

総合政策研究

2024年 創刊号

巻頭言

小泉 健

論文

明治憲法学説史について(1)

中川 修一

独禁法上の課徴金の取締役に対する求償に関する一考察：
近時の裁判例を題材として

應本 昌樹

性的羞恥心序説

海老澤 侑

研究ノート

観光教育に資する質的調査を学修する意義

井上 寛

書評

Tom Rodger, Philip Williamson and Matthew Grimley (eds.),
The Church of England and British Politics since 1900

中村 逸春

総合政策研究

創刊号

ノースアジア大学
法学研究所
国際研究所

目 次

卷 頭 言

小 泉 健 …………… (1)

論 文

明治憲法学説史について(1) 中 川 修 一 …………… (3)

独禁法上の課徴金の取締役に対する求償に関する一考察：
近時の裁判例を題材として

應 本 昌 樹 …………… (17)

性的羞恥心序説

海老澤 侑 …………… (43)

研究ノート

観光教育に資する質的調査を学修する意義

井 上 寛 …………… (67)

書 評

Tom Rodger, Philip Williamson and Matthew Grimley (eds.),
The Church of England and British Politics since 1900

中 村 逸 春 …………… (79)

巻頭言

ノースアジア大学法学部は1983年に開設されました。当初は、法律学科のみであったが、2007年には観光立国が提唱され、観光の時代を迎えることから、観光行政に強い人材育成を目指して、2008年4月に法学部に観光学科を開設し、法学部は、法律学科と観光学科の2学科制となった。その後、国際化が進む中で、観光学科は、国際観光学科、そして国際学科へと改組した。今日のグローバル化が進展する社会における国際協力など、異なる価値観や文化的・宗教的背景を持つ人々と互いに理解し合い共存していくため、国際通用力のある人材の育成を目指しておりました。

これに併せて、研究誌として、「秋田法学」と「国際研究」を刊行してきましたが、2024年4月より法学部が総合政策学部へ改組することとなった。複雑化多様化する社会の中で、従来の法的知識や法的思考力の習得に加え、法的思考力を基礎とする政策立案に必要な「経営」「政治」「国際関係」「観光」「語学」など幅広い知識を兼ね備えた有為な人材を育成する学部への改組になりました。

この総合政策学部への改組に併せて、従来の「秋田法学」と「国際研究」を廃刊とし、新たに「総合政策研究」を刊行することにいたしました。

「総合政策研究」は、「経営」「政治」「国際関係」「観光」「語学」など政策立案に必要な幅広い学術研究の奨励、並びにその成果を公表する研究誌です。

関係各位におかれましては、今後とも「総合政策研究」をご活用いただきますよう、よろしくお願い申し上げます。

ノースアジア大学

理事長・学長 小 泉 健

明治憲法学説史について(1)

法学部 中 川 修 一

目次

- 1、はじめ
- 2、明治憲法の成立経緯
- 3、明治憲法で採用された権力分立制とは
- 4、明治憲法学説（解釈論）について
- 5、明治憲法解釈論の分類（以上、本号）
- 6、明治憲法学説史の再検証
- 7、むすび

1、はじめ

大政奉還後から明治憲法成立までの明治憲法学説史について、本稿では、明治憲法の成立経緯及び明治憲法で採用された権力分立制を考察した後、明治憲法学説（解釈論）及び明治憲法解釈論の分類をし、明治憲法学説史を再検証し、憲法学の基礎的議論を歴史的背景から整理・再考しようとするものである。

2、明治憲法の成立経緯

幕府の勢力が衰退するとともに、それまで幕府のとっていた極端な独裁制度を廃止し、公卿・諸侯や下級武士などの発言を認めようとする公議思想が生まれた。公議思想は1867年、第15代将軍・徳川慶喜は、土佐藩主山内豊信（容堂）の名で出されて「大政奉還の建白書」を受容れ、朝廷に奉還したため、統治の実権は朝廷に復した。

明治元年3月14日、新政府は、今後の展望をうち立てるため、新政府の政治目標として、1968年3月14日に五箇条の御誓文及び同4月21日に政体書を発布した。五箇条の御誓文の冒頭では「廣ク會議ヲ興シ万機公論ニ決スヘシ」と宣言され、政体書においても主な要点として第2条「天下ノ權力総テコレヲ太政官ニ歸ス則チ政令ニ途ニ出ルノ患無カラシム太政官ノ權力ヲ分ツテ立法行政司法ノ三權トス則偏重ノ患無ラシムルナリ」と定められ、三権分立して、偏頗なく、その権域を守り相踰越し、侵犯することのない事を定めた点である。

第3条「立法官ハ行法官ヲ兼ヌルヲ得ス行法官ハ立法官ヲ兼ヌルヲ得ス」として、新政府の指標とされた。この点からすれば、「政体書」は我が国の最初の憲法と言える⁽¹⁾。

1873年憲法作成のため、元老院を設けた。1876年9月6日、明治天皇は、元老院議長に対して、「建国の体に基づき、広く海外各国の成法を斟酌し以って国憲を定めんとす」旨の勅命を下した⁽²⁾。直ちに国憲取調委員会を立ち上げ起草にあたった。1880年10月「日本国憲按」とする成案を作成し天皇に奉上した⁽³⁾。しかし、採用には至らなかった。

憲法制定論は、民間でも強く、数多くの私擬憲法案が発表された⁽⁴⁾。元老院で作成された案は、1831年のベルギー憲法及び1850年プロイセン憲法の影響を受けた部分が多々あったため、我が国体にそぐわないとして採用されなかった。

政府側の憲法起草は、朝議によって、明治23年(1890年)に国会を開設し、それまでに憲法を制定する旨を勅諭でその旨を公示した。その勅諭は「將ニ明治23年ヲ期シ議員ヲ召シ国会ヲ開キ以テ朕カ初志ヲ成サントス」と国民に宣言した。また、伊藤博文に対しては、勅書「朕明治14年10月12日ノ詔旨ヲ履ミ立憲ノ政体ヲ大成スルノ規模ハ固ヨリ一定スル所アリト雖モ其經營措画ニ至テハ各国ノ政治ヲ斟酌シテ以テ采摭ニ備フルノ要用アルカ為ニ今爾ヲシテ欧州立憲ノ各国ニ至リ其政府又ハ碩学ノ士ト相接シ其組織及ヒ實際ノ情形ニ至ルマテ觀察シテ余蘊無カラシメン

トス」とし、伊藤博文をヨーロッパに派遣し調査することになった⁽⁵⁾。おもにドイツ人ヘルスン・ロessler・アルベルトモッセ等の教育を受け、特に模範としたのは、ドイツ憲法で極めて君主主義的色彩が濃厚であった欽定憲法の影響を受けた⁽⁶⁾。

帝国憲法全体の組織を考へ、その特質を極むれば、何人も容易に首肯されることである。したがって、明治憲法の第1章天皇について、第1条「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」と規定し、第2条「皇位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ皇男子孫之ヲ継承ス」、第3条「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」と定め、わが国体は天日のごとく憲法上に光耀し、立憲政治によって国体の微動だにしないことを明らかにしている。伊藤博文の憲法起草の方針は、天皇の大権は憲法により初めて成立したのではなく、「我が国は王権ありて始めて憲法ある」という日本の政治的伝統に基づいて憲法を起草することであった⁽⁷⁾。この憲法案は、国体の許す限り、君主を毀損せざる範囲において、立憲主義の採用に積極的で、苦心はそこにあった。第4条「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」と規定した。なおかつ第5条「天皇ハ帝国議會ノ協賛ヲ以テ立法権ヲ行フ」と規定した。明治憲法は明治23年(1890年)11月29日から実施され、形式的憲法として実質的かつ近代的な明治憲法となった。

わが国において採用された三権分立の原則は、嘗に述べるが如く、権力分立ではあるが機能的分立の原則でもある。明治憲法が、天皇の大権の下に国務上、三権分立の原則を採用したる以上は、其の行使に参与する各機関は厳として、其の分を守らなければならない。

3、明治憲法で採用された権力分立制とは

明治憲法は、専制的原理と民主的・自由主義的原理との妥協を基調とする立憲主義的憲法であるが、専制的色彩の方が強い憲法である⁽⁸⁾。

司法権だけは独立の性格が強く、制度上に於いて、比較的特殊性が認められていた。

憲法制定の沿革を以って見ても憲法が岩倉具視、伊藤博文等により主張された「天皇主権主義」「皇室中心主義」の憲法であることは明瞭であり、大隈重信、板垣退助等により主張せられた民主主義的議会中心主義の制定は何等国体を変更するものではなかった。

①大石 義雄博士

「帝国憲法における三権分立主義および民主主義は民主国におけるそれとは意味を異にし、天皇統治の絶対性を基礎とする建前に立っていたのである。これを三権分立主義について見れば、立法権は天皇が帝国議会の協賛によってこれを行い、司法権は天皇の名において裁判所がこれを行い、行政は天皇の定めた行政各部の官制によって政府がこれを行うという建前に立っているのである⁽⁹⁾。すなわち、帝国議会、裁判所、行政は相互に独立してこれを翼賛するという翼賛権限の分立の形にいう三権分立主義が具体化されていたのである⁽¹⁰⁾。立憲主義は天皇の翼賛機関相互の間に於ける翼賛権限の分担という形で、且つ国民全体が天皇統治を翼賛するという建前に於いて現われている⁽¹¹⁾。

およそ国権の発動は天皇意思に根源して行なわれなければならないというのが、明治憲法の定めた我が国家統治の根本原則になっているのである。

②宮澤 俊義博士

我が憲法は少なからぬ程度において「ドイツ型の立憲君主制」の諸憲法の影響の下に立っている⁽¹²⁾。「天皇は帝国議会の協賛を以って立法権を行う」(5条)と定め、「司法権は天皇の名に於いて法律に依り裁判所之を行う」(57条)。

③穂積 八束博士

此ノ専制ト立憲制トノ別ハ、之ヲ権力分立ノ主義ニカケテ念スルニ非サレハ其ノ本旨ヲ明カニスル能ハサルナリ。所詮権力分立ノ主義ハ、一

人ニシテ国権ヲ総攬シ立法、行政、司法、諸権力ヲ兼ネ専行スルトキハ、権勢ヲ濫用シ下民ヲ壓制スルノ弊ニ勘リ易キカ故ニ、須ク此ノ三権分立セシメ以テ一人ノ専制ヲ抑ユヘシトスルノ本旨ニ出ツ。此ノ主義ハ本ト英国政治史ノ特色タル王室ト国会トノ軋轢ニ源由シ、・・・立法政体トハ権力分立ヲ主義トスル政体ナリ、専制政体トハ権力兼併ヲ主義トスルノ政体ナリ」⁽¹³⁾。

④清宮 四郎

我が日本では幕末時代に権力分立思想が輸入され、それが明治になるとかなり有力になり、元年の政体書における立法・行政・司法の三権に関する規定となつてあらわれている。明治憲法も権力分立の原則を採用している。明治憲法の場合は、天皇主権の原則の下に、天皇が「統治権ヲ総攬」し（4条）、立法・行政・司法の三権は結局天皇に帰属し、天皇がその統治権を行使するにあつて、帝国議会・裁判所および政府がそれを助けるという建前がとられた。従つて、権力分立と言っても天皇の下にあつて、その大権行使を助ける機関の分立に過ぎなかつた。憲法の規定にもこの趣旨が示されている。立法権及び司法権については、「天皇ハ帝国議会ノ協賛ヲ以テ立法権ヲ行フ」（5条）、「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」（57条）とあり、行政権については、天皇に属するという前提のもとにおいて、「國務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス」（55条）と定めていた⁽¹⁴⁾。

これらはいずれも天皇のもとに大権を翼賛する機関として分立しているにすぎない。ただ司法権の独立だけは、制度上も、比較的よく実現されている⁽¹⁵⁾。

4、明治憲法学説（解釈論）について

わが国において憲法学説が形成されたのは、明治憲法発布の後のことである。その母体となる憲法論、憲法思想は、明治14年の政変及び国会

開設の勅語のあった前後に生成され、体系を整えていくのであるが、この間の主権論争でも、権力分立制は問題にならなくなっていった⁽¹⁶⁾。主権在民であれ、最強の政府が望まれた時代であるため、必然的であった明治14年の政変を境として、イギリス流憲法思想からドイツ憲法流が優位を占めるようになった⁽¹⁷⁾。そもそも明治憲法は、イギリス近代主義確立後200年、フランス近代立憲主義の成立後100年、我が国の最初の成文的憲法典として欽定発布された。旧プロイセン憲法国王欽定に比べても約40年後のことである。政府による明治憲法制定のため基本方針の転換という「政変」がいかなる機会に、誰を通じて、如何なるプロイセン・ドイツ憲法思想の影響があったか、また佛英憲法思想からドイツ主義への影響があったかについては、定かではない⁽¹⁸⁾。

(1) 初期憲政時代(明治22年~27年) 一憲法解釈学誕生期

従来民間における憲法知識がイギリス憲法を主としており、この頃の多くの著書はイギリス的議論を模範としており、憲法を理解するための比較対象もイギリスに限定されていた。ただ憲法典自身としてヨーロッパ、フランス、ドイツの学者特にシュタイン・グナイスト・ロエスレル、後にはモッセ達の教えを請いドイツ憲法の理論をうち立てた。

(2) 憲政変貌時代(明治28年~45年)

逐条解釈よりも自己の体系の上に憲法を組織解釈するものが多く見られた。憲法学体系が確立しつつあるときで、憲法解釈学は英佛流理論は憲法理論になじまなくなりドイツ一色となる。立憲派の代表であるイェリネックで、大いに影響を受けている。

(3) デモクラシー勃興時代(大正元年~8年)

この時期は、正統派と立憲派との間、すなわち天皇主権説と国家主権説との論争があった。天皇主権説の代表は上杉愼吉博士。国家主権説の代表は美濃部達吉博士。ほとんどの憲法学者が加わり両学派の争いが日夜繰り返された。

(4) デモクラシー隆盛時代(大正9年~昭和6年)

美濃部達吉博士の天皇機関説が通説時代。世界大戦終了による世界的民主的傾向への一つの表れでもあった。この期間、日本の各地域に大学が出現したため専門家の憲法学者が数多く出現した時代。それに伴って憲法学方法論に於いても飛躍的に発展した時代。世界各国憲法の全訳即ち比較法的把握が試みられた。

(5) 国家主義勃興時代(昭和7年～15年)

政党の沈滞とともに国家主義的傾向が勃興したため、軍部に残存した正統派の系統に属する右派憲法論が叢生していった。この時期に、にわか憲法学者が出現し、世を風靡した亜流的正統派憲法学説の中には信仰的日本主義理論などがはびこり、憲法学者以外の者が憲法を論じるようになった。

昭和10年、政府の弾圧が生じ、以後立憲派憲法学説は現実を遊離した。その反動として、以後、立憲派憲法学説は現実を遊離した純粹の理論を求めて研究に没頭する。

(6) 第二次世界大戦時代(昭和16年～20年)

立憲派は弾圧の時代。新進憲法学者の出現が例外的であった。

(7) 民主主義国家勃興時代(昭和21年～)

この時期に摂政であり、天皇であった昭和天皇が天皇機関説を当然のものとして受け入れた。

5、明治憲法解釈論系の分類

憲法を学ぶには、歴史学、政治学、社会学、経済学、哲学、倫理学、心理学など多くの学問の助けを借りなければならない。それらに関することがたくさん織り込まれている。憲法を専門にする場合は、憲法学者は、法学者であると同時に、歴史学者、政治学者、社会学者、倫理学者等でなければならず、一人では背負いきれないほどの負担を抱えている。憲法学者はそれぞれの考え方によって方法論が違ってくる⁽¹⁹⁾。

明治憲法における天皇観が、道徳的絶対者としての天皇と政治的絶対者としての天皇という、二つの天皇像を瞬時に混同したまま残され、それがやがて憲法をめぐる厳密な解釈学の立場、すなわち、天皇主権説と天皇機関説に大別される分裂を招くことになったのである。

明治憲法下の憲法学の諸潮流は、明治憲法に対して、諸家の憲法学が如何に対応してきたかと言う角度から大きく分けて4つの学派が存在することが指摘されている。

(1) 正統派と言われる学説

公的な憲法起草者であり、公的な解釈書「憲法義解」(伊藤博文著)の執筆者井上毅の学統を継ぐとみなされる学派。

穂積八束博士は「主権は万世一系の皇位にあること、立法機関が権力を掌握するのではなく、君主の大権を主とする」とし天皇主権説を主張した。これが日本の憲法学の第一期ともいわれている。

この学派の系統に属する学者は

イ 穂積 八束『大日本帝国憲法講義』法律研究会 (1889年)

『憲法提要』有斐閣 (1910年)

ロ 上杉 慎吉『帝国憲法』日本大学 (1905年)

『新稿帝国憲法』有斐閣 (1922年)

『帝国憲法逐条講義』日本評論社 (1935年)

ハ 加藤 弘之『立憲政体略』中外堂 (1863年)

ニ 井上 密『憲法論』

ホ 山崎 又次郎『国体明徴を中心として帝国憲法を論ず』

清水書店 (1935年)

『帝国憲法要論』岩波書店 (1934年)

ヘ 佐藤 丑次郎『帝国憲法講義』有斐閣 (1933年)

この学派の特色は、概ね、明治憲法の天皇制絶対主義に対して権力主義的・官僚主義的な立場から、憲法学の理論構成をしたもので、明治憲法の天皇の位置付けに関して、特に「国体」観念の確立を期し、天皇主

体説は天皇主権説を強調した。

例えば、穂積八束博士の「臣民ノ国ニ從属シテ其ノ権力ニ服従スルト絶対ナリ無限ナリ其ノ本来ノ服従ハ合意ヲ条件セス」(憲法撮要) という考えに覆える如し、権力主義者・国家中心主義であって、人権保障を憲法学の眼目に捉えることはなかった。

穂積八束博士の後継者としての上杉慎吉博士の憲法学は、八束博士の法理的、形式的な憲法学に更に宗教的信条・道徳観を導入して(帝国憲法講義)、全体としての国家主義者、国権的、日本的な憲法学を構成するものであった。立憲学派に対して、少数説に位置していた。

(2) 中間派

正統派と次の立憲派との中間に位置する。清水憲法学の基本は君主国体観にあり、この点穂積博士の影響が認められる。明治憲法の基本原理である第1条「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」の改正を絶対不可としていることからもうかがえる⁽²⁰⁾。ここで注意すべきは、実際の憲政で天皇専制を許さず、立憲主義の尊重を説いていたことになる。

イ 清水 澄『帝国憲法大意』清水書店(1912年)

ロ 北野 豊治郎『憲法之真髓』

日本大学法制学会出版部(1919年)

ハ 木下 孫一『日本憲法論』巖松堂書店(1937年)

『日本憲法要論』大阪巖松堂書店(1923年)

ニ 野村 信孝『憲法大綱』巖松堂書店(1938年)

ホ 佐々木 重蔵『大日本帝国憲法要綱』巖松堂書店(1939年)

ヘ 吉田 一枝『日本憲法学講義上巻』甲文堂書店(1936年)

『日本憲法特質論』甲文堂書店(1935年)

ト 家永 三郎『美濃部達吉の思想史的研究』

『明治前期の憲法構想』福村出版(1969年)

チ 長尾 龍一『日本法思想史研究』創文社(1981年)

この学派の採れる憲法研究態度の特徴は、法学的理論を以って、総て

を解釈せんとするにある。

(3) 立憲派⁽²¹⁾

わが国は憲法発布によって立憲国となったのであるから、その憲法の解釈は、各国立憲主義憲法のそれと同一でなければならないという立場に立つ。従って、国体的解釈の場合は排除し、比較法的理解や外国立憲主義理論の摂取がみられる。所説多様にして画一的でないこともこの派の特徴であるが、代表的な傾向として美濃部達吉博士、佐々木惣一博士の二人がいる。美濃部博士は憲法の如き固定的かつ簡約および法規の解釈にはその文言の外、その背後に存する歴史的基礎の及ぶ理論的基礎が、これと対等の価値を持つとし、そこに西洋立憲主義が基礎となるが、後者は法規の解釈「平静ナル態度」で臨むべしと客観的法論理的方法の重視を特に強調する。

一木喜徳郎博士の学説を受け継いだ美濃部達吉博士「立憲憲法学」すなわち、天皇機関説を確立した。これが日本の憲法学の第二期ともいわれている。

美濃部博士は、国家は国民によって構成される法人でであると、天皇が統治権を始原的に保有するとの考え方を否定した⁽²²⁾。

美濃部博士の提唱した天皇機関説は、憲法学の通説とされたが、1935年天皇機関説事件において軍部と野党の攻撃を受けた。美濃部博士は失脚し、排除された。美濃部博士の門弟達も同時に攻撃された⁽²³⁾。

イ 高田 早苗『通俗大日本帝国憲法注釈』青空文庫 (1975年)

ロ 有賀 長雄『帝国憲法講義』明治法律学校講法会 (1889年)

ハ 一木 喜徳郎『国法学』

ニ 磯部 四郎『憲法講義』同盟書館 (1889年)

ホ 城 数馬『大日本帝国憲法詳解』共和書店 (1889年)

ヘ 関 直彦『大日本帝国憲法』三省堂 (1889年)

ト 美濃部 達吉『憲法講話』有斐閣 (1909年)

『改訂憲法撮要』有斐閣 (1941年)

『逐条憲法精義』有斐閣 (1927年)

チ 宮澤 俊義『憲法講義案』

『憲法略説』岩波書店 (1942年)

リ 清宮 四郎『全訂憲法要論』法文社 (1976年)

『憲法 I (法律学全集 3)』有斐閣 (1964年)

ヌ 浅井 清『憲法学概論』高原書店 (1928年)

『日本国憲法講話』巖松堂書店 (1948年)

ル 大西 邦敏『日本国憲法要論上巻』明善社 (1952年)

美濃部博士の学説は、ドイツの法実証主義的国法学の理論の限度であ
れ、国家法人説・天皇機関説—イエリネック・ザイラル・ゲルバー・ラー
バントよりも絶対主義的傾向の君主主義的外見的立憲制の所説に対する
自由主義的立憲君主制の批判をなすものであった。この点、吉野博士の
民主主義も同じレベルであった⁽²⁴⁾。

(4) 皇道派

亜流的正統派より更に極度に右派的である。天皇を自然の根本中心と
して把握する等かなり天皇信仰的であり、ひとしく日本神国説に立って
憲法を説く。

イ 筧 克彦『大日本帝国憲法の根本義』巖波書店 (1936年)

ロ 佐藤 清勝『大日本国体論』帝国漢字普及会 (1936年)

ハ 井上 孚磨『帝国憲法制定の精神』目黒書店 (1941年)

ニ 渡辺 八郎『皇国体の大義』春陽堂書店 (1937年)

ホ 里見 岸雄『国体憲法学』二松堂 (1935年)

(以下、次号)

注

- (1) 渡辺 幾治郎『日本憲法制定史講』千倉書房 (1938年) 26頁、葦津珍彦『明治
憲法の制定史話』神社新報社 (2018年) 6頁以下。
- (2) 原 龍之助『新版憲法概説』評論社 (1970年) 19頁。
- (3) 原 龍之助 前注(2)『新版憲法概説』19頁。

- (4) 清宮 四郎『憲法要論』法文社 (1952年) 53頁、稲田 正次『明治憲法成立史の研究』有斐閣 (1979年) 75頁以下、「明治憲法と日本国憲法に関する基礎的資料」衆憲資第27号23頁以下参照。
- (5) 清宮 四郎『憲法要論』法文社 (1952年) 54頁、葦津珍彦 前注 (1)『明治憲法の制定史話』29頁以下。
- (6) 安沢 喜一郎「明治憲法論 (1)」法律論叢45巻2・3 合併号号30頁以下。
- (7) 坂本 一登「解説井上毅と明治憲法－『憲法義解』成立前後」『憲法義解 (伊藤博文著宮沢俊義校註)』岩波書店 (2019年) 253頁。
- (8) 清宮 四郎『憲法要論』法文社 (1952年) 26頁以下。
- (9) 大石 義雄『日本憲法論 (11版)』嵯峨野書店 (1973年) 48頁。
- (10) 大石 義雄 前注 (9)『日本憲法論』48頁。
- (11) 大石 義雄 前注 (9)『日本憲法論』48頁。
- (12) 宮澤 俊義 「立法・行政両機関の間の権限分配の原理 (三完)」国家学会雑誌46巻第12号54頁。
- (13) 穂積 八束『憲法提要』有斐閣書房 (1910年) 103頁。
- (14) 清宮 四郎『憲法 I (法律学全集3・第2版)』有斐閣 (1964年) 26頁。
- (15) 清宮 四郎 前注 (15)『権力分立制の研究』9頁。
- (16) 大石 義雄 前注 (10)『日本憲法論』48頁。
- (17) 鈴木 安蔵『日本憲法学史研究』(勁草書房 (1975年) 5頁以下。
- (18) 坂本 一登前注 (7)『憲法義解 (伊藤博文著宮沢俊義校註)』246頁以下、前注 (4)「明治憲法と日本国憲法に関する基礎的資料」15頁・30頁・36頁参照。
- (19) 清宮 四郎『憲法要論』法文社 (1952年) 23頁。
- (20) 清水 澄『帝国憲法大意』清水書店 (1912年) 10頁以下参照。
- (21) 前注 (4)「明治憲法と日本国憲法に関する基礎的資料」63頁以下参照。
- (22) 富永健「明治憲法における主権と統治権」日本学論叢9号132頁、鈴木 安蔵『憲法学三十年』評論社 (1971年) 80頁～93頁、前注 (4)「明治憲法と日本国憲法に関する基礎的資料」68頁参照。
- (23) 前注 (4)「明治憲法と日本国憲法に関する基礎的資料」58頁。

- 24) 前注(4)「明治憲法と日本國憲法に関する基礎的資料」58頁、池田政章『憲法の歩み 主要事件による憲法の歴史』有斐閣(1977年)74頁以下参照。

【参考文献】

- 1, 有賀 長雄『国法學上・下』〔復刻版〕信山社(1901年)
- 2, 深瀬 忠一『惠庭判決の残した問題』法律時報39卷9号
- 3, 三谷 太一郎『近代日本の戦争と政治』岩波書店(1997年)
- 4, 宮澤 俊義『憲法入門』勁草書房(1951年)
- 5, 宮澤俊義・林茂「憲法義解縁起(1)(2)」法学協會雜誌第58卷8・9号
- 6, 美濃部 達吉『憲法講話』有斐閣(1912年)
- 7, 中川 剛『立憲主義の研究』法律文化社(1972年)
- 8, 長谷川 正安『憲法判例の研究』勁草書房(1956年)
- 9, 同 『昭和憲法史』岩波書店(1961年)
- 10, 穂積 八束『憲法提要上・下』有斐閣書房(1910年)
- 11, 同 『憲政大意』日本評論社(1935年)
- 12, 長谷川 他『戦後の法学』法学セミナー100号・101号・102号
- 13, 市村 光恵『帝國憲法論』有斐閣(1925年)
- 14, 稲田 正次『明治憲法成立史下卷』有斐閣(1962年)
- 15, 小林 孝輔『日本の憲法政治』日本評論新社(1963年)
- 16, 黒田 了一『學習憲法學』法律文化社(1959年)
- 17, 金山 尚志・金子 辰三郎『大日本帝國憲法義解』(1889年)
- 18, 影山 日出弥『科學的憲法學』公法研究31号
- 19, 佐々木 惣一『日本憲法要論』金刺芳流堂(1930年)
- 20, 佐藤 功『憲法改正の経過』日本評論社(1947年)
- 21, 春敏公追頌會『伊藤博文伝中卷』統正社(1944年)
- 22, 鈴木 安蔵編『憲法學の課題』勁草書房(1954年)
- 23, 鈴木 安蔵『日本憲法學の生誕と發展』叢文閣(1934年)

- 24, 鈴木安蔵 『大日本帝国憲法義解』成立の経緯 (1) (2)』国家学会雑誌第54
巻8号・11号
- 25, 清水 澄 『国法学第一編憲法篇』清水書店 (1915年)
- 26, 同 『帝国憲法大意』清水書店 (1912年)
- 27, 田畑 忍 『佐々木博士の憲法学』一粒社 (1964年)
- 28, 同 『憲法改正論』勁草書房 (1954年)
- 29, 同 『憲法重要問題の研究－憲法論争－』三和書房 (1966年)
- 30, 同 『憲法学の基礎理論』日本評論社 (1936年)
- 31, 上杉 慎吉 『帝国憲法』国文社 (1929年)
- 32, 同 『国民教育帝国憲法講義全』有斐閣書房 (1911年)
- 33, 上田 勝実 『田畑憲法学の特質』同志社法学78号
- 34, 鶴飼 信成 「昭和22年公法学界回顧」法律時報211号

独禁法上の課徴金の取締役に対する 求償に関する一考察： 近時の裁判例を題材として

應 本 昌 樹

第1 はじめに

近時、会社が支払った独禁法上の課徴金の額について、会社法上の取締役の任務懈怠による損害賠償請求を通じて、会社の取締役に対する求償を認めた裁判例が現われ、話題となっている。この独禁法上の課徴金の取締役に対する求償の問題に関しては、すでに多くの議論の蓄積があるところであるが、公共政策に基づく財産権の制約と私法上の利益侵害との関係、さらには法制度の経済活動に対する影響といった面において、未だ論じる余地があるように思われることから、そうした視点から、一定の考察を試みることにしたい。

なお、本稿は、令和5年12月の青山学院大学企業法研究会における研究報告および令和6年1月の茗荷谷弁護士協会例会における話題提供に基づいており、ご出席の方々からのご指摘を踏まえて、検討を追加したものである。ここに記して、貴重なご助言に厚くお礼を申し上げます。もとより、すべての文責はもっぱら筆者にある。

第2 世紀東急工業事件控訴審判決¹

1 事実の概要

Z社は、アスファルト舗装等の建設事業およびストレートアスファ

1 東京高判令和5年1月26日ウエストロー・ジャパン2023WLJPCA01266004。

ルト等の原材料から合材等の舗装資材を製造し販売する合材事業を営む株式会社である。

Z社は、同業他社8社との間で共同してアスファルト合材（合材）の販売価格の引上げを行っていく旨の合意（本件合意）をすることにより、公共の利益に反して、わが国における合材の販売分野における競争を実質的に制限していた行為（本件違反行為）が独禁法2条6項に規定する不当な取引制限に該当し、同法3条の規定に違反するなどとして、公正取引委員会から排除措置命令および課徴金28億9781万円の納付命令を受けた。

そこで、Z社の株主X（原告・被控訴人）が、上記課徴金の納付を余儀なくされたことについて、Z社の当時の取締役または代表取締役であったY1～Y4（被告・控訴人）には善管注意義務違反があり、そのためにZ社は納付した上記課徴金の一部である18億3417万円相当の損害を被ったと主張して、会社法423条1項に基づく損害賠償請求として、Yらに対し、本件違反行為の実行期間に対するそれぞれのこれと重なる取締役在任期間の割合に応じた額ならびにこれらに対する遅延損害金を、各責任金額の限度で連帯してZ社に支払うことを求めて、株主代表訴訟を提起した。

原判決²はXの請求をいずれも認容したため、Yらがこれを不服として控訴した。なお、原審では、本件合意について、Y2・Y3・Y4（いずれも合材販売価格の引上げについて決裁を行う事業推進本部に勤務したことのある取締役）が法令遵守義務に違反したか、Y1（代表取締役）が善管注意義務に違反したか、および損害の有無・金額が争点となっていた。

2 判旨

控訴棄却。争点のうち、本稿の主題と関連する損害の有無・金額に

2 東京地判令和4年3月28日資料版商事法務459号131頁。

については、次の原判決の判示をそのまま維持した。

「Z社は、遅くとも平成23年3月から平成27年1月27日までの間、本件9社において行った本件合意に基づき合材の販売価格の引上げをしていたこと（本件違反行為）が独禁法2条6項の規定する不当な取引制限に該当し、独禁法3条に違反するなどとして、本件排除措置命令及び本件課徴金納付命令を受け、本件課徴金納付命令に係る課徴金全額（本件自認課徴金額を含む。）を納付したものである。……Yらは、本件合意の存在及び内容を認識しながら、本件違反行為に直接関与し又はこれを黙認したものであるから、少なくともYらの法令遵守義務違反とZ社による本件自認課徴金額の納付との間に相当因果関係があることは明らかである。」

3 本判決の意義等

本件の原判決は、会社が支払った独禁法上の不当な取引制限による課徴金の額について、会社法423条に基づいて取締役が会社に対して損害賠償責任を負うことを認めたはじめての裁判例であり、本判決はその判断を維持した控訴審判決である。

4 本件（原判決を含む）に関する評釈等

まず、原判決に関する評釈としては、課徴金や罰金相当分について、一律かつ全面的に取締役の責任を否定するのは適当ではなく、差し当たり、個々のケースに応じて、損害（額）、帰責事由、過失相殺、責任阻却事由等の観点から、取締役の責任の有無や数额を判断するのが適切とするもの³や、課徴金については、刑事罰で問題になるような、刑事罰の一身性に反する、法人の財産基盤に応じた罰金の取締役への転嫁は法人重課の趣旨に反する、転嫁する個人が刑事罰の対象であれば法人向けの罰金も転嫁すると実質的な二重処罰となるといった転嫁の障害もなく、解釈論上は取締役への転嫁を一律に否定することはで

3 山部俊文「判批」ジュリスト1582号（令和5年）97頁。

きないが、課徴金全額の転嫁が妥当でない場合には、損害賠償法の一般要件・効果の概念を用いた調整や、違反行為によって会社が得ていた利益の損益相殺などの方法が考えられるとするもの⁴などがある⁵。

また、この原判決を契機とするカルテル課徴金の役員への転嫁に関する論考として、減免制度による独禁法の円滑な執行への懸念や取締役への過剰制裁抑止などの点から、課徴金と役員の任務懈怠との間の相当因果関係を否定することで、転嫁容認の結論を回避すべき旨を論じるもの⁶がある。

本判決に関する評釈としては、取締役への違法行為抑止の観点から、課徴金の取締役への転嫁を肯定すべきとするのが会社法学のサイレントマジョリティであるとしつつも、近時、機関投資家による株式所有の集中現象と「所有と経営の分離」モデルの衰退から、課徴金の全額転嫁は違法行為抑止にとって望ましくない可能性があるとして、課徴金額のうち、不当利得は転嫁を否定し、不当利益額を裁判所が裁量で判断（民訴法248条類推適用）することが認められるとするものがある⁷。

第3 罰金・課徴金の取締役に対する求償に関する従前の裁判例・学説

1 罰金・課徴金の求償に関する裁判例・学説の状況

(1) 先駆けとなった罰金等の求償に関する裁判例

罰金等の求償が問題となった著名な例として、次のものがある⁸。

-
- 4 得津晶「判批」資料版商事法務460号（令和4年）146頁。
 - 5 そのほか、柏木裕介「判批」ジュリスト1576号（令和5年）6頁。
 - 6 浜田道代「カルテル課徴金の役員への転嫁に関する一考察：世紀東急工業株主代表訴訟事件を契機として」旬刊商事法務2319号（令和5年）4頁。
 - 7 得津晶「判批」ジュリスト1587号（令和5年）6頁。
 - 8 そのほか、罰金等の転嫁が問題となった裁判例として、東京地判昭和48年7月31日判時728号92頁（大谷重工事件。関税法違反による通告金の取締役か

ア 日本航空電子工業事件⁹

会社が、軍用部品をイランに不正輸出したとして、米国と日本で罰金等が科され、米国では約2000万ドル（約25億円）、日本では500万円の罰金を支払った。取締役3名の責任を問う株主代表訴訟が提起され、日本での罰金全額につき同3名が連帯して賠償責任を負うとされ、米国での罰金等については、うち1名が4割の賠償責任を負うものとされた。

イ 大和銀行事件¹⁰

銀行のニューヨーク支店に勤務する使用人の不正取引・不正経理につき、銀行が、その事実を米国当局に報告しなかった結果、米国で刑事訴追を受け、罰金3億4000万ドル（約400億円）を支払った。取締役らに対する株主代表訴訟が提起されたところ、罰金額の損害が認められた結果、その他の損害と合わせて、一人当たり7000万ドル（約75億円）ないし1億7500万ドル（約829億円）の責任が認められた。

(2) 近時の金融商品取引法上の課徴金の求償に関する裁判例

近時の金融商品取引法上の課徴金の求償に関するものとして、次の裁判例などがあげられる¹¹。

-
- らの立替金請求に対する会社からの通告金相当額の損害賠償請求による相殺を認めた)、東京地判平成16年5月判時1871号125頁(三菱商事黒鉛電極カルテル事件。国際カルテルに関する米国での罰金につき、取締役らに善管注意義務違反はなかったとして転嫁を否定)がある。浜田・前掲(注6)6頁。
- 9 東京地判平成8年6月20日判時1572号27頁。
- 10 大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁。
- 11 本文にあげた事件のほか、東京地判平成28年3月28日判時2327号86頁(クラウドゲート事件)、名古屋地岡崎支判平成29年10月27日ウエストロー・ジャパン2017WLJPCA10276009(フタバ産業事件)、東京地判平成30年3月1日金判1544号35頁(オービック事件)、東京地判平成30年3月29日判時2426号66頁(リソー事件)がある。浜田・前掲(注6)9頁。オービック事件の評釈として、和田宗久「判批」金融・商事判例1578号(令和元年)2-7頁。

ア 京王ズホールディングス事件

会社が取締役ら2名に対し課徴金相当額の損害賠償を請求した事件であり、第一審判決¹²は、取締役らが金商法は課徴金の役員への転嫁を許容していない旨を主張してこれを争ったのに対し、裁判所は「課徴金制度の趣旨から直ちに課徴金について役員に対する転嫁を許容していないとの解釈が導かれるということとはできず、本件において、そのように解釈すべき事情も認められない」と述べて、1名に課徴金分の全額、1名にその一部の支払を命じた。

イ オリnpas事件¹³

長年にわたる旧経営陣による損失隠しにつき、会社と株主が経営陣らの責任を追及する事件であり、罰金・課徴金の合計7億1986万円についての求償が問題となった。

その第一審判決¹⁴は「金商法…の各規定の内容や沿革等を考慮しても、取締役の任務懈怠により会社が罰金や課徴金を支払うことを余儀なくされた場合において、会社が当該取締役に対して当

12 仙台地判平成27年1月14日ウエストロー・ジャパン2015WLJPCA01146010。その控訴審判決である仙台高判平成27年9月18日につき、浜田・前掲(注6)10頁。

13 オリnpas事件に関連しては、損失隠しに関係した経営コンサルタントや投資顧問などに対して、不法行為に基づく罰金・課徴金相当額の損害賠償請求訴訟が提起されている。①東京地判平成28年3月31日判時2335号57頁、②東京高判平成29年6月15日判時2388号84頁(上記東京地判の控訴審判決)、③東京地判平成30年9月25日金融商事判例1555号24頁、④東京地判令和元年8月22日ウエストロー・ジャパン2019WLJPCA08226007。このうち、①を除き、いずれにおいても、罰金・課徴金を損害に含めることが否定されている。浜田・前掲(注6)11頁。一連のオリnpas事件を分析した論考として、高橋陽一「法人に対する罰金・課徴金と役員等の損害賠償責任」JSDA キャピタルマーケットフォーラム(第3期)論文集(令和3年)75-92頁。

14 東京地判平成29年4月27日資料版商事法務400号119頁。

該支払額の賠償請求をすることを認めることをもって、上記各規定の趣旨・目的に反するものとは解されない。また、法人である会社に科された罰金について、取締役に対該会社に対する損害賠償責任を課したとしても、そのこと自体をもって、二重処罰に当たるとすることはできないし、法人を個人とは別に罰した趣旨が全うされないことになるということもできない」として罰金・課徴金相当額の責任を認めた。

その控訴審判決¹⁵も、「……賠償の範囲には任務懈怠と相当因果関係がある限り、特段の限定はなく、会社が取締役の任務懈怠によって課徴金・罰金の支払を余儀なくされた場合において、その課徴金・罰金を損害から除く根拠はない。また、課徴金が法人に対する制裁として、会社が得た利益を剥奪するものであり、罰金が法人固有の刑事責任を認め、法人の資産や事業規模等を考慮してその抑止力として期待できる額の法定刑を定めているとしても、それは課徴金・罰金の目的や性質であって、そのような目的、性質から直ちに課徴金・罰金が民事上の損害賠償の対象にはならないとされるものではない。……

……取締役の任務懈怠によって会社が課徴金・罰金の支払を余儀なくされ、それに相当する額の財産が逸出して株主にも不利益が発生した場合において、任務懈怠をした取締役が会社に対する損害賠償責任を負わないということになれば、株主が代表訴訟を提起し、取締役の責任を追及して会社に財産の回復をさせる手段も奪うことになり、最終的には株主にその不利益を甘受させることになるが、このような結果になることは相当とはいえない。むしろ、自らの任務懈怠によって会社に課徴金・罰金の支払を余儀

15 東京高判令和元年5月16日判時2459号17頁。その評釈として、和田宗久「判批」私法判例リマックス63号（令和3年）82頁など。

なくさせた取締役が会社に対する損害賠償義務を果たすことによってその損害の回復を認めることが公平の見地からは相当であり、違法行為の抑止にも資するというべきである。」などと述べて、概ね原判決の結論を維持した。

2 独禁法の課徴金の求償に関する学説

独禁法の課徴金について、取締役への求償を認める見解¹⁶が多数とみられる¹⁷が、これを否定ないし疑問視する見解も有力に主張され、いまだ議論の余地が大きいようである¹⁸。

たとえば、罰金につき、刑罰の一身専属性に反することや転嫁される役員が刑事罰の対象となっている場合二重処罰の禁止にも反する¹⁹ことや、株主にとっては、違法なことをしてでも利益をあげてくれる取締役を選任し、違反行為がばれて会社が処罰されれば、取締役に損害を補填させればよいということにならないか²⁰といったこと、また、課徴金につき、制裁と解するなら代理処罰は認めるべきではなく、不正な利益の剥奪と考えて課徴金を取締役が補填すれば、会社が実質的に不正な利益を保持することになる²¹ことなどから、いずれも役員への転嫁を否定する見解がある。

さらに、罰金につき法人の財産基盤に応じた罰金の転嫁は法人重課の趣旨に反すること、独禁法上の課徴金につき減免制度（独禁法7条

16 大橋敏道「独占禁止法違反行為と株主代表訴訟」福岡大學法學論叢42巻1号（平成9年）77-80頁、田中亘『会社法〔第3版〕』（東京大学出版会、令和3年）293頁など。

17 得津・前掲（注7）7頁。

18 白石忠志『独占禁止法〔第4版〕』（有斐閣、令和5年）727頁。

19 佐伯仁司「法人処罰に関する一考察」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻（有斐閣、平成10年）683頁。

20 佐伯仁司「法の実現手法」長谷部恭男ほか『法の実現手法（岩波講座 現代法の動態 第2巻）』（岩波書店、平成26年）20頁。

21 佐伯・前掲（注20）20頁。

の4～7条の6)におけるとりわけ2番目以降の申告者に対する一部免除が役員個人への転嫁によって機能しなくなるなどから、いずれも役員への転嫁を否定する見解²²がある。

そのほか、独禁法違反等の事例で、公的機関によって会社に科された罰金等につき、株主代表訴訟によって取締役等に損害賠償が請求されることを念頭に、公益確保のための法令違反の場合には、役職員への法執行の有無や規模（金額）も公的機関が判断するという制度が優れており、株主にこの判断を委ねることには疑問があるなどとして、こうした株主代表訴訟の持つ公的エンフォースメントの代替機能を、今後は徐々に縮小させてもよいのではないかと述べる見解²³がある。

第4 考察

1 はじめに

上にみたとおり、独禁法上の課徴金納付命令を受けた会社が、その金額につき、会社法423条による損害賠償請求を通じて取締役に対して求償することができることについては、賛否両論がある。ところで、これに否定的な見解を含め、独禁法上の課徴金納付命令による負担が「損害」にあたることを前提にしているようである²⁴。しかし、この点には疑問がある。すなわち、公法上の財産権に対する制約

22 松井秀征「会社に対する金銭的制裁と取締役の会社法上の責任」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論（上）』（商事法務、平成19年）578-581頁。

23 大杉謙一「株主代表訴訟はわが国でどのように機能しているか」江頭憲治郎先生古稀記念『企業法の進路』（有斐閣、平成29年）313-315頁。

24 浜田・前掲（注6）15頁は、「課徴金と役員の任務懈怠との間の相当因果関係を否定する」、松井・前掲（注22）586頁は、やや微妙ながら、「任務懈怠と因果関係ある損害に含まれない」と述べ、また、佐伯・前掲（注19）683-684頁は、罰金についてはあるが、「取締役の善管注意義務違反と罰金の支払との間には、法的因果関係が否定される」と述べ、いずれも要件論としては、因果関係の枠組みでとらえているようである。

である課徴金が、なにゆえに、賠償による私法上の利益調整の対象となる「損害」といえるのかが、まず問われなければならないように思われる。そこで、以下に、独禁法上の課徴金の性質、損害賠償制度における損害概念、会社法上の任務懈怠責任の特殊性、独禁法のエンフォースメントといった面から一定の考察を行ったうえで、市場に対するインセンティブの面についても概観しておく。

2 独禁法上の課徴金の性質

(1) 課徴金の意義

課徴金とは、広義には財政法3条にいうもの、すなわち「国が司法権、行政権に基づいて国民に賦課し、徴収する金銭の負担で租税以外のもの」であって「罰金、科料、負担金、手数料、使用料等」を指し、行政制裁との関わりで問題となる狭義の課徴金としては、独禁法上の課徴金のほか、金融商品取引法が定めるもの（172条以下）、公認会計士法の定めるものがある²⁵。より近時のものとしては、景品表示法の課徴金（同法8条以下）、薬機法の課徴金（同法75条の5の2以下）がある²⁶。

この狭義の課徴金は、加算税とともに、私人の行為を規制する法規の実効性を確保するために、その法規違反の行為に対して課される金銭上の不利益を指す「違反金」と位置づけられる²⁷。

(2) 制度の沿革

独禁法に課徴金が導入されたのは昭和52年改正であり、当初は、不当な取引制限のみを対象としていたところ、その後、平成17年改正により支配型私的独占にも導入され、さらに平成21年改正により

25 穴戸常寿「憲法学から見た裁量的課徴金制度」小早川光郎先生古稀記念『現代行政法の構造と展開』（有斐閣、平成28年）775頁。

26 宇賀克也『行政法概説I〔第7版〕』（有斐閣、令和2年）291-292頁。

27 塩野宏『行政法I〔第6版〕』（有斐閣、平成27年）267頁。

排除型私的独占および優越的地位濫用にも導入された²⁸。平成17年改正では、製造業等の大企業につき6%から10%に、さらに、調査開始日からさかのぼって10年以内に課徴金納付命令を受けた事業者には15%が適用される課徴金算定率の引上げや、課徴金減免制度の導入などが行われた²⁹。また、平成21年改正では優越的地位濫用以外のいくつかの不公正な取引方法の類型に累積違反課徴金の制度が導入されている³⁰。

（3）法的性格

独禁法の課徴金制度は、その対象とされる不当な取引制限が、刑罰の対象ともなっていることを念頭において、憲法39条後段が定める二重処罰禁止との関係で、その基本的性格が論じられてきた³¹。

当初、違脱犯に対する刑罰と併存する法人税法上の追徴税に関する判例³²が、これを「行政上の措置」であるとして、憲法39条に違反しないとする根拠としてあげる①違反があれば原則として必ず課される、②違反行為の抑止を目的としているという点に加え、③課徴金額は違反行為によって得た不当利得の額を超えず、不当利得を剥奪するための制度であるから、制裁ではないので二重処罰禁止に抵触しないという点が、公取委をはじめとする独禁法分野の大勢により強調されてきた（「不当利得剥奪論」³³）。

ところが、その後、算定率の引上げや減免制度の導入を眼目とする平成17年改正を前に、合憲性の根拠としては、③の不当利得剥奪

28 白石・前掲（注18）713頁。

29 諏訪園貞明「改正独占禁止法の解説」旬刊商事法務（平成17年）1733号4-15頁。

30 白石・前掲（注18）713頁。

31 白石・前掲（注18）715-716頁。

32 最大判昭和33年4月30日民集12巻6号941頁。

33 白石・前掲（注18）716頁。

論は放棄され、①・②の条件のみが強調されるようになり、同時に、課徴金制度が一定程度の制裁的性格をもつことも否定されなくなった³⁴。

さらに、最高裁が、前掲昭和33年判決以来の考え方を踏襲したうえで、「課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではない」旨を判示するに至り³⁵、不当利得剥奪論は駄目押的に否定された³⁶。現在では、課徴金制度は、違反行為を防止するという行政目的を達成するために行政庁が違反事業者に対して金銭的不利益を課す行政上の措置であると説明される³⁷。

また、課徴金制度は損害賠償ないし不当利得といった民事上の制度とは異質のものである一方、制裁的機能は刑法の専管とするところではなく、民事法および刑事法の限界を克服するために行政法システムが存在するとして、同じく「負のインセンティブ」を与える環境税の構想を引き合いに出しつつ、課徴金の根拠につき、憲法的価値を実現するための立法裁量によって与えられる独自のものであり、端的に「独禁法の実効性を確保するためである」と根拠づければ足りるとする見解があり、加えて、「懲罰的賠償」を認めないなど、大陸型の古典的な「司法法」の伝統に忠実な構造を維持する民事法と刑事法からなるわが国の法体系においては、行政法システムによる補完の必要性がより高いといったことが指摘されている³⁸。

34 白石・前掲(注18)717頁。

35 最判平成17年9月13日民集59巻7号1950頁。

36 白石・前掲(注18)718頁。

37 菅久修一編著・品川武ほか著『独占禁止法〔第4版〕(商事法務、令和2年)211頁。

38 高木光「独占禁止法上の課徴金の根拠づけ」NBL 774号(平成15年)20-26頁。

さらに、不当利得返還請求との関係につき、「利得者はまず損失者にその利得を返還すべきであり、現実には損失者が損失を回復していないにもかかわらず、利得者が課徴金を支払ったことだけで、損失者の不当利得返還請求権に影響を及ぼすべきものではない」と判示する裁判例³⁹がある。なお、これに対し、景品表示法の課徴金制度においては、事業者が所定の手続に従い被害を受けた消費者に返金措置を実施した場合には、課徴金の納付を命じないか、または減額することとされている（同法10条、11条）⁴⁰。

3 損害賠償制度における損害概念

任務懈怠責任（会社法423条）の性質は、特殊の債務不履行責任である⁴¹ところ、まず、その一般形である民法上の債務不履行責任としての損害賠償制度（民法415条）において、独禁法上の課徴金の負担が、損害として賠償の対象となるのであろうか。

債務不履行によるものであれ、不法行為によるものであれ、民法の定める損害賠償制度は、私権の侵害に対する救済の制度である⁴²。したがって、そこで救済されるべき利益とは、私法によって保護される利益であると考えられる。そして、債務不履行による損害賠償制度における「損害」とは、伝統的通説とされる差額説によっても「もし加害原因がなかったとしたならばあるべき利益状態と、加害がなされた現在の利益状態との差」と定義される⁴³うえ、近時、損害を規範的にとらえる規範的損害論が有力である⁴⁴。そうすると、ここでの「損害」

39 東京高判平成13年2月8日判時1742号96頁。

40 宇賀・前掲（注26）288頁。

41 最判平成20年1月28日民集62巻1号128頁。

42 有泉亨「損害賠償請求権：その成立とその選択」有泉亨編『現代損害賠償法講座1 総論』（岩波書店、昭和56年）4-6頁

43 於保不二雄『債権総論』（有斐閣、昭和34年）126頁。

44 潮見佳男『新債権総論』（信山社出版、平成29年）433-435頁、中田裕康『債

とは、単なる事実上の不利益ではなく、私法秩序が保護する利益に対する侵害に係るものに限られるものと解される。財産上の利益には、私法秩序が把握する範囲と公法秩序が把握する範囲とがあり、後者については、私法秩序による保護の外側にあり、民法の定める債務不履行による損害賠償制度の救済の対象とはならないというべきである。

こう解することは、私法と公法とを峻別する大陸法の伝統に則るわが国の法体系の基調と親和的であるのみならず、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」(憲法29条2項)と定めるわが国の憲法秩序の含意するところではなかろうか。また、判例⁴⁵は、次のように述べ、民事上の損害賠償制度と刑事・行政上の制裁とを峻別しており、私権侵害の救済と公法上の制裁とを交わらせないことがその理に適うようにも思われる。

すなわち、「我が国の不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり(最高裁昭和六三年(オ)第一七四九号平成五年三月二四日大法院判決・民集四七卷四号三〇三九頁参照)、加害者に対する制裁や、将来における同様の行為の抑止、すなわち一般予防を目的とするものではない。もっとも、加害者に対して損害賠償義務を課することによって、結果的に加害者に対する制裁ないし一般予防の効果を生ずることがあるとしても、それは被害者が被った不利益を回復するために加害者に対し損害賠償義務を負わせたことの反射的、副次的な効果にすぎず、加害者に対する制裁及び一般予防を本格的な目的とする懲罰的損害賠償の制度とは本質的に異なるというべきである。我が国においては、加害者に対して

権総論〔第4版〕(岩波書店、令和2年)176-177頁。

45 最判平成9年7月11日民集51卷6号2573頁。

制裁を科し、将来の同様の行為を抑止することは、刑事上又は行政上の制裁にゆだねられているのである」と。

そうすると、独禁法上の課徴金は、前述2（3）にあげたその法的性格によれば、公法秩序による私権に対する制約であるから、その制約の及ぶ範囲は、私法秩序による保護の外側にあるというべきである。すなわち、独禁法上の課徴金を課されたことによる会社の不利益は、財産上の不利益であることは確かであるが、それは、公法上の制約を受けた部分において負担されるものであり、私法秩序が保護するものではなく、したがって、民法上の債務不履行（415条）にいう「損害」には当たらないものと解される。

4 会社法上の任務懈怠責任の特殊性

次に、前述3のとおり、任務懈怠責任は特殊の債務不履行責任であるところ、その特殊性から、これによる賠償の対象となる「損害」といえるであろうか。

この特殊性とは、会社法上の任務懈怠責任（会社法423条）が、一般には委任契約上の義務とはいえない会社の利益保護を目的としない法令遵守義務（会社法355条）を取り込んだ責任であることをいう⁴⁶のであるが、会社法が基本的に私法に属することからすれば、その特殊性から、直ちに、任務懈怠責任が、私権への侵害に対する救済制度を超えて、会社の取締役に対する公法上の制裁についての求償の根拠となるとの含意までは見いだせない。

このように、会社法上の任務懈怠責任が、会社の取締役に対する公法上の制裁の転嫁を認めるものではないと解したとしても、会社の利益保護を目的としない法令遵守違反を理由とする損害賠償を認めるその特殊性の趣旨が空洞化されるものではない。このことは、次のように、公法上の法令違反による責任が問われつつも、金銭的制裁の転嫁

46 最判平成20年1月28日民集62巻1号128頁。

が問題となっていない任務懈怠責任に関する諸事例からも、容易に理解することができる。

- ① 独禁法違反⁴⁷：証券会社が、その大口顧客に対して有価証券の売買による損失約3億6000万円を補填したところ、同社の株主が、この損失補填は同社の当時の代表取締役らが取締役としての義務に違反して会社に補填額相当の損害を被らせたものであると主張して、そのうち1億円を会社に賠償するよう求めた株主代表訴訟の事案。裁判所は、この損失補填が独禁法19条に違反するとしつつ、その認識を欠いたことに過失があったとすることはできないとして、代表取締役らの責任を否定した。
- ② 卸売市場法違反⁴⁸：青果会社の株主が、その代表取締役らに対し、同人らが、卸売市場法または条例に違反する「集荷対策費」を支出したことによって、同社にその支出額相当の損害を与えたとして、商法266条1項5号の損害賠償責任を追及した株主代表訴訟の事案。集荷対策費の支出は卸売市場法または条例に違反するが、その認識を有するに至らなかったとしてもやむを得なかった面があり、過失があったと認めることはできないとして、請求を棄却した。
- ③ 食品衛生法違反⁴⁹：食品販売会社の株主である原告が、同社の取締役らに対し、同社が、食品衛生法に違反して、無認可添加物を含む商品を販売した結果、同社に加盟店営業補償、キャンペーン関連費用等の出捐や支払を余儀なくさせ、合計106億2400万円の損害を与えたなどと主張して、商法266条1項5号

47 最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁。なお、その原判決につき東京高判平成7年9月26日判時1549号11頁、第一審判決につき東京地判平成5年9月16日判時1469号25頁。

48 名古屋地判平成13年10月25日判時1784号145頁。

49 大阪高判平成19年1月18日判時1973号。

に基づき、連帯して、上記損害額を同社に対し賠償するよう求めた株主代表訴訟の事案。裁判所は、同取締役らが食品衛生法に違反して本件販売の継続を決定したとして、その責任を認めて、請求を認容した。

- ④ 政治資金規正法違反⁵⁰：会社の株主が、同社において設立した政治団体を介したスキームによる政治献金およびパーティー券の購入は政治資金規正法に違反するものであって、同社の取締役らが、故意により本件スキームに関与し、過失により本件スキームによる会社財産の流出等を阻止せず、または法令遵守の体制を構築せず、善管注意義務に違反したことにより、同社に違法な支出をさせたなどと主張して、商法266条1項5号または会社法423条1項による損害賠償請求権に基づき、同取締役らに対し、上記支出金額につき同社への支払を求めた株主代表訴訟の事案。裁判所は、同政治献金等は同法に反し、同献金等に関与した取締役には原則善管注意義務違反が認められるとして、一部の取締役らに対する請求を一部認容した。

そうすると、会社法423条が、独禁法上の課徴金につき、会社が取締役に対して求償するための請求権根拠規範を提供しているとするには、十分な根拠がなく、したがって、任務懈怠責任の特殊性から、独禁法上の課徴金を課されたことによる会社の不利益は、同条にいう「損害」にあたるとはいえないように思われる。

5 独禁法のエンフォースメント

(1) はじめに

独禁法から課徴金について会社から取締役への求償権を根拠づける規範を見出すことができるか。まず、独禁法のエンフォースメントを概観したうえで、そこから、求償のための手がかりが得られる

50 東京地判平成26年9月25日資料版商事法務369号72頁。

か否かを検討する。

(2) 不当な取引制限に関するエンフォースメントの概観

独禁法のエンフォースメントには、行政上の措置によるもの、刑事罰によるもの、民事訴訟によるものがある。会社である事業者を前提に、不当な取引制限に関するエンフォースメントを会社に対するものと取締役に対するものとに分けて、それぞれ概観すると次のとおりである。なお、独禁法は、その2条に「事業者」(同1項)および「役員」(同3項)の定義を置いており、事業者団体規制(第3章)において役員を事業者とみなす(同1項後段)ほかは、截然とこれらを使い分けて規律している。ここでは、会社は事業者にあたり、取締役は役員にあたる。

ア 事業者(会社)に対するもの

(ア) 行政上の措置によるもの

行政上の措置によるエンフォースメントとしては、排除措置命令と課徴金納付命令がその主なものであり、そのほかに、確約(排除措置計画等の認定)の制度がある。

排除措置命令とは、公取委が、違反者等に対し、独禁法違反行為を排除するために必要な措置を命ずることであり⁵¹、その名宛人は事業者である(独禁法7条1項)。その内容は、条文上、「当該行為の差止め、事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置」(同)と規定されているが、実質的には、違反行為の取りやめ、競争秩序の回復、違反行為の再発防止の三つに分類され、具体的には、違法行為の取りやめを確認する取締役会決議、その取引先や自社従業員などへの周知、価格改定に関する情報交換の禁止、再発防止のための体制整備、採った措置についての公取委への報告

51 白石・前掲(注18)692-693頁。

などが命ぜられることが多い⁵²。

課徴金納付命令は、違反者に対し、金銭的負担を課する制度である⁵³（独禁法7条の2など）。不当な取引制限では、いわゆるハードコアカルテルがその対象となる。判例は、その制度目的を「カルテルの摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、カルテルの予防効果を強化することを目的として、既存の刑事罰の定め（独禁法89条）やカルテルによる損害を回復するための損害賠償制度（独禁法25条）に加えて設けられたものであり、カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものである」とする⁵⁴。不当な取引制限に係る課徴金の算定は、実行期間における違法行為対象商品・役務の売上額などに算定率を乗じた額と当該商品・役務を受注しない代わりに受け取った金銭等の額とを合計して行われる⁵⁵ところ、その原則的な算定率は10%である（独禁法7条の2第1項）が、累犯（同7条の3第1項）および主導的役割（同2項）による各5割増、これらの重複の場合に10割増（同3項）の加重がある。さらに、自らの違反行為に係る事実について公取委に報告した事業者に対して課徴金を免除または減額するとともに、これに加えて事業者の調査協力の度合いに応じて減算率を付与する、調査協力減算制度を含む課徴金減免制度が設けられている⁵⁶（いわゆるリーニエンシー。同7条の4～7条の6）。そのほか、同一事件について罰金刑の確定裁判があるときは、罰金額の1/2を控除する罰金との

52 白石・前掲（注18）700-701頁。

53 白石忠志『独禁法講義〔第10版〕』（有斐閣、令和5年）18頁。

54 最判平成17年9月13日民集59巻7号1950頁。

55 菅久・前掲（注37）224-225頁。

56 菅久・前掲（注37）242-243頁。

調整がある⁵⁷ (同7条の7) ところ、これは課徴金と刑罰との二重処罰禁止ないし比例原則への抵触による憲法違反の疑念を払拭しようとする制度である⁵⁸。

(イ) 刑事罰によるもの

不当な取引制限を担当した自然人従業者の業務主である法人は、後述イ(イ)の同自然人従業者に対する罰金よりも遥かに重い5億円以下の罰金に処され(両罰規定。同95条1項1号)、法人重科などと呼ばれる⁵⁹。

(ウ) 民事訴訟によるもの

独禁法は、本来、公正かつ自由な競争秩序の維持(競争システムの保護)を目的としており、特定の私人の利益の保護を目的とするものではないが、違反行為の被害者救済と効果的な抑止を図るため、違反行為者の無過失賠償責任について定める(独禁法25条)とともに、不公正な取引方法について差止請求権を定める(同24条)⁶⁰。この同25条による損害賠償請求権の主張は、独禁法違反行為に対する排除措置命令などの確定が前提となる(同26条1項)。また、同25条の規定による損害賠償に関する訴えが提起されたときは、裁判所は、公取委に対し、違反行為によって生じた損害の額について意見を求めることができる(同84条1項)。

なお、独禁法以外の条文を根拠とする請求としては、民法709条による損害賠償請求や同703条による不当利得返還請求があげられる。不当利得返還請求については、「法律上の原因な

57 菅久・前掲(注37)220頁。

58 白石・前掲(注18)323頁。

59 白石・前掲(注53)123頁。

60 菅久・前掲(注37)259-260頁。

く」の要件を満たすため、当事者間の契約が無効であることが必要となる⁶¹。この不当利得返還請求と課徴金納付命令との調整が予定されていないことは、前述2（3）でみたとおりである。いずれの請求においても、それぞれの法条の成立要件が充足される説明道具として、独禁法の違反類型が援用されることになる（「説明道具としての独禁法」）⁶²。そのほか、代表取締役が独禁法違反行為に関与した場合、会社法350条により会社が損害賠償責任を負う可能性がある。

イ 役員（取締役）に対するもの

（ア）行政上の措置によるもの

独禁法には、不当な取引制限に関するエンフォースメントとして、取締役を名宛人とする行政上の措置は見当たらない。

（イ）刑事罰によるもの

まず、不当な取引制限を担当した自然人従業者が罰せられる⁶³ところ、その法定刑は5年以下の懲役または500万円以下の罰金である（独禁法89条1項1号）。また、その違反の計画や行為を知り、その防止・是正に必要な措置を講じなかった法人の代表者も、同じく、5年以下の懲役または500万円以下の罰金に処される（三罰規定。独禁法95条の2）。

なお、独禁法の定める刑罰以外で、不当な取引制限との関係で問題となる主なものとしては、談合罪があり⁶⁴、その法定刑は3年以下の懲役もしくは250万円以下の罰金、またはその併科とされる（刑法96条の6第2項）。談合罪と前述の独禁法89

61 白石・前掲（注18）802頁。

62 白石・前掲（注18）776頁。

63 白石・前掲（注53）123頁。

64 白石・前掲（注53）124頁。

条1項1号の罪とは、観念的競合の関係に立つ⁶⁵。

(ウ) 民事訴訟によるもの

独禁法には、不当な取引制限に関するエンフォースメントとして、取締役に対する請求権の根拠となる規範は見当たらない。

なお、独禁法以外の条文を根拠とする違反行為の被害者から取締役に対する請求としては、民法709条による損害賠償請求や会社法429条による損害賠償請求が考えられる⁶⁶。また、会社が、前述ア(ウ)の民法709条や会社法350条による損害賠償責任を負う場合、取締役に求償することができる可能性がある。

(3) 求償のための手がかりが得られるか

以上によれば、独禁法には、会社が取締役に對する不当な取引制限による課徴金分の求償権を明文で根拠づける規定は見当たらない。また、課徴金納付命令と私法上の請求権との関係については、独禁法25条が、その無過失賠償責任が、課徴金納付命令の確定などが前提となることを定めるのみで、その間の調整の可能性を間接的にうかがわせる規定も見当たらない。そうすると、独禁法の規定からは、課徴金について会社から取締役への求償権を根拠づける規範を見出すことができず、求償のための手がかりを得ることもできないように思われる。

6 市場に対するインセンティブ

EUでは、制裁金は株主と消費者が払うものともいわれる⁶⁷。わが

65 白石・前掲(注53)124頁。

66 白石・前掲(注18)801頁の脚注82)によれば、違反行為をした事業者だけでなく実際に担当した自然人等をあわせて被告としたい場合も少なくないようである。

67 土田和博「不当な取引制限、支配型私的独占に対する違反金制度の在り方」ジュリスト1342号(平成19年)48頁。あるいは、2014年の損害賠償請求に関する委員会指令(Directive 2014/104/EU)成立以降は、こうした状況も

国の会社・独禁法制が会社による取締役に対する課徴金の求償を認めないとした場合に、上記のエンフォースメントが商品役務市場および資本市場の各プレーヤーに与えるインセンティブは、どのようなものであろうか⁶⁸。ここで精緻な検討を行うことはできないが、大まかに眺めて、とりあえずの仮説を立てておきたい。

まず、会社ないしその社員たる株主は、取締役が不当な取引制限に及ぼうとすれば、取締役に対する転嫁をすることなく、自ら行政上の措置、刑事罰および民事訴訟により不利益を被る危険を負うことになる。そこで、株主総会を通じて取締役の選任権を持つ株主は、利益追求の目的のために違法な手段をも辞さない取締役を選任しないインセンティブとともに、取締役に対し過度の利益追求の圧力を及ぼさないように努める強いインセンティブを持つことになるであろう。

次に、会社を経営する取締役は、不当な取引制限に及ぼうとすれば、刑事罰と民事訴訟による不利益の危険を負うことになる。ここで、刑事罰の持つ抑止効果が法人と自然人とは異なることに注意が必要である。すなわち、自然人では、刑事罰の持つスティグマによる抑止効果が、法人におけるよりも遥かに大きいのではないかということである。また、違法行為に関与した取締役は、正当な理由によるものとして、解任される（会社法339条）ことも予想され、残る任期中の報酬を失うだけでなく、企業経営者としての職業生活の危機を招くことに

変化しているのかもしれない。

68 和田・前掲（注15）85頁は、金商法上の罰金・課徴金につき、仮に罰金・課徴金を取締役等の損害賠償責任の範囲に含めないことにより、その経済的な不利益は、株主をはじめ、その他のステークホルダーで受け止めることになるが、そのようになることが明確となった場合の方が、株主その他のステークホルダーによる取締役等に対するモニタリングを促し、結果として、取締役等の主導する会社の違法行為等をより一層抑止する、といったことも考えられるのではないだろうかと指摘する。

もなろう。果たして、取締役に対する違法行為抑制のインセンティブとして、こうしたことで不十分なのであろうか。

最後に、商品役務市場における相手方である需要者ないし消費者に対しては、どのようなインセンティブを与えるであろうか。供給者が不当な取引制限に及ぶ事実上の背景には、需要者による供給者に対する価格抑制の圧力があると考えられる。カルテルが後を絶たないのは、制裁による抑止効果が弱いというよりも、原材料費上昇などの需要者への価格転嫁が難しく、カルテルへの誘因が強すぎるためではないか。そして、前述2(3)のとおり、不当利得の剝奪といいつつも、需要者による不当利得の返還請求の原資とはならない独禁法の課徴金の仕組みからすれば、需要者による価格抑制の圧力が強すぎて供給者によるカルテルを招くことになれば、課徴金につき取締役への求償を認めないエンフォースメントのもとでは、結局のところ、いずれは、少なくとも課徴金分の一部が価格に転嫁され、需要者自身がその不利益を負担せざるを得ない公算が大きくなることになろう。商品役務市場における相手方である需要者に対しては、価格抑制への圧力を弱めるインセンティブを与え、その結果、利益追求への圧力と価格抑制への圧力からなる取締役のジレンマを緩和し、その選択の余地を広げるようにも思われる。そうすると、会社の課徴金につき取締役への求償を認めないことが、むしろ一層公正かつ自由な競争を促進し、国民経済の民主的で健全な発達を促進する(独禁法1条)ことにはならないだろうか。

第5 おわりに

独禁法上の課徴金の取締役に対する求償の問題につき、公共政策に基づく私的財産権の制約と私法上の利益侵害の救済との関係や法制度の経済活動に対する影響といった視点から一定の考察を試みたものである。問題提起ないし仮説の提示にとどまった点が多く、また、

思慮の至らない点が多く残っていることも危惧される。各方面からの批判を仰ぎつつ、追々、研究を深めていきたい。

さしあたり、この問題に関する競争政策のエンフォースメントおよび取締役の対会社責任の各機能に着目した比較法的研究を行うことが考えられる⁶⁹。また、たとえば、弁護士・依頼者関係においても、独禁法上の課徴金の取締役に対する求償と同様に、受任者の責任と法令違反による制裁との関係が問題となりうるように思われる。さらに、金銭的負担以外の行政上の措置、たとえば、独禁法上の排除措置命令やいわゆる業法による営業停止などの処分のもたらす財産上の不利益について、会社法上の任務懈怠責任を通じた求償可能性についても検討課題と考えている。

以上

69 たとえば、高橋英治『ドイツ会社法概説』（有斐閣、平成24年）157頁によれば、ドイツ株式法上、過料について取締役に対する求償が可能とのことであり、その根拠如何、また、競争法上の制裁金も同様に求償可能であるのかは、興味の持たれるところである。なお、米国における反トラスト法の事例をもとに、会社の刑事罰金に対する取締役の任務懈怠責任について検討した論考として、至田圭佑「会社の刑事罰金についての取締役の民事責任：反トラスト法遵守における取締役の会社に対する義務と責任を中心に」同志社法學61巻1号（平成21年）295-350頁。

性的羞恥心序説

海老澤 侑

- I はじめに
- II 開国期の羞恥心理解
- III 判例の考える性的羞恥心
- IV 社会学で考えられる羞恥心
- V 若干の検討
- VI おわりに

I はじめに

わいせつ罪と呼ばれるものの中に、刑法174条（公然わいせつ罪）、刑法175条（わいせつ物頒布等罪）がある。これまでのところ判例は、両罪の保護法益を社会一般の性風俗・性秩序の維持と解している。しかしながら、ここでいう社会という語は、如何なるものを指すのか。結局の所、述べられた時代の、述べられた場所での社会にとどまるのが通常の理解であるかもしれない。そうすると、判例の述べた内容も、その時代背景や歴史的背景を無視することはできないはずである。また、いわゆるチャタレイ事件最高裁判決（最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁）の中で、最高裁は「性行為の非公然性は、人間性に由来するところの羞恥感情の当然の発露である。かような羞恥感情は尊重されなければならない、従つてこれを偽善として排斥することは人間性に反する。なお羞恥感情の存在が理性と相俟つて制御の困難な人間の性生活を放恣に陥らないように制限し、どのような未開社会においても存在するところの、性に関する道徳と秩序の維持に貢献しているのである」と述べているが、ここでは、歴史的変遷が考慮されず、性風俗・性秩序を維持する際には如何なる時代も性行為の非公

然性が求められ、この概念が要求される根拠として、人の「羞恥感情¹⁾」の保護が挙げられている。

他方で、チャタレイ事件最高裁判決は、言葉それ自体からは人によって意味がバラバラな「わいせつ」の定義の確定にも取り組んでいた。いわゆる、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの²⁾」がこれであるが、この要件の中にも「羞恥心」なる語が用いられている。この性的羞恥心の侵害が、わいせつの要件として課されているわけである。

このように、性風俗犯におけるわいせつ罪の認定に際し要求される羞恥心侵害であるが、判例においては、その後、悪徳の栄え事件（最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁）を最後に、殆どこの概念の説明、検討はなされておらず、学説も法益、わいせつの意義の不明確さを批判する者や、判例に追随しても、これらの意味内容について検討を深める者は少なかったように感じられる。また、多くの判例がわいせつ3要件を示しつつも、実際に一つ一つの要件について具体的な当てはめ作業をしているとは言い難い。それにも拘わらず、最高裁は、当該3要件は極めて明確であるから、もはや詳論する必要はないといった態度を取るようにになっている（最決令和5年9月26日裁判所ウェブサイトでは、当該要件の意味内容は「極めて明らか」と明言されている）。

そうした中で、近時法学分野において、刑法の処罰事由を、行為者が行

-
- 1) 「羞」とは、元は羊肉を祭壇に捧げること、食事を勧めることを意味していたが、その後「醜」の借字として用いられるようになったという(諸橋轍次(鎌田正=米山寅太郎修訂増補)『大漢和辞典(9巻)』(平成12年、大修館書店)67頁)。「羞恥」の辞書的な意味は、「恥じること、恥ずかしく思うこと」である。
 - 2) この定義自体はサンデー娯楽事件最高裁判決(最判昭和26年5月10日刑集5巻6号1026頁)にて既に登場しているが、その内実はチャタレイ事件最高裁判決で示されている。そしてこれは、現在まで判例上採用され続けている定義となっている。

う「行為」や「目的」といった要素にばかり求めるのではなく、人の「感情」に影響を与えた点に求める主張者が現れるようになってきた。その一人が、マーサ・ヌスバウム（Martha C. Nussbaum）である³⁾。彼女の見解は日本でもいくつかの論文、書籍で紹介されているところ、まさに本稿の検討対象である性的羞恥心と絡めてヌスバウムの見解も参考しつつ執筆されたものに、陶久利彦『『わいせつ』概念と嫌悪感・羞恥心』東北学院法学75号（平成26年）21頁が挙げられる。

しかしながら、これらの論攷は、確かにこれまで深く検討されることの少なかった「人の感情」の法的側面に焦点を当てたものであるが、考察の対象に、先ず人の「嫌悪感」を置いている。もちろん、嫌悪感の解明から羞恥心の理解に繋がることもあるのだが、それよりも何故羞恥心侵害を処罰根拠の一つに加えるのか、その状態は時代を問わず恒常的なものなのか、恥ずかしいこと・ものを見せられるのは、何も性表現に限らないところ、何故「性的なもの」を示されることで刑法上の処罰の可能性が生じるのかという考察も必要になるはずである。本稿は、性的羞恥心の解明に際し、一つの方法として日本人のわいせつ概念の歴史的背景とそれに基づく羞恥心の理解、そして社会学で明らかにされた諸知見を拝借しつつ、刑法解釈に当てはめていく。

羞恥心についての知見は、それこそ医学、心理学等様々な学問分野で検討対象となり得る。そのため、今回の検討は性的羞恥心を解明するにあたっての一つの視点を提示するに過ぎない。とはいえ、これまでわいせつ概念一つとっても、その定義が不明確であるという批判はなされども、その実態解明まではあまり進められてこなかったと思われる⁴⁾。不明確であれば、

3) 代表的なものとして、マーサ・ヌスバウム（河野哲也監訳）『感情と法—現代アメリカ社会の政治的リベラリズム』（平成22年、慶應義塾大学出版会）がある。

4) 例外的な人物としては、既述の学者の他では、中山研一、武田誠、曾根威彦、奥平康弘、梅崎進哉が挙げられる。

学説は、不明確であることを示す根拠を提示する必要はあろう。一方で、「極めて明らか」なのであれば、学説・判例は、その説明を積極的に実施すべきではないか。本稿は、もしかするとその一助も担っているのかもしれない。その中で今回、社会学の理論を確認する理由の一つには、社会科学の一つである社会学の知見を知ることが、同じ社会科学の一分野である法学にも活用可能であること、二つに、社会学では、一時期、羞恥心の理解・解明がなされてきたことが挙げられる。

そこで次章から、次の順序で論を進め、性的羞恥心の解明に少しばかり歩を進めていきたい。先ず、日本人の性的羞恥心の理解を紹介する。その際に、明治期前後の日本社会の状況を、外国人の残した資料も参考に紹介した後に（Ⅱ）、法律学分野における代表的な判例を紹介する（Ⅲ）。次に、社会学の分野で提示される羞恥心概念の理解について紹介しつつ（Ⅳ）、現行の法理解との当てはめをしていきたい（Ⅴ、Ⅵ）。

Ⅱ 開国期の羞恥心理解

1 社会制度の変化と道徳形成

数々の歴史的資料から、江戸末期までの日本は性に対して大らかであったことが分かっている。混浴をはじめとした公の場での裸体露出、管理売春、生殖器崇拜、性器描写を含んだ春画の流行について、人々が羞恥を感じたり、厳しい制裁が加わることは滅多になかったという。それは、当時の日本人に性的羞恥心が欠如していたことを意味するのではなく、当該時代の羞恥心の規範といえるものが、現代のものとは異なっていたことを示しているにすぎない。

こうした公然の裸体露出、春画の頒布等に対し、徐々に禁止、制裁が科されるようになるのは、江戸時代の末期の中でも開国期にあたる時代である。それも、日本人が主体的に行ったというよりも、先ずは外国人からの進言によりなされるようになったわけである⁵⁾。その後、「明治政府は混浴のみならず、猥褻物の露出や街頭での裸体についても厳しく取り締ま

る⁶⁾」ようになっていくところ、白田秀彰も、「現在まで続く猥褻物を取り締まる規定の本来の目的は、外国人たちの視線から、伝統的な日本の文化を隠蔽することにあった」と論じている⁷⁾。

また、明治政府は、儒教の教えも活用していた。まさに、「裸体を見せるとか、性に対して比較のおおらかで、タブーの少なかった日本が、世界の大国入りする目的、西欧の先進資本主義国の仲間入りをするために富国強兵策をとり、それを支える精神的バックボーンの形成に、儒教的倫理観を国民の上層から下層まで浸透・普及させ⁸⁾」たわけである。

まさに、外国人の目と明治政府の努力により、これまでは許されていた公衆の面前での裸体が恥ずかしく、不道徳であるという規範が日本人の中に形成され、性的な裸に関連するものは内部にて隠密になすべきものとする常識が形成される。ここまでで注目すべきは、日本人一人一人の意識形成から道徳とされるものが生まれたのではなく、外国人の目と明治政府の規制活動から道徳らしきものが形成されたことである⁹⁾。

- 5) 詳細は、例えば中野明『裸はいつから恥ずかしくなったか——日本人の羞恥心』（平成22年、新潮社）を参照。遅くとも、イギリス公使館員アルジャーノン・バートラム・ミットフォードが、江戸幕府の高官に男女混浴の禁止を進言し、その後開港されていた横浜で男女混浴の禁止に至ったと回想していたことが記録に残っている（同105、139頁）。また、小松左京「性」伊東俊太郎ほか編『講座・比較文化 第四巻 日本人の生活』（昭和51年、研究社出版）239頁、白田秀彰『性表現規制の文化史』（平成29年、亜紀書房）197頁、内藤葉子「性と権力：帝政期ドイツにおける性の〈世俗化〉を背景に」人文研ブックレット72号（令和3年）107頁も参照。
- 6) 中野明・前掲注5）146頁。
- 7) 白田秀彰・前掲注5）196頁。加えて、明治初期の欧州社会は、性道徳に特に厳しかった時代であった（同195頁）。日本が開国した後、近代化を目指す当時の日本人が「先進的」と評価したのは、こうした保守的な文化である。この点を無視すると、その時代の文化を下にした法律を現在も使い続けていくことになる。
- 8) 石川弘義＝野口武徳『性』（昭和49年、弘文堂）95頁。
- 9) 筆者は、春画の無闇矢鱈な頒布や、公の場での裸体露出それ自体を奨励・

2 日本人の羞恥心の変化

それでは、江戸期までの日本人は、何に対して性的な羞恥を感じていたのか。この点、小松左京は、「日本文化における『性』も、こういった『自然・人・神』の混在状況の中にふくまれると考えていだろう。——日本文化における『性』の中には、『原罪』の観念がふくまれていない。キリスト教の基層においては、『性』は、樂園追放伝説の中に見られるように、『羞恥=分娩の苦痛』といった形で、とりわけ女性の犯した『原罪』のシンボルが色こく影をおとしている¹⁰⁾」と評価しており、こと性に関しては、日本人には罪の意識、羞恥心は見られなかったのではないかと推測されている。また、中野明は、当時の外国人の日記等を調査した上で、一つの仮説を導き出している。すなわち、「当時の日本人は、裸体を公然と露出していても、貞操が危うくなることはなかった。要は裸体とセックスとの結び付きが極めて緩やかだったのである」。「当時の日本人は裸体をあたかも『顔』の延長、『顔』と同等のものとして考えていたのではないかと指摘する¹¹⁾。

もっとも、顔の延長線上にあるからといって、裸体露出が如何なる場でも認められるわけではなく、時と場合によって対応が分かれていたという。すなわち、裸体のみであれば日常の風景で見られるものであったとしても、そこに何らかの「演出」がなされると、性風俗の視点が発生するとされていた¹²⁾。ここで確認すべきは、江戸末期までの日本人は、時と状況を許せ

勸奨するわけではない。ここで考えるべきは、道徳とされるものは、所与の前提として存在するわけではなく、時代によって容易に変わり得るものであり、そして時には、政府等の指示・命令によって、半ば強制的に変化されることがあるという歴史的事実である。結果として、人の内心の変化により風俗、道徳の変化が見られたとしても、それは、社会的制度の変更によって招来することもあるのである。

10) 小松左京・前掲注5) 257頁。

11) 中野明・前掲注5) 104、105頁。

12) 中野明・前掲注5) 112頁。まさに春画は、単なる性器露出だけでなく、

ば、公然の裸体露出を問題視していなかったということである。まさに、人が恥ずかしいと感じるのは、裸体（表現）に接した場合ではなく、裸体（表現）に性的とされる演出が付加されたものに接した場合だけであった。なお、ここでいう演出は、露骨な内容に限定されたものを指していたようである¹³⁾。

その後、明治政府の努力により、裸自体が羞恥を感じさせるものであり、またわいせつという規範が形成されるようになる¹⁴⁾。だが、欧米列強の文化は、裸に対するもう一つの価値観も日本に取り入れることとなった。それは、芸術の中の裸体表現であり、芸術作品と見られれば裸体表現は許容されることになっていた文化である。

こうした一見すると相反する文化の流入により、我が国では、人前で裸になったり、裸体表現を頒布等することが一旦規制対象とされたのに対し、同種の西洋的表現物の場合も同列に扱うべきなのかという問題状況が生じることとなった¹⁵⁾。いわゆる「芸術かわいせつか」という論争である。と

過剰な演出（性器のデフォルメ、他の生物の登場）があってはじめて、性的表現の価値を有していたといえる。しかしながら、江戸期に春画を常に広く取り締まることは殆どなかったとされている。

- 13) いわゆる好色本の取締については、かなり緩やかであったとされている（中山研一「わいせつ罪の基礎知識」『わいせつ罪の可罰性』（平成6年、成文堂）1頁）。
- 14) 一例として、各地方で制定された違式誹違条例（東京府は明治5年施行）が挙げられる。違式誹違条例について近時検討されたものとして、福山道義「違式誹違条例から違警罪を経て警察犯処罰令に至る経緯」福岡大学法学論叢（令和3年）811頁がある。
- 15) 明治22年、『国民之友』に掲載された小説「蝴蝶」に、胸部をあらわにした女性の挿絵が掲載されていたところ、この挿絵の掲載について議論が勃発した（中野明・前掲注6）175頁、北澤憲昭『増補改訂 境界の美術史——「美術」形成史ノート』（令和5年、筑摩書房）136頁）。また、明治28年に第4回国勧業博覧会に出品された黒田清輝の絵画「朝妝」は、西洋絵画風の裸体画であったが、こちらも公開すべきかについて議論があった（中野明前掲注5）179頁、北澤憲昭・前掲注15）136頁）。

はいえ、明治以降は、現在に至るまで自らの身体を公然と他人に見せることは、一部の場を除き道徳的に禁じられるようになったといえる。

まさに明治時代以降の人々は、「裸」自体に（程度の差はあれど）羞恥を感じるよう教育されてきたわけである¹⁶⁾。この教育の成果は、その後、「芸術上の」裸体はわいせつにあたらぬという一つの結論に至ることとなるが、これは見方を変えれば、基本的に裸体（表現）は（法）規制の対象になることを国民に理解させたといえる。

その後、裸体（表現）を人前に提示することに対して、現在まで厳しい目が向けられ続けている。この流れは、昭和20年に終戦を迎えた後も、大枠としては維持されているといえよう。そしてその後、最高裁判所をはじめとしたいくつかの裁判所が裸体（表現）をはじめとした性表現と羞恥の関係を考察する（裁）判例も登場することになる。

判例の解釈はその後の裁判所を一定程度拘束するものとなる以上、その意味、理解を確認する必要がある。次章では、性的羞恥心を扱った代表的な判例を参照し、解釈論上の羞恥心侵害の理解を辿っていきたい。

Ⅲ 判例の考える性的羞恥心

本章では、裁判所にて「性的羞恥心」について検討された2つの事件を紹介する¹⁷⁾。それは、上で紹介したチャタレイ事件と悪徳の栄え事件である。両事件はともに最高裁の大法廷まで争われ、一審判決から性的羞恥心の理解について検討がなされている（ただし、悪徳の栄え事件最高裁判決では、性的羞恥心についての具体的な検討は確認できない）。以下では、2つの事件で性的羞恥心に関する部分を取り出し、その意味するものを確

16) 他にも、明治30年代の時点で、女性が海水浴場にて裸でいるのは恥ずかしいことだという意識が確認できる(平塚らいてう『元始、女性は太陽であった——平塚らいてう自伝(上巻)』(昭和46年、大月書店)111頁)。

17) その他の判例理解については、拙稿「性的羞恥心の判例分析」Kyorin University journal 41号(令和6年3月刊行予定)を参照。

認していく。

1 チャタレイ事件

出版社の社長がイギリスの小説家デーヴィッド・ハーバート・リチャーズ・ローレンス（David Herbert Richards Lawrence）作の『チャタレイ夫人の恋人』の翻訳を日本の小説家に求めた後、出版された書籍を販売したものである。この出版社社長と小説家が、刑法旧175条のわいせつ物販売罪で起訴された。

東京地裁（東京地判昭和27年1月18日高刑集5巻13号2566頁）は先ず、人間の性欲を抑制させる調節手段に理性を挙げた上で、その理性に基づきつつ、その後の社会の形成にともない、道徳的規範が形成されたことを明らかにする。この規範を乱すものにわいせつがあるところ、これは、性欲を刺激興奮させるものの中で、人々の嫌悪感・羞恥感を生じさせるものであり、これ自体に規制の目が向けられるわけである。羞恥心は、人間の理性を混乱させるものを発見する際の一つの指標として理解されていたと思われ、その中でも性的羞恥心侵害は、性表現の中でも「性欲を刺激興奮させる」ものからピックアップされると理解されていた。

続く二審（東京高判昭和27年12月10日高刑集5巻13号2524頁）では、「人間の羞恥心又は羞恥感と嫌悪感人間の精神機能中感情的又は感覚的機能によつて、外界から受ける刺戟又はこれと結合した身体的変化等の誘因に対して発生するもので、社会生活上人間に自然に存するに至るものであり、性的羞恥心又は性的嫌悪感性的な事柄に対する部面を抽出して考察したものであると解し得る」と述べるかたちで、一審判決の見解を是認する。また、羞恥心は、人間に生まれもった固有の感情ではなく、心身の発達により形成されるものであることも述べられている。加えて、性的羞恥心侵害の判断基準は、わいせつ物を閲覧した当人ではなく、「羞恥嫌悪の感情を抱く者は一般社会人」とすべきことも明らかにしている。

一方の最高裁大法廷は、以上の理解とは少々異なる立場にいるように思

われる。「羞恥感情の存在は性欲について顕著である。性欲はそれ自体として悪ではなく、種族の保存すなわち家族および人類社会の存続発展のために人間が備えている本能である。しかしそれは人間が他の動物と共通にもっているところの、人間の自然的面である。従って人間の中に存する精神的面即ち人間の品位がこれに対し反撥を感じず。これすなわち羞恥感情である」。そして、人間と動物を区別するものとして、「性行為非公然性の原則」を提示した（最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁）。

一審、二審は、性的羞恥心の侵害は人間理性の側面を乱すものと理解していたところ、最高裁は、動物と人間を区別する一つの基準としてもこれを挙げている。そして、人間がこの羞恥心を感じなくなってしまうと「非一人間的な存在に変化してしまうため、わいせつなものを隠すこと（性行為非公然性）が要求されると理解しているように思われる。

2 悪徳の栄え事件

チャタレイ事件最高裁判決が出されてから2年後の昭和34年、フランスの小説家マルキ・ド・サド (Marquis de Sade) の小説『悪徳の栄え』の訳書を販売及び販売目的の所持をしたことを理由に、翻訳を担当した小説家と出版社社長が刑法旧175条でもって起訴された。事件は先ず昭和37年に、東京地裁で判決が下される。

一審（東京地判昭和37年10月16日下刑集4巻9=10号934頁）は、チャタレイ事件最高裁判決を引用しつつ、羞恥心理解の具体化を目指している。すなわち、わいせつの定義にいう『性的羞恥心を害すること』および第三の『善良な性的道義観念に反すること』については、普通人の正常なそれを基準として判断すべきことは判文上明白である。「性的描写が一般読者に与える性的刺戟や羞恥心の如きも、読者の年令、性別、教養、経験、生活環境の差異によつて、一律に決し難いところであるが、一般社会において、普通人の全部ないし大部分が、ほぼ同様の程度に受け取る性的刺戟および羞恥心の存することも否定できないところであるから、ある作品が

徒らに性欲を興奮刺戟するものであるかどうかは、かような普通人のそれを基準として判断すべきものとする。「刑法第一七五条が、直接保護しようとする法益は、性に関する社会秩序、性道徳の基盤を形成している普通人の正常な性的羞恥心およびその善良な性的道義観念にある」。

判文から、羞恥を感じる普通人の基準や、法益を普通人の性的羞恥心と善良な性的道義観念に求めていることが分かる。「普通人」という語は、本テーマに限らず議論を生じさせる言葉といえるが、ここでの内容は、直前に「一般社会において」という言葉があることから、日本に住む人々全体と評価することができる一方で、他の箇所では「一般読者」という言葉を用いていることから、想定された読者一般を指す可能性も存する¹⁸⁾。また、後者の法益理解については、これまでの法益理解とは異なるものと思われる。すなわち、これまでの判例は、人々の性道徳・性秩序自体を保護法益としていたのに対し、一番は、性道徳形成にあたり必要となる性的羞恥心と性的道義観念に法益を求めているわけである。もちろん、一審判決の見解も、最終的に性道徳・性秩序の維持に繋がるとはいえるかもしれないが、他方で、性欲を喚起させるもの自体は処罰根拠とはなり得ないことを明示したともいえる¹⁹⁾。

続く二審（東京高判昭和38年11月21日高刑集16巻8号573頁）では、性的羞恥心の解釈の中でも、特に普通人の基準について述べられている。一定の制限された環境でわいせつ物が読まれていた場合には、「その読者層におけるいわゆる平均人を、読書環境が一定している場合には、その環境における普通人を基準とすべきものとする」という、羞恥心の相対化を考慮要素としていた（なお、本事案の訳書は書店にて広く販売されていた

18) 井田良「過失犯における『注意義務の標準』をめぐって」『変革の時代における理論刑法学』（平成19年、慶應義塾大学出版会）184頁も参照。

19) 単なるヌード写真・映像、裸体画といったものは、自動的に処罰範囲から外されることになろう。

ことから、こうした考慮は、犯罪成立の方向へ働いている)²⁰⁾。一審判決の述べた普通人概念を詳論したものと評価できる。

しかしながら、いずれの裁判所も羞恥心侵害をわいせつ罪の処罰根拠とするのが自明の理だと解しているところ、その根拠にはチャタレイ事件最高裁判決を提示するのみである。以後の裁判所の(裁)判例においても、要求される根拠を示す具体的な見解は確認できていない。

以上、2つの事件における羞恥心に関する裁判所の考えを紹介したが、それぞれの(裁)判例では、先ず羞恥心の立ち位置について、理解の差異が見られていた。すなわち、チャタレイ事件一審判決では、性欲を刺戟興奮させるものの中に嫌悪感、羞恥心を害するものがあるという理解を示し、この限られた対象に規制のメスを入れるとされていた。一方で、最高裁は、性欲を刺戟興奮させるものは動物的なものであるところ(もちろん、これは人間にも該当する)、この動物と人間を区別するものとして羞恥心概念を提示し、これを人間だけが持つ精神的なものと理解していた。その上で、過度に性欲を刺戟興奮させるものが公に現れることにより、人間の羞恥心が害される点に、わいせつ物規制の意味があると理解していたようである。性的羞恥心を害するものは、なにも性欲を刺戟興奮させるものとは限らないことも示しているのかもしれない(もちろん、わいせつ性の認定には、性欲の刺戟興奮も要件となっているが)。そして、人間社会においては人前に羞恥心を乱すものは置いてはならないとして、性行為非公然性の原則が提唱されたわけである。

その後は、羞恥心の実体解明よりも、羞恥心侵害を感じさせる「普通人」の解明に向き合うこととなる。「規範的に捉えられた、ある『べき』普通人」が設定されているところ、ここでいう普通人とは、一先ず多数人を意味し、そこから規範的意味を帯びた正常人が想定されているかもしれない

20) 拙稿・前掲注17)。

い²¹⁾。だが、悪徳の栄え事件二審判決では、問題となる性表現物を閲覧する環境によって普通人の理解が変動されるという「相対的普通人」とでも呼ぶべき概念を提唱していた。これは、見たい者のみが見た場合は彼らが基準となり（恐らく、性風俗・羞恥心侵害は生じない）、嗜好の違いに関係なく様々な人々が見た場合は、その場にいる人々の平均が基準とされることとなる（恐らく、性風俗・羞恥心侵害が生じる）。

以上が主要な判例から抽出された羞恥心の理解である。もちろん、判例の理解であって、それ自体が具体的かつ妥当な解決策を提示しているとはいえない。しかしながら、こうした批判は、その明確化の作業を行った上ですべきものであるという考えも否定できないであろう。そもそも動物に羞恥心はないのかも疑問であるが、裁判所が性的なもの、転じてわいせつなものは公にしてはならないことを訴えているのは理解できる。判例の考えを肉付けるにせよ、批判するにせよ、学問上の羞恥の理解も確認する必要がある。そこで次章では、社会学で論じられた見解を紹介していきたい。

IV 社会学で考えられる羞恥心

社会学における羞恥心に関する学術研究は、遅くとも20世紀前半から進められてきた。本章では、はじめに日本人の羞恥心に光を当てた、アメリカの文化人類学者ルース・ベネディクト（Ruth Benedict）の見解に目を向けたい。何故なら、ベネディクトの述べる羞恥心の理解には、現在いくつかの批判がなされているものの、そういった批判から議論の進展がなされたことより、簡単ながら紹介する必要があるからである。そして、ベネディクトへの批判を通じて展開された日本の学者たちの見解を参照した上で、これまでの日本社会で取られた、そして上記判例で取られた性的羞恥心の理解に繋げていく。

21) 上述の陶久利彦『『わいせつ』概念と嫌悪感・羞恥心』東北学院法学75号（平成26年）24頁を参照。

1 ルース・ベネディクト『菊と刀』²²⁾

ベネディクトは、人類学の分野においては文化を2種類に区別できると主張する。いわゆる「罪を強力な支えとしている文化」と「恥を強力な支えとしている文化」である。そして前者は、アメリカに見られる文化であり、罪の意識は個人個人の内面に存在する。そのため、恥ずかしい気持ちを持ったとしても、他者にそれを認識されない限りは、当該個人は心を悩ますことはないという。

一方で、後者の文化が日本のものである。ベネディクトは、恥を次のように定義付けている。「恥は周囲の人々の批判に対する反応である。人前で嘲笑されたり拒絶されたりするか、そうでなければ、嘲笑されたと思いつ込むことが恥の原因となる²³⁾」。ベネディクトいわく、日本では恥が最高の地位を占めているという。この恥というものは、人間それぞれに内在しているものではなく、他者からの批評を受けることによって形成されるものとする。そうすると、赤ん坊や幼児に羞恥心が見られないのは、他者からの嘲笑の経験が無いからだと理解されることになる。恥は、人間の成長発達に従って形成されるものなのである。

こうしたベネディクトの見解は、日本人研究者から、現状を正確に捉えていないとの批判を受けることになる。次節で、その日本人研究者による批判と、それによる議論の展開を紹介していく。

2 作田啓一「恥の文化再考」²⁴⁾

作田は、ベネディクトが論じた恥というのは、公開の場で嘲けられたり、拒否されたりした際等に生じるもののみを指しているものであり、日本人の

22) 以下の内容は、ベネディクト(角田安正訳)『菊と刀』(平成20年、光文社)353頁以下による。

23) ベネディクト・前掲注22)354頁。

24) 作田啓一「恥の文化再考」『恥の文化再考』(昭和42年、筑摩書房)9頁以下。

恥全体を示していないと主張する。さらに「罪」と「恥」という二項対立を用いて説明しているも、日本人には、時に一つの出来事に対し「罪と恥」両者ともに強く感じることもあると批判する。

確かに、「ベネディクトが強調したのは、世間を母胎とする一定の優劣基準に照らしてわれわれが劣等であると信じている自我の一部が、白日のもとに露呈される状況であった²⁵⁾」。つまり、恥というのは、他者との関係で、優劣が起きた際に生まれる感情だと理解できる。そして、ここでの他者というのは、第一に本人が所属する集団（周囲の人々、地域社会）を指すところ、作田は、人間の恥というのは所属集団に対して生じる感情だけでなく、その集団を超えたもっと広い集団（例えば、人類一般）に対しても、優劣関係が生じることがあるという。

作田は、ベネディクトが論じた恥を「公恥」と呼び、それとは異なるより広い集団に対して生じる恥を「私恥」と呼んだ。その上で、いずれの恥を考えるにせよ、人が「普遍者として取扱われるはずの状況のもとで、個体として注視されたり、個体として取扱われるはずの状況のもとで、普遍者として注視を受ける時」に、つまり「普遍化と個体化という二つの志向が、自己と他者とのあいだでくい違う時」に生じる感情を、羞恥と理解した²⁶⁾。

この作田の見解は、人間が恥を感じる際には、（広狭あれども）常に他者の存在を前提としていなければならないことを指し示してくれる。その

25) 作田啓一・前掲注24) 11頁。また、濱口恵俊「東洋と西洋の人間観——『間人』と『個人』『日本らしさ』の再発見』（昭和52年、日本経済新聞社）90頁も参照。

26) 作田啓一・前掲注24) 11頁。他方で作田は、自身が優位者に立った際に感じる恥じらい（「照れる」とも表現される）のことも「羞恥」にあたりと理解しているようであるが、本稿では一先ず、劣位者に立った場合に生じる感情のみを「羞恥」と呼びたい。だが、わいせつ表現を通じて他者より優位に感じる羞恥というものがあるかもしれない。この問題は、一つの課題としておきたい。

上で、いずれの他者の視線を採用するかによって、恥の性質が異なることも示しているわけである。

例えば、人間社会一般では恥とされているものであっても（作田のいう「私恥」）、所属している集団内では恥（公恥）とされていない場合も十分あり得る。とりわけ、性風俗産業の場面でこうした羞恥心が、つまり当該場面に立っている人々の羞恥心と、人間社会の一般人・普通人の羞恥心が別々に生ずるのも、以上の理由から説明可能である。

こうした作田の見解を理論的に発展させたのが、井上忠司である。恥の分類から、どういった場面で人間に恥が生じるのかの解明を行っている。

3 井上忠司「『はじ』の社会心理」²⁷⁾

井上は、先ず他者との優劣関係が形成される要因として、「まなざし」に目を向けた。

「『はじ』の意識が生じるための必要条件は、『見られている』という意識が存することであった。これはいうなれば、『はじ』は他者の〈まなざし〉にとらわれることを意味している。それはなにも、他者の〈まなざし〉が直接に自己にむけられるときばかりにかぎらない。そこにはじっさいに存在しない他者の〈まなざし〉を、あたかもあるかのごとくに臆測するばあいのような、間接に自己にむけられるときもふくまれる。さらには、自分が自己を、あたかも他者の〈まなざし〉で見つめられるかのごとくに見つめるときさえ、ありうるのである²⁸⁾」。

このまなざしには、第一に他者のものが必要となる。そして、この他者から見られている意識が生じた際に、典型的な恥が生まれ、これを井上は、

27) 井上忠司「『はじ』の社会心理」『世間体』の構造——社会心理史への試み』（昭和52年、日本放送出版協会）106頁。

28) 井上忠司・前掲注27) 142頁。

「公恥」と定義付ける²⁹⁾。一方で、まなざしというのは、何も他者からとは限らないことを指摘した。すなわち、本人の中で、「かくありたい」自己像と「である」自己像との間にギャップが生じた際に感じる恥である。井上はこれを、作田とは異なる意味で「私恥」と名付けた³⁰⁾。この私恥を有するためには、本人が理想的な自己像を形成する必要がある、そのために自我の発達、分化が必要となる。そのため、乳幼児等には持たれていない感情とみている。ベネディクトも、人間が恥を感じるようになるには、一定の身体的・精神的成長を必要としていたが、井上のいう「私恥」に限定されたものではなかった。その意味で、恥の内実理解を先に進めたものといえるであろう。

そして井上は、作田の述べた定義付けを発展させる形で羞恥概念を次のように紹介する。すなわち、「主体の内的側面からみるならば、少なくともかれにとって、『劣位者』として認知されようはずのない状況であるにもかかわらず、生じるところの『はじ』である、といわなければならない。したがって、『はじらう』とか『てれる』などの表現で示される——たとえば、『はずかしい』という表現がつかわれていても、それらに近い意味で使用されている——現象は、前述の『公恥』や『私恥』とは、構造上、本質的に異なるのである。私は、この種の『はじ』を、作田氏にならって、『羞恥』とよぶことにする³¹⁾」。

我々は社会の中で、ある程度共通のイメージ、理解を有している。その中で、自身が属する集団と別の志向を求める際に、本人には所属集団の「まなざし」と本人の「まなざし」にズレが生じるのを感じる。羞恥は、このズレを所属集団に見られたように感じる際に生じるものと理解できるのかもしれない。つまり、「他者の一種特別の注視が、直接、間接に介入

29) 井上忠司・前掲注27) 131頁。作田の定義と同旨のものである。

30) 井上忠司・前掲注27) 132頁。

31) 井上忠司・前掲注27) 134頁。

することによって、そのバランスが突如としてくずれたとき、私たちは『はじらう』のである³²⁾」。

それでは、このバランスの崩壊は、如何なる場合に発生するのか。これについては、濱口恵俊が提示したものが参考となるように思われる。濱口は、日本人には恥と罪とが両立することがあるのを明らかにした上で、恥の条件を二つ提示する。一つ目に「占有される地位がどのようなものであるかを皆が知っているということ（地位の確認）」である。そして二つ目は、「社会的に確認された地位にふさわしからぬ行為や状況が、皆の前に露呈されるということである³³⁾」。

4 菅原健介『下着の社会心理学』

次に、「性的」な羞恥心について考えてみたい。菅原健介は、日本人に西洋人と同様の羞恥感情が生まれた背景に、下着の導入があると推論している。「身体への羞恥は衣服で覆うことによって生じると考えられる。恥ずかしいから衣服を着たのではなく、衣服を着たから恥ずかしいのだ。つまり、恥ずかしいのは『裸体』ではなく、『脱衣』ということになる。極端に言えば、人間の生身の身体にそもそも性的刺激性はないのかもしれない。ところが、身体を布で覆い隠したことで、その意味が変化する。人前で着ている衣服をわざわざ脱ぐことが、性的な行為の準備を意味することになる。それが、周囲の他者の警戒心や非難を呼び起こす。だから、通常、私たちはむやみに外で衣服を脱いだりしない³⁴⁾」。身体を衣服で覆う理由は、当初は身体の防御等だったのかもしれない。そこに、羞恥の観念が入り込むことはなかったのであろう。

また、菅原は、「人々は自分の身体露出が他者を性的に刺激したり、性

32) 井上忠司・前掲注27) 135頁。

33) 濱口恵俊・前掲注25) 92頁。

34) 菅原健介『下着の社会心理学』（平成22年、朝日新聞出版社）117頁。

的意図があると誤解されたりしない環境が担保されて、初めて衣服を脱ぐことができる。[改行] このことは、周囲の他者の視線のあり方が、脱衣場面での恥ずかしさに圧倒的に重要な意味を持つことから確かめられる³⁵⁾と述べているところ、ここでも他者のまなざしが重要な要素として機能していることが分かる。

濱口の提示した条件に則れば、①公の場では下着・衣服を着ることが皆共通の理解になり、②公の場で脱衣することが相応しくない中で、実行に移すことが、バランスの崩壊、性的羞恥心の侵害に繋がるのである。

ここまでの内容を下に、次章で性風俗の中のわいせつ罪にて要求されている性的羞恥心侵害を少しばかり考えてみたい。

V 若干の検討

1 羞恥心の保護

先ず以て判例は、何故性的羞恥心を保護する立場を取ったのか。チャタレイ事件最高裁判決では、人間社会には「性行為非公然性の原則」があり、これが崩壊すると人間と動物を区別する分水嶺が崩壊すると判断した。すなわち、人々の性生活が奔放になり、最低限の道德秩序が維持できなくなるというのである。これは一見すると理に適ったような考えに思える。もっとも、ここでいう「性行為」とは一体何を指すのかを考えるべきところ、歴史の箇所で見えてきたように、江戸時代の開国期前までは、人々は単なる裸体（表現）に「性」のニュアンスを持っていなかったのかもしれない。それが、西欧の文化等の流入、明治政府の規制活動で、徐々に裸体自体にまで羞恥の感情を、転じて性風俗・性道德の形成を見い出すようになったわけである。

判例も、こうした時代背景を汲んでいるはずである。だが、チャタレイ事件最高裁判決の羞恥心理理解を採用すると、性的羞恥心を侵害するわいせ

35) 菅原健介・前掲注34) 118頁。

つなものは、非公然とするのみならず、単純所持含め全て排除させる必要に迫られないだろうか。人間理性の崩壊にせよ、動物的性格を招来させるにせよ、そのような危険が認められるのであれば、全て没収の対象とすべきところ、判例の立場においてもそこまでの対応は求められていない。芸術としての裸との区別に苦慮し続けていることも理由の一つかもしれないが、ここではむしろ、理性の問題や性風俗・道徳の問題ではなく、作田や井上が述べたように、当人と社会規範や一般社会との感覚の不一致、すれ違いにも目を向けるべきではないだろうか。つまり、羞恥心の侵害というのは、本来であれば感じるはずの社会規範、一般社会・人類一般の感覚との「不一致」が、わいせつなものを見せられることで、その感覚の不一致に気付かなくなる、麻痺してしまうことに求められるべきではないか³⁶⁾。このように解すれば、一人一人の恥じらいの観点は尊重しつつ、社会規範や一般社会との感覚にも目を向けることができると思われる。加えて、わいせつというのは、問題となる客体が存在するだけでは成立せず、見た者に何かしらの「動作」があってはじめて認められるものといえるかもしれない。

また、井上は恥の類型分けをした上で、「まなざし」の視点を強調してくれた。この自己と社会等の他者とのバランスの崩壊（ズレ、くいちがい）自体は、日常生活の中で頻繁に見られるものかもしれない。だが、このバランスを示すもの、つまり所属集団の「まなざし」と本人の「まなざし」というのは一体何を指すのかが、本人に予め理解されていなければならない。仮にこの理解を阻害するものに遭遇した際には、自身の羞恥心が侵害されたと感じることになろうし、侵害されたことに気付かずにいた場合には、本人の「まなざし」が変化したことを表すことになる。とはいえ、ズ

36) しかしながら、個人の所属集団と準拠集団・人類一般の間には、しばしば認知のズレがある。これを否定的、処罰を基礎付けるものと解するにも、何か説得力のある根拠が必要になる。

レを認めたとして、何故そのズレが処罰根拠の一つに至るのか、明らかでない。

2 羞恥心の侵害？

裁判所は性的羞恥心の侵害を規制根拠に入れる。しかし、その「侵害」は、性風俗の乱れといった言葉を用いるも、現状認定させることができない。そのため、性風俗が乱れるかもしれないものを、あくまで公にしないことのみを目的にしようとする。それでは、羞恥心の低下（あるいは悪化）とはどのように判定すればよいのか。思うに、羞恥心の低下とは、回避できたことを回避しない・できない状態に至っている者を見つけ出し、その後改善更生させるための概念とみることもできないだろうか³⁷⁾。そこには、井上のいう「他人のまなざし」が活用できるように思われる。

次に、羞恥を感じる者それ自体を考えたい。ベネディクトや井上も述べたように、羞恥というのは人間に生まれもって備わった機能ではなく、人格の形成過程の中で成長してできるものである。この点は判例も同様に考えており、それ故に羞恥心の形成を阻害するものの排除に注力する。ここで判例は、羞恥心侵害を受けたと評価する者の基準を、具体的な被害者ではなく「一般の普通人」としている。悪徳の栄え事件二審判決では、想定される読者一般の普通人という絞りまで行っている。そして、この理解は、井上及び作田が提示した「公恥」に起因する羞恥心を下に行っているのかもしれないが、上述の通り公恥による羞恥心は、所属する集団内によってはその侵害を感じない場合もあり得る。むしろ判例は、作田が提示したところの「私恥（人類一般的なもの）」とのすれ違いから生じるものを、羞恥と考えているのかもしれない³⁸⁾。すると、議論は、作田のいう私恥の「内

37) 菊池久一『〈恥ずかしさ〉のゆくえ』（平成23年、みすず書房）48頁も参照。

38) 判例を批判する見解は、被害者個人と社会集団とのすれ違いを中心に考え

容」を立証する作業に移るのかもしれない。

3 「性的」羞恥心の保護

菅原は女性用下着を例に、性的羞恥心が日本人の中に生まれていった過程を示したところ、こうした過程についての一般化を示す者として、刑法学者の梅崎進哉を挙げておきたい。梅崎は、「羞恥心はランダムな性信号との接触による性信号に対する免疫化を回避して、人間の性的能力の維持を保証する」。まさに、「『羞恥心』は、……性信号を回避する方向に機能し、それにより性的快楽を高めるものとして」機能するのであると主張する³⁹⁾。これらの見解に従うと、性風俗犯罪にも、本来であれば公の場での実際の他者のまなざし（視線）が認められる場合に限り、羞恥心の侵害を検討すべきものと思われる。それ以外の場面では、侵害を検討することは困難ではなかろうか。そのように解すると、井上の提示する「他者」のまなざしが存在しない私恥は、刑法上の羞恥に用い得ないことになるはずである⁴⁰⁾。

ちなみに、もし公恥にあたる行為を行為者がした際に、当人の空間に新しい区分けができていくことに気付く必要がある。すなわち、「法律が色欲のみを極めて厳格に罰したので、個人的道徳という領域へのこの法律の侵入に対して……反動が現れ始め⁴¹⁾」るわけである。そうすると、性的羞

ていたのかもしれない。とはいえ、これを採用するにあたっては、まずは判例の考える視点を批判する必要がある。

- 39) 梅崎進哉「性風俗の刑事規制と社会法益の構造」久留米法学14号（平成4年）47頁。
- 40) 「恥じらいとは、特に〈魅力的な〉身体部分を公衆の視線にさらさず……、私物化するものなのである」（ハンス・ペーター・デュル（Hans Peter Duerr）『秘めごとの文化史』（平成6年、法政大学出版局）254頁）。なお、インターネット等で中継する場合は、その閲覧に「制限」が無かったことが前提となる。
- 41) ジャン＝クロード・ポローニュ（大矢タカヤス訳）『羞恥の歴史』（平成6

恥心は、見るつもりがなかったものを見てしまった時の「見た者の」いたたまれなさという感情と説明できることになる。つまり、「『性的感情の侵害』は『猥褻物に接した瞬間の感情』よりはむしろ『見てしまった後の後味の悪さ』を指している⁴²⁾」といえる。仮に、国家に市民の性的羞恥心を保護する義務が存するのであれば、国家がなすべきことは、徒に、隠されているわいせつなものを見つけ出すことではなく、わいせつなものを市民の面前に不用意に出現させないよう監視することである。これ自体は、被害者の訴えにより捜査が始まる可能性も存しており、場合によっては非公然な場でなされた事案にも適用される恐れは存する。だが他方で、多数の希望者、少数の不特定希望者が揃っている場で、不用意な捜査が開始されることを防ぐ手立てにはなるだろう。

VI おわりに

最後に、今後の課題を提示したい。

性風俗犯の法益は何か。そもそもそれは実体として存在するのか。多くの法学者が検討を重ね、その具体化を目指してきた。代表的なものとして、「性表現を見たくない者の見ないでいる自由」、「青少年の健全育成」が挙げられよう。ここからは、性的羞恥心の内容よりも、見せたことによりどういった被害が想定されるのかが問題提起される。だが、この法益理解については、最高裁は、現行の条文からは直接は導かれずとして、否定的な態度をとり続けている⁴³⁾。

年、筑摩書房）394頁上段。

42) 梅崎進哉・前掲注39) 39頁。

43) 団藤重光元最高裁判事は、法益の一部に含まれること自体は認めていた（同『実践の法理と法理の実践』（昭和61年、創文社）362頁）。筆者も、見たくない人の、その「見たくない」ものの基準には人により大きく差異があり、青少年保護は性風俗保護と結果として何が異なるのか等、法益とする根拠に疑念を有している。

作田の提示した「私恥」を採用すると、結局のところ一般普遍的な性の内容が予め提示されるべきことになる。だが、「『性の管理』を『権力』という観点から見た場合、管理制度には、国家権力によって維持される側面とともに、科学者集団による科学的知と技術による権力が関与するという側面も見落としてはならない⁴⁴⁾」。国家規制が要求される程度の「性の内容」が何かが問題となる。

これまで、わいせつ規制の主眼は、その内容を見た者に好色的興味に訴えるものか、という点に求められていたと思われる。それが認められれば、たとえその客体が社会的に評価を受けたものであっても、他人の手に渡れば「わいせつ」なものとして、規制の対象とされてきた。しかし、現在まで市民の道徳感情を害するものだと多くの人々に認められたものは存在するのだろうか。寡聞にして、わいせつなものによってこれまで侵害されたという話を聞いたことがない。ここでは、規制を求める者（機関）は何を恐れているのか、明治期の外国人の目を恐れているのか、改めて考える必要がある⁴⁵⁾。

本稿は、日本の歴史、社会学の知見を紹介した上で、法概念の中にある性的羞恥心の意味内容を検討してきた。あくまで一つの見方であり、これに固執するのも得策ではない。今後は他の研究分野の知見にも目を向けることになる。

【附記】

本稿は、公益財団法人村田学術振興財団2022年度研究助成（人文科学）における研究成果の一部である。

44) 内藤葉子・前掲注5) 120頁。

45) 19世紀のドイツ刑法における「わいせつ」は、性行為に直結する内容を指していたが、その中に羞恥心に訴える要素は不要と解されていた。それがその後、「羞恥心に訴える内容」も、別途処罰対象に含まれることとなる。

研究ノート

観光教育に資する質的調査を学修する意義

井 上 寛

はじめに

わが国では、2023年5月8日よりCOVID-19の感染症法における位置付けが、季節性インフルエンザ等と同様の5類に移行した¹⁾。このように、社会がアフターコロナに着実に向かいつつある中で、パンデミック終息後のアフターコロナの観光のあり方について、観光現象によってもたらされる社会や文化の変容の分析、さらに、秋田県をはじめとした人口減少に起因する、地方特有の課題解決に向けた観光の実践アプローチによる研究や教育は、より重要度を増している状態である。このような中で、筆者は本学が位置する秋田をはじめ、地方の大学における観光教育が、どのようにしたら、これら時代の求めるニーズに応えることができるかを模索している。

本稿では、筆者が観光教育をはじめとした研究手法として、学生に指導を行っている、社会調査を用いた実践的な教育のうち、「質的調査」に焦点をあてて論じていきたい。これらの事例として、筆者が実習科目等で携わった、いくつかの事例を紹介し、これらを検証したうえで、観光教育において、質的調査を学修させることがいかに有用なのか、一考察を述べる。

1. 社会調査における量的調査と質的調査

社会学小辞典によれば、社会調査とは「一定の社会または社会集団における社会事象に関して、科学的に現地調査により直接的にデータを収集し、記述かつ分析する過程、およびその方法」と定義されている²⁾。

社会調査におけるその手法は、取り扱うデータの性質から「質的調査」と「量的調査」に大きく二分される。前者は、調査対象者の意味付けや個

性をくわしく調査し理解するのに有用な手法で、後述する聞き取り調査法、参与または非参与観察調査法、ビジュアル調査法などが代表的手法である。いっぽう後者は、質問紙調査、いわゆるアンケート調査に代表され、大量観察をもとに問題やその因果関係を数量化してとらえることを可能にする³⁾。

観光学においては、ビッグデータを活用した観光研究において、これらの活用が大いに期待される。両者には、当然ながら長所や短所があり、特性を理解した上で、補完し合いながら活用していく能力が、観光の場面における社会調査では求められる。

2. 観光の場面における質的調査

次に、観光の場面では、どのような質的調査の手法が用いられているのかを確認したい。代表的なものとして、(1)観察調査、(2)ビジュアル調査、(3)聞き取り調査、(4)質問紙調査について概説しよう。

(1) 観察調査

観察調査法は、調査対象を観察する調査手法で、自らが旅行の構成員として調査対象の内側に入り込んで観察する参与観察法や、修学旅行などに参加し外側から観察する非参与観察法がある⁴⁾。

(2) ビジュアル調査

ビジュアル調査法は、写真や映像などビジュアル素材を収集・分析・解釈して意味世界を探求し新たな知見を提示する調査手法である⁵⁾。後藤(2007)は、ビジュアル調査を「研究手段としてのビジュアルメディア」、「研究対象としてのビジュアルデータ」、「視覚に基礎を置いたデータ解釈」、「ビジュアルなアウトプット」の4種類に類型し、これらのいずれか、または全てが含まれる、調査手法に不可欠なパートとしてビジュアル素材が生成ないし活用される社会調査の一方法であると説明している⁶⁾。観光

の場面では、外国人に向けた多言語表記などの実態調査などは、非参与観察調査にも含まれるが、ビジュアル調査に分類することもできよう。

(3) 聞き取り調査

聞き取り調査は、対象者へのインタビューを通じて詳細な行動実態やその背景にある意識・感情・価値観などを深く掘り下げていく調査手法である⁷⁾。数値では示すことができない、少数意見や調査対象者の本音や叫びを聞き取ることができる。後述するが、コロナ禍や災害などで深刻な影響を受けた観光産業や筆者が研究対象とするユニバーサルツーリズム等の調査では極めて有効な手法である。

(4) 質問紙調査

質問紙調査は、数量データを扱う調査では必須のアイテムであるが、質問項目に対する調査対象者の反応を得ることで、調査対象者の意識、行動、態度を探っていき、質的なデータとして活用することが期待される。

これらを行うためには、調査対象者の語りを丹念に聞き取ることや調査対象者とのラポール⁸⁾を構築することが重要である。

3. 介入する社会調査

別な尺度からの社会調査の視点について紹介しよう。桜井（2002）は、ライフヒストリー法のアプローチを、「実証主義」、「解釈的客観主義」、「対話的構築主義」の3種類に分類した⁹⁾。

さらに、遠藤（2007）は、桜井の「対話的構築主義」を踏まえ、社会調査は、社会現象や社会的現実を正確に観察し写し取るものではないという立場から、さらに進めた「介入する社会調査」という考え方を提唱した。この考え方には2つの視点があり、前者の「データに対する介入」は、調査データは調査者が調査対象者との関係性に巻き込まれた結果得られたものであることを自覚的に引き受け、これをより前向きに前景化していこう

とする考え方で、後者の「社会的現実に対する介入」は、調査者が「社会的現実」への介入を積極的におこなっていくべきであるという考え方である。調査という営みを通して、社会的現実を変容させていこうとする社会調査のあり方をより真剣に考えていくべきではないかと遠藤は述べている¹⁰⁾。

4. 質的調査の実践事例

これらを踏まえ、筆者が実習として実施してきた質的調査を用いたフィールドワークはどのようなものがあるのか、実践事例を紹介し、その内容が観光教育にどのように資するのかについて検証していく。

事例1 ユニバーサルツーリズムの実態調査

はじめに、観光を学ぶ学生に資する初年次教育として実施した、「ユニバーサルツーリズムの実態調査」をテーマとした調査実習の事例を紹介する。このときの調査テーマは「観光旅行者の利便の増進に関する実態」と設定した。観光立国推進基本法第21条¹¹⁾に注目し、「秋田駅周辺について、これらの対応は具体的にどのような状況になっているのか」という問題設定をし、全員で共有した。また、調査項目を①設備のバリアフリー化、②多言語対応、③不便が予想される部分、④その他に分類したうえで、非参与観察法と聞き取り調査法を組み合わせ、筆記のメモや写真の記録により実施する方法とした¹²⁾。

前述した桜井(2002)のアプローチに即して述べれば、「実証主義」の部分、社会科学としての初年次教育において重要な反面、社会をよくしていこうという「介入」は筆者が意図して実施した部分であった。例えば、ホテルの支配人や観光案内所に質問すること、社会に存在するバリアが何なのかを考え、それを解消するためのアクションを個々人のできる範囲から起こすということを理解する、「社会的現実に対する介入」が行われたのである。

事例2 増田の内蔵における聞き取り調査

秋田県横手市増田町は、建物の中に内蔵があることで近年注目されている観光地である。2013年に「重要伝統的建造物群保存地区」に選定され、徐々に観光地化してきた。このまちには、明治時代には鉱産資源の集散地という背景からとても栄えた「物語」があるいっぽうで、観光客とのトラブルも見られた。ここでは、保存しかつ生活しながら「見せる」という地域住民の苦労や想いについて、聞き取り調査をおこなった事例を紹介しよう¹³⁾。

聞き取り調査を行う中で、「脈々と受け継いだ伝統を観光客に見せようとする地域の方の熱意と誇りが調査のなかでひしひしと伝わってきた。」と、当時の筆者の調査ノートに記載されていた¹⁴⁾。この苦労や想いを質的調査から紡ぎ出すという作業が重要なのである。一方で、「蔵のひんやりとした空気、歴史を感じるかび臭い香り、床のきしむ音、秋田の言葉、これらを五感で味わう¹⁵⁾」という、観光において重要な要素と質的調査には親和性があることも理解できよう。

事例3 美郷町におけるビジュアル調査

観察調査の成果をどのように公表するのが効果的なのかを試みた事例を紹介しよう。ここで紹介するのは、2022年度に秋田県仙北郡美郷町において実施した「観光まちづくり実習」における成果物として学生たちが作成したショートムービーである。インバウンドやSDGsを意識した美郷町のPR動画を撮影する課題を学生に課した。学生たちは、4-5名のチームで考えた、テーマに則した非参与観察調査を行い、撮影場所とシナリオを考えて撮影し、2分程度のごく短いショートムービーを作成する課題に取り組んだ。

美郷町の観光資源である、道の駅「美郷」、六郷湧水群の湧水、カフェ巡りなどをテーマにしたショートムービーであり、グループによっては英語のキャプションを入れるなどインバウンドを意識したものとなった¹⁶⁾。

質的調査の知見を基にした動画によるアウトプットは、若者が得意とする手法を活用したビジュアル調査の一形態であり、調査の成果を、観光まちづくりに直結させることも可能であろう。

事例4 仙北市角館町武家屋敷通りにおける多言語アンケート調査

訪日外国人観光客数が過去最高となった2019年に、秋田県仙北市角館町の「武家屋敷通り」で実施した多言語アンケート調査の事例を紹介しよう¹⁷⁾。日・中・英・韓国の4種類の調査票を作成し、①旅行日数、人数、旅行形態、交通手段、角館観光前後の目的地など回答者の旅行形態に関するもの、②角館の訪問回数、観光情報の入手方法、訪問理由、角館で訪れる観光スポット、飲食、土産など、今回の角館観光に関する質問項目とした。サンプル数が少ないため、当初から統計的なデータを収集することは難しい状態であることは承知の上で、調査票自体を外国語で作成する学修効果に重点を置いた。また、調査対象者である外国人観光客と接することが多くない学生にとって、直接会話することで、秋田におけるインバウンド観光や、当地が抱える「通過型観光」の課題について考える契機になったと考えられよう。

事例5 三陸復興国立公園におけるフットパス

2020年に三陸復興国立公園で実施した「フットパス実践実習」の事例を紹介しよう¹⁸⁾。この実習では、①地域の自然、歴史・文化、生活のすべてを調査して、感じ取り、記録を収集する。②景観をチェックして写真に収め、ビューポイント、ランドマーク、休憩所、掲示板、トイレなどの情報を記録する。③ルート上にある地域の特色ある食べ物を発見する、④これらを総合してマップを作成する、つまり「みちづくり」を主眼に置いて実施した。ビジュアル調査が中心であったが、ビジターセンターや土産物店などの観光に携わる人への聞き取りも実施し、地域の人びとの思いや願いを聞き取ったうえで、それらを研究成果として反映させることができ

た事例である¹⁹⁾。

5. 調査倫理を学修する意義

社会調査全般にいえることであるが、とりわけ質的調査においては、調査対象者のプライバシーや個人情報に触れる機会が多く、調査倫理を遵守する姿勢を学修させる必要がある。筆者は特に、以下の3項目について徹底する必要があると考え、日本学術振興会（2015）や、一般社団法人社会調査協会（2009）などを参考に学生に指導している。

(1) プライバシーへの配慮について

写真等、許可が得られた上で撮られたものであっても、個人が特定されるようなものは、公表する時には十分な配慮が必要であること、記録や資料などを見せてもらう場合、そこで知り得た情報については秘密厳守が絶対条件であること¹⁹⁾。個人情報にも触れている記録や資料の内容について公表の必要がある場合は、何をどこまで記載してよいかについて、関係者に確認することなど、プライバシーを侵害にしないように細心の注意を払う必要があること²⁰⁾。

(2) 調査者対象者のインフォームド・コンセントについて

調査を実施する際に、調査対象者に対して、①研究の目的、②研究の意義、③研究の方法、④研究の主体・責任者・連絡先、⑤研究に関する公表の方法、⑥個人情報守秘の厳守、および目的外使用をしないこと、⑦研究への協力を拒否しても、不利益を被ることがないことの7項目について事前に十分に、かつ、明確に説明したうえで了解を得ること、つまりインフォームド・コンセントが必要であること²¹⁾。

(3) 調査対象者への配慮について

調査を実施する際には、調査対象者に対して細心の注意を払うこと。質

問内容や言葉遣いで相手を傷つけることのないよう、十分に注意すること。

これらの調査倫理を学ぶことは、研究者の一員である学生にとって研究活動を行う上で重要なことはいうまでもないが、このことを意識して研究・学修することを契機として、学生生活や社会生活において、相手を思いやり、SDGs が標榜する「共生社会の実現」に資する人材育成の一助となる、副次的な効果も期待されよう。

5. おわりに

社会調査の実践として「江戸川区ひきこもり実態調査」(2021) の実施方法や成果が非常に参考になる。それは、さまざまな調査手法を有機的に組み合わせ、調査票を郵送し回答がなかった世帯に直接訪問し、聞き取り調査により回答を得たこと、その結果、回答者と支援する側の行政とつながりを見出すことができていることである。調査結果を統計的に発表するのみならず、社会調査を手段として活用し、質的調査の得意とする、マイノリティーの声を聞きだすということに成功した好例である²⁾。

このように、研究対象との距離の接近が可能になり事象の深層まで理解することができること、社会における変化のプロセスと因果を動的に把握できるところが質的調査の最大の長所である。

観光の場面においても、地域や社会が抱える課題について、地域住民や観光事業者、マイノリティーの人びとの声や訴えを直接聞き、学生が課題に接近することにより、問題意識を持った職業人を輩出することができ、これらを学修することは、持続可能な地域社会を考えるうえで重要であると筆者は考える。

註

1) 厚生労働省 WEB サイト。

2) 浜嶋ほか編 (1997)、p260。

- 3) 日本社会学会 WEB サイト。
- 4) 同上 WEB サイト。
- 5) 同上 WEB サイト。
- 6) 後藤（2007）、p6。
- 7) 大谷ほか（2013）、p268。
- 8) 調査対象者との信頼関係を構築することを、社会調査においてもラポールと表現することが多い。
- 9) 桜井（2002）によれば、ライフヒストリーとは、個人の人生や出来事をライフストーリーや他者の話、ライフヒストリー資料、専門的知見のはいった文献資料をくわえて伝統的に編集して記録したものであるとしている。桜井（2002）、pp22-31、58-59。
- 10) 遠藤（2007）、pp98-100。
- 11) 観光立国推進基本法第21条では、「国は、観光旅行者の利便の増進を図るため、高齢者、障害者、外国人その他特に配慮を要する観光旅行者が円滑に利用できる旅行関連施設及び公共施設の整備及びこれらの利便性の向上、情報通信技術を活用した観光に関する情報の提供等に必要な施策を講ずるものとする。」と謳われている。
- 12) 法学部観光学科（現国際学科）の「学生生活入門Ⅱ」において、2019年10月から11月にかけて、観光フィールドワークに関する授業を5回実施した。井上（2020a）、pp17-26。
- 13) 法学部観光学科（現国際学科）の「観光まちづくり実習」横手班の受講学生とともに、2015年7月18日に見学調査、同年12月9日には横手市観光おもてなし課、2016年1月6日には同市観光まちづくり課と一般社団法人増田町観光協会、増田まちなみ保存会会長、増田蔵の会会長に聞き取り調査を実施した。なお佐藤養助漆蔵資料館の見学は、同学科の「ツーリズム実習」における模擬旅行会社の現地下見の際に実施した。井上（2016）、pp83-93。
- 14) 井上（2015）、p90。

- 15) 同上書、p90。
- 16) 法学部国際学科の「観光まちづくり実習」において、2022年10月22日・23日から1泊2日の日程で、秋田県南の美郷町に訪問した。1日目の前半は、2～3人1組でペアを組み、道の駅美郷と名水市場湧太郎に分かれ調査票調査を実施した。多くの観光者の協力を得ることができ、3時間の間に54サンプルを回収した。同時に、駐車場に停車している車両のナンバープレートの登録地名を数える数量調査も補助的に実施した。
- 17) 法学部観光学科（現国際学科）の「地域再生論」において、2019年11月9日午前10時より12時まで、仙北市角館町の武家屋敷通り周辺において、台湾からの留学生4名を含む計29名で質問紙調査を実施し、37サンプル（うち外国人7サンプル）を回収した。井上（2020b）、p p47-66。
- 18) 日本フットパス協会は、「フットパス」とは、イギリスを発祥とする「森林や田園地帯、古い町並みなど、地域の昔からあるありのままの風景を楽しみながら歩くこと（Foot）ができる小径（こみち）のこと」と定義している。日本フットパス協会 WEB サイト。
- 19) 日本学術振興会（2015）、pp41-43。
- 20) 同上書、pp41-43。
- 21) 同上書、pp35-39。
- 22) 東京都江戸川区（2022）、pp2-6。

参考文献（著者姓50音順）

- 井上寛（2023）「観光教育におけるフィールドワークの実践—秋田県美郷町での観光まちづくり実習を事例として」『ノースアジア大学国際研究』 第16号。
- 井上寛（2022）「地方におけるアフターコロナに資する観光教育—観光社会学からのアプローチ」『ノースアジア大学国際観光研究』 第15号。

- 井上寛（2020a）「ユニバーサルツーリズム実現に向けた観光教育の実践」『ノースアジア大学国際観光研究』第13号。
- 井上寛（2020b）「角館武家屋敷通りにおける多言語アンケート調査」『ノースアジア大学国際観光研究』第13号。
- 井上寛（2016）「歴史的観光地におけるユニバーサルツーリズム—横手市増田重要伝統的建造物群を事例として」『ノースアジア大学国際観光研究』第9号。
- 遠藤秀樹（2007）「介入する社会調査」『奈良県立大学季報』第17 巻第3・4 合併号。
- 大谷信介・木下英二・後藤範章・小松洋編著（2013）『新・社会調査へのアプローチ—論理と方法』ミネルヴァ書房。
- 岸政彦・石岡丈昇・丸山里美（2016）『質的社会調査の方法 他者の合理性の理解社会学』有斐閣。
- 木村澄・井上寛（2021）「三陸復興国立公園におけるフットパスの提案」『ノースアジア大学国際観光研究』第14号。
- 後藤範章「ビジュアル調査法の展開と可能性：集会的写真観察法」『新情報』第97巻。
- 桜井厚（2002）『インタビューの社会学 ライフストーリーの聞き方』せりか書房。
- 濱嶋朗・竹内郁郎・石川晃弘編（1997）『社会学小辞典』有斐閣。
- 一般社団法人社会調査協会（2009）「一般社団法人社会調査倫理規程」。
- 観光庁（2022）「第Ⅱ部 新型コロナウイルス感染症に向き合う観光業とこれからの課題」『令和4年版観光白書』。
- 厚生労働省（2023）「新型コロナウイルス感染症（COVID-19）に係る新型コロナウイルスインフルエンザ等感染症から5類感染症への移行について」。
<<https://www.mhlw.go.jp/content/001091810.pdf>>（2023年10月13日閲覧）
- 東京都江戸川区（2022）「令和3年度 江戸川区ひきこもり実態調査の結果

報告書」。<https://www.city.edogawa.tokyo.jp/documents/33977/r3_saisyuhikikomoricyoussakekkahoukokusyoo.pdf> (2023年10月13日閲覧)

日本学術振興会 (2015) 『科学の健全な発展のために — 誠実な科学者の心得—』。

日本社会学会「社会調査とは」。<<https://jss.sociology.org/school/voyage3>> (2023年10月13日閲覧)

日本フットパス協会「フットパスについて」。<<https://japan-footpath.jp>> (2023年10月13日閲覧)

書 評

Tom Rodger, Philip Williamson and Matthew Grimley (eds.)

The Church of England and British Politics since 1900

(The Boydell Press, 2020, xiv + 326pp.)

中 村 逸 春

本書は、2015年にダラム大学で開催された「1900年以降のイングランド国教会と英国政治」に関する会議に端を発する論文集である。編者によれば、本書の目的とは、第一に、20世紀を通じて国教会とその構成員たちが政治に携わったことの意義とその範囲の広さを明らかにすることであり、第二に、このことを通じて、国教会以外の、英国の他の諸教会の政治的関与に関する研究を刺激し、政治史と宗教史を架橋するような「形成されつつある」歴史研究の進展を促すことであるとされる。本書所収の各論考は、20世紀の特定の時期に焦点をあてた歴史的研究であり——20世紀全体を広く扱う第2章と第9章を除けば——、第1章から第14章まで、対象とする時期が古いものから順番に凡そ年代順に配列されている。

第1章と第3章は、第一次世界大戦以前の時期を対象としている。まず、第1章のトム・ロジャー「教会擁護の政治：大主教デイヴィッドソン、国民教会、「国益」1900-14年」では、1905年以降の自由党内閣による諸改革に対して、国教会の主教たちがどのように対応したのかが論じられている。すなわち、彼らは、自由統一党と同一視され党派的利益を推進しているとみなされることを警戒して、「国益」の守護者として振る舞いつつも、しかし国教会の特殊利益を追求していたということが明らかにされている。次に、第3章のジュリア・ステイプルトン「宗教的保守主義：教会、国家、ネイションに関するヘンズリー・ヘンソンとヒュー・セシル卿の見解1900-40年」では、国教会における保守思想の展開に焦点が当てられ、特

に、主教のヘンソンと、保守党の国会議員であったセシルの二人が取り上げられている。そして、両者はともに個人主義を重視して、社会的・経済的諸問題に対する国家介入と、教会や社会における共同体主義的傾向とに反対する一方で、教会と国家とネイションの関係をめぐって意見を異にしていたということが、宗教教育などの具体的な論点の検討を通じて明らかにされている。

第4章から第7章までの各論考は、第一次世界大戦から1950年代にかけての時期を扱う。まず、第4章のS・J・D・グリーン「ヘンズリー・ヘンソン、祈祷書論争、保守的な国教会廃止論」においては、1927年から28年にかけて祈祷書改訂の提案が議会で否決された後、ヘンソンは国教会の廃止を主張するが、これは変節ではなく、彼の初期からの一貫した態度の帰結であったということが明らかにされている。次に、第5章のローラ・ラムゼイ「自制的な性的シティズンシップに関するアングリカンの見解 1918-45年」では、戦間期において国教会が、その道徳的福祉組織を通じて結婚や性的関係に関する指導をどのように行っていたのかが論じられている。そして、1950年代から60年代にかけて顕著となる性的諸問題への進歩的な姿勢というのが、すでに戦間期において見出されるということが指摘されている。第6章のアーサー・バーンズ「教区における政治：サクステッドのジョセフ・ニーダム 1925-85年」においては、サクステッドの教区におけるニーダムの諸活動について検討が加えられている。最後に、第7章のマシュー・グリムリー「アングリカン、再建、民主主義：クリップス・サークル 1939-52年」では、労働党の国会議員であったクリップスとグループのメンバーたちが、戦中から戦後の時期にかけてキリスト教的諸価値に基づく国家再建の必要性を説いたこと、また、福祉国家に対しては両義的な態度をとっていたこと、そして、小集団における民主的实践を重視しこれを促していたことなどが論じられている。

第8章および第10章から第14章までの各論考は、主に1950年代以降の国教会と政治との関係を扱っている。まず、第8章のピーター・ウェブスター

「議会と国教会法 1943-74年」では、1940年代から70年代にかけての、国教会に関する種々の立法の分析を通じて、国教会がその組織や業務のあり方に関して一層大きな統制力 (control) を獲得していったことが明らかにされるとともに、国家と教会の関係の変化についても指摘されている。次に、第10章のトム・ロジャー「「世俗の時代」における精神的権威：聖職貴族 1950-80年」においては、第二次世界大戦後に教会指導者たちが議会において直面した課題とは、世俗的な時代において精神的なものの権威を守るということであり、そのためには中絶や性道徳など特定の領域に関して専門的な関心と知識とを示すということが必要であると考えられ、実際にそうした行動がとられたということが明らかにされている。続いて、第11章と第12章では、脱植民地化の時代における外交・植民地政策への国教会の関与に目が向けられる。まず、第11章のサラ・ストックウェル「「和解させるという公的な義務」：フィッシャー大主教、国教会、東・中央アフリカにおける英国の脱植民地化の政治」においては、中央アフリカ連邦およびウガンダにおける脱植民地化の過程に、カンタベリー大主教のフィッシャーがどのような形で関与したのかが論じられている。すなわち、彼がカンタベリー大主教の義務として和解を促し、道徳的指導力を発揮する一方で、英国政府と密接に連携していたという点が明らかにされている。他方、第12章のアンドリュー・コンネル「「途方に暮れる仕事」：フィッシャー大主教とスエズ危機」では、英国政府のスエズ政策に対するフィッシャーの批判が取り上げられる。そして、彼による批判というのが、国教会と国家とは相補的ではあるが別個のものであるという彼の教会観に基づいてなされていたということが指摘されている。最後に、第13章と第14章においては、20世紀後半の「人種をめぐる政治」への国教会の関与に焦点が当てられる。第13章のハンナ・エリアス「ジョン・コリンズ、マーティン・ルーサー・キング・ジュニア、1960年代の国教会の超国家的な抗議と抵抗のネットワーク」では、国教会の聖職者であったコリンズが、世界の公民権運動や黒人解放運動を支援する超国家的なネットワークに積極的に関わってい

たこと、また、キング牧師の英国訪問が、英国における反人種差別主義運動の形成に寄与したということが明らかにされている。他方、第14章のダニエル・S・ロス「国教会、少数派宗教、共同体的多元主義の形成」では、1960年代以降、ランシーなどのカンタベリー大主教が多文化主義を支持するに至った経緯が検討され、その一因として、宗教的少数派の指導者たちが既存の権力構造のなかに自らの場所を見つけようと行動し働きかけていたということが指摘されている。

第2章と第9章は、本書の他の章とは異なり、20世紀全体を広く対象としている。まず、第2章のフィリップ・ウィリアムソン「大主教と君主制：英国宗教におけるリーダーシップ 1900-2012年」では、20世紀を通じて国教会の大主教たちと他の宗教指導者たちとの間に協調関係が形成され、そのなかで国教会がリーダーシップをとるようになったこと、また、国王らが国教会だけでなく自由教会の礼拝などにも参加するようになっていったことが明らかにされている。そして、第9章のステイーヴン・G・パーカー、ロブ・フレシー「20世紀における国教会と宗教教育」においては、20世紀初頭の自由教会からの挑戦、60年代の世俗主義者らの要求、70年代以降の宗教的多様性の増加といった事態に直面しつつ、国教会が自らの学校を維持することと、すべての学校での宗教教育に対する影響力を増すこと、この両方に成功したということが明らかにされている。

以上が本書の概要であるが、本書は複数の著者による論文集ではあるものの、「1900年以降のイングランド国教会と英国政治」というテーマのもと、主にイングランド国教会聖職者たちの、特定の時期の活動と思想について広く検討が加えられており、20世紀における国教會的な政治思想について通時的に把握することができ、大変有益である。また、それぞれの章で扱われるトピックごとの、最新の研究状況を知ることができるという点も本書のような論文集を読むことの大きな利点であろう。そして、本書の「序論 (Introduction)」でも編者によって述べられている通り、20世紀のイングランド国教会の政治的関与に関する包括的な論文集である本書

が契機となり、他の諸教会に属する教会人や思想家の政治的関与についても、同等の水準にまで研究が蓄積されていくことが待ち望まれる。

法学研究所所員名簿

法学部

小 泉 正 樹 (所長)
木 村 澄
熊 谷 繁
佐 藤 寛 稔
中 川 修 一
渡 部 毅
應 本 昌 樹
川 口 誠
日 下 和 人 (運営委員)
海老澤 侑
鬼 塚 隆 政 (運営委員)
瀬 戸 泰 (編集委員)

国家試験等センター

寺 迫 剛
岡 崎 頌 平

経済学部

中 村 逸 春

国際研究所所員名簿

国家試験等センター

佐藤 克枝 (所長)

法学部

千葉 隆一

塚原 雄二

橋元 志保 (編集委員)

横田 恵三郎 (運営委員)

井上 寛 (編集委員)

三浦 薫

丸谷 明彦

執筆者

小泉 健 ノースアジア大学理事長・学長
中川 修一 ノースアジア大学法学部教授
應本 昌樹 ノースアジア大学法学部准教授
海老澤 侑 ノースアジア大学法学部講師
井上 寛 ノースアジア大学法学部准教授
中村 逸春 ノースアジア大学経済学部講師

(掲載順)

令和6年3月25日印刷
令和6年3月29日発行

総合政策研究 創刊号

編集兼 ノースアジア大学 法学研究所
発行人 ノースアジア大学 国際研究所

印刷所 株式会社 三戸印刷所
秋田市旭北錦町3番50号
電話 018-823-5351

発行所 ノースアジア大学 法学研究所
ノースアジア大学 国際研究所
秋田市下北手桜守沢46-1
電話 018-836-6592

SŌGŌSEISAKU KENKYU

Journal of Policy Studies OF

NORTH ASIA UNIVERSITY

No. 01 March, 2024

CONTENTS

Forward*Koizumi Ken*

Articles

On the History of Meiji Constitutional Doctrine(1)
.....*Nakagawa Shuichi*

A Study on Claims against Directors for Compensation of
Surcharges under the Antimonopoly Act :Based on the Recent
Judgements
.....*Omoto Masaki*

Einleitung des Begriffes sexuellen Schamgefühl
.....*Ebisawa Susumu*

Note

The Significance of studying Qualitative Research in Tourism
Education
.....*Inoue Hiroshi*

Book Review

Tom Rodger, Philip Williamson and Matthew Grimley (eds.),
The Church of England and British Politics since 1900
.....*Nakamura Itsuharu*

Published by
Institute of Law & International
North Asia University