

目 次

献呈の辞……………瀬 谷 ゆり子

桃山学院大学開学60周年記念事業法学部主催シンポジウム

基調講演「インターネット利用に伴う消費者問題の現状」

独立行政法人国民生活センター理事長・

一橋大学名誉教授 松本 恒雄

…………… 1

パネルディスカッション「インターネットと消費者」

【コーディネーター】本間 法之（本学 法学部教授）

【パネリスト】松本 恒雄

（独立行政法人国民生活センター理事長・

一橋大学名誉教授）

馬場 巖 （本学 法学部教授）

花元 彩 （本学 法学部教授）

永水 裕子 （本学 法学部教授）

田中 志津子（本学 法学部教授）

…………… 35

論 文

スペイン刑法における性犯罪規定の構造……………江 藤 隆 之…… 55

スペインにおける危険運転の刑事規制……………江 藤 隆 之…… 93

細部に宿る悪魔

——委任立法統制の規範的構造論—— ……………田 中 祥 貴…… 125

内務省「予防行政」の展開と

「小児保健所」構想 ……………小 島 和 貴…… 195

過失犯における訴因変更の要否について……………河 野 敏 也…… 231

The Governance of Pediatric Research in Japan	NAGAMIZU Yuko.....	267

研究ノート

ヴィルヘルム・アルノルト (Wilhelm Arnold, 1826-1883) について	鈴木 康 文.....	287

瀧澤仁唱教授略歴.....		321

瀧澤仁唱教授業績一覧.....		324

献 呈 の 辞

30年にわたり桃山学院大学における教育・研究・行政に貢献されてこられた瀧澤仁唱教授が、2020年3月末をもって定年により退職されます。この間、わが法学部の創設メンバーの一人として、今日まで学部そして法学会を支えてくださいました。現在に至る本法学会の存在は、瀧澤先生を抜きにして考えることはできません。桃山法学32号は、瀧澤先生の退任記念号として、法学会メンバーから先生に対する感謝と敬意を込めて、献呈いたします。

瀧澤先生は長野県のお生まれで、早稲田大学法学部、同大学院を経て、1990年4月に本学社会学部に助教授として着任し、1994年に同学部教授に昇任されました。社会福祉の分野に深い造詣をお持ちで、この間、1998年開設の社会学部社会福祉学科の設置にご尽力いただきました。2002年の法学部創設に伴い法学部に移られ、社会福祉法、労働法を主担当とする法学部教授として今日に至っておられます。この間、1995年、2006年および2015年には、ドイツのマックス・プランク外国・国際社会法研究所客員研究員として研究に従事されました。2015年の渡独に先立ち、法学会の研究會において、先生から、「社会法（労働法・社会保障法）の曲がり角—若者をとりまく労働環境と労働法を中心に—」というご講演をいただき、我々は、学生の労働環境について改めて学んだことを思い出します。最終講義を「社会法の未来」のテーマで締めくくられましたが、先生の研究姿勢を示していただいたものと思っております。

改めて数々の研究業績の一端をご紹介しますと、労働法の分野の論文は、「労働委員会とその判定姿勢についての一考察」（早稲田法学会誌23巻）を皮切りに、「派遣労働者と派遣先会社間の労働契約関係」（日本労働法学会誌63号）、そして社会福祉と交錯する「介護労働者の労働条件をめぐる

法的課題」(桃山法学17号)に及んでいます。社会保障の分野では、桃山法学の創刊号に「介護の基準と質」を執筆されたほか、単著『障害者間格差の法的研究』(ミネルヴァ書房、2006)、そして障害者福祉を論ずる多くの論文、共著の体系書を刊行されています。

学内では、二度の図書館長、数年にわたる大学評議員、自己点検・評価室委員等を歴任されました。さらに先生は、大学基準協会大学評価委員会専門評価分科会委員を三度、務めておられます。本学も、近々、大学基準協会による三度目の認証評価を受審します。日頃から自己点検に追われる法学部メンバーは、先生から辛口のご意見、ご助言に助けられ、励まされております。若い法学部教員も加わり、法学部創設の前後を知る者が少なくなってきた折り、学部創設時の熱気や長年の桃山の文化を知らない私たちに、その歴史を説き、大学の中では後発の法学部を今日まで牽引して来られたことは、皆の認めるところであります。

地域社会に目を転じると、泉大津市介護保険計画策定委員、さらには和泉市介護保険運営協議会の会長代理そして会長をお務めになるなど、社会福祉の学識経験を以て社会貢献をはたしておいでです。地域における介護保険制度を支えてこられたことに、敬意を表したいと思います。

先生のこのような長年のご貢献を称えるものとして、桃山学院大学から、名誉教授の称号が贈られることとなりました。

大学を去られる先生のご経験、ご助言を真摯に承継しながら、法学部、法学会のさらなる前進を期することが重要であると考えております。最後にあたり、先生の今後のますますのご健勝とご活躍を祈念するとともに、引き続き、桃山学院大学法学会に対する暖かいご指導とご助言をお願い申し上げます。

2020年 1 月20日

桃山学院大学法学会会長
法学部長 瀬 谷 ゆり子

基 調 講 演

インターネット利用に伴う 消費者問題の現状

独立行政法人国民生活センター理事長・

一橋大学名誉教授 松 本 恒 雄

1 はじめに

(1) 国民生活センターの役割

おはようございます。国民生活センター理事長の松本です。桃山学院大学60周年、おめでとうございます。

60年前の1959年といいますと、日本で消費者問題がかなり意識されだしたところです。皆さん、どこかで聞いたことがあるかもしれませんが、ニセ牛缶事件というものが1960年に問題化しています。いま牛缶と言ってもピンときません。牛肉がとても高かった時代に牛肉の缶詰と称して、実はクジラの肉や馬肉だったということです。

いまクジラの肉は牛肉より高いかもしれませんが、昔の小学校の給食ではクジラの肉を食べていたということが私の経験です。そのころから消費者問題は政府においても少しずつ意識されて、取り組みが行われ、前の東京オリンピックの1964年前後にいろいろな仕組みができてきたということになります。その後、社会がどんどん変化して、国際化したり、高齢化したり、情報化したりする中で新しい問題がたくさん起こってきています。

国民生活センターはそのような消費者問題の解決や予防に関して強制的な力は何もありません。情報を集めて、それを関係者に伝えて行動してもらうことによって、よりよい社会をつくっていかうとする組織です。地方

の消費生活センターが各地にあります。和泉市にもありますが、国民生活センターはその上部機関ではなく、各地のセンターと協力しながらやっています。われわれがいろいろな形で地方のセンターを支援しているということです。

支援の一つとして、全国の相談情報を集めて巨大なデータベースをつっており、年間100万件ほどの消費者からの苦情が集まっています。それを随時分析して、さまざまな情報を消費者、企業、それから行政に対して伝えることがわれわれの役割です。

(2) 消費者問題に関する2018年の10大項目

消費者問題に関する2018年の10大項目

- 増え続ける「架空請求」に関する相談 ハガキだけではなく、封書で届くことも
- 深刻化する 原野商法の二次被害トラブル
- 仮想通貨などのトラブル目立つ 不正流出事件 事業者への行政処分も
- 広がる 個人間取引 フリマサービスなど
- 改正医療法施行 医療機関のウェブサイト等も広告規制の対象に
- 「オーナー商法」や「シェアハウス投資」でのトラブルが相次ぐ
- 成人式当日に連絡とれず「はれのひ」多くの若者が被害に
- 民法改正 「18歳成人」2022年から
- 今年も発生 こどもの誤飲事故
- 大規模自然災害が頻発した1年 豪雨災害での「消費者トラブル110番」開設など

その一環として毎年12月に、その年の消費者問題の10大項目を選定しています。われわれから見て、その年の消費者問題の中で重要なものがこの10で、実はもっとあるのですが、10に絞って公表しています。2018年を見ますと、10のうちの4つがインターネット絡みの消費者問題です。〈「消費者問題に関する2018年の10大項目」

http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20181220_2.html)

架空請求

- 架空請求に関する相談は2017年から急増し、今年は前年比の2倍に迫る勢いで相談が寄せられています。メールやSMS、ハガキだけではなく、封書などを使う手口もみられました。
- 7月、相談件数が急増している現状を踏まえ、関係省庁等が一体となり架空請求による消費者被害の未然防止、拡大防止を図るため、内閣総理大臣が会長を務める消費者政策会議で「架空請求対策パッケージ」を取りまとめました。
- 当センターでも2018年に5回の注意喚起を行いました。引き続き注意が必要です。

少し見ていきます。架空請求は聞いたことがあるかもしれませんが、契約していないのに、あなたの料金が滞納になっています、黙っていると財産を差し押さえますという脅しの通知が来る。慌てて電話をすると、ずるずるお金を巻き上げられる。これが昨年（2018年）にまた急増しました。

実は今から15年ほど前に、この種の詐欺がものすごくはやった時期があります。当初はハガキで来るのがほとんどでした。その後、コストのかからないSMSやメールで通知が来るパターンが増えました。いろいろ対策が講じられて、一時期減っていたのですが、ここ2～3年少しずつ増えてきて、昨年一気に20万件を超えました。しかも、80何円の切手を貼って封書で来るというコストをかけた悪質商法になっています。（「利用した覚えのない請求（架空請求）が横行しています」

http://www.kokusen.go.jp/soudan_now/twoshotto.html)

仮想通貨

- 仮想通貨に関しては、過去3回注意喚起をしています
が、ICOやマイニングへの投資など実態不明な投資
話に関する相談が多くみられ、仮想通貨交換業者に
関する相談なども寄せられています。
- 1月と9月には、仮想通貨交換業者で不正アクセスに
よる仮想通貨の流出事件が発生する等問題のある
仮想通貨交換業者に対して、各財務局は、行政処分
を行いました。また、3月には日本仮想通貨交換業協
会が発足し、10月には資金決済法上の自主規制団体
と認定されるなどの動きもありました。

それから仮想通貨。これは、実態は通貨ではなくて、一種の投資だとい
うことで、国際的には名称が変わって暗号資産とよばれています。仮想通
貨でもうかりますよという形の悪質商法や、仮想通貨の取引の契約をして
いたところ、アカウントを乗っ取られて不正送金されたことによる被害が
かなり出ています。〔仮想通貨に関する様々なトラブルにご注意〕

http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20180426_1.html

フリマサービス

- 消費者対事業者の取引だけではなく、フリマサー
ビスなどの事業者が提供する、いわゆるプラット
フォームを利用して、消費者同士が商品や役務を
取引できる個人間取引などの利用が広がりをみ
せています。
- 利用が広がる一方で、出品者・購入者間のトラブ
ルに関する相談や、取引相手に禁止行為を持ち
かけられトラブルに巻き込まれるなどの相談も寄
せられています。

次に、フリーマーケットです。消費者問題というと、事業者と消費者の取引に伴う問題が主ですが、消費者と消費者が、簡単に取引ができるようになってきています。そういうサービスを提供するプラットフォームのおかげです。

私の年代に近い知り合いの方が、家の整理をして、出てきた無駄なものをフリマに出品したら何千円かで買ってもらえて、よかったと言っていました。そのように世の中をうまく回していくという役割も果たしているのですが、買い手側から見れば、商品が偽物だったとか、商品が届かない、お金だけ取られたという苦情があります。逆に売り手側からの苦情もフリマについては多いです。商品を送ったけれども、偽物だと言われてお金が届かない、商品も返してもらえない。そういう問題も生じてきています。（「相談急増！フリマサービスでのトラブルにご注意 一個人同士の取引であることを十分理解しましょう」

http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20180222_1.html)

医療機関のウェブサイト広告

- 6月、改正医療法が施行され、医療機関のウェブサイト等も広告規制の対象となり、「絶対安全な手術です」という虚偽広告や、「〇〇手術は効果が高く、おすすめです」という誇大広告が、禁止となりました。
- 医療法施行規則において、患者等の主観に基づく治療等の内容または効果に関する体験談を広告してはならないことや、治療等の内容または効果について患者等を誤認させるおそれのあるビフォーアフター写真等を広告してはならないことが明確化されました。

最後に、医療機関のウェブサイト広告です。特に美容医療関係の広告が目立ちます。厚生労働省は、医療機関の情報提供は広告ではないという建前で従来対応していました。消費者の側から積極的にそのウェブサイトを見に来るのだ。積極的に見に来るものは、一方的に送りつけられてくるものではないから、広告としての規制はしないという扱いでした。そのため、

医療機関のウェブサイトにはかなり問題のある表現の広告が多かったわけですが、ようやく昨年制度が変わりまして、ビフォー・アフター、施術前はこうだったが、施術後はこんなになりましたという広告はだめだということになりました。(医療法改正！美容医療クリニックのウェブサイトにも広告規制が！－詳細説明のないビフォーアフター写真や、治療効果に関する体験談の掲載は禁止されます－)

http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20180524_1.html

(3) 2008年の10大項目とその後

10年前(2008年)と比べると

- 「中国産冷凍ギョウザ事件」「事故米問題」発生、食の不安広がる
- こんなにやく入りゼリーによる死亡事故再び、リコール製品の事故も発生
- 多様な「健康食品」、安全確保や表示の適正化が課題に
- 「携帯電話」トラブル多く、悪質商法に使われるケースも
- 「怪しい出資」や「マルチ取引」の被害、後を絶たず
- 消費生活相談は5年連続「100万件」超、架空請求もなお根強い
- 「消費者庁」設置のための法案提出、地方への支援策も
- 国民生活センター、ADRのための紛争解決委員会を設置へ
- 特商法・割販法が大幅改正、「悪質商法」対策が進む
- 「市場の監視役」として、適格消費者団体に対する期待高まる

10年前(2008年)と比べるとかなり違います。当時は、まだスマホが普及していない時代で、フィーチャーフォン、ガラケーの時代です。そのため、携帯電話トラブルが多く発生して、悪質商法にも使われていました。(「消費者問題に関する2008年の10大項目」)

http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20081204_2.html

ネット絡みのものはあまりありませんが、消費生活相談は5年連続100万件超、架空請求もなお根強いと指摘されています。このころの架空請求は、ハガキが3分の1で残りがネット経由のもので、その後ハガキによるものはいったん姿を消します。

10年前というと、消費者庁をつくらうという議論をしていた時代で、翌

2009年に消費者庁ができました。その後の2009年から2017年までの10大項目の中で、ネット関連でどのようなものがランクインしているかということ、ざっと年別に見てみましょう。

ネット関連10大項目の推移(1)

- 2010年
 - ネット取引の中で、クレジットカードの決済代行がかかわるトラブルが深刻化
 - アフィリエイト・ドロップ SHIPPINGなど、ネットを利用した手軽な副業トラブル増加
- 2012年
 - サクラサイト商法「サクラ」を使った詐欺的商法の手口広がる
 - スマートフォンに関連する相談が増加
 - コンプガチャ 消費者庁が景品表示法違反との見解を示す
- 2013年
 - トラブルの国際化 海外インターネット通販が急増
 - ネットサイト関連の相談が上位を占める アダルトサイトは老若男女問わず

2010年、ネット取引の中でクレジットカードの決済代行がかかわるトラブルが深刻化。いまではクレジットカードだけではなく、プリペイドカードやデビットカードなど多様なカードが出てきて、さらにスマホ決済が出てきて、ちょっとよく分からない状況ですが、昔はクレジットカードがキャッシュレスのメジャーな支払方法だったわけです。カード会社は加盟店管理をしているのですが、決済代行業者が間に入り、その下に加盟店や孫加盟店をぶら下げる形で、いいかげんな管理をしていて、クレジットカードが悪質商法に使われることがかなりありました。

それから、アフィリエイトやドロップ SHIPPINGは後でもう少し詳しくお話ししますが、これらにかかわる問題がかなり発生しています。

2012年、サクラサイト商法。これはいまだに続いています。メールの交換をしましょうとか、多額の金銭をもらってくださいという建前でメール交換サイトに引っ張り込み、高額なサイト利用料を取る。サクラという

のは、うその相手という意味ですが、異性のふりをした相手の場合が多いです。〔詐欺的“サクラサイト商法”トラブルについて〕

http://www.kokusen.go.jp/soudan_now/data/sakurasite.html

それから、スマートフォンの相談が2012年にかかなり増加してきました。同じく、コンプガチャ。これは最近あまり言わなくなりましたが、一時期大いにはやりました。正しくはコンプリートガチャというもので、ネット上で抽選のようなことをして商品が当たるのですが、その商品を一通りそろえらるともっとすばらしいものがもらえる。そのためにお金を払ってガチャを次々と回すのですが、なかなかセットにならない。多額のガチャ料金を徴収されるというものです。

2013年、海外インターネット通販が急増してトラブルも増えました。同じく2013年に、アダルトサイトで、いまだにたくさんあります。アダルト向けの映画や写真を有料で見せるものですが、契約したつもりがないのに契約したことにされ、非常に高額な料金を課金されるというものです。〔アダルト情報サイト〕

http://www.kokusen.go.jp/soudan_topics/data/adultsite.html

ネット関連10大項目の推移(2)

- 2014年
 - インターネット通販などのネット関連トラブルは引き続き増加
 - 遠隔操作によるプロバイダ変更勧誘トラブルが急増
- 2015年
 - ウイルスメールにより大量の年金情報が流出
 - 決済手段の多様化によりキャッシュレスが進展 プリカ詐欺も発生
 - 消費者トラブルのグローバル化 体制整備始まる
- 2016年
 - 情報通信関連の相談が多数 高齢者からの相談内容にも変化が
 - インターネットを利用した詐欺的商法 怪しい投資話も後を絶たず
- 2017年
 - 依然として多い「定期購入」トラブル 20歳未満でも多くみられる
※ネットによる通信販売での健康食品等の「定期購入」に関する相談が増加
 - 情報通信の多様化 格安スマホなどの相談も

2014年、相変わらずインターネット通販。それから通信の自由化との関係で、プロバイダを変えてより安い料金のプロバイダと契約しましょうという流れの中で、一見安いように見せかけて、実は安くはないというようなトラブルがあります。（「相談激増！遠隔操作によるプロバイダ変更勧誘トラブルにご注意」http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20140918_1.html）

2015年、ウィルスメールに感染して年金情報が大量に流出しました。また、決済手段の多様化によりさまざまな支払方法が出てきて、詐欺の代金をプリペイドカードを利用して支払わせるという手法が新たに発生しました。これは現在もずっと続いています。コンビニでプリペイドカードを買って、その番号を相手方にメールなどで知らせると、それだけでお金を送ったことになるわけです。クレジットカードや銀行振込による支払いと比べて、受取人がだれかを追跡することが困難です。一種のマネーロンダリングの手段にもなります。（「プリカ詐欺に注意！」

http://www.kokusen.go.jp/soudan_now/data/preca-sagi.html）

さらに、消費者トラブルのグローバル化。簡単に海外からインターネットで商品が買える、サービスが買えるということからくるトラブルが増えたので、国民生活センターとしても越境消費者センターという特別の体制を取ったのが2015年です。

2016年、情報通信関連の相談、これも通信の自由化絡みです。そして、インターネットを利用した詐欺的商法、これは別に2016年だけの話ではなく、今も続いています。

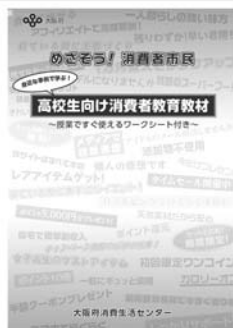
2017年、情報通信の多様化の中で、情報通信関連の相談が多いのは2016年と同じですが、ネットショッピングでの定期購入トラブルが顕在化しました。お試しに1回分だけいくらか、3回分だけいくらか安い値段が書いてあるのですが、これはあと10回買えば1回目はこの値段になりますということだったとされて、結局、非常に高い買い物になるというものです。（「お試し」のつもりが「定期購入」に！？第2弾－健康食品等のネット通販では、契約内容や解約条件をしっかりと確認しましょう－

http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20171116_1.html）

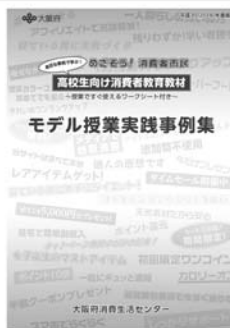
2 インターネットと契約

（1） 大阪府消費生活センターの教材から

大阪府消費生活センターの教材



2017年



2018年

本日取り上げるインターネットの問題は、契約という観点からの問題と情報という観点からの問題です。このうち、契約というのは極めて法律问题ですが、情報だけの問題は法律问题にストレートにはならないところがあります。

本日も午後、大阪府の消費生活センターの方が来られるそうですが、大阪府のセンターは教材をたくさんつくっていて、左側のものが「高校生向け消費者教育教材」です。この教材を実際に使い、具体的にこういう授業をやりましたというのが右側の「モデル授業実践事例集」です。事例集は2種類出ています。以下では、大阪府のセンターの教材の中で実際に事例として挙げられているものをピックアップして紹介します。

(<http://www.pref.osaka.lg.jp/shouhi/keihatsu/>)

大阪府センターの教材から(1)

- 事例 ゲーム①
 - 無料で遊べるオンラインゲームで知り合った人から、別のゲームサイトを紹介され登録した。その日のうちに登録を取り消したが、そのサイトから「8万円を今日中に支払うように。支払わなければ法的手段に訴える」とメールがきた。
- 事例 ゲーム②
 - テレビで無料とCMをしているゲームサイトに、無料ならと思い、スマートフォンで登録した。本当のお金が必要だと思わず、アイテムを多数購入して遊んだ。後日、カード会社から約10万円の請求書が届いたと保護者に叱られた。
- 事例 ゲーム③
 - 「カード会社からオンラインゲームの利用料金約2万円の請求があったが、なぜか」と保護者に問いただされた。ゲームの利用については友だちに教えてもらい、無断で保護者のクレジットカードを持ち出して使っていたが、年齢確認画面を16歳にするとゲームができなかったので、20歳以上と入力していた。

最初に出てくるのはゲームの事例です。無料で遊べるオンラインゲームで知り合った人から別のゲームサイトを紹介されて登録した。その日のうちに登録を取り消したら8万円払えと言われたという話です。ここに2つ問題があります。まず、オンライン上で知り合った全く知らない人から誘われてという部分です。知らない人からのネット上の情報をそんなに簡単に信用してよいのかという話です。これは、インターネットと情報という、契約とは別の論点になります。次に、登録して即取り消したのに8万円払えと言われたということで、これはインターネット上の契約の問題です。

2つ目の事例は、ゲームサイトで、無料ならと思ってスマートフォンで登録した。本当のお金が必要だと思わず、アイテムを多数購入して遊んだ。後で親から怒られた。ゲームにかかわる苦情は、年齢はあまり関係なく来ているのですが、この種の苦情は低学年の子どもに非常に多いです。

3つ目の事例は、年齢を偽って入力したらプレーができたというものです。年齢を偽ると、未成年者として保護されないという民法のルールがある関係もあり、少し難しいところがあります。

大阪府センターの教材から(2)

□ 事例 ネット通販詐欺

- インターネットサイトで、ほしかったブランドのスニーカーを見つけた。キャンペーン中で、通常の半額以下だったので、売り切れないうちに、と急いでお金を振り込んだ。商品が届くとデザインや色が少し違っていた。返品しようと販売サイトにメールしても返信がない。電話番号も載っていない。

□ 事例 電子マネー

- インターネットでアダルトサイトにアクセスすると、クリックしていないのに登録完了となった。「登録した覚えはない」とメールを送ったが返信がなかったので問い合わせ番号に電話した。相手の言うままにコンビニに行き、端末の前で携帯電話から指示されたとおり、アダルトサイトが保有する電子マネー(プリペイドカード)に関する数字を入力などした後、端末から出てきたレシートに記載された10万円をレジで支払った。

□ 事例 アフィリエイト・ドロップシッピング

- インターネットでアルバイトを探していたら「簡単な作業で誰でも儲かる」「自宅で開業」と書かれていたので問い合わせた。仕事の説明は受けたが、仕事に必要なサイト開設費用やサポート料などが30万円と高額だったので断った。しかし、「絶対儲かるからすぐに元が取れる」と言われ、よくわからないまま、消費者金融で借金し契約した。説明では文字入力だけと言われていたのに、商品が売れないと収入にならないと言われた。借金が返せないのやめたい。

次に、ネット通販詐欺。ブランド品だと思っていたら、全然違うものが送られてきた。連絡しようとして、メールを出しても返事が来ないというものです。

電子マネーの事例もあります。登録をした覚えはないのに、契約が成立したので金を送れという請求がアダルトサイトから来た。そこで、言われるままにコンビニに行き、端末の前で携帯電話から指示されたとおりに、アダルトサイトが保有する電子マネーに関する数字を入力して、その後、端末から出てきたレシートに記載された10万円をレジで支払った。

これは少し分かりにくいですが、コンビニでプリペイドカード(電子マネー)を利用してお金を送る方法には2つあります。先ほどのプリカ詐欺のところでもお話ししましたが、1つは、こちらでお金を払ってカードを発行してもらい、その番号を相手方に伝える。そうすると、相手方はその番号を入力することにより、商品を購入したり、あるいは、どこかの闇サイトで現金化することができるわけです。もう1つの方法が、大阪府センターのこの事例で出てきているもので、相手方がプリペイドカードを購入して、代金の支払いはまだしていない段階で、プリペイドカードの代金の支払いを被害者である消費者にコンビニからやらせるものです。

最後に、アフィリエイトやドロップシッピングです。これは内職やアルバイトを探していたところ、簡単にもうかりますと書いてあったので申し込み、30万円支払ってやってみたけれども、全然売れないというものです。

大阪府センターの教材から(3)

□ 事例 サクラサイト商法①

- 無料SNSサイトで、好きなタレントのページにリンクを張って利用していた。すると、そのタレントから直接メッセージが届き、「事務所に内緒なので別サイトでやり取りしたい」と別のサイトに誘導された。メール交換のためのポイント購入で260万円支払ったが、だまされたのか。

□ 事例 サクラサイト商法②

- 携帯電話で「在宅ワーク」と検索したところ、「男性から悩みを聞けば収入を得られる」という広告を見て、誘導されたサイトに登録した。メールの送受信は無料と書かれていたが、お金を受け取るにはポイント購入が必要と言われ、さまざまな名目でポイントを購入し続け、1週間で180万円にもなってしまった。

それから、先ほどお話ししたサクラサイト商法の事例があります。

(2) インターネット上の広告

インターネット上の広告と表示

□ 景品表示法上の表示規制

- 実際のものより著しい優良誤認と有利誤認について
- ネット上の情報の無限性と画面の有限性
 - スクロール、リンク
- 公正取引委員会「消費者向け電子商取引における表示についての景品表示法上の問題点と留意事項」
 - リンク先に何が表示されているのかが明確に分かる具体的な表現を用いること
 - 文字の大きさ、配色などに配慮し、明瞭に表示すること
 - 消費者が見落とさないようにするため、関連情報の近くに配置すること
 - 最新の更新時点を正確かつ明瞭に表示すること
- 第三者による解説の形をとったページへのリンク
 - 健康食品など

インターネットと契約に関して、問題はたくさんありますが、まず、広告や表示にかかわる問題です。特にスマホの画面は狭いですから、1回見ただけで必要な情報が全部表示されないケースが多いわけです。どんどんスクロールしていくとか、クリックしていかないと関係する情報が出てこない。これを利用して、都合のよいところだけ見せて契約させるタイプの商法があります。

その典型が、先ほど照会した定期購入トラブルに関するものです。本当は10回分の契約をしないとこの値段にならないのに、お試し価格いくらと表示して、大変安い値段のように見せかけ、1回分のお試しだけで終わりだと思っていたところ、次々と商品が送られてきて、今度は本来の高い値段を請求されるという商法です。このような問題の多発に対して、2016年に特定商取引法が改正されて、このような定期購入契約については、代金総額や契約期間などの販売条件を明記しなければならないようになりました。

また、景品表示法は、実際のものよりも著しく優良、あるいは著しく有利であるとの表示は「不当表示」になるとして規制しています。たとえば、打ち消し表示と言われるものがあります。これは、アピールしたい内容の前提条件や限定条件のことを言います。たとえば、先ほどの1回いくらという価格が実際には10回分契約した場合の1回目の価格であるといった場合に、その条件をわかりやすいところに表示しておく必要があります。体験談であり、だれでもそうなるわけではない場合も同じです。このような打ち消し表示がきちんと行われていないときは、不当表示になるおそれがあります。

第三者による解説の形をとったページをリンクして、そこを参照させるという方法があります。健康食品などに多いです。この問題と次のアフィリエイトの問題が関連してきます。

アフィリエイト

- アフィリエイト・サービス
 - ブログなどで他の事業者が提供する商品やサービスについて記述し、それに関心をもった読者が当該商品やサービスを購入すると報酬が得られる
 - 成功報酬型広告の一種
 - ステルス・マーケティング
 - 広告だとわからないようにして行う広告マーケティング
 - 報酬目当てに誇大広告・不当表示がされたり、事業者から配信されてくる情報をそのまま掲載し、それが不当表示になっている場合がある
- アフィリエイトで簡単に稼げるとうたう悪質商法もある

アフィリエイトとは何かというと、自分のブログなどで他の事業者が提供する商品やサービスについて、写真や絵をたくさん使ってすばらしいという記述をします。そのブログを読んで、関心を持った人が当該商品の事業者のページに飛んで、その商品やサービスを購入すると、アフィリエイトに一定の報酬が入るというものです。成功報酬型広告と言われているものです。

本当に第三者なのか、それともその販売業者からお金をもらって広告をしているのか、外から見ると分からないところがあるわけです。実態は広告であるとしても、ブログの形をとっているので、広告であれば守らなければならないルールも守っていない。結果として、不当な内容の広告表示で商品を買わされるという形の消費者被害が発生しています。

他方で、先ほども事例紹介をしましたが、アフィリエイトヤーになれば、簡単にお金もうかる。あなたのブログを読んでもらい、その商品を買ってもらえれば、黙っていてもこんなに毎日もうかりますということで勧誘し、アフィリエイトヤーになるためにはまず何十万円払ってその契約をする必要があるけども、すぐに取り戻すことができると言って契約をさせられる。しかし、世の中はそんなに甘くないので、全然商品を買ってもらえない。結果として最初の契約料が丸損になるという形の消費者被害も発生し

ています。([アフィリエイト・ドロップ SHIPPING内職]

http://www.kokusen.go.jp/soudan_topics/data/affiliate.html)

インターネット上の懸賞

- 景品表示法による景品規制
 - オープン懸賞(新聞や雑誌上でだれでも応募できるもの)には規制なし
 - 購入を条件としなくても、店舗来店者に提供する場合の規制あり
 - インターネット上のホームページでの懸賞はオープン懸賞扱い(顧客に対する拘束が弱い)
- コンプガチャ(コンプリートガチャ)
 - ゲーム内において、ガチャをまわして特定の複数アイテムをすべて揃えることで稀少アイテムを入手できる仕組み
 - 消費者庁は景品表示法で禁止されている景品に該当するとした(2012年)
 - 有料のガチャは代金と引換えの商品であって、景品には当たらない

次に、インターネット上の懸賞です。懸賞には、実は2種類あります。商品の購入者や来店者のみが参加できる懸賞と、そのような限定なしに応募することのできるオープン懸賞です。オープン懸賞以外の懸賞については、景品表示法にいう「景品」として、その額に制限がありますが、オープン懸賞は制限がありません。オープン懸賞は、取引との関連性が薄いからです。

ここで出てくるのがコンプガチャというものです。本来のガチャは、カプセルに入ったオモチャがランダムに出てくるもので、どのおもちゃになるかは出てくるまでわからないというものです。この変形として、インターネットのゲームの中で、有料で抽選をして、ゲームで使うアイテムを入手できるというものがあります。ガチャを1回回すだけの場合は、その料金がアイテムの代金なので、景品には当たりません。しかし、これらのアイテムをセットでそろえると非常に希少なアイテムが手に入る。でも、なかなかそろわないので、次から次にガチャを回して高額の課金をされる結果

になっている。これは「絵合わせ」というタイプの懸賞であり、景品表示法の規制対象だというのが消費者庁の判断です。

(3) インターネット上で行う契約

通信販売と特定商取引法の規制

- ネットショッピングは通信販売
 - 政令で指定された商品・役務を除き適用される
 - 金融取引や音楽ダウンロードは対象外
- 販売条件を含めた広告のみ
 - 直販でないメーカーによる商品広告には不適用
- 誇大広告の禁止
- 積極的表示事項の義務づけ
 - 返品特約の有無の表示義務
 - 返品特約についての表示がない場合のみ、商品を受け取ってから8日間、クーリングオフができる
- 事前同意のない広告メールの送信の禁止

インターネットで商品やサービスを購入する場合には基本的に通信販売という扱いを受けます。ネットショッピングが普及する前までは、通信販売というとカタログ通販、新聞、テレビショッピングだったのですが、ネットが普及してネットで商品を買うことが非常に増えています。

通信販売の場合には、特定商取引法によって、適正な表示をさせるためのルールがかなり整備されています。ただし、訪問販売のように事業者が突然自宅にやってきて、契約を締結させるという密室性がないので、あまり厳しい規制はしていません。

重要なのは、事前に同意していないのに広告メールを送ってはいけないという規制です。それから、もし通信販売で商品を買った後、商品が気に入らない場合に、無理由で返品を受け付けるのか、受け付けないのかをあらかじめ広告の中にきちんと書いておきなさい。それが書いてなければ、

商品を受け取ってから8日間は返品できるというルールになっています。

もっとも、法律上の理由がない場合には返品は一切受け付けませんということを書いておけば、それはそれでよいというルールです。だから、消費者のほう返品特約の有無や内容について事前によく読み、ここは品質に問題がなくても、自分が気に入らなければ返品を受け付けるサイトだから、ひとまず安心して買うという買い方もできるということです。

次に、ネットで行う契約の場合に大変多いのは入力ミスやクリックミスです。いくつ注文するかをちょっと間違えて、1個のつもりが1を2回押して11個としてしまったというものとか、商品のページを見て、申し込みをする気はなかったけれども、間違えて申し込みのところをクリックしてしまった。こういう形のミスが、ネットの場合、簡単に生じてしまいます。

民法では、通常の契約には特段の形式は要らないのです。当事者間で契約の合意があればよい。書面に印を押さなくてもよいし、名前を書かなくてもかまわない。だから、クリックで契約できるわけです。しかし、それでは入力ミスやクリックミスからのトラブルが生じるのではないかということで、法律が少しだけ手当てをしています。

すなわち、通信販売業者は、確認画面を必ずつくらなければならないということになっています。事業者としては契約の申し込みを受けた場合に、あなたはこの商品をいくつ、いくらで購入したいのですね、よろしければ「はい」をクリックしてくださいということで、必ず消費者に確認させます。確認の段階でまた間違えたら、つまり2回間違えたらもう救済されませんというものです。そのような確認画面を用意していない事業者は、特定商取引法に違反しており、かつ消費者としては錯誤による契約だから無効だと主張できることになっています。

それから、未成年者の契約です。あと2年少し（2022年4月）で成年年齢が20歳から18歳に引き下げられます。成年か、未成年かというのは実は消費者トラブルの解決の場合には決定的な差があります。というのは、未成年者が行った契約は、お小遣いの範囲の金額が小さめのものは別ですが、基本的には法定代理人（通常は親）の同意なしに、未成年者だけでした場

未成年者による契約

- 未成年者が、法定代理人(通常は、親権者である親)の同意を得ないで行った契約は取り消すことができる(民法5条)
 - ただし、親が処分を許した財産(お小遣いなど)の処分については取り消せない
 - また、未成年者が、親の同意を得ているとか、年齢を偽るなど詐術を用いた場合も、取り消せない(民法21条)
- 成年年齢は、従来、満20歳だったが、2022年4月から満18歳に引き下げられる

合は取り消すことができます。未成年であって、親に内緒でやりましたというだけで取り消せるという簡単な処理が可能です。

しかし、成年の場合はそう簡単には取り消せない。事業者がうそをついたというような法律上の理由がないと取り消せません。高校3年生の4月から卒業の3月までに、さみだれ式にみんな18歳になっていくということで、高校生の中でそういう消費者トラブルに遭った人の救済が難しくなります。

実際、大学で見ればわかりますが、20歳になるのを待つかのようにして勧誘が来るケースがあります。取り消せなくなるのを待ち、いろいろ問題がある商法に引きずり込む。そのような商法のターゲットに18歳の高校3年生になる可能性があります。消費者教育を学校教育の中でもっとやってもらおうということで、国民生活センターとしてこういう研修の場をお借りして協力してもらっています。「(「成人になると巻き込まれやすくなる消費者トラブルーきっぱり断ることも勇気！ー」

http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20161027_1.html)

(4) 契約条項

取引約款(契約条項)の拘束力

- (例) 契約直後にキャンセルしても高額のカンセル料の支払義務を消費者に負わせる条項
- 消費者契約法による不当条項の無効
 - 事業者の損害賠償の責任を免除する条項等
 - 消費者の解除権を放棄させる条項等
 - 事業者に対し後見開始の審判等による解除権を付与する条項
 - 消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等
 - 消費者利益を一方的に害する条項(一般条項)

一度契約を申し込んで、その日のうちにキャンセルをしたのに、8万円というとても高いキャンセル料を払えと言われたというような問題、つまり契約条項が不当ではないかという苦情はたくさん寄せられています。

大学も、以前は、入学試験に受かると入学金と初年度の授業料等を払って入学手続をするわけですが、ほかの大学に受かったので入学を辞退しますと言っても、納入済みの入学金や授業料は返還されないという取扱いでした。しかし、消費者契約法が制定され、入学金は入学資格を得るためのお金だから、入学を辞退した場合でも返ってこないけれども、授業料に関しては授業が開始される前に入学を辞退した場合は返還しなければならないという最高裁判決が出てから扱いが変わりました。

もっとも、キャンセル料に関する条項が有効か無効かは、裁判をやってみないと分からないところが多いです。

(5) 代金の支払方法

代金の支払方法は、先ほどから言っていますが大変複雑です。特にスマホ決済が盛んになってからはいっそうよく分からなくなってきていますが、

決済(代金支払)の方法

- クレジットカード
 - 後払い
- デビットカード、銀行振込
 - 銀行キャッシュカードを利用した即時払い
- プリペイドカード(プリカ)
 - 前払い(カード管理型とサーバー管理型)
 - 「電子マネー」と呼ばれることも
 - 購入したプリカの番号を相手方に通知するだけで支払ができる場合もある
- キャリア課金
 - 通信料金と合算して後払い
- スマホ決済
 - スマホ上のアプリを利用した決済

スマホ決済を抜けば分かりやすいです。基本的に、クレジットカード、デビットカード、プリペイドカードと3つあります。

クレジットカードは後払いです。デビットカードはクレジットカードと同じような使い方ができるのですが、銀行の口座と直結していて、銀行の口座の残高の範囲内でしか支払いができない。銀行のキャッシュカードを利用して、現金を引き出さないで相手にお金を払っていると理解してもらえば結構です。

数字の上では自分の口座から引き出して相手の口座に入れているのですが、現金は動かない。クレジットカードは、預金残高がいくらあるかとは無関係に、その人の使用限度額内であれば使えます。だから、デビットカードのほうが無駄遣いはしないところがあります。プリペイドカードは消費者があらかじめカードに入金しているわけです。その入金済みの金額の範囲内で使うことができます。

昔はカードの中に全てのデータが入っていることが普通でした。ところが、現在では、カードそのものにはデータを記録しないで、決済業者のインターネットサーバの中で全てのデータを管理しており、ユーザーを特定する番号だけがカードに記録されているものが増えています。

プリペイドカードは電子マネーと呼ばれることも多いです。コンビニでカードを買い、その番号を通知するだけで支払いができるのは、まさにデータをサーバで管理しているプリペイドカードだからです。カードの中に情報が入っていれば、そのカードを機械で読み取らせない限りは、相手側に資金は移せないけれども、サーバの中にデータがあるので番号だけ伝えればよいということです。

それから、NTT ドコモ等の通信会社が、アプリや有料コンテンツの代金を月々の通信料金と合わせて請求するキャリア課金というものもあります。これは、クレジットカードを使わない一種のクレジットです。親の知らない間に、子どもがキャリア課金でゲームをたくさんしていたという形のトラブルがかなりあります。

スマホ決済は、こういうさまざまなやり方を、カードを使わないでスマホの通信機能をつかって行うというものです。

(6) 消費者間取引とプラットフォームの自主的取り組み

消費者間取引の場合

- 消費者間取引には消費者保護関係法は不適用
 - ただし消費者を装う事業者には適用される
- オークションサイト
 - オークションサイト運営業者は、古物営業法により、「古物競りあつせん業者」として公安委員会への届出義務
 - 出品申込者の確認、記録保存の努力義務
 - 警察による競り中止命令
- フリーマーケット
 - オークション形式でなければ規制なし

ネットを利用した消費者間の取引が盛んになってきました。フリーマーケットやオークションで消費者が消費者から物を買う場合は消費者保護の法律は適用されません。では、そのようなフリーマーケットやオークションの場を提供する事業者（プラットフォームの運営業者）はきちんと規制されているのかというと、これもあまりされていません。オークションの場合だけは公安委員会への届出義務がありますが、フリーマーケットの場合には規制は何もありません。だから、フリーマーケットで問題が起こった場合には、その解決のための対応は非常に難しいことになります。

事業者による自主的取り組み

- オンラインマーク
 - 一定の基準をクリアしていることを第三者(日本通信販売協会)が認証して、マークの使用を許可
 - 2019年6月に終了
- プラットフォーム事業者による一定の取り組み
 - 出店事業者に対する審査・指導
 - 機能していない場合もある
 - 取引参加者による評価制度
 - 評価自体に基づくトラブルもある
 - エスクロー・サービス
 - プラットフォーム事業者が一時的に代金を預かる
 - 保証制度
 - 悪用事例もある

そこで、フリーマーケットを運営している事業者に対して、消費者のことを考え、もっと安全なマーケットの仕組みを作ってくださいと、国民生活センターは要望を出しています。それに対応してもらい、少しよくなっているところもあります。

たとえば、eBay という消費者間取引のサイトは、日本ではあまりシェアは大きくないのですが、ペイパルという支払システムをセットにして運用していることもあって、取引に問題があれば支払いを止めてくれる仕組

みがあります。商品を購入した買い手がオーケーですということで初めて代金が売り手の口座に入るというエスクローと呼ばれる仕組みです。フリーマーケットやオークションサイトを運営している事業者には、こういった様々な工夫をしていただきたいです。

（7） 国境を超えた取引

国境を超えた取引

- ネットショッピングでは、海外の事業者と容易に取引ができる
- 日本語サイトも多い
 - ただし、トラブルが発生した場合の問い合わせは現地語で行う必要のあることが多い
 - どこの国の事業者かがそもそも不明な場合も多い
- トラブルが生じた場合
 - 日本の消費者との消費者契約の場合、日本の消費者保護法が適用される(法適用通則法21条)
 - 日本の消費者は、日本の裁判所に提訴することができる(民事訴訟法3条の4)
 - ただし、相手方事業者が日本の裁判所に出てこないが無意味

ネットショッピングでは海外から商品を簡単に買うことができます。国境を超えた取引が容易に実現できるのです。ショッピングサイトのページが最初から英語や中国語であれば海外の事業者だと分かるのですが、日本語で記載されていると、国内の事業者か海外の事業者か分からずに契約をしていることがあります。何か問題があって電話をすると、たどたどしい日本語で対応されるので話が進まないとか、クレームについては英語でないと受け付けないというものもあります。したがって、海外のものを安く買えるということはよいことですが、トラブルになった場合の解決が大変難しいのが国境を超えたネットショッピングです。

3 インターネットと情報

(1) 大阪府消費生活センターの教材から

大阪府センターの教材から(4)

- 事例 知らない人との出会い
 - SNSで知り合った人とやりとりするうちに親しくなり「近くに住んでいるから会おう」と言われた。自分と同じ学年で、送られてきた写真も好印象だったので会うことにした。でも、待ち合わせ場所に来たのは写真とは別人であった。
- 事例 写真の位置情報
 - 写真を撮って日常的にSNSに投稿している。ある日、知らない人から「君は〇〇高校に通ってるんだね」というメッセージが送られてきて、その後も「今日はバイトは休みだったの?」「家で飼っている犬、かわいいね」などと送られてくるようになった。ときどき、自宅近くで不審な人を見かける。SNS上に個人情報は何も入れていないのに、気持ちが悪い。
- 事例 フリーアクセスポイント
 - 普段からパスワードなしでネットにつながるアクセスポイントで、スマホを利用している。無料だし不都合を感じないが、友だちから「フリーアクセスポイントは個人情報が漏れるから危険」と教えられた。このまま使っていても大丈夫か。

次に、インターネットと情報の問題です。大阪府センターの教材で、例えば SNS で知り合った人とやりとりをするうちに親しくなり、近くに住んでいるから会おうと言われた。自分と同じ学年で、送られてきた写真も好印象だったから会うことにしたけれども、全く別人だったという事例が紹介されています。

次の事例として、写真の位置情報。SNS に写真をどんどん投稿していると、その写真の中に画像だけではなくさまざまな情報が含まれています。そこから、その人がどの辺に住んでいるかが分かる。あるいは画像そのものからも分かるということで、個人情報が実際には裸になっているというケースもあります。

最後の事例は、フリーアクセスポイントです。いろいろなところで、インターネットのフリーアクセスサービスが提供されています。フリーアクセスでネットにつながることは便利ですが、セキュリティが非常に低く、場合によってはやり取りしている情報が外部に漏れる可能性もあります。

(2) 個人情報保護

個人情報保護法

- 個人情報取扱事業者には種々の義務を課す
- 違法な取得の禁止
 - 利用目的を詐る場合や不正侵入・不正持ち出し
 - スマホのアプリが、ユーザーが明確に意識しないままに、スマホに記録されている友人の電話番号やメールアドレス等の個人情報を抜き出して送信するケース
- 事前同意のない第三者提供の禁止
 - 共同事業や委託の場合は第三者提供にあたらぬ
 - 「匿名加工情報」(本人を識別できないようにしたもの)については、同意無しに第三者提供できる
- 情報主体である個人に、開示・訂正・削除、利用停止の請求権

個人情報保護法という法律があり、事業者が集める個人情報についてはかなり厳しく規制しています。しかし、それでも、個人情報を違法に取得したり、また、不注意に漏えいする事件が後を絶ちません。

また、ユーザーが意識しないまま自分の個人情報をばらまいているケースもあります。最近の新聞でも、有名な美容外科の院長さんが、海外旅行

保護される個人情報

- 「個人情報」とは、
 - 「生存する個人の情報であって」、「当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの」、または「個人識別符号が含まれるもの」
 - 匿名にして番号で管理している場合であっても、「他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるもの」も含まれるので、何番の人はだれということを記載した別のファイルが用意されていれば個人情報にあたる

個人識別符号

□「個人識別符号」とは、次のいずれか

- 特定の個人の身体の一部の特徴を電子計算機の用に供するために変換した文字、番号、記号その他の符号であつて、当該特定の個人を識別することができるもの
 - DNA、指紋、虹彩など
- 個人に提供される役務の利用若しくは個人に販売される商品の購入に関し割り当てられ、又は個人に発行されるカードその他の書類に記載され、若しくは電磁的方式により記録された文字、番号、記号その他の符号であつて、その利用者若しくは購入者又は発行を受ける者ごとに異なるものとなるように割り当てられ、又は記載され、若しくは記録されることにより、特定の利用者若しくは購入者又は発行を受ける者を識別することができるもの
 - 旅券番号、免許証番号、マイナンバー、被保険者証番号など
 - クレジットカード番号、会員番号などは入らない

にこれから行きますということをブログに書いたら、翌日留守宅に強盗が入り、何千万円が盗まれたという事件が報道されていました。

個人情報とは、生存する個人の情報であり、当該情報に含まれる氏名・生年月日・その他の記述等により特定の個人を識別できるものという定義があります。今この辺にいますという位置情報そのものは個人情報ではありません。そこにいるのはだれかという情報とひもづけしない限り、位置情報自体の取得は違法ではないのです。

スマホをつかっていると近くのお勧めのお店の広告が飛んでくるのは、位置情報を使って広告を配信しているからです。これ自体は個人情報保護法上は違法なことではないのですが、個人情報よりもっと広いプライバシーの観点からは問題があります。そこで、事業者としてどんな情報を集めて利用しているかを、事前にユーザーに公表してくださいということを政府として要望しています。

次に、ターゲティング広告です。一度グーグルで検索をすると、それからしばらくはグーグルを立ち上げると同じ広告が横に出てきます。なぜ、いつも同じ広告が出るのか。これはまさにユーザーがどういう検索項目を打ち込んだか、どういうページを見ているかという情報をさまざまに集め

ターゲティング広告

- なぜいつも同じ広告が出るの？
- 行動ターゲティング広告
 - インターネットユーザーによるサイトの閲覧履歴や購買履歴、スマホユーザーの位置情報といった行動履歴を収集して、興味や関心、所在地を分析し、それに見合った広告や情報を配信するサービス
 - 氏名やクレジットカード番号等の個人情報とはひも付かない形で行動履歴が収集されているので、個人情報保護法上の問題はないが、プライバシー保護の問題がある

ることにより、そのユーザーの関心が分かるからです。この人はこういう美容の分野に関心があるということがわかると、その関係の広告が次から次へ送られてくるということです。

これに近い問題が、就職サイトによる内定辞退率の販売という問題です。最近、大手就職サイトの1つであるリクナビが、そこに登録している学生がある特定の企業から内定が出た場合に、辞退する確率が何パーセントかということをAIで計算して、そのデータを企業に売っているという問題がありました。登録している学生が内定の出た企業のほかにどんな企業の就職のページを見ているかというデータを分析して、この企業は実は本命ではないことがある程度推測できるということだと思います。そういう形で個人情報が売られているということです。

(3) プラットフォーム

現在、われわれはさまざまなプラットフォームを経由してインターネットを活用しています。そのようなプラットフォームの運営者はいったい何でもうけているのかということです。大きく分けると、まず、取引手数料でもうけているタイプがあります。アマゾンやアップストア、楽天、メ

プラットフォームの収入源は？

- 取引マッチング型プラットフォーム ・・ 取引手数料
 - アマゾン
 - アップストア
 - 楽天
 - メルカリ
 - ヤフオク
- 非マッチング型プラットフォーム ・・ 広告料
 - フェイスブック
 - ライン
 - グーグル
 - ユーチューブ
 - インスタグラム

ルカリ、ヤフオクなどです。その場で取引された商品やサービスの代金のうちのいくらかが、取引の場を提供した分の手数料として収入になります。これは比較的わかりやすいです。

ところが、取引の場を提供しているのではなく、情報交換や情報検索の場にすぎないプラットフォームもあります。フェイスブック、LINE、グーグル、ユーチューブ、インスタグラムなどです。この種のプラットフォームが利用料無料でも成り立つのは、広告料の収入があるからです。ある問題に関心のある人向けに特化した広告を出すことにより、高額の広告料を徴収しているわけです。結局、ユーザーは、これらのサイトを無料で利用しているのではなく、実際は、価値のある自分の個人情報と引き換えに利用しているのだから、有料のサイトに近い扱いをしようというのが、最近の欧州連合（EU）の考え方です。

（４） コンピュータ・ウィルス

コンピュータ・ウィルスに伴う問題もたくさんあります。特に身の代金要求型ウィルスは、コンピュータに保存しているデータを読めなくしてしまったうえで、お金を払えば元に戻してあげると脅します。しかし、お金

コンピュータ・ウイルス

- ウィルスメールに感染して個人情報を送信されるケース
 - メールだけではなく、ウェブサイトの閲覧で感染する例も
 - ウィルス対策ソフトは必須
- ランサムウェア(身代金要求型ウイルス)
 - コンピュータ内のデータを暗号化してアクセスできないようにし、金銭を要求
- 偽セキュリティ警告画面
 - インターネット使用中にウイルスに感染した旨の表示や警告音が突然あらわれ、セキュリティ対策用ソフトの購入を求められる
 - 冷静に対応して、コンピュータをいったん切る
- クッキー
 - アクセスしたウェブサーバーから送り込まれてくるお得意様カードのようなもの
 - ウィルスではないが、ユーザーの行動履歴等の情報の収集に使われる

を払っても元に戻してもらえないという保証はありません。

逆に、ウイルスに感染していないのに、ウイルスに感染していますという警告画面を出し、ウイルス駆除のためのサービス料を払えば何とかしてあげますというもの。これも一種の詐欺です。

(5) 海賊版ダウンロード

海賊版サイトからのダウンロード

- 著作権者の許可のない違法アップロードは従来から違法
- 音楽についてのみ、違法アップロード(著作権侵害)であることを知ってするダウンロードに罰則
 - これを漫画本等を含むすべての著作物にまで拡大するという文科省の方針
 - 反対運動(漫画家を含む)でいったん撤回
- 海賊版サイトがなぜ無料で運営できるか
 - 広告料収入が大きいから

今年（2019年）、大きな問題になったのが、漫画村という著作権法を無視した海賊版サイトで、日本の漫画をいくらでも無料でダウンロードして見ることができるというものです。このような海賊版サイトからのダウンロードが無料でできるのも、やはりサイト運営者が広告料で稼いでいるからです。無料で海賊版漫画を見る者に対して広告を送りつける広告料が漫画村の経営者の収入になっているわけです。そういう著作権侵害のサイトを取り締まるためにどうすればよいかということが大きな問題になっています。広告料収入という根本で断つのが一番よいのではないかと思います。広告配信のシステムが複雑化しているので、一筋縄ではいかないようです。

（6）発信者情報開示

発信者情報の開示

- 「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」（プロバイダ責任制限法）
- 情報そのものが権利侵害である場合に、発信者情報の開示請求ができる
 - 名誉毀損、プライバシー侵害
 - 著作権侵害、商標権侵害、特許権侵害
 - 詐欺的商法の場合の発信者情報の開示は認められていない
- 名誉毀損にあたる場合は、ブログの開設者やSNSの投稿者の情報が開示される可能性がある

インターネット上には個人を誹謗中傷する情報や、知的財産権を侵害する情報がたくさん流れています。発信者情報の開示というのは、この情報をネット上に発信した人は誰か、このアカウントの契約者は誰かという情報を、プロバイダや掲示板の主宰者が明らかにすることで、一定の場合に、そのような情報を明らかにせよという権利が被害者に認められています。発信者がだれかがわかれば、その者を相手に裁判を行うことができます。

ネットに匿名で発信すれば、だれが発信したかは分からないというわけではないということです。

4 むすび

2つのリテラシーを身につけよう

	リアル	バーチャル	
取引	店舗取引	ネットショッピング 課金ゲーム	消費者リテラシー (消費者力を高める)
非取引	おしゃべり	検索サービス SNS	
		ネットリテラシー (ネット力を高める)	

むすびです。2つのリテラシーを備えることが重要です。一方で、取引に関わる問題と非取引のむしろ人間関係にかかわる問題があります。他方で、リアルな世界における問題とバーチャルな世界における問題があります。消費者問題は、リアルな世界でもバーチャルな世界でも共通に起こっています。

そういう意味では、消費者リテラシーをつけることが大変重要なことですが、バーチャルな世界ではもう一つ、情報やネットという特有の問題があり、取引と無関係あるいはその前段階にあるネット自体のリテラシーも重要です。ネットリテラシーがないと、消費者リテラシーだけがあっても、ネットの中の消費者問題に対応できないことになるので、両方の力が身に付けられるような教育をする必要があるということです。

最後は国民生活センターの宣伝です。困っているときは局番なしの188(イヤヤ)を回せば、もよりの消費生活センターにつながるの、これを

困ったときは消費者ホットライン

- 局番なしの188(イヤヤ)
 - 近くの消費生活センター相談窓口につながる
-
- 平日につながらない場合は、
 - 「国民生活センター平日バックアップ相談」
 - 03-3446-1623(10:00~12:00、13:00~16:00)
 - 「国民生活センターお昼の消費生活相談」
 - 03-3446-0999(11:00~13:00)
 - 土日祝日についても、最寄りのセンターが開所してなければ188経由で、「国民生活センター休日相談」につながる

越境消費者センター(CCJ)

[サイトマップ](#)

[ホーム](#)
[ご相談受付](#)
[注意喚起](#)
[相談事例](#)
[海外連携機関](#)
[関連サイト](#)
[CCJについて](#)
[よくあるご質問](#)

海外から購入した商品で
こんなトラブルありませんか？

代金を支払ったが
商品が届かない…

商品が
破損していた…

返品したいが
連絡がとれない…

配送料を高く
請求された

私たちがトラブルの解決をお手伝いします！

電話ではなく、相談受付ページでのデータ入力による受付

忘れないでください。また、海外の事業者との間の国境を越えたトラブルについては、国民生活センターの越境消費者センターにご相談ください。
(<https://www.ccj.kokusen.go.jp/>)

パネルディスカッション

インターネットと消費者

【コーディネーター】本間 法之 （本学 法学部教授）

【パネリスト】松本 恒雄 （独立行政法人国民生活センター
理事長・一橋大学名誉教授）

馬場 巖 （本学 法学部教授）

花元 彩 （本学 法学部教授）

永水 裕子 （本学 法学部教授）

田中 志津子 （本学 法学部教授）

本間：皆さん、こんにちは。コーディネーターを務めさせていただきます法学部の本間法之と申します。私の専門は民事訴訟法や倒産処理法でして、この分野につきましても、正直なところ、よく分からないものですから、お聞きになる皆さま方と同じような立場でコーディネートさせていただきますと思います。

先ほどの松本先生のご講演から、お手元にも資料があると思いますが、「消費者と契約と情報」、「情報の発信」、そして「受信」、それと「個人間取引」という、大きく四つの項目に絞って進めてまいります。また、12時には終わらなければいけないということなので、あまり時間がございません。少し変則的なシンポジウムになるかもしれませんが、始めさせていただきます。

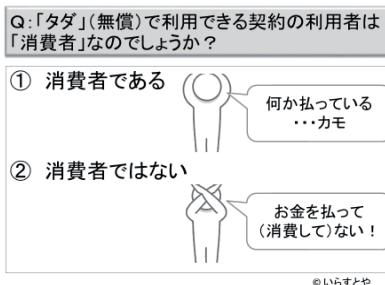
「消費者と契約と情報」というとき、お手元の資料にもありますように、情報収集のために、口コミサイトや個人のブログ、ホームページやSNS、またLINEやカカオトークといったコミュニケーションアプリ、さらにはオンラインゲームなどが利用されています。先ほどの事前学習の際にもお

話が出ましたが、本日会場にいらっしゃっている方々も、かなりの方々が利用されているようです。その場合、アプリケーションやサイト自体を利用するにあたって、利用規約があり、そこで一定の同意をした上で、それを利用しているというのが一般的かと思います。アプリを利用するときに、名前や住所を登録して利用するわけです。

さて、ここからは、お手元にクリッカーをお持ちの方に問いを発する形で、会場の皆さんとコミュニケーションを取りながらやっていきたいと思っています。

いわゆる「消費をする」というときに、イメージとしては、消費財、食料やいろいろなものを、お金払って購入して、それを消費するというイメージを持っていらっしゃる方が多いのではないかと思います。例えばアプリケーションなどは、ただで利用できるものが非常に多いということがあります。

そこでまず、無償で利用できるという契約を結んでアプリなどを利用しているものが「消費者」という概念に当てはまるのだろうか、その辺りを皆さんはどのようにお考えになるだろうかということをお伺いしてみたいという要望が登壇者からございます。



お手元のクリッカーで、消費者であるとお考えの方は1番。まあ、ただとは言え、何か払っているものがあるのではないかと考えるということですね。そして、お金を払って使っているわけではないので消費者ではないとお考えの方は2番をお押しいただきたいのですが、お願いします。消費者であるとお考えの方は1番、そうではないとお考えの方は2番。

圧倒的に1番が多いのですが、松本先生、この辺りについてはどうでしょうか。

松本：難しいのは、契約をしていますか、どうですかということ、意識はし

ていなくても、利用することによって利用規約に同意したとみなされるので、利用規約を内容とした契約はあるのです。ただし、消費者かどうかというと、消費者というのは事業者にお金を払い、その対価としてサービスを受けている者という関係なので、無料で使っている者が契約をしている以上は全て消費者になるかということ、ここはグレーな感じがします。

もっとも、消費者はお金を払っていないけれども、事業者はもうかっているのです、それはどういうカラクリなのか。先ほだ少しお話ししましたが、プラットフォームは消費者の個人情報をたくさん集めて、他の事業者に提供する形でもうけているのだから、そこは、お金は払っていないけれども、やはり消費者として何か価値のあるものを渡していると考えましようというのが、いまヨーロッパでは主流の考え方になってきています。

本間：お金を払ってその対価としてサービスを受けるという、これまで認識されてきた形の消費者ではないけれども……。

そこは難しいところですか。

松本：お金は払っていないけれども、価値のある個人情報を渡しているのだから、ただで使っているのではない。だから消費者だ。こういうロジックです。

本間：この辺り、いかがでしょうか。登壇者の先生方で何かご意見がございましたら。馬場先生。

馬場：いま松本先生からの話で、消費者であるという立場からすると、個人情報には財産的価値があるということですね。そういう点からいけば、ただといいながら、目に見えない情報という無体物は価値がある。例えば、GAFA などはいまヨーロッパで問題になり、そこで税金を取ろうということが出てきています。日本でもそういう対応をしようか。アメリカはそれに対し反対していますが、そういう観点からいくと財産的価値があれば知的財産と同じように考えていけば消費者という考え方は成り立つのではないかと私は思います。

本間：松本先生、今のような考え方はいかがですか。

松本：個人情報は事業者にとっていま非常に価値のあるものです。特定の

人に対しその人に一番ふさわしいマーケティングができ、一番買ってくれ
そうな人に販売促進ができることはすごく価値があります。それはお金以
上の価値があるかもしれないと考えれば、ただで使っているから消費者で
はないというわけにはいかないのではないか。

本間：ただかどうかというところも非常に難しい。消費者かどうかとい
うところもいろいろ争いがあるということですが、契約を結んでいることは
動かないということですね。

そうすると、当然ですけれども、契約に基づいて個人が利用する際には
責任を負うということで、先ほど先生のご講演にもありましたが、特に無
料サイトの場合には、個人情報があります。個人情報を収集して、
事業者がそれを利用することがあるのですが、この辺りについて何か問題
となっているところはありますか。

松本：一番有名なのがフェイスブックの事件です。何千万という数の個人
情報が利用者の同意なしに外部に提供され、それでフェイスブックはすご
くもうかっているわけです。個人情報の価値は大きなものがある。そのよ
うな個人情報をきちんと管理していないじゃないかということで、アメリ
カ政府はフェイスブックに対し何千億円かの制裁金を科したのです。国際
的にはそういう流れがあります。

本間：個人情報の取り扱いの責任は当然、収集している事業者の側にある
ということですね。ただで利用しているものが消費者かどうかというところ
はいろいろ議論があるとはいえ、契約に基づき個人がその利用について
は責任を負う。さらに、情報収集をした事業者は収集した個人情報保護に
ついての責任があるということが、出発点として考えられることになるか
と思います。

ところで、個人がさまざまなアプリケーションツールや SNS を使うと
きに、事業者だけではなく、最近では個人もさまざまな情報を発信するこ
とがありますので、ここからは、「情報の発信」に問題点を移していきたい
と思います。

個人のブログやホームページ、あるいは SNS でさまざまな情報の発信

がなされる。SNS の利用が非常に普及している中で、例えば SNS 等における写真の掲載。先ほども、この会場で写真撮影をするときに許可を取っていますが、そういう写真を掲載する際の許諾の問題、あるいはインターネットに写真を提供する場合に位置情報も含まれたものが出てきてしまうといったように、情報を発信するときのさまざまな問題があると思います。

この辺りについて田中先生、何か問題点として上げられるようなことはありますか。

田中：位置情報をインターネット上に掲載することの危険性については、皆さん気をつけておられた——こともある——と思うのですが、今は例えば「このレストランはおいしかったよ!」とか、「ここはきれいだったよ!」という場所を地図付きで見せるために、意識的に位置情報を付けてアップロードをすることがあります。フェイスブックやインスタグラム等は特にそうです。

そのように「位置情報を掲載している」と自分で意識しているときはまだよいのですが、そのことを忘れ、「かわいい何かを買ったよ」ということを自分の家で位置情報付の写真を撮り、そのままアップロードする場合には、「自分の家」という重要な個人情報を公表していることになります。多くの SNS では、位置情報を削除するプログラムがありますが、それができないようなサイトにアップした場合にどうなるでしょうか。

また、先ほど松本先生の話にもありましたが、それを SNS 上の個人間で、例えば友達に、又は見ず知らずの方に写真を渡してしまったときに、自分の家までばれてしまうことになり、かなりの危険を伴います。

位置情報の露見の危険性を踏まえた上で、位置情報を出すか出さないかを日常生活でも意識的に考えられるかが今後重要になるのではないかと思います。

本問：気軽に載せている写真に位置情報が全部載っているということですね。位置情報の取扱いを意識的にできるかどうか。重要な問題ですね。花元先生、ほかに何かございますか。

花元：消費者とは少し離れてしまうのですが、例えばうちの息子の小学校

であれば、林間学校に行きました。今どこどこに着きました。林間学校の場所、時間、何泊しますというのが小学校のホームページに掲載されます。私は大阪市民ですが、最近、大阪市内の小学校では爆破予告とか、小学生を傷つけてやるぞということが教育委員会にメールで来たり、無記名サイトにそういう予告があったり、そういうことが多々あるのですが、林間学校の情報を全面的に公開してしまう。今どこどこにいますと集合写真も載る。

親にしたら、いま子どもが林間学校でどういう生活しているか、うまくいっているか、楽しんでいるかという情報が欲しいのは分かるのですが、それをダダ漏れにするのはある意味危険があるので、小学校や保育園の方々はそういう情報のアクセスは保護者対象だけで見ることができるサイトに載せたほうがいいのではないかと問題は、感じたことはあります。永水：うちの子どもの小学校は逆に保護者だけが見ることができるサイトで、パスワードをかけ、今どこにいますという形で情報をアップしていただいているのですが、そのほうがずっと安心です。その代わりと言いましょ。うか。すべて終わった後に、結局情報は載ります。修学旅行に行きました。きょう一日何をしましたと、終わった後に情報を広報のような形で出すことはあるのですが、現在どこにいますという位置情報をそのときのタイミングで一般の人向けに出すことはやっていません。

そういう意味では、そういう取り組みをしていただくほうが保護者としては非常に安全を感じます。また、誘拐などいろいろな事件を防ぐ意味でもいいことだと思うので、ぜひ取り組んでいただければと思います。本間：学校などでも、恐らく学校のホームページや SNS に掲載するときには、かなりいろいろなところに気を使って掲載されていると思います。特に写真などの問題ですね。位置情報はもちろん、それ以外の情報も全て外部に分かってしまう可能性があるということにご配慮いただきながらその種の情報をアップするとか、その辺りは小中高、幼稚園や保育園もそうですが、非常に重要な問題だということですね。

個人としての情報発信というところで、消費者という立場から言うと、

自分の SNS の中でいろいろな写真，特にアイコンなどを設定するときに，自分が撮った写真だけではなく，どこかから持ってきたものでアイコンをつくったり，あるいは自分の好きな芸能人やスポーツ選手の写真，あるいはアニメーションのキャラクターの写真をアイコンに使っているのをよく見かけます。

そこで，二つ目の問いかけで用意させていただいたのが SNS 等，ツイッターやフェイスブックなどのアイコンに自分の好きな芸能人，あるいはそれ以外の何でもいいのですが，そういう写真を加工してつくった。あるいは，そういうものをアイコンとして載せていることがあるかどうかをお聞きしたいということです。

SNS 等のアイコンについて，自分の好きな芸能人，その他の写真を加工してつくっている，あるいはつくったことがあるという人は 1 番。つくったことはない，公式に提供されているアイコンだけを使っている。あるいは自分の写真だけで，ほかのものを加工して使うことはないという方は 2 番ということでクリッカーを押していただけますか。アイコンを加工したものをつくったことがあるという方は 1 番，そうではない方は 2 番，お願いします。

多くの方が 2 番のほうですね。加工したことがないということです。花元先生，この辺りはいかがですか。

花元：少し気になるのが，アイコンは写真を切り取りますね。それだけでもつくったことになります。例えば，芸能人の写真，櫻井翔君が好きだ，櫻井翔君の写真を使う。翔君のところに猫耳を付ける，加工する。そういう意味ではなく，櫻井翔君の写真を使ってアイコンをつくってしまう。それ自体が実は問題です。

うちの学生や私のママ友たちを見ていると，芸能人の写真を切り取って

Q: SNS等のアイコンを、自分の好きな芸能人の写真等を加工して作ったことがありますか？

① 作ったことがある



② 作ったことはない
(公式に提供されているアイコンを使用)

© いらすとや

アイコンとして使っている。LINE の自己紹介の背景はアニメだったりする。ツイッターのアイコンも芸能人の写真で、バックの背景もアニメや芸能人の写真であったりする。作成という意味で、使っているだけではない、加工していないじゃないかではなく、実は多くの学生や若いママ友たちがやってしまっている行為だったりします。

たぶん、うちの学生も LINE の背景や LINE のアイコン、ツイッターの背景、ツイッターのアイコンを確認したら、プロ野球の選手だったり、サッカーの選手だったり、アニメーションの画像だったりしませんか。そういうものも全て肖像権や著作権を侵していることを意識していただきたいと思います。

このアイコンですが、実はこれはよく乗っ取りも行われます。うちの主人が、当時小6 だった息子に、卒業までにお友達と遊びたいから LINE を使わせてほしいと言われ LINE を貸したところ、お友達が主人のアイコンをそのままコピーし、背景をそのままコピーし、主人の名前がグループ上に2人できたのです。このように小学生でケータイを持つ、SNS を持つ。しかし、使うモラル、ルールを学校側は教えてくれません。親御さんも放置しているところがある。

そういうアイコンの乗っ取りを悪いと思っていない状態で成長していくと、今の状態で LINE の乗っ取りはしていなくても、芸能人の写真でアイコンをつくっているのも乗っ取りに近いです。ですから、できれば小学校ぐらいから SNS の使い方を教育する場をつくっていただきたいと考えています。

本間：アイコンも含め、SNS の使い方自体ということになると、その中から発信する情報ですね。これは消費者から離れてしまうのですが、夏休みの間のコミュニケーションツールの LINE 等でのいじめの問題で、先生方は夏休み明けにはいつも頭を悩ませることを伺っています。

その辺りについて、永水先生、LINE やカカオトークでのいじめ問題について、先生のお子さまが通われている学校ではどのような取り組みがなされているのか、お伺いできればと思います。

永水：うちの小学校ではどうやらキッズケータイを持たせてもいいことになったようです。それに伴い、通信会社から小冊子を小学校が手に入れてきて、それをもとにインターネットのリテラシーに関する講座を開いたと聞いています。そのコミュニケーションアプリ、LINE やカカオトーク、ほぼLINE だと思いますが、これに関するものとしては、直接会って話せば分かることであっても、例えば最後に「かわいくない」と「？」を抜いてしまった。自分は気づいていないのです。

みんなが「かわいい、かわいい」と言っていて、「かわいくない？」と本人は書いたつもりですが、「？」が抜けていたものですから、後で冷たい視線を送られたとか、直接会って話せば分かるようなことでも、短文でパンパンパンと送ってしまうので、間違ったりして、後で雰囲気が悪くなったり、冷たくされたりということも実際に起こっているようです。

グループ内でやりとりをするときに、グループLINE では会話の流れが早く、そこで置いていかれまいとして一生懸命頑張り、早く返事を書かなければということをやっているようです。

これは空間的には離れているのですが、心理的には狭い閉塞感のある場所に、トイレの個室に10人ぐらいギュギュ閉じ込められていて、さあさあ、えっ、違うの。だよね、だよねと言わないと、空気感がもたないところでお互いに縛り合っているような部分があります。

ですから、いじめなどは、この人はちょっと違うといって排除された場合に非常にエスカレートしやすいことは言えます。ですから、発信する前に一呼吸置く。それから、こういうコミュニケーションツールにすごく依存してしまい、こんな会話にすぐ返事をしないといけないのとか、そういうことをもう少し落ち着いて考えられるような教育をしていただく。

そして、相手の気持ちや状況を思いやり、いまお風呂に入っているかもしれないからすぐ返事がこないのだよねとか、そのように相手のことを思いやれる心を育てていきつつ、こういうものは使っていかないとはいけませんので、心の教育をしっかりやっていただきつつ、先生方が少しずつ閉塞感を打ち破っていただくことが重要ではないかと思います。

本間：ありがとうございます。いじめなどの問題になるとテーマを離れるのですが、ご関心のあるところではないかということで、いま永水先生からご意見をいただきました。

それではまた、消費者とインターネットのほうに話を戻し、情報の発信という問題で、例えば、商品情報もそうですが、購入者のほうからもその商品に対するさまざまな肯定的、あるいは否定的な情報がSNSやブログ等を通じて発信されるケースもあるかと思います。事業者が発信する場合と、購入している消費者のほうが発信する場合で違いが出てくるかもしれませんが、情報の発信という点で、消費者のほうから購入商品の情報を発信するとか、そういう点でトラブルなどの問題はありますか。

松本：講演でも少しお話ししましたが、消費者が純粋に消費者の立場で情報を発信している場合と、そうではなく企業の広告を代行して発信しているのに近い場合があります。情報の受け手の側からはこの2つの区別ができないという大きな問題がまずあります。この点を情報の受信の面では注意する必要があります。情報の発信の面で純粋に消費者の立場からの場合は、それが当該商品に対する誹謗中傷になると事業者から責任を問われることもあります。その辺は注意して、きちんと事実に基づいて発信するようにしないとだめだということです。

本間：誹謗中傷にあたるかどうかは、なかなか線引きが難しいところになりますか。

松本：そうですね。いろいろな事情次第ということになります。淡々と事実を語っている限り、そしてそれが事実に基づいている限り、普通は問題にはならないのですが、エスカレートしていくと、どこかで主たる論点がすり変わってしまうことがあります。最近、カスタマーハラスメントという言葉があり、これは、消費者が企業を一方的に糾弾して、従業員に対して土下座を強要するなど理不尽な方向にエスカレートしていくことを意味しています。そういうことがネットの場合はリアルの世界よりももっと簡単に起こってしまうリスクもあります。

本間：ある種、炎上とかそういう形ですか。

田中先生、この辺りについて何かご意見はございますか。

田中：先ほど永水先生が仰った通り、PC やスマホを通してインターネット通信を行っているときに、自分が通信で「会話」している周囲に「見物人」がいたとしても、対面で話しているわけではない、目の前に表示された人とだけ話しているような感覚になり、「自分とその画面に表示された人」以外の人をなぜか忘れてしまうようです。

先ほどの永水先生話で言うと、トイレの中に入っている人だけしか見ていないため、トイレの外にいる人にまで目がいていないわけです。そうすると、トイレの外にいるその他の大勢の人々のことを気にしないまま——無視して——話しても構わないだろうという風潮になってしまいます。

しかし、インターネット上の「そこ」がどれほど閉鎖的な空間であろうとも、そこで出された情報が漏れることがあります。インターネット自体、100%情報を守ることが不可能なツールであることを理解しなければなりません。

通常我々が「対面で話す」ように話すと問題しか起きないのです。「対面で話す」ように話すのであれば、「トイレの外にいるその他大勢の人々」の存在を踏まえた上で、きちんと相手方に尊敬をもって言葉を発しない限り、炎上のない、通常のコミュニケーションはできません。場合によっては、後から訴えられるかもしれないということを覚悟する必要があると思います。

本間：先ほど松本先生からお話がありましたが、きちんと事実を摘示している限り問題はない。それが行き過ぎると非常に問題が出てくる。そういう情報については、情報を受信する際にいろいろ注意を払わなければならないのではないかということが出てくるのですが、特定のものであるとか、いろいろなことに対する意見、その情報の信頼性について、いろいろと問題点があるかと思います。

その情報の出所であるとか、特に最近フェイクニュースが大きく問題になっていますが、偽動画とか、インターネットの世界で、もしかすると根拠もなく信頼してしまう可能性があるのではないかということですが、こ

の辺りは馬場先生、いかがですか。

馬場：このところネットでヤフーなどを見ると、上のほうに来るものがあります。それを必ずしも信じていいのかどうかという問題が出てきます。うちの子どもたちにいつも言います。ネットを使うのはいいです。こういうお店の情報を得るのはいいのですが、その情報を果たして信じていいのかどうかという判断能力を養わないとだめだと思います。例えば、ウィキペディアも間違いはたくさんありますから、あれがそのまま正しいのかというと、そうではないです。

だから、学生に、レポートを書くときにウィキペディアを見ても、あれは本当かどうか分からない。それをきちんと確認できる能力を持たないとだめですという話はしていますが、消費情報についてもそれは同じだと思います。ですから、こういうツールを使う場合に、何が信頼できるのかという能力を教育でつけていかないとだめだとは思っています。

本間：情報の受信の際、その根拠、それをどのようにして把握するのかなど、情報の信頼性を見分けるのは、なかなか難しいところがあるということですね。

最近では、個人が、情報を受信する側から発信する側に変わりつつあって、特に先ほどのご講演の話にもありましたが、例えば個人間でインターネットを使い、さまざまな取引をする状況が一般的になりつつあります。そうした取引で、売り主と買い主が個人である場合、オンラインフリーマーケット、例えばメルカリなどのプラットフォームを使った売買になるのが一般的であろうかと思っています。

ここでまた皆さんに一つお聞きしたいのですが、今までインターネットを使って何か売買をしたことがあるかどうか。

まず、売るより先に買うことから入っている方が普通だと思うので、まず購入のほうです。例えば、あさって三代目 J SOUL BROTHERS のコンサートが大阪であるようですが、そういったコンサートのチケットなどをインターネットで購入したことがあるかどうか。恐らくインターネットで何かを購入した経験のある方は多いと推測するのですが、それを買ったの

はどういうウェブサイトだったのかを認識していच्छあったのかどうかということも含めて、まずインターネットで何かを買ったことがあるかということから順を追ってお聞きしたいと思います。

まず、買ったことがあるという人は1を、インターネットで何かを購入したことはないという人は2をお願いします。

やはり、ほとんどの方は購入履歴があるという結果ですね。

インターネットで買ったことがあるという方に続いてお聞きします。インターネットで何かを買ってトラブルに遭ったという方はいच्छいますか。トラブルに遭ったことがある方は1番を、ないという方は2番をお願いいたします。

2割ぐらいの方が何らかのトラブルに遭ったということですね。時間があれば会場でお伺いしたいのですが、1人ぐらいはお伺いできるかな。どんなトラブルだったかということをお話してもいいという方はいच्छいますか。もしいच्छいければ挙手を……。まあ、わざわざ自分のトラブルを公表する方はいच्छいませんよね。何らかのトラブルに遭った方はこの会場では2割ぐらいです。2割という数は、結構あるほうではないかと思っています。

それでは、次に、インターネットで何か売ったことがあるという方がいच्छいच्छるかどうかお聞きしたいのですが、インターネットで何かを売ったことがある方は1番を、ないという方は2番をお願いします。

Q: 今までインターネットで何かを買ったことがありますか？

① インターネット買ったことがある

Q: 今までインターネットで何かを買ってトラブルに遭ったことがありますか？

① トラブルに遭ったことがある



② トラブルに遭ったことはない



©いらすとや

Q: 今までインターネットで何かを売ったことがありますか？

① インターネット売ったことがある

Q: 今までインターネットで何かを売ってトラブルに遭ったことがありますか？

① トラブルに遭ったことがある



② トラブルに遭ったことはない



©いらすとや

これは、売ったことがないという方が70%、あるという方が30%ということです。

続いて、売ったことがある方に質問をさせていただきます。何かを売って、トラブルに遭遇したことがありましたか。トラブルに遭ったことがあるという方は1番、ないという方は2番をお願いします。

ほとんどの方は、まだトラブルはないということです。

松本先生、先ほどのご講演の中でも少し触れていただきましたが、この手のトラブルで、いま一番会場の皆さんにお伝えしたいことは何かありますか。

松本：買い手に回る場合も売り手に回る場合も、相手がどんな人かということは本当のところ分からないということです。買い手に回る場合、相手方が実は消費者ではなく、事業者というケースもあるし、逆に買い手が実は事業者ということもあります。それから、単に消費者か事業者かという点にとどまらず、最初から悪質な人が売り手に回り、また買い手にも回っているケースもあり、その辺が事前には分からない。ふたを開けてみないと分からない。

たとえば、クレジットカードで商品を買った場合は、その商品に問題があればチャージバックといって、支払いを止めてカード会社から返金してもらうことができます。それを逆にされた。事業者が売り手として商品を出したところ、クレジットカードで決済されたけれども、商品に問題があるからということでチャージバックされ、代金が売り手に来ない。しかも、商品も送り返されてこない。最初から商品狙いの詐欺だったかもしれないという例もあります。フリーマーケットの場合でも、多くの場合はうまくいくのですが、よく分からないのが最後に残り、解決が相当難しいことがあります。

本間：トラブルに遭った場合、責任追及がなかなか難しい場合があるということで、ご注意願いたいということですね。

個人取引においては、売り手と買い手が個人同士である場合に、法的な保護が基本的には受けられない場合もあるということです。特にかつて問

題になりましたが、オンラインゲームのレアアイテムの購入で、いろいろなトラブルがありました。そういう禁じられている行為をやった場合は当然、個人でも責任を問われることがありますし、個人対個人の場合に法的保護を受けられないケースがあるということです。

ここで改めて対象をコンサートのチケットに絞ってお聞きたいと思います。コンサートのチケットをインターネットで購入したことがあるかどうかをお聞きたい。インターネットでチケットを購入したことがあるという方は1番を、ないという方は2番を押していただけますか。お願いします。

1が6割、2が4割ぐらいでしょうか。

インターネットでチケットを買ったことがあるという方にさらに質問したいのですが、そのチケットを購入したのはどのようなウェブサイトであったかを認識されていたのかどうか。まず、主催者、興行主、それから公式のチケット販売業者が提供し

ているウェブサイトで買っている。例えば、チケットぴあとかイープラスとかエイベックス・エンタテインメントというような正式な販売業者から買っているという方が1番、非公式の転売サイト、あるいはフリーマーケット、オークションで買ったという方は2番、買ったことはあるけれども、どのサイトで買ったかは気にしていなかったので分からないという方は3番を押していただきたいと思います。

皆さん、ほとんど正式なところから購入されているんですね。

松本先生、先頃、不正転売法が制定されましたが、この辺の問題点とか

Q: コンサート等のチケットをインターネットで買ったことがありますか？

① インターネットでチケットを買ったことがある



② インターネットでチケットを買ったことはない



© いらすとや

Q: チケットを買ったのは、どのウェブサイトでしたか？

① 主催者・興行主、公式チケット販売業者が提供するウェブサイト

(エイベックス・エンタテインメント、チケットぴあ、e+等)

② 非公式な転売サイトや、フリーマーケット、オークション

(チケット流通センター、ヤフー・オークション等)

③ わからない

ありますか。

松本：非公式のサイトから購入した場合は、最終的に入場できないという大きなリスクがあることを覚悟していただきたいと思います。それと、公式でないサイトもピンからキリまでいろいろありますから、入場できない場合に返金等の対応をしてくれる非公式サイトもあるかもしれない。いっさい対応してくれない、わけの分からない転売サイトも現実にはあると思うので、そういう点も注意をする必要がある。公式サイトの場合は信頼できるサイトでしょうから、何かあれば、そこにクレームを持っていけば一定の対応はしてくれると思いますが、非公式サイトの場合はご用心ということです。

本間：非公式サイドでもきちんとやっているところとそうでないところがあり、その判別が非常に難しい。田中先生、この辺り、何かご意見はありますか。

田中：基本的には、いわゆるダフ屋、現実にコンサート会場で売っているダフ屋は今でもいますが、チケットをインターネットで販売するのは一時期よりは減ったと思います。しかし、実際にまだ存在はしているので、先ほど松本先生がおっしゃったとおり、禁じられているものを禁じられているところで転売し、それで入れないことは覚悟の上で売るか、公式サイトの高い手数料を払って転売するか、どちらかです。それもその方の消費者としての選択にはなるとは思いますが、どちらが賢い消費者としての選択になるかということは、考えたほうがいいのではないかと思います。

本間：馬場先生、いかがですか。

馬場：今度法律ができたので、今までのようにいかないと思いますし、オークション等でもこういう転売については載せないように、見つけ次第削除するようにはしているようです。今までは買えたものが、これからはいけないということですから、非公式のこういう転売サイトは手を出さないほうがいいのではないかと。自己責任というか、会場へ行っても入れてもらえないのが落ちで、それに対しオークションに載せた人の責任を追及することもなかなか難しいだろうと思います。ですから、これからはやめたほう

がいいのではないかと思います。

本間：時間がなくなってきてしまいました。先ほど、二つのリテラシーを身に付けるということで、松本先生からご講演の最後にまとめがなされたのですが、インターネットと消費者との関係では、売買の直接の目的物だけではなく、さまざまな情報などの問題があるので、その辺の対応が非常に難しいということでした。

最後に松本先生から、インターネットと消費者という観点で強調しておきたいことがございましたら、一言、お願いしたいと思います。

松本：先ほどの繰り返しになりますが、消費者問題とはいえないネット上のトラブルがあり、それがたとえばいじめという話だと思います。ここでは、インターネットリテラシーが主たる問題となります。ネット上で取引を行う段階で、新たな問題にぶつかるかもしれない。そこではリアルの世界の取引の場合と同様の消費者としてのリテラシーが重要になります。ネット上の取引では両方のリテラシーが必要ということです。

本間：インターネットリテラシーと消費者リテラシーということですね。今度、「消費生活」が高校から中学に前倒しになり、教科書の内容にも入るということで、このシンポジウムが、その一助になればうれしく思います。非常に短い時間で、大急ぎで進行を図りましたうえに、私の不手際もあり、まとまりのないシンポジウムになってしまったかと思います。おわびを申し上げつつ、時間となりましたので、これでシンポジウムを終わらせていただきたいと思います。どうもありがとうございました。

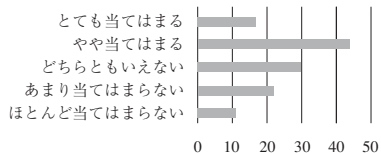
資料 「だまされやすさを測る心理傾向チェック！」実施結果

- ・実施日：2019年8月5日
- ・対象：「インターネットと消費者」基調講演・シンポジウム参加者
- ・調査方法：インターネット調査
- ・有効回答数：131
- ・設問：消費者庁「心の弱さを診断!!『自分は大丈夫』と思っていませんか!? だまされやすさを測る心理傾向チェック！」を利用

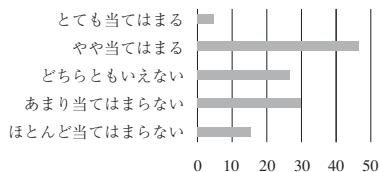
https://www.caa.go.jp/future/project/project_001/pdf/project_001_181121_0001.pdf

https://www.caa.go.jp/future/project/project_001/material/pdf/project_001_190329_0001.pdf

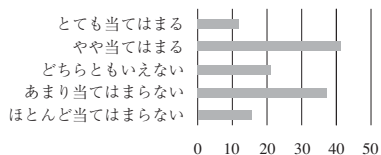
Q1. 拝まれるようにお願いされると弱い？



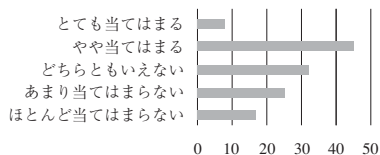
Q2. おだてに乗りやすい



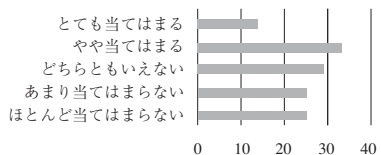
Q3. 自信たっぷりに言われると納得してしまう



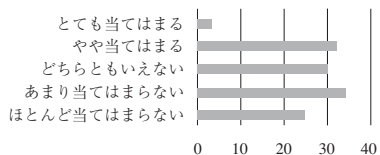
Q4. 見かけの良い人だといひ信じてしまう



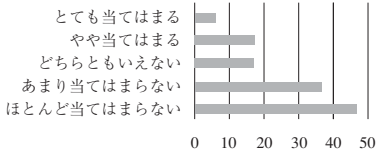
Q5. 素敵な異性からの誘いだ断れない



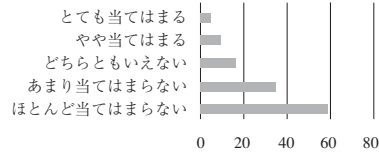
Q6. マスコミで取り上げられた商品はすぐ試したくなる



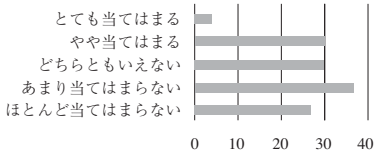
Q7. 好きな有名人が勧める商品は
買いたくなくなってしまう



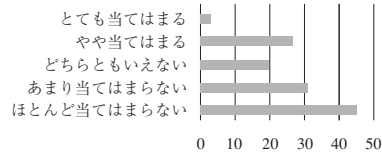
Q8. 新しいダイエット法や美容法に
はすぐにとびつく



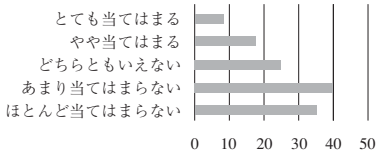
Q9. 専門家や肩書きがすごい人の
意見には従ってしまう



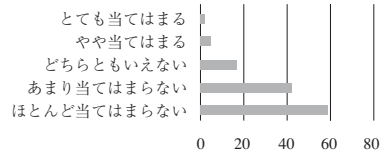
Q10. 無料だったり返金保証がある
ならいろいろ試してみたい



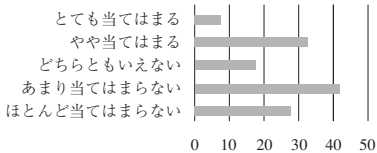
Q11. 資格や能力アップにはお金を
惜しまない



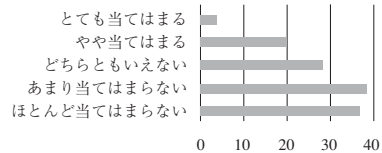
Q12. 良いと思った募金にはすぐ応
じている

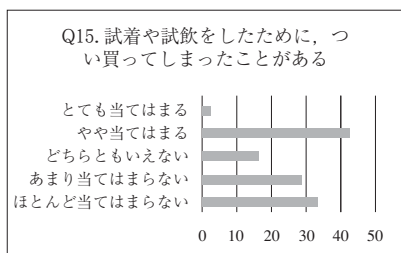


Q13. 欲しいものは多少のリスクが
あっても手に入れる



Q14. どんな相手からの電話でも最
後まで聞く





スペイン刑法における 性犯罪規定の構造

江 藤 隆 之

目 次

- I 本稿の目的
- II 条文の構造
- III 各構成要件の概要
- IV 比較検討
- V 結語

キーワード：スペイン刑法，性犯罪，暴行・脅迫要件，刑事立法

I 本稿の目的

本稿は、スペイン刑法⁽¹⁾における性犯罪規定を紹介し、その構造を明確化した上で、日本刑法の性犯罪規定との比較法的考察の端緒を——とりわけ令和2（2020）年を目途に行われる性犯罪・性刑法に関する検討および所要の措置⁽²⁾への貢献を視野に入れて——拓くことを目的とする。その問題意識は以下のとおりである。

日本では、平成29（2017）年に刑法典の性犯罪規定が改正⁽³⁾され、旧強姦罪が強制性交等罪となり監護者性交等罪が創設されるなど、刑法による性犯罪規制が新たな局面を迎えた。この改正については、おおむね受け入れられているといえるものの、個別論点においてはその議論の段階から様々な意見が寄せられ——法規である以上仕方のないことであるが——万人が納得するものとはならなかった。とりわけ、その過程で暴行・脅迫要件をめぐって、その撤廃緩和を求める意見と存置を主張する意見とが対立したことは特筆に値する⁽⁴⁾。結局、暴行・脅迫要件は刑法に残り、その取扱いについて付帯決議⁽⁵⁾がなされることでひとまずの決着を見た⁽⁶⁾。

性犯罪規定をめぐる議論について、幾人かの論者は、2016年に性犯罪に関する刑法改正を行ったドイツ刑法に示唆を得ようとする。たしかに、ドイツ刑法の現状を検討することは意義深い。ドイツ刑法は、改正以前は暴行・脅迫のある場合のみを性犯罪としていたが、現在では暴行・脅迫要件のない性犯罪を置いている⁽⁷⁾。ドイツ刑法学が日本刑法学に強い理論的影響力を持つものであることもあわせ考えれば、その検討の重要さは論を俟たない⁽⁸⁾。

もちろん、その評価は慎重になされなくてはならない。たとえば、アムネスティは「同意のない性行為は犯罪」とする国際事務局発表ニュースの中で「同意のない性行為を強かんと定義する国」にドイツを含めて評価しているが⁽⁹⁾、ドイツ刑法はその基本類型を「認識可能な意思に反して」と定めており、その罪は故意犯なのだから、現に同意のない性交をその事実の⁽¹⁰⁾

みでただちに犯罪とするものではなく、しかもそれはたとえ犯罪として成立するとしても性交等や被害者を特に貶める性的行為が用いられない場合には、強姦罪になるのではない。それゆえ、ドイツは同意のない性行為を強姦として処罰するのだと喧伝することはその実体理解に誤解を生じさせるおそれがある。さらに、ドイツ刑法は暴行・脅迫要件のない性犯罪についてはそれがあつた罪よりも法定刑を引き下げて規定し、暴行・脅迫要件を有する従前の罪を従前どおりの法定刑で残している。⁽¹¹⁾したがって、ドイツ刑法は、暴行・脅迫要件を撤廃したというよりもむしろ、暴行・脅迫要件のある従前の性犯罪規定にプラスして、暴行・脅迫要件のない軽い性犯罪を立法したのだと整理する方が正確であるように思われる。もちろん、不意打ち類型の制定など、ドイツ刑法は処罰範囲を拡大したことは事実であるが、それ自体は暴行・脅迫要件の有無の問題ではない。⁽¹²⁾このようなドイツの性犯罪規定の改正が、現実の処罰にどのような影響を与えるかについては、ドイツにおける議論や判例の積み重ねが待たれるところである。

一方、今般の日本の性犯罪規定改正議論においてほとんど名前の挙がることのなかったスペインは、ドイツより20年以上も早い1995年から不同意性犯罪の処罰規定を刑法典に置いている。さらに、ドイツが従前通り残した暴行・脅迫要件を有する性犯罪規定も重い罪として置いている。そのため、両罪の成立範囲をめぐる議論や判例はすでに一定程度積み重ねられている。そうであるのに、性犯罪規定の議論においてスペイン刑法を参照しないままでは——スペイン刑法はドイツ刑法の流れを汲み、日本刑法と容易に比較可能な刑法理論を有していることを考慮に入れるとなおさら——実に不可解かつもったいない状況である。「性犯罪の罰則に関する検討会」や「法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会」においても、外国の法制度が紹介されたが、そこで取り上げられたのは、アメリカ州法、イギリス法、フランス法、ドイツ法、韓国法であつて、スペイン法はなかった。⁽¹⁴⁾したがって、スペイン刑法の性犯罪規定を整理して描写することは、日本の議論にとって有益かつ新規性のあるものとなることが期待できよう。

なお、その際、言語および法規範の全体的構造に細心の注意が払われな

ければならない。というのも、比較法をする際には、これらに注意を払わなければ本質を見誤るからである。たとえば、先に挙げたアムネステイ国際事務局発表ニュースは、「23カ国の中には、同意なき性行為を強かんと区別してより軽い罪とする国もあり、暴力が伴うのが強かんだという、間違った認識を助長している」と言及し、「スペインで、集団強かん犯5人が有罪になったものの、より罪の軽い性的虐待だったことに抗議の声が噴出した」と紹介することでスペイン刑法の規定方式を非難するような書き方をしている。⁽¹⁵⁾ところが、同ニュースが評価するドイツの規定方式と非難するスペインの規定方式とは、実際のところ、暴行・脅迫の有無とその取扱いについて基本的な枠組みの相違はない。いずれも暴行・脅迫がある場合は重い性犯罪、ない場合は軽い性犯罪としているのである。おそらく、同ニュースは、多くの項を有し暴行・脅迫要件のない場合もある場合も定めるドイツ刑法177条がその見出しに性的攻撃、性的強要と並べて強姦(Vergewaltigung)という言葉を用い各種性犯罪を同条にまとめて規定しているのに対し、⁽¹⁶⁾スペイン刑法が暴行・脅迫のある場合を性的攻撃、ない場合を性的濫用、挿入等を伴う場合を強姦(violación:後述するように本稿では強制性交等と訳す)と区別して別条に規定していることから、「強姦」という言葉の使用に着目してこのような評価に至ったのであろう。ところが、このような評価は、言葉遣いに引きずられて実体を見誤っているばかりか、言葉遣いの批判としても妥当性を欠くものである。というのも、“violación”というのは、——原則として「強姦」の意味を持つドイツ語の“Vergewaltigung”と異なり——「強姦」の他、「違反」や「侵害」といった意味合いもあり、刑法典においては「秘密漏示罪」(violación de secretos)の「漏示」にすら当てられている語であり、罪名に“violación”の語が使われているか否かによって、性的自由保護の実質は変化しないからである。むしろ、一般的な不同意の性的行為を広く処罰し、そのうち重大なものを様々に分類して加重して処罰するというスペインの方式は、アムネステイの主張に合致こそすれ、対立するものではないだろう。⁽¹⁷⁾

このような評価の矛盾は、言語と法規範の全体的な構造への不注意によっ

て引き起こされる。用語法や体系の差異に留意することなく、ただ似ているという理由で、あるいは直訳すれば同一の用語になるからという理由で同一のものであると解して単純に比較したのでは、正確性を欠くことになってしまう⁽¹⁸⁾。刑法各論分野における比較法的営みにおいて重視しなくてはならないのは、「いかなる行為が日本語に直訳するとどのような単語を用いて呼称されているか」ではなく、「いかなる行為が犯罪とされ、あるいは犯罪とされないのか。そして各犯罪間にいかなる関係があるのか」である。

そこで、本稿は、スペインの性犯罪規定を、用語法と体系とに注意を払いながら紹介し、日本の性犯罪規定をめぐる議論に一定の貢献をすることにしたい。くわえて、日本にとってほとんど未知であるスペイン刑法典の性犯罪規定の紹介は、一定の資料的価値を有するものともなるだろう。

Ⅱ 条文の構造

本稿は、日本の強制性交等罪、強制わいせつ罪を考える際に比較対象となるスペイン刑法典第8章の前半に規定されている178条ないし184条の罪を対象とする⁽¹⁹⁾。以下に条文を訳出する⁽²⁰⁾。

第8章 性的自由および不可侵性に対する罪

第1節 性的攻撃の罪

178条 暴行または脅迫を用いて、他者の性的自由を侵害した者は、性的攻撃の罪とし、1年以上5年以下の禁錮に処する。

179条 性的攻撃が、膣、肛門または口腔への性交等をとめない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入を構成するときは、強制性交等の罪とし、6年以上12年以下の禁錮に処する。

180条 以下の状況で178条の攻撃が行われたときは5年以上10年以下の禁錮に処し、以下の状況で179条の攻撃が行われたときは12年以上15年

以下の禁錮に処する。

- 1：行使された暴行または脅迫が、特に卑劣で屈辱的な性質を有するとき。
 - 2：所為が2人またはそれ以上の者によって共同で実行されるとき。
 - 3：183条に規定されている場合を除き、被害者が年齢、疾病、障害または状況により特に傷つきやすい者であるとき。
 - 4：犯罪の遂行のために、行為者が尊属、卑属、兄弟姉妹または養子としてあるいは被害者との関係においてその性質上、優位性または親族関係を利用したとき。
 - 5：行為者が武器を使用し、またはその他それと同等なこの刑法の149条および150条に定める死亡または傷害を惹起する危険な方法で行ったとき。ただし、現に生じた死亡または傷害の罪で処罰されることを妨げない。
2. 前項に掲げる事情が2つまたはそれ以上競合する場合は、当該刑の上半分の刑に処する。

第2節 性的濫用の罪

181条 暴行または脅迫なく、かつ、同意によることなく、他者の性的自由または不可侵性を害する行為をした者は、性的濫用罪とし、1年以上3年以下の禁錮または18月以上24月以下の罰金に処する。

2. 前項につき、意識を喪失し、またはその精神に障害のある者、ならびに、医薬品、薬物、その他同様の効果を惹起するに相応な天然または化学物質の使用により意思が無効化された者に対して行われた行為は同意のない性的濫用とする。

3. 被害者の自由を制限する明白な優越性のある状況に乗じて行為者が同意を得た場合にも同様の刑を科する。

4. 前項までのいずれにおいても、性的濫用が、膣、肛門または口腔への性交等をとらない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入

を構成するとき、行為者を4年以上10年以下の禁錮に処する。

5. 本条に定める刑は、この法律の180条1項の3号または4号の状況があるときは、当該刑の上半分の刑に処する。

182条 欺罔を用い、または信頼、権威、その他被害者に対して影響力のある地位を濫用して、16歳以上18歳未満の者に対して性的行為をした者は、1年以上3年以下の禁錮に処する。

2. 性的行為が、膣、肛門または口腔への性交等をともない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入を構成するとき、2年以上6年以下の禁錮に処する。この法律の180条1項の3号または4号の状況があるときは、当該刑の上半分の刑に処する。

第2節の2 16歳未満の未成年者への性的濫用ないし攻撃の罪

183条 16歳未満の者と性的行為をした者は、未成年者に対する性的濫用の罪とし、2年以上6年以下の禁錮に処する。

2. 所為が暴行または脅迫を用いて行われた場合、行為者は未成年者に対する性的攻撃の罪とし、5年以上10年以下の禁錮に処する。暴行または脅迫を用いて、16歳未満の者をして第三者との性的性質を有する行為を強いた者も同様の刑に処する。

3. 攻撃が、膣、肛門または口腔への性交等をともない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入を構成するとき、1項の場合は8年以上12年以下の禁錮に処し、2項の場合は12年以上15年以下の禁錮に処する。

4. 前3項において規定される行為は、次に掲げる状況のあるときは、当該刑の上半分の刑に処する。

a) 被害者の知的ないし肉体的な未成熟、または被害者が精神障害を有することが、完全に無力な状況に至らしめているとき、および、いずれにせよ被害者が4歳未満のとき。

- b) 所為が二人以上の共同実行にかかるとき。
- c) 行使された暴行または脅迫が、特に卑劣で屈辱的な性質を有するとき。
- d) 犯罪の遂行のために、行為者が尊属、卑属、兄弟姉妹または養子としてあるいは被害者との関係においてその性質上、優位性または親族関係を利用したとき。
- e) 行為者が、故意または重大な過失により被害者の生命または健康に対し危険を生じさせたとき。
- f) 犯行が、このような活動を遂行する犯罪組織または犯罪グループの内部で行われたとき。

5. 本条に掲げられたすべての場合において、行為者が、官公庁、公務員、公的権限のある者の地位を利用したときは、さらに、6年から12年の絶対的公権剥奪に処する。

183条の2 性的目的をもって、16歳未満の未成年をして性的性質を有する行為に参加することを決意させ、または性的な意味合いを持つ行為に参加させた者は、たとえ行為者がそれらの行為に参加していなくとも、6月以上2年以下の禁錮に処する。

性的濫用に参加させた者は、たとえ行為者がそれらの行為に参加していなくとも、1年以上3年以下の禁錮に処する。

183条の3 インターネット、電話、その他の情報通信技術を用いて、16歳未満の未成年と連絡を取り、183条および189条に記載のいずれかの罪を犯す目的でその未成年者との面会を提案する者は、その提案が面会のための具体的な行為を伴うとき、1年以上3年以下の禁錮または12月以上24月以下の罰金に処する。このとき、犯された罪に対する刑罰を妨げない。面会が強要、脅迫または欺罔によるときは、当該刑の上半分の刑に処する。

2. インターネット, 電話, その他の情報通信技術を用いて, 16歳未満の未成年と連絡を取り, 未成年者をたぶらかして未成年者を標榜しまたは登場するポルノ素材の提供または表示をさせるように仕向ける行為をした者は, 6月以上2年以下の禁錮に処する。

183条の4 行為者が, 年齢および発達の段階または成熟度において, 未成年に近いものであるとき, 16歳未満の未成年の自由な同意は, この節に定める罪の刑責を阻却する。

第3節 セクシャル・ハラスメント罪

184条 職業, 教育または公務の場において, 継続的または常習的に, 自己または第三者に対して性的性質を有する行為を要求し, そのような行為をもって被害者に対して客観的かつ重大な恐怖の, 敵対的なまたは屈辱的な状況を惹起する者は, セクシャル・ハラスメントの行為者として, 3月以上5月以下の禁錮または6月以上10月以下の罰金に処する。

2. セクシャル・ハラスメントの行為者が, 職業または教育もしくは階級における優越性の状況を利用し, または, 当該範囲で, 被害者に対して, 被害者が持ちうる正当な期待に関する害悪を明示もしくは黙示の告知をして罪を犯したときは, 5月以上7月以下の禁錮または10月以上14月以下の罰金に処する。

3. 被害者が年齢, 疾病または状況により特に傷つきやすい者であるとき, 1項の場合は5月以上7月以下の禁錮または10月以上14月以下の罰金に処し, 2項の場合は6月以上1年以下の禁錮に処する。

Ⅲ 各構成要件の概要

(1) 経緯

現行スペイン刑法典は1995年に制定され, 約30回の改正を経て現在の形

となった。⁽²¹⁾性犯罪については、1995年の現行刑法制定時から特別の注意が払われており、刑法典前文も性犯罪に言及している。前文は、平等実現の文脈において性犯罪について次のようにいう。

(立法者は：引用者注) 憲法が公権力に課した平等の実現という課題を遂行し、真に現実的な平等の道を歩むことにした。たしかに、刑法はこの課題を達成するのに最も重要な手段ではない。しかしながら、刑法は、その実現の障壁となっている規制を取り除くことや、差別的状況に抗する保護の措置を導入することで、これに寄与することが可能である。差別を目的とする活動に抗する保護を提供する規範に加えて、性的自由に対する罪に関する新規定についてここで言及しなければならない。これらについて、犯罪構成要件を、歴史的な考え方から離れて、女性の貞淑だけではない万人の性的自由としての保護法益と適合させることを目指した。女性の貞淑の保護の名の下で、耐え難い不正な状況が生じたが、本法案の規定はそれを完全に排除する。使用されている刑罰技術の目新しさに驚きもあるだろう。しかし、このケースでは、伝統から離脱することが賢明な選択であるように思われる。⁽²²⁾

現行法制定後、性犯罪に関する最初の改正は、1999年に性交同意年齢(当時13歳)に満たない未成年者の性保護規定を創設したものである。これは、児童に対する人身売買、性的搾取、性的虐待に対抗する欧州連合との共同歩調をとる趣旨で行われた。⁽²³⁾これにともなって、それまで「性的自由」のみを保護法益としていたものに、未成年者の性それ自体を保護することを念頭に、新たな保護法益として「性的不可侵性」⁽²⁴⁾を付け加え、性的濫用罪の基本類型についてそれまでの罰金刑に加えて禁錮刑も選択可能とし、通信技術を使用した未成年者への性的取り入り(いわゆるチャイルド・グルーミング)関連の規定も整備した。

2010年6月22日改正は、成人に対する罪と同じ条に別項として並んで規定されていた未成年者に対する罪を、「第2節の2」の形で節を新設し、

成人に対する罪と区別された位置に置き直した。また、2015年には、性交同意年齢が16歳に引き上げられた。さらに同改正によってスペインの最高刑として終身刑が創設されたことにともない、性犯罪直後に行為者が被害者を殺害する行為を終身刑に処する旨の140条が⁽²⁵⁾制定された⁽²⁶⁾。

(2) 保護法益

スペイン刑法第8章の罪の保護法益は、性的自由および性的不可侵性である。

性的自由とは、性的内容を有する行為の可否を自由に決定する万人の権利⁽²⁷⁾を意味し、性的不可侵性とは、客体が16歳未満の未成年であることや障害のあることに起因して性的自己決定の能力が欠ける場合に、その性自体を保護するために用いられる概念である⁽²⁸⁾。16歳未満の者に対する性的行為が禁止されるのは、性的行為が未成年者の発達および精神バランスに悪影響⁽²⁹⁾を与えることを理由としている。

性的自由も性的不可侵性も、性に関する法益として理解されるが、その範囲については性的価値規範の文脈を参照して決定される⁽³⁰⁾。性的価値規範の文脈というとき、それはいわゆる性道徳を意味することになりかねないが、性犯罪構成要件の内容を具体的に考える際に、この文脈を無視することは不可能であることが指摘されている。たしかに、犯罪そのものを道徳違反に還元してしまうことは許されないが、性交同意年齢を何歳に設定するかを決定し、性的自由の領域と性的不可侵性の領域とを切り分ける境界線設定や、どのような行為が性的な意味を有するといえるのかの基準形成については、文化的・慣習的な規範に一定の手がかりを求めざるをえないことは否定できないといえよう。

もちろん、今日、婚姻は性的自由をその配偶者に対して減少させることは⁽³²⁾ないため、配偶者間においても性的自由は保護に値する。

(3) 性的攻撃罪

性的攻撃罪 (agresiones sexuales) は、暴行または脅迫を用いて他者の

性的自由を侵害することをその内容とする。178条に定められている基本類型の構成要件は次の通りである。

a) 性的攻撃罪：基本類型

i. 主体・客体

主体および客体に男女の区別はなく、原則としてすべての人間がすべての人間に対して犯すことのできる罪である。最高裁は、本罪の主体および客体について「その性別を問わない。男と女であろうとも、2人の男であろうとも、2人の女であろうとも」という⁽³³⁾。ただし、客体が16歳未満の者である場合には、183条2項が適用されるため、本条の適用はない。⁽³⁴⁾

ii. 構成要件的行為としての「性的自由を侵害」の概念

性的攻撃罪の成立には「性的自由を侵害」したことが必要であるが、そのためには、行為主体と行為客体との身体的接触（contacto corporal）が要求される⁽³⁵⁾。したがって、身体的接触を伴わない露出行為は、たとえ被害者の性的自由を害するものであったとしても、本条には該当しない。

問題となるのは、一般的な自由に対する罪と性的自由に対する罪の分水嶺となる「性的」とは何を意味するのかである。その概念の中核に、179条に定められた行為（性交等）があることには疑いはない。その外側の行為、すなわち客観的にそのような挿入が目的とされていることが明らかでない行為については争いがある。伝統的な判例は、このような場合、「みだらな意図」や「卑猥な意図」といった主観的要素をもって、治療行為や単に侮辱的な行為を性の文脈から除外しようとしてきた⁽³⁶⁾。しかし、現在、最高裁は「故意を認定するためには、当該行為から生じる危険を認識していれば十分であり、したがって行為者が自らの行為が被害者の性的自由ないし不可侵性に悪影響を与える性質を有していることを認識していれば足りる」⁽³⁷⁾、「実行の認識と意思以上の卑猥な目的は必要ない」としており⁽³⁸⁾、故意以外の主観的認識を要求することを否定している⁽³⁹⁾。現在の最高裁と同じ立場に立つムニョス・コンデは、主観的内心要素を持ち出すことは、行為

が性的性格を有するか否かの認定に際して、裁判官の恣意を許すことになると批判し、「性的自由を侵害」といえるためには、接触の強度と他者の性に影響を及ぼすべき潜在的可能性が要求されなければならないという。⁽⁴⁰⁾ 彼によれば、地下鉄の雑踏やショーの人混みを利用して身体に触れる行為は、本罪における「性的自由を侵害」には当たらないことになる。⁽⁴¹⁾

iii. 構成要件的行為としての「暴行または脅迫」の概念

178条は、暴行または脅迫 (*violencia o intimidación*) を構成要件的行為として規定している。これらの行為自体、自由に対する罪の脅迫ないし強要の罪を構成するものであるが、性的文脈または行為の性的意味合いによってそれらの罪と本罪とが区別される。⁽⁴²⁾

暴行は、相手方の意思を完全に制圧した場合、または被害者が抵抗すればするほど行為者の使用する身体的エネルギーも大きくなるおそれがあるときに存在する。したがって、被害者が特別にあるいは英雄的に抵抗する必要はなく、被害者の意思に反して性的行為を達成する程度の暴行で十分である。⁽⁴³⁾ たとえば、抵抗すれば相手の暴行が激しくなることが予想されるため、被害者が抵抗の意思を失い、抵抗せずに不同意のまま性的行為に耐えた場合にも暴行がある。ここで注目すべきは、最高裁がこれまで暴行の程度について述べてきたときは一定強度を一貫して要求しているが、被害者の抵抗について述べるにあたってはその特別な抵抗を不要であるとしている点である。行為者の暴行の強度について最高裁は、一定強度の暴行が必要である旨判示しつつ、⁽⁴⁴⁾ 被害者の抵抗について2017年に「被害者の抵抗は、それが攻撃者の暴行を必ず誘発する程度に必死でなければならないわけではない。犯罪構成要件は、ただ被告人の暴行のみを要求しており、被害者のとるべき抵抗については触れておらず、攻撃者の身体的攻撃に対して被害者がとるべき抵抗の程度や質にはなおさら触れていない。ここでは、被害者の反対意思に直面した行為者が目的達成に固執し、被害者の意思および抵抗を押さえつけるための身体的暴力を行使したことで十分である。⁽⁴⁵⁾ ……なぜなら、事の本質は攻撃者が被害者の意に反したことからである」⁽⁴⁶⁾

と述べ、2018年にもこの立場を維持している。暴行に一定の程度を求める姿勢は現行刑法下において維持されているが、その程度については被害者の抵抗の有無とは関係なく判断されるのである。⁽⁴⁷⁾

もちろん、訴訟上、現に被害者による抵抗が行われたことが被害者の不同意を証明する重要な証拠となるため、被害者の抵抗があることが不同意の事実認定において重要な役割を果たすことは否定できない。それゆえ、抵抗がない場合の不同意性の立証は困難を伴うケースが少なからずある。だが、訴訟上の便宜が実体法上の要件を指導するのではないのだから、一定強度の暴行の存在と被害者の不同意が証明できさえすれば、被害者の抵抗がなくとも本罪の構成要件に該当しうると解する立場には、一定の説得力があるといえよう。⁽⁴⁸⁾

このような被害者の抵抗を不要であるとする解釈を支えているのが、旧刑法と現行刑法との文言の違いである。旧刑法は、本罪の行為について「強制（fuerza）または脅迫」としていたが、現行刑法はこれを「暴行（violencia）または脅迫」に改正した。スペイン語の“fuerza”と“violencia”の語感の違いを日本語で説明するのは困難だが、コンメンタールの中には、旧刑法の“fuerza”であれば現に被害者の抵抗を抑圧し強制することが要求されるが、現行刑法の“violencia”であれば暴行の存在があれば足り、被害者に特別な抵抗を求めることは不要になると解説するものも見られる。⁽⁴⁹⁾

それでは、一定強度の暴行とはどの程度をいうのであろうか。学説および最高裁は、それを因果関係（vinculación causal/ relación de causa）に求めている。⁽⁵⁰⁾ 当該暴行がなくても身体的接触が行われたと認められる場合には、当該暴行は性的侵害罪の暴行の程度には達していない。これに対して、当該暴行があったが故に身体的接触が行われた場合には、性的侵害罪の暴行があったといえる。判例は、「この暴行または脅迫と前記身体的接触とは2つの意味で因果関係がなければならない。a) 前記身体的または心理的暴行が、身体的接触に向けられていること、b) その暴行が性質および状況に照らし目的達成に相当であると考えられること」⁽⁵¹⁾と述べている。なお、ひとつの行為が暴行としての身体的意味と脅迫としての心理的意味

とを持って被害者の行動を抑圧することが考えられる。その場合、最高裁は、「同一所為が強制の2つの段階（物理力および心理力）において一致するのは一般的である。その場合、相当性の評価は一方および他方の強度を全体として評価する必要がある⁽⁵²⁾」と述べ、暴行が脅迫の意義を有する場合については脅迫の側面も取り入れて考慮することを明らかにしている。

このように、スペインにおいては、被害者の抵抗を不要としつつ、暴行が身体的接触に向けられているか、その暴行と身体的接触との間に相当性があるかを考慮することで（これをスペインの学説・判例は、暴行と身体的接触との因果関係と呼んでいる）、暴行に一定程度を要求しているといえる⁽⁵³⁾。

本条の脅迫（intimidación）は、脅迫罪における脅迫（amenaza）とその本質においては同義であるが、本罪における脅迫の場合は、一定の程度および性的自由侵害との関連性が要求される⁽⁵⁴⁾。その程度は、具体的事案において客観的に判断されなければならない。

なお、暴行または脅迫に着手すると実行の着手が認められ未遂犯となるが、暴行そのものがわいせつ行為であると評価される場合には既遂犯が成立する⁽⁵⁵⁾。

iv. 故意

本罪は故意犯である。本罪の故意が認められるためには、身体的接触行為の認識、当該身体的接触行為に性的意味合いがあることの認識、暴行または脅迫行為の実行の認識およびその実行意思が必要である⁽⁵⁶⁾。ただし、性器等への男性器挿入など、179条（強制性交等罪）に規定する行為を実行する認識・認容をもってそれに向けられた暴行・脅迫を加えた場合、本罪の既遂ではなく179条の未遂となる。本罪既遂と179条の未遂との区別は、理論的には明快だが、外形的行為が異ならないために、実務的には区別が困難であることが指摘されている⁽⁵⁷⁾。なお、スペインにおける未遂犯処罰は既遂犯の刑からの1段階ないし2段階の必要的減輕である⁽⁵⁸⁾が、それでも178条の既遂より179条の未遂の方が重い処罰が可能である⁽⁵⁹⁾。

b) 強制性交等罪

i. 罪質

本罪は、一般的に「強姦罪 (violación)」と呼ばれる性犯罪であり、性的攻撃罪の加重類型として179条に制定されている。本稿では、膣、肛門または口腔への男性器の挿入行為を日本刑法の用語法にならって「性交等」と訳し、前二者への身体の一部または物体の挿入も含めて、本罪を強制性交等罪と訳すことにする。

ii. 構成要件的行為として「性交等」および「物体の挿入」の概念

本罪は、主体・客体について性的攻撃罪の基本類型と異なるところはない。違いは、「性的攻撃が、膣、肛門または口腔への性交等をとめない、もしくは前二者への身体の一部または物体の挿入を構成する」ことのみである。

膣、肛門または口腔への性交等については、日本刑法と同じである。日本の強制性交等罪と異なるところは、構成要件的行為に前二者、すなわち膣または肛門に対する身体の一部または物体の挿入が含まれる点である。身体の一部とは、男性器でない身体の一部、すなわち指などを意味し、物体とは身体を構成しない物体である棒などを意味する。⁽⁶⁰⁾ 口腔への男性器以外の身体の一部や物の挿入は本罪の対象ではないので、キスの際に舌を相手の口腔内に差し入れる行為や指を口に含ませるなどの行為は本罪を構成しない。

c) 加重構成要件

性的攻撃罪は、180条によって、①暴行または脅迫が特に卑劣で屈辱的な性質を有するとき、②所為が2人またはそれ以上の者によって共同で実行されるとき、③被害者が、被害者が年齢（ただし16歳以上に限る）、疾病、障害または状況により特に傷つきやすい者であるとき、④犯罪の遂行のために、行為者が尊属、卑属、兄弟姉妹または養子としてあるいは被害者との関係においてその性質上、優位性または親族関係を利用したとき、

⑤行為者が武器を使用したはその他それと同等な重傷害罪を惹起する危険な方法で行ったときに刑が加重される⁽⁶¹⁾。

①および⑤については、現に使用された暴行または脅迫の質が具体的に検討される。②の共同実行については、刑法総論の共犯論における共同正犯⁽⁶²⁾と同様に解されるため、共同実行者全員が性的行為をすることは求められず、たとえばひとりが暴行を加え、別のひとりが性的行為を行う場合でも成立する⁽⁶³⁾。③は、被害者の傷つきやすさを具体的に判断するが、その傷つきやすさの故に暴行・脅迫なく罪が犯された場合には本条ではなく、性的濫用罪の加重類型たる181条5項が適用される。④は、親族関係の利用類型であるが、もちろん血縁者間の近親相姦の道徳的タブーを処罰する趣旨ではない。それは、本類型が養子の場合にも成立することから明らかである。ここでは、親族関係そのものよりも、それにもとづく優越性が重要である。優越性を利用することで、相手の性的自由ないし不可侵性を侵害することになるからである⁽⁶⁴⁾。これらの加重事由が複数競合する場合、180条2項により、当該刑の上半分が科されることになる⁽⁶⁵⁾。

(4) 性的濫用罪

性的濫用罪 (abusos sexuales) は、181条ないし182条に定められた性犯罪で、性的攻撃罪との違いは、暴行または脅迫が用いられないところにある。保護法益は、性的自由および性的不可侵性である。同一行為者が同一被害者に対して性的濫用を繰り返すときは、反復犯 (delito continuado)⁽⁶⁶⁾として処理される。

a) 基本類型

181条1項に定める「他者の性的自由または不可侵性を害する行為」が何を意味するかは、性的攻撃罪の「性的自由を侵害」と同様に解釈論上の困難さを有する。行為客体が行為者の行為に対して不同意であっても、握手やハグなどのあらゆる身体的接触が性的濫用に該当するわけではなく、健康診断の際の身体的接触はたとえ患者が医者⁽⁶⁷⁾の触診に不同意であったと

しても、性的文脈がない場合、ただちに性的虐待となるわけではないからである。⁽⁶⁷⁾ここでも文化的文脈での判断が求められる。本罪は、暴行または脅迫が不要であるから、同意のない被害者の不注意を利用して性的自由または性的不可侵性を害する行為があれば足りる。したがって、性的攻撃罪と異なり、不意打ちによる痴漢行為も本罪に含まれる。不同意は、認識可能であれば⁽⁶⁹⁾それが明示されていなくても良い。このことを最高裁は、「性的濫用罪の被害者に対して拒絶を示す特別のフォーマットを置いていない」と表現する。⁽⁷⁰⁾もちろん、同意が存在すれば、それが黙示のものであっても構成要件該当性を阻却する。

同意の錯誤は故意を阻却する。過失処罰規定は存在しないので、同意に錯誤がある場合は犯罪が成立しない。⁽⁷¹⁾

b) 意識がない者等への性的濫用罪

181条2項は、行為客体が意識喪失・精神障害・薬物使用等による意思無効のケースにおいては同意がないものとする旨規定している。

ただし、条文において「同意のないものとする」（「する」の原文は“considerarse”で、一般的な意味における「みなす」）との表現が使われているが、この規定の趣旨は、法文のこれらの条件に当てはまる者については、自由に性的行為に同意または拒否する能力が欠けていると推定（presunción）することにあると考えられており、具体的事情の下で被害者に性的自己決定が可能であったと証明される場合には、この推定は破られる。⁽⁷²⁾

「意識を喪失し」とは、意識不明状態や睡眠状態をいい、「精神の障害」とは、20条1号に定める責任阻却事由と類似の状況を意味するが、近年の判例によれば、意識が完全に失われている必要はなく、性的自己決定に影響を与える心理的な減退が生じていれば足りるという。⁽⁷³⁾薬物等の使用については、意識を失わせるものだけではなく、性欲を異常亢進させて性的自己決定を害するものも含むが、被害者がその効能を知って自ら摂取した場合は「濫用」に当たらない。ただし、被害者が薬物等によりその意識を完

全に喪失した場合は、意識を喪失した者に当たることになる。もちろん、薬品を飲ませて意識を失わせることが「暴行」として評価される場合には、本罪ではなく性的攻撃罪が成立する。⁽⁷⁵⁾

c) 「乗じる」ことによる性的濫用罪

181条3項に規定する罪は、これまでの罪と異なり、被害者の同意がある場合を処罰する。とはいえ、もちろん完全な同意がある場合を処罰するのは妥当ではないから、条文は重大な瑕疵ある同意のケースとして「被害者の自由を制限する明白な優越性のある状況に乗じて行為者が同意を得た場合」に限定して処罰対象とする。行為者には——日本における「監護者」などの——構成要件的な限定はないが、行為状況として行為客体に対して優越的な地位にあることが必要である。その優越性が何に由来しているかは問わないが、客体の性的自己決定に影響のあるものでなくてはならない。⁽⁷⁶⁾最高裁は、本罪における乗じること (prevalimiento) の判断について「a 行為者に優位性のある明確な状況、b その状況が被害者の判断能力の制限に重要な影響を及ぼしていること、c 行為者が、その被害者の意思の抑圧の結果として瑕疵ある同意を得ることを認識していること⁽⁷⁷⁾」の3要件を示している。

本条には、性的攻撃罪における脅迫の程度が足りない場合を捕足する機能もある。たとえば、上司と部下、教師と学生・生徒との関係において、優越性がある側が優越性のない側に対して性的攻撃罪を構成するほどの脅迫は行わなかったが、意思が制限される状況が明らかであることに乗じた場合がこれである。もちろん、上司と部下、教師と生徒の関係があるからといっても、優越的な状況がない場合、たとえば当該部下・生徒に対して不利益を与える一切の権限のない上司・教師であれば、——後述のセクシャル・ハラスメント罪は別論——本罪の対象にはならない。⁽⁷⁸⁾

本罪は、行為者に優越性の認識およびそれを利用する意思がなければ成立しない。

d) 加重類型

181条4項および5項は、性的濫用罪の加重類型を定めている。条文に示されている範囲で、⁽⁷⁹⁾ 上述の性的攻撃罪の加重類型と同様である。

e) 16歳以上18歳未満の者に対する性的欺罔濫用罪

182条1項は、16歳以上18歳未満の者に対して、欺罔を用いて、または信頼、権威、その他被害者に対して影響力のある地位を濫用して性的行為をした場合を処罰対象とする。性交等を伴う場合は2項によって加重して処罰される。本条は、性交同意年齢に達した以降の18歳を迎えるまでの者を、欺罔や濫用などによる性的搾取から保護する趣旨である。

本条にいう欺罔について、かつては状況に関する欺罔を含めて理解する見解が唱えられていた。たとえば虚偽の結婚の約束をして性行為をした場合などがこれである。しかし、今日、結婚と性行為とを結びつける保守的な価値観はスペインの16～17歳の世代において一般的でなく、⁽⁸⁰⁾ 偽の結婚の約束を本条の欺罔に含める見解はない。本条の欺罔は、行為の性的意味またはその結果について向けられているときのみ、すなわち法益関係の錯誤に向けられるときのみ、該当すると考えられている。⁽⁸¹⁾ このように本罪を限定して捉えるならば、本条の存在意義は極めて小さいものとなる。というのも、真に処罰に値する事案の場合は、181条3項の「乗じる」ことによる性的濫用罪にほとんど取り込まれてしまうからである。⁽⁸²⁾

本罪の成立のためには、欺罔または影響力のある地位を濫用する認識が必要である。

(5) 16歳未満の未成年者に対する性犯罪

性交同意年齢未満の者に対する性犯罪を通常の条文の中に規定したのは1999年改正によってであった。当時は、13歳未満の者に対する罪を、成人に対する罪と同じ条の別項に規定するという方式を採用していた。2010年6月22日改正は、⁽⁸³⁾ 成人に対する罪と区別する形で「第2節の2」として未成年者に対する罪を置き直した。さらに、⁽⁸⁴⁾ 2015年3月30日改正により性交同

意年齢が16歳に引き上げられた。その狙いは、児童の権利を尊重することであり、その実現のために欧州諸国と足並みをそろえることである。これらの罪は、2015年改正以前のいわゆる淫行罪 (delito de corrupción de menores)⁽⁸⁵⁾ の範囲を含むものである。これらの罪は、客体が16歳未満の未成年として限定的であること以外、条文上の諸概念は原則としてこれまでの性的攻撃罪、性的濫用罪等と同様に理解される。ただし、性的攻撃罪の「身体的接触」の概念については、183条2項後段により、行為者と被害者との接触がなくとも行為者が第三者と未成年とを接触させれば足りることになる。⁽⁸⁷⁾

183条の2は、未成年者の性的行為への勧誘を犯罪として規定し、183条の3は、通信技術を用いた未成年者との性的行為を目的とした予備行為(1項)および16歳未満のわいせつ画像の提供要求(2項)を禁止することで、未成年者の性的搾取の禁止を定めた。いわゆるチャイルド・グルーミングの処罰規定である。⁽⁸⁸⁾

ただし、若者の自由恋愛に基づく性行為を禁止するべきでないことに鑑み、性的行為をした者同士が年齢および発達または成熟度において近い場合、本節の行為は処罰されないことが明文化されている。⁽⁸⁹⁾

(6) セクシャル・ハラスメント罪

いわゆるセクシャル・ハラスメント罪 (acoso sexual)⁽⁹⁰⁾ は、セクシャル・ハラスメントを処罰の対象とするものである。最高裁は、本罪を、憲法18条1項の定めるプライバシー・親密領域の保護と関連して、性的関係に関与しないという自己決定に対する攻撃から人を保護するものと解している。⁽⁹¹⁾ しかし、条文を一読すれば明らかなように、一般にいわれるセクシャル・ハラスメントのうち相当限定的な範囲に限って処罰の対象としている。そのため、本罪がセクシャル・ハラスメント罪という名称であることからただちに「スペインにおいてはセクシャル・ハラスメントが処罰されている」というと事実を見誤りかねない。

「性的性質を有する行為を要求」する行為は個々独立で行いうるが、こ

れらが職業、教育または公務の場において、継続的または常習的に行われ、被害者に対して客観的かつ重大な恐怖の、敵対的なまたは屈辱的な状況を惹起した場合に限って犯罪となる。

本罪の加重類型として、2項は、職業または教育もしくは階級における優越性の状況を利用し、または、当該範囲で、被害者に対して、被害者が持ちうる正当な期待に関する害悪を明示もしくは黙示により告知をしたときに、3項は被害者が特に傷つきやすい者であるときに成立する罪を置いている。⁽⁹²⁾

(7) その他特筆すべき事項

以上の罪は、原則として親告罪である（191条1項前段）。このように性犯罪の手続が「私事化」（privatización）されていることは、性犯罪が個人の自由に対する罪であることおよび被害者のプライバシーの権利に合致すると評価されている。⁽⁹³⁾ただし、被害者が未成年者であったり保護を必要とする特に弱者である場合には被害者やその法定代理人による告訴を要しない（191条1項後段）。また、被害者やその代理人による許しは、行為者の刑事責任を阻却するものでない旨の規定も置かれている（191条2項）。

性犯罪の行為者に対しては、自由刑執行後の保護観察の保安処分や親権剥奪等の権利剥奪刑にも併せて処することができる（192条1項、3項）。⁽⁹⁴⁾さらに、すでに考慮されている場合を除いて、被害者が未成年者または障害者である場合において、行為者が尊属、監護権者、後見人、教師あるいはその他代理人等である場合には、刑の上半分を適用する量刑規定がある（192条2項）。

すでに述べたとおり、性犯罪後の謀殺には、スペインにおける最高刑たる終身刑が絶対的法定刑として置かれている（140条1項2号）。

IV 比較検討

以上のように、スペイン刑法の性犯罪規定を概観してきた。ここで、日

本刑法とスペイン刑法の性犯罪規定の全体構造の差異を明確にしたい。理論的な示唆は「V結語」にまとめる。

(1) 性的濫用罪

暴行・脅迫要件のない性的濫用罪は、日本刑法典中に見当たらない。しかし、日本法体系全体を見てみると、必ずしもそうであるとは言い切れない。というのも、スペインの性的濫用罪は、いわゆる軽い性的接触行為たる痴漢行為も対象となりうるものであった。スペインの性的濫用罪の法定刑は「1年以上3年以下の禁錮または18月以上24月以下の罰金」であり、日本の各地方公共団体の定める「公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例」に定める痴漢行為に対する一般的な罰則は「6月以下の懲役又は50万円以下の罰金」(東京都：5条1項1号，8条，大阪府：6条1項1号，17条1項2号)であって、たしかにスペインに比してやや軽いものの、さほど隔たりがあるわけではない。暴行・脅迫を用いずとも、他人の身体に衣服の上からまたは直接に触れることは、日本においても一定の条件下で犯罪とされている。

ただし、痴漢行為の処罰は、その処罰が①条例に基づくものであり、②保護法益が必ずしも個人の性的自由ではなく、③各条例の定める要件として「公共の場所又は公共の乗物において」といった状況の限定がついているという問題点がある。それゆえ、スペイン法と比較した場合の日本法における処罰の間隙は「暴行・脅迫のない性的意味を有する行為一般」ではなく、「公共の場所でないところで行われた個人の性的自由を害する行為」にあるといえる。

(2) 乗じた類型

スペイン刑法は、181条3項で「被害者の自由を制限する明白な優越性のある状況に乗じて行為者が同意を得た場合⁽⁹⁵⁾」を一般的に処罰し、182条1項で16歳および17歳の者に対して「欺罔を用い、または信頼、権威、その他被害者に対して影響力のある地位を濫用」して性的行為をすることを

処罰対象としている。日本は、法規定上、監護者がその影響力に乗じる規定があるのみである。ここに規定上の差異がある。すなわち、監護者ではないが客体に対して一定程度の影響力を有する者が、その影響力に乗じて、本心は不同意であるが行為者の影響力に起因して瑕疵ある同意をした者に対して暴行・脅迫なく性的行為を行うとき、スペインにおいてはこの行為は明文により処罰範囲に取り込まれるが、日本においてはこれを捕捉する明文の規定はない。この状況は、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回会議でも議論されているため、「日本においてはあえて明文で捕捉されていない」のであろうが、本当にそれで良いといえるのかの問題提起も含めて改めて指摘しておきたい。

なお、この類型は、監護者性交等類似の場合のみならず、行為客体が抗拒不能とまではいえない程度に酩酊し、行為者が暴行といえるほどでもない態様で、相手の酩酊に乗じて真意ではない表面上の同意を得て性的行為を行ったケースを捕捉する規定としても重要な意義を有する。この点も含めて議論されるべきである。

(3) セクシャル・ハラスメント罪

職場等における個々の行為が何らかの犯罪を構成する可能性はあれど、いわゆるセクシャル・ハラスメント罪の規定は日本にはない。

(4) 未成年者の取り扱い

性交同意年齢をスペイン刑法は16歳に設定している。性交同意年齢の引き上げ議論の参照対象となるだろう。また、スペインは16歳と17歳の者も欺罔等に基づく性的行為から保護している。日本においても未成年者の性は保護されているが、13歳以上の性については淫行条例、児童買春・児童ポルノ禁止法、児童福祉法などに分散して規定されており、未成年者の性的保護規定の在り方はスペイン刑法のそれと対照的である。

V 結 語

(1) 示唆

以上から、次の示唆を得た。

a) 暴行・脅迫要件に関連して

暴行・脅迫要件は、撤廃か存続かの2択の議論がなされがちであるが、スペインは暴行・脅迫要件を有する規定と有しない規定とを持っている。一般に暴行・脅迫要件を撤廃したと喧伝されるドイツも、実際には暴行・脅迫要件を持つ規定を残している。すると、議論の焦点は、暴行・脅迫要件を撤廃するか残すかではなく、暴行・脅迫要件のある罪は残しつつ、それよりも軽い罪として暴行・脅迫要件を持たない罪を置くか否かになるだろう。その際、日本法では、いわゆる痴漢行為と呼ばれる迷惑防止条例違反行為の処罰との統一的な検討が必要になる。特に、痴漢処罰が現在のように条例違反として行われることの適否について、議論がなされなければならない。日本の痴漢行為処罰規定は、その規定形式によれば、性的自由に対する罪ではなく公衆道徳に対する罪であって、公衆迷惑罪のような様を呈している。このような規定方式は、現代刑法学の理論的立場と相容れないばかりか、痴漢行為を「被害者に対する罪」として認識している一般の意識とも乖離するものである。早急な見直しが求められる。⁽⁹⁶⁾

また、暴行・脅迫要件が残る罪についても、暴行・脅迫の程度について再考する必要があるだろう。日本では先の法改正において、暴行・脅迫と抗拒不能についての付帯決議がつけられた。この付帯決議の意図するところは、近年のスペイン最高裁のように被害者に抵抗を求めず、被害者の意に反する行為を暴行・脅迫として評価する解釈および暴行自体が脅迫の意味を有することを正面から認め、暴行の強度の評価の際に被害者に与えた心理的影響をも併せて考慮する解釈の確立であろう。現に抵抗が行われなかった場合であっても、被害者の意思に影響を与えることが相当な程度の暴行が行われたと証明できるなら、強制性交等罪の暴行に含めて理解することが

求められているのである。⁽⁹⁹⁾この方向性は、検討会議の議論においても、国会の場においても確認されていた——むしろ、現在の日本の実務はすでにそうであるとの認識すら示されていた——⁽¹⁰⁰⁾のであるし、学説によっても一定の支持を得ているといえる。⁽¹⁰¹⁾

b) 強制性交等罪のその他の行為に関連して

スペイン刑法の強制性交等罪は、日本のそれよりも、性器、肛門に対する指などの身体の一部の挿入、棒などの物体の挿入を禁じる分だけ広い。慎重な検討が必要であるものの、このような挿入行為の禁圧もまた、保護法益との関連で検討されてよいであろう。

c) 他の類型に関連して

日本にはなく、スペインにある類型として、「乗じた類型」が存在する。⁽¹⁰²⁾これを日本に導入するかが争点のひとつを形成するであろう。

明らかな優越性に乗じたにもかかわらず、暴行・脅迫の程度が足りず、心神喪失でも抗拒不能でもないというとき、日本刑法には処罰の間隙があると考える向きもある。私見では、優越性に乘じて相手に抱きつくなどの行為は、反抗を著しく困難にする暴行に当たるとして現行法においても処罰すべきであると解するが、そのような解釈が一般的にならなければそこに処罰の間隙が生じてしまうと考える。もう一度ここに實際上処罰の間隙があるのか、あるのならばそれを埋めるべきか否か、埋めるべきであるとすればそれは解釈によるべきか立法によるべきかが検討されてしかるべきであろう。⁽¹⁰³⁾「乗じた類型」を設けるならば、強制わいせつ（性交等）と準強制わいせつ（性交等）との間にある「ある程度抗拒困難だがある程度抗拒可能であり、ある程度の暴行が加えられたがその程度はさほど強くなかった」という類型を捕捉可能になる他、監護者性交等罪の成立がない19歳の者に対する明らかな優越性に乗じた性交を禁圧することが明文によって明確になる。

d) 刑罰・処分について

スペイン刑法は、罪刑法定主義を罪法定主義（1条）と刑法定主義（2条）とに区別して規定し、そのいずれも厳密に尊重することにより、自由主義の原理原則に忠実な刑法を実現している。そのため、刑法全体を通じて犯罪類型が細かく設定されており、対応する法定刑の幅も狭く設定されている。この特徴は、性犯罪規定においても例外ではない。重い性犯罪には重い刑が、暴行・脅迫要件のない性的濫用罪の基本類型には罰金刑を含む軽い刑が設定されている。このような軽い刑の設定が、処罰範囲の拡大と連動している点に留意しなければならない。ドイツにおいても、暴行・脅迫要件のない性犯罪を置くとき刑の下限を引き下げた。ところが、日本においては、先の改正においては処罰範囲の拡大が企図されつつ、刑の下限の引き上げが行われた。このような高い刑の下限を有する犯罪において、犯罪成立範囲を広く認めることは困難であろう。刑の重さと成立範囲との関係を慎重に考える必要がある。

さらに、スペインは性犯罪に対して自由刑・財産刑の他に権利剥奪刑とその他保安処分を予定している。性犯罪に限らずあらゆる犯罪対策において必要なのは、その現実的かつ効果的な予防であるところ、再発防止をも考慮に入れた刑罰・処分体制の構築も視野に入れなければならないだろう。本稿では触れられなかったが、スペインでは通常⁽¹⁰⁴⁾の自由刑の執行においてもかなりユニークな制度を複数有している⁽¹⁰⁵⁾。

e) その他

スペインは2015年まで性交同意年齢が13歳であり日本と同じであったが、現在では16歳に設定している。日本がこれにならうべきか否かは議論の余地があるとしても、欧州全体の流れとして大いに参考にすべきであろう。さらに、若者同士の自由恋愛を処罰対象にしないための規定も、単なる注意規定としてではなく、性犯罪の保護法益が性道徳ではなく性的自由であるということを宣言する規定として理解すれば、示唆に富むといえるだろう。

また、未成年の性保護について、日本は淫行条例、児童福祉法、児童買春・児童ポルノ禁止法等と、性交同意年齢未満の者を対象とする場合と監護者性交等の場合を除いて条例や特別法で規制する形式をとっているが、スペインは原則的な類型を刑法典にまとめて規定している。どちらが好ましいかは選択の問題であろうが、このような別法に規定する方式が、刑法典を読んだ一般市民に対し、日本においては未成年者の性保護が不十分であるとの誤解を生じさせるとしたら、その見直しの是非が議論されても決して無駄ではないように思われる。

(2) おわりに

スペイン刑法の性犯罪規定を概観してその構造を分析したことにより、いくつかの示唆を得るに至った。もちろん、この示唆をただちに立法に反映させるべきであるというのではない。立法の際には可能な限り不明確な表現を避け、当罰性のある類型を可能な限り明示して規定することが望ましいことを忘れてはならず、それゆえ日本刑法体系に適合する形での立法議論が改めてなされるべきである。また、刑事司法全体の流れを考慮に入れて、捜査、立証および被疑者・被告人防御の各局面において、人権侵害を惹起するような不当な事態が生ずるおそれがないかを検証しなければならない。使用可能な捜査手法、公判の在り方、証拠法等が異なれば、同一の実体法規であっても現実的な運用が当然に異なってくることへの注意を欠いてはならない。

本稿は、スペイン刑法学の性犯罪規定の概要とそこから得られる示唆をきわめて簡潔に描写したものにすぎない。それでも、日本における性犯罪規定の見直し議論に寄与するところが——日本ではほとんど知られていないスペイン刑法の条文を邦語で示すという資料的価値も含めて——少なからずあるものと確信している。

(了)

注

- (1) 本稿が対象とするスペイン刑法は、1995年制定スペイン刑法典（LO 10/1995）の2019年5月1日時点の現行法（最新改正2019年3月1日：官報掲載2019年3月2日）である。なお、本稿の参考文献はいずれも最新改正を反映していないが、今般の改正は性犯罪に影響を与えるものではない（性犯罪規定に関連する改正は、1999年4月30日改正、2003年11月25日改正、2010年6月22日改正、2015年3月30日改正の4改正である）。スペイン刑法改正の概略については、v. Antonio Zárate Conde y Eleuterio González Campo. Derecho Penal Parte General, 2015, pp. 64ss. 判例は、判決番号で表示し、カッコ内に公式判例リポジトリ番号（roj）を示す。ただし、司法総評議会の司法文書センター判例データベースで閲覧できる判例のうち判決番号の記載がないものについては、判決番号の代わりに判決年月日を示す。
- (2) 刑法の一部を改正する法律附則第9条「政府は、この法律の施行後三年を目途として、性犯罪における被害の実情、この法律による改正後の規定の施行の状況等を勘案し、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための施策の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」
本稿の刊行は編集の都合等によっては、検討に間に合わない可能性もあるが、それでも問題提起としての意義は有するだろう。
- (3) 本稿が対象とする性犯罪規定の改正法たる「刑法の一部を改正する法律」は、平成29年3月7日に案として国会提出（第193回国会閣法第47号）、6月8日衆議院にて修正、当該修正案が6月16日可決、6月23日公布（法律第72号）・官報掲載（号外第134号）され、7月13日から施行されているものである。
- (4) たとえば、森川恭剛『性犯罪の行為と類型 フェミニズムと刑法』（法律文化社、2017年）177頁以下および刑法読書会編『犯罪と刑罰』第26号（成文堂、2017年）掲載の浅田和茂「性犯罪規定改正案に至る経緯と当面の私見——本特集の趣旨——」、嘉門優「法益論から見た強姦罪等の改正案」、斉藤豊治「性刑法の改革と課題」、辻本典央「強姦罪等の非親告罪化」の各論稿等参照。
- (5) たとえば、法務省「性犯罪の罰則に関する検討会」第6回会議で、角田由紀子委員が暴行・脅迫要件の撤廃に賛同する意見を主張したが、他の多くの委員からは難色が示された。同検討会の第2回会議から3回会議にかけてはヒアリングが行われ、出席者の多数から暴行・脅迫要件に

対する疑問が呈された。島岡まな「強制性交等罪における暴行・脅迫要件について——性犯罪の立証責任は誰が負うべきか——」『日高義博先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂，2018年）123頁以下も暴行・脅迫要件の緩和撤廃を主張する。同「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的検討」慶應法学37号（2017年）30頁以下も参照。

- (6) 「刑法第一百七十六条及び第一百七十七条における「暴行又は脅迫」並びに刑法第一百七十八条における「抗拒不能」の認定について，被害者と相手方との関係性や被害者の心理をより一層適切に踏まえてなされる必要があるとの指摘がなされていることに鑑み，これらに関連する心理学的・精神医学的知見等について調査研究を推進するとともに，司法警察職員，検察官及び裁判官に対して，性犯罪に直面した被害者の心理等についてこれらの知見を踏まえた研修を行うこと。」
- (7) たとえば，岡上雅美「ドイツにおける新たな性刑法の展開——暴行・脅迫要件のない立法例に関する一考察——」『日高義博先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂，2018年）165頁以下，嘉門優『法益論——刑法における意義と役割——』（成文堂，2019年）201頁以下など。
- (8) Jörg Eisele, in Schönke/Schröder-Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 177 Rn 1 ff.
- (9) アムネスティ国際事務局発表ニュース2018年11月24日「同意なき性行為は犯罪」https://www.amnesty.or.jp/news/2018/1206_7797.html（2019年5月1日閲覧）
- (10) Eisele, a.a.O., (Anm. 8), § 177 Rn 21f.
- (11) 改正以前のドイツ刑法は，暴行・脅迫のある場合を1年以上の自由刑としていた。改正後のドイツ刑法は，やはり暴行・脅迫のある場合を1年以上の自由刑とし，暴行・脅迫のない場合を6月以上5年以下の自由刑としている。
- (12) 暴行・脅迫要件を置いたまま，その他の類型を派生構成要件として置き，処罰範囲を拡大することも可能である。
- (13) 江藤隆之「スペイン刑法のプロフィール」桃山法学30号（2019年）1頁以下。
- (14) 改正後の「性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ」においてもスペインの刑法の紹介はない。
- (15) アムネスティ・前掲注(9)。この事件については，注(53)も参照。
- (16) ドイツにおいても強姦を意味する“Vergewaltigung”の見出しは，177条全体にかかっているのではなく，性行為をともなう177条6項1号を

指している。Gereon Wolters, in Satzger/ Schluckebier/ Widmaier-Kommentar, 4. Aufl., 2019, § 177 Rn 3, 89.

(17) 「暴行・脅迫のない不同意の性的行為が処罰されるべきである」という主張は、「暴行・脅迫のない不同意の性的行為は処罰される。暴行・脅迫があった場合はさらに重く処罰される」ということを否定するものではない。

(18) 私は以前、「日本では不能犯は不可罰であるが、ドイツの不能未遂は可罰的である」という言説について、日本の「不能犯」とドイツやスペインにおける「不能未遂」が意味するところが違うのであるから、このような対比は不正確なのではないかと問題提起したことがある。江藤隆之「スペイン刑法における不能未遂の可罰性」桃山法学30号（2019年）27頁以下参照。

(19) 本稿が割愛する第8章後半に定められている罪は、わいせつ物陳列、わいせつ物頒布、売春、児童ポルノ等である。

(20) 訳出するにあたって留意した点について、以下に示す。

①法的効果をあらわす際に使用される“será castigado”は直訳すれば「罰せられる」だが、日本刑法の表現にならない「処する」とした。

②“prisión”は「禁錮」と訳す。

③第8章のタイトルおよび181条1項に使用されている“indemnidad”は、「傷を受けない性質」を意味する。本稿では「不可侵性」と訳した。なお、国連による「女性に対する暴力に関する立法ハンドブック」において性暴力を定義するために使われている「身体の統合性」(integridad corporal)とは異なる概念である。

④“agresión sexual”における“agresión”は「攻撃」と訳すことにした。これを「侵害」と訳すことも考えた。特に、ドイツにおける“sexueller Übergriff”が「性的侵害」と訳されることとの関係では、性的侵害するのが自然であるのかもしれない。しかし、「侵害」は本来は刑法典にも刑法の論文にも頻出する“lesión”に当てるべき語であり、さらに“agresión”に当たらないが性的自由を侵害する“abuso”が観念できる以上、この“agresión”を「侵害」と訳すのは適切でないと判断し、本稿においては「攻撃」と訳すこととした。

⑤179条他に定められている“acceso carnal”は直訳すると「肉体的接触」であり、その意味は男性器を膣、肛門、口腔に挿入することである(V. Fermín Morales Prats y Ramón García Alberó, en; Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Parts y otros, Comentarios a la parte especial del

Derecho penal, 10.ed., 2016, pp. 314.) が, “contacto corporal” 「身体的接触」との区別のためもあり, 日本刑法においてはこれらの行為を「性交等」とするのでそれにならった。

⑥181条の “abuso sexual” の “abuso” は, 本来の語義として濫用という意味であるが, 「性的な暴行」「性的な虐待」の意味もある。しかし, 「暴行」と訳すと性的攻撃罪との差異が不明確になり, 虐待というと児童を対象とするとの誤解を生ずるおそれもある。“abusos deshonestos” を「強制わいせつ」と訳出する例もあるが, そうすると日本刑法の暴行・脅迫を用いた強制わいせつとの区別ができなくなるので, 本稿ではあえて本来の語義通り「濫用」とした。なお, 182条1項の “abusando” は, “abuso” の動詞形 “abusar” の現在分詞であり, ここでは日本語の「濫用」のニュアンスと合致する。

⑦181条3項の説明に使用する概念 “prevalimiento” は, 直訳すれば「利用」であるが, 「状況等を自分に有利なように利用すること」というニュアンスなので, 日本刑法179条にならって「乗じる」と訳した。

⑧184条の行為者が被害者に要求する “favor” は「行為者にとって利益ある行為」や「愛顧, ひきたて」など相手がこちら側に対して良く接してくれることを意味し, 婉曲的には「体を許すこと」といった意味もある。ニュアンスを伝える適切な訳語がなかったので, “favores de naturaleza sexual” をまとめて「性的性質を有する行為」と訳出した。

⑨法的効果としての「当該刑の上半分 (su mitad superior)」とは, スペインの刑の量定方法のひとつであり, 法定刑のうち上半分によって処断するという意味である。たとえば, 法定刑が2年以下6年以下の禁錮の場合は, その中間である4年を境に, 2年から4年を下半分, 4年から6年を上半分としてその指示によって刑を量定する。「半分」概念について, 江藤隆之「スペイン刑法における刑の減輕処理」桃山法学31号(2019年)23頁以下参照。

- (21) スペイン刑法の概要については, 江藤「スペイン刑法のプロフィール」前掲注(13)1頁以下参照。
- (22) Exposición de Motivos, LO 10/1995
- (23) Exposición de Motivos, LO 11/1999
- (24) Rafael Alcácer Guirao, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicos, 2004, p. 11.
- (25) 140条1項2号は次のように定める。
140条 次に掲げる状況における謀殺は, 終身刑に処する。

- 1) (略)
- 2) 行為者が被害者に対して犯した性的自由に対する罪の直後の所為であるとき
- (26) 性犯罪規定改正の沿革について簡潔に描写したコンメンタールとして Carmen Lamarca Pérez, Delitos contra libertad e indemnidad sexuales, en; Carmen Lamarca Pérez, Avelina Alonso de Escamilla, Esteban Mestre Delgado, Alicia Rodríguez Núñez, Delitos La parte especial del Derecho penal, 2.ed., 2017, pp. 167s.
- (27) Lamarca, (nota 26), p. 168. ドイツにおいても、人間の性的自己決定の自由が年齢や性別に関係なく守られるとされている。Vgl. Wolters, a.a.O. (Anm. 16), § 177 Rn 6.
- (28) Lamarca, (nota 26), p. 168.
- (29) Lamarca, (nota 26), p. 168.
- (30) Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, 21.ed., 2017, p. 193.
- (31) Muñoz, (nota 30), p. 193; Lamarca, (nota 26), p. 168.
- (32) STS de 23 de febrero de 1993 (roj STS 889/1993)
- (33) STS 39/2009 (roj STS 421/2009)
- (34) Muñoz, (nota 30), p. 194; José María Luzón Cuesta, Compendio de Derecho Penal Parte especial, 21 ed., 2018, pp. 109s.
- (35) STS 647/1998 (roj STS 2935/1998); véase también Lamarca, (nota 26), p. 169.
- (36) P.ej. STS de 13 de Marzo de 1995 (roj STS 1456/1995)
- (37) STS 494/2007 (roj STS 4458/2007)
- (38) STS 411/2014 (roj STS 2092/2014)
- (39) 最大判平成29年11月29日刑集71巻9号467頁が、これまで判例によって求められてきた強制わいせつ罪における故意以上の性的意図を不要であるとした流れと軌を一にするといえよう。
- (40) Muñoz, (nota 30), p. 195.
- (41) Muñoz, (nota 30), p. 195.
- (42) Muñoz, (nota 30), p. 196.
- (43) Luzón, (nota 34), p. 107.
- (44) Luzón, (nota 34), p. 106.
- (45) P.ej STS 889/2007 (roj STS 7027/2007)
- (46) SSTs 573/2017, 291/2018 (roj SSTs 3187/ 2017, 2354/ 2018)

- (47) Lamarca, (nota 26), p. 172.
- (48) Cfr. Morales y García, (nota 20), p. 310.
- (49) Morales y García, (nota 20), p. 310.
- (50) Morales y García, (nota 20), p. 310.
- (51) STS 39/2009 (roj 421/2009)
- (52) STS 39/2009 (roj 421/2009)
- (53) 暴行の程度を要求すること自体が不当であると考える向きもあり、刑法改正を要求する声もある。とりわけ、2016年に発生したパンブローナの La Manada 事件（18歳の女性が複数の男から性的行為をされた事件）をきっかけに、刑法改正を求める声が高まった。司法省は改正草案を準備したが、現行執筆時現在（2019年春）、この改正案はスペインの政治的混乱にともなって新政府が成立しないためペンディングされている。校正段階で、本件に対する最高裁判決が出た。本件は、法改正を待つまでもなく強制性交等罪となった。これまでの最高裁判決の流れをくむものであり、改正の必要性が示された形だが、改正の行方はまだわからない。議論が落ち着いた段階であらためて論稿を発表したい。
- (54) Muñoz, (nota 30), p. 196.
- (55) V. Luzón, (nota 34), p. 110.
- (56) 「故意とは、行為者の行為を通じて不法構成要件を構成する諸事実を実現することの認識と意思である」 Joaquín Cuello Contreras y Borja Mapelli Caffarena, Curso de Derecho Penal Parte General, 3 ed., 2015, s. 93.
- (57) Muñoz, (nota 30), p. 197.
- (58) 江藤・前掲注(18)27頁以下参照。
- (59) 178条の既遂の上限は5年「以下」の禁錮であり、179条の未遂の上限は1段階減軽を加えて6年「未満」（6年-1日以下）の禁錮である。V. p.ej. Carlos María Landecho Velasco y Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal Español Parte General, 10 ed., 2017, pp. 589ss.
- (60) Luzón, (nota 34), pp. 105ss.
- (61) Luzón, (nota 34), pp. 110ss.
- (62) スペインにおける共犯論については、Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General, 10 ed., 2016, pp. 399ss.
- (63) Alcácer, (nota 24), pp. 31ss; Muñoz, (nota 30), pp. 197s.
- (64) Muñoz, (nota 30), p. 200.
- (65) V. Alcácer, (nota 24), pp. 95ss.
- (66) STS 784/1998 (roj STS 3394/1998). 反復犯は、一括して刑を加重処

理される(74条1項)。

- (67) その際、証拠上の問題が生ずると指摘するものとして, Muñoz, (nota 30), p. 205.
- (68) V. Muñoz, (nota 30), p. 204.
- (69) ドイツ刑法と異なり条文に「認識可能」の文言はないが、解釈上必要とされる。
- (70) STS 408/2007 (roj STS 3648/2007)
- (71) Muñoz, (nota 30), p. 205.
- (72) Muñoz, (nota 30), p. 205.
- (73) 20条1号は、犯罪成立を阻却する事由として「違法行為の時点において、何らかの心理の異常または変調により、所為の違法性が理解できずまたはその理解に従って行動することができない者」を挙げている。
- (74) STS de 1 de Febrero de 1993 (roj STS 10085/1993)
- (75) Muñoz, (nota 30), p. 205.
- (76) Muñoz, (nota 30), p. 207.
- (77) STS 486/2016 (roj STS 2631/2016)
- (78) Muñoz, (nota 30), p. 207.
- (79) Alcácer, (nota 24), pp. 99ss.
- (80) Muñoz, (nota 30), p. 209.
- (81) Muñoz, (nota 30), p. 209.
- (82) V. Muñoz, (nota 30), p. 209.
- (83) LO 5/2010
- (84) LO 1/2015
- (85) Exposición de Motivos, LO 1/2015
- (86) Muñoz, (nota 30), p. 213; Luzón, (nota 34), p. 116.
- (87) Muñoz, (nota 30), p. 194.
- (88) 児童ポルノの禁止は189条に規定されている。通信手段を用いて未成年に取り入れる規定について, v. Elena Górriz Royo, “On-line child grooming” en Derecho penal español, InDret: Revista para el Análisis del Derecho, N.3, 2016, pp. 1ss.
- (89) Luzón, (nota 34), pp. 118ss.
- (90) Morales y García, (nota 20), p. 310.
- (91) STS 1135/2000 (roj STS 5157/2000)
- (92) Muñoz, (nota 30), pp. 215ss.
- (93) Muñoz, (nota 30), p. 236.

- (94) Luzón, (nota 34), pp. 131s.
- (95) ドイツ刑法177条2項2号は、客体に身体・精神の状態により意思形成・表明に著しい制限があることを利用する場合を暴行・脅迫のない処罰と同様に処罰する旨規定するが、スペイン刑法181条3項と同旨であろう。ドイツ刑法は同条4項に被害者の病気または障害に乗じる場合に重く処罰する規定を置いており、スペイン刑法も180条1項3号に加重規定を持つ。
- (96) 仮に暴行・脅迫要件のある罪を廃止すると、いわゆる痴漢行為から強制性交等まで含む過度に広範な構成要件ができてしまい、罪刑法定主義上の疑義が生ずるだろう。
- (97) 嘉門・前掲注(7)220頁参照。
- (98) 条例による痴漢行為処罰の問題点として、江藤隆之「条例による罰則制定の批判的検討」桃山法学26号(2017年)1頁以下参照。
- (99) 被害者が行為者に突然抱きすくめられ、声が出ず体が動かなくなっても、抵抗が行われなかったとしても、当該抱きすくめ自体が被害者の「声が出せずに体が動かせない」という状況を惹起しているのだから、現に反抗を抑圧していると評価することが可能であろう。この点、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣, 2016年)110頁の記述も参照。
- (100) たとえば検討会第6回会議における宮田桂子委員「現在、暴行・脅迫要件はかなり緩和されている」、井田良委員「判例実務は、被害者の意思に反する性交であったのかどうか、合意なき性行為であったのかどうかということを、行われた暴行・脅迫を状況証拠として用いつつ認定している(略)。判例実務にとり、意思に反すること、性交について合意が否定されることと、最狭義の暴行・脅迫の存在が認定されることとはイコールと考えられている」、田邊三保子委員「裁判官といたしましては、不意に暴行を加えられた人が驚愕に陥る、凍り付く、そういうような心理状態に陥るものであるということ、それ自体も考慮して考えている(略)。(略)いわゆる科学的な知見についても考慮の上で判断をしている」などの発言や、衆議院第193回国会法務委員会における林眞琴政府参考人の「暴行・脅迫が相手方の反抗を著しく困難ならしめる程度のものであるかどうか、これにつきましては、判例等によりまして、被害者の年齢、精神状態、行為の場所、時間等諸般の事情を考慮して、社会通念に従って客観的に判断されなければならないものと解されている」、「真に強姦罪等により処罰されるべき事案について、暴行・脅迫要件のみが障害となって処罰されていないという状況にはない(略)。例えば、

被害者が、加害者との人間関係や恐怖感から抵抗できない場合において抵抗していなかった、このことのみをもって暴行・脅迫が認められないというものではなく、(略)客観的な事情、状況を考慮してその暴行・脅迫というものが認定され得る」という発言など。

- (101) たとえば、佐久間修「いわゆる性犯罪と性暴力の罪」『日高義博先生古稀祝賀論文集(下巻)』(成文堂, 2018年) 77頁以下。検討会第6回会議における佐伯仁志委員も「もし暴行・脅迫の認定について被害者の心理を十分に考慮した認定がなされない場合があったのだとすると、それはやはり認定の仕方を被害者の心理を十分に考慮したものにしていくことが改善策」と発言している。
- (102) ドイツ刑法においては、177条2項1号ないし2号がこれである。
- (103) 日本刑法の準詐欺罪がまさに財産犯における「乗じた類型」であるように思われる。
- (104) 特に斉藤・前掲注(4) 68頁以下参照。
- (105) スペイン憲法25条2項は、自由刑および保安処分の目的は再教育と再社会化であって強制労働ではないと明文で宣言している。このような憲法の規定がスペインの自由刑および保安処分の制度に強い影響を与えている。スペインにおける自由刑の処遇については、日本弁護士連合会第59回人権擁護大会シンポジウム第3分科会実行委員会『死刑廃止と拘禁刑の改革を考える～寛容と強制の社会をめざして～』(緑風出版, 2017年) 105頁以下に詳しい。ただし、同書には複数個所においてスペインに終身刑はない旨の記述がある(105頁, 109頁, 161頁, 184頁など)が、日弁連の視察団がスペインを視察し同書の基となる報告書が作成された2016年の時点においてスペインには終身刑が存在した(すなわち同書の終身刑に関する記述は誤りである)ことに注意が必要である(江藤隆之「スペインにおける終身刑の概要と2016年日弁連報告書の誤りについて」桃山法学31号(2019) 127頁以下参照)。

スペインにおける危険運転の刑事規制

江 藤 隆 之

目 次

- I はじめに
- II 各構成要件とその関係
- III 比較と示唆
- IV おわりに

キーワード：スペイン刑法，交通犯罪，危険運転，刑事立法

I は じ め に

近年、あおり運転をはじめとする危険な自動車運転が社会問題化し、その対策が強く求められている。その要求は、刑法にとっても無関係ではない。日本刑法は、特別法たる「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」に自動車運転による重大な事案の刑事規制を定めており、危険運転致死罪等の規定を有するが、あおり運転そのものを処罰する規定は同法中にはない。道路交通法においては、いくつかの違反運転行為が犯罪として定められており、たとえば、高速道路上で車間距離保持義務（26条）に違反すると、3月以下の懲役または5万円以下の罰金（119条1項1号の4）に処せられるが、その法定刑の低さから社会問題化するあおり運転への対処としては不十分であるとの認識が一部から示されている⁽¹⁾。このような状況の中、頻発するあおり運転への刑事的対応として、あおり運転罪の創設や道路交通法上の犯罪の厳罰化を求める声もあがっており、2019年9月現在、政府・与党はあおり運転罪の創設に向けた検討を開始したことが報じられている⁽²⁾。

危険な運転の効果的な抑止が求められることは当然である。問題は、危険な運転を刑事的に規制することを考えるならば、それをどのように規定するのかという点にある。曖昧な刑罰法規は許されないという理念的な問題とともに、現実的にもたまたま一度車間距離が詰まってしまっただけで危険な運転であるとして通報され、これが重い罪として摘発されるようになっては、むしろ円滑な道路交通を妨げることにもなりかねない。他者の気に入らない運転をすべて危険な運転として告訴・告発が行われるような事態もまた避けられなければならないのである。

刑罰法規は、刑罰という国家による最も苛烈な強制措置の発動を規律するものであり、単にある行為の規制が求められているというだけで、当該行為の処罰規定を制定できるものではない。その範囲が明確に合理的な範囲に収まり、またその行為に対して刑罰を科すことの必要性および相当性

が認められなければならない。この意味において、あおり運転をはじめとする危険な運転を刑罰法規によって規制するとしても、どのように規定し、どの程度の刑罰をもって応じるのかが問題となるのである。

その議論のための資料として、諸外国が危険運転に対していかなる刑罰的規制を有しているのかを参照することは、意義深いものとなる。とりわけ、道路交通が発達し、日本と比較可能な刑法システムを有する国の規制を参照することは多くの恵みをもたらすといえよう。そこで、本稿では、日本と同様の刑法原則を承認し、かつ構成要件、違法性、責任の体系も共通するものの、日本刑法学にとって未紹介であるスペイン刑法⁽³⁾における危険運転の刑事的規制の状況を紹介して分析することにした。とりわけ、スペインの危険運転の規定は、抽象的危険犯、具体的危険犯、結果的加重犯とそれぞれの規定を置きつつ、行為態様の特定は日本の規定⁽⁴⁾ほど細かくはないという特徴があり、日本の規定と大きな差があるので、新たな知見・示唆を得ることが期待できるだろう⁽⁵⁾。

なお、スペインにおいても、当然道路交通の大部分は行政法が規制している。本稿においてはそちらは扱わず、刑事規制のみを扱うことにする。⁽⁶⁾

Ⅱ 各構成要件とその関係

a) 総説

①刑罰としての運転権利剥奪

日本刑法における刑罰は、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料、没収ですべてである⁽⁷⁾。したがって、運転免許の剥奪は、道路交通法による免許取消⁽⁸⁾しとして刑罰ではなく行政処分⁽⁸⁾に位置づけられることになる。

これに対して、スペイン刑法は、32条において刑罰を「この法律の規定によって科されうる刑罰は、主刑または付加刑のいずれの性質であっても、自由剥奪刑、その他の権利剥奪刑および罰金刑である。」と定め、権利剥奪刑（pena privativa de derecho）を刑罰⁽⁹⁾に含めている。その権利剥奪刑を定義する39条は、「権利剥奪刑は以下のものである」としたうえで、各種

権利剥奪刑を列挙し、その d 文において「自動車および原動機付自転車の運転権利の剥奪」を定めている。したがって、スペインにおいて犯罪を理由とする運転権利剥奪は、単なる行政処分ではなく、罪刑法定主義に服し、裁判所が宣告すべき刑罰として刑法に定められているといえることができる。なお、運転権利剥奪刑はその重さにより 3 つに分類されている。重刑 (pena grave) として 8 年以上の運転権利剥奪 (33 条 2 項 f 文) が、非重刑 (pena menos grave) として 1 年から 8 年までの運転権利剥奪 (同条 3 項 d 文) が、軽刑 (pena leve) として 3 月から 1 年までの運転権利剥奪 (同条 4 項 a 文) が定められている。

また、後述する速度運転超過罪に対して定められている社会奉仕労働 (trabajos en beneficio de la comunidad) も 1995 年の現行刑法制定時に導入された⁽¹⁰⁾権利剥奪刑の一種である (39 条 i 文)⁽¹¹⁾。

なお、交通犯罪に使用された自動車または原動機付自転車は犯罪に使用された道具であると 385 条の 2 の規定によってみなされるため、各本条の刑罰に加えて、自動車または原動機付自転車の没収も原則として行われることになる⁽¹²⁾。

②位置づけと保護法益

スペイン刑法第 17 編「集団の安全に対する罪 (De los delitos contra la seguridad colectiva)」の第 4 章は「道路交通安全に対する罪 (De los delitos contra la seguridad vial)」のタイトルを冠し、道路交通に関する罪を置いている。これは、2007 年改正によって現在のタイトルとなったものである。同改正以前は、「交通の安全に対する罪 (De los delitos contra la seguridad del tráfico)」と称されていたが、交通の安全全般について、規定の厳密化と現実に対応するための見直しの一環として、刑法の条文とともにタイトルも変更された。その他、本稿に関連する条文の改正につき、2010 年改正⁽¹⁵⁾によって 379 条および 381 条が、2019 年改正⁽¹⁶⁾によって 382 条および 382 条の 2 が現在の形となったものである⁽¹⁷⁾。本章にいう、「道路交通安全」は、「自動車の運転を法的に許された危険であるとして許容する法秩

序が設定する諸条件の全体」あるいは「自動車の運転が社会的に許容される範囲を超えて増大しないことを保障する諸条件」と定義される。⁽¹⁸⁾

この章の罪の保護法益 (bien jurídico protegido) については、その刑法典の位置づけの通り、集合的なものすなわち道路交通の安全 (seguridad vial) であるとする見解と、個人的法益として人々の生命および健康 (vida y salud de las personas) であるとする見解およびその両者 (tanto bienes individuales como el colectivo de la seguridad del tráfico)⁽¹⁹⁾ であるとする見解とが主張されている。⁽²⁰⁾ ムニョス・コンデは、本章の保護法益を集合的なものであると捉える見解を主張する。⁽²¹⁾ たしかに、交通と無関係な閉じた場所において自動車を用いて人に危険を生じさせる行為をしても、個人に対する罪については別論、本章の罪が成立するとは考えられないことに鑑みると、本章の保護法益については、集団の安全が含まれると理解するほかにないように思われる。しかしまた、ムニョスが同時に指摘するように、人に対して何の危険も生じていないのに処罰するということであれば、単なる行政規範違反の行為を刑事責任の対象とし、抽象的危険犯として刑事立法していく傾向を生み出すことになってしまう。⁽²²⁾ この点、セラノ・ゴメスとセラノ・マイリョが、本罪の法益を「人々の生命および肉体的な無傷性を保護するための道路交通の安全」⁽²⁴⁾と表現していることは示唆に富むといえよう。

③構成要件に用いられる用語の定義

これから紹介する各罪は、いずれも自動車または原動機付自転車を運転することを共通の構成要件的行為とし、それが「公共の道路」において行われることを書かれざる構成要件要素としている。

ここで運転客体となる車両たる “vehículo de motor” と “ciclomotor” の定義およびその訳語について明確にしておきたい。⁽²⁵⁾ 行政法たる「交通、自動車交通、道路安全に関する法律」の別表Ⅰは、各種用語について定義規定を有している。“vehículo” は、その6号に「第2条に定める道路または土地における運転に適した装置」と定められている。同法2条は「都市内

および都市間の交通に適した道路または公共の土地」と定議しているので、“vehículo”は交通の用に供する装置を意味していることになる。“motor”は「エンジン」であるから、“vehículo de motor”は、エンジンによって動く車両を意味することになる。“ciclomotor”は、別表Ⅰの9号に列挙される3つの装置の総称である。3つの装置とは、「内燃エンジンなら排気量が50 cm³以下、電気モーターなら最大出力が4kw以下で構造上45 km/h以上の速度が出ない2輪車」、「上記の条件を充たす3輪車またはその他内燃エンジンを搭載している場合はその最大出力が4kw以下の3輪車」、および「上記3輪車にかかる条件を充たしかつ乾燥重量350 kg以下の4輪車」である。すなわち、小型の原動機付2輪車、3輪車、4輪車である。これらの定義と完全に一致する日本語の訳語は見出しがたい。そこで、本稿は、ひとまずそれぞれ“vehículo de motor”を「自動車」、 “ciclomotor”「原動機付自転車」と訳出することにしたい。日本の自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律1条1項に従えば両者をあわせて単に「自動車」とすることで足りるとも思われるが、スペイン刑法の原語において区別されているので——結局のところ刑法においては常に両者を並べて規定しているので区別の実益は特にないが——訳語においても区別するものとし、厳密には対応しないものの日本の道路交通法2条1項9号および10号の用語にならない、「自動車」と「原動機付自転車」の語を借用することにした。

本章の罪の構成要件的行為は、自動車および原動機付自転車の「運転」(conducción)である。したがって、自転車、動物に牽引された車両、電車、航空機の運転または操縦は含まれない。⁽²⁶⁾これらの罪には共犯が成立する可能性はあるものの、運転は現に運転している者にしかできないため、⁽²⁷⁾助手席に乗っている者は、運転者ではない。

犯罪行為の現場としての公共の道路(vía pública)が公道に限られるかについては争いがある。⁽²⁸⁾学説の一部は、公道の交通に接続する場における行為についてのみ本章の罪の適用があるとする。これらの学説によれば、パティオやガレージや閉じられた私道における行為に、本章の罪の適用は

ないことになる。しかし、通説は、たとえば歩行者専用道路や公園、広場などの公道の道路交通から閉じられた場所においても適用はあるべきであり、構成要件的行為の場所は、公道であると私道であると問わないと解している⁽²⁹⁾。判例は、少なくとも交通（circulación）の存在を前提とする⁽³⁰⁾。最高裁2015年1月29日判決においては、行為者が自動車を運転して駐車場から30メートル離れた海に一直線に飛び込んだという事案を検討し、このケースでは自動車は海に飛び込むだけであり、交通に接続しているわけではないから道路交通の安全に対する罪は適用されなかったとした。

b) 速度超過・薬物摂取運転罪

「道路交通の安全に対する罪」の冒頭は379条1項の速度超過運転罪および2項の薬物摂取運転罪である。以下に条文およびその内容を確認していく。

379条1項

規則によって許可された速度を、都市道路においては時速60キロメートルを超え、または都市間道路においては時速80キロメートルを超えて自動車または原動機付自転車を運転した者は、3月以上6月以下の禁錮または6月以上12月以下の罰金または31日以上90日以内の社会奉仕労働に処し、いずれの場合においても、自動車および原動機付自転車の運転権利を1年を超え4年までの期間剥奪する。

本項は、速度超過運転罪（delito de conducción a velocidad excesiva）を定めるものである。構成要件的行為については、速度の規定があるのみで、抽象的危険犯であると解され、他人の生命に対する具体的危険ないし侵害結果の発生は要求されない⁽³¹⁾。

本罪は、都市道路においては制限時速を60 km/h以上超過し、都市間道路においては制限時速を80 km/h以上超過することによって成立する罪であるが、それぞれの制限速度が行政法規たる交通一般法（Reglamento General de Circulación）に委ねられているという意味において白地刑法

(ley penal en blanco) である。⁽³²⁾ 現に、本罪の構成要件的行為は、道路の種類、運転者の種類、自動車および原動機付自転車の種類によって違ってくる。⁽³³⁾ たとえば、通常の市街地を通常の車で運転するのであれば制限速度は 50 km/h であるが、運転している車両が危険物を運ぶ商業車両であれば 40 km/h である。都市間道路であっても、それが自動車道 (autovía) または高速道路 (autopista) であれば 120 km/h が制限速度となり、在来幹線道路 (carretera convencional) であれば 100 km/h が制限速度となり、それ以外の市街地外の道路であれば 90 km/h である。その他、運転者が初心者か否か、⁽³⁴⁾ 自動車がキャンピングカーであるかバスであるか等によっても制限速度は変わってくる。したがって、本罪を構成する具体的な速度は、行政法規による制限速度が定まった後に決定されることになる。

ムニョスは、このような違反速度の数値化は、法的安定性には寄与するものの、具体的事案に即した法的柔軟性を欠くことになると批判する。ムニョスは、交通量がなく晴れている高速道路 (制限速度 120 km/h) において 200 km/h で走行することが本罪を構成するのに対し、人通りがある雨天の市街地を 40 km/h 超過で運転することが本罪を構成しないことを例に挙げて、本罪が法的柔軟性を欠いていることに批判的に言及する。⁽³⁵⁾ しかし、ムニョス自身がカッコ書きで正しく譲歩しているように、⁽³⁶⁾ 後者の事案においては、380 条の罪を成立させる可能性があるのであるから、結論として妥当性を欠くとまではいえないだろう。

本罪は速度違反に対して故意犯であり、抽象的にありうる死傷の結果に対しては故意犯ではない。⁽³⁷⁾ したがって、生命・身体ある他人の存在を認識している必要はないが、自己が速度超過運転を行っていることの認識が要求される。ところが、運転者が超過速度を正確に知っていたことの立証は一般に困難である。そこで、ソラ・レチェによれば、運転手にとって顕著な速度超過の認識があれば足り、正確な速度の認識を立証することは不要であるという。⁽³⁸⁾

2 項

自動車または原動機付自転車を中毒性薬物、麻薬、向精神物質またはアルコール飲料の影響下において運転した者も、同様に刑に処する。いずれの場合においても、呼気中のアルコール濃度が1リットルあたり0.6ミリグラムを超える場合、または血中アルコール濃度が1リットルあたり1.2グラムを超える場合は、上記の刑を科す。

本項は、各種薬理作用のある物質摂取後、その影響下にある状態で自動車等を運転する罪 (delito de conducción bajo de influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas) を前段に、高濃度アルコール運転罪 (delito de conducción con altas tasas de alcohol)⁽³⁹⁾ を後段に定めている。

前段に定められている各種物質は、いずれも運転者の心理機能に作用し、反射や注意力を減退させるものである⁽⁴⁰⁾。ところが、薬理作用の効き目は人それぞれであり、必ずしも一様ではない。したがって、各種薬物の「影響下」であるといえるかの証明には一定の困難をとまうことになる。そのため、アルコールについては具体的数値を用いた基準を後段に明示し、その基準を超える場合には、影響下にあることの証明は不要となり、本罪によって処断可能であるとしている⁽⁴¹⁾。もちろん、アルコールがこれらの基準を下回り、後段の適用が排除される場合であっても、アルコールの影響下で運転したといえる場合は前段の適用が可能であるが、その証明は他の薬物の場合と同様に困難となる⁽⁴²⁾。実務においては、その証明のためには、ドライバーの喋り方、千鳥足であること、アルコール臭に関する証言、とりわけ交通警察による観測で足りるとされているが、理論的にそれで満足できるのかにつき疑問が残らざるをえないだろう⁽⁴³⁾。

本罪も前段・後段ともに1項と同様に抽象的危険犯なので、⁽⁴⁴⁾ 具体的危険の発生が要求されているわけではない。しかし、深夜に一切人通りのない場所で数メートル車を動かした際に酔っていたという事実のみで処罰することを避けようとするのであれば、人命等に対する具体的危険は要求され⁽⁴⁵⁾

ないにせよ、交通の安全に対する一定の危険関連性は要求されるのではないかと⁽⁴⁷⁾の指摘もある。

アルコール等の影響下で規定速度を超過して運転した場合には、379条1項前段または後段および2項の観念的競合となる⁽⁴⁸⁾。

主観的構成要件要素として、自らが酔ってまたは薬物を摂取して運転することの認識が故意として必要である⁽⁴⁹⁾。その認識を欠く過失の場合、処罰は不可能である。

行為の際に、飲酒や薬物により判断力を失っていたとしても、刑事責任を阻却する20条も減軽する21条⁽⁵⁰⁾も適用されない。その説明に原因において自由な行為（*actio libera in causa*）⁽⁵¹⁾の理論が持ち出されることもある⁽⁵²⁾。だが、最高裁の主張は、もっと単純である。最高裁は旧刑法下で「犯罪を構成する基本的要素が、同時に犯罪を宥恕する原因となることは、論理的にありえない」との判断を下し、それを現行法下においても維持している⁽⁵³⁾。ただし、場合によっては減軽もありうると主張する反対説も少数ながら唱えられている⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾。

本条に関するアルコール検査および薬物検査については、権限のある公務員から求められたにもかかわらず拒否すると犯罪を構成する。その条文を確認しておく。

383条

権限のある公務員から、前数条に関連して、アルコール濃度、中毒薬物、麻薬、向精神物質の存否にかかる検査のための法定的な試験の要求を受け、それに従うことを拒否した運転者は、6月以上1年以下の禁錮および1年から4年の期間の自動車および原動機付自転車運転権利剥奪刑に処する。

379条および383条の罪は、385条の3の規定により、裁判官または裁判所は、危険の軽微性および所為のその他の状況を考慮して合理的な理由があるときは、その禁錮刑を1段階減軽することができる⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾。

c) 無謀運転罪

380条は、1項において明白に無謀な運転によって具体的危険を発生させる無謀運転罪 (*delito de conducción temeraria*) を定め、2項においてその解釈に注を加えている。条文を確認しよう。

380条1項

自動車または原動機付自転車を明白に無謀な態様で運転して、他人の生命または無傷性に対する具体的危険を発生させた者は、6月以上2年以下の禁錮に処し、自動車および原動機付自転車の運転権利を1年を超え6年までの期間剥奪する。

2項

この規定の解釈につき、前条の1項および2項前段に規定する状況があるときは、その行動を明白に無謀であるとみなす。

無謀運転罪は、構成要件要素として自動車等の運転にくわえて、さらに2つの要素を規定している。ひとつが明白に無謀な運転 (*conducción con temeridad manifiesta*) であり、もうひとつが人々の生命または無傷性に対する危険結果の発生 (*producción de un resultado de peligro para la vida o la integridad de las personas*)⁽⁵⁸⁾ である。2項は、これら2つの要素に関するみなし規定である。

①明白に無謀な運転

多数説は、運転者が交通ルールの最も基本的な規範に違反したとき、その運転は「無謀」(*temeridad*)⁽⁶⁰⁾ であるとする。ムニョスの挙げる例によれば、「50 km/h までしか許されていない道で 100 km/h で運転すること、対向車の交通量が多く見通しの悪いカーブで左車線 (スペインでは車両は右側通行なので対向車線の意味：引用者注) に進入すること、交通量の多い道で高速度でバック走行やジグザグ走行を行うことなど」⁽⁶¹⁾ がこれに当たる。少数説は、単に運転者が交通ルールの最も基本的な規範に違反しただけでは足りず、具体的なケースの諸状況をも勘案しなければならないとする。

「明白に」(manifiesta)とは、第三者にとって明らかである必要があるという意味である。したがって、単に基本的な交通ルール違反があつて運転が無謀であつたとしても、それが第三者にとって明らかでないときは、本罪は成立しない。第三者とは、個々の観察者や運転者自身の主観的評価を超えるものであり、客観的に危険発生がありうるか否かの判断である。⁽⁶²⁾たとえば、混雑する時間帯に人出のある地域を高速度で運転することや、悪路や霧の中を高速度で運転することと、夜明け頃の交通量のほとんどない高速道路を高速度で運転することはまったく違う。⁽⁶³⁾交通規則を侵害する行為は、無謀として評価されるものの、それが客観的に危険でない場合には、「明白に」に当たらないため、本罪の行為たる「明白に無謀な運転」には当たらないというのが通説の理解である。

②具体的危険の発生

明白に無謀な運転があつたとしても、他人の生命または無傷性に対して事後判断による具体的危険が発生していなければ本罪は成立しない。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾危険が発生する被害客体は、車外の第三者にかぎられず、無謀運転を発見しこれを阻止しようとする警察官や危険について引き受けていない同乗者であつてもよいが、⁽⁶⁶⁾行為者本人に対する危険では足りない。⁽⁶⁷⁾もちろん、現に目に見えている者に対する危険である必要はない。最高裁は、交通警察の追跡を逃れようとして、他の車を追い越すために対向車のある対向車線にはみ出したような場合に危険の発生を肯定している。⁽⁶⁸⁾なお、1度の無謀運転で複数の人に対して具体的危険が発生しても、成立するのは1罪である。⁽⁶⁹⁾

③みなし規定

本項は、前条1項に規定する速度超過および前条2項前段に規定する薬物等の影響下にある運転を、明白に無謀な運転であるとみなす規定である。本項はみなし規定であつて定義規定ではないため、前条1項または2項前段に該当しない場合を明白に無謀な運転から除外するものではない。⁽⁷⁰⁾また、本規定は「明白に無謀な運転」についてのみの規定であるため、本規定に

該当する場合であっても具体的危険の発生が別途要求される。

すなわち、379条の行為態様を行った行為者については、具体的危険の発生⁽⁷¹⁾の証明があったときは380条、なかったときは379条で処断されることが帰結される。

④故意

本罪も故意犯であるから、無謀運転の認識⁽⁷¹⁾が要求される。無謀運転の認識とは、他人に対する危険の認識で足り、具体的な他人の傷害結果などを認識している必要はない。もちろん、未必の故意 (dolo eventual) で足り⁽⁷²⁾る。

d) 生命軽視運転罪

381条は、他人の生命に対する明らかな軽視による運転罪 (delito de conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás) を規定している。⁽⁷³⁾ 1項では明文で具体的危険の発生が要求されていないが、2項に具体的危険が発生しなかった場合の減軽類型を置いているため、1項は具体的危険が発生した場合の法定刑を定める具体的危険犯、2項は具体的危険が発生しなかった場合の法定刑を定める抽象的危険犯と理解される。⁽⁷⁴⁾ 条文は以下の通りである。

381条 1項

他人の生命に対する明白な軽視をもって前条に定められた行為を行った者は、2年以上5年以下の禁錮、12月から24月の罰金に処し、あわせて6年から10年の間の自動車および原動機付自転車の運転権利を剥奪する。

2項

人々の生命または無傷性に対する具体的危険が生じなかった場合は、1年以上2年以下の禁錮、6月以上12月以下の罰金、ならびに前項に規定する期間の自動車および原動機付自転車の運転権利剥奪刑に処する。

構成要件の行為は、「前条に定められた行為」であり、すなわち明白に無謀な運転である。⁽⁷⁵⁾ 前条には、380条2項のみなし規定も含まれるため、379条1項の速度超過運転および同条2項前段の薬物等影響下運転も本罪の構成要件の行為となる。

解釈上問題となるのは、「他人の生命に対する明白な軽視」という主観的構成要件要素の規範的意味である。この主観的要素は、1995年刑法制定時点では「認識ある軽視」(consciente desprecio: 旧384条)と表記されていたものを、立法者が2007年改正において「明白な軽視」(manifiesto desprecio)⁽⁷⁶⁾に書き換えたものであるが、⁽⁷⁷⁾多分に価値判断を含む主観的な要素であるという点において、交通犯罪に規定される他の要素と比して際立った特徴的な要素であるといえる。⁽⁷⁸⁾

どのような場合に、行為者が他人の生命に対する明白な軽視をしていたといえるのかについて、最高裁は、「運転者が自身の行動が事故を起こす高度の蓋然性を認識したに違いないのにもかかわらず、その運転意図に固執した」ときに明白な軽視があると述べている。⁽⁷⁹⁾ このような最高裁の態度は、実質的には、本罪を自動車または原動機付自転車を使用した未必の故意による殺人未遂を処罰する規定であると学説によって理解されることがある。現に、エスクチュアリは、「他人の生命に対する明白な軽視は、実務的には殺人の未必の故意であると考えられている。この観点からは、381条は未必の故意による殺人または傷害の未遂犯を構成要件化したものである」と評する。⁽⁸⁰⁾ ただし、セラノ・ゴメスとセラノ・マイリヨは、「生命への明白な軽視」を「運転者が傷害結果の可能性を認識していながら、そのような運転を続けることである。これは、未必の故意による傷害または殺人の罪の場合でありうる」と認めつつも、「アプリオリに殺人ないし傷害の未必の故意であるということはできない。というのも、行為者が常に結果を受け入れているとはかぎらず、そのような結果が発生しないと信じている場合もあるからである」といい、認識ある過失の場合も含まれることを指摘している。⁽⁸¹⁾⁽⁸²⁾⁽⁸³⁾

1項の法文中には書かれていないが、2項の解釈から当然に1項の適用

のためには具体的危険の発生が必要であると解され、具体的危険の発生がなかったときは2項によって処断される。この規定方法を素直に読めば、1項が具体的危険を構成要件要素とする原則構成要件で、2項が具体的危険の不発生および抽象的危険を構成要件要素とする例外的減輕事由であると考えられそうであるが、学説はそうのように解していない。学説によれば381条は、抽象的危険犯である2項が基本類型であり、具体的危険の発生は単なる刑を加重(cualificación)する要素にすぎない。ムニョスは、「具体的危険状況の創出は、単なる刑の加重事由であって、381条の特別な構成要件要素ではない⁽⁸⁴⁾」と述べている。当然、この刑の加重要素たる具体的危険も、他人に対する危険でなければならず、運転者自身や危険を引き受けている同乗者に対する危険では足りない⁽⁸⁵⁾。

e) 致傷罪

以上の各罪を犯して傷害の結果を発生させたときの処断について382条が定めている。

382条

379条、380条および381条によって処罰される行為を犯し、それらの規定する危険にくわえて、犯罪を構成する侵害結果を発生させたときは、その重大さにかかわらず、裁判官または裁判所は、そのうち最も重く処罰される違法行為のみを評価し、その上半分の刑に処し、いずれの場合においても発生した民事責任による損害賠償を宣告する。

侵害結果が381条の罪によって生じたときは、いずれの場合も、当該条文に規定されている自動車および原動機付自転車運転権利剥奪の上半分を適用する。

本条によれば、379条ないし381条の罪を犯し、侵害結果を発生させたときは、「そのうち最も重く処罰される違法行為のみを評価」し、「その上半分の刑に処」されることになる。「そのうち最も重く処罰される違法行為のみを評価」とは、日本刑法における「傷害の罪と比較して、重い刑に

より処断する」と同様の規定である。ここでいう、犯罪を構成する侵害結果とは、人に対しては死亡または傷害（muerte o lesiones⁽⁸⁶⁾）を意味し、それぞれ過失致死罪（homicidio imprudente）または過失傷害罪（lesiones imprudentes）を参照することになる。

過失致死罪は、重大な過失（imprudencia grave）による場合には142条1項により処断され、1年以上4年以下の禁錮および1年から6年までの運転権利剥奪⁽⁸⁷⁾刑、重大でない過失（imprudencia menos grave）による場合には142条2項により3月以上18月以下の罰金に処される。なお、2019年改正により、379条の罪（速度超過または薬物・アルコール等影響下運転）を犯しているときは、重大な過失があるとみなされることになった⁽⁸⁸⁾。

152条に定める過失傷害罪は、1項において重大な過失によることを要件に、傷害の程度が身体は無傷性、身体、健康、精神の健康を傷つけた場合は3月以上6月以下の禁錮または6月から18月の罰金、主要な器官を傷つけあるいは性的不能、不妊、重度の身体または精神の障害をもたらした場合は1年以上3年以下の禁錮、主要でない器官の障害をもたらした場合は6月以上2年以下の禁錮に処され、かついずれの場合も1年から4年までの運転権利剥奪⁽⁹⁰⁾刑に処される。重大でない過失によるときは、2項が適用され、傷害の程度にかかわらず3月以上12月以下の罰金および3月以上1年以下の運転権利剥奪刑となる。過失致死の場合と同様に、379条の罪を犯しているときは、重大な過失があるとみなされる。

382条は、上半分の刑を適用することを定めている。上半分の刑とは、スペインにおける刑の加重方法であるが、日本刑法学の文脈からは量刑指示であると考えられよう。たとえば、1年以上4年以下の禁錮であれば、その長期と短期の差は3年であるため、2年6月を中間点として、それより長い刑が上半分、それより短い刑が下半分となる。すなわち、1年以上4年以下の禁錮が定められているときに「上半分を適用する」との指示が条文にあったとき、裁判官または裁判所は、2年6月以上4年以下の刑の中から選択刑を選択することになるのである⁽⁹¹⁾。

また、382条の規定にあるように、スペインにおいては犯罪に対する民

事責任 (responsabilidad civil) が刑法典第1部第5編⁽⁹²⁾に規定されており、その際は民事責任についても刑事裁判の結論として宣告することになる。民事責任の範囲は、刑法110条により「1, 物等の返還, 2, 損害の回復, 3, 物質的・道徳的損害への賠償」と定められている⁽⁹³⁾。

f) その他

以上に紹介した罪の他、道路交通の安全に対する罪としてスペイン刑法第17編第4章には、382条の2に事故現場立ち去り罪(事故の原因に応じて、6月以上4年以下の禁錮および1年から4年までの運転権利剥奪または3月以上6月以下および6月以上2年以下の運転権利剥奪)⁽⁹⁴⁾が、384条に無免許運転罪(3月から6月の禁錮または12月から24月の罰金もしくは31日から90日の社会奉仕労働)⁽⁹⁵⁾が、385条に往来危険罪(6月以上2年以下の禁錮または12月以上24月以下の罰金および10日から40日までの社会奉仕労働)⁽⁹⁶⁾が定められている。

Ⅲ 比較と示唆

ここで、日本の「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」とスペイン刑法典とを危険運転の処罰に絞って比較しておこう。くわえて、道路交通法の酒気帯び運転罪と高速道路上の車間距離保持義務違反罪についても簡潔に触れておく。

a) 行為態様について

日本の「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」第2条に定める行為態様は、①アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させる行為、②その進行を制御することが困難な高速度で自動車を走行させる行為、③その進行を制御する技能を有しないで自動車を走行させる行為、④人又は車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の直前に進入し、その他通行中の入又は車に著しく接近し、

かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為、⑤赤色信号又はこれに相当する信号を殊更に見放し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為、⑥通行禁止道路を進行し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為、である。続けて、3条に⑦アルコール又は薬物の影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転する行為、⑧自動車の運転に支障を及ぼすおそれがある病気として政令で定めるものの影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転する行為が定められている。

それぞれ、死傷の結果が要求されているが、ひとまず行為態様のみをスペイン刑法のそれぞれの規定と照らし合わせてみたい。

①の「アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させる行為」は、スペインで行われた場合は、379条2項に該当しそれ自体処罰対象となる。ただし、日本では「正常な運転が困難な状態」であることが求められているが、スペインではアルコールまたは薬物の影響下にありつつ運転すればそれで十分である。なお、この態様の運転は、380条2項によって無謀運転であるとみなされるので、他人の生命または無傷性に対する具体的危険の発生が認められれば380条の無謀運転の罪が成立する。

②「その進行を制御することが困難な高速度で自動車を走行させる行為」および③「その進行を制御する技能を有しないで自動車を走行させる行為」は、スペイン刑法においては、それぞれの行為が第三者から見ても無謀であると判断される場合は、明白に無謀な運転であるとして、——犯罪成立には具体的危険の発生が必要であるが行為態様としては——無謀運転罪の行為となる。高速度運転については、その速度が379条1項の規定を超えている場合は、その行為自体が379条1項の速度超過運転罪に該当し、仮に具体的危険の発生が認められるならば、380条2項の規定により、第三者の判断を経ずに無謀運転であるとみなされるため、無謀運転罪が成立することになる。

④「人又は車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の直前に進入し、その他通行中の人又は車に著しく接近し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為」は、人又は車の通行を妨害する目的を有する目的犯であり、重大な交通の危険を生じさせる速度で運転することについては故意があり、かつ具体的に他者の存在を認識しているのであるから、スペイン刑法においては「他人の生命に対する明白な軽視をもって」に該当し、生命軽視無謀運転罪（380条各項）になるように思われる。このときは、抽象的危険犯処罰規定（381条2項）もあるため、——「重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為」とは行為自体が抽象的に危険であることを意味しているので——具体的危険発生の有無にかかわらず処罰される。

⑤「赤色信号又はこれに相当する信号を殊更に見無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為」は、無謀運転（380条1項）の行為であるが、仮に赤色信号付近に他人がおり、その者に危険が発生することを認識しつつ、赤色信号を殊更に見無視して危険速度で運転した場合は、生命軽視無謀運転罪（381条）が成立し、具体的危険の発生の有無によって同条の1項か2項かが決定される。⑥「通行禁止道路を進行し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為」も同様である。

3条1項の行為態様である、⑦「アルコール又は薬物の影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転する行為」は、スペインでは、「アルコールまたは薬物の影響下にある運転」であるから、前述①の「アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させる行為」と取り扱い是不変である。

3条2項に定める⑧自動車の運転に支障を及ぼすおそれがある病気として政令で定めるものの影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転する行為については、スペイン刑法典中にその処罰をする規定は見当たらない。

b) 結果について

日本においては、死傷結果の発生が危険運転致死傷罪成立の要件である。危険運転罪ではなく、危険運転致死傷罪なのである。これに対して、スペインでは、抽象的危険犯、具体的危険犯の各規定を基本にしており、死傷の結果が発生したときには、傷害の罪と比較してその重いものの上半分の刑を適用することになっている。

c) 道路交通法のいくつかの罪との関係

日本の交通犯罪は、重大なものは「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」に定められているが、基本的なものについては「道路交通法」に定められている。罪となる行為は多く定められているが、ここでは、酒気帯び運転（117条の2第1号）、高速道路における車間距離保持義務違反（119条1号の4）に限定して、スペイン刑法との対応関係に触れておく。

日本道路交通法によれば、アルコールの影響により正常な運転ができないおそれがある状態で車両等を運転した者は、5年以下の懲役または100万円以下の罰金に処せられる（117条の2）。これは、スペイン刑法279条2項の罪に対応する。ただし、日本においては「正常な運転ができないおそれがある状態」が要求されるが、スペインにおいては要求されていない。法定刑は、日本の方が圧倒的に高いが、日本の規定形式によれば、道交法上の酒気帯び運転の行為はあくまでも道交法の酒気帯び運転の行為であり、前述の危険運転致死傷罪におけるアルコールの影響下の運転の行為態様とは要件が異なっている。すなわち、道交法においては「正常な運転ができないおそれがある状態」が求められ、危険運転致死傷罪等においては「正常な運転が困難な状態」または「その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」が求められているのである。スペインにおいて、行為のみとしては法定刑が軽いアルコール影響下運転の行為が、現実の危険や結果の発生に応じて危険犯や結果的加重犯へと連続的に加重されていく、つまり禁止行為は同一のまま結果無価値に応じて加重されていくのと対照

的である。

高速道路における車間距離保持義務違反は、解釈上困難な論点があるわけではないが、あおり運転との関係で触れないわけにはいかないだろう。日本道路交通法は、26条において「車両等は、同一の進路を進行している他の車両等の直後を進行するときは、その直前の車両等が急に停止したときにおいてもこれに追突するのを避けることができるため必要な距離を、これから保たなければならない」と定めている。この点、行為規範レベルにおいては高速道路上でなくとも車間距離を保持する義務が生じていることになる。ただし、同法119条は「次の各号のいずれかに該当する者は、3月以下の懲役又は5万円以下の罰金に処する。」とし、同条1号の4において「第26条（車間距離の保持）の規定の違反となるような行為（高速自動車国道等におけるものに限る。）をした者」と定め、刑事制裁の発動範囲については高速自動車国道等におけるものに限定している。この罪に対応する規定は、直接スペイン刑法典中に見出すことはできない。しかし、高速道路における適正な車間距離の不保持が明白に無謀な運転であると評価されるとき、具体的危険の発生を前提として380条1項の無謀運転罪に、行為が他人の生命に対する明白な軽視によるものであると評価されるときは、具体危険の発生がある場合は381条1項、具体的危険の発生がないときは381条2項の罪（生命軽視運転罪）によって処断されることになる。もちろん、スペインにおいては、高速道路上に限られず、一般道上においても無謀運転罪や生命軽視運転罪は成立しうる。

d) 比較の簡単なまとめ

スペインの道路交通に対する罪は、基本となる行為を抽象的危険犯として広く禁止したうえで軽い制裁を定め、具体的危険や結果の発生といった結果無価値および行為態様の悪質性といった行為無価値の重大性に応じて、それぞれ重い罪を成立させる体系を有している。各罪の間は連続していて切れ目がない。

これに対して、日本法は、道路交通法ではほとんど結果ではなく行為の

みに着目した規制が行われ、自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律では、一定以上の危険運転行為が行われたことを前提に現に致死傷の結果が生じることを要求しており、各罪の規定間に断絶がある。とりわけ、道路交通法違反の各罪と危険運転致死傷罪との中間に位置すべき具体的危険が発生した場合や認識ある過失のような行為態様が極めて悪質である場合などを正当に評価に取り込む規定がない。これが不処罰を意味する処罰の間隙となるかという点、危険運転致死傷罪が成立しない程度の危険運転行為は、道路交通法違反や（結果は発生したが行為態様が危険運転致死傷罪に足りなかった場合などは）他の過失犯によって一応のカヴァーはなされているため、これらの行為が無罪となるわけではない。しかし、その処罰は具体的危険や行為の悪質性を考慮しない罪として処罰されるにすぎないため、結果無価値や行為無価値の重大性に対応するものとはなっていない。すなわち、日本の交通犯罪の規制には処罰の間隙ではなく、実際は2階相当まで無価値の階段を登ったように思われるのに、1階の扱いをされるフロアのような、処罰の中2階が存するのである。

たとえば、致死傷結果が発生していない「アルコール影響下で正常な運転が困難な状態で運転」の場合は、自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律に処罰規定がなく、この行為を包含する道路交通法の「アルコール影響下で正常な運転ができないおそれがある状態で運転」の範囲でのみ処罰されることになる。行為としては危険運転致死傷罪にあたる行為（2階の行為）を行ったとしても、そしてそれにより具体的危険が発生したとしても、——自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律としては犯罪不成立であり、道交法も入れた法秩序全体としては評価の格落ちがあるため——1階の行為を行い具体的危険の発生もなかった罪と同様の処罰（1階の処罰）となるのである。

Ⅳ お わ り に

危険運転をどのように刑法的に禁圧するかはそれぞれの国家の立法政策

によるところが大きい。そのため、外国における規定が日本にそのまま導入されうるものではない。ただし、スペインは、罪刑法定主義、責任主義、故意犯処罰の原則、法益保護主義等の日本と同じ刑法原則を承認し、構成要件該当性、違法性、責任の日本と同様の犯罪論体系を展開する国であり、その法的な現状は、一定の示唆を与えるだろう。

私見では、抽象的危険犯の処罰や軽微な規範違反に対する刑事処罰には慎重になるべきであると考えが、スペインでいうところの生命軽視無謀運転態様については、具体的危険の発生を前提として処罰するような立法を行ったとしても、処罰範囲の不当な拡大とまではいえないように思われる。それは、処罰範囲の拡大というよりは、日本法において断絶している道路交通法と危険運転致死傷罪との空白を適切に埋め、結果無価値と行為無価値に応じた連続的な対処を試みるものであるといえよう。

現に、死亡者を出す重大な事件が発生し、それでも危険でセンセーショナルな⁽⁹⁷⁾あおり運転が後を絶たない中、⁽⁹⁸⁾問題とされているのは単なる車間距離の不保持や単なる割り込み行為ではなく、行為者が自らの行為が他人に死傷結果をもたらす危険性を十分に認識しつつ、具体的な標的を定め執拗にその標的に対して危険な行為を繰り返し行うことである。ここに、他者の生命・身体や道路交通の安全に対する高度の継続的な危険を看取することができる。このような行為に限定されるのであれば、単純に車間距離を一度詰めただけの行為よりも重く処罰されることが、行為態様に着目する行為無価値、法益侵害ないしその危険に着目する結果無価値いずれの評価においても理論上正当化可能であろう。なお、実効的な危険運転の予防のため、危険運転を行った者には一定期間運転を刑事的に禁止する対処も必要であろう。刑罰としての運転禁止刑の導入もあわせて検討の対象とされるべきである。

(了)

注

- (1) たとえば、弁護士の高橋裕樹は、2019年9月5日付朝日新聞朝刊13頁

オピニオン面に「あおり運転の抑止には厳罰化が効果的です。現状では、重大な事故が起こったときには『危険運転致死傷罪』に問えますが、取り締まるためにも『あおり運転罪』の創設が必要だと思います。あおり運転罪がないため、いまは道路交通法の車間距離不保持や、懲役2年以下の暴行罪が適用されています。一方、飲酒運転の場合、酒気帯び運転なら3年以下の懲役、酒酔い運転なら5年以下の懲役などが科せられます。積極的に危険な運転をするあおり運転は悪質なので、酒酔い運転同様、懲役5年はあってもいい。あおり運転で検挙された人に、アンガーマネジメントなどの講習の受講を義務化してもいいでしょう」との談話を掲載している。

- (2) たとえば、2019年9月11日付毎日新聞朝刊29頁社会面は、「政府・与党は10日、道路交通法にあおり運転を処罰する規定を新たに設ける方針を固めた。現在、あおり運転に適用している道交法の車間距離保持義務違反など既存の罰則についても引き上げる方針。遅くとも来年の通常国会での法改正を目指す」と報じた。
- (3) 本稿におけるスペイン刑法の条文は、本稿執筆時点である2019年9月15日（最近改正2019年3月1日：官報掲載2019年3月2日）を基準としている。2019年3月1日に行われた改正（Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente.）は、まさに交通犯罪に関するものであり、きわめて重要である（この改正について触れた最新の文献として、María A. Trapero Barreales, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos, RECPC 21-11, 2019, pp. 1ss.）。

判例を示す場合は、判決番号で表示し、カッコ内に公式判例リポジトリ番号（roj）を示す。ただし、司法総評議会の司法文書センター判例データベースで閲覧できる判例のうち判決番号の記載がないものについては、判決番号の代わりに判決年月日を示す。

- (4) 「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」2条各号および3条あるいは道路交通法の各禁止条項。
- (5) ただし、政府・与党は2020年初頭頃の改正を目指しており、本稿の発表の予定は2020年の2月ないし3月であるから、本稿の発表時には立法方針はすでに固まってしまっているかもしれない。仮にそうってしまったとしても、本稿の資料的価値や次回の立法機会への示唆は失われない

だろう。

- (6) スペインにおいて道路交通を規制している法規範は、「交通、自動車交通、道路交通安全に関する法律」(Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: 20015年再制定 text refundido, 翌年施行)や「交通一般法」(Reglamento General de Circulación: 2003年制定, 翌年施行)や「運転手一般法」Reglamento General de Conductores: 2009年制定, 同年施行)など35法典があり, 刑法はそのうちのひとつである。なお, 道路交通に関する行政的制裁については, 「制裁手続法」(Reglamento de procedimiento sancionador: 1994年制定, 同年施行)を中心に定められている。
- (7) 刑法9条「死刑, 懲役, 禁錮, 罰金, 拘留及び科料を主刑とし, 没収を付加刑とする。」
- (8) 道路交通法103条以下参照。
- (9) 権利剥奪刑について, Antonio Zárate Conde y Eleuterio González Campo, Derecho Penal Parte General, 2015, pp. 459ss.
- (10) Cfr. La “Exposición de Motivas” del Código Penal.
- (11) 社会奉仕労働については, v. Carlos María Landecho Velasco y Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal Español Parte General, 10.ed., 2017, p. 580.
- (12) ただし, 行為者が民事責任を完全に履行した場合には, 裁判官または裁判所の裁量により, 没収しないこともできる(128条後段)。
- (13) 法典中の位置としては, 公衆の健康に対する罪と各種偽造罪との間であり, 社会に対する罪に置かれている。
- (14) Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.
2007年改正について, Ramón García Alberó, La nueva política criminal de la seguridad vial, RECPC 09-11, 2007, pp. 1ss.
- (15) Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
2010年改正について, Jorge Vizueta Fernández, Delitos contra la seguridad vial, RECPC 13-02, 2011, pp. 1ss.
- (16) Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono

del lugar del accidente.

2019年改正について, Trapero, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos (nota 3), pp 1ss.

- (17) José María Luzón Cuesta, Alejandro Luzón Cánovas y María Luzón Cánovas, Compendio de Derecho Penal Parte Especial, 2018, p. 339; Carmen Lamarca Pérez, Delitos contra la seguridad vial, en Delitos La parte especial del Derecho penal, Carmen Lamarca Pérez (Edición Coordinaria), 2. Ed., 2017, pp. 775s.
- (18) Estrella Escuchuri Aisa, Delitos contra la seguridad colectiva III. Delitos contra la seguridad vial, en Derecho Penal Parte Especial, Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores), 2016, p. 632.
- (19) Josep Maria Tamarit Sumalla, De los delitos contra la seguridad vial, en Comentarios a la parte especial del derecho penal, Gonzalo Quintero Olivares (director) y Fermín Morales Prats (coordinar), 10.ed., 2016, p. 1526 は、この章の罪を公共危険罪 (delitos de peligro común) に分類する。
- (20) ラマルカ・ペレスは、本罪の保護法益を、公共の道路における交通の安全および人の生命・身体の安全だけでなく、人の財産の安全も含まれるべきであるという。Lamarca, Delitos (nota 17), p. 776. これは、「無傷性」(integridad) に財産の無傷性 (非侵害性) も読み込む立場であるといえよう。
- (21) Cfr. Escuchuri, PE (nota 18), p. 632.
- (22) Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, 21.ed., 2017, p. 599.
- (23) Muñoz, PE (nota 22), p. 599.
- (24) Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Mafillo, Curso de Derecho Penal Parte Especial, 4.ed., 2017, p. 621. この立場は、2元的に把握されてきたものを統合的に把握する立場であるといえる。なお、「無傷性」(integridad) をあえて「身体的無傷性」(integridad física) と表現したのは、integridad に財産も読み込もうとするラマルカの見解 (前掲注(20)) と対立するものであるといえよう。
- (25) Cfr. también Luzón, PE (nota 17), p. 340; Lamarca, Delitos (nota 17), p. 776.
- (26) Cfr. Escuchuri, PE (nota 18), pp. 632s. なお、運転といえるためには

移動が必要であるため、停車は運転に含まれない (STS 436/2017 (roj STS 2421/2017))。

- (27) Muñoz, PE (nota 22), p. 600.
- (28) V. Lamarca, Delitos (nota 17), p. 776.
- (29) Cfr. Escuchuri, PE (nota 18), p. 633.
- (30) STS 717/2014 (roj STS 818/2015)
- (31) Cfr. Escuchuri, PE (nota 18), p. 634; también Muñoz, PE (nota 22), p. 602; Luzón, PE (nota 17), pp 340s; Tamarit, Comentarios (nota 19), p. 1533. スペインにおける具体的危険犯と抽象的危険犯の定義については, v. Joaquín Cuello Contreras y Borja Mapelli Caffarena, Curso de Derecho Penal Parte General, 3.ed., 2015, p. 79; Antonio Obregón García/ Javier Gómez Lanz, Derecho Penal Parte General, 2.ed., 2015, p. 92.
- (32) Cfr. Escuchuri, PE (nota 18), p. 634.
- (33) Tamarit, Comentarios (nota 19), p. 1531.
- (34) 追い越しの際の制限速度が初心者と一般ドライバーでは異なる。V. RGCir Artículos 51 y 52. なお、初心者とは運転免許取得後1年までの者をいう。V. RGCir Artículo 173.2.V-13.
- (35) Muñoz, PE (nota 22), p. 603.
- (36) Muñoz, PE (nota 22), p. 603.
- (37) Cfr. Muñoz, PE (nota 22), p. 603.
- (38) Esteban Sola Reche, Los viejos problemas de los nuevos delitos contra la seguridad vial, Revista General de Derecho Penal 10, 2008, p. 16.
- (39) Serrano, PE (nota 24), pp. 622ss.
- (40) 薬物の解釈をめぐる争いについては cfr. Lúzon, PE (nota 17), pp. 342 ss.
- (41) Muñoz, PE (nota 22), p. 603.
- (42) Escuchuri, PE (nota 18), pp. 637s.
- (43) Serrano, PE (nota 24), p. 625.
- (44) Muñoz, PE (nota 22), p. 603; v. también Escuchuri, PE (nota 18), pp. 636s y 638.
- (45) Cfr. Muñoz, PE (nota 22), pp. 604s.
- (46) Escuchuri, PE (nota 18), p. 635.
- (47) Muñoz, PE (nota 22), p. 605.
- (48) Escuchuri, PE (nota 18), p. 637.
- (49) Muñoz, PE (nota 22), p. 605.

- (50) スペイン刑法における減軽事由については、江藤隆之「スペイン刑法における刑の減軽処理」桃山法学31号（2019）23頁下参照。
- (51) 原因において自由な行為について、cfr. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10.ed., 2016, p. 213.
- (52) Muñoz, PE (nota 22), p. 603; Lamarca, *Delitos* (nota 17), p. 776.
- (53) STS de 8 de julio de 1963 (v. Luzón, PE (nota 17), p. 344.)
- (54) STS 1489/2005 (roj STS 7466/2005)
- (55) v. Luzón, PE (nota 17), pp. 344s.
- (56) Artículo 385 ter.
 “En los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho.”
- (57) 減軽されるのは禁錮刑のみであるため、運転禁止刑は減軽されない。
 1段階の減軽の方法については、江藤・前掲注(50)23頁以下。
- (58) 私は、危険を結果として捉えない（江藤隆之「実行の着手における主観的なものと客観的なもの——刑法教義学の超越論的検討」桃山法学20・21号（2013）163頁以下参照）が、本稿では、“resultado de peligro”の訳語として「危険結果」の語を使用しつつ、従来の用語法にしたがひ、法益侵害および危険を結果無価値と呼ぶことにする。
- (59) Escuchuri, PE (nota 18), p. 638.
- (60) Escuchuri, PE (nota 18), p. 638.
- (61) Muñoz, PE (nota 22), p. 606.
- (62) 第三者による行為時に判断される危険はスペイン刑法の用語法によれば、抽象的危険（peligro abstracto）である。日本では、たとえば不能犯論においてこのように判断された危険を具体的危険と呼ぶことがあるが、スペインにおいては具体的危険は事後判断によって判断される危険を意味することに注意が必要である。本罪における抽象的危険について、v. Tamarit, *Comentarios* (nota 19), p. 1538.
- (63) Muñoz, PE (nota 22), p. 606.
- (64) スペインにおいて具体的危険とは、一般人（理性的第三者）による事後的な評価であると理解されるのが一般的である。
- (65) V. Muñoz, PE (nota 22), p. 607.
- (66) Escuchuri, PE (nota 18), p. 639.
- (67) Muñoz, PE (nota 22), p. 607.

- (68) STS 363/2014 (roj STS 1862/2014)
- (69) Serrano, PE (nota 24), p. 627.
- (70) Escuchuri, PE (nota 18), p. 639.
- (71) Lamarca, Delitos (nota 17), p. 782.
- (72) Serrano, PE (nota 24), p. 627.
- (73) その歴史的展開と特徴については, v. Tamarit, Comentarios (nota 19), p. 1546 y Luzón, PE (nota 17), p. 346.
- (74) Tamarit, Comentarios (nota 19), p. 1547.
- (75) Muñoz, PE (nota 22), p. 608.
- (76) Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.
- (77) その違いは, 主観的な“conosciente”がより客観的表現である“manifiesto”になったとみることができよう。改正法の前文において, この“manifiesto”は「知覚可能な」“perceptible”の語と互換可能であるとして扱われている。V. Preámbulo de LO 15/2017.
- (78) Muñoz, PE (nota 22), p. 608.
- (79) STS 468/2015 (roj STS 3498/2015)
- (80) Escuchuri, PE (nota 18), p. 640.
- (81) Serrano, PE (nota 24), p. 628.
- (82) Serrano, PE (nota 24), p. 628.
- (83) スペイン刑法の解釈論を私見として示すことは私の本来の役目ではないが, あえて言及すれば, この点は, セラノの指摘が正当であると解している。生命軽視無謀運転罪が常に殺人未遂罪であるというのは奇妙な結論である(スペインにおいては抽象的危険の発生による未遂犯成立が認められる)。
- (84) Muñoz, PE (nota 22), p. 610.
- (85) Muñoz, PE (nota 22), p. 610.
- (86) V. Escuchuri, PE (nota 18), p. 641.
- (87) 自動車または原動機付自転車を使用した過失致死罪に対する特別の刑である。
- (88) 重大でない過失の処罰が導入された2015年改正について, v. Dulce Acero Barrado, *Modificación del Código Penal en materia de seguridad vial*, en *Actualidad Penal* 2017, 2017, pp. 463ss. この147条と157条は2019年改正で更に修正が加えられている。

- (89) 2019年改正の趣旨および問題点について, v. Trapero, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos (nota 3), pp. 1ss.
- (90) 注(87)に同じ。
- (91) 処断刑作成における「半分」については, 江藤「スペイン刑法における刑の減輕処理」前掲注(50)23頁以下参照。
- (92) その編のタイトルは, “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales” (犯罪によって生じた民事責任および訴訟費用について) である。
- (93) Artículo 110
 “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:
 1.º La restitución.
 2.º La reparación del daño.
 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.”
- (94) Artículo 382 bis.
 “1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.
 2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.
 3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años.”
- (95) Artículo 384.
 “El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.”

(96) Artículo 385.

“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1.^a Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2.^a No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.”

(97) 東名高速事件あおり運転死事件（1審は横浜地判平成30年12月14日，本稿執筆時控訴中）。

(98) 常磐道であおり運転の末，相手方の車を停車させて暴行に及んだとみられる事件（2019年8月19日付朝日新聞朝刊25頁第1社会面）愛知県東名高速上り線であおり運転のうえエアガンを発射したとみられる事件（2019年9月12日付朝日新聞朝刊28頁第2社会面）など，センセーショナルな事件報道が相次いでいる。

(99) 一般の違反運転行為より，酒酔い運転の方が法定刑が重いのも，違反運転行為の場合はそのときのみ危険であるが，酒酔い運転の場合は，運転している間継続して危険であるからであろう。すると，繰り返し継続しておおる行為についても，その危険は高く評価することができるように思われる。

細部に宿る悪魔

——委任立法統制の規範的構造論⁽¹⁾——

田 中 祥 貴

目 次

序章

第一章 だまし絵

第二章 細部に宿るは、神か、悪魔か

第三章 悪魔狩り

第四章 ヘンリ 8 世の形見

第五章 残された冥闇

第六章 救世主

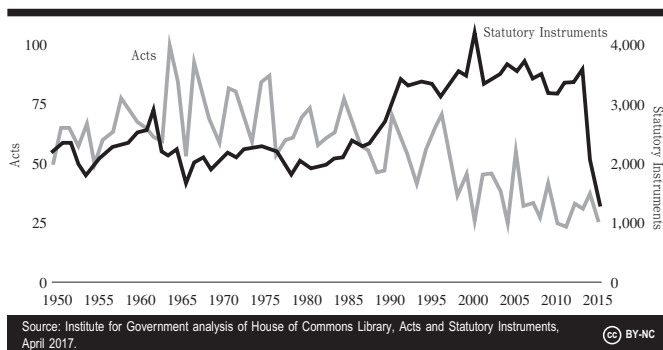
結章

キーワード：委任立法，英国議会，行政統制，憲法保障，議会拒否権

序 章

「議会 (Parliament)」は、そもそも「討議 (parlement (仏語))」を行い、立法権を掌る政治的中枢の機関であったが、今日、その機能は非常に形骸化している。かつて「議会主権」の伝統を誇った英国議会も、例外ではない。近代 (立法国家) から現代 (行政国家) にかけて、英国議会のあり様は大きく変容し、現代におけるその特徴として、以下の2点が指摘できる。すなわち、英国議会は、(a) もはや「唯一の」立法機関でもなく、また、(b) 「単なる」立法機関でもないということである。敷衍すれば、現代型の統治機構は極めて多層化しており、立法機能そのものが、複数の機関に広く分属され、英国議会内のみで完結できる状況ではなくなっている。これは、立法権委任という現象に象徴される問題へと逢着する。また他方で、現代型の統治機構では、議会の立法機能が形骸化する状況に代替して、英国議会は立法機能だけでなく、複数の重要な機能遂行が期待されている。就中、その主要な機能の一つが政府監視機能であり、英国議会は絶えず政府活動をチェックしつつ、必要に応じて政府に説明責任を求める立場にある。近代から現代にかけて、英国の議会機能にも、かかる変遷が看取できる。

確かに、現代的な行政優位の統治機構では、事実上、議会の立法機能は制限されざるを得ない。それは、我が国はもちろん、議会制の発達した英国でさえも同様である。また、日・英ともに、議院内閣制という事情とも相俟って、法規範の定立機能は、実質的に議会から政府へと移行している。その結果、法案提出は、政府提出によることが通例となり、さらに、非常に多くの法律事項を政府の行政命令に委任することが常態化している。英国では、例年、年間に法律の制定数が50本程度であるのに対して、委任立法は3,000本を超える数に及んでいる⁽²⁾。かかる委任立法の恒常的な制定傾向に鑑みれば、憲法上、まるで委任立法という法現象が安定化した状況にあるようにも看取される。



ところが、憲法上、英国では当該委任立法の正当化根拠が十分に示されてきたとは言いがたいのが実情である。英国の歴史上、委任立法は、条理上の「必要悪」として許容されてきたものに過ぎないのである。仮に、実際の憲法運用上、委任立法の利用に安定的な状況が看取されたとしても、なお、その正当化原理はこれまで一貫して不安定なまま推移してきたと評価せざるを得ない。とりわけ、委任立法の多用化傾向は、議会制民主主義を形骸化させる重大な危険性を内包していることから、英国憲法上、常に、警戒の対象に置かれ、委任立法への審査・調査を通じた統制機能の重要性が語られてきたのである。その結果として、英国では、中央政府による委任立法のほぼすべてが、議会審査の対象とされ、議会承認が委任立法の成立・発効要件とされている。この事実は、まさに特筆に値する。

過去には、英国議会の委任立法審査が、非常に形式的で、十分な審査もせずに承認していたことから、「ソーセージ・マシン」⁽³⁾と揶揄された時代もあった。しかし近年、委任立法に対する議会統制機能は、様々な制度改革を経て、専門委員会の拡充・強化と審査手続の多様化・実質化によって、飛躍的な向上を果たしている⁽⁴⁾。そこで本稿では、かかる委任立法問題への対応をめぐって、我が国における委任立法への議会統制枠組の構築を念頭に置きつつ、英国議会における審査制度の現状と課題を俯瞰し、そこから

当該制度の有効性・実効性に関する一定の示唆を得ることを目的としている。

第一章 だまし絵

概して、委任立法で定める事項は、議会制定法の細目事項で、まったく些末でつまらない内容だと評価されがちである。確かに、委任立法の内容がメディア等で大きく報じられる機会はほとんどなく、英国社会一般がこれに注目することは稀有である。しかし、委任立法の現実とは、かかる認識と大きく異なる。その委任立法の規制対象は、医療、教育、社会保障、労働、環境、公衆衛生、放送、都市計画等々に至るまで、実に、多元的かつ包括的で、国民の日常生活全般に及び、かつ決定的な影響力を有している。そして、国民生活にとっては、抽象的な高次の議会制定法よりも、具体的な低次の委任立法の方が重要な場合も少なくない。例えば、都市計画法における抽象的な「開発」条項に関心が持てなくとも、その施行規則が実際に自分の所有する住宅上の権利に関わり、住宅の増改築基準を定める段階に至ると無関心ではいられなくなる。また他方で、かかる委任立法は、通常、高次の議会制定法を具体化する機能を果たすが、それは時に、低次の些末な細目事項ではなく、国家の政策内容そのものを決定する場合も存する。国家政策の重要事項が、国民の代表機関である議会ではなく、行政府によって策定されることは決して珍しくない。

例えば、近年、英国政府が定めた委任立法に関して、英国社会において大きな論争を招いた例として、「寝室税 (bedroom tax)」が挙げられる。すなわち、これは空き部屋に対する住宅手当廃止を目的とする制度で、2012年の英国福祉改革の一環として、使用していない寝室相当分に対する低所得者向け住宅手当 (housing benefit) の廃止が決定されたのである。そして実際に、それぞれの世帯で適正な寝室数が如何ほどで、どの程度の

住宅手当が支給されるべきかを決定したのは、2012年福祉改革法 (Welfare Reform Act 2012) の授権に基づく政府の行政立法で、2012年住宅手当改正規則 (Housing Benefit Amendment Regulations 2012) であった。これ以降、政府は、委任立法 (行政命令) を通じて、適正な住宅手当の給付上限額等に関わる制度枠組を自由に定める裁量権を有することとなった。当該規則において、適正な寝室数は、成人一人に一室 (夫婦は二人で一室)、16歳以下の子どもが複数いる場合に同性であれば一室、10歳以下の場合は性別に関わりなく一室等と、かなり詳細に規定されている。形式上は低所得者向け住宅手当の廃止だが、実質的には、新たな課税に相当するものとして、「寝室税」と呼称された。これが連日のマスコミ報道を始め、大規模な反対デモにも繋がる結果となった。誰もが些末と考えていた委任立法によって、非常に大きな社会問題を惹起することとなったのである。

他方で、これまで英国社会では、伝統的な租税法律主義や罪刑法定主義の基本原則に則って、課税や刑罰に関する事項は議会制定法で定めることが大前提だと考えられてきた。ところが、かかる認識自体が大きく修正されている状況もしばしば看取される。例えば、2014年財政法 (Finance Act 2014) 48条は、財務省 (Treasury) に次の権限を授権している。すなわち、英国での主要なスポーツイベントの開催について、財務省が当該イベントに関連する所得税及び法人税の課税控除 (exemption) を規定する規則を制定することができると規定している。かかる授権に基づき、財務省は、2017年主要スポーツイベント課税控除規則を定め、2017年にウェールズで開催された欧州サッカー連盟 (UEFA) 主催のチャンピオンズリーグに関わる選手、職員、UEFA 委託者等の課税控除範囲を規定した。2017年課税控除規則は、2014年法の授権に基づく委任立法である。何よりも留意すべきは、2014年以前は、スポーツイベントに関する課税控除の決定は、議会にのみ許された権限であったにも拘わらず、それ以降、当該決定自体が政府の裁量事項とされたことである。どのスポーツイベントで、誰が、どの程度の期間で、如何なる形式によって課税控除されるのか等々、一連の事項がすべて政府裁量で決定されることとなったのである。

さらに特筆すべきは、近年、委任立法は、刑事法の展開に関してまでも支配的な役割を果たしていることである。例えば、2006年動物福祉法（Animal Welfare Act 2006）12条では、政府に対して、動物の福祉を増進するための規則を制定する権限を授權しており、その中には、標準等級（standard scale）レベル5までの罰金刑（5,000ポンド以下）又は51週間までの禁固刑に服する新たな犯罪類型を創設する権限が含まれている。かかる授權に基づき、政府は、2015年に動物福祉増進の観点から確実な個体識別を担保すべく、飼い犬に対するマイクロチップ装着を義務づける規則を制定しているが、その中で、無免許によるマイクロチップの不正装着、飼主変更の登録義務違反、マイクロチップ装着の副作用報告義務違反等といった数多くの違反類型を規定し、そのすべてに罰金といった刑事罰で臨んでいる。政府の委任立法によって新たな犯罪類型が創設されるという傾向は、現代刑事法の重要な特徴として指摘されなければならない。この点につき、法律委員会（Law Commission）は、「委任立法を通じて新たな犯罪類型を創設する権限が、刑事法の発展において、すでに重要な要素となっていることは、ほとんど疑う余地もない」との見解を表明している。まさに2006年動物福祉法は、かかる委任立法によって新たな犯罪類型が創設されている制度現実の証左といえよう。⁽⁵⁾

以上の法令は、決して特殊例外的な事例ではなく、今日、委任立法はほとんどすべての法律で利用されている。また、あまりに多くの法律事項について、その重要な核心部分が行政命令に委任されており、その結果、法規範の実体を伴わない外形的骨子のみを定めた「スケルトン立法（skeleton acts）」と呼称される立法状況が生起することも珍しくない。⁽⁶⁾例えば、2016年チャイルド・ケア法（Childcare Act 2016）では、無償保育サービスを提供すべき対象児童の資格要件、保護者の要件、資格の発効要件等といった制度の重要事項の策定をすべて国務大臣（Secretary of State）の行政命令に委任している。さらに、後述する2006年立法・規制改革法に基づく政府の立法・規制改革令や1998年人権救済法に基づく政府の人権救済令はあまりに有名だが、これらの行政命令は議会制定法そのものを改廃する

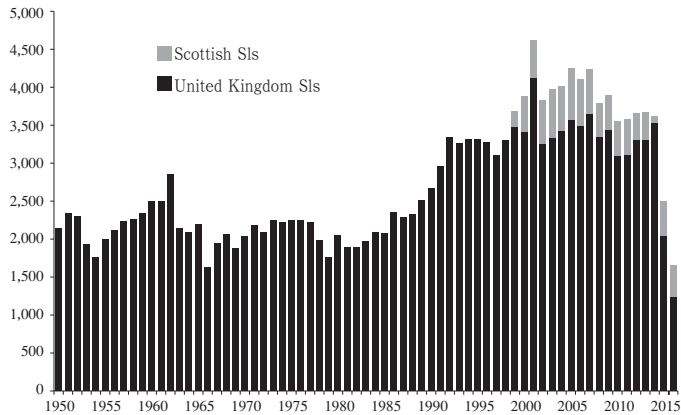


Figure 1: Number of statutory instruments 1950 to 2016

Source: House of Commons Library, *Acts and Statutory Instruments: the volume of UK legislation 1950 to 2016*, CBP 7438, 21 April 2017

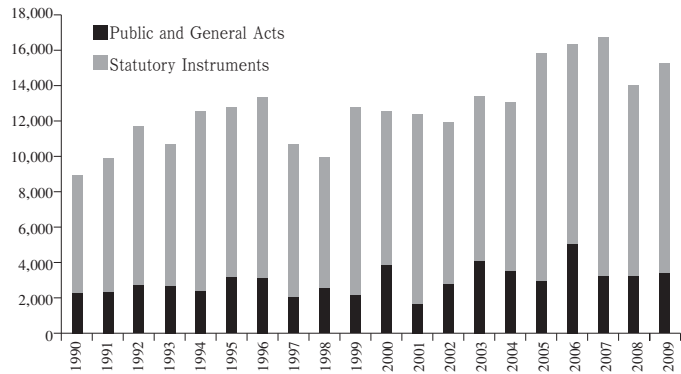


Figure 2: Pages of Acts and statutory instruments 1990 to 2009

Source: House of Commons Library, *Acts and Statutory Instruments: the volume of UK legislation 1950 to 2016*, CBP 7438, 21 April 2017

権限を有している。もはや、現代型の統治機構において、委任立法の質的・量的拡大は、後退を許さない状況に至っているのである。むしろ、国家のあらゆる政策領域において、委任立法は、実質上、法規範制定の支配的技術にまで昇華されていると表現してもよい。それゆえ、現代の英国社会は、事実上、議会制定法ではなく、政府裁量に基づいた委任立法による支配を受ける構造となっている。そこで、かかる現代型の統治構造において、我々がくれぐれも留意すべきは、第一に、立法の正当性評価に際して、常に委任立法に対する考察が不可避であること、そして第二に、委任立法の憲法的位置づけは、決して些末な周辺領域の問題ではなく、まさに立法政策の中心問題として真剣に対処する必要があるということである。

第二章 細部に宿るは、神か、悪魔か

1. 委任立法の意義

英国では、第一次立法（primary legislation）と第二次立法（secondary legislation）の2種類の国内法形式が併存する。第一次立法は、その権威が英国王（King）又は英国議会（King in Parliament）に直接由来し、また、「議会主権（Sovereignty of Parliament）」の伝統に基づく英国議会の制定法である。そして、英国議会は如何なる内容の立法も可能であり、さらに、その議会制定法は裁判所の司法審査を受けない至高性を有する。但し、1973年のEC加盟に際して、1972年欧州共同体法（European Communities Act 1972）の制定を以て英国へのEC法の直接適用を承認し、さらに、欧州人権条約（European Convention on Human Rights）の国内法化を実現する1998年人権法（Human Rights Act 1998）の制定以降、「議会主権」の伝統的概念は修正が加えられている。就中、1998年人権法に基づき、欧州人権条約上の権利との抵触問題については、第一次立法に対しても裁判所の審査権が及ぶようになり、これらが抵触する場合、裁判所は「不適

合宣言 (declaration of incompatibility)⁽⁷⁾」を下すことが可能となった。もつとも、裁判所に当該第一次立法を無効にする権限はない。

他方で、第二次立法は、第一次立法である議会制定法による立法権委任に基づき、その権限委任の範囲内で制定される法規範をいう⁽⁸⁾。より一般的には、「委任立法 (delegated legislation)」と呼称される。そして裁判所は、かかる第二次立法に関しては、授權法との関連でその権限逸脱 (ultra vires) の有無を審査し、権限逸脱の場合には無効とする権限を有する。この点を除いて、第一次立法及び第二次立法間で、その法的効力に相違はない。かかる第二次立法の形式には、枢密院が定める枢密院令 (Order in Council)、大臣等が定める命令 (Order)・手続的規則 (Rule)・実体的規則 (Regulation)⁽⁹⁾ 等々があるが、1946年制定法的文書法 (Statutory Instruments Act) の成立以降、これらは統一的に「制定法的文書 (Statutory Instruments)」と呼称され、これが一般的な法令上の用語として使用されている⁽¹⁰⁾。当該1946年法は、制定法的文書を「(1) この法律の施行日 (1948年1月1日) 以降において、議会制定法によって、枢密院 (His Majesty in Council) 又は各大臣 (Minister of the Crown) に、命令、手続的規則、実体的規則その他の従位立法 (subordinate legislation) を作成、確認、あるいは承認する権限が授權され、かつ、その権限が枢密院令又は制定法的文書によって行使されるものと明記されている場合に、当該権限に基づき制定された文書、あるいは (2) この法律の施行日 (1948年1月1日) よりも前に、1893年規則公開法 (Rules Publication Act 1893) における制定法的規則の制定権限が規則制定機関に授權され、この法律の施行以降に当該権限に基づき制定された文書⁽¹¹⁾」と定義している。なお、同法では「枢密院又は各大臣」への授權に基づき制定された委任立法を対象とするので、地方政府等によって制定される条例 (byelaws) や規則 (orders of local authorities) については除外される。

2. 委任立法の史的経緯

英国において、委任立法という現象の起源は、下水設備委員会 (Commission of Sewers) に河川氾濫対策を委ねた1531年にまで遡ることができ、また、テューダー朝 (Tudor) 時代には、ヘンリ 8 世 (Henry VIII) が、1539年国王布令法 (statute of proclamations)⁽¹³⁾ を制定し、「よき秩序と統治 (good order and governance)」のために、議会制定法と同等の布令制定権を国王に付与させていた事実が確認できる。⁽¹⁴⁾ さらに、1689年以降は軍律法 (Mutiny Acts) の制定によって、毎年国王に軍統制権限に基づいた規則制定権が委任されていたが、委任立法という手法が、医療、教育、公衆衛生、警察、労働、社会政策といった日常的な行政事務の遂行に不可欠なものとして、制度的に確立されるのは19世紀のことである。そして19世紀には、非常に広範な授權規定が散見される様になる。例えば、1834年改正救貧法 (Poor Law Amendment Act 1834) にて、救貧法委員会 (Poor Law Commission) に対して、「この法の執行にあたり、救貧活動に適切と思われるあらゆる命令、手続的規則、実体的規則を制定及び発布する」⁽¹⁶⁾ 裁量権限を授權しているが如くである。すでに19世紀には、行政府へ立法権を委任することなく、英国議会が制定法の細目に至るまで責任を負うことは、行政実務の遂行を妨げるものであるとの認識が一般化し、議会の立法能力の限界が指摘されるに至っていた。⁽¹⁷⁾ その後、19世紀後半には、委任立法の量的拡大とともに、その無計画な制定や未公布のまま施行される命令等が批判されるに至り、1892年に制定法的規則委員会 (Statutory Rules Committee) は、制定法的規則・命令索引 (Index to Statutory Rules and Orders) を作成し、また英国議会は、1893年規則公開法 (Rules Publication Act 1893) を制定することで、当時の委任立法に対して「制定法的規則・命令 (Statutory Rules and Orders)」という統一的な呼称を導入し、その制定手続と発効前の公布について、体系的・一元的に処理する制度を整備している。この19世紀当時から、委任立法に対する批判として、ますます進行するその量的拡大と、議会審査を経ることなく実質的な立法を可能とする行政の過度な権限肥大の二点が指摘されていた。⁽¹⁸⁾

もっとも、英国で委任立法の問題が深刻化するの、第一次世界大戦以降である。就中、1914年国土防衛法（Defence of Realm Act 1914、以下DORA）は、戦時の緊急性に対応するため、政府に多くの権限を委任したが、DORAに基づき制定される諸規則（regulations）は、当初、政府の軍事的権限に関わる事項に限られていたものの、次第にすべての国民生活を範疇に収めるものへと拡大されていった。例えば、それはやがてドッグ・ショーの開催規制やロンドンでのタクシーの呼び止め方の規制にまで及んでゆく。DORA 関連の規則の多くは第一次世界大戦終結とともに失効したが、1939年緊急権法（Emergency Powers Act 1939）はDORAと同様の事態を再び惹起させることとなる。とりわけ、「戦時緊急性」の概念は、委任立法を飛躍的に増殖させ、1900年直前における委任立法の制定数は1,000本程度であったものが、20世紀に入って以降、第一次世界大戦中には1,500本を超え、さらに1919年から1921年にかけては優に2,000本を超える数にまで拡大し、議会制民主主義の原理は大きく後退させられることとなる。⁽¹⁹⁾

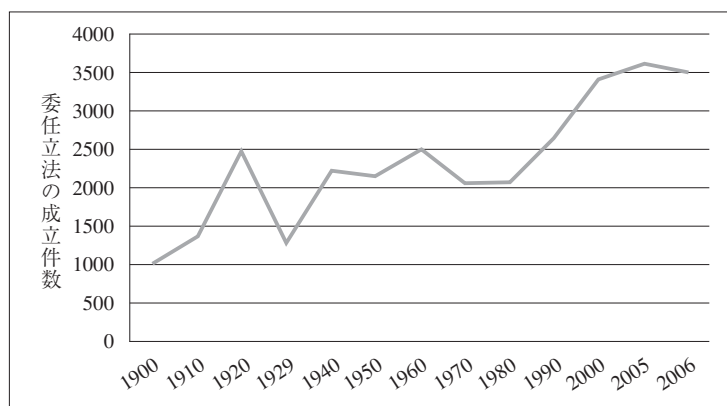


表 - 1 【委任立法の数的推移】⁽²⁰⁾

3. 委任立法の正当性

その後、委任立法の量的・質的拡大に基づく政府の権限拡大は、1929年 Hewart 卿の著書を通じて「新たな専制 (New Despotism)⁽²¹⁾」と痛烈に批判され、英国では大きな憲法的・政治的論争が巻き起こされる。結果、政府はかかる委任立法の正当性を調査する委員会を直ちに設置し、これを Donoughmore 卿に委ねた。そして1932年、当該 Donoughmore 委員会は報告をまとめ、

- ①議会審議の時間的制約、すなわち、手続的な細目事項に関してまで議会の議事日程を調整することは現実的に不可能で、また議会はより高次の重要事項等を審議した方が望ましいこと、
- ②高度な専門技術的立法事項の拡大、すなわち、多くの現代的立法は、例えば、科学技術分野や医療福祉分野等では、高度な専門技術性を要求しており、議会在効果的に審議できる範囲を超えていること、
- ③統治構造の変革に付随する予測不能な事態、すなわち、大規模で複雑な統治構造の変革が行われる場合、それに付随して生じる予測不能な事態に迅速に対応するには委任立法の方が合理的であること、
- ④委任立法が有する柔軟性の必要、すなわち、急速に科学技術が展開する現代社会で、絶え間なく変遷する将来的状況に応じてその都度、議会制定法を改正しなければならないのは著しく非現実的であること、
- ⑤委任立法が提供する試験的機會、すなわち、委任立法という手法は試験的導入とそれに伴う経験知の活用を可能にすること、
- ⑥緊急事態で求められる迅速性・有効性、すなわち、国が戦争や自然災害等の危機的状況に晒された場合に、国民の生命・財産を保護するには迅速かつ有効な法的措置が求められ、その対応を図るのは議会よりも政府の方が適任であること、

以上6つの視点から、委任立法の正当性を承認している。⁽²²⁾

かかる正当化事由から、一般に委任立法は認められてきた。しかし他方

で、(i) 議会が政策内容 (policy) を決定し、その細目 (detail) を政府が定める限りにおいて、委任立法の利用は許容されるという前提はあるものの、そもそも何をもって「政策」と「細目」を区別するのが不明瞭であること、(ii) 権限逸脱 (ultra vires) の法理に基づく司法統制は過度に広範な立法権委任の慣習によって十分に機能し得ていないこと、(iii) 議会制定法の審議過程とはまったく異なる簡略な手続で、場合によっては議会制定法を改正・廃止することすら可能であるといった問題は、依然として残されている。すなわち、議会制民主主義や法の支配の伝統的原理を形骸化せしめる質的問題や、さらに、表-1【委任立法の数的推移】から明らかのように、まるで歯止めがかからない委任立法の量的拡大の問題が相俟って、委任立法を通じて政府は議会及び裁判所の統制を離れた「専制権力 (despotic power)」を付与されているとの批判がますます高まり、委任立法への議会統制強化に向けた制度改革の要求は、1930-1940年代を経て、1946年制定法的文書法へと結実することとなる。

第三章 悪魔狩り

通例、制定法的文書は、議会制定法により授権された各大臣の名のもとに制定され、議会に提出された後、議会の審査及び承認を受けて、政府出版局 (Stationery Office) によって正式に公表され、所定の期日に発効する。制定法的文書は、制定された時点で、暦年 (calendar year) ごとに1番から始めた通し番号が割り振られる (例: SI 2009/1234)。この点、我が国と大きく異なる特徴として、英国では、多くの制定法的文書が、その授権法の規定に基づき、議会の事前審査手続に服する。但し、制定法的文書の中には、枢密院令による施行期日の規定等のように論争的でない事項を定める場合、かかる議会審査を経ずに自動的に発効するものも存在する。また、特定の地域にのみ適用される地方的文書 (local instruments) は議

会審査の対象とはされない。そこで本稿では、地方的文書を除外して、議会審査の対象となる一般的文書（general instruments）のみを考察対象とする。⁽²³⁾

1. 議会の審査制度

そもそも英国における制定法的文書統制の制度枠組は、1946年制定法的文書法を基礎に構築され、現在に至っている。⁽²⁴⁾ 当該1946年法に基づき、英国議会が制定法的文書を審査する形態は、大別して以下の通り、承認型手続、否認型手続、その他の3類型に整理できる。各制定法的文書がいずれの審査手続に服するかは授權法の規定に従うこととなる。この点、審査手続の選択方法について、とくに法的制約が存する訳ではなく、専ら、それらは政治的に決定される。但し、実務上、いずれの手続であろうと、当該案件の所管大臣は、自らが所管する制定法的文書について、その目的、内容、趣旨、効果等を簡潔かつ明確に説明する注釈書（explanatory notes）を併せて提出し、議会の理解を求めるのが通例である。

(1) 承認型手続（affirmative resolution procedure）

この承認型手続は、議会両院からの承認決議が得られれば、制定法的文書の成立又は法的効力が認められる手続であるが、これはさらに以下の通りに細分化される。

(a) 承認型草案（affirmative drafts）手続

制定法的文書として制定される以前の草案（draft）段階で、議会に提出させて審査にかけ、議会両院による承認決議が得られれば、その草案は成立しまた法的効力を発するとする審査手続

(b) 承認型文書（affirmative instruments）手続 1

制定法的文書として所管大臣の署名も得て制定された以後に、議会に提出させて審査にかけ、議会両院の承認決議が得られれば、当該制定

法的文書は法的効力を発するとする審査手続

(c) 承認型文書 (affirmative instruments) 手続 2

この制定後の制定法的文書に対する議会審査に一定の期限（制定日から起算して通例28日又は40日間）を設けて、その期限内に議会両院の承認決議が得られれば発効するが、期限内に承認決議が得られなければ自動的に当該制定法的文書は廃棄されるとする審査手続

以上の3類型がある。この点、承認型手続に服する制定法的文書の大半は、草案段階での提出が求められている。なお、各議院は、後述する専門委員会からの報告に基づいて、当該文書案に対して承認決議を行うか否かにつき審議する。そして決議に際しては、規制改革令や人権救済令等の議会制定法で定める一部の例外を除いて、通例、制定法的文書案に対しては、一括での承認決議が認められるのみで、部分的な修正決議は認められていない⁽²⁵⁾。但し、制定法的文書案を修正することは許されないが、本会議に上程する承認決議案を修正することは可能である。例えば、「当該議院へ提出されたライチョウ保護に関わる制定法的文書案は承認される」との承認決議案に対して、その末尾に「政府がライチョウ保護に関わる具体的戦略を公表した場合に」と付帯条件を添えることは可能とされている。また、歳出・歳入に関わる制定法的文書の場合は、下院 (House of Commons) のみが審査権を有する。

かかる承認型手続の場合、とりわけ上院 (House of Lords) の審査には自己抑制の原理が強く働く。その理由は、承認型手続では、両院の承認決議が得られなければならない、いずれか一院が承認しなければ、そのまま文書案は廃棄される。すなわち、下院が承認した文書案を上院が承認しなかった場合、公選機関の意思を非公選機関が覆すこととなるため、歴史的に上院は当該権限を行使することを控えてきた⁽²⁶⁾。その結果、過去にこの承認型手続において、否決された制定法的文書の事例としては、上院では、1968年6月18日に1968年南ローデシア令 (South Rhodesia Order 1968)、2000年2月22日に大ロンドン局選挙活動資金令 (Greater London Authority

Election Expenses Order 2000), 2007年3月28日に2007年賭博場免許に関わる地理的区分令 (Gambling (Geographical Distribution of Casino Premises Licences) Order 2007), 2012年12月3日に2012年法律扶助・犯罪者量刑処罰法施行令 (Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act Order 2012), 2015年10月26日に2015年タックス・クレジット規則案 (Draft Tax Credits Regulations 2015), 同年10月27日に2015年選挙人登録管理法 (移行条項) 施行令 (Electoral Registration and Administration Act (Transitional Provisions) Order 2015) の6件のみである。他方, 下院ではさらに権限行使が低調で, 1969年11月12日に1969年議会選挙区令草案 (Draft Parliamentary Constituencies Order 1969) を承認しなかった事例が唯一である。ちなみに, このとき下院は, イングランド, ウェールズ, スコットランド, 北アイルランドの選挙区令案を併せて破棄している。

以上の承認型手続は, 政府が, 制定法的文書を制定するのに, その都度, 議会両院の承認決議を求めなければならず, また, 議会にも過度の負担を課すことになるため, 議会審査に服する制定法的文書のうち, 当該手続に服するのは全体のわずか15%程度である。しかしながら, 制定法的文書の統制という文脈においては, 議会両院の承認が得られなければ成立又は発効させない手法は, 非常に強力で望ましい制度と評価し得る。この点, 制定法的文書の手続に関して承認型か否認型かを選別する明確な原則や基準は存在せず, 先例に従って処理されているが, とりわけ論争的な事項について, 当該承認型手続の対象から除外することは, 議会制民主主義の建前から⁽²⁷⁾は許容し難いであろう。

(2) 否認型手続 (negative resolution procedure)

この否認型手続は, 議会のいずれか一院から否認決議を受けない限りにおいて, 制定法的文書の成立又は法的効力が承認される手続であるが, これはさらに以下の通りに細分化される。

(a) 否認型草案 (negative draft) 手続

制定法的文書として制定される以前の草案 (draft) 段階で、議会に提出させて審査にかけ、草案の議会提出後 (通例、提出された日から起算して) 40日以内に (閉会・休会期間を除く)、議会のいずれか一院が否認決議を下した場合には、当該文書案は不成立とする審査手続

(b) 否認型文書 (negative instruments) 手続

制定法的文書として所管大臣の署名も得て制定された以後に、議会に提出させて審査にかけ、制定法的文書の議会提出後40日以内に、議会のいずれか一院が否認する決議を下した場合には、当該制定法的文書は法的効力を有しないとする審査手続

以上の2類型がある。前者 (a) の手続が取られることは比較的稀で、多くの場合、後者 (b) の手続が取られる。なお、当該審査にあたって、各議院は、承認型手続と同様に、制定法的文書を修正することは許されず、一括しての否認決議しか認められない。

かかる審査における否認動議は、下院の場合、誰にでも可能であるが、実際には、否認動議は、早朝動議 (Early Day Motions)⁽²⁸⁾で行われるのが一般的であり、ゆえに、野党議員や新人議員 (backbencher) からの否認動議が多く、敬遠されがちである。多くの賛同者を集めなければならない (議事規則上は20名以上)、審議時間が設けられることは稀である⁽³⁹⁾。また、審議時間が設けられても、多くの場合、上限である90分間までの十分な審議が行われることはない。さらに下院では、Blair 政権による「議会の現代化 (modernization)」以前は、審議途中であろうと午後11時30分迄で打ち切られる審議の時間制限が状況をより悪化させていた。

他方で、上院の場合は、投票にまで至る事例は少ないものの、議員単独による動議であっても、たいいてい審議時間が設けられる。かかる制度的相違から、制定法的文書に対する統制には、下院よりも上院の機能への期待が高くなっている。とはいえ、前述の通り、上院には抑制機能が働くため、これまでに否認型の制定法的文書が否決された事例として、上院において

は、2000年2月22日に2000年大ロンドン局選挙規則（Greater London Authority Elections Rules 2000）への否認決議が確認できるのみである。また他方、下院においても、1951年に石膏価格令（Plasterboard, Building Plasters, Gypsum Rock (Prices) Order 1951）等でわずかな否認事例が確認されるのみで、その後、1979年10月24日における1979年灯油小売価格令（Paraffin Retail Prices Order 1979）への否認事例を最後に、それ以降はまったく例がない。

なお、これまでの傾向として、議会審査が求められる制定法的文書のうち、この否認型手続の適用を受けるのが最も一般的で全体の約85%を占め、承認型手続の適用を受けるのはその余の約15%⁽³⁰⁾となっている。その理由は、否認型手続には議会の審査負担を軽減する利点があるからである。すなわち、年間に約1,500本を超える制定法的文書を議会にすべて精査させ承認を求めることは、議会の処理能力を超えるであろうし、また、専門技術性及び迅速性・機動性を要求される制定法的文書の特性に鑑みても、それでは行政効率が損なわれる危険性が高い。そこで重要度の高くない委任事項については、いざとなれば否認決議での統制を可能としながら、不作為によっても行政案の発効を妨げない否認型手続が議会には好都合となるのである。もっとも、実際に、否認決議にまで至る事例はごく僅かに過ぎない。

(3) その他（単純提出手続（bare laying procedure））

上記の承認型及び否認型手続以外に、所管大臣の署名も得て制定された制定法的文書について、その発効前に議会への提出を義務付けるものの、原則として、議会の承認決議を待つことなく、所定の期日を迎えれば自動的にその法的効力が生じる単純提出手続がある。かかる手続は、あくまでも制定法的文書に対する議会の注意喚起のみが目的であって、議会による直接統制の手続は設けられておらず、現在ではあまり利用されていない。例えば、以前、2006-2007年会期では、1,371本の制定法的文書が議会審査にかけられているが、その内訳は否認型が1,135本（82.8%）、承認型が223本（16.3%）、その他が僅か13本（0.9%）となっており、2005-2006年会

期でも、1,885本中で否認型が1,583本（84.0%）、承認型が271本（14.4%）、その他が31本（1.6%）という傾向にあった。なお、近年では、例えば、2014-15年会期では、議会審査にかけられた1,378本の制定法的文書のうち、否認型が988本（71.7%）、承認型が381（27.6%）、その他が18本（1.3%）という内訳で、2013-14年会期でも、議会審査にかけられた1,173本の制定法的文書のうち、否認型が884本（75.3%）、承認型が267本（22.7%）、その他が24本（2%）という傾向にあり、否認型・承認型の利用比率に以前のデータから変化が看取されるが、単純提出型手続の利用は一貫して非常に限定的である。⁽³¹⁾

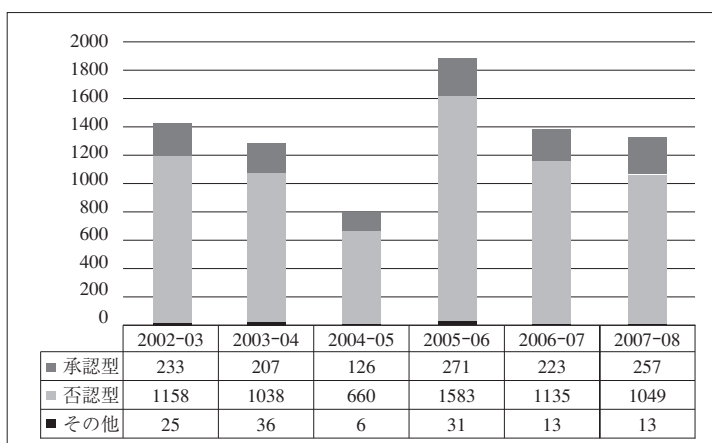


表-2 【類型別 SIs 議会提出数】⁽³²⁾

2. 委員会の審査制度

(1) 制定法的文書合同委員会 (Joint Committee on Statutory Instruments)

実際の行政実務を考えると、議会が議院レベルで制定法的文書を審査す

るという手法は、制定法的文書にそもそも要求されるその専門技術性や迅速性・機動性の要因と親和的とはいえず、さらに、近年の制定法的文書の増殖傾向に鑑みれば、審査を実効化する為にも、また、行政効率を担保する為にも、多くの制定法的文書に関わる実質的審査は議会の専門委員会に付託されざるを得ない。通例、本会議中心主義をもって知られる英国議会であるが、制定法的文書の審査に関しては、委員会審査が極めて重要な位置づけを占めている。

この点、かつて上院では、1925年に特別命令委員会（Special Order Committee）を設置し、一方の下院では、1944年に制定法的規則・命令特別委員会（Select Committee on Statutory Rules and Orders）を設置して、それぞれの議院に提出された委任立法を専門的に審査させ、問題点がある場合には議会へ報告させるという手続を採用してきた⁽³³⁾。ところが、これら両院の各委員会で別個の審査を行う手続では、重複や齟齬が生じるとの問題点が指摘され、そこで1973年に、これらを統合する制定法的文書合同委員会（Joint Committee on Statutory Instruments、以下 JCSI）が創設されるに至った。制定法的文書の統制という文脈において、この JCSI は極めて重要な位置づけにあり、2019年現在、下院議員 7 名及び上院議員 7 名の計14名の議員から構成され、その他に、専門スタッフ12名⁽³⁴⁾によって補佐されている。当該 JCSI 委員長は、通例、野党議員がつとめる。委員会は、毎週私的に開催されるので、本会議や他の委員会のように時間制約はなく、また、その審査結果は逐次 5、6 日以内に報告書として議会の website で公開される⁽³⁵⁾。

他方で、現在、下院には、JCSI と同様の技術的事項を審査する制定法的文書特別委員会（Select Committee on Statutory Instruments、以下 SCSI）が併存しており、JCSI を構成する下院の議員及び専門スタッフと同一の構成となっている。当該委員会は、下院にのみ提出される制定法的文書、具体的には、上院では審議し得ない歳出・歳入に関連した事項について、JCSI と同様の責務を負っている。但し、その重要性は JCSI ほどには高く⁽³⁶⁾ない。

これまで、JCSI は、制定法的文書を統制する最も重要な議会委員会の一つと見なされ、議会審査に付される一般的文書 (general instruments) は、一部の例外を除外して、すべてこの JCSI の審査を受ける。⁽³⁷⁾ JCSI は、下院議事規則 (Standing Orders) 151条及び上院議事規則⁽³⁸⁾73条に基づき、⁽³⁹⁾各大臣の権限が議会制定法から委任された範囲内で適正に行使されることを担保する責務を有している。この点、JCSI には制定法的文書の実体 (merits) 審査は付託されず、JCSI の審査は技術 (technical) 審査のみに限られる。その技術審査は以下 8 項目を基準とし、かかる項目のいずれかに該当する場合に、議会へ注意喚起の報告を行う。

- (a) 当該制定法的文書が公的歳入に負担を課す、又は政府に債務負担行為を義務付けていること
- (b) 当該制定法的文書が授權法によって裁判所の審査から除外されていること
- (c) 当該制定法的文書が授權法で認めていない遡及効 (retrospective effect) を有すること
- (d) 当該制定法的文書の公布又は議会への提出に不当な遅延があったこと
- (e) 当該制定法的文書が議会への提出前に発効する場合、1946年制定法的文書法 4 条 1 項に基づく通知に不当な遅延があったこと
- (f) 当該制定法的文書が委任された権限の範囲内のものであることに疑問がある、又は委任された権限を通常ではない方法で行使するものであること
- (g) 当該制定法的文書の形式又は趣旨について何らかの理由で説明を要すること
- (h) 当該制定法的文書の起草に欠陥があること

JCSI は、審査中の制定法的文書について、所管する政府機関からの口頭又は文書による説明を受け、その上で、上記 8 項目に基づき、議会両院

の注意を特別に引く必要があると判断した場合には、問題のある制定法的文書をリストアップした報告書を議会に提出する。JCSI から議会に報告される理由として一般的なものは、上記の (d), (f), (g), (h) で、その他の理由で報告されるのは極少数である⁽⁴⁰⁾。例えば、1999-2000年会期において、JCSI は1,382本の制定法的文書を精査し、131件の報告を議会に行っているが、その根拠は (h) 瑕疵ある起草稿が90件 (69%), (f) 想定外の権限行使が18件 (14%), (g) 理由説明の要求が13件 (10%), そして (d) 文書提出・公布の遅延が4件 (3%) という内訳になっている⁽⁴¹⁾。また、2007-2008年会期においても、JCSI は1,441本の制定法的文書を精査し、79件の報告を議会に行っているが、その根拠は (h) 瑕疵ある起草稿が52件 (66%), (d) 文書提出・公布の遅延が9件 (11%), (f) 想定外の権限行使が6件 (7.5%), (g) 理由説明の要求が4件 (5%), (f) 権限逸脱の疑いが3件 (3.7%), その他が5件という内訳となっており、かかる傾向

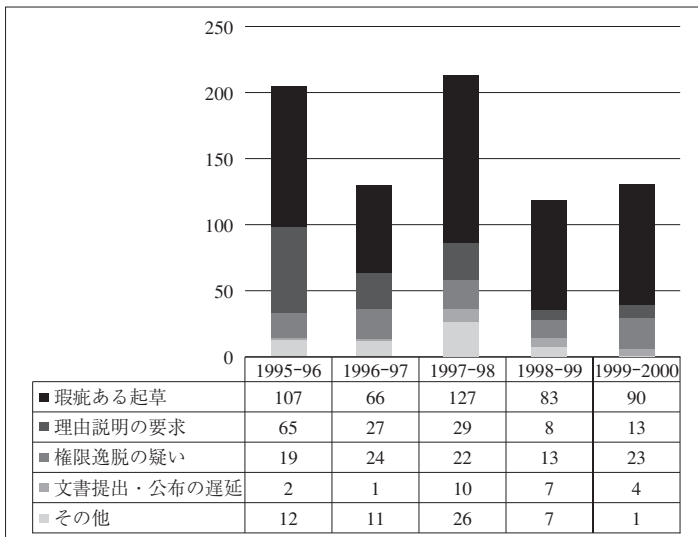


表-3 【 審査項目別 JCSI による議会報告数⁽⁴⁴⁾】

に大きな変化はない。⁽⁴²⁾なお、JCSI から指摘を受けた場合、政府は、当該制定法的文書を撤回し、JCSI の指摘に則した修正を加えた後に再提出するという傾向にあり、さらに、政府が、将来に類似の制定法的文書を制定する際には、当該 JCSI の指摘に注意を払うことを確約する場合もしばしば看取される。⁽⁴³⁾

(2) 第二次立法審査委員会 (Secondary Legislation Scrutiny Committee)

前述の通り、JCSI の役割は、制定法的文書の技術審査に限定され、その政策内容の是非を審査し得ないという問題点がしばしば指摘されてきた。そして就中、1990年代以降において、制定法的文書の全体量が飛躍的に増大したこと、また、議会制定法の中核的事項の策定を政府へ委任する「スケルトン立法 (skeleton legislation)」の利用が拡大したことを背景に、制定法的文書の実体審査を求める声が高まり、従来の議会審査制度の空隙を補完するため、制定法的文書の政策内容やその背後にある政策方針に関する審査を行うことを目的とした常設委員会が両院で設置されることとなった。本来、実体審査を行うのも議会の役割であるが、その審議時間の制約から、実質的には以下の各委員会へ付託されざるを得ない。

まず上院では、1992年の委任権限監視特別委員会 (Select Committee on the Scrutiny of Delegated Powers) 設置に始まり、これを改組した2001年の委任権限・規制改革特別委員会 (Select Committee on Delegated Powers and Regulatory Reform) に加えて、2003年には上院に制定法的文書実体審査特別委員会 (Select Committee on the Merits of Statutory Instruments, 以下 MSIsc) が創設された。当該委員会が創設された背景には、前述の通り、ますます進行する制定法的文書の質的・量的拡大に、議会の審査機能が追いついていない事情があったが、創設の直接的契機は、2000年1月に上院改革王立委員会 (Royal Commission on the Reform of the House of Lords) が発表した報告書 *A House for the Future* ⁽⁴⁵⁾にある。

その後、MSIsc は以下の転機を経て次のステージへ移行していく。す

なわち、英国では Cameron 連立政権が2010年総選挙で公約に掲げていた公共機関の再編に着手すべく、2011年公共機関法（Public Bodies Act 2011）を成立させた。当該2011年法は、英国の財政赤字を改善するため、無駄な公共機関の廃止・統合・機能移転等といった制度改革を実施するという趣旨のもので、その主な対象は「クアング（quango: quasi-autonomous non-governmental organization）」と呼称される900を超える特殊法人であった。そして同法は、かかる無駄な公共機関を再編する法的権限のすべてを、その所管大臣に付与し、議会の審査・承認を条件としつつも、対象となる公共機関の廃止・統合・機能移転等を、議会制定法によらずに当該大臣の行政命令のみで実現させることを可能にしたのである。ところが、かかる政府への立法権委任について、あまりにも「広範かつ不明確（wide and ill-defined）」⁽⁴⁶⁾であるとの厳しい批判が噴出することとなった。その結果として、2011年公共機関法の成立に伴い拡大した委任立法審査の重要性に鑑みて、2012年5月に上院では、(旧) MSIc からその審査権限を強化した第二次立法審査委員会（Secondary Legislation Scrutiny Committee、以下 SLSC）へと組織改編が行われ、現在に至っている。主要な変更点として、SLSC は、懸案となっていた公共機関令（Public Bodies Order）について、その草案（draft）段階での審査に原則として30日間の期間を有するが、さらなる情報が必要である、又は懸念があると判断した場合、通常の承認型手続ではなく「強化型の承認型手続（enhanced affirmative procedure）」を適用し、さらに審査期間を30日間延長して合計で60日間の審査を実施することが可能となった。そして、SLSC から修正が求められた場合、60日間が経過した以降に、所管大臣は、原案又は修正版を再提出して、改めて公共機関令（PBO）への議会承認を求めることとなる。⁽⁴⁷⁾非常に特殊な手続だが、これは第4章において詳述する「特別承認型手続」の一類型である。

現在、この SLSC は、JCSI と並んで、制定法的文書の統制という文脈において、最も重要な委員会の一つとなっている。2019年現在で、SLSC は、上院議員11名で構成され、その他に専門スタッフ8名の補佐を受けつつ、議会へ提出される制定法的文書につき、JCSI が技術審査を行う一方

で、SLSC は専ら実体審査を行う。SLSC は、毎年1,000本を超える制定法的文書の実体審査を緻密に行い、注意喚起の必要がある文書について上院へ報告を行っている。例えば、制定法的文書の実体審査に関して、(旧) MSIsC 時代の2006-2007会期では、承認型156本、否認型1,023本の合計1,179本を精査し、そのうち承認型の15%に当たる23本、否認型の4%に当たる39本について注意喚起の報告を行っており⁽⁴⁹⁾、SLSC に移行した2013-14会期でも、承認型205本、否認型785本、及び8本の公共機関令 (PBO) の合計998本を精査し、そのうち承認型の14%に当たる29本、否認型の4%に当たる30本について注意喚起の報告を行っている⁽⁵⁰⁾。その審査対象は広範囲に渡るが、具体的には、以下4項目に照らして上院の注意喚起を行うべきか否かを審査する⁽⁵¹⁾。

- (a) 当該制定法的文書（又は草案）が、政治的又は法的に重要である、若しくは議院が関心を抱くであろう公的政策問題を生起させること
- (b) 当該制定法的文書（又は草案）が、授權法の制定以後における事情変化によって不適切であること
- (c) 当該制定法的文書（又は草案）が、EU 法を不適切に執行していること
- (d) 当該制定法的文書（又は草案）が、自らの政策目的を不完全にしか達成できないこと

以上4項目のうち、SLSC から上院へ報告が行われる理由としては、その大半が(a) 政策の重要性に基づいている。例えば、(旧) MSIsC 時代の2005-2006会期では、(a) 政策の重要性が全体の89.2%を占めており、SLSC に移行した2013-14会期でも、全体の78%を占めている。その他の理由としては、(d) 不完全な目的達成、(c) 不適切な EU 法執行の順に続くが、(b) 事情変化の理由に基づく報告がなされたことは過去にない。

また、2018年5月以降、SLSC は、2018年 EU 離脱法 (European Union Withdrawal Act 2018) の制定に基づき、SLSC の制度枠組に大きな変更が

加えられた。すなわち、EU 離脱法は、国内における EU 法の優位を定めた1972年 EU 共同体法（European Communities Act 1972）を EU 離脱の日
に廃止する一方で（同1条）、かかる急激な変更の緩和策として、離脱後
2年間という過渡期に、離脱後も「保持される EU 法（retained EU law）」
の問題に対応すべく、その必要な改廃を行う権限を所管大臣に委任してい
るが（同8、9条）、これによって制定される委任立法の審査を、SLSC は
新たに付託されたのである。⁽⁵²⁾これと同時に、下院でも、欧州制定法的文書
委員会（European Statutory Instruments Committee、以下 ESIC）が創設
され、この両者は独立性を維持しながらも、綿密な協力関係を構築してき
ている。当該 EU 離脱法に基づき、SLSC には次の新たな機能が付託され
た。すなわち、（i）第一段階で、EU 離脱法に基づき提出された否認型
の制定法的文書を審査し、当該制定法的文書の審査手続が否認型のままで
よいか、それとも承認型に移行すべきかを勧告する。これは新規の審査手
続である。そして、（ii）第二段階で、否認型・承認型を問わず、上院に
提出されたすべての制定法的文書の政策実体（policy merits）を審査し、
議院の注意を喚起すべき制定法的文書について報告を行うこととなった。
これは従前通りの、SLSC による通常の審査手続である。ちなみに、政府
は、第一段階における SLSC の勧告を受諾するか否かを判断し、第二段階
の審査へ進むこととなる。この点、2018年北アイルランド旗規則（Flags
（Northern Ireland）Regulations 2018）を皮切りに、2019年6月時点です
で44本の規則について SLSC は承認型への移行を勧告しているが、政府は
すべての勧告を受け入れている。なお、かかる EU 離脱に関わる SLSC の
制度変更に伴って、2018年10月以降、2つの小委員会（Sub-Committee）
が創設され、さらなる審査の効率化が推進されている。

以上の SLSC は、毎週火曜日に開催され、その報告書が2日後には公開
される。⁽⁵³⁾そして上院議員は、上院議事録（Minute）を通じて、そこでリ
ストアップされた制定法的文書の情報を知ることになる。SLSC の役割は、
毎年議会へ提出される膨大な制定法的文書から実体的に重要な案件のみを
選別し、上院に対して当該情報を伝達することで、その注意を喚起するこ

とにある。当該 SLSC の審査機能を通じて、制定法的文書に関わる情報の議会流通は相当に向上している。

(3) 委任立法委員会 (Delegated Legislation Committee)

他方、下院では、制定法的文書の実体を審査する機関として、1973年に制定法的文書常任委員会 (Standing Committee on Statutory Instruments) が制度化され、その後、1995年に名称を変更して、委任立法常任委員会 (Standing Committee on Delegated Legislation, 以下 SCDL) に、さらに2006年には、現代化委員会 (Modernisation Committee) の提言に基づき、旧来の「常任委員会 (Standing Committee)」が「公法案委員会 (Public Bill Committee)」へ名称変更されるに伴って、SCDL も「委任立法委員会 (Delegated Legislation Committee, 以下 DLC)」へ改称された。

DLC は、下院議事規則118条に基づき⁽⁵⁴⁾、制定法的文書への審査権を行使する。常設の委員会ではなく、公法案委員会と同様に、一つの制定法的文書又は関連する一纏めの制定法的文書ごとに、構成員が任命され、審査を終えると直ちに解任される。DLC の構成員数は、16名から50名の幅で固定されていないが、通常は17名 (北アイルランド問題は21名) の下院議員から構成されている。委員の選任は、選任委員会 (Committee of Selection) が担う。DLC での審査時間は、90分間 (北アイルランド問題は150分間) に限られるが、その後、DLC から下院への報告がなされると、下院でさらに90分間の審査時間を設けることができる。また、公法案委員会と異なって、DLC では、動議や採決の権利までは承認されないが、如何なる議員にも DLC の会議に出席し、審議に参加する権利が付与されている⁽⁵⁵⁾。

なお、下院では、承認型手続に服する制定法的文書はすべて自動的に当該 DLC へと付託される。否認型手続の制定法的文書については、所管大臣が特に DLC への付託を申し出た場合に限り DLC への付託が認められる。但し、提出された制定法的文書のうち、実際に DLC で審議されるの

は、例年、全体の10%程度に過ぎず、その後、下院へ回付されても否決される事例はほとんど皆無である。承認型手続の制定法的文書でさえ、まともな議論もないままに提出の翌日には形式的な承認が与えられているのが実情である。⁽⁵⁶⁾それは何より、下院では審議時間の制約が厳しく、実質審議の機会が担保できないこと、下院議員の関心が低いこと、さらに、政府が下院では多数派を形成し、数の上では政府提案の制定法的文書を下院で阻止することが困難である事情が存するがゆえであり、下院の審査制度は本来の目的に貢献し得ないとの批判がある。⁽⁵⁷⁾

(4) 委員会機能とその影響力

制定法的文書に関わる上院の統制機能は極めて重要であり、就中、その専門委員会である JCSI、SLSC、及び DPRRC（後述）は決定的な役割を担っている。かかる委員会機能とその影響力について、各委員会に通底する事象を、ここでは JCSI を例にしつつ考察を加えておきたい。

制定法的文書に対する議会審査には、二つの次元が存在する。まず、制定法的文書の「合法性（legality）」の問題、これは政府の立法権限に関して、権限逸脱の問題のほか、法令全体の一貫性や整合性、及び規定の明確性が審査対象となる。他方で、制定法的文書の「政策（policy）」の問題として、当該制定法的文書の必要性やその実体的効果が審査対象となる。但し、合法性の問題と政策内容の問題とは明確に峻別できるものではなく、例えば、政府の権限行使が授權法の範囲内であるかという問題は、常に、技術審査に止まる訳ではなく、時には、議会が授權した際の意図や目的を精査せざるを得ず、その場合、合法性審査は、政策審査にも不可避的に関連することとなる。もっとも、これらの審査内容の峻別が曖昧であることは、両審査を分ける必要性を否定するものではない。⁽⁵⁸⁾

そして、通例、一部の例外を除けば、合法性に関わる技術的審査のほぼすべては JCSI に付託される。JCSI は、前述の通り、上下両院の議員14名から構成され、その他12名の専門スタッフによる補佐を受ける。この点、

JCSIによる実質的かつ有効な審査を可能にしているのは、専門スタッフを構成する法律顧問の尽力によるところが大きく、事実上の実務は、この法律顧問によって処理されている。すなわち、JCSIの審査に際しては、議事規則151条4項において、下院議長顧問（Speaker's Counsel）及び上院委員長顧問（Counsel to the Lord Chairman of Committees）の助言を得るものと規定されており、実際に、JCSI審査は、かかる法律顧問の助言に基づいて処理される事例がほとんどである⁽⁶⁰⁾。2019年現在、JCSIの法律顧問は上記2名を含む9名の法律家から構成されており、法的助言を提供することがその役割である。具体的には、まずJCSIは制定法的文書に問題があると認識した場合に、所管する大臣へ質問書を提出するが、概して、その決定はJCSI構成員ではなく、当該法律顧問の助言に基づいている。その後、質問書を受けた大臣は、14日以内に当該命令制定の必要性とその実体的効果について回答しなければならないが、所管大臣からの回答を受けた際にも、当該法律顧問は議会へ注意喚起の報告をなすべきかにつき、JCSIへ実質的な助言を行っている⁽⁶¹⁾。

かかる法律顧問の助言に基づいて、1997-1998会期では、JCSIに付託された1,565本の制定法的文書のうち、213本（13.6%）について所管大臣へ質問状が提出され、さらに、その154本（9.8%）について議会へ注意喚起の報告がなされている。ここで、JCSIが議会への報告にまで及ぶ事例についてみると、例えば、2008-2009年会期には1,486本の制定法的文書がJCSIで審査され、そのうち議会報告にまで至ったのは59本（4%）、2007-2008年会期では、1,473本が審査され報告に至ったのは70本（5%）、2006-2007年会期でも1,285本が審査され報告に至ったのは76本（6%）と、例年、全体の1割にも満たない⁽⁶²⁾。

しかし、実際にJCSIが制定法的文書の制定過程に与える影響力は、それを遙かに凌ぐものであることに留意すべきである⁽⁶³⁾。すなわち、JCSIの審査については、その負担が過重である点や、JCSIは実際に行政の活動を拘束することができない点が批判されながらも、事実上のJCSIの影響力は大きい。制度上、JCSIからの調査に対して、所管大臣の対応として

不作為は許されず、必ず回答しなければならない。また、その回答が十分でないときは、JCSI はさらに詳細な回答を求めることが可能である。もっとも、大臣は JCSI からの指摘について最大限の説得を行いながらも、最終的には JCSI の報告を無視して手続を進めることも可能である。しかしながら、大臣は、仮に JCSI を説得できなければ、当該命令は議会で否決される危険に晒されることとなる。そこで多くの場合に、大臣は JCSI の報告に応じて、問題点を指摘された命令については一旦撤回し、改めて JCSI の意向に則した修正案を再提出することで、JCSI と明示的な又は默示的な合意を見出そうとする傾向にある⁽⁶⁴⁾。

確かに、政党規律が厳格である限りにおいて、下院の多数派を形成する政府は、自らの制定法的文書を下院で承認させることは、それほど困難ではないように思われるが、時に、下院においても、与党新人議員の反乱及び野党議員が、早朝動議や質問時間 (question time) を通じて、政府案を余儀なく撤回させる場合もあり、また他方で、何よりも、上院は制定法的文書に絶対的拒否権を有するので楽観はできない状況がある。したがって、制定法的文書を作成する行政官僚たちは、JCSI からの指摘を回避するために、これまでの経験や過去に JCSI から指摘された類似の問題点をその報告書を通じて精査し、また、議会制定法の議事録を通じて授權法の趣旨を考慮する等、あらゆる可能な手段を通じて、JCSI の意向を確認することで、たとえ JCSI の指摘が取るに足りない些細な問題だとしても、制定法的文書が JCSI の審査を無事に通過することに万全を尽くしているのである⁽⁶⁵⁾。もっとも、行政官僚がそこまで JCSI の意向にそった運営を行うのは、その背景に、かかる制度上の手続的問題を超えて、議会に対する行政官僚の礼譲の精神が伝統的に存在している事実を指摘しておく必要がある。

以上の文脈において、JCSI を始めとする委員会審査は、各議院審議へのプレステージとして、制定法的文書の矯正を図る重要な局面と位置付けられている。事実上、議会は制定法的文書を否認する権限と機会を持ちながら、それをなかなか行使しない傾向にあるが、制定法的文書に関わる議会審査は、実際に否認するか否かは二義的な問題であって、何よりも、政

府にその再考を促すことに意義があると言える。⁽⁶⁶⁾

第四章 ヘンリ 8 世の形見

1. 立法・規制改革令 (Legislative and Regulatory Reform Orders)

(1) 立法・規制改革令の展開

2001年規制改革法 (Regulatory Reform Act 2001) は、政府に規制改革令 (Regulatory Reform Orders) として知られる命令の制定権限を付与し、規制の負担を除去又は軽減するために、所定の要件に則って、政府が議会制定法の規定を改正又は廃止し得ることを認めた。この2001年法は、その前身となる1994年規制緩和・業務委託法 (Deregulation and Contracting Out Act 1994) に基づく政府への権限委任に関して、政府の権限行使に関わる多くの制約を取り除き、政府の命令制定権をより拡大するための法律であった。ところが、当該2001年法では、政府の規制改革令について、①現行制定法上の規制緩和のみを対象とし、②改正対象となる制定法が成立又は改正から2年以上経過していること、③何らの必要的保護 (necessary protections) も除去しないこと、④何人の合理的な権利及び自由の行使も妨げないこと、⑤命令制定につき利害関係者との事前協議に諮ること、⑥コモン・ローに影響を与えないこと、⑦両院の委員会審査を経た上で両院の承認を得ること等を権限行使の条件として設けていた。かかる議会制定法を改正する権限を政府に授権する規定は、一般に「ヘンリ 8 世条項 (Henry VIII clauses)」⁽⁶⁷⁾と呼ばれ、行政権肥大化の象徴として批判されてきたことから、2001年法には、依然として多くの制約が課せられていたのである。そこで、これを不満とする政府は、その後も、政府権限が制約されすぎていると批判し、2001年法上の当該権限をさらに拡大する法律の制定を目指した。⁽⁶⁸⁾そして成立したのが、2006年立法・規制改革法 (Legislative and Regulatory Reform Act 2006) である。当初の法案は、2001年法に

において大臣の命令制定権に留保された制限をことごとく削除し、また他方で、委任立法で如何なる議会制定法（課税・刑事罰規定のみを除く）をも改正・廃止し得る内容であったため、「議会廃止法案（Abolition of Parliament Bill）⁽⁶⁹⁾」とまで呼ばれ、議会内外で激しい批判を受けた。その結果、やむなく政府は、とくに不明瞭と批判された法律の目的及び適用対象に制限を加え、さらに議会審査の機能強化を甘受することで、2006年立法・規制改革法の成立を実現したのであった。

2006年立法・規制改革法1条は、大臣に、「立法改革令（Legislative Reform Orders）」、すなわち、立法から直接的又は間接的に生じる「負担（burden）⁽⁷⁰⁾」を除去又は軽減する命令の制定権限を付与し、また、同法2条は、同じく大臣に、「規制改革令（Regulatory Reform Order）」、すなわち、「規制原則（regulatory principles）⁽⁷¹⁾」を促進する命令の制定権限を付与している。そして同法3条では、大臣が当該改革令を制定する際の前提条件として、(a) 当該条項の政策目的が非立法的手段では達成し得ない必要性、(b) 政策目的と当該条項の比例性、(c) 公益と当該条項で影響を受ける利益との均衡性、(d) 当該条項による必要的保護の維持、(e) 合理的な権利又は自由に対する当該条項の不干渉、(f) 当該条項における憲法的重要性の不存在が挙げられており、大臣は、これらの前提条件のすべてを満たした場合にのみ手続を進めることができる。さらに、大臣は、すべての立法・規制改革令制定に際して、その提案に関わる利害関係団体（interested parties）との協議（consultation）⁽⁷²⁾を経た上で、命令案及びその注釈書を議会へ提出し、一定期間内の議会審査を待たなければならず⁽⁷³⁾、議会の承認が得られてはじめて立法・規制改革令の制定が現実のものとなる⁽⁷⁴⁾。但し、立法・規制改革令の対象には制限があり、課税（taxation）、刑事罰（criminal penalties）、強制的立入等（forcible entry etc.）のほか、1998年人権法の全条項、2006年立法・規制改革法⁽⁷⁵⁾第1部、スコットランド議会による制定法、北アイルランド関連の制定法については、立法・規制改革令による改正が認められていない⁽⁷⁶⁾。

(2) 立法・規制改革令の統制枠組

2006年法に基づく立法・規制改革令の議会審査手続は、以下の通りである。まず大臣は、命令案に注釈書を添えて議会へ提出するが、その際に、大臣は、以下の (i) 否認型手続, (ii) 承認型手続, (iii) 特別承認型手続 (super-affirmative resolution procedure) の3つの議会審査手続のいずれが適用されるべきかについての勧告を併せて行う。その後の立法・規制改革令の承認に関する決定は、実質上、下院は規制改革委員会 (Regulatory Reform Committee, 以下 RRC) に、上院では委任権限・規制改革委員会 (Delegated Powers and Regulatory Reform Committee, 以下 DPRRC) にそれぞれ委ねている。RRC と DPRRC は相互に独立した組織であるが、事実上、両者は密接な協力体制を構築している。また、これらの委員会は、JCSI の審査項目についても審査を行い、その結果、JCSI は立法・規制改革令に対しては審査権を有していない。

(i) 否認型手続

大臣が否認型手続の適用を勧告した場合、(議会に提出された日から起算して) 30日以内に議会のいずれか一院から、承認型手続又は特別承認型手続の適用を要請されない限りにおいて、当該否認型手続が適用される。議会のいずれか一院から特別承認型手続の要請があった場合は、そちらの手続が適用され、これに該当しない場合で、いずれか一院から承認型手続の要請があった場合には、承認型手続が適用される。否認型手続が適用された場合、(議会に提出された日から起算して) 40日の期間内に、議会のいずれか一院が否認決議を行わない限り、大臣の立法・規制改革令は成立となる。

(ii) 承認型手続

大臣が承認型手続の適用を勧告した場合、(議会に提出された日から起算して) 30日以内に議会のいずれか一院から、特別承認型手続の適用を要請されない限りにおいて、当該承認型手続が適用される。いずれかの議院

から特別承認型手続が要請された場合は、特別承認型手続が適用される。承認型手続が適用された場合、(議会に提出された日から起算して) 40日の期間終結後に、議会両院が承認決議を行えば、大臣の立法・規制改革令は成立となる。

(iii) 特別承認型手続

大臣が特別承認型手続の適用を勧告した場合には、当該手続がそのまま適用される。この特別承認型手続の大きな特徴として、以下2点を指摘し得る。まず、(A) 正式な議会審査に入る前に、利害関係団体等との事前協議 (consultation) が制度化されたこと、他方で、(B) 議会審査では、二段階審査 (two-stage scrutiny) の方式が導入されたことが挙げられる。とりわけ後者 (B) に関しては、議会委員会の勧告等を踏まえて、政府は命令案 (原案) を審査過程で「修正」することが可能となった。これは事前法案審査 (pre-legislative scrutiny)⁽⁷⁷⁾ に類似した手続で、同様の効果をねらった制度だが、その具体的手続は以下の通りである。

まず、第一段階として、大臣の立法・規制改革令草案 (draft order) が注釈書とともに議会へ提出されると、(議会に提出された日から起算して) 60日の期間内に、両院の委員会 (RRC 及び DPRRC) は、①権限の逸脱がないか、②規制の負担を除去するものであるか、③何らかの必要的保護を排除するものでないか、④合理的な権利・自由の行使を妨げないか、⑤事前協議が適切に行われたか等の、立法・規制改革法及び議事規則で規定する基準に照らしつつ、政府や利害関係団体からの口頭又は文書による証言を得ながら審査し勧告を行う。そして大臣は、当該命令草案の承認・修正・否認に関する RRC 及び DPRRC の勧告、並びに議会各院の決議に配慮しなければならない。必要に応じて、第一段階における命令草案の修正が認められている。

さらに、大臣が立法・規制改革令の制定に意欲を保持するなら、第二段階の審査へと進み、上記60日の期間終結後に、議会へその旨の声明 (statement) を原案又は修正案とともに提出しなければならない。かかる第二

段階の審査では、RRC は、当初原案が提出された場合は15日以内、修正案が提出された場合は25日以内に、改めて第一段階と同様の審査を行い、下院への報告を完了する一方で、DPRRC は、通常の承認型手続と同じ要領で再審査を行い、上院への報告を完了することとなる。そして、これらの委員会報告に基づき、両院の承認決議が得られれば、大臣の立法・規制改革令は制定法的文書として成立し、政府出版局によって印刷・公表される。⁽⁷⁸⁾

なお、第二段階の委員会報告を受けた議会審査に際して、通例、上院ではすべての命令案について審議するが、他方で、下院の場合は以下の手続をたどる。すなわち、(a) RRC が満場一致で承認勧告を行った場合、下院は審議を行うことなく、直ちに承認決議を行う。また、(b) RRC の承認勧告が満場一致でなかった場合、下院では、当該命令案の承認決議に際して、上限90分間の審議時間が設けられる。さらに、(c) RRC が不承認の勧告をする一方で、なお政府が命令制定の意欲を示した場合には、下院は3時間までの審議が可能で、下院が認めれば命令案承認の動議を提出することもできる。但し、実際には、RRC が不承認の勧告を行った命令案について、政府がその後の手続を進めたという事例は過去にはない。⁽⁷⁹⁾ もちろん、DPRRC の場合も同様である。

(3) 委任権限・規制改革特別委員会 (DPRRC)

前述した通り、制定法的文書の統制という文脈では、下院の統制機能は、事実上、期待できず、したがって、ここでも上院の統制機能が重要となる。就中、上院の DPRRC が、非常に重要な役割を担っている。当該委員会の端緒は、1992年に無制約な大臣の命令制定権を監視する目的で設置された委任権限監視特別委員会 (Select Committee on the Scrutiny of Delegated Powers) まで遡り、その後、1994年規制緩和・業務委託法の成立に伴って、新たな監視機能を付加した委任権限・規制緩和特別委員会 (Select Committee on Delegated Powers and Deregulation) として改組され、さら

に、2001年規制改革法の成立で、政府の命令制定権の拡大とともに委員会の機能も拡充して、現行 DPRRC へと改組された。そして2006年立法・規制改革法でもこれが継承されて、2010年現在、上院議員10名から構成され、その他に専門スタッフ4名⁽⁸⁰⁾の補佐を受ける。

また、当該 DPRRC の役割は、前述の立法・規制改革令の審査に止まらない。すなわち、DPRRC は、さらに議会が制定する第一次立法についても、

- ①如何なる法案の条項も不適切に過度な立法権の委任を行っていないか、
- ②政府の立法権行使が適切な議会審査に服しているか、

を審査して、上院に対して特別の注意を喚起すべき事項を報告する。その際、DPRRC は、関係の政府機関から、すべての立法権委任を定める規定について、(a) 当該規定の目的、(b) 立法権委任を必要とする理由、及び (c) 委任立法に留保される議会統制の程度（承認型、否認型、その他）とその妥当性に関する意見書（memoranda）を求めることができる。当該委員会は、水曜日の午前中に開催され、その審査内容は翌日には議院へ報告される。当該報告は、法案の委員会審査前に提出するのが原則であるが、しばしば第二読会前に提出される。その報告に勧告が含まれる場合、ほぼ確実に政府はその勧告を受け入れている。

かかる DPRRC 構成員の法的・行政的専門性は高く、政府は委任権限の利用に際して、公式又は非公式に DPRRC からの確認を求め、DPRRC からの勧告に従う傾向にあるため、結果的に、DPRRCの重要性は増している⁽⁸¹⁾。現在、DPRRC は、その審査対象が専門的事項であるために国民の関心も低く地味ではあるが、議会制民主主義と政府委任立法間の適正な均衡を維持する極めて重要な役割を担っており、前述の JCSI 及び SLSC とともに、制定法的文書への実質的統制を担保する上院の三大委員会の一つと位置付けてよい。すなわち、上院では、委任立法の統制に際して、まず議会制定法の段階で、DPRRC が、不適切な権限委任を行っていないか、第

一次立法（すべての公法案）の法案審査を行い、その後、制定法的文書の段階で、JCSI が授權法との「手続的」整合性を審査するとともに、SLSC が「実体的」⁽⁸²⁾ 妥当性を審査する重層的な構造を取っている。

2. 人権救済令 (Remedial Orders)

(1) 人権救済令の統制枠組

1998年人権法 (Human Rights Act 1998) のもと、裁判所が、国内の議会制定法と欧州人権条約との「不適合宣言」を下した場合、政府は、その不適合を解消すべく、当該議会制定法を改正する命令の制定権限を付与されている。⁽⁸³⁾ すなわち、政府は、立法・規制改革令と同様に、人権救済令 (行政命令) によって議会制定法を改正することが可能である。この人権救済令の制定手続は、前記の立法・規制改革令における特別承認型手続に類似している。まず、英国裁判所又は欧州人権裁判所 (European Court of Human Rights) による「不適合」の評価があった場合に、政府は、これを受けて必要な人権救済令を制定するが、それは緊急性に依拠して、以下の (a) 通常手続又は (b) 緊急手続に基づく議会審査を経なければならない。⁽⁸⁴⁾

(a) 通常手続 (Normal (Non-Urgent) Procedure)

大臣は、まず人権救済令草案 (draft remedial order) を議会に提出しなければならない。ここでは当該命令制定を必要とするに至った経緯や、命令の制定目的及び内容に関する説明を記した注釈書を添付しなければならない。そして議会は、草案を人権合同委員会 (Joint Committee on Human Rights, 以下 JCHR) ⁽⁸⁵⁾ に付託し、その後 (閉会時や 4 日以上 の休会時を除いて) 60日の期間内に、JCHR は、当該草案の審査を行い、議会に対して、原案通りに次段階の審査手続へ移るべきか否か、その報告をしなければならない。当該60日の期間終結後、大臣は、議会側の意向を踏まえて、原案通り又は修正した人権救済令案を、議会に声明書 (statement) を添えて提出することができる。さらに、その後60日の期間内に、JCHR は当該人

権救済令案を承認すべきかについて改めて報告を行い、その報告に基づき両院が承認決議を行えば、人権救済令は成立し施行される。

(b) 緊急手続 (Urgent Procedure)

大臣は、緊急手続を取れば、即時的効果 (immediate effect) を有する人権救済令 (remedial order) を制定し、議会に提出することができる。すなわち、議会への提出と同時に、大臣の人権救済令は法的効力を発し、提出から120日の期間内に議会両院で承認決議が通過しなかった場合にのみ、その効力は停止される。恒久的法的効果を有するためには以下の手続を取る必要がある。まず、大臣からの人権救済令の提出を受けて、その後60日の期間内に、JCHR は議会に対して、①原命令通りの承認、②修正版の再提出、又は③不承認に関する報告を提出することができる。そして大臣は、当該60日の期間終結後に、議会側の意向を踏まえて、当初の命令を撤回又は新たに修正版を提出することが可能である。修正版が提出された場合には、JCHR は再び同様の審査を行い、議会にその承認の是非を報告する。そして、いずれの手続にせよ、当初の命令提出から120日の期間内に、議会両院が承認決議を行えば、当該人権救済令は時限的制約のない法的効力を有する。なお、JCHR は上記期間内に少なくとも一回は報告を行わなければならない。

また、JCHR は、上記手続における人権救済令の内容審査のみならず、下院議事規則151条及び上院議事規則73条に基づく JCSI の技術審査項目⁽⁸⁶⁾についても審査を行い、議会に特別の注意を喚起する事項を報告しなければならない。ゆえに、JCSI は人権救済令について審査権を有していない。

3. 英国国教会法 (Church of England Measures)

1919年英国国教会権限法 (Church of England Assembly Powers Act 1919) の改正以降、英国国教会会議 (General Synod of the Church of England) は、英国国教会の統治機構に関する事項について立法提案権を保持

している。かかる法形式は教会法 (Measures) と呼ばれ、提案が政府ではなく国教会会議であること、国王の裁可を必要とすることを除いて、その制定手続は、制定法的文書の場合と同様である。すなわち、国教会会議が教会法を成立させるには、まず1919年法に基づき設立された教会委員会 (Ecclesiastical Committee) へ提出し、その後、議会承認を得なければならない。この教会委員会は、上院議長 (Lord Speaker) によって任命された上院議員15名、及び下院議長 (Speaker) によって任命された下院議員15名の合計30名の議員から構成され、委員長は貴族が務める。当該委員会の法的地位は他の議会委員会とは明確に区別されるが、他合同委員会と同様の議事規則に服する。⁽⁸⁷⁾

かかる教会法の議会審議は、まず主教 (Bishop)・牧師 (Clergy)・世俗信者 (Laity) から構成される国教会会議の立法委員会 (Legislative Committee) が、教会法案 (Draft Measure) を教会委員会にその審査・承認を求めて提出するところから始められる。これを受けて、教会委員会は、当該法案の性質及び法的効果、並びにその成立が (特に、国王権限との関連で) 適切か否かを検討した結果を報告書として返す。この法案の審査に際して、教会委員会は、一般的に、国教会会議の代表者を召喚し説明を求め、また、国教会会議の立法委員会とも協議を行うが、その他の参考人から口頭陳述を求めることはできない。当該委員会審査は公開され、その記録は委員会報告として公表されている。教会委員会は、教会法案の修正を勧告することは可能だが、法案自体を修正する権限は持たない。かかる教会委員会の報告が、立法委員会の同意を経て、教会法案とともに議会へ提出されると、それと同時に、議会の審議は開始される。その際、教会委員会が否定的な判断を行った場合、両院の審議はこれに拘束されないが、それ以前に立法委員会が法案を撤回するのが通例である。他方、教会委員会が肯定的な報告を行い、両院の承認が得られれば、その後、国王の裁可へと移され、当該法案は成立となる。⁽⁸⁸⁾

4. 1998年北アイルランド法（Northern Ireland Act 1998）に基づく枢密院令

かつて、1974年北アイルランド法（Northern Ireland Act 1974）は、北アイルランド議会（Northern Ireland Assembly）を停止し、英国政府の直接統治を敷くとともに、また、同法に規定していない事項は、枢密院令によって定めることとした。そして、1998年北アイルランド法の制定以後、北アイルランド議会の立法機能は回復したが、しかし、同法では、依然として英国政府が枢密院令によって定められる事項を留保していた。同法が英国政府に留保した事項は、公的秩序、刑事法、刑事損害補償、小火器、爆発物、警察、公務員組織、民間防衛組織、緊急権限等と治安活動全般に及ぶ。⁽⁸⁹⁾そして、当該枢密院令は、遡及効を有し、さらに、英国議会制定法及び北アイルランド議会制定法を改正又は廃止することが可能である。⁽⁹⁰⁾

かかる1998年北アイルランド法に基づく枢密院令の制定は、以下の英国議会の審査・承認手続に服することとなる。すなわち、当該枢密院令には、制定法的文書審査における特別承認型手続に類似した手続が適用され、通常、第一段階の協議（consultation）に向けて60日の期間が設けられる。まず、大臣は、北アイルランド法に基づく枢密院令について、その草案を北アイルランド議会へ提出しなければならず、同議会は当該草案の審査を行い、自らの見解を報告書として提出する。この報告書を踏まえて、大臣は、第二段階の議会審査に向けて、北アイルランド議会の報告書と自らの声明書を添えて、当該枢密院令の草案を英国議会に提出する。当該枢密院令に関して、JCSIは審査権を持たず、下院では、通常、北アイルランド選出議員18名とその他に選任委員会が任命した議員25名以内から構成される北アイルランド大委員会（Northern Ireland Grand Committee）、及び委任立法委員会（DLC）が審査し、議会への報告を行う。⁽⁹¹⁾この点、北アイルランド法に基づく枢密院令の場合、下院委員会審議には通常の90分間ではなく、150分間の審議時間が認められている。他方、上院では、通常、大委員会での審議を経て、本会議での承認決議を求めることとなる。⁽⁹²⁾そして、議会両院による承認決議が得られれば、枢密院によって制定される。

なお、当該枢密院令には緊急手続を適用することが可能で、その場合には40日の期間内に両院の承認決議が得られれば成立となる。⁽⁹³⁾

第五章 残された冥闇

1. 議会審査制度の問題点

これまでも委任立法のあり様については、第一次立法に関する正規の立法過程を経ることなく、政府が法規範を定立（又は変更）する制度は、議会制民主主義との間に高度の緊張関係を生起するため、その使用は抑制的であるべきとする見解が有力に存在している。また、かかる基本的認識からは、増大する行政裁量への統制に向けて、議会の審査・承認機能が決定的に重要であることは言うまでもない。そして今後も、さらなる委任立法の確実な質的・量的拡大とともに、その重要性が低下することは決してあり得ない。

ところが、これまでの議会審査制度には、多くの機関から問題点の指摘とその改善提案が寄せられている。その中でも、議会審査の制度趣旨からは、前述の否認型手続に最も痛烈な批判が向けられる。すなわち、議会の完全なる不作為によって法規範が成立するという有様は、「途方もなく非常識」で、「嘆かわしいほどに不適切」な制度であるとして、早急かつ抜本的な改革が求められてきた。⁽⁹⁴⁾ それにも拘らず、議会審査の適用を受ける制定法的文書の大半が否認型手続に服する一方で、承認型手続の適用を受けるのは僅かに過ぎない。しかも下院では、制定法的文書に関わる審議時間が十分に確保されず、下院でこれを統制する可能性は現実的には見込めない状況にある。実際、否認型手続の場合は、まるで十分な関心が向けられず、委員会に付託されることすら稀である。また、たとえ承認型手続の場合であっても、事実上、審議時間の制約から、付託された委員会では実質的審査もないまま「審査済み (considered)」との報告を下院に提示し、

その後、下院では形式審査のみで当該文書を日常的に承認している⁽⁹⁵⁾。例えば、2007-2008会期では、承認型の制定法的文書は257本が下院へ提出され、その後、DLCで審議されたのは188本、さらに下院本会議で審議されたのが15本であるのに対して、同会期に、否認型の制定法的文書は1,049本が下院へ提出されているが、DLCで審議されたのは24本、さらに下院本会議で審議されたのは僅か2本に過ぎない。また、2005-2006会期では、下院へ提出された1,583本の否認型文書のうち、29本がDLCの審議を受けたが、本会議では1本も審議されていないのが実情である。

その他、議会審査制度の問題点として、以下の事項が指摘されてきた⁽⁹⁶⁾。

- ・制定法的文書に関する議会審査は承認か否認かの二者択一で、部分的な修正を施すことができない。
- ・議会制定法の「細目」ではなく実質的な「政策」内容を制定法的文書に委任するスケルトン立法（skeleton legislation）が増加しているにも拘らず、多くの制定法的文書は、その量的膨大さ及び質的複雑さゆえに、その重要性が潜在化され、議会審査をほとんど又はまったく受けられないままに法的効力を有するに至っている。
- ・制定法的文書の国内法又はEU法への実質的影響が明らかにされていない。
- ・本来、重要度の高い制定法的文書には承認型手続を適用すべきところ、重要事項であるにも拘らず、否認型手続が適用される不適合が生じている。
- ・（2003年以前）議会は、制定法的文書の実体的政策内容を検討する機会を持たない。

2. 議会審査制度の改善点

これらの問題点に対して、各機関から数多くの改善に向けた提言がなされているが、就中、Hansard Society 委員会（Commission）⁽⁹⁷⁾及び下院手続

委員会 (Commons Procedure Committee)⁽⁹⁸⁾ による議会審査制度の分析及び提言が重要であるので、かかる両機関による報告書の内容を確認したい。⁽⁹⁹⁾

[Hansard Society 委員会報告書 (1993年報告)]

- ・ 制定法的文書の重要性は、政府や議会にとっては議会制定法に比べて二次的な位置づけでしかないが、法令の利害関係者や実務関係者にとっては議会制定法と同等の重要性を有するものであるから、原案形成の早い段階から、議会制定法と同様、利害関係者等との「協議 (consultation)」⁽¹⁰⁰⁾ 手続が整備されるべきである。
- ・ 制定法的文書の優位性は認めつつも、その使用は、議会制定法において政策 (policy) 及び原則 (principle) が定められ、細目 (detail) のみを制定法的文書に委ねるという制約の範囲内で、かつ、議会の審査手続に服する条件留保がなければ認めるべきではない。また、特殊例外的な事情がない限り、議会は、大臣が議会制定法を改正・廃止し得る「ヘンリ 8 世条項」⁽¹⁰¹⁾ を設けるべきではない。
- ・ 制定法的文書の審議に関して、硬直的手続に拘束される本会議とは別に、より小規模で柔軟な審査を可能とする (旧) 常任委員会 (standing committee) を設置すべきである。そして当該委員会には、制定法的文書の目的・意義・効果等に関して、所管大臣に対する調査権を付与することで、さらに詳細な実体的審査を可能にすべきである。⁽¹⁰²⁾
- ・ 制定法的文書に関して議会に修正権が付与されていないため、議会審査の実質化にとって不十分である。但し、議院又は委員会に正式な修正権を付与すると、上院と下院で修正内容に齟齬が生じた場合の調整等の手続が新たに必要となり、本来、委任立法が有する柔軟性・効率性と抵触するおそれがある。そこで審査委員会に、直接的な修正権ではなく、制定法的文書の修正を政府に提案する権限を付与すべきである。⁽¹⁰³⁾
- ・ 重要な制定法的文書、又は、否認動議がなされたすべての制定法的文書に関して、議会での審議を実現すべきである。そのために審議時間

を適正に配分する立法運営委員会 (Legislation Steering Committee) を設置して、政府の恣意的な管理運営を排除し以て手続的公正を担保すべきである。⁽¹⁰⁴⁾

- ・さらに、議会は、議会制定法やその委任立法が現実によどのように施行されているかを体系的に監視する制度を確立すべきであり、例えば、それを所管する省庁別の特別委員会を通じて、施行後2年又は3年程度で再審査を実施すべきである。⁽¹⁰⁵⁾

[下院手続委員会報告書 (1996年・2000年報告)]

- ・現行の手続類型を維持しつつも、重要な制定法的文書については、特別承認型手続の利用をさらに拡大すべきである。すなわち、制定法的文書は正式に議会へ提出される前に草案段階で公開し、利害関係者や議会委員会との事前調整が図られるべきである。⁽¹⁰⁶⁾
- ・1946年制定法的文書法上、否認型手続が適用される制定法的文書について、合理的な議会審査を可能とすべく、その審査期間を現行40日間から60日間へ延長するべきである。同様に、その審議時間を上限90分間から150分間に延長するべきである。⁽¹⁰⁷⁾⁽¹⁰⁸⁾
- ・制定法的文書の飛躍的増加傾向に伴い、とりわけ否認型文書の議会審査は形骸化している。かかる状況の改善に向けて、議会は、体系的に制定法的文書の実体審査を付託する専門委員会を制度化すべきである。⁽¹⁰⁹⁾
- ・すべての制定法的文書の政治的重要性を精査する、新たな審査委員会 (sifting committee) を議会内に創設すべきである。当該委員会には、省庁別の特別委員会とも連携しながら、政府各機関から必要な情報収集を行う権限を付与され、本会議での実体審査を必要とする制定法的文書を選別し各議院へ報告する権限が付与されるべきである。⁽¹¹⁰⁾
- ・議会が制定法的文書を直接的に修正する制度枠組は、過度な混乱を生起する可能性が高く、現実的にその導入を見込めないが、委員会審査手続の中で、一定の範囲内で、政府による修正・再提出を促す制度枠

組を確立すべきである。⁽¹¹¹⁾

これら両委員会による提言については、下院手続委員会による新たな実体審査委員会 (shifting committee) に関わる提言が、その後、上院改革王立委員会 (Royal Commission on the Reform of the House of Lords)⁽¹¹²⁾ からの賛同も得たことで、2003年に上院での MSIc (現在の SLSC) 創設に繋がったことが最大の成果として特筆できる。また、両委員会が主張していた事前の利害関係者及び議会委員会との「協議」手続や、制定法的文書に関する「修正権」の創設についても、前述の特別承認型手続 (super-affirmative resolution procedure)⁽¹¹³⁾ の創設によって、一部の重要な制定法的文書においてすでに実現されている。もちろん、すべての問題が解消された訳ではないが、かくの如く、英国では、絶えず委任立法の統制をめぐる制度枠組が見直され、改善されながら、現在に至っている。かかる英国の委任立法統制に向けた実践的意欲とそれに基づく制度改革の進捗は、委任立法への議会統制がまったく不在である我が国とは比較にもならず、世界的にもその精緻な制度設計は、格段の優位性を維持していると評価できる。

第六章 救世主

1. 上院と憲法保障

最後に、以上の制度枠組に基づく議会の統制機能に関して、その実効性を考察しておきたい。通例、議会の行政統制という文脈においては、議院内閣制を採用する国であれば、「議会」対「政府」という構図ではなく、議会内与党と政府を同一視して、「政府 (議会内与党)」対「議会内野党」の構図で捉えるのが一般的である。もちろん、保守党・労働党という討議的で政権交代可能な二大政党制が確立している英国では、議会内野党が果たす行政統制機能は極めて重要な意味を持つ。但し、下院において、如何

に野党の行政監視が厳格なものであっても、政府は、議会内において相対的多数を占める与党を利用することで、最終的には自らの制定法的文書を承認させることが可能である⁽¹¹⁴⁾。さらに、二大政党制のもと、野党の関心は常に政権交代に向けられており、ゆえに野党は、国民的関心事であるテロや教育、移民、人権問題等の、メディアがヘッドラインで報道する重要事項にしか興味を持たず、細目的・技術的事項にその多くが占められる制定法的文書にはそもそも関心を抱きにくい傾向がある。憲法上、制定法的文書がますます拡大する潮流の中で、議会制民主主義の原則を維持することは、議会の不可避的役割と考えられるが、下院が制定法的文書を統制することには、事実上、構造的な困難があるといえる。

そこで重要視されるのが、上院の監視機能である。かつて1911年及び1949年議会法（Parliament Act）によって、法案への絶対的拒否権を奪われ、「修正の院（revising chamber）」として存続してきた上院であったが、1999年の上院改革以降は、世襲議員の排除と相まってその構成を専門家集団へと再構成したことから、自らの機能を、政府活動に対する監視及び審査（scrutiny）機能へと大きく変遷させながら、上院は絶えず法案審査の機能強化を図ってきている。そして制定法的文書の統制という文脈においても、JCSI、SLSC、及びDPRRCを通じた上院のチェックは、実際に、制定法的文書の監視及び審査に関して十分な成果を挙げており、当該委員会の設置以降、不適切な権限委任の濫用・逸脱が大きく抑制されてきている⁽¹¹⁵⁾。

かかる上院機能の優位性は、その構成員の多くが政治家や法律家、研究者等といった専門家から一代貴族（Life Peer）として上院を構成し、彼らが自らの専門知識と経験を有する領域において、その特性を活かしていること、また、非公選機関であるため、上院議員は、再選という精神的重荷もなく、党派の影響を受けずに、客観的で専門性の高い審議に専念できること、さらに、党派の対立が少ないため、議院内での公正な合意形成が比較的容易であるといった事情に基づいている。対照的に、下院は公選機関であるため、その制度は党派的かつ競争的である。かかる状況の中で、

常に、下院議員は、再選を果たすことに大きな関心を有し、選挙に影響しない事項に関心を持たない傾向がある。そして就中、制定法的文書で扱われる事項は、概して専門的事項が多く、メディアのヘッドラインで報道されることも少ないことから、有権者の関心も低い。それゆえに、下院議員にとって、JCSIの委員に選任されることは、「罰ゲーム」とさえ言われている。そもそも下院議員は制定法的文書にほとんど関心がないのである⁽¹¹⁶⁾。事実、下院では、制定法的文書の審査に際して、委員会で審議されるのは全体の1割程度、下院本会議で審議されるのはさらに少なく僅か6%-8%に過ぎない。また、下院での制定法的文書審査に配分される時間はますます減少傾向にあり、制定法的文書の審議時間は、例えば、1984-85年会期と1994-95年会期では各々全審議時間の10%と7%であったのに対して、1999-2000年会期と2000-01年会期では各々2.5%と3.9%に減少している⁽¹¹⁷⁾。さらに2016-17年会期に至っては、全審議時間のわずか0.5%にまで減少している⁽¹¹⁸⁾。同様に、下院本会議で審議対象になった制定法的文書のうち、採決にまで至る割合は、1992-93年会期では34%であったのが、1997-98年会期では僅か5%にまで減少している(表-4参照)。

他方で、上院の場合、本会議に制定法的文書の承認又は否認決議案が上程されると、そのまま本会議で審議するか、あるいはその審議を大委員会(Grand Committee)⁽¹¹⁹⁾へ移すこともできる。上院本会議での審議は、下院のように90分間という審議時間の制約がなく、ゆえに、承認型手続が適用されるすべての制定法的文書、否認型手続が適用される制定法的文書のうち否認動議があったすべての制定法的文書を審議している。もっとも、審議時間に制約はないものの、通常、10分から1時間程度の審議となっている⁽¹²⁰⁾。ちなみに、上院においても制定法的文書の審議に割り当てられる時間は、例年、上院の全審議時間の約5%に止まる⁽¹²¹⁾。但し、上院が本会議に提出された制定法的文書を審議もせずに承認することは極めて稀で、例年その僅か3%以内に止まっている⁽¹²²⁾(表-5参照)。

	1992-93	1993-94	1994-95	1995-96	1996-97	1997-98
本会議への上程 (全 SIs 内の割合%)	8	6	6	7	6	6
審議無での承認 (上程 SIs 内の割合%)	59	42	57	73	73	83
本会議で審議 (上程 SIs 内の割合%)	41	58	43	27	27	17
分割投票 (本会議審議 SIs 内の割合%)	34	31	26	18	9	5

表 - 4 【下院の SIs 審議状況⁽¹²³⁾】

	1992-93	1993-94	1994-95	1995-96	1996-97	1997-98
本会議への上程 (全 SIs 内の割合%)	6	5	5	7	6	7
審議無での承認 (上程 SIs 内の割合%)	1	3	1	3	0	3
本会議で審議 (上程 SIs 内の割合%)	99	97	99	97	100	97
分割投票 (本会議審議 SIs 内の割合%)	4	7	4	6	2	2

表 - 5 【上院の SIs 審議状況⁽¹²⁴⁾】

2. 委任立法統制と上院の位置づけ

ところで、かかる上院は、下院と異なり国民代表機能を持たないがゆえに、1911年及び1949年議会法により以下の制限を受ける。まず、歳入・歳出法案に相当する金銭法案 (Money Bill⁽¹²⁵⁾) に関しては、下院が先議権を有するとともに、下院で可決後少なくとも会期終了の1ヶ月前に上院に送付されれば、上院の同意が無くとも国王の裁可を得て自動的に成立する。上院がこの間に当該金銭法案を修正又は否決したとしても下院が応じない限

り、その決議に法的効力はない。また、金銭法案以外の公法案についても、議会の会期を最長である5年以上に延長する法案を除き、上院の権限では、下院で可決した法案の成立を次の会期まで引き延ばすことしかできない。すなわち、①(同一の議会であるかに拘らず)二期連続して、下院が可決している場合で、かつ②少なくとも会期終了の1ヶ月前に上院へ送付され、また③当該法案に関して、下院の第1回目の会期における第二読会と次の会期における下院の可決との間に、少なくとも1年が経過している場合には、たとえ上院が否決しようとも、下院の議決のみで国王の裁可を得て法律となる⁽¹²⁶⁾。

但し、これら1911年及び1949年議会法に基づく制約は、議会制定法に特化したもので、制定法的文書については適用されない⁽¹²⁷⁾。1911年法の審議段階では、いまだ委任立法が現在ほどの重要性を持たなかったため、これに対する上院の統制に関わる問題は審議対象とされず、また1949年法の審議段階では、1911年から1947年における委任立法の飛躍的拡大にも拘らず、上院権限を縮減する必要性は認識されず、結果的に、上院は、現在においてもなお(歳出・歳入に関わらない)制定法的文書に対する絶対的な拒否権を保持している⁽¹²⁸⁾。そして、その後の制定法的文書の多用化傾向に相俟って、必然的に、政府統制における上院の機能も拡大してきたのである。

かかる上院の拒否権につき、政府は、大臣の活動に承認を与えるのは本来的に下院の役割であり、「修正の院」である上院が拒否権を行使することはその性質に馴染まず、習律違反(breach of convention)に当たり、許されないとの立場を取ってきた。これに対して、習律合同委員会(Joint Committee on Conventions)は、以下の理由から、上院が制定法的文書を拒否する機能は「修正の院」の性質と矛盾せず、これに関する上院の権限を縮減することは許容しがたいと主張する。すなわち、「上院が拒否権を行使した場合にも、実際に、政府は、わずかな修正を加える、又は、タイトルを変更して再提出することが可能であり、(これまでに経験したことはないが)上院がこれに改めて拒否権を行使した場合でも、最終的に政府は当該事項を法案(Bill)に統合する手段を有するので、憲法的危機に至

ることは考えられない。確かに、上院は、日常的に制定法的文書に拒否権を行使すべきではないが、例外的な場合に限ってこれを行行使することは適切なことである⁽¹²⁹⁾」と結論づけている。他方で、上院改革王立委員会は、「制定法的文書の審査過程において、上院の絶対的拒否権はあまりにドラスティックであるため、事実上、上院自身がその使用を自重し、合理的な権限行使を妨げる結果をもたらしている。そこで、上院の政府に対する事実上の統制力強化に向けて、上院の権限を、拒否権ではなく停止権として再構成し、上院が否認決議を行った場合でも、3ヶ月以内に下院が承認決議を行えば、当該命令は発効するという様な、下院への再考を促す制度へ修正すべきである⁽¹³⁰⁾」との折衷の見解を提示している。

これまでに、上院では制定法的文書に絶対的拒否権を持ちながら、それを行行使したがない自己抑制の傾向が看取され、事実、上院でさえも、前述の通り、1968年南ローデシア令、2000年大ロンドン局選挙規則、2000年大ロンドン局選挙活動資金令、2007年賭博場免許に関わる地理的区分令、2012年法律扶助・犯罪者量刑処罰法施行令、2015年選挙人登録管理法（移行条項）施行令、及び2015年タックス・クレジット規則（後述）という僅か7件の否認事例が確認できるのみである。確かに、實際上、上院（議会）が否認決議を行わずとも、政府は上院（議会）側の意向を尊重して、委員会審査で問題点を指摘された場合には、当該制定法的文書を撤回し、委員会報告に従って修正した後に、改めて議会へ提出するという傾向が看取される。それでもなお、かかる制定法的文書の統制という文脈において、議会の統制機能が不十分であり、憲法上の要請に答えられておらず、英国議会制の危機的状況を示唆する見解も少なくない⁽¹³¹⁾。他方で、それと同時に、上述の如く、上院の統制機能を過度なものだと批判する見解も根強く存在している。

3. 憲法守護の院か、反対の院か

近年、かかる上院機能をめぐる見解の対立が顕在化した。2015年10月26

日、英国上院が、2015年タックス・クレジット規則案 (Draft Tax Credits Regulations 2015) への承認を拒否したのである。これは2002年タックス・クレジット法 (Tax Credits Act 2002) に基づく委任立法だが、その成立に承認型手続を留保していたところ、上院によって否認された。さらに翌日、同様に承認型手続が留保されていた2013年選挙人登録管理法 (Electoral Registration and Administration Act 2013) に基づく2015年同法移行条項施行令 ((Transitional Provisions) Order 2015) も、上院によって拒否されることとなった。これに危機感を覚えた政府は、同日、「如何にして選挙で選ばれた政府が自らの職責を全うする能力を担保すべきか」を検討することを元上院議長の Strathclyde 卿に諮問したことを公表した。これに基づき、2015年12月17日、Strathclyde 卿は、報告書「第二次立法と下院の優位性 (Secondary legislation and the primacy of the House of Commons)⁽¹³²⁾」を発表している。当該 Strathclyde 審査報告の概要は以下の通りである。

[Strathclyde 審査報告]

この報告の目的は、制定法的文書 (statutory instruments) の議会通過に、さらなる「確実性 (certainty)」と「透明性 (clarity)」を確保する方法を検討することにある。すなわち、上院の制定法的文書に関する習律 (convention) は、長年を経て劣化し続けてきており、制定法的文書について、今後もお上院が拒否権を保持し続けることを問題視しつつ、下院に決定的役割を留保することを提案するものである。

当該報告は、適切な議会審査の重要性和政府規制の確実性という二つの利益の均衡を図りつつ、政府規制案が上院での敗北に影響を受けないように、さらに下院が再検討のうえ、二度目の投票を実施することで、下院の優位性を承認する新規の手続を推奨する。また、上院がこれまでに非常に専門的な第二次立法の審査枠組を構築してきたが、そもそもその目的は下院機能の補完であって、阻止ではない。したがって、もし、上院が単なる高度に政治的な「反対の院 (House of Opposition)」になってしまってい

るとすれば遺憾である。

そして、すでに制定法的文書の習律は限界を迎えるに至っている。(上院が初めて制定法的文書を否認した) 1968年以來、英国上院には、制定法的文書を拒否すべきでない(又は、極めて限定的であるべき)との習律が存在してきたが、しかし、それは全議員に理解すらされない状況が継続してきた。ところが今回、2015年タックス・クレジット規則案の否認は、この状況に新たな突破口を開くこととなったのである。この出来事は、当該習律があまりに柔軟すぎて、ほとんど習律としての体をなしていないことを示唆してくれた。⁽¹³⁴⁾

そこで本報告は、制定法的文書に関する決定的役割を下院に付与するため、以下の3つの選択肢を提案するものである。

第一に、制定法的文書の制定手続から上院を完全に除外すること (to remove from statutory instrument procedure altogether)。これは非常に単純で分かり易いが、しかし、非常に大きな論争が予想されるうえに、制定法的文書に対する議会審査を弱体化させ、さらに、いくつかの第一次立法の成立をより困難なものにする恐れがある。

第二に、制定法的文書に関する上院の現行機能を保持したまま、上院に対して決議又は議院規則による明確な方法で、承認をしない又は破棄する権限に実際上の制約を課して、拒否権が行使されない状況に立ち戻らせる (to revert to a position where the veto is left unused) 方法がある。これには、習律を成文化する必要がある。しかし、さらなる議院の意思決定によって、議院の決議が変更されたり、議院規則が一時停止されたりすることになると、運用の確実性が確保できないことになる。

第三に、まったく新規の手続を創設する方法がある。制定法上、上院が否認する際に下院に対して再考を促すこと (to invite the Commons to think again) を承認するのである。事実上、この選択肢は、下院による上院決議の無効化を承認する効果をもたらすが、第一次立法に関する上院の既存の役割とも非常に適合的といえる。

本報告は、第三の選択肢を推奨する。これによって、現代の政府に一定

の確実性を提供し、上院には既存の他の立法に関する手続と整合性のある手続を維持することが可能となる。また、下院への差戻し手続を創設することで、第二次立法に対する上院の審査機能を維持し発展させることになるだろう。下院がさらに制定法的文書を再承認した場合には、下院の決定が最終的なものとなるのである。そして将来的には、制定法的文書に関する権限は下院のみに帰属する手続に修正すべきことも併せて推奨しておく。最後に、かかる新規手続の過度な使用を抑制するために、政府は制定法的文書に過度に依存せず、法案の詳細を適切な水準まで法案に盛り込む対策を講じる必要があるだろう。

Strathclyde 審査報告の概要は上記の通りであるが、当該報告は大きな議論を招いた。

もちろん、政府は、当該 Strathclyde 審査報告を歓迎し、「下院は、1911年法及び1948年法に基づく第一次立法と同様に、第二次立法に関しても優位性を保持すべきである。立法に関する下院の優位性は、我々が長年に亘って確立してきた民主主義の基本原則である。この点、現状において上院が制定法的文書の審査及び修正に関して決定的な役割を果たしているが、真に優位すべきは下院の意思のはずである。したがって、第二次立法の制定に関しても、下院の優位性の確立を目指した Strathclyde 卿の結論を全面的に支持する」と賛同の意を表明している。⁽¹³⁵⁾

また、上院内でも、上院院内総務 (Leader of the House of Lords) の Stowell 女性男爵は、「上院は制定法的文書に関して拒否権を有するが、その権限行使が実に重大な結果をもたらす事情から、これまで習律により、その権限は極めて例外的な場合にしか行使されることはなかった。ところが、今般の上院による拒否権行使が、長年の習律に疑念を与え、下院の優位性に関わる憲法問題を生起させた」と指摘する。そして、かかる状況下で Strathclyde 卿が作成した報告書を「思慮深くかつ慎重」なものと歓迎しつつ、「透明性 (clarity)」「簡易性 (simplicity)」「確実性 (certainty)」の確立という目的を念頭に置いて、「いずれの選択肢を採用するにせよ、

上院が政府の制定法的文書を審査し異議申立てを行う機会を確保する一方で、民選機関の決定が最終的になるよう担保すべきだろう」と言及している。⁽¹³⁶⁾

これに加えて、Butler 卿と Wakeham 卿は、「制定法的文書に関する手続には、議会内でも昔からずっと不満があった。今般の Strathclyde 卿による制定法的文書成立を遅延させる新たな手続の創出は、2000年の上院改革委員会の報告書で提案された（制定法的文書の審査過程において、上院の権限を、拒否権ではなく停止権として再構成し、下院への再考を促す制度へ修正すべきとする）⁽¹³⁷⁾ 改革案に類似しており、それは制定法的文書に対する審査方法の改善策として上院内でも支持された内容である。したがって、Stowell 卿が支持した如く、今後、多くの人々がこの手続を支持するだろう」と述べている。⁽¹³⁸⁾

他方で、Smith 上院労働党党首は、制定法的文書は国民の目を眩ます政府の秘密兵器（secret weapon）というべきで、本来、今般のタックス・クレジット規則の変更は第一次立法で規定すべき重大な政策変更であったにも拘わらず、行政命令に委任している事情に鑑みれば、これに対する厳格審査と拒否権行使は、そもそも第二次立法を審査する上院の職責を全うしたに過ぎないとし、10月の敗北に関する政府見解を批判した。その上で、Strathclyde 卿が推奨する選択肢について、「非常に重大な変革」であるが、「制定法的文書の審査に手続的問題があり、下院がそれを精査する保障がなく、事実上、この提案は上院が政府に再考を求める機会を否定することになる。そもそも、下院でどの程度の制定法的文書への審査を担保できるか疑問であり、多数派を握る政府は小さな委員会の検討のみで承認することになるだろう」と懸念を表明した。⁽¹³⁹⁾

さらに、Dholakia 上院自由民主党副党首は、上下両院は行政へのチェック機能の向上に協力して取り組む必要性を示唆する。そして、「政府が、抑制・均衡の原則から解放され、自らの職務遂行に絶対的権限を保持すべきだとする見解は断固として拒否しなければならない。また、第二院（上院）は、下院の単なる追認機関であってはならないと信じる。就中、政府

提案の多くがスケルトン法案 (skeleton bill) であり、同時に、立法権委任を伴う傾向に鑑みると、議会の委任立法審査機能の向上は決定的に重要である。そこで、今後、議会全体の機能を強化し、委任立法に関する十分な議論を担保するために、必要な合同委員会を創設し、併せて、上院は制⁽¹⁴⁰⁾定法的文書の修正機能を維持すべきだ」と提案している。

結 章

結果として、Strathclyde 審査報告の提案が実現することはなかった。しかしながら、Strathclyde 審査報告は、英国社会に非常に大きな問題を提起することとなった。それは、政府と議会（上院）間の権限分配と均衡をめぐる問題である。すなわち、今日、委任立法の重要性は拡大するばかりであり、まさに委任立法は、英国立法過程における「要」と評価してもよい。高度に錯雑した現代国家では、国家機能の多様化・専門化に伴い、立法過程が議会内で完結することはあり得ず、不可避免的に、政府主導の立法過程が現出することとなる。まさに立法権委任は、政府主導の立法過程を象徴する法現象といえる。しかしながら、委任立法の重要性が増せば増すほど、なぜ、非民選機関である上院が政府案に拒否権を行使できるのか、第一次立法と同様に、上院は下院に再考を促すに止め、最終的な決定は下院の判断に委ねる制度設計の方が、むしろ英国の議会制民主主義に整合的ではないか、という疑念が大きくなる。

かかる状況の中で、英国政府は、英国議会における自らの政策責任を全うするため、委任立法統制に関する上院権限を制約することを志向した。そして、Strathclyde 卿はそれに応じて、「下院の優位性」を明確に打ち出しつつ、上院権限の実質的な無効化に舵を切る提案を行った。これに好意的な見解も少なからず看取されたが、實際上、Strathclyde 審査報告のいずれの選択肢を採用しようとも、上院の委任立法統制機能を抜本的に掘り

崩すことに違いはない。確かに、Strathclyde 卿が推奨する第三の選択肢は、不適切な委任立法について下院への再考を促す制度設計となっており、一応のセイフティ・ネットが担保されているようにも見えるが、しかし、それは下院での適正な審査遂行が全うされない限り、まったく無意味な制度枠組である。そうでなければ、下院が上院の決議をまったく無視して制定法的文書を承認するリスクさえ否めない。

この点、近年において、就中、政府の委任立法が第一次立法を修正・廃止する「ヘンリ 8 世権限」の創出や、立法権委任の質的・量的拡大に伴う「スケルトン立法」の増大といった状況が看取され、議会がその立法権を政府に放棄したかの如き状況に鑑み、議会による事後的な委任立法統制の重要性が指摘されてきた。すなわち、実際の政府法案には数多くの委任事項が含まれ、かつ、明確な定義もないまま非常に広範囲な立法権委任が行われてきた結果、委任立法の制定に際して、政府には非常に広範な裁量権が承認されてきたのである。これに対して、下院は、民選機関として、同じく政府の説明責任追及に重大な責任を負いながらも、制定法的文書の制定に関して、その役割を全うしてきたとは言い難い。その一方で、上院の JCSI, SLSC, 及び DPRRC の三大委員会が、制定法的文書の審査に際して、重要な情報資源を議院に提供し、上院本会議自体も制定法的文書の審査に相当の時間と労力を割いてきた。結局、下院は委任立法の問題にほとんど関心もなく、事実上、委任立法の統制は、専ら、上院審査に依存してきたのである。ゆえに、長期的・大局的には、制定法的文書に対する上院の審査権限を形骸化させることは、議会全体の政府統制機能、延いては、英国の憲法保障機能を弱体化させることに通じると評価せざるを得ない。さらに、従来、英国上院は、自ら「憲法の守護者 (Guardian of the Constitution)」としての位置づけを重視し、憲法規範の保持に強い関心を持っており、これを英国社会も承認する傾向にあることから、政府に対する監視機能の一つとして、上院による委任立法の審査機能を大きく後退させることは容易ではないだろう。

翻って、我が国の状況をみると、2018年国会でにわかに委任立法の

問題が焦点化された。働き方改革関連法案、出入国管理法、統合型リゾート整備推進法案の審議に関して、法案内に委任事項が多すぎて、そもそも法案内容が具体性を欠き、実質審議が不可能だと野党から厳しい批判が噴出したことは記憶に新しい⁽¹⁴²⁾。その他にも、近年、問題になった事例の背景の多くには、委任立法が存在している。例えば、2016年森友学園問題では財務省（近畿財務局）と森友学園の交渉記録（公文書）が一年以内に廃棄され、売却価額の正当性の検証が困難となったが、その背景には、公文書管理法に基づく財務省の行政文書管理規則（訓令）が存在する⁽¹⁴³⁾。同様に、2017年加計学園問題で、本来、設置基準に従って学部設置を認める学校教育法の例外として、獣医学部の設置に厳しい規制を設けたのは、そもそも2003年文部科学省告示である。また、近時、日韓関係の悪化が大きな社会問題となっているが、その契機となった韓国をホワイト国（グループA）から除外した措置は、外国為替・外国貿易法に基づく輸出貿易管理令（政令）が根拠となっている。さらに、近年、我が国では労働所得格差の拡大、正規・非正規雇用の二極化が問題視されるが、その背景の一端を担う労働者派遣法に関しても、実際にどの業務を適用対象とするのかしないのか、まさにこの法律に魂を入れる作業は、その施行令（政令）に委任されている。

このように、我が国の大きな社会問題の背景には、多くの場合、委任立法が存在している。国会での法案審議はすり抜けて、事後的に行政府が自らの都合で政策が決定できるように配慮された制度枠組である。国会審議では、細目事項だからという理由で、法案には書き込まず、行政命令に委任する。しかしながら、悪魔は細部に宿るのである。時に、行政命令によって法律の趣旨が大きく修正される例もしばしば看取される。かかる委任立法を統制せずに、国会は「唯一の立法機関」（憲法41条）を名乗ることは許されないだろう。ところが、我が国では、政府による委任立法の制定に際して、国会承認を要件として定める制度といえ、災害対策基本法109条4項⁽¹⁴⁴⁾の枠組があるのみで、さらに、当該規定を準用する、新型インフルエンザ等対策特別措置法58条及び武力攻撃事態等における国民保護法93条・

130条に若干の拡がりをみるに止まる。

かかる文脈において、英国議会における委任立法統制に向けた実践的な制度枠組は、我が国の委任立法論にも少なくない示唆を提供してくれる。就中、議会の制定法レベルで、過度な立法権委任の状況を監視・審査し、さらに、行政の委任立法レベルで、授權法との「手続的」整合性及び「実体的」妥当性を精査する重層的な制度枠組は参考に値する。この点、英国では非公選制に基づく上院がその中心的役割を演じる特殊性に鑑みて、かかる法制度を我が国に導入することの有効性が疑問視されるかも知れない。しかしながら、委任立法への議会統制については、憲法上、2つの視座から検討する必要があることに留意しなければならない。まずは、「唯一の立法機関」という国会の憲法的定位に着目した「民主主義」的視座、また他方で、議会の行政「統制」という文脈で、政府と議会相互の抑制・均衡に着目した「権力分立」的視座である。この前者の文脈において、憲法上、本来的に立法権限を有しないはずの行政が展開する委任立法過程に、議会の「決定」機能を留保し、その政策責任を明示的に議会へ帰属せしめることは、少なくとも、「唯一の立法機関」条項を所与のものとする限り、後退の許されない基準線というべきである。実質的「統制」は、我が国の参議院改革も視野に含めたさらに次の段階の問題となろう。何より、我が国でも、抑制し得ない委任立法の拡大傾向を直視し、そして英国議会の実践的な制度設計に倣いつつ、憲法41条の形骸化是正に向けて委任立法統制の制度改革を進めることは、もはや不可避の段階にあるものと認識しなければならない。

注

- (1) 本稿は、拙稿「英国議会と委任立法—制定法的文書統制をめぐる現代の展開—」長野大学紀要32巻1号(2010年)の研究内容を大幅に加筆・修正したものである。すなわち、当該拙稿の刊行後すでに10年近くが経過し、その間に、英国では非常に積極的な法制度改革が実施されてきた。本稿は、かかる制度改革に伴う数多くの変更点をフォローアップし、2019年10月時点でアップデートしたものである。

- (2) ANDREW LE SUEUR et al., *PUBLIC LAW; TEXT, CASE, AND MATERIALS* (4rd ed., 2019), at 414.
- (3) HC Debates, 17th Feb. 1993, vol.219 col.319.
- (4) かかる委任立法への議会統制は、制度的には、英国の他にも、ドイツ、フランス、オーストラリア、カナダ、ニュージーランド、インドが保持しており、また、アメリカ合衆国でも1983年 *Chadha* 事件判決以降も事実上は議会の統制機能は維持されてきている。拙稿「合衆国連邦議会による行政統制—議会拒否権制度の運用をめぐる—」六甲台論集44巻3号61頁(1998年)参照。
- (5) The Law Commission, *Criminal Liability in Regulatory Contexts*, para. 3.146 (Consultation Paper No.195).
- (6) Adam Tucker, *Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation*, in *PARLIAMENT AND THE LAW* (ALEXANDER HORNE et al. 2nd ed., 2018), at 357.
- (7) Human Rights Act 1998, sec. 4. また、1998年人権法のもと、裁判所は、第二次立法についても同様の「不適合宣言」を下す権限を有している。
- (8) 第二次立法の制定主体としては、中央政府の各省庁 (government departments), 大臣 (ministers), 地方政府 (local authorities), 公共機関 (public bodies), 裁判所, 各議院が想定されるが、本稿では、専ら、中央政府の省庁・大臣による行政命令を考察対象とする。
- (9) 我が国では、order, rule 及び regulation という用語を意識的に区別して使用していないが、英国では Donoughmore 委員会が、order は大臣が執行権行使もしくは司法的又は準司法的決定を行う場合の用語として、rule は手続的事項を規定する場合、他方、regulation は実体的法内容を規定する場合の用語として区別すべきとの見解を示している。See Donoughmore Committee, *Report of the Committee on Ministers' Powers*, at 64, Cmd. 4060 (1932). [hereinafter cited as *The Donoughmore Report*].; see also B. JONES & K. THOMPSON, *GARNER'S ADMINISTRATIVE LAW* 80 (8th ed., 1996).
- (10) この点、「委任立法」という用語は、制定法的文書と同義であるが、これは講学上の概念であり、法令上は、1946年制定法的文書法の成立以降、「制定法的文書」という用語で統一されている。但し、現在でも、議会や政府の報告書等において、また、議会委員会の名称にも、「委任立法」という用語が使用されていることから、本稿では、両用語を文脈に応じて併用するものとする。
- (11) Statutory Instrument Act 1946, sec. 1.

- (12) A W BRADLEY & K D EWING, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 649 (13th ed., 2003).; J.D. Hayhurst & P. Wallington, *The Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation*, P.L. 1988, at 549.
- (13) 国王布令 (proclamation) とは、国王が枢密院 (privy council) の助言を経て公布する立法形式を指称する。この1539年法はヘンリ 8 世の死後 1547年に廃止されている。
- (14) BRADLEY & EWING, *supra* note 12, at 649.
- (15) EDWARD C PAGE, GOVERNING BY NUMBERS 21 (2001).
- (16) Poor Law Amendment Act 1834, sec. 15.
- (17) PAGE, *supra* note 15, at 21-22.
- (18) *Id.*, at 22.
- (19) *Id.*, at 23.
- (20) Royal Commission on the Reform of the House of Lords, *A House for the Future*, para. 7.1 (Growth in the number of Statutory Instruments since 1900) (Cm. 4534) (Jan. 2000) [hereinafter cited as *A House for the Future*].
- (21) LORD HEWART, THE NEW DESPOTISM (1929).
- (22) *The Donoughmore Report*, *supra* note 9, at 51-52.
- (23) 地方的文書と一般的文書の区別は、1893年規則公開法で採用され、その後、1946年制定法的文書法でも継承されている。See Statutory Instruments Act 1946, sec. 8(1) (a), and Statutory Instruments Regulations 1947, reg. 4.
- (24) 当該1946年法の制定を以て1893年規則公開法は廃止されている。なお、1946年法が施行されたのは、1948年1月1日以降である。
- (25) 制定法的文書の修正を認めると、上下両院で異なる決議をした場合に、その齟齬を調整するための新たな手続が必要となり、委任立法の迅速性・効率性の利点が損なわれてしまうことが懸念される。そこで、制定法的文書の修正は認められていない。ただし、例外的に修正権を議会に認めた事例が存在し、1850年から1962年の期間に18件を確認することができる。当該18件のリストは以下の報告書に掲載されている。See Joint Committee on Delegated Legislation, *Report*, HL 184/HC 475 of 1971-72, at 181.
- (26) M. ROBERTSON & T. ELIAS, DOD'S HANDBOOK OF HOUSE OF LORDS PROCEDURE, para. 11.5.6 (2nd ed., 2006) [hereinafter cited as *DOD'S HANDBOOK OF LORDS*].
- (27) See, e.g., D. POLLARD et al., CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 253 (4th ed., 2007).

- (28) 早朝動議 (Early Day Motions) とは、議員であれば誰でも、(裁判) 審理中の事項でないこと、議会用語 (parliamentary words) を使用して 250語以内で記載するという手続要件に則していれば、何らの案件についても、早い時間帯 (early day) での議会審議が求められる制度をいう。この動議に賛同する議員は賛同署名をすることができる。See HILAIRE BARNETT, CONSTITUTION & ADMINISTRATIVE LAW 410-411 (6th ed., 2006).
- (29) POLLARD et al., *supra* note 27, at 253
- (30) Tim Ambler et. al., *Towards better scrutiny of regulation*, 18 Consumer Policy Review 16, 19 (2008).
- (31) See *Sessional Returns for 2007-08*, HC 1 (Mar. 2009).; *Sessional Returns for 2006-07*, HC 1 (Jan. 2008). see also *Sessional Returns for 2014-15*, HC 1 (June 2015).; *Sessional Returns for 2013-14*, HC 1 (Sept. 2014).
- (32) 下院が発行する各年度の *Sessional Returns* から統計データを得た。
- (33) C. Morris & R. Malone, *Regulations Review in the New Zealand Parliament*, 4 Macquarie Law Journal 7, 14 (2004).
- (34) この専門スタッフ12名の内訳は、法律顧問 9 名、事務官 2 名 (上院及び下院から各々 1 名)、助手 1 名となっている。これだけの専門スタッフを抱える委員会は珍しい。
- (35) 報告書の内容は、<http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/joint_committee_on_statutory_instruments/joint_committee_on_statutory_instruments_reports_and_publications.cfm> 参照。
- (36) 制定法的文書の技術審査にあたって、圧倒的多くは、JCSI の審査に委ねられており、例えば、1991-1992会期から1997-1998会期にかけて、SCSI に委ねられたのは全体の7.1%に過ぎない。See PAGE, *supra* note 15, at 158.
- (37) 以下の制定法的文書が例外として除外される。
 - ・ 2011年ローカリズム法 (Localism Act 2011) 7 条・19条に服する同法施行令
 - ・ 2006年立法・規制改革法 (Legislative and Regulatory Reform Act 2006) に基づく規制改革令
 - ・ 2004年消防・救助活動法 (Fire and Rescue Services Act 2004) 5E 条に服する同法施行令
 - ・ 2000年北アイルランド法に基づく枢密院令 (Order in Council)
 - ・ 1998年人権法に基づく人権救済令 (human rights remedial orders)
 - ・ 1919年英国国教会法 (Church of England Assembly Act 1919) に基づく

く英国国教会制定法 (Church of England Measures)

- ・スコットランド政府又はウェールズ議会 (Assembly) による制定法的文書

なお、租税等の下院にのみ審議権が与えられる事項については、JCSI 所属の下院議員で構成される SCSi が審査を行う。

- (38) Standing Orders of the House of Commons - Public Business No. 151.
- (39) Standing Orders of the House of Lords - Public Business No. 73.
- (40) See BRADLEY & EWING, *supra* note 12, at 659.
- (41) R. BLACKBURN & A. KENNON, PARLIAMENT: FUNCTIONS, PRACTICE AND PROCEDURES, para. 11.73 (2003).
- (42) See *Sessional Returns for session 2007-2008*, HC 1 (Mar. 2009).; see also Joint Committee on Statutory Instruments, *Scrutinising Statutory Instruments: Departmental Returns*, HC 915 /HL 139 of 2007-08 (July 2008).
- (43) *DOD'S HANDBOOK OF LORDS*, *supra* note 26, para. 11.4.5.; BLACKBURN & KENNON, *supra* note 41, para. 6.165.
- (44) BLACKBURN & KENNON, *supra* note 41, para. 11.74.
- (45) *A House for the Future*, *supra* note 20.
- (46) Delegated Powers and Regulatory Reform Committee, 5th Report, *Public Bodies Bill*, HL 57 of 2010-12 (Nov. 2010).
- (47) Merits of Statutory Instruments Committee, Special Report, *Scrutiny of Public Bodies Orders*, HL 250 of 2010-12 (Jan. 2012).
- (48) 2019年現在で、この専門スタッフ8名の内訳は、政策アドバイザー4名、専門家アドバイザー (specialist adviser) 1名、事務官1名、助手2名となっている。
- (49) Merits of Statutory Instruments Committee, *The Management of Secondary Legislation: follow-up*, H.L. 70 of 2007-08 (Mar. 2008).
- (50) Secondary Legislation Scrutiny Committee, *Work of the Committee in Session 2013-14*, H.L. 186 of 2013-14 (May 2014).
- (51) 但し、以下の制定法的文書は例外として除外される。
 - ・2011年ローカリズム法 (Localism Act 2011) 7条・19条に服する同法施行令
 - ・2006年立法・規制改革法 (Legislative and Regulatory Reform Act 2006) に基づく規制改革令
 - ・2004年消防・救助活動法 (Fire and Rescue Services Act 2004) 5E条に服する同法施行令

- ・ 2000年北アイルランド法に基づく枢密院令 (Order in Council)
 - ・ 1998年人権法に基づく人権救済令 (human rights remedial orders)
 - ・ 1919年英国国教会法に基づく英国国教会制定法
- (52) See Secondary Legislative Scrutiny Committee, *Accessing the scrutiny work of the Committee and information resources relating to secondary legislation*, HL Paper 312 of 2017-19.
- (53) 報告書の内容は、<http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/merits/merits_reports_and_publications.cfm> 参照。
- (54) Standing Orders of the House of Commons - Public Business No.118.
- (55) See PAUL EVANS, DOD'S HANDBOOK OF HOUSE OF COMMONS PROCEDURE, paras. 12.3.23-12.3.29 (7th ed., 2009) [hereinafter cited as *DOD'S HANDBOOK OF COMMONS*]].
- (56) See PAGE, *supra* note 15, at 168-169.
- (57) See, e.g., Hayhurst & Wallington, *supra* note 12, at 550-51. ; *A House for the Future*, *supra* note 20, paras. 7.11-7.12.
- (58) PAGE, *supra* note 15, at 157.
- (59) See *supra* note 37.
- (60) 下院議長顧問 (Speaker's Counsel) は、下院議長への法的助言者であり、下院事務部門内の法制局 (Legal Services Office) の長である。下院法制局は、議長や下院各種委員会に対して法的助言を行う機関である。
- (61) PAGE, *supra* note 15, at 158-160.
- (62) Joint Committee on Statutory Instruments, *Scrutinising Statutory Instruments: Departmental Returns, 2008*, HL 136 /HC 884 of 2008-09, para. 1 (July 2009).
- (63) PAGE, *supra* note 15, at 161-162. ; see also MARK ELLIOTT et al, ADMINISTRATIVE LAW 236 (3rd ed., 2005).
- (64) PAGE, *supra* note 15, at 161-162.
- (65) See *id.*, at 163-164. ; JONES & THOMPSON, *supra* note 9, at 90.
- (66) Ambler et. al., *supra* note 30, at 20.
- (67) 英国では、大臣に議会制定法の修正や破棄を行う権限を授権する条項を、かつてテューダー朝時代に中央主権化を推進し絶対王政を確立した専制君主ヘンリ 8 世にちなんで、この様に呼称している。当該条項の利用は拡大傾向にあるが、従来、議会と政府の権限バランスを著しく損なうものとして「言語道断 (egregious)」との強い批判を浴びてきた。See HEWART, *supra* note 21, at 53. 近年ではこの他に、1998年人権法10条 2

項等がある。

- (68) 2005年に内閣府 (cabinet office) は、2001年法の運用に関わる諮問書を発表しており、その中で、①現行法はあまりに技術的側面の是正に偏っていること、②現行法の中核概念である「負担 (burden)」の意味が複雑で適用困難であること、③現行政府権限への制約によって規制改革令の提案が過度に制限されていること、④議会審査手続が一律に採用され制定手続の柔軟性を欠いていること、⑤論争的ではない法律委員会 (Law Commission) の勧告でさえ効率的に実施できていないこと、結果として、現行2001年法は当初の目的を達成し得ておらず、法改正が必要だと批判を展開した。そして、さらに迅速かつ効率的な規制改革を実現すべく、(1) 第一次立法を改正又は廃止する政府権限を拡大する、(2) 立法を簡素化する、及び (3) コモン・ローの改正も含めて非論争的な法律委員会の勧告を実施できるようにする等々に向けて、2001法改正を主張したのであった。See Cabinet Office, *A Bill for Better Regulation: Consultation Document* (July 2005). <<http://www.berr.gov.uk/files/file44508.pdf>>
- (69) David Howarth, “Who wants the Abolition of Parliament Bill?”, *The Times*, Feb. 21, 2006.
- (70) 「負担」とは、(a) 財政負担 (financial cost), (b) 行政上の不便 (administrative inconvenience), (c) 効率性・生産性又は収益性に対する妨害 (obstacle to efficiency, productivity or profitability), (d) 合法的活動の遂行に影響する刑事上又はその他の制裁 (sanction, criminal or otherwise, which affects the carrying on of any lawful activity) を指している。See Legislative and Regulatory Reform Act 2006, sec. 1 (3).
- (71) 「規制原則」とは、(a) 規制活動が、透明性 (transparent), 責任性 (accountable), 均衡性 (proportionate), 及び一貫性 (consistent) を以て遂行されるべきであること、さらに (b) 規制活動は、当該活動が必要とされる場合に限定してなされるべきであることを指している。See *id.*, sec. 2 (3).
- (72) See *id.*, sec. 13.
- (73) See *id.*, sec. 14.
- (74) See *id.*, secs. 15-18.
- (75) 2006年法は、政府が法案成立後に無制約な命令制定権を得る目的で、2006年法自体の制約を破棄しないように、当該授権規定 (第1部) の変更を認めていない。See *id.*, sec. 8.

- (76) なお、ウェールズ議会の同意を得ない限り、ウェールズ統治法 (Government of Wales Act 2006) やウェールズ議会による制定法に関わる条項を制定できない。See *id.*, sec. 11.
- (77) 英国議会では、議会に法案 (bill) を提出する前に、政府が、その草案 (draft bill) を提出し、合同委員会又は特別委員会による審査を受け、その報告内容を踏まえて、法案を作成・提出するという法案の事前審査手続が存在する。
- (78) See *DOD'S HANDBOOK OF COMMONS*, *supra* note 55, para. 12.4.11.; *DOD'S HANDBOOK OF LORDS*, *supra* note 26, paras. 11.7.6-11.7.10.
- (79) BLACKBURN & KENNON, *supra* note 41, para. 6.168.; *DOD'S HANDBOOK OF COMMONS*, *supra* note 55, para. 12.4.11.
- (80) この専門スタッフ4名の内訳は、法律顧問2名、事務官1名、助手1名となっている。
- (81) *A House for the Future*, *supra* note 20, paras. 4.44-4.45.
- (82) NICHOLAS BALDWIN, *PARLIAMENT IN THE 21ST CENTURY* 172-174 (2005).
- (83) See Human Rights Act 1998, sec. 10.
- (84) See *id.*, sched. 2 (Remedial Orders).
- (85) 2018年時点で、JCHRは、上下両院の議員12名（下院議員6名、上院議員6名）で構成され、専門スタッフ8名（事務官2名、法律顧問1名、副法律顧問1名、法律補佐官1名、委員会補佐官3名）の補佐を受けている。JCHRの審査手続は、下院議事規則152条B及び上院議事規則72条に基づく。See Standing Orders of the House of Commons - Public Business No. 152B.; Standing Orders of the House of Lords - Public Business No. 72.
- (86) See *supra* note 38 and 39.
- (87) House of Commons Information Office, *Church of England Measures*, Factsheets L10 (Dec. 2008).
- (88) *Id.*
- (89) See Northern Ireland Act 1998, sched. 3 (Reserved matters).
- (90) See *id.*, sec. 85(1).
- (91) *DOD'S HANDBOOK OF COMMONS*, *supra* note 55, paras. 12.2.2-12.2.6.
- (92) *DOD'S HANDBOOK OF LORDS*, *supra* note 26, paras. 11.9.1-11.9.6.
- (93) See Northern Ireland Act 1998, sec. 85(7) (8).
- (94) Liaison Committee, First Report, *Shifting the Balance; Select Committees and the Executive*, HC 300 of 1999-2000 (May 2000).
- (95) *A House for the Future*, *supra* note 20, paras. 7.7-7.14.

- (96) Hansard Society Commission, *Issues in Law Making -Briefing Paper 3: Delegated Legislation* (Dec 2003).
- (97) Hansard Societyは、議会制民主主義の強化とその普及を目的として、1944年に設立された公益法人である。その中で Hansard Society Commissionは、議会政治の多様な問題を調査研究し、多くの報告書を公表してきている。当該立法過程に関する調査研究には閣僚経験者である Rippon 卿 (Lord Rippon) が委員長に当てられ、その報告書 *Making the Law* は英国の議会制研究に大きな影響を与えている。<<http://www.hansard-society.org.uk/>> 参照。
- (98) 下院手続委員会は、公的議事 (public business) に関する下院の実務及び手続の検討を行う特別委員会で、これまでに議事手続や立法過程の改革について多くの提言を行ってきている。<http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/procedure_committee.cfm> 参照。
- (99) Hansard Society Commission, *Making the Law* (1993). ; Procedure Committee, Fourth Report, *Delegated Legislation*, HC 152 of 1995-1996 (June 1996) [hereinafter cited as *1996 Report*]; First Report, *Delegated Legislation*, HC 48 of 1999-2000 (Mar. 2000) [hereinafter cited as *2000 Report*].
- (100) Hansard Society Commission, *supra* note 99, paras. 158-162.
- (101) *Id.*, paras. 261-270.
- (102) *Id.*, paras. 372-376.
- (103) *Id.*, paras. 377-379.
- (104) *Id.*, paras. 382-387.
- (105) *Id.*, paras. 388-393.
- (106) *1996 Report*, *supra* note 99, para. 9.; *2000 Report*, *supra* note 99, para. 20.
- (107) *1996 Report*, *supra* note 99, para. 18. ; *2000 Report*, *supra* note 99, para. 14.
- (108) *1996 Report*, *supra* note 99, paras. 44. ; *2000 Report*, *supra* note 99, paras. 17.
- (109) *1996 Report*, *supra* note 99, paras. 28-32. ; *2000 Report*, *supra* note 99, para. 13.
- (110) *1996 Report*, *supra* note 99, paras. 33-34, 41. ; *2000 Report*, *supra* note 99, para. 14.
- (111) *1996 Report*, *supra* note 99, paras. 51-53. ; *2000 Report*, *supra* note 99, para. 18.
- (112) Blair 政権は、1999年上院法の成立以降、第2次上院改革を遂行する

目的で、当該上院改革王立委員会を設置し、元保守党の院内総務であった Wakeham 卿 (Lord Wakeham) を委員長に据えて、将来的な上院の役割・機能・構成等について検討させた。その後、2000年の報告書で132項目に及ぶ提言を行っており、その中で委任立法統制に関わる事項にも言及している。別名 Wakeham 委員会とも呼称される。

- (113) 第4章1.(2)(iii)参照。
- (114) もっとも、政権交代可能な二大政党制のもとでは、時の政府があまりに広範な権限委任を実現すると、仮に次の選挙で政権が交代した場合に、それが自らを窮地に追い込む危険性があるため、軽々に広範な権限委任を行うべきではないという認識が、事実上の制約として存在している。
- (115) See VERNON BOGDANOR et al., *THE BRITISH CONSTITUTION IN THE TWENTIETH CENTURY* 223 (2004).
- (116) Hansard Society Commission, *supra* note 99, para. 286.
- (117) BRADLEY & EWING, *supra* note 12, at 650 n.12.
- (118) 審議時間は5時間29分間に過ぎず、制定法的文書の承認のためだけの時間で、否認のための審議時間は皆無であった。See House of Commons, *Sessional Returns: Session 2016-17: Sittings of House* (HC 1, 2017).
- (119) 大委員会は、本会議以外での審議に利用され、通常、大規模な Moses Room で開催される。当該委員会の特徴は、議員であれば誰でも参加及び審議することができる一方で、採決 (division) が行われない点にある。本会議の様に形式張らず自由な討議が行える点に長所がある。なお、下院の大委員会 (Grand Committee) とは意義も制度も異なる。
- (120) *DOD'S HANDBOOK OF LORDS*, *supra* note 26, paras. 11.5.1-11.5.4, 11.6.1-11.6.6.
- (121) See *id.*, para. 2.1.2 (Figure 4 The Work of the House).; *A House for the Future*, *supra* note 20, para. 7.12. ちなみに上院では、全審議時間の55%を法案審議に、40%を大臣質問等による政府監視に配分している。
- (122) PAGE, *supra* note 15, at 168.
- (123) *Id.*, at 169 (Table 8.3 Prayers and debates 1992-1998).
- (124) *Id.*
- (125) Parliament Act 1911, sec. 1 (2).
- (126) See *id.*, sec. 2.; Parliament Act 1949, sec. 1.
- (127) BRADLEY & EWING, *supra* note 12, at 658.
- (128) BLACKBURN & KENNON, *supra* note 41, para. 12.161.
- (129) See Joint committee on Conventions, *Conventions of the UK Parliament*,

HC 1212-1 /HL 265-1 of 2005-06, paras. 227-234 (Nov. 2006).

- (130) *A House for the Future*, *supra* note 20, paras. 7.31-7.37.
- (131) *See e.g.*, Tucker, *supra* note 6.
- (132) タックス・クレジットとは、「給付付き税額控除」とも呼称され、就労インセンティブを担保した所得補完制度で、所得税納税者に税額控除を与えるとともに、控除しきれない者や課税最低限以下の者に対しては現金給付を行う仕組みで、Milton Friedman の「負の所得税」概念に由来している（鎌倉治子「諸外国の就労促進・子育て支援等のための税制上の措置－所得課税に関連して」レファレンス795号105頁（2017年）参照）。英国では、かかる制度の受給世帯が増加の一途を辿っていたため、政府は、財政支出の削減に向けて、当該タックス・クレジット規則を通じた、受給資格の制限・受給額の削減等を実施する方針を掲げていた（神吉知郁子「最低賃金と社会保障の一体的改革における理論的課題－イギリスの最低賃金と給付付き税額控除，ユニバーサル・クレジットからの示唆」RIETI Discussion Paper Series 13-J-028（2019年）参照）。
- (133) *The Strathclyde Review: Secondary Legislation and The Primacy of the House of Commons*, December 2015 (Cm 9177).
- (134) 確かに、上院内において、下院が承認した制定法的文書を上院が拒否すべきでないという、Strathclyde 卿が指摘する習律の存在を肯定するものもいるが、しかし、かかる習律の存在を否定するものもいる。この点、1994年に上院は「当院は、その審議のために提出された如何なる従位立法 (subordinate legislation) に対しても、自由な議決権 (freedom to vote) を有することを確認する」との決議を採択している。*See House of Lords Library Note, Delegated Legislation in House of Lords since 2000* (LLN 2012/012). その一方で、習律合同委員会は、授權法がスケルトン立法で委任立法が第一次立法の内容を規定している等の「例外的な場合を除いて、上院は、制定法的文書を日常的に拒否すべきではない」と結論付けている。*See supra* note 129.
- (135) *Government Response to the Strathclyde Review: Secondary legislation and the primacy of the House of Commons and the related Select Committee Reports*, December 2016 (Cm 9363).
- (136) HL Hansard, 17 December 2015, cols 2189-91.
- (137) *See supra* note 130.
- (138) *Id.*, col 2196.
- (139) *Id.*, cols 2191-93.

- (140) *Id.*, cols 2193-94.
- (141) *See, e.g., A House for the Future, supra* note 20.
- (142) 毎日新聞2018年11月24日朝刊（アクセス 「肝は外だし」、入管法 省
庁任せ「チェック必要」、朝日新聞2018年12月17日朝刊（政治断簡 国
会空洞化「新たな専制」へ道）等参照。
- (143) なお、この公文書管理の問題は、南スーダン日報問題にも通底する。
- (144) 災害対策基本法（昭和36年11月15日法律第223号）では、109条1項で
「災害緊急事態に際し国の経済の秩序を維持し、及び公共の福祉を確保
するため緊急の必要がある場合において、国会が閉会中又は衆議院が解
散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求
めてその措置をまついとまがないときは、内閣は、次の各号に掲げる事
項について必要な措置をとるため、政令を制定することができる」とし
た上で、さらに、同4項で「内閣は、第1項の規定により政令を制定した
ときは、直ちに、国会の臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会
を求め、かつ、そのとった措置をなお継続すべき場合には、その政令に
代わる法律が制定される措置をとり、その他の場合には、その政令を制
定したことについて承認を求めなければならない」と規定している。

※ 本研究の一部は、JSPS 科研費（JP16K03314）の助成を受けたものである。

内務省「予防行政」の展開と 「小児保健所」構想

小 島 和 貴

目 次

- 1 はじめに
- 2 保健施策への関心の高まりと保健衛生調査会
- 3 内務省衛生局と「児童」の保護
 - (1)「児童保護」
 - (2)「小児保護」
- 4 「小児保健所」構想
- 5 おわりに

キーワード：内務省，衛生行政，保健衛生調査会，児童，小児保健所

1 は じ め に

防疫を中心に伝染病予防に尽力した内務省衛生局は、明治後期から大正期にかけて「予防行政」に力を入れ始める。ここでいう「予防行政」とは「治療行政」に見られるような病後の対応を主とした行政ではなく、病気にならないための施策の強化を意味する⁽¹⁾。

従来の研究では、結核や寄生虫病に見られる慢性伝染病への対応としての「予防行政」の展開が論じられることが多かったが⁽²⁾、『東京都衛生行政史』が指摘するように、この時期の内務省衛生局は「母子」及び「乳幼児」の保健にも関心を寄せていたのである。明治後期から大正期にかけて、諸外国と比較する中で日本の「乳幼児」の死亡率が高かったためである⁽⁴⁾。

内務省衛生局の危惧は、大正5年に設置された保健衛生調査会でも共有され、その設置当初より、「乳幼児」の死亡率の低減に向けた対応が目指された。そして同会の議論は、「小児保健所」の設置の必要性を導くのである。この保健衛生調査会が打ち出した「小児保健所」構想に関しては、「小児保健所の構想はまことに卓越したもの」⁽⁵⁾との評価がなされる一方、内務省衛生局とのかかわりについては、いまだ解明されていない点が少ない。

内務省衛生局の衛生行政が従来の防疫から「予防行政」へと展開していく中で、保健衛生調査会は設置され、そして同会の議論を経る中で「小児保健所」構想が打ち出されたことに鑑みれば⁽⁶⁾、同省衛生局の動向を軽視することはできない。そこで本稿では内務省衛生局との関係を踏まえながら「小児保健所」構想の意義について考察を加えることとしたい。

2 保健施策への関心の高まりと保健衛生調査会

住民の「健康保護」あるいはコレラをはじめとする伝染病対策に奔走してきた内務省衛生局は、伝染病予防規則を制定するも、以降の行政実務に⁽⁷⁾

において伝染病予防上の責任者が不明確であるとの指摘がなされるようになり、明治30年、後藤新平は内務省衛生局長として同規則の改正を支持し、⁽⁸⁾伝染病予防法の制定を実現した。

伝染病予防法が制定されたことで、コレラ、赤痢、腸チフス、痘瘡、発疹チフス、猩紅熱、ジフテリア、ペストが法定され、その予防のことが示された。これら伝染病予防上の責任者となったのは地方長官であり、その判断の下において伝染病患者の有無の確認、祭礼や興行など人々の集まりの制限、飲食物の販売や授受の禁止もしくは廃棄、井戸や厠の新設・改築、あるいは廃止や使用中止などの処置をとることが求められるようになった。後藤新平衛生局長の部下として同法制定に尽力した林茂香は、この厠の改廃などを「衛生警察事務」として位置付けた。⁽⁹⁾同法では地方長官が「衛生警察事務」の処理、すなわち「衛生警察権」を行使することで伝染病予防上の効果が高まるとされたのである。

しかし明治後期以降、同法に掲げられた伝染病による被害だけでなく、らいや結核、花柳病などの慢性伝染病によるものが無視できない状態となっていた。そこで衛生事務を所管する内務省は、これら慢性の伝染病予防や住民保健の進展を期すべく新たな機関の設置を決めた。⁽¹⁰⁾これが大正5年に設置される保健衛生調査会である。『医制百年史』ではこの保健衛生調査会設置を、「国民の健康状態、国民の健康を損う原因及びその除去に必要な事項並びに健康の保持増進に必要な事項を統計学的学術的に調査研究するため、各方面の専門家を委嘱して組織されたもの」であり、「わが国における従来の伝染病予防を主とする消極的衛生行政が国民の健康増進を目的とする積極行政へと進展して行く端緒」をなすものとして高く評価する。⁽¹¹⁾あるいは内務省衛生局の官吏として衛生行政の実務に携わった亀山孝一が説明するならば次ようになる。⁽¹²⁾

保健衛生調査会は大正五年六月勅令第百七十二号保健衛生調査会官制を以て組織せられたものである。本会は内務大臣の監督に属し国民の保健衛生に関する事項を調査審議するのである（同官制第一条）。……（中

略)……本会は我が国民の衛生状態が良好ならざることを憂慮し之れが改善即ち国民の健康を毀損すべき原因の制遏除却に必要な事項並に国民の健康保持増進に必要な事項を調査考究せんが為めに大正五年朝野各方面の専門家を委嘱して設けられたものである。

『医制百年史』や亀山の評価からするとこの保健衛生調査会は、「積極行政」や「健康保持増進」等に必要とされる事項の「調査考究」機関であった。

大正5年6月27日、保健衛生調査会官制が公布され、⁽¹³⁾これを受けて同年7月8日、内務省会議室において第一回保健衛生調査会の開催となった。当日は一木喜徳郎内務大臣が列席し、一場の訓示をなした。⁽¹⁴⁾この中で一木はこの保健衛生調査会の開設を「私(一木一筆者注)ノ深く欣幸ト致ス所」として評価したのち、乳児から壮年者にかけての死亡率が増加している点をまず問題視する。⁽¹⁵⁾

我邦ノ衛生上ノ施設八年ト共ニ進歩致シテ居リマスルノ二拘ハラス之ヲ統計ニ徴シマスルト一般ノ死亡率ハ却テ増加ノ傾向ヲ示シテ居リマス就中乳児、幼児、青年者、壮年者ノ死亡率ニ至リマシテハ著シク増加ノ傾向ヲ呈シテ居リマス

これに続けて、結核、花柳病、らい、トラホーム、精神病による患者の動向にも関心をもち、対応策を求め、加えて「国民ノ体格」の低下に関しても無視できないとした。こうした中で「国民ノ衛生ノ実状及ヒ其不良ヲ来シマスル所ノ原因ヲ探查致シテ進テ是カ予防制圧ノ方法ヲ攻究致シ又国民ノ健康保持ニ必要ナル事項ヲ調査致シマシテ諸般衛生上ノ改善ニ資スルト謂フコトハ実ニ目下ノ急務デアル」ことから同会が設置されたことは意義のあることと認める。そして学理と実際とを以て「乳児」や「幼児」の死亡率の上昇など「衛生問題」に対処するための「最善ナル方法ヲ計画」することが重要としたのである。

一木の理解では同会の役割は住民の「健康保持」のための調査とここから導かれる課題およびそれへの「最善ナル方法ヲ計画」することであった。『北里研究所二十五年誌』は同会について「我国の保健状態の現状に鑑み、国民の保健上の欠陥並びに其の防遏に必要な事項等を調査して対策を定むる目的を以て、大正五年内務省内に官制により設けられた」とする。⁽¹⁶⁾一木や『北里研究所二十五年誌』の見解に注目するならば、「予防行政」の進展のためには、同会による「衛生問題」への調査・課題の確認・対策という作業が重要とされるようになったといえよう。

一木の訓示ののち、「差当り調査研究スヘキ重要ナル問題」として以下の点⁽¹⁷⁾が確認されると第一回保健衛生調査会は閉会した。

- ①乳児、幼児、成年者、壮年者ノ死亡原因及之カ防遏ノ方法
- ②肺結核、花柳病、癩等ノ予防撲滅
- ③飲食物殊ニ營養物ノ廉価供給方法
- ④都市農村ニ於ケル生活改善等

一週間後、第二回目の保健衛生調査会が開催された。ここでは今後の調査事項の調整に着手され、さらに4日後の7月19日、保健衛生調査会特別委員会をもって高木兼寛を委員長として「保健衛生調査会調査事項」の検討が進められることとなり、7月22日の第三回保健衛生調査会においてその結果が報告された。⁽¹⁸⁾

高木は特別委員会においては、政府当局者の意向を踏まえ、「乳児、小児、青年者、壮年者ノ死亡原因等ヲ根本的ニ調査スル」必要があり、傍ら「著シク国民ノ健康ニ害ヲ与フル肺結核、花柳病、癩、精神病ノ予防撲滅方法、飲食物殊ニ栄養物ノ廉価供給方法及農村ノ衛生状態等ハ凡テ調査研究ノ必要アリト認」め、加えて議会等において結核対策の法制化等の議論が持ち上がった際には内務省として結核被害の状況を説明しなければならない事情や予算の動向を勘案した結果、全会一致で以下の8項目を議決したとする。

議案 保健衛生調査会調査事項

- 一、乳児、幼児及学齡兒童
- 二、肺結核
- 三、花柳病
- 四、癩
- 五、精神病
- 六、衣食住
- 七、農村衛生状態
- 八、統計

この高木が示した「特別委員会（案）」に関しては、当日、以下の通り修正が加えられた。

議案第二項「肺結核」トアルヲ「結核」ト修正シタシト述ヘ多数賛成アリ之ニ可決セリ……（中略）……第一項「乳児幼児、及学齡兒童」トアル「乳児、幼児、学齡兒童及青年」ト修正セントスル議題ニ就キ可否ヲ起立ニ問ヒタルニ起立者多数ニテ可決セリ

結局、第三回会議を通じ、同会の調査事項は以下の通り決した。

保健衛生調査会調査事項

- 一、乳児、幼児、学齡兒童及青年
- 二、結核
- 三、花柳病
- 四、癩
- 五、精神病
- 六、衣食住
- 七、農村衛生状態
- 八、統計

調査事項の決定を見たことにより、それに合わせて部会が設置されることとなった。

第一部 (乳児, 幼児, 学齡児童及青年)

第二部 (結核)

第三部 (花柳病)

第四部 (癩)

第五部 (精神病)

第六部 (衣食住)

第七部 (農村衛生状態)

第八部 (統計)

部会の設置が決定するこの日は閉会となったが、各部会ではその直後、「主査」の互選に着手し、次の者を選任した。

第一部 三宅 秀

第二部 北島多一

第三部 山根正次

第四部 山根正次

第五部 伯爵 柳澤保恵

第六部 男爵 高木兼寛

第七部 渡邊勝三郎

第八部 伯爵 柳澤保恵

なお今回、閉会直前になって「乳児, 幼児, 学齡児童及青年」の後に「保健衛生」を加えることが提案されたことから、閉会後、第一部会はこの提案を取り入れることに決し、その調査事項は「乳児, 幼児, 学齡児童及青年ノ保健衛生」となった。ここに保健衛生調査会が活動するための準備が整った。

保健衛生調査会はこれが設置された年の活動を振り返り、その期待される役割を次のようにまとめている。⁽¹⁹⁾

国民健康ノ状態ヲ更ニ精細ニ調査シ国民ノ健康ヲ毀損スヘキ原因、其ノ制遏除却ノ必要ナル事項、並国民ノ健康保持ト増進トニ必要ナル事項ニ付之カ調査攻覈ヲ要スルハ勿論殊ニ乳児幼者青年者壮年者ノ死亡率增高ノ原因ヲ調査シテ之カ防遏ノ方策ヲ定ムルノ外国民保健上最も重要ナル関係ヲ有スル肺結核花柳病癩等ノ予防撲滅飲食物殊ニ營養物ノ廉価供給方法、都市農村ニ於ケル生活改善ノ研究等ハ孰レモ当然企画セラルヘキ事項ナリト信ス

「乳児幼者青年者壮年者ノ死亡率增高ノ原因ヲ調査シテ之カ防遏ノ方策ヲ定ムル」ことに加え「国民保健上最も重要」として結核やらいの「予防撲滅」が取り上げられ、さらに飲食物、都市と農村の生活改善等に言及される。『内務省史』は「当時は国民に広く蔓延していた結核・寄生虫・性病等の慢性伝染病や母子保健がとりあげられるようになった」と振り返り、⁽²⁰⁾『厚生省五十年史』は、結核やトラホーム対策、寄生虫病対策、「乳児」の死亡率をめぐる改善策の検討等を取り上げ、大正期に入り内務省の衛生行政において全般的に「積極的な施策が検討・実施」されるようになったと⁽²¹⁾する。『内務省史』や『厚生省五十年史』では、結核や寄生虫病対策、「母子保健」などが並列的に論じられてきたのである。しかし内務技師として内務省衛生行政に携わった氏原佐蔵は、保健衛生調査会が「最も力を児童保護に致さんとした」とする。⁽²²⁾実際に保健衛生調査会では設置当初より「殊ニ乳児幼者青年者壮年者ノ死亡率增高ノ原因ヲ調査シテ之カ防遏ノ方策ヲ定ムル」ことが当会の役割だとして「児童保護」の必要性を取り上げ、またその後もそれへの関心を持ち続けていた。例えば大正9年9月14日開催の同調査会本会議では「児童及妊産婦保健増進ニ関スル件」が審議に付され、都市に「育児相談所」を設置して、住民の育児に関する相談又は「児童」の健康診断に応じること、もしくは「育児上ノ指導ヲ与」えるこ

と、当該相談所に「巡回員」を設置し「家庭ヲ直接訪問」することで「妊産婦及児童ニ対シ衛生上ノ注意及指導ヲ与」えること、「産院育児相談所其ノ他適当ト認ムル場所」において「育児用牛乳供給所」を設置し「育児用牛乳ヲ無料又ハ廉価ニテ供給」すること、などが「可決確定」している⁽²³⁾。

従来の研究で、「児童」の問題が軽視されていたということを指摘することは適當ではないが、保健衛生調査会の議論や実際に内務技師として衛生行政に携わった氏原の指摘を踏まえるならば、従来の研究が想定する以上にこの「児童」の問題は同会の活動において重要視されていたことを改めて確認することができるのである。

3 内務省衛生局と「児童」の保護

(1)「児童保護」

保健衛生調査会同様、内務省衛生局も「児童」の保護を実現するべく、種々の活動に取り組んでいた。その一つの表れが「内務省主催児童衛生展覧会」の開催である。

同展覧会は内務省が「児童に関する衛生思想を普及」し、「第二国民の保健増進に資」せんがため、大正9年10月23日～11月22日の期間、東京教育博物館において開催したものである。⁽²⁴⁾「展覧会趣旨書」には「欧米に於ては夙に意を児童衛生に注ぎ、銳意之が刷新改善に力め、為に各国に於ける幼児死亡率は年々遞減し、延いて総死亡率低下の趨勢を見るに至れり」、一方で日本では「幼者の死亡率歳々遞増」し、「文明国中殆んど他に比類なきを見るに至」るとあり、このことから内務省衛生局としてはこうした事態を看過することができず、「児童に関する衛生思想」の普及のため、この展覧会の開催を実現したのであった。この展覧会では付帯事業として、毎日午後より6歳未満の児童の身体検査を行い、又土曜日及び日曜日には講演会や幻灯映写会も行われた。⁽²⁵⁾この展覧会は頗る盛況となり、11月15日に閉会するという当初予定は22日まで延期された。「観覧者」は約25万人、健康診断を受けた児童は2,164人、一日平均77人を数えた。⁽²⁶⁾内務省衛生局

はこうした展覧会の地方での開催も呼びかけたことから、この展覧会が閉会するとその翌年には早くも室蘭において「室蘭児童衛生展覧会」が開催される。この展覧会を主催した室蘭区連合衛生組合は「本道ニ率先シテ児童衛生展覧会ヲ開催セラレ本日盛大ナル式典ヲ挙ゲラレタルハ大ニ吾人ノ欣快トスル処ナリ」とした。⁽²⁸⁾内務省衛生局の「児童」の保護を進めようとする試みは、地方への広がりをもたらしていたのである。そして同局の活動はこれにとどまるものではなかった。大正11年3月に氏原佐蔵内務技師の行った内務省講習会は、同局が「児童保護」の必要性を重要視していることの証左であった。⁽²⁹⁾この氏原の講演要旨は大日本私立衛生会により『妊産婦及児童保健に関する社会施設』として残されている。⁽³⁰⁾そこでこの氏原の講演について検証することとしよう。

氏原は1歳未満の「乳児」の死亡率が西欧諸国にあつて「何れも漸次減少の傾向を示すにも拘らず、独り吾国のみは依然として此率低下せざるのみならず寧ろ未だ増加せんとするの状況」にあることを問題視し、「現下文明各国に於て国民保健に関する懸案中特に社会の注意を惹ける重要問題」の一つが「児童」の保護であるとする。また氏原はこの「児童」の保護を実現するには、「母性の保護・妊孕の關係及び妊産婦保護等の如きを離れて到底之が効果を収め難い」との認識から、「母性保護」より説くことが重要とした。⁽³¹⁾内務省衛生局が「児童」の保護を重視した理由は、「児童」は「極めて抵抗が弱いにも拘らず彼らを愛する保護者なくば自ら其身を保護することが出来ない」ためであり、加えて国家的見地より「彼等の一人を生かし之を育てることは人口政策上極めて重要であり、又彼等を健康に成長せしむることは、剛健なる第二の国民を作る上に於て最も必要なる」ためであった。⁽³²⁾

氏原は「児童」について以下のように整理する。⁽³³⁾

児童と云へば出生後一週間以内を初生児 Neugeborene. 生後一箇年未満乳児 Säugling 夫れより義務教育年齢に達するまでを幼児 Kleinkinder. 六箇年の義務教育を受けつつある期間を学齡児童 Schulkinder 義務教育

終了後より破瓜期に達するまでの期間を少年と云ふ、此の少年は独逸語の Schulentlassene Kinder 又英語の Post-school age. 即ち義務教育卒業後の児童を意味するものである。児童保護は少くとも叙上の□間を通じて行はれなければならない

「児童」は、「出生後一週間以内」の「初生児」,「生後一箇年未満」の「乳児」,「義務教育年齢に達するまで」の「幼児」,「六箇年の義務教育を受けつつある期間」にある「学齢児童」,「義務教育終了後より破瓜期に達するまでの期間」にある「少年」より構成されていた。⁽³⁴⁾そしてこの「児童」に「母性保護」を合わせて、「児童保護」とする立場を氏原、そして内務省衛生局は採用したのであった。

「児童保護」を内務省衛生局の立場として強調しなければならない背景として、「妊産婦及児童保護の真意が良く領解」されておらず、その中でも特に「其の（「児童保護」一筆者注）関係保健衛生方面に重きをなすことに注意されているのは更に少」ないという当時の日本の状況があった。同局としては「国家として人口政策を確立し行かんとせば此点に最も力を注」ぐ必要があったのである。⁽³⁵⁾

氏原の講演中、「母性保護」とは「母性の福祉増進 Maternity welfare 事業」のことであり、妊婦、産婦、及び産褥婦の保護を含意した。⁽³⁶⁾そして英国やフランス、ドイツといった西欧諸国ではこうした「母性保護」を進めるため、病院などの「社会施設」は日本よりも充実していた。

「母性保護」を進める一方、「児童」への直接的保護については、「児童の福祉増進 Child welfare 事業」が含意され、その範囲は「極めて広汎」であった。そこで「児童保護」を進めるにあたり、「幼少なる児童ほど最も重大なる意義を有し、年長となるに従って他動的保護の必要は漸次減じて行く」との立場がとられていた。⁽³⁷⁾そのため氏原は「児童」を「乳児」,「幼児」,「学齢児童」,「少年」に分け、それぞれの段階で必要とされる「保護」について検討しているのである。

「乳児保護」のためには西欧諸国の動向から「乳児相談所」,「授乳賞与

金」,「乳汁金庫」,「良乳供給所」,「良乳供給施設」,「乳児院」の整備を重要とした。「乳児相談所」は,「産科院を退院する母親に対し四週間後には其の乳児と共に必ず乳児相談所に来れと命」じ,「乳児」の診察や授乳を奨励し,あるいは母乳による授乳が困難であるときは「母乳の補給として与ふべき乳汁に付き注意」を与えた。「授乳賞与金」は母乳による育児の奨励をなすものであり,「乳汁金庫」は母親へ「補助金」を付与するための制度であった。「児童」が「乳児」の期間,この制度により母親は労働への従事から解放されるとしたのである。「良乳供給所」は,「乳児」用の乳牛より摂取し,滅菌処理した「良乳」を供給することを予定し,「良乳供給施設」は「良乳」を摂取するための「乳牛」を管理する。これら「良乳施設」は多くは公営であるとされていた。そして「乳児院」は「託児所」とは異なり「昼間のみならず夜間も（「乳児」を一筆者注）留め或は永続して受託保育」をなしていた。ここには「有料又は無料で健康なる乳児或は病乳児及び病後衰弱児等を別つて入院」させた。内務省はこうした「社会的施設」を活用することで,「乳児」の健康管理を実効あるものとし,「乳児」の死亡率の減少を予定したのである。⁽³⁸⁾

「幼児保護」の「最も代表的施設」は「託児所」と「幼稚園」であった。これらには健康なる「幼児」が収容され,前者が,多くは「労働婦人」の「児童」が利用し,後者が「学齢前の児童に対する教育所」であり,「幼児中の年長者」に対して「予備的教育に保育を兼ねて行ふ所」であった。加えて「幼児保護」のため「児童院」も用意される。これは先の「乳児院」と「同一の性質」を有していた。⁽³⁹⁾

「学齢児童」には「身体的發育を助成すべき栄養と,疲労を恢復すべき休養」とが頗る重要であった。他方で病弱児や精神病者等には,「結核児童保養所」や「精神病院」などの活用が想定される。そして「少年の保護」のためには「身体的鍛錬に意を注ぎ栄養と相俟って個体の発達完成に努める」ことを奨励する。⁽⁴⁰⁾

氏原は各国の趨勢を見ながら,このように「児童保護」のための施策を志向するのであるが,これを具体化するためには,「施設上の実際問題」,

すなわち「衛生行政方面の基礎施設」と「实际的施設」について踏まえることが肝要とした。

「衛生行政方面の基礎施設」は、さらに「行政機関の系統」と「智識普及施設」とに分類される。まず「行政機関の系統」については、英国、フランス、スイス、オーストリア、ドイツ、そして米国の動向が勘案され、これらの諸国の内、スイスと米国以外の国は、英国の「衛生省」、フランスの「衛生・公助及社会救済省」、オーストリアの「国民保健院」、ドイツの「国民福祉省」が設置されているが如く、「児童保護」は中央政府の関与の下に進められていることが強調される。翻ってわが国は以下⁽⁴¹⁾のようであった。

大正7年に新官制が成って保健衛生調査に関し専任職員が置かれることとなり、余も（氏原一筆者注）其の一員として専心斯界の為に微力を致すようになり、大正9年9月当時の第一部会に「児童及妊産婦保健増進に関する件」として諮問し審議を重ねるに至ったのが発端となって大に社会の注意を惹き、爾後時勢の要求と相俟って大正10年に衛生局分課規定改正され調査課が独立すると同時に保健課に「妊産婦及児童衛生に関する事項」なり一項が加へられた、茲に於てか衛生局で此方面にも力を注ぐことを表明さるに至った次第である

保健衛生調査会の活動と連動しながら「児童保護」が内務省衛生局でも重要視されるようになり、その結果、今回の氏原の講演につながったということである。この時、氏原は西欧諸国の事例に倣いながら、中央と地方、双方において「衛生行政機関の拡張」を実現し「児童保護」を所管する部局を設置することを望んでいた⁽⁴²⁾。

「行政機関の系統」に続き「智識普及施設」の取り組みが必要であることも示される。ここでの「施設」とは、①「専務医員補習教育」、②「巡回講師養成」、③「保健的身体鍛錬方法指導員養成」、④「産婆及看護婦養成」、⑤「看護婦及家政補助婦養成」、⑥「専務事務員養成」、⑦「処女及

既婚婦に対する補助教育」, ⑧「宣伝及び刊行物」, であった。これら「施設」が要請される背景には「児童保護」のための「事務員」もしくは「有素養者」の不足があった。そのため氏原は「中央及地方共に心掛け其の人(有素養者—筆者注)を得る」ことが必要であり, 加えて「一般公衆に向って之(「児童保護」—筆者注)に関する知識普及に付て努むる所がなければならぬ」⁽⁴³⁾としていた。

「衛生行政方面の基礎施設」を論じた氏原は, 今度は「实际的施設」について言及する。全国的には工場法や健康保険法等により幼年者や婦女労働者の保護のことが取り上げられ, 地方に目を転じれば産院などが設置されているが, 氏原は将来に向かって系統的に「児童保護」のための「施設」を整備することが必要とする。ここでは「乳児」や「幼児」の別に応じた「施設」の検討ではなく, 「妊産婦」と「児童」という視点から必要とされる「施設」が紹介される。内務省衛生局は複眼的観点に立ち「児童保護」のための「施設」を検討していたのである。

まず「妊産婦」の保護という視点から用意することが求められるのは①「妊婦相談所」, ②「産院」, ③「産婦保養所」⁽⁴⁴⁾であった。

①妊婦相談所

：妊婦の下に「巡回看護婦」(米国における所謂 Visiting Nurse) が赴き妊娠分娩の心得を説き, 入院の必要あれば入院を勧め, 妊娠5ヶ月を経過すれば「妊婦診察所」に一ヶ月少なくとも一回なるべく出頭の上受診せしめるようにし, 妊婦が健全に分娩期に達し得るよう為さしめる。

②産院

：分娩は自宅で行う者が多い現状において「貧困又は私生児等の関係で分娩を自宅であることを非常に苦しむ場合」の収容を想定する。ここには「派出産婆」や「家政補助婦」を置いて妊婦の分娩に資するものと期待される。

③産婦保養所

：「私生児の母に対する保護所」として期待される。

また「児童」の保護のためには以下の「施設」の活用が予定された。⁽⁴⁵⁾

①乳児院

：健康及び病弱児を保護するための「施設」であり，ここには診療所，相談所及び事務室用の本館と昼夜を通じて「乳児」を収容すべき「健康乳児部」と「病的乳児部」，及び単に日中のみ外部の「乳児」を預る「昼間乳児保育部」，そして「良乳供給所」，「洗濯乾燥室」等を設置する。職員には「医師」（院長），「看護婦」，「保育婦」及び若干の事務員を要する。

②公設良乳供給所

：「医師」と「保育婦」が設置され，「医師」の診察を受け，発育状況及び健康状況に応じて牛乳が供給される。貧困者にはそれを無料とする。

③児童相談所

：乳児期若しくは満2歳以後の児童の健康及び保育に関する相談相手となる場所である。「訪問看護婦」を設置し管内の児童衛生状態を巡回観察する。健康相談事業以外に，「児童給食所」を併置することが望ましいとされる。

④託児所

：「職業婦人」のため「児童」を昼間のみ預り，母親に代り保護する場所である。当面，満4歳までは「託児所」を利用し，その後は「幼稚園」を利用するのがよい。「託児所」の規格は多様な形態が観察されている。

⑤学童保護施設

：学校を「あらゆる伝染性疾患の媒介所」とみなし，「児童」を伝染病から保護するため，「家庭訪問員制度」，学校給食，洗濯所，学校に設けられる浴場を利用し，「児童」の栄養状態や健康状態を管理する。

⑥病弱時及異常児の保護施設

：「身体的及精神的方面」の別に基つき「結核児童」や「病後児童」，「精神病児」等の保護を図る。

⑦児童の積極的身体鍛錬

：「児童」は「大事にしすぎる」のではなく、「栄養を与へ激しき外界の変動を調節し，外襲性悪疫の防止に努むるのみにして，他はなるべく自然の力に任すようになすべき」とする。また「児童」の動きやすい衣服，新鮮な大気，住居，運動する場所等にも注意が必要とされる。

氏原の内務省講習会での議論を振り返るならば，内務省衛生局が「母性の保護」及び「児童の保護」を「施設」の観点から種々検討していたことが判明するのである。

(2)「小児保護」

氏原の講演にとどまらず，その他にも内務省衛生局が諸外国の「児童保護」に関する動向について調査を進め，関心を持ち続けていたことを確認することができる。同局により作成された大正13年の『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』は，この衛生局の動向を知る手掛かりとなる。⁽⁴⁶⁾

ここでは氏原の講演において見られたように，「児童保護」は「母性の保護」を離れて実現することは困難であるとの理解は変わらないが，氏原が「幼少なる児童ほど最も重大なる意義を有し，年長となるに従って他動的保護の必要は漸次減じて行く」としたように，この大正13年の調査・研究は，児童にあってより幼少の「小児」，すなわち「乳児及学齢前の幼児」の保護が特に必要であるとされた。⁽⁴⁷⁾内務省衛生局は「児童」の中でも「小児」の保護をいかに効果あるものにするかを検討するため，西欧諸国の動向に注目していたのである。

「小児」の保護を図ろうとする内務省衛生局では，「小児」の死亡率が高い国においては「一般死亡率亦高きを免れぬ」とのことから，「母性及小児の保健増進を図るは独り小児の健全なる發育上必要」であるだけでなく，「国民健康の基礎を確立し国民保健の上進を期すべき根本方途なる」

との理解があった。こうした傾向は「海外文明国」においても観察されるものであり、「近時母性及小児の保健増進を目して重要な国務の一とし国民保健事業」に取り組んでいるとする。ドイツやオーストリア、英国の動向について比較検討してみると、これらの国では第一次世界大戦を経験することで、人口問題への関心が高まり、「病弱、貧困の如き特殊者の治療若は救済」を目的とする「消極的施設」だけでなく、「広く一切の母性及小児を対象」とした「⁽⁴⁸⁾予防的積極的施設」の整備が進んでいた。例えばドイツでは、「乳児死亡防止研究機関『カイゼリン、アウグステ、ヴィクトリア院』」と称する「中央研究所」もしくは中央の「一大調査機関」を設置し、各地方と連携しながら「乳児死亡防止に対する地方の活動力の分散を防ぐと共に之を指導するを以て最善の方法」⁽⁴⁹⁾としていた。衛生局はこの「中央研究所」について、有能でかつ事務上の能力を有した「才幹ある医学者」を長とし、その下に研究能力のある職員を配し「保健上、交通上、地形上、最も適当なる敷地を選び建物は建築学上最新の技術を適用し、採光、換気、暖房を始め各般の衛生的要求に応じたもので此所で母性及小児の保健に関し組織的に広く調査研究を竭すと共に其の結果を直接応用実験して世人に向ふ所を示し且母性及小児の保健事業に従事し又は従事せしむべき職員の補習養成をなし尚広く一般国民に対して育兒思想の啓発普及を図る目的の下に引続き事業を継続し其の成績大に見るべきものがある」と⁽⁵⁰⁾する。このドイツの取り組みは「全世界の注目を惹いている」と同局官吏たちには映っていた。

ただ、その一方で内務省衛生局では、「小児の保健施設として広く各国に普及し最も代表的」なものは、「小児保健所 (Infant-Welfare-Center)」又は「小児相談所 (Infant Consultation)」であるとしていた。これらの組織は国情を反映するものの、共通するのは以下の点であった。⁽⁵¹⁾

一定の区域を画し人類の内最も死亡者の多き乳児及学齡前の幼児につき普く各方面の事情を参酌し絶へず適切なる観察指導を講ずるものである

ここでは「観察指導」を効果あるものとするために小児科医等の活用が予定される。

観察指導に当たる職員としては小児科若は其の素養ある医師並健康児及病児の取扱につき相当素養ある保護婦一人を置き設備としては相談室、控室、体重測定室等二三の部屋を備へ隔日、一週一、二回又は一ヶ月二、三回等定期に之を開き来所する小児の体重、身長の測定を始め身体検査を施し其の發育状態につき精細なる記録を作り栄養、被服其の他日常の保育方法につき個別的に指導し注意を与ふるのみならず保健婦を派して小児ある家庭を訪問せしめ実地につき親しく適切なる指導をなす事が保健所本来の職分である

保健所は小児科医と「保護婦」とが「小児」の發育・健康上の「記録を作」り、日常生活指導について「指導」もしくは「注意」を与え、「保健婦」の家庭訪問を実施するところであった。また保健所は育児に関する「講習会、講演会、展覧会」などを行い、「印刷物を頒布」し、裁縫や料理の実習指導を行うこともあった。ところでこうした「施設」はともすると都市部が優先される傾向にあるが、「母性及小児の保健」は「農村に於て都市に譲らざる重要問題」であり、そのため農村衛生対策の一環として「センタア」を設置し、あるいは「センタア組織」の「自動車隊」を組織して「農村の巡回訪問」を行う必要も認められていた。こうした取り組みを通じて「山間の僻地」に至るまで「小児保健」のことが知られるようになったことを内務省衛生局は西欧諸国の事例を通じて学んでいたのである。⁽⁵²⁾

この保健所の経営に当たっては地方の公共団体等が主として担うのであるが、国も国費をもって補助を与える点が紹介される。内務省衛生局の調査では、英国が、保健所の経営にあたり必要となる国庫補助に最も力を入れていた。その割合は保健所経営の「二分の一の補助」であった。英国では政府が「小児福祉事業」として「適當」と認めることで国庫補助がなされるのであるが、「保健所 (Center) 及保健訪問員 (Health Visitor)」への

国庫補助はほぼ認められていた。内務省衛生局ではこの英国の取り組みを「普通教育の如く小児の保健を図るを以て国家の義務なりとする観念である」と評価し、その効果としては「欧州諸国に於ける小児の死亡率は著しく減少し延いて一般死亡率の低下を招来し漸次国民保健の改善を実現しつつある⁽⁵³⁾」とした。そしてこうした諸国の動向は「小児死亡の極めて多数にして一般国民の体格体力の劣弱なる我国」にとって「参考となり指針」となる点を同局は強調する⁽⁵⁴⁾。

内務省衛生局は、欧州の動向を勘案しながら、人口政策上、「児童保護」とりわけ「小児保護」の必要性を理解し、その実現に向けた取り組みを検討していたのである。同局が最も関心を寄せたのは「小児保健所 (Infant-Welfare-Center)」の役割と機能であった。

4 「小児保健所」構想

内務省衛生局が「児童保護」をめぐる海外の動向を調査し、その結果をまとめたのが大正13年6月のことであったが、その実現のために「施設を整備しなければならない」という衛生局の関心は保健衛生調査会でも共有される。その結果、同会は同年12月5日、「小児保健調査研究機関ノ設置」及び「小児保健所の設置」が必要であるとの見解を明らかにした。内務省衛生局が「小児」の保護実現のため、西欧諸国の動向を整理する中で二つの取り組み、すなわち「一大調査機関」の中央政府における設置と住民の「観察指導」への試みに注目していたことについては前章で確認した通りである。保健衛生調査会の議論は内務省衛生局の調査および研究結果と重なるように進んでいたのであった。

同会の議論は内務大臣に対する「乳児及幼児ノ死亡率低減ニ関スル方策如何ニツキ答申ノ目的ヲ以テ」なされた。大正13年12月5日、午後2時より内務省会議室において、その答申案をまとめるべく開催された同会特別委員会の出席者は以下の通りである⁽⁵⁵⁾。

委員長	伯爵	柳澤保恵
委員		瀬川昌世
		北島多一
		佐伯 矩
		唐澤光徳
		三宅 秀
		横手千代之助
		野田忠廣
		二階堂保則
		亀田豊次郎
		古瀬安俊
		山田準次郎
	幹事	湯澤三千男
		小濱浄鑑
	内務技師	氏原佐蔵

前章で見たように内務省にあって諸外国における「児童保護」の動向に造詣の深い氏原佐蔵も今回の答申をまとめる際のメンバーであった。ここに内務省衛生局の方針や海外の動向に関する情報は、氏原を介して保健衛生調査会と接続した。同会の審議過程において内務省衛生局の関心を反映することのできるチャネルは存在していたのである。

審議の結果作成された「乳児及幼児ノ死亡率低減ニ関スル答申案」では、「小児」死亡者の総死亡者に占める割合が約4割に達し、中でも生後1歳未満の死亡者のそれに占める割合が2割5分となっていることを取り上げながら、「小児保健」が必要であることが述べられていた。⁽⁵⁶⁾

惟フニ広ク一般国民ノ保健ニ関係アル諸般ノ事情ハ小児ニ対シ其ノ影響特ニ顕著ナルカ故ニ小児ノ死亡率ヲ減少セシムヘキ根本策ハ一般国民ノ生活状態及其ノ環境ヲ改善シ国民ノ衛生思想ヲ進ムル等国民保健ニ影響

スル一般条件ノ改善ニ俟タサルヘカラスト雖教育ノ旺盛ナル小児ノ時代ニ於テ及フ限り避ケ得ヘキ不良ナル原因ヲ除去シ積極的ニ其ノ健全ナル發育ヲ遂ケシムルノ方法ヲ講スルニ於テハ小児死亡率ノ減少ニ対シ顯著ナル効果アルノミナラス其ノ影響長ク存続シ国民体位ノ向上ヲ期シ得ヘキハ欧米諸国ニ於ケル施設ノ跡ニ徴スルモ疑ヲ容レサル所ナリトス故ニ小児ノ死亡夥多ナル我カ国ニ於テハ一般衛生施設ノ改善ヲ期スヘキハ論ヲ俟タスト雖特ニ小児保健ニ関シ一般ノ自覚ヲ振起スルト共ニ最も有効適切ナル方途ヲ講スルノ要アリ

その結果、保健衛生調査会は、①「小児保健調査研究機関」及び②「小児保健所」の設置を求めたのである。

ここで①が有益であるのは以下の点であつた。⁽⁵⁷⁾

中央ニ此ノ種調査研究機関ヲ設置シ各種ノ機関ト連絡提携シテ小児ノ死亡原因、之カ防遏除却進ンテ之カ健康増進ノ方法等ニツキ一定方針ノ下ニ組織的ニ遍ク調査研究ヲ竭シ其ノ成果ハ之ヲ実地ニ適用シ学俗ノ連絡調和ヲ図リ世人ニ向フ所ヲ示スヲ可トス而テ此ノ調査研究ノ機能ニ加フルニ小児ノ保健事業ニ従事スヘキ職員ノ補習養成並ニ一般国民ニ対スル育兒思想ノ啓発普及ヲ図ラシメ以テ一層本機関ノ社会的機能ヲ發揮セシムルヲ要ス

①の試みは、「独、塙二国ノ事例ニ依ルモ此ノ種機関ノ設置カ小児保健思想ノ喚起並ニ問題ノ解決ニ至大ノ効果アルヲ」認めた結果であつた。「調査研究機関」となっているがこれは「調査研究」と「実地ニ適用シ学俗ノ連絡調和ヲ図」ることも想定された応用的効果を伴う中央機関であつたといえよう。

また②を設置することの理由は次のごとく示された。⁽⁵⁸⁾

我国ノ如キ全国ニ亘リ小児ノ死亡率極メテ高キ国ニ於テハ中央ノ機関ニ

依り之カ組織的調査研究ヲ竭スト共ニ比較的僅少ノ經費ヲ以テ其ノ効果ヲ国民一般ニ及ホスノ施設ヲ採ラサルヘカラス而テ都鄙ニ亘リ一般国民ニ対シ最モ効果ノ普遍的ニシテ且ツ經費比較的些少ナルハ小児保健所ノ施設ナリトス

保健衛生調査会で提示されたこの「小児保健所」は「医師及保護婦ヲ中心トシテ一定区域ヲ限定シ管内ノ小児ニ付テ連続的ニ實際ヲ觀察指導シ家庭ニ於ケル保健方法ノ効果ヲ發揮」することが期待される。すなわち前章で取り上げた内務省衛生局の海外の動向に関する調査・研究の成果の中に見える「観察指導」が予定される機関であった。「小児ノ保健増進上一般国民ノ育児方法ヲ改善スルコト最モ根本ニシテ必要」とする保健衛生調査会は、「地方ニ奨励」し、必要に応じて「国家ニ於テ助成ノ方法ヲ採」ることも踏まえながら、「小児保健所」の普及を目指したのである。

上記の如く同会では、①「小児保健調査研究機関」及び②「小児保健所」の設置を実現するべく内務大臣への答申案としたのであるが、この案を作成するにあたり「財政ノ現況ニ鑑ミ今直ニ之カ実現ヲ期シ難キ虞ナシトセス」との判断から「本答申案ニ掲クルカ如キ施設ノ実施ヲ見ルニ至ルマテ如何ナル方策ヲ執ルヘキカニツキ考究」する⁽⁵⁹⁾という立場がとられた。これまでの研究において、この「小児保健所」については「調査会の考え方がかたまるまでに、この案はどうも経費がかかりすぎるから、もっと安あがりの方法も考えてみる必要があるという声もつよかった」と指摘されてきたが、この保健衛生調査会の政策形成過程を踏まえるならば、「小児保健所」のみならず、①の「小児保健調査研究機関」を合わせて、財政上の観点から検討されたとしなければならない。従来、この「小児保健所」は「予防行政」を進めるという視点ではなく、「母子保健」とより直接的に関係づけながら紹介されることが多かった。そのため①が考案される過程は捨象されてしまっていたが、こうした研究動向は、内務省の「予防行政」及び「母子保健」双方の文脈において修正される必要がある。

保健衛生調査会が「財政ノ現況ニ鑑ミ」て、より現実的な案を提出しよ

うとしたことから、これら「施設」の設置を直ちに求めねばならないとする論調は抑えられ、以後の議論では②の実現に向けた取り組みが優先される。この動きは、内務省衛生局が「小児の保健施設として広く各国に普及し最も代表的なものは小児保健所 (Infant-Welfare-Center)」であったとし、この「施設」の動向に注視したのと方向性を同じくする。⁽⁶¹⁾

「小児保健所」に関心を寄せる保健衛生調査会は、大正15年6月29日、「小児保護」を普及させるべく「小児保健所指針」を作成する。⁽⁶²⁾これは①「趣旨」、②「組織」、③「仕事の範囲」、④「牛乳の供給」、⑤「設備」、⑥「予算」、より構成されていた。以下、この時作成された「指針」に導かれながら保健衛生調査会が打ち出した「小児保健所」に接近してみよう。⁽⁶³⁾

まずここでは、西欧諸国の動向を踏まえながら、「小児保健所」の設置は「母性及小児福祉事業」の一つとして位置づけられ、英国では「殆んど都市村落を通じて之（「小児保健所」一筆者注）が設置を見ない所はなく為に年々乳幼児死亡率の減少」を実現したとする。保健衛生調査会にして「小児保健所」は「諸外国の実績に鑑みるに乳幼児死亡率低減策として最も適切な施設」であった。同会は「小児保健所」を設置することで「一定区域に於ける妊産婦の健康相談と小児の定期的健康診断を行」い、また「妊産婦又は小児の家庭を訪問」し、それら生活者の「衛生的指導監視」を行うことで「乳幼児死亡率低減策」としようとしたのである。この判断は『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』に見える衛生局の認識と一致する。

またわが国では諸外国と比較し「保健所に来所する風習に乏」しく、かつ「衛生的知識に欠くる所」があったことから「健康相談等の事業」と共に予定される「家庭訪問」には一層「力を注ぎ」、その「職務範囲を拡張」して「育児栄養の心得等につき簡単な指示は直接之を行はしむる必要」を認めていた。さらに「乳幼児の栄養を十分にする為人乳栄養を得る事の出来ない者」に対しては、「小児保健所」の仕事の一つとして「牛乳」の「配給を行はしめるときは便宜且つ有効」とされた。加えてこの構想ではその管轄区域の「中心」となるような適当な場所に「小児保健所」を設置

し、「小児保護」の実現を図ろうとしていた。

「小児保健所」には「医師」、「保健婦」、「看護婦」の配置が予定される。このうちまず「医師」は、「一定地域内に於ける妊産婦、乳幼児の発見、母性及小児保健に関する教養及宣伝の事項」を担い、より具体的には以下⁽⁶⁴⁾のような仕事が想定された。

妊産婦に関するもの

- イ、妊産婦の診察並に尿其の他排泄物の検査。
- ロ、妊産婦の疾病に対する簡単なる治療。
- ハ、妊娠、産褥に関する一般相談及其の教示。

乳幼児に関するもの

- イ、乳幼児の診察及育児上の相談。
- ロ、病児又は異常児の疾病に対する簡単なる治療。
- ハ、乳幼児の定期的身体検査。
- ニ、育児用牛乳の供給、調理の監督及其の指導。
- ホ、乳幼児の一般疾病及伝染病に対する注意。
- ヘ、種痘及予防注射。

「医師」の仕事は、「妊産婦に関するもの」と「乳幼児に関するもの」に基づき整理され、余裕があれば「母親等を集めて妊産育児に付ての教養や衛生講和」に取り組むこととなっていた。

次に「保健婦」は「一定地域内の妊婦及乳児の居る家庭を訪問」し、「妊婦及乳児をして小児保健所」において「健康相談」を受けるよう「勧誘」し、「来所」する意味を見出せない者に対しては「小児保健所の医師の指導に基き積極的に妊娠中の心得や育児上の注意」を与え、又は「相談に応」じ、「小児保健所と妊婦及乳幼児を有する家庭との連絡を便ならしむるやう」取り組むことが期待されていた。ここから「保健婦」は「看護婦、産婆等の知識を有し特に妊産育児に関する或る程度の教養を経たるも

のを以て理想」とされる。そして次のごとくその仕事を示された。

- イ、保健婦は毎日（日曜日を除く）小児保健所に出勤し医師の指示に従ひ一定の家庭を訪問す。
- ロ、保健婦は訪問の際規定のカードに所要事項を記入し医師に報告し又は医師の指示を家庭に伝ふ。
- ハ、保健婦は妊産婦発見の為め常に関係官署方面委員又は産婆等と連絡を取る仕事をなす。
- ニ、出産届及種痘等に関する心得を家庭に教示す。
- ホ、保健婦は医師の指示に従ひ牛乳調理法の教示、離乳期の食物乳児の取扱及被服居室等の教示をなす。
- ヘ、妊娠、産褥及疾病等に関する相談に応じ或る程度迄の指導をなす。

さらに、「保健婦」の「妊産婦及び幼児」の家庭への訪問回数も検討に付され、「保健婦」1名設置の場合にあっては以下の通りであった。

訪問度数	保健婦一名の場合
妊婦一名に対し産前一回	一年四百回（出生四百とす）
乳児一名に対し生後三回	一年千二百回
計	千六百回

保健婦一日の平均訪問回数	五回強（但し日曜日祭日を除く）

この「訪問度数」はあくまでも一例であって、適宜変更することができ、「保健婦」1名ではなく3名を配置することが可能な場合には「訪問すべき範囲」は「妊産婦、乳児、学齢前小児迄」となり、「訪問度数」は「妊婦は産前一回、乳児は生後始め一ヶ月三回、生後二ヶ月より六ヶ月迄は月一回、七ヶ月より一歳迄は三月に一回、二歳より六歳迄の幼児は年二回」であった。

保健衛生調査会の構想では「小児保健所」において配置される「医師」, 「保健婦」, 「看護婦」の人数を増やすことは可能とされ, その際には「保健婦」を優先的に増員することが奨励された。家庭を「積極的に訪問して指導」することで「乳幼児」の健康相談事業の効果は高まるとの判断からであった。「小児保健所」では「保健婦」の活動への期待が大きかったのである。

最後に「看護婦」は「毎日出勤し次のような仕事」を担った。

イ, 医師の仕事の補助。

ロ, 牛乳供給に際し医師の指示に従ひ牛乳稀釈調理配給等に関する技術及事務の一般。

看護婦の仕事は保健婦を以て代らしむるも差支ない。

「看護婦」には「乳幼児」の保護と「小児保健所」の宣伝を兼ねて牛乳の供給を行うことが期待される。「牛乳の供給」は「小児保健所に於て母乳を得ざるものに対し牛乳を供給することは小児保健所の利用効果を完からしむる」ものであり, かつ「一般公衆に対し牛乳の調理法及之が取扱等の衛生的思想を啓発せしむる」ために「適当なる方法の一つ」であった。ここでは所管地域内の出産を400と仮定すると, そのうち約5%に牛乳需要があると見込み, これらに「低廉なる価格」において販売することとした。⁽⁶⁵⁾

一年間牛乳購入費	一, 〇八〇円
一年間砂糖及其の添加物購入費	三〇〇円
計	一, 三八〇円

一年間牛乳販売価格	四三二円
差 引	九四八円

ところで当該指針では, この保健所を運営するための予算も計上されて

(表1) 備品費

(単位:円)

40	寝台一個
60	テーブル三個 (一個20円)
35	椅子五個 (一個7円)
150	戸棚三個 (一個50円)
100	体重計二個 (乳児用一個, 幼児用一個)
15	身長計一個
5	聴診器一個
10	検尿器一式
3.6	巻尺三個 (一個1.20円)
4.5	試験管台三個 (一個1.50円)
100	冷蔵庫一台
200	加熱殺菌器一台
60	暖房器
1	打診槌二個 (一個0.50円)
5.1	舌圧子三〇本 (一本0.17円)
1	耳鏡一個
3	反射鏡一個
2.5	懐中電灯一個
35	煮沸消毒器一個
9	体温器三個 (一個3円)
1.6	ブンゼン燈 (二個)
5	骨盤計一個
5	注射器
4	種痘用具
2.8	スピッツグラス一個 (一個0.28円)
5	メートルグラス
30	廻上天秤一台
22	上皿天秤一台
10	毛布二枚
2	枕一個
6	洗面器台一個
10	調剤用具一式
3	タオル二打 (一打3円)
30	予防衣六枚 (一枚5円)
3	ピンセット六個
3	口頭巻綿子一〇本 (一本0.3円)
6	音叉二個 (一個3円)
8	瓶架一台
3.5	舌圧子同一個
7	ガーゼ消毒罐一個
1	膿盆一個
50	牛乳瓶五〇〇本 (一本0.1円)

(「附 小児保健所指針」保健衛生調査会『保健衛生調査会第十一回報告書』, 昭和2年より作成。)

(表 2) 人件費

(単位：円)

900	嘱託医師一人 (一月平均75円)
720	専任保健婦一人 (月60円)
600	専任看護婦一人 (月50円)
500	賞与

(「附 小児保健所指針」保健衛生調査会『保健衛生調査会第十一回報告書』,
昭和2年より作成。)

(表 3) 消耗品費

(単位：円)

60	水道 (月 5 円)
240	瓦斯代 (月20円)
36	電灯代 (月 3 円)
150	永代一日平均三貫目
300	砂糖其他添加物
1,080	牛乳代二十一石六斗 (一斗 5 円)
66	アルコール一二〇磅 (一磅0.5円)
50	消毒薬液代
41.4	ガーゼ三十六個 (一個1.15円)
30	脱脂綿一月五袋
30	小票 (カード) 三, 〇〇〇枚
18	診察簿出納簿其他計六冊
30	筆, 紙, 墨, 文具
200	諸薬品代
100	雑費

(「附 小児保健所指針」保健衛生調査会『保健衛生調査会第十一回報告書』,
昭和2年より作成。)

いた。保健衛生調査会が設備面等から「小児保健所」をいかに構想していたかを知るためにその概要を検討してみよう。まず当該保健所の総額は6,812円であり、うち備品費が1,060円60銭、人件費2,720円、消耗品費2,431円40銭、家屋借入費600円であった。備品費、人件費、消耗品費の内訳はそれぞれ(表1, 2, 3)の通りである。

「小児保健所」は少なくとも「診察室」, 「牛乳調理室」, その他1, 2の「室」を用意することとされ、妊娠、育児等に関する講習会等を開催する場合には、これに対応するための「室」も必要とされていたが、ここに家

屋借入費が計上されていることから判明するように、必ずしも「小児保健所」のために建物を新築することが想定されていたわけではない。そして医療器具、薬品等や冬季保温の装置、牛乳調理用の殺菌器、あるいは冷蔵庫の設備等の設置をすることで、「乳幼児」の健康増進が企図された。

保健衛生調査会では、内務省衛生局同様、「児童保護」実現のためここに「小児保健所設置指針」を明らかにし、その設置及び普及を促したのであった。

5 お わ り に

明治後期から大正期にかけて内務省衛生局は「予防行政」に力を入れ始める。その結果、保健衛生調査会が設置された。当該期の「予防行政」には結核や寄生虫病対策に見られるような慢性伝染病への対応が重要視され、また「母子保健」、より具体的には人口政策上の課題として「乳児」や「幼児」の健康を実現するための対策が求められた。この「乳児」等の対策に関しては、従来も取り上げられることはあったが、保健衛生調査会の活動や衛生局官吏の指摘を踏まえれば、これが従来意識された以上に重要視されていたことが判明する。この点を裏打ちするように、内務省衛生局では「内務省主催児童衛生展覧会」や内務省官吏による講習会を実施し、あるいは西欧諸国における動向を調査・研究するなどして「児童保護」への認識を広め、そして深めていたのである。

内務省主催の「児童衛生展覧会」は盛況のうちに幕を閉じたが、内務省はこれにとどまることなく地方においても同様の展覧会の開催を促した。その成果は室蘭の事例に早くも確認することができた。また氏原佐蔵内務技師による講習会や内務省衛生局の西欧諸国の動向や諸制度の調査では、「児童保護」、さらには「小児保護」への取り組みが重要となる事を知らしめた。そしてこの内務省衛生局の意向は、保健衛生調査会でも共有されていく。同会は内務大臣への答申案の中に「小児保健調査研究機関」及び「小児保健所」の設置を盛り込んだのである。前者は内務省衛生局が西欧

諸国の諸制度を紹介する中で言及してきたのと同様、中央の「小児保護」のための「施設」で、その健康増進を実現するための調査・研究、及びその応用、もしくは住民への適用を任務とした。一方後者も内務省衛生局が、西欧では「小児保健所 (Infant-Welfare-Center)」として設置され、「一定区域ヲ限定シ管内ノ小児ニ付テ連続的ニ實際ヲ觀察指導」する「小児の保健施設」として「最も代表的」としたものであった。

保健衛生調査会では、これら二系統の「施設」の設置を求めるも、「財政ノ現況」に鑑み、以後の議論では後者の実現に向けた動きを加速させる。その結果作成されたのが「小児保健所指針」である。同会はこれにより「乳児及幼児ノ死亡率低減ニ関スル一方策トシテ地方ニ勸奨シテ小児保健所ノ設置ヲ促」すこととした。

この指針の中に見える「小児保健所」には「医師」、「保健婦」、「看護婦」が配置される。特に「保健婦」の活動には関心がもたれ、その積極的な家庭訪問が必要とされた。また母乳を与えることが困難であるときには牛乳が活用されることとなっていた。

人口政策上、「乳児」や「幼児」の死亡率の推移は重要であった。そこで内務省衛生局および保健衛生調査会は「小児保健所」を通じた「観察指導」の効果的活用により、「乳幼児」の死亡率の低下を目指したのである。

＜謝辞＞瀧澤仁唱先生には様々な場面においてご指導を賜りました。先生の学恩に対して深甚なる感謝の意を表します。

注

- (1) 扶間茂は昭和11年に自らが内務省衛生局長に就任した際、「従来医療行政とか防疫などが中心であったわけです。伝染病に対する防疫、これは、そのこと自体国家的に見まして非常に重要なことと思います。しかし、国民の保健衛生問題を広い視野から考えますと、むしろ防疫治療ということも大事であるけれども、まず人の体を作ることが先決である、つまり病気になるようにするということを強調しなければならないと思いますので、私は衛生局長になったとき課長諸君を集めてよく協議して衛生行政のスローガンとして「治療行政より予防行政へ」というこ

- とを大きな柱といたしました」と往時を振り返る(内政史研究会『挟間茂氏談話速記録』(内政史研究資料第31, 32, 33集), 120~121頁)。
- (2) 清水勝嘉は「明治から大正に時代が移るに従い、伝染病対策は従来の急性伝染病から慢性伝染病対策へ関心を移していった」と指摘する(清水勝嘉『昭和戦前期 日本公衆衛生史』不二出版, 1997年, 10頁)。
- (3) 『東京都衛生行政史』は「防疫を根幹とし、取締まりに重点がおかれて運営されてきた衛生行政は、第一次世界大戦以来世界の衛生思潮の推移にともなって、次第に国民保健の増進を目的とした積極行政への移行を示した。しかしながら、保健指導の中心は結核対策および乳幼児死亡率低下を目ざす母子衛生対策に置かれていた」と指摘する(東京都『東京都衛生行政史』, 昭和36年, 20頁)。
- (4) この間の事情を『内務省史』は「衛生行政の重点が、急性伝染病から慢性疾患の予防対策に移行していくにつれ、伝染病の感染の取締りだけでなく、その早期発見と早期治療についての保健指導が必要となり、また、高い乳児死亡率についての対策が問題となり、さらに、国民体位への関心が高まるにつれて、積極的な健康増進への施策が要請されることになって、サービスの積極的衛生行政の分野は、必然的に拡大されてくることとなった」と紹介する(大霞会編『内務省史』(第三卷)原書房, 昭和56年, 216頁)。
- (5) 日本公衆衛生協会編『公衆衛生の発達—大日本私立衛生会雑誌抄—』昭和42年, 780頁。
- (6) 生江孝之は大正12年の『社会事業綱要』の中で「児童保護に関する最近の思潮」を紹介し、「『予防は治療に勝る』との観念を第一に数へ得ると思ふ」との見解を示す(一番ヶ瀬康子編『生江孝之集』鳳書院, 昭和58年, 213頁)。
- (7) 拙著『長与専斎』長崎文献社, 2019年。
- (8) 拙稿「衛生官僚たちの内務省衛生行政構想と伝染病予防法の制定」日本法政学会『法政論叢』(51-2), 2015年。
- (9) 林茂香・野村寛共編『伝染病予防法注釈』, 明治30年, 52頁。
- (10) 明治後期から大正期にかけて「公衆の健康増進を目的とし、且公衆の健康保持に必要な社会的条件を維持せんが為め、公衆の健康に毀損を加ふべき各種の社会的原因を除去せんとする積極的の衛生行政」に注目が集まる。これが「保健衛生行政」であった(亀山孝一『衛生行政法』松華堂書店, 昭和8年, 4~7頁)。
- (11) 厚生省『医制百年史』(記述編)ぎょうせい, 昭和51年, 191頁。

- (12) 前掲『衛生行政法』, 18頁。
- (13) 『官報』(1172号), 大正5年6月28日。
- (14) 保健衛生調査会『保健衛生調査会第一回報告書』, 大正6年4月, 14～16頁。
- (15) 前掲『保健衛生調査会第一回報告書』, 15頁。
- (16) 北里研究所『北里研究所二十五年誌』, 昭和14年, 241～242頁。
- (17) 前掲『保健衛生調査会第一回報告書』, 16～17頁。
- (18) 前掲『保健衛生調査会第一回報告書』, 27～35頁。
- (19) 前掲『保健衛生調査会第一回報告書』, 1～4頁。
- (20) 前掲『内務省史』(第三卷), 234頁。
- (21) 厚生省『厚生省五十年史』(記述編)中央法規, 昭和63年, 80～81頁。
- (22) 氏原佐蔵『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』大日本私立衛生会, 大正11年。
- (23) 保健衛生調査会『保健衛生調査会第五回報告書』, 大正10年, 14～16頁及び20頁。なお, この「第一号議案」は「児童保護」のための15項目を取り上げた。
- (24) 大原社会問題研究所『日本社会事業年鑑』(大正10年), 72～74頁。
- (25) 東京教育博物館『東京教育博物館一覽』, 大正10年, 25頁。
- (26) 付帯事業としての身体検査は10月24日～11月22日(11月17, 18日を除く)行われた(武崎宗三『児童衛生展覧会ニ於ケル児童身体検査成績』内務省衛生局, 大正10年, 1頁～4頁)。
- (27) 前掲『日本社会事業年鑑』(大正10年), 73～74頁。
- (28) 室蘭区連合衛生組合編『室蘭児童衛生展覧会誌』, 大正12年, 44頁。
なお室蘭の展覧会は, 大正9年10月に開催された「内務省開催ノ児童衛生展覧会」を受けてその重要性に鑑み開催が実現したのであった(前掲『室蘭児童衛生展覧会誌』, 1頁)。
- (29) 氏原佐蔵は内務技師として内務省衛生行政にかかわり, また, 西欧諸国の衛生行政機関についての調査経験も有していた。例えば, 内務省衛生局が大正10年にまとめた『拂・瑞・奥・伊国中央衛生行政機関』は, 氏原佐蔵の欧州調査に基づいたものであった(拙稿(共著者: 笠原英彦)「医療政策の形成と展開」大山耕輔監修『公共政策の歴史と理論』ミネルヴァ書房, 2013年, 70頁)。
- (30) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』。本資料は表紙, 目次及び本文38頁よりなる。当該資料には頁番号が付されていないため, 便宜的に本文冒頭より1頁とした。

- (31) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 1 頁。
- (32) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 31頁。
- (33) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 1~2 頁。
- (34) ただし, 「児童期 Kinderalter の最高限界に付ては個人性による差異あり, 之を生理学上より一定せんことは困難である, 然るに国家が立法上に之を規定せんとせば中庸を逸せざる年齢を以てせねはならぬ。児童福祉増進に関し昨一九二一年末に法律を審議した独逸では十六歳とせられた, 我邦の現状に於ても恐くば此辺を以て限界とするが穏当ならんかと思はれる」とする (前掲『妊産婦及児童保健に関する社会施設』, 2 頁)。
- (35) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 4 頁。
- (36) 妊娠中であれば, 母親の「不良なる生活状況」, 例えば「栄養不良」や「過度なる心身の疲労」等のため児童が「生活薄弱」となり死亡してしまうのを防止しようとし, 「産婦保護」では, 「出産に付て正当なる知識を授」けること, 「充分素養ある産婆の普及を図」ること, 妊婦の「骨盤及び胎児の位置に異常の有無」を確認すること, 産婦の境遇を調査すること, 産院に入院の必要のある者に対応することを予定した。そして「産褥婦の保護」では, 産褥熱や出血など「分娩に因する障害」に対する処置と「生殖器の恢復」に主眼が置かれた (前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 4~8 頁)。
- (37) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 11~12頁。
- (38) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 12~15頁。
- (39) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 19~20頁。
- (40) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 21頁。
- (41) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 23~24頁。
- (42) 氏原は「余は将来時勢と人を得て衛生行政機関の拡張と共に各国の例に倣ひ独立の一分課を為さねばならぬと信ずるものである」としていた (前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 24頁)。
- (43) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 25頁。
- (44) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 29~31頁。
- (45) 前掲『妊産婦及児童保健に関する社会的施設』, 31~38頁。
- (46) 内務省衛生局『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』, 大正13年。
- (47) 前掲『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』, 凡例 2 頁。
- (48) 前掲『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』, 凡例 1~2 頁。
- (49) 前掲『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』 1~2 頁。
- (50) 前掲『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』, 凡例 1~2 頁及び 3~

16頁。

- (51) 前掲『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』, 凡例 2 頁。
- (52) 前掲『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』, 凡例 3 頁。
- (53) 前掲『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』, 凡例 3~4 頁。
- (54) 前掲『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』, 凡例 4 頁。
- (55) 保健衛生調査会『保健衛生調査会第九回報告書』, 大正14年, 14~15 頁。
- (56) 前掲『保健衛生調査会第九回報告書』, 16~17頁。なお、亀山孝一の理解では「小児保健」に見える「保健衛生行政」とは「主として公衆の健康増進を目的とし、且公衆の健康保持に必章なる社会的条件を維持せんが為め、公衆の健康に毀損を加ふべき各種の社会的原因を除去せんとする積極的の衛生行政である。従って衛生行政中、保健衛生行政は其の根本的のものと云ふべく其の範囲も亦広汎である。即ち飲料水、飲食物其の他栄養に関する行政並に取締、公園療養地等に関する衛生的行政、清潔保持に関する行政、衛生思想の普及及び栄養の改善等が其の領域内に属するのであって、衛生行政中最も発展の余地多いのである」とされる（前掲『最新衛生行政法』, 4~5 頁）
- (57) 前掲『保健衛生調査会第九回報告書』, 17~18頁。
- (58) 前掲『保健衛生調査会第九回報告書』, 18~19頁。
- (59) 前掲『保健衛生調査会第九回報告書』, 15頁。
- (60) 前掲『公衆衛生発達史一大日本私立衛生会雑誌抄一』, 780頁。
- (61) 前掲『欧州各国に於ける母性及小児の保健施設』, 凡例 2 頁。
- (62) 保健衛生調査会『保健衛生調査会第十一回報告書』, 昭和 2 年, 23~24頁。なお同指針は、『官報』第43号, 49号に掲載された。前掲『公衆衛生の発達一大日本私立衛生会雑誌抄一』, 781~786頁などにおいても紹介されている。
- (63) 「附 小児保健所指針」前掲『保健衛生調査会第十一回報告書』, 25頁以降所収。この指針は、目次及び本文13頁よりなる。
- (64) この指針では「医師」は、必ずしも専任である必要はなく、2, 3 カ所の「小児保健所」を兼任することのほうが「有利」とされ、小児科産科に通曉し、女医が「好都合」とされた。
- (65) 月齢に依る牛乳稀釈及砂糖の加へ方は保健衛生調査会編纂の「乳児の育て方」記載に依っていた。また購入費の積算根拠は、「一日一人平均乳児の所要牛乳量を五四〇瓦（三合）とす然るときは一日所要牛乳一〇、八〇〇瓦（六升）一月三二四、〇〇〇瓦（一石八斗）一年三、八八八、

〇〇〇瓦(二十一石六斗)となる一八, 〇〇〇瓦(一斗)五円において牛乳を購入するものと仮定し之が一年の牛乳代一, 〇八〇円」とされた(前掲「附 小児保健所指針」, 7~8 頁)。

過失犯における訴因変更の 要否について

河 野 敏 也

目 次

- I 序論
- II 訴因変更の要否に関する議論状況の概要
 - 1. 歴史的経緯
 - 2. 法律構成説と事実記載説
 - 3. 事実記載説内部での対立
 - (1) 具体的防御説と抽象的防御説
 - (2) 平成13年決定による新たな枠組み
- III 過失犯における訴因変更の要否について
 - 1. 平成13年決定と過失犯における訴因変更の要否との関係
 - 2. 最高裁による過失犯における訴因変更の要否の三つの判例について
 - (1) 概要
 - (2) 昭和46年判決について
 - (3) 昭和63年決定について
 - (4) 平成15年決定について
 - 3. 平成13年決定の影響に関する分析枠組み
 - 4. 新旧過失犯論と構成要件該当事実
 - (1) 伝統的な議論状況
 - (2) 近時の旧過失犯論
 - (3) 近時の新過失犯論
 - 5. 検討
- IV 結論

キーワード：訴因，訴因変更の要否，過失犯論，訴因の特定，
構成要件該当事実

I 序 論

瀧澤仁唱教授は、1987年に交通権学会の会誌において障害者と交通権について論稿を執筆されている。⁽¹⁾交通権学会は、モータリゼーションなどを基礎として1986年に誕生したものである。⁽²⁾

現行刑訴法が制定されたとき、公訴事実と訴因が同一条文に併記されたことにより、公訴事実と訴因をめぐって激しい議論が巻き起こり、「審判の対象は公訴事実かそれとも訴因かという命題は、訴因論の最も中心的なテーマであり、かつ、最大の争点」⁽³⁾となって、華々しく議論が展開された。この争いは、訴因対象説が勝利をおさめる形で決着がついているが、訴因をめぐる一連の問題については、近時でも議論がなされている。⁽⁴⁾現行刑訴法施行から現在まで、時代の流れにより様々な法的問題が登場した。その刑訴法・刑法上の問題を引き起こす契機となった事象の一つにモータリゼーションがある。「昭和30年代から40年代にかけての急激なモータリゼーションとその結果としての自動車事故、業務上過失致死傷罪の件数が急激な増加」によって、従来のような「過失とは予見可能性であり責任要素という考え方によれば、自動車の運転というものは本来危険であるから容易に予見可能性が肯定され、過失犯が成立し得ることになる。しかし、それでは自動車の運転を許可している意味がなくなり、現代社会、工業社会は成り立たなくなる」といった状況から「自動車交通の利便性を考慮すれば、一般人を基準とした合理的な結果回避義務＝基準行為を行っていれば、たとえ予見可能性があっても、そこから生じた危険は許された危険として違法でない」と解すべきであるという意見が登場し、過失犯における議論を呼ぶ。そして、あらたな考え（すなわち新過失犯論）は、「実務における過失の認定方法ともマッチしていたために急速に支持者を増やした」のである。⁽⁵⁾このようにモータリゼーションによって、刑法分野において新旧過失犯論争が展開され、新旧過失犯論争による実体法上の影響も受けて過失犯における訴因変更の要否が問題となった。

訴因変更の要否については、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁が重要な基準を示しているところ、過失犯における訴因変更の要否は、「圧倒的に多いのは、昭和40年代に出された判例で」あって、その後に出た判例も「昭和50年代に出されたものが大半で昭和60年代、平成に入ってからのものはごくわずか」であって、「この問題が往時に比べて関心を引かなくなったことを物語っているのかも知れない」とも評価されている⁽⁶⁾。それは、同時に、過失犯における訴因変更の要否の中心となる判例を、具体的には最判昭和46年6月22日刑集25巻4号588頁、最決昭和63年10月24日刑集42巻8号1079頁を、最決平成13年4月11日が提示する基準の中にどのように位置づけるか、という改めて検討を必要とする問題⁽⁷⁾がもたらされていることを意味する。さらに過失犯における訴因変更の要否については、最決平成15年2月20日裁判集刑283号335頁もあるので、これと最決平成13年4月11日との関係も明らかにする必要がある。

そこで、本稿においては、最決平成13年4月11日によって新たな基準がもたらされた訴因変更の要否の一般的基準について述べた後(Ⅱ)、過失犯における訴因変更の要否を検討していくことにする(Ⅲ)。そこでは、刑法学の新旧過失犯論争との関係が問題になるので、これも併せてみていくことになる。最後に、過失犯における訴因変更の要否と、最決平成13年4月11日の基準との関係を明らかにしたい(Ⅳ)。

Ⅱ 訴因変更の要否に関する議論状況の概要

1. 歴史的経緯

起訴状において訴因を特定することで、裁判所の審判対象となる犯罪事実が明らかとなり、被告人の防御の対象も明らかとなる⁽⁸⁾。当該訴因を基に、訴訟を進行していたが、その過程において、異なる犯罪事実が明らかになったとき、どのようにすべきか。一つは、審判の対象が訴因であるから、それ以外の犯罪事実が審判の対象となることがない以上は無罪とし、別訴を提起するという制度設計が考えられる。もう一つは、当初の訴因を変更す

るという方法が考えられる。そこで、現行刑訴法は、312条1項において訴因変更の制度を規定している⁽⁹⁾。

この訴因変更の制度は、現行刑訴法の立法過程で当初から扱われていたものではない⁽¹⁰⁾。訴因概念自体が、現行憲法の施行に合わせた新刑訴法の施行が間に合わないために立案された「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」いわゆる応急措置法の段階では登場しておらず⁽¹¹⁾、日本側が作成した最終案における有罪の答弁に関する協議会で登場してくるようになる⁽¹²⁾⁽¹³⁾。そこでは、日米の考え方の違いが問題となっている。日本側からの、検察官が強盗で起訴したのに対して、裁判官が恐喝と考えて、起訴状の訂正を命じた場合において、検察官が訂正をしなければ無罪となるのかという疑問に対して、アメリカ側は、当然無罪だという立場を採った。それに対して日本側は、脅しで財物をとったという事実があれば、それは強盗であっても恐喝であっても同じ事実ではないかと難色を示している。これを受けて、アメリカ側が「注意深い検事は二つとも起訴をするのだ。カウントの問題だ」と count の言葉を出している⁽¹⁴⁾。訴因は、この協議会、法案提出のための条文整理作業において、その当初は出てこなかったが、その後の総司令部側との小委員会を経て表現の調整が加えられていく中で、訴因概念が導入されるに至った。そして、そこでの資料である「起訴状に関する修正案」の228条の2とX39条が、現行刑訴法のそれぞれ256条と312条となったとされている⁽¹⁵⁾。

このように、現行刑訴法は、一方で256条3項において訴因制度を採用し、他方で312条1項において訴因変更の制度を採用した。そして、訴因変更の限界は、旧刑訴法において審判の範囲を定める概念であるところの公訴事実の同一性によると規定された。訴因と公訴事実にかかわる論争の最大の理由はここにあるとされる⁽¹⁶⁾。訴因変更制度をなぜ採用したのかについては、審判対象論における公訴事実対象説と訴因対象説のいずれを採るかによって根拠が変わってくると解されている⁽¹⁷⁾。

公訴事実対象説によれば、単一不可分の公訴事実が現行刑訴法においても依然として審理の対象と考えられることになる。公訴不可分の原則によ

り単一の公訴事実の全体に公訴提起の効力が及ぶことで現実にもその全体について審判することが可能である。ただし、攻撃防御の焦点を明確にして裁判所による奇襲を禁止するために訴因制度があることから、訴因が有罪判決を下すための有効要件であり判決条件となり、訴因と異なる犯罪を認定するためには訴因変更の手続きをとる必要が生じる。このように考える公訴事実対象説からすると、訴因変更が許される根拠は、裁判所に訴因外事実について審判する権利義務があることに求められることになる。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

訴因対象説によれば、裁判所は、検察官が提出した起訴状記載の訴因についてのみ審判する権利義務があり、審判の範囲も訴因に拘束される。訴因は、単に被告人保護のための制度ではなく、審判の対象を規定する制度である。それゆえ、訴因を逸脱するような認定は、審判の対象を逸脱した重大な違法となり、刑訴法378条3号の絶対的控訴理由となる。このような訴因対象説からは、訴因外事実については、本来別訴で訴追されるべきことになるが、一括処理できるのであれば、被告人にとっても訴追側にとっても利益になること、当事者間の攻防の中で明らかになった事実は、引き続き審判したほうが裁判官の心証も連続して、証拠も新鮮であることから、真実発見にも資する。このような政策的考慮から、訴因の変更が許されることになるとされている。⁽²⁰⁾

現行刑訴法312条1項は訴因変更の制度を規定の根拠を以上のように解したとして、次に問題となるのが、「いかなる場合に、この事実をそのまま認定することができ、いかなる場合には訴因を変更しなければこの事実を認定できないか⁽²¹⁾」というものである。これが、訴因変更の要否の問題である。これについて、古くは法律構成説と事実記載説が対立していたので、まずはこの両者を概観する。⁽²²⁾

2. 法律構成説と事実記載説

法律構成説とは、「訴因をもって、社会的事実としての犯罪事実を各罰則の構成要件に当てはめた形において法律的に構成したものをいうと定義づけ、訴因の拘束力は、その法律構成の点について生じる」⁽²³⁾見解であると

されている。たとえば、「訴因とは、構成要件に該当する事実でもなければ…、構成要件そのものでもなく、公訴事実の法律構成のしかたに重要な意味がある…これを法律構成説と呼んでよい」と主張するのがこの立場の一つである⁽²⁴⁾。

法律構成説の中においても、古くは、「同一罰条に該当するものと認められるときは、訴因の同一性の範囲に属し、訴因の追加又は変更を必要としない⁽²⁵⁾と解する」罰条同一説が主張されていた。この立場によれば、住居侵入罪において侵入の場所が建造物に変化した場合や、窃盗罪において被害物件の数量・種類に変更があった場合、罰条が同一であるから訴因変更は不要ということになる。そして、未遂犯・共犯においては、未遂として起訴された場合に既遂と認定すること、教唆として起訴された場合に正犯と認定する場合は、適用される罰条が変わることから、訴因の追加または変更を要するとされる。ただし、単独犯として起訴された者を共同正犯と認定することについては訴因の追加または変更を要しないと解されている⁽²⁶⁾。罰条同一説の見解に対しては、殺人罪において作為犯で起訴されていたにもかかわらず不作為の殺人と認定することは、罰条同一説からは問題はないことになるが、被告人の防御という観点からは不利益が大きいと法律構成説内部からも批判されている⁽²⁷⁾。すなわち、行為態様の大幅な相違があっても訴因変更が不要となると、「被告人はかなりの範囲を持つ一個の社会的事実のなかから、ある構成要件にあてはまる、あらゆる可能なくみあわせを予想して、そのすべてに対して防禦方法を講じなければならない⁽²⁸⁾」ことになってしまうのである。

そこで、例えば、「同じ横領罪でも費消横領の起訴を着服横領とか拐帶横領とかに変更して認定する場合でも法律構成のしかたに変更がある」し、作為犯を不作為犯に変更して認定する場合は、新たに作為義務違反を問題にするという意味で法律構成のしかたに変更が加わることから訴因変更の必要があると主張されるようになる⁽²⁹⁾。したがって、法律構成説からは、「事実の変動が法律構成のしかたに影響を及ぼさない限り訴因の変更を必要とせず、したがって、日時、場所、金額、数量等の変動があっても訴因

の変更を必要としないが、事実の変動のない場合でも法律構成に影響を及ぼす場合には訴因変更が必要となる」⁽³⁰⁾⁽³¹⁾のである。

判例の立場は、「比較的初期の高裁判例の中には、法律構成説ないしこれに近い考えに依拠したものと推察されるものが、かなり見受けられた」⁽³²⁾と分析されている。例えば、窃盗の共同正犯の訴因で起訴がなされたところ、訴因変更を経ることなく窃盗の幫助を認めた事案で、窃盗の共同正犯と窃盗の幫助が少なくとも罪名を同じくする以上、訴因の変更が不要であると判示した仙台高判昭和24年6月7日高刑集2巻1号12頁を挙げることができる。

これに対して、事実記載説とは、訴因が構成要件にあてはめて法的に構成された事実の記載であり、法的構成そのものではなく、法的に構成された事実だとしたうえで、訴因の拘束力が事実の記載そのものについて認められるとする見解である。⁽³³⁾事実記載説からすると、事実が変われば訴因が変わることになるので、訴因変更の必要があると解するのが自然となる。しかし、これを徹底すると、「『一足の靴』を窃取したという起訴状の記載に対して、現実に窃取したのが右だけ二個であったときは無罪」というところにまで行きつくことになる。⁽³⁴⁾わずかな喰い違いによって訴因変更が必要とするのは現実的ではないので、訴因変更が必要な事実の相違と、不要な事実の相違の区別基準が問題となる。この点につき、事実の喰い違いが「どの程度から意味を持つか、重要であるかという問題である」⁽³⁵⁾ということになるので、「事実の『重要な』、『実質的な』側面にずれが生じたかが基準」⁽³⁶⁾となり、「事実の重要なずれ」とは何かが問題となる。これを考えるにあたっては、そもそも訴因の機能が攻撃防御の焦点を明らかにするものであることから、被告人の実質的な防御の保障という見地から目的論的に限界を設定すべきと主張される。⁽³⁷⁾そこで、問題設定が、「どういう場合に防御上の不利益となるか」⁽³⁸⁾に移り変わったことで（加えて事実記載説が通説となったことで）、訴因変更の要否の問題は、抽象的防御説と具体的防御説の対立に移行することになる。⁽³⁹⁾

判例は、窃盗の共同正犯の訴因であるところ、窃盗の幫助を認定した事

案であるが、訴因の変更が必要である名古屋高判昭和24年5月2日特報1号6頁などが事実記載説に依拠したと解されており、現行法施行後まもなくは、判例の中でも法律構成説と事実記載説の意見対立があった。そのような中で、最決昭和40年12月24日刑集19巻9号827頁が法律構成に変化がなくとも事実の変動がある場合には訴因変更が必要とする判断をしている⁽⁴⁰⁾。そして、最判昭和28年5月8日刑集7巻5号965頁が事実関係に変動がなければ、法律構成・罰条適用が異なっても訴因変更を要しないとして⁽⁴¹⁾いることから、判例は、事実記載説の立場にあると解されている⁽⁴²⁾。

法律構成説と事実記載説の対立は、公訴事実対象説が法律構成説を採り、訴因対象説が事実記載説を採るという審判対象論との関係が指摘されるが⁽⁴³⁾、事実記載説は、訴因対象説のみならず公訴事実対象説からも主張されている⁽⁴⁴⁾ことから、関連性はあったとしても、必然的な結びつきがあるとはまでは言うことができない。

3. 事実記載説内部での対立

(1) 具体的防御説と抽象的防御説

具体的防御説とは、「被告人の防御の仕方等訴訟の経過を勘案して、具体的ないし個別的な見地から判定すべきとする立場」⁽⁴⁵⁾のことである。これに対して、抽象的防御説とは、「被告人の防御上の不利益を、抽象的ないし一般的な見地から判定すべきであるとする立場」⁽⁴⁶⁾あるいは「訴因事実と認定事実を一般的、類型的に対比することにより判定」⁽⁴⁷⁾する立場のことである。例えば、強盗の訴因について、被告人が窃盗を自認している場合や、窃盗の訴因が強盗の訴因に変更された後に再び窃盗の事実を認定する場合、一方で具体的防御説に立てば、すでに窃盗の事実に対する防御はおこなわれていることから、訴因変更を経ることなく窃盗の事実を認定することができるようになる。他方、抽象的防御説に立った場合は、強盗と窃盗とは重要な事実が異なるので、訴因変更の手続きが必要となる⁽⁴⁸⁾。

最判昭和29年1月21日刑集8巻1号71頁は、「法が訴因及びその変更手続を定めた趣旨は、原判決説示のごとく、審理の対象、範囲を明確にして、

被告人の防禦に不利益を与えないためであると認められるから、裁判所は、審理の経過に鑑み被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞れがないものと認めるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、訴因変更手続をしないで、訴因と異なる事実を認定しても差支えない」と判示しており、具体的な審理経過を勘案して、窃盗の共同正犯の訴因につき、訴因変更の手続を経ることなく、訴因に記載されていない窃盗幫助の事実を認定しており、具体的防禦説に立ったものとされている。このような具体的防禦説は、個々の展開によるために基準として不安定であるという問題がある。

これに対して、最判昭和36年6月13日刑集15巻6号961頁や最判昭和41年7月26日刑集20巻6号711頁が抽象的防禦説に立っていると評価されている。前者は、収賄の共同正犯の訴因に対し、訴因罰条を変更することなく贈賄の共同正犯を認定した事案であって、「一方は賄賂の收受であり、他方は賄賂の供与であつて、行為の態様が全く相反する犯罪であるから、収賄の犯行に加功したという訴因に対し、訴因罰条の変更手続を履まずに、贈賄の犯行に加功したという事実を認定することは、被告人に不当な不意打を加え、その防禦に実質的な不利益を与える虞れがある」とした。後者は、業務上横領の訴因をもって起訴されたが、特別背任の訴因に変更されていたところ、起訴状に記載された事実および業務上横領を認定したという事案で、「一審で当初起訴にかかる業務上横領の訴因につき被告人に防禦の機会が与えられていたとしても、既に特別背任の訴因に変更されている以上、爾後における被告人側の防禦は専ら同訴因についてなされていたものとみるべきであるから、これを再び業務上横領と認定するためには、更に訴因罰条の変更ないし追加手続をとり、改めて業務上横領の訴因につき防禦の機会を与える必要がある」としたものである。この両者とも、具体的な審理経過を離れて、行為態様といった類型的な見地から被告人の防禦上の不利益発生を検討している点で抽象的防禦説によるものといつてよい。⁽⁴⁹⁾ 抽象的防禦説には、審判対象論・訴因の機能論との整合性から批判がなされている。審判対象論において訴因対象説が通説となり、訴因の機能としては、第一に審判対象の設定が挙げられている。そうすると、訴因変更

の要否の検討に際しても、防御の利益のみを考慮するのではなく、訴因の審判対象設定の機能に言及する必要があるところ、防御の利益のみを問題とすることは訴因の機能論と関係で不十分であると批判されている。⁽⁵⁰⁾さらに、抽象的防御説から訴因変更が不要とされる場合であっても、現実の事案を前提にすると、具体的な防御の観点から訴因の変更が必要になる場合があるとも批判される。⁽⁵¹⁾

(2) 平成13年決定による新たな枠組み

前述のような具体的防御説と抽象的防御説の状況において「訴因変更の要否に関する新たな判断枠組みを示した」⁽⁵²⁾のが最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁（以下、平成13年決定）である。平成13年決定の立場は、訴因変更の要否につき、2段階の判断枠組みによって検討するというものである。⁽⁵³⁾

2段階枠組みにおける第1段階の枠組みとして、「訴因として明示された事項が審判対象の画定に必要な事項であれば、訴因変更が必要であることを前提として…、一般的に、訴因変更の要否を判断する場合には、まずその事項が審判対象を画定するのに必要な事項か否かを検討」⁽⁵⁴⁾することになる。

第2段階の判断枠組みは、訴因の特定には必要ではない記載事項について訴因における記載事項と異なる認定をする場合が問題となっている。この場合、訴因変更手続きを必要とすることが原則である。それは、訴因に記載することが不可欠ではない事項であっても、訴因として明示された場合には審理の対象となり、審理の結果として、争った事実と異なる事実を裁判所が当然に認定できてしまうと被告人への不意打ちになってしまうから、訴因変更が必要であることが原則となっている。⁽⁵⁵⁾ただし、例外判断の場面においては、原則で「不意打ち防止」の観点によって訴因変更が要請されることの裏側として、公判審理の過程で被告人に防御の機会が付与されていれば、不意打ちとはならないことから、訴因変更を経ることなく、訴因と異なる事実を認定することが許されることになる。⁽⁵⁶⁾

Ⅲ 過失犯における訴因変更の要否について

1. 平成13年決定と過失犯における訴因変更の要否との関係

平成13年決定の判断枠組みは、最決平成24年2月29日刑集66巻4号589頁が「具体的に適用した最初の最高裁判例⁽⁵⁷⁾」であるとされており、訴因変更の要否判断にあたっては、今後この平成13年決定の2段階枠組みで判断されていくと考えられる。そして、この「訴因変更の要否をめぐる最高裁判例の動きには相当大きなものがあり、旧来の判例は先例としての意義を喪失していると思われるものも少なくなく、取り分け、平成13年決定…の出現により、要否の基準についての新機軸が定立されたことによって、この分野における判例は総体として見直しを迫られている⁽⁵⁹⁾」と解されている。そうすると、過失犯における訴因変更の要否に関する判例も見直しを迫られることになる⁽⁶⁰⁾。

2. 最高裁による過失犯における訴因変更の要否の三つの判例について

(1) 概要

過失犯の訴因として記載すべき事項は、①注意義務が発生する根拠となる具体的事実、②注意義務の内容、③注意義務違反の具体的行為（過失の態様）であると解されている⁽⁶¹⁾。これらの過失犯における訴因変更の要否を検討するにあたっては、「三つの最高裁判例」から分析するアプローチが採られている⁽⁶²⁾。それは、最判昭和46年6月22日刑集25巻4号588頁（以下、昭和46年判決）、最決昭和63年10月24日刑集42巻8号1079頁（以下、昭和63年決定）および最決平成15年2月20日裁判集刑283号335頁（以下、平成15年決定）である。

(2) 昭和46年判決について

昭和46年判決における起訴状記載の公訴事実は、「被告人は、自動車の運転業務に従事しているものであるが、昭和四十二年十月二日午後三時三

十五分頃普通乗用自動車を運転し…た際、前方交差点の停止信号で自車前方を同方向に向つて一時停止中のA（当三十四年）運転の普通乗用自動車の後方約〇・七五米の地点に一時停止中前車の先行車の発進するのを見て自車も発進しようとしたものであるが、かゝる場合自動車運転者としては前車の動静に十分注意し、かつ発進に当つてはハンドル、ブレーキ等を確実に操作し、もつて事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるのに、前車の前の車両が発進したのを見て自車を発進させるべくアクセルとクラッチペダルを踏んだ際当時雨天で濡れた靴をよく拭かずに履いていたため足を滑らせてクラッチペダルから左足を踏みはずした過失により自車を暴進させ未だ停止中の前車後部に自車を追突させ、因つて前記Aに全治約二週間を要する鞭打ち症、同車に同乗していたB（当四十四年）に全治約三週間を要する鞭打ち症の各傷害を負わせた。」というものであった。これに対して、原々審は、訴因変更の経路を経ることなく、罪となるべき事実として「被告人は、自動車の運転業務に従事している者であるが、…昭和四二年一〇月二日午後三時三十分頃普通乗用自動車を運転し…た際、自車の前に数台の自動車が一列になつて一時停止して前方交差点の信号が進行になるのを待つていたのであるが、この様な場合はハンドル、ブレーキ等を確実に操作し事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、ブレーキをかけるのを遅れた過失により自車をその直前に一時停止中のA（当三十四年）運転の普通乗用自動車に追突させ、よつて、右Aに対し全治二週間を要する鞭打ち症の、同車の助手席に同乗していたB（当四十四年）に対し全治約三週間を要する鞭打ち症の各傷害を負わせ…た」旨の事実を認定判示した。これを受けて弁護人は、起訴事実と認定事実との間で被告人の過失の態様に関する記載が全く相異なるから訴因変更の手續を必要とする旨の主張をして控訴したが、原審も原々審を維持したことから上告した。

最高裁は、「本件起訴状に訴因として明示された被告人の過失は、濡れた靴をよく拭かずに履いていたため、一時停止の状態から発進するにあたりアクセルとクラッチペダルを踏んだ際足を滑らせてクラッチペダルから

左足を踏みはずした過失であるとされているのに対し、第一審判決に判示された被告人の過失は、交差点前で一時停止中の他車の後に進行接近する際ブレーキをかけるのを遅れた過失であるとされているのであつて、両者は明らかに過失の態様を異にしており、このように、起訴状に訴因として明示された態様の過失を認めず、それとは別の態様の過失を認定するには、被告人に防禦の機会を与えるため訴因の変更手続を要するものといわなければならない」と判示して原々審に破棄差戻しをした。

本件は、交差点において一時停止していたところ、前の車両の動きを見て自車を発信させようとしたところ足を滑らせてクラッチペダルから左足を踏み外して車を暴走させたという過失行為が訴因となっていたところ、一時停止するためのブレーキをかけずに（あるいはかけるのが遅れて）追突したと認定している⁽⁶⁴⁾。したがって、昭和46年判決からは、「③注意義務違反の具体的行為（過失の態様）」については、訴因と異なる事実を裁判所が認定する場合には、「防禦の機会を与えるために」訴因変更が必要的⁽⁶⁵⁾となると解されている。

(3) 昭和63年決定について

昭和63年決定における起訴状記載の公訴事実の要旨は、「被告人が、普通乗用自動車を業務として運転し、時速約三〇ないし三五キロメートルで進行中、前方道路は付近の石灰工場の粉塵等が路面に凝固していたところへ、当時降雨のためこれが溶解して車輪が滑走しやすい状況にあつたから、対向車を認めた際不用意な制動措置をとることのないよう、あらかじめ減速して進行すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、前記速度で進行した過失により、対向車を認め急制動して自車を道路右側部分に滑走進入させ、折かち対向してきた普通乗用自動車に自車を衝突させ、右自動車の運転者に傷害を負わせた」というものであった。これに対して、検察官は、第一審公判において、先の公訴事実のうち「前方道路は付近の石灰工場の粉塵等が路面に凝固していたところへ、当時降雨のためこれが溶解して車輪が滑走しやすい状況にあつたから」という部分を「当時降雨中であ

つて、アスファルト舗装の道路が湿潤し、滑走しやすい状況であつたから」と変更する旨の訴因変更請求をし、この請求が許可された。

原々審では、本件事故現場付近の道路が格別滑走しやすい状況にあつたことを被告人が認識し、あるいは認識し得たと認めるには疑問が存するので、被告人には前記速度以下に減速すべき注意義務があつたとは認められない旨の判断を示し、被告人に対して無罪を言い渡した。これを受けて検察官が控訴を申し立て、当初の訴因と同内容のものを予備的に追加する旨の訴因追加請求をしたところ、原審は、その請求を許可して事故現場の状況とそれに対する被告人の認識等についての証拠調を行った。その上で、原審は、被告人が降雨時の道路の特徴を見て少なくとも本件道路が滑るかもしれない程度の未必的な認識は有していたものと推認されることから、原々審が本件事故時被告人の進行していた道路が滑りやすかつたことを被告人が認識していなかったと認定判断した点に事実誤認があるとして、原々審を破棄した。そして、「主位的訴因は、冒頭に示したとおりであるが、本件過失行為を構成する被告人車の滑走の原因を単に降雨による路面の湿潤に求めている点において失当であり、採るを得ない。そこで当審において予備的に追加された訴因に基づき」、被告人が、普通乗用自動車を業務として運転し、時速約三〇ないし三五キロメートルで進行中、対向進行してきた普通乗用自動車を進路前方に認めたが、「当時被告人の走行していた道路左側部分は、付近の石灰工場から排出された石灰の粉塵が路面に堆積凝固していたところへ折からの降雨で路面が湿潤し、車輪が滑走しやすい状況にあつたのであるから、対向車と離合するため減速するにあたり、不用意な制動措置をとることのないよう、あらかじめ適宜速度を調節して進行すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、漫然右同速度で進行し、右石坂運転の自動車に約三四メートルに接近して強めの制動をした過失により、自車を道路右側部分に滑走進入させて同車に自車前部を衝突させ」よって対向車の運転者に傷害を負わせたとの事実を認定して、被告人を有罪とした。これを受けて、被告人側は、一度、訴因から撤回された事実を再度の訴因変更により訴因に追加することなく認定をすることはでき

ないのであるから、この事実を根拠として原々審に事実誤認があるとした原判決には誤りがあるとして上告した。

最高裁は、「過失犯に関し、一定の注意義務を課す根拠となる具体的事実については、たとえそれが公訴事実中に記載されたとしても、訴因としての拘束力が認められるものではないから、右事実が公訴事実中に一旦は記載されながらその後訴因変更の手続を経て撤回されたとしても、被告人の防禦権を不当に侵害するものでない限り、右事実を認定することに違法はないものと解される。本件において、降雨によつて路面が湿潤したという事実と、石灰の粉塵が路面に堆積凝固したところに折からの降雨で路面が湿潤したという事実は、いずれも路面の滑りやすい原因と程度に関するものであつて、被告人に速度調節という注意義務を課す根拠となる具体的事実と考えられる。それらのうち、石灰の粉塵の路面への堆積凝固という事実は、前記のように、公訴事実中に一旦は記載され、その後訴因変更の手続を経て撤回されたものではあるが、そのことによつて右事実の認定が許されなくなるわけではない。また、本件においては、前記のとおり、右事実を含む予備的訴因が原審において追加され、右事実の存否とそれに対する被告人の認識の有無等についての証拠調がされており、被告人の防禦権が侵害されたとは認められない。したがつて、原判決が、降雨による路面の湿潤という事実のみでなく、石灰の粉塵の路面への堆積凝固という事実をも併せ考慮したうえ、事実誤認を理由に第一審判決を破棄し有罪判決をしたことに違法はない」と判示した。

本決定は、「①注意義務が発生する根拠となる具体的事実」が、訴因の記載事項であっても訴因としての拘束力を持たないと明確に判示している。この場合には、「被告人の防禦権を不当に侵害するものでない」のであれば、訴因と異なる認定をしたとしても違法ではないとされている。本件においては、被告人には路面が滑りやすいことについての認識があることを前提に、速度調節義務を怠って運転行為をしたことが問題となっているからこそ、路面状況は、注意義務が発生するための根拠となる事実⁽⁶⁶⁾に位置づけられることになる。

(4) 平成15年決定について

平成15年決定の第一審における起訴状記載の公訴事實は、「被告人は、…業務として普通乗用自動車運転し、…進行するに当たり、前方左右を注視し、進路の安全を確認して進行すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、前方注視を欠いたまま漫然進行した過失により、自車を道路右側部分に進出させ、折から対向進行してきた…大型貨物自動車に衝突させ、よって、自車同乗者…に傷害をそれぞれ負わせた」というものであった。これに対して、原々審は、本件事故当時の状況として、検察官の主張する過失の前提となる運転態様、すなわち被告人の脇見ないし居眠り運転の蓋然性が肯定できず、仮に居眠り運転があったとしても、これのみでは事故に至る態様として疑問があり、被告人が居眠りをしておらず、助手席同乗者から運転妨害があったとの被告人の弁解を虚偽として排斥できないから、本件事故をもたらした対向車線進出という不注意な運転が、被告人の前方不注視という注意義務に違反した過失運転そのものであるとの事実関係自体を認定することができず、検察官の主張する被告人の前方不注視、進路の安全不確認との過失に関しては、合理的な疑いをいれない程度に証明されたとはいえないとして無罪を言い渡した。原審では、本件事故現場は、アスファルト舗装された平坦な直線道路であり、本件事故当時、路面は乾燥し、また、路面又は被告人車に何らかの異常があったことをうかがわせる証拠は何ら存しないから、被告人は、右直線道路を進行していた当時、前方注視を欠いていたとしても、ハンドルを右方向に回転させることなく握持していれば、被告人車が対向車線にはみ出すことはなく、本件事故の発生はなかったと考えられるのであり、旧公訴事実が掲げる過失と本件事故の発生との間には因果関係がないのであるから、第一審における公訴事実を前提とする限り被告人を無罪とした原判決は正当であるとした。しかし、本件事故現場の道路状況等からすると、これを進行する自動車運転者には、黄色のセンターラインを含む進路前方を注視し、自車が対向車線にはみ出さないようハンドルを握持して、自車の進路である道路左側部分を進行すべき業務上の注意義務があるところ、被告人には、右注意義務に違

反してハンドルを右方向に転把し、対向車線内に自車をはみ出させて進行した過失があり、その結果、本件事故が発生したというべきであり、検察官が、旧公訴事実を被告人の過失を適切にとらえた訴因に変更すれば、被告人が有罪となるべきことが明らかであったと考えられるから、第一審裁判所は、検察官に対し、訴因変更を促し又はこれを命ずる義務があり、これをする事なく、直ちに無罪の判決をしたことには、審理不尽の違法があるとして、第一審判決を破棄し、交換的に変更した訴因に基づいて、「被告人は、…業務として普通乗用自動車を運転し、…時速約六〇キロメートルで進行するに当たり、進路前方を注視し、ハンドルを厳格に握持して、自車の進路である道路左側部分を進行すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、前方を注視せず、ハンドルを右方向に転把して進行した過失により、自車を対向車線に進出させ、折から対向進行してきた…大型貨物自動車に衝突させ、よって、自車同乗者…に…傷害をそれぞれ負わせた」という罪となるべき事実を認定して有罪判決を言い渡した。これを受けて被告人側が上告した。

最高裁は、「原判決が認定した過失は、被告人が『進路前方を注視せず、ハンドルを右方向に転把して進行した』というものであるが、これは、被告人が『進路前方を注視せず、進路の安全を確認しなかった』という検察官の当初の訴因における過失の態様を補充訂正したにとどまるものであって、これを認定するためには、必ずしも訴因変更の手続を経ることを要するものではないというべきである。したがって、上記の過失を認定するためには訴因変更の手続を要するとの前提に立って、第一審裁判所には、検察官に対し訴因変更を促し又はこれを命ずる義務があり、これをする事なく直ちに無罪の判決をしたことに、判決に影響を及ぼすべき審理不尽の違法があるとした原判決の判断は、法令の解釈を誤ったものといわざるを得ない。しかしながら、記録によれば、原判決は、第一審判決に事実誤認があると判断した限りにおいては正当であり、この事実誤認は判決に影響を及ぼすものと解するのが相当であって、いずれにせよ第一審判決は破棄を免れないものというべきである。したがって、原判決に法令違反はある

ものの、原判決が第一審判決を破棄して有罪判決を言い渡した結論自体は正当であって、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するとは認められない」と判示して上告を棄却した。

本決定に対しては、具体化されているか否かの問題である以上、同一の注意義務なので、過失行為についても同一であるから、過失の態様が異なることがなく、訴因変更を要しないとした判断は妥当であるとする見解がある。⁽⁶⁷⁾ また、訴因制度の趣旨から、被告人への告知・防御上の不利益の観点を検討すると、「自動車を道路右側部分へはみ出させた事実自体は、当初訴因においても、過失の内容として明示されてはいないにしろ被告人に告知されている」状態で、右側部分へはみ出た原因を争い、「事故の原因は本人の過失ではない、とする防御方法を選択」している以上、「被告人に対する、当初の、実質的には訴因という形式での告知によって、被告人は何ら防御上の不利益を被っていない」ことから訴因変更を要しないとする見解⁽⁶⁸⁾もある。さらに、ハンドルを右報告に転把して進行したという事実が被告人の防御にとって重要であるとしても、審判対象の画定という見地からはその内容を変更させるものではないとの趣旨だとされている。⁽⁶⁹⁾ ここでは、平成13年決定の2段階枠組みに基づいて平成15年決定を分析するアプローチが採られている。したがって、以下では、平成13年決定の2段階枠組みを基に、過失犯の訴因として記載すべき事項それぞれが訴因変更の要否とどのような関係にあるのか検討していく。

3. 平成13年決定の影響に関する分析枠組み

平成13年決定の2段階枠組みにおける第1段階の枠組によれば、「審判対象の画定の見地から」訴因の記載として不可欠な事項の変更においては訴因変更が必要とされることになる。⁽⁷⁰⁾ そうすると、訴因の特定に必要な事項を記載することが他の犯罪事実との区別をもたらし、かつ審判対象を画定させるのである。これは、「訴因の第1の機能（審判対象の画定）」でもあり、その裏面として「訴因の第2の機能（被告人の防御権の限定）」が働いているのであって「抽象的防御説の観点と実質的には異ならない」と

されている。⁽⁷¹⁾そうすると、「訴因と裁判所の認定する事実とのくい違いが重要で実質的なものであり、訴因の変更を必要とするかどうかは、訴因の機能である『罪となるべき事実』の特定すなわち『審判対象の画定』という観点から、事実の差異が審判対象の画定に必要不可欠な事項・部分であるかどうかに係る」⁽⁷²⁾ことになる。

では、「罪となるべき事実」の特定とはいかなるものか。この点につき、刑訴法256条3項が、訴因として「罪となるべき事実」を特定して記載することを要求する。審判対象は、検察官が訴因として設定した犯罪事実の存否で、それを裁判所が認定した場合に「罪となるべき事実」として判決に記載されることから、訴因をどの程度具体的に記載するかという問題と対応関係にある。⁽⁷³⁾そして、「罪となるべき事実」とは、特定の構成要件に該当する具体的事実を指すところ、その記載は、少なくとも、裁判所が訴因に記載された事実が特定の構成要件に該当することを判定するに足る程度に具体的なものでなければならぬと解されている。⁽⁷⁴⁾訴因の特定においては、従来の識別説・防御権説という対立はあるが、その前提として、構成要件該当事実の特定が要求されている。⁽⁷⁵⁾したがって、平成13年決定の2段階枠組みにおける第1段階の枠組で検討すべき対象は、審判対象の画定、すなわち「罪となるべき事実」である構成要件該当事実ということになる。⁽⁷⁶⁾

以上のことから、次の問題は、過失犯の訴因として記載すべき事項には、①注意義務が発生する根拠となる具体的事実、②注意義務の内容、③注意義務違反の具体的行為（過失の態様）であるが、これらが構成要件該当事実なのか否かである。

4. 新旧過失犯論と構成要件該当事実⁽⁷⁷⁾

(1) 伝統的な議論状況

伝統的な理論によれば、故意と過失は責任の形式ないし種類であって、構成要件該当性・違法性は、故意犯・過失犯に共通するというものである。⁽⁷⁸⁾この立場によると、過失の態様は構成要件要素ではなくなるのでこれに該当する事実も訴因に記載することが必要ではなくなり、平成13年決定の2⁽⁷⁹⁾

段階枠組みにおける第1段階の枠組で検討すべき対象からはずれることになる。⁽⁸⁰⁾これに対して、新過失犯論の立場からは、過失を構成要件該当性および違法性に位置づけた上で、注意義務が結果回避義務であると解し、「注意義務に違反したとき、その行為は、結果発生に対する関係で、落度のある違法な過失行為」であると考え、「過失犯の違法性の実質を根拠づけるのは、外形的注意義務（結果回避義務）違反である」と主張された。⁽⁸¹⁾

しかしながら、近時は、「旧過失犯論においても、過失行為を考えない見解は現在ではほとんど見られず、過失をもっぱら責任要素と解しつつ構成要件該当性の段階でも過失の実行行為性を検討する修正旧過失犯論が主流となっていると解することができる」と⁽⁸²⁾伝統的な理論から変化していることが指摘されている。そこで、近時の旧過失犯論（修正旧過失犯論）がどのような見解なのか見ていくことにする。

(2) 近時の旧過失犯論

近時の旧過失犯論である山口説によれば、過失犯の構成要件該当性について検討を行う必要がある固有の問題が存在すると主張される。⁽⁸³⁾過失犯の注意義務は、結果予見義務と結果回避義務からなり、予見可能性によって肯定される結果予見義務が責任要素となり、結果回避可能性によって肯定される結果回避義務違反が構成要件該当性を認めるための要件となる。⁽⁸⁴⁾そして、結果回避義務の内容は、構成要件該当性に関わるものであり、行為によって結果が生じる危険を制御し解消する措置をとること、すなわち、「行為の危険性を構成要件の結果が生じることが通常あり得ないと解される程度にまで減少すること」であるとされる。⁽⁸⁵⁾結果回避義務の内容に違反する行為については次のように述べる。「結果回避義務違反行為は、結果を惹起する危険性のある行為として、過失犯の実行行為（構成要件的行為）⁽⁸⁶⁾」に該当することになる。

あるいは、同じく近時の旧過失犯論である西田説によれば、「過失は責任要素であり、旧過失犯論・予見可能性を妥当」としながらも、過失を予見義務違反のみでとらえることは十分ではないと主張される。例として、

結果を予見し、それに応じた結果回避行動をとったが、それが十分ではなかった場合として、衝突を予見しブレーキを踏んだが間に合わず、加えてハンドルを右に転把すべきであったときには、結果回避義務違反も過失を基礎づけるべきだとする。そして、「過失犯における責任避難の根拠は、予見可能性によって基礎づけられる精神的緊張の懈怠であるとしても、予見可能性に応じてとるべきであったとされる結果回避行為は、裏側から行為が実質的に危険な行為であったことを意味するのであり、それが過失犯における実行行為である。そして、検察官によって訴因として主張された過失行為は、被告人・弁護人に対して具体的な攻撃・防御の対象を示すものとして意義を有する⁽⁸⁷⁾」とされる。さらに、過失犯の実行行為は、故意犯のものと異なることなく、結果発生⁽⁸⁸⁾の具体的危険と相当因果関係を有する行為であって、「それは、検察・裁判実務において示される結果回避行為とほぼ同一であるといつてよい」⁽⁸⁸⁾とする。

(3) 近時の新過失犯論

近時の新過失犯論である井田説によれば、新過失犯論をとるとき、過失結果犯の構成要件該当性が認められるためには、「①結果の発生」、「②当該行為と結果との間の因果関係」、「③（結果の予見可能性があることを前提とする）結果回避義務違反（客観的注意義務違反）」、「④「結果回避可能性」、の4要件が必要であるとされる。ビルをダイナマイトで爆破する作業で、ビル内にいる人を死亡させた場合、「①旧過失犯論によれば、ボタンを押すこと（そしてそれにより死亡の結果を生じさせること）が実行行為」であり、「結果発生を予見しなかったが予見可能であったとすれば過失犯となる」とされる。これに対して、「新過失犯論によるときも、ボタンを押すことが実行行為となることに変わりはない。しかし、その状況下でボタンがどういうボタンかを確認する作業や、爆発が起こる場所に人がいないかどうかをあらかじめ確認する義務等の結果回避義務（予見可能性はその前提となる）を肯定できるかどうかを検討し、肯定されるとき、それに違反してボタンを押すことが実行行為として捉えられることになる」と新

旧過失犯論の違いを説明される。⁽⁸⁹⁾このとき、実行行為そのものを禁止する不作為義務と結果回避義務とは区別が重要であると指摘されている。「たとえば、行為者が押してはならないボタンを不注意で押してしまい爆発を生じさせて人を死亡させたというとき、ボタンを押したことが結果回避義務違反なのではない」とする。「たしかに、ボタンを押してはならない義務は存在するが、それは実行行為をやめることを要求する不作為義務であ」って、これは「故意犯の場合にも全く同様に存在」するのである。それに対して「結果回避義務とは、結果回避のため、行為者の立場に置かれた一般通常人に社会生活上遵守が要求される行動基準ないし行動準則になった態度をとるべき義務のことをいう」とされる。それは、「通常の交通事故であれば、死傷結果を回避するため、歩行者動静を注視したり、車間距離を保持したり、原則や一時停止を行ったりする義務」のここといい、その「義務を怠って自動車を走らせるという行為が実行行為」であるとして、実行行為と結果回避義務違反とを区別されている。⁽⁹⁰⁾なお、井田説によれば「責任要素としての過失は不要である」⁽⁹¹⁾とされる。

これに対して、近時の新過失犯論である高橋説によれば、規範論から「認識可能な危険状況の存在を契機として、当該行為から法益侵害に至り得ると認識し、あるいは認識し得た場合、その侵害を回避するために必要なことに注意して当該行為を行え、あるいは行うな」という内容が過失犯の行為規範であるとされる。⁽⁹²⁾注意義務の内容は、結果回避義務であるがそれを基礎づける予見可能性において抽象的予見可能性説（危惧感説）をとり、「構成要件的過失の基本構造は、結果の予見可能性と結果回避義務（その違反）であ」るとする。⁽⁹³⁾そして、過失犯の行為規範として事前的結果回避可能性が実行行為の問題であり、さらに、因果関係に解消される（制裁規範の問題としての）事後的結果回避可能性も構成要件該当性判断の枠組みとなる。⁽⁹⁴⁾過失犯の実行行為は、「結果回避義務に違反する『法益への抽象的危険行為』であり、実行行為の点では故意犯と同様である」とされるが、⁽⁹⁵⁾実行行為と注意義務違反行為とは区別されることがある。⁽⁹⁶⁾そして、責任過失を要求し、その内容は、「違法性を基礎づける事実の不認識

につき、注意義務違反がある場合」で、そこでは行為者本人の能力を基準とする。⁽⁹⁷⁾

5. 検討

以上の内容から確認できることは、②注意義務の内容、③注意義務違反の具体的行為（過失の態様）についてである。過失の態様とは、「注意義務の種別に対応した過失の種類とその違反の程度の双方が含まれ」⁽⁹⁸⁾と指摘されている。構成要件的過失を責任類型としても認めない旧過失犯論においては、構成要件段階においては過失が存しないので、②③に該当する事実は構成要件該当性事実ではないことになる。ただし、このような理解であっても訴因における「構成要件には、刑法における学説いかにかわらず、故意・過失を含む」⁽⁹⁹⁾とされている。そこでは、もっぱら責任としての過失すなわち予見可能性が記載されればよいということになろう。それゆえに、「漫然と」⁽¹⁰⁰⁾という心理的要素の記載で良いと主張されることにつながると解し得る。

それに対して、近時の過失犯論においては、旧過失犯論であっても結果回避義務違反が構成要件該当性の問題として扱われていることが確認された。このような理解からすると、責任類型としての構成要件的過失を認めない立場の場合には、②注意義務の内容である結果予見義務と結果回避義務のうち、構成要件要素である結果回避義務の内容に関する事実は構成要件該当事実ということになる。③注意義務違反の具体的行為（過失の態様）⁽¹⁰¹⁾は、山口説においても、西田説においても、過失犯の実行行為ないし構成要件的行為と主張されていることから、これを構成する事実も構成要件該当事実である。

新過失犯論において、構成要件に過失を位置づける見解においては、結果回避義務だけでなく、予見可能性、結果回避可能性も②注意義務の内容を構成する構成要件要素となるので、これらに該当する事実、③注意義務違反の具体的行為（過失の態様）がすべて構成要件該当事実ということになる。ただし、責任要素とされた行為者を基準とする注意義務に基づく違

法性を基礎づける事実、これを認識していないという事実は、構成要件該当事実ではない。

実行行為＝結果回避義務違反行為と捉える見解からすると、昭和46年判決は、車を暴走させないようにアクセルとクラッチを操作する義務があったにもかかわらずクラッチペダルを踏み外すという結果回避義務違反（による実行行為）を行ったという訴因から、ハンドル、ブレーキ等を確実に操作して事故を防止する結果回避義務があったにもかかわらず追突を防止できるブレーキをかけなかったという結果回避義務違反行為（による実行行為）を認定していることになる。そうすると、過失犯の実行行為に関する事実の変更に当たるので訴因変更が必要であるとの判示に賛成することになる。

同様に考えると、平成15年決定についても、過失犯の実行行為に関する事実の変更に当たるので訴因変更が必要であるとの結論に至り得る。本件では、「進路前方を注視せず、進路の安全を確認しなかった」という過失であるとされているので、実行行為＝結果回避義務違反行為では「進路の安全を確認しなかった」ことが実行行為になってしまうことになる。あくまでも実行行為は結果発生 of 具体的危険性を持つ行為であるので、実行行為は「ハンドルを右方向に転把して」戻すことがなかったという不作為に求められることになろう。⁽¹⁰²⁾ また、新過失犯論の立場であっても、注意義務違反行為が実行行為であると解するならば、「前方注意義務違反行為が過失行為であり、ハンドル握持義務違反も過失行為であって、まさにどちらも構成要件に該当するかどうかを判定するのに不可欠な事実」⁽¹⁰³⁾ であることから、訴因変更が必要であるとの結論に至ることになると解される。

しかし、「自車を対向車線上に進出させてはならない注意義務、そのような運転方法をとってはならない注意義務に違反した」ことが、結果回避義務の中心であり、「そのように過失をとらえ直せば『前方注視による進路の安全進行義務』違反も「前方注視及びハンドル厳格握持による道路左側部分進行義務」違反も、…過失行為としては同一の内容を想定していて、表現上の誤差が生じただけ」と解することができる。実行行為と結果回避

義務違反行為とを分離させて考える見解からは、結果回避義務の内容が「進路の安全を確認して進行すべき業務上の注意義務」から「ハンドルを厳格に握持して、自車の進路である道路左側部分を進行すべき業務上の注意義務」へとより具体的に認定されたのであって、両者の注意義務は同一性を保っている⁽¹⁰⁵⁾と解することになる。実行行為と結果回避義務違反行為と同一のもの⁽¹⁰⁶⁾と考える見解からは、実行行為は、「自車を対向車線にはみ出させたこと⁽¹⁰⁵⁾」と解し、その過失行為の原因を、訴因として起訴状に記載された「進路の安全を確認しなかった」というものから「ハンドルを右方向に転把して進行した⁽¹⁰⁷⁾」ことに求めたのであって、結果回避義務違反行為の前提事実として構成要件該当事実とは別のものであると主張することになる⁽¹⁰⁸⁾。

これに対して、昭和63年決定は、①注意義務が発生する根拠となる具体的事実に関する判例であって、①に該当する事実⁽¹⁰⁹⁾は、②・③に該当する事実ではないないので、構成要件該当事実そのものではないことになる。そうすると、これは、平成13年決定の第2段階の問題となり、そこではまずは、訴因変更手続きを必要とすることが原則である。次に、例外判断の場面となり、原則で「不意打ち防止」の観点によって訴因変更が要請されることの裏側として、公判審理の過程で被告人に防御の機会が付与されている場合には、訴因変更手続きが不要となる。

Ⅳ 結 論

本稿で得られた結論をまとめると、次のようになる。訴因変更の要否の問題にあたっては、平成13年決定の2段階枠組みを用いて判断されるべきであり、それは、過失犯でも同様である。過失犯の訴因変更においては、①注意義務が発生する根拠となる具体的事実、②注意義務の内容、③注意義務違反の具体的行為（過失の態様）が問題となる⁽¹¹⁰⁾ところ、②および③については、平成13年決定の第1段階の問題として扱われること、①については、平成13年決定の第2段階の問題として扱われることが明らかになっ

た。これは、「過失の態様（注意義務違反）は、過失犯の構成要件要素であり、罪となるべき事実を記載するためには、過失の態様（注意義務違反）⁽¹⁰⁹⁾を記載することが不可欠であるという考え方」が、「これまでの通説であるとする見解と異なるところはない。

強いて挙げるとするならば、過失犯の訴因変更の要否の問題においては、過失の態様は、「過失犯の構成要件の理解に応じて」⁽¹¹⁰⁾その位置づけが変わるとされているところ、新旧過失犯論争を見た後に、近時の旧過失犯論の立場からの説明を加えたことにある。すなわち、旧過失犯論においては、過失の態様が罪となるべき事実を構成しないので、訴因に記載することが不可欠ではないことになり、防御の立場から検討されることになる、言い換えると、平成13年決定の第2段階の問題として扱われる、あるいは、抽象的防御説となると説明されるのが通常であるところ、旧過失犯論の立場にあっても、過失の態様は、構成要件該当事実であって、平成13年決定の第1段階の問題として扱われ得ることを示したところにある。したがって、過失の態様は、新旧過失犯論争それ自体から、類型的に位置づけが変わるわけではなく、いずれの立場であっても、構成要件該当事実となり、「審判対象の画定の見地」から訴因変更が必要となることを確認した。⁽¹¹¹⁾

しかしながら課題も残った。それは、①注意義務が発生する根拠となる具体的事実の分析が乏しいまま構成要件該当事実から除き平成13年決定の第2段階の問題として位置づけたことである。近時の旧過失犯論からは、過失犯における結果回避義務は、「不作為犯で問題になった作為義務と、結果回避のために求められる義務という点で同じ義務である」と主張されている。新過失犯論は、この点につき「踏み込んだ説明をしていない」⁽¹¹²⁾とされている。しかし、これは、作為義務と注意義務との対比をしながら構成要件該当性を検討すべき場面があり得ることを示唆している。現に、そのようなアプローチは採られており、作為義務の発生根拠の分析から「過失犯における特定の注意義務の発生を根拠付ける具体的事実も、それが訴因に明記された場合には、一般的防御上重要事項に該当する」⁽¹¹³⁾とされているのである。

不十分な検討で課題の残る内容となったが、瀧澤仁唱教授の退任を記念して本稿を捧げる。

注

- (1) 瀧澤仁唱「障害者と交通権—憲法上の権利と運賃割引制度—」交通権 1987巻6号(1987)40頁以下。
- (2) 正確にはモータリゼーションそれ自体は、前提であり、「交通権学会は、交通を権利として探究する学際的・実践的な学会であり、1986年に誕生した。交通権の思想は、重度障害者らの『私も外へ出たい』という移動・交通保障、私的モータリゼーション政策への批判といった1970年代の先駆的研究と運動の成果を継承しながら、とりわけ1980年代の『国鉄の分割・民営化問題』への理論的探究から生まれた」とされている。交通権学会 HP (<http://www.kotsuken.jp/charter/preamble.html>) 2019年11月19日最終閲覧。
- (3) 伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法 第三巻』〔臼井滋夫〕(立花書房, 1996)427頁。
- (4) 例えば、本稿のテーマである過失犯における訴因変更の要否に関するものとして、辻本典央「過失犯における訴因変更の必要性——最二決平成15年2月20日判時1820号149頁——」近法54巻3号(2018)313頁以下、富田真「過失犯における訴因変更の基準(一)(二)(三・完)東北学院76号(2015)159頁以下、77号(2015)1頁以下、78号(2017)41頁以下など。
- (5) 西田典之＝橋爪隆補訂『刑法総論』(弘文堂, 第3版, 2019)273頁。
- (6) 石井一正「訴因変更の要否に関する最高裁判例の新基準について——過失犯におけるそれを中心に」判タ1385号(2013)69頁。
- (7) そうであるからこそ、今なお過失犯における訴因変更の要否が扱われている。
- (8) 田口守一『刑事訴訟法』(弘文堂, 第7版, 2017)333頁。
- (9) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣, 2015)286頁。
- (10) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)』(弘文堂, 新版, 1999)10頁。
- (11) 松尾・前掲注(10)9-10頁。
- (12) 松尾浩也『刑事法学の地平』(有斐閣, 2006)128頁〔初出「訴因に関する規定の沿革」法教92巻2号(1975)〕, 三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣, 2003)186頁。

- (13) なお、松尾・前掲注(12) 176頁〔初出「公訴事実と訴因」法教5号、7号(1981)〕によれば、「昭和20年から同21年にかけて、いわゆる戦犯裁判が現実化するにつれて、英語で書かれた起訴状の中の『カウント』が注目を引くようになり…新聞は、当初、『罪状項目』という訳語を使ってい…たが、間もなくそれは『訴因』という訳語にとって代わられ…た。最初の用例は、私の目に触れた限りでは、昭和21年4月29日、いわゆる第一級戦犯容疑者に対する起訴状が発表された時の報道記事」であるとされる。なお、起訴状が朝日・読売・毎日の各新聞の朝刊一面に掲載されたのは、1946(昭和21)年4月30日であり、各新聞とも「訴因」第一、訴因第二…と記載している(朝日新聞は聞蔵Ⅱ、読売新聞はヨミダス歴史館、毎日新聞は『毎索』の各種新聞社データベースより2019年11月14日最終閲覧)。更に付言すると、新聞記事には、29日連合国司令部発表とあるので、前述の「報道記事」とはそれ(に関連した報道)のことでありと考えられる(松尾・前掲注(12) 133頁)。また、「罪状項目」については、例えば1946年1月30日の朝日新聞朝刊3頁に見て取ることができる。そこでは、見出しに「罪状項目」と掲げられて、本文では起訴状に挙げられている「罪状」は大要次の通りと、言葉が変わっている。そして、松尾・前掲注(12) 133頁によれば、「罪状項目」の文言は、「訴因」の語が用いられたことについて確認されている1946年4月29日以後も使用されていたことが指摘されている。
- (14) 松尾・前掲注(12) 128-9頁。
- (15) 松尾・前掲注(12) 131-8頁、三井・前掲注(12) 188頁。
- (16) 山田道郎『新釈刑事訴訟法』(成文堂、2013) 118頁。なお、松尾・前掲注(12) 142-3頁によれば、「訴因制度の性格の全体的な把握の問題がある。256条および312条には、大陸法的な考え方と英米法的な発想とが併存していて、理解を困難にすることが多い。しかし、沿革的な考察は、この制度が、『協議会』における討論から生まれたことを明示する。そして、この討論の基調は、アメリカ法的なものであり、日本側もこれを基本的に受け入れたとみてよいのではあるまいか。…論じられたことの核心は、公訴提起行為およびその後の訴追活動の当事者主義化なのであって、…日本側はある程度の反論を試みながら、最終的にはこれに同意を与えているように思われる。5月21日に作られた最終案が、旧法以来の『犯罪事実』という用語を捨て、『公訴事実』の語を用いたことも、旧法からの断絶を示すものとして、注意されてよい」とされている。
- (17) 田口・前掲注(8) 335-6頁。

- (18) 岸盛一『刑事訴訟法要義』(廣文堂, 新版9版, 1978) 53-6頁。
- (19) 田口・前掲注(8) 336頁。
- (20) 田口・前掲注(8) 336頁。
- (21) 平野龍一『訴因と証拠』(有斐閣, 1981) 112頁。
- (22) 学説の内容, 判例の立場の変遷について詳しくは, 拙稿「訴因変更の要否について——最高裁平成13年4月11日決定までの判例の変遷」桃山法学第30号(2019) 91-93頁。
- (23) 白井・前掲注(3) 429頁。
- (24) 岸・前掲注(18) 55頁。
- (25) 宮下明義『新刑事訴訟法逐條解説Ⅱ』(司法警察研究会公安発行所, 1949) 162頁。
- (26) 宮下・前掲注(25) 162-3頁。
- (27) 岸・前掲注(18) 54頁。
- (28) 平野・前掲注(21) 95頁。
- (29) 岸・前掲注(18) 55-6頁。
- (30) 岸・前掲注(18) 56頁。
- (31) 伊達秋雄「訴因に於ける事実関係と法律関係」判タ3巻(1958) 31頁は, 事実記載説に対しては, その判断基準が, 実質的なとか著しいとか重要とかいうこととなり明確性を欠くので, 審判対象を設定する権限を検察官に委ねたにもかかわらず, 結局, 裁判官の裁量を認めることになり妥当ではないと批判しながらも, 類別的に区別できる場合には事実関係の変更を訴因の変更として取り扱うと主張されている。
- (32) 白井・前掲注(3) 430頁。
- (33) 団藤重光「訴因についての試論」小野博士還暦記念『刑事法の理論と現実(二)』(有斐閣, 1951) 18, 21頁。
- (34) 平野・前掲注(21) 66頁。なお, そこでは, 17-8世紀のイギリスにおいては, このような犯罪事実の記載として細かな点まで要求され, その事実に本文のようなわずかな記載の誤りがあっても無効となる。しかし, このような厳格な記載が要求された背景には, 当時の刑罰が以上に過酷であったがゆえに, 起訴状記載のわずかな相違によって無効とする方法を採用していたというものがあつたと指摘されている(66-7頁)。
- (35) 平野・前掲注(21) 152頁。
- (36) 三井・前掲注(12) 198頁。
- (37) 団藤・前掲注(33) 19頁, 平野・前掲注(21) 113頁。なお, 松尾・前掲注(12) 129頁によれば, 現行刑法に関する協議会に臨んでいた

アメリカ側も、攻撃（オフェンス）が重大だ、起訴状に記載がなければ防御の準備がないと述べていることから、訴因の機能として攻撃防御の焦点の明示があると考えている。しかし、そもそも協議会で訴因が取り上げられた背景には、審判対象の問題があつたのであるから、その後の平成13年決定においても訴因がもつ審判対象の画定の機能が取り上げられたとみることもできる。

- (38) 田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、1996）198頁。
- (39) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第六卷』（高橋省吾）（青林書院、第2版、2011）412頁。
- (40) 白井・前掲注（3）430頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）133頁。
- (41) 白井・前掲注（3）430頁、酒巻・前掲注（9）292頁。
- (42) 田宮裕『刑事訴訟法Ⅰ』（有斐閣、1975）583頁、白井・前掲注（3）430頁、平野・前掲注（40）132頁、酒巻・前掲注（9）292頁。
- (43) たとえば、田口・前掲注（8）338頁、加藤克佳「訴因変更の要否と判例法理」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集中巻（成文堂、2007）339頁。
- (44) たとえば、青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論 上』（立花書房、1976）471頁は、公訴事実対象説を採りながらも、「法律構成説は、…事実の認定をめぐってなされる攻撃・防禦を軽視しすぎる嫌いがある」として事実記載説にも理解を示している。
- (45) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』（弘文堂、第4版増補版、2016）688頁。
- (46) 松尾・前掲注（45）688頁。
- (47) 高橋・前掲注（39）412頁、伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法 第四卷』（小林充）（立花書房、1997）374頁。
- (48) 田口・前掲注（8）339頁。
- (49) 加藤・前掲注（43）341頁参照。
- (50) 堀江慎司「訴因変更の要否について」三井誠先生古稀祝賀論文集（有斐閣、2012）592頁、佐々木正輝『訴因変更〔Ⅰ〕』（信山社、2009）130頁。
- (51) 三井・前掲注（12）199頁によれば、例えば、犯罪の日時についてのわずかな変更について、抽象的防御説にたてば訴因変更が不要であるが、被告人側がアリバイを主張している場合などが考えられるとされる。
- (52) 川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕』（立花書房、2018）84頁。

- (53) 平成13年決定に関する分析は、拙稿・前掲注(22)を参照。
- (54) 池田修「判解」最判解説平13年度(2004)70頁。
- (55) 大澤裕「判批」法教256号(2002)32頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣、第2版、2015)208頁。
- (56) 川出・前掲注(52)90頁。
- (57) 上田信太郎「判批」刑事訴訟法判例百選第10版(2017)103頁。
- (58) 拙稿・前掲注(22)109頁。なお、事実の概要は、以下の通りである。

本件の殺人事件について、当初、その公訴事實は、「被告人は、Aと共謀の上、昭和63年7月24日ころ、青森市大字合子沢所在の産業廃棄物最終処分場付近道路に停車中の普通乗用自動車内において、Bに対し、殺意をもってその頸部をベルト様のもので絞めつけ、そのころ窒息死させて殺害した」というものであったが、被告人は、Aとの共謀の存在と実行行為への関与を否定し、無罪を主張した。そこで、その点に関する証拠調べが実施されたところ、検察官が第1審(青森地判平成7年11月30日)係属中に訴因変更を請求し、「被告人は、Aと共謀の上、前同日午後8時ころから午後9時30分ころまでの間、青森市安方2丁目所在の共済会館付近から前記最終処分場に至るまでの間の道路に停車中の普通乗用自動車内において、殺意をもって、被告人が、Bの頸部を絞めつけるなどし、同所付近で窒息死させて殺害した」旨の事実に変更された。これを受けて、第1審の青森地方裁判所は、「被告人は、Aと共謀の上、前同日午後8時ころから翌25日未明までの間に、青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において、A又は被告人あるいはその両名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法でBを殺害した」旨の事実を認定し、これを罪となるべき事実として判示した。

被告人側は、訴因において実行行為者が被告人であると明示されていたにもかかわらず訴因変更を経ることなく「A又は被告人あるいはその両名」という認定をしたことが法令違反にあたるとして控訴したが、原審は、原々審のような「認定がなされた場合には、被告人として、殺人及び死体遺棄について、共謀者としての刑事責任を免れないが、同時にその限度で責任を負うにすぎない。要するに、自分が実行行為を担当したか否かについては、防禦が功を奏したのである。そして、その結果として原判示のような択一的な認定がなされたとしても、そのことにより被告人が格別の不利益つまり不意打ちを受けたことにはならないはずである。従って、本件の場合には、訴因変更を要しないと解するのが相当であるから、原審の訴訟手続には所論のような法令違反はない」として

これを棄却した。そこで、被告側が訴因変更義務違反であり、憲法31条に違反するなどとして上告した。

- (59) 佐々木・前掲注(50) 174頁。
- (60) 石井・前掲注(6) 69, 75-6頁, 川出・前掲注(52) 96頁, 辻本・前掲注(4) 317頁。
- (61) 石井・前掲注(6) 78頁, 川出・前掲注(52) 96頁, 辻本典央「過失犯と訴因論」犯罪と刑罰28号(2018) 150-1頁, 三井誠「過失犯の訴因」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣, 1979) 128頁, 井戸田侃「注意義務と罪となるべき事実・訴因」日沖憲郎博士還暦祝賀『過失犯(2) 具体的問題』(有斐閣, 1966) 303-4頁。なお, 熊谷弘ほか編『公判法体系Ⅱ 第2編 公判・裁判(1)』〔小泉祐康〕(日本評論社, 1975) 261-2頁によれば, 当時の行業務上過失致死傷罪の訴因としては, 実務上, 本文の①②③に加えて, 「④事故および死傷の結果, ⑤過失と結果との因果関係を構成する事実を掲げられるのが通常である」とされており, ただし, この④⑤は, 故意犯との差異を強調する理由がないため, 本文の①②③が過失犯固有の問題となる。
- (62) 石井・前掲注(6) 76頁, 川出・前掲注(52) 96頁。なお, 辻本・前掲注(61) 155-6頁も同様の三つの判例を挙げている。
- (63) 判時1820号149頁, 判タ1120号105頁。
- (64) 石井一正「過失犯における訴因変更—判例の総合的研究—」判評202号(1975) 20頁。
- (65) 石井・前掲注(64) 20頁, 同・前掲注(6) 77-8頁, 佐々木・前掲注(50) 180頁, 川出・前掲注(52) 101頁, 辻本・前掲注(4) 318頁。なお, 鬼塚賢太郎「判解」最判解説昭46年度(1972) 143頁は, 具体的防御説の見地からの検討も行っている。
- (66) 池田修「判解」最判解説昭63年度(1991) 372頁。したがって, 本件は, 「石灰の堆積と降雨によって道路が滑りやすくなっているのに気づかず速度を適切に調節しなかった過失」という訴因を変更して, 「降雨によって道路が滑りやすくなっているのに気づかず速度を適切に調節しなかった過失」であるところ, 前者の認定をした事案ではないので, ③注意義務違反の具体的行為の問題ではない(371頁)。
- (67) 田口守一「過失態様の変化と訴因変更の要否」岡野光雄先生古稀記念『交通刑事法の現代的課題』(成文堂, 2007) 524頁。
- (68) 松田龍彦「判批」現刑6巻3号(2004) 93-4頁。
- (69) 辻本・前掲注(61) 156頁。

- (70) 堀江・前掲注(50) 593頁。
- (71) 古江・前掲注(55) 206-7頁。なお、審判対象の画定の見地と抽象的防衛説との関係については、拙稿・前掲注(22) 103-105頁。
- (72) 酒巻・前掲注(9) 292頁。
- (73) 川出敏裕「訴因の機能」刑ジャ6号(2007) 124頁。
- (74) 川出・前掲注(73) 124頁。
- (75) この点については、拙稿「訴因の特定に関する序論的考察」桃山法学第31号(2019) 53頁以下で述べた。
- (76) 「罪となるべき事実」と「審判対象の画定」は、必ずしもイコールではないとされているものとして、古江・前掲注(55) 213頁参照。
- (77) 刑法における過失犯論は、例えば、法学セミナー769号で「[[特集] 最高裁判例から過失犯論を問い直す」という特集が組まれるほど、今も数多くの議論が展開されている分野であるが、ここでは、構成要件該当性(と構成要件該当事実)に関する部分のみを見ていく。
- (78) 平野龍一『刑法 総論 I』(有斐閣, 1972) 191頁。
- (79) 平野・前掲注(40) 134頁参照。
- (80) 川出・前掲注(52) 101-2頁。過失犯における訴因変更の要否の問題を検討している論稿において新旧過失犯論争が問題になるのもこの理由によるのであって、平成13年決定の判断枠組みからのみ導かれるものではない。
- (81) 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂, 1975) 138-9頁。
- (82) 平野潔「過失不作為犯における主体の限定」川端博ほか編『理論刑法学の探究10』(成文堂, 2017) 54頁。
- (83) 山口厚『刑法総論』(有斐閣, 第3版, 2016) 245-6頁。
- (84) 山口厚「過失犯に関する覚書」渥美東洋先生古稀記念『犯罪の多角的検討』(有斐閣, 2006) 45-51頁。山口・前掲注(83) 246頁。
- (85) 山口・前掲注(83) 247-8頁。
- (86) 山口・前掲注(83) 249頁。
- (87) 西田・前掲注(5) 275-6頁。
- (88) 西田・前掲注(5) 276頁。
- (89) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 第2版, 2018) 218-9頁。
- (90) 井田・前掲注(89) 229頁。なお、結果回避義務違反と実行行為の違いについては、川端博『刑法総論講義』(成文堂, 第3版, 2013) 207頁。
- (91) 井田・前掲注(89) 237頁。
- (92) 高橋則夫『刑法総論』(成文堂, 第4版, 2018) 215-6頁。

- (93) 高橋・前掲注(92) 218-20頁。
- (94) 高橋・前掲注(92) 226-7頁。
- (95) 高橋・前掲注(92) 238頁。
- (96) 高橋・前掲注(92) 240頁によれば、ライフルを誤射して他人を殺害したという事例で、「実行行為は、故意犯と過失犯に共通すると解する結果、先の例では、実行行為は発射行為＝作為に求められる一方、注意義務違反は結果回避行為の懈怠＝不作為に求められることになる」とされる。ただし、「注意義務違反」の時に、抽象的危険が存在すれば、その時に実行行為が肯定される」とされており、この限度で、実行行為＝注意義務違反行為となることを認めていると解される。
- (97) 高橋・前掲注(92) 373頁。なお、構成要件においては、その性質上、「行為者の能力を判断資料に含めた『当該生活領域における一般人』を基準」とするとされる。
- (98) 佐々木・前掲注(50) 180頁。
- (99) 平野(龍)・前掲注(40) 133頁。
- (100) 平野(龍)・前掲注(40) 134頁。
- (101) なお、西田・前掲注(5) 78頁によれば、構成要件は、違法構成要件と責任構成要件が分かれており、この両者の合一が罪となるべき事実に該当することになるとされる。
- (102) ただし、田口・前掲注(67) 524頁によれば、左側車線の進行を維持するためにハンドルの確実な握持をしなかったという不作為の過失の面と、右側車線にはみ出すようなハンドルの右転把という作為の過失の面で、この場合に、同じ事実の別の面と捉えることになる。
- (103) 安村勉「判批」重判解平成15年度(2004) 196頁。
- (104) 佐々木・前掲注(50) 198頁。
- (105) 田口・前掲注(67) 524頁。
- (106) 石井・前掲注(6) 82頁、安村・前掲注(103) 196頁。
- (107) 安村・前掲注(103) 196頁。
- (108) なお、結果回避義務違反行為を不作為と同一のものと解する見解からは、「自転車を対向車線にはみ出させたこと」ではなく、「自転車を対向車線にはみ出させたのに戻さなかったこと」といったように不作為犯構成をすることになると思われる。そうすると、前方不注視あるいはハンドルの右転把行為は、走行車線をもとの位置に戻す義務が発生するための前提事実(すなわち①)と理解することになり、平成13年決定の第2段階の問題と位置付けられることになる。

- (109) 古江・前掲注(55) 211頁。なお、そこで通説である構成要件要素説とされているものとして、たとえば、田宮・前掲注(38) 197頁、鬼塚・前掲注(65) 138頁、大澤裕＝植村立郎「共同正犯の訴因と訴因変更の要否」法教324(2007) 95頁〔大澤発言〕など。
- (110) 川出・前掲注(52) 101頁。
- (111) もちろん、過失はあくまで心理的要素で責任要素であって、構成要件が違法類型であるから、過失は構成要件要素ではないという体系を採られる場合は除かれる。なお、岡部雅人「過失犯における『因果経過の予見可能性』について——渋谷温泉施設爆発事故最高裁決定をてがかりとして——」川端博ほか編『理論刑法学の探究10』(成文堂, 2017) 20頁によれば、「新過失論か旧過失論かといった『レッテル』がもはやほとんど意味をなさない」とされる。
- (112) 平野(潔)・前掲注(82) 57頁。
- (113) 佐々木・前掲注(50) 234頁。

The Governance of Pediatric Research in Japan

NAGAMIZU Yuko

Contents

1. Introduction
2. Two pediatric research cases in the 1950s
3. Issues of consent in pediatric research
4. Conclusion

Keywords: research involving children, mature minor,
interests of the child, informed assent

1. Introduction

I'd like to introduce two scandals in 1950s concerning pediatric research in Japan first and indicate some points for policy-making concerning minors from an academic lawyer's perspective. They are the importance of keeping the balance between the protection of minors and respect for their autonomy, categorizing minors to mature minors/ minors without consent capacity and reflecting their opinions in accordance with their understanding and capacity, categorizing research (e.g. invasiveness, with direct benefit or not), importance of listening to children's voices, and establishing a governance system to keep transparency and accountability of research in order to protect the research subjects properly. Lastly, I'd argue that we've accomplished establishing the research governance system, but still have our weakness in trying to listen to children's voices, such as referring to young people's advisory groups in the UK, and we still have miles to go.

2. Two pediatric research cases in the 1950s⁽¹⁾

(1) The case of Nagoya City Infant Protection Institution (1952)⁽²⁾

The head of Nagoya City Infant Protection Institution who was also the professor of pediatrics of Nagoya City Medical School was conducting a research about "special E. coli" at the time and he instructed nurses through medical doctors under him to give this type of E. coli to infants in his institution since 1952. In mid-November of that year, the infants who took it and who were infected from other infants had severe diarrhea and some of them fell into critical condition. On the 25th of that month, one infant died.⁽³⁾ According to the record, the cause of death was pneumonia, however the result of anatomy and statements of parties involved suggested that the cause of death was the infection

of the *E. coli* at issue from other infants. The Human Rights Committee of the Japan Federation of Bar Associations harshly denounced the professor for using infants as guinea pigs. This *E. coli* is widely acknowledged as toxic now.

The professor didn't explain anything about this research to the parents of the infants, so no parental consent was taken. He regretted later on this point and tried to defend himself by saying "It's natural to get parental consent for these kinds of experiments, but many infants in our institution either don't have parents or their whereabouts are unknown to us, so it's deplorable that we couldn't do that."⁽⁴⁾ The whistleblower of this case criticized this experiment not only from the standpoint of lacking parental consent, but he also insisted that the institutionalized infants should have been given the same treatment with ones from ordinary families,⁽⁵⁾ which probably means that he knew the experiment would be more severe on subjects without outside supervision or inspection.

It seems strange that the head of the child protection facility was also a pediatric professor who was keen to experiment on pediatric population in this case which would easily lead to conflicts of interest. Also, the Infant Protection Institution was located in the hospital affiliated with Nagoya City Medical School, so it was easily accessed by researchers as they wanted. We must look into the social environment of the time to know the reasons for this. Infant Protection Institutions or Infant Houses were established by Child Welfare Act "because infants need special attention all the time from medical perspective as their daily care tends to directly affect their lives" compared to older children.⁽⁶⁾ Accordingly, they were able to be taken care of in the Infant Protection Institution up to 2 years old as it was necessary for their care.⁽⁷⁾ Also, the mortality rate of infants in 1950 was 59.8 in 1000, compared to average population (10.9 in 1000), so the infant protection institutions needed to gear up with doctors of many years of experience in pediatrics, nurses and dietician.⁽⁸⁾ It was a time soon after the war and human and financial resources were scarce, so it is

understandable to locate the institution inside a university hospital where the pediatricians were available to attend to the infants' illness. However, the professor as a researcher gave priority to research over his duty as the head to protect infants from harm, which led to the human rights violation. Also, these kinds of institutions are insulated from outside world, so it is easy to control and make observations for researchers. Furthermore, it is difficult to notice human rights violation when insiders are accustomed to inside rules and mores and have no question about them.

This case was investigated by the Human Rights Committee of the Japan Federation of Bar Associations and it filed a report and suggested the stakeholders such as the Minister of Health, the Minister of Justice, the Mayor of Nagoya City and so on to take appropriate actions. The prefectural police headquarters initiated an investigation on a charge of professional negligence resulting in injuries, but it didn't lead to a criminal prosecution.

(2) Kobe Medical School Case (1956-58)

The stage of the other case is the pediatric department of the affiliated hospital of Kobe Medical School and it was concerned with the development of synthetic milk formula which had the equivalent quality to breast milk. The purpose of the research was to cultivate the benign lactic acid which is only found in the bowels of breast-fed babies and also to investigate on the appropriate density of the formula. The researchers experimented on the infants who were admitted to the hospital without telling their parents and let some of them to suffer diarrhea, high fever and infection. They used the Kobe-tubing method for the research, which was to insert a thin (1mm diameter) plastic tube from the infants' nose to anal hole and took out the contents of the bowels from small openings of the tube to check the digestion and assimilation of the different density of milk formula. Even though they were considered as severe human rights violation and investigated by the Japan Federation of Bar

Associations and Kobe District Legal Affairs Bureau respectively, neither criminal prosecution nor civil lawsuit followed.

(3) Child Protection Laws at the time

Child Welfare Act took effect on January 1, 1948 and the major responsibilities of the head of the Infant Protection Institution then were the same as today. According to article 47, the head of the Infant Protection Institution has a responsibility to perform parental rights/duties on infants in the institution who don't have parents nor legal guardians with good faith. So, the head had a duty to protect infants from harm and he/she must act "for the welfare of the infant" in 1950s as well. The abuse of this power was strictly prohibited.

As for infants in the institution who had parents or legal guardians, the head is able to take necessary measures concerning the infant's custody, education and punishment for the welfare of the infant (article 47). Since the head was entrusted by the municipal government to protect children, he/she had the duty of care to the custody of infants in 1950s, too.

It is apparent that the head of Nagoya Infant Protection Institution not only breached the duty of care to the protection of infants, but far worse than that, he abused his power by deliberately putting them to peril, which may have led to legal responsibility such as administrative sanction, civil damages, and criminal responsibility such as assault and battery.

However, as mentioned above, he was not criminally prosecuted nor no civil lawsuit followed. We must make one point clear here. What he did at the time was legally wrong and it was due to the power imbalance between medical doctors, especially professors and unprotected infants that his misdeed was condoned at the time. There were too many infants who needed protection then, so there was a priority policy, and the infants who could actually be protected in the institutions were "people who don't have someone to care for them or whose parents are unfit to care for them"⁽⁹⁾. So, you can easily imagine that even

though there existed laws to protect infants or at least punish or prosecute someone who caused them harm, there were only few people who tried to advocate for them when there was a lack of social interests toward the vulnerable which was a real grave concern.

(4) Lessons learned from these cases

What we learned from these incidents are as follows. First, the importance of getting parental consent for the research is highlighted. However, we must be careful that a consent gained from duress, misunderstanding and/or threat is not a genuine consent. Also, we must be careful of the possibilities when parents might abuse their power and act against the child's interests. Secondly, the research subjects in the pediatric field must not be someone in the institution without parental care because this would lead to the abuse of power and the grave violation of basic human rights. As the Nagoya case suggested, those institutionalized infants were vulnerable because they were not only dependent but also institutionalized without someone to watch out for them, so they must be the last candidates to become research subjects. It is strongly suggested by the Belmont report as well that the principle of justice gives rise to moral requirements that there be fair procedures and outcomes in the selection of research subjects.⁽¹⁰⁾ Thirdly, if it should be absolutely necessary to research on institutionalized infants, they would have to be protected by someone legally responsible for their care such as the head of the institution. And the research needs observation from outside as well, such as research ethics review board because we have already witnessed the abuse of power cases. Fourthly, when we compared the above two cases, the Nagoya case drew much public attention and outcry compared to the Kobe case as the latter is necessary for infants, especially institutionalized ones to develop a better milk formula,⁽¹¹⁾ but it can be pointed out that even though the research purpose itself had a good meaning, the research design and the method had problems

as the method was heavily invasive and there was no plan to stop the experiment in case of health-related incidents. We can point out the importance of research design and method. Lastly, the most important thing is to have respect for research subjects/participants, and not to think of them as a means for the progress/advancement of medicine.

3. Issues of consent in pediatric research

(1) Ethical Guidelines for Medical and Health Research Involving Human Subjects

Even though we saw such horrible cases in the 1950s, it was not until 2001⁽¹²⁾ that sets of ethical guidelines were issued by the government.⁽¹³⁾ First, genetic research (which is defined as genetic analysis of genes derived from reproductive cells, so it is outside the scope to analyse mutations in somatic cells) was regulated under government guidelines issued by the Ministry of Health, Labour and Welfare (MHLW), the Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology (MEXT) and the Ministry of Trade, based on the uniqueness of the human genes. Later, guidelines on epidemiological research were issued by the MHLW and the MEXT in 2002, based on the difficulty of obtaining consent in the epidemiological research. Finally, all medical research became subject to regulation by guidelines for clinical research issued by the MHLW in 2003.⁽¹⁴⁾ Before turning to the Unification of the Ethical Guidelines in 2014, let us look at the standpoints of law and ethics on pediatric research.

(2) Obtaining parental consent is not a panacea

Even though medical treatment and medical research are difficult to distinguish sometimes such as the cases of innovative therapies, the biggest difference between them is that the purpose of medical treatment is to pursue the best interests of the patients while the purpose of medical research is to gain

new medical knowledge from analyzing the data of the research subjects. So, while the patients may expect some direct benefits for their best interests from treatment, the research subjects/participants may not because they are the means to gain useful medical knowledge in the research. That is why one of the justifications for competent adults to participate in a research is obtaining voluntary informed consent from them.⁽¹⁵⁾

But children are legally incompetent to make a decision to do that, so the parents or the legally acceptable representatives must do it on their behalf. Parents have a duty to exercise parental rights for the “interests of the child” (The Civil Law article 820; not “the *best* interests of the child”) in Japan, but what is for the “interests of the child” in the context of medical research poses a very difficult question.⁽¹⁶⁾ From the point of view of protecting children from harm, it might be best not to let children participate in any research when no direct benefit is expected. However, medical research in the pediatric field is necessary to understand pediatric diseases and to provide the best evidenced medicine for children as possible.⁽¹⁷⁾ Also, it has been strongly argued that it’d not be fair to ignore the wishes of minor patients of rare diseases to participate in a research which has a possibility of gaining important medical knowledge or treatment for that group of patients just because they should be protected from harm.⁽¹⁸⁾ From the latter half of 1990s, the public consciousness has shifted from protecting children “from” medical research to protecting children “through” medical research.⁽¹⁹⁾ That is why the staunch research governance to protect research participants has been established and one of the requirements is to obtain parental consent which must be in the interests of the child. Generally speaking, we are able to judge whether something is for the interests of the child or not by balancing the risks and benefits and analyzing the extent of the burdens.

We must be careful that parental consent is not a panacea, as the consent might have been gained from duress, misunderstanding and/or threat which is

not deemed as a genuine consent.⁽²⁰⁾ The following is a strong argument from the lessons of the past experiences in Japan, some of which I mentioned above. “It is dangerous to think obtaining parental consent is enough. Even parents do not necessarily respect human rights of their children the same as theirs. Especially, when the patients have mental disability or severe physical handicap, the parents might more or less think of them as an obstacle with or without realizing it.”⁽²¹⁾ The ethical integrity of the principal investigators/researchers and the research community are necessary to protect the interests of the child and also each research ethics review board must consciously review this point.

(3) Categorization of children

Furthermore, as the word “children” covers a wide range of group from babies to adolescents in its scope, I’d argue that they need to be categorized and treated differently not only from the ethical perspective but also from the legal perspective because Japan signed and ratified the Convention on the Rights of the Child in 1994. From the legal standpoint, children are categorized as “minors” and incapable of decision-making and “minors” but capable of decision-making. However, from the ethical perspective, the former category is divided into 2 groups depending on the capacity to form their opinion or not.

So, I’d like to categorize them into 3 groups: ①those who are incapable of decision-making such as babies, ②those who are incapable of decision-making, but have an understanding to some extent about the medical research to be carried out, and ③those who are “minors” but capable of decision-making.

As for the first category, parents must decide whether to let their child participate in the research based on the “interests of the child” by balancing the risks and benefits and analyzing the extent of the burdens. According to the Nuffield Council on Bioethics report, “Children and Clinical Research: Ethical Issues” published in 2015, the ethical considerations that parents should take into account in deciding whether to let their children participate in the medical

research are: (a) to respect children as individuals regardless of their age and capacity, (b) to recognize that they are capable of developing into autonomous agencies and that each parent has a supportive and educational role in helping them develop and practice decision-making skills and confidence; and (c) to have concern for the immediate and longer-term welfare of the child. Because the duty of parents is to promote not only the immediate but also the longer-term welfare and interests of their child, there should be a spectrum of acceptable decision-making.⁽²²⁾ This longer-term welfare includes the possibility to contribute to the social good or the community as they grow up, as it's one of the functions of parents to influence on their child to realize their responsibility to others as a member of the society.⁽²³⁾ Of course, the principal investigator/researcher must make sure that the protocol does not place undue burdens or risks to children and research ethics review board must review the research carefully before recruiting children.⁽²⁴⁾

In the second category, these children are able to understand about the research to some extent, so it's preferable from the ethical standpoint that they participate in the process of decision-making and researchers obtain their "assent" other than consent from their parents. Even though their assent is not legally required, it's necessary to try to communicate with children in accordance with the spirits of the Convention on the Rights of the Child.⁽²⁵⁾

The last category is so-called mature minors and they basically have the decision-making capacity to their medical treatment and research in general, so we need to balance the autonomy and the protection of children. The essence of parental rights and duties is the protection and nurture of the child, so parents are able to influence on the child physically and mentally. On the other hand, as children develop and grow, parental rights and duties for child protection decrease according to their maturity and development and the rights and duties shift toward respecting their autonomy.⁽²⁶⁾ Balancing the respect for the child's autonomy and his/her protection is not easy, but if the decision by the

child is harmful to his/her life and limb, parents may intervene to protect him/her.⁽²⁷⁾ When the invasiveness and risks of the medical research are very high, parents must play the role to protect the child's longer-term welfare and interests, so even though it may seem like a contradiction on the surface, researchers need to obtain consent from both the mature minor and parents. It is because parental duties and rights do not only stem from complementing the incapacity of the child but also from respecting the autonomy of the child according to their age and maturity and the protection of the child's life and limb.⁽²⁸⁾ So, it is too simplistic to think that parental duties would perish when the child attained the capacity to make decisions.⁽²⁹⁾

(4) Unification of the two ethical guidelines

The requirements of consent in pediatric research were different between the guidelines for epidemiological research and clinical research. In epidemiological research, even a minor (16 years old or more) might give consent, whereas in clinical research, the consent of the parent(s) was needed (and the minor's assent, if he/she was 16 years old or more). These two sets of guidelines were unified into a single set of guidelines in 2014, as the Ethical Guidelines for Medical and Health Research Involving Human Subjects. As a committee member to revise and unify the ethical guidelines, I suggested that we must take into account: (1) the importance of keeping the balance between the protection of minors and the respect for their autonomy; (2) categorizing minors according to their capacities into mature minors/ minors without consent capacity; (3) categorizing research (e.g. invasiveness, with direct benefit or not); (4) importance of listening to their voices (which leads to the importance of obtaining their informed assent);⁽³⁰⁾ and (5) establishing a governance system to keep the transparency and the accountability of research in order to protect the research subjects properly.⁽³¹⁾

As for the (1) to (3) points, the quality of risks (i.e. risk to the body or to

private medical information) and the invasiveness to the body are quite different in typical epidemiological studies and clinical research, so categorizing research (e.g. invasiveness, with direct benefit or not) and considering what is at stake in each category is quite important. In that sense, it would put children at risk of life and limb if we simply provide that ‘16 years or older’ minors are able to participate in any research only with their consent. I believe, children need more protection and parents’ advice in the case of the invasive clinical research than the epidemiological research, and it would be reasonable to treat them differently.⁽³²⁾

The essence of above points was included in the unified guidelines and the consent policy under the 2014 guidelines has been made as follows which is the same on specified clinical research under the Clinical Research Act of 2017 and its regulations (Article 47):⁽³³⁾

“Chapter 5 Informed Consent, etc.

Part 13 Procedures, etc. for Obtaining Informed Consent from Legally Acceptable Representatives, etc.

1. Requirements for obtaining informed consent from legally acceptable representatives, etc.

(1) When the investigator, etc. or the individual providing existing specimens or information obtains informed consent from a legally acceptable representative, etc. pursuant to the provisions in Part 12 above, all requirements as defined below shall be met.

A. The research protocol has description on the following matters:

- (i) Criteria for selection of legally acceptable representatives, etc.;
- (ii) Information to be provided to the legally acceptable representative, etc. (including information on (iii) below, when research subjects are those who correspond to either (a) or (b) in B. below); and
- (iii) When the research subject is an individual who corresponds to either (a)

or (b) in B. below, the reason why such an individual shall be the research subject.

B. The research subject shall correspond to any of the following:

(a) The research subject is a minor. When the research subject has completed junior high school or other relevant schooling, or is 16 years or older, and is considered to have enough judgment concerning the research to be implemented on him/herself, as well as the following matters are prescribed in the research protocol and the chief executive of the research implementing entity approves to carry out the research after relevant ethical review committee deliberation, informed consent shall be obtained not from representative but from the said research subject.

(i) The research to be implemented does not involve any invasiveness; and

(ii) Information concerning implementation of the research, including purpose of the research and how specimens or information will be handled, is made public, and opportunities to refuse that the research is commenced or continued on the research subject are ensured for persons who exercise parental authority over the said research subject and guardians of the minor.

((2) omitted)

(3) When having obtained informed consent from legally acceptable representative, etc., and the research subject has completed junior high school or other relevant schooling, or is 16 years or older, and is considered to have enough judgment concerning the research to be implemented on him/herself, the investigator, etc., or the individual providing existing specimens or information shall obtain informed consent also from the said research subject.”

As for informed assent, the ideal of the article 12 of the Convention on the Rights of the Child is reflected in the guidelines as follows:⁽³⁴⁾

“Chapter 5 Informed Consent, etc.

Part 13 Procedures, etc. for Obtaining Informed Consent from Legally Acceptable Representatives, etc.

2. Procedures, etc. for obtaining informed assent

(1) Even when having obtained informed consent from legally acceptable representative but when the research subject is considered to be able to express his/her will concerning the research is to be implemented on him/herself, the investigator, etc. or the individual providing existing specimens or information shall endeavor to obtain informed assent from the said research subject. The same shall not apply to cases in which informed consent is obtained from the research subject pursuant to the provisions of Section 1 (3) above.

(2) When carrying out the research for which procedures for obtaining informed assent will be predicted pursuant to the provisions of (1) above, the principal investigator shall, in advance, prescribe information to be provided and the means to provide to research subjects, in the research protocol.

(3) When a research subject expresses his/her will of refusal all or part of the research to be commenced or continued, in the course of the procedures for obtaining informed assent pursuant to the provisions of (1) above, the investigator, etc. or the individual providing existing specimens or information shall endeavor to respect such will. This, however, shall not apply when direct benefits to the research subjects' health are expected if the research is commenced or continued and when the legally acceptable representative gives consent to it."

4. Conclusion

We've advanced from making children just as means in the 1950s to the subject of protection and finally to someone who may be able to decide for their own when they are mature enough to do that, but I'd argue we have our weakness in trying to listen to children's voices, such as referring to young

people's advisory groups in the research design stage in the UK practice.

According to “the Guidance on clinical research involving infants, children and young people: an update for researchers and research ethics committees” issued in 2014, the Royal College of Paediatrics and Child Health (RCPCH) acknowledged a greater focus on involving children and their parents more actively in the design, review and conduct of clinical research and they included them in the discussion of amending the guidance. The view of the NIHR MCRN Young Persons Advisory Group is “that children should be offered the opportunity to participate in research, and have their care ‘assured by research’”. There are 5 Young Persons Advisory Groups in the UK and they consist of children and young people who are interested in improving health research and their main interests are in advising on, and providing input to all stages of research, although most frequently they are asked to review participant information sheets for readability, language, acceptability to young people, and overall comprehension⁽³⁶⁾.

Compared to the UK practice, we are able to say that we've come so far, but we still have a long way to go.

The study was supported by JSPS KAKENHI Grant Number JP19H01083 (the Grants-in-Aid for Scientific Research (A) #19H01083 from Japan Society for the Promotion of Science).

[Notes]

- (1) This article is partly based on my previous article “KODOMO WO TAISHOU TO SURU KENKYU (RESEARCH INVOLVING CHILDREN)” in “IGAKU KENKYU RINSHOU SHIKEN NO RINRI-WAGA KUNI NO JIREI NI MANABU (LEARNING FROM EXPERIENCE: ETHICS IN MEDICAL RESEARCH AND CLINICAL TRIALS)” (YUSUKE INOUE & TSUNAKUNI IKKA EDS.) (chapter 7, Japanese) and also based on my oral presentation “The change of governance on pediatric research in Japan: From 1950s to date” at the 25th World Medical Law Congress on 7th August 2019 at Waseda University, Tokyo.

- (2) The description of this incident is based on the Japan Federation of Bar Associations' "JINKEN HAKUSHO (WHITEPAPER ON HUMAN RIGHTS)" (1968 fiscal year), at 134-136 except some parts especially indicated (Japanese).
- (3) It is said that this deceased infant was institutionalized temporarily due to its mother's hospitalization for the operation of kidney disease, and became diarrhea soon after that. (SHINGO TAKASUGI, 731 BUTAI SAIKINSEN NO ISHI WO OE (CHASE THE DOCTORS OF 731 UNIT), 1982, chapter 4 (Japanese).)
- (4) Asahi Shimbun, page 7, August 4th, 1955 (Japanese).
- (5) Takeshi Okuda, *Nyūjiinji Hoiku no Gaiyou (Outline of Care in an Infant Protection Institution)*, Nagoya City University Medical Association Journal (now Nagoya Medical Journal) 5(4), at 204 (1955) (Japanese).
- (6) MASAMI TAKADA, JIDOU FUKUSHI HOU NO KAISETSU TO UNYOU (ANNOTATION ON CHILD WELFARE ACT AND ITS OPERATION) (1951), now reprinted as "JIDOU FUKUSHI KIHON HOUSEI (CHILD WELFARE LAWS) VOL. 8" at 272 (2005) (Japanese).
- (7) Now, the age is extended to the day before the entrance of primary school based on Child Welfare Act articles 37 and 4(1)②.
- (8) SABURO KAWASHIMA, JIDOU FUKUSHI HOU NO KAISETSU (ANNOTATION ON CHILD WELFARE ACT) (1951), now reprinted as "JIDOU FUKUSHI KIHON HOUSEI (CHILD WELFARE LAWS) VOL. 5", at 133-134 (Japanese); TAKADA, *supra* note 6, at 272.
- (9) KAWASHIMA, *supra* note 8, at 204-205.
- (10) NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, THE BELMONT REPORT: ETHICAL PRINCIPLES AND GUIDELINES FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF RESEARCH, 1978, at 18-20, available at https://videocast.nih.gov/pdf/ohrp_belmont_report.pdf (last visited, Nov. 15, 2019).
- (11) Circulation No. 50, Health and Welfare Ministry, October 4th, 1948, "Satooya tou Katei Youiku no Un-ei ni Kanshite (On the familial care by the foster parents and so on)" (Japanese). According to this circulation, it was desirable for the infant to be placed to the foster mother who was able to give breast milk and if it was not possible, the infants must be given appropriate milk, goat's milk and artificial nutrients, which meant that it was urgently needed to develop an appropriate synthetic milk formula such as experimented in the Kobe case at the time.

- (12) Ethically problematic cases after the two scandals continued until early 1970s, SEE INOUE & IKKA EDS., *supra* note 1, part 3 (summary of cases, Japanese).
- (13) EIJI MARUYAMA, JAPANESE GOVERNMENTAL GUIDELINES CONCERNING THE ISSUES, IN LAW AND ETHICS OF HUMAN TISSUE USES, MATSUMURA, ENGLISH, SATO & UTSUGI EDS. 2008, at 75. Manufacturing, selling etc. of pharmaceuticals and medical devices including the procedure for approval are regulated by Pharmaceuticals and Medical Devices Act and beyond the scope of this article.
- (14) KATSUNORI KAI, YUICHIRO SATO, AND YUKO NAGAMIZU, MEDICAL LAW IN JAPAN 2ND EDITION, Kluwer Law International B.V., 2007, at 75-78.
- (15) SHIN UTSUGI, "RINSHOU KENKYU (CLINICAL RESEARCH)", SHIN UTSUGI & YASUSHI TSUKAMOTO EDS., GENDAI IRYOU NO SUPEKUTORU (FORUM IJI HOUGAKU I) (THE SPECTRUM OF MODERN MEDICINE: FORUM MEDICAL LAW I), Shogakusha, 2001, 169, 186-87 (Japanese); Yuichiro Sato, *Rinshou Kenkyu ni okeru Hikensha no Kenri* (*The Rights of Subjects in Clinical Research*), 40 (3・4) Kobe Gakuin Hougaku 357-58 (2011) (Japanese); Yuko Nagamizu, *Children's Participation in Medical Research*, 23 St. Andrew's University Law Review, 20-24 (Japanese).
- (16) NAGAMIZU, *supra* note 1, at 134.
- (17) NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, RESEARCH INVOLVING CHILDREN, (1977) at 21-26; Kenji Matsui, *Shouni wo Taishou to suru Rinshou Kenkyu de Tsuika-teki ni Motomerareru Rinri-teki Hairyo* (*Additional Ethical Concerns in Pediatric Clinical Research*), 50(8) *Iyaku Journal* (Medicine and Drug Journal) 71 (2004) (Japanese).
- (18) PRESIDENTIAL COMMISSION FOR THE STUDY OF BIOETHICAL ISSUES, SAFEGUARDING CHILDREN: PEDIATRIC MEDICAL COUNTERMEASURE RESEARCH, March 2013, at 22.
- (19) *Ibid.*
- (20) NAGAMIZU, *supra* note 1, at 135-36. DAVID J. ROTHMAN & SHEILA M. ROTHMAN, *THE WILLOWBROOK WARS*, Routledge, 2004, 265-66.
- (21) Itsuro Hibi, *Rinshou Kenkyu to Seitai Jikken* (*Clinical Research and Experiments on the Living*), 548 *Jurist* 22 (1973) (Japanese).
- (22) NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, CHILDREN AND CLINICAL RESEARCH:

ETHICAL ISSUES, MAY 2015, chapter 4.

- (23) NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *supra* note 22, at 106-111; NAGAMIZU, THE CHANGE OF POLICIES ON RESEARCH INVOLVING CHILDREN IN THE U.K., IHOU-NO KAI ED., ITO HOU NO KAIKOU (THE ENCOUNTER OF MEDICINE AND LAW) VOL. 3, Shogakusha, 2018, at 198-199 (Japanese).
- (24) *Ibid.*
- (25) NAGAMIZU, *supra* note 1, at 137.
- (26) Minoru Ishikawa, *Shinken no Seishitsu to Naiyou (The Nature and Content of Parental Rights and Duties)*, 747 Hanrei Times 274 (1991) (Japanese); MICHIIRO TANAKA, SHINKENHOU KAISEI ENO KADAI (THE PROSPECT FOR THE REVISION OF PARENTAL RIGHTS AND DUTIES), SHINKENHOU NO REKISHI TO KADAI (THE HISTORY AND ISSUES OF THE LAW ON PARENTAL RIGHTS AND DUTIES), 1993, at 280 (Japanese); Nagamizu, *supra* note 15, at 31.
- (27) It is in the context of mature minor's refusal of life-sustaining medical treatment, but some scholars allow the restriction of the minor's right to self-determination by the interests in the preservation of life (Jennifer L. Rosato, *The Ultimate Test of Autonomy: Should Minors Have a Right to Make Decisions Regarding Life-Sustaining Treatment?*, 49 Rutgers L. Rev. 1, 50 (1996)) or by the interests of minor to become an adult who is able to make a decision for him/herself (ALAN BUCHANAN & DAN BROCK, DECIDING FOR OTHERS: THE ETHICS OF SURROGATE DECISION MAKING, 1990, at 226-32); See Yuko Nagamizu, *Do Mature Minors Have a Right to Refuse Life-Saving Medical Treatment? : A Subtle Balance Between Autonomy and Protection*, 15 St. Andrew's University Law Review 153-239 (2010) for more analysis of doctrines on this topic (Japanese).
- (28) NAGAMIZU, *supra* note 1, at 137-138.
- (29) NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *supra* note 22, at [4.45]-[4.47].
- (30) I hadn't thought of it much more than getting assent at the time, but later I would learn about it more in the UK when I interviewed about the NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, CHILDREN AND CLINICAL RESEARCH: ETHICAL ISSUES, MAY 2015 to Professor Bobbie Farsides at the Brighton & Sussex Medical School (chairperson of the working group) in 2016 and interviewed Ms. Lynn Molloy of ALSPAC (Children of the 90s) at the University of Bristol in 2017.
- (31) Yuko Nagamizu, *Miseinensha no Kenkyu Sanka eno Assent oyobi Sai-*

doui ni tsuite (*About the Assent and Re-consent on the Participation of Pediatric Research*), at https://www.lifescience.mext.go.jp/files/pdf/n1183_07-2.pdf (last visited, Nov. 15, 2019) (Japanese).

- (32) Nagamizu, *supra* note 15, at 29.
- (33) The Ethical Guidelines for Medical and Health Research Involving Human Subjects <https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10600000-Daijinkanboukouseikagakuka/0000080278.pdf> (last visited, Nov. 15, 2019)
- (34) *Ibid.*
- (35) National Institute for Health Research, Medicines for Children Research Network, which is called Clinical Research Network: Children (CRN: Children) now.
- (36) For example, an article on the London Young Persons Advisory Group (YPAG) is on <https://www.invo.org.uk/ypag-the-young-persons-advisory-group/> (Last visited, Nov. 29, 2019). For more information on this and ALSPAC (Avon Longitudinal Study of Parents and Children, long-term cohort studies which has the same kind of system in reflecting children's voices called "Teenage Advisory Panel", now called OCAP (Original Cohort Advisory Panel)), see Yuko Nagamizu, *The Importance of Reflecting Children's Voices in Pediatric Research: Analysis of the Report of the Nuffield Council on Bioethics*, 26 St. Andrew's University Law Review 313, 326-330 (2017) (Japanese) and NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *supra* note 22, at chapter 3 for YPAGs.

<研究ノート>

ヴィルヘルム・アルノルト
(Wilhelm Arnold, 1826-1883)
について

鈴木 康 文

目 次

はじめに

1 アルノルトの位置づけ

(1) プロフィール

(2) 法社会学研究の過渡期

2 アルノルトの研究の意義

(1) 法社会学研究

(2) 法慣習

3 アルノルト＝ホイスラー往復書簡

おわりに

キーワード：『文化と法生活』，法社会学，ギールケ，
法の起源・発生の考察

は じ め に

1975年にドイツの法制史家カール・クレッシェルは、「19世紀の忘れられたゲルマニスト ヴィルヘルム・アルノルト (1826-1883年)⁽¹⁾」と題する論文を発表した。その後、彼のアルノルト研究はしばらく中断していたが、2013年にアルノルトとその友人であるホイスラーの書簡集を編集、刊行した⁽²⁾。

私は、クレッシェルの上記1975年の論文より、わが国の一般的な法制史あるいは法思想史の教科書、概説書ではあまり取り上げられることのないアルノルトに興味を抱いた。ドイツ法史上、アルノルトは、どのような意義をもち、どのように位置づけられるか。

そこで、本稿では、今後の研究のために、アルノルトに関する二次文献の情報をまとめておくことにしたい。

1 アルノルトの位置づけ

(1) プロフィール

以下は、クレッシェルの論文などをもとに、アルノルトのキャリア、著作、交流関係をまとめたものである。

1826年	10月28日、法律家の息子としてヘッセン選帝侯国のボルケン Borken に出生。始めハーナウ、次にカッセルのギムナジウムで学ぶ。
1845/46年	冬学期、法学と官房学を学ぶためにマールブルク大学に入学する。その後、ハイデルベルク、ベルリンの各大学で研究を継続する。
1848年	11月13日、法律学の国家試験を受ける。実務修習では、はじめ都市裁判所試補、最後には上級裁判所調査官を務める。

この修習期間中も研究を継続する。

- 1849年 3月22日、ヘッセン都市法の歴史に関する学位論文でマールブルク大学において法学博士の学位を受ける。歴史研究のため再びベルリンへ赴き、グリム兄弟⁽⁵⁾と親交をもち、家族づき合いをする。
- 1850年 マールブルク大学でドイツ法の教授資格を得るためにベルリンを離れる。ランケ (Leopold von Ranke) との親交を継続する。同大学の私講師時代の研究対象はドイツ都市の国制史であり、このテーマについて夏学期に同大で講義を行う。
- 1854年 『ドイツ自由都市の国制史 都市ヴォルムスの国制史に関連づけて』⁽⁶⁾刊行。この翌年、フランクフルトの歴史家バーマー (Johann Friedrich Böhrer) と知り合う。
- 1855年 春、バーゼル大学の法制史教授として招聘を受け、応じる。この招聘に尽力したのが、アルノルトの『ドイツ自由都市の国制史』により、彼に注目していた市参事会員で教授のホイスラー (父) であった。
同名の息子ホイスラー⁽⁷⁾は、この時にアルノルトと知り合う⁽⁸⁾。
バーゼル大学法学部のヨハネス・シュネル⁽⁹⁾とも親しくなる。
シュネルはアルノルトからバーゼルの修道院文書館再編のために助言を得る。
- 1861年 『ドイツ都市における所有権の歴史について』⁽¹⁰⁾刊行。
- 1863年 バーゼル大学で講演「歴史的観点から見た法と経済」を行う。
4月1日、マールブルク大学に招聘される⁽¹¹⁾。
- 1865年 学部長を務める。『文化と法生活』刊行。
- 1868年 『ローマ人の文化と法』刊行。
- 1870年 学部長を務める。
- 1872/73年 学長を務める。
- 1875年 『ドイツ諸部族の定住と移住』刊行。
- 1879年 『太古のドイツ』刊行 (初期ゲルマン時代)

- 1881年 学部長を務める。
『ドイツ史』第1巻（これは『太古のドイツ』の第3版）。
『ドイツ史』第2巻第1分冊「フランク時代」（カール大帝までのフランク王国史）。※第2分冊（フランク時代の国制と法）は未刊行。
ドイツ帝国議会議員に選出される。
- 1883年 7月2日、死去。

晩年の議員活動を除けば、アルノルトは基本的にアカデミズムの世界に生きた人物である。バーゼル大学、マールブルク大学という2つの大学に在籍し、マールブルク大学時代には学部長や学長といった大学内での要職も経験した。また、中世ドイツの国制史、法制史に関する研究を多く発表している。

交流関係をみても、当時の有名な学者たちと接している。ドイツの古事学研究・言語研究で有名なグリム兄弟や、近代歴史学の確立者であるランケである。さらに、本稿3章でも少し紹介するが、アルノルトが亡くなる直前まで手紙を交わしたバーゼル大学のホイスラーとの交流も注目されよう。

(2) 法社会学研究の過渡期

前節の年表より明らかな通り、アルノルトはおおよそ19世紀半ばから後半にかけて活躍した学者である。では、ドイツ法史上、彼をどのように位置づけることができるであろうか。すぐ後で述べるように、特に法と経済の関係の研究、つまり法社会学研究という視点からみたとき、アルノルトは過渡期に活躍した学者と言えるのではないかと思う。例えば、手元にある法学者名鑑に次のような記述を見る。

ヴィルヘルム・アルノルト (1826-1883) アルノルトは、バーゼル大学とマールブルク大学のドイツ法教授。また、1881-83年には帝国議

会議員。定住史研究の補助手段として、地名の意義を見出し（『ドイツ諸部族の定住と移住、特にヘッセンの地名にもとづいて』1875年）、また、当時の実証主義的、概念的な傾向に逆らって、法、経済、社会の関係に関する独自の理論を展開した（『文化と法生活』1865年）。文献：K・クレッシェル「19世紀の忘れられたゲルマニスト」H・クラウゼ記念論集、1975年、253-275頁；同ほか編：W・A—アンドレアス・ホイスラー往復書簡、2013年⁽¹²⁾。

引用文末尾から、いまなおクレッシェルの1975年の論文が基本文献であることが確認される。また、引用前半の定住史に関するアルノルトの研究は、都市や農村の形成史に関する中世史研究に影響を与えており、興味深いものである⁽¹³⁾。だが、この点については割愛する。

ここで注目したいのは、引用文の後半で触れている、法と経済の関係に関する研究、いわば法社会学研究を、アルノルトが行ったということである。

ドイツ法史における法社会学研究と言えば、一般的に名前が挙げられるのは、エールリッヒやウェーバーである。しかし、アルノルトもまたこの点でひとつ関与があったとすれば、すくなくとも時期の上では法社会学研究の先駆者ということになろう。

ところで、アルノルトが法社会学研究の先駆者として位置づけられるといっても、法と社会という視点がアルノルトに突如として生じたものではない。そのきっかけとなるものは、歴史法学派の民族精神論である。このきわめてあいまいな概念を引き受け、法と経済の関係のあり方を追究したのがアルノルトである。

以下では、①ハーファーカンフ、②ヤンセン、③クレッシェルの研究書や教科書から、アルノルトの位置づけを確認しておこう。

①ハーファーカンフ

プフタ研究で有名なハーファーカンフはアルノルトについて、次のよう

にいう。「1865年、アルノルトは、民族精神を、その実体をなす諸要素（言語、芸術、学問、習俗、経済、法、国家）に解体した⁽¹⁴⁾」。1865年はアルノルトの『文化と法生活』が刊行された年であり、また「民族精神」は、いうまでもなく歴史法学派のもっとも重要な概念である。ハーファークンプにしたがえば、アルノルトは、歴史法学派のこの思想を批判的に継承し、発展させた人物であるといえよう。

このあたりの事情について、歴史法学派内部の動向も踏まえて、見ておきたい。ハーファークンプは、2018年に歴史法学派に関する包括的な研究書『歴史法学派⁽¹⁵⁾』を刊行している。同書は、サヴィニー像を基準とする従来の歴史法学派への研究アプローチを改め、歴史法学派に属するとされる法学者たちの間での議論やコミュニケーションを追いながら、つまりは内的視点に立ちながら、歴史法学派の形成、発展、消滅を描くものである。

同学派は、フーゴ、サヴィニー、ハウボルトの法律学習の改革に始まるが、1820年代以前には有機体や民族精神というこの学派を代表する概念や、サヴィニーが1803年の『占有権論』で行った研究方法が強調されたわけではない。また、研究も古代研究志向で、古代の新史料の発見という共同研究プロジェクトのようなものであった。

学派内部での議論が活発になり、その特徴を自覚的に追求し始めたのは、1820、30年代以降である。きっかけは、例えば、ティボーによる非実務性や古代志向への批判や、ヘーゲル主義者による非哲学的との批判である。このようないわば外圧をきっかけに、それぞれの点について学派内での議論が深まっていった。非実務性に対しては実務性を考慮した新たなメディアとして『ライン学術年報』の創刊、また、非哲学的との批判に対しては法概念におけるシェリング哲学や覚醒神学 *Erweckungstheologie* の受容があり、さらに法秩序に関して自由と必然、直観と理性の問題などが積極的に取り上げられ、議論された。

しかし、1830年代後半から、学派の中心人物が次々に世を去り、（特に1846年のプフタの死が）学派内での議論を停滞させることになった。また、新たなリーダーと目されていたイエーリングも、学派から離れ、独自の道

を歩むことになる。歴史研究、法の神学的基礎づけなどは、新しい世代には継承されることなく、学派は終焉をむかえた。

さて、学派の末期において、民族精神はどのように見られていたであろうか。例えば、イエーリングにとって重要であったのは、あいまいな民族精神ではなく、法の現実 *Rechtswirklichkeit* であった。民族精神の形而上学的な基礎づけは色あせ、直観や感情を引き合いに出すことは非学問的と評された。イエーリングは、『ローマ法の精神』第2巻(1856年)において、法感情の支配を終わらせるために自然科学の方法を導入するといひ、1872年の『権利のための闘争』において、法感情を学問的に観察する試みを始めた。これは、法感情の成立を考察した『法における目的』と1884年の講演『法感情の成立について』に通じる。ここで彼は同時代の心理学を利用したのだ⁽¹⁶⁾った。

アルノルトはどうか。当時、民族精神は「神秘」と批判されており、彼は次のようにいう。「私たちは、なおも民族精神や有機体というスローガンをもってなにかを伝えようとするをやめなければならない。問題を、解決する代わりに、はねつけてしまうために使うこの言葉は、空虚な言葉である」(『文化と法生活』9頁)⁽¹⁷⁾。そして、アルノルトは、冒頭のハーファークャンプの引用で見たように、民族精神を現実の諸要因(言語、技術、学問、習俗、経済、法、国家)に分割して考察を進めようとするのである。それが、『文化と法生活』⁽¹⁸⁾である。

②ヤンセン

クレッシェルが述べるところによれば、彼も1970年代初めまではアルノルトを『定住と移住』(1875年)の著者として知るにすぎなかった。彼がアルノルトに注目するようになったきっかけは、ヤンセンが、クレッシェルの指導のもとで作成し、1974年に刊行した『オットー・フォン・ギールケの歴史法学の方法』⁽²⁰⁾にあるという。ヤンセンは、アルノルトの方法論がギールケに影響を与えたという。ここでヤンセンによるアルノルトの描写を確認しておこう。⁽²²⁾

a) 法の起源・発生の考察 die genetische Rechtsbetrachtung⁽²³⁾

ギールケは、法を生活関係に依拠させること、また、法は、自律性とともに社会的機能があり、共同生活の一部であることを説く。学問的に理解されるものは、その起源・発生にそくして説明されなければならない。法を生み出す共同体へと立ち戻り、共同生活におけるさまざまな法形成の要因を観察することが重要であった。

ギールケのこのような法の起源・発生の考察は、アルノルト『文化と法生活』(1865年)を思い起こさせる。彼はこの著書の中で、法の概念的方法とともに、経験的な方法を用いて、倫理的側面と経済的側面の法への影響を明らかにした。これによって、従来、あいまいな形で、有機的な法理解とか、法の起源・発生の考察とか言われていたものが、具体化された。アルノルトは、『文化と法生活』の「まえがき」(XI頁)で、歴史法学派の理論を認め、そこからのみ学問的發展が可能であることを強調するも、しかし、これと同時に、法と文化の関係、つまり、法が成立するところだけでなく、その後の進行と発展の経過の中でも法を観察していこうとする。それは、法がいつの時代でも民族生活の他の側面、特に経済の状況との関係で見せる、法と文化の生き生きした相互関係である。ギールケは、アルノルトの目標設定に重要な功績を見て、何度もこの著書に言及する。

アルノルトは、『文化と法生活』の「まえがき」(XXII頁)で、哲学者トレンデレンブルク (Friedrich Adolf Trendelenburg, 1802-1872)⁽²⁴⁾の『倫理にもとづく自然法 (Das Naturrecht auf dem Grund der Ethik, 1860)』を頻繁に参照している。トレンデレンブルクの哲学は、アルノルトにとって、かつての抽象的で空虚な哲学 (例えばヘーゲルの哲学) の対立物であった。トレンデレンブルクは、彼の有機的な哲学を、ヘーゲルの概念の弁証法を拒否することから発展させた⁽²⁵⁾。

また、アルノルトは、ロツツェ (Herman Lotze, 1817-1881)⁽²⁶⁾の3巻におよぶ『ミクロコスモス』も参照している。ロツツェは、機械論的な自然と、人間の観念主義とを和解したことで知られている。哲学は、彼にとっては、生の事実と結びついたもので、出発点はただ経験だけである。しか

し、ロツツェにとって、経験を超えて、より高次の目的がある。それは、機械論的な自然が仕え、そして、個別の生活機能の関係を構成するものである。アルノルトは、ロツツェの理論をわがものとし、そこから法を観察する生理学的方法を発展させた⁽²⁷⁾。

さらに、アルノルトは、別の著書で、歴史学派のロッシャーとクーニースの国民経済学に関する著書を挙げている⁽²⁸⁾。また、アルノルトは『文化と法生活』の「まえがき」(XXIII頁)でイエーリング『ローマ法の精神』⁽²⁹⁾にも言及している。

最後にヤンセンはおおむね次のように要約する。法は、法以外のその他の生活機能との関係の中で存在している、というギールケの見解は、同時代の法学と法哲学に、その模範を見つけた。そのことはとりわけアルノルトとトレンデンプルクが証言している。彼らは、法の起源・発生の考察の理論的正しさと必要性を証明するなどし、支配的であった概念法学に欠けていた現実との関係を指摘した。倫理上拘束力のある法理念を強調するトレンデンプルクは、はっきりと、概念法学の信奉者らがその影響をまさに排除しようと努めた哲学に法学を依拠させた。トレンデンプルクによるほかに、方法論において、ロツツェの『ミクロコスモス』とイエーリングの『ローマ法の精神』によりその研究を決定づけたアルノルトは、とりわけ法を経済に依拠させ、それと同じように、純粋な法学的な見方に発展というものを対置させた。このことは、トレンデンプルクとアルノルトにおいて——帰納によって行われるがゆえに——ヘーゲルの「純粋な思考」への反対物として理解された、有機的思考という手段によって見られるものである。「理念的リアリズム」という概念によって、すなわち、依然理念へと向けられたリアリズムによって、この見方はもっともよく特徴づけられる。ギールケの、法の起源・発生の考察は、まさに同じことであり、そして、ここに哲学的な基礎を見つけた。現実の社会を把握するという、この方法は、法学だけにとどまるものではなく、同時代の国民経済学においても、直接的な類似を見る。シュモラーによって、国民経済学の分野で追求された学問の目標は、例えば、ギールケの法学上のコンセプトとほぼ完全

に一致する⁽³⁰⁾。

b) 法源⁽³¹⁾

法の民族性が保証されるのは、裁判所が、実定の現行法の解釈にとどまることなく、現行法を時代の法意識に合わせて変更するときである。この試みをアルノルトは『文化と法生活』(1865年)で行った。アルノルトは、ギールケと同じように、歴史法学派の基礎の上に立ち、また同じく、サヴィニーと彼に続くロマニステンの欠点も認めている。

アルノルトは、たしかに、法源としての学問について語り、その特性を証明しようと試みた。しかし、彼は判決と学問を区別しない。彼が証明しようとしたことは、ただ次のことだけである。制定法と慣習法は法源として今日もはや十分ではない。なぜならば、直接的で無意識に形成される慣習法は、生活機能の分化が進行することによって衰えていくからである。また、それゆえ、法の健全な形成のためには、内的な承認にもとづく学問法を肯定することが必要である。アルノルトは、ギールケとは違い、現行法を超えた法形成 *Rechtsfortbildung extra legem* の権能をも裁判所に認めている。

アルノルトは、今後も慣習法が存在し、みずからを新たに作り上げていくということを否定しない。しかし彼はまた、それは昔ほど簡単にはできないと考えている。このような状況で、無意識な慣習法による法形成は、熟慮と意識によって行われる行為に代わられる。すなわち、法学がこの任務を負う。法学にそれが可能なのは、法学は、純粹に形式論理によってのみ行われるのではなく、同時に法をその内的基礎と目的にしたがって規定していくことを試みるからである。法は、現行法に拘束されるのではなく、むしろ現行法から新しいものを形成していく。かりに法学が抽象的、概念的のみ思考するならば、それは問題である。しかし、法および生は形式論理のように矛盾なく一貫して発展しないのだから、法学は形式論理だけに的を絞ることはできない。たしかに、法学は古い法概念から出発するが、しかしそれに固執するのは、法学が生をその概念の中で支える場合だけで

ある。法が、形式論理的側面とともに、経済的側面と習俗的側面をもち、この点にそれぞれの時代の特徴が現れる。法の自立性 *die Selbstständigkeit des Rechts* は概念の自立性だけであり、経済と習俗とがその基礎にあるゆえ、アルノルトははっきりとベーゼラーの理論（学問は既存の法からのみ新たなものを発展させる——これはギールケもまた信じるところ）を拒否し、次のように述べる。「学問が生み出す法はかつてそもそもまだ存在しなかった。」「したがって、古い概念ではなく、文化の新しい形式こそ、学問が正しく発展させ、そして基礎づけなくてはならない。」（『文化と法生活』392、394頁⁽³²⁾）

学問法の場合、法の効力を生じるための外的な標識は必要とされない。慣習法の場合、法的確信と並んで、直接の慣行が付け加わる。制定法の場合、制定法の形成と並んで、お上の要求が付け加わる。学問法は、内的妥当根拠だけをもつ。それは納得いく理論の真理である。内容的に承認される限りで、学問法は存在する。そして、学問法は、時の経過の中で慣行 *Übung* と慣習 *Herkommen* によって慣習法の形式を帯びる。

ここまでの内容をヤンセンはおおむね次のようにまとめる。今日、個々の生活機能の分化が進行することによって、社会の統一的な行為の基礎が失われ、だからまた、すべてのものに拘束力ある慣習法を形成することはさらに難しくなっている。それゆえ、今、法学が媒介機能を引き継ぎ、そして、熟慮によって、かつて慣習法としてまだ直接的で無意識に民族の生活のなかにあり、つねに存在した、それぞれの利益の平準化を生みださなければならない。法学はこれができる。なぜなら、法学は、創造的な活動をすることができ、ただ形式論理的に活動するのではないからである。法学が古い法と結びつくことは、この場合、次の点でのみ意味がある。すなわち、その結びつきが、生活によって、正当化されるときである。生活の発展と同じように、法の発展も先を見通すことはできない。だから、学問はかならず現行法を超えて行かななければならない。学問法の効力根拠は、理論それ自身ではなく、学問法の内的な真理内容が承認されることではじめて生みだされる。制定法や慣習法とは異なって、しかし、学問法は外的

な効力根拠を持たない⁽³³⁾のである。

これと同じことは、学問法だけでなく、現行法を超えた法形成についての裁判所の権限にもいえる。アルノルトは、生活の現実が、現行法を改変し、新しい秩序を作り出すよう要求しても、そのために慣習法の存在を前提としない。アルノルトもギールケも、時の経過の中で個々の生活機能がばらばらになっていったという歴史観は共有しても、慣習法を形成する当時の能力の判定については異なる。ギールケはここで非現実的な態度を示す。ギールケは、現行法を超えた裁判所の法形成を否定する。ギールケは、近代の法発展における慣習法の役割を過大に評価する。その理由は、ローマ法継受に関するゲルマニストの理論だけでなく、ギールケの有機的な *organisch* 歴史の理解にある。つまり、歴史の発展は、分化が進むにもかかわらず、最後には統一へと進み、近代においてさえもなおすべての対立を超えて、すべての法を支え発展させる統一的な国民的法確信が存在する、というものである。ギールケは、各人が生き生きとした法意識としてそれ自身のうちに経験する、ひとつの自律的な法理念 *eine autonome Rechtsidee* (または、法理念の自律性 *die Selbstständigkeit der Rechtsidee*) を信じている。ギールケによれば、法の理念 *die Idee des Rechts* は、言語や神の観念などと同じように、人間の共通財産であり、われわれ人間の内的統一の証である。

アルノルトと同じように、生活機能の分化が進んでいることを認めても、法仲間 *Rechtsgenossen* の中で生き生きと存在し、法仲間を拘束する法理念が存在することをギールケは肯定する⁽³⁴⁾。法理念へのギールケの信念こそ、彼に慣習法の優越的な役割を主張させたものである。法形成は外的な生活条件によっても決定され、近代においてはますます複雑になっている、という考えは、ギールケの慣習法優位の陰に隠れてしまった。ギールケの哲学が、慣習法の形成が後退しているという現状の認識を妨げた。

③クレッシェル

クレッシェルが着目するのも、アルノルトの法社会学研究である。1975

年の論文以外に見られるアルノルトの記述を記しておこう。

アルノルトは、ベーゼラーから（ベーゼラー自身は実際にはやらなかった）法社会学的考察を引き継ぎ、その成果が『文化と法生活』（1865年）であった。そこでのアルノルトの問題設定は、法生活の条件と前提の探求、法と経済の関係を探ることであり、法は人間の共同生活の中から成立するものであることが彼の研究の前提にある。また『ドイツ諸部族の定住と移住、特にヘッセンの地名にもとづいて』（1875年）は、近代の地名研究の中でも基礎的な作品である。しかし、そこでの部族史や地名学の研究成果はそれほど重要ではなく、初期の経済的・社会的状態の解明が重要であった。アルノルトを地名研究に導いたのは、言語的関心ではなく、初期ドイツの法生活の社会的前提・条件の探求である。ただ、その試みは、社会学的理論の完成には及ばないものであった。⁽³⁵⁾

さらに、版を重ねて現在も刊行される、クレッシェルの教科書では次のように説明される。

法と社会的現実の関係は、2つの方向から考察されうる。ひとつは、法の社会的前提とその変化はなにか、が問われうる。この問いは、オイゲン・エールリッヒやカール・N・レバンスシュタインなどの著名な法社会学者にとって、中心的課題であった。…しかし、この問いには多くの法学者も取り組んだ。名前を挙げれば、ルドルフ・フォン・イエーリングである。…イエーリングと並んで、すくなくともさらに、社会的現実⁽³⁶⁾に法のルーツをもとめる理論によって、オットー・ギールケやローレンツ・フォン・シュタインに影響を与えた、W・アルノルトの名も挙げられてよい。これについては、K・クレッシェル「19世紀の忘れられたゲルマニスト：ヴィルヘルム・アルノルト（1826-1883年）」H・クラウゼ記念論集1975年、253-275頁

このように、アルノルトの功績のひとつは、法と社会の関係について研究を始めたことにある。またさらに、後述のように、クレッシェルは、中

世法に関する彼独自の理解, すなわち, 当事者の契約により設定される法をあらわす「法慣習 *Rechtsgewohnheit*」という語は, アルノルトの『文化と法生活』に見られたという。

次章では, 法社会学研究, 法慣習にポイントを絞り, アルノルトに関する説明を記すことにしよう。

2 アルノルトの研究の意義

(1) 法社会学研究

本節では, クレッシェルの論文にもとづいて, アルノルトの『文化と法生活』(1865年)の概要を見てみよう。

中世史家リーチェル (Siegfried Rietshel)⁽³⁷⁾ はアルノルトの業績を評価した。一般的にいて, アルノルトの『ドイツ自由都市の国制史』『所有権の歴史』『定住と移住』において, その評価は同意を得るものである。しかし, クレッシェルは, これに加え, 『文化と法生活』の重要性も見過してはならないという。⁽³⁸⁾

同書「まえがき」によれば, アルノルトは, 同書を「法の生理学 *eine Physiologie des Rechts*」といい, その目的は法の生理的な条件を発見することにあるという。そして, 考察の対象は歴史的なものである。この時, 民族精神という概念や, 有機体というあいまいな概念は役に立たない。民族の生活を理解するための唯一の方法は, 学問の分業により行われるものである。⁽³⁹⁾

続いて, 第1部「国民生活と法」の内容である。⁽⁴⁰⁾ その第1章では「国民生活の諸要因とそれらの相互作用」を考察する (これはそのまま第1章の見出しである)。アルノルトは, 国民生活の力として, 7つの要因を挙げる。まず, 言語 *Sprache*, 技術 *Kunst*, 学問 *Wissenschaft* であり, これら精神的な性質に依存する。他方, 経済 *Wirtschaft*, 法 *Recht*, 国家 *Staat* は, 人間の有限性や歴史的秩序に依存し, また多様性に条件づけられる。そして, この2つのグループを仲介するのが習俗 *Sitte* である。このルー

ツは精神的な力にあるが、その効果は経済、法、政治生活に及ぶ。そして、両グループは相互作用の関係に立つ。

第1部の第2章では、このうち、経済、法、国家の密接な相互関係が語られる。これらの領域は、他の領域なくしては考えられないものである。この3つの領域の根源にある衝動は、それぞれ自己愛 Selbstliebe、法感覚 Rechtssinn、共同感覚 Gemeinsinn であり、これらも他をなくしては考えられない。すなわち法は、法感覚や衡平感情 Billigkeitsgefühl だけではなく、同時に自己愛あるいは共同感覚をも前提とする。

まず、経済と法については、一方、経済上の行為は法の形式を与えられ、あらゆる経済制度は法制度である。したがって、すべての法命題は経済的な内容や関係を持つ。それは私法でもっとも顕著である。この関係は、譲渡、遅滞、無効などではごく間接的だが、所有、売買、婚姻、後見などでは直接的にあらわれる。いずれにしても、法と経済が相互にばらばらになってしまうことが長く続くことはない。このように法は孤立した領域ではなく、歴史の全体的な発展の中で生みだされてきたものである。しかし、法にとって経済生活の必要性だけが決定的要因であり、法はそれに従わなければならない、というのは誤りである。法は立法の形式において真の経済的利益と偽の経済的利益を区別するために介入しなければならない。経済に他の要因を考慮することが求められるのだから、それだけいっそう法的判断においても（経済的要因だけでなく）法感覚や共同感覚も優先されることがある。

次に、経済と国家の関係に関する考察では、各時代の経済形態と国家形態が対応させられる。まず古代と中・近世の経済が区別され、後者はさらに3つの時代に区別される。その第1期は、自然が生産力であり、農耕と物々交換 Tauschhandel が支配する。この時代の国家形態は、出生身分による社会構成とガウ Gauverfassung である。第2期は、自由な労働が始まる時代である。この時代には、商業 Handel と営業 Gewerbe が土地から解放される。ここでは都市の市民身分だけでなく、自由農の身分も誕生した。しかし、なおもすべての借地 Leihewesen は、経済的に見れば負担

Belastung および土地への拘束と異なるものではなかった。この時代の成果は、職業身分が貴族身分に取って代わり、そして、少なくとも都市では、近代国家の基礎が築かれた。第3期は、土地と労働に加え、資本が生産力となる。この時期には、近代の領域国家において、貨幣経済が浸透し、貢租 Abgabe と賦役 Dienst からの解放によって、人格の自由ばかりでなく、所有の自由がもたらされた。したがって、人格と所有という2つの概念は、政治的かつ法的な概念であり、しかしそれよりもっと経済的な概念である。ここに示されるのは、国家が一方的に経済発展に規定されるのではなく、経済発展が同時にますます国家の発展に依存している、ということである。

最後に、法と国家の関係を考察する。アルノルトは、国家は徐々に法秩序から独立していくものであるから、法 Recht に重要な影響を認める。すべての制度は初期においては、同時に政治的であり、かつ私法的な性質をもつものであった。すなわち、家族法、所有権、取引法、相続法が公的な性格をもつことも少なくなく、同様に、王国、都市、政府、行政が私法的な性質を持った。しかし、発展した国家は、立法により、直接的に法に作用する。それは経済に対するのと異ならない。また、国家は、裁判所と訴訟法の整備によっても法に影響を与えた。最後に、法曹身分の政治的地位も国家と法の関係にとって重要であり、アルノルトは、理論と実務の分野は不可避であり、この区別を再び廃してしまおうというのは明らかな後退であるという。

第2部「法の元素 Element」が続く。⁽⁴¹⁾ おおむね次のような内容である。アルノルトは、法の特性を、生き生きしたもの etwas Lebendiges、関係的なもの etwas Relatives と捉える。その上で、法の元素の1つ目として、事実的な基礎、経済的な基礎を挙げる。また、法律家には、論理的な推論よりも、生き生きした影響力が大事である。次に、2つ目として、習俗 Sitte を挙げる。かつて法はまったく習俗のなかにあり、習俗にルーツがある制度がだんだん法制度へと移行した。習俗という基礎から法を引き離すことは、空虚な抽象化であり、なにものも残らない。習俗は法の生き生

きした力であり、法とは法の資格を与えられた習俗である。都市の婚姻契約は、たしかに客観的な意味で法ではないが、しかしそれには同意があり、ここに習俗の意義がある。習俗は、事実から法への移行を媒介する。最後に、3つ目として、形式的なものを挙げる。それは、歴史的に見て、3つある。すなわち、図 Bild・シンボル Symbol, 語 Wort・言葉 Sprache, 概念 Begriff である。古い時代の法の表現は、図・シンボルの形をとる。そこに、法を、直接的に見てとり、感覚的に理解できる。しはし、やはり、本来の、本質的な法の形態は概念であり、それなくして法は考えられない。語によって、言葉において、概念は理解される。

第3部「法の歴史と体系」⁽⁴²⁾では、法源の歴史的役割、より正確には、法源と呼んでいる法の成立形態について考察する。法の本来の源泉は国民の生活であり、習俗 Sitte であり、したがって歴史それ自体である。最も古くは慣習法である。これは、古い文化段階の、習俗から直接に成長していく法である。国家の設立とともに、立法が加わる。この立法という道具によって、民族は、習俗に表れるその意思を自由に使う。最後に、法学は新しい時代の慣習法である。その妥当根拠は、慣習法や立法とは異なり、外的なものではなく、内的なものである。学問の法生産能力に疑義はない。とはいえ、法律家の作業は、既存の法から新たなものを発展させる論理的作業だけでない。アルノルトは次のようにいう。「法概念を発展させるためには…その時代の文化が法概念に何を要求しているのかを研究しなければならない…したがって、古い概念ではなく、文化の新しい形式こそ、学問が正しく発展させ、また作り上げなければならないものである。法の精神と好んで呼ぶものは、結局のところ、時代の精神だけである。そして、法学が加えるものは、法学がその精神に与える法的な装いである。」(『文化と法生活』393-394頁)⁽⁴³⁾

これらの法源のあり方は、各時代の経済の生産力と相応する。すなわち、自然には慣習法、労働には立法、資本には学問法である。アルノルトはいう。「慣習法は、その静かに活動する働きにおいて、自然のもつ静かに活動する力と比較されうる。制定法は、法産出の本来の形態として、すべて

の経済の生産物の本質的な源泉として、労働に相応する。その結果、これら2つは、それぞれの領域における、最も重要な、また、ある意味では唯一の要因である。いつでもすでにある古い慣習法と制定法を前提とし、両者が結び付いた力によって活動する学問は、その対応する像を、同じく自然と労働の結合から生じた、経済の産物の新たな形式である、資本のなかに見出す。そして、学問が後に慣習法の機能を引き継ぐように、資本は、自然の力を私たちのためにますます利用し、意識してある目的のために利用する道具である。資本はいわば新しい時代の自然の力、あるいは自然の力が拘束され、また経済の労働が服しているように思われる形式である。…」(『文化と法生活』396頁)⁽⁴⁴⁾

『文化と法生活』の最後のページで法体系の考察があるが、これは割愛する。⁽⁴⁵⁾

(2) 法慣習⁽⁴⁶⁾

クレッシェルは、1994年に刊行された論文「法史学における法概念」⁽⁴⁷⁾で、彼が使った「法慣習 *Rechtsgewohnheit*」という言葉はアルノルトの『文化と法生活』より採られたことに言及している。

この法慣習という考え方は、1960年代、70年代のエーベル、デーメリウス、ハーゲマンの研究に触発されたものであり、本稿「はじめに」でも触れた通り、クレッシェルが⁽⁴⁸⁾、自身の教科書 *Deutsche Rechtsgeschichte* 2, 1250-1650, 1973, S. 84 ff. で、慣習法 *Gewohnheitsrecht* と区別するために、取り入れたものである。⁽⁴⁹⁾

なお、今ここで、中世法に関する論争に立ち入ることはできないので、注にいくつかの文献を挙げるにとどめる。⁽⁵⁰⁾

さて、既述の通り、クレッシェルが法慣習という言葉はどこで見つけたかと言えば、それはアルノルトの『文化と法生活』(1865年)であった。⁽⁵¹⁾クレッシェルは、アルノルトは法制度は習俗 *Sitte* から生じると見ている、と述べ、アルノルトの「はじめは徐々に習俗から法慣習が生じ、そして法慣習から法が生じる。」(『文化と法生活』270頁)⁽⁵²⁾という言葉を用いし、婚

姻契約の例を指摘（同書272頁）する。⁽⁵³⁾ クレッシェルはこのあと、1954年に発表した自身の論文 *Waldrecht und Landsiedelrecht im Kasseler Raum*⁽⁵⁴⁾ にもとづいて、中世後期の法慣習の具体例を挙げるが、その紹介はここでは割愛する。これに続いて、クレッシェルは、彼が考える法慣習というあり方が、19世紀の法学者のどの著作に見られるか、時代をさかのぼりながら論じる。

まず、19世紀末の著作である。ギールケの1895年の『ドイツ私法』でも、法と権利の区別、（確信と慣行により成立する）慣習法と法曹法（裁判慣行と学問）の区別についての標準的な説明があるにすぎない。ストッペの『ドイツ私法ハンドブック』（第2版、1882年）も同様の説明である。これらの説明はヴィントシャイトと変わらない。彼らは、慣習 *Herkommen* や私的自治 *Privatautonomie* において、法と権利 *objektives und subjektives Recht* の区別や、法命題 *Rechtssatz* と法関係 *Rechtsverhältnis* の区別がいまいにされていることを批判する。また、ギールケは、1873年の『ドイツ団体法論』第2巻で、中世ドイツの法観念がこれらの区別をしていないことを批判する。クレッシェルはギールケを評して次のようにいう。「しかし、ギールケはドイツ中世法の独自構造を認めることができなかった。彼の最終目標は、ただ（言葉の上で）「古いドイツ法の理念の不完全さ」であった。したがって、ギールケのパンデクテン法学的な概念こそが彼を中世独自の法概念へと到達することを妨げ、またそのような概念のために彼は慣習や契約による規範設定などの事柄が気に入らなかった。」⁽⁵⁶⁾

次に19世紀半ばの著作である。最初に取り上げられるのはアルノルトである。彼の『文化と法生活』（1865年）は、ギールケの団体法論が刊行される数年前に発表された。同書でアルノルトは、経済その他の社会生活と法生活の関係を深く追究しようとしている。しかしながら、アルノルトの法概念は近代の法理解におけるように客観法であった。例えば、婚姻契約を締結するという都市の習俗は、それ自体ではなおも法のルールではない。その習俗が慣習法に昇格して初めて、法としての資格を得ることになる。⁽⁵⁷⁾

クレッシェルはさらにゴールドシュミットの『商法ハンドブック』第

1 卷 (1864 年) を取り上げ、そこにわずかの進展が見られるという。クレッシェルが注目するのは、ゴールドシュミットが同書において商慣習 Usance に取り組んでいることである。ゴールドシュミットは、これを「商行為に独自の法命題と法制度の内容豊かな源泉」と見て、「商慣習はおよそもっぱら中世の商取引を規律した…その若々しい力に商法は」「とりわけ商慣習の生命力に満ちた発展、ふさわしい新たな規範の成立、現行の規範の完成と補充、時代遅れの規範の排除を負っている」(『商法ハンドブック』第 1 卷第 1 章 233, 235 頁)⁽⁵⁸⁾ という。ただ、ゴールドシュミットは、プフタの慣習法論を採用し、商慣習を広狭二義に区別している。すなわち、法命題から生じる狭義の商慣習と、法関係から生じる広義の商慣習である。ここに、法慣習という中世の現象と、慣習法とが、はっきりと区別されている。

ペーゼラーは、1847 年の『普通ドイツ私法体系』で民衆法と法曹法を区別し、1835-1840 年の『相続契約論』で法曹法を学説と裁判慣例により形成された制度とする。他方、民衆の習俗と生活関係から生じる民衆法については、プフタとは異なって、それに対応する慣行 Übung を必要とした。慣習 Herkommen は、法を形成するのに必要な力を獲得するために、徐々に習慣づけること die allmähliche Gewöhnung を必要とする、長期間継続する慣行とされる。また、テール (1807-1884) は、1851 年の『ドイツ私法入門』で慣習法 Gewöhnungsrecht について論じた。ここにはじめて、日常の法生活に對置される、客観的法秩序の浸透を見ることになる。

そして、さらに 19 世紀前半の著作へと進む。1828 年にプフタの『慣習法論』が刊行されたのとはほぼ同時期の 1829 年に、ルンデの『普通ドイツ私法原理』第 8 版と、アイヒホルンの『ドイツ私法入門』第 3 版が刊行された。両著作の法源論では、慣習 Herkommen、契約にもとづくアウトノミー die verträgmaße Autonomie (ギールケが「不完全な、古いドイツ法の理念」とよんだもの) が、中心的位置を占め、両者は密接に関係している。

アイヒホルン⁽⁵⁹⁾はまず、自ら選んだ法規定に服する自由がローマ法よりも広くドイツ法の中にあることを強調する。また、慣習法は、慣習 Gew-

ohnheit から導き出されるルールであり、個々人の行為がいわば第三者にとっても拘束力を持つことになる。

また、ルンデもアウトノミーと慣習法を密接に関係づけ、「慣習 Herkommen とドイツ法慣習は、不文のドイツ私法の源泉である」とし、貴族の家族契約 Hausvertrag を引き合いに出す。契約により法を設定することを通じてアウトノミーを行使することが、慣習とされる。これは、民族精神や法確信に立脚するプフタ以来の慣習法論よりも、慣行 Übung がはるかに大きな意味を持つ普通法上の consuetudo 理論に合う。慣行は、効力を持つためには、時効の全期間ずっと継続しなければならない。

この他のゲルマニストたちも、長期間にわたって行使される契約にもとづいた実務の例に注目する。それは、例えば、ピュッターの貴族の家族契約の研究、ストルーベンの ius villicorum の研究、レンネプの Landsiedelrecht の研究、クリスティアン・ルートヴィッヒ・ルンデ（先のユストゥス・フリードリッヒ・ルンデの息子）の隠居分 Anteil などの研究である。

ピュッターにとって、慣習法は、制定法に優位し、アウトノミーにルールをもつ。それは、自分の行為と法関係を自ら選んだ規範 Richtschnür に合わせる自由のことである。フーゴーは、おのずからつくられるものを大事にし、ロマニストの民族精神よりも古風な慣習 Herkommen を念頭に置いた。⁽⁶⁰⁾

以上のように、古いゲルマニストたちは、慣習 Herkommen へと結実する法律行為の実務を法形成の優位なものとしており、彼らの慣習法は法生活の実務に密着した事実上の慣行 Übung であった。それに対して、事実から法は生じないとし、慣習法概念から慣行を引き離してしまったのはロマニストのプフタであった。慣習法の規範的性格は、歴史法学派とパンデクテン法学の遺産である。

3 アルノルト＝ホイスラー往復書簡

本稿の最後には、2013年にクレッシェルらにより編集・刊行されたアル

ノルトとホイスラーの往復書簡について記しておこう。これが刊行されるまでの経緯はおおむね次の通りである。

1972年ないし1973年に、アルノルト宛の手紙をその子孫が所持していることを教えられる。その大部分はバーゼル大学時代の同僚ホイスラー (Andreas Heusler, 1834-1921) からの30の手紙であった。さらにアルノルトがしたためた返信がバーゼルの公文書館にあることを教えられる。そこでアルノルト＝ホイスラー往復書簡の編集を思いついた。関係者の同意をえて、手紙の原本 (最後の13通) を譲り受けたのが、1976年1月6日であった。この後、大学の移動や新たな企画への着手など、クレッシェルの個人的な事情もあって作業は中断したが、2010年1月、法慣習に関するフランクフルトでの会議において、ミヒャエル・シュトライスがこの往復書簡に関心を示し、新たな作業補助者もえて、2013年にアルノルト＝ホイスラー往復書簡が刊行されるに至った。⁽⁶¹⁾

いま一度、アルノルトとホイスラーの出会いを確認しておこう。アルノルトは、1855年にバーゼル大学に招聘された。そのきっかけとなるのが、1854年に刊行された、2巻に及ぶ初の大著『ドイツ自由都市の国制史』である。この著作が、バーゼルの市参事会員で教授のホイスラー (父) の目にとまり、アルノルトはバーゼル大学に招聘された。

アルノルトのバーゼル大学赴任が、息子ホイスラーを近づけることになる。ここでホイスラーの経歴も見ておこう。ホイスラー (息子) は、バーゼル大学教授である。彼は、まずバーゼルで研究を始め、ゲッティンゲンとベルリンでもそれを継続した。ベルリンではホイスラーもまたグリム兄弟と親交をもった。ベルリンでの勉強の中で、ホイスラーは、ゲルマニストであるカール・グスタフ・ホーマイアーからごくわずかししか影響を受けなかった (「ホーマイアーは、愛すべき男だが、退屈だ」)。それに対して、ホイスラーは、回想の中で、チューリッヒ人フリードリヒ・ルードヴィッヒ・ケラーというロマニストのすばらしい講義を称賛した。ケラーは、1847年以降、かつてのサヴィニーの講座を担当していた。ホイスラーは、1856年に博士号の試験に合格し、彼のベルリン時代は終わった。バーゼル

へ戻った後、教授であり民事裁判所長官であったヨハン・シュネルの勧めで、バーゼル修道院文書館の整理と目録作成の仕事に就いた。ここでホイスラーは、彼自身の証言によれば、初めて、彼にとって講義の中では生命をもたなかった「古ドイツ私法と…実践的しくみの中で」出会った。続いて、ホイスラーが「この頃に法理論家ヴィルヘルム・アルノルトと親しくなった」と回顧しているので、アルノルトもこの頃に文書館での仕事に参加していたことがわかる。ホイスラーが聖ペーター修道院の文書の目録を作成せねばならなかったとき、アルノルトは聖レオンハルト修道院の仕事を割り当てられていた。2人はこの仕事を通じて独自の研究の示唆を得ていた。ホイスラーはスイスの破産手続の歴史に関する論文を執筆した。この論文は、シュネルによって、彼が1852年から編者を務める『スイス法雑誌』に掲載され、ホイスラーは1858年に教授資格論文として用いた。アルノルトの業績『ドイツ都市における所有権の歴史』もはじめはホイスラーと同じようにこの雑誌のためのものとして予定されていた。しかし、シュネルは、大規模で（彼が見る限り）古事学的な「ドイツ式の成果」をスイス人の読者が好むと思われず、その結果、1861年に著書として刊行された。

ホイスラーが時折アルノルトの教室を訪れたこと（手紙18）、文書に関する共同研究あるいは大学での教師の仕事（1858年よりホイスラーはバーゼル大学で民事手続法を担当することとなった）が2人の友情を確かなものとした。アルノルトが故郷ヘッセンに戻ってからも、彼が亡くなる1883年まで親交が続いた。⁽⁶³⁾

この「アルノルト＝ホイスラー往復書簡」には、1858年から1883年の間に2人の間で交わされた59通の書簡が収められている。バーゼル大学での同僚時代から、アルノルトがマールブルク大学へと移り、彼の死まで続けられたことになる。数えてみると、内訳は、アルノルトからホイスラー宛は29通、ホイスラーからアルノルト宛は30通である。手紙の内容は、家族、健康、講義、学問・研究、政治のことなど多岐にわたる。⁽⁶⁴⁾

2人の学問業績に関して言えば、中心的なテーマは、中世都市の国制であった。ホイスラーは、アルノルトの『自由都市の国制史』（1854年）を

思い浮かべながら、『都市バーゼルの国制史』(1860年)を執筆した。同じことは、ホイスラーの『ドイツ都市国制の起源』(1872年)にも言える。この著書の刊行は、アルノルトを喜ばせたらしい(手紙35)。また、アルノルトが1877年に『国制史』新版の問題に立たされたときにも(手紙45)、ホイスラーは、説明を要すると思われるポイントを、アルノルトに伝えている(手紙46)。さらに、彼らは、1863年に亡くなった、彼らの助言者ペーマーに対する感謝を込めた追悼においても(「私たちの、永遠のペーマー」手紙7。また、手紙12, 13も参照)、カール・ヘーゲル、ゲオルグ・ルートヴィッヒ、そしてゲオルグ・フリードリッヒ・ニーチェのような評論家を拒否することにおいても(手紙36)、一致している。

ホイスラーは、アルノルトの『文化と法生活』(1865年)も賛同をもって読んだ。なぜなら、ホイスラーは、かつてバーセル修道院文書館での仕事の際に議論した問題(手紙18)を、その中に認めたからである。しかしそれにもかかわらず見過ごしてはならないのは、2人の学問上の道が、徐々に、別々の方向に離れて行ってしまったことである。例えば、アルノルトはどうやらホイスラーの大著『ゲヴェーレ』(1872年)をほとんど扱っていないように思われる(手紙37)。ホイスラーも、すでに、それがアルノルトにはあまり気に入られなかったと考えている(手紙38)。ホイスラー自身、アルノルトの『定住と移住』(1875年)に対して、みずからの言語研究の無知を認めている(手紙40)。アルノルトの『ドイツ史』に関しては、ホイスラーははっきり賛同をもって読んだ(手紙52)。しかし、アルノルト(1883年に死去)は、ホイスラーの大著『ドイツ私法提要』(1885/86年)に接することはもはやできなかった。

また、はやくも1863年にホイスラーは、当時、法制史研究において領域形成 Territorialbildung の重要な点について妥当で明快な説明に到達しておらず(手紙8)、アルノルトのランデスホーハイトの歴史の研究計画を励ましている(手紙40)。残念ながら、この計画が実行されることはなかった(手紙42, ⁽⁶⁵⁾47)。

さて、上記では、学問に関する手紙のやり取りの中でホイスラーの『ゲ

ヴェーレ』にアルノルトが関心を示していないことに触れた。じつは所有権概念をめぐっては、アルノルトとホイスラーの見解は対立しており、これを見ておくことは、ドイツ法史上の「ゲルマン・イデオロギー」を知るためにも重要である。最後に、この点について、クレッシェルの別の論文⁽⁶⁶⁾から確認しておこう。

周知のように、所有権について2つの考え方がある。つまり、無制約で全面的な支配とするローマ的所有権概念と、制約があり分割可能とするゲルマン的所有権概念である。中世イタリア法学でも、この分割所有権と包括的支配権としての所有権（絶対的所有権概念）の2つの考えが存在した。これはさらに、17世紀の「パンデクテンの現代的慣用」の学説、18世紀のプロイセン一般ラント法などの法典にも継承された。

しかし、19世紀に入ると、分割所有権理論は批判的となり、ローマ的所有権概念が採られた。それは、ブルンスやベッキングなどの反対者もいたが、ティボー、サヴィニー、プフタ、そしてヴィントシャイトによって定式化されることになる。これには、当時の立憲主義、自由主義といった思想が背景にある。

では、このようなローマ的所有概念に対置されるゲルマン的所有権概念は、どこから、どのように出てきたか。まず、ドイツ法に関する最初の著書は1791年初版のルンデの著書であるが、ここには、ゲルマン的所有権概念の主張や、それとローマ的所有権概念の対立は見られない。ルンデ以前の1757年のゼルヒョウの著書でも同じである。19世紀に入っても、例えば、1823年のアイヒホルンの著書でも所有権は「それ自体としては無制限」とされる。このような状況が変化するのは、1828年にアルブレヒトが刊行したゲヴェーレに関する著書からであり、その後ベーゼラーをはじめとするゲルマニストたちによってゲルマン的所有概念が主張されていった。そして、アルノルトの『ドイツ都市における所有権の歴史について』『文化と法生活』『ローマ人の文化と法』、やギールケの『ドイツの法人概念の歴史』により、ゲルマン的所有概念が最終的に確立されていった。

しかし、クレッシェルが注意を向けるのは、このようなゲルマン的所有

概念の史料根拠がない、ということである。例えば、ホイスラーは、1885・1886年の『ドイツ私法提要』で、予断にとらわれず史料を検討した結果、アルノルトやギールケとはまったく異なる所有権像を描いた。彼の所有権概念は、ローマ的所有権概念であった。こういったことからクレッシェルは、ゲルマン的所有権概念は、歴史研究の成果というよりも、法政策上の信念であった、という。ゲルマン的所有権概念は、ローマ的所有概念およびそれに立脚する自由主義的法治国家の所有概念と対立し、ブルジョワ法に対する批判として援用されたものであった。

お わ り に

以上、二次文献より、アルノルトに関する情報をまとめた。プロフィールからわかるように、彼は、研究者として、中世史研究に関する多くの業績を残したが、これらはグリム兄弟などの影響を受けたものもあった。この点に関して、学問的または私的な交流関係も興味深い。また、歴史法学派の民族精神を継承しながらも、それに飽き足らず、より具体的に、法と経済・社会の関係を問う、いわば法社会学研究の先駆といえるものを残している。また、ドイツ法の大家ギールケに影響を与えた点でも、世代を媒介する役割を果たしたと言えよう。さらに、中世法に関する論争の中で、クレッシェルに「法慣習」という語を与えたという意義も大きいであろう。現在、上記の論争を通じて、近代的な法理解とは異なる、中世における法のあり方を理解する上で、慣習法とは区別された法慣習という語は、法史研究上のキーワードとなっている。また、所有権概念に関しても、ゲルマン・イデオロギー解明の一つの手掛かりを与えていた。雑駁ながら二次文献から分かることは、これまで必ずしもメジャーな人物とはなっていないアルノルトにも多方面からアプローチする可能性があるということである。

注

- (1) Karl Kroeschell, Ein Vergessener Germanist des 19. Jahrhunderts. Wilhelm Arnord (1826-1883), in: Festschrift für Hermann Krause, (Hrsg.) Sten Gagnér/Hans Schlosser/Wolfgang Wiegand, Köln, 1975, S. 253ff. 同論文については、参照、西村稔『知の社会史』木鐸社、1987年、157頁以下。
- (2) Karl Kroeschell/Drothee Mußgung (Hrsg.), Briefwechsel Wilhelm Arnold - Andreas Heusler, Frankfurt am Main, 2013.
- (3) Vgl. Kroeschell (Anm. 1) S. 255-261 und Kroeschell (Anm. 2) S. 3f.
- (4) 当時、アルノルトの父親は司法官試補 Justizamtsassessor であった。彼は、1840-1848年にはカッセル市長 Oberbürgermeister となり、最後はヘッセン選帝侯国信用金庫総務部枢密参事官 Geheimer Regierungsrat Direktionsmitglied der kurhessischen Landeskreditkasse となった。
- (5) アルノルトは、1861年の『ドイツ都市における所有権の歴史』ではヴィルヘルム、1865年の『文化と法生活』ではヤーコップの思い出を記す。この交流がアルノルトの研究を豊かなものにした。それは例えば、バーゼル時代の「古ドイツセミナー」や、ヤーコップから示唆を得た1871年の『定住と移住』である。
- (6) 史料はダルムシュタット都市文書館に保管されていたヴォルムスの記録であり、アルノルトは、中世ドイツにおける都市の自由は、自由都市の裁判共同体の創設により成立したとする。これに対する批判がないわけではなかったが、全体としてきわめて好意的に受け止められた。ランケは、バイエルン国王マキシミリアン2世にアルノルトをミュンヘン大学の法制史の教授に推薦したが、これは叶わなかった。
- (7) 彼も、かつてのアルノルトと同じように、1855/56年にグリム兄弟の家に出入りしていたが、まもなくバーゼルに戻った。
- (8) この後、息子のホイスラーは、1858年に民事訴訟法の講師となる。1860年の『中世における都市バーゼルの国制史』は2人が学問的にいかに近くにあったかを示している。ホイスラーは、彼の『ドイツ都市の起源』で、『ドイツ自由都市の国制史』におけるアルノルトの見解にはっきりと同意している。
- (9) シュネル (Johannes Schnell, 1812-1889) は、1837年よりバーゼル大学でスイス民法と刑法を教える。1852年に『スイス法雑誌』を創刊する。
- (10) これは、文書館での仕事の際に聖レオンハルト修道院の史料を利用したものである。しかし、長く民事裁判所の長官を務めた実務志向のある

- シュネルから見ると、アルノルトの古びた研究は実りなきものに思われた。彼は、アルノルトを評して、退屈でペダンティックな学者で、史料に史料を重ねて、なんの成果にも到達しない、という。シュネルは、アルノルトの研究は『スイス法雑誌』にはふさわしくないと判断し、結局、アルノルトの研究は1861年に単著として刊行された。この著書にはすでに、法を、それを基礎づける経済的、政治的要因（「新しい自然法」）とともに考察することが意図されている。アルノルトは、ヴィルヘルム・ロッシャーに同意し、より深い根源の解明を国民経済学に期待している。
- (11) アルノルトが担当していたバーゼル大学のゲルマン法講座は、ホイスラー（息子）が引き継いだ。
 - (12) Gerd Kleinheyer/Jan Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 6. Aufl., Heidelberg, 2017, S. 495.
 - (13) 例えば、地名研究でアルノルトに言及するものに、増田四郎『西洋封建社会成立期の研究』岩波書店、1959年、387頁。また、都市における自由借地の成立について、林毅「ケルンにおける自由世襲借地 *freie Erbleihe*」『西洋中世都市の自由と自治』敬文堂、1986年、所収。
 - (14) ハンス=ペーター・ハーファーカンプ（守矢健一訳）「19・20世紀の民事法ドクマーティクにおける、生との連関」『日独法学』27-29号（2012年）、70頁。
 - (15) Hans-Peter Haferkamp, *Die Historische Rechtsschule*, Frankfurt am Main, 2018.
 - (16) Haferkamp (Anm. 15) S. 318 f.
 - (17) Zit. nach Haferkamp (Anm. 15) S. 319. 今回、アルノルトの著作などの言葉は二次文献による（以下でも同様）。
 - (18) Haferkamp (Anm. 15) S. 319 f.
 - (19) Kroeschell (Anm. 2) S. 1.
 - (20) Albert Janssen, *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Studien zu den Wegen und Formen seines juristischen Denkens*, Göttingen, 1974.
 - (21) Kroeschell (Anm. 1) S. 253 f. und Kroeschell (Anm. 2) S. 1.
 - (22) ヤンセンの著書については、クレッシェルが参照している箇所（108頁以下、171頁以下）のみに言及する。Vgl. Kroeschell (Anm. 1) S. 254 n. 5.
 - (23) Janssen (Anm. 20) S. 171-180.
 - (24) ベルリン大学教授。プラトン、アリストテレスの研究から出発。哲学

の方法を個別から普遍に進む分析的方法にあるとする。ヘーゲル哲学に反対。参照、岩波書店編集部編『岩波西洋人名辞典 増補版』岩波書店、1981年、941頁。

- (25) ギールケもまた、ヘーゲル哲学に対して、アルノルトと同じ異議申立てをしており、いくつかの外在的な理由からみてもトレンデンプルクはギールケに対しても影響を与えたと思われる。ただ、これはアルノルトのように明瞭ではない。ヤンセンはまず、この影響を推察する根拠として、アルノルトに対するトレンデンプルクの影響、ギールケの師匠であるベーゼラーとトレンデンプルクの交流、ギールケと交流のあったディルタイがトレンデンプルクの徒と知られていること、ギールケ自身『ドイツ私法』第1巻112頁注1でトレンデンプルクの『倫理にもとづく自然法』を参照していることを挙げる。しかし、これに加えて、トレンデンプルクとギールケの考えが実質的に一致していることとして、トレンデンプルクの、理性と歴史の対立の克服、歴史的法と理性的法の結合をという哲学と、帰納により一般原理へいたる方法論を指摘し、これがギールケの哲学と方法論とも完全に一致するという。
- (26) ライプツィヒ大学で生理学、医学、哲学を修める。1842年にライプツィヒ大学哲学科助教授、1844年にゲッティンゲン、1881年にベルリンで各大学の教授を務める。当時の自然科学的思潮と思弁哲学を調和した新たな形而上学を樹立した。自然科学的には厳密な因果的機械観をとるが、自然過程は神が最高善を実現するための手段であり、神の下に統一されているとする目的論的観念論を哲学的立場とした。参照、岩波書店編集部・前掲注(24) 1736頁。
- (27) ヤンセンは、ロツツェの名はギールケの著作に確認できないとしつつも、ロツツェの哲学的関心はギールケの精神科学の理解と適合する、という。ギールケもロツツェ哲学の前提から出発しており、自然科学の認識を精神科学に適用するというロツツェの試みは、ギールケの客観性の追求に対応する。
- (28) ロッシャー、クーニース、ヒルデブラントによりつくられた歴史学派に属する、ギールケの友人であり、後にベルリン大学で同僚となるシュモラーは、オーストリア学派メンガーに対して、国民経済学における歴史的方法を擁護した。これと同じことが、ギールケとラーバントの論争にもいえる。シュモラーとギールケの目標設定ははっきりと一致している。2人は、同時代の哲学に関しても、ディルタイの『精神科学入門』に取り組み、そこに経済学と法学のそれぞれの方法の哲学的基礎を見出

している。

- (29) イェーリングが、個人・社会の利益・目的の考察を本格的に始めるのは、『ローマ法の精神』の後に刊行した、『法における目的』からである。参照、平田公夫「ルドルフ・フォン・イェーリング」勝田有恒・山内進編者『近世・近代のヨーロッパ法学者たち』ミネルヴァ書房、2008年、343-344頁。
- (30) Janssen (Anm. 20) S.178-180.
- (31) Janssen (Anm. 20) S.108-113.
- (32) Zit. nach Janssen (Anm. 20) S.110.
- (33) Janssen (Anm. 20) S. 111.
- (34) ギールケは、支配機構としての国家概念から法を引き出す法律学的・形式主義的傾向に反対して、「国家における倫理的＝法的な共同体の側面」「法におけるフォルクの倫理的意識側面」の復権に関心があった。参照、村上淳一『ゲルマン法の自由と誠実』東京大学出版会、1980年、136-141頁。
- (35) カール・クレッシエル (佐々木有司・平田公夫訳)「ゲルマニスティックの法学と歴史法学派」『ドイツ近代の意識と社会』河上倫逸編、ミネルヴァ書房、1987年、所収、95-96頁。
- (36) Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3: Seit 1650, 5. Aufl., Köln/Weimar/Wien, 2008, S.185 f.
- (37) リーチェルの研究については、林・前掲注 (13) 187頁；村上・後掲注 (54) 574頁以下に紹介がある。いずれも、自由な借地の成立に関して、通説を批判した1901年の論文に言及する。
- (38) Kroeschell (Anm. 1) S.264.
- (39) Kroeschell (Anm. 1) S.264 f.
- (40) Kroeschell (Anm. 1) S.265-269.
- (41) Kroeschell (Anm. 1) S.269-272.
- (42) Kroeschell (Anm. 1) S.272-274.
- (43) Zit. nach Kroeschell (Anm. 1) S.273.
- (44) Zit. nach Kroeschell (Anm. 1) S.273.
- (45) Kroeschell (Anm. 1) S.274.
- (46) これは、1990年に開催されたドイツの法制史学会文化会のテーマであり、その成果として、Gerhard Dilcher et. al., *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheit im Mittelalter*, Berlin, 1992 (筆者未見) がある。参照、ゲアハルト・ディルヒャー (海老原明夫訳)「慣習法の理論—旧ヨーロッ

バから近代へ』『法の近代とポストモダン』海老原明夫編、東京大学出版会、1993年、所収、118-119頁。

- (47) Karl Kroeschell, Der Rechtsbegriff und Rechtsgeschichte, in: ZRG GA 111 (1994), S.310-329.
- (48) 現在の記述は、Vgl. Karl Kroeschell/Albrecht Cordes/Karin Nehlson-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte 2, 1250-1650, 9. Aufl., 2008, S.86-88.
- (49) Kroeschell (Anm. 47) S.313 f.
- (50) 中世法の論争およびクレッシェルの見解については、村上淳一「『良き旧き法』と帝国国制 (1)」「法学協会雑誌』90巻10号 (1973年) 1241頁以下；西川洋一「カール・クレッシェル『中世の国制史と法制史』翻訳と解説』『国家学会雑誌』97巻7・8号 (1984年) 530頁以下；カール・クレッシェル (西川洋一訳)「12世紀における法と法概念」石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像』創文社、1989年、所収などを参照。論争の要約として、Johannes Liebrecht, Das gute alte Recht in der rechtshistorischen Kritik, in: Funktion und Form: Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte, (Hrsg.) Karl Kroeschell/Albrecht Cordes, 1996, S.185ff. また、近年の歴史学方法論の動向と関係づけてクレッシェルの法慣習を説明するものとして、西川洋一「『パフォーマティブ・ターン』の中の中世国制史』『国家学会雑誌』131巻1・2号 (2018年) 1頁以下。
- (51) Kroeschell (Anm. 47) S.314. Vgl. Kroeschell (Anm. 2) S.1.
- (52) Zit. nach Kroeschell (Anm. 47) S.314 n.15.
- (53) Kroeschell (Anm. 47) S.314 n.15.
- (54) これは農村における自由な借地の成立について論じたものである。クレッシェルが同年に発表した別の論文 Rodungssiedlung und Stadtgründung とともに、クレッシェルの説を紹介するのは、村上淳一「中世農民の「自由」な借地について」『法学協会雑誌』82巻5号 (1966年) 573頁以下。
- (55) Kroeschell (Anm. 47) S.315-319.
- (56) Kroeschell (Anm. 47) S.323.
- (57) Kroeschell (Anm. 47) S.323.
- (58) Zit. nach Kroeschell (Anm. 47) S.323.
- (59) アイヒホルンの法源論については、参照、村上淳一『ドイツ市民法史』東京大学出版会、1985年、36-38頁。
- (60) サヴィニーやプフタとは異なる、フーゴーの慣習法論、およびゲッティ

ンゲン周辺でそれを支持する者たちについては, Vgl. Haferkamp (Anm. 15) S. 210-212.

(61) Kroeschell (Anm. 2) S. 1-3.

(62) 「19世紀のもっとも著名なドイツ法学者(ゲルマニステン)のひとり」であり, 1891年から1902年までバーゼル上訴裁判所長官も務めた。紹介文末尾にはアルノルトの項目も参照する指示(「→Arnold」)がある。例えば, Kleinheyder/Schröder の同書の第4版, 1996年, 483-484頁にはこのような指示はみられない。Vgl. Kleinheyder/Schröder (Anm. 12) S. 522.

(63) Kroeschell (Anm. 2) S. 3 f.

(64) Kroeschell (Anm. 2) S. 9 f.

(65) Kroeschell (Anm. 2) S. 6 f.

(66) カール・クレッシェル(和田卓朗訳)「『ゲルマン的』所有権概念について」『ゲルマン法の虚像と実像』石川武監訳, 創文社, 1989年, 所収, 267頁以下。

瀧澤仁唱教授略歴

学歴

1969年 3 月	長野県立長野高校卒業
1969年 4 月	早稲田大学第一法学部入学
1973年 3 月	早稲田大学法学部卒業
1976年 3 月	早稲田大学大学院法学研究科修士課程修了
1984年 3 月	早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程満期退学

職歴

1981年 4 月	江戸川学園豊四季専門学校専任講師（1984年 5 月まで）
1981年 4 月	長野大学産業社会学部兼任講師（1984年 3 月まで）
1983年 8 月	群馬大学教育学部兼任講師（1985年 3 月まで）
1984年 5 月	西日本短期大学法学科助教授（1990年 3 月まで）
1989年 4 月	聖マリア学院短期大学兼任講師（1990年 3 月まで）
1990年 4 月	桃山学院大学社会学部助教授
1991年 4 月	大阪府立大学経済学部兼任講師（1994年 3 月まで）
1993年 4 月	桃山学院大学人権委員会委員（1994年 3 月まで）
1994年 4 月	桃山学院大学社会学部教授
1994年 4 月	同志社大学文学部兼任講師（1995年 3 月まで）
1995年10月	マックス・プランク外国・国際社会法研究所客員研究員 （1996年 9 月まで）
1996年10月	桃山学院大学社会福祉学科設置推進委員会委員（1998年 3 月まで）
1998年 4 月	桃山学院大学社会学部社会福祉学科教授
1998年 4 月	桃山学院大学教務委員会委員（2003年 3 月まで）
1998年12月	泉大津市介護保険計画策定委員（2001年 3 月まで）
1999年 2 月	和泉市介護保険運営協議会会長職務代理者（2011年10月

	まで)
2000年 4 月	桃山学院大学カリキュラム検討委員会委員 (2001年 3 月まで)
2000年 4 月	桃山学院大学共通科目協議会委員 (2001年 3 月まで)
2000年 4 月	桃山学院大学新カリキュラム実施準備委員 (2001年 3 月まで)
2001年 4 月	桃山学院大学新カリキュラム実施準備委員 (2003年 3 月まで)
2002年 3 月	桃山学院大学社会学部社会福祉学科教授解任
2002年 4 月	桃山学院大学法学部教授
2002年 4 月	桃山学院大学共通教育協議会委員 (2003年 3 月まで)
2003年 4 月	桃山学院大学エクステンションセンター長 (2005年 3 月まで)
2005年 4 月	桃山学院大学全学自己点検・評価室委員 (2006年 9 月まで)
2005年 4 月	桃山学院大学 AO 委員会委員 (2006年 9 月まで)
2006年10月	マックス・プランク外国・国際社会法研究所客員研究員 (2007年 9 月まで)
2009年 4 月	桃山学院大学情報化推進委員会委員 (2010年 3 月まで)
2009年 4 月	大学基準協会大学評価委員会専門評価分科会委員 (2010年 3 月まで)
2010年 4 月	桃山学院大学全学自己点検・評価室委員 (2011年 3 月まで)
2011年 4 月	桃山学院大学全学自己点検・評価室委員 (2012年 3 月まで)
2011年 4 月	桃山学院大学評議員 (2012年 3 月まで)
2011年11月	和泉市介護保険運営協議会会長 (2015年 3 月まで)
2012年 4 月	桃山学院大学全学自己点検・評価室委員 (2013年 3 月まで)

2012年 4 月	桃山学院大学評議員（2013年 3 月まで）
2013年 4 月	桃山学院大学図書館長（2015年 3 月まで）
2013年 4 月	桃山学院大学評議員（2015年 3 月まで）
2013年 4 月	大学基準協会大学評価委員会専門評価分科会委員（2015年 3 月まで）
2013年 4 月	桃山学院大学情報化推進委員会委員（2014年 3 月まで）
2013年10月	大阪学院大学大学院法学研究科兼任講師（2020年 3 月まで）
2014年 4 月	桃山学院大学法学部 学部長補佐（2015年 3 月まで）
2015年 4 月	桃山学院大学法学部 学部長補佐（2015年 9 月まで）
2015年 4 月	桃山学院大学全学 FD 推進委員会委員（2015年 9 月まで）
2015年10月	マックス・プランク社会法および社会政策研究所客員研究員（2016年 9 月まで）
2017年 4 月	桃山学院大学図書館長（2019年 3 月まで）
2019年 4 月	桃山学院大学キリスト教センター運営委員（2020年 3 月まで）
2020年 3 月	桃山学院大学 定年退職

瀧澤仁唱教授業績一覧

著書

- 『法律紛争入門』単著，1984年，あいであ・らいふ
- 『社会福祉原論』共著，1990年，東京書籍
- 『現代公的扶助法論』共著，1990年，法律文化社
- 『今日の法は』共著，1991年，日本評論社
- 『社会保障論』共著，1994年，ミネルヴァ書房
- 『社会保障論 [第二版]』共著，1995年，ミネルヴァ書房
- 『テキストブック生活保障論』共著，1996年，法律文化社
- 『新版 現代公的扶助法論』共著，1997年，法律文化社
- 『現代社会福祉論』共著，1998年，ミネルヴァ書房
- 『新社会保障論』共著，2000年，ミネルヴァ書房
- 『現代社会福祉論 [改訂版]』共著，2000年，ミネルヴァ書房
- 『いま日本の法は [第三版]』共著，2001年，日本評論社
- 『新版 社会保障論』共著，2001年，ミネルヴァ書房
- 『障害者・家族の生活実態に着目した「支援システム」の確立のために一支援費支給制度」への提言』共著，2001年，NPO 法人大阪障害者センター
- 『障害者福祉改革への提言』共著，2002年，かもがわ出版
- 『障害者自立支援法と応益負担』共著，2005年，かもがわ出版
- 『障害者間格差の法的研究』単著，2006年，ミネルヴァ書房
- 『テキストブック 現代社会福祉法制』共著，2007年，法律文化社
- 『障害者自立支援法と人間らしく生きる権利』共著，2007年，かもがわ出版
- 『どうなるどうする障害者自立支援法』共著，2008年，かもがわ出版
- 『どうつくる？障害者総合福祉法』共著，2010年，かもがわ出版
- 『介護労働者の法的課題』共著，2011年，平原社

論文

「労働委員会とその判定姿勢についての一考察」1973年、『早稲田法学会誌』第23巻

「労働委員会命令と行政訴訟」1980年、『早稲田大学大学院法研論集』第22号

「駅ホーム点字ブロックに関する一考察—視覚障害者の歩行と安全配慮—」
(1)～(4) ((1)『早稲田大学大学院法研論集』第28号 [1983年], (2)第29号 [同], (3)第31号 [1984年], (4)第33号 [同])

「視覚障害者と点字ブロック」1983年、『賃金と社会保障』第876号

「ドイツ連邦共和国被傭者派遣法の検討」1983年、『長野大学紀要』第5巻第2号

「視覚障害者の安全に歩行する権利について」1984年、『江戸川学園人間科学研究所紀要』創刊号

「派遣労働者と派遣先会社間の労働契約関係」1984年、『日本労働法学会誌』第63号

「視覚障害者と安全歩行—東京都区内駅ホーム点字ブロックの再検討—」
1986年、『早稲田法学』第61巻3・4合併号(1)

「視覚障害者と移動」1987年、『大憲論叢』第5巻第1・2合併号

「障害者と交通権—憲法上の権利と運賃割引制度—」1987年、『交通権』第6号

「地方自治と社会福祉」1989年、『早稲田法学』第64巻第4号

「社会福祉と地方公共団体間格差」1989年、『社会保障法』第4号

「『障害をもつアメリカ国民法』の検討」1990年、『週刊社会保障』第1616号

「障害者差別禁止と社会福祉の権利—障害をもつアメリカ国民法 (ADA) に関する一考察—」1991年、『桃山学院大学社会学論集』第25巻第1号

「身体障害者福祉法上の障害者」1991年、『社会保障判例百選 (第二版)』

「高齢化社会と社会保障法」1991年、『桃山学院大学社会学論集』第25巻第2号

- 「社会福祉八法改正と社会福祉改革」1992年、『桃山学院大学社会学論集』第26巻第1号
- 「障害者と高校入学」1992年、『桃山学院大学社会学論集』第26巻第2号
- 「障害者と雇用」1993年、『桃山学院大学社会学論集』第27巻第1号
- 「ドイツ連邦共和国における外国人に対する社会扶助」(共同執筆)1993年、『社会問題研究』第43巻第1号
- 「障害者と運賃割引制度—公共交通機関利用時の障害者間差別—」1994年、『桃山学院大学社会学論集』第27巻第2号
- 「措置制度と社会福祉の権利」1994年、『総合社会福祉研究』第7号
- 「障害者の福祉サービスをめぐる法的問題と課題」1996年、『日本社会保険法学会誌』第11号
- 「ドイツ介護保険の現状と課題」1997年、『医療福祉問題研究』第9号
- 「障害概念と福祉サービス対象認定」1998年、『障害者問題研究』第26巻第1号
- 「成立した被災者支援法」1998年、『法学セミナー』第43巻第9号
- 「災害補償」1999年、『別冊法学セミナー』164号(基本法コンメンタール 第四版/労働基準法)
- 「休業補償と治癒認定——中央労基署長(東京都結核予防会)事件」2000年、『社会保障判例百選(第三版)』
- 「介護保険法と要介護障害者」2000年、『早稲田法学』第75巻第3号
- 「障害者関係法規と障害者概念(1)」2000年、『桃山学院大学社会学論集』第34巻第1号
- 「仕事で腰痛になったとき」2001年、『福祉のひろば』377号
- 「障害概念の見直しをめぐる国際的動向と我が国の認定制度の問題点」2001年、『総合社会福祉研究』第19号
- 「福祉サービスの基準と質の保障」2001年、『講座 社会保障法 第3巻 社会福祉サービス法』法律文化社
- 「転換期の障害者福祉と障害概念」2002年、『社会福祉の思想と制度・方法(桑原洋子教授古稀記念論集)』永田文昌堂

「障害者の生活保障と就労支援」2002年、『雇用政策と公的扶助の交錯』
お茶の水書房

「介護の基準と質」2003年、『桃山法学』創刊号

「介護サービスの基準と質」2004年、『社会保険法』第19号

「社会福祉と構造改革」2004年、『法の科学』第34号

「障害者法制における自立概念」2006年、『桃山法学』第7号

「災害補償」2006年、『別冊法学セミナー』第190号（基本法コンメンター
ル第五版/労働基準法）

「障害基礎年金の支給要件と「初診日」の意義」2008年、『社会保障判例
百選（第四版）』

「ドイツ社会保障制度理解の留意点」2008年、『学童保育研究』第9号

Die Rechtstellung behinderter Menschen in Japan（ドイツ語論文「日本に
おける障害者の法的地位」）2009年, Politik und Recht für Menschen mit
Behinderungen in Europa und Asien（『ヨーロッパおよびアジアにおけ
る障害をもつ人々の政策と権利』）, Nomos

「介護労働者の労働条件をめぐる法的課題」2011年、『桃山法学』第17号

「障害者と降任処分」2013年、『桃山法学』第20・21合併号

「新しい障害概念をめぐる課題」『新・講座 社会保険法2 地域社会を支
える社会福祉』2012年, 法律文化社

判例研究

「此花電報電話局控訴事件」1979年、『早稲田法学』第54巻第1・2号

「障害者の高校不合格が裁量権の逸脱又は濫用とされた例」1993年、『民
商法雑誌』第107巻第6号

「視覚障害悪化による短大准教授に対する職務および研究室変更命令の有
効性（広島高裁岡山支部平成30年3月29日判決評釈）」2020年、『法律時
報』第92巻第1号

〈解説〉

『障害児教育辞典』 分担執筆, 1995年, 旬報社

〈その他〉

論壇「世界に誇れる介護制度へ再論議を」1996年, 朝日新聞

巻頭言「介護保険と介護保障—誰が介護の権利者か—」1999年, 『福祉のひろば』 特集第80号

桃山学院大学法学会会則

(名 称)

第1条 本学会は、桃山学院大学法学会 (St. Andrew's University Law Studies Association) と称する。

(目 的)

第2条 本学会は、桃山学院大学における法学およびその関連領域の研究を行うとともに、国内外の学术交流を図ることを目的とする。

(事務所)

第3条 本学会の事務所は、桃山学院大学内に置く。

(事 業)

第4条 本学会は第2条に定める目的を達成するため、次の事業を行う。

1. 機関誌の編集
2. 研究会の開催
3. 講演会の開催
4. その他、本学会の目的達成に必要な事業

(会 員)

第5条 本学会は、桃山学院大学の専任教員または名誉教授で、本学会の目的に賛同する者をもって会員とする。

- 2 会員は年額3,000円を会費として納入する。
- 3 会員は機関誌並びに法学会の出版物の配布を受けることができる。

(機関誌)

第6条 本学会の機関誌の名称は、『桃山法学』(St. Andrew's University Law Review) とする。

- 2 機関誌の編集は、本学会の責任において行い、桃山学院大学総合研究所がこれを発行する。
- 3 機関誌への投稿規程は別に定める。

(役 員)

第7条 本学会に次の役員を置く。

1. 会長 1名
2. 理事 若干名
3. 監事 1名
- 2 役員は会員の互選により総会において選出する。
- 3 役員の任期は1年とする。ただし、再任を妨げない。
- 4 会長は本学会を代表し、会務を統括する。
- 5 理事は会長を補佐し、会務を運営する。
- 6 監事は本学会の会計を監査する。
- 7 会長に事故あるときは、会長の委任を受けた理事が職務を代行する。

(総 会)

第8条 本学会は毎年度1回、定期総会を開催する。ただし、会長は、必要があると認められるときに、臨時に総会を招集することができる。

- 2 総会の定足数は、会員の2分の1とする。
- 3 総会の議長は、会長がこれを務める。
- 4 総会は役員の選出、新会員の入会承認、予算案の承認、会計監査の承認、本会

則の改正、投稿規程の改訂、その他本学会の運営に必要な事項を審議・決定する。

- 5 総会の決定は、会則の改正を除き、出席しかつ投票する会員の2分の1によって行われる。ただし、可否同数の場合は、議長がこれを決する。

(監 査)

第9条 本学会の会計年度は、4月1日に始まり翌年の3月31日に終了する。

(会則の改正)

第10条 本会則の改正は、総会の出席会員の3分の2の同意を要する。

付 則 この会則は、2002年6月19日より施行する。

この会則は、2011年9月20日より一部改訂施行する。

この会則は、2011年10月17日より一部改訂施行する。

『桃山法学』投稿規程

1. 『桃山法学』（以下「機関誌」と略す。）は、定期刊行物であり、年2回発行する。
2. 編集委員会は、桃山学院大学法学会（以下「本学会」と略す。）会長および編集担当理事2名によって構成する。編集委員長は会長とする。
3. 編集委員会は、投稿された原稿を審査するため、本学会の会員からレフリーを若干名指名することができる。
4. 本誌に投稿できる者は、本学会の会員とする。ただし、編集委員会は、非会員の投稿を認めることができる。
5. 投稿は、「論文」、「判例研究」、「研究ノート」、「資料」、「翻訳」、「書評」、「その他」に類別する。ただし、編集委員会は類別を変更することができる。
6. 投稿の分量は、原則として「論文」が28,000字（欧文の場合は14,000語）、それ以外の分類は14,000字（欧文の場合は7,000語）を基準とする。
7. 機関誌への投稿は、法学およびその関連領域に関するもので、未発表の原稿とする。
8. 投稿の掲載の可否は、編集委員会およびレフリーの合議で決定する。
9. 投稿は原則として横書きとし、完成原稿を提出しなければならない。
10. 英語その他の外国語による原稿は、タイプ打ちまたは活字体で提出しなければならない。
11. 投稿原稿には欧文タイトルを別記する。「論文」には400語以内の欧文抄録を添付することができる。
12. 「論文」、「判例研究」、「研究ノート」には、和文または欧文によるキーワードを5語以内で記す。
13. 投稿者による校正は三校までとし、定められた期日までに校正原稿を編集責任者へ返却しなければならない。
14. 本誌に掲載された論文等の著作権のうち「複製権」と「公衆送信権」の行使は、桃山学院大学総合研究所に委託する。
15. 本誌に掲載された論文等については、桃山学院大学学術機関リポジトリに公開することを原則とする。

付則

この規程は、2002年6月19日より施行する。

この規程は、2003年10月22日より一部改訂施行する。

この規程は、2011年10月1日より一部改訂施行する。

執 筆 者 紹 介（掲載順）

江 藤 隆 之	法学部教授
田 中 祥 貴	法学部教授
小 島 和 貴	法学部教授
河 野 敏 也	法学部講師
永 水 裕 子	法学部教授
鈴 木 康 文	法学部講師

2020年3月10日 発行

桃山法学 第32号

編 集 桃 山 学 院 大 学 法 学 会

発 行 桃 山 学 院 大 学 総 合 研 究 所

〒594-1198 和泉市まなび野1-1

TEL. 0725-54-3131(代)

印 刷 株 式 会 社 天 理 時 報 社

〒632-0083 天理市稲葉町80

TEL. 0743-64-1411

CONTENTS

A Dedication to Professor TAKIZAWA Hitohiro	SEYA Yuriko
Symposium Commemorating the 60th Anniversary of Momoyama Gakuin University Organized by the Faculty of Law	
Keynote Lecture: “Current Issues concerning Consumers Using Internet” MATSUMOTO Tsuneo, President, National Consumer Affairs Center of Japan, Professor Emeritus at Hitotsubashi University	1
Panel Discussion: “Internet and Consumers” Moderator: Prof. HONMA Noriyuki (Faculty of Law) Panelists: Prof. BAMBA Iwao (Faculty of Law) Prof. HANAMOTO Aya (Faculty of Law) Prof. NAGAMIZU Yuko (Faculty of Law) Prof. TANAKA Shizuko (Faculty of Law)	35
Articles	
Sobre la estructura de los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal español	ETO Takahiro..... 55
Sobre las regulaciones penales de la conducción temeraria en España	ETO Takahiro..... 93
The Devil in the Detail: The Normative Structure Theory of Controlling Delegated Legislation	TANAKA Yoshitaka..... 125
The Idea Behind <i>the Infant Welfare Center</i> at the Hygiene Bureau of the Home Ministry in Pre-War Japan	KOJIMA Kazutaka..... 195
Zur Notwendigkeit der Umgestaltung des Urteilsgegenstandes beim Fahrlässigkeitsdelikt	KAWANO Toshiya..... 231

The Governance of Pediatric Research in Japan	···NAGAMIZU Yuko·····	267

Research Note

The Life and Thoughts of Wilhelm Arnold (1826-1883)	·····SUZUKI Yasufumi·····	287

Brief Biography of Professor TAKIZAWA Hitohiro	·····	321

Bibliography of the Writings of Professor TAKIZAWA Hitohiro	·····	324