

## ◇ 学位論文審査要旨 ◇

「学位論文審査要旨」は、本学において博士学位を授与された法学ならびに政治学の学位論文について、その学術的な価値を広く社会に伝えることを目的として『立命館法学』に掲載するものである。本学学位審査委員会に提出された「論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨」（「論文等審査報告書（博士）」）に基づき、さらにその学術的な価値や意義について詳しく紹介する。

なお、「論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨の公表」（「論文等審査報告書（博士）」）については、立命館学術成果リポジトリ（通称 R-Cube）において公開している。

URL : <https://ritsumeirepo.nii.ac.jp/>

日 原 拓 哉

## AI の利活用における刑法上の諸問題

——利用者と製造者の刑事責任を中心に——

審査委員 主査 安 達 光 治  
副査 嘉 門 優  
副査 植 松 健 一

〔論文内容の要旨〕

### 1 本論文の概要

本論文は、AI（人工知能）製品の利活用の際に生じ得る刑法解釈上の諸問題について検討するものである。具体的には、AI製品の製造者と利用者の刑事責任の有無が主な検討内容となる。検討対象として、AI製品が人の生命・身体法益を侵

害した場合、および AI 製品のアルゴリズムにより証券犯罪や価格協調のような独占禁止法上の犯罪が実現される場合を想定する。併せて、AI 製品がサイバー攻撃を受けて利用者の情報が不正に取得されたり、データが変更、破壊されたりする場合も取り上げる。さらに、過失犯の注意義務の基礎となる規範を探求する目的で、現在、欧州、米国、中国およびわが国で策定、公開されている AI 開発の指針や規制等に触れる。

## 2 本論文の構成

本論文の目次は以下の通りである。

はじめに

第1章 AI 概念の明確化

第2章 AI 製品の利活用における刑法上の問題——生命・身体への侵害事例

第3章 さらなる AI の利活用における刑法上の諸問題——財産侵害

第4章 AI 製品開発に対する将来的な刑法上の規制

おわりに

なお、本論文は、「AI の利活用における刑法上の諸問題 (1) ～ (4・完) ——利用者と製造者の刑事責任を中心に——」立命館法学402号142～178頁、403号188～252頁 (以上、2022年)、404号49～113頁、407号40～94頁 (以上、2023年) に公刊された論文に加筆修正を加えたものである。

## 3 本論文の内容

各章の概要は以下の通りである。

「はじめに」では、AI 製品が我々の社会生活に益々浸透してきている中、自動運転車をはじめとして事故事例が報告されており、将来的な事故も含め、これに刑法上どのように対処するかが問題となるところ、AI の開発ないしは利活用のインセンティブを損なうことのない処罰の在り方を検討すべきであるという本論文の主たる関心が示される。

第1章では、AI の研究史を辿りながら、AI の定義の確定が試みられる。先行研究では、AI の定義が論者によって異なることを踏まえてのものである。もっと

も、AIの定義を確立する作業には困難が伴う。そこで、本論文では、現存するAIの現象形態から帰納する形で検討対象を確定する。それは、特定のタスクの遂行に特化し、自律的判断をする能力を有しない「弱いAI」として定義される。これに対し、「強いAI」は、正しくプログラムされたコンピュータが認識状態を持ち、プログラムそのものが人間と同等の意識状態を持ち得るものである。それは、人間と機能的に一体化し、感情を認識し、共感を示すものである。しかし、現状の技術水準を踏まえると、「強いAI」は現在のところ存在しない。このようにAIを定義した上で、特に本論文の検討対象となる諸事例が示される。

第2章では、AI製品の利活用において、人の生命・身体法益が侵害される場合が検討される。その際、過失犯の注意義務を基礎付ける法的義務が実定的に存在する場合と、そのような義務が実定的には存在しない場合に分けて論じられる。法的義務が存在する場合として、自動運転車の運行に関連する道路交通法の規定が問題となる。このうち、レベル4の自動運転車に関しては、運行主体となる者の義務が詳細に規定されている。他方、レベル3では一部の義務を除いて、また、レベル2では基本的にあらゆる点で、通常の自動車運転者と同様の義務が課される。しかし、自動運転車の特性を踏まえると、これは不適切であり、レベルに応じた義務付けを検討すべきである。これに対し、法的義務が存在しない場合は、道路交通法のような、注意義務を直接導き得る法規範が存在しないように見える場合である。この場合、何らかの法的義務を手掛かりに、注意義務を確定すべきである。例えば、製造者の注意義務に関しては、製造物責任法により課される製造上の義務、設計上の義務や指示・警告の義務（製品監視義務）が手掛かりとなる。AI製品の利用者や所有者に対しては、製造者による指示を遵守し、製品を悪用・乱用しないようにするための義務付けが必要とされる。もっとも、製品の製造や利活用に際し、これらの義務に違反したことから直截に刑法上の過失が構成されるわけではなく、当該義務の保護目的を考慮した上で、発生結果が行為者に客観的に帰属できるかが検討されるべきである。その際、特に因果関係の判断との関係で、AIの挙動が一種のブラックボックスの状態にあることに留意すべきである。

第3章では、AI製品と経済犯罪とのかわりについて検討される。まず、AI・アルゴリズムが学習の結果、利用者の知らないところで、相場操縦ないしはインサイダー取引などの証券犯罪や、価格協調のような競争法違反を犯した場合が検討される。相場操縦およびインサイダー取引に関しては、AIの利用者にとって過度の負担とならないよう、取引の際の判断プロセスを明確にするシステムの構築が開発者に求められる。これに対して、価格協調の場合、判例上は独占禁止法の不当な取

引制限に該当し得る。しかし、AI・アルゴリズムの学習により価格協調が遂行される可能性が現状では低いことや、課される制裁の重さから、慎重に認定すべきである。他方、AI 製品が攻撃を受ける場合も想定される。サイバー攻撃により利用者の情報が不正に取得されたり、内部のデータが変更・破壊されたりする場合である。不正アクセス禁止法上の不正アクセス罪が典型であるが、電子計算機損壊等業務妨害罪（刑法234条の2）や電子計算機使用詐欺罪（刑法246条の2）も問題となる。特に業務妨害や詐欺では、AI の学習におけるブラックボックス性の問題が関係してくる。例えば、業務妨害の結果が外部の攻撃者によるハッキングによるものか、AI の学習によるものか不明な場合、結果発生についての因果関係が証明できず、未遂にとどまる可能性がある。ここで重要となるのが、「説明可能な AI」の構想である。データの損壊などが AI の学習によるものかを事後的に証明できるようにシステムを構築・開発を行うことが、サイバー・セキュリティの観点から求められる。

第4章では、AI 製品の開発に対する将来を見越した規制について、欧州、アメリカおよび中国の動きが検討される。この点、2010年代までの規制は、開発されたAI が、その評価が定まる前に研究空間や研究ネットワークを超えて影響を及ぼすことがないように義務付ける「封じ込め」の規制であった。これに対し、2020年代に入り、欧州、米国および中国で、それぞれ異なる観点からの規制が試みられている。わが国でも、2017年に「AI 開発ガイドライン」、2019年に「AI 利活用ガイドライン」が取りまとめられているが、ガイドラインのレベルにとどまる。このうち、欧州のリスクベースの規制は、具体的危険のない状況での罰則付きの規制となることから、AI の開発に萎縮的作用をもたらし得る。米国の「AI 権利章典」は、現状では、法的拘束力がなく制裁規範を有していないため、刑事過失を論じる上で注意義務に援用するのは困難である。これに対し、中国の倫理規範は、注意義務の措置において有用であり示唆に富む。

「おわりに」では、本論文の各章の検討が要約された上で、今後の課題として、① AI 製品の利用者のデータ保護およびその第三者利用に関する刑法上の問題、② デイプウェブ内で AI を用いたプラットフォーム事業者の刑法上の責任、③ 国際的な証券取引のレベルにおいて経済犯罪が遂行された場合の刑法的解釈上の問題が挙げられる。これらは、コンピュータ・ネットワークによってグローバル化した社会において新たに考察されるべき重要な課題といえる。

## 〔論文審査の結果の要旨〕

### 1. 本論文の特徴

本論文は、AI 製品の利活用の際に実現される犯罪に該当し得る事象について、関係者の刑事責任の有無を中心に検討するものである。本論文は、AI そのものの刑事責任ではなく、現状の AI 製品を利活用する際の人の刑事責任について、生命身体犯および経済犯罪を題材に、開発者、製造者や利用者などの関係者ごとに検討する。その点で、後に言及するように、「地に足の着いた研究」として、先行研究にはみられなかった特徴をなす。

### 2. 本論文の評価

本論文の評価は以下の通りである。

【1】研究課題とその意義の明確性については、AI 製品の利活用において刑法上生じ得る問題という検討課題は明確であり、その意義についても、従来の研究との差異を示す中で説明されていることから、明確に示されているものと評価できる。

【2】研究方法の適切性については、概ね適切と評価される。論証の過程において、第2章では、刑法上の行為概念、不作為犯論を含めた結果帰属論、過失犯における注意義務の基礎といった、生命身体犯の成否について検討すべき事項に触れている。第3章では、金融商品取引法および独占禁止法における関連事項を説明した上で自説を展開しており、また、不正アクセス罪、電子計算機損壊等威力業務妨害罪、電子計算機使用詐欺罪などのコンピュータ犯罪を論じる上で必要とされる事項について検討されている。第4章では、欧州、米国、中国という主要な国・地域の AI 開発における規制が検討されている。いずれも、日独の関連文献に基づきながら、適宜、英米の資料を用いるなど、本研究課題との関係で当然引用すべき先行業績が引用されている。

【3】叙述内容の論理性および体系性については、第4章の位置付けに若干の課題を残すものの、各章とも適切に構成されており、叙述の論理性に関しても問題はない。

【4】研究内容の独創性については、従来の学界の議論に照らし、一定の独創性が認められる。AI と刑法のかかわりに関する従来の研究は、自動運転車の利活用を除くほかは、AI の犯罪主体性がメインであった。それは、本論文が整理する「強い AI」の出現を前提したものであり、時間的にかなり先の状況におけるもの

である。これに対し、本論文は、「弱い AI」の利活用の際に生じ得る関与者の刑事責任の是非を検討している。これは、刑法における AI 活用の議論において、見落とされがちな視点である。その点で、先行業績に対し学術的な意味において独創性が認められ、学界においても一定の評価を得ることが予想される。

【5】研究内容の国際性については、【2】においても述べたとおり、関連する独語、英語の文献が引用され、中国の倫理規範の検討においては、中国語の文献の出典が脚注で示されている。外国語文献を相当数引用しながら、研究課題を国内外の議論の中から明らかにしようとしており、すべての箇所での引用の趣旨が明確である。

### 〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本論文に関する公聴会は、2023年1月26日（木）16時30分から18時30分まで、衣笠キャンパス学而館第3研究会室で実施した。公聴会には、本論文の主査および副査のほか、法学研究科所属の刑事法関係の教員および院生が参加した。公聴会の質疑では、大要、以下の点について質問ないしは指摘があった。①第4章の位置付けについて、検討の対象は行政制裁が中心であり、刑事責任の検討を行う本論文の趣旨からみて異質にみえる。刑事責任との兼ね合いでどのような規制を念頭に置いているのか。②「弱い AI」を想定して検討がなされているが、検討の対象が明確でないところがある。特に第2章では、自動運転車の話題が出てきたと思えば、産業用ロボットや動物に関する事例まで出てくる。これは自動運転車に限定した検討なのか。また、介護用ロボットも検討の素材とされているが、これは「弱い AI」に含まれるのか。現在、一般家庭でも用いられるロボット掃除機などとは違うのか。③第2章の最初に検討される東名高速道路の事例では、レベル2の自動運転車による居眠り運転事故が問題となっているが、裁判所の判断は、自動運転を安易に信頼してはならないというもので、通常の自動車による事故の場合と特段の相違はないのではないのか。④第2章と第3章の差異はどこにあるのか。経済犯罪を別個に論じる意義はどこにあるのか。⑤「説明可能な AI」に限定して投入すべきとの見解は、開発者と利用者の帰責の分配のためのものか。また、「説明可能な AI」でないものを流通させたことについての刑事責任等は検討されないのか。⑥本論文に関する報告を聞く限り、現状は国家間の AI 開発競争の途上であり、規制に関するガイドラインが出揃いつつあるとの印象を受ける。AI 開発は、経済上の問題にとどまらず、安全保障や軍事にも深くかかわる。このような現状を踏まえ、近未来的にはどのような状況になることが予想されるのか。⑦今後の研究計画とかか

## 学位論文審査要旨（日原）

わって、AI の利活用における倫理的な問題にも踏み込むべきではないか。

これらの質問・指摘に対し、学位申請者の日原氏は、本論文の内容や趣旨に即した回答を行い、検討の足りない点は今後の課題として留保するなど、概ね的確に対応していた。当日の報告については、全体に平板であったため、内容の説明に強弱があればよかったなどの課題は指摘できるものの、AI の刑法的な問題とかかわる事象についてよく調べられている。また、先行研究があまり重視してこなかった点にアプローチしており、日本の現実に合わせた議論を展開している点も長所といえる。

本論文の主査は、本学大学院法学研究科法学専攻博士課程後期課程の在学期間中の研究指導や研究会活動などを通じて、申請者と日常的に研究討論を行ってきた。また、主査および副査は、上記の公聴会の質疑応答を通して申請者が博士学位に相応しい能力を有することを確認した。したがって、本学学位規程第18条第1項に基づいて、博士（法学 立命館大学）の学位を授与することが適当であると判断した。

YEON Soobin

## 公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障

——韓国刑事訴訟法との比較研究

審査委員 主査 渕野 貴生

副査 森久智江

副査 田中良弘

〔論文内容の要旨〕

### 1 本論文の概要

本論文は、日本の現行刑事訴訟法における基本原則である公判中心主義が、被疑者・被告人の権利保障にとって、いかなる理論的・実証的な意義を有するのかについて、明治後期から戦前まで日本の刑事訴訟法の影響を受け、戦後は日本と同様にアメリカの影響を受けた韓国刑事訴訟法との比較研究を踏まえて論じるものである。本論文は、公判中心主義の核心が、公判における証拠調べを通じたオリジナルの証拠にもとづく心証形成をすることにあることを明らかにしたうえで、そのような心証形成は、証人尋問主体の公判手続のみで実現するものではなく、捜査の影響を断ち切る必要があり、それゆえ、真の公判中心主義を実現するためには、捜査段階から被疑者・被告人の権利を連続的・一体的に保障する必要があることを論証しようとするものである。

### 2 本論文の構成

本論文の目次は以下の通りである。

序章 はじめに

第1章 戦前の刑事訴訟法における公判中心主義

第2章 日・韓の公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障

### 第3章 公判中心主義に関する制度の検討

1. 日本と韓国の証人審問権
2. 日本と韓国の司法面接
3. 日本の被疑者取調べ
4. 韓国の被疑者取調べ
5. まとめ

### 終章 おわりに

なお、本論文は、「公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障 (1) —— 韓国の刑事訴訟法との比較研究」立命館法学398号 (2021年) 116～179頁、「公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障 (2) —— 韓国の刑事訴訟法との比較研究」立命館法学401号 (2022年) 203～258頁、「公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障 (3) —— 韓国の刑事訴訟法との比較研究」立命館法学402号 (2022年) 179～230頁、「公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障 (4) —— 韓国の刑事訴訟法との比較研究」立命館法学403号 (2022年) 306～361頁、「公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障 (5) —— 韓国の刑事訴訟法との比較研究」立命館法学404号 (2023年) 193～246頁として公刊された論文および今後公刊予定の「公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障 (6) —— 韓国の刑事訴訟法との比較研究」、「公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障 (7・完) —— 韓国の刑事訴訟法との比較研究」である。

## 3 本論文の内容

各章の概要は以下の通りである。

序章では、供述調書を証拠として多用するなど、捜査段階で捜査・訴追側によって作成された一方的な証拠を引き継ぐことは適正手続に反することを確認したうえで、公判手続における証人尋問主体の証拠調べに転換しても、取調べの録音・録画記録媒体の実質証拠化や司法面接の積極的利用など、捜査の影響を遮断しきれない問題が数多く存在するという問題意識が明らかにされる。そのうえで、捜査の影響を実質的に遮断するために、捜査段階から公判手続に至る刑事手続の全体にわたって連続的・一体的に被疑者・被告人に対して保障されるべき権利を探求するという本論文の目的・意義が明らかにされる。

第1章では、公判中心主義とはいかなる内実を持つ概念なのかを正確に把握することを目的として、明治期から戦前期に至る公判中心主義の生成史が、時代区分ご

とに韓国と日本とを比較しながら、詳細に描写される。その結果、日本においても、韓国においても、捜査機関が被疑者や参考人の供述獲得に執着する傾向が顕著であったこと、また、捜査段階で獲得した供述を公判で証拠として用いることは口頭主義の観点から問題視されつつも、規定上ならびに運用上、調書（聴取書）を証拠とすることを認める例外が幅広く認められたことにより、いわゆる調書裁判が生み出され、公判中心主義を阻害する要因となったことが明らかにされた。

第2章では、戦後、アメリカ法の影響を受けて当事者主義を採用した日本と韓国が、公判中心主義を実質化するために試みた各種の制度改革に焦点を当て、それぞれの制度改革の成果と限界が分析される。先行研究では、捜査と公判との徹底的な分離が公判中心主義の到達目標とされ、それを実現するための起爆剤として、国民の司法参加制度や被疑者取調べの可視化制度の導入が提案されてきた。しかし、本論文は、裁判員制度や被疑者取調べの可視化制度が導入されても、なお捜査段階で得られた供述が公判で繰り返される構造を打破できていない現状を冷静に分析し、捜査と公判とを実質的に切り離すことは困難であることを認め、捜査段階から被疑者に対する権利を手厚く保障することで、捜査と公判の連続性を前提としたうでの公判中心主義の実現を目指すという発想の転換が試みられている。

第3章は、第2章で確立したアプローチに従って、具体的な被疑者・被告人の権利保障の在り方を検討する章で、本論文の中心部分をなす。まず、証人審問権に関して、証言拒絶を供述不能に含める解釈や第1回公判期日前の証人尋問において被告人側の立会い権が認められていないことは、被告人の反対尋問権に対する侵害にあたりと批判されるとともに、被告人側に対して事前に尋問のための十分な情報提供が行われていないことから、反対尋問の機会が与えられても公判中心主義の実現に寄与する内実を備えていないという重要な指摘がなされた。次に、被害者保護の隆盛に伴って、近時、法制審議会でも立法提案がされている司法面接を取り上げ、証拠収集目的で行われる司法面接は、面接技法を工夫しても供述の正確性を担保できないこと、証拠調べ方法をいかに工夫しても反対尋問権に対する制約を免れることができないことが分析された。さらに、被疑者取調べの在り方に着目し、黙秘権の告知や弁護人の立会いなど重層的に権利を保障することによって、被疑者が公判手続に進む前に防御の主体性を奪われ、公判において訴追側の言いなりになることを防止することが公判中心主義の真の実現にとって重要な視点であることが明らかにされる。そのうえで、終章において、以上の各章の結論が簡潔にまとめられている。

## 〔論文審査の結果の要旨〕

### 1. 論文の特徴

本論文は、公判中心主義という現行刑事訴訟法の公判手続における基本原則について、被疑者・被告人の権利保障の観点から再検討を試みるものである。本論文は、日本及び韓国の戦前期から現代に至る制度的発展と議論動向に対する詳細な検討・分析に基づき、結論として、捜査と公判との徹底的な分離を目指してきた従来の議論の限界を明らかにし、捜査と公判の連続性を前提としたうえで公判中心主義の実現を目指すという新機軸を打ち出した。そして、本論文が打ち出したアプローチを実現するために、捜査段階から公判手続に至る手続全体にわたって連続的・一体的に、被疑者・被告人の主体性を失わせないための権利を保障することが必要であることを導き出した。本論文は、第一に、公判中心主義の実現方法に対する発想を転換させ、捜査手続と公判手続とをいわば逆接続させた点に大きな特徴がある。第二に、手続構造上日本と類似しており、かつ、度重なる制度改革によって、取調べの可視化・弁護人の立会い、司法面接、伝聞例外の厳格化のいずれの点でも、日本よりも先行して制度化を実現した韓国は、刑事訴訟法学において、比較法研究の必須不可欠の対象となりつつあるが、韓国との比較法研究が可能な研究者は非常に限られている。本論文は、韓国法との間で重厚な比較研究を行ったうえで結論を導いている点にも大きな特徴がある。

### 2. 論文の評価

本論文のルーブリック各項目に対応する評価は、次の通りである。

【1】研究課題とその意義の明確性については、被疑者・被告人の権利保障という観点から公判中心主義の意義をとらえ直すという新たな視角を設定することによって、公判廷にオリジナルな証拠が提出され、それにもとづいて事実認定するという、先行研究が何度も挑みながら、今なお実現するに至っていない真の意味での公判中心主義を実現しようとしているところから、研究課題とその意義が明確に示されている。

【2】研究方法の適切性については、日本と類似する基本構造と立法の経緯を有する韓国法を対象にして、日本と韓国双方の歴史的な発展史を追うことで、両国間の立体的な比較を試みており、関連する文献・資料が網羅的に検討され、適切に引用されている。研究方法論上の不備や不適切な点は見当たらない。

【3】叙述内容の論理性および体系性については、歴史的分析に基づいて、現代

において解決すべき公判中心主義の理論的・実証的な課題を見出し、その課題の解決に対する独自のアプローチを提示したのちに、各論的な検討に進むという堅実な論証方法が採られており、章立ての適切性に問題はない。また、論証に当たっては、先行研究で明らかになっている問題点を一つ一つ解決しながら結論を導いており、その論理性にも問題はない。

【4】研究内容の独創性については、捜査と公判の連続性を前提としたうえで公判中心主義の実現を図るという点で、捜査と公判との分離を当然の目標としてきた従来の研究に対して一石を投じるものになっている。また、公判中心主義を実現するために、捜査手続における被疑者の主体性を保障する権利の拡充の必要性を論じる点も、従来の研究とは逆方向のアプローチが取られており、この点でも、独創性が認められることから、今後、刑事訴訟法学において、一定の評価を得ることが予想される。

【5】研究内容の国際性については、韓国の刑事訴訟法の関連文献や関連判例が豊富に引用されており、引用の趣旨も明確であることから、外国語運用能力が十分に備わっていることが示されている。また、公判中心主義の実現は、近時、韓国のみならず、イギリスや中国でも関心が高まっている研究課題であり、今後、本論文は、諸外国の研究者からも注目される可能性がある。

一方で、本論文には、公判手続自体の改革に対する全体像について抽象的な記述にとどまっていること、証人予定者に対する証人尋問実施前のコーチング（いわゆる証人テスト）に対する統制の在り方、伝聞例外の厳格化の方法など、いくつかなお検討を要すべき課題も認められる。しかしながら、これらの課題はいずれも、いわば各論的課題として、今後の研究の発展を通じて解決を期待できるものであることから、本論文に対する評価を揺るがすものではない。

以上により、公聴会での口頭試問結果を踏まえ、本論文は本研究科の博士学位論文審査基準を満たしており、博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

### 〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本論文の公聴会は、2023年1月12日（木）10時から12時まで学而館第3研究会室で行われた。公聴会の質疑では、(1)被疑者・被告人に対する身体拘束と公判中心主義実現との関係、(2)当事者主義の行き過ぎに陥る危険性に対する対応の在り方、(3)同意書面の活用に対する評価、(4)証人審問権に対する手続的価値付け論への評価について質問ないし指摘がなされた。申請者は、これらに対して、本論文の趣旨に基づき的確に解答し、あるいは今後の課題として確認するなど、いずれも適切に

## 学位論文審査要旨（YEON）

対応した。

本論文の主査は、本学大学院法学研究科法学専攻博士課程後期課程の在学期間中における研究指導や研究会活動を通じて、申請者と日常的に研究討論を行ってきた。

また、主査および副査は、上記公聴会の質疑応答を通じて、申請者が博士学位にふさわしい能力を有することを確認した。

したがって、本学学位規定第18条1項に基づいて、博士（法学 立命館大学）の学位を授与することが適当であると判断した。

松 本 薫 子

## 婚姻法の再定位：フランス民法典の変遷から

審査委員 主査 二 宮 周 平

副査 山 田 希

副査 多 田 一 路

### 〔論文内容の要旨〕

#### 1 本論文の概要

本論文は、日本の家族法が今なお法律婚優遇と固定的女性観を維持しており、家族の多様性と男女の平等に対応していないという問題意識から、1960年代後半から改正を重ねてこうした対応を実現してきたフランス婚姻法との対比において、日本婚姻法の課題を明らかにしようとする。フランス婚姻法の変遷について、時代を、① 民法典成立以前のアンシャン・レジーム期、革命期〔1600年前後～1790年代〕、② 法典編纂期と1880年代半ばまでの変化〔1800年～1880年頃〕、③ 修正期〔1884年～1960年代半ば〕、④ 変革期〔1965年～1980年代後半〕、⑤ 現代的変革期〔1980年代後半～現在まで〕に区分し、婚姻に関わる領域として、① 婚姻の自由、② 妻の法的地位、③ 夫婦財産制、④ 離婚、⑤ 婚姻と親子（嫡出推定）、⑥ 親権、⑦ 相続、⑧ 氏を設定し、5つの時代区分でどのように変遷したかを、その要因とともに整理する。これらを踏まえ、フランス婚姻法の現在の到達点を、カップル関係、親子関係に分けてその構造と特徴を分析し、婚姻法の意義と役割の変容を踏まえて婚姻法の再定位を試みる。

#### 2 本論文の構成

本論文の目次は、以下の通りである。第7章は重要なので、節まで記載する。

#### 第1章 日本の家族法の現状および分析

第2章 フランス民法典成立以前

第3章 法典編纂期

第4章 修正期

第5章 変革期

第6章 現代的変革期

第7章 婚姻法の再定位

第1節 カップル関係

第2節 親子関係

第3節 婚姻法の意義と役割

おわりに（日本法への示唆）

なお本論文は、「婚姻法の再定位：フランス民法典の変遷から（1）」立命館法学383号（2019）307～361頁、「同（2）」同384号（2019）223～276頁、「同（3）」同385号（2019）277～336頁、「同（4）」同389号（2020）255～321頁、「同（5）」同391号（2020）268～306頁、「同（6）」同395号（2021）285～313頁、「同（7・完）」同404号（2023）408～468頁として公刊された論文に加筆修正を加えたものである。

### 3 本論文の内容

1804年民法典の原始規定は家父長制を反映したものである。婚姻の成立に父母（同意権、尊属（異議権））が介入する。女性は婚姻すると行為能力が制限され、夫が夫婦の共通財産、妻固有の財産の管理・処分権を有する。夫には妻の保護義務、妻には夫への従属義務がある。妻の貞節義務違反は姦通罪となり、離婚原因となる。姦通相手との婚姻（再婚）は禁止される。こうした妻の貞操を強制する仕組みがあることから、婚姻中に妻が懐胎した子の父は夫と推定され、夫の嫡出否認権の行使は例外的な場合に子の出生を知って1か月に制限される。父が子に対して親権（親の権威）を行使し、子を懲戒する権利があり、子には父母に対する尊敬義務がある。他方、自然子（婚外子）の認知は可能だが、父の搜索は、誘拐の場合を除いて禁じられる。父又は母に認知されても、正規の相続人になることはできず、扶養料のみ請求できる等、嫡出子との対比において自然子には制度的な差別が存在した。

それらが部分的に修正されながら、1960年代から80年代前半にかけて、カルボニエ（民法学者）を中心に、夫婦財産制を始め、夫婦の平等、子の平等を志向する法

改正が積み重ねられた変革期、そして1980年代後半から現在の法制に到達する現代の変革期について、実証的に記述する。現在の到達点は以下のとおりである。

① 婚姻の自由について。男女とも成年年齢18歳で自分たちの合意のみで婚姻でき、女性のみ再婚禁止規定の削除により、再婚の自由も男女平等になった。

② 結びつきの自由について。婚姻、PACS（登録制の民事連帯協約）、事実婚（concubinage）の3類型が民法典中に定められ、それぞれ性別を問わず選択が可能になった。

③ 婚姻関係における夫婦の対等性について。家族の長という文言が削除され、家族の居所を夫婦共同の一致で選ぶ地とし、配偶者は互いに共同財産を単独で管理し、処分する権限を持つという規定を設けることにより、夫婦財産制の完全平等が達成され、相互の尊重義務の実質化としてDV関連規定を民法典に導入した。特にDVについては、家族事件裁判官が親権行使方法の決定等も含めてワンストップで保護命令を出すことができるようにした。

④ 離婚について。離婚原因を合意、認諾、破綻、有責に整理し、家族事件裁判官が勧解を試みることができ、家事事件メディエーションを民法典に導入し、さらに合意離婚の1つとして、裁判官の関与しない私署証書による離婚（夫・妻の弁護士と公証人が関与する）に展開した。離婚給付に関しては、離婚後の生活条件の不均衡を補うものとして補償給付が中心になった。

⑤ 婚姻と親子に関して。嫡出推定を父性推定として親子関係定立方法の1つとして位置づけるが、それ以外は嫡出子と自然子の区別を撤廃し、父性推定によって父子関係が定立できない場合、嫡出子（婚内子）にも認知が適用され、父子関係は、すべての子に共通に、公署証書による身分占有、裁判によっても定立される。父子関係を否定する場合、出訴権者及び出訴期間の制限はすべての子に共通となる。相続分差別も廃止され、子の平等が達成された。

⑥ 親権について。父母の離別・離婚後、婚外関係の場合も父母による親権の共同行使を原則とし、ステップファミリーの場合でも、実父母が共同で行使する。不適切な親権行使に対しては、① 専門家が子の育成を支援する育成扶助、② 第三者、近親者、施設等に親権の行使を委ねる親権委譲、③ 親権自体の取上げ等で対応し、①は少年事件裁判官、②は家族事件裁判官が手続に関与する。養育費の履行確保については、公的取立て、立替型の家族支援手当等複数の方法が立法化され、面会交流（訪問権）については、各地で設立された民間の面会交流センターが面会交流を支援する仕組みが整備された（センターの認証制度も設ける）。

本論文は、以上のような到達点を、(1)結びつきの多様性と(2)婚姻と親子関係の

切り離しの2点に再整理する。(1)では、婚姻、PACS、事実婚が性別を問わず選択可能であり、それぞれの成立方式、公示・登録、当事者間の権利義務、税や社会保障、解消の手續と財産関係、相続権等の相違を各当事者が認識して、ライフスタイルに合わせて選択できること、3つの結びつきのいずれであっても、父母共同の完全養子縁組を利用することができ、ドナーからの提供精子による生殖補助医療は女性カップル、シングル女性に開放され、親子関係へのアクセスの共通化が進んでいること、これらの前提としてカップル当事者の対等性があることを明らかにする。

(2)では、上述の⑤⑥から、子の保護は、婚姻という枠組みの中で行うものから、法律上の親としての責任に基づいてなされるものへと変化したこと、不適切な親権行使、養育費の履行確保、面会交流の実効性確保などについて裁判所の関与、社会的、公的支援があることから、婚姻と親子を切り離しても子の育成が可能であることを示し、(2)があるから(1)が可能になったとする。

こうした変革を可能にした背景として、本論文は、イレーヌ・テリー（石田久仁子／井上たか子訳）『フランスの同性婚と親子関係～ジェンダー平等と結婚・家族の変容』（明石書店、2019）を参照し、1960年代以降の生活条件の根本的変化（都市化、産業の第三次化、女子教育等）、2000年代のパリテを始めとする社会的、政治的な男女平等推進の取組みを指摘する。

以上から、婚姻法の再定位として、婚姻法はカップル関係の規律に純化したとし、婚姻の内実を、相手の歴史を理解し、引き受け、権利義務・結びつきの強さを理解した上で当事者が選択し、双方の信頼関係を構築し、対話によりその関係を維持しながら互いをケアし合う関係とする。

法制度の変革は、次のような家族の現実の変化をもたらした。2019年の統計では、カップル全体の内、婚姻53.4%、PACS46.6%であり、婚姻とPACSはほぼ対等な選択肢になっている。同性婚は婚姻全体の2.7%、同性PACSはPACS全体の4.3%であり、割合は小さいが、セクシュアルマイノリティの社会的承認の象徴になっている。また、2020年の統計では、出生者数における婚外子の割合は62.2%である。合計特殊出生率は、2000年1.89、2019年1.87であり、婚外子出生割合の増加は右の数値に影響していない。婚姻を中核にする法制度がその役割を終えたことを示唆する。

最後に、日本法の課題として、① 選択的夫婦別氏制度の導入、② 同性婚の承認、③ 嫡出概念の廃止、④ 離婚後及び非婚の共同親権の実現を挙げ、これらは、性の平等と子どもの平等に依拠するものであり、カップル関係の構成員の自立と個人の

尊重に資するものであるとする。親子関係について、育児介護の問題を家庭やカップル間の私的な問題とするのではなく、社会的に支援していくことの必要性を強調し、こうした改革により、法律婚優遇を克服し、婚姻を他のライフスタイルと等価なものに位置づけることができ、権利義務の強弱や解消の自由度などから、婚姻を個人が自由な意思に基づいて選択可能なものにすることができるとする。本論文は、これを日本婚姻法の再定位とする。

ひとつの立場の特権化を避け、多様な社会意識を立法に反映させようとしたカルボニエの述べた、「各人にその家族を、各人にその法を」という多元主義の実現に向けて、歩み続けることができるかどうかを問い続ける必要があるとして、論文を閉じる。

## 〔論文審査の結果の要旨〕

### 1 論文の特徴

本論文の特徴は、5つの時代区分という縦軸と、8つの婚姻に関わる民法領域という横軸の双方から、フランス婚姻法の変遷をたどり、到達点の構造と特徴を分析していることである。1つの時代区分の領域横断的な分析がなされていることから、婚姻に関わって妻がどのような役割を担い、何を義務づけられていたのか、妻と婚姻外の女性、嫡出子と自然子の格差が何を意味したのか等を把握することができる。また、各領域の時系列を追うことができるため、どのような規定がいかなる要因により修正、改正されてきたのかを認識することができる。

要因として、60年代の生活条件の根本的な変化（都市化、産業の第三次化、女子教育）が夫婦の平等、子の平等を志向する変革期の改革を導出し、パリテを始めとする社会的、政治的な男女平等推進の取組みと同性カップルの共同生活保障の進展による家族観の変容が、現代の変革期における上記の到達点を導出したことを指摘する。

以上のように、ジェンダーの視点からの分析がなされている点にも特徴がある。

### 2 論文の評価

ルーブリック各項目に対応して本論文を評価する。

#### 【1】研究課題とその意義の明確性

フランス婚姻法の変遷と到達点から婚姻法を再定位することによって、日本法の課題を明らかにするものであり、その意義づけに説得力がある。

## 【2】研究方法の適切性

5つの縦軸と8つの横軸でフランス婚姻法の変遷をたどるため、日本で紹介されている関連文献を網羅的に収集し、重要部分についてはフランス文献を確認し、最近の立法については立法資料、要因分析については家族社会学・哲学等の文献も踏査しており、先行業績の引用の仕方にも説得力がある。また現在の到達点が示す婚姻の実態については、各種統計を用いて実証的に記述している点も適切である。

## 【3】叙述内容の論理性および体系性

各時代区分における各領域について法改正の必要性と法規定の変化を個別具体的に実証し、その時期の特徴と要因を論理的に記述している。個別的な法規定の変化をその時代の中で総合的に位置づける点、またそれらの変化を縦軸で総合的に俯瞰する点で体系性にも優れている。

## 【4】研究内容の独創性

フランス婚姻法に関する近時の先行業績は個別の領域に限定されており、本論文のように時系列、領域横断で総合的にフランス婚姻法の変遷を整理、分析した研究は、国内外で見当たらないことから、今後、常に参照されることが予想される。

## 【5】研究内容の国際性

婚姻法の再定位は各国の家族法研究者が高い関心を抱いているものである。フランスを例に再定位を試みた本論文は、日本の研究者にとって国際的な状況を認識する上で多大な貢献をするものと思われる。

なお、本論文は、縦軸と横軸でフランス婚姻法の変遷を記述したものであり、個別の領域についてさらに詳細に多角的に研究を深める必要がある。例えば、カップル関係では、婚姻・PACS・事実婚の解消に際しての当事者間の公平性の確保、親子関係では、離別・離婚後の親権の共同行使の実情（児童虐待やDV事案における解決方法等を含む）、子の意思の聴取と反映の実情などである。このことは、申請者も自覚しており、今後、さらに深められることが期待される。

以上により、審査委員会は、公聴会での口頭試問結果を踏まえ、本論文は本研究科の博士學位論文審査基準を満たしており、博士學位を授与するに相応しいものと判断した。

## 〔試験または学力確認の結果の要旨〕

公聴会は、2023年1月30日（月）15時30分から17時45分まで学而館第1研究会室で行われた。公聴会の質疑では、①婚姻とは何か、契約なのか制度なのか、法制度としての婚姻と人の結びつきの形態としての婚姻の区別が必要ではないか、②

婚姻も離婚も戸籍事務管掌者への届出で成立し、権利義務の内容を当事者の協議に委ねる自由度の高い日本法と、成立方式も厳格で権利義務も細かく定めるフランス法を比較することができるのか、③ 選択的夫婦別氏、同性婚以外で婚姻の自由度を高めるものは何か、④ 婚姻と親子を分離することは、社会経済的に弱い立場の当事者の不利益にならないか、⑤ 日本では DV 被害者の視点から離婚後の共同親権に反対する立場があるが、フランスではこの争点は解決されているのか、⑥ 婚姻以外の結びつきにも、例えば、相続権等の権利保障をするのか、につき質問や指摘がなされた。

申請者はこれらに対し、本論文の内容および趣旨に基づいて的確に回答し、さらなる検討を要する部分は率直に今後の課題とするなど、適切に対応した。

本論文の主査は、申請者の本学大学院法学研究科法学専攻博士課程後期課程の在学期間中における研究指導や研究会活動等を通じて、申請者と日常的に研究討論を行ってきた。また、主査および副査は、上記の公聴会の質疑応答を通して申請者が博士学位に相応しい能力を有することを確認した。

したがって、本学学位規程第18条第1項に基づいて、博士（法学 立命館大学）の学位を授与することが適当であると判断した。

片 保 涼 介

## 近世日本における贖刑の研究

審査委員 主査 河 野 恵 一  
副査 高 橋 直 人  
副査 本 田 稔

### 〔論文内容の要旨〕

#### 1 本論文の概要

本論文は、近世日本における贖刑制度に関する包括的研究である。贖刑とは、所定の主刑の代わりに銭貨ないし物資の納入、労役等を科す換刑の一種であり、清代以前の中国法に由来するものである。そして近世日本において、明代の贖刑制度が幕府法に影響を与え、またいくつかの藩法で導入されたことが知られている。

明律をはじめとした中国法が近世日本、とりわけ17～18世紀の幕藩刑事法に及ぼした広範かつ重大な影響はつとに注目され、多くの研究が積み重ねられてきた。主な成果として、過料刑、敲刑、入墨刑、徒刑といった新たな刑罰の導入、また幕府刑事法典である「公事方御定書」や、明律に学び制定されたいくつかの藩法（明律系藩法）への影響が知られる。これらの一環として贖刑への言及もある程度なされてきた。贖刑は、従前の幕藩法とは相当異質な刑罰思想に基づく制度であり、その影響の解明は近世日本刑事法研究に着実な深化をもたらす。ただしこれまでの取組みは十分とは言えず、内容面での課題も多い。本論文は、近世日本法史や明代贖刑制度研究の最新の成果を踏まえ、先行研究を批判的に検討しつつ不足を補い、近世日本における贖刑をめぐる諸相を総体的に解明せんとするものである。

第一編では、17～18世紀の明律学者による贖刑論を子細に検証し、幕藩の法に影響を与えたこれら諸学者が、明代贖刑制度への精確な理解に基づき、総じて贖刑に肯定的な見解を示していたことを明らかにする。第二編では、明律系藩法における贖刑規定を網羅的に分析・評価し、その多様なあり方を示しつつ近世日本法史上の意義を論じる。第三編では、諸学者による贖刑肯定論、諸藩での贖刑採用の事実を

受けてなお幕府法が贖刑を不採用とした理由を考察し、幕府法における強固な古法墨守、伝統法尊重の思想こそが、新法たる贖刑の導入を含めた抜本的な法制度改革を妨げた究極的要因であると結論づける。

## 2 本論文の構成

本論文の目次は以下の通りである。

### 序論

(一) 緒言／(二) 近世日本における中国法継受の研究史／(三) 近世日本における贖刑受容の研究史／(四) 本研究の構成

### 第一編 近世日本の贖刑論

一 はじめに

二 榊原篁洲の贖刑論

(一) 榊原篁洲と『大明律例診解』／(二) 先行研究の検討／(三) 『大明律例診解』贖刑条文の検討／(四) 小括

三 高瀬学山の贖刑論

(一) 高瀬学山と「明律」関係著作／(二) 『大明律例診解』参訂の記述／(三) 『喜朴考』／(四) 『大明律例訳義』／(五) 『大明律例詳解』／(六) 小括

四 荻生徂徠の贖刑論

(一) 荻生徂徠・北溪の「明律」研究／(二) 徂徠『政談』の贖刑論／(三) 徂徠の贖刑理解／(四) 徂徠の過料刑批判／(五) 篁洲・学山の贖刑論との比較／(六) 小括

五 おわりに

### 第二編 近世藩法における贖刑

一 はじめに

二 熊本藩「刑法草書」

(一) 「刑法草書」の概要／(二) 宝暦五年施行本／(三) 諸草案／(四) 「御刑法草書附例」〔宝暦十一年施行本〕／(五) 贖刑適用の変則と代替／(六) 過料刑の不採用／(七) 小括

三 会津藩「刑則」

(一) 「刑則」の概要／(二) 「刑則」の刑罰と贖刑／(三) 「老幼廢疾蠢愚之者」の贖刑／(四) 「願」による贖刑／(五) 肉刑・死刑に対する贖刑／(六) 贖刑制度導入の背景／(七) 小括

四 弘前藩「寛政律」「文化律」

(一)「寛政律」「文化律」の概要／(二)「寛政律」「文化律」の刑罰と贖刑／(三)贖刑の適用条文／(四)贖刑の代替／(五)小括

五 新発田藩「新律」

(一)「新律」の概要／(二)「新律」の刑罰と「過料」／(三)贖刑としての過料刑／(四)小括

六 和歌山藩「国律」

(一)「国律」の概要／(二)「国律」の「贖刑」／(三)幕府の過料刑との関係／(四)小括

七 おわりに

第三編 江戸幕府における贖刑不採用

一 はじめに

二 先行研究の概要

三 徳川吉宗による過料刑「創設」説の検討

四 諸学者の贖刑論と吉宗への影響

五 贖刑不採用の理由

(一)先行研究における論点／(二)刑罰体系／(三)不平等性／(四)営利忌避／(五)古法墨守

六 おわりに

結論

なお本論文は以下の刊行論文に加筆・修正と再編がなされたものである。「近世日本の贖刑論の一考察（一）」立命館法学377号（2018年）559～522（三〇～六七）頁、「近世日本の贖刑論の一考察（二）」立命館法学381・382号（2019年）378～347（一～三二）頁、「近世日本の贖刑論の一考察（三・完）」立命館法学384号（2019年）436～409（一～二八）頁、「近世藩法における贖刑の研究（一）」立命館法学391号（2020年）578～511（一～六八）頁、「近世藩法における贖刑の研究（二・完）」立命館法学396号（2021年）554～497（一～五八）頁、「江戸幕府における贖刑不採用についての一考察」立命館法学403号（2022年）728～700（一～二九）頁。

### 3 本論文の内容

序論では、近世日本贖刑制度に関する先行研究の概要と問題点、それを踏まえた本論文の観点と構成が提示される。贖刑とは、所定の主刑の代わりに銭貨ないし物

資の納入、労役等を科す換刑の一種であり、清代以前の中国法に広く見られる制度である。日本においては、8世紀に唐の律令の影響を受けて成立した養老律令に「贖銅」と称する一種の贖刑制度が設けられたものの、中世にはいったん姿を消す。その後近世に至り、幕府や諸藩が明律等の中国法に学び法制度整備を進める中で贖刑制度に注目し、いくつかの藩において導入された。

近世日本法への中国法の影響については早くから注目され、多くの研究成果が積み重ねられた。それらは①諸学者による明律研究の成果の解明、②幕府法、とりわけ8代將軍徳川吉宗による広範な法制度整備への影響、③明律系藩法に関する個別研究、の3点に大別できる。贖刑制度については、①において諸学者の贖刑論の分析と評価がなされ、②において吉宗による過料刑（軽微な犯罪等に対する罰金刑）導入への贖刑制度の影響が指摘され、③において明律系藩法の一部に設けられた贖刑制度の個別研究が進展した。これらの近世日本贖刑制度研究の成果に対して以下の2課題が指摘される。第一に幕府法への影響や、それに付随して言及される諸学者の贖刑論について、今日の近世日本法史や中国法史の研究水準に照らして事実誤認や不足が見られること、第二に藩法研究での言及が個別散発的なものにとどまり、横断的・網羅的な分析と評価がなされていないことである。そして、当該期における贖刑制度のあり方を総体的に解明すべく、第一編で諸学者の贖刑論の検証を、第二編で明律系藩法の贖刑規定の分析・評価をそれぞれ行い、それらを踏まえて第三編で幕府法への贖刑不採用について考察するとの方針が示される。

第一編では、榊原篁洲、高瀬学山、荻生徂徠といった、吉宗の幕府法制度整備や明律系藩法成立に影響を与えたとされる17～18世紀の明律学者につき、その贖刑認識の詳細な検証がなされる。先行研究は、贖刑の評価をめぐる篁洲と学山との意見対立を示す記録に基づき、篁洲を否定論者、学山を肯定論者と位置づけてきた。これに対して、意見対立につき両者の贖刑制度全体の理解と認識に踏み込んだ検討が不十分である点、また徂徠の贖刑論が未解明である点等を指摘し、明代贖刑制度に関する最新の研究成果に照らして諸学者の贖刑論の全体像を解明する試みがなされる。

明代贖刑制度は極めて詳細かつ複雑な制度であることが近年の研究で明らかにされている。それらは律贖（収贖）と例贖（贖罪、納贖）とに大別される。律贖は律の本文に規定され、特定の者や事案に限り適用される恩典と位置づけられる。他方、例贖は律を補う条例等に規定され、必ず死刑を科すべき罪（真犯死罪）を除くすべての犯罪が適用対象となり、労働力や物資の確保が主眼とされる。この成果に照らし、篁洲、学山そして徂徠、それぞれの著作や言動の記録を子細に検討して、

諸学者が明代贖刑制度の具体的内容を精確に理解していたことを示す。その上で、篁洲の贖刑批判論は流罪に対する納贖（例贖）に限定され、全体としては贖刑を肯定していたと論じる。併せて、学山の贖刑肯定論が中国で編纂された明律注釈書に依拠していること、徂徠が律の「五刑」の刑罰体系を重視する立場から贖刑を肯定していること等を明らかにする。そして、これら諸学者が総じて贖刑肯定論に立つと結論づける。

第二編では、明律系藩法における贖刑ないしそれに類する規定を網羅的、横断的に分析、評価する。個別の藩法研究において言及されてきた成果に学びつつ、① 明代贖刑制度との比較、② 過料刑との関係、③ 享保期「明律」研究の影響、という3つの観点から検討がなされる。①は各藩法における明代贖刑制度の取捨選択や変更を検証してその特色を示すことが、②は中国法由来の換刑たる贖刑と、日本古来の罰金刑たる過料刑とが、各藩法において併存し、時に混同・混用されることへの留意が、そして③は第一編で扱った諸学者による明律研究の成果の活用実態の解明が、それぞれ意図されている。

検討の結果これら諸藩が、諸学者の明律注釈書等を通じて明代贖刑制度に学びながらも、実情に応じて独自の制度を設けていた、その実態が明らかにされる。全般的な特徴として、明律の律贖に倣った贖刑規定が多いこと、明律の例贖に倣い贖刑を労役等で代替する制度を設けたものが見られること、様態の違いはあれ、換刑である贖刑と主刑（罰金刑）である過料刑とが区別されていること等を挙げつつ、その多様なあり方を具体的に示す。

熊本藩「刑法草書」については、編纂や改定の過程も含めて贖刑規定の全体像とその変遷を丹念に追い、その贖刑制度が他藩と比べ最も体系的かつ精緻なものであること、運用されるなかで継続的に改善がなされていたこと等を明らかにする。さらに他藩の制度の主な特色として、会津藩「刑則」には一部の刑罰について「願」により贖刑を認める制度があること、弘前藩において、明律系の「寛政律」で設けられた贖刑制度が、のちに幕府の「公事方御定書」に倣って編まれた「文化律」にも引き継がれていること、新発田藩「新律」では「贖刑」と称する刑罰はないものの、過料刑の一部を贖刑として運用する折衷的な制度を採っていたこと、和歌山藩「国律」は「贖刑」と称する刑罰を有するもののその実態は過料刑であり、贖刑制度を採用していないこと等を挙げる。

以上を踏まえ明律系藩法の贖刑制度のあり方を総括して、制度導入の背景に、明律のみならず日・中の他の律や各藩旧法での贖刑類似の制度等、先行する諸法の影響が見られること、導入の目的が財政面ではなく、高齢者・幼年者・障害者の犯罪

や、過失殺傷のケースに対する刑の減輕に主眼が置かれていることを指摘する。そして贖刑を採用しなかった幕府法と対比させつつ、諸藩法における贖刑制度導入の意義を考察する。

贖刑において納入すべき錢貨の額は正刑に対応して規定されるため、導入にあたり罪刑の軽重を一元的に定める刑罰体系を設けることが前提となる。また贖刑は、資力がなく贖を納入できない者にとって不利な制度であり、これを是正して平等な行刑とするしくみが必要となる。先行研究で、幕府が贖刑を不採用とした理由として、吉宗期の幕府ではこれらを実現することが困難であったことが指摘されてきた。翻って贖刑制度を採用した諸藩では、それぞれの事情で様態や程度の違いはありつつも、明律等に倣った一元的な刑罰体系を整え、また資力のない者への代替措置を設けて、上記課題の克服を果たしている。筆者はこの点に贖刑制度採用の意義を見いだす。

第三編では、ここまでの検討、分析と考察を踏まえ、幕府法の贖刑不採用について総合的な考察を行う。幕府法と贖刑制度とのかかわりを扱う先行研究では、贖刑不採用を前提としつつ、徳川吉宗による過料刑導入に贖刑が与えた影響が主要な論点とされた。それらは「公事方御定書」制定をはじめ様々な法制度改革を進めた吉宗が、贖刑制度に強い関心と相当程度の理解を有しており、その知見を活かして、従前は幕藩の法に存在しなかった過料刑を「創設」したと論じる。これに対して、吉宗の贖刑への深い理解や、それが幕府の過料刑に示唆を与えたことは認めつつ、過料刑導入を「創設」と位置づけることに疑義を呈する。近世初期以降の幕藩法に過料刑が多く見られ、運用されていたことを文献と史料に基づいて指摘し、吉宗による過料刑導入を「創設」ではなく、旧来の法を再整備したものと再定位する。

第一編で、吉宗の贖刑理解に影響を与えた諸学者が総じて贖刑に対して肯定的見解を有していたことが、第二編で、明律系藩法の多くが、諸学者の成果から明律を学び、贖刑ないし類似の制度を導入したことが、それぞれ示された。これらの事実にもかかわらず、なぜ吉宗が贖刑導入を退けたか、その理由につき①刑罰体系、②不平等性、③営利忌避、④古法墨守の観点から検討がなされる。①に関して、吉宗が制定した「公事方御定書」は刑罰体系が多面的で、罪刑全体の軽重関係が不明確であり、一元的刑罰体系が前提となる贖刑制度になじまないものであったこと、②に関して、贖刑が受刑者の資力による不平等を伴う制度であることへの批判が根強く存在し、当時はこれを是正する制度の構築が困難であったこと、③に関して、収利的行為や司法を財源とすることへの忌避観念から、財政目的の制度とみなされ得る贖刑の導入に対して幕府が消極的だったと思われること、④に関して、過

料刑導入が「創設」ではなく古法の再整備であった事実から、抜本的な幕府法制度改革を志向したと評される吉宗をしても古法墨守、伝統法尊重の思想から逃れられなかったことがそれぞれ指摘される。明律系藩法では明律を導入し古法を改めて④を克服し、①②③の課題を解決して贖刑導入に至った。他方、幕府法においては④の克服が困難であるがゆえ、新制度である贖刑の導入を避け、古法たる過料刑の再整備が選択された。以上から④古法墨守こそが贖刑不採用の究極的要因であり、そこに幕府法の重要な特徴が存すると論じる。

結論において本論文の成果を端的に総括するとともに、今後の課題として贖刑と過料刑との関係のさらなる検証、諸藩における贖刑運用の実態解明、明治初期刑法典の贖刑規定に近世贖刑制度が与えた影響の解明を挙げる。

### 〔論文審査の結果の要旨〕

#### 1. 論文の特徴

本論文は、従来まとまった専論が存在しなかった近世日本の贖刑制度のあり方につき、包括的な解明に取り組んだものである。先行研究の不足を着実に補うにとどまらず、最新の明代贖刑制度研究の成果に基づきそれらを全面的に再検証した点、個別藩法研究のなかで断片的に言及されてきた明律系藩法の贖刑制度を網羅的、横断的かつ詳細に解明して、多くの新知見を提示しつつ総体的な評価を示した点、これらを踏まえ幕府法への贖刑不採用の理由に一定の解答を与えた点等が主な特徴である。

#### 2. 論文の評価

本論文のループリック各項目に対応する評価は以下のとおりである。

##### 【1】研究課題とその意義の明確性

先行研究の不足と問題点を踏まえ、近世日本の贖刑制度のありかたを網羅的かつ包括的に解明し評価する、という明確かつ説得的な研究課題とその意義が示されている。

##### 【2】研究方法の適切性

関連史料を丹念に読み解きつつ、多様な先行研究を網羅的に引用して分析と論評がなされており、法史学研究として適切な手法がとられている。

##### 【3】叙述内容の論理性および体系性

研究関心に沿って適切な編・章立てがなされている。各編・章の内容に、研究過程で得られた新知見が散発的に提示される箇所が見られるものの、本論文の目的に

照らしてそれらは不可欠な叙述であり、全体としての論理性にも問題はない。

#### 【4】研究内容の獨創性

上記「1. 論文の特徴」で列挙した内容はいずれも本論文の高い獨創性を示すものであり、近世日本の贖刑制度研究に関する傑出した業績として、すでに日本法史学界で高評価を得つつある。

#### 【5】研究内容の国際性

日本法史分野の業績として一定の普遍性を有しており、とりわけ刑事法史、比較法史分野において国際的な関心を呼び起こすことが予想される。

本論文には、研究テーマと密接に関連すると思われる事象への言及が不十分な点がいくつかある。まず当該期における過料刑と贖刑との関係についてである。法文上や諸学者の著作等、様々な局面で両者の混同・混用がまま見られる事実は非常に興味深く、追求を通じて近世日本の財産刑を考える上で重要な示唆が得られよう。次に明律系藩法における贖刑導入の意図や経緯そして運用についてである。諸藩における贖刑導入の決断、制度の取捨選択や制度設計にあたっての意図や経緯、新法である贖刑の運用実態やそこで生じた課題への対処のあり方を解明することで、贖刑導入の意義へのさらなる探求が期待できる。この他にも、本論文で言及される諸学者や幕藩政権首脳以外の人々も含めた近世日本における贖刑観の全体像、そして近世日本法への中国法のさまざまな影響のなかでの贖刑の位置と意義、等を挙げうる。しかしこれは本論文の研究枠組みの明確性、研究対象への謙抑的誠実さの裏返しであり、上記の評価に何ら影響を与えるものではない。いくつかについては今後の課題として明記されてもいる。

本論文の序論および第一編のもととなった公表論文「近世日本の贖刑論の一考察(一)(二)(三・完)」については書評が公刊され(高塩博氏による。法制史研究70号、2021年)、いくつかの論文で引用されている。また第二編のもととなった公表論文「近世藩法における贖刑の研究(一)(二・完)」についても書評が公刊されている(安竹貴彦氏による。法制史研究72号、2023年)。以降も同様の推移が予想され、その学術的価値は学界で評価されつつある。

以上より、公聴会での口頭試問結果を踏まえ、本論文は本研究科の博士学位論文審査基準を満たしており、博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

#### 【試験または学力確認の結果の要旨】

本論文の公聴会は、2023年1月31日(火)13時から15時まで、本学衣笠キャンパ

#### 学位論文審査要旨 (片保)

ス清心館 SE205 教室にて、対面および Zoom によるオンラインの併催で行われた。公聴会の質疑では大略、(1) 近世日本および明代贖刑制度の具体的内容、(2) 明律系藩法への贖刑導入の目的と経緯、(3) 幕藩の首脳や法実務担当者に対して明律学者が与えた影響、(4) 明律に関する専門知の教育や普及の実態、(5) 明治初期刑法典の贖刑採用に旧幕藩の法実務担当者が及ぼした影響、(6) 研究の到達点と今後の展望、等に関して質問、指摘がなされた。これらに対し申請者は、本論文の趣旨に基づき適宜補足を加えつつ的確に回答し、また未詳の部分はその旨を率直に認め今後の課題とする等、適切に対応した。

本論文の主査は、本学大学院法学研究科法学専攻博士課程後期課程の在学期間中、研究指導や学内外の研究会活動等を通じて、申請者と日常的に研究討論を行ってきた。

また主査および副査は、上記の公聴会の質疑応答を通して申請者が博士学位に相応しい能力を有することを確認した。

したがって、本学学位規程第18条第1項に基づいて、博士（法学 立命館大学）の学位を授与することが適当であると判断した。