頁(以下『比較法制史 下』として引用。同資料は、上巻の羅馬法制史と下巻の独乙法制史の二分冊からなる。第一分冊は、目次五丁、本文八一丁からなり、目次は、第一部、第二部を通観できる内容となっている。「比較法制史目次／緒言／第一章 比較法制史の範囲／第二章 法制史編纂の来歴／第三章 法制史編纂の方法／第一部 羅馬法制史 第一章 羅馬法制史に対する緒言／第一条 羅馬法制史編纂の沿革／第二条 羅馬法律の参考書／本論／第一章 王政時代の法制の有様／第二章 共和政時代に於ける法制の沿革／第三章 帝政時代の法制の沿革」[第二部 独乙法制史／緒言／第一条 独乙法制史の来歴 第二条 参考書／本論／第一章 Germanische Zeitの法制沿革／第二章 Fränkische Zeit／第三章 中古紀／第四章 近世]。第二分冊は、「第二部 独乙法制史」のみの目次三丁と本文八四丁からなっている。なお摂南大学所蔵本は、冒頭に「教授法学博士 宮崎道三郎口授 比較法制史 完於東京法科大学 乃卅四年九月至卅五年五月」と手書されており、明治三四年乃至三五年にかけて筆記録であることが知られる。

(4) 宮崎博士の「比較法制史」講義について、吉原達也「宮崎道三郎博士の講述『比較法制史』について」『日本法学』第八四卷三号(二〇一八(平成三〇)年)四二三頁以下。

(5) 春木一郎博士については、吉原丈司・吉原達也編「春木一郎博士略年譜・著作目録」五訂稿、二〇一七(平成二九)年、『CD版ローマ法、法制史、明治警察史及び日本統治下台湾警察史の諸問題—ローマ法・法制史学者著作目録選(第十三輯)—明治警察史雑纂(第四輯)—日本統治下台湾警察史雑纂(第八輯)—』二〇一八(平成三〇)年刊収録。現在では <https://home.hiroshima-u.ac.jp/tatysoshi/haruki001.pdf> やついで、随時更新中を参照。中央大学コレクション解説に「(4) ローマ法関係貴重書(春木文庫)」として以下のことが紹介されている。『市民法史(十二表法註解)』、『法の早引』、『ローマ法大全』、

『ローマ市民法大全注釈』、『市民法の四淵源』などからなる。わが国におけるローマ法研究の確立者で、本学において大正3年(1914)以降「ローマ法」の講座を担当された春木一郎博士(1870-1944)旧蔵のローマ法文庫を中心とした1,776冊。なお収蔵の経緯は「故・矢田一男法学部教授の仲介による1953年度購入」の由である。なお「旧春木文庫蔵書目録」準備中とある。 <https://www.chuo-u.ac.jp/library/paleography/details/commentary/>

(6) 春木博士による宮崎博士講述「羅馬法」講義筆記録については、吉原達也「宮崎道三郎博士の羅馬法講義」『日本法学』第八五卷二号（二〇一九（令和元）年）一頁を参照。

(7) 京都大学法学部図書室の書誌によると「宮崎「道三郎」講義「春木一郎筆記」獨逸法律史「書写者不明」、一八九四年二月」とされる。同資料の閲覧には、京都大学・佐々木健教授のご高配を得た。この場を借りて御礼申し上げます。なお、本稿においては「獨逸法律史」は原則として新字体の「独逸法律史」と記載する。

(8) 吉原達也「穂積陳重のローマ法講義について」『日本法学』第八十四卷一号（二〇一八（平成三〇）年）、一頁。ローマ法講義の変遷については、とくに、三七頁注二四を参照されたい。

(9) 岩野英夫「わが国における法史学の歩み(1873-1945)：法制史関連科目担任者の変遷」『同志社法学』第三九卷第一・二号（一九八七（昭和六二）年）、一二五—一二二頁。前掲『東京帝国大学五十年史 上冊』一一七—一四八頁を参照。

(10) 宮崎博士のドイツ留学時代の事績については、柏村哲博「設立者総代宮崎道三郎の生涯」『日本大学史紀要』創刊号二（一九九五（平成七）年）、一一一八頁、とくに四一九頁。宮崎誠・柏村哲博「宮崎道三郎のドイツ留学について」『日本大学史紀要』第五号（一九九八（平成一〇）年）、一五一—一七二頁、宮崎誠「宮崎道三郎のドイツ留学について（補遺）」『日本大学史紀要』第六号（一九九九（平成一一）年）、一三一—一四六頁。このうち、「補遺」は、現地調査に基づくライプツィヒ、ゲッティンゲン大学における宮崎博士の学籍簿や住所記録などの貴重な報告記録となっている。

(11) 岩野・前掲・二六八頁注三九。『法学協会雑誌』第五六号（明治二二年一月二〇日刊）四一〇頁。

(12) 『中央大学史資料集』第3集 資料番号二五一「法科大学教員受持学科表（明治二十一年九月—明治二十二年七月）」
<https://www.chuo-u.ac.jp/uploads/2018/10/shiryoshu00030251.pdf?1559445055925>

- (13) 岩野・前掲・二三八頁（明治三二年の項）。
- (14) 藤野奈津子「岡松参太郎とローマ法研究―『岡松参太郎文書』の手稿からみえてくるもの―」『千葉商大論叢』第四八巻二号（二〇一一年（平成二三）年）、五七頁以下、岡松博士と、宮崎博士のローマ法講義との関係について、とくに六四頁以下を参照。岡松博士によるローマ法講義（一八九一（明治二四）年）受講ノートは岡松参太郎文書マイクロフィルム版・早稲田大学図書館・同東アジア法研究所編（雄松堂）に収録されている。
- (15) 岩野・前掲・二六八頁注四二。『帝国大学一覽 從明治二十三年至二十四年』（明治三十三年二月出版）七〇頁を参照。
- (16) 『東京大学百年史・部局史一』一九八六（昭和六一）年、六八頁。この年宮崎博士が羅馬法講座を担当した経緯について、三上参次『明治時代の歴史学界 三上参次懷旧談』吉川弘文館・一九九一（平成三）年、一五一頁。藤田大誠「近代国学と日本法制史」『國學院大學紀要』第五〇巻（二〇一二（平成二四）年）一〇五―一二三頁。
- (17) 『東京大学百年史・部局史一』、七三頁。
- (18) 『東京帝国大学五十年史』上巻一二二〇頁。
- (19) 前掲同頁。
- (20) 前掲書一二二九頁。同時期の学科編成の詳細については、一二三〇頁以下の一覽を参照。
- (21) 前掲書一二三三頁。『法学協会雑誌』第九卷九号（二八九一（明治二四）年九月）九一頁以下。
- (22) 春木一郎博士の京都帝国大学法科大学での羅馬法講義自筆本（明治四〇年九月乃至四一年五月の学年における講義に使用したもの）が記念のため昭和一五年京都帝国大学法学部に寄贈されていること（『京都帝国大学史』京都帝国大学・一九四三（昭和一八年）一二月二〇日刊、二〇五―二〇六頁）は、周知のとおりである（<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1460809>）（二三六―二三七コマ）。一九四〇（昭和一五）年に春木博士の羅馬法講義自筆本の記事が掲載されている背景には、愛久澤直紀氏による春木博士旧蔵書寄贈と関わりがあるように思われる。その間の事情を知る手がかかりが、春木博士から田中秀央博士に宛てた一九四〇年八月二八日書簡に窺える。菅原憲二・飯塚一幸・西山伸偏『田中秀央 近代西洋学の黎明―『憶い出の記』を中心に』京都大学学術出版会・二〇〇五（平成一七）年、三二〇頁所収。この項について吉原・前掲「宮崎道三郎博士の羅

馬法講義について」二三頁注二五を参照。書簡の必要部分のみ再掲しておく。「先頃貴文科英文科在学ノ愛久沢直紀君ヨリ貴大学ニ寄贈ニ相成リタル書籍ハ、同君ノ嚴祖父直哉氏ガ小生ニ対スル厚キ友情ニ因リ非常ニ高キ価ニテ買取ラレタルモノト存ゼラレ候、本件ニ付テハ始終山田乙[△]三博士ノ心配ヲ恭ナクシタル次第ニ御座候、因ニ記シ候ガ愛久沢直哉氏ハ明治廿七年東大政治科ノ卒業生（小生ト同年ノ卒業）ニシテ、事業方面ニ没頭シ遂ニ一大事業家トシテ本月十七日遠逝セラレタリ、氏ハ実ニ明治年代立志篇中ノ人ト存ジ候」翻刻文中「山田乙三」は「山田正三」「一八八二—一九四九年」の誤植と思われる。〈<https://kensaku.kual.archives.kyoto-u.ac.jp/rireki/>〉（<https://kensaku.kual.archives.kyoto-u.ac.jp/rireki/?c=detail&id=000969>）この項について、前記『宮崎博士著作目録』WEB版二一頁を参照されたい。

(23) 吉原・前掲「宮崎道三郎博士の羅馬法講義について」『日本法学』第八五卷二号・六頁。

(24) 岩野・前掲「わが国における法史学の歩み」二三四—二三五頁。

(25) 『東京帝国大学五十年史』上巻一二二九頁。

(26) 前掲書一一三三頁。

(27) 前掲書同頁。

(28) 前掲書一一三六頁。

(29) 前掲書一一三七頁。

(30) 瀧川政次郎『日本法制史研究』有斐閣・一九四一年、六三〇頁。

(31) 岩野・前掲「わが国における法史学の歩み」二七〇—二七一頁注五六。

(32) 一八九三（明治二六）年の「羅馬法」講義を伝えるものとして、「松木幹一郎（一八七二—一九三九）筆記『羅馬法』一八九三（明治二六）年 第一年次」なる資料が早稲田大学図書館に所蔵されている由である。

(33) 藤野奈津子教授による法制史学会第七一回総会（二〇一九（令和元）年六月開催）ミニシンポジウム「日本における法史研究の歴史」における報告「明治前期における西洋法史学の誕生」中資料Ⅲに松木幹一郎氏のノートのあらましが紹介されている。藤野報告によれば、全体は「外篇」と「内篇」に分かれ、前者は、講義の目的、参考書の紹介など序論的講義であり、

後者は「通則」「物権法」「債権法」「家族法」「相続法」の五編構成で、ローマ私法の全体が講じられたようである。春木博士による一八九一（明治二四）年の「羅馬法」筆記録では、前半は「羅馬法沿革論」としてローマ法史の詳細が語られ、後半ではローマ私法の全体が「総則」「財産法」「家族法」「相続法」として講じられている。「松本ノート」との違いは、「羅馬法沿革論」に比重の半分が置かれており、講義時間数から考えると「羅馬私法」の部分において濃度に差があったと考えられる。

(34) 吉原・前掲「宮崎博士の羅馬法講義について」を参照。

(35) 三上参次『明治時代の歴史学界 三上参次懷旧談』吉川弘文館・一九九一年、一五二頁。岩野教授は前掲箇所において、三上博士の法制史講義が行われたかは資料的に確認できないとされており、明治二八年の卒業生である浜口雄幸、小野塚喜平次らとの交流を語っていることからすると、その信憑性は高いと考えられる。

(36) 吉原・前掲「宮崎道三郎博士の羅馬法講義について」一二頁以下。

(37) 吉原・前掲「宮崎道三郎博士の羅馬法講義について」六頁。

(38) 宮崎道三郎「羅馬法の独乙国に伝来したる始末を述ぶ」『法学協会雑誌』第六卷（通号五九号・一八八九（明治二二）年二月二〇日刊）五八七―五九六頁、「同・（前号のつゞき）」同第七卷（通号六〇号・一八八九（明治二二）年三月二五日刊）一一五頁、「同」同第七卷（通卷六一号・一八八九（明治二二）年四月二五日刊）九八―一〇五頁。

(39) 宮崎道三郎「独乙国法学家アイヒホルン氏ノ伝」『法学協会雑誌』第八卷（通号七三号・一八九〇（明治二三）年四月二五日刊）二三六―二四二頁、「同（承前）」同第八卷（通号七五号・一八九〇（明治二三）年六月二五日刊）四一一―四一四頁。

(40) 宮崎道三郎「法律沿革ノ研究ニ就テ」明治二十四年五月三日大学通俗講談会ニ於テ『東洋学藝雑誌』第八卷一一七号（二八九一（明治二四）年六月二五日刊）二六九―二八一頁。

(41) 宮崎道三郎「羅馬法ノ影響ニ就テ」『東洋学藝雑誌』第十卷一四六号（一八九三（明治二六）年一月二五日）五七七―五八三頁、「同・（前号ノ続）」同第十卷一四七号（一八九三（明治二六）年二月二五日刊）六一七―六一九頁。

(42) そのほか宮崎博士のものとして、無記名ものとして「ベルンハルド、ヨセフ、ウキンドシャード氏ノ小伝」『法学協会雑誌』

誌』第九卷二号 (一八九一 (明治二三) 年二月一日刊) 八二—八三頁 (雑録・無記名)、「ゲルベル (Gerber) 及びリヨネ (Roene) 二氏の訃音」『法学協会雑誌』第十卷五号 (一八九二 (明治二五) 年五月一日刊) 四八六頁、「ウインドシヤイド氏の訃音」同第十一卷二号 (一八九三 (明治二六) 年二月一日刊) 一六五—一六六頁 (海外記事・無記名)、「ウインドシヤイド (Windscheid) 氏の勤学」『法学協会雑誌』第十一卷二号 (一八九三 (明治二六) 年二月一日刊) 一六六頁などが知られる。

(43) 宮崎誠・前掲「宮崎道三郎のドイツ留学について (補遺)」一三六—一三九頁。これによれば、宮崎博士は、ライプツィヒにおいて、一八八五—八六年冬学期にヴィントシャイトのパンデクテン講義第一部、八六年夏学期に同じくヴィントシャイトのパンデクテン講義第二部、また八六—八七年冬学期はゲッチンゲンにおいてイエリングのパンデクテン講義第二部、八七年夏学期にはイエーリングのパンデクテン演習、レーゲルベルガーのインスティトゥーチオーネンを履修している。

(44) 宮崎道三郎『東洋学藝雑誌』一四七号六一九頁「独乙には又独乙私法 (Deutsches Privatrecht) と称する学科目あり。此の科目は、主として独乙自国に於て生長せしめたる法律を論ずるものにして、元来羅馬法を論ずるものにあらずれども、其の沿革を察するときは、此の科目も亦羅馬法の影響を受けて発達したるものたることを知る。其の故は独乙私法に属する法律規則も、第十八世紀前は、之を羅馬法の講義中に挿入し、別に独立の科目として講ぜざり。一千七百七年に於てゲアルグ、バリエル (Georg Beyer) と云へる人あり。ウィッテンベルグの大学に於て、始めて独乙私法を独立の科目として講じたれども、此の人も亦是れ羅馬法学者にて、羅馬法の教授として聘せられたる人なりき。知るべし、独乙法の学科目も亦羅馬法学の刺激を受けて発達したることを。」

(45) 前掲『東京帝国大学五十年史』上巻・一一二—一二頁。

(46) 宮崎誠・前掲「宮崎道三郎のドイツ留学について (補遺)」一三六—一三九頁を参照

(47) 邦訳として、ゾーム／久保正幡・世良晃志郎訳『フランク法とローマ法—ドイツ法史への序論—』岩波書店・一九四二 (昭和一七) 年が有名。Rudolph Sohm, Fränkisches Recht und römisches Recht: Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung, Bd.1, Hermann Böhlau, 1880, S.1-84. <https://books.google.co.jp/books?id=aB2wAAAAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=zeitschrift+savigny+1880+germ&hl=ja&sa=X>

&ved=0ahUKEwic0qjLhFHIAhXiFqYKHRKeAdkQ6AEIMjAB#v=onepage&q=zeitschrift%20savigny%201880%20germ&f=false

(48) 例えば、長尾龍一教授は、長尾龍一「宮崎道三郎の法史学」『法学に遊ぶ 新版』慈学社・二〇〇九年、二六九頁以下。

『比較法制史』第二部六七丁表以下、前掲『日本法学』第八五卷一号、七五頁以下を参照。Rudolph Sohm, Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt : eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältniss der kirchlichen Trauung zur Civilehe, H. Böhlau, 1875.

(49) 宮崎道三郎「手附の話(明治三十二年十一月十一日東京学士会院例会講演)『中田薫編『宮崎先生法制史論集』岩波書店・一九二九(昭和四)年、六二―九七頁所収、初出は『学士院雑誌』第二二編第九号(一九〇〇(明治三二)年十一月)。

(50) 前掲書・九一頁以下。

(51) Heinrich Dernburg, Pandekten Bd.3, Berlin, H.W. Müller 1887, § 7.

(52) Otto Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Berlin, 1871-1885; Reprint, 100 Jahre bürgerliches Gesetzbuch, Germanistik 20, Keip, 2005.

別表 宮崎道三郎博士講述「独逸法律史」及び「比較法制史」
第二部「独逸法制史」対照表

独逸法律史 [春木一郎博士筆記録 1894 (明治 27 年 2 月)] 緒論 [参考書] 第一期 日耳曼時代 第一章 日耳曼人種の由来 第二章 日耳曼人種の住所 第三章 日耳曼人種の諸部族 第四章 civitas, pagus (Gau) 第五章 rex, dux, princeps 第六章 comentus, comes 第七章 concilium 第八章 Hundertschaftung 第九章 軍隊の組織 第十章 裁判所の組織 第十一章 身分の種類 第十二章 土地制度 第十三章 刑法 第十四章 民法 第十五章 訴訟手続 [第二期 フランク時代、記載なし] 第十六章 日耳曼人種の移転及び其影響 第一節 日耳曼人種の移転 第二節 日耳曼人種移転の結果 第十七章 日耳曼人種に新たに建国せし諸国の状況 第一節 Gothen 第二節 Langobaden 第三節 Bayern 第四節 Burgunden 第五節 Ostgothen	比較法制史下巻 第二部 独逸法制史 緒言 第一条 独逸法制史の来歴 第二条 参考書 本論 第一章 Germanische Zeit の法制沿革 第一節 German 人種の由来並に住処 第二節 vicus, pagus, civitas 第三節 rex, dux, princeps 第四節 comes 第五節 sacerdotes 第六節 集会 第七節 兵制 第八節 貴族の階級 第九節 土地制 第十節 民法 第十一節 刑法 第十二節 訴訟法 第二章 Fränkische Zeit 第一節 German 部族の盛衰の略史 第二節 Franken の国勢

第六節 Alemannen	
第七節 Saxonen	
第八節 Friesen	
第九節 Angelsachse	
第十八章 日耳曼人の建国及び其国勢の拡張	第三節 rex (王)
第十九章 人民集会	第四節 Hofbeamter (ministeriales)
第廿章 Gau, Graf	第五節 集会
第廿一章 centena, centenarius	第六節 Gau, Graf
	第七節 Centena (situs, pagallus, marcha), centenarius (centurio, tunginus, Schulthaus)
第廿二章 ducatus, Herzog	第八節 ducatus (Herzogthum), Herzog (dux), Markgraf (dux limitis)
第廿三章 missaticum, missus dominicus	第九節 missaticum, missus dominicus (nuntius, legatus)
第廿四章 日耳曼の侍臣	第十節 Lehnswesen の由来
第廿五章 議会	
第廿六章 兵制	第十一節 兵制
第廿七章 封建制度	第十二節 財政
第廿八章 裁判上の組織	第十三節 immunitas (emmunitas Immunität 免除)
第廿九章 財政	第十四節 Vaegto
第三十章 immunitas	第十五節 土地の制度
第三十一章 土地制度	第十六節 裁判所の組織
	第十七節 貴族の等級
第三十二章 身分の種類	第十八節 属人法主義の流行並に法律書の編纂
第三十三章 法律の体裁	第十九節 Urkunde Formulae
第一節 緒言	
第二節 leges barbarorum, leges Romanorum	
第一款 leges barbarorum	
第二款 leges Romanorum	
第三十四章 民法 物権・債権・親属法	第廿節 民法
第三十五章 刑法	第廿一節 刑法
第三十六章 訴訟手続	第廿二節 訴訟手続
第三期 中世 第九世紀より第十五世紀頃迄の沿革	第三章 中世
第三十七章 独乙国の分立及び其国勢沿革大略	第一節 独乙国の分裂並に其国勢の略史
	第二節 国王
	第三節 官職制度

第三十八章 王家及び財政	第四節 Lehnswesen
第三十九章 侍臣	第五節 Fürsten
	第六節 Comitatus (Grafschaft)
	第七節 Reichstag, Hoftag
	第八節 帝国の財政
	第九節 帝国の兵制
第四十章 地方の政治機関	第十節 Landesherr, Territorium
	第十一節 領土の家政及び其役人
第四十一章 Stadt の沿革大略	第十二節 Stadt (市府)
第四十二章 Rechtsquellen 法源	第十三節 法源
第四十三章 中世に於ける裁判所の組織	第一款 第十世紀—第十三世紀頃の 有様
	第一項 独乙国の有様
	第二項 Italy
	第二款 Sachs[en] の法律 (Sachsen- spiegel)
	第三款 Schwabenspiegel
	第四款 Landrecht, Stadtrecht
	第五款 Rome 法の伝播
	第十五節 民法
	第十六節 刑法
	第十七節 訴訟手続
第四期 近世	
第一小期	第四章 近世
第四十四章 第十五世紀の末より第十九世紀の始に至る独逸法律沿革の大略	第一節 第十五世紀の末—第十九世紀 の始
	第二節 十九世紀の始—Der allgemeine deutsche Bund

附…宮崎道三郎講述「独逸法律史」緒論

—春木一郎博士筆記録による—⁽¹⁾

独逸法律史「三丁表」⁽²⁾

緒論 独逸法律史を学ぶの利益

余は此研究を以て随分必要なりとす。何国の法律を問はず、其沿革を論ずる、甚だ必要にして、猶水の升に盈るを流るが如し、独逸法を研究するにも其現行法のみを研究して其沿革を忽^{ゆるがせ}にするは水の源を知らずして其流を見るのみ、^{ただ}啻に然るのみならず、現行法のみを知るとも其源の来る所を知らざれば現行法を解すること大に困難なり。

権利義務なる語は法理上の學術語にして廿年以前の人の知らざる処なり。是等の語は法学を学びたるものにあらざれば解し悪くきなり。西洋には早く正に是等の語を用ゐざれば、現今日本法律を研究するには西洋の法律即ち現行日本法の基く処に付て学「三丁裏」びたる人は容

易に理解し得るなり。蓋し西洋には是等の語はなきに其定義意味を示現せるを以て西洋法律を研究せる人は早く知り得べし。乃ち現今日本法律の關係たる羅馬法律を研究せる人は早く知り得べし。乃ち現今の法律を研むるにも其由来する所を理會すること甚だ易し、且つ独逸法律を研究せんとするものには独乙現行法の意味を了解せんとするには独乙法律の沿革を一応研究せざれば能はず。今一例を独乙法律に付てあげん。

独国に於て今來世人の慣用せる法律学の科目の中、独逸私法 Deutsches Privatrecht なる課目あり。而して其課目外に純正羅馬法 Institutionen なるものあり。其他 Pandekten oder Auslegungen des römischen Rechts あり。是等は皆私法を論ずるものなり。然るに同じ私法のことを論ずる Institutionen 又はパンデクテンの如きは凡て羅馬法に關係あるものにして、而して「四丁表」独乙にては此ローマ法に關係ある法律を重んずること多し。

独国法科大学にてはパンデクテンの課業は一週間毎週

十二時間位あり。此外 Pan [denken] に關係ある課目 Corpus juris civilis 及びその解釈あり。而して独逸法律に關せる独乙私法よりは同じローマ法を以て重に研究す。世上の著書もローマ法に關係するもの多し。独逸私法は独逸法系の法律なれども学者の独逸私法を攻究するにローマ法の從來完備するものを用ゆるもの多し。例ばローマ法私法家の用ゆる分類法即ち私法を分ちて Allgemeines Recht [Allgemeiner Theil], Speciales Recht [Specialer Theil] とするが如き、其中をも分類する如きは皆ローマ法に拠れり。即ちローマ法系の學問の及ぼす影響多し。若し独逸法律を研究するに現今の法律をして研究し、如何にして然かなれるやの歴史に及ばざれば如何ぞ、現今の法律の斯ある如き學風が斯くある如きやを知る「四丁裏」に由あらんや。即ち独乙法律の精神及び応用を理解するに至るなすに於て、独乙法律を研究すると共に其歴史即ち其由て來たる處を研究せば益する處多かるべし。如之正科に於てローマ法を研究する

は重なり。ローマ法は第十二世紀より独乙に輸入し独乙法律界に大變動を及ぼせり。即ち正科にて羅馬法を學びて羅馬法律の後世に及す影響を知るを得たり。歴史にてはローマ法の独乙法に及ぼす影響を知るなり。両者は相俟て大に益する處あるべし。

而して参考科に於て日本人ながく独乙法律を研むるは独乙に歸化する爲めにあらず。必ず独乙法律を参考して日本法律を改良し又日本法律の応用著を為さんとするなり。即ち独乙法律を研究するは独乙法律なるが故にあらず、其中に取るべき所あればなり、乃ち學ぶより参考すべき處あればなり。然れども独「五丁表」乙現今法律のみを研究して以て足れりとするにあらず、何となれば独乙法律の今日の有様を為せるは皆之をして然らしむる原因あればなり。今独乙法律を研究しながら独乙法律をして今日の有様に達したる原因に論究せざれば、小兒の爲めに成れる明なるか大人の爲に成れる明なるかを知らずして、他人の洋服に復するが如く怪しき結果を生ずべし。

然らば諸人は独乙法律今日は此の如き有様なるに至らしめたる原因を究む可し。然らするには独乙法律の沿革を究むるを以て確にして手近なる道なりとす。

参考科にて独乙法律を研究すれども他日西洋及び日本の法律を研究して一書を著はさんとするの意あらば今日独乙法律を研究するに益ある可し。如何となれば今次欧州諸国に学問の尤も隆盛なるは独乙国なれば「五丁裏」其盛大なる学問中歴史家にてはランケ⁽³⁾ [Ranké, Leopold von, 1795-1886]、哲学には希臘哲学を著したるエドワード・チエラー⁽⁴⁾ [Zeller, Eduard, 1814-1908] 氏あり。希臘人の独乙に留学するも研究すること自国のことなるもチエラーの講義を喜んで聞けり。又フイシエル⁽⁵⁾ [Fischer, Ernst Kuno Berthold, 1824-1907] の如き哲学あり。又近世哲学史を論ぜるエルドマン⁽⁶⁾ [Erdmann, Johann Eduard, 1805-1892] あり。論理の沿革を著したるプラントル [Prantl, Karl von, 1820-1888]⁽⁷⁾ あり。羅馬歴史⁽⁸⁾を著はせる「テオドル フォン モムゼン」⁽⁹⁾

宮崎道三郎博士の独逸法律史講義について (吉原)

[Mommsen, Theodor, 1817-1903] あり。其名譽全世界に響き、伊国の如きは「判読できず」あり。モムゼン伊国を旅行せしときも同伴人は盜賊に遭ひたるもモムゼン丈^{だけ}は許されたりといふ。その他モムゼンが伊国の書庫にて書を閱せるとき法王来り他人は礼せるもモムゼンは其書に耽りて礼せざる故に番人之を「モムゼン」に告げんとしたるに法王はモムゼンの勉学を妨ぐるを不可として之を止めたり。又希臘の歴史を著はせしクルチュス⁽¹⁰⁾ [Curtius, Ernst, 1814-1896] あり。其他經濟畫^{がく} [学]の歴史ありて其学尤も盛なり。「六丁表」

法律にも其沿革を研究すること大に盛にして羅馬法律の沿革研究も亦盛なり。「アイヒホルン」⁽¹¹⁾ [Eichon, Johann Gottfried, 1752-1827] の如きは「十文字分ほゞ欠字」⁽¹²⁾ [Geschichte der Literatur von ihrem Anfang bis auf die neuesten Zeiten.] を作り、「ゲオルク フォン ワイチエル」⁽¹³⁾ [Georg Waitz?, 1813-1886]⁽¹⁴⁾ 「パウロート」⁽¹⁵⁾ [Paul von Roth, 1820-1892] 「ブルンネル」

「Brunner, Henrich, 1840-1915」⁽¹⁶⁾、伯林大学「ゾーム」
「Sohm, Rudolph, 1841-1917」⁽¹⁷⁾、ライプチヒ「イエリン
グ」⁽¹⁸⁾「Jhering, Rudolf von, 1818-1892」の如き皆大家なり。
其他数多の学者ありて羅馬法理沿革及び独乙法律沿革を
精密に研究せり。今独乙法律史を見て独乙法律家の其国
の法律史を研究するを見れば他日日本及び他国の法律沿革
を見るの参考となるべし。

其他独乙法律中には時代によつては日本在来の制度と
大に趣の同じきものあり。例ば日本にて昔時血統を崇び
親族を尊び氏族を別ち源平等は親族相別れて戦争を為し
沿革上に大影響を及ぼせることあり。又親族の復讐せる
ことあり。独乙にては古は此の如きこと行はれたり。其
制度厳密に立ち其他日本にては封建近頃迄行はれ独乙に
ても又然りとするは日本封「六丁裏」建其他制度を調べ
んとするには大に難渋なれども独乙の制度等を参考して
日本のものと対照して見るときは大に明白にし易し。又
独乙には十二三世紀に羅馬法入り独乙在来の法律衰微し

たる如く、我国にて古は隋唐の制を採り律令を作れり。
此羅馬法の独乙に入りたる如く日本には前には固有の制
ありたるなり。隋唐の制度入りてあり。在来のものは大
洪水に遇ひたる如く皆隋唐の制に化したり。日本にて今
律令を調ぶるものなれども、其入りたる原因を論ず。□
□「律令」入りて以来の変遷を調べたる人もなし。

然るに独乙にてはローマ法の入りたる原因を調べ、
Rezeption des römischen Rechts なる問題に大に注意し
たり。⁽¹⁷⁾「サビニー」⁽¹⁸⁾氏の如きは□□「Geschichte des
römischen Rechts im Mittelalter『中世ローマ法史』」
を著したるは羅馬法律の独乙に入れる前のことを確かめ
んとするにすぎず。又有名なるイエリング「Jhering,
Rudolf von, 1818-1892」氏□□「Geist des römischen
Rechts『ローマ法の精神』」⁽¹⁹⁾を著はせり。其目的の一は
ローマ法が独乙に入りたる原因を探求するにありたり。
「七丁表」シュミット「Schmidt, C. A.」も Rezeption des
römischen Rechts 「in Deutschland, 1868」⁽²⁰⁾アルノルド

[Arnold, Wilhelm] は [Rezeption des römischen Rechts und ihre Folge, 1872]⁽²¹⁾ を著せし目的の一はローマ法の独乙に伝来せるを見んが為めなり。カアローア[Karlowa, Otto, 1836-1904] も又之を論ぜり⁽²²⁾。パンデクテンにてもレセプションのことを論ぜり。

此の如く大家の論ずるもの多けれども、日本にては隋唐の入りたる原因を調べるもの少なし所、宜しく之を研究せざる可からず。乃ち今歴史を見るにローマ法が独乙に入りたる原因及び影響を知るを得べく、以て日本法律が隋唐法の影響其原因を知るを得助となるべし。日本にて現今羅馬法が独乙に入りたるときに如く独乙法も英法も仏律も入るなり。種々の法律入るべければ、現今日本は外国法律の Rezeption の時代なり。然らば独乙に於て羅馬法の入りたる理由及び其影響を参考せば、今日日本人が外国法律を輸入する参考となるべし。然らば今日日本人が独乙法律を「七丁裏」研究するは古事を知らんが為めにあらず。且つ今の問題即ち日本法律のレチュエプ

ションを事例に付て調べることなれば、決して独法律の沿革を調ぶるは迂遠のことにてあらざるべし。加之日本にて独乙法律を研究す可き理由あり。即ち新法典には訴訟法商法の如き独乙法律を丸取せるもの及び大に取れるものなり。其他市町村制⁽²³⁾も亦然り。即ち名は日本法律なれども模範は独乙法律少なからず。即ち今日日本にて独乙法律を研究するは同様に日本現在の法律の源を究むるなり。名は日本法律なれども基礎に溯る可きなり、独乙にてはローマ法の入る以上は Rezeption des römischen Rechts を研究し、其他ジャスチニアン帝以前の法律を研究せり。之を研究せば一国の法律が他国に入りたるときの原因及び影響を知るべく、乃ち表面上は外国の沿革を調ぶる如くなれども、裏面上よく見れば日本法律の沿革を調べると「八丁表」同一なれば、決して迂闊なることにあらず。

然れども、法律の沿革を研究せんとするには、現今の法律のみならず、遠く千古の古に溯りて順を追ふて現今

に及ぶるべし。加之只法律を研究するのみにては足らず。法律以外の社会の諸現象を研究せざる可からず。法律は孤立せるものにあらず。社会の波瀾^{うねり}にて許多の事物と相俟ち、一起一伏波瀾を為すものなり。即ち法律は当時の宗教、風俗、楽音、工業、土地、氣候に係ありて沿革あるものなれば、法律以外事情を広く探究せざるべからず。非常の強記博覧聰敏ならざる可からず。博覧ならざれば附「不」学に陥り、強記ならざれば折角事物を研究するも進歩せずして□□「事実」まけをなし、深林に入りては道に迷ふ如きこととなる。道に迷はざらんとするに短眼ならざる不可^{べからず}。即ち道理を見ざる可からず。此の如く大に難事あり。

加之独乙法律の如きは古今甚だ統一なし。ローマ法の如きは言語を見て統一ありたるを「八丁裏」見るべし。法律の成長にはローマの首府ありて次第に権はかりたり。即ち羅馬法律の進歩の中心となるものは首府なり。然るに独乙法律は Deutsches Recht とて人種ありて名「つ」

けたるものにして、土「主」地が法律進歩化の中心とならず。種々の人種ありて統一せず。今日尚ほ統一せず。故に独乙法律を研究するは統一する国の法律を研究するより困難なり。或る書に曰く、バイエルン州のみにても五十種の語ありと。以て独乙に統一なきを知るべし。現今の Bürgerliches Recht を作れるも統一に帰せん為めなり。

「サビニー」「チボー」の争も「チボー」が統一法律を作らんとし、「サビニー」は之に反し遂に Historische Schule と Philosophische Schule の二を生ぜる所以なり。故に独乙法律を研究するには眼を四方に配せざれば不可□「能」なり。独乙には法律の統一なりしを以て古人言語にも統一なし。諸邦に種々の方言行はれたり。然るに后世より古の法理を研究するには書籍即ち当時の統一せざ「る」「九丁表」方言を知らざるべからず。翻て我国を見るに万葉集なると和□「類」の言の難きものあり。日本にて同じ言語にありながら、之を理会すること難し。

同じ日本の中にも奥羽語の薩音の如き理會し難きも、独乙には所々に方言行はれ、加之□□に於て古の法律を研せんと欲す。而して□「見」る人は日本人にて今日英仏独三ヶ国の現今法は学び易からむ。古の種々の方言を悉く知るは大困難なり。今日日本にて独乙法律を研究するは必要なれども困難なり。然れども必要は實に大にして如何にもして研究せざる^{べからず}不可。

独乙にも今日までに其法律の淵革に力を用ゆる人如何程ありて其程度如何程進歩せるや及び其参考書をいわざるべからず。即ち其第一は

Hermann Conring [De origine iuris Germanici, Helmestadt, 1643.]

Siegel [Heinrich,] Deutsche Rechtsgeschichte [

Ein Lehrbuch, Franz Vahlen, Berlin, 1886.]

Brunner [Heinrich,] Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig, 1887-1892.]

抑も第十二世紀に羅馬法が独乙に行はれたるは十二世

宮崎道三郎博士の独逸法律史講義について (吉原)

紀に伊ボロニヤのイルネリヤスはローマ法の必要を説きたる故、歐人ボロニヤに來たりて之を學びたり。其次の學者「アゾ」⁽²⁴⁾の講義には一万人も學生ありて頗る盛なりし。然し當時の學風は今日日本の法学の學風に類し「ヂヤスチニアン」帝の法律を研究し其以前葉ローマに如何なる法律ありしや及び Justinian 帝のときに如何なる原因ありて大成せるやを研めず。加之大に沿革的の實例に乏しく完全したる大典のみを研究せばたれると思ひ、其結果としてボロニヤの先生等は法律は必ず必至の原因ありて然るを、其外部のみを以て如何なる國にもあてはまるなり。天下普通に行はるゝと信じ、歐洲の學風もローマ法を金科玉「十丁表」条とし同說同主義にて沿革を研めざりき。而して此の如くなりしを以て独乙にも十四世紀に一大學校成り其中にも法学部ありて、甚だしきはローマ法とそのローマ法と關係ある寺院法を教へ独乙法律を教へざりき。甚だしきに至りては羅馬法を天下普通法とし我國及び他國の法律のローマ法にあらざる法律は

野蛮的法律とか不□□法律なりと卑しめたり。此を独乙法と卑しめ、ローマ法と寺院「法」のみを教へたり。寺院法ローマ法と密接の関係あり。寺院は盛にしてローマ法廷は僧侶を守護する為め乃ち天帝が耶蘇教信者を守護する為めローマ法を作さくするものとし寺院「法」も発達せし故、寺院法を特別に設け僧侶はローマ法によりて支配せられるとし、二者大なる関係あり。故に独乙に大学の始まつたる頃は此二法を教へ、独乙法を講ぜざりき。此の如は長く続かず。独乙は独立を失ふべかりしも、苟くも「十丁裏」一國あれば自國の法律を捨つるは道理上能はざることなれば、外国法に心酔して自覺心なき頃はローマ法のみを研究せしが、其后力のつきたる頃は此を我自らに引きあて、仏顔も三度にて難有と思はず。自己の法律を捨つるには悪しと考を起し、心酔止めて自覺心起るの時期に進みたり。此ときに独乙歴史を著はしたる人をヘルマン コンリング [Hermann Conring, 1606-1682] なる大活眼者なりとす。衆人に先つて時世の一変

すべきを知り、一千六百四十三年に有名なる *De origine iuris Germanici* [『ゲルマン法の起源について』] を著したり。然れども医者にして法律専門者にあらず。然るに此の如き書を著はし、法律学者に□□「影響」したる所を見れば、其大活眼者たること知るべきのみ。今日独乙法律の実現と云はば此人を推せり。⁽²⁵⁾ Stobbe [Johann Ernst Otto, 1831-1887] の如きは大学者なるが、ヘルマン コンリングの伝 [Hermann Conring, der Begründer der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1870] を著して之を賛せり。然るに不幸にして独乙法律は変進せざりき。乃ち性法学者の実現たる「十一丁表」Hugo Grotius [1583-1645] は [De jure belli et pacis, 1625] 『戦争と平和の法』を著はし性法説を立てたれば、忽ち当時学者に伝播し哲学者も法律学者も此説に心酔せり。⁽²⁷⁾ 然るに此説は法律の沿革を忘れ、性法学の行なれたる為め、ヘルマン コンリングの大著述あるにも係わらず法律沿革学者は一時絶えたりき。

次に下て十八世紀の半に至り性法学説大に足りたるか。

仏国に Montesquieu [1689-1755], De l'esprit des lois⁽²⁸⁾ [1748『法の精神』]を著はしたり。その主意は法律は必ず法律以外の実物関係あり。他の事物とと共に消長するものなり。変化の差異なきものなしと説きたるに、当時独乙の Göttingen 大学に Gustav Hugo [1764-1844] なるローマ法学者、モンテスキューの書を読むで感明「銘」し法律は沿革的に調ぶる必要を知れり。⁽²⁹⁾ 然るに同所に「スピットレール」⁽³⁰⁾ [Spittler, Ludwig Timotheus, 1752-1810] なる歴史に委しき人ありてモンテスキューと同説なりければ、此人にして其説を聞き益々沿革的に法律を学ぶべき必要を説き書を著はさると。仏国に大革命ありし当時に法律「十一丁裏」を沿革的に学ぶ説を公にしたり。然るに仏の大革命の改新に大影響ありし如く、此書法律界に大変動を与へたり。乃ち法律を沿革的に学ぶの必要を知らしめ、自ら歴史法学者の主唱者の一人となりたり。同氏又 Römische Rechtsgeschichte⁽³¹⁾を書せり。

宮崎道三郎博士の独逸法律史講義について (吉原)

而るに此人文章に欠ける点ありし為め面白からず。従つて人を感動せしむること薄し。

而るにゲツチエンゲンに留学せる Savigny は Hugo 学風を賞賛し廿四歳のときマルブルヒの大学に教授となり世人サビニーあることを知らざりき。此時占有論を著せるが、Pandektenを講義して居たる人之一傑^{けつ}作とし独乙第一等の学者なりと賞賛せり。加之同氏は文章に巧みにし「シラー」なりと称せられたりし程なれば、Hugo の考乙「シラー」の筆を以て当時の学風を一変し沿革的に研究せざる可からざるを知りたり。「サビニー」はローマ法を沿革的に研究し、当時ゲツチンゲンに「カール フリードリッヒ アイヒホルン」なる教授は同じ考を有し、千八百八年より千八百二十三年迄十五年間を経て有名なる Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte 四巻を著はせしが、立論正確規模□□大活眼なり。独逸法律の全体を網羅し公法、刑法、訴訟法のこと何事も網羅し、事柄最古より現今に亘る故にサビニーのローマ法史

『中世ローマ法史』が一方に大傑作なると同「じく」、氏「アイヒホルン」の独逸法律史は大「傑」作なり。故にサビニー、アイヒホルンを以て沿革法学の二大家とす。又ゲツチエンゲンの大学教授にて法学上古今の学者中第一にして大に沿革法学の影響をうけ法律を研究せんとし法学上より法律に關係ある字を集めて作りたる人あり、即ち Jacob Grimm [1785-1863] なり。千八百二十八年出版せり、⁽³²⁾ブルンナア氏曰く、グリムの書は頗る必要にして法学界中珍重すべきものにして、⁽³³⁾其他有名なる諸大家は左の如し……。⁽³⁴⁾

編者略注

(1) 翻刻に当たり、次のような方針を採った。

・旧字体は新字体に改め、片仮名遣いを平仮名遣いにしたほか、読みやすさを考慮して濁点、句読点と送り仮名を増やした。編者の補った部分は「」でくくって、本文と区別した。本文において「独逸」と「独乙」の用法が混在するが、原則として原文のままとした。

・本文は、英語、ドイツ語などが混在しているが、綴りの誤りを訂正したほかは、そのままの形で残すこととした。ただし、固有名詞以外は、各単語を小文字表記として全体を統一した。カタカナで表記された人名は判別可能と思われる限り、元の表現を残し、現在の慣用に修正せず、本文中において「」を付して、原綴と生年と死亡年を記載することによりに識別できるようにした。

・原典との対応を容易にするため、丁数を「二丁表」「二丁裏」のように、各丁の冒頭部分に挿入して記述した。

・人名について編者注は簡単なものとどめた。主に『岩波西洋人名辞典』増補版・岩波書店一九八一年、『岩波哲学小辞典 増訂版』岩波書店・一九四九年、ヴィーアッカー／鈴木禄弥訳『近世史法史』創文社・一九六〇年所収の人名索引などを参照した。

(2) 表紙には「宮崎先生帝大講義／ドイツ法制史」と記される。表紙裏には、金澤理康訳『ザクセンシュピーゲル』(早稲田法学別冊第八巻)の新聞広告と「昭和十二年六月十五日」の新聞日付部分の切り抜きが貼られている。一丁表には、六冊分書名が記載されているが、いずれも一九一〇年代以後の刊行であることから、筆記録作成時には空白であったところに、のちに書き加えられた記録

と考へられる。以下、若干書誌を加筆して記して置く。

「Kirchenrecht

Ulrich Stutz, Kirchenrecht [: Geschichte und System], Holzendorff-Kohler, 7. Aufl. 1914, 5. Band, S.279-390
[, Sonderabdruck aus Band V: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, begründet von Dr. F. v. Holtzendorff, herausgegeben von Geh. Justizrat Dr. J. Kohler. 7 Aufl., 1914].

Geschichte des Handelsrechtes [: das heutige deutsche Handelsrecht (die Quellen, die neuere Literatur): Übersicht über die Quellen und die Literatur des ausländischen Handelsrechtes] von Paul Rehme [1913].

Kötzschke [, von Rudolf], Grundzüge der deutschen Wirtschaftsgeschichte [bis zum 17. Jahrhundert, (Grundriss der Geschichtswissenschaft : zur Einführung in das Studium der deutschen Geschichte des Mittelalters und der Neuzeit, Reihe II., Abt. 1) Druck und Verlag von B.G. Teubner, 1921, 2. umgearb. Aufl.].

Sombart, [Werner, Der] Moderne Kapitalismus [, München, 1902.]

Max Weber, Wirtschaftsgeschichte [: Abriss der

宮崎道三郎博士の独逸法律史講義について (吉原)

universalen Sozial- und Wirtschafts-Geschichte, aus den nachgelassenen Vorlesungen herausgegeben von S. Hellmann und M. Palyi, Duncker & Humblot, 1923].

Harry Bresslau, Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien [Verlag von Veit, 1889, Bd. 1.]

一丁裏「法制史の Methode □□□ Puchta」 「国制外史と国制内史」 「一般法制史と特別法律史」。

(3) ランケについては、G・P・グーチ／林健太郎他訳『十九世紀の歴史と歴史家』上・筑摩書房・一九七一年、七四頁以下、バーディング・木谷勤訳「ランケ」、H.U. ヴェーラー編『ドイツの歴史家』第一巻・未来社・一九八二(昭和五七)年、六九頁以下所収。林健太郎編『ランケ』『世界の名著』続11・中央公論社・一九七四(昭和四九)年。

(4) エドゥアルト・シェラーはギリシア哲学史家として有名。Die Philosophie der Griechen, 1844-1852, 3 Theile in 6 Bände; 3.-7. Aufl., 1879-1923; ders., Grundriss der Geschichte der griechischen Philosophie, 1883. シェラー著／大谷長訳『ギリシア哲学史綱要』未来社・一九五五(昭和三〇)年。

(5) 『近世哲学史』 Geschichte der neuern Philosophie, 6

一六六 (一一七七)

vols., Stuttgart-Mannheim-Heidelberg, 1854-77; new edition, Heidelberg, 1897-1901. は「近世哲学研究者の座右の書」(『岩波哲学小辞典 増訂版』岩波書店・一九四九(昭和二四)年、一四二頁)とされる。

(9) Johann Eduard Erdmann, Grundriss der Geschichte der Philosophie, 2 Bde., Berlin 1866.

(7) カール・フォン・プラントル『西洋論理学史』Carl von Prantl, Geschichte der Logik in Abendland, Leipzig, S. Hirzel, 1855-1867; anastatically reprinted in 1997, Hildesheim: Georg Olms..

(8) Theodor Mommsen, Römische Geschichte, Bde. 1-3, Weidmann, Leipzig 1854-56. 長谷川博隆訳『ローマの歴史』I~IV・名古屋大学出版会・二〇〇五(平成一七)―二〇〇七(平成一九)年。

(9) テオドール・モムゼンに『Lothar Wickert, Theodor Mommsen, 4 Bände, Klostermann, Frankfurt am Main 1959-1980. Albert Wucher, Theodor Mommsen-Geschichtsschreibung und Politik. Musterschmidt, Göttingen 1956, 2. Aufl. 1968; ders., Theodor Mommsen, in: Hans-Ulrich Wehler (Hrsg.): Deutsche Historiker. Band 4, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1972, S.

383-400. 望田幸男訳「モムゼン」H.-U. ヴェーラー編『ドイツの歴史家』第一巻・未来社・一九八二(昭和五七)年、一九五頁以下。前掲長谷川博隆訳『ローマの歴史』IV、五五一頁以下所収の訳者解説及び五七四―五頁所掲の参考文献を参照。

(10) エルンスト・クルティウスについては、G・P・グーチ／林健太郎他訳『十九世紀の歴史と歴史家』下・筑摩書房一九七四(昭和四九)年、一九三頁以下を参照。Ernst Curtius, Ein Lebensbild in Briefen, 1903; Ausgewählte Schriften, 1907 中の H. Gelzer, Wanderungen u. Gespräche mit Ernst Curtius.

(11) 宮崎道二郎「独乙国法学家アイヒホルン氏ノ伝」『法学協会雑誌』第八巻(通号七二号・一八九〇(明治二三年)一二六―一二四二頁、「独逸法学家アイヒホルン氏ノ伝(承前)」同第八巻(通号七五号・一八九〇)四一―四四頁。

(12) Eichhorn, Geschichte der Litteratur von ihrem Anfang bis auf die neuesten Zeiten. Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen 1805-1813, 6 Bände in 12 Teilen; Band 1, 2. Auflage. 1828, unvollendet.

(13) 「ワイチェル」は本文ではゲオルク・ヴァイツ Georg Waitz (1813-1886) と注記した。ドイツの法制史家、サ

ヴィーニ、ランケについて学び、ランケ第一の高弟ともされる。中世史（フランク時代を含む）の泰斗と称せられる。一八七五年以後 Monumenta Germaniae Historica の編纂主任。主著に Deutsche Verfassungsgeschichte 8 Bde., 1844-1878がある。詳しくはG・P・グーチ／林健太郎他訳『十九世紀の歴史と歴史家』上、一一六頁以下を参照。

(14) ヴェッツェル Wetzel, Georg Wilhelm, ab 1866 von Wetzel, 1815-1890の可能性もある。ロストック、マルブルク、チュービンゲン大学教授。Lex XII Tabularum Rerum Furtivarum Usucapionem Prohibit. Rösl, München 1840; Der römische Vindicationsproceß. Bernhard Tauchnitz, Leipzig 1845; Bedenken gegen die Aufhebung der akademischen Gerichtsbarkeit. Elwert, Marburg 1848; Disputatio de questione, adversus quem in integrum restitutio imploranda sit. Typis Elwertii Academicis, Marburg 1850; System des ordentlichen Civilprocesses. Bernhard Tauchnitz, Leipzig 1854, 3. Aufl. 1878, Nachdruck Goldbach 1995.

(15) パウル・フォン・ロートはドイツの私法学者、ゲルマニスト、ドイツ民法草案起草者の一人。フランク時代

宮崎道三郎博士の独逸法律史講義について (吉原)

史の研究 Geschichte des Beneficialwesens von den ältesten Zeiten bis ins zehnte Jahrhundert. Palm und Enke, Erlangen 1850; Feudalität und Untertanenverband, 1863の両書をもつて知られる。System der deutschen Privatrechts. 3 Bände. Laupp, Tübingen, 1880-1886.

(16) Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, Berlin 1880; Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig 1887-1892.

(17) 以下の記述につき、宮崎道三郎「羅馬法の独乙国に伝来したる始末を述ぶ」『法学協会雑誌第六卷卷（通号五九号・一八八九（明治二二年）五八七―五九六頁「羅馬法の独逸国に伝来したる始末を述ぶ（前号のつきき）」『法学協会雑誌』第七卷（通号六〇号・一八八九（明治二二年）一―五頁「羅馬法の独逸国に伝来したる始末を述ぶ」』『法学協会雑誌』第七卷（通号六一号・一八八九年）九八―一〇五頁も参照。

(18) 宮崎道三郎「サウキニー氏の略伝」『法学協会雑誌』第一〇卷二号（一八九二（明治二五年）一七七―一八〇頁。

(19) Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 4 Bände.

一二六三（一一七九）

Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1852-1865. 原田慶吉監修訳

『ローマ法の精神』第一卷(1) 有斐閣・一九五〇年。

イエーリング「ローマ法の精神」第二卷邦訳(一) (

(五)『季刊法律学』三、五、六、七、八号(一九四八(昭和二三)―一九四九(昭和二四)年)。

(20) 勝田有恒「Rezeptionの素描——ドイツ近世(私)法史研究の起点として——」『法学研究』4、一九六二(昭和三七)年、一一五頁、一二三頁注二六を参照。

(21) Wilhelm Arnold, Studien zur Deutschen Kulturgeschichte, J.G. Cotta, 1882, S.301ff. Cf. Die Hans-Peter Haferkamp, Rezeption des römischen Rechts in Deutungen der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhundert, in Claudia Lieb und Christoph Strosetzki, hrsg., Philologie als Literatur-und Rechtswissenschaft, Germanistik und Romanistik, 1730-1870, Heidelberg 2013, S.257 Anm. 58.

(22) Otto Karlowa, Über die Reception des römischen Rechts in Deutschland: mit besonderer Rücksicht auf Churfalz. Heidelberg 1878.

(23) 市制及び町村制は一八八八(明治二一年)四月二五日に公布され、翌一八八九年(明治二年)四月一日以降

に施行された。

(24) 宮崎道三郎「羅馬法の独乙国に伝来したる始末を述ふ」『法学協会雑誌』第五九号・五九四頁により修正。

(25) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, S.15.

(26) ケーニヒスベルク、ブレスラウ、ライプツィヒ大学各教授を歴任。Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 2 Bde., 1860-1864は法源の歴史についての概括的考察を知るのに便利とされる。

(27) Brunner, op.cit., S.15f.

(28) モンテスキュー／野田良之・稲本洋之助・上原行雄・田中治男・三辺博之・横田地弘訳『法の精神』上・中・下岩波文庫・一九八九(平成元)年。井上幸治編『モンテスキュー』『世界の名著』28・中央公論社・一九七二(昭和四七)年。

(29) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.I, S.19 u. Anm.19=2.Aufl. S.23 u. Anm.22. 「フーゴーや」ギボン『ローマ帝国衰亡史』第四章翻訳の序文で「モンテスキューのみが発見したる道を辿るならば、ローマ法がいかに完美かつ卓越して取り扱われることになるか」という考え方を表明している。」と。

(30) 前掲・グーチ／林健太郎他訳『十九世紀の歴史と歴

史家』上、四二頁を参照。宮崎

- (15) Gustav Hugo, Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsre Zeiten. Berlin, 1790.
- (16) Jacob Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, Göttingen 1828; 2.Aufl., 1854; 3.Aufl., 1881. ベルンナーでは、グリン『ドイツ法古事誌』をハイムホルンの『ドイツ法制史』の補足的対応物をなす、と記している。Heinrich Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.1, 2.Aufl., S.24 u. Anm.27.
- (17) Brunner, op.cit. S.20 u. Anm.25.
- (18) Gustav Homeyer [1795-1874, Die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und ihre Handschriften, Ferd. Dümmler, 1856], [Ernst] Theodor Gaupp [1796-1853, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, 1851-52.] W. E. Albrecht [, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, 1828.]
- Eduard Wilda [, Geschichte des deutschen Strafrechts, 1842], O. Stobbe [, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 1860, 1864.], Paul [von] Roth [1820-1892.]
- Heinrich Brunner [, Deutsche Rechtsgeschichte, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Abth. 2, Theil 1, Bd. 1-2, Duncker &

Humblot, 1887-1892.] Andreas Heusler [, Institutionen des deutschen Privatrecht, 1885, 1886.]

Rudolph Sohm [, Frankisches Recht und römisches Recht, Prolegomen zur deutschen Rechtsgeschichte, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd.1, 1f. (1880)], Otto Gierke [, Deutsches Genossenschaftsrecht, 3 Bde 1868-1881.]

参考文献

1. Eichhorn [, Karl Friedrich], Deutsche [Staats-und] Rechtsgeschichte [, Tl. 1-Tl. 4, 1808-1823; 5., verb. Ausg. Vandenhoeck und Ruprecht, 1843.]
2. Waitz [, Georg], Deutsche [Verfassungsgeschichte, 8 Bde., 1844-1878, Neubearbeitung Bd. 1-4, 1865-1885.]
3. Daniel [, A. v., Handbuch der deutschen Reichs-und Staatenrechtsgeschichte, 1859-1863, 4 Bde, unvollendet.]
4. Zöpfl, [Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 4.Aufl. 1871-72, 3 Bde.]
5. Schulte [, Friedrich von, Lehrbuch der deutschen Reichs-und Rechtsgeschichte, 1861; 5.Aufl., 1881; 6. Aufl., 1892.]
6. Siegel [, Heinrich,] Deutsche Rechtsgeschichte [, Ein

Lehrbuch, Franz Vahlen, Berlin 1886.]

7. Brunner [, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Abth. 2, Theil 1, Bd. 1-2, Duncker & Humblot, 1887-1892, Bd. 1-2.]

8. Schröder [, Richard, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 1889; 4.Aufl. 1902.]

〔欄外への追加〕

9. Amira [, Karl von,], Grundriss des germanischen Rechts, 1889], 3.Aufl., 1913.

10. Brunner [, Heinrich]-Heymann [, Ernst], Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 7.Aufl., 1919.

11. Claudius von Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte [, Leipzig : B.G. Teubner, 1912.]

12. Andreas Heusler [, 1865-1940, Lied und Epos in germanischer Sagedichtung. Dortmund: Ruhfus] 1905. [?]

Schröder/ Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6.Aufl., 1919 [, Veit & Comp., fortgeführt von Eberhard Frh. v. Künßberg.]

本稿は、科学研究費補助金基盤研究（B）「法学提要（Institutes）に対する比較法史学的総合研究」研究課題番号17H02442（研究代表・葛西康德・東京大学教授）の研究成果の一部である。謹んで関係各位に感謝の意を表す次第である。

政令一般恩赦について

野村和彦

第一章 問題の所在

第二章 政令一般恩赦に対する諸見解

第一節 政令一般恩赦の諸類型

第二節 諸見解

第三節 小括

第三章 罪刑法定主義と政令一般恩赦

第一節 基本的視座

第二節 手続面

第三節 「罪」の恩赦と「刑」の恩赦

第四節 行為規範の提示による一般予防

政令一般恩赦について（野村）

第五節 復権と罪刑法定主義

第四章 政令一般恩赦の限界―まとめに代えて―

第一章 問題の所在

二〇一九年五月一日に、徳仁親王が天皇に即位され、元号は平成から令和へと代わった。政府は、即位礼正殿の儀が行われた二〇一九（令和元）年一〇月二二日に、政令に基づく恩赦を右のように実施した（以下、本文では令和恩赦とよぶことにする⁽¹⁾）。その理由として、「即位の礼という〔筆者挿入〕この慶事に当たり、罪を犯した者の改善更生の意欲を高めさせ、その社会復帰を促進するという刑事政策的な見地⁽²⁾」を示し、その際に考慮した事情として、国民感情、特に犯罪被害者やその遺族の心情等を挙げる。令和恩赦の対象者はおおよそ五五万人とみこまれている⁽⁴⁾。

第一に、復権令である（恩赦法九条、令和元年号外政令第一三一号）である。すなわち、他に禁錮以上の刑に処されている者を除き、「一個又は二個以上の裁判により罰金に処せられた者で、その全部の執行を終わり、又は執行の免除を得た日から令和元年十月二十二日（以下「基準日」という。）の前日までに三年以上を経過したものは、基準日において、その罰金に処せられたため法令の定めるところにより喪失し、又は停止されている資格を回復する」。

第二に、特別恩赦基準に基づく恩赦である。ひとつは「刑の執行の免除」である（恩赦法一五条、刑の執行の免除の出願に関する臨時特例に関する省令〔令和元年号外法務省令第三九号〕）。基準日の前日までに刑に処された者のうち、病気などの事由により長期にわたり刑の執行が停止され、かつ、なお長期にわたりその執行に耐えられないと認められる

者であつて、犯情、本人の性格および行状、犯罪後の情状、社会の感情、刑の執行の免除を必要とする事情などが考慮される。もうひとつは「復権」である。刑に処せられたことが社会生活の支障となつてしていると認められる場合であつて、犯情、本人の生活および行状、犯罪後の状況、社会の感情などが考慮される。

本稿は政令恩赦を考察の対象とするが、そのうち、特別恩赦基準による恩赦はその対象から外す。たしかに特別恩赦基準に基づく恩赦は内閣によって決められはする。しかし、その審査は個別的であり、該当者が検察官や保護観察官の長へ出願し、両者を介し中央更生保護審査会へ上申され、同審査会による審査を受ける。対象者一人ひとりの個性が第三者的機関の手により審査され、恩赦の可否が決まる。

しかし、政令による一般恩赦（以下、本文では「政令一般恩赦」とよぶことにする）は、「不特定、多数の者に対して、政令で罪や罰の種類、基準日等を定め、その要件に該当する者に対して、個々の事案について調査などをせず、一律に行われるものである」⁵⁾。中央更生保護審査会による審査を経ず、内閣だけの判断により政令を通じて一律に行われる。こうした手法に関しては、左にみるように、さまざまな立場から批判が加えられてきた。令和元年度で定年退職される南部篤先生の恩師は板倉宏博士であるが、板倉も、後にみるように、政令一般恩赦を批判的に考察した論文を、昭和天皇の大喪の礼に際し実施された恩赦を素材として、著されている。

本稿においては、政令一般恩赦を検討の対象とする。その際、罪刑法定主義の観点からこれを考察したい。恩赦制度そのものは罪刑法定主義と対立関係にある。なぜなら、政令一般恩赦には、罪刑法定主義に基づく刑事司法の運用を覆す潜在力が備わっているからである。罪刑法定主義に基づき、国会は刑罰法規を制定する役割、裁判所は刑罰法規を事件に解釈適用する役割、行政権に属する捜査機関は法執行を行う役割を、それぞれ担っている。こうした各権

力を政令一般恩赦は弱めうる。

令和恩赦が実施されたいま、恩赦、とくに政令一般恩赦と罪刑法定主義との関係について、再考したい。これをもつて、拙い内容ではあるが、定年退職される南部篤先生へ、この論文を捧げる。

第二章 政令一般恩赦に対する諸見解

第一節 政令一般恩赦の諸類型

政令一般恩赦は次の法的根拠に従う。すなわち、内閣が大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を決定し（憲法七三条七号）、天皇が国事行為として、これを認証する（憲法七条六号）。恩赦制度を定めるのは、恩赦法（昭和二年法律第二〇号）である。

恩赦法によれば、政令一般恩赦には三種類ある。ひとつめは、大赦である。大赦は罪の種類を定めて行う（恩赦法二条）とされ、その効果は、①有罪の言渡しを受けた者についてはその効力が失われ（同法三条一号）、まだ有罪の言渡しを受けていない者については公訴権が失われる（同条二号）。

ふたつめは、減刑である（恩赦法六条）。その効果は必要的減軽である（同法七条一項）。なお、刑の執行が猶予されている期間にある者については、次のように定める。全部猶予者に対しては、刑を減軽する減刑のみを行う（同条三項）。一部猶予者に対しては、刑を減軽する減刑または執行が猶予されなかった刑の期間の執行を減軽する減刑のみがなされる（同条四項）。猶予期間の短縮は、いずれも任意的である。

みつつめは、復権である（恩赦法九条本文）。有罪の言渡しを受けたことにより、資格を喪失し、または停止された者が対象である。政令で要件を定めて、資格が回復され、また特定の資格が回復される（前者が一般復権、後者が特別復権。同法二〇条一項、二項）。令和恩赦において行われた恩赦の一つが、この政令による一般復権である。

第二節 諸見解

ここでは、政令一般恩赦に係る見解に耳を傾けたい。

（１）昭和二三年六月三〇日に芦田均内閣総理大臣へ提出された恩赦制度審議会による最終意見書は、「恩赦は、司法作用に関し行政権に留保された極めて重要な権限であつて…刑事政策的意義に鑑みるときは、一層活撥な運用が期待されなければならぬ」としたうえで、政府部内で恩赦を決定することは適当でないとして、民主主義の原理から民意を反映させる仕組みが必要であり、それが恩赦権の濫用を防止することにつながる^⑥、としている。

政令恩赦の運用方針については次のようにいう^⑦。すなわち、「従来は皇室の慶弔時に際してこの種の恩赦の行われることが多く、今後といえども国家の慶事に当たりよろこびをわかす意味で一般的恩赦が行われることは何ら差支ないと思うのであるが、それ以上に、たとえば社会事情の変化、法令の改廃等のあつた場合に公平の精神に基いて、さらにはまた刑事政策的観点より従前の裁判の効果を変更するような合理的な一般的恩赦が今後活潑に行われ、政令による恩赦の中心をなすように運用されることを期待する。」と。

さらに、同審議会は、内閣に「恩赦審議会」をおき、その審議事項の一つとして、政令による恩赦に関する事項をあげ、政令恩赦を行うべきか否かを審議する旨を提言している^⑧。

(2) 平野龍一は、法や裁判、執行の欠陥を矯正する固有の任務があるとして個別恩赦は必要であるとしつつも、政令一般恩赦の一形態である大赦については、「一定の種類の犯罪について行う一般的なものであるから、必ずしも、行政権が行う必要はなく、むしろ立法権が行うことがふさわしい⁽⁹⁾」としている。

(3) 清宮四郎は、「恩赦は、国王の恩恵による赦免という、旧世紀の君主制における伝統を連想せしめ、現行憲法のものとはふさわしくない言葉である⁽¹⁰⁾」とし、さらに選挙犯罪者に対する恩赦は、恩赦権の濫用が疑われるとして、恩赦制度の全面的検討が必要であるとする。

(4) 鈴木寿一は、刑罰権自体が予定するあらゆる手段を用いたとしても賄いきれない不合理を救済し、または、より合目的方法を実現するのが、恩赦の目的であり、それが正当化されるのは、以下の場合であるとする。⁽¹¹⁾ ①法律の画一性から生じる具体的妥当性の欠如、②社会的変動による刑罰の不適切、③犯人の主観的事情の変更による刑罰の不適切、である。国家慶弔時における恩赦に対しては、社会的変動がない限り、主権者の仁慈として恣意的に行われた時代の遺風であって、何ら合理的根拠はないとして厳しく批判する。⁽¹³⁾

(5) 恩赦法について詳細な解釈書を著した岡田亥之三郎は、恩赦を「刑事裁判により、当然刑罰を受くべきものに対して特に国家の恩恵を以て、その刑罰の効果を失わしめ又は軽減せしめるもの⁽¹⁴⁾」であるとする。そして、一般的恩赦に関しては、「従来皇室又は国家の慶弔禍福に際し、喜びを庶民に頒ち、禍を避くるため又は冥福を禱るがために行われたもので、これは古代より行われ、現今においても種々の機会において行われたもの⁽¹⁶⁾」であるとしている。これをただちに筆者の見解と捉えることはできないが、政令恩赦は国家の慶弔禍福に行われるものとしていることから、こうした恩赦には肯定的であると考えられる。

(6) 正木亮は、「前科の烙印が人間の善意を妨げて」⁽¹⁷⁾ おり、「罰金前科者をまぜて数百万人の前科者がいること」は、「日本民族の恥辱である」として、前科抹消のため復権裁判所を創設することを主張する。⁽¹⁸⁾ その中で、特別恩赦（政令による恩赦を含む）は公職選挙法違反者の復権をねらった政治的意図が強く、刑事政策的な色彩は少ないとし、さらに、常時の個別恩赦についても復権者の数は少なく、選挙違反事件の救済に用いられるとして、刑事政策的に価値がないと断ずる。⁽¹⁹⁾ これをまとめて、「専制君主時代の慈恵主義である恩赦の威力を過大評価して、国民の大多数の顔にぬられている前科という泥をぬぐってやる政策を考え出そうとしないのは、どういうわけ」かと疑問を呈している。⁽²⁰⁾

(7) 菊田幸一は、政令恩赦の存在理由として社会変動に求めることはできず、国家的慶弔事において政令恩赦を行うことは刑事政策的に合理的根拠がなく、現代の司法制度のマイナスを凌駕するほどの根拠もみられない、⁽²¹⁾ とする。さらに、政令恩赦は偶然の機会に画一的に行われるものであり、個別恩赦にも悪影響を及ぼしているとする。⁽²²⁾

(8) 恩赦の実務に關与した平田友三は、政令恩赦は一律に刑罰権を消滅させ、またはその効力を減殺するものであるから、「性質としては、一般の立法と差違はない」⁽²³⁾ とする。もともと、恩赦は、特定の者の犯情や行状、犯行後の状況等を総合判断して、はじめて刑事政策的に合理的な運用が可能となるとして、一時期に一律に行う政令恩赦には刑事政策上限界がある⁽²⁴⁾ としている。なお、国家慶弔時における恩赦については、次のように肯定している。すなわち、「国家的慶弔により国民にその悲喜を分かち合う気分が横溢し、応報感情が緩和されて寛容の精神が発揮されるような場合などに、その新しい角度から情勢の変化に応じて刑罰権の運用を修正、緩和することが妥当な場合は考えられよう。このような場合に、国家的慶弔を契機として慶弔の大小に相応しい規模、内容の恩赦を行うことは、恩赦

の目的に反することではない⁽²⁵⁾」としている。

（9）宮澤浩一は、「恩赦のもつ「覚醒作用」「犯罪者の心に訴えかける」という「合理性」を超えた「作用」、⁽²⁶⁾「再犯防止の作用」に期待をかけ」⁽²⁷⁾るとして、恩赦を刑事政策的に運用することを主張し、不合理に政治的に利用されることがあつてはならないと主張する。こうした観点から、昭和天皇の大喪の礼にあわせて実施された恩赦に批判的姿勢を示している。⁽²⁸⁾なお、恩赦の法制度化については、それ画一的運用に陥り、恩赦制度のもつ長所を封じているとも指摘している。

（10）先にふれた恩赦制度審議会において幹事を務めた経験をもつ中野次雄⁽²⁹⁾は、「恩赦の機能の合理性は、廣い意味において法的安定性の原理の具體的妥當性もしくは具體的衡平の理念による修正⁽³⁰⁾」という点に求められるべきであるとし、恩赦の理由は常に具體的妥當性と衡平の原理に基づくべきであるとする。⁽³¹⁾恩赦を合理的に行うべきとするこうした立場から、「従来のごとく、単に「慶弔禍福」というような裁判そのものと無関係な理由をもって恩赦を行うことは、真に合理的な理由を欠くものであつて、今後あるべき恩赦は、まずこの非合理性をとり去るところに一つの目標をもたねばならないことは明白である⁽³²⁾」とする。

こうした立場から、政令恩赦については、これを一律には批判せず、ひとつひとつの政令恩赦に合理性があるかという視点でとらえている。合理的恩赦の型のひとつとして、「事情の変更による裁判の事後変更⁽³³⁾」を挙げ、一例として、その種の行為を処罰したことが今から見ると適當でなかった場合（罰則を伴う思想統制関係の法令など）を示す。このとき、起訴されて免訴を受けうる者だけでなく、すでに刑が確定した者に対しても刑の言渡しの効力を失わせなければ不公平であるとして、昭和二〇年一〇月と憲法公布の際の昭和二十一年十一月に行われた大赦を含む恩赦を評価し

ている。⁽³⁴⁾しかし、復権については、「今回の大喪恩赦を含め従来から復権がしばしば政令によって無審査で一律に行われているのは、恩赦の運用として合理性があるとはいえない」⁽³⁵⁾として、個別審査に拠るべきことを主張する。

(11) 田中開は、政令恩赦の運用について、運用の合理性と政治的濫用の観点から分析を加える。⁽³⁶⁾ここでは前者をとりあげる。⁽³⁷⁾合理性について、一般恩赦が妥当するのは、急激な社会情勢の変化や法令の改廃などにより生じる不正義や不公平の調整にあるとする。この見地から国家的慶弔に際して行われる恩赦は、「却って、社会的不安をもたらし、裁判に対する国民の信頼をゆるがし、その遵法精神を損うなどの望ましくない結果を生じる」⁽³⁸⁾と懸念を示す。加えて、恩赦対象者の再犯が高いとする調査を挙げ、恩赦の感銘力にも疑問を呈する。⁽³⁹⁾さらに、国家的慶弔時には応報感情が緩和するとの見解に対して、それは個々の事件によって異なるし、復権の対象となる犯罪は行政取締目的のものが多く、応報感情の緩和とは別問題である⁽⁴⁰⁾としている。

(12) 板倉宏は、次のように政令一般恩赦を批判している。⁽⁴¹⁾すなわち、政令恩赦は内閣だけで政令を制定して行えるのであるから、恩赦権の濫用によつて、三権分立がおびやかされたり、刑事政策がゆがめられたりするおそれがある、と。具体的に次のように言う。大赦については、有罪判決や公訴権を失わせるため、司法権への干渉が絶大だけでなく、立法権への干渉にもつながる。⁽⁴²⁾政令による減刑については、受刑者の個別的情状とは無関係に、刑を一律に減輕するのであるから、行政権による刑事司法への干渉となり、刑事政策上弊害を招く。⁽⁴³⁾このようにして恩赦権が濫用されないようにするためには、民意を反映できる仕組み、制度的な歯止めが必要であるとする。⁽⁴⁴⁾とりわけ政令恩赦には、中央更生保護審査会による審査がある個別的恩赦と異なり、審議機関がなく、⁽⁴⁵⁾これでは政権政党の意向により、政治的考慮の下で政令恩赦が行われるおそれがあると危惧している。

（13）恩赦法が制定された過程を分析した佐々木高雄⁽⁴⁶⁾は、恩赦を政令恩赦と個別恩赦とに分ける二分法は恩赦の実施方法を分けたにすぎず、内容に注目していないとする。そのうえで、大赦についてとりあげ、大赦を法令によって一括処理する恩赦と捉えられているが、そうした捉え方は、「政令に拠りさえすれば、なんでも可」との発想を生み、その濫用が当たり前となるとする。これにより、裁判所が下した判断を行政権が覆すことの重みが軽視され、大赦が罪刑法定主義と真つ向から対立する制度であることが忘れられてしまう⁽⁴⁷⁾と指摘する。

第三節 小括

政令一般恩赦に関する諸見解を右に概観した。たしかに、恩赦制度そのものに対する態度は論者によって大きく異なる。恩赦制度否定論は、恩赦制度は天皇大権の残滓であるとか、三権分立の国家体制が崩壊するおそれがあることなどを懸念する。これに対し、恩赦制度肯定論は、既存の刑事司法の枠組みにおいて必然的に生じる矛盾を解決する最終手段として、あるいは犯罪者の社会復帰のために積極的に活用されるべきであるとする。

ところが興味深いことに、恩赦制度への態度如何に関わらず、内閣の決定により一律に行う現行の政令一般恩赦に対しては、いずれの立場からも否定的見解が示されている。特に、社会的安定期における国家的慶弔時に行う政令一般恩赦に対しては、かなり説得的な批判が加えられている。

次章においては、政令一般恩赦と罪刑法定主義との関係について考察するとともに、これをふまえ、令和恩赦において行われた「政令に基づく復権」について検討を加えたい。

第三章 罪刑法定主義と政令一般恩赦

第一節 基本的視座

罪刑法定主義とは、構成要件と法定刑を成文法によって明確に定めて刑罰法規を制定すべきであるとする考え方であり、立法者と裁判官を拘束する。

立法者には、憲法の価値秩序に従い、法益を保護するためにどのような行為を禁止するべきなのか、その行為を禁止することによって生じる不利益はないか、そうした行為の違法性に相応する法定刑の幅はどの程度であるか、を衡量して、刑罰法規を制定することが求められる⁽⁴⁸⁾。裁判官に対しては、立法者が制定した刑罰法規に依拠して、事案の有罪無罪を決し、有罪の場合は、当該行為の違法性や行為者の責任を考慮して、最終的に行為者に相応しい宣告刑を発見していくことが要求される。こうした過程は適正な手続、すなわち、デュー・プロセスによるものでなければならぬ。

さらに、刑法は行為規範であることにも留意する必要がある。刑法は人々に対し構成要件該当行為の禁止を要求する。人々も、刑罰法規から、刑法によって禁止される行為とその禁止から自由な行為とは何かを知り、行動する。

こうした観点から考察すると、政令一般恩赦には次の問題が内在している。第一に政令一般恩赦の決定過程が透明でない点、第二に政令一般恩赦が「罪」と「刑」との恩赦に分裂している点、第三に行為規範の提示による一般予防の観点から説明がつくのかという点、である。

第二節 手続面

政令一般恩赦の決定過程が不透明であることは久しく問題とされている。恩赦制度審議会が、恩赦の可視性を担保するために、恩赦審議会等の設置を求め、とりわけ政令恩赦に合理性を持たせるため恩赦審議会による審議を経ることを提言していた。さらに、とくに大赦は裁判所の判断や検察の公訴権をも消滅させることから、国会の立法による恩赦に委ねるべきであるとの意見も存在している。政治目的の恩赦ではないかという批判も繰り返されてきた。

なぜこうした過程が秘密にされなければならないかについて、平田友三は次のようにいう。すなわち、「政令恩赦は一律に国家刑罰権を消滅させ、又はその効力を減輕するものであり、恩赦令公布前の段階においては、その内容、施行の時期のみならず、果して政令恩赦が行われるであろうか否かの点についても、すべて厳格に秘密にされなければならない（特に、大赦令は公布のときから一律に公訴権をも消滅させるものであり、これを見越して罪を犯す者も考えられないわけではなく、それが事前に漏れた場合の不都合は甚だしい）⁴⁹⁾」という。

しかしながら、右に指摘される不都合は、刑事立法、とりわけ、これまでは処罰されていなかった行為を処罰する方向で刑事立法を行う際にも起こりうる。否、刑罰法規は議会制民主主義という政治過程を経て制定されるものであるから、立法過程を透明化しようとするればするほど、そうした事象は当然に起こりうるということを織り込んでいかねばならない。かような不都合は、政令一般恩赦の過程を秘密にしなければならないという理由としては、不十分である。むしろ、恩赦という国家刑罰権を消滅させる威力のある政策が、官僚の立案と内閣および与党内の政治的決断によつてのみ決められる点こそ問題とされるべきであろう。

第三節 「罪」の恩赦と「刑」の恩赦

次に、政令一般恩赦が「罪」の恩赦と「刑」の恩赦に分裂している点である。大赦は「罪」に対する恩赦である。減刑は「罪」あるいは「刑」に関する恩赦である。制限や停止された資格を回復する復権は、令和恩赦のように「刑」を根拠にする場合や、特定の資格の復権も認めていることから事実上「罪」が根拠とされることもありうる。こうした政令一般恩赦の方法は罪刑法定主義の観点から疑義は生じないのだろうか。

政令一般恩赦を「罪」を理由に行う場合は、第一に、なぜその罪について一律的に恩赦を行う必要があるのかを内閣は説明する責任を負うというべきである。数ある刑罰法規の中から、なぜそれが大赦の対象となるのかの説明できないと、恣意的な恩赦であると受け取られかねないからである。第二に、対象者がどのような「刑」を受けたのか、わからない点である。宣告刑は、幅の広い法定刑から処断刑の形成を経て、処断刑によって形成された裁量範囲の中から、裁判官によって見いだされる。宣告刑の重さは、被告人がなした犯罪への意思決定への非難と比例している。もし宣告刑が重い者に対し大赦ないし減刑を行うならば、なぜ寛大に行為者を許す必要があるのか、合理的な説明が必要であろう。

これに対して、「刑」に依拠する恩赦を行うときは、「罪」を定める恩赦よりも、罪刑法定主義上、問題がより生じうる。第一に、なぜその刑種が恩赦の対象となるかである。第二に、政令一般恩赦の対象となる者に下された宣告刑が不明な点である。わが国の刑罰法規における法定刑の幅は広い。懲役刑にしても罰金刑にしても、宣告刑に開きがあることは当然に予想できる。第三に、「刑」は明らかにされてはいるが、その者がどのような「罪」を犯したのかは不明な点である。たとえば、罰金刑は、刑法典だけでなく特別刑法典においても広く用いられている。それらの罪

の保護法益は、個人的法益、社会的法益、国家的法益のすべてにわたる。罪の内容によっては、その政令一般恩赦が国民から批判される場合もありえよう。これまで公職選挙法違反者の復権が強く批判されてきたが、それはその証左である。

罪刑法定主義をめぐっては、管見によれば、⁽⁵¹⁾「罪」を重視する見解と「罪刑」を重視する見解とがありうる。しかしながら、いずれの立場をとったとしても、右に指摘した問題点は共有しうる。すなわち、内閣はどのような過程で恩赦を決定したのかを、裁判所や国会に対して説明する努めが生じるといえよう。そうすることによって、罪刑法定主義に反する疑いのある判断を政府が行っているのか否かを、はじめて検証することが可能になる。政令一般恩赦に對してはチェック機能が働かない点が以前から問題視されていることを鑑みれば、恩赦の決定過程を公開することそれ自体が憲法的義務とさえいいうるであろう。⁽⁵²⁾

第四節 行為規範の提示による一般予防

罪刑法定主義に行為規範性、すなわち法益保護のため刑法は国民に対して法益侵害行為の禁止を求める性質を認める見解に立つとき、政令一般恩赦の問題性はさらに際立つ。

国会は「罪」を制定する際、行動の自由とのバランスを図りつつ、どのような法益をいかにして刑法的に保護すべきかを討議した上で構成要件を定め、構成要件該当行為の違法性を考慮して法定刑を定める。こうして制定された刑罰法規は、私たちの行動準則の一つとなり、広く市民に対し、当該行為を禁止することを要求する。こうした観点に立脚したときに、「罪」に対する政令一般恩赦は、刑法のもつ規範的一般予防効果を一律に消滅させ、あるいは減

弱させる。

裁判所は、刑罰法規に違反する行為をした者に対して、行為者の責任に見合った刑を宣告する。こうした刑事裁判の営みは、刑法のもつ行為規範性とも密接な関係がある。すなわち、刑が言い渡されるまでの裁判過程を通じて、当該行為がいかなる理由により刑法上許容できないのかが明らかにされ、これが同種の行為を今後行おうとしている者への牽制となる。したがって、「刑」に対する恩赦は潜在的行為者への牽制を消滅あるいは減弱させる可能性がある。この効果はひいては国会が制定したさまざまな「罪」へと波及し、その効力をも弱めることにもつながるであろう。政令一般恩赦への批判として、国民の遵法精神に問題が生じることが指摘されてきたが、それはこのようなことである。

第五節 復権と罪刑法定主義

(1) 政令による復権に対する批判は、これまで選挙違反者の復権などに焦点が当てられてきた。こうした一方で、政令による復権それ自体に対する批判は、二つの理由から低調であったと考えられる。

第一に、復権が対象者の社会復帰に資する点である。復権には、犯歴（いわゆる前科）を犯罪人名簿から抹消する付随的効果があり、これが受刑者の社会復帰に資するとの認識があるからではないかと思われる。⁽⁵³⁾ もちろん、個別的な復権については、常時恩赦も特別基準恩赦も含め、中央更生保護審査会において、個別具体的に特別予防面を考慮しながら審査が行われており、かような対応は行為者の社会復帰のためには必要不可欠である。また、近年、再犯予防への政策が重視されつつあり、出所者が、再び犯罪を犯し、再収容される連鎖を断ち切ることができるよう、矯正

施設や国、地方公共団体などさまざまな機関が連携して再犯の予防を図る法律（再犯等の防止等の推進に関する法律。平成二八年法律一〇四号）が制定されている。こうした動きの中で、犯歴を事実上消滅させる復権が、犯罪者の社会復帰に資することは確かであろう。

第二に、大赦や減刑と比して、復権は、立法者や裁判所、捜査機関への影響が少ない点である。もちろん、有罪の言渡しによる既成の効果は変更されることはない（恩赦法二一条）。しかし、例えば、大赦においては、裁判所が下した有罪の言渡しの効力は失われ、検察官の公訴権は消滅する。これに対して、復権においては、刑の執行が終わっていない者や刑の免除を得ていない者は、政令による復権や個別的復権であっても、恩赦の対象外である（同法九条但書）。刑の執行を終えた者のみが対象となる。加えて、復権は有罪の言渡しにともなう資格制限を解くことが狙いであり、そのことが裁判所や捜査機関に与える影響は間接的なものととどまる。

しかしながら、復権を政令で一律に行うことに対しては、罪刑法定主義上、左の三点の疑問が生じる。

（２）第一に、復権の対象者がどのような罪を犯した者なのか、やはりはつきりしない点である。令和恩赦を例に挙げると、罰金刑の対象者が復権の対象となったが、どのような罪を犯した者がその対象となっているかは不明である。たしかに罰金刑の対象者は、おそらく実際の事件との関係では行為責任が軽微であると判断されたことであろう。しかし、その行為が該当する犯罪自体の違法性はそれほど軽微ではないことはありうる。なぜなら、わが国の刑法典は犯罪構成要件に対する法定刑が幅広くとられているからである。さらに、罰金刑は、刑法典や特別刑法典において、個人的法益や社会的法益、国家的法益に対する罪といった、そもそも罪質が異なる罪において広く活用されていることも理由に加えうる。

(3) 第二に、刑の消滅を規定する刑法三四条の二(昭和二年法律二四号)との関係である。この規定は、刑の言渡しを受けたことにより、資格が無期限に、あるいは一定期間、制限された者が、一定の善行期間と引き換えにこれらの資格制限を一掃するために設けられた。⁵⁴ その目的は、前科者であつても更生すれば、前科のない者と同様の待遇を受ける原則を立てることにより、受刑者に希望を与え、その更生意欲を喚起するところにある。⁵⁵ こうした規定は大日本帝国憲法体制下においては存在せず、勅令による恩赦が唯一の救済手段であつたが、恩赦が天皇の大権事項であつたため、国家慶弔時などにおいて行われるだけであつた。⁵⁶⁵⁷

すでに法律上の復権に関する規定が刑法三四条の二に存在しているにも関わらず、それでもなお、政令による復権を行うためには、それなりの刑事政策的必要性が存在しなければならないはずである。この問いを解明するためには、そもそも刑法三四条の二の法的性格とはどのようなものなのか、明らかにされなければならない。

刑の言渡しに伴い、犯歴が犯罪人名簿に記載され、資格の制限を受けることに関して、そもそも刑を受けることで十分であり、それ以上の苦痛を受刑者に与えるべきではないという見解も考えられよう。にもかかわらず、刑罰に加え、資格制限および停止という、あたかも二重の苦痛を受刑者に与えるような方法がとられているのは、なぜだろうか。まず考えなければならないのは、資格制限や停止の存在理由である。それは、「その職務の性質に基き不適格性を類型化して規定したもの」⁵⁸といえよう。資格制限や停止はいわば保安処分的色彩を帯びたものともいえよう。

それでは、一定の条件を満たしたうえで、一定の期間が過ぎたならば、刑の言渡しの効力がなくなるのは、なぜなのだろうか。それは、資格制限や停止を受けている者が、それを解かれて社会へ復帰する調整過程を示したものであるのではなかろうか。過去の犯罪行為に対して有罪として刑が言い渡されることにより、かような行為が刑法的に

許容されないことが国民へ示される。国民の目からすれば、過去に犯罪を犯した者は、再び同種の行為をするのではないかという懸念を抱く。この懐疑の念を徹底すれば、受刑者の資格を完全に制限することが最も得策のようにみえる。しかし、過去の過ちへの非難を社会が受刑者に対し終生下していくことは、受刑者の社会復帰の機会を絶無にしてしまう。そこで、資格制限の期間や条件を形式的に定め、その期間が過ぎれば受刑者は、一律に、資格を回復するほどに更生したとみなし、社会復帰をより確かなものにするため、制限ないし停止していた資格を回復する。こうして、受刑者をめぐる一般予防と特別予防との調整を図る構図を示したのが刑法三四条の二ではなからうか。かように解するとき、常時恩赦において行われている個別的復権は、刑法三四条の二の形式性・画一性を克服する手段として積極的に承認されるべきであろう。

これに対して、政令による復権の場合は、刑法三四条の二の原則を正面から修正することになるはずであるが、その理由はどのようなものでなければならないか。令和恩赦における政令一般恩赦は、罰金受刑者の復権への期間を短縮している。これを正当化するためには、どのような刑事政策的理由が必要であろうか。ひとつは、罰金受刑者がおこなべて改善傾向を示し、早めに資格を回復しても再犯のおそれはない、と判断しうる場合であろう。しかし、こうしたことは、個別恩赦とは異なり、一律的に行う政令恩赦の性質上、立証は不可能であろう。もうひとつは、犯罪への社会的評価が変わることにより一般予防の要請が弱まったという理由である。だが、これを説明することも容易なことではない。被害感情を考慮するとしたならば、資格制限期間を短縮するという答えはおよそ出づらいであろう。

このように解することが正しいとするならば、政令による復権を刑事政策的に説明することは難しく、まさしく、従前と同様に、国家慶弔時という曖昧模糊とした、場の雰囲気流されるかのような理由しかありえないということ

になろう。

第四章 政令一般恩赦の限界―まとめに代えて―

以上、政令一般恩赦について、罪刑法定主義の観点から若干の考察を加えてみた。政令による一般恩赦に対しては戦後からいまに至るまで批判論が圧倒的に優勢であり、その内容はかなり決定的である。にもかかわらず、国家慶弔時に恩赦は行うものであるという伝統が、おそらく令和恩赦においても踏襲されたと思われる。しかしながら、そうした恩赦は、雰囲気や場の空気で行うものであり、やはり刑事政策的合理性に乏しいといわざるをえない。

拙い検討から見えてきたことは、政令一般恩赦には、受刑者の個性を問わずに一律に恩赦を実施するという性格から導かれる内在的制約があるということである。すでに、美濃部達吉は、大赦についてではあるが、次のように指摘していた。すなわち、大赦は一人ひとりの犯罪者の性情に関係なく一定の罪を犯したすべての犯人に行われるのだから、その犯罪の性質上、処罰しなくても国家や社会の安寧秩序に危害を及ぼす可能性が少ないものについてのみ行われるべきは当然であり、その範囲をむやみに広げるべきでない、と。⁵⁹⁾

政令一般恩赦が正当化されるのは、これまでさまざまな論者が指摘したとおり、刑罰法規を裏付ける価値観の大転換がおきたときの対応や法律の画一性から生じる弊害の除去に限定されるべきであろう。言い換えれば、罪刑法定主義を支える法的価値基準が大きく転換した場合や、罪刑法定主義によって生じた弊害を速やかに除去する必要性が切迫している場合にのみ、政令一般恩赦は用いられるべきであろう。

政令による復権についても、問題の本質は変わらない。すでに刑の消滅の規定があるのだから、これを修正しなければならぬ事情が存在しない限り、認めるべきではない。むしろ、常時恩赦を積極的に活用して、一人ひとりの受刑者が社会復帰へ復帰するために何が必要なのかを見極めながら、復権を行うことが妥当である。

【付記】南部篤教授には、移籍後短い期間でありましたが、大変お世話になりました。刑法学という「一般人」の感覚に、日大刑事法スタッフの中で最も近い方が退職されるのは、残される身にとっては寂しいことです。どうか今後後も後進のことを見守っていただけると幸甚です。

- (1) 以下、インターネット版官報令和元年一〇月二二日号外特第一五号。
- (2) 法務省ホームページ。http://www.moj.go.jp/hogol/soumu/hogo08_00006.html
- (3) 脚注(2)のURLを参照。
- (4) <https://www3.nhk.or.jp/news/html/20191022/k10012143361000.html>
- (5) 平田友三「恩赦事務(二)」研修三九三号（一九八一年）所収一一頁。
- (6) 岡田亥之三郎『逐条恩赦法釈義（改訂再増補版）』（一九五九年）一二五頁。
- (7) 岡田亥之三郎・前掲書（注(6)）一二七頁。
- (8) 岡田亥之三郎・前掲書（注(6)）一三一―一三三頁。
- (9) 平野龍一「恩赦の存在理由」更生保護四卷一〇号（一九五三年）八―九頁。
- (10) 清宮四郎『憲法Ⅰ』（一九七一年）一七五―一七六頁。
- (11) 鈴木寿一「恩赦」団藤重光編『法律実務講座刑事事編・第一二巻』（一九五七年）所収二九一六頁。

- (12) 鈴木寿一・前掲論文(注(11)) 二九一六―二九一七頁。
- (13) 鈴木寿一・前掲論文(注(11)) 二九一八頁。次のように論難する。「事実、与えられるべき何等の理由なく恩典を与えられた者は、意外の大金を拾った乞食に非ずんば、競輪に大穴を当てた遊蕩児の喜びを喜びとするのが精々であって、因習の久しき、何かにつけて再び僥倖を待ち望む弊害をも生ずるのである。」と。
- (14) 岡田亥之三郎『逐条恩赦法釈義(改訂再増補版)』(一九五九年)。
- (15) 岡田・前掲書(注(14)) 六頁。
- (16) 岡田・前掲書(注(14)) 六頁。
- (17) 正木亮「前科をめぐる諸問題」同『刑法と刑事政策(増訂版)』(一九六八年) 所収一八四頁。
- (18) 正木亮・前掲論文(注(17)) 一九七頁。
- (19) 正木亮・前掲論文(注(17)) 一九四―一九六頁。
- (20) 正木亮・前掲論文(注(17)) 一九六頁。
- (21) 菊田幸一「恩赦制度の批判的考察」法律論叢四二巻四・五・六合併号(一九六九年) 三一七―三一八頁。
- (22) 菊田幸一・前掲論文(注(21)) 三一八頁。
- (23) 平田友三「恩赦実務(二)」研修三九三号(一九八一年) 所収一一頁。
- (24) 平田友三「恩赦とその運用状況」朝倉京一・佐藤司・佐藤晴夫・森下忠・八木國之編『日本の矯正と保護・第三巻・保護編』(一九八二年) 所収三三二頁。
- (25) 平田友三「恩赦実務(一二)」研修四〇五号(一九八二年) 所収一一四頁。
- (26) 宮澤浩一「恩赦制度再考」法律のひろば四二巻四号一四頁、脚注三八。
- (27) 宮澤浩一・前掲論文(注(26)) 六―七頁。
- (28) 宮澤浩一・前掲論文(注(26)) 一二―一三頁。
- (29) 中野次雄「恩赦制度の運用と刑事政策」ジュリスト九三四号(一九八九年) 所収四五頁。

- (30) 中野次雄「恩赦制度の新方向」警察研究二〇巻三号（一九四九年）所収二九頁。
- (31) 中野次雄・前掲論文（注(30)）二九頁。
- (32) 中野次雄・前掲論文（注(30)）三二頁。
- (33) 中野次雄・前掲論文（注(29)）四七頁。
- (34) 中野次雄・前掲論文（注(29)）四七―四八頁。
- (35) 中野次雄・前掲論文（注(29)）四六頁。
- (36) 田中開「戦後における恩赦の運用とその問題点」ジュリスト九三四号五五頁以下。
- (37) 政治的濫用のおそれに対しては、国会が一般恩赦を行うことを慣行化することなどを提案する。田中開・前掲論文五九頁。
- (38) 田中開・前掲論文（注(36)）五六頁。
- (39) 田中開・前掲論文（注(36)）五六頁。
- (40) 田中開・前掲論文（注(36)）五六頁。
- (41) 板倉宏「恩赦制度の再検討―政令恩赦を中心に」日本法学五〇巻一号（一九八九年）六九頁。
- (42) 板倉・前掲論文（注(41)）七〇頁。
- (43) 板倉・前掲論文（注(41)）七一頁。
- (44) 板倉・前掲論文（注(41)）六九頁。
- (45) 板倉・前掲論文（注(41)）七五頁。
- (46) 佐々木高雄「日本国憲法下の恩赦制度」青山法学論集四八巻一・二合併号（二〇〇六年）。
- (47) 佐々木高雄・前掲論文（注(46)）八二―八三頁。
- (48) 比例原則に基づく刑事立法については、井田良『講義刑法学総論（第二版）』（二〇一八年）二六頁以下。
- (49) 平田友三「恩赦事務（二三）」研修四〇六号（一九八二年）八八頁。
- (50) 佐々木高雄・前掲論文（注(46)）八二頁が、こうした分類をしている。

(51) 野村和彦「わが国の構成要件論に対する疑問——構成要件と法定刑」の視座から——平成法政研究一七卷一号（二〇一二年）九三頁以下。

(52) もつとも付随的違憲審査制を採るわが国においては、このことを理由に訴訟を提起することは難しいであろう。そうであるからこそ、恩赦は法律によるべきだという考え方には説得力がある。なお、拙稿はその検討までは立ち入ることができなかった。

(53) 例えば、菊田幸一・前掲論文（注(21)）三三四頁以下は、復権の数が少ないことを指摘しつつも、前科の問題がある以上、復権は必要なものである、と解している。

(54) 団藤重光編著『注釈刑法（1）総則（1）』（一九六四年）二四八頁（刑の消滅。所和彦執筆）。

(55) 団藤・前掲書（注(54)）二四九頁。

(56) 大日本帝国憲法一六条は「天皇ハ大赦特赦減刑及復権ヲ命ズ」と規定していた。

(57) 中野次雄『逐条改正刑法の研究』（一九四八年）六五頁。

(58) 中野・前掲書（注(57)）六三頁。

(59) 美濃部達吉「恩赦ニ就テ」法学協会雑誌二〇卷一―号三四頁。

明治四十年刑法の制定と馬券の禁止について

末 澤 国 彦

一 はじめに

明治四十（一九〇七）年四月二十四日、法律第四十五号として現行刑法である新しい刑法が公布され、明治四十（一九〇八）年十月一日より施行された。この刑法では、第百八十五条に単純賭博罪、第百八十六条第一項に常習賭博罪、第二項に賭博場開張図利罪及び博徒結合図利罪が次のように規定された。^①

第百八十五条 偶然ノ輸贏ニ関シ財物ヲ以テ博戯又ハ賭事ヲ為シタル者ハ千円以下ノ罰金ニ処ス但一時ノ娛樂ニ供シタル物ヲ賭シタル者ハ此限ニ在ラス

第百八十六条 常習トシテ博戯又ハ賭事ヲ為シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ処ス
賭博場ヲ開張シ又ハ博徒ヲ結合シテ利ヲ図リタル者ハ五年以下ノ懲役ニ処ス

明治四十年刑法の制定と馬券の禁止について（末澤）

この賭博罪規定の特徴は、①旧刑法の「博奕ヲ為シタル者」から「偶然ノ輸贏ニ関シ財物ヲ以テ博戲又ハ賭事ヲ為シタル者」と規定することで解釈上の疑義を避けたこと、②旧刑法の文言中にあった「現ニ」の文字を削除することで現行犯のみと解釈されることによる取締上の不便を解消したこと、③飲食物を金銭の代用にする場合があるので「一時ノ娛樂ニ供シタル物」と規定したこと、④常習者と一般の賭博者とは弊害の程度が違うのでこれを区別したことが理由書の中で述べられている^②。さらに、単純賭博罪、常習賭博罪、賭博場開張凶利罪、博徒結合凶利罪と構成要件が細分化されたことや全体的に法定刑の引き上げが行われたことも特徴として挙げるができる。

この賭博取締の強化は、これまでの賭博取締の中心であった博徒対策には一定の効果を示したようである。特に明治二十二(一八八九)年六月、旧刑法の賭博罪を一時停止して施行した賭博犯処分規則(明治十七年太政官布告第一号)^③が廃止され、取締が緩和されるとこれまで離散潜伏していた博徒や、刑期を終えて出獄した博徒らが再び勢力を復活させ始めた。また、日清・日露戦争がもたらした好況は、国内に投機の機運をもたらし、賭博が盛んになりはじめた^④。このような中、新しい刑法の施行により賭博は非現行犯も取締対象になったため、博徒の中には動揺を示す者もいたようである。例えば名古屋地方裁判所管内では、「明治四十一年刑法法典ノ改正セラルルヤ再ヒ彼等ノ恐怖時代ヲ現出シ司法処分ノ嚴罰ト警察官吏ノ戒告ト相俟チテ新刑法ナル語ハ彼等ノ耳ニ恐怖ノ響ヲ為シ一時相当有名ナル親分乾兒ノ正業ニ就ク者相次クノ觀ヲ呈シ其他ノ者ト雖モ影ヲ潜ムルニ至」^⑤つたと報告されているのがそれである。

一方、旧刑法下のこの時期、新たな形態の賭けが登場した。それが、馬匹改良という国策に盛り込まれた競馬俱樂部を設置して行う競馬の奨励である。競馬は、馬券の発行による賭けが必然的に付随するので、賭博罪との関連が問題となるのである。競馬の開催にあたり、司法・内務両省は、馬券の賭博性を問題として強い抵抗を示していた。し

かし、治外法権下で馬券の発行を行っていた横浜（根岸）の競馬が条約改正後も事実上黙認状態であったことが活用され、陸軍・農商務両省の強い意向で馬券黙許の方針が打ち出された。^⑥これを受けて、明治三十八年十二月には「競馬賭事ニ関スル農商務陸軍内務司法四大臣合議書」が作成された。^⑦そこでは、馬券の発行は、馬事思想の普及、すなわち馬匹の速度技量その他に関する知識の優劣を争うものであり、公安に害を及ぼすものではないことが黙許の理由とされた。そして、全国に十五の競馬倶楽部が認可され（開催できなかったものを含む）、馬券の発行による賭けが行われた。しかし、明治四十一年十月、新しい刑法の施行に伴い馬券の発行は禁止されることとなった。

そこで、本稿では、馬券の発行が禁止に至る経緯を検討する。これは、馬匹改良のための競馬の奨励という国策とそれに付随する馬券による賭けという国法である刑法に抵触する行為、この相反する問題のどちらを優先させるかという問題である。この問題をめぐって、競馬関係者、司法当局はそれぞれどのような考えを持っていたのかということとを振り返って検討することにより、賭博罪のあり方を考えるうえでヒントのようなものが見えてくるのではないかなと思われるのである。また、平成二十八（二〇一六）年、特定複合観光施設区域の推進に関する法律（平成二十八年法律第百十五号）が制定され、いわゆるカジノの解禁が現実味を帯びる中、明治期の馬券禁止問題を検討することは今後に向けて意義があるのではないかと思われるのである。

二 明治四十年刑法における賭博罪の成立

政府は、明治三十九（一九〇六）年六月、司法省内に法律取調委員会を設置し、明治三十五年刑法改正案の審査修

正を行った。⁽⁸⁾そして、同年十二月に二編二百六十五条から成る改正案を作成し、明治四十年一月、第二十三回帝国議會に提出した。この案は、貴衆両院による修正および両院協議会での協議を経た結果、三月に二編二百六十四条から成る成案を得た。そして、明治四十年四月二十四日法律第四十五号として公布され、翌年十月一日より施行された。

（一）貴族院における審議

貴族院では、二月四日から十二日にかけて四回にわたり刑法改正案特別委員会が開かれ、賭博罪については二月八日と十二日に審議が行われた。

八日の審議では、奥山政敬議員が単純賭博罪から「現ニ」の文字を削除した理由について質問がなされた。これに対し政府委員の倉富勇三郎検事は、賭博は秘密に行われることが多いので、現行犯で検挙するのは困難であり、場合によっては穩当を欠く手続で検挙を行うこともあるため、条件を取ることが適當であろうという理由であることを答弁している。⁽⁹⁾

続いて十二日は、次のような審議が行われた。まず、児玉淳一郎議員が、「一時ノ娛樂ニ供スル物」にいう「物」の意義について質問している。これに対して倉富政府委員は、あらゆる物を包摂するために「物」という字を使っているのだ、その中に金も含まれる。しかし、「一時ノ娛樂ニ供スル」には制限があり、ごく些細な金をもって「鰻飯ヲ奢ルトカ菓子ヲ奢ルトカ云フヤウナモノ」は入らないと答弁している。⁽¹⁰⁾続いて名村泰蔵議員が、「偶然」の意義について質問し、倉富は偶然賭博を打つ意味ではなく、結果が偶然出る趣旨であることを答弁している。⁽¹¹⁾そして注目されるのが、尾崎三良議員が競馬に関する質問を行っている。これは、次のようなものである。⁽¹²⁾

○男爵尾崎三良君　チヨット質問シタウゴザイマスガ「偶然ノ輪贏ニ関シ」トアリマスガ、大森アタリデ競馬ヲヤツテ大變ニ

賭ヲヤッタト云フノハ此所ニ這入ラヌノデアリマスカ

○政府委員（倉富勇三郎君） 此百八十六条ノ中ニ矢張り這入リマス積リデアリマス

○男爵尾崎三良君 アレハモウ檢拳ハ無カッタヤウデスガ、ドウデスカ

○政府委員（倉富勇三郎君） 是ハ唯今ノ刑法デアリマスレバ御承知ノ通り現行ノ場合ヲ檢拳スルト云フコトデアリマスカラ、如何ナル都合デアリマシタカ、其案件ハ起ツテ参リマセヌノデアリマス

ここでの倉富の答弁では、現時点では現行犯に限定されており、さらに黙許の合意があるため檢拳は行わないが、新刑法施行後は取締る用意がある点が見える点が目される。

（二）衆議院における審議

衆議院では二月二十二日から三月十一日にかけて十回にわたって刑法改正案特別委員会が開かれ、賭博罪については三月四日と十一日に審議が行われた。

まず、森田卓爾議員が四日と十一日の二度にわたって「常習」の意義と単純賭博罪と常習賭博罪の関係について質問している。これについて倉富は、前者について、常習とは不断賭博をする者を指し、これは裁判所が認定する事実であると答弁し、後者については、併合罪には当たらず、その人が常習者であれば常習賭博罪を、そうでなければ単純賭博罪を適用すると答弁している。⁽¹³⁾ また、十一日には守屋此助議員が単純賭博罪を罰金刑のみにした理由と、これによる監獄費削減の問題を質問している。これについて倉富は、前者については一時の出来心で賭博をした者まで監獄に拘禁する必要はないこと、後者については、賭博犯人の過半数以上が監獄に入らなくなることを答弁している。⁽¹⁴⁾ そして注目されるのが四日の審議で宮古啓三郎議員が、単純賭博罪の構成要件中の博戯と賭事を区別の理由の質問か

ら競馬についての質問をしていることである。これは、次のようなものである。⁽¹⁵⁾

○宮古啓三郎君 政府ノ方ニ御尋ヲ願ヒマスガ、此百八十六条百八十七条モ同ジデスガ、博戯ト云フノト賭事ト云フノヲ分ケタ理由、是ハドウ云フコトヲ含ムト云フコトニシタノデスカ

○政府委員（倉富勇三郎君） 博戯ト申シマスノハ——所謂賭博ヲスルノデ、自身賭博ヲスルモノニ云ヒ、賭事トハ所謂賭ケ事ヲスルノデスカ、相撲ニ賭ケルトカ、棋ニ賭ケルトカ云フコトヲ含ム積リデアリマス

○宮古啓三郎君 ソレカラ近頃流行ル競馬……競馬モ賭ケルト云フ事柄ノ如キハ、此中ニ含ラヌ御見込デアリマスカ

○政府委員（倉富勇三郎君） 競馬ニ賭ケルト云フ事実ガ明瞭致シマセヌケレドモ、若シ單純ニ競争ノ競馬ノ勝敗ニ依ッテ賭事ヲスルト云フ事実ト假定スルナラバ、ヤハリ此中ニ含ンデアラウト思ヒマス

ここでの倉富の答弁では、「競馬ニ賭ケルト云フ事実ガ明瞭致シマセヌケレドモ」と黙許の理由が馬匹の速度技量その他に関する知識の優劣を争うものであり、賭博罪には当たらないとする合議書の内容を意識しつつも、「競馬ノ勝敗ニ依ッテ賭事ヲスルト云フ事実ト假定スルナラバ」と競馬の現状を意識して新刑法施行後は取締る用意があることが見て取れるのである。

三 馬券禁止に至るまでの過程

（一）馬券に対する批判

明治三十九年十一月、東京競馬会の第一回の競馬が池上競馬場で開催された。この競馬は、予想外の好成績をおさ

め、競馬倶楽部は多額の収益を上げた。そのため全国から競馬倶楽部設立の申請が多数内閣馬政局に寄せられた。そして、おりからの日露戦争後の好景気に支えられ高収益を上げていった。また、産馬界の活気は高まり、馬匹の数は増加し、その資質も高まっていった。このように、競馬は、新しい娯楽として世間に定着しようとしていた。

しかし、徐々にその弊害が目立つようになり始めていた。それは、①馬券の扱いに不慣れなことから発生する計算ミスや、判定を巡るトラブルによる騒擾の発生。これには博徒が縄張り荒らしだと乗り込むケースもあった。②競馬倶楽部以外に馬券を発行するものが現れ、これを取締る必要性の発生。③出走馬の質が不安定なため、番狂わせによる高配当が続出し、投機的になった。④高配当目的での馬主・騎手らによる八百長の発生。⑤競馬場内や競馬場周辺の風紀の悪化。⑥一部の倶楽部は、営利会社を設立し、馬券収入をそちらへ移し、馬匹改良に関心を示さないといったものである。そして、新聞等の論調も当初は好意的であったが、明治四十一年を境に「競馬場はもはや公開の賭博場である」とか「貴顕紳士淑女が金を握りしめ目を血走らせている」などといった批判的なものに転じていったことはよく知られているところである。¹⁶⁾

ところが、新聞が馬券に対する批判を展開する以前から馬券の賭博性を指摘し、取締を行うべきとして批判を行っていたものがある。それが、日本弁護士協会である。日本弁護士協会は、『日本弁護士協会録事』の雑報欄や時評欄において馬券に対する批判を行っている。その最初のものが、明治三十五（一九〇二）十二月の条約改正後も事実上黙認状態であった横浜の競馬に対する批判記事である。これは、次のようなものである。¹⁷⁾

賭博は許可すべきものなるや否や多少の議論あるべきも、すでに法律に於て之を禁止せる以上は決して之を行はしむべきにあらず、賭博場の公開、歐洲に於ては許さるゝ処あるは世人の知る処なり。然れども輦轂の地に接し、日本五港の第一なる我横

浜港に於て之を黙許するの觀ありと聞かば、世人は蓋し絶驚するの外なからん。我横浜に於ける賭博場とも云ふは毎年二回之を開き内外の紳士貴女の集合することゝて官吏あり、紳商あり、貴婦人あり、令嬢あり、弁護士あり、医士あり、技師あり、新聞記者ありて、多くは上中流に位する人々なりと伝ふ。此怪聞や事実爾かあらんには実に由々敷事共也。然れども、之を行ふ白昼に於てし、警吏未だ之を捕へたるを聞かざるは、只其れ風聞に停まる耶、治外法權未だ撤去せられざりし当時、吾人は居留外人等が春秋二回挙行する根岸の競馬なるものを見、心窃に之を憂へ其人の子を害するの甚だしきを痛嘆したりき。条約改正実施当時、吾人は刮目して我当局者の此賭事の媒となる競馬場に付ての処置如何を注視したり、時に外人等は其継続許可に付き大に運動する處ありたりしが、夫かあらぬか当時警察および検事局に於て、其処分は問題となりたりとの風説を耳にしたることありしに不拘、所謂外人懷柔主義なるものを採用せられたるにや遂に之を黙許し、弊根今に及んで救ふべからざるものあるに似たり、唯だ此宿弊、鎮守の祭礼に若衆の催ふす三文花は刑法の条項に擬せられ、内外紳士貴女等が数千金を賭して勝敗を争ふ賭博に付ては官之を不問に附するの識なきを得ば、吾司法權の威信随て發揮するを得んなり、敢て当局者の一顧を望む。

このように条約改正後も馬券の發行を黙許状態に置くことは「外人懷柔主義」であり、司法權の威信を發揮すべきだと主張している。さらに、日本人による競馬開始後の明治三十九年十二月には、「政府にして敢て禁過の手段を取らず、警官検事の輩之を司法裁判所に移牒するの手段を尽くさざるは如何、吾人と雖も各自が競争場裡に於ける馬の觀察を為して、他者と輸贏を決する賭事を以て、博奕的と認むる能はさるも、彼のガラ札なる者に至りては、全く博奕と同質なるを認むるに躊躇せず、当局者は如何に之を觀察するや¹⁸⁾」と批判している。また、新刑法公布後の明治四十年十二月には、「然るに此等の高等博奕打に対しては司法大臣も其手を束ねて傍觀し、摘罪は検事の職掌也、判

断は判事の解釈に俟たんと悠々安如を極め込み其下に在る司法官中亦一人の立て国法の励行を叫ぶ侠骨漢なく世は競馬万歳の中に高等博奕は罰せられずして独り下層の博徒のみ捕はれて縲紲の困苦に逢ひ徒らに郷閭の指揮を招いて一身の方向を誤る、斯くても尚国法の運用公正なりと謂ふ可き乎⁽¹⁹⁾と批判している。続いて新刑法施行直前の明治四十一年九月には、「法律に於て賭博を禁じ、賭場開張を嚴罰しながら、他方に於て之と全然趣を同ふする競馬の興行馬券の売買を黙認するは、幾多の弊害醜陋を暴露する所以、風教の上より見るも、法律の上より見るも共に寛假すべからざる曲事なり、曩きに対岸の台湾富籤に対して、猛然たる態度に出でし司法当局は何故に之より弊害の甚大なる競馬賭博に手腕を奮はざるや、吾人大に惑ふ所以なり⁽²⁰⁾」と批判している。

この日本弁護士協会の批判は、馬券の発行は賭博罪に該当するので犯罪であるが、これに対して司法当局が摘発に乗り出さないのは、法の運用上問題があるという点で一貫している。新聞の馬券批判が、競馬場内の風俗上の乱れや、道徳的問題、副次的犯罪の増加などが中心であるのに対し、法の問題から批判している点が注目されるものと考えられる。

(二) 馬券への批判に対する競馬界の反応

馬券に対する批判が高まるのに対して、競馬界も馬券は賭博には該当しないとして反論を行っている。その論点は、大きく二つある。一つは、競馬は、競争の距離や馬の年齢など馬に関するあらゆる情報をあらかじめ周知させているのに加え、競争当日は出走馬を下見させるので、馬について十分な研究をすれば優劣の判断をすることができるので、賭博には当たらないというものである。もう一つは、馬券の発売は欧米では公認されており、欧米諸国はさまざまな弊害を乗り越えているというものである。

前者の主張は、次のようなものである。⁽²¹⁾

（前略）抑も賭博なるものは、云ふまでもなく、賭博器中、果して丁なるか、将た、半なるか、毫も之を示さず、随て又之を知るに由なく、蓋を撤するに及んで、始めて丁たり半たるを知るを得べく、富籤の如きも亦然り、抽籤して而して後ち、始めて其当籤数を知るを得べし。

然るに、馬券に至ては大に之と異り、競馬開催の数日前に於て、先づ番組を発表し、以て競馬の回数、競馬の順序、出場馬の頭数、競争の種類、番号、馬主、毛色、馬名、牝牡、年齢、斤量、服色、騎手等、有ゆる要件を予め一般に周知せしむ、而して愈々開催の暁には、一競馬毎に更に出場馬、騎手、斤量、枠順等を公表し、尚ほ出場馬を数回曳き回して、公衆一般の観覧に供し、公衆をして、番組と彼是れ相對照して、之れが優劣を判断せしむるが上に、公衆の面前に於て騎乗せしめ、以て之れが勝敗を決せしむるが故に、其間一点の疑ひを挟むべき余地なく、実に公明正大、シカモ活発高尚にして、最も興味ある娯楽なり。

夫れ果して此の如くなれば、苟も相馬眼を有するものは、一見以て之れが優劣を判断するを得べければ、何番の馬が一着を占むべきかは、予め判断するを得べきに依り、決して賭博と同一視すべきものにあらず。（後略）

この立場は、馬券禁止後すぐに発表された全国競馬連合会実行委員起草の「馬券発行差止に対する意見」⁽²²⁾や雑誌『馬匹世界』⁽²³⁾の社説での主張の中でも同様のことが述べられている。

後者の主張は、次のようなものである。⁽²⁴⁾

（前略）競馬の賭金は専ら文明諸国に行はるゝを以て特に我が国に於てのみ之を禁止するの要なし況や競馬は馬匹改良の一手段にして賭金の有無は競馬の盛否に密接の関係あるに於てをや目下文明諸国到る処に行はるゝ賭金を我邦に於て公認する何

の不可なるあらん看よ英に仏に独に壤に米に皆競馬会あり又之に伴ふて賭金を公認しつゝあるにあらずや、就中英の如きは競馬の勝敗は一般国民の最も注目する所にして彼のロイテルの如きは恰も日露戦争の勝敗を世界に報する（ママ）と同一の資格を以て競馬の勝敗を世界に報するにあらずや

論者或は曰ふ競馬の賭金を公許するは馬を改良せんとして人を傷ふものなりと蓋し論者は競馬の賭金を公許するならば国民は之に狂奔して一種の悪風を招致せんことを憂ふるものならんが若し斯くの如き憂ひありとせば英や独や米や是等諸国は夙に悪風に染みて今頃は滅亡に瀕すべき時代にあらざるや而かも事実において毫も是等の形蹟なきを知らば論者の説は所謂一片の杞憂たるに過ぎず敢て問ふ論者は英仏米独等の国民が耐へ得る事柄を独り日本国民は之に耐へ得ずとするか此一問題だに解決するあらば又他に何をか説くを要せん（後略）

そして、どちらの立場も賭博であると批判されるような事態を迎えてしまっているのは、日本の競馬界がまだ幼稚であり、馬券の本当の意味を知らない者が多いことが問題であるとしている。そこで、競馬界は競馬を行う意義や馬券の本当の意味を研究・教育すること、すなわち馬事思想の普及に努める必要がある。そうすれば、競馬狂と呼ばれる馬券購入のために職や財産を失う者や不正行為を企図するような者は減り、競馬場は賭博場であるなどと批判されるような問題は自ずと解決するであろうと主張している。

また、馬券禁止直後に発表されたものではあるが、板橋の東京ジョッキー倶楽部会頭で衆議院議員の尾崎行雄は、賭博は悪事に違いないが、射幸心を絶対に強制することはできないので、射幸心を善良な方法手段で充たすことは必要なことであるとした上で、「我輩は同じ賭博に類した事でも、他の者よりは競馬の方が、遙かに良き方法を得たものと主張するのである。況して競馬に於て或馬が勝を制するのは、勝を制すべき理由があつて勝を制するのである。

株式及米穀に於ても亦然りだ。米なり株なりが騰貴するのは、騰貴すべき理由があつて騰貴するのであるから、決して賭博と同一視すべきものではないと思ふ。⁽²⁵⁾と述べている。そこで、馬券を禁止して取引所を禁止しないことは辻褃の合わないことであり、世界の先進国では馬券を許可しない国はないので、日本のみ馬券を禁止するならば取引所も禁止して世界の先進国から脱すればよいと主張している。

(三) 新刑法公布後の馬政局と司法当局の動向

新刑法の審議が行われた明治四十年の第二十三回帝国議会の予算委員会では、内閣馬政局（以下馬政局と表示）の予算をめぐる審議が行われた。そこでも競馬は、賭博と同じようなものである、政府はそれを奨励するののかという質問がなされた。これに対して、衆議院では一月三十一日に増田熊六馬政官によつて「競馬ハ馬匹ノ能力ノ試験場デ必要デアリマスカラ、興サセタイト云フ希望ヲ政府ハ持つテ居リマス（中略）非常ニ近頃ハ競馬熱ガ熾シニナツテ参リマシテ、各所カラ出願ノ場所モアリマス、馬政局トシマシテハ此競馬ト云フモノハ、各地ニドシドシ興ルト云フコトヲ実ハ希望スルノデアリマス⁽²⁶⁾」という答弁が行われた。また、貴族院では三月二日に新山莊輔馬政官によつて「先ヅ人ヲシテ愛馬心ヲ厚カラシメルト云フコトハ誠ニ肝要ナコトト思ヒマシテ、殊ニ競馬ノ如キハ其方法ト致シマシテハ誠ニ結構ナコトデアルカラ、日本全国相当ナ場所ニ基礎ノ豊富ナル競馬ト云フモノガ起リマシテソレヲ為シマシタナラバ、今御話シマスル愛馬心ト云フモノヲ太イニ発達サセマシテ、延ベテハ政府ノ目的トスル改良モ円滑ニ行クデアラウト、大ニ歡迎イタシテ居リマスル事柄デアリマスル⁽²⁷⁾」と答弁している。つまり、この段階では馬政局は、多少の弊害があつても全国に競馬場を展開し、競馬による馬事思想の普及が馬匹改良には必要であるという考えを持っていることがわかる。

ところが、新刑法の公布後に行われた明治四十一年の第二十四回帝国議会の予算委員会での馬政局予算をめぐる審議では、競馬の弊害を強調し、「博奕ノ氣風ハ全国ニ波及シテ、大二道義ヲ紊乱スルデアラウ」⁽²⁸⁾とか「競馬ガナケレバ他ノ奨励法ノミデ、馬匹改良ノ目的ヲ達スルコトガ出来ナイノデアルカ」⁽²⁹⁾とか「賭博ニ等シイト云フヨリ寧ろ賭博ダラウ、マルデ刑法ヲ無視シタコトヤルト云フノガ世間ノ非難デス」⁽³⁰⁾というような厳しい内容の質問が寄せられた。これに対して、衆議院では二月六日に丹下謙吉馬政官によつて「唯遺憾ナコトニハ馬政局創設以来、一時二沢山ノ東京近傍ニ競馬場カ出来マシタノデ、競馬ヲ挙行スル人モ、競馬ヲ見マスル人モ、共ニ慣レテ居リマセヌカラ、従ツテ種々遺憾ナ点モアリマセウシ、又非難モ屡々聞ヘルノデアリマス、併ナガラ此通りデ進ンデ往クコトハ到底許サヌコトデアラウト思ヒマスノデ、馬政局モドウカ将来許可スル競馬場ハ成タケ数ヲ制限シマシテ、從來許可シテアル者ニモ、成ルベク相当ノ取締方法ヲ付ケマシテ、成ルベク弊害ノ少クナルヤウナ方針ヲ採ツテ往ク考デアリマス、ドウモ数ガ余計ニナツテ来テ、一時二沢山出来マシタノデ、為メニ種々ノ弊害ガ起ッタノデスガ、其取締ハドウカ成ルタケ厳シクヤリタイト思ツテ居マス」⁽³¹⁾とか「馬券ヲ発売シマセヌト、競馬ノ賞典、馬ノ賞与ヲ沢山与ヘルコトガ出来ヌ、ソレデ其馬券ヲ発売シタモノヲ以テ賞与ヲ沢山増スト云フ方法ヲヤツテ居ルノデアリマス（中略）今競馬ヲ廃スルト云フコトハ、奨励上頗ル差支ヲ見マシテ、仕事ガ余程遅レテ来ルコト、考ヘマス」⁽³²⁾とか「是マデ種々ナ批難モ聞エマスカラ、成ルベクソレヲ防イデ、競馬デ改良上ノ利益ヲ拳ゲタイト云フ考ヲ有ツテ、唯今研究シツ、アルノデゴザイマス」⁽³³⁾と答弁している。貴族院では、二月二十七日に西川勝藏馬政官が「昨年以來世上デ兎ヤ角ヤノ評ガ起ツタト云フノハ甚ダ遺憾ナ次第ニ存ジマスル、併ナガラ多少ノ弊ハ或ハアルカモ知レマセヌガ、一方ノ有望ナルノニ対シテ見ルト其弊モ或ハ忍ンデ宣ウハナイカト云フ当局ノ考デゴザイマスガ、併ナガラ幾分ノ弊ノアルト云フコト

ハ無論認メテ居ル次第デアリマスカラ、其点ニ付イテハ十分出来得ルダケノ矯正ハ致シテ、其風紀上ノコトモ嚴重ニ取締リタイト云フノデ、其方法ナドハ折角十分調査シテ居ル次第デアリマス⁽³⁴⁾と答弁している。また、丹下馬政官は「要スルニ競馬ノ是マデ出来マシタノハ僅カ一二年ノ間ニ寧口数ガ多過ギル位ニ出来マシテゴザイマス、ソレ故ニ競馬ヲ施行スル方デモ又見ル方デモ共ニ競馬ノコトニ馴レテ居リマセヌカラ、種々不取締ノコトガ起ルト考ヘテ居リマス、デアリマスカラシテ成ルベクサウ云フ弊害ハ出ルニ從ツテ押ヘテ行キマシテ、余リ世間カラ非難ヲサレルヤウナ激シイ弊ヲ他ニ及ボサヌト云フヤウナ取締方法ヲ立テ、産馬奨励ノ方デ競馬ヲ続ケテ行キタイト云フ考ヲ持ツテ居リマス⁽³⁵⁾」と答弁している。これらの答弁から馬政局は、前年のような全国に競馬場を作っていくという方針からトーンダウンさせている。そして、弊害発生の原因は、競馬の開催にまだ慣れていないからである。そこで、競馬倶楽部に対する規制を嚴重に行つて批判されている弊害を少なくすることで馬券を伴う競馬を存続させる考えを持っていることがわかる。

なお、この第二十四回帝国議會では刑法施行法（明治四十一年法律第二十九号）の審議が行われた。その衆議院の審議の中で、弁護士である花井卓蔵議員は、競馬に関する馬券の売買は新刑法の賭博罪に該当するのかどうかの質問を行つている。⁽³⁶⁾これについて松田正久司法大臣は、新刑法については施行後でないと答弁できないとしつつ、競馬は馬匹改良に必要であるが、その弊害も考える必要があるとした上で、「ソレ故ニ政府ハ目下ソレ等ノ点ニ付テ弊害ガ大ナルカ、又馬匹ノ改良ニ最モ重キヲ置イテ、多少ノ弊害ハアツテモ、馬匹ノ改良ニ最モ有益ナリト云フコトガアリマスレバ、寛大ニ見ラル、ダケノコトハ見ルモ差閤ナイカモ知ラヌ、故ニ其点ニ付テハ目下深ク講究シツ、アルノデアリマスル、尚実地ニ就テ能ク取調ヲ致シタルトコロデ馬匹ノ改良ドコロデハナイ、風俗ヲ壊敗シテ遂ニ人間ヲ馬以上

ノモノニナスト云フコトニナツテハ、トテモソレハ国家有益ノ事業トハ認メラレヌニ依ツテ、其場合ニ至ツテハ躊躇ナク処分ヲ致ス積リデアリマス⁽³⁷⁾」と答弁している。この答弁から司法省は、現段階では取締は行わないが、弊害がひどくなつた場合は取締を躊躇なく行ふ姿勢を持っていることがわかる。

このような流れに対して、馬政局は動きを見せた。明治四十一年三月二十五日、春季競馬の開催直前に各競馬倶楽部の常務理事を馬政局に招致して、「競馬会ノ設備ニ関スル口達」、「競馬ノ開催ニ関スル件其ノ他口達」、「馬券発行競馬会ニ関スル件」、「競馬開催ニ関スル注意」という四つの口達を行い、競馬倶楽部に対し自主規制策を取るよう求めた。⁽³⁸⁾この口達の内容は多岐にわたるが、主に①馬券の賭博性の希薄化・射幸心の抑制、②配当金に関する競馬倶楽部への疑惑の除去、③競馬倶楽部の収益の処分方法であつた。①については、入場料の高額化（一等席五円以上、二等席三円以上）、一等席入場者の服装規制、場内の静粛化、女性の馬券購入禁止、新聞に射幸心をあおる情報提供することの禁止などである。②については、発馬係・審判係と出走馬の無関係化、不良騎手の出場不許可、配当金計算方法の場内掲示などである。③については、収益の八割を馬匹改良事業に支出し、一割を慈善事業に寄付するなどである。このようにして、競馬場内や周辺の風紀を改善させ、高尚な娯楽へと改善させようとしたのである。

一方、馬政局は、司法省との間でも馬券の取締をめぐる文書のやり取りを行つた。そして、五月二十一日には司法・内務両大臣と馬政長官等が会同して協議が行われた。⁽³⁹⁾そこでは、司法省側は、不正や騒擾が続くようではこれ以上黙許にするのは不可能であり、法律を制定して取締を行うべきであることが主張された。これに対して曾根荒助馬政長官は、取締が行われると馬匹改良は不可能になること、弊害の原因は日本人の人格が欧米レベルに到達していないこと、欧州各国では法で規制をかけているようなことは聞いたことがないと主張した。そして、検挙しなくてはな

らないような状況の時は、馬政長官に報告をし、問題の競馬倶楽部に対して馬政長官が処置をとるということ合意した。

ところが、七月十四日、第二次桂太郎内閣が発足し司法大臣に岡部長識、内務大臣に平田東助が就任した。どちらも馬券反対派であり、特に岡部については、「吾人は岡部法相を信ずるの厚き、必ずや自己の判断によりて、部下に対する訓示其他の方法により、適當の解決を為して法の厳正なる維持者となるべきを疑はず⁽⁴⁰⁾」と日本弁護士協会も期待を寄せていた。そのような中の九月二十七日、鳴尾速歩競馬会の幹部が神戸地方裁判所検事局によつて検挙されるという事件が起こった。この事件は、馬政長官に報告なしで行われたため、馬政局および競馬界には衝撃を持つて受け止められた⁽⁴¹⁾。そこで、馬政局は新刑法施行日の十月一日、各競馬倶楽部に「競馬ノ開催ニ関スル件論達」を発し、開催期日の変更不可、場内の秩序をさらにいっそう静肅化させることを求めた⁽⁴²⁾。そして、新刑法施行後の十月二日から五日の間、総武競馬会主催の松戸競馬場での開催では馬券の発行が行われたが、ここでは取締は行われなかった。しかし、十月六日、次のような文書をもって馬券の発行は禁止されることになった⁽⁴³⁾。

馬発第七二三号

競馬会ニ於ケル馬券発売ヲ差止ムヘキ旨其筋ヨリ通牒相成候間依命此段及通牒候也

明治四十一年十月六日

馬政局書記官 落合芳藏

東京競馬会副会頭 男爵 新田忠純殿

この突然の馬券禁止通達の背景には、桂首相から曾根馬政長官に対し馬券の発売を禁止しないと競馬倶楽部の存続

は難しいことを政府の方針として決定し、このことは元老である伊藤博文、山県有朋も合意し、明治天皇にも知らされていたという内容の書簡が送られたことが大きいとされている。⁽⁴⁴⁾ また、この馬券禁止について日本弁護士協会は、「過日彼等の非違私曲曝露して以来、当局者の覚悟する所となり、迅雷疾風の之が禁止の沙汰を見るに至りしは慶すべし⁽⁴⁵⁾」と評している。

馬券禁止を受け、政府は同年十一月十六日、競馬規程（明治四十一年閣令第一号）を制定し、競馬規程に適う競馬倶楽部に補助金を交付し、ここから賞金を出す形のいわゆる公認競馬で競馬の存続を図った。しかし、競馬場の入場者は激減し、また補助金の額は低いたため賞金も低くなり、競馬倶楽部の経営や馬匹改良に影響が見られるようになった。一方、競馬関係者は、明治四十二（一九〇九）年の第二十五回帝国議会に競馬の善後策急施に関する請願の提出に加え、議員立法で競馬法案を提出した。この請願は採択されたものの、競馬法案については衆議院を通過するも貴族院で否決され成案とはならなかった。そして競馬関係者は、大正十二（一九二三）年の競馬法制定に向けて馬券復活への環境整備や働きかけを行っていったのである。⁽⁴⁶⁾

四 おわりに

第二十五回帝国議会における競馬の善後策急施に関する請願の審議の中で、馬券を禁止した理由についての質問がなされた。そこでの答弁は、「旧刑法ニ於キマシテハ馬匹ニ対スル鑑識ニ依ッテ——鑑識ヲ確保スルタメニ馬券ノ発売ヲ奨励スルト云フ精神ヲ以テ馬券ヲ買フコトハ犯罪ト認メナイ方モ宣カラウト云フ解釈ヲ司法省ハ執ッテ居マス、

而シテ改正刑法ニ於キマシテハ此辺ガ大ニ違ヒマシテ、改正刑法ニ於キマシテハ馬券ノ発売ヲ許ス余地ガナイト認メマス⁽⁴⁷⁾というように馬券は、旧刑法の解釈上は認めることも可能であるが、新刑法の構成要件中にある「賭事」に該当するので禁止したということである。しかし、それは建前の問題ではないかと思われる。そして、この問題については、「賭博の非合法化、明治国家の法的空間からの排除、そして社会からの締め出しを進行させたから、馬券の賭博性が問題となったのである。これを「折り合わせ」たのが、馬券を馬匹改良の範疇に封じ込めること、黙許であつた⁽⁴⁸⁾」という指摘がある。ここからもわかるように、この問題のポイントは、「黙許」という言葉の捉え方ではないかと考えられる。競馬を推進したい馬政局や陸軍は、「黙許」を次のように捉えていたのではないかと考えられる。つまり、馬匹改良事業は明治天皇の勅諭によるものであり、馬券による弊害が発生しても多少のことは目をつぶるというものである。このことは、明治天皇の側近であり宮内省主馬頭の藤波言忠が「凡そ物に利益あれば又多少の害を伴はさることなし競馬の如き馬匹改良上に顕著の効能あるものにも尚ほ且つ若干の弊害を伴はざるを保し難し我国の競馬は開始後日未だ浅くして年齒尚ほ幼少なり害あらは今に於て剪除する甚だ易く之を発展の方向に導くこと又頗る容易なり⁽⁵⁰⁾」と述べていたり、議会の答弁等でも「多少ノ弊ハ或ハアルカモ知レマセヌガ、一方ノ有望ナルノニ対シテ見ルト其弊モ或ハ忍ンデ宣ウハナイカト云フ当局ノ考デゴザイマス⁽⁵¹⁾」というものが見られたりすることからも明らかである。これに対し、司法当局は、「黙許」を次のように捉えていたのではないかと考えられる。つまり、黙許には法的拘束力はなく、当面は目をつぶるが目に余るような状態になった場合は取締るというものである。このことは、馬券黙許に関する四大臣合議書に司法省がつけた付箋の中に「単ニ馬匹ノ速度力量技能其他ニ関スル知識ノ優劣ヲ争フ為メ其確保手段トシテ金錢等ヲ賭スル如キハ刑法ニ所謂賭錢博奕ノ行為ニアラサルモノト信セラル⁽⁵²⁾」という一文を

入れたことや刑法施行法の審議の中での「馬匹ノ改良ドコロデハナイ、風俗ヲ壊敗シテ遂ニ人間ヲ馬以上ノモノニナスト云フコトニナツテハ、トテモソレハ国家有益ノ事業トハ認メラレヌニ依ツテ、其場合ニ至ツテハ躊躇ナク処分ヲ致ス積リデアリマス⁵³」という答弁からも明らかである。また、旧刑法下で行われた鳴尾競馬の取締についても「鳴尾ノ競馬ニ対シテハ法律違反デアルト云フ告発ヲ受ケタノデアル、告発ヲ受ケテ見レバ検事トシテ其告発ニ対シテ相当ノ処置ヲ執ラナケレバナラヌ必要ナ順序ニ相成ルノデ、ソレデ検事ガ臨検ヲ致シタ、其臨検ノ結果、(中略)其多数ハ單純ノ投機的行動ニ出デタルコトヲ認メタメ、ソレ相当ノ処置ニ出デタモノト思ヒマス⁵⁴」という岡部法相の答弁もこの立場に立っているからであると考えられる⁵⁵。

この馬券の禁止によつて、競馬は衰退期を迎えるが、後に競馬法を制定することで合法化し、黙許という曖昧なやり方ではなく、きちんと法的に正当な形にすることができるようになった。また、馬券の禁止は、居留地時代から行われていた横浜(根岸)の競馬でも禁止されることとなった。このことは、「屈辱的で不愉快だった治外法権をいつまでも思い起こさせる棘を抜くことができた⁵⁶」という側面もある。いずれにせよ、黙許による馬券が一旦禁止され、馬券の問題が競馬法の制定に向けて振り出しに戻ったことは、結果として日本の競馬が現在に至るまで継続され、国際化されるような時代を迎えることができたことになったきっかけとなった事例であると言つても過言ではないと思われる。

(1) 『法令全書明治四十年』(内閣官報局・明治四十一年) 法律九九頁。なお、資料の引用に際して、原則として旧漢字体については、現在一般に使用されているものに改めた。

- (2) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『日本立法資料全集二六』（平成七年・信山社出版）三四六頁以下。
- (3) これについては、高橋雄豺「明治十七年の賭博犯処分規則（一）」（五）警察研究四三巻三号（昭和四十七年）三頁以下、四三巻四号一七頁以下、四三巻五号三頁以下、四三巻七号一七頁以下、増川宏一「賭博犯処分規則」月刊百科二四一号（昭和五十七年）七頁以下、末澤国彦「明治一七年賭博犯処分規則の法史的意義」日本大学大学院法学研究年報二五号（平成七年）一八一頁以下、秋谷紀男「尾佐竹猛の賭博史研究」明治大学史紀要一〇号（平成十八年）四〇頁以下、岡本洋一「賭博犯処分規則についての一考察」『近代国家と組織犯罪』（平成二十九年・成文堂）一八七頁以下を参照。
- (4) この時期の状況については、末澤国彦「明治後期における賭博罪の運用をめぐる一考察」日本法学六九巻二号（平成十五年）五二頁以下を参照。
- (5) 「名古屋地方裁判所管内博徒ニ関スル調査」司法資料二二一号中巻（昭和二年）四五頁。
- (6) 立川健治「日本の競馬観(1)」富山大学教養部紀要（人文・社会科学編）二四巻一号（平成三年）四一頁以下を参照。
- (7) 合議書の全文は、東京競馬倶楽部編『東京競馬会及東京競馬倶楽部史第一巻』（昭和十六年・東京競馬倶楽部）一〇頁以下を参照。
- (8) 明治三十五年草案については、倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓藏監修・高橋治俊・小谷二郎編『刑法沿革綜覧』（大正十二年・清水書店）四三五頁以下、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『日本立法資料全集二四』（平成七年・信山社出版）三二頁以下、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『日本立法資料全集二五』（平成七年・信山社出版）三二二頁以下を参照。
- (9) 『第二十三回帝国議会貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第三号』（明治四十年）一七頁。
- (10) 『第二十三回帝国議会貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第四号』（明治四十年）三二頁以下。
- (11) 前掲・『第二十三回帝国議会貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第四号』三二頁。
- (12) 前掲・『第二十三回帝国議会貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第四号』三三頁。なお、貴族院での審議の段階では、単純賭博罪は百八十六条であった。
- (13) 『第二十三回帝国議会衆議院刑法改正案特別委員会議録（速記）第七回』（明治四十年）六二頁、『第二十三回帝国議会衆

議院刑法改正案特別委員會議録（速記）第十回（明治四十年）、一〇四頁。

(14) 前掲・『第二十三回帝國議會衆議院刑法改正案特別委員會議録（速記）第十回』一〇五頁。

(15) 前掲・『第二十三回帝國議會衆議院刑法改正案特別委員會議録（速記）第七回』六二頁

(16) これについては、堀田至広『競馬及競馬法史』（昭和十一年・帝國競馬協會）九二頁以下、日本競馬史編纂委員會編『日本競馬史第二卷』（昭和四十二年・日本中央競馬会）一九六頁以下、立川・前掲論文六五頁以下、大江志乃夫『明治馬券始末』（平成十七年・紀伊國屋書店）一二八頁以下を参照。

(17) 「横浜の競馬と賭博」日本弁護士協會録事六〇号（明治三十五年）六六頁以下。

(18) 「競馬と賭博」日本弁護士協會録事一〇四号（明治三十九年）六六頁。

(19) 「競馬と風紀」日本弁護士協會録事一一五号（明治四十年）五六頁。

(20) 「競馬賭博の撲滅を望む」日本弁護士協會録事一二三号（明治四十一年）一〇九頁。なお、台湾富籤とは、明治三十九（二九〇六）年、台湾総督府が発行していた富くじ「台湾彩票」を内地に密輸し、転売したことが問題となった台湾彩票事件のことである。この事件については、岡野才太郎「台湾彩票と富籤犯罪」警察協會雜誌七七号（明治三十九年）三四頁以下を参照。

(21) 「馬券は果して賭博なる歟」馬匹世界八号（明治四十一年）四頁以下。

(22) 「馬券発行差止に対する意見」（全国競馬連合会実行委員起草）馬匹世界一二号（明治四十一年）八頁以下。

(23) 「呈桂首相書」馬匹世界一二号（明治四十一年）二頁以下。

(24) 「競馬賭金問題」競馬新聞社編『競馬大鑑』（明治四十年・競馬新聞社）二五三頁以下。

(25) 尾崎行雄「所謂馬券禁止問題」馬匹世界一二号（明治四十一年）一五頁。

(26) 『第二十三回帝國議會衆議院予算委員会第三分科（大蔵省所管）會議録（速記）第三回』（明治四十年）二〇頁。

(27) 『第二十三回帝國議會貴族院予算委員会第一分科会（歳入大蔵省）議事速記録第四号』（明治四十年）二四頁。

(28) 『第二十四回帝國議會衆議院予算委員会第三分科（大蔵省所管）會議録（速記）第三回』（明治四十一年）一九頁。

明治四十年刑法の制定と馬券の禁止について（末澤）

- (29) 前掲・『第二十四回帝国議会衆議院予算委員会第三分科会議録第三回』二〇頁。
- (30) 『第二十四回帝国議会貴族院予算委員会第一分科会(歳入大蔵省) 議事速記録第三号』(明治四十一年) 二二頁。
- (31) 前掲・『第二十四回帝国議会衆議院予算委員会第三分科会議録第三回』一九頁。
- (32) 前掲・『第二十四回帝国議会衆議院予算委員会第三分科会議録第三回』二〇頁。
- (33) 前掲・『第二十四回帝国議会衆議院予算委員会第三分科会議録第三回』二二頁。
- (34) 前掲・『第二十四回帝国議会貴族院予算委員会第一分科議事速記録第三号』二〇頁。
- (35) 前掲・『第二十四回帝国議会貴族院予算委員会第一分科議事速記録第三号』二二頁。
- (36) 『第二十四回帝国議会衆議院議事速記録第十一号』(官報号外) (明治四十一年) 二〇二頁以下。
- (37) 前掲・『第二十四回帝国議会衆議院議事速記録第十一号』二〇三頁。
- (38) 口達の全文は、東京競馬倶楽部編・前掲書四五頁以下に掲載されている。
- (39) 協議の覚書の全文は、東京競馬倶楽部編・前掲書二五頁以下に掲載されている。
- (40) 「岡部法相と競馬賭博の問題」日本弁護士協会録事二三号 (明治四十一年) 一一一頁。
- (41) この事件は、後に馬券が禁止されたため、不起訴処分となった。
- (42) 全文は、東京競馬倶楽部編・前掲書四八頁に掲載されている。
- (43) 東京競馬倶楽部編・前掲書四八頁。
- (44) これについては、日本競馬史編纂委員会編・前掲書・二一〇頁以下を参照。また、書簡の全文は、東京競馬倶楽部編・前掲書二九頁以下に掲載されている。
- (45) 「馬券発売の禁止」日本弁護士協会録事一二四号 (明治四十一年) 一二三頁。
- (46) これについては、堀田・前掲書・一六二頁以下、日本競馬史編纂委員会編・前掲書・二三四頁以下、日本中央競馬会総務部調査課編『日本競馬史第四卷』(昭和四十四年・日本中央競馬会) 一頁以下、末澤国彦「大正十二年・競馬法の制定と馬券の合法化について」日本法学八三卷三号 (平成二十九年) 一一三頁以下を参照。

- (47) 『第二十五回帝国議会衆議院請願委員第一分科会議録（筆記速記）第二回』（明治四十二年）一一頁。
- (48) 立川・前掲論文・六八頁以下。
- (49) 大友源九郎編『馬事年史第三卷』（昭和二十三年・日本競馬会）三二九頁。
- (50) 藤波言忠「競馬の利害に就て」牧畜雜誌二六七号（明治四十一年）一頁。
- (51) 前掲・『第二十四回帝国議会貴族院予算委員会第一分科会議事速記録第三号』二〇頁。
- (52) 東京競馬倶楽部編・前掲書一一頁。
- (53) 前掲・『第二十四回帝国議会衆議院議事速記録第十一号』二〇三頁。
- (54) 前掲・『第二十五回帝国議会衆議院請願委員第一分科会議録第二回』一二頁。
- (55) 鳴尾競馬事件について、大江・前掲書二二三頁では、指揮を執った小山松吉検事が平沼騏一郎閥の検事であることから、明治四十三（一九一〇）年に発生した日糖事件の捜査と関連させて、「功名心に駆られた野心的検事の独善的独走」の先駆けであると評価している。
- (56) 立川・前掲論文六八頁。

犯罪被害者のダイバージョン制度への 積極的関与に関する一考察

西 山 智 之

- 一. はじめに
- 二. ダイバージョンについて
- 三. 我が国の刑事司法手続き上のダイバージョンの条件と現状
- 四. 我が国の刑事司法手続き上のダイバージョンと被害者の関与
- 五. ダイバージョンと被害者に関する課題
- 六. 被害者をダイバージョン制度へ積極的に関与させるための提案
- 七. おわりに

一. はじめに

我が国の刑法犯認知件数は年々減少しており、順調に治安は回復し続けている。犯罪者の処遇を担うのは、警察、検察、裁判所、刑事施設、保護観察所であるが、実際は検挙された犯罪者の多くはそうした刑事司法手続きの一連の流れから外され社会に戻っている。この犯罪処理の大部分を占めているのがダイバージョンのシステムである。近年、ダイバージョンに関して議論されている論点は加害者の入り口支援に対するものが多いが、過去にダイバージョンが議論された際には被害者への支援策も着目されていた⁽¹⁾。本稿では、そうした近年あまり注目がなされなくなったダイバージョンにおける被害者への対応⁽²⁾について、ダイバージョンの定義や意義等について整理した上で、2000年以降に目まぐるしく変わった刑事司法制度における被害者政策

を概観し分析をおこない、今後我が国の被害者政策に必要な点を検討したい。本稿が今後のダイバージョン制度を考える上で参考になれば幸いである。なお、本稿で扱う被害者とは全て犯罪被害者であり、基本的に身体・自由・財産等の個人的法益を侵害された個人の被害者を想定している。

二. ダイバージョンについて

1. ダイバージョンの定義

ダイバージョンという用語については、複雑な使われ方がなされているとされるが、犯罪者の逮捕、起訴、裁判、刑の執行という通常の刑事司法手続きから「離脱 (Diversion)」させることを意味するというのが一般的となっている⁽³⁾。通常の刑事司法手続きからの離脱という点では、コミュニティの中で発生した犯罪に対して警察に通報せずに処理がなされる場合 (社会内吸収: Community absorption) や軽微な事件に対して警察が事件化せずに処理する場合も、ダイバージョン (非公式なダイバージョン) の1つとされるが⁽⁴⁾、我が国において法制度化されているダイバージョンとしては、微罪処分、起訴猶予、刑の執行猶予 (以下、執行猶予と称する) 等が挙げられる⁽⁵⁾。

2. ダイバージョンの背景・意義

ダイバージョンが初めて明確に提唱されたのは、アメリカ合衆国において1967年に発表された「法の執行と司法の運営に関する大統領委員会」(The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice) の報告書 (以下、大統領委員会報告書と称する) であるとされる⁽⁶⁾。我が国でも1970～1980年代にそれを受けて多くの議論がなされていたが、我が国においてはそれより以前に、微罪不検挙や起訴猶予 (明治期の刑事訴訟法には明文が存在しなかった) という形で同様の制度が実施されていたとされる⁽⁷⁾。ただし、このダイバージョンの意義に関しては、アメリカ合衆国 (大統領委員会報告書) と我が国では若干捉

え方が違うようである。そうした点に注視しながら、ダイバージョンの意義を次の3点としてみていきたい⁽⁸⁾。

(1) 刑事司法機関の負担の軽減

19世紀から20世紀にかけて、都市化・工業化に伴う社会問題を刑罰法規によって解決しようとしたアメリカ社会は、刑罰の対象となる犯罪の数を増大させ、刑事司法機関に対して人的にも財政的にも大きな負担を強いることとなった⁽⁹⁾。その結果、刑事司法機関による刑罰の恣意的運用や犯罪者に対する十分な処遇ができないという事態を引き起こした⁽¹⁰⁾。大統領委員会報告書の概要においても、警察・裁判所・矯正施設の人材等を本当に処遇が必要な少数の犯罪者に集中させ、効果的な処遇をすべきであると述べている⁽¹¹⁾。

こうした状況を打開するために、ダイバージョンが提唱されたことを鑑みると、アメリカ合衆国で提唱されたダイバージョンの議論では、刑事司法機関の人的・財政的負担が第一に来る。なお我が国においても、明治時代の微罪不検挙に関しては、当時は国力が不十分であったこともあり、国家財政への寄与という消極的な面が強かったものの、やがて起訴猶予を中心としてダイバージョンは、積極的な刑事政策の1つとして運用がなされていったとされている⁽¹²⁾。

(2) レッテル貼りの回避

刑事政策的な視点から見た場合、今日の我が国におけるダイバージョンの最も重要な意義は、犯罪者であるというラベリング (labeling) を回避する点にあると感じられる。一度刑事司法機関によって犯罪者であるという烙印を押された人間は、世間からの偏見のみならず、自分自身でも自らは反社会的な逸脱者であるという考えを促進させてしまい、社会復帰が著しく困難になることは、ラベリング理論でも主張されている通りである⁽¹³⁾。大統領委員会報告書の概要においても、刑事施設に収容し隔離しなければならない人が一定数存在する一方で、刑事施設への収容により良い効果よりも悪い効果が出る人が存在する点を指摘している⁽¹⁴⁾。こうしたラベル張りを防ぐという意味でも、ダ

ダイバーションによって早期に刑事司法手続きから離脱させることは、犯罪者の社会復帰に関して大変有益である。

(3) 犯罪者のパーソナリティに応じた対応の確保

ダイバーションは、刑事司法機関の負担の軽減という目的を除くと、犯罪者の社会復帰を促進するために作られた制度であると考えられる。犯罪者の中には、刑事司法制度における矯正処遇だけでは不十分であり、心理治療や特別な訓練等が必要な者も存在する⁽¹⁵⁾。そこで刑事司法手続きから外し専門の病院等で治療を受けさせるべきであるという議論がなされ、ダイバーションで刑事手続きから外した上で各々の犯罪者のパーソナリティに合わせた柔軟な対応を民間人の力を活用し行うことが考えられた⁽¹⁶⁾。大統領委員会報告書においても、精神に障害がある者や欠陥のある者に対しては刑事司法手続きにのせるのではなく、刑事司法手続きから離脱させた上で、特別な治療を行うべきであるとしている⁽¹⁷⁾。なお、現在我が国の刑事施設においては、交通犯罪、薬物犯罪、性犯罪、暴力団犯罪等を行った受刑者に対して、刑事収容施設法第30条に基づき、それぞれの犯罪に対応した特別改善指導を行っている⁽¹⁸⁾。

3. 我が国における近年の議論

ダイバーションを典型的に分けた場合、介入 (intervention) 付ダイバーションと単純 (simple) なダイバーションの2つに分けられるとされる⁽¹⁹⁾。介入付きダイバーションとは、刑事司法手続きから離脱させる代わりに病院等への入院や職業訓練・教育的プログラムへの参加を条件とする制度であり、単純なダイバーションとは、そうした刑罰に代わる代替的措施なしで社会へ戻す制度である⁽²⁰⁾。我が国では、かつては介入付きダイバーションが検察段階で運用されていたものの有罪認定前に捜査機関によって再犯防止措置が行われることに批判が強かった等の理由から衰退していき、単純なダイバーションが広く採用されてきた⁽²¹⁾。しかし近年は、早期介入型ダイバーションが評価され頻繁に議論がなされている状況⁽²²⁾という流れとなっている⁽²³⁾。

我が国で行われていた介入付きダイバージョンの有名な例は、昭和36（1961）年から横浜地方検察庁において行われていた横浜方式と呼ばれる取り組みである。この横浜方式は、社会環境等を調整すれば更生及び再犯防止が期待できると考えられる起訴相当の被疑者を起訴猶予処分とし、原則として6か月間保護観察官と保護司の下で保護観察に準ずる更生保護を行い、その期間に再犯のおそれがあると判断された場合には起訴するという制度である⁽²⁴⁾。この制度は、検察官が犯罪者の更生保護に関わる法的根拠が曖昧なことや、有罪認定されていない被疑者に対して捜査機関が処遇を行うことに対して批判があり財政的な制約も伴って最終的に消滅した⁽²⁵⁾。

その後は、検察段階での起訴猶予に伴う積極的な再犯防止措置は行われて来なかったものの、平成9（1997）年から刑法犯における再犯者の割合が上昇し続け、平成24（2012）年7月20日に犯罪対策閣僚会議において決定された「再犯防止に向けた総合対策」等を受けて猶予処分者に対する「入口支援」の必要性が議論されるようになった⁽²⁶⁾。入口支援とは、検察段階において起訴猶予処分となり釈放された者や裁判段階において刑の全部執行猶予となった者に対して行われる支援で、刑務所出所者への社会復帰支援を「出口支援」としたことに對する呼称として使用されているものである⁽²⁷⁾。現在、出口支援としては、社会福祉の専門家である社会福祉士を検察庁で採用し、起訴猶予等で釈放された後の福祉サービス受給や居住先確保に関するアドバイス・調整を行っている⁽²⁸⁾。また検察庁は保護観察所と連携して、起訴猶予者に対する更生緊急保護の重点実施などを行っている⁽²⁹⁾。

なお本稿ではダイバージョンにおける被害者政策について検討を行うため、ダイバージョンに伴う積極的な再犯防止措置に関しては、性犯罪に限定されるが、拙稿「性犯罪抑止のための新たな刑事政策的視点に基づく諸施策の提言」博士論文（日本大学、2019年）の参照をお願いしたい。

三. 我が国の刑事司法手続き上のダイバージョンの条件と現状

まず、我が国において法制度化されているダイバージョンである微罪処分、起訴猶予、執行猶予について、警察・検察・裁判所の各機関は、どのような条件が整えばダイバージョンを決定できるのかについて一応の確認を行いたい。更に、各機関が1年間に決定を行うダイバージョンの件数を計測し、刑事司法制度への影響についてみていく。

1. 微罪処分について

司法警察員（巡査部長以上の警察官）が捜査した事件については、原則として全て検察官に送致しなければならないが、各地方検察庁の検事正（地方検察庁の長である検事）が管轄地域内において指定した軽微な事件については、例外的に司法警察員が事件を処理し犯罪者を釈放することが認められている（刑事訴訟法 第246条）⁽³⁰⁾。この司法警察員による事件処理が微罪処分と呼ばれ、警察段階でのダイバージョンとされている。この微罪処分については、犯罪捜査規範の第198条から第200条に具体的に定められている。そこでは微罪処分とする場合には、「①被疑者に対し、嚴重に訓戒を加えて、将来を戒めること。②親権者、雇主その他被疑者を監督する地位にある者又はこれらの者に代わるべき者を呼び出し、将来の監督につき必要な注意を与えて、その請書を徴すること。③被疑者に対し、被害者に対する被害の回復、謝罪その他適当な方法を講ずるよう諭すこと。（犯罪捜査規範 第200条1～3号）」といった処置を行わなければならないとしている。なお、微罪処分は罪種等についても各地方検察庁ごとに指定がなされるため⁽³¹⁾、運用に関して都道府県ごとに若干の違いが存在する。

平成30（2018）年に微罪処分の対象となった刑法犯の検挙人員の総数と、そのうち微罪処分となった人員数は以下の表1の通りとなっている。

(表 1) 2018 年における微罪処分対象刑法犯の
検挙人員総数と微罪処分となった人員の数

罪名	総数	微罪処分で 処理された者	微罪処分率
暴行	26,622 人	12,826 人	48.2%
傷害	20,774 人	25 人	0.1%
窃盗	102,369 人	38,720 人	37.8%
詐欺	9,959 人	1,071 人	10.8%
横領	1,037 人	111 人	10.7%
賭博	602 人	32 人	5.3%
占有離脱物横領	14,890 人	7,462 人	50.1%
盗品等に関する罪	864 人	294 人	34.0%
刑法犯全体 (交通業過を除く)	206,094 人	60,542 人	29.3%

(表 1 は、警察庁「犯罪統計書 平成 30 年の犯罪 CRIMINAL STATISTICS in 2018」〔警察庁、2019 年〕「31 罪種別 身柄拘束別 送致別 検挙人員」254－255 頁を基に筆者が作成した。なお、微罪処分で処理された者の数は現行犯逮捕及び身柄不拘束者を合わせた数である。)

表 1 を分析すると、刑法犯全体（交通業過を除く）の約 3 割が微罪処分によって警察段階でダイバージョンされ社会に戻っていることが分かる。

2. 起訴猶予について

検察官に送致された事件は、公訴を行うか否かは全て国家機関である検察官に委ねられており（刑事訴訟法 第 247 条）、起訴・不起訴は検察官の広範な訴追裁量権によって決定される⁽³²⁾。不起訴の決定に関して、犯罪の成立を認定する証拠が不十分な「嫌疑不十分」等の起訴ができない場合の他、被疑事実が明白で有罪判決が見込める事件であっても、被疑者の個別的事情を考え、検察官の判断によって不起訴決定とすることができる⁽³³⁾。この検察官の裁量による不起訴処分が起訴猶予と呼ばれ、検察段階におけるダイバージョンとされている。この起訴猶予については、刑事訴訟法第 248 条に定められており、「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況」を考慮し不起

訴を決定できるとしているが、具体的にどの事情をどの程度評価するのかについては、検察官の決定に委ねられている⁽³⁴⁾。起訴猶予の決定基準に関しては、実務上不統一に行われているわけではなく、検察実務の経験則によってある程度の基準は存在するとされているが、その基準についても一定の幅を持ち、更に時代によって変化しているものであるとされる⁽³⁵⁾。

平成 30（2018）年の起訴人員数・不起訴人員数・起訴猶予人員数は以下の表 2 の通りとなっている。

（表 2）2018 年における起訴人員数・不起訴人員数及び起訴猶予人員数

起訴総数	不起訴総数	うち起訴猶予数	起訴率	起訴猶予率
68,153 人	115,381 人	78,685 人	37.1%	53.6%

（表 2 は、検察統計年報「8 罪名別 被疑事件の既済及び未済の人員—自動車による過失致死傷等及び道路交通法等違反被疑事件を除く—」（法務省、2019 年）を基に筆者が作成した。統計データは e-Stat（政府統計の総合窓口）（<https://www.e-stat.go.jp/>、2019 年 11 月 2 日最終閲覧）から取得した。なお、起訴率及び起訴猶予率の算定方法は、「令和元年版 犯罪白書」の凡例のものを使用した。）

表 2 を分析すると送検されてきた被疑者の約 4 割が起訴猶予処分によって検察段階でダイバージョンされ、社会に戻っていることが分かる。

3. 執行猶予について

起訴され刑事裁判で有罪判決が出た場合でも、宣告された刑の執行を一定の期間猶予し、猶予期間中に問題がなければ、刑罰権を消滅させることができる（刑法 第 25 条）⁽³⁶⁾。この裁判官（裁判員裁判では裁判員も含む）の判断による猶予制度が執行猶予と呼ばれ、裁判段階におけるダイバージョンとみることができる。この執行猶予については、刑法 第 25 条に定められており、①「前に禁錮以上の刑に処せられたことがない者（刑法 第 25 条第 1 項第 1 号）」若しくは「前に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その執行を終わった日又はその執行の免除

を得た日から5年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者（同法同条同項第2号）」が「3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金（同法同条第1項）」の判決を宣告されたとき、又は②「前に禁錮以上の刑に処せられたことがあってもその刑の全部の執行を猶予された者が1年以下の懲役又は禁錮（同法同条第2項）」の判決を宣告された時に、①の場合は「情状により（同法同条第1項）」、②の場合は「情状に特に酌量すべきものがあるとき（同法同条第2項）」に、「裁判が確定した日から1年以上5年以下の期間（同法同条第1項）」執行を猶予することができるとしている。執行猶予とするかの基準は明文化されておらず、犯人の性格・年齢・境遇・犯罪の軽重・情状・犯行後の状況といった起訴猶予の際の考慮要素が使用されることが多いとされている⁽³⁷⁾。

平成30（2018）年の地方裁判所における刑事裁判（通常第1審）の総計・有罪人員数・全部執行猶予者数・全部執行猶予率は、以下の表3の通りとなっている。

（表3）2018年の通常第1審（地方裁判所）における
終局処理人員総数、有期懲役・有期禁錮者総数、全部執行猶予者数

総数	有期懲役 有期禁錮	うち全部執行猶予	全部執行猶予率
48,772 人	46,884 人	29,123 人	62.1 %

（表3は、法務省法務総合研究所「令和元年版 犯罪白書」3-1-3-2表「通常第一審における終局処理人員（罪名別、裁判内容別）」（法務省、2019年）を基に筆者が作成した。なお、全部執行猶予率の算定方法は、凡例のものを使用した。）

表3を分析すると、起訴され有罪となった被告人のうち約6割が全部執行猶予判決によって裁判段階でダイバージョンされ、社会に戻っていることが分かる。

以上の3種のダイバージョンについて見ると、警察段階・検察段階・裁判段階における各ダイバージョンによって、それぞれ3～6割が社会に戻っており、警察に逮捕された犯罪者（嫌疑不十分ではない者）のう

ち約8割以上はダイバーションによって社会に戻っていることが分かる。逮捕された者のうち約8割以上がダイバーションによって刑事司法手続きから外され社会に戻っているというデータは、ダイバーションが社会に与える影響の大きいことを表している。

四. 我が国の刑事司法手続き上のダイバーションと被害者の関与

次に我が国において法制度化されている警察段階・検察段階・裁判段階の各段階のダイバーションにおいて、被害者がどのように関わっているのかについてみていきたい。欧米等の被害者政策先進国から30年遅れていたとされる我が国の被害者対策は、1990年代以降に急速に発展し⁽³⁸⁾、現在まで様々な政策が導入・展開され進展を続けている⁽³⁹⁾。2000年に制定された犯罪被害者保護二法（「刑事訴訟法及び検察審査会法の一部を改正する法律」及び「犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」）をはじめとして、被害者に対する相談制度の整備、経済的支援、情報の提供、公判廷への参加、等の施策が進められてきたが⁽⁴⁰⁾、加害者がダイバーションされるという決定に関しては、被害者はどのように関与しているのだろうか。

1. 警察段階の微罪処分における関与

警察段階における被害者政策は、被害者に配慮した捜査体制の構築、被害者への情報提供、犯罪被害者等給付金等による経済的支援、被害者の安全の確保等が行われている⁽⁴¹⁾。

微罪処分に関しては、近年の被害者に対する支援策の中に具体的記述は見受けられないが、犯罪捜査規範第200条第3項において、被疑者に対して被害者への被害回復、謝罪等を行うように論ずることと定められているため、加害者は被害者に対し謝罪し被害の回復を完了することが必要となると考えられる。実務においても、被害者が存在する事件を微罪処分とする場合には、被害額の少ないものといった要件の他に、

「…盗品の返還等、被害が回復され被害者が処罰を希望しないもの…という条件が付されている地検が多い。⁽⁴²⁾」とされている。

よって、警察段階のダイバージョンである微罪処分では、加害者の社会復帰のみに重点が置かれるだけでなく、被害者に対する謝罪と損害の回復も重要なポイントとされ、更に被害者の意思が尊重されている制度運営となっていると考えられる。

2. 検察段階の起訴猶予における関与

検察段階における被害者政策は、被害者の相談への対応や事件記録の閲覧等の手続きの手助けを行う被害者支援員制度や事件への問い合わせ・被害相談のための被害者ホットライン、事件の処分結果等の情報を提供する被害者等通知制度等が行われている⁽⁴³⁾。

起訴猶予に関しては、法令上は「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としない（刑事訴訟法 第248条）」場合には検察官の判断で起訴猶予とできると書かれているのみで、被害者の関与や被害回復に関する規定は存在しない。しかし「犯行後の状況」という考慮要素の1つが、被害者に対する謝罪や被害者への被害弁償の有無を示しているとされるため⁽⁴⁴⁾、加害者による被害者に対する被害弁償がなされているか否かや、謝罪や被害回復のための努力がなされているかといった事情も考慮した上で、検察官が起訴猶予を決定している⁽⁴⁵⁾とされる。実務においても、検察官が被疑者を取り調べる際には、被害者への被害弁償等を確認し、なされていない場合には被害弁償を促すといった運用も行われているとのことである⁽⁴⁶⁾。

更に、起訴猶予だけでなく不起訴処分全てに対応する制度であるが、検察官の不起訴処分に対しては、被害者から検察審査会に対する不服申し立て、付審判請求、上級検察庁に対する不服申し立てといった訴え出が可能である⁽⁴⁷⁾。検察審査会制度では、かつては検察審査会の議決に法的拘束力はなかったものの、法改正により検察審査会が同じ事件について2度目の起訴議決をした場合には、裁判所から指定された

弁護士によって強制的に起訴が行われることになっている⁽⁴⁸⁾。

よって、検察段階におけるダイバーションである起訴猶予においても、被害者の損害回復や被害者への謝罪といった点への配慮がなされている制度運営となっていると考えられ、更に不服申し立ての制度も存在している。

3. 裁判段階の執行猶予における関与

裁判段階における被害者政策は、被害者等の刑事裁判への参加、情報保護、公判記録の閲覧および謄写、公判廷での負担を軽くするための措置等が行われている⁽⁴⁹⁾。

執行猶予に関しては、起訴猶予以上に抽象的な文言となっており、被害者に関する記述は見受けられない。被害者が執行猶予の決定に影響を与えると考えられるのは、情状に関して裁判所が考慮した際であると思われる。執行猶予を相当とする情状として、示談が成立していることや被害弁償が行われたことが挙げられており⁽⁵⁰⁾、被害者に対して被害弁償を行ったという事実は被告人の責任非難を軽減する要素として認められているとされる⁽⁵¹⁾。そうした場合、被告人の弁護人は被告人に対し被害者に対する謝罪や被害弁償について促すと考えられるため、被害者に対する損害の回復に繋がる制度であると考えられる。

また執行猶予の決定に関して影響すると考えられる被害者政策として、被害者等による意見陳述制度が存在する（刑事訴訟法 第 292 条の 2）。この意見陳述は、公判廷において被害感情その他事件に関する意見を述べることができる制度で、被害者は刑事裁判に主体的に関与することが可能となる⁽⁵²⁾。この意見陳述は証拠とはできないものの（同法 同条の 2 第 9 項）、量刑の判断資料とはされており、判決の量刑理由に被害者の意見陳述を用いることも肯定されているため⁽⁵³⁾、判決に影響を与えるものと考えられる。なお、被害者の意見陳述制度は、証拠調べ手続きとは別の制度であるため、供述調書の取り調べや証人尋問等によって、意見陳述とは別に被害者は被害感情を公判廷に表出させることも可能となっている⁽⁵⁴⁾。

よって、裁判段階におけるダイバージョンである執行猶予においても、被害者の関与や損害回復といった点への配慮がなされている制度運営となっていると考えられる。特に近年の裁判への被害者参加制度は、急速に発展して確立されていったため、刑事法学・被害者学の研究者から「…被害者参加のシステムが急激な勢いで確立されたことは、驚嘆するばかりであり、拙速ではなかったかどうかについて慎重な検討が必要であるように思われる⁽⁵⁵⁾」という意見がでる程である。

五. ダイバージョンと被害者に関する課題

次に各段階で行われているダイバージョンにおける被害者の関与に関して、課題と思われる点を挙げたい。刑事司法において被害者に配慮すべき点は、「被害者への情報提供」「被害者の保護」「被害者の参加・関与」「被害者の損害回復」の4点⁽⁵⁶⁾であるとされている⁽⁵⁷⁾。被害者支援のための政策は、1990年代以降急速に発展し、刑事司法制度において被害者への配慮が必要とされる「情報」「保護」「参加」「損害回復」のうち、「情報」「保護」「参加」に関しては、ほぼ完成の域に達したとされている⁽⁵⁸⁾。

そこでこの4点について、警察・検察・裁判の各段階のダイバージョンにおける被害者対応についても十分であるかを検証していきたい。なお「被害者の参加」については、より被害者が積極的に刑事司法手続きに加わっていくべきであるという観点から、「被害者の関与」とし、①「情報提供」②「保護」③「関与」④「損害回復」の4点から、各段階について検証を行いたい。

1. 微罪処分における被害者対応の分析と不十分な点

警察段階における微罪処分では、処分決定の要件として、被害の回復と被害者が処罰を希望しないという点が挙げられている都道府県が多いとのことであるため、被害者の意思の反映（被害者の関与）と損害の回復は満たされていると考えられる。情報提供・保護に関しては特段

定められた規定や運用基準はないようであるが、加害者による謝罪及び被害者の処罰を望まないという同意が必要である以上、被害者への情報提供・保護もなされていると推察される。よって被害者への配慮として大きな問題はないように思われる。例えば、被害者に書面で、加害者の処罰を望まない旨と被害弁償がなされた旨を記載してもらうという形をとっている都道府県も見られる⁽⁵⁹⁾。そうした場合、被害者の十分な意思の確認が行われていると考えられる。

ここで問題点として挙げられるのは、形式的な手続きによって謝罪等が形骸化し加害者から被害者への真摯な謝罪が行われていない可能性が高いこと⁽⁶⁰⁾である。警察段階の微罪処分における被害者配慮の状況を図表化すると、表4のようになる。

（表4）警察段階の微罪処分における被害者への配慮

情報提供	保護	関与	損害回復
○	○	◎	◎

（表4は、筆者作成。なお、表の分類は瀬川晃「刑事司法における被害者への配慮」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会 編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第一巻 犯罪被害者論の新動向』99頁（成文堂、2000年）の分類を使用。）

2. 起訴猶予における被害者対応の分析と不十分な点

検察段階における起訴猶予では、四－2で確認したとおり被害者に対する配慮はなされているものの、微罪処分と異なり被害者への被害弁償や謝罪に関して法令中に文言がなく、決定に際して被害者の存在が若干遠くなったように感じられる。起訴猶予を決定するかにあたっては、被害弁償や謝罪を犯行後の状況として考慮し判断されるものの、被害弁償や謝罪はその他の性格・年齢・境遇・犯罪の軽重・情状といった考慮すべき要素の1つに過ぎず、検察官はそうした要素を総合的に判断して起訴猶予とするかを決定する⁽⁶¹⁾。よって検察官は、被害弁償が行われておらず謝罪もなされていない場合でも起訴猶予とすることは可能であるし、謝罪が行われており被害弁償も行われている場

合でも起訴することは可能となる。起訴猶予の決定に際して考慮すべき要素のうち第1に考慮されるのは犯罪の軽重であり⁽⁶²⁾、犯罪後の状況についてが特に重視されることはないとされている。やや古いデータとはなるものの、検察官によって起訴猶予の基準が数値化された文献⁽⁶³⁾においても、被害者の態度という項目は存在するものの、特別高くは設定されていない。よって被害者への弁償や被害者への謝罪は沢山ある考慮すべき要素の中の1つであり、起訴猶予の決定に際して被害者への対応が十分に反映されているかは不明である。また検察段階では、検察官が被害者に事情を聴取する際などに、被害者の意見を聞く機会はあると思われるが、その他は被害者が意見を言える法制度は確立されていない。起訴猶予の決定に対しては、被害者からの不服申し立てとして検察審査会の制度が存在するが、起訴になる可能性は必ずしも高くはない⁽⁶⁴⁾。

情報提供・被害者の保護に関しては、検察庁は被害者等通知制度によって起訴事実や不起訴の理由についての情報を被害者（希望者）に通知しており⁽⁶⁵⁾、その他、検察官が証拠開示等の際に被害者情報が被告人等に知られないようにする等の制度が運用されているため⁽⁶⁶⁾、問題はないように思われる。

よってここでは、情報提供、保護に関しては問題ないと考えられるが、被害者への謝罪や被害弁償が促進されるための制度や被害者の意思の反映が十分でないと考えられる。検察段階の起訴猶予における被害者配慮の状況を図表化すると、表5のようになる。

（表5）検察段階の起訴猶予における被害者への配慮

情報提供	保護	関与	損害回復
◎	◎	△	△

（表5は、筆者作成。なお、表の分類は瀬川晃「刑事司法における被害者への配慮」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会 編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第一巻 犯罪被害者論の新動向』99頁（成文堂、2000年）の分類を使用。）

3. 執行猶予における被害者対応の分析と不十分な点

裁判段階における執行猶予においても、執行猶予に関する法令の中に、被害者への被害弁償や謝罪といった文言はなく、被害者に対する被害弁償や謝罪は執行猶予を決定する際の考慮要素の1つに過ぎない。しかし、刑事裁判への被害者参加制度が導入されて以降、被害者は公判廷において裁判官（裁判員裁判では裁判員も含む）、検察官、弁護人、傍聴人に対し、自らの意見や被害状況について述べるできるようになったため、検察段階の起訴猶予よりも、被害者の存在感はあるように感じられる。特に、前述の刑事訴訟法第292条の2による意見陳述制度と併存して、被害者参加制度の中で、事実や法律について意見を述べる機会（刑事訴訟法第316条の38）や被告人への質問（同法第316条の37）も認められており⁽⁶⁷⁾、全ての事件が対象ではないものの、被害者が裁判へ関与するための制度はかなり充実している。そうした意見を聞いたうえで、裁判官（裁判員裁判では裁判員も含む）が判断するため、被害者側としては自らの意見はかなり尊重されていると感じるのではないかと推察される。ただし、被害者が厳罰を望んだとしても、執行猶予付き判決が下されることは当然あるため限界は存在する。

情報提供に関しては、被害者は優先的に裁判を傍聴することができる制度が設けられている⁽⁶⁸⁾ため、事件に関する詳細な情報を得ることができる。また、被害者参加制度を利用した場合、公判廷に出席し検察官とコミュニケーションを取りながら裁判に参加するという運用がなされている⁽⁶⁹⁾。保護に関しても、被害者が公判廷で証言する際には付添人を付けることや被告人・傍聴人の間についたてを置くこと、被害者が別部屋で証言を行いその様子をテレビモニターで繋げるといった保護制度⁽⁷⁰⁾が存在し、また裁判所が被害者の氏名や住所について公判廷で明らかにしないと決定する⁽⁷¹⁾等の制度が運用されているため、ほぼ問題はないと考えられる。

唯一残る課題が、損害回復である。裁判段階における損害回復手段としては、刑事訴訟手続における和解制度や損害賠償命令制度が存在

する⁽⁷²⁾。しかし、刑事訴訟手続における和解制度はあまり活用されておらず⁽⁷³⁾、損害賠償命令制度は対象事件が限られている上に決定は毎年300件前後しか行われていない⁽⁷⁴⁾。早期に示談が成立しており金銭が既に支払われたという状況でない場合、裁判段階以降で被害者への被害弁償が行われるということは容易ではない。もちろん民事訴訟は可能であるが、改めて民事訴訟を提起して確定判決を得るということは被害者への負担は上記制度よりも遥かに重くなる。

加えて裁判段階では、執行猶予付き判決に対する不服申し立てが難しい点が問題であると考えられる。執行猶予判決付が出た場合、判決に不服がある場合には上訴を行うことになるが、上訴を行うのは検察官であり被害者ではないため、検察官に上訴を希望することは可能かもしれないが、最終的には全て検察官の判断となる。

よって、ここでは情報提供・保護・関与は問題ないと考えられるが、損害回復に関する制度が十分ではなく、不服申し立て制度がないという点も問題であると考えられる。裁判段階の執行猶予における被害者配慮の状況を図表化すると表6のようになる。

（表6）裁判段階の執行猶予における被害者への配慮

情報提供	保護	関与	損害回復
◎	◎	○	△

（表6は、筆者作成。なお、表の分類は瀬川晃「刑事司法における被害者への配慮」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会 編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第一巻 犯罪被害者論の新動向』99頁（成文堂、2000年）の分類を使用。）

六．被害者をダイバージョン制度へ積極的に関与させるための提案

最後に、検証結果に基づき今後改善が必要と考えられる点について提言を行い、その後被害者をめぐる刑事司法の方向性について私見を

述べたい。

ダイバージョンにおける被害者への配慮は、通常の刑事司法制度における被害者支援策と同様の保障がなされているため、被害者への情報提供や被害者の保護に関しては大きな問題はないと思われる。しかし検証の結果、ダイバージョンの決定を行うに際して①被害者の意思の反映が十分になされていない、②被害者への真摯な謝罪が行われていない、③被害者への被害弁償の制度が十分に機能していない、といった問題点が存在すると考えられる。こうした現状を改善することは、被害者の地位向上と被害者の刑事司法制度への積極的関与を実現のため対応が必要である。

1. ダイバージョンに被害者を積極的に関与させるための条文の改正

検証の中で、警察段階及び裁判段階と比べ被害者が関与できる機会が少ないと感じられた検察段階の起訴猶予に対し、被害者の積極的関与を進めるための提言を行いたい。

(1) 刑事訴訟法第248条へのただし書きの追加

本稿の検証結果を踏まえて、起訴猶予の決定を行う際には被害者の同意を条件とするという旨を条文に加えることを提案したい⁽⁷⁵⁾。

この規定については、警察段階の微罪処分の関連規定を参考に制度の構築を行う。微罪処分では、犯罪捜査規範第200条の第3号に「被疑者に対し、被害者に対する被害の回復、謝罪その他適当な方法を講ずるよう諭すこと」という規定が存在し、被害者への被害弁償や謝罪について明文で定められている。当該条文は、加害者による被害者への被害弁償や謝罪が行われていなければ微罪処分とすることはできないと厳格に要件として定めたものではない。しかし実務上は、被害者への被害回復がなされ、被害者が加害者への処罰を望まないことを微罪処分実施の条件とする都道府県が多いことは、本稿でも確認されたところである。

そこで起訴猶予においても同様に被害者の意思を反映させ、被害弁償を促進させるため、刑事訴訟法第248条「犯人の性格、年齢及び境遇、

犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」に、「ただし、本条に基づき公訴を提起しない場合には被害者の同意を必要とする。」という文言を加えることを提案する。若しくは、条文の中へ同意を要件とする文言を入れることが難しいのであれば、「ただし、本条に基づき公訴を提起しない場合には、被害者の意見を最大限尊重しなければならない。」とし、実務上同意を要件とすることでも大きな意味を持つと考えられる。

刑事訴訟法第 248 条「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」



刑事訴訟法第 248 条「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。ただし、本条に基づき公訴を提起しない場合には、被害者の意見を最大限尊重しなければならない。」

(2) 条項追加による問題解決への効果

こうした文言の追加によって、本稿で明らかとなった以下の問題点の解決が図られると考えられる。

(a) 被害者の意思の反映

起訴猶予の条件に被害者の同意を加えることにより、それまで起訴猶予決定のための 1 つの考慮要素に過ぎなかった被害者は、重要な権限を付与されることになる。

これにより被害者は、刑事司法手続きの中で関与度合いが低かった検察段階においても、主体となって刑事司法手続きに関与することが可能となる。その結果、被害者は検察段階においてもその地位を向上させ、当事者としてダイバージョンの決定に自らの意思の反映させることができるようになる。

起訴猶予に関しては、被害者が納得がいかなかった場合には検察審

査会への申し立てを行い意思を反映させるという方法も可能であるが、前述のとおり検察審査会において強制起訴となる可能性は大変低く、被害者の意思が反映される可能性は低い。よって、検察段階において被害者の意思を反映させるには、起訴猶予の要件に被害者の同意を求めることが最も有効であると考えられる。

(b) 被害者への真摯な謝罪

検察段階まで送致されるような事件に関しては、起訴猶予に対する被害者の同意を得ようとするならば、かなり真摯な態度を持って誠意のある謝罪を行わなければ、被害者を納得させ同意を得ることは難しいと思われる。軽微な犯罪が対象となる微罪処分においても、加害者から被害者への謝罪が形式的なものとなってしまうことが問題となったが、重大な事件であればあるほど、加害者が被害者に向き合わないという事態が考えられる。

よって、被害者の同意を起訴猶予の要件とし、加害者に何が何でも被害者と向き合わなければ社会に戻れないという意識を醸成することによって、加害者に対して、被害者への真摯な謝罪を行わせるという効果が十分に期待できると考えられる。

(c) 被害者への被害弁償の促進

刑事司法手続きの中で、加害者から被害者への賠償を決定するという制度は、刑事和解制度や損害賠償命令制度などいくつか整備されているが、前述のとおりその制度の運用実績は大変少ない。更に仮に民事裁判等によって、被害者が加害者から金銭を受け取る権利を得たとしても、加害者が必ず払う保障はない⁽⁷⁶⁾。実際に日本弁護士連合会による会員へのアンケート（2018年実施）によると、被害が深刻であった事件について、裁判や示談によって加害者が賠償金の支払い義務を負ったケースのうち、実際に賠償金が支払われたのは約70%で、全額支払われたのは約半数であったという結果が出ている⁽⁷⁷⁾。現状では、被害者が加害者から被害弁償を受けることは容易ではないと思われる。

そこで、実務においては逮捕と同時に弁護人が素早く対応し、示談

を成立させ、被害者に対し金銭を支払った上で被害者に上申書を提出してもらうといったケースも多いとのことであるため⁽⁷⁸⁾、検察段階において示談を成立させ金銭が支払われているのを確認し、検察官が起訴猶予処分を決定するという制度が被害者のためには最も負担がなく望ましいものであると考えられる。そのためには、起訴猶予の条件に被害者の同意を入れることによって、加害者に被害弁償や示談を進めさせる圧力をかけるということが必要である。

その際に、現在の逮捕から起訴までの期間の設定では時間的制約があり難しいと考えられるため、検察官の起訴の時間的制限を緩和し、加害者による被害者への被害弁償の実施又はその交渉時間を作ることが被害者・加害者の双方にとって有益となる可能性がある。

検察段階で加害者と被害者の話し合いがまとまらなかった場合、それ以降は刑事司法制度による加害者から被害者への被害弁償はより難しくなると思われる。その場合には、加害者からの被害弁償は期待せず、犯罪被害者給付金制度等を拡大させ、国が、国家の安全配慮義務違反に基づいて被害者への給付を行うのが現実的であると考えられる⁽⁷⁹⁾。

仮に、起訴・不起訴が決定されるまでに、全額の被害弁償ができない、又は被害者が納得できるような被害弁償計画を提示できない加害者は、刑事政策的配慮に基づく社会内処遇を行ったところで、成果は上がらないと思われる。

（3）条項追加の根拠理由

本提案の理由は次のとおりである。

1 点目は、検察段階の起訴猶予において、被害者の同意を条件とする制度を構築することが、刑事司法制度における被害者の地位向上の後押しとなることである。

現在まで被害者に対する政策は急速に進められてきたものの、被害者の研究に対する関心は薄れつつあり⁽⁸⁰⁾、今後被害者の地位向上についての主張は失速する虞がある。

刑事司法手続きへの被害者の関与に対しては、真実の発見に支障をきたす、無罪推定の原則に反する、といった反対意見も多数あり、議論が続けられている⁽⁸¹⁾。しかし、基本的に加害者が犯罪事実を認めている起訴猶予では、そうした問題は発生せず、適正手続きの保障や被疑者の人権保障に大きな支障なく本提案の導入が可能である。そこで、こうした理論上導入のハードルが高くはない制度を、これまで被害者の関与度が低かった検察段階に採用することで、今後の刑事司法手続きへの被害者関与の起爆剤となることが期待できる。

2点目は、ダイバージョンによって、加害者は失うものが少ない状況で社会復帰が可能となり利益を享受するのであるから、被害者もその利益を受けるべきであるという点である。

ダイバージョンの効果としては、刑事司法機関の負担の軽減・レッテル貼りの回避・犯罪者のパーソナリティに対応した処遇の実施の他に、早期に社会に戻り仕事に就けるという点も存在する。それゆえダイバージョンによって刑事司法手続きから外れた加害者は、実刑となり刑事施設に収容される者よりも安定した収入が見込まれ、被害者への被害弁償は行いやすいはずである。事件前まで勤めていた職場に復帰することは難しいかもしれないが、復帰できる職場も存在するであろうし、失職となった場合でもレッテル貼りを回避したのであるから何らかの仕事には就ける可能性は高い。そうしたダイバージョンによる恩恵は、加害者が受けるだけでなく被害者も受けるべきである。

そこで、被害者の受けた被害を加害者によって被害弁償させるため、起訴猶予の条件に被害者の同意を入れ、加害者に被害者への被害弁償を行わせるか、実行可能な被害弁償の計画を被害者が納得するような形で誓約させ、その加害者の行動に被害者が納得した場合に起訴猶予とするのが、理にかなっていると考えられる。

その他、被害者の同意を得ることを条件とした場合、被害者が同意したことをもって起訴猶予とするため、起訴猶予処分を不服とした検察審査会への申し立てがなくなり、国家財政の寄与にもの繋がると考

えられる。

（4）批判に應えて

（a）被害者の関与はダイバージョンの目的と合致しないか

この点、被害者への謝罪や被害弁償は本来、加害者が反省しているか否かを見る要因に過ぎず、ダイバージョンは被害者のための制度ではないため、起訴猶予の決定に被害者の同意を要件とすることは、本稿の冒頭で確認したダイバージョンの目的とは合致しないという批判があり得る。

確かにダイバージョンの目的として、被害者の権利保護という考えは存在しないかもしれない。ただし、それは現在までのダイバージョンの考え方である。

被害者は刑事司法手続きにおける当事者としては現在も認められていないものの⁽⁸²⁾、裁判段階では被害者参加制度等によって、刑事司法手続きに参加し行動すること等、多くの権利が特別に認められてきた⁽⁸³⁾。そこには実務家による「犯罪被害者等が、自らが被害を受けた事件の当事者として、その被害に係る刑事事件の裁判の推移や結果に重大な関心を持つというのは、当然のことであり、これに適切に関与したいという心情は、まさに犯罪被害者等の尊厳として十分に尊重されるべきものである。⁽⁸⁴⁾」という考えが根底にあると推察される。

よって20世紀末以降は、被害者を刑事司法手続きに積極的に関与させることが必要という考えを、法曹界をはじめ多くの人々が共通して持つようになったことは間違いない。法制度は、その時代、その国に必要とされるものを組み込んで常に発展し続けるべきものであると考える。

そこで、これまでのダイバージョンの目的に、社会に戻る加害者の被害者に対する謝罪及び被害弁償を行う場の提供という目的を加え、今後の刑事司法制度における被害者政策を促進することが、社会にとって大変有益であると考えられる。そのために、起訴猶予の要件として、被害者の同意を置き、加害者の境遇や犯罪の軽重といった他の

起訴猶予決定の要件よりも被害者の意思を一段高くすることによって、被害者の関与の促進を進めることが必要である。この新たなダイバージョンの目的が刑事政策において通説になることを期待する。

(b) 被害者の意思の反映は責任主義と相容れないか

その他、裁判における量刑だけでなく起訴猶予の判断についても、行為責任に基づく国家刑罰権の行使であり犯罪行為を基軸としてそれに対応した刑罰・処遇を行わなければならないため⁽⁸⁵⁾、行為責任以外の事情を大きく取り入れ起訴猶予を決定することは、現在の刑事司法の考え方からすると問題があるという批判があるかもしれない。

これについては、起訴猶予を含めたダイバージョンの制度に関しては、行為責任に合わせた刑罰・処遇という面よりも、加害者の社会復帰のためといった特別予防の面が強い刑事政策的措置であると考えている。そのため、加害者の純粋な行為に対する評価以外に、被害者の意思を取り入れることが、国家刑罰権の考え方根幹を揺るがすような事態とはならないと考えている。

(c) ダイバージョンにおける被害者の関与は加害者の更生と対立するか

更に、刑事司法手続きに被害者を積極的に参加させることで、被害感情がダイレクトに加害者にぶつけられることになり、加害者の反省を妨害し、加害者の更生の障害になるという批判が想定される⁽⁸⁶⁾。確かにダイバージョンの決定に被害者の同意を要件とすることは、加害者が被害者に真摯な謝罪を行い、被害弁償を行うことを法制度によって早期に強制するものであるため、加害者は早急に被害者と交渉しなければならず委縮してしまい、反省が妨害される等、社会復帰への障壁となる可能性がある。しかし、そうした手続きを経て強制的に自ら行った行為を考え見つめなおすことは、加害者の更生にも役立つ部分が多いと考えられる。

そのため、半ば強制的に被害者に対して許しを請うといった荒療治を行うことは、加害者の償いや社会復帰を促進するという刑事政策的

意義としても望ましいものであると考えられる。

よって、ダイバージョンに被害者を積極的に関与させることは、加害者の更生と衝突しないばかりか、加害者の更生に役立つとさえ考えられる。

2. 刑事司法制度の目的と被害者の関与—積極的関与者へ

被害者の刑事司法への積極的な関与を進める意見は、必ずしも多くの賛同を得られるものではないことを自覚している。特に現代の刑事司法制度は、国家が刑罰権を持ち犯罪者への適正な処罰を行うのが原則であるため、刑事司法制度を被害者による加害者に対する報復の場にすることは、歴史の流れに逆行しているのではないかといった批判は、これまでの被害者支援策を制定する際にも出ていた⁽⁸⁷⁾。

しかし、犯罪被害者の権利・支援の主張と、被疑者・被告人の権利の主張は共に正しい解答であり、どちらも合理性のあるものとされている⁽⁸⁸⁾。どちらを優先するかは、被疑者・被告人に保障された権利と被害者の権利の双方をバランスよく見定めた上で、その時代のその社会に必要なものを考察し策定すべきである⁽⁸⁹⁾。

現在行われている、刑事司法手続きへの被害者の参加や被害者の損害回復に関する制度に関しても、導入前の議論ではかなり消極的な意見が多く、被害者の刑事司法手続きへの参加はかなり高いハードルであったとされていたが⁽⁹⁰⁾、その後急速に発展し、実務家から「わずか10年余りの間におけるこの激変を見るにつけ、隔世の感を感じざるを得ない⁽⁹¹⁾」という感想が出ている程である。

前述のとおり、現代の刑事司法手続きにおいて、被害者は被告人とらぶ当事者として認められたものではないとされている。確かに、現在のかかなり充実した被害者保護のためのシステムにおいても、被害者は参加を認められたお客様という扱いのように感じられる。しかし、被害者のための制度が整備され、被害者が裁判で事実や法律の適用について意見を述べる等、革新的なシステムが導入されたにもかかわらず、大きな問題が発生していない現在⁽⁹²⁾、刑事司法手続きに被害者を

当事者として含める方向に進めることもあり得ると考える。被害者は、刑事司法手続き上は当事者ではないとされるかもしれないが、当該犯罪においては最も影響を受けた当事者であることには間違いない⁽⁹³⁾。国民に対して安全かつ「安心」な社会を提供することは国家の役割であるので、事件で最も影響を受け苦しんでいる被害者の声を無視して制度を実施することは、国家の責務を十分に果たしているとは言えない状態である。

更に被害者の刑事司法手続きへの積極的関与を進めることは1985年に国連総会において「犯罪及び権力濫用の被害者のための司法の基本原則宣言（Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power）」が採択され、被害者が刑事司法制度にアクセスし、被害回復を求めることを保障した国際的な流れ⁽⁹⁴⁾に我が国が合流することに繋がるものと考えられる。我が国においても犯罪被害者等基本法の第18条において「国及び地方公共団体は、犯罪被害者等がその被害に係る刑事に関する手続に適切に関与することができるようにするため、刑事に関する手続の進捗状況等に関する情報の提供、刑事に関する手続への参加の機会を拡充するための制度の整備等必要な施策を講ずるものとする。」と定めている。こうした状況の中で被害者の同意がダイバージョンの要件として運用されることは、我が国における被害者の地位向上を進め、世界的な流れに合流するものであると考えられる。

刑事司法制度において大きな役割をもつダイバージョンから被害者の当事者性を徐々に取り入れていき、やがて刑事司法制度全体が被害者の当事者性を導入していく方向となることを期待したい。

七. おわりに

本稿では、刑事司法手続き各段階のダイバージョンにおける被害者への対応について検証を行い、警察段階の微罪処分の法令及び運用になぞった起訴猶予とすることが望ましいということを明らかにした。

これがダイバージョンにおける被害者の積極的関与と繋がれば幸いである。今回は、総花的にダイバージョンにおける対応を見たため、警察・検察・裁判所の各段階における取り扱いを詳細に検討することができなかった。当然に罪名によって加害者と被害者の関係は大きく異なると考えられるため、同じダイバージョンの被害者関与の方策に関しても様々な対応が必要となるであろうと思われる。

また本稿においては、執行猶予についての提言を行っていない。裁判段階では、被害者の意見陳述等が積極的に行われているため、被害者の意思がある程度裁判に反映されているというのが理由であるが、被害者による不服申し立ての制度がない等、課題もあるため今後の検討課題としたい。

被害者をめぐる問題に関しては、現在も社会全体に広く理解されているわけではないため、常に意見を発信していく必要があるとされている⁽⁹⁵⁾。21世紀が被害者の世紀となることが言われた中、必ずしも我が国では被害者に関する議論が進んでいるかは不明である。刑事政策、そして被害者学の関心が薄れる現代⁽⁹⁶⁾において、その火を絶やさぬよう今後も被害者のための政策に注視していきたい。

以上。

- (1) 尾田清貴「我が国の猶予制度の現状と課題—修復的司法の視点による検討—」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員会『現代社会型犯罪の諸問題』511—541頁（勁草書房、2004年）、渥美東洋「刑罰に代わる制度の利用——ディバージョンが暗示するもの」判例タイムズ464号2—4頁（判例タイムズ社、1982年）等。
- (2) ダイバージョンと被害者に関する近年の論稿としては、呉柏蒼「起訴猶予と犯罪被害者—台湾における緩起訴制度を中心に—」法学政治学論究69—103頁（慶應義塾大学大学院法学研究科内「法学政治学論究」刊行会、2013年）等がある。台湾の緩起訴制度は、本稿で後述する横浜方式に類似した制度で、被害者への被害弁償等はその猶予期間内に行うというものであり大変興味深い。
- (3) 松尾浩也「ディバージョンについて」法学教室第30号53頁（有斐閣、1983年）。荒川雅行「ディヴァージョンと刑法に関する一考察—警察にお

- ける微罪処分を中心として—」法と政治第38巻第3号425頁（関西学院大学法学会、1987年）。
- (4) 井上正仁「犯罪の非刑罰的处理—「ディヴァージョン」の観念を手懸りにして—」『岩波講座 基本法学8—紛争』409頁（岩波書店、1983年）。
- (5) 松尾浩也「ディヴァージョン（diversion）について—アメリカ刑事司法の最近の動向—」鈴木茂嗣 編集代表『平場安治博士還暦祝賀 現代の刑事法学 下』23頁（有斐閣、1977年）。
- (6) 井上、前掲注(4)、397頁。
- (7) 松尾、前掲注(3)、54頁。
- (8) 3つの分類に関しては、松尾、前掲注(3)、54頁を参考とした。
- (9) 井上、前掲注(4)、401頁。
- (10) 同上、401頁。
- (11) “by concentrating the resources of the police, the courts, and correctional agencies on the smaller number of offenders who really need them, it should be possible to give all offenders more effective treatment.” The President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *The Challenge of Crime in a Free Society*, Summary, p. vii (1967).
- (12) 松尾、前掲注(3)、54—55頁。
- (13) 藤本哲也『犯罪学原論』167—202頁（日本加除出版、2003年）。
- (14) “there are some who must be completely segregated from society, there are many instances in which segregation does more harm than good.” The President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice (1967), *op.cit.*, Summary, p. vii .
- (15) 松尾、前掲注(3)、54頁。
- (16) 同上。
- (17) “Procedures are needed to identify and divert from the criminal process mentally disordered or deficient persons.” The President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice (1967), *op.cit.*, p.133
- (18) 法務省法務総合研究所「令和元年版 犯罪白書」158—159頁（法務省、2019年）。
- (19) 井上、前掲注(4)、409頁。同書では、この他に①刑事司法手続きにのる前に処理がなされる非公式的ダイバージョンと②刑事司法手続きにのったうえで刑事司法機関の公式な決定により離脱の処理がなされる公式的ダイバージョンという2つの類型についても解説がなされている。本稿では、「二—1. ダイバージョンの定義」において触れたため、ここでは割愛する。
- (20) 同上、409頁。
- (21) 葛野尋之「検察官の訴追裁量権と再犯防止措置」法律時報第89巻第

- 4号13-15頁(日本評論社、2018年)。
- (22) 太田達也「福祉的支援とダイバージョン——保護観察付執行猶予・条件付起訴猶予・微罪処分——」研修782号18頁(法務総合研究所誌友会、2013年)。
- (23) 少年事件においては、我が国では介入付きダイバージョンと考えられる処遇が現在まで多く行われているが、本稿では書面の都合上取り扱わず、今後の検討課題としたい。
- (24) 法制審議会 少年法・刑事法(少年年齢・犯罪者処遇関係)部会第3分科会「第1回会議 議事録」10-11頁〔羽柴愛砂幹事発言〕(平成29年9月29日(金)、法務省大会議室)(http://www.moj.go.jp/keiji14/keiji14_00114.html、2019年11月13日最終閲覧)。
- (25) 同上、11頁〔羽柴愛砂幹事発言〕。
- (26) 福原道雄「犯罪をした者の社会復帰支援について(主に捜査・公判に関与する関係者の理解に資するために)」411-419頁 高嶋智光 編集代表『新時代における刑事実務』(立花書房、2017年)。
- (27) 同上、417-418頁。
- (28) 法務省ウェブサイト「検察における再犯防止に向けた取組」(http://www.moj.go.jp/hisho/seisakuhyouka/hisho04_00036.html、2019年11月13日最終閲覧)。
- (29) 福原、前掲注(26)、423-424頁。
- (30) 松本時夫=土本武司=池田修=酒巻匡 編著『条解 刑事訴訟法〔第4版増強版〕』479-482頁(弘文堂、2016年)。但し、事件内容は1月ごとに一括して検察官に報告する義務がある(犯罪捜査規範199条)。
- (31) 尾田、前掲注(1)、512頁。
- (32) 司法研修所検察教官室 編『検察講義案(平成27年)』66頁(法曹会、2015年)。
- (33) 同上67-69頁。
- (34) 後藤昭=白取祐司 編著『新・コンメンタール 刑事訴訟法(第3版)』635頁(日本評論社、2018年)。
- (35) 司法研修所検察教官室『検察講義案』、前掲注(32)、95頁。
- (36) 西田典之=山口厚=佐伯仁志 編著『注釈刑法 第1巻 総論 §§1~72』163頁(有斐閣、2010年)。なお平成28(2016)年から施行されている刑の一部執行猶予については、刑事施設への収容を経る制度であり、本稿で取り扱うダイバージョンとは若干異なるため、言及しない。
- (37) 同上、183-184頁。
- (38) 諸澤英道『新版被害者学入門』プロローグ5-7頁(成文堂、1998年)。
- (39) 永井孝治「犯罪被害者等支援施策の現状」高嶋智光 編集代表『新時代における刑事実務』391頁(立花書房、2017年)。
- (40) 同上、392-405頁。

- (41) 警察庁犯罪被害者支援室「令和元年度版 警察による犯罪被害者支援」6-18 頁(警察庁、2019 年)(https://www.npa.go.jp/higaisya/shien/pdf/keisatuniyoruhannzaihigaisyashien_R1.pdf、2019 年 11 月 10 日最終閲覧)。
- (42) 前田雅英「微罪処分と刑法解釈」芝原邦爾＝西田典之＝井上正仁 編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』188 頁(有斐閣、1998 年)。
- (43) 法務省ウェブサイト「被害者支援のための一般的制度」(http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji_keiji11-2.html、2019 年 11 月 10 日最終閲覧)。
- (44) 石丸俊彦＝仙波厚＝川上拓一＝服部悟＝井口修『〔三訂版〕刑事訴訟の実務(上)』472 頁(新日本法規出版株式会社、2011 年)。
- (45) 後藤＝白鳥、前掲注(34)、635 頁。
- (46) 尾田、前掲注(1)、515 頁。
- (47) 岡本章「検察官の訴追裁量 検察の立場から」三井誠＝渡邊一弘＝岡慎一＝植村立郎 編『刑事手続の新展開 下巻』8 頁(成文堂、2017 年)。
- (48) 同上、9 頁。
- (49) 最高裁判所ウェブサイト「裁判所における犯罪被害者保護施策」(<http://www.courts.go.jp/about/hogosisaku/>、2019 年 11 月 10 日最終閲覧)。
- (50) 大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝吉田佑紀 編『大コンメンタール刑法 第二版 第 1 巻〔序論・第 1 条～第 34 条の 2〕〕〔豊田健〕540-541 頁(青林書院、2004 年)。
- (51) 原田國男『量刑判断の実際〔第 3 版〕』15 頁(立花書房、2008 年)。
- (52) 最高裁判所ウェブサイト「被害者等による意見の陳述とはどのようなものですか。」(http://www.courts.go.jp/saiban/qa_keizi/qa_keizi_31/index.html、2019 年 11 月 11 日最終閲覧)。
- (53) 原田、前掲注(51)、402-403 頁(立花書房、2008 年)。
- (54) 島戸純「犯罪被害者と刑事手続 裁判の立場から」三井誠＝渡邊一弘＝岡慎一＝植村立郎 編『刑事手続の新展開 上巻』144-145 頁(成文堂、2017 年)。
- (55) 高橋則夫「修復的司法の観点から見た犯罪被害者に対する対応の在り方」早稲田法学第 85 巻第 1 号 308 頁(早稲田大学法学会、2009 年)。
- (56) 瀬川晃「刑事司法における被害者への配慮」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会 編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第一巻 犯罪被害者論の新動向』99 頁(成文堂、2000 年)。
- (57) 永井、前掲注(39)、391 頁。
- (58) 高橋、前掲注(55)、308 頁。
- (59) 荒川、前掲注(3)、463-464 頁。
- (60) 尾田、前掲注(1)、513 頁。
- (61) 石丸＝仙波＝川上＝服部＝井口、前掲注(44)、471-473 頁。
- (62) 同上、471-472 頁。

- (63) 本田正義「起訴猶予の基準」ジュリスト 389 号 41 頁 (有斐閣、1968 年)。
- (64) 検察審査会が、平成 30 (2018) 年 12 月 31 日までに議決した審査結果の割合は、起訴相当 1.4%、不起訴不当 9.1%、不起訴相当 59.0%、その他 30.5% となっており、起訴相当と不起訴不当合わせて 10% 程度である。最高裁判所ウェブサイト「検察審査会制度 Q&A これまでの審査事件の議決の割合はどのようになっているのですか。」(http://www.courts.go.jp/kensin/q_a/q62/index.html、2019 年 11 月 12 日最終閲覧)。
- (65) 法務省ウェブサイト、前掲注(43)、「被害者等通知制度」について。
- (66) 大谷晃大「犯罪被害者と刑事手続 検察の立場から」三井誠＝渡邊一弘＝岡慎一＝植村立郎 編『刑事手続の新展開 上巻』106 頁 (成文堂、2017 年)。この他、検察官は、弁護人であっても被害者の承諾がなければ、被害者の連絡先等を教えないという運用がなされている。
- (67) 同上、110－113 頁。
- (68) 最高裁判所ウェブサイト「裁判手続の傍聴のための配慮とはどのようなのですか。」(http://www.courts.go.jp/saiban/qa_keizi/qa_keizi_33/index.html、2019 年 11 月 12 日最終閲覧)。
- (69) 大谷、前掲注(66)、110－111 頁。
- (70) 最高裁判所ウェブサイト「証人の負担を軽くするための措置とはどのようなのですか。」(http://www.courts.go.jp/saiban/qa_keizi/qa_keizi_29/index.html、2019 年 11 月 12 日最終閲覧)。
- (71) 最高裁判所ウェブサイト「被害者等に関する情報保護の制度とはどのようなのですか。」(http://www.courts.go.jp/saiban/qa_keizi/qa_keizi_38/index.html、2019 年 11 月 12 日最終閲覧)。
- (72) 永井、前掲注(39)、405－406 頁。
- (73) 兵庫県弁護士会「実践 犯罪被害者支援と刑事弁護」出版委員会 編『実践 犯罪被害者支援と刑事弁護—弁護士による被害者支援と刑事弁護人の対応—』114－115 頁 (民事法研究会、2015 年)。
- (74) 法務省「令和元年版 犯罪白書」、前掲注(18)、426－427 頁。
- (75) ダイバージョンへの被害者の関与については、「①被害者やその家族の当該処分に対する意見を聴取する、②処分の要件の一つとされている謝罪、示談等を含めた損害回復の成否を必要要件としてとらえる、③加害者の説明責任を履行させるために修復的対話を第三者の調整により試みる…」といった提案が、尾田、前掲注(1)、533－534 頁においてなされている。
- (76) 番敦子「犯罪被害者支援」指宿信 責任編集『シリーズ刑事司法を考える第 4 巻 犯罪被害者と刑事司法』80 頁 (岩波書店、2017 年)。
- (77) 読売新聞 2018 年 11 月 10 日東京朝刊 36 頁「殺人 全額賠償 1 件のみ 日弁連調査 遺族 泣き寝入り」。

- (78) 尾田、前掲注(1)、515-516頁。
- (79) 国家の安全配慮義務に関する詳細は、拙稿「安全・安心まちづくりを進めるための方法に関する研究」法学研究年報第44号206-210頁(日本大学大学院法学研究科、2014年)の参照をお願いしたい。
- (80) 高橋則夫「被害者学の活性化にむけて」被害者学研究第27号1頁(日本被害者学会、2017年)。
- (81) 椎橋隆幸「被害者学・被害者支援の現状と課題」被害者学研究第27号5-10頁(日本被害者学会、2017年)。
- (82) 奥村回「犯罪被害者と刑事手続 弁護の立場から」三井誠＝渡邊一弘＝岡慎一＝植村立郎 編『刑事手続の新展開 上巻』120-121頁(成文堂、2017年)。
- (83) 同上、119-120頁。
- (84) 大谷、前掲注(66)、108頁。
- (85) 國井恒志「検察官の訴追裁量 裁判の立場から—コメント2」三井誠＝渡邊一弘＝岡慎一＝植村立郎 編『刑事手続の新展開 下巻』41-42頁(成文堂、2017年)。
- (86) 奥村、前掲注(82)、126-131頁。
- (87) 本多恵美「犯罪被害者等の刑事裁判参加～犯罪被害者等の権利利益保護法案～」立法と調査267号20頁(参議院常任委員会調査室、2007年)。
- (88) 指宿信「はじめに一被害者問題の『アポリア』」指宿信 責任編集『シリーズ刑事司法を考える第4巻 犯罪被害者と刑事司法』ix-xii頁(岩波書店、2017年)。
- (89) 同上、ix-xxi頁。
- (90) 大谷、前掲注(66)、102頁。
- (91) 同上、102頁。
- (92) 同上、113頁。
- (93) 宮澤浩一＝田口守一＝高橋則夫 編著『犯罪被害者の研究』162頁〔田口守一〕(成文堂、1996年)。
- (94) 警察庁ホームページ「国連宣言」(<https://www.npa.go.jp/higaisya/shiryou/sengen.html>、2019年11月6日最終閲覧)。
原文については、United Nations Human Rights Office of The High Commissioner, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, (<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>, last visited November 6, 2019)。
- (95) 田村正博「被害者学と被害者政策」被害者学研究 第28号15-16頁(日本被害者学会、2018年)。
- (96) 高橋、前掲注(80)、1頁。

アメリカにおけるサイバーいじめ 対策立法の刑法的側面

西 貝 吉 晃

第1 本稿の構成

本稿ではいわゆる「サイバーいじめ」に関するアメリカにおける刑事実体法の動向を紹介する。サイバーいじめという語は、サイバーといじめの部分に分けることができる。従来から存在したいじめの語を解きほぐしたサイバーいじめの定義例を見てみると、サイバーいじめは「自身を容易に防御することができない被害者に対して、反復的及び継続的に、グループ又は個人により行われる、電子的な接触の形式を用いる意図的な攻撃的行為⁽¹⁾」と定義されている。この定義からは、当事者間の力関係や攻撃態様について一定の具体化が得られる。もっとも、いじめは学校の構成員が当事者になることが典型的であるとされるが、上記の定義では当事者の年齢や学校教育との関係が希薄であり、それでよいのかは問題である。議論の射程を確定し、類型的な議論を可能にするためには、いじめの特徴ないし要件は何か？ということを考える必要がある。

さらに、人に恐怖感、孤独感、不快感を与える行為にはいじめ以外の態様のものもあり得る。そこで、別の規制との関係をみてみる必要がある。サイバーいじめと重なり合いを持ち得る規制にはサイバーハラスメントやサイバーストーキングに対する規制がある。サイバーいじめの定義を、仮に当事者の年齢等を問わない等として広く考えると、サイバーいじめの規制に教育の現場における行為とは関係ない行為が

全てこれに含まれ、サイバーいじめの規制がサイバーハラスメントやサイバーストーキングの規制に接近し、結果、他の規制と同一視される可能性も生じる。まず、本稿におけるいじめの定義を考える必要がある。

一方で、いじめの定義を解きほぐすことなく、サイバーいじめを「電子的手段（インターネット、email、ブログ、ウェブサイト、チャットルーム、オンラインゲーム…）用いたいじめ⁽²⁾」と捉えることもある。電子的手段という語の意味を考えるのであれば、従来型のいじめと比較する形で、サイバー固有の特徴の議論（インターネット、email等の使用により何が変わったか？といった議論）が出てくることになるだろう。サイバーいじめが、従来型のいじめと異なり、その規制方法についても独自のものが要求されるという立論があり得るのならば、それはなぜか、という問いが生じるだろうし、また、それに応える必要が出てくる。そこでの応答の素材として、サイバーいじめの特徴論を考えておくことが必要である。

そこで、第2において、本稿なりにサイバーいじめを定義した後、第3でサイバーいじめの特徴を述べていきたい。以上の議論を経て、議論の次元や軸を整理した上で、具体的な法律や法律案の検討を行う。

(1) Kowalski, Limber & Agatston, Cyberbullying second edition, 3 What is Cyberbullying (2012).

(2) Servance, Cyberbullying, Cyber-Harassment, and the Conflict Between Schools and the First Amendment, 2003 Wis. L. Rev. 1213, 1219 (2003), Hinduja & Patchin, Overview of Cyberbullying, in White Paper for the White House Conference on Bullying Prevention 21, 21 (2011). Stopbullying.gov (<http://www.stopbullying.gov/cyberbullying/what-is-it/index.html>)

第2 サイバーいじめの定義論—本稿における議論方法—

サイバーいじめの定義に関し、刑事法の観点からみて巧みな定義が

できるのであれば、サイバーいじめ罪という犯罪を他の隣接する犯罪と明確に切り分けつつ定義することが可能になるから、それを議論すれば足りる。しかし、アメリカでは、サイバーいじめを定義すること自体が難しいとされているのが現状である⁽³⁾。さらに、我が国への示唆を得るに当たり、そもそもアメリカにおける“bullying”と我が国におけるいじめとの間に概念上の差異があるかもしれない⁽⁴⁾。

そこで、ここでは法的な文脈におけるサイバーいじめのいくつかの定義を紹介しつつ、定義自体を検討したい。

まず、サイバーいじめを「電子的手段（インターネット、email、ブログ、ウェブサイト、チャットルーム、オンラインゲーム等）を用いたいじめ⁽⁵⁾」と広く捉える考え方がある。職場におけるいじめを問題視する考え方もあるが⁽⁶⁾、この広い定義によればそれをも取り込んで考えることになる。現実の立法においても、サイバーいじめを、電子的手段を用いたいじめといったように、少ない要件で広く定義する例もある。例えば、F.S.A. § 1006.147（フロリダ州）、M.G.L.A. 71 § 37O (a)（マサチューセッツ州）、NRS 388.123（ネヴァダ州）、T.C.A. § 49-6-4502（テネシー州⁽⁷⁾）の各規定がそうである。

次に、上記の定義に加え、当事者の年齢をサイバーいじめの要件とする考え方がある。この考え方は、例えば加害者と被害者の双方が未成年であることを要求する⁽⁸⁾。被害者を未成年に限定することの基礎には、例えば自身を容易に防御することができない性質⁽⁹⁾といった、子供の典型的な脆弱性がある。子供達は大人と比べてより脆弱で、親や学校の管理者にいじめの報告をすることに恐怖するという主張⁽¹⁰⁾は是認されるように思われ、それゆえに、被害者としての子供達にはより手厚い保護が必要だということになる⁽¹¹⁾。一方で、加害者に対しても年齢的な要件は必要になるのだろうか。確かに、10代の子供は、しばしば自身の怒りや欲求不満を「大人」のように表現することが未成熟ゆえにできないと指摘されることもあるが⁽¹²⁾、これでは未成熟な大人による加害行為が少ないことを示していることにはならないので、

大人を加害者から除外する理由にはならない。いじめの典型かもしれない、例えば加害者が学校のクラスメートである、といった事情を重視するのであれば、加害者の年齢が重要な要素になってくるが、被害者の場合と比較し、加害者側が未成年であることをサイバーいじめの要件とする理由は未だ不明確なように思われる。

さらに、教育的文脈で行われる行為と一般の社会的文脈で行われる行為とを区別し、教育的文脈で行われる行為に限るとする説もある⁽¹³⁾。この説は、学生たる大人をも議論の対象に含めるために、教育の場に参加している者の年齢を問わない点で上記の整理とは異なる⁽¹⁴⁾。この考え方を突き詰めると、サイバーいじめの有する心理的な負の効果（憂鬱、学業不振、自殺⁽¹⁵⁾）により、教育現場における教育目的の達成が難しくなると考えれば、他の学生の教育を受ける権利の侵害が問題になり、さらには一定の水準を有するべき学校環境自体が保護されるべきだといえるかもしれない⁽¹⁶⁾。その場合には、例えば教育機関の職員に対するサイバーいじめを肯定する場合、刑を加重する要素となり得るだろう。

以上、大きく分けて3つの考え方を紹介したが、年齢や教育過程といった $+\alpha$ の「要件」をサイバーいじめであるための要件として加える場合には、 $+\alpha$ の要件を充たさない事案を検討対象からおよそ外すことになってしまう。この手法にはサイバーいじめを広く捉える説が提示する当罰性のある類型を見落とすリスクが含まれている。

このような弊害を避けるため、本稿では、サイバーいじめの定義として最も広い定義である「電子的手段（インターネット、email、ブログ、ウェブサイト、チャットルーム、オンラインゲーム等）を用いたいじめ」を採用して議論していくことにする。もっとも、これではいじめの部分が具体化されていないので、いじめについての「自身を容易に防御することができない被害者に対して、反復的及び継続的に、グループ又は個人により行われる、電子的な接触の形式を用いる意図的な攻撃的行為⁽¹⁷⁾」という定義も重畳して採用したい。この定義中の、意図的な

行為とか反復的な行為、そして電子的手段の利用の要素は、基本的にどの論者も同様に要件にしている⁽¹⁸⁾ので議論を拾いやすい。

以上の帰結は字義通りであり、まず、反復的ないし継続的という部分は、伝統的ないじめとサイバーいじめの共通点、すなわちいじめの特徴を示した叙述に他ならず、サイバーいじめにおいて新しく争われることになったものではないといえる。また、電子的手段の利用についてもサイバーという語と対応している、と考えることができる。

もっとも、この定義は、サイバーいじめというために関与者の年齢や教育現場への関与の有無を問わないものであり、成年が関わる場合ないし成年しか関わらない場合のサイバーハラスメント、サイバーストーキングはサイバーいじめと重なりあってくる⁽¹⁹⁾。また、学校の教師が被害者になるような場合もサイバーいじめたり得ることになる⁽²⁰⁾。

一方で、この定義は若者が主たる被害者となっていることまで否定しているわけではない⁽²¹⁾。議論上のメリットもある。例えば、子供の保護をベースにしつつ、同時に学校の職員等（大人）を保護したい場合には、立法作業において客体を追記するという手法も合理的なものとしてあり得る。現にそのような立法もなされている⁽²²⁾。広い定義を用いることで定義が捕捉する範囲内で比較を行うことができるようになる。本稿の定義においては、若者が被害者となる場合はサイバーいじめの要件ではなく、法律論を展開する際の重要な考慮要素として考慮されることになる。

- (3) Phillips, Online Bullying and the First Amendment: State Cyberbullying Statutes after *People v. Marquan M.**93 N.C. L. Rev. Addendum 179, 183 (2015). 様々な定義がなされとする者に Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children: Hearing before the Subcomm. on Crime, Terrorism, and Homeland Sec. of the H. Comm. on the Judiciary, 111th Cong. 1 (2009). 共通の理解に基づく定義はないとする者に Brady, Criminal State Anti-Cyberbullying Statute: Does Legislative Zeal Outweigh Constitutional Considerations?, 298 Ed. Law Rep. 21, 23 (2013), Rose, From Lol To Three Months In Jail: Examining

The Validity And Constitutional Boundaries of The Arkansas Cyberbullying Act of 2011, 65 Ark. L. Rev. 1001, 1003 (2012).

- (4) 小野淳、斎藤富由起「『サイバー型いじめ』(Cyber Bullying) の理解と対応に関する教育心理学的展望」千里金蘭大学紀要 5 巻 35 頁、39 頁(2008)。
- (5) Servance, *supra* note 2, at 1219, Hinduja & Patchin, *supra* note 2, at 21, Stopbullying.gov, *supra* note 2.
- (6) Lipton, Combating Cyber-Victimization, 26 Berkeley Tech. L.J. 1103, 1109-1110 (2011). 同論文で Lipton が引用する Workplace Bullying 'Epidemic' Worse than Sexual Harassment by Jeanna Bryner (March 7, 2008 07:00pm) は、職場におけるいじめとして「継続的に (persistently) 従業員の業務を批判すること；どなること；反復的に (repeatedly) 従業員にミス (mistake) を思い出させること；ゴシップ若しくは嘘を広めること；従業員を無視若しくは排除すること；及び、従業員の習慣、態度、若しくは私生活を侮辱すること」を挙げている。
- (7) 別の定義例もある。サイバーいじめではなく、bullying の定義の中に、電子的行為（電子的手段の利用、電子的通信）を含める形式を取る例として、Ann.Cal.Educ.Code § 48900 (r)(1) (カリフォルニア州)、C.R.S.A. § 22-32-109.1 (1)(b) (コロラド州)、C.G.S.A. § 10-222d (a)(1) (コネチカット州)、14 Del. C. § 4112D (a) (デラウェア州)、Ga. Code Ann., § 20-2-751.4 (a) (ジョージア州法、いじめにはサイバーいじめを含む)。さらに、サイバーいじめを罪名（見出し）にして、犯罪行為として書き下しているものとして、A. C.A. § 5-71-217 (アーカンソー州) がある。
- (8) Stopcyberbullying.org, What is Cyberbullying, Exactly? (http://www.stopcyberbullying.org/what_is_cyberbullying_exactly.html), Barnett, Cyberbullying: A New Frontier And A New Standard A Survey of And Proposed Changes To State Cyberbullying Statutes, 27 Quinnipiac L. Rev. 579, 581 (2009).
- (9) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 2 Children's Experiences with Traditional Forms of Bullying.
- (10) King, Constitutionality of Cyberbullying Laws: Keeping the Online Playground Safe for Both Teens and Free Speech, 63 Vand. L. Rev. 845, 874 (2010) [若者 (youth) はサイバーいじめに特に弱い]。
- (11) What is Cyberstalking and What is Cyberharassment? (<https://www.wiredsafety.com/parry-aftabs-did-u-know---cyberstalking>).
- (12) Fertik & Thompson, Wild West 2.0: How to Protect and Restore Your Online Reputation on the Untamed Social Frontier 2, 106 (2010).
- (13) Brenner & Rehberg, "Kiddie Crime"? The Utility of Criminal Law in Controlling Cyberbullying, 8 First Amend. L. Rev. 1, 2 (2009).

- (14) Brenner & Rehberg, *supra* note 13, at 2.
- (15) Megan Meier Cyberbullying Prevention Act, H.R 1966, 111th Cong. § 2 (4), (5) (2009), Brady, *supra* note 3, at 24, Burrichter, Cyberbullying 2.0: A “Schoolhouse Problem” Grows up, 60 DePaul L. Rev. 141, 161 (2010).
- (16) 例えば、州法の規定のうち、N.R.S. 392.915.1(c) (ネヴァダ州) は、犯罪の成立要件のうちの意図の部分で「学校の業務 (operation) を妨害する」を要件とする。
また、例えば、一定の言論に対する校内処分の是非を巡って争われた事案である、Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist, 89 S.Ct. 733, 738 (1969) (事案等の詳細は後掲注 139) 参照) は、処分対象となる禁止行為の遂行が、言論の自由との関係で、「『学校の運営における適切な規律の必要を実質的かつ著しく妨害する』という認定や示唆がない場合には、当該禁止は維持され得ない」と述べ、また、89 S.Ct. 733, 737 では、学校の業務に加え、他の学生の安全でいられて干渉されない (be let alone) 権利についても触れている。
- (17) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 3 What is Cyberbullying.
- (18) Barnett, *supra* note 8, at 580-581, Hinduja & Patchin, *supra* note 2, at 21, Stringer, Cyberbullying: Louisiana’s Solution To Confronting The Latest Strain of Juvenile Aggression, 72 La. L. Rev. 1129, 1134 (2012) 等参照。
- (19) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 3 What is Cyberbullying.
- (20) Shariff, Cyber-bullying, Chapter 7 Balancing free expression, Legal frameworks (2008) (Kindle version) は、サイバーいじめの一類型として anti-authority cyber-insubordination を挙げる。また、Erb, A Case For Strengthening School District Jurisdiction to Punish off-Campus Incidents of Cyberbullying, 40 Ariz. St. L.J. 257, 259 (2008) も参照。
- (21) Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children, *supra* note 3, at 1 や Henderson, High-tech Words Do Hurt: A Modern Makeover Expands Missouri’s Harassment Law To Include Electronic Communications, 74 Mo. L. Rev. 379, 381 (2009) は、大人も加害者ないし被害者になり得るが、多くの場合は子供が関わる事案であるという指摘をする。また、Rose, *supra* note 3, at 1003 は、サイバーいじめの概念自体を広く捉えつつも、どのような年齢の者に対してもサイバーいじめは起こり得るが、よくあるのが被害者が 10 代の場合だと述べる。
- (22) 例えば、罰則に関してみると、ネヴァダ州法のような、目的要件の中に生徒の横に学校の職員を追記する例 (N.R.S. 392.915 1 (a))、ノースカロライナ州法のような、枝番として学校の職員が被害者になる場合を規定する例 (N.C.G.S.A. § 14-458.2. この規定の直前の N.C.G.S.A. § 14-458.1 は、未成年者及びその両親や後見人を保護している) がある。

第3 サイバーいじめの多様な行為形式と特徴

1 サイバーいじめの表出形態

サイバーいじめは実に多様な形態で行われ、その分析は容易ではない。Willardの研究等⁽²³⁾では、オンラインでの喧嘩 (flaming)、ハラスメント、噂話等による侮辱 (denigration)、なりすまし (impersonation)、アウティング (outing)、騙し⁽²⁴⁾ (trickery)、排除 (仲間はずれ、exclusion)、サイバーストーキング⁽²⁵⁾が挙げられている。

本来は、それぞれの行為類型を精密に分析して、侵害される利益の共通項や差異を炙り出していくべきであろう。しかし、調査の結果、行為類型別の検討を行うほど議論が整理されていない状況であることがわかった。そこで、行為類型毎の検討ではなく、サイバーいじめの特徴論を述べ、言及された特徴を有するサイバーいじめに対する対策論として、立法論を含む法律論を検討するという方法を採用したい。

2 サイバーいじめの特徴—伝統的ないじめ (traditional bullying) との相違点—

サイバーいじめはいじめの一種であるから伝統的ないじめと原則的には同様の特徴を有する部分がある⁽²⁶⁾。例えば、サイバーいじめも、通常のいじめと同様に、抑うつ、不安を含む負の心理的及び行動的な効果、危険な行動、自傷行為、並びに自殺と関係がある⁽²⁷⁾。この指摘はサイバーいじめを規制する際の保護法益の特定に資する。

もっとも、サイバーいじめを論じる際に重要なのは、両者の間の類似性ではなく、むしろサイバーいじめ固有の特徴、すなわち両者の間の相違点である⁽²⁸⁾。例えば、サイバーいじめの方が通常のいじめよりも自殺とより関係している、といった類の指摘⁽²⁹⁾が重要である。伝統的ないじめと同様の規制立法が適切か否かの判断において重要な考慮要素になるから、深く掘り下げた考察をすべきであろう。

(1) 場所の無限定性

そもそもサイバーいじめの発生地点を特定するのは容易ではない⁽³⁰⁾

という指摘だけでなく、サイバーいじめには、それが（どこからでもアクセス可能な）サイバースペースにおいて行われるため、場所が学校に限定されない⁽³¹⁾という特徴があることが指摘される。行為が学校のネットワークを使って行われるか否かは物理的な場所とは別の問題であり、このことが議論を複雑化させることもある⁽³²⁾。

〔オンキャンパスとオフキャンパス〕

この文脈でオンキャンパスとオフキャンパスという語が使われることがある。オンキャンパスとは、物理的に学校の中における行為のこと、オフキャンパスとは学校の外における行為のことをいう。多くの場合、学生が当事者となること、そして学校における学生の言論に対しては、通常の大人の言論に対する場合よりもより強い規制が認められ得るので⁽³³⁾、分けて考察することにも理由がありそうに見える。しかし、サイバーいじめがオフキャンパスで（学生の自宅で）行われている、という指摘⁽³⁴⁾からすれば、サイバーいじめの議論においてキャンパス内外を分けることの有意性には疑問が呈され得る。

（2）匿名性

被害者側において誰が加害者であるかを知っているサイバーいじめの事案もある⁽³⁵⁾。一方で、それは、匿名でデータの送受信が可能であることに基づき⁽³⁶⁾、匿名の攻撃（“anonymous” attack）としても行われ得る⁽³⁷⁾。

① 技術的な特定可能性とは無関係であること

ここでいう匿名とは、技術的な特定可能性がないということではない。サイバーいじめの文脈では、加害者が特定していない段階において、いじめに関するメッセージがやり取りされ、その時点で心理的な被害が発生してしまうことが問題となる⁽³⁸⁾からである。したがって、技術的にみて特定できる場合であっても、しばらく特定できない状態が続き、不安が惹起され得るのであれば匿名の攻撃である。

② 被害の増大—加害行為の激化と被害者の恐怖、不安の増大

被害者が加害者の属性（人数、性別、知り合いか否か等）を識別できな

くなる⁽³⁹⁾、という意味で、匿名性は、被害者の恐怖、不安を増大させ得る要因であり、加害者自身の行為の激化の要因でもある。

すなわち、(リモート環境における行為であるがゆえに) 加害者がいじめの作り出す感情的な被害状況を見ない場合があること⁽⁴⁰⁾が原因で、例えば、電話でさえ言わないようなことを告げてしまう等⁽⁴¹⁾、悪影響を明確に察知し得る対面関係と比較して、行き過ぎた行為に至りやすくなる⁽⁴²⁾。結果として、加害者には、抑制されない自信 (uninhibited confidence) による、無責任なコメントをする傾向が生じる⁽⁴³⁾。

被害者の不安の増大や加害者の行為の激化が組み合わさることで、典型的に侵害の程度が大きくなりやすい、といえそうである。

(3) コピーの容易性とネットワーク接続から導かれ得る特徴

さらに、デジタルデータのコピーの容易性や一度に多数の者へデータの送付が可能であること⁽⁴⁴⁾及びネットワーク接続を基礎として発生する通信の即時到達性、同時送信可能性等の技術的特性が、サイバーいじめの文脈でも被害の増大を招いている。

① 伝搬容易性 (拡散容易性)

まず、email の多数人への転送や SNS への投稿等による情報の伝搬・拡散が、他の情報伝達手段と比較すると、容易⁽⁴⁵⁾(=低価かつ時間的コストがかからない)、かつ迅速である⁽⁴⁶⁾。ブログ等のインターネット上での情報の提示については検索が容易であるがゆえに情報が伝わりやすい⁽⁴⁷⁾。無限の聴衆がいる⁽⁴⁸⁾、公開のいじめを行うことができる⁽⁴⁹⁾、といえる状況がある。伝搬の程度が甚だしくなれば、情報源がそもそも誰だったのかがわかりにくくなる⁽⁵⁰⁾。これは(2)で述べた匿名性の助長につながる。

② 侵害の持続性

いじめの内容が特定のウェブサイトに存続することで⁽⁵¹⁾、攻撃から逃げるできない状態が作出される⁽⁵²⁾という特徴が指摘される。(他者の管理下にデータがある場合に) 削除が難しいというだけでなく⁽⁵³⁾、コンピュータを閉じて一時的に見ないようにすることはできても、コ

ンピュータを再度起動すれば、そこに残存するメッセージに直面することを余儀なくされる⁽⁵⁴⁾。あるウェブサイトからの削除に成功しても、①で述べた伝搬の容易性に基づき、既に別のサイトにキャッシュされていたりコピーされていたりする場合もある⁽⁵⁵⁾。

もちろん、行為者の行為が1回きりの場合もあり得、その場合には、その行為だけ切り取ってみると、大きな問題にはならないように思えるかもしれない。しかし、上記の状態が作出され得ることは、行為者の行為を傍観する者が存在するという事実が続くことで、行為者と被害者の力の不均衡が発生し、ひいては継続的な攻撃によって被害者がよりぜい弱になる⁽⁵⁶⁾ということも意味する。つまり、多数人に閲覧され得る状態で、行為の痕跡が消えず、これに対する反論もないという事実が継続することで、継続的な侵害が発生するのである。一般論として、いじめにおいては、力の不均衡が関わりとされることが多いが⁽⁵⁷⁾、サイバー空間は、力の不均衡が発生させやすい場、つまりいじめが起こりやすい場だといえる。

③ 同時攻撃可能性

複数のコンピュータから特定のターゲットに対し、同時に攻撃が可能である。多くの人が同一のターゲットを同時に攻撃可能⁽⁵⁸⁾であるだけでなく、加害者が複数のIDを用いて被害者とコミュニケーションをとり得るので⁽⁵⁹⁾、物理的には1人の加害者であっても多数人のふりをして複数のメディアを介して攻撃することも可能である⁽⁶⁰⁾。

多数人のふりをする事例は(2)で述べた匿名性が確保されている前提において成功する攻撃であるから、実世界で誰が攻撃を行っているかを検証するのは容易ではないことからすれば、この特徴が発現している事例が相当程度あり得る。

(4) 小括

以上のように、サイバーいじめには、伝統的ないじめと比較して、被害を拡大・助長させる方向の特徴がある。(3)②で述べた被害者が孤立しやすいといった事情はいじめとの固有の関連性が強い特徴だとい

えるだろうが、基本的には、サイバーいじめ固有のものというよりはサイバー犯罪に共通する特徴（匿名性、非対面、コピー容易性、同時攻撃可能性）も相当程度ある。このことはサイバーいじめ自体が多種多様な態様で現われること（1参照）とも関連しよう。

さらに、このような特徴を有するサイバーいじめを抑止するための方策について検討していきたい。数ある対策の有効範囲を簡潔に確認した上で法規制の方法を考えていく。

- (23) Willard, Educator's Guide to Cyberbullying and Cyberthreats (<https://education.ohio.gov/getattachment/Topics/Other-Resources/School-Safety/Safe-and-Supportive-Learning/Anti-Harassment-Intimidation-and-Bullying-Resource/Educator-s-Guide-Cyber-Safety.pdf.aspx>), Espelage, Hong and Valido, Cyberbullying in the United States IN International perspectives on cyberbullying, edited by Baldry, Blaya and Farrington, 65 (2018).
- (24) 騙して秘密を暴露させる等。
- (25) 反復的で激しいハラスメント及び侮辱（脅迫や著しい恐怖を覚えさせる行為を含む）。
- (26) Online Safety and Technology Working Group, "Youth Safety on a Living Internet", 13, (2010) (<http://www.ntia.doc.gov/legacy/advisory/onlinesafety/index.html>), Stringer, *supra* note 18, at 1134.
- (27) Espelage, Hong and Valido, *supra* note 23, at 66.
- (28) 最近では、ハラスメントの文脈で、ニューヨーク州刑法 § 240.20 と § 240.30 とを比較し、端的に、電子的手段を介したハラスメントは対面のハラスメントより大きな社会的害悪をもたらすので刑が加重されている、と述べるコンピュータ犯罪に関する論稿もある（Simmons, "The Failure of the Computer Fraud and Abuse Act: Time to Take an Administrative Approach to Regulating Computer Crime", 84 Geo. Wash. L. Rev. 1703, 1706 (2016)）。
- (29) Espelage, Hong and Valido, *supra* note 23, at 66.
- (30) Barnett, *supra* note 8, at 584.
- (31) Brenner & Rehberg, *supra* note 13, at 3. この議論は当然サイバーいじめに限らない（Lipton, *supra* note 6, at 1113 参照。）
- (32) オンキャンパスの類型を、例えば On-Campus Internet Cyberbullying [学校の所有ないし維持するコンピュータ、又は、学校のネットワークにアクセスしている個人用の PC を利用して行われる場合（Barnett, *supra*

- note 8, at 584)〕 と On-Campus Use of Personal Technology That Does Not Access the School's Network [オンキャンパスでの、学校のネットワークにアクセスしない私用の技術の使用 (Barnett, *supra* note 8, at 586)〕 に分けることも可能である。
- (33) Bethel School District No. 403 v. Fraser, 478 U.S. 675, 682 (1986).
 - (34) Enoc, Combating Cyberbullying: When Legislation Goes Too Far, 45 J.L. & Educ. 435, 440 (2016).
 - (35) Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children, *supra* note 3, at 1.
 - (36) Burrichter, *supra* note 15, at 144.
 - (37) Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children, *supra* note 3, at 1, Leahy, Proof of Cyberstalking and Cyberbullying, 34 Am. Jur. Proof of Facts 3d 115 (August 2016 Update), I § 1, Phillips, *supra* note 3, at 183, Stringer, *supra* note 18, at 1135 等。
 - (38) King, *supra* note 10, at 850.
 - (39) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, How Cyberbullying Differs from Other Types of Bullying, The enemy you know..., Barnett, *supra* note 8, at 583.
 - (40) Barnett, *supra* note 8, at 583, Leahy, Proof of Cyberstalking and Cyberbullying, 34 Am. Jur. Proof of Facts 3d 115 (August 2016 Update), I § 1, Rose, *supra* note 3, at 1005, Stringer, *supra* note 18, at 1135.
 - (41) King, *supra* note 10, at 850.
 - (42) Leahy, Proof of Cyberstalking and Cyberbullying, 34 Am. Jur. Proof of Facts 3d 115 (August 2016 Update), I § 1, Rose, *supra* note 3, at 1005.
 - (43) Burrichter, *supra* note 15, at 144.
 - (44) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, How Cyberbullying Differs from Other Types of Bullying, Brady, *supra* note 3, at 23.
 - (45) King, *supra* note 10, at 850. Servance, *supra* note 2, at 1219, Lipton, *supra* note 6, at 1112, Fertik & Thompson, *supra* note 12, at 106, Stopbullying.gov, *supra* note 2.
 - (46) Lipton, *supra* note 6, at 1112.
 - (47) Lipton, *supra* note 6, at 1112.
 - (48) Shariff, Cyber-bullying, Chapter 2 Profile of traditional and cyber-bullying, Characteristics of cyber-bullying, An infinite audience (2008) (Kindle version). Stringer, *supra* note 18, at 1136 も参照。
 - (49) Brenner & Rehberg, *supra* note 13, at 13.
 - (50) Stopbullying.gov, *supra* note 2.
 - (51) King, *supra* note 10, at 850, Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 3 What is Cyberbullying, Rose, *supra* note 3, at 1005, Phillips, *supra*

note 3, at 183-184, Lipton, *supra* note 6, at 1112, Fertik & Thompson, *supra* note 12, at 106.

(52) Rose, *supra* note 3, at 1005.

(53) Stopbullying.gov, *supra* note 2.

(54) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 3 What is Cyberbullying, Stringer, *supra* note 18, at 1135. さらに Lipton, *supra* note 6, at 1113 も参照。

(55) Lipton, *supra* note 6, at 1112.

(56) Shariff, *supra* note 48.

(57) Brenner & Rehberg, *supra* note 13, at 4, Stringer, *supra* note 18, at 1133. ここでいう力には、物理的な力、社会的な権力又は地位が含まれる (Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 2 Children's Experiences with Traditional Forms of Bullying.)。

(58) Leahy, Proof of Cyberstalking and Cyberbullying, 34 Am. Jur. Proof of Facts 3d 115 (August 2016 Update), I § 1.

(59) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 3 What is Cyberbullying.

(60) Rose, *supra* note 3, at 1005, Phillips, *supra* note 3, at 183.

第4 法規制の導入の是非

法規制は、サイバーいじめの解決のために採り得る唯一の手段ではない。非法的な手段（教育、訓練、カウンセリング等）も実効的なことがあり、併用が求められる⁽⁶¹⁾。

例えば、事前に、学生に対してインターネットの利用法についての教育を行うことは重要である⁽⁶²⁾。もっとも、これだけで全ての事案を抑止できるわけではない。現実にいじめの事案が発生してしまった場合には早期発見を前提とした適切な対応が必要になろう。ここでは、学校等の大人による監視及び処分の実効性の不十分性⁽⁶³⁾に基づく事案の発見の困難さが問題となる。この点は、親や教育機関の事実上の関与によるいじめ防止体制の構築等といった、教育学・社会学的見地からの議論が必要であるゆえに、本稿で網羅的な紹介をすることはできないものの、指摘されている事項は、例えば次のようにまとめることができる。

まず、個別具体的なサイバーいじめ事案の発見や解決に当たっては両親の適切な関与が必要になるものの⁽⁶⁴⁾、両親に絶えず監視を要求するのは、インターネットの総利用時間を考えると現実的でない⁽⁶⁵⁾。そうすると、一定の監視を行うと共に、子供達からの報告にも期待せざるを得ない。しかし、実際には現実にいじめられている子供の一部しかいじめの事実を他人に相談しない（ないし相談することをいやがる）という⁽⁶⁶⁾。例えば、通常のいじめと比較してサイバーいじめを受けた生徒は、大人に報告しにくい傾向があることが指摘されている⁽⁶⁷⁾。本来は、両親が子供に対して技術へ触れることを禁止することは、当該技術を用いることで、教育や雇用の機会、及びヘルスケアに関する情報を得、それにより現代社会に参加することができるという現状を考慮すると妥当ではない⁽⁶⁸⁾。にもかかわらず、現実には、例えば、多くの両親は、子供からいじめの報告を受けるとコンピュータ等の利用をさせないようにし、そのこと自体が被害者の報告を抑制し、被害者を苦しめていると指摘される⁽⁶⁹⁾。例えば、アーカンソー州のサイバーいじめ処罰立法を促したサラ事件では、被害者サラとサラの母親はサイバーいじめの場となった MySpace アカウントにおいてフレンド関係にあったところ、その関係が継続していれば母親による適時の適切な介入が期待できた可能性があったが⁽⁷⁰⁾、いじめの書き込みが始まった時点でサラの方からフレンド関係を消去してしまっただけで母親がサラの受けているいじめを全く閲覧することができなくなってしまう⁽⁷¹⁾、最終的にサラは悪意のあるメッセージを処理しきれなくなって自殺をしてしまった。このような事案の存在も踏まえると、子供、とりわけ現在進行形でいじめられている子供からの大人に対する適時の報告や正しい判断へ期待することは困難だといえそうであり、大人による監視の困難性と相俟って、適時にいじめの発見及び介入ができる、という前提を採ることができなくなる。

次に、いじめを発見できたとしても対応困難な場合がある。相手が誰であるかを高度な蓋然性をもって推認できる場合もあり、場合に

よっては、加害者の両親をも交えたカウンセリングが有効な場合もある⁽⁷²⁾。このような、一定の好条件下における推奨される対応を議論すること（成功事例を共有すること）もいじめの深刻化を未然に防ぐ対策についての議論としては重要かつ有益であることは確かである。しかし、匿名性による監視困難性も原因となって⁽⁷³⁾、相手が誰かわからず対応が困難な場合もあり得る。さらに、サイバーいじめは相当の割合のものが学校の外で行われているが、その場合には、学校の関係者は、介入の義務を相対的に感じない、という指摘もなされており⁽⁷⁴⁾、このような傾向は、学校側の介入を期待できない可能性を示している。

以上のように、法律を使わずにサイバーいじめを適切に事前抑止ないし早期解決することへのハードルは低くない。にもかかわらずサイバーいじめは決してレアな現象ではない⁽⁷⁵⁾。自殺事件もしばしばニュースで報告されてきた。そうであれば、確かに、法律は基本的に事後的解決を図るものであって⁽⁷⁶⁾、それだけでいじめにより受けた被害がなくなるわけではなく、罰則を展開しても子供達が報告に消極的なのであれば証拠収集が困難になってしまうという懸念は指摘されるものの⁽⁷⁷⁾、法律に一定の予防効果に期待することも⁽⁷⁸⁾、解決のための1つのアプローチだといえるだろう。このような状況の下、現実には、サイバーいじめ対策としての方法として、法規制が一定程度なされている。そこで、第5において、本稿の主題たるアメリカにおける刑事実体法的規制について紹介していくことにしたい。

(61) King, *supra* note 10, at 880.

(62) Meredith, Combating Cyberbullying: Emphasizing Education over Criminalization, 63 FED. COMM. L.J. 311, 334 (2010).

(63) Burrichter, *supra* note 15, at 142.

(64) Barnett, *supra* note 8, at 588.

(65) Burrichter, *supra* note 15, at 169, Fertik & Thompson, *supra* note 12, at 107.

(66) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 2 Children's Experiences with Traditional Forms of Bullying, Barnett, *supra* note 8, at 588.

- (67) Espelage, Hong and Valido, *supra* note 23, at 66.
- (68) Online Safety and Technology Working Group, “Youth Safety on a Living Internet”, 16 (2010) (<http://www.ntia.doc.gov/legacy/advisory/onlinesafety/index.html>). 社会的に子供達にソーシャルメディアを止めさせることは難しいという指摘もあるが (Phillips, *supra* note 3, at 183)、本文で述べたニュアンスのように、生活の一部になっているので切り離せない (切り離すべきではない) と考えるべきだと思われる。
- (69) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 3 What is Cyberbullying. これに関連し、例えばソーシャルネットに慣れていないといった理由で (Rose, *supra* note 3, at 1005)、いじめ行為の監視を行う技術的なノウハウを、多くの両親や教師が有していない (Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 5 What parents can do?, Parents often are not present in the online environment of children) と指摘される。本文のような被害を回避し、両親へのいじめの情報の告白を促進するためには、両親の方で、子供達がオンラインのインタラクションで使っているものに慣れておく必要があるが、技術の早い進展も考慮すると、これは容易ではない。
- (70) Should More Attention be Payed to Suicide (<http://sophiecad.blogspot.jp/2015/06/sarah-lynn-butler.html>).
- (71) Young, Online Teasing Leads to Teen’s Suicide, kait8.com (November 24, 2009), (<http://www.kait8.com/story/11566204/online-teasing-leads-to-teens-suicide?>).
- (72) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 5 What parents can do?, Contacting the Parents of a Child Who Cyberbullies [サイバーいじめにおける言論は辛辣なものが多いので、加害者の両親も、加害者を弁護しようとせず、事件の解決に前向きになりやすい、ということも指摘される] .
- (73) Burrichter, *supra* note 15, at 143.
- (74) Kowalski, Limber & Agatston, *supra* note 1, 3 What is Cyberbullying.
- (75) Burrichter, *supra* note 15, at 142.
- (76) Stringer, *supra* note 18, at 1143.
- (77) Phillips, *supra* note 3, at 187.
- (78) Rose, Cyber-bullying: Its Recent Emergence and Needed Legislation To Protect Adolescent Victims, 13 Loy. J. Pub. Int. L 219, 234-235 (2012). Stringer, *supra* note 18, at 1143 は、予防効果を肯定しつつも、それは、学生が法律及び法律による示唆に気づいているときにしか実効的ではない、と述べる。

さらに Espelage, Hong and Valido, *supra* note 23, at 71 は、(他者支配の欲求や優越感と併置してはいるものの、) サイバーいじめを許容するような態度が、サイバーいじめの永続化と関係していると述べている。このことは、本文で述べた、サイバーいじめを規制することへの予防効果と関

係し得る。

第5 立法方法論

第4でみたように、立法による法規制への効果が期待されていることは認めてよさそうである。しかし、どのような法規制が妥当なのかは、第2、第3でみてきたサイバーいじめの行為態様の多様さや定義自体の多義性が障害となって、議論が容易ではない。

そもそも、これから議論していく事柄ではあるが、例えば新たにサイバーいじめを連邦の犯罪にしようとする法案に対しては、既存の犯罪で十分であるという反論がなされていた。困惑する事柄を伝えることを規制するハラスメント罪や、触ったり、つきまとい行為をしたりすることを規制するストーキング罪等の罪に該当するレベルに達し次第、それらの罪を利用することで十分だという議論⁽⁷⁹⁾や、広げるとしても既存のストーキング罪の規定を使うべきだ、という議論⁽⁸⁰⁾である。しかし、現在の州法の状況を見る限り、様々な方法で、独立にサイバーいじめの処罰をする規定が整備されつつある。そこで、アメリカにおけるサイバーいじめ罪と他罪との包摂関係を重点的に考えるというよりは、本稿では主にサイバーいじめ立法の方法論について検討していきたい。

検討の前提として重要となるのが、第一に合憲性確保のための基準の議論⁽⁸¹⁾であり、第二に第一の視点で得られた基準への適合性の議論も含めた、主に処罰範囲の合理的な確定という見地からの、実際の立法が行っている規定上の工夫等に関する具体的な規定の作り方に関する議論である。刑事立法学の観点からは双方重要であるが、本稿では、合憲の枠内でのよりよい立法論を検討したいと考えているので、主題を第二の点に置きたい。

- (79) Brenner & Rehberg, *supra* note 13, at 83-84.
- (80) Burrichter, *supra* note 15, at 173.
- (81) アメリカにおけるサイバーいじめ規制立法に対する憲法判断についての邦文の研究については、例えば今出和利「アメリカにおける子どもの「ネットいじめ」(Cyberbullying) 対策と憲法上の問題点—法と判例の動向—」現代社会研究 16 巻 75 頁以下 (2019) を参照されたい。

1 サイバーいじめの規定に対して問題となる合憲性確保のための論点の整理

まず、サイバーいじめ規制立法に関して合憲性確保のために指摘されている議論を簡潔に整理しておく。具体的な議論は 2 以下で紹介し、ここでは議論の軸の紹介に留める。

そもそもサイバーいじめ自体の定義が多義的なことから、不明確な規制になる可能性があるだけでなく、立法による捕捉範囲も広くなりがちで、明確性の原則違反の問題、及び過度に広汎な規制の問題が生じる。これは、実際の立法の評価の項で指摘されている議論を紹介する形で確認していきたい。

次に、サイバーいじめは言論によって行われることが多いが、敵対的な言論の全てを規制すると、言論の自由を保障する合衆国憲法修正 1 条に違反し得るので、言論の自由を侵害しないような立法が求められる。言論の自由の保護範囲内に入る言論であるか否かの判断は、校内処分の是非等において争われてきているが、罰則の議論においても、転用されて議論されるので、必要に応じて紹介していきたい。

2 実際の立法の評価

サイバーいじめに関連する事件に対して適用され得る法律は様々な体系のもとに整理されており、議論を難しくしている⁽⁸²⁾。これは、サイバーいじめの定義の部分でも述べたように、この概念自体が論者により多様に把握されているということにも起因しよう。現状の立法については流動的な点がある。

そこで、検討方法としては、各州や連邦についてのサイバーいじめ

の立法動向に関するサーベイ⁽⁸³⁾ (以下、単に「サーベイ」ということがある) を参考にしながら、サイバーいじめを処罰しているとされる州の立法を一定の観点の下に整理してみることにする。サーベイによると、2018年の段階においてサイバーいじめについての罰則を有する州は44州ある。そのうち一定の議論がなされている州をピックアップして⁽⁸⁴⁾ その議論内容を整理・紹介する。

(82) Willard, Cyberbullying and the Law, *in* Cyberbullying Prevention and Response: Expert Perspectives 36, 52 (Patchin, Hinduja ed., 2012).

(83) Hinduja & Patchin, State Cyberbullying Laws a Brief Review of State Cyberbullying Laws and Policies (2018).

(84) 例えばサーベイ (前掲注(83)) は、罰則を持つ州として44州 (メイン州、ミネソタ州、ネブラスカ州、ニューハンプシャー州、ニューメキシコ州、ワイオミング州以外) に言及している。例えば同資料の2016年版ではわずかに18州が言及されていただけであった。もっとも、数字の変化だけをみて積極的な立法が行われていると推測するのは難しい。2016年版から加えられた州の中には、一般的なサイバーハラスメント規制をもって刑事規制ありと判断されているものもあるように思われ、そうであれば、2016年の時点のサーベイが単に拾い漏れだった可能性もあるからである (隣接犯罪をどこまで拾うかは、サイバーいじめの定義論と密接に関連する難しい問題なので、このような状況は理解できる)。

ただし、アラバマ州 (Ala.Code 1975 § 13A-11-8)、カリフォルニア州 (Cal. Penal Code § 653.2)、コロラド州 (C.R.S.A. § 18-9-111)、コネティカット州 (C.G.S.A. § 53a-182b, § 53a-183)、フロリダ州 (West's F.S.A. § 784.048)、ジョージア州 (Ga. Code Ann., § 16-11-39.1)、ハワイ州 (HRS § 711-1106)、イリノイ州 (720 ILCS 5/26.5-3)、インディアナ州 (IC 35-45-2-1 ~ IC 35-45-2-5)、カンザス州 (K.S.A. 21-6206)、マサチューセッツ州 (M.G.L.A. 265 § 43A)、ミシガン州 (M.C.L.A. 750.411h)、モンタナ州 (MCA 45-8-213、通信のプライバシーという表題)、ニューヨーク州 (McKinney's Penal Law § 240.26 [一般的なハラスメント罪])、ノースダコタ州 (NDCC, 12.1-17-07)、オハイオ州 (R.C. § 2917.21)、オクラホマ州 (21 Okl.St.Ann. § 1172)、オレゴン州 (O.R.S. § 166.065)、ロードアイランド州 (Gen.Laws 1956, § 11-52-4.2)、サウスカロライナ州 (Code 1976 § 16-3-1700 以下)、サウスダコタ州 (SDCL § 49-31-31)、テネシー州 (T. C. A. § 39-17-308)、テキサス州 (V.T.C.A., Penal Code § 42.07 さらに V.T.C.A., Penal Code § 33.07 (オンラインなりすまし) も参照される)、

ユタ州 (U.C.A. 1953 § 76-9-201)、バーモント州 (13 V.S.A. § 1027)、バージニア州 (VA Code Ann. § 18.2-152.7:1)、ワシントン州 (RCWA 9.61.260)、ウィスコンシン州 (W.S.A. 947.0125、942.01) の諸規定はサイバーの文脈を含む一般的なハラスメントやストーキング規制であり、サイバーいじめに特価した規定とはいいい難い面があるので、本稿では触れない（サイバーハラスメントやサイバーストーキングの研究を行う際に再検討すべきであろう）。

(1) 処罰範囲の広い立法（案）に対する憲法上の懸念

まず、処罰範囲の広い立法（案）に対しては、憲法上の懸念が提起されている。重要性の見地から連邦の法案を紹介し、その上でアーカンソー州の規定を紹介する。

① 連邦の法案について (Megan Meier Cyberbullying Prevention Act, H.R. 1966, 111th Cong. (2009))

Megan Meier Cyberbullying Prevention Act は議会を通過したものではないが、激しい議論を呼ぶことになったサイバーいじめ処罰法案である。この法案は、いじめの被害者の名である Megan Meier の自殺をきっかけに提案された。Megan Meier は、13 歳のミドルスクールの生徒であったが、MySpace でのコミュニケーションにおける恋愛相手にふられ⁽⁸⁵⁾、失意のうちに自殺してしまった、という事案である。Megan Meier が、恋愛相手だと思っていた、Josh Evans という 16 歳の少年は架空のものであり、現実世界において Megan Meier のクラスメートの母親 (Lori Drew、47 歳) が作り出したものであった。Drew は My Space で Josh という架空の人物になりすましていたのである。

検察はコンピュータへの無権限アクセス罪である Computer Fraud and Abuse Act (以下「CFAA」という) 違反で起訴した⁽⁸⁶⁾。CFAA は無権限⁽⁸⁷⁾を要件としているが、無権限を基礎付ける事実としては、Drew による、MySpace の ToS (Terms of Service、利用規約) に違反したアカウントの使用 (コンピュータの使用) に求めざるを得なかった。これに対し裁判所⁽⁸⁸⁾は、MySpace の規約違反をもって無権限とする主張には

与せないとして、CFAA では処罰できないという結論に至った。無権限アクセス罪（CFAA）に関する学説は、この帰結を概ね好意的に受け止めている⁽⁸⁹⁾。しかし、規約違反のオンラインのなりすまし行為（+いわば「なりすました上で被害者の人格を蹂躪する行為」）を無権限アクセス罪で処罰ができない、かつ本件がサイバーいじめという意味では当罰性のある事案である、という理解を下に、そうであれば立法が必要ではないか、という議論になり⁽⁹⁰⁾、法案として提出されたのが Megan Meier Cyberbullying Prevention Act である。法案の内容は次の通りである。

18U.S.C. § 881. Cyberbullying

- (a) 州際通商又は国際通商において、威圧する (coerce)、脅えさせる (intimidate)、困らせる (harass) 意図、又は著しい精神的な苦痛 (substantial emotional distress) を与える意図で、激しく (severe)、反復的で (repeated)、かつ敵意のある (hostile) 行動を可能にする (support) 電子的な手段を用いて通信を伝達する者は、このタイトルの下で罰金、若しくは 2 年を超えない拘禁刑が科されるか、又は双方が併科される。
- (b) このセクションにおいて使用される場合には、
 - (1) 「通信」の文言は、ユーザにより特定される 2 又は 3 以上のポイント間の、送受信の際にも情報の形式又は内容が変わらない、ユーザが選択する情報の電子的な伝達を意味し、
 - (2) 「電子的な手段」とは、email、インスタントメッセージ、ブログ、ウェブサイト、電話、及びテキストメッセージを含む情報サービスへアクセスするための、電力に依存するあらゆる設備を意味する。

立法提案者 (Ms. Sánchez) は、言論の自由の保護とサイバーいじめの処罰を両立できるとしていた⁽⁹¹⁾。例えば、いらいらさせるチェーンメール、怒りに満ちた政治的なブログの投稿や、怒っている元のボー

イフレンドへのテキストを処罰しないことができると述べていた⁽⁹²⁾。確かに、言論の自由を保護する修正1条で保護されない言論のみを処罰するのであれば、憲法上の大きな論点をクリアできる。例えば、生命に対する真の脅威 (true threat) を与える言論や煽動的な言論であれば、憲法上の保護を欠くがゆえに、修正1条の問題をクリアしつつ立法が可能であろう⁽⁹³⁾。しかし、そのような立法になっていると断定できるわけでもないように思われる。また、そもそも犯罪行為の定義が曖昧であるという観点から、言論の自由を侵害しているという批判もある⁽⁹⁴⁾。「激しく、反復的で、かつ敵意のある行動を可能にする」の要件は、基準の策定が困難だと指摘されている⁽⁹⁵⁾。

さらに、この法案では修正1条で保護されている非常に多くの人々が罪を犯すことになることに疑いがなく、多くの人々に萎縮効果を与える、という⁽⁹⁶⁾。立法提案者の意見とは逆方向の主張ではあるが、具体的には、怒った両親の言動といった、犯罪に値しない行動が犯罪行為になりかねない、とか⁽⁹⁷⁾、威圧する、脅えさせる、困らせる、著しい精神的な苦痛、激しく、及び適意のある行動、といった文言についての定義もなく、訴追側に広汎な裁量を与えられている⁽⁹⁸⁾、さらには反復的な行為への限定もない、と指摘される⁽⁹⁹⁾。

以上の不明確性や過度に広汎な規制に関する批判は、ハラスメント規制全体に対する批判にもなり得るものであろう。上記で批判されている「著しい精神的な苦痛」という要件も、ストーキング罪で既に使われている要件ではある。不明確性等の検証を行うに上記の議論のみの検証だけでは不十分である。そこで、ひとまず、これらの批判についてはその存在のみを紹介することにし、別の問題点をみていきたい。

他の角度からこの法案の内容をみると、別の問題点が浮かび上がる。例えば、法案の理由においては、「インターネットの利用によって生じた精神的な問題を抱える患者の54%が、18歳以下であった⁽¹⁰⁰⁾」というように年齢的な議論が行われていたにもかかわらず、この法案には年齢の限定がなく⁽¹⁰¹⁾、学校に関連する問題への限定もない⁽¹⁰²⁾。また、

立法事実である Megan Meier 事件への適用を考えてみても、Drew の行為が直ちに法案の要件に該当するといえるかも定かではない⁽¹⁰³⁾。これに対し、Drew は Megan Meier 事件の後に辛辣なハラスメントを受けたとされており、この法案では Megan Meier を保護するどころか、むしろ、大人である Drew を保護する結果になってしまっているときえ皮肉られている⁽¹⁰⁴⁾。

いずれにしても、より処罰範囲を限定した規定にする必要があると指摘されている⁽¹⁰⁵⁾。

(85) もはや Megan Meier のことを好きではないとして、“the world would be a better place without her in it.”と述べた。

(86) 事件はミズーリ州で起きたが、当時のミズーリ州法にも十分な処罰規定がなかったと判断されたようである。

(87) 正確には、権限なく、又は権限超過が要件である。

(88) 18 U.S.C. § § 1030 (a)(2)(C)及び 1030 (c)(2)(B)(ii), 詳細は U.S. v. Drew, 259 F.R.D. 449 (2009) 参照。

(89) 無権限の解釈を、検察官のように、コンピュータやサーバの管理者へ不利益を与える目的とか同人との契約違反の態様で行為することと解釈する巡回区連邦控訴裁判所の判例もみられたところ、2009 年の第 9 巡回区連邦控訴裁判所の判例 (Brekka 事件) を皮切りに、最近では、第 2、第 4、第 9 の 3 つの巡回区において、一度アクセス権が与えられた以上は、それを明示的に剥奪しておかない限り、契約違反やアクセス権を与えた者等を害する目的があるというだけでは、無権限アクセス罪の成立に必要な無権限を充たさない、という理解がなされており (ただし、第 2 巡回区は寛容性のルールの適用による)、連邦最高裁の判断もなく、Circuit Split がなくなった、と断言はできないものの、Drew 事件の判旨と同様の方向の理解が有力になってきている。以上について詳しくは、拙稿「コンピュータ・データへの無権限アクセスと刑事罰(2)」法協 135 巻 3 号 163 頁以下 (2018)、拙稿「コンピュータ・データへの無権限アクセスと刑事罰(3)」法協 135 巻 4 号 187 頁以下 (2018) も参照。

(90) Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children, *supra* note 3, at 23.

(91) Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children, *supra* note 3, at 23.

(92) Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children, *supra*

- note 3, at 23.
- (93) Meredith, *supra* note 62, at 329-330.
- (94) Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children, *supra* note 3, at 56.
- (95) King, *supra* note 10, at 874.
- (96) Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children, *supra* note 3, at 57.
- (97) Meredith, *supra* note 62, at 330.
- (98) Burrichter, *supra* note 15, at 166.
- (99) Lipton, *supra* note 6, at 1122.
- (100) Megan Meier Cyberbullying Prevention Act, H.R 1966, 111th Cong. § 2 (6) (2009).
- (101) Cyberbullying and Other Online Safety Issues for Children, *supra* note 3, at 67, Meredith *supra* note 62, at 327-328, Lipton, *supra* note 6, at 1122 [被害者が未成年者 (minor) に限定されていない] .
- (102) Burrichter, *supra* note 15, at 153.
- (103) 捜査官は、感情的なハラスメントの目的で行われたものであるとの立証ができなかった、と述べていた (FoxNews.com, Prosecutor: No Criminal Charges in MySpace Suicide, December 03, 2007 (<http://www.foxnews.com/story/2007/12/03/prosecutor-no-criminal-charges-in-myspace-suicide.html>)). それが理由で CFAA での起訴を余儀なくされたのである (Burrichter, *supra* note 15, at 146)。
- (104) 多数の者が Drew に、Drew の住所、電話番号、及び家の衛星写真をインターネットで拡散させ、また、殺すぞという脅迫やキッチンにれんがを投げ入れるなどすることによりハラスメントを行った、という (Burrichter, *supra* note 15, at 165)。
- (105) Burrichter, *supra* note 15, at 177.

② アーカンソー州の立法例

連邦の法案は結局議会を通過しなかったが、連邦と同等以上の処罰範囲を有する規定が、既にアーカンソー州でサイバーいじめ罪として立法されている。アーカンソー州においては、被害者の MySpace アカウントに対するいじめによって自殺をした 12 歳の少女の事件⁽¹⁰⁶⁾を処罰できなかった⁽¹⁰⁷⁾という経過があり、立法へと結びついた⁽¹⁰⁸⁾。

AR ST § 5-71-217 - Cyberbullying

(a) このセクションにおいて、

- (1) 「通信」とは、送受信時の情報の形式又はないようについて変更せずにある人により特定されたポイント間 (between or among) でその人が選択する電子的な情報の通信を意味する。
- (2) 「電子的な手段」とは、ローカルな掲示板サービスに限られず、インターネット・チャット・ルーム、電子メール、ソーシャルネットワークキングサービス、又はオンラインメッセージサービスを含むコンピュータのオンラインサービス、インターネットサービス、電話又はその他の電子的な通信手段を用いることによって作成される、あらゆる種類のテキスト、視覚的、書面、又は口頭の通信を意味する。
- (3) (略、「学校の職員」の定義規定)

(b) 下記の行為をする者はサイバーいじめ罪を犯す者である。

- (1) 他人を追い立てる (frighten)、威圧する (coerce)、脅えさせる (intimidate)、威嚇する (threaten)、酷使する (abuse)、困らせる (harass)、心配させる (alarm) 目的で、電子的な手段により、通信を伝達 (transmit)、送信 (send)、又は投稿 (post) する場合であって、かつ
- (2) 当該伝達が、当該他人への激しい (severe)、反復的で (repeated)、又は敵対的な (hostile) 行動を助長している場合。

(c) (略)

- (d)(1) サイバーいじめは B 級軽罪【注：90 日を超えない拘禁刑及び 1,000\$ を超えない罰金⁽¹⁰⁹⁾】である。
- (2) サイバーいじめは被害者が学校の職員である場合には A 級軽罪【注：1 年を超えない拘禁刑及び 2,500\$ を超えない罰金⁽¹¹⁰⁾】である。

AR ST § 5-71-217 はかなり広い捕捉範囲を有し⁽¹¹¹⁾、違憲の疑いがあるとされている連邦の法案よりも広い処罰範囲を有する⁽¹¹²⁾、とされる。結局、連邦の法案と同じく、この規定に対しても、修正1条が保護する言論までもが犯罪になり得るとして、違憲の疑いがあると評価する声がある⁽¹¹³⁾。

③ 小括

以上からすると、アメリカにおいては、侵害の程度や当事者の限定の可能性といった見地から、処罰範囲の明確化がさらに要請されることになる。以上の規定ないしこれらの規定とほぼ同じ規制態様の規定を参考にする場合には憲法上の疑義に関連した注意を要する。次からは、限定の方法について立法例を参照しながら検討してみることに行いたい。法定刑の調整を行う立法例に関する議論も同時に行いたい。

(106) Young, Online Teasing Leads to Teen's Suicide, kait8.com, (Nov. 24, 2009, 12:40 PM), (<http://www.kait8.com/story/11566204/online-teasing-leads-to-teens-suicide?>).

(107) Rose, *supra* note 3, at 1007.

(108) Brady, *supra* note 3, at 28.

(109) AR ST § 5-4-401, 5-4-201.

(110) AR ST § 5-4-401, 5-4-201.

(111) Brady, *supra* note 3, at 29.

(112) Rose, *supra* note 3, at 1012.

(113) Rose, *supra* note 3, at 1026.

(2) 侵害結果の限定

サイバーいじめというのは、相手方に対して恐怖等の感情を覚えさせる情報を伝達する行為だといえる。その場合、行為態様だけでなく、一定の侵害結果を要件とすることが考えられる。その際には、例えば連邦法のストーキング罪⁽¹¹⁴⁾で考慮されている、(A)死又は重大な肉体的傷害についての合理的な恐怖 (reasonable fear of the death of, or serious bodily injury)、又は(B)著しい精神的な苦痛 (substantial emotional distress)

を要件化するべきか否かが問題となる。この点、次の MD Code, Criminal Law, § 3-805 (b)(2) (メリーランド州) は連邦法のストーキング罪と同様の限定方法を採用しているといえよう。

メリーランド州のサイバーいじめ対策立法

MD Code, Criminal Law, § 3-805. 電子メールの不正使用

・ 定義

(a)

- (1) このセクションにおいて、次の文言は、次に示される意味を有する。
- (2) 「電子的な通信 (Electronic communication)」とは、コンピュータ又はその他の電子的な手段を用いることによる、人に送信され、及び人により受信される情報、データ、又は通信の伝達を意味する。
- (3) 「インタラクティブコンピュータ・サービス」とは、情報サービス、情報システム、又は複数のユーザによるコンピュータ・サーバへのコンピュータアクセスを提供又は可能にするアクセスソフトウェアプロバイダを意味し、インターネットへ及び携帯電話へのアクセスを提供するシステムを含む。

・ 禁止されること

(b)

- (1) 他人を心配させる (alarm)、又は著しく悩ませる (annoy) 電子的な通信を介して、悪意をもって行為 (in a course of conduct) を行ってはならない。
 - (i) 当該他人を困らせる (harass)、心配させる (alarm)、若しくは悩ませる (annoy) 意図をもって
 - (ii) 当該他人により、又は当該他人に代わって、行為を止めるようにいう、合理的な警告又は要求を受領した後に
 - (iii) 適法な目的を有しないこと

(2) 次のいずれかの意図を有して、重大な精神的苦痛を未成年者に与えるか、又は死若しくは重大な身体的傷害についての合理的な恐怖の下に未成年者を置く行為を、悪意をもって行うために、インタラクティブ・コンピュータ・サービスを利用してはならない。

(i) 当該未成年者を殺す、傷を負わせる、又は当該未成年者に重大な精神的苦痛を惹起させる

(ii) 当該未成年者を死、又は重大な身体的傷害についての合理的な恐怖の下に置く

・セクションの構造

(c) (略)

・例外

(d) このセクションの(b)(1)は、政治的な見解の表現、又は他人に情報を提供することを意図した平和的な活動には適用されない。

・罰

(e) このセクションに違反する者は軽罪で有罪であり、かつ、1年以下の拘禁刑若しくは 500 \$ 以下の罰金、又は双方を併科する。

しかし、サイバーいじめの典型的な被害は何であることを考えてみると、(A)の類型は、サイバーいじめには使いづらい。なぜなら、サイバーいじめは物理的な暴力の直接的な主張なしに⁽¹¹⁵⁾、感情的及びレピュテーションへの攻撃として行われることが往々にしてあり⁽¹¹⁶⁾、それゆえにオンラインの文脈では身体的な傷害へ直結する言論は多くなく、これに侵害結果を限定しても実効性は見込めないからである⁽¹¹⁷⁾。この点、下記のアラスカ州のハラスメント罪の規定をみると、サイバーいじめの処罰規定として理解される AS § 11.61.120 (a)(7)⁽¹¹⁸⁾ (2014年に追加、次頁参照) は、物理的な傷害について合理的な恐怖の下に置く、という要件があるが、まさにここでの疑問、すなわち捕捉範囲が十分であるか否かについて、疑問が呈されよう。そこで、(B)の方

向性で考えていくことが考えられる。ただし、(B)、すなわち、「著しい精神的な苦痛 (substantial emotional distress)」を要件とする連邦の法案に対しては、処罰範囲が広すぎる、という批判がなされていることは既に述べた。

もっとも、(A)を要件とする場合であっても、これを加重犯罪の加重のための要件にすることが考えられ、その場合には処罰の隙間は生じない。例えば、アイオワ州のハラスメント罪 (I.C.A. § 708.7⁽¹¹⁹⁾) を挙げることができる。アイオワ州では、原則的にハラスメント罪は単純軽罪であるが、例えば、身体的傷害を加えたとの脅迫に係るハラスメントを犯した場合には、重軽罪となる。立法方法としてはこの方法が1つの合理的な方法かもしれない。

AS § 11.61.120. Harassment in the second degree

(B 級軽罪 (AS § 11.61.120 (b)))

(a)(1)から(6)まで省略

(7) 物理的な傷害について合理的な恐怖の下に置く態様で、反復して、18 歳未満の者を侮辱する、なじる、喧嘩をふっかける、脅えさせる電子的通信を送信又は公開する

(114) 本稿ではストーキング罪を検討の対象とするものではないが、連邦法のストーキング罪の規定については本稿末尾参照。

(115) King, *supra* note 10, at 872.

(116) Fertik & Thompson, *supra* note 12, at 106.

(117) King, *supra* note 10, at 872, Brenner & Rehberg, *supra* note 13, at FN 109.

(118) 2013 AK S.B. 128 (NS), 2013 Alaska Senate Bill No. 128, Alaska Twenty-Eighth Legislature - Second Session, ALASKA COMMITTEE REPORT (February 19, 2014) では、次のように立法趣旨が紹介されている。「技術やソーシャルメディアの発展に伴い、電子的手段によるハラスメント、又は“サイバーいじめ”が、ますます広くなされるようになってきている。我々の現在の法律は、いくつかの形式での学校システムにおけるいじめ (bullying) を許容している。しかし、学校の所有地内や学校の

所有地の近くで全てのいじめが行われるわけではない。SB128 (この法案) は、学校システム外における処罰を許容するものであり、18歳未満の者の電子的通信によるハラスメントをB級軽罪にするものである。」さらに、2013 AK S.B. 128 (NS), 2013 Alaska Senate Bill No. 128, Alaska Twenty-Eighth Legislature - Second Session, ALASKA COMMITTEE REPORT (February 19, 2014) [MR. STEINER 発言。(少年のサイバーいじめをターゲットにしている。)] や、2013 AK S.B. 128 (NS), 2013 Alaska Senate Bill No. 128, Alaska Twenty-Eighth Legislature - Second Session, ALASKA COMMITTEE REPORT (March 07, 2014) [MS. CARPENETI 発言] も参照。

(119) I.C.A. § 708.7. Harassment

1. a. 他人を脅えさせる (intimidate)、困らせる (annoy)、心配させる (alarm) 意図で次に掲げるいずれかに該当する場合には、その者はハラスメントを行うことになる。
 - (1) 電話、テレグラフ、書面、又は電子的な通信により、正当な目的なく、かつ他人を困らせる又は傷付ける (harm) 原因になりそのような態様で、当該他人とコミュニケーションを行う
 - (2) 他人の占有する、建造物、自動車、飛行機、鉄道のエンジン若しくは鉄道車両、又は船 (boat) の内部又は近くに、爆発物又は放火を装った装置 (device) を置く
 - (3) 他人の名義で商品又は役務を注文する、又は他人に、当該他人に知らせず、又は同意を得ずに、商品又は役務を配達させる
 - (4) 後記の情報が虚偽であることを知りながら、他人が何らかの犯罪活動に関わっているという虚偽の情報を法執行機関に報告する、若しくは、そのような虚偽の情報が法執行機関に報告される原因を作る、又は後記の行為が発生しなかったことを知りながら、犯罪行為の発生を主張する報告を行う
- b. 他人を脅迫し (threaten)、脅えさせ、又は心配させる (alarm) 意図で、わざと (purposefully) かつ正当な目的なく、他人と個人的な接触を有する場合に、その者はハラスメントを行うことになる。このセクションにおいては、特に別の意味が指定されない限り、「個人的な接触」は、2人以上の人が視覚的又は物理的に互いに近接している状態で遭遇することを意味する。「個人的な接触」には、物理的な接触 (touching) 又は口頭のやり取り (communication) が含まれ得るものの、それが必要なわけではない。
2. a. 強制的重罪 (forcible felony) を犯すための脅迫に係するハラスメントを犯す、又はハラスメントを犯し、かつ、ここ10年の間で、以前にこのセクション若しくは類似の法律の下で、ハラスメントで3回以上有罪の判断を受けた者は、1級ハラスメントを犯す者

である。

- b. 1 級のハラスメントは加重軽罪 (aggravated misdemeanor) 【注：2 年を超えない拘禁刑及び 625\$ 以上 6,250\$ 以下の罰金】である。
- 3. a. 身体的傷害 (bodily injury) を加えるとの脅迫に係るハラスメントを犯す、又はハラスメントを犯し、かつ、以前に、ここ 10 年の間で、このセクション若しくは類似の法律の下で、ハラスメントで 2 回有罪の判断を受けた者は、2 級ハラスメントを犯す者である。
- b. 2 級ハラスメントは重軽罪 (serious misdemeanor) 【注：1 年を超えない拘禁刑若しくは 315\$ 以上 1,875\$ 以下の罰金又はこれの併科】である。
- 4. a. その他のあらゆるハラスメントは 3 級ハラスメントである。
- b. 3 級ハラスメントは単純軽罪 (simple misdemeanor) 【注：30 日を超えない拘禁刑若しくは 65\$ 以上 625\$ 以下の罰金又はこれの併科】である。
- 5. (略)

(3) 「反復して (repeatedly)」の要件の是非

次に行為態様の観点からの限定が考えられる。ここでは「反復して」の要件を持つ州があることに着目したい。連邦の法案に対して、同法案では即時的な興奮から出てくる特徴のない一度きりの行動でも捕捉され得ることになってしまうという批判があった⁽¹²⁰⁾。反復性を重視する議論だといえる。そして、前述のアラスカ州の AS § 11.61.120 (a)(7) は「反復して」を要件とする。同規定が捕捉する行為態様は電子的通信の送信又は公開である。公開にはソーシャルメディアへの投稿が含まれる⁽¹²¹⁾。ただし、サイバーいじめの特徴として第 3 2(3)②で述べた侵害の持続性に照らせば、1 回きりのソーシャルメディアへの投稿に関しても、投稿がなされれば持続的な侵害が惹起されかねない。そうすると、持続的な侵害が生じるような場合に限定することには一定の合理性があるように思われるものの、持続的な侵害を惹起するために常に反復的な行為が必要であるとはいえず、行為の反復を要求するような態様（秘密通信である email のような場合）と、行為の反復が不要な場合とを分けることもあり得る。もっともアメリカのサイバーいじめ

に関する立法状況の分析だけからはこの点の検討が十分にはできないので、反復性を要件とする州とそうでない州が混在することを指摘するに留めておく。

(120) Lipton, *supra* note 6, at 1122.

(121) 2013 AK S.B. 128 (NS), 2013 Alaska Senate Bill No. 128, Alaska Twenty-Eighth Legislature - Second Session, ALASKA COMMITTEE REPORT (March 03, 2014) [Senator Kevin Meyer 発言]。

(4) 当事者の属性

サイバーいじめが主に教育環境において起きる現象であることや、未成年者のせい弱性に着目すれば、被害者の属性（下記①、②）、行為者（加害者）（下記③）といった事項に着目して規制態様を区別するという立法方法が考えられる。

① 被害者の年齢（ないし学生か否か）に着目する場合

まず、コロラド州においては、18歳未満の者（minorをそう定義している）に対するハラスメントに特化した立法提案がなされたが（C.R.S.A. § 18-9-111.5の立法提案）、これは通らなかった⁽¹²²⁾。

一方で、複数の州で被害者の年齢に着目した立法が行われている。例えば AS § 11.61.120 (a)(7)（アラスカ州）は18歳未満の者に着目する。立法趣旨においては、サイバーいじめによる若者の自殺が増加していることや、学校に通う年齢の子供に対するサイバーいじめが既に多く存在することが指摘されていた⁽¹²³⁾。LSA-R.S. 14:40.7（ルイジアナ州⁽¹²⁴⁾）は、18歳未満の者のみをサイバーいじめ罪の客体とする。未成年者（minor）であることを要件とする規定を持つメリーランド州（MD Code, Criminal Law, § 3-805 (b)(2)⁽¹²⁵⁾）や、学生であることを要件とする規定を持つケンタッキー州（KRS § 525.080）の規定⁽¹²⁶⁾も同様といえる。

また、V.A.M.S. 565.090（ミズーリ州）は、被害者の年齢が17歳以下の者であって、かつ21歳以上の行為者の場合に刑を加重している。U.C.A. 1953 § 76-9-201（ユタ州）も被害者の年齢が17歳以下である場

合に刑を加重する⁽¹²⁷⁾。V.T.C.A., Penal Code § 42.07 (テキサス州) も同様に、ハラスメント罪を原則的に B 級軽罪にしつつも、被害者が 18 歳未満であって被害者に自殺をさせる意図等を有する場合には A 級軽罪に格上げする⁽¹²⁸⁾。さらに、18 Pa.C.S.A. § 2709 (ペンシルバニア州) の規定も、ハラスメント罪を原則としてサマリーオフENSEスにしつつ、被害者が子どもの場合には 3 級軽罪に格上げしている⁽¹²⁹⁾。

若年層の精神的未成熟さに基づく類型的ぜい弱性 (自己防衛のつたなさ)、及びサイバーいじめの典型的事案では若年層が被害者になるといったことを強調する立法という場合には、年齢等を要件化することによって一定の理由があることになるだろう。

② 被害者の年齢以外の属性に着目する場合

① に対し、サイバーいじめの定義論 (第 2) でも述べたが、被害者は、学生に限られるわけではなく、学校の職員が被害者になることもある。この点を考慮した立法も考えられる。

まず、ネヴァダ州の N.R.S. 392.915⁽¹³⁰⁾ は、客体を限定列挙しながらも、生徒と学校の従業員とを併記して同等に取り扱っている。これに対し、法定刑に差をつけることも考えられ、前述のアーカンソー州のサイバーいじめ罪 (AR ST § 5-71-217 (d)(2)) は、その法定刑を、原則として、B 級軽罪 (90 日以下の拘禁刑又は 1,000\$ 以下の罰金) としつつも、被害者が学校の職員の場合には A 級軽罪 (1 年以下の拘禁刑又は 2,500\$ 以下の罰金) に加重する⁽¹³¹⁾。

このような学校の職員を被害者とする場合に刑を加重するという規定につき、良好な教育環境の維持に対する侵害を考慮する場合には、刑の加重を正当化し得るように思われるが⁽¹³²⁾、学生のぜい弱性を考慮すると逆の方向の議論にもなり得ること⁽¹³³⁾に注意が必要だと思われる。

③ 加害者の年齢に応じた法定刑の調整等

加害者の年齢に応じた法定刑の調整が立法されることがあり、それはノースカロライナ州法⁽¹³⁴⁾、ミズーリ州法⁽¹³⁵⁾にみられる。

刑の調整以外の手続が予定されることもある。例えば N.

J.S.A.2C:33-4.1 (ニュージャージー州) はサイバーハラスメント罪としての立法であるが、年齢に応じて刑罰を加重するだけでなく、条件を付せるようにする工夫をしている⁽¹³⁶⁾。条件の内容はプログラムの受講であるが、これを受けさせることについて親又は後見人にも不履行に対する罰金の制裁を課すこと⁽¹³⁷⁾で履行を促す制度になっている。また、18 Pa.C.S.A. § 2709(a-1)(2)(i) (ペンシルバニア州) においては、子どもに対するサイバーハラスメント罪において、加害者が未成年の場合にサイバーハラスメントに関する教育プログラムを受けることを命じることができるとする。ノースカロライナ州においても、プロベイション等へ入る手続が用意されている⁽¹³⁸⁾。

④ 小括

サイバーいじめ自体が多義的であるので、州法の規定方法も多様になるのは、調査の結果としては違和感がないものの、統一的な議論は困難になっている。ハラスメント罪等の他の規定との棲分けを考える必要もあり、どのような立法方法が妥当かを論じることは容易ではない。もっとも、いじめ固有の発想として、自由刑や罰金刑のみで問題の解決ができないという議論も必要である。その観点からすると、例えば、法律効果としてプログラムの受講の強制を行えるようにするというニュージャージー州の立法例は参考になるといえよう。

(122) CO H.R. Jour., 2015 Reg. Sess. No. 38, Colorado House Journal, February 13, 2015, 254-255.

(123) 2013 AK S.B. 128 (NS), 2013 Alaska Senate Bill No. 128, Alaska Twenty-Eighth Legislature - Second Session, ALASKA COMMITTEE REPORT (March 03, 2014) [MS. MORELY 発言]。

(124) LSA-R.S. 14:40.7 Cyberbullying

A. サイバーいじめとは、18歳未満の者を威圧する、虐待する、苦痛を与える、又は脅えさせることについて悪意のある及び故意の (willful) 意図をもって、電子的なテキストの、視覚的、又は口頭のコミュニケーションの伝達である。

B. このセクションの目的に照らし、

(1) ケーブルオペレータ (cable operator) とは、ケーブルシステム

上のケーブルサービスを提供し、かつ、直接的に、若しくは、1 若しくは 2 以上の提携会社（affiliates）を介して、そのようなケーブルシステムにより大きな（significant）利益が帰属する、又は何らかの取決め（arrangement）により、そのようなケーブルシステムの管理及び運営を支配している、若しくは、管理及び運営に責任を有する、人又は人的集団のことをいう。

- (2) 電子的テキストの、目に見える又は口頭の通信とは、コンピュータ・オンライン・サービス、又はその他の電子的な通信手段の利用により確立された、あらゆる種類の通信のことをいい、ローカルな掲示板、インターネット・チャット・ルーム、email、ないしオンラインメッセージングサービスを含むがこれらに限られない。
- (3) インタラクティブコンピュータ・サービスとは、複数のユーザによるコンピュータ・サーバへのコンピュータのアクセスを提供又は可能にする、あらゆる情報サービス、システム又はアクセスソフトウェアプロバイダのことをいい、インターネットへのアクセスを提供するサービス又はシステム、及び図書館若しくは教育機関により運営されるシステムやそれらにより提供されるサービスを含む。
- (4) テレコミュニケーションサービスとは、当該設備の使用の有無にかかわらず、料金を取って公衆に直接的にテレコミュニケーションを提供することをいう。

C. このセクションの規定に基づいて行われた犯罪は、通信が、最初に送信された場所、最初に受信された場所、又は最初に誰かに閲覧された場所で行われたものとみなされ得る。

D. (1) このセクションの(2)に規定される場合を除き、サイバーいじめ罪を犯した者は、500\$ 以下の罰金、6 月以下の拘禁刑又は双方の併科とする。

(2) 行為者が 17 歳未満の場合、事件の処分は、Title VII of the Children's Code. の規定のみによってなされる。

E. このセクションの規定は、このセクションの規定で定義されるインタラクティブコンピュータ・サービス、テレコミュニケーション・サービス、又はケーブルオペレータには適用されないものとする。

F. このセクションの規定は、ルイジアナ州憲法 Article I, Section 8 に基づく宗教的な自由な言論を禁止又は制限するように解釈されてはならない。

(125) メリーランド州では、2013 年の法改正（Acts 2013, c. 369, § 1, eff. Oct. 1, 2013）によって、未成年者を被害者とする規定（§ 3-805 (b)(2)）が追加された。この改正法は Grace Law と呼ばれているが、隣人により、オンラインで、度重なる、悪意のあるハラスメントを受け続けた結果、自殺をしてしまった当時 15 歳の Grace McComas の名に由来する。この点に

ついて詳しくは、メリーランド州政府の HP を参照されたい (<http://mgaleg.maryland.gov/webmga/frmMain.aspx?pid=billpage&stab=02&id=hb0396&tab=subject3&ys=2013RS>)。

(126) KRS § 525.070 Harassment

- (1) 他人を脅えさせる、困らせる、不安にさせる、又は心配させる意図で次のいずれかに該当する者は harassment で有罪である。
 - (a) 当該他人を叩く、押す、蹴る、又はその他の方法で物理的接触にさらす
 - (b) 当該他人を叩く、押す、蹴る、又はその他の方法で物理的接触にさらすことを試みる、又はそうすると脅迫する
 - (c) 公共の空間で、現在する者に対して、攻撃的で粗野な言説、ジェスチャ、又は攻撃的な言葉を表示、若しくは浴びせる
 - (d) 公共の場所において、又は近辺で、人を追いかける
 - (e) 当該他人を心配させる若しくは深刻に困らせる行為を行うか若しくは反復してそのような行為を遂行し、かつこれに正当な目的がない場合
 - (f) 地方の学区に学生として記録されており、かつ学校の所有地、学校が協賛する交通機関において、又は学校が協賛するイベントにおいて、
 1. 他の学生の財産を損壊又はこれのセフトを行う
 2. 学校の業務を大幅に混乱させる、又は
 3. 当該状況下で、他の学生を物理的な害悪、脅迫、屈服、又は、困惑への恐怖にさいなまれる状況にする、と合理的な者であればわかる、ジェスチャ、書面のコミュニケーション、口頭の供述、又は物理的行為を手段として、敵対的な環境を作る
- (2)(a) このセクションの(b)において定められる場合を除き、ハラスメントは違反 (violation) 【250\$を超えない罰金 (KRS § 532.020, KRS § 534.040 (2)(c))】である。
- (b) このセクションの(1)(a)で定義されるハラスメントは、B級軽罪【注：90日を超えない拘禁刑及び250\$を超えない罰金 (KRS § 532.090 (2), KRS § 534.040 (2)(b))】である。

KRS § 525.080 Harassing communications

- (1) 他人を脅えさせる、困らせる、悩ませる、又は心配させる意図をもって、次のいずれかの行為をする者は、harassing communications で有罪である。
 - (a) 匿名で、又はその他の方法で、電話、テレグラフ、メール、又はその他の電子的若しくは書面の通信の形式により、悩み又は心配を惹起する態様で人と通信をし、正当な通信を全く提供しない場合
 - (b) 正当な通信の目的なく、会話がその後成立するか否かを問わず、電話の呼出しをする場合

- (c) 地方の学区の学生として記載されており、他の学校の学生と、又は他の学校の学生について、匿名又はその他の方法で、電話、インターネット、テレグラフ、メール、又はその他の電子的若しくは書面の通信の形式により、当該状況下で、当該他の学生が、物理的な害、脅迫、屈辱、又は困惑への恐怖にさいなまれることになることが合理的な者であればわかる態様で通信をし、正当な通信を全く提供しない場合
- (2) Harassing communications は B 級軽罪【注：90 日を超えない拘禁刑及び 250\$ を超えない罰金（KRS § 532.090 (2), KRS § 534.040 (2)(b))】である。
- (127) 原則 B 級軽罪（U.C.A. 1953 § 76-9-201 (3)(a)(i)）→原則 A 級軽罪（U.C.A. 1953 § 76-9-201 (3)(b)(i)）。
- (128) V.T.C.A., Penal Code § 42.07 (c)(2)(A)参照。この部分は 2017 年改正で挿入された（2017 Tex. Sess. Law Serv. Ch. 522 (S.B. 179) (VERNON'S)）。
- (129) 18 Pa.C.S.A. § 2709 (c)(1), (2)参照。
- (130) N.R.S. 392.915.
1. 何人も口頭、書面、又は cyber-bullying の利用による場合を含むがこれに含まれない電子的通信により、情を知って、学区又はチャータースクールの生徒又は職員を、次のいずれかの意図をもって、身体的な害（bodily harm）又は死を惹起させるとして脅迫してはならない。
 - (a) 学区又はチャータースクールの生徒又は職員を、脅えさせる、困らせる、追い立てる、心配させる、又は苦しめる
 - (b) パニック又は精神的な動揺を惹起する
 - (c) チャータースクールを含むがこれに限られない、公立学校の業務を妨害する
 2. より重い刑が特定の規定により規定されていない限り、サブセクション 1 の規定に違反する者の法定刑は次の通りとする。
 - (a) (b) の規定が適用される結果が生じていない場合には、軽罪【筆者注：1,000\$ 以下の罰金若しくは 6 月以下の群刑務所への拘禁刑又はこれらの併科（N.R.S. 193.120.3）】。
 - (b) 当該脅迫が、次のいずれかを惹起する場合には、重軽罪【筆者注：364 日以下の群刑務所への拘禁刑若しくは 2,000\$ 以下の罰金又はこれらの併科（N.R.S. 193.140）】
 - (1) 脅迫の対象が学区又はチャータースクールの生徒又は職員であり、脅えさせられる、困らせられる、追い立てられる、不安にさせられる、又は苦しめられる状態にさせられる
 - (2) パニック又は精神的な動揺
 - (3) チャータースクールを含むがこれに限られない、公立学校の業務への妨害
 3. このセクションにおいて、

- (a) “Cyber-bullying” は NRS 388.123 におけるその意味を持つものとみなす。
- (b) 口頭、書面、又は電子的な通信には、次のいずれかのものを含むが、これらに限られない。
 - (1) 手紙、メモ、又はその他の種類の書面による通信文
 - (2) 人又は郵便若しくは配達サービスにより配達されるメールアイテム又はパッケージ
 - (3) テレグラフ若しくは有線サービス又はその他の類似の通信手段
 - (4) 電話、携帯電話、衛星電話、ページ若しくはファクシミリマシン又はその他の類似の通信手段
 - (5) 無線、テレビ、ケーブル、有線、無線、衛星、その他のオーディオ若しくはビデオ放送若しくは伝達又はその他の類似の通信手段
 - (6) オーディオ若しくはビデオの記録若しくは複製又はその他の類似の通信手段
 - (7) email のアイテム、モデム、若しくはコンピュータ・ネットワーク若しくはインターネット、又はその他の類似の通信手段
- (131) 法定刑については AR ST § 5-4-401.
- (132) N.R.S. 392.915.2 (b)(3) (ネヴァダ州) は、公立学校の業務への妨害が発生した場合には、重軽罪に刑を加重している。
- (133) ①で述べたように一定の年齢の者のみを客体とする規制はその現れである。
- (134) N.C.G.S.A. § 14-458.1. 行為者が 18 歳以上であれば 1 級軽罪、18 歳未満であれば 2 級軽罪 (N.C.G.S.A. § 14-458.1 (b) 参照)。
N.C.G.S.A. § 14-458.1
 - (a) この規定 (Article) により不法とされる場合を除き、何人も、次の目的でコンピュータ又はコンピュータ・ネットワークをする場合には不法である。
 - (1) 未成年者を脅えさせる又は困らせるという意図を有して次のことを行うこと
 - a. フェイクプロフィール又はフェイクウェブサイトを構築する
 - b. 次の場で未成年者を装う
 - 1. インターネット・チャット・ルーム、2. 電子的メールメッセージ、若しくは、3. インスタントメッセージ
 - c. オンラインで未成年者を追いかける又はインターネットチャットルームにまで未成年者を追いかける
 - d. 未成年者に関わる私的な、個人的な、又は性的な情報を、投稿する、又は他人が投稿することを促進する【この項は内容規制であり、厳格な基準で求められる事項を充たしていないとして修正 1 条に違反する、というノースカロライナ州最高裁の判断 (State v. Bishop,

787 S.E.2d 814 (2016)) が出ている。】

- (2) 未成年者又はその両親若しくは後見人を脅えさせる又は困らせる意図をもって
 - a. インターネット上で未成年者の実際の画像又は修正された画像を投稿する
 - b. パスワードで保護されたアカウントへの侵入又はパスワードを盗む若しくはその他のパスワードへのアクセスを含む、コンピュータ・ネットワーク、コンピュータ・データ、コンピュータ・プログラム、又はコンピュータ・ソフトウェア、へのアクセスを変更、又は消去する
 - c. email 又はその他の伝達を含む、未成年者への反復的、継続的、又は持続的な電子的な通信のためにコンピュータ・システムを利用する
- (3) 真実か否かにかかわらず、第三者に未成年者をストークする、又は困らせる行為を即座に唆することを意図して、そのような唆しを内容としているような事柄を述べることを
- (4) 未成年者を脅えさせる又は困らせる目的で、当該未成年者に関わるデータの無権限コピーをコピーする及び拡散する、又は作成されるようにする（形式は、プリントされた、又はコンピュータ若しくはコンピュータ・ネットワーク内に存在する、これらにより通信される、若しくはこれらにより作成されるコンピュータ・データ、コンピュータ・プログラム、若しくはコンピュータ・ソフトウェアを含むがこれに限られない）
- (5) 未成年者を脅えさせる又は困らせる意図をもって、インターネットのポルノサイトに未成年者を登録する
- (6) 未成年者を脅えさせる又は困らせる意図をもって、未成年者又は未成年者の両親若しくは後見人による権限の付与なく、ジャンク電子メッセージ及びインスタントメッセージを受信するようなメーリングリストに未成年者を登録する
- (b) このセクションに違反する者は、cyber-bullying で有罪である。同罪は、被告人が犯罪行為時に 18 歳以上である場合には 1 級軽罪【45 日以下の community punishment（前科なき場合）及び（裁判所の裁量に基づく）罰金（N.C.G.S.A. § 15A-1340.23）】として可罰的である。被告人が犯罪行為時に 18 歳未満である場合には、同罪は、2 級軽罪【注：30 日以下の community punishment（前科なき場合）及び最大 1,000\$ の罰金（N.C.G.S.A. § 15A-1340.23）】として可罰的である。
- (c) このセクションの下での犯罪について有罪答弁をし、若しくは有罪であって、かつ当該犯罪が当該人が 18 歳になる前に犯されたものである場合にはいつでも、裁判所は、有罪判決に入らず、かつ被告人の同意を

得て、さらなる手続を延期し、そして、当該裁判所が要求する合理的な条件を付して、被告人をプロベクションに置くことができる。このサブセクションにおいて提供されているプロベクションの条件を充たしている場合、当該裁判所は、被告人を釈放し、被告人に対する手続を却下するものとする。このセクションの下での釈放及び却下は、有罪の裁判なくしてなされるものとし、このセクションの目的、又はある犯罪の有罪についての法律により課される資格はく奪若しくは制限の目的のために、有罪とみなされてはならない。このサブセクションに従い釈放及び却下をする場合、その者は、G.S.15A-146に規定される手続及び要求に従い、釈放及び却下に結びついた手続の完全な記録を消去する命令の適用を受け得る。

(135) V.A.M.S. 565.090. ただし、「21歳以上の者による、17歳以下の者に対する行為の場合」としており、被害者の年齢も要件となる。

V.A.M.S. 565.090. Harassment

1. 以下のいずれかを行う者はハラスメント罪を犯すものである
 - (1) 情を知って、他人に対し、重罪を行うとの脅迫をし、それによって、当該他人を追い立てる、脅えさせる、又は当該他人に精神的な苦痛を惹起させる
 - (2) 他人とコミュニケーションをとる際、情を知って、通常的感覺を持つ者にとって攻撃的な、粗野な言葉を用いて、それによって、当該者を、攻撃的な物理的接触又は侵害を合理的な不安の下に置く
 - (3) 情を知って、匿名での電話の呼出し又は電子的な通信により、他人を追い立てる、脅えさせる、又は他人に著しい苦痛を惹起させる
 - (4) 情を知って、17歳以下である、又は17歳以下と称する他人とコミュニケーションをとって、それによって、かつ正当な理由なくして、無謀に、当該他人を追い立てる、脅えさせる、又は他人に著しい苦痛を惹起させる
 - (5) 情を知って、反復的に、欲せられないコミュニケーションを他人ととる
 - (6) 正当な理由なくして、他人を脅えさせる、脅えさせる、又は他人に著しい苦痛を惹起させる、他人を追い立てる、脅えさせる、又は他人が著しい苦痛をもつような状態を惹起する目的で、その他の行為を行い、当該行為への当該他人の応答がその者の年齢を考慮すると、平均的な感覺を持つ者によるものである
2. Harassment は A 級軽罪【注：1年を超えない拘禁刑、及び1,000\$を超えない罰金 (V.A.M.S. 558.011.(5), V.A.M.S. 560.016.1(1) (原則的なルール))】である。ただし、次のいずれかの場合には、harassment は D 級重罪【注：4年を超えない拘禁刑、5,000\$を超えない罰金 (V.A.M.S. 558.011.(4), V.A.M.S. 560.011.1(1) (原則的なルール))】である。

- (1) 21 歳以上の者による、17 歳以下の者に対する行為の場合
- (2) 有罪答弁を以前にした者、又は以前にこのセクションの違反若しくはこの州でなされた場合における州の群若しくは市の条例、州法、連邦法、又は軍法の罪で有罪と判断された者は、このサブセクションに列挙されている犯罪の違反として、処罰され、又は起訴され得る。

3. このセクションは、連邦、州、群、又は市の法律の違反の捜査に携わっている連邦、州、群、市、又は軍の法執行職員の活動には適用されない。

(136) 規定は次のとおり。N.J.S.A. 2C:33-4.1.

b. Cyber-harassment は、行為者が犯罪時に 21 歳以上でなく、かつ未成年者を cyber-harass する目的で未成年者になりすます場合でないには 4 級犯罪であり、このような場合には 3 級犯罪である。

c. 16 歳未満の未成年者が cyber-harassment で非行と判断される場合には、裁判所は、判決に、当該未成年者は、親又は後見人の付き添いの下、十分な態様で、下記のうちのいずれか又は双方を完遂すべしとの条件を付けることができる。

- (1) サイバーハラスメント行為への傾向を抑制することが意図されたクラス又はトレーニングプログラム
- (2) サイバーハラスメントに関係する危険への覚知を導くことが意図されたクラス又はトレーニングプログラム

(137) N.J.S.A. 2C:33-4.1.

d. サブセクション c に基づいて裁判所により課された条件に従わない親又は後見人は、風俗を乱す者 (disorderly person) であり、初めの犯罪について 25\$ 以下、その次以降は、100\$ 以下の罰金に処される。

(138) N.C.G.S.A. § 14-458.1 (c) (前掲注 (134))

(5) キャンパス内外 (oncampas/offcampas) の理論とサイバーとの関係

サイバーいじめが教育現場において行われるものであるとすると、その現場における学生の言論の自由の限界が問題となり得る。学生に対する学校の処分の可能性が問題になった Tinker 事件はキャンパス内の言論に焦点を当てた判断であったし⁽¹³⁹⁾、Morse 事件は学校が協賛している場合にも学校による処分を可能とした⁽¹⁴⁰⁾。いずれにしてもキャンパス内+ α という限定があるといえる。このようなキャンパス内+ α という限定が有効な指標なのであれば、罰則を考える際にも考慮される要素となろう。

この点を意識したと思われる規定が次に示すアイダホ州法の規定(I.C. § 18-917A)である⁽¹⁴¹⁾。この規定は「学校内」の要件を持つ点に特徴がある⁽¹⁴²⁾。「学校の所有地上に現在するか又は学校の活動における」という要件は、上記の Morse 事件の連邦最高裁の判断と整合的といえよう。

アイダホ州におけるサイバーいじめ対策立法

I.C. § 18-917A

- (1) 学校の所有地上に現在するか又は学校の活動における、生徒又は未成年者は、意図的に、他の生徒に対するハラスメント行為、おびえさせる行為又はいじめ行為を遂行する、又は遂行することを共謀してはならない。
- (2) このセクションにおいて、「ハラスメント、おびえさせる又はいじめ」とは、学生による、次のいずれかを充たす、あらゆる意図的なジェスチャ、又は意図的な書面、口頭、若しくは物理的な行為又は脅迫を意味する。
 - (a) 次のいずれかの結果を生むだろうことを、合理的な者が、当該状況において知るだろうもの
 - (i) 学生を害する
 - (ii) 学生の財産へ損害を与える
 - (iii) 学生の身体への害に関する合理的な恐怖の下に当該学生を置くこと
 - (iv) 学生の財産への害に関する合理的な恐怖の下に当該学生を置くこと
 - (b) それが、学生にとって、威嚇的で、脅迫的で、又は侮辱的な影響を与える教育環境を生成するのに十分に過酷、連続的で、又は広汎であるもの

ハラスメント行為、脅えさせる行為、又はいじめ行為は、陸線、車載電話、若しくは無線電話の利用、又はコンピュータ、

コンピュータ・システム、若しくはコンピュータ・ネットワークによりアクセスされるデータ若しくはコンピュータ・ソフトウェアの利用によっても実行され得る。

(3) 自らこのセクションの規定に違反した者は、違反罪になり得る。

しかし、サイバーいじめの刑事立法の文脈でキャンパス内+ α で行われた行為に限定するべきだとすることには疑問があり得る。というのは、電子的な通信を用いる場合には、問題となる行為が学校の活動におけるそれであるか否かが重要だとはいえない場合もあり得るからである。そもそもサイバーいじめは、明確に学校外における場においても、学校内におけるいじめの延長線上のコミュニケーションを可能にする点にその危険性があるといえる⁽¹⁴³⁾。現に、既に述べたように、サイバーいじめは家のコンピュータから行われることが多い(第3 2 (1))。そうすると、サイバーいじめの処罰を学校内における行為に限ることに合理的理由はないとも考えられる。関連し、アイダホ州法の規定は、I.C. § 18-917A (2)最終文において、サイバーの文脈におけるいじめ行為も要件を充たし得ることを確認しているが、「学校内」の要件との関係が明瞭ではない。

さらに、キャンパス内+ α に限定すると、そもそも連邦のサイバーいじめ対策法案の契機となった Megan Meier 事件の被害者さえも保護できない等⁽¹⁴⁴⁾、規制から外れる行為が多く出てくると評価されることになる⁽¹⁴⁵⁾。結局のところ、対象行為をキャンパス内の行為に限定すべきではないといえそうである。

現に、他の州の規定をみると、アイダホ州法の規定と異なり、例えばアーカンソー州の規定は行為が学校教育の文脈で行われるか否かという点を考慮しておらず⁽¹⁴⁶⁾、また、ケンタッキー州の規定(KRS § 525.080⁽¹⁴⁷⁾)も通信が学校の所有地外で行われた場合も捕捉し得る⁽¹⁴⁸⁾と明示的に説明されている。とりわけ、ケンタッキー州の規定は、ハラスメント通信とは別に一般のハラスメント規制(KRS § 525.070⁽¹⁴⁹⁾)

を有しており、そこでは、実質的に学校内の要件を用いていることと比較すれば、通信に関しては、別の行為態様で規制すべきであるという考えの下に立法したことがうかがえる。ケンタッキー州の規定は、ハラスメントの一類型としていじめを位置付けているがゆえにいじめ規制としては徹底していないと批判されもするが⁽¹⁵⁰⁾、サイバーの特徴に即応し得るような規制であるとはいえ、その意味では1つの合理的な立法方法だと考える。

以上からすれば、サイバーの特徴ということを考えれば、キャンパス内外を基準とした限定は罰則の観点からは不要であるべきだといえそうである。

(139) King, *supra* note 10, at 870.

以下は Tinker 事件 (Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist, 89 S.Ct. 733 (1969)) の概略。

〔事案〕 Tinker を含む 3 人の学生は、ベトナム戦争に反対する黒い腕章を着用して登校する計画を立てた。これに対し、学校側は、腕章を取るように要求でき、これを拒否した場合には、腕章を取るまで停学にすることができるというポリシーを採用した。Tinker らは、これに気づきつつも、黒い腕章を着用して登校したところ、家に帰され、停学にさせられた。Tinker らは、この処分の差止めを求めて出訴した。1 審は、学校側の行為が校内秩序への妨害の防止のために合理的だとして合憲だとし、2 審も 1 審の判断を是認した。

〔判旨の概要〕 ここでの問題は、学校環境という特殊な場における修正 1 条の権利の限界論である。本件は、スカートの長さ、服装、ヘアスタイル等の態度が問題になった事案とは異なる。また、攻撃的、破壊的な活動又はグループのデモでさえない。我々は、「純粋な言論」と同種の直接、主たる第 1 修正の権利を問題にしている。また、本件の行為は、学校の業務や他の学生の権利を妨害する言論や活動とは関係ない。学校側が特定の意見の表現の禁止を正当化するためには、当該行為が、単なる不快や不愉快を回避したいという欲求を超えるものにより惹き起こされていることを示せなければならない。禁止された行為への従事が、「学校の運営における適切な規律の必要を重大で、著しく妨害する」という認定や示唆がない場合には、当該禁止は維持され得ない。本件ではそのような重大で著しい妨害の証拠はないから、ある特定の意見の表現の禁止は憲法的に許されない。

(140) *Morse v. Frederick*, 127 S.Ct. 2618 (2007).

〔事案〕 学校に許可され、学校により監督されているイベントにおいて、申立人である校長 Morse は、学生が“BONG HiTS 4 JESUS,”と書かれた垂れ幕を掲げているのを発見した。Morse は、その垂れ幕を違法ドラッグの使用を助長するものとして理解した。そのようなメッセージを学校のイベントにおいて禁止する学校のポリシーに基づいて、Morse は垂れ幕を片付けるよう命令した。イベントに垂れ幕をもってきた学生のうちの1人 (Frederick) がこれを拒否したので、Morse は、この垂れ幕をとり上げて、その後、彼を停学に処した。学校の管理部門 (superintendent) は停学を支持し、Frederick は懲戒されるべきである、なぜなら、彼の垂れ幕は、学校のポリシーに違反して、違法なドラッグの使用を助長するように見えるからである、と説明した。教育委員会も停学処分を支持した。これに対し、Frederick は、42 U.S.C. § 1983 に基づき訴えを提起し、修正1条の権利を教育委員会及び Morse が侵害していると主張した。1審は、Frederick の言論の権利は侵害されてはいなかった、としたが、第9巡回区連邦控訴裁判所が逆に修正1条の権利が侵害されたと判断したので、上訴。

〔(学校における言論ではないという主張に対する) 判断の概要〕

イベントは通常の学校の時間帯の中で行われ、校長である Morse により「許された社会イベント又はクラストリップとして」許可されたものである。学区のルールは、「許された社会イベント及びクラス旅行」における生徒は、その行為について学区のルールに服する、と明示している。教師や管理者は、学生の中にちりばめられ、監督する責任を負っていた。その状況において Frederick は、学校からの路上において他の JDHS の学生達の中に立って、垂れ幕を学校の方角に向けて、ほとんどの学生達に明白に見えるようにした。以上からすると、学校における (at school) ということの外延は不明確であり得るが、本件は、学校における言論に関する先例を適用すべき場合である。

(141) 違反罪という制裁は、他の州の規定と比較して軽い寛容なものだと評価されている (Brady, *supra* note 3, at 29-30)。

(142) ケンタッキー州の一般のハラスメント罪の規定 (KRS § 525.070) も同様であるが (KRS § 525.070 (1)(f)参照)、同州はハラスメント通信に関する規定を別にもっている点に特殊性がある (KRS § 525.080)。詳しくは後述する。規定自体については前掲注(126))。

(143) 10代の者のオンラインの行動は、オフラインの生活の単なる延長であると指摘する者に Fertik & Thompson, *supra* note 12, at 106.

(144) King, *supra* note 10, at 872.

(145) King, *supra* note 10, at 872.

(146) Brady, *supra* note 3, at 29.

(147) 前掲注(126)

(148) Guidelines to Assist School Districts Implement HB 91 (KRS 158.156) (<http://education.ky.gov/school/sdfs/Documents/Guidelines%20to%20Assist%20School%20Districts%20Implement%20HB%2091.doc>). FAQ's (Frequently Asked Questions about Bullying) 12. (<http://education.ky.gov/school/sdfs/Documents/Bullying%20FAQ%20May%202013.doc>) は、キャンパス外でサイバーいじめが起きた場合においても、可罰的であるから警察に届け出るべきだとしている。

いずれもケンタッキー州の教育省の HP 上に存在する資料である。

(149) 前掲注(126)

(150) Enoc, *supra* note 34, at 440.

(6) 小括

以上、サイバーいじめに対する処罰規定をサイバーいじめの定義や特徴を議論する際に用いた軸に基づいて分類しつつ概観してきたが、州によりその規定形式が多様であることがわかる。憲法上の疑義が生じている規定もあり、現実に立法がなされ運用がなされている場合であっても鵜呑みにすることは禁物である。

次の3では、サイバーいじめの一行為形態としてのオンラインなりすましを、いわばサイバーいじめ各論として、サイバーいじめ規制の見地から検討してみたい。

3 サイバーいじめ各論としてのオンラインなりすまし

Megan Meier 事件でみたように、未成年者に対するオンラインにおけるなりすまし⁽¹⁵¹⁾に基づくコミュニケーションが自殺を惹き起こすことがある。1人の加害者が、多数のアカウントを用いて攻撃する場合(同時攻撃可能性(第3 2(3)③))においても、なりすましが相当程度含まれていることは想像に難くない。それゆえ、オンラインなりすましは、サイバーいじめの典型的な類型として議論されることになる。ここでは、サイバーいじめの各論1つとして、このオンラインなりすましを検討してみたい。もっともサイバーいじめの処罰立法の中には学校の所有地において行われることを要件としていること、サイバーいじめは教育に関する法律の違反にしかならないがオンラインなりすま

しは刑法の問題であることを理由としてオンラインなりすましをサイバーいじめの議論から切り離そうとする理解もある⁽¹⁵²⁾。そこで、事前にオンラインなりすましとサイバーいじめとの関係について概観してから、個別論点の検討を行いたい。

まず、オンラインなりすましの危険性を考えてみるに、オンラインなりすましには、非対面的な状況下でなりすましが行われることで、相手の人格の識別自体がより難しくなり、加害者の行為が助長されやすく、結果、被害の助長もみられやすいといえそうである（第3参照）。サイバーいじめの規制との関係では、いじめ目的でのオンラインなりすましには典型的に侵害の助長効果があるといえ、処罰することに一定の理由があるともいえそうである。現に、いじめ目的でのなりすましをサイバーいじめの一類型に入れることを明示する州法の規定⁽¹⁵³⁾もある。

一方で、オンラインなりすましがフィッシング詐欺等、他の犯罪の手段にも使われ得ることも指摘されている。例えば、オンラインなりすましを処罰するカリフォルニア州法の規定（Cal.Penal Code § 528.5⁽¹⁵⁴⁾）のことをサイバーいじめ対策規定に位置付ける理解もあるなかで⁽¹⁵⁵⁾、同法の規定ぶりはそれだけにとどまらず、より一般的なものである、と指摘する理解もある⁽¹⁵⁶⁾。オンラインなりすましは、金銭的な問題以外の被害も惹き起こすし、被害者の年齢も問わない⁽¹⁵⁷⁾のであり、サイバーいじめの議論のみで、この種の犯罪類型を語ることの適切性には疑問が提起され得る。このような理解からは、なりすまし独自の当罰性はサイバーいじめとは別のものとして議論されるべきともいえそうである。ニューヨーク州（NY PENAL § 190.25⁽¹⁵⁸⁾）のように、いじめ対策ではなく、一般的ななりすまし罪の中にオンラインなりすましを規定するという手法にも妥当な面があり得ることになる。

さらに、今後の課題としておきたいが、オンラインなりすましと ID セフト（及び ID の不正使用）は一定の局面では区別できないのではないかと、とも思われる（逆にいえばまとめて考察すべきだともいえる（後述(4)で

少し紹介する))。

以上を意識しながら、サイバーいじめを検討対象とする本稿の問題意識に基づきつつ、一般的ななりすましの研究は別の機会に行うことにして、オンラインなりすまし罪といえる規定の処罰範囲や限定の工夫についてみていくことにする。一般的なオンラインなりすましの防止についても、例えばソーシャルメディアを運営する会社が一定のポリシーを策定しこれを適切に運用することで法律の外における努力が奏功することも予測され⁽¹⁵⁹⁾、このことは処罰範囲を限定する契機になると思われるが、ここでは、ひとまず、現行の処罰規定を中心に検討したい。

規定の傾向を分析する軸として、誰が保護対象かという法益主体の軸、目的犯たるオンラインなりすまし罪における意図（目的）の内容（金銭目的か、困惑目的か）という目的要件の軸、及びなりすますという行為の内容面という軸等について、規定上の対応の有無をみていきたい。

(151) ここで問題となっているのは別人格であるとコミュニケーションの相手方に思わせる行為であって、我が国の不正アクセス行為の禁止等に関する法律 11 条、3 条に基づく不正アクセス罪に該当する行為のように、他人の識別符号を入力等して達成されるなりすましとは（部分的に重なり合うが、）異なるものであることに注意されたい。

(152) Ramirez, Online Impersonation A New Forum for Crime on the Internet, 27 CRIM. JUST. 6, 9 (2012).

(153) 例えば、F.S.A. § 1006.147 (3)(b).

(154) Cal.Penal Code § 528.5.

(a) 法律の他の規定にもかかわらず、他人に害を与える、脅えさせる、脅迫する、又は騙す目的で、情を知って、同意なく、インターネットのウェブサイトを紹介して、若しくはインターネットのウェブサイト上、又はその他の電子的手段により、確実に、現実の他人になりすます者は、サブセクション(d)に基づき有罪である。

(b) このセクションの目的のために、被告人が、なりすまされた者であった、又は、であると、他人が合理的に信じるであろう、又は、信じた場合に、なりすましは確実な (credible) ものである。

- (c) このセクションの目的のために、「電子的手段」は、他人の名前で email アカウント、又はソーシャルネットワークインターネットウェブサイト上のアカウント若しくはプロフィールを開設することを含むものとする。
 - (d) サブセクション(a)の違反は、1,000\$ 以下の罰金刑若しくは群の刑務所での 1 年以下の拘禁刑又は罰金刑と拘禁刑の併科により処罰される。
 - (e) その他の民事的救済が可能な場合に加え、(a)の違反を理由として損害又は損失を被った者は、502 条の(e)の(1)、(2)、(4)及び(5)、並びに同条の(g)に従い、侵害者に対して、損害賠償、及び差止めの救済、又はその他のエクイティ上の救済を求めて、私訴を提起することができる。
 - (f) このセクションは、法律の他の規定の下での起訴を排除しないものとする。
- (155) Andrea Koskey, New Year Brings New Law Targeting Cyberbullying, SF Examiner (Dec. 31, 2010), (<http://archives.sfexaminer.com/sanfrancisco/new-year-brings-new-law-targeting-cyberbullying/Content?oid=2167109>), Malone, Parody or Identity Theft: The High-wire act of Digital Doppelgangers in California, 34 Hastings Comm. & Ent L.J. 275, 310 (2012)
- (156) Wegman, Cyberbullying and California's Response, 47 U.S.F. L. Rev. 737, 742 (2013). サーベイも、カリフォルニア州がサイバーいじめ対策の処罰規定を有するとは考えていない。
- (157) Reznik, Comment Identity Theft on Social Networking Sites: Developing Issues of Internet Impersonation, 29 Touro L. Rev. 455, 477 (2013).
- (158) NY PENAL § 190.25
- 次のいずれかを行う者は 2 級のなりすまし罪で有罪である。
1. 利益を得る、若しくは他人を傷つける若しくは騙す意図をもって、他人になりすまし、そしてなりすまされた人物として活動する
 2. 利益を得る、若しくは他人を傷つける若しくは騙す意図をもって、ある者又は組織の代表者のふりをし、そしてなりすまされた権能を行使する
 3. (a)公務員のふりをする、権限なく、そのような公務員であることを適法に識別できるユニフォーム、バッジ、記章若しくはそれらの複製を着用若しくは表示する、又は言葉若しくは行動により、自身は公務員である、若しくは公共機関若しくは公共部門の許可若しくは権限を与えられて行動している旨の内容の虚偽の表現をし、そして(b)なりすまされた公務員の権威に従わせる、資金を求める、又はその他の虚偽の供述に依拠して行動させるという意図をもって行動する
 4. インターネット・ウェブサイト若しくは電子的手段による通信により、

利益を得る、若しくは他人を傷つける若しくは騙す意図をもって、他人になりすます、又はそのような通信により、公務員という権威に従わせたり、虚偽の供述に依拠して行動させたりするために、公務員のふりをする

2級なりすまし罪はA級軽罪【注：1年を超えない拘禁刑及び1,000\$を超えない罰金（NY PENAL § 70.15.1, 80.05）】である。

(159) Malone, *supra* note 155, at 308-309.

(1) 保護対象

まず、犯人がAになりすまして、Bとコミュニケーションをとる場合には、「なりすまされた者」であるAが保護されるのか、それとも「コミュニケーションの相手方」であるBが保護されるのか、という問題が生じる⁽¹⁶⁰⁾。この点、規定形式から法益主体の推認がある程度可能である。コミュニケーションの相手方を何らかの形で害する意図や目的を要件としている場合には、Bの保護を行おうとしていると推測し、Aの同意がないことを要件としている場合には、Aの保護を行おうとしていると推測することができる。

まず、NY PENAL § 190.25 (4)⁽¹⁶¹⁾は、コミュニケーションの相手方のみを問題にしているように見える。これに対し、ノースカロライナ州の規定⁽¹⁶²⁾ (N.C.G.S.A. § 14-458.1) は、N.C.G.S.A. § 14-458.1 (a)(6)で未成年者等からの権限付与を問題にしているように、なりすまされる対象である当該未成年者に害を与えることを処罰しようとしていると読めるので、なりすまされた者の保護を重視しているといえる。

そのほか、カリフォルニア州の規定 (Cal.Penal Code § 528.5⁽¹⁶³⁾)、ミシシッピ州の規定 (Miss. Code Ann. § 97-45-33⁽¹⁶⁴⁾) はコミュニケーションの相手方を保護している建付けであるが、「同意なく」という要件も有しており、双方を重視している。テキサス州の規定 (V.T.C.A., Penal Code § 33.07⁽¹⁶⁵⁾) も双方を同程度に重視しているようにみえる。

以上の調査結果だけからすると、統一的な理解は難しく、なお、なりすましの本質論が研究課題として残る。他方で、この議論は、次に述べる、なりすましの対象の実在性についても影響を与える。

(2) なりすましの対象—現実の (actual) 人という要件—

規定をみると、カリフォルニア州法の Cal.Penal Code § 528.5 は、Megan Meier 事件において CFAA で処罰できないという帰結をもたらした処罰の欠缺に対応するという趣旨も含めて立法された⁽¹⁶⁶⁾。ニューヨーク州の判例もサイバーに特化してはいない規定についてではあるが、なりすまし罪においては現実の人になりすますることが必要だという⁽¹⁶⁷⁾。しかし、カリフォルニア州の規定においてはなりすましの対象は現実の他人である必要が明示されているので、架空の人物になりすました Megan Meier 事件に適用できないとの指摘があり⁽¹⁶⁸⁾、問題が生じる。なぜなら、サイバーいじめの文脈において、非対面通信の濫用による不安の増幅がみられることは既にその特徴論で述べたが、サイバーいじめの議論を巻き起こした Megan Meier 事件においても、被害者は架空の人物の存在を信じていたのであるから、そのような事案のみを捕捉すれば足りるともいえそうだからである。(1)で述べた議論に関連し、通信の相手方ではなく、なりすまされた者を保護する、と考えるのでない限り、かつカリフォルニア州の規定は、文言だけからみればコミュニケーションの相手方の保護にシフトしているといえるのであるから ((1)参照)、少なくともサイバーいじめの文脈においては、この要件は不要ではないか、と思われる。

(3) なりすましの程度

さらに問題になるのは、なりすまし行為が、どの程度、コミュニケーションの相手方に、なりすまされた者が行為していると信用させるものであるか、ということ、いわば誤信の危険性の程度である。例えば、フェイクプロフィールといっても、誤信の危険性が当該プロフィールの内容にも依存することは明らかである。この点、なりすますことにつき、規定上、解釈の手がかりを置かない州 (ノースカロライナ州 (N.C.G.S.A. § 14-458.1⁽¹⁶⁹⁾)、ニューヨーク州 (刑法 § 190.25⁽¹⁷⁰⁾)、テキサス州 (V.T.C.A., Penal Code § 33.07⁽¹⁷¹⁾)) もあるが、通信の相手方がどのような認識を得るか、ということが文言からは明らかではない。

この点、カリフォルニア州法 (Cal. Penal Code § 528.5⁽¹⁷²⁾) は、現実には他人が騙される必要はない⁽¹⁷³⁾とされつつも、「被告人が、なりすまされた者であった、又はその者であると他人が合理的に信じるであろう、又は信じた場合に、なりすましは確実なものである。」という規定を置き⁽¹⁷⁴⁾、これを要件としている。ミシシッピ州 (Miss. Code Ann. § 97-45-33) も同様の規定を置く。しかし、このような定義で十分だろうか。非対面通信下におけるコミュニケーションは、対面している場合の(視覚、聴覚等の観点からの) マルチモーダルなそれと異なり、かなりの種類の情報が落ちているので、それゆえに騙されやすいということができる場合もある反面、特定の誰かであるという確証をも持ちづらい。現に、ニューヨーク州のなりすまし罪のコンメンタールが「匿名で通信が行われることが通常であるインターネットにおいては、他の識別可能な者へなりすますることが通常行われるわけではないから、「他人になりすます」ことをどのように解するかが問題となる」という指摘をする⁽¹⁷⁵⁾。この指摘は、なりすましの態様をなお具体化する必要がある、という現行規定に対する批判的な指摘として読むこともできよう。

結局、なりすます、という要件は、その具体化の試みも含め、オンラインという非対面通信下でのコミュニケーションに即応しているものであるかについてなお分析すべき課題を含んでいる。将来的に VR (Virtual Reality) 技術が普及する社会をも考えると、なりすましの概念を社会科学の観点からのみ考察するのも難しくなるかもしれない。

(4) 意図の内容とその認定

オンラインなりすまし罪は、なりすました後に発生し得る侵害を客観的要件とするのではなく、なりすます目的を主観的要件として掲げることが多い。主観的要件として、ハラスメントやいじめに関連する目的と金銭的なものに関連する目的が掲げられることになる。

主観的要件をいじめることに関連する事実に限定すれば、その罪は、自ずと、いじめ対策の意味合いをもってくる。例えば、いじめに特化した目的を有するように規定したノースカロライナ州のサイバーいじ

め罪 (N.C.G.S.A. § 14-458.1⁽¹⁷⁶⁾) は、「脅えさせる、又は困らせるという意図」を問題にするのみである。もっとも同州は、ID セフト罪を別の規定として持ち (N.C.G.S.A. § 14-113.20)、それにより両罪あわせて金銭的な事柄と未成年者保護に関心を有していると評価されている⁽¹⁷⁷⁾ (冒頭で述べたとおり、オンラインなりすましと ID セフトとの間には区別しがたい領域が生じている)。

次に問題となるのは、要件たる意図の認定方法である。意図の認定においては、なりすました上で行為者が何をしたか、ということが重要となる。ニューヨーク州の判例である *People v. Golb*, 23 N.Y.3d 455, 466 (2014) は、他人名義でアカウントを作成するだけでは足りず、さらに、email が他人の名義で送られたものであっても、意見を尋ねたり、批判に答える準備をしているか否かを尋ねたりするにとどまっていた場合にも、例えば害を与える等の意図の立証ができず、犯罪を構成しないと述べる。しかし、これで基準が明確になっているとはいえないだろう。現に、カリフォルニア州の規定に対して、実際には害意と嫌みやパロディとの区別ができない、とする批判がある⁽¹⁷⁸⁾。

意図の認定問題も、なりすましの程度と同じく、その明確化には課題が残る。

(5) 小括

オンラインなりすましについては、それ自体の当罰性の検討を行うべきだということだけでなく、なりすましの態様や意図の認定方法がオープンであり、具体化された定義が求められていることがわかる。ここでの検討も含めて、オンラインなりすましの本格的な検討は、別の機会に行うことにしたい。

(160) オンラインなりすましの規制においては、コミュニケーションの相手方が保護されるものと考えがちであるが、騙された者ではなく、なりすまされた者の名前やレピュテーションが保護される、と整理する論稿もある (Derzakarian, *The Dark Side of Social Media Romance: Civil Recourse for Catfish Victims*, 50 Loy. L.A. L. Rev. 741, 744 (2017))。もっとも、こ

の点こそ検討が必要だと思われる。

(161) 前掲注(158)

(162) 前掲注(134)

(163) 前掲注(154)

(164) 次に示すミシシッピ州の規定 (Miss. Code Ann. § 97-45-33) は、カリフォルニア州の規定 (Cal.Penal Code § 528.5) とほぼ同じであるが、(1)に「確実に」の文言がないという問題を抱えていると思われる。

Miss. Code Ann. § 97-45-33. On-line impersonation; offense; penalty

- (1) 法律の他の規定にもかかわらず、他人に害を与える、脅えさせる (intimidate)、脅迫する (threaten)、又は騙す (defraud) 目的で、情を知って、同意 (consent) なく、インターネットのウェブサイトを紹介して、若しくは、インターネットのウェブサイト上、又はその他の電子的手段により現実の (actual) 他人になりすます者は、軽罪である。
 - (2) このセクションの目的のために、被告人が、なりすまされた者であった、又は、であると、他人が合理的に信じるであろう、又は信じた場合に、なりすましは確実な (credible) ものである。
 - (3) このセクションの目的のために、「電子的手段」は、他人の名前で email アカウント、又はソーシャルネットワーキングインターネットウェブサイト上のアカウント若しくはプロフィールを開設することを含むものとする。
 - (4) このセクションの侵害は、250\$ 以上 1,000\$ 以下の罰金若しくは 10 日以上 1 年以下の拘禁刑、又は、双方により処罰される。
 - (5) このセクションは、法律の他の規定の下での起訴を排除せず、それらを補充するものとして考えられるものとする。
- (165) V.T.C.A., Penal Code § 33.07. オンラインなりすまし 【2011 年改正で表題がオンラインハラスメントから変更された。】
- (a) 他人の同意を取得しないで、かつ誰かを傷つける、騙す、脅えさせる、又は脅迫する意図をもって、次のいずれかを行うために、他人の名前又はペルソナを利用する者は、罪を犯すものである。
 - (1) 商用の SNS 又はその他のインターネット・ウェブサイトにおいてウェブページを作成すること
 - (2) 1 又は 2 以上のメッセージを、email プログラム又はメッセージボードプログラム上又はそれらを利用せずに、商用の SNS における又はその他のインターネット・ウェブサイト上又はそれらを介して、投稿又は送信すること
 - (b) 名前、ドメインアドレス、電話番号、又は人に属するその他の識別情報のアイテムを参照する、email、インスタントメッセージ、テキストメッセージ又は類似の通信を送信する者であって、次の全てを充たす者は、罪を犯すものである。

- (1) 当該他人の同意を取得していないこと
 - (2) 通信の受信者において、当該他人が当該通信について権限を与えた、又は当該他人が当該通信を送信したと合理的に信じさせる意図をもっていること
 - (3) 人を傷つける又は騙す意図をもっていること
 - (c) (a)の罪は3級重罪【注：2年以上10年以下の拘禁刑若しくは10,000\$以下の罰金又はこれの併科（V.T.C.A., Penal Code § 12.34）】である。当該犯罪が、行為者が救急隊員（emergency personnel）による応答を求める意図をもって犯される場合で、3級重罪であるときを除き、(b)の罪はA級軽罪【注：1年を超えない拘禁刑若しくは4,000ドルを超えない罰金又はこれの併科（V.T.C.A., Penal Code § 12.21）】である。
 - (d) このセクションの下で犯罪に該当する行為が、他の法律における犯罪にも該当する場合、行為者は、このセクション、当該他の法律、又はその双方で起訴され得る。
 - (e) 行為者が、次のいずれかのエンティティである、又は行為者の行為が、次のいずれかのエンティティの従業員として行われた行為からしか構成されないということは、このセクションの下での起訴に対する抗弁である。
 - (1) 商用 SNS
 - (2) インターネットサービスプロバイダ
 - (3) 47 U.S.C. Section 230 で定義されるインタラクティブコンピュータ・サービス
 - (4) Section 51.002, Utilities Code で定義されるところのテレコミュニケーション・プロバイダ
 - (5) Section 66.002, Utilities Code により定義されるところのビデオサービス・プロバイダ又はケーブルサービス・プロバイダ
 - (f) このセクションにおいて
 - (1) 「商用 SNS」とは、直接又はリアルタイム通信を介して他のユーザとの人的関係を構築する目的、又は公衆若しくは他のユーザ達に利用可能なウェブページ若しくはプロフィールを作成する目的で、登録ユーザになることを可能にするウェブサイトを運営するビジネス、組織又はその他の類似するエンティティのことをいう。この文言は、電子的なメールプログラム又はメッセージボードプログラムを含まない。
 - (2) 「識別情報（identifying information）」は、§ 32.51 によって当てられた意味を持つ。
- (166) SENATE JUDICIARY COMMITTEE, Senator Ellen M. Corbett, Chair, 2009-2010 Regular Session, SB 1411 (Simitian), As Amended March 25, 2010, Page 2, (April 20, 2010) (http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill_id=200920100SB1411).

- (167) 本文で紹介している Cal.Penal Code § 528.5 はニューヨーク州刑法 190.25 をモデルにしたとされるところ (SENATE COMMITTEE ON PUBLIC SAFETY, Senator Mark Leno, Chair S, 2009-2010 Regular Session, SB 1411 (Simitian), As Amended March 25, 2010, Page 13, (April 13, 2010) (http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill_id=200920100SB1411)), ニューヨーク州刑法 § 190.25 (1) についての判例も、なりすましの対象について現実の (real) 人であることを要求している (People v. Sadiq, 236 A.D.2d 638, 654 N.Y.S.2d 35 (2nd Dept. 1997))。
- (168) Barchie, Online Impersonation Law: Cyber-Bullies Beware? (2011) (http://www.lawlawlandblog.com/2011/01/online_impersonation_law_cyber.html)
- (169) 前掲注(134)
- (170) 前掲注(158)
- (171) 前掲注(165)
- (172) 前掲注(154)
- (173) SENATE COMMITTEE ON PUBLIC SAFETY, Senator Mark Leno, Chair S, 2009-2010 Regular Session, SB 1411 (Simitian), As Amended March 25, 2010, Page 12, (April 13, 2010) (http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill_id=200920100SB1411).
- (174) これに対して憲法上の疑義も提起されてはいるが (Malone, *supra* note 155, at 275)、憲法上の論点に関する検討は見送りたい。
- (175) Practice Commentary by William C. Donnino (3) in Westlaw international.
- (176) 前掲注(134)
- (177) Reznik, *supra* note 157, at 477. これに対して、ID セフトとオンラインなりすましの関係について、前者は利得目的であることが多いが、後者はそうでないという点に差があるという理解もある (Clanton, We Are Not Who We Pretend To Be: ODR Alternatives To Online Impersonation Statutes, 16 Cardozo J. Conflict Resol. 323, 331 (2014), Derzakarian, *supra* note 160, at 750)。しかし、オンラインなりすましの中にも利得目的のものがあことを示す立法例 (特に NY PENAL § 190.25.4) の存在を前提にすると、傾向として述べる以上に動機面で区別する実益はないように思われる。
- (178) Levine, New law confronts cyberbullying (2011) (<http://www.stanforddaily.com/2011/01/06/new-law-confronts-cyberbullying/>), Shiels, California looks to outlaw online impersonation (2010) (<http://www.bbc.com/news/technology-11045070>)

4 【補説】サイバーいじめに関する規定を連邦法で規定することの是非

補説として、連邦法で規定することが望ましい、という見解を紹介したい。サイバーいじめを、最終的には、州法ではなく連邦法で規定すべきという主張がある。すなわち、サイバーいじめは特にインターネットを用いて行われ、データの転送は州をまたいで行われるだろう。そうであれば、データへアクセスする可能性が常にあるインターネットによる行為を規制するルールが、各州のローカルルールで別々に規制されていることは、ネットユーザにとって望ましい事態ではなく、連邦法で規制すべきである、というのである⁽¹⁷⁹⁾。

インターネットへのアクセシビリティの観点からすれば、この主張は合理的なように思われる。

(179) Burrichter, *supra* note 15, at 172. さらに Meredith, *supra* note 62, at 326, 334.

第6 我が国の議論への示唆

—わが国の現状の議論及び法律状態も踏まえて—

以上、アメリカにおけるサイバーいじめの法律論には若くてまだ洗練されていない面もあるが⁽¹⁸⁰⁾、現実の立法を素材とした検討は現時点においても可能であるという理解に基づき、立法方法について一定の分析を行った。

連邦の法案の法制化が憲法上の疑義により頓挫していることと並び、州法においても憲法上の疑義をクリアできているか否かが定かではない規定があることも踏まえると、アメリカの議論の直輸入には慎重になるべきである。それゆえ、我が国における議論を展開する際には、アメリカの議論も一つの要素とした上で、別の国の議論も踏まえたものにしていく必要があり、なお課題が残る。このことを前提としつつ、我が国の議論や現実の立法の精査については他日を期したいが、第5

までの議論から示唆が得られ得る点について若干指摘しておきたい。

我が国の刑罰規定を考える際の処罰範囲の限定等の観点からの重要な視点は保護法益の特定の議論である。アメリカでは保護法益論は正面から詳細に展開されないが、既に述べた侵害結果の限定（第5 2(2)）の議論から保護法益の候補を抽出できると思われる。アメリカにおける侵害結果の限定の工夫からは、死又は重大な肉体的傷害についての合理的な恐怖、及び著しい精神的な苦痛が保護法益の抽出の要素となり得る。いずれも恐怖や精神的な苦痛という意味では、広い意味では精神的な自由が保護法益だといえるが、サイバーの文脈では前者を保護する程度は相対的に低いという指摘がなされており、物理世界におけるいじめと異なり、肉体的傷害についての恐怖を保護する必要はないのではないか、という具体化した知見を得ることができた。アメリカ法からの示唆だけで即断できず、さらなる研究を要する点もあろうが、保護法益を、精神的な自由のうちの、著しい精神的な苦痛を与えられない利益と考えるのは1つの合理的な考え方だと思われる。

保護法益を定式化した後には、構成要件的行為をどのように定義するか、という問題がある。アメリカでは、いじめ一般について、反復的な攻撃が問題とされることがあるが、サイバーいじめの処罰立法を考える際も同様だとして、例えば行為の繰り返しという意味での反復性を要件とすべきであろうか。サイバー空間における、emailを含む電子的通信により送られたメッセージ等の拡散容易性、侵害の持続性に基づく一定のコミュニティ内の人間関係の継続的悪影響を踏まえれば（ラブレターのデータがクラス中に送信頒布される場合）、反復性の要件を外すことも正当化されるとするのにも一案だと思われる⁽¹⁸¹⁾。むしろ、その場合には、我が国の法律論としては、公然の要件や流布（結果的に不特定又は多数の者が知るように情報を伝達すること）の要件が検討されることになる。今1つの方向性としては、被害者若しくは特定かつ少数の者に対する反復的な情報伝達行為、又は不特定又は多数の者に対する単発の情報伝達行為という2類型に分けて考えるという方法もあり得る。

もっとも後者については、特定かつ少数のコミュニティにおける行為もいじめになるから、不特定又は多数という概念を利用した限定の意義については慎重な検討が必要である。例えば、被害者の所属する学校等のクラス等といったコミュニティの構成員が継続的に当該情報を受信可能であって、被害者がその閲覧可能性を左右できない場合に限定した方が有意な場合もあると思われる。もっとも、この点は、アメリカ法の検討のみから有用な知見が得られたわけではないので、今後の課題となる。

また、規定上、年齢制限や年齢に応じた刑の加重減軽といった方法の是非が問題になり得る。いじめというと主たる当事者は学生となり、典型的にみて精神面での脆弱性を有する学生を保護する必要もあるといい得る。しかし、州法をみると年齢や被害者の属性に対する立法としての対応はまちまちであった。立法で対応すると判断が硬直的になるので、年齢制限等を行うべきか否かについては、さらに別の国も参照しながら、よりよい規制方法を探求すべきであり、この段階では結論を出せない。

場所の限定を行うべきかも問題となる。多くのいじめ行為が学校において生起していることに照らし、学校内のいじめ行為というように限ろうとすると、サイバーのもつ場所的非依存性により立法が困難となる。学校内における継続的な人間関係は学校外においても継続し⁽¹⁸²⁾、むしろ、そのような人間関係から逃れられなくなっている点にサイバーいじめの問題点がある⁽¹⁸³⁾。そうすると、学校内で行われる行為等に限ると、十分な捕捉範囲が得られないことになりかねない。その意味で、アメリカ法の検討（第5 2(5)）で得られたように、対象行為をキャンパス内の行為に限定すべきではない。

サイバーいじめの文脈におけるオンラインなりすましは、アメリカにおいては、Megan Meier 事件における Drew の行為によりクローズアップされた。現にカリフォルニア州のオンラインなりすまし罪は Megan Meier 事件のような事案に対応することも立法趣旨の1つとし

ていた。我が国においても、例えば、他人になりすまして犯罪行為を行う類型として、

- ① なりすまされた者が被害者といえるような「他人になりすまして、無断でプロフなどを作成し、その特定の子どもの電話番号やメールアドレスなどの個人情報を掲載した上、『暇だから電話して』などと書き込みをしたことにより、個人情報を掲載された児童生徒に、他人から電話がかかってくるなどの被害があ」る事案⁽¹⁸⁴⁾や
- ② コミュニケーションの相手方が被害者になるような「クラスの多くの子どもになりすまして、「死ね、キモイ」などのメールを特定の子どもに何十通も送信した事例⁽¹⁸⁵⁾」

が指摘されている。さらに、中学校の事例として、ある生徒が同じ学校に通う生徒に対して、自宅のパソコンから「なりすましメール」で大量の嫌がらせメールを送信したので、被害生徒が警察に対して被害届を出し、加害生徒は県迷惑防止条例違反で逮捕された、という事例もあるようであり⁽¹⁸⁶⁾、刑事罰の適用を考えるべき事案があり得ることが示されている。

このような事案につき、アメリカにおいては、無権限の解釈の関係でCFAAにより対処できなただけでなく、我が国においても、なりすましからの保護を標榜する不正アクセス行為の禁止等に関する法律11条の罪（不正アクセス罪）であっても、アカウントの乗っ取りを介さない、この種の事案への対処は困難である。例えば、Aが実在する他人Bの名前を入力してアカウントを開設して、IDとパスワードをもらう場合、当該ID・パスワードの組み合わせは、Aの識別符号なのであり、他人であるBの識別符号ではないので、それをAが入力する限りは不正アクセス行為にはなり得ないからである⁽¹⁸⁷⁾。

そうすると、オンラインなりすましを立法することにも一定の合理的な理由がありそうである。もっとも現実の立法に関してサイバーいじめの観点からアメリカの現状をみてきたが、これだけの知見からオンラインなりすましの犯罪化についての具体的な議論を行うことは困

難なように思われる。なぜなら、サイバーいじめ規制とは離れるので本稿では検討できなかったが、むしろ、まずは様々な悪しき行為につながり得るオンラインにおけるなりすまし自体の当罰性を議論すべきだと思われるからである。このことは、目的犯的な規定を有することが多いオンラインなりすまし罪の中にはいじめと親和的な害意を要件とする場合もあれば、経済的な利益の獲得を要件とする場合もあって、なりすましが、いじめと必然的な関係を有するものではないことから示唆されよう。

なお、サイバーいじめを規制しようとする場合、インターネットへの利用に関する考え方に地域的な差を見いだすべきでないことを勘案すれば、構成要件を行為者や被害者の所在地によって変えることに合理的な理由はなく、理論的には、条例ではなく、法律で対策を行うべきである（第5-4の議論参照）。

以上が、アメリカにおけるサイバーいじめの処罰立法を概観したところから得た知見である。今回の研究では、サイバーいじめでも存在し、いじめ全体においてもその重要な一部を構成していると思われる、仲間はずれにする行為について、十分な議論の蓄積が得られなかった。この論点についてはさらに検討を重ねていきたい。さらに、オンラインなりすましの性質論や同時に学校の関与のあり方等、総合的な解決に向けたバランスのよい制度構築に関しては未だ調査が十分でなく、さらに研究を進めていく必要がある部分も残っているので、別の国の法制も見つつ今後も研究を続けていきたい。

(180) Wegman, *supra* note 156, at 756 は、2013年の時点で本文のように指摘していた。

(181) 和久田学「ネットいじめのリアル（その1）」こころの科学187号95頁、97頁-98頁（2016）も、行為自体の反復性以外に着目すべきだという態度を採る。

(182) 荻上チキ『ネットいじめ』101頁-102頁（2008）。

- (183) だからこそ、神陽子「学校教育とインターネット」日本教育法学会編『教育法の現代的争点』158頁、160頁-161頁(2014)が述べるように、サイバーいじめの解決のためにインターネットの使用を制限するのは短絡的であり、子供同士の人間関係や子供と教職員との信頼関係の再構築が重要な課題となる。
- (184) 「いじめから子供を守ろうネットワーク」のサイト内の、ネットいじめの説明の部分(<http://mamoro.org/netijime-solution>)、文部科学省「『ネット上のいじめ』に関する対応マニュアル・事例集(学校・教員向け)【マニュアル編】」2頁(2008)。
- (185) 文部科学省・前掲注184)3頁、安川雅史「ネットいじめとその対策」日本教育2013年6月号14頁。
- (186) 文部科学省・前掲注184)6頁。
- (187) 不正アクセス対策法制研究会編著『逐条 不正アクセス行為の禁止等に関する法律 第2版』66頁-67頁(2012)は、「他人名義や架空の名義で取得した識別符号の入力についてみると」「アクセス管理者との関係においては当該識別符号を取得した者が利用権者であるから、その者が当該識別符号を入力しても不正アクセス行為とはならない」という理解である。

【付記】 本稿は南部篤先生の退職記念で献呈させていただくものである。南部先生は、サイバー犯罪を含む、情報に関する犯罪の研究をされる傍ら、本学法学部に設置された学生生活委員会において、長年、同委員会委員長を務めてこられ、大学内の学生に対して生じるトラブル対応もなされてきた。同委員会における南部先生による案件処理からは筆者も大変多くのことを学ばせていただいた。筆者の方で、SNSによる情報発信について学生に対する告知文の内容に関し、コメントという形で協力させていただいたこともあり、同委員会の活動は筆者にとって極めて興味深いものであった。幸いにも筆者の委員在任期間中に実際にサイバーいじめに関する案件が来たという記憶はないが、サイバーいじめ対応は特に教育機関にとって引き続き重要な問題になっていくだろう。サイバーいじめに関する議論は、南部先生がなされてきた研究及び学務の双方に密接に関連するものだと考え、寄稿させていただいた。お世話になった南部先生に少しでも恩返しができていれば幸いである。

掲載論文の取り下げについて

2022 年 10 月 16 日、執筆者本人より、機関誌編集委員会委員長に対して、研究倫理上の問題（先行して出版されていた書籍の内容を盗用した行為）を理由として、以下の論文の取り下げ申請がありました。本委員会は当該論文の取り下げが妥当と判断し、執筆者の申請を受理して、当該論文を取り下げることにいたしました。

木川 裕

「グローバル人事における HR テクノロジーと法的課題」

『日本法学』第 85 巻第 4 号、434-411 頁

2022 年 10 月 27 日

日本大学法学部機関誌編集委員会

作為的犯行の不阻止

—不真正不作為犯論と共犯論との錯綜領域—

上 野 幸 彦

I はじめに

作為的犯行の不阻止というテーマは、不作為犯と共犯が交錯する問題領域にある。不作為犯論においては、先行行為による危険創出・増加論が登場し、共犯論においても因果的共犯論の進展が見られる中で、取り上げたテーマについても議論状況の多様化が生じている。一方で、実務上は（共謀）共同正犯として処理される傾向が顕著である。本稿では、具体的な裁判例（事案）を対象とした諸学説による具体的な分析に焦点を当てながら、実務上の問題点を明らかにするとともに、近時の議論について考察することとしたい。

II 共謀の認定による処理を図る裁判例とその問題点

実務上、共犯事件に関して、共犯者間に共謀が認定される限り、刑法第60条を適用し共同正犯として処理される。共謀共同正犯の概念は、犯行への直接的な分担行為を行わない場合であっても、共謀の存在を根拠として共同正犯の罪責を導くものである。共謀共同正犯の概念上、共謀関係にある者の誰かが実際に実行に出たことを必要とするものの、それ以外の共謀者に関しては、共謀の事実に基づいて第60条が適用されるので、犯行への作為的な関与は要求されない。したがって、作為

によって犯行を行う正犯者との間で共謀の事実が認定できるのであれば、理論的に不作為関与者に関しても共同正犯の成立を肯定することができる⁽¹⁾。つまり、共謀共同正犯概念に依拠する限り、作為正犯者の犯行に対する不作為による関与のケースにつき、共謀の認定をもって共同正犯として処理することが可能であり、不作為共犯者の罪責を論じるうえで、特段、不作為犯を問題とする必要はないのである⁽²⁾。

たとえば、【1】広島高等裁判所平成17年4月19日判決（死体遺棄、殺人傷害致死幫助被告事件）⁽³⁾は、被告人Xの実子A（当時6歳）に対し、同棲相手の男性Yが執拗で強烈な暴行等を加え、極度の衰弱状態に陥れたのち、さらに同児を二重のビニール袋に入れてその口を固く二重に結び、大型スポーツバッグ内に押し込み（密封行為）、Aが大きな声で助けを求めて叫んでいたにもかかわらず、X及びYはこれを無視した結果、Aが舌根沈下による気道閉鎖による大きないびき音を発した後、息絶えて死亡したという事案につき、X及びYにおいて、犯行当時、被害者が虐待され、極度に衰弱した状態にあることを認識していたこと、そのような被害者に対して密封行為に及んだ場合、短時間のうちに生命維持に必要な酸素不足によって死亡することは容易に予測できたこと等の事情を摘示して、殺意を否定した原審の認定を排除し、X及びYにおける未必の殺意を認定したうえで、「被告人は、共犯者の本件密封行為により被害者が死亡するに至るかもしれないことを認識しながら、あえて、その後の放置行為に及んだものであり、その際、共犯者と暗黙のうちに意思を相通じていたことも認められるから、被告人には共犯者との間で、殺人の共同正犯が成立することは明らか」だと判示している。Yによる被害者に対する作為的な暴行とこれに引き続く密封行為という犯行について、被告人Xが被害者の死亡結果発生の可能性を十分認識しながら、作為正犯者Yと暗黙の意思連絡（共謀）の下に、放置し続け死亡させた事実を認定し、殺人罪の共同正犯が認められているのである。

この事案において、被告人X自身には、Yによる犯行への積極的な

加担は見受けられない。仮に、XがYによる自分の子に対する一連の暴行行為や密封行為に及んでいる状況を認識しながら、これを傍観し、生命の危険にさらされている自己の子をYのなすがままの状態に置き、何らの措置も講じなかったという側面だけを取り上げるとすれば、理論上、被告人の罪責につき、不作為犯の問題として検討することも可能となろう。この場合には、不作為犯の成立要件として、①保証人的地位・作為義務の存否、②作為義務の内容及びその不履行に関する作為との同価値性について検討を要する。①の点については、Xが被害者であるAの実親であることから、Aを保護する保証人的地位にあることは明らかである。このような保証人的地位に基づく作為義務が存在することを前提として、②の点に関しては、異なる2つの見方が存在しており、帰結も変わってくる。一つは、原則正犯説と呼ばれる見解⁽⁴⁾であり、これによれば、親として子を保護する保証人的地位に立っている限り、子の生命を保護すべき作為義務を負っており、第三者の作為による子に対する殺害行為を阻止せずに放置するXの不作為は、殺人罪の正犯にほかならない。他の一つは、第三者の作為による犯行を阻止しないという保証人の不作為を原則幫助犯と解する見解⁽⁵⁾であり、この見解によれば、Xが殺人幫助罪の罪責にとどまる可能性も生じる。いずれにしても、Xの不作為自体を問題とする場合にも、不作為犯としての可罰性は排除されない。

もっとも、【1】の事案は、虐待によって衰弱している被害者をバッグに密封したうえ、これを放置することが殺人の実行行為と判断されているのであり、殺人の手段・方法として密封とその状態での放置が含まれている。そうだとすると、殺人の実行行為を構成する事実としての死亡する危険性のある「放置」という行為に、Yとともにその場において何の救護措置も講じなかったという事実を包含して、Xにつき、いわばYに同調するという態様をもって、Yによって作為的に作出された被害者の生命に対する危殆化状態の継続（すなわち放置）に、Yとの殺害の意思連絡と共同による実行（放置）を認定することも不合理で

はない。換言すれば、死亡する危険性ないし蓋然性を認識しつつ、生命侵害の危険性のある状態をそのまま継続・維持させるという行為は、殺害結果の手段性を帯びるものであり、これに共同関与した事実が認められるならば、共同正犯を適用する実態も存在しているといえよう。この限りで、この事案では、共同正犯の適用による処理に妥当性を認めることができるように思われる。

この一方で、作為の犯行に対する不作為が問題となるケースで、共謀の認定により殺人罪の共同正犯とする処理の妥当性に疑問が残る裁判例も見受けられる。たとえば、【2】大阪高等裁判所平成13年6月21日判決（殺人、詐欺被告事件）⁽⁶⁾である。被告人X（母親）が自分たち夫婦の子である幼児に対する殺人罪を問われた事案であり、長女と三女を被害者とするそれぞれの殺害に関するものである。長女に関する事実関係は次の通りである。〔i〕死亡時1歳8か月の長女Aは、全身が高度のるいそう状態にあり、その死因は栄養素の欠乏による生体組織が漸次消耗し、総合的機能障害が持続した結果による飢餓死と判定されたが、被告人とその夫Y（被害者の父親）は、被害者に食事を与えない状態に置くこととし、約2か月間にわたり、生存してゆくのに必要なだけの食事量を一日たりとも満足に与えることなく、一方的に衰弱させ、この間、他人の目に触れさせないようにしていた等から、大阪高裁は、被告人Xとその夫Yにつき、「共謀の上、花子〔筆者注：両者の長女〕に対する確定的な殺意をもって、同児の生存に必要な食事を与えずに、同児を栄養不良の状態に陥れて殺害したと認めるのが相当である。」と結論付けている。もう一つが三女に関するものである。〔ii〕1歳2か月の三女Bを、母親Xがその顔面を手拳で殴打した後、腹部を殴打し、自己の右肩辺りの高さまで持ち上げたうえ、敷布団に叩きつけ、さらに隣室三畳間のこたつの前に移動して立ち、右手で同児の胸倉をつかんで自分の右肩付近まで持ち上げた状態で、夫Yの方を振り返り、「止めへんかったらどうなっても知らんから。」と言ってYの様子を窺ったが、布団上に横臥していたYは、Xと目を合わせた

後、すぐ黙ったまま顔を反対側に背けたことから、Xは持ち上げていたBをこたつの天板目がけて思い切り叩きつけ天板に後頭部から衝突させた結果、集中治療室で治療を受けたものの、Bは頭部外傷に基づく急性硬膜下血腫による低酸素性脳障害により死亡した。大阪高裁は、本件犯行に至る経緯や動機、犯行態様、本件犯行前後の被告人の言動や行動状況を総合して、Xが確定的殺意をもってBをこたつの天板に叩きつけたものと認めた。そして、X自身には上述した言葉をYに発した際、同人に制止して欲しいという気持ちがあり、仮に、この時、Yが制止していれば、Bを天板に投げるのを止めた可能性が高かったものの、Yが前記のような態度を示したことにより、B殺害を容認したと理解し、他方、Yにおいても、保護者たる実父であり、本件当時、Xの犯行を制止できる唯一の立場にありながら、自らもBに死んで欲しいという気持ちから、あえてXを制止しないという行動に出ることにより、Bをこたつの天板に叩きつけて殺害することを容認したといえと判示し、Bをこたつの天板に叩きつける時点において、XおよびYによるB殺害の暗黙の共謀を認めるのが相当であるとの結論を示している。

〔i〕については、XおよびYがともに長女Aに対する食べ物の不給付による餓死という犯行を企て、これを共同して実行した事実が存在する。すなわち、殺害の手段として幼児に食べ物を給付しないという方法を用いて、幼児を餓死させたものである。確定的な殺意に基づき、餓死させる目的で適切な食物を与えないという方法により共同して実行に及んでいるのであって、殺人罪の構成要件を完全に充足している。単なる保護責任者遺棄に止まるものではないことは明らかであろう。

〔ii〕につき、被告人である母親Xの罪責に関してはとくに問題はない。理論的に検討を要するのは、Yの罪責に関してである（なお、本件はXを被告とする刑事事件であり、Yを被告とするものではないが、Xの罪責に関してYとの共同正犯が認定されている。）。大阪高裁は、Bを天板に叩き

つけて殺害する時点での暗黙の共謀を認定することにより、X および Y に殺人罪の共同正犯の成立を認めた。原審では両者間の共謀が否認されていたが、高裁はこの認定を覆して、共謀による殺人の共同正犯と判断した。被告人 X が天板へ叩きつけるという殺害の最終的な意思決定を下すにあたって、その決定的な契機として Y の態度が要因となっている点を重視して、単なる X 単独の犯行というより、Y も関与する形での犯行の遂行と捉え、両者の暗黙の共謀を認定したものと推察される。現象面だけを取り上げて観察するならば、母親 X による作為による B 殺害の犯行と父親 Y による X の犯行に対する不阻止という事態と把握することも可能であり、作為による殺人に対する不作為による関与という側面も認められる。この点を意識してか、大阪高裁は共謀を認定するに際して、Y が(a)「被告人と並んで秋子〔筆者注：被害者である三女〕の親権者でその保護者たる実父」であること、(b)「被告人の本件犯行を制止することができる立場にあったのは、自分〔筆者注：Y〕ただ一人であった」ことを指摘している。これは、Y が保証人的地位にあり、B を保護するための作為義務が存在し、かつ作為の必要性および結果回避可能性が存在することを示すものとも受け取れる。Y の態度そのものは殺人に関する積極的な作為を内容とするものではないものの⁽⁷⁾、その不作為の面をも加味して、Y の殺人に対する X との共同による不法性ないし犯罪性を基礎づけようとしたのかもしれない。母親 X（妻）による子に対する殺害の犯行を阻止しないという Y の不作為を問題とする場合、① Y が父親として保証人的地位にあり、作為義務を負っていることは明らかであり、② X には制止して欲しいという気持ちもあり、Y が制止すれば十分に阻止できたのであるから、作為の容易性、結果回避可能性も存在すると認められるので、X の殺人に対する不作為犯の成立を肯定することも可能であろう。ただし、共同正犯か幫助犯なのかという問題は残されているといわなければならない⁽⁸⁾。また、Y の態度そのものは X の言葉を見做すというものに過ぎないのであり、X の被害者に対する攻撃加害意思に同調する形

で相互的な共同の意思が形成されたと認めるに足る事実が存在するかは疑わしい。Xの犯罪結果に対する志向性とYのそれとの間には隔たりも存在しているのではないか。これらを共謀として括るのは問題がある。さらに、共同意思に基づいて敢て不作為の態度を取ることに より殺人の犯罪実現に関与したという事実も存在しないように思われる。これらの点を考慮するならば、Yが三女の生命の危険について全く顧慮することなく、むしろ内心いなくなっても構わないと思っていたとしても、Xによる発言を無視したことだけで、直ちに殺害の共謀を認定するのは行き過ぎのように思われる。

共謀共同正犯の概念を前提とする限り、行為者間の共謀を認定することができれば、作為の犯行に対する不作為形態の共犯者についても共同正犯として処理することが可能である。この場合には、理論的に不作為犯論を検討するまでもなく、共謀の認定をもって共同正犯の成立が認められることになる。だが、【2】〔ii〕に係るY（父親）の罪責に関して、そもそも殺人の共同正犯を根拠づけるに足る「（暗黙の）共謀」を認めることができるのかという点には、事実認定の問題ではあるものの、上述したような疑問が残る。まさにこのような共謀の希薄さを補強するために、大阪高裁は、わざわざ不作為の側面をも取り上げてその犯罪性を根拠づけようとしたのではないだろうか。

長女殺害に係る〔i〕の場合に、殺人罪の共同正犯が成立することについてとくに異論はないと考えられるのであるが、これは幼児である1歳8か月の長女の生存が共同生活を送っている両親XおよびYに依存しており、両名には親権者として監護すべき地位に基づいて長女の生命を保証する責任を負っているながら、長女の死を企図して食べ物の不給付という手段によって餓死させたものであり、被害者の生存がXおよびYに依存する状況の中で殺害の方法として食べ物の不給付という手段が採られたという点で、XおよびYに不給付という実行の共同性が存在しているからであろう。生存自体の自立的能力が存在しなかったり十分でない場合には、その法益を維持する上で支えを必要と

し、この支持が失われることによって法益に対する危険が生じ、さらに侵害（喪失）に至る。XおよびYは、長女の法益を保証する立場にありながら、生存に必要とされる支えを放棄することにより、法益の悪化（危殆化）を招来させて、死亡結果を導いているのである。このように、死亡に至るプロセスをコントロールしながら意図的に結果を実現したことが認められる。これに対し、〔ii〕の場合には、三女の殺害という犯行は、すべてXの意思によってコントロールされ、かつX自身によって実現されているのであって、Yの三女殺害に向けられた関与（共謀も含め）の程度は非常に希薄だといわざるを得ない。Xによって遂行された三女の殺害という犯行プロセスおよび結果の発生に対して、Yの態度を共同正犯関係として結合させるに足る実態が存在していたと評価するのは困難であろう。むしろ、上記(a)(b)の事実に基づき、殺人罪の幫助犯の成立あるいは保護責任者不保護罪の適用を検討するのが相当であったように思われる⁽⁹⁾。

【2】〔ii〕の事案で、大阪高裁は、共謀の認定にあたってYの態度における犯行不阻止という不法性を考慮しているのであるが、不作為正犯の成立を明言するとともに共謀も認定されて、共同正犯の成立が認められた裁判例もある。【3】東京高裁平成20年6月11日判決（傷害致死被告事件）⁽¹⁰⁾である。被告人X（被害者の母親）が子A（当時3歳）の態度に激怒し、2月の午後7時過ぎに下半身裸の状態だったAを屋外に出し、約一時間後に家の中に入れた後、Xと交際中のYがX宅を訪れ、左手でAの右手をもって高くつるして足を払い、2、3回繰り返した後、Aの頭を床に打ち付ける等の暴行を加え、急性硬膜下血腫等の傷害を負わせて死亡させた。Yは以前からX宅を度々訪れ、しつくと称してAに暴行を加えていたところ、Xもこのことを知っており、Yに対し手を出さないでと声をかけ、Yも顔は叩かない等と答えていたが、上記暴行に及び、その際、Xは流し台で洗い物をしていて、大きな音を聞いて振り向いたものの、その場で動けなかったという事案である。東京高裁は、Xが、①YのAに対する暴行を当然に予想でき、

②自身の虐待により A が相当のダメージを受けていたことから、X には Y が手を出すのを現に阻止すべきであり、「被告人は、本件当時、Y の A に対する暴行につきこれを阻止することなく、容認していたと認められるから、被告人の責任は、幫助犯に止まるものではなく、不作為の正犯者のそれに当たるといふべきである。そして、顔を殴らないという Y の言葉に対して、被告人がこれを了解した時点において、Y の作為犯と被告人の不作為犯との共同意思の連絡、すなわち共謀があったと認められる。」と判示し、X に傷害致死罪の共同正犯の成立を認めている。

この事案について、そもそも母 X が子 A の不始末やその態度に対する怒りから暴行を行い、これを聞いて訪ねてきた Y がさらに暴行を加えたものであり、「被告人が開始し、男性に引き継いだ一連・一体のもの」として、（作為による）傷害致死罪の成立を肯定する見解もある⁽¹¹⁾。しかし、死亡の原因となる暴行自体は、訪ねてきた Y によって加えられたものであって、それ以前の X による屋外への連れ出し及び放置、さらにそれより前の帰宅時における同人による暴行を原因としているわけではない。致死の原因と認定されていない先行する X の暴行等と A の死亡結果との因果関係が認定されていないにもかかわらず、Y による暴行の動機・契機との共通性が存在するからといって、X による全く異なる時間に行われた暴行（や遺棄）を、Y によるのと同じの一個の暴行と評価することは妥当でない⁽¹²⁾。Y によってなされた犯行との関係だけを取り上げるのであれば、X の不作為が問題となる。②の事情を除外して考えたとしても、①の事情の下で Y を招き入れたことが、なお作為義務の根拠となり得る先行行為による危険創出に当たる可能性も否定できない。しかし、この点について、島田教授は「幫助を基礎づける程度のもの」⁽¹³⁾と評価され、この判決が不作為による傷害致死罪の共同正犯を認めたことに対し、疑問を投げかけている⁽¹⁴⁾。

上記【3】の事案は、Y によるわが子 A に対する暴行を阻止せず、A を死亡させた母親 X の刑事責任が問われたものである。X には親権

者として子の生命・身体を保護する義務が存在し、子 A の生命・身体に対する危険が生じている場合には、保護すべき積極的な作為義務を負っていると解することも可能である。そして、保証人による不作為は、原則として正犯であると解する見解も見られる⁽¹⁵⁾。井田教授は、保証者的地位にあれば正犯性の要件は充足されており、正犯の成立を否定する理由はない⁽¹⁶⁾と主張されている。この見解に依拠すれば、X に親として子 A の保護義務が存在し、Y による犯行を予想しながらこれを放置し、何ら A に対する保護措置を取らなかった不作為につき、—Y の作為による不法とは独立して—不作為正犯が成立することになる⁽¹⁷⁾。この事案に関しては、X の罪責につき、不作為による傷害致死罪の正犯が肯定されよう⁽¹⁸⁾。

しかし、この見解によれば、たとえば母親が夫である父親による子の殺害を阻止しない場合には、母親には不作為による殺人正犯が成立するのに対し、母親が夫（父親）の犯行を作為的に幫助した場合には殺人幫助罪という帰結に至り、不合理であると批判されている⁽¹⁹⁾。この見解は、作為と不作為とで異なる正犯原理が妥当するという基本的な思考を起点とするのであるが、理論的にはともかく、實際上、作為と不作為とを明確に峻別できるのかという点も問題である。裁判例で争われる実際の事件を見ても、観点を変えれば作為とも不作為とも評価可能であり、両者の区別が実際には相対的・流動的であるということも否定できない。このような作為と不作為との区別の困難性に照らすと、両者で全く異なる原理を妥当させることが適切に行えるのか疑いが生じよう。このほか、義務違反のみを根拠に処罰するという考え方自体に対する批判も提起されている⁽²⁰⁾。大阪高裁は、X を不作為の正犯者であると断定しているのであるが、上記のような原則正犯説を採用しない場合には、なお幫助犯の可能性も残されているといわなければならない。

橋爪教授は、「作為と不作為とは一定の関与の裏表といえるから、作為義務者による関与の因果的影響を評価する際には、それぞれの側面

からの影響力をいわば合算することによって、重大な因果的寄与を根拠付けることは、十分に可能である」として、共同正犯を認めた結論に肯定的な見解を示されている⁽²¹⁾。しかし、不作為と結果との間の「因果的寄与」とは何を意味しているのか、その内容は必ずしも明らかではない。表である「作為」の影響力の低さを裏面にある「不作為」の影響力がカバーするというこの意味について、表の裏側が一実体を伴わない「影」に過ぎない場合もあり得るのであるから、さらなる説明が必要であろう。

Ⅲ 不作為犯構成による処理を図る裁判例とその問題点

共謀について共同正犯を根拠づけ得る程度の適切な事実の認定により処理が行われているのであれば、問題は少ないといえるのであるが、作為の犯行に対する不作為関与につき、共謀とりわけ黙示的な共謀を認定し、共謀共同正犯として処理することは、事実上、不作為犯の成立要件として必要とされる保証人的地位・作為義務の検討を回避する効果をもっているものであり、不作為を不当に広く処罰する危険性を内包している。平野博士は、「その場において、あえてこれに反対しなかった者も不作為犯としての作為義務が十分検討されることなく共犯者の1人だとされる可能性もある」と述べ、共謀共同正犯論の問題性ないし危険性を指摘されていた⁽²²⁾。不作為犯論によれば共犯者の不作為の可罰性は否認されるが、共謀共同正犯論によれば可罰性を肯定することができ処罰するというのは、そもそも当該不作為の犯罪性ないし不法性を根拠づける事実・事情が極めて希薄であったり、存在しないということを示唆しており、合理的根拠を欠いた不当な処罰に繋がりがかねない。また、不作為関与の共犯性が肯定される場合にも、共同正犯なのか幫助犯が成立するのかという問題はなお残されているのである。この意味で、不作為形態の関与の犯罪性・可罰性について、慎重な検討が要請されるといわなければならない。

共謀共同正犯による処理に内在する上述した懸念ないし批判を意識してか⁽²³⁾、近時、不作為が問題となる事案で、第一審が認定した共謀を排除し、不作為犯論の枠組みに依拠しながら罪責を検討する裁判例が現れ、注目を集めている。それは、【4】東京高裁平成20年10月6日判決（殺人・暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件）⁽²⁴⁾である。この事案は、X女（17歳）が、好意を寄せていたAから性交渉を求められたことを、友人のYに打ち明けたところ、これを聞いたZ等が、XをしてAを呼び出させ、先輩であるGが運転する軽自動車で移動し、Aを問い詰めたが、Aにおいて強姦の事実を否定し、逃げ出したのに怒りを募らせ、Z等が駐車場や運動公園でAに凄惨な暴行を加えた結果、Aは意識を失った。Zは、GにAを病院に連れて行くように言って、一旦は解放したものの、警察に通報されることを恐れて、Aを殺害することとし、GとAを呼び戻したうえ、GにA殺害を命じ、GはAを池に落として死亡させたものである。

原審は、被告人両名（X・Y）が暴行を認容しつつ、Z等とともに自動車に分乗して被害者を連行して暴行を加えるべき場所に移動することで、順次、被害者に対して集団で暴行を加える旨の共謀を成立させ、運動公園での暴行については前記暴行と一連のものであり、同所に移動するまでに互いに暗黙のうちに意思を相通じて共謀したものであり、殺害については車に分乗して堰まで被害者を運搬する行為を共同することにより、暗黙のうちに相互の犯意を認識し、殺害したものであると認定して、Z等との共謀の成立を認めて、殺人罪の共同正犯を肯定した。

これに対して、東京高裁は、「被告人両名自身は、各犯行の実行行為を何ら行っておらず、その一部の分担すらしていない。そこで、被告人両名に刑事責任を負わせるには、共謀に加わっていたことが必要であり、原判決もその共謀の内容を具体的に判示したのであるが、故意の内容となる犯行への認識・認容に加えて主観的な要素としての共謀の認定は必ずしも内実のあるものにはなっていない。」と批判したうえ、

「本件のように、現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があ」り、この場合の意思連絡としては「内容の濃い共謀」は必要ではないが、「その代わり、不作為犯といえるためには、不作為によって犯行を実現したといえなければならず、その点で作為義務があったかどうかが重要となるし、不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりも適切である」と論じている。そこで、あらためて不作為犯の成否という観点から検討を加え、Xに関しては、① Xは、場合によってはAがZ等による暴行を受ける可能性を十分認識しながら、Aの呼び出しに及んでおり、身体への危険が及ぶ可能性のある場所にAを誘い入れており、② Z等によるAに対する執拗・残虐な暴行に及んだ動機・理由には、AがXを強姦したとの誤解に基づく点があり、Xは本当は強姦などされていないという事実を積極的に説明すべきであったと摘示するとともに、Yに関しても、Aを身体に危険の及ぶ可能性のある場所に積極的に誘い入れたものと評価でき、犯行の阻止に努めるべきであったとして、両名に本件犯行に関する不作為犯の共同正犯の成立が肯認されている。

この判決が、作為実行犯と行動をともにしているものの、犯罪の実行に直接加担することなく、単に犯行を傍観していたに過ぎない者について、作為正犯者による犯行を認識しながら行動をともにしていた事実に基づいて暗黙の共謀を認定し、共同正犯として処理することに対して、果たして共同正犯を根拠づけるに足りる共謀と評価できるのかという観点から、原審の判断の在り方に問題を指摘したことには意義があるように思われる。これまでの実務上の処理としては、作為正犯者による犯行に同行していたり、犯行現場にいながら、あえて犯行を阻止していないという事実をもって、作為正犯者との共謀を推認する間接事実として援用されることが多く、このような認定方法によれ

ば、この事案の場合についても共謀を認定し共同正犯の成立を認めることが十分可能であったといえるかもしれない⁽²⁵⁾。

しかし、正犯者の犯行を認識しつつ同行するという事実のみで、共同正犯が成立するか否かについては慎重な検討を要しよう。正犯者が犯行を行うことの認識という場合、自分以外の者が犯行を自律的に決定し、これを遂行するという状況を知っているに過ぎない場合も含まれ、この場合には共同正犯だけでなく、狭義の共犯が成立する可能性についても検討すべきである。

また、共謀（意思連絡）を媒介とする「相互的な利用補充関係」に基づいて犯行が遂行されたと認めることができるのであれば、共謀だけに関与した者についても共同正犯が成立するという趣旨で、判例が共謀共同正犯を認めていると理解する⁽²⁶⁾のであれば、犯行の分担実行に直接加わっていなくとも、犯行計画の決定に積極的に関与していた等の事実に基づいて、犯行に対する「相互的な利用補充関係」を認めることも容易であり、共同正犯の成立に問題はないであろうが、犯行の決定に関与しておらず、もっぱら正犯者による犯行を現場で目撃していたという事実だけで、「相互的な利用補充関係」に基づく共同犯行と評価して良いのかという問題は生じ得る。まして、本件のように、事態の成り行きを傍観し、単に正犯者等と同道していたという外形的な事実の裏側にある「その犯行を阻止しなかった」という態度を、犯行の共謀を推認する間接事実と位置づけて、暗黙の共謀を認定し、直ちに殺害の共同正犯の成立を認めるのは行き過ぎのように思われる⁽²⁷⁾。確かに、明示的な共謀が存在しない場合であっても、たとえば、暴力団組織の場合のように、行為者間の背景にある組織を媒介として黙示的な共謀関係を認めることは可能であろう⁽²⁸⁾。しかし、このような特別の事情がない場合には、共犯者間の関係や犯行への関与等の事情を慎重に検討したうえで、黙示的共謀の有無を認定すべきであり⁽²⁹⁾、犯行現場に現在するだけで、共同正犯の適用を図ることには問題があるというべきであろう⁽³⁰⁾。また、犯罪の共謀に積極的に参加することなく、

実行行為も分担せずに犯行現場に現在している者の主観的な認識内容に関連して、正犯者による犯行の遂行に関する認識は持ち合わせていたとしても、他人の自律的な決定に基づいて行われる犯罪結果に対する認識を有しているというだけで、ただちにその者に（共同）正犯としての故意が存在すると断定できるのかという点も検討を要するようと思われる。作為正犯の犯行を阻止しないという不作為の傍観者の場合に、犯罪結果を志向したり、それを実現するという意思の程度や共同正犯における相互利用補充関係の基礎としての共同性の程度に関して、かなり薄弱であるという点は否定できないのではないだろうか。この限りで、安易な共謀の認定に対する警戒感を明らかにした東京高裁の判決には首肯できる部分がある⁽³¹⁾。

殺害の犯行に係る共謀を排除したことは適切であるとしても、問題は、不作為犯のアプローチを採った場合に、本判決によって導かれた結論が妥当といえるのかという点である。東京高裁は、作為正犯者であるZ等により暴行が加えられることを十分認識しながら、XおよびYが被害者Aを呼び出し、「身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を誘い入れた」点に、犯行の阻止に努めるべき作為義務の根拠を求め、両名に不作為犯の共同正犯の成立を認めている。先行行為に基づく作為義務を根拠に不作為犯の成立を認めることは、たとえば不作為による放火罪を認めた一連の判例⁽³²⁾に見られるように、古くから裁判上でも示されてきた。この判決でとくに注目されるのは、先行行為による「危険創出」を明言し、作為義務発生の根拠とした点であろう。この点が、近時、有力に主張されている「先行行為による危険の創出・増加」に保証人的地位ないし作為義務の根拠を求める見解⁽³³⁾と親近性をもち、同判決がこの見解を意識したものとも受け取れるのである。

この危険創出説は、不作為処罰が個人に作為を義務づけその作為を強制する効果を伴うので、作為犯の場合と比較して不作為犯の処罰の方が「国民の行動の自由への強度の干渉」⁽³⁴⁾であることから、これを正当化するために特別な要件として保証人的地位（作為義務）が要求さ

れるのであり、自由主義社会においては、「人は他人に迷惑を限り（基本的に）何をする 것도自由だが、自らが危険を作り出した場合には、そうした自由を部分的に犠牲にしても、自分が作り出した危険を除去し、法益を保護する義務を負う」⁽³⁵⁾、換言すれば、「当該個人が他者の自由に対して作り出した危険を取り除き、その現実化を阻止することだけが義務づけられうる」⁽³⁶⁾という。このように、危険創出説は、作為義務を課す正当化の要件（ないし根拠）として危険創出を要求する⁽³⁷⁾。この見解は、すぐれて自由主義的な発想に根差しており、根拠のある一つの有力な考え方であることは疑いない。

だが、いくつか疑問に思われる点もある。第一に、この考え方が、実定法と矛盾することなく整合的であるのかという点である。既に、先行行為説⁽³⁸⁾に対しては、西田教授によって、過失犯や結果的加重犯、さらに狭義の共犯との関連について問題が指摘されていた。すなわち、先行行為に基づいて作為義務が課され不作為犯の成立が認められるとすると、過失行為によって結果防止の可能性と結果発生との認識があれば、直ちに不作為による故意犯へと転化し、さらに教唆犯や幫助犯の場合にも不作為による正犯に転化してしまうという批判⁽³⁹⁾が向けられていたのであるが、この批判はそのまま危険創出説にも妥当しよう⁽⁴⁰⁾。また、刑法第218条の規定は、要保護者との一定の社会関係に基づいて保護責任を課し、その保護責任を尽くさない不保護（不作為）を処罰しているのであり、とくに先行行為が前提となっているわけではない。そうすると、実定法は、保証人的地位（作為義務）を生じる契機として一定の社会関係の存在によって（も）認めているのであり、少なくとも先行行為による危険創出の場合に限定するといった趣旨を窺うことができない。この意味で、危険創出説は一つの考え方として適切な面をもっていることは否定し得ないものの、実定法との整合性には問題が残る。さらに指摘しておきたい点は、確かに自分で作り出した危険は本人によって除去されるべきだとしても、このことが故意の不作為犯として処罰すべきだという結論に直結するのかは疑問である。先行行

為による危険創出を根拠にその当事者の責任が発生するという点は、自己責任の観点から正当化することができるとしても、さらに不作為犯として刑事責任を負わなければならないとすることまで正当化できるのかについては、なお検討が必要であるというべきであろう。

東京高裁判決は作為義務の根拠を危険創出に求め、一結論としては、原審と同様に一不作為による殺人罪の共同正犯の成立を導いているのであるが、危険創出説の論者から全面的に支持されているかという点、必ずしもそうではない。たとえば、小林教授は、被告人が本件暴行の重要な契機を作り出しているものの、「実行者による犯行を阻止すべき十分に実効的な手段を有していたとまで評価しうるかには、やや疑問がある」⁽⁴¹⁾と指摘し、共同正犯とする結論には疑問を提起されている。また、島田教授も、本件に関し、危険創出による作為義務を認める余地は肯定しつつ、Xが真実を告げたとしても、Z等が暴行を中止する可能性は極めて低く、不作為共犯の因果性に問題が残るとして、不作為の共同正犯とすることに疑問を示されているのである⁽⁴²⁾。さらに、暴行の加えられる蓋然性が高い状況の下での被害者の呼び出しという先行行為によって、（身体に対する）一定の危険の創出が存在するとしても、この程度の危険の創出を根拠として、直ちに被害者に対する殺害の犯行を阻止したり、その生命を保護すべき作為義務を課し、不作為による殺人罪の成立を認めることができるのかという問題点も指摘されている⁽⁴³⁾。

作為義務の発生根拠をめぐって、学説上、排他的支配性を要件（の一つ）とする見解⁽⁴⁴⁾が多い。この立場に立った場合でも、上記事案につき、作為義務を肯定し得る余地はある。たとえば、林教授は、作為義務を認めるためには排他的支配を自ら設定したという状況が必要であり、その例として、「被害者をほかに誰も救助しえないような場所に連れていきながら、共犯者によって暴行を受けるのを阻止しなかった」⁽⁴⁵⁾場合を挙げておられる。このような場合に、排他的支配が認められるのであれば、上記事案のXにも作為義務を導き得る⁽⁴⁶⁾。ただし、共同

正犯か幫助犯かという区別の問題は残っている⁽⁴⁷⁾。

以上に指摘した通り、事案の処理に関して、殺人罪の共同正犯という結論の根拠づけに当たり、東京高裁によって採られた不作為犯構成によるアプローチが成功しているとは言い難い。結果的に、東京高裁は、殺人罪の共謀共同正犯の成立を排斥しながら、不作為犯に置き換えて、共謀の「薄さ」を不作為で補完することにより殺人正犯の罪責を肯定しているのではないだろうか。もし、犯罪事実性の不足を理論で補うという方法で、不作為犯を利用したとすれば、その意図は不適切であるというほかない⁽⁴⁸⁾。本件は、しばしば指摘されているように、被害者の呼び出しという作為を中心として、共謀関係・共犯関係の成否を問うべき事案であったといえよう⁽⁴⁹⁾。

IV 幫助犯として処理した裁判例

上記【3】と類似する自己の子に対する暴行を阻止しなかった事例ではあるが、共同正犯ではなく、幫助犯と処理されたケースもある。【5】札幌高判平成12年3月16日（傷害致死被告事件）⁽⁵⁰⁾である。被告人X（母親）は、前夫との間でもうけた子A・B（当時3歳）の親権者であるが、その後Yと付き合い、A・Bを連れての同棲、婚姻、離婚を繰り返しながら同棲状態にあった中、YがBの態度に腹を立て、Bの顔面や頭部を数回殴打したところ、Bは悲鳴を上げた後、仰向けに倒れ意識を失い、その後病院に向かったものの、Yの暴行による硬膜下血腫、くも膜下出血等の傷害に伴う脳機能障害により死亡した。YによるBへの暴行時、被告人Xは、いつものせっかんが始まったと思ったものの、何もせず食事の用意をし、無関心を装っていたが、Bの悲鳴を聞き、慌てて寝室に行ったところ、既にBは身動きしない状態になっていた。検察は、Xを、Yが暴行を開始しようとして認識したのであるから、直ちにこれを制止する措置を採るべきであり、かつ制止して容易にBを保護することができたのに、その措置を採ることなく、こ

とさらに放置したものであるとして、Yの犯行を容易ならしめた幫助として起訴した。

このような事実関係の下で、原審・釧路地裁⁽⁵¹⁾は、XがYの暴行を阻止すべき作為義務を認め、その作為義務の履行は不可能ではなかったとしながらも、被告人がYの暴行を実力により阻止しようとした場合、「負傷していた相当の可能性があったほか、胎児の健康にまで影響の及んだ可能性もあった上、被告人としては実力による阻止が極めて困難な心理状態にあり、被告人がYの暴行を阻止することが著しく困難な状況にあったことにかんがみると、被告人に要求される作為義務の程度が一定程度強度のものであることを考慮しても、なお、被告人の不作为を、作為による傷害致死幫助罪と同視することはできないというべきである。」と判示して、被告人Xに無罪を言い渡した。

これに対し、控訴審である札幌高裁は、「不作为による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される。」と判示し、原審が要求していた「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置した」という要件を不要としたうえ、本件につき、被告人においてYによる暴行を実力によって阻止することが著しく困難な状況にあったとはいえないと認定したうえで、被告人の制止ないし監視行為があった場合と比較すれば、YのBに対する暴行が容易になったことは疑いがないと指摘し、「被告人の行為は、不作为による幫助犯の成立要件に該当し、被告人の作為義務の程度が極めて強度であり、比較的容易なものを含む前記一定の作為によってYのBに対する暴行を阻止すること」が可能であり、作為による幫助犯の場合と同視できるとして、傷害致死幫助罪の成立を認めた。

この事案で、XはAに対するYによるせっかんの可能性の認識はも

ちながらも、何もせず台所で夕食の支度を行っていたというものであるが、もし Y による暴行の可能性を認識しつつ、その犯行をとくに制止せずに放置していた点を捉えるのであれば、実務上、暗黙の共謀を認める余地も考えられなくはない。しかし、当初から幫助で起訴されているというのは、X 自身も Y から暴行を振るわれていたという事情や、X の故意の面で、X 自身が B を殴打したこともあったが、日常的に暴力を振るい、虐待していたという事実は必ずしも存在せず、A に対する加害の意思の低さ等を考慮したものと推測することができる。犯行態様としても、Y による加害の可能性の認識はあるとはいえ、一方的に Y が加害を加えているだけで、X の関与の程度も極めて低い。このように、犯行態様や犯情等を斟酌して、共同正犯での処理が排斥されたのであろう。

ところで、前述した法益保護義務に基づいて一元的に不作為正犯を導く見解によれば、X が子 A の身体（生命）に対する危険を回避ないし除去しなかった事実に基づいて、このような危険な状況を認識している場合には、不作為による傷害致死罪が成立し得る。また、法益保護義務と危険源監督義務とを区別し、前者に違反する場合を正犯、後者に違反する場合を幫助犯とする義務二分説（機能的二分説）⁽⁵²⁾によっても、X に A に対する保護義務を認める限り、同様の帰結に至り得る⁽⁵³⁾。これらの見解によれば、理論的には X 単独の不作為による傷害致死罪（正犯）が成立し得るのであるが、実務では、作為正犯者との共謀による共同正犯という選択肢について、共謀を認めるに足る証拠が存在しないとして排除したときには、不作為による単独正犯での立証も困難であるとする判断も随伴しているように推察される。このゆえに、【5】の事案において、当初から幫助犯で起訴されたのであろう。そして、学説上も、作為正犯者に対する不作為の関与については、原則幫助犯説が多数となっている。この事案における学説の関心は、不作為による幫助犯の成立要件についてであり、原審のように犯行阻止の確実性を要するか、控訴審のように犯行阻止の可能性で足りるのかとい

う点に向けられた。この点に関して、学説の多くは、一関与者に作為義務が存在することを前提としたうえで一作為の場合との共通性を考慮し、控訴審の判断を支持している⁽⁵⁴⁾。もっとも、作為による幫助との同視を肯定する点については、理論的にも検討の余地を残している⁽⁵⁵⁾。

作為による犯行の不阻止というケースの場合、作為者の自律的な意思に基づいて法益に対する攻撃が行われているのであって、法益侵害の結果は作為正犯者の犯行支配によって惹起されている。このような作為による犯行の不阻止を処罰する目的は、その犯行によって危険にさらされている法益の保護・保全に求めることができる。しかし、この目的を達成するために誰に対しても阻止を義務づけることは、個人の自由に対する過度な干渉であり、過大な負荷を強いることになりかねない。この点を考慮して、介入の正当化を図るための要素として、保証人的地位が不作為処罰の要件となっていると考えることができる。したがって、不作為の幫助を処罰する場合にも、不作為者において法益を保証する関係に立っていることが必要であると解すべきである。このことを前提として、正犯と共犯という類型が犯罪実現の方法的類型だとすれば、一般的に直接的な実現形態が正犯であり、間接的な関与形態が共犯であると理解できる。このような理解に基づくならば、作為正犯者による犯行の不阻止は、法益を直接侵害する行為態様には該当しない。殺人の手段としてピストルを与えるという作為があったとしても、それだけで殺人が実現するわけではない。同様に、阻止しないという不作為があるだけで、人の死亡が惹起されるわけではない。いずれの場合にも、正犯の犯行と結合することによってはじめて犯罪結果に対する寄与として認められるのである。このような認識を前提とするのであれば、作為正犯者による犯行を阻止しないという不作為は、基本的に幫助行為に該当するといえるべきである。この限りで、【5】は幫助犯が問題となる事案である⁽⁵⁶⁾。ただし、この事案において、不阻止という客観的な事実が存在するとしても、被告人の幫助故意の認識の点についてはなお疑問の余地が残されているように思われる。

V おわりに

作為的犯行の不阻止
(上野)

作為による犯行の不阻止という問題について、共謀の認定に基づいて共同正犯として処理する裁判例の中には、共謀の認定に関する問題や理論的には幫助犯の成立可能性の排除という問題が認められる。こうした問題の背景には、共謀と不作為との関係についての理解に不透明な部分があることも関連している。共謀は、理論的には共同正犯の成立要件であり、不作為犯の問題とは明確に区別されるが、実務の処理においては、不作為の不法内容を加味して共謀を認定し、共同正犯を根拠づけるものもある。このような処理には、共謀共同正犯概念の不当な拡大をもたらす恐れもある。

一般に法益が自律的に維持されている状態を想定すると、これに対する作為的な攻撃（法益侵害行為）だけを禁止すれば、刑法の法益保護目的にとっては十分である。しかし、法益の維持自体に支えが必要な場合もある。このような場合には当該法益を保全するための積極的な措置を強制することも必要となってくる。保護責任者不保護罪の規定はこのことを物語っている。この意味で、法益が当該法益を保証する立場にある者に依存している場合⁽⁵⁷⁾には、法益の危殆化という状況に際して、保証人はその状況を改善し保全すべき作為義務を負っているのであり、これを意図的に尽くさないという不作為が犯罪の手段性を帯び、犯罪行為性を具備するに至るといえよう⁽⁵⁸⁾。この限りで、個々の構成要件の解釈において不作為の（実行）行為性を問題とすることも許容されるのではないだろうか。刑法で問題とすべき不作為をこのように限定して理解するのであれば、【4】は、被告人に（被害者の）法益を保証する関係は存在しておらず、不作為を問題とすべき事案ではないとみるべきである。そして、当該不作為につき、【2】〔i〕のケースのように結果を直接惹起するに足りる手段・方法と認めることができるのであれば正犯として、そうではなく間接的な方法に過ぎないと認められる場合には幫助犯として罪責を評価するのが妥当であると考

四四一
(一三五七)

える。

- (1) 高橋則夫「不作為による幫助犯の成否」現代刑事法 14 号 (2000 年) 105 頁、同『刑法総論 第 4 版』(成文堂・2018 年) 520 頁参照。
- (2) 西田教授は、作為による犯罪実行者との明示・黙示の共謀ないし意思連絡が存在すれば、因果的共犯論の帰結として「犯罪と結果との心理的因果性により当然に共犯として処罰されるのである」り、作為義務を吟味する必要はないとして、不作為による共犯については、理論的に片面的共犯しかありえないと説かれる(西田典之「不作為による共犯」法学協会雑誌 122 卷 4 号 (2005 年) 418 頁〔同『共犯理論の展開』(成文堂・2010 年) 136 頁〕)。
- (3) 高等裁判所刑事裁判速報集 (平成 17 年) 312 頁。
- (4) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005 年) 442 頁、同『講義刑法学・総論 第 2 版』(有斐閣・2018 年) 548 頁。
- (5) 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』(成文堂・1994 年) 182-183 頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣・2002 年) 1445 頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013 年) 432 頁、曾根威彦『刑法原論』(成文堂・2016 年) 526-527 頁、松原芳博『刑法総論 第 2 版』(日本評論社・2017 年) 457 頁など。
- (6) 判例タイムズ 1085 号 292 頁。
- (7) もっとも、裁判所の認定を前提に、被告人 X に B を殺害させる意図を有しながら、X の行為を阻止せず黙ったまま顔を背けるという Y の態度は、もはや不作為とはいえず、むしろ X による殺害に対する「心理的因果性を有する作為」と評価すべきであるとする見解も見られる(齊藤彰子「作為正犯者による犯罪実現過程への不作為による関与について」川端博ほか編『理論刑法学の探究 8』(成文堂・2015 年) 46 頁)。これに対して、島田教授によれば、この事案は作為と不作為が共働する場合であり、「顔をそむけた行為を作為とする見解もありうるが、単なる犯罪の不告知、不阻止を処罰すべきではないから、このように、自分は犯行とは無関係だという態度を取る行為は、不作為と扱い、作為義務がある限度で処罰すべき」であると説かれている(西田典之ほか編『注釈刑法 第 1 卷』(有斐閣・2010 年) 841 頁〔島田聡一郎〕)。さらに、小林教授も、顔を背けることが積極的な身体動作であり、それが重要な契機となって妻が子どもの殺害を実行したのだとしても、「夫の『自分は止めない』という態度を妻が恣意的に動機づけに用いたにすぎず、これをもって、夫の作為による関与と評価することは許されない」と指摘される(小林憲太郎「不作為による関与」判例時報 2249 号 (2015 年) 11 頁〔同『刑法総論の理論と実務』(判例時報社・2018 年) 697 頁〕)。なお、町野朔「『釧路せっかん死事件』について」

井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣・2012年) 309頁参照。

- (8) 曾根威彦「児童虐待と刑法理論—不作為犯における共犯を中心として—」現代刑事法6巻9号〔65号〕(2004年) 71-72頁。
- (9) 不作為のケースでは、殺人罪と保護責任者不保護罪とがオーバーラップするため、両者の区別が問題となる。この点につき、丸山雅夫「不真正不作為犯の限定原理について」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開(上) 町野朔先生古稀記念』(信山社・2014年) 60頁以下、さらに、広く外在的要因を分析しながら検討するものとして、櫻庭総「近時の児童虐待事案に関する判例動向」九大法学101巻(2010年) 171頁以下参照。
- (10) 判例タイムズ1291号306頁。
- (11) 中森喜彦「不作為による共同正犯—2つの高裁判決」近畿大学法科大学院論集7号(2011年) 126頁。
- (12) 西田ほか編・前掲注(7)813頁〔島田〕、島田聡一郎「不作為による共同正犯」刑事法ジャーナル29号(2011年) 45頁注(48)。
- (13) 島田・前掲注(12)45頁。
- (14) これに対して、小林教授は、共同正犯と評価するのに必要となる重要な役割の存否について、より詳細な認定を要するとされながらも(小林・前掲注(7)〔2015年〕12頁)、本件招き入れについて、虐待のお膳立てが整った状況のもとで、Yと被害者との間に存する最後の障壁を取り去るもので、重大な危険創出と評価し得る(同16頁注(41))とも述べ、共同正犯成立に肯定的である。
- (15) ドイツでは、たとえば、ロクシンによって唱えられている(*Claus Roxin, Strafrecht, AT, Bd.2* (2003), S.9ff., *ders, Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl. (2015), S.459ff..)。この見解は、不作為犯を義務犯の一種と把握する考え方を前提とし、義務犯に属するのであれば、その正犯性は(作為)義務の違反の点にのみ依存すると主張するのである(このようなロクシンの見解を踏襲するものとして、齊藤誠二「不作為犯と共犯」*Law School*14号(1979年) 22頁、同『特別講義刑法』(法学書院・1991年) 223頁。)
- (16) 前掲注(4)参照。
- (17) 仮にXがYによる暴行を目撃し、Aの死亡結果を予見していたり、Yの犯行終了後Aが重篤な状態であることを認識し、死亡する可能性のあることを認識していたという場合に、殺人罪の故意が存在するとすれば、この見解によるときは、殺人罪の正犯という可能性も生じるかもしれない。
- (18) なお、原則正犯説によれば、単独で独自の不作為正犯が成立することになるが、もし作為正犯者との間で意思連絡が存在するときには共同正犯になり得ると説明されている(井田・前掲注(4)〔2005年〕442頁注(29)、同・前掲注(4)〔2018年〕548頁注(42))。

- (19) 内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学 34 卷 3 号 (2001 年) 25 頁。さらに、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂・2005 年) 131 頁。
- (20) 山中敬一「不作為犯の正犯と共犯—基本思想からの考察および区別基準の展開—」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』(成文堂・2014 年) 686 頁。
- (21) 橋爪隆「不作為と共犯をめぐる問題」法学教室 422 号 (2015 年) 96 頁。
このような捉え方に対する批判として、神山敏雄「不作為をめぐる共犯の新様相」現代刑事法 5 卷 9 号 [53 号] (2003 年) 50 頁。
- (22) 平野龍一『犯罪論の諸問題 (上)』(有斐閣・1981 年) 137 頁。
- (23) 島田・前掲注(12) 48 頁参照。
- (24) 判例タイムズ 1309 号 292 頁。
- (25) 丸山嘉代「多数名が関与した殺人事件において、実行行為を行わなかった者に対し、不作為による共同正犯の成立を認めた事例」警察学論集 64 卷 2 号 (2011 年) 181 頁。
- (26) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 5 卷 第 3 版』(2019 年) 364 頁 [村上光鷄]。
- (27) 門田教授は、本件では、被告人に Z 等との主従関係がなく、特に X は説得されて被害者を呼び出すなど受身的で、あえて真実を告げず Z 等の犯行を積極的に利用したと評価できる事実も明らかでないため、共謀を認定し難いと説かれている (門田成人「最新判例演習室刑法 不作為犯としての共同正犯」法学セミナー 666 号 (2010 年) 123 頁)。
- (28) 最高裁平成 15 年 5 月 1 日決定 (刑集 57 卷 5 号 507 頁)、同平成 17 年 11 月 9 日決定 (裁判集刑事 288 号 543 頁)、同平成 21 年 10 月 19 日判決 (裁判集刑事 297 号 489 頁) 参照。もっとも、批判的な見解も少なくない。たとえば、西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務—最高裁平成一七年十一月二九日第一小法廷判決を中心に」刑事法ジャーナル 3 号 (2006 年) 55 頁以下、松原芳博「共謀共同正犯と行為主義—最高裁平成一五年五月一日決定・同平成一七年十一月二九日決定を契機として—」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂・2007 年) 539 頁以下など。
- (29) 上野幸彦「他人の親族になりすまして行う詐欺の現金受取役を担った被告人と指示役の氏名不詳者との間の共犯関係」刑事法ジャーナル 53 号 (2017 年) 139 頁。
- (30) 島田聡一郎「不作為による共犯について (1)」立教法学 64 号 (2003 年) 15 頁以下、西田ほか編・前掲注(7) 812 頁 [島田] 参照。
- (31) 松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報 63 卷 7 号 (2011 年) 25 頁、奥村正雄「犯罪の不阻止と共同正犯」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』(成文堂・2014 年) 654-655 頁。

- (32) 大判大正7年12月18日刑録24輯1558頁、大判昭和13年3月11日刑集17巻237頁、最判昭和33年9月9日刑集12巻13号2882頁参照。
- (33) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」内藤謙ほか編『香川達夫博士古稀祝賀 刑事法学の課題と展望』（有斐閣・1996年）108頁以下、同・前掲注(5)89頁以下（排他的支配とともに、危険創出を保証人的地位の発生根拠とするもの）、島田聡一郎「不作為犯」法学教室263号（2002年）116頁以下、小林・前掲注(7)〔2015年〕4頁〔同前掲注(7)〔2018年〕108-109頁〕。
- (34) 島田・前掲注(33)116頁。
- (35) 島田・前掲注(33)117頁。
- (36) 小林・前掲注(7)4頁。
- (37) 橋爪教授は、危険創出行為が作為義務発生の典型的な場面であることを認めつつ、このほかにも一定の身分関係や社会的・法的関係に基づいて義務づけがなされる場合もあると指摘される（橋爪隆「不作為犯の成立要件について」法学教室421号（2015年）93-94頁）。
- (38) 日高義博『不真正不作為犯の理論』（慶應通信・1979年）154-155頁。先行行為の意義を強調する最近の見解として、鈴木彰雄「先行行為に基づく作為義務」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社・2017年）22頁。
- (39) 西田典之「不作為犯論」西田典之ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』（日本評論社・1988年）71頁以下〔同・前掲注(2)〔2010年〕176頁〕。同旨、神山・前掲注(5)444頁、佐伯・前掲注(33)100頁、十河太郎「不真正不作為犯の実行行為性について」同志社法学56巻6号〔304号〕（2005年）714頁。
- (40) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論 第3版』（弘文堂・2019年）130頁、松原芳博『刑法総論 第2版』（日本評論社・2017年）460頁、林幹人「共犯と作為義務—最高裁平成一七年七月四日決定を契機として—」上智法学論集49巻3・4号（2006年）57頁、岩間康夫「共犯的先行行為に基づく保障人的義務について」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（成文堂・2014年）630頁。なお、島田教授は、「他人の自由な故意行為を介してはじめて物理的危険が創出された場合には、物理的危険創出行為を認めて、行為者を不作為正犯とすべきではない。そのように考えると教唆・幫助は、ほとんど不作為正犯になってしまうからである。」（島田・前掲注(33)120頁注(36)。さらに西田ほか編・前掲注(7)927-928頁〔島田〕と説明されており、教唆・幫助の場合における不作為正犯の成立を否定されているのであるが、教唆・幫助行為自体に（正犯による）犯罪結果発生に対する少なくとも抽象的危険性が内在していると理解することができ—もし、このような危険さえ存在していないと解するならば、教唆・幫助を処罰すること自体の正当性が問われかねない—、教唆者・幫助

者には、危険を除去すべく作為義務が認められるにもかかわらず、なぜ不作为正犯が排除されるのか、その理由を示す必要がある。もし、実定法の規定によって不作为正犯の成立が排除されていると理解するのであれば（西田ほか編・前掲注(7)928頁〔島田〕参照）、危険創出説の見解はやはり実定法と調和しないという批判を免れないだろう。

- (41) 小林・前掲注(7)〔2015年〕12頁。
- (42) 島田・前掲注(12)46-47頁。
- (43) この点に関する批判的見解として、たとえば、中森・前掲注(11)129頁、前田雅英「共謀の認定と不作为の共同正犯」警察学論集 64 卷 4 号 (2011 年) 140-141 頁、萩野貴史「不作为による共同正犯—東京高判平成 20 年 10 月 6 日判タ 1309 号 292 頁—」獨協ロー・ジャーナル 7 号 (2012 年) 190-191 頁、西岡正樹「犯行現場に同行したものの実行行為を行わなかった者について、不作为による共同正犯の成立が認められた事例」山形大学法政論叢 54・55 号 (2012 年) 91 頁、岩間・前掲注(40)629 頁、奥田菜津「不真正不作为犯における作為義務の根拠論」同志社法学 71 卷 3 号〔通巻 406 号〕(2019 年) 138 頁など。
- (44) 西田・前掲注(40)134 頁以下、林幹人『刑法総論 第 2 版』（東京大学出版会・2008 年）156 頁など。「結果原因の支配」という考え方（山口厚『刑法総論 第 3 版』（有斐閣・2016 年）90 頁以下）もこれと基本的には同趣旨であろう。
- (45) 林・前掲注(40)63 頁。
- (46) 西田教授は、本件につき、共謀関係が認められる限り、不作为による共同正犯として構成する必要はなく、「本判決の認定している『作為義務』も結局は共謀共同正犯を認めるに足りる重要な役割といえるのかの判断材料として考慮すれば」足り、「ことさら不真正不作为犯としての共同正犯に必要な作為義務として位置づけることは理論的にも实际的にも妥当でない」と批判される（西田・前掲注(2)〔2018 年〕159 頁）。
- (47) 松原・前掲注(31)26 頁参照。
- (48) 岩間康夫「殺人現場に同行した者に危険な先行行為に基づく犯行阻止義務が認められ、作為行為者との共同正犯とされた事例」愛知大学法経論集 186 号 (2010 年) 45-46 頁参照。
- (49) 殺人罪の共謀共同正犯の可能性を認める見解として、西田・前掲注(2)〔2010 年〕159 頁、前田・前掲注(43)141-142 頁、西田ほか編・前掲注(7)813 頁〔島田〕、島田・前掲注(12)46 頁、橋爪・前掲注(21)96 頁。これに対して、殺人罪を否定し、暴行、傷害、傷害致死の共犯とする見解として、中森・前掲注(11)129 頁、傷害罪の幫助犯とする見解として、西岡・前掲注(43)93 頁、齊藤彰子「作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責」法政論集 249 号 (2013 年) 237 頁。
- (50) 判例時報 1711 号 170 頁、判例タイムズ 1044 号 263 頁。

- (51) LLI/DB 判例秘書 判例番号 L05450073
- (52) 山中敬一『刑法総論 第3版』(成文堂・2015年) 244頁、同「不作為犯と作為犯の共犯関係」関西大学法学論集 58巻4号(2008年) 14頁以下、高橋・前掲注(1)〔2018年〕162頁など。これに対する批判として、神山・前掲注(5)177頁、西田・前掲注(2)〔2005年〕424頁〔同・前掲注(2)〔2010年〕141-142頁〕、平山幹子「児童虐待と刑法理論—不作為による共犯を中心として—」刑事法ジャーナル 12号(2008年) 26頁など。
- (53) もっとも、山中教授は、作為義務内容の二分論を採用しつつ、正犯・共犯論のアプローチも併用され、正犯者の行為支配が存在している間は、関与者の不作為正犯性を否定し、幫助犯とする(山中敬一「不作為による幫助」渥美東洋ほか編『刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古稀記念—』(信山社・2003年) 357-358頁)。
- (54) たとえば、西田・前掲注(2)〔2005年〕436-437頁〔同・前掲注(2)〔2010年〕154頁、内田・前掲注(19)46-47頁、神山・前掲注(21)50頁、林幹人「不作為による共犯」渥美東洋ほか編『刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古稀記念—』(信山社・2003年) 322頁など。これに対し、ほぼ確実な危険ないし結果回避可能性を必要とする見解として、山中・前掲注(53)361頁、曾根・前掲注(8)74頁。この問題につき、濱田新「不作為による幫助の処罰範囲の限定について—児童虐待不阻止事例を題材に」信州大学経法論集 2号(2017年) 165-167頁参照。
- (55) 日高義博「児童虐待と不作為犯—札幌高裁平成12年3月16日判決を契機として—」警察学論集 53巻12号(2000年) 72頁以下。
- (56) もっとも、被害者である子の法益維持における保護者(母親)への依存性に基づく保護措置の不履行という観点からは、保護責任者不保護致死罪の理論的可能性も認められよう(平山・前掲注(52)30頁)。
- (57) 作為義務の根拠に関連して、堀内教授により法益の依存性が指摘されていた(堀内捷三『不作為犯論』(青林書院新社・1978年) 253-255頁)。大谷教授も、不真正不作為犯の成立要件として、被害者ないし被害法益との具体的依存関係の存在を要求されている(大谷實『刑法講義総論 新版第5版』(成文堂・2019年) 130頁、133頁)。児童虐待事案につき、林弘正『児童虐待Ⅱ 問題解決のための刑事法的アプローチ [増補版]』(成文堂・2011年) 111頁。山口教授による「法益の脆弱性」(山口厚「不真正不作為犯に関する覚書」龍岡資晃ほか編『小林充先生 佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』(判例タイムズ社・2006年) 31-32頁、同・前掲注(44)91-92頁)という表現も、このような場合を指していると理解できる。
- (58) 上野幸彦・太田茂『刑事法入門』(成文堂・2018年) 24頁〔上野〕、設楽裕文・南部篤編『刑法総論』(弘文堂・2018年) 223頁〔上野幸彦〕参照。

論 説

詐欺行為取消により生ずる受益者の取消債権者に対する受領金
支払い債務にいつから法定利息あるいは遅延利息が発生すべきか
—最判平成30年12月14日民集72巻6号1101頁を参考にして—

益 井 公 司

一 はじめに

債務者の詐欺行為により、債権者が債務者の受益者に対する金銭債務の弁済を取消する場合や金銭債権の譲渡を取消するときにおいて受益者が譲渡債権の弁済をうけている場合、さらには価格賠償が命じられる場合等において、いつから遅延利息を付すべきなのか（遅延利息の起算点）については、これまであまり深く議論されてきていない。しかしながら、近時、詐欺行為取消しによる受益者の取消債権者に対する受領金支払債務がいつから遅滞に陥り遅延利息が発生するかに関して、以下で述べるように下級審の判例や学説において判断の分かれていた問題につき、最高裁が初めて実質的な判断をなした判例が現れている。そこで、まず二においてこの最高裁の判例を簡単にみるとともに、三でこれまでの下級審の判例を検討することにより、この最高裁判例の判断枠組みの意義を確認し、さらに四でこれまでの学説を民法及び破産法の議論を含めて検討し、詐欺行為取消しによる受益者の取消債権者に対する受領金支払債務につきいつから遅延利息は発生するのか、そこで発生するのは、遅延利息なのか法定利息なのか、両者の関係はどうなっているのか等につき考察することにより、この問題の解決の

方向性を探ろうというのが本稿の目的である。そうした問題の検討に入る前に、その前提として確認しておかなければならないのは、①二以下において検討する本最高裁のように、詐害行為により逸失した財産額（受益者等が受けた金額）が詐害行為取消権の被保全債権額よりも小さいケース（以下ケースⅠという）においては、詐害行為の取消が行使されると受益者等は受けた金額を全額返済するとともにそれに遅延利息をいつから付すかという問題が生じるだけでなく、取消しによって原状回復すべきものの内容を確定する必要があるように思われる。つまり、受益者は金銭等を受領した時からそれを運用できたはずであるから、その運用利益としての利息を詐害行為時から付さなくていいのかが問題となる。さらには、法定利息と遅延利息の関係をどう考えるかも問題となってくる。これに対し、②詐害行為により逸失した財産額が詐害行為取消権の被保全債権額より大きいケース（以下ケースⅡという）では、詐害行為取消しの対象となる行為の範囲は被保全債権の範囲に限られているので⁽¹⁾、取消されて返還すべきことになった被保全債権額相当の返還金額にいつから遅延損害金をつけるかという問題になる。この場合も①の場合と同様に受益者等は受領時から金銭等を運用できたのであるから受領時から利息を返還する必要があるかを検討する必要がでてくるが、被保全債権額相当額に受領時から利息を付して受益者等が返還しなければならないとすると、債権者は詐害行為後の遅延利息についても被保全債権に含めることができるとするのが判例なので⁽²⁾、債権者はその部分においては重複したものを得ることになるようにも思われる。以上の点に配慮しながら、この問題の考察

(1) この点については、改正後の新法でも同様である。

(2) 被保全債権には、詐害行為以後に発生する遅延損害金も含まれる（最判平成8年2月8日判時1563号112頁）。更には、詐害行為後に生じた延滞税も詐害行為取消権によって保全されるべき債権に当たるとする原審（後の⑮の判例）の判断を維持した判例として最判平成元年4月13日金法1228号34頁がある。

を進めていきたい。

なお、遅延利息の利率に関しては商事の6分になるか、民事の5分になるかの争いがあったが、民法改正法の成立により商事法定利率を定める商法514条は削除され、両者は統一されたので（新民法404条）、本稿ではその問題には触れないことにする。

二 最判平成30年12月14日（民集72巻6号1101頁）の判例⁽³⁾について

1（事実関係）

B銀行の取締役会において破綻に瀕したノンバンクであるC社から二回にわたり合計で商工ローン債権約460億円（のちにC経営は破綻し支払い不能になる）を額面額での買取りを承認した取締役Aらの善管注意義務違反を理由とする損害賠償請求権（会社法423条1項）をB銀行（B銀行も経営破綻し、再生手続が開始されたことに伴いこの損害賠償請求権はXに譲渡された）から譲り受けた被上告人X（整理回収機構）が、損害賠償の一部である50億円及び訴状送達以後の遅延利息の支払いをAに求める損害賠償訴訟を提起した（第1事件）。

また、Aに対して（第1事件で認められた）約37億6000万円の損害賠償債権を有する被上告人Xが、詐害行為取消権に基づき、上告人Y1（Aの弟）に対しては、Aが上告人Y1からB銀行の株式を代金1億6250万円で購入する旨の契約の取消し並びに受領済みの上記代金相当額及びこれに対する訴状送達の日翌日からの遅延損害金の支払を求め、上告人Y2（Aの妻）に対しては、Aが上告人Y2に1億2000万円を贈与する旨の契約の取消し並びに受領済みの上記贈与金相当額及び

(3) この判例評釈としては、中野琢郎・ジュリスト1538号107頁、潮見佳男・金融法務事情2121号18頁、渡邊拓・金融・商事判例1574号2頁、高須順一・判例秘書ジャーナル文献番号HJ100051、岩藤美智子・法学教室468号135頁がある。なお、本稿脱稿後に、片山直也・民商法雑誌155巻5号48頁にふれた。

これに対する訴状送達の日翌日からの遅延損害金の支払を求めた（第2事件）。原審はXの請求をほぼ認めたのでYが上告受理を申し立てた（それが認められた）。

2（上告理由）

詐害行為取消しによる受益者の取消債権者に対する受領済みの金員相当額の支払債務（以下「受領金支払債務」という。）は、詐害行為の取消しを命ずる判決（以下「詐害行為取消判決」という。）の確定により生ずるから、その確定前に履行遅滞に陥ることはないのに、上告人らの被上告人に対する各受領金支払債務につき各訴状送達の日翌日からの遅延損害金の支払を命じた原審の判断には、法令の解釈適用の誤りがある。

3（判旨） 上告棄却

「詐害行為取消しの効果は詐害行為取消判決の確定により生ずるものであるが（最高裁昭和34年（オ）第99号同40年3月26日第二小法廷判決・民集19巻2号508頁参照）、その効果が将来に向かってのみ生ずるのか、それとも過去に遡って生ずるのかは、詐害行為取消制度の趣旨や、いずれに解するかにより生ずる影響等を考慮して判断されるべきものである。詐害行為取消権は、詐害行為を取消した上、逸出した財産を回復して債務者の一般財産を保全することを目的とするものであり、受益者又は転得者が詐害行為によって債務者の財産を逸出させた責任を原因として、その財産の回復義務を生じさせるものである（最高裁昭和32年（オ）第362号同35年4月26日第三小法廷判決・民集14巻6号1046頁、最高裁昭和45年（オ）第498号同46年11月19日第二小法廷判決・民集25巻8号1321頁等参照）。そうすると、詐害行為取消しの効果は過去に遡って生ずるものと解するのが上記の趣旨に沿うものといえる。また、詐害行為取消しによる受益者の取消債権者に対する受領金支払債務が、詐害行為取消判決の確定より前に遡って生じないとすれば、受益者は、受領済みの金員に係るそれまでの運用利益の全部を得ることができることとなり、相当ではない。したがって、上記受領金支払債務は、詐

詐害行為取消により生ずる受益者の取消債権者に対する受領金支払い債務にいつから法定利息あるいは遅延利息が発生すべきか（益井）

四八七（一四〇三）

害行為取消判決の確定により受領時に遡って生ずるものと解すべきである。そして、上記受領金支払債務は期限の定めのない債務であるところ、これが発生と同時に遅滞に陥ると解すべき理由はなく、また、詐害行為取消判決の確定より前にされたその履行の請求も民法 412 条 3 項の「履行の請求」に当たるということができる。

以上によれば、上記受領金支払債務は、履行の請求を受けた時に遅滞に陥るものと解するのが相当である。

これを本件についてみると、被上告人は、上告人らに対し、訴状をもって、各詐害行為の取消しとともに、各受領済みの金員相当額の支払を請求したのであるから、上告人らの被上告人に対する各受領金支払債務についての遅延損害金の起算日は、各訴状送達の日翌日ということになる。」

4 本判決の判断枠組み

(1) 詐害行為取消の遡及効につき、「詐害行為取消しの効果は詐害行為取消判決の確定により生ずるものであるが、その効果が将来に向かってのみ生ずるのか、それとも過去に遡って生ずるのかは、詐害行為取消制度の趣旨や、いずれに解するかにより生ずる影響等を考慮して判断されるべきものである。」とし、①「詐害行為取消権は、詐害行為を取消した上、逸出した財産を回復して債務者の一般財産を保全することを目的とするもの」、つまり詐害行為取消訴訟は、形成訴訟（詐害行為の取消しという裁判所による形成行為を求める訴え）と給付訴訟（財産の給付を求める訴え）が合体したものとするこれまでの通説である折衷説⁽⁴⁾

(4) 大連判明治 44 年 3 月 24 日民録 17 輯 117 頁、我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964 年）176 頁、於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣、1972 年）180 頁、林良平（安永補訂）・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論（第三版）』（石田著）（青林書院、1996 年）188 頁、新法においても、民法 424 条の 6 により折衷説が採用されている。もっとも詐害行為の効果は債務者にも及ぶこと、転得者に対する詐害行為取消の場合、相対的取消しの枠組が部分的に維持されていることに注意が必要である。新法の理解については、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017

年) 738 頁以下、平野裕之『債権総論』(日本評論社、2017 年) 179 頁。なお、新法においても責任説をとりうるとの見解については、高須順一「詐害行為取消権の法的性質とその効力」法学志林 114 巻 4 号 142 頁を参照。

(5) 新堂幸司『新民事訴訟法 (第五版)』(弘文堂、2011 年) 215 頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上〔第 2 版補訂版〕』(有斐閣、2013 年) 75 頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法〔第 8 版〕』(弘文堂、2015 年) 177 頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第 6 版〕』(有斐閣、2018 年) 168 頁の注 8。

た場合に妥当な結論がえられないとの考慮も働いているものといえよう。しかし、詐欺行為時まで遡及させるものとししないのは、問題である。遅延利息を問題とするからそうなのであり、受領した金銭の運用利益という意味での利息を問題にするならば、詐欺行為時にまで遡及させることになるのではなかろうか。この点については後の四で検討する。

三 これまでの判例の状況

1 最高裁判例の状況

この問題につき、これまで実質的な判断をくだした最高裁の判例はなく、最高裁においてこの点が争点とならず原審のくだした判決の結論をそのまま是認したものがわずかに存在するだけであり、利息ではなく、遅延利息を問題とし、遅延利息がいつから発生するかについては、その結論がまちまちであった。

- ① 最判昭和 29 年 4 月 2 日民集 8 卷 4 号 745 頁は、原審である①₁ 東京高判昭和 26 年 10 月 28 日下民集 2 卷 10 号 1238 頁が遅延利息の付くのは訴状送達の日とする結論を維持する。本件は詐欺行為によって逸失した財産額の方が被保全債権額を大幅に上回っているケースⅡの場合なので、詐欺行為取消権を行使できるのは被保全債権の額に限定され、取消された被保全債権相当額に訴状送達の日から遅延利息を付すとの判断になっている。この当時は詐欺行為以後に発生する遅延損害金は被保全債権に含まれず、詐欺行為の要件論の問題として取消しの範囲に含まないと解されており⁽⁶⁾、それを

(6) 我妻・前掲注(1)192頁、大判大正7年4月17日民録24輯703頁。判例変更がいつなされたと理解するかについては、遅延損害金が詐欺取消権の被保全債権に入るとした原判決を維持した最判昭和35年4月26日民集14卷6号によって判例変更がなされたと捉えることもできるが（奥田昌道編『新版 注釈民法（10）Ⅱ』〔下森〕（有斐閣、2011年）905頁。『最高裁判所判例解説（民事篇）昭和35年度』162頁（三淵）は、旧来の判例を変更したことを間接的に表明したとする）、最終的に最判平成8年

前提にしているといえよう。

- ② 最判昭和 39 年 11 月 17 日民集 18 卷 9 号 1851 号は原審である②₁ 福岡高裁昭和 36 年 7 月 5 日の訴状送達の日から遅延利息が発生するとの結論を維持する。本件はケース I であり、受益者等が負う返還金額に訴状送達の日から遅延利息が訴状送達の日より付くとしている。
- ③ 最判昭和 50 年 7 月 17 日民集 29 卷 6 号 1119 頁は、原審である③₁ 大坂高判昭和 48 年 11 月 22 日（同・1127 頁）の転付命令が送達された翌日との判断を維持する。ケース I の場合につき、受益者が得た金額に転付命令が到達した日の翌日から遅延利息が発生するとする。
- ④ 最判昭和 51 年 7 月 19 日金融・商事判例 507 号 8 頁は、原審である④₁ 福岡高裁昭和 46 年 9 月 22 日同 14 頁がなした訴状送達の日との判断を維持する。ケース I の場合において、受益者の受領金額に遅延利息を訴状送達の日から遅延利息を付すべきことを認めている。
- ⑤ 最判平成元年 4 月 13 日金融法務事情 1228 号 34 頁は、ケース I の場合において、原審である⑤₁ 東京高判昭和 63 年 10 月 20 日判決（同・35 頁）の「遅延損害金の起算日については、詐害行為取消権は訴によってのみ行使することができるものであり、判決によって債権者の受益者（または転得者）に対する金銭債権が確定的に発生するものと解すべきであることからして、右起算日は判決確定の日の翌日であるとするのが相当である」を維持している。

2 下級審の状況

(1) 詐害行為時の翌日に遅滞に陥るとするものには次のものがある。

- ⑥ 山口地岩国支判昭和 35 年 3 月 16 日訟務月報 6 卷 5 号 866 頁。被

2 月 8 日判時 1563 号 112 頁が、この昭和 35 年判決を引用して、詐害行為以後に発生する遅延損害金も含まれるとする説に変更されていることを明言することによって確実な判例変更がなされたと理解すべきであろう。

保全債権額 240 万円余りであるのに対し、詐害行為で受益者に弁済された額は 377 万円余りであり、受益者が受けた額が被保全債権額より大きいケースⅡの場合において、被保全債権相当額に詐害行為時の翌日から遅延利息を付すものとしている。しかし、これは控訴審である⑥₁ 広島高等裁判所昭和 38 年 2 月 12 日訟務月報 9 卷 2 号 272 頁により「本件詐害行為の日の翌日たる昭和三十一年十一月二二日から支払済みになるまで民法所定年五分の割合による損害金の支払を求めている。しかして、訴外三浦木材株式会社のなした本件弁済行為は本件訴訟においてこれを取消す旨の判決確定により控訴人・被控訴人間において遡つてその効力を失うものであるが、さりとて控訴人の被控訴人に対する本件弁済行為による受領金の返還債務が右詐害行為の完了とともにただちに履行遅滞に陥るものと解すべき根拠はなく、被控訴人が控訴人に対し右金員を支払うべき旨の意思表示を裁判上なしたときにおいてはじめてその履行期が到来し、このときから控訴人は遅滞の責に任ずるものというべきである。しからば、被控訴人の年五分の民事法定利率による右遅延損害金の請求は本件訴状送達の日翌日であること記録上明白な昭和三十三年八月二六日から元本完済にいたる間に生じた分については正当であるが、それ以前の分は失当として排斥を免れない」として変更されている。

- ⑦ 東京高判昭和 61 年 6 月 25 日判時 1196 号 114 頁。被保全債権額よりも詐害行為により受益者が受けた金額のほうが大きいケースⅡの場合で、被保全債権相当額に遅延利息が詐害行為時から付されるとする。
- ⑧ 東京地判平成 19 年 8 月 28 日判例秘書 L06233649。詐害行為により受益者が受けた金額が被保全債権額よりも小さいケースⅠの場合で、「原告の詐害行為取消権による、訴外 F から被告への本件金員の贈与契約の取り消し及び被告に対する本件金員及び本件金員に対する遅滞に陥った後の日（遅滞となるのは詐害行為の時）である平成 18

年6月17日から支払い済みまでの民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払請求は理由がある」とする。詐害行為時から遅延損害金は発生するが、原告は訴状送達の日である平成18年6月17日から遅延賠償金を求めているので、処分権主義に基づき訴状送達の日から遅延損害金を認めたのである。

これらの判例が詐害行為時の翌日に遅滞に陥る理由は明確には示されていないが、①取消の効果は詐害行為時まで遡及するとともに、②詐害行為時から受益者等はそのものから生じる運用利益（利息）を得ることになるのでそれを返還すべきと解しているであろう。判例⑥が⑥₁によって訴状送達の日から翌日から遅延利息が発生するとした（詐害行為時まで遡及することを認めながらも）のは、利息ではなく遅延利息を請求したことによるのであり、遅滞したといえるためには412条3項の要件を満たす必要があると解したことによると思われる。

(2)訴状送達の日から遅延利息が生じるとするものには、先の①₁ ②₁ ④₁ ⑥₁の他に次のものがある。

⑨ 東京地判昭和61年11月18日判タ650号185頁。詐害行為によって逸失した財産額の方が被保全債権額を大幅に上回るケースⅡの場合において、訴状送達の日から遅延利息が生じるとの原告の主張を認める。

⑩ 東京地判昭和62年2月26日判時1262号115頁。詐害行為によって逸失した財産額の方が被保全債権額を大幅に上回るケースⅡにおいて、訴状送達の日から遅延利息が生じるとの原告の主張を認める。

⑪ 東京地判平成3年6月27日判時1409号77頁。詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権よりかなり小さいケースⅠの場合であり、訴状送達の日から遅延利息が生じるとの原告の主張を認め、詐害行為によって逸失した財産額に訴状送達の日から遅延利息が付されるとする。

詐害行為取消により、受益者等が返還すべき債務は期限の定めのない

い債務であるから、412条3項によって処理されるところなのである。これらのケースはいずれも⑥₁のケースを除き原告の主張をそのまま認めたものである。

(3)取消訴訟の口頭弁論終結時から遅滞に陥るとするものには、次のものがある。

⑫ 大阪高判平成16年10月15日判時1886号52頁。詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権より小さいケースⅠの場合において、(価格賠償に関する事件で)価格算定の基準時である当審口頭弁論終結の日から支払済みまで年五分の割合による損害金の支払を求める限度で理由があるとする。

⑬ 名古屋地判平成13年7月10日判時1775号108頁(被保全債権額900万円(詐害行為後の遅延損害金は含まれないとする)より詐害行為によって逸失した財産額(営業譲渡の金銭評価)の方が大きいケースⅡにおいて、「被告らは、本件営業譲渡を本件クラブの各会員及び取引関係者らに周知させ、既に本件営業譲渡を前提とした諸種の法律関係を発生させているのであるから、上記営業の引渡しは事実上困難であり、その引渡義務は履行不能となった場合と同視できるというべきであるから、被告デイリーは、原告に対し、上記営業の引渡しに代えて、価額賠償として九〇〇万円及びこれに対する価額賠償の基準時(口頭弁論終結時)である平成一三年三月九日の翌日から支払済みまで商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払義務があるというべきである」とする。

これらの判例は価額賠償が問題となるケースにおいて、価額賠償の基準時を遅延利息の発生時とするが、詐害行為取消しがなされることにより、詐害行為時まで取消しの効果は遡及するのであるから、原状回復義務として金銭に評価される以前に得ている財産を利用することによって得ることのできた利益(利用利益や果実)等を返還する必要がある

あるが⁽⁷⁾、遅延利息を問題にする限りは、この点を検討する必要がないことになる。

(4)判決確定日の翌日とするものには⑤₁以外に次のものがある。

- ⑭ 東京地判昭和 53 年 12 月 12 日判時 918 号 91 頁。詐害行為によって逸失した財産額（1795 万円余り）が被保全債権額（1800 万）より小さいケースⅠの場合であるが、両者はほぼ同額である場合において、「被告は、前項記載の取消すべき債権譲渡行為により取得した各債権について、いずれも弁済を受けていることは前認定のとおりであるから、各債権の譲渡行為を取消した場合、原告は被告に対し、右弁済を受けた額の支払を求めることができると解すべきである。そして被告の右金員の支払義務は、債権譲渡行為の取消を命じる本判決が確定した日の翌日から遅滞におちいる」とする。
- ⑮ 東京高判昭和 63 年 10 月 20 日判時 1295 号 62 頁。詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権額（詐害行為後に生じた延滞税も詐害行為取消権によって保全されるべき債権に含まれる）より大きいケースⅡの場合において、「遅延損害金の起算日については、詐害行為取消権は訴によってのみ行使することができるものであり、判決によって債権者の受益者（または転得者）に対する金銭債権が確定的に発生するものと解すべきであることからして、右起算日は判決確定の日の翌日であるとするのが相当である」とする。
- ⑯ 大阪高判平成 2 年 9 月 27 日判タ 743 号 171 頁。「被控訴人は、本件詐害行為取消による返還債権について、詐害行為後の昭和五九年五月二四日から支払すみまでの遅延損害金を請求するが、詐害行為取消権は訴えによってのみ行使できるものであり、債権者の受益者に対する債権は判決の確定によって確定的に発生するものであって、

(7) 民法 545 条 2 項・3 項、575 条、647 条等をみると、利息と果実・使用利益とはほぼ等しいものと考えて民法は規定していると思われるので、物の使用利益分を抽象的損害算定をするとそれは利息分になるのではなかろうか。

右確定前に右債権が遅滞に陥るとはいえないところである。そうであれば、右債権に対する遅延損害金の起算日は本判決確定の日の翌日というべきである。」とする。また、詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権額よりも大きいケースⅡであるため、被保全債権額の範囲で取消することができるだけであり、「被控訴人は、詐害行為取消権に基づく金銭返還義務は原状回復義務であるから受益者たる控訴人はその受領の日から利息を付して返還すべき義務があると主張するが、詐害行為取消権は、債権者がその被保全債権を回収するのに資する制度であって、特段の保全の必要性がないかぎり、被保全債権の範囲を超えて支払請求できるものではなく、本件では右特段の必要性の主張立証はない。そうであれば、仮に受益者は返還債務に利息を付すべき義務があるとしても、被控訴人は遅延損害金以外に利息を請求することはできないというべきである」とする。

- ⑰ 横浜地小田原支判平成7年9月26日金法1450号95頁。詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権の方よりも大きいケースⅡにおいて、原告が訴状送達の日から遅延損害金を求めたのに対し、詐害行為取消に伴う債権者の受益者に対する返還請求権は、判決の確定によって発生するものであって、右確定前に右債権が遅滞に陥ることはないから、返還義務の不履行に基づく遅延損害金の起算日は、本判決確定の日の翌日というべきであるとする。
- ⑱ 東京高判平成11年2月16日金判1072号32頁。詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権額よりも小さいケースⅠの場合で、詐害行為によって逸失した財産額に本判決の確定の日の翌日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の支払を認める。
- ⑲ 大阪地判平成12年5月24日判時1734号127頁。詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権額より小さいケースⅠにおいて、「原告らの被告悦子に対する請求は、債権者取消権に基づき、本件物件二の贈与契約及び前記一〇〇〇万円の贈与契約の各取消と所有権移転登記の抹消登記手続及び一〇〇〇万円とこれに対する本判決確定

の日の翌日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があり、その余は理由がない。なお、債権者取消権は訴えによってのみ行使することができるものであり、債権者の受益者に対する債権は、判決の確定によって確定的に発生するものであり、右確定前に右債権が遅滞に陥るとはいえず、右債権の遅延損害金の起算点は本判決の確定の日の翌日というべきである」とする。

- ② 東京地判平成 22 年 6 月 25 日判時 2102 号 69 頁。原告の本訴請求は、原告が被告に対して本件準消費貸借契約に基づき二三六〇万円及びこれに対する弁済期日の後である平成二〇年一月一日から支払済みに至るまで年一割五分の割合による遅延損害金の支払を求め、被告会社に対して、詐害行為取消権に基づき、本件譲渡担保一の設定行為を五七四万二八七九円の限度で、本件譲渡担保二の設定行為を九四五万三五四七円の限度で、それぞれ、取消し、価格賠償として、一五一九万六四二六円及びこれに対する本件判決確定の日から支払済みに至るまで年五分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるから認容し、…」という。

これらの判例が、取消訴訟の口頭弁論終結時から遅滞に陥るとする理由は、詐害行為取消権は訴えによってのみ行使することができるものであり、債権者の受益者に対する債権は、判決の確定によって確定的に発生するものであり、確定前に右債権が遅滞に陥るとはいえないことである。

3 下級審判例に対する評価

これまでの判例は遅延利息を問題とし、原状回復による利息を問題としていない。遅延利息を問題とする限りにおいては、民法 412 条 3 項により、訴状送達の日から遅延利息が生じるとの見解を採らざるを得ないのではなかろうか。というのは、判決確定の日とすると訴訟に時間がかかった場合、妥当な結論が得られないし、取消しの効果は詐害行為時にまで遡及するが、遅滞に陥ったといえるためには民法

412条3項の要件を満たす必要があるからである。この問題を考えるにあたっては、先に述べたように、①詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権額よりも小さいケースⅠと逆に②詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権の額より大きいケースⅡを分けて考える必要がある。被保全債権の額の方が小さいケースⅡでは、被保全債権額（詐害行為後の遅延利息を含む）の範囲でしか取消することができないので、その額に受益者等は請求時から遅延利息を付して返還することになる（判決確定の翌日とすると訴訟に時間がかかった場合、妥当な結論が得られないし、被保全債権に詐害行為後の遅延利息を含めて取消せることによってその限度で受益者らが運用し得た利益（利息分）の返還を認めているのである）。これに対し、被保全債権の額の方が大きいケースⅠでは、詐害行為によって逸失した財産の全部を取り消すことができ、その返還を受益者等が遅延しているといえるためには、遅滞に陥ったといえなければならない。民法412条3項の要件を満たした場合に、請求時の翌日から遅滞に陥るということになる。しかしながら、受益者等は詐害行為によって逸失した財産（金銭等）の受領時からそれを運用できたのであり、その額（法定利息）は請求後の被保全債権の遅延利息（法定利率による）よりも大きなものになるので、詐害行為によって逸失した財産（金銭等）の原状回復義務の内容として受領時（詐害行為時）からの利息の返還という点を考えることができる⁽⁸⁾。もっとも、詐害行為後の本来の債権の遅延利息も取消すことのできる被保全債権の中には含まれる点をどう考えるかの問題が残る。

(8) ⑩の判例がこうした点を考えさせるものとなっている。もっとも、要件論として取消せるのは被保全債権の範囲だけであるが、効果論としては、受益者等が返還すべき額には詐害時から得ている利息分を返還すべきと考えることもできる。

四 学説の検討⁽⁹⁾

1 これまでの学説状況

(1)加藤＝細野説（判決確定の翌日説）は、価額賠償の箇所で、「遅延損害金については、判決確定の日の翌日から年5分の割合を請求することができる」と解される。なぜなら、価額賠償義務は、詐害行為取消しの判決が確定したときに発生するものであり、かつ、詐害行為取消権は民法によって規定された民事上の請求権だからである。」とする⁽¹⁰⁾。この理由付けからするとこれは価額賠償の場合以外にも当てはまるように思われる。

(2)下森説（原則詐害行為時説）は、「取消権行使の結果、受益者または転得者に対し金銭の給付を求めうるときは遅延利息を請求しうる。すなわち、①取消権行使の結果、直接に金銭債権が生ずる場合（金銭債権の弁済の取消し、売主に対する売買の取消しなど）、②金銭債権の譲渡、金銭債権質の設定で、債権が取立て済みの場合、③価格賠償・不当利得返還請求の場合などである」とし、その起算点は、①②の場合はそれぞれ詐害行為時、金銭の取立て時であり、③の価格賠償の場合は、価額算定の基準時とするのが妥当とする⁽¹¹⁾。その価格算定の基準時を、事実審口頭弁論終結時と解している⁽¹²⁾。その理由として、「責任説の

(9) 詐害行為取消権の法的性質を不当利得や不法行為と考えそれとの関係で遅延利息の生じる時点を決めようとの考え方もありうるが、不当利得や不法行為ととらえることができないことについては、下森定『詐害行為取消権の研究』（信山社、2014年）37頁、365頁以下（不当利得とする見解に対する批判）、39頁以下（不法行為とする見解に対する批判）及び飯原一乗、『詐害行為取消訴訟 第2版〔新装版〕』（日本評論社、2017年）18頁以下を参照。

(10) 加藤新太郎・細野敦『要件事実の考え方と実務〔第3版〕』（民事法研究会、2014年）285頁。

(11) 奥田昌進編『新版注釈民法（10）Ⅱ』〔下森〕（有斐閣、2011年）928頁、下森定『債権者取消権の判例総合解説』（信山社、2010年）162頁。

(12) 最判昭和50年12月1日民集29巻11号1874頁。

立場では、取消訴訟の執行認容判決確定時以降、相手方名義の財産に対する強制執行が可能となるのであり当該財産がそれ以前に譲渡その他の事情によって執行が不可能であれば、その代償として価格賠償請求権がこの判決確定時点生ずる。したがって、価格算定の基準時は、判決確定時点にもっとも接着した時点である口頭弁論終結時が妥当であるという⁽¹³⁾。しかし折衷説の立場に立つと、取消によって遡及的に詐害行為が無効となり、原状回復請求権が発生することになり、その原状回復が譲渡等の理由により不能となったときは、それに代わる損害賠償として価格賠償請求権が発生するのであるから、相手方が第三者に目的物を譲渡した時点とみることもできるし、原状回復請求権そのものが変化したとして価格賠償を捉えると詐害行為時をその基準時とすることもできよう。

なお遅延利息の発生時期に関する下森説は、霧島教授の見解を参考にしており⁽¹⁴⁾、③の価格賠償の場合に、その起算点を価額算定の基準時⁽¹⁵⁾を遅延利息の起算点とすることにより、価格に変動があった場合の調整を考えている。つまり、価格算定の基準時は、i 価格が下落ないし変動がない場合には行為時・取得時が基準となり、その時点から遅延利息を付すのは妥当であるが、ii 価格が高くなっている場合に現在の価格を認めることもできるが、その際、行為時からの遅延利息を

(13) 前掲注(9)『新版注釈民法(10)Ⅱ』〔下森〕927頁、下森定「債権者取消権に関する一考察」法学志林57巻3・4合併号236頁。平井宜男『債権総論〔第2版〕』(弘文堂、1994年)298頁ではそうした見解をとる理由として「取消権を訴権だと解したとしても行使によって効果が発生する以上、行使時すなわち事実審の口頭弁論終結時が原則として基準時になると解し、右判決を〔前掲注(12)の判例〕支持すべきであろう」とする。

(14) 兼子一監修『条解会社更生法〔中〕』〔霧島甲一〕(弘文堂、1973年)179頁以下。

(15) その基準時を何時にすべきかに関しては、前掲注(9)『新版注釈民法(10)Ⅱ』〔下森〕926頁以下、岡垣学「否認権の行使により代価償還が行われる場合における価額算定の基準時」判タ210号79頁を参照。

認めるのは問題だからである⁽¹⁶⁾。

(3)飯原説（訴状送達の翌日説⁽¹⁷⁾）は、次のように言う。①「賠償金債権は、XがYに対して、詐害行為取消権を行使することによって取得する固有の請求権であるが、その発生は詐害行為の取消しの結果であり、取消しは取消訴訟の判決の確定によるものであるから、Yの遅滞は権利の発生後でないとあり得ないものと解される。」「しかし、詐害行為取消権が逸失財産と（の？）原状回復を目的とするものであり、取消部分は、賠償金の給付請求部分の論理的前提であると解するとすると、YはXから取消しと賠償金の請求を受けたとき、賠償金について遅滞に陥ると考えることも可能である。訴状送達の日を起算日とする裁判例は、そのような解釈をしているものと思われる。」これは、先に加藤＝細野説に対する批判ということができる。

②また、「価格賠償の基準日を口頭弁論終結時と解することから、その遅延損害金の起算日も同一に解するものもあるが、これはどの時点で価格を決定するのが公平かということであり、現物返還不能は訴状送達までに発生しており、一般に債務の発生とその遅滞とは別に解されるので、訴状送達によって遅滞を生ずると解するのが相当である⁽¹⁸⁾。」とする。これは、価格賠償の場合に価額算定の基準時から遅延利息が発生するとの下森説③に対する批判である。

③さらに、「弁済や債権譲渡の取消しで、Yに対して受領金の賠償を求める場合、上記裁判例がYの受領の日の翌日を遅延損害金の起算日としているのは、悪意の不当利得者の利息（民704）と同様の考え方をするものかと思われるが、遅延損害金の支払いである以上は催告等遅

(16) これは不法行為の損害賠償につき、遅延利息は不法行為時から発生するのが原則であるが、賠償の対象となっていた目的物が値上がりした場合に、その値上がり額で賠償を認める場合にはその時から遅延利息が発生と考えられていることと類似している。

(17) 前掲注(9)飯原『詐害行為取消訴訟 第2版〔新装版〕』421頁以下。

(18) 単純にこのように解してよいかは問題である（前掲注(11)を参照）。

滞を要件とすべきであるから、訴状送達の日を翌日を起算日とするのがよいと思う」とする。これは、下森説①②に対する批判である。

このように見ていくと、本最高裁判例は、飯原説を採用したといえるように思える。

2 本判決及び1で検討した学説に対する疑問

(1)遅延利息ではなく原状回復義務に基づく利息をまずは問題にするべきではないか

詐害行為取消権が行使された場合、受益者等に原状回復義務が発生するかは、条文上明確ではないが⁽¹⁹⁾、詐害行為取消権の取消しには、総則規定の民法121条が適用されると起草者の一人である梅謙次郎は解していた⁽²⁰⁾。そうすると、詐害行為取消の判決によって詐害行為時に遡及して詐害行為たる法律行為はその効力を失うことになる⁽²¹⁾。このように民法121条の適用ないし類推適用を主張する見解は、古くはほとんどの教科書等において見てとることができる。例えば、仁井田益太郎は「債務者ノ詐害行為タル法律行為ノ効力ハ取消判決ニ依リ既往ニ遡リテ其効力ヲ失フニ至ルモノト謂フヘシ是レ民法第百二十一条ノ規定ニ依リテ明ナル所ナリ⁽²²⁾」と述べ、石坂音四郎は「取消ノ効果ハ民法百二十一条ノ規定ニ従ヒ債務者ノ行為ハ行為ノ當時ヨリ無効ナリシモノト見做サレ全ク行為ナカリシト同一ノ結果ヲ生ス⁽²³⁾」と述べ、さらに、中島玉吉は民法121条によることを前提に「取消サレタル行

(19) これに対し、破産法における否認の場合、破産法167条1項により原状回復義務が発生することが明確になっている。

(20) 梅謙次郎『民法要義 卷之三債権編』(有斐閣、1912年)87頁。

(21) 梅謙次郎『民法要義 卷之一総則編』(有斐閣、1911年)312頁。

(22) 仁井田益太郎「債権者ノ取消権ヲ論ス」(1913年)法協31巻12号2063頁。

(23) 石坂音四郎「債権者取消(廃罷訴権)論」『民法研究第二巻』(有斐閣、1913年)152頁、同旨、同『日本民法第三編債権総論上巻』(有斐閣、1921年)739頁。

為ハ遡及的ニ無効ナリシモノト見做ス⁽²⁴⁾」と述べる。その後も、その効果を①物権的に捉えるか債権的に捉えるか、②絶対的なものと捉えるか相対的なものと捉えるかの違いはあるものの、121条の適用ないし類推適用がなされと言われていたが⁽²⁵⁾、最近の教科書等ではそうした記述はなされなくなっている⁽²⁶⁾。しかし、折衷説をとる限り、詐害行為取消権は、債権者の法律行為を取消、債権者の財産上の地位をその法律行為がなされる前の原状に復するもの（原物返還を原則とし価格賠償を例外的に認める）であるから、この取消は実質的に民法121条の適用ないし類推適用がなされ（今回の改正法121条の2により原状回復の原則が明確になっている）、詐害行為時に遡及して原状に回復させるとの原状回復主義⁽²⁷⁾がとられているといえよう。そうすると、詐害行為取消権

(24) 中島玉吉『民法釈義 卷之三債権総論上』（金刺芳流堂、1925年）737頁、同旨、同『債権総論』（金刺芳流堂、1928年）215頁。

(25) 村上恭一「廃罷訴権ヲ論ス」（1909年）法学新報19巻7号67頁、横田秀雄『民法債権編講義』（明治大学出版部、出版年不明）388頁、同『債権総論』（早稲田大学出版部、出版年不明）269頁、川名兼四郎『債権法要論』（金刺芳流堂、1915年）274頁（「他ノ場合ニ於ケル取消権ト全ク其本質ヲ同シウスルモノト解セラル」とする）、鳩山秀夫『増訂改版 日本債権法（総論）』（岩波書店、1932年）224頁、勝本正晃『債権法概論（総論）』（有斐閣、）1949年）419頁、小池隆一『日本債権法総論』（清水書店、1941年）201頁、岡村玄治『改定債権法総論』（巖松堂書店、1931年）139頁、沼義雄『綜合日本民法論（4）』（巖松堂書店、1938年）506頁、磯谷幸次郎『債権総論大要』（清水書店、1928年）203頁（121条については触れていないが、取消されたときは、債権者に対する関係ではその行為は始めより無効と看做されるところ）。

(26) とはいえ、現在でも原状回復を当然の前提としている。例えば、我妻前掲注(1)『新訂債権総論』195頁など。

(27) もちろん、詐害行為取消権制度の目的は、金銭債権者保護のための責任財産の保全にあり、民法総則中の『取消し』とはその保護目的を異にする。したがって、ここでの『原状』とは、物理的原状（抵当権付きでの原物回復）と解する必要はなく、現物にせよ、金銭にせよ、価值的原状回復であれば足りる（前掲注(9)『新版注釈民法（10）Ⅱ』〔下森〕916頁）。

が行使された場合、原則として、民法 121 条の取消⁽²⁸⁾や契約の解除⁽²⁹⁾がなされた場合と同様に給付利得という形での清算がなされるように思われる。つまり、詐害行為時から受取った金銭等には利息や果実・使用利益の返還義務が生じるように思われる⁽³⁰⁾。もっとも、今回の改正法 121 条の 2 の返還義務の範囲について、返還すべきものが金銭である場合に、法定利率による利息を付けるか、物である場合に果実を含むかについては、今後の解釈に委ねられるといわれているが⁽³¹⁾、給付利得の観点からして含まれることになると思われる⁽³²⁾。そうすると本件最高裁の事件においても詐害行為時に遡及しその時から返還金額に法定の利息を付すことができたのではなかろうか⁽³³⁾ (詐害行為時から受取った金銭を運用できたとして、その時から法定の利息を付す)。

(2) 破産法における否認の効果との関係

破産法 167 条 1 項で「否認権の行使は、破産財団を原状に復させる。」

(28) 平野裕之『民法総則』(日本評論社、2017 年) 240 頁 (利得がなくなっても原状回復義務を免れないとする)、四宮和夫・能美喜久『民法総則 (第 9 版)』(弘文堂、2018 年) 339 頁 (現存利益に限定されない利益の全部の返還が前提とされているとする)。

(29) 谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法 (13)』(有斐閣、2006 年) [山下] 712 頁以下。

(30) 四宮和夫『事務管理・不当利得』(青林書院、1981 年) 132 頁、藤原正則『不当利得法』(信山社、2002 年) 139 頁。

(31) 前掲注(25)四宮和夫・能美喜久『民法総則 (第 9 版)』340 頁。

(32) 中間試案においてはこの点は明確であったが (民法〔債権関係〕部会資料 66A の 36 頁～37 頁)、その後の議論では利息や果実について詐欺や強迫の被害者が利息までつけて返すというのは酷ではないかとの議論がなされおり、それに対し、笹井関係巻は「金銭と言う形で手もとにあって運用可能である以上は、それを返還するというのが民法の基本的な態度はないかと思います」と述べているが (民法〔債権関係〕部会第 76 回会議議事録 51 頁～52 頁)、条文上この点につき明確なものとはなっていない。

(33) ただし、本最高裁判例では、原告が利息ではなく遅延利息を請求しているので、弁論主義から遅延利息の点のみが争点となっているのでその点にのみ答えていることに問題はない。

と規定している⁽³⁴⁾。この規定の解釈として、金銭支払いの原因行為が否認された場合、相手方は受領金額相当額の返還債務を負い、相手方は「受領の日」から法定利率による利息を支払わなければならない。というのは、否認対象行為がなされなければ破産者または財団はその日からその金銭を利用できたはずであるからである⁽³⁵⁾（相手方からいえば受領の日からその金銭を利用できたからといえよう）。この場合に相手方は受領の日から法定利率による遅延損害金（遅延利息）を併せて支払わなければならないとの主張もあるが⁽³⁶⁾、期限のない債務の場合、請求を受けた時から遅滞に陥るのが原則（民法412条3項）であるから、受領の日から発生するのであるから利息と解すべきであろう。判例は、その性質を利息とするのか遅延利息とするのか明確でないといわれて

(34) 旧破産法でもほぼ同様に「否認権ノ行使ハ破産財団ヲ原状ニ復セシム」として原状回復を規定していた。また民事再生法132条1項も原状回復につき規定する。

(35) 伊藤眞『破産法・民事再生法〔第4版〕』（有斐閣、2018年）628頁、竹下守夫・藤田耕三『破産法体系第2巻』（佐藤鉄男）（青林書院、2015年）584頁、園尾隆司・小林秀之『条解 民事再生法〔第3版〕』（加藤哲夫）（弘文堂、2013年）698頁。伊藤眞・岡正晶・田原睦夫・林道晴・松下淳一・森宏司著『条解 破産法〔第2版〕』（弘文堂、2014年）は「否認権行使による原状回復は、否認対象行為によって破産財団が受けた損失をてん補することを目的とする。したがって、当該行為によってによって受益者が受け取ったのが金銭である場合には、破産者や破産財団が金銭を利用する機会を失ったことになるから、法定利息を付して破産財団に返還すべきである。…利息の起算日は、否認対象行為によって金銭が相手方に交付された日である」とし（1131頁）、価額賠償請求の場合には「利息の起算日は、価額相当額の金銭が破産財団に帰属すべき時点である否認権行使の日と解すべきであろう」とする（1136頁）。

(36) 田原睦夫・山本和彦監修『注釈破産法〔下〕』（高木裕康）（金融財政事情研究会、平成27年）158頁。伊藤眞『破産法〔第4版補訂版〕』（有斐閣、2006年）426頁では「受領した日から遅延利息を支払わなければならない」としていたが、同・前掲注(32)『破産法・民事再生法〔第4版〕』628頁では、「受領した日から起算した法定利息を支払わなければならない」と変更している。

いる⁽³⁷⁾。遅延利息とするものには、最判昭和36年10月6日裁判集民事55号13頁がある⁽³⁸⁾（原告が遅延損害金（遅延利息）を求めているのでそれに従っているのである）。受領時から利息が発生するものとしては、①大判昭和8年6月22日民集12巻16号1627頁⁽³⁹⁾、②大判昭和14年5月19日新聞4448号12頁⁽⁴⁰⁾、③最判昭和40年4月22日民集19巻3

(37) 最高裁判所判例解説民事篇（昭和四十年）（中島恒）135頁。

(38) 下級審のものとしては、東京地判大正5年7月8日法律新聞1194号23頁、名古屋地判昭和37年10月30日ジュリスト269号7頁がある。

(39) 「否認セラレタル行為ナカリシ原状ニ回復セシムルモノナレハ財団カ右行為ニ因リテ受ケタル損失ヲ填補スルヲ目的トスルヲ以テ否認セラレタル行為ニ依リ受取リタルモノカ金銭ナル場合ニハ返還義務者ハ破産者又ハ財団カ否認権ノ目的タル行為ニ依リ其ノ利用ノ機会ヲ失ヒ或ハ義務者ヲシテ之ヲ無償ニ使用セシメサルヲ得サリシカ為メ当然被リタルモノト認メラルヘキ法定利息ヲ附シテ之ヲ返還スヘキモノト云フ」とし、利息の起算点は否認行為の目的たる弁済の翌日とする。

(40) 否認を正当と認める判決が確定するまでは、遅滞に陥らないので遅延損害金を支払う必要はないとの上告に対し、「否認権ノ行使ニ因ル原状回復義務者ハ破産財団ヲシテ否認セラレタル行為ナカリシ原状ニ回復セシメ依テ財団ガ右行為ニ因リテ受ケタル損失ヲ填補スヘキモノナレハ否認セラレタル行為ニ依リ受取リタルモノカ金銭ナル場合ニハ返還義務者ハ破産者又ハ財団カ否認権ノ目的タル行為ニ依リ之カ利用ノ機会ヲ失ヒタル為メ当然被リタルモノト認メラルヘキ法定利息ヲ附シテ之ヲ返還スヘキモノナルコトハ既ニ当院ノハンレイトスルトコロナリ（最判昭和8年6月22日の①判例を挙げる）」とする。もっとも、否認の目的たる行為の後である原告の求めている本件訴状送達の日より利息を付すことを認めている（処分権主義による）。

号 689 頁⁽⁴¹⁾、④最判昭和 41 年 4 月 14 日民集 20 卷 4 号 611 頁⁽⁴²⁾がある。否認の効果は遡って否認された行為がその当時よりなかったものとみるべきであるから、返還義務もその当時より生じこれに付する利息もその当時より起算すべきだからである⁽⁴³⁾。この点に関しては、詐害行為取消権と破産法上の否認権とにその違いは見られないものと思われる。また詐害行為や否認権の対象となった行為によって利用の機会を失ったために、あるいは無償で使用せしめざるをえなかったためにこうむったとみられる損失を填補すべきものとして利息（利用できなかったことを抽象的損害算定したものとしての利息）が認められているので

(41) 「破産法上の否認権行使に因る原状回復義務者は、破産財団をして否認せられた行為がなかつた原状に回復せしめ、よって財団が右行為に因って受けた損失を填補することを目的とするものであるから、否認された行為に因って受取ったものが金銭である場合には、返還義務者は、破産者又は財団が否認権の目的たる行為によりこれが利用の機会を失い、或は義務者をしてこれを無償に使用せしめざるを得なかつたため当然蒙つたと認められるべき法定利息を附してこれを返還することを要するものと解するのを相当」とする。起算日は否認権の対象となる債権取り立ての日の翌日となっている。

(42) 「破産法上の否認権行使に因る原状回復義務は、破産財団をして否認された行為がなかつた原状に回復せしめ、よって破産財団が右行為によって受けた損害を填補することを目的とするものであるから、否認された行為が商人間の取引によりなされた代物弁済であり、かつ右否認に破産財団に返還さるべき物品がすでに原状回復義務者の手中に存しない場合には、返還義務者は右代物弁済の目的物に代わる価格と、破産者又は破産財団が代物弁済によりこれが利用の機会を失い或いは返還義務者をしてこれを無償で使用せしめざるを得なかつたため当然被つたと認めらるべき法定利息とを返還すべきものと解す」とする。この判例につき、遅延損害金（の利率）を問題にしていると理解するものもあるが（霜島甲一『判例民事法昭和四十一年度』32 事件 210 頁）、利息の起算日は代物弁済の目的物を破産会社より搬出し引き取った日とするのであるから、遅延したとはいえず、原状回復による法定の利息を付すべきものとしたと理解すべきではなかろうか。

(43) 加藤正治・判例民事法昭和八年度（大判昭和 8 年 6 月 22 日判決の評釈）438 頁。

ある。この場合、不当利得は問題とならない。というのは、相手方の利得とは関係なく、詐害行為取消や否認の効果と言う原状回復という観点からこの問題を考えるべきだからである。

この問題を考えるにあたって考えるべき否認権と詐害行為取消権との違いは、①否認権は実体法上の形成権であるが、否認権の行使のみによって、破産法 167 条に定める効果が生じ、否認訴訟や否認請求の確定を待たずに効果が生じ、抗弁権でも行使できる（破産法 173 条 2 項）とされている点⁽⁴⁴⁾、②詐害行為取消権の場合、取消せるのは被保全債権の範囲に限られている点である。①の点については詐害行為取消しの場合、取消しによってはじめて効果が発生するので判決確定の翌日から遅滞に陥るとの説が生じうるが、破産の場合も詐害行為取消しのいずれの場合も遡及して原状回復義務発生するのでこの問題を考える際には大きな違いは出てこないと解すべきである。②の点から、破産の場合には否認した行為につきその行為時点から運用利益と言うべき利息や果実を常に付すべきということになるが、先に判例の検討のところ述べてように、詐害行為取消権の場合は、詐害行為によって逸失した財産額が被保全債権額よりも小さいケースⅠにおいては破産の場合と同じように処理できるが、逆に逸失した財産額のほうが大きいケースⅡでは、被保全債権額（詐害行為後の被保全債権に対する遅延利息を含む）の限度でしか詐害行為取消権が行使できず、ケースⅠと同様の処理を考えることはできるが、すでに詐害行為時からの被保全債権に遅延利息を付して取消すことを認めているので、二重に評価することは認めるべきではないので⁽⁴⁵⁾、詐害行為時から利息を付するという形で処

(44) 田原睦夫・山本和彦監修『注釈破産法〔下〕』（高木裕康）（金融財政事情研究会、平成 27 年）157 頁。

(45) 取消すことのできる範囲はどこまでかという要件の問題（被保全債権の範囲に限られるが詐害行為後の遅延利息も含む）と取消された後に受益者等が原状回復すべき範囲の問題（効果の問題）は別の問題である。しかし、要件の問題は効果の問題に大きな影響を与えるものと考えられるべきであろう。

理することはできず、被保全債権に遅延利息を付するという形で処理することになる。

五 おわりに

本最高裁のように、詐害行為取消権の被保全債権額よりも詐害行為により逸失した財産額（受益者等が受けた金額）が小さいケースⅠにおいては、詐害行為の取消が行使されると受益者等は受けた金額を全額返済するとともにそれに遅延利息を請求時の翌日から付すと解するだけでなく、取消しによって詐害行為時に遡及して原状回復する義務が生じ、受益者等は金銭等を受領した時からそれを運用できたはずの運用利益としての利息を詐害行為時から付す必要があると解すべきである。そうすると、法定利息と遅延利息の関係をどう考えるかが問題となってくるが、詐害行為時から法定利息を返還する義務が発生するがこれは請求時までしか発生せず、（期限の定めがないので請求時から遅滞に陥る）請求時から遅延利息が発生すると解することになるだろう。というのは、民法419条の解釈において、当事者に利息の約束があってもそれは期限までのことで期限後（債務不履行に陥った後）は遅延利息が発生すると解釈されているからである⁽⁴⁶⁾。もっともこのような解釈は、本最高裁の事例の場合には、支払いがなされるまで法定利息が続いていくとした場合と結果が異なることになる。このような解釈は、遅滞に陥らせたということや期限の定めを無意味にすることになるので⁽⁴⁷⁾、法

(46) 例えば、中田裕康『債権総論（第三版）』（岩波書店、2013年）50頁では、利息と遅延利息は類似して見えるが、「両者の概念は区別される（375条参照）。債務不履行に陥った後は、利息は発生せず、遅延損害金だけが発生する」という。梅・前掲注(17)66頁、法務大臣官房司法法制調査部『法典調査会民法議事速記録三』（商事法務、1984年）92項の穂積陳重委員の主張を参照。

(47) 前掲注(46)『法典調査会民法議事速記録三』91頁以下の議論を参照（磯部四郎委員の「約定利率が法定利率よりも高い場合には実質的には損害賠償の意味がなくなってしまうのではないか」との主張が重要である）。

定利息と遅延利息の間に利率の差を設ける必要があるように思われる⁽⁴⁸⁾。

これに対し、②詐害行為により逸失した財産額が被保全債権額より大きいケースⅡでは、詐害行為取消しの対象となる行為の範囲は被保全債権の範囲に限られているので、この場合も①の場合と同様に受益者等は受領時から金銭等を運用できたのであるから受領時から利息を返還する必要があるかを検討する必要があるが、被保全債権額相当額に受領時から利息を付して受益者等が返還しなければならないとすると、債権者は詐害行為後の被保全債権に対する遅延利息についても被保全債権に含めることができるとするのが判例なので⁽⁴⁹⁾、債権者はその部分においては重複したものを得ることになり⁽⁵⁰⁾、請求時から被保全債権相当額に遅延利息を付したものを請求することができるだけということになる。もっとも、被保全債権に詐害行為後に遅延利息を付ける場合の利率（法定利率より大きい約定率）は受益者が原状回復として付けなければならない法定利率よりも大きい場合が考えられるが⁽⁵¹⁾、その場合にも同様に解することになる。

なお、以上のように原状回復によるということを考えた場合、改正法を前提にした債権者、債務者、受益者、転得者相互の間の処理をどのようにするかについては別稿で考察することにしたい。

(48) 債権法の改正にあたってはこうしたことに関する議論はなされていないが、債務不履行（履行遅滞）を防止するためにも、遅延利息の利率は法定利率よりも高めの利率を設ける必要があるように思われる。例えば、ドイツ民法 288 条、247 条、264 条がそうである。

(49) 前掲注(2)に挙げる判例を参照。

(50) とりわけ、債権改正後も債権者は相殺により実質的に優先弁済を受けることができるということが維持されているのでこのように解すべきではなかろうか。

(51) 詐害行為後に生じた延滞税も詐害行為取消権によって保全されるべき債権に当たるとする（最判平成元年 4 月 13 日金法 1228 号 34 頁）と間違いなく利息分よりも大きな額となってくる。

サン = シモンの ペルゴー宛てとりウエ宛て自筆書簡

川 又 祐

- 1 はじめに
- 2 サン = シモンの生涯
- 3 ペルゴー宛て書簡とりウエ宛て書簡
- 4 おわりに

1 はじめに

筆者は現在、日本大学図書館法学部分館（以下、本図書館）に所蔵されている貴重書の整理作業に従事している。本図書館は、いくつかの重要なコレクションを所蔵しているが、中でもフランスの社会主義思想家クロード・アンリ・ドゥ・ルーヴロワ、サン＝シモン伯爵（Claude Henri de Rouvroy, Comte de Saint-Simon. 1760-1825）のコレクションは本館にとって最も重要なコレクションの1つである。このサン＝シモン・コレクションは、

- ①サン＝シモンの著作および、サン＝シモン、サンシモニアン、サンシモニズムに関する著作。
- ②サン＝シモン（あるいは彼の秘書など）によって書かれた草稿（筆写を含む）。
- ③サンシモニアンのリトグラフ。
- ④補遺。

から構成されている。当該コレクションは、本図書館における整理作業がついに完了した。当該コレクションは、サン＝シモン研究の貴重な資料を含んでいる。そのため本図書館がサン＝シモン研究の新たな拠点となる可能性を持っている。その意味でも、当該コレクションの今後の利用によって、その学術的価値とその重要性が明らかにされるであろう。このコレクションには、サン＝シモン自筆の書簡3通が含まれている。これら3通は、リウエ (Citoyen Rihouet)、デュボア (Dubois) そしてブーゴン (Charles Bougon) に宛てたものである。3通は、本図書館ウェブサイトですでに公開されている⁽¹⁾。

筆者は今般、幸運にもサン＝シモンの自筆書簡を2通入手することができた。1通はペルゴー宛て、もう1通はリウエ宛てである。サン＝シモンの生涯および彼の著作や書簡類は、森博『サン＝シモン著作集』や、グランジュ教授 (Juliette Grange) らの『サン＝シモン全集』によってこれまで紹介されている。しかしながら、これら2通は未公刊で、彼らの研究でも紹介されていない。本稿では、封緘方法も再現しながら、これらサン＝シモンの新資料を取り上げる。

筆者は、リチャード・M. フォード社 (Richard M Ford Ltd.) からこれら2通を入手した。私からの入手経緯に関する照会に対して、リチャード氏は、「私は、サン＝シモンの書簡を、昨年 [2018 年] のチズウィック・オークションで購入した。それらは、ホートン卿 [リチャード・モンクトン・ミルンズ] のコレクションのうちの自筆書簡を含む大きなロットの中にあったものである」 “I bought the Saint-Simon letters at Chiswick Auctions last year. They were in a large lot containing autograph letters from the collection of Lord Houghton (Richard Monckton Milnes)” と回答してきた。さらにリチャード氏は、書簡の仏語翻刻と英訳文を提供してくれた。本稿をまとめるにあたって、これら翻刻と英訳文を利用しつつ、仏語翻刻・和訳にあたって日本大学法学部の江島泰子教授からも貴重な助言をいただいた。両者に対してここに心から感謝の念を表記したい。もとより、翻刻・翻訳をはじめとす

る本稿の最終的責任は筆者に属している。

2 サン＝シモンの生涯

サン＝シモンの生涯をここで簡単に確認しておこう（森、p.363 以下）。サン＝シモンは、1760 年 10 月 17 日、貴族の家庭に生まれた。父は、バルタザール＝アンリ・ドゥ・サン＝シモン（Balthazard-Henri de Saint-Simon.1721-1783）、母は、ブランシュ・エリザベト・ドゥ・ルーヴロア・ドゥ・サン＝シモン（Blanche Elisabeth de Rouvroy de Saint Simon.1737-?）である。彼の一族には、ルイ 14 世宮殿の『回想録』（*Mémoires*）で有名なサン＝シモン公爵（Louis de Rouvroy de Saint-Simon.1675-1755）がいる。

サン＝シモンは、17 歳の時、兵役に就いている。イギリスからの独立戦争時、アメリカ植民地を救援するため、彼はフランスによって派遣された連隊に加わり、1781 年、ヨークタウンの戦いに参加した。彼は砲兵隊の指揮官を務めた。

サン＝シモンは、1783 年末にフランスに帰国する。そして 1784 年に退役する。フランス革命中、彼は、革命家として活動した。その一方、革命政府によって国有化された土地を、1790 年以降、友人レーデルン伯爵（Graf Sigismund Ehrenreich Johann von Redern. 1761-1841）⁽²⁾とともに購入・売却した（森、p.6）。彼らは、この土地売買（不動産投機）により、莫大な資産を形成することに成功した。恐怖政治が展開される中、サン＝シモンは 1793 年 11 月 19 日、パリで逮捕され、パリのサン・ペラジー獄に投じられた。そして 1794 年 5 月、リュクサンブール獄に移される。しかし恐怖政治の終焉により、彼はからくも刑を免れ、8 月 28 日牢獄から解放される。

サン＝シモンは、解放後もレーデルンと不動産投機を続ける一方で、放蕩な生活を送る。そのため彼は困窮状態に陥る。レーデルンはそうしたサン＝シモンとの関係を断つことを決断し、両者は事業協同関係

に終止符を打つ。1799年8月4日公証人を立てて両者は証書を取り交わす。これにより、両者の利害関係は一切消滅し、以後いかなる異議申し立てもしないことが決まり、サン＝シモンは15万フランを受け取る。しかしその後、サン＝シモンは2人の間の財産配分に不満を抱き、レーデルンと対立する。

対立は解消されず、事態は悪化していく。しかしながら、サン＝シモンは科学の道に進み、数多くの著作を公刊する。それでも貧困生活は改善されなかった。1823年3月9日失望に襲われたサン＝シモンは、拳銃自殺を図った。彼は、片目を失うものの一命は取り留めた。そして1825年5月19日に亡くなる。彼は、パリのペール・ラシェーズ墓地 (Père-Lachaise) に埋葬された。彼は、軍人、投機家、革命家、そして思想家という多面的な人生を過ごした。彼の思想は、アンファンタン (Barthélemy Prosper Enfantin, 1796-1864) からサンシモニアンに受け継がれていくのである⁽³⁾。

3 ペルゴー宛て書簡とリウエ宛て書簡

(1) サン＝シモンのペルゴー宛て書簡

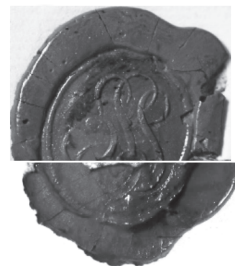
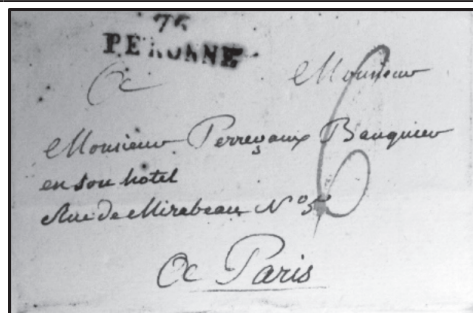
サン＝シモンのペルゴー宛て書簡の画像と書誌は図1と表1に示している。

図1と表1に従って、書簡の外観を見てみよう。書簡は一葉の紙葉でできている。紙葉は縦に二つ折りされている。図1のように、表面半分にそれぞれ宛名と本文が記載されている。裏面は白紙である。

紙葉の折り目を書簡に投影したものが図2であり、折り目の順番を示したものが図3である。本紙は5回折られたことにより、18分割されている。そしてそれとは別に、二つ折りをさらに縦に二つ折りしている (実線部分が4等分されたその折り目)。

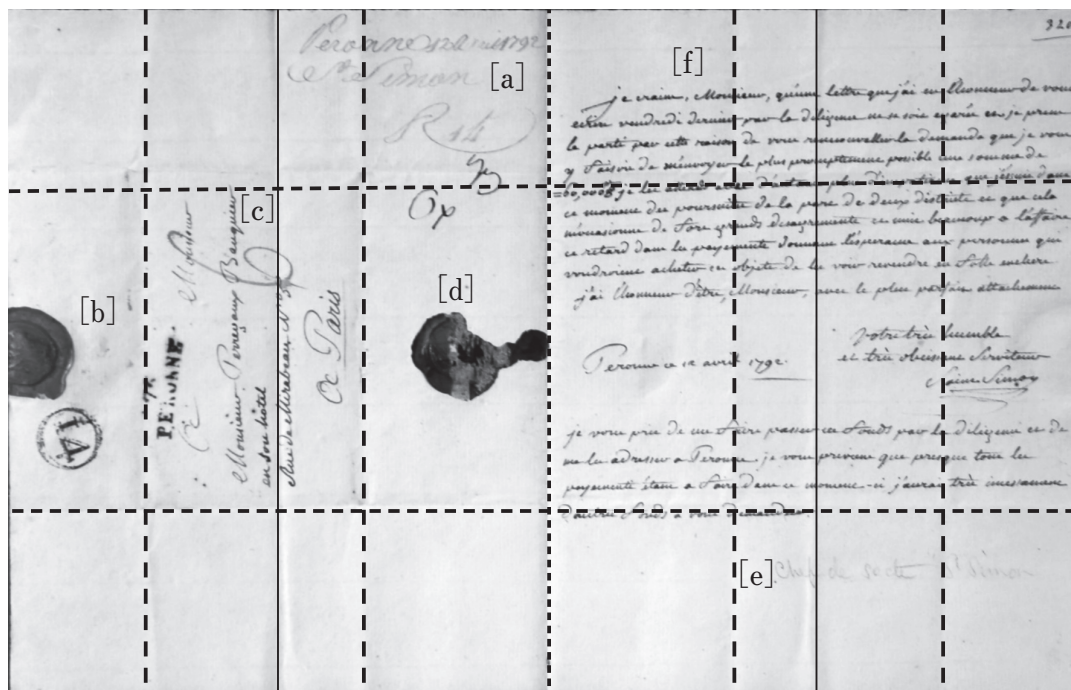
表1 サン＝シモンのペルゴー宛て書簡書誌

Title	[Letter, le 12 Avril 1792] A Monsieur. Monsieur Perregaux Banquier
Author	Saint-Simon
Created	Peronne
Year	1792
Medium	1sheet ([1] p.) ; 20 × 31.4 cm. folded 20 × 15.7 cm Address : 6.3 × 9.8 cm (5 times folded)
Notes	Holograph signed Paper watermarked Watermark : D&CB ⁽⁴⁾ _{LAUW} Stamp : 75 [?] PERONNE [black] Sealing wax : SSS [?] [red]



破れた封蝋の画像を合成

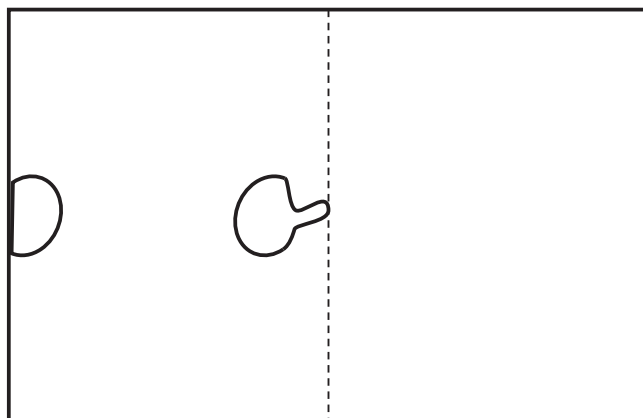
図2 サン＝シモンのペルゴー宛て書簡の折り目



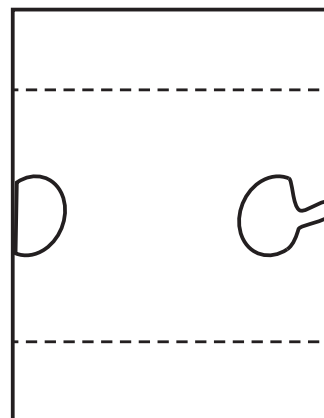
※図2には便宜的に [a] から [f] の記号をつけている。

図3 サン＝シモンのペルゴー宛て書簡の折り順

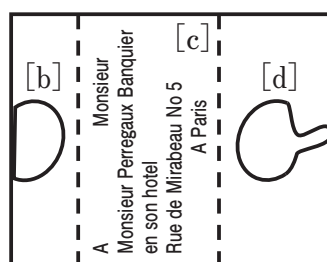
①紙葉左側：宛名、右側：本文
点線を山折り1回



②紙葉半面上部、下部
点線2か所を山折り

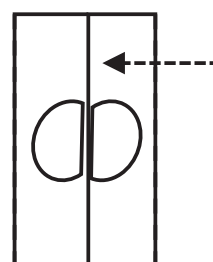


③左側と右側
点線2か所を山折り

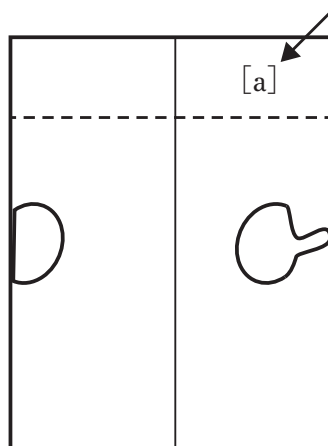


表面＝宛名面 裏面（封蝋）

左側に右側を折り込み、挿み込んで封蝋



④開封後、実線を山折り1回 サン＝シモンとは異なる筆跡の書き込み



※図3中の[a]から[d]の記号は図2の記号に対応している。

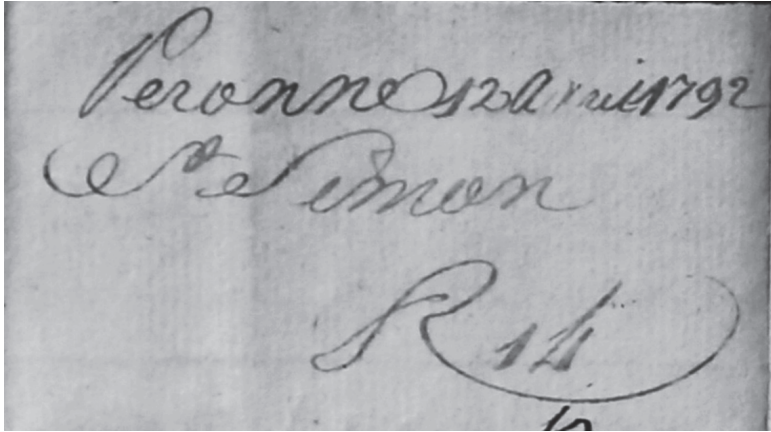
図2につけられた記号に従い、そこに記載されている内容を検討する。

[a] サン = シモンとは異なる筆跡による書き込み

Peronne 12 Avril 1792

St-Simon

R 14



[b] 封蝋上半分、消印



SSS [?]

⑭

[c] 消印、宛名

75

PERONNE

6 (記号? 赤インク)

A Monsieur

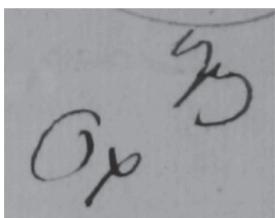
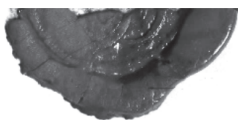
Monsieur Perregaux Banquier

en son hotel

Rue de Mirabeau No 5

A Paris⁽⁵⁾

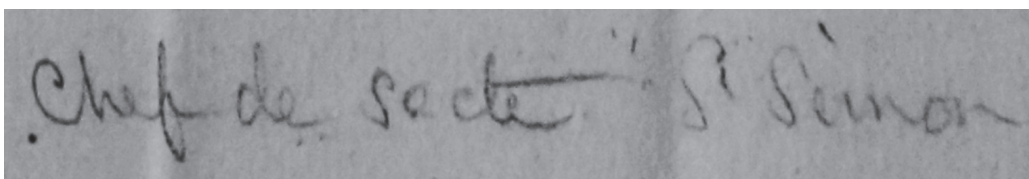
[d] 封蝋下半分、文字（記号？、2か所）



文字はそれぞれ不明

[e] サン = シモンとは異なる筆跡による書き込み（鉛筆）

Chef de secte S^t Simon



[f] 書簡本文（仏語翻刻）

320⁽⁵⁾

je crains, Monsieur, qu'une lettre que j'ai eu l'honneur de vous
 ecrire vendredi dernier par la diligence ne se soit egarée et je prend
 [sic. prend ?]

le parti par cette raison de vous rennouveler [sic. renouveler ?] la
 demande que je vous

y faisois de m'envoyer le plus promptement possible une somme de
 =60,000 ff[?] je les attends avec d'autant plus d'impatience que j'essuie
 dans

ce moment des poursuites de la part de deux districts et que cela
 m'occasionne de fort grands desagremens et nuie beaucoup a l'affaire
 ce retard dans les payements donnant l'esperance aux personnes qui

voudroient acheter ces objets de les voir revendre en folle enchere
j'ai l'honneur d'être, Monsieur, avec le plus parfait attachment

Peronne ce 12 avril 1792⁽⁵⁾.
Votre très humble
et très obeissant Serviteur
Saint Simon⁽⁶⁾

je vous prie de me faire passer ces fonds par la diligence et de
me les adresser a Peronne. je vous previens que presque tous les
payements étant a faire dans ce moment-ci j'aurais très incessamment
d'autre fonds a vous demander.

本文和訳

「私は、先の金曜日、馬車であなた様にご送付させていただいた書簡が行方不明になったのではと恐れる次第です。そのため、その書簡の中でご依頼申し上げたことですが、可能な限りすみやかに60,000（フラン?）を私にお送りいただけますよう重ねてお願いいたします。私はこのお金を、とても首を長くして待っております。私は現在、二つの地区から訴えを提起されております。これらは私にとってとても面倒事となっております。そして支払いの遅れは、これらの物件を購入し、そしてそれらを再びいかさまの入札で売却しようとする人物たちに希望を与えてしまい、解決を損ないます。この上ない愛情をこめて。

あなた様の極めて謙虚で

ペロンヌ 1792年4月12日 極めて従順なしもべ

サン シモン

これらの資金を馬車で私にお送りくださり、それらをペロンヌの私宛てにしてくださるようお頼みいたします。これらの支払いのほと

んどをすぐに行う必要がありますので、私は一連の資金要請をあなたにさせていただくことをお伝えいたします。」

1792年当時、サン＝シモンは、パリの北北東およそ130キロに位置するペロンヌに居住していた（サン＝シモンのペロンヌにおける住所は不明）⁽⁷⁾。ペロンヌは、サン＝シモン家の所領である。この1792年4月12日付書簡は、このペロンヌから発信された。宛名人は、ジャン・フレデリック・ペルゴー（Jean-Frédéric Perregaux, 1744-1808）⁽⁸⁾である。1791年、レーデルンは自身が保有していた公債の処分をペルゴーに任せ、現金化している（森、p.357. 訳注105）。これを元手に不動産投機が行われる。従って、サン＝シモンとレーデルンそしてペルゴー三者の関係は、1791年には始まっていたと思われる。そして2人の不動産投機を支えたのがペルゴーである。サン＝シモンとペルゴーは頻繁に連絡を取り合っていた⁽⁹⁾。この書簡の「先の金曜日、・・・書簡」、「一連の資金要請」という記載から、サン＝シモンが60000（フラン?）もの資金提供（不動産購入費あるいは裁判費用か）を複数回にわたって依頼するほど、ペルゴーと親密な関係にあったことが明らかとなる。さらに書簡の最後を「あなた様の極めて謙虚で極めて従順なしもべ」で結んでいることから、サン＝シモンのペルゴーに対する敬意が表れている。この書簡による要請に応じて、実際にペルゴーが資金を提供したのかは不明である。

(2) サン＝シモンのリウエ宛て書簡

サン＝シモンのペルゴー宛て書簡の画像と書誌は図4と表2に示している。

図4と表2に従って、書簡の外観を確認する。書簡は一葉の紙葉でできている。一葉は縦に二つ折りされている。図4は本書簡の画像である。書簡の表面半分にそれぞれ宛名と本文が記載されている。裏面は白紙である。

紙葉の折り目を書簡に投影したものが図5であり、折り目の順番を示したものが図6である。本紙は3回折られたことにより、6分割されている。

図4 サン＝シモンのペルゴー宛て書簡画像

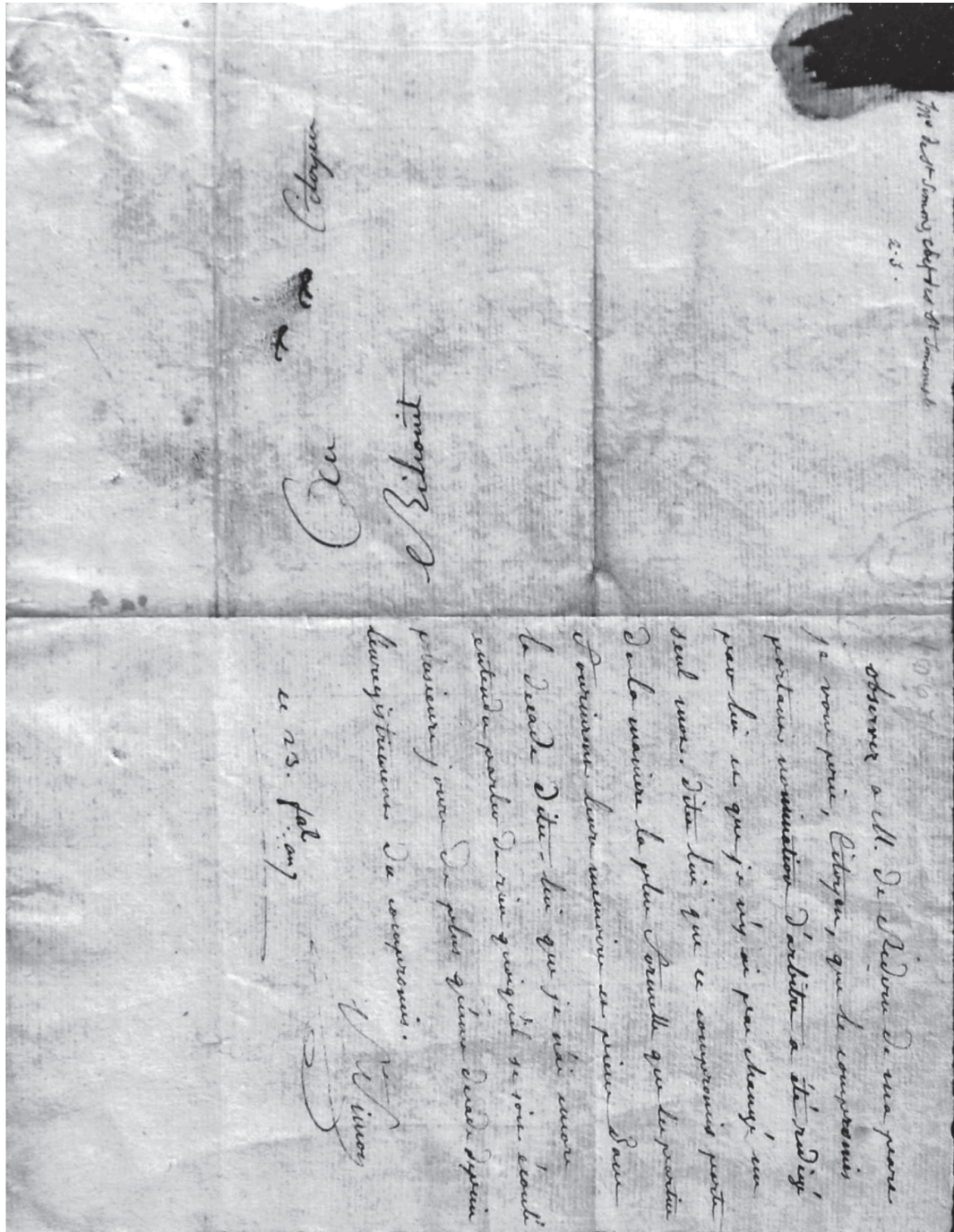


表2 サン＝シモンのリウエ宛て書簡書誌

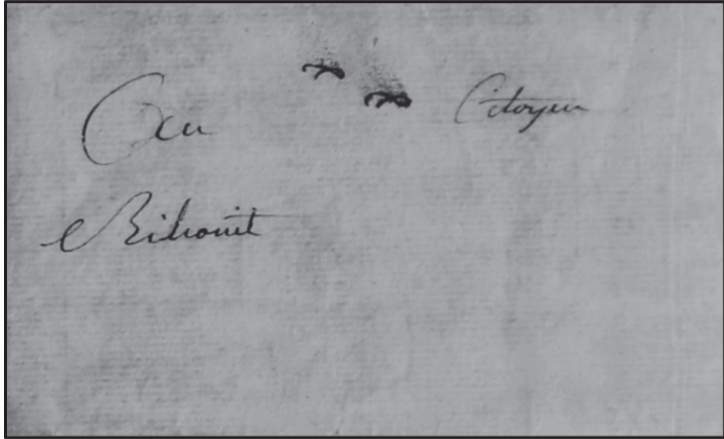
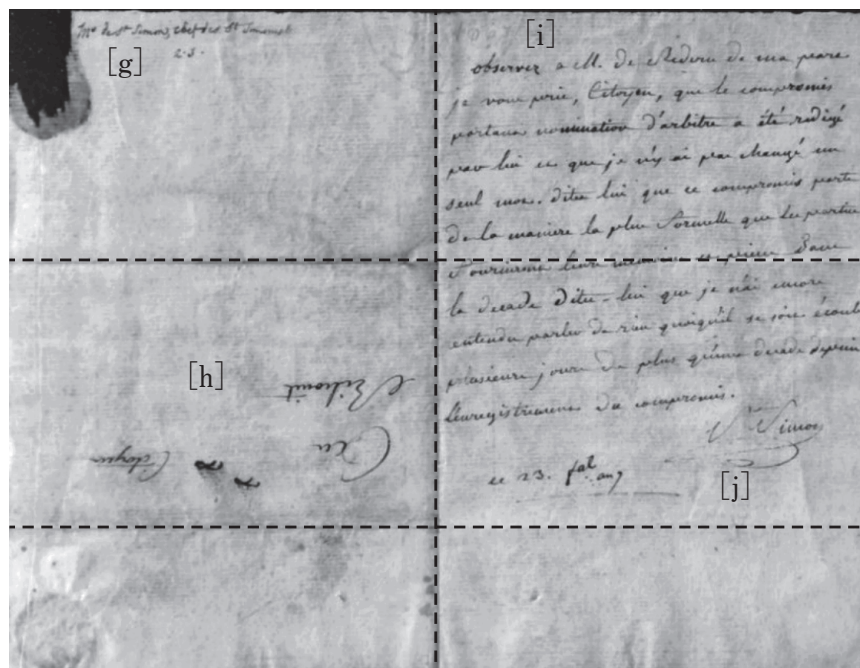
Title	[Letter, le 23. f [loré] al. an 7] Au Citoyen Rihouet
Author	Saint-Simon
Created	s.l.
Year	le 23. f [loré] al. an 7 [1799 May 12.]
Medium	1sheet ([1] p.) ; 18.4 × 24 cm. folded 18.4 × 12 cm Address : 7.3 × 12 cm (3 times folded) 
Notes	Holograph signed Paper watermarked Watermark : Lily ⁽¹⁰⁾

図5 サン＝シモンのリウエ宛て書簡の折り目

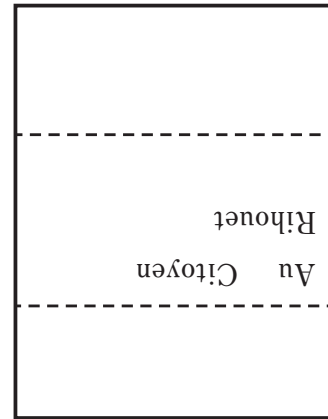
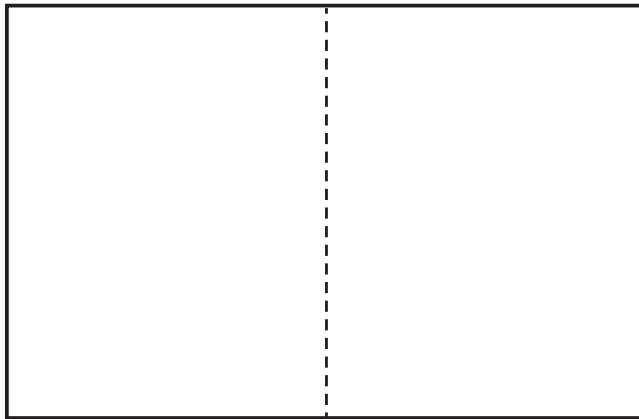


※図5には便宜的に [g] から [j] の記号をつけている。

図6 サン＝シモンのリウエ宛て書簡の折り順

①紙葉左側：宛名 右側：本文
点線山折り 1回

②宛名面
点線山折り 2回



表面＝宛名

裏面 1枚めくった左側に右側を折り込み、挟み込んで、
内側で糊付け（糊付け部分は開封の際に破損）

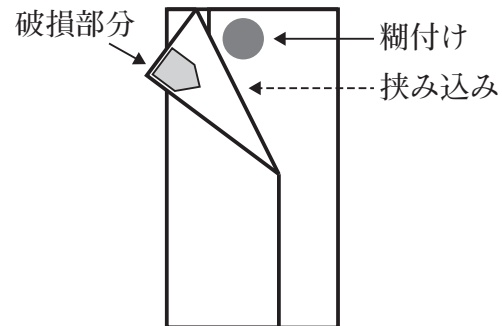
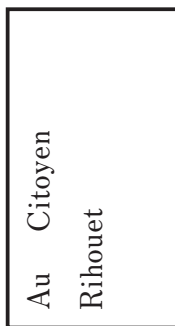
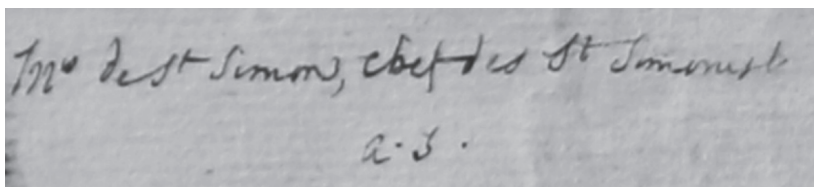


図5につけられた記号に従い、そこに記載されている内容を検討する。

[g] サン＝シモンとは異なる筆跡による書き込み

M^r de S^t-Simon, chef des S^t-Simonists

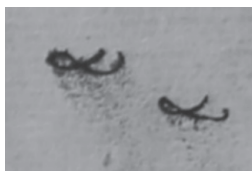
A. J. [書き込んだ人物のイニシャルか]



[h] 宛名と、文字 (2 か所)

Au Citoyen

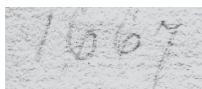
Rihouet



文字はそれぞれ不明

[i] 鉛筆によるかすかな書き込み (筆者不明)

1667



[j] 書簡本文 (仏語翻刻)

observez a M. de Redern de ma part
 je vous prie, Citoyen, que le compromis
 portant nomination d'arbitre a été redigé
 par lui et que je n'y ai pas changé un
 seul mot. dites lui que ce compromis porte
 de la maniere la plus formelle que les parties
 fourniront leurs memoires et prieres dans
 la decade dites-lui que je n'ai encore
 entendu parler de rien quoiqu'il se sois écoulé
 plusieurs jours de plus qu'une decade depuis
 l'enregistrement du compromis.

St-Simon⁽⁶⁾

le 23. f[loré]^{al} an 7⁽⁵⁾

本文和訳

「市民リウエ殿。調停者の任命が記された契約はレーデルン氏に

よって行われたこと、そして私は一語も変更していなかったことをレーデルン氏にご確認ください。契約はきわめて公式なかたちで、当事者たちが自分たちの申し立てや要望を10日以内に提示すべきと定めていることをレーデルン氏にお伝えください。また、契約が登録されて以降10日を数日過ぎているという事実にもかかわらず、私はその件について何も聞かされていないことをレーデルン氏にお伝えください。

サン＝シモン

革命歴7年花月23日

(1799年5月12日)」

本書簡には封蝋は使用されておらず、糊で封緘されている。宛名人は、レーデルン伯爵の代理人を務めたリウエ (Philippe François Bonaventure Rihouet, 1755-1833⁽¹¹⁾) である。リウエは、オルレアン公爵夫人領地管理人でもあった。

サン＝シモンとレーデルンとの事業協同関係は、1799年8月4日に終止符が打たれている (森, p.379)。本書簡では、「調停者」に言及があるので、もしかしたら彼ら2人は、すでに事業協同関係の整理に着手していて、本書簡は、その「調停者」に関する契約などについてサン＝シモンがリウエを通じてレーデルンに事実確認を求めたものかもしれない。サン＝シモンは、レーデルンと文書を直接やり取りすることはせず、リウエを介した交渉を行っていたことになる。ペルゴー宛て書簡と比べると、結び言葉がなく、簡略的、事務的な書簡となっている。

4 おわりに

サン＝シモンに対する関心は、今もって衰えることはない。それは続々と刊行される関連書の存在によって証明される (cf. Musso, 訳書。あるいは中嶋)。サン＝シモンは非常に多くの草稿、書簡を遺している。

これらはサン＝シモンの生涯、思想形成を明らかにするうえで有力な資料となる。すなわち、サン＝シモンは自伝を著しているが、そこに記載されていない事実、明らかにされていない間隙があることも周知の事実である。そうした間隙を埋めるのにも役立つのが今回の2通の書簡なのである。これらの書簡によって、サン＝シモンが1792年4月、ペルゴーに資金援助の要請を複数回している事実、そしてサン＝シモンが1799年5月、直接レーデルンとではなく、彼の代理人リウエと何らかの交渉をしていた事実が明らかとなった。また、書簡によってサン＝シモンは、紙葉の折り方や封の仕方（封蝋あるいは糊）を変えていたことが判明する。

今後は、サン＝シモンが遺した書簡類の比較研究が課題となるであろう。書簡の翻刻や、今回行った封緘方法の再現をはじめとして、書簡の宛名人、発信日、発信地、使用されている紙葉およびそのウォーターマーク、封蝋の調査によって、サン＝シモンの交友関係、交際範囲も明らかにすることが可能である。またそれによってサン＝シモンの生涯を時系列に再現することもできるであろう。国内外に存在しているサン＝シモンの書簡の所在先、所蔵先の確認が重要である。今後の調査、研究に期待したい。

注

- (1) 本図書館が所蔵しているのは、

S-S 345 [Letter, 1802 March 13, to] Citoyen Rihouet / Saint-Simon

S-S 346 [Letter, ca. 1808-1810, to] M. Dubois / Saint-Simon

S-S 362 [Letter, ca. 1813, to Dr. Charles Bougon / Saint-Simon]

の3点である。3点は以下のページで閲覧が可能である。

<https://www.law.nihon-u.ac.jp/library/collectionpack/saint-simon/index.html>

- (2) レーデルンの生涯については、フリートレンダー (Friedlaender) や『サン＝シモン全集』第一巻 (pp.462-464) を参照せよ。レーデルンの生年については、1755年の記載もある (森、p.138 (403))。ここでは1761年と記載する。

- (3) 本図書館のサン＝シモン・コレクションには、アンファンタンやサンシモニアンに関する資料も多数含まれている。
- (4) 本紙のウォーターマーク“D&CB_{LAUW}”は、本図書館が所蔵する S-S 354 [Note on the 18th. century philosopher, Condorcet / Saint-Simon] のウォーターマークと同じである。
- (5) これら3か所には下線が引かれている。なお「320」は、整理番号として後世の誰かが書き込んだと思われる。
- (6) サン＝シモンの自署は、Saint Simon と St-Simon の2つがあることがわかる。
- (7) 森の記載によれば、サン＝シモンの父はソンヌ県ペロンヌ、ファルヴィ村の領主で、ベルニィ丘腹に城館を持っていたとある（森、p.365, 367）。
- (8) ペルゴーの生涯については、柏木を参照せよ。
- (9) 本図書館が所蔵するサン＝シモンのペルゴー宛て書簡（筆写）は、
S-S 401 [Letter, 1809 to Jean-Frédéric Perregaux] / St. Simon
S-S 402 [Letter, 1793 September 5, Peronne, to Jean-Frédéric Perregaux] / Saint Simon
S-S 405 [Letter (excerpt), 1804 December 6 to Jean-Frédéric Perregaux] / [Saint-Simon]
S-S 408 [Letter, 1792 September 16, Peronne, to] Monsieur [Jean-Frédéric] Perregaux / Saint Simon
S-S 411 [Notes summarising the 9 letters of Saint-Simon]
である。
このうち、S-S 402 と S-S 408 のペルゴーの住所は、「パリ、彼のホテル、ミラボー通り5」であり、1792年4月、9月、1793年9月の時点で、ペルゴーの住所に変更はない。
- (10) 紙葉のウォーターマークは、円の中にユリが描かれているデザインである。紙葉がちょうどウォーターマークの途中で裁断されているために、その下半分はない。



ユリのウォーターマーク（筆者が模写）

- (11) リウエの経歴、生涯については不明である。簡単な経歴であれば、次のものを参照せよ。
https://data.bnf.fr/fr/16725254/philippe_francois_bonaventure_rihouet/

参考文献

- 柏木治『銀行家たちのロマン主義～一九世紀フランスの文芸とホモ・エコノミクス～』関西大学出版部、第3章53-80頁、2019年。
- 中嶋洋平『サン＝シモンとは何者か 科学、産業、そしてヨーロッパ』吉田書店、2018年。
- 森博編・訳『サン＝シモン著作集』第一巻、恒星社厚生閣、1987年。
- Friedlaender, Ernst, “Redern : Sigismund Ehrenreich Graf v. R.” in : *Allgemeine Deutsche Biographie*. Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot. 27. Bd. 1888. pp.521-522.
<https://www.deutsche-biographie.de/sfz75809.html#adbcontent>
- Musso, Pierre, *Saint-Simon et le saint-simonisme. Que sais-je?* Presses Universitaires de France. 1999. ピエール・ミュッソ著、杉本隆司訳『サン＝シモンとサン＝シモン主義【文庫クセジュ】』白水社、2019年。
- Saint-Simon, Henri, *Œuvres complètes* /; édition critique présentée, établie et annotée par Juliette Grange et al. vol.1. Presses universitaires de France. 2012. (『サン＝シモン全集』と略記)

Saint-Simon.

Two Autograph Letters signed to Perregaux and to Rihouet.

KAWAMATA Hiroshi

Claude Henri de Saint-Simon (1760-1825) is a very famous social thinker of 18th to 19th century. I have got Saint-Simon's two autograph letters signed to Jean-Frédéric Perregaux (1744-1808) and to Philippe François Bonaventure Rihouet (1755-1833). The letter to Perregaux is dated “le 12 Avril 1792.” The letter to Rihouet is dated “le 23. f[loré]al. an 7 (May 12, 1799).” Saint-Simon together with Sigismund Ehrenreich Johann von Redern (1761-1841) bought and sold land quite profitably. Perregaux was a cooperator of their land speculation. Rihouet was an agent of Redern. The two letters are interesting and valuable for the research on Saint-Simon.

- 『実務解説 会社法Q & A』 生駒和夫＝根田正樹＝須藤英章＝永井和之編・ぎょうせい（2006年）
- 『法学刑法3 演習（総論）』 設楽裕文編・信山社（2010年）
- 『法学刑法4 演習（各論）』 設楽裕文編・信山社（2010年）
- 『法学刑法5 判例インデックス』 設楽裕文編・信山社（2012年）
- 『刑法演習50選』 船山泰範編・北樹出版（2012年）
- 『演習ノート刑法総論〔第5版〕』 斉藤誠二＝船山泰範編・法学書院（2013年）

- 『法学入門』（共著） 山川一陽編・国際書院（1994 年）
- 『現代刑事法入門』（共著） 板倉宏編・東京法令出版（1997 年）
- 『スタッフ刑法総論』（共著） 船山泰範＝清水洋雄＝中村雄一編・辛夷社（1997 年）
- 『スタッフ刑事政策』（共著） 船山泰範＝清水洋雄＝中村雄一編・辛夷社（2000 年）
- 『刑法 I ・刑法総論』（共著） 板倉宏＝設楽裕文＝南部篤・日本大学通信教育部（2001 年）
- 『刑事訴訟法』（共著） 板倉宏編・日本大学通信教育部（2002 年）
- 『ケースメソッド刑法総論』（共著） 船山泰範＝清水洋雄＝中村雄一編・不磨書房（2003 年）
- 『ケースメソッド刑法各論』（共著） 船山泰範＝清水洋雄＝中村雄一編・不磨書房（2003 年）
- 『ホーンブック新刑法総論』（共著） 船山泰範編・北樹出版（2008 年）
- 『ホーンブック新刑法各論』（共著） 船山泰範編・北樹出版（2008 年）
- 『刑法各論（Next シリーズ）』（共著） 沼野輝彦＝設楽裕文編・弘文堂（2017 年）

【その他】

- 『オリエンテーション法学部』（篠塚昭次＝板倉宏との分担執筆） 有斐閣（1991 年）
- 『論文試験・刑法総論』 船山泰範編・学陽書房（1992 年）
- 『別冊法学セミナー・司法試験シリーズ・刑法Ⅱ [各論]・第3版』 石川才顯＝船山泰範編・日本評論社（1994 年）
- 『ビジネス刑法入門』 板倉宏＝河上和雄編著・システムファイブ（1997 年）
- 『目で見る刑法教材』 板倉宏編・有斐閣（1997 年）
- 『詳説・新会社法の実務』 明石一秀＝須山伸一＝根田正樹編著・財経詳報社（2005 年）

【判例研究】

- 「差入人と受刑者との関係が明らかでない場合と差入の許否に関する刑務所長の裁量権」(板倉宏との共同執筆) 日本法学 52 巻 3 号 (1987 年)
- 「磁気ディスクの複製行為に盗罪の成立が認められた事例—モンベリアル軽罪裁判所 1978 年 5 月 26 日判決—」(フランス刑法研究会「フランスにおけるコンピュータ犯罪(2)」) 国学院法学 25 巻 4 号 (1988 年)
- 「税関検査によるわいせつ表現物の輸入規制につき新たな判断が示された事例」 判例評論 599 号 (2009 年)
- 「刑法 175 条後段の罪における『販売の目的』の意義」 日本法学 74 巻 4 号 (2009 年)
- 「電気通信の送信によるわいせつな電磁的記録の『頒布』に当たるとされた事例」 法学教室 401 号 (2013 年)

【翻訳】

- 「米国の性に基づく雇用差別と法」(野木村忠邦との共訳) 法学紀要 26 巻 (1985 年)
- 「アメリカ法の観点からみたリクルート・コスモス事件」(板倉宏、神例康博、村松絵理との共訳) 法学紀要 33 巻 (1992 年)
- 「アメリカ合衆国における企業犯罪の捜査と訴追—生命、健康、安全に対する罪をめぐる近時の状況と展望—」(板倉宏、神例康博、野崎節子との共訳) 日本法学 58 巻 1 号 (1992 年)
- 『フランス新刑法典(法務資料第 452 号)』(共訳者:新倉修(代表)) (法曹会、1995 年)

【教科書】

- 『ホーンブック法学原理〔第 3 版〕』(共著) 澤木敬郎＝荒木伸怡＝南部篤・北樹出版 (2006 年)
- 『刑法総論 (Next シリーズ)』(共著) 設楽裕文＝南部篤編・弘文堂 (2018 年)

- 「租税ほ脱犯処罰の現状とその問題点」(板倉宏との共同執筆) 税理 36 卷 6 号 (1993 年)
- 「経済活動と犯罪」(板倉宏との共同執筆) 宮澤浩一＝藤本哲也＝加藤久雄編『現代法学双書・犯罪学』(青林書院、1995 年)
- 「情報犯罪・情報をめぐる不正行為」(神例康博との共同執筆／板倉宏監修「委託研究報告書・情報セキュリティと法をめぐる現状・Ⅱ」)『セキュリティファイル』(日本コンピュータセキュリティ、1995 年)
- 「秘密の保護・情報の保護にかかわる法的課題」(神例康博との共同執筆／板倉宏監修「委託研究報告書・情報セキュリティと法をめぐる現状・Ⅲ」)『セキュリティファイル』日本コンピュータセキュリティ、1996 年)
- 「脱税告発事件における共謀共同正犯の適用」(板倉宏との共同執筆) 税理 39 卷 9 号 (1996 年)
- 「最近の違法取引・不正経理事件の特徴と問題点」(板倉宏との共同執筆) 税経通信 54 卷 1 号 (1999 年)
- 「電子メディアとわいせつ表現物の刑事規制—わいせつ画像情報の『わいせつ図画』性を中心に—」 法学紀要 40 卷別巻 (1999 年)
- 「わいせつ情報とわいせつ物頒布等の罪の客体」『現代社会型犯罪の諸問題 (板倉宏博士古稀祝賀論文集)』(勁草書房、2004 年)
- 「刑法における『物』と『情報』」 パソコンリテラシ 31 卷 3 号 (2006 年)
- 「『電子計算機使用詐欺』およびインターネット詐欺等の現状—詐欺をめぐる今日の日本の状況と問題点—」 編集代表永田誠＝フィリップ・クーニヒ『法律学的対話におけるドイツと日本』(信山社、2006 年)
- 「情報、電子データと物概念の変容」 日本法学 76 卷 4 号 (2011 年)
- 「コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪と刑事立法 (1)、(2・完)」 日本法学 78 卷 2 号、78 卷 3 号 (2012 年、2013 年)
- 「わいせつ電磁的記録等送信頒布の意義」 板倉宏監修・沼野輝彦＝設楽裕文編『現代の判例と刑法理論の展開』(八千代出版、2014 年)

南部篤教授 主要業績

日
本
法
学
第
八
十
五
卷
第
四
号
(二〇二〇年三月)

【論文】

- 「コンピュータ犯罪の手口と法的対応」(板倉宏との共同執筆) 月刊企業法務 3 卷 6 号 (1987 年)
- 「刑事政策と公衆参加」 犯罪社会学研究 12 号 (1987 年)
- 「強制調査と国犯法—その起訴に至る手続と法的問題点—」(板倉宏との共同執筆) 税理 30 卷 11 号 (1987 年)
- 「フランスのコンピュータ犯罪と刑法」 法学紀要 29 卷 (1988 年)
- 「情報処理関連不正行為に関する 1988 年 1 月 5 日の法律第 88 - 19 号」(フランス刑法研究会「フランスにおけるコンピュータ犯罪 (3)」) 国学院法学 26 卷 1 号 (1988 年)
- 「租税刑罰の適用」(板倉宏との共同執筆) 税経通信 43 卷 9 号 (1988 年)
- 「コンピュータ犯罪と 1988 年のフランス刑法一部改正」 日本法学 55 卷 4 号 (1990 年)
- 「いわゆる改ざんテレホンカードと変造有価証券交付罪の成否」 法学紀要 32 卷 (1991 年)
- 「法人の刑罰強化とその意味」(板倉宏との共同執筆) 税務弘報 39 卷 13 号 (1991 年)
- 「フランス刑法における組織犯罪の規制」 日本法学 57 卷 4 号 (1992 年)
- 「脱税事犯と罰金刑のあり方」(板倉宏との共同執筆) 法律のひろば 45 卷 8 号 (1992 年)
- 「犯罪報道をめぐる問題とその法的側面」(板倉宏との共同執筆) 政経研究 29 卷 2 号 (1992 年)
- 「フランス新刑法典における法人処罰」(板倉宏との共同執筆) 研修 539 号 (1993 年)

南部篤教授 主要業績

- 2006 年 4 月 税務大学校講師（2008 年 3 月まで）
- 2006 年 4 月 学生生活委員会副委員長（平成 22 年 3 月 31 日まで）
- 2008 年 4 月 大東文化大学大学院法学研究科非常勤講師（2011 年 3 月
まで）
- 2010 年 4 月 就職指導委員会副委員長（2013 年 3 月まで）
- 2012 年 4 月 教授に昇格する
- 2013 年 4 月 学生担当（学生生活委員会委員長）（2019 年 3 月まで）
- 2014 年 4 月 法学部人権委員会委員長（平成 31 年 3 月 31 日まで）
- 2015 年 4 月 大学院法学研究科分科委員に就任する
- 2017 年 9 月 学校法人日本大学評議員就任（2020 年 9 月まで）
- 2018 年 6 月 日本大学スポーツ競技部ボート部副部長
- 2019 年 4 月 法学研究所長（法学研究所運営委員会委員長）（2020 年 3
月まで）
- 2019 年 9 月 東京医科歯科大学倫理審査委員会委員（2020 年 2 月まで）
- 2020 年 3 月 定年により退職する

南部篤教授 略歴

生年月日

1954年8月18日青森県八戸市に生まれる

【学歴】

1970年4月 青森県立八戸北高等学校入学
1973年3月 同校卒業
1973年4月 東海大学理学部化学科入学
1974年3月 同大学退学
1975年4月 日本大学法学部経営法学科入学
1979年3月 同大学卒業
1979年4月 同大学大学院法学研究科博士前期課程（公法学専攻）入学
1982年3月 同課程修了、法学修士取得
1982年4月 同大学大学院法学研究科博士後期課程（公法学専攻）入学
1987年3月 同課程満期退学

【職歴】

1987年6月 日本大学助手に就任、法学部勤務を命ぜられる（1993年3月まで）
1993年4月 日本大学法学部非常勤講師（2000年3月まで）
1994年4月 立教大学非常勤講師（2001年3月まで）
1997年4月 日本大学司法研究所講師（1999年3月まで）
2000年4月 日本大学専任講師に就任、法学部勤務を命ぜられる
2003年4月 助教授に昇格する
2004年4月 立教大学兼任講師（2005年3月まで）
2004年4月 就職指導委員会副委員長（2005年3月まで）

南部篤教授 略歴

(掲載順)

日本大学教授

日本大学教授

日本大学教授

日本大学教授

日本大学教授

日本大学教授

日本大学教授

日本大学准教授

日本大学助教

日本大学専任講師

日本大学准教授

日本大学准教授

日本大学准教授（危機管理学部）

日本大学元教授・白鷗大学教授

日本大学教授

Yutaka Kigawa, *Legal Issues of HR Technology in Global HR*

Yukihiko Ueno, *Nicht-Verhindern von Begehungsdelikten*
— *Täterschaft und Teilnahme bei*
Unterlassungen—

Koji Masui, *Zum Verzugszins bei Gläubigeranfechtung*

Hiroshi Kawamata, *Saint-Simon. Two Autograph Letters signed*
to Perregaux and to Rihouet

Essays in Honor of the Retirement of Professor Atsushi Nanbu

CONTENTS

Dedication

Toshinobu Kawai, *The Role of the Red Cross in the Abolition of Nuclear Weapons*

Yoshito Kita, *Disaster Relief by the Japanese Red Cross Society*

Hirobumi Shitara, *Die Lehre vom strafrechtlichen Tatbestand und die Auslegung im Strafrecht*

Masao Takahashi, *The Repeal of the Main Crop Seed Law and the Enactment of the Ordinances for Main Crop Seeds*

Seijiro Tsukamoto, *Professional Education and the Social Responsibility Theory*

Sadayuki Hasegawa, *Contractual Problems Surrounding the Platformization of Markets*

Tatsuya Yoshihara, *Miyazaki Michisaburo's Lectures on German Legal History*

Kazuhiko Nomura, *Zur durch Regierungserlaß festgelegten Begnadigung*

Kunihiko Suezawa, *A Study of the Enactment of the Penal Code in 1907 and Prohibition of Betting Tickets*

Tomoyuki Nishiyama, *A Study of Crime Victim's Engagement in Diversion Measures*

Yoshiaki Nishigai, *A Study of the Criminal Offence Aspects of Cyberbullying in the United States*

日本法学 第八十五卷 索引

論 説

会計年度の変遷と松方正義……………甲斐素直…一（二三六）
号 頁

宮崎道三郎博士の羅馬法講義について……………吉原達也…二（一）

商標法第三条第二項適用の要件
——特に、「出願に係る商標・商品」と「使用に係る商標・商品」との同一性について——…小川宗一…二（三二）

委任における委任者の任意解除と「受任者の利益」……………長谷川貞之…二（六七）
——債権法改正過程から見たもの——

民法一〇二条論
——法定代理人としての制限行為能力者をめぐる思索として——……………清水恵介…二（二二九）

私有地における集会の自由……………岡田俊幸…二（二七五）

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレート ガバナンス・コード改訂、米国 The Accountable Capitalism Actにみる企業価値向上義務	藤川 信夫 ……二（二〇九）
——株主主権の変容、買収防衛策の司法判断基準の接点——	
組織内の個人過失における期待可能性 ——あずみの里事件を手がかりに——	船山 泰範 ……二（二八九）
船舶所有者の事業譲渡・会社分割と 海上労働契約の帰趨——船員法四三条の意義	南 健悟 ……二（三二七）
原状回復における対価合意の意義 ——原物返還不能により償還すべき価額の算定をめぐって——	野中 貴弘 ……二（三七二）
弁護士法制定と弁護士試験について ——議会での審議を中心に——	末澤 国彦 ……二（四三一）
平等取扱原則と比例性 ……	玉蟲 由樹 ……二（四八二）
児童虐待防止に向けた警察関与の あり方について ……	尾田 清貴 ……二（五二二）

ブリュッセル規則における消費者保護規定の展開……………	中村 進……………三（一）
再論・参考人の虚偽供述と証拠隠滅等罪の成否……………	加藤 康榮……………三（四一）
租税条約における配分ルールの構造 ——事業所得と譲渡収益や利子所得との関係——……………	今村 隆……………三（二六二）
核兵器に関する国際法と赤十字の核兵器廃絶への試み……………	河合 利修……………四（三）
日本赤十字社と災害救護……………	喜多 義人……………四（二五）
犯罪構成要件の理論と刑法の解釈……………	設楽 裕文……………四（六五）
主要農作物種子条例について……………	高橋 雅夫……………四（九五）
専門職教育と社会的責任論 ——ジャーナリズムの規範理論研究の原点——……………	塚本 晴二朗……………四（一一七）
市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題……………	長谷川 貞之……………四（二四一）

宮崎道三郎博士の独逸法律史講義について……………	吉原達也…四（二二三）

政令一般恩赦について……………	野村和彦…四（二六七）

明治四十年刑法の制定と馬券の禁止について……………	末澤国彦…四（二九一）

犯罪被害者のダイバージョン制度への 積極的関与に関する一考察……………	西山智之…四（三四六）

アメリカにおけるサイバーいじめ 対策立法の刑法的側面……………	西貝吉晃…四（四一〇）

グローバル人事における HRテクノロジーと法的課題……………	木川裕…四（四三四）

作為的犯行の不阻止 ——不真正不作為犯論と共犯論との錯綜領域——……………	上野幸彦…四（四六二）

詐害行為取消により生ずる受益者の取消債権者に対する受領金 支払い債務にいつから法定利息あるいは遅延利息が発生すべきか……………	益井公司…四（四九〇）
——最判平成30年12月14日民集72巻6号1101頁を参考にして——	

サン＝シモンの
ペルゴー宛てとりウエ宛て自筆書簡……………川 又 祐…四（五一〇）

研究ノート

憲法の憲法適合性
——ヘッセン州憲法第四条の憲法適合性をめぐって——……………岡 田 俊 幸…三（八一）

資 料

宮崎道三郎博士講述『比較法制史』
第二部 独逸法制史……………吉原 達也 編…一（一）

穂積陳重博士『羅馬法講義』
総論及び第一編 羅馬法律史……………吉原 達也 編…三（一四七）

- 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

日本大学法学部ホームページ (<https://www.law.nihon-u.ac.jp/>)

- 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等がございましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1
(T E L) 03-5275-8510
(F A X) 03-5275-8537
(E-mail) kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

委員長
副委員長

委員

/// /// /// /// /// /// /// /// /// ///

田石松野中杉加岡石渡横水友高児加小大江南賀大
村崎島村静本藤山川辺溝戸岡畑玉藤野保島 来岡
和雪和未竜暁敬徳徳えり克史英直雅美拓泰健健
武文江彦知也子二幸夫か典仁郎起之典也子悟輔聡

令和二年三月十七日 印刷
令和二年三月二十七日 発行
非売品

編集責任者
日本大学法学会
小田司

発行者 日本大学法学会
電話〇三(五二七五)八五三〇番

東京都千代田区神田猿樂町二二四 A&Xビル
印刷所 株式会社 メディオ
電話〇二(二二九六) 八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 85 No. 4 March 2 0 2 0

Essays in Honor of
the Retirement of Professor Atsushi Nanbu