

東北ローレビュー

Vol. 14 2025. March

論 説 Articles

- 日本人と台湾人の夫婦の離婚の実務と理論
 井上 泰人 / 李 姿億
 Practice and Theory of Divorces between Japanese and Taiwanese
 INOUE Yasuhito / LI Tzu-Yi
- フランスから見た日本の契約法改正
 池田 悠太
 La réforme du droit des contrats au Japon : perspective française
 IKEDA Yuta
- 権利変換制度と憲法上の財産権
 高畑 柊子
 Systèmes de conversion des droits et droit de propriété constitutionnel
 TAKAHATA Shuko
- 窃盗罪における権利者排除意思
 松本 圭史
 Die Enteignungsabsicht beim Diebstahl
 MATSUMOTO Yoshifumi
- 法教育の実相——法教育の原理性と法的思考・リーガルマインド(1)
 煙山 正大
 Various Aspects and Principle-oriented Nature of Law-Related Education:
 Legal Thinking and Legal Mindset (1)
 KEMUYAMA Masahiro
- ドイツにおける幫助犯の客観的成立要件としての因果性について
 太田 雄也
 Über die Kausalität der Beihilfe in Deutschland
 OTA Katsuya
- 実行の着手時期に関する近時の学説の批判的検討
 小林 明日香
 Die kritische Untersuchung über neue Theorien vom Anfang der Ausführung
 KOBAYASHI Asuka

— 目 次 —

論 説 Articles

日本人と台湾人の夫婦の離婚の実務と理論

井上 泰人 / 李 姿億 2

Practice and Theory of Divorces between Japanese and Taiwanese

INOUE Yasuhito / LI Tzu-Yi 2

フランスから見た日本の契約法改正

池田 悠太 21

La réforme du droit des contrats au Japon : perspective française

IKEDA Yuta 21

権利変換制度と憲法上の財産権

高畑 柊子 38

Systèmes de conversion des droits et droit de propriété constitutionnel

TAKAHATA Shuko 38

窃盗罪における権利者排除意思

松本 圭史 55

Die Enteignungsabsicht beim Diebstahl

MATSUMOTO Yoshifumi 55

法教育の実相——法教育の原理性と法的思考・リーガルマインド(1)

煙山 正大 85

Various Aspects and Principle-oriented Nature of Law-Related Education:

Legal Thinking and Legal Mindset (1)

KEMUYAMA Masahiro 85

ドイツにおける幫助犯の客観的成立要件としての因果性について

太田 雄也 148

Über die Kausalität der Beihilfe in Deutschland

OTA Katsuya 148

実行の着手時期に関する近時の学説の批判的検討

小林 明日香 177

Die kritische Untersuchung über neue Theorien vom Anfang der Ausführung

KOBAYASHI Asuka 177

日本人と台湾人の夫婦の離婚の実務と理論

東北大学大学院法学研究科 教授 井上 泰人
一橋大学大学院法学研究科 修士課程 李 姿億

- 第1 はじめに
- 第2 離婚の可否及び要件に関する準拠法
 - 1 離婚の実質的成立要件
 - 2 法律行為による離婚の形式的成立要件（方式）及び届出
- 第3 国際裁判管轄
 - 1 日本における国際裁判管轄
 - 2 台湾における国際裁判管轄
- 第4 訴状及び期日呼出状の送達
 - 1 日本と台湾の間での送達の可否
 - 2 日本の裁判所による送達
 - 3 台湾の裁判所による送達
- 第5 外国離婚判決の承認
 - 1 外国離婚判決の承認要件
 - 2 外国裁判所の裁判権（間接管轄）
 - 3 送達又は応訴
 - 4 公序要件
 - 5 相互の保証
- 第6 おわりに

第1 はじめに

日本は、台湾（中華民国）を国家承認しておらず、台湾との間に国交はない。しかし、両者間の交通は至便であり、人的交流も活発である結果、例えば日本人 A と台湾人 B との間の婚姻（本稿では、異性婚を前提とする。）は、決して珍しい現象ではない。

他方、適法に婚姻した AB 間の関係が破綻し、離婚が問題となることもあり得る。この場合、①離婚の可否及び要件に関する準拠法、②日本又は台湾の国際裁判管轄の有無、③

訴状及び期日呼出状の送達、④一方の離婚判決の他方における承認の可否が問題となる。これらは、国際私法の一般的な規則の具体的な適用にすぎないが、本稿は、現時点の日本法及び台湾法の法情報を明らかにした上で、理論的な観点から実務上の論点を整理するものである。

第2 離婚の可否及び要件に関する準拠法

1 離婚の実質的成立要件

(1) 日本における準拠法選択規則
離婚の可否及び要件という法律問

題は、日本においてはいずれも法の適用に関する通則法(以下「通則法」という。)27条の「離婚」に性質決定されるため、通則法25条が準用される。したがって、①夫婦の同一本国法、②上記①の法がない場合には夫婦の同一常居所⁽¹⁾(habitual residence)地法、③上記②の法がない場合には夫婦の最密接関係地法が準拠法となるが、通則法27条ただし書により、上記③の場合において夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人である場合には日本法が準拠法となる⁽²⁾。

(2) 台湾における準拠法選択規則
他方、離婚の可否及び要件という法律問題は、台湾においては涉外民事法律適用法⁽³⁾50条の「離婚」に性質決定されるので、離婚の協議の当時又は訴訟提起の当時の、①夫婦の共通本国法、②上記①の法がない場合には夫婦の共通住所地法、③上記②の法がない場合には夫婦の婚姻との最密接関係地法が準拠法となる(通則法27条ただし書に相当する

規則はない。)。上記①の「共通本国法」とは通則法における「同一本国法」と同義であり⁽⁴⁾、上記②の「住所地」は、「それが問題とされる各地の住所に関する法律に従い、別々に認定されるところによるべきもの」と考えられている⁽⁵⁾。

(3) 具体的な適用

日本人Aと台湾人Bには同一本国法がないから、離婚の可否及び要件の準拠法は、①A及びBが日本に常居所・住所を有する場合は日本法、②A及びBが台湾に常居所・住所を有する場合は台湾法となる。さらに、③日本で離婚が問題となる場合であって、かつ、Aが日本に、Bがそれ以外の地に常居所を有する場合は日本法が、④これら以外の場合には夫婦の最密接関係地法が準拠法となる。

したがって、裁判離婚をする場合、日本法が準拠法となれば日本民法770条が、台湾法が準拠法となれば台湾民法⁽⁶⁾1052条ないし1054条が、その準拠法となる。

⁽¹⁾ 各国において属人法の決定基準が本国法主義(大陸法系)と住所地(domicile)主義(英米法系)に分裂していることから、準拠法選択規則の国際的統一を目的とするハーグ国際私法会議(HCCH)が準拠法選択規則に関する条約を作成するに当たり、両主義を止揚するために考案した連結点である。「平常の居所」という以上に積極的な定義はないが、基本的には本人が生活の本拠としていることが客観的事実から認められる地であって各人に一か所しかないと考えられている。櫻田嘉章・道垣内正人編著『注釈国際私法第2巻』(有斐閣、2011年)275頁以下〔国友明彦〕参照。

⁽²⁾ 通則法27条(平成元年改正後の法例16条)の趣旨につき南敏文『改正法例の解説』(法曹会、1992年)90頁以下、櫻田・道垣内編著・前掲注(1)45頁以下〔青木清〕参照。

⁽³⁾ 涉外民事法律適用法の邦訳及び解説につき笠原俊宏「中華民国国際私法(涉外民事法律適用法)の改正(上)～(下の三・完)」戸籍時報659号63頁、662号35頁(いずれも2010年)、664号24頁、665号47頁、666号28頁(いずれも2011年)、木村三男監修『全訂新版涉外戸籍のための各国法律と要件IV(各論)』(日本加除出版、2017年)521頁以下参照。

⁽⁴⁾ 笠原・前掲注(3)戸籍時報664号26頁。

⁽⁵⁾ 笠原・前掲注(3)戸籍時報664号27頁。領土法説といい、日本でも平成元年改正前の法例で同じ考え方が採用されていた(池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣法律学全集、1973年)160頁、山田鐮一『国際私法』(筑摩書房、1977年)101頁など)。笠原・前掲注(3)戸籍時報662号40頁によれば、中華民国が常居所を連結点としていないのは、常居所を主唱するハーグ国際私法会議に加盟していないためである。

⁽⁶⁾ 台湾民法の邦訳につき笠原俊宏・徐瑞静「『中華国民民法親族編及び相続編の邦訳(1)～(3・完)』戸籍時報618号29頁以下、620号16頁以下及び621号27頁以下(いずれも2017年)、木村監修・前掲注(3)535頁以下、日本加除出版法例編纂室編『令和7年版戸籍実務六法』(日本加除出版、2024年)1423頁以下参照。なお、台湾民法は近年改正が相次いでいることに注意を要する。

なお、日本は、台湾を国家承認していないが、日本の最高裁判例は、台湾法のような未承認国の法について準拠法としての適格を認めており⁽⁷⁾、戸籍実務もこれに倣っている⁽⁸⁾。

2 法律行為による離婚の形式的成立要件（方式）及び届出

（1）法律行為による離婚の可否

日本民法 763 条及び台湾民法 1049 条は、いずれも法律行為による離婚（協議離婚、合意離婚）を認めているから、日本人 A 及び台湾人 B は、これらの法を準拠法として合意により離婚できる。この場合の方式の準拠法は、日本と台湾のいずれにおいても、離婚の実質的成立要件の準拠法（離婚準拠法。通則法 34 条 1 項、涉外民事法律適用法 16 条本文）又は行為地法（通則法 34 条 2 項、涉外民事法律適用法 16 条ただし書）となるから、離婚準拠法のほか、日本で協議離婚をする場合には行為地法として日本民法 764 条が準用する同法 739 条に基づく日本の市町村長等（以下、日本及び台湾で戸籍法に基づき戸籍事務を行う機関を「戸籍当局」という。）に対する届出で足り、台湾で合意離婚をする場合には同じく台湾民法 1050 条に基づく台湾の戸籍当局に対する離婚の登記をすれば足りる。ただし、日本の戸籍当局は、通則法に基づいて離婚の準拠法を判

断するため、台湾の涉外民事法律適用法により指定される準拠法を考慮しない。同様に、台湾の戸籍当局は、涉外民事法律適用法に基づき準拠法を指定し、通則法が指定する準拠法を考慮しない。

（2）合意による離婚の届出又は登記

日本人 A 及び台湾人 B は、日本法又は台湾法に基づいて合意による離婚をした場合、この事実を日本と台湾の双方の戸籍に反映させなければならない。そして、例えばいずれも日本在住の A 及び B が先に日本の戸籍当局に対して協議離婚の届出をする場合、創設的届出となるから 2 名の証人が必要となるが、届出時点で離婚が成立する。逆に、いずれも台湾在住の A 及び B が、必要とされる 2 名の証人（台湾民法 1050 条）を得た上で先に台湾の戸籍当局に対して合意離婚の登記を済ませた場合、登記により離婚が成立する⁽⁹⁾（台湾戸籍法 26 条 2 項、34 条）から、日本の戸籍当局に対する届出は報告的届出となり、2 名の証人は不要となる⁽¹⁰⁾。

では、日本又は台湾に常居所・住所を有する A 及び B が、離婚準拠法である日本法又は台湾法に基づき合意による離婚をする場合において、日本と台湾の双方の戸籍当局に郵送で届出又は登記をしたが、その時期

⁽⁷⁾ 最判昭和 34 年 12 月 22 日家月 12 卷 2 号 105 頁、最判平成 6 年 3 月 8 日民集 48 卷 3 号 835 頁。離婚について台湾民法を適用した裁判例として東京高判昭和 62 年 7 月 15 日判タ 654 号 229 頁。

⁽⁸⁾ 昭和 51 年 11 月 19 日民二第 5985 号回答。

⁽⁹⁾ 当事者は、台湾の駐外領事館又は政府が認定する機構が認定した離婚に必要な書類を備え、合意による離婚の場合、当該合意離婚が行為地法に符合するとの註記を加えることで、各地の戸籍当局に届出により離婚の登記をすることができる。「司法院 100、101、102 年公證實務研討會研究專輯 第 51 則」公證法律問題研究（十）（103 年 12 月版）161-163 頁参照。

⁽¹⁰⁾ 涉外戸籍実務研究会編『改訂 課題解説涉外戸籍実務の処理Ⅲ離婚編』（日本加除出版、2019 年）201 頁。

が前後したとき、いずれの時点で有効な離婚が成立するのであろうか（いずれも、2名の証人など創設の届出又は同様の登記の形式的要件を充たしているとする。）。

この点について、涉外民事法律適用法 16 条本文にいう「行為地」とは、現実に法律行為がされた地をいうと考えられる⁽¹¹⁾ほか、同条ただし書後段が「行為地が同一でないときは、いずれか一つの行為地法が定める方式に依るとき、すべて有効とする。」と定めているから、台湾の戸籍当局は、①A 及び B がいずれも日本に常居所・住所を有しており、日本で離婚した場合には、離婚準拠法及び協議離婚の方式の準拠法をいずれも日本法とするから、届出が日本の戸籍当局に到達した時点で、②A 及び B がいずれも台湾に常居所・住所を有しており、台湾で離婚した場合には、これらの準拠法がいずれも台湾法になるから、登記が台湾の戸籍当局でされた時点で、③A 及び B が日本と台湾に別居しており、相互に郵便を介して離婚した場合には、日本・台湾のいずれかの戸籍当局のうち先に届出が到達又は登記した時点で、それぞれ有効に離婚が成立したと扱うものと解される⁽¹²⁾。

他方、身分法上の法律行為に関する通則法 34 条には涉外民事法律適用法 16 条ただし書後段のような規定がなく、財産法上の単独行為の方式に関する通則法 10 条 3 項が「通知を発した地を行為地とみなす。」と、

同じく契約の方式に関する同条 4 項が「申込みの通知を発した地の法又は承諾の通知を発した地の法のいずれかに適合する契約の方式は、有効とする。」とそれぞれ定めているにとどまるため、これは、一つの解釈問題とされている。

すなわち、通則法 34 条が通則法 10 条 3 項及び 4 項を準用していないことについて、法律行為の方式には「当事者間での法律行為の意思表示の仕方（外部形式）を定める通常タイプの方式」のほかに「それとは別に、行政機関への届出・受理や聖職者・立会人の前での儀式といった方式の具備を求めるというタイプの方式」があり、通則法 10 条 3 項及び 4 項は後者のタイプを適用対象としていないためであるという趣旨を読み取り、そこから、通則法 34 条 2 項の「行為地」は、発信地ではなく届出の到達地（戸籍当局の所在地）であるとする学説がある⁽¹³⁾。この学説に従えば、上記①ないし③のいずれにおいても、日本・台湾の戸籍当局でいずれか先に郵便が到達又は登記した時点で、有効に離婚が成立したと扱うことになる。

しかし、上記学説によれば、当事者が任意の届出先を選ぶことで身分法上の法律行為を有効にする余地を与えてしまうが、通則法 34 条の解釈としてそこまで当事者の便宜を図ることについては疑問が示されている

(11) 許耀明「外國離婚判決之承認」月旦法學教室第 181 期（2017 年）28 頁、馬漢寶『國際私法 第四版』和蘆圖書出版有限公司（2022 年）159 頁。

(12) 戴瑀如「結婚與兩願離婚形式要件之再檢討——兼論戶籍登記之爭議」台灣法律人第 6 期（2021 年 12 月）29 頁。

(13) 澤木敬郎・道垣内正人『國際私法入門（第 9 版）』（有斐閣、2024 年）108 頁。

(14)。すなわち、上記学説に従うと、届出等の受領機関の所在地法がすべからず方式の準拠法ということになるため、当事者とはおよそ関係のない地の法が準拠法となる可能性を認めるばかりか、公的機関が関与せずに実現する合意による離婚をそこまで容易に認めることは、力関係が偏った夫婦間で不当な離婚を促進することになりかねない。むしろ、日本の戸籍実務は、通則法 34 条 2 項の「行為地」を現実に身分法上の法律行為が行われた地と解しており⁽¹⁵⁾、離婚準拠法が日本法でない限り当該行為地からの日本の戸籍当局への離婚届の郵送を有効な届出と扱わず、受理しない扱いである⁽¹⁶⁾。そのため、上記①及び②について日本の戸籍当局は、離婚した地の戸籍当局での届出が到達又は登記の時点で離婚が有効に成立したと扱っており、これは、台湾の戸籍当局の扱いと結論が一致する。

次に、上記③についてみると、隔地的な身分法上の法律行為の方式については、認知などの単独行為に関する通則法 10 条 3 項を類推適用する余地を認める一方、同条 4 項が専ら財産上の法律行為である契約を適用対象としていることから、同項の類推適用には否定的な見解が示され

ている⁽¹⁷⁾。そうすると、隔地者間で合意による離婚がされた場合の方式の準拠法は、専ら通則法 34 条 2 項という「行為地」が何を意味するかという解釈に帰着する。そして、合意による離婚は、両当事者の意思表示という各行為を不可欠の要素としているから、それぞれの意思表示がされた地をいずれも「行為地」と扱うほかにないようと思われる。したがって、上記③は、台湾における扱いと同様、日本においても、日本・台湾のいずれかの戸籍当局のうち先に届出が到達又は登記した時点で有効に離婚が成立したと扱うことになろう。

第 3 国際裁判管轄

1 日本における国際裁判管轄

(1) 離婚の訴えについて

日本の民事訴訟法 3 条の 2 から 12 までは、民事訴訟について日本に国際裁判管轄が認められる場合について規定している⁽¹⁸⁾が、離婚の訴えは、人事訴訟法 3 条 1 号の定める人事に関する訴えであるため、その国際裁判管轄については、同法 1 条にいう「特例」として同法 3 条の 2 から 5 まだが適用される⁽¹⁹⁾。

したがって、日本人 A と台湾人 B

(14) 櫻田・道垣内編著・前掲注 (1) 160 頁〔神崎禎〕。

(15) 南・前掲注 (2) 58 頁、174 頁、平成元年 10 月 2 日民二第 3900 号通達第一・一 (二) 参照。

(16) 渉外戸籍実務研究会編・前掲注 (10) 227 頁。

(17) 小出邦夫編著『逐条解 説法の適用に関する通則法 (増補版)』(商事法務、2014 年) 317 頁〔和波宏典〕、木棚照一『逐条解説 国際家族法—重要判例と学説の動向—』(日本加除出版、2017 年) 435 頁。

(18) これらの規定の解釈等については、例えば佐藤達文・小林康彦編著『一問一答 平成 23 年民事訴訟法等改正 国際裁判管轄法制の整備』(商事法務、2012 年)、秋山幹男ほか『コンメンタル民事訴訟法 I (第 3 版)』(日本評論社、2021 年) 88 頁以下など参照。

(19) これらの規定の解釈等については、例えば内野宗揮編著『一問一答 平成 30 年人事訴訟法・家事事件手続法等改正 国際裁判管轄法制の整備』(商事法務、2019 年)、松川正毅ほか編『新基本法コンメンタル (第 2 版) 人事訴訟法・家事事件手続法』(日本評論社、2024 年) 20 頁以下〔長谷部由紀子〕など参照。

の間の離婚の訴えについては、①被告の住所等が日本にあるとき（人事訴訟法 3 条の 2 第 1 号）、若しくは②原告の住所が日本にあり、両当事者の最後の共通の住所が日本にあったとき（同条第 6 号）であって、かつ、「日本の裁判所が審理及び裁判をすることが当事者間の衡平を害し、又は適正かつ迅速な審理の実現を妨げることとなる特別の事情がある」とは認められない場合（同法 3 条の 5）、又は③原告の住所が日本にあり、⑦被告の行方不明⁽²⁰⁾、⑧被告住所地でされた離婚判決が日本で承認されない⁽²¹⁾、⑨その他日本で裁判をすることで当事者間の衡平又は適正・迅速な審理の実現を確保する特別の事情があるとき（同法 3 条の 2 第 7 号）に日本に国際裁判管轄が認められる。

そして、当事者は、離婚準拠法が日本法又は台湾法である場合、合意による離婚が可能であることから、訴訟上の和解により離婚が成立した場合（人事訴訟法 37 条）、日本の戸籍当局に対して報告的届出を行う⁽²²⁾ほか、台湾の戸籍当局に対しても一方当事者の申立てにより離婚登記ができる（台湾戸籍法 34 条）。

なお、日本の人事訴訟においては、民事訴訟とは異なり、合意管轄（民事訴訟法 3 条の 7 参照）や応訴管轄（同法 3 条の 8 参照）が認められていない⁽²³⁾。したがって、A 及び B がいずれも台湾に住所を有していたが、

A が単独で日本に帰国して住所を構えた上で日本の家庭裁判所に離婚の訴えを提起し、B がこれに応訴したとしても、上記③の「特別の事情」が認められない限り、日本に国際裁判管轄を認めることはできず、訴えは却下される。

（2）夫婦関係調整の調停申立てについて

家事事件手続法 3 条の 13 第 1 項は、前記（1）①ないし③の場合（同項 1 号）に加えて当事者の管轄合意を家事調停事件の国際裁判管轄の管轄原因として認めている（同項 3 号）⁽²⁴⁾。そして、家事調停では合意による離婚が可能である（家事調停法 244 条、268 条 1 項）から、日本法又は台湾法を準拠法として合意による離婚をする見込みがある場合には、管轄合意に基づき離婚調停を申し立てることもでき、その結果、調停に代わる審判（家事事件手続法 284 条）による離婚も可能である。調停離婚が成立した場合の戸籍の届出⁽²⁵⁾及び登記（台湾戸籍法 34 条）は、和解離婚の場合と同じである。

2 台湾における国際裁判管轄

（1）離婚の訴えについて

ア 家事事件法施行前

台湾では、2012 年 6 月 21 日の家事事件法の施行前は、民事訴訟法及び涉外民事法律適用法には離婚訴訟の国際裁判管轄に関する明示的な条

⁽²⁰⁾ 最大判昭和 39 年 3 月 25 日民集 18 卷 3 号 486 頁参照。

⁽²¹⁾ 最判平成 8 年 6 月 24 日民集 50 卷 7 号 1451 頁参照。

⁽²²⁾ 原告が届け出るのが原則であるが、戸籍法 77 条 1 項が準用する同法 63 条により、確定日から 10 日経過しても届出がない場合には、被告も届出ができる。涉外戸籍実務研究会編・前掲注（10）289 頁。

⁽²³⁾ その趣旨につき内野編著・前掲注（19）23 頁参照。

⁽²⁴⁾ その趣旨につき内野編著・前掲注（19）149 頁参照。

⁽²⁵⁾ 前掲注（22）参照、涉外戸籍実務研究会編・前掲注（10）284 頁。

文が見当たらず、国際裁判管轄を認める場合についての見解も分かれていたが、民事訴訟法の国内土地管轄規定の類推適用によるのが学説・判例の大勢であるとされていた⁽²⁶⁾。そして、離婚の訴えに関して国内土地管轄を定める台湾の民事訴訟法 568 条（家事事件法の施行により削除された。）は、①夫婦の住所地又は訴えの原因事実が生じた夫若しくは妻の住所地（同条 1 項）、②上記①の裁判所が職権を行使できない場合、又は台湾に住所がなく若しくは住所が知れない場合には被告の住所地（同条 2 項）、③夫又は妻が台湾人であり、上記①及び②によって管轄裁判所が定まらない場合には中央政府所在地の各裁判所（同条 3 項）が管轄する旨を定めていた⁽²⁷⁾。

もっとも、台湾の最高法院は、間接管轄が問題となった事案であるが、離婚の訴えの国際裁判管轄について民事訴訟法 568 条 1 項を類推適用するとしながらも、「夫妻の本国裁判所に国際管轄権を認めるとともに、その住所地の外国裁判所及び訴えの原因事実が発生した地の外国裁判所にも国際裁判管轄を認める。」と判示しており⁽²⁸⁾、同条を文言どおりに類推適用しているわけではなかった。なお、ここで「夫妻の本国裁判所」は、夫婦の同一本国の裁判所のみを意味し、かつ、「その住所地の外国裁判所」

は、夫婦の同一住所地の裁判所のみを意味する。これ以外にも、最高法院は、「涉外事件の国際管轄権について、涉外民事法律適用法に明文規定がないものの、受訴裁判所は具体的な事案に基づかずに国内法の関連規定を類推適用して、当該訴訟の管轄を定めてはいけない。」⁽²⁹⁾、あるいは「外国人について権利侵害行為によって損害賠償が請求された裁判において、我が国の涉外民事法律適用法ではこれに関する規定がないので、民事訴訟法 1 条 1 項、同法 15 条 1 項、同法 22 条の規定を類推適用し、被告の住所地・権利侵害の事実があった地にある裁判所のいずれも管轄権を有すると認めるべきである。」⁽³⁰⁾と判示していた。これらの規定及び最高法院判例を参照すると、日本人 A と台湾人 B の間の離婚の訴えについて台湾の裁判所に国際裁判管轄が認められたのは、①A 及び B が台湾に住所を有している場合（民事訴訟法 568 条 1 項）、②離婚の原因事実が台湾で発生した場合（同項及び上記判例）、③A 及び B が台湾に住所を有していないが、被告となった側が台湾に住所を有している場合（同条 2 項）であろう。

イ 家事事件法施行後

前記民事訴訟法 586 条を含む同法における家事事件に関連する条文は、台湾の家事事件法が施行された際に

⁽²⁶⁾ 蔡華凱（中野俊一郎監修）「台湾における離婚訴訟の国際裁判管轄及び外国離婚判決の承認」立命法学 2003 年 3 号 81 頁（319 号 841 頁）並びに同稿が紹介する最高法院 81（1992）年度台上字第 2517 号判決（同稿 76 頁（836 頁））、最高法院 87（1998）年度台上字第 1672 号判決（同稿 77 頁（837 頁））及び最高法院 93（2004）年度台上字第 1943 号判決（同稿 78 頁（838 頁））参照。

⁽²⁷⁾ 蔡（中野）・前掲注（26）・84 頁（844 頁）。

⁽²⁸⁾ 蔡（中野）・前掲注（26）78 頁（838 頁）が紹介する最高法院 93（2004）年度台上字第 1943 号判決。

⁽²⁹⁾ 最高法院 95（2006）年度台抗字第 2 号決定。

⁽³⁰⁾ 最高法院 97（2008）年度台抗字第 185 号決定。

削除され⁽³¹⁾、涉外離婚事件について国内事案の管轄関連規定を類推適用する必要はなくなった。

離婚を含む涉外婚姻関係事件の国際裁判管轄を規定する家事事件法 53 条 1 項は、①夫婦の一方が台湾国籍を有する場合、②夫婦両方とも台湾国籍ではないが、台湾で住所を有し、又は 1 年以上持続して共同の居所を有する場合、③夫婦の一方が無国籍者で台湾に常居所を有する場合、④夫婦の一方が台湾で 1 年以上常居所を有し、台湾の判決が夫又は妻の本国で承認される場合に、台湾の裁判所に国際裁判管轄を認めている。もっとも、同条 2 項は、同条 1 項に該当する場合であっても、被告が台湾で応訴することが明らかに不合理であるときには、同項を適用しないと定めていることに注意が必要である。また、夫婦の一方が外国人又は無国籍者である場合、当事者の合意による国際裁判管轄は認められないと解されている⁽³²⁾。

家事事件法 53 条により国際裁判管轄が認められることを受けて、同法 52 条 1 項は、離婚を含む婚姻関係事件の国内裁判管轄について、①夫婦の住所地の裁判所、②夫婦の常居所地の裁判所、③訴えの事実的原因が発生した夫又は妻の住所地の裁判所に国際裁判管轄を認めており、同条 2 項は、当事者の書面による管轄合意を同条 1 項の管轄原因に優先させている⁽³³⁾。

なお、台湾民法 1052 条の 1 により、当事者は、裁判上の和解又は後記の調停によって離婚が可能であり、この場合、裁判所は、職権により戸籍当局に通知することになっている。

(2) 夫婦関係調整の調停申立てについて

台湾の家事事件法 23 条は、離婚事件を含む一定の事件類型について調停前置主義を定めた上で、同法 25 条は、「家事調停事件について、別に規定が設けられている場合を除き、家事事件を管轄する裁判所を管轄裁判所とする。」と規定しているから、前記の同法 53 条が定める裁判所が、離婚に関する家事調停事件の管轄裁判所となる⁽³⁴⁾。

そして、台湾でも家事調停により確定判決と同等の効力を有する離婚（台湾民法 1052 条の 1、家事事件法 30 条 1 項、2 項）ができ⁽³⁵⁾、調停離婚が成立しない場合、当事者の申立てにより裁判離婚の手続を始めることができる（同法 31 条）。

第 4 訴状及び期日呼出状の送達

1 日本と台湾の間での送達の可否

台湾は、(1) 永続的住民、(2) 領域、(3) 実効的政府、(4) 独立という

(31) 月旦法學編輯部「修法動態」月旦法學教室第 129 期（2013 年 7 月）144-145 頁。

(32) 徐慧怡「從涉外離婚案件看離婚國際裁判管轄權之規定—兼評家事事件法之相關規定」中華國際法與超國際法評論、10 卷 2 期（2014 年）115 頁。

(33) 以上につき月旦法學編輯部「修法動態：家事事件法（二）」月旦釋讀文摘第 21 期 69-71 頁。

(34) 月旦法學編輯部「修法動態：家事事件法（一）」月旦釋讀文摘第 20 期 64-66、76、77 頁、同「修法動態：家事事件法（二）」月旦釋讀文摘第 21 期 69-70 頁。

(35) 鄧學仁「臺灣之家事調解程序」月旦法學雜誌第 350 號（2024）97 頁。

国の要件⁽³⁶⁾を充足しているから国際法上の法主体性が認められ、台湾が未承認国であるということは、日本との間で国際法が完全に適用されない⁽³⁷⁾ということにとどまる⁽³⁸⁾。

他方、送達は、裁判所書記官の職権により行われる国家の裁判権の行使である（日本民事訴訟法 98 条・台湾民事訴訟法 123 条）から、他国の主権が及ぶ領域での送達には、自国と当該外国との間で裁判権の行使をしてよい旨の国家間の合意が必要とされる⁽³⁹⁾。しかし、日本と台湾の間には外交関係がないため、国際裁判管轄を有する一方の裁判所に離婚の訴えが提起されても、被告の住所が他方にある場合、国際司法共助手続ないし外交上のルートで訴状及び期日呼出状を被告に対して送達すること（日本民事訴訟法 108 条・台湾民事訴訟法 145 条）ができない。

2 日本の裁判所による送達

そのため、日本の裁判所で行う人事訴訟の訴状及び期日呼出状を台湾に住所を有する被告に対して送達するには、公示送達によらざるを得ない（民事訴訟法 110 条 1 項 4 号）⁽⁴⁰⁾。この場合、裁判所書記官は、被告に対して公示送達を通知することができ（民事訴訟規則 46 条 2 項後段）、

その方式は、日本語による普通郵便で足りるとされている⁽⁴¹⁾。これにより被告に対して自発的な応訴を促すわけである。

なお、裁判所書記官は、民事訴訟手続の IT 化に関する令和 4 年法律第 48 号による改正後、電磁的記録の公示送達（改正後民事訴訟法 111 条 2 号）を行うことができるようになる。したがって、日本の裁判所書記官から公示送達の通知（民事訴訟規則 46 条 2 項後段）を普通郵便で受領した台湾所在の被告は、当該裁判所書記官に対し、連絡先（電子メールアドレス）に対する通知（電子メール）による送達を受ける旨の届出をすることで、当該通知の受領によりインターネットを介した訴状及び期日呼出状の送達（システム送達）を受けることができる（改正後民事訴訟法 109 条の 2）ようにも思われ、仮にそうであるならば、被告の応訴の負担は大幅に軽減されるはずである。

しかし、民事訴訟法改正の立案担当者によれば、このようなシステム送達は、「外国の領域に日本の裁判権を及ぼすことになり、外国の主権との関係で問題があるとの考え方がある」ため、改正後民事訴訟法は、「外国に所在する者に対して、インターネット

⁽³⁶⁾ 岩沢雄司『国際法（第 2 版）』（東京大学出版会、2023 年）129 頁。

⁽³⁷⁾ 岩沢・前掲注（36）148 頁。

⁽³⁸⁾ 最判平成 23 年 12 月 8 日民集 65 卷 9 号 3275 頁は、著作権に関するベルヌ条約の効力が日本と北朝鮮（朝鮮民主主義人民共和国）の間に生じるか否かが問題となった事例において、「我が国は、当該未承認国との間における当該条約に基づく権利義務関係を発生させるか否かを選択することができるものと解するのが相当である。」としており、北朝鮮の国際法上の法主体性を認めた上で国際法の適用を日本の選択に係らしめている。そして、東京高判令和 5 年 10 月 30 日 LEX/DB25596229 は、北朝鮮に民事裁判権免除を認めていない。

⁽³⁹⁾ 最高裁判所事務総局民事局監修『国際民事事件手続ハンドブック』（法曹会、2013 年）5 頁。

⁽⁴⁰⁾ 岡崎克彦「公示送達」高桑昭・道垣内正人編著『新・裁判実務体系第 3 巻 国際民事訴訟法（財産法関係）』（青林書院、2002 年）211 頁、最高裁判所事務総局民事局監修・前掲注（39）42 頁。

⁽⁴¹⁾ 最高裁判所事務総局民事局監修『民事事件に関する国際司法共助手続マニュアル』（法曹会、1999 年）25 頁、132 頁、岡崎・前掲注（40）214 頁。

による方法をとることを当然には想定していない。」とされている⁽⁴²⁾。したがって、上記のような送達が可能か否か（現に実行された場合に適法な送達があったと評価されるか否か）は、今後の課題といえよう⁽⁴³⁾。

3 台湾の裁判所による送達

台湾の家事事件法 51 条は、別に規定がない場合に家事訴訟事件には民事訴訟法の規定を準用する旨を定めているので、離婚の訴えには民事訴訟法 145 条 1 項及び 2 項、同法 149 条 1 項 3 款が適用される。

台湾に住所がない者に訴えが提起された場合の送達は、被告の住所の所在国が台湾と国交を有する国、又は台湾と司法共助条約を締結している国であれば、民事訴訟法 145 条 1 項により、当該国に駐在する中華民國の領事館及びこれに代わる機構により送達を行わせる。

しかし、日本と台湾は国交がないため、民事訴訟法 145 条 1 項を適用することができず、同条 2 項が適用されることになる。同項の規定により指定される特別送達によっても被告に訴状及び期日呼出状を送達できない（通常は、郵便局から返送され

る証明文書をもって被告が台湾に住所を有しないことの証明とする。）場合、同法 149 条 1 項 3 款に該当し、原告の申立てにより公示送達がされる。

第 5 外国離婚判決の承認

1 外国離婚判決の承認要件

日本の民事訴訟法 118 条と台湾の民事訴訟法 402 条⁽⁴⁴⁾は、外国判決の承認についてほぼ同内容を定めている。

これらの規定によれば、外国裁判所の確定判決であって、（1）外国裁判所にいわゆる間接管轄が認められること、（2）敗訴の被告が訴訟の開始に必要な呼出し等を受けたこと又はこれを受けなかったが応訴したこと、（3）判決の内容及び訴訟手続が自国の公序良俗に反しないこと、（4）相互の保証があることの各要件を具備する場合に、その効力を自国において認めている。

これを外国判決の承認といい、承認により特段の手続を経ないで外国判決の効力（既判力及び形成力）が自動的に認められることになる⁽⁴⁵⁾。

⁽⁴²⁾ 脇村真治編著『一問一答 新しい民事訴訟制度（デジタル化等） 令和 4 年民事訴訟法等改正の解説』（商事法務、2024 年）53 頁。

⁽⁴³⁾ 竹下啓介「国境を越える紛争の解決と私法の IT 化—涉外事案についての民事裁判における IT の利用可能性—」法の支配 208 号（2023 年）104 頁以下は、①システム送達では裁判所書記官の活動が日本国内でのみされていると評価されること、②外国にいる受送達者に法律効果を発生させるのは公示送達も同じであることから、ハーグ送達条約（台湾は、締約国ではない。）等の条約の適用との関係を除けば、システム送達には国際法上の問題が生じないとする。竹下啓介「日本国外からの手続参加と国家主権—国家管轄権の行使と私人の意思との関係性」法律時報 95 巻 11 号（2023 年）42 頁も参照。

これに対して、横溝大「インターネットを通じた域外証拠収集—執行管轄権との関係を中心に（下）」法曹時報 74 巻 9 号（2022 年）11 頁は、外国へのシステム送達は外国への直接郵便送達と同じ効果が発生することから、国際法上の執行管轄権の域外行使となり国際法上の問題があるとする。

⁽⁴⁴⁾ 邦訳につき蔡（中野）・前掲注（26）75 頁（835 頁）、何佳芳「台湾における日本裁判の承認・執行」名古屋大学法政論集 276 号（2018 年）385 頁参照。

⁽⁴⁵⁾ 日本につき秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ（第 3 版）』（日本評論社、2022 年）556 頁など。

ただし、外国判決に基づいて強制執行を行うためには、改めて自国裁判所による審査を受けて自国における債務名義を取得する必要がある（日本民事執行法 22 条 6 号、台湾強制執行法 4-1 条）。

なお、台湾のような未承認国の判決を民事訴訟法 118 条柱書の「外国裁判所の判決」といえるか否かについては、日本において裁判例が見当たらない。しかし、学説上は、未承認国裁判所の判決もここに含まれると解されており⁽⁴⁶⁾、台湾の離婚判決が「外国裁判所の判決」に当たらないとする戸籍先例も見当たらない。したがって、台湾の離婚判決は、「外国裁判所の判決」に該当するものと思われる。

他方、家事訴訟事件に関する台湾の家事事件法 51 条は、別に規定がある場合を除いて民事訴訟法 402 条を準用する旨を規定している。そして、日本と台湾の間には国交がないことから、日本の離婚判決が同条の「外国裁判所の確定判決」に該当するかが問題となり得るところ、最高法院は、「民訴法第 402 条第 1 項第 4 款という相互の保証は、司法上の承認を指しており、国際法上若しくは政治上の承認を指しているわけではない。そして、司法上の相互の保証は、国際間の司法権の相互の尊重及び礼譲

を原則としており、例えば、外国の裁判所が我が国の判決を具体的に承認する事実が存在していること又はそのような将来の期待ができる客観的な可能性が存在するのであれば、相互の保証を有するといえる。」⁽⁴⁷⁾と判断している。このように、民事訴訟法 402 条にいう「相互の保証」は、司法上の相互の保証をいい⁽⁴⁸⁾、国際法上の承認とは区別されているばかりか、後記のとおり台湾の最高法院は、現に日本の離婚判決等を承認しているから、台湾は、日本の判決の承認適格を認めているといえる。

2 外国裁判所の裁判権（間接管轄）

日本の民事訴訟法 3 条の 2 以下及び人事訴訟法 3 条の 2 以下の各規定は、日本で審理判断をするに足りる国際裁判管轄の有無を問題としていることから、「直接管轄」といわれる一方、民事訴訟法 118 条 1 号の要件は、外国判決承認の要件として外国裁判所が国際裁判管轄を有していたか否かを問題としていることから、「間接管轄」といわれる。そして、かねてより学説は、直接管轄と間接管轄は一致するという「鏡像理論」を主張しており⁽⁴⁹⁾、民事訴訟法 3 条の 2 以下も、これを前提として立案された⁽⁵⁰⁾。すなわち、判決国（台湾）裁判所に日本の民事訴訟法 3 条の 2

台湾につき許士宦「許可外國民事及家事裁判執行之訴（上）」月旦法學教室第 206 期（2019 年）46 頁、許耀明「外國裁判之承認與執行——以互惠原則為中心」月旦民商法雜誌第 75 期（2022 年）56 頁、馬漢寶「國際私法 第四版」蘆漢圖書出版（2022）259 頁。

⁽⁴⁶⁾ 秋山ほか・前掲注（45）557 頁など。未承認国にも国際法上の法主体性が認められることがその背景にあると考えられる。そうでないとなると、未承認国裁判所の判決は、私人による仲裁判断と実質において同じということになりかねない。

⁽⁴⁷⁾ 最高法院 93（2004）年度台上第 1943 号判決。

⁽⁴⁸⁾ 許耀明「外國確定身份判決之承認與執行」月旦法學教室第 51 期（2007 年）100 頁。

⁽⁴⁹⁾ 江川英文「外国判決承認の要件としての裁判管轄権（二）」国際法外交雑誌 41 卷（1942 年）327 頁、澤木・道垣内・前掲注（13）328 頁など。

⁽⁵⁰⁾ 佐藤・小林編著・前掲注（18）18 頁。なお、執行判決訴訟に関する旧々民事訴訟法（明治 23 年

以下又は人事訴訟法 3 条の 2 以下を当てはめ、これにより判決国(台湾)において直接管轄が認められた事案に限って民事訴訟法 118 条 1 号の要件を具備したものと扱うのである。

しかし、日本の最高裁判例は、民事訴訟法 118 条 1 号の間接管轄の有無について、①直接管轄の規定を出発点としつつも(鏡像理論)、②個々の事案における具体的事情に応じて判断するという枠組みを提示している⁽⁵¹⁾。離婚判決を含む人事訴訟の判決についてこれと異なる枠組みを用いるべき理由は見当たらないから、この枠組みは、台湾でされた離婚判決にも妥当するものと思われる。

そうすると、台湾でされた離婚判決の承認に当たっては、訴え提起の時点(民事訴訟法 3 条の 11)において人事訴訟法 3 条の 2 が定める要件を具備していたか否かに加えて、個々の事案における具体的事情が審査されることになる。

台湾においても、国内の法令又は条約により外国の裁判所の管轄権(直接管轄)が認められる場合に、外国判決を下した国が管轄権(間接管轄)を有するとしてこれを承認する(鏡像理論)。離婚判決を例とすると、家事事件法が施行される前は民事訴訟法 402 条 1 項 1 款について台湾の法律上の直接管轄の規定を適用して判断していた。家事事件法施行後の現在の台湾の実務では、直接管

轄に関する同法 53 条により、外国離婚判決を下した裁判所が管轄権(間接管轄)を有していたかを判断している⁽⁵²⁾。

しかし、前記のとおり日本と台湾とでは直接管轄に関するルールが異なっているから、一方でされた離婚判決が他方では間接管轄の要件を具備しないと判断される可能性がある。したがって、訴え提起をする原告は、日本と台湾の双方で離婚判決が効力を認められるようにするために、いずれの裁判所で訴えを提起するのかを慎重に判断する必要がある。

3 送達又は応訴

日本人 A と台湾人 B がいずれも台湾に住所を有しており、被告に対して離婚の訴えの訴状及び期日呼出状が適式に送達されていたか、あるいは A 及び B が日本と台湾にそれぞれ住所を有していたが、前記 2 の間接管轄の存在を前提として、日本在住の被告が台湾での離婚の訴えに応訴⁽⁵³⁾していたのであれば、これによりされた台湾の離婚判決は、日本の民事訴訟法 118 条 2 号の要件を具備する。

しかし、前記のとおり、日本と台湾の間の送達は、公示送達によるほかないから、A 及び B が日本と台湾にそれぞれ住所を有しており、かつ、日本所在の被告に対して台湾の裁判所から公示送達がされたにとどまる

法律第 29 号) 515 条 2 項 3 号は、「本邦ノ法律ニ従ヘハ外国裁判所カ管轄権ヲ有セサルトキ」として間接管轄について鏡像理論による旨を明示していた。

⁽⁵¹⁾ 最判平成 10 年 4 月 28 日民集 52 卷 3 号 853 頁、最判平成 26 年 4 月 24 日民集 68 卷 4 号 329 頁。

⁽⁵²⁾ 蔡華凱「國際私法之原理原則」月旦法學雜誌第 228 號(2014) 179 頁。

⁽⁵³⁾ 最判平成 10 年 4 月 28 日民集 52 卷 3 号 853 頁は、民事訴訟法 118 条 2 号の「応訴」について、「いわゆる応訴管轄が成立するための応訴とは異なり、被告が、防御の機会を与えられ、かつ、裁判所で防御のための方法をとったことを意味し、管轄違いの抗弁を提出したような場合もこれに含まれる」としている。

(被告による応訴がなかった)場合、これによる離婚判決は、日本では承認されない。したがって、この場合に日本での離婚を実現するためには、改めて日本での訴え提起が必要となるが、その際には、日本在住の者の台湾在住の者に対する離婚の訴えには基本的に国際裁判管轄(直接管轄)が認められよう(人事訴訟法3条の2第7号)。

台湾でも、被告が応訴せず、あるいは訴状及び期日呼出状が適式に送達されずに下された外国判決は、承認されない(民事訴訟法402条1項2款)。また、公示送達では送達を受ける者が訴状等の内容を知ることが困難という観点から、公示送達によって適式に送達したとしても、被告が応訴しない裁判は承認されない⁽⁵⁴⁾。

また、日本の最高裁判決は、民事訴訟法118条2号の「送達」は、「我が国の民事訴訟手続に関する法令の規定に従ったものであることを要しないが、被告が現実に訴訟手続の開始を了知することができ、かつ、その防御権の行使に支障のないものでなければならない。」⁽⁵⁵⁾としている。そして、カリフォルニア州に渡航してから約2年半後に同州裁判所での損害賠償請求訴訟(本件外国訴訟)の被告として訴状の送達を受けた日本人が、「英語を用いてコミュニケーションを図る能力を有しており、英語によるある程度の表現能力を有していた上、本件送達を受けるより前に裁判所に出頭した経験も有しており、カリフォルニア州法に基づき受

送達者に直接書類を交付する直接送達という方法で送達書類の送達を受け、本件外国訴訟の訴状が控訴人との間の本件事故に関する書類を認識した」という事例で、「現実に訴訟手続の開始を知ることができ、かつ、その防御権の行使に支障のない手続であったものと評価することができる」として、本件外国訴訟の判決を日本で承認した裁判例⁽⁵⁶⁾がある。したがって、台湾在住の日本人Aを被告として台湾の裁判所に離婚の訴えが提起され、裁判所からAに対して訴状及び期日呼出状が送達された事案で、Aが中国語で記載されたこれらの書類を理解できたか否かも、問題となる余地がある。しかし、台湾に住所を有する通常の日本語話者ならば、中国語(繁体字)によるこれらの書類により訴訟手続の開始を了知でき、防御権の行使に支障がなかったといえる事案が多いであろう。

4 公序要件

日本の最高裁判決は、「外国裁判所の判決が我が国の採用していない制度に基づく内容を含むからといって」あるいは「外国判決に係る訴訟手続が我が国の採用していない制度に基づくものを含むからといって」、その一事をもって直ちに民事訴訟法118条3号の公序要件を満たさないということはできないが、「それが我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には」、外国判決の内容又はその訴訟手続が公序要件に反するとの判断を

⁽⁵⁴⁾ 許士宦「許可外國民事及家事裁判執行之訴(下)」月旦法學教室第208期(2020)36頁

⁽⁵⁵⁾ 最判平成10年4月28日民集52巻3号853頁。

⁽⁵⁶⁾ 東京高判平成27年9月24日判時2306号68頁。

示している⁽⁵⁷⁾。

台湾の最高法院も、「他国の確定判決を承認するか否かを判断する際に、立法の際に採用する主義が異なるからといって直ちにその効力を否定することができない」、「外国の確定判決は我が国の任意規定と異なる場合はもちろん、我が国の強行規定に反するものの、我が国の法律所の基本理念に牴触しなければ、(公序により)排除することができない。」⁽⁵⁸⁾と判断している。

したがって、台湾又は日本でされた離婚判決は、他の要件に加えてこれらの要件を具備すれば、相手国で承認される。

5 相互の保証

日本の最高裁は、民事訴訟法 118 条 4 号にいう「相互の保証」について、判決国において「我が国の裁判所がしたこれと同種類の判決が同条各号所定の条件と重要な点で異なる条件のもとに効力を有するものとされていることを言うものと解するのが相当である。」⁽⁵⁹⁾としており、

米国各州、英国、ドイツ、フランス、シンガポール、韓国などとの間では相互の保証があるとした裁判例⁽⁶⁰⁾がある一方、中華人民共和国との間では、離婚判決を除き、相互の保証がないとされている⁽⁶¹⁾。

この点について、台湾との間に相互の保証があるか否かについて判示した日本の裁判例は見当たらない。もっとも、台湾の民事訴訟法 402 条は、日本の民事訴訟法 118 条とほぼ同一の内容を定めているばかりか、台湾の最高法院には、日本の家庭裁判所がした日本人・台湾人夫婦の離婚判決について相互の保証があるとしてこれを承認した判例がある⁽⁶²⁾。また、台湾の高等法院高雄分院も、日本の家庭裁判所が上記事件と同じ当事者間における婚姻費用分担の申立てに対してした家事審判について、相互の保証があるとして執行を許可する判決をしている⁽⁶³⁾。

そうすると、日本と台湾の間では、離婚判決のみならず財産事件に関する判決についても民事訴訟法 118 条 4 号の相互の保証があるといえるか

⁽⁵⁷⁾ 外国判決の内容につき最判平成 9 年 7 月 11 日民集 51 巻 6 号 2573 頁、外国訴訟手続につき最判平成 31 年 1 月 18 日民集 73 巻 1 号 1 頁。

⁽⁵⁸⁾ 最高法院 103 (2014) 年度台上字 2213 号判決。

⁽⁵⁹⁾ 最判昭和 58 年 6 月 7 日民集 37 巻 5 号 611 頁。

⁽⁶⁰⁾ 吉川英一郎「相互の保証 (1)」道垣内正人・中西康編『国際私法判例百選 (第 3 版)』別冊ジュリスト 256 号 (2021 年) 199 頁、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第 2 巻』(有斐閣、2023 年) 748 頁〔中野俊一郎〕参照。

⁽⁶¹⁾ 大阪高判平成 15 年 4 月 9 日判時 1841 号 111 頁、東京高判平成 27 年 11 月 25 日 LEX/DB25541803、村上幸隆「相互の保証 (2)」道垣内・中西編・前掲注 (60) 200 頁、高田ほか編・前掲注 (60) 747 頁〔中野俊一郎〕。

⁽⁶²⁾ 何・前掲注 (44) 391 頁が紹介する最高法院 101 (2012) 年度台上字第 1933 号裁定。承認対象となった大阪家判平成 21 年 10 月 27 日判例集未登載については、日本における国際裁判管轄を肯定した大阪家 (中) 判平成 20 年 4 月 18 日判例集未登載の判例評釈として渡辺惺之「台湾に在住していた夫婦の日本人妻が日本に帰国して提起した離婚訴訟の国際裁判管轄と台湾で係属した重複的な離婚訴訟」戸籍時報 688 号 (2012 年) 50 頁がある。ただし、この中間判決は、人事訴訟法 3 条の 2 以下の施行前のものであり、その内容をみると、現在の人事訴訟法によって日本に国際裁判管轄が認められるか否かについては議論の余地がある事案である。

⁽⁶³⁾ 何・前掲注 (44) 391 頁が紹介する高等法院高雄分院 100 (2011) 年度上易字第 316 号判決及びその再審事件である高等法院高雄分院 101 (2012) 年度再易時第 58 号判決。承認対象となったのは、大阪家決平成 20 年 4 月 10 日判例集未登載である。

ら、台湾の離婚判決は、日本で承認されよう。

なお、日本の戸籍実務は、民事訴訟法 118 条の要件を具備している限り、外国判決を承認してその旨の報告的届出を受けた場合にはこれを受理しているが⁽⁶⁴⁾、台湾の離婚判決を承認対象としないとする通達や回答も見当たらない。したがって、同条 1 号から 3 号までの要件を具備する台湾の離婚判決は、日本において承認され、日本の戸籍当局もこれに基づく報告的届出を受理する⁽⁶⁵⁾ものと解される。

また、台湾でも、外国判決について前記のとおり自動承認制度を採っており、かつ、台湾の戸籍当局は、職権に基づき、外国離婚判決が台湾の民事訴訟法 402 条の要件を具備しているかについて形式的な審査をしてその効力を確認することができる⁽⁶⁶⁾とされている⁽⁶⁶⁾。

したがって、台湾の戸籍当局は、日本でされた離婚判決が台湾の民事訴訟法 402 条の要件を具備すると認めればこれを受理すると解され、その旨を判示する裁判例もある⁽⁶⁷⁾。

第 6 おわりに

以上のとおり、日本人と台湾人の間の夫婦の離婚については、国際裁判管轄や訴状及び期日呼出状の送達といった問題があるものの、双方の実体法及び手続法については共通点も少なくないため、かなりの程度で国際的に円滑な私法交通が実現しているといえる。

今後の課題としては、裁判の IT 化に伴うシステム送達の可否が挙げられるであろう。

以上

⁽⁶⁴⁾ 昭和 51 年 1 月 14 日民二 280 号通達。涉外戸籍実務研究会編・前掲注 (10) 240 頁以下参照。

⁽⁶⁵⁾ ただし、日本の戸籍当局は、届出に係る書類の形式的審査しかできないことから、奥田安弘『国際家族法 (第 2 版)』(明石書店、2020 年) 237 頁は、「戸籍実務上は、民事訴訟法 118 条の要件の不備が明らかでない限り、外国離婚裁判の報告的届出は、原則として受理されるから、同条の要件具備を争う者は、離婚無効確認の裁判を申し立てるしかないことが多いと思われる」とする。

⁽⁶⁶⁾ 司法院 82 年 10 月 29 日 (82) 秘臺廳民一字第 17966 號函、法務部 85 年 11 月 11 日 (85) 法律決字第 28829 號函、内政部 83 年 1 月 14 日台内戸字第 8205751 號函。

⁽⁶⁷⁾ 臺灣新北地方法院 111 年度婚字第 17 號民事判決は、日本人と台湾人が日本で裁判離婚をし、日本人当事者が日本の裁判離婚の証明に基づいて台湾の戸籍当局で離婚登記をしたところ、台湾人当事者が台湾の裁判所で当該離婚の効力を争った事案において、民事訴訟法 402 条の自動承認原則により当該離婚登記を有効とした。

【参考資料・台湾の主要な法令】

1 民法（日本加除出版法例編纂室・前掲注（6）による）

第 1049 条（合意離婚）

夫婦の双方が離婚を希望するときは、自ら離婚を行うことができる。

第 1050 条（離婚の要式性）

合意離婚は、書面をもってこれを行い、二人以上の証人の署名がなければならず、かつ、戸籍機関に離婚の登記を行わなければならない。

第 1051 条（削除）

第 1052 条（裁判離婚の原因）

① 夫婦の一方が次に掲げる事情の一つを有するときは、他方は裁判所に離婚を請求することができる。

一 重婚したとき

二 配偶者以外の者と合意によって性交したとき

三 夫婦の一方が他方に同居するに堪えない虐待を行ったとき

四 夫婦の一方が他方の直系親族を虐待したか、又は、夫婦の一方の直系親族が他方を虐待して、共同生活を行うに堪えられなくなったとき

五 夫婦の一方が悪意で他方を遺棄し、継続中の状態に在るとき

六 夫婦の一方が他方を殺害することを意図したとき

七 不治の悪疾を有するとき

八 重大な不治の精神病を有するとき

九 生死不明がすでに三年を超えるとき

十 故意の犯罪のため、判決の言渡しにより、六か月を超える有期懲役が確定したとき

② 前項以外の重大な事由があり、もって、婚姻を維持し難いとき、夫婦の一方は離婚を請求することができる。ただし、その事由が夫婦の一方によって責任を負われるべきときは、他方のみが離婚を請求することができる。

第 1052 条の 1（裁判所の調停離婚

又は和解離婚の効力）

離婚が裁判所の調停又は裁判上の和解によって成立したとき、婚姻関係は消滅する。裁判所は、職権により、管轄戸政機関へ通知しなければならない。

第 1053 条（裁判離婚の制限 1）

前条第一号、第二号の事実について、請求権を有する一方が、事前に同意したか、若しくは、事後に宥恕したとき、又は、知った後、すでに六か月を超えるか、若しくは、その事情が発生した後、すでに二年を超えるときは、離婚を請求することができない。

第 1054 条（裁判離婚の制限 2）

第千五十二条第六号及び第十号の事情について、請求権を有する一方が知った後、すでに一年を超えるか、又は、その事情が発生した後、すでに五年を超えるときは、離婚を請求することができない。

2 涉外民事法律適用法（笠原・前掲注（2）による）

第 16 条（法律行為の方式の準拠法）

法律行為の方式は、当該行為に適用すべき法律に依る。但し、行為地法が定めた方式に依るときもまた、有効とする。行為地が同一でないときは、いずれか一つの行為地法が定める方式に依るとき、すべて有効とする。

第 50 条（離婚及びその効力の準拠法）

離婚及びその効力は、協議の当時又は訴訟提起の当時の夫婦の共通本国法に依る。共通本国法がないときは、共通住所地法に依る。共通住所地法がないときは、夫婦の婚姻との関係が最も密接な地の法律に依る。

3 戸籍法（李姿億訳）

第 1 条

中華民國国民の戸籍の登記は本法

の規定による。

第 4 条

戸籍登記は次の各号に掲げるものとする。

1-4 結婚、離婚登記

第 26 条

② (当事者) 双方又は片方が現に国内に戸籍を有し又はかつて戸籍を有した者が国内で婚姻又は離婚する場合、いずれかの地の戸籍当局に婚姻又は離婚の登記をすることで効力が認められる。

第 34 条

離婚登記は、双方当事者を申立人とする。ただし、裁判により離婚の確定判決を得た者、調停または和解により離婚が成立した者は、当事者一方を申立人としてすることができる。

4 家事事件法 (李姿億訳)

第 23 条

① 家事事件について、本法 3 条の定める丁類事件を除き、裁判所に提訴する前に、その調停を受けなければならない。

② 裁判所に訴訟を提起した前項事件の当事者は、調停を申し立てたとみなす。ただし、当事者が公示送達または外国送達の対象であるとは、この限りでない。

③ 他に規定がある場合を除き、当事者は丁類事件について、裁判所に提訴する前に調停を申し立てることができる。

第 25 条

家事調停事件について、別に規定が設けられている場合を除き、家事事件を管轄する裁判所を管轄裁判所とする。

第 30 条

① 家事調停事件のうち、離婚、養子縁組の解消、遺産分割その他当事者の意思に関わる事件は、当事者

間の合意により、調停記録に記入された時に成立する。ただし、離婚及び養子縁組の解消に関する調停は、当事者本人がその意向を表明しなければ成立しない。

② 前項により成立した調停は、確定判決と同じ効力を持つ。

③ 調停により登記を要する法律上の身分関係が成立したときに、裁判所はその職権につき、所管する戸籍当局に知らせなければならない。

④ 調停が成立したとき、当事者は調停が成立した日からの三カ月以内に、申立てにより納めた訴訟費用の三分の二の払い戻しを受けることができる。

第 31 条

① 当事者双方が調停の期日に出頭したが調停が成立しなかったとき、裁判所は一方の当事者の申立てにより、当該事件が本来適用すべき裁判の процедуруを進行させることができ、調停を申立てた際に裁判も提起したものとみなすことができる。ただし、他方の当事者が裁判期日の延期を申し立てた場合、裁判所は許可しなければならない。

② 調停が成立しなかった場合、調停を申し立てた者が調停不成立証明書の送達後十日の不変期間内に裁判を提起した場合、調停を申立てた際に裁判も提起したものとみなす。調停不成立証明書の送達前の裁判提起について同様とする。

③ 裁判の提起を調停の申立てとした場合、調停が不成立となった際に、提訴した当事者が期日の延期を申し立てた場合を除いて、裁判所は当該事件が適用すべき手続きをただちに進行させなければならない。そして、裁判提起時から事案が裁判所

に係属する効力が発生する。

④ 前第一から第三項が掲げた状況に該当する調停が第三十三条又は第三十六条の定める申立て又は判決を有する場合は、適用しない。

⑤ 調停手続において、当事者の陳述又は譲歩は、調停不成立になった際に提起される裁判の基礎となる事実にすることができない。

⑥ 前項のいう陳述または譲歩が、請求、事実、証拠その他の事項について書面の協議が成立し、それが当事者の意思によるものである場合、当事者は書面に拘束される。ただし、双方当事者が変更について同意し、または当事者の責めに帰すことができない事由またはその他の事由により協議が公正を失った場合は、この限りでない。

第 51 条

家事訴訟事件について、本法で別に規定を定めた場合を除き、民事訴訟法の規定を準用する。

第 52 条

① 婚姻の無効確認、婚姻の解消、離婚、婚姻の存在・不存在確認に関する事件は、以下に掲げる地の裁判所に管轄権が有する。

一、夫婦の住所地の裁判所

二、夫婦の常居所地の裁判所

三、訴えの事実的原因が発生した夫または妻の居所地の裁判所

② 当事者が書面により管轄裁判所の合意をした場合は、前項の限りでない。

③ 第一項の定める事件において、夫婦の一方が死亡した場合、夫または妻の死亡時の住所地の裁判所が専属管轄を有する。

④ 第一から第三項の規定により管轄裁判所が定まらない場合、被告

の住所地または居所地の裁判所が管轄権を有する。被告の住所地または居所地が不明な場合、中央政府が存在する裁判所が管轄権を有する。

第 53 条

① 婚姻に関する事件において、次に掲げる場合に該当するとき、中華民國の裁判所が管轄権を有する。

一、夫婦の一方が中華民國の国民である

二、夫婦の双方とも中華民國の国民でないが、中華民國において住所を有し、または一年以上共通の居所を有する

三、夫婦の一方が無国籍者であり、中華民國に常居所を有する

四、夫婦の一方が中華民國に一年以上常居所を有する。ただし、中華民國の裁判所が下した判決が夫婦のいずれかの本国で承認されないときは、この限りでない

② 被告が中華民國で応訴するに明らかに不合理であるときに、前項の規定を適用しない。

5 民事訴訟法

第 145 条（李姿億訳）

① 外国においてすべき送達は、その国の管轄官庁またはその国に駐在する中華民國の大使館・領事館もしくはその他機構・団体に嘱託してする。

② 前項により嘱託送達ができなかった者に対しては、送達すべき文書を特別送達により送達し、特別送達により返還された書類を訴状に付する。

第 149 条（李姿億訳）

① 次に掲げる場合に、受訴裁判所は申立てにより公示送達にすることができる。

三 外国においてすべき送達で第

145 条の規定により送達できないとき、または同条によって送達したが無効であったとき。

第 402 条（何・前掲注（44）による）

① 外国裁判所の確定判決は、次の各号に定める事項の一つが有れば、その効力を認めない。

一 中華民國の法律によれば、外国裁判所が管轄権を有しないこと。

二 敗訴の被告が応訴しなかったこと。但し、訴訟を開始する通知もしくは命令が相当な時期に当該国で適法的（合法的）に送達され、或いは中華民國の法律上の協力により送達された場合は、この限りではない。

三 判決の内容もしくは訴訟手続きが中華民國の公序良俗に違反すること。

四 相互の承認がないこと。

② 前項の規定は外国裁判所の確定した決定に準用する。

6 強制執行法（何・前掲注（44）による）

第 4-1 条

① 外国裁判所の確定判決による強制執行を申し立てるときは、当該判決が民事訴訟法第 402 条各号に掲げる事項を具備しなく、且つ中華民國の裁判所が判決において、当該判決の執行を許す旨を宣言する限りに、強制執行できる。

② 前項の執行許可の申立に関する訴えは、債務者の住所地の裁判所が管轄する。債務者が中華民國において住所地を有しないときは、執行の目的物の所在地又は執行行為が行われるべき行為地を管轄する地方裁判所が管轄する。

フランスから見た日本の契約法改正*

東北大学大学院法学研究科 准教授 池田 悠太

はじめに

I. 控え目な改正

A. 一定の範囲での達成

1. 既存の法から離れる意図
2. 不文法を法典化する意図

B. 改正の目的

1. 重視された具体的な視点
2. 軽視された抽象的な視点

II. 採用されなかった提案

A. 大きな変化の放棄

1. 民法典の構造の維持
2. 民法典の沈黙の維持

B. 改正の過程

1. 学説による提案の大胆さ
2. 公式の立案過程の慎重さ

はじめに

1. 日本の契約法改正 フランスの契約法が改正の後あるいは最中である一方で、日本の契約法もまた、比較的最近改正された。2017年、これはフランスの契約法改正に関する

2016年のオルドナンス⁽¹⁾の1年後、2018年の追認法律⁽²⁾の1年前であるが、その年の6月2日に日本では、契約法を改正する法律が公布されたのであり、この法律は、原則として2020年4月1日に施行された。一方で、フランスの契約法改正は準契約(quasi-contrats)⁽³⁾や証拠も対象と

* 本稿は、筆者がフランスの西ブルターニュ大学 (Université de Bretagne Occidentale) において「日本における契約法改正 (La réforme du droit des contrats au Japon)」と題して2024年3月20日に行ったフランス語の講演の原稿を元にしており、元の文脈は、フランスにおいて、フランス法を研究する教員や学習する学生を聴衆として、フランス法を意識しつつ日本法を、フランス語で、語るというものである。そのため、日本法に関する一般的な説明も含んでいる。このように文字通り「フランスから見た」のであるが、対象はあくまでも「日本の契約法改正」である。ここで取り上げている債権法改正に関しては既に多くの文献が刊行されているが、外的な視点から全般的な特徴を記述するものとして、日本においても、施行からまもなく5年を迎えるこの時期に振り返るうえで無益ではなかろうと考え、また、「フランスから見」ることに意味があらうと考え、基本的に内容に変更を加えることなく、日本語に翻訳のうえ形式を整えて、公刊することとした次第である。

⁽¹⁾ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. これに関する邦語文献として、中田裕康「2016年フランス民法(債権法)改正」日仏法学29号(2017年)、荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由起＝山城一真「フランス債務法改正オルドナンス(2016年2月10日のオルドナンス第131号)による民法典の改正」同志社法学69巻1号(2017年)、金山直樹ほか「フランス債務法の改正」慶應法学38号(2017年)、フランソワ・アンセル＝ベネディクト・フォヴァルク＝コソン(齋藤哲志＝中原太郎訳)『フランス新契約法』(有斐閣、2021年)を参照。

⁽²⁾ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. 2015年の授權法律を承けて民法典を改正する2016年のオルドナンスが、2018年の追認法律によって追認された。改正の過程について詳しくは、アンセル＝フォヴァルク＝コソン(齋藤＝中原訳)・前掲注(1)21-38頁を参照。

⁽³⁾ 現在のフランス民法典では、1300条で定義されている。日本法では事務管理や不当利得に相当すると言うことができる。

するのに対して、この日本の契約法改正はそれらを対象としない。しかし他方で、この日本の契約法改正は、フランスにおいては別々に改正された、あるいはされようとしている、時効⁽⁴⁾、人的担保⁽⁵⁾、契約責任⁽⁶⁾、各種契約⁽⁷⁾、といった問題をも対象としている。この2017年改正が、本稿の検討対象であり、必要に応じてフランスの改正と比較しながら検討する。

2. 日本の契約法 もっとも、改正について検討するのに先立って、日本の契約法を概観することが有益であろう。まず、フランス法と同様に、日本法は、民法というものを知っている。民法は、日本法において法の重要な一部をなす。次に、フランス民法と同様に、日本民法は、契約法というものを知っている。最後に、法源の観点からは、フランス民法と同様に、日本民法は、民法典というものを知っており、民法典が民法の最も重要な法源をなす。日本法とフランス法とがいずれもこれらの基本的な特徴を備えているということは、これら2つの法を実効的に比

較することを可能にする。

日本民法典は、1896年に公布され、1898年に施行された。それに至る過程はいささか込み入っているが、日本法とフランス法との一般的な関係をよりよく理解するために、触れておくことが有益であろう。すなわち、初めに草案を作成したのは、あるフランス人民法学者であった。ギュスターヴ・ボワソナード (Gustave Boissonade) であり、彼は文明化・近代化という文脈の中で日本政府から招聘され、財産法に関する日本民法典草案を1890年に作成した。彼は、他の国の立法や日本の慣習も参照したが、彼の草案の基礎となったのはフランス法であった⁽⁸⁾。しかしながら、保守派の反対のゆえに、法典は施行されなかった。日本人の新しい起草者たちは、最終的に新しい法典を1896年に作成したのであるが、その際に参照されたのはフランス民法典だけではなく、とりわけ、当時制定の過程にあったドイツ民法典が参照された。日本の民法典は、ドイツ式の構成で書かれており、それゆえに日本民法典は主にドイツ民法の影

⁽⁴⁾ 2008年6月17日の法律 (Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile) による。香川崇「立法紹介 時効法の改正--民事時効改正に関する2008年6月17日の法律第561号」日仏法学 26号 (2011年) 参照。

⁽⁵⁾ 2021年9月15日のオルドナンス (Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés) による。片山直也＝齋藤由起「2021年フランス担保法改正オルドナンスによる民法典の改正--人的担保および物的担保 (動産担保) に関する条文の翻訳ならびに共和国大統領に対する報告書による解説--」法学研究 95巻 11号 (2022年)、片山直也＝齋藤由起「2021年フランス担保法改正オルドナンスの概要--動産・債権担保を中心に」日仏法学 32号 (2023年) 参照。

⁽⁶⁾ 2017年3月13日に司法省が改正草案 (projet) を公表した。オリヴィエ・グート (野澤正充訳)「フランスにおける民事責任法改正草案 (2017年3月13日の改正草案)」立教法学 96号 (2017年) 参照。

⁽⁷⁾ 2022年7月に司法省が準備草案 (avant-projet) を公表した。試訳として上井長十「フランス契約各則に関する改正法草案試訳(1)(2)」三重大学法経論叢 40巻 2号 (2023年)・41巻 2号 (2024年) がある。

⁽⁸⁾ V. G^{ve} Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, t. 1, nouvelle édition corrigée et augmentée, 1890, p. XIV-XVI, XXI-XXIII. 道垣内弘人『リーガルベシス民法入門 [第5版]』(日本経済新聞出版、2024年) 38頁における総括も参照。

響を受けていると長い間考えられてきたのであるが、1970年頃になされた批判を経て、今日では、日本民法典にフランス民法が大きく影響を与えたことが広く知られている⁽⁹⁾。このように日本民法典が少なくとも部分的にフランス民法によって影響を受けているということに加えて、日本の学説は他の国と並んでフランスの学説を参照しながら発展してきたということが、日本法とフランス法との比較を準備する。

3. 行論 以下では、日本の2017年改正において達成されたことと達成されなかったこととを順に見ることとする。改正は控え目なものであり（Ⅰ）、採用されなかった提案も多い（Ⅱ）。

I. 控え目な改正

4. 達成されたことから見ることにしよう。改正は控え目であったとはいえ、それでも達成されたことはあるのであり（A）、それは、いくつかの改正の目的に対応するものであった（B）。

A. 一定の範囲での達成

5. まず、契約法の変更は、一定の範囲で達成された。単なる判例の法典化を別にすれば、達成は、あると

きは既存の法から離れるという意図の（1）、あるときは不文法を法典化するという意図の（2）、帰結であった。

1. 既存の法から離れる意図

6. 2017年の契約法改正には、まず、既存の法から離れる意図に由来するいくつかの立法が含まれている。それは、あるいは新しい解決を（n°7）、あるいは新しい概念を（n°8）、導入した。

7. 新しい解決 一方で、立案担当者が述べるように、新しい解決は主に次の4つの制度に関わる⁽¹⁰⁾。すなわち、第一に、消滅時効に関して、起算点や期間が変更され、第二に、法定利率に関して、利率が引き下げられるとともに変動制が導入され、第三に、保証人の保護が強化され、第四に、約款のうち、一定の類型のものについて、拘束力や不当条項規制、変更が認められた。

これらの新しい実践的解決は、あるいは民法典を社会・経済の変化に適合させる必要性によって、あるいは一つの価値の選択によって、説明されうる。

フランスと比較すると、フランスの契約法改正によってもたらされた最も根源的な変革の一つに裁判官の権限に関わるものがあるのに対して⁽¹¹⁾、そのことは日本には当てはまら

⁽⁹⁾ 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」同『民法論集 第1巻』（有斐閣、1970年）〔初出1965年〕。

⁽¹⁰⁾ 筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）3頁。

⁽¹¹⁾ V. Laurent Leveneur, « Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Contrats, concurrence, consommation*, mai 2016, n° 53 ; François Ancel et Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Le nouveau droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 123 et s. [アンセル＝フォヴァルク＝コソン（齋藤＝中原訳）・前掲注(1) 123-143頁]. François Chénédé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2e éd., Dalloz, 2018, n° 001.31 は裁判官の役割をそれ自体として改正の内容の

ない。たとえば、フランス民法典に導入された（新 1195 条）、事情変更の場合における裁判官の契約改訂権限は、日本民法典には導入されていない。

8. **新しい概念** 他方で、解決の大きな変更はなしに、新しい概念が導入された。たとえば、時効法を構成する概念は大々的に変更され、債務不履行時の危険負担は要件面でも効果面でも変更されたのであるが、実践的な帰結が大きく変わったわけではない。

これらの新しい概念の導入は、特に、分かりやすさを向上させる必要性から説明されうるが、同時に、あるときは価値判断の変化からも、あるときは論理的な必要性からも、説明される。

ただし、フランスにおいて概念に関する最大の変革の一つとして *cause*（コーズ、原因）の概念の消去があったのに対して⁽¹²⁾、日本の改正に、それに匹敵するほどの変革はない。

2. 不文法を法典化する意図

9. 2017 年改正には、既存の法を修正してそこから離れる意図のもとに

行われた立法とは別に、判例や学説の法典化の試みの帰結もあった。法典化は多くの場合に大きな困難をもたらさないが、時に定式化の問題を提起する。例として、錯誤（n° 10）と契約責任（n° 11）の問題を見る。

10. **錯誤** まず、合意の瑕疵に関する判例を明文化しようと試みて、少なくとも立案担当者によれば実定法を変更する意図なしに、最終的に新しい定式が編み出された⁽¹³⁾。

日本民法典の旧 95 条は、その本文において、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする」と定めていた。この条文は、長らく学説・判例上の議論の対象となっていた⁽¹⁴⁾。判例における定式は様々であるが、まず、「錯誤」とは「内心的効果意思と意思表示の内容たる表示的效果意思との間における不慮の不一致」であるとする判例がある⁽¹⁵⁾。また、錯誤がなかったならば表意者はそのような意思表示をしなかったであろうと言うことができ、かつ、通常の人もしなかったであろうと言えるときに、錯誤は「法律行為の要素に」あると言うことができるとする判例がある⁽¹⁶⁾。そして、意思表示の動機の錯誤は、それが表示さ

特徴に挙げるわけではないが、特徴の一つとして挙げる「保護」の例の一つとして、事情変更の場合の契約改訂を挙げており、Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2018, p. 4 は、内容面での主たる成果の一つとして、事情変更の規律を挙げている。

⁽¹²⁾ V. Leveneur, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 41 ; Ancel et Fauvarque-Cosson, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 346 et s. [アンセル＝フォヴァルク＝コソン（齋藤＝中原訳）・前掲注(1) 192-198 頁]。ただし、Chénédé, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 001.31 は、改正の全般的な紹介にあたってこの点を挙げていない。この点に関する検討として、Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 10 及びそこに引用された文献も参照。

⁽¹³⁾ 森田修『「債権法改正」の文脈』（有斐閣、2020 年）第 1 章参照。

⁽¹⁴⁾ 森田宏樹「民法 95 条」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 II』（有斐閣、1998 年）参照。

⁽¹⁵⁾ 大判大正 3 年 12 月 15 日民録 20 輯 1101 頁。

⁽¹⁶⁾ 大判大正 3 年 12 月 15 日民録 20 輯 1101 頁（「意思表示ノ内容中錯誤アル部分ニ関スル表意者ノ利益ヲ考量シ当該ノ場合ニ付キ合理的判断ヲ下スモ其錯誤ナカリセハ表

れ、法律行為の内容をなすときのみ無効をもたらす、とする判例がある⁽¹⁷⁾。動機が表示されたということと、それが法律行為の内容をなすということとの関係は明確でなかったのであるが、2017年改正の直前の学説は、とりわけ法律行為の内容をなすという点を重視していた⁽¹⁸⁾。

判例の延長線上において、新95条は、2つの場合を区別する。第1の場合は、「意思表示に対応する意思を欠く」場合である。この場合、意思表示は、錯誤が「重要な」ものであるときは、取り消すことができる。第2の場合は、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する」場合である。この場合、意思表示は、錯誤が「重要な」ものであり、かつ、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」とときには、取り消すことができる。この新规定は、立案担当者によれば、判例と同旨のものとして捉えられるようであるが⁽¹⁹⁾、「法律行為の内容」はもはや語られなくなっており、それに代えて「意思表示の基礎」が語られている。さ

らに、第2の場合については、もはや、意思表示あるいは表示された意思と内心の意思との齟齬ではなく、後者と真実との齟齬が語られている。新しい条文は、したがって、新しい解釈問題を提起している。

11. 契約責任 もう一つの例は、契約責任に関するものである⁽²⁰⁾。

旧415条は、「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。」と定めていた。まず、「債務者の責めに帰すべき事由」は文言上は履行不能の場合にのみ要求されているものの、学説は長らく、「債務者の責めに帰すべき事由」は全ての場合に要求されると解してきていた。次に、学説は長らく、「債務者の責めに帰すべき事由」を、債務者の故意・過失、または履行補助者の故意・過失などこれと同視すべき事由、と解してきていたが、とりわけ1980年代以降、学説は、ある事由が債務者の責めに帰すべきものであ

意者カ其意思表示ヲ為ササルヘカリシモノト認メラルル場合ニ於テ所謂法律行為ノ要素ノ錯誤存在スルモノトス。とする。）、大判大正7年10月3日民録24輯1852頁

（「民法第九十五条ニ所謂法律行為ノ要素トハ法律行為ノ主要部分ヲ指称スルモノニシテ法律行為ノ主要部分トハ各箇ノ法律行為ニ於テ表意者カ意思表示ノ内容ノ要部ト為シ若シ此点ニ付キ錯誤ナカリシセハ意思ヲ表示セサルヘク且ツ表示セサルコトカ一般取引上ノ通念ニ照シ至当ナリト認メラルルモノヲ謂フ」とする。）。

⁽¹⁷⁾ 最判平成元年9月14日判例時報1336号93頁は、先例を引用しながら、「意思表示の動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤としてその無効をきたすためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要する」と判示している。

⁽¹⁸⁾ 森田・前掲注(14)192頁や山本敬三『動機の錯誤』に関する判例の状況と民法改正の方向」同『契約法の現代化III』（商事法務、2022年）〔初出2014年〕64-65頁。ただし、山本論文は、この「動機が『法律行為の内容』になったか否かにより錯誤無効の成否が判断されていると考えられる場合」とは別に「相手型の態様により錯誤無効の成否が判断されていると考えられる場合」も存在することも指摘する（同65頁）。

⁽¹⁹⁾ 筒井＝村松編著・前掲注(10)19頁、22頁。

⁽²⁰⁾ 森田・前掲注(13)第7章参照。

るかという問題は契約の内容の問題であると考えようになった⁽²¹⁾。

立案担当者によれば学説及び実務の解釈を明文化しようとする試みの結果として⁽²²⁾、新 415 条は、その 1 項において、「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。」と定めている。もっとも、この新しい定式は、「契約その他の債務の発生原因」と並ぶものとして、「取引上の社会通念」という（他の箇所にも見られる）概念を導入している点において、それまでの学説の単なる言い換えとは言えない。この概念の導入は、契約内容と取引上の社会通念との関係いかんという問題を提起している。

B. 改正の目的

12. これらの達成は、事前に設定された複数の目的に対応するものである。それらは、フランスにおいて強調された目的と比較すると、具体的であると言えることができる（1）。フランスの立法者は、2016 年・2018 年改正の際に、より抽象的な目的を掲げていた（2）のである。

1. 重視された具体的な視点

13. 改正の対象は、日本においては、法務大臣から法制審議会への諮問によって画されたのであり（II B 2 参照）、そこでは 2 つの目的が示された⁽²³⁾。第 1 は、民法典を「社会・経済の変化」に対応させることであり（n° 14）、第 2 は、民法典を「国民一般に分かりやすいものとする」ことである（n° 15）。

14. 社会・経済の変化への対応

第 1 に、社会・経済の変化への対応が、改正の目的をなす。政府の立案担当者がその必要性を説明する際には、一方で取引の内容の複雑化・高度化が、他方で情報伝達の手段の発展が、指摘されている⁽²⁴⁾。

対応の必要性は、契約法に関する条文の大部分が 19 世紀末以来変更されていないだけに、一層容易に理解することができる。すなわち、本稿の冒頭でも見たように、日本の民法典が施行されたのは 1898 年のことである。たしかに、施行以来、フランスにおけるのと同様に、日本民法典も、複数の改正を経験している。最も大きな改正は、第二次世界大戦の直後の 1947 年に行われたものである。個人の尊厳と両性の本質的平等（日本国憲法 24 条 2 項）を要請する新しい憲法のもとで、親族法及び相続法が大きく改正された。その後も民法典は複数の改正を経ており、とりわけ 20 世紀末以降顕著である。1999 年には成年後見法が、2003 年には抵当権法が、2004 年には保証法が、

(21) さしあたり、池田悠太「設問としての『契約の解釈』」東京大学法科大学院ローレビュー 11 巻（2016 年）14-21 頁を参照。

(22) 筒井＝村松編著・前掲注(10) 74 頁。

(23) 諮問第 88 号。法務省ウェブサイト（https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi2_091028-1.html）で閲覧可能である。

(24) 筒井＝村松編著・前掲注(10) 1 頁。

2006年には法人法が、2011年には親権法が、改正された。2017年の契約法改正は、したがって、一方では、これらの複数の改正の延長線上に位置する。しかし、契約法に属すると見ることのできる保証法を除けば、それまでの民法典の改正は、人の法 (*droit des personnes*)、親族法 (*droit de la famille*)、相続法 (*droit des successions*)、担保法 (*droit des sûretés*) に関するものであって、契約法 (*droit des contrats*) に関するものではなかった。したがって他方では、2017年改正は、2004年の現代語化を除いて、日本民法典において契約法が経験する初めての改正であると言える。

この点において、日本の状況はフランスの状況と類似している。フランスにおいても、「人の法や親族法が多くの大規模な改正を経験してきた」のに対して「債権法 (*droit des obligations*) は、まれに、局所的に、改正されただけであった」である⁽²⁵⁾。フランスの2016年・2018年改正を見ても、2015年の授權法律⁽²⁶⁾の第8条は、法を「現代化する (*moderniser*)」ことを求めている。また、2016年のオルドナンスに関する司法大臣から大統領への報告 (以下「大統領宛司法大臣報告」という。)⁽²⁷⁾においても、契約法に関する民法典の条文が1804年以来ほとんど変更されていないということが指摘されており、このことは日本の立案担当者による上記の説明と類似しているようにも

見える。もっとも、フランスの上記報告ではあくまでも、分かりやすさという視点のもとで判例法は読み取り難いという形で、さらには、後に見る、グローバル化した経済におけるフランス法の魅力という視点のもとで、語られている、という違いがある。

15. 分かりやすさの向上 社会・経済の変化への対応が主として法の内容に関わるとすれば、第二に、分かりやすさは主として法の形式に関わる。民法典の条文が100年以上の間改正を知らなかったのだとしても、判例や学説が、解釈を通じて、民法典を社会・経済の変化に対応させてきた。しかし、これらの解釈は、確立したものであっても、民法典の条文から導くことが困難な場合が少なくない。専門法律家はそれを知っていたのだとしても、あるいは知っていることになっていたのだとしても、実定法は、したがって、国民にとって分かりやすいものではなかった。日本の立案担当者はこの点を強調したのであり、民法典を国民にとってより分かりやすいものにする必要性を強調した。

この点においても、日本の状況はフランスの状況と類似している。すなわち、民法典の改正がない間、判例や学説が民法典を社会・経済の変化に対応させてきたが、実定法は民法典の条文から導くことが困難だったのである。フランスの2015年の授權法律は、「アクセスのしやすさ

⁽²⁵⁾ Chénéde, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 001.11.

⁽²⁶⁾ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

⁽²⁷⁾ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11/02/2016.

（accessibilité）」の向上を改正の目的の一つに挙げていたのであり、大統領宛司法大臣報告によれば、改正は、判例において認められた解決を明文化することで法をよりアクセスしやすいものにするを目的の一つとしていた。もっとも、フランスにおいて、2015年の授權法律の第8条は、アクセスのしやすさの向上だけでなく、簡素化や「読みやすさ（lisibilité）」の向上も目的として挙げていたのであり、大統領宛司法大臣報告によれば、判例において認められた解決を明文化することによってだけでなく文体を現代化することによっても、法をより読みやすく、よりアクセスしやすいものにするのが改正の目的をなしていた。これに対して、日本の改正は、簡素化や法の読みやすさという点についてはほとんど変更をもたらしていない。しかし、この違いは、日本民法典の文体は2004年に既に現代化されていたということから、容易に説明することができる。

2. 軽視された抽象的な視点

16. 以上に見た2つの目的、すなわち社会・経済の変化への対応と分かりやすさの向上とは、フランスの2016年・2018年改正において強調された目的と比較すると、具体的なものだと言えることができる。日本の法律家がほとんど語らず、フランスの法律家がしばしば語るもの、それは、法的安定性（sécurité juridique）（n°17）や法の魅力（attractivité）（n°18）といった、より抽象的な観念である。

17. 法的安定性 第1に、法的安定性という観念を取り上げる。フランスにおいては、議会⁽²⁸⁾も、司法大臣⁽²⁹⁾も、それらを承けた学説⁽³⁰⁾も、しばしば「法的安定性」を語る。法的安定性という概念は、法の形式面においてアクセスのしやすさ、簡素さ、読みやすさに関係するだけでなく、法の内容面において、裁判官の役割にも関係する⁽³¹⁾。

これに対して、部分的ないくつかの言及を除くと、日本の法律家はこの一般的な視点を語ってこなかった。まず、フランスと比べて、日本において裁判官の役割という観点から法

⁽²⁸⁾ 2015年の授權法律の第8条が、改正の目的として、「法的安定性と規範の実効性を保証する」ことを掲げている。

⁽²⁹⁾ 大統領宛司法大臣報告において、「法的安定性は本オルドナンスによって追求される第一の目的である」とされている。

⁽³⁰⁾ Leveneur, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 53 ; Ancel et Fauvarque-Cosson, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 171 et s. [アンセル＝フォヴァルク＝コソン（齋藤＝中原訳）・前掲注(1) 101-106頁]. ただし、Chénédé, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 001.31においては、全般的な説明の際に改正の目的として取り上げられているのはアクセスのしやすさ、保護、魅力という具体的な要素であり、法的安定性は後景に退いている。Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 5 et s.における改正の評価にあたっては、アクセスのしやすさという具体的な次元では論じられるが、法的安定性という語が用いられているわけではない。

⁽³¹⁾ V. Ancel et Fauvarque-Cosson, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 171 [アンセル＝フォヴァルク＝コソン（齋藤＝中原訳）・前掲注(1) 101-102頁]. さらに、法的安定性は契約正義などの別の目的の達成手段にもなると言われる（大統領宛司法大臣報告）。ただし、Leveneur, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 53は、法的安定性、契約正義、裁判官の役割の3点を並列して、これらに即して改正の総括（bilan）を素描している（ébauche, esquisser）。

が検討される機会は少なかったように思われる。そして、日本の立案担当者が、「分かりやすさ」を、ひいては「アクセスのしやすさ」を、強調していることは確かであるが、フランスにおいて「アクセスのしやすさ」は「法的安定性」の構成要素の一つとして取り上げられるのに対して、日本の法律家は、具体的な次元における「分かりやすさ」を語っているのであり、抽象的な次元における「法的安定性」はほとんど語ってこなかったように思われる。

18. 法の魅力 第2に、法の魅力という観念を取り上げる。フランスの2016年改正は、大統領宛司法大臣報告によれば、「政治的・文化的・経済的な平面において、フランス法の魅力を高める」ことを目的としており、法的安定性の向上はそれに資する。学説も、この観点から改正を論じている⁽³²⁾。

これに対して、この国際的な観点は、日本にはほとんど見られない。たしかに、改正において主導的な役割を担った研究者は、あるいは西洋の、あるいは東洋の、国際的な文脈を、少なくとも改正の過程の初期には、強調していた⁽³³⁾。しかしながら、

立案担当者の説明が示すように、改正が成った時点で、国際的な観点はほとんど見失われていたか、後景に退いていた⁽³⁴⁾。

フランスの場合、契約法改正を理解するためには、国内的な文脈に加えて、ヨーロッパの文脈を無視することはできない⁽³⁵⁾。たしかに、ヨーロッパ法の動向は、日本法とも無縁ではない。特に民法学者を通じて、日本は世界の文脈もよく把握してきたのであり、とりわけヨーロッパの文脈についてはそうである⁽³⁶⁾。それでも、日本は、ヨーロッパに属しないので、当然、ヨーロッパ契約法の構想の直接の影響は免れている。そのことが、国際的な文脈の考慮が最終的にフランスに比べて乏しいことを説明しうる。

II. 採用されなかった提案

19. 日本の契約法改正は、フランスのそれと比べて、目的が野心的でなかっただけでなく、帰結も大胆でなかった。大きな変化は放棄されたのであり (A)、そのことは、改正の過程がより慎重なものであるという

⁽³²⁾ Chénédé, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 001.31 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 8 et s. ; Ancel et Fauvarque-Cosson, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 179 et s. [アンセル＝フォヴァルク＝コソン (齋藤＝中原訳)・前掲注(1) 106-109頁]。ただし、Leveneur, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 53における総括には明示的な言及はない。

⁽³³⁾ 「民法（債権法）改正検討委員会設立趣意書」NBL904号・別冊NBL126号（2009年）6頁、内田貴『債権法の新時代』（商事法務、2009年）（特に31-34頁）、同『民法改正』（筑摩書房、2011年）（特に77-78頁、219-220頁）、同『民法改正のいま』（商事法務、2013年）（特に10-13頁）。大村敦志『民法改正を考える』（岩波書店、2011年）も、国際的な動向に注意を向けるが（特に17頁、67-121頁）、規範的な主張というよりも記述的な分析として性格が強いように見える。

⁽³⁴⁾ 筒井＝村松編著・前掲注(10)の「今回、民法（債権関係）の一部改正が行われたのはなぜか」という項目にも（1-2頁）、「今回の改正の要点は何か」という項目の中の「改正の目的」という項目にも（3頁）、国際的な観点からの説明は見られない。

⁽³⁵⁾ アンセル＝フォヴァルク＝コソン（齋藤＝中原訳）・前掲注(1) 13-19頁参照。

⁽³⁶⁾ さしあたり、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針 I～V』（商事法務、2009～2010年）を参照。

ことから説明されうる (B)。

A. 大きな変化の放棄

20. 大きな変化がなかったことを、まず構造の観点から (1)、次に内容の観点から (2)、見ることにしたい。

1. 民法典の構造の維持

21. フランスにおいては、民法典の構造の変化は最も大きな変化の一つであるに違いないのに対して⁽³⁷⁾、日本ではそうではなかった。債権法の構造 (n° 22) も契約各則の構造 (n° 23) も、議論の対象にはされたものの、最終的に維持された。民法の内側の構造だけでなく、民法の外側の構造も、変わらなかった (n° 24)。

22. 債権法の構造 19 世紀末の日本民法典の起草者たちは、フランスのやり方ではなく、一ドイツ民法典のない 19 世紀に『ローマ法大全』の『学説彙纂』(ドイツ語で *Pandekten*) を解釈したドイツの学説に因んで一パンデクテン方式と呼ばれる方式を、採用した。

この方式の特徴は、総則が存在することである。総則は、別の箇所ですべてに規定されている問題の全てに適用される。より論理的だと考えられるこの方式に従って、日本民法典は、「総則」「物権」「債権」「親族」「相続」と題された 5 つの編から成る。冒頭に総則を置いた後、起草者たちは、権利を 2 つの種類に分け、それとは別に親族法と相続法を置い

たのである。これら 5 つの編のうち、債権法は、したがって、第 3 編「債権」と第 1 編「総則」とにまたがっている。

債権に充てられた第 3 編は、それ自体が 5 つの章から成る。第 1 章は「総則」と題されており、第 2 章から第 4 章までは、さまざまな債務の発生原因に充てられ、順に「契約」「事務管理」「不当利得」「不法行為」と題されている。これら 5 つの章のうち、契約法は、第一に、契約に充てられ、契約一般に関する法と各種の契約に関する法とを含む第 2 章のうちに見られ、第二に、債権一般に関する法に充てられた第 1 章のうちにも見られる。

全体として見れば、契約法は、「契約」と題された第 3 編第 2 章だけでなく、まず第 3 編第 1 章の債権総則にも含まれており、そして第 1 編の民法総則にも、とりわけ法律行為や時効について、含まれている。

大半の教科書も、長い間、民法を描写する際には民法典と同じ構成を採用してきたのであるが、20 世紀末以来、複数の有力な教科書が異なる構成を採るようになった。そこでは、論理的というよりも機能的な構成が採用され、たとえば法律行為法はほとんど契約法として説明される⁽³⁸⁾。そして、この傾向の延長線上において、有力な研究者グループは、第 3 編の構成を変更することを提案した。それによると、第 1 部が「契約およ

(37) 本文で後述する通り、不完全ながらも債権総則に相当するものが導入された。V. Leveneur, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 20 ; Chénédé, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 001.32 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 4 ; Ancel et Fauvarque-Cosson, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 68 [アンセル＝フォヴァルク＝コソン (齋藤＝中原訳)・前掲注(1) 46-47 頁].

(38) 内田貴『民法 I～IV』(東京大学出版会、1994 年～)、大村敦志『基本民法 I～III』(有斐閣、2001 年～)。

び債権一般」に、第2部が「各種の契約」に、第3部が「法律に基づく債権」に、それぞれ充てられる⁽³⁹⁾。もっとも、提案された変更は完全なものではなく、この改正提案も、いくつかの例外を別にすれば、総則に充てられた第1編を残していた。それでも、フランスの改正と逆方向を向いたこの提案は、法制審議会の部会における審議の最初期から採用されなかった。結局、民法典の構造は維持され、条文番号にも変化はもたらされなかった。

このことは、フランスの民法典は2016年・2018年改正において構造も条文番号も大きく変わったということと、対照的である。改正後のフランスの民法典を日本の民法典と比較すると、フランスで新たに採用された、債権発生原因（第3章）と債権総則（第4章及び第4章の2）との対比や、契約（第1小章）・契約外責任（第2小章）・その他の債務発生原因（第3小章）という債務発生原因の区分は、改正前と比べて、上記のような民法典に慣れた日本の法律家にとってアクセスしやすいものである。もっとも、違いも残る。たとえば、日本民法典は意思表示を構成要素とする法律行為という概念を維持しており、これらの概念によって構成される抽象的な規定を維持しているのに対して、フランス民法典は、法律行為（acte juridique）の概念を導

入したとはいえ、なお契約を中心に据えているのであり、まずもって具体的に契約それ自体を対象に規律している⁽⁴⁰⁾。

23. 契約各則の構造 契約法の内部において、契約各則は、より特定の、議論の対象となった。とりわけ、法制審議会の部会は、役務提供契約の概念の導入について検討した。具体的には、役務提供契約に関して2つの案があった。

第1の案は、雇用・請負・委任・寄託とは別に、これらに該当しないものについて、役務提供契約というカテゴリを設けるというものであった⁽⁴¹⁾。これは結局、困難さを理由に、採用されなかった⁽⁴²⁾。たとえば、あるときは役務提供者が経済的に強い立場にあり、あるときは役務受領者がそうであるから、既存の4種類以外の役務提供契約全てに当てはまる規定を設けるのは難しい、と判断された。

第2の案は、雇用・請負・委任・寄託も含むものとして、役務提供契約というカテゴリを設け、各種の契約に共通する規定を置く、というものであった⁽⁴³⁾。これも結局、複雑さを理由に、採用されなかった⁽⁴⁴⁾。ある契約に適用される規定が分散して置かれることになり、分かりにくくなると説明されている。総則の操作に慣れている日本の法律家にとってそうであるならば、フランスの法律

⁽³⁹⁾ 民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」NBL904号・別冊NBL126号（2009年）11-17頁。

⁽⁴⁰⁾ 法律行為の定義（1100-1条第1項）はあっても、その直後に、「法律行為は、理由がある限り、その有効性及び効力について、契約に関する規定に従う」とある（同条2項）。中田・前掲注(1) 111頁参照。

⁽⁴¹⁾ 法制審議会民法（債権関係）部会資料 17-1・15頁、同 17-2・3頁、56-57頁。

⁽⁴²⁾ 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」502頁。

⁽⁴³⁾ 法制審議会民法（債権関係）部会資料 17-1・31頁、同 17-2・3頁、109頁。

⁽⁴⁴⁾ 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」501-502頁。

家にとってはなおさらそうなのであり、契約各則の改正に関するフランスの委員会が役務提供契約概念を採用しなかったこと⁽⁴⁵⁾も理解できる。

フランスの契約各則改正準備草案が、現在の民法典にはない、事務処理委託契約 (*contrat d'entreprise*) の概念を導入したり、売買契約や賃貸借契約、請負契約の下位分類を設けたりして、控え目にではあれ契約各則の構造を変更することを提案しているのに対して⁽⁴⁶⁾、日本の契約各則の構造は、変更されていない。

24. 民法典と特別法 既存の民法典の内部の構造だけでなく、民法典と特別法との関係もまた、議論の対象となった。

特別法の、とりわけ消費者法の発展は、フランスと日本に共通して見られる現象であり、民法典の役割という問題を提起している。日本の契約法改正において、当初は、消費者契約に関する重要な規定を民法典に取り入れることが検討されたが⁽⁴⁷⁾、結局採用されなかった⁽⁴⁸⁾。その際には、民法典に書き込まれる法の一般法としての性質が主たる理由として挙げられている。

たしかに、フランスでも、日本と同様に、消費者法 (*droit de la consommation* (消費法)) の詳細な規定は民法典の外にとどまっている。契約各則改正準備草案が実現したと

しても同様である⁽⁴⁹⁾。しかしながら、フランス民法典においては、新 1122 条が、消費者法において用いられる (大統領宛司法大臣報告参照)、熟慮期間と撤回期間の定義を取り入れた。大統領宛司法大臣報告が述べるように、単純なものであれこのような規定を導入すると、特別法によって規定されている制度が一般法規範に与える影響を知ることができるようになるということがありえ、そうすると、法の分かりやすさが向上する。これに対して、日本の立法者は、民法の一般的性格を害するという理由で、それを望まなかったので、日本民法典にはこの種の規定が今も存在しないこととなった。

2. 民法典の沈黙の維持

25. 大きな変化が見られないことは、このように構造について観察できるのみならず、内容についても観察できる。以下では、民法典の沈黙が維持されたことを、まずは特に基本原則について見ることにし (n° 26)、次いでより一般的に見ることとする (n° 27)。

26. 基本原則の不存在 まず、日本の契約法改正は、契約法に関する基本原則を法典化するにはほとんど至らなかった。

たしかに、かつての日本民法典が、かつてのフランス民法典と同様に

⁽⁴⁵⁾ Commission présidée par le Professeur Philippe Stoffel-Munck, *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, version détaillée, p. 73.

⁽⁴⁶⁾ Commission présidée par le Professeur Philippe Stoffel-Munck, *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, version détaillée, p. 73 et s.

⁽⁴⁷⁾ 法制審議会民法 (債権関係) 部会資料 20-1・1 頁、同 20-2・1-14 頁。

⁽⁴⁸⁾ 「民法 (債権関係) の改正に関する中間試案の補足説明」332-336 頁、法制審議会民法 (債権関係) 部会資料 75A・4 頁。

⁽⁴⁹⁾ この点につき、Charles-Édouard Bucher, « Droit des contrats spéciaux et droits spéciaux des contrats (droit de la consommation) », in Charles-Édouard Bucher et Marie-Anne Daillant (dir.), *La réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, 2023 参照。

(大統領宛司法大臣報告参照)、契約自由の原則を明示的には規定していなかったのに対して、日本民法典の新 521 条及び新 522 条は、フランス民法典の新 1102 条と同様に、契約をするかどうか、契約の内容、契約の方式を法令の制限内で自由に決定することができることと定めることで、契約自由の一般原則を示している。契約の相手方の選択の自由をフランス民法典新 1102 条は明示しており日本民法典新 521 条・新 522 条は明示していないという違いはあるが、日仏の規定は類似している。

しかしながら、改正の後も、日本民法典は契約法の他の基本原則を欠いている。まず、フランスと同様に(大統領宛司法大臣報告参照)、信義誠実の原則は、債務の履行の場面を除いて明示されていなかった。フランスの契約法改正が、それをフランス民法典新 1104 条において契約の全過程に拡張したのに対して、日本の契約法改正はそれをしなかった。次に、契約の拘束力の原則について見ると、フランス民法典が長らく旧 1134 条あるいは新 1103 条において明示してきたのに対して(大統領宛司法大臣報告参照)、日本民法典は今もそれを明示していない。日本民法典の制定以来、基本原則の不在はその特徴の一つであったが⁽⁵⁰⁾、このことは 2017 年改正によってもほとんど変わらなかったのである。

27. 定式に関する見解の不一致
次に、ある判例法の存在について日本の法律家の見解がおおまかには一

致している場合であっても、その外延について必ずしも理解が一致していないことが議論によって明らかになり、それを民法典に取り入れる試みが頓挫する、ということもあった。

契約締結過程における情報提供義務がその例である。まず、情報提供義務の発生要件を明確化することはできなかった。「契約の当事者の一方がある情報を契約締結前に知らずに当該契約を締結したために損害を受けた場合であっても、相手方は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、次のいずれにも該当する場合には、相手方は、その損害を賠償しなければならないものとする。／(1) 相手方が当該情報を契約締結前に知り、又は知ることができたこと。／(2) その当事者の一方が当該情報を契約締結前に知っていれば当該契約を締結せず、又はその内容では当該契約を締結しなかったと認められ、かつ、それを相手方が知ることができたこと。／(3) 契約の性質、当事者の知識及び経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯その他当該契約に関する一切の事情に照らし、その当事者の一方が自ら当該情報を入手することを期待することができないこと。／(4) その内容で当該契約を締結したことによって生ずる不利益をその当事者の一方に負担させることが、上記(3)の事情に照らして相当でないこと／(注)このような規定を設けないという考え方がある。」というのが中間試案であったが(「／」は原文では改行)、

⁽⁵⁰⁾ 大村敦志『民法総論』(岩波書店、2001 年) 25 頁参照。ただし、大村敦志『民法 0・1・2・3 条』(みすず書房、2007 年) や同『民法読解 総則編』(有斐閣、2009 年) 7-32 頁、同『新基本民法 1〔第 2 版〕』(有斐閣、2019 年) 240-244 頁における解釈論・立法論も参照。

この提案に対して、一方ではこれでは要件が厳格にすぎるという主張がなされ、他方では緩やかにすぎるという主張がなされたのである⁽⁵¹⁾。

そこで、次に部会は、「少なくとも異論のない範囲で情報提供義務に関する規定を設ける」可能性を探り、「それを知らなければ生命、身体等に損害を生じさせる可能性が高い情報を対象として情報提供義務を規定するという考え方」を検討対象とした⁽⁵²⁾。しかし、一方で、情報提供義務の明文化に消極的な委員から、「等」とあることから情報提供義務の範囲が広がることへの懸念が表明されたのみならず⁽⁵³⁾、他方では、情報提供義務の明文化に積極的な委員からも、反対解釈によって情報提供義務の成立が限定される懸念が表明された⁽⁵⁴⁾。上記の中間試案と異なり、この案は、十分条件を示すものであって必要条件を示すものではないが⁽⁵⁵⁾、このような立法がされることで他の場合に損害賠償が認められなくなることが懸念されたのである。こうして、最低限のコンセンサスの明確化もまた、断念された。

解釈が確立しているように見えた法を法典化しようとする試みがなされたものの、一度その試みによって既存の法の解釈に関する見解の不一

致が明るみに出たとき、法を明確化するために立法を活用するということは、なされなかった。法の内容に関する激しい議論は、フランスにおいては、複数の問題について最終的に法典化をもたらしたのに対して⁽⁵⁶⁾、日本では、法典化をせず、法の内容を特定することは解釈者に委ねる、ということが行われたと言える。

B. 改正の過程

28. このように、日本の契約法改正が大きな変化をもたらさなかったということは、少なくとも部分的には、改正の過程によって説明されるように思われる。以下では、まず学説による提案を見てから (1)、公式の立案過程を見る (2)、という形で、改正の過程を見る。

1. 学説による提案の大胆さ

29. 研究者たちによる改正提案

日本の契約法改正の際には、研究者たちによる改正提案が、政府のもとでの議論の基礎となったと考えられる。白紙から検討するという形式は採っているものの⁽⁵⁷⁾、別々に研究者たちによって作成された3つの改正提案が、法制審議会の部会の第1回会議で配布されている⁽⁵⁸⁾。とりわけ、同会議の構成員も多く作成に参画し

(51) 法制審議会民法（債権関係）部会資料 75A・1 頁、3-4 頁、法制審議会民法（債権関係）部会第 84 回会議議事録 63 頁〔笹井関係官発言〕参照。

(52) 法制審議会民法（債権関係）部会資料 75A・1 頁、4-5 頁参照。

(53) 法制審議会民法（債権関係）部会第 84 回会議議事録 64 頁〔大島委員発言〕。

(54) 法制審議会民法（債権関係）部会第 84 回会議議事録 66 頁〔岡田委員発言〕。

(55) 法制審議会民法（債権関係）部会第 84 回会議議事録 68 頁〔山本（敬）幹事発言〕。

(56) その一例である情報提供義務について、アンセル＝フォヴァルク＝コソン（齋藤＝中原訳）・前掲注(1) 167-176 頁（Ansel et Fauvarque-Cosson, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 307 et s.）を参照。同書には他にも例が含まれている。

(57) 法制審議会民法（債権関係）部会第 1 回会議議事録 3 頁〔中井委員発言、筒井幹事発言、野村委員発言、鎌田委員発言〕参照。

(58) 法制審議会民法（債権関係）部会第 1 回会議では、「参考資料 1」として民法（債

ていた「債権法改正の基本方針」(2009年)は、特に大きな影響力を持ったと思われる。この改正提案を作成した「民法(債権法)改正検討委員会」は、33人の大学教授と2人の官僚とによって構成されており、改正の提案までに260回の会議を行い、約2年半をかけて議論を行っている⁽⁵⁹⁾。フランスにおけるいわゆるカタラ草案やテレ草案と同様に(大統領宛司法大臣報告参照)、上記の日本の改正提案も、このように、契約法改正の公式の立案過程の出発点を定めるものであった。

この改正提案において、研究者たちは、契約法の全領域にわたって検討を行い、形式面でも内容面でも変革を提案していた。

2. 公式の立案過程の慎重さ

30. 学説による提案は大胆なものであったとしても、公式の立案過程は慎重なものであり、大きな変化を可能にするものではなかった。以下、議会における議論(n°31)と、それに先立つ政府のもとでの議論(n°32)とを、順に見る。

31. 議会における議論⁽⁶⁰⁾ フランスの契約法改正の場合には、議会が法律によって政府に授権し、政府がオルドナンスを制定し、議会が法律によって追認する、という過程があり、ほとんどの内容は行政府によるオルドナンスによって定められ

たのに対して、日本の契約法改正の場合には、改正はもっぱら法律によって実現した。それにかかる法律案は、政府が提出したものであった。政府は、2015年3月に法律案を衆議院に提出し、衆議院法務委員会では、2016年11月から、合計10日間にわたって審議が行われ、主として消費者保護の強化のための修正案も提出されたが、法律案は、内容面における修正なしに、2017年4月に賛成多数で可決された。法律案は、衆議院本会議でも賛成多数で可決され、参議院に送付された。参議院法務委員会では、合計6日間にわたって審議が行われ、2017年5月に賛成多数で可決された。法案は参議院本会議でも賛成多数で可決され、最終的に、2017年6月2日に公布された。

フランスの議会における審議過程と比較すると、第一に、フランスにおいて契約法を改正したのはまずもってオルドナンスによってであり、議会は、授権と追認をただけである。これに対して、日本において契約法を改正したのは初めから法律であった。したがって、政府との関係において、日本の議会はフランスの議会よりも大きな役割を果たしたようにも見える。しかしながら、このさしあたりの観察は形式的な観察でしかない。実質的に観察すると、第二に、日本の議会における議論は、フランスの議会におけるそれと比べ

債権法)改正検討委員会「債権法改正の基本方針」NBL904号が、「参考資料2」として民法改正研究会「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学会有志案(仮案)」(法律時報増刊「民法改正 国民・法曹・学会有志案」所収)が、「参考資料3」として時効研究会「時効研究会による改正提案」(別冊NBL122号「消滅時効法の現状と改正提言」所収)が、配布されている。

⁽⁵⁹⁾ 民法(債権法)改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」NBL904号・別冊NBL126号(2009年)4-5頁、8頁参照。

⁽⁶⁰⁾ 筒井=村松編著・前掲注(10)8-12頁、大村敦志=道垣内弘人編『解説 民法(債権法)改正のポイント』(有斐閣、2017年)7-9頁〔筒井健夫〕参照。

て、圧倒的に乏しい。すなわち、フランスの議会は、オルドナンスの追認の際に、重要な変更を加えたり、内容を明確化しようとしたのに対して⁽⁶¹⁾、日本の議会では、審議が行われたのは合計で 16 日間だけであり、内容面での修正は一切行われなかった。日本でも、議員が複数の点について議論を行い、衆議院法務委員会でも参議院法務委員会でも附帯決議が付されたことは確かであるが、これらの附帯決議の内容は、主として、政府に周知徹底を求めるものや改正後の状況を踏まえて必要に応じて対応を検討することを求めるものでしかない。実際、日本において、議会における議事録は、検討に値するテキストであるとはほとんど考えられていないように思われる。

32. 政府のもとでの議論⁽⁶²⁾
改正について深く議論されたのは、議会においてよりもむしろ、法律案を提出した政府のもとにおいてであった。法律案は、「民法（債権関係）の改正に関する要綱」をもってなされた法制審議会の答申に基づいて作成された。

法務大臣は、2009 年 10 月 28 日、法制審議会に対して諮問を行い（第 88 号）、それを承けて法制審議会は、民法（債権関係）部会を設置し、部会の第 1 回会議は 2009 年 11 月 24 日に開催された。部会における 5 年以上にわたる審議は、大きく 3 つの

段階に分かれる。第 1 ステージは、2011 年 4 月 12 日の第 26 回会議において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」の取りまとめが行われるまでであり、この「中間的な論点整理」に基づいてパブリック・コメントの手続が実施された。第 2 ステージは、2013 年 2 月 26 日の第 71 回会議において「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」の取りまとめが行われるまでであり、この「中間試案」に基づいて再度パブリック・コメントの手続が実施された。第 3 ステージは、2015 年 2 月 10 日の第 99 回会議において「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」が取りまとめられたことで終了する。この「要綱案」は 2015 年 2 月 24 日の法制審議会総会において「民法（債権関係）の改正に関する要綱」として採択された。この「要綱」に基づいて、政府は法律案を作成し、国会に提出したのである。

法制審議会の部会において、検討対象となる案を作成するのは官僚であるが、構成員は長時間にわたり審議を行い、長大な議事録を残した。構成員には、複数の研究者が含まれており、部会長も民法学者であった。同時に、研究者だけでなく裁判官や弁護士、実務家なども部会を構成した。しかしながら法制審議会の部会によってなされる提案が大胆なものとなりえないとすれば、それは、と

⁽⁶¹⁾ V. Laurent Leveneur, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations : des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement », *Contrats, concurrence, consommation*, août-septembre 2018 ; Chénéde, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 001.18 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 4 ; Ancel et Fauvarque-Cosson, *op. cit.* (*supra* note 11), n° 41 et s. [アンセル＝フォヴァルク＝コソン（齋藤＝中原訳）・前掲注(1) 31-36 頁].

⁽⁶²⁾ 筒井＝村松編著・前掲注(10) 5-7 頁、大村＝道垣内編・前掲注(60) 4-6 頁〔筒井〕参照。

りわけ、全会一致の慣行があるからであり⁽⁶³⁾、さらには、部会の構成員が何らかの団体を代表している場合に、その団体が事前に意見を多かれ少なかれ定めているように見える場合は少なくない。

このような手続のもとでは、重要な政治的決断を下す余地は乏しい。他方で、内容が革新的であればあるほど、そもそも立法は難しい。そのような観点からも、フランスにおける新しい債権法の解釈や、現在進行中の他の諸々の改正の行く末は、日本の法律家にとっても興味深い。

＊本研究は J S P S 科研費 JP22K01247・野村財団・末延財団の助成を受けたものである。

⁽⁶³⁾ 法制審議会家族法制部会第 37 会議議事録 20 頁、21 頁〔大村部会長発言〕参照。

権利変換制度と憲法上の財産権⁽¹⁾

東北大学大学院法学研究科 准教授 高畑 柊子

はじめに

I 判例

- 1 土地区画整理法に基づく土地区画整理事業
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判旨
- 2 土地改良法に基づく農地の交換分合
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判旨
- 3 都市再開発法に基づく第一種市街地再開発事業
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判旨
- 4 都市計画法に基づく建築制限
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判旨

II 検討

- 1 問題の所在
 - (1) 憲法 29 条と損失補償
 - (2) 補償の要否の判断基準
- 2 「公共性」の有無
 - (1) 農地の交換分合の「公共性」
 - (2) 第一種市街地再開発事業計画における「公共性」
- 3 損失補償の要否
 - (1) 土地区画整理事業と公用収用の均衡
 - (2) 長期にわたる建築制限の内在的制約性

おわりに

はじめに

周知の通り、土地区画整理法における土地区画整理事業、土地改良法における農地の交換分合事業、都市

再開発法における第一種市街地再開発事業等の各種制度（以下、便宜上「権利変換制度」ともいう。）は、農村地域や都市地域における土地の適正な整備・改善を目指すものとして、日本の土地法制上、極めて重要

⁽¹⁾ 筆者は、標題のテーマに関する執筆の機会を得たが、諸般の事情により、公表に至らなかった。本稿は、その原稿に若干の加筆・修正を加えたものである。

な役割を果たしてきた。これらの制度の特徴は、関係する土地所有者等の間での一定の合意に基づき⁽²⁾、事業計画を策定したうえで、当該事業計画に則り、当事者の土地や権利関係に変更を加えていくということにあり、当事者の合意なく強制的（一方的）に、土地を取得する土地収用法上の公用収用とは、その点で様相を異にする。後者によって生じた経済的損失が、当然に補償の対象となる一方で、前者に属する権利変換制度による財産権の剥奪・制限の場合においても、果たして（現行法制が定める以上の）損失の補償は必要か——。本稿では、かかる問いを念頭に置いたうえで、具体的な事案を前に、裁判所がいかなる論理によって結論を導いてきたのかを概観したうえで（Ⅰ）、それらへの応答を含め、学説がどのようにこの問題を捉え、規律しようとしてきたかを整序する（Ⅱ）。

I 判例

1 土地区画整理法に基づく土地区画整理事業

（1）事案の概要

土地区画整理法に基づく土地区画整理事業は、周知のとおり、道路・公園等の公共施設の建設のための用地および保留地を施行者の手に留保し、その残りを換地として土地所有者に分け与えるシステムを中核とし、その結果、換地の面積は、従前の面積よりも小さいものとなることが一般的である⁽³⁾。これがいわゆる「減歩」（もしくは「公共減歩」）である。土地区画整理法は、この減歩された面積分については、原則として損失補償は行わないということを前提としているが（無償減歩）、この減歩に対する損失補償を直接憲法29条3項に基づいて請求した訴訟にかかる最高裁判決が、最判昭和56年3月19日訟務月報27巻6号1105頁（以下、「①昭和56年最判」という。）であった。具体的には、原告は、減歩が行われた土地の（換地処

⁽²⁾ 例えば、土地区画整理組合あるいは市街地再開発組合の設立認可の申請時には、地権者の3分の2以上の同意が必要とされ（土地区画整理法18条、都市再開発法14条）、農業委員会による農地の交換分合計画の決定には、地権者の2分の1以上の同意を要する（土地改良法97条）。行政法学において、かかる同意は、まちづくりへの参加手続のひとつに位置づけられ、その法的性質や同意者の法的地位の分析が試みられている（例えば、見上崇洋「住民参加の権利性と権利主体について——再開発事業の同意権の法的性質と共通利益——」榎澤能生・佐藤岩夫・高橋寿一・高村学人編『原田純孝先生古稀記念論集 現代都市法の課題と展望』（日本評論社、2018年）119頁）。住民参加の法的意義として、同123-124頁は、①関係者の権利保護、②事業内容の実質的合理性の確保、③民主主義的手続の保障を挙げる。そのうえで、同127-128頁は、都市再開発法14条の同意について、同意権の行使の効果が権利者（所有権者、賃借権者）の所属する集団の3分の2以上の多数に従う（権利者個々人の意思表示の法効果が本人に帰属しない）仕組みであることから、「14条による個々の権利者の意思表示は財産権の通常の行使そのものとは異なる」と指摘する。この理解に基づく、損失補償の議論に同意の仕組みを係らしめるためには、（空間に係る「権利者」ではなく）「住民」による参加としての同意との関係をも検討する必要があると思われる（なお、係らしめる必要性を主張する趣旨ではない）。

⁽³⁾ 藤田宙靖『新版 行政法総論 下』（青林書院、2020年）290頁。

分確定時点の) 固定資産評価額に減歩面積を乗じた額の損失を受けたとして、憲法 29 条 3 項に基づき、国に補償を請求した。第一審判決(福岡地大牟田支判昭和 55 年 2 月 25 日訟務月報 26 巻 5 号 730 頁)は、減歩それ自体につき一般に補償がなされていないのは、健全な市街地形成のために宅地の権利者が当然受忍すべき社会的制約である等として請求を棄却し、原判決(福岡高判昭和 55 年 6 月 17 日訟務月報 26 巻 9 号 1592 頁)も、仮に減歩による損失があったとしても、清算金(土地区画整理法 94 条⁽⁴⁾)や減価補償金(同法 109 条 1 項⁽⁵⁾)により填補される筋合いであり、そのうえ憲法 29 条に基づく損失補償が必要であると解する余地はないとした。

(2) 判旨

最高裁曰く、「所論は、要するに、換地処分の結果いわゆる減歩が生じたこと自体をもって当然に減歩分に相当する土地の公用収用があり、その価額に相当する損失を被収用者に与えたものとして憲法 29 条 3 項の

規定によりその補償義務が生じるというにあるが、右減歩によっても直ちにその減歩分の土地の価額に相当する損失が生ずるわけではなく、また、換地の結果補償されるべき損失が生じたと認められる場合については土地区画整理法上その補償措置が講じられていることは、原判決の説示するとおりであり論旨はひつきょう独自の見解に立って原判決の不当をいうものに過ぎず採用することができない」。

2 土地改良法に基づく農地の交換分合

(1) 事案の概要

最大判昭和 35 年 12 月 21 日民集 14 巻 14 号 3157 頁(以下、「②昭和 35 年最判」という。)は、土地改良法に基づく農地の交換分合計画の取消訴訟において、憲法 29 条 3 項適合性が主張され、その判断が示された点で注目された。

まず、本件当時の土地改良法は、農業委員会等が行う交換分合につき、101 条 1 項において「交換分合計画

(4) 「換地又は換地について権利(……)の目的となるべき宅地若しくはその部分を定め、又は定めない場合において、不均衡が生ずると認められるときは、従前の宅地又はその宅地について存する権利の目的である宅地若しくはその部分及び換地若しくは換地について定める権利の目的となるべき宅地……として定める土地の位置、地積、土質、水利、利用状況、環境等を総合的に考慮して、金銭により清算するものとし、換地計画においてその額を定めなければならない。(以下、略)」

(5) 「……施行者は、土地区画整理事業の施行により、土地区画整理事業の施行後の宅地の価額の総額が土地区画整理事業の施行前の宅地の価額の総額より減少した場合においては、その差額に相当する金額を、その公告があつた日における従前の宅地の所有者及びその宅地について地上権、永小作権、賃借権その他の宅地を使用し、又は収益することができる権利を有する者に対して、政令で定める基準に従い、減価補償金として交付しなければならない」。94 条に基づく清算金は、関係権利者間の利害の不均衡の是正を目的としており、宅地の総額の減少が生じた場合に、施行地区内の関係権利者全般の従前地上の権利の価格を確保しえないことを踏まえ、109 条所定の減価補償金は、そうした場合の価額の減少分を補填する趣旨とされる(土地区画整理法制研究会編著『逐条解説 土地区画整理法〔第二次改訂版〕』(ぎょうせい、2016 年) 413 頁)。

は、耕作者の農業経営の合理化に資するように定めなければならない」と規定していた。本件では、農業委員会が定めた交換分合計画に対し、地主たる原告が、自ら所有の小作農地が分散される結果となることを踏まえ、取消訴訟を提起した。原告の主張の要旨は、耕作権の交換分合のみで目的は達しうるのであり、所有権の交換分合まで（補償なく）行う場合には、憲法 29 条 3 項に違反するというものであった。

（２）判旨

最高裁は、第一審・原審と同じく、憲法には反しないとの判断を示した⁽⁶⁾。曰く、「〔土地改良〕法による権利の交換分合は、……農業経営の合理化、農業生産力の発展を目的とし、公共の福祉のために行われるのであるから、そのためには、必要に応じ耕作権のみならず所有権の交換分合をも行い得るものであって、同法を右のように解したからといって、同法が憲法 29 条 3 項に反するものということとはできない」。

3 都市再開発法に基づく第一種市街地再開発事業

（１）事案の概要

都市再開発法における第一種市街地再開発事業計画決定は、その処分性の有無において注目を集めてきたが、憲法 29 条 3 項との関係でも論点となる。福岡高判平成 5 年 6 月 29

日判時 1477 号 32 頁（以下、「③平成 5 年福岡高判」という。）は、この点に関する判断として参考になろう。なお、原告の主張は、①昭和 56 年最判および②昭和 35 年最判とは異なり、第一種市街地再開発事業を規定する都市再開発法が、財産権者のための適正手続および住民の合意手続に関する十分な規定を設けていないことをもって、憲法 29 条（および憲法 13 条、25 条、31 条）に反するというものを含んでいた。

（２）判旨

福岡高裁は、この点につき、憲法 29 条（ほか憲法の諸規定）に反しないと判断した。まず着目したのは、都市計画法と都市再開発法の目的規定である。すなわち、「私有財産を正当な補償の下で公共のために用いることは憲法自体が容認するところであり（憲法 29 条 3 項）、これを受けて『都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もって国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的』として都市計画法が制定され（同法 1 条）、『市街地の計画的な再開発に関し必要な事項を定めることにより、都市における土地の合理的かつ健全な高度利用と都市機能の更新とを図り、もって公共の福祉に寄与することを目的』として都市再開発法が制定されているのである（同法 1 条）。憲法の定

⁽⁶⁾ なお、原判決が原告所有農地に対する交換分合が必要な理由を述べたのに対し、上告理由の趣旨は必ずしも明白ではない（田中真次「判批」最高裁判例判例解説民事篇昭和 35 年度 448 頁）。

める『公共のため』とは、当該私有財産の所有者のみの利益を超えた、より広い範囲の国民一般又は一定地域内の住民一般の利益を図ることを指すと解すべきであり、現在のわが国の国土の状況一般取り分け都市部への過度の人口の集中の状況に照らすと、都市計画法及び都市再開発法がその立法目的として掲げることは、いずれも憲法の定める『公共のため』という趣旨に合致するものである。」

次いで、住民への手続保障の点につき判断する。「もっとも、他方では、右の都市計画や都市再開発は、当該施行区域及びこれに密接に関係する周辺地域の住民全体の福利の向上に資するものでもなければならぬものというべきであるから、単に、当該施行区域の住民に対する正当な補償がなされれば足りるということにはならず、右住民らの総意ができる限り計画に反映されるような手続的保証〔原文ママ〕があることが要請される。……都市再開発事業の手続における住民参加のための手続的保障は決して十分でないにせよ、それでも②〔高度利用地区の都市計画決定：筆者注記、以下同じ〕以降（就中⑤〔事業計画決定〕及び⑥〔権利変換計画と権利変換処分〕）の段階においてはそれなりの機会が保障されているものということができる。そして、当該施行区域の住民の総意といっても、その人数が相当多数にのぼるために意識や意向も様々であり、しかも、往々にして利害が複雑に絡み合い、場合によっては鋭く対立したりすることさえ十分予想されるのであるから、住民参加にもおのずから限界があることもやむを得ないところである。そうすると、都市

再開発法は憲法に違反するという…主張は採用することができない」。

4 都市計画法に基づく建築制限

以上の判例は、いずれも土地の権利変換に係るものであるが、最後に、建築規制に係る損失補償の要否が争われた著名な判例にも言及しておく。

（１）事案の概要

本件は、都市計画法に基づく都市計画決定が昭和 13 年（1938 年）に行われ、それによって都市計画道路の区画とされたところに土地や建物を所有している者が、その後 60 年にわたって計画の道路工事が行われず、長期にわたり建築制限など都市計画法上の権利制限（53 条）を受けたことについて、憲法 29 条 3 項に基づいて損失補償を求めた事案である（最判平成 17 年 11 月 1 日判時 1928 号 25 頁。以下、「④平成 17 年最判」という。）。

（２）判旨

多数意見は、上告人らが受けた損失について、「一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲を超えて特別の犠牲を課せられたということがいまだ困難であるから、上告人らは、直接憲法 29 条 3 項を根拠として上記の損失につき補償請求をすることはできない」とした。もっとも、制限の期間が長きにわたった場合の損失補償の要否について、藤田宙靖裁判官による補足意見が以下のように付されている。曰く「私人

の土地に対する都市計画法……53条に基づく建築制限が、それのみで直ちに憲法 29 条 3 項にいう私有財産を「公のために用いる」ことにはならず、当然に同項にいう「正当な補償」を必要とするものではないことは原審のいうとおりである。しかし、公共の利益を理由としてそのような制限が損失補償を伴うことなく認められるのは、あくまでも、その制限が都市計画の実現を担保するために必要不可欠であり、かつ、権利者に無補償での制限を受忍させることに合理的な理由があることを前提とした上でのことというべきであるから、このような前提を欠く事態となった場合には、都市計画制限であることを理由に補償を拒むことは許されないものというべきである。そして、当該制限に対するこの意味での受忍限度を考えるに当たっては、制限の内容と同時に、制限の及ぶ期間が問題とされなければならないと考えられるのであって、本件における建築制限のように、その内容が、その土地における建築一般を禁止するものではなく、木造 2 階建て以下等の容易に撤去できるものに限って建築を認める、という程度であるとしても、これが 60 年をも長きにわたって課せられている場合に、この期間をおよそ考慮することなく、単に建築制限の制度が上記のようなものであるということから損失補償の必要は無いとする考え方には、大いに疑問がある。……」

II 検討

1 問題の所在

(1) 憲法 29 条と損失補償

以上で概観した判例の共通点は、憲法 29 条が保障する財産権に対する一定の制約が憲法適合的といえるかどうか争われたということにある。憲法 29 条は、第 1 項「財産権は、これを侵してはならない」、第 2 項「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」、第 3 項「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」とする 3 つの条文から構成されている。財産権は、かつて人間の实存に不可欠な神聖不可侵の権利ともいわれたが、今日では多かれ少なかれ、その社会性が認識されており、憲法 29 条もこの傾向に与している⁽⁷⁾。1 項と 2 項の関係については諸説あるが、ここでは 1 項が個人の財産権と同時に私有財産制度をも保障しており、それら憲法上保障された私有財産制度の核心を侵害しない限りにおいて、2 項に基づき、法律による財産権の具体化が予定されている、と一般に解されて

(7) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第 2 版〕』（成文堂、2020 年）344 頁。18 世紀末から 20 世紀にかけての各国の財産権保障の意味づけの変容について、例えば、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2012 年）481-482 頁参照。

いることを確認しておく⁽⁸⁾。本稿で問題となるのは、3項である⁽⁹⁾。

憲法 29 条 3 項は、私有財産を公共のために用いることができることを明示し、その際には正当な補償が必要であるとするものである。ここでいう「公共のため」とは病院、学校、鉄道、道路、公園、ダムなどの建設のような公共事業のためだけでなく、戦後の自作農創設を目的とする農地買収のように、特定の個人が受益者となる場合でも、収用全体の目的が広く社会公共の利益（公益）のためであればよいとされ、「用いる」とは財産権の剥奪のみならず、広く財産権の制限の場合をも含むと解されている⁽¹⁰⁾。そして重要なのは、公共の目的による行政の活動によって生じるあらゆる不利益が補償の対象となるわけではなく、3項は、特定の人に対し、特別に財産権の犠牲を強いた場合の規定であって、「何人もこれを受忍すべき」「公共の福祉のためにする一般的な制限」の場合には補償は必要でないと伝統的に解されてきたことである⁽¹¹⁾。この背景には、29条3項に基づく損失補償の実質的基礎には、公平負担の理念

ないし平等原則（憲法 14 条）がある⁽¹²⁾。すなわち、損失補償とは、私有財産が、公共のために用いられることを前提にして、それによって特定の者について生じた特別の犠牲については、正当な補償を行うことによって、他の者との間に生じたアンバランスを回復するという仕組みである⁽¹³⁾。

（２）補償の要否の判断基準

そうすると、問題となる財産権の制約が、特定の人に生じた特別の犠牲といえるかどうかは補償の要否を決することになるが⁽¹⁴⁾、この点、伝統的学説は、①侵害行為の対象が一般的かという形式的基準と、②侵害行為が財産権の本質的内容を侵すほどに強度か、すなわち、社会通念に照らし、その侵害が財産権に内在する社会的制約として受忍されなければならない程度のものであるかという実質的基準に照らして、判断することになると整理している。すなわち、公共の安全・秩序の維持といった警察目的（消極目的）のために必要最低限度においてなされる一般的な財産権の制限（警察制限）につい

⁽⁸⁾ 大石真『憲法概論Ⅲ 基本権保障』（有斐閣，2021年）342頁以下等参照。

⁽⁹⁾ なお、判例上、損失補償請求は、個別法上の補償規定が存在しない場合でも、憲法 29 条 3 項を直接的な根拠として行いうるとされる（最大判昭和 43 年 11 月 27 日刑集 22 卷 12 号 1402 頁〔名取川河川附近地制限令事件〕）。もっとも、憲法 29 条 3 項に基づく損失補償請求が認められた事案は未だ存在しない。

⁽¹⁰⁾ 以上、芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法〔第 8 版〕』（岩波書店，2023 年）260 頁。

⁽¹¹⁾ 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権〔第 2 版〕』（日本評論社，2023 年）380 頁。

⁽¹²⁾ 神橋一彦『行政救済法〔第 3 版〕』（信山社，2023 年）395 頁。損失補償の歴史については、塩野宏『行政法Ⅱ〔第 6 版〕』（有斐閣，2019 年）380 頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第 7 版〕』（有斐閣，2021 年）529 頁以下が詳しい。

⁽¹³⁾ 神橋・同上，396 頁。

⁽¹⁴⁾ いわゆる特別犠牲説は、戦前からオットー・マイヤーが確立し、美濃部達吉博士らによって継受されたとされる（棟居快行＝宇賀克也「損失補償」宇賀克也・大橋洋一・高橋滋『対話で学ぶ行政法』（有斐閣，2003 年）204 頁〔宇賀克也発言〕）。

ては、財産権の本質を奪うような特に強度なものでない限り、特別の犠牲にはあらず、原則として損失補償は不要となる一方、産業・交通その他公共事業の発展、国土の総合利用、都市の開発・発展といった積極目的に基づいて財産権制限（公用制限）が行われるような場合、特別の犠牲に該当し、損失補償を要することになる⁽¹⁵⁾。後者の典型例が、土地の公用収用である。反面、損失補償は不要であるとされる場合、そのような財産権の制約は「財産権の内在的制約（社会的制約）である」と位置づけられることになる⁽¹⁶⁾。

もっとも、ここでは以下のような指摘にも留意する必要がある。まず、これらの概念については、その抽象度の高さから、具体的なあてはめに際しての内容の乏しさが指摘されている⁽¹⁷⁾。より重要なのは、憲法

29 条が財産権一般を規定する一方で、その解釈ないし個別法レベルにおける「土地所有権の特殊性⁽¹⁸⁾」が際立つ点である。すなわち、前述した特別の犠牲の判断基準のうち、とりわけ目的の区別を素直に読む限り、土地の適正な利用ないし都市環境の整備という目的に基づく権利変換制度は、いわゆる積極目的に属し、ゆえに損失補償を要するように思われる⁽¹⁹⁾にもかかわらず、土地利用規制については、内在的制約に含まれることが多いというのである⁽²⁰⁾。土地法制における目的の区別の有用性ないし可能性を措くとしても⁽²¹⁾、現行法上存在するさまざまな土地所有権に対する規制は、「内在的制約」と

(15) 神橋・前掲注 12, 400 頁。警察目的（消極目的）に基づく財産権の制限であり、補償は不要であるとした判例として、奈良県ため池条例事件判決（最大判昭和 38 年 6 月 26 日刑集 17 卷 5 号 521 頁）がある。なお、積極・消極目的を基準とすることについては、証券取引法事件判決（最大判平成 14 年 2 月 13 日民集 56 卷 2 号 331 頁）が判決文から注意深く「積極的」「消極的」の文言を削除したことからも、判断基準としての意味づけは、より慎重さが求められることが指摘されている（芦部（高橋補訂）・前掲注 10, 257-258 頁）。目的基準の効用が必ずしも大きくない旨の指摘として、塩野・前掲注 12, 388 頁をも参照。

(16) 例えば、戦争犠牲・戦争被害として生じた在外資産の喪失による損害や条例による請求権の放棄による損害について、最高裁は、損失補償の請求を退けている（最大判昭和 43 年 11 月 27 日刑集 22 卷 12 号 1402 頁、最判平成 9 年 3 月 13 日民集 51 卷 3 号 1233 頁〔シベリア抑留補償事件〕）。

(17) 塩野・前掲注 12, 386 頁。

(18) 渡辺ほか・前掲注 11, 366 頁。

(19) ①昭和 56 年最判に関する同旨として、藤田・前掲注 3, 280 頁注（1）、宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997 年）416 頁。他方、④平成 17 年最判の評釈として、都市計画法 53 条の建築制限は、都市の秩序ある発展を目的としたものであると解せば、消極規制とも説明しうるとの指摘もある（渡井理佳子「都市計画法 53 条と損失補償の要否」法学研究 82 卷 12 号（2008 年）622 頁）。

(20) 芦部（高橋補訂）・前掲注 10, 261 頁。亘理格「憲法理論としての土地所有権論の可能性」公法研究 59 号（1997 年）297 頁は、「土地財産権というのは、“公共的空間の中の一部に対する支配権”である限り、周辺地との相互依存性ないし隣接性に伴う特質と制約を内在させる必然性を有」するなどの「『財』としての土地の特殊性」を指摘する。これに対置する立論として、石川健治「空間と財産——対照報告——」同 308-309 頁は、土地所有権論が財産権論の中で特異化していくのは、法制度としての土地所有権が特殊だからではなく、土地そのものが財物としての価値に限られない、多機能性を本来有していることに起因するのではないかと述べる。

(21) 前掲注 15 をも参照。

して容認されてきた⁽²²⁾ということ
を、まず確認する必要がある⁽²³⁾。

2 「公共性」の有無

以上概観した損失補償の現行制度
およびその解釈を踏まえ、Iでとり
あげた判例に目を転じると、大きく
2種類の争い方にわけることが可能
である。すなわち、①昭和56年最判
と④平成17年最判は、それぞれの事
業による財産権の制限は、“特別の
犠牲”にあたるものであり、憲法29
条3項に基づく損失補償を要する
(したがって損失を補償せよ)とい
う訴えであったのに対し、②昭和35
年最判と③平成5年福岡高判におけ
る原告の主張は、それぞれの事案に
おける事業計画(農地の交換分合計
画および第一種市街地再開発事業計
画)が憲法29条3項所定の「公共の
ために」という要件を満たしていな
いため、それら計画を取り消してほ
しいというものであった。そこで、
まず後者に属する判例を検討する。

(1) 農地の交換分合の「公共性」

②昭和35年最判で問題となった
のは、本件における農地の交換分合
事業が「公共のために」用ひるもの

と果たしていえるのかという点であ
るが、最高裁の示す理由付けはあま
りに形式的なものである。土地改良
法の当時の目的規定にあるところの
「農業経営の合理化、農業生産力の
発展」を挙げたうえで、これは「公
共の福祉のため」に行われるもので
あり、ゆえに憲法29条3項には反
しないという。理由付けの不十分さ
に対する批判⁽²⁴⁾が当然ある一方で、
本件当時、かかる目的規定の背景に
あった農地改革から、地続きの農地
政策が進められていたという時代状
況を鑑みる必要はあろう。本件にお
ける原告地主の主張が「むしろ当然
の考え方で、近代法的な権利の体系
の中に位置付けられた所有権者の主
張としても、決して、筋の通らない
ものではない」にもかかわらず、な
ぜ、この立場が否定されるべきかと
いえば、それは「耕作農民の地位の
確立を中心課題とし、地主的利害は、
これに対しては、従属的評価が与え
られるに過ぎないという、現代農業
法の基本的性格の現れに外なら」ず、
「結論の正当性は、疑問の余地がな

⁽²²⁾ 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(3)』(有斐閣、2020年)122頁[穴戸常寿執筆]、芦部(高橋補訂)・前掲注10、260頁、渡辺ほか・前掲注11、366頁。土地利用規制について、自然公園法による岩石採取の制限や文化財保護法による原状変更の制限は、財産権に内在する社会的制約の表れであるとして、補償を不要とした裁判例として、東京地判昭和61年3月17日行集37巻3号294頁、大阪高判昭和49年9月11日高民集27巻4号339頁がある。

⁽²³⁾ 渡辺ほか・同上、366頁は、近時の判例や、土地基本法の最新の改正を踏まえ、「最近ではより広く、土地本来の効用を発揮させることも土地所有者の『内在的制約』に含まれる、と考えられるようになってきた」とも指摘する。

⁽²⁴⁾ 今村成和「土地改良法による農地所有権の交換分合の憲法第29条第3項適否」民商法雑誌45巻1号(1961年)118頁。

い」といわれる⁽²⁵⁾。この判決の採る論理構成は、「事業目的全体の公共性を引き合いに出す論法⁽²⁶⁾」に位置づけられよう。なお、前述のとおり、特定の者の利益となる場合であっても、「公のために」用いるものとして認められうると解されており、まさにこの事案がその好例ということになる⁽²⁷⁾。

土地利用の増進をはかる公益事業たる性格⁽²⁸⁾を有する土地改良法に基づく土地改良事業のうち、土地の形質の変更を伴わず、権利の移転・設定・消滅のみを内容とするものが交換分合事業であるとされるが⁽²⁹⁾、1970年代以降は激減し、現在では北海道を中心に年数件程度の利用にとどまるといわれる⁽³⁰⁾。したがって、交換分合事業に携わる自治体等も限定的と思われるが、この判例を現在どのように理解すべきかについて触れておく。まず、本件当時の土地改良法101条1項は、農地の交換分合計画につき、耕作者の農業経営の合

理化に資するように定めなければならないとしていたが、現在の同項は「交換分合計画は、耕作又は家畜の業務を営む者の農用地の集団化その他農業構造の改善に資するように定めなければならない」と規定している。このうち「農業構造の改善」という文言は、1964年の土地改良法改正で目的規定に導入された文言である⁽³¹⁾。そして、土地改良法は、農業政策に係る基本法（旧「農業基本法（昭和36年法律第27号）」、現在の「食料・農業・農村基本法（平成11年法律106号）」）の改正に基づく改正を続けており、101条所定の農地の交換分合計画策定時の留意事項もまた、こうした農業政策の趣旨・目的の変化に対応するものと考えられる。そのため、土地改良法の目的規定が変化している現在において、直接に②昭和35年最判が妥当するとはいいがたい。この点、農地の集団化による農業構造の改革の必要性がなお

(25) 今村・同上、117頁。同旨、池田政章「判批」雄川一郎・成田頼明編『土地収用判例百選』（有斐閣、1968年）88-89頁、荒秀「判批」芦部信喜編『憲法判例百選I』（有斐閣、1980年）124-125頁。憲法29条3項にいう「正当な補償」を、現在の通説とは異なる「相当補償説（合理的に算出された相当な金額であれば、市場価格を下回ってもよいとする立場）」を採った、いわゆる農地改革事件（最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1523頁）について、「日本を近代化する戦後農地改革というレアケースを取扱うからやむを得ず」相当補償説を採ったとされ、「本判決は戦後改革を扱う例外に過ぎ」ないと位置づけられているように（三宅雄彦「判批」長谷部恭男・石川健治・穴戸常寿編『憲法判例百選I〔第7版〕』（有斐閣、2019年）217頁）、②昭和35年最判もまた当時の時代背景に色濃く規定された正当化理由を（黙示であれ）示していることに留意すべきである。

(26) 藤田宙靖「『スポンジ』対策と憲法29条——『都市縮退』の時代における土地政策の一断面」日本学士院紀要79巻1号（2024年）11-12頁。

(27) 「日本国憲法下において、いわゆる『私人のための収用』もまた必ずしも認められないわけではないことについては、今日もはや争われる余地は無い」といわれる（藤田・同上、23頁、注(31)）。このような公共的私用収用に関する20世紀後半以降の各国の議論については、角松生史「『都市のスポンジ化』への対応と公共性」榊澤ほか編・前掲注2、57頁注(9)が詳しい。

(28) 池田・前掲注25、89頁。

(29) 桂明宏「交換分合事業と農民層分解——北海道における交換分合事業を事例として——」農林業問題研究150号（2003年）98頁。

(30) 桂・同上、98頁。

(31) 桂・同上、101頁。

も指摘されているが⁽³²⁾、交換分合事業にそなわるべき公共性については引き続き慎重に見極める必要がある。

(2) 第一種市街地再開発事業計画における「公共性」

③平成5年福岡高判の事案は、都市再開発法およびそれに基づく第一種市街地再開発事業計画が憲法29条等に反することを理由に、事業計画の取消しを求めたというものであった。この事案の特徴は、原告が、同法および同事業において関係地権者に対する手続保障が不十分であることを理由として、29条3項所定の「公共のために」の要件を充足していないと主張したことにある。そのため、第一審・原審いずれも、原告の主張が容れられるものかどうかという点から、都市再開発法および第一種市街地再開発事業計画における公共性の有無を、手続保障の有無および程度から判断するという論理構成を採っている⁽³³⁾。そのうえで、手続保障は一定程度確保されていると判断し、原告の請求を棄却した。

ただし、合憲であるという結論は一致するものの、第一審と原審とでは、(再開発事業に反対する)権利者の意向への配慮という点で異なる判断を示しており、注目される。一方で、第一審判決⁽³⁴⁾は「憲法29条3

項の趣旨は、正当な補償が与えられるならば、その所有者の意思に反しても当該私有財産を公共のために用いることができるというものであるから、都市再開発法が都市再開発の要件及び手続を定めるに当たっては、憲法上、その対象となる地域内の権利者の合意を得ることは必ずしも必要ではなく、もっぱら再開発の内容が公共性を持つこと及び右権利者に正当な補償がされることを確保するために要件及び手続を定めれば足りる」(傍点筆者、以下同じ)としたうえで、地方公共団体である福岡市が施行者として行う要件と手続を検討する。すなわち、①市による基本計画の策定、②高度利用地区の都市計画決定、③再開発事業の都市計画決定、④施行規程の決定、⑤事業計画決定、⑥権利変換計画と権利変換処分、⑦工事着手、という手続につき、①から⑤までには権利者の同意は、法律上全く必要とされていないし、事実上その意見を反映させる可能性も⑤の段階で初めて制度化されているとする。第一審判決は「しかし」という接続詞をもって、「これらの段階は、再開発事業を行うか否かという場合にその内容を決定する段階であるから、その決定は、もっぱら公共性の観点からされるべきであり、施行地区を含む当該再開発により影響を受ける地域全体の民意を

⁽³²⁾ 桂・同上、98頁、森田勝「土地改良法による交換分合の法構造」農政調査時報442号(1993年)27頁。

⁽³³⁾ 「私有財産を『公共のために用ひる』には、法律の根拠を必要とするだけでなく、特定の公共の目的に供することが適正かつ合理的なものとみとめられ、その収用手続についても適正なものであることが憲法上求められる(13条参照)」(大石・前掲注8、357頁)との指摘のとおり、憲法29条と13条自体が重なり合うものとも解される。

⁽³⁴⁾ 福岡地判平成2年10月25日判時1396頁49頁。

代表する市や県知事が行うのにふさわしい事項といえるのであって、もとよりこの段階で施行者が施行区域内の権利者の合意を得るよう努力することは、……望ましいことではあるが、これを法律上の要件とまですることはそれらの者の利害のみにこだわることによりかえって公共性の判断を誤らせる原因にもなる……」と判示している。これに対し、原判決は、前述のとおり「都市計画や都市再開発は、当該施行区域及びこれに密接に関連する周辺地域の住民全体の福利の向上に資するものでなければならないものというべきであるから、単に、当該施行区域の住民に対する正当な補償がなされれば足りるということにはならず、右住民らの総意ができる限り計画に反映されるような手続的保障があることが要請される」としたのである。かくして一見すると、より高い手続保障の水準を要求したかに見える原判決であったが、上記の手続を点検したうえで「それなりの機会が保障されて」

おり、憲法には違反しないと結論づけたことをも踏まえると、その意義は差し引いて考える必要はあるものの⁽³⁵⁾、関係当事者への手続保障が公共性を裏付けうるとした一例として参考になる⁽³⁶⁾。

3 損失補償の要否

つぎに、各事業による財産権の制約は特別の犠牲にあたり、その損失を補償すべしとの訴えがなされた二つの判例に対する学説の応答について、①昭和 56 年最判から確認する。

(1) 土地区画整理事業と公用収用の均衡

(a) 判例の論理

①昭和 56 年最判は、土地区画整理事業に基づく減歩は財産権の内在的制約であり、補償を要しない（すなわち、合憲である）ことを最高裁が初めて示したという意義を有しており⁽³⁷⁾、「土地の減歩は健全な市街地形成のために土地所有者等が受忍すべき社会的な制約であり、しかも区

(35) 原判決は、①～⑦までの手続における権利者の意向の配慮を第一審同様に法的に評価したうえで、「このように、都市再開発事業の手続における住民参加のための手続的保障は決して十分でないにせよ、それでも②以降（就中⑤及び⑥）の段階においてはそれなりの機会が保障されているものということができる。そして、当事者施行区域の住民の総意といっても、その人数が相当多数にのぼるため意識や意向も様々であり、しかも、往々にして利害が複雑に絡み合い、場合によっては鋭く対立したりすることさえ十分予想されるのであるから、住民参加にもおのずから限界があることもやむを得ない」とする。なお、原判決は、第一審判決よりも、対象となる「住民」の範囲を拡大している（「当該施行区域及びこれに密接に関連する周辺地域の住民全体」という意義も指摘されている（内野令四郎『裁判例からひも解く都市再開発入門——権利調整や紛争対応時における弁護士の関わりかた——』（第一法規、2022 年）59 頁）。

(36) したがって、「事業目的全体の公共性」から交換分合計画の正当性を結論づけた②昭和 35 年最判とは異なる正当化論理を採っているといえるが、他方で、手続保障によって公共性要件が充足されるという論理構成がなぜ成立しうるのかは厳密には不明瞭な点も残る。もっとも、原告が、憲法 31 条所定の適正手続きに反することをも含めた主張を行ったことが訴訟実務上の要因ではある。

(37) 宇賀克也「判批」成田頼明編『街づくり国づくり判例百選』（有斐閣、1989 年）86 頁。

画整理によって宅地の利用価値は増加するのであるから、地積が縮減されても土地所有者等はなお余りある利益が帰属するというべく、それゆえ、土地の減歩は財産権の侵害とはいえない」とする「従来の理解⁽³⁸⁾」を最高裁として是認したものと解される。その際、最高裁は、清算金（土地区画整理法 94 条）、減価補償金（同 109 条）の措置をもって十分な補償はなされている趣旨の判断をした原判決の説示を正当なものとして首肯している。同様の訴えに対し、その後の下級審判決も、①昭和 56 年最判を引用したうえで「かかる制約は財産権に内在するものというべきであって……憲法 29 条に違反するものといえないことは明らかである」とする⁽³⁹⁾。

（b）違憲説

これに対し、学説においては、無償減歩の違憲性を主張するないし示唆する批判が今日まで続いている。批判の論旨は、①財産的価値以外の土地の価値への着目の必要性、②公

用収用との不均衡、の 2 点にまとめることが可能であろう。

①について論者は、土地区画整理法が「土地の交換価値性のみに着目して、土地財産権を徹底して商品所有権たる土地所有権として把握するという発想に根拠を置く」がゆえに、「土地の権利の内容は、商品たる土地の価格＝地価に集約されること」を指摘したうえで、「土地に依存しているさまざまな人間生活の具体的営みや、その営みを支えているさまざまな土地利用の実質」の切り捨てを難じる⁽⁴⁰⁾。このように、「区画整理によっていかに地価が値上がりしたとしても、永続的な宅地所有者にとって重要なことは、土地の商品価値ではなく、その利用価値である⁽⁴¹⁾」との有力な批判が一方で成り立ちうる。

他方で、違憲説は、①の批判を措くとしても、土地の公用収用の手法が用いられた場合と比較することによって、土地区画整理事業の仕組みに不備を認めうることも指摘する（②）。前述のとおり、現行制度は、

(38) 原田尚彦「同一区画整理における減歩率の若干の高低と違法性」雄川ほか編・前掲注 25, 139 頁。土地区画整理法制研究会編著・前掲注 5, 413 頁も「土地区画整理事業の目的が健全な市街地を造成する以上、この事業の施行後においては、通常は施行前の宅地の評価を上回ることになる」とする。関連して、「財産権の本来の効用を高めるための制限については補償を要しないとされてきた」こと、「たとえば、都市計画法にもとづく用途地域の指定（都計 8 条 1 項）は財産権侵害にあたる」が、「たとえば、住居系の地域に指定されると、工場等の建築が禁止され、住宅地としての効用が高まることから」補償は不要と解されている（村上裕章『スタンダード行政法〔第 2 版〕』（有斐閣、2024 年）351-352 頁）。

(39) 名古屋地判平成 15 年 10 月 16 日判自 260 号 96 頁。

(40) 渡辺洋三『土地と財産権』（岩波書店、1977 年）160 頁。

(41) 原田・前掲注 38, 139 頁。同旨、西塾章『損失補償法コンメンタール』（勁草書房、2018 年）517-518 頁。藤田宙靖「土地区画整理制度と財産権保障——いわゆる「無償減歩」をめぐる——」同『西ドイツの土地法と日本の土地法』（創文社、1988 年）232-233 頁〔初出、1987 年〕も「如何に地価が上昇しようとも、宅地面積が狭小となったことに伴う居住性の劣悪化は、そのこととは別に生じ得る」こと、例えば「新たに建設される道路が地域の生活道路というよりは都市の幹線道路であって、むしろ通過道路としての性格が強いものであるような場合には、道路建設の結果住民に残されるのは、土地の利用価値の増加というよりむしろ、騒音・排気ガス等の交通公害その他、損失の方がより大きい、という事態すら生じる」ことを指摘する。

土地の経済的価値を基準にその減少に対してのみ補償をなす仕組みであるが、経済的価値の換算方法において土地収用との差異が批判される。すなわち、土地の公用収用の場合は、残地の起業利益と損失補償の相殺は禁じられている（土地収用法 90 条）にもかかわらず、土地地区画整理事業の場合には、周辺地の地価上昇を理由に減歩に対する補償は不要とされており、上記でいうところの相殺が認められていると整理することもできる⁽⁴²⁾。

この差異の正当化において手がかりとなりうるのは、昭和 42 年 3 月 24 日の宅地審議会第 8 次答申が打ち出し、以後の都市計画法制上の基本原則として採用されることとなった、市街地整備の費用負担についての基本原則である。これは、“都市の根幹的施設についての整備費用は公の負担であるが、支線的施設ないし宅地周り施設の整備は、それによって特に利益を受ける者（開発者・土地所有者等）の負担である”とする考え方であった。要するに、前者の場

合には、広く一般に利益が及ぶのであるから、その負担は全体で分担するのが適切であるのに対して、後者の場合は、比較的狭い限られた地域にのみ利益が生じるのであるから、地区住民の受益者負担の考えになじむとの考えに基づいている。したがって、前者の場合については、収用損失に対する補償と起業利益の吸収の問題は一応切り離して相殺を否定し、後者の場合には相殺を肯定するということも不合理とはいいがたく、収用がもつばら根幹的施設のためにのみ行われ、減歩がもつばら支線的施設の建設のためにのみ行われるのであれば、相殺の取り扱いの差異に関する一応の合理性が認められそうである。しかしながら、土地地区画整理法 120 条 1 項は、幹線街路その他の重要な公共施設で政令で定めるものの用に供する土地の造成を主たる目的とする土地地区画整理事業が行われることを認めていることから、上

⁽⁴²⁾ 宇賀・前掲注 19, 417 頁参照。なお、土地地区画整理法の前身となる昭和 21 年制定の特別都市計画法によると、区画整理施行後に宅地の総地積が 1 割 5 分以上減少した場合、1 割 5 分以上の減少部分については補償金を交付するとの規定がとられていたが、昭和 24 年改正により、いかに大幅な減歩がなされても、換地の交換価値が従前のそれと比べて減少していない限り、補償は不要であるという方針転換（地積主義から総価額主義への転換）がなされた（同 86 頁）。藤田・同上, 233 頁は、「たまたま土地地区画整理法を適用されることによって、当該土地所有者は土地収用法が適用される場合に比べ著しい不利益を蒙ることとなり、まさに憲法 14 条の定める法の下の平等に反することになるのではないか」と指摘し、宇賀・同 419 頁〔初出 1989 年〕も「根幹的施設建設のための無償減歩が収用の場合との比較において憲法 14 条違反になる可能性は否定しがたいように思われる」と結論づける。もっとも、相殺の有無については、いくつかの反論も考えられうる。すなわち、一方で、土地収用法 90 条所定の残地の起業利益との相殺禁止に関しては、起業利益と損失とを明確に区別できないという条件付きで事実上相殺する結果を許容する判決（最判昭和 55 年 4 月 18 日判時 1012 号 60 頁）も存在し、相殺を認める合理性も指摘される（小澤道一『逐条解説 土地収用法〔第 4 次改訂版〕』（ぎょうせい, 2019 年）360-363 頁）。他方で、土地収用法 71 条は、補償金の額について、事業認定時の価格固定制を採用する一方、土地地区画整理法 104 条は、換地処分公告をもって換地を従前の宅地とみなすとするなど、土地の経済的価値の算定時の調整のかたちで、両者の均衡化を試みているともみうる。

記の仮説は成り立たないとも考えられる⁽⁴³⁾。

かかるケースにおいて、土地区画整理事業の施行者は、当該公共施設の新設または変更に関する事業を行うべき者に対し、当該公共施設の用に供する土地の取得に要すべき費用の額の範囲内において、政令で定めるところにより、その土地区画整理事業に要する費用の全部または一部を負担することを求めることができるとしている⁽⁴⁴⁾。しかし、この制度で公共施設管理者に対して負担金を請求しうるのは、土地区画整理事業の施行者であって、減歩の減少の法的保障は存在しないことになる⁽⁴⁵⁾。これらの論旨に対し、判例が前述の清算金および減価補償金を正当化根拠として挙げていることが果たして説得的であるかは慎重に判断する必要がある⁽⁴⁶⁾。

(2) 長期にわたる建築制限の内在的制約性

最後に④平成 17 年最判に関する議論を簡単に紹介する。この判決は、長期にわたる都市計画制限の補償の要否に関する初めての最高裁判決として意義を有するが、法廷意見が、制限の期間に言及することなく、損失補償の必要性を否定したのに対し⁽⁴⁷⁾、藤田宙靖裁判官補足意見は、制限期間の長さが補償の要否を判定する際の不可欠の判断要素となるとの見解を示している⁽⁴⁸⁾。

都市計画法 53 条 1 項によれば、都市計画施設の区域内において建築物の建築をしようとする者は、都道府県知事等の許可を得なければならず、この場合の補償規定がない理由として、制限が比較的軽度である点が挙げられている⁽⁴⁹⁾。すなわち、本件で問題とされた建築制限とは、建

⁽⁴³⁾ 以上、藤田・同上、235-238 頁、宇賀・同上、87 頁。原田・前掲注 38、139 頁も無償減歩は合憲であるとの立場を採りつつ、幹線道路用地を区画整理によって捻出することへの疑問を呈する。

⁽⁴⁴⁾ この公共施設管理者負担金の制度は、主として施行地区外の住民が利用する公共施設用地の造成費用を施行地区内の住民にのみ負担させることの不公平を解消するためのものである（宇賀・同上、87 頁）。

⁽⁴⁵⁾ 藤田・前掲注 41、248 頁。

⁽⁴⁶⁾ この点につき、ドイツにおいて、無償減歩は支線的施設に限定されており、土地区画整理事業によって根幹的施設を建設する際には、代替地の提供が義務付けられていること、日本の状況がドイツにおいては明らかに違憲とされる性質のものであるとの指摘（藤田・同上、238-247 頁）は改めて傾聴すべきように思われる。なお、同 235 頁が正当に指摘するように、減歩の問題については、憲法 29 条との関係のみならず、公共施設の建設をめぐる負担配分のあり方という見地から総合的・体系的考察がなされなければならないが、この点に係る考察は筆者の能力を超えるものであり、問題の指摘にとどめざるを得ない。

⁽⁴⁷⁾ なお、本判決では、補償を不要とする具体的理由は述べられていない。第一審判決および原判決では、①本件での建築制限は都市内で不動産をもつ者が当然に負担すべき内在的制約であること、②土地を第三者へ処分することは法的に制限されていないこと、③許可を受ければ一定の建築確認は可能であることが挙げられており、制限の目的、一般性、強度が考慮されたものと解されている（村上・前掲注 38、352 頁）。

⁽⁴⁸⁾ もっとも、本件に関しては、原告が権利者となっている土地のうち、およそ 4 分の 1 しか都市計画予定区域に含まれておらず、残余の部分を敷地として建築可能であったなどの本件の事実関係に照らし、長期間の建築制限を考慮に入れても、特別の犠牲とはいえないとした。

⁽⁴⁹⁾ 岡田正則「判批」斎藤誠・山本隆司編『行政判例百選Ⅱ〔第 8 版〕』（有斐閣、2022 年）508 頁。本判決の評釈文献については、同 509 頁参照。

築の全面的な禁止を内容とするものではなく、撤去が安易な形での新たな建築には建築許可がなされるという意味で、強度の規制とはいえなかった点に留意する必要がある⁽⁵⁰⁾。もっとも、かかる軽度の規制であっても、長期間にわたる場合にもそのように判断してよいかは別の論点として成り立ちうる。この点、行政実務および裁判例は、制限期間の長さは判断の要素から排除する形で、特別の犠牲にはあたらないとの立場を採ってきた⁽⁵¹⁾。対する学説は、少なくとも不相当に長期にわたる計画制限については補償を要するとの見解が有力であり⁽⁵²⁾、④平成 17 年最判の藤田補足意見もこれに与するものといえる。

制限の期間には言及せずに補償は不要であるとした法廷意見は、上記の対立における補償不要説を裏づけるものといえるが、しかし、藤田補足意見が確認するように、長期にわたる建築制限が損失補償なく認められうるのは、あくまでも、その制限が計画の実現を担保するために必要不可欠であり、かつ、無補償での制限を受忍させることに合理的な理由がある場合に限られるとした点に留意すべきであろう。裁判例も、この

点につき、都市計画決定が事実上廃止された状態にある、または何らかの理由により都市計画事業が事実上実施不可能な状態にあるといった特段の事情⁽⁵³⁾や、事業の必要性が消滅しているにもかかわらず計画が放置され、土地所有者に甘受し難い負担を課し続けているような特段の事情⁽⁵⁴⁾がある場合には、当該都市計画制限は違法または、特別の犠牲にあたると判断している⁽⁵⁵⁾。

おわりに

所有者不明土地や管理不全土地といった社会問題の出現とそれへの対応が模索される今日において、財産権に係る議論は、その権利性よりも、公共性ないし社会性に比重が置かれつつある。かかる文脈における土地の合理的・計画的利用の必要性の高まり⁽⁵⁶⁾そのものを否定することは適切でも可能でもなかろう。しかし他方で、強すぎる土地所有権の弊害が色濃く映し出される時勢においてこそ、公権力による私権の制限は、その目的と手段とを、常に吟味される必要がある。本稿で取り上げたいだけの判例も、内在的制約を強いるだけの事業の正当な公共性、あるい

⁽⁵⁰⁾ 渡井・前掲注 19, 619 頁, 623 頁。同 623 頁は、建築基準法 42 条 2 項に基づく道路（二項道路）の指定との比較において、二項道路の指定に係る土地利用規制が都市計画法 53 条の建築制限よりも強度でありながら、損失補償が否定される点に鑑みて、後者に対する損失補償の否定が一定の合理性を有するとも述べる。

⁽⁵¹⁾ 岡田・前掲注 49, 509 頁。もっとも、渡井・同上, 626 頁は、計画の公共性や社会的経済的影響を考慮すれば、廃止についても変更と同様の慎重な手続を要するといふべきであり、事実上の廃止は認められるべきではないとする。

⁽⁵²⁾ 岡田・同上, 509 頁参照。

⁽⁵³⁾ 東京地判平成 5 年 2 月 17 日行集 44 巻 1=2 号 17 頁参照。

⁽⁵⁴⁾ 岡山地判平成 14 年 2 月 19 日判自 230 号 90 頁参照。

⁽⁵⁵⁾ 岡田・前掲注 49, 509 頁。なお、同頁は、都市計画に関する基礎調査の結果が客観性・実証性を欠くものであるという理由で都市計画の変更決定を違法とした東京地判平成 17 年 10 月 20 日判時 1914 号 43 頁も紹介している。

⁽⁵⁶⁾ 芦部（高橋補訂）・前掲注 10, 261 頁。

は憲法上の損失補償を不要とするに足りる個別法に基づく補償のあり方を、真摯に問い続けていくことの重要性を改めて認識させる。本稿は、判例と学説の雑駁な整理を試みたに過ぎないが、憲法上の財産権論が、土地法の議論において役割を果たしていくための理論の構築の重要性が指摘される⁽⁵⁷⁾今日において、今後の議論の一助となれば幸いである。

＊池田悠太氏（東北大学准教授）
および松原俊介氏（東北学院大学准教授）から、本稿の草稿について有益なコメントをいただいた。記して謝意を表する。

＊校正の段階で、『区画整理 令和7年2月号』「特集 他事業との比較によって捉え直す土地区画整理事業」（6-34頁）所収の以下の論文に接した。いずれも本稿の内容にも関わる重要な論稿である。

・山本紗知「判例の展開からみる事業計画の処分性」

・寺洋平「換地処分の照応の原則・権利変換の処分の均衡の原則について」

・海道俊明「事業施行中の各処分の後行の行為との関係について——違法性の承継論を中心に」

・永松正則「事業における同意のあり方について」

⁽⁵⁷⁾ 平良小百合「土地所有権と憲法」秋山靖浩編著『新しい土地法——人口減少・高齢者社会の土地法を描く』（日本評論社、2022年）71頁参照。

窃盗罪における権利者排除意思

東北大学大学院法学研究科准教授 松本 圭史

- I はじめに
- II 権利者排除意思の基礎的理解
- III 典型事例の分析・検討
 - 1 返還意思
 - 2 財物またはその価値を毀損する意思
 - 3 使用の時期や時間
 - 4 刑務所に入る目的での財物の窃取
 - 5 小括
- IV 特殊事例の分析・検討
 - 1 詐欺目的での財物の窃取
 - 2 複写目的でのマイクロフィルムの持ち出し
 - 3 代金支払前の商品の費消
 - 4 小括
- V 利用条件違反と権利者排除意思
 - 1 財物の自由な利用・処分と利用条件違反
 - 2 被害者の設定した利用条件の要保護性
 - 3 条件違反の観点から基礎づけられる窃取性と権利者排除意思の関係
- VI 排他性侵害による「利用」の妨害
- VII おわりに

I はじめに

判例・通説によれば、窃盗罪の成立には「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」⁽¹⁾と定義される不法領得の意思が必要であり、このうち特に前半部分を構成する「権利者排除意思」

の有無により、占有侵害を伴う不可罰の一時使用（使用窃盗）と可罰的な一時使用が区別される。すなわち、他人の財物を窃取した場合であっても、それがその財物を一時的に使用する目的で行われた場合には不可罰の余地があり⁽²⁾、そこで不可罰とされるのは権利者排除意思が欠けるためであるとされてきた。

窃盗罪における権利者排除意思を

⁽¹⁾ 最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。また、大判大正4年5月21日刑録21輯663頁も参照。

⁽²⁾ 大判大正9年2月4日刑録26輯26頁は、「刑法第二百三十五條ノ竊盜罪ノ成立ニハ他人ノ財物ニ付キ不正領得ノ意思ヲ以テ其所持ヲ侵シテ之ヲ自己ノ所持ニ移スコトヲ必要トスルカ故ニ單ニ一時使用ノ爲メニ之ヲ自己ノ所持ニ移スカ如キハ竊盜罪ヲ構成セサルモノ」とする。

めぐっては、理論的検討が伝統的に行われるとともに、豊富に存在する裁判例に対する分析も積み重ねられてきたことから、その理論的な位置づけや典型的な一時使用の事例における判断枠組みについては概ね意見の一致をみている。他方で、そうした判断枠組みからは権利者排除意思を認めることが困難であるにもかかわらず権利者排除意思が認められた裁判例については、意見の一致がみられず、そこで権利者排除意思が認められた理論的根拠も十分に明らかにされていないことから、なおも検討を要する点が残されているといえる。また、近時、これまで十分に検討されてこなかった観点から権利者排除意思の有無が問題となった裁判例が登場するとともに、学説においても新たな展開がみられることから、窃盗罪における権利者排除意思の問題を検討するにあたっては、これらについても分析を行う必要があると考えられる。

以上の問題意識から、本稿では、近時の裁判例や学説も検討対象としながら、特にこれまで権利者排除意思を認めることが困難であるとの指摘がなされてきた裁判例の理論的基礎づけを目的として、窃盗罪における権利者排除意思の問題について検討を加える。

II 権利者排除意思の基礎的理解

従来の議論において明らかにされてきた内容と異なるものではないが、

具体的な検討に入る前に、まず、本稿が前提とする権利者排除意思の基礎的理解を明らかにしておきたい。

例えば、他人の財物をその者が利用しない間に短時間だけ持ち出して使用した後にそのままの状態で返却した場合、形式的には「他人の財物を窃取した」場合に当たるとしても、なお使用窃盗として不可罰となりうると考えられているが、その根拠は、被害者による財物の現実の利用を妨げておらず、窃盗罪によって保護される財物の「利用可能性」⁽³⁾が害されていないという点に求められる。もっとも、窃盗罪は財物の占有移転が認められた時点で既遂に達することから、利用可能性が害されなかったという窃盗既遂後にはじめて明らかとなる事情を窃盗罪の成否を判断する際に直接的に考慮することはできない。そこで、こうした問題を回避しながら同様の帰結を導くために要求されているのが権利者排除意思である。つまり、窃取行為の時点で、行為者による財物の利用予定も踏まえて窃盗罪を成立させるべき程度の利用可能性の侵害を生じさせる危険がないといえる場合には、権利者排除意思が欠けるために窃盗罪の成立が否定されることになる。

このように権利者排除意思の観点から使用窃盗の不可罰性を基礎づける場合、窃盗罪は、占有との関係では侵害犯の側面を有する一方で、財物の利用可能性との関係では危険犯の側面を有することになる。占有が侵害された場合、原則としてそれに付随して利用可能性に対する危険が

⁽³⁾ 松原芳博『刑法各論〔第3版〕』（日本評論社、2024年）197頁は、窃盗罪においては財物の「直接的な利用可能性」が保護されるとする。

生じると考えられるが⁽⁴⁾、占有侵害を伴う財物の一時使用について不可罰の余地を認める限り、そこからさらに行為者による財物の利用予定も踏まえて危険性の程度を問題とする必要がある。すなわち、窃盗罪の成立を認めるためには、財物の利用可能性に対する可罰的な程度の危険が必要となる。このように、権利者排除意思は、窃盗罪の故意に解消されない行為者の主観的な利用予定も踏まえながら、利用可能性に対する危険性の程度という意味での可罰的違法性を判断することを内容とする点で、主観的違法要素として位置づけられることになる⁽⁵⁾。

また、権利者排除意思の基礎的理解に関して、近時の裁判例⁽⁶⁾は、「不法領得の意思は、財物の占有が移転した時点において必要とされるところ、権利者排除意思は、その行為が窃盗罪として可罰的な程度の違法性を有しているかを判断するために、行為者がその後予定する当該財物の利用の程度、すなわち被害者の利用妨害の程度が窃盗罪として可罰的な程度に至っているかどうか、という観点から判断すべきものである。」と判示しており、以上のような学説上の理解は、実務においても前提とされているものと考えられる。

以上の理解を前提に、以下では、まず、権利者排除意思の存否に関して比較的争いが少なく、一時使用の典型的な事例として取り扱われてきた裁判例(以下、「典型事例」とする)について分析・検討を加えることで、どのような考慮要素から、いかなる意味で被害者の利用を妨げる危険があるといえる場合に典型的に権利者排除意思が認められるとされてきたのかを明らかにする。

Ⅲ 典型事例の分析・検討

1 返還意思

典型事例に関してまず問題とされてきたのが、返還意思の有無である。判例⁽⁷⁾においては、乗り捨てる意思で乗り物を窃取した場合には窃盗罪が成立するとされてきたが、これは返還意思がない場合には権利者排除意思が認められることを意味する。なぜなら一時的に使用する目的であったとしても、使用後に返還することなく放棄する意思である場合には、少なくとも長時間・長期間にわたって被害者の手元に財物が戻らないことで被害者による現実の利用が妨げられる危険性が高いという点で、長時間利用する場合や財物が返還され

(4) 例えば、斉藤豊治「不法領得の意思」中山研一ほか編『現代刑法講座第4巻 刑法各論の諸問題』(成文堂、1982年)245-6頁は、占有侵害によって所有権侵害の危険の発生が法律上擬制されるわけではないため、「窃盗罪は、所有権侵害の抽象的危険犯ではなく、一種の具体的危険犯である」が、「占有の侵害があれば、例外的な事情がないかぎり、所有権の高度の危殆化を生じるという点では、抽象的危険犯に近い性格を有する。」とする。

(5) こうした理解については、中森喜彦「不法領得の意思」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——各論』(日本評論社、1996年)179頁以下、山口厚「不法領得の意思」同『問題探究 刑法各論』(有斐閣、1999年)117頁以下、佐伯仁志「不法領得の意思」法学教室366号(2011年)79頁、橋爪隆「窃盗罪における不法領得の意思について」同『刑法各論の悩みどころ』(有斐閣、2022年)155頁など参照。

(6) 名古屋高判令和3年12月14日高刑速(令3)501頁。

(7) 前掲大判大正9年2月4日、前掲最判昭和26年7月13日など。

ない通常の窃盗の場合と異ならないといえるからである⁽⁸⁾。そのため、返還意思が存在することは、権利者排除意思の観点から窃盗罪の成立を否定するための必要条件となると考えられる⁽⁹⁾。

もっとも、返還意思の内容や判断方法については、より具体的な検討を要する。まず、返還意思は未必的なものでは足りず、被害者のもとに相当程度「確実に」返還する意思でなければならないだろう⁽¹⁰⁾。なぜなら、返還が不確実である場合、被害者による現実の利用を妨げる可罰的な程度の危険がないとはいえないからである。東京高判昭和 50 年 5 月 15 日東高刑時報 26 巻 5 号 97 頁は、金員騙取の手段として利用するために保険証等を窃取した後、その一部を被害者のもとに返却したが、他のものについては、金融機関の窓口等に置き去りにした結果、その機関から間接的に被害者のもとに返還されたものもある一方で、相当数が返還されなかった事案について、「被告人に、……後日何らかの方法で所有者に返還する意思があったとしても（しかし、確実に返還する意思と見

込みがあったとは到底認められない）、不法領得の意思があったと認定するに妨げはない」と判示して窃盗罪の成立を肯定しているが、ここでは、意を通じていない第三者が財物を被害者の元へ返還することを単に期待していたにすぎないことから、確実な返還意思が欠けると判断されたと考えられる。

また、確実な返還意思が認められない他の類型として、犯罪の手段として利用する目的で乗り物を窃取する場合を挙げることができる。例えば、最決昭和 43 年 9 月 17 日判時 534 号 85 頁は、他人所有の自動車を無断で窃盗品の運搬に使用し、あるいは、その目的をもって相当長時間にわたって乗り回した後に元の場所へ返還した事案について窃盗罪の成立を認めた原判決⁽¹¹⁾を是認したが、原判決においては、「被告人らが右各自動車を窃盗の目的に使用している以上、犯行が発覚した場合には、元の位置に戻すことは考えられないのみならず、当然これを逃走の用に供し、またはこれをいずれかに放置する意思であったことは明らかである。」ことが指摘されている。また、高松高判

⁽⁸⁾ 中森・前掲注(5)180 頁参照。

⁽⁹⁾ 河上和雄「窃盗罪における不法領得の意思」捜査研究 26 巻 8 号（1977 年）25 頁。また、平野龍一「刑法各論の諸問題 8」法学セミナー 211 号（1973 年）131 頁は、「使用後、放棄する意思の場合は、もとの占有者が容易に発見、回復できる場所である場合以外は、不法領得の意思があるといつてよい。」とする。この点については、八木國之「判批（最判昭和 26 年 7 月 13 日刑集 5 巻 8 号 1437 頁）」我妻栄編『続判例百選〔第 2 版〕』（有斐閣、1965 年）149 頁も参照。

⁽¹⁰⁾ 例えば、神戸簡判昭和 34 年 12 月 8 日下刑集 1 巻 12 号 2596 頁は、無断使用が不可罰たるためには、「返還の意思をもってするきわめて短期間の使用であつて、その物が被害者の許に容易にかつ安全確実に返還され得るような場合に限られ、しかも、使用それ自体が著るしくその物の価値の消費を伴うことなく、通常その物の権利者としてこれを認容できる程度の使用にして、かつ、そのことが公序良俗に反しないと認められるような場合でなくてはならないものと解され」と判示しており、権利者排除意思の具体的な判断要素の 1 つとして「確実に返還され得る」ことに言及している。

⁽¹¹⁾ 大阪高判昭和 42 年 10 月 5 日公刊物未搭載（詳細については、臼井滋夫「赃物運搬のための自動車の無断使用と使用窃盗」同ほか『刑法判例研究Ⅲ』（大学書房、1975 年）592-3 頁参照）。

昭和 61 年 7 月 9 日判時 1209 号 143 頁は、金融機関への強盗を行う際に犯行が発覚するのを避ける目的で、約 30 分間（走行距離約 15km）、他人の自動車を無断で使用して元の場所へ返還した事案について、窃盗罪の成立を認めるにあたって、「被告人が本件自動車を元の駐車場に戻すことは、更に逃走に使用する自己の車を同駐車場に置いている結果に過ぎず、その返還意思というのも、返還を目的ないし強く意識して権利者のために誠実にこれをなすというものではなく、返還自体を重要視しているものでないから、本件犯行途中に不測の事態が起れば、本件自動車を放置して逃走することが十分予想され、被告人の意図どおり確実に元の場所に返還されるとは限らなかったと考えられる」ことを指摘している。犯罪の手段として利用する目的は、それ自体が財物の利用可能性を左右するものではないため権利者排除意思の判断において直接的に考慮することはできないが、これらの裁判例は、犯罪の手段として利用する場合には不測の事態が生じて乗り捨てる可能性や逮捕されるなどして予定通りに返還できなくなる可能性を否定することができないという点から、確実な返還意思が欠けることを基礎づける要素としてこれを考慮したものと考えられる⁽¹²⁾。

2 財物またはその価値を毀損する意思

このように、返還意思を欠く場合には原則として権利者排除意思が認められるとしても、返還意思の存在はあくまで権利者排除意思を否定するための必要条件にすぎないため、判例においては、返還意思が認められる場合であっても他の観点から権利者排除意思が広く認められている。

そのような場合としてまず挙げられるのは、客体となる財物あるいはその価値を毀損する意思が認められる場合である。最決昭和 35 年 9 月 9 日刑集 14 卷 11 号 1457 頁は、木材を繋ぎ留めて流失を防ぐ目的で付近の柱に巻きつけてあった他人所有の電線を切断して使用した事案について、窃盗罪の成立を認めた原判決を是認したが、原判決（高松高判昭和 32 年 3 月 27 日刑集 14 卷 11 号 1464 頁参照）においては、「後日用済みの際は右切断使用した電線を元の所に返還する意思があつたとしても、……他人所有の電線に対し切断という回復できない重大な原状変更を生ぜしめてその一部の占有を奪っている以上、単なる不法領得の意思の伴わない使用窃盗を以て論ずることはできない。」ことが指摘されている⁽¹³⁾。一時使用に伴って財物やその価値が毀損される場合、返還されたとしても被害者は元の状態・価値のままその財物を利用することができないという意味で財物の利用可能性が害される

(12) 刑事判例研究会「不法領得の意思と使用窃盗」警察時報 25 卷 10 号（1970 年）35 頁、大久保隆志『『不法領得の意思』について——自動車等の一時使用を中心として』捜査研究 34 卷 1 号（1985 年）67 頁、新倉修「窃盗罪（2）——使用窃盗」岡野光雄編『刑法演習Ⅱ〔各論〕』（成文堂、1987 年）81 頁参照。

(13) なお、利用処分意思については、「電線を送電用ではなく流木を岸に繋留するために使用することは、電線の廃棄ではなくその経済的用法に従ったものである。」と判示してこれを認めている。

といえるため、そうした利用予定のもとで財物を窃取する場合には権利者排除意思が認められることになる。

また、裁判例においては、機密資料の窃取に関して財物の価値の毀損が問題とされている。東京地判昭和59年6月28日刑月16巻5=6号476頁は、抗生物質に関する資料が編綴されたファイルを持ち帰ってコピーを作成した後に返却した事案について、「本件ファイルの財物としての価値は、……情報が化体されているところにあるとともに、権利者以外の者の利用が排除されていることにより維持されているのであるから、複写という方法によりこの情報を他の媒体に転記・化体して、この媒体を手許に残すことは、原媒体ともいうべき本件ファイルそのものを窃かに権利者と共有し、ひいては自己の所有物とするのと同様の効果を挙げることができる。これは正に権利者でなければ許容されないことである。しかも、本件ファイルが権利者に返

還されるとしても、同様のものが他に存在することにより、権利者の独占的・排他的利用は阻害され、本件ファイルの財物としての価値は大きく減耗するといわなければならない。」などと判示して、窃盗罪の成立を肯定した⁽¹⁴⁾。このような場合、財物それ自体の利用可能性は害されておらず、実質的には情報の不正取得（情報窃盗）にすぎないことなどから、窃盗罪の成立を否定すべきであるとする見解⁽¹⁵⁾も学説上は主張されているが、コピーの存在により原本の価値が減少し、被害者が原本を従来と同じようには利用できなくなるという点で利用可能性の侵害を認めることができるため、コピー目的で機密資料を窃取する場合に権利者排除意思を認めることは可能であると思われる⁽¹⁶⁾。

3 使用の時期や時間

返還意思が認められ、財物やその価値を毀損する利用も予定していな

(14) また、近時、名古屋地半田支判平成29年8月3日公刊物未登載（詳細については、中嶋伸明「ナンバープレート窃盗において不法領得の意思の有無が問題となった事案」研修847号（2019年）89頁以下参照）は、車に取り付けられているナンバープレートをコピー後に返還する意思で取り外した事案について、権利者の利用可能性が現実に妨害される程度が大きいことや返還の予定自体にも全く確実性がないことに加えて、「コピーされて権利者の独占的使用が阻害されることによりその価値も毀損される」ことを指摘して権利者排除意思を肯定している。

(15) 宮川基「使用窃盗」東北学院法学72号（2011年）52頁以下、野村健太郎「財産罪における客体の価値」法学研究（愛知学院大学論叢）61巻3・4号（2020年）93頁、浅田和茂『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2024年）197頁、松原・前掲注(3)240頁以下（同「情報の保護」法学教室298号（2005年）54頁以下も参照）、小林憲太郎『刑法各論』（新世社、2024年）153頁など。また、板倉宏「企業秘密をめぐる犯罪」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第2巻 経済活動と刑罰』（日本評論社、1983年）291頁、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）175頁注(10)〔伊藤渉〕も参照。

(16) 上林邦充「情報と利益窃盗」下村康正先生古稀祝賀『刑事法学の新動向 上巻』（成文堂、1995年）508頁、和田俊憲「財物罪における所有権保護と所有権侵害」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）195頁、穴沢大輔「窃盗罪における権利者排除意思について」長井圓先生古稀記念『刑事法学の未来』（信山社、2017年）369-70頁、橋爪・前掲注(5)160頁など。また、山口・前掲注(5)119-20頁は、このような場合に窃盗罪の成立を認めることについて否定的であったが、山口厚『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣、2024年）206頁においては、「不正なコピーの存在自体によって、原本の価値が侵害されると考えることは可能であろう」としている。

い場合であっても、さらに、行為者が無断で使用する時期や使用を予定する時間の長さによっては、なおも権利者排除意思を認めうる。なぜなら、被害者が現に利用している場合や利用する可能性が高い時間帯ほど⁽¹⁷⁾、また、行為者による無断使用が長時間に及ぶほど、利用可能性を侵害する危険が高くなるといえるからである。このような判断においては特に、事案ごとの諸事情を考慮した利用可能性の危険の程度が問題となるため、どのような場合に権利者排除意思が認められるかを具体化するにあたっては、返還意思の有無や財物またはその価値を毀損する意思の有無の判断よりも個々の裁判例の分析が重要となる。

自動車の一時的使用に関する代表的な判例である最決昭和 55 年 10 月 30 日刑集 34 卷 5 号 357 頁は、他人所有の普通乗用自動車を深夜に数時間にわたって無断で乗り出し、約 4 時間にわたって乗り回した事案について、「たとえ、使用後に、これを元の場所に戻しておくつもりであつたとしても、被告人には右自動車に対する不正領得の意思があつたというべきである」と判示して窃盗罪の成立を肯定した。ここで重要なのは、たとえ深夜であっても数時間にわたって使用する意思で自動車を無断で持ち出す場合には権利者排除意思が認められることが明示された点であろう⁽¹⁸⁾。

他方で、京都地判昭和 51 年 12 月

17 日判時 847 号 112 頁は、午前 4 時前頃に姦淫目的で約 2km、時間にして約 10 分程度の距離にある犯行現場に向かうために、最大で 2、3 時間後に返却する意思で他人の自転車を持ち出した事案について、「自転車の消耗も考慮に値いしないほど軽微であることなどからみて、被告人の右自転車の無断持ち出しが……住居侵入、姦淫という違法目的であつたとしても、これをもって被告人が右自転車の所有者を排除するまでの意思を有していたとみることはできず、むしろ、単に一時的に使用するために右自転車を自己の占有に移したとみるのが相当であるから、被告人には不法領得の意思を認めることはできない。」と判示し、窃盗罪の成立を否定した。本判決の特徴は、昭和 55 年最高裁決定との比較において、無断で使用した時間帯、使用態様、使用を予定する時間の長さの点において権利者排除意思を否定すべきほどの差異を見出すことができないと考えられるにもかかわらず権利者排除意思を否定した点にある。

これに対して、本件においては客体が自動車ではなく自転車であつたという点で昭和 55 年最高裁決定の事案とは異なることから、権利者排除意思を否定するにあたってこれが考慮されたと考える余地がある。自転車と自動車はとりわけその価値の点で差異が認められるといえるが、権利者排除意思の判断において問題となるのはあくまで利用可能性を侵

⁽¹⁷⁾ 橋爪・前掲注(5)156 頁、高橋直哉「不法領得の意思について」山口厚ほか編『実務と理論の架橋——刑事法学の実践的課題に向けて——』（成文堂、2023 年）516 頁など参照。

⁽¹⁸⁾ 木谷明「判解（最決昭和 55 年 10 月 30 日刑集 34 卷 5 号 357 頁）」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和 55 年度）』（法曹会、1985 年）214 頁。

害する危険であることを踏まえると、価値の相違もこれとの関係で考慮されなければならない⁽¹⁹⁾。権利者排除意思の判断に関して客体が自転車か自動車かは問題とならないとする理解⁽²⁰⁾もみられるが、自転車の一時使用よりも自動車の一時使用の方が、一般に、使用に伴う価値の費消が大きく⁽²¹⁾、また、事故などの不測の事態の発生により財物それ自体やその価値が毀損される危険⁽²²⁾やその毀損の程度も大きい⁽²³⁾という点で、利用可能性を侵害する危険が大きいと評価することは可能であろう⁽²⁴⁾。本

判決も、こうした点を踏まえて客体が自転車であったことを重視して権利者排除意思を否定したものと位置づけることができる。

しかし、以上の点を踏まえてもなお、本判決が権利者排除意思を否定したことに対しては多数の疑問が投げかけられている⁽²⁵⁾。占有離脱物横領罪に関するものであるが、近時、福岡高判令和3年3月29日高刑速(令3)524頁は、市営住宅の駐輪場に無施錠のまま止められていた盗難自転車を、おおむね1時間ほどのうちには戻ってくるつもりで持ち出し

(19) 例えば、穴沢・前掲注(16)367頁注(30)は、「自転車と自動車では客体の価値の相違があることから、違法性の程度の違いに可罰性の有意差が見出される……ものの、こうした点は、利用価値の相違としてとらえられるべきであり、経済的価値の相違ではないことには注意を要する。」としている。

(20) 佐藤道夫「不法領得の意思」同編『刑事裁判実務大系第8巻 財産的刑法犯』（青林書院、1991年）107頁。なお、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第12巻〔第3版〕』（青林書院、2019年）334頁以下〔佐藤道夫＝麻生光洋〕は、一時使用について原則として可罰性を認めている判例の傾向も踏まえて、そもそも使用窃盗という概念により不可罰の余地を認めることを疑問視している。これに対して、宮川・前掲注(15)29-30頁は、使用窃盗として不可罰となる場合を比較的広範に認める立場を前提に、経済的価値の高い財物と経済的価値の低い財物を区別することは妥当でないとする。

(21) 前野育三「不法領得の意思」西原春夫ほか編『判例刑法研究 第6巻』（有斐閣、1983年）88頁、木谷・前掲注(18)215頁、林陽一「判批（最決昭和55年10月30日刑集34巻5号357頁）」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第4版〕』（有斐閣、1997年）61頁、安里全勝「不法領得の意思」現代刑事法2巻4号（2000年）37頁、松原・前掲注(3)238頁。これに対して、西田典之「判批（最決昭和55年10月30日刑集34巻5号357頁）」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第2版〕』（有斐閣、1984年）69頁は、「そこでいう価値の消費が、ガソリンの消費やタイヤの摩滅を意味するのであれば、自動車本体に対する窃盗を認めるのは疑問である」とする（この点については、今井猛嘉ほか『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2013年）155頁〔小林憲太郎〕も参照）。

(22) 小林・前掲注(21)155頁、橋爪・前掲注(5)157-8頁。また、中森喜彦「不法領得の意思」阿部純二ほか編『刑法基本講座第5巻 財産犯論』（法学書院、1993年）91頁、大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論〔第2版〕』（悠々社、2011年）35頁〔齊藤彰子〕、品田智史「不法領得の意思」法学教室453号（2018年）32頁も参照。

(23) 高橋・前掲注(17)516-7頁。

(24) 木谷・前掲注(18)215頁も、自動車は無断使用による価値の損耗を伴いやすく、また、使用に伴う価値の損耗の程度において自転車などとは格段に差があることを指摘している（ただし、これらは被害者の（推定的）承諾等との関係で挙げられた事情である）。また、小池信太郎「窃盗罪における不法領得の意思」嶋矢貴之ほか『刑法事例の歩き方——判例を地図に』（有斐閣、2023年）404頁は、「自動車が価値の高いものであるために、一時的にでも使用したいときにできないリスクや事故による損傷その他何らかのトラブルが生じるリスクがおよそ受け入れがたいという考慮と結びついて、可罰性を基礎づけていると理解できる。」とする。

(25) 村上尚文「不法領得の意思——自動車等の一時使用を中心に——」研修394号

（1981年）49頁、大久保・前掲注(12)71頁、佐藤・前掲注(20)108頁、橋爪隆「窃盗罪について（2）」警察学論集73巻7号（2020年）170頁、小池・前掲注(24)406頁など。

て自転車で 10 分ほどの距離にあるコンビニエンスストアへ向かい、そのコンビニエンスストアで約 12 時間後に警察官から職務質問を受けたことにより本件持ち出し行為が発覚した事案について、当初から自己の所有物として振る舞ったといえない程度の短時間の限定的な利用にとどめようとの意思がなかったとして権利者排除意思を肯定しており⁽²⁶⁾、これとの比較においても、本件において権利者排除意思を否定すべきとは考え難い⁽²⁷⁾。また、本件においては、犯罪のための移動手段として自転車を無断で持ち出しており、先述のようにこの点を捉えて確実な返還意思がないということもできるため⁽²⁸⁾、権利者排除意思を認めることは十分に可能であったと思われる⁽²⁹⁾。

4 刑務所に入る目的での財物の窃取

返還意思が認められる場合について窃盗罪の成立を否定した裁判例は

少なくないが、その多くは行為者と被害者との間に特殊な身分関係が認められる事案⁽³⁰⁾や労働争議の一環として行われた事案⁽³¹⁾などであり⁽³²⁾、そうした特殊な事案を除けば、窃盗罪の成立を否定した裁判例は極めて少数である。昭和 51 年京都地裁判決以外に権利者排除意思が否定された裁判例としては、広島地判昭和 50 年 6 月 24 日刑月 7 巻 6 号 692 頁がある。本判決は、刑務所に入るために、普通乗用自動車内から他人所有のステレオパック等を持ち出し、これを携えて約 100m 以内の距離にある派出所に出頭した事案について、利用処分意思と所有者意思を否定したうえで、「被告人の主観的意図は、即時被害者に返還し首服するというものではないが、即時近接の派出所に出頭自首し任意提出するというものと認められ、一時的にせよ権利者を排除する意思はなかったと解すべきであり、事実被害品は右の過程を経て領置手続の後、即日被害者に仮

⁽²⁶⁾ また、本判決は、「窃盗罪の場合よりも占有離脱物横領罪の場合の方が『一時的な無断使用』の許容性の範囲が広がるということはある得ない。」とも述べている。

⁽²⁷⁾ 他方で、占有離脱物横領罪に関して権利者排除意思を否定したものとして、大津地判令和 2 年 10 月 27 日 LLI/DB L07551031 がある（無施錠のまま停められていた盗難自転車を使用して、約 673m、片道 5 分程度の距離にある公園に移動して知人と 3、40 分程度会話をした後、元の場所付近に戻し、約 1 週間後に再度自転車を同じように使用した事案）。

⁽²⁸⁾ 橋爪・前掲注(25)170 頁、小池・前掲注(24)406 頁。なお、本件被告人は実際に姦淫の犯行現場で警察官に発見・逮捕されている。

⁽²⁹⁾ さらに、小林・前掲注(21)155-6 頁は、本件について、性犯罪のような悪質な犯罪に用いられたことによって被害者が自転車を心理的に使えなくなった点を捉えて権利者排除意思を認める余地があるとする（成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』（信山社、2012 年）198 頁〔小林憲太郎〕も参照）。また、この点については、橋爪・前掲注(5) 157 頁も参照。

⁽³⁰⁾ このような事案においては、実質的には被害者の（推定的）同意の観点から窃盗罪の成立が否定されていると解することもできる。

⁽³¹⁾ このような事案について、西田典之ほか編『注釈刑法第 4 巻 各論（3）』（有斐閣、2021 年）44 頁〔佐伯仁志〕は、「行為の違法性の判断と不法領得の意思の判断が渾然一体となって判断されており、不法領得の意思に関する裁判例としてどこまで一般化できるかについては慎重な検討が必要である。」とする。また、石堂淳「使用窃盗の可罰性と不法領得の意思について」総合政策（岩手県立大学）6 巻 3 号（2005 年）286 頁も参照。

⁽³²⁾ 前野・前掲注（21）69 頁、木谷・前掲注(18)210 頁。

還付により返還されているのである。」と判示して権利者排除意思も否定し、常習累犯窃盗の成立を認めなかった。これは、警察を通じて被害品が被害者に返還されることを被告人が意図していた点を重視して権利者排除意思を否定したものと解されるが⁽³³⁾、これまでの検討を踏まえると、自らの手で返還するわけでも、また、警察を通じて被害品が直ちに被害者に返還される保障があるわけでもなく⁽³⁴⁾、むしろ、返還には一定の時間を要するのが通常であると考えられるため、その他に特段の事情も認められない本件において権利者排除意思を否定することはできないと考えられる⁽³⁵⁾。

5 小括

以上のように、典型事例における権利者排除意思の判断では、確実な返還意思の有無、財物またはその価値を毀損する意思の有無、行為者が無断使用を予定している時期や時間の長さが基本的な判断要素とされており、これらを総合して一般化すれば、権利者排除意思が否定されるの

は、被害者による利用が予想されない間にその状態や価値を毀損することなく短時間のうちに確実に返還する意思で財物を窃取した場合に限られることになる。そして、このような考慮要素に基づいて判断されている危険性の対象としての利用可能性の内実は、被害者が利用しようと思った際にその財物を元の状態・価値のまま利用できるか否かという意味での「事実的利用可能性」であるといえることができる。

以下では、このような典型事例における分析・検討を踏まえて、以上の判断枠組みからは権利者排除意思を認めることが困難であるにもかかわらず権利者排除意思が認められた裁判例（以下、「特殊事例」とする）とそれをめぐる議論について分析・検討を加え、特殊事例について権利者排除意思を認めることができるのか、そして、認めることができるとすればその根拠はどこに求められるべきかを明らかにする。

⁽³³⁾ 神山千之「専ら検挙されるためにした財物奪取行為と窃盗罪における不法領得の意思」判例タイムズ 1336 号（2011 年）30 頁は、本件においては物の利用可能性の阻害の程度と物の価値性の減耗の程度は極めて小さいことから権利者排除意思がないと考えられるとする。

⁽³⁴⁾ 小林・前掲注(29)205 頁は、この点を指摘したうえで、「警察に引き渡せば、速やかな返還は制度的に確実と評価する、その意味で規範的な判断を介在させる見解も、なお成り立ちうるかもしれない。」とする。この点については、伊藤亮吉「判批（最決昭和 55 年 10 月 30 日刑集 34 卷 5 号 357 頁）」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選 II 各論〔第 8 版〕』（有斐閣、2020 年）67 頁も参照。

⁽³⁵⁾ これに対して、広島高松江支判平成 21 年 4 月 17 日高刑速（平 21）205 頁は、深夜に、コンビニエンスストアの従業員に刃物を突き付けて金銭を要求した事案について、刑務所に入ることをのみを目的としていたとする被告人の主張を排斥したうえで、仮に被告人の弁解が虚偽でないとしても不法領得の意思を否定することにはならないとして強盗未遂罪の成立を認めている。なお、佐藤・前掲注(20)92 頁は、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪については、その手段の反社会性の高さから、不法領得の意思を要求する必要はないと考える余地があるとし、また、佐伯・前掲注(5)80 頁は、恐喝罪や強盗罪についても権利者排除意思が必要であるとしても、暴行脅迫を手段とする場合には権利者の現実の利用を妨げることが一般的であるため、権利者排除意思が否定されることは実際には考えられないとする。

IV 特殊事例の分析・検討

1 詐欺目的での財物の窃取

特殊事例としてまず問題となるのが、詐欺に利用する目的で財物を窃取する事案である。最決昭和 31 年 8 月 22 日刑集 10 巻 8 号 1260 頁は、景品交換の手段とするために磁石を用いてパチンコ台からパチンコ玉を不正に取得した事案について、「たとえば、その目的がパチンコ玉を景品交換の手段とするものであつたとしても、経営者の意思にもとづかないで、パチンコ玉の所持を自己に移すものであり、しかもこれを再び使用し、あるいは景品と交換すると否とは自由であるからパチンコ玉につきみずから所有者としてふるまう意思を表現したものというべきもので、所論のようにいわゆる使用窃盗とみるべきではなく、パチンコ玉に対する不法領得の意思が存するものと解するのが相当である。」と判示して窃盗罪の成立を肯定した（以下、「景品交換事例」とする）。また、大阪地判昭和 63 年 12 月 22 日判タ 707 号 267 頁は、返品を装った現金騙取目的で商品を売り場から持ち出した事案について、「被告人は、本件各商品を、単純に、もとに返還するというのではなく、あたかもこれら商品の正当な買主（即ち所有者）であるように装って返品し、代金相当額の交付を受

ける意思の下に、売り場から持ち出したものであって、被告人のこのような意思は、権利者を排除して物の所有者として振舞い、かつ、物の所有者にして初めてなしうるような、その物の用法にかなった方法に従い利用・処分する意思に外ならないというべきである……。そして、本件各商品持ち出し行為が右のように、返品を装って代金相当額の交付を受けようとする意思に基づくものである以上、持ち出し場所から返還場所までの距離が短かったことや、時間的間隔が僅かであったこと、更には、被告人においてこれら商品を衣類として着用する意思がなかったことなどの所論指摘の事情にかかわりなく、被告人には不法領得の意思が成立するものといわなければならない。」と判示して窃盗罪の成立を肯定した（以下、「返品事例」とする）。

これらの事案においては、景品交換行為や返品行為を通じてパチンコ玉や商品を元の状態・価値のまま短時間のうちに確実に返還する意思が認められ、返還されたパチンコ玉や商品が再び営業の用に供することができる限りで⁽³⁶⁾、事実的利用可能性を可罰的な程度に侵害する危険がなく、権利者排除意思が欠けるために窃盗罪の成立が否定されとも考えられる⁽³⁷⁾。学説においても、このような理解を前提に、窃盗罪の成立を

⁽³⁶⁾ 例えば、新品の商品を店外に持ち出して一時使用した後に返還する意思が認められる場合、それによってその商品が新品として販売できなくなるのであれば、その点を捉えて事実的利用可能性を侵害するものとして権利者排除意思を認めることも可能であるが、中古品の場合について同様の説明をすることは困難である（佐伯・前掲注(5)80 頁参照）。

⁽³⁷⁾ この点につき、穴沢大輔「不法領得の意思について」刑法雑誌 55 巻 2 号（2016 年）107 頁は、パチンコ玉はすぐに営業で利用されるのが通常であるため、長い時間を経ずに権利者は強く侵害される危険があるとするが、これに対して、橋爪・前掲注(5)159 頁注(14)は、店内で景品に交換されるまでの時間はごく短いものであるため、このレベルの利用可能性の侵害によって権利者排除意思を肯定することは困難である

認めるべきではなく、景品交換行為や返品行為について詐欺罪の成立を認めるべきであるとする見解⁽³⁸⁾が主張されている。しかし、景品交換行為や返品行為の前に犯行が発覚した場合には必ずしも詐欺未遂罪が成立するわけではないため⁽³⁹⁾、このような見解によれば処罰の間隙が生じる恐れがある。また、そもそも、本来は正当な代金を支払うなどして利用・取得されるべきパチンコ玉や商品を、代金を支払うことなく掌中に収めているのであるから、こうした場合に窃盗罪の成立を認めないことは結論として妥当でないと思われる。

そこで、学説においても、窃盗罪の成立を認めたこれらの裁判例を理論的に基礎づけるために様々な説明が試みられている。

まず、不可罰の使用窃盗というためには元通りに返還する意思が必要となるが、景品交換や返品を通じて被害者へ財物を返還することを元通りの返還ということはできないとして、不可罰の使用窃盗に当たらないとする見解⁽⁴⁰⁾がある。確かに、典型事例の場合と景品交換行為や返品行

為を通じて財物を返還する場合では事情が異なると考えられるが⁽⁴¹⁾、理論的に重要なのは、いかなる点で事情が異なっており、それがどのように権利者排除意思の判断に影響を及ぼすのかを分析することであって、単に事情が異なるということを指摘するだけでは不十分であろう。

そこで、より実質的な観点から説明を試みるものとして、価値の毀損の観点、より具体的には「交換価値」の毀損に着目する見解⁽⁴²⁾がある。すなわち、例えば、景品との交換に用いられるパチンコ玉には「交換価値」が認められ、景品交換行為によりこれが侵害されると考えられることから、景品交換目的でパチンコ玉を窃取した場合には、景品交換を通じて返還する意思があるとしても権利者排除意思が認められることになる。この見解は、景品交換事例と返品事例についても、典型事例の場合と同様に事実的利用可能性の侵害の観点から権利者排除意思の基礎づけを試みるものと位置づけることができる。しかし、ここでいう「交換価値」が何によってどのように侵害されるも

とする。

(38) 齊藤（彰）・前掲注(22)35頁、野村・前掲注(15)91-2頁。また、松原・前掲注(3)239頁も参照。さらに、不正玉を使用して景品玉を取得し、それを景品と交換した事案について詐欺罪の成立を認めたものとして、最決昭和29年4月27日刑集8巻4号546頁。

(39) 植松正「判批（最決昭和31年8月22日刑集10巻8号1260頁）」一橋論叢40巻1号（1958年）94頁。また、藤木英雄「判批（最決昭和29年4月27日刑集8巻4号546頁）」警察研究27巻7号（1956年）71頁も参照。

(40) 植松・前掲注(39)90頁。また、山口・前掲注(16)206頁も参照。

(41) もっとも、本稿で十分な検討を行うことはできないが、対価を伴う財物の返還は本来無償での返還を請求することができる被害者の権利を侵害するという意味で、景品交換や返品を通じた返還行為はそれと引き換えに対価を得ている点で元通りの返還とはいえないと解することも不可能ではないと思われる。深町晋也「窃盗罪」法学教室290号（2004年）75頁注(54)が、ここでの議論が盗品等関与罪において「正常な回復」を考慮するかどうかの議論とリンクしうるとするもの、そのような趣旨と解される。

(42) 深町・前掲注(41)75頁、大塚雄祐「窃盗罪における『窃取』の意義——パチスロ不正遊戯壁役事件——」松原芳博編『続・刑法の判例〔各論〕』（成文堂、2022年）95-6頁。

のであるのかは必ずしも明らかでなく⁽⁴³⁾、少なくとも財物自体の価値とは異なるものであるため、その侵害を事実的利用可能性の観点から把握することは困難であると思われる⁽⁴⁴⁾。また、仮に「交換価値」が景品交換行為や返品行為により毀損されるのであれば、それはそこから生じる財産的な被害を問題とするものにほかならず、まさに詐欺罪の成立を基礎づけるものとして評価すべきであろう⁽⁴⁵⁾。このように、景品交換や返品を目的としている点を捉えて権利者排除意思を認めることはできないため⁽⁴⁶⁾、景品交換事例や返品事例において窃盗罪が成立することを基礎づけるためには、他の観点から権利者排除意思が認められることを説明する必要がある。

そこでさらに主張されているのが、被害者によって財物の利用過程が設定（システム化）されている場合においては、そのような利用過程に戻すつもりがない点を捉えて権利者排除意思を認めることができるとする

見解⁽⁴⁷⁾である。この見解によれば、パチンコ玉については正当な遊戯や正規の料金を支払うことを通じて貸し出されるという利用過程が、また、商品については代金を支払って取得するという利用過程が設定されていることから、それ以外の方法でこれらを取得する場合には権利者排除意思が認められることになる。この見解は、財物の利用過程が設定されているという景品交換事例や返品事例の特徴を踏まえて権利者排除意思が認められることを説明するものとして基本的に妥当なものであると考えられるが、ここで特に重要なのは、被害者によって設定された財物の「利用条件」に違反する点であると考えられる。すなわち、景品交換事例におけるパチンコ玉は料金の支払や「通常の遊戯方法」⁽⁴⁸⁾を条件として遊戯者に貸し出して利用させることを通じて利益を得るために現に営業の用に供されている財物であり⁽⁴⁹⁾、また、返品事例における商品は代金を支払うことを条件に購入希望

⁽⁴³⁾ 島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第3版〕』（有斐閣、2014年）402頁〔小林憲太郎〕。

⁽⁴⁴⁾ 松原・前掲注(3)239頁も、これらの事例について、「客体の交換価値を消耗させたことを理由とするものとみることができよう。」とする一方で、客体自体の価値を減じるものではないため、パチンコ玉や商品に関する権利者排除意思を否定し、景品や現金に対する詐欺罪の成立のみを認めるべきではないかという疑問も残るとする。

⁽⁴⁵⁾ 前掲注(38)で挙げた文献を参照。

⁽⁴⁶⁾ 橋爪・前掲注(5)159-60頁は、パチンコ玉を不正に取得して景品交換の手段として利用する場合には景品を取得できる正当な地位を証明する手段としての利用可能性が、また、正規に購入していないにもかかわらず返品の名目でこれを提示する場合には商品の（返品・交換に関する）証明機能としての利用可能性が害されることから、これらの目的でパチンコ玉や商品を窃取する場合には権利者排除意思を認めることができるとするが、ここでいう「利用可能性」の内実は必ずしも明らかでなく、これが景品交換行為や返品行為により害され则认为る限り、「交換価値」の毀損の観点から権利者排除意思を基礎づける場合と同様の批判が妥当すると思われる。

⁽⁴⁷⁾ 小林・前掲注(15)152頁。なお、同・前掲注(21)156頁や同・前掲注(29)199頁においては、窃盗罪の成立を認めるべきではなく、後行する景品交換行為や返品行為について詐欺罪の成立を認めるべきであるとする見解が採用されていた。

⁽⁴⁸⁾ 最決平成19年4月13日刑集61巻3号340頁、最決平成21年6月29日刑集63巻5号461頁。

⁽⁴⁹⁾ なお、松原・前掲注(3)226頁注(31)は、パチンコ機・パチスロ機から排出・取得されたパチンコ玉・パチスロメダル占有が取得者に認められるとしても、少なくとも

者に商品の取得・利用を認めることを通じて利益を得るために現に営業の用に供されている財物であるという点にその特徴がある。そして、このように被害者が他者との関係において設定した利用条件に違反する意思で財物の占有を侵害する場合、被害者が実現しようとした方法での財物の利用がまさに妨げられるといえるため、権利者排除意思を認めて窃盗罪の成立を肯定することができるように思われる⁽⁵⁰⁾。また、ここで設定された条件は被害者が利益を得るために設定したものであり、これに違反することは財産的損害に直結するため、とりわけ要保護性の高いものであるということもできる。

2 複写目的でのマイクロフィルムの持ち出し

特殊事例として次に取り上げるのは、札幌地判平成5年6月28日判タ838号268頁である。本判決は、所定の手続きをして借り受けたうえで区役所内にある所定の場所で専用リーダーを用いて閲覧することが認められていた住民基本台帳閲覧用マイクロフィルムを、閲覧を装って借り受けたうえで複写後に返却する意思で区役所外に持ち出した事案⁽⁵¹⁾について、「本件マイクロフィルムの

管理権を有する各区長が私人による所定の閲覧場所からの持出しや複写を容認しないことは明らかであり、「このような本件マイクロフィルムを、複写する目的で所定の閲覧場所から持ち出すことは、まさに、権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用もしくは処分する意思、すなわち不法領得の意思に基づくものである」と認められる。そして、本件マイクロフィルムの場合、右のような不法領得を為すに要する時間は極く短時間を以て足るのであるから、被告人らが本件マイクロフィルムを数時間後に返却するつもりであったことや現にそのように返却したことは被告人らの不法領得の意思の存在の認定を妨げる事情とはならない。」などと判示して窃盗罪の成立を肯定した(以下、「マイクロフィルム事例」とする)。

本判決に関しては、他の裁判例との比較から、権利者排除意思を認めることがとりわけ困難であるとの意見が多くみられる。なぜなら、機密資料の場合とは異なり、本件マイクロフィルムは公開されている情報の内容とするものであり、複写によってそれ自体の価値が毀損されることはないため⁽⁵²⁾、複写目的を理由とす

も店外への無断持出しとの関係では、それが店内にある限り、店側の占有も重疊的に認められるべきであるとする。

⁽⁵⁰⁾ 和田・前掲注(16)195頁は、「パチンコ玉は、正当に取得された場合に景品の対価とすべく客に提供されるべきものとして、また、スーパーの商品は、客から代金を得るための対価として、それぞれ所有されている財物であるから、その意味での利用価値を無化する危険が、それらの財物の不正な取得行為には認められるといえることができる。」とするが、基本的には同様の発想であると思われる。

⁽⁵¹⁾ 本件では、閲覧場所での閲覧中もマイクロフィルムは区役所側の管理支配下にあるとされたことから、閲覧を装って借り受けた点について詐欺罪の成立を認めることはできないことを前提に閲覧場所からの持ち出し行為について窃盗罪の成否が問題とされたものである。この点については、荒木泰貴「詐欺罪における交付行為の再検討」法律時報92巻12号(2020年)50頁も参照。

⁽⁵²⁾ 齊藤(彰)・前掲注(22)35頁注(14)、山口厚「不法領得の意思」同『新判例から見

る価値の毀損の危険の観点から事実的利用可能性の侵害の危険があるとして権利者排除意思を認めることはできないからである⁽⁵³⁾。また、本件管理者はマイクロフィルムの貸し出しにより利益を得ているわけではないという点⁽⁵⁴⁾では、景品交換事例や返品事例とも異なっている。

他方で、本判決の基礎づけを試みる見解もみられる。例えば、本件マイクロフィルムは、万が一にも不正にコピーなどが作られないようにその保管・管理を徹底することに管理者の重要な関心が向けられている財物であり⁽⁵⁵⁾、マイクロフィルムを嚴重に保管・管理して不正コピーなどを防止することそれ自体がマイクロフィルムの消極的効用として利用可能性を基礎づけていると考えられることから、本件ではそれを損なう意思があるために権利者排除意思が認められるとする見解⁽⁵⁶⁾が主張されている。この見解は、マイクロフィルムの効用を広く捉えることで権利者排除意思の基礎づけを試みている点で、権利者排除意思の伝統的な理解になお基礎を置くものであると

考えられるが、景品交換事例や返品事例において「交換価値」を問題とする見解と同様に、ここで利用可能性を基礎づけるとされる「消極的効用」が害されることはマイクロフィルムが使えなくなることの意味するわけではないため、その内実は必ずしも明らかでなく、これを事実的利用可能性の観点から把握することはできないように思われる⁽⁵⁷⁾。

また、この見解の論者はさらに議論を進め、権利者排除意思を権利者が許容しないであろう程度・態様の利用をする意思と解する従来から主張されてきた見解⁽⁵⁸⁾に限定を加える趣旨で、これを「財物の性質、管理方法やその管理者の関心・目的などにかんがみて、管理者が許容することがおよそあり得ないような利用をする意思」⁽⁵⁹⁾と解する理解を提示している。このような理解に従えば、本件マイクロフィルムを持ち出してコピーすることを管理者はおおよそ許容していないことから権利者排除意思が認められることになる⁽⁶⁰⁾。本判決も、本件マイクロフィルムを数時間後に返却するつもりであったこと

た刑法〔第3版〕』（有斐閣、2015年）195頁注(18)、野村・前掲注(15)91頁注(109)、松原・前掲注(3)241頁。また、橋爪・前掲注(5)161頁も参照。

⁽⁵³⁾ また、小林・前掲注(15)153頁は、本質は情報の不正取得であることから、財物の占有取得を捕捉する窃盗罪で処罰することはできないとする。

⁽⁵⁴⁾ 橋爪・前掲注(5)161頁。

⁽⁵⁵⁾ 本判決ではこの点が考慮されたとするものとして、小池・前掲注(24)405頁。

⁽⁵⁶⁾ 橋爪・前掲注(5)161頁。

⁽⁵⁷⁾ また、高橋直哉『刑法の授業〔下巻〕』（成文堂、2022年）68頁注(22)は、悪用・濫用されないという消極的価値も本件マイクロフィルムの財物性を基礎づける重要な財産的価値であるといえるため、この消極的価値の侵害も消極的損害と考えることができるとするが、ここでいう価値の侵害は、財物の事実的利用可能性を基礎づける経済的価値や使用価値とは異なっている点で、同様の疑問がある。

⁽⁵⁸⁾ 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）207頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018年）174頁。

⁽⁵⁹⁾ 橋爪・前掲注(5)162頁。

⁽⁶⁰⁾ また、橋爪・前掲注(5)162頁は、こうした理解から、「たとえば公共図書館の閉館直前に、翌日、開館する前に返却用のポストに投函する意思で、所蔵本を正規の貸出手続を経ることなく、無断で持ち出す行為についても窃盗罪の成立を認めることができるだろう。」とする。

は問題とならず、管理者が閲覧場所からの持出しや複写を容認しないことが明らかであるとしており、事実上の利用可能性の侵害が認められないとしても管理者が許容していないことを理由に権利者排除意思を認めたものと解する余地がある。

しかし、この見解が、単に権利者が許容するかどうかという点にその判断の重点を置くものだとすれば、賛同することはできない。まず、権利者が許容するかどうかは(推定的)同意の問題として考慮すれば足りるものであって⁽⁶¹⁾、これを重ねて権利者排除意思の判断において問題とする必要はない。また、被害者の同意とは異なるレベルの権利者の許容性を問題とするものであるとしても、実際に両者を区別することは困難であろう⁽⁶²⁾。さらに、そもそも、一時的にせよ財物の無断使用を権利者が許容することは一般的にはないのであり⁽⁶³⁾、権利者排除意思に関して問題となるのは権利者がそもそも許容していない財物の一時使用なのであるから、単に被害者が許容していないということそれ自体は可罰性を判断する基準として機能せず、このような観点のみではすべての一時使用を可罰的とせざるを得ないように思

われる。先述したように、特殊な事案を除いて権利者排除意思の観点から窃盗罪の成立が否定された裁判例はほとんどないことを踏まえると、一般論としてはこのような説明で足りるのかもしれないが⁽⁶⁴⁾、そもそも不可罰とされるべき事例は起訴に至っていないだけであって、実際には多数存在すると考えられるのであるから⁽⁶⁵⁾、それらも含めて一時使用について不可罰の余地を認める以上、単に被害者が許容するかどうかという観点は判断基準となりえないと考えられる。

もっとも、一時使用について不可罰の余地を認める限り、権利者が許容していないということが一般に権利者排除意思を基礎づけると考えることができないとしても、一定の場合には権利者の意思に反することそれ自体が権利者排除意思を積極的に基礎づける要素として機能することはいうるようと思われる。上記見解が「財物の性質、管理方法やその管理者の関心・目的などにかんがみて」としている点も、このような趣旨を含意しているとすれば適切な指摘である。そうだとすれば、被害者が許容するかどうかという点を強調したり、被害者の意思に反して悪用

(61) 石堂・前掲注(31)289頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）193頁、宮川・前掲注(15)35頁、品田・前掲注(22)32頁注(10)参照。

(62) 橋爪・前掲注(5)162頁は、「排除意思が否定されるのは、実際の被害者の同意は認められないが、人によっては寛大な態度を取ることもありうるような、価値の乏しい財物の短期間の一時利用行為に限られることになる。」としたうえで、同163頁において、寛大な態度が期待される具体例として、スーパーマーケットで小さな子供が勝手に商品を食べってしまう場合を挙げているが、このような説明が実態に即しているといえるかには疑問がある。

(63) 安里全勝「不法領得の意思についての考察」山梨学院大学法学論集6号（1983年）76頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第6版〕』（成文堂、2024年）229頁。

(64) 小池・前掲注(24)405頁は、裁判例上はこのような観点から広く権利者排除意思が認められているとする。

(65) 川端博ほか「《鼎談》財産犯論の現代的課題」現代刑事法2巻4号（2000年）19頁〔西田典之発言〕。また、小林・前掲注(29)198頁も参照。

されないことを消極的効用として把握するのではなく、どのような場合にどのような理由から権利者の意思に反していることそれ自体が重視されるのかを具体化することが重要であろう。

このような観点から検討すると、景品交換事例や返品事例のように、被害者が他者との関係において設定した財物の利用条件に違反することで被害者が実現しようとした方法での財物の利用が妨げられる場合というのが、まさにこのような場合に当たると考えられる。なぜなら、そこで権利者排除意思を基礎づける利用妨害の内実は、設定された利用条件、つまり、財物の「利用」方法に結びついた被害者の現実の意思に反しているという点にあるといえるからである⁽⁶⁶⁾。そうすると、マイクロフィルム事例についても、管理者はマイクロフィルムそれ自体やそこに記録された情報を適切に管理するために、区役所内の所定の場所で閲覧することを利用条件として貸出・利用を認めていたのであり、この条件に違反する意思で区役所外に持ち出した以上は、管理者が実現しようとした方法での財物の利用をまさに妨げるものとして権利者排除意思を認めることができるように思われる。他方で、景品交換事例や返品事例とは異なり、利用条件に違反することで被害者側に財産的損害が生じるわけではない

ため、そのような利用条件違反は財産犯による保護に値しないとして窃盗罪の成立を否定する余地もあるが、管理者が実現しようとした方法での財物の利用が妨げられているにもかかわらず、財産的損害が発生しないことのみを理由に窃盗罪の成立を否定することは不当であると思われる。

3 代金支払前の商品の費消

さらに、直接的に財産的損害をもたらすわけではない利用条件違反をする意思をもって権利者排除意思を認めた裁判例と位置づけることができるものとして、名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日高刑速(令 3) 501 頁がある(以下、「代金支払事例」とする)。本判決は、いわゆるユーチューバーとして活動していた被告人が、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を清算前に大胆に食べて、その後にレジで会計をし、その際のレジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようと考え、犯行当日、スーパーマーケットで商品として陳列されていた生食用ではない魚の切り身を手に取り、店内の通路において包装を開封して中身を食べた後、レジにおいてレジ係にその包装を示して販売価格を支払った事案について、権利者排除意思と利用処分意思を認めて窃盗罪の成立を肯定したものであるが⁽⁶⁷⁾、以下では、権利者排除意思に関する部分についてのみ分

⁽⁶⁶⁾ これに対して、例えば、典型事例において問題とされてきたような主に自分が乗るために所有している自転車については、「無断で使われたくない」というどのような財物についても一般的に認められるような被害者の潜在的な意思に反して無断で使われることによって被害者の予定する自転車の利用が直ちに妨げられるわけではなく、また、一時使用について不可罰の余地を認める以上は、この潜在的な意思に反したことのみを理由として可罰性を認めることはできない。そのため、この場合に窃盗罪の成立を認めるためには、事実的利用可能性の観点から権利者排除意思が問題とされなければならないと考えられる。

⁽⁶⁷⁾ なお、最決令和 4 年 3 月 29 日 LEX/DB 25592760 により上告が棄却され、確定し

析・検討を行う⁽⁶⁸⁾。

本件においては、弁護人が、被告人は通常の買い物手順と比べてわずか2分足らず、清算と処分との手順を逆転させる意図しかなかったのであるから可罰性があるかは疑問であり、また、被害者は本件被害品を金銭に変えてもらうことのみを求めているのであるから本件被害品を2分足らず借用して元に戻すような不可罰の使用窃盗の場合と並列に考えることができるなどとして、権利者排除意思が欠けると主張したのに対して、原判決（名古屋地岡崎支判令和3年8月27日裁判所ウェブサイト）は権利者排除意思を認め、また、本判決も以下のように判示して権利者排除意思を認めている。

「本件についてみると、原判決も指摘するとおり、被告人は、本件切り身を口腔内に入れて嚥下して費消することにより、本件被害品である切り身という個別財産について、被害者の権利を確定的に侵害していることに疑いはない。」

この点に関する弁護人の主張は、「少なくとも被告人において、窃盗罪として処罰するだけの実質的な財産上の損害を被害者に生じさせる認識がなかったことを指摘するものと解される。

しかし、被害者は、単に商品を売買により金銭に交換するということにとどまらず、来店客が並べられた商品をそのままの状態でレジに持ち込んで代金を精算するという被害者の定めた手順に基づく金銭への交換を求めているのであって、このような手順が守られなければ、被害者において店舗内に多数並べている商品を適正に管理することが著しく困難になるなどその営業に重大な影響を及ぼすことが明らかであり、たとえ短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われたとしても、それは手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のものというべきである。したがって、被害者におけるこうした主観的利益は、財産的利益として客観的にも保護されるべきものである……。

そうすると、本件において、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下する時点で予定していた被害者の利用妨害は、個別財産に対する罪という観点からは勿論のこと、仮に窃盗罪においても実質的な財産上の損害が必要であると考えたとしても、十分に可罰的な程度に至っている（弁護人のよって立つ見解に沿っていえば、被告人が所有者を尊重しなかった、又は無視したと評価される）ことが明らかであるから、弁護人の

ている。

⁽⁶⁸⁾ 利用処分意思については、弁護人が、本件切り身は生食用ではなく、被告人はこれを味わいたいわけでも栄養を摂取したいわけでもなかったのであるから、これを口腔内に押し込む行為は外形的には「食べる」行為に見えるが、その実質は毀棄行為であるとして利用処分意思もないと主張したのに対して、原判決も本判決も利用処分意思を認めたが、その理由づけについては差異がみられる。すなわち、原判決が「食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為は、飲食可能な食品の処分方法として本来的なものである」としたのに対して、本判決は、「被告人は、正に、本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる『動画視聴者の興味を引くような面白い「絵」』という効用を享受する意思を有していた」として利用処分意思を認めている。

主張を踏まえても、権利者排除意思を認めた原判決の判断に誤りはない。」

本判決については、まず、魚の切り身を費消している以上、一時使用ということはできず、権利者排除意思が認められることに疑いはないとする見解⁽⁶⁹⁾がみられる。こうした理解は、返還意思が存在することが権利者排除意思を否定するための必要条件となつてくる基本的理解をそのまま本件にもあてはめ、事実上の利用可能性の侵害の観点から権利者排除意思が認められることを説明するものといえる。しかし、本件で問題となっているのは単なる魚の切り身ではなく、購入希望者に販売することが予定されている「商品」であり、返還されないことこそが商品としての通常の利用方法ともいえるため、返還されないことが直ちに商品としての利用を害するものとはいえない⁽⁷⁰⁾。そのため、本件においてはそのような「商品」としての性質を踏まえた検討が不可欠であり、権利者排除意思を認めるにあたっては返還意思がないことのみを指摘するだけで

は不十分であつて、この点に典型事例とは異なる本件の特徴の1つがあるといえる。

他方で、商品が返還されなくともその利用が害されたとはいえない場合があるとしても、それは代金が適切に支払われた場合に限られると考えられる。そうすると、本件弁護人の主張にもみられるように、商品に関しては代金が支払われたかどうか重要であり、本件において被告人が代金相当額を支払ったのは窃盗既遂後の事情であるため窃盗罪の成否の判断においてこれを直接的に考慮することはできないものの、窃取行為の時点で少なくともその直後に代金相当額を支払う意思があつたことを理由に権利者排除意思を否定する余地がありうることになる⁽⁷¹⁾。実際に、このような観点を重視して本件では権利者排除意思を否定すべきであつたとする見解⁽⁷²⁾も主張されているが、たとえ「商品」であつても代金相当額さえ得られればよいというわけではなく、また、一般に、代金相当額を置いて商品を持ち去った場合であつても窃盗罪の成立が認められる場合があると考えられている

(69) 清水晴生「支払前の店内飲食と不法領得の意思」白鷗法学 29 巻 2 号（2022 年）75 頁、足立友子「判批（名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日高刑速（令 3）501 頁）」『令和 4 年度重要判例解説』（有斐閣、2023 年）135 頁。また、小棚木公貴「判批（名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日高刑速（令 3）501 頁）」北大法学論集 74 巻 4・5・6 号（2024 年）646 頁も参照。

(70) 大塚雄祐「判批（名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日高刑速（令 3）501 頁）」早稲田法学 98 巻 3 号（2023 年）171 頁。

(71) 小棚木・前掲注(69)650 頁参照。

(72) 松宮孝明「購入代金支払前の『商品』の費消と『不法領得の意思』——名古屋高判令和 3・12・14 を素材として——」立命館法学 399・400 号（2021 年）890 頁、大塚・前掲注(70)174 頁（なお、同 169-70 頁は、窃取行為後の財物の利用によって生じる実質的な財産的損害ないしその危険を、窃取の時点における行為者の意思の問題に還元し、主観的違法要素として要件化したものが権利者排除意思であるとする）、松原・前掲注(3)239 頁注(62)。これに対して、本判決について詳細な分析を加えた小棚木・前掲注(69)646 頁以下は、本判決は、詐欺罪に関する財産的損害の問題に関して実質的個別財産説に立つことを前提に、窃盗罪において財産的損害の問題を権利者排除意思の問題の中で考慮し、「社会通念上別個の支払」であることから権利者排除意思を認めたものと位置づける。

(73)ことも踏まえると、代金相当額の支払やその意思があれば権利者排除意思が否定されると解することには疑問がある⁽⁷⁴⁾。これに対して、本判決は、代金相当額が支払われるという点で直接的に財産的損害が生じるわけではないものの、レジで代金を精算するまでは商品を利用・処分してはならないという被害者の定めた手順に違反する意思で商品を費消したことを理由に権利者排除意思を認めており⁽⁷⁵⁾、これは、マイクロフィルム事例と同様に、直接的に財産的損害を生じさせない利用条件違反をする意思をもって権利者排除意思を認めたものと位置づけることができる。このような本判決の理由づけと結論は妥当であると思われ、学説においても、本判決を支持する見解⁽⁷⁶⁾がみられる。

4 小括

以上のように、典型事例とは異なる

り、特殊事例はいずれも事実的利用可能性の観点から権利者排除意思を基礎づけることが困難であることから、従来の議論においては、各事例が個別の例外事例として分析され、統一的な観点からの検討が行われてこなかった。しかし、特殊事例はいずれも被害者が他者との関係において財物の利用条件を設定しているという点で典型事例とは異なる共通の特徴を有しており、まさにこの点から権利者排除意思が認められることを説明することができるのではないかと思われる。すなわち、被害者が設定した利用条件に違反する意思で財物の占有を侵害する場合、被害者が実現しようとした方法での財物の利用が妨げられるといえるため、たとえその条件違反によって直接的に財産的損害が生じないとしても、権利者排除意思を認めることは可能であると思われる。

もっとも、被害者の設定した利用

(73) 例えば、野澤充「窃盗罪における『財産損害』？——『相当額の対価』が存在する事例に関連して——」立命館法学 375・376号（2017年）287-8頁は、未成年者がコンビニで店員の隙を見て代金を置いて販売用のタバコを勝手に持ち去った場合について、『『対価が置かれていたのだから窃盗罪は成立しない』という結論に賛成する見解は少数にとどまるのではないだろうか』とする。これに対して、そのような結論に明示的に賛成するものとして、斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2014年）114頁（領得意思の観点から）。また、行為者が未成年者ではない場合について窃盗罪の成立を否定する見解として、林・前掲注(61)146頁（詐欺の場合との比較から）、内田幸隆「判批（最決平成21年6月29日刑集63巻5号461頁）」判例評論 648号（2013年）163頁（窃取性の観点から）、田山聡美「詐欺罪における財産的損害」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）163-4頁（財産的損害の観点から）。

(74) 清水・前掲注(69)75頁、高橋・前掲注(17)527頁注(29)、足立・前掲注(69)135頁。

(75) なお、本判決は、この点を実質的な財産上の損害の観点にも引きつけているが、そのような説明は必ずしも必要ではなかったと思われる。

(76) 橋爪・前掲注(5)163頁、高橋・前掲注(17)526-7頁。また、樋口亮介「不法領得の意思—比較法と学説史を通じた議論の整理—」研修 891号（2022年）24頁は、「名古屋高判が窃盗罪による可罰性を認めた実質的理由は、スーパーマーケットが定めた代金の先払いという商品の占有移転の条件の違背は刑法上の保護に値するとの価値判断によるものであり、「スーパーマーケットの管理者が個々の商品の確実な管理と販売に関心を寄せている場合、代金先払いという条件違反に当罰性を認める価値判断にも十分な理由があろう。」とする。さらに、小林・前掲注(15)152頁は、本件においても被害者によって設定された利用過程から財物を離脱させる意思が認められることが決定的であったとする。

条件に違反する意思をもって権利者排除意思を認めるこのような考え方は、特殊事例や従来の学説の分析から導かれたものにすぎないため、以下では、関連する問題にも言及しながら、これを理論的に補強・具体化することを試みる。

V 利用条件違反と権利者排除意思

1 財物の自由な利用・処分と利用条件違反

まず、財物の利用・処分方法に関して被害者が設定した条件（以下、「利用条件」とする）に違反することが窃盗罪の違法性を基礎づけることになる理論的根拠は、ここでいう利用条件の違反が被害者による財物の自由な利用・処分を妨げることを意味し、窃盗罪の保護法益に含まれる所有権の侵害にほかならないという点に求めることができる。窃取行為後の財物の利用・処分行為について器物損壊罪などが別途成立しないことや占有離脱物横領罪と窃盗罪との間の錯誤について符合が認められていることなども踏まえると、窃盗罪の保護法益に所有権が含まれていることは否定できない⁽⁷⁷⁾。そして、窃取行為によって、所有権それ自体が移転することはありません、また、財物の事実的利用可能性が侵害されないとしても、被害者による財物の自由な利用・処分が妨げられる場合

には、窃盗罪の成立を基礎づける所有権侵害が認められるとすることができる⁽⁷⁸⁾。また、財物の事実的利用可能性の侵害の危険が窃盗罪の違法性を基礎づけるのも、被害者が利用しようと思った際に元の状態・価値のまま利用できない状態が作出され、被害者による財物の自由な利用・処分が妨げられる危険が認められるためであるともいえる。

このように、被害者による財物の自由な利用・処分が妨げられる点に窃盗罪の成立を基礎づける所有権侵害が認められるとすれば、それは事実的利用可能性が侵害される場合だけでなく、被害者が実現しようとした方法での財物の利用・処分が妨げられる場合、すなわち、財物の利用条件に違反する場合にも認められると考えることができる。

他方で、利用条件の違反を問題とすることは、財物の利用・処分に關する被害者の意思を問題とするものともいえるため、先述のように一時的にせよ財物の無断使用を権利者が許容することは一般的にはないという点を踏まえると、すべての一時使用は被害者の意思に反することを理由に原則として可罰的となると考えることも不可能ではない。しかし、一時使用について不可罰の余地を認める限り、他人に無断で使用されたくないという権利者の潜在的な意思に反したことだけをもって可罰的な所有権侵害があるということはず、また、被害者が予定する財物の

⁽⁷⁷⁾ 例えば、井田良「窃盗罪の保護法益をめぐって」研修 745 号（2010 年）3 頁以下、橋爪隆「窃盗罪の保護法益について」同『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣、2022 年）115-6 頁。

⁽⁷⁸⁾ 山口・前掲注(5)112 頁以下。また、井田・前掲注(77)16 頁注(4)、佐伯仁志「財産犯の保護法益」法学教室 364 号（2011 年）105 頁も参照。

利用方法と関係しないそのような意思を重視することも妥当でないとされる⁽⁷⁹⁾。そのため、財物の利用・処分に關する被害者の意思の侵害それ自体が可罰的な程度の所有権侵害を基礎づける場合というのは、まずもって、財物の利用・処分に關する被害者の意思が他者との関係において利用条件の形で示されており、それに違反することによって被害者が実現しようとした方法での財物の利用が妨げられる場合でなければならないと考えられる。

2 被害者の設定した利用条件の要保護性

もっとも、被害者の意思が利用条件として示されていればそのすべてが窃盗罪による保護に値するといえるかどうかについてはさらに検討を要する。なぜなら、その利用条件が順守されることが重要と考えられる場合とそうでない場合があるように、利用条件にも様々なものがあり、窃盗罪による保護に値するものとそうでないものがあると考えられるからである。つまり、被害者によって設定された利用条件のうちどのようなものが窃盗罪による保護に値し、その違反が可罰的な程度の所有権侵害を基礎づけることになるのかがさらに検討されなければならない。その

際に参考となると考えられるのが、窃盗罪における窃取性をめぐる議論である。

窃盗罪における「窃取」とは、占有者の意思に反する財物の占有移転であるが、占有者が占有移転について一定の条件を設定している場合、その条件には様々なものがありうるため、どのような条件であってもそれに違反すればただちに占有者の意思に反する「窃取」に当たるとして窃盗罪の成立が認められるものではなく、窃盗罪の保護に値する占有移転の条件に違反した場合にのみ窃取性を認めて窃盗罪の成立を認めるべきであるとされている⁽⁸⁰⁾。

例えば、パチスロ店は「通常の遊戯方法」によりパチスロメダルを取得・利用することを認めているため、この条件に違反して、パチスロ機に針金を差し込んで誤作動させるなどの方法（ゴト行為）でパチスロメダルを不正に取得した場合には窃盗罪の成立が認められるのに対して⁽⁸¹⁾、パチスロ店が「パチプロお断り」と掲示しているにもかかわらず、その条件に違反していわゆるパチプロが「通常の遊戯方法」によりパチスロメダルを取得した場合、管理者がこれを許容していなかったとしても、一般に窃盗罪の成立は認められないとされている⁽⁸²⁾。

(79) この点については、前掲注(66)も参照。

(80) 例えば、三浦透「判解（最決平成21年6月29日刑集63巻5号461頁）」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成21年度）』（法曹会、2013年）152頁は、以下のパチスロメダルの窃取に關して、「メダル管理者の意思といっても、様々なものがあるのであり、ここで問題とするのは、財産の占有者が占有を喪失することについて、財産犯である窃盗罪によって処罰されるか否かの基準となるものである。様々なメダル管理者の意思のうちには、そのような窃盗罪の成否を画する基準たり得る合理的意思と、そうでないものがあるのではないかと思われる。」とする。

(81) 前掲最決平成21年6月29日など。

(82) 高森高德「電子器具（いわゆる体感器）を使用して回胴式遊技機（いわゆるパチスロ機）から遊技メダルを不正取得する行為について窃盗罪の成否が問題となった事例」研修673号（2004年）96頁、佐伯仁志「詐欺罪（1）」法学教室372号（2011

この点をめぐっては、一定の取引関係が存在する点⁽⁸³⁾、あるいは、一定の条件を満たす限りで財物の占有移転に関する包括的同意が与えられている点⁽⁸⁴⁾で詐欺罪の成否が問題となる場面と同様の状況にあるということ踏まえて様々な分析が行われているが、多数説は、それに違反しているかどうかを厳格に確認するための措置が講じられていることなどによって客観化・明確化されている条件⁽⁸⁵⁾や客観的合理性・社会的重要性が認められる条件⁽⁸⁶⁾に違反した場合に限って窃取性が認められるとしている。このような理解によれば、店舗が容認しているのは「通常の遊戯方法」によりパチスロメダル

を取得することであり、こうした占有移転の条件は、それに違反していないかについて厳格な確認措置がとられている明確化・客観化された条件あるいは客観的合理性や社会的重要性が認められる条件といえるため、これに違反してゴト行為によりパチスロメダルを不正に取得した場合には窃盗罪の成立が認められる。これに対して、「パチプロお断り」と掲示している場合については、一般に、条件としての明確性を欠くために⁽⁸⁷⁾、あるいは、厳格な確認措置がとられていないために⁽⁸⁸⁾、パチプロが「通常の遊戯方法」によりパチスロメダルを取得する限り、窃盗罪の成立が認められないことになる。この

年) 109 頁。なお、三浦・前掲注(80)154 頁は、パチプロのメダルを取得する能力が高いとしても、それは人間に自然に備わっている能力の範囲内のことである点にその根拠を求める。

⁽⁸³⁾ 松原・前掲注(3)225 頁。

⁽⁸⁴⁾ 橋爪隆「窃盗罪における『窃取』の意義について」刑法雑誌 54 巻 2 号 (2015 年) 153 頁。この点については、佐伯・前掲注(31)25 頁も参照。

⁽⁸⁵⁾ 深町晋也「判批 (最決平成 21 年 6 月 29 日刑集 63 巻 5 号 461 頁)」論究ジュリスト 13 号 (2015 年) 191 頁。また、江口和伸「パチンコ玉やメダルの不正取得と窃盗罪の成否について——最二小決平成 19 年 4 月 13 日刑集 61 巻 3 号 340 頁を契機として——」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』(成文堂、2014 年) 132 頁は、窃盗罪の成立要件として考慮されるべき占有者の意思は、財産の占有移転に直接関連し、さらに客観的かつ明確なものでなければならないとする。

⁽⁸⁶⁾ 菊地一樹「占有者の意思と窃盗罪の成否——条件付き合意論を手がかりに——」早稲田法学 92 巻 2 号 (2017 年) 103 頁以下は、機械のプログラムやメカニズムによって築き上げられた「物理的障壁」や社会システム的に構築される「心理的障壁」によって実効性が確保された条件のみが窃盗罪の成否において考慮されるべきであるとする。また、橋爪・前掲注(84)156 頁以下は、被害者の経済的利害を左右する条件違反と社会的に重要な目的と評価される事実についての条件違反が窃盗罪の成立を基礎づけるとし、後者の場合にはその条件に関する事実を確認するための厳格な措置が講じられているかどうか判断に影響を及ぼすとする。さらに、小林・前掲注(15)149 頁は、「欺罔があれば詐欺罪となりうる場合のうち、被害者による確認措置 (交付判断) の省略が社会通念に照らして合理的と判断されうるケースにおいてのみ、『意思に反して』と評価して窃盗罪による保護を及ぼすのが妥当であろう。」とする。このようにいわゆる「条件設定論」については、山内竜太「窃取概念における条件設定論の検討——パチスロのメダル不正取得事例にいう『通常の遊戯方法』をめぐって——」法学政治学論究 116 号 (2018 年) 139 頁以下も参照。

⁽⁸⁷⁾ 入江猛「判解 (最決平成 19 年 4 月 13 日刑集 61 巻 3 号 340 頁)」『最高裁判所判例解説刑事篇 (平成 19 年度)』(法曹会、2011 年) 142 頁注(1)、深町・前掲注(85)191 頁 (なお、明確性・客観性が認められる場合もあるとする)。また、菊地・前掲注

(86)115 頁も参照。

⁽⁸⁸⁾ 橋爪・前掲注(84)158 頁。また、厳格な確認措置がとられている場合には窃盗罪の成立の余地を認めるものとして、石井徹哉「個人的法益において侵害される利益の内実」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015 年) 242 頁、菊地・前掲注(86)115 頁など。

点についてはさらに、詐欺罪の成立を財産的損害の観点から限定すべきとする立場から、窃取性が認められる行為も財産的損害をもたらさうるものでなければならないとする見解⁽⁸⁹⁾も主張されているが、財産的損害をもたらす場合に窃盗罪の成立が認められるべきであるとしても、占有者の意思が保護される場合をそのような場合に限定すべきではないとの批判⁽⁹⁰⁾が向けられている。

ここでこうした窃取性に関する議論について詳細に検討を加えることはできないが、以上のような窃取性に関する多数説の理解は基本的に妥当なものであり、上記基準を満たす占有移転の条件には要保護性が認められ、これに違反する場合には占有移転に関する被害者の意思が可罰的な程度に侵害されていると考えられる。そして、どのような場合に財物の占有移転を認めるかも所有者に認められる財物の利用・処分の自由に含まれると考えられるのであるから、占有移転の条件は財物の利用条件としても把握可能であり、両者は事実上重なり合っているということ

ができる。このように占有移転の条件が財物の利用条件としても把握される場合には、占有移転の条件に要保護性が認められることによって同時に財物の利用条件としても要保護性が認められ、それに違反する場合には財物の利用・処分に関する被害者の意思も可罰的な程度に侵害されるとして、窃盗罪の成立を基礎づける可罰的な所有権侵害が生じているということができるようになる⁽⁹¹⁾。また、窃取性の問題としての占有移転の条件と可罰的な所有権侵害の問題としての財物の利用条件の相違やその要保護性の判断方法の相違についてはさらに検討を要するものの、その違反が財産的損害を生じさせるものか、それに違反していないかを厳格に確認する措置がとられているか、その条件に客観的合理性ないし社会的重要性が認められるか、といった観点は、財物の利用条件の要保護性を判断するにあたって重視されるべきものであると考えられる。

このような観点から特殊事例について改めて検討すると、いずれにつ

⁽⁸⁹⁾ 齊藤（彰）・前掲注(22)36頁、佐伯・前掲注(82)109頁、内田幸隆「窃盗罪における窃取行為について」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）133頁。また、松原・前掲注(3)224頁以下は、「窃取」は、財物の実力支配を保持するために占有者が講じていた物理的ないし心理的障壁を突破するような態様のもので、かつ、当該取引に内在する経済的な目的に反している場合に認められるとする。

⁽⁹⁰⁾ 深町・前掲注(85)192頁。また、橋爪・前掲注(84)155-6頁は、経済的な不利益が生じていなくとも詐欺罪の成立を認めうることを指摘したうえで、例えば、不正に取得した他人の印鑑登録カードを自動交付機に挿入して他人名義の証明書類を取得した場合には、正規の手数料を支払っているとしても窃盗罪の成立を認めるべきであるとしている。この点については、石井・前掲注(88)240頁も参照。

⁽⁹¹⁾ さらに、例えば、「交付の判断の基礎となる重要な事項」（最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁など）を偽って財物を交付させた場合、被害者による財物の自由な利用・処分が現に妨げられており、可罰的な程度に所有権が侵害されているといえることから、その意思も認められる限りで、原則として権利者排除意思も認められることになると思われる。詐欺罪についてはその手段の反社会性の高さから不法領得の意思を要求する必要はないとする見解（佐藤・前掲注(20)92頁）もみられるが、詐欺罪において実際には権利者排除意思が固有の処罰限定機能を果たしていない点については、このような観点から説明することも可能であろう。

いても財物の利用条件に要保護性が認められる場合であり、これに違反する意思をもって権利者排除意思を認めることができると考えられる。まず、景品交換事例や返品事例において行為者が違反した「通常の遊戯方法」や「代金の支払」といった被害者によって設定された占有移転の条件は、その違反が財産的損害に直結する性質のものでもあることから厳格な確認措置の対象となっている明確化・客観化された条件であり、客観的合理性や社会的重要性が認められる条件ともいえるため、これに違反する意思をもって権利者排除意思を認めることができると考えられる。また、代金支払事例において行為者が違反した「代金の先払い」という被害者によって設定された占有移転の条件についても、その違反が財産的損害に直結しないという点では異なるものの、店舗内で厳格な確認対象とされている客観化・明確化された条件であり、また、その条件に客観的合理性・社会的重要性が認められる以上、それに違反する意思をもって権利者排除意思を認めることができる。これに対して、マイクロフィルム事例においては、管理者がそもそも占有移転を許容していないことから、他の事例とは異なり窃取性は問題なく認められるとしても、マイクロフィルムそれ自体やそこに記録された情報を適切に管理するために利用者に対して管理者が設定した「持ち出してはならない」という利用条件に違反して占有を侵害したものであり、この条件も上記基準を

満たして要保護性が認められると考えられることから、同様に権利者排除意思を認めることは可能であると思われる。

さらに、こうした条件違反の観点から可罰性が認められるかが問題となる事例として、例えば、万引き対策のためにマイバックに商品を入れることを禁止しているスーパーマーケットにおいて、商品を購入する意思はあるがその禁止に違反して店内でマイバックを利用して買い物をした場合⁽⁹²⁾(以下、「マイバック事例」とする)が挙げられる。以上の分析を前提とすると、マイバックの利用が明確に禁止されている点を捉えて窃盗罪の成立を認める余地はあるものの、先述の「パチプロお断り」と掲示している場合と同様に、マイバックの利用については一般に厳格な確認措置がとられておらず、また、少なくとも現時点ではその禁止に客観的合理性・社会的重要性があるとも言い難いため、その店舗で特段の措置がとられているといった事情がない限りは、窃盗罪の成立は否定されることが考えられる。

3 条件違反の観点から基礎づけられる窃取性と権利者排除意思の関係

もっとも、条件違反の観点から窃取性も権利者排除意思も基礎づけられるとするこのような理解に対しては、代金支払事例と関連していくつかの疑問が投げかけられている。

まず、代金支払事例において「代金を先払いしなかった」という占有

⁽⁹²⁾ 樋口・前掲注(76)24頁。こうした場合については、高橋・前掲注(17)527頁注(29)も参照。

移転に関する条件違反について可罰性を判断するとしても、それを権利者排除意思の要件において判断することは必須ではなく、窃取性の要件において判断すれば足りるのではないかとの疑問⁽⁹³⁾が投げかけられている。確かに、例えば、マイバック事例において窃盗罪の成立を否定するにあたっては、窃取性の要件において「マイバックを使用した」という占有移転に関する条件違反について可罰性を判断したうえで窃取性を否定すれば足りるため、それを権利者排除意思の要件において重ねて判断することは必須ではない⁽⁹⁴⁾。また、代金支払事例においても、条件違反に対する可罰性判断自体は、窃取性の要件において行えば足り、重ねて権利者排除意思の要件において行うことは必須ではないともいえる。ただし、窃盗罪の成立を認めるためには窃取性も権利者排除意思も認められることが明らかにされなければならないのであるから、条件違反に対する可罰性の判断が窃取性の要件において行われて窃取性が認められたとしても、そこで明らかにされた可罰的な条件違反をする意思をもって権利者排除意思も認められることはそれとは別に示されなければならないであろう⁽⁹⁵⁾。

次に、代金支払事例において占有移転の条件違反によって生じる「商品の適正な管理」という利益の侵害は、占有移転の時点で侵害されるものであるため⁽⁹⁶⁾、窃取性を基礎づける事情にほかならないのではないかとの疑問⁽⁹⁷⁾が投げかけられている。この疑問は、権利者排除意思の有無は占有移転後の行為者の利用予定を考慮して判断されるべきものであるから、窃取性を基礎づける占有移転時の事情は権利者排除意思の判断において考慮することはできないとする理解を前提とするものであると思われる。確かに、占有移転の条件に違反する意思をもって権利者排除意思が基礎づけられると考える場合、占有移転の条件に違反すること自体が可罰的な所有権侵害を基礎づけ、また、その意思があれば権利者排除意思が認められることになるため、その判断において占有移転後の行為者の利用予定を考慮する必要はない。しかし、権利者排除意思の有無は可罰的な所有権侵害の観点から判断されるべきものであって、常に占有移転後の事情に基づいて判断されなければならないものではなく、占有移転時に存在する事情によって権利者排除意思が認められる場合があることは理論的に排除されない。これま

⁽⁹³⁾ 樋口・前掲注(76)24頁。

⁽⁹⁴⁾ 例えば、三浦・前掲注(80)159頁注(27)は、平成21年最高裁決定における被告人が「通常の遊戯方法」により取得したメダルについては上告趣意において不法領得の意思がないことも主張されていたことに関して、「そもそも占有者の意思に反するといえないところで犯罪が成立しないといえることから、本決定も、不法領得の意思の点には触れていないものと思われる。」としている。

⁽⁹⁵⁾ 代金支払事例においては、窃取性が争われなかったために、権利者排除意思の要件において占有移転の条件違反に対する可罰性判断が行われたと解することができる。

⁽⁹⁶⁾ 高橋直哉「判批（名古屋高判令和3年12月14日高刑速（令3）501頁）」法学教室505号（2022年）140頁は、代金支払事例について、「占有侵害自体が財物の利用可能性を直ちに侵害する行為となっている点に特徴がある。」とする。

⁽⁹⁷⁾ 大塚・前掲注(70)174頁。

で権利者排除意思が占有移転後の事情に基づいて判断されるべきだと考えられてきたのは、占有移転後の事情を考慮して可罰的な所有権侵害の有無を判断するほかなかった典型事例およびそこで形成された判断枠組みをもとに議論が展開されてきたからにすぎない。

さらに、占有移転の条件に違反する意思があれば権利者排除意思が認められるとすることは、窃盗の故意と権利者排除意思を混同しているのではないかとの疑問⁽⁹⁸⁾も投げかけられている。しかし、占有移転の条件に違反することの認識という同一の事実に基づいて窃盗の故意と権利者排除意思が認められるとしても、それは必ずしも両者を混同することを意味しない。確かに、事実的に重なり合う部分があることは否定できないかもしれないが、窃盗の故意として問題となるのは条件に違反した占有移転の認識であるのに対して、権利者排除意思として問題となるのは条件に違反して所有権を侵害する意思であって、両者はなお区別可能なものであり、また、区別されるべきものであると思われる⁽⁹⁹⁾。この点に関して、代金支払事例においては、控訴審判決が、「不法領得の意思は、窃盗罪の故意を超えた主観的要素であるにもかかわらず、原判決は、被害者が予定していた販売方法や、被

害者が商品を精算前に食べることを予定も許容もしていなかったという事情を根拠として、被告人が『本来であれば、被害者が売却をしなかったであろう商品を、代金を支払うことなく食べた』として、不法領得の意思を認めているが、このような説示は、被害者の意思に反した占有侵害であることを認識していたから不法領得の意思があると判断したとの誤解を招きかねないものであり、いささか措辞不適切であるといわざるを得ない。」と原判決を批判しているが⁽¹⁰⁰⁾、占有移転の条件に違反する意思から権利者排除意思が認められる事案であることを踏まえると、原判決の説示に特に問題はなかったように思われる。

VI 排他性侵害による「利用」の妨害

ここまで、被害者による財物の自由な利用・処分が可罰的な程度に妨げられる場合というのは、財物の事実的利用可能性に対する危険がある場合だけでなく、被害者が実現しようとした方法での財物の利用・処分が妨げられる場合も含まれると考えられることから、それに当たる場合として、財物の利用・処分方法に関して被害者の設定した条件に違反す

⁽⁹⁸⁾ 大塚・前掲注(70)174頁。また、小棚木・前掲注(69)646頁注(23)は、代金支払事例においては占有移転と財物の利用可能性侵害が同時に発生したという理解がとられているとしたうえで、「故意が占有移転の認識であり、不法領得の意思が行為後の利用方法に関する意思であって異なる主観的要素である以上、故意の問題である占有移転時期と不法領得の意思の問題である利用可能性侵害時期は厳格に区別されるべきであったように思われる。」とする。

⁽⁹⁹⁾ この点については、松宮・前掲注(72)882頁、高橋・前掲注(17)526頁を参照。また、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、2017年）222頁以下も参照。

⁽¹⁰⁰⁾ 高橋・前掲注(96)140頁も、「被害者の意思に反する占有移転の認識（すなわち窃盗罪の故意）との異同がやや不分明である。」とする。

る場合について検討を行ってきたが、最後に、このいずれの観点からも権利者排除意思を認めることが困難な裁判例を取り扱いたい。それは、窃盗目的でアパートの居室前廊下まで足を踏み入れるとともに、玄関先にあった鍵を窃取した事案について窃盗罪の成立を認めた東京高判昭和38年4月9日東高刑時報14巻4号64頁である。

本判決は、住居侵入罪の成立を認めたうえで、「アパートの居住者が留守中その居室の扉に施錠するのは、いうまでもなく他人が無断で自己の居室内に立ち入りみだりに住居の安全を侵されることを防止するためであるから、鍵の権利者は他人に対し鍵の無断使用を許さないのが通例である。従つて、いやしくも窃盗の目的をもつてアパート内に侵入し止宿人の居室の扉を開けるため、無断でその鍵を手に入れた以上鍵の権利者を排除して恰も権利者の如くその鍵を利用する意思を発現したものというべく、たとえその鍵の使用が一時的であり、また使用後直ちに返還する意思があつたとしても所論領得の意思がないとはいえない。」と判示した。本件については、被害者の独占的利用を害しうる複製目的があるわけではなく、使用後直ちに返還する意思であることから鍵の事実的利用可能性を侵害する危険が認められず、

また、条件を設定して他人に利用させることが想定されている場合でもないため、これまで分析してきた観点からは権利者排除意思を認めることができない。そのため、このような場合には窃盗罪の成立を否定する⁽¹⁰¹⁾ことも考えられるが、そのような帰結は妥当とは思われない。そこで検討すると、鍵は、他人に使われないことそれ自体に要保護性の認められる極めて排他性の強い財物であり、それが鍵の財物性を基礎づけているといえることから、そうした鍵の特徴を踏まえて、例外的に、他人に無断で利用されないことそれ自体が被害者による鍵の「利用」方法に含まれると考え、これを無断で使用する意思で占有を侵害する場合には被害者による鍵の「利用」を可罰的な程度に妨げる危険があるものとして権利者排除意思を認めて窃盗罪の成立を肯定することも不可能ではないように思われる。このような考え方によれば、例えば、同様の排他性が認められると考えられる機密資料についても、複写目的から基礎づけられる価値の毀損が生ずる恐れがないとしても、これを利用する意思で占有を侵害した場合には窃盗罪の成立を認めることができるのではないかと思われる⁽¹⁰²⁾。

⁽¹⁰¹⁾ 例えば、宮川・前掲注(15)47頁、野村・前掲注(15)84頁参照。

⁽¹⁰²⁾ 佐伯・前掲注(5)80頁は、「その物の経済的価値を減少させていなくとも、その物を排他的に利用することによって権利者が得ている利益を侵害する場合には排除意思を肯定できる。例えば、他人の日記を持ち去って中身を読んで返却する場合は排除意思を肯定できる。同様に、機密資料をコピーして返却する場合にも、排除意思を肯定できると思われる。……ここで問題となっているのは情報を利用されることによる経済的損害ではなく（日記のような場合にはそもそもそのような損害は問題とならない）、物を（そこに化体された情報を含めて）排他的に利用する利益の侵害であるから、排除意思を否定する理由はないと思われる。」として、これを利益侵害の観点から説明する。

VII おわりに

以上、近時の裁判例や学説も検討対象としながら、特にこれまで権利者排除意思を認めることが困難であるとの指摘がなされてきた裁判例の理論的基礎づけを目的として、窃盗罪における権利者排除意思の問題について検討を加えてきたが、本稿の内容は概ね以下のようにまとめることができる。

まず、従来の議論によって明らかにされてきたように、確実な返還意思の有無、財物またはその価値を毀損する意思の有無、行為者が無断使用を予定している時期やその時間の長さを基本的な判断要素として、被害者が利用しようと思った際にその財物を元の状態・価値のまま利用できるか否かという意味での「事実的利用可能性」に対する可罰的な程度の危険が認められる場合には、権利者排除意思が認められる。したがって、このような観点から権利者排除意思が認められない場合というのは、被害者による利用が予想されない間にその状態や価値を毀損することなく短時間のうちに確実に返還する意思で財物を窃取した場合に限られることになる。

次に、事実的利用可能性を侵害する可罰的な程度の危険が認められない場合であっても、被害者が他者との関係において設定している占有移転の条件などの財物の利用条件のうち、要保護性の認められる条件に違反して占有を侵害し、被害者が実現しようとした方法での財物の利用を妨げる意思が認められる場合には、被害者による財物の自由な利用・処分を妨げて可罰的な程度に所有権を

侵害する意思があるものとして、権利者排除意思を認めることができる。事実的利用可能性を侵害する可罰的な程度の危険があるとはいえないにもかかわらず権利者排除意思が認められた裁判例の多くは、このような観点から説明することが可能である。また、財物の利用条件の要保護性については、その違反が財産的損害を生じさせるものか、それに違反していないかを厳格に確認する措置がとられているか、その条件に客観的合理性ないし社会的重要性が認められるか、といった観点から判断されると考えられる。

さらに、財物の利用条件が設定されていない場合であっても、鍵や機密資料のように、他人に使われないことそれ自体に要保護性の認められる極めて排他性の強い財物については、その特徴を踏まえて、例外的にはあるが、他人に無断で利用されないことそれ自体が被害者による鍵の「利用」方法に含まれると考え、これを無断で使用する意思で占有を侵害する場合には被害者による鍵の「利用」を可罰的な程度に妨げる危険があるものとして権利者排除意思を認める余地があると考えられる。

そして、本稿の立場からは、このいずれにも該当しない場合に権利者排除意思の観点から窃盗罪の成立が否定されることになる。

本稿は、窃盗罪における権利者排除意思の問題に焦点を当てて検討を行ったため、横領罪などの他の財産犯における権利者排除意思の問題

(103)やそれと本稿の理解が整合するかなどについては別途検討を行う必要があるが、これらの検討については他日を期したい。

〔付記〕本稿は、2024年6月2日に開催された日本刑法学会第102回大会（龍谷大学）のワークショップ「不法領得の意思の再検討」内で筆者が報告した「窃盗罪における権利者排除意思とその内実」の内容についてさらに分析・検討を行い、理論化・精緻化を試みたものである。

(103) 不十分ながらも、筆者が占有離脱物横領罪における不法領得の意思について検討を加えたものとして、松本圭史「占有離脱物横領罪と不法領得の意思」刑事法ジャーナル 76号（2023年）19頁以下。

法教育の実相

——法教育の原理性と法的思考・リーガルマインド(1)

弁護士・東北大学大学院法学研究科博士課程修了生 煙山 正大

一 はじめに

- 1 問題意識
- 2 課題設定と検討の進め方

二 法教育モデルの展開

- 1 序——分析の観点
- 2 法教育の萌芽
- 3 円柱モデルの設定
- 4 司法制度改革の流れ
- 5 法教育モデルの提示
- 6 法教育モデルの評価
- 7 まとめ——法教育モデルたる原理性重視主義の確立（以上，本号）

三 法教育教材の実際

四 法教育のアイデンティティ

五 法教育と法的思考・リーガルマインド

六 むすび

一 はじめに⁽¹⁾

1 問題意識

(1) 法教育の不調

法教育とは、「法律専門家ではない一般の人々が、法や司法制度、これらの基礎になっている価値を理解し、法的なものの考え方を身に付けるための教育」であると言われる⁽²⁾。

法教育は、今日、懐疑的な見方も存在し得るものの⁽⁴⁾、小学校、中学校及び高等学校の学習指導要領にその内容が取り入れられていると認識されている⁽⁵⁾。例えば、中学校については、平成 29 年告示中学校学習指導要領（社会科公民的分野）において、「(2) 現代社会を捉える枠組み」として「対立と合意、効率と公正などに着目して、課題を追究したり解決したりする活動を通して、次の事

項を身に付けることができるよう指導する」とされており、具体的には、「ア 次のような知識を身に付けること」として、「(ア)現代社会の見方・考え方の基礎となる枠組みとして、対立と合意、効率と公正などについて理解すること、(イ)人間は本来社会的存在であることを基に、個人の尊厳と両性の本質的平等、契約の重要性やそれを守ることの意義及び個人の責任について理解すること」、次に、「イ 次のような思考力、判断力、表現力等を身に付けること」として、「(ア)社会生活における物事の決定の仕方、契約を通じた個人と社会との関係、きまりの役割について多面的・多角的に考察し、表現すること」がうたわれている。また、高等学校については、平成 30 年告示高等学校学習指導要領（公民科「公共」⁽⁶⁾）「B 自立した主体としてよりよい

(1) 本稿は、筆者の博士学位論文「法教育の実相——法教育の「原理性」と「法的思考・リーガルマインド」——」（東北大学，2024）を、東北大学民法研究会及び博士論文審査でいただいたご指摘等を踏まえて加筆、修正及び文献の補充を行ったものである。

(2) 法教育の対象者は児童・生徒に限られないが、本稿では、他の大多数の論者と同じように（例えば、関弁連「これからの法教育～教育現場、研究者と法律実務家との連携」2010 年 9 月 25 日（<https://www.kanto-ba.org/declaration/detail/h22k.html>，最終閲覧 2025 年 3 月 12 日）は、提案理由第 1 項(イ)において、とりわけ日本の未来を担う子ども（小学生段階から高等学校段階）に対して法教育を実施することが重要であると述べる），児童・生徒を対象とした法教育を論じることとする。なお、大村敦志『法教育への招待——法学から見た法教育』3 頁（商事法務，2015）は、法教育を広義・狭義・最狭義の 3 つに分類するが、本稿が検討の対象とする法教育は、市民の育成を目的として小中高等学校で行われる「最狭義の法教育」ということになる。

(3) 法務省「法教育リーフレット 生きるチカラ！法教育」2019 年 12 月（<https://www.moj.go.jp/content/001311522.pdf>，最終閲覧 2025 年 3 月 12 日）1 頁が示す法教育の定義である。

(4) 過去の学習指導要領についてであるが、臼井忠雄「教育現場での法教育の取組 ① 初等教育における法教育の実情」ひろば 61 巻 5 号 35 頁（2008）。

(5) 例えば、江口勇治「法教育の現状と課題——法教育に対する学問的検討への期待」法時 92 巻 1 号 5-6 頁（2020），法務省「学校現場における法教育の実践状況に関する調査研究について」（https://www.moj.go.jp/housei/shihouseido/gakkou_tyousa.html，最終閲覧 2025 年 3 月 12 日）。

(6) 「公共」は「現代社会」の後を継いで 2022 年度から実施されている高等学校公民の新必修科目であるが、公共と法教育の親和性の高さが指摘されている。坂本一也＝上野友也「教科「公共」における法教育について——高等学校学習指導要領の分析から」岐阜大学教育学部研究報告 71 巻 2 号 40 頁（2023），橋本康弘「「公共」と法教育」自由と正義 68 巻 12 号 34 頁（2017）（橋本の見解を肯定的に引用する論考として、君塚正臣「高等学校新科目「公共」と法教育に関する覚書——入試科目としての対応を含めて——」横浜国際社会科学 24 巻 1 号 10 頁（2019））。

社会の形成に参画する私たち」の項において、「ア 次のような知識及び技能を身に付けること」として、「(ア)法や規範の意義及び役割，多様な契約及び消費者の権利と責任，司法参加の意義などに関わる現実社会の事柄や課題を基に，憲法の下，適正な手続きに則り，法や規範に基づいて各人の意見や利害を公平・公正に調整し，個人や社会の紛争を調停，解決することなどを通して，権利や自由が保障，実現され，社会の秩序が形成，維持されていくことについて理解すること」がうたわれている⁽⁷⁾。

学習指導要領は，文部科学省が定める教育課程（カリキュラム）の基準であり，いわば学校教育の「あるべき姿」を示すものであるから，「法教育は，学校教育において行われるべきである」という理想が掲げられていると理解できる。

しかし，実際に学校教育において法教育が普及し，定着しているかと

いうと，そこには疑問がある。

例えば，法務省（法教育推進協議会）が作成した法教育教材を用いた教育活動が行われたか否かに着目すると，中学校における実践状況に関する法務省委託調査によれば，令和3年度に法務省（法教育推進協議会）作成の法教育教材を使用したことがある中学校は8.5%，同教材を知っているが利用しなかった中学校は44.9%，同教材を知らない中学校は46.5%である⁽⁸⁾。

また，高等学校等（普通科）における法教育の実践状況に関する法務省調査によれば，令和4年度に法務省（法教育推進協議会）作成の法教育教材を使用したことがある高校は29.6%，同教材を知っているが利用しなかった高校は54.2%，同教材を知らない高校は16.2%である⁽⁹⁾。

もっとも，法教育として法務省の作成した法教育教材以外の教材を使用している可能性は否定できないものの，学校教育においては，現実と

(7) 過去又は現在の学習指導要領の記載内容のうち法教育に関わる部分を整理する論考として，田中秀和「新学習指導要領における法教育の位置づけ」ひろば 61 巻 5 号 13 頁以下（2008），橋本康弘「「法教育」実践のための覚書——小・中学校新学習指導要領を読み解く」自由と正義 59 巻 10 号 31 頁以下（2008），菊地史晃「小・中・高等学校における法教育の位置づけについて」ひろば 63 巻 6 号 18 頁以下（2010），窪直樹「小学校第 6 学年社会科で行う法教育——国民の司法参加を取り上げた実践」法と教育 1 号 31 頁（2011）（ただし，複数の教科の学習指導要領に法教育に関連する記述が点在することを紹介した上で，「どの教科の」「どの内容で行う」という明確な位置づけがなされていない場合，往々にして授業として行われなかったことになる」と指摘する），大杉昭英「法教育の導入によって学校教育はどう変わったか——新学習指導要領と法教育」自由と正義 65 巻 10 号 47-48 頁（2014），檜原毅ほか編『公民教育の実践と理論』158 頁以下（清水書院，2022），村松剛「法教育とキャリア教育」進路指導 96 巻 1 号 7 頁以下（2023）など。

(8) 株式会社浜銀総合研究所「法務省委託調査 中学校における法教育の実践状況に関する調査研究報告書」2022 年 3 月（<https://www.moj.go.jp/content/001395504.pdf>，最終閲覧 2025 年 3 月 12 日）30 頁。

(9) 株式会社リベルタス・コンサルティング「法務省委託調査 高等学校における法教育の実践状況に関する調査報告書」2023 年 5 月（<https://www.moj.go.jp/content/001395507.pdf>，最終閲覧 2025 年 3 月 12 日）32 頁。ただし，実施された具体的な内容の大多数が「ルールづくり」や「個人の自由の尊重と調整」ではなく「成年年齢の引下げ」又は「私法（契約）と消費者保護」であることからすると（同 35 頁），2022 年 4 月に行われた成年年齢引下げの関係で認識された実際上の必要性が実施動機になっているのではないかと推察される。

して、法務省（法教育推進協議会）作成の法教育教材はあまり使用されておらず、少なくとも同省が想定する「典型的」な法教育活動は行われていないということになる。

つまり、法教育活動は、いまのところ不調なのではないかと考えられるのである⁽¹⁰⁾。

(2) 法教育の不明確性

そこで、前記高等学校における法教育の実施状況に係る調査の7年前に行われた同様の調査の結果に目を転じると、法務省作成の法教育教材はあまり使用されていないものの、例えば、法教育として、体育においてルールやマナー、フェアプレイの大切さを扱ったことや、SNSに関する情報について、使い方やマナー、モラル、利用時の注意点等を扱ったことも法教育に関する取組みの一つとして紹介されていることに気付く⁽¹¹⁾。

つまり、これらの活動においては、「法」を扱っていない（ように見える）にもかかわらず、「法教育」として認識されているのである。

また、日本弁護士連合会（日弁連）

内に設置されている市民のための法教育委員会は、2022年の成人年齢引下げに対応するため、新成人のための法教育教材を作成している。その教材の一つに、新成人が一人暮らしのためのアパートを借りるにあたり、どのようにして借りる部屋を選ぶべきかを題材とするものがある。この教材は、主人公について、「防犯には気を付けたい」「出来れば、2階以上の部屋がいい」「週に3日くらいは自炊したい」などの設定が与えられており、選択対象の各部屋には、所在地、家賃、間取りなどの設定が与えられている。そして、主人公の設定を踏まえて、どの部屋を選ぶべきかを考えよう、というのである⁽¹²⁾。

そして、授業案（授業者用資料）によると、講師は、授業の冒頭で、18歳成年により、18歳になると一人で契約を締結できるようになるが、契約を締結する前提として、契約の相手方や目的物を「選ぶ」ことが必要になること、その「選ぶ」という行為は、「目的」達成のために必要な「条件」を考え、その「条件」がより備わっているものを選ぶということであることを生徒に説明するこ

(10) 渡邊弘「「法教育ブーム」は終焉を迎えたか？」法の科学 47号 149頁（2016）は、現状は法教育ブームが去りつつあるように見えると指摘する。なお、「法教育ブーム」という表現は、世取山洋介「教育法」法時 81巻 13号 41頁（2009）に見られるが、当該論考の中には特にその認識に至った根拠は示されていない。

(11) 法務省「「専門学科及び総合学科高等学校における法教育の実践状況に関する調査研究」報告書」2016年3月（<https://www.moj.go.jp/content/001395506.pdf>, 最終閲覧 2025年3月12日）は、例えば、「学校が取り組んでいる法教育」の取組例として、携帯電話の使い方についての指導（同 22-23 頁）、情報における法教育として SNS に関する情報（使い方やマナー、モラル、利用時の注意点等）（同 44 頁）、保健体育科（体育）での法教育に関する学習指導内容（ルールやマナーを大切にしようとする、フェアなプレイを大切にしようとする、スポーツのルールは用具や用品、施設などの改良によって変わり続けていること）が学習指導要領に記載されている（同参考-8 頁）とする。

(12) 日弁連市民のための法教育委員会「成年年齢引下げに関する法教育教材」（https://www.nichibenren.or.jp/activity/human/education/seinen_nenrei_hikisage.html, 最終閲覧 2025年3月12日）。このWEBページ内の「契約を結ぶ前に考えてみよう——住む部屋を選んでみよう」という項目の下に、授業案、主人公と候補物件の設定等のダウンロードリンクが掲載されている。

ととされている。生徒は、グループ内で、契約の当事者の設定から、契約締結の目的、その目的のために備わっていて欲しい条件を考え、グループで考えた条件について優先順位を付ける（課題 1）。そして、グループ内で、候補物件 3 つから課題 1 で考えた「目的」と「条件」によりマッチする物件を考え（選び）、その理由を記載する（課題 2）、というのである（この後、グループ毎の発表と今回の授業で学んだことのまとめ（課題 3）に続く）。

この教材は、確かに「賃貸借契約」という法的な事項と関連はしている。しかし、授業の内容は、「どの部屋がいいかを選ぶ」というものである。

この教材は、どのような意味において法教育たりえているのであろうか。これが法教育として認識されているのだとしたら（そのように認識されているからこそ、法教育教材として作成され、法教育教材として公表されているのだろう）、それはなぜなのだろうか。

法教育が不調である原因について、確かに、学校現場の環境的な問題⁽¹³⁾やその他法教育の領域外の問題⁽¹⁴⁾も決して無視できない。しかし、「法教育はそれほど普及していないとも、そのブームは去ったともいわれる」という（2016 年当時の）現状認識を示す見解⁽¹⁵⁾に対し、その一因は、法教育が何を目指し、どのよう

な基準のもとでどのような内容をどのような方法で取り扱おうとしているかが、必ずしも説得力のある形で示されていないことにあるように思われるという指摘がなされていることを踏まえると⁽¹⁶⁾、理論的には、前述のような法教育の在り方が「正しい」ものといえるかどうかの問題となると考えられる。

2 課題設定と検討の進め方

以上を踏まえ、本稿が設定する（最終的・究極的な）課題は、「法教育とは何か」そして「法教育はどうあるべきか」である。

しかし、これらの問いは抽象的・根源的にすぎて、真正面から検討するのは極めて困難である。そこで、本稿においては、第一に、「どのような教育が「法教育」として認識されているのか」、第二に、法教育が「法」に関する教育であることから、「そこで認識されている「法教育」には、法学的な観点から問題はないのか」を分析することとし、前記の問いを検討するための示唆を得ることを目的としたい。

そのため、本稿は、まず、日本で法教育が発展した経緯において、法教育がどのような教育としてイメージされ、どのような法教育モデルが展開していったのかを検討する(二)。次に、そこでの検討の結果を踏まえて、現実に行われている法教育の実

⁽¹³⁾ 法教育がほとんど実施されていない原因として、十分な時間を取る余裕がないことや法律専門家などの外部人材との連携の難しさを挙げる論考として、坂本ほか・前掲注(6)43 頁。

⁽¹⁴⁾ 法教育がほとんど実施されていない原因として、18 歳選挙権の成立とそれに起因する主権者教育ブーム、道徳の教科化、高校への公共導入を挙げる論考として、渡邊・前掲注(10)148 頁。

⁽¹⁵⁾ 前掲注(10)参照。

⁽¹⁶⁾ 宿谷晃弘「法教育の体系的構想に関する予備的考察：我が国の従来の議論の振り返りと近時の議論からの示唆」学校教育学研究論集 41 号 99 頁（2020）。

態を探るため、一般に刊行されている法教育教材を分析し（三）、また、法教育が他の教育分野との関係でどのような特質を有するものと認識されているのかを整理する（四）。

以上により、前記第一の「どのような教育が「法教育」として認識されているのか」（法教育モデル）を明らかにする。

そして、このようにして明らかとなった法教育モデルが、法学的に正当なものといえるのかを、法教育に関する論考で生徒が身につけるべき能力・考え方として挙げられることの多い「法的思考・リーガルマインド」という観点から検討する（五）。

これにより、前記第二の「そこで認識されている「法教育」には、法

学的な観点から問題はないのか」を明らかにする。

最後に、以上の検討結果を総括し、本稿で明らかにした当該問題を克服し得る法教育の在り方の一案を提示することとしたい（六）。

二 法教育モデルの展開

1 序——分析の観点

日本における法教育の定義⁽¹⁷⁾及びイメージ（法教育モデル）を確立したのは、法務省設置の法教育研究会が2004年に発表した報告書（以下「研究会報告書」という）⁽¹⁸⁾であったと考えられる⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾。

そこで、本章では、研究会報告書を一つの基準に据えて、日本におい

⁽¹⁷⁾ 法務省「法教育」（<https://www.moj.go.jp/housei/shihouhousei/index2.html>，最終閲覧2025年3月12日）には「法教育とは、法律専門家ではない一般の人々が、法や司法制度、これらの基礎になっている価値を理解し、法的なものの考え方を身に付けるための教育です」と記載されている。この定義は、研究会報告書（法教育研究会・後掲注（18）2頁）が提示した法教育の定義と同一である。

⁽¹⁸⁾ 法教育研究会「法教育研究会「報告書」我が国における法教育の普及・発展を目指して——新たな時代の自由かつ公正な社会の担い手をはぐくむために——」2004年11月4日（<https://www.moj.go.jp/content/000004217.pdf>，最終閲覧2025年3月12日）。この報告書は後に書籍化されている。法教育研究会『はじめての法教育——我が国における法教育の普及・発展を目指して——』（ぎょうせい，2005）。本稿において研究会報告書の内容に言及する際には、前者（報告書）の方を引用する。また、後者（『はじめての法教育』）に言及している論考については、本稿では、簡単のため前者に言及したものとして記述する。

⁽¹⁹⁾ 後述のとおり（二6（1）），研究会報告書が示した法教育の定義は多くの論者に受け入れられており、いわば所与のものとして認識されている。また、研究会報告書が提示した法教育モデルはその後の法教育を方向づけたといえる。

⁽²⁰⁾ 学校教育に対する影響という意味でも研究会報告書の存在は無視できない。同報告書が学習指導要領に影響を与えたことを指摘する論考として、土井真一「法教育の基本理念——自由で公正な社会の担い手の育成」大村敦志＝土井真一編著『法教育のめざすもの——その実践に向けて——』11頁（商事法務，2002），斎藤一久「法教育における憲法教育と憲法学——憲法学は非常識か？」法セミ55巻2号31頁（2010），渡邊弘「高大接続システム改革・次期学習指導要領と法教育」法の科学50号103頁（2019）。なお、研究会報告書が公表される前から法に関する事項は学習指導要領に含まれていたが（詳細につき、全国法教育ネットワーク「新学習指導要領に示された「法教育」」全国法教育ネットワーク編『法教育の可能性——学校教育における理論と実践』202-205頁（現代人文社，2001），坂下裕一「小・中・高等学校における法教育の位置づけ」ジュリ1266号57頁以下（2004）など），そこで行われていた「法に関する教育」については不十分なものであったとの指摘がなされている。橋本康弘「民主主義社会における市民育成としての法教育——日本の法教育の改善のために」自由と正義52巻2号42頁（2001），矢吹香月「「法教育」の意義と課題——司法制度改革における「法教育」と道徳教育・公民教育との比較——」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要22号74頁（2006）。

て法教育がどのような問題意識から、どのような教育としてイメージされて展開したのかを見ていく。

北川善英によれば、研究会報告書が公表されるに至る法教育の歴史的背景として、その目的・内容を異にする「三つの潮流」を区別することができ、その3つは、第一に、「社会科教育の研究と実践」(教育関係者)、第二に、「法律家団体」(法律関係者)、第三に、「司法制度改革審議会意見書」である⁽²¹⁾。

さらに、このような区別は、おおまかには、時期的な区分にも対応している。

以上から、本稿においてもこの区分を一つの参考として⁽²²⁾、第一に、教育関係者において法教育の有用性が提供された「法教育の萌芽」というべき時期の諸見解を通覧し(1961年から1993年まで。二二)、法教育モデルの分析観点として「円柱モデル」を設定する(二三)。第二に、法律関係者を中心とする「司法制度改革の流れ」の中で法教育の必要性が認識され、司法制度改革審議会意見書が公表されるに至った時期(1993年から2001年まで。二四)、そして、第三に、同意見書の公表後、教育関

係者と法律関係者とで協働して法教育に関する書籍が出版され、教育関係者、法律関係者及び国(法務省や文部科学省)の関与のもとで研究会報告書が発表されたことにより「法教育モデルの提示」が行われた時期(2001年から2004年。ただし、法教育研究会の後継団体である法教育推進協議会の活動を含めて2007年までとする。二五)に分けて⁽²³⁾、それぞれの主体がどのような法教育をイメージし、そこにはどのような傾向(特色)が見られるのかを円柱モデルを用いて分析する。

さらに、2004年以降、研究会報告書が提示した法教育モデルがいかなる観点から評価(批判)されたのかを整理し(二六)、法教育界において研究会報告書が提示した法教育モデルが受け入れられたといえるか否かを検討する(二七)。

2 法教育の萌芽

(1) 高山次嘉の見解(1961年)

日本においておそらく初めて「法教育」という語を用いて論考を発表したのは、高山次嘉であった⁽²⁴⁾。

まず、高山は、法教育が必要とされる背景を次のように説く⁽²⁵⁾。すな

(21) 北川善英「法教育」の現状と法律学」立命館法学 321=322号 68-71頁(2009)。

(22) 北川・前掲注(21)68-71頁は、「第1の潮流」を1990年代前半から社会科教育研究者と初等中等教育教員によって研究・実践されてきた法教育、「第2の潮流」を1990年代前半から法律家団体によって提起・推進されてきた司法教育、「第3の潮流」を司法制度改革の一環として提起された司法教育とするが、本稿では、論者(主体)の属性に着目して分類することにより、おおまかに時期的な重なりが生じないように(直列的に)整理した。

(23) 渡邊弘「法教育論の現状と課題」法の科学 40号 147頁(2009)は、北川が指摘する「三つの潮流」(前掲注(22)参照)が存在することを前提に、法教育研究会は人的には三つの潮流の合流であったということができるとする。

(24) CiNii Researchで検索する限り、高山の論考(後掲注(25))が公表される前、「憲法教育」等という語を題名に含む論文や著書は複数見当たるが、「法教育」という語を題名に含む論文や著書は不見当である。「法教育」という呼称を与えられる前の法に関連する教育を含め、戦前からの歴史を整理した論考として、大村・前掲注(2)99頁以下。

(25) 高山次嘉「高校生の法及び権利意識——法教育研究序説——」教育学研究 28巻 4号 19頁(1961)。

わち、法は政治権力や刑罰を伴う点で道徳・習俗とは区別されるものの、法秩序は第一次的には市民の遵法精神によって保たれており、特に近代法は、その観念性ゆえに、法の実効性の保障が市民の側の自主的な遵法精神に委ねられている。そして、憲法をはじめとする近代的民主的法制を市民の生活の現実にもまで高めていくためには、これら近代法が前提とする近代的法意識・近代的法感覚を育てることが必要・不可欠の要件であり、つまり、近代法秩序の確立と維持のために最も必要とされることは、近代法の体系が前提している遵法精神、近代法の原理に対応する近代的法意識を育成することである。したがって、高校教育における「近代的法意識を育てる法教育」が必要となる。

このように、高山は、法教育の意義を近代的法意識の育成に求めるが、ここでいう「近代的法意識」とは何を意味するか。高山は、近代的法意識を形成する法教育計画を構想するためには、まず、高校生の法及び権利の意識の実態を把握し、その近代化を阻む要因をつきとめることが必要であるとして⁽²⁶⁾、高校生に対して行ったアンケートの結果の紹介とその分析を行う⁽²⁷⁾。そのアンケートの内容及びアンケートの結果に関するコメントから窺い知れる高山の考える「近代的法意識」の内容は次のとおりである。

すなわち、第一に、法規範の拘束は、“主体性”や“自由”の意識や自由意思と矛盾、背反するものではなく、むしろその実現であると観念すること⁽²⁸⁾、法を権利・自由の保障のため、正義のための規範として意識し、その上で、権力規範として意識するのではなく、*Recht, droit*（権利）という系列の法の観念を持つこと⁽²⁹⁾、第二に、“個”の意識、“主体性”の意識を確立し、固有の支配領域としての権利の意識や、人格の延長、外圍としての所有権の意識を高く持つこと⁽³⁰⁾、第三に、権利は人格そのものの客観化であり、権利の侵害は人格へ加えられた攻撃であるから、権利侵害に対して権利を主張すること⁽³¹⁾、第四に、公権力に対して法に服すべき事を要求すること⁽³²⁾である。

以上から窺われる高山の法教育のイメージは、法教育は、日本国憲法をはじめとする近代的法意識を育てる内容を備えるものということである。

その具体的な内容は、第一に、前記第一に対応して、法は人々の権利や自由を実現するために存在するものであることを認識すること、つまり、法規範の存在意義である。

そして、第二に、前記第二ないし第四に対応して、その法規範が人々に与える権利・自由を具体的に認識すること、つまり、近代法制が認める権利や自由の内容に関する事項とまとめることができる。すなわち、

⁽²⁶⁾ 高山・前掲注(25)19頁。

⁽²⁷⁾ 高山・前掲注(25)20頁以下。

⁽²⁸⁾ 高山・前掲注(25)20頁。

⁽²⁹⁾ 高山・前掲注(25)21頁。

⁽³⁰⁾ 高山・前掲注(25)24頁。

⁽³¹⁾ 高山・前掲注(25)24頁。

⁽³²⁾ 高山・前掲注(25)27頁。

高山のいう「個の意識」や「所有権の意識」(前記第二)は、日本国憲法13条が規定する「個人の尊重」、同29条1項が規定する「財産権の保護」を根底とするものであり、まさに憲法が保護する権利・自由の中核をなすものである。そして、そのような権利・自由が認識されるからこそ、その侵害に対して毅然と対応するという発想が生じるのであって(前記第三)、公権力に対して法に服すべきことを要求するというのも(前記第四)、個人が有する権利や自由に対する不当な侵害に対抗するべきということを趣旨とするものであり、近代法制が認める権利や自由を認識すべきことから生じる発想だといえるからである。

(2) 安藤輝次の見解(1978年)

日本における法教育研究は、基本的にアメリカの法教育を参照するものが多いが、その嚆矢は安藤輝次である。安藤は、高山の論考公表後、「法教育」という語を用いて初めてアメリカにおける法教育に関する議論を紹介した人物である⁽³³⁾。

まず、安藤は、アメリカにおいて社会状況の混乱を背景として法教育が誕生し、発展した経緯(「時代的要請」)を、次のように説明する⁽³⁴⁾。すなわち、1960年代後半以降、アメリカは、ベトナム問題、人口問題、環境問題等々の社会問題に苦悩し、緊

急の対処を迫られたものの、多くの問題は1970年代に入っても未解決のまま残されていた。しかし、その問題の解決に対して、建設的で合理的な議論や当事者間の意思疎通は欠落しており、問題への関心はシャープであっても、ともすれば、過度の感情主義、無関心な態度、狭量な行動という傾向が多くみられ、各地でデモ・暴動などが起こり、「法と秩序の危機」が叫ばれるようになった。他方、憲法によって各個人に保障された基本的権利は公民科で教えられてきたはずであるにもかかわらず、従前の憲法学習が採るアプローチは、アメリカ社会では万人が実際に平等であるという神話をそのまま楽天的に受け入れるものであり、現実の経済的、文化的、人種的不平等を無視するものであった。そこで、法教育の支持者は、「理想」と「現実」の不一致を扱う法律の判例の考察の方が、空虚で真実でない理想の提示よりも学校で行われるべきであり、そのことによって社会問題が緩和されると考えた。安藤は、このような文脈で展開された法教育⁽³⁵⁾は、法と秩序の回復という期待を担っていると評価する⁽³⁶⁾。

次に、安藤は、法教育の有用性に関するアメリカでの議論内容を次のとおり紹介する。

第一に、アメリカにおいては、法教育が種々の社会問題を個人の権利

⁽³³⁾ CiNii Research で検索する限り、高山の論考(前掲注(25))が公表された後、安藤の論考(後掲注(34))が公表されるまでの間、「憲法教育」という語を題名に含む論文や著書は複数見当たるが、「法教育」という語を題名に含む論文や著書は見当である。

⁽³⁴⁾ 安藤輝次「アメリカ社会科の新傾向：法教育」教育学論集4巻47-48頁(1978)。

⁽³⁵⁾ 安藤によれば、ピエトロビト(Pietro P.J.)は「[法教育は]1960年代後半の社会不安とそれに伴って起っている“法と秩序”への関心を示している」と指摘したとされる。安藤・前掲注(34)47-48頁。

⁽³⁶⁾ 安藤・前掲注(34)48頁。

や自由を基点として法の見地から批判的に学習させるところに特色があるものと評価されており、この点で、法アプローチの方が、形式的な憲法学習よりも今日の状況を問題点として捉えた現実的なものであり、発展の可能性を秘めていると考えられていることである⁽³⁷⁾。

第二に、アメリカにおける法教育の擁護者は、法が社会の理解の拡大に寄与し、精緻な思考様式の発達を可能にすると主張して、そこに教育的意義を見出していること、そして、法教育は、抜粋資料、最高裁の判例、法律用語などの単なる記憶を意図しているのではなく、法学者や法学部の学生が判例を題材にして研究する方法を適用する試みであり、換言すれば、論争的問題という生徒にとって直接的な関心のある内容によって研究者の思考方法を生徒に適用しようとするものであって、それが市民性の能力につながると評価されていることである⁽³⁸⁾。安藤は、「精緻な思考様式」に関して、フロウンド（Freund.P.A.）が認知的領域における法教育の有用性を指摘していることを踏まえ、法アプローチによれば、論争的問題を学習する際に、感情的になりすぎて問題を理解せずに答えを引き出すという一面的な思考や思慮の不足を矯正することになること

に特に関心を示す⁽³⁹⁾。

そして、安藤は、法教育はまだその目標・内容・方法の面で十分に煮詰まっていないものの、論争的問題へのアプローチとして注目に値すると結論する⁽⁴⁰⁾。

以上から窺われる安藤の法教育のイメージは、法教育は「論争的問題へのアプローチ」の一種であり、具体的には、論争的問題に法的な思考様式を当てはめるものということである。

そして、安藤は、論争的問題を取り扱うアプローチとしての法教育の利点を、第一に、形式的な憲法学習との対比で、取り扱う問題をより現実的なものとして捉えることができるという点に⁽⁴¹⁾、第二に、法的な思考方法を用いることによって、論争的問題に対して感情的にならずに分析することが可能となる点に見出しているといえる。

(3) 江口勇治の見解（1993年）

高山の後、安藤によるアメリカ法教育の考察がみられるほかは、「法教育」という用語を用いた論文又は著書は見当たらず、日本における法教育研究は低調であったようである

⁽³⁷⁾ 安藤・前掲注(34)49頁。

⁽³⁸⁾ 安藤・前掲注(34)50-51頁。

⁽³⁹⁾ 安藤・前掲注(34)51頁。

⁽⁴⁰⁾ 安藤・前掲注(34)45頁。

⁽⁴¹⁾ 安藤の有する問題意識と同様に、渡邊弘「法教育研究の経過と課題」部落問題研究172号210頁（2005）は、法教育が現実の社会との関わりを必然的に持たなければならないものであるが故に、そこで扱われる題材については、直接「実際の事件」を使うかどうかはともかく、現実社会における紛争や問題との関わりが希薄なものは問題があると指摘する。さらに、竹内裕一「法教育実践の視点と課題——千葉大学附属小・中学校での実験授業から」自由と正義55号8号61頁（2004）は、法教育授業を構想するにあたっては、事実に基づいた教材開発を行い、なるべく詳細な事実関係を明らかにすることを意識すべきとする。

(42)。しかし、1990年代に入り、法教育研究を先導したのが江口勇治である(43)。

江口は、まず、公民科における憲法学習が担うべき任務として、「市民法的常識＝感覚」の基盤を作ることと「社会法的常識＝感覚」を取り上げること(「二重の任務」)、この任務を達成するための方途として、アメリカ社会科における法教育に着目する(44)。

江口のいう「市民法的常識＝感覚・社会法的常識＝感覚」は、梶哲夫の見解に登場する用語である。梶は、渡辺洋三の見解(45)に基づき、市民法的常識＝感覚にいう「市民法」とは、人間を一律に“市民”としてつかまえ、市民間の利害の対立を規制するものであるのに対し、社会法的常識＝感覚にいう「社会法」とは、人間を“資本家”“労働者”“農民”“中小企業家”“失業者”“貧困者”“家主”“借家人”等々の形で、具体的階級や階層に属するものとしてつかまえ、これら諸階級ないし諸階級間の対立する利害を調整するものと位置づける(46)。そして、これらの感覚は、「憲

法的感覚」(国民主権・基本的人権の尊重・平和主義を単に知識として覚えるというのではなく、常識として感覚として身につけること)のために必要であるとする(47)。

つまり、江口は、最終的には憲法的感覚を身につけるために法教育の重要性を説くものと理解されるが、その内容は、それまで行われていた憲法教育に包含されるものではない。江口は、アメリカ社会科で実施されている法教育の内容を、「リーガリズム的学習」と「リーガルマインド的学習」に大別して、次のように整理する(48)。

すなわち、リーガリズム的な学習は、憲法や権利章典、刑法、経済法、環境法といった市民生活に密接に関連する制定法の学習を通して、法や法的問題に対する知識、理解、技能、態度を育成しようとするタイプである。この類型には、公法的・社会法的文脈ばかりでなく商法、家族法といった私法的文脈も含まれており、法学でいわれる「リーガリズム」(社会倫理や政治社会に関する問題をできるだけ一般的な法的規制のもとに

(42) CiNii Research で検索する限り、安藤の論考(前掲注(34))が公表された後、江口の論考(後掲注(44))が公表されるまでの間、「憲法教育」という語を題名に含む論文や著書は複数見当たるが、「法教育」という語を題名に含む論文や著書は不見当である。

(43) 江口・後掲注(44)が日本における法教育研究を先導したと評価する論考として、磯山恭子「アメリカの法教育の展開」月刊司法改革 15号 51頁注2(2000)、渡邊・前掲注(41)206頁、渡邊弘「法教育——司法改革の動きとシティズンシップ」シティズンシップ研究会編『シティズンシップの教育学』22頁(晃洋書房、2006)、橋本康弘「法教育の新展開と司法書士の役割——次期学習指導要領を見据えて——」月報司法書士 548号 9頁注1(2017)。他にも、江口・後掲注(44)を挙げてはいないが、江口が日本における法教育研究を先導したと評価する論考として、北川・前掲注(21)68頁、大杉・前掲注(7)47頁など。

(44) 江口勇治「社会科における「法教育」の重要性——アメリカ社会科における「法教育」の検討を通して」社会科教育研究 68号 1頁(1993)。

(45) 梶は、「渡辺洋三『法というものの考え方』(岩波新書)」を参照したとするが、頁数等の記載はないため具体的な引用箇所は不明である。梶・後掲注(46)74頁。

(46) 梶哲夫『中等社会科教育の研究〔Ⅳ〕公民教育・「現代社会」「倫理」「政治・経済」の教育』74頁(高陵社書店、1980)。

(47) 梶・前掲注(46)74頁。

(48) 江口・前掲注(44)6頁。

おき、権利義務の問題として捉え、裁判などの法的規準・手続によって処理することをよしとする考え方)に基づいて市民の法的資質を高めようとするものである。

これに対し、リーガルマインド的な学習は、法の意義、法の機能、法過程、法の限界、法の改善といった法哲学的、法社会学的理解や思考を育成しようとするタイプである。この類型は、市民的資質の基本となる法的感覚である「リーガルマインド」(物事の筋道を立て合理的に判断して行動するというその態度)の育成を主眼に、法規範の基本的特徴や意義を理解することで「正義・衡平感覚」を身につけることを目標とする。

他方、江口は、従来日本において行われていた憲法教育では、広義の憲法教育と狭義の憲法教育⁽⁴⁹⁾という両軸によって法教育が図られてきたが、従来の法体系の教育では市民の権利及び義務といった私法的、市民法的文脈での法理解を疎かにする傾向があり、「私法の公法化」「行政の司法化」「司法の行政化」などの法的状況の変化に対応できないとして、その不十分性を指摘する^{(50) (51)}。

そして、江口は、このような憲法教育の不十分性を克服するため、前述のような「リーガリズム的学習」と「リーガルマインド的学習」、さらに、法的参加を前提に暗記中心の法理解からの脱却をめざす「参加的学習」などの多様な学習内容や形態を導入し、憲法教育を充実させ、法体系全体を視野にいった法教育を開発する必要があると主張する⁽⁵²⁾。

以上から窺われる江口の法教育のイメージは、法教育は、まずその内容において、憲法を対象とするもの(憲法教育)に限定されず、第一に、憲法以外の実定法理解を促すものであり、第二に、憲法規定に多く含まれる法理念の理解を促すもの、ということである。前者の具体例としては、(公法的・社会法的なものだけではなく)商法、家族法といった私法領域に属する法律が挙げられている。また、後者の具体例としては、法規範の基本的特徴や意義が挙げられており、それらにより「正義・衡平感覚」を身につけることが目標であるとされている。

次に、その方法において、法教育は、「参加的学習」などの導入により、

(49) 「狭義の憲法教育」とは、「学校教育の場面での憲法教育」の中で、さらに、憲法の前文や条文をはじめ憲法そのものを学習内容として取り上げ、これに真正面から取り組んでいく学習をいい、社会科がその中核的な役割を担うのに対し、「広義の憲法教育」とは、同じく学校教育の中において、憲法そのものを全面的に学習するというのではなく、憲法を貫く基本的な精神や考え方を具体的な事象や問題等々についての検討や話し合いを通して理解させ身につけさせようとするものであり、学校教育の様々な場面でなされることになる」とされる。細谷俊夫ほか編『新教育学大事典 第3巻』76-77頁〔片上宗二〕(第一法規出版、1990)。

(50) 江口・前掲注(44)13-14頁。

(51) 江口は、別稿において、「地理、歴史、政治、経済」などの知識・理解が高まれば、「民主主義」を支える社会的価値も定まり、実現しようとする社会認識は基本的には担保され、「公民的資質」は結果として実社会の中で習熟し、社会と個人の「絶えざる成長と発達」が保障されるということを期待しており、憲法条項を教えることで「憲法教育」が実現されるとほとんどみんなが擬制したとして、憲法教育を含む社会科教育が知識教育化していることの問題点を指摘する。江口勇治「社会科50年とこれからの教育改革——「法教育」の意義とそのカリキュラムについて」社会科教育研究79号33頁(1998)。

(52) 江口・前掲注(44)14頁。

法的参加を前提に暗記中心の法理解からの脱却を目指すべきであるとされている。江口は、法教育の意義を、内容面だけではなく方法面においても定義づけようとしたといえる。

(4) 小括——円柱モデルの導出

さて、これまでに通覧した法教育のイメージに関する整理によれば、「それまでに行われていた憲法教育」（従来の憲法教育についての問題意識）を基準として⁽⁵³⁾、次のような分析の観点を設定することが可能である。

第一に、単に憲法のみを学習の対象とするのではなく、他の法領域・制度を取り扱おうとする方向性である。例えば、高山は、日本国憲法をはじめとする近代的民主的法制を我々の生活の現実にもまで高めていくことを掲げ、その近代的民主的法制の一種として、所有権や損害賠償請求権を行使すべき場面を取り上げている⁽⁵⁴⁾。また、江口は、より端的に、学習すべき対象として商法や家族法などの私法分野に属する法律を挙げている。このように、法教育においては、憲法のみではなく、他の法領域に属する法律や制度を扱うことが意識されている。

第二に、単に憲法（やその他の法律）の規定内容、すなわち、条文の規定内容及びその理解や制度の内容

を知識として知ることのみではなく、その根底となる法の存在意義や、法に共通する価値判断を内容としようとする方向性である。例えば、高山は、法教育の内容として、法は人々の権利や自由を実現するために存在するものであることの認識の涵養を挙げていた。また、江口も、「リーガルマインド的学習」として、憲法規定に多く含まれる法理念の理解すなわち法規範の基本的特徴や意義について取り扱うことを提言している。このように、知識事項をさらに掘り下げて、その根底にある価値観を学ぼうという原理を探求する方向性を見て取ることができる。

第三に、これとは逆に、憲法（やその他の法律）の規定内容を知識として理解することのみではなく、それが現実社会における具体的事実を前提としたときに、どのように作用するかを検証しようとする方向性もある。例えば、安藤は、法教育を論争的問題へのアプローチと位置づけ、現実に生じている問題に対し、判例（研究者の思考方法）において、憲法がどのように適用され、問題が解決されるかを取り扱うことの有用性を説いていた。また、江口は、法教育の方法論として参加型教育を提唱したが、これは、暗記中心ではない法的参加を内容とするものとされており、具体的には、法を活用して具体的な

⁽⁵³⁾ 法に関する新たな教育（法教育）は、従来の法と司法に関する教育が憲法学習として行われ、条文や制度に関わる知識習得が中心であったことに対する批判として主張されるに至ったとする論考として、坂本ほか・前掲注(6)38頁。同様に、従前の法に関する授業が「憲法」についての「条文や制度」を対象としていたことを指摘する論考として、橋本康弘「社会科教育学者からの提案——市民が社会を構築する“法”学習の可能性」橋本康弘＝野坂佳生編著『“法”を教える——身近な題材で基礎基本を授業する』9頁（明治図書出版、2006）。この見解が指摘する従来の教育内容（憲法学習としての条文や制度に関わる知識習得や憲法（条文・判例）や機構の制度理解）は、本稿が設定する円柱モデルでは「Ⅰ憲法領域・A知識階層」に相当する。

⁽⁵⁴⁾ 高山・前掲注(25)24-25頁。

問題を解決することを志向するものと考えられる。このように、知識事項を活用して、具体的な問題がどのように解決されるのかを考察し、または、自らがその解決を試みるという実践を志向する方向性を見取することができる。

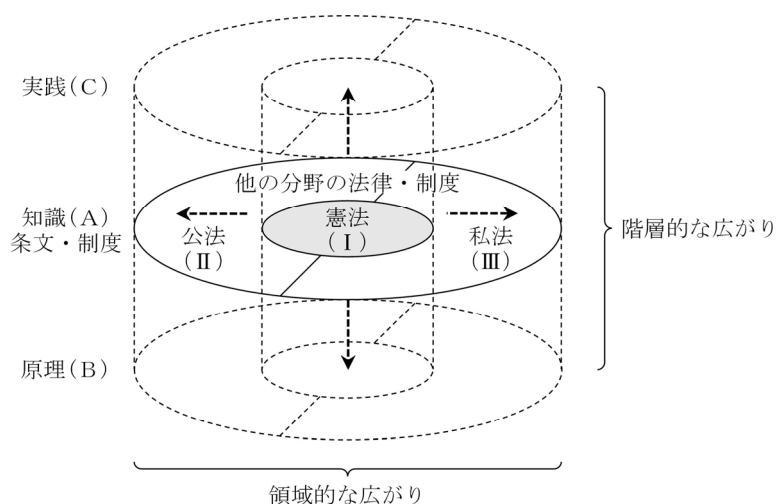
仮に第一の方向性（憲法事項の学習から他の法領域・制度の学習へという動き）を「領域的な広がり」（ヨコの広がり）と表現するとすれば、第二及び第三の方向性（憲法知識の学習から、それを掘り下げ、又は、活用する学習へという動き）は「階層的な広がり」（タテの広がり）と表現することができよう⁽⁵⁵⁾。

このような分析観点をモデル的に図示すると、【図表 1】のようになる。これを本稿では「円柱モデル」と呼ぶ。

ここで、領域的な広がりに関しては、公法領域と私法領域の設定をしておく。法は、大きく分けて、公法と私法に分類される。法教育は少なくとも「法」に関する教育である以上、法の性質に関する基本的な分類基準を法教育の分析観点に取り込んでおくのが有用であろう。

また、階層的な広がりに関しては、前述のような「知識事項を掘り下げる（又は掘り下げた先にある事項を中心に学習する）」方向性と「知識事項を現実社会に適用する（又はその適用の過程を検討する）」方向性があることを踏まえ、知識事項を基準としてこれを「A 知識階層」の学習と観念し、前者の学習を「B 原理階層」（根本すなわち下への方向性又は根本事項を扱うイメージ）、後者の学習

【図表 1】法教育の分析観点——円柱モデル



⁽⁵⁵⁾ 江口勇治「法教育の理論——日本型法教育の素描」全国法教育ネットワーク編『法教育の可能性——学校教育における理論と実践』16 頁（現代人文社、2001）は、今後構想される法教育は、憲法教育を「ひとつの柱」としつつ、その他現代法をめぐる時代の人々の意思や要望を反映するいわば「別の柱や部屋」をもう一つの基礎に展開されなければならないと指摘するが、このような「広がり」を観念して法教育を分析することが有用であろう。

を「C 実践階層」(現実社会の紛争(出来事)を解決する(解釈)する方向性のイメージ)と表現する。

以上をまとめれば、円柱モデルは、領域的観点について、「I 憲法領域、II 公法領域、III 私法領域」と分類され、階層的観点について、「A 知識階層、B 原理階層、C 実践階層」と分類される。

3 円柱モデルの設定

(1) A 知識階層と B 原理階層の 区別

本稿が用いる円柱モデルでは、前述のとおり(二 2 (4)), ヨコの広がりとして、I 憲法領域、II 公法領域、III 私法領域を設定し、タテの広がりとして、A 知識階層、B 原理階層、C 実践階層を設定する。

前者の分類は、法学において一般的に採用されているものであり、本稿もその分類を変更するものではないから、特段の説明は不要であろう。

これに対して、後者の分類については、本稿が独自に設定したものであるから、ここでさらに詳しく説明を加える。

まず、A 知識階層と B 原理階層の区別について、概括的に言えば、前者は、憲法又はその他実定法の条文やそれらによって根拠づけられている制度(つまりルール又はそれを内容とする教育・学習活動)を指し、

後者は、その条文や制度を掘り下げることにより明らかになる事項(原理や価値又はそれらを内容とする教育・学習活動)を指すものとする。

例えば、I 憲法領域でいうと、「表現の自由」(日本国憲法 21 条)という概念(存在と内容。以下同様)は「A 知識階層に属する事項」とし、その概念を支える原理・価値である「自己表現の価値・自己統治の価値」という概念は「B 原理階層に属する事項」とする。また、「表現の自由」の存在と内容を教育する(学習する)活動は「A 知識階層(に属するもの)」とし、その概念を支える「自己表現の価値・自己統治の価値」という概念の存在と内容を教育する(学習する)活動は「B 原理階層(に属するもの)」とする。同様に、II 公法領域でいうと、民事訴訟法や刑事訴訟法⁽⁵⁶⁾によって(これらの条文の総体として)構築されている「刑事訴訟」や「民事訴訟」(これらをまとめて「訴訟」「裁判」という概念は A 知識階層に属する事項とし、その概念を支える原理・価値である「適正な手続の保障」⁽⁵⁷⁾「事案の真相の解明」⁽⁵⁸⁾や「私的自治の原則」⁽⁵⁹⁾等の概念は B 原理階層に属する事項とする。III 私法領域でいうと、「錯誤取消し」(民法 95 条)という概念は A 知識階層に属する事項とし、その概念を支える原理・価値である「意思主義」「意思

⁽⁵⁶⁾ 金子宏ほか編『法律学小辞典〔第 4 版〕』363 頁(有斐閣、2006)は、法の大まかな分類として公法・私法という場合には、憲法、行政法を公法、民法、商法を私法の典型とし、さらに、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法等を公法に加えるのが通例であると述べる。

⁽⁵⁷⁾ 刑事訴訟法 1 条が「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障を全うしつつ」と述べるのは、憲法 31 条の適正手続保障を意味するものと解されている。酒巻匡『刑事訴訟法〔第 2 版〕』2-3 頁(有斐閣、2020)。

⁽⁵⁸⁾ 刑事訴訟法 1 条。

⁽⁵⁹⁾ 民事訴訟において採用されている処分権主義や弁論主義の考えは、私的自治の原則が根拠とされている。伊藤真『民事訴訟法〔第 6 版〕』23 頁(有斐閣、2018)。

決定の構造」⁽⁶⁰⁾という概念はB原理階層に属する事項とする。

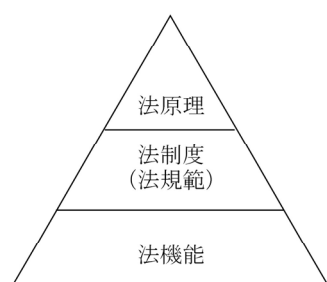
以上を教育の場面で捉えれば、それぞれ、前者が教科書的な知識（暗記すべきもの）及び当該事項をそのまま教えているイメージであるのに対し、後者はその知識を掘り下げることによって明らかとなる原理・価値を（又は当該知識と合わせて）教え、又は、当該知識を支える原則・価値としてどのようなものがあるのかを考える（逆に言えば、なぜ当該知識＝条文や制度が存在しているの

かを考える）イメージである。

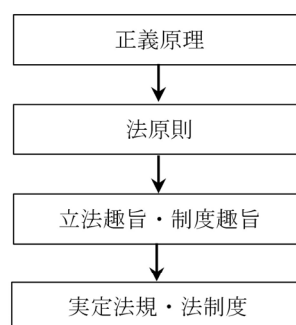
このような本稿におけるA知識階層とB原理階層の区別に関して、他の論者の見解に拠りどころを見出すとすると、橋本康弘が指摘する法社会についての構造（「法原理，法制度（規範），法機能」⁽⁶¹⁾。【図表2】）や、野坂佳生が提示する法の構造（「正義原理，法原則，立法趣旨・制度趣旨，実定法規・法制度」⁽⁶²⁾。【図表3】）が挙げられる。

すなわち、本稿にいうA知識階層は、橋本のいう「法制度（規範）」や

【図表2】法社会の構造⁽⁶³⁾



【図表3】正義原理等の関係⁽⁶⁴⁾



⁽⁶⁰⁾ 意思表示は「動機→効果意思→表示意思→意思表示（表示行為）」という構造をとるが、民法95条1項1号の錯誤は効果意思を欠く場合を規定し、同項2号の錯誤は、動機（条文上は「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識」と表現され、厳密には「動機」との異同が問題となるが、ここではその点に立ち入らない）が真実と異なっていた場合を規定する。また、前者については、旧法では意思主義の立場から無効と規定されていたが、民法改正により取消しに改められた。原田昌和ほか『民法総則』20-23頁、33-37頁（日本評論社、2022）。

⁽⁶¹⁾ 橋本・前掲注(53)10頁。橋本は、「法原理」の例として、行政法の基本原則である法治主義や刑法の基本原則である罪刑法定主義、抵抗権・自由権といった基本的人権に関わる基本原則、司法への参加を挙げる。同頁。

⁽⁶²⁾ 野坂佳生「法曹関係者からの提案——身近な問題を原理原則から考える学習の必要性」橋本康弘＝野坂佳生編著『“法”を教える 身近な題材で基礎基本を授業する』18-19頁（明治図書出版、2006）。例として、ある学校に「不要なものを学校に持ってこない」という校則があるとき、その立法趣旨は「学習の妨げになることを防止することである」、より一般的な法原則は「私物を学校に持ってくることによる紛失等のトラブルの防止」（ただし、野坂は、所有権の尊重という法原則に照らせばそのように解するのは妥当でないと指摘する）を挙げる。また、法原則の他の例として、権利能力の平等、契約の自由と拘束力、過失なくして責任なし、無罪の推定を挙げる。同19頁。

⁽⁶³⁾ 橋本・前掲注(53)10頁掲載の図を筆者において再現したもの。

⁽⁶⁴⁾ 野坂・前掲注(62)19頁掲載の図を筆者において再現したもの。

野坂のいう「実定法規・法制度」に、本稿にいうB原理階層は、橋本のいう「法原理」や野坂のいう「正義原理，法原則，立法趣旨・制度趣旨」にそれぞれ対応することになる。

(2) A知識階層とB原理階層の相対性

ここまでで、A知識階層に属する事項とB原理階層に属する事項の区別基準について説明してきたが、他方で、両者は不可分の性質を有するものであり、具体的な区別が実際上は困難な場合も多いことを留保しておかなければならない。

例えば、橋本が前述の構造（二3(1)）を説明する際に引用する田中成明の議論によれば、具体的な「ルール」（田中のいう「法準則」に対応する）と「原理」（同じく「法原理」に対応する）は次のような関係に立つ⁽⁶⁵⁾。すなわち、「法規範」（Aという事実があればBという法律効果が生じるべしという条件プログラムの形式をとる命題）の中には、「法準則」（要件・効果ともできるかぎり明確に特定化し、一定のカテゴリーに属する人・物・行為に普遍的に適用される一般的な方式をとる命題）と「法原理」（「法価値」と呼ばれる一群が存在する。法準則は、「全か無か（all-or-nothing）」という形で適用されるのに対して、法原理は議論を方向づける理由を抽象的概括的に指図するだけである。法原理の適用にあたっては具体的事例ごとに原理のウェイトを諸々の準則・原理と比較衡量する必要がある、裁判所その他法適用

機関に判断の余地がかなり残されていることが多い。実定法規範システムは、法準則を中核的準則としつつも、このような法原理を媒介として、社会各層の正義・衡平感覚に対していわば開かれた柔らかな構造を形成しており、法原理は、個々の法律・命令などの根底にある目標・政策として制定法規の総合的・体系的解釈によって解明され、あるいは、確立された学説や判例として法律家の間で一般的に受け継がれてきたものが多い。最近では、公序良俗，信義則，権利濫用，正当事由等々の一般条項，憲法の基本的人権条項，個々の法律・命令の冒頭の立法目的の規定などとして、明示的に法原則が宣言される場合が増えてきている。

また、これに関連して、亀本洋が紹介するドイツの法哲学者 R.Alexy（アレクシー）の議論を参照すると、アレクシーは、「ルール」と「原理」の関係について次のように述べる⁽⁶⁶⁾。すなわち、これらは具体的当為判断の理由である点でともに「規範」であるが、原理とは、「あることが法的可能性及び事実的可能性と相関的に可能なかぎり高い程度実現されることを命ずる規範」、このような意味で「最適化命令」であり、その特徴は命令の充足が程度問題であるところにある。これに対して、ルールとは、「法的可能性と事実的可能性に関する確定を含むがゆえに、充足されるかされないかのいずれかである規範」である。そして、ルールと原理は、互いに独立して存在するのではなく、個々の規範の内部でルールレ

⁽⁶⁵⁾ 田中成明『法理学講義』50-51頁（有斐閣，1994）。

⁽⁶⁶⁾ 亀本洋『法的思考』146頁，155頁（有斐閣，2006）。

ベルと原理レベルが不可分に結合している（「ルール＝原理モデル」）。

このように見ると、田中によれば、法原理は法準則という形式で明文化される（されている）ことがあり、かつ、亀本が紹介するアレクシーの議論によれば、ルールと原理はそもそも不可分に結合しているものであるから、ルールと原理を厳密に区別することは理論上不可能ということになる。例えば、日本国憲法における人権規定のほとんどは、「ルール」と「原理」を結合的に定めたものと見るのが相当であり⁽⁶⁷⁾、この意味で、人権規定が本稿にいうA知識階層に属する事項なのかB原理階層に属する事項なのかを“絶対的”に位置づけることはできないことになる。

前述のとおり（二3(1)）、本稿でいうA知識階層は「条文又は制度」を内容とするものとし、B原理階層は「それを支える原理・価値」とするが、条文自体にもいわば原理・価値⁽⁶⁸⁾が含まれている場合もあることが、田中の見解及び亀本が紹介するアレクシーの見解を参照するだけでも明らかとなる。したがって、厳密に分析すれば、A知識階層とB原理階層の区別は不明確性を有することは否定しがたく、ある場面ではA知識階層に属する事項と捉えられたものが、他の場面ではB原理階層に属

する事項と整理されることもあり得る。

しかし、本稿において目的とするのは、法教育という教育においてどのような活動が行われているのかを分析し、その傾向を明らかにすることであり、学習の対象となっている事項が「ルール」なのか「原理」なのかを“絶対的”に分類することではない。ここで重点を置くのは、法教育活動において、知識事項的に扱われている実定法規（憲法を含む）を、そのまま知識事項として学習するのか、それとも、知識事項的に扱われている実定法規を掘り下げて原理的な事項まで扱うのか（又は、そのような実定法規の掘り下げにより明らかになる原理的事項を学習するのか）である。

したがって、例えば、憲法25条（生存権）の条文の存在・内容を学習するという場面を想定すると、当該学習はA知識階層に属する事項の学習ということになるが、生活保護制度（生活保護法）の存在・内容を学習するという場面で、その存在理由として憲法25条を参照する場合には、A知識階層に属する事項のみならず、B原理階層に属する事項の学習も行われたものと整理することとしたい⁽⁶⁹⁾。

この意味で、ある事項や教育活動をA知識階層に属する事項と捉える

⁽⁶⁷⁾ アレクシーは、具体例として、ドイツ連邦共和国基本法の「芸術の自由」に関する条文をもとにルールと原理が不可分に結合していることを説明する。亀本・前掲注(66)155-157頁。

⁽⁶⁸⁾ 亀本・前掲注(66)157頁は、アレクシーによれば、原理と価値は、前者が命令または当為を基本概念とする義務論的範疇に属し、後者が善を基本概念とする価値論的範疇に属することを除いて、本質的に異ならないとする。したがって、本稿でも、「原理」と「価値」を同質のものとして議論を進める。

⁽⁶⁹⁾ 本稿の理解によれば、憲法25条1項が定める生存権は、条文として存在しているものであるから、その存在と内容を学習する場合にはA知識階層に属するものとなり、他方、生活保護制度の根源にある原理・価値として生存権を扱う場合にはB原理階層と整理することになる。

か、B原理階層に属する事項と捉えるかは、教育活動の内容との関係で“相対的”とならざるをえないが、ここでは一応、概括的に、法哲学的な問題や条文化されていない考え（又は条文化されていても抽象度が高い事項）がB原理階層に属することを確認しておく。

(3) B原理階層の重層性・多様性

B原理階層については、さらに、その階層内部においても階層が存在し、その内容たる概念は多様であることも留保しておかなければならない。

例えば、野坂の議論によれば、前述のとおり（二3(1)）、条文や制度の裏には「正義原理、法原則、立法趣旨・制度趣旨」が存在するというのであり、この構造自体に重層性が見られる。平野仁彦も、ルールを正当化する法原理は他の法原理によってさらに基礎づけられるものであり、法的正当化の場合も、論拠となる法原理は多段階に見出され得ると指摘し⁽⁷⁰⁾、具体事例の検討をもとに、法原理には5つの段階が存在することを示す⁽⁷¹⁾。

また、「正義原理」について、一般的には「形式的正義」「実体的正義」「手続的正義」「衡平(個別的正義)」と分類されることが多いが⁽⁷²⁾、野坂が前記構造（【図表3】）の説明において「正義原理」に関して引用する亀本の議論⁽⁷³⁾によれば、正義の観念

として、戦争の正義、応報としての正義、互惠としての正義、適法あるいは道徳的正しさとしての正義、法の一般性と衡平、等しさとしての正義、配分的正義、矯正的正義、交換的正義、等しきものは等しく、権利・義務としての正義、調和としての正義、共通の正義、形式的正義、普遍化可能性、立場の互換性、手続的正義、法としての手続的正義、社会的正義が挙げられている。このように、「正義」という概念すら多様である。

さらに、橋本の議論では、「法原理」として法治主義や罪刑法定主義等が挙げられているが、これは野坂の議論では、「正義原理」ではなく「法原則」又は「立法趣旨・制度趣旨」レベルに属することになるだろう。

このように、B原理階層内には重層性・多様性があること、そして、それは概念的な不明確性につながり得るという問題が存在することを認めざるをえないことも、ここで確認しておく（本稿がイメージするA知識階層とB原理階層の区別を共有するため、前述したもの（二3(1)）以外で、A知識階層とB原理階層の区分の具体例として【図表4】を示す）。

(4) C実践階層の内容

次に、C実践階層について説明を加える。

C実践階層は、A知識階層やB原理階層とは「性質」が異なる。すなわち、A知識階層やB原理階層は、

(70) 平野仁彦「法的正当化における法原理の位置」立命館法学 333・334号 2638-2639頁（2011）。

(71) 平野・前掲注(70)2644-2646頁。なお、平野によれば、私的自治、意思自由、罪刑法定主義、基本的人権の保障、平和主義、憲法13条は「法原理5」（平野の区分による「法原理1～5」のうち最深部の法原理）に位置づけられる。同2645-2646頁。

(72) 田中成明『法学入門〔新版〕』89-93頁（有斐閣、2016）。

(73) 平野仁彦ほか『法哲学』83-102頁〔亀本洋〕（有斐閣、2002）。

ある特定の物事の概念（事項）を指すのに対し、C 実践階層は、これらの概念（事項）が具体的な事実に当てはめられたらどうなるのかを学習

【図表 4】 A 知識階層と B 原理階層の分類例

階層	具体例		
	I 憲法領域	II 公法領域	III 私法領域
A 知識階層 (条文・制度)	憲法 25 条(生存権)	情報公開制度(行政機関の保有する情報の公開に関する法律)	民法 94 条 2 項(虚偽表示における第三者保護)
B 原理階層 (条文・制度を支える原理・価値)	・社会権 ⁽⁷⁴⁾ ・幸福追求権(憲法 13 条後段) ⁽⁷⁵⁾ など	・知る権利(憲法 21 条 1 項) ⁽⁷⁶⁾ ・国民主権(憲法前文) ⁽⁷⁷⁾ など	・信託原理 ⁽⁷⁸⁾ ・帰責原理 ⁽⁷⁹⁾ など
	正義 ⁽⁸⁰⁾ (平等 ⁽⁸¹⁾ , 衡平 ⁽⁸²⁾ 等)・ルールのある方 ⁽⁸³⁾ など		

(74) 社会権は、「国家に一定の施策を要求する権利」であり、生存権は、教育権、労働基本権などと並んでこの社会権に属すると理解されている。野中俊彦ほか『憲法 I 〔第 5 版〕』501 頁〔野中俊彦〕（有斐閣，2019）。

(75) 憲法 13 条の権利（幸福追求権）は、「人格的生存に不可欠な権利・自由を包摂する包括的な権利」であると理解されている（野中ほか・前掲注(74)271 頁〔野中俊彦〕）。ただし、憲法 13 条に基づいて提唱される新しい人権については、日本国憲法においては社会権をも含むとする立場と、強いて社会権的性格を併有させる必要はないという立場があり、後者の立場では、憲法 25 条が社会権の総則規定とみなされている（同 272 頁〔野中俊彦〕）。

(76) 情報公開制度の根拠法令である情報公開法は、憲法 21 条が定める「政府に対し情報の公開を求める権利」（知る権利の一類型である情報公開請求権）を具現化したものであると解されている。野中ほか・前掲注(74)353 頁〔中村睦男〕。

(77) 情報公開法の目的規定（1 条）において「知る権利」という文言は用いられておらず、国民主権に則り、政府に説明責任があることを規定するにとどまっている。野中ほか・前掲注(74)354 頁〔中村睦男〕。

(78) 民法 94 条 2 項の根拠は「信託原理」すなわち「作出された虚偽の外観を信じた第三者を保護する必要」を認める原理と「帰責原理」すなわち「責任を課せられるのは、そうされてもやむをえない理由がある場合だけである」という原理であり、後者につき、民法 94 条 2 項の場合には、表意者の側も、みずから虚偽表示をおこない、真実とは異なる外観を作出した以上、不利益を被ってもやむをえないことが根拠であるとされる。山本敬三『民法総則 I 〔第 3 版〕』153 頁，123 頁（有斐閣，2011）。

(79) 前掲注(78)参照。

(80) 例えば、阿部浩己「法教育を遠望する」横浜市教育委員会小中学校教育課編『「法教育」に関する実践研究報告書』124 頁（横浜市教育委員会，2007）は、法の理念は正義にほかならず、だからこそ法の女神は正義の女神なのであり、正義こそが法の精神を担ってきたことに変わりはなく、法教育も、法についての教育である以上、正義という理念的側面を追求するのは当然であり、子供たちにルールを作らせたり、あるいは特定のルールを用いて紛争解決への道筋を考えさせるとき、そこには常に「それによって正義は実現されるのか」という大きな問いが控えていると述べ、すべてを支える原理（価値）として「正義」を想定する。

(81) 平等は「形式的正義」とも呼ばれ、「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるように取り扱え」という要請である。田中成明『現代法理学』318 頁（有斐閣，2011）。

(82) 衡平は「個別的正義」とも呼ばれ、法が一般的であるが故に個別的事例で不都合な結果が生じてしまう場合に、補正するものである。田中・前掲注(81)323 頁。

(83) 例えば、刑罰については罪刑法定主義がある。その内容の一つに「刑罰法規の適正」があり、刑罰法規の明確性や刑罰法規の内容の適正さ、罪刑の均衡が求められる。今井猛嘉ほか『刑法総論 〔第 2 版〕』20-25 頁（有斐閣，2012）。

し⁽⁸⁴⁾、又は、自ら当該概念を活用することにより、何かしらの結論を得る（得ようとする）など、概念を活用することを内容とする動的な活動を指すものとするからである。

例えば、表現の自由（憲法 21 条）の存在や内容を学習することは A 知識階層の学習に留まるが、それを具体的な事例に当てはめたときに、ある表現活動への規制が許されるか否かを自ら考察したり、又は、ある判例がそのような問題についてどのような結論を示したのかを理解した上で（この学習のみあれば A 知識階層のレベルに留まる）、それを前提に、当該判例がなぜそのような結論を取ったのかを考察したり批判したりする学習は、C 実践階層に属するものであるといえる。抽象的に言えば、ある概念をそれ自体として理解するのではなく、その概念が現実社会においてどのように作用するのかを考察する活動が C 実践階層である。

このように考えると、A 知識階層（又は B 原理階層）に属する事項の活用を示すという意味で、C 実践階層は原則的にそれ自体としての独立性はないということになる。

ただし、一つ C 実践階層において固有の事項として、「事実認定」を挙げておきたい。

すなわち、ある事項を現実社会に当てはめるときには、そもそも、どのような事実関係を前提として当該事項を活用するのかを確定する必要がある。ここで必要となる作業が事実認定である。そして、事実認定という作業自体も、理論的には、（仮に厳密に訴訟上で行うとすれば）民事訴訟法又は刑事訴訟法を現実社会に適用して、訴訟上判決の基礎となる事実を確定するという作業であるから、やはり法規範を現実社会に活用するという意味で C 実践階層に属する事項と位置づけるのが相当であろう。

したがって、C 実践階層とは、A 知識階層又は B 原理階層に属する事項を活用する活動をいうこととし、C 実践階層に属する事項としては事実認定があることを確認しておく。

(5) A 知識階層・B 原理階層と C 実践階層の区別

最後に、C 実践階層については、「判例学習」を A 知識階層に属するものと評価するのか⁽⁸⁵⁾、C 実践階層に属するものと評価するのかを検討する。

判例（又は裁判例）とは、最高裁判所（又は下級裁判所）が示した判

(84) 自ら活用するのではなくとも、例えば判例学習や法律家による講話などで当該概念が現実社会においてどのように活用されているのかを知ること、実践性は一定程度下がるが、実践の過程を思考として追体験するという意味で、ここでは C 実践階層に属するものとして論を進めたい。

(85) 判例は、実態として、条文や制度とともに知識的に学習されていることに加え、その法的性質としても一定の規範性があるとされていることから（裁判所法 10 条 3 号など）。判例の拘束性については種々の議論があり、本稿では立ち入らないが、「判例法」と呼ばれる類型におけるものとは別に裁判官の職務上の義務に基づく事実上の拘束力があると指摘する論考として、中野次雄編『判例とその読み方〔3 訂版〕』24 頁、27-28 頁（有斐閣、2009）、この意味でも、条文や制度との一定の同質性があるといえるため、（どこかの階層に入るのだとすれば）A 知識階層に分類してよいと思われる。判例の制度的権威性について後述の亀本の見解（五 5 (2)）、「先例の尊重という原理」について山本の見解（後掲注 (565)）参照。

断をいい⁽⁸⁶⁾、憲法を含む実定法が具体的な紛争事案においてどのように活用（適用）されるのかを学習するよい題材となる。

しかし、例えば、単に判例の内容を知る（覚える）ということだけであれば、ここに条文や制度等の知識を暗記することと区別する理由はないから、この意味での判例学習はA知識階層に属するものと扱うべきであろう⁽⁸⁷⁾。

他方、判例学習の方法としては、判例の事案を確認し、どのような論点（問題点）があるのかを検討し、その論点に対して裁判所がなぜどのように実定法を適用したのかを学習する（さらに発展して、そのような論点の捉え方や法の適用の仕方が妥当だったのか否かを検討する）形態もある⁽⁸⁸⁾。ここまできると、既存の知識（A知識階層に属する事項）を活用するという思考の動きが発生しているものとして、C実践階層に属するものと扱うのが相当である。

このように、同じ判例学習についても、学習形態によってA知識階層に属するものと扱うべき場面とC実践階層に属するものと扱うべき場面が想定できることから、A知識階層（又はB原理階層）とC実践階層の

区別も“相対的”であることを確認しておく。

(6) 小括——分析観点たる円柱モデル

以上のとおり、「領域」と「階層」を構成要素とする円柱モデルについて、特に本稿が独自に設定した階層の内容（さらに、その不明確性の留保が必要であること）についての説明を行ったが、この「階層」の概念については、他の論者の見解の中にも発想の共通性を見出すことができる。つまり、この概念が本稿において全く独自のものというわけではないことを最後に紹介する。

例えば、橋本は、法教育研究会が示した法教育の定義⁽⁸⁹⁾を参照した上で、この日本版「法教育」の定義は、従前行われていた憲法条文教育・判例教育といった法的「事実」教育だけではなく、法やルールの背景にある価値観・原則、法的なものの考え方といった、法的「価値」、法的「技能」を射程に入れた教育内容を想定したものであり、従前の法に関する学習における教育内容を広範化する

⁽⁸⁶⁾ 「判例」の意義については、最高裁判所がした判決や決定においても「傍論部分」との区別が議論されるなど種々の論点があるが、本稿ではこの点に立ち入らず、単に最高裁がした判断を「判例」、下級裁判所がした判断を「裁判例」と呼ぶこととする。

⁽⁸⁷⁾ 例えば、高等学校で使用されていた政治経済の教科書や、現在使用されている公共の教科書には数多くの「重要判例」（違憲判決の一覧表など）が載っているが、共通テスト（その前身であるセンター試験）の出題内容を見ると、その内容（主に結論）を暗記することを求めているように見えるものが多数ある。この試験に対応するために行われる学習は、A知識階層のレベルに留まるものと考えられる。

⁽⁸⁸⁾ 判例学習の段階としては、例えば、「レベル 1・知識として～どのような問題にどのような判例があるのかを把握する～」、「レベル 2・条文の抽象的文言の具体化～事案に即して法令の意味内容を理解する～」、「レベル 3・体系的な位置づけ～その法分野における当該判例の位置づけを考える～」、「レベル 4・判例の射程の明確化～当該判例と他の判例との整合性を考える～」という分類もある。福本知行『法令・判例学習のツボとコツ』88-91頁（法律文化社、2016）。

⁽⁸⁹⁾ 前掲注(17)参照。

考え方であったと評価する⁽⁹⁰⁾。また、渥美利文は、新しい学習指導要領においては、正確な知識を「習得」し、総合的な学習の時間などを利用して知識の背景や原理を「探究」する活動が重視され、「生きる力」の理念を実現する観点から、習得した知識を「活用」する段階を授業の中に組織する必要性が指摘されているとする⁽⁹¹⁾。橋本のいう法的「事実」と渥美のいう「習得」は、本稿のいうA知識階層に、同じく、法的「価値」と「探究」はB原理階層に、法的「技能」と「活用」はC実践階層に、それぞれ相当するものと理解できる。

さらに、古井明男は、法教育の内容を、まず、社会を形成しているシステムと法の内容を知ること、次に、その根底にある考え方や原理原則を知ること、さらに、それが現実の社会の中でそのように機能しているかを体得し、実際にトラブルを解決できるようになることと整理する⁽⁹²⁾。これらの要素が、順に、A知識階層、B原理階層及びC実践階層に相当するものと理解できる。

このように、他の論者においても、本稿が設定した階層と共通の発想に基づいて法教育を捉えているといえる。

以下では、円柱モデルを用いて、各論者が法教育としてどのような内容のものをイメージしていたのかを分析する。

4 司法制度改革の流れ

(1) 日弁連の見解(1993, 1998年)

いままで見てきた法教育に関する見解(二2)は、教育学者が提示したものであったが、1993年頃からは、司法制度改革の動きに応じて、実務法曹の立場から法教育の必要性を述べる見解が出現するようになった。ここでは、司法の中枢を担う法律家によって構成される日弁連、日本司法書士会連合会(日司連)の各提言、そして、司法制度改革の方向性を決定づけた司法制度改革審議会意見書を取り上げる。

まず、日弁連は、1993年及び1998年に法教育に関して提言を行っている。

1993年の日弁連提言は、司法や人権に関する教育について次のように述べる⁽⁹³⁾。すなわち、日本国憲法における権力分立制の下で、立法、行政をチェックし、市民の人権と民主主義を擁護するために重要な役割を果たすという司法の機能を健全に発展させる上で、市民が司法制度の内容とその利用の仕方、人権保障の意義について正しい理解を持つことは、その不可欠の前提条件である。したがって、より多くの市民が司法の役割と人権について理解を深め、その在り方に関心を持つことが、司法改革の必須の前提となる。そして、そのような理解の促進と関心の喚起を行うには、学校教育及び社会教育の

⁽⁹⁰⁾ 橋本康弘「「法教育」の現状と課題——官と民の取組に着目して——」総合法律支援論叢2号2頁(2013)。

⁽⁹¹⁾ 渥美利文「教育現場での法教育の取組 ②後期中等教育における法教育の方向性」ひろば61巻5号40頁(2008)。

⁽⁹²⁾ 古井明男「弁護士・弁護士会による法教育の現状と展望」自由と正義55巻8号70頁(2004)。

⁽⁹³⁾ 日弁連「司法に関する教育の充実を求める決議」1993年5月28日(https://www.nichibenren.or.jp/document/assembly_resolution/year/1993/1993_1.html, 最終閲覧2025年3月12日)。

中で司法及び人権についての教育をより一層充実させることが重要であり、特に学校教育では、教科書における司法及び人権に関する内容を拡充することなどが必要である。

1998 年の日弁連提言（司法改革ビジョンにおける具体的改革課題。第 2 各論の 3 の 4）は、司法教育の拡充に関する日弁連の決意（日弁連の活動方針）を次のように表明する⁽⁹⁴⁾。すなわち、初等中等学校教育、高等教育及び生涯教育を含む社会教育において、司法及び人権についての教育をより充実させるため、教科書の記述内容の充実、小・中・高校生や教師を対象とする裁判傍聴、授業や講座への弁護士派遣、副読本作り、弁護士会と大学・大学院との交流強化などである。

これら日弁連提言のいずれにも共通する点は、法教育は、司法改革推進の環境を整えるために、具体的には、司法制度改革の前提となる「より多くの市民が司法の役割と人権について理解を深め、その在り方に関心を持つこと」を達成するために、司法及び人権についての教育を充実させる必要があると指摘していることである。

以上から窺われる日弁連の法教育のイメージは、法教育は、第一に、人権の意義を理解させ、第二に、司法制度の内容を理解させるもの、ということである。

これに円柱モデルを当てはめれば、1993 年の提言と 1998 年の提言に共通して、領域としては、人権を取り扱う点については I 憲法領域に

属し、司法制度を取り扱う点については、司法システムが公権力のもとにおいて紛争を解決するためのシステムであり、現に、刑事裁判の根拠法規である刑事訴訟法や民事裁判の根拠法規である民事訴訟法（またはさらにその特別法として行政裁判の根拠法規である行政事件手続法や、家事裁判の根拠法規である家事事件手続法など）は公法と分類されていることからすれば、II 公法領域に属するものと分類するのが適切である。

また、階層としては、1993 年の提言では、司法・人権教育の充実、特に教科書における司法・人権に関する内容の拡充が必要だと述べるにとどまり、A 知識階層レベル以上の広がりを持つかは明らかではない。

他方、1998 年の提言では、教科書の記述内容の充実、裁判傍聴、授業等への弁護士派遣、副読本作り、弁護士会と大学・大学院との交流強化などを推進するとしており、特に、裁判傍聴や実務家による講話が打ち出されていることからすれば、法制度が現実社会でどのように機能しているのかを示す学習にあたるものとして、A 知識階層に加えて、C 実践階層へのアプローチを含み得るものと整理することも可能と思われるが、断定するには至らない。

(2) 日司連の見解（1999 年）

日司連は、1999 年に公表した司法制度改革に関する提言（「司法教育の充実」と題された項）の中で、法教育に言及している。その内容は、次

⁽⁹⁴⁾ 日弁連「司法改革ビジョン——市民に身近で信頼される司法をめざして——」1998 年 11 月 20 日（https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/1998/1998_2.html, 最終閲覧 2025 年 3 月 12 日）。

のとおりである⁽⁹⁵⁾。

すなわち、国民が裁判所などの紛争処理機関の利用の仕方についての最低限の知識を備えていることは、司法制度が十全に機能するための前提の一つであるが、これについて、従前の義務教育は関心が薄かった。したがって、私的紛争が裁判所の裁判等によって解決し得るものであり、国民の誰もが利用できること、その利用のために専門家制度が置かれているなどの教育が不可欠である。

この提言は、国が進める司法制度改革について、日司連の基本的な姿勢を表明するとともに、改革に向けて司法書士が取り組むべき諸課題を内外に明らかにしたものである⁽⁹⁶⁾。

ここで述べられている内容で特徴的なのは、憲法や消費者保護との関連性を特に指摘せず、司法制度が十全に機能するようにするために司法教育を行うべきとしている点である。そこでは、司法や紛争解決機関へのアクセス方法を認識させるという点に重点があるように思われ、この点で、日弁連の提唱する司法教育とは異なる。

以上から窺われる日司連の法教育のイメージは、法教育は、端的に、司法制度の内容を理解させるものである。

これに円柱モデルを当てはめれ

ば、領域としては、司法を取り扱うことからⅡ公法領域に属するものであるといえる。

また、階層としては、司法や紛争解決機関へのアクセス方法を認識させるという点において、具体的な紛争解決を志向するものとしてC実践階層に属するとも考え得る。しかし、日司連の提言は、自らが法知識を活用することや、活用されている様子を学習することを内容とするものではなく、あくまでも、紛争解決の方法として、司法制度の存在や専門家の存在を知るという段階に留まるものと理解されるから、ここでは、A知識階層に分類するのが適切であろう。

(3) 司法制度改革審議会の見解 (2001年)

以上のように、法律家団体による法教育の提言がなされていた中、法曹界及び教育界において法教育への注目が集まったのは、法務省設置の司法制度改革審議会が2001年に公表した意見書⁽⁹⁷⁾（以下「審議会意見書」という）において、法教育への言及がなされたことである⁽⁹⁸⁾。

具体的には、審議会意見書は、「Ⅳ国民的基盤の確立 第2国民的基盤の確立のための条件整備 2.司法教育の充実」の項において、次のよ

⁽⁹⁵⁾ 日司連「司法制度改革ニュース——求められる司法のために——」月報司法書士334号6頁（1999）。

⁽⁹⁶⁾ 日司連・前掲注⁽⁹⁵⁾2頁。

⁽⁹⁷⁾ 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」2001年6月12日（https://lawcenter.ls.kagoshima-u.ac.jp/shihouseido_content/sihouseido/report/ikensyo/pdf-dex.html，最終閲覧2025年3月12日）。なお、同審議会のWEBサイトは閲覧不能であるが、現在は鹿児島大学司法政策教育研究センターのWEBサイト内にて審議会意見書のPDFデータを入手することができる。

⁽⁹⁸⁾ 日弁連「特集2 時代を担う法教育」『弁護士白書2010年版』40頁（日弁連，2010）は、法曹界や教育界において法教育の重要性が認識されるに至った大きな契機となったのは、審議会意見書に「司法教育の充実」が盛り込まれたことであると指摘する。

うに述べた⁽⁹⁹⁾。すなわち、法や司法制度は、本来、法律専門家のみならず国民全体が支えるべきものである上、今後は、司法参加の拡充に伴い、国民が司法の様々な領域に能動的に参加しそのための負担を受け入れるという意識改革も求められる。そのためには、学校教育を始めとする様々な場面において、司法の仕組みや働きに関する国民の学習機会の充実を図ること、そこでは、教育関係者のみならず、法曹関係者も積極的な役割を果たすことが求められる。

審議会意見書が提言した「司法制度改革」は、第一に、国民の期待に応える司法制度（制度的基盤。審理迅速化、専門委員制度の導入など）、第二に、司法制度を支える法曹の在り方（人的基盤。ロースクールの設置など）、第三に、国民的基盤の確立（国民の司法参加。裁判員裁判の導入など）を柱とするものである⁽¹⁰⁰⁾。そして、審議会意見書にいう司法教育は、第三の国民的基盤の確立に関する事項として取り上げられている⁽¹⁰¹⁾。

以上から窺われる司法制度改革審議会の法教育のイメージは、法教育は、国民的基盤の確立のため、主には、国民の負担となる裁判員裁判制度の導入のために司法の仕組みや

働きを内容とするものであるということである⁽¹⁰²⁾。

これに円柱モデルを当てはめれば、領域としては、司法を取り扱うことから、Ⅱ公法領域に属するものであるといえる。

他方、階層としては、審議会意見書は、学習事項として、司法の仕組みや働きを挙げるのみであり、教授方法については、法曹関係者が積極的な役割を果たすことが求められると述べるに留まる。したがって、審議会意見書が提示する法教育は、少なくともA知識階層を含むことは確かであるものの、それ以上の広がりを持つものを想定しているか否かは明らかではない。

(4) 小括——「司法教育」の提言

いままで見てきたように、司法制度改革の流れを受けて実務家団体が行った法教育に関する提言及び審議会意見書が提唱する法教育は、基本的に「司法教育」と称され、円柱モデルによれば、領域としては、Ⅰ憲法領域及びⅡ公法領域に属するものであり、階層としては、A知識階層を中心とし、一部のC実践階層への展開を含む可能性があるものと分析された⁽¹⁰³⁾。

⁽⁹⁹⁾ 司法制度改革審議会・前掲注(97)112頁。

⁽¹⁰⁰⁾ 司法制度改革審議会・前掲注(97)9-12頁。

⁽¹⁰¹⁾ 司法制度改革審議会・前掲注(97)101頁。

⁽¹⁰²⁾ 法教育の主たる目的を裁判員裁判に適應できる法的意識・法的判断力を育成することとすべきであると主張する論考として、岩井亜希子「切実性と法教育」高田法学6号5頁（2007）。岩井は、社会科における「切実性」に関する議論を参照し、子どもにとって裁判員制度こそがこれから生きる上で切実な問題になり得ることを理由に挙げる（同3頁）。また、岩井は、審議会意見書において「司法教育の充実」が挙げられていること、同意見書が法教育に与えた影響は大きいことを指摘する。岩井亜希子「裁判員裁判の導入と法教育」高田法学終刊号19頁（2008）。

⁽¹⁰³⁾ 法律家団体が発出した提言のみではなく、日弁連の個別委員会や個々の弁護士の見解を踏まえ、第二の潮流に属する法律実務家の多くが提起する内容は、「司法制度の

5 法教育モデルの提示

(1) 江口勇治の見解 (2001 年)

次に、司法制度改革の流れの後に提示された法教育モデルを分析する。

審議会意見書が司法教育に言及したことを受け、この前後の時期から法教育に関する論考が盛んに公表されるようになるが⁽¹⁰⁴⁾、ここでは、B原理階層の扱われ方に着目することとし、法教育について体系的な検討を行い、その中で、B原理階層の扱いについて特徴的な見解を示す江口、関東弁護士会連合会（関弁連）の見解を取り上げ、法教育研究会・法教育推進協議会が示す法教育のイメージにどのようなつながっていったのかを検討する。

江口は、審議会意見書を参照し、同意見書の「この国のかたちと法の支配」「自由で公正な社会と個人の実現」「公共性の空間」の再構築と司法の役割」「国民の社会生活上の医師」としての法曹の役割」「国民が支える司法」の実現」という記述に日本型法教育の一つの方向が暗示されていると指摘した上で、公民的資質の教育との関わりで法教育を論じる⁽¹⁰⁵⁾。

江口は、まず、日本における法教育の目的を設定するため、アメリカの公民教育、法教育の代表的機関である Center for Civil Education（公民教育センター）が掲げる目標を次の

とおり紹介する⁽¹⁰⁶⁾。同センターが掲げる目標は、「①立憲民主主義の基礎にある原理、価値、制度の理解を促進させること、②若い人々が有能で責任ある市民になるために必要とされる技能を発達させること、③公私の生活において意思決定したり、紛争を調停したりするときに、民主的な過程を用いることの理解と意思を促進させること」である。同センターが示す「市民のプロフィール：理想的な民主的市民」（【図表 5】）について、理想的な民主的な市民に求められる知識、技能、信念の教育は、政治、経済、社会などの公民的資質教育（citizenship education）が担うが、法教育は、法的リテラシーの観点から民主的な市民の育成を目指すものとして位置づけられる。

そして、これを踏まえて、江口は、日本の法教育のあるべき姿について、政治、経済、社会、倫理などの教育との連携を想定しつつ、公民的資質の一側面である法的資質、法的リテラシーの育成を目標とする一領域として構想されることが望ましく、自由で公正な社会における公民（国民、市民・住民、地球市民等の各局面から語られる多元的でありかつ自律的な人間像）に固有である「法の担い手」としての資質（法に関する知識、法的参加の技能、法の基礎にある理念・価値）を育成することが法教育

仕組み」のみを対象としていたわけではなく、また、「知識だけ」を教えることの問題性を指摘するものも存在したことを指摘する論考として、渡邊・前掲注(23)148頁。

⁽¹⁰⁴⁾ 例えば、CiNii Researchで検索する限り、雑誌上で初めて「法教育」に関する特集が組まれたのは月刊司法改革 2 巻 3 号（2000）であり（この特集は司法制度改革の進行を契機とする。木佐茂男「司法改革と法教育——特集にあたって」同 16 頁）、それ以降、自由と正義 52 巻 2 号（2001）、月報司法書士 369 号（2002）、高田法学 2 号（2003）、ジュリ 1266 号（2004）、月報司法書士 383 号（2004）のように、「法教育」をテーマとする特集が組まれるようになっていく。

⁽¹⁰⁵⁾ 江口・前掲注(55)17 頁。

⁽¹⁰⁶⁾ 江口・前掲注(55)17-18 頁。

の目標となると主張する⁽¹⁰⁷⁾。

以上から窺われる江口のイメージする法教育は、法的資質（法的リテラシー）を育成するものということであり、その法的資質の内容は、第一に、「法に関する知識」、第二に、「法的参加の技能」、第三に、「法の基礎にある理念・価値」を理解・育成することである。したがって、円柱モデルを当てはめれば、領域については一旦措いて（ここではあまり重要ではない）、少なくともこの段階では、階層としては、第一がA知識階層、第二がC実践階層、第三がB原理階層に対応するものといえそうである。

他方、江口は、法教育の具体的な内容として、アメリカにおいて行われている法教育の範囲（「12の観点」）を参照し、日本の法システム、法過程とその基礎にある法理念や政治理念の知識・理解、すなわち「法を知る」「法を学ぶ」という点から見たときに、法理念・法哲学、憲法を頂点とする法体系と法制度、法の役割・機能と限界、紛争処理における法やルール of 役割と限界、子どもの生活に密接に関係する実定法、社会的な争点となっている法律、法律やルールで解決しようとしている社会問題、インフォーマルなルールや慣習、法の国際比較と日本の法文化の特色、法社会学、いろいろな学問や領域からみた法・ルールなどを適切に組み合わせた、子どもたちに分かりやすいまとまりのあるカリキュラムが構想できるとする⁽¹⁰⁸⁾。

ここで再び円柱モデルを当ては

めるとき、特に注目されるのが、法教育の内容として、例えば、法理念・法哲学、法の役割・機能と限界、紛争処理における法やルールの役割と限界、法社会学のように、基礎法学を含む憲法や実定法の前提となる事項、すなわち、A知識階層を探究することにより明らかとなるB原理階層に属する事項が、それ単体として扱われていることである。

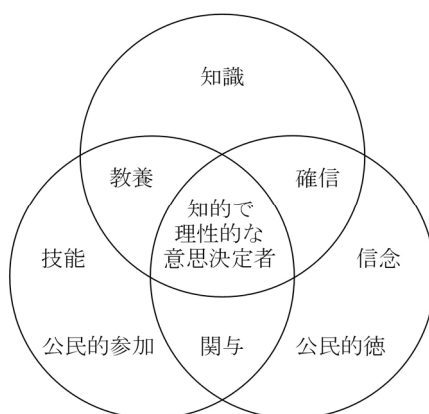
振り返ると、例えば高山は、「日本国憲法をはじめとする近代的民主的法制を我々の生活の現実にまで高めていくため」に近代的法意識の確立を求めており、逆に言えば、「日本国憲法をはじめとする近代的民主的法制」が先に存在し、それを「我々の生活の現実にまで高めていく」という目的のもと、それら法制度が拠って立つ近代的法意識の涵養が必要であると説いていた（二2(1)）。また、江口自身も、「リーガルマインド的学習」として、憲法規定に多く含まれる法理念の理解すなわち法規範の基本的特徴や意義について取り扱うことを提言していたが、それは、従来の知識教育偏重型の憲法教育の不十分性を意識したものであり（二2(3)）、それまでの知識教育との関連で指摘されていたものと考えられる。

このように、それまで論じられていた法教育は、憲法その他法律の知識事項を前提とし、それを深めるというベクトルで、すなわち、円柱モデルによれば、A知識階層と関連づけられ、そこを起点とするものとして提唱されたものであったと理解できる（【図表6】の*1）。

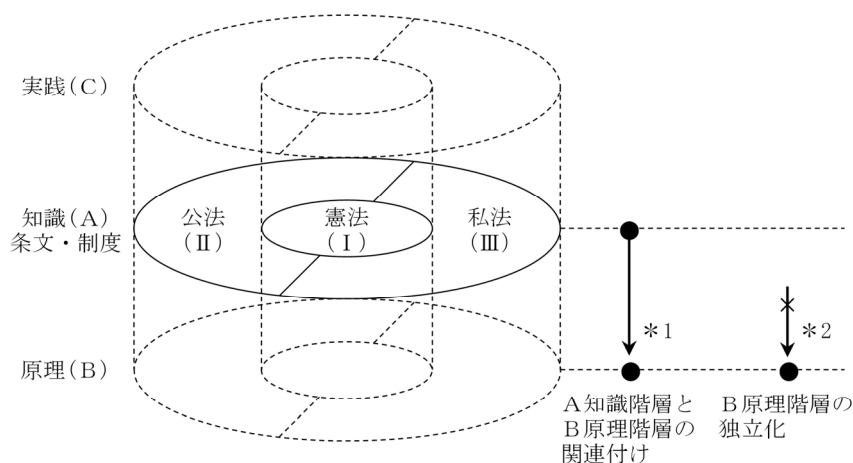
⁽¹⁰⁷⁾ 江口・前掲注(55)18-19頁。

⁽¹⁰⁸⁾ 江口・前掲注(55)19頁。

【図表 5】市民のプロフィール：理想的な民主的市民⁽¹⁰⁹⁾



【図表 6】B 原理階層の独立化



しかし、江口は、1993 年の見解（二 2 (3)）とは異なり、2001 年の時点において、「憲法を頂点とする法体系と法制度」と並列する形で、法理念・法哲学、法の役割・機能と限界、紛争処理における法やルール of 役割と限界、法社会学を掲げており、B 原理階層に属する当該事項と A 知識階層との関連づけが意識されていないように見えるのである。

したがって、このような A 知識階層からの「B 原理階層の独立化」という点に、江口の見解の独自性を見出すことが可能ではないかと考えられる（【図表 6】の *2）。

(2) 関弁連の見解（2002 年）

関弁連は、2002 年 9 月 27 日に「子どものための法教育——21 世紀を生きる子ども達のために」をテーマと

⁽¹⁰⁹⁾ 江口・前掲注(55)18 頁掲載の図を筆者において再現したもの。ただし、英語表記部分は省略した。

するシンポジウムを開催し⁽¹¹⁰⁾、それ以降、弁護士会における法教育の推進をリードしてきた⁽¹¹¹⁾。関弁連は、このシンポジウムの開催に際して研究調査した成果を書籍⁽¹¹²⁾として刊行しているので、以下では、この書籍を参照して関弁連の見解を分析する。

関弁連は、法教育の定義について、1978年にアメリカで制定された法教育法における法教育(Law-Related Education)の定義「法律専門家でない人々を対象に、法、法(形成)過程、法制度、これらを基礎づける基本原理と価値に関する知識と技術を身につけさせる教育」を引用し、日本の法教育のあるべき姿について、関弁連が日本において実施すべきだと考える法教育も、基本的にはこの

定義で述べられているものと同一であるとする⁽¹¹³⁾。また、法教育の目標を、「理想的市民」を育成すること、具体的には、法的な価値・原理・ルール・手続の意義を認め、それに従って行動する能力としての「法的資質」を育成することであるとする⁽¹¹⁴⁾。

では、ここで述べられている法的資質とは何か。関弁連は、江口と同様に公民教育センターの見解を踏まえ、法的資質とは、法的な「知識」、法的思考や法的参加の「技能」、法や法の基礎にある価値に従って行動するという「態度」「意欲」⁽¹¹⁵⁾という3つの側面から成り立つものと整理する⁽¹¹⁶⁾。

本稿は、関弁連が「知識」として取り上げるべき事項を何としている

(110) このシンポジウムと併せて開催された関弁連定期総会において、法教育の推進を趣旨とする宣言がなされている。関弁連「子どものための法教育」に関する宣言」2002年9月27日(<https://www.kanto-ba.org/declaration/detail/h14s.html>, 最終閲覧 2025年3月12日)。

(111) 関弁連は、法教育に関して、関弁連・前掲注(110)の宣言のほか、2010年に関弁連・前掲注(2)の決議、2011年に関弁連「これからの法教育に向けた宣言～普及に向けた戦略的取り組み～」2011年9月30日(<https://www.kanto-ba.org/declaration/detail/h23s1.html>, 最終閲覧 2025年3月12日)を発出している。また、2016年、2018年には法教育に関する書籍を刊行している(関弁連『わたしたちの社会と法——学ぼう・法教育』(商事法務, 2016), 関弁連・後掲注(310))。

(112) 関弁連編『法教育——21世紀を生きる子どもたちのために』(現代人文社, 2002)。

(113) 関弁連・前掲注(112)11頁。なお、関弁連・前掲注(110)は、「法教育とは、「法律専門家」ではない人々を対象に、法とは何か、法がどのように作られるか、法がどのように用いられるのかについて、その知識とそれらの基礎にある原理や価値——例えば自由、責任、人権、権威、権力、平等、公正、正義など——を教えるとともに、法を作り、法を用いるための具体的な技能とさらにそれを踏まえて主体的に行動する意欲と態度を身につけてもらう教育」とする(提案理由第1項)。したがって、これと本文に記載した法教育の内容(「法、法(形成)過程、法制度、これらを基礎づける基本原理と価値」)と対比すると、「法」は「法とは何か」、「法(形成)過程」は「法がどのように作られるか」、「法制度」は「法がどのように用いられるのか」、「これらを基礎づける基本原理と価値」は「それらの基礎にある原理や価値——例えば自由、責任、人権、権威、権力、平等、公正、正義など——」にそれぞれ対応すると考えられる。

(114) 関弁連・前掲注(112)11-12頁。

(115) 関弁連・前掲注(112)は、法的素養の3つ目の要素を「態度」と表現したり(例えば、「法や法の基礎にある価値に従って行動するという態度形成」。同13頁)、「意欲」と表現したりするが(例えば、「理想的市民」に必要な知識、技能、意欲」。同193頁)、意味内容に差異はないものと思われる。

(116) 関弁連・前掲注(112)13頁。関弁連は、他の箇所において、法教育の目標を、「法の基礎にある考え方を理解させ、社会に生起する多様で具体的な問題を主体的に公正かつ妥当に解決していくための知識、技能、意欲を持った理想的市民の育成」と表現している。同193頁。

かに着目する。

関弁連は、法的資質を構成する「知識」について、関弁連が考える前述の法教育の目的に照らすと、その最終的な到達点は立憲民主主義の担い手を作る点にあることから憲法の知識が基本になり、さらに、法的資質の基礎として、法学概論的な知識の習得も必要となるとして⁽¹¹⁷⁾、具体的に次の5つの事項を示す。すなわち、第一に「法」、第二に「権力」、第三に「正義」、第四に「人権」、第五に「平等」である⁽¹¹⁸⁾。そして、関弁連は、これらの概念、用語、制度については、日本の教科書でもかなり触れられているが、各知識を総花的・表層的に教えるのではなく、その背後にある理念・原理・原則等の抽象的概念についても十分に教え、子どもが頭の中に知識のネットワークを構築できるようにすることが重要であると指摘する⁽¹¹⁹⁾。

さて、このように見たとき、関弁連が提示する「知識」が、本稿の想定するA知識階層に属する事項と大きく異なることに気付く。本稿の整理によれば、A知識階層に該当するのは、条文や制度であった。しかし、関弁連の整理によれば、知識として身につけるべき事項は、「法、権力、正義、人権、平等」の観念であり、その多くのものが、実在する条文や制度、判例の基礎となる原理・価値であり、B原理階層に属する事項なのである。

つまり、関弁連は、「知識」の概念

を、本稿にいうB原理階層に属する事項をいうものとし、その「活用」（法的資質の2つ目の要素である「技能」としての「知識を応用させる技能」の育成⁽¹²⁰⁾）を目標とするのである。

したがって、このような関弁連の整理は、円柱モデルでいうと、従前は「活用」の基準とされていた「知識」を、A知識階層に属する事項からB原理階層に属する事項に転移させるもの、すなわち、現実社会に適用する概念を、A知識階層に属する事項からB原理階層に属する事項にシフトしたものであると表現することが可能である（【図表7】）。

(3) 法教育研究会の見解（2004年）

法務省は、審議会意見書が司法教育の充実を提言したこと等を受け、2003年7月に法教育研究会を発足させた。この法教育研究会は、それまでに存在した法教育の潮流を人的に統合するものであり⁽¹²¹⁾、かつ、前述のとおり（二1）、同研究会が示した見解はその後の法教育に大きな影響を与えている。

法教育研究会は、2004年に公表した報告書（研究会報告書）において、法教育の重要性が高まっている背景を次のように整理する⁽¹²²⁾。

すなわち、第一に、規制緩和・国際化である。規制緩和により国民が自由に活動できる範囲が広がる一方で、自由な活動から様々な紛争が生じ得ることから、こうした紛争を法

⁽¹¹⁷⁾ 関弁連・前掲注(112)194頁。

⁽¹¹⁸⁾ 関弁連・前掲注(112)194-196頁。

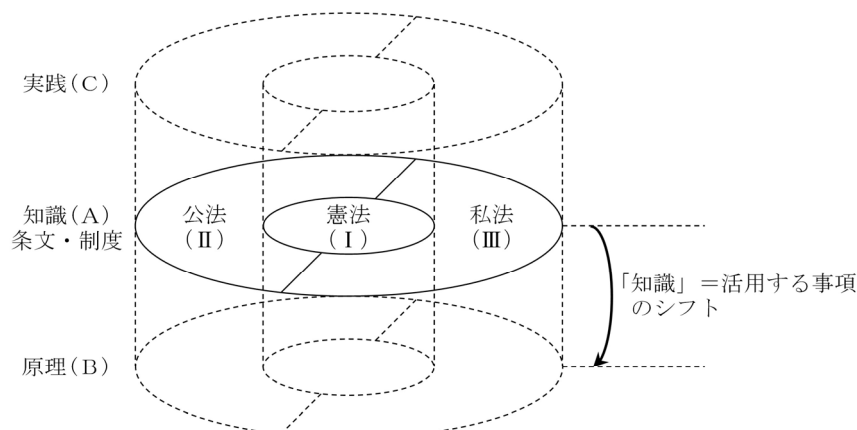
⁽¹¹⁹⁾ 関弁連・前掲注(112)196-197頁。

⁽¹²⁰⁾ 関弁連・前掲注(112)197頁。

⁽¹²¹⁾ 前掲注(23)参照。

⁽¹²²⁾ 法教育研究会・前掲注(18)2-3頁。

【図表 7】 A 知識階層から B 原理階層への活用事項のシフト



に基づいて公正に解決する必要がある。また、様々な文化的背景や価値観を持った人々の間での交渉が日常化していくことによって、いままで以上に透明なルールによる紛争解決が求められることになる。司法制度改革は、このような法に基づく公正な紛争解決が迅速に行われるようにするために、司法・裁判制度の改革を実現しようとするものである。

第二に、国民の司法参加（裁判員裁判の導入）である。裁判員裁判の導入により、国民が法や司法を利用するだけではなく、司法を支えるために能動的に参加することが求められることになる。

研究会報告書は、これら第一、第二を踏まえ、法教育の必要性を次のように説く⁽¹²³⁾。すなわち、制度改革が実りあるものとなるためには、国民一人ひとりが自らの権利と責任を自覚し、国民の自律的な活動を支える法や司法の役割を十分に認識すること、その上で、法律専門家の助力

を得ながら、紛争に巻き込まれないように必要な備えを行うこと、仮に紛争に巻き込まれた場合には、法やルールに則った適正な解決を図るよう心がけ、自ら司法に能動的に参加していく心構えを身につけることが必要である。したがって、このような要請に応えるために、法及び司法に関する学習機会を充実させることが必要である。

研究会報告書は、以上の帰結として、法教育の内容は、法律の条文や制度を知識として暗記するのではなく、法やルールの背景にどのような目的や価値があるのか、司法や裁判がどのような役割を担っているかを自ら考えることを通じて学び、司法制度を正しく利用し、適切に参加する力を身につけるものであるべきとする⁽¹²⁴⁾。

ここで注目されるのは、審議会意見書（司法制度改革審議会の意見書。二四(3)）は、法教育の必要性を、国民的基盤の確立（主として裁判員裁

⁽¹²³⁾ 法教育研究会・前掲注(18)3頁。

⁽¹²⁴⁾ 法教育研究会・前掲注(18)3頁。

判の導入)の文脈で論じていたのに対し、研究会報告書は、法教育の必要性を、その文脈(前記第二)のみならず、法に基づく公正な紛争解決が迅速に行われるべきこと(前記第一)の中にも位置づけ、法教育の必要性として、司法参加のみではなく、国民が権利と責任を自覚すること、(司法のみではなく)法の役割を認識すること、紛争解決能力を身につけるべきことにも求めた点である。

そして、このような法教育の必要性を根拠づける文脈の違い(審議会意見書における文脈からの拡大)が、具体的な法教育のイメージに大きな影響を及ぼしたものと思われる。

すなわち、審議会意見書は、法教育を「司法教育」と称し、その扱う事項はⅡ公法領域(司法制度)に関するもののみであり、学習の方法としてはA知識階層の範疇を超えるか否か不明であった。

しかし、研究会報告書は、日本における法教育は、個人の尊厳や法の支配などの憲法及び法の基本原理を十分に理解させ、自律的かつ責任ある主体として自由で公正な社会の運営に参加するために必要な資質や能力を養い、法が日常生活において身近なものであることを理解させ、日常生活においても十分な法意識を持って行動し、法を主体的に利用できる力を養うことが目指されるべきであるとして⁽¹²⁵⁾、次の4つの学習テーマ(「領域」)を提示した⁽¹²⁶⁾。

第一に、「ルール」である。法は共生のための相互尊重のルールであり、国民の生活をより豊かにするために

存在するものであるということを、実感をもって認識させることを目的とし、学習内容としては、ルールをどのようにして作るのか、ルールに基づいてどのように紛争を解決していくのかを扱う。

第二に、「私法」である。学習内容としては、契約自由の原則、私的自治の原則などの私法の基本的な考え方と、企業活動や消費者保護などの経済活動に関する問題が法と深く関わっていることを扱う。

第三に、「憲法」(ないし「法の基礎にある基本的な価値」)である。一人ひとりの人間が、かけがえのない存在として相互に尊重されるべきであること及び自律的かつ責任ある主体として自由で公正な社会の運営に参加していく必要があることを認識させるとともに、それに必要な資質や能力を育むことを目的とし、学習内容としては、個人の尊厳、国民主権あるいは法の支配などの憲法及び法の基礎にある基本的な価値や国と個人との関係の基本的な在り方を扱う。

第四に、「司法」である。学習内容としては、司法とは、法に基づいて、侵害された権利を救済し、ルール違反に対処することによって法秩序の維持・形成を図るものであること、及び、すべての当事者を対等な地位に置き、公平な第三者が適正な手続を経て公正なルールに基づいて判断を行うという裁判の特質を扱う。

研究会報告書は、これらの学習テーマについて、具体的な教材を示していることから、円柱モデルの当て

⁽¹²⁵⁾ 法教育研究会・前掲注(18)13頁。

⁽¹²⁶⁾ 法教育研究会・前掲注(18)13-14頁。

はめはその教材を参照しながら個々に行うこととするが、この段階でも、少なくとも、前記第二（私法）はⅢ私法領域、前記第三（憲法）はⅠ憲法領域、前記第四（司法）はⅡ公法領域に属するものということができ、研究会報告書は、審議会意見書において必要性が説かれていた「司法教育」（Ⅱ公法領域）から法教育の扱うべき内容を拡張していることが明らかである⁽¹²⁷⁾。

他方、前記第一（ルール）や前記第三のうち「法の基礎にある基本的な価値観」については、領域を特定するのは困難であり、むしろ、すべての領域に共通するものと観念し、円柱モデルによれば、領域のレベルではなく階層のレベルで評価するのが適当であろう。また、その他の学習テーマについても、階層レベルでの分類について多々考えるべき点があると思われるので、以下では、研究会報告書が示した教材をもとに個々に検討を進める。

(4) ルールづくりに関する教材

ルールに関する学習について、研究会報告書は、「ルールづくりに関する教材」として「ルール教育——法やルールの基本となる考え方を学ぶ」と題する教材を提示する⁽¹²⁸⁾。

当該教材では、生徒に身近な紛争状況を設定して、この紛争状況を解決するためのルールづくりを体験的

に行わせることにより、ルールを身近なものと意識づけ、自分たちで合意したルールを守るという規範意識の涵養、状況の変化に応じてルールを作り変えるといった、主体的なルールを作成し利用する意識を育てることが目標とされている⁽¹²⁹⁾。

教材の具体的な内容は、町内会で起こったごみ収集場所をめぐる紛争を題材とするものとマンションで起こったペット飼育をめぐる紛争を題材とするものの2つが示されている。それらの教材の構成は、いずれも、まず、紛争を解決するために、利害が対立するそれぞれの立場に立ってルールを策定し、次に、各立場の者が話し合いを行って望ましいルールを検討し、最後に、策定したルールを一定の基準から評価する、というものである⁽¹³⁰⁾。

ここで、生徒が策定したルールを評価する「一定の基準」として、教材では、次の4つが示されている。第一に、「手段の相当性」（問題を解決するという目的を実現するのに適切な手段であるか否か）、第二に、「明確性」（誰が読んでも同じように読み取ることができるか否か）、第三に、「平等性」（自分の置かれている立場が変わっても、受け入れることができるか否か）、第四に、「手続の公平性」（解決策を決定する過程でみんなが参加しているか否か）である⁽¹³¹⁾。

さて、これに円柱モデルを当ては

⁽¹²⁷⁾ 研究会の名称について、検討対象を「司法教育」から拡張すること等を意図して「法教育」研究会とされたことを指摘する見解として、江口勇治ほか「〔座談会〕我が国における法教育の現状と展望」ジュリ 1266 号 10 頁〔大場亮太郎発言〕（2004）、丸山嘉代「我が国における法教育の普及・発展を目指して——法教育研究会報告書と今後の展開」法教 292 号 4 頁（2005）。

⁽¹²⁸⁾ 法教育研究会・前掲注(18)19-20 頁，43 頁以下。

⁽¹²⁹⁾ 法教育研究会・前掲注(18)19-20 頁。

⁽¹³⁰⁾ 法教育研究会・前掲注(18)45-50 頁，61-64 頁。

⁽¹³¹⁾ 法教育研究会・前掲注(18)50 頁，62 頁。

めれば、領域としては、私人間の紛争を取り扱うことから、Ⅲ私法領域に属するものであるといえる。ただし、この教材においては、たまたま（例えば、扱いやすさ、身近さの観点から）私人間の紛争が採用されたものとみることでもでき、事例が私人間の紛争であること（Ⅲ私法領域の問題であること）は重要視されていないように思われる⁽¹³²⁾。

他方、階層としては、ここまでで検討してきた見解との大きな差異を見出すことができる。それは、第一に、生徒が自らルールを策定する点、そして、第二に、策定したルールの是非を、ルールの「一般原則」と整合しているか否かという点から評価することとされている点である。つまり、裏返せば、紛争解決にあたって、実定法（条文や制度）を参照するのではなく、自ら解決する基準（規範）を策定し、そして、生徒が策定したルールについては、憲法や実定法規、法制度（から導かれ得る一定の規範）との整合性や、実際にこのような問題が発生したときに法的にはどのような結論が導かれ得るかという点には触れないこととされているのである。

本稿において、法教育は、憲法（Ⅰ領域）の知識（A階層すなわち条文や制度）に関する教育を起点として、領域的、階層的な広がりというモデルで分析されることを提示した（二2(4)）。

しかし、この教材は、第一に、具

体的な紛争を解決するにあたり、既存の条文や制度すなわちA知識階層に属する事項は参照せずに、自らルールを策定することとしており、いわば、A知識階層とは「規範」という意味で同質性を有するものの、既存の条文や制度の枠外にあるという意味でA知識階層には属さない領域が観念されているものと分析できる。

したがって、生徒が策定するルールは、厳密には既存の条文や制度とは異なるため、A知識階層に属するとはいえないが、物事の是非を判断するための規範という点ではA知識階層に属する事項と同じレベル（円柱モデルに即して図的に表現すれば、A知識階層と同じ「平面」）にあるものとして、「A'」と表現（観念）できる。

第二に、生徒が策定したルールは、「ルールの一般原則」（手段の相当性、明確性、平等性及び手続の公平性）というB原理階層に属する事項を基準として評価するという思考方法が採られていることに加え、そもそも、生徒がルールを策定するときの根拠は、自らの素直な感覚（日常生活において養われた公正や公平の感覚）である。

したがって、これに円柱モデルを適用して図的に表現すれば、ルールの策定及びルールの評価という2つの場面において、共通して、B原理階層からA'への思考の展開が行われているものと評価することになるう。

⁽¹³²⁾ ルールに関する教材が扱う事例は確かに私人間におけるものではあるが、ごみ収集場所については当該地域の住民、マンションでのペット飼育についてはマンション住民という「集団」に関するものであることから、「集合的利益の調整」としてⅡ公法領域の問題であると観念することも可能であろう。しかし、本文でも述べているとおり、ここではどの領域に属するかは重要ではないので、これ以上の検討はしない。

そして、このルールを現実社会に当てはめて紛争を解決しようとするという点については、実定法や判例を用いて紛争を解決しようとするのと同じ思考を見て取ることができる。この意味で、このルールづくりに関する教材は、C実践階層に属するものでもある。

ここで翻って考えてみれば、これまで見てきた法教育の見解においては、C実践階層へのアプローチは、条文や制度に関するA知識階層の事項を具体的事実に対当てはめるということを内容としており、すなわち、C実践階層へ進む起点はA知識階層であって、A知識階層からC実践階層に展開することが前提となっていたと考えられる(【図表8】の矢印 $\alpha 1$)。

これに対し、研究会報告書は、A知識階層を起点とせず、本来的には

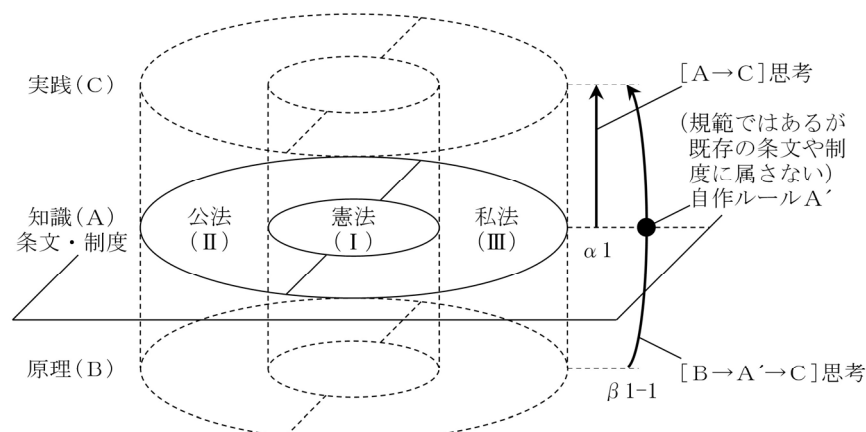
A知識階層を掘り下げることによって明らかになるB原理階層レベルの事項から自らがルール(A'。既存の条文や制度とは異なる規範)を策定し、それをC実践階層に適用(活用)することを内容とするものであり、B原理階層からA'、A'からC実践階層に展開することが想定されている(【図表8】の矢印 $\beta 1-1$)。

以上のように、「領域的な位置取り」(「A'」が観念されること)と「階層間の動き」(A知識階層ではなくB原理階層から(A'を経由して)C実践階層に展開すること)という2つの点で、これまで見てきた諸見解との差異を見出すことが可能である。

以下では、ここで明らかとなった「B原理階層からA'、A'からC実践階層へ展開する思考」を「[B $\rightarrow$ A' $\rightarrow$ C]思考」と表現し⁽¹³³⁾、これとの

(133) 中平一義『動態的法教育学習理論開発研究——自由で公正な社会の形成者育成のための熟議による法教育研究——』159頁以下(風間書房, 2023)は、田中が提示する司法、立法、行政の思考様式の分類(六2参照)及び藤井樹也「憲法解釈と公共政策」国際公共政策研究6巻2号181頁(2002)が提示する法的思考様式と政策的思考様式の分類に基づき、田中のいう「要件=効果図式」に対応する「法的思考2」、同じく「目的=手段図式」に対応する「政策的思考2」、「合意型調整図式」に対応する「法的思考1、政策的思考1」(いわゆる原初状態から憲法や法律、諸制度を形成する際に働く思考)と「法的思考3、政策的思考3」(既存の法律や制度の枠を超えて新たな法を形成する際に働く思考及び既存の憲法を構成する価値を再構成する際に働く思考)という分類を行い、同162頁以下において、法教育推進協議会(法教育研究会の後継団体)が開発した教材である法教育推進協議会『法やルールって、なぜ必要なんだろう?～私たちと法～』(法教育推進協議会, 2015)(この教材はWEB上で公開されている。<https://www.moj.go.jp/content/001288570.pdf>, 最終閲覧2025年3月12日)を分析している。中平の分析対象は研究会報告書が提示した4つの教材そのものではないが、法教育推進協議会が提示した4つの教材はそれをリニューアルしたものであり(同1頁)、内容としては相当に法教育研究会が提示した教材と近接したものであるから、それらの教材内容の差異に注意しつつ、中平の各教材に対する分析結果を本稿の分析結果と合わせて紹介する。中平によれば、「ルールづくり」に関する教材(同5頁以下)は、紛争状態から帰納的にルールを作る点において法的思考1・政策的思考1に、さらに、そのルール運用した上で誰かに不都合がないかを既存のルールの枠に当てはめて演繹的に判断する点において法的思考2や政策的思考2に、ルールを評価する場面で不具合があればルールを改廃することも可能である点において法的思考3、政策的思考3に対応すると分析する(中平・同163-164頁)。中平のいう法的思考1、政策的思考1及び法的思考3、政策的思考3は本稿のいう[B $\rightarrow$ A' $\rightarrow$ C]思考([B $\rightarrow$ (A') $\rightarrow$ C]思考。後掲注(150)参照)及び[B $\rightarrow$ A]思考([B $\rightarrow$ A'($\rightarrow$ C)]思考。四2(2)、四4(2)参照)に、同じく法的思考2は[A $\rightarrow$ C]思考に、政策的思考2も(中平の理解に基づけば)おおまかには[A $\rightarrow$ C]思考に対応するといえるから、中平の分析は、「ルールづくり」に関する教材について[B $\rightarrow$ A' $\rightarrow$ C]思考を採用していると評価している点で本稿と一致する

【図表 8】円柱モデルでの思考ルート① ($[A \rightarrow C]$ 思考と $[B \rightarrow A' \rightarrow C]$ 思考)



対比で、従来型の「A知識階層からC実践階層へ展開する思考」を「 $[A \rightarrow C]$ 思考」と表現する。これ以降も同様に、階層間で展開される思考を「 $[X \rightarrow X]$ 思考」と表現する。

(5) 私法と消費者保護に関する教材

私法に関する教材について、研究会報告書は、「私法と消費者保護に関する教材」として「私法と消費者保護——契約を通じて私的自治の考え方を学ぶ」と題する教材を提示する⁽¹³⁴⁾。

当該教材では、私法分野について日常生活における身近な問題を題材

として、市民社会における契約の自由と責任、私的自治の原則という基本的原則を理解させるとともに、企業活動や消費者保護などの問題が法と深く関わっていることを認識させることが目標とされている⁽¹³⁵⁾。

教材の具体的な内容は、私的自治の原則を中心に据えるものと経済活動と消費者保護を中心に据えるものの2つが示されている。それらの教材の構成は、いずれも、まず(1コマ目)、契約が成立する要件を確認し、次に(2コマ目)、意思表示の構造論に基づいて、契約が解消できる場合とできない場合がそれぞれどのような場合なのかを整理する点で共通す

(中平は「ルールづくり」に関する教材について、既存のルール of 枠に当てはめて演繹的に判断する要素があると分析しているが、筆者の分析によるとそのような場面は不見当であるので(「既存のルール of 枠」という言葉の定義が中平と筆者で異なる可能性がある)、その点では不一致である)。なお、中平は、田中のいう「目的＝手段図式」について、「合意型調整図式」とともに、現在の問題をこれから解決していくために事前に対応することを目指すものであり、現在の問題を過去に定められた法的ルールに準拠して事後的に解決することを目指すものである「要件＝効果図式」と区別されるとするが(中平・同 160 頁)、他方で、「目的＝手段図式」においても法的ルールに準拠するとされていることを捉えて、(それが法学的に正確か否かは一旦措いて)この点では「要件＝効果図式」(本稿にいう $[A \rightarrow C]$ 思考)に親和的なものであると理解しているようである。後掲注(141)参照(既存の法の枠組みの中で演繹的に判断するという点に政策的思考の妥当性を見出している)。

⁽¹³⁴⁾ 法教育研究会・前掲注(18)20 頁, 73 頁以下。

⁽¹³⁵⁾ 法教育研究会・前掲注(18)20 頁。

るが、最後に(3 コマ目), 前者では, 私的自治の原則というテーマのもと, 実務家を招くなどして, 契約を解消できる・できない事例について法的側面から学習し, 私的自治の例外としての消費者保護などをまとめることとされているのに対し, 後者では, 同様に, 契約を解消できるのは例外的な場合であり, その一つとして消費者保護が位置づけられること及びその具体的な内容をまとめる, というものである⁽¹³⁶⁾。

これに円柱モデルを当てはめれば, 領域としては, 前述のとおり(二 5 (3)), III 私法領域に属するものであることは明らかである。

次に, 階層としては, 契約の成立要件(意思の合致)を扱う部分はA 知識階層に属し, その後続く契約の解消を行うことができる場合については, 実務家が法的側面から解説するという点でA 知識階層の要素を含むともいい得るものの, 教材の中には一切民法の条文が出てこない点が注目される。

問題は, 第一に, 契約の成立や解消の説明が民法の原則である私的自治の原則や意思表示の構造論に基づいて行われている点で, 単純にB 原理階層に当てはまるといえるか否か, 第二に, 具体的な紛争事例を仮定して, その紛争の解決を図る点で単純にC 実践階層に当てはまるといえるか否かである。

まず, 後者(前記第二の点)については, ルールに関する学習と類似する構造を指摘することができる。

すなわち, 授業構成では, いずれ

も2 コマ目で, 錯誤や詐欺, 債務不履行に基づく契約の解消の場面を扱うが, 2 つ目の授業構成では, その解消の根拠について, 合意の拘束力の根拠(「考える基本条件が違っている場合には, その約束に拘束されるべきではない」)や公平性の観点(「相手方が約束を守らないのに, 自分だけが約束を守らなければいけないというのは公平ではない」)をもとに説明することとされており⁽¹³⁷⁾, (半ば意図的と思われるが)具体的な民法の条文への言及はなく(指導計画や教材にその条文の記載もない), 条文に触れることは予定されていない。この意味では, ルールに関する教材と同様である。

しかし, ルールづくりに関する教材と私法と消費者保護に関する教材で異なるのは, 前者では自ら何かしらのルールを策定する(B 原理階層に属する事項からA'を導出する)のに対し, 後者では, このようなルール作りは予定されておらず, いわば, 「規範」を飛び越えて紛争を解決しようとしている点である。

したがって, この教材については, ルールに関する教材と異なり, A' (自作のルール)を介する思考は採られていないから, B 原理階層からC 実践階層へ直接展開する[B→C]思考(A 知識階層をジャンプする思考)が採用されていると見ることができる(【図表 9】の矢印 β 1-2)。

次に, 前者(前記第一の点)についても, ルールに関する教材及び私法と消費者保護に関する教材についていま指摘したのと一部の類似す

⁽¹³⁶⁾ 法教育研究会・前掲注(18)74-82 頁。

⁽¹³⁷⁾ 法教育研究会・前掲注(18)80 頁。

る構造を見出すことができる。すなわち、民法の原則である私的自治の原則や意思表示の構造論について、契約の成立が原則として合意時に認められること（2020年改正後の民法522条1項に相当する考え方）や、民法95条（錯誤取消し）、民法541条等（債務不履行解除）の存在という条文や制度の説明を前提としない思考様式である。

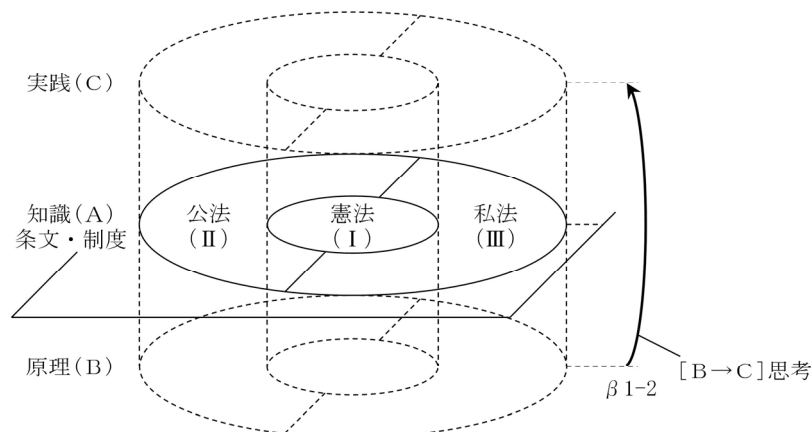
そこでは、私的自治の原則の一内容である契約自由の原則について、「自分の自由な意思で商品・価格の選択を行い、対等な立場で売り買いを行うということを約束した以上、それを守るべき責任がある」ことから説明し、錯誤取消しや債務不履行解除については、前述のとおり、合意の拘束力の根拠や公平性の観点から説明することが予定される。つま

り、B原理階層の事項を確認するための起点は、A知識階層ではなく、B原理階層の内部におけるより基礎的な事項⁽¹³⁸⁾、言い換えれば、「常識」ないしは「素直な感覚」に求められている⁽¹³⁹⁾。

したがって、これを円柱モデルを用いて説明すれば、従来の見解が前提としていた[A→B]思考（【図表10】の矢印α2）ではなく、[B→B]思考を採用していると評価することが可能であろう（【図表10】の矢印β2）。

私法と消費者保護に関する教材は、契約の成立要件について、「意思が合致」することによって契約が成立することを確認しているから、この点において、既存のルール（A知識階層）を現実社会に適用する[A→C]思考の要素を見て取るこ

【図表9】円柱モデルでの思考ルート②（[B→C]思考）



⁽¹³⁸⁾ 橋本・前掲注(53)12頁も、私法に関する教材について、法制度の原則（法原理）を理解させることを目的とする教材の例であり、私法の法原理に当たる「契約自由の原則」を子どもたちが行う模擬的な契約を通して理解させたりする授業であると紹介している。

⁽¹³⁹⁾ 法教育研究会・前掲注(18)78頁は「法律は常識的なものであることに気付かせる」とし、同80頁は「契約の原則は、私たちが暮らす社会の常識と同じ原理であることを確認する」としており、素直な（日常的な）感覚である「常識」を強調する。

ともできるが⁽¹⁴⁰⁾⁽¹⁴¹⁾，ここで確認された[B→C]思考及び[B→B]思考の採用という点にその特徴を見出すことができる。

(6) 憲法の意義に関する教材

憲法に関する学習について，研究会報告書は，「「憲法の意義」に関する教材」として「憲法の意義——憲法及び立憲主義の意義を生活に関連付けて学ぶ」と題する教材を提示する⁽¹⁴²⁾。

当該教材では，民主主義を「みんなのことはみんなで決めること」，立憲主義を「みんなで決めるべきこと，みんなで決めてはならないことを明らかにしたこと」として位置づけ，こうした概念を生徒の生活と関連づけながら，憲法の意義を深く理解させることが目標とされている⁽¹⁴³⁾。

教材の具体的な内容は，まず(1コマ目)，国の政治の在り方は誰が決めべきかを考察し，次に(2コマ目)，「みんなで決めるべきこと，みんなで決めてはならないこと」を様々な具体的場面をもとに検討し，最後に(3コマ目)，これまでに確認した観

点を用いて「憲法とは何か」をまとめ，日本国憲法の内容を確認する，というものである⁽¹⁴⁴⁾。

これに円柱モデルを当てはめれば，領域としては，I 憲法領域に属するものであることは明らかである。

次に，階層としては，憲法の在り方（根本原理）を内容とする点で，単純に言えばB原理階層に属するものといえるが，より厳密には，私法と消費者保護に関する教材と同様に，いわば常識や素直な感覚を起点として，憲法（法）はどのようにあるべきか（あってはならないか）を検討するという点で，[B→B]思考が用いられていると評価できる（【図表 10】の矢印 β 2）。

また，そのような検討の結果を踏まえて，日本国憲法という実際の法規の内容を確認するという点では，B原理階層に属する事項（法の在り方）を起点としてA知識階層の事項（条文や制度の内容）への展開が行われているものとして，[B→A]思考が用いられていると評価できよう（【図表 10】の矢印 β 3）⁽¹⁴⁵⁾。

⁽¹⁴⁰⁾ 意思表示の合致による契約の成立は，2020年の債権法改正により明文化されたが（民法522条1項），旧法でもそのルールは当然（いわば所与）の規範と考えられていた。

⁽¹⁴¹⁾ 中平・前掲注(133)162頁は，法教育推進協議会作成の「私法と消費者保護」に関する教材（法教育推進協議会・前掲注(133)45頁以下）について，何かしらの課題により生じる課題に対して，将来を予想して既存の法の枠組みの中でより良い政策を演繹的に判断する点において政策的思考2に対応すると分析する。この中平の分析は，[A→C]思考を採用していると評価する点で本稿と一致するといえる。ただし，中平のいう政策的思考2には単純に[A→C]思考に還元できない要素があるのではないかと考えられるから，この点で分析結果が完全に一致すると断言することまではできない。本稿が中平の分析を紹介する際に留保している前提等については，前掲注(133)参照。

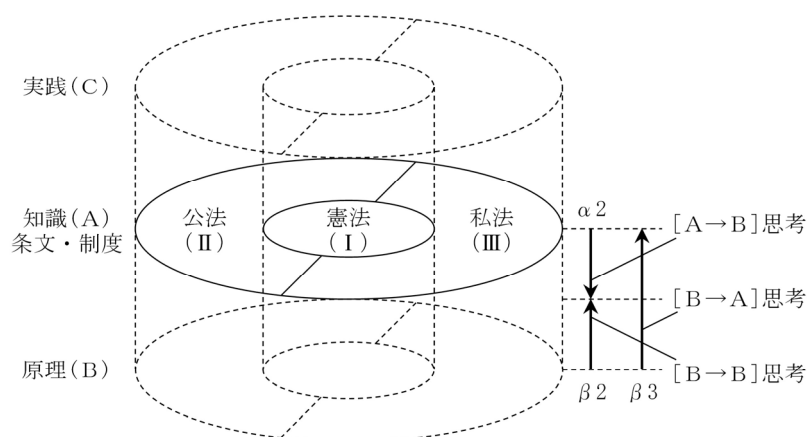
⁽¹⁴²⁾ 法教育研究会・前掲注(18)20頁，93頁以下。

⁽¹⁴³⁾ 法教育研究会・前掲注(18)20頁。

⁽¹⁴⁴⁾ 法教育研究会・前掲注(18)95-100頁。

⁽¹⁴⁵⁾ 中平・前掲注(133)162-163頁は，法教育推進協議会作成の「憲法の意義」に関する教材（法教育推進協議会・前掲注(133)63頁以下）について，フランス人権宣言などを参考に近代的な憲法の成り立ちについて機能的に扱う点において法的思考1，政策的思考1に対応すると分析する。法教育推進協議会作成の「憲法の意義」に関する教

【図表 10】円柱モデルでの思考ルート③（[A→B]思考と[B→B]思考・[B→A]思考）



(7) 司法に関する教材

司法に関する学習について、研究会報告書は、「司法」に関する教材」として「司法——裁判が果たす役割を学ぶ」と題する教材を提示する⁽¹⁴⁶⁾。

当該教材では、司法の過程を模擬体験させることにより、裁判が果たす役割や民事裁判と刑事裁判の違いを理解させることが目標とされている⁽¹⁴⁷⁾。

教材の具体的な内容は、まず(1コマ目)、友達同士の喧嘩の事例を取り上げて、当事者同士が第三者を間に立てながら話し合う方法や、正当な手続のもとで第三者が公正に判断する方法があることを学習し、次に(2コマ目)、交通事故を想定事例として、裁判官の立場に立って判決内容を考

え、民事裁判の役割をまとめるなどし、最後に(3コマ目)、民事裁判との対比で刑事裁判について学習し、傷害事例について、裁判官の立場に立って判決内容を考える、というものである⁽¹⁴⁸⁾。

これに円柱モデルを当てはめれば、領域としては、司法制度を扱っているという点でⅡ公法領域に属するものであることは明らかであるが、授業内容においては、民法や刑法も題材にしているという点で、前者につきⅢ私法領域、後者につきⅡ公法領域に属するといえることができる。

次に、階層としては、けんかの事例を題材として紛争をどのように解決するのかを考え、「話し合いで解決しない場合に、紛争はどうしたらいいのか」、「そのまま放っておいてい

材は、法教育研究会作成の憲法の意義に関する教材とは異なり、フランス人権宣言やモンテスキューの『法の精神』を扱うこととしているから、前者に対する評価と後者に対する評価を単純に比較することはできないが、この中平の分析は、[B→A]思考を採用していると評価する点で本稿と一致するといえる。本稿が中平の分析を紹介する際に留保している前提等については、前掲注(133)参照。

⁽¹⁴⁶⁾ 法教育研究会・前掲注(18)20頁、73頁以下。

⁽¹⁴⁷⁾ 法教育研究会・前掲注(18)21頁。

⁽¹⁴⁸⁾ 法教育研究会・前掲注(18)104-111頁。

いのか」という観点から、「紛争を放置することが社会秩序の混乱につながりかねず、国家による紛争解決手段（民事裁判）が用意されていることを理解させる」ことが予定されていることが注目される。この思考展開については、憲法の意義に関する教材と同様に、B原理階層の事項（常識や素直な感覚）からA知識階層の事項（民事裁判の存在と特性）を一種の必然性をもとにして導出するものであるから、 $[B \rightarrow A]$ 思考が用いられていると評価することができる。

また、授業内容においては、具体的事案に民法（不法行為。709条）や刑法（傷害罪。204条）を適用して、判決内容を考えることとされているから、この点については、条文の内容（A知識階層）の事項を活用して具体的な事案を解決する（C実践階層）ものとして、 $[A \rightarrow C]$ 思考が用いられている⁽¹⁴⁹⁾。

(8) B原理階層の重視

ここまで、B原理階層の扱われ方に注目し、円柱モデルを用いて司法制度改革の流れの後に提示された法教育のイメージを分析してきた。

円柱モデルによると、まず、江口

は、B原理階層をA知識階層から切り離し、B原理階層に属する事項をそれ自体として取り扱う方向性を示した。また、関弁連は、活用すべき「知識」すなわち「活用すべき基準」（現実社会に適用する事項）を、条文や制度のA知識階層に属する事柄ではなく、B原理階層に属する事柄とし、基準をシフトしたものと評価できた。

そして、研究会報告書が示す法教育イメージは、領域としては、Ⅰ憲法領域、Ⅱ公法領域、Ⅲ私法領域のすべてを網羅するものであり、かつ、階層としても、A知識階層、B原理階層、C実践階層のすべてを網羅するものであった。

しかし、特徴的なのは、階層間における思考の展開方法、すなわち、従来型の $[A \rightarrow B]$ 思考及び $[A \rightarrow C]$ 思考に加えて、 $[B \rightarrow B]$ 思考、 $[B \rightarrow A]$ 思考及び $[B \rightarrow (A') \rightarrow C]$ 思考⁽¹⁵⁰⁾という型を提示し、前者よりも後者の種類の思考方法の方を多く用いている点である（【図表 11】）。

このような整理を行うと、司法制度改革の流れの後、法教育については、A知識階層ではなくB原理階層に重点を置き、B原理階層を起点に

⁽¹⁴⁹⁾ 中平・前掲注(133)162頁は、法教育推進協議会作成の「司法」に関する教材（法教育推進協議会・前掲注(133)85頁以下）について、ある事象を既存の法の枠組みや過去の決定（判例など）に準拠しながら演繹的に判断する点において法的思考2に対応すると分析する。この中平の分析は、 $[A \rightarrow C]$ 思考を採用していると評価する点で本稿と一致するといえる。本稿が中平の分析を紹介する際に留保している前提等については、前掲注(133)参照。

⁽¹⁵⁰⁾ 研究会報告書が示す教材の分析により、 $[B \rightarrow A' \rightarrow C]$ 思考（ルールづくりに関する教材が採用していた思考ルート）と $[B \rightarrow C]$ 思考（私法と消費者保護に関する教材が採用していた思考ルート）が存在することを確認したが、両者の相違点は、B原理階層に属する事項をそのまま現実社会に適用するか、適用する前にルールとして規範（A'）を示すかの違いとして捉えることができる。しかし、B原理階層に属する事項をC実践階層に活用する際には、明示されなくても、「こういう原理・価値からすればこうあるべき」という一種の規範（A'）を観念して、その規範を現実社会に適用することにより結論を出すという思考をしていることからすると、 $[B \rightarrow C]$ 思考と $[B \rightarrow A' \rightarrow C]$ 思考は本質的に異ならないと思われる。そこで、本稿では、両者をまとめて表現する際には、A'にカッコを付して、「 $[B \rightarrow (A') \rightarrow C]$ 思考」と表現する。

学習を進めることを強調する立場が提示されたと理解できる。

このようにB原理階層を重視するスタンス、すなわち、B原理階層のみを扱う([B→B]思考を含む)もの、[B→A]思考⁽¹⁵¹⁾又は[B→(A')→C]思考のように思考ルートに「B」を含むもの、A知識階層も扱うがB原理階層の方に重点を置くスタンスのことを、本稿では「原理性重視主義」と呼ぶ。そして、このようにして認識される「教育活動においてB原理階層が扱われるという法教育が有する一つの特質(一側面)」のことを「(法教育の)原理性」と呼ぶ⁽¹⁵²⁾。

では、なぜこのような法教育の原理性を重視するスタンス(原理性重視主義)が生じることになったのであろうか。この問題については、2つの事柄を指摘することができる。

第一に、法教育の定義の問題である。研究会報告書は、「法教育」の定義について、「広く解釈すれば、法や司法に関する教育全般を指す言葉である。しかし、より具体的には、アメリカの法教育法……にいう Law-Related Education に由来する用語であって、法律専門家ではない一般の人々が、法や司法制度、これらの基礎になっている価値を理解し、法的なものの考え方を身に付けるための

教育を特に意味するものである」とする⁽¹⁵³⁾。つまり、法教育の内容を、「法や司法制度」の理解(A知識階層)に留まらず、「これらの基礎になっている価値を理解」することや「法的なものの考え方を身に付ける」こと(B原理階層又はC実践階層)まで及ぶものとしている。この点だけを見れば、それまでの法教育イメージとの大きな差異はないといってよい。

しかし、研究会報告書は、これに続けて、「法曹養成のための法学教育などとは異なり、法律専門家ではない一般の人々が対象であること、法律の条文や制度を覚える知識型の教育ではなく、法やルールの背景にある価値観や司法制度の機能、意義を考える思考型の教育であること、社会に参加することの重要性を意識付ける社会参加型の教育であることに大きな特色がある」とし、法教育は「思考型の教育」であり「社会参加型の教育」であるとした⁽¹⁵⁴⁾。「法やルールの背景にある価値観や司法制度の機能、意義を考える思考型の教育である」という点は、原理・価値を扱うという点においてB原理階層に、「社会に参加することの重要性を意識付ける社会参加型の教育である」という点は、自己の知見を現実社会で活用するという点においてC実践

⁽¹⁵¹⁾ ここでは一応[B→A]思考も原理性重視主義の内容に含めるが、[B→A]思考と[A→B]思考の違いは説明の前後(その差にすぎない)ということもでき、両者を区別する意味はあまり大きくないのではないと思われる。したがって、原理性重視主義のコアは、B原理階層のみを扱うもの([B→B]思考を含む)又は[B→(A')→C]思考(ないし[B→A'→C])思考。四2(2)、四4(2)参照)を用いる場合ということになるため、後述する「原理性ドグマ」については[B→A]思考を除いた(二5(9))。

⁽¹⁵²⁾ 本稿が指摘する「法教育の原理性」について、類似の概念を示す論考として、橋本・前掲注(7)32頁。橋本は、研究会報告書の記載を参照し、国民にとって必要なのは法の価値や原則の理解を重視することであるととして、これを「法教育」の持つ法的価値・原則教育としての側面」と定義づけている。

⁽¹⁵³⁾ 法教育研究会・前掲注(18)2頁。

⁽¹⁵⁴⁾ 法教育研究会・前掲注(18)2頁。

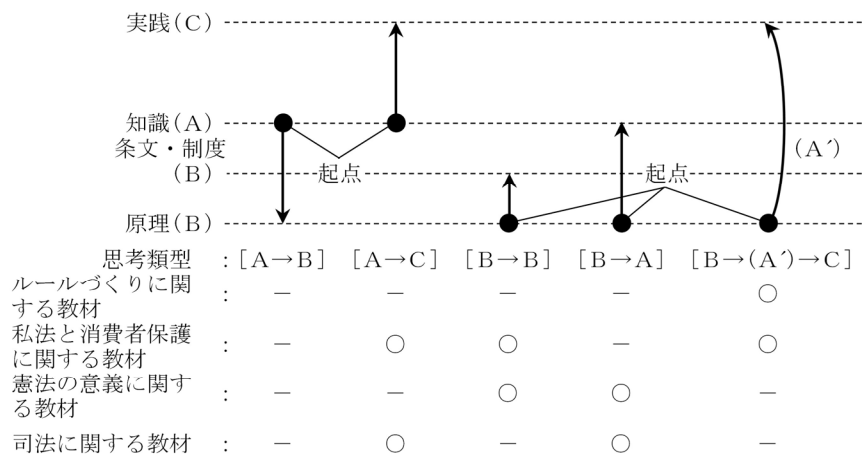
階層に対応するものと理解できる。つまり、研究会報告書は、定義の段階において、法教育は、B原理階層及びC実践階層の方にこそ重点を置くべきであると宣明したものと理解できるのである⁽¹⁵⁵⁾。

第二に、研究会報告書が示した4つの教材の関係である。研究会報告書

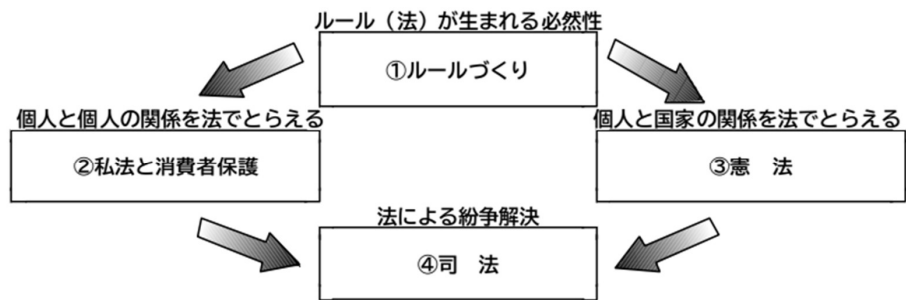
は、4つの教材は【図表 12】に示すような「相互に有機的な関連」を持っているとする⁽¹⁵⁶⁾。

すなわち、①「ルールづくり」により個人と社会との関わり方の考察を通じて、社会集団の中でルール(法)が生まれる必然性を学び、次に、②「私法と消費者保護」により、経済

【図表 11】思考ルートのもつ



【図表 12】研究会報告が示した4つの教材の関係⁽¹⁵⁷⁾



⁽¹⁵⁵⁾ 法教育研究会・前掲注(18)2頁は、このような法教育イメージを、近年、日本において法教育を当該意味で理解することが一般的になってきており、研究会においてもこれを前提として法教育に関する検討を行ってきたと述べるが、これは、例えば、江口・前掲注(55)や関弁連・前掲注(112)の法教育の理解や目標(法的資質の三要素)を指しているのではないと思われる。

⁽¹⁵⁶⁾ 法教育研究会・前掲注(18)18頁。

⁽¹⁵⁷⁾ 法教育研究会・前掲注(18)18頁掲載の図。

社会における契約を仲立ちとした個人と個人の関係の考察を通じて、私的自治の原則を学び、そして、③「憲法の意義」により、民主主義の重要性和民主主義社会においても守られるべき基本的人権などの価値に関する考察を通じて、憲法の意義を学び、最後に、④「司法」により、現代社会で発生している様々な紛争の解決方法の考察を通じて、法に基づく裁判の意義を学ぶ、という流れである。この構成により、ルール（法）が生まれる必然性を学ぶことに始まり、その法を通じて個人と個人の関係、個人と国家の関係を学び、そして最後に法によって紛争を解決することの意義を学ぶという流れが考えられるとする⁽¹⁵⁸⁾。

このように、研究会報告書は、「ルールの在り方」というB原理階層の事柄を起点として教材間の関係を捉えている。この発想が、いわば相似的に個々の教材にも現れているのではないかと推察されるのである。

そして、法教育研究会自身も、このようなB原理階層を重視する構成を自覚的に提示し、しかも、それが従来の学習方法と異なるものであったことを認識していたのではないと思われる。このことは、委員の一人であった橋本が、4つの授業は「従来学校現場で行われている一般的な法授業とは異なるアプローチで作られた授業」であり、具体的には、憲法や私法については、法の原則をスタートラインにし、法の論理で授業展開している点、司法については、

なぜ裁判制度があるのか、といった裁判の社会的意義から授業展開している点、そして、ルールづくりについては、これまでにない新しい法教育内容としてのルールの評価の視点を提示した点について、いずれも、法を教える時にどのような授業展開が望まれるのか、現場の教員にとっては目から鱗の授業だったのではないかと述べていること⁽¹⁵⁹⁾から窺われる。

(9) A知識階層の軽視

研究会報告書は、前述のとおり（二5(8)）、B原理階層を重視するスタンス、すなわち原理性重視主義を採っているものと分析されたが、このようなB原理階層を重視する流れから、さらに、A知識階層の意図的な回避（より主観的な言葉を用いれば「軽視」）というべき風潮が生じていることを指摘したい。以下では、A知識階層を回避する（あまり触れる必要はないとする）ことを述べる見解を紹介する。

例えば、野坂は、教えられるべき“法”とは、実定法（六法全書に載っているような法律や政令や規則など）の知識、あるいは実社会に生起しがちな法的紛争への対処ノウハウではなく⁽¹⁶⁰⁾、実定法（例えば消費者保護法）や法制度（例えば刑事裁判手続）自体より、その背後にある「正しさ」と一体的に把握されるべきものであると指摘する⁽¹⁶¹⁾。このように、野坂は、B原理階層に属する事項の方に重点を置き、A知識階層に属する事

⁽¹⁵⁸⁾ 法教育研究会・前掲注(18)19頁。

⁽¹⁵⁹⁾ 橋本・前掲注(90)3頁。

⁽¹⁶⁰⁾ 野坂・前掲注(62)17頁。

⁽¹⁶¹⁾ 野坂・前掲注(62)18頁。

項は、法教育で教えられるべき「法」ではないと述べる。

星野豊は、学校で行われるべき法教育は、「〇〇法の第△△条の内容は□□□」という法体系における具体的な知識を教えるものではなく、なぜ現在の社会には法があるのか、法は現在の社会にとってなぜ必要であるのか、どのような法によってどのような社会ができ、そのような社会は望ましいのかという、より根本的な問題を自分自身が社会の一構成員となることの自覚とともに考えさせていくものであるとする⁽¹⁶²⁾。したがって、星野は、「法とは何か」を児童生徒に教え、あるいは児童生徒に考えさせるための題材として、「〇〇法」という現行法体系の中の法律を用いる必要はなく⁽¹⁶³⁾、法教育の実践においては、思い切って現行法体系の細かな知識から離れ、教員も児童生徒も、「これからの社会のあり方」を視野に入れた、「法のあり方」を自由に考えてみることで、むしろ望ましい可能性があるとして⁽¹⁶⁴⁾、条文（A知識階層）に触れる必要はないことを明言する。

さらに、坂本一也ほかは、法教育の目的は、第一に、法の基礎にある価値を理解すること、第二に、法的なものの考え方・法を活用する技能を身につけること、第三に、これら

を通して法意識を持って行動できる能力・資質を育成すること、すなわち、法的知識、法的技能及び法的信念を身につけることであるとし⁽¹⁶⁵⁾、法教育が育成する能力は法の基礎にある価値を活用して課題を考える能力であることから、法教育において求められる法的知識には詳細な内容は不要であるとする⁽¹⁶⁶⁾。そして、例えば、労働契約や労働関係法（の一部）や消費者契約法などは、法教育の対象として議論などするものではなく、むしろ「実践的な法学素養」として学ぶべきものであるとして⁽¹⁶⁷⁾、法教育においてA知識階層を扱う必要はない（これは法教育の対象ではない）という理解を示す。

これらA知識階層を軽視する見解とは対照的に、武藤拓也は、裁判員制度についてではあるが、法教育研究会及び全国法教育ネットワークが示す法教育像について、裁判員制度における法律的知識の軽視が影響するおそれがあり、これが形式化して普及することに注意しなければならないという警戒感を示す⁽¹⁶⁸⁾。逆に言えば、武藤は、法教育研究会及び全国法教育ネットワークが示す法教育は知識軽視であると評価しているといえる。

このように、複数の見解においてA知識階層に回避的な傾向が見られ

⁽¹⁶²⁾ 星野豊「「法教育」として何を教えるか」月刊高校教育 48 巻 1 号 84 頁（2015）。

⁽¹⁶³⁾ 星野・前掲注(162)84 頁。

⁽¹⁶⁴⁾ 星野・前掲注(162)85 頁。

⁽¹⁶⁵⁾ 坂本ほか・前掲注(6)38 頁。

⁽¹⁶⁶⁾ 坂本ほか・前掲注(6)41 頁。

⁽¹⁶⁷⁾ 坂本ほか・前掲注(6)41 頁。なお、坂本ほかは、この叙述箇所において山田八千子・後掲注(196)62 頁を引用するが、山田は、法教育のコンテンツとして「実践的な法学素養」という類型の必要性を認めているため、山田の見解と坂本ほかの見解は必ずしも一致するものではないと考えられる。

⁽¹⁶⁸⁾ 武藤拓也「社会科における教科目標論の動揺と「法教育」」国士舘大学文学部人文学会紀要 41 号 32 頁（2009）。

るが、では、なぜ、このようなA知識階層軽視の傾向が生じることになったのであろうか。この問題については、研究会報告書が示した法教育の定義とその理解における「ねじれ」の存在を指摘することができる。

前述のとおり(二五(8)), 研究会報告書が示した法教育の定義は、「法律専門家ではない一般の人々が、法や司法制度、これらの基礎になっている価値を理解し、法的なものの考え方を身に付けるための教育」というものであり、この段階では、「法や司法制度」というA知識階層(条文や制度)、「これらの基礎になっている価値」というB原理階層が並列的に記述されている。

しかし、研究会報告書は、この定義を、「法律の条文や制度を覚える知識型の教育ではなく、法やルールの背景にある価値観や司法制度の機能、意義を考える思考型の教育であること、社会に参加することの重要性を意識付ける社会参加型の教育であることに大きな特色がある」とし、法教育は「知識教育ではない」と理解(言い換え)したのである。

つまり、定義の段階では法教育の対象とされていた「法や司法制度……を理解し」の部分が、言い換えの段階において、「法教育は非知識型である」という理解により否定されているよ

うに読める⁽¹⁶⁹⁾(170)。

したがって、法教育の定義と理解において生じたこのような「ねじれ」から、法教育においては「B原理階層を重視すべきである」という理解を超えて、「A知識階層の軽視(回避)」という理解がなされるようになったのではないかと考えられる⁽¹⁷¹⁾。

このように、A知識階層の軽視(回避)と結びついた原理性重視主義、すなわち、原理性重視主義のうち、B原理階層のみを扱うもの([B→B]思考を含む)又は[B→(A')→C]思考のように思考内容(ルート)に「A」を含まないものを、本稿では特に「原理性ドグマ」と呼ぶ。

(10) 法教育推進協議会の見解(2007年)

法教育研究会は、研究会意見書を法務省に提出したことにより活動を終了したが、その後継団体として2005年7月に法教育推進協議会が設立された。そこで、研究会報告書と連続性を有するものとして、同協議会の見解が原理性重視主義を引き継いでいるのか否かを検討する。

法教育推進協議会は、2007年に公表した「法教育推進協議会の協議の

(169) 例えば久保山力也「リーガルサービスのパラダイム転換へ向けた「法教育」——「教材」／「担い手」問題とリーガルプロフェッションの「作法」——」青山法務研究論集 1号 92頁注12(2010)は、研究会報告書を参照し、「法教育」であるためには、「非知識型、思考型、参加型」であることが要求されるとの理解を示す。

(170) 本稿と同様に解釈し、さらに、この言い換えを批判する論考として、渡邊弘「法教育をめぐる論争点」月報司法書士 484号 3頁(2012)、渡邊・前掲注(20)105頁。

(171) 現に、坂本ほか・前掲注(6)38頁は、研究会報告書が示した法教育の定義及び日弁連が示した法教育の目的を参照し、これらからは、法律に関する具体的な知識の習得は主たる目的ではなく、社会参加等への意欲・態度・意欲を涵養するための手段と捉えられているということが分かるとして、法的な具体的な知識の習得を手段(目的との関係では従たるもの)と位置づけ、本文で引用したA知識階層に回避的な見解を示すに至っている。

状況について」と題する資料⁽¹⁷²⁾において、「法教育の核となるもの」を2つ挙げる。

第一に、法は、紛争状態の解決のために、権力によって強制されるものというだけではなく、日常生活の中で機能するのが通常の状態であり、後者が原則、前者が例外であるという関係性を理解させること、第二に、法そのものを教えることや、例えば、「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるように扱う」という法に内在する重要な基本的価値を教えるにとどまらず、独立した存在としての個人の尊厳、基本的な自由・平等の保障といった、法が具体的に実現しようとする本質的・実質的な価値をも併せて教えていく必要があることである⁽¹⁷³⁾。

また、「本協議会において、今後重点的に検討すべき法教育の分野」を2つ挙げ、それぞれについて検討すべき理由を示す。

第一に、「経済、政治や倫理的内容を扱う教育との関係を踏まえた法教育」である。法が実現しようとする実質的な価値は、経済、政治、倫理といった法を取り巻く、あるいは法に関連する様々な事柄によって規定されるため、法教育において日本の社会を支える本質的・実質的な価値について指導するためには、法教育と経済、政治、倫理それぞれに関する教育との重なり合いが不可避免的に

生ずることから、法教育の観点から経済、政治、倫理的内容を扱う具体的方法を確認することが必要であるとする⁽¹⁷⁴⁾。

第二に、「私法分野における法教育」である。法に関する事柄を教育する際には、これまで一般に国家対個人の関係で捉えられることが多く、私人と私人の間の関係を規律する私法は顧みられることが少なかったが⁽¹⁷⁵⁾、私法の領域は、こうした利益の衝突が紛争に発展しないように調整を行うものであるとともに、紛争が生じた場合には私人が裁判等により権利を実現していくことを通じて、公共の空間を豊かにし、公共の利益を増大させていくことを扱うものであることから、私法分野における法教育の重要性は疑いがないとする⁽¹⁷⁶⁾。

さらに、第二の点（私法分野における法教育）に関し、法教育推進協議会は2つのアプローチを示す。1つ目に、「私法と消費者保護」の取組みをさらに深化させる方向、すなわち、例えば「この場合になぜ契約は解消できることになっているのか」という私法の基本原理に遡って考えさせたり、事業者としての立場から見た契約のルールに関する教育を行う方向性、2つ目に、契約法に加えて、物権法、不法行為法や企業（法人）法を扱う方向性である⁽¹⁷⁷⁾。

さて、このような法教育推進協議

⁽¹⁷²⁾ 法教育推進協議会「法教育推進協議会の協議の状況について」2007年5月17日（<https://www.moj.go.jp/content/000001624.pdf>, 最終閲覧2025年3月12日）。

⁽¹⁷³⁾ 法教育推進協議会・前掲注(172)3-4頁。

⁽¹⁷⁴⁾ 法教育推進協議会・前掲注(172)5-6頁。

⁽¹⁷⁵⁾ 同様に、法教育において私法分野が扱われる機会が少なかったことを指摘し、その必要性を説く論考として、渡邊・前掲注(41)209-210頁。

⁽¹⁷⁶⁾ 法教育推進協議会・前掲注(172)6-9頁。

⁽¹⁷⁷⁾ 法教育推進協議会・前掲注(172)7頁。

会の見解に円柱モデルを当てはめれば、領域としては、「今後重点的に検討すべき法教育の分野」の第二の点について⁽¹⁷⁸⁾、明確に、Ⅲ私法領域の充実を表明している。

次に、階層としては、法教育推進協議会が「法教育の核となるもの」として挙げる 2 つの事項（「法の機能」と「法が実現しようとする本質的・実質的な価値」）は、法の在り方や法原理⁽¹⁷⁹⁾を内容とするものであるから、いずれも B 原理階層に属するといえる。

さらに、「今後重点的に検討すべき法教育の分野」として挙げる 2 つの事項（「経済、政治や倫理的内容を扱う教育との関係を踏まえた法教育」と「私法分野における法教育」）について、前者は、「法が実現しようとする実質的な価値」と経済、政治及び倫理との関連性に注目していることから、やはり、その問題意識は B 原理階層に属するといえよう。

他方、後者について、1 つ目に挙げられている方向性は、契約解消の根拠を私法の基本原理に遡って考えさせるといふ点において B 原理階層に属するといえるが、事業者の立場から見た契約のルールという点は、その関連条文や制度を参照することを含み得るから、B 原理階層を排除するものではないものの、基本的には A 知識階層に属するものと評価するのが適当である。

2 つ目に挙げられている方向性も、

契約法以外の私法分野の法規の規定内容（物権法，不法行為法，企業（法人）法）を取り扱う方向性を見て取ることができるから、第一と同じく、B 原理階層を排除するものではないが、基本的には A 知識階層に属する（A 知識階層を中心とする）ものと評価するのが適当である。

このように見ると、法教育推進協議会は、基本的には（「法教育の核となるもの」の 2 つの事項、「今後重点的に検討すべき法教育の分野」の第一の点については）B 原理階層を重視する立場（原理性重視主義）を承継しつつ、他方で、私法分野での法教育（Ⅲ私法領域）においては（「今後重点的に検討すべき法教育の分野」の第二の点については）、B 原理階層を排除するものではないが、A 知識階層を中心的な内容とすることを提唱していたものと理解できる。

したがって、法教育推進協議会の見解を見ると、法務省として、法教育に関するすべての教材（分野）について原理性重視主義を色濃く反映させようとしていた（原理性ドグマを推進していた）と言うことまではできないと考えられる。

（11）小括——原理性重視主義の提示

いままで見てきたように、司法制度改革の流れの後で提言された法教育のイメージでは、まず、B 原理階層の独立化がなされ、次に、活用する事項が A 知識階層から B 原理階層

⁽¹⁷⁸⁾ 法教育推進協議会は、Ⅰ憲法領域（憲法教育）及びⅡ公法領域（司法教育）にも言及しており、これらを排除しているわけではない。前者につき、例えば、法教育推進協議会・前掲注(172)4 頁の「本協議会においては、憲法を素材とする法教育の在り方についても検討を行ってきた」という記述、後者につき、例えば、同 1 頁「法や司法の意義・役割を実感をもって理解し、身に付けることを目指す法教育」という記述参照。

⁽¹⁷⁹⁾ 前掲注(68)のとおり、「原理」と「価値」は同質である。

にシフトした。そして、このような中で研究会報告書が提示した法教育モデルは、B 原理階層を重視する(B 原理階層のみを扱い ([B → B] 思考を含む)、又は、[B → A] 思考、[B → (A') → C] 思考を用いる)ものであり、原理性重視主義と表現されるべきものであった。また、原理性重視主義の中には、A 知識階層の軽視(回避)と結びつく原理性ドグマというべき類型も観念された。

その後に出された法教育研究会の後継団体である法教育推進協議会の資料は、基本的には原理性重視主義に拠って立つ問題意識や法教育像を示していたが、他方で、私法分野について A 知識階層を中心的に扱う方向性も示されていたことから、法

教育のすべてについて原理性重視主義が貫徹されていたとまではいうことはできない。

6 法教育モデルの評価

(1) 明示的な積極評価

法教育研究会が定立した法教育の定義や理念は、多くの著書や論考で引用され、一つの確固たる基準を示したものと認識されている。同研究会が示した法教育の定義は、もちろんそれと異なる定義を用いる見解も存在するものの⁽¹⁸⁰⁾、多くの論者においてもはや所与のものとして取り扱われ⁽¹⁸¹⁾、同研究会が示した法教育像は、その後の法教育の方向性を決定づけたといつてよい⁽¹⁸²⁾。

現に、多くの論者は、研究会報告

(180) 「法教育」の定義に関する諸見解を一覧化したものとして、江口勇治ほか「〔パネルディスカッション〕法教育のこれから——学会設立 10 年を振り返りながら」法と教育 10 号 86-87 頁〔塩川泰子発言〕(2020)。渡邊・前掲注(43)20 頁は、日本における法教育は複合的な性格を持っていることから、報告書における定義が唯一のものではないことに注意する必要があると指摘する。

(181) 例えば、吉田俊弘「法教育の現状と課題を探る——教育現場からの報告」法の科学 40 号 152 頁(2009)は、研究会報告書が法教育の概念を初めて定式化し、現在の法教育研究と実践に大きな影響を与えているとする。同様に、法教育研究会が示した定義を一般的なものとして引用し、又は、その定義を積極的に評価する論考として、日置朋弘「裁判所における法教育への取組」ひろば 61 巻 5 号 17 頁(2008)(ただし、「確立した定義があるわけではないが」という留保が付されている。同 20 頁注 1)、大谷實ほか「教育現場での法教育の取組 ③一貫教育における法教育」ひろば 61 巻 5 号 45 頁〔大谷實〕(2008)、伊見真希「司法書士が行う教育活動のこれから」月報司法書士 448 号 20 頁(2009)、一場康宏「裁判所における法教育への関与」ひろば 63 巻 6 号 23 頁(2010)、坂本ほか・前掲注(6)32 頁(ただし、「法教育について確立した定義はないものの」という留保が付されている)、吉村朋代「基礎法学からの「法教育」の必要性について」広島国際大学教職教室教育論叢 5 号 29 頁(2013)、檜原ほか・前掲注(7)158 頁〔吉田俊弘〕など。他方、研究会報告書が公表される前の 2002 年時点で「法教育というまとまった概念は日本ではまだ定着していない」と指摘する論考として、河村新吾「高等学校における法教育の実践——ヨーダー事件から学ぶ——」月報司法書士 369 号 12 頁(2002)。

(182) 例えば、吉村・前掲注(181)30 頁は、研究会報告書がその後の「法教育」を方向づけることになったとする。ほかにも、法教育研究会が示した法教育イメージ(教材)の影響力を指摘し、又はそのイメージ(教材)を積極的に評価する論考として、本文で紹介するもののほかに、原田大輔「法教育モデル校での授業を参観して」市民と法 38 号 49 頁(2006)、山浦寿「裁判員制度の現状と法教育の構想」地域総合研究 6 号 228 頁(2006)、北川善英ほか「法教育の現状と課題」横浜国立大学教育人間科学部紀要 I 教育科学 54-55 頁(2007)、中平一義＝重松克也「社会科教育における判断基準(価値)——法教育における判断基準(価値)——」横浜国立大学教育人間科学部紀要 I 教育科学 64 頁(2008)、橋本・前掲注(7)32 頁、鈴木浩「公立中学校における法教育の実践」神奈川大学心理・教育研究論集 28 号 41 頁(2009)、武藤・前掲注(168)23 頁、三浦朋

書が示した法教育の内容（法教育の定義や教材）について、それぞれ様々な観点から、好意的な評価を行っている。

例えば、江口は、研究会報告書は法教育の定義や学習モデルを示した点で大きな意義があったとし、法化社会が進む中において、法教育研究会の活動を通して、法の支配、法に基づく政治、法による人権擁護等の基本的意味を市民や子どもの視点から考える教育機会が学校で実施できる素地が生まれたことの意義は大きく、法教育という新しい教育領域が現代の課題に即応して創造されたと評価する⁽¹⁸³⁾。

斉藤一久は、法教育研究会が示した教材は、総じて具体的な事例を通して、思考力、判断力、表現力を高めるといった観点において従来の法に関する教育を大きく前進させたテキストとして評価できるとする⁽¹⁸⁴⁾。

山浦寿は、研究会報告書は、その構成を、①法教育の意義、②法教育の現状と課題、③法教育が目指すものの3部構成とし、法教育の意味を明確にするものであり、さらに、学校における法教育の内容と教材の在り方について学習指導案を例示するなど、具体的な実践方法をも提示し、関連資料も豊富に添付されていて、授業に有効に活用できる優れた内容

となっていると評価する⁽¹⁸⁵⁾。

樫澤秀木は、研究会報告書は、法教育を、「法やルールの背景に、どのような目的や価値があるのか、司法や裁判がどのような役割を担っているかを自ら考えることを通じて学び、司法制度を正しく利用し、適切に参加する力を身に付けるための教育」であると定義したこと、また、具体的な教材のテーマとして前述の4つを挙げた点について（二五(3)）、全体として基本的には賛同できる内容であり、とりわけ、自らルールを作るという態度の涵養を目指している点、日本人が法のイメージとして持ちやすい刑法や公法ではなく私法を教材に挙げている点、「みんなで決めるべきこと／みんなで決めてはいけないこと」の区別立てを憲法の意義として示している点、司法の説明を刑事裁判ではなく民事裁判の紛争処理形態から始める点など、教材のテーマに関して日本の法化現象の問題性に対応した構成となっていることから、大いに評価できるものであるとする⁽¹⁸⁶⁾。

大谷太は、研究会報告書は、法教育研究会の研究の集大成であるとともに、その後の法教育の取組みの原点を示すものであり、その重要性はいささかも減じておらず、同報告書が示した法教育の定義は銘記すべき

子「司法制度改革の進展を背景とした学校教育の現状と課題——法務省作成教材「ルールづくり」と「模擬裁判」の分析を通して——」千葉大学教育学部研究紀要 60 号 11 頁（2012）など。逆に、研究会報告書が示す法教育像が所与のものとして捉えられている状況に警戒感を示す論考として、大村・前掲注(2)8 頁、渡邊弘「法を学ぶ者のための法教育入門」法セミ 662 号 16 頁（2010）。

⁽¹⁸³⁾ 江口勇治「「法教育」とは何か」市民と法 38 号 25 頁（2006）。

⁽¹⁸⁴⁾ 斎藤一久「法教育と規範意識」日本教育法学会年報 39 号 137 頁（2010）。

⁽¹⁸⁵⁾ 山浦・前掲注(182)227 頁。

⁽¹⁸⁶⁾ 樫澤秀木「「法教育」は可能か」法社会学 71 号 97 頁（2009）。樫澤は、ロールプレイングによる議論で全員が一致できるルールの作成を目指す教育の効果は大変大きく、このルール定立型が法教育のコアとなるべきではないかと評価しており、この点でも研究会報告書とスタンスが近いと考えられる。

ものであること、同様に、法教育の特色についても、新学習指導要領が基本理念とする『生きる力』を育むことに直結するものであり、教育現場で法教育が実践されるにあたって、法教育の目指すものについての関係者の理解が重要であることを指摘する⁽¹⁸⁷⁾。そして、研究会報告書が示した4つの教材については、「法教育のエッセンスを盛り込んだスタンダード・テキスト」の役割を果たしており、今後も、これらの教材を適宜アレンジした形で法教育授業が各地で展開されることが期待されると評価する⁽¹⁸⁸⁾。

(2) 黙示的な積極評価

また、研究会報告書が示す法教育の内容（定義や教材）に対して明示的に賛同する立場を表明していないとしても、同報告書が示した法教育の目的や方向性を評価し、もしくは、これと同様の見解（原理性重視主義的なスタンス）を示す論者も多い。

例えば、矢吹香月は、従来学校教育において実践されていた「法に関する教育」との対比において、研究会報告書が示した法教育の目標を評価する。すなわち、従前行われていた「法に関する教育」は道德教育と公民教育を中心とするが、これらの間で連携が取られていないこと、公民教育の中で国民の成員としての「国民」と市民社会の一員としての「市民」を育成することを担う憲法

教育にも、憲法を自分自身のものとして身につけることができないという問題が生じていること、また、「法に関する教育」は、法制度に関する内容を重視し、憲法を知識として認識させることで社会維持のために必要な公民的資質を育成する目標にとどまっているものであったことを指摘する⁽¹⁸⁹⁾。これに対し、研究会報告書が示した法教育は、「個人の尊厳」を理解し、「生きる力」を身につけることにより、子どもが他者との関係を尊重することの重要性を認識することができ、身の回りのルール創りに主体的に参加できるようになるというプロセスを通じて法と主体的・能動的に関わりあう国民が育成されるという点で賛成できるものであることを表明する⁽¹⁹⁰⁾。

矢吹は、別稿においても、法教育研究会が示す法教育が「生きる力」を育成する方向性に合致すると評価する。すなわち、矢吹は、法教育研究会が目指す法教育は「自律的個人」の育成であると解し、「生きる力」を身に付けた個人こそが「自律的個人」として育成されなければならないという矢吹自身の理解を示した上で、ここでいう「生きる力」とは、「日常生活の中で紛争が発生した場合、不利益を受動的に甘受するのではなく、有効な対応方法が何であるかを自分で考え、また、一人で対応することができない場合には、社会や公的機関に積極的に援助を求めることがで

(187) 大谷太「法務・検察における法教育の推進」ひろば 61 巻 5 号 10-11 頁（2008）。

(188) 大谷・前掲注(187)11 頁。

(189) 矢吹・前掲注(20)74 頁。

(190) 矢吹・前掲注(20)69 頁。大谷・前掲注(187)5 頁も、知識を覚えることにとどまらず、実生活で生きていく力として、思考力、判断力、表現力等を高めることを重視する法教育の考え方は「生きる力」の育成を目指す教育界の動きとも合致するものであるとする。

きること」であり、司法制度改革における個人の主体性の育成という目標と教育改革における「生きる力」の育成という目標は、「自律的個人」の育成という観点において符合するものであると評価する⁽¹⁹¹⁾。

今智也は、公民科が目標とする「公民的資質を持った日本国民」を育成する上で、研究会報告書が提出されるまでの動きは、学習指導要領の枠内での実践、教師用のマニュアルの制作、法曹関係者の授業参加などの理想と合致するものであったとする⁽¹⁹²⁾。

岡部麻衣子ほかは、従来の法に関する学習は法知識の習得に力点が置かれる一方、それらを活用して問題解決を図るための判断力や、法の意義を理解するための思考力を養うための学習が十分に行われていなかったという問題意識を踏まえ、こうした実態の改善に向けて、自由で公正な社会の運営に必要な資質や能力を養い、法を主体的に利用することのできる力を育むためには、思考型、社会参加型の学習を学校教育の現場に大胆に導入することが求められると主張し⁽¹⁹³⁾、法教育研究会が強調した法教育の特質（思考型、社会参加型の教育である点）にその意義を見出している。

吉村も、岡部ほかと同様の見解を示し、法教育は、自由で公正な社会を支える「法」的な考え方を育て

ることを目標とし、知識型ではなく思考型、そして社会参加型の手法を特色とし、使いやすい、優れたプログラムも数々考案されてきていることから、「熟議」の格好の材料を提供していると述べる⁽¹⁹⁴⁾。

菊地洋ほかは、自身が実施する法教育の目的を、研究会報告書が掲げたもの（「個人の尊重や法の支配などの憲法および法の基本原理を十分に理解させ、自律的かつ責任ある主体として、自由で公正な社会の運営に参加するために必要な資質や能力を養い、また、法が日常生活において身近なものであることを理解させて、日常生活においても十分な法意識をもって行動し、法を主体的に利用できる力を養う」）と同一であるとし、この目的は、立憲民主主義という社会の仕組みの中で日々生活を営んでいる国民が、その理念である「自由で公正な民主主義」の形成者となるために求められる法的な見方・考え方の基礎を子どもたちに養うものであることから、それが法教育の目指す姿といえると評価する⁽¹⁹⁵⁾。

山田八千子は、法教育の核心は、例えば、憲法の仕組み、民法や消費者契約法の条文知識を暗記することにはなく、むしろ、「法の支配」のような法の基礎にある価値についての感覚を備えたり、個別事例の解決を普遍化可能な正当化根拠によって理由づける法的な考え方を体得したり

⁽¹⁹¹⁾ 矢吹香月「法教育としての消費者教育の可能性」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要 26 巻 1 号 93 頁（2008）。

⁽¹⁹²⁾ 今智也「高等学校公民科教育への「法教育」の導入——能動的市民の育成を目指して——」公民論集 14 号 83 頁（2006）。

⁽¹⁹³⁾ 岡部麻衣子＝関良徳「法教育による憲法学習の刷新——中学校社会科公民的分野のための新しい憲法学習プログラム——」信州大学教育学部研究論集 4 号 61 頁（2011）。

⁽¹⁹⁴⁾ 吉村・前掲注(181)35 頁。

⁽¹⁹⁵⁾ 菊地洋ほか「法学的視点を醸成させる授業づくり——中学生に求められる法的リテラシーの探究——」教育実践研究論文集 6 巻 57 頁（2019）。

することにありとし⁽¹⁹⁶⁾、法教育研究会が示した原理性重視主義的な発想に立つものと理解できる。

日弁連は、人権のための行動宣言において、人権擁護のためにはその基盤として立憲民主主義の担い手たる自律的な市民の育成が必要であり、市民に対し、単に法律知識や裁判員制度の概要の教育にとどまらず、憲法や法の背景にある原理・原則を理解し、紛争を自律的に解決する力量を備えさせることが必要であると述べ⁽¹⁹⁷⁾、法教育研究会と同様に、B 原理階層（及び C 実践階層）の必要性を強調する。

(3) 第一の批判——法生成過程の欠落

前述のように（二 6 (1)(2)）、研究会報告書が示した法教育像や教材は、おおむね好意的に受け入れられたといえるが、批判がなかったわけではない。以下では、研究会報告書に対してなされた主要な批判を紹介する⁽¹⁹⁸⁾。

第一の批判は、法教育の内容から

法生成過程（立法の観点）が抜け落ちている、というものである。

北川は、法教育研究会が提起した法教育は、その目的において「主権主体としての国民」と「人権主体としての国民」の 2 つの観点を提示しているが、前者の方に力点を置いているとし、その根拠として、法教育の再定義では、アメリカの《法教育》法の定義（「法、法形成過程、法制度」）を「法や司法制度」へと矮小化している点を挙げ⁽¹⁹⁹⁾、これを問題視する⁽²⁰⁰⁾。

渡邊弘も、同様に、研究会報告書が示す法教育の定義は、アメリカの法教育法が示すそれと比較すると一定の矮小化が見られ、アメリカの法教育法が「法形成過程」について言及しているのに対して、研究会報告書による定義がその点を落としてしまっている点が特に問題であると指摘する⁽²⁰¹⁾。

また、北川は、別稿において、さらに視点を広げ、法教育研究会が前提とする「法化社会」の認識が主として司法への参加という観点から扱

⁽¹⁹⁶⁾ 山田八千子「法教育の基礎・コンテンツ」法時 92 巻 1 号 59-60 頁（2020）。

⁽¹⁹⁷⁾ 日弁連「人権のための行動宣言 2009」2009 年 11 月（https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2009/jinken_sengen2009.pdf、最終閲覧 2025 年 3 月 12 日）63 頁。

⁽¹⁹⁸⁾ 以下に挙げた観点（第一から第四の批判）は、筆者が研究会報告書を批判する見解を通覧する中で問題意識に共通性が見られたものをおおまかに類型化した結果得られたものであるが、この観点に当てはまらないものも存在する。例えば、杉浦真理「法教育と学校、そして、街の法律家への期待」月報司法書士 448 号 28-29 頁（2009）は、憲法の意義に関する教材について、「憲法学的アプローチ」ではなく「政治学のアプローチ」を採用している点を、檜澤・前掲注(186)97-98 頁は、ルールに関する教材について、「教育の場の権力性」すなわち教材の条件設定に生徒が疑問を抱いたとしても教師が拒絶できる（しなければならないと考える）ことへの十分な配慮がなされていない点を批判する。

⁽¹⁹⁹⁾ 北川・前掲注(21)74 頁。なお、北川のいう「主権主体としての国民」とは、国政の在り方を最終的に決定する主権者の地位にある存在、権力の実体を自らに帰属させることなく権力に正統性を与える存在としての国民であり、「人権主体としての国民」とは、人権を享受する諸個人、「主権主体としての国民」によって正統性を与えられた権力に対抗してでも個人として尊重される存在としての国民である。同 67-68 頁。

⁽²⁰⁰⁾ 北川は、「主権主体としての国民」の方ではなく「人権主体としての国民」の方を基底に据えるべきであると主張する。北川・前掲注(21)78 頁。

⁽²⁰¹⁾ 渡邊・前掲注(170)4 頁。

われ、立法や行政への観点が希薄であることから、本来必要な立法や行政に対する国民の積極的な関与や監視ができなくなり、事前規制があれば本来生じない問題や、場合によっては事後救済でも解決できない問題を生じさせる可能性があることを指摘する⁽²⁰²⁾。その上で、法教育研究会が提示する教材は、立法が扱われていないことに加え、権利主体という観点からの法のコントロールを最も受けるべき行政が扱われていないことが問題であり、法教育と呼ぶ以上、[立法→行政による運用→紛争を解決する司法]という「法」の全プロセスを学ぶ必要があると主張する⁽²⁰³⁾。

中平一義は、私法と消費者保護に関する教材を例にとり、同教材がケーススタディに留まっていると批判し、ケーススタディをより活用するためにも、法そのものの原理的な意義、さらに、法が形成されるプロセスなどの法の総体的な概念をもとにした法的な判断力を育成することが法教育に必要であるという認識に基づいて自身の議論を展開しており

⁽²⁰⁴⁾、やはり、法生成過程を取り扱うことの必要性を指摘する。

以上が法生成過程の欠落を指摘する見解であるが、この論点に関連して、法教育研究会が提示する教材は規範教育なのではないか、という趣旨の批判を取り上げたい⁽²⁰⁵⁾。

池田賢市は、規範意識の涵養は法教育の目的ではないという自身の立場を述べた上で、ルールに関する教材について、「ルールづくり」として教材が提示されていながら、それがいつのまにか「ルールを守ろう」というテーマにすりかわり、さらに「どのようなルールなら守れるか」といった問いかけに変化していること、なぜそのルールが必要なのかについては、紛争解決の手段としての重要性がいわれるのみであることという問題点を指摘し、このような実践は、ルールははじめから守られねばならないものとして自分の外側に明文化され、あらかじめ存在しているという感覚を与えること、決まったものは守るのが当然という発想を自然に刷り込んでいくことから、かなり強制的な規範教育であると批判する

⁽²⁰²⁾ 北川ほか・前掲注(182)51頁。

⁽²⁰³⁾ 北川ほか・前掲注(182)58頁。なお、北川ほかのいう「法全体のプロセス」に関し、北川は、別稿において、研究会報告書に対する批判として「法を静態的に認識する機能論的アプローチ」だけではなく「法の生成—発展—変容というダイナミズムを認識できる動態的なアプローチ」、すなわち「ゲネシス（発生史）論的アプローチ」も必要であると指摘する。北川善英「義務教育における法教育——法理論的課題」法の科学 47号 53-54頁（2016）。

⁽²⁰⁴⁾ 中平一義「法教育における法的判断原理——法の四要素説をもとにした動態的構造の研究——」上越教育大学研究紀要 37号 492頁（2018）。

⁽²⁰⁵⁾ 研究会報告書は、法教育の目的の一つに規範意識の醸成を掲げる（例えば、法教育研究会・前掲注(18)13頁）。法教育に規範意識の涵養を求める論考として、関弁連・前掲注(110)提案理由第6項、今井英弥「社会的規範」道德教育 577号 25頁（2006）。直接的に明言はしていないものの、法教育に規範意識の涵養を求めていると見られる見解として、令和5年6月16日閣議決定「経済財政運営と改革の基本方針2023」

（https://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/honebuto/2023/2023_basicpolicies_ja.pdf, 最終閲覧 2025年3月12日）33頁（「国民生活の安全・安心」という項目において法教育に言及）。なお、北川ほか・前掲注(182)52頁や成嶋隆「義務教育における憲法価値・原理的教育」法の科学 40号 159頁（2009）は、政府が推し進める法教育の方向性は規範意識の涵養を目的としているという理解を示す。

(206)。

北川ほかは、規範意識は、本来、内在的なものであり、自らの権利を法的な要求の中で獲得するとともに、それを主体的に維持しようとするものであり、受け身的な規範意識ではなく、主体的に社会の形成に関わることでできる意識や態度であるべきであるにもかかわらず、法教育研究会が法教育の目標の一つとして提示する「社会の一員として法や決まりに基づいてよりよい社会の形成に主体的・積極的に関わろうとする態度を育成する」という点は、法や決まりが既にできており、それにどのように対応するかという視点に基づく受け身的で外在的な規範意識の育成につながることを指摘する⁽²⁰⁷⁾。

三浦朋子は、法教育研究会が示した教材に限らず、「ルールづくり」の授業はルールやきまりの意義を理解し、それを守ることの大切さが強調された授業が多いが、権力を無条件に受け入れること、国家権力の行使という上からの法とそれにつき従う国民という関係図式の延長線だけから社会と法の関係捉えることには注意を要すると指摘する⁽²⁰⁸⁾。

また、杉浦真理は、研究会報告書の教材に対する総括的な批判として、

主権者が自分たちの法を作り発展させる視点がないため、人格を形成し社会にコミットメントする手段としての法教育になりえていないと述べ、青少年犯罪防止への規範教育が強調されている点に疑問を呈する⁽²⁰⁹⁾。

このように、規範教育の危険性を指摘する見解は、ルール（法や決まり）があらかじめ存在し、それを守るのが当然という感覚に陥ることの危険性、裏返せば、ルールの可変性（創造性）を見落としてはならないという発想に立っているということができ、この点で、法生成過程の欠落を指摘する見解と同じ問題意識に立つと評価できる^{(210) (211)}。

なお、檜澤は、契約に関する教材の実践例をもとに、契約の成立時期について、ほとんどの生徒が契約書の締結時と考えていたのに対し、法では口約束でも契約の成立が認められるのが原則であることが説明された場面を挙げて、次のように述べる。すなわち、法と日常感覚とのズレについて、生徒に考察を深めさせることを求めずに日常感覚が間違っているとの印象を与えて終わっていることの背後には、研究会報告書が、日常生活をも法によって規律すべきとの構想を持っているのではないかと

(206) 池田賢市『法教育は何をめざすのか』11-12 頁（アドバンテージサーバー、2008）。

(207) 北川ほか・前掲注(182)51 頁。

(208) 三浦・前掲注(182)13-14 頁。

(209) 杉浦・前掲注(198)29 頁。

(210) そもそも「規範意識」という言葉が何を意味するかが問題となるが、江口ほか・前掲注(127)17 頁〔大杉昭英発言〕は、「規範」については、主観的な側面（道徳）、客観的な側面（社会倫理）そして社会倫理が社会的に制度化されたもの（法）と分類した上で、規範意識の涵養と法生成過程を扱う教育とを親和的に捉える理解を示す。

(211) 研究会報告書に対する批判としてではないが、法教育は、法を所与として利用するという点だけではなく、よりよき法をいかに作り上げていくかという点についても具体的に考えさせるものでなければならないと指摘する論考として、佐藤幸治「日本国憲法の保障する〔基本的人権〕の意味について——〔法教育〕との関連において」大村敦志＝土井真一編著『法教育のめざすもの——その実践に向けて——』115 頁（商事法務、2009）。

推測させるというのである⁽²¹²⁾。以上のような文脈の中で考えたとき、樗澤の問題意識は、ルール（法）が所与のものとして捉えられる危険性にあるものと考えられ、前記の見解と同根であると整理できる。

(4) 第二の批判——ルールと法の混同

第二の批判は、ルールと法の区別がなされていない、というものである。

池田は、法律は憲法に支えられたもの、つまり、権利保障がその原理になっているものであるにもかかわらず、法教育研究会が示すルールづくりに関する教材は、「ルール」を「法律」に安易に置き換える（言い換える）ことにより、紛争解決のための判断基準から憲法の基本原則を排除し、きわめて内面的な倫理観によって善悪を判断し、合意を形成することのみに法教育実践を絞り込もうとしていると批判する⁽²¹³⁾。

中平ほかは、ルールづくりに関する教材について、子どもたちが作成したルールにはどのような価値が込められているのか、どうしてそのルールを決めたのかなどについては明確な判断基準が見当たらないことを問題視し、指導をする教師側がどのような判断基準を子どもたちに教えるのか、あるいは教師がどのような判断基準を持って指導するのかは全く不明確であり、さらに、そこには話し合いだけで何でも解決ができる

かのような民主主義の捉え方の問題も見られ、話し合いについては基準が存在せず、何らかの方法で全員の合意さえ図られれば“何でもあり”の法教育になってしまうのではないかという懸念を示す⁽²¹⁴⁾。そして、中平ほかは、法教育研究会の法教育では「法とルール一般」が混在していることから、法そのものの特質を浮き上がらせ、社会全体では通用しない狭い範囲のルール一般（マナーにすぎないものなど）での判断が行われないようにするために、ルール一般と法との区別をする必要があると主張する⁽²¹⁵⁾。

北川は、同様に、ルールづくりに関する教材について、法とルール一般との本質的な違いが扱われておらず、ルール一般の適正さを判断する基準として「手段の正当性・明確性・平等性・手続の公平性」が提示されているが、そうした基準が法というルールにも妥当するかどうか不明確であることを指摘する⁽²¹⁶⁾。

また、北川ほかは、法教育はルール一般に関する教育であってはならず、単なる合意形成としてのルール一般から出発して、ルール一般と、ルールの一種ではあるがルール一般とは異質な法との違いを明確化することが法教育固有の内容として求められると主張する⁽²¹⁷⁾。

三浦は、実社会のルールや法は、国民の権利や円滑な社会生活を保障する一方で、命令や禁止、違反した場合の強制的な制裁（刑罰や損害賠

(212) 樗澤・前掲注(186)98頁。

(213) 池田・前掲注(206)17頁。

(214) 中平ほか・前掲注(182)64頁。

(215) 中平ほか・前掲注(182)68頁。

(216) 北川・前掲注(21)76頁。

(217) 北川ほか・前掲注(182)52頁。

償) など, 非常に強力な社会規範として機能することから, 遊びのルールで学んだルールの有効性をもとにルールというものの自体を肯定的に受け入れ, その姿勢をそのまま社会生活のルールへと適用することを問題視し, 法教育研究会が示した教材について, 子どもたちに作らせようとするルールの役割, 社会的な機能の違いが整理されないままに理解される点が問題だと指摘する⁽²¹⁸⁾。

また, 杉浦は, 研究会報告書が示したルールづくりに関する教材について, ルールづくりの題材が「マンションのルール」や「ごみ収集のルール」では, 地域で善良な公民を育成することはできても, 生徒の権利主体としての意見表明権を認めるものにはならないとする⁽²¹⁹⁾。この見解は, ルールづくりに関する教材によって生徒が学習する事項が道徳的な範疇に留まり, 真に法的なものではないことを指摘するものであると理解できる⁽²²⁰⁾。

(5) 第三の批判——内容的な広がり の不足

第三の批判は, 教材が取り扱う内容の広がり不足している, というものである。

中平は, 前述の問題意識に基づき(二六(3)), 私法と消費者保護に関する教材で教育したことが他の法的な内容に転用できず, これでは, 契約についてある特定のケースに対する

考え方が育成できても, 法教育により目指すものとして示された「自由で公正な社会を支える「法」的な考え方を育てる」ことが狭い考え方になることがあると批判する⁽²²¹⁾。

北川は, 個々の教材の内容や教材間の関係性という観点から, 私法と消費者保護に関する教材について, 契約自由の原則を含む私的自治原則を限界づける法的基準やそれらを基礎づける基本原理と価値(公序良俗や憲法的価値など)が提示されていない点, ルールづくりに関する教材と私法と消費者保護に関する教材との関係について, 両者の関連性が切断されている点(ルール一般と法との相違及び関連を理解させることが可能であるにもかかわらず, それが行われていない点), 私法と消費者保護に関する教材と憲法の意義に関する教材との関係について, これらの関連性も切断されている点(私的自治原則を限界づける法的基準としてもっぱら民法・消費者保護法が取り上げられ, そうした法的基準の基礎になっている価値と憲法との関連が扱われていない点)が問題であると指摘する⁽²²²⁾。

中平ほかは, 私法と消費者保護に関する教材では, 本来, 私的自治の問題は個人間のみの問題ではないにもかかわらず, 個人と国家の関係の側面が捨象されている点を批判する

(218) 三浦・前掲注(182)13頁。

(219) 杉浦・前掲注(198)28頁。

(220) 現に, 杉浦は, 研究会報告書が示す教材に対する批判を総括する部分において, 法の道徳の混乱の下に中学校公民分野で授業が行われることに疑問があると指摘する。杉浦・前掲注(198)29頁。

(221) 中平・前掲注(204)492頁。

(222) 北川・前掲注(21)76-78頁。

(223)。

また、杉浦は、私法と消費者保護に関する教材について、私人間の自治では解決できない問題に対応するために社会法が生まれてきたことの意義を教えるべきであり、公法・私法の二分法から、20世紀の社会権を具体的に実現する社会法の役割を感じさせない消費者保護の授業は問題といえと指摘する⁽²²⁴⁾。さらに、司法に関する教材について、「ミニ大人」として私人間の紛争を解決する民事事件と国家の刑罰権行使に関わる刑事事件について、その司法的解決の道筋を考えるだけでよいのかという問題意識に基づき、中学生の人権を守り育てるため、司法が人権の砦であることを感じさせる取り組みを行うべきであると主張する⁽²²⁵⁾。

このように、内容の広がりやのなさを指摘する見解は、主に私法と消費者保護に関する教材について、そこで取り扱われるべき内容は、個人と個人との問題という側面だけではなく、個人と社会との間の問題という側面を含むべきであるとし、また、私法だけではなく憲法的な側面を扱うべきであるとする。

この点に関し、研究会報告書の私法と消費者保護に関する教材について述べた見解ではないが、渥美は、法教育として近年提案されている教材に関し、次のように述べる。すなわち、日常生活のルールや契約など、初めから生徒が「自分たちの問題」として捉えることができる内容が多

く、こうした題材は確かに生徒が法を身近に感じるには好適であるが、高校生が法を通じて現代社会を主体的に考え、民主社会を担う市民として成長するためには、「社会の問題」を「自分たちの問題」として捉えることに加え、「自分たちの問題」であってもそれが「社会の問題」につながっていることから、社会の一員として共に解決を目指す姿勢も必要である⁽²²⁶⁾。このような渥美の問題意識は、前記の見解と共通すると思われる。

(6) 第四の批判——知識事項の不足

第四の批判は、教材が扱う内容として知識事項が不足している、というものである。

岡部ほかは、憲法の意義に関する教材を含めた法教育として行われる憲法教育について、生徒が憲法についての知識を習得する場面や機会が考察の対象から外されている点が問題だと指摘する。岡部ほかは、思考型・社会参加型という特徴を有する法教育においては、生徒が主体的に考える場面を中心に学習が展開されるが、生徒が主体的な思考を行うには、その思考のもととなる知識の習得が不可欠であるにもかかわらず、法教育の授業例においては、そのような時間が設けられていないことを問題視し、この傾向は、知識習得に偏っていた従来型の憲法学習への反省から法教育が「思考」偏重の学習へと極端なかたちで行き過ぎてしま

⁽²²³⁾ 中平ほか・前掲注(182)68頁。

⁽²²⁴⁾ 杉浦・前掲注(198)28頁。

⁽²²⁵⁾ 杉浦・前掲注(198)28頁。

⁽²²⁶⁾ 渥美利文「高校生が法を通じて現代社会を主体的に考える授業——「法教育10年」の課題を踏まえて——」社会科教育研究 114号 19頁(2011)。

った結果であると考察する⁽²²⁷⁾。

また、私法と消費者保護に関する教材について、早川眞一郎は、教材が法律は常識的なものであることに気付かせるとし、契約の原則は、私たちが暮らす社会の常識と同じ原理であることを確認するとしている点について、自分をとりまく日常生活のあらゆる場面で契約という法の仕組みが使われているのだという新たな発見に興味をそそられたとしても、結局、それは《約束は守りましょう・でも欺かれてした約束は反故にできます……》というような社会常識と同じ内容のものだと聞かされれば、「なんだ法とはその程度のものか」と思わせる可能性があるとして、懐疑的な見解を示す⁽²²⁸⁾。その上で、早川は、なぜ法が必要とされているのかを考えるための手がかりは、契約

についてであれば、契約法の根本にまでさかのぼって十分に考えぬいた民法学の成果を前提として初めて提示できるものであると述べる⁽²²⁹⁾。この「民法学の成果」というのが何を指すのかは厳密には特定できないが⁽²³⁰⁾、少なくとも、民法の条文（条文の存在）を示すことはその中に含まれるのではないかと考えられる^{(231) (232)}。

他方、北川ほかは、研究会報告書及び法教育研究会のメンバーであった土井真一及び大杉昭英が示す「法的リテラシー」の定義の問題として、研究会報告書等が挙げる法教育によって獲得すべき能力は、「法に関する基本的な知識や技術」を不可欠の前提として初めて意味があるにもかかわらず、全体の基調は授業方法に重点を置いた法教育の定義（「知識型の

(227) 岡部ほか・前掲注(193)67頁。

(228) 早川眞一郎「法教育における民法学の役割」ジュリ 1404号 18頁（2010）。

(229) 早川・前掲注(228)19頁。

(230) 私法と消費者保護に関する教材に補充すべき内容として、沖野眞已は、法ルールの背後にある考え方、その前提としての社会の在り方、制度の在り方や、契約自由の原則と契約の各種ルールの結びつき、そこで想定されている人間像や契約活動等を挙げる。沖野眞已「民法分野における法教育の今後について」大村敦志＝土井真一編著『法教育のめざすもの——その実践に向けて——』130-132頁（商事法務，2009）。また、法学教育の文脈においてはああるが、河上正二は、法律の専門家にならない学生に対して民法学を教授する意義について、法律、民法というのはある種の素材にすぎず、その素材の分析方法、各当事者の利益と損失のバランスをとって妥当な結論に向けて民法のルールを適用して一定の結論まで辿り着くことができるかという「昔の人が紛争を前にしたときにいろいろ考えた知恵のいわば結晶」のようなものを教授し、その思考のあとを一度なぞって、その紛争解決の在り方を見ながら、自分が出会うであろう新しい紛争に対して同じような姿勢で対応できるように鍛えてやることであると指摘する。森際康友ほか「〔パネルディスカッション〕法学と法教育」法と教育 3号 95頁〔河上正二発言〕（2013）。これらの沖野や河上の指摘する内容がと早川のいう「民法学の成果」との間には共通性があるのではないかとと思われる。

(231) 早川は、私法と消費者保護に関する教材について、民法の個々の条文に触れる必要はないかもしれないが、民法その他の法律にルールが規定されていて、個々の事案にはそれらのルールが（一律に）適用されて結論が出るという仕組みは、法教育の基礎としてきちんと理解させる必要があるのではなかろうかと指摘していることからすると（早川・前掲注(228)19頁）、少なくとも当該問題を規律する条文の存在を示すべきと考えているのではないかと窺われる。

(232) 早川と同じく民法学者である河上は、民法を学ぶことの固有の意味は、民法が社会的生活の根幹部分での人間相互の関係を価値を扱い、その対立に考えをめぐらせつつ、これを制度や手続にのせて語る力が求められる点にあると指摘する。河上正二「民法・法の教育と消費者教育」法の教育 3号 5頁（2013）。前掲注(230)においても、河上は、「民法のルール」の適用に言及していることを踏まえると、制度や手続にのせて語ることには民法の条文を示すことが含意されているものと窺われる。

教育ではなく、……思考型の教育であるとともに、社会参加型の教育」に引きずられ、とりわけ「法に関する基本的な知識や技術」の位置づけが不明確であると指摘する⁽²³³⁾。

北川ほかは、別稿において、法教育の目標に掲げられる法的リテラシーの観点からも「知識伝達型の授業」を安易に否定することが法教育に有効であるとは考えにくく、「思考型の授業」が必要で効果的な場面も多くあるが、両者の有機的な結合こそ重要であり、その具体化は、授業場面に応じた指導者の選択に委ねられるべきものであると指摘する⁽²³⁴⁾。

(7) 小括——原理性重視主義の受容

前述のとおり(二5(8))、研究会報告書が示した法教育像は、円柱モデルによればB原理階層を重視するものと評価でき、原理性重視主義を提示するものである。法教育論者の多くはこれに賛同していることも前述のとおりであるが(二6(1)(2))、他方で、研究会報告書を批判する見解は、円柱モデルを当てはめたときにどのように評価されるだろうか。

まず、第一の法生成過程の欠落に対する批判は、つまり、生徒が市民として法生成に関与することを内容としていない点についての批判であり、これは、現行の法令を所与のものとして捉えるのではなく、問題があるのであれば変更できるもの、又

は、法令が存在しないのであれば新たに生成できるものとして認識すべきであるという観点からなされている。では、後者のような法の可変性、法の生成可能性という視点を有するために必要なのは何か。それは、目の前にある法令又は法令が存在しないという状況が、自己の正義、公正、公平等の価値観と合致しないことを認識することであると考えられる。三浦は、法の動態的性質という議論から、社会の状況を踏まえた法生成の動きを論じるが⁽²³⁵⁾、そもそも、社会の状況を見るにあたって自己に何かしらの問題意識が存在しないのであれば、法を生成するべきであるという発想に至ることはない。

そうすると、第一の批判の根底にある価値観は、現行の法令や制度というA知識階層に属する事項ではなく、それに変化を与える正義、公正、公平等という観点であり、B原理階層を重視する(さらにいえば、B原理階層からA知識階層に属する条文や制度の在り方を考察するという意味で $[B \rightarrow A]$ 思考⁽²³⁶⁾、又は、新たな法(現在存在しない条文や制度)を創造するという意味で $[B \rightarrow A']$ 思考⁽²³⁷⁾を重視する)ものであると理解できる。

次に、第二の法とルールとの混同に対する批判は、法やルール(及び道德)の関係をどのように捉えるかという問題であり、法の在り方に関わ

⁽²³³⁾ 北川善英＝大坂誠「法教育と法的リテラシー」横浜国立大学教育人間科学部紀要Ⅲ社会科学10号32頁(2008)。

⁽²³⁴⁾ 北川ほか・前掲注(182)57頁。

⁽²³⁵⁾ 三浦朋子「法と社会の動態的構造をふまえた法教育のあり方——法に求められる新たな役割を手がかりとして」人文社会科学14号189頁以下(2007)。

⁽²³⁶⁾ 後述のとおり(四2(2))、法制度の批判は、より正確には法創造的活動の $[B \rightarrow A'(\rightarrow C)]$ 思考と同視できる。

⁽²³⁷⁾ 後述のとおり(四4(2))、法創造的活動は、より正確には $[B \rightarrow A'(\rightarrow C)]$ 思考と表現できる。

る法哲学的な問題である。したがって、この問題意識もやはりB原理階層に属するものといえる。

また、第三の内容的な広がりへの不足に対する批判は、直接的には私法の領域等に関する問題であったとしても、そこから「社会の在り方」や「憲法」との関連性に内容を発展させるべきというものであり、前者については、具体化すれば、ある特定の事例から社会的な問題点を見つけ出すこと（さらに、それをもとに制度一般の改善策を検討すること）を想定しているものと思われる。これは、法生成過程に関する場面で述べた思考方法に類似しているものであることから、B原理階層を重視する（[B→A]思考及び[B→A']思考を重視する）見解であると理解できる。

後者については、私法から憲法への広がりという側面を捉えればⅢ私法領域からⅠ憲法領域への展開とみることにもできる。しかし、論者（北川ほか）が扱うべきとする事項は、契約自由の原則を含む私的自治原則を限界づける法的基準や、それらを基礎づける基本原理と価値（公序良俗や憲法的価値など）、ルール一般と法との相違及び関連、憲法と民法の関係、人権の私人間適用などであり、これらはA知識階層ではなくB原理階層に属する事項であると理解する方が適切であろう。

このように見ると、第三の批判の根底にある価値観も、B原理階層の重視であるといえる。

最後に、第四の知識事項の不足であるが、これは、その言葉どおりに

理解すれば、A知識階層を重視する見解であるといえる。特に岡部ほかは、法教育としての憲法教育が知識伝達型の授業を安易に否定することを指摘していることからすれば、岡部ほかのいう「知識」とは、本稿が定義する「知識」と同じであり、この意味で、A知識階層を軽視してはならないという価値観を示したものと理解できる⁽²³⁸⁾。また、早川も、常識と法がイコール関係で捉えられてしまうことについて懐疑的な見解を示し、「民法学の成果」を示すことを提案していた。

他方、北川ほかも「知識事項の軽視」を批判するが、北川ほかは、「知識」について、現実に日本でおこなわれている法制度（三権分立、議院内閣制度など）や法的手続（立法手続や裁判手続）についての知識や理解だけでなく、その制度や手続の背後にあってこれを支えている価値、原理の理解が問われていると指摘し、その価値、原理として、法の支配や個人の尊厳を挙げる⁽²³⁹⁾。つまり、北川ほかの想定する知識は、前述した関弁連の見解と同様に（二5(2)）、本稿にいうA知識階層に属する事項ではなく、むしろB原理階層に属する事項と理解するのが相当である。

そうすると、第四の批判の根底にある価値観は、A知識階層を軽視してはならないというものと、B原理階層を重視するというものの2つが見られることになる。

以上のように見たとき、研究会報告書を批判する見解のうち多くのものが、B原理階層を重視する価値観

(238) 従来の憲法教育を反省する立場であることから、「A知識階層を重視する」価値観を示したものと評価することまではできないと考えられる。

(239) 北川ほか・前掲注(233)36頁。

(原理性重視主義)に立つものであり、この点では、研究会報告書に同調し、又は、法教育の原理性をより強化する方向性を示すものであると理解できる。他方、A知識階層を軽視しない価値観に立つ批判も存在するが、それは一部の限られたものであることが明らかとなった。

7 まとめ——法教育モデルたる 原理性重視主義の確立

ここまでに見てきた法教育の起りから法教育モデルの提示に至るまでの流れによれば、法教育は、憲法教育を基軸として発展し、本稿において設定した円柱モデルによれば、領域としても、階層としても、その範囲を広げていったといえる(二2ないし5)。

他方、時を経るにつれて、法教育において重点を置くポイントが、条文や制度すなわちA知識階層ではなく、法原理や法の在り方などというB原理階層に移行していき、そして、研究会報告書がB原理階層に重点を置く(原理性重視主義的な)法教育モデルを示すに至った(二5)。

そして、研究会報告書が示した法教育モデルについては、基本的には好意的に受け入れられたものの、批判的な見解も複数存在した。しかし、その批判的な見解においても、B原理階層に重点を置くスタンス(原理性重視主義)は、ごく一部を除いて批判に晒されることはなく、むしろ、それと同じスタンスに立つ(そのスタンスに立つことを前提として受け入れる)、又は、そのスタンスをより強化する見解であることが明らかとなった(二6)。

以上により、B原理階層に重点を

置くスタンスすなわち原理性重視主義が、法教育モデルとしてかなりの部分で受容され、(絶対的なものではないとしても)確立されたといえる、というのが本章の結論である。

ドイツにおける幫助犯の客観的成立要件としての因果性について

東北大学大学院博士課程後期 3 年の課程 太田 雄也

序章 はじめに

第 1 章 正犯結果に対する因果性を要求する見解

第 1 節 正犯結果に対する条件関係を要求する見解

第 2 節 正犯結果に対する促進関係を要求する見解

第 3 節 検討

第 4 節 小括

第 2 章 正犯結果に対する因果性を要求しない見解

第 1 節 正犯行為に対する促進関係のみを要求する見解

第 2 節 幫助犯を危険犯とする見解

終章 むすびにかえて

序章 はじめに

既遂犯に対する幫助犯が成立するためには、援助行為と正犯結果との間に因果性が存在しなければならないとするのが、現在の我が国における多数説である⁽¹⁾。そして、その背景には、幫助犯の処罰根拠を、正犯者を介した間接的な法益侵害結果（または構成要件的结果）の惹起に求める因果的共犯論があるように思われる。しかし、因果的共犯論を前提とすると、幫助犯の成立要件としての因果性は、援助行為と法益侵害結果との間に認められるべきであるが、我が国の多数説は、必ずしも「法

益侵害結果」に対する因果性を要求していないのではなかろうか。すなわち、援助行為の法益侵害結果に対する因果性が認められるためには、援助行為によって法益侵害結果が変更されることが必要であるように思われるが、多数説はそのような変更までは要求していないように見えるのである。例えば、提供された合鍵を用いて正犯者が、金庫に 100 万円が保管されている被害者宅に侵入し、保管されていた金員のすべてを奪ったという場合について、合鍵提供行為が、正犯者がやすやすと被害者宅に侵入することを可能にし、それにより正犯者はスムーズに窃取行為に取りかかることができたために、正

⁽¹⁾ 幫助犯の因果性に関する我が国の議論状況については、適宜、拙稿「幫助犯の成立要件における正犯結果に対する因果性」東北ローレビュー12号（2024）32頁以下を参照されたい。

犯者が合鍵を用いなかった場合よりも早い時点で占有侵害が生じたとしよう。この場合、援助行為によって、占有侵害の程度の増大は引き起こされていないが、より早い時点での占有侵害が引き起こされている。よって、正犯結果に対する因果性を要求する場合、幫助犯の成立を認めるためには、占有侵害の発生時期の早期化を法益侵害結果の変更とみる必要がある。しかし、これが、窃盗罪の法益侵害結果の惹起と同義であるかという点には疑問が残る。つまり、合鍵提供行為は正犯行為を容易にしているにすぎないのではないかと思われるのである。すると、上記事例で、結論的に窃盗既遂罪に対する幫助犯を認めることが妥当であるとすれば、少なくとも法益侵害結果の意味における正犯結果に対する因果性は不要であり、正犯行為に対する因果性が存在すれば足りることになるだろう。このように、我が国における幫助犯の因果性の議論は、不明確な点を残しているのである。

この状況を打破するためには、本来、因果性の判断方法を検討することよりも先に、正犯結果（及び援助行為）の規定が重要であろう。というのも、因果性判断は、ある行為とある結果との事実的繋がりを発見あるいは確認するための手続きであり、

因果性の判断方法が問題となるのは、因果性の有無が判断される行為と結果が確定された後であるように思われるからである。しかし、上述の通り、我が国の多数説は、因果的共犯論を前提としていることにより、援助行為と法益侵害結果（または構成要件的结果）との間の因果性を要求することになるはずであるが、援助行為が正犯行為を促進すれば、正犯結果をも促進したとするにとどまっております、法益侵害結果の変更がなかった場合にも、援助行為と法益侵害結果との間の因果性を認めている憾みがある。そればかりか、これまで、幫助犯における「結果」がどのようなものであるかという議論は、あまりなされてきていない⁽²⁾。このような議論状況に鑑みると、各論者の主張における「正犯結果」が意味するところは、多くの場合、因果性に関する説明の中から抽出するほかないであろう。よって、幫助犯における「結果」の内容を明らかにするためには、幫助犯における因果性についての学説を分析することが、出発点となる。もっとも、我が国における学説状況については、過去に分析を加えているため、本稿では、我が国の学説に対して強い影響を与えている⁽³⁾ドイツ学説について分析を加えることにしたい⁽⁴⁾。

(2) 我が国において、近時、幫助犯における結果について論じているものとして、酒井智之「既遂犯に対する幫助犯における「結果惹起」の必要性(2)」一橋法学 20 巻 2 号 (2021) 899 頁以下。

(3) 例えば、幫助犯の因果性に関する先駆的研究の一つである山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（成文堂・1984）93 頁以下は、ドイツの議論の紹介に終始しているし、比較的最近の論稿においても、ドイツの議論の紹介が中心となっている。

(4) ここで、幫助犯について規定するドイツ刑法 27 条を掲げておく。なお、条文の日本語訳は、法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑法典』（2021）220 頁を参考にした（これ以後、本稿において掲げるドイツ刑法の条文も、特に記載しないが、同様に、同書を参考にしている）。ただし、本稿において用いる訳語と平仄を合わせるために、「幫助した（Hilfe geleistet hat）」を「援助した」へ、「従犯（Gehilfe）」を「援助

第1章 正犯結果に対する因果性を要求する見解

ドイツにおける判例は、帝国裁判所の頃から、幫助犯の因果性としては、援助行為が正犯行為を促進したことで足りると解していたのであるが⁽⁵⁾、学説上は、古くから、これに対して批判が向けられていた。例えば、Edmund Mezger は、「完全に具体化された形で表現された結果 (Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt)」に対する条件関係が必要であるとしていた⁽⁶⁾。この正犯結果に対して因果性を要求しなければならないとの立場は、脈々と現在に至るまで継承されている。本章では、ドイツにおいて主張されている、正犯結果に対する因果性を要求する見解についてみていくこととする。なお、ここで、以下で使用する用語に関して確認しておきたい。本稿では、①まず、正犯結果に対する「条件関係」とは、「その援助行為がなかったならば、その正犯結果は発生しなかったであろう」と

いう条件公式(仮定的消去法の公式、コンディチオ公式)によって確認される援助行為と正犯結果の事実的関係を指す言葉として、②次に、正犯結果に対する「促進(関係)」とは、「その正犯結果は、援助行為により促進されたために発生した」ということが合理的な疑いを超える程度に証明できる場合を指す言葉として、③最後に、「因果性」とは、条件関係と促進関係の両者を包括する概念であり、単に援助行為と結果の事実的繋がりを意味する言葉として使用する。

第1節 正犯結果に対する条件関係を見解

まず本節でみる見解は、正犯結果に対する因果性を要求する見解のうち、正犯結果に対する条件関係を要求する見解である⁽⁷⁾。

上記の Mezger の見解は、正犯結果を詳細に具体化することにより、援助行為と正犯結果との間の条件関

者」へと変更した。

27条1項「他の者が故意により遂行した違法な行為について、これを故意に援助した者は、援助者として罰する (Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.)」

同2項「援助者の刑は、正犯の刑に従う。第49条第1項により刑を減輕する。」

⁽⁵⁾ 例えば、著名な判例として、RGSt 58, 113 (114/115)。この判例の詳細は、第2章第1節を参照のこと。

⁽⁶⁾ Edmund Mezger, *Strafrecht Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., 1949, S. 413. 我が国において、Mezger と同様の見解を主張されているのは、内田文昭「判批」判タ 717号 (1990) 38頁。なお、Mezger によって要求されている条件関係は、正犯行為の態様へのなんらかの影響を含めて、正犯結果を具体化するという方法で、幫助犯において正犯結果に対する条件関係を要求するために修正を加えられた、幫助犯固有の条件関係と分析され得るかもしれない。しかし、そのような操作は、結果の規定方法が問題になるものの、条件関係の判断自体は単独正犯の場合と異ならず、敢えてそのように分析する必要はないであろう。

⁽⁷⁾ 本文で掲げるもののほか、正犯結果に対する条件関係を要求するものとして、例えば、Aristoteles Charalambakis, *Zur Problematik der psychischen Beihilfe*, in: *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, S.631f.; Güter Spendel, *Beihilfe und Kausalität*, in: *Festschrift für Eduard Dreher*, 1977, S.168ff.; Martina Baunack, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, S.34ff.

ドイツにおける幫助犯の客観的成立要件としての因果性について

係を要求しようとするものであったが、これと同一の方法を採るのが、Claus Roxin である。Roxin は述べる⁽⁸⁾。

結果が行為に帰属されるためには、行為は結果に対して因果的でなければならないが、このことは、幫助犯に関しても妥当する。ただし、幫助犯においては、「当該援助行為がなければ、当該結果は生じなかったであろう」という意味での因果性は不要であり、「寄与が、結果に通じているあらゆる中間項を考慮した、完全に具体化された形で表現された結果に影響を及ぼすことで十分である」。つまり、援助者がいなければ、正犯行為がいくらか異なった形で行われていたであろうということ十分である。心理的幫助犯においても、「正犯者に付加的な動機を提供し、または犯行決意をしたにも拘らず未だ存在する懸念を放棄させる者は、実行された犯行決意の具体的な性質に対して因果的であり、それによって結果に対しても因果的である。というのも、決意を共同惹起した者は、決意が生じさせた結果に対しても寄与したからである。……（訳者注：犯行決意の強化が）法益侵害の強化に至る場合にも、因果性について疑いは存在し得ない。」

このような Roxin の見解は、Mezger 同様、幫助犯における結果を具体的に措定することにより、援助行為と正犯結果との間の条件関係を維持しようとする見解と分析できる。もっとも、Roxin の主張内容を前提とすると、常に、援助行為と正犯結果との間の条件関係が認められることになり⁽⁹⁾、適切に処罰対象を選定することが不可能になりかねない。そこで、彼は、次のように続ける⁽¹⁰⁾。

もっとも、構成要件実現の具体的な態様への影響という意味での共同原因性（Mitursächlichkeit）は、幫助犯にとってなお不十分である。「正犯者の武器やその他の道具を、正犯者に気づかれることなく、まったく同種・同質の犯行手段と交換する者」や「窃盗犯人に合鍵を与えてやったが、窃盗犯人はこれを使用せず、かつ、窃盗犯人はドアが開いていることを知っていたために、はじめからこれを使用するつもりがなかったという場合における合鍵の提供者」は、正犯行為の具体的な態様を修正しており、結果に対する原因である。しかし、「予断のない言語感覚（unbefangenes Sprachgefühl）」に照らせば、これらの少しも正犯者の役に立たない寄与は援助を意味しな

⁽⁸⁾ Claus Roxin, Was ist Beihilfe?, in: Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 501-506.

⁽⁹⁾ その結果、Roxin, a.a.O.(Fn.8), S.509ff.は、正犯者は与えられた合鍵を携行したが、初めからこれを用いるつもりがなかったという場合や、見張りが事後的に不要であったと判明した場合にも、合鍵提供行為や見張り行為は具体的な正犯行為の態様を変更しているとして、物理的因果性の存在を認める（なお、結論的に、前者の事例では、危険増加がないとして幫助犯を否定するが、これに対して、後者の場合には、幫助犯を認める）。しかし、いずれの場合についても、そもそも物理的因果性は認められない事案であるように思われる（これに関して、例えば、Charalambakis, a.a.O.(Fn.7), S.631ff.は、後者の場合に物理的因果性の存在を認める一方で、前者の場合には物理的因果性の存在を否定する。）。

⁽¹⁰⁾ Roxin, a.a.O.(Fn.8), S.509.

い。それゆえ、犯罪への因果的な寄与が幫助犯たり得るのは、それが被害者に対する危険を高め、それに応じて正犯者にとっての「結果発生のお機（Erfolgs-Chance）」を高めた場合のみである。

以上のように、Roxin は、上記の因果性に加え、結果発生のお危険を高めたかという観点から、処罰範囲を限定しようとする。

Roxin の他にも、具体化された正犯結果に対する因果性を要求しつつ、処罰範囲を限定しようとする論者がいる。そのひとりが、Erich Samson である。Samson は、幫助犯に関して、具体的な結果に対する条件関係の存在を前提としつつ⁽¹¹⁾、以下のように主張する。

単独正犯の場合において、具体的な結果に対する条件関係を要求しつつ、仮定的因果経過を考慮しないとすれば、規範の目的は、行為客体が侵害されるのを阻止する点に限られ

ず、法益状況を悪化させない行為も規範に捕捉されることになるが、救助的因果経過（rettender Kausalketten）の中断の場合⁽¹²⁾に既遂犯の責任を行為者に負わせないとすれば、結局、仮定的因果経過は考慮されなければならない⁽¹³⁾。仮定的因果経過の考慮に関連して、結果帰属の有無の判断においては、第一に、「保護客体の状況の悪化」の禁止に反する場合を処罰する強化原理（Intensivierungsprinzip）が妥当する⁽¹⁴⁾。結果犯においては、法益を時間の観点から定量化可能な限りで、結果の発生を早めてはならないという「短縮思考（Verkürzungsgedanke）」がある⁽¹⁵⁾。これによれば、具体的には、殺人罪においては、生命短縮が結果であり、器物損壊罪においては、他人の財物の損壊範囲の拡大により目指された侵害の増大のみならず、損壊時点の前倒しにより生じる所有者のもつ処分期間の短縮による侵害の増大も結果である⁽¹⁶⁾。第二に、複数の者が行為に出る可能性がある場

⁽¹¹⁾ Eric Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S.163. その際、Samson は、結果は、構成要件的に重要でない周辺事情を除外した形でのみ具体化されることをも指摘している（S.61f.）。

⁽¹²⁾ この例として、A は、死にかかっている B のために使用されるはずの血清をこぼした。しかし、A がこぼさなかったとしても、B に向けて飛行機で輸送している間に、この血清は、熱の作用で使用不能となっていたであろうという場合が挙げられている。この事例について、Samson は、次のように述べる。すなわち、確かに、A の行為は、B に血清が到達しなかったという事実に対して因果的である。しかし、B の死亡の原因は、使用可能な血清が存在するという状況の欠如であって、A の行為に B の死亡結果が帰属されるためには、A の行為が、その状況の欠如に対して因果性をもっていなければならない。この例で A が B の死亡について責任を負わないのは、B の救助にとって必要な状況が欠如しており、この状況に対して A の行為は因果的でなかったからである。救助的因果経過が、A の行為以外の理由により中断されたからである。このような結論を導くには、仮定的因果経過の考慮は不可欠である、と

（Samson, a.a.O.(Fn.11), S.94f.）。

⁽¹³⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.94ff.

⁽¹⁴⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.100.

⁽¹⁵⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.97ff.

⁽¹⁶⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.98ff. ここで、Samson は、強化原理＝短縮思考ではなく、器物損壊罪において、強化原理によれば侵害の程度の悪化も侵害の増大として問題となることから明らかなように、時間の定量化に基づく短縮思考は、強化原理とい

合には、実際にその行為を行った者に、結果が帰属され、その者に刑法上の責任が認められるとする引受原理 (Übernahmeprinzip) が妥当する⁽¹⁷⁾。そして、これらの原理の幫助犯への転用可能性に関して、まず、援助行為なしでは結果が生じなかった場合や、援助行為が侵害の強度を高めた場合 (具体化された結果との間に等価説の意味での条件関係が存在する場合) には、強化原理が適用される⁽¹⁸⁾。しかし、行為者は確かに結果に対して因果的となった事情を設定したが、必要とあらば、正犯者は自身でその事情を設定したという場合には、状況が複雑になる⁽¹⁹⁾。例えば、援助者が被害者宅に侵入しようとしている窃盗犯人のために梯子を運搬したが、必要とあらば、窃盗犯人は自身でもその梯子を運搬していたという場合には、援助者は、行為客体の状況を悪化させていない⁽²⁰⁾。しかし、援助者は窃盗犯人にとって違法な行為である梯子の運搬を行うことで、結果にとって必要な因果要素の設定を正犯者の代わりに行ったのであるから、この限りで、援助者は、引受原理に応じて、違法に行動した

といえる⁽²¹⁾。

このように、Samson は、彼が単独正犯について妥当すると考える強化原理と引受原理を幫助犯に転用することによって、処罰範囲を限定しようとする。

第2節 正犯結果に対する促進関係を要求する見解

続いて、本節では、正犯結果に対する促進関係を要求する見解をみていく⁽²²⁾。

Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend は、以下のように説く⁽²³⁾。

物理的幫助犯の因果性にとっては、幫助犯が正犯行為を可能にし、容易にし、早期化し、または強化したことで十分である。心理的幫助犯の場合にも、心理的な援助は容易化や促進という意味で正犯行為に対して原因的である。コンディチオ公式の意味での因果性に従い、正犯行為は援助者の行為がなければ行われなかったであろうかということが問われることはない。幫助犯においては、この

う一般原理の一場面であることも指摘している。

⁽¹⁷⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.141f.

⁽¹⁸⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.165f. 強化原理に基づいて結果が帰属されない場合としては、すでに正犯者のもとに用意されている拳銃を、他の拳銃と取り替える場合などが挙げられている (S.166f.)。

⁽¹⁹⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.169f.

⁽²⁰⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.170.

⁽²¹⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.170f. これに対して、事情を知らない郵便配達員に対して、時限爆弾の入った小包を、玄関までの最後の数メートルだけ代わりに運ぶことを申し出たという場合、郵便配達員に対して禁止された行為を引き受けていないから、違法な行為を引き受けたとはいえず、そのような申し出をした者は、殺人罪の構成要件的结果を惹起したとはいえない (郵便配達員が小包の中身を知っていたとしても同様である) とする。

⁽²²⁾ 本文中で掲げる見解と同様の趣旨で述べられていると思われるものとして、Eduard Dreher, MDR 1972, S.553, 555f.

⁽²³⁾ Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.693f.

ような「因果性要件の緩和 (Auflockerung)」が行われるのである。その際には、正犯行為の具体的経過に厳しく注意が向けられ、そして正犯行為において各寄与が促進的要素として現れていたかが問われなければならない。もっとも、正犯行為の「促進」と正犯行為の結果の「惹起」は、事案において、ほとんど区別され得ない。

このように Jescheck/Weigend は、幫助犯の領域では、条件関係が要求され得ないことを述べ、条件関係を促進関係へと置き換える。

この見解と同趣旨のことを述べていると解され得るのが、Wilhelm Class の見解である。Class は、法律的でない設例と独自の表現を用いて、次のように説いている⁽²⁴⁾。

幫助犯の因果性は、可罰的な幫助既遂と不可罰な幫助未遂の区別という観点から「法治国家的に、極めて重要な意義をも」ち、そして、この区別を可能にする唯一の基準が因果性であるが、このとき、「いかなる基準によって援助行為の原因性と非原因性が判断されるべきか」という問いが立てられることになる。というのも、条件公式は、単独正犯を念頭に置いて展開されたものであり、この公式を幫助犯について用いる場合には、困難が生じるからである。しかし、条件公式が十分には機能しない場面において、直ちに不可罰な幫

助未遂が成立するとするのは早計であって、幫助犯の特別の構造に基づき、幫助犯の因果性について修正された判断方法が必要であるかということが問われるのである。

法律的な設例ではないが、1 隻の船が岸壁に 4 本のロープで繋がれている場合、この 4 本のロープの 1 本 1 本が船の岸壁への係留を惹起していることは明らかな事実であるが、1 本のロープがないものと考えられるとしても、残りの 3 本のロープが、引き続き船を繋いでいることで、結果、つまり船の係留はなくならないため、条件公式を用いて上記事実を証明しようとしても、失敗に終わる。また、別の設例として、ライン川は北海へと注いでおり、これはライン川が複数の支流をもつことによって惹起されているという場合を挙げ得る。ここでも、個々の支流の因果性は、コンディチオ公式を用いることでは説明され得ない。仮にモーゼル川がないものと考えられたとしても、結果は少しも変更されないのである。

このように、一見すると、幫助犯が成立するように思われるが、因果性の認定にあたり、条件公式が機能しない諸事例⁽²⁵⁾においては、因果性概念は、その諸事例に適合するかたちで、単なる因果性の共働 (Mitwirkbarkeit) と定式化されねばならない。この単に付加的に作用する因果性は、上記事例に即したかたちで、「流入または強化の因果性 (Zufluß- oder Verstärkerkausalität)」と称され得る。

⁽²⁴⁾ Wilhelm Class, Die Kausalität der Beihilfe, in: Festschrift für Ulrich Stock, 1966, S.115-126.

⁽²⁵⁾ これについて、法律的な事例としては、援助者が、正犯者に対して、放火のためには灯油ではなく、ガゾリンを使えと助言し、正犯者がこれに従ったという事例が挙げられている (Class, a.a.O. (Fn.24), S.125.)。

このように Class は、既遂犯に対する幫助犯の成立のためには、正犯結果に対する因果性が必要であるとしているものの、条件公式が幫助犯の場面では機能しないことがあるという点を出発し、幫助犯の構造の特殊性に鑑み、幫助犯における特別の因果性を規定する。

第3節 検討

ここまで、正犯結果に対する因果性を要求する諸見解の主張内容をみてきた。

ところで、本稿が定義したところによれば、条件関係は、「その行為がなかったならば、その結果は発生しなかったであろう」という関係であるのに対して、促進関係は、「その正犯結果は、援助行為により促進されたために発生した」という関係である。そして、促進関係は、援助行為を取り去っても結果がなくなるという場合にも認められ得る関係である。したがって、行為と結果との事実的な繋がりとしては、条件関係

の方が、促進関係よりも厳格である。すると、少なくとも見かけ上は、促進関係は存在するが、条件関係は存在しないという場面、すなわち、正犯結果に対する条件関係を要求する見解からは、因果性の存在が否定されるが、正犯結果に対する促進関係を要求する見解からは、因果性の存在が肯定されるような場面が存在し得ることとなる。そのような場面の例として、X は、今まさに V に「殺すぞ」と一言申し向けようとしている Y に対して、自身も日頃から V に対して不満がある旨伝え、しっかりと V を畏怖させるべきだと声がけをした。その声がけにより、Y は、犯意を強化され、結果的に、V に対してより大きな声で、「殺すぞ」と一言申し向けたという場合（以下、「脅迫事例」と呼称する。なお、当然、X と Y には、脅迫罪の共同正犯が成立しないことを前提とする）が挙げられるであろう⁽²⁶⁾。この例においては、X による心理的援助がなかったとしても、Y は脅迫を実行し、V の意思決定の自由に対する抽象的危険（正犯結果）⁽²⁷⁾は生じていたであろうか

(26) この事例では、Y による害悪の告知が、当初、ひとつのフレーズの申し向けにより行われる予定であり、かつ、実際に援助行為後に行われた害悪の告知も、同一のフレーズの申し向けにより行われた点が重要となる。脅迫罪においては、一般人を畏怖させる程度の害悪の告知が複数回存在する場合、複数の行為が全体としてひとつの脅迫罪として処罰される（包括一罪）としても、個々の行為は、それぞれ構成要件に該当すると解し得る。また、それに応じて、援助行為がひとつであったとしても、個々の正犯者による害悪の告知に対して、幫助犯が成立し得る。すると、声がけの結果、Y が 3 回害悪を告知した場合、「援助行為なければ、2 回分の脅迫はなかったであろう」ということが認められ、さらに意思決定の自由に対する抽象的危険（正犯結果）と援助行為との間に条件関係が認められ得る。ここでは、条件関係の存在が一見肯定され得ない事例を念頭に置いているため、Y が V に対して、一言だけ害悪を告知する文言を申し向けたことが意味をもつ。

(27) 危険犯においては、法益侵害結果は存在しないし、必ずしも、条文上、構成要件的结果が記述されているわけではない。よって、（正犯）結果の内容をどのように解するかが問題となり得る（この問題は、単独犯においても同様に生じる）。この例における「正犯結果」とは、法益に対する抽象的危険が発生したことを意味する言葉として用いる。

ら、上記定義を前提とすれば、一見、声がけと正犯結果との間には条件関係が認められないように思われる。他方、声がけをしたことで、Vを畏怖させるために必要な行為を強め、Vの畏怖心を高めたのだから、正犯結果を促進しているといえ、正犯結果に対する促進関係は認められることになるだろう。以下では、この事例を念頭に置きつつ、正犯結果に対する因果性を要求する各見解について分析していくこととする。

第1款 各説からの事例解決

上述の通り、脅迫事例に関して、正犯結果に対する促進関係を要求する立場からは、XがYを心理的に支援し、それにより、実行行為の程度が強まっているのであるから、声がけにより、正犯結果が促進されたということが言い得、因果性の存在は認められ得るだろう。これに対して、正犯結果に対する条件関係を要求する場合、一見、脅迫事例には条件関係が存在しないと結論することになるように思われる。というのも、すでに犯行を決意しているYとしては、Xの声がけがなくとも、Vに対して害悪を告知していたからである。声がけなければ、正犯結果なしとは言

えないのである。なお、この点、Samsonは、心理的事象の証明の困難性等の理由から、そもそも犯行決意の強化による心理的幫助犯を否定する⁽²⁸⁾。心理的因果性に関する証明の問題は、確かに、論じなければならない重要な問題ではあるが、本稿では、一般的な理解と同様、心理的幫助犯は可能であることを前提に論じる。

脅迫事例において、正犯結果に対する条件関係を要求する見解は、上記の予想に反し、条件関係の存在を認めるように思われる。Roxinは、上述の通り、心理的幫助犯について、「正犯者に付加的な動機を提供し、または犯行決意をしたにも拘らず未だ存在する懸念を放棄させる者は、実行された犯行決意の具体的な性質に対して因果的であり、それによって結果に対しても因果的である。…（訳者注：犯行決意の強化が）法益侵害の強化に至る場合にも、因果性について疑いは存在し得ない」とする。これによれば、脅迫事例の場合、Yは犯行決意を強化された状態で実行に出ているため、Xの行為は、「実行された犯行決意の具体的な性質に対して因果的であり、それによって結果に対しても因果的」であるということになろう。このような帰

(28) Samson, a.a.O. (Fn.11), S.192ff. このほかに、犯行決意の強化による心理的幫助犯を否定するのは、Charalambakis, a.a.O. (Fn.7), S.634-639; Joachim Hruschka, JR1983, S.177ff.（同所において、幫助犯の因果性の判断方法に関するHruschka自身の立場は、はっきりとは明らかにされていないが、彼は、犯行決意の惹起という形で正犯「者」に対して影響する場合を教唆犯、正犯「行為」に対する促進を幫助犯と解したうえで、正犯者に対して影響するが、犯行決意の（惹起ではなく）強化にとどまる場合を、現行法上不可罰であるとする）。なお、Stephan A. Osnabrügge, Die Beihilfe und ihr Erfolg Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in §27 StGB, 2002, S.180（犯行決意の強化の場合、それに関する厳格な因果法則が存在しないために、合法則的条件関係が認められず、犯行決意の強化による心理的幫助犯において、因果性の存在を結果帰属の前提とすることできないとする。もっとも、彼は、別の帰属基準を提示しようとする）。

結に至る理由は、彼が、幫助犯においては、「当該援助行為がなければ、当該結果は生じなかったであろう」という意味での因果性は不要であり、「寄与が、結果に通じているあらゆる中間項を考慮した、完全に具体化された形で表現された結果に影響を及ぼすことで十分である」と述べている点にあらう。すなわち、Roxin は、犯行決意の強化による心理的幫助犯の場合、正犯結果として、「強化された決意のもとで行われた正犯行為から生じた結果」を措定することにより、それと援助行為との間の条件関係が認められるとするのである。

第2款 各説の問題点・比較

まず、正犯結果に対する条件関係を要求する見解について検討する。そもそも結果に対する因果性が認められる（結果を惹起したと認める）ためには、結果を変更したことが必要であると思われる。正犯においては、結果の規定方法それ自体が問題となり得るものの、例えば死亡した被害者の顔の向きや窃取された被害額は、行為との事実的繋がりを判断する際に意味をもつことがある⁽²⁹⁾。このことは、幫助犯における因果性判断に関しても同様であらう。また、幫助犯における因果性判断では、正犯行為が介在することは明らかであ

り、直接的に結果を引き起こすのは正犯者であるから、援助者がいなくとも、結果は生じたであらうと言い得る。すると、幫助犯の成立要件として正犯結果に対する因果性を要求する場合、結果の存否ではなく、どのような結果が生じたかが当然に意味をもち得る。よって、幫助犯においては、援助者が惹起した結果をどのように規定するかが問題となり得ることとなる。正犯結果に対する条件関係を要求する見解も、この点を認め、それゆえ、結果を具体的に規定していたように思われる。

このことに鑑みれば、正犯結果に対する条件関係を要求する見解における結果の規定方法に注目する必要がある。例えば、援助行為が惹起する結果として、Roxin は、「結果に通じているあらゆる中間項を考慮した、完全に具体化された形で表現された結果」を、Samson は、法益侵害の程度の増大や法益侵害結果の発生時期の早期化を、さらに Martina Baunack は、「時間と場所という添加成分（Zeit- und Ortangaben）により具体化された結果」⁽³⁰⁾を措定している。この点、まず、Roxin が規定するような結果に対する条件関係を要求する場合には、常に、援助行為と正犯結果との間の条件関係が認められることになる⁽³¹⁾。したがって、上述の通り、適切に処罰対象を選定すること

⁽²⁹⁾ もっとも、単独犯の場合、量刑判断においてはともかく、法的因果関係（客観的帰属）の有無を判断するに際しては、死亡時の被害者の顔の向きや窃取された被害額は意味をもたないであらう。

⁽³⁰⁾ Baunack, a.a.O.(Fn.7), S.40.

⁽³¹⁾ 本文中で引用した論稿の2年後に出版された Roxin の教科書の3版によれば、因果関係論の箇所における記述ではあるが、因果性が認められるためには、「結果に通じているあらゆる中間項を考慮した、完全に具体化された形で表現された結果」に対する合法則的連関が存在する必要がある、「事象の修正が因果的でないのは、それが構成要件標識の実現の態様、時間それから場所にとって重要でない場合のみ」である

が不可能になりかねない。これに対して、Samson や Baunack の見解によれば、結果は、それが発生した際の程度、時間、場所によって具体化され、そのように具体化された結果を引き起こした援助行為のみが、法的因果関係（客観的帰属）の存否判断の対象として選び取られることになる。

しかし、正犯結果に対する条件関係を要求する見解の論者が示す結果の具体化の基準に対しては、その基準によって具体化された結果を惹起すれば正犯結果を促進したと評価し得るという考えのもとで示されているのではないかとの疑念が生じる。つまり、援助行為と正犯結果との事実的繋がりである条件関係の判断に、正犯結果の具体化という方法で、法的評価が混入しているように思われるのである。一定の基準に基づき具体化された結果を規定し、それに対する条件関係の有無を問う場合、法的評価が加えられた結果に対する条件関係が問われているのであって、そのような条件関係は、純粹事実的なものではなくなっているのである。さらに、仮にそのような結果の具体化が可能であるとしても、援助行為が正犯結果を促進したとの法的評価に基づく結論を先取りしてしまっ

ているのではないかとの疑問がある。

次に、正犯結果に対する促進関係を要求する見解に対して検討を加える。本説の論者は、正犯結果の促進の有無を判断する際、正犯結果を具体的に規定するのではなく、正犯結果に至る因果性の共働に注目している。これにより、形式的には、正犯結果に対する条件関係を要求する見解とは異なる見解であるようにも思われる。しかし、本説が、正犯行為の実行から正犯結果の発生までの過程を具体化する点、そして例えば、Jescheck/Weigend が、正犯行為の「促進」と正犯行為の結果の「惹起」はほとんど区別され得ないと述べる点⁽³²⁾に鑑みれば、結局、本説もまた、結果の具体化を行なっており、その具体化された結果との間の条件関係を要求しているのではないかと分析し得る。援助行為により正犯行為が促進された場合、その具体的な正犯行為から正犯結果が生じれば、援助行為とその正犯結果との条件関係を認め得ることは、当然である。なぜなら、援助行為が正犯行為に影響し、何らかの変更を加えれば、援助行為がなかった場合と比べて、正犯結果にも変更が加えられているとみることが出来るからである⁽³³⁾。

以上によれば、正犯結果に対する

とする（Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd.I, 3.Aufl., 1997, §11 Rn.20.）。必ずしも明らかではないが、出版時期の近さや、手交された手袋を用いることで、正犯者は窓ガラスを簡単に破ることができたという事例において、因果性の修正で十分であるとすることは、幫助犯の特殊性を示すものではなく、むしろ「等価説の適用そのもの」であるとしている（Roxin, a.a.O. (Fn.8), S.502. さらに、Ders, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd.II, 3.Aufl., 2003, §26 Rn.185 においては、因果関係論における自説を参照している）点に鑑みれば、本文中で引用した幫助犯における結果概念には、実際には、このような限定がかけられているようにも思われる。

⁽³²⁾ Class も、「惹起を含まない「促進」は考え得ない」とする（Class, a.a.O. (Fn.24), S.124）。

⁽³³⁾ もっとも、特に心理的因果性が問題となる場合には、援助行為により正犯行為及び正犯結果が変更されたことの証明は困難を伴う。

条件関係を要求する見解と、正犯結果に対する促進関係を要求する見解は、どちらも、実質的に同一の内容を示す見解であると指摘し得るように思われる。

第4節 小括

本章では、正犯結果に対する因果性を要求する見解について検討を加えてきた。まず、条件関係を要求する場合には、一見、促進関係を要求する場合よりも幫助犯の成立範囲が狭くなるように思われた。しかし、正犯結果に対する条件関係を要求する見解は、結果を具体化することで処罰範囲を確保していた。他方で、正犯結果に対する促進関係を要求する見解もまた、結果の規定方法については詳論しないものの、同様に結果を具体化しているように思われた。したがって、実質的には、両説の内容は同一であることが明らかになった。

すると、一定の基準に基づいた正犯結果の具体化が、正犯結果の促進という結論の先取りであるように思われるとの先述の疑問を措くとすれば、その具体化の基準が問題となる。例えば Roxin は、正犯行為の促進で十分か、正犯結果に対する因果性が必要かという争いは、「仮象問題 (Scheinproblem)」であるという⁽³⁴⁾。すなわち、彼は、援助行為が正犯行為を促進すれば、正犯結果を促進したことにもなると考えているのである。しかし、必ずしもそのようには言い得ないように思われる。例えば、侵入窃盗犯人に、被害者宅の合鍵を

与え、窃盗犯人はこれを用いて窃盗を実行したところ、被害額に変更はなかったが、占有侵害の発生時期が早まったという場合、時間による正犯結果の具体化を認めるならば、正犯結果に対する因果性が認められることになる。しかし、占有侵害の発生時点が早まったという事実は、正犯行為がスムーズに行われたことを示しているだけであり、結果発生時点の早期化は、窃盗罪における法益侵害結果の内容とは思われない。したがって、正犯行為の促進と正犯結果の促進とは同義であるとは思われない。とすれば、この事例において幫助犯を認めるためには、正犯結果に対する因果性を要求しないことが必要であろう。したがって、次章では、正犯結果に対する因果性を要求しない見解について検討する。

第2章 正犯結果に対する因果性を要求しない見解

我が国では、正犯結果に対する因果性を要求する見解が多数説となっており、それを要求しない見解は、比較的少数にとどまっている。このような我が国の議論状況は、ドイツにおいてもさほど変わらないようにも思われるが、最近においても、ドイツでは、正犯結果に対する因果性を要求しない見解が唱えられている。本章では、正犯結果に対する因果性を要求しない見解を、正犯行為に対する促進関係のみを要求する見解と幫助犯を危険犯とする見解とに分けて分析を加える。

⁽³⁴⁾ Roxin, a.a.O. (Fn.8), S.502.

第1節 正犯行為に対する促進関係のみを要求する見解

一 我が国では有力である正犯行為に対する促進関係のみを要求する見解は、ドイツにおいても一部主張されている。ドイツにおける本見解は、後述の通り、実質的には前章で紹介すべき見解であるように思われるが、正犯結果に対する因果性を不要とする判例の立場に賛同するため、ここで紹介する。

まず、ドイツにおける判例の立場として、しばしば引用されているのは、RGSt 58, 113 である。この事例は、墮胎を決意している女性 M に対して、被告人 Sch はペッサリーを、被告人 G は膣鏡を提供したが、M は、それらを用いる勇気がなかったため、職業墮胎婦によって、カテーテルを挿入することで墮胎してもらったというものである。これに対して、ドイツ帝国裁判所は、「正犯行為の結果が、援助者の行為により、原因的に共同惹起され、促進され、または容易にされることは必要でな（く）…

…援助者の行為と最終的に生じた犯罪結果との間の原因関係（*ursächlichen Zusammenhang*）を要求するのは法的に誤っている。ひとたび行われた幫助犯の構成要件は、援助者の行為が、援助者により意図され、実際に生じた結果に対して影響しなかったことによって排除されない。……もともと、自己の援助によって正犯行為を助け、促進するとの幫助者の意図は、それだけでは、……幫助犯を認めるのに十分ではない。犯罪構成要件を実現する行為が、それが終了する前の任意の時点で、幫助者の行為によって実際に促進されたことが、付け加わらなければならない」⁽³⁵⁾と述べていた。

このようにドイツ判例は、援助行為の正犯結果に対する因果性を不要とし、援助行為が正犯行為を促進することで十分であるとした⁽³⁶⁾。このような判例の立場に賛同するのが、Johannes Wessels/ Werner Beulke/ Helmut Satzger である。その教科書では次のように述べられている。すなわち、ドイツ刑法 27 条の文言は正犯行為

⁽³⁵⁾ この判例は、この基準によれば、結論は、どの行為が犯罪構成要件を実現する行為であるかに依存するとし、ペッサリー及び膣鏡の受領が、その後のカテーテルを用いた墮胎とともに、単一の自然的行為（*eine einheitliche natürliche Handlung*）を形成するかが問題となると述べる。そして、このような単一の自然的行為が認められるためには、「全行為が、それ自体として第三者にとっても、客観的に、自然的に観察した場合に、単一の互いに密接な関係にある行為として認識可能になるというような直接的な繋がり」が存在していなければならない、その際決定的であるのは、生活上の理解（*Auffassung des Lebens*）であるとする。なお、本件では、道具の提供と最終的な墮胎行為とは自然的な意味で独立しており、単一の自然的行為は認められず、また、提供された道具の受領は、墮胎未遂の段階にも至っていないとして、被告人らは無罪とされた。

⁽³⁶⁾ 正犯結果に対する因果性を要求する見解は、ドイツにおける判例が幫助犯の成立のためには援助行為が正犯行為を促進すれば足りると述べた事例は、実際には、援助行為の正犯結果に対する因果性が存在した事例であることを指摘する。Dreher, a.a.O. (Fn.22), S.533f.; Mezger, a.a.O. (Fn.6), S.413; Roxin, a.a.O. (Fn.8), S.503. 正犯結果に対する因果性を要求する見解は、前章でみたように、具体化された正犯結果を規定するため、同立場によれば、このような事例分析は当然である。しかし、まさにその正犯結果に対する因果性を要求する見解の主張している正犯結果の規定方法が、問題となるのである。

を援助したことのみにを要求し、すでにそのような援助に刑罰を科していること、そして、正犯者により惹起される結果は、援助者に「自己の仕業 (Werk)」としては帰属されず、中間結果としての援助のみが帰属されることから、「幫助犯の可罰性は、必ずしも正犯において前提とされている因果関係 (Kausalbeziehung) に依存するわけではない。」よって、正犯行為それ自体がなんらかの形で促進されたことで十分であるとする判例の見解が賛同される⁽³⁷⁾、と。また、Hermann Blei もいう、具体的な正犯結果に対する因果性を要求すれば、「結果にとって重要でない事実または法的評価にとって重要でない修正」を正犯結果に取り込むことになる。判例における正犯行為の促進という概念の方が、正犯結果に対する因果性を要求する立場における広範な原因性という概念よりも明確であり、優れている⁽³⁸⁾、と。

二 本説の主張者は、正犯結果に対する因果性までは不要であると説く判例に賛同する。この見解を主張することの長所は、本来、正犯結果が、援助行為がなかった場合と比べて、まったく同一の事態として現れた場合に、幫助犯を認め得る点にある。特に、このことは、次のような心理的幫助犯の事例において、顕在化する。すなわち、Y が隣県にある V 宅に侵入し、金庫内の金品を窃取しよ

うと計画していたところ、X は Y に対して帰りの電車の運賃を与えた。Y は予定通りの時刻に窃盗を実行したため、法益侵害結果の発生時点に変更はなく、かつ、V 宅には金庫の中以外に金品が存在していなかったため、被害額に変更もなかったという事例である。この事例においては、幫助犯が認められるべきであるように思われるが、運賃提供行為による法益侵害結果の変更が生じていないから、法益侵害結果に対する因果性は認められない。これに対して、正犯行為に対する促進関係のみにを要求する場合には、心理的幫助犯の成立を認め得るであろう。しかし、本説の論者は、残念ながら、このような自説の長所については言及していない。

また、Blei は、具体的な正犯結果に対する因果性を要求すれば、「結果にとって重要でない事実または法的評価にとって重要でない修正」を正犯結果に含むことになると指摘するものの、その指摘は、必ずしも、一定程度の、法的評価にとって重要な修正を正犯結果に含むことを排除する趣旨には読み取られないし、Blei の叙述において、正犯結果に対する因果性を不要とする直接的な言説もみられない⁽³⁹⁾。加えて、Wessels/Beulke/Satzger が「中間結果」という語を用いていることは、それを介した援助行為の正犯結果への因果性を想起させる。

以上によれば、結局のところ、本

⁽³⁷⁾ Johanness Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 54.Aufl., 2024, Rn.905.

⁽³⁸⁾ Hermann Blei, Strafrecht Allgemeiner Teil, 18.Aufl., 1983, S.288f.

⁽³⁹⁾ Blei 自身も、正犯結果に対する因果性を要求する場合と、それをしない場合とで、結論はほとんど左右されないことを認め、そのうえで、概念の明確性を理由に、正犯行為に対する因果性のみにを要求する判例の立場の方が、正犯結果に対する因果性を要求する立場より優れているとするにとどまっている (Blei, a.a.O.(Fn.38), S.288)。

説について、正犯結果に対する因果性を放棄する見解ではないとみることが可能であろう。したがって、正犯行為に対する促進関係のみを要求する見解もまた、正犯結果に対する因果性を要求する見解に組み入れられるべきであるように思われる。

第2節 幫助犯を危険犯とする見解

本節では、幫助犯を危険犯とする見解を見ていく⁽⁴⁰⁾。我が国において、幫助犯を危険犯と解する見解は、あまり支持を集めていない⁽⁴¹⁾。しかし一方で、ドイツにおいては、近時主張されている見解である。

(40) 幫助犯を危険犯とする見解は、幫助犯の成立要件としての因果性要件を放棄する。これに対して、幫助犯を危険犯とは解していないものの、正犯行為（正犯者による実行行為）に対する促進関係すら不要としているとみることができる見解を示すが、Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., 2023, §28 Rn.33-40. である。Fristerは、同所において、具体化された結果に対する条件関係を要求することを批判しつつ、援助行為が幫助犯として処罰されるためには、それが「正犯行為の一部」となったことが必要であるとしている。ここで、正犯行為とは、構成要件に該当する行為（実行行為）のみならず、正犯者の犯行計画において、実行行為を行う前提として考慮されているあらゆる行為であるという。そして、正犯行為の一部となるためには、援助行為が、正犯行為により追求される目的の役に立つために、犯行計画に含まれることが必要であるとする（なお、ここで正犯者により追求される目的は、構成要件実現である必要はないようである。例えば、援助者が正犯行為中にその場に居る可能性を同人に与えるという目的で、正犯者が窃盗中の見張りを犯行計画に入れる場合でもよいとしている。さらに、援助行為は、正犯者の犯行計画に含まれる限り、構成要件実現の危険を減じる行為であってもよく、例えば、心臓病の被害者を誘拐しようとしている正犯者に、誘拐が原因で被害者が心筋梗塞を発症し、死亡しないようにするため、薬を調達してやる場合も、（故意が認められる限りで）あらゆる誘拐により実現される犯罪に対する幫助犯であるとする）。他方、幫助未遂と幫助既遂を区別するために、幫助既遂が認められるには、正犯者により「遂行された」正犯行為の一部となる必要があるともされている。提供された道具を正犯者が使用しない等、正犯行為の開始前に援助行為がその意味を失っている場合、「計画された」正犯行為の一部ではあるものの、「遂行された」正犯行為の一部ではないために、幫助犯は未遂であると説明している。ただし、住居への侵入窃盗犯人に対して、複数人がそれぞれ異なる形状の鍵を与えたところ、窃盗犯人はそのうちのひとつを用いて侵入したという場合、用いられなかった鍵の提供者の行為は、適切なものを選択可能にするという正犯行為に対する意味を失わず、すべての鍵の提供は実現された犯行計画に含まれているから、すべての鍵の提供者は窃盗既遂罪に対する幫助犯であるとする（この場合、正犯行為に対する因果性すら存在しないにも拘らず、幫助犯の成立が認められている）。このようにしてFristerは、援助が正犯行為の遂行においてどのような効果を現さなければならぬかを問うことは誤りであるとする。もっとも、この見解は、正犯者により追及される目的内容の如何に拘らず、実質的には、計画された正犯行為の一部となった援助行為により、遂行された正犯行為が現に（少なくとも心理的に）促進されたことを要求する見解であるとも分析可能である。

(41) 我が国で、幫助犯を危険犯と解されるのは、例えば、酒井智之「物理的幫助犯における因果関係の判断枠組み（1）」一橋法学20巻3号（2021）145頁以下、同「物理的幫助犯における因果関係の判断枠組み（2・完）」一橋法学21巻3号（2022）380頁以下、野村稔『刑法総論（補訂版）』（成文堂・1998）394頁。さらに、幫助犯を危険犯と解することに否定的でありながら、実質的には幫助犯を危険犯としてしまっているように思われる見解として、井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（有斐閣・2018）549頁以下。

第1款 幫助犯を抽象的危険犯とする見解

一 まず、古くから、援助行為が正犯行為を促進したことすらも不要としていたのは、Albert Coenders である。Coenders は、それまでに主張されていた学説や判例を批判しつつ、次のように主張した⁽⁴²⁾。

正犯結果に対して条件を設定したことを要求する場合、幫助犯は常に犯罪の条件⁽⁴³⁾であるわけではなく、そこには条件的でない行為も含まれるところ、具体的な事案において、援助行為が条件であったことを証明することは困難であり、当罰的な事案を不可罰とすることになる。また、判例は正犯行為の促進のみを要求するが、正犯行為の促進と正犯結果の促進を区別できるとは思われないし、正犯行為の促進のみを要求できたとしても、事案解決に難がある。援助行為が、正犯行為を遅らせるような、妨害的な要素であったとしても、幫助犯は認められるべきである。したがって、幫助犯の成立にとっては、援助行為が「促進の故意で行われながら、具体的な犯罪事象に対して証明可能な形で影響した」こと、犯罪の発生過程における「生きた構成要素 (lebendiger Bestandteil)」であることで十分であり、「客観的な促進力

(eine objektive fördernde Kraft)」の存在は重要でない。つまり、援助行為が事後的に不要であったと判明する場合にも、幫助犯が成立する。もっとも、援助が、正犯者により、犯行決意の時点においても、実行行為の時点においても完全に無視され、客観的に正犯行為の実現において何ら意味をもたなかった場合には、幫助犯は問題となり得ない。

このような Coenders の見解は、現実には正犯行為を促進したことすらも、幫助犯の成立にとって不要であり、正犯行為を促進する可能性のある行為が行われれば足りるとする見解であると分析可能である。この見解は「影響説 (Beeinflusstheorie)」と称されており⁽⁴⁴⁾、正犯行為を促進しようとする意図でなされた援助行為が実際には正犯行為を遅らせることになっても、幫助犯が成立すると主張する点に特徴がある。Coenders の見解は、実質的にみて、幫助犯を抽象的危険犯的に捉えるものであるとみることができよう。この Coenders と類似した内容を主張しているのは、Rolf Dietrich Herzberg である。Herzberg は、以下のように、幫助犯は抽象的危険犯であると言明する⁽⁴⁵⁾。

援助者が、正犯者とともに、結果を共同惹起したことを要求する場合、

⁽⁴²⁾ Albert Coenders, Über die objective Natur der Beihilfe, ZStW 46 (1925), S.2-7.

⁽⁴³⁾ Coenders は、正犯結果に対して条件を設定したことを要求する学説が、結果の原因を設定する（結果を惹起する）者は正犯であり、犯罪を容易にし、または促進することで結果に対して条件を設定する者が幫助犯であるという理解を前提としていたことは誤りであるとしたうえで、条件とは、結果がなくならなければ、ないものと考えることができないような「犯罪の実現にとって決定的な要素」を指すのだとする

(Coenders, a.a.O. (Fn.42), S.2.)。

⁽⁴⁴⁾ Samson, a.a.O. (Fn.11), S.68.; 山中・前掲注 (3) 171 頁。

⁽⁴⁵⁾ Rolf Dietrich Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als straftatbestuande, GA 1971, S. 6ff.

例えば、「活気づけるようなまたは（訳者注：犯意を）強化するような声かけが、測定可能な範囲で、結果を時間的に早め、またはそうでなければ結果の具体的な形（Erscheinung）に影響したことを要求しなければならないだろう。」しかし、実際の事案に適用する際には、一貫させ得ない。援助行為によって、正犯者が、ほとんど罪の意識なく、またはより上機嫌に犯罪を遂行した場合に、結果を共同惹起したというのはフィクションであるし、また、援助行為によって正犯行為の具体的な経過が変更されていたとしても、このことだけでは、幫助犯としての非難はなされ得ない。それだけで幫助犯としての非難が可能であるならば、結果を共同惹起したことを要求する立場からは、例えば、犯行に用いられる道具を隠す、その位置を数メートルずらす等の場合にすら、幫助犯処罰が行われなければならないであろうからである。

結局、幫助犯の因果性に関する争いを決するのは、援助者の行為が正犯行為の結果にまったく関係しない場合にも、正犯行為の遂行に対する援助がなされたといい得るのか、という問いである。この問いをはっきりと一般に否定することはできない。例えば、「正犯者が金庫をバーナーで開けている最中に、ある者が正犯者にコーラ瓶を1本提供した場合」、コーラの提供行為は、結果惹起を早めず、何らかの方法で結果惹起の修正もしていない。それどころか、コーラの提供は、結果発生を遅らせるが、そうすることで結果を危殆化しているのである。このとき、正犯者は、犯罪行為の遂行中、助力を受けたの

であり、このことで、幫助犯成立にとっては十分なのである。幫助犯として処罰される者は、「援助（Hilfe）」を惹起したのであり、このことが重要である。ただし、「正犯者が自身に与えられようとしている道具の受取りを拒否した場合」には、「援助」が欠けるため、幫助犯は成立しない。なお、幫助犯を具体的危険犯とすることは、法の文言と相容れないだけでなく、援助がなくとも、正犯者は同程度の結果発生の見込みをもって行動していたであろうということが排除されない場合に、援助者が無罪となりかねないから、刑事政策的な理由から不適切である。

このように Herzberg は、法益侵害に対する因果性を不要としている。彼によれば、幫助犯の成立にとっては、「援助」が行われることで足り、この「援助」の有無により、処罰の有無が決まる。したがって、当然、前章でみた見解と比べて、幫助犯の成立範囲は広がることになるだろう。また、Herzberg は、援助行為が正犯者により受領されなかった場合には、幫助犯の成立を否定するのは、Coenders と同様である。もっとも、Herzberg の見解においては、コーラの提供行為が法益侵害を危殆化するとされているが、このことには疑問が残る。法益に対する抽象的危険の有無が厳密に検討されていないように思われるのである。結局、援助という概念の中では、何らかの助力が正犯者に受領されるという意味でのみ正犯者に連帯することが特に重視

されているのではなかろうか⁽⁴⁶⁾。

二 我が国においても、野村稔博士が、明確に幫助犯は抽象的危険犯と論じられていたのであるが、Coenders 及び Herzberg の見解と博士の見解とを比較すると、前者の方が、幫助犯の成立要件の意味では、幾分か厳格に主張されている。すなわち、野村博士は、正犯者を援助しようとする行為が行われることだけを幫助犯の客観的成立要件とされるのに対して⁽⁴⁷⁾、Coenders と Herzberg は、上述の通り、正犯者の援助を目指した行為が、実際に正犯者によって受け取られることを、幫助犯の客観的成立要件として要求しているのである。もっとも、Coenders の見解と Herzberg の見解とでも、幫助犯の成立範囲は異なり得るだろう。Coenders は、正犯者が援助を犯罪の決意または実行の際に完全に無視した場合には、幫助犯は成立しないとす。よって、正犯者が道具の提供を受けたが、初めからまったくそれを用いることを考えていなかった場合には、幫助犯は成立しないことになろう。これに対して、Herzberg は、道具の提供等が正犯者により拒否さ

れる場合には、幫助犯が成立しないとするのみである。したがって、Herzberg の見解によれば、必ずしも明らかではないが、正犯者が道具の提供を受けたが、初めからまったくそれを用いることを考えていなかったという場合であっても、物理的幫助犯すら成立する余地があることになろう。

確かに、犯罪を実行しようとする者に対して、何らかの形で援助を行おうとすることは、一般的に望ましい態度であるとは思われないうし、正犯者により犯行に役立ち得る道具が受領される等の事情があれば、心理的には正犯者を援助したと評価し得ることもあろう。この意味で、Coenders や Herzberg の見解は、まったく理解できないものでもない。しかし、彼らの見解によれば、合鍵が援助者から正犯者に手交され、正犯者が犯行に用いるつもりで受領したならば、正犯行為の際に一度用いられたが、直接的に結果を惹起した正犯行為の際には用いられないという場合であっても、(未遂犯に対する幫助犯のみならず) 既遂犯に対する幫助犯が成立し得ることになる⁽⁴⁸⁾が、そのような場合には、正犯行為に対

(46) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂・2005) 180 頁注 61 も、Herzberg の見解では「正犯との連帯」という意思が処罰にとっての決定的根拠とされているように思われる」と分析されている。もっとも、Herzberg の見解は、連帯の意思が重要であったとしても、幫助犯処罰にとっては、現実に連帯したことがなければならぬとするものであると思われる。Herzberg, a.a.O. (Fn.45), S.5 は、「援助」が幫助犯の「結果」であるとしているが、具体的には、「何らかの助力が正犯者により受領されたこと」が幫助犯の「結果」であると解しているのだと推察される。

(47) もっとも、野村博士も、客観的処罰条件として正犯行為が現実に行われたことを要求されるため、正犯者の援助を目指した行為が行われ幫助犯が成立する場合であっても、(成立範囲は広いとしても) 処罰範囲は限定されている(野村・前掲注(41) 394 頁、424 頁)。

(48) Coenders a.a.O. (Fn.42), S.3ff.では、住居侵入の際、A が見張りに立ち、B が合鍵を用いて侵入を試みたが失敗し、最終的に C がバールでドアを開けたという事例が挙げられている。これについて、彼は、既遂犯に対する幫助犯と未遂犯に対する幫助犯のいずれが成立するかを明らかにしていないものの、B は明らかに当罰的であるとす

する（少なくとも物理的な）因果性は認められない。さらに、その手交が片面的に行われたならば、心理的にも因果性が認められないところに幫助犯を認めることになり、結論的に妥当でないように思われる。

また、Coenders や Herzberg の見解に対しても、我が国で野村博士や酒井智之講師の見解に対して向けられ得るのと同様の批判が向けられるだろう。すなわち、既遂犯に対する幫助犯の方が未遂犯に対する幫助犯よりも重く処罰することを説明できないとの批判⁽⁴⁹⁾や、不可罰な幫助未遂が可罰的となってしまうとの批判⁽⁵⁰⁾である。まず、第一の批判について、援助行為が正犯者により受け取られたとしても、実際にはそれが正犯行為の際に用いられない場合、援助行為と正犯行為の間にさえ事実的繋がりが存在しないのであり、正犯結果の有無により幫助犯の刑の重さが変化することは説明しがたい。また、第二の批判についても、特に Herzberg の見解には、上述の通り、正犯者が提供を受けた道具を初めからまったく用いることを考えていなかった場合でも、物理的幫助犯が認められる余地があるため、妥当するように思われる。やはり、当該援助行為が正犯行為を促進する危険性を備えていたことだけを重視し、幫助犯処罰によって正犯者が何をどのよ

うに為したかということを軽視することになる考え方は、採用できないように思われる。

第2款 幫助犯を具体的危険犯とする見解

一 前款で検討したのは、幫助犯を抽象的危険犯とみる見解であったが、これとは異なり、幫助犯を具体的危険犯とする見解が存在する。

危険増加論を幫助犯に転用する Friedrich Schaffstein は、次のように説く⁽⁵¹⁾。

判例を分析することで、援助者の行為がなくとも結果は生じたであろうという場合についても、因果性を証明しようとする道が提示されている。ひとつは、幫助犯においても因果性ドグマを維持するために、正犯結果を具体化し、法的評価として重要でない事態に対しても援助行為の因果性を認める道であるが、その場合、客観的帰属は意味をなさず、刑法上の責任を基礎づけるのは、故意だけということになる。そのため、幫助犯は、何らかの形で表現される正犯行為への賛同（Billigung）と解されることになってしまう。また、もうひとつは、実際には提供した道具が正犯者により使用されなかったという事例や、物理的には法的評価

る。これに関して、仮に B が合鍵を提供しただけで、C が、一度その合鍵を用いて侵入しようとしたが失敗し、結局パールを用いて侵入したとしても、状況は同じであろう。

⁽⁴⁹⁾ 例えば、井田・前掲注（41）550 頁、大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院・1981）171 頁。

⁽⁵⁰⁾ 例えば、高橋則夫『刑法総論（第5版）』（成文堂・2022）529 頁、山口厚『問題探求 刑法総論』（有斐閣・2005）252 頁。

⁽⁵¹⁾ Friedrich Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, in: Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 176-182.

にとって重要な事態に対する因果性が認められない事例において、心理的因果性を認めることで、因果性ドグマを維持しようとする道であるが、心理的な援助は、基本的に、生じた結果に対する原因とは認められないために、この道も採用できない。というのも、いまだ犯行を固く決意してはいない正犯者に最終的な犯行決意を生じさせる場合には、教唆犯であり、また、正犯者がすでに固く犯行を決意していた場合にも、援助者は、コンディチオ公式の意味で正犯者の構成要件実現を惹起しないからである。

他面で、判例が採用する客観的な「促進」という基準は、より詳細に規定され、恣意的な解釈を排除され、それにより可罰的な幫助既遂と不可罰の幫助未遂の区別に役立つものとされ、最終的に一般的な帰属に関する一般的な原理の中に整理される必要がある。そして、これらすべては、「促進が、正犯行為の結果に対する機会の増加、すなわち正犯行為により攻撃される法益に対する危険増加と解されることにより保証される」。さらに、この危険増加の判断は、「事後的に、客観的な分別ある観察者により、付加的に行為者の特別の認識を考慮しつつ」、「正犯者が他人の寄与を「受け入れた (annimmt)」時点」を基準に行われなければならない⁽⁵²⁾。例えば、掏摸が人混みの中で他人のポケットから札入れを盗んだ。その際、掏摸の仲間が、必要とあらば犯行が行われやすくなるよう作為

的に人混みを作り出そうとして、近くに立っていたが、実際にはその必要はなく、掏摸は他人のポケットから巧みに札入れを盗んだというような事案においては、「援助がなければ、窃盗は、その成功のチャンスが減じられた状態で」行われたであろう」から、可罰的幫助犯が認められる。また、提供した合鍵が、実際には正犯者によって使用されなかったという事例においても、通常の鉤状の鍵では開けられないような安全錠が金庫に取り付けられており、その鍵によっては結果発生のお機が高められなかったというような場合に幫助未遂となることを除けば、正犯者が合鍵を受領した時点で幫助既遂が存在する。

また、判例が、正犯行為の促進と正犯行為の容易化とを同列に扱うことには疑問がある。例えば、侵入窃盗犯人が重い梯子を犯行現場まで運ぶのを助け、窃盗犯人はこの梯子を用いて住居の窓から侵入したという場合、梯子の運搬を手伝った者は、正犯行為を容易にしている。しかし、正犯者は、他人の援助がなくとも、梯子を犯行現場まで運び得たであろうし、そうしていたであろうということが初めから明らかな場合、他人の援助は窃盗の成功の機会を高めないから、正犯行為が容易にされているにも拘らず、可罰的な幫助犯は成立しない。正犯行為の成功の危険を高めない正犯行為の容易化は、単に正犯者との連帯を意味するにすぎず、純粋な心情刑法に基づいてのみ、そ

⁽⁵²⁾ なお、Schaffstein は、正犯者が他人の援助を認識していない場合については、援助行為の開始時点を基準に危険増加の有無が判断されるとしている (Schaffstein, a.a.O. (Fn.51), S.180)。

の処罰は正当化され得るのである。

以上のように、Schaffstein は、援助行為と正犯行為（及び正犯結果）との間の因果性を不要としつつ、危険増加論を用いて、幫助犯における客観的帰属の有無を説明しようと試みる。このような彼の見解は、幫助犯を、正犯行為の結果が発生する機会が高まったことを具体的危険とし、その危険の発生を要求する具体的危険犯と解するものと考えてことができよう⁽⁵³⁾。

近時、援助行為の具体的危険性に着目しているのが、Johannes Petersen である。Petersen は、大要次のように述べる⁽⁵⁴⁾。

ドイツ刑法 27 条における援助概念は解釈を要するが、その際、解釈の結果は、種々の解釈方法から導かれる結果が互いに補い合いあって生

じる。まず、文理解釈によれば、同 27 条の文言は、正犯行為の促進によって不適な行為や、正犯行為を妨げるような行為が援助概念から除外しているが、他方で、行為が実際に正犯行為に影響することまでは要求していない。したがって、文理解釈によれば、ある行為が援助と評価されるためには、「具体的に危険な行態」であればよい。次に、体系的解釈によれば、ドイツ刑法 27 条における援助概念が、同 257 条、同 259 条、同 323 条 c⁽⁵⁵⁾における援助概念と矛盾しないよう解釈することが求められる。同 323 条 c において、援助は、「事前的にみて、害を回避するための客観的適性」を備えた行為であると解され、同 257 条においても、行為が「具体的に危険な行態」であればよいと解されており、援助が認められるために、結果という要件は要求されていない。また、判例は、同

⁽⁵³⁾ Herzberg, a.a.O. (Fn.45), S.7.

⁽⁵⁴⁾ Johannes Petersen, Die „neutral Handlung“ im Strafrecht. Eine Untersuchung insbesondere der neutralen Beihilfe, 2022, S.32-52.

⁽⁵⁵⁾ ドイツ刑法 257 条 1 項（庇護 Begünstigung）、同 259 条 1 項（盗品等関与 Hehlerei）、同 323 条 c 1 項（不救助；救助を行う者の妨害 Unterlassene Hilfeleistung; Behinderung von hilfeleistenden Personen）の条文は、次のとおりである。

257 条 1 項「違法な行為を遂行した他の者にその行為の利益を確保する目的で、その者を援助した者は、5 年以下の自由刑又は罰金刑に処する（Wer einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, ihm die Vorteil der Tat zu sichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.).」

259 条 1 項「自ら利得し又は第三者に利得させるために、他の者が窃取し又はその他他人の財産に対する違法な行為により得た物を、購入し若しくはその他自ら取得し若しくは第三者に取得させ、又はこれらの物を譲渡し若しくは譲渡を援助した者は、5 年以下の自由刑又は罰金刑に処する（Wer eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.).」

323 条 c 1 項「災難又は公共の危険若しくは緊急事態に際して、救助が必要であり、その救助が、諸事情に鑑みその者に期待可能である、とりわけ著しい自己への危険や他の重大な義務違反なく可能であるにもかかわらず、救助をしなかった者は、1 年以下の自由刑又は罰金刑に処する（Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.).」

259 条における有償処分援助 (Absatzhilfe) が既遂となるためには、実際に有償処分結果が必要であると解するようになったが、同条では、正犯と同様の法定刑が予定されているために、より厳格に援助を認めるための要件が要求されることは当然であるし、同条は、同 27 条とは異なり、必要的減輕の規定をもたないから、同 27 条における援助概念と同 259 条における援助概念が異なつて解釈されることに不都合はない。さらに、歴史的解釈によれば、幫助犯に関して、因果性要件を要求するとの立法者意思は明らかとならないし、目的論的解釈によれば、幫助犯構成要件の意義及び目的は、「他人の犯罪行為を助けることにより法益に対して生じる危険を妨害すること」にあり、この目的が達成されるためには、必ずしも幫助犯を結果犯とすることは必要でなく、結局、幫助犯成立のために因果的な援助が必要であるということは導かれない。以上

の解釈の結果、同 27 条の援助とは、正犯行為の促進とそれによる法益の危殆化に客観的に適した行為であつて、その「客観的危険性が正犯行為において表れない行為」もまた、援助概念に包摂されることが判明する。つまり、幫助犯成立のためには、援助行為が「正犯行為によって脅かされる法益に関して具体的に危険」であればよい。幫助犯は、具体的危険性犯 (konkretes Gefährlichkeitsdelikt) である。

このように、Petersen は、幫助犯を具体的危険性犯であると結論する。ここで、彼が幫助犯を具体的危険性犯と分類している点が注目される⁽⁵⁶⁾。彼は、具体的危険性犯とは、具体的危険犯とは異なり、具体的な危険結果の発生を必要とせず、行為者の行態が、具体的な事案において法益に関して危険でなければならないだけの犯罪であるが、抽象的危険犯とも異なり、行態が単に法益の危殆化に対する抽象的な適性を備えてい

⁽⁵⁶⁾ Petersen は、(異なる文脈で危険性犯という概念を主張した者として Reinhard von Frank も挙げつつ) 具体的危険性犯という概念の提唱者として、Hans Joachim Hirsch と Frank Zieschag を挙げている (Petersen, a.a.O. (Fn.54), S.50)。Petersen が博士号請求論文を提出するにあたり、その指導にあたっていた Zieschag は、ドイツ刑法 257 条における援助概念と同 27 条のそれとが統一的に解釈され得ることを説きつつ

(Zieschag, Der Begriff „Hilfeleisten“ in §27 StGB, in: Festschrift für Wilfried Küper, 2007, S.738ff.)、同 27 条の援助概念は、「援助者の寄与が、犯罪規定により保護されている法益に対して具体的に危険であること」であるとし、そのような自説を、幫助犯を具体的危険性犯と解する見解であると位置づけている (Zieschag, FS-Küper, S.745f.)。Zieschag が幫助犯を具体的危険性犯とすることの基礎には、具体的危険犯とは、条文上法益に対する危険の発生が要求されている犯罪であり、抽象的危険犯は、条文上具体的危険の発生が要求されておらず、類型的に危険な行為が行われただけで処罰される犯罪であるが、抽象的危険犯に関しては、もっぱら行為の危険性のみが問題となっているために、より正確には、抽象的危険性犯 (abstraktes Gefährlichkeitsdelikt) と称されるべきものであるとの理解がある (Zieschag, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2023, Rn.31f.)。このような理解を前提に、彼は、同 27 条は具体的危険の発生を要求していないから、幫助犯は具体的危険犯ではなく、また、幫助犯においては援助行為の具体的危険が問題とされているから、幫助犯は抽象的危険 (性) 犯でもない。よって、援助「行為」の具体的危険性が問題となっている幫助犯は、具体的危険犯と抽象的危険 (性) 犯の中間の類型としての具体的危険性犯であるとしている (Zieschag, FS-Küper, S.744f.)。Petersen の見解も、この Zieschag の理解の影響を受けていると推察される。

ることではまったく十分ではなく、事案ごとに当該行態が事実としても保護法益を侵害するのにふさわしくなければならない犯罪であると理解を出発点とする⁽⁵⁷⁾。そして、このような理解のもと、彼は、幫助犯規定を解釈すると、まず、正犯行為は共犯の犯罪結果ではなく、援助結果も要求されていないから、幫助犯は結果犯または具体的危険犯ではないとする⁽⁵⁸⁾。続いて、幫助犯は、彼の支持する幫助犯の処罰根拠によれば、幫助犯は固有の不法を実現しなければならないから⁽⁵⁹⁾、幫助犯を、固有の不法実現に着目せず、行為の抽象的危険にのみ着目する抽象的危険犯とすることもできないと説く⁽⁶⁰⁾。よって、彼は、幫助犯を具体的危険犯であるとするのである。もっとも、この Petersen の見解は、法益に対して具体的に危険な行為が行われること、すなわち、そのような行為が行われることで、法益に対する具体的な危険が生じることを要求するものであるから、実質的には、幫助犯を具体的危険犯とするものとして整理して差し障りないと思われる。

二 まず、本説に対しては、幫助犯を抽象的危険犯と解する見解から、

幫助犯の成立要件として、具体的危険を要求することは、「法の文言と相容れないだけではなく、刑事政策的根拠からも憂慮すべき」であるとの批判が向けられている⁽⁶¹⁾。この点、法文上、具体的危険の発生が要求されていないこと自体は、直ちに当該犯罪を具体的危険犯と解することを否定する決定的な根拠にはなり得ないように思われる。例えば、その是非についてここで論じることはできないが、我が国の刑法 217 条及び 218 条を、それらの条文において具体的危険の発生についての記述がないにも拘らず、具体的危険犯と解することは必ずしも不可能ではない⁽⁶²⁾。他方、幫助犯を具体的危険犯とする見解が刑事政策的に憂慮すべきとの批判には、賛同し得る。例えば、Schaffstein が、単なる正犯行為の容易化の場合に、幫助犯の成立を否定する。すなわち、窃盗を行おうとしている正犯者のために梯子を犯行現場まで運んだが、正犯者は、他人に運んでももらわずとも、梯子を犯行現場まで運んでいたであろうことが初めから明らかであった場合について、彼は、援助者の寄与が窃盗の成功の機会を高めなかったとして幫助犯の

⁽⁵⁷⁾ Petersen, a.a.O. (Fn.54), S.50.

⁽⁵⁸⁾ Petersen, a.a.O. (Fn.54), S.52.

⁽⁵⁹⁾ Petersen, a.a.O. (Fn.54), S.31.

⁽⁶⁰⁾ Petersen, a.a.O. (Fn.54), S.52.

⁽⁶¹⁾ Herzberg, a.a.O. (Fn.45), S.7.

⁽⁶²⁾ 遺棄罪を具体的危険犯とするものとして、例えば、団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（創文社・1990）452 頁。本稿では、遺憾ながら、遺棄罪が、具体的危険犯か抽象的危険犯かということについて結論を留保せざるを得ない。なお、抽象的危険犯説は、法文上具体的危険が要求されていないことを、具体的危険犯説を否定する根拠とするばかりではない。抽象的危険犯説は、被害者を保護が確実でない状況に置くこと自体が処罰の理由となること（井田良『講義刑法学・各論（第3版）』（有斐閣・2023）102 頁）や、具体的危険犯説に立つと、殺人の故意と遺棄の故意との区別が困難になること（例えば、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論（第7版）』（弘文堂・2018）28 頁）を根拠に展開されている。

成立を否定する⁽⁶³⁾。しかし、現実には正犯行為の促進が存在しているのであるから、このような結論は妥当であるように思われる。

次に、Petersen の見解について、具体的危険犯という犯罪類型へ幫助犯を位置づけることについての疑問は措くとしても、種々の解釈手法から導かれる結論は、ドイツ刑法 257 条文等に類似の条文をもたない我が国の学説に対して、影響を与え得るものであるかは疑わしい。

さらに、本説には、幫助犯を抽象的危険犯とする見解に対して向けられるのと同様に、幫助犯を具体的危険犯とすると、不可罰であるはずの幫助未遂が可罰的となってしまうとの批判が向けられ得る。この点、Petersen は、次のように反論している。すなわち、因果性要件を要求しないとしても、「援助の具体的危険性に焦点が当てられる場合には、幫助未遂は引き続き不可罰なままである。なぜなら、援助者が、援助をなしたが、それは初めから正犯行為の遂行の促進に適さないものであったという場合、援助者は、「不可罰な不能未遂を遂行するにすぎない」からである。そのような援助は、「どの時点においても、具体的に危険なものではなかったのである」。幫助未遂を不可罰とする立法者意思は、「事前的に見て客観的危険性の欠けた行為を不可罰なままにすること」で充足されるように思われるから、幫助犯を

具体的危険犯と解した場合、幫助未遂と幫助既遂の境界線をどこに引くかということが問題になるだけである⁽⁶⁴⁾、と。確かに、Petersen の述べるように、幫助犯を具体的危険犯と解しても、同説の基準に照らして幫助未遂の範囲が狭まるという結果が生じるだけであって、結局、この批判は、どの範囲で幫助既遂を認めるべきかという価値判断の問題に尽きるようにも思われる。法益保護に資する限りで、「可罰性の拡張はそれ自体としては少しも非難すべきものでない」⁽⁶⁵⁾のであり、単に処罰範囲が広がりすぎると批判することは意味を持ち得ないだろう。しかし、それでも、本説によると、幫助犯を抽象的危険犯とする見解と同様、援助行為と正犯行為が事実的に結びついていない場合に正犯結果の有無により幫助犯の刑の重さが変化することを説明しがたい。幫助犯の本質は、正犯者に連帯し、正犯者による構成要件実現を現に促進することにある、そうであるからこそ、正犯者が生じさせた事態が援助者に客観的に帰属されるように思われる。よって、当該援助行為が正犯行為を促進する危険性を備えていたことだけを重視し、幫助犯処罰にとって正犯者が何をどのように為したかということを軽視することになる考え方は、妥当でない。

なお、幫助犯を具体的危険犯と解することができないとしても、

⁽⁶³⁾ これは、Schaffstein が仮定的因果経過を考慮するが故に生じる結論である点に留意する必要がある。幫助犯を具体的危険犯と解するとしても、仮定的因果経過を考慮しないということが可能であるならば（因果性を要求する立場を含め、仮定的因果経過の考慮の可否は、ひとつの論点である）、この事例において幫助犯を認めることも可能である。

⁽⁶⁴⁾ Petersen, a.a.O. (Fn.54), S.42.

⁽⁶⁵⁾ Petersen, a.a.O. (Fn.54), S.52.

Schaffstein による、正犯結果に対する因果性を要求する見解に対する指摘は、傾聴に値する。彼はいう、援助者の行為が結果に対する原因となったかという判断において、援助者の行為の態様は法的評価にとって重要な範囲で具体化される必要がある。Mezger が行うように、幫助犯において因果性ドグマを維持するために、法的評価にとって重要でない行為態様をも結果に含められる場合には、行為と結果の区別が失われてしまっている⁽⁶⁶⁾、と。前章までの検討の結果、正犯結果に対する因果性を要求する見解に関して、法益侵害結果ではない内容が正犯結果に取り込まれているのではないかと疑義があったことに鑑みれば、この Schaffstein の指摘は重要であり、本稿の関心を惹くものである。もっとも、どのような事態が、法的評価にとって重要であるかという点に関して、彼は、多言を費やしていない。傷害罪について、傷害行為の強度が重要であるとするほかは、犯行時の行為者が着用していた衣類の色・種類は重要でないなどと述べるにとどまっている⁽⁶⁷⁾。

第3款 具体的危険性に加えて抽象的危険性の存在を要求する見解

一 Theo Vogler は、以下のように説明する⁽⁶⁸⁾。

正犯が直接的に法益を侵害するのに対して、幫助犯は、間接的に法益

を侵害するにすぎないのであるが、この間接的な法益侵害は、正犯者と連帯することで行われる。この連帯が、援助者の行為を、法的に否定されるものとするのであり、単なる意思の合致 (Willensübereinstimmung) だけでは足りない。幫助未遂が不可罰とされ、可罰的な幫助既遂と区別されているということは、幫助既遂の成立のために、正犯行為を促進するための何らかの行為が行われるだけでは足りず、客観的にどのような質のものであれ、援助者の寄与と正犯行為の連関が必要となるから、「連帯が幫助犯として可罰的なのは、幫助者の寄与と正犯行為の間に客観的連関が存在する場合だけである。」そして、この客観的連関の有無に関した幫助犯の性格に合致する客観的な基準は、正犯者による法益攻撃に対する客観的な目的可能性 (Bezweckbarkeit) の意味、つまり、正犯者による法益攻撃を目的とするという意味で法的に重要な危険の創出の有無である。危険概念に関して、幫助犯の領域においても重要なのは、「法益攻撃が実現されるとの重大な見込み」、つまり「将来における事態の経過に関する予測」である。危険予測の基底は、援助者の行為の時点またはそれが正犯者によって受け入れられた時点における、「客観的専門的知識をもち、同時に正犯者の特別の認識をも備えている観察者が認識しているすべての事実」である。つまり、「具体的な観察方法が重要であり、その方法において、危険性に関する基準となり得

⁽⁶⁶⁾ Schaffstein, a.a.O. (Fn.51), S.176f.

⁽⁶⁷⁾ Schaffstein, a.a.O. (Fn.51), S.177.

⁽⁶⁸⁾ Theo Vogler, Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, in: Festschrift für Ernst Heinitz, 1972, S.309-312.

るのは、一般的な経験的知識のみである。」この危険判断に際しては、幫助犯以外の場面におけるのと同様に、実際に生じた事象と援助者の寄与を除去することで想定される事象とが対比されることで、判断が下されなければならない、正犯行為の実行をより蓋然性のあるものとした場合に、援助者の寄与は危険とされる。その際重要なのは、この危険判断が、正犯者による正犯行為の実行に関連し、正犯行為の結果発生には関連しないということである。よって、予測に際して、現実の事象の結果と援助者の寄与がなくとも生じたであろう事象の結果は比較されない。例えば、2人の援助者がいる場合、一方の援助者の行為を他方の援助者の行為と比較すれば、危険増加が欠如するため、両者ともに幫助犯とならないことになってしまい、不合理である。

もっとも、正犯者により目指された結果は、危険判断において、まったく考慮されないわけではない。危険判断の観点としての法益攻撃は、行為の目標の思考上の先取りによって初めて、特殊の意味をもつ。しかしながら、援助者は、法益侵害事象を支配していないから、「具体的な危険の惹起ではなく、せいぜい正犯行為による法益侵害に対する寄与の一般的な適性に焦点が当てられ得るだけである。」こうした基準によれば、侵入窃盗の犯人が重い梯子を犯行現場まで運ぶのを助け、窃盗犯人はこの梯子を用いて住居の窓から侵入したという事例においては、「犯行現場までの梯子の運搬は、一般的な経験によれば、侵入窃盗犯人の実行はそのような方法で客観的に目的とし得るから、具体的に危険である。」また、

正犯行為の結果との関連では、「正犯者により予定された法益侵害に対する幫助者の行為の一般的な適性で十分である。」したがって、侵入窃盗犯人に対して合鍵を提供する場合においても、「正犯者が結局合鍵を使用したかということは重要でない。鍵の提供は、仮に、例えばドアが閉まっていなかったという理由で、法益侵害の危険が高められなかったとしても、計画された法益侵害に関連して危険である。」合鍵を提供する事例は、様々なバリエーションを考え得るが、その際、窃盗未遂罪に対する幫助犯が存在するか、窃盗既遂罪に対する幫助犯が存在するかは、もっぱら従属性の観点から決せられる。

このようにして、Vogler は、正犯と共犯の構造上の差異に基づき、幫助犯の成立要件として因果性を要求しなければならないわけではないとした上で、具体的観察に基づき、援助行為が正犯行為の実行をより蓋然性のあるものとしたと認められるかという基準及び正犯者による法益侵害に対する援助行為の一般的な適性があるかという基準により、幫助犯としての処罰の可否が判断されるのだとしている。また、この2つの基準について、前者は正犯行為に、後者は正犯行為による法益侵害に関連するとされている。なお、Vogler もまた、Petersen と同様に、幫助犯は抽象的危険犯や具体的危険犯に分類され得ないとしたうえで、幫助犯を、抽象的危険性と具体的危険性とが結びつけられた抽象的具体的危険犯で

あるとする⁽⁶⁹⁾。

二 **Vogler** は、因果性要件の不要性について、次のように述べていた。すなわち、正犯者に関して、結果を行為に帰属するためには、それらの間に因果連関が存在していなければならないが、同様のことが共犯者に関して適用される必要はない。正犯者は構成要件該当行為を行うが、援助者はそれを行わない。また、援助は、正犯行為それ自体や構成要件メルクマールの実現に対してさえなされる必要はなく、単に予備行為に関係があることで十分であるばかりか、形式的な既遂を超えて、実質的な終了の時点まで行われ得る。「しかし、そうであるならば、決して自明であるように思われないのは、援助者は犯罪構成要件のメルクマールを自身で充足する必要がないにも拘らず、構成要件的な因果性要件を充足しなければならないということである。幫助犯においては、結果が援助者に自己の犯罪として帰属され得るかという問いはまったく重要でないため、因果的観察方法の必要性にとっての本質的な前提が欠けている」⁽⁷⁰⁾、と。このような **Vogler** の主張に対しては、正犯と幫助犯とで構造上の相違が存するから、幫助犯に対しては、正犯に要求されるのと同様の因果性要件が要求される必要はない、という限りで賛同し得る。しかし、幫助犯において完全に因果性要件を放棄することができないことは、幫助犯を抽象的危険犯とする見解及び幫助犯を具体的危険犯とする見解に対

する検討の箇所ですべて述べた通りである。

ところで、**Vogler** の見解は、正犯行為の実行との関連で具体的危険を、正犯行為の結果との関係で抽象的危険を要求していた。もっとも、法益侵害に対する一般的適性すらない場合には、(金庫破りへのコーラの提供を幫助犯とする **Herzberg** の見解は別としても) **Vogler** 以外のいずれの見解に立っても、幫助犯は認められないはずであるから、彼の見解の特色は、正犯行為の実行との関連で具体的危険を要求する点にあるだろう。幫助犯を具体的危険犯と解する見解は、法益に対する危険増加あるいは、援助行為が備える法益に対する具体的危険を要求していた。つまり、これらは、法益との関連で具体的危険の有無を考えていたわけである。これに対して、**Vogler** は、具体的危険を、正犯行為の実行をより蓋然的なものとするのと解していた。このような具体的危険に関する理解の相違は、具体的な事案解決における結論の差異として現れる。**Schaffstein** は、上述の通り、窃盗を行おうとしている正犯者のために梯子を犯行現場まで運んだが、正犯者は他人に運んでもらわずとも梯子を犯行現場まで運んでいたであろうということが初めから明らかな場合には、援助者の寄与が窃盗の成功の機会を高めなかったとして幫助犯の成立を否定している。これに対して、**Vogler** は、そのような梯子運搬事例において、具体的危険を正犯行為の結果と関連させて判断する(危険増加の有無を判断する)ならば、幫助犯の成否が

⁽⁶⁹⁾ **Vogler**, a.a.O. (Fn.68), S.311.

⁽⁷⁰⁾ **Vogler**, a.a.O. (Fn.68), S.306.

正犯者の供述に左右されるしとし⁽⁷¹⁾、また、前述の通り、この梯子事例と同構造の事例、例えば2人の援助者がいるような事例では、一方の援助者の行為を他方の援助者の行為と比較すれば、危険増加が欠如するため、両者ともに幫助犯とならないことになってしまい、不合理であるとしている。このようなVoglerの見解によれば、事案解決においてSchaffsteinの見解が抱えていた刑事政策上の懸念は払われることになる⁽⁷²⁾。

Voglerの見解についても、幫助犯を危険犯と解する見解全体に対して向けられる上記批判のほかに、個別に疑問がないではない。そもそも、Voglerは、正犯と幫助犯の構造上の相違を理由に、因果性要件を放棄していたのであるが、その際、彼は、幫助犯は形式的な既遂を超えて、実質的な終了の時点まで行われ得るとしていた。確かに、監禁罪のような継続犯については、犯罪が既遂に至った後においても、実行行為が行われている限り、その実行行為をより蓋然的なものとすることは可能である。しかし、窃盗罪のような状態犯に関しては、正犯行為が既遂に至れば、もはや正犯行為をより蓋然的なものとすることはできないことになるはずである⁽⁷³⁾。

終章 むすびにかえて

本稿では、ドイツにおける幫助犯の成立要件としての因果性に関する議論状況を紹介し、検討を加えた。そこからは、以下のことが明らかになった。

まず、幫助犯の成立要件として因果性を要求する見解を検討した。その見解は、形式的には、正犯結果に対する条件関係を要求する見解、正犯結果に対する促進関係を要求する見解、正犯行為に対する促進関係のみを要求する見解に分類し得た。しかし、これら3つの見解は、実質的に、同じ内容を示す見解であることが明らかとなった。そして、これらの見解は、正犯行為または正犯結果を援助者の行為に帰属するためには、前提として、援助行為と正犯行為または正犯結果との間の因果性が必要であるという点を基礎に据えていたが、この点は妥当である。自己の行為と事実に結びついていない、いわば自己の行為と無関係の事態について行為者は責任を負うべきではないであろう。また、我が国の刑法62条は、「正犯を幫助した」と規定しているのであり、形式的に見ても、少なくとも正犯行為に対する因果性は要求されなければならないように思われる。

⁽⁷¹⁾ 結果に関連させて具体的危険を判断するならば、正犯者が、梯子の運搬は非常に容易であった、あるいは梯子の運搬は非常に危険だと考えていたと供述する場合には、幫助犯が認められ、必要とあらば自ら運搬していた、あるいは第三者を頼っていたと供述する場合には、その供述に沿った仮定的事象と比較して、法益に対する危険増加が認められないから、幫助犯は否定されると述べる（Vogler, a.a.O. (Fn.68), S.310.）。

⁽⁷²⁾ ただし、このようなVoglerの見解に対しては、Mezgerが説いていたような、完全に具体化された形で表現された正犯結果に対する条件関係を要求する見解に近接するのではないかと疑問が提出されている。Samson, Die Kausalität der Beihilfe, in: Festschrift für Karl Peters, 1974, S.129; 山中・前掲注(3) 220頁。

⁽⁷³⁾ Samson, a.a.O. (Fn.72), S.128; 山中・前掲注(3) 219頁。

次に、上記 3 つの見解に対置される形で、幫助犯を危険犯と解する見解が唱えられていた。その見解の中には、幫助犯を抽象的危険犯とする見解、幫助犯を具体的危険犯とする見解、そして幫助犯を抽象的具体的危険犯とする見解が存在していた。これらは、幫助犯の成立要件としての因果性要件を放棄するものである。確かに、犯罪に対して援助行為が行われれば、場合によっては正犯者が物理的にそれを利用し、またはそれが正犯者に心理的に影響することで、法益侵害結果の惹起が現実に進められる可能性があるため、法益保護の観点からは、援助行為を行うこと自体許容できないとすることも、理解し得ないではない。しかし、このいずれの見解も、特に、既遂犯に対する幫助犯の方が未遂犯に対する幫助犯よりも重く処罰されることを説明できないとの批判を未だ克服するには至っていなかった。したがって、幫助犯の成立要件として因果性を要求する見解の妥当性を併せ考えると、理論的には、幫助犯の成立要件として因果性を要求することの方が妥当であろう。

最後に、幫助犯の成立要件として因果性を要求する見解は、一見、それぞれ異なる判断方法を用いており、因果性の判断方法としては、3 つのものが存在しているように思われた。しかし、上述の通り、実質的には、それらは異なる内容を示しているわけではなかった。そして、このことの原因は、「結果」の捉え方にあるように思われた。すなわち、「結果」の内容が不明確であるから、3 つの判断方法が存在しているように見える状況にあるのだと考えられる。この

問題点を解消するためには、幫助犯における「結果」を特定する必要がある。これが明らかになれば、幫助犯の成立要件として因果性を要求する 3 つの見解は、ひとつの見解に収斂するように思われる。もっとも、幫助犯における「結果」の特定について、本稿では論じることができておらず、それは課題として残されたままである。これについては別稿で詳論することを約束し、筆を擱くこととしたい。

実行の着手時期に関する近時の学説の批判的検討

東北大学大学院法学研究科博士課程後期 3 年の課程 小林 明日香

はじめに

第1章 近時の学説の内容とその問題点

第1節 犯人の犯行計画を基礎として、事態が未遂犯処罰に値するほど進捗した時に実行の着手を認める見解とその問題点

第2節 既遂犯処罰規定が禁止する行為の開始に実行の着手を認める見解とその問題点

第3節 小括

第2章 近時の学説から実質的客観説に向けられた批判の内容とその検討

第1節 実行の着手論と不能犯論における共通の基準として高度の危険を要求する一元的理解は判例と不整合であるとの批判とその検討

第2節 質的に軽微な危険性しか認められない場合には実行の着手は認められないとの批判とその検討

第3節 予備と未遂との区別が不明確であるとの批判とその検討

第4節 小括

おわりに

はじめに

近時、実行の着手論において、危険性の観点から実行の着手判断を行う実質的客観説⁽¹⁾を批判する形で新たな学説⁽²⁾が主張されている⁽³⁾。便

宜上、本稿ではこれらの新たな学説を近時の学説と呼ぶこととする⁽⁴⁾。

近時の学説は、必ずしも実行の着手について統一的な理解をしているわけではないが、不能犯論と実行の着手論は別個の議論と解すべきであるという問題意識から、実行の着手

(1) 本稿では、客観的未遂論の立場から、予備と未遂の区別を危険性の観点から行う見解を実質的客観説と整理する。

(2) もっとも、かねてより実行の着手判断を危険性の観点から行わない、形式的客観説や修正された形式的客観説も主張されていたところである。特に、塩見淳教授は、実行の着手基準を法益侵害あるいは構成要件実現の危険性の観点から行う見解は妥当ではないという問題意識から、修正された形式的客観説を支持している（塩見淳「実行の着手について（三）・完」法学論叢 121 巻 6 号（1987 年）15 頁以下）。

(3) その嚆矢として、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会、2016 年）、樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017 年）19 頁。

(4) 進捗度説あるいは進捗度基準説という名称が用いられることもあるが、新たな学説は犯行計画の進捗度を問うものに限定されない。そこで本稿では、実質的客観説を批判し、実行の着手論から危険性概念を放逐しようとする新たな学説の総称として、近時の学説という言葉を用いる。なお、犯行計画の進捗度を問う見解については、必要に応じて進捗度説という名称を用いることもある。

を危険性とは異なる観点から説明しようとして試みている点では一致があり、また、未遂犯の処罰根拠を規範違反性に求める点も共通している⁽⁵⁾。従来、学説において、実行の着手判断あるいは未遂犯の成否の判断を危険性の観点から行う実質的客観説が多数を形成していたところ、近時の学説は実質的客観説の根幹に関わる問題提起をしており、現在の実行の着手論は実質的客観説と近時の学説の対立図式として理解されることも少なくない⁽⁶⁾。さらに、近時の学説は、学説において支持を集めはじめており⁽⁷⁾、その台頭によって、実行の着手に関する議論が活発化している。

以前、抽象的危険犯における実行の着手について検討した際、実行の着手を法益侵害あるいはその危険（危険犯の成立において要求されている危険）と関係づけて定義することは困難であることを明らかにした⁽⁸⁾。したがって、少なくとも実行の着手論、すなわち予備との区別において問題となる未遂犯の処罰根拠として、法益侵害あるいはその危険を持ち出すことは困難である。そうすると、未遂犯の違法性については規範違反性を問題とせざるを得ず、未遂犯の処罰根拠もこの観点から基礎

づけられるべきである。もっとも、規範違反性を問題にすることが、直ちに危険概念を実行の着手判断から放逐することを意味するわけではない。なぜなら、規範の中に危険性の観点を取り込み、規範の内容を「構成要件実現の現実的危険性のある行為を行ってはいらない」と構成することも可能だからである。

このような理解からは、実行の着手を論じる上で、未遂犯における規範違反性の内実をどのように捉えるかが重要である。これを明らかにする上で、未遂犯の処罰根拠を規範違反性に求める近時の学説は、格好の検討対象となろう。結論から述べれば、危険性の観点を排除して実行の着手判断を行うことは困難であるため、本稿では近時の学説を批判的に検討する。

以下ではまず第1章において、近時の学説を検討し、危険性以外の観点から実行の着手判断を行う試みは成功しているとは言い難いことを明らかにする。次いで、第2章において、近時の学説から実質的客観説に向けられた批判を検討し、これらの批判が必ずしも決定的なものではなく、実行の着手判断においてなお危険性を考慮に入れることが可能であ

⁽⁵⁾ 樋口・前掲注(3) 25頁以下、33頁以下、佐藤・前掲注(3) 40頁、同「実行の着手について」研修838号(2018年)4頁、東條明德「実行の着手論の再検討(6・完)」法学協会雑誌138巻10号(2021年)1953頁以下。

⁽⁶⁾ もっとも、古川伸彦「未遂罪における「客観的危険性」の意味」研修878号(2021年)4頁は、進捗度説と実質的客観説の対立について「多分に仮象の憾みがある」と評価している。

⁽⁷⁾ 進捗度説を支持するものとして、富川雅満「特殊詐欺における実行の着手」法律時報91巻11号(2019年)75頁、杉本一敏「行為の構造から見た「実行の着手」時期(3)——各論(その2)最後の一突き型犯罪——」刑事法ジャーナル70号(2021年)109頁以下、安田拓人『基礎から考える刑法総論』(有斐閣、2024年)307頁、311頁以下。近時の学説を好意的に評価するものとして、山田慧「実行行為概念と未遂犯論の「通説」」法学セミナー809号(2022年)18頁注43。

⁽⁸⁾ 詳細は、拙稿「抽象的危険犯における実行の着手に関する一考察——覚醒剤輸入罪を素材として——」東北法学59号(2025年)71頁以下。

ることを示す。

第1章 近時の学説の内容とその問題点

本章では、近時の学説を批判的に検討し、現在主張されている近時の学説は理論的に支持し難いことを論証する。

近時の学説は実行の着手判断から危険性の観点を放逐する点、及び未遂犯の処罰根拠を規範違反性に求めている点では一致しているものの、どのような場合に実行の着手を認めることができるかについては、論者によって異なる理解がなされている。そこで、本章では、いずれの場合に実行の着手を認められるかという観点から学説を整理し、これに検討を加える。

第1節 犯人の犯行計画を基礎として、事態が未遂犯処罰に値するほど進捗した時に実行の着手を認める見解とその問題点

本節では、犯人の犯行計画を基礎として、事態が未遂犯処罰に値するほど進捗した時に実行の着手を認める見解、いわゆる進捗度説を検討する。

一 樋口亮介教授は、次のように述べ、犯罪実現に向けた決断を完全に現実のものとする最終的作為を実

行行為概念の中核に位置づけるべきであるとする⁽⁹⁾。すなわち、人間は逡巡する生き物であり、「犯意を抱いても、他人を害することへの抵抗感や逮捕されることへの恐怖感から心理的障壁の前で揺れ動く。刑法はこのような心理的障壁を抱くことを規範的に期待している」ところ、「このような心理的障壁の突破は、……積極的な行動である作為によってこそ示されるのが典型的である。また、犯罪実現意思に担われたそれ以上の作為が予定されていないという意味での最終的な段階での作為こそが心理的障壁突破の最たるものであり、上記「作為が行われた場合にこそ、刑法が設定する心理的障壁が完全に乗り越えられたとの評価が可能」となる。この「心理的障壁を完全に乗り越えたことを示す態度は重い刑法規範違反性を帯びることに鑑みると、犯罪実現に向けた決断を完全に現実のものとする最終的作為を実行行為概念の中核に位置づけるべき、との議論が導出される」、と。

この犯罪実現意思からみた最終的作為が実行の着手論における密接性の判断対象となる本体の行為であるとし、実行行為の開始時点⁽¹⁰⁾を最終的作為よりも前倒しできる理由として次のように説明する⁽¹¹⁾。すなわち、「犯罪が計画的に行われる場合には、犯罪実現意思が生じる時点と犯罪実現意思からみた最終的な作為が行わ

⁽⁹⁾ 樋口・前掲注(3) 25頁以下。

⁽¹⁰⁾ 樋口・前掲注(3) 35頁注46は、「『構成要件該当行為』を実行行為の中核のみを指すとするか、密接性基準によって前倒した時点の行為まで包含するかは概念整理の問題になる」としつつ、最(一小)決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁(以下、平成16年決定)が、第1行為から死亡結果が発生したとしても殺人既遂罪の成立を認めていることから、犯罪実現意思からみた最終的作為と密接な関係にある行為についてまで構成要件該当行為と整理すべきであるとする。

⁽¹¹⁾ 樋口・前掲注(3) 35頁以下。

れる時点が乖離する。このような場合、犯罪実現意思からみた最終的な作為より前の時点での作為でも、刑法が設定する心理的障壁を決定的に乗り越えたとの評価が可能な時点が存在し、刑法規範の通用力の確保という見地からは、心理的障壁を決定的に乗り越えたといえる時点まで実行行為を前倒しすることが要請される。つまり、「当該作為を行えば最終的な作為も行うことが当然といえるような関係にある場合、刑法が設定する心理的障壁による抑止が強く機能するのは当該作為時点までであり、これを超えた後は心理的障壁を決定的に乗り越えたとして評価すべき⁽¹²⁾」である、と。

このように、樋口教授は、心理的障壁の決定的な乗り越えが認められる時点を実行の着手時期と解し、この心理的障壁の決定的な乗り越えによって重い刑法規範違反性が基礎づけられると解している。もっとも、樋口教授は、後の論稿において、先の論稿「では、実行の着手判断について、心理的障壁の決定的な乗り越えと表現しており、客観化の必要性は感じていたものの、その問題意識を十分に論じるに至らなかった」として、実行の着手判断は、行為者自

身の主観的評価ではなく、客観的な視点に依拠した判断であり、主観を基礎にした客観判断という枠組みであることを示している⁽¹³⁾。

このような理解を前提として、樋口教授は、「実行の着手論は、行為者の犯行計画ないし認識を基礎としつつ、事態の進行が犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階に至っているかを問うものである」とし、「これに対して、不能犯論は、刑罰の介入が正当化できる程度の危険性が備わっているかを問うものであって、昭和 37 年決定⁽¹⁴⁾が示すとおり、『絶対にないとはいえない』という程度で足りる」として、両者は異なる領域の問題であるとする⁽¹⁵⁾。

犯行計画の進捗度判断である実行の着手判断においては、それをいったん乗り越えれば後は結果の実現まで一気に進んでいくと評価される「犯行計画上の『山場』」がどこにあるか、という視点を導入することが有益であるとし、「山場の目前に立ち、その山場を乗り越えようとする行動の段階にあれば、たとえ、山場を乗り越える可能性は低くても未遂処罰にふさわしい段階にまで事態は進捗しているとの議論も可能である」とする^{(16)・(17)}。

(12) このような理解を支持するものとして、安田・前掲注(7) 311 頁。安田教授の未遂犯の処罰根拠に関する理解については同頁を参照のこと。

(13) 樋口亮介「実行の着手——最高裁第一小法廷平成 30 年 3 月 22 日判決を踏まえて——」東京大学法科大学院ローレビュー 13 号(2018 年) 65 頁、同頁注 54。

(14) 最(二小)判昭和 37 年 3 月 23 日刑集 16 卷 3 号 305 頁。

(15) 樋口・前掲注(13) 60 頁。

(16) 樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警察学論集 75 卷 1 号(2022 年) 66 頁以下。

(17) 具体的な考慮事情に関しては、平成 16 年決定及びその調査官解説(平木正洋「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 16 年度』(法曹会・2007 年) 172 頁以下)において示された「①犯行計画上の最終行為を確実に容易に行うための必要不可欠性、②準備的行為に成功した場合、その後、犯行計画遂行に障害がないこと、③準備的行為と最終行為との間の時間的場所的接近性、④準備的行為の成功可能性」(樋口・前掲

このような心理的障壁の決定的な乗り越えを未遂犯の処罰根拠とする樋口教授の見解を、客観的未遂論の立場から支持することは困難であるように思われる。実行の着手判断において心理的障壁の決定的な乗り越えに着目することは、外界に生じた事象ではなく、行為者の内心に着目することを意味し、主観説と親和的な見解と評価できよう。もっとも、樋口教授は、前述の通り、進捗度の判断は、行為者自身の主観的評価ではなく、客観的な視点に依拠した判断であると主張している。しかし、

心理的障壁の決定的な乗り越えによって重い刑法規範違反が基礎づけられるとの理解が維持されているのであれば、実行の着手判断においては、犯人の心理的障壁の決定的な乗り越えを客観的に看取することができる時点がいつなのかが問題となっているに過ぎない。このような理解は、結局のところ、行為者の主観が客観的な行為の中に看取できる時点に実行の着手を認める主観説⁽¹⁸⁾の発想に基づくものであり、客観的未遂論からは支持し難い^{(19)・(20)}。もっとも、仮に、実行の着手判断

注(16) 65頁)について、次のような理論的分析を加える(同論文 77頁以下)。すなわち、①は、予備行為にも不可欠な行為は想定できるため、不可欠性それ自体によって直ちに着手を肯定する判断がもたらされる訳ではないが、「犯行計画が未遂にふさわしいといえるほどに進捗した後の様々な行為について構成要件該当行為と一連の行為といえるとの評価を加えるにあたって、計画実現に不可欠な行為に絞り込むという機能を有」し、②は、「どこに『最大の山場』を見いだすか」についての考慮事情であり、③は、「構成要件該当行為に時間的場所的に近接する準備的行為に至っていると、一気に事態を進展させていく状況にあるといえる」ため、「『山場』を乗り越えようとしているか」という検討を行う際の考慮事情」となり、④は、準備的行為の成功可能性が高いほど着手が認められやすいという意味で、考慮事情の1つにはなるものの、最大の山場を乗り越えようとする時点で着手を認める立場からは、最大の山場と解される行為の成功可能性を取り上げる必要性は薄く、また、山場を乗り越えた時点で着手を認める立場からは、「準備的行為が完了していれば、その成功可能性を取り上げる必要はない」、と分析する。なお、被害者領域への介入に関しては、「実行行為が行われ、被害者領域への介入があれば着手を肯定し」得ることを示唆し(同・前掲注(13) 66頁)、すり替え型窃盗事案においては、「『山場』をどこに設定するか」という問題と、被害者領域への介入をどこから認めるかという問題に重なり合いがある」と評価している(同・前掲注(16) 108頁注23)。

⁽¹⁸⁾ 牧野英一『刑法総論上巻〔全訂版〕』(有斐閣、1958年)359頁、宮本英脩『刑法大綱(第四版)』(弘文堂、1935年)178頁以下。

⁽¹⁹⁾ 樋口教授の見解に対し、主観説であると批判するものとして、塩見淳「実行の着手と不能犯の関係について」佐伯仁志ほか編『山口厚先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2023年)251頁。樋口教授の見解を主観的未遂論と評価するものとして、松宮孝明「実行の着手、とりわけ「形式的客観説」について」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2022年)597頁注60。さらに、進捗度説を新たな主観説であると批判するものとして、高橋則夫『規範論と理論刑法学』(成文堂、2021年)280頁注16、松原芳博「実行の着手論の現在——未遂行為と未遂結果とを区別する見地から——」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2022年)618頁。進捗度説を主観的未遂論に接近するものと評価するものとして、二本柳誠「詐欺罪における実行の着手——最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として——」刑事法ジャーナル57号(2018年)36頁。

⁽²⁰⁾ 山田慧准教授は、英米刑法および刑法哲学の議論を参照し、「刑法哲学の議論からは、行為者の主観が、直接的に未遂犯の本質に内在しているとの視点が見て取れる」とする(山田慧「未遂犯の本質に関する一考察——英米刑法および刑法哲学における議論からの示唆——」同志社法学68巻5号(2016年)397頁)。

しかし、仮に未遂犯の本質を行為者の主観に求め、これを強調するならば、未遂犯の処罰対象は行為者の主観と解さざるを得ず、主観的未遂論を基礎とする主観説に至るのではないかという疑念が生じる。

は客観的視点に依拠した判断であるという叙述が、実行の着手論において心理的障壁の決定的な乗り越えを問題としない見解への改説を意味するならば、上記の批判は妥当しないであろう。しかし、その場合には、未遂犯の処罰根拠を改めて示す必要がある。

二 心理的障壁の決定的な乗り越えとは異なる観点から規範違反性を基礎づけるのは、佐藤拓磨教授である。

佐藤教授は、実行の着手判断において故意を考慮すべき理由につき、次のように説明する⁽²¹⁾。すなわち、「未遂犯は単なる危険犯ではなく」、「行為者の主観面が客観面を超過しているところに特徴があり」、「その超過部分である既遂の故意がその違法性にとって決定的に重要な役割を果たしている」。このとき、故意が未遂犯の違法性に影響を与える根拠が問題となるが、この点については、行為規範違反性の観点から説明されるべきであり、「行為者の認識事情を基礎にして既遂結果発生危険が認められる場合には、刑法は行

為者にその実現に向けた行為に出ることを禁じるのであり、それにもかかわらずそのような禁止に反した行為については、規範に対する違反が認められ、行為の違法性が認められるというところに根拠を求めるべきである」、とする。

このような叙述に鑑みると、佐藤教授は、未遂犯の処罰根拠を、「行為者の認識事情を基礎にして既遂結果発生危険が認められる場合に、その実現に向けた行為を行ってはない」という行為規範に対する行為規範違反性に求め、故意に担われた行為がこの行為規範違反性を基礎づけるとの理解をしているものと考えられる。さらに、佐藤教授は、少なくとも単独正犯においては未遂犯における故意の有無の判断と実行の着手時期の判断は重なるとの理解を示している⁽²²⁾。このことから、少なくとも単独正犯においては、実行の着手が認められることにより、未遂犯の処罰根拠である行為規範違反性が充足されるという関係が導かれよう⁽²³⁾。

その上で、佐藤教授は、実行の着手論においては、「構成要件的行為

(21) 佐藤・前掲注(3) 108頁以下。

(22) 佐藤・前掲注(3) 115頁、123頁。

(23) もっとも、佐藤教授は、実行の着手論については、未遂犯の処罰根拠との連動を断念すべきであると主張している(佐藤拓磨「日本における実行の着手」刑事法ジャーナル 63号(2020年)8頁)が、これは、実行の着手論と処罰根拠論を連動させ、不能犯論と実行の着手論を統一的な基準から解決しようとする見解を批判する文脈で述べられており、不能犯論で問題となる未遂犯の処罰根拠(結果発生 of 具体的危険)と実行の着手論は無関係であることを述べたに過ぎないと理解すべきであろうか。仮に、実行の着手と未遂犯の処罰根拠との連動が完全に認められないとすると、なぜ実行の着手が認められることによって未遂犯処罰が可能となるのかが明らかではなく、また、後述のように「未遂処罰に値する程度にまで犯行計画が進捗している」か否かを判断する指標も失われてしまうであろう。この点につき、城下裕二「未遂犯論の系譜」浅田和茂ほか編『刑事法学の系譜』(信山社、2022年)516頁参照。

なお、佐藤教授は、我が国の未遂犯論の歴史及び、我が国の刑法典において不能未遂に関する減免規定がないことによって生じる過酷な結論に至るおそれを理由に、主観的未遂論を採用することは妥当ではないとして、客観的未遂論を採用している(佐藤・前掲注(3) 41頁以下)。

という枠の中で着手を認めるのか、それとも構成要件的行為と着手とを別のものとして理解すべきなのか」という対立軸が重要であるとし⁽²⁴⁾、この点につき、構成要件的制約を不要と解し、「実行の着手には、構成要件的行為の直前に位置する行為も含まれる」⁽²⁵⁾とする。その上で、自らの見解について、実行の着手を「犯行計画の進捗度の問題だとしたうえで、未遂処罰に値する程度にまで犯行計画が進捗していることを密接性または直前性と表現し、その判定基準を比較法を手掛かりにして具体化しようとする見解」と位置づける⁽²⁶⁾。

この未遂処罰に値する程度にまで

犯行計画が進捗していたかの判断は、「外部的障害を乗り越える行為や心理的障害を乗り越えるための新たな意思決定などの重要な中間行為の介在が予定されておらず、既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたか否か」という「行為経過の自動性の基準」によって判断されるとする⁽²⁷⁾。

犯行計画の進捗度を問題とする以上、その判断においては犯行計画が基礎に置かれるところ、その帰結として、次の3点が導かれるとする⁽²⁸⁾。すなわち、「第一に、客観的にみれば行為それ自体に結果発生危険性があったとしても、行為者がそれを認識し

(24) 佐藤・前掲注(3) 132頁。なお、これは着手未遂の場合における着手時期に関する叙述である(同頁注13)。佐藤教授は、現在の学説における一般的な整理である、客観説内部における形式的客観説と実質的客観説の対立は、表面的なものであるとする。前者に関しては、厳格な意味で構成要件的行為の一部が行われていることを要求する見解はごく少数であり、多くは構成要件的行為を拡張解釈するか、あるいは構成要件的行為に密接する行為にまで処罰範囲を拡張していることを指摘する。また、後者においても、刑法43条の「実行」という文言に基づく構成要件的制約の要否について対応が分かれていることから、「形式的か実質的か」という対立軸よりも本文中の対立軸の方が重要であるとする(同書130頁以下)。

(25) 佐藤・前掲注(3) 220頁。その理由につき、同書218頁以下で次のように説明する。すなわち、手段が限定されていない犯罪については、実行の着手を実行行為の一部開始と解した場合には、いずれの行為が実行行為の「一部」に該当するのかが、また、いずれの時点でその「開始」が認められるのかが不明確である。他方で、実行行為の拡張を行う場合、拡張された実行行為の開始を要求するならば、その開始の意義が問題となる一方で、拡張された実行行為の先端をなす行為(例えば、クロロホルムを吸引させる行為)の完遂を要求する場合には、本来の実行行為(最終的な結果実現行為)の完遂が要求されていないことと整合しない。また、手段の限定がある犯罪に限り構成要件的制約を加える見解については、手段行為の開始を要求する場合には、開始に関する前述の問題が生じる一方で、手段が既に行われていることを要求する場合には、一体的な実行行為の着手では足りないとするのは無理のある解釈であり、また、手段のみを特別扱いする根拠が不明確である、と。

(26) 佐藤・前掲注(23) 4頁。

(27) 佐藤拓磨「すり替え事案における窃盗の実行の着手時期——最高裁判所令和4年2月14日第3小法廷決定を契機として——」研修890号(2022年)12頁。そのほかの事情に関しては次のように説明している。すなわち、「時間的場所的近接性は、これが高ければ中間行為の不存在が強く推認され、これが低ければ事前の綿密な計画により中間行為が周到に排除されている必要があるというように、行為経過の自動性の基準と相補的な関係にある」(同「詐欺罪における実行の着手——最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として——」刑事法ジャーナル57号(2018年)26頁注16)のに対し、必要不可欠性は、「それ自体単独で着手を基礎づけるものというよりは、犯行計画において相対的に重要性の低い行為をふるい落とす機能を持つもの」である。また、被害者領域への介入は、「未遂の成立時期の判断の主たる基準に位置づける」べきではないが、「多くの事例類型においては、中間行為の不存在性を示す重要な徴表となる」(同・前掲注(3) 223頁、228頁)、とする。

(28) 佐藤・前掲注(5) 5頁。

ていなければ、当該客観的危険性を理由に実行の着手を認めることはできない。」「第二に、客観的にみれば既遂実現までの間に障害が存在していたとしても、行為者がそれを認識していなければ、基礎とされない。」

「第三に、犯行計画上、当該犯罪の既遂実現とは無関係の中間行為が組み込まれている場合、その事情は、着手判断の際に基礎とされる」と。

以上のような佐藤教授の見解を検討する。前述のとおり佐藤教授は、未遂犯を、行為者の認識事情を基礎にして既遂結果発生危険が認められる場合に、その実現に向けた行為を行ってはならないという内容の規範に違反するものと解していると考えられる。このような規範の理解からは、結局のところ、行為者の認識事情を基礎にして既遂結果発生危険が認められるか否かが実行の着手判断の核心になるように思われる。佐藤教授は未遂処罰に値するほど犯行計画が進捗した（構成要件的行為の直前性が肯定される）場合に実行の着手を認めているが、先の規範の理解からすると、その判断の実質は、上記危険が認められる段階に至っているか否かの判断にあるのではないだろうか。

もっとも、この危険性は行為者の認識事情を基礎とした危険性であるため、犯行計画を基礎に判断されることになる。そこでは、行為者に認識されていない結果発生危険性に

よって着手を認めることはできず、また、行為者が認識していない障害は考慮されない一方で、犯行計画上組み込まれている、当該犯罪の既遂実現とは無関係の中間行為は考慮されることが示されていた。

このような危険性判断は実質的客観説における危険性判断とは異なるものと解すべきであろうか。常に犯行計画を考慮すべきとする点については、実質的客観説の中には、実行の着手判断に犯行計画を考慮することを認めつつ、行為者の主観を考慮せずに客観的に危険性が認められる場合には、それによって危険性要件の充足を認める見解⁽²⁹⁾が主張されている一方で、危険性を判断する上で常に犯行計画を考慮する見解⁽³⁰⁾も主張されていることからすれば、この点は実質的客観説との決定的な相違とはいえないであろう。さらに、実質的客観説の中には、実行の着手判断において、犯行計画上予定されている既遂実現とは無関係な中間行為を考慮する見解⁽³¹⁾も主張されており、この点も重大な相違とはいえない。

以上の2点に対し、行為者の認識していない障害を実行の着手判断の基礎としない点は、問題があるように思われる。というのも、行為者には認識されていない障害であったとしても、その障害が容易に想定される場合には、着手を認めるべきではないからである⁽³²⁾。平均的な人間で

(29) 二本柳誠「未遂犯における危険判断と行為意思」早稲田大学大学院法研論集 120 号（2006 年）155 頁、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020 年）280 頁、282 頁。

(30) 野村稔『刑法総論 補訂版』（成文堂、1998 年）330 頁以下。

(31) 橋爪・前掲注（29）282 頁。

(32) 橋爪・前掲注（29）291 頁。さらに、同頁注 55 も参照。

あれば容易に想定できる障害がいまだ残存している場合、行為者が平均的な人間であれば、当該障害が犯行計画に取り込まれるために、実行の着手は否定されよう。これに対し、行為者が非常に軽率で楽観的な人間であったために当該障害に思い至らなかった場合、佐藤教授の見解によれば、実行の着手を認める余地が生じることとなろう。しかし、このような結論の相違は、実行の着手判断の安定性を害するように思われる。

この問題は、次のような事案において顕在化するであろう。すなわち、ビジネスジェットを用い、税関長の許可を受けずにダイヤモンド原石を機内持込手荷物内に隠匿してこれを輸出することを企図している行為者が、保安検査の存在を認識していない場合である。

関税法は2条1項2号において輸出を「内国貨物を外国に向けて送り出すこと」と定義しており、その具体的時期は、一般に、「外国に仕向けられた船舶又は航空機に外国に向けて貨物を積み込んだ時」と解されている⁽³³⁾。したがって、同法111条1項1号の無許可輸出罪は上記時点で既遂に達するが、保安検査は航空機への貨物の積載に至るまでの障害と評価できる⁽³⁴⁾。また、現在では航空機へ搭乗するにあたり、保安検査が法的に義務づけられている⁽³⁵⁾（航

空法131条の2の5第6項本文）ため、ビジネスジェットを利用する場合であっても保安検査を受けなければならないことは、平均的な人間であれば容易に想定できるといえよう。したがって、平均的な人間が行為者の場合には、保安検査の存在が着手判断の基礎に入れられるため、自動性の観点を重視する立場からは、少なくとも保安検査を受けようとする行為よりも前に構成要件実現の現実的危険性を認めることは困難であるように思われる。

これに対し、貸切りであるビジネスジェットを利用する場合には、保安検査は行われないと行為者が誤解している場合、佐藤教授の見解によれば、保安検査の存在は実行の着手判断の基礎には置かれない。そうすると、ダイヤモンド原石を手荷物内に隠匿して空港に到着した時点、あるいはそれよりも前の段階で、行為経過の自動性が認められ、実行の着手が肯定され得るのではないだろうか。しかし、このような場合につき、行為者の主観面を重視して危険性を認めることには躊躇を覚える。また、実行の着手は構成要件該当性の問題であり、その判断は類型的判断であることに鑑みれば、平均的な人間がしないような行為者の軽率な思い込みによって実行の着手時期が早められることは妥当ではないように思わ

⁽³³⁾ 大蔵省関税研究会編『関税法規精解（上巻）』（日本関税協会、1992年）50頁。旧関税法76条1項の事案に関する、最（一小）判昭和35年12月22日刑集14巻14号2183頁は、「輸出行為は、海上にあつては、目的の物品を日本領土外に仕向けられた船舶に積載することによって完成する」旨判示している。

⁽³⁴⁾ 無許可輸出罪の未遂犯の成否が問題となった、最（二小）判平成26年11月7日刑集68巻9号963頁は、保安検査につき、「航空機積載に向けた一連の手続のうち、無許可輸出が発覚する可能性が最も高い」と評価している。

⁽³⁵⁾ 第211回国会衆議院法務委員会議録第七号2023年4月7日10頁〔平井一彦発言〕参照。

れる。したがって、このような危険性判断は支持し難い。

以上の検討より、進捗度説に立つ見解はいずれも賛同し難いことが明らかとなった。

第2節 既遂犯処罰規定が禁止する行為の開始に実行の着手を認める見解とその問題点

前節の進捗度説とは異なる観点から実行の着手論を展開するのは東條明德准教授である。

東條准教授は、「不能犯論は、侵害原理という、およそ行為を犯罪として処罰し得るための最低条件に関する全犯罪に共通の問題であるのに対し、実行の着手論は、そのような最低条件に関する問題ではなく、行為を、既に既遂犯処罰規定に一部抵触しているものとして既遂犯の法定刑を利用して処罰し得るための要件に関する未遂犯固有の問題であって、両者はそもそも議論の階層自体が異なる」⁽³⁶⁾、「現行刑法典第四三条の『実行の着手』という文言は、異なる要請に基づく二つの機能を同時に与えられているのであり、そこに単一の問題が存在するのではない」として、「不能犯を不処罰とするという意味で行為に危険性を要求するとしても、そのことが必然的に実行の着手論においても同じ危険性概念を用いて議論を展開しなければならないという帰結を導くわけではない」⁽³⁷⁾、と結論づける。

このような理解に基づき、東條准教授は、未遂犯について次のように説明する⁽³⁸⁾。すなわち、未遂犯とは、「既遂犯処罰規定が禁止の対象として規定している行為を実行に移しているという意味で既に既遂犯処罰規定に一部違反する行為が行われているからこそ、既遂犯処罰規定を利用した処罰が基礎付けられる場合である」。そして、この理解は、未遂犯を、既遂犯処罰規定を用いて処罰し、予備罪を既遂犯処罰規定とは別の規範に抵触するものとして処罰する条文の規定のあり方とも整合的であり、予備と未遂は危険性の程度の観点からではなく、既遂犯処罰規定の禁止の対象となっている行為を行っているか否かによって区別されることになる、と。

東條准教授は、このような未遂観から、未遂犯の処罰根拠を行為規範違反に見出す近時の見解⁽³⁹⁾は、正当な方向性を示していると評価する。刑法は、評価規範性を有するとともに、「保護すべき法益を侵害又は危殆化する行為を禁止の対象として明示し、法益保護のための予防的働きかけを行う規範としての性質」、すなわち行為規範性をも有しており、行為規範の観点から予備と未遂に質的差異が見出されるとして、行為者が禁止の対象行為を実行したことによって、「刑法が行為規範としての性質を通じて達成しようとした目標を失敗に終わらせたこと」に未遂犯

⁽³⁶⁾ 東條明德「実行の着手論の再検討（４）」法学協会雑誌 136 巻 9 号（2019 年）2115 頁。

⁽³⁷⁾ 東條・前掲注（36）2116 頁。

⁽³⁸⁾ 東條・前掲注（5）1953 頁。

⁽³⁹⁾ 東條・前掲注（5）1906 頁以下において、近時の見解として、佐藤教授、樋口教授、安田教授の見解が挙げられている。

固有の処罰根拠を求める⁽⁴⁰⁾。

このような理解を前提として、未遂犯の成立に既遂犯処罰規定に違反する行為の開始を要求する根拠を、刑法 43 条の「犯罪の実行に着手し」の要件に求め、基本的な出発点としては形式的客観説を妥当とする。その上で、「構成要件とは、それを規定した国家がそこに該当する行為を禁止の対象として明示したものであり、それに対応する刑罰を示すことによって法益侵害を予防しようとする目的」を有しているところ、「それにもかかわらず禁止の対象とされた行為を実行に移したことは、予防的働きかけを失敗に終わらせたこと意味するのであり、このことが未遂処罰を基礎付ける」として、未遂犯の処罰根拠の観点から、構成要件該当行為の開始を要求する⁽⁴¹⁾。

構成要件該当行為の範囲に関しては、未遂の処罰根拠である「構成要件の示す規範の突破」が認められた時点で未遂処罰を認め得るとし、「それ自体が構成要件的特徴を示さない行為であっても、直接の結果惹起行為と一体のものとして行為に出ることが意思決定されているのであれば、そのような行為にも実行の着手を認めることができる」とする⁽⁴²⁾。

それでは、構成要件該当行為が直接的な結果惹起行為に限定されない

とすれば、どの範囲の行為までが構成要件該当行為と評価されるのであろうか。この点につき、東條准教授は次のように説明する⁽⁴³⁾。すなわち、無限に考えられる行為記述の中から、「刑法としてはどのような行為記述を選び取るべきか、刑法が一つの行為として把握し、単一の評価の対象とする行為はどう決まるかという問題が存在する」ところ、この問題は、刑法の行為規範性の観点、すなわち、刑法において行為は規範による働きかけの対象としての意義を有するという見方から解決される。つまり、一定の動作の集合がある場合、刑法の関心は「動作の集合の中のどこで刑法の設定した規範を突破する意思決定が為されているのか」という点にあり、「単一の意思決定に基づき、単一の行為意思の下で一体のものとして行われた一まとまりの行為が、単一の刑法的な評価の対象とされる」、と。

このような理解から、東條准教授は、「構成要件該当行為の範囲は、行為規範違反の観点から実質的に把握されるべきであり、……『規範違反性により実質化された形式的客観説』こそが、実行の着手論において支持されるべき見解である」と結論づける⁽⁴⁴⁾。

以上のような東條准教授の見解の

⁽⁴⁰⁾ 東條・前掲注 (5) 1954 頁以下。

⁽⁴¹⁾ 東條・前掲注 (5) 1956 頁以下。

⁽⁴²⁾ 東條・前掲注 (5) 1957 頁。

⁽⁴³⁾ 東條・前掲注 (5) 1958 頁。

⁽⁴⁴⁾ 東條・前掲注 (5) 1959 頁。東條准教授は、直接の結果惹起行為との一体性を基礎づけるのは、犯行計画をベースとした行為相互の関係に関する判断であるとし、その具体的な考慮要素に関して、まず、平成 16 年決定で挙げられた 3 要素について分析を行う。必要不可欠性は、犯行計画上連続して予定されている 2 行為の間に直接的な手段目的関係が設定されていることを要求する趣旨であれば、手段行為に出る際に目的行為に出ることまで含めて意思決定されることが多く、また、犯行計画上予定されている行為の間に、次の行為を確実にすることと関係のない行為が挟まっている場合に

中核は、未遂犯と既遂犯は共に、「既遂犯処罰規定の禁止の対象となっている行為」を行っているとの主張にあると解される。未遂犯と既遂犯に共通する規範とは、結局のところ、構成要件該当行為を行ってはいらない、という規範と解されよう。したがって、東條准教授の見解の可否を検討するにあたって重要となるのは、構成要件該当行為がどのような行為を意味するのかである。

構成要件該当行為の範囲画定基準に関し、東條准教授は、「単一の意味決定の下で行われた一まとまりの行為」を構成要件該当行為と解している。しかし、予備行為もまた単一の意味決定に基づき、単一の行為意思のもとで行われていると評価できるのではないだろうか⁽⁴⁵⁾。というのも、予備は特定の犯罪を実現することを目的とする目的犯であり、予備行為と未遂行為はいずれも特定の犯罪を実現するという単一の意味決定

に基づいて行われていると考えられるからである。例えば、住居侵入窃盗においては、住居侵入行為時点では窃盗罪の実行の着手は認められていない⁽⁴⁶⁾。しかし、住居への侵入行為も、財物窃取行為も財物を窃取するという単一の意味決定のもとで行われており、両行為の間に新たな意思決定は行われていないように思われる。東條准教授の理解に基づけば、従来窃盗罪の構成要件に該当しないと解されていた住居侵入行為も「単一の意味決定に基づき、単一の行為意思の下で一体のものとして行われた一まとまりの行為」と評価でき、構成要件該当行為を構成することになってしまう。つまり、東條准教授の提示した基準では、これまで予備行為と解されていた行為にまで未遂犯の成立が認められることになり、予備と未遂を区別し得ないという問題が生じる⁽⁴⁷⁾。したがって、東條准教授が主張する構成要件該当行為の

は、全体に行為の一体性を認めることは難しいとして、これを重要な考慮要素と評価する。さらに、犯行計画上の障害の不存在性に関しては、直接の結果惹起行為に至るまでに一定の自動性が認められる段階に入っていれば、もはや特段の意思決定なく直接の結果惹起行為に至る場合が多いとして、これも重要な指標とする。これに対し、時間的場所的近接性は、外在的な事情であり、行為が近接していない場合には、その間に更なる意思決定が介在する可能性が高いため、事実上、判断に資することが多いに過ぎないと評価する。それ以外の事情に関しては、犯行計画が不確定であることは、更なる意思決定の必要性を直接基礎づけ得る事情であるとし、特に、犯行計画の不存在は単体で着手を否定し得る重要な考慮要素とする。さらに、切迫性の可否に関しては、被害者に現に一定の不利益な状況が発生したことを要求する必要があるかという観点からの検討が必要になるとし、未遂犯の重い処罰に鑑みると、「そのような処罰を基礎付け得るには、最低限、被害者に現に一定の不利益な状況が発生したことが必要であり、そのような状況を基礎付ける要素として、侵害的な事情が現に被害者領域に介入していったことを要求する」ことを示唆している（同論文 1962 頁以下、1971 頁以下）。

⁽⁴⁵⁾ この点を指摘するものとして、安田・前掲注（7）312 頁。

⁽⁴⁶⁾ 大判昭和 9 年 10 月 19 日刑集 13 卷 1473 頁。

⁽⁴⁷⁾ 東條・前掲注（5）1965 頁注 173 は、構成要件該当行為の範囲画定の議論に関し、仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013 年）74 頁以下の示す理解に依拠していることを明示している。たしかに、仲道教授は問責対象行為を特定する基準を、「法益侵害を志向する行為意思」と解し、「法益侵害を志向する行為意思の個数が問責対象行為の個数となり、1 つの行為意思が存在する範囲が問責対象行為の範囲となる」としている（同書 77 頁）が、仲道教授自身が、このような「基準からは、予備段階を含めて 1 個の行為となりうる」（同「一連の行為」の行為論的基礎付け」刑法雑誌 53 卷 2 号（2014 年）211 頁）としていることから

範囲画定基準は支持し難い。

第3節 小括

以上の検討により、近時の学説はいずれも採用し難いことが明らかとなった。

まず、実行の着手判断において犯行計画の進捗度を問題とする見解のうち、未遂犯の処罰根拠を行為者の心理的障壁の決定的な乗り越えに求める樋口教授の見解は、主観説に親和的な見解であり、客観的未遂論の立場からは採用し難い。また、佐藤教授の見解は、実質的には危険性判断を行っているように思われたが、着手判断において行為者が認識していない障害を一律に考慮に入れない点で妥当ではなかった。最後に、規範違反性によって実質化された形式的客観説を主張する東條准教授の見解は、単一の意味決定・行為意思を問題とする限り、未遂と予備の区別を行うことは困難になるという問題を抱えている。

このように、未遂犯の処罰根拠を規範違反性に求め、実行の着手判断を危険性以外の観点から行おうとしている近時の学説は、いずれもその試みに成功しているとは言い難い。そうすると、危険性の観点を排除して実行の着手判断を行うことは困難であり、従来の学説のように、実行の着手判断において危険性の観点を考慮すべきであろうか。しかし、近時の学説から実質的客観説に向けられた批判が決定的なものである場合には、実行の着手判断において危険

性の観点を考慮に入れることは断念すべきであろう。そこで、次章ではこの点について検討を行う。

第2章 近時の学説から実質的客観説に向けられた批判の内容とその検討

前章において、近時の学説を支持することは困難であることを示した。もっとも、近時の学説が採用し難いとしても、実質的客観説が理論的な欠陥を抱えている場合には、実質的客観説もまた支持し得ないため、近時の学説から実質的客観説に向けられた批判を検討する必要がある。

なお、以下で取り上げる批判の中には、既遂に至る現実的・具体的危険を未遂犯の実質的処罰根拠としつつ、構成要件該当行為との密接性も形式的限定として要求する見解を念頭に置いて展開されているものもある⁽⁴⁸⁾。しかし、その批判の内容は、密接性基準を併用しない見解にも向けられていると解されるため、本稿では実質的客観説に向けられた批判として整理する。

第1節 実行の着手論と不能犯論における共通の基準として高度の危険を要求する一元的理解は判例と不整合であるとの批判とその検討

樋口教授は、実行の着手論と不能犯論に共通する形で、具体的あるいは現実的危険という高度の危険を未遂処罰の要件とする一元的理解は判

しても、やはり本文中の批判が妥当するようと思われる。

⁽⁴⁸⁾ 樋口・前掲注(13) 57頁は、本文中の見解を多数説とし、同論文 59頁以下において多数説の問題点を指摘している。

例と整合的でないとして、次のように批判する⁽⁴⁹⁾。すなわち、いわゆる空気注射事件として知られる最判昭和 37 年 3 月 23 日⁽⁵⁰⁾（以下、昭和 37 年判決）は、「本件のように静脈内に注射された空気の量が致死量以下であつても被注射者の身体的条件その他の事情の如何によつては死の結果発生危険が絶対にはないとはいえない」旨判示し、不能犯になるのは、危険が絶対にはないといえる場合に限定している。しかし、このような理解は不能犯論と実行の着手論に共通する形で、高度の危険を未遂処罰の要件とする一元的理解とは整合しない、と。

また、特殊詐欺事件において詐欺罪の実行の着手が問題となった最判平成 30 年 3 月 22 日⁽⁵¹⁾（以下、平成 30 年判決）が、「被害者宅に到着する前に警察官から職務質問を受けて逮捕された」と指摘するのみであったことについて、実質的客観説内部から詐欺罪実現の現実的危険性に関する検討が不十分であるとの指摘⁽⁵²⁾がなされていることが、平成 30 年判決との不調和を示していると指摘する⁽⁵³⁾。

この批判は、不能犯と未遂犯の区別及び予備と未遂の区別につき、具体的あるいは現実的危険という共通

の基準を用いる一元的理解に向けられたものである。たしかに、一元的理解に立てば、実行の着手を認める上で高度な危険を要求する場合には、高度な危険が認められなければ不能犯となるはずであり、昭和 37 年判決と整合しないであろう。しかし、このような一元的理解を貫徹する論者が本当に存在するかは疑わしい⁽⁵⁴⁾。一元的理解によれば、実行の着手が認められない場合は、常に不能犯として不可罰になる。したがって、実行の着手が認められない予備行為⁽⁵⁵⁾は、すべて不能犯として不可罰となり、予備罪処罰の余地がなくなってしまうであろう。しかし、実質的客観説において、予備罪を不能犯として不可罰と解し、予備罪処罰を疑問視する見解は見受けられない。また、不能犯には当たらないが、実行の着手も認められない場合も想定できよう。例えば、昭和 37 年判決によれば、致死量以下の空気を静脈に注射する行為は不能犯ではない。したがって、注射器を準備する行為も不能犯とはならないはずであるが、この行為に殺人罪の実行の着手を認めることはできない。そして、この行為に実行の着手を認める論者はいないであろうことから、一元的理解に立脚する見解の存在は疑わしい。

(49) 樋口・前掲注(13) 59 頁。

(50) 最(二小)判昭和 37 年 3 月 23 日・前掲注(14)。

(51) 最(一小)判平成 30 年 3 月 22 日刑集 72 卷 1 号 82 頁。

(52) この指摘をするものとして、成瀬幸典「判批」法学教室 454 号(2018 年)140 頁が挙げられている。

(53) 樋口・前掲注(13) 59 頁。

(54) この点を指摘するものとして、山口厚「最近の最高裁判例と学説の対応」法学新報 131 卷 5・6 号(2024 年)212 頁。

(55) もっとも、実行の着手時期と未遂犯の成立時期を分離する見解によれば、実行の着手はあるが、未遂犯の成立が認められない予備段階が存在することになる(高橋則夫『刑法総論 第 5 版』(成文堂、2022 年)119 頁など)。しかし、近時の学説は、実行の着手時期と未遂犯の成立時期が一致することを前提に議論をしているものと解されるため、本稿では実行の着手時期と未遂犯の成立時期は一致するものとして論じる。

そうであれば、この批判はその前提を失うであろう。

なお、実質的客観説を採用する⁽⁵⁶⁾佐伯仁志教授は、「実行の着手と不能犯の問題は、……未遂犯が成立するかどうかという一つの同じ問題が別の角度から論じられているにすぎない（したがって、不能犯が認められる場合には、実行の着手の存在が否定される）」⁽⁵⁷⁾とし、「不能犯の問題と実行の着手の問題が、未遂犯として処罰に値する危険が認められるかどうかという同じ問題であることからすれば、実行の着手で必要とされている現実的危険性は、不能犯の問題においても同じように必要とされるべきであり、「絶対にあり得ないわけではない、といった程度の危険ではなく、ある程度高度の現実的な可能性が認められなければならない」⁽⁵⁸⁾と主張している。

この叙述からすると、佐伯教授は一元的理解に立脚しているようにも思える。しかし、佐伯教授は、そもそも不能犯を「外形的には実行の着手があるように見えるが、未遂の危険が認められないので、未遂犯が成立しない場合」⁽⁵⁹⁾と解しており、外形的に犯罪の実行の着手が認められるほど事態が進展していることを前提としている。したがって、外形的

にいまだ予備段階に過ぎない場合は別論であり、当然実行の着手は認められない一方で、そのことから、現実的危険性がないとして不能犯を認めることはないであろう。つまり、佐伯教授は、実行の着手が否定される場合は常に不能犯になるとの理解はしておらず、一元的理解は採用していないものと考えられる。佐伯教授が予備罪処罰を否定しておらず、また、不能犯論と実行の着手論とで危険性判断の方法が異なっている⁽⁶⁰⁾ことも、一元的理解に立脚していないことの証左であろう。

これに対して、二本柳誠教授は、二元的理解をする進捗度説を念頭に置いた上で、実行の着手論と不能犯論は共に法益侵害ないし既遂結果発生の具体的な危険が基準になるとして、両者を別個の問題として捉える必要はないと主張する⁽⁶¹⁾。その上で、この具体的な危険を結果としての危険（切迫性）と捉える立場から、危険性判断に関しては、修正された客観的危険説に基づき、「①現実化した障害については障害克服が十分にありえたかが問われる一方、②現実化しなかった行為・中間結果・結果についてはそれが即座にかつ十分にありえたかが問われる」⁽⁶²⁾とする。

このような説明に鑑みると、二本

⁽⁵⁶⁾ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）339頁以下。

⁽⁵⁷⁾ 佐伯・前掲注（56）348頁。

⁽⁵⁸⁾ 佐伯・前掲注（56）351頁。

⁽⁵⁹⁾ 佐伯・前掲注（56）348頁。もっとも、安田・前掲注（7）307頁が指摘するように、未遂段階だけではなく予備段階においても不能犯との区別を論じる必要があることに鑑みれば、不能犯をこのように定義づけることは妥当ではないであろう。

⁽⁶⁰⁾ 佐伯・前掲注（56）337頁、343頁、350頁。

⁽⁶¹⁾ 二本柳・前掲注（19）37頁。

⁽⁶²⁾ 二本柳誠「窃盗未遂罪の処罰時期——最高裁令和4年2月14日第三小法廷決定を契機として——」刑事法ジャーナル73号（2022年）12頁、17頁。なお、二本柳教授は、実行の着手判断において、危険性基準と密接性基準を併用している（同・前掲注（19）38頁）。

柳教授は、近時の学説の主張を念頭に置いた上で一元的理解を採用しているようにも思われる。しかし、前述の通り、一元的理解を貫徹する場合には予備罪はすべて不処罰となかなかねないが、二本柳教授もそのような理解はしていないように思われ⁽⁶³⁾、厳密な意味で一元的な理解をしているわけではないであろう。また、危険性判断における①は従来の不能犯論に、②は従来の実行の着手論に対応していると思われ、実際上の判断において両者は区別し得るように思われる。

このように、実質的客観説においても、一元的理解は採用されておらず、不能犯論と実行の着手論は同一の議論とは解されていない。そうで

あれば、昭和 37 年判決は不能犯論における判断であり、そこでの危険性判断としては、「死の結果発生の危険が絶対にはないとはいえない」という程度で十分であるとの理解も成り立つであろう⁽⁶⁴⁾。

また、平成 30 年判決との不整合に関しては、実質的客観説内部でも平成 30 年判決に対する評価は分かれているが、これを肯定的に評価するものも見受けられ⁽⁶⁵⁾、実質的客観説の立場から平成 30 年判決を肯定できないわけではない。もっとも、判例との不整合は必ずしも当該学説の理論的欠陥を示すものではないため、平成 30 年判決に批判的な見解であったとしても、当該見解を採用することも十分可能であろう⁽⁶⁶⁾。

⁽⁶³⁾ 二本柳誠「判批」高橋則夫ほか編『判例特別刑法』（日本評論社、2012 年）259 頁は、覚醒剤営利目的輸入罪及び禁制品輸入罪の実行の着手を否定し、各輸入罪の予備罪の成立を認めた最（三小）判平成 20 年 3 月 4 日刑集 62 卷 3 号 123 頁について、未遂犯の成立を否定した最高裁の結論を支持している。そこでは、予備罪処罰について特に言及がなされていないことから、予備罪処罰を疑問視していないものと推察される。

⁽⁶⁴⁾ もっとも、実質的客観説の立場から昭和 37 年判決を批判する見解も存在する。例えば、佐伯・前掲注（56）353 頁は、「判例の問題点は、事実の抽象化の程度が大きく、結果の発生が絶対にはないとはいえない、という程度の極めて低い危険で未遂犯の成立を認める点にある。……未遂犯の成立には、ある程度高度の危険を要求すべきであり、例えば、空気注射事案については、具体的な被告人の健康状態を前提として、死亡の結果が生じるある程度高度の可能性を認定すべきである」とする。

⁽⁶⁵⁾ 平成 30 年判決の事案につき、実行の着手を認めるものとして、前田雅英「判批」捜査研究 810 号（2018 年）11 頁、日高義博『刑法各論』（成文堂、2020 年）292 頁。平成 30 年判決につき、詐欺罪が実現される自動性・確実性の検討が不十分であったことを指摘するものとして、成瀬・前掲注（52）140 頁。平成 30 年判決の事案につき、未遂犯の成立を否定するものとして、二本柳・前掲注（19）44 頁以下、高橋・前掲注（19）284 頁、松原・前掲注（19）620 頁、鈴木一永「特殊詐欺における実行の着手」松原芳博編『続・刑法の判例〔総論〕』（成文堂、2022 年）116 頁、内山良雄「近時の最高裁判例と未遂犯の処罰」法律論叢 96 卷 2・3 合併号（2023 年）46 頁。

⁽⁶⁶⁾ 判例との不整合に関しては、早すぎた構成要件実現に関する平成 16 年決定と、結果的加重犯に関する最（三小）決昭和 45 年 7 月 28 日刑集 24 卷 7 号 585 頁（以下、昭和 45 年決定）についても指摘されている。

前者については、第一に、実質的客観説によれば、第 1 行為の開始時点で実行の着手が認められたとしても、それは未遂犯処罰にふさわしい構成要件実現の現実的危険が認められたことを意味するに過ぎず、既遂犯の成否と、実行の着手論は無関係であり、平成 16 年決定を実行の着手に関する判例と位置づけるのは困難であることが指摘されている（樋口・前掲注（13）60 頁。同旨、東條・前掲注（5）1954 頁）。また、第二に、一元的理解からは、そもそも既遂結果が生じている早すぎた構成要件実現の事案において結果惹起の具体的危険性を論じる意味が問われるとする（樋口・前掲注（3）39 頁）。これは、結果が発生している以上、不能犯でないことは明らかであり、不能犯でない場合は常に実行の着手が認められることになる一元的理解において、結果惹

第2節 質的に軽微な危険性しか認められない場合には実行の着手は認められないとの批判とその検討

実質的客観説に立脚しつつ、不能犯論を危険の質の問題、実行の着手論を危険の量の問題と解する、二元

的理解⁽⁶⁷⁾に対しては、「空気注射事件のように、質的にみて既遂に至る可能性がなくはないという程度で不能犯を否定して未遂を肯定するのであれば、着手を認めるための危険の量も低くても足りると解さざるを得ず、従来予備とされていた領域にま

起の具体的危険性を論じる必要はないという趣旨の批判と解される。

第一の批判は、実質的客観説のうち、実行の着手時期と（既遂犯における）実行行為の開始時期を分離する見解には妥当するが、両者を一致させる見解には妥当しないであろう。また、この批判は、実行の着手時期と実行行為の開始時期を分離する見解すべてに妥当するものであり、実質的客観説だけではなく、修正された形式的客観説や、進捗度説に立脚しつつ、構成要件該当行為の直前行為に実行の着手を認める佐藤教授の見解にも妥当しよう。

もっとも、実行の着手があるという判断が、実行行為の開始を意味するのか、実行行為に密接する行為（直前行為）の開始を意味するのかは概念整理の問題に過ぎない場合もある。平成 16 年決定は、第 1 行為は被害者の死亡を直接的に発生させる第 2 行為に密接する行為であるとしつつ、「クロロホルムを吸引させて V を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為」と判示しており、第 1 行為と第 2 行為を 1 つの実行行為と解していることは明らかである（平木・前掲注（17）175 頁）。ここでは、実行行為は、密接行為を包摂する概念と解されている。そうであれば、実行行為は必ずしも直接的に結果を生じさせる行為に限定されるものではなく、一定の幅を持つ概念と解することも可能であろう。また、近時、「既遂犯の構成要件において禁止の対象となっている行為は、単に『…する行為』ではなく、『…しようとする行為』として把握されるべき」（高橋直哉「実行の着手雑考」研修 854 号（2019 年）5 頁以下）として、実行行為の内容を拡張しようとする試みも見受けられる。そうすると、これまで実行行為が限定的に解されていたからこそ、実行行為の開始を待つのでは実行の着手時期が遅くなりすぎるという問題意識から、実行行為の密接行為にまで実行の着手時期を前倒しする見解と、実行行為の内容を拡張し、その開始に実行の着手を認める見解の相違は、実行行為の内容を限定的に解するか、あるいは一定程度幅のある概念として捉えるかという、概念整理の問題に過ぎないということになり、この対立を先鋭化する必要はないように思われる。

第二の批判については、前述の通り実質的客観説は、一元的理解に立つものではなく、不能犯でない場合に常に実行の着手を認めるものではないため、不能犯でないことが明らかな早すぎた構成要件実現の事案においても、なお、実行の着手の有無を論じる必要がある。もっとも、実行行為の実質的拡張は未遂犯処罰を認めるための理論であり、既遂犯においても同様に解する必然性は乏しいとして、既遂犯における実行行為を、事後的・客観的な評価に基づき、結果発生因果的起点となる行為と解する立場からは、早すぎた構成要件実現の事案では結果が生じている以上、結果を惹起した第 1 行為が実行行為となり、第 1 行為の時点における故意の存否のみが問題となる（橋爪・前掲注（29）193 頁以下。なお、同書 193 頁、275 頁では、一連の実行行為概念の有用性を認めており、平成 16 年決定は未遂犯の成立要件を考える上で重要な意義を有していると評価している）。しかし、このような理解は実質的客観説に内在するものではないため、このような理解をせず、実質的客観説の立場から、平成 16 年決定を実行の着手に関する判例と位置づけることも可能である。

結果的加重犯に関する判例との不整合に関しては、旧強姦致傷罪の成否が争われた昭和 45 年決定では、加重結果が発生した時点で実行の着手が認められるかが問題となったが、実質的客観説の立場からは、加重結果が発生した時点で実行の着手が認められることと結果的加重犯の成否は結びつかないとの批判がある（樋口・前掲注（13）67 頁以下、東條・前掲注（5）1954 頁）。この批判を検討するためには結果的加重犯の成立要件に関する分析が不可欠であるが、これは本稿の射程を超えるため、ここで自らの立場を明示することは困難である。仮に、結果的加重犯の成立に、基本犯の実行行為から加重結果が発生することを要求する場合には、前述の早すぎた構成要件実現の判例との不整合に関する第一の批判における議論がここでも妥当することになる。

⁽⁶⁷⁾ 大塚裕史「不能犯論と実行の着手論——実務刑法学の視点からの一考察——」法律論叢 90 巻 2・3 合併号（2017 年）134 頁。

で大幅に未遂犯が認められることになり、逆に、「危険の量を高度に要求する場合、質的にみて既遂に至る可能性がなくはないという程度では未遂は否定されるため、不能犯の判例を説明できなくなる」⁽⁶⁸⁾との批判が向けられている。

また、次のような理由から、未遂犯の成立につき高度の危険性を要求する理解からは、不正に入手したキャッシュカードを用いて ATM から現金を引き出そうとしたが、暗証番号を知らなかったために試しに4桁の暗証番号を出鱈目に入力したものの、実際の暗証番号とは異なっており、不正引き出しが失敗した事案⁽⁶⁹⁾（以下、ATM 事案）について、未遂犯の成立を認めることはできないとする⁽⁷⁰⁾。すなわち、ATM 事案において窃盗が既遂に至る確率は1万分の1であり、結果惹起の可能性は非常に乏しいため、現実的危険性は認められない。また、事後的判断ではなく、行為時を基準に危険判断を行うことで、入力した暗証番号が正しかった可能性を想定したとしても、現実的危険といえるほどの高度な危険は認められない、と。

しかし、これらの批判は、実質的客観説に対する誤った理解を前提にしているように思われる。というのも、実質的客観説は、実行の着手判断において純粋な構成要件実現の確

率判断を行う見解ではないはずだからである⁽⁷¹⁾。例えば、1万分の1の確率で人が死亡する毒薬を被害者に投与したが、死亡しなかったという事例について、実質的客観説の立場から、高度の危険性が認められないことを理由に実行の着手を否定することは想定し難い。仮に、上記毒薬を投与する行為につき、実行の着手が認められないとすると、実際に被害者がその毒薬の作用によって死亡した場合に殺人罪の成立を認めることができなくなってしまうが、このような結論は、実質的客観説からも支持し得ないであろう。

また、実質的客観説の立場から、実行の着手論は、「主として時間的な観点から、いかなる段階まで進んでいれば未遂犯の成立が肯定できるかという問題である」との理解が示されており⁽⁷²⁾、実行の着手判断を純粋な確率判断と位置づけていないことは明らかであろう。

このように、実行の着手判断が純粋な確率判断でないのであれば、不能犯論において「結果発生危険が絶対にはないとはいえない」という程度の質的に軽微な危険性しか認められないとしても、事態の進展度合いに応じて、つまりは危険の高まりに応じて実行の着手を認めることができる。したがって、実質的客観説の立場から ATM 事案につき、実行の

⁽⁶⁸⁾ 樋口・前掲注(13) 59頁。

⁽⁶⁹⁾ 樋口・前掲注(3) 20頁以下。

⁽⁷⁰⁾ 樋口・前掲注(3) 21頁。東條・前掲注(5) 1952頁は暗証番号がたまたま一致して現金が排出されたときに高度の危険性が認められるとする。

⁽⁷¹⁾ 小林憲太郎「未遂犯の構造をめぐる近時の議論について(再論)」判例時報 2542号(2023年) 94頁は、既遂到達の具体的危険性に、「確率的にとくに高度であるなど」という含意はまったく存在しない」とする。

⁽⁷²⁾ 橋爪・前掲注(29) 272頁。瀧川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』(有斐閣、1951年) 185頁以下も参照。

着手を認めることは可能である⁽⁷³⁾。

第3節 予備と未遂との区別が不明確になるとの批判とその検討

佐藤教授は、次のように述べて実質的客観説を批判する⁽⁷⁴⁾。すなわち、実行の着手判断の基準である結果発生の実質的危険または具体的危険が、結果発生の可能性と同義だとすれば、「行為者の能力等の事情によって着手時期が大幅にブレることになりかねないという難点がある」。例えば、殺人に関しては、行為者がプロの殺し屋の場合と虫も殺したことのない者である場合とで、実行の着手時期が大きく異なりかねない⁽⁷⁵⁾。このような帰結を避けるために、未遂犯処罰に必要な危険の程度を高く設定すると、不能犯の領域が拡大するという不都合が生じる。そこで、実質的客観説の主張者の多くは、結果発生の危険に加えて、罪刑法定主義から導かれる構成要件該当行為との密接性という基準を併用しているが、結果発生の危険と密接性との関係が不明確である、と。

行為者の能力等の事情によって着

手時期に大幅なブレが生じかねないとの批判に対しては、具体的な事案の相違に応じて実行の着手時期が異なるのは不当ではないとの反論が可能であろう。

例えば、不同意性交の目的で、被害者を自動車に連れ込もうとした場合、行為者が屈強な男性であったか、あるいは平均的な体格の女性であったかという行為者側の事情は、構成要件実現の実質的危険性の判断に影響を及ぼすように思われる。実際に、旧強姦致傷罪の成立が問題となった昭和 45 年決定⁽⁷⁶⁾では、共犯者と協力してダンプカーに被害者を引きずり込もうとした時点で旧強姦罪の実行の着手が認められているのに対し、被害者を自動車に引きずり込もうとしたが、共犯者らの助力を得られず、犯意を放棄した事案に関する大阪地判平成 15 年 4 月 11 日⁽⁷⁷⁾では実行の着手は認められていない。このように、具体的な事情によって危険の高まりに相違が生じることによって、実行の着手時期が異なり得ことはむしろ自然なことのようと思われる。

また、プロの殺し屋と一般人の場合とで、殺人の実行の着手時期に大

(73) 大塚・前掲注(67) 137 頁以下は、「被害者から窃取したキャッシュカードを用いて ATM から現金を引き出そうと計画した行為者が、ATM にキャッシュカードを挿入し残高照会をしようとしたところ、キャッシュカードの磁気部分に異常があり残高照会できずに終わってしまった」という事例(同論文 136 頁)につき、残高照会行為の時点で実行の着手を認めている。

(74) 佐藤・前掲注(5) 3 頁以下。

(75) 川端博・日高義博・塩見淳「《鼎談》未遂犯論・不能犯論の現在」現代刑事法 2 巻 9 号(2000 年) 8 頁[塩見淳発言]もこのような例を挙げ、危険の問題と行為の進展の問題は必ずしも結びついていないのではないかと疑問を呈する。

(76) 最(三小)決昭和 45 年 7 月 28 日・前掲注(66)。

(77) 大阪地判平成 15 年 4 月 11 日判タ 1126 号 284 頁。本件では、実行の着手を否定するにあたり、被告人が独力で抵抗する被害者を車内に連れ込むことは困難であり、この点につき共犯者らが全く協力する気がなかったこと、車内で被害者を姦淫するために共犯者らの協力が重要であったと考えられるが、この点についても確実に共犯者らの協力が得られる見込みがあったとは考え難いこと、被害者を自動車に連れ込むにあたり、共犯者らの協力がなければそのスペースの確保も容易ではないことなどが指摘されている。

幅にブレが生じるのではないかという指摘に関しては、実行の着手判断はあくまでも規範的判断であることに鑑みると、前者の場合に極端に早い段階で着手が認められることはないように思われる。たとえプロの殺し屋であったとしても、入念に被害者の抵抗を排除している等の特別の事情がない限り、単に凶器を準備した段階や、凶器を携帯して被害者宅に向かう段階では、いまだ被害者の抵抗にあうなど、障害となる事情が残存していると評価され、構成要件実現の現実的危険性は認められないであろう。

また、実質的客観説は一元的理解に立つものではないことは前述の通りであり、実行の着手論において高度な危険を要求すると、不能犯の領域が拡大するという不都合は生じない。

最後に、危険性に加えて、構成要件該当行為との密接性を要求する見解は危険性と密接性の関係が不明確であるという批判について検討する。この見解は、未遂犯の処罰根拠と罪刑法定主義という異なる2つの原理から危険性基準と密接性基準⁽⁷⁸⁾をそれぞれ導き出しているため、両者は別個独立に判断すべきものであることは明らかであろう。さらに、未遂犯の成立を認める上で、未遂犯の処罰根拠と罪刑法定主義の要請はどちらも充足しなければならないことに鑑みれば、両基準を併用することに問題はないように思われる⁽⁷⁹⁾。

第4節 小括

以上の検討により、次のことが明らかとなった。

まず、実質的客観説において、不能犯論と実行の着手論は別個の議論と解されている。したがって、一元的理解に向けられた、近時の学説からの批判はいずれも実質的客観説には妥当しない。また、実質的客観説における実行の着手判断は、純粋な確率判断ではないため、不能犯論において質的に軽微な危険性しか認められないとしても、実行の着手を認めることは可能である。

さらに、実質的客観説に立つと、予備と未遂との区別が不明確となるとの批判については、構成要件実現の現実的危険性の判断は、具体的事案に応じてなされるべきものであり、行為者の能力等によってその判断が分かれることは不当ではないとの反論が可能である。また、行為者の能力によって著しく実行の着手時期が前倒しされる場合は想定できなかった。

したがって、近時の学説から実質的客観説に向けられた批判はいずれも決定的なものではなく、実行の着手判断において、構成要件実現の現実的危険をその判断基準とし得ることが明らかとなった。

おわりに

本稿では、未遂犯の処罰根拠は規範違反性に求めるべきであり、規範

(78) 罪刑法定主義から導かれる基準を密接性基準と表現すべきかについては措いておく。

(79) 二本柳・前掲注(19) 38頁。

違反性の内実を明らかにしなければならぬという問題意識から、未遂犯の処罰根拠を規範違反性に求める近時の学説の検討を行った。

第1章では、近時の学説の批判的検討を通じて、近時の学説は支持し難く、危険性の観点を放逐して実行の着手判断を行うことは困難であることを示した。しかし、近時の学説から実質的客観説に向けられた批判が決定的なものであり、実質的客観説を維持することが困難であれば、危険性の観点を実行の着手判断において考慮すべきではないため、第2章において近時の学説から実質的客観説に向けられた批判を検討した。その結果、いずれの批判も決定的なものではなく、実質的客観説はなお支持できることが明らかとなった。

未遂犯の処罰根拠を規範違反性に求める私見からは、構成要件実現の現実的危険性という観点は規範違反性の中に取り込まれることになる。行為者の主観を考慮することなく、行為の意味づけを明らかにすることはできないため、危険性判断は常に行為者の犯行計画を考慮して行うべきことになる。また、私見によれば、構成要件実現の現実的危険性は、構成要件実現に至る自動性・確実性によって認められることになる⁽⁸⁰⁾ため、行為者が認識していない障害はすべて着手判断の基礎に入れることはできない、とする点を除けば、私

見における構成要件実現の現実的危険性判断と、進捗度説における実行の着手判断との間に大きな相違は存在しないように思われる⁽⁸¹⁾。

以上の議論は、刑法 43 条本文の「実行に着手し」という文言をどのように解すべきかという、構成要件該当性に関する議論であったところ、近時、この枠に収まらない見解が主張されている。そこでは、実質的客観説の立場から、重い未遂犯の責任を基礎づける要素として、進捗度説の見解を取り込むべきとの主張がなされている⁽⁸²⁾。このような見解は、責任につき積極的な基礎づけを必要としているものと解されよう。その検討にあたっては、犯罪論体系に立ち返った検討が必要となるが、本稿の射程を大幅に超えることになるためここで取り上げることができなかった。この見解に関する分析は今後の課題としたい。

⁽⁸⁰⁾ 拙稿・前掲注(8) 72 頁。

⁽⁸¹⁾ もっとも、私見は、構成要件実現の現実的危険性が肯定されることによって直ちに実行の着手を肯定すべきではなく、実行の着手が認められる範囲を限定するために、罪刑法定主義から導かれる構成要件の制約が必要であると解している（拙稿・前掲注(8) 74 頁以下参照）。したがって、実行の着手時期に関しては進捗度説と異なる結論に至り得る。

⁽⁸²⁾ 小林憲太郎『刑法総論 第2版』（新世社、2020 年）239 頁、247 頁、松原・前掲注(19) 616 頁以下。

東北ローレビューVol.14 (2025, March)

2025 年 3 月 31 日 発行

編集・発行 東北ローレビュー編集委員会

〒980-8576 仙台市青葉区川内 2-7-1

東北大学大学院法学研究科内

TEL 022-795-6171 (研究補助室)

© 2025 国立大学法人東北大学大学院法学研究科