

—目次—

- 1 第13巻の刊行にあたって 岩村正彦

投稿論稿

- 3 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関する考察
——休業中及び復職後の処遇に関する判例・裁判例を
中心として—— 日原雪恵

寄稿論稿

- 28 人々の「信念」と法
——The Republic of Beliefs とその周辺—— 飯田 高
- 44 民事判例の「実践的」読み方について
——判決文等の形式面から読み取れること—— 畑 佳秀
- 56 実行の着手
——最高裁第一小法廷平成30年3月22日判決を
踏まえて—— 樋口亮介

-
- 75 投稿論稿選出理由
-

–Contents–

1	Foreword (<i>in Japanese</i>)	Masahiko IWAMURA
3	Disadvantageous Treatment by Reason of Pregnancy, Childbirth, etc.: Focusing on Cases Related to Treatment during Maternity Leave or after Resuming Work (<i>in Japanese</i>)	Yukie HIHARA
28	Beliefs and the Law: On and Around <i>The Republic of Beliefs</i> (<i>in Japanese</i>)	Takashi IIDA
44	The “practical” method of reading judicial precedent ~what you can interpret from the formality of judgement~ (<i>in Japanese</i>)	Yoshihide HATA
56	Beginning of Criminal Attempt: in consideration of the decision of the Supreme Court, the First Petit Bench on March 22, 2018 (<i>in Japanese</i>)	Ryosuke HIGUCHI
75	Editor’s Comments (<i>in Japanese</i>)	



第 13 巻の刊行にあたって

東京大学法科大学院ローレビュー第 13 巻が刊行の運びとなった。創刊から 10 年という節目を超えて、つぎの 10 年へ向けての歩みを続ける本誌の第 13 巻が順調に刊行されたことは大変喜ばしい。

本誌は、2004 年に創設された東京大学法科大学院の「創造的な能力の涵養こそをその教育の目標とすべき」という考えの下で、そうした「能力の涵養のためには、特定の法的な問題について理論や実務のリサーチをし、それを踏まえて自分なりの解決策を模索して、その結果を論文に著していくという作業がきわめて有効である」（括弧内の引用は、本誌第 1 巻の高橋宏志研究科長（当時）の「創刊の辞」より）という観点から創刊された。

本誌の編集に当たるのは法科大学院の学生諸君であり、幸いにも毎年優秀な学生諸君が大変手間のかかる作業であることも厭わず編集に従事し、毎年刊行を実現している。本巻についても同様であり、今年度の編集委員を務めてくれた学生諸君に心からの謝意を表したい。

本誌は、本法科大学院の教員から寄せられた論考に加えて、法科大学院生が投稿してきた原稿の中から、教員のレフェリーと学生の編集委員会による厳正な審査によって厳選された論文を掲載しており、高い評価を得ている。とくに学生の執筆した論文で本誌に掲載されたものは、相当高度で本格的である。その意味では、先に引用した本誌創刊の目的は十分に達せられているといつてよい。

本巻でも、上記の編集の方針は維持されているが、今年度から、投稿資格をロースクール卒業、退学後 2 年に延長するとともに、投稿者に対し、掲載の可否について、その理由を通知するコメント制度を設けたとのことである。法科大学院学生の投稿は 10 編であった。そのうちから厳選された 1 編が本巻に掲載されている。掲載数が昨年よりも減ったことはやや残念ではあるが、これも厳正な評価がなされていることの証左といつてよい。現役の学生諸君は、この採択結果にひるむことなく、ぜひ積極的に投稿をして欲しい。また、今回採択されなかった投稿者は、コメント制度を利用して、内容等のブラッシュアップを行い、来年度、ぜひ再投稿をして欲しい。先に引用した高橋・元研究科長の創刊の辞にあるように、論文の執筆は、法律家としての能力の向上に必ず寄与するからである。また現役の学生や修了生の諸君からの投稿があるということは、とりもなおさず、「創造的な能力の涵養」という本法科大学院の目標に沿った勉強が行われていることの証でもあるからである。さらには、多くの投稿の中から厳選された論考が掲載されることが、本誌の評価をより一層高めるからでもある。

本研究科としては、引き続き、本誌の刊行について、可能な限りのサポートをしていくつもりである。皆様にも、これまで以上のご支援をお願いしたい。

2018 年 9 月

東京大学大学院法学政治学研究科長
岩 村 正 彦

東京大学法科大学院ローレビュー第13巻には、投稿締切日である2018年3月17日までに、10編の学生論稿の投稿がありました。これらの論稿の中から、第13期編集委員会は、掲載論稿として1編を選出いたしました。

たくさんのご投稿をいただき、誠にありがとうございました。

第13期編集委員会

論説

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関する考察 ——休業中及び復職後の処遇に関する判例・裁判例を中心として——

2017 年 4 月入学

日原雪恵

I. はじめに

II. 問題状況

1 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの現状

- (1) 厚生労働省「平成 28 年度 都道府県労働局雇用環境・均等部（室）での法施行状況」
- (2) 労働政策研究・研修機構「妊娠等を理由とする不利益取扱い及びセクシュアルハラスメントに関する実態調査結果」
- (3) 小括

2 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに係る法制

3 判例・裁判例の流れ

III. 判例・裁判例の分析

1 均等法 9 条 3 項制定以前——「公序法理」

- (1) 日本シェーリング事件
- (2) 東朋学園事件
- (3) 「公序法理」の確立

2 均等法 9 条 3 項制定後広島中央保健生協事件まで——コナミデジタルエンタテインメント事件

- (1) 事案の概要
- (2) 判旨
- (3) 検討

3 広島中央保健生協事件

- (1) 事案の概要
- (2) 判旨
- (3) 検討

4 広島中央保健生協事件以降の裁判例

- (1) TRUST 事件
- (2) 社会福祉法人全国重症心身障害児（者）を守る会事件
- (3) 小括

IV. 判断枠組みの検討

1 判例・裁判例の判断枠組み

- (1) 「公序法理」、人事権濫用法理、不利益取扱い禁止
- (2) 相違点・相互の関係
- (3) 残された点

2 均等法 9 条 3 項の解釈と展開

- (1) 「理由として」の意味
- (2) 「不利益な取扱い」の範囲
- (3) 性差別と捉えるべきか

3 女性労働者と妊娠・出産・育児

- (1) 問題意識
- (2) 家族責任
- (3) 課題の解決に向けて

V. おわりに

I. はじめに

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは雇用機会均等法（以下「均等法」という）9 条 3 項によって禁止されているが、近年行政への相談も多い社会的課題となっている。2014 年には「マタハラ判決」として注目さ

れた広島中央保健生協事件（最判平成 26 年 10 月 23 日民集 68 卷 8 号 1270 頁）で最高裁の判断が示され、同判決を踏まえて通達が改正された。また、2016 年には「職場における妊娠・出産等に関するハラスメント」の防止措置義務を定めた均等法 11 条の 2 が新設される等、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い及び妊娠・出産等に関するハラスメントは、法的にも社会的にも関心が高まっている問題である。

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関する判例・裁判例は徐々に蓄積されており、そこでは主に三つの枠組みが用いられてきた。第一に昇給抑制等が法の保障する権利行使を抑制する場合に公序違反で無効とする「公序法理」、第二に人事権濫用の有無で判断する人事権濫用法理、第三に広島中央保健生協事件判決において示された均等法 9 条 3 項が禁止する不利益取扱いについての判断枠組み（不利益取扱い禁止違反の有無）である。広島中央保健生協事件自体の解釈については議論がなされているが、これら三つの判断枠組みがどのような特徴や相違点を有し、どのような関係にあるのかについては、従来十分な検討がなされてこなかったように思われる。そこで、本稿はこの点を明らかにし、判例・裁判例の判断枠組みを整理、検討することを一つの目的とする。

また、日本では諸外国と異なり妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは性差別とされておらず、その是非について議論がある。本稿はこの点に深く立ち入るものではないが、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは性差別としてよりも家族責任を負う労働者のワーク・ライフ・バランス等の問題を含めて議論すべきではないかとの問題意識をもって検討を行う。

以下では、まず問題状況を概観し（Ⅱ）、妊娠・出産等、特に産休（及び育休¹⁾）取得

に伴う不利益取扱いに関する判例・裁判例を分析する（Ⅲ）。そして、判例・裁判例の判断枠組みの整理・検討を行い、「不利益取扱い」「理由として」の解釈論を提示した上で、性差別禁止、家族責任、ワーク・ライフ・バランス論との関係等について若干の展望を示す（Ⅳ）。

Ⅱ．問題状況

Ⅱではまず、現状に関する調査、法制、判例・裁判例の流れを確認し、問題状況を概観する。

1 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの現状

厚生労働省「平成 28 年度 都道府県労

(1) 働局雇用環境・均等部（室）での法施行状況」

標記報告書によれば、平成 28 年度に都道府県労働局雇用環境・均等部（室）に寄せられた均等法に関する相談は 21,050 件であった。そのうち、「婚姻、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い（第 9 条関係）」は 5,933 件（28.2%）であり、「妊娠・出産等に関するハラスメント（第 11 条の 2 関係）」1,411 件（6.7%）と合わせると計 7,344 件（34.9%）もの相談が寄せられている。これは、「セクシュアルハラスメント（第 11 条関係）」の 7,526 件（35.8%）と同数程度となっている²⁾。

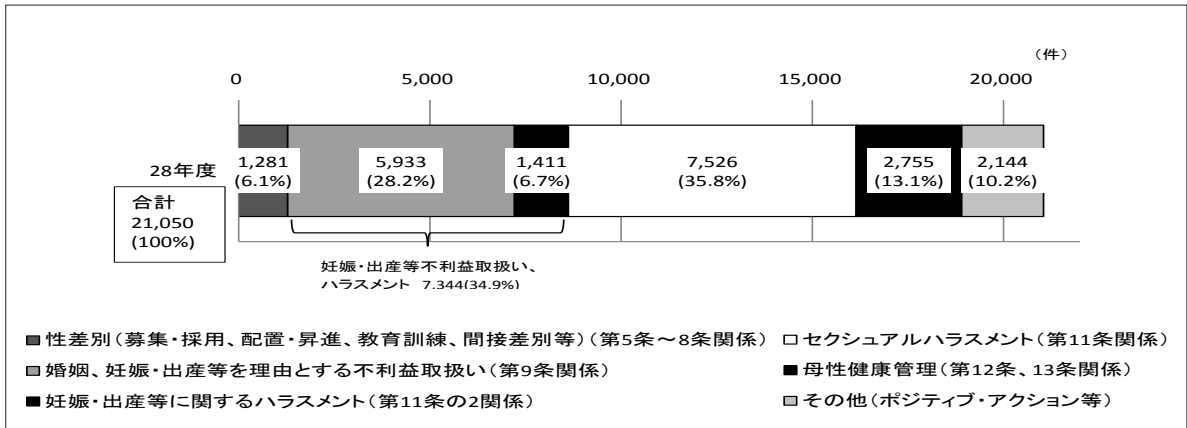
平成 28 年度とそれ以前とでは算定方法が異なるため単純な比較は出来ないが、第 9 条関係（婚姻・妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い）の相談件数は、4,776 件（27 年度）、4,028 件（26 年度）、3,663 件（25 年度）、3,186 件（24 年度）、3,429 件（23 年度）、3,587 件（22 年度）、3,654 件（21 年度）となっており³⁾、特にこの 3 年ほど増加傾向にある。

1) 判例・裁判例でも育児・介護休業法が問題となる事案が多いことから、必要な範囲で育休にも言及する。

2) 厚生労働省「平成 28 年度 都道府県労働局雇用環境・均等部（室）での法施行状況」3 頁。なお、育児・介護休業法に関する相談のうち、育児休業に係る不利益取扱い（第 10 条関係）の相談件数は 5,256 件であった（同 7 頁）。

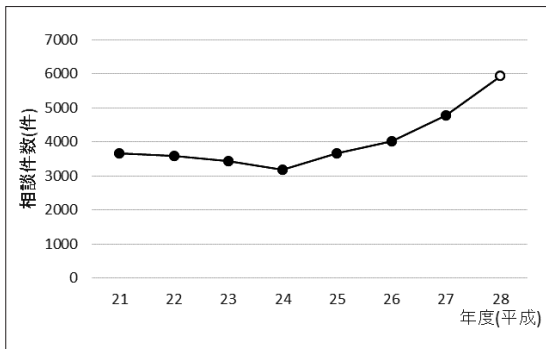
3) 平成 23 年度から 27 年度の「雇用均等室における法施行状況」を参照した（https://www.mhlw.go.jp/bunya/koyoukintou/sekou_report/、2018 年 1 月 5 日最終閲覧）。なお、「雇用均等室」は平成 28 年 4 月 1 日より「雇用環境・均等部（室）」に改組された。

図 1：相談件数



（出所：厚生労働省「平成 28 年度 都道府県労働局雇用環境・均等部（室）での法施行状況」3 頁）

図 2：第 9 条関係の相談件数の推移



（出所：各年度の「法施行状況」を基に筆者作成）

※28 年度は 11 条の 2 関係を含まない。また、28 年度とそれ以前は単純比較できない。

労働政策研究・研修機構「妊娠等を理由とする不利益取扱い及びセクシュアルハラスメントに関する実態調査結果」

標記調査は、2014 年 10 月の「専門的知識等を有する有期雇用労働者等に関する特別措置法案に対する附帯決議」において「女性有期雇用労働者に対する妊娠、出産、育児休業取得等を理由とする雇止めの実態について、十分な調査」を政府が行うこととされたこと等を背景に、厚生労働省雇用均等・児童家庭局雇用均等政策課からの要請による緊急調査として実施された⁴⁾。

同調査で判明した不利益取扱い等の経験率

（図 3）及び態様（表 1）は次頁の図表の通りである。

また、同調査は結果の概要を以下のようにまとめている⁵⁾。

- 1 就業規則等に明文化された育児休業制度がある企業では、ない企業に比べ出産後も働き続ける女性が多く、有期契約労働者について育児休業制度を取得できる者が明確化されている企業では、されていない企業に比べ、出産後も働き続ける有期契約労働者が多い。
- 2 妊娠、出産、未就学児の育児を経験した勤務先において、妊娠等を理由とする不利益取扱い等の経験率は、正社員で 22.3%。契約社員やパートタイマーでは正社員より低い、派遣労働者では正社員より高い。妊娠等を理由とする不利益取扱い等は上司だけではなく同僚からも行われ、男性だけでなく女性からも行われている。
- 3 妊娠等を理由とする不利益取扱い等防止対策に取り組んでいる企業では、取り組んでいない企業よりも経験率が低くなるばかりでなく、出産後も働き続ける女性の割合が高くなる傾向がある。

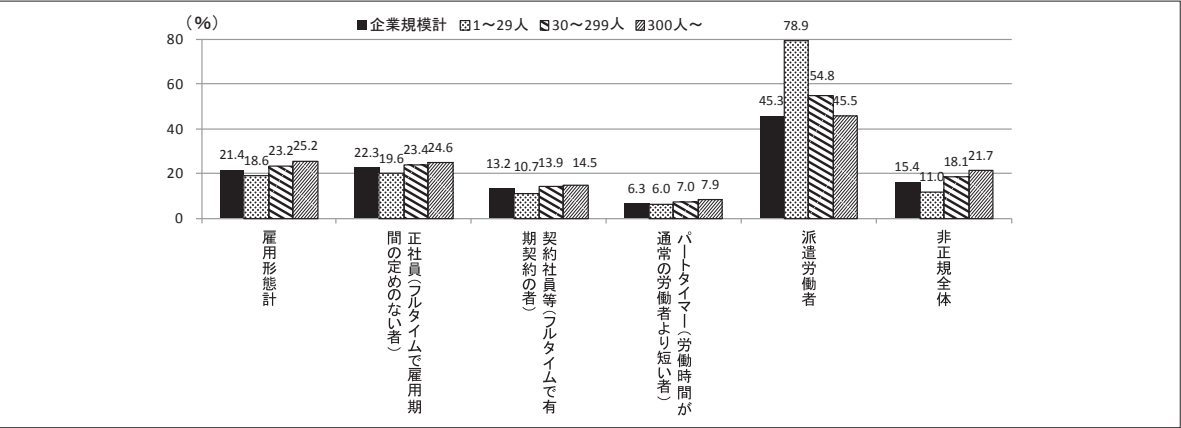
（3）小括

上記の統計に見られるように、妊娠・出産

4) 労働政策研究・研修機構「妊娠等を理由とする不利益取扱い及びセクシュアルハラスメントに関する実態調査結果——第 1 分冊 本編——」1 頁（2016）。

5) 労働政策研究・研修機構・前掲注 4)4 頁。セクシュアルハラスメントに関する部分を除く。

図 3：妊娠等を理由とする不利益取扱い等の経験率（個人調査）



（出所：労働政策研究・研修機構「妊娠等を理由とする不利益取扱い及びセクシュアルハラスメントに関する実態調査結果——第1分冊 本編——」11頁）

表 1：妊娠等を理由とする不利益取扱い等の態様（個人調査）雇用形態計（複数回答，％）

	全体	勤務先等を離職した者
解雇	16.6	26.8
雇い止め	18.0	28.0
契約更新回数の引き下げ	6.0	9.5
退職や正社員を非正規社員とするような契約内容変更の強要	14.4	20.7
降格	7.6	7.0
減給	12.7	11.9
賞与等における不利益な算定	18.4	12.3
不利益な配置変更	14.6	12.3
不利益な自宅待機命令	5.0	7.6
昇進・昇格の人事考課で不利益な評価をされた	14.0	9.9
仕事をさせない、もっぱら雑務をさせるなど就業環境を害する行為をされた	12.6	13.7
上のいずれかを示唆するような発言をされた	21.1	21.9
「休むなんて迷惑だ」「辞めたら？」など、妊娠・出産・育児関連の権利を主張しづらくするような発言をされた	47.0	49.9

（出所：同調査報告書本編 15 頁）

等を理由とする不利益取扱いは今日多くの女性労働者が抱える問題である⁶⁾。また、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い等防止対策に取り組んでいる企業では出産後の女性労働者の定着率が高いことが示されている点も注目される。

2 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関する法制

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは均等法 9 条 3 項⁷⁾によって禁止されている。

6) 労働政策研究・研修機構・前掲注 4) 18 頁によれば、妊娠等を理由とする不利益取扱い等事案の帰結は、「解決せず、退職した」が 35.3% と最も多く、「解決しなかったが、我慢した」も 34.8% となっている。

7) 「事業主は、その雇用する女性労働者が妊娠したこと、出産したこと、労働基準法（昭和二十二年法律第四十九号）第六十五条第一項の規定による休業を請求し、又は同項若しくは同条第二項の規定による休業をしたことその他妊娠又は出産に関する事由であって厚生労働省令で定めるものを理由として、当該女性労働者に対して解雇その他不利益な取扱いをしてはならない。」

同時に制定された 9 条 4 項は妊娠中及び出産後 1 年を経過しない女性労働者になされた解雇の無効を規定する（ただし書きの場合を除く）。また、1 項は婚姻・妊娠・出産を退職理由として予定すること、2 項は婚姻を理由とする解雇を禁止する。

同項は、均等法の2006年改正で、解雇以外の不利益取扱いについても規制すべきであること、育児・介護休業法（以下「育介法」という）において、育児休業の申出をし、又は育児休業をしたことを理由とした不利益取扱いを禁止していることとのバランスがとれたものとなる必要があること等を考慮して新設された⁸⁾。妊娠・出産は女性特有の問題であり比較すべき男性が存在しないため、同条は差別禁止とは別に妊娠・出産等⁹⁾を理由とする解雇その他不利益な取扱いの禁止を定めたものである¹⁰⁾。

均等法以外の関連法令としては、母性保護を定める労働基準法第6章の2、均等法9条3項と同様に不利益取扱いを禁じる育介法10条、時短措置及びその申出を理由とする不利益取扱いを禁止する同法23条の2等が挙げられる¹¹⁾。

3 判例・裁判例の流れ

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関係する判例には、均等法9条3項制定以前の日本シェーリング事件¹²⁾、東朋学園事件¹³⁾と近時均等法9条3項について判断した広島中央保健生協事件¹⁴⁾がある。また、裁判例では、産休・育休取得後の職場復帰時の勤務変更、役割グレード引下げ、成果報酬ゼロ査定等について人事権の濫用にあたるかを判断したコナミデジタルエンタテインメント事件¹⁵⁾が重要である。Ⅲでは、これらを

中心に判断枠組みの違いに着目して判例・裁判例の分析を行う。

Ⅲ. 判例・裁判例の分析

1 均等法9条3項制定以前——「公序法理」

(1) 日本シェーリング事件¹⁶⁾

a 事案

本件は、稼働率80%を昇給の要件とし、稼働率算定の際の不就労について欠勤、遅刻、早退によるもののほか、年次有給休暇、生理休暇、慶弔休暇、産前産後の休業、育児時間、労働災害による休業ないし通院、同盟罷業等組合活動によるものも含めるとする労働協約条項（以下「本件80%条項」という）が無効であるとして、賃金の差額、慰謝料等が請求された事案である。最高裁は以下のように判示して、本件80%条項を全体として無効とした原判決を破棄し、原審に事件を差し戻した。

b 判旨¹⁷⁾

「従業員の出勤率の低下防止等の観点から、稼働率の低い者につきある種の経済的利益を得られないこととする制度は、一応の経済的合理性を有しており、当該制度が、労基法又は労組法上の権利に基づくもの以外の不就労を基礎として稼働率を算定するものであれば、それを違法であるとすべきものではない。そして、当該制度が、労基法又は労組法

8) 立法過程の議論につき、厚生労働省「男女雇用機会均等政策研究会報告書」（2004）を参照。

9) 均等法施行規則（昭和61年労働省令第2号）第2条の2は、妊娠（1号）・出産（2号）自体のほか、健康管理に関する措置を求め又は受けたこと（3号）、労基法64条の2第1号・64条の3第1項等による就労制限等（4号）、労基法65条第1項第2項による産前産後休業（5号）、労基法65条3項による軽易業務転換（6号）、労基法66条による労働時間制限（7号）、労基法67条による育児時間の請求・取得（8号）、妊娠又は出産に起因する症状により労務の提供ができないこと若しくはできなかったこと又は労働能率が低下したこと（9号）を挙げる。

10) 財団法人21世紀職業財団編『詳説男女雇用機会均等法』147頁（財団法人21世紀職業財団、2007）。

11) また、2016年に新設された均等法11条の2は職場における妊娠、出産等に関するハラスメント（いわゆるマタニティ・ハラスメント）の防止措置義務を事業主に課している（2017年1月1日施行）。同時に、育介法25条にもハラスメントの防止措置義務が定められた。

12) 最判平成元年12月14日民集43巻12号1895頁。

13) 最判平成15年12月4日労判862号14頁。

14) 最判平成26年10月23日民集68巻8号1270頁。

15) 東京高判平成23年12月27日労判1042号15頁。

16) 岩渕正紀「判解」最判解民事篇平成元年度520頁、526頁（1991）は、本判決を事例的判断とする。

17) 以下、本稿で引用する判決文の下線及び省略は筆者による。

上の権利に基づく不就労を含めて稼働率を算定するものである場合においては、基準となっている稼働率の数値との関連において、当該制度が、労基法又は労組法上の権利を行使したことにより経済的利益を得られないこととすることによって権利の行使を抑制し、ひいては右各法が労働者に各権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められるときに、当該制度を定めた労働協約条項は、公序に反するものとして無効となると解するのが相当である。」

「本件八〇パーセント条項に該当した者につき除外される賃金引上げにはベースアップ分も含まれているのであり、しかも、上告会社における賃金引上げ額は、毎年前年度の基本給額を基礎として決められるから、賃金引上げ対象者から除外されていったん生じた不利益は後続年度の賃金において残存し、ひいては退職金額にも影響するものと考えられるのであり、同条項に該当した者の受ける経済的不利益は大きなものである。そして、本件八〇パーセント条項において基準となっている八〇パーセントという稼働率の数値からみて、従業員が、産前産後の休業、労働災害による休業などの比較的長期間の不就労を余儀なくされたような場合には、それだけで、あるいはそれに加えてわずかの日数の年次有給休暇を取るだけで同条項に該当し、翌年度の賃金引上げ対象者から除外されることも十分考えられるのである。こうみると、本件八〇パーセント条項の制度の下では、一般的に労基法又は労組法上の権利の行使をなるべく差し控えようとする機運を生じさせるものと考えられ、その権利行使に対する事実上の抑制力は相当強いものであるとみななければならない。

以上によれば、本件八〇パーセント条項は、労基法又は労組法上の権利に基づくもの以外の不就労を基礎として稼働率を算定する限りにおいては、その効力を否定すべきいわ

れはないが、反面、同条項において、労基法又は労組法上の権利に基づく不就労を稼働率算定の基礎としている点は、労基法又は労組法上の権利を行使したことにより経済的利益を得られないこととすることによって権利の行使を抑制し、ひいては、右各法が労働者に各権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものというべきであるから、公序に反し無効であるといわなければならない。」

(2) 東朋学園事件¹⁸⁾

a 事案

原告は、産後8週間休業した後、子が1歳になるまでの間、1日につき1時間15分の勤務時間短縮措置を受けたところ、出勤率が90%以上であることを必要とする旨を定めた就業規則所定の賞与支給要件を満たさないとして、平成6年度年末賞与及び平成7年度夏期賞与が支給されなかった。そこで、原告は、上記取扱いの根拠となった就業規則の定めは労働基準法65条、67条、旧育児休業法10条の趣旨に反し、公序に反するなど主張して、被告に対し、本件各賞与並びに債務不履行による損害賠償として慰謝料及び弁護士費用の支払等を請求した。第一審が原告の請求を認容し、控訴審も被告の控訴を棄却したところ、最高裁は以下のように判示して原判決を破棄し、原審に事件を差し戻した。

b 判旨

(a) 産前産後休業中の賃金について

「産前産後休業を取得し、又は勤務時間の短縮措置を受けた労働者は、その間就労していないのであるから、労使間に特段の合意がない限り、その不就労期間に対応する賃金請求権を有しておらず、当該不就労期間を出勤として取り扱うかどうかは原則として労使間の合意にゆだねられているというべきである。」

(b) 本件90%条項について

「本件各回覧文書によって具体化された本件90%条項は、……労働基準法65条及び育

18) 本判決の評釈として、道幸哲也「判批」法セ598号121頁(2004)、水島郁子「判批」民商130巻6号1187頁(2004)、野川忍「判批」ジュリ1279号161頁(2004)、橋本陽子「判批」重判平成16年度(ジュリ臨増1291号)238頁(2005)、両角道代「判批」村中孝史＝荒木尚志編『労働判例百選(第8版)』102頁(2009)、山川隆一「判批」判タ臨時増刊1184号288頁(2005)、丸山亜子「判批」日本労働法学会誌105号140頁(2005)等がある。

児休業法 10 条の趣旨に照らすと、これにより上記権利等の行使を抑制し、ひいては労働基準法等が上記権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められる場合に限り、公序に反するものとして無効となると解するのが相当である（最高裁昭和 55 年（オ）第 626 号同 60 年 7 月 16 日第三小法廷判決・民集 39 卷 5 号 1023 頁，最高裁昭和 58 年（オ）第 1542 号平成元年 12 月 14 日第一小法廷判決・民集 43 卷 12 号 1895 頁，最高裁平成 4 年（オ）第 1078 号同 5 年 6 月 25 日第二小法廷判決・民集 47 卷 6 号 4585 頁参照）。」

「[1] 本件 90% 条項は、賞与算定に当たり、単に労務が提供されなかった産前産後休業期間及び勤務時間短縮措置による短縮時間分に対応する賞与の減額を行うということとどまるものではなく、産前産後休業を取得するなどした従業員に対し、産前産後休業期間等を欠勤日数に含めて算定した出勤率が 90% 未満の場合には、一切賞与が支給されないという不利益を被らせるものであり、[2] 上告人においては、従業員の年間総収入額に占める賞与の比重は相当大きく、本件 90% 条項に該当しないことにより賞与が支給されない者の受ける経済的不利益は大きなものである上、[3] 本件 90% 条項において基準とされている 90% という出勤率の数値からみて、従業員が産前産後休業を取得し、又は勤務時間短縮措置を受けた場合には、それだけで同条項に該当し、賞与の支給を受けられなくなる可能性が高いというのであるから、本件 90% 条項の制度の下では、勤務を継続しながら出産し、又は育児のための勤務時間短縮措置を請求することを差し控えようとする機運を生じさせるものと考えられ、上記権利等の行使に対する事実上の抑止力は相当強いものとみるのが相当である。そうすると、本件 90% 条項のうち、出勤すべき日数に産前産後休業

の日数を算入し、出勤した日数に産前産後休業の日数及び勤務時間短縮措置による短縮時間分を含めないものとしている部分は、上記権利等の行使を抑制し、労働基準法等が上記権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものというべきであるから、公序に反し無効であるというべきである。」

一方、年末賞与に関する計算式については、「本件 90% 条項とは異なり、賞与の額を一定の範囲内でその欠勤日数に応じて減額するにとどまるものであり、加えて、産前産後休業を取得し、又は育児のための勤務時間短縮措置を受けた労働者は、法律上、上記不就労期間に対応する賃金請求権を有しておらず、上告人の就業規則においても、上記不就労期間は無給とされているのであるから、本件各除外条項は、労働者の上記権利等の行使を抑制し、労働基準法等が上記権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものとまでは認められず、これをもって直ちに公序に反し無効なものということはできない。」とした。

(3) 「公序法理」の確立

上記二つの判決で、最高裁は、労基法等が保障した権利等の行使を抑制し、ひいては権利保障の趣旨を実質的に失わせるものと認められる場合には、就業規則等が公序違反により無効となるとの判断枠組みを用いた（以下、この枠組みを「公序法理」という）。東朋学園事件では、エヌ・ビー・シー事件¹⁹⁾、日本シェーリング事件、沼津交通事件²⁰⁾が区別なく引用され、休暇・休業等の種類を問わずに「公序法理」に照らして適法性を判断することが明らかにされた²¹⁾。有給が保障されている年休²²⁾や労基法上原則として就労が認められない産後休業²³⁾を他の休業と同様に扱うべきではないとの批判もあるが、判例法理としては確立している。

また、二つの判例はいずれも均等法 9 条 3

19) 最判昭和 60 年 7 月 16 日民集 39 卷 5 号 1023 頁。精皆勤手当の支給に際し生理休暇取得日を欠勤扱いすることが適法とされた。

20) 最判平成 5 年 6 月 25 日民集 47 卷 6 号 4585 頁。毎月の交番表作成後に取得した年休日を欠勤とし皆勤手当を支給しない取扱いについて公序違反が否定された。

21) 両角・前掲注 18)103 頁。

22) 野川・前掲注 18)163 頁。

23) 丸山・前掲注 18)147 頁。

項制定前の賃金に関する事案であるが、この判断枠組みは均等法 9 条 3 項制定後の下級審判決でも用いられており²⁴⁾、降格等に関する事案でも用いた例²⁵⁾がある。

均等法 9 条 3 項制定後広島中央 2 保健生協事件まで——コナミデ ジタルエンタテインメント事件²⁶⁾

本節では、「公序法理」とは異なる枠組みを示した例として、人事権の濫用の有無を判断したコナミデジタルエンタテインメント事件を取り上げる。

(1) 事案の概要

被告の社員で、産休・育休後に復職したところ、担当職務を変更された上減給されるなどの不当な不利益を受けたと主張する原告が、被告に対し、一連の人事措置は妊娠・出産をして育児休業等を取得した女性に対する差別ないし偏見に基づくもので人事権の濫用に当たるほか、育介法 5 条、10 条、22 条、23 条 1 項、均等法 6 条及び 9 条、民法 90 条等に違反する無効なものであるとして、①雇

用契約に基づく賃金請求として、降格・減給前後の給与額の差額の支払、②不法行為に基づく損害賠償として 3300 万円の支払等²⁷⁾を求めた。

(2) 判旨

a 第一審

(a) 担務変更の適法性

「本件担務変更は、……上記両業務の業務内容は実質的に異なるものと認められるから、配置転換そのものではないとしても、それに準ずるものと解するのが相当である。」

「被告は、業務上の必要に応じて、人事権の行使としてその裁量によりコナミ社員の勤務場所（本件では担当業務）を決定することができるというべきであるが、これを濫用することは許されないことはいうまでもないことであり、本件担務変更について、業務上の必要性がない場合又は業務上の必要性が存する場合であっても、それが他の不当な動機・目的をもってされたものであるとき若しくは原告に通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものであるなどの事由がある場合には、人事権の濫用として無効となると

24) 育休のみが問題となった事案だが、医療法人稲門会（いわくら病院）事件（大阪高判平成 26 年 7 月 18 日労経速 2224 号 3 頁）は、3 か月以上の育休により次年度の職能給を昇給させない取扱いを育介法 10 条及び公序違反で無効とした。同判決は日本シェーリング事件、沼津交通事件、東朋学園事件を引用して「人事評価制度の在り方に照らしても合理性を欠くものであるし、育児休業を取得する者に無視できない経済的不利益を与えるものであって、育児休業の取得を抑制する働きをするものであるから、育児介護休業法 10 条に禁止する不利益取扱いに当たり、かつ、同法が労働者に保障した育児休業取得の権利を抑制し、ひいては同法が労働者に保障した趣旨を実質的に失わせるものであるといわざるを得ず、公序に反し、無効というべき」とした。評釈として、根本到「判批」法セ 724 号 123 頁（2015）、林健太郎「判批」季刊労働法 251 号 262 頁（2015）、吉田肇「判批」民商 151 巻 2 号 206 頁（2014）等がある。

25) みなと医療生活協同組合事件（名古屋地判平成 20 年 2 月 20 日労判 966 号 65 頁）。産前休業中の師長解任について、「師長解任のような降格を人事権の行使として裁量的判断により行うことは原則として許容され、強行法規に反したり、人事権の濫用に当たる場合に違法となるにすぎない」という枠組みを示し、本件解任は「育児休業取得を理由とするものであると認めるに足りず、また、労働者の育児休業の取得を事実上困難ならしめ、ひいては、法の労働者に権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものとも認め難い」こと、「原告の産休取得を理由とするものであると認めるに足りる証拠はない」こと、旧育児休業法 9 条は「事業主に現職復帰の義務を課していないこと」「原告を師長に復帰させなかったことが裁量権を逸脱した行為であるとも認められない」ことを指摘して、原告の主張をいずれも斥けた。

26) 本判決の評釈として、川田琢之「判批」ジュリ 1448 号 115 頁（2012）、佐藤慶「判批」民商 149 巻 6 号 698 頁（2014）、土田道夫「判批」季刊労働法 237 号 167 頁（2012）、長谷川珠子「判批」重判平成 23 年度（ジュリ臨増 1440 号）236 頁（2012）、井上幸夫「判批」ジュリ増刊〔実務に効く労働判例精選〕54 頁（2012）等がある。また、第一審判決（東京地判平成 23 年 3 月 17 日労判 1027 号 27 頁）につき、神吉知郁子「判批」ジュリ 1441 号 131 頁（2012）、所浩代「判批」新・判例解説 Watch（法セ増刊）11 号 247 頁（2012）を参照。

27) 他に、控訴人の人格権に基づく侵害回復措置としての被控訴人の謝罪及び育児・介護休業法の趣旨等に基づく被控訴人の就業規則の改訂も求めた。被告会社では育休取得後復職した労働者のほとんどが賃金を減額されており、原告の意識は制度の変更にあったと指摘するものとして、道幸哲也＝和田肇「ディアローグ 2012 年労働判例この 1 年の争点」日本労働研究雑誌 628 号 6-7 頁〔和田発言〕（2012）。

解するのが相当である(最高裁昭和 59 年(オ)第 1318 号同 61 年 7 月 14 日第二小法廷判決・裁判集民事 148 号 281 頁参照)。」

本件担務変更は、「原告において本件育休等を取得したことを理由としてされたものと解することはできず、他にこの点を認めるに足りる証拠はない」ため育介法 10 条に反しない。

育介法 22 条は「努力義務を定める規定であると解されるものであり、上記の育介指針及び育休通知がいうところも、努力義務の内容を具体的に示したものであって、原職又は原職相当職に復帰させなければ直ちに同条違反になるものとは解されない。……本件復職に当たり原告を就かせることができる最善の業務が国内ライセンス業務であったという事情の下では、本件担務変更が同条に抵触する違法なものとは断ずることはできない。」

「本件担務変更が原告において本件育休等を取得したことを理由としてされたものと解することはできず」均等法 9 条 3 項に定める不利益取扱いの禁止にもあたらない。

「以上によれば、本件担務変更は、業務上の必要性に基づいて、……被告の配置転換に係る人事上の権限の行使として行われたものということができ、本件復職に際して原告に充てる業務の選択の観点からみても、不合理な点は見いだせない。」

(b) 役割グレード・役割報酬引下げの適法性

「コナミ社員に係る本件人事制度及び本件報酬体系は、いわゆる職務等級制に分類される人事・報酬制度であると解される。この制度は、年功序列制や職能資格制度とは異なる成果主義の考え方を取り入れた制度であって、一般的に認められている人事・報酬制度であり、被告における上記のコナミ社員に係る本件人事制度及び本件報酬体系について不合理とする特段の事情は認められない。」

「被告は、コナミ社員就業規則 12 条 1 項において、業務上必要があるときはコナミ社員の職種・職位の変更を行うことができるとしている。そうすると、本件役割グレード引下げ措置は、本件担務変更に伴う職種・職位の変更として行われたものと解することができる

から、就業規則上にも根拠を有するものということができる。」

「以上説示したこと及び他に本件役割グレード引下げ措置について権利濫用と評価し得る特段の事情は認められないことからすると、本件役割グレード引下げ措置自体をもって被告の人事権を濫用したものということも、就業規則等に基づかないものということもできない。」

「被告の本件人事制度及び本件報酬体系は、就業規則等に定められたものであって、原告を含むコナミ社員との間の労働条件を規律するものであり、役割報酬については役割グレードの決定と連動して一義的に定まる仕組みのものであるから、本件人事制度及び本件報酬体系の下で役割グレードの決定によって当然に定まることになる役割報酬額については、コナミ社員の個別の同意を要するものとは解されない。」

20 万円の調整報酬は、「相応の減額緩和措置になっていると評価し得るものである。」

「以上のことからすると、本件役割報酬減額について被告による人事権の濫用があるとまではいえない。」

(c) 成果報酬ゼロ査定の適法性

「原告は……本件産休を取得するまでの約 3 か月間は、上記認定……の内容、程度の業務実績を上げている。……原告が上げた実績に係る成果及び引継者の実績のうち原告の実績を利用し又は踏まえたとして評価できる成果部分は、原告の成果報酬の金額を決する際に考慮すべき事項であるというべきである。……原告の本件査定対象期間における実績をゼロとした査定は、査定上考慮すべき事項を考慮していないものというべきであり、本件成果報酬ゼロ査定は、成果報酬の査定に係る裁量権を濫用したものと認めるのが相当である。」

b 控訴審

(a) 担務変更の適法性

ほぼ第一審判決を引用した。

(b) 役割グレード・役割報酬引下げの適法性

「役割報酬の引下げは、労働者にとって最も重要な労働条件の一つである賃金額を不利益に変更するものであるから、就業規則や年

俸規程に明示的な根拠もなく、労働者の個別の同意もないまま、使用者の一方的な行為によって行うことは許されないというべきであり、そして、役割グレードの変更についても、そのような役割報酬の減額と連動するものとして行われるものである以上、労働者の個別の同意を得ることなく、使用者の一方的な行為によって行うことは、同じく許されないというべきであり、それが担当職務の変更を伴うものであっても、人事権の濫用として許されないというべきである。」

(c) 成果報酬ゼロ査定の適法性

「被控訴人における成果報酬は、その就業規則や年俸規程のほか、弁論の全趣旨を考慮するならば、……賃金の後払いではなく、いわゆる見込で支払われる報酬（以下「見込報酬」という。）の一種であると理解することができる。」

「本件成果報酬ゼロ査定は、育休取得後、業務に復帰した後も、育休等を取得して休業したことを理由に成果報酬を支払わないとすることであり、そのようなことは、『育介指針』において、『休日の日数を超えて働かなかったものとして取り扱うことは、給与の不利益な算定に該当する』とされている趣旨に照らしても、育休等を取得して休業したことを理由に不利益な取扱いをすることに帰着するから、女性労働者の就業に関して妊娠中及び出産後の就労の確保を図ることなどを目的の一つとしている雇用機会均等法や、育児休業に関する制度を設けるとともに子の養育を行う労働者等の雇用の継続を図ることなどを目的としている育児・介護休業法が、育休等の取得者に対する不利益取扱いを禁止している趣旨にも反する結果になるものというべきである。」

「このような場合、被控訴人としては、成果報酬の査定に当たり、控訴人が育休等を取得したことを合理的な限度を超えて不利益に取り扱うことがないよう、前年度の評価を据え置いたり、あるいは控訴人と同様の役割グレードとされている者の成果報酬査定の平均値を使用したり、又は合理的な範囲内で仮の評価を行うなど、適切な方法を採用することによって、育休等を取得した者の不利益を合

理的な範囲及び方法等において可能な限り回避するための措置をとるべき義務があるというべきである。それにもかかわらず、被控訴人は、控訴人の平成 21 年度の成果報酬を合理的に査定する代替的な方法を検討することなく、機械的にゼロと査定したものであるから、その意味においても、人事権の濫用として違法であるというべきである。」

「もっとも、上記の認定判断は、被控訴人がした平成 21 年度の控訴人の成果報酬額をゼロと査定したことが人事権の濫用であることを明らかにしたものであり、控訴人が主張しているような、被控訴人において育休等を取得した控訴人に対する偏見があるとの控訴人の主張を認めるものではないし、上記ゼロ査定が雇用機会均等法や育児・介護休業法により直接無効になると認定判断するものではない。」

(3) 検討

a 本判決の意義

本判決は、産休及び育休取得後に職場復帰した労働者の担務変更、役割グレード変更及びそれに連動した役割報酬の引下げ、成果報酬ゼロ査定の効力が争われた事案である。育休取得後の不利益取扱いのみならず格付け制度の下での降格の効力等見るべき点の多い判決であるが、本稿の問題関心との関係では、①均等法 9 条 3 項・育介法 10 条違反に関する判断、②公序良俗違反の有無及び③人事権の濫用性判断が重要である。以下、これらの点について検討を加える。

均等法 9 条 3 項・育介法 10 条違反と育介法 22 条

第一審は、原告の職場復帰後の担務変更には必要性・相当性が認められることから、本件担務変更は原告の産休・育休の取得を理由としてされたものとは認められないとして、均等法 9 条 3 項及び育介法 10 条違反を否定した。また、育介法 22 条は努力義務を定める規定であって原職又は原職相当職に復帰させなかったことによる違法も認められないとされた。控訴審も第一審の判断をそのまま引用している。しかし、本件担務変更が役割グレード・役割報酬の引下げと連動するのであれば、一体として効力を論ずるべきであっ

た²⁸⁾。

c 公序良俗違反

公序良俗違反については、本件各措置が差別的なものであるとは認められず、均等法や育介法違反もないとして斥けられている。本判決では、原告は東朋学園事件等の「公序法理」を主張しておらず、裁判所も判断していない。しかし、担務変更、降格・減給によって権利行使を著しく抑制することはありうるため、この点についても判断すべきであったろう²⁹⁾。

d 人事権の濫用性判断

本件で主に用いられた枠組みは、本件担務変更、本件降格・減給及び成果報酬ゼロ査定が人事権の濫用として無効になるかというものであった。

本件担務変更は、第一審で人事権の濫用にあたらないとされ、控訴審も第一審判決をほぼそのまま引用している。そこでは、本件担務変更は配転に準ずるものとされ、東亜ペイント事件³⁰⁾を引用して、①業務上の必要性、②不当な動機、目的の有無、③労働者が通常甘受すべき程度を著しく超える不利益の有無によって判断するとされている。本件では①業務上の必要性が存し、②不当な動機、目的は認められないとされているが、③については判断がされておらず、この点を判断すべきであったように思われる³¹⁾。

本件降格・減給については、第一審は人事権の濫用にあたらないとしたが、控訴審は人事権の濫用として無効とした。控訴審は、役割報酬の引下げは「就業規則や年俸規程に明示的な根拠もなく、労働者の個別の同意もないまま、使用者の一方的な行為によって行うことは許され」ず、それと連動する役割グレードの変更についても一方的変更は許されないとした。そして、本件では、就業規則等

に根拠がなく、原告の同意がないことも明らかであるとして、本件降格・減給は人事権の濫用であって無効とした。この控訴審の判断は、大幅な賃金減額を伴う降格には就業規則上の根拠³²⁾か労働者の個別の同意が必要であるとされる点を重視したものと思われる³³⁾。コナミ社員の人事・報酬制度の内容が必ずしも明らかでないが、このような理解を前提とすれば、人事権の濫用ではなく降格権限の有無³⁴⁾ないし本件措置の労働契約上の効力の問題³⁵⁾として捉えるべきだったであろう（いずれにせよ、本稿の問題関心との関係ではあまり重要でないことになる）。

本件成果報酬ゼロ査定は、第一審では成果報酬の査定に係る裁量権の濫用、控訴審では人事権の濫用として無効と判断された。注目されるのは、控訴審が「本件成果報酬ゼロ査定は、育休取得後、業務に復帰した後も、育休等を取得して休業したことを理由に成果報酬を支払わないとすることであり……育休等を取得して休業したことを理由に不利益な取扱いをすることに帰着するから、」「育休等の取得者に対する不利益取扱いを禁止している趣旨にも反する結果になる」とし、被告には「適切な方法を採用することによって、育休等を取得した者の不利益を合理的な範囲及び方法等において可能な限り回避するための措置をとるべき義務がある」と判示した点である。査定対象期間の中に復帰していた期間があった以上ゼロ査定は適当でないとの結論が妥当であると同時に、産休・育休取得者の不利益に対する配慮の必要性が指摘された点でも重要である³⁶⁾。この部分でのみこのような考慮がなされたことは、賃金と配転・降格等で使用者の裁量の幅が異なることを示したと解しうる。他方で、判決は均等法や育介法により直接無効となるものではないと言及

28) 同旨、長谷川・前掲注 26)237 頁。

29) 佐藤・前掲注 26)704 頁、長谷川・前掲注 26)237 頁。

30) 最判昭和 61 年 7 月 14 日労判 477 号 6 頁。

31) 長谷川・前掲注 26)237 頁。

32) 裁判例として、アーク証券（本訴）事件（東京地判平成 12 年 1 月 31 日労判 785 号 45 頁）等がある。

33) 川田・前掲注 26)117-118 頁。

34) 川田・前掲注 26)118 頁。

35) 土田・前掲注 26)175 頁。

36) 同旨、長谷川・前掲注 26)237 頁、佐藤・前掲注 26)709 頁。

し、あくまでも人事権濫用の枠組みで判断している。

3 広島中央保健生協事件³⁷⁾

(1) 事案の概要

被告に雇用され副主任の職位にあった理学療法士である原告が、労基法 65 条 3 項に基づく妊娠中の軽易な業務への転換に際して副主任を免ぜられ、育児休業の終了後も副主任に任ぜられなかったことから、被告に対し、上記の副主任を免じた措置は均等法 9 条 3 項に違反する無効なものであるなどと主張して、管理職（副主任）手当の支払及び債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を求めた。第一審及び控訴審は原告の請求を棄却したが、最高裁は原判決を破棄し、原審に事件を差し戻した³⁸⁾。

(2) 判旨

a 均等法 9 条 3 項の性質

「同法 9 条 3 項の規定は、上記の目的及び基本的理念を実現するためにこれに反する事業主による措置を禁止する強行規定として設けられたものと解するのが相当であり、女性労働者につき、妊娠、出産、産前休業の請求、産前産後の休業又は軽易業務への転換等を理由として解雇その他不利益な取扱いをすることは、同項に違反するものとして違法であり、無効であるというべきである。」

b 軽易業務転換を契機とする降格

「女性労働者につき妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同項の禁止する取扱いに当たるものと解されるが、当該労働者が軽易業務への転換及び上記措置により受ける有利な影響並びに上記措置により受ける不利な影響の内容や程度、上記措置に係る事業主による説

明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らして、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき、又は事業主において当該労働者につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するときは、同項の禁止する取扱いに当たらないものと解するのが相当である。」

「上記の承諾に係る合理的な理由に関しては、上記の有利又は不利な影響の内容や程度の評価に当たって、上記措置の前後における職務内容の実質、業務上の負担の内容や程度、労働条件の内容等を勘案し、当該労働者が上記措置による影響につき事業主から適切な説明を受けて十分に理解した上でその諾否を決定し得たか否かという観点から、その存否を判断すべきものと解される。また、上記特段の事情に関しては、上記の業務上の必要性の有無及びその内容や程度の評価に当たって、当該労働者の転換後の業務の性質や内容、転換後の職場の組織や業務態勢及び人員配置の状況、当該労働者の知識や経験等を勘案するとともに、上記の有利又は不利な影響の内容や程度の評価に当たって、上記措置に係る経緯や当該労働者の意向等をも勘案して、その存否を判断すべきものと解される。」

c 本件

「上告人は、被上告人から前記 2 (6) のように本件措置による影響につき不十分な内容の説明を受けただけで、育児休業終了後の副主

37) 本判決の評釈として、市原義孝「判解」最判解民事篇平成 26 年度 425 頁 (2017)、鄒庭雲「判批」法時 88 卷 2 号 126 頁 (2016)、竹岡裕介「判批」企業会計 67 卷 2 号 140 頁 (2015)、所浩代「判批」新・判例解説 Watch (法セ増刊) 17 号 295 頁 (2015)、富永晃一「判批」季刊労働法 248 号 173 頁 (2015)、長谷川聡「判批」重判平成 26 年度 (ジュリ臨増 1479 号) 229 頁 (2015)、長谷川珠子「判批」法教 413 号 35 頁 (2015)、政本裕哉「判批」NBL1038 号 4 頁 (2014)、水町勇一郎「判批」ジュリ 1477 号 103 頁 (2015)、峰隆之「判批」労働法学研究会報 2606 号 32 頁 (2015)、盛誠吾「判批」労働法律旬報 1840 号 4 頁 (2015)、両角道代「判批」村中孝史＝荒木尚志編『労働判例百選 (第 9 版)』38 頁 (2016)、山川隆一「判批」法協 133 卷 9 号 176 頁 (2016) 等がある。

38) 差戻後控訴審 (広島高判平成 27 年 11 月 17 日労判 1127 号 5 頁) では、最高裁が示した二つの例外のいずれにも当たらないとして原告の請求が一部認容された。

任への復帰の可否等につき事前に認識を得る機会を得られないまま、本件措置の時点では副主任を免ぜられることを渋々ながら受入れたにとどまるものであるから、上告人において、本件措置による影響につき事業主から適切な説明を受けて十分に理解した上でその可否を決定し得たものとはいえず、上告人につき前記(1)イにいう自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するということはできないというべきである。」

「本件措置については、被上告人における業務上の必要性の内容や程度、上告人における業務上の負担の軽減の内容や程度を基礎付ける事情の有無などの点が明らかにされない限り、前記(1)イにいう均等法9条3項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情の存在を認めることはできないものというべきである。」

(3) 検討

a 本判決の意義

本判決は、均等法9条3項が私法上強行規定であると判断した点、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い該当性について新たな判断枠組みを示した点で重要な意義を有する。

b 本判決の判断枠組み

本判決は、均等法9条3項違反の判断枠組みとして、まず「女性労働者につき妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同項の禁止する取扱いに当たる」とした。その上で例外として、①「当該労働者が軽易業務への転換及び上記措置により受ける有利な影響並びに上記措置により受ける不利な影響の内容や程度、上記措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らして、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格

を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき」(以下「例外①」とする)又は、②「事業主において当該労働者につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するとき」(以下「例外②」とする)は均等法9条3項の禁止する取扱いに当たらないとした。

c 原則部分の検討・評価

本判決の判断枠組みの原則部分は、軽易業務転換を「契機として」なされた降格であれば原則として9条3項の禁止する取扱いに該当すると推定するものであり、立証責任を使用者側に転換している³⁹⁾。これは当事者間の実質的な衡平を図ったものとして妥当である⁴⁰⁾。

d 例外①の検討・評価

例外①は、賃金全額払いの原則の例外に関する日新製鋼事件⁴¹⁾等と同様の表現を用いている。この例外がいかなる意味で例外となるのかについては解釈が分かれており、大別すると、(a)「不利益な取扱い」に当たらないとする見解、(b)「理由として」に当たらないとする見解、(c)強行法規である均等法9条3項につき承諾による例外を認めるものとして批判する見解⁴²⁾に分けられる。見解(a)には、労働者の主観的事情は『「不利益な取扱い」に該当するか否かの判断における考慮事情の一つにとどまる」とする見解⁴³⁾と不利益取扱いと非・不利益取扱いの分水嶺は様々に異なるため労働者個人に判断をまかせ柔軟な判断の余地を残そうとしたものとする見

39) 山川・前掲注37)187頁、長谷川珠子・前掲注37)39-40頁。

40) 長谷川珠子・前掲注37)40頁。

41) 最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁。労働者の予めの同意に基づく住宅ローンと退職金の相殺が賃金全額払い原則違反となるかが争われた事案で、「労働者がその自由な意思に基づき右相殺に同意した場合においては、右同意が労働者の自由な意思に基づいてされたものであると認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき」は、相殺は労基法24条に反しないとした。

42) 水町・前掲注37)106頁。

43) 市原・前掲注37)436頁。山川・前掲注37)195頁注10は、市原の見解は「「不利益な取扱い」のみの問題としては位置づけていないとも理解できる」としている。

解⁴⁴⁾がある。見解(b)には、軽易業務への転換に伴う降格が労働者の意向の実現の一環としてとらえられる場合には本人の意向の実現を理由とするものとして差別意図⁴⁵⁾の推定に対する反証という効果をもちうとする見解⁴⁶⁾、「理由として」の解釈について客観的因果関係説に立ったものとみる見解⁴⁷⁾がある。以下、これらの見解を検討する。

まず、見解(c)については、強行規定違反につき承諾による例外を認めることは論者自身が指摘する通り妥当でなく、判決が「同項の禁止する取扱いに当たらない」としていることから、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに該当するとした上で例外を認めたものと読むことは適当でないだろう。

次に、見解(a)について、自由意思に基づく承諾を認めるに足る合理的な理由が客観的に存在する場合には「不利益な取扱い」に当たらないという解釈は採りうるものであるが、処遇から判断される不利益取扱い該当性について労働者の意思を介在させることにはやや疑問がある。

最後に、見解(b)のうち、客観的因果関係説に立ったものとする見解は、労働者の承諾があれば客観的因果関係が否定されるという解釈が不明瞭であるように思われる⁴⁸⁾。主観的要素としての差別意思を問題とせず客観的義務違反を考えるのであれば、労働者の承諾を例外①の中心に据える必要はないのではないか。これに対し、労働者の自由意思に基づく承諾がある場合には当該取扱いは軽易業務転換等の労働者の意向を実現するための措置であって妊娠・出産等を「理由として」な

された措置に当たらないと解する見解は、判決の文言とも整合的であり、この見解のように解することが妥当と考えられる。

e 例外②の検討・評価

例外②は、業務上の必要性、労働者が受ける有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、均等法9条3項の「趣旨及び目的に実質的に反しないと認められる特段の事情」がある場合に例外を認めるものである。例外②についても、業務上の必要性等が差別意図の推認を妨げるものとして「理由として」に関する例外と解される⁴⁹⁾。この例外と「公序法理」の関係についてはIV 1(2)で後述する。

f 本判決の射程

本判決の射程はこれを限定的に解する見解が多く、妥当と考えられる。すなわち、労働者の請求による軽易業務への転換の場合には原則として女性が請求した業務に転換させるものとされており役職者の併存による不都合の回避等の事業主の業務上の必要性について一定の配慮が必要となること⁵⁰⁾、軽易業務転換を「契機とする」降格は労働者に有利な措置と不利益取扱いにあたる措置が連動ないし密接に関連していること⁵¹⁾から、本判決の射程は労働者の権利行使や労働者にとって有利な側面がある同種事案にのみ及ぶと考えるべきである。

4 広島中央保健生協事件以降の裁判例

広島中央保健生協事件以降の重要と考えられる裁判例は以下の二つである⁵²⁾。

44) 富永・前掲注37)179頁。

45) 「差別意図」と「差別意思」は同義と扱い、各論者の用語法に応じて用いる。

46) 山川・前掲注37)190-191頁。

47) 長谷川珠子・前掲注37)40頁。水町・前掲注37)106頁はこの見解を差別意思に基づく妊娠・出産差別を客観的とされる諸事情によって適法化することを可能とする解釈であり適当でないとする。

48) 山川・前掲注37)196頁注14は、長谷川珠子・前掲注37)に対してこのような指摘を行っている。

49) 山川・前掲注37)190-191頁。

50) 市原・前掲注37)435-436頁。

51) 長谷川珠子・前掲注37)41頁、富永・前掲注37)182頁、山川・前掲注37)191頁。

52) 他に、産休が問題となった事案として、出水商事事件（東京地判平成27年3月13日労経速2251号3頁）がある。これは、産休中の原告に対し「退職通知」と退職金を送付し、後にこれを撤回したが育休後の復職に対して消極的な姿勢を示した事案で、原告は休業明けに出社しなくとも民法536条2項により賃金請求権を失わず、「退職通知」送付行為は労基法19条1項及び育児法10条に違反して不法行為に該当するとされた。産休・育休取

(1) TRUST 事件⁵³⁾

本件は、妊娠が判明した労働者を墨出し等の現場業務から外し、派遣会社を紹介したうえ退職扱いした事案で、裁判所は退職合意の成立を否定し、賃金・慰謝料等の請求を一部認容した。退職合意・休職合意の有無等が争点となっており、均等法9条3項違反の有無は直接判断されていないが、不利益取扱いの範囲に関連して興味深い判決である。

本判決は、退職合意の有無について「退職は、一般的に、労働者に不利な影響をもたらすところ、雇用機会均等法1条、2条、9条3項の趣旨に照らすと、女性労働者につき、妊娠中の退職の合意があったか否かについては、特に当該労働者につき自由な意思に基づいてこれを合意したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するか慎重に判断する必要がある」として、広島中央保健生協事件に類似する文言を用いた慎重な判断枠組みを示している。合意による退職であれば9条3項の禁止する不利益取扱いに当たらないため、同法の規制の潜脱を防ぐために慎重な判断を行うことは妥当と解される⁵⁴⁾。

他方で、本判決は、原告の妊娠が発覚するより前の病気休暇中の休職合意の成立を認めており、この点に疑問がある。被告は休職合意の成立を主張しているものの、休職を指示したか及びその時期についてははっきり主張しておらず、裁判所は原告が退職扱いを知った時点で休職と認識していたことから休職合意の成立を認定している。しかし、合意成立日時に関する疑問をおいても、本件「休職」の内容は原告を就労させず賃金を支払わない代

わりに派遣会社から仕事を紹介するというものであり、就労拒否として不利益取扱いに当たりうることから、広島中央保健生協事件の射程が及ぶのか、及ぶとして判断はどうなるのかを検討すべきであった⁵⁵⁾。

(2) 社会福祉法人全国重症心身障害児(者)を守る会事件⁵⁶⁾

本件は、育児短時間勤務制度を利用して1日6時間の時短勤務を行った原告らが、被告が基本給を8分の6に減額することとは別に昇給号給数に8分の6を乗じて昇給を抑制する措置を取っていることが育児法23条の2等に反し違法・無効であるとして、給与の差額・慰謝料の支払等を求めた事案である。本判決は育児法23条の2を強行規定と解し、時短勤務者の昇給抑制を違法として請求を一部認容した。

本判決は、「労働者につき、所定労働時間の短縮措置の申出をし、又は短縮措置が講じられたことを理由として解雇その他不利益な取扱いをすることは、その不利益な取扱いをすることが同条に違反しないと認めるに足りる合理的な特段の事情が存しない限り、同条に違反するものとして違法であり、無効である」との原則を示しており、広島中央保健生協事件の影響を受けていると考えられる⁵⁷⁾。

また、本判決は、「本件昇給抑制は、労働者に本件制度の利用を躊躇させ、ひいては、育児・介護休業法の趣旨を実質的に失わせるおそれのある重大な同条違反の措置たる実質を持つものであるというべきであるから、本件昇給抑制は、同法23条の2に違反する不利益な取扱いに該当するというべきである。」

得後の解雇、退職勧奨ないし合意解約の申込みのいずれに当たるかがはっきりしない使用者側の行為についての一事例として意義を有する。同判決の評釈として、石崎由希子「判批」ジュリ1494号115頁(2016)。

53) 東京地裁立川支判平成29年1月31日労判1156号11頁。本判決の評釈として、竹内(奥野)寿「判批」ジュリ1504号4頁(2017)、武井寛「判批」新・判例解説 Watch(法セ増刊)21号269頁(2017)。

54) この点につき、竹内(奥野)・前掲注53)5頁は、広島中央保健生協事件が労働者に有利な措置の実現という側面を有することを指摘して、同判決の具体的な考慮事情をそのまま参照するのは妥当でなく、より限定的に判断がなされるべきとしており、適切な指摘である。

55) 判断を行う場合、本件では原告の業務は少なくとも一部が危険有害業務(労基法64条の3)に該当したこと、原告が副業を有しており影響が小さかったこと等が本件の特殊事情として考慮されうる。

56) 東京地判平成27年10月2日労判1138号57頁。本判決の評釈として、水町勇一郎「判批」ジュリ1489号4頁(2016)、小山敬晴「判批」季刊労働法253号204頁(2016)、矢野昌浩「判批」法セ740号163頁(2016)等がある。

57) 水町・前掲注56)5頁。

とする⁵⁸⁾。この判示は、「公序法理」を育介法違反か否かの判断に取り込んでいるように読める。この点は広島中央保健生協事件に内在する問題点であり併せて検討すべきとする見解⁵⁹⁾もあり、「公序法理」と不利益取扱い禁止の関係の検討において後述する。

(3) 小括

本節では、広島中央保健生協事件以降、妊娠・出産等ないし育児時短勤務が問題となった裁判例を概観した。広島中央保健生協事件の影響を受けていると思われる裁判例はあるものの、均等法9条3項が直接問題となった裁判例は見当たらない。また、社会福祉法人全国重症心身障害児（者）を守る会事件では「公序法理」が「不利益取扱い」該当性の判断に取り入れられたが、この点には批判も強い⁶⁰⁾。

以上の判例・裁判例の分析を踏まえて、IVではまず、判例・裁判例の判断枠組みを整理し、残された解釈上の疑問点を検討する。

IV. 判断枠組みの検討

1 判例・裁判例の判断枠組み

(1) 「公序法理」、人事権濫用法理、不利益取扱い禁止

まず、均等法9条3項制定以前には、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは、労基法等が保障した権利等の行使を抑制し、ひいては権利保障の趣旨を実質的に失わせるものと認められる場合には公序違反により無効になるとされてきた(日本シェーリング事件、東朋学園事件)。この枠組みは主として賃金に関する事案で用いられており、下級審では

降格(師長解任)にも用いた例がある(みなと医療生活協同組合事件)。

次に、コナミデジタルエンタテインメント事件に代表されるように、担務変更や降格については人事権の濫用か否かで判断する事例が存在し、広島中央保健生協事件の原審もこの枠組みを用いている。これは、使用者の人事権行使上の裁量を広く認めるものである。

以上に対し、広島中央保健生協事件では、均等法9条3項が強行規定であるとして、同条が禁止する不利益取扱い該当性を判断する枠組みが用いられた。同条が強行規定であることには学説上もさほど異論がなく⁶¹⁾、同条制定以降の妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いが問題となる事案ではまず同条違反の有無が判断されるべきであり、同判決の示した判断枠組みは今後重要である。もっとも、既に検討したように同判決の枠組みの射程は限定的であり、労働者にとっての有利な措置と結びつかない不利益取扱いについてはより厳しい判断枠組みの構築が必要であろう。

(2) 相違点・相互の関係

判例・裁判例の判断枠組みは以上のように整理されるが、その相違点や相互の関係は従来あまり明確にされてこなかった。以下では、各判断枠組みの相違点と関係について検討する。

a 各判断枠組みの相違点

各判断枠組みの判断基準の主な相違点は、①不利益の程度の考慮の有無、②業務上の必要性・使用者の裁量の考慮の程度である。

「公序法理」の判断基準は、就業規則等による妊娠・出産等の取扱いが、「権利等の行使を抑制し、ひいては労働基準法等が上記権

58) もっとも、「本来与えられるべき利益を与えないという不作為の形で不利益取扱いをする場合において、併せて不十分な利益を与える部分が併存するとき、この利益を与える部分を含めて当該行為を全部無効とすれば、かえって労働者は不十分な利益すら失ってしまうことになるので、同法23条の2の規定の趣旨を没却するものではない限り、その限度で不利益取扱いには当たらないと解すべきであり、また、不作為の行為の無効ということを観念する実益に乏しいことから、本件昇給抑制に係る行為を無効とは解さない」として本件昇給抑制を無効とすることは避けている。この点については、端的に8分の6を乗じた措置を無効とすれば良かったものと解される(同旨、矢野・前掲注56)163頁)。

59) 水町・前掲注56)5頁、小山・前掲注56)205頁。

60) 水町・前掲注56)5頁、小山・前掲注56)205頁。

61) 例えば、菅野和夫『労働法(第11版補正版)』256頁(弘文堂、2017)、荒木尚志『労働法(第3版)』106頁(有斐閣、2016)。

利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められる」か否かであり、ここでは不利益の程度が権利行使を抑制するほど大きいかが問題となる。

次に、人事権濫用法理の判断基準は、①業務上の必要性の有無、②不当な動機・目的の有無、③通常甘受すべき程度を著しく超える不利益の有無である。この判断枠組みが用いられる場合には、使用者の人事権の濫用の有無が問題となることからまず業務上の必要性が考慮される点に特徴があり、使用者の裁量が重視されている。そして、労働者の不利益は「通常甘受すべき程度を著しく超える」場合にのみ問題となる。

他方で、広島中央保健生協事件の判断枠組みでは9条3項の禁止する不利益取扱いに当たるか否かが判断基準となっている。その内容は原則と二つの例外からなり、軽易業務転換を契機とする降格は原則として9条3項の禁止する取扱いに当たるが、①「当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足る合理的な理由が客観的に存在するとき」又は②「事業主において当該労働者につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するとき」は例外とするものである。ここでは、9条3項の禁止する不利益取扱いに該当する場

合不利益の程度は問わずに無効とされ、業務上の必要性は例外②の一考慮要素にとどまる。

効果はいずれも当該取扱い等の無効であり、「公序法理」では公序違反（民法90条）、人事権濫用法理では権利濫用（労契法3条5項、民法1条3項）、不利益取扱い禁止では強行法規（均等法9条3項）違反により無効となる。また、均等法9条3項違反は不法行為上の違法性を基礎付け、損害賠償責任の根拠となりうる。

b 「公序法理」と不利益取扱い禁止の関係

「公序法理」と不利益取扱い禁止の関係については、(a)前者が後者に取り入れられたとする見解⁶²⁾、(b)前者はもはや後者と別個には機能しないとする見解⁶³⁾等が存在する。

まず、(a)前者が後者に取り入れられたとの見解は、広島中央保健生協事件の例外②で労働者への影響の程度を考慮している部分が、公序違反性の判断に類するとの指摘である。これは、法の「趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情」の有無を考慮することは、法が「権利等を保障した趣旨を実質的に失わせる」かを考慮する「公序法理」の枠組みと共通しているとするものであり、この論者の一部は、不利益取扱い禁止違反は不利益の程度を問わずに違法とされるべきとして同判決を批判する⁶⁴⁾。確かに、この見解が有する「公序法理」と不利益取扱い禁止は別個に判断すべきであるという問題意識は妥当であり、強行法規によって禁止された「不利益取扱い」該当性の判断にあたっては不利益の程度を考慮すべきでない⁶⁵⁾。

62) 長谷川珠子・前掲注37)40頁。鄒・前掲注37)129頁及び水町・前掲注37)106頁は、このように解した上で、公序違反性は不利益取扱いが合理的理由に基づいたことが立証された場合に別途問われるべきであるとして本判決に批判的である。同様の指摘として、水町・前掲注56)5頁参照。

63) 土田・前掲注26)180頁注22。これは直接には育介法10条に関する言及であるが、「産前産後休業を理由とする不利益取扱いについても、育児・介護休業法10条の判断基準が準用されるべきであろう」としている。もっとも、この見解は「公序法理」の基本的考え方は今日においても重要であり、使用者の不利益回避措置の要請を基礎付けるものとする。

64) 鄒・前掲注37)129頁、水町・前掲注37)106頁、水町・前掲注56)5頁。

65) 学説でも、菅野・前掲注61)584頁は、均等法9条3項の「施行前は当該不利益取扱いが公序良俗違反となるかどうかとして判断されていた」が、「同禁止規定は強行規定であるので、違反の不利益取扱いについて特段の合理的理由のない限り法律行為としての無効性と不法行為としての違法性を生じさせることとなった」とする（同書599頁は、育介法10条等につき、より端的に「育児休業等の申出者ないし取得者に対する賃金面でのノーワーク・ノーペイ原則をこえた不利益取扱いは、当該取扱いを首肯させる特段の合理的事情のない限り（不利益の程度を問わず）違法（無効、不法行為）となったと解される」としている）。

例外②の解釈としては、業務上の必要性により差別意図の推認を否定した上で、特段の事情を要求して使用者の人事上の裁量を厳しく審査したものと解することが適切であろう⁶⁶⁾。

なお、社会福祉法人全国重症心身障害児(者)を守る会事件の判旨は「公序法理」を不利益取扱い該当性の判断に取り入れたものと読みざるを得ないが、この点は妥当でなく、両者は区別されるべきである。

また、見解(b)について、「公序法理」が機能しなくなるとは考えにくい⁶⁷⁾。不利益取扱い該当性の判断にあたっては「理由として」という要件も問題となり、妊娠・出産等を「理由として」なされた不利益取扱いではないと判断されても、不利益の程度によっては権利行使を抑制するものとして公序違反となる余地は残るためである。

「公序法理」は不利益取扱い禁止とは別の枠組みであり、広島中央保健生協事件以降も用いられうる。

c 「人事権濫用法理」と不利益取扱い禁止の関係

広島中央保健生協事件では、原審が「人事権濫用法理」を用いて原告の請求を棄却したのに対し、最高裁は異なる枠組みを提示して差し戻した。同判決の射程の限定はあるものの、均等法9条3項が強行規定とされた以上、今後は降格等の人事権行使の事案であっても、使用者の広い裁量が認められる「人事権濫用法理」ではなく、まず不利益取扱い禁止に違反するかが判断されるものと考えられる。また、「公序法理」と同様に、妊娠・出産等を「理由として」なされた不利益取扱いには当たらずとも、労働者が通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるような場合には人事権の濫用となりうるため、「人事権濫用法理」も広島中央保健生協事件以降も意味を有するであろう。

d 小括

以上より、判例・裁判例で用いられてきた

三つの判断枠組みは互いに異なるものであり、広島中央保健生協事件判決以降もそれぞれが用いられうるといえる。判断過程においては、まず強行規定による不利益取扱い禁止違反の有無が判断され、違反行為は私法上も違法無効となる。そして、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いにあたらない場合、人事権の行使であれば人事権濫用法理、その他の行為も含め権利行使を抑制し法が権利を保障した趣旨を実質的に失わせうるものであれば「公序法理」によって判断されることとなる。不利益取扱い禁止違反が判断の中心となるにあたっては、使用者の行為が妊娠・出産等を「理由とする」取扱いであるかによって他の二つの判断枠組みが機能するかが左右されることが考えられる。

(3) 残された点

上記(2)で検討したように、広島中央保健生協事件の判断枠組みは今後妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの違法性判断の中心となると思われる。そこで、以下では同判決で残された点を再度整理する。

a 広島中央保健生協事件の射程外の場合

Ⅲ 3(3)で検討したように、広島中央保健生協事件は軽易業務転換を「契機とする」降格が問題となった事案であり、同判決の射程は同種事案、すなわち労働者に有利な措置と不利益取扱いにあたる措置が連動ないし密接に関連している事案にのみ及ぶと解される。例えば、配置転換や降格は、軽易業務転換(労基法65条3項)、就業時間制限(労基法66条)等の権利行使の結果行われる場合、労働者にとって有利な側面を有するため、広島中央保健生協事件の枠組みが基本的に妥当するであろう。

他方で、労働者に有利な側面のない場面においてどのような判断がなされるべきかは残る問題である。例えば、解雇や契約更新拒絶のように雇用関係が終了する場合には、労働者に有利な措置としての側面は存在しないことは明らかであるし、減給や賞与における不

66) 山川・前掲注37)191-192頁。

67) 同様の指摘として、両角・前掲注18)103頁、細谷越史「労基法上の権利行使と不利益取扱いの禁止」日本労働法学会編『講座労働法の再生第4巻 人格・平等・家族責任』297頁、315頁(日本評論社、2017)。

利益算定等も労働者に有利な側面は存在しない。こうした場合の判断枠組みはなお検討を要するが、少なくとも広島中央保健生協事件の原則と同様の立証責任の転換は行われると考えられる。

b 「理由として」「不利益な取扱い」の内容及び範囲

広島中央保健生協事件の「理由として」要件が主観的要素であるのか客観的因果関係であるのかについては見解が分かれており⁶⁸⁾、既述のように、筆者は広島中央保健生協事件の例外①の解釈としては主観的要素と解すべきと考えるが、「理由として」要件を客観的因果関係と考えるべきか、そのことにどのような意味があるのかは残された問題である。

また、広島中央保健生協事件判決が、通常使用者の広範な裁量が認められる役職の降格について厳格な判断を行った点には疑問を呈する見解もあり⁶⁹⁾、降格以外の措置の「不利益な取扱い」該当性についての判例は存在しない。軽易業務転換を契機とする降格がやや特殊な類型であるとする、行政解釈及び判例を踏まえた「不利益な取扱い」の解釈の検討が必要である。

c 職場復帰後の処遇

広島中央保健生協事件では、主位的請求で降格（本件措置1）の違法性が主張された他、予備的請求で育休からの復帰後に副主任に復帰させなかったこと（本件措置2）の違法性が主張された。第一審及び原審は、本件措置2についても均等法9条3項、育介法10条

に違反せず、人事権の濫用にもあたらないとして原告の主張を斥けていた。最高裁及び差戻後控訴審では、本件措置1が違法とされたため本件措置2については判断がされていない⁷⁰⁾。

この点について、軽易業務転換、産休及び育休中の措置が一時的なものであることから、こうした措置と復帰後の措置、特に原職・元の役職に戻さない措置を分けて検討し、判断枠組みを異ならせることがありうる⁷¹⁾。そして、そのように解することは、使用者の人事上の必要性和女性労働者のキャリア維持の間の衡平を保つことに資する可能性がある。

以上の考察を踏まえ、2では、「理由として」「不利益な取扱い」の解釈について検討する。

その上で、3では、cの問題意識に関連して、女性労働者の権利と雇用管理上の必要性のバランスや事実上の女性労働者への影響を考慮した妥当な解決のあり方を模索する。

2 均等法9条3項の解釈と展開

(1) 「理由として」の意味

従来、労基法3条、4条及び均等法の「理由として」は使用者の主観的な状態を意味するとされてきた⁷²⁾。ここでの主観的な状態としての差別意図は、使用者が、差別禁止事由を認識し、その故に当該労働者を不利益に取り扱うという意図に基づいて不利益取扱い

68) 前者の例として山川・前掲注37)190-191頁、後者の例として長谷川珠子・前掲注37)40頁がある。

69) 富永・前掲注37)180-182頁、土田道夫『労働契約法（第2版）』745-746頁（有斐閣、2016）。土田・同書746頁は、使用者が軽易業務転換を実行する義務を負うケースにおいて、従来の業務における役職を免ずる措置については高度の業務上の必要性を認め、「特段の事情」を肯定すべきであり、判旨は「均等法9条3項の解釈における労使間の公正な利益調整を誤ったものと評価せざるをえない」とする。

70) なお、櫻井龍子裁判官の補足意見は育介法10条を強行規定と解した上で、本件措置2についても法廷意見と同様の枠組みで慎重な検討がなされるべきとしている。

71) 富永・前掲注37)182頁、土田・前掲注69)747頁。

72) 労基法3条につき、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法（上）』97頁〔両角道代〕（有斐閣、2003）、厚生労働省労働基準局編『平成22年版労働基準法（上）』75頁（労務行政、2011）。もっとも、労基法4条については、東京大学労働法研究会編・同書105-106頁〔両角道代〕は「原告の性別との間に因果関係が存在することが必要」として差別意思の要否について明示しておらず、厚生労働省労働基準局編・同書81頁も差別意思の要否には言及がない。均等法については、労働省女性局編『詳説男女雇用機会均等法』197頁（労務行政研究所、2000）が、「労働者が女性であることのみを理由として、あるいは社会通念として又は当該事業場において、女性労働者が一般的又は平均的に、高度な能力を有する者が少ないこと、勤続年数が短いこと、主たる生計の維持者ではないこと等を理由とすることの意」とする。

を行うことで足り、嫌悪や敵意は必須ではないと解されている⁷³⁾。

これに対し、近年新たに立法された雇用差別禁止規定においては主観的要素ではなく客観的な義務違反が問題となる傾向があるとの指摘が存在する⁷⁴⁾。この見解は、「公序法理」についても主観的差別意思がなくとも客観的な義務違反として差別の成立が認められていたものと解する⁷⁵⁾。また、行政解釈は、「妊娠・出産等と、解雇その他不利益な取扱いとの間に因果関係があることをいう」⁷⁶⁾としており、客観的因果関係を問題としていえることが出来る。もっとも、そのことが直ちに主観的要素の考慮を否定するものではない。

この点について広島中央保健生協事件を見ると、既述のように、同判決の例外①（本人の承諾）は、本人の意向を「理由とする」措置であり差別意図に基づかないという反証であると解される。すなわち、広島中央保健生協事件の判旨は主観的要素を問題としたものと考えられる。

他方で、広島中央保健生協事件後には同判決の原則と例外が表現を変えて通達に取り入れられているが、そこでは、「妊娠・出産等の事由を契機として不利益取扱いが行われた場合は、原則として妊娠・出産等を理由として不利益取扱いがなされたと解される」とされ、ただし書きで、「イ①円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障があるため当該不利益取扱いを行わざるを得ない場合において、②その業務上の

必要性の内容や程度が、法第九条第三項の趣旨に実質的に反しないものと認められるほどに、当該不利益取扱いにより受ける影響の内容や程度を上回ると認められる特段の事情が存在すると認められるとき」又は「ロ①契機とした事由又は当該取扱いにより受ける有利な影響が存在し、かつ、当該労働者が当該取扱いに同意している場合において、②当該事由及び当該取扱いにより受ける有利な影響の内容や程度が当該取扱いにより受ける不利な影響の内容や程度を上回り、当該取扱いについて事業主から労働者に対して適切に説明がなされる等、一般的な労働者であれば当該取扱いについて同意するような合理的な理由が客観的に存在するとき」についてはこの限りでないとされている⁷⁷⁾。この例外ロが同判決の例外①に対応していると考えられるが、文言は判決と異なっており、当該労働者の承諾ではなく一般的な労働者の同意を問題としている点で、差別意図に対する反証ではなく因果関係の遮断を問題にしているとも解される。また、9条3項と同様に2006年改正で均等法に規定された間接差別（7条）は客観的な義務違反であり差別意図を要しないとされており、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いをこれに引き付けて考えれば差別意図を要求しないことはありうる。

上記の検討に鑑みると客観的な義務違反とする因果関係説も採り得ないものではない。しかし、均等法9条3項は「理由として」という文言を用いていることから基本的には差別意思を問題にしていると解され、広島中央

73) 東京大学労働法研究会編・前掲注 72)97 頁〔両角道代〕。山川・前掲注 37)196 頁注 15。

74) 富永晃一「雇用社会の変化と新たな平等法理」荒木尚志ほか編『岩波講座現代法の動態 (3) 社会変化と法』59 頁, 66-67 頁 (岩波書店, 2014)。育介法について、差別的意思の有無を問わないものと解する見解として、両角道代「家族の変化と労働法」同書 133 頁, 151 頁。なお、長谷川珠子・前掲注 37) はこうした新たな見解を「客観的因果関係説」としてそれに基づいて広島中央保健生協事件の例外①を論じているが、富永は同書 67 頁で均等指針が『主観的要素』としての位置づけの否定の趣旨か否かは不明」としており、妊娠者の不利益取扱いについて主観的要素の考慮を否定しているわけではないように思われる。

75) 富永・前掲注 74)66 頁。

76) 平成 18 年厚生労働省告示第 614 号「労働者に対する性別を理由とする差別の禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針」(以下、「均等法指針」という)第 4 の 3(2)。

77) 平成 27 年 1 月 23 日雇児発 0123 第 1 号第 2 の 4(5)。下線は筆者により、広島中央保健生協事件の判旨から表現が異なっている部分である。同通達については、広島中央保健生協事件の軽易業務転換を契機とする降格に関する判示を「契機として不利益取扱いが行われた場合」として不利益取扱い一般に広げ、業務上の必要性の内容や程度・有利な影響の「上回り」を要求する等同判決をより厳格にしたと思われる枠組みを示している点で疑問がある。

保健生協事件もそれと整合的に解される。また、因果関係説の唱える差別意思の相対化が妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いにおいてどのような意義を有するかはあまり明らかでなく、差別意図を不要と解することまでは必要ないと考えられる。

(2) 「不利益な取扱い」の範囲

「不利益な取扱い」の解釈としては、「仮に妊娠、出産をせずに働き続けた場合における当該女性労働者の処遇」と比較して、妊娠・出産等を理由に処遇が低下している場合にはこれを「不利益」とみることが妥当であり、判断にあたっては妊娠、出産等以外を理由とする処遇の低下の影響を除去した上で比較することに留意が必要とされている⁷⁸⁾。

この見解を踏まえて、均等法指針第4の3(2)は以下のように例示を行っている。すなわち、「イ 解雇すること、ロ 期間を定めて雇用される者について、契約の更新をしないこと、ハ あらかじめ契約の更新回数の上限が明示されている場合に、当該回数を引き下げること、ニ 退職又は正社員をパートタイム労働者等の非正規社員とするような労働契約内容の変更の強要を行うこと、ホ 降格させること、ヘ 就業環境を害すること、ト 不利益な自宅待機を命ずること、チ 減給をし、又は賞与等において不利益な算定を行うこと、リ 昇進・昇格の人事考課において不利益な評価を行うこと、ヌ 不利益な配置の変更を行うこと、ル 派遣労働者として就業する者について、派遣先が当該派遣労働者に係る労働者派遣の役務の提供を拒むこと」である。「妊娠・出産等を理由として(2)のイからへまでに掲げる取扱いを行うことは、直ちに不利益な取扱いに該当すると判断される」とされ、各取扱いに該当するか否かについての考慮事情が示されている⁷⁹⁾。

行政解釈に対しては、ノーワーク・ノーペイ原則の範囲での減給等、不就労期間や能力低下を疾病等と同等に扱っての人事考課

等⁸⁰⁾は許容するとされていることが妥当かという疑問がありうる。妊娠・出産等が女性のみを生じることやリプロダクションの社会的意義に鑑み、母性保護・優遇はより高められるべきではないかという見解である。

判例は、東朋学園事件で産前産後休業による不就労期間の賃金請求権を否定し、出勤として取り扱うかどうかとも労使間の合意に委ねられるとしている。これは、行政解釈と同様にノーワーク・ノーペイ原則を準則とするものである。広島中央保健生協事件は、軽易業務転換を契機とする役職の降格について原則として9条3項の禁止する取扱いに該当すると判断して厳格な判断を行っている点に特徴があるが、類型としてはやや特殊である。「不利益な取扱い」該当性の判断にあたって、疾病等と同等の取扱いであれば該当しないのかという点に関する判断はなされていない。

この問題についての判断は、妊娠・出産が女性にのみ生じる一時的状態であることをどのように考えるか、母性保護をどこまで前面に出すかに依存する。

女性のみを生じすることは、性別と結びつくことから人権的な趣旨での保護の要請を生じさせ厳格な判断を行う方向に影響する。この点を重視すれば母性保護・優遇が促進されるべきということになる。他方で、一時的な状態であることは、疾病を比較対象としたり、軽易業務転換等の権利行使に応ずべき使用者の業務上の必要性に配慮したりすることで反対の方向に影響しうる。また、該当性の判断があまり厳格に過ぎると雇用管理上の必要性との均衡を欠き、ひいては女性労働者の雇用コストを増大させて女性労働者の採用や管理職登用に悪影響を及ぼすことも懸念される⁸¹⁾。

この点の検討の一助として、次に、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを諸外国のように直接性差別として規制すべきとの見解について簡潔に論じる。

78) 財団法人21世紀職業財団編・前掲注10)150-151頁。例えば、ノーワーク・ノーペイ部分を除外した上で、それ以上に賃金がカットされている場合に「不利益」と判断すべきとされている。

79) 均等法指針第4の3(3)。

80) 均等法指針第4の3(3)。

81) 類似の指摘として、富永・前掲注37)182頁。

(3) 性差別と捉えるべきか

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いとは、EU 及びドイツでは比較対象者を観念しない直接性差別、アメリカでは一時的就労障害者を比較対象者とする直接性差別とされている⁸²⁾。日本では性差別としては捉えられていないが、外国法を参照して日本でも妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを性差別として規制すべきとの見解⁸³⁾が存在している。このような見解の背景には、「女性中心アプローチ」「ジェンダー視座アプローチ」⁸⁴⁾等の下、女性にしか起こらない妊娠・出産を性差別の枠組みで規制し、「女性固有のニーズへの配慮」⁸⁵⁾を求める発想があるようである。

しかしながら、比較対象者が観念しにくい妊娠・出産について「同一取扱い」の意味での差別禁止法理を及ぼすと、過大保護・過小保護の副作用が生じうる⁸⁶⁾。また、性差別として厳格な規律を及ぼすことは、企業にとって女性の雇用管理上のコストを増大させることとなり、事実上女性労働者の利益にはならないのではないかという懸念も存在する。結局、端的に不利益取扱いを禁止する現行制度は適切であろう⁸⁷⁾。

以上を踏まえると、不利益取扱い該当性を判断するにあたっては、雇用平等に配慮しつつ、女性労働者と使用者の間での衡平が図られるべきである。特に、女性労働者が妊娠・

出産に関して権利行使を行った場合には、使用者に対応する義務が生じている以上、その対応の際の業務上の必要性にも考慮が払われる必要がある。この点、広島中央保健生協事件が示した原則と例外の枠組みは母性保護と雇用管理上の必要性のバランスをとる上で基本的に妥当である。また、母性保護・優遇を強調しすぎることはかえって女性労働者の利益にもならないおそれがあり、例えば、不利益取扱い該当性の判断においてノーワーク・ノーペイ原則を修正することまでは必要ないと思われる。

3 女性労働者と妊娠・出産・育児

(1) 問題意識

妊娠・出産自体や妊娠・出産に伴う就労不能等は女性にしか生じないため、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは女性労働者の問題として捉えられている。性差別として規律すべきとする見解はこの最たるものであり、女性という性に対する配慮や男女雇用平等の問題として妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを捉えるものである。確かに妊娠・出産は女性労働者の問題であるが、では「妊娠・出産等」は育児とどの程度切り離された問題であるのか。

例えば、均等法施行規則第2条の2の8号は、生後満一年に達しない生児を育てる女性

82) この点の比較法的検討は本稿の範囲を超えるが、先行研究として、ドイツとアメリカの制度に関し詳細な検討を行った富永晃一『比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理——妊娠差別を題材として』(有斐閣, 2013), EU の判例・学説等を分析し性差別概念を検討した黒岩容子「妊娠・出産保護に関する EU 法の展開 (1)(2・完)」早稲田大学大学院法研論集 137 号 57 頁, 139 号 94 頁 (2011) 等がある。

83) 例えば、浅倉むつ子「妊娠・出産を理由とする雇用上の不利益取扱い」浅倉むつ子・角田由紀子編『比較判例ジェンダー法』184 頁, 206 頁 (不磨書房, 2007), 黒岩容子「ジェンダーと労働法」日本労働法学会編『講座労働法の再生第 6 巻 労働法のフロンティア』255 頁, 268 頁 (日本評論社, 2017) 等。

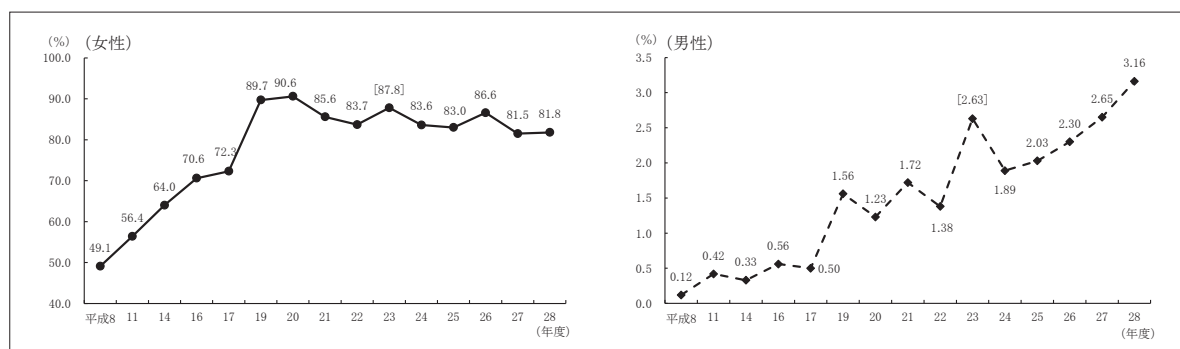
84) 「女性中心アプローチ」は浅倉むつ子「労働法とジェンダー」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法第 6 巻 労働者の人格と平等』35 頁 (有斐閣, 2000), 「ジェンダー視座アプローチ」は黒岩・前掲注 83)255 頁の用語である。

85) 黒岩・前掲注 83)266 頁。

86) 富永・前掲注 82)371 頁。

87) 関連して、浅倉むつ子は富永・前掲注 82) の結論に対し、「性差別アプローチを否定した後にくるべき法規制のあり方……が現行の行政解釈 (に近い) という結論だとすれば、性差別アプローチほどにも偏見の除去に効果はなく、社会通念に依拠するのみで、現状変革的な実効性が乏しい現行法の対応こそ、かえって過小保護なのではないかという批判にどのように応えうるのだろうか」と述べており (浅倉むつ子「書評—富永晃一著『比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理——妊娠差別を題材として』」日本労働研究雑誌 639 号 90 頁, 93 頁 (2013)), 問題意識は共有できる。もっとも、そこから直ちに性差別アプローチを肯定すべきということにはならないだろうし、浅倉自身がそう考えているかも定かではない。

図4：育児休業取得率の推移



(出所：厚生労働省「平成28年度雇用均等基本調査」14-15頁)

による育児時間の請求又は取得（労基法67条）を均等法9条3項の「妊娠・出産等」に含めているが、ここでの子の年齢は育児法5条1項が定める出産後最初の育児休業の期間と重なっている。そうすると、育児時間の請求又は取得を理由とする不利益取扱いと育児休業を理由とする不利益取扱いは、禁止の根拠条文が均等法9条3項か育児法10条かという違いは有するが、事実状態として非常に近いものでありうる⁸⁸⁾。

また、育児休業は男性も取得することができるが、実際には圧倒的に女性によって取得されており（図4参照）、特に産休と連続して取得されることが多い。そこから、妊娠・出産後の職場復帰時の処遇が問題となる場合には育休取得後の復職であることも多く、これまで検討を行った判例・裁判例でも育休に関する事案は多く見られた。1(3)cで述べたように、広島中央保健生協事件でも予備的請求として育休からの復職時に副主任に復帰させなかったことの違法性が争われており、後者を問題とする余地も存在した。

以上のような産休と育休の事実上の連続性及び特に子が1歳未満の時期に女性労働者が置かれうる状況を考慮すると、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの問題を考察するにあたって、妊娠・出産とその後の育児を厳密に切り離すことが可能か、あるいは適切か

という疑問が生じてくる。これは特に復職後の処遇が問題となる場合に妥当する。

むしろ育児は女性のみが行うべきものではなく、育児負担を女性労働者のみの問題として捉えることは適切でない。しかし、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを解雇や雇止め等の雇用関係の終了と降格や配転等の雇用関係継続における不利益取扱いに大別し、後者を女性労働者のキャリアの観点から問題とする場合には、育児も含めた家族責任を考慮することが必要ではないか。その上で、復職時に不利益を被らないことを重視することで、女性労働者のキャリア維持と使用者の雇用管理上の必要性の均衡を適切に図ることができるのではないか。

以下ではこのような問題意識の下、家族責任を負う労働者の問題について簡潔に言及する。

(2) 家族責任

「家族責任」とは、広い意味では、夫婦の同居、協力と扶助の義務の履行、子どもの育児や監護、親や親族の介護、子どもの学校や地域での活動その他の社会的責任の履行をいう⁸⁹⁾。1981年にILO第67回総会において「家族的責任を有する男女労働者の機会及び待遇の均等に関する条約」（156号条約）と同名の勧告（165号勧告）が採択され、日本は1995年に同条約を批准した。同条約の「家

88) なお、育児法10条や23条の2が強行規定であるとした判例は未だ存在しないが、育児法10条は広島中央保健生協事件の櫻井補足意見、23条の2は社会福祉法人全国重症心身障害児（者）を守る会事件がそれぞれ強行規定と判示しており、そのように解することが法の目的及び性質から妥当と解される。

89) 和田肇「総論 労働者の人権保障」日本労働法学会編『講座労働法の再生第4巻 人格・平等・家族責任』1頁、17頁（日本評論社、2017）。

族的責任を有する労働者」は「被扶養者である子に対し責任を有する男女労働者」（1条1項）及び「介護又は援助が明らかに必要な他の近親の家族に対し責任を有する男女労働者」（同2項）である（同4項）。この条約自体は女性労働者に家族責任が偏らないようにすることを意図したものであり、日本でも育児休業法の制定や改正はこれに沿うものであったが、既述の育休取得率に鑑みると男性にとってはほとんど効果がないといっている⁹⁰⁾。

家族責任を負う労働者のワーク・ライフ・バランスへの配慮やワーク・ファミリー・コンフリクトの防止は、労契法3条3項等を意識して近時関心を集めているテーマであり⁹¹⁾、特に配転等に関して考慮がされつつある。下級審裁判例では、労働者が育児や介護の負担を理由に配転を拒む態度を示しているときは真摯に対応することを求めた判決⁹²⁾、代替策の検討や不利益の顧慮等の配慮を考慮した判決⁹³⁾等が存在する。また、学説にも「仕事と家庭の調和」を「仕事と家庭の分離」と並ぶ労働法のもう一つの原則とすべきとし、使用者の家庭生活配慮義務を観念する見解が存在する⁹⁴⁾。

雇用環境や社会環境の変化に伴い働き方が見直される潮流の中で、次世代を育成する労働者等の家族責任への配慮、ワーク・ライフ・バランスは重要性を増しつつある。妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの考察にあたっては、妊娠・出産のみならずその後の育児も視野に入れながら円滑な職場復帰を行えるよう女性労働者のキャリアや働き方への配慮がなされていく必要がある。妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを育休制度等も含めた家族責任を有する労働者の問題の一つとして位置付けて議論し、その中で必要

に応じて生物学的負担への配慮を行うことは、この問題をより実効的に議論する一つの方法であるように思われる。

(3) 課題の解決に向けて

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは、雇用関係の終了と雇用関係継続中の不利益取扱いに大別される。前者は解雇について労基法19条1項及び均等法9条4項でも規制されており、端的に女性労働者の雇用維持が求められる。これに対し、後者については職場における女性労働者の権利と使用者の雇用管理上の必要性の適切な均衡を図ることが必要であり、広島中央保健生協事件の判断枠組みにおける例外はその一例を示すものといえる。このような均衡を図り、女性労働者の雇用がコストと捉えられることを防止するためには、妊娠・出産期の一時的な状態とその後の育児負担を区別して職場復帰後の処遇を考えることが一つの解決方法たりうる。

ここまでの検討を踏まえると、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを女性労働者の問題として捉えるのみならず、育休制度や社会的意識を含めて議論することが必要であろう。近時、ワーク・ライフ・バランスに対する意識が高まっている中で、性差別という枠組みに限らず次世代を育成する労働者に対する配慮という意識が持たれても良いのではないか。検討を踏まえて生じた見解として提示するとともに、より広い枠組みでの議論・検討を今後の課題としたい。

V. おわりに

本稿では、まず、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いについて、特にコナミデジタルエンタテインメント事件と広島中央保健生協事件を中心に判例・裁判例の判断枠組みを

90) 和田・前掲注89)18頁。

91) 例えば、両角道代「『仕事と家庭の分離』と『仕事と家庭の調和』」菅野古稀『労働法学の展望』441頁（有斐閣、2013）、小畑史子「使用者の人事権と労働者の職業キャリア・個人の生活および事情」日本労働法学会編『講座労働法の再生第2巻 労働契約の理論』179頁（日本評論社、2017）、篠原信貴「家族責任を有する労働者の問題」村中孝史ほか編『労働者像の多様化と労働法・社会保障法』80頁（有斐閣、2015）等を参照されたい。

92) 東京地決平成14年12月27日労判861号69頁（明治図書出版事件）。

93) 大阪高判平成18年4月14日労判915号60頁（ネスレ日本（配転本訴）事件）、札幌高判平成21年3月26日労判982号44頁（NTT東日本（首都圏配転）事件）等。

94) 両角・前掲注91)445-447頁、458-463頁。

検討した。その結果、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い、均等法9条3項制定以前から用いられてきた権利行使抑制に関する「公序法理」、人事権濫用法理、均等法9条3項を強行規定と解した上での不利益取扱い禁止違反の有無という三つの判断枠組みによって判断されていること、これらの枠組みは特に判断基準の点で互いに異なるものとして、不利益取扱い禁止違反の有無を中心に広島中央保健生協事件以降も併存していきうることが明らかになった。

次に、広島中央保健生協事件の判旨を踏まえて同判決以降残された問題を整理し、均等法9条3項の「不利益な取扱い」「理由として」という要件の解釈を行った。そこから、妊娠・出産が女性労働者にのみ生じる一時的な状態であることをどのように考慮するかが問題となるとの認識に至り、性差別禁止との関係を簡潔に検討した。筆者は、妊娠・出産等にかかる不利益取扱いは性差別とは区別されるべきとの立場を採り、特に、妊娠・出産等に関して労働者の労基法上の権利行使等があった場合には、使用者の雇用管理上の必要性にもある程度考慮が払われるべきと考える。

最後に、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いと家族責任との関係について若干の展望を示した。本稿で検討した判例・裁判例にも育休や育介法が問題となっている事案が多くあり、家族責任の所在や育休制度のあり方は、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを考える際に併せて議論されるべきであろう。この点からも、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは性差別としてよりも家族責任を負う労働者のワーク・ライフ・バランス等の問題として、社会的意識や制度も含めて議論していくことが妥当であるように思われる。視点として提示するとともに、より広範な考察を行うことを今後の課題としたい。

(追記)

Ⅱ1の「都道府県労働局雇用環境・均等部(室)での法施行状況」は、本稿投稿時(2018年3月)の最新版である平成28年度版を用いているが、投稿後、平成29年度版に接し

た。平成29年度の相談件数は19,187件であり、「婚姻、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い(第9条関係)」が4,434件(23.1%)、妊娠・出産等に関するハラスメント(第11条の2関係)が2,506件(13.1%)、「セクシュアルハラスメント(第11条関係)」が6,808件(35.5%)となっている。

謝辞

本稿は、筆者が2017年度に東京大学法学政治学研究科に提出した同名のリサーチペーパーに、若干の加筆・修正を施したものである。

本稿の執筆にあたっては、リサーチペーパーの指導教員を引き受けていただいた荒木尚志先生に、多くの貴重なご指導を賜った。未熟な筆者の議論に真摯に向き合い、的確なご教示・ご示唆をいただいたこと、この場をお借りして厚く御礼申し上げる。

言うまでもないことであるが、本稿に残された多くの問題点は全て筆者の力不足によるものである。逆に、本稿に少しでも見るべき点があるとすれば、それは、荒木先生をはじめこれまで筆者をご指導・ご支援いただいた皆様のおかげである。心より感謝申し上げたい。

(ひはら・ゆきえ)

論説

人々の「信念」と法*

——The Republic of Beliefs とその周辺——

東京大学社会科学研究所准教授

飯田 高

I. はじめに

II. 『信念の共和国』

- 1 本書の問い
- 2 標準的な法と経済学の問題点
- 3 フォーカルポイントとしての法
- 4 社会規範と法の違い
- 5 理論の精緻化と応用

III. 本書を手がかりとする若干の考察

- 1 法と経済学との関連
- 2 法社会学との関連
- 3 社会科学における「信念」の位置

IV. 理論の深化に向けて

- 1 概念の明確化について
- 2 社会関係とフォーカルポイント
- 3 むすびに代えて

I. はじめに

本稿では、カウシク・バサー (Kaushik Basu) による最近の著書 *The Republic of Beliefs: A New Approach to Law and Economics* (Princeton University Press, 2018) の内容紹介および書評を行いつつ、法と経済学の分野における新しい理論の展開について考察する。ここで取り上げるのは、「法」というも

の捉え方に関する理論の展開である。

法と経済学の分析では、法の機能はきわめて端的な形で記述されることが多い。最もわかりやすい例は、刑法の経済分析に登場する法の姿であろう。そこでは、法はもっぱらサンクションとしての役割、すなわち、違反した行動をとった人に何らかの不利益を課すものとしての役割を与えられている。犯罪行為を選択するかどうか考えている人からみればサンクションはコストと同じであるから、この人の意思決定は市場のプレイヤーの意思決定とパラレルに記述することができる。経済学者のゲイリー・ベッカー (Gary S. Becker) がかつて経済分析の嚆矢となる論文で行ったのは、そのような描写であった¹⁾。

法は、「サンクションを通じたインセンティブによって人々の行動をコントロールするための道具」と捉えられる。それに対応する形で、行為主体も法をそういうものと考えて合理的な選択を行うと仮定される。これらの単純化はモデルの構築を容易にし、モデルから明瞭な結論を演繹的に導出する助けとなる。

しかし、この捉え方だけでは、法が現実の人間行動や社会現象に及ぼす影響を十分に説明できない。つまり、モデルの予測とは異なる人間行動や社会現象がしばしば観察され、法の機能が上記の意味でのインセンティブのみによって説明し尽されるとは言い難い

*本稿は科研費（課題番号 16K16972）の成果の一部である。

1) Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POLITICAL ECON. 169 (1968).

のである。このこと自体は以前から指摘されており、モデルと現実との間隙を埋めようとする理論やモデルが数多くの研究者によって考案されてきた。バスの著書もそうした研究の一環とみることができるが、自身の実務経験を踏まえながらより根本的な問題を提起し、従来の経済学理論に代わる（厳密には補完する）理論を明確に示しているという点に特色がある。

ここで、著者のカウシック・バスーを紹介しておこう。バスーはインドのコルカタ（旧カルカッタ）出身の経済学者で、社会的選択理論、開発経済学、政治経済学などを専門としている²⁾。大学院時代にイギリスに渡り、ロンドン・スクール・オブ・エコノミクス（LSE）にいたアマルティア・センの指導のもとで研究を進め、博士号を取得した。その後、イギリスやインドで教鞭を執り、コーネル大学教授となって現在に至っている。途中、2009年から2012年まではインド政府のチーフ・エコノミック・アドバイザー、2012年から2016年までは世界銀行のチーフ・エコノミストを務めており、そこで彼は政策立案に携わっていた。

上述したバスーの実務経験とは、上記の政府関係の職に就いていた7年間の経験である。法の理想が現実のインド社会に根づいていないことを実感した彼は、法と経済学の研究を再開するとともに、同分野が抱える問題点を改めて認識するに至ったという。本書は、その研究の成果をまとめたモノグラフである。

本稿の構成は以下のようになっている。Ⅱでは、著書 *The Republic of Beliefs* の内容を紹介する。なお、この節の記述は必ずしも著者自身の叙述の順序に沿ったものではなく、本書の中心となる主張を際立たせつつ私なりにパラフレーズしたものになっていることをあ

らかじめお断りする³⁾。Ⅲでは、本書が法と経済学の分野においてどのような位置を占めるのか、他の分野に対していかなる含意をもつのかについて検討を加える。そしてⅣでは、今後どのような方向の研究が進められる（べき）か、私自身の考えを述べることにしたい。

Ⅱ. 『信念の共和国』

1 本書の問い

本書の出発点は、「効果的に作動する法とそうでない法を分ける要因は何なのか」という問いである。ただし、インドの実情を知る経済学者である著者にとって、デフォルトの状態は「法がその目的どおりに作動している状態」ではなかった。もし人々が合理的に行動するのであれば、「誰も法を顧みない状態」がもっとあってもおかしくないはずである。紙の上の言葉にすぎない法が、いったいなぜ人間の行動に影響を与えているのだろうか。この問題を著者は「紙の上のインク」問題（“ink on paper” problem）と呼ぶ。

著者の述べるところによると、インドでは法そのものは洗練されてきているが、法が実際にそれに見合った効果をもっているわけではない。具体例として挙げられているのは、食料の公的分配システムと贈収賄を禁じる汚職防止法である。

インドでは、政府が米や小麦などを買い付けて貧困世帯に配給する制度が存在する。これは1960年代の旱魃による危機を背景に制定された「食料公社法（Food Corporations Act）」に基づく制度であり、市場価格を大幅に下回る最低支持価格（minimum support price; MSP）で穀物が貧困層（人口の約7割にのぼると言われている）に配給される。だ

2) 日本語に訳されているバスーの文献として、カウシック・バスー（栗林寛幸訳）『見えざる手をこえて——新しい経済学のために』（NTT出版、2016）〔原著：BEYOND THE INVISIBLE HAND: GROUNDWORK FOR A NEW ECONOMICS (2011)〕がある。

3) 本書は8つの章から成っている。このうち、第1章から第4章までが本書の提示するテーゼを理論的に説明する部分である。続く第5章では具体例を挙げながら法と社会規範の関係について述べており、著者はこの章で理論の応用例の一端を示す。第6章から第8章は他の事例や社会現象への応用を試みたパートであり、おのおの独立して読める章になっている。

が、法によって正規の流通ルートが定められているのにもかかわらず、買い上げられた穀物は横流しされ、4～5割もの穀物がシステムから漏出していたという⁴⁾。

また、免許の申請や税の還付手続の際に公務員が賄賂を要求するということがあり、これもまた深刻な社会問題となっていた。歯止めをかけるべく1988年に制定された汚職防止法（Prevention of Corruption Act）は人々に無視され、相変わらず賄賂が横行していたのである。バスーは、汚職防止法の重大な欠陥に気づいていた。それは、収賄した側だけでなく贈賄した側も同じように処罰するという規定になっていた、という点である。そのため、贈収賄の事実に関する情報が表面に出ていなくなってしまう、贈収賄が根絶されなかったのである。

これらの例は、法を実現させる役を担うはずの主体が思ったとおりに働いていない、という点で共通している。法律の目的はたしかに立派で正当だが、法制度の設計が拙いために適切なインセンティブを人々に付与することができず、所期の効果をもたなくなっているのである。

法が効果をもたない事態は決して例外的な状況というわけではなく、世界の至るところで似たことが多かれ少なかれ起こっている。ところが、著者の見立てによれば、こうしたケースは標準的な法と経済学の守備範囲外である。つまり、標準的な法と経済学は特殊な仮定を置いているため、そのままでは上記のようなケースをうまく扱うことができないのである。

2 標準的な法と経済学の問題点

「標準的」あるいは「伝統的」な考え方として著者が批判の対象にしているのは、いわゆる新古典派経済学ないしシカゴ学派である⁵⁾。上で触れたベッカーの分析はその典型例とされる。

標準的な法と経済学では、次のような仮定が置かれることが多い。①人々は外生的に与えられた効用関数や利得関数を持ち、それを最大化するように行動する。②法は、人々が行動選択から受け取る効用を変化させることを通じて行動を変化させる（換言すれば、人々がプレーしているゲームの構造を変える）。バスーは、この2つの仮定は相互に矛盾していると論じる。

なぜ矛盾しているのか。それは、ゲームのプレーヤーとされている人たちは自己の利益を追求して合理的に行動すると仮定される一方で、法の実現に関係する主体（たとえば警察、検察、裁判官、あるいは上述の公社も含まれる。以下では「法執行者」と言う）についてはそうした仮定を設けず、あたかも自動機械であるかのように扱っているからである。一般のプレーヤーの行動は、自らの効用や利得を最大にする行動とされる。しかし、考察の範囲外に置かれた法執行者は、あくまでゲームの外からゲームの構造をいじる存在とされ、彼らが合理的・戦略的な行動をとる可能性はたいてい等閑視される。このように、標準的な法と経済学は互いに整合的でない仮定を内包しているのである。

この不整合を解消するには、人々が社会でプレーしているゲームを完全に記述しなければならない⁶⁾。完全に記述されたゲームで

4) See KAUSHIK BASU, THE REPUBLIC OF BELIEFS: A NEW APPROACH TO LAW AND ECONOMICS 17 (2018); See Shikha Jha & Bharat Ramaswami, *How Can Food Subsidies Work Better? Answers from India and the Philippines*, ADB (Asian Development Bank) Working Paper Series No.221 (2010).

5) グイド・カラブレージ (Guido Calabresi) は、シカゴ学派の考え方に依拠した「法と経済学」を特に「法の経済分析 (economic analysis of law)」と呼んで区別し、それに対して批評を加えている。詳しくは GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION (2016) を参照。ただしバスーは、カラブレージによるかつての著名な論文 (Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 YALE L. J. 499 (1961)) はシカゴ学派風だったと仄めかしている。BASU, *supra* note 4, at 23.

6) バスーはこのゲームを the game of life または the economy game と呼んでいる。前者の名称は KEN BINMORE, GAME THEORY AND THE SOCIAL CONTRACT: PLAYING FAIR (1994) に由来している。「完全な記述」に伴う難

は、法執行者もプレーヤーとして組み込まれる。そして何より重要なのは、このゲームのもとでは法はゲームの構造を変えない、という点である。したがって、上記の②の仮定は取り除かれることになる。

どうして法はゲームの構造を変えないと言えるのだろうか。囚人のジレンマの状況に法が介入するという（法と経済学の授業などで頻繁に出てくる）例を使って、この点を説明しよう⁷⁾。【表1】は3人のプレーヤーが関係する標準形ゲームの利得表である。各セルに書かれている数字は、左から順にプレーヤー1・2・3の利得を表している。ここでは、プレーヤー1・2が私人、プレーヤー3が法執行者であると考えておく。なお、各プレーヤーは自分の行動（戦略）を同時に選択する⁸⁾。

【表1】の左側の利得表（プレーヤー3がLを選択した場合の利得表）は、プレーヤー1と2の間に限定すれば囚人のジレンマと同じ構造になっており、そのままでは均衡は(B, B)となる（均衡はそこから逸脱するインセンティブを誰ももたないという意味で自己拘束的（self-enforcing）であり、いったんこの状態に至ると、外生的な変化がない限りそれが維持される）⁹⁾。ただしこの均衡は両者ともに利得2しか得られないので、どちらも利得7が得られる(A, A)と比べて非効率的である¹⁰⁾。

Bを選択した人に対して、プレーヤー3は

罰金を科すことができる。この状況を表しているのが【表1】の右側の利得表である。法執行者であるプレーヤー3が介入し、Bを選択した人の利得は2だけ減少する。プレーヤー1と2の利得だけに着目すると、囚人のジレンマが罰金を通じて回避され、効率的な状態が均衡となっていることがわかる。

【表1】 Prisoner's Dilemma Game of Life¹¹⁾

		2		2	
		A	B	A	B
1	A	7, 7, 0	1, 8, 2	7, 7, 1	1, 6, 1
	B	8, 1, 2	2, 2, 2	6, 1, 1	0, 0, 1

L R

3

どちらの利得表に基づいたプレーになるかは、プレーヤー3の選択次第となる。プレーヤー3の選択肢も2つあり、Rは介入（積極的に取り締まる）、Lは非介入（違反を見逃す）に対応している。Rを選択した場合にはプレーヤー3は必ず利得1を得る。他方、Lを選択した場合は、1と2のどちらかのプレーヤーがBを選択すればプレーヤー3は利得2を得られるが、双方ともAを選択すると利得がゼロになる¹²⁾。

このゲームの均衡は(B, B, L)と(A, A, R)の2カ所（○で囲った部分）で、最終的に落ち着くのはこれらのいずれかだと予測される。前者の均衡は「私人が望ましくない行動

題やその可能性に関しては、彼は第4章の4.4で論じている。

7) たとえば、環境や資源を考慮した行動をとるか否かを判断する場面、(契約法がない世界で)約束を守るかどうかを判断する場面などが囚人のジレンマで表現できる。その他、値下げ競争、軍拡競争、担当領域がはっきりしない仕事などを挙げることができる。

8) 「戦略」と「行動」は厳密には異なるが、ここでは区別せずに書いている。

9) どちらのプレーヤーにとっても、相手の選択が何であろうとAよりもBのほうが得だからである。ここでの「均衡」はナッシュ均衡を意味している。囚人のジレンマの解法およびナッシュ均衡の概念についての詳細は、ハウエル・ジャクソンほか（神田秀樹＝草野耕一訳）『数理法務概論』36-39頁（有斐閣、2014）を参照。なお、本稿では純粋戦略の範囲での均衡のみを考える。

10) A・Bの具体例としては、「A：環境を保護する行動、B：環境を汚染する行動」、「A：約束を守る行動、B：約束を破る行動」などが挙げられる。

11) BASU, *supra* note 4, at 51. なお、掲載されている表を若干改変しているが内容は同一である。

12) 法執行者であるプレーヤー3にとって、違反者がいれば非介入が得になり、逆に違反者がいなければ介入が得になっている。なぜこのような利得になっているかを気にする必要はない（バスター自身も詳しく解説しているわけではない）が、たとえば、法執行者は基本的には介入のコストを負担したくないと思っているが、「取り締まってもいないのに違反者がいない」という状態は自らの沽券に関わるために嫌がる、といった説明が可能である。

をとっているが法執行者はそれを見逃している」状態、後者の均衡は「法執行者が取り締まり、私人が望ましい行動をとっている」状態である。実際にどちらが実現するかは、他のプレイヤーがどう行動するとプレイヤーが考えるかによって決まる。

プレイヤー 3 は L を選択するだろうとプレイヤー 1・2 が思っていれば、この 2 人は B を選択すれば得になり、プレイヤー 3 も L から R に変更するインセンティブをもたなくなる（利得が 2 から 1 に下がるため）¹³⁾。逆に、プレイヤー 3 が R を選択してくるだろうとプレイヤー 1・2 が思っている場合は、両者とも A を選択するのがよい。このときもやはりプレイヤー 3 は R から L に変えるインセンティブをもたない。結局、他者の行動に関する予想によってプレイヤーの行動は変わり、均衡においては予想が確証・強化されることになる。

バスの主張の眼目は、法がなしうるのはこれらの均衡の候補の中からどれかを選ぶことだけだ、という点にある。ひとたび法の実現に関わる人たちをプレイヤーとして取り込んでしまえば、法がゲームの構造を変えんということは言えなくなる。法そのものは言葉にすぎず、肝になるのは人々がどのように考えているか——つまり人々の「信念 (belief)」——である。法は（標準的な法と経済学が想定しているように）新しい均衡を創出することによってではなく、人々の信念を形成したり変更したりすることによって行動や結果に影響を与えているのである。このあたりが本書の中心になるので、項を改めたうえでもう少し詳しく述べておこう。

3 フォーカルポイントとしての法

法は、複数の均衡の中から特定の均衡を選び出すためのしくみのひとつである。特定の均衡を選び出すという場合、ゲーム理論でよく持ち出される概念は「フォーカルポイント (focal point; 焦点または収斂点)」である¹⁴⁾。フォーカルポイントとは、何らかの理由で人々の注目が集まる点（またはその要因となるもの）を指す言葉である¹⁵⁾。この概念を初めて提示したトーマス・シェリング (Thomas C. Schelling) 自身は、次のような例を挙げている。

数人の人たちに対して、「正の数を書いてください。あなたたち全員が同じ数字を書くことができれば、あなたたちは賞金を得ることができます」という課題を出すとする¹⁶⁾。もちろん各人は相談しあうことができない。仮に各人がランダムに数字を選ばなければ、全員の書く数字が一致する確率はほぼ 0% である。しかし実際にこのゲームを行ってみると、0% よりはずっと高い確率で数字が一致する。たとえば、0, 1, 100 といった数字を書いておけば、一致する確率が他の数字よりも高くなるだろう。これらの数字は他の数字よりも「目立つ」あるいは「想起しやすい」からである。

このように、均衡（今の例では、数字が一致している状態が均衡となる）の候補が複数ある状況において人々が着目する先がフォーカルポイントである。この作用によって均衡の候補が絞られるため、行動の調整は容易になる。フォーカルポイントは「論理よりも想像力に依存している。それはたとえば、類推、先例、偶然の配置、対称的・審美的・幾何学的な形状、決疑論的な推論、そして誰が

13) プレイヤー 1 または 2 がプレイヤー 3 に対して利得 2 を渡し、L ではなく R を選択するよう説得すれば、(A, A, R) と同じ状態が実現するだろう。そのような取引の可能性はここでは考えないが、政府などの強制主体の発生を理論化するうえでは無視できないであろう。

14) See THOMAS C. SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT (1960) [日本語訳：トーマス・シェリング（河野勝監訳）『紛争の戦略——ゲーム理論のエッセンス』（勁草書房、2008）]。

15) HOWELL E. JACKSON ET AL., ANALYTICAL METHODS FOR LAWYERS 44-45 (2d ed. 2011) [ジャクソンほか（神田＝草野訳）・前掲注 9)40 頁] では、「何らかの点で顕著さ (salience) を感じさせる行動についての思い入れ (belief)」と説明されており、「右側通行」という交通ルールがフォーカルポイントに基づく慣習の例として挙げられている。

16) SCHELLING, *supra* note 14, at 56 [訳 60 頁]。

当事者であり、お互いについてそれぞれが何を知っているか、といったことに依存する」¹⁷⁾。

フォーカルポイントは種々の要因によって「目立つ」ものとなり¹⁸⁾、人々が他者の行動を予測する際の導きの糸になる。バスーは、法はこのフォーカルポイントを創り出すことができ、かつ、法にできることはそれに尽きると主張している。彼曰く、「この定式化のもとでは、法は予測にすぎない」¹⁹⁾。

法の機能をそのように捉ええると、法の内容が実現されない原因を理解するうえで有用な視点が得られる。法が実現されない原因としては、以下のようなことが考えられる²⁰⁾。

第一に、そもそも均衡にはならない点を法が目指している、という場合がある。**【表1】**に即して言うと、たとえば(A, A, L)や(B, B, R)は均衡にならない。これらのような状態を目指す法があったとしても、その状態から逸脱するインセンティブをもつ人がどこかにいるため、法の内容は実現されないであろう。たとえば、前に挙げた汚職防止法の例はこれに該当する。

第二に、仮に法が均衡のひとつを選んでいても、法の示すメッセージが曖昧だったり、相反するメッセージを発していたりする場合がある。そのような場合、法を守ることが不可能であるかもしれない。

第三に、フォーカルポイントは解釈に依存するので、社会の中で同じフォーカルポイントがすべての人に示されるわけではなく、フォーカルになるものがグループによって異なるという可能性がある²¹⁾。もしフォーカルポイントが複数存在すると、フォーカルポ

イントとしての有効性は失われてしまう。

大きな問題になるのは、既存のフォーカルポイントがある場合に法がいかに割り込むことができるかである。特に、長らく人々が法を顧みずに生活してきた社会と、「法は従われるべき」だとする（メタレベルの）信念がすでに存在する社会とでは、フォーカルポイントとしての法の有効性はまったく異なってくるであろう。法が既存のフォーカルポイントをどのように除去できるのかという問いも等しく重要だが、現在のところあまり多くのことはわかっていない²²⁾。

いずれにしても、法は「他の人々がすること（またはしないこと）に関する人々の信念を変えることによって」人々の行動に影響する。「私たちがみな信念の共和国の市民であるというのはこの意味においてである」²³⁾。

4 社会規範と法の違い

法をそう捉えた場合、インフォーマルなルールである社会規範と法はどのように区別することができるのだろうか²⁴⁾。バスーによると、社会規範と法は根本のレベルでは同じものである²⁵⁾。彼の理論によれば、社会規範と法はどちらもフォーカルポイントを作り出して複数均衡の問題を解決するためのしくみだということになる。

バスーは3つの具体例に依拠しながら社会規範と法の連続性を示そうとする。すなわち、①時間の正確性に関する規範、②差別の規範（インドのカースト制）、③子どもの労働をめぐる規範、の3つである。それぞれにつき、数値を用いた詳細なモデルが組み立て

17) *Id.* at 57 [訳 61 頁、ただし訳を一部変更している]。

18) これらの要因については後ほど簡単に検討する（本稿Ⅳ）。

19) BASU, *supra* note 4, at 51.

20) *Id.* at 56-61.

21) 第二の点はコミュニケーションにおけるメッセージの送り手の問題、第三の点が受け手の問題ということになる。

22) BASU, *supra* note 4, at 61.

23) *Id.* at 48.

24) 法が社会規範に含まれるという定義のしかたもあるが、ここでの社会規範は法以外のインフォーマルなルールを指している。

25) BASU, *supra* note 4, at 86.

られて説明が施されている²⁶⁾。①～③はすべて基本的には社会規範の例となっているが、特に②と③では法が一定の寄与をなしうるし、歴史を顧みても法は軽視できない役割を果たしていたと言える。

上の具体例はいずれも複数均衡の例となっており、フォーカルポイントがどこになるかによって結果が大きく変わる。決定的なのは人々がどのような信念を抱いているかであって、人々の信念を動かして行動を変更させるという機能の面では社会規範も法も変わらない。

とはいえ、社会規範と法はまったく同一であるというわけでもなく、また、社会規範と法を区別しておくことは、「法」と呼ばれるものがどのように作用するかをさらに厳密に考察するのに役立つ。本書で両者の間に線を引く基準として提案されているのは、「誰が関与して当該状態が実現しているか」という基準である。

バスーは、社会におけるプレイヤーを *functionary* と *citizen* の2種類に分けている。前者は政府のエージェント、つまり政府などの公的機関の職務を担当する人であり、官僚、公務員、裁判官などが例である。他方、*citizen* はその他の一般の人々を広く指している（ちなみに、市民権の有無は関係ないので不法滞在の人たちも含まれる）。

もし *functionary* がいなくても自己拘束的になる行動パターンが出現する場合、それは社会規範と呼ばれる。これに対して、*functionary* が特定の行動をとることによって自己拘束的になっている場合は法的にエン

フォースされていると表現できる²⁷⁾。社会規範と法はこのように区別することが可能である²⁸⁾。

社会規範と法をこう区別した後、バスーは *functionary* と *citizen* の2種類の人たちから構成される社会を多重的なゲーム (*functionary* のみをプレイヤーとするゲームと、両方のカテゴリーの人たちがプレイヤーとなるゲーム) として記述し²⁹⁾、法が効果をもつ条件について考察している³⁰⁾。

5 理論の精緻化と応用

本書の中心部分（第1章～第5章）の内容は概ね上に述べたとおりだが、以上の内容説明ではテクニカルな話は省略してある。叙述の途中で著者は基本理論をいくつかの面で精緻化しており、細かな分析に耐えられるよう彫琢している。本書の主題を大掴みに把握するうえではさほど必要ないが、ここでは2つの精緻化に触れておこう³¹⁾。

(1) 理論の精緻化

ひとつ目は、「状態の集合」をベースにした均衡概念を導入するという精緻化である（第3章3.5）。もともと均衡は個々の状態を単位とする概念であるが、状態のセットを対象にして均衡概念を構成することが可能である³²⁾。特に制度をモデル化しようとする場合、この概念はなかなか含蓄に富んでいる³³⁾。直感的なイメージを得るため、【表2】のゲームを使って説明しよう。このゲームのプレイヤーは2名であり、それぞれ3つの選択肢から自分の行動を決定する。

26) *Id.* at 89-110.

27) *Id.* at 111.

28) これは「法」の定義ではなく、社会規範と法を区別するための一応の基準にすぎないと理解すべきであろう。実際、バスーは「法」を定義することは放棄している。*Id.* at 4.

29) このモデルのもとでは、*functionary* の行動は *citizen* の利得に影響を及ぼしうるが、*citizen* の行動は *functionary* の利得に影響を及ぼさない。

30) BASU, *supra* note 4, at 112-117.

31) 本書の要諦のみを知りたい方は、本項（5）は読み飛ばしても差し支えない。

32) この均衡概念 (*curb set*) は Kaushik Basu & Jörgen W. Weibull, *Strategy Subsets Closed under Rational Behavior*, 36 ECON. LETT. 141 (1991) で詳述されている。なお、*curb* は Closed under Rational Behavior の頭文字からできている言葉である。

33) See Roger B. Myerson, *Fundamental Theory of Institutions: A Lecture in Honor of Leo Hurwicz* (2006), <http://home.uchicago.edu/~rmyerson/research/hurwicz.pdf>, last visited Sep. 12, 2018.

【表2】のゲームの均衡は (T, L) のみである（その他の状態では、少なくともどちらか一方のプレイヤーが別の選択肢に移るインセンティブをもつ）³⁴⁾。しかし、プレイヤー1が「MかBを選択する」旨を宣言すれば、プレイヤー2はLではなくCかRのいずれかを選択しようとするだろう。プレイヤー2にとっては、相手がMとBのどちらを選択するにしても最低2の利得は確保できるから、Lを選択するインセンティブはない。同じように、プレイヤー2がCまたはRを選択することにコミットすれば、プレイヤー1はMかBのいずれかを選択するはずである。

【表2】 The Curb Game³⁵⁾

		2		
		L	C	R
1	T	1, 1	0, 0	0, 0
	M	0, 0	2, 3	3, 2
	B	0, 0	3, 2	2, 3

したがって、【表2】の右下の4つのセル((M, C), (B, C), (M, R), (B, R))は個別にみると均衡にはなっていないが、集合としてみれば自己拘束的な状態だということになる。いったんこれらの状態に入り込むと、外生的な変動がない限りはプレイヤーの行動がこの範囲から逸脱することはない。このような集合がフォーカルになったものをバサーは「フォーカルカーブ (focal curb)」と呼び、社会制度を研究する際にはこの概念が有意義であると述べている³⁶⁾。

制度は通常、望ましい行動を指し示すものというよりは、望ましくない行動を抑制するものである。【表2】ではTやLが望ましく

ない行動だと考えることができるが、これらが選択される可能性さえ排除できれば、あとは流動的であっても問題はない。つまり、制度が実現する結果は「ポイント」である必要はなく、一定の範囲の状態であればよいのである。そしてまた、この概念を利用すれば実態をよりよく反映した記述や分析ができる、とバサーは主張している。

ふたつ目は、プレイヤーが逐次的に行動を選択するゲームにも理論を拡張する、という精緻化である（第4章）。それ以前の章では、プレイヤーが同時に行動を選択するゲーム（標準形ゲーム）を使って基本理論を説明していた。時間の流れを考慮した展開形のゲームを用いると、理論を細部まで詰めることができるうえ、合理性をめぐる哲学的な問題にも到達することにもなる³⁷⁾。たとえば【表1】のゲームを逐次手番のゲームに作り替えるとすると、プレイヤー1とプレイヤー2がAかBかを選んだ後でプレイヤー3がLかRかを選ぶ、といったゲームを考えることができる。

展開形のゲームではプレイヤーのとりうる行動と結果の予測が複雑になるが、標準形よりも緻密な記述が可能となり、その中で法が担いうる機能を詳細に調べることができる。バサーは、法の制定がコストのかからないコミュニケーションの役割を果たすと考えるチープトーク (cheap talk) のモデルと、法制定にコストがかかることを前提とする burning money のモデルを使って法の機能を説明しており、どちらもフォーカルポイント・アプローチの延長線上にあるものとみなしている³⁸⁾。

(2) 理論の応用

本書の後半部である第6章～第8章では、

34) 前掲注9)に記したように、純粹戦略の範囲だけで考えている。混合戦略を含めると (T, L) 以外にも均衡は存在する（プレイヤー1がTを5/7、Mを1/7、Bを1/7の確率で選択し、プレイヤー2がLを5/7、Cを1/7、Rを1/7の確率で選択する、という組み合わせが均衡となる）。

35) BASU, *supra* note 4, at 65; Basu & Weibull, *supra* note 32, at 145.

36) BASU, *supra* note 4, at 64-67.

37) 合理性を捨て去ることが合理的になる、というパラドックスが一例である。Id. at 80-81. バサー自身も本書で深く追究しようとはしていないので、本稿では割愛する。

38) Id. at 76. チープトークとは、コストがかからず、プレイヤーの利得に直接の影響を与えないコミュニケーションを指す。チープトークはゲームの構造を変えないが、均衡に影響する場合がある。See Joseph Farrell & Matthew Rabin, *Cheap Talk*, 10(3) J. ECON. PERSPECT. 103 (1996).

第5章までで提示した理論をさまざまな具体的な場面や社会問題に応用して議論をさらに敷衍していく。後半部の各章の内容は大要以下のとおりである。

第6章の「法、政治、腐敗 (Law, Politics, and Corruption)」では、社会にいる一般の人々の力 (power) が鍵を握る社会現象が扱われ、このような社会的な力を正面から扱うことの重要性が強調される。力あるいは権力の源泉となるのは、一見したところでは力をもつように思えない普通の人々である。これらの普通の人々がある特定の行動をとり、そしてある特定の信念をもつようになると、制御し難い巨大な力が生起する。著者は、ヴァーツラフ・ハヴェル (Václav Havel) の小説³⁹⁾、マッカーシズム、魔女狩りなどを引き合いに出しながら、一般の人々の中で一種の相互監視システムが自然にできあがっていく過程をモデルによって説明している⁴⁰⁾。そこでは、忠誠心を示さない人は社会関係や取引関係から排除される。そのような村八分を恐れる人は同調行動をとるようになり、大規模な抑圧状態が出現することがある。

社会的な諸力は複雑に絡み合っているため、標準的な法と経済学のツールだけでは分析が不十分になる場合がある。本書の冒頭に出てくる汚職防止法もそのことを例証していると言えよう。形式的には同じ法制度であっても賄賂が蔓延っている社会とそうでない社会が出てくるのはなぜか。贈収賄を効果的に抑制するには何が必要か。こういった問いに的確に答えるにはフォーカルポイント・アプローチが役に立つ、と著者は主張する。

第7章「合理性、法、正統性 (Rationality, Law, and Legitimacy)」は、行動経済学の知見を取り入れる (つまり、合理性からのシステマティックな乖離を考慮要素に含める) と本書の分析がどのようになるのかを扱う。バ

スーは標準的な経済学の考え方を批判しているが、基本理論では合理性の仮定が維持されている。つまり、彼が批判していたのは合理性の仮定ではなく、それよりも深いレベルに存在する前提である。彼自身は、標準的な経済学のモデルの意義を認め、一定の評価をしている⁴¹⁾。

しかしながら行動経済学は、現実の人間の選好や価値観は可変的であり、法も選好や価値観に影響を及ぼしうる、ということを明らかにする。著者の主張するフォーカルポイント・アプローチに行動科学的要素を加味して選好や価値観の可変性を組み込めば、人間行動を説明するための道がさらに開けるようになる⁴²⁾。たとえば、錯綜した議論をもたらしがちであった「正統性」の概念を腑分けしてモデルに反映させることができる。各人は複数の選好やメタ選好 (選好に関する選好) を有しており、狭い意味での自己利益に反するときであっても「それが法だから」という理由で法を守ることもありうる⁴³⁾。

最後の第8章「さらなる探究へ (Picking Up the Threads)」では、著者の提案するプロジェクトの今後の展望が述べられている。本書の主目的は理論または方法論の提示であり、政策立案者が格闘する実践的課題を解決することまでは必ずしも企図していない。したがっておのずとオープン・クエスチョンが残るわけだが、第8章ではそのうち重要であるにもかかわらず法と経済学ではきちんと取り上げられていない問題について述べている。

バスーがこの章で取り上げるのは、法やルールを定めるにあたって統計情報 (あるいは過去のデータに基づく確率) を利用することに伴う問題と、国境を越えたグローバル憲法の可能性をめぐる問題である。どちらのテーマも、第5章で扱った社会規範の議論を

39) ヴァーツラフ・ハヴェル (1936–2011) はチェコの劇作家で、共産党支配の打破および民主化を目指す政治運動 (市民フォーラム) を結集したことで知られる。1989年のビロード革命の後にチェコスロヴァキア大統領に選出され、チェコとスロヴァキアが分離した1993年にチェコ共和国初代大統領となった。

40) BASU, *supra* note 4, at 126-129.

41) *Id.* at 146.

42) 著者はこれを “focal point approach with behavioral feature” と表現している。 *Id.* at 160.

43) *Id.* at 169.

今後大きな変動が予想される場面に応用し、そこでの法のあり方を問うものとなっている。将来の社会や研究について、バスーは決して悲観的な見通しをもっていない。山積している課題を未来の人々に託して本書は締めくくられる。

Ⅲ. 本書を手がかりとする若干の考察

以上、バスーの著書の内容を概観した。本節では、法と経済学あるいはその他の分野の中でこの書物がどう位置づけられるかを述べ、本書がもたらしてくれる示唆や残された課題を検討したい。本書は多くの分野に対して問いを投げかける内容となっているが、サブタイトルにも示されているように主として法と経済学の分野に向けて著されたものなので⁴⁴⁾、まず法と経済学における本書の位置について述べる。

1 法と経済学との関連

実は、法と経済学の分野に限ったとしても、法がフォーカルポイントとしての機能をもつことを指摘したのはバスーが最初というわけではない。今までにも幾人かの研究者がこの機能について言及したり議論したりしており、法がフォーカルポイント類似の役割を果たしうることはかなり前から気づかれてい

たと言ってよい。

法のフォーカルポイント機能は、「法の表出機能 (expressive function of law)」という表題のもとで議論されてきた⁴⁵⁾。以前からこの機能を探求していた代表的な研究者としては、リチャード・マカダムズ (Richard H. McAdams) を挙げることができる。マカダムズは (バスーと同じように) ゲーム理論を下敷きにして「法のフォーカルポイント理論」を提唱し、法が人間行動に与える影響を綿密に分析するための道具を提供してきた⁴⁶⁾。最近になって彼の研究は著書の形でまとめられている⁴⁷⁾。

しかし、自身が述べるように、バスーの研究はマカダムズをはじめとする従来の研究と完全に軌を一にするものではない。マカダムズとバスーの主張で大きく異なっているのは次の点である。すなわち、マカダムズがフォーカルポイント機能を「法のさまざまな機能のひとつ」と考えているのに対して、バスーは同機能を「法の機能のすべて」と考えている、という点である。マカダムズは、従来考えられていた法の機能 (たとえば抑止や正統性付与) を補完するものとしてフォーカルポイント機能を捉えており⁴⁸⁾、抑止や正統性などに関する今までの議論の有効性は保持したまま、耳目をひかなかった側面に新たな光を当てることを意図している。このようにマカダムズは謙抑的な姿勢をみせているが、バスーはそうではなく、法はフォーカル

44) バスーがフォーカルポイント・アプローチを提示したのは本書が初めてではない。2011年の著書 (前掲注2) 参照) の第4章でも「フォーカルポイントとしての法」の考え方が述べられている。しかし、「それらを法と経済学の主題に持ちこもうとすると知的困難が生じるため、現時点で私にできるのは、やりがいのある研究の方向性を示すことに限られる」と書いている。バスー (栗林訳) ・前掲注2) 113頁参照。2018年に著された本書は、基本的には同一のアイデアを法と経済学の分野に向けて伝えると同時に、ひとつの理論として提示しようとしたものと言える。

45) 「法の表出機能」には、フォーカルポイント機能以外にも異なる種類の機能が含まれている。この点につき、飯田高「フォーカルポイントと法 (1)——法の表出機能の分析に向けて」成蹊法学 63号 51頁 (2006) を参照。

46) 初期の文献として、Richard H. McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, 86 VA. L. REV. 1649 (2000) を参照。なお、マカダムズの「法のフォーカルポイント理論」は飯田高「フォーカルポイントと法 (2)——法の表出機能の分析に向けて」成蹊法学 65号 91頁 (2007) でも紹介している。

47) See RICHARD H. McADAMS, *THE EXPRESSIVE POWERS OF LAW: THEORY AND LIMITS* (2015)。マカダムズの著書の書評はすでに多数公表されている。その中でも、Alex C. Geisinger & Michael Ashley Stein, *Expressive Law and the Americans with Disabilities Act*, 114 MICH. L. REV. 1061 (2016) は、「障害をもつアメリカ人法 (Americans with Disability Act; ADA)」に理論を応用しながら同書の実践上の意義について論評している。なお、日本語による書評として郭薇「法の表出効果に関する研究動向」北大法学論集 67巻 5号 215頁 (2017) を参照。

48) McADAMS, *supra* note 47, at 7.

ポイントを創造したり変更したりする機能し
かもちえないと論じる⁴⁹⁾。抑止効果や正統
性付与効果が社会にもたらす結果は、法の有
無にかかわらず実現できるはずである。どち
らの効果もその根底には人々の信念があり、
法はその信念が動くのを手助けしている（に
すぎない）のである。

バスの立場は、ゲーム理論の考え方を突
き詰めていけばいずれ到達されるべき地点だ
と言える⁵⁰⁾。彼は、標準的な法と経済学の
分析を（経済学の）「部分均衡分析」に、そ
して、人々の信念を明示する自身の分析を
「一般均衡分析」に繰り返しながら述べてい
る⁵¹⁾。つまり、法と経済学のモデルが成立
する根拠を考えていけば論理必然的に信念を
問題とせざるを得ず、法もその信念の中でし
か作用できないはずなのである。バスから
みれば、マカダムズはこの点で不徹底であ
り、標準的な法と経済学の域をいまだ脱出し
きれていない、と評価されるのかもしれない。

他者の意図や行動に関して人々が抱く信念
が、法が効果をもつか否かを決める主要因
となる——このことを踏まえた法と経済学の
理論やモデルは、近年徐々に増えている。特
に、社会規範と法との間に連続性を見出す立
場の研究者は、それぞれのプレーヤーが自ら
の置かれた場面をどう認識し、その認識がい
かにして共有されるに至るかを明確な形で取
り込もうとする傾向がある⁵²⁾。

たとえば、ギリアン・ハドフィールド (Gil
lian K. Hadfield) とバリー・ワインガスト

(Barry R. Weingast) は、仲間内のサンクシ
ョンによって個人の行動が制御される状況をモ
デル化しており、どのような行動が「正」ま
たは「不正」なのかについて、個人はめいめ
い信念を形成している、と仮定される。法
は、「正」と「不正」を区別する基準を提供し、
「不正」を働いた人に対する人々のサンク
ション行動を調整する機能を担うことにな
る⁵³⁾。また、ジョージ・メイラス (George J.
Mailath) らは、法を「ゲーム構造を変化さ
せないチープトーク」として記述し、人々の
信念の変化によってのみ行動に影響を与える
ことができる、と主張する⁵⁴⁾。

こうした変化の背景には、ゲーム理論のモ
デリングが高度になって信念の構造を細かく
表現できるようになったことに加え、（行動
経済学の発展にもみられるとおり）法と経済
学でも心理的・認知的要素が重視されてきて
いるという事情があると思われる。バスの
著書もこの流れに位置づけることができる。
そのような研究群の中でも、他分野の人にと
っても敷居が高くない形で、信念の重要
性を明快に示している点に本書の特徴があ
る。

2 法社会学との関連

初めに述べたように、本書の出発点は「効
果をもつ法ともたない法があるのはどのよ
うな要因に基づくのか」という問いであつた。
この問いは法社会学の分野でもしばしば取り
上げられる。なかでも、バスの言う「紙の

49) BASU, *supra* note 4, at 118.

50) ゲーム理論で秩序や制度の形成を考察する場合、それらは均衡として定式化されるのが通例である。つまり、「各プレーヤーが他者の行動に関する予想を立てていて、実際にその予想のとおりに行動することが各プレーヤーにとって最適である状態（＝各プレーヤーの信念と最適反応が整合的になっている状態）」が秩序あるいは制度と考えられる。「法」はそのような「秩序」の一形態であるから、当然「信念」のありようが問題となる。

51) BASU, *supra* note 4, at 55-56, 85, 131, 176-177. したがって、一定の条件さえ満たせば、標準的な法と経済学の分析も十分に有意義である。その条件としてバスが重視しているのは「法を執行するはずの人が適切なインセンティブをもっていること」である。

52) この傾向については、飯田高「経済学は《法》をどう見るのか」法社会学 83 号 110 頁 (2017)、および、飯田高「数理モデルにおける法——規範と法」理論と方法 32 巻 2 号 242 頁 (2017) も参照。

53) See Gillian K. Hadfield & Barry R. Weingast, *What Is Law? A Coordination Model of the Characteristics of Legal Order*, 4 J. LEGAL ANALYSIS 471 (2012). なお、GILLIAN K. HADFIELD, *RULES FOR A FLAT WORLD: WHY HUMANS INVENTED LAW AND HOW TO REINVENT IT FOR A COMPLEX GLOBAL ECONOMY* (2017) は、このモデルに拠りながらグローバル経済における法のあり方を展望する壮大な著作である。

54) George J. Mailath et al., *Laws and Authority*, 71 RES. ECON. 32 (2017).

上のインク」問題は法社会学の研究課題そのものであるように見える⁵⁵⁾。しかし、バスーが法社会学の文献を参照した形跡はほとんどない（ただし法学の文献は参照している）。

例外として、法社会学者のローレンス・フリードマン（Lawrence M. Friedman）が著した *Impact* への言及がなされ⁵⁶⁾、法の効果の研究（*impact studies*）との相違が述べられている箇所がある⁵⁷⁾。フリードマンは「特定の法、ルール、法教義、あるいは制度と何らかの点で因果的に関係する行動」について探究しようとするが⁵⁸⁾、自分はその背後にある *functionary* の信念および行動まで視野に収めて法の効果を探究することを目標としている、とバスーは述べている。

「法を執行・運用する主体が実際にどのような行動をとっているか」という問題は、現実の法の作用を解き明かそうとする法社会学においては不可欠なテーマであり続けてきた。日本の法社会学でも、法を執行・運用する主体、すなわち *functionary* の実証研究が積み重ねられている⁵⁹⁾。したがって、法社会学研究者の目からすると、特に新規性のあるテーマとは映らないかもしれない。

むしろ、法社会学研究にとっての本書の意義は別の点にあると言える。少なくとも次の3点は挙げられるだろう。（i）汎用性の高い理論として組み立てられているので、法の効果に関するグランドセオリーまたは「中範囲の理論」を構築する際のヒントを提供してくれるという点、（ii）法を執行・運用する *functionary* にかかる信念、より具体的には「*citizen* が *functionary* の行動をどのように予測しているか」、「*functionary* が *citizen* の行動をどのように予測しているか」といったことが法の効果を左右する重要な独立変数である可能性を示している点、（iii）いわゆる

「生ける法」と実定法との関係を新たな概念およびツールによって分析できることを示唆している点である。

（i）について補足しておこう。ここでのグランドセオリーは「何でも説明できる普遍的な理論」ではなく、「個別の具体的場面における因果メカニズムを表現するモデルを統合しうる理論」を指している。このような意味でのグランドセオリーは、時代的にも地域的にも限定された実証研究がどのようなインプリケーションをもつのか、そして、今後どんな実証研究が行われれば他の研究と意義ある形で接合できるかについて、私たちに指針を与えてくれるだろう。バスーの著書はこの意味での理論構築の試みにほかならず、粗削りながらも諸分野を跨ぐ枠組みを提供しようとしている。

3 社会科学における「信念」の位置

より広く社会科学全般を眺めてみても、「信念」またはその類似概念は随所に登場する。ただし、各分野の中でも専門分化（悪く言えばタコツボ化だが、最後に述べるようにタコツボなりの利点もある）が進行し、お互いにあまり研究を参照しないまま研究がなされている。そのため使われる用語はまちまちであり、「信念」の意味も分野や論者によって少しずつ異なっている。この点には留意しておくべきであろう。

社会科学全部を扱うことは紙幅も私の能力も超えるので、ここでは経済学と社会学の動向の一部についてのみ簡単に述べるにとどめたい。

（1）経済学

経済学の中でも人間の認知の役割が格別に強調されているのは、比較制度分析であ

55) 法社会学の関心は「紙の上の法（law on paper）」と「実際に作動している法（law in action）」にある。

56) LAWRENCE M. FRIEDMAN, *IMPACT: HOW LAW AFFECTS BEHAVIOR* (2016).

57) BASU, *supra* note 4, at 37, 39.

58) FRIEDMAN, *supra* note 56, at 2.

59) バスーの言う *functionary* の行動に関する最近の重要な研究として、たとえば秋葉丈志『国籍法違憲判決と日本の司法』（信山社、2017）、平田彩子『自治体現場の法適用——あいまいな法はいかに実施されるか』（東京大学出版会、2017）を挙げておく。

る⁶⁰⁾。比較制度分析も複数均衡の中からどれが選ばれるのかという問題を扱っており、社会のメンバーによって共有された予想 (shared belief) がモデルの中核に据えられている。この「予想」はバスターの言う「信念」とほぼ同義であり⁶¹⁾、どちらも他者の行動と関係している。

比較制度分析では、社会のメンバーの間で予想 (信念) が共有されるに至るプロセスや条件に力点が置かれている。もし公的な指標として人々が共通して参照するものが安定性をもつようになれば、取りも直さずそれが「制度」である、と説明される。法や社会規範、あるいは何らかの組織が公的な指標の例であるが、これらは人々の絶え間ない相互作用を経て安定性を獲得するものである。言い換えると、共有信念は歴史や経験を通じて形成され、その共有信念が人々の行動の予測可能性を高める、ということになる。

比較制度分析よりもさらに長いタイムスパンを対象とし、進化の観点から人間の行動を解明しようとする研究も経済学では行われている。たとえば、サミュエル・ボウルズ (Samuel Bowles) とハーバート・ギンタス (Herbert Gintis) は、基本的には経済学のモデルに近い「信念・選好・制約アプローチ」 (beliefs, preferences, and constraints approach) を使いながら、人間の互恵性がいかにして発達してきたのかを説明しようとしている。そこでは、「信念」が「個人が持つ世界の因果構造に関する知識表象」と定義され

ている⁶²⁾。

このように、「信念」の概念は個人レベル、社会レベル、果ては進化のレベルまで、いろいろなレベルで用いられている⁶³⁾。もちろん重複する部分はあるが、概念の整理はいずれ必要なかもしれない。

(2) 社会学

一方、社会学の中で最も「信念」を前面に押し出しているのは分析社会学 (analytical sociology) と呼ばれる領域であろう。分析社会学は、社会現象が発生するプロセスを丁寧に解きほぐし、それを「メカニズム」として示すことを目的にしている。

理論面での分析社会学の特徴は概ね以下の点にまとめられる⁶⁴⁾。まず、分析社会学は、①マクロレベルでの社会現象を、ミクロレベルでの「行為 (action)」と「相互行為 (行為の相互作用; interaction)」を基軸にして説明しようとする。そして、②その「行為」は「欲求 (desire)」, 「信念 (belief)」, 「機会 (opportunity)」の3要素の産物として捉えられ (ヘドストロームのDBO理論), いずれの要素についても社会的な (すなわち他者からの) 影響関係が想定される。さらに、③相互行為のあり方は社会構造に依存する、と考えられている。この②のDBO理論は、先ほど述べた「信念・選好・制約アプローチ」とよく似ていることがわかる⁶⁵⁾。

DBO理論における「信念」は、「世界に関して真とされている命題」と定義される⁶⁶⁾。分析社会学の理論枠組みからは、個

60) See MASAHICO AOKI, TOWARD A COMPARATIVE INSTITUTIONAL ANALYSIS (2001) [日本語訳: 青木昌彦 (瀧澤弘和=谷口和弘訳) 『比較制度分析に向けて』(NTT出版, 2001)]; MASAHICO AOKI, CORPORATIONS IN EVOLVING DIVERSITY: COGNITION, GOVERNANCE, AND INSTITUTIONS (2010) [青木昌彦 (谷口和弘訳) 『コーポレーションの進化多様性——集合認知・ガバナンス・制度』(NTT出版, 2011)]; AVNER GREIF, INSTITUTIONS AND THE PATH TO THE MODERN ECONOMY: LESSONS FROM MEDIEVAL TRADE (2006) [アブナー・グライフ (岡崎哲二=神取道宏監訳) 『比較歴史制度分析』(NTT出版, 2009)]。

61) 原語はどちらも belief である。比較制度分析の文献では、「予想」と訳されていることが多い。

62) SAMUEL BOWLES & HERBERT GINTIS, A COOPERATIVE SPECIES: HUMAN RECIPROCITY AND ITS EVOLUTION 9 (2011) [日本語訳: サミュエル・ボウルズ=ハーバート・ギンタス (竹澤正哲監訳) 『協力する種——制度と心の共進化』20頁 (NTT出版, 2017)]。

63) ゲーム理論における「信念」は (特にベイジアンゲームの文脈では) 確率分布で表されるが、経済学全体をみるとその意味だけに使われているわけではなく、より広義に用いられていることがわかる。

64) See PETER HEDSTRÖM, DISSECTING THE SOCIAL: ON THE PRINCIPLES OF ANALYTICAL SOCIOLOGY (2005)。

65) どちらか一方が他方を参照したわけではなく、別々に理論化されているようである。もっとも、経済学や合理的選択理論の立場からすると自然な理論化であると言える。

66) HEDSTRÖM, *supra* note 64, at 38.

人レベルに限定してもなお、「信念」が複雑な形態をとりうるということが示唆される。たとえば、社会的行為のメカニズムを解明しようする場合、「他者の欲求や信念」に関する信念も含まれるはずである。したがって、信念は重層的な構造をとることになる。その際、信念の対象となっている「他者」は身近にいる具体的な他者なのか、それとも「一般化された他者 (generalized other)」なのか、という論点も出てくる。この問題は経済学の「信念」にも同じように当てはまる。

以上の「信念」に関連する諸文献と見比べると、バスターの言う「信念」に漠然としている部分が多く残っていることは否めない。しかし、バスターは初めから完全な理論を提示しようとしていたのではなく、主目的は将来の研究が向かうべき針路を示すことにあった。そこで、彼が示した針路をもとに、進みやすい航路を描くためにはどうすればよいのか、最後に少しだけ考えてみたい。

IV. 理論の深化に向けて

1 概念の明確化について

理論を深化させるためには、多様な「信念」を接続させられる枠組みがあるほうが望ましいかもしれないが、その地ならしとして「信念」の概念を明確化しようということになると、気の遠くなるほどの作業が待っているだろう。

もし法の表出機能の分析を着実に前進させ

たいのであれば、信念自体を直接に対象として研究することよりも、フォーカルポイントの形成や変動を精査することを優先すべきであるように思われる。信念とフォーカルポイントのどちらに関しても百家争鳴ではあるが、信念の理論の多様性に比べてフォーカルポイントの理論の多様性はまだ小さい。だがそうは言っても、フォーカルポイントの概念も必ずしも明確ではなく、この概念によって表そうとする現象は多岐にわたっている。

たとえば、フォーカルポイントの性質として顕現性（すなわち「目立つ」こと）が挙げられているが、この顕現性はただひとつではない⁶⁷⁾。まず、自分にとって単純に「目立つ」のか、それとも他の人にとって「目立つ」のかという点で分類することができる。前者は「一次顕現性」、後者は「二次顕現性」と呼ばれる。それに加えて、「調整が成功するような選択ルールを探す」という点からみて「目立つ」性質もあり、これを「シェリング顕現性」と言う⁶⁸⁾。

二次顕現性は認識の階層構造を重視した場合の顕現性であり、シェリング顕現性のほうを言えば「チームプレー」による選択ルール探索を重視した場合の顕現性である。以上のどの顕現性が適切になるのかは条件によって異なると考えられる。フォーカルポイントに関してはこれまでに多くの抽象的なモデルが提示されてきたが⁶⁹⁾、実験を通じて妥当性を検証する研究も少しずつ進められている⁷⁰⁾。それらの実験研究の中には、現実の世界でのフォーカルポイントの効果自体に疑

67) Judith Mehta et al., *The Nature of Salience: An Experimental Investigation of Pure Coordination Games*, 84 Am. ECON. REV. 658 (1994).

68) 前述の数字選びゲームを例にして説明しよう。最も多くの人にとって目立つ数字が仮に「8」であったとすると、自分にとって目立つ数字（一次顕現性のある数字）が何であっても、「8」を選ぶのがよい（「8」は二次顕現性を有する）。しかし、人々の好む数字が分散している場合は難しい。たとえば「3」と「8」の両方が多数の人にとって目立つものであるとする。この場合、二次顕現性をもつ数字を選ぶという方針をとると一致の確率は低くなる。候補が複数出てくるケースでは、結果がただひとつに定まるような他の方針を採用して選択するほうがよい（最小の数字である「1」を選ぶ、という方法が例）。「調整が成功するような選択ルールを探す」という点からみて「目立つ」性質が「シェリング顕現性」である。

69) 飯田・前掲注 46) に引用されている諸文献および Nicholas Bardsley et al., *Explaining Focal Points: Cognitive Hierarchy Theory "versus" Team Reasoning*, 120 ECON. J. 40 (2010) を参照。

70) See Vincent P. Crawford et al., *The Power of Focal Points Is Limited: Even Minute Payoff Asymmetry May Yield Large Coordination Failures*, 98 AM. ECON. REV. 1443 (2008); Andrea Isoni et al., *Focal Points in Tacit Bargaining Problems: Experimental Evidence*, 59 EUR. ECON. REV. 167 (2013); Melanie Parravano & Odile Poulsen, *Stake Size and the Power of Focal Points in Coordination Games: Experimental Evidence*, 94 GAMES ECON. BEHAV. 191 (2015).

問を呈するものもある。いずれにしてもこの方向の研究は進められるべきであろう。

今述べた研究は抽象的な場面設定を用いた実験であるが、より具体的・現実的な場面に即して顕現性を調べることも必要になるだろう。特に、フォーカルになりやすい社会状態（あるいは行動の組み合わせ）とはどのようなものなのかという問題は、法の作用を考察するうえでも是非取り組むべき問題である。この点は項を改めて述べよう。

2 社会関係とフォーカルポイント

ゲーム理論では、均衡は一定の条件を満たした行動の組み合わせである。フォーカルポイントは複数の均衡の中から選び出される解であるから、多くのケースでは——「ポイント」と言うときシンプルな表象であるかのような印象を与えるが——行動の組み合わせとして表現されるものである。この「行動の組み合わせ」は、Ⅱの【表1】のゲームでは(A, A, R)というように抽象化されてわかりやすくなっている。だが実際には、雑多な要素やノイズを含み、解釈の余地を残す「行動の組み合わせ」である。

その行動の組み合わせの中にも、フォーカルになりやすい、つまり人々が着目しやすい組み合わせがあると思われる。たとえば、人々が同じような行動をとっている状態、平等な分け前を得ていると評価できる状態、あるいは逆に一部の人が極端に大きな分け前を得ている状態などは、他の状態と比べて目立つであろう。

特定の状態が目立つ理由は、部分的には、人々の認知システムに由来している可能性がある。人類学者のアラン・フィスク (Alan P. Fiske) によると、あらゆる社会関係は「共同分配関係」、「権威序列関係」、「均等調和関係」、「市場価格関係」の4つのいずれかに分類され、それぞれが異なる心理作用を伴う⁷¹⁾。もしフィスクの主張が正しいとすれ

ば、ゲームのプレーヤーの関係もこれらの社会関係のタイプのどれかに該当することになり、その類型に沿った心的反応を引き起こすことになるだろう。そうだとすると、フォーカルになる行動の組み合わせも変わってくる。

4 類型の境界は不変ではなく、時間とともに変わる。所与の状況がどの類型として認識され、そして各類型のもとでどの行動の組み合わせがフォーカルになるかは、人々の間の相互作用を通じて次第に変化していくと考えられる⁷²⁾。社会における役割との関連もおそらく相当程度あり、たとえば使用者・労働者の関係は時代や場所によって「権威序列関係」になったり「市場価格関係」になったりする。社会関係がどの類型として認識されるかで、フォーカルポイントとなる状態は違って来るかもしれない。法はこのような社会関係の整序を通じてフォーカルポイントを動かしてきた、と言うことができよう。

各類型と「正統性」がどのように関連しているのかということも、法の機能の探究に資する興味深いテーマとして現れる。権威序列関係では階層の上位にいる人からの命令が正統性をもつであろうし、均等調和関係では人々間の合意が正統性の源泉となりやすくなることなどが予測される。人々が正統性を認める法はフォーカルになる可能性が高くなるのだとすれば、社会関係に照らした検討は有益な知見をもたらしてくれると思われる。

3 むすびに代えて

『信念の共和国』は分厚い本ではない（約240頁）。しかし、さまざまな分野の人たちにとって研究のヒントになりうる指摘で詰まっており、ひとつの論文では汲み尽くせないほどである。本稿で触れることができたのはその一部にすぎないので、関心のある方は本書を手にとっていただきたい。

読後の印象に残る部分は、読者によって違

71) See ALAN P. FISKE, STRUCTURES OF SOCIAL LIFE (1991). 各類型の内容や例については、飯田高『法と社会科学をつなぐ』128頁（有斐閣、2016）を参照。

72) この点は比較制度分析の枠組みと親和性がある。分析社会学からみてもおそらく重要な問題であろう。

うだろう。読了直後の私にとって印象的だったのは、「知的冒険は、まさにその性質からして、集団的な努力なのである」というメッセージである⁷³⁾。バスーは自分の研究が途上であることを繰り返し述べ、人々の力の結集を呼びかけている。彼の掲げる「信念」というキーワードは、異なる分野の研究者、そして将来の研究者との共同作業を始めるための軸あるいはフォーカルポイントなのであろう。

前節でみたように、「信念」は社会科学諸分野で広く研究されてはいるが、お互いの交流は活発とは言い難い。しかし、半ば隔絶しているとも言える環境で、諸分野が似たような研究テーマに向かっている、というのは驚くべきことであるように思う。別々に研究していて同じ場所に辿り着くというのは、向かっていた先が間違っていないことの証左と言えるかもしれない。他のタコツボを見据えている限りは、タコツボにも意味はあるのではないか⁷⁴⁾。本稿の準備をしながらそのように感じた次第である。

(いいだ・たかし)

73) BASU, *supra* note 4, at 13.

74) もっとも、それは定義上もはやタコツボではないのかもしれない。

論説

民事判例の「実践的」読み方について

——判決文等の形式面から読み取れること——

東京大学法科大学院客員准教授・判事

畑 佳秀

I. はじめに

II. 判例について

1 判例とは

- (1) 定義
- (2) 法文上の定め

2 判例の拘束力について

3 主論と傍論

- (1) 主論
- (2) 傍論

4 判断をする者

5 法理判例（場合判例）・事例判例

- (1) 判例の類型
- (2) 各類型の射程

6 少数意見

7 判決要旨

III. 題材判例

1 題材判例 1

2 題材判例 2

3 題材判例 3

4 題材判例 4

IV. 「実践的」読み方

1 事件符号ほか

- (1) 事件符号
- (2) 年代
- (3) 法廷の種類
- (4) 登載先

2 事項・要旨

- (1) 事項
- (2) 要旨

3 判決文

- (1) 線引き
- (2) 受理した部分
- (3) 「適法に確定した」
- (4) 判例の引用
- (5) 「正当として是認」等
- (6) 「〇〇の点につき更に審理を尽くさせるため」

4 判例解説等の入手先

- (1) 最高裁のホームページ
- (2) 裁判所時報
- (3) 判例雑誌のコメント
- (4) ジュリスト「時の判例」
- (5) 種々の評釈
- (6) 判例解説

V. おわりに

I. はじめに

ローレビューの編集委員の方から、投稿のお話をいただき、光栄なことでもあり、せっかく法科大学院に派遣されているのであるから何かの論稿をお寄せしたいと考えた。ただ、筆者は、あくまで民事裁判の実務家であり、また、特定の分野についての研究を重ねているわけでもないため、何かの分野について研究結果を発表するというのも難しい。一実務家として何かを紹介できるとすれば、

日々の民事裁判の実務の中で触れることの多い「判例」の読み方であろうか。とはいっても、判例の読み方については、これまでも多数の優れた書籍や論稿があり、その一般論を述べるには、筆者の能力の点でも紙幅の点でも限界がある。また、本来の「判例の読み方」は、判決文をじっくりと読み込んでその内容面を検討していくべきものであるが、それを正面から題材とすることも同様の限界がある。そこで、ローレビューで行われるべき研究の発表という本来の形とは異なるかもしれないとは思いつつも、日々の限られた時間の中で民事の「判例」の事件符号や判文の記載といった形式面からどのような情報を読み取ろうと試みているか、いわば民事判例の実践的読み方について、軽い読み物として提供することでこれに代えたいと思う。(なお、筆者は民事裁判の実務家であるので、以下において「判例」という場合は、民事の判例を念頭におくこととさせていただきます。)

また、法科大学院で授業を行う中で、質問を出しつつロースクール生の皆さんと対話形式で議論を進めていくスタイルがなじんできた。本稿では、紙上での講義をイメージして、まず最初に「判例」にかかわる概念を簡単に触れた上で、次にいわば演習としていくつかの具体的な判例を題材としつつ判例の周辺部分を含めて形式面から何を読み取ることができるのかといった質問を投げかけながら進めていきたい。

なお、本稿の記載は、上に記載した趣旨からも明らかなように、意見にわたる部分については全て私の個人的な理解や考えを示すものにすぎないことをお断りしておく。

Ⅱ. 判例について

それでは、まず、「判例」について、基礎的な知識のみを確認しておきたい。「判例」については、既に述べたとおり、中野次雄編『判例とその読み方(3訂版)』(有斐閣, 2009)などの優れた書籍があるので、ここでは基礎的な知識を簡単に確認するにとどめたい。また、基礎的な知識の確認であるので、一通りの知識のある方は読み飛ばしていただ

いても差し支えない。

1 判例とは

(1) 定義

「判例」の定義については、特定の裁判においてその理由中に示された当該判例の結論に結びつく法的判断のことをいうといった説明がされる。そして、先例としての強い力を持っているのは最高裁判所の判例だけであるとされる(中野編・前掲 4-9 頁〔中野次雄〕)。

そこで、本稿における「判例」についても、最高裁判例を前提とすることとする。

なお、一般には、下級審の判決については、「裁判例」と称して最高裁判例とは区別がされている。

(2) 法文上の定め

「判例」が法文上の定めとして現れるのは、例えば下記の例がある。

まず、民事訴訟法上、「最高裁判所の判例……と相反する判断がある」ことが上告受理申立て理由(民訴法 318 条 1 項)や許可抗告の理由(民訴法 337 条 2 項)とされている。したがって、下級審の判断が判例と相反するものであるかについては、最高裁における重要な審理対象となることになる。

また、裁判所法においては、最高裁において「意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」(裁判所法 10 条 3 号)には大法廷でのみ事件を取り扱うことができるとされている。そのため、判例変更の可否を判断するためにも最高裁の判例とは何かが重要となる。(なお、最高裁事務処理規則 9 条 6 項により、大審院の判例は小法廷で変更できるとされている。)

2 判例の拘束力について

判例には拘束力があるといわれる。

明文の規定にあるものとしては、裁判所法 4 条は、「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する。」と定めている。ただ、これは、下級審が具体的事件について上級審の判断に拘束されるというものであり、審級制が採られ

ていることからの当然の帰結である。

これとは別に、最高裁判例には、明文の規定はないものの、当該事件以外の事件について、先例として事実上の拘束力を有するといわれている。その根拠については、①法的安定性、②訴訟経済、③裁判官としての職務上の義務を挙げる見解がある。

3 主論と傍論

判例に拘束力があるとなると、最高裁判決のどの部分が判例かを検討しなければならない。

(1) 主論

判例というに値する判断部分、すなわち拘束力を持つ部分を英米法ではレイシオ・デシデンダイ (ratio decidendi) という。

最高裁判決のどの部分が判例かについては、基本的には、判決理由中の当該事案の法的論点に対する結論を示した命題の部分であり、理由付けとして示された命題の部分は判例ではないと解する見解が強いと思われる。ただ、理由付け命題も判例となり得るという有力な見解もあり、実際に理由付けとして書かれた一般的法命題を判例とした例があるとの指摘もある（中野編・前掲 66-67 頁〔中野次雄〕）。

ここで、「結論命題」とは、当該事件の論点についての最高裁判所の判断の結論の部分を、結論にとって意味のある事実（「重要な事実」 material facts）だけを残して、他の同種の事件にも適用できる程度に抽象化した命題をいう。重要な事実が少なければ少ないほど、適用される事件は増える（限定条件が少なくなる）ことになるから、判例の射程範囲が広くなるといわれる。

また、「理由付け命題」とは、結論命題部分を除いた、より一般化された法命題（＝理由付けのための一般的法命題）をいうとされる。

(2) 傍論

これに対して、判決理由中で、当該事案の法的論点とは関係しない部分は、法律判断の結論を正当化するための理論的説明や、法制度、法規の趣旨の一般的解説、法解釈の一般

的指針など、法律論のようなものが述べられていたとしても、いわゆる「傍論」にすぎず、判例には当たらない。英米法では、オビター・ディクタム (obiter dictum) という。

4 判断をする者

後記のとおり、判例集等に記載される判決要旨（裁判要旨）は、判例委員会において定められたものである。判決要旨は、当該裁判の「判例」が何であるかの手がかりとはなり得るが、それ自体が直ちに「判例」となるものではない。

判例の射程は、結局、判例が形成された後に、その判例が適用されるかどうかの問題となる事件を担当する裁判体が判断することになる。判例の拘束力の及ぶ範囲は、後の裁判所によって広く解されたり、狭く解されたりすることによって動いていき、その集積によって次第に明確になっていくという性質のものであると考えられる。

5 法理判例（場合判例）・事例判例

(1) 判例の類型

判例の射程が広く解されるべきものか、狭く解されるべきものかについては、判例の類型によって異なってくところがある。判例の類型には、大きく、法理判例と事例判例があるとされる。

a 法理判例

法理判例とは、一般法理を示したもので、法律と同等の規範性が認められるものである。

b 事例判例

事例判例とは、当該事例と同様の事情があった場合に初めて適用される法理を明らかにするものである。ただし、どこまでの「事情」や「事実」があれば、同じ処理がされるかは必ずしも明らかではない。判決要旨等に「事情」として挙げられたものが全てそろわなければそこで述べられた法理が適用できないというわけではなく、何が本当に重要な事実なのかは、事案の集積を待つ必要がある。

c 場合判例

法理判例と事例判例の中間に位置するのがいわゆる場合判例であり、これは、一定の要件が満たされる場合に一般的に適用される規範として位置づけられるものである。ここで「一定の要件」として設定される「場合」が事例判例よりは抽象化されている点に特色がある。

(2) 各類型の射程

一般論として、法理判例の場合にはその射程が広いのに対し、事例判例の場合、その性格に照らして、その射程は基本的に狭いとされる。また、そもそも事例が集積されなければ射程それ自体が不明確である。仮に、事例判例であるにもかかわらず、法的な一般論を展開している部分がある場合、事案の解決（結論）に影響しない部分は、傍論と評価されるべきものである。

6 少数意見

最高裁の判決では、下級審の判決とは異なり、裁判所法 11 条に「裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない。」と規定されている。

法廷意見の結論に反対であれば、「反対意見」として裁判官の意見が記載される。

これに対して、結論に賛成であるが理由付けが異なるときは、「意見」として裁判官の意見が記載される。

さらに、結論に賛成であり、理由付けも基本的に賛成であるが、法廷意見の理由付けに理由を付加する場合、当該事件の処理には直接かかわらないが重要な争点が含まれているときに実務の処理の参考になることを示す場合、法廷意見で書けなかった下級審への示唆をする場合などには、「補足意見」として裁判官の意見が記載される。

7 判決要旨

判決文のどの部分が判例にあたるのかを検討するに当たって、判例委員会によって定められた「判決要旨」の記載が参考になる。

最高裁の判例委員会については、委員 7 名

以内で組織することとされている。判例委員会は、月に 1 度開催され、判例について判例集への登載の可否及び登載する場合の判示事項、判決要旨の内容について審議し、決定する。

「判例」は判決の理由の中から直接に発見され、読み取られるのでなければならないから、判例集等に記載される判決要旨は、それ自体が直ちに「判例」を意味するものではない。しかし、判例委員会が当該裁判の「判例」が何であるかを考えた結果が示されているため、判例を読む重要な手がかりとなる。

Ⅲ. 題材判例

1 題材判例 1

【事件番号等】

最高裁判所平成 26 年（才）第 1023 号同 27 年 12 月 16 日 大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁

【判示事項】

- 1 民法 750 条と憲法 13 条
- 2 民法 750 条と憲法 14 条 1 項
- 3 民法 750 条と憲法 24 条

【判決要旨】

- 1 民法 750 条は、憲法 13 条に違反しない。
- 2 民法 750 条は、憲法 14 条 1 項に違反しない。
- 3 民法 750 条は、憲法 24 条に違反しない。
(3 につき補足意見、意見、反対意見がある。)

2 題材判例 2

【事件番号等】

最高裁平成 23 年（受）第 1833 号同 24 年 12 月 14 日 第二小法廷判決・民集 66 卷 12 号 3559 頁

【判示事項】

根保証契約の主たる債務の範囲に含まれる債務に係る債権の譲渡が元本確定期日前にされた場合に譲受人が保証債務の履行を求めることの可否

【判決要旨】

根保証契約の主たる債務の範囲に含まれる債

務に係る債権を譲り受けた者は、その譲渡が当該根保証契約に定める元本確定期日前にされた場合であっても、当該根保証契約の当事者間において上記債権の譲受人の請求を妨げるような別段の合意がない限り、保証人に対し、保証債務の履行を求めることができる。（補足意見がある。）

3 題材判例 3

【事件番号等】

最高裁平成 25 年（受）第 1420 号同 26 年 3 月 14 日第二小法廷判決・民集 68 卷 3 号 229 頁

【判示事項】

精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者に法定代理人がない場合と民法 158 条 1 項の類推適用

【判決要旨】

時効の期間の満了前 6 箇月以内の間に精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者に法定代理人がない場合において、少なくとも、時効の期間の満了前の申立てに基づき後見開始の審判がされたときは、民法 158 条 1 項の類推適用により、法定代理人が就職した時から 6 箇月を経過するまでの間は、その者に対して、時効は、完成しない。

4 題材判例 4

【事件番号等】

最高裁平成 24 年（受）第 2007 号同 26 年 10 月 28 日第三小法廷判決・民集 68 卷 8 号 1325 頁

【判示事項】

公序良俗に反する無効な出資と配当に関する契約により給付を受けた金銭の返還につき、当該給付が不法原因給付に当たるとを理由として拒むことは信義則上許されないとされた事例

【判決要旨】

破産者甲との間の契約が公序良俗に反して無効であるとして、乙が当該契約により給付を受けた金銭の返還を求められた場合において、当該金銭は無限連鎖講に該当する事業に

よって給付された配当金であって他の会員が出えんした金銭を原資とするものであり、当該事業の会員の相当部分の者は甲の破綻により損失を受けて破産債権者の多数を占めるに至っており、甲の破産管財人が破産債権者への配当を行うなど適正かつ公平な清算を図ろうとするため乙に対して当該配当金の返還を求めているなど判示の事情の下においては、乙が当該配当金の給付が不法原因給付に当たるとを理由としてその返還を拒むことは、信義則上許されない。（補足意見がある。）

IV. 「実践的」読み方

それでは、いよいよ、Ⅲの各題材判例をもとに、外形的・形式的な点からどのような情報が読み取れるかに入っていきたい。

1 事件符号ほか

(1) 事件符号

検討をしようと考えた最高裁判例について触れた場合、最初に得られる情報は、その判例で付されている事件符号等であろう。

民事の最高裁判例で付されている事件符号としては、「オ」・「受」・「ク」・「許」のいずれが多いと考えられる。（なお、行政事件の事件符号については、それぞれ、順に「行ツ」、「行ヒ」、「行ト」、「行フ」が対応するが、内容としては同様であるので、以下は上記 4 種類について説明する。）これらは、それぞれ事件の種類に応じて付された符号ではあるが、その符号からどのような内容を読み取ることができるだろうか。また、それぞれの種類の事件の判例を調査するときに、どのような点に留意すべきだろうか。

a 「オ」……上告事件

(a) 「オ」の事件符号は、上告事件に付されるものである。上告の理由として掲げられるものは、実際には、312 条 1 項の違憲と、同条 2 項 6 号の理由の不備・食違いである場合が多い。

① 違憲（民訴法 312 条 1 項）

法令の憲法適合性を判断したものとして、

例えば、夫婦の氏に関する民法 750 条の憲法適合性を判断した大法廷判決である題材判例 1 が挙げられる。その事件符号及び事件番号は、前記のとおり、平成 26 年（オ）第 1023 号である。

なお、相当数の上告事件で違憲との主張がされるが、実際には憲法違反に名を借りた法令違反や事実認定違反が主張される場合が多く、その場合は、「……その実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものであって、明らかに民訴法 312 条 1 項又は 2 項に規定する事由に該当しない。」といった理由が記載されて、上告棄却決定がされることが多い。この場合には、民訴法 317 条 2 項により決定によることが可能であるから、弁論等が指定されることはなく、判例集に登載されるような重要な判断が示されることもないと思われる。

② 理由の不備・食違い（民訴法 312 条 2 項 6 号）

「理由の不備」とは、「主文を導き出すための理由の全部又は一部が欠けていること」をいい（最三判平成 11 年 6 月 29 日集民 193 号 411 頁）、「理由の食違い」とは、「主文を導き出すための理由付けに明らかな矛盾があり、理由の記載から主文の結論を導くことができないこと」をいう（最三判平成 25 年 12 月 17 日判時 2224 号 8 頁）とされている。

したがって、理由の不備・食違いを理由として最高裁が判断を示す場合には、重要な法律問題について判断が示されるというよりは、原判決に上記のような誤りがある場合であるといえる。なお、理由の不備・食違いについては、上記のとおりの意味であるため、理由の不備・食違いがあるとして破棄されることは、それほど多くはない。前年に破棄された判決について、公刊物に登載されなかったものを含めて記載している判例時報の野村武範＝衣斐瑞穂「最高裁民事破棄判決の実情（上）－平成 28 年度－」判時 2342 号 3 頁、12-14 頁（2017）をみると、平成 28 年に論旨に基づいて理由の食違いがあることを理由として破棄されたのは 2 件にとどまるようである。

(b) 読み取れること

これらのことを踏まえると、現在の民事訴訟法下では、「オ」の事件符号の付された判例で重要な意義を有するものについては、憲法判断がされていることを読み取ることができるといえる。

また、逆に、「オ」の事件符号の付された事件（上告事件）のみで弁論が開かれることが判明すると、憲法適合性に関して単なる上告棄却決定にとどまらない判断が行われるのか、又は理由の不備等を理由に誤りを正すために判断がされる（この場合には、判例集に登載される重要な判断が示されることはまれであろう。）かのいずれかであることが推測できることとなる。

なお、上告事件と上告受理申立て事件が並行して申し立てられた事件（事件符号としては「オ」と「受」）がともに判断される場合には、それぞれに応じた判断がされることになるため、上記の点は当たらない。

b 「受」……上告受理申立て事件

(a) 「受」の事件符号は、上告受理申立て事件に付されるものである。

最高裁が法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認めるときは、上告審として事件を受理することができ（民訴法 318 条 1 項）、受理決定がされれば、上告があったものとみなされる（同条 4 項）。

なお、受理決定の際、受理申立て理由のうち、法令の解釈に関する重要な事項について受理決定がされ、その他の点については、排除がされる。判決文の中で、「排除された」といった記載がされた場合には、該当部分については、受理決定の段階で、排除されたことを意味することになる。

(b) 読み取れること

検討の対象としている判例が上告受理申立て事件である場合には、何らかの法令の解釈に関する重要な事項、すなわち何らかの法律問題についての判断が含まれていることが推測できることとなる。上記の題材判例 2～4 については、いずれも、法令の解釈に関する重要な事項があるとして受理決定がされた受理申立て事件である。

(c) 留意点

上告受理申立て事件で気をつけなければならないのは、不受理決定については、判例としての意味はないということである。

すなわち、不受理決定については、「上告受理の申立ての理由中の法令の解釈に関する重要な事項が含まれているとは認められない」という判断であり、その判断は総合的なものであるから、最高裁として当該事件の法律問題に判断を示したのではなく、何ら判例としての意義、効力を有するものではないことに留意する必要がある(福田剛久ほか「最高裁判所に対する民事上訴制度の運用」判タ1250号5頁,9頁ウ(2007))とされている。

したがって、ときに誤解も見られるところであるが、不受理決定がされたことをもって、判例が示されたと考えてはならない。

c 「ク」……特別抗告

(a) 「ク」の事件符号は、特別抗告事件に付されるものである。特別抗告事件は、「裁判に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするとき」に、最高裁判所に特に抗告をすることができるものである(民訴法336条1項)。

(b) 読み取れること

特別抗告事件は、上記の定めからしても上告事件と同様に、憲法判断がされる可能性が高いことになる。

例えば、非嫡出子の相続分について定めていた民法900条4号ただし書前段の違憲性が問題になった平成25年9月4日大法廷判決の事件符号及び事件番号は、平成24年(ク)第984号,985号事件である。

なお、大法廷の事件については、特別抗告についても弁論が開かれることが多く、大法廷に回付された後、弁論が指定されることになる。

ただ、特別抗告の事件は、判決がされるわけではないため、言渡し期日は指定されず、決定がされた後数日が経過してからその内容が判明することとなる。

d 「許」……許可抗告

(a) 「許」の事件符号は、許可抗告事件に付されるものである。

(b) 読み取れること

許可抗告事件については、高等裁判所が、最高裁判例と相反する判断がある場合その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認めた事件であるから(民訴法337条)、法令の解釈に関する重要な事項が含まれる可能性が高いといえる。

ただ、高等裁判所において、法令の解釈に関する重要な事項を含むと認めた場合であっても、その判断が最高裁とずれるときも見られる。

許可抗告事件については、毎年、判例時報において「許可抗告の実情」の寄稿が掲載され、ここでその1年間の許可抗告事件の全てが掲載されているが、その記載を見ると、許可されたことに疑問が呈されている事件もまれに見られる。

(c) 留意点

許可抗告事件で気をつけなければならないのは、たとえ最高裁の決定文が例文によるものであったとしても、その内容が正当として是認する旨の判断であれば、判例となる場合があるということである。

したがって、とりたてて判例集や裁判集に登載されていないものでも判例となっているものがあることになる。

判例時報の「許可抗告の実情」を参照して、例えば、「所論の点に関する原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は採用することができない。」と記載されているものについては、結論との関係等にもよるが、原決定で示された法律的判断が判例となっている可能性がある。そのため、原決定を手に入れるなどして、じっくり検討する必要がある。

これに対して、「所論の点に関する原審の判断は是認することができる。論旨は採用することができない。」といった表現がとられて正当是認まではされていない場合には、原審の法律的判断は判例とはされておらず、最高裁として判例が示されたわけではないことになる。

e 「開廷期日情報」

ちなみに、近時、最高裁のホームページにおいては、見学・傍聴案内の中に、「開廷期

日情報」が掲載されており、ここには、期日、開廷時刻、事件符号を含む事件番号、事件名、弁論と判決の別、開廷場所が記載されている。したがって、事件符号について以上のような理解をもとにすると、それぞれの事件でどのような点が問題となり得るのかについて、一定の予測がつくことになる。本稿を読まれたロースクール生の皆さんは、是非上記の知識をもとに、事件の内容を予測していただきたい。

(2) 年代

事件符号とともに、最初に得られる情報としては、判例の年代であろう。判例の年代から、どのような情報から読み取ることができるであろうか。

判例の年代も、いずれの民事訴訟法の下での判例なのかによって意味合いが異なるから、重要な要素となる。

a 戦前……大審院判例

大審院判例についても、重要な意味を持っており、注釈書などではかなり引用されていることが多い。

現状、各種データベースでは中身に踏み込んだ検索が困難であることも多いと思われるが、「大審院民事判例要旨集」（最高裁判所事務総局編・法曹会）には、大審院判決抄録及び大審院判例集に載せられた裁判例全ての要旨が法令の条文ごとに分類して記載されており、検索に有益である。

なお、大審院判例については、最高裁事務処理規則 9 条 6 項により、判例変更の際も、小法廷によることが可能である。（裁判所法 10 条 3 項により最高裁判例自体を変更するのは大法廷でのみ行い得る。）

b 旧民訴法……オとク

平成 8 年の現行民訴法で上告受理申立て制度と許可抗告制度が導入される以前は、上告事件と特別抗告事件であった。

なお、旧民訴法時代では、法令違反も上告理由であったため、上告事件であっても、原判決を正当是認した判決については、判例としての意味がある可能性があるから、その原判決を当たる必要がある。

c 現行民訴法……オ、受、ク、許

現行民訴法については、上記のとおり、主

に 4 種類の事件が判例として登場し、それぞれの特徴があることになる。

(3) 法廷の種類

さらに、判例が引用される場合には、法廷の種類も記載されているはずである。この法廷の種類からは、どのような情報を読み取ることができるであろうか。

a 小法廷

小法廷では第一小法廷から第三小法廷まで 3 つの法廷があるが、取り扱う事件に違いはない。

なお、小法廷の裁判官の員数は 3 人以上とされている（裁判所法 9 条 2 項）ので、出張中など何らかの差し支える事情のある場合などには、5 名の裁判官によるのではないこともある。

b 大法廷

裁判所法 10 条により、憲法判断の場合や判例変更の場合には大法廷で判断がされる。

例えば、題材判例 1 は、民法 750 条の憲法適合性が問題となった判例であるが、大法廷による判断である。

したがって、大法廷に回付されるとの報道がされた場合には、憲法判断や判例変更がされることが想定されることになる。

(4) 登載先

判例が引用される場合には、上記のとおり、併せて登載先が記載されているはずである。登載先が「民集」か「集民」かという点からは、どのような情報が得られるであろうか。

a 判例集……いわゆる民集

判例集に登載された判例については、判例委員会で判例集への登載が決められたものである。その場合、判例委員会で定められた事項要旨があるはずである。

また、判例集に登載された判例については、担当調査官が判例解説（まずは法曹時報で掲載され、その年度の判例解説が全てそろった時点で合本版が発行される。）や「時の判例」（ジュリストに掲載される。後に数年分をまとめて合本版が発行される。）を執筆することとなっているから、担当調査官の頭名による判例解説や「時の判例」があることが分かる。

したがって、検討の対象とする判例が民集登載判例である場合には、まずは判決文・事項要旨・判例解説（「時の判例」の方が早く掲載されることが多いため、直近のものであれば「時の判例」が掲載されているかを探すべきことになる。判例解説については、まずは法曹時報が発刊され、その年度の判例解説がそろった時点で合本が発刊されるので、合本が発刊されるのは数年後となることが多い。）をそろえて判例の趣旨、射程等を検討すべきことになる。

また、法律雑誌に載せられた匿名コメントや種々の評釈についても、判例の射程の検討には重要となる。

なお、題材判例1～4は、いずれも民集に登載された判例である。

b 裁判集……いわゆる集民

判例委員会で判例集登載とは決められたものでないものの中にも、一定の重要な判例があり、その場合、裁判集に登載されることになる。その場合、調査官の研究会で定められた事項要旨が付される。

裁判集に登載された判例については、担当調査官が判例解説を執筆することはないので、判例解説はないことになる。なお、まれに、裁判集登載の判例についても、特に重要なものについては担当調査官が「時の判例」を執筆することがある。

判例雑誌に載せられた匿名コメントや種々の評釈を検討すべきことは判例集登載判例と同様である。

2 事項・要旨

調査すべき判例を判例集や判例雑誌等で入手した場合、冒頭には、判示事項と判決要旨の記載があるであろう。これは、前記のとおり、判例委員会によって判例集への登載が決定された際に、同時に審議、決定されたものである。判示事項や判決要旨の記載からは、判例委員会のどのような考えを読み取ることができるであろうか。

(1) 事項

判示事項は、検索のため判例のいわば「見出し」として定められたものであるが、こ

からは、判例委員会がその判例を法理判例と事例判例のいずれと考えたか、どのような事柄について判断した判例と考えたかを一定程度読み取ることができる。

それぞれの場合の判示事項について、具体的な違いを紹介し尽くすことはできないが、まず、「……事例」とされているものについては、事例判例であるとの前提で事項要旨が定められているものと思われる。例えば、題材判例4の判示事項は、「公序良俗に反する無効な出資と配当に関する契約により給付を受けた金銭の返還につき、当該給付が不法原因給付に当たることを理由として拒むことは信義則上許されないとされた事例」というものであるが、判例委員会としては、題材判例4を事例判例と考えたものと思われる。

また、法理判例の中では、判示事項の記載方法につき、「〇〇の可否」としているものは実体法上の判断をしているのに対し、「〇〇の許否」としているものについては手続法上の判断をしているとの使い分けがされていると思われる。例えば、題材判例2では、判示事項は、「根保証契約の主たる債務の範囲に含まれる債務に係る債権の譲渡が元本確定期日前にされた場合に譲受人が保証債務の履行を求めることの可否」とされており、判例委員会としては、題材判例2を上記の場合に債権の譲受人が保証債務の履行を求めることができるかどうかについて実体法上の判断をしたものと考えたものと思われる。また、題材判例1のように、法令の憲法適合性について判断したものについては、条文と憲法の条文が掲げられていることが多いように思われる。

(2) 要旨

a 論旨ごとであること

まず、要旨については、法律判断の単位ごと、論旨ごとに付けられる。一つの判例についても、いくつかの要旨が付けられていることはよくあり、例えば、題材判例1については、3つの要旨がとられている。

b 法理判例・場合判例の要旨

法理判例の要旨は、その性質上、判決文の重要な部分がそのまま判決の要旨としてとられていることが多いと思われる。例えば、題

材判例2については、「根保証契約の主たる債務の範囲に含まれる債務に係る債権を譲り受けた者は、その譲渡が当該根保証契約に定める元本確定期日前にされた場合であっても、当該根保証契約の当事者間において上記債権の譲受人の請求を妨げるような別段の合意がない限り、保証人に対し、保証債務の履行を求めることができる。(補足意見がある。)」との要旨が付されているが、これは、基本的に判決文の記載に近いものである。

また、法令の合憲性に関する判例の要旨においては、ある条項の全体について合憲性を判断した場合には、例えば題材判例1で「民法750条は、憲法13条に違反しない。」のように記載され、当該条項の内容を記載するなどして限定した記載はしないのが通常と思われる。

場合判例の要旨についても、基本的には上記の法理判例と同様の扱いの場合が多いと思われる。

c 事例判例の要旨

これに対して、事例判例の場合には、その判例の判断において重要な事実と考えられる事実や事情が選別されて列挙されていることが多い。

例えば、題材判例4については、「破産者甲との間の契約が公序良俗に反して無効であるとして、乙が当該契約により給付を受けた金銭の返還を求められた場合において、当該金銭は無限連鎖講に該当する事業によって給付された配当金であって他の会員が出えんした金銭を原資とするものであり、当該事業の会員の相当部分の者は甲の破綻により損失を受けて破産債権者の多数を占めるに至っており、甲の破産管財人が破産債権者への配当を行うなど適正かつ公平な清算を図ろうとするため乙に対して当該配当金の返還を求めているなど判示の事情の下においては、乙が当該配当金の給付が不法原因給付に当たることを理由としてその返還を拒むことは、信義則上許されない。(補足意見がある。)」との要旨が付されている。

このような事例判例の要旨の読み方については、(ア)場面の設定、(イ)重要な事実又は事情、(ウ)結論の各部分に分けて読むと

理解がしやすいように思われる。すなわち、題材判例4の判決要旨は長い一文で記載されているものの、よく見ると、(ア)その判例が前提としている場面を設定した部分、(イ)判例として重要な事実又は事情(評価を含むもの)を特定した部分、(ウ)結論の部分に分かれている。

具体的には、(ア)「破産者甲との間の契約が公序良俗に反して無効であるとして、乙が当該契約により給付を受けた金銭の返還を求められた場合」というのがこの判例の想定している場面の説明である。(イ)事実又は事情としては、「……など判示の事情の下においては」までの部分に、①当該金銭は無限連鎖講に該当する事業によって給付された配当金であって他の会員が出えんした金銭を原資とするものであること、②当該事業の会員の相当部分の者は甲の破綻により損失を受けて破産債権者の多数を占めるに至っていること、③甲の破産管財人が破産債権者への配当を行うなど適正かつ公平な清算を図ろうとするため乙に対して当該配当金の返還を求めていることとして、代表的な事実又は事情が3つ挙げられている。(なお、事実に尽きる場合には「事実」と記載されるが、一定の評価的なものが挙げられている場合には、「事情」と記載されることが多いように思われる。)(ウ)そして、上記の場面設定及び事実、事情を満たした場合には、「乙が当該配当金の給付が不法原因給付に当たることを理由としてその返還を拒むことは、信義則上許されない。」との結論が導かれることを示している。

d 「意見がある」

判決文に、意見が付されている場合には、要旨に対応する形で、「補足意見がある。」、「意見がある。」、「反対意見がある。」との記載がされている。

なお、判決文には意見が付されていても、「意見がある。」との記載がされない場合もあるが、記載すべきものが漏れているというわけではない。意見は、要旨に対応して付されるものであるから、その意見が要旨としてとられた部分に関係しない点を補足するものであれば、要旨には「意見がある。」との紹介がされないことになるものと思われる。

3 判決文

これまで、「実践的」読み方と称して判決文のいわば周辺部分を取り上げてきたが、判例を理解するためには、当然必ず判決文に当たってその内容を検討する必要がある。

判決文の読み方一般論を紹介するのは困難であり、ここでも、文言等の形式面からどのような考えを読み取ることができるのかを思いつくままにご紹介したい。

(1) 線引き

判例集や判例雑誌には、判決文に下線部が引かれている部分がある。これは、「線引き」と称されているが、判決文の原文に下線が引いてあるわけではなく、判例委員会で判例集登載が決定される際に、併せて決定されたものである。

法理判例については、判例の要旨になる部分、すなわち法理を示した結論部分に線が引かれていることが多いと思われる。

これに対して、事例判例については、結論の部分に意味があるというよりは、その結論に先立って摘示された事実や事情と併せたものとして判断がされたものであるからか、結論につながる接続詞にも線が引かれていることが多いと思われる。例えば題材判例4では、結論だけでなく、その直前の「したがって」の部分にも線が引かれている。

(2) 受理した部分

受理申立て事件については、あくまで上告申立て理由に対応する形で判決文が記載される。原審の段階では争点が多数に及ぶ場合でも、受理申立て事件では特定の争点についてのみ判断がされることも少なくない。判決文には、受理した部分が特定されていることがあるので、判決文の正確な理解のためには、場合によって、これに対応した上告受理申立て理由を確認することも必要になる。なお、判例雑誌では、上告受理申立て理由等が掲載されていない場合も多いが、判例集等には、対応する上告受理申立て理由が掲載されている。

(3) 「適法に確定した」

最高裁判例の判決文では、判断に必要な事

実が摘示されることが多い。最高裁は法律審であるから、原審の事実認定に拘束される。そのため、事実を摘示する際にも、「原審において適法に確定した事実関係は」といった記載がされる。

ただ、原審の判断について、経験則違反を理由に破棄する場合には、差戻し後の判断を拘束しないためにも、「適法に」との記載はしないのが通常であるように思われる。

(4) 判例の引用

最高裁判例の判決文では、これまでの判例が引用されることも多い。その場合、引用される判例がその事件でどのように適用されるかによって、書きぶりが異なることが多いように思われる。

a 最高裁判例がそのまま適用される場合

この場合には、括弧書きの中に最高裁判例が引用される。

b 異なる事案の最高裁判例の法理が適用される場合

この場合には、一定の解釈を示した際、括弧書きの中に最高裁判例が引用され、その後、「この理は、……の場合においても異なるものではない。」といった記載がされることが多い。

c 最高裁判例が直接適用されるわけではないが、よりどころにされている場合

この場合にも、アと同様、括弧書きの中に最高裁判例が引用されるが、最後に「参照」という言葉が入っていることが多いように思われる。

(5) 「正当として是認」

判決文の中では、原審について触れる部分がある。これにはニュアンスに応じて様々な書きぶりがあるが、原審の結論も理由も妥当という場合には、「正当として是認することができる」といった表現がとられることが多いと思われる。

これに対して、結論は同じであるものの理由が異なる場合には、「結論において是認することができる」といった表現がとられる。

(6) 「〇〇の点につき更に審理を尽くさせるため」

最高裁の判決で破棄して事件を差し戻す場合には、差し戻された裁判所が判断すべき点

を示すために、「〇〇の点につき更に審理を尽くさせるため」といった記載がされることが多い。

したがって、差戻し後の判決を読む際には、「〇〇の点」についてどのような判断がされたのかを着目してみると、最高裁の判決のいわば後日談に触れることができることになる。

4 判例解説等の入手先

判例の検討に当たっては、判決文を入手した上で、その判例についての解説や評釈を集めることが必要となる。これらは、いつ頃、どこで入手し得るであろうか。早い順序で触れるとすると、以下のとおりとなる。

(1) 最高裁のホームページ

最高裁の判決・決定のうち、判例集・裁判集に掲載されるものは、最高裁ホームページに掲載される。判決については言渡後速やかに（最も早い場合には、言渡当日ということもあり得る。）掲載されている。これに対して、決定については、当事者への告知に要する期間があるため、基本的には決定日の数日後に掲載されるようである。

(2) 裁判所時報

裁判所時報は、毎月2回、1日付けと15日付けで刊行されている。一般には目にする機会が少ないと思われるが、民集・裁判集への掲載を予定する判例は、原則として掲載されている。

民集・裁判集よりも掲載時期が早い場合、判決文で直近の判決を引用する場合には、出典を裁判所時報として引用される場合がある。

(3) 判例雑誌のコメント

判例時報、判例タイムズ、ジュリスト、金融法務事情、金融・商事判例といった判例雑誌には、早ければ数か月程度で、最高裁判例について、匿名のコメントが付されるなどして判決文が掲載されている。

(4) ジュリスト「時の判例」

民集に掲載される判決については、基本的に、担当調査官による頭名で解説が掲載される。時期については、早ければ数か月程度で

掲載されるが、担当調査官の繁忙期等との関係で順序については順不同と思われる。なお、数年分の記載をまとめて合本版も刊行されている。

(5) 種々の評釈

最高裁判例については、研究者の方々による種々の評釈が付されることも多い。掲載時期はそれぞれの執筆者の方のタイミングによるが、判例の射程の検討に当たっては、様々な分析を考慮すべきであるから、できる限り多くの評釈を集めることが望ましい。

(6) 判例解説

担当調査官は、判例集掲載の事件について、いわゆる判例解説を執筆している。各判例解説は、各担当調査官の寄稿にあわせて順次法曹時報で掲載される（半年～2年程度）。また、当該年の判例解説が全て出そろった段階で、合本版の判例解説が発刊されている。（なお、法曹時報掲載後の状況を踏まえ、合本版の発刊時点で記載が修正・追加されることもある。）ちなみに、平成27年版の判例解説民事篇については、平成30年の夏に発刊された。

V. おわりに

本稿では、判例の「実践的」読み方と称して、本来の読み方とは異なる形式面の観点から個人的かつ断片的な分析の紹介を試みた。もとより個人的な分析でもあり、誤りや不正確なところもあると思われるが、ロースクール生の皆さんに「判例」を検討する一つの発端となれば、そして、引き続き、ロースクール生の皆さんと判例の意味や射程についてともに検討する際の話題の一つとなれば、幸いである。

（はた・よしひで）

実行の着手

——最高裁第一小法廷平成 30 年 3 月 22 日判決を踏まえて——

東京大学教授

樋口亮介

I. はじめに

II. 実行の着手に関する判断枠組み

1 基本的対立軸

- (1) 多数説
- (2) 有力説

2 今後妥当すべき枠組みとしての有力説

- (1) 多数説の問題点
 - a 実行の着手論と不能犯論の関係
 - (a) 一元的理解と判例の不整合
 - (b) 二元的理解への修正とその問題点
 - b 早すぎた構成要件の実現と実行の着手論の関係
- (2) 有力説の妥当性
 - a 実行の着手論と不能犯論の二元的理解
 - b 既遂犯の成立要件としての実行の着手

III. 有力説を前提とした問題点の検討

1 進捗度合いの判断方法

- (1) 若干の比較法
 - a ドイツ法
 - b オーストリア法
 - c アメリカ法
- d 判断方法の横断的整理
 - (a) 犯行の進捗度合いの判断をする際の基点
 - (b) 実行行為の把握方法
 - (c) 時間的場所的接近性・障害の不存在
 - (d) 不可欠性
 - (e) 結果惹起の具体的危険
 - (f) 行為者の心理状態の位置づけ
 - (g) 外部からみた印象

- (2) 我が国の議論状況

- (3) 共有可能な視点と検討課題

2 客観的な危険性に言及する最高裁判例の位置づけ

- (1) 昭和 45 年決定
 - a 昭和 45 年決定の問題意識とその位置づけ
 - b 結果的加重犯と実行の着手論の連動
- (2) 平成 20 年判決
- (3) 平成 26 年判決
 - a 間接正犯形態の利用行為以前の着手
 - b 不能犯論との関係

3 行為態様を定める構成要件における着手判断

- (1) 行為態様に注目する意義
- (2) 各論的考察
 - a 詐欺罪
 - (a) 詐欺罪の実行行為への包摂
 - (b) 詐欺罪の実行行為を基点とした直接性判断
 - (c) 実行行為を基点とする判断と結果を基点とする判断の相互関係
 - (d) 被害者に対する嘘の到達の必要性
 - b 強盗罪・旧強姦罪
 - (a) 強盗罪と旧強姦罪における判断基点の相違
 - (b) 強盗罪が保護する被害者領域への介入という視点

IV. おわりに

I. はじめに

筆者は、詐欺罪の実行の着手を否定した東京高判平成29年2月2日刑集72巻1号134頁を素材として、我が国においてありうる選択肢を整理する小稿を発表した¹⁾。その直後、最高裁第一小法廷は、最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁（以下、平成30年判決）において、東京高裁の判断を否定し、実行の着手を肯定する判断を下した。

本稿においては、平成30年判決を踏まえ、今後、我が国において妥当すべき実行の着手に関する判断枠組みを確認する。その上で、当該枠組みの内部で生じる問題点について検討を行う。

II. 実行の着手に関する判断枠組み

1 基本的対立軸

実行の着手に関しては、近時、従前の通説の見解が動揺し、有力説との対立が生じている²⁾。

(1) 多数説

従前の通説的見解・現在のおそらく多数説は、既遂に至る現実的・具体的危険を未遂犯の実質的な処罰根拠としつつ、構成要件該当行為に対する密接性も形式的な限定として要求する、という枠組みを採用している。平成30年判決に付された山口厚裁判官の補足意見が、このような多数説の理解を代表しているので、抜粋する。

「詐欺の実行行為である「人を欺く行為」が認められるためには、財物等を交付させる目的で、交付の判断の基礎となる重要な事項について欺くことが必要である。詐欺未遂罪

はこのような「人を欺く行為」に着手すれば成立し得るが、そうでなければ成立し得ないわけではない。従来の当審判例によれば、犯罪の実行行為自体ではなくとも、実行行為に密接であって、被害を生じさせる客観的な危険性が認められる行為に着手することによって未遂罪は成立し得るのである（最高裁平成15年（あ）第1625号同16年3月22日第一小法廷決定・刑集58巻3号187頁参照）。したがって、財物の交付を求める行為が行われていないということは、詐欺の実行行為である「人を欺く行為」自体への着手がいまだ認められないとはいっても、詐欺未遂罪が成立しないということを必ずしも意味するものではない。未遂罪の成否において問題となるのは、実行行為に「密接」で「客観的な危険性」が認められる行為への着手が認められるかであり、この判断に当たっては「密接」性と「客観的な危険性」とを、相互に関連させながらも、それらが重畳的に求められている趣旨を踏まえて検討することが必要である。特に重要なのは、無限定な未遂罪処罰を避け、処罰範囲を適切かつ明確に画定するという観点から、上記「密接」性を判断することである。」

山口裁判官の従来の主張に鑑みると、「被害を生じさせる客観的な危険性」という表現は、「既遂の現実的・客観的危険（具体的危険）」のことであり、未遂犯を結果犯と理解する立場³⁾を示したものであろう。

さらに、「このような実質的アプローチによると、危険概念が程度概念であり、明確に限界を画することが難しい」ことから、「形式的基準と実質的基準とは、相互補完的関係にある」との理解⁴⁾を前提に、本件との関係では特に密接性を強調したもの、と思われる。

1) 従来の議論の整理及び文献の引用も含めて、拙稿「詐欺罪における実行の着手時点——東京高判平成29年2月2日をきっかけに」法セ759号50頁（2018）。本稿における文献引用は、旧稿に委ねる部分が多い。

2) 平成30年判決を素材にし、有力説に立つ佐藤拓磨と多数説に立つ二本柳誠によるそれぞれの論稿を掲載した特集として「特集・詐欺罪における実行の着手」刑事法ジャーナル57号17頁（2018）。佐藤拓磨＝二本柳誠「最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決の事実の概要、審理経過および判決要旨」同17頁において、実行の着手論をめぐる基本的対立軸が簡潔にまとめられている。

3) 山口厚『刑法総論（第3版）』284頁（有斐閣、2016）。

4) 山口・前掲注3)283頁。

(2) 有力説

近時、急速に有力になりつつあるのが、実行の着手について、行為者の犯行計画ないし認識を基礎としつつ、事態の進行が犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階に至っているか、という判断枠組みである⁵⁾。

平成 30 年判決においては山口補足意見にもかわらず、行為者の犯行計画を基礎にした判断がなされており、有力説の枠組みと整合的といえる。

「これらの嘘（以下「本件嘘」という。）を述べた行為は、被害者をして、本件嘘が真実であると誤信させることによって、あらかじめ現金を被害者宅に移動させた上で、後に被害者宅を訪問して警察官を装って現金の交付を求める予定であった被告人に対して現金を交付させるための計画の一環として行われたものであり、本件嘘の内容は、その犯行計画上、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであったと認められる。そして、このように段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、既に 100 万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる。このような事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階におい

て、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる。」（下線は筆者による）

太線部で繰り返し示されているように、実行の着手判断にあたって、犯行計画が基礎にされていることは明らかである。

その上で、犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階にまで事態が進行しているとの評価を示すにあたって、波線部を引いた箇所において、被害者に対して現金の交付を求める行為への直接性、及び、被害者が交付してしまう危険性の著しい高まり、という判断視点が示されたといえる⁶⁾。

2 今後妥当すべき枠組みとしての有力説

山口補足意見が付されていることから明らかなとおり、法廷意見を多数説の枠組みから理解することも可能である⁷⁾。

しかし、本件原審判断は、「詐欺被害の現実的・具体的な危険を発生させる行為とは認められない」と判示し、多数説の枠組みを前提に詐欺未遂を否定したのに対し、法廷意見は、現実的・具体的な危険という表現を使用していない。これは、専ら多数説に立脚したものとは理解されることを意識的に避けたためではないか、と思われる。法廷意見は、実行の着手論について、従来の枠組みが動揺し始めていることに鑑み、着手を肯定できるだけの事情を列挙するにとどめ、理論枠組みについては今後の議論の展開に委ねた、とみるべきであろう⁸⁾。

そこで、多数説と有力説のいずれを今後の議論の基礎とすべきかが理論的課題となること、多数説は支持しえず、今後は有力説を

5) 代表的論者による解説として、佐藤拓磨「実行の着手について」研修 838 号 3 頁、4 頁（2018）。従前の文献については、拙稿・前掲注 1)52 頁。

6) 犯人の犯行計画ないし認識を基礎として犯行の進捗度合いを判断する際の視点については、Ⅲ 1（本稿 61 頁以下）で詳論する。

また、「被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なもの」という本判決の表現については、Ⅲ 3(2) a(c)（本稿 72 頁）で論じる。

7) 多数説に依拠した理解として、羽柴愛砂「判批」警察学論集 71 巻 7 号 177 頁、188 頁以下（2018）。

8) 豊田兼彦「判批」法セ 761 号 121 頁（2018）は、本判決について多様な理解が可能、と指摘する。

前提にして議論を積み重ねていくべきことを示す⁹⁾。

(1) 多数説の問題点

a 実行の着手論と不能犯論の関係

(a) 一元的理解と判例の不整合

多数説は、実行の着手論及び不能犯論に共通する形で、現実的・具体的といえる程度に高度な危険を未遂処罰の要件とする¹⁰⁾。

しかし、この一元的理解は判例に採用されていない。最決昭和37年3月23日刑集16巻3号305頁(空気注射事件)(以下、昭和37年決定)は「被注射者の身体的条件その他の事情の如何によつては死の結果発生危険が絶対にないとはいえない」と判示しており、不能犯になるのは危険が絶対にないといえる場合に限定されており、多数説との不整合は明らかである。

また、多数説の議論を詐欺罪が問題になる事案に当てはめる場合、財物又は利益の移転に至る現実的・具体的危険が要求されるが、それが従前の判例と整合するかは疑わしい¹¹⁾。平成30年判決についても、「被害者宅に到着する前に警察官から職務質問を受けて逮捕された」と簡素に指摘されるにとどまっている点に対して、詐欺罪が実現される現実的危険性という観点からの検討が十分でなく問題であるとの指摘がなされているが¹²⁾、多数説を一貫させると平成30年判決との調和も困難になることが示されているといえる。

このように、多数説を貫徹し、未遂処罰にあたって現実的・具体的な危険を認定するという議論は判例において採用されていない。

(b) 二元的理解への修正とその問題点

近時、多数説の議論を修正し、不能犯は危険

の質の問題、実行の着手は危険の量の問題であるとして、客観的危険性という枠組みの中で二元的理解を試みる議論も現れている¹³⁾。

この議論は、不能犯と実行の着手論の一元的理解を放棄する点では正当である。しかし、空気注射事件のように、質的にみて既遂に至る可能性がなくはないという程度で不能犯を否定して未遂を肯定するのであれば、着手を認めるための危険の量も低くても足りると解さざるを得ない。そうすると、従来、予備と位置づけられてきた領域に大幅に未遂が広がることになる。これに対して、危険の量を高度に要求する場合、質的にみて既遂に至る可能性がなくはないという程度では未遂は否定されるため、不能犯の判例を説明できなくなる。

危険の量と質という区分を行ったとしても、実行の着手と不能犯に共通する形で危険性を未遂処罰の根拠とする多数説の枠組みを維持する限り、判例を整合的に説明することは不可能である。多数説からは不能犯について判例変更を要求するのが一貫した立場であって、判例と整合する形に多数説を修正し、その延命を図るという議論が成り立つ余地はない。

b 早すぎた構成要件の実現と実行の着手論の関係

山口裁判官はクロロホルム事件(最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁)を挙げて、従前の判例は多数説に依拠していると論じている。

しかし、クロロホルム事件は未遂犯の成否が問題になった事案ではなく、犯人らの認識より早く殺人既遂に至った事案において、殺人既遂罪の成否が問題になるに際して、殺人

9) 多数説に対する批判について、本稿と同趣旨の疑問を向けるものとして、佐藤拓磨「詐欺罪における実行の着手——最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として——」刑事法ジャーナル57号21頁、27-29頁(2018)。多数説の詳細な擁護については、二本柳誠「詐欺罪における実行の着手——最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として——」刑事法ジャーナル57号33頁、36-41頁(2018)。

10) 多数説による議論については、原口伸夫『未遂犯論の諸問題』(成文堂、2018)の第1章に詳しい。その他の文献については、拙稿・前掲注1)52頁注9。

11) 拙稿・前掲注1)53頁。

12) 成瀬幸典「判批」法教454号140頁(2018)。さらに、二本柳・前掲注9)45頁注69、35頁注6も、未遂処罰に必要な具体的危険が認められるかについて疑問を提示する。

13) 大塚裕史「不能犯論と実行の着手論——実務刑法学の視点からの一考察——」法律論叢90巻2・3号107頁、134頁(2017)。

の実行の着手が論じられた事案である。多数説の枠組みからは、未遂処罰規定は既遂に至る現実的・具体的危険を処罰対象にするものであって、既遂犯の成立要件とは何ら関係ない。したがって、犯人らの認識より早く殺人既遂に至った場合に既遂処罰してよいかという問題と、実行の着手論にはそもそも何の関係もないはずである。

現に、クロロホルム事件に対しては、「もっぱら故意の存否という観点から検討を加えるべき問題であり、それとは無関係な未遂犯の成否に関する基準が決定的なファクターとなるというのは、問題の本質をすり替えている」¹⁴⁾との批判がなされている。こういった批判を前提とした議論について、「実行の着手に関する議論を持ち出さずに済む点で理論的には純化されている」との評価も存在する¹⁵⁾。さらに、関税法上の無許可輸出罪の実行の着手が争われた最判平成26年11月7日刑集68巻9号963頁（以下、平成26年判決）の調査官解説は、多数説の理解を前提に、クロロホルム事件について「いわゆる「早すぎた構成要件の実現」という問題とも関連する特殊な事案であった」と指摘する。そして、第1行為と第2行為の間の障害の不存在という判断枠組みを「採用するまでもない」として、クロロホルム事件の先例性を低く見積もっている¹⁶⁾。

このように、クロロホルム事件は実行の着手のリーディングケースといえる判示を行っているにもかかわらず、多数説の枠組みを前提にする限り、整合的な位置づけは困難であ

る。

(2) 有力説の妥当性

有力説は、実行の着手論と不能犯論の一元的理解を否定するとともに、実行の着手は既遂犯の要件にもなると考える点で、多数説より優れる。

なお、有力説の妥当性を論じるには「客観的な危険性」という表現を使用する最高裁判例との整合性を示すことも必要である。しかし、そのためには、犯行の進捗度合いを判断する際の視点を検討する必要があるため、Ⅲ2（本稿66頁以下）で検討を行う。

a 実行の着手論と不能犯論の二元的理解

有力説からは、実行の着手論と不能犯論は異なる領域の問題と位置づけられる。すなわち、実行の着手論は、行為者の犯行計画ないし認識を基礎としつつ、事態の進行が犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階に至っているかを問うものである。これに対して、不能犯論は、刑罰の介入が正当化できる程度の危険性が備わっているかを問うものであって、昭和37年決定が示すとおり、「絶対にないとはいえない」という程度で足りる¹⁷⁾。

このような有力説の二元的構成は、比較法的にも支持される。例えば、我が国で好んで参照されるドイツ刑法は、その23条3項において不能犯処罰を前提とした減免規定を定める一方、22条においては行為者の認識に照らして、構成要件実現を直接に開始している時点で着手が認められると規定している¹⁸⁾。このように、不能犯を処罰する法域

14) 橋爪隆「判批」ジュリ1321号234頁、237、238頁（2006）。山口・前掲注3)233頁も、クロロホルム事件を故意の問題として論じている。

15) 齋藤正人「早すぎた結果の発生、遅すぎた結果の発生」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』194頁、202頁（青林書院、2014）。

16) 秋吉淳一郎「判解」最判解刑事篇平成26年度295頁、308頁（2017）。

17) 佐藤・前掲注5)4頁、拙稿・前掲注1)52頁及び注14の文献。

18) 【参照】ドイツ刑法（佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』10、11頁（慶應義塾大学出版会、2016）を参考にした。）

22条 概念規定

犯行についての自らの表象にしたがって、直接、構成要件の実現を開始した者は、犯罪行為の未遂を行ったものである。

23条 未遂の可罰性

3項 行為者が、著しい無分別から、犯行を行おうとした対象又は犯行の際に用いようとした手段の性質によれば、およそ既遂に達し得なかったことを知らなかったときは、裁判所は、刑を免除し又は裁量により刑を減輕することができる（49条2項）。

においても、予備と着手を区分し、着手時期を絞り込むという規定が採用されているのであって、実行の着手論と不能犯論を一元化するという理解は採用されていない。

さらに、我が国の判例と高度の類似性を有するのがオーストリア刑法 15 条である。同法 15 条 2 項は実行行為又はその直前行為があれば実行の着手が認められると規定すると同時に、15 条 3 項は、いかなる事情の下においても既遂が不可能であれば不可罰と定めている¹⁹⁾。ここでは、実行行為を基点にして犯行の進捗度合いを問う実行の着手論と、既遂に至る可能性が絶対にない場合であれば不能犯として不問に付す不能犯論の二元的構成が示されており、我が国の判例を理解するための枠組みが立法上、明示されているといえる²⁰⁾。

b 既遂犯の成立要件としての実行の着手

実行の着手論を行為者の犯行計画ないし認識を基礎として事態の進行が犯行の進捗度合いという観点からみて未遂処罰にふさわしい段階に至っているか、という判断と位置づける立場からは、クロロホルム事件を整合的に理解することが可能になる。

なぜなら、行為者の犯行計画ないし認識を基礎にして犯行の進捗度合いを判断するという枠組みは、故意犯について、未遂犯だけでなく既遂犯にも共通する形で、実行行為ないし実行に着手した行為を規定するからである。これは、行為者の意思に基づく何らかの行為から結果惹起が生じていれば客観的構成要件該当性を認めるのではなく、犯行の進捗度合いからみて実行行為又はその直前行為と

いえる時点以降の結果惹起についてのみ故意犯の既遂が成立する、との考えに基づく²¹⁾。

Ⅲ. 有力説を前提とした問題点の検討

近時台頭した有力説は、その基本枠組みは正当であるとしても、その内容において不明瞭な点が少なくない。

本稿においては、明確化を要する問題として、まず、進捗度合いの判断方法について比較法の知見も取り込んで検討を行う。次に、進捗度合いの判断方法を踏まえつつ、「客観的な危険性」という表現を使用する最高裁判例をいかに理解すべきかを示す。最後に、行為態様を限定する犯罪についての着手の判断方法について、総論的枠組みに各論的考察を結合する形で検討を行う。

1 進捗度合いの判断方法

クロロホルム事件においては、①必要不可欠性、②障害の不存在、③時間的場所的近接性という視点が示されている²²⁾。これらの視点をどのように位置づけるか、これらの視点以外にいかなる視点がありうるかといった問題が検討課題である。

(1) 若干の比較法

比較法に目を移すと、犯行の進捗度合いを測る視点の多彩さに気づく。

a ドイツ法

ドイツの判例を詳細に紹介する佐藤拓磨は、ドイツ判例で採用されている判断視点を

19) オーストリア刑法の不能犯論の紹介として、佐藤輝幸「オーストリアにおける不能犯について」法学志林 116 巻 2・3 号 (2019 年公判予定)。

20) 二元的構成に立脚し、不能犯を不可罰とするスウェーデン法の概観として、岡田侑大「スウェーデンにおける未遂規定の展開」早稲田大学大学院法研論集 166 号 41 頁、56-58 頁 (2018)。英米法、ドイツ法の紹介論文については、拙稿・前掲注 1)52 頁注 13。

日本の沿革を踏まえた 19 世紀フランス法、及び、イタリア法における二元的構成を析出する重厚な研究として、東條明徳「実行の着手論の再検討 (仮題)」法学協会雑誌 136 巻 1 号・3 号 (2019 年公判予定)。

21) 安田拓人「判批」重判平成 16 年度 (ジュリ臨増 1291 号) 157 頁、158 頁 (2005) が「構成要件実現の意思をもってそうした決定的段階である着手の段階を突破したこと」に注目するのは正当である。

犯行の進捗度合いという観点から、未遂と既遂を同一の基準とすることの正当性については、さらに、佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現」法教 453 号 18 頁、20 頁 (2018)。

22) さらに、調査官解説においては、準備的行為自体が成功する可能性も取り上げられている (平木正洋「判解」最判解刑事篇平成 16 年度 155 頁、174 頁 (2007))。

以下の5つに整理する²³⁾。

- ① 主観的に「今だ」という段階に至っているか。
- ② さらに中間行為を要するか。
- ③ 行為と構成要件実現との間の自動性。
- ④ 場所的・時間的・近接性。
- ⑤ 法益侵害の具体的危険。

なお、ドイツでは不能犯が処罰されており、⑤の法益侵害の具体的危険はあくまで行為者の犯行計画を基礎として、具体的危険が生じる段階にまで至っているか、という判断である。我が国の多数説が要求する現実的・具体的危険とは全く異なる点に留意を要する²⁴⁾。

b オーストリア法

我が国の判例と基本枠組みにおいて類似するオーストリア刑法15条2項²⁵⁾についての議論のうち、特徴的な点として以下の5点が挙げられる。

- ① 結果への近接性ではなく、実行行為への近接性を問題にする²⁶⁾。
- ② 実行行為が行われていればそれだけ

で着手が認められる²⁷⁾。

- ③ 実行行為とは構成要件で規定された行為であるが、結果犯については行為者の更なる行為なくして結果を惹起する最終行為である²⁸⁾。
- ④ 時間的・場所的・近接性・中間段階の不存在のほか、心理的障壁の乗り越えという視点も補助的に存在する²⁹⁾。ただし、直前性の判断は犯行計画に沿った事象の展開に対して客観的に行われるべきであって、心理的障壁の乗り越えは有意義な視点ではないとの議論が現在、一般化しているようである³⁰⁾。
- ⑤ 結合犯については、第1の実行行為との関係でのみ近接性判断を行えば足りるのか、第2の実行行為に対する近接性を要求するかについては争いがある³¹⁾。

犯行の進捗度合いの判断にあたって、実行行為を中心とする点が特徴的である。

c アメリカ法

犯行の進捗度合いという枠組みからみると、アメリカでも着手判断の視点が複数提示されている³²⁾。アメリカでは、判断視点は相互排他的ではないと理解されており、視点

23) 佐藤・前掲注18)182頁。

24) 的確な指摘として、二本柳誠「ドイツにおける実行の着手論」名城ロースクール・レビュー41号139頁、143、144頁(2018)、富川雅満「ドイツ判例に見る詐欺未遂の開始時期——実行の着手論と欺罔概念との交錯領域——」立教法務研究11号156頁、166、167頁(2018)。

25) 【参照】オーストリア刑法15条2項(法務大臣官房司法法制調査部『法務資料423号1974年オーストリア刑法典』5頁(1975)を参考にした)

行為者が、犯行を実行し又は他人を犯行の実行に規定する(12条)決意を、実行行為に直接的に先行する行為を通して表した瞬間に、当該犯行は未遂となる。

26) Leukauf/Steininger, StGB (4. Aufl. 2017) § 15 Rz. 8 (Durl/ Schütz).

27) Leukauf/Steininger, a. a. O. (Anm.26), § 15 Rz. 6, 10.

28) H. Fuchs, Strafrecht Allgemeiner Teil I (9. Aufl. 2016) 29K.Rz.23. なお、同箇所において、行為者の行為後、他人の行為が更に介在する場合についてはオーストリアの統一的正犯体系を踏まえた議論が必要である点についても解説がなされている。

29) Leukauf/Steininger, a. a. O. (Anm.26), § 15 Rz. 9, 11.

30) F. Höpfel & E. Ratz hrs. Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 15, 16 (2 Aufl. 9. Lfg. 1999) (G. Hager/ W. Massauer), Rz. 31, Otto Triffterer et al hrs. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 15 (38 Lief 2018) (H. Hinterhofer) Rz.93.

31) 第1行為に対する近接性で足りるとするものとして、Leukauf/Steininger, a. a. O. (Anm.26), § 15 Rz. 12. 第2行為に対する接近性を要求するものとして、Hinterhofer, a. a. O. (Anm.30) Rz.80.

32) アメリカ模範刑法典を参照して強姦の着手時点を論じるものとして、長島敦「強姦罪の実行の着手(その一)」『刑法判例研究I』151頁、159頁以下(大学書房、1966)。

の併用が認められている³³⁾。

アメリカの代表的な教科書で列举されているのは以下の5つの視点である³⁴⁾。

- ① 最終行為性：犯人が犯罪実現に必要なと考える全ての行為を実現したか。
- ② 物理的近接性：ほぼすぐに犯罪を実行できるという程度に事態を支配しているか。
- ③ 不可欠性：犯行に不可欠な道具を入手しているか。例) 武器使用による謀殺未遂における武器の所持。
- ④ 撤退の蓋然性：心理的に撤退しなそうな段階に到達しているか。ただし、その判断基準は行為者心理ではなく、行為者の立場におかれた通常人で判断。
- ⑤ 明白性：被告人の行動が明白に犯意を顕にしており、社会の危惧感を惹起するか。

d 判断方法の横断的整理

独逸米で挙げられている視点を列举するのみでは雑多なため、横断的な整理を試みる。

(a) 犯行の進捗度合いの判断をする際の基点

犯行の進捗度合いを判断する際の基点として、実行行為と結果犯における結果の2つがその候補になっている³⁵⁾。このいずれを基

点とするかによって、例えば、実行行為と結果との間に時間的離隔が存在する事案について、着手の有無の判断が相違しうる。

さらに、実行行為を着手判断の基点とするオーストリア法においては、実行行為があればそれだけで着手あり、と解されており³⁶⁾、実行行為がない場合にどこまで着手時期を前倒しできるかが議論されている。また、結合犯について、第1行為を基点とするとの議論もなされている³⁷⁾。

このように、実行行為を基点とする場合、結果を基点とする場合に比して、着手判断を前倒しする作用が認められる。

(b) 実行行為の把握方法

実行行為を基点とするオーストリア法においては、実行行為＝構成要件で規定された行為としつつ、結果犯については、実行行為＝行為者の更なる行為なくして結果を惹起する最終行為とされている³⁸⁾。

アメリカ法においても、実行行為＝犯人が犯罪実現に必要なと考える全ての行為を実現したかという定式が示されている³⁹⁾。

このように、行為態様の定めがない犯罪については、行為者の主観を基礎にして、それ以上の行為が必要ないという意味での最終行為＝実行行為とされている。

(c) 時間的場所的近接性・障害の不存在

実行行為・結果のいずれを基点にするにせよ、時間的場所的近接性が認められるか、障

33) 秀逸な訳書として、ヨシュア・ドレスラー（星周一郎訳）『アメリカ刑法』579頁（レクシスネクシス・ジャパン、2008）。なお、本書原典の最新版である J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, 372-376 (8th ed. 2018) においても、その叙述は維持されている。

34) ドレスラー・前掲注 33) 578-584 頁。

なお、本文に挙げたほか、危険性を基準にする議論も存在するが、犯行の進捗度という枠組みを前提にしているか判然としないため、参照の対象から除外している。

35) 実行行為が基点と明示するのが、オーストリア法①。結果が基点になるのはドイツ法⑤。

富川・前掲注 24) 183 頁は、詐欺罪の実行の着手に関するドイツ判例を素材に、構成要件該当行為である欺罔行為の有無＋構成要件該当行為に対する直前行為という2段階構造と、被害者の処分行為を決意させるのに阻害的事情がないような欺罔の有無という1段階構造を析出する。この分析は、詐欺罪各論解釈に沿う形で、実行行為を基点とする判断と、詐欺罪の中間結果と位置づけられる被害者の処分行為を基点とする判断の対比を明らかにしたものといえる。

実行行為・結果のいずれを基点と考えるかという総論的枠組みについて、各論解釈を踏まえ、各罪の中間結果も基点になりうることを明らかにするものといえよう。ただ、詐欺罪に関していうと、最終結果と処分行為が近接するため、最終結果と中間結果を区分することで実際上の差異は生じにくいと思われる。

36) オーストリア法②。

37) オーストリア法⑤。

38) オーストリア法③。

39) アメリカ法①。

害はないか、という視点によって、直前といえる段階にまで犯行が進捗しているかを問うとの議論がなされている⁴⁰⁾。

犯行の進捗度合いを判断するという枠組みからすると、これらの視点は自然に使用されるものといえる。

(d) 不可欠性

アメリカ法においては、着手判断全般に妥当するものではないものの、武器使用による加重要素が定められているような犯罪類型については、当該武器を入手済みであることを問題にするという議論がなされている⁴¹⁾。

犯行の進捗度合いの判断にあたって、各構成要件の特性を基礎づける要素が充足済みかについて、常に必須とはいえずとも、1つの視点として取り上げることには理由があるう。

(e) 結果惹起の具体的危険

結果を基点とする場合、行為者の認識を基礎にして客観的評価を加えると、具体的危険が生じている段階に至っているかといった視点も提示されている⁴²⁾。

この議論は、あくまで行為者の認識を基礎として犯行の進捗度合いを判断するという思考枠組みを前提にしたものであって、判断の際の1つの視点として法益侵害の具体的危険を取り上げるものである。しかし、法益侵害の具体的危険というフレーズ、及び、行為者の認識が着手判断に影響するという点だけを見ると、一見、多数説と同じ議論に見えるため注意を要する。多数説と、有力説のうちの1つの判断視点が表層的に類似していることは確かである。しかし、議論の混乱を回避するためには、その基本的な思考枠組みの相違を認識することが必須である。

(f) 行為者の心理状態の位置づけ

行為者の主観面として、心理的障壁の乗り越えや心理的に撤退しがたい時点という視点も提示されている⁴³⁾。

ただし、この視点については客観化の必要性が説かれている⁴⁴⁾。さらに、客観化を徹底し、行為者の心理状態は考慮要素としないか、客観化するといっても行為者の心理状態が考慮要素になることは否定しないかについて議論がある⁴⁵⁾。

(g) 外部からみた印象

犯行の進捗度合いについて、外部からみて明白という印象を与えるかという視点も提示されている⁴⁶⁾。

犯行の進捗度合いの判断に際して外部的印象という視点を働かせるという立場はありうるが、印象というだけでは抽象的に過ぎ、いかなる印象を問題にするかについての具体化が必要である。明白性という視点は、その具体化の一案といえるが、その曖昧さは否めないところである。

(2) 我が国の議論状況

有力説の枠組みを前提として、犯行の進捗度合いを判断するための視点は、我が国でもいくつか提示されている。

実行の着手についてドイツ法を参照した塩見淳が示す犯行の進捗度合いの判断方法は以下のとおりである⁴⁷⁾。

- ① 実行行為は構成要件中に書かれている動詞によって定める。
- ② 実行行為を基点として、実行行為との直前性によって着手時点を定める。
- ③ 行為経過の自動性又は時間的近接性を選択的に判断視点とする。
- ④ 印象の観点から、被害者領域への介

40) ドイツ法②③④、オーストリア法④、アメリカ法②。

41) アメリカ法③。

42) ドイツ法⑤。

43) ドイツ法①、オーストリア法④、アメリカ法④。

44) オーストリア法④但書、アメリカ法④但書。

45) オーストリア法④。佐藤・前掲注18)185頁は、主観的に「今だ」という段階に至っているかを問うドイツ法①について、基準としてあまりにも不明確であると、同186頁は「行為経過の自動性を判断する上での補助基準として機能するものと理解することができ」と論じる。

46) アメリカ法⑤。

47) 塩見淳「実行の着手について（三）・完」法学論叢121巻6号1頁、16-19頁（1987）。

入を要求する。

一方、同じくドイツ法を参照する佐藤拓磨はやや異なる判断方法を提示する。

- ① 進捗度合いの判断の基点は、既遂実現に置く⁴⁸⁾。
- ② 行為経過の自動性と時間的場所的近接性は相関関係に立つ⁴⁹⁾。
- ③ 自動性の判断にあたっては想定されている外部的障害、及び、犯意の強固さや計画の練度といった内面の障害も考慮される⁵⁰⁾。
- ④ 被害者領域への介入という視点は、自動性を判断するための補助基準とする⁵¹⁾。

なお、筆者は旧稿において下記の判断方法を提示している⁵²⁾。

- ① 進捗度合いの判断基点は、実行行為に置く。ただし、実行行為より後ろまで着手時点を遅らせる余地はある。
- ② 実行行為は、犯罪実現意思からみた最終的作為に求める。
- ③ 実行行為との密接性判断にあたっては、心理的障壁の決定的乗り越えが問題になる。
- ④ 実行行為との密接性に加えて、実行行為に至る高度の可能性という意味での危険性の双方が相補的に判断視点になる。

比較法で示された知見と比較すると、かなりの類似性が見受けられることがわかる。

(3) 共有可能な視点と検討課題

比較法的知見と、我が国の論者によって列挙されている議論を踏まえつつ、今後、共有可能と思われる視点を示すと以下のとおりである。

- ① 犯行の進捗度合いを判断するための視点は複数存在し、相互排他的に捉える必要はない。ただし、どの視点に力点を置くかで着手の判断の結論が変わりうるので、どの視点を重視するかの決断は要請されうる。
- ② 犯行の進捗度合いの判断基点としては、実行行為と結果がありうる⁵³⁾。
- ③ 実行行為は、構成要件が行為態様を定めている犯罪については当該行為態様である。行為態様の定めがない場合、行為者自身又は第三者の更なる故意行為がない最終行為が実行行為になる。
- ④ 実行行為・結果のいずれを基点にするにせよ、犯行の進捗度合いの判断にあたっては、時間的場所的近接性、及び、行為経過の自動性がその視点になる。
- ⑤ 進捗度合いについて、行為者自身の主観的評価を問題にするのではなく、客観的な視点に依拠した判断が必要である⁵⁴⁾。

これに対して、今後、有力説内部で検討すべき課題は以下のとおりである。

48) 佐藤・前掲注 5)6 頁。

ただし、佐藤・前掲注 18)230 頁は、結果実現行為に対する中間行為の存否と結果発生までの時間的場所的離隔を問題としており、実行行為と結果のいずれも基点たりうると論じているようである。

49) 佐藤・前掲注 5)7 頁。

50) 佐藤・前掲注 5)7 頁。

51) 佐藤・前掲注 5)8 頁。

52) 拙稿「実行行為概念について」西田典之献呈『西田典之先生献呈論文集』19 頁、35-38、41 頁（有斐閣、2017）。

53) 各罪の中間結果も基点になりうる点については、前掲注 35) 参照。

54) 拙稿・前掲注 52)35-38 頁では、実行の着手の判断について、心理的障壁の決定的な乗り越えと表現しており、客観化の必要性は感じていたものの、その問題意識を十分に論じるに至らなかった。

本稿においては、旧稿執筆後のオーストリア法 15 条の調査を通じ、主観を基礎にした客観判断という枠組みを明確にした（拙稿・前掲注 1)54 頁も参照）。

- ① 犯意の強固さなどの行為者の心理状態についても考慮要素の1つにするか。
- ② 被害者領域への介入を独立の視点として要求することで着手時点を遅らせるか。
- ③ 不可欠性という視点を、進捗度合いを判断する視点の1つとして機能させるか⁵⁵⁾。
- ④ 実行行為又は結果惹起に至る高度の可能性という意味での具体的危険について、行為経過の自動性・時間的場所的近接性とは異なる視点と位置づけ、一定の機能をもたせるか。
- ⑤ 実行行為それ自体が行われている場合、結果に至る自動性・結果との時間的場所的近接性・結果に対する具体的危険、あるいは被害者領域への介入を要求することで着手時点を遅らせるか。

筆者自身は現在のところ、①～③は肯定できると考えている。これに対して、④については、行為経過の自動性と具体的危険に異なる点があるかについての検討が必要と思われる。また、⑤については、実行行為が行われ、被害者領域への介入があれば着手を肯定してよいのではないかと考えている。しかし、更なる調査と検討が必要であるため、今後の議論の蓄積を俟ちたい。

2 客観的な危険性に言及する最高裁判例の位置づけ

最高裁においては、「客観的な危険性」と

の表現を使用する判例として、クロロホルム事件のほか3件が存在する。この3つの判例について、犯行計画を基礎に置いて犯行の進捗度合いを判断するという有力説の判断枠組みからいかなる理解が可能かを検討することが必要である⁵⁶⁾。

なお、クロロホルム事件については、旧稿において、犯行計画上の実行行為に対する直前性・一体性という見地から理解できることを論じ、図解を試みたので参照いただきたい⁵⁷⁾。

(1) 昭和45年決定

最決昭和45年7月28日刑集24巻7号585頁（以下、昭和45年決定）は、共犯者とともに被害女性を運転席に引きずり込み、そこから約5.8キロメートル離れた工事現場で姦淫したところ、引きずり込む際の暴行による傷害を理由として強姦致傷が成立するかが問題になった事案である。

最高裁は「被告人が同女をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において強姦行為の着手があつた」と判示し、強姦致傷罪の成立を認めている。

昭和45年決定の問題意識とその位置づけ

本決定の調査官解説においては、「婦女に対し暴行、脅迫を加えて車内に無理矢理に引き入れる場合についていうならば、それは、一般の、家屋内に侵入してする強姦や、寂しい山野等で婦女を襲ってその場でする強姦と異なり、最初の暴行または脅迫と姦淫との間に相当の時間的、場所的な間隔があるのが普通である。この点から、強姦の実行の着手をどの時期に認めるかが実務上往々問題となる」との問題意識が示されている⁵⁸⁾。その

55) クロロホルム事件の調査官解説において、平木・前掲注22)172頁は、必要不可欠性について、準備的行為と構成要件該当行為が「一連の行為として不可分の関係にあるといえるかどうかを問題にするもの」と論じている。

不可分性という視点は、準備的行為が必要不可欠であるかよりも限定的に作用するであろう。したがって、必要不可欠といえるかだけでなく、不可分といえるほどに実行行為と緊密な関係に立つか、一体性が認められるかを判断視点の1つとして機能させる、という議論もありえよう（後掲注66）も参照）。

このような議論は、着手論はもとより、実行共同正犯の成立範囲を規律するという点から有意義といえる（拙稿「実行共同正犯」井上正仁古稀（書名未定）（有斐閣、近刊））。

56) 有力説を前提とした平成20年判決・平成26年判決の理解、及び、客観的な危険性という言葉の紛らわしさについては、佐藤・前掲注5)9、10頁も参照。

57) 拙稿・前掲注1)53頁。

【図表：昭和 45 年決定の法的整理】

①犯人らの認識における事象経過	②実際の事象経過	③法的評価
自動車内に引きずり込み	○ 傷害惹起	着手あり→旧強姦致傷罪成立 ∴ 場所的離隔はあるものの、姦淫に至る可能性が明白と客観的に評価
工事現場に移動	○	
反抗を抑圧する押さえつけ ⁵⁹⁾	○	旧強姦罪の手段行為
姦淫	○	旧強姦罪の最終行為かつ結果 ⁶⁰⁾

うえて、最高裁の判示について、「一見客観説の見解のように見られないではないが、右判示にある「かかる事実関係のもとにおいて」という中には被告人らの甲女を強姦しようとする意図の強固さという点も当然考慮されていると見ることができるから、単なる客観説ではなく、むしろ折衷説（結合説）の傾向に属するものと考えたい」と指摘する⁶¹⁾。

この解説で折衷説として引用されている当時の学説⁶²⁾は、ドイツ刑法で採用されている枠組みに依拠している。例えば、木村亀二は、「行為者の「全体的企図……」を基礎として当該構成要件の保護客体に対して直接危害化に至るところの行為の中に犯罪的意思が明確に表現せられた時に実行の着手があると解する」とするドイツの学説を主観的客観説と呼称し、「主観的客観説は主観説と客観説を結合したものであるが、主観説を基礎としたものである点に特色がある」と説明している⁶³⁾。

昭和 45 年決定の調査官解説が折衷説（結合説）と呼称する議論と現在の有力説の理論

的枠組みは同一である。そうすると、昭和 45 年決定は、犯人の犯行計画又は認識を基礎にする有力説を前提に、犯行の進捗度合いを判断するにあたって、姦淫に至るまでの時間的場所的近接性に疑問が残るとしても、姦淫に至る可能性が明白といえる段階にあったと客観的に評価できるとの視点を付加することで着手時期を早めることを認めたもの、と位置づけられる⁶⁴⁾。

b 結果的加重犯と実行の着手論の連動

昭和 45 年決定は、強姦は既遂に至っており、車に引きずり込む際の負傷について強姦致傷罪が成立するかが争われた事案である。

このような事案において、実行の着手が問題になる根拠は、実行行為ないし実行に着手した行為が行われて以降にのみ、加重結果の帰属対象になる犯罪の本体が存在する、との理解に求められる。

このような理解は有力説によれば当然のものである。しかし、多数説の中でも、とりわけ、未遂＝危険結果を処罰根拠とする結果犯との理解に立脚する立場からは説明困難であ

58) 大久保太郎「判解」最判解刑事篇昭和 45 年度 245 頁，249 頁（1971）。

59) 1 審の事実認定及び最高裁が前提としている事実関係による。

ただし、大久保・前掲注 58)254 頁は、自動車内に引き入れるための暴行・脅迫を旧強姦罪の暴行または脅迫の開始と判定するのが相当、と論じる。

60) 旧強姦罪において、姦淫が着手判断の基点になる点については、Ⅲ 3(2)b(a)（本稿 73 頁）。

61) 大久保・前掲注 58)255 頁。

62) 大久保・前掲注 58)258 頁注 6 で列挙されているのは、木村亀二『刑法総論』345 頁、大塚仁「実行の着手」『総合判例研究叢書〔刑法〕(3)』3 頁、齊藤金作「実行の着手」『刑法講座』4 巻 3 頁、西原春夫『間接正犯の研究』152 頁、『注釈刑法(2)のⅡ』460 頁（香川達夫）、福田平・大塚仁編『刑法総論講義』149 頁（中谷瑾子）である。

ただし、西原の著書は、間接正犯の研究、ではなく、『間接正犯の理論』（成文堂、1962）と思われる。

63) 木村亀二『刑法総論』345 頁（有斐閣、1959）。西原・前掲注 62)167 頁は、「折衷説は、ドイツの判例の中に生まれ」と指摘する。

64) 木村栄作「判批」警察学論集 23 巻 11 号 161 頁，166 頁（1970）は、木村・前掲注 63) が依拠するドイツ学説と同様の叙述を引きつつ、昭和 45 年決定について、「そのような観点から本件決定を理解することも許される」と評する。昭和 45 年決定について、多数説を導入したものではないとの理解として、さらに、小田直樹「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論（第 4 版）』130 頁（1997）。

【図表：平成 20 年判決の法的整理】

①犯人らの犯行計画における事象経過	②実際の事象経過	③法的評価
悪天候の中、覚せい剤の海中への投下	○	
悪天候の中、回収担当者が出港して投下地点に向かう	○	着手なし ∵ 覚せい剤を実力支配下に置いていない：陸揚げに至る時間的場所的密接性・必要不可欠性なし ＋覚せい剤を回収する可能性も乏しい：陸揚げに至る可能性も乏しいと客観的に評価
	悪天候で投下地点までの中間あたりで断念	
回収担当者が回収	×	
陸揚げ	×	輸入罪の実行行為かつ結果

ろう⁶⁵⁾。

(2) 平成 20 年判決

最判平成 20 年 3 月 4 日刑集 62 巻 3 号 123 頁（以下、平成 20 年判決）は、被告人らは覚せい剤の輸入を企て、北朝鮮から出港した密輸船の関係者が、荒天で風波が激しい中、回収担当者と連絡を取りながら海上に覚せい剤を投下したものの、回収担当者は悪天候のため、出港地点から覚せい剤の投下地点の中間辺りまでしかたどりつけず、覚せい剤を発見できなかった事案である。

最高裁は、「本件においては、回収担当者が覚せい剤をその実力的支配の下に置いていないばかりか、その可能性にも乏しく、覚せい剤が陸揚げされる客観的な危険性が発生したとはいえないから、本件各輸入罪の実行の着手があったものとは解されない」と判示している。

被告人らの犯行計画を基礎として、犯行の進捗度合いという観点からみた場合、陸揚げという実行行為を行い、輸入罪の結果を直接に惹起する覚せい剤の回収担当者が、覚せい剤の回収を行っていない段階においては、実行行為ないし結果に至る時間的場所的近接性は乏しい。また、実行行為及び既遂実現の前

提になる覚せい剤を手元に置いておらず、必要不可欠性も備わっていない段階に過ぎない。調査官解説においても、「現実に覚せい剤を手にしていない以上、陸揚げと一体となった行為を始めているとはいえない」との指摘がなされている⁶⁶⁾。

さらに、悪天候を考慮しながら覚せい剤の密輸入を試みた被告人らの犯行計画を基礎とすると、昭和 45 年決定とは異なり、覚せい剤を回収できる可能性も乏しいため、陸揚げに至る可能性も乏しいと客観的に評価できることを確認し、着手を肯定する余地はないことを示したものと位置づけられる。

(3) 平成 26 年判決

平成 26 年判決（前掲・最判平成 26 年 11 月 7 日刑集 68 巻 9 号 963 頁）は、うなぎの稚魚を密輸出するため、ダミーのスーツケースについて機内預託手荷物であるとして保安検査を受けて検査済みシールを貼付してもらいそのシールを剥がした後、うなぎの稚魚を隠匿したスーツケースを機内持込手荷物と偽ってチェックインカウンターエリアに入り、検査済みシールに張り替えるという偽装工作によって、うなぎの稚魚入りのスーツケースを機内預託手荷物であるとして委託し

65) 松原芳博「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選 I 総論（第 5 版）』128 頁、129 頁（2003）は、多数説を前提に、「着手時期と致死傷結果の結果的加重犯への包摂とを連動させる論理必然性はない」と論じる。多数説からは一貫した指摘であるが、判例と多数説の不整合がここでも示されているといえる。

66) 鹿野伸二「判解」最判解刑事篇平成 20 年度 118 頁、139 頁（2012）。鹿野の表現する一体性と、クロロホルム調査官解説が使用する不可分性という表現（前掲注 55）をあわせて、不可分一体性という視点を使用することも考えられよう。

【図表：平成 26 年判決の法的整理】

①犯人らの犯行計画における事象経過	②実際の事象経過	③法的評価
保安検査を受けてダミーのスーツケースに検査済みシールを貼付してもらって剥がす	○	
うなぎの稚魚を隠匿したスーツケースを機内持込手荷物と偽ってチェックインカウンターエリアに入り、入手した検査済みシールを貼付	○	着手あり ∴ 法廷意見：積載結果を惹起する具体的危険ありと客観的に評価 千葉補足意見：保安検査という運送委託の前提になる一連の手続き過程に入り込み、検査済みシールの貼付により一連の偽装工作を完成＝実行行為に密接
	税関職員による検査で発覚	
機内預託手荷物として委託	×	輸出罪の実行行為（間接正犯の利用行為）
航空機への積載	×	輸出罪の被利用行為かつ結果

て密輸出しようとしたものの、シールを張り替えた後、チェックインカウンターで税関職員の質問検査によって発覚したという事案である。

最高裁は、「本件スーツケース 6 個を、機内預託手荷物として搭乗予約済みの航空機に積載させる意図の下、機内持込手荷物と偽って保安検査を回避して同エリア内に持ち込み、不正に入手した検査済みシールを貼付した時点では、既に航空機に積載するに至る客観的な危険性が明らか」と判示し、実行の着手を肯定した。

さらに、千葉勝美補足意見においては、「一連の偽装工作は、保安検査前の専ら被告人らだけの領域内で行われたのではなく、保安検査という、機内への手荷物の運送委託の前提となる一連の手続過程に入り込み、これを利用して検査済みシールを貼付することにより完成している。このような状況は、密輸出に至る客観的な危険性が明らかに認められると同時に、構成要件該当行為である機内への無許可輸出品の運送委託に密接な行為が行われたと評価することもできるものである」「本件においては、運送委託行為ないし積載依頼に向けた行為の開始がなくとも、密輸出の実

行の着手を肯定してよい」との指摘がなされている。

a 間接正犯形態の利用行為以前の着手

航空機への積載という輸出結果を直接に生じさせるのは、情を知らないで手荷物を預かる従業員及び手荷物を航空機に積載する従業員らである。したがって、本件の無許可輸出罪は間接正犯形態であり、実行行為は千葉補足意見の指摘するとおり、手荷物の委託行為である。すなわち、本決定は、間接正犯形態の実行の着手について、利用行為が行われていない時点で着手を認めたという特徴を有する⁶⁷⁾。

このような特徴的な事案において、法廷意見は、犯行計画を基礎にして結果が生じる具体的危険が認められる段階に至っていると客観的に評価できることから、利用行為以前に着手が認められることを論じたものといえる。これに対して、千葉補足意見は、実行行為に至るまでの障害の不存在という視点も着手を肯定する理由になることを論じており、間接正犯形態であっても実行行為を基点とした着手判断も可能であることを示したものといえる。

このように、平成 26 年判決は、有力説の枠組みから整合的に理解することができる。

67) 本件が間接正犯形態であることについては、城下裕二「無許可輸出罪における実行の着手について」渡辺咲子古稀『変動する社会と格闘する判例・法の動き』37 頁、57 頁（信山社、2017）。

とりわけ、千葉補足意見においては「一連の偽装工作を完了させており、密輸出の成功の鍵を握る最大の山場を既に乗り越えた状態となっていた」「一連の偽装工作时、保安検査前の専ら被告人らだけの領域内で行われたのではなく、保安検査という、機内への手荷物の運送委託の前提となる一連の手続過程に入り込み、これを利用して検査済みシールを貼付することにより完成」といった指摘がなされており、犯行の進捗度合いを判断するという枠組みを前提に、障害の乗り越え・手続過程への介入といった判断視点が示されているといえる。

b 不能犯論との関係

本件における犯行の発覚経緯として、「張り込んでいた税関職員から質問検査を受けたことが挙げられている。

税関職員が被告人らを当初から怪しんで張り込んでいたとしても、犯行計画を基礎にして行われる着手判断への影響はない。そして、不能犯の判断として、張り込みによっても密輸出が阻止されない可能性が絶対になくはないといえれば未遂処罰は基礎づけられる⁶⁸⁾。

3 行為態様を定める構成要件における着手判断

(1) 行為態様に注目する意義

多数説においては、構成要件が行為態様を限定する犯罪について、当該行為態様が行われるか、又は、その密接な時点にのみ着手を認めるという形で、形式的な限定を付加することの当否という形で議論が行われている⁶⁹⁾。

一方、有力説に立脚した上で、犯行の進捗度合いの判断について結果を基点とする場合、構成要件に規定された行為態様は、実行の着手を検討する上での法的意義は認められ

ないことになる。これに対して、実行行為を基点として進捗度合いを判断する場合、構成要件が行為態様を限定している犯罪については当該行為態様が着手判断を左右するのは当然ということになる。

(2) 各論的考察

行為態様が限定されている犯罪について、実行行為を基点として進捗度合いを判断する場合、総論の枠組みに各論的考察を組み合わせることが必要となる。ここでは、平成30年判決で問題になった詐欺罪と、我が国の着手時期を特徴づけている強盗罪・旧強姦罪を取り上げる。

a 詐欺罪

平成30年判決は、詐欺の着手を肯定するにあたり、3つの視点を提示している。

- ① 「本件嘘の内容は、その犯行計画上、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なもの」
- ② 「段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており」
- ③ 「既に100万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるもの」

この判示のうち、③現金交付に対する危険性を著しく増大させるという点については、1項詐欺の結果である財物移転に至る具体的危

68) 秋吉・前掲注16)309頁は、「控訴審判決も、実行の着手時期に関する一般論については、「犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始した時点」と説示して、これまでの最高裁の判例と基本的に同じ立場に立っている」と指摘し、「客観的な危険性」という最高裁判例が使用する表現について、既遂に至る現実的危険性を要求するものとの理解を示している。

しかし、この理解が正当なものではないことは、Ⅱ（本稿57頁以下）で展開した多数説批判及び、3つの最高裁判例の分析から明らかにしたとおりである。

69) 議論状況については、二本柳・前掲注9)37, 38頁。

険という視点であり、結果を基点として進捗度合いを判断する視点を示したものといえる⁷⁰⁾。

問題になるのは、①・②で提示された視点のそれぞれの意味、及び①②③の視点の相互関係である。さらに、平成30年判決の事案では問題にならなかったものの、例えば、嘘が記載された書面等が被害者に到達していない時点、さらにはおよそ嘘が発信さえされていない時点でも着手を認めるかという問題も合わせて検討対象とする。

(a) 詐欺罪の実行行為への包摂

①の判示にあたって、法廷意見は、山口補足意見とは異なり、詐欺罪の実行行為を示すことを避けている。しかし、その判示をみる限り、詐欺罪の実行行為である欺罔行為は交付の判断の基礎になる事項についての嘘を含むものでなければならないとする判例⁷¹⁾を踏まえていることは明らかである。その上で、被害者が財物を交付するか否かの判断の基礎になる事項は複数考えられるところ、そのうちの一部分が被害者に告知されていれば、重要事項性が充足されるとの判断を示した、との整理が可能であろう⁷²⁾。

①の判示に対しては、詐欺罪の進捗度合いを財物交付という結果を基点にして判断する立場から、詐欺の着手を肯定するための1要素にとどめるべきとの指摘がなされてお

り⁷³⁾、詐欺未遂を認めるための必須の要素ではないとの理解が示されている。

また、実行行為を基点にして判断する立場からみても、重要事項性の一部が被害者に告知されていなくても、重要事項の一部の告知に至るまでの直前性が認められる段階で着手を肯定することが可能である⁷⁴⁾。

(b) 詐欺罪の実行行為を基点とした直接性判断

②についてみると、詐欺罪の実行行為該当性をここでも棚上げしているものの、実行行為である欺罔行為には交付要求が含まれていなければならないとの理解を前提としつつ、交付要求への直接性が認められる嘘にまで拡張するというアプローチとみるのが素直である。

1項詐欺罪は、欺罔→錯誤→交付行為→財物移転という因果系列を予定した構成要件であり、実行行為について、交付行為・財物移転をもたらすために必須である交付要求を含む嘘に詐欺罪の本質を求めることには十分な理由が認められよう⁷⁵⁾。

その上で、交付要求を含む嘘を被害者にスムーズに述べるための前提を整える嘘は、実行行為に至る障害を除去するものであり、しかも時間的近接性も存在することから、実行行為に対する直接性があるとの評価が基礎づけられる。

70) 結果を基点とする立場を前提に、財物交付に至る自動性に収斂させる立場からの分析として、佐藤・前掲注9)29-31頁。

被害者による処分行為に対する自動性という観点からの詳細な分析については、富川雅満「判批」法律時報90巻3号113頁、117、118頁(2018)(富川が参照するドイツ法下における着手の判断方法としては、詐欺罪における中間結果としての被害者の処分行為が基点となっている点について、前掲注35))。

71) 最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁、最決平成26年4月7日刑集68巻4号715頁など。

72) 検察官の上告趣意(刑集72巻1号89頁、121頁)は、申し向けた嘘の内容が、現金交付に至る錯誤をもたらすことに役立つものであったことを指摘し、詐欺罪の構成要件該当行為の一部が既に実行されている、と論じている。

オーストリアの詐欺の着手時点をめぐる議論においても、更なる実行行為が予定されているとしても、既に行われた嘘が被欺罔者の意思決定に少なくとも共同作用することが犯行計画で予定されていれば未遂が成立すると論じられている(Leukauf/Steininger, a. a. O. (Anm.26), § 15 Rz. 10. 富川・前掲注24)177頁注40も参照)。

73) 佐藤・前掲注9)31頁は、①の視点について、②③と分けて論じる必要はなく、統合すべきであったと指摘する。

これに対して、①の視点をより重視する議論の可能性については、(d)(本稿72頁以下)で論じる。

74) そもそも、①の判示において、交付判断の「基礎」ではなく「前提」というやや茫漠とした表現が採用されている点からみると、詐欺の着手が肯定されるのは、交付の判断の基礎になる事項の一部が告知された場合に限られず、そういった事項の前段階にあたる嘘をも包含する、という見方も成り立つかもしれない(佐藤・前掲注9)24頁参照)。

75) 二本柳・前掲注9)43頁。拙稿・前掲注1)51頁も参照。

(c) 実行行為を基点とする判断と結果を基点とする判断の相互関係

本件は、詐欺罪の実行行為について、交付の判断の基礎になる事項の少なくとも一部になる嘘で、交付要求を含むものに限定する立場を前提に、当該実行行為を基点にする判断（判示①②）を行っても、結果を基点にする判断（判示③）を行っても、いずれの観点からも着手を肯定できる事案であった。

しかし、例えば、訴訟詐欺において犯行計画上、嘘が長期スパンで積み重ねられることが予定されている事案や、犯行計画に鑑みて財物移転が成功する可能性が低い欺罔行為が行われる事案においては、実行行為と結果のいずれを基点にするかで結論に差異が生じうる⁷⁶⁾。そこで、いずれの観点を重視するかが問題になる。

結果に対する自動性・具体的危険を常に要求する場合、長期スパン型の詐欺計画について未遂の成立時期が遅くなり過ぎることには疑問がある⁷⁷⁾。結果からは離隔していても、実行行為を基点とすることで詐欺の着手を肯定すべきであろう。また、犯行計画に照らして財物を交付させることが成功する可能性が低い事案であっても、交付要求を含む形で交付の判断の基礎になる事項の少なくとも一部になる嘘が被害者に告知されていれば、それだけで実行の着手を認めてよいように思われる⁷⁸⁾。

この理解からは、実行行為を基点とする判断では、例えば、時間的近接性という視点から直前性に疑義があるような事案において、

結果に対する自動性・具体的危険性が認められるのであれば着手を認めるといった形で、昭和45年決定同様、結果を基点とする判断は実行行為を基点とする判断を補うものと位置づけられることになる。

(d) 被害者に対する嘘の到達の必要性

実行行為・結果のいずれを基点にするにせよ、時間的場所的近接性・行為経過の自動性・財物交付に至る具体的危険という視点に基づいて犯行の進捗度合いを判断する場合、例えば、嘘が記載された文書等が被害者に到達していない時点、さらには、嘘が発信さえされていない時点でも着手を認める余地が生じる⁷⁹⁾。

これに対して、詐欺罪が保護する被害者領域に介入したといえるかという視点を独立に併用する場合、少なくとも、被害者に対して何らかの嘘が到達することは必要となる。何らかの嘘が到達さえしていない段階で着手を認めることは過度の拡張であって、このような限定は要求すべきではなかろうか⁸⁰⁾。

さらに、この議論を徹底し、交付の判断の基礎になる事項の少なくとも一部になる嘘で交付要求を含むものが被害者に告知されるという点に詐欺罪の保護する被害者領域の中核が存在すると考えることによって、詐欺罪の着手が認められる範囲をより限定するという議論もありうる。この議論からは、何らかの嘘が被害者に到達した段階ではなお詐欺罪が保護する被害領域に介入したとはいえず、中核部分に近接するような嘘にのみ詐欺の着手を肯定すべき、ということになる。この議論

76) 富川・前掲注24)184頁は、実行行為を基点として前倒しの限界を問う2段階構造と、詐欺罪の中間結果になる処分行為を基点とする1段階構造の判断方法とで、結論に差異は生じないと評価する（富川の提示する分析軸については、前掲注35)）。

富川の分析軸は本稿でも参考になっているものの、事案に応じて差異が生じうると思われる点で、その評価には疑問がある。

77) これに対して、佐藤・前掲注9)29頁は、複雑な訴訟になることを行為者が予定している訴訟詐欺について、訴状提出時点で詐欺の着手を認めることに疑問を示す。

78) この限りで、構成要件該当行為があれば未遂を認める形式的客観説と同様の議論になる（拙稿・前掲注1)54頁）。

79) 佐藤・前掲注9)30頁。なお、拙稿・前掲注1)54頁では、心理的障壁の設定という見地から何らかの虚言を必須とする議論を試みたが、この議論に対する佐藤・前掲注9)30頁の批判は正当と思われる。

80) 基本的な立場も限定の理由も異なるものの、二本柳・前掲注9)41、42頁と問題意識において共通する。さらに、同論文44頁注64は、虚言が被害者に対して直接述べられたという事情について、被害者領域への介入という基準からも理解可能と指摘する。

に立脚する場合、平成 30 年判決が挙げた①交付するか否かの判断の前提となるよう予定された事項に係る重要なもの、という視点による限定が重視されることになろう。

b 強盗罪・旧強姦罪

(a) 強盗罪と旧強姦罪における判断基点の相違

我が国では、強盗罪の着手時期は手段である暴行・脅迫が行われた時点と解説されている⁸¹⁾。これは、結合犯の第 1 行為である実行行為があれば着手として十分である一方、それより前倒しはしない議論といえる。これに対して、旧強姦罪については昭和 45 年決定に示されたように、姦淫が進捗度合いの判断基点となっており、暴行・脅迫が行われたことの意義は相対化されている。

このように、暴行・脅迫を手段とする結合犯である点で共通する強盗罪と旧強姦罪の著しい相違は、各罪の性質の相違に起因する⁸²⁾。すなわち、我が国の強盗罪の重い法定刑は、財産保護からは正当化しえず、重大な暴行・脅迫こそが強盗罪の法益上の本質的要素である⁸³⁾。これに対して、旧強姦罪における暴行・脅迫は著しく軽微なもので足り、姦淫こそが旧強姦罪の法益上の本質的要素である。この相違があるため、強盗罪の着

手判断の基点が暴行・脅迫になるのに対し、旧強姦罪の着手判断の基点は姦淫になることが基礎づけられる⁸⁴⁾。

(b) 強盗罪が保護する被害者領域への介入という視点

強盗罪の着手判断の基点を実行行為、すなわち、反抗抑圧に足りる程度の暴行・脅迫に求める場合、そういった暴行・脅迫に至るより前の段階に着手時点を前倒しできる範囲が問題になる。

この点、暴行・脅迫に至る時間的場所的近接性や障害の不存在のみを判断視点とする場合、強盗未遂の成立範囲は相当に拡張しうる⁸⁵⁾。しかし、強盗罪が保護する被害者領域への介入という観点からすれば、現に被害者に危害を加え始めることが必須となる。この考えからすると、強盗罪の実行行為に該当する暴行・脅迫がない段階でも強盗の着手が認められるのは、当初は反抗抑圧に足りる暴行・脅迫ではなく、徐々にその程度が高まって反抗抑圧する程度に至ったという事案に限定されよう⁸⁶⁾。

このように、時間的場所的近接性・障害の不存在・法益侵害の具体的危険といった判断視点だけではなく、当該犯罪が保護する被害者領域への介入という視点を独立させて併用

81) 例えば、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 12 巻 (第 2 版)』343 頁 69 [河上和雄＝高部道彦] (青林書院, 2003)。

82) 強盗罪と強姦罪の暴行・脅迫の相違についての平明な解説として、深町晋也「性犯罪における暴行・脅迫の程度」法教 427 号 35 頁, 39 頁 (2016)。

83) 強盗罪を人身犯と理解するにせよ、自由侵害犯と理解するにせよ、暴行・脅迫に本質がある点は異ならない。強盗罪の理解についての詳細な議論状況については、芥川正洋「強盗罪の自由侵害犯の構成について (1)」早稲田法学会誌 67 巻 2 号 1 頁 (2017)。

強盗罪の日本法の特徴については、嶋矢貴之「旧刑法期における強盗と恐喝 (附 VI 全体の小括)」神戸法学 68 巻 2 号 (近刊)。

84) 長島敦「強姦罪の実行の着手 (その二)」前掲注 32) 163 頁、165、167 頁は、「抽象的、一般的な実行の着手の概念を論ずるよりも、むしろ、強姦罪に焦点を合わせ、この罪の特異性に目をそそぎつつ、あわせて他の罪との相違に論及しながら、強姦罪の実行の着手を論じよう」と問題設定を行い、「暴行・脅迫を用いてする狭義の強姦罪——結合犯たる強姦罪——においては、暴行・脅迫それ自体は、この罪の手段としての意義をもつにとどまり、この罪の本質は、あくまでも、強制的に姦淫する、強制的に性的侵害を加えるというところにある」と指摘して、着手判断について姦淫の危険を取り上げる。

ただし、性犯罪に対する重罰化が進む現在、強制性交等罪・強制わいせつ罪の手段になる暴行・脅迫をも基点とすることの可否を改めて検討すべきであろう。

85) 佐藤・前掲注 18) 220 頁は、現在の実務が強盗未遂の成立範囲を自制していることに理論的根拠はない、と指摘する。

86) 大塚ほか編・前掲注 81) 343 頁 71 [河上和雄＝高部道彦]。豊田兼彦「判批」法セ 765 号 125 頁 (2018) は昭和 45 年決定を引きつつ、「例えば、いざとなれば反抗抑圧に足りる程度の暴行を加えるつもりで、手始めに、それに至らない程度の暴行を加えるような場合」に強盗罪の実行の着手を認める余地を指摘する。

することが我が国の実務感覚に合致するのではないか、と思われる。例えば、クロロホルム事件についてみても、殺人罪が保護する被害者領域という観点からみると、クロロホルムをかがせるという第1行為が被害者に直接的に接触するものであることが重要になる。仮に、加害者らが被害者を付け狙い、周囲に人がいないタイミングとなった時点において、殺人に至る障害がなくなり、時間的場所的近接性も認められるとしても、それだけでは着手を認めるには不十分ではなかろうか。

IV. おわりに

本稿で扱った実行の着手論は、基本的な判断枠組みにおいて対立が存在するとともに、有力説の枠内でも多彩な視点が存在する。さらに、詐欺罪については、欺罔行為要件をいかに解するかという問題も組み合わせるため、複雑な様相を呈する。もっとも、率直に言って、その議論の多彩さ・複雑さに比して、実際の事件解決にあたって、その議論が実益を持つ局面は限られるであろう。

実際の事案解決に関係を持ちえないパズル的な議論を行うことは戒められるべきである。しかし、実行の着手論をどのように理解するかは着手時点の判断以外への波及効果が大きいため、学説による議論の必要性が高い領域といえる。とりわけ、実行の着手と不能犯論を一体のものとみて、既遂実現の現実的・具体的危険を要求する多数説と、実行の着手論と不能犯論を別の問題と位置づけるとともに、犯行計画を基礎にして判断される実行の着手論は未遂・既遂・結果的加重犯に共通の問題とする有力説の枠組みの相違は、実行の着手論にとどまらない大きなインパクトを有するため、その優劣を決する議論は必須である。

刑法解釈に依拠して裁判を行う実務の判断過程を透明化するという観点からみると、有力説の優位は明らかといえる。今後、有力説の枠組みを前提とした議論が培われることで、適切な実務判断を下支えする実体法解釈が形成されていくことが望まれる。

(ひぐち・りょうすけ)

投稿論稿選出理由

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関する考察 ——休業中及び復職後の処遇に関する判例・裁判例を中心として——

日原雪恵

本論稿は、妊娠・出産を理由とする不利益取扱いを題材に、複数ある判例の判断枠組みそれぞれについての分析およびそれらの関係の整理を中心として、この題材に関わる各論点について検討を加えるものである。

編集委員会としては、以下の点を評価し、本稿の掲載を可とすると判断した。

- ・ 上記各論点について、コンパクトかつ網羅的な検討がなされており、妊娠・出産を理由とする不利益取扱いに関わる従前の議論状況を把握する上で有用な論稿と言える。
- ・ 検討の過程が全体として堅実であり、目立った過誤・矛盾は見受けられない。
- ・ 判例の判断枠組みの関係について整理した点には、新規性が認められる。
- ・ 女性の労働環境をめぐる問題意識が顕在化しつつある現代にあっては、本論稿の題材の設定自体に社会的意義が認められる。

なお、審査会議では、IV. 3（女性労働者と妊娠・出産・育児）の節につき、それ以前の部分との接続がやや不明確ではないかとの指摘がなされた。しかしながら、議論の内容自体の連続性には瑕疵がなく接続の不明確さは文章構成上の問題にとどまること、およびこの節それ自体が論稿の核心部分を構成するわけでもないこともあって、上記の指摘をもっても本論稿の価値が損なわれることはないとの評価に至った。

執筆者一覧

日原雪恵	2017 年 4 月既修コース入学
飯田 高	社会科学研究所准教授
畑 佳秀	法科大学院客員准教授・判事
樋口亮介	大学院法学政治学研究科教授

編集委員一覧

学生編集委員

室憲之介 相澤千尋 相澤了介 青野美沙希 朝村太一 岩崎啓太
金井悠太 堺有光子 清水洋佑 高橋麻彩 日原雪恵 矢ヶ崎悠
吉見洋人

教員編集委員

沖野眞己 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長
原田 央 大学院法学政治学研究科教授
加藤貴仁 大学院法学政治学研究科教授

編集後記

昨年 11 月に編集委員長を拝命し、近く任期を終える。大層な職名を頂いているが、委員会内では行政法の行政概念の控除説に例えられ、担当者のいない仕事を引き受けるという役回りである。もっとも、これにより忙殺されるかもしれないという不安は杞憂であった。12 期からの留任者をはじめ、優秀な学友たちが率先して種々の作業を引き受けてくれたためである。

優秀な学友といえば、海外の名門校では、法曹として大変な栄誉であるローレビューの編集委員になるための競争が極めて激しいと聞く。本学では、委員選考の論文コンテストなどは存在しない。それにもかかわらず、私を除く他の委員は私の知る限り本学で最も優秀な面々であった。そのような学友や、学術の第一線で活躍する教員とともに議論し、本誌を作り上げることの意義は計り知れず、私自身間違いなく入学以来最も貴重な経験であった。この場を借りて御礼を申し上げる。私のような単に好奇心が旺盛な方はもちろん、学友や教員の卓絶した知性に触れ、さらなる高みを目指したい優秀な後輩たちにも、引き続きローレビューを盛り上げていただきたい。

そのために欠かせないのは、編集委員だけでなく、第一義的には学生投稿者の皆様の存在である。本年は 10 編の投稿をいただき、1 編のみの掲載とした。昨年までと同様、不掲載となった論稿にも新規性に富んだ意欲的なものがあり、掲載の可否について議論が紛糾した。1 編のみの掲載は冊子体としての出版が止まってしまう掲載数であるが、極めて意欲的な論稿であっても、論証過程の審査に手心を加えるなどの易きに流れることなく審査を行った。会として難しい決断だったが、個人的には、本気の投稿に対してこちらも本気で臨むことは当然の礼儀だと考えている。

しかし、皆様に投稿をためらわせる意図は全く無いということは声を大にしてお伝えしたい。

「ハードルが高すぎる」という噂については当会も把握しているが、潜在的に優れた論稿が出し渋られていることは一委員として極めて残念である。成績や、協力教員の評価とは真逆の結果になることも珍しくないので、未投稿の論稿を手元にお持ちの方はぜひ次年度以降の投稿を再検討してほしい。

また、リサーチペーパーに限らず、広く書評や評釈等独自に書いたものも受け付けているほか、本年は投稿資格を延長し、「卒業、退学後 2 年」まで拡張した。これらの取り組みから、投稿をためらわないで欲しいという当会の意図が伝われば幸いである。それでもなお、苦心して完成させた論稿が掲載に至らなかった方々は、ひどく落胆されたことと思う。

これに応答するせめてもの誠意として、本年より希望された方には不掲載理由を開示することとした。審査の経緯をたどり、細かな点についても、注の 1 つに至るまで網羅的に検討し直す大変な作業であった。残念ながら不掲載となってしまった投稿者の皆様はぜひコメントを参考にした上で、次巻以降での再投稿をご検討いただきたい。

末筆ながら、毎年論稿の少なさや、校正スピードの遅さにもかかわらず、ご辛抱いただいている商事法務の皆様はじめ、関係者各位に改めて感謝するとともに、次代の後輩たちが作るローレビューの発展を祈念するばかりである。

東京大学法科大学院ローレビュー第 13 期編集委員長 室 憲之介

東京大学法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo Law Review

Vol.13 2018 年 11 月発行

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒113-0033

東京都文京区本郷 7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail : sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.slrr.j.u-tokyo.ac.jp/>



※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、E-mail にてお願いいたします。

※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。

