

東海法学

No.63

論説

キセル乗車と電子計算機使用詐欺罪

—名古屋高裁令和2年11月5日判決を手がかりに—

..... 山中純子

論説

エスノメソドロジーによる社会秩序の探究

—「法の相互行為分析」(2)—

..... 北村隆憲

論説

刑法学とどう付き合うか(1/2)「構成要件」論

—P教授のオンライン オフィスアワー—

..... 大塚 滋

論説

常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(3)

..... 岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子

2022

東海大学法学部

東海法学 No.63

2022
東海大学法学部

東海法学 63号 2022 目次

論説

キセル乗車と電子計算機使用詐欺罪

－名古屋高裁令和2年11月5日判決を手がかりに－

..... 山中純子 1

論説

エスノメソドロジーによる社会秩序の探究

－「法の相互行為分析」(2)－

..... 北村隆憲 17

論説

刑法学とどう付き合うか(1/2)「構成要件」論

－P教授のオンライン オフィスアワー－

..... 大塚 滋 59

論説

常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(3)

..... 岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子 91

【論説】

キセル乗車と電子計算機使用詐欺罪

名古屋高裁令和2年11月5日判決を手がかりに

山中 純子

概要

1. はじめに
2. 名古屋高裁令和2年11月5日判決
 - 2-1 事案の概要
 - 2-2 判決要旨
3. 電子計算機使用詐欺罪の成否についての検討
 - 3-1 本件の問題点
 - 3-2 虚偽の電磁的記録
 - 3-3 当該事務処理システムの目的
 - 3-4 詐欺罪の補充規定であることの意味
 - 3-5 虚偽の電磁的記録の「供用」について
 - 3-6 キセル乗車の裁判例との比較
 - 3-7 刑法上の保護に値するか
4. おわりに

概要

入場情報のない磁気定期券を自動改札機に投入して出場したいいわゆるキセル乗車の事案において、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた名古屋高裁令和2年11月5日判決について批判的に検討する。同事案では、自動改札機に入場情報を判定対象とする事務処理システムが未導入であり、投入された定期券が有効期間内であり、有効区間内に出場駅が含まれるとの情報のみを読み取って

いたことから、「虚偽の電磁的記録」を供用したといえるどうかが問題となった。そこで、「虚偽の電磁的記録」をめぐる解釈及びこれを認定するときに考慮する「当該事務処理システムにおいて予定されている事務処理の目的」とは何かを中心に考察する。

本判決は、鉄道会社の正規の運賃を徴収するという目的に照らし、入場駅に関する情報も自動改札機が読み取る対象に含まれると認定したが、当該システムには入場情報を読み取る機能が備わっていなかったのであるから、実現不可能なことを目的に含めて解釈することには疑問がある。また、電子計算機使用詐欺罪が詐欺罪の補充規定であるとの理由で、当該システム管理者が知ったならばその先の手続を進めないであろう情報を虚偽の対象とする解釈も、慎重に検討すべきである。ほかに、これまでのキセル乗車の裁判例とは異なる点なども指摘し、キセル乗車を刑法で処罰すべきなのはどのような場合か、本判決が処罰範囲を不当に拡大したことにならないかなどについて論じる。

1. はじめに

いわゆるキセル乗車については、改札で駅係員が切符を切る場合に、乗車時説か下車時説かに見解が分かれ、2項詐欺の成立が議論されてきた¹。その場合、駅係員に対して、通常は、どこまで乗車するのか、どこから乗車してきたのかを告げることがないため、挙動による詐欺が成立するのかや、駅係員に処分行為があるのかなどが問題にされてきた。自動改札機が主流となり、切符や磁気定期券の利用も減ってきた近年は、自動改札機が事務処理システムに基づいて機械的に出場の許否を判定するため、キセル乗車をすることが難しくなってきたといえよう。しかし、実際には、無人駅があることや回数券切符を利用する乗客もいることから、全ての情報を読み取り、不正乗車を絶対に許さないシステムを組み込んだ自動改札機ばかりが設置されているわけではない。あくまで、自動改札機は人の業務を代替するものであり、鉄道会社の経済効率や利用者の便宜などを求めて設置されており、一切の不正を許さないことよりも、経済合理性が優先されることもあるように思われる。このような社会的背景や保護すべき経済的利益についても考慮に入れつつ、本稿では、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた名古屋高裁令和2年11月5日判決の判断について、刑法246条の2後段の構成要件及びその解釈を中心に、検討する。

¹ キセル乗車に関する概要や有人改札におけるキセル乗車に関する2項詐欺罪の成否全般についての説明として、和田俊憲「キセル乗車」法学教室392号（2013年）93頁以下参照。

2. 名古屋高裁令和2年11月5日判決²

2-1 事案の概要

被告人は、名古屋駅から150円区間有効の乗車券を使用して同駅に入場し、松阪駅に到着したが、下車時に必要な精算手続を行わないまま、松阪駅の改札口に設置してある自動改札機に対し、有効区間内に松阪駅を含む磁気定期券を投入して自動改札機を開扉させることにより出場し、よって、名古屋駅から松阪駅までの正規運賃との差額790円の支払を免れた。

原判決³は、下車駅である松阪駅の自動改札機には不正乗車を防止するための「フェアシステムK」と称するシステムが導入されておらず、入場情報は同駅の自動改札機の事務処理システムにおいて予定されている事務処理の対象に含まれないとし、被告人が投入した有効期間内であり、かつ、有効区間内に出場駅である松阪駅を含む磁気定期券に真実に反する情報が含まれていたとは認められないため、「虚偽の電磁的記録」を供用したとはいえないとして無罪を言い渡した。これに対し、検察官が控訴した。

2-2 判決要旨

破棄自判（有罪）。

「原判決は、本件自動改札機が入場情報を判定対象としていないことをもって、入場情報は、本件自動改札機の手務処理システムにおいて予定されている事務処理の目的に含まれないと認定した」が、「自動改札機による当該事務処理システムを管理、利用して財産権の得喪又は変更に係る事務処理を行っている主体であるc〔鉄道会社〕が、改札口を設け改札業務を行うのは、旅客営業規則に定めた正規の運賃を徴収するためであるから、自動改札システムの目的が、有効適切な区間の乗車券や磁気定期券による有効適切な乗車か否かを判断することにあるとみるのが合理的である。本件自動改札機における事務処理の手順をみても、……乗車駅と下車駅との間の正規の運賃が支払われた正当な乗車か否かを判定しているとみてよい。そして、正規の運賃を徴収するためには旅客がどの駅から入場しどの駅で出場したかの情報が前提になることは自明のことである」から、「ここでいう『当該事務処理システムにおいて予定されている事務処理の目的』とは、本件自動改札機の手務処理システムが予定する事務処理

² 高刑速(令2)号522頁。

³ 名古屋地判令和2年3月19日（LEX/DB25565380）。同判決の評釈として、和田俊憲「鉄道のキセル乗車と電子計算機使用詐欺罪の限界」法学教室480号（2020年）117頁参照。

の目的、すなわち、乗車駅と下車駅との間の正規の運賃が支払われた正当な乗車か否かを判定して出場の許否を決することを指すのであり、本件自動改札機の事務処理の現状だけをもって事務処理の目的が決まるわけではない。」

「むしろ、刑法 246 条の 2 の電子計算機使用詐欺罪が、……人を介した取引であれば詐欺罪に当たるような不正な行為で、電子計算機によって機械的に処理されるものについて、これを取り締まる趣旨で創設されたものであり詐欺罪の補充規定であること、c では、係員の改札事務処理に代わるものとして自動改札機が導入され、旅客営業規則上も自動改札機による改札が係員による改札に代わるものとして定められていること、旅客が乗車券等に記載・記録された乗車区間と異なる方法で乗車した場合、旅客が自ら係員に申告し又は精算機に乗車券等を投入して精算した上で、改札を受けて出場することが前提となっており、このことは係員による改札か自動改札機による改札かによって変わりはないことからすれば、本件自動改札機が入場情報を判定対象としていないからといって旅客がどのような乗車をしたかの判断を c が放棄したものでないことは明白である。」「被告人が係員に対し本件定期券を示した場合には詐欺罪が成立することは明らかであることからすれば、被告人が本件自動改札機に本件定期券を投入した行為を詐欺罪の補充規定である電子計算機詐欺罪で処罰することは、構成要件の外縁を不明確にするものでも処罰範囲を不当に拡大するものでもない。」

被告人は、本件定期券の「有効区間外の駅から入場・乗車し、未精算の運賃について精算手続をせずに本件自動改札機に本件定期券を投入し、あたかも有効区間内から入場・乗車したかのごとき真実に反した情報を同機に読み取らせたものであり、「事務処理の目的に照らして内容虚偽の情報を供したというべきである。」

3. 電子計算機使用詐欺罪の成否についての検討

3-1 本件の問題点

本件は、有効区間内に下車駅の松阪駅を含む磁気定期券を持っていた被告人が、名古屋駅における入場時には別の切符で入場し、松阪駅における下車時には、同定期券を入場情報の記録がない状態で自動改札機に投入して出場したキセル乗車の事案である。自動改札機は、投入された切符が精算を要するものであるか否かを判断する機能しか有しておらず、その内部に出入場に係る電磁的な記録が作成されることはない構造であることから、電子計算機使用詐欺罪(刑法 246 条の 2)のうち、不実の電磁的記録を作る罪(同条前段)には該当せず、虚偽の電磁的記録を人の事務処理の用に供する罪(同条後段)の成否が問題と

なる。

本件の下車駅である松阪駅に設置されていた自動改札機は、入場情報を判定対象とする「フェアシステム K」が未導入であり、投入された定期券が有効期間内であり、有効区間内に出場駅が含まれるとの情報のみを読み取っていたことから、入場情報の記録がない本件定期券を投入したところで、「虚偽の電磁的記録」を人の事務処理の用に供したといえるどうかの問題となった。本件では、被告人が不正乗車をしたことに争いはないが、それが電子計算機使用詐欺罪の構成要件に該当するかどうかの問題となったのである⁴。そこで、まず、刑法 246 条の 2 に規定されている「虚偽の電磁的記録」とは何かについて概観する。

3-2 虚偽の電磁的記録

(1) 学説

「虚偽の電磁的記録」の解釈については、①当該電磁的記録が偽変造されたものである場合に限るとする考え方(最狭義説)、②当該電磁的記録自体に含まれている情報の中に真実と異なる情報が含まれている場合をいい、偽変造の場合に限らないとする考え方(狭義説)、③形式的にみれば当該電磁的記録に真実と異なる情報が含まれていない場合であっても、当該電磁的記録が事務処理の用に供される目的に照らして当該電磁的記録の内容を実質的・合理的に解釈し、真実と異なる情報が含まれているとみるべき場合は、「虚偽の電磁的記録」にあたるとする考え方(広義説)の3つの見解が考えられる⁵。このうち、最狭義説については、立法時から変造プリペイドカード等が想定されていたとおり、対象となる情報が明確であるものの、電子計算機使用詐欺罪後段の成立範囲を極端に狭めることになってしまう。立法解説では、「当該システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報」⁶とされていたことから、その内容自体が独立して真実に反するだけでなく、当該システムの事務処理との関係で実質的・合理的に判断すべきであろう。

(2) 判例

これまで、電子計算機使用詐欺罪前段の事例として、窃取したクレジットカードをインターネットで使用して決済した場合のように、クレジットカードの名義人氏名、番号及び有効期限を正しく入力しており、クレジットカード自体

⁴ 松宮孝明「キセル乗車と電子計算機使用詐欺罪の成否について」立命館法学 392号(2020年)1558頁以下。

⁵ 高嶋智光「自動改札機を利用したキセル乗車事案につき、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた事例」研修 778号(2013年)18頁以下。

⁶ 的場純男「逐条解説 電子計算機使用詐欺罪」米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』(立花書房、1988年)121頁以下。

の情報については正しいものであった場合でも、その名義人本人が申し込んだとする虚偽の情報を与えたとして同罪の成立を認めた判例がある⁷。他人のクレジットカード使用の事例であれば、誰が使用するかはクレジットカード外の情報であり、カードそのものには記録されていないが、カードを使用する者の決済のための使用であるのに、クレジットカード名義人本人が使用しているかのような「虚偽」の情報を提供しているといえる。

同様に、振込め詐欺についても、被害者が詐欺グループの口座宛に振込送金することになると気付かずに、現金自動預払機（ATM）で振込送金の手続きを正しく行っていることから、一見、何ら「虚偽の情報」（刑法 246 条の 2 前段）を提供していないように思われる。被害者は、自身のキャッシュカードを挿入し、自身の暗証番号を入力して、ATM を操作しているのであり、その点に虚偽は見当たらない。しかし、振込め詐欺は、振込送金をすることに気付いていない、つまり、処分意思のない被害者を、犯人が利用して犯行を実現する間接正犯構成で処分されている⁸。暗証番号を要求して口座所有者本人にしか手続ができないようにしており、口座所有者の意思に基づいた事務処理を予定している ATM にとっては、事情を知らず処分意思を持たない被害者が入力した振込送金のための情報は、ATM の目的に照らして、真実に反する「虚偽の情報」に当たるのである。

さらに、自動改札機を使用したキセル乗車に関する裁判例には、「電磁的記録は、記録それ自体の情報に加え、これを用いるシステムが前提とする一定の意味付け等を踏まえて事務処理の用に供されているものであり、このような前提となる事柄の真实性も当該事務処理システムの円滑かつ適正な運用のために必要なものといえる」と述べ、当該システムが前提とする事実を考慮するとしたものがある⁹。自動改札機の場合、窃取したクレジットカードの使用事例と同じように、例えば、窃取した定期券を投入して自動改札機を通るときには、定期券の名義人が使用することが前提となっていることから、名義人本人が使用しているかどうかを確認する機能を自動改札機が備えていないとしても、その前提を偽ったことが電磁的記録自体の誤りと実質的に同等に評価されることになるだろう¹⁰。具体的な事例に照らしてみても、「虚偽の電磁的記録」については、

⁷ 最決平成 18 年 2 月 14 日（刑集 60 卷 2 号 165 頁）。同決定の評釈として、井上宏「判批」研修 698 号（2006 年）25 頁以下。

⁸ 大阪高判平成 28 年 7 月 13 日（高刑速（平 28）号 195 頁）、岐阜地判平成 24 年 4 月 12 日（TKC/DB 25481190）等。

⁹ 東京高裁平成 24 年 10 月 30 日判決（高刑速（平 24）号 146 頁）。同判決の詳細については、後記 3-6 で検討する。

¹⁰ 前田雅英「刑法 246 条の 2 とキセル乗車」警察学論集 65 卷 10 号（2012 年）191 頁参照。

電磁的記録それ自体だけではなく、その電磁的記録の使用目的に照らし、社会的な意味において真実に反するかどうかも考慮すべきである。

このように、電磁的記録が使用される場面では、記録自体に虚偽が含まれていなくても、当該システムが前提とする使用状況が偽られるがゆえに真実に反するということもある。結局、「虚偽の電磁的記録」については、条文上も、「人の事務処理の用」に供されるものであり、当該システムを管理する「人」が前提とする目的を離れて真実に反するかどうかを判断するのは困難である。したがって、当該システムの目的から実質的・合理的に判断する必要があり、広義説に立つのが妥当であろう。

(3) 本判決における判断

本判決は、本件自動改札機を設置した鉄道会社の目的を実質的に判断した結果、本件自動改札機の実務処理システムの目的は、旅客営業規則に定めた正規の運賃を徴収することであると認定した。原判決においては、不正乗車を防止するための「フェアシステム K」が導入されておらず、入場情報が処理の対象になっていないのであるから、入場情報が読み取られていない以上、本件定期券から読み取られた情報は、真実に反する情報に当たらないと認定していた。しかし、本判決は、入場情報も自動改札機が読み取る対象に含まれるとした上で、「有効区間内から入場・乗車したかのごとき真実に反した情報」を読み取らせたことと認定したのである。たしかに、鉄道会社は、正規の運賃を徴収するために駅員の改札業務を代替する自動改札機を設置している。したがって、社会的事実として自動改札機を設置目的の認定に誤りはない。また、被告人は本件定期券の有効区間内の駅から入場していないにもかかわらず、精算手続をすることなく、本件定期券を投入したのであるから、正規の運賃を支払ったかのような真実に反する状況を装っており、「虚偽」は存在する。しかし、何らかの真実に反する状況が社会的に存在するとしても、それが当該事務処理システムで処理されることが想定されていない場合に、なお「虚偽の電磁的記録」と評価することはできるのであろうか。当該システムでは処理対象となっていない入場情報を、当該システムは判定の考慮に入れて「虚偽」だと判断することができるのだろうか¹¹。

まず、「虚偽の電磁的記録」について、当該事務処理システムの目的を実質的に判断している点に関しては、これまでの判例の流れにも沿うものである。原判決においては、「電子計算機を使用する当該事務処理システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報をいう」と

¹¹ 橋爪隆「電子計算機使用詐欺罪における『虚偽』性の判断について」研修 786号(2013年)4頁,6頁参照。

述べられており、上述の立法解説にも合致する定義が述べられている。その上で、判定対象となっていないものは、目的とはなっていないと認定したのであるが、本判決は、この原判決の事実認定を誤りであるとしたため、異なる結論が導かれた。何が目的であったと認定するか、その判断が分かれたものの、当該事務処理システムの目的を実質的に判断するという点においては相違なく、広義説に立つものとして支持することができる。しかし、「当該事務処理システムにおいて予定されている事務処理の目的」について、当該システムの管理者の目的として社会的な意味を含めて広く解釈するのか（本判決）、当該システムそれ自体から読み取れる目的に絞って解釈するのか（原判決）が分かれており、この点について、さらなる検討が必要である。

3-3 当該事務処理システムの目的

広義説に立ち、当該事務処理システムの目的を実質的に判断するという点において両判決は相違ないと述べたが、「実質的」の意味が本判決と原判決では異なっていたといえる。「実質的に判断する」とは、一方で、社会的な事実を捉えて実体的真実に照らして虚偽かどうかを判断するとも解されるが、他方で、当該事務処理システムによって達成可能な目的を現実的に判断するとも解することができる。

文言を素直に読めば、「当該事務処理システムにおいて予定されている事務処理の目的」なのであり、当該システムを離れて自動改札機設置の目的にまで遡るべきではないと考えられる。自動改札機に組み込む事務処理システムはシステム設定者あるいは管理者が選択できるのであり、本件ではフェアシステムKではない入場情報を読み取らないシステムを鉄道会社が選択していたのである¹²。鉄道会社は、絶対に不正乗車を許さない完璧な事務処理システムによって、不正乗車があったという客観的真相を暴き出すことを目的としていたのではなく、大量の乗客の精算の必要性の有無を短時間で効率よく判定するシステムを導入し、そのシステムによる判定を経た場合には、手続を踏んだのであるから、形式的真実として不正乗車ではないという扱いをしていたといえるのではないだろうか。そうであれば、システム管理者たる鉄道会社の目的は、当該事務処理システムで可能な範囲の事務処理をすることだったと解釈するべきである。当該システムの機能的限界を超えて、システム管理者の自動改札機設置

¹² 和田俊憲「鉄道のキセル乗車と電子計算機使用詐欺罪の成否」法学教室 487号（2021年）157頁は、下車駅である松阪駅においては、入場情報を判定対象に含めようと思えば容易にできるにもかかわらず、当該鉄道会社の標準的な自動改札機とは異なり、自動改札機未設置駅からの乗客の便宜という理由で「あえて除外していた」点を、本判決がどのように評価したのかが判決内では明らかになっていないことを指摘する。

の目的を踏まえて解釈するならば、当該システムでおよそ実現不可能なもので、管理者が目的にしていたと主張すれば、電子計算機使用詐欺罪で保護されることになり、処罰範囲を不当に拡大することになる。経済的理由あるいは利便性のために、フェアシステム K ではない当該システムを意図的に導入していたのであり、当該システムで判定可能なものをシステム管理者の実質的な目的であると認定すべきである。

しかしながら、本判決では、鉄道会社が正規の運賃を徴収するという目的を持っていることは自明であり、正規の運賃を徴収するために必要な入場情報をその判定対象から除くということはおおよそ想定できないとして、目的を広く解釈している。この点、鉄道会社が正規の運賃を徴収する目的を持っていることを否定する立場はないと思われる¹³。自動改札機を導入することによりメリットを得る反面、一部の不正乗車を見逃してしまうというデメリットを甘受しているといった見方もできるかもしれないが、鉄道会社が正規の運賃を徴収するという目的を持っており、不正乗車があれば鉄道会社が財産的損害を被ることは事実である¹⁴。しかし、鉄道会社の本来的な業務目的と個別の自動改札機の目的は次元が異なる問題である。鉄道会社の改札業務の一般的な目的が考慮されることになれば、電子計算機使用詐欺罪が、「電子計算機の不正利用による不法利得行為一般」を処罰することになり¹⁵、処罰範囲の拡大につながる。

しかも、当該システムには正規の運賃の徴収の前提となる入場情報を読み取る機能が備わっていなかったのであるから、実現不可能なことを目的に含めて解釈することには疑問がある。当該事務処理システムの目的に照らして、情報について実質的に解釈するといっても、おおよそ認識不可能な事情を幅広く判断の対象として、記録・情報の虚偽性を肯定すべきではない¹⁶。原判決も述べる通り、システム上の限界があり、正しい入場情報が投入されても事務処理結果が異なる場合は、「虚偽の電磁的記録」が事務処理の対象になっているとはいえないだろう。つまり、その記録・情報は、「財産権の得喪、変更の効果との間に何らの連関（因果関係）を有しない情報」であり、事務処理において読み取りの対象外なのである。やはり、当該事務処理システムが予定している個別の事務処理の目的を、当該事務処理システムに処理可能な範囲に限定して解すべきである¹⁷。

¹³ 前掲松宮（注4）1558頁参照。

¹⁴ 鶴鶴昌二「判批」警察学論集74巻6号（2021）180頁以下。

¹⁵ 前掲鶴鶴182頁以下。

¹⁶ 前掲橋爪12頁。

¹⁷ 前掲和田（注3）117頁は、原判決が、電子計算機使用詐欺罪では、「事務処理の判断の基礎となる重要な事項」がシステム内在的に限定されるとし、同罪が不法利得行為一般の処罰に墮するのを防ぐ点を評価する。

3-4 詐欺罪の補充規定であることの意味

本判決は、電子計算機使用詐欺罪が、「人を介した取引であれば詐欺罪に当たるような不正な行為で、電子計算機によって機械的に処理されるものについて、これを取り締まる趣旨で創設されたものであり詐欺罪の補充規定であること」を指摘し、詐欺罪と同一の処罰範囲が想定されているとして、当該電子計算機において処理されることとなる情報をその管理者が知ったならばその先の手続を進めないであろう情報が「虚偽の電磁的記録」に当たると解する¹⁸。

電子計算機使用詐欺罪が、詐欺罪の補充規定であることについては、条文に「前条に規定するもののほか」と規定されていることから明らかである。しかし、補充規定であることの意味は、詐欺罪等の他の財産犯規定の構成要件を満たさない場合、電子計算機使用詐欺罪の構成要件を満たすかどうかを検討し、満たす場合には同罪を適用するということである。詐欺罪等の規定で処罰されない行為を、別途、電子計算機使用詐欺罪の規定により、補充して処罰するのである。決して、詐欺罪の「人を欺く行為」があったと認定できない場合に、人の代わりに電子計算機を欺く対象として補充的に考慮し、「電子計算機を欺く虚偽情報」を提供したかどうかを詐欺罪と同じ基準で判断するだけで、電子計算機使用詐欺罪を適用することができるわけではない。それゆえ、詐欺罪の補充規定であるからといって、人と電子計算機を置き換える以外、処罰範囲は全て同一であるという論理は導かれられないのである。電子計算機使用詐欺罪は、電子計算機を使用した新たな取引ないし事務処理システムに対応していない従来の刑法の財産犯の枠組みでは処罰が困難な不正行為が生じていたところ、それらを処罰するために規定されたものである¹⁹。つまり、新たな取引場面ないし事務処理システムを使用する状況が前提となっているのであり、人に対する詐欺罪とはそもそも適用場面が異なっている。したがって、さらに新たな取引形態等が生まれることにより、電子計算機使用詐欺罪によってもなお補充することができず、処罰することができない対象が残ることは当然のことであろう。

このように、人が電子計算機かの違いにより、処罰範囲は異なって当然である。被欺罔者ないし処分行為者が人であれば、社会通念に照らして、一定の行為の意味・文脈を推断することができる²⁰。すなわち、乗客が有効期間内、か

¹⁸ なお、前掲和田（注12）157頁は、原判決では、本件で真実の入場情報の記録が投入されていても、結果は変わらなかったことを指摘していた点を挙げ、それを有人改札に置き換えたならば、駅係員が入場情報を知りながら出場を許可するような状況になり、その状況では詐欺罪も準詐欺罪（刑法248条）も成立しないことから、それらに対応する電子計算機使用詐欺罪を認めるべきではないと主張する。

¹⁹ 前掲的場 114頁以下。

²⁰ 前掲橋爪 6頁。

つ、有効区間内に下車駅を含む磁気定期券を呈示すれば、駅係員は有効区間内から入場したと推断することができるからこそ、挙動による詐欺が認められる。これに対し、自動改札機は、人を介することなく事務処理をしており、機能的に読み取ることができない情報まで推断して事務処理をするわけではない。したがって、機能的限界を超えて、その入場情報を駅係員が知ったならば出場を許可しなかったであろう入場情報を自動改札機が読み取っていた場合を仮定することは適当でない。自動改札機を人に置き換え、駅係員が知っていれば出場させなかった場合を処罰対象にするのは、両者で処罰範囲を揃える必要があるという観点が先行しており、処罰範囲が無意識に拡張されていくおそれをはらんでいる²¹。

なお、本件では、仮に自動改札機を人に置き換えたとしても、「その入場情報を駅係員が知ったならば出場を許可しなかったであろう」として詐欺利得罪を認めることができるかどうか、駅係員の処分行為の観点からして明確ではない。挙動による欺罔行為を認めるとしても、駅係員が個別の乗客に出場許可を与える処分行為をしているかどうかについては、消極の見解もある²²。このように、人に対する場合でもキセル乗車に詐欺利得罪の成立を認めることに批判的な立場からすれば、本判決のように自動改札機を人に置き換えて考えたとしても、補充規定である電子計算機使用詐欺罪の成立を認めることはできないだろう。

3-5 虚偽の電磁的記録の「供用」について

本件で、当該事務処理システムの目的をシステム管理者の自動改札機設置目的、ひいては業務目的にまで遡り、正規の運賃の徴収であると広く解して「虚偽の電磁的記録」に該当すると認定したとしても、その虚偽の電磁的記録が「事務処理の用に供」されたといえるかどうかは別の問題である。前記3-3においては、読み取らない入場情報をもとに当該事務処理システムの目的を推認することの不合理さを述べたが、仮に、読み取らない情報も出場許可の判定対象であると広く解したとしても、読み取らない情報を人の事務処理に使用する電子計算機において「用い得る状態に置く」ことはできないのではないだろうか²³。出場許可判定の対象となる入場情報、すなわち、本件定期券では入場していない（本件定期券の有効区間外で入場した）という情報が、現実に供されたかどうかを検討すべきである。

²¹ 前掲橋爪 7 頁。

²² 山中敬一『刑法各論 [第 3 版]』（成文堂、2015 年）391 頁以下。

²³ 松宮孝明「キセル乗車と電子計算機使用詐欺罪の成否」新・判例解説 Watch28 号(2021)213 頁及び前掲松宮（注 3）1561 頁は、それが「常識的な日本語の読み方」とであると指摘する。

そうすると、自動改札機の事務処理システムは入場情報を読み取っていないのであるから、現実に提供されたという事実はない。定期券に記録された有効区間の情報をもって、「有効区間内のいずれかの駅から乗車し、松阪駅で下車するものであり、その区間の運賃は支払い済みであって正当な乗車である」との情報の入力をするものとの意味を持つこととなるも解されているが²⁴、社会的にそのような意味を持つことと、現実に入場情報が提供されたかどうかは区別して考えるべきである。物理的に定期券を投入しても、自動改札機は入場情報を読み取らないのであるから、人に対する詐欺利得罪に例えて考えるならば、切符等を呈示することなく、駅係員の隙を見て改札を突破したとき、駅係員が処分行為の判断の基礎となる切符等の情報を認識しておらず、処分行為も行っていないのと何ら変わらないのである。したがって、本件では、虚偽の入場記録が「事務処理の用に供」された事実はないのである。

3-6 キセル乗車の裁判例との比較

次に、本件で「虚偽の電磁的記録」が供用されたことを否定することは、キセル乗車において電子計算機使用詐欺罪が適用された先行判例の趣旨や判断に反するものであるかどうかについて検討する。東京高裁判平成 24 年 10 月 30 日判決²⁵は、往路及び復路の 2 回にわたってキセル乗車が行われており、それぞれ電子計算機使用詐欺罪の成否が問われた事案である。本稿では、下車駅の自動改札機において、有効区間内に下車駅を含む回数券を投入して出場した往路が、本件の状況に類似していることから、往路のみを検討する。

同事案の出場駅である宇都宮駅に設置されていた自動改札機の自動改札システムは、回数券の有効区間内に自動改札機未設置駅がある場合、同駅から乗車した旅客の利便性を考慮し、入場情報がなくても出場を許すという事情があった。しかし、そのことは、「同駅の自動改札機が入場情報を読み取りの対象としないとか、入場情報の判定が事務処理の目的となっていないことを意味するものではなく、下車の際に自動改札機に投入された回数券の磁気部分に入場情報のエンコードがないことが有効区間内にある自動改札機未設置駅における入場情報に代わるものとして扱われている」として、被告人が有効区間内にある自動改札機未設置駅から入場したとの入場情報を読み取らせたことを認定した。

同事案は、投入された回数券に入場情報が記録されていなかったという点で

²⁴ 前掲鷓鴣 188 頁は、情報が入力されたことを前提として、その情報自体を基準に「虚偽」性を判断しているのであるから、電子計算機使用詐欺罪の処罰範囲の不当な拡大ではない旨主張するが、情報が現実に提供されていないとする本稿の立場とは、前提を異にするものである。

²⁵ 高刑速（平 24）号 146 頁。

は、磁気定期券に入場情報が記録されていなかった本件と共通している。つまり、同事案の自動改札機は、投入された回数券からは入場情報を読み取っていないのである。しかし、自動改札機自体は、投入された乗車券にエンコードされた入場情報により乗車した駅を確認する機能を備えていたのであり、その入場情報から精算の必要性の有無を判定することは当該システムの事務処理の目的となっていた。したがって、自動改札機は事務処理システムそのものの機能からだけでも、入場情報をもとにした判定が当該システムの目的であったことを読み取れるのである。その際、当該システムの管理者の業務目的にまで遡って考慮する必要はない。しかも、「入場情報のエンコードがないことが有効区間内にある自動改札機未設置駅における入場情報に代わるものとして扱われている」のであるから、自動改札機は、「入場情報がない」という情報を読み取っており、それによって「自動改札機未設置駅における入場情報」が代わりに処理対象となって事務処理されている。結果として、乗客は、真実に反する「有効区間内にある自動改札機未設置駅から入場した」との虚偽の電磁的記録を事務処理の用に供したものと認定され、有罪となった²⁶。

同事案は、自動改札機は事務処理システム自体に入場情報を読み取る機能があり、それが判定対象となっていた点で当該事務処理システムの目的が本件とは異なる上、「入場情報がない」ことが読み取られて「自動改札機未設置駅における入場情報」として事務処理されていた点で、虚偽の電磁的記録を「供した」ことも認定することができるため、本件とは事案を異にしている。よって、本件で「虚偽の電磁的記録」が供用されたことを否定することは、何ら先行判例に反するものではない。本判決は、これまでのキセル乗車に関する裁判例の判断とは異なる前提で虚偽の電磁的記録の供用を判断した結果、電子計算機使用詐欺罪の処罰範囲を拡大したものといえよう²⁷。

3-7 刑法上の保護に値するか

本件で、鉄道会社は「フェアシステム K」を導入していれば不正乗車に気付

²⁶ 東京高判平成24年10月30日の評釈として、前掲高嶋13頁以下。また、同判決に言及する解説として、前掲橘爪8頁以下参照。第一審である東京地判平成24年6月25日の評釈として、門田成人『自動改札機利用のキセル乗車と電子計算機使用詐欺罪』法学セミナー694号(2012年)133頁、前掲前田182頁以下、岡田好史「判批」専修ロージャーナル13号(2017年)101頁以下参照。

²⁷ 前掲松宮(注19)214頁及び前掲松宮(注3)1566頁は、本判決は、現実的に「虚偽の電磁的記録」が電子計算機の事務処理の用に供されたことを根拠とするこれまでの判例に違反する(刑法405条2号,3号)疑いが濃厚であると指摘する。これに対し、これまでの判例と比較検討した上、整合的であるとして、本判決を肯定的に捉える評釈として、向井翔「判批」KEISATSU-KORON76(5)号(2021年)81頁以下がある。

くことができ、そもそも本件のような方法による電子計算機使用詐欺罪の発生を防ぐことができたはずである。鉄道会社は経済合理性及び改札業務や乗客の利用の便宜を図って、あえてフェアシステム K を導入していなかったのである。つまり、鉄道会社は、絶対に不正乗車を許さないという業務体制を取っていたわけではなく、ある程度、不正乗車をする乗客に正規の運賃を支払わせることを「諦めていた」ともいえるのではないだろうか。この点、鉄道会社があえてフェアシステム K を導入しなかった理由について、自動改札機未設置駅から入場する乗客が精算する手間を省くという乗客の利便性を強調し、利便性を享受している乗客は、精算の必要性があるのであれば、自ら精算機で精算をするか、駅係員に申し出て精算する義務があると解することで、鉄道会社は「諦めていた」のではなく、乗客を「信用していた」と考える立場もあるだろう。しかし、自動改札機設置には、有人業務を減らすことができ、駅係員の人員も減らすことができるという鉄道会社の経済合理性や利便性を図ることも当然に背景にある。経済取引の領域において、刑法上の保護をどの程度与えるのかについては議論の余地がある。誤振込において、受取人に誤振込があった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があるのかどうか、あるいは、釣り銭を多く受け取った客はその旨を店員に申告する義務があるのかどうかといった場面で議論されるように、通常の経済取引において、取引の一方の財産を刑法による処罰をもって保護すべきかどうかは、慎重に判断する必要がある。財産的損害を受ける一方当事者が個人の顧客よりも立場の強い企業である場合には、なおさらである。

このような観点からは、電子計算機使用詐欺罪による保護を求めるのであれば、前記 3-3 で検討した当該事務処理システムの目的判断に資するような事情が客観的に示されていることが重要となるのではないだろうか。つまり、虚偽の電磁的記録の供用に当たるかどうかが問われたその情報が、鉄道会社の財産処分の判断の基礎となる重要な事項であることが客観的に示されていれば、鉄道会社が当該事務処理システムの目的としていたことが明確になるのではないだろうか²⁹。そうすれば、その目的は、鉄道会社の改札業務という一般的な目的としてではなく、個別の自動改札機における目的として考慮され、当該目的に照らして真実に反する電磁的記録かどうか判断されることになるだろう。

では、鉄道会社の財産処分（出場許可）の判断の基礎となる重要な事項であ

²⁸ 前掲門田 133 頁は、「虚偽」の判断のあいまいさを回避するため、「虚偽の対象事実が重要性及び法益関係性を有することが限定要素として要求されるべきである」旨主張する。

²⁹ 前掲和田（注 3）117 頁の評価するところでは、「事務処理の判断の基礎となる重要な事項」はシステム内在的に限定されているのであるから、既に客観化されており、不法利得行為一般かどうかといった基準で重要事項性が判断されることはないということになるだろう。

ることを客観的に示すためには、何が必要だろうか。それは、結局のところ、実際に自動改札機に導入されている事務処理システムで示す必要がある。すなわち、電子計算機使用詐欺罪による保護範囲に含めることを求めるのであれば、入場記録も読み込んで出場の許否を判定する事務処理システム、本件であればフェアシステム K を導入しておく必要があったということになるであろう。もっとも、本件でフェアシステム K が導入されていれば、そもそも本件のような不正乗車は不可能であったはずであり、電子計算機使用詐欺罪が成立する余地がなかったことになるのであるが、フェアシステム K のようなシステムを導入しておけば、鉄道会社にとって入場情報が財産処分の判断の基礎となる重要な事項であることが明らかになっていたであろう。そして、そのことにより、不正乗車をする乗客を一人も取り逃がさないという鉄道会社の重要な目的も示され、何らかの方法で不正乗車が行われた場合には、刑法による保護の対象となり、電子計算機使用詐欺罪で処罰することができるだろう。

これは、暴力団員がゴルフ場を利用する際に、暴力団員であることを秘して申し込んだことが詐欺利得罪に当たるかどうかの判断が分かれた2つの最高裁決定において、被害者であるゴルフ場が、利用者が暴力団員でないことを確認する措置を講じていた一方の事案においてのみ詐欺利得罪の成立が認められ³⁰、刑法による保護の対象とされたことと共通の視点で考えることが可能なのではないだろうか³¹。鉄道会社が十分な措置を講じていれば、不正乗車を取り締まり、正規の運賃を徴収することが、刑法による保護に値するといえるであろう。

なお、本件では、発覚の経緯が警察官による中核派関係者の追尾にあったことを踏まえると、それがなければ発覚する可能性が極めて低かった事件であるといえるため、その事情からも、被害者である鉄道会社にとって正規の運賃を徴収することが、電子計算機使用詐欺罪における「虚偽の電磁的記録」該当性の判断の基礎となるほどの重要な目的となっていなかったといえることができるのではないだろうか³²。

4. おわりに

以上で検討したとおり、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた本判決には疑

³⁰ 最決平成26年3月28日刑集68巻3号582頁及び最決平成26年3月28日68巻3号646頁。後者においてのみ、詐欺利得罪の成立が認められた。

³¹ 2つの判例における暴力団であるかを確認する措置の比較検討をするものとして、富川雅満「判批」法学新報123(1・2)(2016年)215頁以下。

³² なお、本件キセル乗車が電子計算機使用詐欺罪の処罰対象にならないとしても、鉄道営業法29条による制裁の対象になる。

間が残る。キセル乗車については、それが悪質であり、刑法上の保護を与えるべき事案については、刑法の詐欺罪ないし電子計算機詐欺罪を適用すべきであろう。しかし、鉄道営業法 29 条による制裁もあり、不正乗車であれば全て刑法の処罰対象になるわけではなく、当然ながら、構成要件該当性を慎重に判断しなければならない。これまでの判例で採用されてきた「虚偽の電磁的記録」について当該システムの目的を実質的に考慮するという解釈は、人の事務処理の用に供する電磁的記録の社会的意味を考えれば、理に適った解釈であり支持することできる。前記 3-6 で検討した東京高裁平成 24 年判決においては、自動改札機の手務処理システム設置者が入場情報も判定対象としていたのであるから、真実に反する「自動改札機未設置駅から入場したとの入場情報を読み取らせた」ことをもって虚偽の電磁的記録の供用があったと認定したことに異論はない。しかし、同事案とは異なる事情のある本件において、本判決は、当該事務処理システムが機能的に認識不可能な情報を読み取ることが目的としていたとし、機能的に読み取ることができないのに読み取ったと認定したのである。これは、可能な字義の範囲を超えた解釈であり、また、処罰するという結論が先行した類推解釈にほかならないのではないだろうか³³。経済取引分野においては、民事的な損害賠償等による解決が優先されるべき場合もあり、刑法による処罰は、より謙抑的であるべきである。被害者である鉄道会社が、財産処分の判断の基礎となる重要な事項としていたことが当該事務処理システムから明らかである場合に限って、真実に反する情報を提供することが「虚偽の電磁的記録」の供用に当たると解することは、処罰範囲を明確にすることに資すると考える。そうではなく、「虚偽の電磁的記録」の対象を安易に拡張する解釈は、不当な処罰範囲の拡大になるおそれがある。

本件は、第一審判決と控訴審判決の判断が分かれた事案であるが、第一審判決の方が一歩先を行っており、本判決はそれに応答していないとも評される³⁴。当該事務処理システム自体からうかがえる目的から判断した点においても、第一審判決は基準が明確であり、今後も参考になる解釈を示した判決といえるのではないだろうか。本件は上告中であり、最高裁の判断が待たれる。

やまなかじゅんこ（本学法学部講師）

³³ 前掲前田 191 頁は、「虚偽の情報」を狭く解することにつき、「その論拠として、『罪刑法定主義の要請だ』とするのでは、何の説明にもなっていない。刑罰謙抑主義と言っても、『常に狭い解釈が正しい』という命題は、少なくとも刑法解釈論においては、妥当しない。」と述べるが、罪刑法定主義及び刑罰謙抑主義が刑法理論解釈における基礎となる重要な基本原則であることに照らし、賛同することができない。

³⁴ 前掲和田（注 12）157 頁。

【論説】

エスノメソドロロジーによる社会秩序の探究

—「法の相互行為分析」(2)—

北村隆憲

目次

【概要】

- 1 エスノメソドロロジーの考え方
 - 1.1 エスノメソドロロジー
 - 1.2 「社会秩序」の問い：社会秩序はいかにして可能か？
 - 1.3 日常活動の「秩序」：理解可能性／説明可能性
 - 1.4 「三目並べをする」：行為の理解と産出の方法の同一性
- 2 「違背実験」とその意義
 - 2.1 「部屋のなかを歩く」「本のページをめくる」：「見えていても気づかない」性質
 - 2.2 「挨拶をする」「精確さを要求する」：インデックス性／文脈依存性
 - 2.3 「偽カウンセリング」「下宿人としてふるまう」：ドキュメント的解釈法
- 3 社会秩序の「達成」
 - 3.1 「デートについて友人に話す」：「普通であること」をする
 - 3.2 「組立椅子を組み立てる」：「指示／教示」を実現する実践
 - 3.3 「行列に並ぶ」：「社会的事実」の達成
- 4 社会科学のアプローチとエスノメソドロロジー
 - 4.1 社会科学の「理論」とエスノメソドロロジー
 - 4.2 エスノメソドロロジーの研究対象
- 5 エスノメソドロロジーと「法」の接点
 - 5.1 「陪審員として振舞う」「死因を探索する」：エスノ・メソッドの探究
 - 5.2 「法と社会」の再特定：「生ける秩序」としての法
- 6 小括

【謝辞】

【参考文献】

【概要】

本稿は、様々な法的場面で生じるコミュニケーションを、「相互行為分析」のアプローチから探究する連載の一部である。本連載では、社会学で生まれ発展した「エスノメソドロジー(ethnomethodology)」と「会話分析(conversation analysis)」を総称して、「相互行為分析」と呼ぶ。本稿では、「エスノメソドロジー」に焦点を当てる。

「エスノメソドロジー」は、社会成員が相互行為／コミュニケーションを通じて、自他の行為や出来事を有意義な秩序として理解・産出する実際的な「やり方／方法」の詳細を経験的に研究する社会探究のアプローチである。エスノメソドロジーは、通例的な社会科学的な研究の考え方とは根本的に異なる社会探究の在り方についての理解に基づいて、それまでほとんど研究されることがなかったり見失われてしまっていたりしていた人間の思考と行為に固有の諸側面を描きだす。

本稿では、エスノメソドロジーの基本的な考え方を、具体例を使いながら呈示するとともに、エスノメソドロジーと「法」研究との密接な関係について説明する。そして、こうした角度からの法的場面のコミュニケーションの探究を、伝統的な「法社会学的思考」を再定式化して「生ける秩序としての法」を経験的に探究する研究プログラムとして理解できることを示唆する。

1 エスノメソドロジーの考え方

1.1 エスノメソドロジー

「エスノメソドロジー(ethnomethodology)」は、アメリカの社会学者ハロルド・ガーフィンケル (Harold Garfinkel) (1967, 1992, 2002) により、20世紀中葉以降、様々な社会学者や哲学者との知的格闘¹の中から生み出された、社会(秩序)を探究するためのアプローチである。

「エスノメソドロジー」という言葉は、ガーフィンケルが1950年代につくった英語の造語である。「エスノ」は社会成員である人々のこと、「メソドロジー」は「方法(論)」「やり方や手続き」のことを指す。

通常、学問の世界で「方法論」という言葉は、研究や調査のための原則や技術(質的研究、インタビュー調査、アンケート調査、など)のことを言うが、「エスノメソドロジー」における「方法論(メソドロジー)」という言葉は、研究対象である人々自身が日常生活で自他の行為や出来事を有意味なものとして実現している実践的な「方法論」のことを指すとともに、それについての学術研究のことも意味する。したがって、「エスノメソドロジー」とは、一言で言えば、「人々が日常生活の様々な行為や出来事を有意味な秩序として生み出す方法論」(の研究)ということになる。

このことの意味について、説明していこう。

1.2 「社会秩序」の問い：社会秩序はいかにして可能か？

私たちは、日々の社会生活のなかで、他者との間で様々な発言や行為の「やり取り」を行っている。そして、こうした「やり取り」を通じて、家庭、学校、職場などでのお互いの課題や業務を成し遂げている。その中には、大学のキャンパスで友人に会った時の挨拶に対して挨拶を返すこと、スマホの電話がなったらスマホを取り上げて応答して会話のやりとりを進めていくこと、授業で教師に質問をされて質問に答えること、会社の会議で新商品の販売計画について話し合うこと、道路を横断しようとしてちらっと左右を見て車が止まってくれたので道を横切ること、エレベータの乗客同士がじろじろ人を見たりしないで

¹ ガーフィンケルがエスノメソドロジーを生み出し展開する中で影響力のあった知的な潮流には、エドモンド・フッサールやアーロン・ギルヴィッチの哲学的現象学、アルフレッド・シュッツの現象学的社会学、そしてマックス・ウェーバーやエミール・デュルケムの社会学理論の「統合」を試みたタルコット・パーソンズの社会学理論、さらにはルートヴィヒ・ヴィトゲンシュタインの後期哲学などが挙げられる。ガーフィンケルはこれらの考え方を独特のやり方で再解釈することで、エスノメソドロジーのアプローチを生み出していった。

スマホを見たり入口上部の電光掲示板を見あげたりすること、自分が非難されたときに相手を非難し返すことなどの、家族、学校、友人、職場などの場面で生じるごく日常的な行為の「やり取り」もあるし、より特殊な状況、例えば、病院で医師に診断を受けるために会話をすること、買ったばかりのパソコンが不調でメーカーに問い合わせの電話をかけて修理を依頼すること、火事を見かけて消防に緊急通報すること、自分のトラブルについて弁護士に法律相談すること、裁判員制度の裁判員に選ばれて裁判所で被告人の有罪無罪について評議を行うこと、などのような専門的ないし制度的な行為の「やりとり」もあるだろう。

こうした「発言や行為のやりとり」は、「相互行為 (interaction)」と呼ばれることがある。それは、「発言や行為とそれへの応答 (の展開)」のことである。例えば、キャンパスで向こうから歩いてきた友人の「おはよう」という言葉に、「やあ、おはよう」と応じることは、その典型例である。本連載では、「コミュニケーション」というより聞きなれたコトバを、「相互行為」とほぼ同じ意味をもつものとしておきたい(ただし、前者の概念についての注意に関して前稿参照)。

私たちにとって、そうした社会生活で生じている自他の様々な行為や出来事は、ほとんどの場合に、何らかの意味をもち理解することができるものとして現れている。友人から「おはよう」と言われれば、「やあ、おはよう」と言い返すだろう。友人のその行為がどのような意味のあるもの(「挨拶」)で、自分のその返事がどのような意味のあるもの(「挨拶 (の返し)」)であるか、つまりあなたとその友人の間で生じていること(相互行為)が何であるのか(「友人同士のいつものやりかたでの軽い朝の挨拶」)について、多かれ少なかれ、一貫して安定的な意味をなすものとして、言い方を変えれば、「秩序」だったものとして理解することができる。

17世紀英国の思想家トマス・ホブズによれば、人々が自己の目的と手段を自由に選びかつ自己利益を追求すれば、人々は自己の欲望を達成するためにおたがいに争い合い、究極的にはその争いは「万人の万人に対する戦い」の様相を呈するはずである。そこには、「無秩序」や「混沌 (カオス)」はあっても「秩序」はありえない。そこで、ホブズは、各人が自己の自然権を放棄して主権者(「王」)に譲り渡す社会契約を交わすことで社会に秩序がもたらされると考えた。

その後20世紀中葉、米国の社会学者タルコット・パーソンズは、このホブズの提起した「いかにして社会秩序は可能か」という問題を「ホブズ問題」と名付けて、この「問い」こそ社会を探究する理論が解決しなければならない「社会秩序」の問題であるとして、ホブズの(架空の社会契約から論理的に導き足した)解法とはことなる回答を試みた。パーソンズはこの問題を、大ま

かに言えば、一方で、社会の規範やルールとその違反に対する制裁が制度化されることにより人々がルールを順守するとともに、他方で、家庭や学校教育などによる社会化により人々がその規範や価値を共通文化として内面化することから生じる自主的な遵守によって、社会秩序が生み出されるという考えを提出した。この考え方は、現在でも社会科学の世界で、標準的な考え方として、明示的・黙示的に、広く採用されているものである。

1.3 日常活動の「秩序」：理解可能性／説明可能性

「秩序問題」についてのこのパーソンズの解決案は、社会学者がつくりだした「理論」が与える枠組みを使って世界を理解・観察することにより、初めて世界は「秩序」あるものとして説明できるということを想定している。そして、こうした考え方の下では、「理論」をつくりだし利用する社会学者は、社会の人々が持たない優越的な知識を「理論」として獲得しており、それによって世界を「秩序」だったものとして観察することができると考えられている。

ハーヴァード大学でパーソンズの下で博士課程の大学院生として研究していたガーフィンケルは、その後、パーソンズの提出した考え方と決定的に異なるやり方で、「秩序問題」を探究する道筋を考案した。それは、「社会成員自身の観点」からこの「問い」に答えようとするものであった。

その際、ガーフィンケルは、この「問い」を次のようなものとして提起しなおした。私たち社会成員は、どのようにして、世界で生じる様々な行為や出来事を有意味で秩序だったものとして理解し、またそうした理解に基づいて他者とともに活動を行っていくことができるのだろうか、という「問い」である。そしてこの「問い」への解答を、パーソンズのように概念的抽象的な「理論」によって説明するのではなく、日常生活がそれ自体備えている秩序だった性格を社会成員自身の観点から研究するという試みの中で与えようと提案したのだった。つまり、ガーフィンケルにとっては、社会秩序がいかにか成立するのかという問題は、社会学の「理論」による「解決」を要せず、社会成員にとっての「問題」へと変換されたのである。

より具体的には、ガーフィンケルが提起したのは次のような考え方である。

それは、社会成員²としての私たちは、実際の³で常識的な知識や推論³の共有された「やり方／方法」——つまり、「成員の方法論（エスノメソドロジー）」——を使って、行為や出来事を有意味で秩序立ったものとして「達成」⁴し続けている、という考え方である⁵。言い換えれば、社会が秩序だったものとして私たちに理解できるのは、社会を研究する研究者や理論家たちによる理論的・科学的な合理性に基づく解答を待つまでもなく、社会成員自身たち自身が居合わせ

² ここで「社会成員」は英語では「member（メンバー）」である。「メンバー」といっても、何らかの組織やグループが存在していてそこに属しているとされる個人の集まりという普通の用法とは異なることに注意。エスノメソドロジーで「メンバー＝社会成員」とは、自然言語を駆使できることを含む、日常世界の様々な有意味で理解可能な出来事としての社会秩序を協働して達成していく「やり方／方法」を駆使できる相互行為の担い手たちのことである。一言で言えば、「社会秩序」を創り出すことができる行為の担い手たちが「メンバー」である。逆にそれができていることがお互いに示されることによって、その者たちが「能力」を備えた「メンバー」であることが確認される。この「能力」は場面／状況ごとに異なる。例えば、日常会話で適切に「順番交替」をするやり方を使いこなせるという能力だけでは、法廷で適切に適性証人に対して「反対尋問」というものをそれとして適切に実現できる能力を持つ「メンバー」とはなれないだろう。

ただし、とりあえずは、「メンバー（社会成員）」とは、素人であろうと何らかの専門家であろうと、様々な日常的・専門的活動に従事している社会に生きる「私たち」のことと考えておいて差し支えない。

³ 注意をすべきことは、エスノメソドロジー（と会話分析）にとって「知識や推論」は、人の脳内での心的・認知的プロセスや私的な経験における意識の流れなどのことではなく、相互行為の詳細の秩序のなかに呈示されている。これを分析的に解明することがその探究となる。

⁴ 私たちは、通常、世界の出来事や行為がもつ意味性／秩序性を自明視（当たり前のことと考えてそれ自体には注意・関心を向けず）しているから、行為や出来事の意味が自然に存在しているように感じる。この「達成」という言葉は、私たち自身が、固有で系統的な「やり方／方法」を使って、その場面の秩序を継続的に理解可能なものとして実現していくプロセスに焦点を当てるために用いられている。

⁵ 注意を要するのは、本文で〈行為や推論の「やり方／方法」が共有されている〉ということが意味するのは、人々の頭の中に何らかの同一内容の「解説表／解説ルール」が存在していて、それを使って自分の発言や行為の意味について他者と相互理解している、といったことではない。後の説明でも示していくように、重要なポイントは次である。（1）共有されているのは実体としての知識内容そのものというよりは、とりわけその「使われ方」の知識であること、（2）その使われ方は常にその時々固有の「文脈」（状況）のなかでそれに即して利用されること、（3）その「文脈」自体も固定的なものではなく流動的であること、（4）「文脈」とそこでの何らかの「行為」とは相互反映的なやり方で結びついていること、（5）各行為や推論はその都度いわば手元の課題にとって充分な程度に「暫定的」なものであること、（6）こうしたその都度暫定的な行為や推論が他者のそれと結びついていく（連鎖する）ことを通じてその中で、当の推論や行為が展開されるとともに、相互理解（「誤解」についての相互理解を含む）もまたその都度作り上げられていくこと、などである。

る特定の社会的場面や状況において、彼らの固有の日常的な「合理性」に基づいて、その行為や出来事を秩序だったものとして絶え間なく「達成」しているということである。

そこから、ガーフィンケルは、社会成員がこの社会的世界の活動や出来事をそれとして実現する「やり方／方法」を直接に観察することによって、「社会」や「社会秩序」をありのままに探究する研究アプローチを「エスノメソドロジー」という名の下で提案したのだった。そして、こうした探究が実際に可能であることを、それまでほとんど研究されることがなかったり見失われてしまっていたりしていた人間の思考と行為に固有で重要な諸側面を描き出す研究例を提示することによって、例証しようとしたのである。つまり、エスノメソドロジーは、こうした有意味で秩序だったものとしてひと目で理解したり説明したりすることができる行為や出来事が、どのようなやり方によって生み出されているのかを、相互行為の直接の観察による、経験的研究を通じて明るみに出そうとするものとして提案されたわけである。

今、「(行為や出来事を) 有意味で秩序立ったものとしてひと目で理解したり説明したりすることができる」と言ったが、こうした私たちにとっての社会生活の性格を、ガーフィンケルは、「説明可能 (アカウンタブル)」という言葉で呼んでいる。

エスノメソドロジーの考え方とその研究例を示したその著書『エスノメソドロジー研究』(1967)の冒頭で、ガーフィンケルは次のように述べている。

「エスノメソドロジーによる研究は、社会成員が日常の諸活動を、実際上の目的にとって十分に、観察可能で報告可能なもの、つまり説明可能 (accountable)にする彼らの方法を分析する。」(Garfinkel 1967: vii)

ここで、「観察可能で報告可能」という言葉が、「説明可能 (アカウンタブル)」という言葉に言い換えられている。英語の「アカウンタブル」は、辞書上の語義としては「(理由や原因や動機を) 説明／報告／釈明することができる」あるいは、これらのことを「する責任を負う」ということを意味する⁶。ガーフィン

⁶ この「アカウンタブル」ないし、その名詞形である「アカウンタビリティ」という概念は、本稿全体で示すように、ガーフィンケルが提示する他のいくつかの重要な概念（後述のように、「インデックス性／文脈依存性」、「ドキュメント的解釈法」、「相互反映性」、など）とともに、社会研究にとって豊かな含みをもつ。ガーフィンケル自身は、この概念を定義して使っていない。彼は、この概念を先のような辞書的な意味を踏まえながらも、社会と人間の活動の性格のもつ重要な諸側面を捉えることができるように新たな角度からとらえ直し、次のように、より精妙

ケルは、この言葉に、先の辞書の定義を超えて、社会研究のためにより豊かなニュアンスを与えている(Cf. Koschmann 2019)が、とりあえず本稿では、「アカウンタブル」という概念を、「日常生活の様々な出来事や活動を有意味で秩序立ったものとしてひと目で理解したり説明したりすることができる」こと、と理解して出発してほしい。

また、「実際上の目的にとって十分に」という言葉は、私たちが日常生活で達成しているこうした「理解可能性／説明可能性」は、科学的／学術的な合理性や厳密性に基づくというよりは、その都度の日常的状況と与える手元の課題を適切に進めていくという実践的な目的にとっては十分な程度という暫定性の下で進められているということの意味する。

したがって、先のガーフィンケルの引用を言い換えてみれば、エスノメソドロジー研究とは、「人々が日常生活の様々な出来事や活動を（実際上の目的にとって十分な程度に）有意味で秩序立ったものとしてひと目で理解したり説明したりすることができるように達成している、その方法・やり方を研究する」社会探究のアプローチであることになる。本連載では、「アカウンタブル」と「アカウンタビリティ」を、「理解可能（性）／説明可能（性）」と表記しておく。

1.4 「三目並べをする」：行為の理解と産出の方法の同一性

で豊かな含意を込めて用いている。

エスノメソドロジー研究の出発点となる前提ないし中心原理の一つは、行為や活動は、自明視されてはいるが共有され日常的で秩序だった「やり方／方法」が用いられることによって、その行為や活動の意味——なぜその特定の行為が特定の時に特定のやり方でその状況において行われているのか等——が（行為者の内心に隠されているのではなく）他者に対して可視的に示されている、というものである。このように行為の意味が可視的である（他者に示されている）ゆえに、その場面のその活動に適切に参加する相互行為上の能力がある成員（その能力はその活動への適切な参加により示される）であるならば、その行為とそれが生じている状況とを一目で容易にそれとして「観察する」（見分ける）ことができるとともに、その行為の意味を他者に「報告する」（語る）こともできることになる。そして、その行為や活動を「観察すること」や「報告すること」それ自体、それが生じている場面や状況の一部であり、そのことにより、その行為や活動とそれが生じる場面や状況が秩序だったものとして（少なくとも、当面の目的にとっては十分な程度には）相互に理解可能な相互行為の秩序が生じることになる。また、同時に、こうした相互理解と相互行為の秩序が生まれ維持されるためには、その成員たちには上記と同様の「やり方／方法」を使ってその行為を適切に生み出したりその意味を適切に理解したりすることが相互に要求される。「アカウンタブル」、ないし「アカウンタビリティ」という概念は、自他の行為や活動とそれが生じる場面についての、「ひと目で理解したり説明したりすることができるし要求もされる」ような可視的な相互理解のあり方と相互行為の秩序に言及するものである。

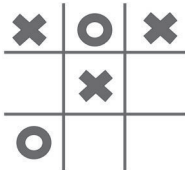
ガーフィンケルは、先の著書の中で、次のように、出来事を「理解可能／説明可能」にする社会成員たちの「やり方／方法」は、同時にそれらを「生み出す」ために利用される方法でもあると示唆していた。

「社会成員が日常の出来事を秩序立ったものとして生み出し維持していく活動は、これらの場面を説明可能／理解可能にする成員の方法と同一である。」
(Garfinkel 1967:1)

行為や状況を「理解する」やり方とそれを「生み出す」やり方が同一であるとはどのような意味だろうか？

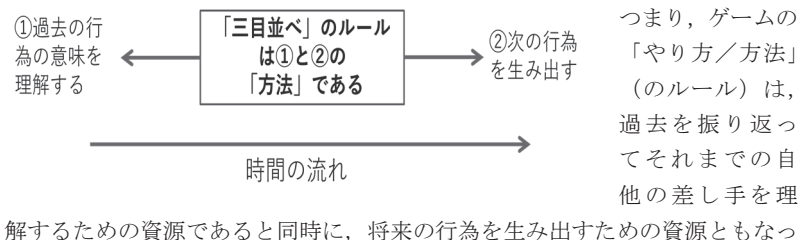
このことを理解するために、「三目並べ」のゲームを例にとってみよう。よく知られているように、このゲームのルールは、「2名の参加者で先行・後攻を決めて、どちらかが「○」でどちらかが「×」を交互に空いたマスに書き込んでいき、最終的に縦・横・斜めのいずれか1列に3個自分のマークを並べた方が勝ちとなる」というものである。例えば、あなたが「○」プレイヤーで、次の【図1】の状況で、次の一手を指す順番となっていると想像してほしい。

【図1】



ここであなたが、「真剣に」ゲームに取り組んでいるのであれば、最下段の右に「○」をマークすることになる（もし最下段の真ん中にマークしたとしたら、「わざと負けようとしている」と言われてしまうだろう）。この時あなたは、これまでのゲームの成り行きを理解するためにゲームのルールを参照するとともに、次の一手を決めるためにもこの同じルールを参照することになる。また、相手のプレイヤーも同様であろう。この事情を、次の【図2】のように図式的に表すことができる。

【図2】 (Heritage and Clayman 2010:11)



ている。つまり、行為を「理解」する方法と行為を「産出」する方法とは同一であることになる（Garfinkel 1963; Heritage and Clayman 2010:10-11）。

つまり、ある行為を実行することとその行為を理解することとは、同一の「やり方/方法」に関する知識を異なる仕方で行使することなのである。このような意味において、ある行為を理解する能力とその行為を遂行する能力とは同じタイプのものであるということだ。

ここで三目並べについて述べたことは、日常活動やコミュニケーションの全てについても当てはまる。ただし、その際には、自他の行為の理解と産出のために必要なのは、上記の例でのような特定のゲームにおけるような明示的な「ルール」なのではなく、日常的諸活動とコミュニケーションを私たちが行っている「やり方/方法」ということになる。つまり、もし参加者たちが自然言語（例えば、日本語）の使用に習熟しておりそれを明示的黙示的に使用して様々な社会的に必要な諸活動を実際に行うことができる能力（実践知）を身に着けているならば、一方で、話し手がある「やり方/方法」で発言をリアルタイムに生み出して（組み立てて）いくことに応じて、他方で、聞き手はそれと同じ「やり方/方法」を用いてその意味を理解していくことができる⁷。

こうした「やり方/方法」は、社会成員が明示的に意識したり言葉にしたりすることができる必要はない。むしろ、それは、自明視されているために、「見えているのに気づかない」ものとして利用されているのである。私たちは、社会生活における様々な相互行為において、明示的に意識したり言葉にしたりすることなく、「有意味で秩序だったものとしてひと目で理解したり説明したりすることができる（アカウンタブル）」ような「秩序」を達成し続けているのである。

以上のことをより良く理解するために、社会成員としての私たちが、このよ

⁷ ここで「その意味を理解する」というのは、語彙や文法規則の特定の使用法についての理解だけではなく、その発言において何が前提とされているのか、その発言がこの特定の状況や文脈においてどのような行為をするものであるのか、またその発言や行為を行うことは他者がどのような推論をすることを可能にするのか、などについての理解も含まれる。

ただし、行為を理解する能力は、その行為の遂行のために必要な能力と同程度の能力でなければならないわけではない。この三目並べについての延長として、将棋を考えてみよう。ある人が将棋の天才的能力を持つと私たちが判断するために、見物人がそれと同等の天才的能力を持つ必要はないが、その理解は、彼らがどの程度将棋に精通している（「やり方/方法」を体得している）かにかかっている。

また、むしろ、指し手の意味を「誤解」する、ということはあるだろう。例えば、将棋を指している人の戦術を相手が読み違えたという場合、その読み違えた一手もまた将棋において可能な一手であると理解できる限りにおいて、「誤解」もまた将棋の「やり方/方法」（のルール）を知っていることの副産物なのである。

うに社会秩序を達成していくいくつかの場面についての具体例を使って検討してみよう。

2 「違背実験」とその意義

2.1 「部屋の中を歩く」、「本のページをめくる」：「見えていても気が付かない」性質

私たちが様々な社会的状況において「理解可能／説明可能」な秩序を生み出す「やり方／方法」は、日常生活のあらゆる行為や出来事を私たちが生み出したり理解したりする際にいつでも利用しているものである。

しかし、通例的（当たり前、ノーマル）なやり方で物事が成し遂げられているときには、それを達成している「やり方／方法」は、自明視・当然視されているので、私たちはその作業の詳細に気付かないし、また、そこに関心を向ける動機付けもないことが普通である。つまり、こうした社会秩序を作りあげている私たちの「やり方／方法」は、「見えていても気づかない（seen but unnoticed）」（Garfinkel 1967）という性格をもつものなのである。

このことが分かる具体例として、TVドキュメンタリー番組の出演者が、撮影スタッフに対して「自然に振る舞う」ことを行おうとした経験について語っている以下の一文を読んでみよう。

「ランチの後、私は、プロデューサー、カメラマンとともに滞在先のホテルに戻ってきた。私が廊下を歩いて部屋のドアを開け、自室に入っていく場면을撮影することになっていた。私は、歩き方、ドアの開け方、そして部屋の入り方を自分が知っていることには当然自信があった。しかし実際にはそうでなかったのである。私はこの場면을うまく行うのに4回やり直しをしなければならなかった。

次にディレクターは、私が部屋で本を読んでいる場면을撮影したいと言った。何十年も本を読むという行為をやってきたはずなのに、私はこれもうまく行うことができなかった。本のページをめくる場면을撮るのに、7回もやり直しをさせられた。このようなシーンはテレビで数えきれないほど見たことがあったはずなのに、私はそうした場面がテレビで放送されるためにはいかに手数が掛けられているかということに初めて思い至ったのである。

自分の顔の前にカメラを持ってこられた状態で自然に振る舞おうとして、誰かに「もっと自然に動いて」などといわれることほど神経が苛立つことはない。次の撮影現場に到着したときには、私は疲れ果てて使い物になら

ない状態になっていた。」(Polly 2007:58 cited in Garcia 2013)

「部屋のなかのあちからこちらへ歩く」という行為も、「本のページをめくる」という行為も、私たちが普段何の気なしに当たり前に行っているものである。そして、そうした日常的な活動を行う際、それをどのようにやっているのかということを明確に意識することなくやっているのが普通だろう。

部屋の中を歩いていて偶然置いてあったバッグにぶつかって躓きそうになるとか、本を読んでいてページをめくろうとしたらページの紙が次のページにくっついて離れない、とかといった、普通生じないような何らかの「トラブル」が起きてしまった場合にのみ、私たちはその活動をしていることを意識し、その「やり方／方法」を積極的にコントロールしようとする。

したがって、上の例は、私たちが日常的に参加している通例的で当たり前の行為を行うということが、状況が通例的でない場合にいかに難しく問題を生じさせるものとなるかということを示している。また、同時に、その反面として、私たちが日常的な普通の活動を行う際に実際になされなければならない作業をいかに自然に／当たり前に行っているかということをも物語っている。私たちは、通例的でないことが生じることによって通例的なことに気がつかないことがなければ、こうした当たり前のことを行うために従っている「やり方／方法」に気が付いていないことが普通なのである。

それでは、こうした、普段は「気づかれる」ことのないように暗黙裡に社会秩序を達成している「やり方／方法」を系統的かつ明確に明るみに出すためにはどうしたらよいだろうか。ガーフィンケルは、そのために「違背実験 (breaching experiments)」と呼ばれる興味深い実験を考案した。この実験は、私たちが共有していると想定される暗黙の知識や想定にわざと違反することによって、その暗黙の「やり方／方法」についての知識や想定を明るみに出そうとしたものであった。私たちは、通例的でないことが生じることがなければ、当たり前のことを行うために従っている方法や手続きに気づかないからである。

2.2 「挨拶をする」「精確さを要求する」：インデックス性／文脈依存性

違背実験の一つは、ガーフィンケルの授業を履修している学生（実験の課題を命じられている実験実施者）に対して、やり取りの相手（何も知らない知り合いの学生）のありふれた言葉の意味をわざと明確にするように要求するというものである。

（向こうからやってきた被験者の学生は嬉しげに手を振っている。）

被験者：調子どう？

実験者：君は何に関する調子を尋ねているの？ぼくの身体の調子？僕の恋人の調子？僕の学校の成績の調子？ぼくの心の調子？ぼくの・・・？

被験者：(顔を赤く染めて、突然の怒りを抑えきれずに) おい！僕はただ礼儀正しくしようとしているだけだよ。そもそも君の調子なんて気にしてなんかいないさ。

(Garfinkel 1967: 44)

この実験での被験者の発言、「調子どう？」は、この発言自体を単独で考えれば、何についての「調子」について尋ねているのかをはっきりと述べていないという点で、確かにとても曖昧なものであるといえるだろう。私たちは学校でも、言葉を精確・厳密に使いましようと言われてきた。だとすれば、「調子どう？」という“曖昧な”発言が自分に向けられた場合、「何の」調子について尋ねているのかと相手に尋ねて“精確”な意味を知ったうえで“精確”に返答しようとするのが、なぜ相手を怒らせてしまったのだろうか？

しかし、実際には、私たちは普通、友人の学生と出会った際の冒頭でこの言葉が発せられたならば、それを真剣な「質問」と理解して、精確に答えるためにその質問の趣旨を明確にするように問いただしたりはしない。その代わりに、その発言を端的に「挨拶」と理解して、「まあまあだよ」といった具合に「挨拶返し」を行う。つまり、私たちは、他者の発言や行為をそれが生じている「文脈」(ここでは、「友人と大学で出会ったときの冒頭」という「文脈」)にそって自然にその発言を「挨拶」と理解して、それに対して「挨拶返し」を行なうのである⁸。要するに、私たちは、通常、発言を自然に特定の「文脈」のなかで発したり理解したりしているということである。

ガーフィンケルは、このことを、「インデックス性 (indexicality)」という概念を用いて検討している。「インデックス」とは、索引や見出しのことである。例えば本の索引や見出しは、その言葉の本文中の位置を指し示しているから、その言葉を該当する本文という「文脈」のなかで読むことによってその言葉の意味が分かる、そうした性質が「インデックス性」である。そして、この説明で明らかのように、インデックスは、その「文脈」に置かれることではじめてその意味が明確になるという意味で、「インデックス性」とは「文脈依存性」の

⁸ これに対して、大学の授業中に机に突っ伏して寝ている学生に、教師が近づいて「調子どう？」と言ったとき、学生が飛び起きて「まあまあです」と「返事」をしたら教師は怒り出すかもしれない。しかし、学生はこのような時に決まって「あ、すみません」などと「謝罪」をすることによって、教師の先の発言を「挨拶」ではなく「非難」として理解したことを示すのである。このとき、この学生は適切に「調子どう？」という言葉が使われている「文脈」を理解していることになる。

ことと言ってよい。

言葉や発言の意味が「文脈」に依存するという現象は、古くから哲学や言語学で知られていた。例えば、代名詞の「それ」「彼女」「彼ら」「私」とか、直示表現と言われる「そこ」「ここ」「今」といった表現は、それがどのような時や場所において誰に対していつ言われたかによって意味が変わってしまう。そして、「調子どう？」という発言は、代名詞でも直示表現でもないが、「インデックス的／文脈依存的」であることは、先の例から明らかだろう。したがって、ガーフィンケルの「インデックス性」という概念は、あらゆる発言や行為を「インデックス的／文脈依存的」なものとしてラディカルに捉えなおしたものであるといえる。

しかし、あらゆる言語表現や行為に文脈依存性があるとするれば、発言や行為などの出来事は、それ自体としては意味が不明確で常に「曖昧」なものであるという問題が生じる。このことは、とりわけ「科学者」にとっては重大な問題である。というのは、彼らは、データから「客観的」であるとともに、データの個別性を超えた一般化可能な言明を導いてその「真偽」を客観的・科学的に判断するという能力故に、科学的知識の優越性を主張することができるからである。

例えば、次の発言を例に考えてみよう。

【発言 1】

「もう、（水は）充分温くなっているよ」

科学の世界では、こうした表現は「曖昧」であり「主観的」とであるとされて、特定の時空間の表記や固有名詞あるいは専門用語を使うことにより、例えば、次のような「客観的」な表現へ言い直されるだろう。

【発言 1a】

「H₂O の温度は、日本標準時 18 時 53 分、摂氏 45 度である」

「科学」は、このような「厳密」で「客観的」な命題をつくりだしたりその真偽を確かめたりすることにより、独特で系統的な「理論的」な知識体系をつくりだしている。

「インデックス的／文脈依存的」表現を厳密で客観的な表現に「修復」しようとする指向は、上の例が示すような自然科学だけではなく社会科学においても同様である。社会科学者は、典型的な方法として、観察された何等かのデータを、理論モデルによってあらかじめ定めておいた変数へと変換し、変数間の

関係を検討する。そして、そこから社会的世界についての「客観的」記述を生み出すことができるのである。しかし、ガーフィンケルによれば、その際、人間の思考や行為にとって本質的に思える、「インデックス的／文脈依存的」な発言や行為といった日常的な「曖昧さ」は、研究者の目前から考察対象として消え去ってしまうことになる。

それでは、「インデックス的／文脈依存的」な表現を「客観的」な表現に言い直すことによって、あらゆる「インデックス性／文脈依存性」を「修復」することができるかという、実は、必ずしもそうはいかない。

上の【発言 1】が【発言 1a】に「修復」された例を再検討してみよう。修復後の「精確な」発言は、科学の実験などを行っている状況では、その実験という課題にとっては十分に「客観的」だろう。しかし、この発言が、あなたと同居するパートナーからの次のような質問に対して発せられた応答だったとしたらどうだろう。

【会話 1】

パートナー：「お風呂はもう充分温かいかなあ？」

あなた：「H²Oの温度は、日本標準時 18 時 53 分、摂氏 45 度である」

きっとあなたの応答は、パートナーに、人を馬鹿にしているとか何かの冗談かと思われてしまうに違いない⁹。つまり、「厳密」で「客観的」に見えた表現もまた、「インデックス的／文脈依存的」であることを免れないということになる。つまり、「インデックス性／文脈依存性」から生じる「曖昧」さを、別の「厳密」「精密」「客観的」な表現に言い直してみても、その言い換えられた表現にもまた文脈依存性があることになり、さらにその発言をより厳密に言い直してみても、同様の問題が生じ続けることになる。

別の言い方をすれば、【例 1a】の「厳密」で「客観的」な発言も、科学の実験状況という特定の場面という「文脈」に依存して初めて適切なものとして理解されるのだから、そもそも【発言 1a】は【発言 1】の代わりをしているのではなく、それぞれの発言がそれぞれの固有の使用法を持っているということになる。そして、こうして、すべての発言や行為は「インデックス的／文脈依存的」なのだとなれば、「インデックス的表現」と「客観的表現」との区別がそもそも意味をなさなくなるのではないだろうか。

いずれにしても、私たちは、実際のコミュニケーションにおいて、このような無限の言い直し地獄に落ち込んだり、すべての発言や表現が「文脈依存的」

⁹ リンチ (1993=2012)の例を改変して利用した。

であることに慄いてコミュニケーションを進ませることができなくなってしまうかということ、そんなことはない。私たちは、社会生活において、「インデックス性／文脈依存性」を除去しようと試みるのではなく、その場面での当面の課題（例えば、会話をする）にとつて十分な程度には適切な意味付けや相互理解を成し遂げているのである。そのことは、社会成員は、「インデックス性／文脈依存性」をものともせず、それぞれのコミュニケーションの場面の展開の多様な「文脈」の中で、固有の合理性をもつ「方法／やり方」を利用して、その場面を「説明可能／理解可能」なものとして生み出しているということの意味する。あらゆる発言や行為が「インデックス性／文脈依存性」をもつということは、社会成員の社会秩序を生み出す日常活動にとつての「障害」なのではなく、むしろそのための「資源」だということである。このことを、ガーフィンケルは、先に言及した著書の中で、つぎのような言葉で述べている。

「文脈依存的表現やその他の実践的な行為は合理的な性質をもっており、この合理的性質は、日常生活の組織だった巧みな実践によりその都度の場面に応じて成し遂げられていくものである。私は、このような性質の探究のことをエスノメソドロジーと呼ぶ。」(Garfinkel 1967:11)

ここで「合理的」という言葉は、科学的な「合理性」というよりも、日常的・常識的な知識の使い方により理に適って意味が分かる、という意味における「合理性」のことである。つまり、エスノメソドロジーにとつて、「インデックス性／文脈依存性」とは、発言や行為の意味が「曖昧」なものであるということを表わす概念なのではなく、その一見した曖昧さを、社会成員がなんらかの「方法／やり方」を使って、その都度の状況や場面に応じて、自他の手元の目的や課題にとつて十分な程度には、「説明可能／理解可能」な秩序だったものとして成し遂げ（達成）しているということを指し示すものなのである。そして、エスノメソドロジーの問いは、どのようにしてこうした「達成」がなされているのかを探究することである。

ここで、本節の冒頭で示したガーフィンケルの違背実験に戻ってみよう。私たちは、通常、「調子はどう？」という発言を真剣な「質問」と理解することなく、友人と出会った冒頭で相手はその発言をするという「文脈」との関係で理解して、どのように振る舞えばよいのかを——つまり端的にそれを「挨拶」と理解して「挨拶を返す」という行為をすべきという「やり方／方法」を——知っており、そしてその知識を実践的に利用している。それに対して、この実験での実験者の応答は、私たちが暗黙裡に利用しているこうした「インデックス性／文脈依存性」を意図的にないものとして振舞うことによって、日常生活の

活動やコミュニケーションに本来備わっている「インデックス性／文脈依存性」の存在を露わにするものとして設計されていたのである¹⁰。

それでは、人の行為や活動や出来事の理解のあらゆる場面に生じるこうした「インデックス性／文脈依存性」は、人々のどのような「やり方／方法」によって、「説明可能／理解可能」なものとなるのだろうか。その一側面として、ガーフィンケルが見出したものは、「ドキュメント的解釈法」という人々の「やり方／方法」である。

2.3 「偽カウンセリング」「下宿人としてふるまう」：ドキュメント的解釈法

ガーフィンケルが行ったもう一つ別の違背実験は、次のようなものであった。学生被験者は、個人的問題へのアドバイスを受けるため新しい心理療法開発のために、学生はコンピュータの画面を通じて別のブースにいるセラピストとやり取りをしてもらう実験を実施すると説明された。学生は、「はい／いいえ」の回答が得られるような質問だけをするよう求められた。しかし、学生に知らされていなかったことは、実際にはセラピストは存在せず、学生の質問に対してランダムに「はい」か「いいえ」の回答が返されるようになっていたことである。

学生：僕は今の大学での専攻を変更すべきかどうか知りたいのです。僕は物理学専攻なのですが、成績に問題があって、物理学では平均はCグレードを取るのには難しいかもしれません。だから、数学専攻に変更したいと思っています。数学は少し苦手なところもあるのですが、まあ何とかやっていけるかなと思います。この大学の数学のコースはいくつか失敗していて、すべて再履修してCグレードを取りました。数学のある授業ではもう少しでBを取れるところでした。他の授業よりは少し多めに勉強したからです。で、僕の質問ですが、自分の専攻を変更すべきかどうかということです。

実験者：回答は「いいえ」です。

被験者：ああ、セラピストの回答は「いいえ」ですか。もし専攻を変更しないとすると、今学期はあまり成績がよくないから、物理学関係の授業の失敗を取り返さなければならぬけれど、それはかなり難しい

¹⁰ この実験が示すもう一つの重要なポイントは、共有されていると想定されている社会的な期待（ここでは、「挨拶」には「挨拶を返す」ことが適切なものとして期待されていること）が破られ、通例的な手続きが行われない場合、人々はとても情緒的・感情的に反応するということである。こうした期待は、単に認識的なものではなく、「道徳的」なものでもあるということである。

だろうなあ。今学期なんとかA評価を7個取れば、たぶん2月には物理学の修士号を取ることができると思うんだけど、でもそれでも核物理学で失敗したスティグマに背負うことになるんです。僕はほんとに核物理学の勉強が嫌いなんです。でも、核物理学の授業番号124は、物理学で修士号をとるための必修科目の一つなのです。僕が授業124番を履修しなければならないということを前提にすると、物理学の修士号を取れると思いますか？

実験者：回答は「はい」です。

被験者：セラピストの返事は「はい」なんだ。どうして修士号を取れるのか僕にはわからないけれどなあ。僕は理論家としてはそんなに優秀ではないし。僕の学習習慣は最低なんです。読書スピードは遅いし、充分勉強時間に宛てていないし。僕の学習習慣を向上させることができると思いますか？

実験者：回答は「はい」です。

(Garfinkel 1967:85-6)

被験者の学生は、偽セラピストから返された「はい/いいえ」の返答を、回答がでたらめなものだとか、不合理だとか、役に立たない、などと言って拒絶するどころか、そのランダムに返された回答から何らかの明確な意味を理解することができたのである。被験者の学生たちは、その「はい」「いいえ」の返答の背景に存在すると思われるセラピストの考え方や理由を推測することによって、返された回答に対する説明/解釈を生み出した。セラピストからの回答の「はい/いいえ」はランダムに出されているので、当然回答と回答の間には矛盾が生じる場合があったが、被験者の学生は、その場合にも、その矛盾を何とか解消するような努力を行って、辻褃の合った“合理的”な理解をつくりあげたのである。

ガーフィンケルは、被験者の学生が行っていたこうした実践的な推論方法を「ドキュメント的な解釈方法 (documentary method of interpretation)」と呼んでいる。

「この方法は、実際に現れている事柄を、その背景にあると想定されたパターンの「証拠」として、それを「指し示すもの」として、あるいは、それを「代表する」ものとして扱うことより成っている。そして、背景的模式は個々の証拠とされる事柄から引き出されるだけではなく、個々の証拠となる事柄が今度は背景的模式について「知られていること」に基づいて解釈されるのである。」(Garfinkel 1962: 69f)

この実験では、被験者たちは、一つ一つのセラピストの回答の背後に何らかの説明や理由があるものと想定した。つまり、「はい/いいえ」の返答は、特定の背景的なパターンの下にある「ドキュメント(書類=証拠資料)」として扱われていたのである。

つまり、私たちは、他者の発言や行為という「ドキュメント」を読むだけでなく、その行為が生み出されるのにどのような背景的知識が使われているのかについて推論し、今度は推論されたその知識を当の発言や行為の理解のために用いる。それは、発言や行為とそれが生じる文脈とが相互に証拠づけ合うとともに敷衍し合うという、「相互反動的(reflexive)」な「方法/やり方」なのである¹¹。

また別の違背実験では、ガーフィンケルの学生である実験者は、自宅の間借りしている下宿人のように振舞うように指示された。

(学生は、自宅のキッチンで母親を前にして冷蔵庫を開けようとしている)
 実験者：冷蔵庫からスナック菓子を戴いてもかまいませんか？
 母親：「お菓子をいただいても構いませんか？」ですって？あなたは20年以上も私にそんなこと尋ねたりせずにこの辺でお菓子を食べてきたのよ。いったいあなたどうしちゃったの？アルバイトを首になったの？病気じゃないの？下手な悪ふざけなの？・・・

(Garfinkel 1967: 47-8 から再構成)

この違背実験の実験結果もまた、「ドキュメント的解釈法」を例証するものである。これは、学生がその家族の一員としてではなく、下宿している他人のように振舞った際に、その行為を学生の母親がどのように解釈したかに関わる。母親は、学生の行為を文字通りに受け取らなかった。母親は、学生の行為を、

¹¹ ガーフィンケルがこの概念を借用したカール・マンハイムが挙げている例を使えば、友人のホームレスへの「寄付」をあなたが「偽善」だと思うとき、「寄付」という彼の行為と「偽善」という彼についての一般的特徴づけとは、このような関係の中にある。つまり、友人の今回の「寄付」行為を「偽善」という彼の一般的な特徴の現れと感じる一方で、今度はその「偽善」という彼の一般的特徴が彼の今回の「寄付」行為によってより確証される。

ただし、重要なことは、ガーフィンケルは、マンハイムの例が含意するような「思考」における循環性や再帰性を超えて、社会成員の行為とそれが生じる状況や場面における「理解可能/説明可能」な秩序が作りあげられていく「人々の実践の現場」における相互彫琢の関係へと、マンハイムの考え方をラディカルに転換・拡張したということである。

その行為自体の背後に存在する何らかの問題を代表するものとして理解したのである。つまり、自分の息子が自宅のキッチンから菓子を出して食べる際に、母親からわざわざ「許可」を丁寧に求めたという行為は、「アルバイトでの苦境」「病気」「悪ふざけ」などの何らかの背景的パターンの兆候や現れと見なされた。

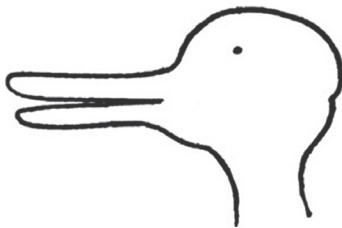
「ドキュメント的解釈法」は、人間の発言や行為とそれがなされる状況や場面（「文脈」）との間に「相互反映的（reflexive）」な関係があることを示唆する。通常、私たちは「状況」や「場面」というものを、「箱」の中の空間のようなものとして考えて、その「中」で人が発言をしたり行為をしたりしていると考えがちだ。しかし、エスノメソドロジーは、私たちの相互行為において、発言や行為とそれが生じる状況や場面との関係は、より深く結びついていることを教えてくれる。

おみくじを引いて「どうして自分の事情が分かってしまうのだろう」と思ったことはないだろうか。その時あなたは、そのおみくじの内容が当てはまるものとして自分の事情を理解するとともに、同時に、その事情の理解を証拠としておみくじの言葉を解釈しているのである。

「ドキュメント的解釈法」に現れているこうした「相互反映性」について、より“直観的に”理解するために、視覚的な具体例を検討してみよう。

次の【図3】を見てほしい。この絵柄に、「ウサギ」が見えたり「アヒル」が見えたりすることだろう。

【図3】（Wittgenstein 1953=1976）



この絵柄に「アヒル」を見るとき、左側の2本の凸（出っ張り）は「くちばし」と理解できる。その際、右側の小さな凹みは、取り立てて意味のない部分であり注目されることはない。今度は、この絵柄に「ウサギ」を見るときには、左の出っ張りは「耳」として、右側の凹みは「口」として

現れる。私たちが、この絵に、「アヒル」や「ウサギ」を見るとき、私たちのそれらの動物の姿についての知識が持ち出されて、この絵を構成する諸部分を理解する「文脈」となる。絵柄の全体を「アヒル」として見ることによって絵の各部分は「アヒル」の各部分として見えるとともに、同時に、各部分を「アヒル」の部分とみることを通じて、絵の全体が「アヒル」であることがより確実になっていく（「ウサギ」についても同様）。

左側の凸と右側の凹は、それ自体で孤立させて見た時には全く「曖昧」な図

柄だが、その「文脈」(ウサギ/アヒル)が与えられることで、疑いもなく「耳」ないし「口」であるものとして理解される。そして、その「文脈」(ウサギ/アヒル)もまた、各部分の見え方(耳/口)により変容するということである。ここには視覚的素材の理解における「相互反映性」が明瞭に見て取れる(Heritage 1984: 87-88)。

したがって、この例では、凹凸部分の「インデックス性/文脈依存性」は、こうした相互反映的な私たちの見方によって自然に解消されてしまっていることになる¹²。

3 社会秩序の「達成」

3.1 「デートについて友人に話す」:「普通であること」をする

ガーフィンケルのエスノメソドロジーの考え方にも深く共鳴しながら、その後「会話分析」(これについては、次稿で取り上げる)と呼ばれることになる会話コミュニケーションの新たな分析アプローチを開拓したハーヴェイ・サックスは、「普通であることをすることについて」(“On doing ‘being ordinary’ ”)(1984)という、一見奇異に聴こえるタイトルの論文を書いている。

このタイトルが「奇異」に聴こえるのは、ある行為や出来事が「普通である」か否かということは、その行為や出来事にもともと備わっている性質であるのだから、「普通である」ことを「する」とはいったいどういうことなのか、と訝しく感じるからだろう。

こうした常識的想定に逆らって、サックスがこの論文で示しているのは、人々が当然視している行為や出来事の「通常性/通例性」(「普通」であること)という性質は、出来事に本質的に初めから備わっている性質なのではなく、社会成員がコミュニケーションの中でつくりあげていく「達成物」であるということである。

次の会話例1を読んでみよう。ここでは、ある女性が友人に、ボーイフレンドとの初めてのデートについて話している。

¹² この図の理解について注意すべきことがある。エスノメソドロジーにおける「相互反映性」は、こうした「知覚」や「思考」の相互性に関わるというよりも、むしろ、人々の実際の活動や相互行為とそれが生じる場面との間で、「理解可能/説明可能」な秩序が産出されるという「実践領域」における「相互反映性」に焦点を当てるとのことである。したがって、「ウサギ/アヒル」の図によるここでの説明は、その意味で、「相互反映性」の意味をとりあえず“直観的に”手に入れるための便法に過ぎない。

（会話例 1）

A：彼，どうだった？

B：あの人，ほんとに，やさしい，いい人だったわ。ほんとに，いい人だったの。だから私たち二人は長々とおしゃべりをして，何杯かお酒を飲んだりして，ほんとに楽しい時間を過ごしたわ。あの方はほんとに気が置けない人なの。知的で，うーん，ハンサムっていうわけじゃあないけど，見かけはよい方で，それで，ほんとにほんとにいい人で，人に好かれる感じの，とても優しい人なの。

（Sacks 1984: 416 を改変）

B による「彼」についてのこの描写は，人をイライラさせるほど曖昧なものである。「ほんとにやさしい」，「いい人」，「ほんとに気が置けない」，「ハンサムっていうわけじゃあないけど，見かけは良い方」，「人に好かれる感じの」とは，一体具体的にはどういうことなのか？曖昧過ぎるじゃないか！まさに，前項で言及した，「インデックス性／文脈依存性」に溢れた発言である。しかし，B による「彼」についての説明を，A は「普通」のこととして自然に受け取るのではないだろうか。

もし，B が以下のように，もっと“精確”に彼について描写したとしてみよう。

（会話例 2）

A：彼，どうだった？

B：あの方は，爪を 0.2 ミリまで短くしていて，茶色とベージュと黒の混ざった底が馬皮の厚い靴を履いていて黒い靴紐は二重結びにしてあるの。ステーキを 2.8 センチずつナイフで切りながら，まず最初はそれを 6 回嚙んでから咀嚼して食べたわ。彼は，その夜，「あの」っていう言葉を 156 回と「その」っていう言葉を 283 回使ったの。・・・

（Sacks 1984: 416-419 を改変して再構成と創作）

B の説明は，先の描写に比べて，見事なまでに具体的で詳細である。しかし，おそらく，「聴き手の友人の表情は少しゆがみ始めるかもしれない。こんな風な発言をあなたがいつもしているということになれば，周りの人々はあなたがすこし変なのではないかと考えるだろう。そしてあなたは友人を失っていくことになる」（Sacks 1984: 418-19）。

私たちは，自分が「何者であるか」を，「何を行うか（何を言うか）」によって他者に自己呈示する。つまり，私たちが「何者であるか」は，私たちが，そ

の社会の人々に共有されていると想定される「やり方／方法」にそって成し遂げる「達成」であるということの意味する。

その「やり方／方法」には、日常生活において身近な他者と会話をする場合に、どの程度の詳細さで語るべきかについての「やり方／方法」も含まれる。私たちは、発言の内容というものは、詳細で具体的で精確であればあるほど良いように考えがちだが、この例は、必ずしもそうではないということを教えてくれる。物事があまりに詳細に語られるとき、それら「普通ではない」行為（発言）と理解され、そしてその語り手は「普通ではない」人と見なされることになる。

要するに、「普通であること」とは、物事に初めから備わっている本質なのではなく、ここでは、「あまり精確には物事を語らない」という「やり方／方法」によって実現されている「達成」であるということである。

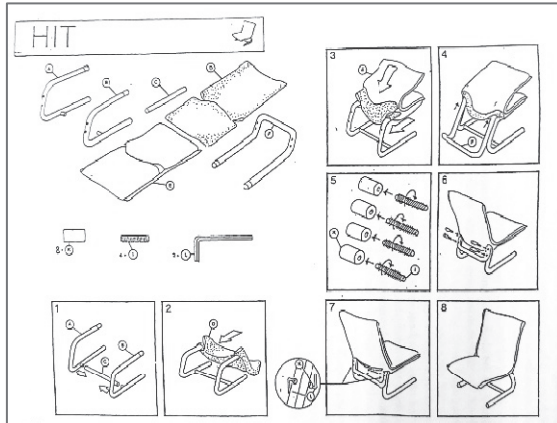
3.2 「組立椅子を組み立てる」：「指示／教示」を実現する実践

本稿では、エスノメソドロジーを、社会成員が具体的な社会状況において固有の「やり方／方法」を使って社会秩序を達成するあり様をありのままに探究するアプローチとして説明してきた。そして、多くの場合に、そうした「やり方／方法」による秩序の達成は、私たちに自身にとっても、「見えていても気づかない」というモードにおいて行われることを確認した。

しかし、次のような疑問が生じるかもしれない。世の中には、ものごとの「やり方／方法」を明示的に教えてくれる多くの素材や資料があるではないか！例えば、ものごとを行う手続きを示した「指導書」「解説書」「マニュアル」とか、やり方の規則が指示された「ルール・ブック」などと呼ばれるものである。こうした資料には、「やり方／方法」がはっきりと書かれていて、人はこれらの指示やルールに従ってものごとを行うことができる。そしてその場合には、エスノメソドロジーによる探究を待たなくても、これらを読めばすべて「やり方／方法」がそこに書かれているのではないか？この点について、次の例で考えてみよう。

あなたは近所のホーム・センターから、段ボールに梱包された組み立て椅子を買ってきたところだ。

【図4】(Garfinkel 2002:201)



梱包の段ボールを途中まで開けたところで、一枚の紙がひらひらと床に落ちてきた（【図4】）。組立の説明図（説明書）だ。左ページから右ページにかけて図表に番号が付いているから、左から右に進んでいくのだろう。図に番号が付いているから、この順番で組み立て

て、8 が最後のはずだ。段ボールをすべて開けて組み立て部品が出てきた。そこにパートナーが隣室から声をかけてきた。「夕方までに終えてね。お客さんが来るのは6時よ。」

友人たちが来るまであと2時間ほどだ。急いで組み立てなければ。さっそくあなたは組み立てに取りかかる。さて、図の1からとりかかろう。さてと、aとbをつなげるこの部品はどこにあるかな？、と考えたところでああなたは気が付く。だいたい全部のパーツがそろっているのだろうか？この説明書のどこにも、<組み立てを始める前に、パーツがそろっているか確認してください>という指示は書かれていないじゃないか。そこで、あなたはパーツを数え始める。と同時に、数えるだけではなく、数えられたパーツがどのパーツなのか図表に描かれたパーツと見比べてみる。パーツはぜんぶ揃っているようだ。それでは図の1から組み立てを始めよう。まず、2つのU字を部品Cつなぐのか。部品Cを探してU字の金属に取り付けようとするが、穴がゆるいのかすぐ抜けてしまう。これはどれかのねじで止めなくていいのだろうか？もう一つのU字部品もCに取り付けるようだけど、実際にやってみると、U字部品AとBとを同時に取り付けると、うまくいきそうだ。そうか、AとBを同時にCに差し込まなければならなかったんだ。隣の部屋にいるパートナーを呼んできて、一方を押さえてもらおうか？いや、足で片方を支えておけばできるかも。実際にやってみると、AとBとを同時にCに取り付ければしっかりと固定された。なるほ

ど、図の1はそのことを示していたんだな。さて、次は図の2だ。DのクッションシートをU字スチールに通すのか。シートのどちら側から通すのだろう？こうかな？いや違った。反対側からかもしれない。先に図の3と4を見てみると、布シートEをクッションシートの上からカバーするんだから、クッションシートの方の穴が後方で座席フレームFに差し込めるようにしておかなきゃあいけないぞ。なるほど、図の2はそういう意味だったのか。図の4では、座席フレームFを足に取り付けてから布シートをかぶせるのだろうか？あるいは、布シートを足フレームに入れてから座席フレームを取り付けるのだろうか？まずは、Fを先に足に取り付けてみよう・・・¹³。

この具体例から示唆されることをまとめてみよう。まず、第1に、「組み立て椅子を組み立てる」ためには、実際には、「組立説明書」に示された明示的な「やり方/方法」についての指示に従った行為を行うこと「以上」のことが必要だということである。実際の組み立て作業は、その時々様々な偶然的な条件を含む具体的状況の詳細（その中には、パートナーに急かされている状況も含まれる）に即して、必要な組み立て行為を進めていかなければならない。このことは、「組立説明書」の「指示/教示」が足りないということでは必ずしもない。説明書の絵や説明文の数をいくら増やしたとしても、その時々に関わる関心事や条件は異なってくるから、あらゆる場合についての詳細を予め明示的に書いておくことは不可能だろう。その意味で、「組立説明書」には、その例外や条件として常に「等々（エトセトラ）」(Garfinkel 1967)という添え書きが暗黙裡に付されているものとして、読まれなければならないことになる。

第2に、組み立てるための実際のあなたの行為は、「組立説明書」の指示（ルール）から自動的に生み出されはしないということである。むしろ、「組立説明書」のもとで行為を行うことを通じて、「組立説明書」の「指示/教示」がどのように従われうるかが発見されていく。それにより、最初には持たなかった「指示/教示」としての理解可能性をその都度もつようになる。こうした、「指示/教示」と実際の組み立て行為との間での行きつ戻りつを含む試行錯誤とその場面の様々な偶然的条件に即応しつつ、組み立てるという行為を一步一步行っていく中で、「組立説明書」はまさに今実際に行っていることの見取り図や素描>として理解可能となるとともに、他方で、その実際の組み立て行為は、単に<椅子を組み立てる行為>なのではなく、<「組立説明書」に従って椅子を組み立てる行為>としての「説明可能性/理解可能性」を実現する。

そして、第3に、実際の組み立て活動の詳細のほうからは「組立説明書」の意味を理解できるが、「組立説明書」から実際の組み立て活動の詳細を復元する

¹³ Garfinkel 2002:Chap.6 を参考に再構成と創作。

ことはできないということである。実際の組み立て活動の詳細は、「組立説明書」にもとづいて想像したり推測したりすることはできず、実際の組み立て活動を行うという実践の刻々の展開の中で、それを通じて発見されていくことができるだけなのである。

さらに、第4に、両者の関係が以上のようなものであるとすると、この関係は、通例的に理解されているように、「指示／教示」（組み立て方を示す絵や文章）が一義的に確定的なものとして一方にあり、他方に「それに従う行為」（実際の組み立て行為）がある、というものではないことになる。つまり、「指示／教示」は「それに従う行為」と独立ではなく、この両項目は、ともに個別・単独にはともに不完全なものである。この関係の決定は、行為を実際に行うことを通じてのみ可能となる。つまり、「組み立てる」という行為を行うことを通じて、組立説明書の「指示／教示」の意味が見出されていくとともに、見出された「指示／教示」の下で組み立て「行為」を行うことにより、その「指示／教示」は、その「行為」の仕方についての「指示／教示」となるという関係にある（Vom Lehn 2013:113）¹⁴。

エスノメソドロジーは、このような実践活動を通じた相互反映的な秩序の形成を、じかに観察することでそれがいかなる「やり方／方法」により成るものであるかの解明に焦点を当てる。つまり、エスノメソドロジーの研究プログラムは、このような「事実／現実」がそれとして理解可能となる活動（相互行為）それ自体を取り上げて、その活動の内部からその詳細をつぶさに経験的に分析することなのである。

3.3 「行列に並ぶ」：「社会的事実」の達成

エスノメソドロジーとは、人々の実践的行為によって社会秩序が達成される「やり方／方法」を探究するものであった。そこで言われている「社会秩序」の性格をさらに具体的に理解するために、もう一つの具体例として、「行列に並

¹⁴ このような「ルール」と「ルールに従うこと」についての理解は、社会理論そして法理論との関係でも重要な含意を持つ。一般に社会生活に秩序が存在するのは、法律、道徳、倫理、マナー、などに規定された規範や「ルール」に「従う」ことや、そうした規範や価値を人々が内在化・内面化による自主的遵守により説明されることが多い。しかし、規則やルールが、組み立て椅子の説明書きのように、それに従うべきやり方を予め十分に指定することができないのだとすれば、ルールの適用の仕方についての別のルールを規定しても、原理的にはまた同じ問題が生じることになるから、「ルール」と「ルールに従う行為」というそれぞれ独立で自己充足的な2項の対象として「ルール」と「行為」を説明することは不十分なものであることになる。エスノメソドロジーの観点からは、両者の相互反映的な関係に焦点を当てて探究がなされることになるだろう。

ぶ」という日常活動を考えてみよう。

各種のサービス・カウンターには「行列」ができることが多い。例えば、賑わっているスーパー・マーケットの複数のレジには、購入商品の支払いのために並ぶ行列ができているだろう。私たちは、このような行列には「先頭」と「最後尾」があって、「先頭」から一人（ないし、一組）ずつの順番でレジのサービスが提供されることを知っている。

さて、あなたは購入した商品をかごに入れ終わったので、行列に並ぶことになる。既にレジの前には長い列ができている。あなたが「行列に並ぶ」という活動を適切に行うためには、「列に並びたい」という「意図／意思」を持っているだけではだめだ。何が必要か？まさに「行列に並ぶ」ことをしなければならぬ。しかし、その「行列に並ぶ」という行為は自分勝手なやり方では成立しない。行列に並ぼうとするあなたにとって、人々が「順番に」並んでいるという「行列」という形式自体が、あなたが並ぶべき「最後尾」はどこなのかについて、「ひと目で理解したり説明したりすることができる」自然なやり方で教えてくれている。そして、あなたの方もまた、自分が「行列に並ぶ」ということをしていることが、その場面にいる他者たちにも「ひと目で理解したり説明したりすることができる」ようなやり方で、それを行わなければならない。

そのやり方には、列から一歩離れたところで列には並んでいない知り合いと一時の会話を行ったり、買い忘れたものがあることに気が付いて買い物かごをフロアーに置いたまま商品を取りに行くといったりすることも含まれるだろう。その際には、一歩離れたところからチラチラと視線を行列の方に向けたり、かごを床に置くときに「あっ、ニンジンを取ってこなくちゃ」などと独り言を（しかし、列の人々にも聞こえるような声で）言いながら急いで戻ってくることを示すように足早に陳列棚に向かうといった、身体動作、視線、モノの配置などの詳細を使って、「行列に並ぶ」ことを体現しなければならない。

しかし、「行列に並ぶ」ことに「失敗」することもある。あなたは、行列の「最後尾」と思しき人の後ろに立った。すると、少し横に立っていた人が（あなたはこの人はまだ買い物をしていると思っていたのだが）あなたの顔に迷惑そうな視線を向けながらあなたの前に移動してきた。あっ、この人も並んでいたんだ。

【図5】(Livingston 1987:15)



また、こういうこともある。あなたが並んでいる行列の前の方のちょっとした隙間に、あたかも後ろに行列が存在しないかのように後ろに目を向けずにしながら誰かが「何食わぬ顔」で入り込んできた。行列のルールに違反する「横入り」だ！（【図5】）。あるいは、今度は、列に並んだあなたの「前の前」の人が前に進んだのに、あなたの「前」の人が先に進まずに、両者の間には距離が開いてしまった。あなたは、「横入りの人」や「前に進まない人」による「行列の秩序を乱す行為」に対して、注意をしようかどうか迷う。あなたが何もしなければ、あなたの後ろの人々は、何も「対策」をとらないあなたに、いらだちの視線を送るだろう。

ただし、こうした「失敗」、「横入り」、「先に進まない」などの、一見あるべき行列の「ルール」が無視され「無秩序」となっているように見える状況は、行列の「秩序」を崩壊させるものであるわけではない。むしろ、「失敗」や「違反」は、行列というものが示す順番の秩序を背景としてはじめて「失敗」や「違反」として理解されうる。とすれば、「失敗」や「違反」行為もまた「秩序現象」であることになる¹⁵。

この例から、次のような、社会秩序としての「行列」という出来事の持つ（そして、「行列」のみに限られない、社会秩序の持つ）2重の性格に改めて気が付くことができる。また、それとの関係で、エスノメソドロジーの研究方針について理解することができる。

(1) 「社会的事実」としての「行列」

商品の支払いをするには「行列」に並ばなければならない。「行列」は、そこに並ぶ各人がなにがしかの役割を果たしているものの、各個人が個別に作りあげているものではなく、個人の「外に」存立するものとしてそこに在る。「行列」はまた、適切な位置に立たなかったり横入りしようとする、いら立ちの視線を向けられたり、場合によっては注意を受けたりすることになる点で、ある種の圧力と外的拘束力を持つ。さらには、「行列」は、現在の成員がその「行列」を離れ別の人がそこに加わったとしても“同じ”「行列」としてそこに在るから、個々人の意思とは離れた自律性独立性を持つ。

¹⁵ Garfinkel and Livingston (2003); Livingstone (1987): Chap.4; Garfinkel (2002); フランシス & ヘスター (2004=2014)などから再構成と創作。

こうした意味で、「行列」は、社会学という学問を成立させた E. デュルケームが『社会学的方法の規準』(Durkheim 1895=2018) で述べていた意味で「社会的事実」といえる。「社会的事実」とは、個人に対して外的な制約を課すとともに個人には還元できない独立性を持つ存在のことである。「社会学」という学問分野は、「社会的事実」としての「社会」の“発見”によって成立したと言われる。デュルケームは、「社会的事実」としての「社会」を固有の研究対象として「モノのように」考察することを「社会学の根本原理」としたのだった。

(2) 「達成」としての「行列」: エスノメソドロロジーのアプローチ

デュルケームのこの「社会的事実の客観的現実性は社会学の根本原理である」という宣言を、ガーフィンケルは、以下のように、「社会的事実の客観的現実性は社会学の根本現象である」とラディカルに読み替える。

「社会的事実の客観的現実性は社会学の根本原則であるとするデュルケームの見方とは対照的に、エスノメソドロロジーは、次のような教えを研究ポリシーとして利用する。つまり、社会的事実の客観的現実性は、メンバーによる日常的で巧みなやり方による日常生活の協調的な諸活動の継続的な達成であり、メンバーにより知られ使われ当然視されている達成であることは、社会学を行うメンバーにとっての根本現象である、というものである。」(Garfinkel 1967: vii)

つまり、エスノメソドロロジーにとって、「客観的現実性」としての「社会的事実」は、その場面の相互行為に参加する人々により絶え間なく生み出され維持されていく、「見えているが気づかない」やり方による達成物である。エスノメソドロロジーにとっての根本的な研究対象は、この達成の「やり方/方法」の詳細を記述し特定することである。

エスノメソドロロジーの観点からは、「社会的事実」としての「行列」の秩序は、人々の「意図」や「意識」や「あらかじめの計画」によって作りあげられているのではない。自分が「列に並ぶ」ためには、他の人々の行為を単に外から観察するのではなく、「列に並ぶ」ことをしている人々の行為の結びつきの秩序一部となり、自分の行為はその場面の秩序を生み出す活動に埋め込まれることで生み出され維持され続ける。

この秩序は、まさに他にもないその場面の人々によって、その場面で利用可能な資源(位置取り、視線の動き、身体の向き、買い物籠の置き方、・・・)だけを用いて、生み出され維持されている。それは、一瞬にして達成されるのではなく、自他の行為が次々と結びつきながら、視線や身体の位置や移動、ある

いはモノの配置や利用を伴って、他者とともに行われる相互行為の詳細の内側から、参加者たち自身による行為の一步一步のやり取りの展開を通じて、協働的に達成され続けている。

また、一步移動したり、かごをフロアーに置いたり、などの行為は、それ自体を抽象的／脱文脈的に考える限りではその意味は不確定だが、実際のこの場面において「列に並ぶ」という実践的な目的にとっては十分に相互に「理解可能／説明可能」な行為なのである。したがって、この場面における人々の視線や動作やモノの使用の意味は、お互いにそれを解釈しようと努力したりしなくても、自然に「有意味で秩序だったものとしてひと目で理解したり説明したりすることができる」ような自然な「理解可能性／説明可能性」を持つ。

さらに、「行列に並ぶ」行為は、その場面の成員たちの立ち居振る舞いや立ち位置により「行列」の秩序の一部となることによって「行列」という状況・場面を生み出し維持すると同時に、そのような状況・場面が生み出され維持されることを通じて、実際に各行為者は「行列に並んでいる」という場面の意味を確かなものとする。つまり、各参加者の「列に並ぶ」行為は、その場面を「列に並んでいる」状況として生み出すとともに、同時に、行為を「列に並ぶ」行為として確認するという意味において、相互反映的な関係にある。もし、列に並んでいるあなたが、「列の最後尾はどこですか？」と問われたら、「ここですよ」と教えることもできるだろう。そのとき、その「行列」の状況を他者に「報告・説明する」というあなたの行為は、それ自体「行列」の秩序の一部となっているのである。

「行列」についての以上の説明の中に、ここまで言及した、「(社会) 秩序」、「(社会成員による社会秩序の) 達成」、「見えているが気づかない」性質、「理解可能性／説明可能性」、「インデックス性／文脈依存性」、「ドキュメンタリー的解釈」、「相互反映性」、といった現象や性質が凝縮して現れていることを確認してほしい。

まとめてみよう。「行列」の秩序は、一方で、「客観的現実」として、個人に対して外的な制約を課すとともに個人には還元できない独立性を持つ存在としての性格を持つ「社会的事実」である。しかし、他方で、エスノメソドロジーの観点から見れば、それは、社会成員による、自明視された、精巧で協働的な相互行為による継続的な達成物なのである。その意味において「行列」は、「不朽」であるとともに常に「かりそめ」のものでもある¹⁶。

¹⁶ 本節での「行列」についての説明は、エスノメソドロジーによる「分析」というわけではない。

4 社会科学のアプローチとエスノメソドロジー

4.1 社会科学の「理論」とエスノメソドロジー

この連載の前稿で、法や社会を探究するための第2の方法として「科学者の観点」を紹介した。自然科学やそれに範を得る社会科学的なアプローチは、基本的には、人々の活動や秩序を、その活動に参加している社会成員の指向とは独立に、理論的／概念的に説明しようとする。こうした伝統的な社会科学的な研究（例えば、主流の社会学や法社会学の考え方）では、私たちが日々出会う様々な「事実」や「現実」は、「社会的事実」とか「社会構造」の一部や側面と把握して、「科学者の観点」から、その原因や説明要因を探究することに関心がおかれる。そして、その際、社会学者は、社会や社会構造についての様々な概念図式や理論を利用してそれらを説明したり、理論的・概念的な形式モデルや既定の分析テクニックを使って調査したりすることが典型的なやり方である。

ガーフィンケルは、伝統的な社会科学研究が社会的世界を概念化し説明する通例的なやり方を「構築的分析」(Garfinkel and Sacks 1970)とか「形式的分析」のプログラム(Garfinkel 2002: 91)と呼んでいる¹⁷。エスノメソドロジーは、社会的世界の「事実」や「現実」を、社会成員の協働的な諸活動（相互行為）の「外部」に存在する文化や社会構造などの概念やモデルを設定して説明するような、いわば「(実際の人々の相互行為自体から距離を取った)上からの／外側からの」理論による説明に代えて、徹頭徹尾「下からの／内側からの」アプローチ¹⁸を採用する(Maynard and Clayman 2003)。そして、具体的な社会的場面において行為する社会成員による協働的な活動により生み出される「達成」として理解する。この「達成」の核心にあるのは、その具体的状況とそこでの諸活動を生み出し理解するために社会成員が用いている様々な固有の「やり方／方法」である。この達成の成果として、社会的な行為や状況が「事実」や「現実」として「理解可能／説明可能」な秩序となるのである。こうして、ガーフィンケルは、エスノメソドロジーを、社会秩序が作り出される人間活動のあらゆる領域について、社会成員が行為や出来事を秩序立った有意義なものとして、固有の「やり方／方法」を通じて達成していく姿を直接に観察してありのまま

¹⁷ ただし、エスノメソドロジーは、伝統的な社会科学的なアプローチを否定するものではない。ガーフィンケル自身は、エスノメソドロジーを、「共約できない代替的な(alternate)」アプローチと考えていた(Garfinkel 2002)。つまり、そこからどちらか一つを選ぶべき「選択肢(alterative)」としてではなく、ゲシュタルト図形の「地」と「図」との関係のように、「反転図的(alternate)」と言われていることに注目できるだろう。

¹⁸ 前稿、「法の相互行為分析(1)」で、「行為者の観点」からの社会探究の方法として説明したのは、このようなアプローチのことである。

に理解するという、包括的な探究アプローチとして提示したのであった。

ここまで具体例を使って説明してきた、「説明可能性／理解可能性」、「ドキュメント的解釈法」、「文脈依存性」、「相互反映性」などの概念は、エスノメソドロジーに特有の用語として知られてきたものであり、たしかに人間の社会生活の実相を見る際にとても役に立つ重要なものである。ただし、こうした諸概念を、抽象的・概念的な「理論」や「モデル」（の一部）と考えてはならない。

ガーフィンケルは、「ドキュメント的解釈法」について次のように述べていた。

「ドキュメント的解釈法というのは、ローカルで、適時的・展望的で、先行的に展開していく秩序現象の詳細を成し遂げていく実践活動・・・を示す便利な用語である。この用語は、便利でありかつある意味で説得的である。それはまた、その概念がカバーする領域の広さにおいて大変強力な用語であるとともに、あまりに強力な用語なのである。実践者／分析者にとっての世界ですべてを手に入れてしまう用語である。その欠点もよく知られている。つまり、どの実際の場合においても、無差別に当てはまってしまうのである。そして、実際の特定の場面では、この用語はばかばかしいほど間違っているのである。」(Garfinkel 2002:113)

また、ガーフィンケルは、「相互反映性」という概念について、人がその概念を手にしたとたん、社会秩序が達成される方法についてのより深い探究をやめてしまう言い訳として持ち出されてしまうことを戒めていたという (Lieberman 2013:51)。というのは、通例的な社会科学研究では、概念や理論を現象に適用して、現象を説明出来たところでその研究は目的を遂げたことになり、現象それ自体の解明はそこで停止してしまう傾向があるからである。ガーフィンケルが提示した諸概念は、実際の相互行為の詳細の中で、その現象が産出され理解されるプロセスを、それ自体正当な研究対象として探究することを要請する。つまり、「相互反映性」などのエスノメソドロジーの諸概念は、「それについて語るべきもの」ではなく、実際の日常的活動として発見されるべきもの」(Lieberman 2013:51)であるということの意味する。

要するに、ガーフィンケルは、これらの用語／概念を、社会秩序についての「理論」や「モデル」を体系的に構築するために提案したのではなかった。私たちの目の前に広がる世界において、社会の成員があらゆる個々の社会的状況や場面において、それぞれ固有の社会秩序が特有の「やり方／方法」で成し遂げられていく。これらは、概念的・形式的な一般性を目指す「理論」や「モデル」によっては取り逃がしてしまう秩序現象である。エスノメソドロジーによる研究は、社会秩序を、その場면을構成する社会成員たちとその諸活動の展開

に寄り添いつつその都度新たな眼で探究すべきことを要請する。

4.2 エスノメソドロジーの研究対象

このような、社会の「秩序」や「現実」が達成されていく「やり方／方法」を研究するエスノメソドロジーによる社会探究は、人間の日常的あるいは専門的なあらゆる社会活動の領域に及ぶ。しかし、こうした探究領域は、通例的な社会科学研究によってはほとんど焦点が当てられてこなかった現象領域なのである。ガーフィンケルは、次のように述べている。

「この研究は、・・・これまで普通ではない出来事に向けられていた関心を、最もありふれた日常生活の諸活動に向けることによって、それらを正当な研究対象たる現象として研究することを目指すものである。」(Garfinkel 1967: 1)

それがどのような行為や出来事であっても、意味を成す「事実」として私たちの目の前に生じている行為や出来事は、その場面に参加する人々（専門家であれ素人であれ）により、精巧なやり方によって成し遂げられた産物と理解することができる。この達成された「社会的事実」を、その実際の状況や場面の外部から持ち込んだ見方や枠組みに依拠して理解するのではなく、その場面に参加する人々によりそれらが理解され、利用され、語られるやり方それ自体に即して記述・分析しようとするのがエスノメソドロジーの探究となる。

他者と「日常会話」を行うこと、スーパーのレジに「並ぶ」こと、「雑踏の中を人にぶつからずに人と一緒に歩いていく」こと、学校の「授業を受ける」こと、ホーム・センターで買った組立機を「組み立てる」こと、ピタゴラスの定理の「証明をする」こと、マクドナルドで「ハンバーガーを注文する」こと、多くのサーファーが集まる海岸で一つの大きな「波に誰が“乗って”よいのか」を言葉を使わずにその都度決めていくこと、東日本大震災の被災地で被災者に「足湯マッサージを提供する」こと、ワイン業者の専門家が「ワインのテイスティングをする」こと、医院で「医者に症状を伝える」こと、科学者が「実験室で科学的発見をする」こと、といった日常的／専門的な諸活動がある。また、法的場面に関して、弁護士として市民と「法律相談をする」こと、刑事裁判で「尋問を行う」こと、裁判員となってほかの参加者と「評議をする」こと、警察や消防に「緊急通報をする」こと、依頼者の代理人として弁護士同士で「交渉をする」こと、紛争解決のために調停人として「調停を行う」こと、などもその中に含まれる。

以上に上げたリストは、実際にエスノメソドロジーや会話分析の観点から研

究が行われているものの一部に過ぎない。このように、社会のあらゆる行為、あらゆる活動、あらゆる出来事が、エスノメソドロジーの探究対象となる。

そして、「法」もまた、エスノメソドロジーの重要な研究対象なのだが、「法」的場面のコミュニケーションこそが、次節で述べるように、エスノメソドロジーを生み出した母体でもある。

5 エスノメソドロジーと「法」の接点

5.1 「陪審員として振る舞う」「死因を探索する」：エスノ・メソッドの探究

ここまで、エスノメソドロジーの基本的な考え方とそのアプローチの特徴を示すいくつかの具体例を挙げてきた。その中で特に「法」との関連を示唆する説明はしてこなかったのだが、実は、もともとエスノメソドロジーは、「法」の探究と深い関連性をもっている。

そもそも「エスノメソドロジー」という言葉は、ガーフィンケルが1954年に陪審に関する研究企画に参加したことを一つのきっかけとして考案されたものだった。ガーフィンケルは、実際の陪審評議の録音を通じて陪審員たちの評議¹⁹のやりとりを聞く機会を持った。陪審員たちには、評議を行って、最終的には、法的決定としての「評決」を出すことが求められている。

当時も現在も、哲学では「真実」「真理」「事実」とは何かについて、また、法律学では「証拠」の適切な評価の方法について様々な研究が行われている。また、心理学や社会心理学では、望ましい合理的な意思決定の仕方について多くの理論やモデルが存在する。そうした学問的な分析や理論の観点から見ると、実際の陪審員たちによる評決行動は、概して非合理的なものであるというのが研究者たちの一般的理解だった。そうした理解も手伝って、陪審評議の研究者の多くが、評決を左右する要因（変数）に関心を持っている。つまり、性別、年齢、学歴、社会階層、職業などの陪審団の構成や評議のやり方などの変数が評決にどのような影響を与えるかという問題関心である(Vidmar and Hans 2007)。

しかし、ガーフィンケルは、こうしたアプローチは、陪審員たちの行為（評決）を決定する要因（原因、理由、独立変数）は何かという問題を立ててそれ

¹⁹ 米国では、原則として民事事件でも刑事事件でも陪審による決定（評決）が行われる（ただし、いろいろな理由から、実際の陪審裁判の数は多くはない）。重罪の刑事事件の場合に限り市民6名と裁判官3名とが合議をおこなう日本の裁判員制度とは異なり、米国の陪審制度では（原則として）12名の市民から選ばれた陪審員のみで評議が行われる。陪審制度と裁判員制度での評議のコミュニケーションについては、後の連載で詳しく検討することになる。

に焦点を合わせることで、陪審員たちの行為や活動の詳細から目をそらせてしまうことになると考えた。それと対照的に、ガーフィנקルの問いは、(学校の授業、会社の販売促進会議、ディベート大会、友人同士の雑談などの他の小集団ではなく)「何が彼らを「陪審団」にしているのか?」(ガーフィנקル 1969=1974=1987:13)、言い換えれば、「彼らは「陪審団」としての仕事をいかに成し遂げているのか?」ということだった。そして、ガーフィנקルが気付いたのは、この研究企画に参加していた心理学者や社会学者たちが評議を研究するための学問上の「やり方/方法」(研究の方法論)に強い関心を持っているのとまったく同じように、陪審員たちも評議の「やり方/方法」について彼ら自身の真剣な実践的関心を示しているということだったのである。

彼らは、例えば、法廷で検察と弁護側から提示される様々な証拠や証言に言及しながら、お互いに共有されていると想定された一定の知識(社会の出来事についての多様な常識的知識)を特定のやり方で使用するとともに、同時に他の陪審員が合意できる可能性などの評議の組織上の条件、陪審員としての「正しい意思決定の規則(rules of correct decision making)」を尊重しようとしていた(Garfinkel 1967:104)。彼らは、何が見出すべき「事実」なのか、何が適切な「説明」や「証拠」なのか、何が「事実」であり何が「推測に過ぎないこと」なのか、何が「信ずべきこと」であり何が「信じるべきでないこと」なのか、ここまでの評議で今何のトピックで議論すべきであり何が決定済みののか、といった、やりとりの「陪審員」としての「やり方/方法」に強い関心を示していた。また、そのような関心とその使い方に基づいたやり取りは、陪審評議という場面自体を構成する一部として扱われていた²⁰。つまり、彼らは、その場面における常識的知識を使った固有の「やり方/方法」を用いて(つまり、法廷での弁論や証言や証拠をこのようなやり方で吟味することにより)やりとりを進めることを通じて「陪審員となっていた(becoming a juror)」(Garfinkel 1967:110-112)なのである。

つまり、陪審評議・評決という専門的活動に従事する人々も、日常的な知識

²⁰ これは先にも言及した「ドキュメント的な解釈方法」に当たる。それは、一定の行動や出来事の外觀が、想定された一定の「パターン」の証拠文書(ドキュメント)として扱われるとともに、その行為や出来事から「パターン」が想定される(生み出される)という、日常的な実践活動の論理が持つ特有の相互反動的な手続き・方法である。

評議の場面に即して言えば、法廷で検察と弁護側から提示される様々な証拠や証言は「ドキュメント」として提示され、そこから陪審員たちは、検察・弁護が主張する有罪/無罪のストーリーや、被告人の「意図/故意/過失」といった背景的「パターン」を発見するとともに、その「パターン」にそって「ドキュメント」としての証拠や証言の意味を理解していくと考えられる。

（常識）に由来する思考方法や知識の使い方を基礎にしてそうした活動を行っている。このことは、陪審員のような市民（法の素人）だけではなく、専門的活動に従事している法律家（裁判官、検察官、弁護士、など）についてもまた同様であると考えられる。例えば、裁判官の「法的」推論も、とりわけ事実の認定については、専門的知識とともに、常識的知識と推論を利用する固有の「方法／やり方」に依拠して達成されていると考えられる。

実際に、ガーフィンケルは、ロサンジェルス の 検 視 官（法と医療の専門家）の活動についてのフィールドワークに基づく研究でこのことを明らかにしている（Garfinkel 1967）。検視官たちは、人が亡くなった理由（自然死か自殺か）を決定しなければならない。そのため検視官は、適切な報告期間内に、死者の知人や友人に本人の心理的状況について尋ねたり、遺書に当たるものがあるか否かなどの死因特定のために利用可能な資料を集めたりすることになる。死因についての決定の記録は、その後、検視事務所の組織の内外で参照されるかもしれないし、その結果、先の決定が修正を迫られる可能性もある。こうした環境の中で、検視官たちは、手元の利用可能な素材のみに基づいて一定の期限内に、死に関わる人々やその社会的状況についての共有された常識的知識と推論を使いつつ、「実際上の目的にとって十分に適切」な決定に到達していたのである。

また、裁判員評議と検視官の実践では、常識的な知識が「相互反映的」なやり方で利用されている。例えば、陪審員たちは、事案の出来事の意味を理解するために、法廷での検察官と弁護人の弁論や証言やその他の資料を検討する。彼らは、そうした証言や証拠を検討して背景的パターンとしての事案のストーリーを生み出していくとともに、その浮かび上がりつつあるストーリーの文脈の下で、証言や証拠の意味を有意味にしていくのである。そして、こうした法廷の証言や証拠を適切な「やり方／方法」において吟味することを通じて、彼らは「陪審員」となり、その活動は、（他の種類のグループや会議ではなく）まさに「陪審評議」として理解可能なものとなるのである。つまり、「行為者の行為こそが、その行為者たちが自らを行為をするその状況の意味を一次的に規定するのである。」（Garfinkel 1967: 115）

ガーフィンケルは、こうして、陪審評議という社会的場面に参加している人々が、常識的な知識と推論を用いたやり方を通じて、出来事を「有意味で秩序だったものとしてひと目で理解したり報告したりすることができる」秩序（ここでは、「陪審評議」の秩序）として産出・維持する、社会成員の行為と推論の「やり方・方法（ethno-methods）」を経験的に探究する研究プログラムを開始した。そして、社会の隅々のどこでもあるにもかかわらず全く未開拓の社会現象へのこの探究を「エスノメソドロジー」と名付けたのである（Garfinkel 1967, ガ

ーフィンケル 1969=1974=1987)。このような意味で、エスノメソドロロジーは、陪審評議という「法的場面のコミュニケーション」の研究として出発したといつてよい。

6.2 「法と社会」の再特定：「生ける秩序」としての法

このように、エスノメソドロロジーの社会探究プログラムは、その始まりの時から「法」と深いつながりがあった。しかし、さらに重要なことは、ガーフィンケルやそれ以降のエスノメソドロロジーの研究が取り組んできた、社会成員たちの実践／相互行為／コミュニケーションを通じて社会秩序がいかに達成されるかについての探究のなかで、「法という社会秩序」のトピックが重要な位置を占めてきたことである。エスノメソドロロジーと会話分析（会話分析については次稿を参照）の観点から、法を「生ける秩序現象」としてきた多くの研究がある²¹。

それらの研究では、「社会的事実」としての性質をもつ「法」を、社会成員による達成と把握して、その達成の「方法／やり方」が人々の具体的な実践の場

²¹ いくつかの実例を挙げれば、D.サドナウ (Sudnow 1965) による公設弁護士と検察官による有罪答弁取引交渉の研究は、日常的なカテゴリーの使用という弁護士によるワークに媒介されて初めて刑法定の法秩序が実践的に実現する状況を解明するものである。ビットナー (Bittner 1967) の研究は、法執行者としての警察官たちが日々のルーティン業務活動として、精神病と見なされうる人々とのやり取りにおいて職業上の暗黙の知識を利用して非法的な裁量の下に警察官として適切に業務を達成する実践秩序についてのものである。サックス (Sacks 1972) の研究は、警察官たちの日々のルーティン業務活動にかかわるものであり、警ら巡査たちがその外見や振る舞いに依拠して不審な人物を発見する暗黙の方法的知識の利用に関するものである。また、ウイダー (Wieder 1974=1987) の研究は、仮出獄者のための更生施設における被収容者と施設職員たちの間で彼ら自身が言及し合う施設内の「収容者コード (ルール)」が相互反映的な形式で使われて法的な更生制度内における施設職員や被収容者たちによる活動の意味秩序が理解可能なものとして協働的に達成されていく姿を描き出したものである。ポルナーの研究 (Pollner 1979) においては、交通裁判所での裁判官や被疑者 (被告人) の活動とやり取りの秩序がいかに生活世界の根本的な常識的想定と結びついて達成されているかが分析されていた。さらに、P.アトキンソンとP.ドリューによる研究 (Atkinson & Drew 1979=2014/15) は、法廷尋問の特徴を持つ場面で、尋問者が証人に対して直接の非難発言を行うことなく、「質問—返答」の連鎖に加えて、言及対象の様々なカテゴリー化を通じて、被尋問者に対して責任を帰属させる尋問という相互行為の実践秩序を解明するものであり、この研究のタイトルはまさに「法廷の秩序 (Order in Court)」と名付けられていた。

また、ごく最近に出版された研究群においても、法実務の秩序形成 (Dupret, Lynch & Berard 2015)、調停の相互行為秩序 (Garcia 2019)、法的ルール使用の実践秩序 (Dupret, Coleman & Travers 2021) などが、社会成員の産出する「秩序現象」として検討されている。

面において経験的に探究されている。つまり、エスノメソドロジーは、「法」を「生ける秩序現象(the lived order phenomenon)」（Garfinkel 2002:66）として探究してきたといわれてよいだろう。この言葉は、法社会学で著名なオイゲン・エールリッヒの「生ける法」の概念を思い出させるかもしれない。

「法社会学」の研究は、「法と社会(Law & Society)」の研究とも言われ、「社会における法の実際の働き」についての研究などと説明される。法社会学の領域において、「生ける法」（エールリッヒ 1913=1984）や「作動中の法(law in action)」（R. パウンド）(Pound 1910)という2つの理論的概念が、法社会学の経験的研究を促してきたことはよく知られている。これらの概念は、「国家法／生ける法」や「書かれた法/作動中の法」という二項対立の第2項として新たな研究上の焦点とされることにより、第1項にのみ焦点を当ててきた伝統的な法律学や法理解に対する大きな批判力をもつとともに、第2項を経験的に探究することを促す強い効果をもった。このようにして学問領域としての「法社会学」は生み出されたと言ってもよいだろう。

こうして生まれた「法社会学的思考」は、「実定法一元論」を解体して、「法」の経験的研究の広大な領野を切り開くものであったことは間違いない。しかし、そこでは、「法」と「社会」とは、それぞれ自足的で相互に独立したものと暗黙裡に理解されたうえで様々な研究目的によって両者が関係づけられるという傾向があった。例えば、様々な「社会」的要因が「法」に及ぼす影響を与えるか、とか、新たに立法された「法」がいかに「社会」の人々の行動や意識に影響を与えるか、といったように。

エスノメソドロジーの観点からの「法」研究は、こうした2項対立をそのまま維持したうえで、その第2項（「生ける法」、「law in action」）を探究するよう求めるものではない。エスノメソドロジーによる法の探究は、「法」という社会的事実を社会成員による多様な実践により産出（達成）された秩序現象として研究するように勧める。言い換えれば、エスノメソドロジーの観点からは、「法／社会」、「国家法／生ける法」、「書かれた法／作動中の法」といった2項対立の枠組みと第2項への焦点化に代えて、社会成員の多様な実践によって「法」として相互理解できる意味の秩序がいかに組織化されるのかを探究するものとして「再特定(re-specification)」されることになる。つまり、「法」に関わる「事実」や「現実」をとりあげて、それがどのように達成されているかという観点から、その成り立ちを解明しようと試みるのである²²。そのように把握された「法」は、理想的・概念的な存在ではなく、私たち自身が生み出し維持し

²² エスノメソドロジーによる「法」の様々な研究例については、北村（2009, 2018）を参照。

ているリアルで具体的な達成物として再発見されていくことになるだろう。

6 小括

20世紀中葉から、米国の社会学者ハロルド・ガーフィンケルによって展開されたエスノメソドロロジーと呼ばれる社会探究のアプローチは、社会成員が自他の行為や出来事を「理解可能／説明可能」な秩序として理解・産出する実際の「やり方／方法」の詳細を経験的に研究する社会探究のアプローチである。エスノメソドロロジーは、コミュニケーション／相互行為の直接の観察を通じて、「事実」や「現実」として観察されるものが、どのようにそれとして「達成」されているかを問う。

エスノメソドロロジーは、通例的な社会科学的研究の考え方とは根本的に異なる社会探究の在り方についての理解に基づいて、それまでほとんど研究されることがなかったり見失われてしまっていたりしていた人間の思考と行為に固有の諸側面を描きだしてきた。

エスノメソドロロジーと法研究ないし法社会学研究（「法と社会研究」）との間には、一貫して深く広い関係性が存在していた。エスノメソドロロジーによる法研究は、「社会」についての研究にとって枢要な「社会秩序」の問題について、従来の社会学や社会科学全般における考え方と決定的に異なる理解を基礎として、客観的現実性を有する「社会的事実」としての「法」が、社会成員の行為のやり取りが結びついていく展開の中で、相互反映的かつ実践的に達成されていく姿を、相互行為の内側から、系統的に分析・記述しようとする。こうした研究は、社会における法の現実の働きを理解しようとする法社会学や「法と社会研究」が、「生ける法」や「law in action」という言葉で探究し続けてきた「法」のリアルな姿を、「生きた秩序現象」と把握しなおして、高い解像度と明晰なパースペクティブのもとで再特定しようと試みるのである。

[謝辞]

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

[参考文献]

Atkinson, J. Maxwell. and Drew, Paul (1979=2014/15) *Order in Court: The Organisation of Verbal Interaction in Judicial Settings*. Humanities Press. (第2章の翻訳として、北村隆憲・当山紀博訳「日常会話と法廷

- 尋問の順番交替組織」、『東海法学』49号2014年。第4章の翻訳として、北村・当山訳「非難の管理」、『東海法学』50号2015年、及び51号2016年）。
- Bittner, Egon (1967) “The police on skid row: a study of peace keeping,” *American Sociological Review* 32(5): 699-717.
- Dupret, Lynch, and Berard, eds. (2015) *Law at Work: studies in Legal Ethnomethods*, Oxford: Oxford University Press.
- Dupret, Baudouin, Colemans, Julie & Travers, Max (2021) *Legal Rules in Practice: In the Midst of Law's Life*. Routledge.
- Durkheim, Emile (1895=2018) *Les Règles de la Méthode Sociologique*. [エミール・デュルケーム（菊谷和宏訳）『社会学的方法の基準』講談社学術文庫]。
- Ehrlich, Eugen (1913=1984) *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. [オイゲン・エールリッヒ（河上倫逸・マンフレート・フープリヒト訳）『法社会学の基礎理論』みすず書房]
- Garcia, Angela Cora (2013) *An Introduction to Interaction: Understanding Talk in Formal and Informal Settings*. Bloomsbury.
- Garfinkel and Livingston (2003) “Phenomenal field properties of order in formatted queues,” *Visual Studies* 18(1): 21-28.
- Garfinkel, Harold (1963) “A conception of, and experiments with, ‘trust’ as a condition of stable concerted actions.” In Harvey O. J. (ed.) *Motivation and Social Interaction: Cognitive Determinants*. Ronald Press. 187-238.
- Garfinkel, Harold (1964=1995) “Studies of the routine grounds of everyday activities,” *Social Problems*. 11(3):225-250.（「日常生活の基盤——当たり前を見る」北澤裕・西阪仰訳『日常性の解剖学——知と会話』マルジェ社31-92。）
- Garfinkel, Harold (1967) *Studies in Ethnomethodology*. Prentice-Hall.
- Garfinkel, Harold (1968=1974=1987) “The origin of the term ‘Ethnomethodology’ ” In Roy Turner (ed.) *Ethnomethodology*, Penguin 15-18. (Originally published as Pursure Symposium on Ethnomethodology, 1968).（「エスノメソドロジー命名の由来」山田富秋・好井裕明・山崎敬一編訳『エスノメソドロジー：社会学的思考の解体』せりか書房11-20）。
- Garfinkel, Harold (2002) *Ethnomethodology's Program: Working Out Durkheim's Aphorism*. Rowman & Littlefield.
- Garfinkel, Harold and D.L.Wieder (1992) “Two incommensurable,

- asymmetrically alternate technologies of social analysis”, in Watson and Seiler(eds), *Text in Context: Contributions to Ethnomethodology*. Sage. 175-206.
- Garfinkel, Harold and Sacks Harvey (1970) “On formal structures of practical actions,” in John C. Mackinney and Edward A. Tiryakian, *Theoretical Sociology: Perspectives and Developments*. Appleton-Century-Crofts.
- Heritage, John (1984) *Garfinkel and Ethnomethodology*. Polity Press.
- Heritage, John and Clayman, Steven (2010) *Talk-in-Action: Identities, Interaction and Institutions*. John Benjamins.
- Hester, Stephen and David Francis (2004=2013) *An Invitation to Ethnomethodology: Language, Society and Interaction*. Sage. (中河伸俊他訳『エスノメソドロジーへの招待—言語・社会・相互行為』ナカニシヤ出版)。
- 北村隆憲 (2018) 「エスノメソドロジーと会話分析による法社会学研究の世界」東海法学 55:1-56。
- 北村隆憲 (2021) 「『エスノメソドロジー・会話分析』と法社会学——『生ける秩序』としての『法』の経験的探究に向けて」東海法学 61:97-123。
- 北村隆憲 (2022) 「法的場面のコミュニケーションを探究する——法の相互行為分析 (1)」東海法学 62:1-25。
- Koschmann, Timothy (2019) “Tracing the seminal notion of accountability across the Garfinkelian Oeuvre” *Human Studies*. 42:239-252.
- Lieberman, Kenneth (2013) *More Studies in Ethnomethodology*. SUNY Press.
- Livingston, Eric (1987) *Making Sense of Ethnomethodology*. Routledge.
- Lynch, Michael (1993=2012) *Scientific Practice and Ordinary Action*. Cambridge University Press. (マイケル・リンチ (水川喜文・中村和生監訳) 『エスノメソドロジーと科学実践の社会学』勁草書房)。
- Maynard, Douglas and Clayman, Steven E. (2003) “Ethnomethodology and conversation analysis.” In L. Reynolds and N. Herman-Kinney (eds.) *Handbook of Symbolic Interactionism*. Rowman & Littlefield.
- Polner, Melvin (1979) “Explicative transactions: making and managing meaning in traffic court, in G. Psathas (ed.), *Everyday Language: Studies in Ethnomethodology*, Irvington, 227-255.
- Pound, Roscoe (1910) “Law in books and law in action” *American Law Review* 44:12-36.

- Sacks, Harvey (1972) “Notes on police assessment of moral character,” in David Sudnow (ed.) *Studies in Social Interaction*. Free Press. 280-93.
- Sacks, Harvey (1984) “On doing ‘being ordinary’ .” In Maxwell Atkinson and John Heritage (eds.) *Structures of Social Action: Studies in Conversation Analysis*. Cambridge University Press. 413-329.
- Sacks, Harvey, Schegloff, Emanuel A. and Jefferson, Gail (1974=2010) “A Simplest Systematics for the Organization of Turn-Taking for Conversation,” *Language* 50 (4): 696-735. (西阪仰訳, 「会話のための順番交替の組織——最も単純な体系的記述」『会話分析基本論集』世界思想社)。
- Sudnow, David (1965) “Normal crimes: sociological features of the penal code in a public defender office,” *Social Problems* 12-3:255-276.
- Vidmar, Neil and Hans, Valerie P. (2007) *American Juries: The Verdict*. Prometheus Books.
- Vom Lehm, Dirk (2013) *Harold Garfinkel: The Creation and Development of Ethnomethodology*. Left Coast Press.
- Wieder, Lawrence D. (1974=1987) “Telling the Code” In Roy Turner (ed.) *Ethnomethodology*, Penguin, 144-172. Originally published as Wieder, D. L. (1974) *Language and Social Reality: The Case of Telling the Convict Code*. The Hague: Mouton. (ローレンス・ウィーダー「受刑者コード」山田富秋・好井裕明・山崎敬一編訳『エスノメソドロジー—社会学的思考の解体』せりか書房 167-232)。

きたむら たかのり (本学法学部教授)

【論説】

刑法学とどう付き合うか (1/2) : 「構成要件」論

P教授のオンライン オフィスアワー

大塚 滋

【概要】

本稿は、2022年度内に、架空の大学法学部の法哲学担当教員P教授が設定しているオフィスアワー(オンライン)にアクセスしてきた法学部3年次生2名との2回にわたる対話を収録したデータを、彼らの了解を得て公表するものである。彼らとの一連の対話の内容は、「刑法学とどう付き合うか」というテーマで括ることができるものであった。

刑法という法律は、条文数はそれほど多くはないにもかかわらず、高度な体系的理解が求められ、複数の学説が複雑かつ微妙に対立し合っているため、その習得が容易でなく、法律学の中でも難解な分野の一つとされている。今回アクセスしてきた学生の一人はまさにその刑法学に悩まされていた。P教授は、大学院時代に刑法学から法哲学へと専攻を変更した経歴を持っているため、その悩みを解決してもらえらるだろう、との期待を抱いて、今回そのオフィスアワーにアクセスしてきたわけである。

本号掲載部分は、その初回の対話で、主に「構成要件」とは何かを巡って行われている。まず、それを真に理解するためには刑法学が共通して伝統的に築き上げてきた学説、犯罪成立要件を構成要件該当性、違法性、有責性の三つとする「三分説」の理解が必須であることが指摘される。そして、その学説は条文からの一定の距離を確保しようとするものであるため、「構成要件」を含むその成立要件の設定が罪刑法定主義という近代刑法の大原則との間に齟齬が生じる可能性に注意が促される。その上で、「三分説」の実質を見極めるために、そのアンチテーゼとして、もっぱら条文にのみ基づいて刑法解釈を行おうとするP教授独自の刑法解釈論が披歴される。その中で、「構成要件」の違法類型説、違法責任類型説の問題性や、「三分説」の綻びの具体例として「構成要件の故意・過失」の問題性が、緊急行為規定を例に取りながら明らかにされていく。

【登場人物】

P = 法哲学・法学方法論の教授 (法実証主義者：刑法学でも修士号を持つ)

F = 法学方法論講義を履修したが法哲学講義は未履修の3年次生で、所属ゼミなし

G = 法学方法論講義と法哲学講義を履修した3年次生で、刑法ゼミに所属

オフィシアワー開始

P: こんにちは, F君。僕のオフィシアワーにようこそ!

F: こんにちは。1年生の時, 先生の法学方法論を取っていた3年のFと言います。よろしくお願ひします。本当だったら, 先生の研究室にふらっと顔を出して, 時間の許すかぎり, 僕の困っていることを聞いてもらって, 先生からいいアドバイスもらおうと思っていたんですが, このコロナ禍ではそうもいかず, メールでアポを取ってオンラインでという, なんだか面倒臭くて堅苦しいことになっちゃいました。でも, 普段の感じでお願ひします。

P: もちろんだ。こちらこそ, そうお願ひするよ。堅苦しいのは根っから苦手だからね。僕の法学方法論取っていたんだね。成績はどうだった?

F: それは, まあ, あんまり・・・単位は取れましたけど。

P: それならOKだ。それから, Gさんも参加したいという話だったよね。

F: そうなんです, 彼女, 急に用事ができて, 少し遅れるようなことさっきラインしてきましたので, 予定通り始めて頂いていいですか。

P: いいよ。で, 今日の話の向きは何かな?

F: 実は, 刑法の授業のことなんです。先生の専門は法哲学ですけど, 確か, 昔は, 刑法をやっていたって, 授業で言っていましたよね。3年の後半にもなって恥ずかしくて刑法の先生には聞けないことが出てきちゃったんです。

P: オフィシアワーというのは, いわば何でも相談コーナーで, 僕たちは, 専門外でも可能なかぎり対応しなければならないから, 話は一応聞きましょう。で, その恥ずかしい話って何かな?

「構成要件」と「三分説」

F: はい。刑法では普通みんな, 「構成要件」って言うじゃないですか。それって何なのか, ということなんです。例えば殺人罪だったら, 刑法199条の条文の「人を殺した」ってことじゃないんですか? 僕は今まで単純にそう思っていたんです。だから, 構成要件に該当する, というのは, 条文に当てはまる, ということなんだと。でも, Gさんに, この間, そんな単純な話じゃない, みたいなこと言われて, えっ, じゃ, 何なの? となったわけです。

P: そうか, 構成要件に引っかけちゃったのか。大抵の教科書は最初の方で詳しく説明してあるよね。これは刑法理解というか刑法学理解の「キモ」と言っていていいくらい, 基本中の基本だな。だから, これが分からないと勉強していても五里霧中, 暗中摸索みたいな状態になるんだけど, 逆に, この正体が分かると, 全体がかなりはっきり見えてくると思うよ。

じゃあ, 薄れた昔の記憶を手繰り寄せつつ構成要件について説明してみるけれど, 僕の刑法理論というか, 刑法の解釈の仕方は, 君が習ってきたものとは

だいぶ毛色が違うと思うから、そのつもりで聞いていてくださいよ。

F: 少数説って言うことですか? それなら全然平気ですけど。

P: いや、今の刑法学全体と前提を共有していないと言っていいくらい変わりものの説だな。話しているうちに次第にその変な姿が見えてくると思うよ。

そうだ。構成要件と関連する概念で、「違法性」とか「有責性」とかの概念があるけれど、それらの意味は分かるよね?

F: それは大体分かります。違法性というのは、その行為が法秩序全体に違反している、ということでしょう。それから、有責性というのは、その行為を故意にやったとか、過失でやったとか、刑罰が科されるくらい非難される可能性がある、ってことでしたっけ。それで、ある行為が構成要件に該当して、それが違法で、その行為者が有責だと認められてはじめて、犯罪が成立する、というふうに習いました。

P: 分かっているじゃないか。でも、それは犯罪成立要件の「三分説」の考え方なんだ。

F: えっ「サンプン説」? 何ですかそれ? そんな説聞いたことないです。

P: 犯罪の成立要件を構成要件該当性と違法性と有責性の三つに分けるから三分説って言うんだ。ほとんどの学者が犯罪成立要件をその三つに分けて議論しているから、変に聞こえるかもしれないけれど、その分け方は刑法典に関する一つの学説、一つの解釈の結果にすぎないのさ。もっとも、表向きはこの三分説を否定はしていないものの、実質的には無意味化してしまう可能性のある考え方を採る刑法学者も結構出てきたみたいだけれどね(73頁参照)。

F: 犯罪成立要件をそんなふうに言うのは、学者たちがみんな、刑法をそう解釈した結果だったんですか。僕はすっかり、刑法そのものがそうなっているんだと思っていました。

P: そう思い込んでいるのは、君だけじゃなくて、多分、みんな同じだと思うよ。刑法の先生方だって多くがそう思い込んじゃっているから、君たちの思い込みを正そうとはしないよね。

大事だから、もう一度言っておくよ。犯罪の成立要件を、構成要件該当性、違法性、有責性の三つだとしているのは、刑法を研究してきた多くの学者たちが共有している学説にすぎないんだ。

だいたいさ、刑法の条文にそんな言葉書いてあるかい? 『六法』開いて確認してみてよ。どこを見てもその三つの概念なんて出てこないでしょ。勝手に、と言うと言いつぎかもしれないけれど、学者たちが解釈上作り出した概念なわけよ。そして、そういう、法律条文を越えて作られたそれらの概念全部に当てはまらないと犯罪は成立しない、などと言っちゃっているわけだ。

F: 先生の説が変わりものというのは、そんなこと言うからですか?

P: そうだね。僕は、授業でも言ったように、純粋法学者のハンス・ケルゼン (Hans Kelsen:1881-1973) 的な法実証主義者だから、ある概念が法律条文上のものか、その条文を誰かが解釈した結果なのか、ということが人一倍気になるんだ。

自然界の生物の中には擬態生物というのがいるよね。ナナフシとか。目を凝らさないと周りで見分けがつかないやつ。僕は法律学全体に対していつも、その中にそんな生物がいないか、目を凝らしているのさ。三分説は、そうやって見つけた刑法の擬態生物だと思っているね。

でもね、この犯罪論の、いや刑法学の基本のポイントを深く考えずにすっ飛ばしてしまうと、あとは、よく分からないけど憶えるしかない、という苦行みたいなことになっちゃうんだ。すごい容量のメモリーを持っている人たちはそれでも大丈夫なんだろうと想像するけれど、僕と同じように容量が少ない連中は、刑法学には何でそんな擬態生物がいるのかということを含め、ちゃんと理解しておかないと、きちんとした刑法解釈ができないと思うわけよ。

だから、刑法を苦手科目だと思って敬遠しがちな人は、一度は、この三分説が僕の言う擬態生物だということを見つめ直してみる必要があるんじゃないかと思うね。

ところで僕の方から質問だ。この説って、刑法学としてちょっとまずい考え方だと僕は思っているんだけど、次の問題を考えてみてほしい。

「構成要件」と罪刑法定主義

君も知っているはずだが、刑法の解釈や運用上、とても大事な原則の一つとして「罪刑法定主義」というのがあったよね。

F: もちろんそれは習いました。先生も法学方法論の授業の時、話していたじゃないですか。「法律なければ刑罰なし、法律なければ犯罪なし」でしたっけ？

P: よく憶えていました。この罪刑法定主義というのは、この先何度か出てくると思うけれど、簡単に言っちゃえば、財産や自由や生命を奪う刑罰というものを国民に科す権力を持っている国家の行動を、法律によって制約する近代的な原則だな。

で、そうだとすると、三分説みたいに、法律の文言上、どこにも明確な根拠を見出せない要件を作り上げて、犯罪の成否を論ずるというのは果たして許されることなのかね？ どうだろう？

F: えっ、三分説も初めて知ったんですから、そんな問題考えたことないです。

でも、その3要件って、刑法の条文にはない概念だと言っても、条文の内容から作りあげた概念なんでしょ？ 罪刑法定主義というのは、法律で前もって定めてない行為を、後から、国家権力が勝手に犯罪にしてはダメだ、それから、

刑罰も法律に定められている範囲を国家の都合で超えて重くしてはダメだ、という考え方だったんじゃないですか？ だから、今の三分説の話とはちょっと違うんじゃないか、という気もするんですけど・・・

P: いや、違わないよ。法律に前もって定められている犯罪についてであっても、構成要件みたいな、法律に書かれていない犯罪成立要件を設定しておいて、その要件を満たした行為をした人間を罰したり、それを満たしていないから無罪放免にしたり、というのは結構危ない話だと思うよ。少なくとも、他の法律以上に厳格を旨としなければならない刑法の運用としては。

例えば、「可罰的違法性」とか「期待可能性」とか「誤想防衛」とかの概念は聞いたことがあると思うけれど、それらも実は刑法条文上の根拠はないよね。

F: そう言えば、確かに・・・

P: それらの場合は、犯罪の成立を抑制する方向で機能しているから問題はないと思われているようだけれど、厳格な意味での刑法の条文から離れてしまっている、ということ、そんな要件を作っている刑法学者たち、だけじゃなくて、教えられている学生たちもほとんど意識していないわけで、その法律学的な弛みというか、刑法の条文の軽視というか、そういうものが、例えば、「間接正犯」とか「共謀共同正犯」とか、窃盗罪にける「管理可能性説」とか、やはり条文上根拠がなかったり条文と矛盾したりする犯罪類型や犯罪成立要件で、犯罪の成立を拡大する方向でも出ている気がしているんだ。

F: その「共謀共同正犯」というのは昔判例が作った、というの聞いたことがあります、今は誰でも普通の共犯類型と考えているみたいですね。

P: じゃあ、それについてちょっとだけ補足説明しておこう。

「共同正犯」というのは刑法 60 条が規定しているよね。でも、共謀共同正犯は、君の言う通り、大審院時代の裁判所が作り上げた共犯類型で、実行行為をしていない共謀者を、教唆犯とかじゃなくて共同正犯にする、という類型だ。そして、明確な根拠条文はどこにもないのに、というか、共同正犯は普通、共謀もしているから共同正犯の規定は実は共謀共同正犯の規定なんだということにするような学説も出てきて、今では多くの学説が認めちゃっているね。

「間接正犯」だってそうだよ。これは共犯じゃなく正犯だけれど、条文上の根拠がない点では同じだ。その証拠に、1970 年台半ば頃だったか、当時の法制審議会が作った「改正刑法草案」というのが発表されて、その中には、共謀共同正犯とこの間接正犯の根拠条文（26 条 2 項、27 条 2 項）が設けられていたんだ。それは、やはり、今まで根拠がなかったのが不安だったから明文の根拠を作っておこう、ということが理由だよな。

F: 確かに「間接正犯」のことが書いてある条文なんてこの刑法にはありませんね。でも、みんな当たり前のように、それについて語っていますね。それに、

今『六法』見ていて気がついたんですが、「正犯」というのはどういうことをした行為者か、という定義をしている条文もないんですね。僕たちそんなこと考えもせず、間接正犯の実行の着手時期はいつか、なんていう問題で言い合いましたことありますよ。

P : やっぱりね。そうやってみんな、罪刑法定主義との整合性を考えることなく、学者たちが広げてきた刑法「的な」概念の土俵の上に乗せられちゃっているんだな。実に危険な話だ。

でもね、僕は、君にその土俵から降りろ、と言うつもりはないよ。僕の意見は、間違っていないと思うけれど、大変捻くれているから、君たちは頭のどこか片隅の方で小さい音量でいつも響かせておいてくれればいい。そうしながら、意識的に学者たちのその土俵に乗って考えなさい、と言いたいな。まあ、それはともかく、話を構成要件に戻そう。

F : そうですね。お願いします。

「構成要件」と条文

P : お、Gさんが参加したみたいだ。

G : こんにちは。Gと申します。遅くなってすみませんでした。

P : こんにちは、Gさん。構わないよ。僕のオフィスアワーにようこそ。

G : バイト先のスーパーから朝、急に、穴が空いたので2時間入ってくれ、って言われて、断れなかったんです。入るはずだったパートさんのご主人が新型コロナウイルスの陽性判定を受けたので、彼女は濃厚接触者ということで早速PCR検査をしたそうです。今日はその結果待ちだということでした。

P : 断ったら、もう来なくていいよ、なんて言われるかもしれないしね。

F : そういうことだったのか。でも、バイト続けられていて、いいな。

僕のバイト先は飲み屋だったんですけど、こんな状況で経営が厳しくなったので僕も辞めざるをえませんでした。今は、チャリでフードデリバリーをやっています。稼ぎは全然少ないですが。感染には気をつけながら頑張ってます。

P : そうか。交通事故だけは絶対起こさないように気をつけてくれよ。

いや、学生さんたち、本当に大変だな。授業はオンラインが多いし、バイトができなくなった人も多だろうな。それに、友達が作れなかったり、友達がいとも思うように会えなかったり、多くの諸君が欲求不満になっているはずだ。

「リア充」が欲しいよね。——あれ、これもう死語かな？ しかし、我々教員も教育の点で「リア充」に程遠い生活をしているんだ。こうやって、授業とは違うオフィスアワーで、学生諸君と話できることは、大いに教育者としてのセッション向上になるんだ。二人には感謝しているよ。

F : とんでもありません。僕らも先生とこうやってじっくり話せて嬉しいです。

P: さて、Gさん、今、F君と刑法の話をしているんだけど、君は刑法ゼミに入ったんだよね。担任の先生から評判聞いているよ。刑法学に相当詳しくなったようなので、僕たちに教えてくれないかな。

G: 冗談はやめて下さい、先生に教えるなんて。私、F君と同じで、先生の法学方法論をとってまして、F君が先生のオフィスアワーで刑法の分からないことを聞くって言っていたので、私も参加させて、って頼んだんです。

P: 実は、君のことはよく憶えているよ。僕の授業で、何かの法規定を類推解釈した最高裁判例を見つけて、その法規定を反対解釈したらどんな判決になるかを書くように、という課題を出したら、1年生なのによく考えて素晴らしい判決を書いてきたので、最優秀者の一人として、みんなの前で表彰したよね。

G: はい、そうでした。恥ずかしかったです。

で、話はやはり構成要件ですか？

P: そう。構成要件というのは条文のことなのか、それとも、それとは別の何かなのか、ということだ。君はどう思っていた？

G: それ、この間、帰り道、F君とちょっと話したんですが、私は、あまり深く考えずに、法律に定められた犯罪類型って憶えてきたんです。だから、構成要件というのは、条文の文言そのものじゃなくて、条文の形に表されたところの犯罪類型ということになると思ってるんですが、間違っていますか？ それで違法類型か有責類型か、その両方か、とか、故意や過失はそれにどう関係してくるのか、とか、が問題で、先生方が色々対立しているんですよね。

F: この間も言ったけど、その、法律に定められた犯罪類型って、条文のことだ、というのと同じじゃないの？

G: いや、そこが微妙に違うと言ったでしょ。条文が作られる前に立法者の頭の中にあつた、こういう行為を犯罪として罰しよう、という考えの、その類型化された行為のことよ。それが条文として表現されたわけ。山口厚先生の教科書には、「立法者が犯罪として法律上規定した行為の類型」(山口 2016 : 27)と書いてあるけど、私はこれはそういう意味だと思うわ。

F: うーん。それが分からないんだな。あの日、家にある高橋則夫先生の教科書を読んでみたんだけど、どうにも腑に落ちないんだ。

高橋先生は、構成要件は「刑罰法規とは異なる」とはっきり言っているんだね。でも、じゃあ、それは何かと言うと、それらを「解釈することによって得られた一定の枠であり、抽象的・一般的に類型化した観念像」だと言うわけ(高橋 2016 : 87)。Gさんが言うとおり、条文そのものじゃない、としているんだけど、その「一定の枠」とか「観念像」って何なんだろう。条文にある言葉とかを解釈した結果だとするなら、刑罰法規と異なる、って言っちゃっていいのかなとか、いろいろ考えたけど、結局、分からなかったな。

P: そうか。やっぱり分からなかったか。でも F 君, そうやってすぐ調べてみるという姿勢は素晴らしい。これからも, 忘れないでくださいよ。

で, 構成要件については, G さんの理解でいいと思う。でも, 問題は, その類型の中身がどんなものか, ということなんじゃないかな。単純化して言うと, 刑法各則の各本条すべてにそれぞれの犯罪類型つまり構成要件がある, とするのか, そうじゃないと考えるのか, ということさ。

そうそう, 僕の研究室にはその高橋先生の本はないけど, 山口先生の『刑法総論 第3版』と, その前の『刑法総論 第2版』がある他に, 刑法の教科書としては, 前田雅英先生の『刑法総論講義 第7版』と, ものすごく古いけど, 僕が昔勉強した団藤重光先生の『刑法綱要 総論』(改訂版)がある。僕はこの4冊を参照しながら話すことにするね。

F: 高橋先生のこの教科書は, 結構読んでいる人多いらしいですよ。僕もみんなに合わせて常備はしているんですけど・・・

G: 私は, 山口先生の教科書以外に, ちょっとマニアックなところで, 書記官本と言われている裁判所職員総合研修所(以下, 裁職総研と略称する。)監修の『刑法総論講義案(3訂補訂版)』と大塚裕史先生たちの『基本刑法 I 総論 第3版』もあるので, それもチェックします。

P: その2冊, どちらも僕は知らない本だ。勉強させてもらいます。

で, 山口先生は, 構成要件は「刑罰法規により設定された犯罪の類型」だ(山口 2007: 23, 同 2016: 23)としているから, 各本条それぞれに構成要件があることを認めているのかな, と思ってしまうけれど, 実はそうじゃなくて, 殺人罪と過失致死罪は「基本的に同一」の構成要件だ(山口 2007: 34), という考え方だよな?

F: そうか, 構成要件は条文と同じじゃない, というのは, 故意犯と過失犯の構成要件が同じ, という意味だったんですね?

G: F 君, 確かにそういう意味もあるのよ。

でも P 先生, 山口先生は以前はそうはっきり言っていたらしいですが, 最新の教科書(第3版)ではそのへんは若干ぼかされているみたいなんです。

P: えっ, どういうこと? 最新版のその部分, よく読んでいなかったな。

G: 私の理解が正しいかどうか, あまり自信はないですが, 山口先生は, 「構成要件から故意・過失を除く」という立場には立っています。これは, 構成要件は故意犯と過失犯で同一だということですから, その点, 以前と変わらないと思うんですが, その構成要件は故意・過失と合わさって「犯罪類型」に「統合」されるという考えを示して, 構成要件に故意・過失を含める多数説の立場との相違は「実質にかかわらない, 説明の仕方の問題」であり, あえて多数説に「反対する必要までではない」(山口 2016: 34-35 参照), なんて言っているんですよ。

P: そうなのか。改説とまでは言えないにしても、通説の方に随分と歩み寄ったね。山口先生が最高裁の判事になったのはその後だったと思うけど、そのことと関係あるのかな。とはいえ、構成要件は必ずしも各刑罰法規と一対一対応ではない、という立場は辛うじて維持しているみたいだね。

F: G さん、山口先生の言う、構成要件も統合される「犯罪類型」って、さっきの「立法者が犯罪として法律上規定した行為の類型」(同前: 27) のこと? でも、それって構成要件の定義だったよね。なんだか全然分らないな。それに、構成要件は各本条それぞれにあるという考えと、構成要件は故意犯と過失犯とで同一のものだという考えとは、「説明の仕方」が違っている、というレベルの話じゃないんじゃないかな、と思うけど・・・

P: 確かにそんな気もするな。でも、とにかくここでは、山口先生は後者の構成要件同一説を維持している、ということにしておこう。

ところが前田先生は・・・

G: はい、故意犯と過失犯では構成要件が「異なる」(前田 2019: 42) としているので、条文と構成要件は一対一対応だという説だったと思います。

P: その通り。評判通り、よく勉強しているね。前田先生も構成要件のことを「刑罰法規の示す犯罪類型」だ(同前: 31) としているから、その点では山口先生とほとんど変わらないけれどね。

F: 高橋先生も、一対一対応説なのかな。構成要件というのは、「たとえば、『人を殺した』(199 条), 『他人の財物を窃取した』(235 条)」がそれだと、故意犯の条文に沿って説明していて(高橋前掲: 87 参照)、過失犯についても、「過失により」という文言しかないから「開かれた構成要件」だとして(同前: 211)、条文に注目しているので、そんなふうに見えます。

G: 書記官本は、247 条の背任罪を例にとり、「構成要件要素」を条文の文言に沿って分析している(裁職総研 2014: 42-43 参照)ところから推測しますと、構成要件＝刑法各本条と見ているようですし、『基本刑法』は、高橋先生と同じで、「例えば、殺人罪(199 条)であれば『人を殺した者』・・・といった部分が構成要件なのである」(大塚他 2020: 46)、としています。

F: あれ、G さん! 先生方の中にも僕みたいな普通の捉え方をしている人たちがいるし、実務の世界もそういう考えなんじゃないか。少し安心したよ。

G: いや、私が言いたかったのは、そういう人たちばかりじゃなくて、山口先生みたいに、構成要件は刑法の条文そのものじゃなくて、故意犯と過失犯に共通する、より抽象的な何かだ、と考える人もいる、ということよ。

P: まあ、そうだな。誰もが F 君みたいに考えるようになったら、構成要件なんていう概念は要らないだろう、ってことになっちゃうからね。ただ、さっき(61 頁)も言ったけれど、そういう三分説を実質的に無意味化し始めた刑法学

者がいないわけではない、ということ是指摘しておこう。

しかし、そのことは後で (73 頁) 触れるとして、山口先生は、その三分説に基づいて、故意、過失という行為者の主観面は度外視して、<人を死なせる>というか、そういう、故意犯と過失犯に共通する、行為の客観面を構成要件だと考えているんだろうね。でも、そうだとすると、このような犯罪論体系では、刑罰法規そのものはいつ出てくるんだろうね。

G : 先生、すみません。今おっしゃった三分説。その名前、どこかで聞いたことがあるような気がするんですが、犯罪の成立を、構成要件に該当して、違法で、有責な行為だと、3段階で理解する考え方のことを言うんですよね？

P : そうその通り。F君は知らないって言っていたので、若干不安になっていたところだけど、知っている人がいて安心したよ。前田先生も、カッコ書きとはいえ、その犯罪論体系を「三分説」と呼んでいるしね (前田前掲 : 31 参照)。

G : それは気づきませんでしたけど、間違っていて良かったです。

それで、山口先生の三分説の場合、条文が出てくるのは故意とか過失とかが問題になる責任の段階なんじゃないかと私は思います。ちょっと分かりづらいんですが、山口先生はさっきのところでも、「責任要素である故意・過失は構成要件と共に犯罪類型という概念に統合される」(山口 2016 : 34)、と言っているわけですから。だから、例えば、先生の表現を使えば、<人を死なせた>場合、199条とか210条とかの条文は、行為の主観面が問題になるときに初めて登場してくるんだと思います、多分。

P : 何だか変な話だな。故意犯と過失犯がある場合はわざわざ両条文の共通項を取り出してそれを構成要件だとして、最初に、それに該当するかどうかを判断して、責任の段階に来たら、どちらかの条文に分かれる、というわけね？ どうしてわざわざ面倒くさい遠回りをするんだろうか？

F : 先生、面倒くさい、と言ったら、理論的には過失犯もありうるけれど刑法には故意犯しかない場合の方が、もっと面倒くさい遠回りですよ。だって 235条の窃盗罪の場合、「窃取」というのは故意的な表現だから、<手に取る>と言い換えればいいのかな、そういう、故意的な要素を削った表現で共通の構成要件をわざわざ作って、その該当性を判断し、責任の段階になったときに初めて「窃取」と書いてある条文に戻る、と言うんですから、不自然ですよ。

僕もそうでしたが、みんな、殺人罪の構成要件とか過失致死罪の構成要件とか、普通に言っていないですか？ 書記官本みたいに。これは一対一対応説が自然な発想だからですよ。

P : それはそうだろうな。三分説に立つとするならば、の話だけれど、構成要件はやっぱりその一対一対応説じゃないと、条文からあまりに離れすぎだと思うな。

「構成要件」と刑法38条1項

それに、故意犯と過失犯の構成要件は同一だとする考えは、刑法38条1項の規定内容との整合性がつきにくくなると思うけれど、どうかな？

G: どういうことですか？

P: じゃあ、ちょっと説明するか。F君、その条文読んでみってくれる？

F: はい。「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。」

P: ありがとう。

この総則の規定は、普通に読めば、各則が規定している犯罪は、「罪を犯す意思」のある故意犯が原則で、その「意思」のない過失犯は、それを処罰する「特別の規定」がある場合だけ例外的に罰する、という意味だね。殺人罪を例にすると、199条の規定には、「罪を犯す意思をもって」とか「故意により」とか、特に主観面については何も書いていないけれど、この38条1項があるから、「故意により」があるものと思って読みなさい、つまり、「(故意により)人を殺した者は、死刑又は・・・」と読みなさい、というのが刑法の趣旨だと言えると思うんだ。

そして、過失致死罪の規定(210条)などは、「罪を犯す意思がない行為」だけれど罰する「特別の規定」の代表例だ。条文の中で「過失により」というふうに、行為の主観面に言及している点が、その「特別」性、つまり例外性の現れだ。そもそも、この過失犯というのは、例外だから当然なんだけれど、失火関係(116条、117条の2)、過失建造物等浸害(122条)、過失往来危険(129条)、過失傷害致死関係(209-211条)の4種類計7箇条しかないわけ。他の犯罪はみんな原則の故意犯だけだよ。それらとこのわずかな数の例外とを対等な関係に置いて、両者の公約数的な構成要件を考案するなんて、なんだか本末転倒みたいなのがするし、刑法の意図にもそぐわない気がするな。それぞれは別な構成要件だと考える方が、自然だと思うよ。もちろん、三分説に立てば、の話だけれど。

G: 確かに、全ての故意犯に対応して過失犯があるなら、故意過失共通の構成要件を考えることに意味はあると、自信をもって言えるでしょうね。でも、F君の挙げた過失窃盗の場合は、<手に取る>とかでなんとかなるにしても、例えば、過失の詐欺とか過失の収賄とかの場合、それと故意犯との共通の構成要件はどういうふうに表現したらいいんですかね。私には分からないです。

P: 山口先生が過失犯の規定のことをどう捉えていたかは、あと(86頁以下)でも触れようと思うけれど、雨の日、飲み屋から出る時、傘立てから自分のじゃなくて、それとよく似た他人の傘を間違っ取り出して差して歩いた、とい

う行為もく手に取っちゃった>わけだから、一応は構成要件に該当するが責任のところ落ちるということになるんだろうな。Gさんの例で言うと、わざとじゃなく人を騙して金銭受け取っちゃったとか、うっかり賄賂受け取っちゃったとか、などの場合も構成要件には該当するはずだよな。

F: 理屈から言えば、そうなりますよね。

P: それから、例えば傷害致死罪 (205 条) のような結果的加重犯の規定もこの「特別の規定」の例だけど、これには「過失により」のような文言がないので、致死とかの重い結果について過失が要るとか要らないとか、解釈が別れるわけだ。これについても言いたいことがあるけれど、また、機会があったら、ということにして、僕はやっぱり、構成要件と各則の各本条は一对一对応にする方がまだ条文との密着度が高く罪刑法定主義違反のクレームがつきにくいんじゃないかと思うね。三分説には余計なお節介かもしれないが。

でもね、そうだったらそうで、簡単に<構成要件=各則の各本条>と認めてもよさそうなのに、刑法の先生方というのはそれができないらしいんだ。犯罪成立要件は条文該当性じゃなくて、あくまでも「構成要件」該当性じゃないといけないんだよ。意地悪な言い方をすると、構成要件は自分たちがハンドリングできるもの、いや、刑法学者としての存在価値を示せるものだからね。だって、条文読めばいいってことになっちゃったら、学者の出る幕がその分減っちゃうからね。その辺りの事情は理解してあげないといけないんだよ。

F: じゃあ、こういうことですか? 本当は、書記官本とか僕とかがそう考えていたように、構成要件というのは条文の中の犯罪について書いてある部分のことなんだけど、刑法学者のために、その元になった犯罪類型だということにしておこうじゃないか、と。

P: まあ、微妙な話だけど、そういうことだな。

「三分説」と条文

ところで、Gさんは知っていると思うけれど、ずいぶん昔に出た団藤先生たちがまとめた『注釈刑法』(有斐閣)という何巻にもなる本があるんだ。これはコンメンタール、つまり逐条解説であって、普通の教科書と違って、条文をその順番に従って解説するものだ。で、捻くれていた僕は、学生時代に、三分説というものに疑問を抱いてしまっていて、はたしてコンメンタールでは、「構成要件」とか「違法性」とか「責任」とかの、条文に根拠のない要件の話はどの条文の解説で出てくるんだろう、と疑問に思っこの本を調べてみたのさ。

G: 何条のところで出てくるんでしょう? 私、その本を手にしたことないので、全然見当がつかないです。

P: もっともだ。実は、僕の予想した通り、個々の条文に対応しては出てこな

かったんだよ。出てきたのは、刑法第7章「犯罪の不成立要件及び刑の減免」のところの冒頭あたりだったと思う。『六法』を見て。第7章というのは、条文で言うと、F君も知っている「正当行為」に関する35条から、「正当防衛」とかがあって、「自首」に関する42条までのところだ。その章の各条文の解説に入る前に、結構な分量の「前注」というのが付けられていて、その一部に、「犯罪論一般」とか題された団藤先生の解説があって、その中で例の犯罪成立3要件がまとまって出てきたんだ(団藤編1968:1-27参照)。逐条解説の本なのに、これはおかしいよね。

しかも、この章は犯罪の成立要件を定めているんじゃなくて、逆に「不成立要件」を列挙しているわけで、どうにも逐条解説としては違和感が拭えない。しかし、僕はその時「やっぱりね!」と思ったんだ。団藤先生たちも、犯罪成立要件のことをどこで言ったものかと大いに悩んだんじゃないかと想像するけれど、その説明を入れるとするなら、第7章の各条文の前のここのくらいしか考えられないからね。このことに端的に示されているように、三分説の言う3要件は、条文上の根拠のない、学者の頭の中にしかない学説で、そんなものを要件にすると罪刑法定主義的に疑問が生じてくる、って僕は言うわけよ。

F: でも、先生、三分説を採っていても、前田先生や書記官本みたいな構成要件と条文の一对一対応論なら、条文から離れていないからそれほど実害はない、ということになりませんか。

P: 実害ね。でも、罪刑法定主義は権力の制約原理だとされているけれど、その制約は言うまでもなく国民の権利を保護するためだよ。しかし、構成要件該当性のみならず、違法性、有責性に関しても小難しい学説の対立があるわけで、もしその保護される当の国民が刑法の条文を読んだだけでは、こんな概念出てこないから、どんなことをしたら犯罪になるのか、どういう場合は犯罪にならないのか、を明確に理解することはできないだろう。そうすると、国民は自分たちの権利が本当に保護されるのかどうかだって確信が持てず、いちいち学者に、いや、弁護士かな、ま、そういう専門家にお伺いを立てに行かなければ判断できないことになっちゃうよね。だから、さっき、F君には、三分説の底にある弛みって結構危ないんじゃないか、みたいなこと言ったけど(63頁)、それは、国民の権利保障という観点から見て重大な危険をはらんでいる、という意味でもあるのさ。極端な意見かもしれないけど。

F: なるほど。なんだかそんな気もしてきてしまいましたが・・・

条文だけが犯罪成立要件 (P教授説)

G: それじゃあ、先生は犯罪の成立要件を一体どう考えているんですか?

P: 僕の考えは至って簡単さ。たった一言、条文にあるとおり、これで終わり

さ。罪刑法定主義的にはそうでなければならぬはずだし、それでなんとかないと僕は考えているよ。

F: えっ、それだけでですか。

G: 初めて聞く考え方ですね。本当に、それでなんとかなるのでしょうか？

P: それは、僕の話聞いた君たちに判定してもらえないけれど、まず、補強証拠を提出しておこう。

二人は知らないかもしれないけれど、構成要件という概念はドイツ生まれなんだ。ドイツ語の Tatbestand という言葉の訳語だな。ドイツ語の専門的なことはあまり自信はないけれど、後ろの小さいボードでちょっと説明してみると、この言葉は、Tat と Bestand が合体してできていて、Tat というのは「行為」が本来の意味だけど、in der Tat (実際は) という熟語があるくらいだから、「事実」という意味合いもないわけではないみたい。Bestand はちょっと難しく、名詞では「存続」とか「存立」とかの意味なんだけど、それと関係のある bestehen という動詞には「構成されている」という意味もあり、「部分」を意味する Teil という言葉と繋がって、Bestandteil となると、「構成要素」という意味になるから、それらが合わさった Tatbestand という語はもともと、「(犯罪を) 構成する行為 (あるいは事実) 要素」といった意味合いだったんだろうと思う、多分。

だから「構成要件」という日本語が適訳かどうかはかなり怪しくて、本来的には、それはまさに犯罪を構成する要件、つまり、客観面も主観面も含めた犯罪成立要件全体を表していたような気がするんだ。

それに対して、構成要件を違法性と有責性と並んだ犯罪成立要件の一つに過ぎないとする使い方は、前田先生の教科書 (前田掲 : 26 注 3) によると、どうやら 20 世紀に入ってベーリング (Ernst Beling: 1866-1932) などのドイツの刑法学者が始めたらしいんだが、こういう三分説を唱えることで犯罪の成立要件がすっきり分かりやすくなるんだったら、もちろん大歓迎だけれど、こうしてみると、返って混乱を招いているようにしか思えない、僕には。そして、刑法を学ぼうという志を持った若者たちの意気を阻喪させる迷路のようになってしまっているような気がしてならない。

F: 構成要件は、もともとは犯罪成立要件すべてのことだったけれど、それを誰かが成立要件の一部にしてしまった。先生に言わせると、これが間違いで、全部条文に書いてあるから、それだけで判断しろ。そういうことですか？

P: そうだ。でも、君たちが、刑法学者や法哲学者になろうとかするんじゃなくて、試験でいい点を取りたいというだけなら、そういう構成要件論とうまく付き合っていくしかないでしょう、というのが僕の正直な気持ちだ。刑法迷路クイズをやる、という感じで勉強してほしい。分かってくれたかな？

G: 先生, ちょっと待ってください。先生のそのような, 条文だけの, いわば身も蓋もない考え方に似ている, というかそれに近いものは, すでに前田先生が採っているような気がするんですが。

P: そうそう! 前田先生の教科書は, かなりそれに近い作りになっているよね。なんとやったって, 関係する章編成が「客観的構成要件」, 「主観的構成要件」, 「違法阻却事由」, 「責任阻却事由」ってなっていて, 山口先生の「構成要件該当性」, 「違法性」, 「責任」という伝統的なものと全然違っているだろう。とりわけ, 「違法性」, 「責任」に相当する章が「阻却事由」の章になっているところがポイントだね。さっきちょっと言った(61頁)三分説の実質的無意味化だ。僕は三分説のような概念は使わないから, まさに仮にだけど, 僕が刑法の教科書を書くようなことがあったら, 前田先生をさらに一歩進めて, その犯罪論の構成は「犯罪成立要件」と「不成立要件」だけ, ということになってしまうと思うな。僕は現在, 法哲学者だからそんな機会はないけどね。

F: P先生, 高橋先生の教科書も, それに似た構成になっているような気がします。読みますね。「犯罪は『違法, 有責かつ可罰的な行為』であって, 「犯罪の成否を検討するには, 行為→構成要件該当性→違法阻却→責任阻却→可罰性阻却という判断順序で行えばいい」(高橋前掲: 64-65)と言っています。

P: なるほど, やはり, 三分説の本筋が崩れているね。いい傾向だと思う。

G: それがいい傾向かどうかはともかく, 先生の考えていることは少し分かった気がします。ありがとうございます。でも, かなり特異な考えですね。

私は, 三分説というのは, 刑法自体が犯罪成立要件をぶっきらぼうにしか定めていないから, それを詳しく丁寧に整理したものだ, だから, 思考経済に資するものだ, というふうに理解しているので, これからもそれに則って考えていきます。

ちなみに, ですが, 書記官本も, 「構成要件該当性・違法性・責任(又は有責性)の3つの成立要件を設定する立場」が通説で, 判例・実務もそれに従っているので, その立場に立つとしていきますし(裁職総研前掲: 31参照), 『基本刑法』に至っては, 「犯罪は構成要件に該当する違法で有責な行為」という定義を「標語」のように記憶しろ(大塚他前掲: 25参照), と書いていますよ。

F: 僕もとにかくそう憶えてきました。みんなも同じだと思います。

P: その, とにかく記憶しろ, は僕の考えとは正反対で問題だが, 実務的にもこの三分説が普通なんだろうね。Gさんはこれから三分説でいく, それでいいと思うよ。余計な波風は立たないしね。迷路クイズ頑張ってくれたまえ。

違法類型, 有責類型としての「構成要件」

G: はい, そうします。ところで, 今話していて思ったんですが, 先生のその

考えは、三分説の中で、構成要件は違法類型でありかつ有責類型である、という考えと結果的には同じ、ということにならないのでしょうか？

P : まだ分かってもらえていないようだな。全然違うよ。犯罪成立要件を三つに分けて論ずる、というのは、君が言うように、刑法自体がぶっきらぼうだからかもしれないが、僕は、「構成要件」はもちろん、「違法性」とか「責任」とか、刑法の条文上存在しない概念は使うべきでないし、そのようなものを使わなくても全部条文だけで決着がつく、という考えだから、そもそも違法類型とか有責類型などという考え方とは縁もゆかりもないわけよ。

それに、構成要件を違法類型だとか有責類型だとか考えること自体が、三分説的には自己矛盾的だと思っているくらいだ。だって、犯罪の成立要件をAとBとCという三つに分けて検討しようとしたのに、AはBとかCとかの「類型」だ、だからAを満たせば原則的にBやCも満たされるんだ、でも、そうじゃない例外的なケースがあるから、それをBとかCで扱う、と言うんでしょ。そうだったら、BとかCの要件をAと並列させるのは変じゃないかな？

F : 別なものだ、と言っておきながら、実は同じものなんだけどね、って言っていることになるわけですから、確かに変といえど変ですね。

G : でも、先生が親近感を感じている前田先生がその違法有責類型説なんですよ。書記官本なんかは当然のようにそう書いていますよ (裁職総研前掲 : 40 参照)。山口先生は単なる違法類型説ですけど。

P : G さんすごいね。その通り。前田先生は教科書でこう言っている。読むよ。「処罰に値するような違法行為で、責任非難が向けられた行為を、法が類型的にリストアップした」のが構成要件だ (前田前掲 : 27)、とね。

それに対して、山口先生は、構成要件の「故意規制機能」を重視する立場を採っているから、構成要件を故意や過失を要素とするような責任類型とは捉えられなかったので、違法類型説を唱えているわけだ。というよりは、違法かつ有責類型だとか考える説を「構成要件概念否定説」だとか考えているから、違法類型説を取っているんだね (山口 2016 : 31,33 参照)。

書記官本のことは知らなかったけど、僕からすると、どちらの類型説も三分説だから変なことになっちゃうんだよ。だけど、その三分説の彼らがそんな変なことを言うのは、実は、犯罪成立要件を構成要件、違法性、責任との三つに分けること自体が本当は不自然なんだということに大なり小なり気づいているのに、三分説から全身が脱皮できないからだと思う。「違法有責類型説」の方がその気づき具合が大きいはずなんだけど、それでもやはり最後の一线は超えられないんだな。だいたいさ、「違法有責類型」なんて言っちゃったら、もう三分説は意味ないよね。その点は、まさに山口先生の言う通りだよ。

各則の各本条自体を構成要件と言うかどうかは別にして、それは故意犯のも

のか過失犯のもので、それに該当したら一応は犯罪成立だが、いくつかの「・・・は罰しない」条文に該当すれば、最終的に犯罪不成立となり、該当しなければ犯罪成立となる、それでザッツ・オールなんです、本当は。

超法規的な違法阻却・責任阻却

G: いや、先生、まだザッツ・オールというわけにはいかないと思いますよ。超法規的な違法阻却とか責任阻却の問題がありますからね。

F: そうそう、可罰的違法性とか期待可能性とかの問題ね。それがまたよく分からないんだよな。でも先生、超法規的なかなんて、いいんですか、さっき先生が強調した罪刑法定主義の刑法で？

P: Gさん、僕の考えは、「違法有責類型説」が超えられなかった、三分説の最後の一线を踏み越えちゃってスッキリしましょう、というものなのだから、やはりザッツ・オールになるんですよ。結論は法規からのみ導かれるんです。

F君、君の疑問は正当だと思います。そもそも、超法規的なかというものを法解釈の上で残すなんて、罪刑法定主義が支配しているはずの刑法で胸張れることじゃないよね。犯罪の成立を抑制する方向だからいいんだ、という人たちもいると思うけれど、そういう理屈というのは、最初は弱者の救済とか困窮者の擁護とか理不尽の解消とかの観点から生まれても、いつしか、逆に、強者救済や富裕者擁護の機能や、権力犯罪などを大目に見る機能を持たされたりすることがあるんだよな。良かれと思ってやったことが、意に反して悪しき結果をもたらす、なんてことは世の中そんなに珍しいことではないということは、二人とも分かっているよね。

そう、これは刑法の例じゃないけれど、アトラクティブ・ニューサンス(attractive nuisance)の法理というのを法学方法論の授業でやったのを憶えているかな？ これも、良かれと思って作った理屈が悪き結果をもたらす可能性がある例だと思う。

F: 憶えていますよ。鉄道会社の操車場にある転車台、これは鉄オタの僕も大好きですが、これが動くのを金網の外から見ていた子供が、金網の一部が壊れているのに気づき、そこから敷地内に入り込んで、転車台に乗るか何かして、大怪我をしたところ、本当は鉄道会社は許可なく侵入した子供の怪我には賠償責任は負わないけれど、法に合うように事実の方を変えることで、責任を負わせた、という判決がその例でしたよね？

P: そう、それだ。よく憶えていたね。僕が出したその例は19世紀後半のアメリカの判例だ。アトラクティブ・ニューサンスというのは誘引的有害物とか訳されているけれど、噛み砕けば、(子供にとっては)魅力的だけれど、それに近づくと害をもたらさうる危険な物という意味だと思う。この事件の場合、裁判

所は、この子供が転車台に乗ってみたいと思うのは無理もないことで、そのために負った怪我が賠償されないのは、あまりにかわいそう、と考えたんだな。そこで、この鉄道会社はこの子にその魅力的な転車台が見えるようにしていたんだから、その子を敷地内に入るよう招待していたのだ、だから、招待に応じた子供は不法侵入したんじゃない、だから鉄道会社は賠償責任を負うんだ、という論理を用いたんだよね。

この法理は、この哀れな子供やその親を救済するために考え出されたもので、当時は、でかした、と賞賛されるような理屈だったかもしれないね、この事件だけ見るならば。被告も大きな鉄道会社だから賠償金の支払い能力は十分なわけで。でも、この法理はとんでもない恐ろしい機能も果たしてしまう可能性がある。招待したなんて、嘘でしょ。裁判所がその嘘ついちやったんだから。

G: 先生、その、招待した、は嘘じゃなくて擬制という、私法の領域では許される一つの解釈方法ですよ？

P: 確かに。この嘘は、被告も原告も傍聴席の誰も騙されていない嘘。擬制フィクションだ。でも、騙されているものが一つある。それは法だ。法にとっては嘘なんだ。だから、最終的には主権者たる国民が騙されているんだよ。口頭でも書面でも招待なんかしていないのに、転車台が、おいでおいでと手招きした、って言うんだから、これは真つ赤な嘘だ。だけど法は抗弁できない、適用されることを拒否できないよね。

こうして、みんなから受け入れられそうな判決を導くために、事実認定に関して嘘をつくことが一旦認められてしまうと、いつしか、権力に受け入れられるような嘘をつくことが横行する危険性も出てくると僕は怖れている。だから、この判決は、目の前の事件で正義だと思うものを実現しようとする善意が、後々不正義へと至りうる道を凶らずも開いてしまった、とも言えるんだよ。

君たちは、これから法律をもっと深く勉強して、もしかすると法律を運用する法律家になるかもしれないけれど、そうなっても、自分の主張に常にこういう危険性があることを忘れちゃダメだよ。一国民としても、そういう危険性にいつも目を光らせていないと、気がついたら取り返しつかないことに、なんてことになっちゃいますからね。

F: 目の前の事件だけ見て、たとえば、期待可能性がないとすれば被告人を救うことができる、なんて悦に入ってはダメですよ。その理屈は一人歩きして、思いもよらない方向に行っちゃうかも、ということをよく考えてから、その理屈を使うかどうかを決める、ということですね。

G: 分かりました。ありがとうございます。その戒めは肝に銘じておきます。でも、やはり私は温情的に犯罪の成立を阻却する事由はあったほうがいいと思うんですよ。犯罪論体系的に、山口先生や書記官本のように伝統的に「違法性」、

「責任」のところでであろうと、前田先生や高橋先生のように「阻却事由」のところでであろうと、それを置いておく場所はどこかに必要じゃないかな、と。

P: まあ、刑法は、誰の行為に対してもなるべく謙抑的であるべきだ、という考えで、法規的には成立している犯罪を温情的に、つまり超法規的に成立させないチャンネルをどうしても設けておきたいのならば、そうだろうね。

前田先生も、違法性や責任の定義はほとんど同じように、違法性とは「悪い」こと、すなわち「国民にとって重要な利益が侵害されること」だとか、責任とは「行為者に対する非難可能性」だとかと実質的に定義しているね。そうした上で、構成要件は「違法・有責類型」だ(前田前掲:27)としているし、責任阻却事由の章では超法規的なものも扱っているわけだから(同前:298以下参照)、中身は伝統的なものと違っているわけじゃないよね。ということは、違法性とか責任とかといった、実質化の可能な概念を犯罪の成立要件にしておく、という三分説の最重要ポイントは守られているわけだ。教科書の構成方法はあまり関係ないね。

G: 私の願いは実現できているということですね。

P: そうだね。だから、違法・有責類型説のことはこういう風に言えるかも。構成要件はあくまでも類型化(定型化)された犯罪のことで、その犯罪の成立を非類型的(非定型的)な要素によって調節するのが違法性、責任の領域だ、刑法第7章の条文に書かれている阻却事由も、その一部が類型化されたものにすぎないとする考えだ、という風にね。

君たちはこういう学説、あえて言えば、刑法典をある程度相対化してしまっているような学説とうまくやっていかなければならないわけだ。大変だな。今僕が推測したように、刑法の先生方や実務にとっても、本当はやっぱり「構成要件」というのは、刑法典の中の各則条文であることを認めざるをえないんだけど、でも、そう言っちゃうと、三分説、つまり日本がドイツから受け継いできた近代刑法学がもろとも崩れ去ってしまいそうだし、やはり超法規的犯罪不成立要件を正統化しなきゃならないから、構成要件は、もともと実質的な意味で違法で有責な行為の類型化されたものなのだと説明することで、どうしようもない真実とつじつま合わせをしているだけ、ということになるんだな。

F: 先生、二人のやりとりは僕には難しく、十分に理解できているとは言えませんが、そのつじつま合わせというのは言いすぎのような・・・

G: 私も、違法概念や責任概念を実質的なものにするのをそう表現するのは、ちょっと・・・

P: 確かにこれだけだとそう言われても仕方ないかもしれないけど、これ以上詳しく説明しようとする、君たちに、今の刑法「学」を全部かなぐり捨てろ、と言うことになっちゃうかもしれないので、後で君たちから、法哲学者の道し

かなくなったじゃないですか、責任取ってください、なんて詰め寄られたら、嬉しいけど、困るしな・・・

F: そんな。先生に詰め寄るなんてないです。自分の進路は自分で決めますよ。

構成要件の故意・過失

で、今の話と関連していると思うんですが、「構成要件の故意」とか「構成要件の過失」とかって言うじゃないですか。高橋先生の教科書(高橋前掲:172)にも出てくるんです。僕は頭が混乱しちゃうんですよ。故意とか過失って本当は責任のところでも問題になるものだ、と思っていたのに、どうしてそれが構成要件のところでも出てくるのかなって。両方は同じものだけど、構成要件を「有責類型」と考えるからそうなるんですか? それとも全く別なものなんですか? 構成要件を有責類型だと考えなければ、そんな故意・過失はない、と。

P: まさに、そうだと思うよ。なんだか、聞くところによると、そのような故意や過失を認めるのが最近では通説判例らしいじゃないか。僕としては、一步進めて、故意・過失から「構成要件の」などという形容詞が削られるようになることを期待したくなるけれど。それは、言うまでもなく三分説の残滓だからね。

G: あ、いいですか? それについて私はこう思っているんです。構成要件のところでも問題になる故意とか過失というのは、責任のところでも「非難可能性」の観点からチェックを受ける行為者の内心の状態のことだ、と。何はともあれ犯罪事実を表象して認容してその行為に及んだのか、とか、とにかく不注意でその行為を実行してしまったのか、とかだけは、その行為が構成要件に該当しているかどうかの判断の際に問題にして、次に責任のところでも、その故意や過失が非難されるかどうか、とか、行為者に責任能力があったかどうか、とかを判断する、ということなんですよ。

だからF君、確かに非難に値する故意や過失のことを責任故意とか責任過失とか呼ぶこともあるけど、故意や過失が2種類あるわけじゃないと思うわ。

F: でもね、高橋先生は、「構成要件の故意は、構成要件に該当する事実の認識であり、責任故意は、違法性を基礎づける事実の認識である」とか、過失にも同様な違いがある(高橋同前:172,365-366)みたいなこと言っていて、なんだか2種類あるようなこと言っているんだけど・・・

G: 私もよく分からないけど、その言い方って、故意や過失という心理的状態の違法性評価と責任評価を別々にやる、ということを表しているだけなんじゃないかな。

P: Gさん、ありがとう。そういう理解でいいと思うね。もちろん、故意犯と過失犯とで構成要件は別々だとすれば、という条件の下での話だけど。

ところで、さっき(69頁)僕は、38条1項があるから、各則の各条文は、

「過失により」みたいな特段の文言がないかぎり、すべて「罪を犯す意思(すなわち故意)により」という文言を補って読みなさい、というのが刑法の趣旨だと考えるのが理にかなっている、みたいな話をしたよね。だから、そもそも故意とか過失を始めから考慮に入れなければ、問題の行為が犯罪になるかどうかを判断するなんてできない、と僕は思うんだ。そうじゃないか? 各条文は故意犯のものと過失犯のものが別々になっているのに、故意や過失は後で責任の領域で問題にするからそれは置いて、先に構成要件該当性を判断するなんて、おかしいだろう。

僕の考えによれば、例えば、Aがその行為によってBを死亡させた、という事実があったとして、それをAが故意にやったとすると、問題になるのは199条の殺人罪であり、傷害の故意はあるが死の結果は意図していなかった、ということだと、205条の傷害致死罪であり、それらの故意はなく、不注意で死なせてしまったということになると、例えば210条の過失致死罪などということになるわけだ。つまり、故意の種類やそのあるなしによって、はじめから、つまり構成要件該当性判断の段階からすでに故意や過失の各条文に振り分けられるわけよ。多くの学者がこのような故意や過失を「主観的構成要件要素」として認めているのも、そういう意味だよな。

G: 先生、それと同じようなことを書記官本も言っています。「構成要件該当性の段階で・・・いずれの構成要件を問題にすべきかを決することができない」なんて、「到底妥当とはいえない」(裁職総研前掲: 54-55 参照) っ。

P: それは至極当然の判断だと思う。

おそらくは、さっきも出てきた団藤先生ね、構成要件を違法類型であるとともに有責行為類型だとして、構成要件の故意や過失の存在を認めている(団藤1984: 105,120 参照)にもかかわらず、「故意・過失の本籍」は「責任論の領域」にある、なんて言って、故意・過失を「責任」の章で扱っちゃった団藤先生(同前: 122,268-323)がいけないと思うんだけど、そんなことするから、F君みたいに、頭が混乱する人が出てくるのもある意味必然なんだよね。僕も、勉強していた学生時代、ここには相当引っかけたな。

F: そうでしたか。もちろん僕は団藤先生の本を読んだことないですが、ざっくり言えば、団藤先生みたいに考えていたんですね。それが混乱の原因か。

P: 伝統的な章構成を採っている山口先生も、以前は、違法類型説だから当然なことながら、構成要件の故意規制機能を重視する立場から、殺人と過失致死の構成要件は同じだとするため、構成要件から故意・過失を除外して(山口2007: 34 参照)、それらは、「責任」のところで説明していたんだけど(同前: 181 以下参照)、今はどうなんだろう。

G: はい。さっき(66頁)も言いましたけれど、山口先生は、「説明の仕方の違

い」にすぎないとしつつも、故意・過失は「責任要素」であって、構成要件の要素ではないという立場 (山口 2016 : 34) ですから、故意・過失は責任の章で扱っていますね。

P : やっぱりね。それに対して、構成要件と阻却事由方式の前田先生は、「構成要件」のところで「主観的構成要件」として故意と過失を説明しているよ (前田前掲 : 156 以下参照)。構成要件に該当すれば原則的には犯罪が成立するという考えだから、そうならないとおかしいよね。

G : 書記官本も、故意とか過失については、構成要件の章で、ほぼ構成要件の故意と構成要件の過失しか論じてないですね (裁職総研 前掲 : 53-56, 99-158 参照)。

F : すると、先生の考え方は、前田先生の考え方のみならず、実務の考え方に近いってことですか。

P : 僕は実務は知らないけれど、言ってみればそういうことになるのかな。

それはともかく、もっと言っちゃえば、問題になっている行為がいわゆる違法性阻却事由に当てはまるかどうか、ということだって、故意という「主観的構成要件」が存在していることを前提にしなければ、判断できないよね。あえて団藤先生の表現を借りれば、故意とか過失の「本籍」は、団藤先生とは逆に、構成要件の領域にあると言った方がいいわけよ。僕の考えからすれば、故意と過失は、その本籍も現住所もはじめから条文にあるんだけれど。

だいたい、三分説というのは思考経済のためにあるんだ、なんて一般に考えられているようだけれど——そうだ、**G** さんもそう考えていたね——、こうしてみると実に思考不経済だってことが分かるんじゃない？ わざわざ分けられた三つの部屋で、故意や過失は、あっちの部屋に行けだの、いやこっちの部屋だの、それどころか両方にいていいだのって、頭こんがらかって当然。

G : はい、それは分かりました。ご意見としてお聞きしておきます。

で、違法性阻却事由の話の続けていいですか？

P : もちろんだ。続けよう。

緊急行為における防衛意思・避難意思

G : 確かに、先生のおっしゃる通り、正当防衛における「防衛意思」とか緊急避難における「避難意思」の存在を阻却の要件とするならば、まさに故意があることを前提にしていなければそんなもの問題にしようがありませんよね。防衛や避難のためであろうが、傷害にせよ器物損壊にせよ、実際にその人が意図的にしたことが犯罪として問われているわけですから。その問題の行為について故意のあるなしを問うこともせずにその行為が防衛のためだったか、避難のためだったかを論ずるなんて、ナンセンスだっていうことになりそうですね。

ですが、山口先生はそういう議論をあえてやっているんですよ。

P: えっ！ どういうこと？ そちチェックしていなかったな。構成要件の故意を認めないのに、防衛意思とか避難意思の存否を論じている、というわけ？

G: いや、そうじゃないんです。結果無価値論の立場から、防衛意思や避難意思は緊急行為の要件じゃない、と言っているんです（山口 2007：124,142, 2016：131,152 参照）。

P: 防衛意思の存在が正当防衛の要件じゃない？ まさか！ そんなこと解釈論的に可能なのかな？ だって、条文には「・・・防衛するため」とか「・・・危険を避けるため」とか、と書いてあるよね。どう考えたって、この「・・・するため」というのは、問題の行為をした行為者の頭の中で、行為する前に確実にあったその行為の目的を示しているよね。その行為をする理由だよ。

F: 僕もそう思いますけど。防衛とか避難とかは、目的を持った積極的行為ですものね。

G: でも、山口先生は、その「・・・するため」を、先生や F 君が考えているような主観的なものではなく、客観的なものと解釈しているみたいなんです。だから、構成要件の故意を認めないことは矛盾しないわけです。その当然の結果として、「偶然防衛」の場合、つまり、防衛のつもりで侵害したのではないけれど結果的に正当防衛になっていたことが行為後に判明した場合、であっても「正当防衛は成立しえないではない」としているんです（山口 2016：131 参照）。一貫性はありますよね。

P: 確かにそう書いてあるね。でも、防衛意思を認めないこととの一貫性はあるとはいえ、かなり苦しい理屈に見えるな。だって、「偶然防衛」なんて、映画とかドラマでしか起こらない類のものだけれど、あれは正当防衛じゃないよ、普通に考えて。とはいえ、構成要件の故意を認めないことにする以上、そうするしかないのかな。見かけ上は筋が通るからな。とはいえ、解釈論的にはかなりの無理筋だということは明らかだよ。

F: どうしてそんな無理矢理な理屈を唱えてまで、頑なに構成要件の故意を認めようとするのかな？ 認めちゃえば楽になるような気がするけど。

G: それは、「結果無価値論」が山口先生の譲れない立場だからだ、と思うわ。

P: G さんさっきそう言っていたね。でも、偶然防衛を容認することと「結果無価値論」とは関係あるのかな？ ——いや、あるみたいだな。

そこ読んでみると、「防衛の意思は、正当防衛のいわば『故意』であって責任要素である。・・・正当防衛にあたる事実の認識がある場合は「(責任) 故意が否定される」。だから、「故意一般を主観的違法要素と解する行為無価値論を採らない限り、[防衛意思の引用者；以下同じ] 違法要素としての性格は否定されることになる」(同前)、となっているね。

しかし、結果無価値論との関係もさることながら、「(責任) 故意が否定される」という言い方は、あたかも構成要件の故意を認めたかのように聞こえてしまうのが気になるな・・・

G : 確かにそんなふうにも聞こえますが、責任に () を付けているわけですから、私は、そういうことを言う人たちに合わせればこうなる、ということだと理解しています。

結果無価値論との関係ですが、山口先生は、違法性のところでははっきりと、「故意・過失は、構成要件該当事実に対応した行為者の主観面であるに過ぎないから、非難可能性に関係する責任要素ではあるが違法要素ではな」とする立場が「結果無価値論」だ (同前: 105)、と言っていますから、防衛意思を正当防衛の「故意」だと言っている以上、それは違法要素じゃなく、当然に、違法類型である構成要件には属さないことになるんだと思います。

P : つまり、こういうことかな。同じ違法類型論でも、行為無価値論に立った場合は、主観的違法要素を認めるから、構成要件の故意も認めることになるけれど、山口先生みたいに結果無価値論に立った場合は、故意を含めた主観的違法要素というものを認めないわけで、その結果、構成要件の故意は認められない、という (同前: 93-95 参照)。

F : 僕にはチンプンカンプンです。結果無価値とか行為無価値とかが出てくると、なんだか哲学論になったみたいで、僕の頭には付いていきません。

P : 結果無価値、行為無価値の問題は大事だから、また機会があったら話すことにして、今日は山口先生の「防衛の意思」理論にもう少しこだわろう。

防衛意思とかを要件としないから、構成要件該当性判断のところでは構成要件の故意を認めなくても大丈夫、正当防衛が成立するかどうかは判断できる、みたいなことになっているけれど、本当にそんなふうと言えるかな。下司の勘ぐりかもしれないが、本当は故意の存在を暗黙の前提にしているんじゃないかな。

例えば、この僕が、出刃包丁を構えて僕に襲いかかってきた暴漢に対して、たまたまそばにあったパイプ椅子で応戦し、それで暴漢の腕を強打して出刃包丁を叩き落としたが、それでもまだ素手で襲ってきたので、恐怖のあまりその暴漢の頭部をその椅子で激しく殴打したところ、その暴漢は一時意識不明に陥り救急搬送されるような重傷を負った、で、僕が傷害罪で起訴された、という例で考えてみよう。言うまでもなくこれは故意犯だね。もちろん、僕は捜査の段階から、向こうが襲ってきたから自分の身を守っただけだ、と言い続けた、だから、裁判でも抗弁として正当防衛を主張するわけだ。

こういうケースで、暴漢を傷害するという僕の故意のことをまるで考えずに、僕のやった行為が正当防衛かどうかを判断できるだろうか。できないよね。僕の方だって、正当防衛の抗弁をするということは、自分の意思で相手を傷害し

たことを認めているということ、そして、その意図的な傷害行為を正当化しようとしているということだからね。その点は、防衛意思を要件としようがしまいが同じだと思う。

ところで、36条の「やむを得ずにした行為」のところを山口先生はどのように説明しているのか、というと・・・

G:「防衛するために必要最小限度の法益侵害行為」(同前:137)と定義していますね。判例(最判昭和44年12月4日)はそのことを「防衛する手段として」の「相当性」とも表現していて、書記官本はその判例の立場に従っています(裁職総研前掲:208-210参照)。

P:実務の方もやっぱりそうか。でも、その解釈は条文の素直な読み方じゃない。本来の意味以上の要素をそこにしているんだよ。

F:どういうことですか？

P:ちょっと考えてみて。日常語的には、「やむを得ずにした行為」というのは、本当はやりたくなかったけど、やられるのを防ぐために「仕方なく」侵害者に反撃した行為(『広辞苑』参照)、という意味だよ。少なくとも、結果としてそれが必要最小限の法益侵害だったか、そうじゃなかったか、は関係ないと思う。要するに、やりたくてやったんじゃない、という意味で、その行為の動機とか理由とかの方に関するものだと言っていいと思う。だから、今問題にしている防衛意思との関係で言えば、渋々とは言え、反撃行為について故意があることを前提としているわけだ。

正当防衛規定と緊急避難規定の違い

で、これはちょっと脱線になるかもしれないけれど、なぜ刑法学者や実務の世界は、「やむを得ず云々」を侵害の必要最小限性とか相当性とかと解釈するのか、というと、僕はこう推測しているんだ。つまり、本当は刑法の規定の仕方が悪いんだけど、その規定を変えるのは難しい。だから、実際の裁判で不都合なことが起こらないように、その「やむを得ず」を日常用語的な意味とは違う意味にしておかかなければならないと思ったからだ、とね。

ちょっと、この正当防衛の規定と37条の緊急避難の規定をよく見てくれ。

G・F:はい、見えています。

P:まず37条の緊急避難の方。その1項にも同じ「やむを得ず云々」があるね。だけど、そこから「罰しない」までの間に、「・・・避けようとした害の程度を超えない場合に限り」という文言が入っているよね。

F:はい。あれ？正当防衛の規定と違っている。今まで変だと思わなかったな。

P:これを変だと思わない方が逆に変だ、と僕は言いたい。36条は、過剰防衛については2項で、「防衛の程度を超えた行為は」と定めているのに対して、

37条は、過剰避難について、同じ1項の但書の中で、「その程度を超えた行為は」と定めている。その後が続く部分は同じだね。だから、36条も、37条と同じように、本文に「超えない限りは」と入れて規定することもできたし、そうすれば良かったのに、どうして立法者はそうしなかったんだろう。特別な意味でもあるのかな。僕には分からないな。Gさん、分かります？

G: いいえ。私の知っているかぎり、教科書は、両緊急行為の「やむを得ず云々」は違う意味だとしているだけで、先生みたいに、両方の規定の仕方の違いを問題にしてはいなかったと思います。だから私も全く疑問にも思いませんでした。

P: 刑法学が条文の文言を軽く扱っている一つの証拠なんだな、これは。

今度は問題の36条ね。この規定の仕方だと、もし「やむを得ず云々」を、僕みたいに、仕方なく云々のな、日常用語的な意味で理解していたら、とんでもないことになっちゃうんだよ。F君分かる？

F: えっ、・・・いや、分かりました！

1項では、緊急避難の規定と違って、やむを得ず、つまり、仕方なくやっちゃった反撃行為は、それを理由にして、すべて「罰しない」、つまり無罪だということにしちゃっているのに、2項の過剰防衛の場合になったら、一転して、その反撃行為が、仕方なくやっただとしても、やりすぎだと有罪になってしまい、それを前提にして刑を減免してやる、ということになっていますね。緊急避難の方は、「・・・超えなかった場合に限り」という限定が始めからついているから問題ないけれど、正当防衛の方は、もう論理的に破綻していると言いたいようなことになっちゃう、ということでしょうかね？

G: だから、「やむを得ず云々」を、必要最小限とか相当性とか、行為の結果に関する意味だということにしているんですね。それでも変ですが、そうしないと、二進も三進もいなくなっちゃういますもんね。

P: 立法者の顔を立てようとするからそうなるんだと思うけど、そのために、学生たちに要りもしない複雑なまやかしの理屈を覚えさせなきゃならないんだよ。ましてや一般の国民には全くもって訳の分からない話だ。

これは立法論だと言って片付けられちゃうかもしれないけれど、立法者はこう書きゃよかったんだよ。36条も37条のように、「・・・やむを得ずにした行為は、防衛の程度を超えなかった場合に限り、罰しない」とね。どう？ もう二人には分かってもらえると思うけど。

F・G: は、はい。

P: 「やむを得ず云々」は、普通に読めば、反撃行為の動機の問題であり、必要最小限とか相当性とかというのはあくまでも反撃しちゃった結果の評価の問題であって、それらは切り離して理解しなきゃならないはずの問題だろう？なのに、刑法学も裁判所も、この「防衛の程度を超えなかった場合に限り」とい

う、本来は書かれるべきなのに書かれなかったフレーズを「やむを得ずに」の意味の中に無理矢理織り込んだわけ、動機の問題と結果の評価がごちゃ混ぜになっちゃったわけさ。

G: 先生、その「まやかしの理屈」って、正当防衛には補充性とかも、少なくとも厳格な法益権衡も必要なくて、相当であればいいけれど、緊急避難には両方とも要るんだ、とする理屈のことですか？

P: そう、それだよ。どちらにも同じ「やむを得ずにした」としか書いてないのに、意味が違っちゃうんだよ。その違い、条文上の根拠はどこにもないじゃないか。変だよな。「・・・超えなかった場合に限り」という一節のあるなしがそんな意味の違いをもたらすはずもないのは明らかだ。でも、学説も判例もこぞって、正当防衛と緊急避難は実質的に違うはずだという考えから、補充性だの厳格な法益権衡だのと言うから（例えば、山口 2016: 134 以下, 153 以下; 前田前掲 272 以下, 286 以下; 大塚他前掲: 190 以下, 210 以下など）、学生たちはもう、訳のわからないまま憶えるしかないんだ。本当にかわいそうだ。

F: 高橋先生も、正当防衛は「不正対正」だけど、緊急避難は「正対正」だからその「補充性」が必要になる（高橋前掲: 271, 312）、って言っています。

G: みんなそう考えているのに、先生は、正当防衛と緊急避難の違いはそういう点にはない、と主張するんですか？

P: そうなるね。仕方ない行為だったと言えるか、程度を超えていなかったか、という点については、どちらの場合も事後的な判定になる、としか言いようはないだろうな。これって法律の自然な読み方だろう？

F: 片方には必要だけど、もう片方には要らないとか、それほど厳格でなくてよいとか、は学者や裁判所が作った勝手な理屈だということですか。

P: そう考えておいた方が受け入れやすいんじゃないかな？ もっと根を詰めて勉強して、眼光紙背を徹するほどにあの条文を読むと判ってくるらしい、なんて思っていると、いつまでも、自分には能力がないんだ、などと劣等感に苛まれることになっちゃうよ。

僕はね、取ってつけたようなその理屈を 1 項の「やむを得ずに・・・」に無理やり読み込まなくても、過剰防衛に関する 2 項があるわけだから、そこにある「防衛の程度」という文言をそういうものとして解釈すれば、特に問題はないと思うけどね。なんと言ったって、問題は緊急状態における行為だよ。さっきの僕の例で言えば、パイプ椅子での反撃が、判例や山口先生たちが言うような意味で「やむを得ない」かどうか、つまり、必要最小限かどうかなんて、その時は考えていられないよ。ただ、後半、素手で襲いかかってきた時もパイプ椅子で反撃したことは、もしかすると、後から、「防衛の程度」を超えたと判断されるかもしれない。その時は結果的に有罪になって、刑が減輕免除されるか

もしれない、というだけの話さ。そもそも、侵害に対する必要最小限の反撃はどの程度かなんてことを行為時に冷静に判断できるんだったら、もうそれは緊急状態じゃないからね。

G : 確かにそうですね・・・

P : 山口先生の場合、行為の客観面だけで定義したい気持ちは分かるけれど、この議論は、刑法の条文より刑法学の体系の方を重視するということになる、という典型例だな。僕は、刑法学者じゃないけど、法学者の端くれとしてこうやって批判していればいいけれど、学生の君たちはそんなわけにはいかないよな。この体系思考のパズルをやらないわけにはいかないからな。

構成要件的過失

さて、緊急行為の話はこれくらいにして、山口先生が構成要件的過失の方をどう説明していたか。その点を確認しておかないとな。こっちは故意とちがって、条文に「過失」とかの文言が書かれているから、そう簡単に切り捨てるわけにはいかないんじゃないかと思うけれど、構成要件は故意犯と過失犯の条文のいわば最大公約数みたいなものだと考えているわけだから、やはり構成要件的過失などというものもない、としないと一貫しないよな。

F : 構成要件は条文そのものじゃないんですから、「過失により」なんていう文言に引っかかる必要はないわけですね、山口先生的には。

G : 始めの頃 (66 頁) にも言いましたが、山口先生は、「故意・過失は構成要件と共に犯罪類型という概念に統合される」のだから、「説明の仕方の違いにすぎない」とはしていますが、一応は、「故意・過失を構成要件に含める」違法かつ有責類型説とは違う立場に立っているわけで、構成要件的過失などは認めていないはず (山口 2016 : 34 参照)。

でも、私もよく分からないところがあるので、P 先生に謎解きのヒントをいただきたいんですが・・・

P : ヒントなんて出せるかな。でも、G さんが分からないなんて、相当難解な理屈になっているんだろうな。とにかく聞かせて。

G : 困っているのは、山口先生がこう言っているところです。

過失とは「不注意」すなわち「注意義務違反」である。この「注意義務違反」は「結果予見義務と結果回避義務からな」っている。そして、前の方の「結果予見義務」の「違反」は、「故意犯の故意に対応する責任要素」なのだが、後の方の「結果回避義務」の「違反」は、「構成要件該当性を認めるための要件」だ (同前 : 246)、と。まだですよ、もうちょっと聞いてください。

この後の方の「結果回避義務」の内容は、「行為の危険性を構成要件的結果が生じることが通常ありえないと解される程度にまで減少させること」だが、こ

の義務は、その前提として、「結果回避可能性」があることが必要だから、その「可能性がな」く、「構成要件的结果の発生が結果回避義務違反に基づくとはいえない」場合には、「構成要件該当性が否定される」(同前:248,57)、としているところです。

要するに、過失は二つの義務違反からなっていて、一方の結果予見義務違反は責任の問題だけれど、もう一方の結果回避義務違反は構成要件該当性の問題だ、と言っているように思うのですが、これがなんだか納得できないんです。

過失が二つの義務違反で構成されている、というところはいいです。他の先生もだいたい同じようなことを言っていますし。問題は、今も読んだように、山口先生は、「犯罪類型」の中で「統合」されるからそれほど拘らないとしつつも、過失は故意とともに、構成要件から除かれるとする立場(同前:34-35)に立っているのに、なんでここではそれを構成している一方の義務違反が「構成要件該当性を認めるための要件」だとしているのか、ということです。この理屈がどうにも理解できません。

F: なんだか込み入っていてよく分からないけれど、構成要件の故意は断じて認めないけど、構成要件の過失はその一部だけ認める、ということになるの? それって、おかしいよね。過失も、故意と同じく、構成要件要素じゃなくて責任要素だって言っているんだもんね。

P: でもね、F君、この義務違反は構成要件の過失とは違う意味じゃないかと思うよ。山口先生は、前の版の教科書でも大体同じようなことを言っていたんだけど(山口2007:228-230参照)、その趣旨は、過失の中の客観的な部分は構成要件の要素だ、ということなのじゃないかな。正当防衛の防衛意思の扱いでもそうだったよね。この結果回避義務やその違反って、行為者の内心のことを考えなくても客観的に確定できるよね。例えば、他人を傷つけたり殺したりとかの結果を惹起しないように気をつける義務って誰にでもある。いつでもある。そして、行為時の状況から見れば、その結果を回避する可能性もあった。なのに、故意、過失に関わらず、その結果を惹起してしまった。つまり結果回避義務に違反した。これだけで構成要件に該当するというわけだ。

その上で違法性もあり、ということなら、あとは責任論の領域で、結果予見義務違反があったかなかったかを、つまり、予見のことだから、行為者の内心の状態を検討し、この義務違反もあり、となれば過失犯成立、こういう考え方なんじゃないかな。三分説だからこんな面倒なことになっているのだけれど、山口先生の体系としては一貫しているように思うな。

ただ、やはり、「構成要件から・・・過失を除く」という立場を形だけでも維持しちゃったのはどうかな。過失の主観面つまり結果予見義務違反は属さない、と言っておけば無難だったと思うけれど。

G : 山口先生は、「結果回避義務の内容は(客観的な)構成要件該当性に関わる」(山口 2016 : 247)とも言っているんですが、この「(客観的な)」はそういう意味なんですかね。

F : やっぱり、なんだか、微妙すぎて分かりません。過失の客観面は構成要件に残しておいて、主観面は全部責任論に持って行こうという、強引な論理のような気がしちゃいます。そもそも山口先生は、過失犯と故意犯は同じ構成要件だ、という考えなんですか？ この過失の主観面と客観面を分離する論理はその考えとうまく整合するんですかね。過失犯は故意犯とは別の構成要件だとされているようにも見えるし、よく分かりません。

P : 僕はなんとか整合するんじゃないかという気がするな。共通の構成要件というのは、例えば、<人を死に至らしめた>——故意犯だと「人を殺した」、過失犯だと「人を死亡させた」となっているけれど——というもので、行為者の内心の状態のいかに問わないわけだ。山口先生は、結果回避義務違反のことは、過失のところでしか言っていないようだけれど、それは故意犯にも当てはまるんだよ、多分。殺人犯も、人を殺さない、あるいは死亡させない、という結果回避義務の違反を犯しているということになるのさ。だから、共通の構成要件は、人を死に至らしめないという義務に違反した行為、と言い換えてもいいのかもしれない。

G : そうでしたか。結果回避義務は過失だけに関わっているわけではない、と考えればいいんですね。そう言えば、たしかに、「結果回避義務は故意犯同様必要であり」(同前 : 246)、と書いてあります。でも、それならもつとはつきりと、故意犯も結果回避義務違反だ、と言って欲しいですね。

P : そうだな。ついでにだけ、108条以下の「放火」罪と116条などの「失火」罪の共通の構成要件はどう表現されるのか、という点も言って欲しいな。でも、これは各論の問題になるのか。

ともかく、**F** 君、山口先生は構成要件的過失を認めちゃったわけではない、ということは分かってもらえたかな？ 過失の内容の注意義務違反を二つに分けて一方を故意犯と共有させる、という綱渡りのな理屈になっているところがあるけれど、故意、過失の核心はあくまでも責任の領域の問題だ、という論理を貫こうとしているんだ。

F : その論理、僕は完全には納得できていないです。ですが、僕の能力ではうまく反論もできない、というのが歯痒いです。

G : 私は山口先生の教科書、始めからもう一回ちゃんと読み直してみます。

ところで、山口先生の各論の教科書、放火罪・失火罪のところを今ざっと見返してみたんですが、共通の構成要件のことには触れないで、それぞれの構成要件を論じているようです(山口 2010 : 374・397 参照)。一応、ご報告まで。

P: そうか、各論ではこれまでの総論的な議論はあまり関係してこないのかもね。そういうことも含めて、僕ももう一度勉強し直してみるよ。

まとめ

さて、オフィスアワーもあと少しで終了の時刻だ。

F: 時間経つの早いんですね。

G: 先生にもっと聞いてみたいことがいくつも出てきたんですけど・・・

P: またオフィスアワー申し込んでくれればいいよ。

で、今日はどうだった？ 構成要件のこと、というか三分説のことかな、分かってくれたかな？

F: 三分説なんて、今日初めて聞いたんですが、先生の説明によると、学者たちが、刑法の各本条に書いてあることを、刑法全体を視野に入れて、構成要件、違法性、有責性という三つの犯罪成立要件に整理した、いや、そういう要件を条文の上に作りあげちゃったんだ、刑法がそうなっているわけじゃない、ということですね。つまり、「構成要件」というのは学説が作り上げた概念であって、条文そのものじゃない、ということですよ。

G: 条文そのものだとする考えの方が今は通説みたいですが、それでも、条文該当性とは言わず、あくまでも構成要件該当性と言いますから、やはり、法律条文から離れている、と。そして、そこで立てた論理を必死に守ろうとするから、変な理屈も出てくる、と。それでも、私は三分説に従っていきますが、その考えを自ら批判的にチェックするきっかけを先生にいただきました。

P: 大事なのは、どうして刑法学はそんなふうな犯罪成立要件を組み立ててしまったのか、ということを自分なりに追体験してみることで、そして、刑法の条文を、教科書を参考することなく、端から端まで一度ゆっくり読んでみることで、これが是非とも必要だということ、これが僕の言いたいことだ。

F: 先生、やっぱり来週もお願いします。例えば、構成要件該当性と関係がある因果関係とか。これ、なんだか僕はずっと騙されているような気がしてたんですよ。相談に乗って下さい。

G: いいわね、それ。いろいろな説が出てきて、私もちょっと混乱しているの。

P: はい。じゃあ、テーマは因果関係論だ。

ちゃんと教務課でアポとってね。先客がいたらダメだよ。では、また。

F・G: ありがとうございます。

引用文献

団藤重光

1984 『刑法綱要総論』(改訂版) 創文社

刑法学どう付き合うか (1/2) : 「構成要件」論 (大塚)

団藤重光他

1968 『注釈刑法 (2)の I 総則 (2)』有斐閣

前田雅英

2019 『刑法総論講義 [第7版]』東京大学出版会

大塚裕史・十河太郎・塩谷毅・豊田兼彦

2020 『基本刑法 I 総論 第3版』日本評論社

裁判所職員総合研修所 (監修)

2014 『刑法総論講義案 (3訂補訂版)』司法協会

高橋則夫

2016 『刑法総論 [第3版]』成文堂

山口厚

2007 『刑法総論 第2版』有斐閣

2010 『刑法各論 第2版』有斐閣

2016 『刑法総論 第3版』有斐閣

おおつか しげる (本学名誉教授)

【論説】

常習犯・累犯の加重処罰規定及び 常習累犯窃盗罪に対する批判的検討 (3)

岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子*

概要

序 章 はじめに

第1章 現在の量刑論の素描

第2章 常習犯に関するこれまでの議論の整理

第3章 累犯加重に関するこれまでの議論の整理

(以上, 第61号)

第4章 常習犯・累犯の加重処罰に対する量刑論からの検討

(以上, 第62号)

第5章 常習累犯窃盗罪の検討

第1 常習累犯窃盗罪の制定経緯と今日における問題点

第2 常習累犯窃盗罪の構成要件と相互の要件の関係性

第3 常習累犯窃盗罪規定自体に対する疑問

第4 常習累犯窃盗罪のクレプトマニアに対する適用の問題点

第5 常習累犯窃盗罪規定の廃止の提言

終 章 おわりに

(以上, 本号)

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

** 東海法学 61号 75頁 19行目の「2回」は、「3回」の誤記であるので訂正する。

概要

前号までで述べたとおり、常習犯・累犯に関して一律にその刑罰を加重することの正当性・妥当性を理論的に説明することは不可能である。特に、「依存による犯行」の場合には、これに対して加重処罰をすることには、まったく合理性を見出すことはできない。

このような者の再犯を防止したいのであれば、それに必要なことは、処罰ではなく治療である。具体的には、そのような「依存による犯行」を断ち切るための、依存症に対応した科学的な根拠を持つプログラムであろう。

これに対して「職業的犯行」に対しては、その再犯を防止するという目的の下、行為者に加重処罰をすることには、一応、目的と手段との間の合理的関連性を見出すことはできるように思われる。

しかし、だからと言って、「職業的犯行」に限定したとしても、現在の常習犯・累犯に対する加重処罰が直ちに正当化されるわけではない。前号までで繰り返し述べてきたとおり、刑罰は「責任と予防」を正当化根拠とするとされ、さらに、予防の観点からの加重は、少なくとも責任刑の幅の上限を超えることはできないと解されている。それゆえ、常習犯・累犯に対する処罰の加重が「必要かつ相当」なものとして、その正当性を獲得するには、この責任刑の上限を超えていないことが必要となる。

本号においては、このような観点から、盗犯等の防止及び処分に関する法律（以下、「盗犯等防止法」という。）が定める常習累犯窃盗罪について、「常習性」や「累犯」の各要件の意義や、常習累犯窃盗罪規定自体の存続の必要性を再度検討するとともに、同罪の適用上の問題として、いわゆるクレプトマニア（窃盗症）患者に対して同罪を適用することの問題性について検討し、結論的には、その廃止を提言する。

第5章 常習累犯窃盗罪の検討

第1 常習累犯窃盗罪の制定経緯と今日における問題点

1 盗犯等防止法の立法趣旨と制定経緯

盗犯等防止法3条は、「常習トシテ前条ニ掲ゲタル刑法各条ノ罪…ヲ犯シタル者ニシテ」、「其ノ行為前10年内ニ此等ノ罪…ニ付3回以上6月ノ懲役以上ノ刑ヲ執行ヲ受ケ…タルモノニ対シ刑ヲ科スベキトキ」は3年以上の有期懲役に処すと規定し、いわゆる常習累犯窃盗罪を規定している。

同法は、今から92年前の昭和5年（1930年）に公布された法律であるが、そもそもなぜこのような規定が制定されたのか。

この点については、当時の司法大臣であった渡邊千冬氏の「帝国議会本会議ニ於ケル本法提案理由」に、以下のように説明されている。

従来の経験に依りますれば、強盜、窃盜犯人、殊に其常習犯人は、出獄後幾何もなく其犯罪を累行するを通例とするのでありまして、社会は之が為に重大なる脅威を受けているのであります、此脅威に対し社会を保護するには、比較的長期の刑を課_{〔一〕}して、社会より犯人を隔離すると共に、其改善を図ることを必要とするのであります、然るに現行刑法運用上の慣例につきましては、是等の者に対する課刑_{〔一〕}が軽きに失し、短期間にして常習性の保持者たること明らかなるものを釈放するの已むを得ざるに至り、社会防衛を全うすることは出来ないやうな状況であります、之がために法律上其刑を重くする必要があるのであります

すなわち、当時の日本社会においては、強盗犯・窃盗犯・住居侵入窃盗犯において、生命身体または貞操等に対して危害を加える悪質な態様が横行しており、短期刑を科しただけでは改善が不能な常習的な強盗犯・窃盗犯に対し、比較的長期の懲役刑を科すことによって社会防衛を全うする必要性が認められたことから制定されたものであった。

盗犯等防止法が制定された昭和初期の社会情勢を確認すると、「第一次世界大戦後の世界的な経済不況の波及などによる産業の不振と金融恐慌による失業者の増加などのため、説教強盗と呼ばれた強盗犯人による犯行をはじめとする窃盗・強盗事犯が多発し、市民に著しい不安と恐怖の念を与えていた時代」²であったとされる。実際に昭和初期当時の新聞記事では、銃火器等を用いた強盗や住居侵入を伴う職業的な窃盗が連日のようになされており、このような強盗窃盗事件が社会問題化していたことが窺える。

もっとも、新聞報道によると、同法については、特に第1条の一定の限度で侵害者に対する殺傷を正当化する規定について、制定過程で猛反発があり³、委

1 司法省『盗犯等防止及処分ニ関スル法律解説』（中央社・1930）「帝国議会本会議ニ於ケル本法提案理由」2頁。

2 佐々木善三「特別法シリーズ（62）盗犯等の防止及び処分に関する法律(1)」研修603号673頁参照。

3 読売新聞昭和5年5月11日（第1万9112号）参照。学者においては、同法の隠された意図として支配階級の直接行動を合法化せんとする階級的色彩の最も濃いもので、将来の労働運動弾圧に利用されることを警戒したとされる（谷口正孝「盗犯防止法の運用について一施行二十年判例の回顧一」法時23巻10号31頁）。ただし、実際には、労働運動の弾圧や団体交渉の際に悪用されるという事態は認められなかったようである（同38頁）。

常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討（3）
（岡本・神谷・進藤・杉山・山中）

員会審議も与党委員のみの賛成で原案を可決したようであって⁴、十分に審議を尽くして制定された法律とは言えなかったようである。

2 立法の必要性：裁判官の自由裁量への不信

当時の我が国の社会情勢において常習として、強窃盗罪を犯す者に対して社会防衛の必要性が認められたとしても、刑法典の窃盗罪規定を適用し量刑判断を裁判官の自由裁量に任せることで対処可能であり、別途、加重類型としての常習累犯窃盗罪規定を設ける必要性はないのではないかとの疑念は立法当初から持たれていた。

これに対しては、当時、政府委員であった泉二新熊法学博士から以下の説明⁵がなされている。

現行法の如く刑の範囲を広くして、其量定を裁判官の自由裁量に任せておくことは弾力性のある法律で理論としては大変宜しいのでありますけれども、実際の適用から一利一害は免れないのでありまして、経過から不便というべき現象があるのであります、実際の状況に於いては、昭和4年11月18日の巢鴨刑務所に於ける強窃盗犯1738人、其中で前に刑務所から釈放されて4ヶ月以内に入監せる者が937人でありまして、釈放者の五割四分を占めております、出れば3、4ヶ月の中には大半が舞戻って来る、斯う云う状況でありますから、どうしても刑期が実際に於いて短すぎるのであります、全国の統計では、昭和4年11月現在に於て、受刑者総数が3萬6500数十人ありますが、この法律に該当する、強窃盗詰り常習犯とか、色々かう云う手段を用ひた特別なるものが其中に約1萬2500人と云うことになっています、さう云ふ特殊の手段を用ひる強盗に対しても最短期は1年、窃盗の最短期は3か月では、到底社会の秩序を維持し難い、無論刑を重くしたからと云って強窃盗が無くなる訳のものではないのでありますけれども、斯う云ふ風に特殊の手段方法を用ひる常習の強窃盗が、いったん出監する、そうして3ヶ月4ヶ月の中には大半舞戻って来るという今日の状況でありますから、どうも裁判所の自由裁量に重きをおいたままでは面白くあるまいと云うことで、今度の刑法改正にも、此点は相当に考慮しやうという意向が委員会にも見えて居るのであります

すなわち、泉二政府委員の説明によると、常習累犯窃盗罪は、単純窃盗罪や

⁴ 東京朝日新聞昭和5年5月10日。

⁵ 司法省・前掲注(1)「貴族院衆議院特別委員会二於ケル政府説明抄録」34頁以下。

単純強盗罪の量刑を裁判官の自由裁量に委ねた場合には、受刑者が短期間に同種の窃盗を犯す割合が過半数を占めてしまっているという再犯状況を加味し、裁判官の自由裁量に重きを置いたままでは社会秩序を維持し得ないという不信から、単純窃盗罪や単純強盗罪とは異なる特別な規定を設ける必要性があるとして制定されたものであった。

3 適用対象の限定：職業的な窃盗犯人への限定的な適用

常習累犯窃盗罪については、立法当初から比較的軽微な窃盗犯人であっても要件に該当した場合には短期3年以上の懲役刑を科すのは極端ではないか、近代の刑事政策に背くではないかという意見があった。

このような意見に対しては、泉二政府委員より以下のとおり説明されている⁶。

第2条の1号乃至4号だけを見ますと、そう御考えになるは無理のない事がありますが、『常習として左の各号の方法に依り』とあるのであります、此1号、2号、3号の事実があっても、それが専門的に常習に行われた場合だけを見ているのであります

(中略)

此法律第3条には4回目に処刑されると云ふ場合に於ても、当然に常習とは認めて居らない、矢張り常習的のものであるや否やと云ふことを、裁判官は更に他の事情を斟酌して認定すると云ふことになつて居る、此法律としては常習と云うことは、殆ど職業的にやる場合を見て居る規定だと考えて宜しい、十分に、条件を限定して居りますから、決して是が過酷に過ぎると云ふことは考へられないのであります、唯人情論で云へばそうかも知れませぬ、併ながら今日社会防衛の必要上から、どうしても斯う云ふ常習的の者に対しては軽い刑期ではいかぬと云ふことを認めて此特別の規定を設ける必要があるのであります

すなわち、泉二政府委員の説明によると、常習累犯窃盗罪は比較的軽微な犯罪類型を処罰対象としているのではなく、ほとんど職業的に窃盗行為を行う「常習」的な者について、社会防衛の必要性から重い刑を科すというものであり、十分に条件を限定しているため、決して苛酷に過ぎるということはないと説明しているのである。

以上のように、我が国における盗品等防止法制定当初の社会情勢や、裁判官

⁶ 司法省・前掲注(1) 36頁以下。

常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討（3）
（岡本・神谷・進藤・杉山・山中）

の自由裁量を重視することによる再犯者の続発という立法事実を加味すれば、昭和初期当時の我が国において、職業的な窃盗犯のみを対象として、比較的長期の刑を科すことにより社会防衛を図る必要があったことは、現在における刑罰理論による根拠づけとして可能かはともかく、理解できないではないものであった。

4 今日における常習累犯窃盗罪の問題性

しかしながら、今日においては、常習累犯窃盗罪が想定するような職業的な窃盗犯に代表される侵入窃盗事案の認知件数は、令和2年（2020年）には約4万4000件程度となっており、万引き等の非侵入窃盗事案の認知件数（約23万8000件）の5分の1足らずとなっている⁷。

このように、盗犯等防止法制定ときに常習累犯窃盗罪の本来的な適用対象として想定されていた反社会性の特に強く認められる職業的窃盗犯が、すでに今日においては減少しているにもかかわらず、むしろ、窃盗犯人に対して長期の懲役刑を科すことが適切でない領域についてまでも適用領域を拡大して、常習累犯窃盗罪が適用されているものと考えられ、そこに、今日における常習累犯窃盗罪の適用上の問題点がある。

第2 常習累犯窃盗罪の構成要件と相互の要件の関係性

1 常習累犯窃盗罪の構成要件の概要

盗犯等防止法は、常習累犯窃盗罪を、①「常習トシテ前条ニ掲ゲタル刑法各条ノ罪…ヲ犯シタル者ニシテ」、②「其ノ行為前10年内ニ此等ノ罪…ニ付3回以上6月ノ懲役以上ノ刑ノ執行ヲ受ケ…タルモノニ対シ刑ヲ科スベキトキ」（同法3条）に成立する犯罪として規定しており、ここでは、①窃取行為等についての「常習性」と、②過去10年間に3回以上懲役刑以上の刑の執行を受けたという「累犯前科」が構成要件要素となっている。

「常習性」や「累犯前科」についての法的性格や意義等については、東海法学第61号（2021）の第2章（84頁以下）及び第3章（91頁以下）において詳説しているため、本章では常習累犯窃盗罪に特有の問題に限って検討する。

2 常習累犯窃盗罪における常習性の意義

⁷ 令和3年版犯罪白書9頁1-1-2-3図参照。なお、非侵入窃盗のうち万引きは71.7%であった（同頁）。また、令和2年度における窃盗の総認知件数は41万7,291件となっており（令和3年版犯罪白書7頁1-1-2-1図）、平成14年度の総認知件数（237万7,488件）の2割に満たない数となっている。

常習累犯窃盗罪の「常習」の意義について、大審院判例⁸によると、「窃盗または強盗を為す習癖」を指すとされており、戦後の裁判例においても基本的にはこの理解が維持されており、「反復累行する習癖」という常習賭博罪における最高裁決定⁹の定義が常習累犯窃盗罪にも等しく妥当すると考えられてきた¹⁰。

「常習性」の認定にあたっては、「その資料に何らの制限はない」とされており¹¹、これまでの裁判例による判断要素をカテゴライズすると、i) 被告人の前科の内容(前科の回数、態様)、ii) 最終刑から今回犯行に至るまでの期間及び被告人の行状、iii) 今回犯行の内容(動機、態様)等の事情が重要な判断資料とされており、おおむね i) が習癖の形成、ii) が習癖の存続、iii) が習癖の発現に関する要素として判断される¹²。

3 常習累犯窃盗罪における累犯前科の意義

常習累犯窃盗罪における累犯前科は、刑法56条の累犯規定と同義ではなく、必ずしも3回以上の懲役刑につき刑法56条の要件が存在することは必要ではない。そのため、問題となっている窃取行為前の10年以内に3回以上懲役6月以上の刑の執行を受けていれば足り、判例によると、常習累犯窃盗罪に該当する罪に対して、さらに刑法56条の累犯加重規定を適用することが認められている¹³。

「行為前の10年以内」とは、問題となっている窃取行為が開始された前日から10年以内という意味であり、窃取行為が数日間にわたる場合には、その行為が開始された時が基準となる。

「刑の執行を受け」とは、10年以内の3回の刑のうち最初の刑の執行終了日が10年以内であれば足り、その執行開始日が10年以内である必要はない¹⁴。すなわち、最初の刑が10年以前に執行を開始され、10年以内に執行を終了したときにも、本条の要件を満たすものとされている¹⁵。

また、刑法56条において「執行を終わった」と規定されているのに対し、盗犯等防止法第3条における「刑の執行を受け」とは、10年以内の3回の刑

⁸ 大判昭和7年8月6日(刑集11巻1169頁)。

⁹ 最決昭和54年10月26日(刑集33巻6号665頁)。

¹⁰ 東京高判平成10年10月12日(高刑集51巻3号479頁)等。

¹¹ 最判昭和33年7月11日(刑集12巻11号2553頁)。

¹² 西岡正樹「累犯加重と常習犯について(2・完)」法政論叢63・64巻73頁。

¹³ 最決昭和44年6月5日(刑集23巻7号935頁)。

¹⁴ 東京高判昭和57年3月23日(東京高裁判事判決時報33号63頁)。

¹⁵ なお、東京地判昭和63年10月7日(判時1303号150頁)は、最初の刑につき10年以内に仮釈放となり、10年以内に仮釈放期間を満了した場合にも、10年以内に刑の執行を受けたことに当たるとする。

のうち最後の刑の執行に着手されていれば足り、執行が終了したことを要しない。

4 常習性要件と累犯前科要件との相互関係

上記のとおり、常習累犯窃盗罪は①常習性と②累犯前科という2つの構成要件要素を規定しておきながら、常習性の認定については資料の制限がないため、累犯前科の事実を常習性の認定資料から排除するべきとはされていない。他方で、常習累犯窃盗罪において累犯前科は刑法56条の累犯関係にあることを要せず、常習累犯窃盗罪に対して、さらに刑法56条の累犯加重規定を適用することが認められている。それでは、常習累犯窃盗罪における①常習性と②累犯前科の要件は、それぞれどのような位置づけにあるか。

この点、常習累犯窃盗罪に刑法上の累犯加重規定の適用を認める最決昭和44年6月5日（刑集23巻7号935頁）¹⁶は、盗犯等防止法3条は「窃盗その他同法2条所定の罪を行う習癖を有する者を、その習癖のない者より重く処罰するため、通常の窃盗その他の罪とは異なる新たな犯罪類型を定めたものであって、刑法所定の累犯のゆえに法定刑を加重したのではなく、また、右累犯による加重を排除する趣旨を含むものでもない」と判示している。

この判示については、同決定の調査官解説によると、「盗犯等防止法3条は、窃盗罪および強盗罪の犯人の常習性に着目して、後に犯された罪の刑を加重し、犯人に道義的、人格的、社会的により重い責任を科そうとするものであるのに対し、累犯は、刑の執行の効果に着目して、後に犯された罪の刑を加重し、より効果的な科刑をしようという刑事政策的、特別予防的な目的を達成しようとするものである」¹⁷との理解が示されている。この理解を前提とすると、常習累犯窃盗の刑の加重根拠は専ら「常習性」に求められ、刑法上の累犯加重規定の刑の加重根拠は「累犯性」に求められるから、常習累犯窃盗に該当する罪に対しても刑法上の累犯加重規定の適用が可能であるということになる¹⁸。

そうすると、最高裁判例のように常習累犯窃盗罪に対して刑法上の累犯加重規定の適用を認めるという前提に立つのであれば、刑法上の累犯加重規定と、常習累犯窃盗罪における常習性要件あるいは累犯前科要件とは、全く別の観点

¹⁶ 事案は、常習累犯窃盗における前科要件を満たすべき刑の執行が、三犯の全部、初犯の一部、再犯の全部、初犯の残部の順に連続して執行されたという事案であり、初犯、再犯、三犯との間には刑法上の累犯関係はない事案であった。

¹⁷ 坂本武志「いわゆる常習累犯窃盗の罪と累犯加重」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和44年度）』（法曹会・1974）223頁。

¹⁸ 西岡・前掲注(12)68頁。

から科刑を根拠づける性質のものであると考えざるを得ないこととなる¹⁹。

第3 常習累犯窃盗罪規定自体に対する疑問

1 窃盗罪において常習性に着目して加重することの不適切さ

上記の最高裁判例のように、常習累犯窃盗罪に対して刑法上の累犯加重規定の適用を認め、常習累犯窃盗罪における加重根拠を専ら常習性に求めざるを得ないという前提に立つ場合には、常習累犯窃盗における累犯前科要件は、それ自体として刑を加重する要件ではなく、実質的には常習性の認定のための一資料に過ぎないこととなる。そのため、常習累犯窃盗罪における「常習」の意義や刑の加重根拠を明確にすることが非常に重要であるとも言い得る。しかし、常習賭博罪を代表とする他の常習性が問題となる犯罪類型と異なり、窃盗罪は一義的な犯罪類型とは言い難く、その手口はさまざまである。例えば、窃取行為の行為態様としては、すり、ひったくり、空き巣、万引き、自転車盗、車両盗などがあり、窃盗に至る動機としても、貧困や遊興費欲しさなど多種多様である。このように犯罪の客観的および主観的態様が多岐に及ぶ窃盗罪について、「一定の犯罪を反復・累行して行う習癖」という常習性の概念で一律に加重を肯定することは困難である。それゆえ、常習犯として類型化したうえで一律に加重処罰の対象とすることは適切でなく、常習犯加重を理論的に正当化することはもはや困難であるとの指摘²⁰すらある。

2 現在の裁判実務において加重の必要性が乏しいこと

また、実務上、常習累犯窃盗罪が成立する事案においても、特段の事情がないにもかかわらず酌量減刑を行い、宣告刑が法定刑の3年を下回る事案が多く²¹、加重類型としての常習累犯窃盗罪規定を適用しなくとも、刑法上の窃盗罪規定で対処すれば足りるものと考えられる。現に、平成17年法制審議会刑事法(財産刑関係)部会第2回会議においては、裁判官の実感として、常習累犯窃盗において、4割以上、あるいは半数近くが酌量減輕をした刑を言い渡しており、

¹⁹ 重井輝忠「常習性概念における一断面—常習累犯窃盗罪の検討を通じて—」経済理論310号64頁。

²⁰ 西岡・前掲注(12)81頁。

²¹ 法務総合研究所による『窃盗事犯者の実態と再犯状況』の特別調査によれば、常習特殊窃盗又は常習累犯窃盗が認定された者について、懲役刑の科刑状況別構成比をみると、1年6月以上2年以下が16.6%(26人)、2年を超えて3年以下が63.7%(100人)、3年を超えて4年以下が15.9%(25人)、4年を超えて5年以下が3.2%(5人)、5年超が0.6%(1人)であり、2年を超えて3年以下の割合が最も高い(法務総合研究所「窃盗事犯者に関する研究」121頁)。

常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討（3）
（岡本・神谷・進藤・杉山・山中）

法定刑の下限の効果が失われている状況が指摘されている²²。その結果、常習累犯窃盗における刑の加重のあり方については、今後の検討課題とされている²³。

3 小括

以上のとおり、常習累犯窃盗罪については、常習性の要件によってその適用対象を適切に絞り込むことができるのかという疑問があるだけでなく、現在の裁判実務での運用においてその必要性の基盤すら揺らいでいる状況にあると言える。このような状況に照らせば、内実が不明瞭な「常習性」を加重要素とした常習累犯窃盗罪規定を存続させ適用することによりも、刑法上の窃盗罪規定において適切な量刑判断をする方が、より柔軟で適切な解決をすることができる。少なくとも、次項で述べるクレプトマニアのような事案においては、このような対処が必要であると考えられる。

常習累犯窃盗罪規定については、「常習性」の内実を探求することよりも、同規定の存廃も含めて今一度検討すべき時期にあると考えられる。

第4 常習累犯窃盗罪のクレプトマニアに対する適用の問題点

1 立法過程における常習累犯窃盗罪の処罰根拠

前述（本章第1項）のように、常習累犯窃盗罪は、短期刑を科しただけでは改善が不能な常習的な強盗犯・窃盗犯に対し、比較的長期の懲役刑を科すことによって社会防衛を全うする必要性を理由として制定されたものであり、立法過程において同罪の処罰根拠となっていたのは、社会防衛や犯罪者の改善という、いわゆる人格形成責任論に立脚しているものと考えられるとの指摘がある²⁴。すなわち、「反社会性」あるいは「遵法精神の欠如」の増大を徴表するのが「習癖」であり、罪を犯した者は、刑罰を科されれば自らの行為を反省し今後は罪を犯さない、あるいは刑罰の執行によって矯正され、遵法精神を学び、再社会化を果たすものの、何度も何度も性懲りもなく罪を犯し、刑罰を科され

²² 法制審議会刑事法（財産刑関係）部会第2回会議事録

http://www.moj.go.jp/shingil/shingi2_051118-1.html（最終閲覧 2021年7月14日）。

²³ 前掲注(22)議事録参照。なお、谷口元最高裁調査官は、盗犯等防止法1条が刑法36条（正当防衛）の例示規定として制定当初強調されながら実際には制定後20年経っても何も刑法36条に加えることがなかった点を踏まえて、「この法律はまことに余計な存在であった許りでなく、露骨な階級法としての隠された役割をひそませている限りは速に廃止されて然るべきものであろう。ましてや『平和愛好國家』において國家が『法律の規定によって一般人の直接行動乃至は暴力的傾向を助長することは暴挙の甚だしきもの』とせらるるにおいてはさらにも然りとすべきではなからうか。」（谷口・前掲注(3)38頁）と指摘していた。

²⁴ 寺崎嘉博「クレプトマニア（窃盗症）と『常習性』」『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2018）217頁参照。

ながらも、また再び同種犯罪を犯した者は、自らの力によっては自己の人格を形成することができない点で、非難可能性が増大するものとされる²⁵。ただし、人格形成責任論については、「常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(1)」において述べたとおり、個別行為以外の行為者の危険な性格や人格形成行為等に責任の基礎を求める点において、個別行為責任を前提とする現在の通説的な刑罰理論からは採り得ない見解である²⁶。

よって、立法担当者の説明による常習累犯窃盗罪規定の処罰根拠については、現在一般的な支持を受けている刑罰理論の立場とは相容れないものと評価せざるを得ないと考えられる。

2 クレプトマニア患者に常習累犯窃盗罪を適用することの問題性

(1) 常習累犯窃盗罪の加重処罰根拠が妥当しない

以上のように、常習累犯窃盗罪の創設の際に根拠とされた理由は、現在の刑罰理論から支持できるものではないが、仮に、上記のように常習累犯窃盗罪の処罰根拠を社会防衛や犯罪者の改善に求めたとしても、その場合には、かえってこれをいわゆるクレプトマニア(窃盗症)患者に適用することは背理であり、それは処罰範囲の不当な拡張となるものと考えられる。なぜなら、同罪による処罰が妥当するのは、反社会性を有する職業的な窃盗犯人のような者に限られるのであり、精神疾患を理由として窃盗を繰り返してしまう者に対しては同罪の処罰根拠が妥当しない²⁷からである。

そこで、以下では、いわゆるクレプトマニア(窃盗症)患者に対する常習累犯窃盗罪の適用の適否について検討する。

(2) クレプトマニアとは

ア. クレプトマニアの概略

クレプトマニアとは、経済的理由による窃盗や職業的犯罪としての窃盗とは異なり、窃盗に先立つ強い渴望と衝動があり、行動中のスリル、成功時の達成感、開放感、安堵感に執着し窃盗行為が習慣化する精神疾患である。摂食障害

²⁵ 寺崎・前掲注(24) 217頁参照。神林美樹ほか『行為依存と刑事弁護 性依存・窃盗症などの弁護活動と治療プログラム』(日本加除出版, 2021) 109頁以下参照。

²⁶ 岡本裕明ほか「常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(1)」東海法学 61号(2021)79頁以下。

²⁷ 団藤重光『刑法綱要各論』(創文社・第3版・1996) 355頁によると、「常習性は、人格形成の結果として犯罪傾向が強くなったものであり、精神障害者の場合は別論として、一般にいっそう大きい非難に値する。」と記載されており、精神障害者については常習犯処罰が妥当しないことを前提としている。

等の他の精神障害を併発していることが多いとされている²⁸。

クレプトマニア自体は、古くから指摘されてきた疾病であり、19世紀初頭には文献上見られたとされる²⁹。そして、1900年には、「デパートメントストア・クレプトマニア」が、ヨーロッパと北アメリカでは一般的に用いられていた³⁰。また、1830年代には、クレプトマニアの抗弁（kleptomania defense）が裁判所では問題となっていた³¹。そして、この当時よりすでに、クレプトマニアの存在については、疑いの目に晒され³²、輪郭は古くから曖昧なままとされてきた³³。

現在、クレプトマニアの診断基準としては、DSM-5の以下の基準が使われることが多い³⁴。

- A. 個人用に用いるためでもなく、またはその金銭的価値のためでもなく、物を盗もうとする衝動に抵抗できなくなることが繰り返される。
- B. 窃盗に及ぶ直前の緊張の高まり。
- C. 窃盗に及ぶときの快感、満足、または解放感。
- D. その盗みは怒りまたは報復を表現するためのものではなく、妄想または幻影への反応でもない。
- E. その盗みは、素行症、躁病エピソード、または反社会性パーソナリティ障害ではうまく説明されない。

しかし、DSM-5の診断基準を字句どおりに厳格に解釈すると、診断基準に合致する症例はほぼ皆無とも言われており³⁵、このような操作的診断基準を用いることにつき、精神医学の側からも、早急な改善が必要だと言われている

²⁸ 摂食障害者については、拒食、過食を問わず、生理的に飢餓状態にあることに着目して、そこから「溜渇恐怖」（物質や自己の人間の価値が減ることへの異常な恐怖）が生じ、それに対抗し、あるいはそれを自己治療しようとするために「溜め込み」を原動力とする窃盗衝動が生じ、最初の窃盗に成功すると犯行時の緊張感、成功時の解放感が一体となった体験が反復によって強化され、嗜癖化して窃盗症に至るとする分析が有力に主張されている（城下裕二「窃盗症（クレプトマニア）・摂食障害と刑事責任」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』302頁以下及びその引用文献参照）。

²⁹ Ronald A. Fullerton, Girish N. Punj. Kleptomania: A brief intellectual history. The Romance of Marketing History Vol. 11 (2003)（以下、Ronald, 2003）201. Bharat Saluja et al. Kleptomania: a case series, Singapore Med J 2014; 55 (12) e207.

³⁰ Ronald 2003 p.203.

³¹ Ronald 2003 p.203.

³² 特に、当時、クレプトマニアが社会的に裕福な女性の反復する万引き事件として認識されていたため、何を行っているかよくわかっている社会的に裕福な女性のわがままを甘やかす口実として用いられていないかとの懐疑主義がもたれていた。Ronald 2003 p.203 参照。

³³ 竹村道夫「常習窃盗」ころの科学 182号（2015）45頁。

³⁴ 神林・前掲注(25)177頁。

³⁵ 竹村・前掲注(33)45, 46頁。

る³⁶。

このように、クレプトマニアの概念自体、議論のあるものではあるものの、その機序については、ある程度の説明がなされるようになっていく。

イ. 依存症の発症機序

まず、前提として、依存症³⁷の原因・機序について述べる。依存症と言われた場合、一般的には、①衝動的で自己破壊的な性格や②依存性物質（脳に強烈な快感をもたらす、その快感を脳に刻印して脳を支配してしまう物質）に手を出したこと自体が原因であるとされることが多いと思われる。しかし、①については多くの薬物依存者が数種の薬物やアルコールを試した後に「自分好みの物質」に落ち着き、決して「手当たり次第」などではないことや、②覚醒剤使用者でも数回使った後、自分に合わないためやめたりすることが珍しくないとされることが挙げられており³⁸、①及び②は依存症に対する適切な説明とは言えない。

そこで、「依存症」の発症機序として現在、臨床家から最も支持されているのは、「自己治療仮説 self-medication theory」とされる³⁹。自己治療仮説とは、依存症の本質を、「快感の追求」ではなく、「心理的苦痛の減少・緩和」と捉える考え方である⁴⁰。物質嗜癖（アルコールや薬物の摂取）、行動嗜癖（ギャンブル、セックス、暴力、万引き、性犯罪、自傷行為、買い物、インターネット、ゲームなど）、人間関係嗜癖（虐待やいじめ、DV、パワハラなど）が分類される。自己治療仮説からは、これらに共通しているのは、こころの痛みや肉体的な緊張という「コントロールできない苦痛」を、過食・嘔吐や反復性自傷、物質乱用といった「コントロールできる苦痛」で置き換えるプロセスだと説明される⁴¹。また、依存症者の背景にある共通した特徴としては、「自己評価が低く自分に自信がもてない」「人を信じられない」「本音を言えない」「見捨てられる不安が強い」「孤独でさみしい」「自分を大切にできない」という6項目が挙げら

³⁶ 中元総一郎「窃盗症への医学的アプローチと現行の刑事司法・司法精神医学の問題点」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』（成文堂、2021）98頁参照。同旨、神林・前掲注(25)178頁。

³⁷ 本書では、基本的に、「依存症」と「嗜癖」（アディクション）を同様のものとして扱っている（石塚伸一「犯罪人像のパラダイム転換 先祖帰り（遅れているヒト）から、過適応症（急ぎすぎる人）へ」石塚伸一編（龍谷大学社会科学研究所叢書第129巻）『新時代の犯罪学—共生の時代における合理的刑事政策を求めて』（日本評論社、2020）258頁以下参照）。

³⁸ 松本俊彦「依存という心理一人はなぜ依存症になるのか」こころの科学182（2015）12頁。

³⁹ 松本・前掲注(38)13頁。

⁴⁰ 松本・前掲注(38)13頁。神林・前掲注(25)6頁。齊藤章佳『万引き依存症』（イーストプレス、2018）106頁以下。

⁴¹ 松本・前掲注(38)15頁。

れるという⁴²。そして、依存症が進行すると、表面的には、「不真面目で意志の弱い自己中心的な人格破綻者」のような状態となっていくが、これは周囲から非難され、追い詰められ排除され、孤立していった経過を受けてであり、実際には、「人に癒されず生きにくさを抱えた人の孤独な自己治療」という見方が治療者の立場からは最も適切とされる⁴³ところである⁴³。

依存症に対して、「道徳や性格の問題として叱責したり、懲罰を与えたりしても依存症は回復しない。依存症は病気である。病気を懲らしめてもよくはならない。むしろ悪化する。問題の解決のために必要なのは、治療であり回復支援である。」とされる⁴⁴。

ウ. クレプトマニアの発症機序

このような考えを前提に、特に、摂食障害を中核としたクレプトマニアの発症機序の一つとしては、(嗜癖行動としての)摂食障害患者は生理的・心理的な飢餓状態にあり、飢餓の関連症状として枯渇恐怖が生じるため、この枯渇恐怖の自己治療として、溜め込み行動が起こり、この「溜め込みマインド」から窃盗衝動に駆られ、窃盗行為中の緊張感とスリル、窃盗成功時の安堵感、達成感、満足感、緊張からの解放感を快感として体験し嗜癖化していくとされる⁴⁵。

あるいは、近年実践と研究が進んでいる条件反射法の観点からは、次のように説明される⁴⁶。まず、人には、先天的反射（遺伝子に規定されている本能反射）と後天的条件反射連鎖（いわゆる条件反射）とがある。これらを併せて「第一信号系反射」という。第一信号系反射は人間にも他の動物にも備わっている。これに対して、人間のみ、「第二信号系反射網」と呼ばれる、いわゆる理性を持つ。人間は、法令や倫理などのルールから第二信号系反射網を発展させ、司法や教育を用いて、後天的反射連鎖を形成すべく試みてきた。ただし、第一信号系反射と第二信号系反射網は相当程度独立している。上述の「溜め込み」は、食餌などの収集を通じた安定的な食餌摂取や危険回避等として、人間を含む動物の進化の過程で先天的反射に組み込まれている。その一方で、「汝盗むなかれ」といったルールや法令に基づく行動は未だ第二信号系反射網に関連した反射連鎖である。万引きが溜め込みという先天的反射に繋がると、その反復が後天的反射として過剰に強化される⁴⁷ところ、このような第一信号系反射に関連した反射連鎖は、第二信号系反射網を凌駕し、誤作動・過作動することがある⁴⁸。

⁴² 成瀬暢也「病としての依存と嗜癖」こころの科学 182（2015）19頁。

⁴³ 成瀬・前掲注(42)20頁。

⁴⁴ 成瀬・前掲注(42)20頁。

⁴⁵ 竹村・前掲注(33)47、48頁。斉藤・前掲注(40)42頁。

⁴⁶ 以下、中元・前掲注(36)99頁以下。

⁴⁷ 中元・前掲注(36)108頁。

⁴⁸ 中元・前掲注(36)105、118頁。

このような条件反射の連鎖として、クレプトマニアを説明することができる⁴⁹。これらの説明は、いずれも依存症の衝動性や反射に着目していると言える。

その一方で、そもそも、「摂食障害＋常習万引き」の患者が、「クレプトマニア」(窃盗癖)という病気なのか疑問があり、根拠に乏しいと指摘する医師もおり⁵⁰、「摂食障害＋常習万引き」の機序は、「拒食・過活動の状態から過食・嘔吐の状態を経て、善悪の意識が麻痺し、嘘が日常になってしまっ」たことから常習的に万引きをするようになるとする⁵¹。ここでの説明は、衝動性や反射ではなく、善悪の意識の鈍麻の問題にしていると評価できるであろう⁵²。

しかしながら、最近の日本の研究では、日本のクレプトマニアの重症度を測定する質問紙である **Kleptomania Symptom Assessment Scale (K-SAS)** を用いた場合、有意に、クレプトマニアとそれ以外の万引き犯とを区別できることが示されており、クレプトマニアの患者は窃盗衝動が制御できていないが、クレプトマニアに罹患していない万引き犯は窃盗を制御できることが示唆されている⁵³。

このように、クレプトマニアの患者においては、単に「常習万引き」なのではなく、窃盗衝動の制御において困難さを有していると解される⁵⁴。それゆえ、衝動制御に問題がない累犯者とクレプトマニアを一括りに議論するのは適当とは言えない。「わかっちゃいるけどやめられない」状態という、行動制御能力の

⁴⁹ このように、クレプトマニアを条件反射の連鎖との理解を前提とした条件反射制御法は、治療効果が一定程度認められている(中元・前掲注(36)110頁)。

⁵⁰ 瀧井正人「万引きを繰り返す摂食障害患者の病態とその取り扱いに関して—『収容か治療か問題』についての考察—(1)(全3回)」研修 807号 27頁。

⁵¹ 瀧井・前掲注(50)35頁。

⁵² なお、クレプトマニアの病態について、放火癖・放火症(パイロマニア)に近いという捉え方もあったようである。「放火したときの影響を楽しむために放火するというのが放火癖で、窃盗癖もそれと同じように、節約意識や経済的利得意識がなく、『盗むために盗む』のが窃盗症だと言う人」もいるが、竹村医師によれば、これは間違っており、窃盗行為と経済的な利得は切り離せず、窃盗症が一番近い病気は、ギャンブル障害であるという(竹村道夫ほか「鼎談 嗜癖疾患の新しい視点」**BRAIN and NERVE**68巻10号1136, 1137頁(竹村発言)参照)。

⁵³ Asami Y, et al, Validity and reliability of the Japanese version of the Kleptomania Symptom Assessment Scale: A comparison between individuals with kleptomania and prisoners in Japan, *Comprehensive Psychiatry* vol.96 (2020).

⁵⁴ ただし、この点、医学的に完全に決着が付いているとは言えず、千葉大学社会保健研究センターの椎名明大特任教授は、「クレプトマニアにしても、衝動制御の問題にしても、その人の行為の繰り返しに対して病名を与えているだけであるから、その奥に生物学的な欠陥があるということを必ずしも前提としていない。結局、盗み癖がある人、衝動的な人と言っているのと同じなので、医学者の方からそういった病態に対して行動制御能力の障害という証明をするのはまだ尚早であろうと思う。」との指摘もなされている(大野洋ほか「責任能力の実践的検討(下)」判タ 1496号 72頁参照)。

問題が主であることに注意する必要がある⁵⁵。

（3）クレプトマニアに対する刑事法学説の考え

クレプトマニアについては、裁判例上、心神喪失や心神耗弱として責任能力の減退が認められる例は数少ない。

学説上、クレプトマニアの主張が、責任能力の減退を認める理由になるかは争いが見られる。これを考慮する場合であっても、再犯防止の観点から量刑事由の1つとして考慮されているに過ぎず、構成要件に該当する限り常習累犯窃盗罪の成立を認める例は多い⁵⁶。

本稿は、クレプトマニアや依存症に起因する犯罪に対する刑事司法の在り方を全般を直接のテーマにするわけではないが⁵⁷、関連する限りで、検討を行う。

最近の学説においては、責任能力における制御能力不要論が提示されている⁵⁸。そして、制御能力不要論からは、「クレプトマニアという診断名の根拠になった精神状態が責任能力判断に何ら影響しない」、「犯罪を思いとどまるといふ意味での制御能力は責任能力には不要である以上、窃盗衝動に抵抗できないという精神状態は責任能力判断に全く影響しない。したがって、責任能力の見地からは、完全責任能力が認められるにとどまらず、量刑判断における行為責任が減少することもない。」と明言されている⁵⁹。そして、クレプトマニアをおよそ責任能力の議論から外すことについて、クレプトマニアが「古典的なシュナイダー流の精神医学説では病気と考えられてこなかったような障害」であり、

⁵⁵ 中元・前掲注(36)113頁。

⁵⁶ 例えば、神林・前掲注(25)149頁では、高松高判令和元年10月31日（季刊刑弁105号（2021）82頁以下）が、第1審では否定されていた常習性を肯定し、常習累犯窃盗罪を認める判断を下したとの裁判例が紹介されている（令和2年1月29日上告棄却決定）。

⁵⁷ この点については、他日を期したい。

⁵⁸ 例えば、樋口亮介「責任能力の理論的基礎と判断基準」論ジュリ19号（2016）198頁以下、竹川俊也「精神疾患と責任能力—総論—」刑ジャ72号（2022）14頁以下。なお、大野ほか・前掲注(54)69頁での竹川発言では「行動制御能力という視点をを用いるとクレプトマニア、サイコパスという類型も入りかねないが、事理弁識能力を（単なる違法性の認識能力を超えて）実質的に解していけば、純粋に制御能力の問題として捉えられるような部分を外せるのではないか。」と述べており、クレプトマニアを含めるべきでないという結論が先行しているのではないかという疑念を持たざるを得ない。逆に、樋口発言では、個人的には行動制御能力不要論に立脚しており、同判タの検討でその思いを強くしたと述べて、 「責任論プロパー以外にも、クレプトマニアや強迫性障害で、責任無能力にはならないけれども量刑では考慮しているという点について、実質的弁識能力というだけでいけるのか。行動制御能力という観念を消してしまうことへの不安感もあるのかな、という印象を抱いた。」「行動制御能力の枠組みをなくしてよいかどうかは、ペンディングしておくといえる。」と述べている（同70頁）。

⁵⁹ 樋口・前掲注(58)200頁。

刑法的には「単なる犯罪者であることを示すに過ぎない」のであって、完全責任能力を認めることが納得の得られやすい考えだと述べられることもある⁶⁰。そして、窃盗症のような窃盗を反復する者については、刑法は「常習累犯窃盗のような加重類型を設け、厳しく対応することを予定している」とも述べられている⁶¹。

あるいは、制御能力の判断では、「法益を尊重し規範を遵守する精神が弱かったことは捨象されなければならない」⁶²との修正が必要であるため、『思いとどまることを期待してよいか』という観点からは、たとえば、自招性精神障害の場合に責任非難が减弱しにくいことや、窃盗症や反社会性パーソナリティ障害のように字義的には衝動制御が困難であっても無責や刑の減輕を認めるべきではないといった帰結を、法規範からの期待という形でスムーズに説明することが可能となりうる⁶³という。

このような責任減少作用をもたらす精神障害にも当たらないとの立場は、理論的には全くあり得ないものではないかもしれない⁶⁴。しかし、責任能力の趣旨に立ち返った場合には、精神障害により弁識能力や制御能力の欠如・減退がある場合には、合理的な当事者を前提とした刑罰感銘力や刑の改善効果を受け止めるといった刑罰との目的適合性の欠如・希薄化があると解される⁶⁵。このような観点から考えた場合、精神障害に基づき衝動制御に問題がある場合に、刑罰感銘力をいくら働かせようとしても衝動制御ができるようになるとは言い難いのであって、まさしく責任能力が検討される場面と言えよう⁶⁶。学説的

⁶⁰ 安田拓人「責任能力の意義」法教430号20頁以下。「安心して心神喪失・耗弱の主張を排斥できる切り札となる理論的裏づけを求めているであろう裁判実務家の間で広く支持される可能性が高い。」とも述べられていたが、後述する裁判例を見ると、実務的に、このように考えられているとは言えないであろう。

⁶¹ 安田・前掲注(60)20頁。

⁶² 竹川・前掲注(58)14頁。

⁶³ 竹川・前掲注(58)15頁。

⁶⁴ 論者の多くが参考にするアメリカ法では、確かに、制御能力の規定がない法域が多い。しかし、後述するように、アメリカ法で制御能力がないのは、Hinckley事件という衝撃的な事件を受けてと言え、一般化し難い。また、量刑ガイドライン上、制御能力の低下は考慮されるとされており、制御能力を完全に排斥しているわけでもないことに注意すべきである。

⁶⁵ 例えば、ヨシエバ、ヨシエバ・ドレスラー（星周一郎訳）『アメリカ刑法』（レクシスネクシス・ジャパン、2014）505頁以下参照。竹川・前掲注(58)14頁では、これらを「責任能力とは別の理論的枠組みによって解決されるべき」とするが、妥当ではないと思われる。

⁶⁶ フランス法においては、旧刑法時代には「ピロマニア、クレプトマニアなどは責任無能力と鑑定されることも多」く、「新刑法の下では、このような障害とともに、前述した心理学的要素についての言及がフランスでも要求される傾向が強まってきているように思われる」とされる（影山任佐「フランスにおける歴史と現状」松下正明編『司法精神医学概論』（中山書店、2006）75頁参照）。

にも、制御能力不要論が躊躇される⁶⁷のはこのような責任能力の趣旨があると
思われる。

制御能力不要論を含め、学説的には、クレプトマニア(やその他の依存症)
につき、『同じような犯罪行為を何百回、何千回と繰り返す者は、どうしよ
うもない犯罪者を超えてすでに病人、病気であって、同情や寛容の精神をもつて
対応するべきではないか。』、それとも『たとえ何百回、何千回と犯罪行為を繰
り返したとしても、どこまでもその者は、犯罪者、悪人であり、手を緩めるこ
となく刑事責任を追及し続けるべきであって、たとえ医学上は病気であつても、
刑法では病気としては扱うべきではないのではないか。』といった考え方の対
立⁶⁸が背後にあるのではないかと指摘されている⁶⁹。ただ、このような学説的な
見方は、犯罪行為の反復という意味では、累犯者もクレプトマニア(やその他
の依存症)も同じであるという実態理解があるように思われる。

しかし、窃盗を「反復」しているという外形やその意思にのみ着目して、累
犯者とクレプトマニアを一括りにすることは適切とはいえない⁶⁹。前述の制御
能力不要論や、「合理的な利害得失の判断と制御能力が表裏一体のものとして
捉えうる場合がある」⁷⁰として、「規範意識」の面にのみ焦点を当て、クレプト
マニア患者と単なる累犯者とを同列に議論する考え方⁷¹は、クレプトマニアに
対する実臨床的な観点⁷²からは不合理と言えよう。結局、単に「反復」している
という意思作用をもって、犯罪者一病者という二項対立にするのではなく、自
己の行動を制御できなくなっていることこそが問題の中核であり、それを刑法
として、どのように評価し、受け止めるかを検討する視点がなければならない
と考えられる。また、著者らが検討した現在の量刑論の到達点に照らせば、常
習犯、累犯に対して加重処罰をする根拠には乏しいところであり⁷³、外形的な
窃盗の反復にのみ着目するのは適切でないというべきである。

では、クレプトマニアによる窃盗は、窃盗衝動の制御ができておらず、それ
ゆえ、直ちに心神喪失・心神耗弱が問題となり、あるいは、責任能力の減少を

⁶⁷ 例えば、箭野章五郎「窃盗症(クレプトマニア)・摂食障害と責任能力・刑事責任」
佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』(成文堂、2021)146頁参照。

⁶⁸ 箭野・前掲注(67)147頁。

⁶⁹ この意味で、清野憲一「責任能力判断枠組みの再構築—「能力」論からの離脱と法曹
にとつての「第5ステップ」以降—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』(成文
堂、2021)81頁以下のクレプトマニアに関する分析は十分とはいえない。

⁷⁰ 安田・前掲注(60)16頁。

⁷¹ 例えば、竹川・前掲注(58)14頁。

⁷² 中元・前掲注(36)112頁以下。

⁷³ 岡本裕明ほか「常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討
(2)」東海法学62号(2022)参照。

理由に量刑上有利な事情となるのであろうか⁷⁴。

(4) クレプトマニアに対する量刑論，責任能力に関する裁判例⁷⁵

ア. 裁判例—責任能力の問題—

上述したとおり，クレプトマニアのみを理由に心神喪失や心神耗弱を認めた裁判例はほとんど見当たらない。例えば，大阪高判昭和59年3月27日（判時1116号140頁）は心神喪失を認めたが，盗品を入れる紙袋を準備した上で犯行に及んでいるなどの計画的な側面があったとしても，「神経性食思不振症者の衝動的行為と解するにつき格別妨げとなるものではないことが認められる」として，被告人のクレプトマニアだけでなく，摂食障害に伴う症状も認められており，クレプトマニアのみを理由に心神喪失を認めたものとは言えない。

他にも，神経性無食欲症及び認知症を理由とする新潟地判平成27年4月15日（LEX/DB25561018）や，摂食障害を理由とする大阪地裁岸和田支判平成28年4月25日（LEX/DB25543001）が，被告人が犯行時に心神耗弱状態にあったと認めているものの，クレプトマニアのみを理由とするものではない。

クレプトマニアのみを理由に心神耗弱を認めた数少ない裁判例として，東京地判令和2年4月3日（刑集75巻8号1108頁）⁷⁶がある。同判決は，「重症の窃盗症により，窃盗行為への衝動を押さえる能力は著しく低下していた疑いがあり，行動制御能力は著しく減退していた合理的疑いが残る。」として，被告人が心神耗弱の状態にあったと認めている。

しかしながら，控訴審である東京高判令和2年11月25日（刑集75巻8号1112頁）は，「単に合目的な行動が認められるにとどまらず，被告人が，抵抗し難い衝動に突き動かされて本件犯行に及んだという状況にはなかったことが認められるのであり，仮に，窃盗の衝動があったのだとしても，状況等に応じてこれを制御しつつ犯行に及んだものと認められるから，被告人は，自己の行動を相応に制御する能力を保っていた」として，被告人に完全責任能力を認め，原判決を破棄した。

上告審である最判令和3年9月7日（刑集75巻8号1074頁）においては，控訴審が何らの事実の取調べをすることなく自判したことを理由に，原判決を

⁷⁴ なお，大野ほか・前掲注(54)80頁では，クレプトマニアにつき，継続的なテーマだとしている。

⁷⁵ 詳細な裁判例の分析については，城下・前掲注(27)に加えて，城下裕二「窃盗症（クレプトマニア）・摂食障害と刑事責任をめぐる近時の裁判例の動向」『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集[下巻]』（成文堂，2021）153頁以下が参考になる。

⁷⁶ 量刑上有意な事情として取り扱われてはいないものの，「摂食障害はあるものの，通常の日常生活に特に支障をきたすような精神障害には罹患しておらず」などと指摘されており，背景事情としては摂食障害への罹患も窺われる事案である。

破棄して差し戻しているが、本稿執筆時点で差し戻し審の結論に接することができていないものの、他にクレプトマニアのみを理由に責任能力が否定された裁判例は見当たらず、現在の裁判実務においては、クレプトマニアについて完全責任能力を否定するような精神疾患とは扱われていないと言える。

イ. 裁判例一有利な情状としての取扱い一

ほとんどの裁判例は、クレプトマニアだけでなく、摂食障害等の他の障害や疾患の存在が認められる場合であっても、被告人に完全責任能力を認めている。とはいえ、責任能力に関する制御能力不要論のように、「量刑判断における行為責任が減少することもない」と判断されているわけではない。例えば、東京高判平成22年10月28日（判タ1377号249頁）は、完全責任能力を認めつつも、「責任能力に影響するとはいえないものの本件各犯行の動機形成について摂食障害が大きく寄与していること、被告人については摂食障害の治療が必要であるところ、専門医による治療計画が準備され、被告人の両親が治療に要する経済的援助を約束し、原審公判及び当審公判において被告人が治療に真剣に取り組む決意を表明していることなど被告人のために酌むべき事情もある。」として、被告人に懲役1年6月の実刑を言い渡した原判決を破棄し、執行猶予期間中に犯行に及んだ被告人に対して再度の執行猶予を付した。

他にも、完全責任能力は認めつつも、刑法25条2項が定める「情状に特に酌量すべきもの」があると認め、執行猶予期間中に犯した罪に対して被告人に再度の執行猶予を付した裁判例は散見される。

ウ. 裁判例一有利な情状として取り扱わない場合一

上述したように、クレプトマニアに罹患していることなどを理由に、刑法25条2項が定める「情状に特に酌量すべきもの」があると認めた裁判例は珍しいものではなくってきている。しかしながら、現時点においては、クレプトマニアによる犯罪への影響を認めずに、クレプトマニアに罹患していることを被告人に有利な事情として扱わない裁判例の方が多いように思われる。クレプトマニアだけでなく、他の障害や疾患の存在を認めつつも、そのような精神疾患の存在を、被告人に有利な情状として大きく評価しない裁判例群は、「強い衝動性など格別異常な精神状態にあった様子はうかがわれない」（東京高判平成26年12月22日LEX/DB25561013）、「本件当時、被告人の行動制御能力は一定程度減退していた可能性が高い。しかし…本件における被告人の一連の行動は至って合理的で、特異な点が全く見受けられないことも併せ考えれば、本件における減退の程度は限定的であったと認められる。」（東京地判平成27年1月9日LEX/DB25543011）のように、犯行への影響の程度が小さかったことを理由としているものがほとんどである。

例えば、東京高判令和1年7月26日（高検速報（令1）号220頁）は、「摂

食障害に伴う欲求のコントロールの悪化から本件犯行に及んだというA医師の鑑定意見は、十分信用することができる。」としながらも、「しかし、被告人は、周囲を警戒するようにして犯行に及んでいること…などに照らせば、本件犯行当時、本件犯行の違法性や病気による免責可能性を認識していたと認められ、事理弁識能力は軽度に減退していたにすぎない。また、…目に付いた商品を手あたり次第に窃取する状況にあったとまでは言えず…被告人が欲求のコントロールが困難となって衝動に突き動かされて本件犯行に及んだと評価することはできず、一定の制御ができていたというべきである。…窃盗をする動機としては、食べ吐きなど摂食障害に起因することのためにお金を使うのがもったいないという考えが根底にあると考えるのが合理的であって、動機は了解可能であり…被告人の行動制御能力についても、その責任非難を大きく減じるほどに減退していたものとは認められない。」として、比較的詳細に被告人の精神疾患を量刑上大きく評価するべきではないことについて判示している。

このように裁判例をみていくと、クレプトマニアによる影響が大きかった旨の弁護人の主張を排斥した裁判例は、枚挙に暇がないところではあるが、制御能力不要論のように、窃盗衝動に抵抗できないという精神状態が認められたとしても責任能力判断に全く影響を与えない旨を判示しているわけではないと言えよう。そうではなく、責任能力判断に影響を与える余地を残し、個別の事案における具体的な事実関係を総合的に判断した上で、窃盗衝動に抵抗できないような精神状況ではなかったと認定しているものと言える。

(5) クレプトマニアが量刑に及ぼす影響⁷⁷

ア. 原則的に影響は認められる

クレプトマニアへの罹患が認められれば、犯行当時の被告人の制御能力が減退していたと必ず認定できるわけではない。クレプトマニア等への罹患を認めつつも、その他の事実を総合考慮した上で、被告人に有利な事情として取り扱うべきかどうか判断されることとなる。最判昭和59年7月3日(刑集38巻8号2783頁)が、責任能力の有無について、法律判断であることから専ら裁判所の判断に委ねられている旨を判示しているとおおり、量刑の問題についても、裁判所の判断に委ねられていることは自明である。したがって、被告人がクレプトマニアに罹患していることを踏まえた上で、犯行時の被告人に対して当該疾患がどのように影響していたのかについて判断する必要性は認められ、その結果として、クレプトマニアに罹患していたとしても、当該事実を被告人に有

⁷⁷ 詳細な裁判例の分析については、城下・前掲注(27)に加えて、城下・前掲注(75)が参考になる。

利に評価しないという結論はあり得る。

しかしながら、クレプトマニアは、窃盗に先立つ強い渴望と衝動によって窃盗行為が習癖化したものであり、窃盗行為に及ぶことを止めたくても止められないことを主たる症状とする精神疾患である。クレプトマニアへの罹患が認められるのであれば、その被告人が万引き行為に至った時に、クレプトマニアによる影響を受けることなく犯行に及んだと判断できるケースの方が例外的であるように考えられる。例えば、万引きを繰り返してきた被告人が、全く犯行態様の異なるスリや空き巣などの手段によって窃盗罪として起訴された場合において、クレプトマニアによる影響を受けていないと評価されることは首肯し得るものの、同種の万引き行為に及んだのであれば、影響がなかったあるいは影響が小さかったと判断することは相当に困難なように思われる。万引きと侵入盗のように、犯行態様を大きく異にするような場合だけでなく、犯行場所が大きな百貨店からコンビニエンスストアに変わった場合などのように、過去の成功体験に基づいた犯行であることを否定できる要素は考え得るところではあるが、多くの裁判例は、そのような点に触れることなく、クレプトマニアによる影響を過小評価しているように思われる。

イ. 影響を否定する事情

上述したような前刑との態様等の異同について検討されることが多くない一方で、クレプトマニアの犯行に対する影響を否定する裁判例においては、犯行前後の被告人の行動が合理的であることや、万引きに及ぶ動機が理解可能であることに触れているものが多い。

この点については、捜査機関においても、クレプトマニア等による影響に関する主張が予測される事案においては、被告人の犯行前後の言動や動機に合理性を認めることができるように、捜査を行っているものと認められる⁷⁸。

被告人の行動が合理的であり、制御能力を減退させていたとは評価できないとされる際の事実関係としてよく指摘されるのは、

- ・ 窃取する被害品を選んでいること
- ・ 店員等への露見を防ぐための行為に及んでいること
- ・ 犯行露見直後に、クレプトマニアへの罹患等の弁解を行っていること

等の事実がある。

本稿は、あくまでも常習累犯窃盗罪を検討するものであるため、個別の事案におけるクレプトマニアの影響の有無に関する検討の在り方についてまで踏み込むものではないものの、クレプトマニアに罹患した場合、手当たり次第に目

⁷⁸ 木村昇一「窃盗事件（万引き）を犯した被告人のクレプトマニア主張についての考察」警察学論集第74巻3号21頁。

について商品を窃取するようになるのではなく、万引きを行える環境下において、興味のある商品が視野に入った場合に、窃盗への衝動に襲われることになるのであるから、上述したような事情が認められた場合に、被告人の犯行当時の制御能力の減退が否定されることになるのかどうかについては、慎重な議論が必要になるものと思われる。

この点に関連し、東京高判平成30年11月2日(高検速報(平30号)250頁)は、「被告人は…万引きを繰り返す危険性が低くないことを、十分に認識していたはずであるにもかかわらず、特に差し迫った必要もないのに、敢えて…窃盗の対象物が並んでいる店舗に、自分から出向いているものといえる。…仮に、本件店舗において万引き行為に及んだ時点では、被告人が、それを自ら思い留まることは容易でない精神状態にあったとしても、そこに至るまでの行動は、被告人の責任に帰せられるものであって、その点に酌むべきところはなく、本件犯行は、全体として被告人の主體的な意思に基づくものに他ならない」と判示しており、犯行当時の被告人の行為制御能力の減退を認めながらも、犯行以前の行動を含めることで、再度の執行猶予を相当とするような特に酌量すべき事情があるとは言えないと結論づけている。

確かに、薬物依存症における薬物犯に対して、自ら違法な薬物に関係するような人間関係を再構築した点などを、裁判所が被告人に不利な情状として扱うことはある。しかしながら、クレプトマニアのように窃盗を繰り返す者との関係においては、日常生活において窃盗が可能な環境を完全に排除することは困難であり、自ら入店した事実等を過度に重視するのも適当ではないように思われる。この理を強調し過ぎると、一度クレプトマニアに罹患した者は、単独で行動することが生涯不可能になりかねない。

ウ. 治療環境との関係性

これまで述べてきたとおり、クレプトマニアの影響によって万引きを繰り返してしまった場合、行為者の行動制御能力の減退が認められることから、行為者に対する違法性の帰属が減少するものと言え、そのことが行為者の刑事責任を小さくするものと言え、治療環境が整備されているかどうかを問題にするものではない。

一方で、クレプトマニア等への罹患を理由に、被告人に「情状に特に酌量すべきもの」があると認めた裁判例のほとんどは、被告人に対する治療環境が整備されている点も列挙している。クレプトマニア等が万引きを繰り返す原因である以上、再犯防止のためには、当該症状を改選させるための治療が不可欠である。そのため、特別予防的な観点から刑事責任を検討するにあたっては、治療環境についても検討する必要があるものと言えよう。

この点について、大阪高判平成26年10月21日(LEX/DB25447145)は、

「現在の治療が被告人にとって必要かつ有効であるとしても、そのような一般情状が本件の犯情ないし被告人の刑事責任を大きく減殺するものとはいえないのであって、治療の必要性が行為責任（ないし応報）を基本とする刑罰の必要性に優先するというような考えは採り得ず…治療意欲が維持できないから服役は無用であるなどというのは、刑罰法規の存在を無視した論理といわざるを得ない」と判示している。確かに、治療環境が整備されていることは一般情状に過ぎないことはそのとおりであるものの、治療が必要であるということは、被告人にクレプトマニア等の精神疾患が認められることを前提としているものと言え、当該精神疾患の影響によって窃盗を繰り返しているのであれば、一般情状としてではなく犯情及び刑事責任を減殺するものと考えられる。また、再度の執行猶予を付した懲役刑にしろ、罰金刑にしろ、犯罪行為に対する刑罰が科されることには変わらない。そもそも、刑罰の補充性からすれば、治療は刑罰に優先しないなどとして、安易に被告人に対する治療の機会を奪うことに合理性は認められず、クレプトマニア等による影響を慎重に判断する必要がある。

（6）クレプトマニアに対する常習累犯窃盗罪の適用の問題性

上述したとおり、クレプトマニアに罹患している事実が、そのまま被告人に有利な事情として認められているわけではなく、あくまでもクレプトマニアが犯行に影響を及ぼした程度が問題となっている。しかしながら、クレプトマニア患者は、犯行を繰り返すことによって習癖を獲得し、遵法意識が鈍麻することにより反社会性が増大するのではなく、精神疾患を原因として発作的に窃盗行為に及んでしまうのであり、このような者に対しては、原因となる精神疾患が改善しない限り、刑罰を科したとしても再犯が防止されることにはならない。このことは、犯行前後の被告人の言動に合理性が認められたとしても同様である。クレプトマニア患者の再犯防止のために必要なことは、刑罰ではなく、原因となる精神疾患の改善であって、精神疾患を治療するための医療専門施設にて、治療を受けさせることが必要な再犯防止策となる⁷⁹。少なくとも、精神疾患の改善を必要とするクレプトマニア患者に対しては、常習累犯窃盗罪の立法過程において主張された「反社会性や遵法精神の欠如の増大を理由とする人格責任」は妥当しないのであり、同人に対して常習累犯窃盗罪を適用することには立法趣旨と処罰効果との合理的関連性が認められない。

また、クレプトマニアの影響の有無や大小といった点を考えた場合、過去の成功体験との類似性等が認められるような場合にこそ、クレプトマニアの影響が大きく認められる事案であると言え、習癖の発露だと認められる場合に行動

⁷⁹ 寺崎・前掲注（24）217頁以下。

制御能力の減少が認められ易いのであって、常習性を理由に刑を加重しようとするこれまでの議論とは結論が相反する。少なくとも、クレプトマニアの影響によって再犯に及んだ被告人に対して、常習累犯窃盗罪を適用して加重された刑罰を科すことには、正当性を見出すことができない。そもそも、クレプトマニアを理由に犯罪を繰り返す者に対しては、その処遇について、単純窃盗罪として刑罰権を行使するのが良いか、それとも、医療専門施設における精神疾患の改善を目的とした治療を主眼とする制度設計がなされるべきであるか検討すべきである。この点、外国法における分析が参考になるであろう。以下では、アメリカ法及びドイツ法の概略について、言及する。

3 アメリカ法における分析⁸⁰

アメリカにおける責任無能力の抗弁 (insanity defense) は連邦や州毎に差があるものの、大枠としては、行為者が自身の行為を理解する能力 (犯罪時の被告人の合理性 rationality のテスト) 又は制御する能力 (意志作用 volition の評価) を欠く場合を意味する⁸¹。ギャンブル障害やクレプトマニアといった行動嗜癖 (behavioral addiction) は、本人又は第三者に有害な行為を実行する衝動、駆動又は渴望によって特徴づけられるため、法的な文脈において、このような行動嗜癖がどのように評価されるべきかが問題となる。

責任無能力の抗弁の内容が、合理性のテストのみとされている州では、クレプトマニアの主張は、責任無能力の抗弁を構成しないとされた⁸²。その一方で、限定責任能力の主張 (doctrine of diminished capacity) については、結論が割れている⁸³。また、クレプトマニアの主張が、余罪として量刑上の加重事由になりうることも指摘されている⁸⁴。その一方で、窃盗を避けるために手錠を使い、あるいは窃盗衝動に対してテーザー銃を使うことを考えたという *Maine v. Giroux* 事件などからすると、一定の場合には、責任無能力や限定責任能力に

⁸⁰ 以下、Austin W. Blum et al. Behavioral Addictions and Criminal Responsibility *J Am Acad Psychiatry Law* 45:464-71, 2017 (以下、Austin et al, 2017) に依拠している。

⁸¹ Austin et al, 2017 p.465。連邦では連邦議会が1984年に制御能力のテストを廃止し合理的能力の欠けのみを責任無能力の抗弁としたが、連邦量刑ガイドラインでは、「(A) 犯罪を構成する行為の違法を理解し、若しくは理性を働かせる能力、又は(B)被告人が違法と知っている行為を制御する能力が著しく減退していること」を減刑事由としている (U.S. Sentencing Guidelines Manual § 5K2.13 (2021))。なお、多くの州でも、Hinckley 事件後、制御能力のテストを廃止している (Austin et al, 2017 p.469)。

⁸² Austin et al, 2017 p.468。

⁸³ Austin et al, 2017 p.468。

⁸⁴ Austin et al, 2017 p.468。

り得るのではないかとされる⁸⁵。

アメリカでも、一部の裁判所では、「人は犯罪行為を単にとりもとても酷く行いたいからといって免責されない」というように、行動嗜癖を衝動性というよりは道徳的な弱さと見ているようである⁸⁶。しかし、行動嗜癖の場合、臨床証拠上、少なくとも一定の時点では、非常に強い欲望状態（渴望）は被告人の合理性を欠落させ、又は主観的には意志の欠落を経験させ得る。行動嗜癖のある一部の人においては、クレプトマニアなどがあるためではなく、具体的な行動に関する情報に照らして、十分な合理性や制御能力を欠くことを理由に、免責又は減刑を受けられると考えられる⁸⁷。

そして、行動嗜癖者が未治療であることに伴う経済的・社会的に高いコストに照らすと、行動嗜癖のある一定の犯罪者は、犯罪としての訴追と収容の代わりに、裁判所の監督のある治療プログラムへの転換がされるべきとの提言がなされている⁸⁸。治療的司法の動きから、アメリカでは、ドラッグコート、メンタルヘルスコート及びギャンブリングコートといった“問題解決裁判所 problem-solving courts”がある⁸⁹。クレプトマニアのある犯罪者にも、既存のメンタルヘルスコートやその他の治療的司法の支援の下、問題解決裁判所を使う方が適切かもしれない⁹⁰とされる。

4 ドイツ法における分析

（1）ドイツの判例紹介

ドイツにおいて、クレプトマニアが疑われる者による万引きが、判決にどのような影響を与えるかについて考察するため、2021年6月15日のコブレンツ上級地方裁判所決定⁹¹（以下「本決定」という。）を紹介する。

ア. 事案の概要

被告人は、前科30犯で、そのうち25件が窃盗前科であった。犯行時、窃盗罪で二重の執行猶予判決を受けていた。そのうちの一つである2018年11月12日判決は被告人に対し、セラピーを受けるよう指示（ドイツ刑法56条c）を課していた。被告人は、2019年5月28日から2019年11月

⁸⁵ Austin et al, 2017 p.469.

⁸⁶ Austin et al, 2017 p.469.

⁸⁷ 以上, Austin et al, 2017 p.470.

⁸⁸ Austin et al, 2017 p.470.

⁸⁹ 「問題解決裁判所」につき、マリカ・オーマツ「トロントにおける問題解決概要：『治療的司法』概念に基づく取り組み」（指宿信，吉井匡共訳）立命館法学 314号（2007年）199頁以下参照。

⁹⁰ 以上, Austin et al, 2017 p.470.

⁹¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 15. Juni 2021, 4 OLG 32 Ss 88 / 21, Juris.

まで、精神療法医のもとで、通院によるセラピーを受けて、この指示内容を履行した。しかし、2019年10月19日にホームセンターでドアノブなどをジャケットのポケットに入れて万引きするという本件を起こした。被告人が「盗みに対する禁欲」というセラピー上の約束に違反したことにより、被告人のセラピーは終了した。しかし、被告人は、自身で新しい療法に励み、2021年3月6日以降、再びセラピーに通っている。また、2019年11月からは、気分の浮き沈みと、それによって万引きの再犯を犯すことを避けるために、専門医による抗うつ治療を受け始めた。被告人は、盗みへの欲望を抑えるために、抗うつ剤を定期的に飲んでいる。

被告人は、2020年7月7日にコブレンツ簡易裁判所において、凶器を用いた窃盗の罪（ドイツ刑法244条1項1号a）で8月の自由刑に処された。被告人は、執行猶予付き判決を求めて控訴したが、理由がないとして棄却された。しかし、被告人は、さらに上告した。

イ. 決定内容及び理由

コブレンツ上級地方裁判所は、万引き事件で執行猶予判決を受けた者が、その執行猶予中にまた万引きをした事案において、クレプトマニアの疑いがあるものの、重大な精神医学上の障害について詳しい根拠を述べなかったのに対し、それ以上の説明を求めることなく、また、ドイツ刑法21条の定める責任能力の著しい減退を招いていたかどうかについて検討することもなく、上告を棄却した。

しかし、これまでも同裁判所で争いになってきた「物質と結び付かない嗜癖であるクレプトマニア」の問題について、ドイツ刑法21条の意味で責任能力の減退をもたらすかに関する裁判所の見解を述べた。「クレプトマニア又は盗癖は、上級審の判例によれば、責任無能力とするような、あるいは、責任能力を相当に減退させるような病的な精神障害を意味しない。より重要なのは、その者が、盗みへの強迫を通して、自身の人格内で精神障害に匹敵するような重大な精神的な変容を体験していたかである。盗癖は、基本的に重い人格障害の一つの症状であり、それにより弁識能力ではなく、制御能力が大きく減退し得るものである。連邦裁判所が要求する、病的な精神障害に匹敵する重大さは、実際上は、合併症が起こっている場合や、他の重篤な精神学的な症状と物質に結び付かない嗜癖が同時に生じたような場合にのみ、認められるものである。」

以上の基準にもとづいて判断すると、本件被告人については、深刻な精神病学上の症状が認定されていないとした。そして、本件では、25件の窃盗前科があったが、万引き犯が再犯を繰り返すのは実務では珍しくなく、これだけでは強迫的な盗癖の発現とは言えず、病的な人格障害の証拠とはならないとした。また、お金に困っていなかったという状況も、単に支払いたくないと考えて盗

む人は多いので珍しいことではないと述べた。さらに、被告人は、気分の浮き沈みに悩み、専門医から抗うつ剤を処方されていたが、鬱はクレプトマニアの典型的な症状ではなく、刑法上無関係であるとした。裁判所は、被告人に関するその他の事情を考慮しても、人格上の重大な精神的変容や病的な精神障害を認定することはできないと判断した。

（２）裁判所の見解に関する考察

本件は、被告人がクレプトマニアであることや責任能力に影響を与えるような精神障害を有するという点について、具体的な主張をしていなかった事案であり、そもそも限定責任能力が認められるような余地はなかった。しかし、コブレンツ上級地方裁判所において、問題となることの多かったクレプトマニアと責任能力の関係について、裁判所の立場を示したものである。

裁判所は、精神病学上の有力説であるクレプトマニア自体を責任能力に影響を与えるような精神障害と捉えず、他の人格障害の症状の一つとして現れるものであるという限定的な見解を採用した。そして、盗癖によって人格内で精神障害に匹敵するような重大な精神的変容が起こっていたときには、衝動制御能力が減退し、限定責任能力になる可能性があることを認めた。この点については、コブレンツ上級地方裁判所における別の万引き事件⁹²において、「病的窃盗（盗癖、クレプトマニア）が、一つの人格障害であるのか、深刻な精神障害による単なる症状に過ぎないのかは、専門家の間では激しく争われているが⁹³、この逸脱行為が、衝動の制御ができない、あるいは衝動制御が著しく制限されていることに特徴付けられる点では、見解が一致している」と述べており、クレプトマニアが責任能力の中でも制御能力の制限に特徴があることを示している。この万引き事件においては、実際にクレプトマニアの可能性を考慮して責任能力判断がなされたものであるが、裁判所は、クレプトマニアの特徴について、「当事者は、自然発生的に又はほとんど強制的に、個人的に使うつもりがなく、また手に入れることで利益にもならない対象物を盗む。この行動は、行為前に内的な興奮の高まりを伴うことが多く、犯行中と犯行直後には満足感を感じることが多い。」と述べており、盗みの衝動を制御できない様子が説明されている。

しかし、本決定では、単に２５件の窃盗を繰り返していたことや、お金の困

⁹² OLG Koblenz, Beschluss vom 18. Januar 2005, 1 Ss 379 / 04, Juris.

⁹³ クレプトマニアに関するドイツにおける文献として、Foerster / Knöllinger, StV 2000, 457, Kleptomanie - Psychopathologisches Syndrom oder obsoleter Begriff?; Nobert Leygraf, FPPK 2009, 3:107, Kleptomanie und Ladendiebstahl: Ein historischer Überblick 参照。

っていないのに盗んだといった事情は、強迫的な盗癖の発現とは言えないとし、人格内で精神障害に匹敵するような重大な精神的な変容があったとは認められないとした。

以上より、ドイツの刑事裁判においては、クレプトマニアによる責任能力の減退の余地を認めつつも、限定責任能力とされる可能性は限定的であるということができる。

(3) 責任能力以外のドイツ刑法とクレプトマニアに関する考察

クレプトマニアが責任能力に影響を及ぼさない場合、どのような判決が下されるかについては、本件決定内で示された控訴審判決で認定された執行猶予中の前科の判決が参考になる。

ドイツ刑法では、執行猶予中に治療を受けるように指示(Weisung)を課すことができる(ドイツ刑法56条c)。本件被告人は、セラピーを受ける指示(Therapieweisung)を課され、通院治療を受けることでそれを履行していた。治療の指示については、身体的侵襲を伴わない場合には、被告人の同意なく指示することができ(同条3項1号)、セラピーなどの心理療法も治療に含まれる⁹⁴。そして、指示に著しく又は執拗に違反したときには、執行猶予が取り消される(ドイツ刑法56条f第1項2号)。このように、窃盗を繰り返すクレプトマニアの疑いがある被告人に対しては、単に執行猶予とするだけではなく、再犯防止のために、具体的に治療を義務付けることが可能となっている。

また、二重に執行猶予判決(再度の執行猶予判決)を下すことも可能である。本件被告人は、二重の執行猶予中に本件犯行に及んだ。本決定内では、2つの執行猶予判決の関係については詳しく述べられておらず、2つの判決がいずれも窃盗罪についての判決であったのか不明である。しかし、少なくとも、1件については窃盗に関するもので、上記の指示が課されていた。ドイツ刑法における執行猶予に関する規定(ドイツ刑法56条)には、執行猶予中である場合に関する特別の定めはないため、再度の執行猶予は、初度の執行猶予と同様に、「1年以下の自由刑を言い渡す場合において、有罪を言い渡される者が言渡しを既に警告として受け止め、将来、刑の執行の作用がなくとも、再び犯罪行為を遂行しないであろうことが予期されるとき」、「特に有罪を言い渡される者の人格、経歴、犯情、犯行後の態度、生活状況及び執行猶予がその者に与えることが予期される効果を考慮」し、猶予することができる(同条1項)⁹⁵。日本刑法において、再度の執行猶予が認められるには、「1年以下の懲役又は禁錮の言

⁹⁴ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl. 2020, § 56c, Rn. 12.

⁹⁵ なお、ドイツ刑法56条2項においては、「特別な事情が認められるとき」は、「1年を超え2年以下の自由刑の執行」についても猶予できると規定されている。

渡しを受け」、「情状に特に酌量すべきものがあるとき」（25条2項本文）でなければならないが、ドイツ刑法でも同様に情状に関する考慮がなされる。この再度の執行猶予に関して、再び治療を受けるように指示を課すことも可能である。

さらに、執行猶予の取消しに関しては、日本刑法が、猶予期間内に罪を犯して実刑判決が言い渡されたときには必要的取消しを規定する（26条）のに対し、ドイツでは、執行猶予中に犯罪を行なっても、更なる負担（Auflagen, ドイツ刑法56条b）若しくは指示を課すこと、特に保護観察下に置くこと（ドイツ刑法56条f第2項1号）、又は、執行猶予期間若しくは保護観察期間の延長（同項2号）で足りる場合には、取消しを見合わせる（同項本文柱書）と規定している。したがって、執行猶予中に再犯を行った場合でも執行猶予が取り消されない可能性があり、どのような場合には取り消されないのかについても具体的に示されている。そして、この更なる指示として、更なる治療を受けることを義務付けることも可能である。

このように、ドイツ刑法のもとでは、クレプトマニアが窃盗を繰り返した場合に、治療を受けることを指示する内容の執行猶予判決を課すこと、再度の執行猶予においても同様の指示を課すこと、執行猶予の取消しをせずに更なる治療を指示することなどが可能であり、クレプトマニアである者又はその疑いがある者に対して、裁判所が治療を受けるように指示することができるが参考になる。

5 日本法への示唆

簡単ではあるものの、アメリカ、ドイツの分析からは、いずれも制御能力が中心的な問題となる場面であり、（限られた場面ではあるにせよ）責任能力の喪失・限定があり得ることを認めている。そして、いずれも、制度論としては、裁判所の監督下での治療がなされるべきとの方向性は一致していると言える。

日本法への示唆として考えたときには、精神疾患を理由とする常習性の発露がある場合（常習犯）に対しては、いくつかの方向性があると思われる。

一つは、①ダイバージョン（刑事司法手続からの離脱（Diversion））をすることである。もう一つは、②犯罪であることは維持しつつも、刑罰と治療との調整を行うことである⁹⁶。②の場合には、刑罰には、i)受刑・隔離という人身の自由に対する制約があり得ること、ii)拘禁されずとも、刑罰のスティグマがあること（前科がつくこと、それに伴う資格制限があること等）、iii)報道される可能性があることといった（法的・事實的）効果があることも踏まえる必要が

⁹⁶ 城下・前掲注(27)29頁以下も参照。

あるであろう。また、窃盗という明らかな犯罪行為を、①ダイバージョンすることの是非や社会的受容なども考える必要があるであろう。

いずれの方向が、今後の刑事司法のあり方として適切かは、後日の検討課題としたい(アメリカもドイツも原則的には犯罪行為であるとしており、ダイバージョンは、現状としては難しいかもしれない)。しかし、少なくとも、刑罰よりも治療が必要であることを前提に、社会内処遇としての治療があり、それすら適切とは言いがたい場合(刑罰によるi)受刑・隔離が必要と言わざるを得ない場合)であっても、刑務所内で「万引きに焦点をあてた治療プログラム」⁹⁷を受けられるという、スキームレスな制度設計がされるべきであろう。依存症患者(アディクト)が依存症から回復するためには、当事者を中心に、家族や知人などとの繋がり、社会との繋がりが維持されることが必要であり⁹⁸、それを断ち切るような制度設計・運用は行われるべきでない。

そして、このスキームレスな制度設計を考えるに当たっては、裁判所監督下の治療というのにも検討されるべきであろう。現在の日本法の下では、裁判所の監督の下での通院というのは、医療観察法の通院決定しかなく(医療観察法42条1項2号)、医療観察法の適用を拡張することなども選択肢としてはあり得るのかもしれない(ただし、その場合には、制度運用のコストや、当初審判では通院決定がほぼ用いられていない現在の運用の変更が必要となろう)。あるいは、ドイツと同じく治療を指示する執行猶予を可能とすること⁹⁹や、宣告猶予制度の創設なども考えられるかもしれない。

第5 常習累犯窃盗罪規定の廃止の提言

既に述べたとおり、盗犯等防止法は今から約90年前に制定された法律であり、常習累犯窃盗罪規定についても、再犯者が非常に多かったという当時の社会情勢において、比較的長期の刑を科して犯罪者を隔離し、社会防衛を図るという目的で職業的な窃盗犯人を対象として制定された規定であった。立法当初の時代背景を前提とすれば、規定制定の必要性を支える立法事実が存在したとも評価し得る状況ではあった。

もともと、同法が制定されて約90年が経過した現代社会においては、常習累犯窃盗罪が処罰対象として想定していた職業的な窃盗犯人による犯罪件数は極めて減少している等の立法事実の変化が認められる。これに加えて、その後発展を遂げた刑罰理論の現在の到達点から見れば、窃盗犯人を長期的に隔離

⁹⁷ 城下・前掲注(27)29頁。

⁹⁸ 石塚・前掲注(37)262頁。

⁹⁹ 現行の日本法上を前提に、保護観察中の遵守事項として、通院を定めることが考えられるかもしれない。とはいえ、この場合、裁判所の指示に基づく通院ではない。

することによって社会防衛を図るといふ立法目的の合理性自体が疑わしい状況が生じている。

また、実際の刑事裁判における運用においても、常習累犯窃盗罪に対しては、4割以上、あるいは半数近くが酌量減軽をした刑が言い渡されている。酌量減刑は、法定刑の下限を下回らせる必要があるような「犯罪の情状に酌量すべきものがあるとき」（刑法66条）に用いられるものであるところ、それが同一犯罪の半数近くに用いられているということ自体が異常である。常習累犯窃盗罪の法定刑の下限が高すぎるために裁判官による適切な量刑判断を阻害しているために、このような運用状況になっていると言えよう。しかし、常習累犯窃盗罪が、長期的な隔離という法定刑の下限の引き上げに眼目のある規定であったことからすると、これは、致命的な問題である。むしろ、単純窃盗罪規定により裁判官に弾力的な量刑判断をさせた方が好ましい状況にあると言える。

以上のように、常習累犯窃盗罪規定は、現時点での社会状況においては、立法目的に合理性が認められないばかりでなく、職業的に窃盗を繰り返す者から社会を防衛する必要性が低下しており、さらには酌量減刑が多用されるなど、立法目的を達成する手段として常習累犯窃盗罪規定を存続させる必要性も認めがたい状況にある。

逆に、近時は、クレプトマニア等の影響による枯渇恐怖に起因する窃盗衝動や、先天的反射によって窃盗を繰り返してしまう者の存在など、同罪の制定当時から想像もつかなかったようなことが、新たな社会問題として世間の注目を集めている状況にある。

これまで述べてきたとおり、少なくともクレプトマニア等の依存症への罹患を背景として万引き等の習癖が形成され、万引きを繰り返してしまう被告人に対して、常習累犯窃盗罪を適用する合理的根拠はないはずである。

しかしながら、現在の裁判実務においては、常習累犯窃盗罪における常習性を単なる窃盗への習癖として理解しており、形成原因によっては常習性を否定するとの考え方はとられていない。それゆえ、形式的に構成要件に該当することを理由として同罪が適用される不適切な運用がなされており、その弊害は極めて大きい。

例えば、長野地裁上田支判平成25年2月18日（LEX/DB25561202）は、「常習累犯窃盗罪における常習性は、窃盗が反復されている事実があれば足り、窃盗の反復の原因が規範意識の欠如にあることまで必要とされるものではないから、クレプトマニアの影響によって窃盗が反復される場合でも、常習性の要件は満たされる。」と明言している。

また、高知地判平成31年1月24日（D・1Law28270526）が、「本件各窃盗は、被告人の人格のない性格的な傾向若しくは意思傾向により窃盗を反復累

行する習癖が発現して敢行されたものというよりも、被告人の窃盗症等の精神障害による影響の下に敢行されたものとみるのが適切であり、常習性を認めることには合理的な疑いが残る」と判示したのに対して、その控訴審である高松高判令和1年10月31日(D-1Law28274413)は、「被告人の窃盗症の精神障害により衝動性の制御に困難を来したことによるものとした点も、論理則、経験則等に照らして誤りがあるとまではいえない。しかし…本件各窃盗は、精神障害の影響を受けつつも被告人の本来の人格によって行われたものということができるから、原判決が指摘する事情は、本件各窃盗が反復累行する被告人の習癖の発現によって行われたという前記の推認を左右する事情であるとはいえない。」として破棄しており、常習性の解釈によって解決することを見込める状況にはない。

そうである以上、合理性を欠く法定刑を定めている常習累犯窃盗罪規定は、既に役割を終えた規定として速やかに廃止されるべきであり¹⁰⁰、その一方で、クレプトマニア患者のような者に対して本当に適する新たな処遇の在り方を模索することは、我々が今まさに英知を集めて取り組まなければならない現代的な課題であると言えよう。

終章 おわりに

本稿全体を通じて、常習犯、累犯の加重処罰について検討し、また、常習累犯窃盗罪についても検討をした。

その結果、常習犯、累犯の加重処罰は現在の量刑理論から素直に考えればこれを正当化することは困難であり、また、常習累犯窃盗罪も、時代遅れの過去の遺物とも言えることが明らかになった。

刑罰と刑法理論の発展について思いを致せば、刑法理論は、先行する現実の犯罪や刑罰の在り方に対し、批判的に検討するという方法を通じて発展し、最終的には、従来の犯罪・刑罰の在り方を改めさせるという形で社会に貢献してきたものと言えるだろう。

それゆえ、現在の刑事法制でさえ、決して完璧なものとは言えず、不断の批判的な検討が必要である。私達がこれまで正しいと信じて疑わずに運用してき

¹⁰⁰ 現代社会において立法担当者が想定していた職業的窃盗犯は一定数存在することを考慮すると、常習累犯窃盗罪の規定が削除されないとしても、適用対象を職業的窃盗犯に限定する解釈を試みるのが現実的とも考えられる。同様の見解として、中島広樹「警告理論について」平成法政研究 22 巻 2 号 52 頁以下、同「クレプトマニアと刑法上の問題」平成法政研究 23 巻 1 号 71 頁脚注(33)参照。谷口元最高裁調査官が昭和 25 年の時点で、(別の観点からではあるものの)「速に廃止されて然るべきものであろう」と喝破したこと(谷口・前掲注(3)38 頁参照)が想起されるべきである。

た法制度も、よく考えてみたら誤っていたということが明らかとなり、修正すべきだとされることも、当然にある。いや、なければおかしい。

諸外国においては、これはまさに「当然の事理」と受け止められ、法律は頻繁に改正され、アップデートされる。これに対し、我が国は、このような法制度のアップデートが極めて不得手な国と言えるであろう。

思えば、明治維新（１９６８年）から現在まで１５４年であるが、常習傷害罪などについて定めた「暴行行為等処罰ニ関スル法律」は大正１５年（１９２６年）、常習特殊窃盗罪、常習累犯窃盗罪などについて定めた盗犯等防止法は昭和５年（１９３０年）の制定であり、いずれも現在から１００年近く昔に制定された法律である。無論、当時、詳細な議論のうえ正しいと考えて制定されたのであろうが、それにしても、この１００年間の時代の変遷、社会状況の変化、そして刑法理論や刑罰論の発展はどれほどのものであったであろうか。安易に墨守していないか批判的に検討すべきであろう。

特に、「依存症」などは極めて現代的な問題であり、これらの犯罪の制定当時にはこのような問題に対する認識はまったく存在しなかったのである。

盗犯等防止法が、理論的にはともかく、日本社会の防衛のために一定の役割を果たしたことを否定するものではない。しかし、職業的な窃盗犯が日本社会の成長や発展に伴い減少した一方で、成熟した社会に適応することができず、万引きを止めたくても止められない精神疾患に苦しむ者が多く認められる現状においては、盗犯等防止法の役割は疾うに終えていると言わざるを得ない。

私達は、現在の社会状況を鑑みて、新たに問題となっている窃盗犯に対して、刑法理論や刑罰論を踏まえた上で、あるべき社会を目指して、新たな処遇を考えなければならない時期を迎えている。

現在の裁判実務では、上述したようにクレプトマニアを正解していないものがまだまだ多いように見受けられる。したがって、クレプトマニアに対する理解が深まるように、個々の事案において弁護士や医師による十分な活動に期待することも勿論であるが、そのような者の再犯を適切に防止できるような法制度の確立も、同時に議論されなければならない。

「過ちては改むるに憚ること勿れ」（孔子『論語』学而篇）

盗犯等防止法を含む常習犯・累犯に関する従来からの法制度は、もはや正しいものとは言えず、直ちに改正されなければならない。

以上

おかもと ひろあき (弁護士)

かみや たつみつ (弁護士)

しんどう ひろと (弁護士)

すぎやま ひろあき (弁護士)

やまなか じゅんこ (本学法学部講師)

東海大学法学部教員一覽(○印は編集委員)

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

東海法学 第六十三号

発行日 二〇二二年九月三〇日

出版・発行 東海大学法学部

神奈川県平塚市北金目四一

Tokai Law Review

No. 63

●Contents

[Article]

**Schwarzfahren und Betrug unter Verwendung von Datenverarbeitungsgeräten
- anhand des Urteils des Obergerichts Nagoya vom 5. 11. 2020**

..... YAMANAKA Junko

[Article]

**Ethnomethodological Exploration of Social Order: Interaction Analysis of Law
(part 2)**

.....KITAMURA Takanori

[Article]

**Wie soll man der Strafrechtslehre Gesellschaft leisten? (1)
- Dokument der Professor Ps Online Dialoge mit Studenten**

..... OTSUKA Shigeru

[Article]

**Critical Review of Provisions for Aggravated Punishments against Habitual
Crime and Repeat Offenses, and Habitual Recidivist Theft (3)**

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

2022

SCHOOL OF LAW, TOKAI UNIVERSITY

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