

ISSN 0287-4601

日本法學

第八十二卷 第二号 2016年10月

船山泰範教授古稀記念号

人間存在と刑事法学

日本大学法学会

日本法学 第八十一卷第四号 目次

論 説

振り込め詐欺の防止に向けた官民共同対策について……尾 田 清 貴

目的信託としてのペット信託の現状と課題……長谷川 貞 之
——アメリカにおける二つの統一法、各州のペット信託法の開を参考にして——

刑事司法における検察官の役割（三）……加 藤 康 榮

イギリス法におけるシンジケート・ローン……鬼 頭 俊 泰
——日本法との比較を手掛かりに——

雑 報

日本法学 第八十一卷 索引

日本法学 第八十二卷第一号 目次

論 説

刑事司法における検察官の役割（四・完）……加 藤 康 榮

個人情報保護の為の検索結果に対する削除権……水 野 正

政務調査費をめぐる住民訴訟……西 原 雄 二
——使途基準と立証責任の問題を中心として——

翻 訳

フランス行政訴訟法の現代的課題……デルフィーン・コスタ
神尾真知子 訳

論 説

ジャンドマの三つの序文的章と法準則、プランス・フ・レーグル及びロワ……菊 池 肇 哉
ポティエ「法準則論」との対比において

ポティエ『新編学説彙纂』……吉 原 達 也
第50巻第17章第2部第1章について



船山泰範教授近影

目 次

献呈の辞

〈刑事実体法〉

「傷害の罪」の法益	伊東研祐	三
脱税刑事判決と課税判断との関係	伊藤悟	一七
共犯論	齊藤信宰	四三
判例変更と適正手続	佐伯仁志	九
特別背任罪の共同正犯	設楽裕文	九
国民目線の刑法	清水洋雄	一三七
原発事故における過失責任と注意能力	杉山和之	一五九
正当化事情の錯誤と共犯の成否	鈴木彰雄	一八九

日本における医療過誤と刑事責任……………只木 誠……………二七

英国の法人故殺罪と企業事故の抑制……………沼野輝彦……………二四

刑法における主体性……………朴 貞根……………二六

国際取引法分野における刑罰規定の規範化概念の
進展と域外適用の交錯……………藤川 信夫……………二八

——英国 Senior Management Regime、米国 FCPA、Computer Fraud and Anti-
Abuse Act、ドット・フランク法とグローバル内部統制を中心に——

社会の変化と過失犯論の展開……………前田 雅英……………三四

〈刑事手続法〉

起訴基準見直し論に対する一考察……………加藤 康榮……………三六

控訴審における職権調査……………関 正晴……………四〇
——攻防対象論の適用範囲——……………四五

警察DNAデータベースの合憲性……………	玉蟲由樹……………	四三

〈刑事政策〉

刑事政策における更生緊急保護の現代的役割について……………	尾田清貴……………	四六三
中国におけるDV法的規制と DV反撃殺傷行為の刑事法上の課題……………	張光雲……………	四九三
少年法六一条の法的性格に関する一考察……………	野村和彦……………	五五
損害賠償命令制度の意義と機能 ——刑事司法のパラダイム転換による損害賠償制度の再構築の可能性——……………	長谷川貞之……………	五七一
社会保障制度の確立と救貧法の解体……………	矢野聡……………	六二

〈基礎法学〉

ポティエ『新編ユステイニアヌス帝学説彙纂』	……	吉原達也	……	六三九
第五〇卷一七章における帰国権について				

〈法 育〉

法育の社会的意義と教育効果	……	平野節子	……	六六五
——民主主義社会への扉——				

船山泰範教授 略歴	……			六九一

船山泰範教授 主要業績	……			六九五

献呈の辞

船山泰範教授は本年九月四日に古稀を迎えられました。教職員一同、謹んでお祝い申し上げます。その意を表すべく、古稀記念論文集『人間存在と刑事法学』を編み、これを先生に献呈いたします。

船山教授は日沖憲郎教授のゼミナールに所属され、昭和四六年（一九七一年）三月に本学部法律学科を卒業後、日本大学大学院法学研究科修士課程へ進学し、昭和四八年（一九七三年）三月に修了、同年七月に本学部副手に就任されました。この後、眼病を患われた藤木英雄東京大学法学部教授の目となり手となり助けつつ、藤木博士の薫陶を受けられました。昭和五二年（一九七七年）五月に創価大学通信教育部専任講師を務められた後、昭和五八年（一九八三年）四月に専任講師として母校へ戻られ、昭和六三年（一九八八年）四月に助教授となられ、平成一〇年（一九九八年）四月、教授に就任されました。

船山教授の刑法学に関する業績を拝見しますと、その根底には、二つの問いがあります。

ひとつは、人間の本質は何なのか、という問いであります。「刑事責任は精神・人間性を働かせる可能性があったにもかかわらず働かせなかったことについて人間としての責任を問うのである。……責任を問うということは人間を人間として扱うことを意味するのである。（『刑法における行為の人間学的構造』より）」。このような立場に依拠して、実体法解釈論のみならず刑事政策論、少年法の在り方など、幅広く考察されています。

もうひとつは、刑法は市民生活とどうかかわるべきか、という問題意識です。とりわけ、先生の過失犯論において、

その姿勢が明確に現れています。市民のための刑法はどうあらねばならぬかを探究した故藤木博士が提唱した危惧感説を引き継ぎ、説をさらに展開されています。危険行為に携わる者は精神を働かせ万全の対策をとるべきであり、それが、ひいては市民生活の保護につながる、と先生は考えておられます。

右のような姿勢は、市民向けの著作にも顕れております。先生は、難解な刑法学を、わかりやすい言葉を用いて、ときには、独特な図表を駆使して、市民に伝える努力をしています。裁判員裁判の時代において、先生のような働きはますます重要になってくるはずです。

教育面において特筆するべきことは、約三〇年にわたり模擬裁判をゼミナールにおいて行われたことです。ゼミ生同士が話し合い、ひとつの事件を設定し、その背景を詳しく調べ上げ、それを刑事裁判に仕立てあげ、これを実演します。オープンキャンパスでは圧倒的な集客力を誇る企画であり、法桜祭の名物行事でもありました。先生のゼミナールで学んだ学生は様々な分野において活躍されています。

船山教授は誰よりも早くご自身の研究室へ入り、積み上げられた書籍や書類に囲まれながら、書に耽り、万年筆を片手に原稿を執筆され、他の誰よりも遅く研究室を後にする生活を送っておられました。こうした船山教授の御姿を拝見できるのも、残りわずかとなってしまいました。しかし、先生は、退職後も、世に役立つ書物を執筆する強い意欲をもたれておられます。母校の後進を引き続きどうか御指導下さい。そして、教職員一同、先生が今後も学究に励まれ、ますますご活躍されることを心から深く祈念しております。

平成二八年十月吉日

日本大学法学部長 池村正道

船山泰範教授古稀記念号

「傷害の罪」の法益

伊 東 研 祐

I はじめに――現代社会における「人の身体」

「人の生命」、「身体」、「財産」、と何気なく並んで挙げられるが、いわゆる「人の身体」という法益は、「人の生命」という法益と如何なる関係に在るのだろうか。「人の身体」に対する侵襲等が重大なものである場合、その人の生命が失われる、あるいは、失われる危険が生じるのであるとすれば、「人の身体」という法益は「人の生命」という法益の謂わば前段階ないし前提的構成部分である（に過ぎない）ようにも思われる。「人の身体」には、「人の生命」から独立した固有の意義はないのであろうか。……そんなことを、「人の身体」を法益と呼ぶことの正確性に今更ながら一抹の不安を覚えつつ、何故かふと思ったのは、そして、従前からの議論枠組を破ってみようかと少し冒険してみたのは、六年程前の各論教科書執筆時のことであつた。予想通り、殆ど関心を惹くこともない問題提起に止まった

が、この間のPM_{2.5}やセシウム137等に代表される環境（大気）汚染物質問題の再燃に鑑みても、なお考えてみるに値するものであるように思われる。以下、些か長くなるが、関連部分を引用させて戴く。

「人の身体」という法益の侵害の一つの発現形態である「傷害」をどのように定義すべきかという問題については、古くから見解の対立が存する。身体的完全性侵害（毀損）説（外観等を含む身体の完全性の侵害と解する説）と生理的機能障害（阻害）説（生理機能ないし健康状態の阻害ないし悪化と解する説）との対立がそれである。

……〈中略〉……

生理的機能障害説は、人の完全性の侵害を暴行罪で保護すべきものとするが、それは、……「上」に述べたように、一定限度では正当な見解であると思われる。たとえば、生理的機能ないし健康状態の阻害には至らないが無視し得ない外観の変更は、それによる心理的な悪影響を含めて、独自の不法実体として捉えられ、暴行罪で捕捉すべきであるといひ得る。しかしながら、外観の変更ではなく、たとえば、細菌や原虫ないし微小生物を初めとする異物（人工物を含む）の体内への侵入・滞留に関しては、生理的機能障害を起こさないもの、あるいは、起こしていないものであっても、それによる心理的な悪影響を含めて、身体的完全性を侵害するものとして傷害罪で捕捉すべきであるように思われる。すなわち、傷害に該するか否かは、阻害される身体的完全性の質・側面によつて判断されるべきである。更に、生理的機能障害説では、原因となる行為から精神的な影響を経て生理的機能障害の発生に至るまでに時間的に相当の隔たりがあるような場合（たとえば、心的外傷後ストレス症候群「PTSD」の場合）について適切な保護を与えられない恐れもある。現代社会状況を鑑みれば、身体的完全性侵害説を採るべきであろう。¹⁾

本稿は、「人の身体」という法益ないし「傷害」罪の保護範囲（法益）を巡る近時の活発な資料研究等に触発されて、その知見を借用しつつ、比較的に手薄に感じられる基礎的な議論・「傷害の罪」の法益論を深化させると共に、自説としての身体的完全性侵害説を擁護・再論しようとするものである。

日沖憲郎先生門下の船山さんを初めてお見掛けしたのは、執筆作業等のお手伝いに通われていた藤木英雄先生の本郷の研究室であった。既に副手を終えられようとする頃で、事情も分からぬ学部生の私などと話す事柄も無かったせいか、黙々と仕事されていたのが強く印象に残っている。それから、四〇年を超えるそれぞれの随分と長い時間が流れた。学界における人的関係や研究テーマ・領域の近さに鑑みれば、御仕事を御一緒する機会は不思議と少なかったといえるが、船山さんという存在は折り目折り目に強く意識されるものであった。これまでの御指導・お付き合いに感謝申し上げると共に、古稀をお祝いして、本小稿を捧げる次第である。

Ⅱ 刑罰規定解釈・実定法概念規定と立法者意思ないし立法趣旨と社会的コンテクスト

刑罰規定の文言の意義・射程が、その規定を解釈しようとする時点において、必ずしも明らかでない場合、あるいは、一義的に決し得ない場合に、当該規定の立法過程に遡っていわゆる立法者意思ないし立法趣旨を探り、それを基準（オーソリタリー権威）の一つとして当該規定文言を再定義ないし解釈するという手法は、電子情報化された議事録等の資料の入手が容易になるに伴って益々多用され、学問的に興味深い成果を生み出すに至っている。もともと、そのような作業に自らも携わっていて気付くのは、明らかにされた過去の立法者意思ないし立法趣旨が現時点における解釈・再定

義に対して謂わば拘束力を有しているというような錯覚に何時の間にか陥っていることが少なくないということである。立法者意思ないし立法趣旨と一致／矛盾するが故に現在における解釈・再定義が正しい／誤っているということは、しかしながら、原則としては正しくない。もちろん、（罪刑法定主義の要請を含む）諸々の解釈論上の規則との関連において、立法者意思ないし立法趣旨から逸脱／離反するような解釈・再定義が誤りとされることはあるであろうが、解釈時において置かれた規定の様々なコンテキストが立法時と実質的に相違する場合における解釈の当否は、あくまでも解釈時における（可能的語義に基づく）それ自体の論理性と説得性（立法者意思ないし立法趣旨との異同等の指摘の利用を含む）とに拠り判断されるのである。

現行刑法典（明治四十年四月二十四日法律第四十五号）が制定された頃の刑法二〇四条にいう「人の身体」の「傷害」の意味を決するコンテキストは、現在のそれと如何なる相違を示しているのだろうか。「身体」を、謂わば専ら「肉体」^{ボデー}として捉えるにせよ、「からだ」^{フイジイカル}・「肉体と精神から成る統一体」^{メンタル}として捉えるにせよ、（行為者・他者から見た）侵害の対象ないし客体として捉え、その生理的もしくは精神的な機能の障害や外観的欠損を惹起することを「傷害」とする限りにおいては、基本的な相違は存しないといひ得よう。医学や心理学の極めて多様で広範な関連領域への展開（逆に、それらからの影響）とそれをもたらした身体現象・状態の把握説明の深化・変化という観点も、同様である。「傷害」概念について、現在に至るまで、生理的機能障害惹起説と身体的完全性毀損説また折衷説が併存し得てきた所以ともいえよう。しかしながら、現在におけるコンテキストは、そのような「傷害」を手段ないし中間的成果・産物として包摂する「治療」行為や入れ墨・ピアス等の「ボディー・アート」等を（自己に対して）行わさせるか否か、「身体」を自己の意思の謂わば実現対象ないし表示媒体とするところまで包含している。そのようなコンテ

クストの相違は、障害や欠損というような客体（物体）上の（機能を含む）状態の悪化・劣化を捕捉するというだけの受動的な視座から、そのような変化を（少なくとも共同／共働して）主体的に支配・制御するという能動的な視座への移行を要求するものである。現代における「人の身体」の「傷害」の意味は、前者の視座に基づく伝統的なものから大きく離反する可能性があることになる。

Ⅲ 自己の意思の実現対象ないし表示媒体としての「身体」

1 治療行為の対象としての「患者」の意思と傷害罪の成否

傷害罪（刑二〇四条）にいう「人の身体」の「傷害」が、他人の身体に（一定程度以上の）生理的機能障害を発生させる、という意味において、人の健康状態を悪化ないし劣化させることを意味するとすれば、（患者ないし病者である）他人に既に存する生理的な機能障害を除去ないし軽減し、それに因って健康状態の改善ないし回復または悪化の停止ないし鈍化をもたらす「治療行為」は、客観的に「傷害」行為に該らず、したがってまた、（治療者たる）行為者におけるその主観的な認識も、「傷害」の故意には該らない。既存の生理的な機能障害を除去ないし軽減し、それに因って健康状態の改善ないし回復または悪化の停止ないし鈍化をもたらす過程で、（各種の措置・手術や投薬等により）元の機能障害の一時的な悪化や新規の機能障害の発生を生じたとしても、それらは、患者の全体的な回復力を前提・勘案して「治療行為」に織り込まれて計算された、通常の場合は最終的に治療効果中に謂わば消失・解消するものであり、また、そのようなものとして認識されるものであって、客観的にも主観的にも、同様に、「傷害」に該らない^⑤。もちろん、他人（患者ないし病者）に存する生理的機能障害の除去ないし軽減を試みて成功せず、健康状態の改善ないし回

復または悪化の停止ないし鈍化という治療効果を上げられないことも、あるいは、治療のための措置・手術等により単に新規の機能障害を発生させるに留まる場合等もあるが、それらの行為も、同時代的な医療水準からの（重大な）逸脱が認められない限りにおいては、過失「傷害」（過失致傷）行為には該らない。特定の治療を受けるか否かという患者の意思は、治療者の行為が「傷害」罪に該るか否かという問題とは無関係である。

上に述べた見解が、「専断的」治療行為非傷害（罪）説の現代版といい得るか否かは定かではない。⁽⁶⁾ 犯罪論体系的に、また、解釈論的に正確な議論であるか否かは些か疑問である。特に、「特定の治療を受けるか否かという患者の意思は、治療者の行為が「傷害」罪に該るか否かという問題とは無関係である」という最後の一文が、それまでの記述と実質的な論理的関連性を有するか否かは、甚だ疑問であり得る。健康状態という法益の促進ないし改善としての「治療」は、定義上、「傷害」という犯罪たり得ない（被害者と加害者という関係が存在していない、あるいは、いわゆる法益保護／侵害説・結果無価値論の視座では捕捉されない）だけであり、患者の意思の如何によって影響を受けないというだけではなく、それとは正に無関係だからである。

2 「侵害としての傷害」の罪の法益と法益主体の意思

反面、上に述べたところは、少なくとも、「傷害」罪の成否についての議論は行為客体である法益主体（人・患者）の意思・主観とは係わりなく構成され得るものであること、法益主体の「意思決定の自由」（自己の身体の安全・健康に関する意思的な制御・支配）に対する侵害という側面を有しないものとして静的に構成され得るものであることを含意しそうである。換言すれば、捉え方の当否は一先ず措くとして、傷害罪の法益を「人の身体ないし人の事実的な健

康状態もしくは生理的機能状態」と定義することにおいて、法益主体の意思から謂わば切り離された／客観化された客体と同様に捉えることは（観念的には）可能でありそうである。翻つて、生理的に不良な変更（悪化ないし劣化）と（7）いう意味における処分としての自己決定の客体・対象としても、傷害罪の法益を捉えることは可能でありそうである。

さて、傷害罪の法益をそのようなものとして捉えながら、すなわち、法益主体の意思から謂わば切り離された／客観化された客体と同様に捉えながら、同時に、「法益主体の意思に反する／沿わない／従わない」法益の「侵害」があるいは、そのような「侵害」は、「傷害」に該すると主張することは如何にすれば可能であろうか。……結論的には、法益主体の意思決定の自由を法益に（密かに）取り込むこと以外には事実上は不可能であろうし、それが論理としては矛盾することも明らかであろう。ここでは、「傷害の罪」の法益は、法益主体の意思決定（の自由）の対象ではなく、法益主体の意思決定の自由を包含するものとして構成されねばならない。そのときには、自己の意思に基づく身体の侵害の捕捉・包摂を傷害罪は予定していない、ということが内在的な根拠付けを有することにもなる。

3 法益主体の支配・制御領域としての「身体」

「傷害の罪」の法益を法益主体の意思決定の自由を包含するものとして構成するということは、自己の身体に関する／対する法益主体のいわゆる自己決定権そのものを法益とするということとは異なる。（費消・放棄・譲渡・廃棄等の）処分の対象としての法益を考えている訳ではないのは勿論であるし、自己決定権という観念を一般的に認めるとしても、権利自体は因果的変えないし阻害が可能な次元に存する客体性・対象性を有するものではないので侵害されることがなく、したがって、法益として必要な属性を具備し得ないからである。⁽⁸⁾「傷害の罪」の法益は、敢えていえ

ば、そのような権利の客観化している事態ないし状態として捉える必要がある。すなわち、「法益主体による意思的な支配ないし制御・管理の可能的に及んでいる領域あるいは空間としての「身体」の状態そのもの」ということが、「傷害の罪」の法益の外延として捉えられることになる。⁽⁹⁾

ところで、法益主体による「意思的な」支配ないし制御・管理といっても、人の身体状況は、当該人に意識されないまま刻々と継続的に変化し続けることが通常ともいえるものであるし、個別具体的に見れば、全く不随意なものも少なくない。その意味において、ここにいう「意思的な」支配ないし制御・管理は、現実的・事実的あるいは直接的なものではなく、あくまでも一般的・統合的な支配ないし制御・管理の意思に基づく「可能的」な次元のものを指すことになる。そしてまた、そのような意思を及ぼし得る自己の「身体」という領域あるいは空間の範囲内でのものに止まることになる。換言すれば、「人が自己の身体という領域ないし空間に関して及ぼしている支配ないし制御・管理の意思によって保たれている統合性 (die Integrität : integrity) ある身体状態」が、「傷害の罪」の法益の外延であるといえる。

些か抽象的で理解しにくい定義のようにも思われるが、表現しようとしていることは単純である。法益主体である人（個人）は、自己の身体に関して、多様な次元（たとえば、形態・容貌・健康・運動・生理機能等の次元）における個別具体的な状況の認識と対応という形においてではないにせよ、一般的な支配ないし制御・管理の意思を有しており、その結果／効果として統合されている身体の状態そのものが全体として保護される。法益主体の支配ないし制御・管理の意思に反する身体状態の変更は許されない、ということである。これは、自己の住居という領域ないし空間の内部に在る財物全体について、その個別具体的な存在や状態を認識していなくとも、あるいは、現実的な握持可能性が

存しないとしても、住人である法益主体に占有（支配）が認められて保護されることと、ある意味において、同様であるといえる。そのような保護は、法益主体における一般的な占有の意思の存在が故にであることはもちろんであるにせよ、既に住居（建造物）というものの正に基本的な性質・機能が故にでもあるといい得る。住居（建造物）の内部空間は、通常、屋根・壁・柱等によつて私的で安全な安心できる領域として確保され、そこでの平穏な日常生活が保障されている。すなわち、住居（建造物）は、その住人に、他の人間に因るものを含めた様々な外部的な影響からの主として物理的な遮断による（財物の管理をも含めた内部空間における生活の包括的また統合的な）安全・安心の提供という機能を果たすものであり、その遮断効は、住人が個別的に解除しない限りは（建造物が存続する限り）一般的に継続するし、対人的には立ち入りを認めること自体で失われることは、住居侵入罪（刑一三〇条前段）の法益と同条にいう「侵入」の意義をめぐる過去の議論の示すとおりである。¹⁰「人の身体」の機能も、同様の視座から改めて捉え直すことが有効であるように思われる。

4 「傷害」の意義

「傷害の罪」の法益を、「法益主体による意思的な支配ないし制御・管理の可能的に及んでいる領域あるいは空間としての「身体」の状態そのもの」あるいは「人が自己の身体という領域ないし空間に関して及ぼしている支配ないし制御・管理の意思によつて保たれている統合性（die Integrität : integrity）ある身体状態」と定義し直すとき、刑法二〇四条以下にいう「傷害」とは、そのような支配ないし制御・管理の可能性の喪失・阻害・悪化、あるいは、そのような統合性の喪失・阻害・悪化・劣化であることになる。物理的または心理的ないし精神的な外部的影響に

よって、そのような統合性を喪失・阻害・悪化・劣化させることが、「傷害する」であることになる。「傷害」は、文言の常識的理解として生理的機能障害を意味するとする見解もあるが、⁽¹¹⁾ いわゆる「傷つける」ことに限られず、生理的機能障害や外観の欠損という意味での身体的完全性の毀損が無くとも、法益主体の意に反して物質（生物を含む）が身体内に挿入されて滞留している状態も、これに該ることになる。

「傷害」の意義を上のように解するとき、伝統的な議論において機能や器質の悪化・劣化（障害、欠損）という観点から捕捉されていた範囲を超えて、その包摂範囲は相当に広くなるように感じられるかもしれない。しかしながら、上の定義に拠って初めて新に「傷害」と認められることになる事案というのは、現実には僅かなものであるように思われる。殆どの場合、既に認められている何らかの（生理的あるいは精神的）機能の悪化・劣化や器質的な欠損・不都合が惹起されるであろうし、そこから、従前と同じように（また、基準は必ずしも明確ではないにせよ）、軽微なもの・一時的なもの等は除外されるであろうからである。言い換えれば、ここで展開した「傷害の罪」の法益と「傷害」という概念との定義の解釈論上の妥当性は、現時点では僅かしかないのであろう固有の包摂事案・範疇⁽¹²⁾を支える基本的な視座の正統性に依拠することになる。

IV おわりに——「人の身体」という法益と「人の生命」という法益との関係

刑法上の「人」の始期と終期とを巡る議論は、「人の生命」という法益の保護の時間的な限界を定めるものとして、激烈なものが繰り返されてきたが、いずれにおいても、著しく進歩した科学的ないし医学的視座・知見の大きな影響の反面において、法理論的な当否は別として、「社会的存在としての人」という関係性のコンテクストの中で謂わば

規範的に判断しようとする傾向が（近時には改めて）登場してきたように思われる。⁽¹³⁾ それらが何を意味するのかは必ずしも明らかではないし、多様な解釈を許すものでもあろうが、比喩的にいえば、「人」の「生命」という法益の捉え方から「人の生命」という法益の捉え方への（場合によっては無意識的な、そして再びの）移行の始まりを反映したものであるといい得よう。「人」の生物学的・生理学的に捉えられた物質的機能存在そのものが「生命」として理解されている次元から、「人」という社会的存在を特徴づける（固有な）神経的・精神的諸機能をも内含して「人の生命」として捉える次元への再移行を反映したものといい得よう。しかしながら、ここで留意しなければならないのは、いずれの捉え方においてもなお、「侵害」という因果的経緯・現象との関連においては、すなわち、実定法解釈論・犯罪論のコンテクストにおいては、「人の生命」は因果的経緯の到達点としての客体たる物質的機能存在を基体・中核として観念され続けているということである。そして、そのような存在としての「生」が臓器レベルで失われる状態・「人」の意思によっては左右できない不可逆的停止状態の発生を以て、「人の生命」の終わり＝人の「死」の始まりが規定される。それは、実定法の明示的に採る立場（刑法二〇二条等参照）として致し方ないにせよ、「傷害の罪」の法益については過去の視座として本稿により排斥されたところに一致する。現代において代替すべき新たなコンテクストが未だ確定されていない以上、「人の生命」という法益の把握は現状に止まる他ないのであるか。それと並び挙げられる「人の身体」という法益の側から関係づけを試みることも、あるいは有効であろう。

「人の身体」は、本稿の上述した捉え方に拠って略言すれば、住居（建造物）と同様に、人（法益主体）を他の人間に因るものを含めた様々な外部的影響から遮断して、自己の意思に基づいて安全で安心して生活することのできる基本的な（私的）領域・空間を形成する、という機能を実現するものである。より直截には、「人の身体」とは、その

ような意思的に統合された領域・空間そのものである、というべきであろう。そして、そのような統合性の存在が、人の生物学的・生理学的に捉えられた様々な機能の単なる集合体に独立した固有の意義を与えることは明らかであろう。他方、そのような統合された領域・空間を満たす、人の生物学的・生理学的に捉えられた機能存在しない様々な臓器等の集合的機能状態は「人の生命」と捉え得るから、「人の身体」と「人の生命」とは、その限度では一致する。異なるのは、両者における統合性^{インテグリティ}のレベルないし質であると思われる。「人の生命」活動における統合性の謂わば部分的な結果・作用としてもたらされるものが「人の身体」の統合性であり、そこには、「人の生命」に比して、より広い人（法益主体）の意思ないし意識・精神の機能する余地が認められるのである。

（１）伊東研祐『刑法講義各論』（二〇一一年、日本評論社）三六〇七頁。心的外傷後ストレス症候群「PTSD」を「傷害」に該ると明示した最高裁判平成二十四年七月二四日決定（刑集六六卷八号七〇九頁）に先立つ記述である。「暴行」との関連において、同三四頁も参照されたい。なお、筆者は、かつては「結論的には折衷説を支持するが、基本的視座としては生理的機能障害説からアプローチする方向で考えるべきである」（伊東研祐「傷害および暴行の意義」同『現代社会と刑法各論』第二版）（二〇〇二年、成文堂）七四頁）としていたことを付言させて戴く。

（２）治療行為論との関連においてドイツの立法・学説を検討し、傷害罪における「身体」法益の構造について基本的視座を提示するものとして、天田悠「傷害罪の保護法益からみた治療行為論」（二・完）『早稲田法学会誌六五卷二号』（二〇一五年）一頁以下、六六卷一号（二〇一五年）一頁以下がある。なお、ドイツにおける治療行為論そのものの歴史的研究として、天田悠・後出註（６）が既にある。

（３）「傷害」概念の包摂範囲・内実について、立法過程にまで遡って検討する藪中悠「刑法二〇四条の成立過程にみる傷害概念——精神的障害に関する議論を中心に——」『法学政治学論究九八号』（二〇一三年）三七頁以下、同「日本刑法における傷害概念

と精神的障害」法学政治学論究一〇四号（二〇一四年）一頁以下、同「刑法における傷害概念と意識障害」法学政治学論究一〇六号（二〇一五年）一頁以下がある。なお、比較法研究としては、同「刑法における傷害概念と精神的障害」法学政治学論究九七号（二〇一三年）九三頁以下、同「ドイツ刑法における傷害概念と精神的障害」法学政治学論究九九号（二〇一三年）三七頁以下もある。

(4) 人の「傷害」の意義については、改めて詳細を述べるまでもなく、生理的機能障害惹起説と身体的完全性毀損説とが基本としてなお主張されているが、いずれを採ってもここでの議論枠組みとして殆ど異同を生じないので、一般的と思われる前者を念頭に置く。また、傷害罪の法益として「人の身体」・「人の（身体の）健康」・「人の（身体）の安全」等の表現が用いられるが、ここでは、いずれも行為の作用を受ける時点における人の（事実的な）健康状態それ自体を示しているものとして理解している。すなわち、本来あるべき健康状態、より良い健康状態、標準的な健康状態等を意味するものとしては理解していない。

(5) （治療のための）各種の措置・手術や投薬等により悪化した、あるいは、新規に発生した機能障害がそのまま（永続的に）残存することとなることも少なくないが、所期の治療効果を達成する上で必要且つ合理的である限りは、それらも「通常の場合」であるといえるであろう。

(6) ドイツにおける学説・立法等を検証する近時のものとして、天田悠「ドイツ刑法における治療行為論の歴史的展開（一）（二・完）」早稲田法学会誌六三卷二号（二〇一三年）一頁以下、六四卷一号（二〇一三年）一頁以下がある。

(7) コンテキストは異なるが、かつて、「博物館のガラス製陳列棚の中に注意深く保存された所蔵品」としての法益観、と呼ばれた視座に基づくところに一致するものであることはいうまでもない。Vgl. Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW Bd. 58 (1939), S.514f.

(8) 犯罪論また解釈論において「法益」に要求される諸属性については、些か古いものであるが、伊東研祐『法益概念史研究』（一九八四年、成文堂）や伊東研祐「刑法における法益概念」阿部純二／板倉宏／内田文昭／香川達夫／曾根威彦（編）『刑法基本講座 第一巻 基礎理論／刑罰論』（一九九二年、法学書院）三三頁以下等を参照されたい。

(9) なお、そこにいう「状態」が、人の生理的な機能の次元のものに限られるべきか、外観的な完全性・健全性の次元のものをも含むべきであるか、はたまた、精神的な機能や心理的な状態をも含むべきか、ということは、「傷害の罪」の法益の内包の問題であつて、近時の立法過程の再検討等の結果としては、いずれも包摂され得ることが明らかとなったといい得よう。

(10) 伊東研祐「住居侵入等罪（刑一三〇条）を巡る法益論と解釈論」法曹時報六三卷二号（二〇一一年）一頁以下を参照されたい。

(11) たとえば、西田典之『刑法各論 第六版』（二〇一二年、弘文堂）四一頁を参照されたい。ちなみに、いわゆる動物「傷害」罪（刑二六一条）についても、「動物を殺傷して、その効用を害することをいう」と定義されているが（同・二八五頁）、判例理論・通説に鑑みると、効用の阻害の方に力点が置かれており、逃走させること・管理から離脱させること（という文言の必ずしも常識的ではない理解）を排除する趣旨ではないとも解される。

(12) 既に挙げた、呼吸・被曝等の非侵襲的経緯によるそれ自体も生理的機能障害を（直ちには）引き起こさない微小生物・微小物質の体内への送り込み／挿入・滞留の他、非意図的・間接的な精神的ないし心理的影響の付与による（「特定の／病的な」障害の程度には至らない）精神的ないし心理的な動揺・不調の発生等であろうか。

(13) 伊東研祐「人」の始期について——「独立生存可能性説」再論」法学研究八〇卷一二号（二〇〇八年、慶應法学研究会）二三七頁以下、伊東研祐「人の終期——脳死について」同『現代社会と刑法各論』第二版（二〇〇二年、成文堂）四〇頁以下等を参照されたい。

脱税刑事判決と課税判断との関係

伊藤 悟

はじめに

- 一 税法違反への制裁―税法と刑法の基本的関係
 - 二 外れ馬券事件による通達変更
 - 三 脱税事件の事実認定と課税判断の関連性
- 結語

はじめに

法違反という「罪」を犯した者に対する制裁は、基本的には「罰」であり、刑罰である。反社会的、反道德的、社会秩序を害することとなる市民の不正行為は、その行為が私人間のものであっても、報復、復讐、敵討ちというよう

な私刑を認めず、国家権力による刑事手続に基づき処罰することが「罪」に対する「罰」としての基本であるとし、その不正行為への一般予防効果、また行為者への特別予防効果を考慮し、刑罰にて処遇する。この制裁の方法が法治国家の基本でもある。

また、当然であるが、その不正行為に基づき身体、財産、権利利益等に損害を受けた者が行為者である加害者に民事損害賠償請求をすることも認められる。更に、その行為が行政機関との関係があるものである限りにおいて、その者に対する行政処分（免許や許可等の取消処分など）も認められる。これら刑事上、民事上、行政上の法的措置は、同一行為に起因するものであっても、各措置は、それぞれ別のものとして、法律関係を有している。すべての法違反事件において、これらすべての法的措置が必ず成立するものではない。それぞれの法律関係における法効果の確定は、刑事以外の民事および行政事案においては当事者間でなされる場合もあるが、最終的には、それぞれ刑事訴訟、民事訴訟、行政訴訟の手続を経て、裁判所の判決により法効果が与えられる。繰り返すが、基本的には、これらは、同一事実に起因するとしても、別個の法律事案である。したがって、「刑事有罪でも、民事賠償責任なし」という判決はありうる。^① また行政責任を課された場合でも、刑事や民事の責任を負うことがない場合もある（例えば、自動車走行における軽度の速度違反や一旦停止義務違反などは、行政上の交通反則金の納付がなされれば刑事訴追はないし、民事の責任も通常追及されない）。これは、それぞれの法領域の法目的の相違に基づくものである。

日本の実定法が規定する刑罰は、刑法典に規定されているものに限るものではない。刑法八条が「他の法令の罪」という文言を規定し認めるように、刑法典以外の実定法においても、多くの罰則がある（刑法学からは、特別刑法とされる）。これにより、その罰則研究が刑法学の対象でもあり、かつ当該実定法分野法学の研究対象でもあるという事

態が起きている。現代のような複雑な社会経済状況において、刑法によりすべての法違反を規律することは困難であり、多くの法分野における法令違反に対する個別刑罰規定（一般的には、「罰則」条項として規定される）は、その法令の実効性を確保するために避けることができないものとなっている。⁽²⁾

税法分野の実定法において規定される罰則は、基本的には、税法違反者に対する制裁のみを対象としたものである。これは、税法において租税刑法などの呼称の下で研究されている。かつて、租税刑法は、税法に固有のものとして考察された時期もあるが、今日では、刑法一般理論に基づき考察されてもいる。⁽³⁾ 当然であるが、租税刑法は、税法学の体系に組み込まれ研究されている。⁽⁴⁾

本稿は、脱税等の税法違反に対する制裁についての税法と刑法との基本関係を再確認し、近時の所得税法違反被告人事件に関する最高裁判決に起因する所得税法基本通達の改正をとりあげ、刑事判断と課税判断との関係を考察する。最高裁判所は、平成二七年三月一〇日、競馬の勝馬投票券（競馬法六条）（以下、「馬券」とする）の払戻金（競馬法八条）に係る所得税法違反被告事件（以下、本稿で「外れ馬券事件」という）⁽⁵⁾において、従来の所得税法に規定する一時所得の典型事例として実務解釈されてきた馬券払戻金にかかる課税解釈につき、全く異なる雑所得課税とし、かつ外れ馬券の必要経費性についても認める判断を示し、これに基づき脱税額等を査定し量刑を判断し、有罪判決をなした。この判決を受けて、国税庁は、平成二七年五月、所得税法基本通達三四―一を改正した。

通達は、行政内部での上級機関から下級機関への示達命令である。したがって、通達は、裁判基準としての法源ではなく、市民がこれにより法的に拘束されることもない。しかし、税実務の現実には、課税側のみならず納税義務者側も、その課税判断の便益性から、通達の示す税法解釈に左右されている。通達は、税制改正と共に改正されるのが常であ

る。また、従来の通達上の税法解釈と異なる判決がなされたときなどにおいても、通達は改正されるが、刑事事件判決を受けての税務通達の改正は、稀なことである。

一 税法違反への制裁—税法と刑法の基本的関係

(一) 税法違反と制裁—刑罰と行政罰

税法違反にかかる罪への制裁としての罰は、法違反であることから法の一般理論からすれば、刑罰が妥当する。しかし、日本の実定税法は、刑罰とは別に、いわゆる行政罰とされる制裁措置を規定し、税法違反に対処している。

実定税法は、課税権者である主権者・国民の課税意思がその代表を通じて国会や地方議会という税法立法機関にて審議インプットされ成文法(税法律、税条例)としてアウトプットされ、施行され、通常、納税者の納税というアウトカムを生起する。実定税法が規定する租税要件等を充足することにより、各納税義務者の納付義務が成立し、一定の確定手続を経て、具体的納税義務額が確定し、その納税額がその納期限までに納税され、納税義務は消滅する。これが税法関係の基本であり、これが毎年度において循環的に展開される。^⑥

この税法関係において、課税・徴収権を行使する税法行政機関の税法違反と、^⑦納税義務者側の税法違反が発生することがある。前者は行政が法違反をすることを法が想定していないこと(行政の無謬性)から租税刑法でも例外的事項とされるに對して、後者の納税義務者や源泉徴収義務者などの納税者(国税通則法二条参照)による税法違反は租税刑法の中心的対象であり、多様な犯則規定がある。納税者の税法違反を、すべて刑罰にて処遇することは、日本の実定税法においてなされていない。納税義務者の税法違反に対する措置としては、脱税などに対する懲役刑や罰金刑と

いう刑罰もあるが、これらのほかに、納税遅延等に対する利子相当額としての延滞税（国税通則法六〇条）や利子税（同法六四条）、行政処分制裁としての加算税等（過少申告加算税（同法六五条）、無申告加算税（同法六六条）、不納付加算税（同法六七条）、重加算税（同法六八条）、印紙税法二〇条に規定する過怠税）および通告処分（国税犯則取締法一四条、関税法一三八条）もある。刑罰の対象となる税法上の制裁措置が租税刑法の対象であり、それ以外の制裁措置が行政罰等の行政制裁の対象である。これら制裁措置は、総称して「税処罰法」などと呼ばれる税法分野を形成する。

租税刑法の対象となる租税犯は、大きく、脱税犯と租税危害犯とに分けられる。脱税犯としては、①逋脱犯（狭義の脱税犯、偽りその他不正の行為により所得税を免れまたは所得税の還付を受けた者に十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、またはこれの併科、^⑧所得税法二三八条等）、②申告書不提出犯（故意に納税申告書を法定申告期限までに提出しないことにより税を免れた者に、五年以下の懲役もしくは五〇〇万円以下の罰金、またはこれの併科、所得税法二三八条三項等）、③間接脱税犯（酒類の密造（酒税法五四条）に一〇年以下の懲役又は一〇〇万円以下の罰金、外国貨物の密輸（関税法一一条）に五年以下の懲役若しくは五〇〇万円以下の罰金またはこれの併科、税収確保目的の行為を許可なくした場合に科される）、④不納付犯（源泉徴収義務者が徴収して納付すべき所得税を納付しなかったとき、一〇年以下の懲役若しくは二〇〇万円以下の罰金、またはこれの併科、所得税法二四〇条）、⑤滞納処分妨害犯（滞納処分の執行を免れる目的でその財産を隠ぺいし、損壊し、国の不利益に処分し、またはその財産に係る負担を偽って増加する行為をした者に、三年以下の懲役もしくは二五〇万円以下の罰金に処し、またはこれを併科。国税徴収法一八七条）がある。また、租税危害犯としては、①虚偽申告犯（申告書等に虚偽の記載をした場合、一年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金、例、所得税法二四二条一号、二号）、②単純無申告犯（正当な理由がなく確定申告書等をその提出期限までに提出しなかった者に一年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金を科す。例、所得税法二四一条）、③

不徴収犯 (徴収すべき源泉徴収税額を徴収しなかったことに、一年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金。所得税法二四二条三号)、④検査拒否犯 (税行政職員の質問検査等による質問に対して答弁せず、もしくは偽りの答弁をし、または検査を拒み、妨げ、もしくは忌避し、もしくは検査に関し偽りの記載若しくは記録をした帳簿書類を提示した者は、三〇万円以下の罰金。国税通則法一二八条)、⑤その他 (虚偽申告すること、または国税の徴収もしくは納付をしないこと煽動した者に三年以下の懲役または二〇万円以下の罰金。国税犯則取締法二三条) がある。

税法違反に対する刑罰と行政罰との関係として、日本国憲法三九条が「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」と定めていることから、刑罰と行政罰との併科が二重処罰禁止に抵触するか疑問とされた。これは、脱税犯の要件として「偽りその他不正の行為」による税を免れるということ (所得税法三九条) が要求され、また重加算税の要件として「隠ぺい」または「仮装」という納税者の行為に基づく納税申告書提出ということが要求されている (国税通則法六八条) ことから、同時に、納税者の故意による税を免れる不正行為に対して刑罰と重加算税が納税者に対して行使されることもありうる。これに関する判例は、刑罰と行政罰との併科を上記憲法条項に反しないとす^⑨る。行政罰である重加算税は、行政手続による行政処分として課されるものであり、刑事手続による刑罰ではないからである。したがって、重加算税の課税と刑罰としての懲役や罰金が重ねて科されることは、基本的には、現行法制において認められている。

(二) 税処罰における税法行政機関の職能

税法行政機関は、日本国憲法の統治機構論からみて、税法立法機関により制定された実定税法 (国税法律、地方税条例) を誠実に執行する機関である (同法七三条一号)。国税行政機関の代表である国税庁は、「内国税の適正かつ公平な

賦課及び徴収の実現、酒類業の健全な発達及び税理士業務の適正な運営の確保を図ることを任務とする」(財務省設置法一九条)とされている。税法行政は、一般論として、税の適正公平な課徴実現を目的としていると解する。

この目的から考察すると、行政罰としての加算税は、附帯税としてまとめられてはいるが、納税遅延にかかる遅延損害利息という性質をもつ延滞税とは異なり、過少申告、無申告もしくは不納付という納税者の行為に対する罰則としての制裁であり、これら行為の発生抑制ないし予防効果を期待する措置であり、税法行政の目的の例外的な措置と解される。税法違反を予防するには、一般的に考えても、行政罰としての加算税より刑罰としての罰金等の方が効果の高いものである。加算税は、シャウプ勧告に基づく制度改革であり、シャウプ勧告が提言した青色申告を中心とする申告納税制度の普及のための過渡的制度であり、本来的には、刑罰として一元化されるべきものとも考えられる⁽¹⁰⁾。無申告または過少申告による未納税額の納付遅滞には、行政制裁として延滞税があることから、この上に加算税を課す過重的制裁措置が適正な納税義務の履行勧奨のために行政処分として必要であるか疑問である。加算税は、行政手法である限り、納税義務の履行勧奨を動機づけるものとしては微力であると推量する⁽¹¹⁾。

税法以外の分野でも、違反行為に対して様々な刑罰以外の制裁があるが、よく知られているものに、いわゆる「三倍返し」というものがある。鉄道等の不正乗車(いわゆる「キセル」)等をした者には割増賃金(または増運賃)が請求される(鉄道営業法一八条二項、鉄道運輸規程一九条「有効ノ乗車券ヲ所持セズシテ乗車シ又ハ乗車券ノ検査ヲ拒ミ若ハ取集ノ際之ヲ渡サザル者ニ対シ鉄道ハ其ノ旅客ガ乗車シタル区間ニ対スル相当運賃及其ノ二倍以内ノ増運賃ヲ請求スルコトヲ得」)のは、この例である⁽¹²⁾。このような金額請求は、違反による経済的損失に対する損害賠償という性質を認めうる。日本の税法令における旧追徴税も、これに類するものと解する。たとえば、脱税者に対して、脱税額の三倍額を請求するという

行政制裁を制度化したとしても、それによる予防効果が十分に上がるか疑わしい。⁽¹³⁾ 違反者が増加すれば、制裁を重罰化するというのが現行法制の実態であると評する。旧追徴税が廃止され、罰金刑と懲役刑へと租税刑罰は展開された。平成二二年度改正による刑罰の重罰化（懲役五年から懲役一〇年へ）もその一環である。

税法行政機関が制裁に関わるのは、その目的から、職務の中心ではないと解する。しかし、実定税法は、税法違反に対する行政罰のほか刑罰も規定している。行政罰は、行政手続として処理されるものであり、税法行政機関の中心的職務ではないが、税法行政の職務と解する。しかし、税法違反に対する刑罰は、刑事手続に基づき処理されるものであり、起訴独占主義（刑事訴訟法二四七条）から、司法警察員、検察官および裁判官という刑事手続に携わる者の職務となされる。しかしながら、税法違反の判断は、専門的技術的事案であり、税法行政（国税庁以下の国税行政、関税局以下の関税行政、地方税行政）の職員（以下「税務職員」という）が関与するものとされている（国税犯則取締法一条および二条等、関税法一九条および二二一条等）。一般的捜査、質問検査のほか、裁判所の許可を受けた臨検等も、税務職員（国税では査察官が中心）が行える。さらに、税関職員は武器の携帯、使用が認められている（関税法一〇四条）。これら犯則事件の調査は、必要ある場合には警察官の援助を求めることもある（国税犯則取締法五条、関税法一三〇条）が、税務職員がこれを実施すると実定税法にて規定されている。

捜査等に基づく結果、税務職員（国税犯則取締法では「収税官」）は「犯則があると思料する」⁽¹⁴⁾とき、検察官に告発しなければならない（国税犯則取締法二二条の二、関税法一三六条の二、一三七条、刑事訴訟法二三九条二項）。租税刑法にかかると告発は、税務職員の義務と解する。税務職員の告発は、租税刑法の構成要件該当性の判断に基づきなされる。しかし、当該租税刑法事犯の有責性や可罰性の判断は、税務職員ではなく、検察官および裁判官の職務である。税実務に

において税務職員がこれらも含め違反者（被疑者）の有罪が確実な事犯のみを告発するということは、税務職員に裁量権を認めることであり、また実質的裁判権を執行することともなり、租税刑法手続から逸脱したものとなると解する。

これら租税刑法手続一般とは異なる手続として、間接国税および関税については、通告処分がある（国税犯則取締法一四条、関税法一三八条）。通告処分は、国税犯則取締法一四条が「国税局長又ハ税務署長ハ間接国税ニ関スル犯則事件ノ調査ニ依リ犯則ノ心証ヲ得タルトキハ其ノ理由ヲ明示シ罰金若ハ科料ニ相当スル金額、没収品ニ該当スル物品、徴収金ニ相当スル金額及書類送達並差押物件ノ運搬、保管ニ要シタル費用ヲ指定ノ場所ニ納付スヘキ旨ヲ通告スヘシ但シ没収品ニ該当スル物品ニ付テハ納付ノ申出ノミヲ為スヘキ旨ヲ通告スルコトヲ得」と規定し、また関税法一三八条一項が「税関長は、犯則事件の調査により犯則の心証を得たときは、その理由を明示し、罰金に相当する金額及び没収に該当する物件又は追徴金に相当する金額を税関に納付すべき旨を通告しなければならない」と規定し、罰金等相当額の納付を犯則納税者に通告し、納付あれば、告発しない（国税犯則取締法一六条、関税法一三八条四項）という間接税特有の制度処分である。通告処分では、情状が懲役の刑に処すべきものであるとき、国税局長等は、直ちに検察官に告発しなければならない（国税犯則取締法一四条二項、関税法一三八条一項ただし書き）。

脱税などに対する刑罰は、懲役もしくは罰金、またはこれらの併科である。租税刑法規定において「懲役」がある租税犯則事件において、通告処分が認められることは、事実上、量刑判断を税務職員に認めることとなり、日本国憲法三七条が保障する公平な裁判を害することにもなりうると解する。情状が懲役の刑に処すべきものであるときに直ちに告発しなければならないと規定されているが、犯則事件に懲役の刑が適用されうる規定があるときの当該犯則事件については、通告処分を認めず、直ちに告発しなければならないと、実定税法は規定すべきである。このような

き、告発するか否かの裁量的判断である通告処分は、税務職員に実質的な量刑に関する裁量権を付与するものとなり、租税法律主義の法理からも認められるものではないと解する。

税務職員の告発は、「犯則があると思料する」ときになされなければならない。刑事訴訟法二三九条二項が「官吏又は公吏は、その職務を行うことにより犯罪があると思料するときは、告発をしなければならない」と規定していることから、国税犯則取締法および関税法が規定する税務上の告発は、この特則であり、訴訟条件の一つである⁽¹⁵⁾。

（三）租税刑法の基本原則

実定税法に規定する税処罰規定は、行政罰である加算税等には税法原則としての租税法律主義の適用があり、刑罰である懲役等には刑法原則としての罪刑法定主義の適用があると解する。租税法律主義については、日本国憲法八四条「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」と明記されている。また罪刑法定主義については、日本国憲法三一条（適正手続）「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」、同三九条（不遡及原則、一事不再理）「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」の規定に表されてもいる。両者は、イギリスの一二一五年大憲章マグナ・カルタに表明され、その後の近代民主国家としての法治国家の原理である「法の支配」の原点を提供した基本原理であり、憲法上の原理としてあり、予め法律に税や刑罰について具体的に明文文化（成文化）することを要請し、それぞれの社会場面での法的安定性と予測可能性を市民に保障するものである。

税法違反に対する行政罰は、行政手続により実行される行政処分（加算税は賦課課税方式による賦課決定通知書によつ

て確定する。国税通則法三二条一項三号）に基づくものである。したがって、これは、厳格に租税法律主義に従うものでなければならない。税法行政が税法違反に対する行政罰を課すか否かを判断するとき、そこに自由裁量は認められない。税法が規定する行政罰の要件を充足するとき、税法行政は行政罰にかかる処分をしなければならない。

これに対して、税法違反に対する刑罰は、最終的には刑事手続により実行される裁判所の刑事判決に基づくものである。この手続において、税務職員は、犯則調査（捜査、臨検等）をし、その調査により犯則があると思料するとき検察官に告発をしなければならないとされる。この税務職員の告発は義務であり、税務職員の裁量判断は許されないものと解する。検察官は、告発を受け、不起訴・起訴猶予（刑事訴訟法二四八条）または起訴する。検察官は公訴権を独占的に有している。しかし、その不起訴や起訴猶予は、検察審査会法に基づく検察審査会での審査の対象となる。また逆に、公訴権の濫用も問題となる。そして、起訴後の裁判官においても、刑罰（量刑）の判断において、執行猶予（刑法二五条）、情状による刑の軽減または免除（同三六条二項など）、酌量軽減（同六六条）などがあり、裁判官に一定の裁量権が認められている。この量刑判断の有無が税法違反に対する行政罰と刑事罰の大きな相違点となる。

したがって、租税法律主義の下での課税判断としての税額計算は、誰が計算しても一円と相違ないことを要求され、執行権者の裁量権が認められないが、罪刑法定主義の下での刑罰は、一定の量刑相場があるとはいえず、検察官や裁判官の量刑判断等があることから、このようなことを要求されず、一定の裁量権が認められている。¹⁶⁾

二 外れ馬券事件による通達変更

（一）事件の概要

本稿のテーマ「脱税刑事判決の課税判断との関係」につき検討すべき事例として、「外れ馬券事件」として有名になった所得税法違反被告事件がある。

本件被告人は、給与所得のほか競馬の勝馬投票券の払戻金により収入を得ており、その払戻金を含めた平成一九年分の総所得金額が三億七四二〇万一三二円、所得税額が一億四五六二万九一〇〇円であり、平成二〇年分の総所得金額が六億九六九四万八七七九円、所得税額が二億七四八八万一五〇〇円であり、平成二一年分の総所得金額が三億八八三六万三二〇五円、所得税額が一億五一二三万五〇〇円であるのに、それぞれ所得税確定申告書を提出しなかった。本件は、これに対する所得税法違反事件である。

主な争点は、検察官が勝馬投票券（馬券）の払戻金に係る所得は一時所得であり、「その収入を得るために支出した金額」として控除すべき金額は、的中した馬券（当たり馬券）の購入金額のみであるから、本件各年分の被告人の総所得金額及び所得税額は公訴事実記載のとおりであると主張するのに対して、弁護人が本件における馬券の払戻金に係る所得は雑所得に分類されるべきであり、当たり馬券以外の馬券（外れ馬券）を含め一年間における馬券の購入金額全額が控除の対象となる等の主張するにある。すなわち、被告人の馬券払戻金は一時所得か雑所得か、またそれが雑所得であるとき馬券購入金額の全額が必要経費となるか、が争われた。すなわち、本件は、量刑判断の基礎となる税額につき争われた。

第一審大阪地方裁判所平成二五年五月二三日第一二刑事部判決¹⁷は、馬券購入行為から生じた所得を、原則として、一時所得に該当するが、本件の馬券購入行為については、回数、金額が極めて多数、多額に達しており、その態様も機械的、網羅的なものであること等から、これにより生じた所得は雑所得に該当し、外れ馬券を含めた全馬券の購入費用等が必要経費に当たるとし、脱漏所得金額につき減額修正するも被告人を有罪とした。検察官が控訴したが、控訴審大阪高等裁判所平成二六年五月九日第四刑事部判決¹⁸は、控訴棄却した。更に検察官が上告したが、上告審最高裁判所第三小法廷平成二七年三月一〇日判決¹⁹も、上告棄却とした。これにより被告人の有罪、懲役二月執行猶予二年が確定した。

(二) 本件馬券払戻金に係る雑所得分類の根拠

本件の量刑判断は、当初の公訴事実主張の通りであるとする、求刑一年に比して軽いものとなったと評する。その原因は、馬券払戻金が所得税法に規定する課税所得としての一時所得ではなく雑所得として認定されたことにある。結果、その所得金額の計算額は、先に示した公訴事実として主張されたそれぞれの所得税課税年においての額が、平成一九年分総所得金額一億七三〇万八八一七円（所得税額三八八万七二七〇〇円）、平成二〇年分総所得金額三二六〇万八六二九円（所得税額九一四万五五〇〇円）、平成二二年分総所得金額二〇二四万六〇一〇円（所得税額三九八万三七〇〇円）と減額され認定された。これら三年間での総所得金額総額一四億五〇〇〇万円を超える金額であったものが一億六〇〇〇万円程までに縮減され、所得税額も五億七〇〇〇万円を超える金額であったものが五一〇〇万円まで減額された。五〇〇〇万円の脱税事件に対する当初の求刑一年は、従前の量刑相場からすれば、重いものであり、判決のよきな執行猶予付きになるのが相当であろう。

本件の裁判所が採用した馬券払戻金を一時所得ではなく雑所得としたことは、従来の所得税法の課税所得分類解釈とは異なるものになった。

一審大阪地方裁判所の認定によると、①本件における被告人の馬券購入は、日本中央競馬会（JRA）が主催する競馬につきJRAが提供するA—PAT（パソコン、携帯電話及びプッシュホン電話により馬券を購入することができ、利用時の馬券の購入金の支払い及び払戻金の受領等の決済は全て、加入時に開設したA—PAT専用の銀行口座（PAT口座）を通じて行われる）サービスと有料の競馬予想ソフト（以下「本件ソフト」）を利用してなされていたこと、②被告人は、特定のレースにおいて特定の買い目を当てることによって利益を出すのではなく、A—PAT及び本件ソフトを用いることにより、ほぼ全てのレースにおいて無差別に、専ら回収率に着目して過去の競馬データの分析結果から導き出された一定の条件に合致するものとして機械的に選択された馬券を網羅的に購入することで、長期的観点から全体として利益を得ようと考え、実際にもそのような方法により馬券を購入し、現に五年間にわたって毎年多額の利益を得たもので、③被告人がこのような方法によって馬券を購入したことは本件ソフトのデータやA—PATに係る銀行取引履歴の形で記録されており、本件馬券購入行為が大量（全馬券の購入金額は平成一九年六億六七三五万二〇〇円、平成二〇年一四億二〇三九万八八〇〇円、平成二一年七億八一七六万五六〇〇円であり、払戻金収入は平成一九年七億六七七八万一三七〇円、平成二〇年一四億四六八三万五五〇〇円、平成二一年七億九五五七万六一一〇円）かつ継続的、機械的なものであったことは客観性を帯びた事実であるとされ、このような被告人の本件馬券購入行為は、一連の行為として見れば恒常的に所得を生じさせ得るものであって、その払戻金については、その所得が質的に変化して源泉性を認めるに足りる程度の継続性、恒常性を獲得したものであるということができると判示され、裁判所は、本件馬券払戻金を「営利を目的とする継続

的行為から生じた所得以外の一時の所得」には該当せず、一時所得に当たらないというべきで、雑所得として認定した。

(三) 本件の脱税額認定と通達改正

所得税法は、一時所得と雑所得とは、その課税所得金額の計算を異にする。同法は、一時所得金額につき「その年中の一時所得に係る総収入金額からその収入を得るために支出した金額（その収入を生じた行為をするため、又はその収入を生じた原因の発生に伴い直接要した金額に限る。）の合計額を控除し、その残額から一時所得の特別控除額を控除した金額」（同法三四条二項）とし、雑所得金額につき「その年中の雑所得（公的年金等に係るものを除く。）に係る総収入金額から必要経費を控除した金額」（同法三五条二項二号）と定め、総所得金額の計算において一時所得金額が二分の一に相当する金額のみが算入されるものと定める（同法二二条二項二号）。一時所得金額の計算が、雑所得金額の計算に比べ、一見、課税所得金額（総所得金額）の課税上の把握として、特別控除額があり、かつ二分の一課税であることから、納税者を優遇しているように解される。これは、一時所得の一次的・臨時的に発生する所得であることから課税上の配慮である。一般的な馬券購入者が得る払戻金は、所得税法の解釈として、一時所得とされてきた（改正前所得税法基本通達三四―一）。競馬の馬券購入は賭博行為であり、その賭博行為からの収入は、非課税所得でない限り、違法であれ合法であれ、所得税の課税対象となる。

賭博行為は、刑法により刑罰の対象とされる（刑法一八五条、一八六条）。賭博行為と見られる馬券購入は、競馬法により合法化されている。富くじも刑法で禁止されている（同法一八七条）が、これもいくつかの国内法で合法化されたものもある。たとえば、宝くじ（当せん金付証票法、ロト、ナンバーズも同様）、スポーツ振興くじ（toto）（ス

ポーツ振興投票の実施等に関する法律）がある。なお、これら宝くじ等からの収入は、法律による所得課税除外となる（当せん金付証票法一三条、スポーツ振興投票の実施等に関する法律一六条）。しかし、馬券払戻金は、所得税の課税所得を構成する。

馬券払戻金収入は、典型的な一時所得であると考えられてきた。改正前所得税法基本通達三四―一は、「競馬の馬券の払戻金、競輪の車券の払戻金等」を一時所得に該当するとしていた。外れ馬券事件に係る最高裁判事判決は、これを一部否定するものとなった。その結果、所得税法基本通達三四―一は、改正され、「競馬の馬券の払戻金、競輪の車券の払戻金等（営利を目的とする継続的行為から生じたものを除く。）」とカッコ書きが付与され、かつ脚注が付され、一「馬券を自動的に購入するソフトウェアを使用して独自の条件設定と計算式に基づいてインターネットを介して長期間にわたり多数回かつ頻繁に個々の馬券の的中に着目しない網羅的な購入をして当たり馬券の払戻金を得ることにより多額の利益を恒常的に上げ、一連の馬券の購入が一体の経済活動の実態を有することが客観的に明らかである場合の競馬の馬券の払戻金に係る所得は、営利を目的とする継続的行為から生じた所得として雑所得に該当する。」、二「上記（注）一以外の場合の競馬の馬券の払戻金に係る所得は、一時所得に該当することに留意する。」と規定された。

一般的な遊興的な競馬馬券の払戻金収入は、一時所得として課税されるべきものと解する。馬券購入がいかに継続的かつ経常的であろうと（熱狂的競馬ファン等は競馬開催ごとに馬券を購入するであろう）、その払戻金の発生は、遊興的賭け事である限り、継続的かつ経常的ではなく、偶発的、臨時的、一時的なものであり、また営利性や対価性もない。その意味において、馬券の払戻金の課税は、一時所得として分類されるものと解する。

三 脱税事件の事実認定と課税判断の関連性

(一) 量刑判断と課税判断

はじめににおいて記述したように、基本的には、司法裁判所において同一事実を原因とする刑事事件、民事事件、行政事件が同時に提起されたとしても、これらは別の裁判として審理される。当然、証拠等による事実認定なども別個に行われなければならない。脱税事件においても、基本的には、税法行政の課税処分（実定税法に基づく適正公平な課税額および附帯税額に係る決定または更正の処分）にかかる争訟と、脱税刑事訴訟とは、それぞれ別の訴訟として裁判手続がなされ審判されなければならない。

外れ馬券事件も、刑事訴訟とは別に、対象とされる各年度の決定処分および無申告加算税賦課決定処分がなされ、これに対する所得税決定処分取消等請求事件が税法行政処分訴訟として係争されていた。第一審大阪地方裁判所平成二六年一〇月二日判決²⁰は、税法行政がなした馬券払戻金収入等にかかる課税所得区分を一時所得とする課税認定を取り消し、原告納税者が主張する雑所得とすると判示した。その控訴審大阪高等裁判所平成二七年五月二九日判決²¹は、判決前の同年三月に最高裁判所の刑事判決があり、課税庁側もこの事件での馬券払戻金収入等の課税を雑所得と判断し、減額更正処分をしたことにより、争点がなくなり、取消訴訟を不適法として請求を却下した。

この結果、刑事訴訟外れ馬券事件と並行的に争訟となっていた所得税決定処分取消等請求事件において、結論的には、馬券払戻収入等にかかる事実認定並びに法令の解釈および適用につき同一の判断が下された。これは、本件の刑事訴訟も税法行政訴訟も、同一の大阪地方裁判所と大阪高等裁判所であったということが、同一解釈を導いたとも

推量される。このような推量とは別に、外れ馬券事件における馬券購入態様からの所得分類認定として、最高裁判所が一時所得ではなく雑所得として認定したことにより、税法行政も課税処分においてもその認定に従ったものと評する。

脱税刑事事件において逋脱税額がいくらであるかは、量刑判断のために重要である。基本的には、犯則の初動捜査にあたる税務職員（査察官）による逋脱行為に「偽りその他不正の行為」が認められ、これにより一定の故意に基づく逋脱税額があるとき、税務職員は、告発要件としての「犯則があると思料する」ときと判断し、検察官へ告発する。告発要件としては、「偽りその他不正の行為」と「故意」の有無が重要であるが、逋脱税額の多寡は、偽りその他不正の行為に基づく結果でしかなく、告発時には重要ではない。しかし、逋脱税額は、検察官の起訴・不起訴決定の判断および求刑、さらには裁判官の量刑判断としては重要なものとなる。

逋脱税額の確定は、当然、課税処分においても適正公平な課税を実施するうえでも、重要なものとなる。外れ馬券事件のように、課税処分事件と租税刑法事件とが平行的に裁判所に係争することは、必定ではないが、想定されることである。逋脱税額を含む課税処分額と量刑判断となる逋脱税額とが必ず一致しなければならないことは、訴訟上、要求されない。しかし、両者とも、実務的には、税務職員が関わり、算定されることから、両者の算定において税務職員は租税法主義に従い金額を計算しなければならないことから、両者は、一致する。このことは、税法に基づき税額を計算するとき、誰もが計算しても一致しなければならないのは、租税法主義の適用から当然である。外れ馬券事件でも、結果として、この一致が見られた。しかし、外れ馬券判決が判示する所得の質的变化をもたらすような馬券購入があるか疑問も残る。

最高裁判所の外れ馬券事件での馬券払戻金等の所得区分を雑所得とする判断は、当初、刑事事件としての量刑判断のためのものと認識されもした。しかし、この判断が解釈通達の変更改正をもたらし課税処分判断にも採用されたことは、驚きの極みである。これは、競馬ファンにとって夢のような判決となったと思われる。

(二) 外れ馬券事件後の課税判断

外れ馬券事件後、馬券の払戻金収入について一時所得としてではなく雑所得として申告または過年度分について更正の請求をする個人が出現している。

その一つの事例として、東京地方裁判所平成二七年五月一四日判決⁽²³⁾にかかる所得税更正処分等取消請求事件がある。この東京地裁判決では、原告納税者は、JRAが提供するA―PATサービスと競馬予想ソフトを利用した馬券購入をし、多額の払戻金収入を得ており、その収入を雑所得として申告したが、所轄税務署長がこれを一時所得とする更正処分をしたことに対して争訟を行ったところ、東京地方裁判所は、原告による馬券の購入がレースの結果を予想して、予想の確度に応じて馬券の購入金額を決め、どのように馬券を購入するのかを個別に判断していたというものであつて、その馬券購入の態様が一般的な競馬愛好家による馬券購入の態様と質的に大きな差があるものとは認められず、結局のところ、レース毎に個別の予想を行って馬券を購入していたというものであつて、自動的、機械的に馬券を購入していたとまではいえないし、馬券の購入履歴や収支に関する資料が何ら保存されていないため、原告が網羅的に馬券を購入していたのかどうかを含めて原告の馬券購入の態様が客観的には明らかでないことからすると、原告による一連の馬券の購入が一体の経済活動の実態を有するとまでは認められないとし、別件の外れ馬券事件刑事訴訟とは異なる馬券購入の態様であつて、原告の馬券払戻金収入を一時所得と認定し、原告請求を棄却した。

競馬による所得発生は、競馬の本質である賭け事からして、偶発的である。また、払戻金の算定方法（全馬券の販売金額の平均七五%のみが払戻金として配分）を考へても、競馬による利益が発生するのは稀なこととなるのが通常であると評する。これらからしても、馬券払戻金収入は、一時所得の典型である。外れ馬券事件での馬券購入態様は、非現実的であり、所得が発生することすら奇跡である。外れ馬券事件に対する判決は、馬券払戻金を雑所得の収入金額とし、購入馬券金額を必要経費とするものであり、競馬ファンにとつて夢のような判決であつた。しかし、外れ馬券事件と同様な馬券購入をしても、所得が発生するかは疑問である。必ず所得が発生するのであれば、公営賭博である競馬は成立しない。

所得税法基本通達三四―一は、非現実的な外れ馬券事件の最高裁判事判決を受けて、馬券払戻金収入が一時所得ではなく雑所得となることもあるとする注記をつける改正がなされた。しかし、上記の東京地裁判決も類似の馬券購入態様にかかるものであつたが、馬券払戻金に関する雑所得課税は否定された。改正所得税法基本通達三四―一が適用される雑所得となる馬券購入の態様が現実に存在するか、また今後発生するか疑問である。もし発生するとすれば、それは外れ馬券事件の被告人のみである可能性を指摘できる。もしそうであるとすれば、理論的判決であつたかもしれないが、非常に不公平な判決となる可能性もある。

結語

本稿の前提として記したが、同一事実行為を前提とする刑事、民事、行政の各訴訟は、裁判としては別の事件として処理されなければならない。そのとき、事実認定において異なる事実認定が各訴訟においてなされたとしても、現

行の裁判法制は、それを認める。市民的理解からすると、これは奇妙なものと映る。しかし、裁判手続は、事実認定において同一事実行為につき裁判ごとにおいてなされ、それに基づき適用法令の検索と解釈・適用がなされ、判決として事実認定した行為に検索された法令が規定する法効果を与えるというものである。それゆえ、事実認定の結果、刑事有罪であつたとしても、民事責任なしの判決がなされる場合がある。

しかし、脱税事件の刑事訴訟では、脱税行為にかかる事実認定としての「偽りその他不正の行為」、「故意」の有無、脱税額の算定などは、税の専門技術に精通している税務職員に委ねられている。特に、量刑判断の基準ともなる脱税額は、租税法律主義の適用を受け、誰が計算しても同一のものとならなければならず、課税処分の基本額と一致することが通例であろう。ただし、査察官による具体的逋脱税額の算出は、「偽りその他不正の行為」に基づく税額に税法上限定されていると解すれば、必ずしも、課税処分額との一致があるとも言えない場合も想定される。

本稿のテーマである脱税刑事判決と課税判断との基本関係は、税務職員が行う脱税事件の事実認定としての脱税額算定基礎と、課税処分としての適性公平な課税額および加算税額等から構成される適正公平な課税処分額算定基礎は、租税法律主義の要請から、一致するものと解する。ただし、刑罰適用の量刑判断として、課税処分額と異なる事実認定も可能である。

外れ馬券事件は、他に類を見ない馬券購入で多額の払戻金を得た事例であり、これを一般化する事例ではないと考える。この事件は、一つの脱税刑事事件であり、その量刑判断としての事実認定としての馬券払戻金収入と馬券購入支出との差額による雑所得として所得分類し脱税額認定したという珍しい事例である。この刑事事件での判断は、馬券払戻金に関する課税所得金額計算として、所得税法の一般的解釈から逸脱する特殊な事例を基礎に行われたもので

あり、これを一般化することには疑問もある。刑事事件訴訟で国税側の所得税法解釈が排斥されたことにより、国税側は、減額更正し、事実上、裁判を取りやめた。その結果、改正通達のような解釈が示された。これにより、この事件に関する刑事判断は、課税処分判断に直接的に影響するものとなった。しかし、その後の類似事例において、馬券払戻金にかかる課税処分は、雑所得と判断されず、一時所得との判断がなされている。

この外れ馬券事件での最高裁の刑事判決は、基本的には、当該事件に対するものであり、個別的判断であるが、最高裁判決という先例法、判例法としての効果があることから、それに基づく通達変更がなされたものと推測する。改正通達は、実務上の課税判断基準とされ、一般的に採用される判断基準として受け止められた。これは、問題解決にはならず、新たな問題を生んだといえる。それは、改正通達に規定する雑所得となる馬券購入態様が外れ馬券事件の被告人以外に該当する事例を認定できるのか、である。つまり、このような非現実的通達規定の意義が疑われる。当然、賭け事である馬券購入において払戻金が継続的に発生し、年間の馬券購入により利益が得られることも不確定であることから、外れ馬券事件の被告人をしても、毎年、馬券購入による雑所得を得ることも難しいことである。反復的に馬券購入をする競馬ファンには夢のような判決であったが、馬券所得は、発生することも稀であり、一時的でしかなく、基本的には、一時所得として所得分類し、課税額計算されるものと解する。これが所得税システム（一時所得であれば五〇万円控除の二分の一総合課税）からみても、市民にとって有益であると考ええる。仮に、今回の外れ馬券事件と同様な馬券購入態様であるが、金額が少額で、納税義務者が一時所得課税の選択を有利と考慮したとき、一時所得課税を選択できるのかも、疑問として残る。

最後に、私見として、税の公平から所得課税では「同一所得、同一課税」の原則があると考えているが、通達²⁴のよ

うに「同一収入、複数課税」となる所得税制は、所得課税として、一つの「システム障害」を抱えていると言わざるを得ない。

注

(1) 刑事有罪判決を受けた事件の被害者が民事賠償を加害者に請求することがある。この場合、刑事有罪であれば民事賠償も当然に認容されるものと考えられるが、そうならない事例もある。たとえば、有名な事例として、草加事件（女子中学生殺人事件損害賠償請求訴訟）では、加害少年の少年院送致処分等がなされたが、被害者の民事での損害賠償請求については、最終的に請求棄却、事実上の無罪判決がなされている（浦和地判平五・三・三一、判時一四六一号一八頁、第一法規D1—Law, com判例体系（以下、「判例体系」と略す）二七八一五七二一、最小一判平一二・二・七、判時一七〇五号三二頁、判例体系二八〇五〇三一六）。また、同様な少年事件として、山形マツト死事件でも、加害生徒らが逮捕され保護処分等の措置となつたが、これに基づく損害賠償請求訴訟では損害賠償請求が棄却された（山形地判平一四・三・一九、判時一八〇六号九四頁、判タ一一〇八号一〇九頁、判例体系二八〇八〇四一七）。これらとは異なるが、刑事無罪となつた者（冤罪の被害者）が刑事事件被害者（告訴者）を相手とする損害賠償請求事件において、その請求が否認され、事実上の逆転判決となつたものもある（東京地八王子支部判平一八・四・一〇、判時一九五九号八一頁、判例体系二八一一一〇一三）。

(2) 規制法制において法令の実効性は重要である。それゆえ、この分野の法制における罰則強化は際立っている。特に、二一世紀は環境の時代と言われ、近時、環境法令も整備されてきた。この環境法令の実効性を確保するための罰則は、年々、強化されてきている。廃棄物の不法処理問題が豊島不法投棄事件や青森・岩手県境不法投棄事件を契機として社会的注目を受け、廃棄物の不法投棄や処理に関する罰則が強化されてきている（廃棄物の処理及び清掃に関する法律二五条は「五年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と罰則規定する）。このほか、経済犯（会社法、独占禁止法、金融商品取引法の違反）、金融犯（出資法違反）と呼ばれる分野での罰則が強化されている（五年以下の懲役若しくは千万円以下

の罰金に処し、又はこれを併科する」は一般的規定となっている。

(3) 日本の税処罰法の歴史において、昭和十九年まで、税法罰則が採用していた刑罰は罰金や料という財産刑であり、脱税犯に対する罰金科料の額は税額の何倍という定額刑であり、裁判官の裁量の余地がなく、このような財産刑主義・脱税犯に対する定額刑主義は、刑法総則の適用除外を税法規定に認めていたが、昭和十九年二月の間接税法罰則の改正により、刑罰として自由刑（懲役刑）が採用され、裁判官の量刑が認められ、その後、昭和三十七年改正により、刑法総則に規定する四八条二項、六三条、六六条等の適用除外規定が税法罰則から全面的になくなった（板倉宏『租税刑法の基本問題』（勁草書房、一九六一年）二七～二九頁、北野弘久編『現代税法講義』（五訂版、法律文化社、二〇〇九年）四〇八頁・船山泰範先生執筆担当）。懲役刑という自由刑が採用され、量刑に関する刑法総則に規定する刑法一般理論が税法においても当然のものとなっている。

(4) 租税刑法が税法学を体系化するに欠くことのできないものであることは、税法学研究者において共通のものである。北野弘久『税法学原論』（青林書院）第二章が「税務制裁制度」、清永敬次『税法』（ミネルヴァ書房）第四編が「租税処罰法」、金子宏『租税法』（弘文堂）第五編が「租税処罰法」とし、代表的税法研究者は、税法学体系に租税刑法を組み込んでいる。

(5) 最高裁判所第三小法廷平成二七年三月一〇日判決、刑集六九卷二四三四頁、判時二二六九号一二五頁、判タ一四一六号七三頁、判例体系二八三〇九七五。外れ馬券事件に関する判例評釈として、最高裁判決に関して、長島弘（月刊税務事例四七卷四号九～一八頁二〇一五年四月、月刊税務事例四七卷七号三六～四七頁二〇一五年七月）、林仲宣（税務弘報六三卷五号九一～九五頁二〇一五年五月、税理五八卷七号一八一～一八六頁二〇一五年六月、法律のひろば六八卷五号七〇～七一頁二〇一五年五月）、佐藤英明（ジュリスト一四八二号一〇～一一頁二〇一五年七月）、木山泰嗣（税経通信七〇巻九号一九〇～一九五頁二〇一五年八月）、今井康介（法律時報八七巻二一号一六九～一七二頁二〇一五年一〇月）、高橋祐介（月刊法学教室四二一号四二～四九頁二〇一五年一〇月）の各氏によるものがある。

(6) 拙著『市民のための税法』（二〇一六年、八千代出版）三六～三七頁。

(7) 税務職員の守秘義務違反（国通法一二六条）がある。これ以外に、行政の税法違反としては、賦課課税による固定資産税の課税標準計算ミス（住宅特例の不適用など）による過大課税等の問題が多く、自治体で発生している（総務省自治税務局固

定資産税課「固定資産税及び都市計画税に係る税額修正の状況調査結果」(二〇一二年八月二八日報道資料)総務省WEB(<http://www.soumu.go.jp>)掲載(平成二八年六月確認)、浦上立志「固定資産税の課税ミスの救済」『税経新報』五一六号三四(三六頁)。従来の税務職員の守秘義務違反にのみ刑罰(国通法一二六条「事務に関して知ることのできた秘密を漏らし、又は盗用したときは、これを二年以下の懲役又は一〇〇万円以下の罰金に処する」)を科す以外にも、これら課税ミスに対する制裁が講じられるべきである。

(8) 平成二二年度の税制改正により、税法違反への刑罰強化がなされ、脱税犯について従前「五年以下の懲役もしくは五〇〇万円以下の罰金または併科」であったものが、倍の量刑とされた。

(9) 最大判昭三三・四・三〇、判時一四八号二〇頁、判例体系二一〇〇九九四〇。この判決は、シャープ勧告に基づく改正前の旧法人税法に規定する追徴税と刑罰との併科について争うものであった。その後、重加算税と刑罰との併科についても、最高裁は、重加算税につき、各種の加算税を課すべき納税義務違反が課税要件事実を隠ぺいし、または仮装する方法によって行なわれた場合に、行政機関の行政手続により違反者に課せられるもので、これによってかかる方法による納税義務違反の発生を防止し、もって徴税の実を挙げようとする趣旨に出た行政上の措置であり、違反者の不正行為の反社会性ないし反道徳性に着眼してこれに対する制裁として科せられる刑罰とは趣旨、性質を異にするものと解すべきものとする(最二小判昭四五・九・一一、判時六〇八号一六九頁、判タ二五四号二二六頁、判例体系二一〇三四〇四〇)。

(10) 北野弘久『税法学原論(第六版)』(青林書院、二〇〇七年)五〇六―五〇九頁参照。

(11) 刑罰の対象となった者、犯罪人は、犯罪人名簿に記載され、いわゆる「前科者」となる。これに対して、行政罰を受けた者には、このような措置がない。また、刑罰を受けている者には、他の法令における社会的制裁も加わる。たとえば、公職選挙法一条は、「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」には選挙権および被選挙権を認めていない。

(12) 日本の鉄道では三倍返しの例に従っているが、三倍以上の例も外国ではある。フランスのリヨンが運営する市内交通バスおよび地下鉄(TCL: Transports en commun lyonnais)では、一回の乗車券が一・五ユーロに対して、乗車券のない乗車などを車掌(Contrôleur)が確認したとき、過料反則金(amende)として五〇ユーロを超えるものがその場で徴収さ

れている (<http://www.tcl.fr/Tarifs/Fraude-et-amendes>)（平成二八年六月確認）。

(13) 脱税という基本的には経済犯または財政犯である犯罪に対して、罰金や科料、または行政的過料として、いかに高額な財産刑を科したとしても、脱税は減少しない。その結果、財産刑のみの制裁から、懲役刑という自由刑を科するという刑罰法制が採用されている。

(14) 告発の要件としての「犯則があると思料する」とは、脱税犯であれば、故意に「偽り不正の行為」による納税額を免れることが要求される。したがって、脱税の故意、不正行為の存在（二重帳簿、収入隠し等）、適正な納税額の未納などが犯則の思料に求められる。

(15) 税務職員の告発が訴訟条件であるかについては、間接国税か否かにより、判断が分かれる（最一小判昭二八・九・二八、刑集三卷七号一八二五頁）。

(16) 前掲・拙著『市民のための税法』六七～六八頁。

(17) 外れ馬券事件の第一審大阪地判平二五・五・二三、判タ一四一〇号三七七頁、判例体系二八二一九八五。

(18) 外れ馬券事件の控訴審大阪高判平二六・五・九、判タ一四一一号二四五頁、判例体系二八三三二二六。

(19) 外れ馬券事件の上告審最三小判平二七・三・一〇（前掲注5）、判タ一四一六号七三頁、判例体系二八三〇九七五。

(20) 大阪地判平二六・一〇・二、TKC法律情報データベースLEX/DBインターネット（以下「LEX/DB」と略す）二五五〇五二四七。

(21) 大阪高判平二七・五・二九、LEX/DB二五五四〇五九四。

(22) 脱税事件として故意の有無が問われ、故意なしとされ、無罪となった事例（クレディ・スイス証券事件、東京高判平二六・一・三二、判タ一四〇七号二四二頁、判例体系二八二三〇四〇九、同一審東京地判平二五・三・一、判例体系二八二一〇九六八）もある。

(23) 東京地判平二七・五・二四、LEX/DB二五五四〇九九三。

(24) 前掲・拙著『市民のための税法』二四二頁。

共犯論

齊藤 信 宰

一 はじめに

「共犯とは何か」を考えると、多面的な検討がなされなければならない。本稿では、①犯罪共同説と行為共同説、②片面的共同正犯、③刑法六五条一項と二項の関係、④共同正犯からの離脱、⑤共犯従属性説と共犯独立性説の五項目について検討する。

二 犯罪共同説と行為共同説

「共犯」と「正犯」は、きわめて密接な関係にあるから、共犯を論ずるにあたっては「正犯とは何か」ということの理解をしておく必要がある。「正犯」についての解釈は刑法六〇条がその拠り所とされている。六〇条は、「二人以

上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」と規定している。この規定から正犯とは、「犯罪を実行した者」ということが理解できる。このように、共同正犯の場合には、「二人以上共同して犯罪を実行した者」ということになるから、「共同して犯罪を実行した者」とは、いかなることをする者に対していうことができるのかが問われなければならない。この解釈について、学説には犯罪共同説と行為共同説という二つの考え方がある。

犯罪共同説とは、「二人以上共同して犯罪を実行した者」という文言の解釈として、二人以上の者が一定の「犯罪」を共同して「実行する」⁽¹⁾ことが共同正犯の要件であるとする。そこで、たとえば、甲乙が意思の連絡のもとに「殺人」と「傷害」というように、構成要件的に重なり合いが認められるときは、その重なり合う限度で共同正犯が成立するものである。つまり、犯罪共同説が主張する「共同正犯」とは、一定の基本的構成要件に該当する行為を共同して行うことであるとする。この考えは、犯罪を共同して行うには、特定の犯罪に限定しないと「共同」ということはできないという理論で、共同正犯の成立範囲を限定していることが理解できるが、錯誤論という「法定的符合説」と軌を一にするものといえよう。しかし、厳密に考えるならば、「殺人の意思」と「傷害の意思」は本質的に異なるのであって、両者に重なり合いを認めその範囲で「共同正犯」を認めるというのは無理がある。

共同正犯においては、何を共同にしたのかということが重視されるべきであって、結果的に共通する部分があるので、そこを捉えて「共同正犯」とすることは適当ではない。そもそも犯罪には、理論的にいえば「重なり合い」などということは存在しないのであって、そのために刑法各則においては詳しく条文が規定されていると考えるべきであろう。もつとも、犯罪共同説によれば、「結果に対する意思のないうところに、その共同ないし共同実行ということはあり得ない」⁽²⁾ということになる。したがって、当然のことながら過失犯の共同正犯ということも否定される。

すでに述べたように、犯罪共同説によれば、共同正犯における「二人以上共同して犯罪を実行した者」ということの意味は、二つあり、一つは同一の犯罪に対する行為を共同して行うことであり、他の一つは傷害と殺人というように「法定的に符合する」部分のある犯罪を共同して行う場合ということになる。このことから理解できるように、犯罪共同説においては、共同正犯の成立する範囲が後述する行為共同説よりも制限されることになる。

行為共同説によれば、二人以上の者が行為を共同にするという意思があれば、共同正犯は成立するという理論である。つまり、犯罪共同説が主張するような考えではなく、刑法六〇条にいう「二人以上共同して犯罪を実行した」という規定の解釈として、二人以上の者が共同の実行行為によって各自の企図する犯罪を遂行することであるということになる。この理論によれば、「二人以上共同して犯罪を実行」とは、共同にかかる事実ということを予定し、これに基づいて犯罪の成立を論ずることになる。したがって、共同という事実は、犯罪事実の法律上の構成を離れて考えるべきであり、「共同」ということに重点を置くことによって、故意行為の共同、故意行為と過失行為の共同、過失行為の共同、延いては行為者の一方だけの片面的行為の共同ということもあり得ることになる。犯罪共同説によれば、共同正犯とは、二人以上の者が一定（特定）の犯罪を共同して「実行する」ことであるとしているので、故意の共同が要件とされ、同一の故意犯を共同して行うことになる。これに対して、行為共同説は、「共犯は数人が共同の行為に因ってその犯罪を遂行するものと解することが論理的なことであるとする。この考え方に従うときは、まず、共同にかかる事実ということを予定し、これに基づいて犯罪の成立を論ずべきことになるのである。共同という事実は犯罪事実の法律上の構造を離れて考えるべき^③とする。この見解に対して団藤博士は、「行為共同説によれば、前構成要件的——あるいは前法律的・自然的——な行為を共同に行えば、共同正犯になるものとされる。したがって、

異なる構成要件についての共同正犯もみとめられることになる。⁽⁴⁾との反論は、共同正犯は一定の「犯罪」の「共同実行」であるとの考えからすれば、正鵠を射ている。これに関しての山中教授の見解は、「行為共同説によれば、行為ないし因果過程を共同にすることを前提に、それぞれの犯罪の『実行行為』を共同にする必要があることはいうまでもない。したがって、そもそも『実行行為以外の行為』の共同が問題となるのではなく、実行行為の種類が異なってもよいというだけのことである。それぞれの行為が『実行行為』でなければならぬことは、共同正犯は、他人と共同して自己の犯罪を実現するものであり、自己の犯罪にとって他人の犯罪の利用がもつ意味により自己の犯罪に対する責任を問題にするのが行為共同説であることを考えるならば、疑念を容れる余地はないであろう。……行為共同説にとつては、共同正犯の効果とは、共同正犯が肯定されるかぎり、他方行為者の行為の結果とみられうる結果も、当該行為者の惹起した結果とみなされるということにすぎない。⁽⁵⁾」とされ、行為共同説を的確に説明されている。

これまで述べてきたことからいえることは、行為共同説によれば、「共同」とは、各人の「実行行為」が「共同」という形態を取っていればよいのであつて、そうであるかぎり共同正犯は成立するのである。わたくしは、行為共同説をこのように解している。したがって、「AとBとが共に放火をしようと共謀し、その際、Aのみがその家屋の中で病臥している家人の在室を知りつつ殺人の故意で放火したような事例では、Aの放火行為は殺人の実行行為でもあるというように、放火の実行行為と殺人の実行行為とは重なり合い、死の結果に対してともに因果力をもちうるから実行行為の共同・因果関係の共同はありうる……共同正犯とされるためには、自らの行為が、もう一方の者の犯罪に因果的に影響を与えているだけでなく、相手方の犯罪の実行行為の一部を事実上実行している必要がある⁽⁶⁾」ということである。つまり、犯罪共同説が主張するように、「同一の故意犯の実行行為を共同にする場合すなわち故意の共

同のある場合に共同正犯が成立する」のではなく、行為共同説は、「故意の共同は必要ではなく、構成要件の外部・客観的要素を実現する限度における実行行為の共同があれば共同正犯が成立する」⁽⁷⁾のである。たしかに、共同正犯は「二人以上共同して犯罪を実行した者」であるから、「共同して犯罪を実行する」という文言の解釈が重要となるのであるが、その「犯罪」は「同一の故意犯」に限る必要はないが、どこまでを「共同」の範囲とすることができ、それを考える必要はある。それを行為共同説は、「構成要件の外部的・客観的事実を実現する限度における実行行為の共同」としたのである。そこで、重要なことは、その意味をどう理解するのかということである。私見によれば、どこまでが行為として共同できるかということが検討されなければならない。それによつて、自ずから「共同して実行する」範囲というものが明らかになってくるのではないかと思う。換言するならば、犯罪共同説では、同一の故意犯しか共同して実行することができないのではないかということであるが、行為共同説からは故意犯と過失犯、過失犯の共同正犯というものも考えられるのである。

このように、「共同して犯罪を実行する」という文言の意味は、「犯罪」を同一の故意犯に限定することは共同正犯の成立にとつての要件ではなく、「犯罪となる行為を共同して実行する」と解することが適當ということになる。これらのことからいえることは、共同正犯とは、故意行為であれ過失行為であれ犯罪「行為」を共同にすることであり、それぞれの犯罪「行為」を共同にすることであるということからすれば、各人それぞれが犯罪の正犯ということとなる。つまり、共同正犯とは、二人以上の者（正犯者）が共同して犯罪を実行することであるから（正犯の共同）、一歩進めて「何を共同にするのか」ということについて考えなければならない。そこで、Aは殺人の意思で、Bは傷害の意思でCを襲ったという事例について考えてみよう。いうまでもなく、殺人としての行為、傷害としての行為に

ついでいえば、本来、両者は独立の行為であるから、厳格にいうならば、別個・独立の犯罪行為である。したがって、両者の間には、それぞれの犯罪についての共同関係は存在しないのである。ただ、共同正犯においては「二人以上の者が共同して犯罪を実行した者」ということが要件となっているので、「共同」ということを何に求めるかであって、このことが「共同正犯とは何か」を考えるうえで意味をもつのである。つまり、本来は独立犯である二つの犯罪であつても、それぞれの犯罪に共通する「行為」が共同になされる場合を想定しているのが、六〇条の「二人以上共同して犯罪を実行した者」の文言の意味ではないかと思う。すなわち、六〇条にいう「共同正犯」は概念的には正犯の一形態であるから、狭義の「共犯」とは本質的に異なるものということを理解しなければならぬ⁽⁸⁾。このように、これまで理解されてきた「共同正犯」を理解しようとすれば、行為共同説に帰着せざるを得ないであろう。なぜなら、たとえば、「共犯の過剰」の場合を考えてみると、複数の者が同一目的で共同して犯罪を実行した場合、行為の途中からそのうちの一人が当初の同一目的から外れた過剰な行為に出て結果を発生させた場合、犯罪共同説からは「共同正犯」を論ずることは困難ではないだろうか。もっとも、「共犯の過剰」では、過剰の部分について当初の計画以外の結果が生じた場合は、それを生じさせた者が責任を負うということになるとすれば、その結論について犯罪共同説からはどのような説明がなされるのであろうか。仮に、それぞれが行った共通結果に「共犯」の根拠を見出すということになるのであれば、それは特定の「犯罪」を共同にするということではなく、各自の「犯罪」に共通する「行為」を共同にするということではないかと思う。もちろん、二人以上の者が同一犯罪を行う場合が共同正犯であるということはいうまでもない。しかし、各自が別々の行為をしたとしても、「行為」に共同性を見出すことができる場合も考えられる。行為共同説は、この点を重視した理論である。問題は、どの範囲までに正犯としての「共同」を見出す

ことができるかということである。山中教授は、「行為共同説は、それぞれの関与者からみてそれぞれの犯罪を共同にすることが共犯の本質であるとみるものであるから、関与者それぞれにとっての違法な構成要件該当行為を共同することがありうると考えるものであつて……狭義の共犯自体はもちろん、違法で共犯構成要件該当の行為であることは必要とするのであり、また、共同正犯においては、すべての加担者に構成要件該当行為を要求するものである。」とされる。したがって、過失の共同正犯や故意犯と過失犯との共同正犯も認められることになる。つまり、「犯罪は行為である」とする命題からは、共同することができるのは「犯罪」ではなく「行為」なのである。このことから、共同正犯については、行為共同説が妥当である。

三 片面的共同正犯

片面的共同正犯とは、客観的（形式的）には発生した結果について二人以上の者の間に共同実行の事実が認められるけれども、実際には、二人以上の者の間には「実行行為を共同にする」という意思がない場合をいう。つまり、一方だけが片面的に共同加功の意思をもっている場合をいう。片面的共同正犯は、相手方に共同の意思がないという点で通常の共同正犯とは異なる。学説においては、肯定説と否定説に分かれているが、この問題についても行為共同説と犯罪共同説が深く関わっているといえよう。^⑩否定説の根拠は、共犯に必要な「意思の連絡」が欠けているというのである。もつとも、意思の連絡がなくとも、物理的因果性が相互に影響している場合には、共同正犯を認める余地があるのではないかという説もある。^⑪

片面的共同正犯についても学説の分岐点は、共同正犯の成立にとって重視されるべきは「意思の連絡」か「行為の

共同」かという点にあるといつてよいであろう。片面的共同正犯と他の共同正犯との違いは、相互に実行行為を共同にするという意味の存否にあるといつてよい。すなわち、片面的共同正犯の場合には、他の共犯者とされる者には共同の意思がないという点で他の共同正犯とは異なっている。そうすると、片面的共同正犯を認めるか否かという事で重要なことは、「共同実行の意思」をどのように捉えるのかという点にあるといつてよい。私見によれば、片面的共同正犯を認める。そこで、「共同実行の意思」についてどのように解するのかということからこの問題の検討をする。そもそも共同正犯が成立するためには、互いに意思の疎通が必要なかということである。共同正犯の成立要件は「二人以上共同して犯罪を実行した者」である。この文言をそのまま解すれば、「二人以上が共同して犯罪を実行する」ことであるから、「共同して犯罪を実行する」ことが共同正犯にとって重要なのである。これを論拠にして片面的共同正犯を考えてみると、共同正犯の一方だけが(片面的に)他の者と共同して犯罪を実現する意思を有していれば足り、共同実行という点を重視するならば、必ずしも関与者の側に共同行為をするという意思がなくても、他の者にその行為を利用する、あるいは協力するという意思があれば、利用(協力)する意思をもった者は共同正犯になるというのである。¹²⁾つまり、「行為」を共同するというのは、必ずしも双方が「共同する」という意思の疎通は要件とはならないということである。

これまで述べてきたように、片面的共同正犯の問題は「共同」正犯というものをいかに捉えるかということである。これについて、「犯罪を共同にする」という文言の中に共犯者の「意思」を重視する「犯罪共同説」と行為者の一方が「行為を共同する」という意思を持てば、共同した者には共同正犯の成立が考えられるという「行為共同説」からの立場があることはこれまで述べてきた。たしかに、「二人以上共同して犯罪を実行した」という文言の解釈として、

共同者間には意思の連絡が必要というのは誤りではない。しかし、「犯罪は行為である」から、「共同」というのは「行為」を共同にすることと解すべきであつて、仮に、一方に「行為の共同」の意思が認められるかぎり、片面的共同正犯を認めることができるのと解するのが妥当であろう。つまり、「犯罪は行為である」という命題からすれば、犯罪に対する共同行為は、物理的因果性のみによる場合においても成立しうるので、たとえ片面的であつても共同正犯は成立すると考える。すなわち、片面的共同正犯は、「単に他人の犯罪行為を脇から援助したにとどまらず、自ら主体的に」犯罪を実行したといえるような場合には、「刑が減軽される『幫助』ではなく、『正犯』という評価が相応しい……」。通常、共同正犯が成立するためには、共同者間に相互の意思連絡が必要となるが、例外的には片面的共同正犯の成立を認める余地がある¹³⁾」のではなからうか。

四 刑法六五条一項と二項の関係

わが刑法六五条一項と二項の解釈をめぐつて、通説は一項が真正身分犯と共犯の関係、二項が不真正身分犯と共犯の関係についての規定であると解している。これに對して、一項は真正身分犯・不真正身分犯を通じての共犯の成立の問題を規定したものであり、二項は不真正身分犯についての科刑の問題を規定したものであるとする有力説や判例もある¹⁴⁾。さらに、六五条一項は真正身分犯に対する非身分者の加功に関する科刑を規定したものであり、二項は正犯・共犯関係にある者の間において、身分により刑の輕重・減軽の相違がある場合に関する科刑を規定したものであるから、両者は個別・独立の規定であるとの説もある¹⁵⁾。

それでは、六五条一項と二項の関係はどのように解すべきであらうか。一項は「犯人の身分によつて構成すべき犯

罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」と規定している。この文言の解釈について、私見によれば、一項で重要なことは、身分のあることによつて構成される犯罪に、身分のない者が加功することは十分にあり得ることであるが、身分犯においては「身分」が必須の要件であるがゆえに身分なき者はその犯罪について「身分犯」ではないのである。つまり、身分なき者にとつては、通常の（身分のない者が行う）犯罪にすぎないのである。したがつて、身分犯とされる犯罪においては、身分なき者は「単独正犯」となることはできないのである。しかし、身分なき者が身分ある者の犯罪に「加功」することは可能であるし、それは身分なき者にとつては、通常の犯罪の「加功」ということになる。そして、「加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」と規定しているのであるから、「加功」は「正犯」ではないことが明らかである。そもそも身分犯は犯人に身分が備わっていることが要件となつて成立する犯罪であるから、身分のない者を正犯とすることはできないし、また正犯として罰することはできないのである。しかし、「加功」は可能である。したがつて、「加功」とは、正犯以外の共犯すなわち「教唆犯」「幫助犯」と解するのが適當であるから、六五条一項の「犯罪行為に加功した」ということの意味は、「教唆犯」「幫助犯」と解するのが適當であり、六五条一項の「共犯」の中には、「共同正犯」は含まれないとすべきである。このように解すれば、六五条一項の規定は、共犯從属性とは直接には関係のないことが理解できる。つまり、身分のない者は、身分ある者と「正犯」になるということはないのであつて、せいぜい「加功」しかできないということである。すなわち、六五条一項の規定は、身分のあることを要件とする犯罪には、身分のない者は当然のことながら「正犯」にはなり得ないのであるから、極めて当然の規定であり、「共犯從属性説」の考えとも関係はないのである。このように、六五条一項は身分の連帶的作用を定めた規定というよりも、身分犯においては、身分のない者には正犯と

しての犯罪は成立しないという規定なのである。しかし、正犯になり得ないとしても、傍から「加功」することはできるのである。このことは、六一条の「教唆」、六二条の「幫助」の規定からも十分に理解することができる。「加功」の意味は、あくまでも「加功」であって正犯にはなり得ないのである。そうだとすれば、六〇条の「共同正犯」にいう「二人以上共同して」という文言の意味と「犯人の身分によつて構成すべき犯罪に加功したとき」という文言の意味は違うということが理解できる。仮に、「犯罪に加功した」という文言の意味が「共同正犯」をも含むということになるとすれば——換言するならば、身分のある者も身分のない者も六五条一項の「共犯」に「共同正犯」も含まれるという意味に解すると——少なくとも六五条一項は六〇条で補うことができるのであつて——六五条一項の規定は不要ということになるであろう。しかし、六五条一項は、やはり意味のある規定といわなければならない。なぜなら、六〇条の「共同正犯」における意味内容と六五条一項の「加功」「共犯」における意味内容とは、単なる文言の違いだけではないのである。すなわち、六〇条には、六五条一項では補えないものがあるからである。六〇条は「二人以上共同して犯罪を実行した者」を「共同」正犯とする規定である。この規定でわたくしが注視するのは、「犯罪を実行した者」という文言である。この文言の意味は、犯罪を実行した者同志が等しく責任を負うということではないかと思う。つまり、責任を負う条件が同じであるということである。これに対して、六五条一項の文言は、「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為に加功したとき」である。六〇条の「共同して犯罪を実行した者」という文言の意味としては、共同者の立場としては対等であるが、「加功した」という文言の意味¹⁶としては、共同者間の関係に差異があると考えるのが自然である。そうすると、六五条一項にいう主たる者は身分を持った者であり、従たる者は身分を持たない者になるということではないかと思う。そもそも身分犯というのは、身分を有する者しか犯すことの

できない(正犯になり得ない)犯罪である。このように考えるならば、身分犯においては、身分のない者は共同して(対等な立場に立つて)共同正犯として犯罪を行うことはできないのである。ところが、非身分者といえども、身分のある者に対して犯罪を唆したり幫助(加功)したりすることは可能なのである。このように、六五条一項の「身分犯の共犯」で規定されている「加功」とは、右に述べたことを規定しているものと解するのが適當であろう。もつとも、身分を持たない者に対する規定があるときは、身分のない者には通常の刑を科することができるのである。このように解することによって、六五条一項と二項は六〇条と矛盾するものでもなく、六五条一項は六〇条で身分を持たないがゆえに正犯とはなり得ない者の「加功」を規定し、二項は、たとえば単純横領罪と業務上横領罪のように、「身分」の存否だけが別で犯罪内容は同じ者の正犯の科刑についての規定であるということが理解できるであろう。すなわち、共犯全般についていえば、六〇条が正犯の共同(共同正犯)の規定であり、六五条一項が身分犯に関する正犯・共犯の規定、二項が身分の有無による者の共同正犯の科刑の規定であると解する。

共犯に関しては、刑法六〇条に共同正犯の規定があり、六一条に教唆犯、六二条に幫助犯が規定されている。これらの条文についての解釈は殆ど隔たりはない。問題は、六〇条と六五条一項、二項の関係であるから、この点について更に検討する。六〇条は、「共同して犯罪を実行した者」を共同正犯にするという規定であるから、ここに共同正犯者における身分の問題は生じない。以下においては、六〇条の「正犯」と六五条一項の「共犯」の意味について検討する。六〇条は、「共同して犯罪を実行した者」を共同正犯にするという規定であるから、ここに共同正犯者における身分の問題は生じない。この規定の特殊な場合を想定したのが六五条一項である。私見によれば、六五条一項の「共犯」の意味は、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したとき」の共犯であつて、わざわざ「犯人の身

分によつて構成すべき犯罪行為に加功したとき」と共犯者を限定している。つまり、この場合には、「犯人の身分によつて構成すべき」犯罪者（正犯）が存在するのである。その正犯に「加功」したときは、身分のない者は「正犯」ではなく「共犯」としているのである。六〇条では「正犯」としているのであるから、六五条一項にいう「共犯」の意味は、狭義の共犯すなわち「教唆」「幫助」のいずれかを指すと解すべきではなからうか（「加功」ということから厳密な意味では幫助というべきであろう）。

刑法六〇条は「共同正犯」の規定であるが、これは共同正犯の大原則である。そして、六一条、六二条が六〇条とは別の（狭義の）共犯規定である。これまで述べてきたように、共同正犯とは「正犯」の共同であるが、現行刑法典の中には「正犯」の定義は規定されていない。そのうえで、「共同正犯」という正犯の共同を「共同正犯」といい、「教唆犯」「幫助犯」という三分類をしている（広義の共犯）。「共同正犯」の内容としては、「二人以上共同して犯罪を実行した者」と規定しているのである。この規定は、身分に関係のない共同正犯の規定である。これらのことから理解できるように、「共同正犯」と「教唆犯」「幫助犯」とは、誤解をおそれずにいうならば「異質」の概念ということができる。つまり、一般的に「共犯」という定義の中に「共同正犯」と「教唆犯」「幫助犯」の三形態を総称して「共犯」としているが、正確にいえば「教唆」と「幫助」が本来の「共犯」といえるのではないかと思う。断つておくが、一般的には「共同正犯」「教唆犯」「幫助犯」を総称して「共犯」と呼ぶことを誤りだといっているわけではない。ただ、「共同正犯」を正犯の共同という面から捉えるということも意味があるということである。

「共犯と身分」における「身分」について若干詳しく考察してみよう。六五条一項には、「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であつても、共犯とする。」と規定されている。これを収賄罪を例

に検討する。「公務員」という身分がなければ、収賄罪に問われることはない。問題は、非公務員が関与した場合の取り扱いである。六五条一項では、身分犯に加功したときは、非身分者であつても共犯とする規定になっている。これは、単独で行つた場合には処罰されないが、共犯としてなら処罰されるという連帶的作用を意味し、六五条二項では、関与者の身分に応じて刑を科するという個別的作用を規定している。問題は、「身分のない者であつても、共犯とする。」というのは如何なる罪についての共犯かということである（このことは、共同正犯についても問題となる）。収賄罪についていえば、収賄罪についての共犯（たとえば、幫助犯）が成立することになる。たしかに、身分犯は犯罪の成立に「身分」を必要とする。しかし、これは「正犯」にとつての要件である。教唆犯、幫助犯については、この身分は不要であると考ええる。なぜなら、「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為に加功した」場合、「加功する者」は「正犯」にはなり得ないから「加功」する者にとつて「身分」は必要要素にはならないからである。つまり、六五条一項で敢えて「加功」としたのは、幫助犯に限定しているものと理解する。仮に、「教唆犯」まで含むとすると、教唆犯には「正犯の刑を科する。」と規定されているので、身分のない者が身分のある者を教唆した場合、正犯である身分犯の刑を科することになるからである。再三述べてきたように、身分犯は犯罪の成立に身分のあることを要件とする犯罪である。教唆者には正犯と同様の身分がないのに「正犯の刑を科する。」ということになつてしまうと、非身分者に身分犯としての刑を科することになり、そうなると「身分犯とは何か」の説明に窮してしまふであろう。このように、六五条一項の「加功」とは、教唆を含まないことを明確にする「加担」すなわち「加功」という文言を用いたと理解するのである。

次に、「教唆犯」について検討してみよう。教唆犯についていえば、これは直接、犯罪行為に加わっていない。「幫

助犯」は、「正犯を幫助した者」であるから、正犯の犯罪遂行に対する有形・無形の便宜的行為を与える者である。しかし、直接的に犯罪に加わるというよりは、正犯の犯罪行為に物心面で「加功する」行為であるといえる。通説によれば、一項では単独で行えば処罰されない（犯罪を構しない）が、共犯としてなら処罰されるという意味での連体的作用を明示し、二項ではそれぞれの関与者の身分に応じた刑を科すという個別的作用を認めたものという形式的区別説を採用している。¹⁷⁾

これまで述べてきたように、六五条一項、二項の解釈は錯綜している。前田教授は、「共同正犯は少なくとも実行行為の一部を行えばよいはずで、それは身分がなくても十分可能である。」¹⁸⁾とされる。たしかに、共同正犯は実行行為の一部を行えばよいはずである。問題は、六五条一項の「加功」という文言の意味と、二項の規定である。仮に、六五条一項は実行行為の一部を行えばよいということになると六〇条との関連はどうなるのであろうか。もちろん、六〇条は身分ある者同志、身分なき者同志の共同正犯の規定としては適当である。ところが、六五条一項は身分ある者と身分のない者との共犯の規定であると理解することができる。しかし、一項の規定にいう「共犯」は「加功」をその内容とするものであるから、狭義の共犯（幫助）を意味する当然の規定であると解すべきである。また、二項については、「不真正不作為犯」にいう「身分」を指すのであるが、その内容は身分のある者と身分のない者が共同して罪を犯し、しかも身分のある者と身分のない者の量刑に違いのある場合の規定である。したがって、六五条一項に該当するときの非身分者は狭義の「共犯」として処罰されることになるが、六五条二項に該当するときは、身分のある者と身分のない者は別々に処罰されるのであるから、両者の関係は六〇条の規定を補うものであって、原則・例外というような関係にあるものではなく、独立したものとして捉えるべきである。このように、六〇条にいう正犯は、

各犯罪としての正犯を意味するものとすれば、この結論は「共犯独立性説」に行きつくのではなからうか。これに關しては、後述する。

五 共同正犯からの離脱

共同正犯からの離脱とは、共同正犯関係にある者の一人が翻意して犯罪遂行の途中で離脱したが、他の共同正犯者は犯罪を遂行して結果を発生させた場合、離脱した者の刑事責任はどのように扱われるのか。これが共同正犯からの離脱の問題である。この離脱についての問題は、場合を分けて論ずる必要がある。たとえば、^(a)共謀の段階での離脱の場合のように、「実行の着手前の離脱」と、^(b)「実行の着手後の離脱」とに分けて考えなければならない。

共謀の段階での離脱は、共謀共同正犯を認める立場から問題とされよう。判例によれば、共謀の段階での離脱は、⁽ⁱ⁾離脱者が離脱の意思を他の共謀者に表明し、⁽ⁱⁱ⁾他の共謀者がこれを了承するという二つを要件としている。⁽¹⁹⁾ それでは、実行の着手後の共同正犯の離脱についてはどのように考えることができるであろうか。つまり、「離脱理論」の場合、離脱後の結果発生について離脱者はどのように扱われるのかということである。「離脱」といえるためには、どのような要件が必要なのかということを判例で検討してみよう。⁽²⁰⁾ 事実によれば、被告人は犯行前夜、共犯者数名との間で住居侵入・強盜の共謀をしたところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した。見張り役の共犯者が、既に住居侵入していた共犯者に電話で「犯行をやめた方がよい。先に帰る」などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく、待機していた現場から見張り役らと共に離脱した後、残された共犯者らはそのまま強盜を実行したというものである。本件事案につき最高裁は、「被告人が離脱したのは強盜

行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」とした。このように、共同正犯からの離脱の場合、離脱したといえるためには、共犯関係の解消といえるような状況にするということが必要であるが、そのためには、共同正犯の場合においては、共同正犯者が共同行為に着手する前の状態にもどす必要がある。なぜなら、共犯とくに共同正犯においては、単独犯と違って精神的な面において互いに依存することが多いといえるからである。したがって、共同正犯を解消するために重要なことは、相互の依存関係が断たれたという状況を作り出すことである。そうすると、離脱の問題においても、このことが重視されなければならないということになるであろう。²¹

また、離脱の問題は、離脱したにも拘わらず結果が発生した場合、発生した結果との関連での取扱いが問題となる。共同正犯における中止未遂は、実行の着手後においては中止を決意した者が真摯な努力をして他の共犯者による結果発生を防止することである。実行の着手前の共同正犯における離脱の場合には、離脱をする際に他の共犯者に離脱の了承を得ることが重要なのである。もっとも、離脱の了承と発生した結果との関係は、具体的に考察されなければならない。つまり、「共犯」とはいっても、共犯には広義の共犯と狭義の共犯がある。広狭二分類できる共犯は、当然、内容を異にしているから、それぞれに付随する未遂あるいは離脱についても個別に検討されなければならない。そのためには、共犯における離脱・中止について重要なことは、共犯関係の解消をすることによって共犯前の状況にもどすことである。換言するならば、共犯者における「共同関係」をどこまでもどすことが必要かということである。また、共犯者間との関係でいえば、他の共犯者に中止を働きかけたが、了承を得られなかった場合や結果発生を防止

するために真摯な努力をしたけれども、結果の発生が防止されなければ中止未遂は成立しない。つまり、共同正犯においての離脱の要件は、結果発生防止のために離脱の意思表示とそれに伴う離脱行為だけでは足りず、それによって生じる未遂という結果発生が要件となる。すなわち、共犯と中止犯の問題は、結果発生防止のために対共犯者に対する真摯な努力による場合と離脱理論による「離脱」が任意になされ、かつ共犯者において「了承」されることが要件である。この両者は区別して論じられなければならない。離脱理論による共同正犯からの離脱は、共犯者の中にいるある者が犯罪に着手する前に共同実行の意思を放棄し、その旨を共犯者に伝えることによって了承され、それ以降の共同（正犯）関係を解消・離脱することによって成立する。これに対して、着手後の離脱は、他の共犯者の了解を得るだけでは不十分で、結果を防止するための積極的な行為によって結果発生を防止することが要件となるのである。結果発生防止のために真摯な努力をしても、結果が発生した場合には中止未遂は認められない。このように、共同正犯からの離脱は、共同正犯における中止未遂とは区別して論じられなければならない。共同正犯における中止未遂とは、単独犯における未遂と同じく中止行為の任意性と結果の不発生という要件が充たされる場合に適用される。すなわち、共同正犯における中止未遂が認められるのは、共犯者の一人が中止の意図をもって他の共犯者を説得し、他の共犯者も任意に実行行為を中止するか、または結果の発生を阻止したときに共同正犯の中止犯が成立することになる。この場合、共犯者の一部の者の中止行為によって結果の発生が阻止されたのであれば、その者のみ中止犯の効果が認められ、他の共犯者においては同様の中止行為が認められなければそれらの者には中止犯は認められず、障害未遂が認められるにすぎない。共同正犯における「中止犯」が認められる要件も、あくまで共同正犯者たる各自による「自己」の意思により犯罪を中止したとき」ということが要件となる。それでは、共犯者の一部の者が中止行為をした

ことによって全体として犯罪は未遂に終わったという場合、中止未遂の認められる者と認められない者とに分かれる理由は何であろうか。私見によれば、共同正犯とは何を「共同にする」のかということに帰着するのではないかと思う。つまり、「犯罪共同説」「行為共同説」の問題と深い関わり合いをもつということである。共同正犯においても、各共犯者間の責任は、あくまでも行為を共同にするという点を重視するべきではないかということである。共同正犯においても、最終的な責任は個々の責任に帰するということではないかということである。換言するならば、共犯といえども、最終的には各人の責任はそれぞれの行為に対して負うということが前提であつて、共同正犯の場合は、行為を共同にするというところにその特徴を見出すことができるのである。

六 共犯従属性説と共犯独立性説

共犯従属性説とは、狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）が成立するためには正犯者が一定の行為をしたことが必要であるとする。すなわち、共犯それ自体において独立のものではなく非独立的なものであり、共犯の処罰も正犯の犯罪行為に従属して成立すると解する説をいう。このように解することの背景には、教唆犯・幫助犯は、あくまでも犯罪そのものを直接に実行するものではないということ、つまり、共犯の内容となる教唆や幫助自体は、正犯に対する間接的あるいは軽微な関係を有するにすぎないのであつて、あくまでも直接的な犯罪の実行行為ではなく正犯の犯罪行為に従属してのみ成立するというのである。このように、共犯従属性説は、教唆犯・幫助犯という狭義の共犯が正犯に従属しているということが要件となり、そのためには正犯の犯罪と可罰性が現実存在していることが前提とされるのである。そうすると、正犯の犯罪が未遂に終わった場合、たとえば犯罪を教唆した者の教唆行為それ自体は終了し、正

犯者が犯罪の実行に着手したけれども、それが未遂に終った場合の教唆者の扱いをどのように考えるのかという問題が生じよう。

共犯独立性説は、共犯すなわち教唆犯・幫助犯の犯罪性と可罰性が正犯のそれとは独立のものであるとする。つまり、教唆犯も幫助犯も独立した犯罪であつて、正犯の犯罪を前提とするような「条件付」の犯罪ではないといふのである。共犯独立性説によれば、共犯である教唆犯・幫助犯の犯罪性と可罰性は、共犯従属性説の主張する共犯の犯罪性と可罰性は正犯のそれに従属するというのではなく、正犯行為の犯罪性と可罰性に対して独立して論じられるべきであるとする理論である。すなわち、教唆も幫助も独立した犯罪となるのであつて、正犯の実行を前提とするような犯罪ではない。たしかに、教唆犯も幫助犯も正犯に対して付随・従属的な行為であるが、そのことと正犯の犯罪とは別々に論ずるべきではないかと思う。なぜかという、厳密にいうならば、正犯とは異質の行為によつて成り立っているからである。形の上では正犯と教唆・幫助は必然の関係にあるわけではない。その根拠条文となる六一条一項の「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。」という規定の解釈について私見を述べておこう。

六一条一項の規定の意味について、教唆・幫助行為そのものの開始が共犯における実行行為の開始と解せられるから、教唆行為が失敗に終つたとしても教唆犯の未遂が考えられる。ところが、通説である共犯従属性説によれば、正犯が未遂に終つたならば教唆（犯）も未遂であるとする。しかし、教唆の未遂というのは、文字通りに解すれば教唆することに失敗したことであるとするのが六一条一項の意味に適うのではないかと思う。このような考えに異論が唱えられることは承知している。しかし、少なくとも六一条一項の「教唆」の意味は、被教唆者が犯罪の実行に着手すれば教唆犯としては既遂といえるのであり、そこから教唆犯としての未遂とは教唆そのものに失敗したときであると

解するのが条文解釈に忠実のように思われる。「実行をさせた」というのは既遂を意味するものではなく、正犯の実行の着手と考えるべきであろう。もともと、そうなる、被教唆者の行為が未遂に終わっても教唆犯としては既遂となるが、それは共犯従属性説の立場からは、正犯を処罰することができなくても共犯（教唆犯）の未遂として教唆者を処罰することが可能となる。つまり、共犯独立性説と結論が一致することになり、共犯従属性説のいう「正犯の実行の着手があつた時点で共犯者の未遂が成立するとし、それ以前の段階（教唆の未遂）を不可罰とする。」⁽²²⁾というのである。この点に関して、従属性説からの説明によれば、「共犯独自の実行行為を認めたとしても、共犯処罰を基礎づける結果発生 of 具体的危険を生ぜしめる必要がある（「殺してこい」と言っただけで相手が全く黙殺しても処罰するのは行きすぎであると解されている）」⁽²³⁾とされる。しかし、独立性説から、故意の教唆にあつては、教唆者の意思は、被教唆者たる他人すなわち正犯者をして一定の犯罪の実行の決意をさせる意思と、正犯者をしてその犯罪の決意にもとづいて実行行為すなわち構成要件実現行為に出させる意思を包含することはいうまでもない。しかし、そのほかに、教唆者には自己が教唆しようとする犯罪行為の認識すなわち構成要件の故意を必要とする。⁽²⁴⁾のである。また、前田教授は、「予備罪を実行させる教唆も、六一条の『教唆して犯罪を実行させた者』に該当すると解すべきである。予備は実行行為ではないから教唆はできないというような形式論は、説得性を持ち得ない。」⁽²⁵⁾とされている。予備罪についても、それが独立に規定されている場合には、それについても教唆・幫助は考えられる。わたくしが、特に教唆犯で重視するのは、六一条に規定されている「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。」という文言である。つまり、被教唆者が犯罪の実行に着手した段階において、教唆行為は既遂になるので、正犯（被教唆者）の行為とは独立して教唆の既遂を論ずべきである。

それでは、正犯の行為が未遂で不可罰の場合は、どのように解するのが適当であろうか。科刑についていえば、教唆犯の場合は、「正犯の刑を科する。」（六一条一項）と規定されている。判例は、正犯に適用される法定刑を適用するという立場を採っている。⁽²⁶⁾「正犯の刑を科する。」という文言の解釈について、「正犯」とは現実の正犯を指すものではなく、「教唆者が正犯者であつたならば適用せられる法定刑によつて処断することを意味する。」⁽²⁷⁾と解するのが適当である。教唆者は正犯者よりも軽く処罰されるのが通例であるが、法律上、そのような制約があるわけではない。それゆえに、殺人を教唆したけれども被教唆者である正犯の行為が未遂に終つた場合、教唆者には「殺人」の教唆犯としての刑を科することになる。したがつて、教唆者に正犯よりも重い刑を量定することも可能である。このように、「教唆犯は、正犯者の処罰と独立して処罰されるのであつて、刑の量定が、正犯者の宣告刑と独立になされることはもちろん、正犯者が処罰されることも、教唆犯処罰の前提ではない。」⁽²⁸⁾のである。問題は、正犯者の行為が未遂に終り、その未遂が不可罰であるという場合を如何に解すべきかということである。すでに述べたように、正犯者の行為が未遂に終り、それが不可罰であつたとしても、「正犯者が処罰されることも、教唆犯処罰の前提ではない。」から、教唆者には未遂になつた正犯の行為の既遂を前提にした教唆犯が成立することになる。このような結論になるのは、共犯独立性説からは当然といえる。

七 おわりに

共犯論に関しては多くの問題があり、学説は錯綜している。これらの問題について、わたくしは五項目に絞つて論じてきたが、その根底に流れるものは「共犯独立性」の理論である。共犯とはいえ、個人の行為をどのように評価す

るのかということが重要であり、その基礎となっているのは「犯罪は行為である」という命題に尽きるといってよい。つまり、共同正犯は、「それぞれの犯罪を共同にすることが共犯の本質であるとみるものであるから、関与者それぞれにとつての違法な構成要件該当行為を共同することがありうると考えるものであつて、何か前構成要件的・自然的な行為を共同するものといっているわけではない……共同正犯においては、すべての加担者に構成要件該当行為を要求するものである。⁽²⁹⁾」ということが出来る。

「片面的共同正犯」についていえば、それは共犯者の一方だけが片面的に共同加功の意思をもっている場合である。つまり、共同実行の意思をどのように捉えるかということである。共同実行（行為）という点を重視するならば、「行為」を共同にするというのは、双方が「共同する」という意思の一致は必ずしも共同正犯の要件とはならないということである。なぜなら、一方に行為を共同するという意思があれば、その者については片面的に行為を共同にするということは十分に考えられることであるから、「片面的共同正犯」は認められることになる。

六五条一項、二項の解釈については、刑法六〇条の解釈と関連づけながらまとめてみることにする。六五条一項は、身分犯に身分なき者が加功しても共同正犯とはなり得ず、あくまでも「加功」という形で共犯行為をすることができるという意味である。しかし、二項に該当する場合には、同じ正犯であつても別個・独立に刑罰が科されるということである。仮に、六五条一項に身分のない正犯も含まれるとすれば、六〇条と六五条一項の区別（関係）はどのようなのであろうか。わたくしは、六〇条は通常の共同正犯、六五条一項は身分犯の正犯に身分なき者が加功した場合の共犯規定、六五条二項は身分なき者が身分ある者と共同正犯になった場合の規定であると解するのである。

共（同正）犯からの離脱にしても、着手前に共犯者からの意思表示があり離脱が認められれば、その者はその時点

で共犯関係の責任を免れることができるのである。しかも、その離脱の影響は、離脱者のみに及ぶのである。

共犯の離脱を認める以上、共犯独立性説に近づいていかざるを得ないのではなからうか。従属性説からは、従犯はあくまでも正犯に従属するということになるが、独立性説からは従犯として独立に評価されることになる。たとえば、共犯の錯誤で論じられているように、共犯の過剰の場合、共犯といえども過剰になった犯罪に対しては、その者だけが責任を負うとされている。このことから理解できるように、共犯といえども犯罪内容については、独立して評価されているのである。

- (1) 団藤重光・刑法綱要総論（第三版・一九九〇年）三八九頁。
- (2) 小野清一郎・刑事判例評釈集（第一五巻・一九六〇年）五頁。
- (3) 牧野英一・刑法総論下巻（全訂版・一九五九年）六七八頁。
- (4) 団藤・前掲注(1)三九〇頁。
- (5) 山中敬一・刑法総論（第三版・二〇一五年）八八七～八八八頁。
- (6) 山中・「共同正犯論の現在」現代刑事法二八号（二〇〇一年）五〇頁。
- (7) 木村亀二・犯罪論の新構造（下）（一九六八年）二四九頁。
- (8) 木村・前掲注(7)二四八頁。
- (9) 山中・前掲注(5)八四九頁。
- (10) 木村博士は、行為共同説を採られるが、片面的共同正犯は否定される（木村・前掲注(7)二五三頁）。一方、犯罪共同説からは否定される（団藤・前掲注(1)三九二頁）、大塚仁・刑法概説（総論・第四版・二〇〇八年）二九二頁、福田平・全訂刑法総論（第五版・二〇一一年）二七〇頁。前田雅英・刑法総論講義（第六版・二〇一五年）三四三頁。

- (11) 島田聡一郎・「共犯」注釈刑法第一卷(二〇一〇年) 八五三頁。
- (12) 牧野博士は、「連絡が単に一方的にのみ成立するということも、これを想定することが困難ではない。……協力の関係があるにおいては、協力する相互意思なき場合においても、共犯の成立を認めるべき」(牧野・前掲注(3)七三八頁)とされる。平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五年) 三九一頁、松宮孝明・刑法総論講義(第四版) 二六七～二六八頁参照。
- (13) 山口厚・刑法総論(第三版・二〇一六年) 三六八頁。
- (14) 団藤・前掲注(1)四一八頁、福田・前掲注(10)二九二頁、最判昭二五・九・一九刑集四・九・一六六四頁、最判昭三一・五・二四刑集一〇・五・七三四頁。
- (15) 木村・前掲注(7)三七六頁。
- (16) 「加功」の意味について参考までに挙げておくと、「加担すること。犯罪を手伝う行為。共犯」(広辞苑・第六版・二〇〇八年)。「助力すること。法律では、犯罪に加担することをいう」(大辞泉・第二版・二〇一二年)。
- (17) 前田・前掲注(10)三三四頁以下。
- (18) 前田・前掲注(10)三三八頁。
- (19) 東京高判昭四一・六・二四高刑集一九・四・三七五頁、大阪地判平二・四・二四判夕七六四・二六四頁。
- (20) 最決平二一・六・三〇刑集六三・五・四七五頁。
- (21) 山中教授は、離脱の意思を他の共犯者に伝えていること、残りの共犯者も離脱を知ったうえで実行に着手していること、離脱者の役割は主導的なものでないこと等を勘案すれば、共謀共同正犯とすることはできないとされる(山中・前掲注(5)一〇二三頁)。
- (22) 前田・前掲注(10)三二七頁。
- (23) 前田・前掲注(10)三二八頁。
- (24) 木村・前掲注(7)三三四頁。
- (25) 前田・前掲注(10)三二八頁。

- (26) 最判昭二五・一二・一九刑集四・一二・二五八六頁。
- (27) 木村・前掲注(7)三四六頁、前田ほか編・条解刑法第三版（二〇一三年）二三四頁。
- (28) 福田・前掲注(10)二八八頁。
- (29) 山中・前掲注(5)八四九頁。

判例変更と適正手続

佐伯 仁 志

一 はじめに

刑法の解釈について最高裁が被告人に不利な判例変更をした場合に、新しい判例の解釈を当該被告人に適用するところが、憲法三九条前段の事後法の禁止に違反しないか、という問題が議論されている。

例えば、夫の妻に対する強姦罪が成立するかについて、最高裁判例は存在していないが、仮定の話として、現在の最高裁の判例が夫婦間の強姦について否定説を採っているとしよう。この場合、立法で夫婦間においても強姦罪が成立し得ることを定めた場合⁽²⁾、この新規定を法改正前の行為に適用して強姦罪の成立を認めることは、憲法三九条前段によつて許されないであろう。否定説からも、暴行・脅迫を用いて妻を姦淫した夫には、暴行罪ないし脅迫罪が成立し得るが、憲法三九条前段の事後法の禁止には、行為時に犯罪でなかった行為を事後的に処罰することだけでなく、

行為時に犯罪であつた行為を事後的により重く処罰することも含まれると解されているからである。

それでは、最高裁が否定説から肯定説に判例を変更した場合、その新判例を判例変更前に行われた行為（判例変更を行う当該事件の被告人）に適用して強姦罪の成立を認めることは可能であろうか。判例変更の場合にも憲法三九条前段が適用ないし準用されるとすれば、強姦罪の成立を認めることは許されない。そのように解する見解も有力に主張されているが、判例（最判平成八・一一・一八刑集五〇巻一〇号七四五頁）^③は、判例変更の遡及適用を認め、河合伸一裁判官の補足意見は違法性の錯誤の問題として処理すべきことを示唆している。^④

アメリカ合衆国では、このような問題に対処するために、判例の不遡及的変更という手法が用いられているが、連邦憲法の事後法の禁止が判例変更（直接または間接に）適用されるかについては議論があり、この点に関する連邦最高裁の判例には重要な変遷が見られる。言うまでもなく、アメリカ連邦憲法は日本国憲法の母法である。アメリカは判例法の国であり、日本は成文法の国であるが、日本の刑法は包括的な規定が多く、裁判所の判例が重要な機能を果たしている点で、判例法国に近い面もある。アメリカ連邦最高裁の判例を参照する価値は大きいと思われる。

そこで、本稿では、まず、刑法の解釈に関して被告人に不利な判例変更を遡及適用することの可否に関するアメリカ連邦最高裁の判例を紹介し、次にわが国における刑法解釈の判例変更について検討することにした。

二 アメリカ合衆国における判例変更と事後法の禁止

1 判例変更への事後法禁止の適用

アメリカ合衆国憲法第一条第九節第三項は、「事後法 (ex post facto Law) は、制定されてはならない」と定め、同第一〇節第一項は、州法について同様の禁止を定めている。事後法の禁止には、行為時に犯罪でなかった行為を事後的に犯罪として処罰することだけでなく、行為時に犯罪であった行為を事後的により重い犯罪であるいはその法定刑を加重して処罰することも許されないと解されている⁽⁵⁾。連邦最高裁は、伝統的に、事後法の禁止は制定法に限られ、被告人に不利益に判例を変更する判決の遡及適用を禁止するものではないと解してきたが⁽⁶⁾、一九六〇年代以降、このような立場に変化が見られるようになる。その最初の判決が一九六一年の James 判決である。

James v. United States, 366 US 213(1961)

事案は、組合の職員であった被告人が、組合の金員を横領し、その金額を税務申告しなかったため、内国歳入法違反で有罪となり三年の自由刑を科された、というものである。連邦最高裁は、Commissioner v. Wilcox, 327 U. S. 404 (1946) において、横領した金員は内国歳入法の課税対象にならないと判示していた。本判決は、Wilcox 判決を変更して、横領した金員も課税対象となると判示したが、結論として、被告人の有罪判決を破棄し、公訴を棄却するように指示して、事件を地区裁判所に差し戻した。

ウォーレン長官による法廷意見および意見 (ブレナン判事、ステュワート判事が同調) は、まず、Wilcox 判決の六年

後に、*Rutkin v. United States*, 343 U. S. 130 (1951) が、恐喝した金は課税対象になると判示しているのに、*Wilcox* 判決の活力はこの判決によって完全に奪われているとする。両判決の前から違法な収益であっても課税対象となるとされてきていることも指摘し、*Wilcox* 判決は誤っているので、変更されるべきであるとする。しかし、ウォーレン長官は、内国歳入法違反は、意図して (willfully) 申告しなかった場合でなければ犯罪とならず、行為時に *Wilcox* 判決があつた以上、意図の要件を証明することはできないので、申立人に対する有罪判決を破棄して、公訴を棄却すべきであるとした (p221-222)。

ハーラン判事の一部同意・一部反対意見 (フラン克福ーター判事が同調) は、判例変更賛成し、被告人の故意について新たな裁判を行うために事件を差し戻すべきであるとする。一方、クラーク判事の一部同意・一部反対意見は、判例変更賛成した上で、申立人は、意図的に収入を申告しなかった以上、犯罪が成立するとして、原審の判断を支持する。

これに対して、ブラック判事の一部同意・一部反対意見 (ダグラス判事が同調) は、判例変更反対し、判例を変更するなら、申立人は、意図的に申告しなかった以上、有罪であるとする。ウィッターカー判事の一部同意・一部反対意見 (ブラック判事、ダグラス判事が同調) も判例変更反対する。

結局、六人の裁判官が判例変更賛成して判例が変更されたが、有罪判決を破棄して公訴を棄却すべきであるという法廷意見の結論は、判例変更賛成するが行為者の故意を証明することはできないとする三人の裁判官と判例変更反対する三人の裁判官によって形成されたものである。新判例の下で申立人に故意が認められないとする意見は三人にすぎず、本判決の結論は、実質的には、判例の不遑及の変更に等しいといえるものである。⁽⁷⁾ ブラック判事の反

対意見が批判するのもまさにこの点にある。ブラック判事は、判例変更を支持する三人の裁判官は、判決前の行為者は処罰できないが、判決後の行為者は処罰できるという疑問のある方法で変更をした、と批判する。ブラック判事は、過去の行為に適用することが不公平で不正義な刑罰法令の解釈は、裁判所による議会が望んでいない犯罪の創造であり、将来的な法創造は、議会の機能であって裁判所の機能ではない、と主張するのである (p. 223-225)。

James 判決では明確ではなかった判例変更への事後法の禁止の適用は、三年後の *Bowie* 判決において、より明確な形で打ち出されることになる。

Bowie v. City of Columbia, 378 U.S. 347 (1964)

事案は、サウスキャロライナ州コロンビア市にあるドラッグストアでの、人種差別に抗議する黒人学生による座込み (sit-in) が不法侵入罪に問われたものである。同ストアでは、レストランの利用が白人に限られていたが、その旨の掲示はなされていなかった。本件申立人である二人の黒人学生が、レストランに入って座席についたが、店員から無視された。その後、店員が「不法侵入禁止 (no trespassing)」の表示がついたチェーンを張ったが、二人は静かに座り続けたので、店長は、警察に電話して、二人を排除することを要請した。警察が到着した後、店長は二度、二人に立ち去ることを求めたが、二人はこれに応じず、警察官が退去を求めても応じなかったため、二人は逮捕された。二人は、不法侵入罪 (criminal trespass) で有罪となった。法律は、不法侵入を、侵入禁止の告知を受けた後、他人の土地に侵入すること、と定義していたが、州最高裁は、不法侵入には、告知を受けた後に侵入する行為だけでなく、退去を求められた後に滞在し続ける行為も含まれる、と解して、有罪判決を是認した。申立人らは、犯罪について

「公正な警告 (fair warning)」が与えられていないので適正手続に反する等の主張をして上告を申し立てた。

ブレナン判事による法廷意見は、次のように述べて、サウスキャロライナ州最高裁判決を破棄した。

刑罰法令は犯罪となる行為について公正な警告を与えなければならないという基本原則は、度々、当裁判所によって認められてきた。公正な警告を受ける権利は、法律の曖昧な文言によって侵害されるだけでなく、法律の厳密で限定的な文言が予測不能な拡張解釈をされて遡及適用されることによって侵害される (p. 350-352)。

刑罰法規の予測不能な拡張解釈の遡及適用は、憲法第一条第一〇節が禁止する事後法とまったく同じように働く。事後法は、行為時に犯罪でなかった行為を犯罪とし、あるいは、行為時よりも加重された、または、拡張された犯罪とすること、と定義されている。事後法禁止条項によって州議会がそのような法を制定することが禁止されるなら、州最高裁が解釈によってまったく同じ結果をもたらすことも禁止されなければならない。刑罰法規の裁判所による解釈が、行為前に存在した法令を参照することで、予見することができず擁護することができない (unexpected and indefensible) ものであるなら、そのような解釈に遡及効果が与えられてはならない (p. 353-354)。

サウスキャロライナ州法は、申立人に公正な警告を与えていない。州最高裁の先例は、一貫して、侵入前の告知の証明が必要であると判示してきた。州最高裁がこれと異なる先例として挙げているのは、民事の不法侵入に関する判例にすぎない (p. 355-357)。州最高裁は、ノースキャロライナ州の判例を引用しているが、他州の法律の意義が自州の市民に対する公正な警告になることは極めて稀な状況であり、本件でそのような状況は存在しない (p. 359-360)。

ゴールドバーグ判事の意見（バーガー長官が同調）は、法廷意見に賛成するとともに、本件同様、人種差別に反対する座込みを不法侵入罪で処罰する⁽⁸⁾ことの合憲性が問題となった、Bell v. Maryland, 378 U. S. 318 (1964) において、同

判事が述べた平等原則違反の理由によっても破棄を支持し、ダグラス判事の意見も、Bell判決で同判事が述べた平等原則違反の理由によって破棄を支持する (p 363)。

ブラック判事の反対意見（ハーラン判事、ホワイ特判事が同調）は、Bell判決において、裁判所は同じような文言のメリーランド州法の合憲性を認めており、⁽⁹⁾ 本件の法律も違憲であるほど曖昧ではないとする (p 367)。

本判決は、修正一四条の適正手続違反を理由として、判例変更を遡及適用した州最高裁判決を破棄したものであるが、その理由付けにおいて、立法による遡及処罰と判例変更による遡及処罰を同視している点で、実質的には、事後法禁止条項を修正一四条の適正手続条項を通じて州に適用したと評価できるように思われる。そのような解釈は、次の連邦最高裁判決によって確認できる。

Marks v. United States, 430 U.S. 188 (1977)

事案は次のようなものである。申立人は連邦のわいせつ物運搬罪で起訴された。その後、公判が始まる前に、最高裁は、Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973) で、ハードコアポルノを修正一条の保護から除外する新基準を示した。裁判において申立人は、Memoirs v. Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966) の「表現に社会的価値がまったくないといえなければ保護される」との基準に基づいて陪審に対する説示が行われるべきであると主張したが、地区裁判所は、申立人の主張を否定して、Miller判決の基準で説示を行い、申立人は有罪となった。控訴裁判所がこれを是認したため、上告が申し立てられた。

パウエル判事の法廷意見は、Bouie判決を引用して、Miller判決の新基準を申立人に不利に遡及適用することは、

修正五条が保障する適正手続に違反するとして、有罪判決を破棄した（この部分については全員一致）。法廷意見は、次のように述べる。

事後法禁止条項は立法府の権限に対する制約であり、司法部に対する直接の適用はない。しかし、同条項の基礎にある、刑罰を科される行為について公正な警告を受ける権利があるとの考えは、我々の憲法的自由の概念の基本であり、修正五条の適正手続条項によって裁判所に対して保護されている。Bouie 判決は、「刑罰法規の司法による予測不能な拡張が遡及的に適用されると、憲法第一条第一〇章が禁止する事後法とまったく同じように働く。∴州の立法者が事後法禁止条項によってそのような法律を制定することが禁止されるなら、州最高裁も司法解釈によってまったく同じ結果を達成することを適正手続条項によって禁止される」と判示した。Miller 判決が *Memoirs* 判決の限定を緩和したことは疑いなく、その効果は、Bouie 判決における新解釈と同様である。申立人は、新基準が適用されることについて公正な警告を受けていないので、Miller 判決の新基準を申立人に適用することは適正手続条項によって許されない（p 192-193）。

2 連邦最高裁の新判例 — Rogers 判決

Bouie 判決、Marks 判決と続いてきた判例の流れは、しかし、次の Rogers 判決で変更され、連邦最高裁は、事後法禁止から距離を置くようになる。

Rogers v. Tennessee, 532 U.S. 451 (2001)

伝統的コモンローでは、一年一日以内に被害者が死亡しなければ謀殺罪は成立しないという一年一日ルールが存在しており、アメリカでも同様の原則が認められてきた。^⑩しかし、科学・医学の進歩に伴い、同ルールは時代遅れなものと認識されるようになり、多くの州で、立法的にまたは司法的に廃止されていった。そのような状況下で生じたのが本件である。

申立人は、被害者をナイフで刺し、約一五ヶ月後に被害者が死亡した。申立人は、一審で第二級謀殺罪で有罪となり、控訴裁判所は、本件行為前に施行されていた量刑改革法によって一年一日ルールは廃止されていたと判示して有罪判決を是認した。テネシー州最高裁は、控訴審の判断を否定したが、一年一日ルールの根拠は現在では存在していないとして、同ルールを廃止し、申立人の有罪判決を是認した。

オコンナー判事の法廷意見（レーンキスト長官、ケネディー判事、スーター判事、ギンズバーグ判事が同調）は、新判例の遡及適用は適正手続条項に違反するとの申立人の主張を否定して、州最高裁判決を支持した。オコンナー判事の法廷意見は、次のように述べる。

事後法禁止条項は、立法府の権限の制限であり、司法部に対する直接適用はない。Bowie 判決は、刑罰法令の解釈が行為前に存在した法令を参照することで予測不可能かつ擁護不能である場合に遡及適用できないとしたものであり、州裁判所の解釈が法律の明白な文言と明らかに齟齬し、先例の支持のないものであったから、公正な警告の原則に反すると判示したものである。確かに、Bowie 判決の判示には、申立人が主張するように読める部分があるが、これは傍論である (p. 457-459)。

事後法禁止条項を適正手続規定を通じて裁判所に適用することは、明確な憲法の文言を無視することになるだけでなく、立法と法解釈との間の制度的・文脈的相違を無視することになる。申立人は、州裁判所は、コモンロー上の権限において立法者と同じ法制定機能を果たしており、事後法禁止による立法者の権限の制限を正当化すると同種類の政治的プレッシャーにさらされ得ると主張するが、裁判所は、現実の訴訟において法律を解釈するだけなので、権限濫用の機会が立法者よりもずっと限定されている。また、事後法の禁止を司法の意思決定に導入することは、通常の司法過程に対する受け入れがたい制約となる。特に、コモンローの判断に対する事後法禁止原則の厳格な適用は、コモンロー制度の基礎である判例の発展を不当に阻害するであろう (p.460-461)。

したがって、刑法のコモンロー上の原則の司法的変更は、「行為前に示された法律を参照することで予測不能かつ擁護不能な」場合にのみ、公正な警告の原則に反し、遡及効が認められない。テネシー州裁判所による一年一日ルールの廃止は予測可能であった。ルールは時代遅れのものと広く見られており、この問題を検討した大多数の州で、立法的または司法的に廃止されていた。さらに、おそらく最も重要なことは、テネシー州においても、行為者の犯罪の時点で、同ルールは、きわめてあやふやな基礎しか有していなかったことである。謀殺罪の判決の基礎とされたことは一度もなく、判例集で過去に三度しか言及されることがなく、すべて傍論である (p.462-464)。

以上の法廷意見に対して、スキヤリア判事の次のような反対意見 (ステイブンス判事、トーマス判事が同調、ブレアー判事が後半部分に同調) が付されている。

Bowie 判決のレイシオ・デシデンダイは、事後法禁止条項によって立法者に適用される原則は、裁判所の行為については適正手続条項に含まれるというものである。Bowie 判決とその後の判決が問題にしている公正な警告は、法が

変更されることの告知ではなく、行為時に何が犯罪となるかについての公正な警告である。Bowie判決によれば、予測不可能で擁護できない遡及的変更だけが悪いのではなく、すべての遡及的変更が悪いのである。法改正が立法者によって事前に告知されていたとしても事後法が許されないことは明らかである（p. 468-470）。仮に、法廷意見のように予測可能性を害する場合にのみ判例変更の遡及適用が適正手続に反すると解しても、本件で公正な警告があったとは考えられない。時代遅れと見られているコモンロー上の犯罪要件は他にもたくさんある。法廷意見は、最近この問題を検討した大多数の州が廃止したというが、なぜ廃止を検討しなかった州を計算に入れないのか、なぜ多くの州が立法によって変更し、司法的に廃止した州が将来的にのみ変更したことを計算に入れないのか不明である⁽¹¹⁾（p. 478-479）。この他、法廷意見は刑法を遡及的に変更することの危険性を過小評価しているとのステイブンス判事の反対意見と、法廷意見の判断枠組みには賛成するが、申立人が公正な警告を受けていたという結論には反対するブライヤー判事の反対意見が付されている。

3 Rogers 判決の評価

Rogers 判決の法廷意見は、一年一日ルールを検討した二三法域が同ルールを廃止していることを申立人の予見可能性が侵害されていない理由として指摘しているが、スキヤリア判事の反対意見が指摘するように、その多くは立法による変更であり（当然、遡及適用はできない）、判例によって同ルールを廃止した一〇法域のうちのほとんどが判例変更を遡及適用していない。同ルールの遡及適用を明示的に認めたのは、Bowie判決以前に、一年一日ルールは実体法ではなく証拠法にすぎないとして遡及適用を認めたペンシルヴェニア州最高裁の判例があるだけである。⁽¹²⁾ ニュー

ジャージー州、マサチューセッツ州、ミシガン州、ロードアイランド州、コロンビア地区、ノースキャロライナ州、ニューメキシコ州の各判例は、いずれも、一年一日ルールを将来的にのみ廃止し、当該事件の被告人に適用することを否定している。⁽¹³⁾

以上はRogers判決が出る前の状況であるが、Rogers判決後も、ウィスコンシン州最高裁は、刑事責任の遡及適用は、法の支配 (rule of law) と裁判所の法に対する忠実さを損ない、司法のイメージを汚すものと見られ得ることを指摘して、一年一日ルールを不遡及的に変更している。⁽¹⁴⁾

Rogers判決は、五対四の僅差の判決であり、学説上も批判が強い。主な批判の第一は、立法者の権限と同様に州最高裁の権限も事後法禁止条項によって制約されるとするBowie判決の判示は、法廷意見がというような傍論ではなく、反対意見がいうように、レイシオ・デシデンダイである、というものである。この批判は正当なものであり、Rogers判決は、実質的にはBowie判決およびMarks判決を変更したものであるというべきであろう。批判の第二は、事後法の禁止の主たる目的は、予測可能性の保障よりも、法の支配の確保にある、というものである。Rogers判決後に出されたウィスコンシン州最高裁のPiette判決も、法の支配の確保を強調して、判例変更を遡及適用しなかった。批判の第三は、法廷意見は、事後法禁止原則の厳格な適用は判例法の発展を阻害するとするが、判例を将来的に変更することで判例の発展が阻害される理由が明らかではない、というものである。⁽¹⁵⁾

そもそも、Bowie判決のように事後法の禁止の問題 (ただし、州に対しては修正一四条の適正手続条項を通じて適用される) とするいつとRogers判決のように適正手続の問題とすることで何が違うのであろうか。適正手続の内容が一義的に定まっているわけではないので、明確でない点はあるが、次のように考えることができるのではないかと思われる。

る。スキャリア判事の反対意見が指摘するように、事後法の禁止の問題だとすると、判例変更の予測可能性があっても遡及適用することはできない。法改正が事前に予告されていても（さらに言えば、法改正後の行為であっても、法施行前の行為であれば）、新法を遡及適用することはできないのと同じである。これに対して、適正手続の問題だとすれば、予測可能で信頼の侵害がなければ、遡及適用は許されることが可能である。また、事後法の禁止の問題であれば、その法域の判例しか問題にならないのに対して、予測可能性の問題であれば、他法域の動向も考慮して判断することが可能であり、それだけ柔軟な判断が可能になると言えるであろう。

4 アメリカ連邦最高裁判例からの示唆

アメリカ連邦最高裁判は、*Bowie* 判決によって、事後法の禁止を適正手続条項に読み込むことによって、裁判所による判例変更にも実質的に事後法の禁止が適用されるものと解した。*Bowie* 判決は、その後、*Rogers* 判決によって変更されたが、*Rogers* 判決は、アメリカでは評判が悪く、筆者も *Bowie* 判決の方が妥当だと考える。アメリカ連邦憲法と違って、わが国の憲法三九条には、判例変更により事後法の禁止を適用することの文言上の問題もないので、*Bowie* 判決にならって、わが国でも判例変更により事後法の禁止の適用があり、不遡及的変更を行うべきであると解することが十分に考えられる。¹⁶⁾

それでは、*Rogers* 判決から学ぶ点がないかというところではないと思われる。アメリカでは、判例の不遡及的変更という手法が定着しており、これを憲法上の要請とする *Bowie* 判決が受け入れられる素地があった。これに対して、わが国では、判例の不遡及的変更という手法は未知のものであり、これを採用することには抵抗が大きいであろう。

そうだとすれば、判例変更の不遑及適用の問題を国民の予測可能性の保障ととらえて、これを適正手続保障の内容とする、Rogers 判決の方がわが国には受け入れやすいように思われる。アメリカで批判されている Rogers 判決も、わが国からすれば参照する価値があるということである。⁽¹⁷⁾

もちろん、適正手続と事後法禁止は考え方と共通しているし、事後法禁止と区別された適正手続の内容も明確なものではない。その詳しい内容については今後さらに検討する必要があるが、前述したように、適正手続の問題として扱う方がより柔軟な処理が可能になるように思われる。また、通説のように違法性の錯誤の問題として扱う場合と適正手続の問題として扱う場合の違いとしては、次のような点を指摘することができる。すなわち、違法性の錯誤であれば、個々の行為者の旧判例に対する現実の信頼が問題になるのに対して、適正手続の問題であれば、国民の旧判例に対する信頼と新判例の内容に対する予測可能性が問題となること、⁽¹⁸⁾ および、違法性の錯誤であれば、一般に法定刑に対する信頼は問題にならないと解されているのに対して、適正手続であれば、刑の重さに対する信頼も問題となり得ること、などの違いがある。いずれの点でも適正手続の問題として扱う方が優れていると思われる。

次節では、わが国の最高裁による判例変更を適正手続の観点から検討してみることにした。

三 日本の最高裁による判例変更

1 最高裁判例の変更

最高裁の判例変更については、西野喜一氏による詳細な研究がある。何が判例で何が判例変更かは必ずしも明らか

ではないが、同研究によると、一九九二年までの最高裁による明示的判例変更は民事一七件、刑事二〇件、黙示的判例変更は民事五件、刑事六件である。このうち、刑事判例で本稿が対象とする刑法の解釈に関するものは、以下の一二件である¹⁹⁾(被告人に不利な判例には末尾に*を付した)。

①最大判昭和三二年一〇月九日刑集一一卷一〇号二四九七頁は、「外国とみなされていた地域に対する貨物無免許輸入の罪と右地域が外国とみなされなくなったことによる刑の廃止の有無」を積極に解して、消極に解していた判例(最大判昭和三〇・二・二三刑集九卷二号三四四頁等)を変更した。

②最大判昭和四一年一〇月二六日刑集二〇卷八号九〇一頁〔全通中郵便事件〕は、公共企業体等労働関係法第一七条第一項に違反してなされた争議行為にも労働組合法第一条第二項の適用があると判示して、最二判昭和三八年三月一五日刑集一七卷二号二三頁を変更した。

③最大判昭和四四年六月二五日刑集二三卷七号九七五頁は、刑法二三〇条の二第一項の真実性の誤信について、誤信したことに相当の理由があるときは、名誉毀損罪は成立しないと判示して、最一判昭和三四年五月七日刑集一三卷五号六四一頁を変更した。

④最大判昭和四六年七月一四日刑集二五卷五号六九〇頁は、弁護士法七二条本文は、弁護士でない者が、報酬を得る目的で、業として法律事務を取り扱いまたは周旋することを禁止する規定であるとして、従来の判例(最決昭和三九・二・二八刑集一八卷二号七三頁等)を変更した。

⑤最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷二号二六五頁は、刑法二〇〇条は憲法一四一条一項に違反し無効であると判示し、従前の判例(最大判昭和二五・一〇・二五刑集四卷一〇号二二二六頁等)を変更した。

⑥最大判昭和四八年四月二五日刑集二七卷四号五四七頁〔全農林警職法事件〕は、国家公務員法の争議行為あり罪の成立範囲を限定するいわゆる二重の絞り論を採用した最大判昭和四四年四月二日刑集二三卷五号六八五頁〔全司法仙台事件〕を変更した（*）。

⑦最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁は、酒酔い運転と業務上過失致死は併合罪にあたると判示し、最決昭和三三年四月一〇日刑集一二卷五号八七七頁を変更した（*）。

⑧最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一五一頁は、無免許運転と酒酔い運転は観念的競合にあたると判示し、最判昭和四二年六月九日裁判集刑事一六三号五一頁を変更した。

⑨最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一六八頁は、車検切れ車両の運転と無免許運転は観念的競合にあたると判示し、最二決昭和四〇年一月二九日刑集一九卷一号二六頁を変更した。

⑩最大判昭和五一年五月二一日刑集三〇卷五号一一七八頁〔岩手学テ事件〕は、地方公務員法の争議行為あり罪の成立範囲を限定するいわゆる二重の絞り論を採用した最大判昭和四四年四月二日刑集二三卷五号三〇五頁〔都教組事件〕を変更した（*）。

⑪最大判昭和五一年九月二二日刑集三〇卷八号一六四〇頁は、報告義務違反と救護義務違反は観念的競合にあたると判示し、最大判昭和三八年四月一七日刑集一七卷三号二二九頁を変更した。

⑫最大判昭和五二年五月四日刑集三一卷三号一八二頁〔全通名古屋中郵便事件〕は、「公共企業体等労働関係法第一七条第一項違反の争議行為には、労働組合法第一条第二項の適用はない」と判示して、前掲②判例を変更した（*）。

西野氏の研究以後の判例変更は一件ある。

⑬最大判平成一五年四月二三日刑集五七卷四号四六七頁は、横領後の横領を肯定して、最判昭和三二年六月二六日刑集一〇卷六号八七四頁を変更した（*）。

2 大審院判例の変更

大審院判例の変更については、西野氏の研究が^⑳一五件を挙げており、このうち刑法に関するものは、以下の九件である。

⑭最二判昭和二九年一月五日刑集八卷一一号一六七五頁は、金銭の所有権は特段の事情のないかぎり金銭の占有の移転と共に移転するものと解すべきであつて、金銭の占有が移転した以上、その占有移転の原由たる契約が法律上無効であつても、その金銭の所有権は占有と同時に相手方に移転する、と判示して、大判明治四五年三月一四日刑録一八輯三三七頁を変更し、金銭の貸付けについて背任罪の成立を認めた原判決を是認した（*）。

⑮最一判昭和三〇年七月七日刑集九卷九号一八一六頁は、明治三八年法律六六号一条所定の法定刑の減輕方法は刑法施行法二一条により旧刑法の加減例の規定に従うべきものとして、現行刑法の加減例によるべきであるとした大判明治四三年八月一六日刑録一六輯一七卷一四五七頁を変更した。

⑯最二判昭和三二年九月一三日刑集一一卷九号二二六三頁は、強盗利得罪の成立には、相手方の処分行為を要しないと判示して、大判明治四三年六月一七日刑録一六輯一二一〇頁を変更した（*）。

⑰最二判昭和三四年八月二八日刑集一三卷一〇号二九〇六頁は、法律に反して担保に供した自己の国鉄公傷年金証

書を欺罔手段を用いて交付させた行為について詐欺罪の成立を認め、大判大正七年九月二五日刑録二四輯一二一九頁を変更した（*）。

⑱ 最判昭和三五年三月一日刑集一四卷三号二〇九頁は、郵便集配人は刑法上の公務員であると判示し、大判大正八年四月二日刑録二五輯三七五頁を変更した（*）。

⑲ 最大判昭和四一年七月一三日刑集二〇卷六号六二三頁は、旧衆議院議員選挙法一二二条一項に関して、選挙の買収事犯において、金銭・物品の供与等を共謀した者相互の間で、その供与等を目的とする金銭・物品の授受が行われても、交付または受交付の罪を構成するものでないとした大審院判例（大判昭和一一・六・二三刑集一六卷九八三頁、大判昭和一一・七・九刑集一六卷一一九五頁）を変更して、同法を継受した公職選挙法二二一条一項五号の交付または受交付の罪の成立を認めた（*）。

⑳ 最大判昭和四五年七月一日刑集二四卷七号三九九頁は、破産法三七四条一号にいう「債権者の不利益に処分すること」とは、債権者全体に絶対的な不利益を及ぼす行為をいうのであって、特定の債権者に対する弁済はこれにあたらなと判示し、大判昭和一〇年三月一三日刑集一四卷四号二二三頁を変更した。

㉑ 第一決昭和五〇年三月二〇日刑集二九卷三号五三頁は、森林法一九七条にいう産物とは、森林から産出する一切の物をいい、岩石もこれに含まれると判示し、大判大正九年一〇月一九日刑録二六輯七二三頁を変更した。

㉒ 第一判昭和五七年三月一日刑集三六卷三号二五三頁は、刑法五六条一項にいう「其執行ヲ終リタル日ヨリ五年内」とは、受刑の最終日の翌日から起算して五年以内をいふと判示し、大判大正五年一一月八日刑録二六輯一七〇五頁を変更した（*）。

以上の他に、筆者が気づいたものとして、次の三件がある。

②③ 最二判昭和三〇年一〇月一四日刑集九卷一二号二七三頁は、「他人に対して権利を有する者が、その権利を実行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、右の範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立することがあるものと解するを相当とする」と判示したが、後の最高裁判決は、^{②①}同判決によつて大審院判例が変更されたとしている（*）。

②④ 最大判昭和三二年一月二七日刑集一一卷一二号三一三頁は、両罰規定の業務主処罰について過失推定説をとることを判示したものであり、過失不要説をとつていた大審院判例（大判昭和一七年九月一六日刑集二二卷四一七頁等）を黙示的に変更したものといえるであろう。

②⑤ 最二判昭和三五年一月一八日刑集一四卷一三三頁一七三頁は、威力を用いて国鉄の貨車運行業務を妨害した所為を威力業務妨害罪に問擬した原判決は正当である、と判示した。最大判昭和四一年一月三〇日刑集二〇卷九号一〇七六頁は、この判決によつて、公務は業務に含まれないとした大審院判例（大判大正四・五・二二刑録二二輯六六三頁、大判大正一〇・一〇・二四刑録二七輯六四三頁）は変更されたとしている（*）。

西野氏の研究以後の判例変更として次の二件がある。

②⑥ 最判平成一五年三月一日刑集五七卷二九三頁は、刑法三三三条にいう信用には、人の支払能力又は支払意思に対する社会的な信頼のほか、販売する商品の品質等に対する社会的な信頼が含まれるとして大審院判例（大判大正五・一二・一八刑録二二輯一九〇九頁、大判昭和八・四・一二刑集一二卷五号四一三頁）を変更した（*）。

②⑦最判平成一七年四月四日刑集五九卷三号二八三頁は、人を恐喝する目的で監禁した場合、監禁罪と恐喝未遂罪は併合罪になるとして、大判大正一五年一〇月一四日刑集五卷一〇号四五六頁を変更した（*）。

3 判例変更の評価

最高裁による判例変更の多くは被告人に有利なものである。不利なものとしては、まず⑦があるが、罪数の問題であることから、旧判例に対する国民の信頼はあまり問題にならない事例といえるであろう。実際の量刑についても実質的不利益はあまりなかった事例と評価されている^{②②}。また、⑥⑩⑫は、短期間に判例変更をすることは是非は別として、いずれも被告人の行為は旧判例の前に行われているので、旧判例に対する信頼は問題にならなかった事例である。なお、判例変更の遡及適用を認めた前掲最判平成八年一月一日「岩手教組事件」の事案については、河合補足意見が指摘するように、被告人が犯行に及んだのは昭和四九年三月で、当時、地方公務員法の分野では前掲最大判昭和四四・四・二「都教組事件」が判例であったが、国家公務員法の分野では⑥「全農林警職法事件」が出され、「都教組事件判例の基本的な法理は明確に否定されて、同判例もいずれ変更されることが予想される状況にあったので」、都教組事件判例に憲法三一条の保護に値する国民の信頼があったとは言えないであろう。

問題は⑬であるが、先行する横領罪に公訴時効が成立している事案であり、旧判例を限定的に解釈すれば、判例変更をしなくとも処罰できた例ともいえる^{②③}。その意味で、旧判例に対する国民の信頼が侵害されたとまではいえない（適正手続違反とまではいえない）と評価することも可能なように思われる。

最高裁判例の変更に比べて、大審院判例の変更に、被告人に不利な変更が多く、全部で一〇件（^{⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓}）

②⑥
②⑦
ある。

まず⑭について、西野氏は、判例変更がなければ被告人が無罪ないしより軽い刑で済んだというような事案でないことは明らかであり、被告人に不利な変更ではないと評しており、^{②④}賛成できる。

⑮について、西野氏は、適法な行為を突然違法とするような判例変更ではないし、殺人未遂と強盗殺人未遂とで法定刑の上限は同じであり、もっと軽い刑で済むと思って犯行に及んだという事情も本件では考えられないとする。^{②⑤}しかし、殺人未遂と強盗殺人未遂では量刑が異なると思われるので、適正手続の観点からは、問題がないとはいえないと思われる。もつとも、強盗利得罪の成立に処分行為が必要かという問題については、すでに大判昭和六年五月八日刑集一〇巻二〇五頁が不要説をとって、実質的に明治四三年判例を変更しているのので、旧判例に対する信頼を問題にする余地はない事例と言える。

⑯について、西野氏は、「これまで犯罪とならなかった行為を犯罪であると宣言して被告人を罪に問うたものであり、被告人としてはこれは犯罪にならないと考えていた可能性もあり、最も不当な類型の判例変更であると思う」とする。^{②⑥}もつとも、最高裁は、すでに、最二判昭和二十四年二月一五日刑集三巻二号一七五頁および最三判昭和二十四年四月一日刑集四巻四号四二八頁でいわゆる占有説に立つことを明言していたので、^{②⑦}判例がない分野で実質的な判例変更がなされていたと考えれば、旧判例に対する国民の信頼は侵害されていないと評価することも可能かもしれない。前述したマサチューセッツ州最高裁の判例が、遡及適用が可能な時点を、形式的に判例を変更した時点ではなく、旧判例に対する疑問を明言した時点としていることが参考になるであろう。

⑰は、公務執行妨害罪が成立しなくとも暴行による傷害罪が成立する事例であり、実際にも公務執行妨害罪と傷害

罪の観念的競合として重い傷害罪の刑で処断されており（懲役六月執行猶予三年）、実質的な不利益はなかった事例であろう。

⑮は、旧判例では不可罰であつた行為を可罰的にしたものである。しかし、本件では、すすんで選挙資金の供与が行われ、交付および受交付の罪の大部分は供与罪に吸収されている事例なので、実質的な不利益はなかった事例と考えられる。

⑯について、西野氏は、被告人に不利な判例変更であるが、懲役三月であるから、不当な不利益を被つたとはいえないであろうとする⁽²⁸⁾。

⑰は、大審院判例は、恐喝罪が成立しない場合にも、暴行罪・脅迫罪の成立の可能性は認めていたので、不可罰の行為を可罰的としたわけではないが、暴行罪・脅迫罪と恐喝罪では、罪質も罪の重さも相当違うので、大審院判例の理解にもよるが、まったく問題がない判例変更とはいえないであろう。裁判所は、恐喝罪の成立を認めた上で、暴行罪・脅迫罪の法定刑の範囲内で量刑を行うべきだったように思われる。

⑱の一審判決は、公務は業務に含まれないとして無罪を言い渡しており、大審院判例では不可罰とされていた行為が可罰的とされた事例だとすれば、問題のある判例変更といえる。しかし、本件の原判決（福岡高判昭和三一・六・二九高刑集九卷七号六七二頁）が、「現業傭人たる集配人は郵便電信及び電話官署現業傭人規程により公務に従事する者であるが、職員でないからこれに対し暴行を為し以てその公務の執行を妨害したときは、刑法第二三四条により業務妨害罪を構成するが、同法第九五条の公務執行妨害罪は構成しないとする大審院判例（大正八年四月二日判決二五輯三七五頁）もあり、非公務員による公務の執行に際しては、威力業務妨害罪の成立を是認している。従つて一概に業務妨害

罪にいう『業務』中に公務は包含されないということとはできない」と指摘しているように、公務が業務に含まれないとの判例の射程は必ずしも明確ではなく、旧判例に対する国民の信頼が適正手続に違反する程度に侵害されたとまではいえないと解する余地もある。

②⑥は、信用毀損罪が成立しなくとも、偽計業務妨害罪は成立するから（実際にも偽計業務妨害罪の成立が認められている）、行為者の旧判例に対する信頼を害したとはいえないであろう。

②⑦は、罪数の問題なので国民の信頼の保護はあまり問題とならない事例であろう。

以上のように、大審院判例の変更については、（適正手続違反とまでは言えないであろうが）まったく問題がないとはいえないものも見られる。もともと、大審院の判例は、最高裁の小法廷限りで変更することができるとされており、^{②⑨}高裁判例と同じ位置づけであるから、大審院判例の変更は適正手続保障が及ぶ判例変更には含まれないと解することができるかもしれない。^{③⑦}刑法は戦前と戦後で基本的に連続的であり、刑法の解釈について大審院判例と最高裁判例を分ける理由はないという考えもあろうが、憲法が変わって、司法の権限が強化され、裁判所と国会の関係が変われば、判例に対する国民の信頼の保護も異なるといい、と解することは不可能ではないであろう。もちろん、適正手続による保護がなくとも、違法性の錯誤による個別的免責は可能である。

四 おわりに

筆者は、憲法三九条前段の事後法の禁止は判例変更にも妥当すべきであり、アメリカで発展してきた判例の不遡及

的適用という手法をわが国にも導入すべきであると考えてきた。しかし、わが国の判例がこのような見解を採用する見込みは当面はなさそうである。そうだとすれば、この問題を憲法三一条の適正手続の問題として扱い、適正手続に反しない判例変更の仕方を考えるべきかもしれない。

判例変更の場合に適用される適正手続の内容についての詳しい検討は今後の課題とせざるを得ないが、最高裁判所が、ある犯罪の解釈について被告人に不利な判例変更を行おうとする場合に採りうる、適正手続に反しない方法を考えてみると、例えば、次のような方法があるように思われる。

第一に、旧判例の下でも当該犯罪で有罪となる事案であれば、判例変更を行って有罪としても、適正手続に違反することはない。この場合、判例変更の判示は傍論にすぎず、判例変更の不遡及的適用という手法については、常にこの点が批判されてきた。しかし、わが国の裁判所法の下で、判例が厳密な意味での法的拘束力を持つのは当該事件に限られており、後の判例がこれに従うかどうかが不確実なのは、判旨であつても傍論であつても同じである。後の判例に対する指導力にとって重要なのは、判旨か傍論かという形式的な区別ではなく、最高裁判所がその判示に与えた重みとその説得力であり、最高裁判所による判例変更の判示は、それが傍論であつても、判旨と同程度の指導力を持ち得ることは疑いがないと思われる。

第二に、旧判例の下では当該犯罪で有罪にすることはできないが他のより軽い犯罪では有罪にできる場合であれば、判例を変更した上で、その軽い犯罪の法定刑の範囲内で量刑をすれば、適正手続に違反することはないであろう。前節で見たように最高裁による被告人に不利な判例変更の多くは、実際の量刑においては不利になっていないと評価しうるものであつた。

第三に、旧判例の下で犯罪でなかった行為を新たに犯罪とする場合、前節で見た窃盗罪の保護法益に関する判例の動きのように、判例変更が不要な事例において旧判例の基礎となっている理由付けを否定することで将来の判例変更を示唆する（あるいは実質的に判例を変更すること、旧判例に対する国民の信頼を否定し、その後、判例変更の必要な事案において判例変更を行うことが考えられる。このような手順を踏めば判例変更が適正手続に違反することはないと言えるであろう）。

例えば、判例（最一判昭和四五・一・二九刑集二四卷一号一頁）は、強制わいせつ罪の成立要件として行為者の性的意図を要求しているが、学説では不要説が多数となっている³¹。最高裁判所が判例変更を行うとすれば、性的意図が認められる事例において判例変更を行う（第二）、性的意図が認められない事例において判例変更を行い強要罪の法定刑の範囲内で量刑を行う（第二）、性的意図が直接問題となっていない強制わいせつ罪の事例において判例の基礎となっている考え方を否定する（第三）といった方法が考えられるように思われる。

船山泰範先生は、以前、「来る二二世紀がどんな社会であつたらいかと問われるならば、私は、『差別と偏見のない社会』であつてほしいと思う。むろん、その実現は困難な道を歩むことになるうが、刑事司法もその一翼を担っている以上、常に国民の視点に立ちつつ前進することが必要である」とおっしゃられた³²。本稿は、不十分ではあるが、判例変更の問題を国民の視点から考えようとしたものである。船山先生が古稀をお迎えになられることを心よりお祝いして、本稿を献げたい。

(1) 近時の下級審判決(東京高判平成一九・九・二六判タ一二六八号三四五頁)は、夫の妻に対する強姦罪の成立を認めている。現在、法制審議会刑事法部会で性犯罪の改正について審議が行われているが、部会に先立って開催された検討会におけるこの問題に関する議論については、『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書」一〇頁以下(二〇一五年)(<http://www.moj.go.jp/content/001162249.pdf>) 参照。

(2) 我が国では、判例の解釈を変更する立法が行われることは稀であるが、アメリカでは、そのような立法が活発に行われてい³⁶。See, William N. Eskridge, Jr., Overriding Supreme Court Statutory Interpretation, 76 GEO. L.J. 1361, 1366 (1988); Richard L. Hasen, End of the Dialogue? Political Polarization, The Supreme Court, and Congress, 86 S. Cal. L. Rev. 205 (2012); R. Christiansen & William N. Eskridge, Jr., Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967-2011, 92 Tex. L. Rev. 1317 (2013-2014). 判例変更の問題を検討する上では、裁判所による変更だけでなく、立法による変更も視野に入れる必要があるが、将来の課題としたい。

(3) 学説の状況については、中山研一『判例変更と遡及処罰』(成文堂、二〇〇三年)が詳しい。判例変更にも事後法禁止が適用されるとする見解として、小暮得雄「刑事裁判の規範的効力」北法一七卷四号六六一頁(一九六七年)、西原春夫「刑事裁判における判例の意義」団藤重光・斎藤寿郎監修『中野次雄判事還暦祝賀 刑事裁判の課題』三二二頁(有斐閣、一九七二年)、金沢文雄「罪刑法定主義の現代的課題」中山研一ほか編『現代刑法講座第一卷』九六頁(成文堂、一九七七年)、村井敏邦「判例変更と罪刑法定主義」一論七一巻一号四七頁以下(一九七四年)、寺崎嘉博「遡及処罰禁止原則における判例変更の法的機能」LS三六号一三八頁(一九八一年)、高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟第三卷』一七八頁(有斐閣、一九八七年)、奥村正雄「判例の不遡及の変更」現刑三一号四七頁(二〇〇一年)、拙稿『刑法総論の考え方・楽しみ方』二〇頁以下(有斐閣、二〇一三年)、君塚正臣「判例の拘束力——判例変更、特に不遡及的判例変更も含めて」横浜法学二四巻一号八七頁以下(二〇一五年)など参照。さらに、田中英夫「判例の不遡及の変更」法協八三巻七・八号一〇五五—五六頁(一九六六) 参照。なお、河上和雄「法解釈の変遷とその限界」判タ四九七号三四頁(一九八三年)は、「実体法上は犯罪であることを宣言しながら、法解釈の変遷という後発的手続法的理由により処罰しないという方式をとるの

が最も妥当な解決と思われる、むしろ免訴判決に準じた実態関係的形式判決によるのが正しいように思われる」とする。

- (4) 違法性の錯誤の問題として扱う見解として、鋤本豊博「地方公務員法違反の争議行為の可罰性(下)」北法四四卷六号一九三三頁(一九九四年)、萩原滋『罪刑法定主義と刑法解釈』二二一—二二三頁(成文堂、一九九八年)、高山佳奈子「判評」ジュリ一一三二号一六三頁(一九九八年)、前田雅英「可罰的違法性と判例の不遡及変更」警察学論集五一卷九号一九六頁(一九九八年)、安田拓人「判例の不利益変更と遡及処罰の禁止」森本益之ほか編『大野眞義先生古稀祝賀 刑事法学の潮流と展望』五八頁(世界思想社、二〇〇〇年)など参照。

- (5) *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386, 390 (1798) (seriation opinion of Chase, J.).

- (6) *Frank v. Mangum*, 166 U.S. 290, 342 (1915). アメリカの判例については、田中・前掲注(3)一〇〇七頁以下、村井・前掲注

(3)三四頁以下、萩原・前掲注(4)二二八頁以下参照。

- (7) 村井・前掲注(3)三六頁は、「理論的には、被告人の主観的側面に着眼して、個別的に判例の不遡及効を否定する考え方は、法宣言説になじみ、一般的に遡及効を否定する考え方は、法創造説になじむと思われるのであるが、実際には、両者が明確に区別されていないところに、アメリカにおける判例の不遡及の変更という主張の一つの特徴があるともいえよう」と指摘している。

- (8) *Bell* 判決の事案は、レストランに座込みをした黒人が、人種を理由に退去を求められ、これを拒否したため、メリーランド州の不法侵入罪で有罪となったが、同州は、その後、人種を理由にサービスを拒否することを禁止する法律を制定した、というものである。ブレナン判事の法廷意見は、同州の新立法が刑の廃止に当たるか審査させるために有罪判決を破棄して事件を差戻したが(378 U.S. 239-41)、ダグラス判事は、レストランにおける人種隔離は適正手続条項によって保障された平等原則に違反し、これに反対する黒人を処罰することは適正手続条項に違反すると述べ(378 U.S. 260)、「ゴールドバーグ判事も同趣旨の意見を述べていた(378 U.S. 286)」。

- (9) メリーランド州の不法侵入罪は、立入り拒否の告知を受けた後に「土地に立入りまたは横切る (enter upon or cross over the land)」ことを禁止・処罰しており、申立人は、この規定を不退去行為に適用することは、犯罪の公正な警告なしに処罰す

ることになると主張した。この主張を、「曖昧ゆえ無効」の主張として、ブラック判事の反対意見だけがとりあげ、禁止行為に不退去が含まれるとの州裁判所の解釈は不合理なものではなく、法律の規定は「曖昧ゆえ無効」ではない、と述べている (378 U. S. 324-25)。

(10) See, Louisville, Evansville, & St. Louis, R.R. Co. v. Clarke, 152 U.S. 230, 239 (1894).

(11) スキャリア判事の反対意見では、判事の持論である「原意主義」に基づき、裁判所は「法」を発見するだけで変更することはできないというのが憲法起草時の考えであり、起草者の事後法に対する厳しい考えが、法廷意見が言うように、立法府にだけ適用され、裁判所の権限に対する伝統的制約を無視した同様の結果に適用されないと信じることは不可能であるとも述べている (532 U.S. 477-478)。

(12) Commonwealth v. Ladd, 166 A.2d 501 (Pa.1960). その他、フロリダ州控訴裁判所の判決 (Jones v. Dugger, 518 So. 2d 295, 298 (Fla. Dist. Ct. App. 1987)) が、弁護人の援助を受ける権利の侵害が問題となった人身保護令状事件において、一年一日ルールの遡及的廃止が認められると判示しているが、その判例としての価値には疑問が持たれている。実際にも、フロリダ州議会は、立法によって同ルールを廃止している (Fla. Stat. § 782.035 (2007))。また、オハイオ州最高裁は、故殺罪に一年一日ルールを適用することを否定しているが (State v. Sandridge, 365 N.E.2d 898, 899 (Ohio Ct. Comm. Pleas 1977))、遡及適用は問題としていないので、もともと故殺罪には同ルールが適用されていなかったと考えているように思われる。

(13) State v. Young, 390 A.2d 556 (N.J.1978); Commonwealth v. Lewis, 409 N.E.2d 771 (Mass.1980); People v. Stevenson, 331 N.W.2d 143 (Mich. 1982); State v. Pine, 524 A.2d 1104 (R.I.1987); United States v. Jackson, 528 A.2d 1211 (D.C.1987); State v. Vance, 403 S.E.2d 495 (N.C. 1991); State v. Gabehart, 836 P.2d 102 (N.M. Ct. App. 1992). これらの判決のなかで、マサチューセッツ州最高裁が、判例の新基準を適用する時点を、実際に判例変更をした判決の時点ではなく、同裁判所の一九七七年の判決で、同ルールに対する疑問を明言し、「適当な時期が来た際には、裁判所は、ルールの正当化根拠を再検討することを遠慮しない」と述べた時点としていることが注目される。

(14) State v. Picotte, 661 N.W. 2d 381 (Wis.2003). 近時一年一日ルールを検討してこれを廃止しなかったのはアラバマ州最高

裁だけどもね (Ex parte Key, 890 So. 2d 1056, 1067 (Ala. 2003))。その批判については Neil M.B. Rowe, The Year-and-a-Day Rule: A Common Law Vestige That Has Outlived Its Purpose, 8 T.G. Jones L. Rev. 1 (2004) 参照。

(15) See, e.g., The Supreme Court 2001 Term-Leading Cases, 115 Harv.L.Rev.316,321-22 (2001); Brian R. Gaudet, Judicial Tyranny, 44 S.Tex.L.Rev.645, 654-55,661 (2002); Heyward D. Armstrong, Rogers v. Tennessee: An Assault on Legality and Due Process, 81 N.C. L. Rev. 317,332-334,339 (2002); Daniel James White, Ex Post Facto Expected: Rogers v. Tennessee and the Permissible Retroactive Application of Judge Made Law, 71 U.Cin.L.Rev.1141,1159,1161-64 (2003).

(16) 連邦国家であるアメリカでは、州刑法の解釈に連邦憲法を適用するために修正一四条の適正手続条項が用いられているが、わが国では、端的に憲法三九条前段の問題とすればたりる。

(17) 憲法三一条の適用を示唆する見解として、高井裕之「判評」法教二〇二号一一七頁（一九九七年）参照。

(18) 村井・前掲注(3)四八頁が指摘するように、「一般的な国民の信頼の保護のためには錯誤論による解決は十全な方法ではない」。

(19) 西野喜一『裁判の過程』一七〇頁以下（判例タイムズ社、一九九五年）参照。

(20) 西野・前掲注(19)二六六頁以下参照。

(21) 最二判昭和三九年六月二六日裁判集刑事一五一号五一七頁は、大決大正一三年三月五日刑集三卷一七八頁は、当裁判所の判例により変更されたとして、最二判昭和二六年六月一日刑集五卷七号一二三二頁、最二判昭和三〇年一〇月一四日刑集九卷一一号二二七三頁、最三判昭和三三年五月六日刑集一二卷七号一三三六頁の三つを挙げているが、昭和二六年判決を挙げることは疑問があるように思われる。最判昭和四〇年三月二六日裁判集刑事一五五号二八九頁は、大判大正二年一二月二三日刑録一九輯一五〇二頁を変更した判例として、後の二つの判決だけを挙げている。

(22) 西野・前掲注(19)二二一頁参照。

(23) 本件原判決（東京高判平成一三・三・二二高刑集五四卷一号一三三頁）は、「公訴時効の完成とか、その他の訴訟条件の欠如や責任能力の欠如等の事由により、犯罪（横領罪）として処罰することができないような事情があるときは、後行行為がそ

れ自体として犯罪（横領罪）の成立要件を充足していると認められる限り、これを不可罰的事後行為とすることは不合理というべきであって、後行行為を処罰することは許されると解するのが相当である（先行行為を処罰することが不可能な事案につき、後行行為を不可罰的事後行為とした判例は見当たらない。）と判示している。さらに、最判昭和三十一年の判例性自体を疑うことも可能である。松宮孝昭編『判例刑法演習』三二一—三三三頁〔松宮孝昭〕（法律文化社、二〇一五年）参照。

（24）西野・前掲注（19）二六九頁参照。

（25）西野・前掲注（19）二七一頁参照。

（26）西野・前掲注（19）二七二頁参照。

（27）両判決で問題となった法禁物・盗品の窃盗については、本権説からも窃盗罪の成立を認める見解が有力であり、占有説から窃盗罪を認めたとしても、理由付けの差異に留まるので、旧判例に対する信頼の侵害は問題にならないと考えることができる。

（28）西野・前掲注（19）二七七—二七八頁。

（29）最高裁判所裁判事務処理規則九条六項、最高裁判所事務総局編『裁判所法逐条解説上巻』九一—九二頁（法曹会、一九六七年）参照。

（30）判例の不遡及的変更を支持する見解の多くは、問題となる判例を最高裁判例に限定している。例えば、村井・前掲注（3）四九頁参照。

（31）下級審判決には、性的意図を不要とするものが現れているが（神戸地判平成二八・三・一八裁判所ウェブサイトに、現在でもなお、性的意図を認定して強制わいせつ罪を認めるのが一般的である（例えば、大分地判平成二五・六・四裁判所ウェブサイト参照）。性的意図が認められないことは極めて稀であろうから、このような裁判例の状況は、当然と言えば当然である。判例・学説の状況については、伊藤亮吉「判評」『刑法判例百選Ⅱ各論（第七版）』三〇—三二頁（二〇一四年）参照。

（32）船山泰範「刑事司法の制度的限界と克服」広瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集（下）』七九九頁（信山社、二〇〇三年）。

特別背任罪の共同正犯

設
楽
裕
文

- 一 序
- 二 最高裁判例の検討
- 三 その後の下級審裁判例の検討
- 四 学説の検討
- 五 考察
- 六 結語

一 序

A社の（代表）取締役など特別背任罪（会社法九六〇条―商法旧四八六条）の身分を有するXが、その任務に違背して

特別背任罪の共同正犯（設楽）

B社（経営者甲）と取引しA社に財産上の損害を加えたとする。Xが特別背任罪の罪責を負うとして、甲が同罪の共同正犯となるのはどのような場合であろうか―これが本稿で取り扱う問題である。

以前の判例には、共謀共同正犯を広く認める立場から、簡潔に共同正犯の成立を肯定したものもある^①。しかし、練馬事件大法廷判決を経て、いまや、後述する再生スキーム事件決定の青柳調査官の解説（以下、「青柳解説」という）においても、平成一九年度の司法研究「難解な法律概念と裁判員裁判」の「共謀共同正犯（正犯と従犯の区別）」の内容を要約した上で、これを「実務での共謀共同正犯概念は『共謀』（犯罪の共同遂行への合意）と『自己の犯罪を行う意思』（正犯意思）という主観的基準によって示していることを示しつつ、これらを認定する上では、客観的事実も相当程度重視されており、特に、正犯意思については、正犯と評価されるにふさわしい犯罪遂行への事実的寄与とみなされる事情が認定されていると分析して実質的客観説との違いはないとし、さらに、その説明方法としてもそれに即したものを提言するものであつて、優れた分析となっている。実務における共謀共同正犯理論の到達点を示しているものといえよう」（傍線―原文では横書きのため下線―も青柳調査官の付したもの）としていたのであつて、単純に故意をもって謀議すれば直ちに（共謀）共同正犯の成立を肯定するというわけには行かない。

そのほかに、安易に相手方（甲）を共同正犯にすることは、相手方の経済活動に対する過度の規制になるという問題意識もあり、^④ここから、特別背任罪の共同正犯の成立範囲の限定は、共謀共同正犯の一般論に解消される問題ではなく、「融資の担当者と相手方が本来経済的に利害が対立する者であることを踏まえた検討」が必要であるとして、「融資の担当者と相手方との間に経済的利害が相対立する緊張関係が保たれている限り、両者の間に（特別）背任の共謀の成立を認めるべきではないであろう。そして、何らかの理由によりこのような緊張関係が失われるに至った場

合に（特別）背任の共謀の成立を認めるのが相当であると考えられる⁽⁵⁾という主張（以下、「利害一体化論」と呼ぶことにする）がなされている。この利害一体化論を用いた裁判例が、後述するケヤキ・庭石事件の高裁判決（福岡高判平成二二年四月一〇日高刑速（平二二）二八四頁）である。その判決には、「〔…〕非身分者と身分者との間に経済的利害が相対立する緊張関係が保たれている場合には、自由な経済取引保護の観点から、身分者の任務違背に対する非身分者の認識は明確な認識（確定的認識）でなければならず、未必的認識で両者の間に特別背任の共謀の成立を認めるべきではないが、何らかの理由によりこのような緊張関係が失われるに至ったときには、未必的認識による特別背任の共謀の成立を認めるのが相当であると解すべきである」とある。

さらに、近年は、ドイツの「客観的帰属論」や「中立的行為による幫助」についての考えを応用する見解もある。例えば、林幹人「背任罪の共同正犯―共犯構成要件について」は、たとえ関与行為から結果が発生したとしても、「関与行為の時点で、その行為が許された危険の範囲内にある場合、その行為を違法とすることはできない」として、このような見解はドイツにおいて「日常的・中立的」な幫助行為がなされた場合の共犯成立の限定に関し主張されている見解と基本的に同じものである、という⁽⁶⁾。

以上にみたところからでも議論状況の複雑さが認知できるのではないかと思う。本稿は、このような状況にあえてきりこみ、現実的で妥当な基準設定を目指して、粗雑ながら私見を展開し、諸賢の議論のたたき台として供することを目的とする。

二 最高裁判例の検討

1 住専事件決定―最決平成一五年二月一八日刑集五七卷二号一六一頁（共同正犯成立肯定）

事実関係は次のとおりである。

A社（住宅金融専門会社）は、平成三年八月から同年十一月までの間、B社（不動産会社）に四回融資した（融資額合計一八億七〇〇万円）。その際、融資が対外的に突出するのを避けるため、A社の融資担当者Xらは、B社の代表取締役甲（D社の代表取締役でもある）の協力を得て書類を整えた上、A社の関連会社C社、B社の子会社D社を経由する迂回融資の方法を採った（以下、この融資を「本件融資」という）。

甲は、(1)本件融資が実質無担保の高額な継続的融資であり、迂回融資の方法が採られるなど不自然な形のものであることを認識し、(2)本件融資がA社のXらがA社に対する任務に違背しておこなわれたものであること、A社に財産的損害を与えるものであることを十分認識しつつ、A社に対して繰り返し運転資金の借入を申し入れてXらをして任務に違背するように仕向けた。その際、甲は、B社が資金面でA社に深く依存し、財務的に破綻状況にあったにもかかわらず、A社からの継続的な借入により倒産を免れているという状態にあったため、XらがB社に対する過剰融資、貸付金の回収不能から生ずる責任を回避し、保身を図る目的で本件融資に応じざるをえないことを知っており、また、Xと個人的に親密なY（B社の創業者で実質的経営者であり、甲の前にB社の代表取締役であった者）と共同して本件融資の実現に寄与した。

本件決定は次のようにいう。

本件の事実関係によれば、甲（被告人）は、「Xら融資担当者がその任務に違背するに当たり、支配的な影響力を行使することもなく、また、社会通念上許されないような方法を用いるなどして積極的に働き掛けることもなかったものの、Xらの任務違背、A社の財産上の損害について高度の認識を有していたことに加え、Xらが自己及びB社の利益を図る目的を有していることを認識し、本件融資に応じざるを得ない状況にあることを利用しつつ、A社が迂回融資の手順を採ることに協力するなどして、本件融資の実現に加担しているのであつて、Xらの特別背任行為について共同加功をしたとの評価を免れないというべき」である。

以下、評価する。

本件決定は、任務違背と財産上の損害について被告人が「高度の認識」を有していたと指摘しているものの、第一審判決は、「任務に違背するものであることは認識していたと認められる」、「財産上の損害を与えることの認識も十分有していたと認められる」としている（刑集五七巻二号二六一頁）。また、原判決は、第一審判決が共犯成立の根拠として判示したのは、「B社は、A社から継続的に融資を受けて多額の融資残高を有していて、単なる一時的な借受人ではなく、A社と持ちつ持たれつの関係にあるといえるような状態で、被告人両名〔甲とY〕は、Xら四名が、本件融資に応じなければ、B社に対する積極的な支援の結果としての巨額の融資残高が回収不能になって責任問題に発展するなどの苦境に陥る状況にあることを認識しながら、それに乗じ、本件融資に応じることにはXら四名の任務違背になることも知りながら、A社に本件融資を申し込んでいる」という部分だとしており、任務違背と財産上の損害についての認識をとくに問題にしてはいない（刑集五七巻二号二九〇～二九二頁）。これらのことからすると、本件決定は、「高度の認識」に特段の重要性を置いていないのではないかと思う。

第一審判決、原判決を併せて読むと、重要なのは、むしろ、Xらが「本件融資に应じざるを得ない状況にあることを利用しつつ、A社が迂回融資の手順を採ることに協力するなどして、本件融資の実現に加担しているのであって」という部分であろう。⁽⁸⁾ すなわち、甲は、「支配的な影響力」を行使することや、「社会通念上許されないような方法を用いるなどして積極的に働き掛ける」といったことこそしていないものの、Xらが融資に应じなければ融資残高の回収不能につき責任問題に発展するなどの苦境に陥る状況にあることに乗じて本件融資を申し込み、自らが代表取締役をつとめるD社を迂回融資の手順に組み入れることに協力しているのであり、Xら「四名の任務違背の行為を利用し、特別背任の図利目的及び故意をもって、犯罪事実記載の各犯行を実現しているから、共同正犯性を肯定できる」というわけである（第一審判決は、このように考えている。刑集五七巻二号二六二―二六五頁―引用部分は二六五頁―参照）。結局、甲は、Xらが融資に应じざるをえない状態にあることを利用し、任務違背行為にあたる本件融資に迂回先会社（D社）を組み込むという犯罪遂行への重要な事実的寄与とも評価できる加功をしているといえる。

2 北國銀行事件判決―最判平成一六年九月一〇日刑集五八巻六号五二四頁（刑法二四七条の背任罪につき共同正犯成立否定）

事実関係は次のとおりである。

A県信用保証協会（以下、「A協会」という。専務理事X、常務理事Y、常勤理事Z）は、B銀行が平成五年六月三〇日にC社に八〇〇〇万円融資する際に保証をした。C社は、同年七月九日に事実上倒産した。A協会の事務担当者は、融資の担保にしていた工場財団の機械一六六点中四点が登記漏れになっていたことから、これが保証条件違反にあたるとして、B銀行に代位弁済できない旨の通知をした。その後、双方の担当者が折衝したものの、B銀行審査部は代

位弁済を受けることは困難と判断して、A協会に対し、債権償却のための免責通知書の発行を求め、平成八年二月一五日頃、交付を受けた。

A協会においては、県、市町村、金融機関の出捐金や負担金により計一〇億五〇〇〇万円を基本財産に充てるといふ基本財産増強計画があり、B銀行も、平成六年度及び同七年度には各四〇〇〇〇万円を超える負担金を拠出していた。Z（A協会の常勤理事）は、平成八年三月二八日、甲（B銀行の代表取締役頭取）に面会して平成八年度の負担金の拠出を依頼した。すると、甲は、「負担金拠出には応じられない。それよりもC精機の代弁否認は無茶ではないか。一六〇件余りの担保物件の追担の四件くらいで否認は無茶ではないか」などといって、代位弁済に応じるよう強く要請した。

Zは、X、Yに甲の要請を報告し、A協会役員らは、B銀行が負担金を拠出しなければ基本財産増強計画に支障をきたす恐れがあることから甲の要請に応じざるをえないと判断し、平成八年七月一九日、B銀行に対し八〇〇〇万円の代位弁済を実行した。

本件判決は次のようにいう。

(1)金融機関の負担金拠出額はA協会の保証を受けた債務の前年末の残高及び過去一年間に受けた代位弁済の額によつて算定されることになっており、B銀行関係の保証債務残高及び代位弁済の額の割合を考えると、B銀行のみがA協会から利益は受けるけれど応分の負担をすることは拒否するという態度をとることが實際上可能であったのか、ひいては甲が拠出に応じないことを利用して代位弁済を強く求めることができたのかについては疑問があり、(2)B銀行が負担金の拠出を拒絶することが可能であったとしても、A協会としては負担金拠出と代位弁済の利害得失を慎重

に総合検討して態度を決定すべき立場にあり、負担金の拠出を受けることと切り離して、代位弁済をすることが直ちに任務違背行為にあたりと速断することはできず、(3)機械一六六点中四点について登記手続きが未了であったという事実以外の免責事由を甲が認識していたことは確定されていず、甲が代位弁済行為の任務違背性を認識していたとの根拠はなく、機械四点の登記漏れの事実が八〇〇〇万円の債務全額についての免責事由となりうるかについても議論がありうる場所である。「これらの諸事情に照らせば、本件においては、被告人〔甲〕が協会役員らと共謀の上、協会に対する背任行為を実行したと認定するには少なからぬ合理的な疑いが残っているといわざるを得ない」（破棄差戻）。

以下、評価する。

本件では、甲は、A協会の理事らに代位弁済を強要できるような立場にはなく、単に代位弁済否認を撤回するよう求めただけである。「負担金拠出には応じられない。それよりもC精機の代弁否認は無茶ではないか。一六〇件余りの担保物件の追担の四件くらいで否認は無茶ではないか」といった言説自体、四件の登記漏れくらいで代位弁済を否認するのは無茶であると言っているだけで、負担金拠出と交換条件にしているわけではないと解釈できなくはない。共同正犯の成立を否定したのは妥当である。

3 絵画事件決定（イトマン絵画事件決定）——最決平成一七年一〇月七日刑集五九卷八号一一〇八頁（共同正犯成立肯定）

事実関係は次のとおりである。

A社（総合商社）の絵画事業は、X（平成二年二月一日付でA社理事・企画監理本部長、同年六月二八日A社常務取締役）が

統括し、Y（A社代表取締役名古屋支店長、平成二年四月一日企画監理副本部長）がXを補佐していた。平成二年六月二十八日にはA社の子会社B社が絵画事業を目的として設立され、同月二十九日、X、Yは、B社代表取締役に就任した。甲は、C社等の企業グループを経営支配していたものであり、平成元年三月からXとの間で経営する会社の資金を融通しあっていた。

甲は、平成二年二月二三日頃から同年八月末頃までの間、一二回にわたり、Xに、A社において被告人の支配するC社等三社から絵画等計一八六点を高額で購入するよう依頼した。甲との間で資金を融通しあっていたXにとっては、甲の資金が潤沢になればXの資金需要を満たすことが可能となり、甲の資金が逼迫すればXの資金繰りに大きな障害が生じることから、A社が甲から多額の利益を上乗せした価格で絵画を購入することは、甲の利益を図るとともにXの利益を図ることにもなった。また、YにはA社の決算上の利益出しのために甲の協力を得る必要があった。そこで、XとYは、甲、Xの利益を図る目的で、任務に背いて、甲側が申し出た絵画等の価格が著しく不当に高額であり、その価格で購入すればA社に損害が生じることとを認識、認容しながら、あえて甲側の申出金額のまま、合計四七二億四一〇万円での買取りに応じ、A社に二三億一〇〇〇万円相当の財産上の損害を生じさせた。その際、甲は、X、Yの要請に応じて、監査法人の監査対策用に、絵画等についての鑑定評価書を作成し提出している。

甲は、平成二年七月下旬頃、Xに、A社において、甲側が提供する絵画二五点を六三億円で買うよう依頼した。X、Yは、B社を買受先とすることにし、甲、Xの利益を図る目的で、任務に背いて、平成二年七月三十一日、六三億円を甲の支配する会社に絵画二五点の売買代金として支払い、B社に約四〇億四〇〇〇万円相当の損害を生じさせた。

本件決定は次のようにいう。

甲は、特別背任罪の主体としての身分を有していないが、「Xらにとって各取引を成立させることがその任務に違背するものであることや、本件各取引によりA社やB社に損害が生ずることを十分に認識していたと認められる。また、本件各取引においてA社やB社側の中心となったXと被告人〔甲〕は、共に支配する会社の経理がひっ迫した状況にある中、互いに無担保で数十億円の融資をし合い、両名の支配する会社がいずれもこれに依存するような関係にあったことから、Xにとっては甲に取引上の便宜を図ることが自らの利益にもつながるという状況にあった。甲は、そのような関係を利用して、本件各取引を成立させたとみることができ、また、取引の途中からは偽造の鑑定評価書を差し入れるといった不正な行為を行うなどもしている」、「このようなことからすれば、本件において、被告人が、Xらの特別背任行為について共同加功したものと評価し得ることは明らか」である。

以下、評価する。

本件決定は、甲とXとが従来から資金を融通しあう関係にあり、甲、ひいてはXに不当な利益を与えることが絵画等をA社、B社に購入させる目的であったことが明らかな事案についてのものである。甲は、Xと利害関係が共通することを利用して不当な取引をXにもちかけ、売買契約の実質的な当事者となり、偽造の鑑定評価書を作成、提出するといった行為をおこなっている。こういった点から甲はXらの特別背任行為に共同加功したと評価されたのである⁽⁹⁾（なお、決定書は、任務違背や財産上の損害について甲は「十分に認識していた」としているにとどまり、「高度の認識」といった言葉は用いていない⁽¹⁰⁾）。

4 再生スキーム事件決定（石川銀行事件決定）——最決平成二〇年五月一九日刑集六二卷六号一六二三頁（共同正犯成立肯定）

事実関係は次のとおりである。

A銀行（代表取締役頭取X）は、甲が実質的に経営する企業グループである「甲グループ」の企業に多額の融資をしていた（平成一二年三月時点で貸出金残高は二〇〇億円近かった）。甲グループの中心企業であるB社は、A銀行等から融資を受けて千葉県内にゴルフ場（以下、「本件ゴルフ場」という）を開発した。しかし、本件ゴルフ場の経営は成功せず、B社は多額の損失を出すにいたった。

甲は、自己の支配する企業がA銀行から融資を受けて本件ゴルフ場をB社から買い取った上で債権者C社に相当額を支払ってB社に対する債権を譲り受ける形を取るなどしてB社の債務圧縮を実現する案（以下、「再生スキーム」という）をA銀行のXらに提案し、C社との交渉材料として利用するため、不動産鑑定士に依頼して、客観的な担保価値は十数億円程度に過ぎない本件ゴルフ場の価格を六七億五二七三万円とする不動産鑑定評価書を作成させ、これを、C社との交渉担当者Y（D社経営者）に提供したほか、融資決定にあたって、A銀行にも提供した。さらに、甲は、平成一二年九月五日、本件ゴルフ場の譲受先としてE社を設立し、同日、B社とE社との間で、E社がB社の約四一億円の債務を引き継いだ上、本件ゴルフ場を譲り受けるとの売買契約が締結された。また、同月一日、B社、C社、D社の間で、①B社はC社に計約一五六億円の債務のうち一七億円を支払う、②C社は残債権を三〇〇万円でD社に譲渡する、③C社は本件ゴルフ場における自社の担保権抹消に同意するなどの合意が成立した。A銀行は、平成一二年九月二二日、E社に五七億円を貸し付けた（以下、「本件融資」という）。本件融資の担保として、本件ゴルフ場に第

一順位（極度額三二億円）、第三順位（極度額三六億四〇〇〇万円）の根抵当権が設定されたほか、甲らも連帯保証した。

Xらは、本件融資について、E社やB社が返済能力を有さず、本件ゴルフ場の不動産鑑定評価額が大幅な水増しで、本件ゴルフ場の担保価値が乏しく、本件融資の焦げ付きが必至のものであることを認識していた。本件融資を実行しなければB社の経営が破綻し、A銀行との長年にわたる不正常な取引関係が明るみに出ることなどにより、Xらは経営責任を追及される状況にあった。本件融資は、Xらの自己保身とB社の利益を図ることを目的にしていた。甲は、Xらが自己の利益を図る目的を有していたことを認識しており、本件融資の実行がXらの任務に違背するものであること、その実行がA銀行に財産上の損害を加えるものであることを十分に認識していた。

本件決定は次のようにいう。

甲（被告人）は、「特別背任罪の行為主体の身分を有していないが、上記認識の下、単に本件融資の申込みをしたにとどまらず、本件融資の前提となる再生スキームをXらに提案し、C社との債権譲渡の交渉を進めさせ、不動産鑑定士にいわば指し値で本件ゴルフ場の担保価値を大幅に水増しする不動産鑑定評価書を作らせ、本件ゴルフ場の譲渡先となるB社を新たに設立した上、Xらと融資の条件について協議するなど、本件融資の実現に積極的に加担したものである。このような事実からすれば、被告人はXらの特別背任行為について共同加功したものと評価できるのである。甲に特別背任罪の共同正犯の成立を認めた原判断は正当である。

以下、評価する。

甲は、経営破綻しかかっているB社の債務圧縮のために再生スキームを提案し、本件ゴルフ場の価格を不当に高く評価する不動産鑑定評価書を作成させ、ゴルフ場を譲り受けてこれを担保に供して受ける融資の形式上の受け先とな

るE社を設立するなどしており、本件融資の中心人物として通常の経済活動を超えた行為をおこなって共同加功したと評価されてもやむをえないであろう（なお、決定書は、甲はXらの任務違背や財産上の損害について「十分に認識していた」とはしているものの、「高度の認識」といった言葉は用いていない）。

5 最高裁判例の基準について

以上に概観したところからすると、¹¹〈A社（担当者X）からB社（経営者甲）に金員が（融資金、売買代金として）支払われる場合、支払行為が（融資不可能な金額の融資とか、売買物件の客観的評価額を著しく超過する代金の支払とかいった）A社に財産上の損害を加える、通常の取引の範囲を逸脱したものであり、甲において、Xの支払行為の任務違背性及び財産上の損害の発生を認識しつつ、自己の不当な利益を得るため、自己が代表取締役をつとめる会社を迂回融資に組み込む（住専事件）、売買物件の価値や担保物件の価値を不当に高く評価した書面を作成させて提供する（絵画事件、再生スキーム事件）、形式的な融資先として会社を設立する（再生スキーム事件）といった、背任行為に相当する支払行為に必要ないし密接な行為（事実的寄与）をおこなっているときに、特別背任罪の共同正犯の成立を肯定する〉というのが最高裁判例の考えであると思う。なお、住専事件の決定書には、任務違背性、財産上の損害についての「高度の認識」という言葉が出てくるものの、絵画事件や再生スキーム事件の決定書では、「十分に認識していた」といった言葉が用いられている上、支払行為に必要ないし密接な行為をおこなっている者が任務違背性や財産上の損害について未必的認識しかないというようなことは通常考えにくい。そうすると、最高裁判例は、「高度の認識」に格別重要な意味をもたせているわけではないと思う。¹²

以上に述べたことについて、青柳解説が述べているところが参考になる。青柳解説は、「5 本件について」の

「(1)」において、住専事件決定は「融資を受ける側が窮状を訴えて融資を依頼する行為をしたにすぎず、積極的加担行為をしたとはいえなかったというやや特殊なケースについて、前述のように判示して共同正犯を認めたものである。融資の相手方が融資の実現に積極的加担行為をしている場合についてまで、同判例の考え方を当てはめ、共同正犯の成否を論ずるのは、同判例の趣旨とするところではないと考えられる」、「本来、融資に係る特別背任行為について融資の相手方が共同正犯になるかどうかは、その認識はもちろんであるが、融資の相手方が不正融資を実現するために具体的にどのような行為をしたかを認定し、その事実を積み重ねることによって、積極的加害行為を行い、共同正犯と評価するにふさわしい犯罪遂行への重要な事実的寄与をしたか（自己の犯罪を犯したといえる程度に、その犯罪遂行に重要な役割を果たしたか）によって判断すべきものであろう」とした上、「(3)」において、再生スキーム事件決定は「(1)のような考え方」に基づいたものであって、「本件は、被告人が共同正犯として評価するにふさわしい犯罪遂行への重要な事実的寄与をしたと認められる重要判例であり、当然のことを判示したものともいえる。他面、平成一五年判例がその意図したところ以上に重い先例的価値を負わされていると思われる状況の中で（あたかも、「融資に応じざるを得ない状況にあることを利用した」ことが融資の相手方に特別背任の共同正犯が成立するための要件であるかのように扱われている。）、融資の申込みをしたにとどまらず、その実現に積極的に加担し、犯罪遂行への事実的寄与をした者に共同正犯が成立することを示したものととして、意義のある決定であるということができよう」とする。⁽¹³⁾ 青柳解説は、背任行為に必要なし密接な行為（重要な事実的寄与）をおこなっているときに特別背任罪の共同正犯を肯定するのが最高裁判例の考えであるとの見方を裏つけるものである。

三 その後の下級審裁判例の検討

1 はじめに

前述したような最高裁判例の基準は、下級審裁判例に影響を及ぼしているのであろうか。それとも、最高裁判例の基準と下級審裁判例の基準には相違があるのであるのか。このような観点から、ここで、再生スキーム事件決定後の下級審裁判例を検討してみることにする。サンプルの数は乏しいものの、一応の傾向は看取できるように思う。

2 ケヤキ・庭石事件についての高裁判決―福岡高判平成二十一年四月一〇日高刑速（平二）二八四頁（共同正犯成立肯定）

事案は次のとおりである。

臨海土地の造成事業等を目的とするA社の代表取締役X、常務取締役Y、Xと親密な関係にあった甲（元F市市議会議員）は、共謀の上、X、Yにおいて、A社の人口島整備事業のためにケヤキ、五木石を取得する必要がなかったのであるから、購入してはならなかったのに、任務に違背して、甲の利益を図るとともにA社に損害を加える目的で、平成十一年にケヤキ三〇〇本を三億一五〇〇万円で、平成十二年に五木石一万トンを三億五九一〇万円で、平成十三年にケヤキ一〇〇本を九九七五万円で、仕入先とA社との間に甲の関連会社を介在させて甲に転売利益を得させるという形態で購入し、A社に損害を与えた。甲は、長年にわたり親密な交際を続け政治家としての甲を応援してくれていたXが平成十一年にA社の代表取締役就任するや、政治活動資金や選挙資金を得るため、Xとの個人的関係を利用して働きかけ、A社をして必要のないケヤキや五木石を購入させ、A社と仕入先との間に甲の関連会社を介在させ

ることにより、多額の転売利益を得た。

本件判決は次のようにいう。

弁護人は、平成一五年二月一八日最高裁決定（前述の住専事件決定）を引用し、非身分者に特別背任罪の共同正犯が成立するためには、非身分者が、身分者の任務違背を明確に認識しながら特別背任行為について意思の連絡を遂げることを要するところ、本件各取引において、非身分者である甲（被告人）は、身分者であるXらの任務違背に対する確定的な認識を欠いている、と主張する。しかしながら、上記最高裁決定は事例判例であって、特別背任罪の共同正犯が成立するためには、非身分者が身分者の任務違背に対する確定的な認識を有していることを不可欠の要件としているとは解されない。「そして、身分者の任務違背に対する非身分者の認識が未必的認識にとどまる場合に、一律に特別背任罪の共同正犯の成立を否定するのは必ずしも相当とは考えられず、同罪の共同正犯の主観的要件を他の犯罪の場合と区別すべき理論的根拠は乏しいというべきである。もっとも、非身分者と身分者との間に経済的利害が相対立する緊張関係が保たれている場合には、自由な経済取引保護の観点から、身分者の任務違背に対する非身分者の認識は明確な認識（確定的認識）でなければならず、未必的認識で両者の間に特別背任の共謀の成立を認めるべきではないが、何らかの理由によりこのような緊張関係が失われるに至ったときには、未必的認識による特別背任の共謀の成立を認めるのが相当であると解すべきである」、「本件各取引によるケヤキ及び五木石の購入は、Xと被告人との特別な関係を背景として、被告人側の申出により、その希望するとおりの本数及び代金で、X及びYが被告人に衆議院議員選挙の選挙費用などを得させるために計画、実行されたものであり、まさしく上記の緊張関係が失われた場合に該当すると認められる。そうすると、本件各取引におけるXらの任務違背に対する被告人の認識については、未必的

認識で足りると考えるのが相当である」。

以下、評価する。

本件において、甲は、A社が必要としないケヤキ、五木石を、転売利益を得るために、介在させる必要もない甲の関連会社を介在させるという形態でA社に購入させている。このような購入は、通常の取引の範囲を逸脱したものであり、A社に財産的損害を加える背任行為であつて、甲は、甲の関連会社を介在させるという、背任行為に必要な行為（重要な事実的寄与）をおこなつて関与しているとみられる以上、特段の事情のない限り任務違背と財産的損害について十分な認識があつたと認められ、最高裁判例の基準に照らしても、共同正犯の罪責を免れないように思う。前述したように、全体として最高裁判例は、住専事件決定のいう「高度の認識」にさほど重点をおいているようには思えないので、本件判決が特別背任罪の共同正犯の主観的要件を他の犯罪と区別すべき理論的根拠は乏しいとするのも一応是認できないではない。もつとも、「経済的利害が相対立する緊張関係」という、利害一体化論の基準はかなりあいまいであり、このような緊張関係が保たれている場合は明確な認識（確定的認識）が必要であるとしている点は、「緊張関係が保たれていても明確な認識があれば特別背任罪の共同正犯が成立しうる」というようにも読め、「自由な経済取引保護」という根拠づけと矛盾するように思う。¹⁴ すなわち、緊張関係が保たれていても明確な認識があれば共同正犯になるということになると、客観的には通常の取引の相手方として関与したに過ぎない者でも任務違背性や財産的損害について明確な認識があつたら共同正犯になりうるとなつて、「自由な経済取引」を妨げることになるのではないか、という疑問が生じるのである。¹⁵

3 大阪地判平成二四年五月一日公刊物未登載LEX/DB25481188（共同正犯成立肯定）

事実関係は次のようなものである。

A銀行某支店の支店長Xは、甲の経営するBグループ会社（有限会社四社から成る）に対し、実体のない決算関係書類の提出を受けた上で、甲を連帯保証人とするほかは特に担保を供させることもせず、平成一九年六月中に、計一億円（これは、本部審査部の承認を得ることなく支店長の判断により融資する「裁量与信」の限度額である）を融資した後、甲の追加融資依頼に応じて、無担保あるいは実質的に無担保で、六か月ほどの間に計九億四八〇〇万円に及ぶ融資をした。甲は、平成一九年六月の一億円の融資のわずか二か月後に無担保での追加融資を実行する銀行などなく、これを本部審査部の承認を要する「稟議与信」にすれば否認されて融資が実行されないことがよくわかっていたので、Xの支店長決裁権限内の融資案件を装って融資を実行してもらうしかないと考え、Xに心理的圧力をかけるなどして融資を実行させた。

本件判決は、量刑理由においてではあるものの、甲の罪責について、次のようにいつている。

「次に、被告人甲は、会計事務所事務員を巻き込んで、もともとらしいその決算関係書類を被告人X及びY〔得意先課課長代理〕らに提出して、Bグループ会社が優良企業であると被告人Xらをだました上で、金品を贈るなどして被告人Xらの歡心を買ひ、融資の継続が被告人Xらの任務に反することを十分に認識しながら、融資の申込みを断るはずはないと見込み、ときには、浮貸し等のスキャンダルを意識した黙示の脅迫的言動に及ぶなどして、被告人Xらに融資の申込みを続け、自己の希望する時期に、希望する金額での実質無担保の融資の実行を受けていたもので、その行為は、借り手の枠を超え、A銀行のいわば骨の髄までしゃぶり尽くしたというべきである」、「被告人甲の弁護

人は、被告人甲が、本件の一連の融資を受けるに当たり、A銀行側をだましたり、その弱みにつけ込んだりしたことは一切なく、融資は被告人XやYが積極的に主導して実行したなどと主張する。〔改行〕しかし、関係証拠によれば、被告人Xが、うその決算関係書類等をあたかも正当なものであるかのように装って提出したり、被告人Xらに対して金品を繰り返し贈ったりするなど、A銀行から融資を受けられるよう様々な工作や働きかけをして、平成一九年六月、八月及び十一月の融資を引き出したことは明らかである」、被告人X等の供述内容を考慮すると「平成一九年二月以降の融資は、被告人Xらに多額の利益を供与してきたことを利用し、また、被告人Xが浮貸しの件で負い目を感じていることにつけ込んで、被告人甲が被告人Xらに強く働きかけて実行させたものであると優に認められる」。以下、評価する。

本件判決は、甲が、Xの任務違背について「十分に認識」しながらXらに強く働きかけて追加融資を実行させたことから、甲が特別背任罪の共同正犯となるとしたものといえる。ケヤキ・庭石事件についての高裁判決の基準によるなら、（罪となるべき事実には含まれていない、平成一九年六月の一億円融資の段階から）「経済的利害が相対立する緊張関係」は失われており、任務違背について未必的認識があったにとどまる場合でも共同正犯の成立が肯定されてよい、ということになる。もっとも、「うその決算関係書類」の提出は罪となるべき事実に入っていない最初の融資の際になされたものであるし、甲がXに対し心理的圧力をかけていたとしても、共同正犯と評価するにふさわしい犯罪遂行への事実的寄与をしたといえるか、やや疑問ではある。

4 最高裁判例の基準と下級審裁判例の基準の比較検討

最高裁判例の示した基準が、〈背任行為に相当する支払行為に必要ないし密接な行為をおこなっているときに、特

別背任罪の共同正犯を肯定する」というものであるのに対し、右の下級審裁判例は、「〔経済的利害が相対立する緊張関係〕が保たれているか」とか、「〈多額の利益を供与してきたことを利用する等して「強く働きかけて実行させた」〉とかを重視している。〈背任行為に相当する支払行為に必要なし密接な行為〉をおこなったかについては配慮するところが乏しいように思う。もつとも、「緊張関係が保たれていないときに取引を申し入れることは、背任行為に必要な行為をなすことであるといえる」とか、「強く働きかけることは、背任行為に密接な行為をなすことであるといえる」とかといった理解をするなら、最高裁判例の基準と下級審裁判例の基準との間にさほどの逕庭はないといえるのかも知れない。

しかし、共同正犯の成立を肯定するためには共同して犯罪を実行することが必要であるというように共同正犯を理解する立場からすると、最高裁判例の基準の方が妥当であるように思う。換言するなら、最高裁判例の基準は下級審裁判例に必ずしも反映していないように思えるのである。

四 学説の検討

1 はじめに

青柳解説によれば、学説には、相手方の主観面で処罰の範囲を限定しようとする見解¹⁶や客観的事情に即して共同正犯の成立範囲を限定しようとする見解¹⁷などがある。本来ならば、諸学説を全て検討すべきであるものの、紙幅の制約もあるので、ここでは、青柳解説が、その分析が「事柄の実態を正確に把握しているものといえる」¹⁸と評した島田聡一郎の学説（以下、「島田説」という）を検討することにする。検討の対象としては、「対向的取引行為と背任罪の共同

正犯^{①9}」—以下、「島田論文」という—の記述を主に用いる。

2 島田論文にみる島田説

島田論文は、「若干の検討」の冒頭で、ここで問われているのが「あくまで、相手方の行為が、二四七条と六〇条以下の規定をあわせた構成要件に該当するか」という問題である以上、解決もその枠内でなされるべきであり、「共犯としての因果関係、結果帰属の枠内での解決」がなされるべきである、とする。そして、「ここでの結論は、共犯に関する一般理論から導かれねばならないと同時に、そこで導かれる具体的結論は、背任罪、とりわけ、このような取引行為の実態をふまえたものでなければならない」としている。

ここで問題とされるべき「共犯の一般理論」としては、「正犯の行為を引き起こす危険性の程度」があげられている。すなわち、「共犯が処罰されるためには、直接結果を惹起した正犯者の行為に働きかけ、その行為による結果発生の危険を物理的または心理的に高め、その高められた危険が結果に実現したことが必要である。単に結果と何らかの形で結びつきがある、というだけでは足りず、正犯行為に対する一定の影響を与えなければならないのである」という。「どのような影響を与えれば、正犯である事務処理者の任務違背行為を介した結果の帰属が認められ、背任罪の共犯が成立するのか」は、このような一般論が背任の相手方についてどのように適用されるべきか、という問題になるというのである。

島田論文は、事務処理者と取引の相手方とは「一般に、利害関係が対立する」ので、通常、相手方は本人側の（本人―事務処理者側の関係という）「内部規律」についてまで配慮すべきとはいえず、「そのような事務処理者は、相手方からの多少の働きかけに對しては、適切な審査を働かせることが、本人との関係で期待されている」のであって、

「そのような状況で、適切な審査がなされず、任務違背行為がなされても、それは、危険性が低い行為が、もっぱら事務処理者のせいで結果に実現したと評価できるから、相手方の創出した危険の実現とはいえず、相手方に共犯は成立しないというべきであろう」とする。これに対し、「何らかの事情で審査機能が働きにくい状況になっていた場合には、相手方がそのような状況を利用したり、あるいは、相手方が、事務処理者をそのような状況に陥れた場合等は、被害が生じることは、当然の事態といえ、相手方を共犯として処罰すべきであろう」とする。

それでは、「審査機能が働きにくい状況」とは具体的にどのような場合なのか。島田論文は、ふたつの場合をあげる。「このような状況は、大まかにいえば、(a)両者の利害関係が何らかの形で一体化し、審査機能が働かなくなっている段階で、相手方の行為がなされた場合（「利害一体化型」と呼ぶ）と、(i)事務処理者と相手方との間の利害対立状況は残されているものの、相手方が、事務処理者の審査機能を乗り越えてしまうような支配的影響や、威迫、欺罔等を伴う等の積極的な働きかけをした場合（「強度の働きかけ型」と呼ぶ）の、いずれかが満たされていれば、認められるべきであろう。もちろん、両者の区別は絶対的なものではなく、その中間的な場合も考えられる。そのような場合には、利害一体化の程度と、働きかけの程度の相関関係から、可罰的な共犯行為といえるほどの危険創出・実現があったといえるかを判断すべきであろう」とするのである。

島田論文は、住専事件は、(a)（利害一体化型）に属するので、同事件決定が「社会通念上許されないような働きかけ」をしていなかったとしても背任罪の共同正犯となる余地を認めたのは支持されてよく、絵画事件も利害一体化型にあたり、処罰を肯定した結論は「正当であろう」とする。また、(i)（強度の働きかけ型）にあたるのは、最判昭和五七年四月二二日最高裁判所裁判集刑事二二七号七五頁（富士銀行事件判決）⁽²⁰⁾にみられるような、担保の徴求などを全

く欠き、通常取引形態から著しく逸脱し、回収不能に陥ることが必定の融資を、そのことを熟知しながら五億円のリベートを提供しておこなわせた場合などであるとする。

なお、島田論文は、「利害一体化型」または「強度の働きかけ型」にあたる場合は、結果の帰属が認められ背任罪の共犯になるとしているものの、直ちに共同正犯になるとしているわけではないようである。とはいえ、共同正犯と幫助犯の区別については、「犯罪実現にとつて重要な役割あるいは実行者と対等以上の役割を果たしたことを共同正犯の成立要件とする多数説」を前提に、「背任罪に当たる取引行為それ自体は、犯罪実現にとつて不可欠な行為だから、相手方が一人である場合には、その者は、まさにそうした不可欠な行為の相手方となっていることを根拠に、共同正犯とされるべきであろう」とするので、取引の相手方（取引行為の効果が帰属する主体）⁽²¹⁾であれば（とくに、その他の加功をしなくても）共同正犯となると考えているようではある。また、「取引行為の主体ではなくとも、取引行為が実行されるにあたって積極的に関与し、その実現に多大な寄与をしていた者はやはり重要な役割を果たしたといえるから共同正犯とされるべきであろう」としているので、取引の主体ではない者についても、重要な役割を果たしたといえれば共同正犯になりうるとする（もつとも、富士銀行事件判決が五億円分の小切手を持って行ったりした被告人らを幫助犯としたことは支持できるとする）。

ちなみに、島田論文は、林幹人の「許された危険説」が、「借り受け人の申し込みが、通常経済社会に行われている程度のものであって、融資担当者が背任罪を犯し本人に損害を与えることとなる危険性がそれほど高度でない場合とくに、借り受け人の働き掛けには企業再建という有用性がある程度認められる場合には、その行為は許された危険の範囲内のものとして、合法、少なくとも、共犯の構成要件該当性・実行行為性を欠くものとして、背任罪の共同正

犯のみならず幫助犯の成立も否定されるべきである⁽²²⁾」としているのを、「もし、本当に『企業再建という有用性』が認められるのであれば、そもそも正犯の背任行為自体否定されるように思われる」として疑問視し、結局、「事務処理者に対する働きかけとしてどの程度の危険な行為までが許されるか、といった危険性をベースとした判断を行う方が、より実態に即した、適切な枠組みではないかと思われるのである⁽²³⁾」とする。

3 島田説に対する評価

島田説は、本人（A）―事務処理者（X）間の「内部規律」を問題にし、そこから、利害一体化型または強度の働きかけ型にあたる場合は審査機能が働かなくなり、「Xにおいて内部規律に違反する行為に出る危険」が創出され、これが結果に実現しているときは相手方（甲）の行為への結果帰属を肯定する見解といえる。したがって、島田説によるなら、（とくに利害一体化型の場合は）Xの自律的判断を害するとかXの意思を抑圧するといった行為を甲がおこなう必要はないのであって、Xが内部規律に違反しかねない状況の下で甲が通常の（融資申込などの）働きかけをすれば、危険を創出したということになるのである（いうまでもなく、正犯「直接実行者」の意思を抑圧することは、間接正犯の場合とはかくとして、共同正犯や狭義の共犯では必要ない。XがAを殺害しようと思っているときに甲がナイフを渡してやるといった場合、Xが自発的な意思によってAを殺害したとしても甲は幫助犯となる）。そして、島田説は、共犯行為（関与行為）による直接の危険創出ではなく、共犯行為にあたる働きかけにより生じたところの、正犯行為による危険創出（Xが内部規律に反する行為に出ることによる危険創出）を共犯行為による危険創出と考えているようである。そうすると、共犯行為自体はさほど危険ではないもの（例えば、通常の融資申込）であつても、正犯Xが内部規律違反行為に出かねない場合は甲による危険創出を認めることになろう（これが「利害一体化型」にあたる場合ということになろう）。事実、島

田論文三四三頁注六七では、「特別な癒着関係にはなかったが、正犯者が、当初から、極めて安易に不良貸付を行うつもりであった場合に、それを熟知しながら、強く働きかけることもなく、借入を申し入れたところ、正犯者が背任行為を行った場合に、相手方をどのように扱うべきか」という質問に対し、「可罰的な危険創出、実現の関係を否定することはできないように思われる」としている。

しかし、このような場合に共犯としての可罰性が認められるとし、これに加えて、〈取引の相手方となることは背任行為に不可欠のものであるから、甲は重要な役割を果たしたといえる〉とすると、通常の申込をしただけで共同正犯になる、ということになってしまう。そうすると、①経済活動の自由を害することにならないか、②犯罪を実行するについて重要な役割を果たした者が共同正犯となるべきだという実質的実行共同正犯論の趣旨に反するのではないか、――要するに、〈処罰の限定にならないのではないか〉という疑問が生じる。さらに、このような解釈は、青柳解説が、再生スキーム事件決定を「融資の申込みをしたにとどまらず、その実現に積極的に加担し、犯罪遂行への事実的寄与をした者に共同正犯が成立することを示したものととして、意義のある決定であるということができよう」としていることからわかるどころの、「犯罪遂行への事実的寄与」をした者を共同正犯とするという最高裁判例の基準²⁴にもそぐわないことになるように思う。

なお、強度の働きかけ型の場合についても、問題がある。①利害が一体化していないにもかかわらず危険創出、実現を肯定するだけの「強度の働きかけ」ないし「積極的な働きかけ」と事務処理者がなお適切な審査を働かせうる「多少の働きかけ」とでは具体的にどのような違いがあるのか明確ではないように思うし、②「強度の働きかけ」があれば取引の相手方となるだけで共同正犯になるとするのなら、犯罪遂行への事実的寄与が共同正犯の要件であると

いう考えにそぐわないのではないか、という疑念を否定できないのである。

五 考察

実質的実行共同正犯論を前提に考えるなら、共同正犯となるためには、直接実行者が犯罪を実行するについて重要な役割を果たさなければならない。(特別)背任罪であれば、同罪を実行するについて重要な寄与をしてそのような役割を果たすことが必要である。ところで、背任罪の実行とは、任務に違背する行為によって本人に財産上の損害を加えることであり、任務に違背しない行為や財産上の損害を加えることにならない(そのような現実的危険のない)行為は、背任罪の実行行為にあたらなない。背任罪の実行行為は、担保もとらずに多額の融資をするとか、必要もないのに市価に比して著しい高値で物品を購入するとかいった「異常な取引」である。この異常性を基礎づける事実について重要な事実的寄与をして重要な役割を果たした者が共同正犯になるのである。単に取引の相手方となるだけでは異常な取引の実行について重要な寄与をしたとはいえない。担保となる不動産の価値や購入物品の価値を偽る書類を作成して提出するとか、形式的な(ダミーの)融資先や不要な仲介業者として自己の支配する会社を提供するといったことをしなければ、背任罪の共同正犯にはならないと解する。単に契約書に署名捺印するとか、正常な取引でも必要な書類を提出するとかいったことをしただけでは、共同正犯にはならないと解するのである(このように考えても、住専事件決定を含めて、共同正犯の成立を肯定した前述の最高裁判例の事案やケヤキ・庭石事件高裁判決の事案では、相手方〔甲〕を共同正犯にすることが可能である)。

それでは、正常な取引においても必要な行為(契約申込、契約書への署名捺印、虚偽内容ではない書類の提出)をした者

は、(特別)背任罪の幫助犯にはなるか。(特別)背任罪の実行行為は、前述したような「異常な取引」であり、正常な取引においても必要な行為をすることは、「異常な取引」を促進するものではないから、幫助犯も成立しないと解する。「中立的行為による幫助」について、私はまだ確たる見解を形成するにいたっていないものの、例えば、強盗の実行を考えているXに、甲が、Xの意図を知りながら、腹ごしらえのためのパンや現場まではいて行く靴を売り渡した場合、パンや靴の交付は強盗行為の幫助行為とはいえず、(Xが腹ごしらえをして靴をはいて現場に行き強盗を実行したとしても)甲は強盗罪の幫助犯にはならないということになる。いうまでもなく強盗罪の実行行為は反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫を用いて財物を強取することであつて、パンや靴の販売・交付をかかる実行行為の幫助行為とみることは難しい(これに対して、出刃包丁の販売・交付行為は問題である)。幫助行為としての定型性がないとか社会通念上幫助行為と認められないとか、危険の創出がないとか、種々の説明が可能であるし、パンや靴を渡した者を強盗罪の幫助犯とすることは「実務感覚」にも反するのではないか、と思う⁽²⁶⁾。

要するに、実質的実行共同正犯論を前提にするなら、背任罪の実行行為(任務に違背して本人に財産的損害を加える行為)の一部分担をなした、すなわち「共同して背任罪を実行した」と評価できるだけの事実寄与をしなければ共同正犯にはならないことになる。もともと、共同正犯とならなくても教唆犯、幫助犯、間接正犯となることはありうる。ただし、「通常の融資申込」をした程度では、それがかなり執拗なものであつても、島田論文のいう「多少の働きかけ」に過ぎず、間接正犯はもとより、教唆犯にもならないということになろう。教唆行為は犯罪の実行を決定させるだけの危険性のあるものであることが必要であるところ、通常の融資担当者に融資を乞うものが泣きつく程度では、そのような危険性は認められないといえるのである。もとより、危険性は具体的事案に即して判断されるものである

から、融資担当者が困惑しているなど不正融資をおこないかねない状況で、そのような状況を利用して融資を申し込めば、教唆犯になるということがありえよう（前掲の大阪地判平成二四年五月一日の事案のような場合では、教唆犯の罪責は免れないであろう）。しかし、北國銀行事件の甲のように「代弁否認は無茶ではないか」云々といっただけでは共同正犯はもとより教唆犯にもならないといえよう。

なお、背任罪の任務違背行為や財産上の損害がかなり不明確なものであることを考えると、これらについて「十分な認識」が必要であるとする場合には、事実認定の際の基準として意味があるように思う。ただし、客観的要件の検討をおろそかにし主観的要素を重視して共同正犯の成立を肯定するべきではない。

六 結語

国民の人権擁護の観点からはもとより、経済活動の自由を保障し経済的繁栄をはかるためにも、刑罰法規の緩やかな解釈は否定されなければならない。⁽²⁷⁾（特別）背任罪の正犯・共犯の要件についても裁判所の恣意を制限する解釈論の提示が必要であろう。私自身は、共謀共同正犯否定説を採っているものの、実行行為の内実を明らかにすることによって、かなりの範囲で、実行共同正犯として、共同正犯の成立を肯定できるのではないかと考えて、最近では、特別法における共同正犯を踏まえて共同正犯の成否についての限界線を示すことではないかと考えて、最近では、特別法における共同正犯を研究している。内藤謙は、「〔…〕学説として共謀共同正犯を否定する場合にも、単に共謀共同正犯を教唆犯・幫助犯に解消すべきことを主張するだけではなく、判例が共謀共同正犯を肯定するときに、判例の基本的立場から、どのような限度でそれが許容されるかを解釈論として示す必要があり、そのための理論構成を試みるべきであろう」と述べ⁽²⁸⁾

ている。このような観点からも、共同正犯の要件の具体化・現実化、さらに明確化にいくらかでも寄与したく思う。本稿は、そのための試みのひとつである。

とはいえ、本稿において、特別背任罪の共同実行の内実を十分に明らかにできたわけではない。利害一体化、強度の働きかけといった基準に対する疑問を示した程度である。今後、基準の確立に向けて一層の努力をしたいと思う。そのほかにも取り組むべき課題は多い。

例えば、背任罪の義務違反罪的性格に着目すると、義務を負っていない取引の相手方を共同正犯とすることはできないのではないか、という問題がある。Roxinは、義務犯である背任については、義務に拘束されている部内者とともに義務に違反する者のみが共同正犯となるとする。⁽²⁹⁾このような考えと「部外者も背任罪の共同正犯足りうる」とする日本刑法の解釈論との整合性を検討する必要がある。⁽³⁰⁾

また、中立的行為の問題との関係もなお検討を要する。本稿の基礎となっている刑事法研究会（日本大学法学部）での報告の際に、中立的行為の問題はドイツでは幫助犯に関してのみ論じられているようであるけれど、これを共同正犯の問題にまで拡張してよいのであろうか、といった指摘を受けた。⁽³¹⁾私自身は、中立的行為論の問題提起は、幫助犯論のみならず、共同正犯論、ひろく正犯論にまで影響を及ぼすのではないかと（現在のところ）思っている。もとより、幫助犯に関する理論が共同正犯、正犯にそのまま妥当するかは検討を要するであろう。その前提として、何より「中立的行為による幫助」の問題について正確かつ緻密な検討が必要であることはいうまでもない。⁽³²⁾

右の刑事法研究会での報告の際に、幹事と司会をつとめられた船山泰範先生の古稀の祝賀に本稿を献じ、先生から今後変わらぬ御指導を賜れることを願いつつ、ひとまず筆をおかせていただくことにする。

注

(1) 例えば、大判昭和八年九月二九日刑集一二卷一六八三頁がそれである。事案は、A社の常務取締役Xが担保をとることなくA社の従業員(貸付係甲、株式売買係乙)に貸付をしたというものであり、乙の弁護士は利害の対立する取引の当事者は身分者の任務に頓着せずに取引しても背任罪の共犯にはならない旨主張した。しかし、判決は、乙は任務や資金融通の条件を知悉していたとして共同正犯の成立を肯定した。これに対し、千葉銀行事件の最高判決(東京高判昭和三八年一月一日公刊物未登載)は損害発生と任務違背について認識がなかったとして、貸付を受けた被告人は無罪であるとし、最高裁もこれを是認した(最判昭和四〇年三月一六日裁判集刑事一一五五号六七頁)。千葉銀行事件の最高判決、最高裁判決は住専事件の上告趣意にも引用されており、「高度の認識」を問題にする判示に影響を及ぼしたものと推察される。

ちなみに、住専事件決定が、「支配的な影響力を行使することなく、また、社会通念上許されないような方法を用いるなどして積極的に働き掛けることもなかったものの」と述べているのは、同事件のA社と同じ住宅金融専門会社(JHL、日本ハウジングローン)が株式会社トリゾート開発に一五億円貸し付けたという事案において、トリゾート開発の代表取締役らは特別背任罪の共同正犯とはならず無罪であるとした、東京地判平成一二年五月一二日判例タイムズ一〇六四号二五四頁を意識したからではないかと思う。この地裁判決は、身分のない借手につき特別背任罪の共謀共同正犯が成立するためには、主観的要素に加えて、身分者の任務違背行為に共同加功したこと、すなわち、その職員が任務に違背することを明確に認識しながら背任行為について意思の連絡を遂げ、あるいは、その職員に影響力を行使しうるような関係を利用したり、社会通念上許容されないような方法を用いるなどして積極的に働きかけて背任行為を強いるなど、当該職員の背任行為を殊更に利用して借手側の犯罪としても実行させたと認められるような加功をしたことを要するとして、本件においては貸手側会社の職員の弱みにつけ込んだといった状況は認められず、融資等を申し込む行動として社会通念上認容される範囲の比較的穏当なものであったということができるとして、共同加功を否定しているのである。もともと、住専事件決定は、この地裁判決の基準と併立しうる基準(Xらが本件融資に応じざるをえない状況にあることを利用しつつ迂回融資の手順を採ることに協力するなどした場合についての基準)を定立したものとみるべきであろう。

- (2) 最大判昭和三三年五月二八日刑集一二卷八号一七一八頁。
- (3) 青柳勤「判解」最高裁判所判例解説刑事篇―以下、この文献は本稿において「最判解刑」と略記―(平成二〇年度)三七三頁以下(法曹会、二〇一二年)の三八七―三八九頁。
- (4) 品田智史「刑事法によるエンフォース 刑事行政の実務動向に対する理論的な評価」山田泰弘・伊東研祐編『会社法罰則の検証―会社法と刑事法のクロスオーバー』一六九頁(日本評論社、二〇一五年)参照。このような問題意識は、住専事件決定に関する朝山芳史「判解」最判解刑(平成一五年度)六三頁以下(法曹会、二〇〇六年)の六八頁にみられる。
- (5) 朝山・前掲注(4)七六―七七頁。この見解を、島田聡一郎「取引の相手方による背任行為への加功―銀行取引を中心に―」上智法学論集五〇巻三号一九頁以下(二〇〇七年)の五七頁は、「利害の一体化」とよんで、自説にとりいれている。
- (6) 林幹人「背任罪の共同正犯―共犯構成要件について」判例時報一八五四号三頁以下(二〇〇四年)の七頁参照。
- (7) 朝山・前掲注(4)八二―八三頁は、住専事件決定が借手の主観面で特別背任罪の共同正犯の範囲を限定しようとする見解に近いとみられなくもないものの、むしろ客観的事情に即して共同正犯の成否を判断しようとする立場に近いのではないかとしている。
- (8) もつとも、朝山・前掲注(4)八四―八五頁は、住専事件決定において重要性が高いのは、甲が融資担当者の自己保身の図利目的を認識して、融資担当者が本件融資に応じざるをえないことを利用した点であり、迂回融資の手順を採ることに協力するなどして本件融資の実現に加担したことは、「共謀を認める上で重要な事実ではあるが、決定的な事実とまではいい切れないと思われる」として、「仮に、本件において、迂回融資が行われていなかったとしても、被告人らが特別背任の共同正犯と認められる可能性はあったと思われる」とする。
- (9) もつとも、芦澤政治「判解」最判解刑(平成一七年度)四二〇頁以下(法曹会、二〇〇八年)は、『関与の程度が通常の見取から明らかに逸脱しているか否か』という辺りに判断基準を求めるのが相当ではないかと思われる」としつつ(四四〇頁)、本件における偽造の鑑定評価書の提出が一連の取引の途中からおこなわれるようになった等のことを指摘して、絵画事件決定は、鑑定評価書差入といった社会通念上許されない行為をおこなっている点を共同正犯成立肯定の「不可欠の要素とは

みなしていないということになる」とする（四四八頁）。

(10) 芦澤・前掲注(9)四四六～四四七頁は、住専事件決定は、「高度の認識」という表現は用いているものの、これに共同正犯成立の判断にあたつて特に重点を置いていたとは解されず、絵画事件決定が「十分に認識していた」という程度の認定を前提に共同正犯の成立を認めたことが、「それほど大きな違いになっているとはいえないと思われる」とする（もつとも、絵画事件決定が住専事件決定よりも「緩やかな認識の程度で共同正犯の成立を認めたことも明らか」であるとしている）。

(11) 著名な事件としては、他に三越事件があるものの、同事件の最高裁決定（最決平成九年一〇月二八日裁判集刑事二七二号九三頁）は、「Xには商法上の特別背任罪が成立し、Xと共謀してその犯罪行為に加功した被告人は共同正犯の刑責を免れない」としている程度であり、とくに基準を明確にしているものとはいえない。

(12) 共犯者側の主観面による限定は学説においてあまり重視されていない旨を指摘するものとして、例えば、品田智史「不正融資に対する刑事責任」阪大法學六一卷三・四号二三一頁以下（二〇一一年）の二四五頁がある。

(13) 青柳・前掲注(3)三九九～四〇一頁参照。

(14) 本判決は、朝山・前掲注(4)七六～七七頁の利害一体化論を実際の事件の判断に用いたものであるといえる。しかし、朝山解説においても下位基準は示されていず、利害一体化論を自説に取り入れている島田・前掲注(5)五七頁においても、共謀の成立を認めるについては「やや肌理の粗い議論と思われる」と評価されている。

(15) 品田智史「最近の裁判例に見る背任罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル三二号二三頁以下（二〇一二年）の二八頁は、「不良貸付において事務処理者が銀行に恨みをもつて損害を与えようと考えている際に、たまたまそのことを知った非身分者が貸付を申し込む場合」背任罪の共犯（共同正犯）を肯定するのであれば、「背任罪の共犯（共同正犯）が否定されるのは稀であろう」とする。このような場合、「経済的利害が相対立する緊張関係」が失われている（身分者と非身分者の利害が一体化している）とするなら未必的認識があれば共同正犯となり、失われているとしても確定的認識があれば共同正犯となる、とするのであれば、共同正犯の成立範囲の限定にはならないと思う。

(16) 藤木英雄『経済取引と犯罪』二四二頁（有斐閣、一九六五年）にみられる、具体的な任務違背行為につき、その任務違背

性の意味の認識を含めて、事務処理者と意思を通じ、あるいはこれを懲慚したときに限り共同正犯が成立しうるとする見解である。前田雅英「商法四八六条と共同正犯」都立大学法学会雑誌四四卷二号三八頁（二〇〇四年）は、藤木説で現在でも重要な意味をもつのは、貸付の具体的方法を提示する等、積極的に関与している場合に共謀共同正犯の罪責を負う可能性があるとする点であり、「積極的に関与した場合」というのは客観的な行為態様であつて、共謀の有無を判断する際に重視すべき事情であるとする。

(17) 中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修六〇九号三頁以下（一九九九年）で展開されている見解である。

(18) 青柳・前掲注(3)三九五頁。同三九四頁で、青柳解説は、島田・前掲注(5)の論文を引用している。

(19) 島田「対向的取引と背任罪の共同正犯」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』三一一頁以下（成文堂、二〇〇七年）。島田論文以前に、島田説は、島田・前掲注(5)の論文で展開されている。本稿では、島田自身が島田論文三一二頁で、同論文の記述は前掲注(5)の論文と「基本的には同趣旨だが、銀行取引を中心にした同論文とは重点が異なるし、また記述を付け加わえ、説を改めた部分もある」としていることから、島田論文の記述を基に検討を進めて行くことにした。

(20) この判決は、A銀行支店からB社が二〇億円の融資を受けるに際し、B社の従業員である被告人らが、同社社長甲の指示に従つて、A銀行支店のXに五億円分の小切手を手渡したりした事案について、被告人らは背任罪の（共同正犯ではなく）幫助犯の刑責を負うとした。

(21) 島田論文（前掲注(19)）三二六―三二七頁では、背任行為について重要な役割を果たした者を共同正犯とすべきことを説く有力説について、「そこにいう『重要な役割』を、通常の共同正犯の成立要件において用いられる概念と同義と理解する限り、取引行為は、相手方がいなければ成立し得ない以上、取引相手方における中心人物は、当然に重要な役割を果たしていたことになり（その点を意識していれば）常に共同正犯となりかねない。しかし、それは妥当な結論とは言えないし、またこの見解の意図するところでもなからう」としている。これは、結果帰属が認められるのであれば、取引の相手方であるというところで重要な役割を果たしたとして共同正犯としてよいのに対し、結果帰属が認められるか否かの吟味をせずに重要な役割を果たしたか否かだけで共同正犯の成否を決するべきではない、という趣旨であろうか。ただ、そうだとすると、とりわけ利

害一体化型の場合は、取引の相手方になりさえすれば（特に取引を容易にするようなことをしなくても）共同正犯になるということになる。

（22） 林・前掲注（6）七頁参照—なお、同『判例刑法』一六七頁（東京大学出版会、二〇一一年）参照。

（23） 島田論文（前掲注（19））三三八～三三九頁参照。なお、島田・前掲注（5）六五頁では、「日常的取引行為あるいは中立的行為による関与の議論を参照してこの問題を解決しようとする学説」を、「取引行為のみを特別扱いすべき理論的根拠はない以上、日常的、あるいは中立的行為か否かを判断するためには、結局、共犯の一般的成立要件を問題とせざるを得ない」としている。

（24） 青柳・前掲注（3）三九四～三九五頁は、「問題は、共同正犯と評価するにふさわしい犯罪遂行への重要な事実的寄与とみなされる事情が存在し（自己の犯罪を犯したといえる程度に、その犯罪遂行に重要な役割を果たし）、犯罪が実現したといえるかにかかっていることになるものと思われる。融資を受ける側と融資をする側が通常の関係にあり、経済的に緊張関係、対立関係にある場合、融資担当者にとって特別背任となるような不正融資は、融資側の審査機能、合理的な判断が働き、不正融資が実現することは通常あり得ず（未遂にすら至らないであろう）、したがって、相手方が犯罪遂行への重要な事実的寄与を行うことが困難な場合が多いものと考えられる。ところが、上記の述べた学説等が説く特殊な状況がある場合には、審査機能が合理的な経営判断が機能せず、相手方が融資担当者の特別背任という犯罪遂行への重要な事実的寄与を行い、不正融資を実現することが可能となるものと考えられる」としている。ここから、青柳解説は、犯罪遂行への重要な事実的寄与を重視し、利害一体化の状況においても、そのような寄与を行うことが共同正犯と評価されるための必要条件であるとするものであるように思う。

（25） ここで「実質的実行共同正犯論」として想定しているのは、共同正犯となるためには実行行為（構成要件該当行為）の一部負担をなすことが必要であることを前提に、実行行為概念を実質的に理解する立場である。

なお、西田典之『刑法総論』三五〇頁（弘文堂、第二版、二〇一〇年）の「実行行為は分担していないが、犯罪の実現にとって実行の分担に匹敵し、またはこれに準じるような重要な役割を果たしたと認められる場合」にも共同正犯性を肯定する

見解は、藤木説（間接正犯類似説）や団藤説の実行者への心理的影響力を重視する考えをとり入れたものであって（西田典之『共犯理論の展開』四九頁以下〔成文堂、二〇一〇年〕参照）、前述のような「実質的実行共同正犯論」とは異なる。この点、板倉宏「共謀共同正犯」同監修・著、沼野輝彦Ⅱ設楽裕文編『現代の判例と刑法理論の展開』一四五頁以下（八千代出版、二〇一四年）の一六一頁における、「しかし、『実行行為の分担に匹敵し、またはこれに準ずるような重要な役割』を実行行為を分担しなかった共謀者が果たすことを共同正犯の成立要件とするのは、やはり、単独正犯における実行行為概念を念頭に置いて、共謀共同正犯行為性を論じている点において、間接正犯類似説、行為支配説と同様である。重要な役割説も、共同正犯は単独正犯の共同ではなく、共謀者と実行行為者との相互利用・補充関係を必要不可欠とするものであることを十分考慮していない」との西田説（重要役割説）批判は正鵠を射たものであるといえる。

（26）「中立的行為による幫助」の問題を扱った論稿をみても、パンの交付等は幫助にならないと考えられているようである。西貝吉晃「中立的行為による幫助における現代的課題」東京大学法科大学院ローレビュー五卷八七頁以下（二〇一〇年）の一五頁は、「方法の提供においても、そもそも法益侵害に役に立たない方法（売春宿にワインを提供することに相当する類型）を提供しても促進とはいえない」としている。さらに、同一二三頁では、地方税法上の不納入罪の共同正犯、幫助犯が問題となった事例についての判決（熊本地判平成六年三月一五日判例タイムズ八六三号二八頁―地方税法上の軽油引取税の不納入罪につき、同税の特別徴収義務者である業者から軽油を購入した被告人は、同罪の共同正犯・幫助犯とはならないとしたもの）は、『『実現せしめる役割を果た』すだけでは（物理的）促進というには足りないといったように読める。そもそも、実益のある物や方法、機会の提供がなされていないのである。虚偽の申告に使う領収書等の提供だけでは足りないだろう』としている。また、上野幸彦「日常行為と可罰的幫助」日本法学七七卷一号六三頁以下（二〇一一年）の一〇一―一〇二頁は、犯行に利用されることを知りながらねじ回しやハンマーを販売した場合は、犯罪の意味連関に欠けるところはなく幫助犯が成立するものの、職人が収入を申告せず脱税を知りながら代金を支払った場合や工場主が環境刑法に違反して処理をおこなっていることを知りながら原材料を納入する場合は、支払や納入の意義は「適法な契約の履行であって、その後正犯者によって着手された規範に違反する構成要件実現のプロセスには関係していないのである。つまり、支払や原材料の納入は、

適法な射程内で有意義に効果をもつもので、そこで独立し完結した行為という意味を認めることができる。引き続いて行われた脱税や環境刑法違反は、寄与者の行為とは別個に独立して、正犯者によって遂行され、寄与者はその正犯による構成要件実現プロセスには関与するものではないという評価が可能である」という意味で、犯罪的意味連関に欠けるとし、同様に、売春宿へのパンの納入も一般には犯罪的意味連関は存在しないとする。

(27) 事後規制社会への転換を目指す政策実現にとつては裁判所が柔軟な解釈態度をとっていることが大きな障害になる、との指摘 (佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』二九頁〔有斐閣、二〇一三年〕参照) も見逃せない。

(28) 内藤謙「判例と学説」平野龍一編『小野先生と刑事判例研究会』一七一頁 (有斐閣、一九八八年)。

(29) Claus Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 25 Rn. 272, S. 107. 山中敬一監訳『ロクシン刑法総論 第二卷〔犯罪の特別現象形態〕〔翻訳第一分冊〕』一三五頁 (信山社、二〇一一年)。

(30) 長井圓「不正融資を受けた非身分者に対する背任の共謀共同正犯の成立」佐々木史朗編『判例経済刑法大系 第三卷 刑法』一八八頁 (日本評論社、二〇〇〇年) は、ドイツ刑法において非身分者が背任罪の共同正犯となりえず、教唆犯、帮助犯として可罰的になることを指摘しつつ、わが国で「長らく積み重ねられてきた判例を理論のみで変更させる余地は乏しい」とする。また、伊東研祐「特別背任罪における正犯性―非身分者による共犯の成否―」板倉宏博士古稀祝賀論文編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』二八七頁 (勁草書房、二〇〇四年) は、事務処理者という地位・身分をもつ者が、その立場・役割において自律的に機能して任務違背行為をおこなった場合にのみ成立するという意味において「背任罪はドイツにおいて『義務犯』という範疇として理解される犯罪類型に基本において一致している、とも言い得よう」としつつ、特別背任罪において事務処理者に課される義務は、「当該の状況におかれた基準的な事務処理者に謂わば社会的に期待されている役割・機能を前提とするもの」であるとしてもしているので、〈取引の相手方は義務を課されていないので特別背任罪の共同正犯とはなりえない〉という結論をストレートに導く見解ではないように思う。

(31) この指摘は、二〇一五年十二月一日の刑事法研究会 (日本大学法学部) の席において、上野幸彦氏から頂戴した。

(32) 中立的行為による幫助の問題についての代表的判例である最決平成二三年二月一九日刑集六五卷九号一三八〇頁につい

てさえ、実体法、訴訟法にわたるさまざまな問題が含まれている（西貝吉晃「Winny 開発者事件最高裁決定についての客観的構成要件の限定解釈の有無及び内容についての考察、及び、当該考察に基づく故意の認定手法の分析的検討」Information Network Law Review 一三卷一号一一一頁以下〔二〇一四年〕参照）。

国民目線の刑法

清水 雄

一 はじめに

平成二十一年に裁判員裁判が施行されてから、七年が経過した。そもそも裁判員裁判は、「国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律一条) ことになるために実施されたものであると言うことができるはずである。

しかし、現実には「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上」が実現されたとは言えないのではないだろうか。なぜなら、それは、現行の刑事司法がわれわれ国民にとって、決して分かり易いものとは言えないことに起因していると思われるからである。⁽¹⁾ それは、たとえば、刑法で使用される用語がわれわれ国民にとって理解し易いとは決して言えないこと、刑法理論が複雑で難解なこと、その結論が私たちにとって必ずしも一般常識に合致したものは言えないものも多いこと、などが挙げられると言ってもよいであろう。

そこで本稿では、刑法を国民のものとするためにはどうしたらよいかについて考察してみたい。そのために以下では、特に二つの用語、「身分」と「業務」に関しての刑法の現状、および、刑事立法についても略述したあと、そもそも刑法の役割は何か、刑法は何のためにあるのかを検討し、その後、刑法理論との関係ではわれわれにとって比較的身近な犯罪である過失犯についてその構造をどう捉えるかについて、検討することとする。

二 刑法の現状

一 刑法独特の用語について

① 身分の概念

現行刑法は平成七年にカタカナ表記からひらがな表記に変わり、かなり読み易くなったとは言うものの、用語の定義に関しては、一般国民が理解しにくいと思われるものも、かなりあると言わなければならない。たとえば、身分の概念や業務の概念などが挙げられよう。

まず、身分の概念についてみてみることにする。判例によれば、身分とは「男女の性別、内外国人の別、親族の關係、公務員たるの資格のような關係に限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的關係である特殊の地位又は状態を指称するものであつて、刑法二五二条においては、横領罪の目的物に対する犯人の關係が占有という特殊の状態にあること、即ち犯人が物の占有者である特殊の地位にあることが犯罪の条件をなすものであつて、刑法六五にいわゆる身分に該る」とされ、^②さらに麻薬取締法六四条二項の「営利の目的」も、「犯人の特殊な状態」であり身分であるとされている。^③

学説においても、営利のような主観的要素も身分にあたるものとするものが多い。たとえば団藤重光博士は、「身分は継続的なものである必要はなく、……最二判昭和二七年九月一九日の判旨にいう『状態』の中には一時的なそれをも合せて考えるべきであつて、目的や意思をただちに身分から除外することは疑問である」とされ、平野龍一博士も、「『身分』という語は、ことばからすると継続的なものであることを予定しているように見えるが、実質的に見て責任要素であればよいのであるから、必ずしも継続的なものである必要はない。最高裁判所が、麻薬取締法六四条二項の『営利の目的』を、身分だとしたのは（最判昭和四二年三月七日刑集二二卷四一七頁）、この意味で妥当である」とされる⁽⁵⁾。これら以外にも、営利の目的などの主観的要素も六五条の身分にあたるものとする学説が多く、通説を形成していると言つてよいであろう。

これに対して、目的のような一時的な主観的要素は身分に含めるべきではない、とする見解も有力に唱えられている。たとえば、大塚仁博士は、「目的のような一時的・心理的な犯罪要素は、本来、行為者の地位または状態を意味する身分とは性格を異にするから、身分にあたると解すべきではあるまい」とされ、福田平博士も、「『身分』といえるためには、多少とも継続的性質を有するものであることが必要であるから、営利の目的といった一時的心理状態を、六五条二項にいう『身分』にあたると解することは、妥当でなからう」とされる⁽⁸⁾。これら以外にも、目的といった一時的な主観的要素を身分に含めるべきではない、とする見解もある⁽⁹⁾。

このように、否定説はあるものの、判例・通説は、営利の目的のような一時的な主観的要素も身分に含ませている。しかし、身分の日常用語的理解からするならば、一時的な主観的要素を身分に含むとするのは、一般国民の身分の理解からは程遠いものと言わざるを得ない。やはり身分は継続的性質を有することが必要であり、最高裁昭和二七年九月

一九日判決のうち「男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たる資格のような関係」のみに限定することが、われわれ国民の理解に適うものとなるのではないか。素人が参加する裁判員裁判が行われている現在、法律用語の定義・概念は一般国民の理解に沿うものでなければならぬ^⑩。

② 業務上過失致死傷罪における業務の概念

業務上過失致死傷罪における業務の概念について、代表的判例は、「刑法二二一条にいわゆる業務とは、本来人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であつて（略）、かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とするけれども、行為者の目的がこれによつて収入を得るにあるとその他の欲望を充たすにあるとは問わないと解すべきである。従つて銃器を使用してなす狩猟行為の如き他人の生命、身体等に危害を及ぼす虞ある行為を、免許を受けて反覆継続してなすときは、たといその目的が娯楽のためであっても、なおこれを刑法二二一条にいわゆる業務と認むべきものといわねばならない」としている^⑪。

ところで、業務とは、「事業・商売などに関して、日常継続して行う仕事。なすべきわざ。仕事」とされるのが一般であろうし、われわれ国民も、業務と言えば、通常、仕事一般を指す、と考えるであろう。昭和二二年に重過失致死傷罪が設けられ、しかも業務上過失致死傷罪と法定刑が同じであれば、娯楽であつても業務であるなどと解する必要はないのではないか。しかし、学説の多くは今でも業務に娯楽を含めている。一般国民の視点からするならば、再考の余地があるのではないだろうか。

二 刑事立法について

ここでは特に「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」を取り挙げる。

交通事故犯については、かつては刑法二二一条の業務上過失致死傷罪で対処していたが、交通事故犯の悪質化に伴い、平成一三年には危険運転致死傷罪（旧二〇八条の二）が、さらに平成一九年には自動車運転過失致死傷罪（旧二二一条二項）が、それぞれ刑法典に規定された。しかし、飲酒運転や無免許運転による事故など、悪質で危険な運転により死亡事故が跡を絶たず、それに対処するために「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」が、危険運転致死傷罪や自動車運転過失致死傷罪を取り込む形で、平成二五年十一月に制定され、翌二六年五月から施行された。

このことによつて、殺人罪や保護責任者遺棄致死傷罪に該当する交通事故犯は別として、いわゆる交通人身事故に関する規定は刑法から一掃されたのである。ここではこの法律の構成要件自体について、その内容の解釈を展開するつもりはないが、ただ、交通事故犯に関する罰則規定を刑法典から放逐し、特別法として規定し直すことについては、大いに疑問があると言わざるを得ない。この法律について船山泰範教授は、「新法には、いくつかの課題がある。①立法のしかたとして、必ずしも一般国民のコンセンサスを得ず、被害者団体の強い要望に基づいて立法したことは、民主主義的方法といえない。②重大な犯罪や国民みなが知っておかねばならぬ犯罪については、できるだけ刑法典に規定するのが、規範として浸透させるのにふさわしい。その点で、自動車交通犯罪を特別刑法としたことは、規範の面で弱体化につながるおそれがある」と指摘される¹³。

『平成二七年版犯罪白書』によれば、平成二六年における危険運転致死傷罪の認知件数は四九一件にすぎないが、自動車運転過失致死傷罪の認知件数は五五〇二五八件にも及んでいる。これは全刑法犯認知件数一七六二九一二件の実に三一・二パーセントを占めている。

交通事故犯は、そのほとんどがわれわれのちよつとした気の緩みから起こる犯罪であり、決して犯罪者らしい犯罪者が惹き起こす犯罪というのではない。そのような意味で、交通事故犯はわれわれにとつて極めて身近な犯罪と言えるため、それに対する罰則規定は特別法で定めるよりも、一般法でありわれわれ国民にとつてより身近な馴染みのある刑法典に置く方が、より分かり易くかつ一般予防効果も期待できると思われる。したがつて、交通事故犯に関する罰則規定を刑法典からはずしたことは、大いに疑問である。このように、立法それ自体が国民にとつてかえつて分かりにくい、かつ馴染みの薄いものとなっていることも見逃せない事実であらう。一考を要するところである。

三 刑法理論について

ここでは、船山教授が最近特に力をいれておられる過失犯について略述することとする。

過失犯については、予見可能性について、具体的予見可能性が必要か、それとも（具体的）危惧感で足りるかについて争いがある。後者の場合は必然的に過失の中心を結果回避義務に置いて捉えることになる。すなわち「回避措置重心説」である。⁽¹⁴⁾ 被害者を多数出した事犯を思いつくまま並べてみれば、たとえば古くは、森永ドライミルク砒素中毒事件、カネミ油症事件、熊本水俣病事件、薬害エイズ事件、多くのホテル・デパート火災事件など、比較的最近のものとしては、JR西日本福知山線脱線事件、明石花火歩道橋事件、東京電力福島第一原子力発電所事件など、枚挙にいとまがない。そして、これらのうちのいくつかは、もし刑法典に法人そのものを処罰する規定が存在したならば、その規定が適用されてしかるべき事案といえる。しかし、刑法典には法人処罰規定がないために、国民からは、企業そのものを業務上過失致死傷罪で処罰することができるようにはすべきではないか、という声が出されるのである。

さらに、企業のトップが刑事責任を追及され起訴されても、多くの事件で無罪とされてしまう現状に対しては、国

民からは不満の声も聞こえてくる。国民、特に被害者は、何も企業のトップを実刑にして刑務所に送り込むことを望んでいるのではなく、企業の責任者としての責任を明確にしてもらいたいと思っているのではないだろうか。しかし、現在の過失犯理論では、真に責任を負うべき者に責任が問えないようになっていられると思われ、この点で国民の意識と裁判実務とは大きく乖離していると言つてよいと思われるのである。

そこで次は、刑法は一体誰のためにあるのか、何のためにあるのか、つまり刑法の役割は何かについて検討してみたい。

三 刑法の役割

刑法は誰のためにあるのか、との問いに対しては、特に裁判員裁判が実施されていることもあり、刑法は国民のためにある、決して法曹三者だけのものではないと言える。このことを前提として、刑法の役割を見てみよう。⁽¹⁵⁾

一 犯罪・非行の防止

刑法の役割の第一は、どのような行為が犯罪とされ、それに対していかなる刑罰が科せられるかを、あらかじめ明確な法文で示すことによつて、犯罪・非行を防止することである。刑法は、その存在自体で国民に対し一定の威嚇力を持っていることは否定できない。ただし、その威嚇力を発揮するためには、犯罪に対する刑罰が適正なものでなければならぬと同時に、法文それ自体が明確なものでなければならぬ。そしてそれは、法文を解釈する場合においても、われわれの予測可能の範囲内に納まる解釈、つまり類推解釈ではなく拡張解釈に止めるものでなければならない。

最高裁判所は、いわゆる徳島市公安条例事件判決で、「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである」としたが、^⑮この基準は一般人の理解を判断基準に置く点で妥当だと思われる。

これに対し、たとえば、「淫行」の解釈に合憲限定解釈を採った昭和六〇年一〇月二三日の最高裁判所大法廷判決^⑰は疑問とせざるをえない。なぜなら、『淫行』とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、①青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、②青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である」といった解釈は、通常の判断能力を備えた一般人の理解に適うものかどうかは、はなはだ疑問だからである。

前述の身分概念も、判例・通説のような定義では、われわれ国民にとつて決して分かり易いものとは言えない。『広辞苑第六版』によれば、身分とは「身の上。境遇」の他に、「社会関係を構成する地位や職業の序列」としている^⑱。そしてこのような定義は、われわれ国民にとつて十分理解できるものであり、刑法上の身分もこのように解するならば、どのような行為が犯罪とされ、それに対していかなる刑罰が科せられるかが、あらかじめ明確に定めることができると思われるから、刑法の第一の役割である犯罪・非行の防止に資することになるであろうし、刑法の基本原則である罪刑法定主義にも適うものといえる。

業務の概念についても同様のことが言える。^⑲前述のように、判例・通説とも業務の概念について、娯楽の要素があ

るときでも業務といえるとしている。自動車運転過失致死傷罪が刑法二二一条二項として制定された平成一九年以前は、自動車による人身事故を処罰する場合、仕事で自動車を運転する場合と、娯楽で自動車を運転する場合とで、運転者に課せられた注意義務は同一であるから、娯楽で自動車を運転し人身事故を起こした場合でも業務上過失致死傷罪になるという解釈は、理解できるものである。

しかし、平成一九年以降は自動車による人身事故について特別の規定が設けられているため、また、重過失致死傷罪も規定されているため、業務から娯楽の要素を除いた解釈、つまり、前述のように、業務とは「事業・商売などに關して、日常継続して行う仕事。なすべきわざ。仕事」とする方が用語が明確となり、われわれ国民にとつて分かり易いものとなるのではなからうか。そしてこのことは、ひいては犯罪・非行の防止につながるものと思われる。

二 犯罪者の改善・更生・社会復帰

刑法の役割の第二は、犯罪者の改善・更生・社会復帰に役立たせるということである。これには、犯罪者が自ら罪を犯したという自覚が不可欠である。犯罪者がこの自覚をもつてはじめて贖罪の意識が生まれ、犯罪者が改善・更生・社会復帰へと向かうことができるものと思われる。

犯罪者に自分が罪を犯したという意識をはつきり持たせるためには、自分のどのような行為が犯罪となるのかを、あらかじめ法文で明確に示しておく必要がある。法文自体があいまいであれば、自分は罪を犯したという罪悪感ではなく、うまく法律をかいぐれなかったという失敗感しか生じないのではないだろうか。ここからは真の意味での犯罪者の改善・更生・社会復帰は生まれてこないだろう。その意味からも、法文自体の明確性が重要である。刑法上の概念も、われわれ国民が十分に理解できる概念を定立することによつて、刑法の第二の役割は果たすものと思われる。

三 被害者の救済

刑法の役割の第三は、被害者の救済に役立たせるということである。この役割は従来あまり意識されてこなかった。犯罪が行われたとき、被害者はもちろんわれわれ国民も、犯罪および犯罪者に対して激しい憤りを覚えるものである。そして、その犯罪が凶悪かつ重大なものであればあるほど、犯罪者を重く処罰する欲求が高まるであろう。しかし、もし犯罪者が自らの罪を悔い、被害者に対して心から謝罪し、その気持ちを損害賠償という形で少しでも表すなら、被害者の報復感情も宥和されていくものと考えられる。

そのためには、刑法の第二の役割とも結びついてくるが、犯罪者の罪を犯したという自覚が何よりも大切だと思われる。したがって、ここでもわれわれ国民が十分に納得しうる刑法が重要であるといえる。われわれ国民にとって理解できにくい定義・概念などでは、犯罪者自身の罪悪感を導き出すことはむずかしい。そうになると、被害者救済などは絵に描いた餅に終わってしまうことになる。

刑法は誰のためにあるのかを、原点に立ち返って考察すれば、もちろん国民のためにあると即答されるであろう。しかし、刑法の用語の現在の定義・概念は、決して国民に容易に受け入れられるものばかりではない。刑法の用語の定義・概念は法曹三者のみに通用すればよいとするものではなく、われわれ国民にも通用するものでなくてはならない。そして、そのことが刑法の役割を十分に活かすことにもつながるものと思われるのである。

四 過失犯のとらえ方

一 生活関係別過失犯論

私たちにとって身近な犯罪といえば過失犯であろう。統計的には全刑法犯の認知件数が最も多いのは窃盗罪であるが、これはわれわれが加害者すなわち窃盗犯人として登場するというよりも、被害者として登場することの方が圧倒的に多いと思われるからである。

これに対して過失犯は、自動車運転による人身事故を考えれば、われわれが加害者として登場することが極めて多いといえることができる。そのような意味で、認知件数が最も多い故意の窃盗罪よりも、交通事故による過失事犯の方が私たちにあって身近な犯罪といえるのである。

ところで、一口に過失犯といっても、自動車運転や自転車操縦による人身事故に代表される比較的小規模の過失から、JR福知山線脱線事件、東京電力福島第一原子力発電所事件など被害が大規模にわたる過失まで、多種多様である。特に後者の過失の場合は、企業組織体の過失と言ってもおかしくはない。ただ、現行刑法典では企業組織体自体の過失を問う仕組みにはなっておらず、業務上過失致死傷罪などの過失犯に問われるのは、あくまで個人である。しかし、企業のトップにいる者は企業そのものを動かすことができるため、企業のトップに問うことができる過失は企業組織体自体の過失といえることができる。

一方、自動車運転による人身事故の場合は、基本的には個人の過失ととらえることができる。だとするならば、企業組織体自体の過失と同一視して良い企業のトップに問うことができる過失の内容と、自動車運転による人身事故等

で問われる過失の内容は、自ずと異なつてしかるべきであろう。ここに生活関係別過失犯論を唱える意味が見い出されるのである。⁽²⁰⁾

二 企業トップの過失

過失犯は行為者に課せられた注意義務に違反することであるが、注意義務の内容に関して旧過失論、新過失論、新・新過失論（危惧感説）の対立があることは周知のとおりである。また、それぞれの過失犯において共通の要素である予見可能性については、具体的予見可能性が必要か、それとも危惧感で足りるのかとの対立もある。そして、この検討に当たつても、われわれ国民の視点に立つた議論が必要である。

われわれが企業組織体自体の過失、すなわち企業のトップの過失を考える場合、起こつた結果に対して企業は、つまり企業のトップはどれだけのことを具体的に予見したか、と考えるだろうか、それとも企業のトップは犯罪的結果が出ないようにどれだけのことをやったか、と考えるだろうか。

ある犯罪的結果が企業組織体自体の過失と考えられる場合、一般的には個人の過失によって惹き起こされる結果と比較にならないくらい深刻でかつ多くの被害者を生む傾向を持つ。したがつて、企業組織体の過失の場合は、できるだけ被害を出さないようにするにはどうしたらよいか、という観点、すなわち予防法学的観点が要請される。これは前述の船山教授の「回避措置重心説」⁽²¹⁾と同じ根を持つ考え方である。つまり、過失犯の構造のうち結果回避義務に重点を置く考え方であるが、そうなるとその前提である予見可能性は、危惧感・不安感で足りるとされるべきであろう。企業のトップは、構造的に部下と金銭を動かす権力を持つ。この地位に見合う過失犯の理論は、回避措置重心説であろう。もし企業のトップにおいても具体的なものを要求する具体的予見可能性説に立つならば、企業のトップが

不勉強であればあるほど、また、現場から遠くなればなるほど具体的予見可能性はないことになりかねない。すると過失が問えなくなる。しかし、これはどう考えても不合理と言わざるを得ない。責任者は責任を取るから責任者なのであって、そのために一般の従業員より高額な報酬を得ているのである。企業のトップはその点を自覚すべきである。次に具体的な事例を見てみることにする。まず、JR福知山線脱線事件である。神戸地裁平成二四年一月一日の判決の事案と判旨の詳細は、船山教授の「脱線転覆事故における安全対策責任者の過失——尼崎JR脱線事件——」⁽²²⁾に譲るが、本件における神戸地方裁判所は、過失犯においては具体的予見可能性説に依拠していると言つてよい。そして、被告人には具体的予見可能性はなかったとして無罪としている。

この判決に対しては、危惧感説を主張される船山教授により痛烈に批判されているが、反対に本判決の結論を妥当とする見解も存在する。たとえば大塚裕史教授は、具体的予見可能性説を妥当とすることを前提として、「神戸地裁判決は、いわゆる具体的予見可能性説に依拠しそれを厳格に適用して予見可能性を否定しており、それは妥当な判断であるといえる」⁽²³⁾とし、さらに、「本判決は、予見可能性を結果回避義務を基礎づける要件ととらえているが、本件曲線で速度超過による脱線転覆による死傷という個別具体的結果の予見可能性を問題としているので、予見可能性を責任を基礎づける要件としてとらえる見解からも好意的に受け止められるであろう。いずれにせよ、具体的予見可能性を認めるためには、因果経過の基本的部分の予見を問題にし、しかも、予見可能性の程度として『予見の容易性』が必要であることを明確に示した点で、本判決は、ともすると予見可能性判断が緩やかになりがちな傾向に歯止めをかけた裁判例として極めて重要な意義があると思われる」⁽²⁴⁾とされている。

ところで、企業組織体の過失と企業トップ——特に本件では安全対策責任者——の過失は、主に監督過失および管

理過失であろう。⁽²⁵⁾ 監督過失は事業主が従業者に対する選任監督義務に違反した場合の過失であり、管理過失は企業管理者等による人的・物的設備、人的体制・機構等の不備それ自体が犯罪的結果発生との関係で過失を構成することであり、仮に現場がミスを犯しても被害が発生しないように、または被害を最小限に食い止めることができるようにあらかじめ安全対策を講じておくべき注意義務に違反することをいう。

監督過失や管理過失をこのようにとらえるならば、企業組織体自体や企業のトップは結果発生を食い止めるために、または被害を最小限に止めるために、どのような措置を採るべきかが問題とされるべきなのである。つまり、本件において、被告人は、たとえ運転士が速度調節を誤ったとしても、大事故につながらないような措置を講ずべきであったのである。具体的にはA T Sの設置である。大塚教授の指摘によれば、J R西日本管内に半径三〇〇メートルの曲線が二一・二か所もあるが、本件曲線の転覆限界速度は時速一〇八キロメートルであり、転覆危険率も一・三三〇であり、危険性の高い曲線であったということである。そして、この転覆危険率という概念は、本件事故後に鉄道事業者一般に知られるようになったとされている。そこで、本件曲線を個別に指定してA T S整備を指示すべき結果回避義務を課すに足りる程度の予見可能性は認められないことになる⁽²⁶⁾とする。

しかし、転覆危険率という概念がいつ一般化したかどうか、つまり予見可能性があったかどうかには関係なく、危険性が高い曲線かどうかを部下に調査させ、危険性が高ければ速やかにA T Sを設置する方策を採るべきであった。これは正に管理過失の問題に他ならない。つまり、企業組織体の過失や企業トップの過失については、結果回避措置を中心にとらえるべきである。しかも、平成八年二月四日にJ R北海道函館線において同様の事故があり、このことはJ R西日本でも周知されていたと言われている。ということは、J R西日本の幹部には危機感どころか具体的予

見可能性すらあったと言えるだろう。それならばなおのこと結果回避のために採るべき措置を考えるべきであった。このことは、まさに船山教授のいう「回避措置重心説」が重要であることを示したものであるのである。

次に東京電力福島第一原子力発電所事件についてみてみたい。⁽²⁷⁾平成二八年二月二九日、東京電力の旧経営陣三名が、業務上過失致死傷罪の容疑で東京地方裁判所に強制起訴された。この裁判において旧経営陣側は、事故の結果は想定外であり、具体的に予見できなかったから過失はなかったと主張するであろう。しかし、強制起訴されたのは一介の従業員ではなく、旧経営陣つまり東京電力のトップである。そこでの過失のとらえ方はJR西日本福知山線脱線事件と同様であるべきである。つまり、ここでは、犯罪的結果を発生させないために、どれだけの結果回避措置を採ったのかが重要になってくる。決して具体的予見可能性が重要ではないのである。結局、結果発生 of 危惧感・不安感があれば、その危惧感・不安感を払拭するに足るだけの結果回避措置を講ずることが必要であり、そして、そのことが過失の中心になるということができるのである。

本件に関しては、津波の予測について二通りの見解があったと指摘されている。一つは、平成一四年三月に算出され東京電力が採用していた「社団法人土木学会」の予測で波高五・七メートルというもの、もう一つは政府の専門機関である「地震調査研究推進本部」が同年七月に公表した「三陸沖から房総沖にかけての地震活動の長期評価について」と題する津波地震の予測に基づき、東京電力が平成二〇年三月に試算した予測最高波高一五・七メートルというものである。⁽²⁸⁾

このように見えてくると、最初の予測は波高五・七メートルであったかもしれないが、それから六年後に東京電力が予測した数値が最高波高一五・七メートルであったのであるから、一五・七メートルの津波が来襲するおそれは当然

予測できたはずであり、少なくともその危惧感があったと言ってよい。それならば、その危惧感を払拭するに足る結果回避措置、たとえば、高い防潮堤を設置する、非常用電源設備の防水性を高める、その設備のみを津波から守ることができるような高所に移動させるなど、結果回避のための方法を採用すべきであった。²⁹それを怠ったところに、東京電力の旧経営陣には過失があったと言ふべきなのである。

三 個人の過失

ところで、個人の過失を認定するにあたっては、予見可能性について、ある程度具体的な因果関係などを見通すことができる具体的予見可能性が必要とされるべきであろう。なぜなら、たとえば、われわれが市街地や住宅地で自動車を走行させる場合、信号はないけれども交差する十字路の一方の道路には「止まれ」の標識があり、かつ路面にも「止まれ」の文字が書いてある交差点に差し掛かったときなどには、他の自動車や無謀な自転車などがその標識や文字を無視して飛び出してくるかもしれない、子どもが急に車道に飛び出してくるかもしれない、などという漠然とした危惧感・不安感を伴っていることが通常であろう。そこで、自動車の運転者にその危惧感・不安感を払拭するに足るだけの結果回避措置を講じなければならないとするならば、自動車を運転して市街地や住宅地を走行するときには、いつでも停車できるよう常に徐行していることが求められるであろう。このことは個人行為者にとってかなり酷な要求となることは否めない。もちろん信頼の原則の適用の余地はあるであろうが、それでも個人に対して危惧感説で対処するならば、信頼の原則の適用の余地は全くなくなるか、もしくは適用の余地が極めて狭くならざるを得ないだろう。このことは、ひいては責任主義に反する結果となる可能性も否定できなくなるのではないだろうか。

個人行為者の過失を認定する場合、船山教授は予見可能性は危惧感で十分であるとし、その例として以下の事例を

挙げられる。すなわち、「日常生活の例でも、自動車を運転していて雨が降り始めたら、どんな事故が起きるかを考えるよりは、事故を起こさないためにどんな結果回避措置がとれるかを考えて、減速したり、ライトをつけるであろう。あるいは、降雨が激しいときは、自動車を道路の脇に寄せて、停車することになる。すなわち、このような結果回避措置が可能であることから、予見可能性は危惧感で十分であることがわかる」とされる⁽³⁰⁾。しかし、雨天時に高速で自動車を走行させる場合には、ハイドロプレーン現象によりスリップ事故を起こす可能性のあることは、一般の運転者なら容易に予測ができることである。したがって、この事例の場合には、具体的予見可能性説を採ったとしても、不都合は生じないのである。

また、自動車の運転者が、制限速度をかなり超過して車を走行させれば事故を起こすであろう、という具体的予見可能性は否定できないし、夜間、自転車を無灯火でかなりの速度を出して走行させた場合にも、事故を起こす具体的予見可能性は否定できない。

平成二〇年五月に長野県松本市で、柔道指導者が小学六年生に「片襟体落とし」と呼ばれる技をかけたために、意識障害を伴う後遺症を負うに至った事故を起こしたが、この事件の長野地裁判決（平成二六年四月三〇日）について、船山教授は危惧感説に基づいている可能性が高いとされる⁽³¹⁾。ただ、本判決は、「傷害の発生機序の詳細まで予見できなければ注意義務を認めることはできないとはいえないのであって、技量・体格等が未熟な者が強い力で投げられ、畳に打ち付けられるなどすれば、直接打撲した部分に限らず、身体各部に無理な力が加わり、そのような無理な力が加わった身体の部分に何らかの障害が発生しうることは十分に予見可能である」としていることから、具体的予見可能性説を採用しているとも解しうる。したがって、本判決を必ずしも危惧感説に基づいているととらえる必要はない。

のではないか。たしかに、年齢のいかないうち小学六年生に高度な技をかけて畳に打ち付けられ、何らかの障害が残る可能性はあるとの予見は、一般に可能であろう。

ところで、企業内における裁量権のない一従業員が、業務中、ある事実が何らかの犯罪的結果を惹き起こすかもしれないとの危惧感を抱いた場合、その従業員の採るべき結果回避措置は何であろうか。それは裁量権のある上司に報告し最善の措置を採らせることであろう。しかし、従業員の単なる危惧感のみで上司に対する報告義務を課すのはいかなるものであろうか。おそらく単なる危惧感のみで上司に報告したとしても、その報告に具体性がない場合には、上司としても採り挙げないことも多いであろう。そうになると、従業員としては上司に報告しない、ということも十分ありうる。しかし、危惧感があればそれを払拭するに足るだけの結果回避措置を採るべきであるとする危惧感説は、企業内の裁量権のない一従業員にとってはかなり厳しいものになるのではないだろうか。やはり、裁量権のない従業員については、何らかの犯罪的結果が生じる可能性があるという具体的予見可能性があった場合、それを上司に報告しなかったときに過失が問われるとすべきではないかと思われる。もちろん、従業員が何らかの危惧感を持ったときは、それを企業として正式に採り上げるというシステムの構築が必要であることは言うまでもないであろう。

このように、個人の過失については、具体的予見可能性説を採ったとしても、必ずしも不都合は生じないのではないだろうか。

四 生活関係別過失論の課題

この章では、企業組織体の過失（企業トップの過失）と個人の過失では、予見可能性のとらえ方が異なっているべきではないか、つまり、企業組織体の過失・企業トップの過失は危惧感説で、個人の過失は具体的予見可能性説でと

らえるべきことを主張した。これがわれわれ国民にとって理解し易い考え方、社会常識に適った考え方であろうと思われるからである。

ただ、ここで議論の対象としている企業は、どうしてもJR西日本や東京電力などの大企業になってしまうのである。しかし、わが国ではいわゆる中小企業・零細企業がほとんどである。中小企業のうち比較的規模の大きな企業に対しては危惧感説でもよいであろうが、規模の小さな中小企業・零細企業は、単に企業ということで、はたして危惧感説でよいのか、そうなるのかなり酷な結果にはなりはしないか、疑問の残るところではある。企業の規模、事業の内容、被害の態様など、諸般の事情を十分に踏まえた上で、生活関係に応じた結論を出すべきだと思われる。

また、個人の過失だからといって、必ず具体的予見可能性を必要とするというものでもあるまい。企業のトップのような地位になくても、企業の中で何らかの裁量権を持つ者については、危惧感説で過失をとらえてもよい場合もある。しかし、何ら裁量権を持たない者に危惧感説で過失をとらえることは、あまりに酷な結果となろう。ただ、企業の中の個人について、裁量権の有無を認定するのは、特にいわゆる中間管理職の立場にある者の場合、危惧感説がよいか具体的予見可能性説がよいかの判断は、かなりの困難を伴う問題であると言わざるを得ないだろう。

五 結びにかえて

船山教授の著書に『人間の目でみる刑法』（初版平成五年・こぶし社）がある。教授は同書のはしがきで、「この世の中からいくらかでも犯罪や非行が少なくなったらよいと願っています」とされ、そのために「犯罪や非行に直接的に關する刑法のあり方を探究する」道を選ばれたとあり、その訳は、「犯罪に対処するための刑法の使われ方が本当に

国民を守るために役立っているのかという疑念」があるからだとされる。また、「刑法は誰のためにあるのかといいますと、それは普通の国民のためにあるはずです。ところが、実際は、刑法典の条文は読みにくく、教科書は難解ときています」と指摘されている³²。教授がこの「はしがき」を書かれた平成五年は、刑法は未だカタカナ表記の時代であった。その後平成七年に刑法はひらがな表記になったため、読み易くなったのは確かであるが、刑法の用語の定義・概念等については、決して分かり易いものになったわけではなかった。したがって、教授の指摘は今でもなお十分通用するものである。

私も、刑法に対する基本的な考え方については、船山教授と軌を一にするものである。そこで本稿は、現行刑法および刑法理論が、本当にわれわれ国民のものとなっているかを、刑法の現状はどうなっているか、刑法の役割は何か、われわれにとって身近な犯罪である過失犯について、刑法理論はどうあるべきかを中心に若干の検討を加えたものである。

刑法は法曹三者だけのものであるという時代は過ぎ、われわれ一人ひとりが刑法との関わりを持って生きているという自覚を持つ必要がある。裁判員裁判が実施されている以上なおさらである。そのためにも、刑法用語の定義・概念、刑事立法、刑法理論などについて、それらが真の意味で国民のものとなっているかということを、常に検証していかなければならない。

（1）この点については、船山泰範「裁判員制度と刑事司法の近代化」政経研究第四六卷第二号（平成二二年）五七一頁以下参照。

- (2) 最判昭二七・九・一九刑集六・八・二〇八三。
- (3) 最判昭四二・三・七刑集二一・二・四一七。
- (4) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)四一九頁。
- (5) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三七二頁。
- (6) たとえば、大谷實『刑法講義総論新版第四版』(平成二四年)四五〇頁、山口厚『刑法総論第三版』(平成二八年)三四八頁など。
- (7) 大塚仁『刑法概説(総論)』(第四版)『(平成二〇年)三三二九頁。
- (8) 福田平『刑法総論(第五版)』(平成二三年)二九二頁。
- (9) たとえば、高橋則夫『刑法総論(第二版)』(平成二五年)四八〇頁、山中敬一『刑法総論(第三版)』(平成二七年)一〇〇六頁など。
- (10) 肯定説を採られる山口厚教授も、一時的主観的要素を身分に含ませることは「『身分』という日常用語的理解からは若干離れることになる」ことは認めている(前掲注(6)三四九頁)。
- (11) 最判昭三三・四・一八刑集一二・六・一〇九〇。
- (12) 新村出編『広辞苑第六版』(平成二〇年)七三九頁。
- (13) 船山泰範『刑法の礎各論』(平成二八年)六七頁。
- (14) 船山泰範「過失犯における回避措置重心説」『川端博先生古稀記念論文集(上巻)』(平成二六年)四一一頁以下参照。
- (15) 船山泰範『刑法の役割と過失犯論』(平成一九年)一〇頁以下、同『刑法学講話(総論)』(平成二二年)一五頁以下を参照させていただいた。また、拙稿「刑法の役割と最近の刑法改正―法定刑改正を中心として―」秋田法学第四九号(平成一九年)一頁以下。
- (16) 最大判昭五〇・九・一〇刑集二九・八・四八九。
- (17) 最大判昭六〇・一〇・二三刑集三九・六・四一三。

- (18) 新村前掲注(12) 二七一一頁。
- (19) この点についての詳細は、拙稿「業務上過失致死傷罪における業務の概念」大淵利男先生追悼論文集『社会科学の理論と現代的課題』（平成二〇年）三九九頁以下。
- (20) 板倉宏『刑法総論（補訂版）』（平成一九年）二五六頁、藤木英雄・板倉宏『刑法案内2』（平成二三年）六一頁など。
- (21) 船山前掲注(14) 四一一頁以下。
- (22) 船山泰範「脱線転覆事故における安全対策責任者の過失―尼崎JR脱線事件」日本法学第七八卷第一号（平成二四年）一五七頁以下参照。
- (23) 大塚裕史「鉄道事故と企業幹部の管理・監督責任―JR福知山線脱線転覆事故判決を契機として」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集（上巻）』（平成二六年）六五八頁。
- (24) 大塚裕史前掲注(23) 六六六頁。
- (25) 船山前掲注(22) 一六六一―一六七頁。
- (26) 大塚裕史前掲注(23) 六六一―六六二頁。
- (27) 詳しくは、古川元晴・船山泰範『福島原発、裁かれないでいいのか』朝日新書（平成二七年）参照。
- (28) 古川・船山前掲注(27) 八二頁。
- (29) 船山前掲注(14) 四三四頁。
- (30) 船山前掲注(22) 一六四頁。
- (31) 船山泰範「柔道指導における過失責任」日本法学第八〇卷一号（平成二七年）三七九頁。
- (32) 船山泰範『人間の目でみる刑法』（平成五年）はしがき三―五頁。

原発事故における過失責任と注意能力

杉 山 和 之

一 はじめに

二〇一一年三月一日東日本大震災が発生した。これは我が国がこれまで経験したことがないような未曾有の大災害であり、その爪痕は五年が経過した今でも深く刻み込まれている。特に重大なのは、震災によつて発生した津波による福島第一原発のメルトダウンの影響である。現在も福島第一原発から半径二〇キロメートル圏内では、高い放射線量を計測し、帰宅困難となっている。その後の事故調査委員会の報告によると、これは自然災害ではなく、人災であるとされている。しかし、検察官は、東京電力には一五メートルを超える津波を予見することはできなかったのであるから、刑事責任はないと判断し、不起訴処分とした。もちろん、多くの国民は、その結論に納得しない。そして、二〇一六年二月二九日、東京電力の元会長らが検察審査会によつて強制起訴されたのである。

この裁判では、事故に対する東京電力の過失が認められるかどうかが争点となる。通説・判例である具体的予見可能性説は、過失の本質を客観的注意義務違反としての結果回避義務違反と捉える。そして、結果回避義務の前提として、結果発生 of 具体的予見可能性の有無を考慮するのである。おそらく弁護側は、不起訴処分とした検察官と同様に、東京電力には、一五メートルを超える津波の発生を予見することはできず、放射性物質の拡散による生命・身体への侵害を回避することができなかつたと主張するであろう。そして、従来の判例の立場から考えると、この弁護側の主張が受け入れられる可能性が高い。たしかに東日本大震災とそれによる津波の襲来を具体的に予見することは地震や津波の専門家でもできなかった。しかし、そもそも自然災害は、現代の科学では十分に予見できないのであるから、予測不能な自然現象を起因とする事故には、全て過失責任が認められないということになってしまう。

自然災害の多い我が国では、常にそれと共に生きていかなければならない。毎年自然災害によって多くの生命が失われている。もちろん、そこに刑事責任を認める余地はない。しかし、原発事故の被害は、自然災害そのものではない。いわば自然災害と人為的な要因の両者が相まって起きた事故であるといえる。この人為的な要因の部分に着目しなければならぬ。自然災害そのものを回避することができなかったとしても、人々の生命や身体 of 安全性を確保すべく、最大限の努力をしなければならないのであって、そこに何らかの義務懈怠があれば、刑事責任を認めなければならない。

私は現在の国や行政は、原発に対する責任を十分に果たしてはいないを考える。なぜなら福島第一原発事故が何らの解決もなされていないにもかかわらず、鹿児島県の川内原発の再稼働が許可されたからである。もし、再度同じような想定外の自然災害によって川内原発がメルトダウンを起こしたとしても具体的予見可能性がないことをもって刑

事責任が否定されるのであろうか。それはあまりにも無責任な対応ではないだろうか。危惧感説は、このような科学技術の発展によつて引き起こされる大規模な災害などの未知の危険に対して、一定の範囲で刑事責任を認めようとするものである。⁽¹⁾私も五年前に自ら福島第一原発事故の影響を受け、そして、現在は鹿児島県に在住し、川内原発の再稼働を目の当りにした。そこであらためて危惧感説と、予見可能性と回避義務違反の双方向モデルの重要性を認識するに至つたのである。

二 問題の所在

さて、このような原発問題を契機に、現在の過失論においていかなる点が検討されなければならないのか。それはすでに述べたように、予測も回避も不可能な自然災害に基づく大事故から、人々の生命・身体への侵害を防止するため、過失犯論がいかなる役割を果たすのかということである。

ここで第一に確認しなければならないのは、いかに結果が重大な事故であつたとしても刑事責任は責任主義に基づいて判断されなければならないということである。責任主義は、責任なければ刑罰なしを意味し、団体責任や、結果責任の否定を意味する。これから検討する問題はともすれば団体責任や結果責任を容認することにもつながりかねない。たとえば、東京電力の過失責任を問題とする時、原子力発電所を稼働した以上は、事故が起きた場合にすべて責任を負うべきだとすると、まさにこれは結果責任に他ならない。また、いかに予防の必要性があるとはいえ、それによつて責任主義の刑罰限定機能を緩和することは、許されない。それは従来の責任と予防をめぐる議論においても明らかにされたことでもある。あくまでも責任主義の立場から非難可能性が認められる範囲はどこまでなのかという点

を追求しなければならない。

そのことを確認した上で、本論文で着目するのは、過失犯の本質である注意義務の前提としての注意能力である。たとえば、原発事故における東京電力に対する刑事責任の有無を考えるにあたって、特に重要なのは、東京電力のような大企業に対する注意義務はいかなる基準で定立されるのかということである。この注意義務の前提には注意能力がある。一般に行為者の注意能力を前提として、注意義務が定立され、注意義務違反が認定される。東京電力の注意能力は、一般平均人のそれよりもはるかに高いものが認められるであろう。そこで、一般平均人よりも高い注意能力を有しているからといって、そこから一般人には課せられないような高い注意義務を認めることができるのかということが問題となるのである。すでに述べたように従来の通説的見解はこれに否定的である。一般平均人よりも能力の低い者については、それを考慮することが責任主義の要請であるが、逆に高いものについて、それ以上の注意義務を課す必要はなく、それもまた責任主義の要請であるというものである。このことは通常の過失犯だけではなく、業務上の過失の場合にも同様である。果たして、本当にそう言えるのであろうか。高い能力を有する者に対してはやはり高い注意義務を認めるべきなのではないだろうか。それは必ずしも責任主義に反するものではないのではないだろうかということが本論文における問題意識である。

私はこれまで原因において自由な行為の法理を研究の対象にしてきた。その問題意識の原点は、飲酒や薬物などによつて責任無能力状態を招き、その状態で何らかの法益侵害行為をした場合に、その責任無能力状態ゆえに刑事責任が問われなとする結論は、行為者の無責任な飲酒行為による法益侵害行為を助長することになるのではないかと考えたからである。ここに福島第一原発事故の刑事責任をめぐる問題に共通するものがあると考えた。確かに地震と津

波についての具体的予見可能性を認めることは難しいかもしれない。しかし、ここで問題となっているのは東京電力という何十年にも渡って原発事業に携わってきた専門機関の注意義務である。通常一般人の立場では、予見不可能であつたとしても東京電力の高い注意能力を基準として考えれば刑事責任を問う余地は十分にある。仮に地震と津波が実際に予見不可能であつたとしても、原因において自由な行為と同じように、自らの意思で行つた行為に対しては、そこから法益侵害の結果が発生することを防止する義務があり、自ら予測が不可能な事象経過に身を委ねることは責任を回避する理由にはならない。

もつとも究極的にはすでに述べたように原発を稼働したこと自体に過失責任を負わせるという論理もないわけではない。⁽²⁾しかし、実際問題として、我が国がこれまで何十年という期間、原発の恩恵を受け、それを受け入れてきたという経緯がある以上、遡ってそれを問うことは難しいであろう。

以上のように本論文では、福島第一原発事故を題材として、通常一般人よりも高い注意能力を有する者に対する注意義務のあり方を明らかにすることを目的とし、その結果、今後の原発事故に対してどのように対応していくかという展望に導きたいと考える。

三 過失犯における注意能力と注意義務の関係

以上のような問題意識に基づき、まずは注意義務と注意能力に関する従来の議論を整理しておく必要がある。

三―一 予見可能性の標準

従来の学説において、注意能力と予見可能性の判断基準については、行為者の能力を標準とする主観説、一般人の

能力を標準とする客観説、注意義務については一般人の注意能力を基準とし、注意義務違反については行為者本人の注意能力を基準とする折衷説などが対立している。

まず、主観説の立場は、行為者個人の能力を標準として予見可能性の有無を確定することから個人責任主義に重点を置く⁽³⁾。特に、過失を責任の要素であると考えた旧過失論の立場と親和的であると考えられる。旧過失論は、古典学派である客観主義刑法の論者によって支持されているものであり、そこでは、違法は客観的に、責任は主観的にという命題に従い、予見可能性は過失犯における不注意の前提としての主観的な要件であるとされ、責任の段階で考慮されるものである。

主観説の利点は、具体的な行為者自身の能力を標準とすることから、責任主義との整合性が図りやすいということである。しかし、この主観説の立場に対してはいくつかの問題点が指摘されている。まず、行為者の注意能力が一般人よりも高い場合、一般人には課せられないような高い注意義務をその行為者にのみ課すことになってしまうということである。そして、逆に行行為者の注意能力が一般人よりも低い場合には、一般人として求められるような注意義務を課することができないことになってしまうということである。また、一般人と同等の能力を有していたとしても、行為者としては注意を払っていたにもかかわらず結果が発生してしまった場合、注意の外、つまり、予見可能性の外に結果の発生があるので、これを処罰することができないということになる。さらに、主観説を徹底し、それを責任の段階の問題であるとする、責任能力との区別ができなくなるということである。

これに対して客観説は、予見可能性の判断基準は、一般的・客観的なものでなければならないとする⁽⁴⁾。その理由として、木村亀二博士によると、法が過失犯の構成要件を設定するのは、故意犯におけると同様に、社会の一般人を基

礎とし、法が社会規範であるからというにあるとされている。^⑤ この見解は、過失を責任の要素ではなく、違法性ないし構成要件の要素であると解する立場や、新派の理論、主観主義刑法と親和的であると思われる。もちろん、旧派の立場から客観説を支持するものもあり、^⑥ 両者の関係は必ずしも必然ではない。

客観説は、主観説の問題点をいくつか解消することに成功しているように思われるが、注意義務を行為者個人の能力から独立した平均人に求めることにより、行為責任主義、個人責任主義の観点から考えると、一步後退することになる。そして、一般人よりも高い注意能力を有している者に対しては、なお、行為者にさらに予見可能な領域があったとしてもそれを非難の対象とすることはできないから、一般人よりも甘い判断を下すことになり、逆に一般人よりも低い注意能力しか認められない者に対しては、行為者自身の能力の及ばないところに注意義務違反が認定されることになり、責任主義の立場に反するといった批判がなされている。

そして、現在の通説的見解となっている折衷説は、注意義務については一般人の注意能力を標準とし、注意義務違反については行為者個人の注意能力を標準とする。^⑦ この見解は、客観的な注意義務という立場を維持しつつ、個人責任主義に適合するように行為者の能力も重視するのである。この見解は、旧派、新派を問わず、様々な立場から支持されている。たとえば、過失を違法性ないし、構成要件該当性の立場であると捉えた場合、構成要件の段階では、客観的な注意義務と注意義務違反を問題とし、責任の段階では、主観説に立脚し、行為者の能力を標準として非難可能性の有無を検討するといった見解がある。^⑧ このように、客観的側面と主観的側面を犯罪論体系上、別に位置付け、それぞれ検討するという立場が有力である。

しかし、これに対しては、仮に注意義務を一般人の標準に合わせたとしても、行為者が一般人よりも能力が低い場

合には、有責性の段階で非難可能性を認めることはできず、一般人よりも能力が高い場合には、一般人以上の注意義務がないのであるから、行為者に甘い判断をすることになるといった問題点が指摘されている。また、客観的注意義務の確定の段階において、行為者の能力を考慮しないのは妥当ではないといった批判もなされている。^⑨このように折衷説に対しては、主観説、客観説それぞれの問題点が内在している。

以上のように予見可能性の標準としていかなる能力を基準とすべきか、という議論においては、それぞれの立場に利点と問題点がある。しかし、最近では、主観説とはいえ、標準となる能力の一般化、平均化を全くしないものではなく、また、客観説においても、行為者の能力を全く考慮しないというものは少ない。たとえば、客観説の立場でも、行為者個人とは全く関係のない平均人や一般人を基準とするのではなく、行為者と同じぐらいの立場にある平均人や一般人を基準として捉える見解などが有力であり、主観説、客観説も歩み寄りを見せている。^⑩

三―二 注意能力の内容

次に、注意能力の具体的な内容であるが、これは、予見可能性の標準をどのように捉えるか、そして、過失犯の本質をどのように捉えるかということと密接な関係を有している。

たとえば、旧過失論においては、過失の本質は責任の形式ないし責任の要素と解され、何らかの法益侵害結果が発生し、当該行為との間に因果関係が認められれば、構成要件該当性、違法性が充足され、責任の段階において過失の有無が問題となる。そして、過失犯における不注意とは、結果予見義務違反であると考えられる。その予見義務違反の前提には予見可能性が必要とされる。そして、予見可能性があるにもかかわらず、不注意でその予見を欠き、結果を発

生させたことによつて過失犯が成立するということになる。つまり、不注意の前提として結果予見義務があり、その義務の前提として予見可能性がある。そしてその予見可能性の判断基準として注意能力がある。

ここでの注意能力とは具体的に何か。旧過失論における予見可能性の標準として考慮されるのは、「予見能力」である。行為者の予見能力に基づき、どの程度の予見義務が課せられるかが明らかとなり、それによつて予見義務違反があつたかが判断されることになる。

これに対して、新過失論は、過失犯の本質は、客観的注意義務違反としての結果回避義務違反であると捉える。旧過失論が過失を責任の要素と捉えるのに対して、新過失論は、違法性ないしは、構成要件該当性の要素として捉えるところに特徴がある。ただし、結果回避義務違反を中核としつつも、その結果回避義務違反の前提として、具体的予見可能性が必要であるとする。具体的予見可能性が認められる場合にのみ結果の回避が可能であり、具体的予見可能性があるにもかかわらず、結果の発生を回避しなかったことをもつて結果回避義務違反としての過失犯の違法性を認めるのである。そして、問題は注意能力との関係である。すでに述べたように旧過失論と異なり、新過失論は、結果回避義務違反を中核とするが、その前提には、具体的予見可能性が必要であり、さらに具体的予見可能性の前提には注意能力が必要になり、したがつて、ここでの注意能力も予見能力を意味するものであると^①考えられる。その次の段階として、結果回避義務違反の前提としての回避能力も考慮されることになるであろう。

それでは、危惧感説の場合にはどうかであろうか。危惧感説は、新過失論と同様に結果回避義務違反を過失の中核としつつも、新過失論のように結果に対する具体的予見可能性まで必要とするのではなく、結果が発生するかもしれないという危惧感ないし不安感があれば、結果予見可能性があるといえたとする見解である。この危惧感説においては、

近時、予見可能性を結果回避義務の前提とするのではなく、両者の関係を双方向的に捉える双方向モデルも主張されている。⁽¹²⁾ この見解によれば、回避義務の前提として具体的な予見可能性を必要とするものではない。したがって、注意能力とは予見能力というよりは回避能力に重点が置かれることになる。

このように注意能力の捉え方は、過失の本質をどのように捉えるか、過失の犯罪論体系上の位置付けをどのように捉えるかという問題と密接な関係があり、それぞれの立場によつて異なるものである。いずれにせよ注意能力は、予見能力や回避能力を意味するものと考えられる。

三―三 注意能力と責任能力・行為能力

犯罪論において、能力という概念を考えた場合、まず考えられるのが責任能力である。責任能力とは、事物の是非善悪を弁識する能力と、その能力にしたがつて行動を制御する能力であると考えられている。この責任能力は、責任の段階で問題となる能力であるから、旧過失論に立脚するならともかく、新過失論や危惧感説においては、注意能力と責任能力は犯罪論体系上の位置付けが異なることになるから、その内容についても異なってくる。その場合、その違いは何かということが問題となるのである。

まず、責任能力は、是非弁別能力と行動制御能力として捉えられ、刑法上有責性を問うためには、善悪を判断する能力があるにもかかわらず、あえて違法な行為を決意したことに非難可能性が認められることになる。しかし、ここでいう構成要件該当性ないしは違法性の段階で問題となる過失の前提としての注意能力は、このような行為者の善悪の判断をする能力とは異なる。むしろ、善悪の判断ができないものであったとしても、その行為の危険性を認識し、

その結果を回避する能力が認められれば足りると考えるべきである。したがって、善悪の判断ができない精神障害に陥っている者であっても、結果を予見する能力や結果を回避する能力は認められることになる。犯罪論体系上の位置付けから考えると、両者にはこのような違いが生じてくる。その結果、注意能力は責任能力よりもより基本的な能力であって、つまり、より低い能力でも足りるかのようにも思われるが、これは過失犯の前提となる注意能力の捉え方としては不十分である。たとえば、責任能力よりも基本的な能力として、行為能力が考えられる。責任能力が規範意識を働かせて意思決定をコントロールする能力であるとするならば、行為能力は、自己の意思により身体的動作を支配・コントロールする能力であるとされている。¹³ この行為能力が認められなければ、そもそも構成要件該当性の前提としての行為性が否定され、当然に過失も認められないということになる。この行為能力は、刑法上の評価の対象としての行為性を基礎付ける極めて基本的な能力である。この責任能力と行為能力は、いわば、犯罪成立要件を基礎付けるための最低限の能力であり、もっぱら刑罰を限界づける要素として問題となる。ところが注意能力の場合には、人の行為として最低限の能力としての行為能力でもなく、是非善悪を弁識するという規範的な判断能力の最低限としての責任能力とも全く異なり、むしろより高いレベルで問題となることが多い。たとえば、自動車の事故の場合、自動車を自ら運転する能力が行為能力であるならば、注意能力は、行為能力を前提としながら、さらにそこから法益侵害の結果を予見したり、それを回避したりする能力である。場合によっては、その後の責任判断における責任能力がそこに包含されるような高いレベルでの能力が問題となることもある。そのような意味で、責任能力とも行為能力とも異なる独立した能力であると捉えることができる。そして、注意能力の内容をどのように解するとしても、責任能力や行為能力のように精神鑑定などによって判断されるものではない。これは純粹に規範的概念であると考えられる。

問題はこの注意能力をどのように画定するのかということである。

三―四 注意能力と注意義務

予見可能性の標準に関する議論において、たとえば、主観説に立脚した場合、注意能力は行為者を標準として捉えられ、およそ責任の段階で問題となるものであり、注意能力と注意義務との関係は相互関係ということになる。しかし、これに対して、客観説や折衷説は、注意義務は具体的な行為者の注意能力ではなく、構成要件該当性や違法性の段階において、一般人や平均人を標準として定立されることになるので、必ずしも注意義務の前提には行為者個人の注意能力は考慮されないことになる。ただし、折衷説の場合には、注意義務違反の有無という段階で行為者の能力を考慮することによって責任主義との整合性を図っているものと考えられる。しかし、客観説にせよ折衷説にせよ、注意義務の定立の際に具体的な行為者の注意能力が考慮されるわけではないというところである。ここで、義務は能力を前提するという命題との関係が検討されなければならないのである。

これに関して大塚裕史教授は、具体的注意義務を定立する際に行為者の個別的事情を調査することは是非とも必要であり、これを顧慮せずにいかなる注意義務が定立されているかを考えることは過失認定の論理構造上不可能であると思われる¹⁴とされており、注意能力対応説を主張されている。この指摘は責任主義との整合性という点で極めて重要である。たしかに行為者の能力を全く無視したところに義務を認めることは難しい。行為者に具体的に何ができるのかということを検討した上で、何をすべきだったのが定立され、それに対する義務違反があったかどうかを検討せざるを得ない。現に客観説の立場であつても、行為者の能力を全く考慮しないという見解よりも、行為者の能力と同

等の一般人を標準とする立場が有力であるということはすでに述べた通りである。問題は、注意義務の定立の際に、行為者の注意能力をどの程度考慮する必要があるのかという点である。もし、完全に具体的な行為時の行為者の注意能力の範囲内でのみ注意義務を課すということになると、主観説と同様の問題点が生じるからである。

そもそもここで問題となっている注意能力は、義務の前提であって、義務の内容などを考慮せずに画定されるものであるから、具体的に何を予見する能力なのか、何を回避する能力なのかは全く明らかではない。たとえば、津波を予見する能力が問題となっているのか、電力供給の遮断を予見する能力なのかは、事故の原因から遡って果たすべきであった義務の内容から遡らないと明らかにならない。結局義務の前提たる注意能力とは何かということがさらに検討されなければならないのである。

四 福島第一原発事故に対する過失責任

そこで、これまでの注意義務と注意能力に関する先行研究を踏まえて、実際に福島第一原発事故を題材に検討してみようと思う。そもそも、福島第一原発事故の原因とは何か。これに関して、福島第一原発事故の事故調査委員会（政府事故調査委員会、民間事故調査委員会、東電事故調査委員会）は、津波によつて全交流電源と直流電源を喪失し、原子炉を安定的に冷却する機能が失われたことを、事故の直接的原因としている。さらに、政府事故調査委員会は、極めて深刻かつ大規模な事故となった背景の一つとして、事前の事故防止策・防災対策に問題があったことをあげている。その具体例として、津波対策・シビアアクシデント対策が不十分であったこと、大規模な複合災害（地震・津波と原発事故が同時に発生する災害）への備えに不備があったこと、大量の放射性物質が発電所外に放出されることを想

定した防災対策がとられていなかったことなどを例示している。また、このような事故対処が不十分であった背景に関する考察において、「東京電力を含む電力事業者も国も、我が国の原子力発電所では炉心溶融のような深刻なシビアアクシデントは起こり得ないという安全神話にとらわれていたがゆえに、危機を身近で起こり得る現実のものと捉えられなくなっていたことに根源的な問題がある」と指摘している。このような調査結果から、この度の原発事故は自然災害ではなく、人災であるとされているのである。¹⁵これらの調査結果が正しいとした場合に、東京電力の刑事責任を考えるにあたって、その注意能力と注意義務、注意義務違反は具体的にどのように判断されるのかということが問題となる。

四―一 東京電力に対する注意義務の標準

注意義務の標準については、主観説、客観説、折衷説の立場があり、それぞれ問題点がありつつも、お互いに歩み寄りを見せており、客観説でも行為者の能力を一切考慮しないとするのではなく、行為者と同等の一般人の能力を標準とする見解が有力である。それではこれらの見解が、福島第一原発事故における東京電力の注意義務を考えるにあたって、いかなる影響があるかということである。

主観説の立場では、予見可能性の標準を行為者の注意能力に求める。したがって、ここでは東京電力という大企業がその行為者であり、この注意能力を標準として予見可能性の有無を検討することになる。我が国と原子力発電との関係はとても古く、一九六三年から国や国際機関 IAEA の協力で原子力発電事業が開始された。そして、東京電力は一九七一年に福島第一原発一号機を稼働し、営業を開始する。そして、長年の間、原発事業に携わることによって、

原発に対する様々なノウハウを蓄積し、チェルノブイリの原発事故や、スリーマイル島の原発事故、東海村原子炉臨界事故の経験も活かした安全対策（シビアアクシデント対策）が行われていた。¹⁶まさに国内随一の原子力発電の専門機関であるといえる。つまり、我が国においてこれ以上原子力発電に対する注意能力の高い機関は存在しないといえるだろう。しかし、現実問題として、東京電力には津波を予見することも回避することもできず、さらには、電源喪失による放射性物質の拡散を防ぐこともできなかったのである。つまり、本来ならば東京電力には一般人・平均人とは比較にならないほどの高い注意能力を持っているものと考えられるが、それはあくまでも東京電力の経済規模や、これまでの活動歴から客観的に類型化された注意能力であって、実際の東京電力の能力とは異なっていたのである。実際の東京電力には、原子力発電の専門機関として、客観的に期待されているほどの注意能力は有しておらず、だからこそ事故を防げなかったとも考えられる。そうすると、類型化され、抽象化された注意能力ではなく、あくまでも行為者個人の具体的な注意能力を標準とし、それによって注意義務を定立するという主観説の立場を徹底するならば、事故が防げなかったことをもって、行為者に対する非難可能性はないという結論になる。注意能力と注意義務違反との関係は、能力と可能性の問題である。なぜ、能力と可能性の問題を持ち出す意義があるのかというと、その行為者に本来備わっているべき能力ないしは期待される能力があつて、その能力があるにもかかわらず、それを発揮しなかったところに非難可能性を認めるからである。一切類型化も抽象化もされない行為者個人の能力だけが問題であるならば、そこには予見できなかった、または回避できなかったという事実が残るだけである。そのような判断は法的な判断とは異なるし、それが本当に刑法の基本原則である責任主義に適うものであるのか疑問であると言わなければならぬ。仮に主観説においても東京電力の高い注意能力を考慮するということになると、それは有責性判断におけ

る客観化、一般化を招き、基本となる過失犯の理解と大きくかけ離れることになる。

次に客観説との関係であるが、行為者とは全く無関係の一般人や平均人の注意能力を前提とする純粋な客観説に基づいた場合には、主観説とは逆に、一般人よりも高い注意能力が考えられる東京電力にとっては、極めて甘い判断がなされることになるであろう。平均人よりもはるかに高い注意能力を有しているにもかかわらず、平均人と同程度の注意義務しか課せられないということになってしまうからである。それは、特に高度な専門性が要求される企業などにおいては、不適格な基準であると言わなければならない。

折衷説の場合には、構成要件該当性の段階においては平均人を標準として注意義務を定立するのであるから、ここでは客観説の問題点が当てはまり、責任の段階では、行為者が平均人よりも高い能力を有している場合には、それに照らし合わせて注意義務違反を問うのであるから、ここでは主観説に対する問題点が当てはまる。東京電力の注意義務については、構成要件該当性の段階では、東京電力の高い注意能力とは無関係に注意義務が定立されるのであるから、そもそもこの時点で過失の成立が否定される可能性が高い。

そこで、客観説の中でも、行為者と同程度の平均人の注意能力を前提とする見解によると、たしかに高い能力に見合った注意義務を課すことが可能であるが、それは平均人と比較して不当に高くなるというわけではない。ここでは、行為者と同程度の立場の平均人を標準とするからである。行為者と同程度の立場の平均人であれば、どのような注意義務が課せられるのかということが問題となるに過ぎない。これに関して、JR福知山線脱線事故に対する神戸地裁判決では、「刑事法上の過失における注意義務は、当該注意義務を負担すべき行為者の属性によって類型化される一般・通常人、本件においていえば、大規模な鉄道事業者の安全対策の責任者の立場にあった者の注意能力が基準とな

るべきであ」⁽¹⁷⁾とされている。たとえば、東京電力に対しては、長年原発事業に携わる者として、高い予見能力、回避能力が認められ、それにより客観的な注意義務が定立せられ、それに対する義務違反の有無が検討されることになる。

四―二 注意能力の類型化

次に、行為者のどのような事情を考慮して、それと同等の能力と義務を定立するのかということが問題となる。これに関しては、大塚教授は、過失犯成立のプロセスを法益侵害の結果を予見してから回避措置をとるまでの一連の過程を三段階に分類し、それに応じて、注意能力を、①情報収集能力、②情報処理能力、③回避行動能力の三つに分けて考察している⁽¹⁸⁾。大塚教授は、①情報収集能力とは、法益侵害の危険を予知し適切な結果回避措置をとるよう動機づける上で必要な「判断資料」を収集する能力であるとする。そして、②情報処理能力とは、すでに収集された情報を的確に判断し、結果回避措置をとるよう自らを動機づける能力をいうとする。そして、③回避行動能力とは、適切な結果回避措置を物理的にとることができる能力をいうとされる。

①情報収集能力については、行為者の認識・予見に関する生理的肉体的能力、知識、経験などが問題となり、この能力に欠陥がある場合には、当該具体的な結果回避措置をとるべきか否かを判断するための前提となる基本資料が行為者の認識に到達していないのだから、そのようなところに注意義務違反を認定するのは妥当ではないから、これは行為者の能力を考慮して類型人を設定すべきであるとする。

②情報処理能力については、人格形成まで遡らなければ解明できないほど複雑なものであるし、類型化にはなじみにくい事情であるとし、これを類型化してしまうと、考慮すればするほど刑を減輕せざるをえなくなり、過失犯処罰

を前提とする現行法の趣旨を没却することになっている。したがって、この能力については類型化になじまないとし、その結果通常人よりも能力の劣る者には若干不利な状態におかれなくもないが、それは責任能力論でカバーすべきものであるとしているのである。

最後に③回避行動能力については、回避措置をとることが行為者にとって物理的に不可能なのに注意義務違反を認定して違法だとするのは妥当ではないとし、この能力については行為者の能力を基準として類型人を設定すべきであるとするとする。

結論として、①と③については、行為者の能力を基準として類型人を設定すべきであるとする。そして、これらの能力は、行為者の年齢、職業、技術的能力、知識、経験、視力・聴力などの肉体的能力、酩酊・疲労などの生理的事情などを考慮し、これらを調査することによって、その行為者にいかなる注意義務が課せられるのかを考える（注意能力対応説）とするのである。しかし、すでに述べたように、能力を前提として義務が画定されるとしても、行為者にいかなる注意能力があるかを判定する際には、義務の内容は全く考慮されていないはずであるから、行為者が何を予見する能力があったか、あるいは回避する能力があったかは明らかではなく、当該行為者の事情を考慮した客観的・抽象的な注意能力を明らかにするにとどまることになる。

以上のような大塚教授の分析結果は、行為者の能力が平均人よりも低い場合にその効果を発揮するものであると考えられる。それでは平均人よりも高い能力を有する者についてはどうか。東京電力の注意能力を確定するにあたって、特に考慮されるのは、東京電力の技術的能力、知識、経験、などであろう。これらを考慮すると、単純に平均人よりもはるかに高い注意能力が確定され、それに応じて注意義務が定立されることになる。

四―三 平均人よりも高い注意能力と責任主義

東京電力のように平均人よりも高い注意能力が確定され、それと同程度の能力を有する者であつたならば、いかなる注意義務が課せられるのかということである。しかし、ここでは平均人よりも高い能力を有する者に、それよりも高い注意義務を課することができるのかという問題が生じることになる。つまり、平均人よりも高い能力を有するからといって、平均人には要求されないような水準の義務が課されるのかということである。たしかに刑法の謙抑性や、責任主義の意義を考慮すると、高い能力を有する者にのみ過剰な注意義務を課することには問題がある。

しかし、ここでいう平均人よりも能力の高い者というカテゴリーの中でも、二つのパターンに分類できるのではないかと考える。たとえば、また東京電力のようにその経済規模などから高い能力を有していると思われる者と、そうではなく、一般人の中でも普段から注意深く、自ら注意能力を働かせている者という二つの存在があり、責任主義が処罰を限定的に解すべきなのは専ら後者のような者のことであると考えられるからである。この両者の違いは、注意能力の前提たる行為者の客観的な事情である。すでに述べたように東京電力のような大企業の場合、その技術的能力、知識、経験は最高水準のものであると考えられる。それが「考えられる」ということは、客観的に確定される技術的、知識、経験から導き出される客観的・類型的な注意能力である。そして、そうではなく、一般人の中でも注意能力の高い者というのは、客観的には通常人と大差はないが、行為者個人の主体的・具体的な注意能力であつて、ここに高い水準の注意義務を課すことは、通常人の中でも高い注意力と規範意識をもっている法的な観点から推奨されるべき者たちに高いレベルの義務を課すことで限定的に処罰範囲が拡大し、そこに責任主義からの違和感が生じるのである。たしかに注意能力対応説が述べるように注意義務は行為者の注意能力を全く無視して定立することはできない。し

かし、その注意能力がどのように画定されるのかという点、その行為者の立場や、技術力、知識、経験から客観的に導き出す他はないのである。それは行為者の個別具体的な注意能力を類型化した類型人を設定する前に、すでに行行為者の立場や状況などからある程度類型化された注意能力が判定され、さらにそこからその同等の能力を有する者に対してはいかなる注意義務が課せられるのかということが考えられなければならないのではないだろうか。したがって、東京電力のようにその経済規模などから当然に考えられる高い注意能力を有すると客観的に考えられる者に対しては、通常人とは異なる注意義務の定立がなされるべきであり、それは必ずしも責任主義に反するとは言えないのではないだろうかと考える。つまり、ここでは二段階の注意能力が存在していることになるのではないかと考えられる。第一にその行為者の立場や経済規模などから客観的・抽象的に導き出される注意能力があり、そこから具体的な注意義務が設定され、さらにその義務違反の有無という段階において、第二段階として具体的な行為者の注意能力を基準に判断するという点である。第一段階の注意能力と第二段階の注意能力は明らかに異なる。第一段階の注意能力は、行為者に対する具体的な義務の有無を考慮する前の段階の抽象的な物であって、第二段階の注意能力は具体的な義務を履行する能力だからである。その具体的な義務違反の有無の判断によって責任主義との整合性を図ることができるのではないだろうか。少なくとも義務の前提としての客観的な注意能力という意味においては、東京電力は極めて高い予見能力と回避能力が認められるであろう。それでは、東京電力に対する客観的に導き出される注意能力だけを考慮して刑事責任の有無を考えるのかというと、そうではなく、その具体的な義務違反の有無の判断によって責任主義との整合性を図ればよいと考えられるのである。

四―四 東京電力に対する注意義務の所在

東京電力に対して、平均人よりもはるかに高い注意能力が認められたとしても、そこからいかなる注意義務が課せられるのかということが問われなければならない。仮に高い注意能力が認められたとしても、それを基に課せられる注意義務は無制限ではない。その観点からも責任主義との整合性が検討されなければならないのである。

そもそも、福島第一原発事故の結果とは何か。それは、事故調査委員会は冷却装置喪失による炉心溶融、水素爆発、放射性物質の大量拡散であるとしている。しかし、刑法上、業務上過失致死傷罪の構成要件該当性を考えるに当たっては、この段階ではなく、放射性物質の大量拡散による人の身体への影響である。この人の身体への影響を回避する注意義務が行為者に認められるのかどうかということである。

まず、事故の原因となった地震と津波に対して、注意義務が認められるのかということである。これに関して、具体的予見可能性説の立場からは、地震と津波の襲来を具体的に予見できたのかどうかということが問題となる。そして具体的予見可能性が認められれば、そこから結果回避義務としての客観的注意義務が導かれることになる。しかし、本稿の冒頭でも述べたように、そもそも判例の支持する具体的予見可能性説の立場によれば、想定を超える地震と津波の襲来を予見できなかったという判断がなされる可能性が高い。東京電力自体は、二〇〇二年の土木学会「原子力発電所の津波評価技術」を参考に従来の基準面を十三・五メートルを十五・七メートルに引上げている。¹⁹なぜ、これを採用したのかということはともかく東京電力自身がこれを基準に津波対策をしていたということは、一〇メートルを超える津波が襲来することは想定していなかったということになる。これが具体的予見

可能性を否定する根拠になるかどうかは明らかではないが、仮に具体的予見可能性がなかったと判断されたとしよ

う。問題は、そこから、結果回避義務がなかったと判断できるのかどうかということである。しかし、そのように考えるのは妥当ではない。なぜなら、原発については「シビアアクシデント対策」が必要だからである。シビアアクシデントとは、外部事象（地震、津波）や、人為的事象（テロリズムなど）によって、原子炉の設計時に考慮した範囲を超える異常事態が発生し、あらかじめ準備した手段では適切に原子炉を制御ができない状態に陥り、放射性物質を拡散することを意味する。このシビアアクシデントに対する対策が不十分であったことが事故の原因の一つとして考えられている⁽²⁰⁾。また、原子力の規制については、「深層防護」の考え方がある。それは、①異常を起こさない、②起きたとしても拡大しない、③拡大したとしてもシビアアクシデントとしない、④シビアアクシデントが発生しても対処を準備する、⑤対処できない場合でも人を守るという多重構造の防御を、多様な方策で確保する思想である。しかし、東京電力は、この五層の深層防護のうち、三層までしか対応できないことを認識しておきながら、シビアアクシデント対策を怠っているのである。これらの考え方は、すなわち、想定外の事象が起きたとしても、人の生命・身体を守るために対策を立てなければならないということである。それはつまり具体的に予見不可能な事象が起きたとしても、結果を回避する措置を取らなければならないという基本的な考え方が存在していたことを意味する。すなわち、東京電力には客観的注意能力が認められ、その能力に応じた具体的な義務も認められるのである。

四―五 結果回避義務の根拠と許されない危険

過失犯における注意義務の根拠として、許された危険の理論が適用されている。許された危険とは、たとえそれ自体危険な行為であったとしても、文明社会を維持していく上で不可欠であるか、少なくとも有益であるときは、その

行為を許された危険として許容していくことである。その前提として、これら危険な行為の全てを規制したのでは、我々の日常生活はたちどころに麻痺し、社会生活の水準は産業革命以前に逆行せざるをえなくなるという考え方があつた。その最たるものが自動車などである。

科学技術の発展の下に登場したこの許された危険の理論は、それを支える基盤に変化が起つていゝといわれている。これが大企業による大規模な公害問題などについても許された危険の理論が当てはまるのかということである。この許された危険の理論にも限界はある。特に原子力発電のような一度暴走すると、その地域一帯が生活不可能になり、そこに住む人々はおろか国民全体にも甚大な被害を及ぼすものである。ここに許された危険の理論が及ぶとするのは誤りであらう。まさに許されない危険なのである。²¹

このすでに述べたように許されない危険こそが、シビアアクシデント対策と結果回避義務の重要な根拠のひとつといえるであらう。そして、東京電力には、このシビアアクシデント対策を行う高い注意能力が存在し、結果を回避する能力も十分に備わつていたのである。

以上のように、東京電力には、具体的な予見が不可能な事態に対しても結果を回避する注意能力が認められ、さらに許されない危険がある。この両者をもつて結果回避義務の根拠とすることができよう。

四―六 危惧感説と双方向モデルによる過失の認定

予見可能性と結果回避措置の双方向モデルとは、従来の新過失論の立場が、具体的予見可能性を前提とした結果回避義務違反を過失の本質として捉えるのに対して、予見可能性と結果回避義務は、このような一方向から捉えられる

ものではなく、可能な結果回避措置からフィードバックして予見可能性の内容を把握することができるとするものである。^②その考え方の根底にあるのは予見可能性と結果回避措置は、本来は異なる心の動きに由来するもので、予見可能性によって結果回避措置が限定されるわけではないとするものである。

まさに福島第一原発事故は、この双方向モデルで捉えられるべきである。原発事故の原因は地震が予見できなかったことではなく、また津波が予見できなかったことでもない。その対策を立てなかったことである。地震や津波などの自然災害はそもそも具体的に予見など不可能なものであつて、予見不可能な事態、つまり想定外の事態が起こりうるものであるという認識が必要とされるのである。シビアアクシデント対策は、もはや世界では当たり前のように要求されているものである。想定外の事態が起きたとしても結果の発生を回避する努力が求められているのである。ここでは、具体的予見可能性から回避措置が導かれるという一方モデルはそもそも通用しないのである。

それでは、なぜこのような想定外の事態が起こりうることを前提とした安全対策が求められるのか。その根拠は何か。それは原子力発電というものに内在する「危険性」にあると考えられる。原子力発電所がシビアアクシデントを起こした場合、その周辺地域に取り返しのない甚大な被害を起こしてしまうのである。そのことはたとえ専門家でなくとも当然に認識しているものである。この極めて危険な原子力発電を稼働し、その恩恵を享受する以上、それに対する安全対策は、万全でなければならない。この重大な危険性ゆえに予見不可能な事態が発生しても安全を確保できる「転ばぬ先の杖」が当然に必要とされる。

東京電力には、このような原子力発電の「危険性」と、その危険性に対策を立てるための、つまり、結果を回避するための高い「注意能力」が認められうるのである。これについては、すでに述べたように東京電力の技術力、知識、

経験などに基づいて確定される高い注意能力である。この両者を根拠として、東京電力には結果回避義務が定立され、と考えられるのである。

四―七 東京電力における結果回避義務違反

東京電力には、たとえ予見不可能な事態が発生したとしても安全を確保し、人々の生命・身体に対する危害の発生を防止する結果回避義務が当然に認められる。その上で、結果回避義務違反が認められるかが問題となる。

結果回避義務違反が認められるためには、結果回避可能性が認められなければならない。福島第一原発事故を回避することは可能であったといえるのだろうか。まず、事故の直接的な原因となっているのは、津波の襲来であり、それによつて全電源喪失や海水ポンプ機能喪失による炉心損傷を招いたことにある。これを回避することができたかという点、これは明らかに回避することが可能であったと考えられる。その根拠として、たとえば、国会事故調査委員会の報告によると、東京電力は、政府の地震調査研究推進本部の「三陸沖から房総沖にかけての地震活動の長期評価について」（二〇〇二年）を基にした一五・七メートルの津波想定を平成一八（二〇〇八）年から平成一九（二〇〇九）年には認知していながら対応を行っていなかったことや、想定を超える津波によつて全電源喪失や海水ポンプ機能喪失による炉心損傷リスクがあることを、平成一八（二〇〇六）年の段階で、東電と保安院が認識していたと指摘している。ここでは単純に一五メートルを超える津波対策を行っていれば、電源喪失に陥ることもなく、また炉心融解を招くこともなく、放射性物質の拡散を招くことがなかったといえる。そして、それを回避するだけの注意能力が当然に東京電力には認められるのである。したがって、福島第一原発事故に対する東京電力には結果回避義務違反が認めら

れうるのである。

五 おわりに

本論文では注意能力という観点から、福島第一原発事故に対する責任の所在を明らかにすることを試みた。結論としては、やはり東京電力には高い注意能力が認められるべきであり、責任主義の立場を重視したとしても、十分にその過失責任を認定することは可能であると考えられる。

危惧感説と双方向モデルは、このような大企業による重大事故に対して、その刑事責任を明らかにするために有効であると考えられる。しかし、この見解の本当の狙いは、大企業を罰することではなく、科学技術の発展した現代社会において、将来の重大な危険を回避し、社会の人々が幸せに暮らしていける未来への方向性を示すことにある。現在でも危惧感説に対しては、刑事責任の範囲を拡大するおそれがあるという批判がある。たしかにその側面は否定できない部分もある。しかし、奇しくもこの批判は、原発問題をさらにもう一步進めるために重要な論点を示唆している。

たとえば、結果発生 of 危惧感と、結果回避義務と結果回避義務違反という点を考えてみた場合、これを幅広くとらえれば、その責任の範囲は東京電力に留まらない。原発の安全対策に向けてシビアアクシデント対策の義務付けを怠ってきた国にも責任がある。そして、我々一般国民にも責任がある。原発の安全神話にとらわれていたのは東京電力だけではないのである。我々はその中で原発による恩恵を受け、その危険性から目をそむけ、その結果、福島県に甚大な被害をもたらせたとも考えられる。多くの責任が存在し、東京電力の責任はその一端を担うに留まるものであ

るともいえるのである。

冒頭でも述べたように、二〇一五年八月一日鹿児島県川内原発が再稼働した。果たして結果回避措置は十分に行われているのであろうか。場合によっては今まさに重大な過失行為が実行されている最中なのかもしれない。あらためて考えるのは、現在我々日本人は、原発事故に対する重大な危惧感を有している。それだけではなく、結果に対する具体的な予見可能性をも有しているといえる。このような状態の中で万が一川内原発に事故が起きた場合には、どこに本当の意味での過失責任が認められるのであろうか。刑事責任は、責任主義に基づいて明らかにされなければならない。しかし、本当の意味での責任は、個人責任だけでは捉えることはできない。新しい危惧感説と双方向モデルは、社会全体が原発に対する本当の意味での責任を負っているということを気付かせてくれるものである。まさに将来の日本に向けて転ばぬ先の杖が求められているのである。

(1) 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、一九七五年)二二三頁以下参照。

(2) これに関して藤木先生は、「結果発生を決定的ならしめる段階をきり離して考察すれば注意能力を欠くために過失責任を問い得ないように見られる場合でも、その以前の段階においてすでに注意義務に違反する行為が存する場合には、その段階で注意能力の有無を考えなければならない」とし、この考え方を用いれば、そもそも予測不能な自然災害で簡単にコントロール不能に陥るような原子力発電所を稼働したこと自体に過失を認めることも可能である。藤木『過失犯の理論』(有信堂、一九六九年)九〇頁以下参照。

(3) 西原春夫『刑法総論』(成文堂、一九七七年)一八二頁以下参照。

(4) 木村亀二『犯罪論の新構造(上)』(有斐閣、一九六六年)二二〇頁。植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(勁草書房、一九七四年)三〇九頁。

- (5) 木村・前掲二一〇頁。
- (6) 植松教授は、古典学派に立脚しつつ、主観説の問題点を指摘しており、客観説の立場を示している。植松正「注意能力行為者標準説に対する疑問」日沖還暦・過失犯（二）（一九六六年）八九頁以下。
- (7) 団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（創文社、一九九〇年）三一九頁。大塚仁『刑法概説（総論）（第四版）』（有斐閣、二〇〇八年）四七三頁。
- (8) たとえば、藤木先生は、その著書の中で主観説を支持する旨述べられているが、それはあくまでも責任の段階における非難可能性を基礎付けるという意味で用いられており、全体の構造としては折衷説の立場に近いものであると考えられる。藤木英雄『刑法講義 総論』（弘文堂、一九七五年）二五一頁。
- (9) 大塚裕史「過失犯における注意義務と注意能力との関係」早稲田法学会誌三三卷（一九八二年）七五頁。
- (10) 大谷實『刑法講義総論新版第四版』（成文堂、二〇一二年）一八九頁。齊藤信宰『新版刑法講義（総論）』（成文堂、二〇〇七年）一九〇頁。
- (11) これに関して木村先生は、「注意義務違反とは予見義務違反であり、また注意能力違反とは予見能力違反の意味である」とし、「注意能力ある者についてだけ注意義務違反が成立する」とした上で、ここでは「不注意の要素として予見能力を意味する注意能力が問題となる」としている。木村・前掲二〇九頁。
- (12) 双方向モデルについて詳しくは船山泰範『刑法の礎・総論』（法律文化社・二〇一四年）七〇頁以下参照。
- (13) 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、二〇〇八年）三〇頁参照。
- (14) 大塚（裕）前掲（注9）八〇頁以下を参照。
- (15) 「福島第一原発事故と四つの事故調査委員会」五頁参照。
- (16) ただし、事故発生まで、東電におけるシビアアクシデント対策は、義務化されておらず、運転上のミスなどの内部事情に基づく対策しか行われていなかった。ここに東電だけではなく国の責任も重大であったことが指摘される。
- (17) 神戸地判平二四、一、一一裁判所ウェブサイト。

- (18) 大塚（裕）・前掲（注9）九〇頁。
- (19) 国会事故調査委員会報告を参照。「福島第一原発事故と四つの事故調査委員会」七頁。
- (20) 「福島第一原発事故と四つの事故調査委員会」八頁参照。
- (21) 船山『刑法の役割と過失犯論』（北樹出版、二〇〇七年）一二三頁。
- (22) 船山・前掲（注12）七〇頁以下参照。

正当化事情の錯誤と共犯の成否

鈴木 彰 雄

はじめに

1. 正当化事情の錯誤の取扱い
2. 正犯の故意と共犯の成否
むすび

はじめに

本稿が取り上げる問題は、正犯者が違法性阻却事由の前提となる事実を誤認して実行した場合に、これに関与した教唆者ないし幫助者にかかる罪責を問うことができるかという問題である。たとえば、急迫不正の侵害に直面しているとして誤信した正犯者を幫助して「防衛」行為を行わせた者の罪責、あるいは正犯者を教唆して（違法性阻却事由とし

ての）被害者の同意があると誤信させて実行させた者の罪責がこれである。具体例を用いてこれを示せば次のとおりである。

〔事例1〕 XとTが夜道を歩いていたところ、日ごろから兩人と折り合いの悪いOが前方から近づいてきたので、TはOから危害を加えられるものと誤信し、身を守るためにOを殴打しようと身構えた。この状況を認識したXは、Oが危害を加えることはないと思ったが、このままOが殴打されたらいい気味だと思い、殴打するための棒をTに手渡し、Tはこれを用いてOを殴打して傷害を負わせた。

〔事例2〕 保険会社の社員Xは、入院中の被保険者Oの病状を探り出そうと企て、Oの治療を担当する医師Tに對して、Oの同意があるので病状を教えてほしい旨の虚偽の申立てをして、これを信じたTにOの秘密を漏示させた。

〔事例1〕 では、Xの罪責について、Tの誤想防衛を利用した間接正犯とする説があるが、間接正犯が認められるためには利用者が被利用者の行為を一方的に支配・利用して構成要件実現の危険を生じさせることが必要であるから、急迫不正の侵害があると誤信したTの殴打行為を促進したにすぎないXに、傷害罪（刑法二〇四条）の間接正犯を認めるのは困難である。^①〔事例2〕でも、Xの罪責について、被害者Oの同意があるものと誤信したTを支配・利用した間接正犯が考えられるが、医師等の身分を欠くXに秘密漏示罪（刑法三三四条）の間接正犯を認めることはできない。では、XをTに対する教唆犯ないし幫助犯（以下「共犯」という）として処罰しうるであろうか。わが国の通説的見

解によれば、共犯が成立するには正犯者が故意行為を行うことが必要であり、過失行為の共犯は不可罰とされている。この立場を前提として、「事例1」のTに傷害罪の故意があるとすれば、Xは同罪の幫助犯（刑法六二条）となり、「事例2」のTに秘密漏示罪の故意があるとすれば、Xは同罪の教唆犯（刑法六一条、六五条一項）となる。いずれの事例においてもXの当罰性を否定する理由はないので、その可罰性はTに故意が認められるか否かにかかっていることになる。

そこで、誤想防衛・誤想避難等の「正当化事情の錯誤」⁽²⁾の取扱いについて、たとえば、確定的な違法性の意識を故意の要素とする「厳格故意説」によれば、正当化事情の錯誤により正犯者の故意が阻却されるので、その共犯は不可罰となるが、構成要件該当事実の認識をもつて故意となし、違法性の意識の可能性を故意とは別個の責任要素とする「厳格責任説」によれば、正犯者に故意が認められるので、その共犯は可罰的となる。

しかし、こうした形式的な議論によって演繹的に結論を導くことは、法益保護と人権保障の調和を目指す刑法学にとつて必ずしも適切な思考方法ではないと思われる。本稿はこうした問題意識のもと、近年この問題について議論の多いドイツ刑法の理論状況を参考にして、より実質的な観点からささやかな私見を述べようとするものである。以下においては、正当化事情の錯誤の取扱いを検討し、しかるのちにその共犯の成否を考えてみたい。

1. 正当化事情の錯誤の取扱い

（1）学説の状況

正当化事情の錯誤の取扱いについて、わが国の主な学説を概観すると、以下の七説をかぞえることができる。各説の概要とその共犯の成否を要約すれば以下のとおりである。^③

① 消極的構成要件要素の理論（全不法構成要件の理論）

犯罪論の体系を「行為↓類型的な不法（全不法構成要件）↓責任」とすることを前提として、類型的な不法には構成要件該当事実と違法性阻却事由を構成する事実が含まれ、類型的な不法の認識が故意であるとする立場から、構成要件該当事実の錯誤のみならず、違法性阻却事由を構成する事実の錯誤も当然に故意を阻却する。^④ この理論によれば、正犯者に正当化事情の錯誤がある場合には、過失犯の共犯を認めないかぎりその共犯は成立しない。

② 厳格故意説

故意を責任要素とすることを前提として、故意が認められるためには違法な事実の認識と確定的な違法性の意識が必要であり、違法な事実の認識として「構成要件該当事実の認識」と「違法性阻却事由の認識の不存在」が必要であるとする立場から、違法性阻却事由の認識があれば違法な事実の認識を欠くので故意を阻却し、その錯誤について過失があれば過失犯が成立しうる。^⑤ この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤がある場合には、その共犯は成立しない。

③ 制限故意説

故意に構成要件の故意と責任要素としての故意の二つの機能を認め、故意を認めるためには、「犯罪事実の表象・認容」として「構成要件に該当する事実」および「それ以外の違法性の内容をなす事実」の表象・認容が必要であるとする立場から、正当化事情の錯誤があれば違法性の内容をなす事実の表象を欠くので故意を阻却し、その錯誤について過失があれば過失犯が成立しうる^⑥。この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤がある場合には、その共犯は成立しない。

④ 厳格責任説

故意の認識対象を構成要件該当事実に限定し、違法性の意識の可能性を故意とは別個の責任要素とすることを前提として、構成要件該当事実の錯誤は故意を阻却するが、正当化事情の錯誤は故意を阻却せず、違法性の意識の可能性に関するものとして責任の問題として論じられる。すなわち、正当化事情の錯誤に陥った行為者は、犯罪事実を知らないのではなく、構成要件実現についての違法性を誤認しているにすぎないので、その錯誤は違法性の錯誤（禁止の錯誤）の一場合であり、その錯誤が避けられなかったときは責任を阻却するが、避けられたときは責任が減輕されるにすぎない^⑦。この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があっても故意を阻却しないので、その共犯が成立する。

⑤ 制限責任説（修正責任説）

責任説に立ちながら、正当化事情の錯誤は故意を阻却するとして責任説を制限する。すなわち、故意・過失を原則的な責任要素とし、違法性の意識の可能性がない場合を例外的な責任阻却事由とする立場から、違法性阻却事由に該当する事実の認識があれば故意責任を阻却し、その錯誤について過失があれば過失犯が成立しうる^⑧。この説によれ

ば、正犯者に正当化事情の錯誤があれば故意を阻却するので、その共犯は成立しない。

⑥ 第三の錯誤説（独自の錯誤説）

故意の概念中に構成要件の故意と責任故意の双方を認めることを前提として、正当化事情の錯誤を「違法性に関する事実の錯誤」とし、構成要件の錯誤でも違法性の錯誤でもない「第三の錯誤」として位置づける。この立場から、正当化事情の錯誤においては、責任故意の要件である「違法性に関する事実の表象」が欠けるので責任故意を阻却し、その誤信について過失があれば過失犯が成立しうる。^⑨この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があれば故意を阻却するので、その共犯は成立しない。

⑦ 違法性の過失準故意説

厳格故意説を基本としつつ、罪となるべき事実の認識がありながら過失によってその行為の違法性を認識しなかった場合には、これを「違法性に関する過失」として故意犯と同一に扱う。この立場から、正当化事情を認識しなかったことの過失が軽微であれば故意犯の刑を減輕し、その過失がさらに軽微であればその刑を免除する。^⑩この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があり、その事情を誤認したことについて無過失であれば故意を阻却するので、その共犯は成立しないが、正犯者にその点について過失があれば故意犯と同一に扱うので、その共犯が成立する。

他方、ドイツにおいては、正当化事情の錯誤の取扱いをめぐる議論に変遷がある。

ライヒ刑法典（一八七一年）は、構成要件の錯誤が故意を阻却する旨の条文（五九条一項）^⑪を設けたが、禁止の錯誤（違法性の錯誤）については規定を置かなかったことから、禁止の錯誤と正当化事情の錯誤の取扱いについては、学説

においても定説がなかった。そこで、現行刑法典（一九七五年）は、（旧）刑法五九条一項と同趣旨の「行為事情に関する錯誤」（二六条）のほか、新たに「禁止の錯誤」（二七条）の規定を設けた。¹²しかし、正当化事情の錯誤については、これまでと同様にその解決を判例と学説に委ねることとしたので、その後の学説において諸説が提起されるようになった。現在の学説においても、「消極的構成要件要素の理論」、「修正された故意説」、「厳格責任説」、「制限責任説」等が主張されているが、¹³制限責任説が通説となっている。もともと、その内部においてさらに見解の相違がみられ、次の二説が有力に主張されている。¹⁴

① 故意不法を否定する制限責任説（狭義の制限責任説）

責任説を前提として、刑法一六条一項にいう「法定構成要件」は、各則の構成要件に記述された犯罪類型を意味し、正当化事情にかかる構成要件を含まないので、正当化事情の錯誤に同項を直接適用することはできないが、同項を類推適用することによって故意不法（故意犯の違法性）を否定し、正当化事情を誤認したことについて過失があれば過失犯が成立しうる。これに対して、正当化事由の要件ないし範囲を誤認した場合は禁止の錯誤である。¹⁵この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があれば故意犯の違法性が認められないので、制限従属性説を明文で採用するドイツにおいては、¹⁶その共犯は成立しない。

② 故意責任を否定する制限責任説（法律効果を指示する制限責任説・法律効果を制限する責任説）

右の①説と同様に、責任説を前提として、正当化事情の錯誤に刑法一六条一項を類推適用し、行為者を故意犯として処罰することはできないが、誤認したことについて過失があれば過失犯として処罰しうる。しかし、正当化事情の

錯誤があっても故意不法を阻却せず、責任要素としての故意責任（故意犯としての非難可能性）が否定されるので、過失犯として処罰しうるにすぎない。⁽¹⁷⁾ この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があっても違法性には影響しないので、その共犯が成立する。

このように、右の二説は、責任説を前提として正当化事情の錯誤について故意犯の成立を否定する点では同じであるが、共犯の成否については結論を異にする。②説は、本稿が問題とする悪意の共犯者の処罰を可能にすることを動機の一つとして立論されるものである。

(2) 判例の動向

わが国では、正当化事情の錯誤について、大審院・最高裁が正面から故意阻却を認めた先例はないが、⁽¹⁸⁾ 下級審の裁判例には、誤想防衛またはこれに類似する事案について故意阻却を認めたものがある。たとえば、広島高判昭和三五年六月九日高刑集一三・五・三九九は、相手が右手をオーバーのポケットに突っ込んだので、凶器で襲撃されるものと誤想した者が、防衛のため有り合わせの木刀で相手の右手首等を殴打して負傷させたという「急迫不正の侵害の誤認」の事例について故意阻却を認め、⁽¹⁹⁾ 大阪地判平成二三年七月二二日判タ一三五九・二五一は、相手から顔を手拳で殴打されるなどの暴行を加えられた者が、相手の背後から腕を首に回して締めつけて窒息死させたが、相手の首を締めているという認識がなかったという「防衛行為の誤認」の事例について故意阻却を認めた。⁽²⁰⁾

他方、ドイツにおいては、正当化事情の錯誤について故意阻却を認め、あるいは故意阻却の余地があったとした連邦通常裁判所（BGH）の判例が多数ある。⁽²¹⁾ その基本的な立場を確立したとされるのが次の①判決である。

① BGHSt 3,105 (Urt.v.6.6.1952-1.StR 708/51)

林間学校施設の管理人兼教育者であった被告人らが、規則に違反して施設から出て他人のオートバイに乗って母親のもとに帰った生徒に対してゴムホースで殴打するなどの暴行を加えたことについて、懲戒権があると思っていた被告人らに傷害罪が成立するか否かが争われた事案について、大要次のように判示して、同罪により有罪とした原判決を破棄して原審に差し戻した。

生徒に過ちがないために懲戒権を行使する根拠がおよそないのに、事実としてそのような過ちがあったものと誤認した場合には、被告人らは事実関係に関する錯誤に陥り、そのために懲戒権があると誤信したことになる。そのような事実の錯誤に基づく正当化事由に関する錯誤は、禁止の錯誤ではなく、事実の錯誤として論じられるべきである。たしかに、行為者の意思は身体的苦痛を加えることに向けられているが、この意思は、本質的に法的な諸原則の誤認に基づくのではなく、いわんや法的制約の多少とも意識的な無視に基づくものでもない。真実の事実について錯誤に陥って行為する者は、むしろその者自身としては法に対して忠実である。その行為者は、法の命令に従う意思があるが、単に自己の行為のものととなった事実関係に関する錯誤によりその目標を見誤ったにすぎない。本件については、故意の傷害罪は認められないが、その事実の錯誤が回避しうる場合には、過失による犯行が認められるべきこととなる。

これに対して、被告人らが、生徒の過ちにより法的に許された懲戒が行われるという事態を正しく認識したが、その懲戒権の性質と範囲について誤った表象をもったためにこれを超えてしまった場合には、その錯誤は禁止の錯誤として論じられるべきである。

本判決は、正当化事情の錯誤は結論において事実の錯誤と同様に論じられるべきであるとしたものであり、この立場がその後の裁判例で踏襲されていく。近時の判例も、誤想防衛に当たる事案について故意犯として処罰することを否定している。次の②決定と③判決はその例である。

② BGH, NSZ 2011, 238 (Beschl. v. 11.8.2010-1.StR 351/10)

被告人は、本件犯行の数分前に、共同住居の一階において、体力に勝るMから手拳で顔面を強打されるなどの暴行をうけて傷害を負った。被告人は、警察に電話するために上階にある自分の住居へ行ったが、その後、住居の玄関付近にいる自分の女友達もMから危害を加えられるのではないかと心配になり、台所用ナイフを手にとって一階へ降りようとした。そこで被告人は、すでに喧嘩を終えたと思い、上階の自分の住居に行こうとしていたMといきなり顔をあわせた。被告人は、Mが近づいてくるので、新たな暴行が差し迫っているものと思い、ナイフを振ってMの首に切傷を与えた。これについて原審は、被告人を危険な傷害罪(刑法二二四条)により有罪としたが、BGHはこれを破棄し、大要次のように判示して原審に差し戻した。

相手方の侵害の存在または防衛の必要性に関する行為者の錯誤は、正当化事情の錯誤であり、故意行為による処

罰は認められない（刑法一六条一項一文）…。

被告人が差し迫った侵害があると思つたという事実を基礎にすれば、本件で被告人が選択した防衛は必要なものであつた。原則として被侵害者は、自分のとりうる、その危険を即時かつ決定的に排除することが期待できる防衛手段を選択することができる。体力の劣る被告人は、所持していたナイフ以外の防衛手段をもっていなかつた。被告人はこの状況において、すでに先行の喧嘩によつて左眼に出血していたのだから、Mのそれ以上の殴打を甘受する必要はまつたくなかつた。…被告人が事実の錯誤に基づいて、ナイフの使用が必要だと思つていたとすれば、刑法一六条を準用して傷害の故意は認められないであらう。

本決定は、侵害の存在または防衛の必要性に関する錯誤は正当化事情の錯誤であることを前提にして、その錯誤について、「刑法一六条を準用して傷害の故意は認められない」としていることから、故意不法を否定する制限責任説を採用したものと考えられる。

③ BGH, NStZ 2012, 272 (Urt.v. 2.11.2011-2 StR 375/11)

被告人がメンバーとして所属する暴走族グループHは、暴走族グループBと激しい対立関係にあり、BのメンバーがHのメンバーを襲撃する計画を立てているというわさがあつたことから、被告人はその襲撃があるものと確信していた。そのころ、Hのメンバーによる脅迫事件を捜査していた捜査機関は、裁判所の搜索決定を受けて被告人方の搜索に着手することとした。某日午前六時ころ、武装した警察官一〇人が被告人の家屋に対する搜索を開始し、警察

官Kがドアの前に器械を設置してドアをこじ開けようとした。これに気づいた被告人は、Bのメンバーによる襲撃が始まったものと誤信し、人に当たってもやむをえないと思いながら、ドアの外の人影に向けて銃弾を発射してKを死に至らせた。これについて原審は、被告人を殺人罪（刑法二二二条）等により有罪としたが、BGHはこれを破棄し、以下の理由により殺人については誤想防衛により無罪であるとした。

被告人に正当化事情の錯誤があつたと認められる。これにより、刑法一六条一項一文を準用して故意責任を阻却する。

被告人は、敵対するBの襲撃があつたと思つた。彼は、多数の武装した侵害者がことのほか攻撃的な行動をとっていると思つたので、彼の立場からみれば、侵害者らがドアを破つて侵入がすぐに始まりそうになった時点で、その脅威が差し迫っていた。被告人の誤認したことが事実であつたとすれば、人に向けてすぐに銃器を用いたことは、必要な防衛行為として正当化されるであろう。

ある者が違法に侵害された場合には、その者は原則として、その危険を決定的に排除しうる防衛手段を選択する権限をもつ。被侵害者は、防衛の効果が疑わしい場合には、より危険でない防衛手段を用いることを甘受する必要がある。このことは銃器の使用にも当てはまる。被告人がドア越しに銃弾を発射したことは、彼の立場からみて必要な防衛行為であつた。この錯誤により故意責任が否定されることになる。

本判決は、誤想防衛の取扱いについて、「刑法二六条一項一文を準用して故意責任（Vorsatzschuld）を阻却する」としていることから、故意責任を否定する制限責任説に立ったもの解する余地がある。

このように、ドイツの近時の判例は、正当化事情の錯誤について、刑法一六条一項の類推適用により結論において故意犯の成立を否定するが、故意不法を否定する制限責任説と故意責任を否定する制限責任説のいずれによるものかは必ずしも明らかでない。²²⁾

2. 正犯の故意と共犯の成否

本稿が掲げた共犯の問題を解決するには、まず、正当化事情の錯誤をどのように論ずべきかについて論者の態度を明らかにしなければならない。私見は、故意は構成要件要素であり主観的違法要素でもあるとする立場から、以下の理由で制限責任説を支持したいと考える。

まず、消極的構成要件要素の理論は、構成要件と違法性を「全不法構成要件」に統合する犯罪論を前提として、正当化事情を「(法定) 構成要件」に含め、その錯誤を構成要件的錯誤と解することによって故意阻却の結論を導く。しかし、構成要件と違法性は別個のカテゴリーであり、構成要件は違法行為を類型化したものであるから、「(法定) 構成要件」は刑法各則中に記述された不法を基礎づける要素でなければならない。それは例外的な場合に正当化を認める要件とは質的に異なるものと解すべきである。

次に、厳格故意説に対しては、違法性の意識を欠く常習犯や確信犯を処罰することができないこと、確定的な違法性の意識を立証することが困難であること、刑法三八条三項は「あてはめの錯誤」を規定したものであるとする不合理な解釈を採用せざるをえないこと等の周知の批判のほか、違法性の意識ないしその可能性を故意の要素とする故意

説の前提自体に疑問がある。すなわち、かつて目的的行為論が指摘したように、行為の本質的要素は行為意思(目的性)にあるので、故意は主観的構成要件要素であり、違法性の意識は故意の要素ではない。なぜならば、違法性の評価の対象となる故意が評価としての違法性をその認識の対象とすることは論理矛盾であり、違法性の意識ないしその可能性は、それがあつたゆゑに行為者を非難することができる責任要素として位置づけられるからである。その意味で、違法性の意識ないしその可能性を、故意・過失とは別個独立の、両者に共通の責任要素と解しなければならない。

制限故意説に対しても、故意説に対する右の批判のほか、違法性の意識の可能性という程度概念を故意の存否の判断に持ち込むことに問題がある。また、同説は行為の違法性を知りえなかつた場合には過失犯の成立をも否定するが、そう解するのは違法性の意識の可能性を故意犯と過失犯に共通の責任要素とする責任説の前提を承認するものといえよう。

ところで、目的的行為論によつて推進された嚴格責任説が、違法性の意識を故意概念から切り離して責任の要素としたことは妥当であるが、その論拠とされる「構成要件の故意の提訴機能」の理解に問題があると思われる。すなわち、正当化事情を誤認した行為者は、その者の認識によれば許される行為を行つていたのであり、その際に与えられる「自己の認識の前提となつた事実を確認すべき契機」は、たとえば「認識ある過失」の行為者がもつべき注意義務と質的に異なるものとはいえないであらう。正当化事情を誤認する者の多くは、正当防衛等の緊急状況、あるいは利益衝突の状況に直面していると誤信しているので、提訴機能が働きにくい心理状態にあることも考慮しなければならぬ。嚴格責任説は故意と過失の質的差異を看過するものであるという周知の批判には、もつともな理由があると思われる。また、嚴格責任説は、たとえば誤想防衛により他人の器物を損壊した事例のように、過失犯の処罰規定がな

い場合に処罰の間隙が生ずることを懸念するが、一般予防の観点からも特別予防の観点からも、民事上の損害賠償責任を超えるほどの処罰の必要性があるとは考えられないであろう。

さらに、第三の錯誤説に対しては、構成要件該当事実の認識とそれに対する非難を概念上区別したことは妥当であるが、違法性に関する事実の表象を最終的に故意の概念中に包摂したことについては、故意説に対する批判と同様の批判を免れない。また、違法性の過失準故意説については、正当化事情を誤認したことについての過失の有無・程度に応じた処罰の可能性を追求したことは適切であるが、違法性の過失を故意に準じて取り扱うことについては、やはり故意と過失の質的差異を看過することになるという批判が向けられるであろう。

ドイツの制限責任説として紹介した①故意不法を否定する制限責任説と②故意責任を否定する制限責任説は、いずれも責任説に立ちながら故意犯の成立を否定し、結論において過失犯処罰の可能性を認める点で共通であるが、正当化事情の錯誤において故意不法を認めることができるか否かについて見解を異にする。

まず、①説によれば、故意不法が認められるためには、行為者が客観的構成要件を認識するとともに正当化事情を認識していないことが必要である。通常の（正当化事情の錯誤のない）故意犯においては、行為者が客観的構成要件を認識していれば、違法性阻却事由がないかぎり、行為者が法的に否認されたことを行つて故意不法を実現したことが確定する。しかし、行為者が正当化事情を誤認している場合には、主観面においては「法に対して忠実に」行為しようとしていることから、その錯誤は価値的にみて構成要件的錯誤と同視されるので、刑法一六条一項の類推適用により故意不法を阻却する、というのである。

これに對して、②説は次のように主張する。すなわち、客觀的構成要件の認識をもって故意とする責任説を前提とするならば、客觀的構成要件の認識があるにもかかわらず故意不法を否定するのは自己矛盾である。行為者が正当化事情を誤認していても故意を阻却せず、したがって故意不法を実現したことを否定することはできないはずである。むしろ、正当化事情を誤認している場合には、行為者に対する非難可能性としての故意責任を阻却ないし減少させることを理由として、刑法一六条一項二文の法律効果（過失犯としての処罰）を類推適用するべきである。実際の適用においても、①説によれば身分犯や自手犯の共犯者を不可罰とすることになり、重大な処罰の欠缺を生じさせることになる。⁽²³⁾この説は、故意は構成要件要素であるとともに責任要素でもあるとする「故意の二重機能」を認める立場である。これによれば、故意は行為者の意思によつて実現された不法とともに、行為者の心情無価値としての責任を特徴づけるが、正当化事情を誤認している行為者には、不注意により誤認した点に心情無価値が認められるので、過失を理由とする責任非難が可能となるにすぎない。つまり、正当化事情を誤認した行為者には、自己の行為に適用される許容命題が存在するか否かを確認しなかったことについて、過失犯と同様の非難が向けられると解するのである。⁽²⁴⁾

私見は、正当化事情の誤認に故意不法を認めることはできないと考える。②説の主張者は、行為者は構成要件に該当する事実を認識しているので、「構成要件の故意の提訴機能」は完全な効果を發揮している、⁽²⁵⁾あるいは自己の行為に適用される許容命題が存在するか否かを確認すべき「法定構成要件の警告機能」はその者に届いている、⁽²⁶⁾という。しかし、故意不法は、法秩序の立場から不法と評価される事態を目的として行為する場合に認められるものであるか

ら、既述のように、正当化事情の誤認の実態はしかるべき注意を欠いたことにあるとみる以上、そこには過失犯の不法しか認められないはずである。また、②説が、構成要件と違法性の段階で故意犯の要件を認めながら、責任ないし法律効果において突如として過失犯への転換を認めるのは、犯罪論の体系的構造を見誤るものであるという批判を免れない。このようにみれば、責任説を前提とするかぎり、正当化事情の錯誤に一六条を類推適用して故意不法を否定する①説の説明が、もつとも簡明で説得力のある理論構成を示しているように思われる。

では、この立場から、正当化事情を誤認した者の行為に関与した共犯者を処罰することは不可能であろうか。

これまで紹介した共犯の成否をめぐる議論は、いずれも共犯が成立するには正犯行為が故意に行われたことが必要であるとする前提（いわゆる「故意従属性」）に立ったものである。

ところで、ドイツ刑法が明文で規定した故意従属性は、旧刑法にはなく、一九六二年の政府草案（三〇条、三二条一項）によつて提案されたものである。これに対して、一九六六年の刑法草案総則対案（二八条一項、二九条一項）は、故意のない正犯者の行為が違法であるか否かは学説上争われているので、立法によつて共犯成立の可能性を排除すべきではなく、また、そうした強引な解釈をする刑事政策上の必要性もないとして、故意従属性を規定しないこととした。しかし、連邦議会の刑法特別委員会は、故意のない正犯に対する共犯にまで可罰性を拡張するのは適切でなく、また、過失の正犯に対する故意の共犯は原則として間接正犯として処罰しうると考えた。その際に、自手犯や身分犯など、間接正犯が成立しない場合に処罰の空隙が生ずるという問題が意識されていたが、その取扱いについては必ずしも明確な結論が示されていたとはいえないようである。²⁷このような経緯があつてか、正当化事情の錯誤と共犯の成

否を論ずる際に、共犯処罰のためには必ずしも正犯の故意不法を必要とせず、したがって刑法二六条、二七条の「故意により」を刑法一六条一項の「故意に」と異なった意味で解釈することができるという指摘がある。その主旨を要約すれば次のとおりである。

「事例2」のTのような、正当化事情を誤認した特別義務者（身分者）が不処罰とされるのは、その者が欺罔の被害者となったために答責性を免れるからである。しかし、その者を欺罔し、したがって二重の答責性を負うべき教唆者を同様に不処罰とするのは刑事政策的に間違っている。故意従属性を規定した立法目的は可罰性の過度の拡大を防止することにあるが、このような事例については、正犯に構成要件の故意があれば共犯の成立を認めることができる。解しても、立法目的は十分に達せられる。同一の文言を目的論的に異なった意味で理解することは、刑法解釈において珍しいことではない、と。⁽²⁸⁾

この指摘は、故意従属性を明文で規定していないわが国の解釈論にも有益な示唆を与えているように思われる。

周知のように、わが国の通説は過失犯の共犯（過失犯に対する故意の共犯）について消極説に立っており、判例においてもこれを積極に解した裁判例はない。他方で、限縮的正犯概念を前提として間接正犯を可及的に教唆犯に組み入れようとする立場から、これを積極に解すべきであるとする学説も以前から有力に主張されている。⁽²⁹⁾ 近年においても、たとえば教唆犯と間接正犯の錯誤について、両者の構成要件の重なり合いを認めない立場から故意従属性を否定すべきであるとする見解や、⁽³⁰⁾ 正犯者が過失致死行為を行っている際に、死の結果発生を予見しつつその行為を心理的

に促進した者に過失致死幫助を認めるべきであるとする見解がある⁽³¹⁾。これに対して、消極説からは、限縮的正犯概念は「自然主義的ドグマ」であってその規範的な論拠が示されていないこと、また、その主張者は実行行為概念を狭く限定することの代償として無限定な「拡張的共犯論」に至らざるをえないことが指摘され、むしろ故意従属性は主観面を考慮することによる違法範囲の限定と明確化に資するものであるとする見解が示されている⁽³²⁾。

私見によれば、故意従属性を必要とする論拠は、消極説が指摘するように、法治国家的観点から共犯の処罰範囲を限定することにあるので、共犯成立の前提として正犯の故意を必要とするべきである。しかし、正当化事情を誤認している正犯者に関する共犯の事例については、ドイツの一部の論者が指摘するように、故意従属性の「故意」を正犯の故意不法と解する必然性はないと考える。たしかに、正当化事情を誤認した正犯者に故意不法を認めることはできないが、その錯誤を知りつつこれに関与する共犯者は、正犯が構成要件該当行為に出ることを利用して自己の不法を実現しようと意図していることから、その可罰性を否定する理由はないというべきである。正当化事情を誤認した正犯者の「故意」と、それに対する共犯の成立要件としての正犯者の「故意」を同等に扱うことこそ、正当化事情の錯誤の実態を見誤るものといえよう⁽³³⁾。

こうした理解に基づいて「事例1」をみると、Oの不正な侵害があるものと誤信したTについては、故意不法を否定する制限責任説によれば傷害罪の故意不法が否定されて同罪は成立せず、誤認したことについて過失があれば過失傷害罪（刑法二〇九条）として処罰され、その点について過失がなければ不可罰となる。しかし、これを幫助したXについては、正犯者に構成要件の故意があればその共犯が成立するので、傷害罪の幫助犯として処罰されることになる。

「事例2」については、まず、秘密漏示罪の「正当な理由がないのに」の法的性質が問題になる。わが国では、「正当な理由」があれば構成要件該当性を欠くと解する少数説があるが、通説はこれを違法性阻却事由として理解する。⁽³⁴⁾ 思うに、同罪については、行為者が第三者の利益を保護するために他人の秘密を漏示する場合や、訴訟手続上の証人が証言の中で他人の秘密を漏示する場合のように、具体的事案に即した微妙な利益衡量が求められる場面が多いので、その判断は類型的な構成要件該当性の判断になじまず、これを違法性阻却事由と解するのが適切であろう。そうであれば、秘密の主体たる本人の同意があるものと誤認して漏示した場合は、正当化事情の錯誤の問題として論じられることになる。

では、人に秘密の主体たる本人の同意があるものと誤信させて漏示させた者の罪責をどのように考えるべきであろうか。この問題を扱ったドイツの裁判例が二件ある。

① BGHSt 4,355 (Urt.v.1.10.1953-4.StR 224/53)

被告人は、妻に対する離婚訴訟を提起する際に、かつて妻が結婚前に流産したことがあると告げていたことから、その経緯を探り出そうと考え、当時の妻の医師に対してその診断所見を求める旨の厳封の文書を送付したので、これを見た医師は、同女の現在の担当医からの問い合わせがあったものと誤認して、医師の慣行に従ってその所見を開示した。これについて原審は、被告人を医師による職業上の秘密を侵害する罪（旧刑法三〇〇条）の教唆犯として有罪とし、BGHも大要次のように判示して原審の判断を是認した。

原判決の認定によれば、同罪に対する教唆の外形的な構成要件を認めることができる。被告人は医師に対して、

その問い合わせが職業上の性質を有するかのごとき錯誤を惹起することにより、妻の診断所見を権限なく開示するよう決意させたからである。：医師は（旧）刑法五九条の行為事情の錯誤により職業上の秘密を開示したことについて責任はない（schuldlos）が、そうであっても被告人をその教唆として処罰することを妨げるものではない。

本判決は、医師の誤認を構成要件的錯誤として故意責任を否定し、一九四三年に制限従属性を認める趣旨で導入された旧刑法四八条「教唆犯」の文言（「刑罰によって威嚇された行為」）に従って、被告人をその教唆犯としたものと思われる。

② OLG Köln, MDR 1962, 591 (Beschl. v. 19.10.1961-Zs 859/60)

ハンターの散弾銃によって負傷した女性が、大学病院において医師Aの治療を受けたところ、同ハンターの保険会社の社員Bが、同女の傷害の程度とその予後を知ろうと企て、Aに対して同女の同意がある旨の虚偽の説明をして診断所見を求めたので、Aがその診断書を提示した。これについて検察官がA、Bに対する刑事手続を停止したので、同女はAの行為が医師の守秘義務に違反するという理由で、両者の処罰を求めて裁判所に起訴するよう申し立てた。これについて OLG Köln は、大要次のように判示して同女の申立てを認めなかった。

職業上の秘密を侵害する罪の「権限なく」(unbefugt) は、「当事者の同意なく」と同義である。したがって、患者が診断書の提示に同意したという医師の誤認は、行為事情に関する錯誤として故意を阻却し、医師に過失があつても（同罪の過失犯処罰規定は存在しないので）その処罰は認められない。また、患者の同意があるという欺罔によつて医師に職業上の秘密を侵害させた者は、非故意的な行為に対する教唆として不可罰である。（旧）刑法三〇〇条は、

職業上の秘密の探知 (Ausspähen) を罰するものではなく、その漏示 (Verrat) を罰するにすぎない。Bがみずから患者のカルテを覗いてその秘密を探知しても処罰されないのと同様に、Aを欺罔して探知した場合にも処罰されない。

本決定は、秘密の主体たる女性の同意があるものと誤信したAについて、これを構成要件的錯誤として故意阻却を認め、Bについては、非故意的な行為に対する共犯を否定して、「漏示」行為の教唆に当たる「探知」行為を不可罰とした点に特徴がある。⁽³⁵⁾

このように、ドイツの判例は、秘密の主体たる本人の同意があるものと誤信したことを構成要件的錯誤とするが、その共犯の取扱いについては必ずしも一律ではないようである。現在の学説では、刑法二〇三条「私的秘密の侵害」等の行為は当事者に重大な利益の喪失をもたらすので、わが国の通説と同様に、同条にいう「権限なく」を「不法に」あるいは「違法に」と同義に解して、その誤認を正当化事情の錯誤と解する論者が多い。⁽³⁶⁾

この立場から「事例2」をみると、秘密の主体Oの同意があるものと誤信したTは、故意不法を否定する制限責任説によれば、秘密漏示罪の故意不法が認められないので不可罰となる。しかし、Xについては、正犯に構成要件の故意があればその共犯が成立すると解する私見によれば、同罪の教唆犯として処罰されることになる。

むすび

本稿は、正当化事情を誤認した正犯者の行為に共犯者が関与した事例について、正犯者については、「故意不法を否定する制限責任説」の立場から故意不法を否定して不可罰とし、その共犯者については、正犯者に構成要件の故意が認められることを理由に可罰性を肯定しようとするものである。このように解することについて、正犯成立に必要な「正犯者の故意」と共犯成立に必要な「正犯者の故意」を異なつた意味に解するのは故意概念の統一的理解を妨げるものである、あるいは正犯について制限責任説を支持しながら共犯については厳格責任説を採用することになるという批判がありうる。しかし、既述のように、共犯者が正犯者の構成要件該当行為によって自己の不法を実現したことを考慮すれば、故意従属性をいわば「構成要件の故意従属性」として理解することは、必ずしも奇異な論法ではないと考える。また、「事例2」については、間接正犯として処罰できない関与者を共犯として処罰するための弥縫策を弄するものであるという批判がありうる。しかし、間接正犯と教唆犯の実質的な重なり合いを考慮すれば、身分を欠くために不可罰となる間接正犯を可罰的な教唆犯として評価することには合理的な理由があると思われる。

本稿が示した私見は、正当化事情を誤認した正犯者に関与した者の可罰性を認めるためのアド・ホックな試論にとどまるものであるが、当罰性が認められる関与者を合理的な解釈の枠内で処罰する方途を探ることも、刑法解釈論の役割の一つであると考ええる。

- (1) Roxin, Strafrecht, AT, Bd. 2 (2003), § 25 Rn. 67ff. 同様の事例でも不法事実の全体を認識している背後者が「事象の支配

者」であるとして間接正犯を認めるが、Xが意図的にTを誤信させて一方的に利用したと評価しうる事情がなければ、Tの錯誤を利用した間接正犯を認めることはできないであろう。

- (2) 違法性阻却事由の前提となる事実の錯誤について、わが国では「違法性阻却事由の前提的事実の錯誤」、「違法性阻却事由を構成する事実の錯誤」、「違法性阻却事由の錯誤」等の用語が用いられ、ドイツでは「正当化事由の前提の錯誤」、「正当化事情の誤認」、「許容構成要件の錯誤」等の用語が用いられている。本稿では用語の統一を図るため、原則として「正当化事情の錯誤」と表記する。

- (3) 「正当化事情の錯誤」をめぐるわが国とドイツの理論状況について、詳しくは拙稿「誤想防衛について——ドイツの理論状況をみて——」比較法雑誌四六卷三号（二〇一二年）一頁以下参照。

- (4) 基本的にこの説に立つのは、中義勝『講述刑法総論』（一九八〇年）一三七頁以下。

- (5) 基本的にこの説に立つのは、たとえば中山研一『刑法総論』（一九八二年）三五〇頁以下、三六八頁以下。

- (6) 基本的にこの説に立つのは、たとえば団藤重光『刑法綱要総論「第三版」』（一九九〇年）二四二頁、二九〇頁以下。

- (7) 基本的にこの説に立つのは、たとえば大谷實『刑法講義総論「新版第四版」』（二〇一二年）二九一頁以下、三四三頁以下。

- (8) 基本的にこの説に立つのは、たとえば平野龍一『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一六〇頁以下。

- (9) 基本的にこの説に立つのは、大塚仁『刑法概説（総論）「第四版」』（二〇〇八年）四六四頁以下。

- (10) 基本的にこの説に立つのは、立石二六『刑法総論「第四版」』（二〇一五年）一三二頁以下。

- (11) (旧) 刑法五九条

- ① ある者が罪となるべき行為を遂行する際に、法定構成要件に属する事情または可罰性を高める事情の存在を知らなかったときは、これらの事情は当人の責に帰せられない。

- (12) ドイツ刑法一六条（行為事情に関する錯誤）

- ① 行為の遂行の際に、法定構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行為したものではない。過失による遂行を理由とする処罰は残される。

ドイツ刑法一七条（禁止の錯誤）

行為の遂行の際に、行為者に不法を行う認識が欠けていた場合において、行為者がその錯誤を回避しえなかったときは、責任なく行為したものである。行為者がその錯誤を回避しえたときは、その刑は四九条一項により減輕することができる。

- (13) 学説の概要については、Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, 29. Aufl. (2014), § 16 Rn. 14ff.; LK-Rönnau/Hohn, 12. Aufl. (2007), § 16 Rn. 110ff. 参照。

- (14) 「故意不法を否定する制限責任説」(vorsatzschuldverneinende eingeschränkte Schuldtheorie) とこの名称は Rengier, Strafrecht, AT, 7. Aufl. (2015), § 30 Rn. 17ff. によらる。

- (15) 基本的にこの説に立つのは、たとえば Kindhäuser, Strafrecht, AT, 3. Aufl. (2015), Rn. 459; Kühl, Strafrecht, AT, 7. Aufl. (2012), § 13 Rn. 72; Roxin, Strafrecht, AT I, 4. Aufl. (2006), § 14 Rn. 64ff. 102ff.

- (16) ドイツ刑法二六条（教唆犯）は「違法な行為を故意により行うよう、他人に故意に決意させた者は…」と規定し、二七条（幫助犯）一項は「違法な行為を故意により行うよう、他人を故意に幫助した者は…」と規定する「傍点は筆者」。

- (17) 基本的にこの説に立つのは、たとえば Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 5. Aufl. (1996), § 41 IV 1d; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, AT, 5. Aufl. (2012), Rn. 743ff.; 1007; Rengier, a.a.O. [注14], § 30 Rn. 20; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, AT, 45. Aufl. (2015), Rn. 697ff.

- (18) 大判昭和八年六月二十九日刑集一二・一〇〇一は、傍論として、法律上犯罪の成立を阻却すべき客観的事実が存在しないのに行為者がその存在を誤信した場合には、「犯意アリト為スヲ得ズ」とした。

- (19) 東京高判昭和四五年一〇月二日高刑集二三・四・六四〇、新潟地長岡支判昭和五〇年一〇月一四日刑月七・九＝一〇・八六六も同旨。

- (20) 盛岡地一関支判昭和三六年二月一五日下午刑集三・三＝四・一五二も同旨。

- (21) 判例の動向については Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, a.a.O. [注13], § 16 Rn. 17; LK-Rönnau/Hohn, a.a.O.

（正当化事情の錯誤と共犯の成否（鈴木）

[註13], § 16 Rn. 11 ff. 参照。

(22) B G Hの判例では、故意犯処罰を否定する根拠となる条文について、刑法一六条一項(旧刑法五九条一項)の類推適用を認めた裁判例が大多数であり、同条項を直接適用した例と「故意責任」を否定した例はごくわずかである。

(23) 厳密に言えば、②説の中に、故意責任の阻却を認めて過失責任の限度で非難しようと解する「故意責任を否定する制限責任説」と、故意責任の減少を認めて法律効果としての刑罰のみを過失犯の限度にとどめる「刑罰効果を制限する制限責任説」がある。

(24) なお、正当化事情を誤認した者の行為に対して正当防衛で対抗できるか否かについても、①説からは否定され、②説からは肯定されるという違いが生ずる。

(25) Jescheck/Weigend, a. a. O. [註17], § 41 IV 1 d.

(26) Wessels/Beulke/Satzger, a. a. O. [註17], § 11 Rn. 477.

(27) 立法の経緯については、法務省刑事局『一九六二年ドイツ刑法草案理由書(総則編) 第一分冊』刑事基本法令改正資料一〇号(一九六六年)一五九頁以下、同『一九六六年ドイツ刑法草案総則対案理由書』同一五号(一九六九年)四八頁以下、内藤謙『西ドイツ新刑法の成立』(一九七七年)七四頁以下参照。

(28) LK-Roxin, 1. Aufl. (1992), Vor § 26 Rn. 26 f. 同様の観点からLK-Vogel, 12. Aufl. (2006), § 16 Rn. 126は、「故意概念の相対性」を認める方が、正当化事情の錯誤について故意不法と故意責任の複雑な関係を云々するよりも優れているといい、Zs. Puppe, 4. Aufl. (2013), § 16 Rn. 136は、「故意従属性を認めるか否かは錯誤論の問題ではなく共犯論の問題であり、刑法二六条、二七条の故意を構成要件実現の故意と解することは、故意不法欠缺の理論(故意不法を否定する制限責任説)と一致するという。」

(29) 過失犯の共犯をめぐる学説・判例の状況について、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第五卷[第二版]』(一九九九年)「安廣文夫」四九一頁以下参照。

(30) 松宮孝明「非故意行為に対する共犯——「故意への従属性」について——」立命館法学二二二—二三二号(一九九三年)

一一四七頁以下は、共犯者が正犯者に故意があるものと誤想した場合等について、故意従属性を放棄すべきであると主張する。

(31) 山口厚『刑法総論「第三版」』（二〇一六年）三二八頁

(32) 井田良「故意なき者に対する教唆犯は成立しうるか」慶應義塾大学法学部『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科篇』（一九九〇年）四七六頁以下参照。

(33) これを共犯の要素従属性との関係でみると、故意が構成要件要素で（も）あるとすれば、この問題については最小従属性で足りることになる。

(34) 学説・判例の状況について、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷「第三版」』（二〇一四年）「米澤敏雄」三七一頁以下参照。

(35) Dreher (Anm.), MDR 1962, S. 592f. は、正当化事情の錯誤を「構成要件的錯誤」および「禁止の錯誤」と並ぶ「独自の性質の錯誤」として位置づけ、本件の A の故意不法を認めて B に教唆犯の成立を肯定するが、非難可能性を考慮して過失犯の刑を適用すべきであるとする。

(36) Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, a.a.O. [註13], § 203 Rn. 26ff. 参照。

本稿は、わが国の刑事法学と刑事法教育に多大の貢献をされた船山泰範先生のご逝去をお祝いする趣旨で執筆したものです。拙い小論となったことには内心忸怩たる思いがありますが、先生の益々のご健勝を祈念しつつ謹んで献呈させていただきます。併せて、伝統ある「日本法学」誌上への寄稿をお認めくださった諸先生に心から御礼申し上げます。

（二〇一六年六月一二日脱稿）

日本における医療過誤と刑事責任

只 木

誠

- I. はじめに
- II. 日本の医療現場の状況
- III. 医療過誤と刑事過失
- IV. 典型的事例
- V. 医療過誤事件と刑事訴追の現状
- VI. 医療事故調査制度と無過失補償制度
- VII. むすびに代えて

I. はじめに

二〇一四年、重大な医療事故を起こしたとして特定機能病院承認取り消しがなされた東京女子医大病院事件と群馬大学医学部付属病院事件については、マスコミ等で大きく報道された。高度先端医療機関として先進医療を司つてきた病院におけるこれらふたつの医療過誤事件は、あらためてその背景に存する問題性の深さを認識させた。

わが国の厚生労働省の指針（厚生労働省リスクマネージメントスタンダードマニュアル作成委員会「リスクマネージメントマニュアル作成指針」）によると、医療過誤とは「医療事故の一類型であつて、医療従事者が、医療の遂行において、医療的準則に違反して患者に被害を発生させた行為^①」とされており、被害の状況によつては民事責任または刑事責任が問われ得るとされている。しかしながら、一般に患者は医療従事者（医師）との関係において弱い立場にあり、また、医療行為の社会的意義、専門性の高さゆえにその法的責任の追及には困難が伴い、慎重な判断が求められることから、かつては、日本では医療過誤において医師等の責任が争われることは少なかったところ、現在、その状況は大きく変化している。

本稿は、わが国における医療過誤の問題について、刑事法の観点から現状を分析し、刑事法以外の新たな紛争解決策を紹介しつつ、課題を提示しようとするものである。^②

II. 日本の医療現場の状況

日本における医療過誤の問題を検討するにあたっては、わが国が抱える医療現場の問題点についても概観しておく

必要があるであろう。

この数年来日本においていわれているのは、地域の医療を総合的に支える役割を担う総合病院等における医師（勤務医）不足の問題である。特に地方部で医師の確保に苦勞をしている病院は多く、これには、医療費抑制を掲げる国の施策の結果、そもそも先進諸国の中では医師数の少ない状況であったなか、二〇〇四年四月からの医師の臨床研修制度の義務化も一因となって医師の都市部への偏在化が進んだこと、医師の不足に伴って厳しく過重な就勞を強いられる勤務医を嫌って個人開業の道を選ぶ医師が多くなっていること、などがその原因として指摘されている。特に産科、小児科、救急医の不足は深刻であり、緊急の患者や処置に急を要する妊婦の搬送先がなかなか見つからず、病院を「たらい回し」されたあげくに死亡するといったケースの頻発は社会問題となった^⑤。また、医療の進歩により高度な医療知識・技術の体得が要求されるようになる一方、高齢化等によって患者の病氣も複雑化し、あわせて、インフォームド・コンセントなどの場面で患者への対応もよりきめ細やかさが求められる現在、医師の肉体的、精神的負担は増大しているとも指摘されている^⑥。

医療費抑制の旗のもと、しかし一方ではより高い医療の安全が求められるなか、現場の、特に勤務医の負担は見逃せないものとなっているのである。

Ⅲ．医療過誤と刑事過失^⑧

周知のように、発生させた被害に対する行為者の刑事上の責任は故意による場合と過失による場合とに分かれ、わが刑法においては、過失は、通常の過失と、わが国特有の「業務上の過失」とに分けられる。医療過誤事件において

問われるのは業務上の過失であり、その存否は注意義務に違反したかによって決せられる。すなわち、結果の予見が可能で、結果を回避すべきであつたにもかかわらずこれを回避しなかったと判断された場合には、行為者は業務上過失致死傷罪で処罰されることになるのである。⁹⁾

このため、多くの医療過誤事例において争点となるのは、行為者すなわち医師における注意義務に基づく結果回避義務違反の有無であり、また、結果についての予見可能性が存したか否かという点である。そして、ここではしばしば問題となるのが、誰を基準として注意義務違反（予見可能性）が認められるかである。これについては、行為者と同一立場での通常人の能力を基本とするのが一般の見解である。すなわち、例えば、葉害エイズ事件帝京大学ルートの¹⁰⁾裁判では、「通常の血友病専門医」を基準とした判断において被告は無罪とされている。すなわち、本件当時、被告人において、エイズによる血友病患者の死亡という結果発生の予見可能性の程度は低いものであつたとし、結果回避義務違反の点については、非加熱製剤投与による療法の有用性とエイズ感染・発症の危険性を比較考量することなどが重要であるところ、「刑事責任を問われるのは、通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば、おそよそのような判断はしなはずであるのに、利益に比して危険の大きい医療行為を選択してしまったような場合である」と判示し、当時、わが国の大多数の血友病専門医が非加熱製剤を用いていたことなどから、被告人の結果回避義務を否定したのである。しかし、これに対しては、他の医師とは違って血友病治療の権威であつた被告は結果を予見することができたはずであり、ゆえに行為者自身の能力を基準として過失を認めるべきであるとする反論もある。また、判決が「本件当時の被告人の立場に置かれれば」としていることから、被告人の認識及び認識可能性を基礎として「通常の規範的な行為選択をする血友病専門医ならどのような行為をするであろうか」という視点から評価され

なければならない⁽¹¹⁾として、同文言は血友病の最高權威たる被告人が有するエイズの危険性に関する情報などについての知見を判断資料とする趣旨であると解して、結果回避義務違反は肯定できるとする見解も有力に主張されている⁽¹²⁾。注意義務の標準につき客観説を採用すれば、このような解釈を導くことは可能であるばかりか、その本来の趣旨にも合致するであろう⁽¹³⁾。

IV・典型的事例

1. 慈恵医大青戸病院腹腔鏡下手術ミス事件

東京地判平成一八年六月一五日公刊物未搭載の⁽¹⁴⁾、いわゆる慈恵医大青戸病院腹腔鏡下手術ミス事件判決では、泌尿器科医師であった被告人三名（X…主治医・腹腔鏡操作担当・Y…執刀医、Z…第一助手）が、患者の前立腺がん治療のため腹腔鏡下前立腺全摘除術を行うに際し、いずれも本術式を安全に施行するための知識、技術、経験がなかったにもかかわらず、本術式による手術を開始したことにより、手術中の度重なるミスの末、DVC（陰茎背静脈）から大量出血させ、患者を低酸素脳症による脳死に起因する肺炎により死亡させた事案につき、「被告人三名は、いずれも本術式を安全に施行するための知識、技術及び経験を有していなかったのであるから…医療業務に従事する被告人三名には、患者の生命身体に危険のある本術式を選択することを厳に避けるべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り…共同して本術式により手術を開始した過失により…Aを低酸素脳症による脳死に起因する肺炎により死亡させた」として、業務上過失致死罪の共同正犯の成立を肯定した⁽¹⁵⁾。

本判決では、予見可能性の対象となる「因果関係の基本的部分」を「難易度の高い高度先進医療を知識や経験なく

行う」ことに認め、結果回避義務違反の点については、「無謀ともいうべき危険な本術式を回避し、手術に際してはAの生命身体を安全を確保することにあるが、いずれもその義務を怠ったこと」に認め、¹⁶ 実行行為と結果との因果関係については、判例の採る危険の現実化説（「行為の危険性が結果へと現実化したか」を判断の基準とする説）を用いた上で、麻酔医の過失という介在事情があつても、行為の危険性は高いことから、因果関係を肯定している。

本件は、「本術式を選択することを厳に避けるべき業務上の注意義務があるのに、これを怠」り、「共同の注意義務に共同して違反」して手術を開始したという点に過失の共同正犯¹⁷を肯定している。すなわち、過失の実行行為を本術式での個々の過誤ではなく、知識、技術、経験を有することなく高度な術式により手術を行うことそれ自体に認めた上で、過失の共同正犯を「注意義務違反行為の共同実行」という伝統的な理論に基づいて肯定したものである。

2. 横浜市大病院患者取り違い事件

東京高判平成一五年三月二五日刑集六一巻二号二一四頁の、いわゆる横浜市大病院患者取り違い事件判決では、医師及び看護師であつた被告人六名が、患者の同一性の確認を怠つたため、患者及びカルテの引継ぎの際に患者を取り違い、麻酔導入、執刀の段階でも取り違いに気付かず、肺手術予定患者であつたYに対して心臓手術を、心臓手術予定患者であつたXに肺手術を実施してX、Yに傷害を負わせた事案につき、被告人六名はそれぞれ患者の同一性を確認すべき注意義務を負っていたにもかかわらずこれを怠つた、という各過失の競合を認め、被告人六名につき業務上過失傷害罪の単独正犯の成立を肯定した。¹⁸ 被告人六名に患者の同一性確認義務を観念しつつも、その内容に若干の差異を認めたことで、過失共同正犯ではなく、過失同時犯の成立を肯定したものであろう。もつとも、患者及びカルテ

の引継ぎ、麻酔導入、執刀というそれぞれの段階で、共同正犯を肯定することも可能であった事例であったようにも思われる。⁽¹⁹⁾ 判例においても、いわゆる「上下型共働・監督過失型共働」の事例以外の、いわゆる「対等型共働」の事例では、広く過失の共同正犯が肯定される傾向にあるのである。⁽²⁰⁾

3. 東京都立広尾病院事件

そのほか、東京都立広尾病院事件最高裁判決（最判平成一六年四月一三日刑集五八巻四号二四七頁）では、誤って消毒液を輸液したために患者を死亡させるに至ったという事案につき、看護師二人が業務上過失致死罪で、⁽²¹⁾ 主治医は異状死体届出義務違反の罪で、院長は虚偽有印公文書作成行使と医師法二一条違反の罪で起訴され、それぞれ有罪となった。医師法二一条には「医師は、死体又は妊娠四月以上の死産児は検案して異状があると認めたときは、二十四時間以内に所轄警察署に届け出なければならない」と規定するところ、本件では、死体を検案して異状を認めた医師は、自己がその死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われるおそれがある場合にも届出義務を負うとすることは、憲法三八条一項の自己負罪拒否特権に違反するものではないとした点、また、「医師法二一条にいう死体の『検案』とは、医師が死因等を判定するために死体の外表を検査することをい」うとして、医師法二一条の意義を明らかにした点に意義がある。なお、この事件が後述の医療事故調査制度の創設の契機となったことは周知の通りである。⁽²²⁾

V. 医療過誤事件と刑事訴追の現状

1. 刑事訴追の現状

一九九九年一月から二〇〇四年四月までの医療過誤事件の判決数を案件別にみると、注射二三件、投薬六件、麻酔三件、輸血三件、手術・手技二〇件、医療機械操作二四件、診断・治療三件、看護三件、管理四件となっている。⁽²³⁾

犯罪捜査の端緒となるものには様々が存するが、医療事故においては患者本人や遺族からの被害届または告訴が多い。また一方、近年では医療機関側からの異状死亡届が端緒となるケースも増加している。医師法二一条の規定により、医師は異状死届出義務を負っているところ、異状死の意義や、それとの関連で届け出先は警察か第三者機関かについては見解の争いが生じており、混乱が生じていた。⁽²⁴⁾

先にも述べたように、わが国では、以前は、刑事責任を問うて患者が医師を訴える例はごく限られていたが、近時は、医療過誤に関する法律体制が整備され、患者の権利の保障も進んだことから、国民の意識も大きく変わり、医療過誤事件の解決は社会的な問題として広く認知されるようになった。医療過誤を繰り返す医師が「リピーター医師」と呼ばれてマスコミに大きく取り上げられるなど、医療過誤において医師の刑事的また民事的責任を問うことはもはや被害者にとってタブーではなく、むしろ当然の権利行為となったのである。⁽²⁵⁾

しかし、次第に、医療過誤の諸事例にあつて、節度ある法適用の範囲を越えた医師の訴追、行き過ぎた処罰等、懸念すべき問題が新たに生じており、その拡大を危惧する声は大きくなっている。医療行為の行われた状況や環境、条

件に照らして、医師の必要十分な注意義務をもってしても事故の発生が回避し得たかが疑われるような事例においては、医師に法的な責任を問うことは困難であり、医師は起訴されるべきではないと思われるところ、このような危惧は根拠のあるものといえよう。

2. 過度な刑事介入？

このような事態の解決の方策のひとつとして、日本でも無過失補償制度⁽²⁶⁾を導入することがかつてより主張されてきた。これは、医療事故において、医師に過失がないとされた場合に患者に補償金が支払われる制度で、長期にわたる訴訟を避け、医師と患者双方の救済を目的とするもので、特に、原因の特定できない例が多く損害賠償の負担が大きい分娩事故においてその活用が望まれ、産科医のなり手がいない状況を改善することにもつながることが期待されたところであった⁽²⁷⁾。しかし、それにもかかわらず、公訴が提起され医師が糾弾されるという事例が、最近、多く現出するに至っている。

その例としては、いくつかの安楽死事件⁽²⁸⁾のほか、典型的なものとして二〇〇四年の福島県立大野病院事件と一九九九年の杏林大学割り箸死事件⁽²⁹⁾があげられる。福島県立大野病院事件は、同病院で帝王切開手術を受けた産婦が胎盤剥離の処置中に出血多量で死亡したもので、執刀した医師が業務上過失致死等の罪で起訴された。杏林大学割り箸死事件では、転倒したはずみで啞えていた割り箸が喉に刺さって死亡した男児において、実は折れた割り箸が小脳に達する深さで頭蓋内に残存していたことから、救急センターで男児の診察にあたった医師にミスがあったとして業務上過失致死等の罪で在宅起訴された⁽³⁰⁾。

この二つの事件は、専門対応の可能な医師が一人しかない状況のなかで予測困難な緊急事態が生じた点、医師としての一般的な経験や知見の範囲を超える過去に例を見ない事例であった点でいずれも非常に稀なケースであり、当該の医師において注意義務違反があったとは認められないか、または、医師に注意義務を求めることそのものに非常な困難が存するものであった。しかし、それにもかかわらず医師の過失が認定され、逮捕また起訴され、裁判でその刑事責任が争われることになったことは医療界に大きな波紋を呼び、論議が巻き起こることとなった³¹。たしかに、手術や治療の現場における医師の判断や方法の選択までもが過失を問う対象とされるのであれば、もはや医師の専門性の根幹とその意義そのものが脅かされるに等しく、また、医療と社会に貢献すべく、厳しい勤務体制のもと救急医や産科医師の不足を補って働く勤務医の忍耐に頼っている形のわが国の救急医療・産科医療の現場の実情を他所に、高い専門性に基づく対応と結果の予測を救急対応が必要な患者の治療にあたって彼らに求めることは本来的にも不合理といわざるを得ないであろう。

この二件の事件をきっかけとして、医師の間には法的係争を恐れて困難な症例の患者を避け医療行為そのものに消極的になるという傾向が広まったようであり、また、専門外の立場で行わざるを得ない救急の診察・治療にややもすると刑事責任が追及されかねないとの懸念から多くの医師が病院を去って（「立ち去り型サボタージュ」³³）、地域医療は空洞化が進んだといわれている。そのため、病院自体においても、医師を確保できない不十分な体制においては救急医療から退く例が増え、また、手術の際には必ず同意書を取って免責を担保するということがいずこにおいても行われるようになった。また、必要以上の検査の実施なども、同様に、医師の免責を慮つてのことかと、患者の不信を招くものと受け取られる部分も出てこよう。海外への医師の流失も取り沙汰されている。そして、学会等の場での症例

報告などにおいても過失の問題が関わると思われるような微妙な部分には触れられないようになったことから、医学的な研究活動の進展にも深刻な影響が心配されている。このように、現在、日本では病院に始まる医療そのものの危機（医療崩壊、防衛医療ないし防御的医療、または、萎縮医療（訴訟のリスクを避け、妥当であるはずの医療行為を敢えて行わない）が引き起こされているといえるのである。

3. 海外における現状とわが国への示唆

医療過誤と医師の刑事責任をめぐっては、英米でも、現在では、医療過誤に対する刑事責任の追及は、医師が危険を認識しながらこれを無視した無謀な過失の場合だけでなく、医師に危険の認識がなかった過失の場合についても認められるようになってきているという⁽³⁴⁾。また、米国では、医学界からの反対をよそに、医師の判断ミスについて刑事裁判が提起されるようになったという。とはいえ、そもそも、英米や北欧など多くの国においては、医療過誤には非刑事的サンクションで対応し、⁽³⁵⁾ 医師の判断ミスについては刑事訴追されないのが原則とされており、先に述べた同様の事例について過失は問われないのが通常であるといわれている。英米では、刑事過失が認められるには（客観的）注意判断基準からの重大な逸脱の客観的存在が必要で、かつ、非難可能な心理状態が必要となるとされており、一般に、単純ミスは誰でも犯し得るミスであるから、犯罪とはならないとされてきた、という⁽³⁶⁾。医療分野での単純ミスは、そのほとんどが病院の安全管理体制の欠陥や組織運営の不適切さに起因するものであるから、⁽³⁷⁾ 個人の責に帰しても組織体の問題は解決されないというのである⁽³⁸⁾。この点で、米国での、単純ミスを惹起させる最終責任者として医療組織（医療法人）が刑事責任に問われた判例は注目を集めているところである。

他方、目を、ドイツ語圏に移すと、オーストリアでは、刑法典八八条で、過失傷害罪に関して、「重大な過失によつてではなく (nicht grob fahrlässig)」行為した場合には、処罰を免れ得るとしている。³⁹⁾ 他方、ドイツの刑法典においては、オーストリア刑法の八八条に相当する免責規定は存在せず、日本と同様の刑事責任追及がなされるとされているが、⁴⁰⁾ 学説では、医療事故における医師の過誤については、重大な過失の存する場合のみ刑事責任を負わせるべきであるとする主張が大勢である。それというのも、医師の業務においては、いかに誠実な人間であつても、時として精神の緊張が緩むことがあり、業務の性質によつては、それが構成要件実現 (具体的には人の死傷結果) に直結する危険性の高い場合があるという意味での「危険傾向性」 (Gefahrenneigung) が伴い、したがつてあらゆる過誤を広範囲に処罰をすれば、防御的医療の弊害を生じさせ、ひいては、手術により得られうる健康状態の向上という利益を患者から奪い、また、先に述べたような、検査を必要以上に盛り込んだ過剰診察を招くことになるからであるという。⁴¹⁾ あるいは、医療事故への刑事責任追及によつて防衛医療、萎縮医療がもたらされ、従来、先端的な医療を行い、リスク・テイキングしてきた先進医療の進歩が阻害され、医療の発展は遅滞する。刑法で発動されるリスクは一般市民全体に平等に分配されるのではなく、ここでは医師に集中するのであり、医師不足で過酷な勤務条件にある医師に刑事責任が問われうる高いリスクを不断に押し付けることは社会的な不正義である、⁴²⁾ というのである。

このような点は、医師が業務上過失致死傷罪で処罰される事例の大部分を単純ミス⁴³⁾の例が占めている日本と大きく異なる、といわれている。もつとも、わが国でも「医療事故を刑事過失として処理するのは重大な過失があつた場合に限定すべきである」という主張、⁴⁴⁾ 単純ミスの可罰性は、英米と同様に、行為の危険の認識可能性にかかわる兆候を考慮して、その兆候があつた場合に限るとの主張など、医療事故における刑事責任限定論が従来から強く提案されて

いる。また、実際に、単純過失致死傷による有罪判決はほとんどなく、過失により人を死傷させた場合のほとんどは、業務上過失致死傷罪で処理されているのが現状であるのであり、業務上過失は重大な過失を類型化したものだとする見解も有力であること⁽⁴⁵⁾から、英米と同様に、〈医療事故においては〉刑事過失、すなわち、業務上過失致死傷罪にいう「過失」を「重過失」に限定し、医療過誤における過失についても、単純な過失は刑事訴追しないという選択肢は残されているともいえようし、少なくとも、その分野におけるガイドラインに沿っていれば、刑事処罰の対象とはならないというかたちが望ましいといえよう。⁽⁴⁶⁾

また、本来、医療行為において結果を完全に予測することはできないものであるといえるとも思われるところ、医療行為について、「注意義務違反による過失」ないし「結果が予見できたにもかかわらずこれを回避しなかったこと」を罪とする業務上過失致死罪の適用は本質的にそぐわない面を有し、それにもかかわらず医療過誤事件において医師の過失を摘発する例が頻発するようになれば、自らの立場を危うくする危険を冒してまでも出産などリスクを伴う医療行為を、あるいはより効果が期待できてもそこに高いリスクがある治療行為を引き受けようとする医師はいなくなるとの批判⁽⁴⁷⁾は現状の問題性を正しく表現しているといえよう。

以上のように考えてくると、医師の行為に明らかな落ち度 (recklessness (無謀)、Leichfertigkeit (軽率性)) が認められる場合であれば格別、一般的に、はたして刑事裁判で「白黒をつける」ことが医療過誤事件を正しい解決へと導くものであるといえるかは疑問である。医師個人の過ちの問題として過去に遡って責任のあぶり出しと処罰にエネルギーを費やしても医療過誤事例の再発防止に有効であるとはいえず、むしろそれよりも、未来を指向する展望的な立場に立つて、医療事故調査委員会 (医療安全調査委員会) 等での原因究明とこれに基づく予防策の構築に力を入れるべ

きであるとされたのは、当然のことであつた。⁽⁴⁸⁾

VI・医療事故調査制度と無過失補償制度

1. 医療事故調査制度

このような視点に立つて、すなわち、回顧的に、ひたすら医師の責任を追及することに労を費やすのではなく、展望的に、医療の安全を確保し、医療事故の再発防止を策するということを目的として掲げて、医療事故調査制度が施行された。⁽⁴⁹⁾

医療事故調査制度にいう「医療事故」とは、「当該病院等に勤務する医療従事者が提供した医療に起因し、又は起因すると疑われる死亡又は死産であつて、当該管理者が当該死亡又は死産を予期しなかつたもの」と規定され、医療事故が発生した場合には、病院、診療所又は助産所の管理者は、厚生労働省令で定めるところにより、遅滞なく、当該医療事故の日時、場所及び状況その他厚生労働省令で定める事項を第六条の一五第一項の医療事故調査・支援センター（日本医療安全調査機構）に報告しなければならない（法第六条の一〇）として、医療事故調査についての制度が整備された。⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾

医療安全調査委員会は、上述のように、原因究明・再発防止措置を行い、医療の安全の確保を目的としたものであり、業務上過失致死傷罪などによる医療関係者の責任追及を目的としたものではない。⁽⁵²⁾むしろ、中立的専門機関である医療安全調査委員会が医療事故に関して、医療従事者の責任を追及すべきでないとの判断を示したのであれば、検察官も起訴・不起訴の判断の際にこれを斟酌すべきであらうし、そのような実務の蓄積によって、医療事故における

妥当な処罰範囲の明確化が計られるものと考えるのである。⁽⁵³⁾

2. 無過失補償制度

無過失補償制度と事故調査制度とは、車の両輪のごとく一体的に機能することが求められている。

無過失補償制度は、二〇〇九年に産科医療分野において実施された。すなわち、この制度は、分娩に関連して発症した脳性まひ児に対する補償を行う機能と原因の分析と再発防止を図る機能とをあわせ持つが、前者についていえば、医療者の過失の有無を問わず被害者である患者に補償金が支払われる仕組みが構築されたのである。同制度の創設により、報告書が患者家族にも手渡されることで話し合いも可能となり、そして紛争解決の可能性が高くなり訴訟数の減少につながるであろうとする見方もあり、⁽⁵⁴⁾そして、実際にも、産科無過失補償法が導入された平成二二年度以降、産科に関わる医療訴訟の数は減少している⁽⁵⁵⁾のであり、このことから、無過失補償制度が訴訟の抑止に効果をもたらしていることが読み取れる。

なお、理想としては、無過失補償制度は、すべての医療事故事案を対象として導入されるべきであるという主張もあったが、資金面の問題から最も緊急度の高い分野において優先的に採用されるべきとされ、まずは産科医療分野においてのみ補償制度が導入された。

もともと、国の資金による無過失補償制度については、問題は少なくない。とりわけ、財源の問題は軽視できないことはいうまでもない。そこで、医師に過失がない場合には同制度によるとしても、過失が認められる場合には、民間の保険会社の利用が考えられ、事例よっては裁判外の紛争解決手段（ADR）の活用も考えられ、これらの制度の

併用が現実的であるといわれている。

いずれにせよ、無過失補償制度の検討には、医療事故データの蓄積が必要であり、そのためにも、医療事故調査制度の進展が求められるのである。

VII・むすびに代えて

本稿は、医療過誤事件をめぐる過失犯処罰の現状とその問題点を取り上げて、わが国の医療現場の、ますます深刻さを増す現状の問題性を直視し、医療の領域における過度な刑事介入による紛争解決の限界を示そうとしたものであり、同時に、防衛医療・萎縮医療を招かぬため、その代替策として、再発防止に向けての安定した制度設計こそが望まれるとしたものである。

すなわち、典型的かつ重大な医療事故の場合は別としても、医療者の単純なミスや医師の判断や方法についてまでも過失を問われ、糾弾され、責任追及が行われるということになれば、医師の専門性そのものの根幹が揺るぎ、医師と患者、家族との信頼関係の樹立は阻害されるであろう。また、このような医療事故への過度な責任追及は防衛医療・萎縮医療や過剰診察につながり、ひいては、わが国の健全な医療制度にとって大きなダメージとなると思われる。そこで、英米やドイツ語圏の例にあるように、医療分野での単純ミスは、そのほとんどが病院の安全管理や運営力の不足に起因するものであるとの認識のもと、医師に明らかな過失、重過失がなければ、回顧的に責任を追及するのではなく、同じそのエネルギーをいわば展望的に、再発防止につなげる方が、医療過誤という紛争の正しい解決策としてより生産的であろう。

そして、わが国でも、単純な過失は刑事訴追しないという選択肢は残されているであろうし、終末期医療の分野でもガイドラインたる指針・準則にしたがっていけば刑事処罰を免れるという、一種のコンベンションの樹立が求められるであろう。⁽⁵⁶⁾

このような認識のもと、事故調査委員会が設立され、それを制度的にサポートする無過失補償制度が整えられたことは、医療の発展にとっても好ましいことであり、今後は、両制度のいつそうの発展に期待したいところである。

なお、今日では、医療過誤における刑事責任を限定するとしても、医療の分野においてのみ過失の要件を厳格に介すべきではないとする主張が有力となっている。とはいえ、例えば間接的安楽死について犯罪化するには未必的な故意では足りないと言われ、また、背任罪において主観的要件を限定解釈する解釈が有力であることからすると、医療過誤の事例で、必要とされる過失の程度を、政策的に引き上げることも、許されるのではないかと思われるのである。

※本稿は、二〇一二年七月六日にトルコのイスタンブールで行われた「International Academy of Legal Medicine, 22nd Congress in Istanbul-Turkey」での「PENAL LAW DIMENSIONS OF MEDICAL MALPRACTICE IN JAPAN-Reconfirmation of the responsibility principle in Criminal Law in Risk Society -」と題する講演の原稿をもとに、これにその後の状況を踏まえ修正を加えたものである。刑法の機能・役割との関係で過失犯論や医療過誤の問題を論じ、考察を深めてこられた船山泰範先生の古稀を祝して、これまでのご指導に感謝申し上げます、本稿を献げる次第である。

(1) 二〇〇〇年(平成十二年)八月二二日、国立病院、国立療養所及び国立高度専門医療センター等における医療事故の発生防止対策及び医療事故発生時の対応方法についてマニュアルを作成する際の指針として、リスクマネージメントスタンダード

マニュアル作成委員会より報告された「リスクマネージメントマニュアル作成指針」「第三 用語の定義」より。http://www1.mhlw.go.jp/topics/sisin/tp1102-1_12.html

- (2) 先行研究として、船山泰範『刑法の役割と過失犯論』（二〇〇七年）一〇頁以下、一三七頁以下参照。
- (3) 臨時行政調査会「行政改革に関する第三次答申―基本答申―」（一九八二年七月）を受けた、医師・歯科医師の養成計画についての同年九月の閣議決定参照。
- (4) 二〇〇八年の人口一、〇〇〇人当たりの臨床医の数は二・一五人であり、先進国の中でもきわめて低い（OECD Health Data 2011, Density per 1000 population (head counts)。また、前田由美子「医療関連データの国際比較―『OECD Health Data 2009』より―」日医総研リサーチエッセイNo.55（二〇〇九年十二月）参照。
- (5) これは二〇〇七年頃からはじまる、いわゆる救急搬送の「たらい回し」事例として、医療崩壊の顕著な事例の一つとしてあげられた。
- (6) 本田宏・日野秀逸「対談『医師不足地域の医療が危ない！』」月刊経済No.136（二〇〇六年十二月）。
- (7) 小松秀樹『医療崩壊「立ち去り型サボタージュ」とは何か』朝日新聞社（二〇〇七年）二頁。
- (8) 井田良「医療事故に対する刑事責任の追究のあり方」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（二〇一二年）二三一頁、佐伯仁志「ドイツにおける刑事医療過誤」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（二〇一二年）二五二頁参照。
- (9) 手嶋豊『医事法入門』有斐閣（二〇〇五年）一五九頁。
- (10) 薬害エイズ事件において、主に血友病に対する治療薬として使われた血液凝固因子製剤（非加熱製剤）によってヒト免疫不全ウイルス（HIV）に感染した患者がエイズを発症し多数の死者が出た。帝京大学ルートはこの事件の三つの類型の一つである。船山・前掲注(2)一九八頁以下参照。
- (11) 船山・前掲注(2)二二二頁。
- (12) 同旨、前田雅英「予見可能性の内容・程度と許された危険」研修六三七号（二〇〇一年）一三頁。判例に賛成するのは、井田良「判評」ジュリ二二〇四号二六頁（二〇〇一年）二六頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（二〇一三年）

二九八頁。批判的なのは、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（二〇〇四年）一六八頁、甲斐克則「薬害と医師の刑事責任」
広島法学二五巻二号（二〇〇一年）六九頁、高橋則夫『刑法総論〔第二版〕』（二〇一三年）二二九頁など。

(13) 船山・前掲注(2)二二一頁、前田・前掲注(12)一三頁。

(14) 拙稿『医事法判例百選〔第二版〕』（別冊ジュリスト二一九号）（二〇一四年）一三〇頁、飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』（二〇一七年）五〇二頁以下参照。なお、判例時報二二九二号（二〇一六年）以下で、本稿で若干ながら取り上げた大野病院事件や割り箸事件を紹介しつつ、刑事医療事故訴訟を特集として取り上げている。

(15) 分業化の進んだチーム医療のもとでの医療過誤であっても、複数の医療従事者が共同主体として集団過誤行為を行ったと評価できる範囲で、なお過失共同正犯の成立する余地がある旨を主張するものとして、谷井悟司「過失共同正犯の処罰根拠とその成立範囲について」中央大学大学院研究年報法学研究科篇四四号（二〇一五年）三七一頁以下。

(16) 弁護人の主張する「信賴の原則」の法理の適用も、正当にも否定している。

(17) 例えば、最判昭和二八年一月二三日刑集七巻一号三〇頁。

(18) 本件第一審である横浜地判平成一三年九月二〇日判タ一〇八七号二九六頁においては、被告人Cには注意義務違反があったとは認められないとして無罪とされ、それ以外の五名が有罪とされ、上告審である最決平成一九年三月二六日刑集六一巻二号一三一頁においては、被告人Cには麻酔導入前後にわたって過失は認められないとの主張を排斥し、同人に対する有罪判決が維持されたが、各審級において被告人らそれぞれの注意義務の具体的内容には若干の変更が見られるものの、被告人らの各過失の競合という構成それ自体は一貫して維持されていた。

(19) 同様に本件において過失共同正犯の成立可能性を指摘するものとして、船山・前掲注(2)一五一頁、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ〔新版〕』（二〇〇六年）一四三頁、大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル三号（二〇〇六年）二二頁以下などがある。詳細は、谷井・前掲注(15)三七四頁参照。なお、チーム医療についての信賴の原則の適用を消極的に解するのは、船山・前掲注(2)一三九頁以下。

(20) いわゆる、世田谷地下ケーブル火災事判決（東京地判平成四年一月二三日判例時報一四一九号一三三頁）参照。なお、そ

れぞれの関与者に過失責任を問うについては、いずれの構成によるにしても、具体的な事例に対する結論はそれほど大きく異なることはなく、たしかに、複数人のうちの一人の行為によって結果が生じた場合に、結論の差異が生じるとされてもいるが、「共同の注意義務に共同して違反する」ことと「共同行為者の行為からも結果が生じないようにする注意義務に違反する」こととは、内容が重なるであろう。前田雅英『刑法総論講義〔第五版〕』（二〇一一年）五〇六頁。なお、同『刑法総論講義〔第六版〕』（二〇一五年）三七〇頁。

(21) 船山・前掲注(2)一四九頁は、判文中に「過失の競合により」とあるように、本件は過失の共同正犯の事例ではなく過失の競合の事例であるから、判決が六〇条を適用したことは誤りであるとする。

(22) 平成二六年に医療事故調査制度が成立し、平成二七年一〇月一日から施行されている。

(23) 飯田・前掲注(14)三頁、吉田謙一『事例に学ぶ法医学・医事法』有斐閣(二〇〇七年)二七八頁。

(24) なお、前述の東京都立広尾病院事件最高裁判決や、医療事故調査制度の誕生によって、医療過誤自体の警察への届け出義務は縮減されたとみてよいであろう。

(25) 地裁民事第一審通常訴訟事件における、医事関係訴訟事件の認容率は高くはない。平成二七年度は、通常訴訟事件の認容率は八三・二%であるのに対し医事関係訴訟事件の認容率は二〇・六%といじるしく低い。また、医事関係訴訟事件の平均審議期間は平成二七年度において二二・八月であり、通常訴訟事件平均の八・九月に比して、非常に長い審議期間となっていること、したがって多額の訴訟費用が必要であることがわかる。

(26) <http://medical-today.seesaa.net/article/36484160.html>

(27) 二〇〇九年(平成二一年)には、後述する、分娩に関連する脳性麻痺に対する障害補償制度である、「産科医療補償制度」が発足した。

(28) 一九九八年の川崎共同病院事件では、延命治療を望まない旨の家族の意思を受けて行った対応の後、鎮痛剤を、そして最後に筋弛緩剤ミオブロックを投与した結果患者を死亡させたとして殺人罪で起訴された医師に懲役一年六ヶ月執行猶予三年の有罪判決が下されたもので、裁判では尊厳死(治療中止ないし消極的安楽死)の扱いをめぐる争われたが、最高裁では、

余命についての確認をしていない、被害者の推定的意思が確認されていないとして、殺人罪の有罪判決が確定した。事後の報告書では、本事件の要因の多くは、チーム医療の実践の脆弱性など、どこの医療機関においても起こりうるものであるとして、個人の責任追及より組織医療の問題点を解明する立場で問題点と解決策を検討している。 <http://dl.cubo-medical.com/dl/63-a495930101d5d17ad0b7ae9ae98b0>

(29) 中山研一・甲斐克則編著『新版 医療事故の刑事判例』（二〇一〇年）一七五頁。被告人には禁錮一年、罰金一〇万円が求刑されたが、地裁で無罪が言い渡され、検察が控訴を断念したことから判決が確定した。上述のごとく、この事件が、産科医療補償制度創設のきっかけの一つとなったといわれている。 http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20522011.pdf 同事件では、医療事故調査委員会が保険適用を通じて遺族への補償金支払いをスムーズにするため、報告書には医師の過失があったとの記載がなされた。そのため、実際には、院内検討会でも執刀医の施術に過失があったとは認められなかったにもかかわらず、警察の捜査や起訴が行われたという事情が存したのであった。なお、平岩敬一「大野病院事件無罪判決と産科医療をめぐる諸問題」神奈川ロージャーナル二号（二〇〇九年）一二頁、鈴木博康「産科医療事故に関する一考察」北九州市立大学法政論集四〇巻四号（二〇一三年）一五五頁参照。

(30) 被告人は、第一審、第二審のいずれにおいても無罪とされ、検察が控訴を断念したことから判決が確定した。

(31) 平岩敬一「福島県立大野病院事件を振り返って」日本産婦人科医学会報（二〇〇八年一〇月一日）、長谷川誠『割りばし事件』に対する報道はペンの暴力」日経メディカルオンライン（二〇〇九年六月一八日）。

(32) 河北新報二〇〇六年五月五日は、大野病院医療事件の影響につき、東北六県の病院九一カ所から得た産科アンケート調査結果をもとに、「大量出血の予想される症例は扱わない」、「訴訟を起こされるようリスクを伴う患者の診察が怖い」、「大学による医師派遣中止・引き揚げ」、「二人体制の病院には大学が派遣しない」、「産婦人科を選ぶ研修医は激減する」、「産科を辞める医師がいる」、「地域医療の萎縮が懸念される」など、回答の八割が「影響がある」としていることを報じている。

(33) 小松・前掲注(7)一五七頁。

(34) 佐伯仁志・丁佳佳「英米における医療過誤への刑法上の対応」刑事法ジャーナル二八号（二〇一一年）二九頁以下。認識

のない過失を非難する理由は、あらゆる事情に鑑みて重大な危険の認識が合理的に期待できるのに、注意を怠り、認識しなかったことにある。

- (35) ドイツにおいても、防御的医療の問題は深刻である。古川伸彦「ドイツにおける事故と過失―医師の刑事責任の限定?―」*刑事法ジャーナル*二八号（二〇一一年）二三頁。ドイツにおける「仮定的承諾論」は、医師の刑事責任を軽減するための理論ということもできる。島田美小妃「仮定的承諾論」中央大学大学院研究年報法学研究科篇三九号（二〇一〇年）一八五頁以下。

- (36) 刑事過失と民事過失は、注意義務の内容は同じであるが、普通の危険を超えた重大な危険、注意基準からの重大な逸脱、あらゆる事情に基づく非難可能性の重大さにおいて差異があるとされているようである。佐伯・丁・前掲注(34)三五頁。

- (37) 医療関係者の過失は、当事者個人の個人の過失、すなわち、ヒューマンファクターの範疇ではなく、組織やシステム（ここでは医療システム）全体の問題であることが多いという。石橋明（黒田勲監修）『事故は、なぜ繰り返されるのか―ヒューマンファクターの分析』（二〇〇六年）五一頁以下。

- (38) 米国医療の質委員会／医学研究所（医学ジャーナリスト協会訳）『人は誰でも間違える』（二〇〇〇年）五頁参照（佐伯・丁・前掲注(34)三四頁参照）。

- (39) 詳細は、古川・前掲注(35)二三頁、ヘニング・ローゼナウ（山本紘之訳）「医療過誤における可罰性の限定」比較法雑誌四二卷三号（二〇〇八年）七五頁参照。

- (40) 佐伯・前掲注(8)二七一頁。もつとも、ドイツの現行法には、「業務上」過失致死傷罪の規定は存しない。

- (41) 古川・前掲注(35)二四頁。

- (42) 井田・前掲注(8)二三四頁。萎縮医療の一因は過失犯の処罰範囲の不明確性にあるとして、明確性を高めるために、ガイドライン等が遵守されている場合には可罰性を否定すべき旨を主張するものとして、山本紘之「過失犯の処罰限定論について」法学新報一二二卷一一―一二号（二〇一五年）一三四頁以下。

- (43) 甲斐克則「医療事故と刑事法をめぐる現状と課題」*刑事法ジャーナル*三三号（二〇〇六年）一四頁。

(44) 佐伯・丁・前掲注(34)三五頁。

(45) 平野龍一『刑法概説』(一九七七年)八九頁。批判として、松宮孝明『刑法各論講義[第四版]』(二〇一六年)五四頁。

(46) 各種のガイドライン、例えば、尊厳死をめぐる法整備、終末期医療を例にとれば、厚生労働省のガイドライン(「人生の最終段階における医療の決定プロセスに関するガイドライン」)や日本救急医学会のガイドライン(「救急医療における終末期医療に関する提言(ガイドライン)」などのガイドラインを遵守していれば刑事処罰を免れるという運用をしていくべきである。

(47) 大野明子『いのちを産む』(二〇〇八年)九八頁以下、一五六頁以下参照。

(48) 同旨、船山・前掲注(2)一五三頁以下参照。ブログ「ある産婦人科医のひとりごと」のコメント(二〇〇八年一〇月一日) <http://tyama7.blog.ocn.ne.jp/obgyn/cat2780594/> なお、医療安全調査委員会の問題性も多々指摘されているところである。今後の課題としては、組織モデルでの過失責任の問い方、過失犯論による処罰の限定、解明・防止・保障策の充実と審判制度の検討、量刑、医療事故の届出義務(医師法二二条)の廃止、等であろう。甲斐・前掲注(43)一四頁参照。

(49) 厚生労働省医政局長通知「地域における医療及び介護の総合的な確保を推進するための関係法律の整備等に関する法律の一部の施行(医療事故調査制度)について」http://www.ajha.or.jp/topics/admininfo/pdf/2015/150511_3.pdf 詳細は、山本和彦「医療事故調査の新たな制度」法律のひろば第六七巻第一号(二〇一四年)八頁以下。

(50) 死に匹敵する重大な後遺症が生じた事案についても調査範囲に含めるべきであるという意見もあるが、暫時的に制度の対象を拡大を図ることが、今後の課題とされている。山本・前掲注(49)一一頁。また、遺族からのアプローチで調査が開始される制度にはなっていないのも、やむを得ないといえよう。もともと、遺族への結果説明は定められている。「医療の質」には、十分な説明と情報を受ける権利が含まれると介すべきであろう。

(51) <https://www.medsafe.or.jp/> なお、この第三者機関は、行政機関ではなく民間の機関である。

(52) 医療事故調査制度の特徴のひとつは、「医療に起因する予期せぬ死亡事故」(医療関連死)が発生した場合、自己負罪拒否特権の侵害ともなり得る、これまでの医師法二二条に基づく「警察への届出」を回避して、医師に「第三者機関への届出」を

義務つけるということであった。もともと、この制度と訴追の問題は別個の問題とされ、現在でも、医師法二一条の要件に該当する場合には、医師は警察に対する通報義務をも負っている。山本・前掲注(49)一四頁。

(53) もともと、医療安全調査委員会の問題として、初期の警察介入を否定することで実効的な事故調査の実現が困難となるのではないか、また、同委員会が刑事訴追を目的とするものではなくとも、やはり、医師において、社会的非難や制裁を受け、名誉や社会的信用が低下するのではないかという不安、さらには組織や自己の地位を保全したいという思い等から協力を拒むことになるという同様の萎縮効果を生み、事故調査の実効性が確保できないのではないかと指摘もある。笹倉宏紀「事故調査と刑事司法」刑事法ジャーナル二八号（二〇一一年）三六頁、四八頁。

(54) 宮澤潤「医療事故調は紛争解決のツールとなり得るか」法律のひろば第六七巻第一一号（二〇一四年）二二頁。

(55) http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20522011.pdf

(56) すでに、船山・前掲注(2)一〇頁以下。同論文は、刑法の役割として、①犯罪の抑止、②犯罪者の更生、③被害者の支援をあげ、それとの関係で医療過を論じている。なお、信頼の原則をチーム医療に安易に用いることの問題性を九指摘している点は重要であろう。

英国の法人故殺罪と企業事故の抑制

沼 野 輝 彦

一 「現代」と法人組織体

(一) 私達が生活しているこの時代は、「現代」と呼ばれて近代の中でも一期を画している。そして少なくとも先進国と分類される地域に限ってではあるが、科学技術の発達や情報化の進捗を基軸として物質的にはかつて経験されたことのない豊かな日常生活が実現されて、それこそがこの「現代」の顕著な特徴の一つだといわれている。しかし「現代」やその社会は、ただそれだけの明るい面のみで表現され尽くされるものではむしろない。豊かなさの一方では、苦悩・困窮・あるいは暴力など人類に伝統的なマイナス要素が顕在する場所を喪失し、かえって潜在性を強める傾向を示している。社会の態様からこれを見れば、豊かな日常生活の根底に科学技術の副産物ともいえる生命や身体など基本的な法益に対する侵害の危険が潜んでいて、人々はそれが現実のもの、つまり実害

となるという絶え間ない不安から解放されないまま生活を営むという一種の「危険社会」であり、豊かさとともに潜在的「危険」をも併せ持つ社会でもある。これが「現代」の私達の社会の実相なのである。

（二）そして「現代」の社会には、もう一つの特徴がある。企業組織体の存在である。そこには法人格を有する膨大な数の企業組織体が活動し、制度的・経済的構造を支える不可欠・枢要な役割を果たしていることは、改めて指摘するまでもないことであるが、それに止まらず、企業組織体はそのありかた自体や活動を通じて人の生命や身体に対する侵害事故を生み出す素地をも提供し、加害の可能性を秘めた「危険」を社会にもたらしてもいる。前記のように「現代」が「危険社会」と認識されるカギともなる「危険」の一つは、豊かさを社会に与えるこの企業組織体の組織や活動自体が社会に及ぼしている、実害発生の可能性そのものなのである。

つまり「現代」において「豊かさ」と「危険」は、企業組織体をいわば紐帯として一体化され、一枚のコインの両面のごとくそこに存在しているということになる。

二 わが国における法益侵害

（一）ところでその「危険」の発現形態である企業組織体の活動に伴う人の生命・身体に対する法益侵現象は、さまざまな形をとる。構造的な欠陥に起因して広範囲かつ継続的に多数の犠牲者を出す環境汚染型の公害事件もあれば、食品事故・鉄道・航空機事故やホテル・デパート火災など、被害は集約的であり原因も一過性の過失に帰着するというものまで、その種類は多岐にわたる。近年のこれらの例を挙げると次のようになろう。

まず大規模な環境汚染型公害事件の例では、アセトアルデヒド合成過程で副生したメチル水銀を含有した工場

排水を永年にわたり排出して水系を汚染し、その魚介類を摂食した多数の住民に聴力・視力・言語障害・運動失調・精神症状など重大な健康被害を惹き起した熊本、新潟両水俣病事件（一九六八年公害病認定。認定申請者約一万三千名、認定患者約三千名）がある。また同種の環境汚染型の公害としては、鉾山の排水を不用意に排出してそれに含有されていたカドミウムにより神通川水系を永年にわたり汚染し、多数の地域住民に重篤な腎臓障害・骨軟化症など特徴的な重金属中毒を発症させた「イタイイタイ病」事件（一九七三年現在、認定患者一二五名、死亡者うち四四名）や、四日市市の石油コンビナートの化学工場数社が排出した煤煙により生じた大気汚染を原因として、地域住民に喘息性気管支炎など呼吸器疾患を惹き起し五〇名以上を死亡させた四日市喘息事件がある。

（二）食品・薬品公害型の事件としては、森永乳業砒素ミルク中毒事件がある。ドライミルクの製造工場で、吸収を高める安定剤としてミルクに第二磷酸ソーダを添加していたが、その安定剤の類似品で砒素を大量に含む工業用洗剤が誤って工場に納入され、それを気づかないままドライミルクに添加して出荷したため、製品を飲用した乳児一万二千名を砒素中毒に罹患させ、うち一三八名を死亡させた事件である（一九五五年）。問題のミルクを製造した工場の工場長及び製造課長が業務上過失致死傷罪で起訴されたが、結局、製造課長のみが有罪（禁錮三年の実刑）とされた。また、一九五〇年後半、西ドイツ（当時）の製薬会社であるグリュネンタール社によって開発された睡眠薬サリドマイドが妊娠初期の妊婦が服用した場合にアザラシ肢症奇形児を出生させるという副作用を有しているにもかかわらず、それを十分に確認することなく習慣性のない優れた睡眠薬であるとして、世界各国の製薬会社が販売し（発売を許可しなかったアメリカ合衆国を除く）各地で数多くの胎児傷害を発生させたサリドマイド薬禍事件がある。

（三） さらに大規模なホテル火災で多くの死傷者を出した例として、防火扉や非常階段などの施設が不十分で、消防署の勧告にもかかわらず改善されないままになっており、従業員の消防訓練もなされておらず、また実際の火災発生の際に作動した火災報知器の警報を従業員が「テストである」と館内放送するなど致命的なミスを犯したことも重なって、ホテル宿泊客四二名を焼死させるに至った川治温泉プリンスホテル火災事件（一九八〇年。同ホテル専務及び社長が業務上過失致死傷罪で起訴され、いずれも有罪が確定）や、この事件の二年後である一九八二年二月に東京都赤阪で発生したホテル・ニュージャパン火災事件がある。後者は一〇階建てホテルが宿泊客の煙草の不始末から火災になり、宿泊客三二名が死亡したほか二九名が負傷した事件であるが、この事件の公判では、経営者が利潤を追求する余り、消防当局の再三の指摘を無視して建物にスプリンクラーその他の消火・防火設備を完備せず、また設置された防火扉にも不備不具合が多く、従業員に対する防災訓練・教育も実施していなかったことがこのような大きな被害を生んだものと判断され、経営の最高責任者であった社長が業務上過失致死傷罪で有罪とされ禁錮三年に処せられている。

（四） また、鉄道や航空機などによる大量・高速輸送サービス業務に関する事件としては、一九九一年五月、鉄道会社の安全管理体制の不備を原因として、JR西日本鉄道と信楽高原鉄道の列車が正面衝突し、乗客四二名が死亡、六一四名が傷害を負った信楽高原列車衝突事件や、一九八五年八月、ジャンボジェット機が飛行中、後部隔壁の修理ミスに起因する金属疲労により機体損傷を生じさせ操縦不能に陥って墜落し、乗客・乗務員合わせて五二〇名が死亡した日航ジャンボジェット御巢鷹山墜落事件がある。

（五） 製造物等の欠陥に関する事件としては、三菱自動車が、製造トラックの欠陥およびリコールを一九九六年

ころから約八年の長期間にわたり隠蔽し（道路運送車両法違反・虚偽報告）、その車両欠陥に起因して二〇〇二年一月に横浜市内でトラック車輪がハブの破損により脱落、歩行者にあたつて死傷事故を起こし、また、同一〇月には山口県でトラックのクラッチ不具合による衝突事故を発生させ運転手を死亡させた事件（これらの死傷事件に関しては、会社の副社長、部長等が業務上過失致死傷罪で起訴されている）や、一八八五年から二〇〇五年までパロマ工業が製造販売した瞬間ガス湯沸し器に欠陥があり、これまでに三〇件に近い一酸化中毒事故を起こして二一名を死亡させていた事件がある。

三 英米諸国における状況

（一） 企業組織体による事故や違法行為、あるいはそれによる人身への侵害は、もちろんわが国にかぎったことではない。資本主義の先進国である欧米諸国において、このような現象は、わが国におけるよりもはるかに早く、すくなくとも前世紀のはじめころから次第に顕著になりつつあったといってもよい。アメリカ合衆国の一九八〇第九六議会上院報告は、法人企業の事業活動に起因して毎年約二千万人の国民が何らかの被害を蒙り、うち三万人が死亡、十一万人が重大で治癒不能の障害や疾病を負っていると指摘しているほどである。

（二） たとえば交通機関は、欧米においてとくに先駆けて発達した部門であるが、信楽高原列車衝突事件や日航ジャンボジェット御巢鷹山墜落事故など大規模交通関係企業災害の原型ともいえる事件が、これらの国ではすでに前世紀初頭から発生を見ている。一つの例は、一九〇四年六月にアメリカのニューヨークで発生した大規模な汽船の火災事故である。これは、イーストリヴァーを航行していた General Slocum 号という汽船の事故である

が、乗客九百名が焼死ないし溺死する大惨事となった。事故後の調査の結果、同船の救命具や防火設備がまったく役に立たない欠陥品であり、また消火ポンプが装備されていなかったほか、普段から火災の際等非常時に備えて乗務員の訓練していなかったため、事故の際に救命ボートを下ろすこともされず、このような大量の犠牲者を生ずるに至ったことが判明した。汽船を運航していた法人企業の上の甚だしい不注意が重大な結果を引き起こしたわけで、その後の時代に度々発生するこの種の事故の特徴をよく備えている。なお、この事件では、汽船会社の管理上の過失、つまり、汽船に適切な消火・救命器具を備え付けておかなかったという点が問題とされ、同社自身が故殺罪で起訴され有罪とされているが、この法人処罰の点でも、前例として記録にとどめられるべき位置を占めるものであった (United States v. Vanshaick et al 134 F. 592 [1904])。

(三) また鉄道事故としては、一九九七年ロンドン近郊で、スワンシーからロンドンに向かっていた列車が衝突し、乗客七名が死亡する事故があった。この事故の直接的原因是、列車運転士が終点のパデントン駅到着もすぐという時点で自分の荷物を整理していて前方を注視していなかったという重大な不注意にあったが、一方、鉄道を運営している会社についても、設置が義務付けられている自動警報装置の使用方法を運転士に指導したことがなく(この事故の運転士も、使い方が分からずに当日も装置を切ったまま運行していた)、また、かねて運転士らに対し、安全に関する装置が稼働しなくとも時間どおり列車を運行することを奨励していたなどの事実が指摘されており、この事故の発生に関して責任の一端を負う十分の理由があると考えられる事情があった。

四 英国における法人故殺罪の誕生

(一) 国や法制の如何を問わず、企業組織体の活動によりこのような生命や健康被害を伴う事故が発生した場合、その刑事法上の責任を組織体に負わせることが常に問題とされることは言うまでもない。そして、この問題についての消極的見解も、皆無ではない。

なぜならば、企業組織体は法人化され、法人はそれ自体に頭脳や身体を持つものではないから、その活動はすべて組織の中にくりこまれた自然人の働きに依存しており、法人企業の活動に伴って右のような事故が発生した場合でも、当然それらは具体的な自然人（役員や従業員）の行為を原因とするものであるから、その刑事法上の責任については、すべてこれら自然人に帰着させることができるし、またそれをもって足りると考えることが可能で、それ以上に法人を処罰する必要はないとも考えられるからである。民事法と異なり、倫理色の強い刑法において報償責任的な考え方は馴染まないし、法人を処罰の対象にするまでもなく、事故や違法行為に関係した個人を処罰することで再犯防止という刑罰の目的は一応達成できる。

また、法人企業には、たとえば最も例の多い株式会社の場合でいえば、一般株主や取引先、債権者、あるいはその法人企業に勤務することで生活を維持している事故とは無関係の従業者など、問題となっている犯罪にはまったく責任がないにもかかわらず、法人企業が処罰されることで重大な影響を蒙る立場にある多くの利害関係者の存在するのが通常であり、法人自体の処罰は、これら責任のない利害関係者を間接的に処罰する結果になるおそれもある。

（二）これに対して英国では、二〇〇七年七月、法人を含む組織体を対象として故殺罪の成立を認める「法人故殺法」(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007) が立法されて法人故殺罪という新しい犯罪が誕生し、この問題について立法的に新たな一步を踏み出すに至った。^(注)

その法人故殺罪の成立要件などのあらましは次のとおりである。

（１）犯罪の主体―（以下組織体という）

法人 政府省庁ないし組織 警察組織 雇用者としての組合

雇用者としての労働組合と使用者団体

（２）犯罪の成立要件

組織体は、その活動の遂行もしくは管理の態様に起因して

① 人の死亡を惹起し

かつ

② その運営若しく管理の態様が、死亡した者に対して組織体が負担している重要な保護義務を甚だしく懈怠するものであるとき

その組織体につき法人故殺罪が成立する

ただし、右の活動の遂行もしくは管理の態様は、組織体の上級管理者（senior management）が管理または組織するものでなければならない。

(3) 刑罰

罰金（上限なし）

(4) 有罪判決に伴う強制的処分

（救済命令）

裁判所は、有罪判決を言い渡した組織体に対して、犯罪事実の内容やその影響を明確化させ、組織自体の改善処置を一定期間内に実施することを命令することができる。

（公表命令）

裁判所は、有罪判決を言い渡した組織体に対して、判決の内容、犯罪行為の詳細や罰金額などを公表することを命令することができる。

(5) 組織体の負担する保護義務

雇用主として従業員またはサービスを提供する者に対して負う義務
建物占有者として追う義務

組織的に次の行為をなすことに伴う義務

物品やサービスの提供 建築や営繕行為 一般的な商行為

設備や車両その他の物品を使用または保持する行為

(6) 上級管理者

(a) 組織体全体またはその重要な部分の活動がいかに関管理・組織されるかについて決定を下す者

(b) 組織体全体またはその活動の重要な部分について実際の管理または運営をなす者

(注一) 法人故殺罪については、今井猛嘉「イギリスにおける法人処罰—二〇〇七年法人故殺法」法學志林一〇六卷三号（二〇〇九年）に詳細な紹介と論評がある。

五 法人故殺法立法の経緯

(一) この法人故殺罪を規定する法律の制定については、次のような経緯が存在した。

すなわち、英国では、前世紀末、あいついで大規模な企業災害・事故が発生し、これを契機として、Law Commission（法律委員会）がその規制に積極的な方針を打ち出すことになった。いわゆる自然犯・実質犯に属する Common Law 上の故殺罪の法人版ともいべき Corporate Killing 罪（法人致死罪）を新設することにより、法人企業の活動上の重大な過誤に起因する生命侵害事犯について法人自体を処罰することを提唱したのである。もともと、この法律委員会の提案は立法化を見ることなく終わったが、提案の根底にある考え方自体は爾後も受け継がれ、イギリス内務省（Home Office）によつて二〇〇〇年に提案された Corporate Killing 罪はその好例である。この提案は、右の法律委員会が示した Corporate Killing 罪案をほぼそのまま踏襲したものであつて、その規定は次のとおりであつた。^{(注一)(注二)}

(1) 法人は、

(a) 法人による管理上の過誤 (a management failure) が人の死の原因もしくは原因の一つであつて、かつ

(b) その管理上の過誤が、当該状況のもとでその法人に合理的に期待し得るところを著しく下回っている (falling far below what can be reasonably be expected) 場合、corporate killing 罪で処罰される。

(2) 前項に関しては、

(a) 法人の当該活動が遂行ないし企画されたところの態様が、法人に雇用され若しくはその活動によつて影響を受ける者の健康および安全を確保することを怠っている場合、管理上の過誤があるものとし、また、

(b) そのような過誤は、たとえ問題とされる人の死が個人の作為または不作为を直接の原因として生じたものである場合でも、なお、その死の原因とみなすものとする。

(二) 内務省による右のような Corporate Killing 罪案の提案は、法人の責任に関する各種の考え方を背景となされたものである。その責任に関する議論の要は以下のようなものであつた。

まず Common Law 上の故殺罪 (Involuntary Manslaughter) は、Actus Reus のほかに Mens Rea を必要とする。ところで、故殺罪の Mens Rea は、一般的には明白な危険 (Obvious Risk) に対する甚だしい無関心や過度の軽視であるとされ、このような行為者の心的態度ないし心理的・認識的特徴を簡単に無謀 (Subjective Recklessness,

Gross Negligence) と呼んでいるが、この伝統的な故殺罪で法人が有罪とされるためには、法人自身にこのような主観的要素が具備されなければならない。もちろん、法人は自然人と異なり固有の心を持っていないから、このような要素を要求する Common Law 上の犯罪について法人の責任を認めるには、代位責任 (Vicarious Liability) の法理によつて、従業者に成立した犯罪の責任を代位的に引き受けさせることにより有罪とするとか、あるいは判例法上確立されてきた同一視原理 (Principle of Identification) により、一定範囲の上級従業者や役員の Mens Rea を法人のそれと同一視することによつて要件を満足したものとし処罰するしかない。

(三) 他方で代位責任の採用は、比較的軽微な犯罪についてはともかく、故殺罪のような Common Law 上の犯罪をその範疇に取りこむことによつて、たとえば従業者のまったく個人的な犯行や法人が防止に十分意を用いていた場合についてまで処罰を拡大するという歯止めの効かない状況を生み出すおそれがあるという点で、問題を内包している。

例えば先に事例の項で挙げたロンドン近郊の鉄道死傷事故において、直接的な事故原因が運転手の前方不注意の過失にあるとしても、鉄道会社にも設置を義務づけられている自動警報装置の操作方法を運転手に指導していなかったなどの落ち度が存在した。そこで検察官は、実際の過失行為者である列車運転士は当然として、そのほかに、会社と同一視される地位にある役員や従業者などのこの事故に果たした役割を論ずることなく（これら自然人を媒介とすることなく）、鉄道会社自体をのちに述べる Involuntary Manslaughter 罪で直接に起訴するに至った。つまり、同一視の原理には依存しない形で端的な法人帰責を目指したわけである。

第一審はこの検察官の主張を排斥し、「同一視できる自然人の媒介なくしては、肉体も心も持たない法人は犯

罪をなしえない」として、検察官の主張を排斥し鉄道会社を無罪としている。検察官が同一視の原理を避けた背景には、同一視できるだけの個人の特定とその主観的要素の立証に伴う困難が実務上存在するからに他ならない。

(四) また同一視原理は、法人の責任が一定の従業者や役員の責任から派生するという性質(派生責任—Derivative Liability)から脱却できていない点で問題を残している。つまり有罪判決を得るためには、右の鉄道事故の無罪判決にも明らかたとおり、まずこれらの個人が特定され、その個人について Actus Reus と Mens Rea が立証される^(注二)ことが不可欠であり、それが果たされないかぎり法人の責任もまた成立せず、この考え方は立証上のこの困難から自由でないという実務上の欠陥を持つている。そしてこの点は、集合の理論(The Doctrine of Aggregation)を採用することによって改善されるか疑問とされる^(注三)。

そこでこの Corporate Killing 罪は、法人の責任を、そこに所属する従業者など個人の過失ではなく法人自身の「管理上の過誤(a management failure)」に基づいて生じるものとし、同時にその管理上の過誤が含む結果発生への危険性についての認識ないし認識の可能性、評価など自然人の犯罪で要求される Mens Rea を成立要件から外し、^(注四)それに代えて「管理上の過誤」が一般的な水準を著しく下回っているという客観的要件に切り替え、個人の特定や Mens Rea 立証の困難を回避したわけである。

(注一) この論文は右の法人故殺罪を主題とするものであるが、この故殺罪は英国内務省が二〇〇〇年に発表した Corporate Killing 罪草案と沿革上の関係が密接である。そして筆者はこの内務省の草案に関して二〇〇七年に論文を発表しており「企業活動に伴う死傷事故と法人の刑責—イギリス内務省 Corporate Killing 罪草案を素材として」法学紀要四八巻(二〇〇六年)、主題の類似性のためこの論文では資料ないし説明を Corporate Killing 罪の論文から引用する方法を採用することとし

た。その点を御了解頂きたい。

(注二) Law Commission Report No.237 : Legislative Criminal Code Involuntary Manslaughter

このリポート No.237は非意図的致死行為であるすべての種類の故殺罪を網羅するものであるが、なかでも法人の活動に伴う死亡事故に関する罰が重要な内容となっている。また、このリポート自体も、一九九四年に同委員会が発表した故殺罪に関するリポート No.135の後を受けたものであった。

また内務省草案については Reforming the Law of Involuntary Manslaughter : The Governments Proposals : Involuntary Homicide Bill 2000.

(注三) 集合の理論とは、法人の従業者や役員のうち特定の個人の過失が犯罪の成立要件として十分でなくても、数名の者のそれが結合されることによって全体的に犯罪の成立に十分なものになるならば、それをもって法人としての *Mens Rea* が満足されるという考え方である。

(注四) 法律委員会が提案した自然人を行為者に予定する非故意致死罪

Reckless Killing 罪や *Killing by Gross Carelessness* 罪の二種類がある。人の死を非意図的に惹起する点で変わらないが、前者は、行為者が当該行為が人の死、ないし重大な傷害を結果する危険を有することの認識を有していながら、合理的な理由なくその危険を犯してしまった場合であり、また後者は、その認識が行為者にはなかったが、通常人には危険性が明かであって行為者にも認識可能であり、あわせて行為者の行為がその行為状況に照らし合理的に要求される水準を遥かに下回っているか、あるいはその行為により人の身体に対する傷害を意図し、もしくは犯罪に該当する傷害を齎す危険を認識しながら、その危険を合理的な理由なく冒した場合である。何れの罪も、行為者における行為の危険性の認識や認識可能性、あるいはその余の主観的要素が *Mens Rea* として要求されており、その点で法人を主体とする *Corporate Killing* 罪と対照的である。

六 法律委員会における検討

(一) もともと英国は、アメリカ合衆国と共に法人組織に対する処罰を非常に早くから認めた国であった。一九世紀に入って、まず道路や橋などの公共施設を維持する義務を負担している私法人の義務不履行 (nonfeasance) や不完全履行 (misfeasance) が、本来的に法人に馴染まないとされてきた犯罪の主観的・心理的要素である Mens Rea を必要としないが故に精神をもたない法人にもおこないうる犯罪として処罰の対象となり、やがて二〇世紀前半までには Public Welfare Offences などメンズ・レアを必要としない制定法上の犯罪にこれが拡張され、従業者のなした違反行為について法人自体を処罰することが一般化されるに至った。但し、これらの犯罪は代位責任 (Vicarious Liability) か厳格責任 (Strict Liability) の適用される特殊な犯罪で、Mens Rea を要求する Common Law 上の犯罪ではなかった。

ところが、一九四四年、王座裁判所は、Common Law 上の軽罪である詐欺の共謀罪に法人である会社がその役員とともに問われた事件 (Rex v. I.C.Haulage, Ltd. — 注1) ほか二件の事件で、同一視原理 (Principle of Identification) をはじめて採用し、法人が Mens Rea を要件とする犯罪をおこなうことができる旨を認め、法人の処罰に関して画期的な一步を踏み出した。

そして、一九六〇年代、この同一視の原理が House of Lords の判例上も確立されるに至り、法人の犯罪能力を基礎付ける法理として不動のものとなったのである。

(二) 同一視の原理とは、すでに説明してきたように法人企業体のある一定以上の権限をもつ役員・従業者の行

為と意思を、法人それ自体の行為および意思と同一視する考え方である。法律的には、これら一定の役職者の行為と意思が、そのまま法人のそれと評価されるということ、そのかぎりで精神のない法人も *Mens Rea* を持ちうることになる。もちろんこれは法律上のフィクションに他ならないが、その正当性は、一九五七年、民事事件である *Bolton* 事件において、デニング判事（Lord Denning）により次のような見解、すなわち、

「法人組織は、多くの面で人間の身体に近似している。それは、全体の行動をコントロールする『頭脳』と中枢神経組織』を持つている。そしてまた、中枢からの指令に基づいて道具を使ったり行為をなしたりして一定の効果を生み出すところの『手』を備えている。法人組織に属する人々は単なる使用人や職員であって『手』の存在に止まり、法人の心や意思を代表するものではないが、取締役や支配人は法人組織を支配する心と意思を代表し、それが何をするかをコントロールする存在である。これら取締役や支配人の意思は、すなわち法人組織自身のそれに他ならない。」

という見解のもとに、上級裁判所ではじめて表明された。そして、このデニング卿の見解は、刑事事件である一九七二年の *Tesco Supermarkets* 事件についての *House of Lord* 判決において、刑事法の領域においても妥当するものとして全面的に援用されるに至ったのである。

この *Tesco Supermarkets* 事件は、数多い支店を要する大規模スーパーマーケット会社において、ある支店の支店長が果たして法人企業と同一視する地位にある従業者といえるかが争点となったもので、*House of Lords* はこれを否定的に解したが、ともあれこの事件を嚆矢とする同一視の原理の刑事法領域への導入により、*Actus Reus* と *Mens Rea* を要求する *Common Law* 上の犯罪についても、原則として法人に犯罪能力が認め

られることになった。同時に、理論的には、この原理のもとで、法人企業の業務に伴う人身事故や災害については、企業それ自体に対して Involuntary Manslaughter 罪を適用してこれを規制する途が開かれることとなったのである。

(三) しかしながら、こうして確立された同一視の原理は、現実の事件において法人企業の刑事責任を追及していく上で、かなり大きな弱点をもつものでもあることは、何回も言及したところである。法人企業に責任を帰着させるには、その前提として、自然人である行為者が特定されなければならない、この行為者が組織内で占める地位の如何によって同一視の可否が決定され、それによって法人の責任の有無が左右されるのだから、行意者が特定できないかぎり法人への帰責もまた論じられないという点である。法人企業の複雑な機構と、事故や被害発生の機序についての複数の部署や担当者の関与が常態となっている現代の企業構造・活動の実態のなかでは、この自然人である原因者（行為者）を割り出すことが容易であるとは限らない。むしろ、それには相当の困難が常に付きまとうといってもいいであろう。そして、この同一視の原理による法人企業への帰責は、そのような個人の割出しに失敗すると、たちまち無力なものになってしまうという脆弱性を内包しているのである。

そしてまた、原理上当然のことであるが、自然人たる原因者（行為者）が法人と同一視できるだけの地位者、つまり一定以上の権限を持つ役員や従業員でなければならず（現実にはその者が起訴されることは必要ではない）、そのような地位にない場合は、いかに大規模かつ悲惨な事故であっても、また悪質な過失事犯であっても、法人企業の責任は生じないで終わる。企業の規模が大きければ大きいほど、幹部は経営サイドに傾斜して、事故が問題となるような現場のことに関知しないのが通例であるから、大企業になるにつれ法人自体への責任追求は稀となる。

このことは、外部にいる法律専門家以外の人々の目には、会社が大きければ大きいほど、あるいは幹部が安全管理に無関心で、これを現場任せにしていればいるほど、会社は責任を免れることになるのだと映り、強い不信や批判を招く結果となる可能性もある。

(四) 前記のように法律委員会が、法人企業に対する Manslaughter 罪適用を推進する方向へと進路をとった背景には、このように判例法上認められ確立されるに至った法人組織への刑事責任の帰着の根幹にある同一視の原理が、実務的には必ずしも信頼しうるものと認識されなかったことがあるのかもしれない。

ちなみに法律委員会が、法人に対する Manslaughter 罪適用の必要を説く根拠として挙げたのは、次の諸点であつたとされている。

(a) 法人企業が Manslaughter 罪の刑責を問われることを明らかにして、法律に対する社会的不信、とくに最近の法律は大企業の幹部が責任逃れをしていることを黙認しているという不信を払拭する。

(b) 法をより常識的なものとし、法人が専門的な技巧で訴追や有罪から逃れるという印象を払拭する。

(c) 実際には一個人の過失で人の死が生じるのは稀で、多くはシステムの失敗から発生する。もちろん個人の不注意は結果の発生に寄与的でありうるし、ときには決定的でもあるが、それも会社の不十分な機構が生み出す現象であつて、現在の Manslaughter 罪は、この現実を忠実に反映するものになっていない(責任が個人の方にしわ寄せられている)。

(d) Manslaughter 罪による有罪は、H S W A (Health and Safety at Work Act 1974 ≡ 労働安全衛生法) に比較して、より強力な抑止効果を持つ。

(e) 法人企業に対しては、修復的命令などあらたなスタイルの処分を用意して、効果を期待することができる。

(f) H S W A上の罪にとって人の死や重大な傷害の発生は重要なこととされておらず、罰金額も十分でない。Magistrates' Courtが管轄権を有するという点でも不充分である（同裁判所の罰金の多額は二万ポンド）。

七 法人故殺罪の評価

(一) とくに英国について詳しく述べて来たように、法人の刑事責任をいかに基礎づけるかはいろいろの考え方がありうるし、先述したとおりどの法域においても刑法学の大きな論点の一つになっている。それらの説の比較は、もちろん大切であるが、法人故殺罪を生み出すに至った法人故殺法の制定の過程は、その責任根拠についての議論もさることながら、むしろ人身被害という現象への挑戦であり取り組みの努力であったと表現してもよいとおもわれる。

(二) 法律委員会の法人組織に対する Manslaughter 罪適用の意欲は、それが数年を経て内務省による Corporate Killing 罪（案）として引き継がれたことから見ても、相当に強力かつ時宜を得たものであったと評価できるが、このような法人組織の活動から生ずる人身への加害に対して、傍観することなく何らかの措置を講じようとする国や学界の柔軟で強力な取り組みを可能にするものが、その社会の活力なのだろう。

法人故殺罪は、法律委員会あるいは内務省の計画ないし意図した立法や処罰条文と細かい点で相違のあること

は否定できないし、実務上の有効性が理論よりも優先されている感じも残るかもしれない。しかしながら、故殺罪が有罪判決の付随的処分として認めた「救済命令」と「公表命令」は、上限のない「罰金」よりも社会的制裁として強力な手段である。陪審員が組織体の義務違反性を判断する面と合わせ、法人に対しては非常に強い抑止力として働くであろう。

この点で、この故殺法の立法ないし法人故殺罪の創設は、法人処罰の歴史の上で特記すべき出来事であると考ええる。

(三) 法人は、間違いなく「モノ」であって「ヒト」ではない。生産手段である財貨が「ヒト」の手を借りて機能するだけで、分類上は「モノ」という本質に変わりはない。法律は、社会的な有用性に着目してこの「モノ」に人格を付与し法人と呼ぶことにした。それはローマ時代に遡るといわれている。ヨーロッパ中世には都市・僧院・大学・ギルドなどが法人格を取得し、また権利・義務の主体となる有利さからオランダやイギリスの東インド会社など地球を横断する大規模な商業活動に従事する商業組織が法人格を取得した。そしてそのようにして法人化した組織は、人類の歩みと軌を一にして華々しく活躍の場を広げてきた。

しかしながら、それをもって法人が「モノ」である本質を脱するわけではない。法人はあくまで制度上の存在にすぎず、それに「人格」を付与したのは人間である。その属性は、同様に人間が決めればよい。法人に「犯罪能力があるか」という問いかけは誤りで、正しくは「犯罪能力を与えるべきか」なのである。

英国での法人故殺罪の誕生は、制度の所産としての「法人」を見据えながら、なお実利的な犯罪抑止の目的を追求せんとする地道な努力の成果であると考ええる。

刑法における主体性

朴 貞 根

一 はじめに

私は、韓国・中央大学校と日本大学の文化交流協定により、はじめての派遣教授として日本大学法学部へ留学した。客員教授の身分で三年間（一九七四―一九七七年）滞在しながら、刑事責任に関する研究に取り組んだ。この間、私は「人格責任の新理論」という論文を完成させて、法学博士の学位を取得した。そのとき、日本大学法学部の副手の身分で勤務しながら私の研究をいろいろと手伝ってくれた船山泰範教授が、多大なる業績をあげて今年九月に定年退職される。これを祝賀するために論文集を刊行するという話を聞いた。それで、私も先生の定年退職を祝うために、留学当時、人間の主体性を研究するようになった動機とその過程を説明し、続いてその研究であげた学問的成果について概観してみたいと思う。

二 刑法における人間の主体性を研究するようになった動機

私は、一九五〇年に法学科に入学した。刑法講義を聴講し始めた時は、韓国戦争のさなかであった。当時の刑法に関する理論は、旧派（古典学派）と新派（近代学派）に分かれていた。こうしたこともあり、どちらか一方の学問的立場に立たなければならなかった。旧派は意思決定の自由を認める非決定論（indeterminism）の立場から主張する刑法理論であり、新派は意思決定の自由を否定する決定論（determinism）の視座から主張する刑法理論である。前者は人間の主体性を肯定し、後者は人間の主体性を否定する理論である。旧派は、犯人が刑法において合規範的意思決定をする自由があるにもかかわらず、反規範的意思決定をしたことに対する非難可能性を問い、これを責任とよぶ。そうして、旧派はこの非難可能性を道義的非難可能性と考えることから、道義的責任論を主張するようになったのである。しかし、新派は、犯人が刑法において反規範的意思決定をしたことは、意思決定の自由を濫用したものと考えるてはならないとし、それは、犯人の危険な性格が徴表されたことにほかならないと考えるのである。そして、新派は、その犯人が社会に加害するような危険な性格をもっていること自体に対し非難可能性があると考え、これは道義的非難可能性ではなく、社会的非難可能性であるとし、したがって社会的責任論を主張する。

旧派は、犯罪の行為とその結果等その客観的事実は、犯人の自由意思が実現したものであるから（現実説）、その客観的事実を重視しなければならないと主張する。これを客観主義刑法理論という。しかし、新派では犯罪の行為等客観的事実は犯人の危険な性格が徴表されたものであるから（徴表説）、主観的事実を重視しなければならないと主張する。これを主観主義刑法理論という。しかし、旧派の刑法理論は人間の主体性は把握したものの具体性がなく、新派

の刑法理論は人間の具体性は把握したが主体性がない。いいかえれば、前者は人間性は把握したが科学性がないし、後者は科学性はあるが人間性がない点において、それぞれ片面的人間像のうえに構築した刑法理論にほかならないのである。こうして、旧派と新派の刑法理論は完全なものになれないということが自明になったのである。私は、主体的でありながら具体的で、人間性と科学性を兼備した全面的な人間像を把握して、そのうえに完全な刑法理論を立てなければならぬと考えた。これが刑法における人間の主体性を研究するようになった動機である。

三 刑法における人間の主体性を研究した過程（その一）

私が大学院修士課程において刑法を研究した際、指導教授らは決定論者であり、新派刑法理論を支持していた。私が入人間の主体性に関する質問をすると、そのような難しい問題は哲学する人に委ねる方がよい、刑法学徒がそのような問題に入れば、一生、論文を一編も書けないかもしれない、といわれるだけであつた。しかし、私は人間の主体性について、継続して関心をもち続けた。

一九七四年に韓国・中央大学校と日本大学の文化交流協定により、私が最初の派遣教授として日本大学の法学部で研究する機会をえた。そのとき日本大学法学部の教授会にてご紹介に与かつた後、私の研究室に案内してくれた職員にお願いして、法学部図書館にいつて書庫をひとまわりしてみた。日本大学が日本五法律学校のひとつであつて、設立して一〇〇年をこえた大学らしく、日本書はもちろん、洋書の法学書籍を多く保有していた。これぐらいの研究資料を利用したら、深い研究ができそうで、非常にうれしく思つた。

私は人間の主体性と刑法に関する研究方法として、まず、日本の団藤重光博士の著書と論文を収集して分析する作業から始めた。団藤博士は東京大学法学部教授であられたが、定年退職して、当時は、最高裁判所判事を務められていた。団藤博士は「人間の主体性」と刑法との関係を深く探究された人格責任論を大成し、日本の学者の中で、独創的な学者であるばかりか、国際的にも広く知られている学者であった。私は、大学院生の時から団藤博士の著書、『刑法綱要総論』を読み、その著者が人格責任論を主張していることは知っていた。さらに、団藤博士が、主体的で具体的な人間像、すなわち全面的な人間像のうえに刑法理論を構築しなければならないと強調していたことは知っていた。しかし、その詳しい内容は知ることができなかった。そこで、団藤博士がそれを詳しく説明した「人格責任の理論」⁽¹⁾という論文を手に入れた。この論文には、人格責任理論の基礎に利用した人間像が詳しく紹介されていた。団藤博士は、レンツの犯罪生物学原論の内容を援用して、具体的でありながら主体的な人間像を人格として把握していた。そして、それは、「個性的―統一的―持続的な身体的・精神的の全体」であるとして、心身一元論的に人間像を把握していた。犯罪行為と人格形成におけるそのような人格の主体に人格責任の根拠を認めていた。私もこのような人間像を刑事責任理論の基礎に援用することができるのかと、掘り下げて検討してみたが、そのような心身一元論的人間像においては超因果的主体性を説明することができないという結論をだすはかなかった。⁽³⁾

私は主体的でありながら具体的な人間像を探すために、目的的行為論者として知られているヴェルツェル (Weizel) の層的存在論的人間像を分析してみることにした。ヴェルツェルは、人間の内面構造を多層的に把握して、深層 (Tiefenschicht)、人格層 (Persönlichkeitsschicht) そして自我中枢 (Ichzentrum) を認めている。ヴェルツェルは、ダーウィンが人間を進歩的動物と考えるのに反して、ローレンツの主張を援用して、人間の生来的な行態形式

(Verhaltensformen) の崩壊と責任を自覚した自我中枢の形式は、人間の心的構造 (seelische Struktur) を多層になるようにしたという。そうして、彼は意思責任と行為者責任を認定するが、かれの意思責任の根拠になっている意思は、自由なるものではあるが従来の非決定論が認める自由とは異なるものである。そこで、彼のいう意思の自由とは、合理的に自己決定をすることができるといえる。そうして、彼は価値に合致する善なる意思決定は自由な意思であり、価値に反する悪なる意思決定は不自由な意思であるという。すなわち、人間の意思は衝動からの自由はあつても、価値からの自由はないというのである。⁽⁴⁾

結局、そのようなヴェルツェルの意思の自由というものは、私にとっては納得しがたいものであつた。私見によれば、人間の意思は善なる決定においても悪なる決定においても自由であると思う。自我中枢、すなわち、意思主体が規範に合うように意思を決定することが可能であれば、当然、規範に反する衝動から解放される可能性もあるはずである。それにもかかわらず、規範に反する衝動に従っていくのはその抑制できる衝動を主体的に是認したといえるし、意味において悪なる意思も自由であるべきはずだと考える。学者らは、ヴェルツェルのこのような意思の自由論に關し、決定論であるという学者もおれば非決定論であるという学者もおる。⁽⁵⁾しかし、私は、ヴェルツェルの意思の自由論を半身不随的非決定論であると評価したことがある。⁽⁶⁾結局、ヴェルツェルの層的存在論的人間像も、私が願う超因果的主体性をもった人間像ではないと判断した。

四 刑法における人間の主体性を研究した過程（その二）

私が日本へ留学したのは、主体的で具体的な人間像、すなわち、人間性と科学性を兼備している人間像を開発するためであった。しかし、長い時間をかけて究めた団藤博士が採用した心身一元論的人間像も、ヴェルツェルが認めた層的存在論的人間像も、自由意思は認定しているけれども、私にはあわなかった。私の研究期間は一年間だったので、焦燥してたまらなかった。そのとき、日本大学の板倉宏教授がわたくしの研究室にいらして、私が願えば自分の指導教授であった団藤博士にお会いできるよう周旋したい、といわれた。韓国から日本にきて人格責任の理論を研究している私の消息を聞き、お会いしたいとおっしゃられているとのことであった。実は、私も団藤博士の著作物をほとんど全部分析したときであったので、お目にかかり、いろいろ質問をし、論議もしたかった。ついに日本の最高裁判所裁判官室で団藤博士と初めて対面した。そのとき、団藤博士は御著書であられる『法学入門』に署名をして下さった。面会の最後に、団藤博士は、自己の私邸で学問に関する意見を交換したいといわれた。私は約一週間後、私邸を訪問した。私は二時間位のつもりでいたが、討論は午後七時半から一時まで続いた。それにもかかわらず、二階にある書庫までみせてもらった。そこには、法学書籍は勿論、哲学、心理学、犯罪精神学、倫理学等、図書館の書庫に入ったようで、非常にうらやましく思った。

私は、団藤博士に失礼なこととは思いつつ、博士のあらゆる論文を読んで感じたままを申し上げ、私見に対する御指導のお言葉を聴かせてもらいたいが、お許しただけでしようかと申し上げた。博士はころよく許諾しながら、学者は各自、自己の主体性によって学問的自己決断をしなければならぬから遠慮なく論議しましょう、といわれた。

博士と多くの問題について論議する中で、もっとも重要な問題は、超因果的主体性のことであった。私は先生の定年退任記念講演文を読んでみたが、そこで先生は超因果的主体性に言及しながら、フランクもわたくしと同じ立場であるといわれた。⁽⁷⁾ 私も超因果的主体性を支持しているが、先生が人格責任の理論の基礎にしておられる心身一元論的人間像においては、そのような超因果的主体性を認定することは困難であると考えた。それで、超因果的主体性の基礎となるような人間像を探しているが、そのような人間像を紹介していただけるか、と申しあげた。先生は、フランクの『神経症の理論と治療』(Frankl, Theorie und Therapie der Neurosen)を読んでみなさいといいながら、その日本語訳を貸してくださった。⁽⁸⁾ 私は、その本を持ってアパートに帰り、夜明け方まで一通り読んでみた。そうしたところ、私は、フランクが説明する人間像によれば超因果の人間の主体性を説明することができそうだと確信して、非常にうれしく考えた。

私は、フランクの人間像を実存分析的・次元存在論的人間像として把握した。この人間像は主体的でありながら具体的であって、人間性と科学性が備わった人間像でありうると考えた。フランクは人間を、身体 (Leib)・心 (Seele)・精神 (Geist) の統一体として把握する。しかし、人間は生活作用においては、身体、心、精神の各次元が、おのおの異なる特性をもっている、と説明している。すなわち、人間は存在的におおの次元が固有の機能を発揮するものであるから、多様性があるという。人間はその内部において、精神は心身 (有機体) に対して抵抗力をもっているという。そうして、随意的には精神が心身 (有機体) または環境によって制約されることはないけれども、事実はそのようなものによって制約されるという。しかし、精神、すなわち、意思は、心身または環境によって決定されるものではないという。小野清一郎と団藤博士がいつておるように、意思は「決定されつつ決定する」もので

はないという。もしも、意思が心身と環境に依って一部分だけでも決定されるものであれば、そのようなものに抵抗することはないはずである。ここで抵抗するということは、抵抗だけするのではなく利用もすることができるという意味であるという。すなわち、人間の精神的生活作用は、自己の心身有機体と環境を合規範的にも、反規範的にも統制する能力をもっているという。このようにフランクは人間の超因果的主体性を認定している。こうしたことから、責任というのは、精神主体すなわち人格が、合規範的意思決定をすることができるともかわらず、反規範的意思決定をしたことに対する非難可能性ということができると思う。

そうして、このようなフランクの実存分析的・次元存在論的人間像を基礎にすれば、団藤博士の「人格責任の理論」を新しく展開することができそうで、中央大学校と日本大学の許諾をうけて、一年さらに留学期間を延長して、「人格責任の新理論」を完成させた。完成後、日本大学法学部修士・博士課程の学生たちに対し特別講義を行うよう要請があり、二時間くらい研究結果を発表する形式で「人格責任の新理論」の大綱を講義した。その場には、刑法の教授陣も参席しておられたが、当時の法学研究所長であられた板倉宏教授が、即席で、日本法学に掲載したいといわれたので、四回にわけて発表した。⁽⁹⁾

五 刑法における人間の主体性を研究した成果

いままで、主体性を研究するようになった動機とその過程について説明をした。今は、人間の主体性の研究によっていろいろ得た成果の中で、重要なもののいくつかを項目にわけて説明したい。

(1) 新たに探究した超因果的人間の主体性

私が、人間の主体性を研究してわかるようになったもつとも重要なことは、超因果的人間の主体性を把握することができたことである。人間の主体性を否定する学者もいるが、それを認定する立場においても、学者によってまことに多義的に使用されている。ここではフランクルの実存分析的・次元存在論的人間像を基礎にした、私の考える人間の主体性を説明してみたい。私見によれば、人間の主体性というものは意思決定の自由を意味するし、ここで「自由」とは意味または反意味に合うように意思を決定することができる人格である意思主体の能力であると思う。そして、ここで人間の「主体」というものは最後まで客体化されないものであり、思惟する者であり、意思を決定する者でありながら行為する者である。まさに、人間の主体性とは、人間の主体が合規範的または反規範的に自由に（選択的に）意思を決定することができる能力である。

しかし、人間の主体性を認定する同じ立場であるとしても、従来の意思責任論者の中には絶対的非決定論を主張する者がいる。しかし、私は相対的非決定論を支持する。けれども、同じ相対的非決定論の立場といっても、団藤博士が主体性を「決定されつつ決定する意思の能力」と主張されるが、私は「制約されつつ決定する意思の能力」である^⑩と考える点において、その本質は互いに異なるものと思う。ヴェルツェルも人間の主体性を意味に合う意思決定だけをすることができる能力であり、反意味に合う意思決定はできない能力であると主張されるが、この点において、わたくしの見解とは本質的に異なるものである。そうして、人間の主体性理論は刑法学だけではなく、あらゆる法学分野は勿論、そのほか哲学、神学、倫理学等、万学の基本原理であると思う。とくに、憲法で国民の「尊厳性」を保障する（韓国憲法一〇条）というが、その尊厳性の本質は人間の主体性、すなわち、自己決定能力を意味するものであり、

したがって、刑法でそれを否定するならば、人間の尊厳性も否定すべきだと考える。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

(2) 人格責任の新理論

前述したように、団藤博士はレンツの心身一元論的人間像を基礎にした人格責任の理論をはやいうちに構成したが、東京大学定年退任を記念する最終講義、「法における主体性」では、超因果的主体性に好意的な言及をしていた。そこで、私は団藤博士の助言によりフランクルの実存分析的・次元存在論的人間像を基礎にして、超因果的主体性を研究し、人格責任の理論を新しく構成することになった。私のこの理論は団藤博士の人格責任の理論と内容的にだいぶ異なるものになったため、人格責任の「新」理論ということにした。私は日本大学で研究する間、三年にわたり日沖憲郎教授の大学院講義を聴講した。日沖教授は、わたくしよりも約三〇年先輩で、その時は、定年退任して講師の資格で出講しておられた。ところで、幸いに、日沖教授は日本にドイツの人格責任理論を最初に紹介した学者であった。⁽¹³⁾ 教授と議論した後、私の人格責任の理論は団藤博士の人格責任の理論と異なる新しい主張が多いから、人格責任の新理論と名づけてもよいでしょう、とおっしゃられたので、論文の題目をそのように命名した。

私は、人格責任を「行為における人格責任を原則的に、性格形成における人格責任は補充的に考慮して認定される責任」⁽¹⁴⁾であると宣言した。しかし、団藤博士は人格責任を「行為責任と人格形成責任とをあわせ」⁽¹⁵⁾たもの、すなわち、「行為責任と人格責任とは前者が第一次的、後者が第二次的に考慮されながら、窮極においては合一されて考えられるべき」⁽¹⁶⁾ものという。このように、私と団藤博士は人格責任について異なる考え方をするため、後述するように、常習犯と過失犯等の責任を説明する点において、見解がいろいろと異なるようになった。事実、団藤博士の人格

責任の理論は日本の多数の学者からいろいろと批判されている。これに対し、私の人格責任の新理論は、その批判されている短所もある程度、正したと考える。⁽¹⁷⁾

団藤博士も、自己の『刑法綱要総論』で、私の人格責任の新理論等を「わたくしの理論の展開を試みたもの」と紹介して下さった。そして、また団藤博士はご自分の自叙伝、『わが心の旅路』においても、「講義は聴かなかつたけれども、どしどしちゅうやつてきて、実質的に指導したという人もずいぶん大勢います。例えば、韓国の朴貞根教授などもその一人です⁽¹⁹⁾」といわれた。また、団藤博士は、「私は刑法において、人間の主体性を基本にして、私のいわゆる人格責任理論を構成してきた」といわれながら、「韓国では朴貞根教授が私の学説を祖述しておられる」(同『人格責任の新理論』(一九八六年、法文社(ソウル))⁽²⁰⁾といわれた。私は、団藤博士と初対面した後、何度も重ね重ねお会いし、学問に関するご指導をいただいた。それで、私は、札幌学園大学の招請を受け、「主体性と刑事責任」という題目で大学院学生に特別講義を行い、また翌日は法学部三・四学年三〇〇人くらいの学生に講義をした際、教授も多数参加しているその場で、わたくしは団藤博士の学恩を一生、忘れることができないといったこともある。⁽²¹⁾

(3) 責任能力の本質

人間の主体性を研究した結果、責任能力の本質も、もつと合理的に説明することができるようになった。人間の主体性を認定する立場では、責任能力を犯罪能力と理解し、それを否定する立場では、責任能力を刑罰能力として理解する。そうして、人格責任論においては、当然、責任能力を犯罪能力と理解する。それで、責任能力は非難可能性の前提になる人格的適性といふことができる。それは「事物を弁別して意思を決定する能力」(韓国刑法一〇条)である。

責任能力を、フランクルの実存分析的・次元存在論的人間像で説明すれば、人間固有の生活作用である精神的生活作用に該当するものと考えられる。ところで、この精神的生活作用には知的生活作用と意的生活作用がある。前述した責任能力の中で、「事物を弁別する能力」は、知的生活作用に該当する能力であり、「意思を決定する能力」は、意的生活作用に該当する能力である。責任能力というものは、人間の主体性自体を意味するものであると考える。それゆえに、責任は自然人にだけ認定することができると考える。したがって、法人それ自体には責任能力を認定することができないし、また刑事責任も認定することができないと考える。結局、法人の行政的團束（規制）は刑罰でない他の制裁方法でしなければならないと考える。²²

(4) 常習犯人の刑事責任のマキシмум

人間の主体性を研究してわかるようになったもうひとつのことは、常習犯の刑事責任のマキシмумは意思責任のマキシмумを超過することができないということである。韓国刑法（日本刑法も）は常習犯の法定刑を普通犯の法定刑より加重的に規定している。例えば、韓国刑法第三二九条によれば、普通窃盗は「六年以下の懲役または一千万ウォン以下の罰金に処する」。ところで、同法第三三二条によれば、常習窃盗は普通窃盗に定めた刑より「二分の一まで加重する」と規定している。

このように、常習犯の法定刑を普通犯の法定刑より加重することは、性格責任論と性格論的責任論においては支持されるといふより、むしろ当然な規定である。大概、常習犯は普通犯より反社会的危険性が大きく、また性格論的性
格に対する相当性が大きいからである。しかし、これらの責任論は道義的非難可能性が責任の本質であることを認め

ないのである。また、意思責任論によれば常習犯の加重刑規定は認定されただけでなく普通犯の法定刑よりも減軽しなければならないのである。なぜならば、常習性は意思決定の自由を制限するからである。しかし、これはまた主體的に形成された常習性までも責任減輕要素と認定する点において不当であるといわなければならないのである。

そうして、従来の人格責任論は、主體的に形成された常習性を責任加重要素として考慮し、それが常習犯の法定加重刑の根拠であり、まさに責任刑であると説明している。すなわち、団藤博士は「人格形成責任からいえば、常習性を帯びるようになったことについて、行為者の責任に帰することができるかぎりには、それだけ責任が重いことになるのである」とし、法が常習犯を重く扱っているのは、「その責任が重いものとみとめたと解すべきで」、したがって、「かような人格形成責任は——少なくとも常習犯に関するかぎり——ビンディングのいうような単なる道徳的責任ではなく、刑法的責任だといわなければならない」⁽²³⁾とする。すなわち、団藤博士は常習犯の加重法定刑を保安刑でない責任刑と認定するのである。その理由は団藤博士が人格責任を、「行為責任と人格責任とは、前者が第一次的、後者が第二次的に考慮されながら、窮極においては、合一されて考えられるべきである」⁽²⁴⁾と考えるからである。しかし、これは行為責任を越えた行為者責任を認定するものといえ、賛成しかねる。⁽²⁵⁾

しかし、私は人格責任を「行為における人格責任を原則的に、性格形成における人格責任を補充的に考慮して認定される責任」と考えるので、常習犯の責任のマキシмумは、行為における人格責任の最高限を超過してはならない。それゆえに、常習犯の法定加重刑は責任刑でなく保安刑と考えなければならないと思う。⁽²⁶⁾常習窃盗の場合において、犯人の常習性は、他人の財物を窃取してはならないという規範に合致するように意思を決定するにおいて制約要素になるのである。それゆえ、意思責任論ではこの常習性を責任減輕要素と認定するほかはないと思う。しかし、その常

習性を常習犯が主体的に形成した場合は、減軽要素と認定してはならないと考える。これは、人格責任論が、意思責任論とは別に、性格形成における人格責任を補充的に考慮するからである。⁽²⁷⁾

私は、韓国の刑事法改正特別審議委員会のひとりの委員として、韓国の刑法改正作業に関与したことがある。一九八五年から一九九二年まで七年間の作業を経て刑法改正法律案が完成した。この委員会では、常習犯の加重法定刑の存置または廃止について、激論があった。⁽²⁸⁾ そのとき、私は常習犯の法定加重刑は責任主義原則に反するものであるから全面的に廃止すべきだと力説したところ、全委員が賛同した。したがって、韓国刑法改正法律案（一九九二年）には常習犯の加重法定刑が全面的に廃止された。その代わり、加重法定刑が廃止された常習犯は保安処分（保護監護）に処するように規定した（同法律案第九三条）。これは人間の主体性を肯定する立場で、責任主義原則による立法であるといえると思う。しかし、遺憾にも、国会はこれを採択しなかったのである。⁽²⁹⁾

(5) 過失犯の刑事責任

人格責任の新理論においては、故意犯の責任の根拠は意思主体、すなわち、人格にあるが、過失犯の責任の根拠もやはり意思主体、すなわち、人格にあると思う。したがって、過失犯においても故意犯の場合と同じく、原則的に行為における人格責任を認定して補充的に性格形成における人格責任を認定すべきだと考える。

しかし、団藤博士は「過失の根拠は知情意を不可分にもった人格、そのものの中に求められなければならない」といわれる。そうして、「意思責任という観念は、故意についてはあてはまるが、過失については不適當である」⁽³¹⁾。したがって、「行為における意思というよりも、行為における人格態度を問題とすべきである」⁽³²⁾。「過失責任の中核をなす

のは、…不注意という要素である。不注意というのは、行為者の意識作用ではなく無意識的な人格態度である。過失においては―意識的過失においてさえも―意識ではなく意識下の人格態度が要点をなす。かようにして、過失責任は人格責任によつて、はじめて説明されうるのである⁽³³⁾といわれる。

団藤博士は過失責任の根拠を人格の中に求めるというが、私は人格そのものに求めなければならないと考える。なぜかといえば、両者は同じく人格というが、その質が相異なるからである。団藤博士は人格の概念をレントツの心身一元論的人間像を基礎にして把握し、私はフランクルの実存分析的・次元存在論的人間像を基礎にして、人格の概念を把握するからである。私は人格を人間固有の精神的生活作用の主体として把握する。それで、団藤博士がいう知情意を不可分にもつた人格とはその質が異なる。人格は精神的生活作用、すなわち、知的生活作用と意的生活作用の主体である。それで、人格はその知的生活作用によつて、罪の成立要素である事実を認識することもできるし、不注意によつてそれを認識しないこともできる主体である。そうして、人格はその意的生活作用によつて、犯罪行為を実行することも、または、しないこともできる主体である。このような人格が罪の成立要素なる事実を認識しながら、反規範的意思決定をして、犯行をしたことに対する非難可能性が故意責任である。そして、人格が不注意で、すなわち、正常の注意を怠慢して罪の成立要素なる事実を認識せずに反規範的行為をしたことに対する非難可能性が過失責任である。

それゆえに、不注意は注意義務に違反する人格態度であるといえるのである。ところで注意義務の標準については、学説上対立している。普通人に認定される能力を標準とすべきだとする客観説と、行為者の能力を標準にすべきだとする主観説があり、両者の折衷説もある。一般的に新派は客観説を取り、旧派は主観説または、折衷説を取るばあい

が多い。人格責任論の立場では折衷説の立場で理解すべきだと考える。なぜかといえば、注意義務の賦課は原則的に行為者の注意能力を標準にして賦課すべきであるが、行為者の注意能力が普通人の注意能力より大きいばあいは、普通人の注意能力の限度までだけ賦課するのが正当であるからである。

ところで、行為者の注意能力を行為時の顕在的注意能力だけで認定すべきか、または、不注意性格形成における潜在的能力までも考慮して認定すべきかに対し、団藤博士は後者の立場を取る。すなわち、団藤博士は「行為者の能力としては、行為責任論では当然に行為時の顕在的能力だけを考えることになろう。しかし、人格責任の見地では、人格形成の方面にさかのぼって、いわば潜在的な能力をも——むろん認定の可能な限度で——考慮するべきことになる。能力というのは、もともと、かような潜在的なものであるうとおもう⁽³⁴⁾」といわれる。また、ほかのところで、団藤博士は「人格形成責任の見地からいえば、行為者の能力以上を要求することはできないという意味で主観説とおなじ根底に立つが、行為時において現にもつていた注意能力ではなく人格形成の上でもつことが本人に期待されえたであろう程度の注意能力が標準とされることになる⁽³⁵⁾」といわれる。これは、過失犯において、行為責任が認定されない場合でも行為者責任を認定して、過失犯を処罰することになるので、賛成することができない⁽³⁶⁾。人格責任においては、行為責任は同時に行為者責任ともいえると思う。それは「犯罪行為は、犯罪者の人格の現実化である」からである。過失責任も原則的に行為における人格責任であり、補充的に性格形成における人格責任を考慮して認定すべきである。したがって、行為責任としての過失責任があるときに限って、不注意性格形成における人格責任はその罪責において考慮すべきだと思う。すなわち、不注意性格は、人格が注意するにおいて、制約要素として作用したはずである。それで、不注意性格が主体的に形成されたばあいは、過失責任を減輕すべきでないし、非主体的に形成された場合は、そ

れを減軽すべきであると思う。

(6) 主体性を活用する行刑教育

人間の主体性を研究した結果、行刑教育においても受刑者の主体性を最大限に活用しなければならないと考える。フランクは人間の主体性を開発して、従来の心理療法のかわりに、ロゴセラピー (Logotherapie) という精神病治療方法を開発したと聞いている。精神病治療の主体は病者自身であり、医師はその助力者として治療に加担することである。この原理が教育学でも活用されて、教育の主体は学生自身であつて教師はその助力者として教育に加担すべきであるといっている。

それだから、人間の主体性を認定する人格責任論の立場では、行刑教育においても受刑者の主体性を最大限に活用しなければならないと考える。フランクの実存分析的・次元存在論的人間像によれば、受刑者は実存としての人格者である。すなわち、受刑者は主体的人間である。したがって、行刑においても受刑者を行刑教育の客体として取り扱ってはならないのである。いいかえれば、行刑教育において受刑者の犯罪的性格の改善は受刑者自身が主体的にするように教育しなければならないということである。受刑者を行刑において改善教育の客体としてのみ取り扱うのは、人間の主体性を否定する行刑教育である。受刑者を行刑教育の主体として取扱うということは、主体性をもっている受刑者が自己の性格をみずから改善するように、行刑公務員はこれを助ける立場で、行刑教育をしなければならないということである。それゆえに、教育刑理論においても従来の市民的教育刑理論でもない、人間の主体性を生かす道義的教育刑論でなければならないと人格責任の新理論で主張したこともある。⁽³⁷⁾

六 おわりに

以上で、私が人間の主体性を研究するようになった動機とその過程を説明し、続いて、それによって挙げたいいくつかの重要な成果にたいして叙述した。刑法の窮極的な目的は犯罪のない国家社会を建設して、国民の尊厳性を保障し、かれらの幸福追求を保障することに寄与することであると思う。そして、人間の尊厳性の本質をなす人間の自己意思決定能力は、まさに本稿でいう人間の主体性を意味する。それゆえに、人間の主体性を正しく把握することは、法学、その他の法学だけではなく、あらゆる学問においてもっとも基礎的な問題であると思う。そうしてこそ、あらゆる学問が人間の真なる尊厳性と幸福追求の保障に寄与するようになるからである。³⁸⁾

本稿においては、刑法における主体性、その中でも主に刑事責任と人間の主体性に関する問題について説明した。今後、人間の主体性に関する研究を継続して真の人間性と科学性が兼備した真の人間像を探究して、そのうえに真の刑法理論を構築していこうと思う。それは、団藤博士が、カントのことを転用して言うように、「科学性のない刑法学は盲目であるが、人間性を見失った刑法学は空虚である」³⁹⁾からである。

おわりに、私に、生前、人間の主体性研究を指導してくださった団藤重光先生の学恩を感謝し、先生が天国で永生福楽を享有するよう祈願しながら擲筆しようと思う。

(1) 団藤重光「人格責任の理論」法哲学四季報二号（一九四九年）一〇〇頁以下。

(2) Lenz, Grundriss der Kriminalbiologie (1927). 吉益訳『犯罪生物学原論』（一九三八年）。

- (3) 詳しい内容は、朴貞根『人格責任의 新理論』(一九八六年) 法文社八九면以下、同「人格責任の新理論(二)」日本法学四四卷一号(一九七九年)三頁以下参照。
- (4) ヴェルツェルの層的存在論における意思の自由に関する詳しい説明は、朴・前掲書(注3)五〇면以下、同・前掲論文(注3)「人格責任の新理論(二)」一六頁以下参照。
- (5) ヴェルツェルの見解は決定論であるという学者は、平野龍一「意思の自由と刑事責任」『刑法の基礎』(一九六六年)所収一二―一三頁、大谷實『刑事責任の基礎』(一九六八年)三二頁、大野平吉「刑法と自由意思」『刑法講座一卷―刑法の基礎理論―』(一九七七年)所収六一頁、註二四。それからヴェルツェルの見解は非決定論であるという学者は、中山研一『ソビエト刑法』(一九七二年)七七頁。ハンス・ヴェルツェル(金澤文雄訳)「意志の自由」についての考察」判例タイムズ二四一号(一九七〇年)二月号、一頁。English, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit(1971), S. 34f. これに対する詳しい説明は、朴・前掲書(注3)五六、五七면、同・前掲論文(注3)「人格責任の新理論(二)」二四―二七頁参照。
- (6) 朴・前掲書(注3)五九면、同・前掲論文(注3)「人格責任の新理論(二)」二四頁。
- (7) 団藤重光「法における主体性」法学協会雑誌九二巻四号(一九七五年)八―九頁参照。
- (8) V. E. Frankl, Theorie und Therapie der Neurosen (1956). 霜山訳、神経症Ⅱ。
- (9) 朴「人格責任の新理論(一)」日本法学四二巻四号(一九七七年)七九頁以下、同(二)同四四巻一号(一九七九年)一頁以下、同(三)同四五巻四号(一九八〇年)二八頁以下、同(四)同四六巻一号(一九八〇年)七六頁以下。
- (10) 団藤博士は、最高裁判所裁判官視察時に鹿児島地方・家庭裁判所で「人間とは何ぞや」という題目で講話(昭和五五年五月二六日)された中で、「人間は無論動物であります。人間と動物と、どこが違うかといえば、例えば、キリスト教の立場と仏教の立場では大分考え方が違ってくるでしょう。そのような問題を暫く離れまして、私自身は人間と動物とは大部分共通だろう、両者の違いは、キリスト教の人たちがいう程の質的な違いではなくして、量的な違いだろうというふうに考えております。言い換えれば、やや仏教的な考え方を持っております」(団藤「人間とは何ぞや」裁判所広報一七七号鹿児島地方・家庭裁判所事務局総務課昭和五五年一〇月号二頁)といわれた。この講義は団藤博士がご自分の人間の主体性の本質を明かした重

要な表現であると思う。団藤博士が「やや仏教的考え方をもっておる」のに、わたくしは「主にキリスト教的考え方をもっておる」点において、両者が同じく人間の主体性すなわち、人間性を強調するけれども、その本質においては、根本的に異なるものになると思う。

(11) 權寧星教授は、「憲法第一〇条の人間としての尊厳と価値は結局人間一般に固有な価値と看做す尊貴なる、すなわち、人格性(「人格主体性」)を意味するものである」(同『憲法學原論〔新訂版〕二九四頁〕という。そして、「人間の主体性というのは人間を非人格的自然と区別して、自己自身を意識して自己自身の決断によってみずからを規定して、自身と周辺世界を形成する能力」(同、前掲書二九三頁註三)であるという。

(12) 団藤博士も、「人格の主体性を認めることは人間の尊厳をみとめることである」(同「刑事訴訟法における主体性の理論」ジュリスト九〇五号「一九八八年」四四頁)といわれる。

(13) その根拠は、日沖憲郎「行為者責任」刑政五六卷三号(一九四三年)八頁以下、同「行為刑法と行為者刑法」日本大学創立七〇年記念論文集第二巻社會科學編三五九頁以下、同「人的行為概念」団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻(一九八三年)一〇五頁以下を参照。

(14) 朴・前掲書(前掲注(3))七〇頁、同「人格責任の新理論(三)」日本法学四五卷四号三〇頁。私は、最初、人格責任を「行為における意思責任(または意思主体責任)を原則的に、性格形成における意思責任(または意思主体責任)を補充的に考慮して認定される責任」であると表現し、意思を責任の根拠にするのは不適当であるので意思主体と表現したが、私の立場では意思主体は、とりもなおさず人格そのものだと思うので、これを人格責任と表現していきたい。

(15) 団藤・前掲論文(前掲注(1))一二三頁。

(16) 団藤『刑法綱要総論(第三版)』(一九九〇年)二六一頁。

(17) 朴・前掲書一五〇頁以下、同「団藤重光의 人格責任의 理論」『現代刑事法論』金箕斗教授華甲記念論文集編纂委員會刊(一九八〇年)九九頁以下。この論文の日本語訳は、朴貞根(Park, Zong Kun)(鈴木敬夫訳)「団藤重光の人格責任の理論」(一九八〇年)北海学園大学法学研究一九卷二号(一九八四年)九五頁以下を参照。

- (18) 団藤・前掲書（前掲注(16)）二六〇頁の註九を参照。ここでは、前掲注(9)に掲載の論文のほか、朴貞根「*단테중광의 人格責任의 理論*」金箕斗教授華甲記念『現代刑事法論』（一九八〇年）、この日本語訳として、朴（鈴木訳）「*단테중광의 人格責任의 理論*」（前掲注(17)）、朴貞根『*人格責任의 新理論*』（一九八六年、法文社〔ソウル〕）も紹介している。
- (19) 団藤重光『*わが心の旅路*』（一九八一年）一九九頁。
- (20) 団藤重光「刑事訴訟法における主体性の理論」ジュリスト九〇五号（一九八八年）四四頁、五五頁註3。
- (21) この特別講演内容は、朴「主体性と刑事責任」札幌学園法学一八巻二号（二〇〇一年）二五九頁以下参照。
- (22) 詳しい内容は、朴「*法人의 刑事責任*」中央大學校法學研究所法學論文集一二輯（一九八七）一八三頁以下参照。日本語訳として、朴貞根（鈴木敬夫訳）「*法人の刑事責任*」札幌学園法学一六巻一号（一九九九年）九七頁以下。
- (23) 団藤・前掲論文（前掲注(1)）一二八頁。
- (24) 団藤・前掲書（前掲注(16)）二六一頁。
- (25) 日沖博士も、「行為を越えて行為者自体の責任を問うこと……は、許されるべきではない」（同「行為刑法と行為者刑法」三六八頁）という。
- (26) 朴・前掲書（前掲注(3)）九八頁、二〇八頁。
- (27) 詳しい説明は、朴・前掲書（前掲注(3)）二〇一頁以下、同「*常習犯의 刑事責任*」『*刑事法學의 諸問題*』（權文澤教授華甲記念論文刊行委員會刊）（一九八三年）一二九頁以下参照。
- (28) 朴「*常習犯의 加重法定刑廢止의 正當性—刑法改正試案을 中心으로—*」金鍾源教授華甲記念論文集（一九九一）五二一頁以下参照。
- (29) 韓国政府は一九八五年から刑事法改正特別審議委員会を構成して、七年間にわたり刑法改正法律案を作成し、これを一九九二年七月六日、国会へ提出した。しかし、国会は、この改正法律案の中で最小限の必要な部分だけを抜粋して、刑法中改正法律案を作成し、一九九五年二月二日、これを議決した。ついで、この改正法は、一九九六年七月一日から施行された。しかし、私とともに改正委員全員が議決した常習犯加重法定刑の全面的廃止が、その刑法中改正法律に包含されなかったこと

は、非常に遺憾なことであると思う。これに対し、一九七五年のドイツ刑法では、常習犯の加重刑規定はみられなくなった。

(30) 団藤・前掲書（前掲注(16)）三三五頁註四。

(31) 団藤・前掲書（前掲注(16)）二六〇―二六一頁。

(32) 団藤・前掲書（前掲注(16)）二六一頁。

(33) 団藤・前掲書（前掲注(16)）三三五頁。

(34) 団藤・前掲書（前掲注(16)）三四四頁註六。

(35) 団藤・前掲論文（前掲注(1)）一三二頁。

(36) 日沖博士も、「行為責任から独立した行為者責任を認めることは、許されるべきではない」（同「行為刑法と行為者刑法」三六八頁）という。

(37) 詳しいことは、朴・前掲書（前掲注(3)）一三五頁以下参照。

(38) 朴「幸福追求를 保障하기 위한 刑法」中央法學第四輯第二號（二〇〇二年）七頁以下を参照。

(39) 団藤・前掲書（前掲注(16)）三五頁。

国際取引法分野における刑罰規定の規範化概念の 進展と域外適用の交錯

——英国 Senior Management Regime、米国 FCPA、Computer Fraud and Anti-
Abuse Act、ドット・フランク法とグローバル内部統制を中心に——

藤 川 信 夫

序章—問題意識—

本稿は、英国金融法制に係る Senior Management Regime (SMR) とコーポレート・ガバナンス・コードに関し、国際取引法分野の刑罰規定における規範化概念の進展と域外適用の交錯、Senior Management Regime (SMR) における刑事罰規定のあり方の試論などに焦点を絞り、コーポレート・ガバナンスの新たな視点からとり纏めを図るもの

である。

英国金融監督に関しては Approved Persons Regime (APR 役職員承認制度) が既に導入され、更に二〇一六年導入に向けて銀行業界の上級管理者向けに Senior Management Regime (SMR) 施行が予定される。主要経営陣対象の Senior Managers' Regime、主要な従業員も対象に含む Certification Regime の二つからなるが、Senior Managers' Regime については二〇一八年に導入が延期される見通しとなっている等、内容面はなお細部が調整中である。業務執行者である上級管理者機能 (SMFs) のあり方、規律付けなどが課題となる。

英国 Senior Management Regime (SMR) とコーポレート・ガバナンス・コード (CGC) に関しては別稿において考察を行ってきた⁽¹⁾。本稿はその後の SMR に係る制度設計の変容を踏まえて、刑法領域における規範的概念と域外適用の交錯につき国際私法ならびに国際金融法制の視点から更なる考察を進めたものである。背景として米国 FCPA (The Foreign Corrupt Practices Act of 1977) あるいは英国 BA (UK Bribery Act 2010) など規制当局はグローバル企業に対する個人責任追及から刑事・民事罰を含む両罰規定の域外適用を強めつつある。また近時の裁判例において全般的に刑罰規定の規範化概念の進展がみられ、域外適用否定の推定則適用と管轄権の誤謬などの両面から考察を進める。かかる議論の顕現化する局面として、SMR における刑罰規定と域外適用のあり方を軸に検討する。SMR の今後の制度設計およびグローバル金融機関のグループ内部統制への影響、更に CGC などソフトローによる上場企業規律のあり方、会社法上の義務にも敷衍させたい。

第一章 英国 Senior Management Regime とローポレート・ガバナンス・コード

1. Approved Persons Regime から Senior Management Regime への転換と上級管理者機能

英国 Approved Persons Regime (APR) は、二〇〇〇年に発効の FSMA2000 (Financial Services & Market (Banking Reform) Act 2000 英国金融サービス (銀行改革) 法) section59が根拠となる法令 (条項) であり、この法令に基づき FCA/PRA Handbook に詳細に規定されている。金融危機後の二〇〇九年に発表されたウォーカー報告書 (Walker Review) で、取締役会議長 (会長) である Chairman や非業務執行取締役 (Non Executive Director NED) の責任と役割の明確化ならびに取締役会の内部委員会であるリスク委員会 (Risk Committee) 設置などのリスク管理態勢強化が提言され、当時の英国金融庁に当たる FSA (Financial Service Authority) もこの提言に基づき APR の一部変更を進めたが、有力金融機関 (米系) のロビー活動などにより、従前のルールが概ね継続した状態にある。英国 CGC も Walker Review の提言を受けて改訂されている。

かかる Approved Persons Regime (APR) に関して行政審決事例が既に生じており、三つの防衛線 (three lines of defense)⁽²⁾ のうち内部監査部門によるリスク遮断を念頭にリスク許容度については Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) (8 May 2012) 事件、コンプライアンス・金融犯罪については Standard Bank (22 January 2014) 事件が注目される。民事制裁金の課徴のほか、我が国独特の論功行賞的な人事ローテーションが否定されること、経営判断原則で本来は免責される領域ともいえる経営戦略面での齟齬を追求した側面があることなど、グローバル企業に大きな影響を及ぼしている。

A P Rは二〇一五年以降、特に銀行業界を対象に Senior Management Regime (S M R) への転換が予定される。N E Dのみならず、上級管理者機能 (Senior Management Function S M F s) の役割の議論と合わせて検討が進められ、英国金融業界において大きな反響を呼んでいる。

我が国では金融機関に対しては会社法、上場企業として金融商品取引法、更に銀行法などの業界規制が三層にかかる。更に上場企業に対して日本版スチュワードシップ・コード (S W C) が二〇一四年導入され、二〇一五年六月日本版コーポレート・ガバナンス・コード (C G C) が東京証券取引所の遵守すべき規制として策定された。英国でも一般法としての英国会社法、C G CとS W Cに加えてコード規律の内容として、特に銀行業界のみならず保険業界 (Solvency II firms) など金融機関を対象にS M Rの規制がかぶせられることになる⁽³⁾。

II・Senior Management Regimeの問題意識ならびに背景——大審院審決の存在——

Approved Persons Regime (A P R) について、英国 Parliamentary Commission on Banking Standards (P C B S) がS M Rの新たな制度を提言している。現在 Approved Person としてF C A (Financial Conduct Authority)・P R A (Prudential Regulation Authority) の管理下にある銀行員は全体の一〇%程度であるが、新制度では更に裾野を広げて、直接F C A・P R Aが管理できる人員数を増やすことが趣旨となっている。

Senior Management Regime (S M R) の枠組みは、英国金融サービス市場法を根拠法とし、一連のコードなどにより形成されるソフトローミックスである。従前の上級管理者を対象とした規制当局の個別の事前承認制度である Approved Persons Regime (A P R) を下部経営層や従業員にまで継承・拡大し、実際に企業価値創造を担う執行陣に対する規律である点で、とかく独立性や多様性、専門性などの議論が主となっていた監視機能を担う独立社外取締役

にかかる議論とは、関連性は強いが一線を画するものといえる。コーポレート・ガバナンスの根幹をなす議論として、投資家の観点に立つスチュワードシップ・コードよりも企業経営の実践の現場に近い領域の考察となる。

背景には、国際的な金融危機、近年のLibor金利不正に加えて、ロンドン金融資本市場の国際競争力向上、規制コスト削減などの競争政策上の思惑、更にはUBS事件において英国金融規制機関のFCAの行政処分が大審院審決において覆されたことも存在する。二〇一二年UBS事件 (John Pottage v. FSA (FS/2010/0033)) において、Approved Persons に関する第七原則 (Principle 7 of the Statements of Principle for Approved Persons) 違反が問われたが、規制当局が証明責任を負う個人責任の追及ができなかったことがSenior Management Regimeへの転換の一因とされている。集団的意思決定、経営判断による個人責任の追及が困難となり、不正・コンプライアンスに止まらず、戦略面にかかると意思決定、即ち適切なリスクテイクを採って企業価値向上を図らなかったという経営戦略・実行面の積極的妥当性に関する経営陣の責任も含めて論点となったものと思料する。

英国の金融監督体制改革をみると、二〇一二年金融サービス法により二〇一三年四月をもってFSA (Financial Services Authority 金融サービス機構) が解体され、FCA (Financial Conduct Authority) とPRA (Prudential Regulation Authority) に分割し、PRAは個別会社の監視・監督を担当する健全性監督機構、FCAは消費者保護および市場参加者の行為規制を担当する金融行為監督機構として機能させることとなった。⁽⁴⁾ その上でPRAをイングランド銀行(BOE)の傘下におくことを改革の主要内容とする。

Ⅲ・ Senior Management Regime の意義と要諦

1・ Senior Management Regime の導入の意義

Approved Persons Regime (APR) に関しては、実効性確保などの点から問題点が指摘され、企業価値創造を実際に担っている上級管理者の Senior Management 層への対象拡大、登録制度導入、エンフォースメントとしての刑事罰規定の導入、民事罰の面で挙証責任転換等を骨子とする SMR の導入へと改革が進められる。取締役会など集団的意思決定においては個人責任が免責されがちであったことに鑑み、個人の説明責任、更に経営破綻を引き起こしかねない判断ミスは不正として扱い、責任追求を図らんとするところに主旨がある。経営面の積極的妥当性と消極的妥当性、経営陣の責任を問いやすいコンプライアンス違反と責任を問にくい戦略など経営面の著しい不正といった境界領域の議論ともなる。

またプリンシプルベースからルールベースへの揺り戻し、米国 FCPA (連邦海外腐敗行為防止法 [The Foreign Corrupt Practices Act of 1977]) あるいは英国 BA (賄賂防止法 UK Bribery Act 2010) などの国際不正行為防止法、コンプライアンス・プログラムおよび内部統制規定等のスキームの接近が窺われる。英国銀行改革法を根拠法令とし、また民事罰から踏み込んで刑事罰を導入する限りは構成要件などの明確化も必要となる。従前の SWC 等における Comply or Explain のアプローチの枠を超えるものとも思料されよう。

日本版コーポレート・ガバナンス・コード (CGC)⁽⁶⁾ の実践においては、Comply or Explain のアプローチに関して、具体的な問題毎に使い分けられることが想定され、独立社外取締役導入に関しては、導入しないことにより逆に企業価値が向上するなどの説明が求められる、政策投資保有株式に関しても同様とされる。上場企業においては事実上の強

制となりかねない面もある一方、一般的な説明を持って足りる規定もあるとされる。英国のような刑事罰規定の導入ではないが、さりとて罰則のない訓示規定というわけでもなく、我が国のコード導入については中間段階のものといえようか。そもそも英国ではロンドン金融市場における Libor 金利不正などの経営面のコンプライアンス問題が制度導入の基底にあるところ、我が国では成長戦略の根幹としての動機があり、英国とは誘因が異なる。日本版 C G C の導入・実践において、直ちに刑事罰規定導入まで視野に入る局面ではなく、S M R のうち企業の自主的認定措置である Certification Regime 導入が現実的となろう（私見）。

2. Senior Management Regime の概要

Senior Management Regime (S M R) の内容について、Approved Persons Regime (A P R) の比較も交えて改めて検討していきたい。議会 (Parliament) からの委任を受け、英国規制機関は銀行における個人責任を規律する新しい体制作りに取り組んでいる⁽⁶⁾。英国 F C A と プルーデンス規制を担う P R A は、近時、個人の説明責任の基準を高め、銀行、住宅金融共済組合、信用組合と P R A 指定の投資会社で働く個人に対する規制を強化するために二〇一四年七月三〇日共同諮問文書 (the Joint Paper)⁽⁷⁾ 等を次々に公開している。

議会提案によれば、広義の S M R は取締役と他の上級経営陣 (directors and other senior individuals) のための狭義の Senior Managers' Regime、下級従業員のための証明制度 (Certification Regime CR) を含むものとなっている。これに伴い、個人の行動を管理する F C A と P R A において新しい行動規則 (new conduct rules) が発出される。この二つの体制は、現状の A P R および A P R のための原則とコード (statements of principle and code of practice) に置き換わるものとされる。もつとも最近になって両制度の併存を図り、業界の動揺を少なくせんとする動きも模索されるなど流動

的な面がある。

かかる提案は、二〇一三年六月に銀行基準に関する議会委員会 (the Parliamentary Commission on Banking Standards (PCBS)) から出された最終報告書 (Changing Banking for Good) における提言 (recommendations) の内容を基にしている。端的にいえば、現状のAPRの下では個人の責任追及の範囲が狭く、効果的なエンフォースメントも十分なしえないことがPCBSにおいて述べられ、二〇一三年金融サービス法において新しい体制に対するフレームワークが包摂されたものである。

対象は英国法人の銀行、住宅金融共済組合と信用組合 (UK-incorporated banks, building societies, and credit unions)、PRA指定投資会社 (UK-incorporated and PRA-designated investment firms (collectively, banks)) となる。二〇一四年一月一七日財務省は銀行サービス法に関して海外銀行の英国支店もSMRの対象範囲とする内容の協議文書を出している。

SMRはSMFsを実行する個人に適用され、SMFsは金融機関の規制活動に関連し、深刻な結果をもたらしかねないリスクを内包した業務の管理責任があることを内容とする。

3. Senior Management Regime (広義のSMR) の要諦

(1) Senior Managers' Regime (狭義のSMR)

第一に、Senior Managers' Regimeについてみていきたい。協議文書 (the Joint Paper) によれば、新たな承認制度はその行動と決定が金融セクターと顧客に重要な影響を及ぼす上級管理者 (Senior Managers) に対するものとなる。具体的には銀行の取締役会、Executive Committee (EC) のメンバー (および同等の者)、特定の基準 (certain criteria)

を満たす重要な事業の長、銀行内における重要なビジネス、コントロール、または行動に焦点を置いた機能に対して責任を有する個人、そして銀行の意思決定に対する重要な影響力を及ぼすグループあるいは親会社によって雇用されているこれらの個人を含むものである。

P R Aで特定されたSenior Management機能を担う個人は、F C Aの同意と共にP R Aによる事前承認を必要とするが、該当する機能がF C Aにより指定される場合は、F C Aによる事前承認が必要とされることになろう。S M Rへの移行の一部として、現在のA P Rにより承認された個人は、Senior Managersに該当する場合、移行期間が設けられる。F C A、P R Aに対する適用において、個人が銀行の事業領域に関する責任について企業による声明の提出が求められる。当局の承認のプロセスにおいては重要な役割を果たすもので、個人の担う責任の重要な変化がある場合、声明は関連の規制機関に再提出する必要がある。

(2) Certification Regime (C R)

第二に、共同諮問文書においては、新たに証明制度 (Certification Regime C R) が含まれる。Senior Managers' Regimeの規律には服さないが、規制活動に関連した役割を果たし、従って銀行あるいは顧客に重要な危害 (significant harm to the bank or its customers) を引き起こす可能性がある従業員に対して適用される社内での自主的な証明を図る制度である。P R Aにおいてはこの証明体制は重大な危険を引き受ける者 (material risk-takers) に適用され、F C Aにおいては顧客に直面する役割、証明を求められる従業員 (certified persons) を監督する個人、Senior Managers' Regimeではカバーされない、例えばベンチマーク提示者等の役割を担う者が全て該当する。Senior Managersは関連する下級従業員の評価と証明 (the assessment and certification) に対して責任を担い、毎年その適合性

と適切性 (their fitness and propriety) を評価することを要求される。これは銀行においては重要なデュー・デリジェンス (DD) を行うべきプロセスとなる。

(イ)、(ロ)を含む広義のSMRの対象はAPRの対象よりも拡大するが、(イ)の狭義のSenior Managers' Regime自体の対象はAPRの対象よりも狭くなる。APRの対象からSenior Managers' Regimeの対象を差し引き、新たに下級従業員を加えたものがCertification Regime (CR)の対象となる⁽⁹⁾。適合性と適切性 (fitness and propriety)、行動規則 (conduct rules) ・二層 (two tiers) のルールに続き、規制のエンフォースメントを考察していきたい。

(3) 証明責任の転換、潜在的な刑事責任追及リスク

エンフォースメント (enforcement) に関して、規則違反が生じた領域に関して責任を有するSenior Managersは、民事責任における推定、証明責任の転換 (Reversal of the burden of proof in cases of civil misconduct) により、違反の防止に向けて合理的な措置をとったことにつきFCA、PRAに対する説明責任を負担する。金融サービス法では、現状のAPRのスキーム以上に幅広い範囲の銀行の従業員に対して処分を科すことができるようになる。国内外のいかなる場所であろうとFCA、PRAは責任追及が可能となる旨が記される。更に英国法人の銀行、住宅金融共済組合とPRA指定投資会社に勤務するSenior Managersは、金融機関を破綻に追い込む原因になった戦略面の決定に関して、新しく設けられた処罰規定の下では潜在的に刑事責任 (禁固・罰金) 追及に晒されることになる。

(4) 責任マップとタイムテーブル

FCAとPRAは銀行が自らのマネジメントとガバナンスに関して、就中、一般的な経営責任、レポーティングライン、組織構造の配置について詳細かつ最新の責任マップ (Responsibilities maps 責任の図解) を策定することを提唱す

る。財務省による最近の協議文書（二〇一五年一月三〇日に期限切れを迎える）によれば、実施に向けたタイムテーブルが二〇一五年度にずれ込むことを示している。概してPRAは英国支店に対して、ブルーデンス（健全性）規制に関してより負担の軽いライトアプローチ（a lighter approach）を採用し、またFCAも英国の銀行に向けてかなり類似したアプローチをとることが予想される。

第二章・Senior Management Regimeにおける国際私法的規律

— 海外銀行英国支店の取り扱いと域外適用の可能性 —

1・Senior Management Regimeと外国銀行の英国支店に関する説明責任

PRAは二〇一五年二月一六日協議文書「外国銀行の英国支店に関する説明責任の強化」(CP9/15)⁽⁶⁾において、Senior Management Regimeが必要な限りにおいて外国銀行の英国支店にも適用されることを提案している。EU法下の英国EEA支店にPRAの権限が及ぶ限度内で、英国non-EEA支店に対しても権限が及ぶとする内容である。

新たな英国non-EEA支店に対しては、上級管理者機能(SMFs)を有する海外担当の長に対して事前承認が求められる。更にCFO（最高財務責任者）、CRO（最高リスク責任者）ならびに内部監査部長もSMFsに対応して承認が求められる。他のグループ企業(group entity)であっても、当該支店においてGroup Entity Senior Managerとして英国内での規制された活動に関する経営管理や行動面の意思決定を行う場合、PRAの承認が必要となる。例として欧州中近東アフリカ地区担当のグループ・マネジャーとして、英国内業務につき上位者としての決定を行う場

合は、英国支店に常住しない場合も承認を求められよう。

この場合、本社所在地において海外事業部門の指揮・命令系統が存在する場合、本社部長も承認が求められ、ひいては不祥事などにおける責任を追及、あるいは課徴金・刑罰を科されることになるかが議論となろう。

II. Certification Regime への行動ルール

Certification Regime への行動ルール (Conduct Rule) についても Senior Management Regime と同様に non-EEA 支店に適用される。例として、PRA の報酬規則において重大なリスクを負っている個人 (Material Risk Takers) として認定されたスタッフなどが該当する。

III. 英国外銀支店ならびに銀行の役員個人に関する規制の邦銀への影響

— エンフォースメントと海外銀行の英国支店に係る域外適用の懸念 —

SMR では、エンフォースメントに関して、金融サービス法により、APR のスキーム以上に幅広い範囲の銀行の従業員に対して、国内外のいかなる場所であろうと FCA、PRA は責任追及が可能となる。更に金融機関を破綻に追い込む原因になった戦略面の決定に関して、新しい処罰規定により潜在的な刑事責任追及にも晒されることを述べた。これまで財務省は海外銀行の英国支店の Senior Managers にはかかる処罰規定を適用しない旨を定めている。該当行為の域外的な適用はなされても、海外銀行の現地法人の Senior Managers には刑事責任の追求はされないものと現状では理解されるが、課徴金などの民事責任追及規定は適用されるものと思料され、海外銀行の英国支店に関する規制の動向には未確定な要素がある。

Ⅳ. 英国外銀支店ならびに銀行の役職員個人に関する規制の邦銀への影響

英国外銀支店に関するFCA、PRAの直近の二つの協議文書における各規制に関して上級管理者機能(SMFs)に係る規制枠組みと合わせ本邦金融機関に及ぼす影響と問題点等、域外適用を念頭に置き、犯罪履歴など本稿と関連するものに焦点を絞って具体的に検討を進めたい。⁽¹⁰⁾

二〇一五年三月FCA提案のEEA(欧州経済圏 European Economic Area)域外金融機関の在英支店に係る認定制度について、英国の監督上の方針では以前から大規模支店を準子会社とみなし、支店内の業務管理に完全な責任を負うことを要求している。また、SMRに規定する上級管理機能(senior management function SMFs)の扱いに関して、本社も含めたグループ企業全体への影響も実質的な域外適用として懸念される。

SMRの域外適用などに関しては、英国の監督方針では以前から大規模支店を準子会社とみなし、支店内の業務管理に完全な責任を負うことを要求しているため、在英支店内の全管理職をSMFsとして登録する必要があること、外銀子会社・支店が現地マネジメントにより適切に統治されている場合は法域を超えて親会社個人に対する規制適用(域外適用)は必要最低限に抑えられるべき旨を全国銀行協会が要望している(二〇一五年五月)。

1. 英国外銀支店に係る規制

(1) PRA提案のEEA域外金融機関の在英支店に係る上級管理者の役割

PRA提案のEEA域外金融機関の在英支店に係る上級管理者の役割(SMFs)について、在英支店の戦略実施に責任がある役職者は在英支店内の役職者であり、既存のAPRで在英支店戦略立案に携わり登録している本国の役職員はSMRの新制度の下ではSMF7(Group Entity Senior Manager)(Appendix 1.7 パラグラフ6.2、本文パラグラフ2.6、

213、5.3）としての登録は不要となること、外国銀行支店の上級管理者は刑事罰（禁固・罰金）不適用の記載があるが、銀行破綻時に限定されるかが不明確なことなどについて全銀協から疑問が提示されている。以下の(1)、(2)では各疑問点を掲記したい。

(2) FCA提案のEEA域外金融機関の在英支店に係る認定制度

FCA提案のEEA域外金融機関の在英支店に係る認定制度（CR）に関して、英国顧客と取引を行っている英国外の個人の適用は、英国顧客との取引の関与の度合いに応じた規則上の責任配分が図られるように適切に実施すべきであること。ホールセール顧客の大口取引について、顧客の関係構築のために英国外の上級管理者に対して顧客の帯同訪問などを在英支店から要望することが想定され得るが、この場合に英国外の上級管理者は英国顧客との取引で実務上の重要な役割を果たすことはなく、英国外の上級管理者に認定制度を適用することは不適當な場合もあり得ること。英国の監督上方針では、以前より大規模な支店を準子会社とみなし、当該支店は支店内の業務の管理について完全な責任を負うことを要求しているため、英国外の個人に対する規制適用は必要最低限に抑えられるべきこと。犯罪履歴確認はSMRのみならず、認定制度（CR）においても必要か明確にすべきこと。

2. 銀行の役職員個人に関する規制―犯罪経歴確認、資料提供の提案など―

二〇一四年七月三〇日PRA・FCA協議文書「銀行の説明責任の強化…銀行の役職員個人に関する規制の枠組み」が公表され、二〇一四年一〇月三十一日全銀協が以下のコメントを发出している。職業規範や企業文化、コーポレート・ガバナンス等の強化を目的とした役員等個人の責任に係る規制強化の必要性は認識されるが、英国におけるガバナンスという意味では外銀子会社や支店が現地マネジメントによって適切に統治されている場合、その親会社や

本社の個人を規制の対象とする必要は必ずしもないと考えられる。外国の親会社の個人を規制の対象にすることは、英国の法域を超えて外国の企業を規制することに繋がり、国際的協調の観点からも適切でない可能性があることが述べられる。⁽¹⁾

① P R AおよびF C Aによる(a)犯罪経歴確認、(b)資料提供の提案に関して、外銀の英国子会社・支店における親会社・本社からの派遣行員の適格性について英国子会社が親会社の雇用プロセスが十分高い基準にもとづいていると判断する場合は親会社による推薦に依拠することを許容する条項を追加すべきこと。

上級管理者となる親会社の出向者は、様々な国で職務に従事してきた経歴をもつことがあり、全ての国の当局から無犯罪証明書を取得することは事務的、時間的負担が過大となる。かかる従業員は親会社に採用されている時点およびそれ以降に犯罪歴がないことは自明であり、親会社の推薦、過去の犯罪歴等の書面確認が必要性に乏しいことから、犯罪経歴確認を対象外とすべきである。

親会社・本社からの派遣行員以外に関して、

(a) 犯罪経歴確認については手続きの効率性を高める工夫が施されるべきである。多くの国で適格性評価の原則の遵守のため、犯罪経歴を入手する要件が課され、親会社からの出向者を除けば本提案は妥当なものと考えられるが、無犯罪証明手続は国ごとに統一されておらず、各国当局間での様式の統一、当局相互のリファレンスによるカバー等、実効性、効率性を高める工夫が施されるべきである。

(b) 資料提供については、適切に対応するために一定期間が必要で、調査が行われている場合の資料提供は不要とし、資料提供は違反が証明された場合のみとし、更なるガイダンスが提示されるべきである。当該対象者に不満を抱

いた雇用主が当該制度を濫用することになりかねず、また開示不要の違反行為も懲戒処分同様に資料提供が必要とすれば、当該企業に対する機密保持義務・守秘義務を損なう懸念がある。このため、更なるガイダンスが必要である。

② 顧客保護ならびに市場行為(規則四、五)がFCAの追加的な具体的規則として示されているが、当該企業(銀行)で顧客保護ポリシーとして採用されており、要素に欠缺がない限り重ねて新たに制定する必要はないと考えること。規則四、五は顧客と相對している部署をターゲットとしており、顧客保護については顧客に相對しない従業員にとりどのような研修が実施可能かは不明瞭である。市場行為については、企業のPAD (Personal Account Dealing) ポリシーにおいて、誠実行為の違反の例として挙げられ、担保されている。

第三章 Senior Management Regime (SMR) の展望

— Senior Management Regime に関する刑事罰規定を含む未調整項目の克服に向けて —

I. 英国内設立企業(海外銀行の子会社を含む)に関する未調整項目

Senior Management Regime (SMR) の展望に関する最新の動向として、制度導入時期を前にして精力的に各種の協議文書、ガイダンスなどが発出されているが、刑事罰規定を含み未調整となっている項目も少なくない。^⑫ 調整済みの項目も含め、英国内設立企業、non-EEA銀行の支店、EEA銀行の支店に分け、各要点を整理しておきたい。^⑬ SMRの根幹に関わる部分もあり、こうした検討を通じてガバナンス全体の議論、考察も深まろう。

II. Senior Managers' Regime

調整済みの項目についても改めて概要を整理する。①視野(Scope)：小規模のCRR企業(総資産規模二五〇百万ポ

ンド未満)についてはより制限的なSMRの適用を受ける。PRAのルールのみ、CEO、CFO、Chairman(取締役会議長)が対象となる。②SMFs(上級管理者機能)…調整済みの項目であるが、PRA、FCAに分けて整理する。

(a) PRA

各企業において最低限要求されるSMFs機能として、Chief Executive、Chief Finance, NEDs (Chairman) があり、加えて規制の適用可能なSMFs機能として、Chief Risk、Head of Internal Audit (内部監査長)、Chair of the Audit Committee (監査委員会委員長)、Chair of the Risk Committee (リスク委員会委員長)、Chair of the Remuneration Committee (報酬委員会委員長)、Senior Independent Director (上級独立取締役) が掲げられる。

PRAの管轄に関して、SMF6 (The Head of Key Business Area) は関連企業群の中で大きな業務部署を管理する個人を対象とするが、CEO、あるいは他のSMFに報告を行う場合も単独のSMFとしての権限を付与 (warnats) される。

同じくPRAの管轄に関して、SMFsに係る未調整事項として、SMF7 (The Group Entity Senior Manager) は、英国外にいて英国内企業に影響を及ぼし得る個人が対象であるが、親企業の個人も捕捉可能となることが指摘されており、子会社のマネジメントにかかる個人、英国内の規制活動に係る直接的な決定を行う場合、こうした個人はSMF7あるいは他のSMFとして承認が求められる可能性が高いことになる。PRAは、海外企業グループの一部分であるすべての関連企業においてSMF7としての承認を要求するものではなく、ケースバイケースの対応となる。

CR (Certification Regime) の certification functions を担う個人に対して、行動ルール (conduct rules) に従いつつ、

企業は二〇一六年三月七日までに特定させることが求められる。財務省によれば、二〇一七年三月七日までに企業がかかる個人に対して(社内)認定を下す (issue certificates to individuals) ことを求めることになる。段階的实施 (Grandfathering) に関して、各企業は二〇一六年二月八日までに各個人の責任に係る表明 (Statement) を含む告知を図ることが要求される。

(b) FCA

未調整項目ではないが、FCAの管轄に関して、次のExecutiveレベルの取締役会の役割・機能についてはPRAのSMFs、NEDsの要件ではカバーされないこととなった。Chair of the Nomination Committee、Compliance Oversight (MLRO)、FCAのKey Functionsを担う個人(金融犯罪リスクに対処する責任を含む (including responsibility for countering financial crime risk))、重要な責任機能 (Significant Responsibility Function)。

Ⅲ. 責任の推定

未調整項目ではないが、責任の推定 (Presumption of Responsibility) に関し、やや疑義のあった部分でもある。関連するSenior Managersの領域における業務上の失敗について、規制当局により民事裁判にのみ適用される。刑事訴訟には適用されない (does not apply to the criminal charge) ことが明示された。かかる民事責任の推定・証明責任の転換は、①Senior Managerである(であった)個人であること、②企業における関連の要件の充足に違反 (contravention) があったこと、③その違反行為に関連して、Senior Managerが企業活動における管理責任を担っていたはずであること (must have been responsible for managing) が前提となる。PRAは、その監督指針案 (a draft Supervisory Statement) の中で、網羅的な例ではないが、個人が合理的な段階を経るべき環境、決定に関連した行動、

PRAが依拠すべき証拠 (the evidence which the PRA may rely on) を例示している。

私見であるが、これらの項目を設けていることに関しては、二〇一二年UBS事件 (John Pottage v. FSA (FS/2010/0033)) において規制当局が敗訴したことが発端であり、その審判所判断 (the Tribunal's decision) の中で示された内容を踏まえて対応したものと思料される。

未調整項目ではないが、Senior Manager が意思決定の手続きに中で合理的な段階を踏んだか否かをFCAが判断し決定する場合に考慮すべき事項に関しては、意思決定手続きと罰則マニュアル (the Decision Procedure and Penalties Manual DEPP)⁽¹⁴⁾ に示されている。

Ⅳ．刑事罰

刑事罰 (Criminal Offence) に関しては、調整済み項目ではあるが、二〇一三年金融サービス市場 (銀行改革) 法 (the Financial Services (Banking Reform) Act 2013) に依拠し、当該金融機関を破綻させる原因となった無謀な意思決定に対する潜在的な刑事罰 (a potential criminal charge for a reckless decision) である。対象は英国内設立企業であり、検察側に有罪であることの証明が求められる (requires the prosecution to prove guilt)。従って、責任の推定の規定は刑事責任の追及には適用されない。

私見であるが、この点は従来より若干の疑義のあったところであるが、海外企業の支店には適用されないこと、従って本国の本社にも域外適用はされないこと、証明責任の転換の規定は民事の事案に限定され刑事事件には適用されないことが明確となった。またSMRのスキーム全体はソフトロー、ハードローのミックスで構成されるところ、刑事罰に関しては罪刑法定主義、構成要件の明確化から、あくまでも金融サービス市場 (銀行改革) 法を根拠法とし

ている。経営面の意思決定の大きな過ちに対する刑事罰規定導入の方向は、経営判断原則の適用を狭めて個人責任追及の容易化にも繋がり、刑事責任追及もあり得る本来的な法令違反(コンプライアンス)と民事責任追及に留まるはずの経営の妥当性・効率性の峻別の困難化をもたらすことになる。我が国のガバナンスの議論において、攻めのガバナンスを支える取締役会としてリスクのあり方の議論を尽くすこと、コンプライアンス違反もステイクホルダーの利害との乖離から生じること、¹⁵⁾ 戦略面も含む全社的なリスクマネジメント構築・運用の必要性が一層強まることを示している。

第四章・米国FCPA、英国賄賂防止法(BA)にみる刑罰規定と域外適用の考察

I. 米国FCPAと域外敵用

国際取引法分野で既に施行されグローバル企業に大きな影響を与えている米国FCPA (The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, 15 U.S.C. 78m, et seq. 連邦海外腐敗行為防止法)における刑罰規定の要件・効果を考察し、英国SMRの今後の制度設計と域外適用の可能性に敷衍していきたい。¹⁶⁾

刑罰規定の域外適用に関連し、米国の一九七七年海外汚職行為防止法(FCPA)の近年の域外適用事例として現地エージェンシーを経由した現地政府高官への贈賄(ブリヂストン株式会社)事件があり、邦人として初めてのFCPA違反の個人に対する刑事責任を問われた国際カルテル疑惑事案である(マリンホース事件。二〇一一年九月一五日米国司法省(DOJ)と二八〇〇万ドルの支払いで和解)。¹⁷⁾

特に共謀罪に関して、FCPAでは§78dd-1発行者に禁止されている通商慣行、§78dd-2国内関係者に禁止され

ている通商慣行、§78dd-3発行者と国内関係者以外の人物に禁止されている通商慣行の規定があり、米国当局は共謀罪を積極的に活用して外国企業の会社関係者に対して広く刑事責任を追及する傾向がある。英国でも同様の主旨の英国贈収賄防止法 (UK Bribery Act 2010 BA) が二〇一一年施行されている。

Ⅱ. 米国FCPAの刑罰規定の要件・効果

1. 米国FCPAとOECD外国公務員贈賄防止条約

大企業のみならず、中小企業の海外進出が進み、企業活動のグローバル化・ボーダーレス化が進展するに伴い、国際展開する現地の相手国の法制度、慣習等について十分な情報を得ることは一般的に困難で、かつコストもかかるため、企業としては様々なリスクを抱えて展開することを余儀なくされることが想定される。以下、「Ⅱ. 米国FCPAの刑罰規定の要件・効果」に関しては、経済産業省「平成二三年度 中小企業の海外展開に係る不正競争等のリスクへの対応状況に関する調査（外国公務員贈賄規制法制に関する海外動向調査）」の内容を中心にみていきたい。⁽¹⁸⁾

その中の一つとして、海外展開に関する不正競争等のリスクをみていきたい。海外市場における商取引の機会を獲得し、その維持を図る上で外国公務員に対する贈賄等による不正競争の防止を図るという認識の下、二〇〇二年OECD外国公務員贈賄防止条約が採択された。⁽¹⁹⁾ 我が国において一九九八年不正競争防止法の全面改訂により米国FCPAの賄賂禁止に類する規定が加えられ、二〇〇三年同法改正により外国公務員等に対する不正の利益の供与等の罪が導入されている。⁽²⁰⁾

2. 米国FCPAの要件・効果

(1) 外国公務員への贈賄行為を禁止する規定

処罰対象となる行為の類型は次の通りであり、範囲が広い。以下では、FCPAの域外適用、共謀罪、内部統制、ドッド・フランク法における内部告発条項に与える影響とジレンマなどに関してみていきたい。

① §78ddの禁止事項

米国の企業や個人が、その商機や不適切な便宜を得るため、米国外の政府関係者・公務員に対して、金銭や何らかの価値があるものの支払いを申し入れ、約束、または承認を助長するような行動を、直接的または間接的に行うのではない。米国の企業や個人が、商機や不適切な便宜を得るために、米国外の政府関係者・公務員に対して、金銭や何らかの価値があるものの支払いを申し入れ、約束、または承認を助長するような行動を、直接的または間接的に行うのではない。

米国内では直接贈賄行為に関与せず、発行者または国内関係者である米国企業の会社関係者において贈賄行為に及んだ場合であっても我が国企業の会社関係者が米国企業の会社関係者と事前に連絡を取り合うなど共謀したと認められる場合には、FCPA違反の共謀罪 (conspiracy) が成立する可能性があることが規定される。(18 U.S.C § 271)

② §78dd-3の禁止事項

§78dd-1 発行者に禁止されている通商慣行、§78dd-2 国内関係者に禁止されている通商慣行に続き、§78dd-3 発行者と国内関係者以外の人物に禁止されている通商慣行が、以下の通り規定される。

一九三四年証券取引法のセクション三〇Aに制約されている発行者、および同法セクション三〇Aに定義づけられている国内関係者以外の人物、あるいはその人物の役員、重役、社員、当該人物の代理人、または当該人物の代理人として機能する株主のいずれも、合衆国の領地内にいる間、郵便または他のいかなる方法、もしくは州際通商手段を

利用して金銭支払いの申し出、支払い、支払う約束、支払いの認可もしくは価値のあるものを譲渡する申し出、贈与、贈与の約束、贈与の認可を不正に促進するような行為を行うことは違法である。

(2) 対象企業 (§78dd)

日本企業の現地法人、株式または米国預託証券をNYSE（ニューヨーク証券取引所）やNASDAQに上場している日本企業（発行者）とその関連子会社や代理人、米国人を採用している日本企業がその対象となる。

米国内で贈賄行為の一部が行なわれた事例をみると、賄賂の送金が米国の銀行（correspondent banks）を通じて行なわれたこと、米国への出張者が米国内で電話・電子メールなどにより賄賂の決済を行ったことが挙げられる。また米国内上場企業等と共謀（conspiracy）した場合、米国には存しない日本の企業であってもその対象とされることがあり得る。

(3) 外国公務員 (§78dd)

外国の公務員（外国政府、公的な国際組織の職員・従業員）、政府や公的な国際組織のために行動する人、外国の政党やその役員などである。具体的には政党および公職者候補、国家機関の個人、国有または国営の事業体、公立病院、与党議員などがこれに含まれる。

(4) 処罰の内容・範囲は以下の通り。条約上、合衆国法典の刑法における関係法が適用されることになる（18U.S.C. 3571 15U.S.C. 78dd-2 15 U.S.C. 78dd-3 15 U.S.C. 78ff）。

法人では、刑事罰として二〇〇万ドル以下の罰金かつ（または）利得（損失）の二倍までの罰金、民事罰として一万ドル以下の民事制裁金。個人では、刑事罰として二万五ドル以下の罰金かつ（または）利得（損失）の二倍までの罰金、

五年以下の禁錮刑またはその両方、民事罰として一万ドル以下の民事制裁金。時効は五年となる。

3. FCPAのその他の条項ならびに関連法制

(1) FCPAの会計処理条項

FCPAをみると、贈賄禁止条項 (The Anti-Bribery Provisions) ならびに会計処理・内部統制条項より構成されている。会計処理条項 (The Book and Records Provisions) 15 U.S.C. § 78m(b) (2) (A) は、資産の処分および取引において合理的な程度に詳細・正確・公正に反映する帳簿・記録・勘定を作成・保存するべきで、贈賄など不正な支払いを隠匿するために虚偽の財務記録を行なってはならないと規定がされる。

罰金規定は以下の通りである。法人では、二、五〇〇万ドル以下の罰金かつ (または) 利得 (損失) の二倍までの罰金、五〇万ドル以下の民事制裁金または利得額、自然人では五〇〇万ドル以下の罰金かつ (または) 利得 (損失) の二倍までの罰金、二〇年以下の禁錮刑またはその両方、一〇万ドル以下の民事制裁金または利得額。

(2) FCPAの内部統制条項 (The Internal Controls Provisions) (15 U.S.C. § 78m(b) (2) (B))

内部統制制度を構築し、以下の四点を保証する必要がある。①経営者の一般的または特別な承認に従って取引を行う。②一般的に通用する会計原則に準拠して財務諸表を作成し、資産の説明責任を維持するために、必要に応じて取引を記録する。③経営者の承認に従わなければ、資産の使用は認められない。④資産を記録した説明と既存の資産とに差異がある場合は適切な措置を講ずる。

(3) ドッド・フランク金融制度改革・消費者保護法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act,

2010) との関連

ドッド・フランク法は、金融危機の再発防止を目的として二〇一〇年七月に成立した金融規制法案であり、銀行に對して自己勘定取引、ヘッジファンド、プライベート・エクイティに對する投資を禁じるボルカー・ルールなどを主な内容とする。米国SEC（証券監視委員会）に對する証券法違反報告に關して報奨金を与え、内部通報者保護を強化して内部告発を奨励する規定も設けている。制裁金額が一〇〇万ドルを超える場合には、一〇%から三〇%に相当する報奨金を定めているため、FCPAの執行に重大な影響を与えらるゝと考へられる。近年和解金が数百万ドルにも上るFCPA上の和解案件が多数生じており、本法の内部告発者条項により、多くのFCPAに關する調査、執行措置が今後も行われる可能性がある。即ち、ここにおいて従業員が社内報告を行わず、社内のコンプライアンス体制が忌避されてしまい、報奨金目当てに政府に社外通報することを選択してしまうことが想定され、企業内部においてはコンプライアンス体制の弱体化に繋がりがかねないジレンマあるいはリスクがある。一方では、この機会に企業が改めて積極的なコンプライアンス制度を構築し直して、内部告発者方針を見直す等、前向きな対応に繋がることも考へられる。

(4) FCPAの共謀罪 (conspiracy) 18 U.S.C § 271

我が国企業の会社関係者において、米国内で直接贈賄行為には關与せず、発行者または国内関係者である米国企業の会社関係者において贈賄行為に及び、日本企業の関係者が米国企業の関係者と事前に連絡を取り合うなど共謀したものと認められる場合、FCPA違反の共謀罪 (conspiracy) として処罰されるリスクがある。米国当局は共謀罪を積極的に活用して外国企業の関係者に對してFCPA違反の刑事責任を追及する方向にある。日本人として初めてFCPA違反の刑事責任を問われたケースとして、ブリヂストン国際営業部長の事案がある。ラテンアメリカにおけるマリンホース等の工業用ゴム製品の販売促進のために、国際カルテルおよび外国公務員への贈賄行為の共謀に關与

したとして、反トラスト法違反およびFCPA違反の共謀で起訴されたもので、二年間の拘禁刑、八万ドルの罰金に処せられた。外国公務員に対する賄賂供与の手續を實際に進めたのは米国子会社であるものの、当該国際営業部長は外国公務員に対する賄賂供与を交渉し、承認したとして、FCPA違反の共謀罪に問われたものである。

(5) 米国におけるコンプライアンスプログラム、その測定のためのインセンティブツールを以下に掲げる。

U.S. Sentencing Guidelines' Principles of Federal Prosecution of Business Organizations' Required Compliance Programs as part of Department of Justice plea agreements and consent judgments' Business Ethics : A Manual for Managing a Responsible Business Enterprise in Emerging Market Economies (商務省)' Fighting Global Corruption : Business Risk Management (国務省、商務省)。

Ⅲ. 英国賄賂防止法の域外適用とFCPAの比較

二〇一一年七月一日英国賄賂防止法 (UK Bribery Act) が施行され、⁽²²⁾ 法人の罪 (Corporate Offence) として企業が賄賂を防止しないこと自体を犯罪化するなど、米国海外汚職行為防止法 (Foreign Corrupt Practices Act FCPA 一九七七年施行) に比し、広範な規定となっている。英国贈収賄禁止法とFCPAの相違点をみると、(a) 民間人への賄賂も禁止される (英国贈収賄禁止法第一条)。第一条に定める犯罪は第七条に基づく企業責任の根拠になり得る。(b) 企業に関する管轄が広い。適用範囲には設立地にかかわらず、英国内で事業の一部または全部を営む全ての営利団体が含まれる。(c) 目的に関する表現が幅広い。納税義務の軽減など一般的に有利な待遇を確保するためになされた支払も適用範囲に含まれる。FCPAにおいて争われてきたところである。⁽²³⁾ (d) 営業活動に関する抗弁 (Affirmative defense) がない。(e) 業務円滑化のための支払 (facilitation payment) の例外もない。贈収賄防止の手續きを整えることが同法上の企業責任

に対する抗弁となり、本法対象企業はリスク・アセスメント、コンプライアンス・プログラムを強化すべき必要が高まっている。不祥事防止の内部統制不構築が罪に問われ（第七条）、会計記録条項と共に内部統制・文書化要求の法制化である。域外適用も認めており、²⁴疑われるリスクを晴らすために文書化・リスクマネジメントが求められる。

Ⅳ．域外適用の全般的考察

1. 域外適用の全般的考察

ドッド・フランク法の域外適用と一律規制に関して、ボルカー・ルールの適用範囲について米銀は自己勘定取引の場所に関わらず適用される。非米銀は米国内、あるいは米国外取引の米国居住者を相手とする取引には適用がされる。ボルカー・ルール、デリバティブ規定の域外適用と差別的跛行性に関して、第一に、ボルカールールでは、「米国外のみ」行為の適用除外要件が厳格である。第二に、デリバティブ規定の域外適用について、非証券デリバティブ（swaps）関連規定は原則として米国外の活動には適用されないが、米国通商における活動に直接的かつ重要な関連を有し、もしくは当該活動に直接的かつ重要な効果（effect）を有する場合など（七二二条(d)、例外がある（修正効果主義）。第三に、スワップ・プッシュアウト条項（Swaps Push-out Rule: スワップ部門分離ルール）の影響があり、第七一六条において銀行が連邦支援（federal assistance）を受ける場合、スワップ・エンティティ（Swap Entity）を分離することを求める。邦銀または外国銀行米国支店が例外措置を利用できるか不明となる。第四に、不利益な影響として、外国銀行およびノンバンクと内国民待遇原則がある。域外適用に対する修正要求などが、我が国当局、全銀協、学界などから出されている所以である。

域外適用統一化に関して、独占禁止法と米国証券取引所法の域外適用関連の蓄積が検討される。属地主義の拡張、

主観的属地主義（行為理論）および客観的属地主義（効果理論）、域外適用の拡張に対する国家主権に関する国際法三原則の制限などが挙げられる。①管轄権対象と管轄権渊源の間に実質的かつ真正の結合のあること、②他国の国内管轄権に属する事項に干渉しないこと、③適合性、相互性および比例性の原則に従うことが指摘される。

また、独禁法の効果主義と証券法領域の効果理論（客観的属地主義）のズレの問題も、今後の検討課題となろう。⁽²⁵⁾

域外適用における証券取引法とドッド・フランク法の交錯については、ドッド・フランク法九二九P条(b)(2)(b)によるMorrison判決修正と私人間訴訟の検討がされており、SECおよび司法省 (Department of Justice) の行為に関する限りで行為・効果基準を採用し、Morrison判決（後述）の内容は実質的に一部修正されたことになるとも解釈され得る。⁽²⁶⁾ 米国金融改革法の域外適用については、主観的属地主義と客観的属地主義を組み合わせたBersch判決（一九七五）の考え方が参考され、在外米国人のときは予備行為以上、在外外国人のときは損害の直接原因となる行為が必要とされるが、管轄権対象の関係で必要な行為の種類を考えるべきであろう。

国際不正コンプライアンスの域外適用に関して、グローバルなコンプライアンス・内部統制の整備が急務となる。英国賄賂防止法 (UKBA) と米国海外汚職行為防止法 (FCPA) の域外適用についてFCPAは刑事法的色彩が強く、主観的属地主義の要因が強まり、反面で市場の利害要因は薄まろう。マナー・ロンダリングでは刑法的色彩が強まり、全世界統一的な規範形成も必要となる。域外適用のルール統一化と秩序形成においては、恣意性と予測可能性等の点で、独禁法制との整合性ならびにソフトローの考察、国際的エンフォースメントと国際礼讓の導入が検討されよう。

2. 刑事罰のエンフォースメントと法制改革のジレンマ

英国の導入予定の S M R、あるいは S M Rと併存の可能性も高まっている Approved Persons 制度も、プリンシプルベースのコードに準拠するといったつ、ルールブックともいえる詳細な FSA Handbook に規定を置き、事実上のエンフォースメントとして企業名公表措置を課している。企業側としては刑事罰を含む重罰規定があり、域外適用の懸念が高まっている F C P A 同様に、刑事罰規定を含む S M R に対する事前防止のための対応が必要となり、また規制当局側も恣意性の誹りを受けないためにも明確な規準の策定作りの已む無きに到る。ルールベースに逆戻りし、Approved Persons の事実上の法制化の傾向といえなくもない。コンプライアンスなど当局の危機意識の強さを示してもいよう。プリンシプルベースの破綻でもないが、実現の困難さの例となろうか。企業名公表など企業側の影響も大きい。ハードロー分野であるが、F C P A 等域外適用と課徴金重罰化がアナロジーとしてパラレルに浮かぶところである。

反トラスト法領域との比較として、エンフォースメントと刑事訴追の分断 (separation of prosecutor from enforcer)、両罰規定と刑事・民事罰、適切な手続きの面 (due process concerns) の制度設計等も今後の考察対象となる。⁽²⁷⁾ 米国 F C P A などにおいて個人に対する刑事罰が執行される場合のエンフォースメントを図る行政当局と刑事訴追の訴訟当局の関係、両罰規定と刑事・民事罰のあり方、私訴が出される場合の代表訴訟・集団訴訟 (クラスアクション) や三倍賠償制度ならびに証拠開示のあり方など適切な手続面の制度設計が検討課題となろう。

第五章・米国CFAAにみる国際取引法分野の刑罰規定の規範化概念と域外適用、SMRにおける刑罰規定の試論

―域外適用否定の推定則適用と管轄権の誤謬、司法判断による世界的な規範形成―

I. Computer Fraud and Anti-Abuse Act (CFAA) にみる米国の刑罰規定における規範化概念の深化と司法判断

英国の Senior Management Regime (SMR) を中心に非業務執行取締役 (NED) の機能から上級管理者機能 (SMFs) に向けたガバナンスの進展を考察してきた。SMRにはエンフォースメント強化として刑事罰規定導入が予定されている。またSMRの外国銀行支店あるいは本店に対する域外適用も懸念されている。現時点では、規制当局は刑事罰規定の発動や域外適用に関しては抑制的ともみられるが、対応を迫られる銀行業界からはNEDとSMFsの概念の重複、不明確さなどもあつて疑問の声が出されていることを述べた。

ここでは、拡大適用と域外適用に関連して、近時の米国の刑罰規定における社会規範の概念の導入、ならびに域外適用について検討してみたい (Professor Joseph L. Hoffmann Maurer School of Law Indiana University 講演参照)⁽²⁸⁾。法的保護を受けることの許容範囲に関して、米国の Computer Fraud and Anti-Abuse Act (CFAA, 18 USC § 1030) を考察する⁽²⁹⁾。私見であるが、ルールベースの米国において、規範化概念の深化といったプリンシプルベースへの接近、ソフトウェアのルールミックス化ともいうべき傾向が窺える⁽³⁰⁾。

一九八〇年代初に米国の法執行機関はコンピュータ時代に向け、新たに発生するコンピュータ犯罪に対処する刑法が存在しないことに懸念が高まっていた。連邦議会は、既存の刑法にコンピュータに関する新規定を加えるのではなく、

単一の新しい制定法（刑法典一〇三〇条コンピュータに関連する詐欺および関連行為）の中でコンピュータ関連犯罪に対処する道を選択し、刑法典一〇三〇条の制定後も一九八六年コンピュータ詐欺と濫用に関する法律（CFAA）の制定に至っている（刑法典一〇三〇条改正）。連邦議会はCFAAにおいて、コンピュータ犯罪に対する連邦政府の関心、犯罪を禁止・処罰する各州の関心や能力の間に適切なバランスを取ろうとし、連邦議会は連邦レベルの司法管轄を連邦政府が関心を持たざるを得ないケース、即ち連邦政府機関や特定の金融機関のコンピュータが関係するケース、犯罪自体が本質的に州際または国際的であるケースに限定した。他方で各州内で発生するコンピュータ犯罪については、州レベルの司法管轄として各州にて法令を定めている。CFAAにより刑法典一〇三〇条の規定が明確化され、更にコンピュータ関連の犯罪行為が追加された（コンピュータ経由による財産の窃盗を罰する規定（一〇三〇条(a)(4)）、他者に帰属するデータを故意に改変・損傷・破壊する者を罰する規定（一〇三〇条(a)(5)）が追加）。コンピュータ犯罪の高度化、検察当局の経験の蓄積に伴い、刑法典一〇三〇条の修正条項として議会は逐次修正決議を行っている。刑法典一〇三〇条では(a)(1)から(a)(7)まで七種類の犯罪が規定され、同条の(b)により犯罪の未遂も犯罪となる。法執行機関または諜報機関の合法的な捜査活動・諜報活動等は一〇三〇条の対象から明示的に除外される。

CFAAの元来の立法意図はハッキング(hacking)防止であったが、二〇〇八年に至るまで修正が行われている。特に(a)(2)に焦点を当てると、無権限、あるいは権限を超えてアクセスし、財務情報や政府の情報、さらには保護されたコンピュータのあらゆる情報を得ようとする行為が厳罰の対象となっている。内容は禁固刑（最大五年）、民事責任として補償的損害賠償(compensatory damages)と差止命令(injunctive relief)となっている。

ここで同条の許容範囲を超えてアクセスすることの意味合いの理解が問題となる。法律文言、さらには技術面で法

益は保護されているはずであるが、米国司法省（DOJ）の発出したマニュアル（U.S. DOJ CFAA Manual）によれば、①法律文言、②技術面の他に③契約面、④社会規範の二種類の判断に保護手段を拡大している。③契約としては、terms of service、a computer access policy、a website notice、更には an employment agreement³¹があるが、これ以外に四つ目の判断基準として、④文章化されていない社会規範に拡大される。想定されるCFAA違反行為として、無権限のアクセス共有、False user profiles（e.g. Facebook）、VPN access（バーチャル・プライベート・ネットワークのアクセス）、Date mining（データ採掘）の他、White Hat hacking（善良目的のハッキング）も該当する。かかる議論は、ルールベースが主体のはずの米国におけるソフトロー発展、ルールミックス化に関する議論と軌を一にするものである³¹。

④文章化されていない社会規範の違反行為事例として、U.S. v. Nosal（9th Cir.2012）³²がある。被告従業員は雇用主のコンピュータを使用して情報をダウンロードしようとしたが、業務に役立てる目的であった。司法省は、雇用契約上は禁止されていないが③、本来であれば企業側は許容しないはず④、と判断してCFAAにより訴追したものである。連邦地方裁判所は次の通り述べて訴えを却下した。連邦議会がコンピュータを使用する者に対してコンピュータの使用制限の違反により（in violation of computer use restriction）刑事責任の拡大を意図するのであれば、コンピュータを使用する全員が含まれかねない。政府は、軽微な違反は訴追しないと保証するとしているが、我々は地方の検察官のお情けで生きていくのではない（shouldn't have to live at the mercy of our local prosecutor）。魅力的なターゲットが出現した場合に、政府を信用できるかは明白ではない。

CFAAに関しては、規制当局側が訴追拡大の手法として規範化概念を持ち出し、司法判断はこれを否定したという図式であろう。

Ⅱ. C F A Aにみる域外適用と米国法の動向

— Morrison 事件、Kiobel 事件など近時の裁判例との整合性、域外適用否定の推定則適用と管轄権の誤謬 —

刑事法領域における域外適用 (Extraterritorial Application) の概念については、主観的・客観的属地主義、属人主義、効果主義などが掲げられるが、⁽³³⁾ 刑法における立法意図による解釈が重要となる。

C F A Aにおける保護されるコンピューター (Protected Computer) の定義については、米国外のコンピューターであっても州際通商 (取引) (interstate commerce)、海外取引 (interstate or foreign commerce or communication in the U.S.) に影響を与える場合は本罪の対象となる。司法省の解釈としてはコンピューターがネットに接続されていれば十分であり、ウェブサイトの無断使用の場合、.com、.net、.eduなどが用いられていればC F A Aの規定に従うものとされる。C F A Aに関する連邦最高裁の判断はまだ出されていないが、近時の裁判例として①Morrison v. National Australia Bank 事件 (Morrison 事件)、②Kiobel v. Royal Dutch Petroleum 事件の判断枠組みが参考となる。

1. Morrison v. National Australia Bank 事件 (Morrison 判決)

(1) Morrison 判決における域外適用の否定

Morrison v. National Australia Bank 事件 (Morrison 判決) はオーストラリアの銀行であり、A D R (米国預託証券) をN Yに上場していた間接的上場の事案で、foreign-cubed 訴訟 (外国人原告らが外国の証券取引所で外国会社の株式を購入した有価証券に関する訴訟) について、第二巡回区控訴裁判所が初めて審理したものである。⁽³⁴⁾ 争点は、米国内の子会社が行った不正行為に関し、米国外企業の米国外上場株式について、米国外投資家が米国において証券取引所法一〇条(b)項の事物管轄および訴権を有するかであった。

Morrison 事件の原告は、ナショナル・オーストラリア銀行の子会社による虚偽記載の原因は米国で発生し、虚偽記載は同行によってSECへの証券届出書に盛り込まれ、一九三四年法第一〇条(b)による訴訟は国内行為に基づく請求であると主張した。最高裁は法令の真の目的を判断するとともに、申立ての国内行為が議会が法律制定時に意図した目的に沿ったものであるかを判断するためには、該当法（一九三四年法）の条文を検討しなければならない。一九三四年法は、詐欺行為そのものを処罰するものではなく、国内証券取引所に登録された証券、または国内証券取引所に登録されずに国内で売買された証券に関連した詐欺行為を処罰するものである。Morrison 事件の詐欺行為は法律が目的とする行為ではなく、証券の販売は米国内で発生したものでないから、申立ての国内行為は請求を起こすには十分とはいえないと判示した。最高裁の判断枠組みとしては、議会が通す立法は、米国の土地管轄内の適用のみが推定され、詐欺行為の発生地は米国外であり、域外の推定が働くとする。本判決直後に制定されたドッド・フランク法との関連も含め、検討を深めたい。

(2) ドッド・フランク法の証券取引法に関する域外適用

(イ) 米国証券法の域外適用

ドッド・フランク法では米国証券法の域外適用を許容する明文規定が置かれ、従前の米国証券法に関わる司法判断を覆す可能性もあり、米国進出の邦銀等の影響も大きく、米国証券法に内在する潜在的リスク、訴訟リスク等に関する検討が必要となる。ドッド・フランク法九二九条Pは詐欺禁止条項違反を主張してSEC、米国政府に対する訴権を認め、一般私人にも提訴権を認めるかが議論される。

(ロ) モリソン事件における行為・効果基準と米国最高裁の域外適用否定

① 行為・効果基準

米国では証券法の域外適用は肯定されてきたが、二〇一〇年六月最高裁判所は *Morrison v. National Australia Bank* 事件で域外適用を原則的に否定する立場を示した。しかし、同年七月ドッド・フランク法において、米国証券法の域外適用を許容する明文規定が置かれた。域外適用否定の立法意思推定、立法目的に照らし厳格に国内行為を判断すること、非米国有価証券発行体の訴訟リスク軽減への寄与、同法による行為・効果基準の復活ならびに私人への提訴権付与等である。米国連邦第二巡回区控訴審は行為・効果基準 (conduct and effects test) により裁判管轄権を有しないと判断したが、最高裁は同じ結論ながら立法意思から法律解釈するアプローチを採る。

② 最高裁の判断

連邦最高裁は、議会の立法意思が明確に存在する場合に限り法律が域外適用されると判断し、国内行為の存在を主張するのみでは必ずしも法律が国内で適用されることにならないとの判断を示している。Foreign-Cubed (外国証券取引所詐欺) 事件に多岐の影響を及ぼし、米国内で事業を営む非米国発行体において、米国証券法に關係する潜在的リスクが制限されることになる³⁵。

③ ドッド・フランク法九二九条Pと行為・効果基準の復活の影響

ドッド・フランク法第九二九条Pは一九三四年法を改定し(一九三三年証券法、一九四〇年投資助言者法の改定も含む)、同法の詐欺禁止条項の違反を主張してSEC又は米国政府が提起する以下の訴訟について米国連邦地方裁判所に管轄権を賦与する。①証券取引が米国外で行われ、外国投資家のみが関与する場合であっても違反行為を形成しているきわめて重要な構成部分が米国内で行われている場合、②米国外で行われた行為により、米国内に実質的な影響を及ぼす

であろうことが予見可能な場合。

行為・効果基準の復活ともみられ、連邦議会による域外適用の立法意思は明白であるため、*Morrison* 事件の判例法理からも域外適用が否定されることはない。ドッド・フランク法第九二九条Pは海外証券詐欺事案について米国裁判所に訴え出る権利をSECと米国政府に付与するが、一般私人による米国での訴訟提起は規定していない。同条を拡張適用して海外証券詐欺事案について一般私人にも米国裁判所に訴える権利を認めるべきか否かを判断するための調査をSECが行うものとする。私人への訴訟提起権付与については、クラスアクションを容易に起こせるようになりかねないことも懸念される。⁽³⁶⁾

規制当局は、司法省の米国FCPA (The Foreign Corrupt Practices Act of 1977) の摘発態度にみられる通り、政策遂行から域外適用を強め、他方で裁判例は域外適用に否定的であると考えられる。もつとも、私見であるが、モリソン事件は域外適用を認めた場合、逆に米国サイドの国益が損ねられるケースともみられ、効果基準・効果主義の立場から鑑みて、必ずしも整合性がとれないともいえないのではないかと考えられる。⁽³⁷⁾

2. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* 事件 (*Kiobel* 判決)⁽³⁸⁾ — 域外適用否定の推定則 —

原告はナイジェリア国籍人であり、残虐行為 (committing atrocities) を理由に英国、オランダおよびナイジェリア企業を被告とする事案である。問題となる行為は国外 (パラグア、メキシコ) で行われた。原告によれば、これらの企業はナイジェリア政府の国際人権法違反を幫助した。米国の裁判管轄権の根拠として援用されたのが外国人不法行為法である。外国人不法行為法 (Alien Tort Statute, 28 U.S.C. § 1350, ATS) の下で国外行為について米国裁判所で争い⁽³⁹⁾る訴訟原因が生じるのである。

外国人不法行為法（ATS）では、米国が当事者となっている条約および国際慣習法（law of nations）の違反によって被害を受けた外国人による不法行為訴訟について合衆国地方裁判所が第一審裁判管轄権を有すると規定されている。⁽⁴⁰⁾ 合衆国第二巡回区控訴裁判所は、慣習国際法が企業の不法行為責任を認めていないという理由で訴えを却下した。最高裁における争点は、ATSにも域外適用否定の推定則が適用されるか、適用される場合に本件において推定が覆されるかである。最高裁判決は、原審判決を維持しATSにも域外適用否定の推定則は適用され、本件では推定が覆されないと述べている。

問題点は、上訴人が外国人不法行為法（ATS）の下で適切な主張をしたか否かではなく、主張が外国の領域で行われた行為にまで届くかである。域外適用否定の推定則は、制定法に域外適用について明確な指示がない場合に域外への適用がないとする原則で、合衆国法は国内問題を統治し、世界を支配しないという推定（presumption that United States Law governs domestically but does not rule the world）を反映したものである。この推定は、他国の法との国際的な軋轢を生じさせるような意図しない衝突を防止することに役立つ（serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations）ものである。⁽⁴¹⁾ 国際礼讓（international comity）主義に依拠するものといえようか。⁽⁴²⁾

政治部門が明らかに意図していない外交政策上の結果をもたらすような合衆国法の解釈を司法が誤って採用しないようにする役割を持っている。ATSが制定された元々の歴史的経緯（the historical background）も、即ち米国に赴任してきた外国大使の保護、カリブ海の高賊に対する防衛なども、域外適用否定の推定則を克服するために制定されたことを立証するに十分なものではない。米国がこうした刑事・民事責任訴訟に関して、セーフハーバーとなることを防止するものともいえる（includes a distinct interest in preventing the United States from becoming a safe harbor）。⁽⁴³⁾

上記の通り、外国人不法行為法 (ATS) に関する最新の最高裁 *Kiobel* 判決⁽⁴⁴⁾は、*Sosa v. Alvarez-Machain* 判決⁽⁴⁵⁾とは対照的に、訴えを事物管轄権の不存在 (lack of subject matter jurisdiction) のゆえに却下した。米国法の域外適用否定の推定則を援用し、原告主張を否定している。⁽⁴⁶⁾

3. 域外適用否定の推定則適用と管轄権の誤謬の論点——管轄権の存否と実体法上の有効性の差異——

Kiobel 判決における域外適用否定の推定則適用に関しては、管轄権の誤謬の論点が指摘されている。⁽⁴⁷⁾ 外国人不法行為法 (ATS) は完全に管轄権に関する法律であり、域外適用否定の推定則を論じることがほとんど意味がない。外国人不法行為法は行為の内容を規律するものでなく、一定の事件に連邦裁判所を訴訟の場として提供するだけの管轄権に関する法律である。同法の管轄権の範囲に入る事件を規律する実体法は国際法であって米国法そのものではない。*Kiobel* 判決では、拷問や裁判によらない処刑は *Sosa* 事件で問題となった拉致よりも深刻であり、訴訟原因がないという口実で問題回避ができず、最高裁は国際法の問題を避けるために煙幕を張ったのである。域外適用の問題に注意を集めて、訴訟原因の存否、企業の国際不法故意責任の有無など、より本質的な問題に向き合わなかった。問題の回避は、最高裁が下級審の事物管轄権の不存在を理由に訴訟を却下するという手続き論によって処理を図ったことで複雑化している。実際は法律の域外適用否定の推定則に依拠して本案問題を最高裁は扱っており、判決は本案問題についての判決であると表現されるべきである。連邦裁判所には国際人権法の問題という国際法の実体問題を判断する権限が与えられており、国際法の形成に参加することをためらってはならない。

域外適用の実体的性質に関して、*Kiobel* 判決における最高裁の誤りは、域外適用の問題が事件の本案についての判断でなく、事物管轄権の不存在の問題として事件を却下したことにある。事物管轄権の問題は裁判所に審理権限の

問題であり、本案は請求の実体法上の有効性に関わる問題である。⁽⁴⁸⁾

Ⅲ・域外適用の司法判断とSMRの敷衍と世界的な規範形成

こうした域外適用に係る近時の米国判例の傾向をみると、FCPA、CFAAなど米国法の過度に広い域外適用を米国司法省などが積極的に求めていることに対して、米国の裁判官は懸念し始めており、謙抑的姿勢を示しているといえることができる。裁判所は司法省による域外適用の制約要因となろう (Joseph L. Hoffmann 教授)。域外適用に係る司法判断の動向は、世界的な規範形成の一環でもある。⁽⁴⁹⁾

域外適用を巡る米国判例の動向については、米国裁判所がセーフハーバー (a safe harbor) となることを避けているとすれば、司法の判断と当局の意図は逆に結果的には同一方向にあるとも考えられようか。理論的整合性よりも広義の国益の保護に主眼があり、これもまた効果主義の範疇に入るとみられなくもない。

翻って英国のSMRに係る域外適用についてみると、私見となるが、SMRの外国銀行支店、本国の本社に対する域外適用などに関する規制当局の姿勢については、施行時期 (二〇一六年三月七日) の前の段階であるが、近時の司法判断を受けてか、抑制的とみられる。もともと、刑事罰規定導入などのエンフォースメントを強めるに伴い、導入後の姿勢の変化などは不透明といえる。我が国の全銀協からも懸念が出される所以である。英国の政策方針はEUの中でも独自性を強めつつあり、またルールベースの米国とは根本的相違もあるうが、今後のSMRの方向性を考察する上で大きな示唆となろう。プリンシプルベースにおけるルールミックスとしてのSMRにおける行動規範・ルールの整備が実効性確保の一つの鍵となるものと思料される。

私見であるが、英国規制当局は政策の独自性を強める方向の流れにあり、金融資本市場・証券取引所の国際競争の

中で、あくまでも金融機関の体質改善、ひいては英国金融市場の競争力強化等に主眼がある。S M Rの域外適用を本邦銀行の日本本社に及ぼすことには現時点では消極的なコメントが伝えられている。域外適用による海外銀行に対するエンフォースメント強化で摘発件数や制裁金収入は増加しても、日本市場の競争力強化に資することは矛盾ともなる。英国がS M R導入による規制の独自色を強めることは国際礼讓とは逆の方向性であるが、域外適用の意味合いはその狭間で考察されるものとなろうか。

第六章・グローバル企業における全社的な内部統制・リスク管理

I. 企業集団内部統制としての海外子会社管理とコーポレート・ガバナンス・コード

―改正会社法における海外事業の内部統制、内部監査とリスクマネジメント―

グローバル企業は、域外適用による刑罰リスクの高まりから、海外子会社の内部統制・内部監査体制の強化が急務となっている。こうしたグローバル企業における全社的なリスク管理の要諦を示したい。

1. グローバル企業における内部統制としての海外子会社管理

内部統制、内部監査とリスクマネジメントが新たな形で先鋭化している領域として、企業集団内部統制としての海外子会社管理がある。二〇一五年改正会社法を背景に多国籍化したグローバル企業における喫緊の課題といえよう。今後の内部統制の要点としては、ガバナンスと一体となったグローバルな内部統制、②電子化情報を含めた文書化・記録化が重要な鍵となる。⁵⁰ オリンパス・大王製紙事件など、経営トップによる不正の関与は内部統制の弱点として指摘され、ガバナンスの利いた内部統制が求められる。

東芝事件の不正会計問題に関して二〇一五年七月二〇日第三者委員会が提出した調査報告書によれば、東芝は二〇〇八年四月から二〇一四年二月までの約七年間で合計一五・八億円の利益の水増しを行っている。海外子会社関連の会計不正が含まれるが、受注した工事計画において見積りよりも低い原価計上を行ったこと、損益赤字の予想において必要な損失引当金を計上しなかったこと、当時の経営トップにおいて予測可能性があり、あるいは引当金計上を懸念する発言を行っていたこと等の問題点がある。

改正会社法・施行規則で求められる子会社管理体制と海外子会社についてみると、改正会社法施行規則では取締役会決議の対象事項として子会社管理体制に関する規定が追加されている。決議対象は子会社の体制でなく親会社における体制であり、職務執行情報については子会社の職務執行に関する情報収集体制、リスク管理体制についてはリスク管理規程作成に親会社がいかに関わるかを決議することになる。

2. 海外事業のリスク管理の実際

—グローバルルールの変容とコンプライアンス対応コストの増加、BEP Sプロジェクト—

海外事業のリスク管理の実際に関し、新興国におけるグローバル企業のコンプライアンスリスクと規制リスクの管理について、贈収賄、独占禁止法、人事・労務、知的財産権、税法等に分けて考察を進める。贈収賄については米国FCPA、英国BAなど域外適用の問題も含め、グローバル企業に大きい影響を与えており、現地法、日本法、米国・英国の各法律の下で三重のコンプライアンス対応が必要となる。また贈賄リスクの評価にはトランスペアレンシー・インターナショナル (Transparency International TI) のTII世界腐敗認識指数 (Corruption Perceptions Index CPI)⁽⁵²⁾が参考になる。

独占禁止法については国際カルテル規制に関して新興国で課徴金減免制度（リニエンスー）付き独占禁止法が制定・施行されつつある。多国籍企業ではヘルプライン等による情報入手により、いち早くリニエンスー対応を図ることが重要になる。人事・労務では、事業撤退に伴う人員リストラ等に際して混乱が生じやすく、労働契約法分野のコンプライアンスが重要性を増している。知的財産法については、新興国における知的財産権侵害リスクは依然大きい。近時は侵害者にされるリスクも新たに生じており、登録できる権利は早期に登録する対応が求められる。

税法・国際税務については、親会社取引における移転価格（transfer pricing）、租税条約の恒久的施設（Permanent Establishment PE）として認定されるリスクが増大し、移転価格やタックスヘイブン対策税制に関する新たなOECDルール遵守も重要になる。全体として国際的節税防止の視点から、BEPS（Base Erosion and Profit Shifting）プロジェクト⁽⁵³⁾によるグローバルルール形成などグローバルとされた基準自体が大きく変容しつつあり、企業側の対応が求められる。

第七章．まとめにかえて

1. 組織法的考察とリスクマネジメント

本稿ではエンフォースメント強化の中の刑事罰規定のあり方について英国SMR、国際取引法領域の規定・裁判例を主題材に考察を進めた。国際取引法領域における刑罰規定に関して、近時グローバル企業の内部統制・リスクマネジメントに大きな影響を及ぼしつつある米国FCPAについては要件・効果を検討した。米国の規制当局である司法省（DOJ）、SEC（証券監視委員会）による事実上の域外適用を図る力は強まり、両罰規定さらには共謀罪適用など

を通して個人責任追及の姿勢が明らかになりつつある。英国S M Rも同様であり、違法性に係るコンプライアンス分野もさることながら経営の妥当性・効率性といった経営戦略面の失敗に対する経営陣の責任追及が疎かになったことがリーマン金融危機、さらに近時の英国など新たな金融不祥事の背景にあることを認識し、取締役会など集団的意思決定システムに保護された経営面の大きな失敗に対しては刑事罰を含む個人責任追及を強める考え方が根底にある。

経営戦略面のリスクマネジメントとコンプライアンスの境界領域の峻別、一つは取締役会（ワンボード）の中で経営陣が監督・監視の任務と業務執行の任務を区別して担うことの問題点が顕在化しつつある。社外取締役、内部常勤の監督役など非業務執行取締役（Non Executive Director NED）については、戦略面のアドバイスも社外取締役には期待がかかり、情報入手、研修などを通じて徐々に内勤化ともいえる状態が現出しかねないこと、結果として業務執行の推進役と監視役の双方を非業務執行取締役（特に社外取締役）が担うという自己監査になりかねないことなど英米型のワンボード機構ならではの脆弱性・ジレンマが内包する。企業側は、バーゼル銀行監督委員会などで議論される三つの防衛線（three lines of defense）の内部監査機能を最後の砦としてかかるリスクに対応せんとするが、内部監査部署・機能は取締役など経営陣ではなく従業員レベルの日常監査が主であるため、その制度設計として経営陣トップであるCEO（最高業務執行役員）の下にレポートラインを就けるか、あるいは非業務執行取締役主体の監査（等）委員会に就けるか、その場合の内部監査部署の従業員の人事・報酬面の権限を如何にCEOから切り離すかが課題となるが、他方で年一回程度の決算・会計監査でなく日常監査が主であり、日々の業務に監査結果を活用・改善することが求められることから、業務を率いるCEOなど経営執行陣にはいち早く情報を上げざるをえないというパラドックスも抱える。海外業務においてはこうした内部統制自体が法制度・慣習も異なる現地法人において行われるため、本社

との一体的なグローバル内部統制の構築・運用の実践には一層の困難な面が伴うことになる。

2. Senior Management Regime の刑罰規定導入とグローバル内部統制

グローバル化が進む金融業界の海外会社の経営執行の機能について、進出国の規制当局によるガバナンス管理ともいえるソフトローである英国の Senior Management Regime (SMR) について、本稿では刑罰規定導入、ならびに域外適用の可能性について、二〇一六年導入に向け議論が進められる未調整項目も含めて検討をした。並行して、証券取引法や経済法、国際不正取引防止法領域の刑罰規定に関して、規範化概念と域外適用について考察を進めた。域外適用の問題は規制当局と裁判所の綱引きの様相を呈しており、グローバル企業の経営戦略に大きな影響を与える。

英国 SMR について、二〇一一年 UBS 事件 (John Pottage v. FSA (FS/2010/0033)) を契機に Approved Persons Regime が Senior Management Regime へ抜本的な変容を遂げることとなる。SMR に関する域外適用については、規制当局は現時点で抑制的な運用方針を示すが、エンフォースメントの実効性を確保すべく、将来は米国 FCPA 同様に積極的になる可能性もある。自国の取引所の競争力強化か、課徴金重視かなどの競争政策面の思惑も絡んでよう。また背景には、国際金融規制を担うバーゼル銀行監督委員会の発するバーゼルⅡにおいて、各主要銀行の自主的な内部格付け手法を採用するなど裁量的リスク管理手法を採用したが、リーマン金融危機勃発の反省から最新のバーゼルⅢにおいてはリスク計測につき内部格付け手法の後退、比較可能性を意識した統一的指標の重視など国際金融規制は全般的規制強化へと変容しつつあり、こうした国際金融法制の大きな底流も背景に存在しているよう。

経営執行陣の責任追及、エンフォースメント強化など規制当局の姿勢は規制強化に傾き、また規制コスト低減から企業の自主的な内部監査の充実を求めている。こうした中で、国際取引法分野で刑罰規定の規範化概念導入、域外適

用拡大などの当局の姿勢が顕現化し、他方で裁判判例は一定の謙抑制を示していると思料される。

米国FCPAでは効果主義、客観的属地主義の拡大など実質上の域外適用、さらには共謀罪適用などにより、当局は両罰規定である刑罰規定を含む個人に対するエンフォースメントを強化する。また他の国際取引法・経済法にかかる刑罰規定の検討から、規範化概念の拡大、域外適用の当局の恣意性と適用圧力増大が汲み取れ、同じく国際取引にかかる一九七二年創設された米国FCPAをみても既に適用の事例数の蓄積もあり、厳罰化、両罰規定による個人責任追及、さらには共謀罪の適用による立件の容易化、和解などを通じた連鎖的な対象範囲の拡大が企図されている。これに対して裁判例では全般的に謙抑的な傾向が指摘され、今後の趨勢が注視される。

英国SMRにおいて創設される予定の刑罰規定の内容は現時点では詳細が明らかではなく、規制当局の発言では域外適用を否定するが、我が国全銀協では懸念の表明がされている。関連法領域における刑罰規定については規範化概念の進展が判例により窺えること、規制当局の訴追拡大の手法となりつつあること、一方では裁判例は域外適用には謙抑的ともいえる様相を呈していることを述べてきた。規範化概念の拡大、域外適用に対する裁判所の謙抑姿勢の狭間で国際取引・経済法にかかる刑罰規定も策定、運用が進められると考えられ、SMRにかかる国際金融法制もソフトローとしてこうした裁判例を通し、形成、発展していくものと思料される。SMRの刑罰規定も今後の域外適用のリスクは十分に想定され、全銀協会からも懸念が示される所以である。グローバル企業は全社的リスクマネジメント、内部監査と一体化し、PDCAサイクル(plan-do-check-act cycle)を意識した連結グループ内部統制整備が求められる。我が国のアベノミクスが掲げる攻めのガバナンスはリスクマネジメントと一体化し、インセンティブ、規律付けが大切となるが、金融機関においてはリスクマネジメントと二つの防衛線(three lines of defence)に基づく制度設計に

関して、英国のS M Rの考察が重要な示唆となる。我が国ではS M Rの内、企業の自主的規制であるCertification Regime (C R) 導入が検討されることは別稿で示唆した。ソフトロー・上場規則となっているコーポレート・ガバナンス・コードにおいて個人対象あるいは両罰規定たる刑事罰規定を盛り込むことは現時点で現実的ではないが、グローバル企業においては海外子会社を含むグローバル内部統制が求められ、コンプライアンス(法令遵守)と経営の妥当性領域の失敗の区分も不明確化しつつあり、金融業界を含め欧米規制当局側の規制強化の姿勢は明確でこうした考察は今後大いに意味を持つてくるものと思料する。

従前の集団的意思決定の保護、リスクマネジメントとコンプライアンスの線引き等が不透明な運用のあり方から、個人責任追及、エンフォースメント強化への流れが窺え、その一環でソフトローながら経営意思決定にかかる責任にも規律対象を拡大し刑罰規定導入も予定されるなど、我が国の今後の攻めのガバナンスの実践に繋がる。

米国F C P Aなどに関して、第一義的には企業に対し規制当局の適用圧力がかかるため、企業側の対応は海外子会社への企業集团的内部統制、内部監査の構築、運用のP D C Aサイクル達成が重要となり、本社あるいはグローバル本社による全社的內部統制・リスクマネジメント(Enterprise Risk Management ERM)の構築・運用にかかることになる。

3. ソフトローならびに内部統制のエンフォースメントと会社法上の義務にかかる考察

(1) コンプライアンス・プログラムの法的意義と民事・刑事責任―善管注意義務への転換―

関連して、グローバル企業にかかる自己規律とエンフォースメントについて付言しておきたい。米国F C P Aに基づく法執行事例においては、被訴追企業に対してコンプライアンス・プログラムの整備をエンフォースメント・プロ

セスにおいて要求することで訴追延期・免除を図る等の司法運用がなされている。二〇一二年F C P Aガイドライン(A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act)⁽⁵⁴⁾において米国司法省(Department of Justice)⁽⁵⁵⁾は証券取引委員会(Securities and Exchange Commission)と共に刑罰法規の解釈論についての考え方を明らかにした。上場企業に対しコンプライアンス・プログラムの整備を促すことで実効的な企業ガバナンス確保を規制当局は意図している。⁽⁵⁶⁾

米国のコンプライアンス・プログラム制度においては、企業内に自主的にコンプライアンス・プログラムを整備・構築することにより法抵触の事実が発生した場合にも民事・刑事責任の減免が図られ、自主的な内部規律のインセンティブとなり、規制当局からは規制コスト削減にも繋がる。米国ドッド・フランク法における内部告発奨励条項がかかる自主的なコンプライアンス・プログラムの実効性に与えるジレンマについても述べてきた。

会社の取締役が負う法令遵守義務(会社法三五五条)において、法令には会社法上の規定の他に全国内法を意味し(非限定説)⁽⁵⁷⁾、加えて国際取引、海外事業を行う場合に全ての外国法令遵守義務を負うと解される。⁽⁵⁸⁾我が国の外国公務員贈賄罪の他、F C P A、U K B Aの適用対象となり得る企業内の取締役は善管注意義務の内容として外国法令を遵守するための内部統制、コンプライアンス・プログラム整備が求められる。内部統制体制不備等により従業員等の違法行為を防止できずに会社に罰金が科される場合、取締役の任務懈怠があつたことになる。会社に科される罰金等を取締役が損害賠償請求できるかにつき、罰金の一身専属性等を理由に否定的な見解もあるが(主に刑法学者)、裁判例、会社法上の学説からは肯定説が多く見られる。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾

刑罰規定と役員個人に対する善管注意義務の接点の課題となるが、①F C P Aなど国際取引法上問われる対会社責任として罰金などの刑罰規定が定められる場合、これを取締役の任務懈怠責任として役員個人に請求できるか、個人

の民事責任への転換については肯否があり、コンプライアンス・プログラムによる免責は取締役の善管注意義務に関わることになる。この場合、コンプライアンス・プログラムの要求水準を厳格に設定しすぎると内部規定に違反したという善管注意義務違反に直面するジレンマがある。他方、コンプライアンス・プログラムを緩く設定するとFCPA等の免責を得やすくなるが、グローバル企業における不正防止自体の機能を果たしにくくなる。②FCPA等において個人の刑事責任(禁固・罰金)が直裁的に規定・追求される場合もある。

(2) グローバル企業にかかる自己規律とエンフォースメント

こうした観点の下、内部規定と会社法上の義務について考察を進めたい。我が国企業のグローバル内部統制・コンプライアンスに関し、会社法制の観点からCEOの内部統制システム構築等の任務懈怠に対して、非業務執行役員(独立社外取締役、社外監査役等)の助言・勧告などの果たすべき役割・責任について検討していきたい。

ソフトローの発展形態として、英国SMRのようにハードロー・ミックスとして刑事罰、民事罰規定まで直接エンフォースとして盛り込むケースはともかく、我が国コーポレート・ガバナンス・コードのようにプリンシプルベースのコンプライ・オア・エクスプレイン原則に止まる場合のエンフォースメントをいかに図るか、経営執行陣ならびにこれを監視・監督する非業務執行役員の義務、責任追及が次なる考察課題となる。

就中、業界自主ルールなどソフトローによる要求事項に対する役員の義務違反が観念される。こうした考察は、我が国において英国SMR、グローバル・企業集団内部統制、更にはコーポレート・ガバナンス・コードに係る金融機関、上場企業等の備えとして意味を持つ。業界自主ルールなどを内容の一部とする内部統制・リスクマネジメントシステムの体制構築・運用は取締役会の義務とされるが、そのCEO等の任務懈怠に対して社外役員・非業務執行取

締役がいかなる義務・責任を負うか、ソフトローのエンフォースメントのあり方が論点となる。

我が国会社法において、内部統制システムあるいはリスク管理システム構築の必要性あるいは義務化に関して役員
の対会社、対第三者責任が問われた判例は多く、リスク管理体制の構築義務違反が否定された事案もある。⁽⁶¹⁾

社外役員において、内部統制システムの構築が不可欠であったとして代表取締役の任務懈怠に対する監督を怠った
監査役の会社に対する損害賠償責任の有無・程度が問題となった直近の事案（セイクレスト役員責任査定決定異議申立事
件控訴審判決・大阪高判平成二十七年五月二二日）において、社外監査役に対し会社に対する内部統制システムの構築のほ
か、当該代表取締役の解職に向けた助言または勧告を義務付けた上で、その義務を怠ったために代表取締役の金員交
付に係る任務懈怠を防止し得なかったとして、監査役の任務懈怠の責任が認められている点、当該監査役が社外監査
役であった点に特徴がある。⁽⁶²⁾

社外監査役の助言・勧告義務の実質的な根拠として日本監査役協会「監査役監査基準」の法規範性が問われる。⁽⁶³⁾ 当
該事案では同基準を自社基準として内部規範化しており、従業員が内規に従う義務があるか、業界自主ルールに従う
義務があるか、裁判所が法的義務として認識すべきか、ソフトローのエンフォースメントの根幹に係る議論が出され
る。

コーポレート・ガバナンス・コードの遵守（コンプライ・オア・エクスプレイン、プリンシプルベース）も同様の課題を
内包する。社内のガバナンス規定として取り込んでいれば非遵守の場合にCEOなど役員の善管注意義務違反を生じ
るか、その場合の社外役員（非業務執行取締役、社外監査役）の助言・勧告義務の根拠、違反の場合の社外役員への責
任追及、責任限度契約の関わりなどが議論の俎上にのぼる。自主的に社内規定として厳格化すればするほど義務違反

を招来し、社外から追及されかねないジレンマもある。

一般的議論として、ベストプラクティスとして業界などの自主ルールを定めているに過ぎないものが内規・社内規範化すれば善管義務違反となるか、取締役会が会社法規定と別に善管義務違反の類型を定め得るか、あるいは取締役の監視義務違反と構成するか、一般的信認義務の片務的強行法規化と把握するか、その上でかかる取締役の義務違反に対する社外監査役等の助言・勧告義務の有無、その違反を観念しうるかという問題であり、コードなどソフトローのエンフォースメントに関わる根幹のテーマである。また監査役の保有する意見陳述権（会社法三八三条）という本来的な権限をどこまで義務として扱うかという問題意識でもある。

自主ルールなどが任意に内規規程化すればこれを遵守する義務が生じると解する立場⁶⁴、他方で企業が自主的な規程としたところで任用契約の内容になるものでもなく法的な義務を直接構成するものに変じるわけでもないとする立場⁶⁵がある。

内規規程として社内に取り込まれていれば任用契約あるいは誓約違反として経営陣の善管義務違反を観念する余地があることになるが、コーポレート・ガバナンス・コードの場合はコンプライ・オア・エクスプレインのプリンシプルベースに依拠し、非遵守の場合も説明すれば原則をクリヤーできる。その場合の社外役員の経営陣に対する助言・勧告義務をいかに解するか、が問題となる。また内規規程として社内に取り込まれない場合は直ちに義務違反とされることはないが、上場規則違反を問われることになる。あるいはコードの場合、社内規定化の有無にかかわらず、全上場企業が遵守すべきベストプラクティスであり、やはりコンプライ・オア・エクスプレインに係る経営陣の義務違反、ならびに社外役員の助言・勧告義務違反の問題に帰着することになるか。エンフォースメントの規制あるい

は義務違反に対する企業側の役員の責任など今後の制度設計が求められよう。

- (1) 拙稿「英国金融法制と Senior Management Regime —コーポレート・ガバナンス・コードの交錯、裁判例を通じたソフトローの変容、上級管理者機能 (SMFs) および域外適用—」日本法学第八一卷二号 (二〇一五年一〇月) 一—六一頁。拙著『国際経営法の新展開—会社法改正ならびに金融法とコーポレート・ガバナンス、スチュワードシップ・コードの接点—』文真堂 (二〇一四年一二月) 一—二八四頁 (二〇一五年九月日本リスクマネジメント学会優秀著作賞受賞)。
- (2) バーゼル銀行監督委員会の二〇一一年一二月市中協議文書「銀行の内部監査機能」では原則一三説明文のパラグラフ五五に三つの防衛線モデルが示される。
- (3) Prudential Regulation Authority, Bank of England, Consultation Paper FCA CP15/5 PRA CP7/15 “Approach to non-executive directors in banking and Solvency II firms & Application of the presumption of responsibility to Senior Managers in banking firms” February 2015.
- (4) 小立敬「英国の新たな金融監督体制—マクロプルーデンスに重点を置いた体制づくり」月刊資本市場No.三三三 (二〇一二年七月) 二八—三四頁。
- (5) 油布志行・金融庁総務企画局企業開示課長「コーポレートガバナンス・コードについて」日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク (二〇一五年四月八日)。
- (6) UK Financial Institutions: Proposals for New Senior Managers and Certification Regimes, by William Yonge, Financial Services Practice, Morgan Lewis.
- (7) PRA CP14/14 and FCA CP14/13 - Strengthening accountability in banking: a new regulatory framework for individuals.
- (8) The FCA and PRA Senior Managers and Certification Regime-The new landscape, Allen & Overy LLP 2014.
- (9) Strengthening accountability in banking: UK branches of foreign banks – CP9/15, 16 March 2015. <http://www.fca.org.uk/publications/consultation/CP91516>

bankofengland.co.uk/pr/Pages/publications/cp/2015/cp915.aspx.

- (10) 「英健全性監督機構 (PRA) および英金融行動監視機構 (FCA) による市中協議文書「銀行の説明責任の強化：英国外銀支店に係る規制」に対するコメント」「同：銀行の役職員個人に対する規制の枠組み」に対するコメント」全国銀行協会 (二〇一五年五月二十五日、二〇一四年一〇月三十一日)。Consultation Paper FCA15/10, PRA9/15 Strengthening accountability in banking: UK branches of foreign banks, March 2015, PRA CP14/14 and FCA CP14/13 - Strengthening accountability in banking: a new regulatory framework for individuals, July 2014.
- (11) その後、二〇一五年三月一六日 PRA・FCA 協議文書「銀行の説明責任の強化：英国外銀支店に係る規制」が公表され、二〇一五年五月二十五日全銀協がコメントを出している。
- (12) 拙稿「Senior Managers' Regime への Certification Regime — 英国金融規制にみる国際私法的規律ならびに新たなガバナンス —」立命館法学第三六二・三六四号 (二〇一六年三月) 六八四—七一四頁。
- (13) Association of Foreign Banks, Senior Managers / Certificate Regime Wallchart, August 2015. Relevant Consultations: FCA CP/12, PRA PS16/15, PRA SS28/15.
- (14) Consulted on in CP15/9. The Final handbook text on Guidance on the presumption of responsibility is scheduled to be released Autumn 2015.
- (15) 武井一浩「攻めのガバナンスへの実務対応と上場企業法制上の論点」東京大学第五〇回比較法政シンポジウム「ダブルコード時代の攻めのコーポレートガバナンス」(二〇一六年三月二八日)。
- (16) 米国海外腐敗行為防止法 (合衆国法典 第一五編 通商 第二B章 証券取引セクション 78dd-1) The Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (15 U.S.C. § 78dd-1, et seq.) <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>
- (17) 拙稿「新たな国際汚職行為防止法の考察—域外適用と Red Flag 対処義務—」政経研究第五〇巻第三号『秋山和宏教授古希記念号』(二〇一四年三月) 六〇九—六五四頁。マリンホース事件 (米国司法省事件 No.11-CR-651) について、梅田勝「外国公務員贈賄防止体制の研究」麗澤大学出版会 (二〇一一年) 一一四—一七〇頁。

- (18) 経済産業省知的財産政策室「平成二三年度 中小企業の海外展開に係る不正競争等のリスクへの対応状況に関する調査（外国公務員贈賄規制法制に関する海外動向調査）同報告書」日本能率協会総合研究所（二〇一二年三月）三―六四頁。http://www.meti.go.jp/policy/external_economy/zouwai/houkokusho.html。米国FCPA、英国BA等について詳細に調査されており、本文第四章Ⅰ、Ⅱにおいて参照した。その他、高巖・國廣正・五味祐子「グローバル・リスクとしての海外腐敗行為―ナイジェリア贈賄事件を巡って―」Reitaku International Journal of Economic Studies Vol.20, NO2, September 2012, pp.1-24.
- (19) OECD国際商取引における外国公務員に対する贈賄の防止に関する条約は日本を含む二三ヶ国が署名し一九九九年二月発効した。<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oecd/komuin.html>
- (20) 「外国公務員贈賄防止指針」経済産業省（平成二七年七月三〇日改訂）。<http://www.meti.go.jp/press/2015/07/20150730008/20150730008-1.pdf>
- (21) Pub. L. 111-203, July 21, 2010, 124 Stat. 1376.
- (22) 「英国で新たな贈収賄禁止法が成立」O'Melveny&Myers LLP（二〇一〇年五月一〇日）参照。www.ommtokyo.jp/news/backnumber/20100510.html
- (23) 立証責任の所在 United States v. Kay, 359 F.3d 738, 754-56 (5th Cir. 2004)
- (24) 「二〇一一年七月一日施行予定の英国贈収賄法―英国法務省が英国贈収賄法の適用に関する指針を発表―」モリソン・フォスター外国法事務弁護士事務所（二〇一一年四月一五日）。<http://www.mofa.jp/topics/legal-updates/tlcb/20110415.html>
- (25) 拙稿「国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて」日本法学第七九巻 第一号（二〇一三年六月）一―七三頁。
- (26) Morrison v. National Australia Bank, Ltd. No.07-0583-cv (2d Cir. 2008). 樋口航「一九三四年米国証券取引所法の域外適用に関する米国連邦最高裁判決―米国預託証券（ADR）を発行している企業に対する影響―」国際商事法務第三九巻第九号（二〇一一年）一二四七―一二五六頁。「米国連邦第二巡回区控訴裁判所、外国発行会社の証券訴訟について判断」モリソン・フォースターLLP（二〇〇八年一月一日）。松尾直彦「証券取引法の域外適用」ジュリスト『アメリカ法判例百選』

(二〇一二年十二月) 二五〇—二五一頁。

(27) 「Your Money And Your Life: The Export of U.S. Antitrust Remedies 米国反トラスト法の救済措置の国際的な浸透について」 Professor Harry First New York University School of Law 「Evidence in EU cartel proceedings EU 競争法のカルテル審査手続における証拠について」 Jacques Buhart, Partner, McDermott Will & Emery, Paris, France 「マルク・ヴァンデル・ラウデ」 「Judicial Review in EU Competition Cases EU 競争法事件における司法審査について」 Mac nan der Woude, Judge at the General Court, Court of Justice of the European Union (ルクセンブルク欧州連合司法裁判所一般裁判所判事) 東京大学第四七回比較法政シンポジウム 『The Global Trend in Modern Competition Law & Policy 最新の競争法・競争政策における世界的動向』 (二〇一四年八月五日)。

(28) 「The Extra-Territorial Application of U.S. Criminal Law 米国刑法の域外適用」 Professor Joseph L. Hoffmann Maurer School of Law Indiana University 東京大学第四九回比較法政シンポジウム 『Modern Issues in American Law アメリカ法の現代的課題』 (二〇一五年八月五日) 参照。

(29) 「諸外国における他人の識別符号の譲受け行為等を規制する関連法令に係る調査報告書」財団法人社会安全研究財団 (二〇一〇年十二月) 一—四二頁。

(30) 拙稿「忠実義務と非業務執行取締役の考察—米国の忠実義務の規範化概念と英国会社法の一般的義務、英国スチュワードシップ・コードと Approved Persons 制度等の接点—」日本法学『山川一陽教授古希記念』第八〇巻三号 (二〇一五年一月) 四三九—四九二頁。

(31) 拙稿・前掲「忠実義務と非業務執行取締役の考察—米国の忠実義務の規範化概念と英国会社法の一般的義務、英国スチュワードシップ・コードと Approved Persons 制度等の接点—」四三九—四九二頁。

(32) http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol126_united_states_v_nosal.pdf

(33) 拙稿・前掲「国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて」一—七三頁。

(34) <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1191.pdf>. Morrison v. National Australia Bank, Ltd. No.07-0583-cv (2d

Cir. 2008). <http://www.mof.go.jp/topics/publication/20081111.html>. 湯原心「アメリカ法判例研究(6) 証券取引所法第一〇条(b)項の域外適用と外国での取引」比較法学四五卷二号(二〇一一年十二月)二三二—二三八頁。拙稿「域外適用と銀証分離の交錯—グローバル金融法制の新潮流—」政経研究第四九卷第四号奥村大作教授古希記念号(二〇一三年三月)一七一—二〇四頁。

(35) 二〇〇七年SECのルール(12g3-2(b))が改正され、スポンサーなしADRプログラムが急増し、当該プログラムに関連する発行体の米国における行為は存在しないため非米国発行体が懸念すべき訴訟リスクは小さくなるはずである。後掲・大橋宏一郎五〇頁。

(36) 大橋宏一郎「米国証券法の域外適用に関する最近の動向」金融財政事情(二〇一一年二月七日)四八—五〇頁。松尾直彦弁護士は、SECまたはアメリカ司法省が提起する訴訟などに限って、効果テストおよび行為テストが部分的に立法化されたものであり、私的訴権に適用されるものではない、旨を述べられる。前掲注(26)。

(37) 拙稿「域外適用の現代的考察—恣意性ならびに効果主義理論の整合性—」『企業コンプライアンス』尚学社(二〇一三年十二月)。

(38) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

(39) アレックス・グラスハウザー(Alex Glashtasser, Professor of Law, Washburn University School of Law, Topeka, Kansas, USA.)講演・宮川成雄訳「人権と管轄権の正誤—外国人不法行為法の解釈の誤謬—」比較法学四八巻一号(二〇一一年十二月)一二二—一二八頁参照。

(40) 小沼史彦「アメリカ法判例研究」Ⅱ 外国人不法行為法と域外適用否定の推定則:*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013) 比較法学四七巻二号(二〇一四年三月)三三六—三四五頁参照。

(41) *EOe v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S.244 (1991).

(42) 米国における国際礼讓の取り扱いについて、一九九三年ハートフォード火災保険最高裁判決は、原則として効果主義に従い反トラスト法の域外適用の可否が判断されることを確認し、①外国の法律が米国法の禁止する方法で行動することを強制し

ている場合、②米国法を遵守することが外国の法律によって発動される命令に違反する場合に限り、国際礼讓により管轄権の行使が抑制されるとした。国際礼讓の範囲を狭く限定する解釈を採用したものである。「第四章 一方的措置《参考》競争法の過度な域外適用について」『二〇一三年版不正貿易報告書—WTO協定及び経済連携協定・投資協定から見た主要国の貿易政策—』経済産業省通商政策局編四六九—五〇四頁参照。「補論一 国際的経済活動と競争法」『二〇一五年版不正貿易報告書』五六二—五八四頁。

(43) BREYER, J., filed an opinion concurring in the judgment, in which GINSBURG, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., joined. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, Syllabus, KIOBEL, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER LATE HUSBAND KIOBEL, ET AL. v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO. ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT No. 10-1491. Argued February 28, 2012-Reargued October 1, 2012-Decided April 17, 2013. http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf

(44) 542U.S.692 (2004).

(45) Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 621 F.3d 111, 149 (2d Cir.2010), aff'd, 133 S.Ct.1659, 1663 (2011).

(46) Breyer 最高裁判官は、推定則自体には依拠せず、原告の訴が米国との十分な接触の無い故に裁判管轄権が存在しないという見解を採っている。

(47) 前掲 Alex Glashausser 講演・宮川成雄訳「人権と管轄権の正誤—外国人不法行為法の解釈の誤謬—」一二五—一二九頁に詳説される。最高裁がKiobel判決において域外適用の問題を事物管轄権の問題とする過ちを犯した理由について、最高裁は外国人不法行為法(ATS)は純粹に管轄権に関する法律であることを認めつつ、十分に内容の定まった国際法に基づき一定の訴訟原因を認定する権限を裁判所に認めていると述べ、準実体的説明を行っている。この不正確さから、①米国法を外国での行為に適用しないという推定がATSの下で連邦裁判所に提訴される国際不法行為上の請求に適用される。②従って本件請求は事物管轄権の不存在を理由に却下される、といった二段階での誤謬があったものである。外国人不法行為法はKiobel事件についての事物管轄権を設定し、Sosa事件でも同様に、同判決の事案の処理は実体法上の問題として処理されている。

連邦裁判所はATSの事件を審理する権限を有しており、国外でなされた不法行為についても権限を有している。ATSは存在意義を失っており、争いのない一般的な管轄権授權以上には何ら連邦裁判所に管轄権を与えていない。しかしながら、ATSがあるが故に実体法上の重要事項から関心をそらす重複的な存在となっており、Kiobel判決の第二の管轄権の誤りとして、ATSの誤った側面に関心を注いでいることである。

(48) *Arbaugh v. Y&H Corp.*, 546 U.S. 500, 514 (2006) (quoting *United States v. Cotton*, 535 U.S. 625, 630 (2002)).

(49) 米国への輸入取引または輸入通商に関する行為についてアルコア事件控訴審判決（一九四五年）を受けた一九九三年ハーフトフォード事件最高裁判決が基本先例として存在する。控訴審は外国人が外国において行った行為が米国に効果を与え、かつ行為者にかかる効果を与える意図がある場合にはかかる行為に対して米国法を適用できるとして域外適用を認めた。この反トラスト法領域の判例との整合性について（質問者は小原喜雄名誉教授）、Joseph L. Hoffmann教授は、域外適用の試みは①米国が世界の規制当局になること、②世界的な規範形成の一環であること、の二つの見方があるが、FCPAでは両方のアプローチを採ろうとしている。他方でOECDなど国際機関を通して総意・規範形成を図る動きもあることを述べ、②のアプローチの一環として把握する。前掲・東京大学第四七回比較法政シンポジウム。

(50) 長谷川俊明「企業集団内部統制としての海外子会社管理」日本大学比較法研究所英米法（私法）研究会報告（二〇一六年三月八日）参照。

(51) 株式会社東芝第三者委員会「調査報告書要約版」（二〇一五年七月二〇日）一一八四頁。

(52) <http://www.ti-j.org/>

(53) BEPSプロジェクトは、以下の行動計画一五項目を含む。①電子商取引課税、②ハイブリッド・ミスマッチ取決めの効果否認、③外国子会社合算税制の強化、④利子等の損金算入を通じた税源浸食の制限、⑤有害税制への対抗、⑥租税条約濫用の防止、⑦恒久的施設（PE）認定の人為的回避の防止…人為的に恒久的施設の認定を免れることを防止するために租税条約の恒久的施設（PE：Permanent Establishment）の定義を変更する。⑧移転価格税制(i)（無形資産）…親子会社間で特許等の無形資産を移転することで生じるBEPSを防止する国内法に関する移転価格ガイドラインを策定し、価格付けが困難な無

形資産の移転に関する特別ルールを策定する。⑨ 移転価格税制(ii) (リスクと資本) … 親子会社間等のリスクの移転または資本の過剰な配分によるBEPsを防止する国内法に関する移転価格ガイドラインを策定する。⑩ 移転価格税制(iii) (他の租税回避の可能性が高い取引) … 非関連者との間では非常に稀にしか発生しない取引や管理報酬支払いを関与させることで生じるBEPsを防止する国内法に関する移転価格ガイドラインを策定する。⑪ BEPSの規模や経済的効果の指標を政府からOECDに集約・分析する方法を策定する。⑫ タックス・プランニングの報告義務… タックス・プランニングを政府に報告する国内法上の義務規定に関する勧告を策定する。⑬ 移転価格関連の文書化の再検討… 移転価格税制の文書化に関する規定を策定する。多国籍企業に対し国毎の所得、経済活動、納税額の配分に関する情報を共通様式に従って各国政府に報告させる。⑭ 相互協議の効果的実施、⑮ 多国間協定の開発。 www.oecd.org/ctp/beps.htm

(54) <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/guide.pdf>

(55) 米国司法省が刑法規則の解釈論についての考え方を明らかにするのは極めて異例のことで、企業等からの強い要望もあり、FCPAガイドラインの作成・公表を行うことになった経緯がある。企業がサイズやビジネスの性格、リスクに応じた効果的コンプライアンス・プログラムを構築し真摯に遂行していた場合、FCPA違反事例が発生しても制裁の減免等において考慮され得る。結城大輔「日本企業のFCPA対策 vol.1現状と課題」RICOH imagine. change. https://www.ricoh.co.jp/rc_club/discovery/column.html

(56) 柿崎環「第六章米国FCPA法執行にみるコンプライアンス・プログラムの資本市場法的意義」証券経営研究会編『資本市場の変貌と証券ビジネス』日本証券経済研究所 (二〇一五年三月) 一七八—二二二頁。

(57) 最判平成一二年七月七日民集五四卷六号一七六七頁。

(58) 大阪地判平成一二年九月二〇日判例時報一七二二号三頁、舩津浩司「法令遵守に係る取締役の義務と責任に関する基礎的考察—外国法令の遵守を素材として—」『同志社法学』第六一卷二号 (二〇〇九年) 八〇三—八三三頁。

(59) 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」黒沼悦郎・藤田友敬編『江頭憲治郎先生還暦記念企業法の理論 (上巻)』商事法務 (二〇〇七年) 五四九—五九三頁。弥永真生『会社法の実践トピックス二四』日本評論社

(二〇〇九年) 一七七一—一九二頁。

(60) 渡邊隆彦・田澤元章・久保田隆・阿部博友・田中誠和「米国 FCPA 及び英国 Bribery Act の域外適用と企業のコンプライアンス・プログラムの法的意義——米英日の比較——」専修ビジネス・レビュー (二〇一五年) Vol.10No.1. 七五—九四頁参照。米国は法人処罰について連邦判例においては、代位責任理論 (vicarious liability theory) を採用する。英国の法人処罰は、同一視理論 (identification principle) に沿う。New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1908). 樋口亮介『法人処罰と刑法理論』東京大学出版会 (二〇〇九年) 八三頁。

(61) 最一判平成二一年七月九日金融・商事判例一三三二一三六頁(速報)、同一三三二〇号五五頁。

(62) 尾崎安央・判批「セイクレスト役員責任査定決定異議申立事件控訴審判決 大阪高判平成二七年五月二一日平成二六年(ネ)三二七号 金融・商事判例一四六九号 (二〇一五年七月一日号) 一六—四八頁」早稲田大学商法研究会 (二〇一六年三月三二日) 一—一一頁参照。真の問題点は、監査役として法が期待する役割(任務)を怠りなく果たしていたかどうかであり、・・・監査役監査基準から義務を導き、その違反ありとしつつ、責任額を責任限定契約で処理(限定)した点は、工夫とはいえ、その前提として監査役の義務違反を認定した点に違和感を覚える、と述べられる。

(63) 社外監査役の監査行動が監査役監査基準に準拠したものであったことが寧ろ責任否定の論拠となった事案としてニイウスコー事件がある。東京地判平成二五年一〇月一五日 LEX/DB25525835。

(64) 高橋均「セイクレスト事件判批」(地裁判決)ジュリスト一四六九号一〇四号 (二〇一四年) 一〇七頁。

(65) 伊藤靖史「セイクレスト事件判批」(地裁判決)私法リマックス二〇一五(上) 九〇—九三頁。

〔本稿は、財団法人民事紛争処理研究基金の研究助成金を利用した研究成果の一部である〕

社会の変化と過失犯論の展開

前 田 雅 英

一 はじめに

船山教授とは、東大の研究室ではじめてお目にかかったと記憶している。故藤木英雄博士のまさに「内弟子」として、博士からの全幅の信頼の下、共同して研究されておられた頃のことである。その後も、刑法理論、とりわけ過失犯論の大きな展開の一翼を担っておられたところである。縁あつて、日本大学に籍を置かせていただくことになり、船山教授が、古稀を迎えられるにあたり、献呈させていただくとすれば、過失犯論に関するものが最も相応しい。そして、昨年『福島原発、裁かれないでいいのか』（古川元晴弁護士との共著）を恵贈いただいた。本書は、現在のわが国の刑事法に重く鋭い問題を突き付けられた業績であるが、その中で、筆者の過失論にも触れていただいている。そこで誠に拙いものであるが、自分の過失論を見直すことも含めて、小論を書かせていただいた次第である。

被災者などからなる福島原発告訴団の、東京電力関係者等への業務上過失致死傷罪の告訴に対し、東京地検は、平成二十五年九月九日、「行政と東京電力の関係者には過失責任を認め難い」として、不起訴処分とし、検察審査会が一名を「不起訴不当」とする判断（議決）を公表したにもかかわらず、再度の不起訴処分をするに至っている。

それに対し、船山教授は、「福島原発事故は、本当に裁かれないまま終わらせてしまっているのか」と問題提起される（同書一六―一七頁）。その前提として、現代社会は、高度に科学技術が発達し、今までに起きたことなく、発生のメカニズムが十分に解明されていない「未知の危険」のうえに築かれた「危険社会」であり、原発はまさに、「未知の危険」のうえに築かれた人類史上類例を見ない危険な装置だとされるのである。

そして、刑法学界において支配的な具体的予見可能性説、すなわち、「すでに起きたことがあり、具体的、確実に予測することができる危険についてのみ、責任を問えるとする考え方」では、この「未知の危険」に適切に対応することはできないが（同書五頁）、「今までに起きたことがなく、どのようなメカニズムで発生するのが確実には分かっていないような『未知の危険』であっても、起きる可能性が合理的に予測される危険については、業務の性質によつては責任を問える」とする危惧感説で考えるならば、このたびの原発事故の責任は問うことができるのである。

そして、具体的な予見可能性説の具体例として、「具体的予見可能性説を支持する前田雅英・首都大学東京法科大学院教授は、「初めての事象・未知の危険に関しては、不安感説（筆者注：危惧感説）でなければ過失責任は問い得ない。また、既知の危険だが、結果発生の確率の極めて低い場合、ないし、結果発生の認識が非常に困難な場合も、同様である」としています（前田雅英『刑法総論講義（第五版）』東京大学出版会、二〇一一年）三二六頁。」という形で拙稿

を引用していただいている（同書三六頁「註一」）。

二 具体的予見可能性説の実像

ただ、船山教授は、同書七五頁註六において「具体的予見可能性説を支持する第一章註一掲記の前田教授は、『第二次大戦後の日本刑法学においては（…）基本的に、『処罰範囲を限定する解釈が望ましい』という価値判断（刑罰謙抑主義）が有力であった」「ただ、刑罰は国民にとって必要なものであるから科される。『処罰を限定すればするほど、国民の利益は増大する』というわけではない」「現代社会における新しい犯罪現象の登場は、『処罰範囲が客観的に明確で限定的でありさえすればよい』という犯罪論が余りにも後向きであることを気付かせたといえよう」と指摘して、具体的予見可能性説を支持する学説がこれまでに果たしてきた役割に問題があることを認めています（第一章註一掲記の前田雅英『刑法総論講義（第五版）』五頁）と指摘される。

私の考え方を正確に紹介いただいているのであるが、まさに、具体的予見可能性説といっても様々な考え方がある。拙稿は、判例の主流の考え方を整理したつもりであるが、もちろん判例にもいろいろな考え方が存在する。そして、危惧感説と具体的予見可能性説との間には、質的な差があるわけではなく、「何について、どの程度の予見可能性が必要か」という点についての、「規範的評価の差」があるにすぎないと考えている。

少なくとも、具体的予見可能性説を採れば、本書の問題に関して言えば「津波による電源の喪失による炉心溶融」の予見可能性を要求することになるとは言い切れない。未知の危険（初めての事故）であれば刑事過失を問い得ないということになるわけではない。

敢えて言えば、「何についてどれだけの結果が生じるかは特定しないが、一抹の不安を払拭できない」というだけでは刑事過失責任は問い得ないという点で異なるということになる。ただ、危惧感説の側では、「具体的に生ずべき事故の態様は事前にはまったく未知であり、具体的因果関係を認識対象として事を論ずるかぎりにおいては予見可能性がないというべき場合であつても、あらかじめある種の結果防止措置をとる場合においてはその発生を有効に防止できるという場合には、現に危険発生の危惧があるかぎり、その防止措置を命ずるのが合理的である。」（藤木英雄・食品中毒事故に関する過失と信頼の原則（ジュリスト・藤木英雄『過失犯の理論』一九六頁））。

たしかに、新旧過失論の激しい対立にもかかわらず、予見可能性に関しては、因果経過の基本的部分を含んだ具体的予見可能性が必要であるということではほぼ一致してきた（具体的予見可能性説）。そして、船山教授の指摘されるように、危惧感説の登場により、予見可能性の内容に関する対立が生じたが、学説を形式的に整理すれば、具体的予見可能性説の枠組みで過失の予見可能性は判断されているといつてよい。

判例も、森永砒素ミルク事件の二つの下級審判例を除き、具体的予見可能性説を採用していると解されている。昭和五〇年代以降も、具体的予見可能性を欠くとして過失犯の成立を否定した判例が目につく。交通事故に関しては、身体に特異な欠陥があるために生じた事故はたとえ運転中身体にある程度の異常を感じたとしても予見不可能であるとした大阪高判昭和五四年四月一七日（刑月二一卷四号二八一頁）等がある。また、森永ヒ素ミルク事件と関連する食品事故に関しては、長野地判昭和五二年一二月二四日（判時八八六号一二三頁）等が、ふぐ中毒死の予見可能性を欠くとして無罪を言い渡している。そして、工事現場におけるクレーン倒壊事故に関する広島地判昭和五一年一月二三日（刑月八卷一〇二号三三三頁）や、企業災害事故の典型である出光化学徳山コンビナート事故についての山口地判昭和

五四年一〇月一二日（判時九四八号二二頁）も、事故発生 of 具体的予見可能性の存在を否定している。さらに、過失犯の成立を認めた判例の内にも、不安感説を明確に否定し具体的予見可能性があるから過失責任が認められるとするものが目立つのである。

北大電気メス事件に関する札幌高判昭五二年三月一八日（判タ三三六号一七二頁）は、「内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度で直ちに結果を予見し回避するための注意義務を課するのであれば、過失犯成立の範囲が無限定に流れるおそれがあり、責任主義の見地から相当であるとはいえない」とした。カネミ油症事件についての福岡高判昭五七年一月二五日（判時一〇三六号三五頁）、水俣病刑事事件の福岡高判昭五七年九月六日（判時一〇五九号一七頁）も、はつきりと具体的予見可能性を要求している。

しかし、船山教授が指摘されるように、危惧感説で説明した方がわかりやすい有罪判決も見られる。逆に言えば、具体的予見可能性説の判断枠組みに立つても有罪にすべき場合は多いのである。問題は、船山教授の指摘される「市民の目線」で、予見可能性を認めるか否かの具体的判断なのである。

三 具体的判例の検討

（一） 弥彦事件

具体的予見可能性説を、「すでに起きたことがあり、具体的、確実に予測することができる危険についてのみ、責任を問える」という考え方だとされ、それでは過失責任の範囲が狭すぎるので危惧感説を採用すべきであるとされる。そして、危惧感説から説明するのが合理的な判例を四件採り上げられる（同書一九〇三三頁）。

事例の第一は、瀬彦神社事件（弥彦事件）上告審判決である（最決昭和四二年五月二五日刑集二二卷四号五八四頁）。正月の神社の雑踏事故で、それまで経験をしたことのない、百二十四名の死者が出た事案に対し、「右神社の職員である被告人らにこの事故に関する過失の罪責があるかどうかを、右結果の発生を予見することの可能性とその義務および右結果の発生を未然に防止することの可能性とその義務の諸点から順次考察してみると、本件発生の当時においては、群衆の参集自体から生じた人身災害の事例は少なく、一般的にこの点の知識の普及が十分でなかったとはいえるにしても、原判決の認定するごとく、右二年詣りの行事は、当地域における著名な行事とされていて、年ごとに参拝者の数が増加し、現に前年〔昭和三〇年元旦〕実施した餅まきのさいには、多数の参拝者がひしめき合って混乱を生じた事実も存するのであるから、原判決認定にかかる時間的かつ地形的状況のもとで餅まき等の催しを計画実施する者として、参拝のための多数の群衆の参集と、これを放置した場合の災害の発生とを予測することは、一般の常識として可能なことであり、また当然これらのことを予測すべきであつたといわなければならない。したがって、本件の場合、国鉄弥彦線の列車が延着したことや、往きと帰りの群衆の接触地点が地形的に危険な右随神門外の石段付近であつたこと等の悪条件が重なり、このため、災害が異常に大きなものとなつた点は否定できないとしても、かかる災害の発生に関する予見の可能性とこれを予見すべき義務とを、被告人らについて肯定した原判決の判断は正当なものといふべきである」と判示し、具体的な予見可能性を肯定したのである。事故の前年も、やはり多数の参拝者がひしめき合つて負傷者が出かねない事態が起きており、年々参拝者が増加傾向にあり、この年の参拝者の増加も予見されていたという事案であつた。

ただ、簡裁の判断である第一審は、前年の混乱は「行事の最中」におけるものだったのに対し、本件は「行事終了

後」に起きたものであり、同一視することはできないとして、事故発生の予見可能性はなかったとした。このように、予見可能性の対象を限定し、因果経過についても細かな予見可能性を問題とするのが具体的予見可能性説であれば、判例はそのような考え方を採用してはいない。少なくとも最高裁は、このような具体的予見可能性を持ちいてはいない。それまでの諸事情を下に、死亡事故の具体的予見可能性があったとしたのである。必ずしも「既知の危険」「未知の危険か」の区別は重要でなく、「それらの事情を基にすれば、一般の常識からみて予見可能性があるか」を問題にしてきたし、現在もその点に変化はない。

(二) 森永砒素ミルク事件

最も重要なのは、事例二として採り上げられている「森永ドライミルク中毒事件」である。昭和三十年ごろ、森永乳業徳島工場で製造された乳児用調製粉乳に多量のヒ素が含まれていたことから、西日本一帯で乳児のあいだ多数の死傷者が出た事件である。

粉乳の製造過程で安定剤として添加していた「工業用第二磷酸ソーダ」を、信頼のおける薬種商「協和」に納入させていたところ、協和がこれと外観が似た「松野製剤」というヒ素を含んだ化合物を納入したためミルクに混入してしまったというものであった。

第一審の徳島地判昭和三八年一〇月二五日（下刑集五卷九一〇号九七七頁）は①信用の置ける商人であつたこと、②森永では、松野製剤を乳児用調製粉乳の原料牛乳に添加する前に外観点検が施行されていなかったとはいえないこと、③松野製剤と正常薬剤とはいずれも木箱入りという形で本件工場に納入されて、外観に大きな差異はなかったこ

となどから、「木箱の内容物が第二りん酸ソーダに間違いないかどうかということを化学検査によつて確認しなければならぬ」という注意義務の履行までも要求すべきものではない」とし、森永は、協和に対する「信頼感に従つて行動することが是認されるため前記の化学検査による同一性確認とか化学試験による無害検査とかをしなければならぬ」という注意義務の履行を本件工場に要求すべきものではない」として無罪を言い渡した。主として争われたのは、予見可能性の有無ではなく、納入製品チェックを厳格に行うという客観的注意義務（結果回避義務）の有無であり、徳島地裁は、当時有力化しつつあった新過失論（信頼の原則）に依拠して、刑事過失の存在を否定したのである。

もちろんその前提としては、「工業用第二磷酸ソーダを注文したのに、松野製剤（人体に有害な類似品）が納入されるようなことを予見できたか」という点が争われたともいえる。

そして、森永砒素ミルク事件第二審（高松高判昭和四一年三月三十一日高刑一九卷二号一三六頁）は、①工業用第二磷酸ソーダの発注に対しては、第二磷酸ソーダでない薬剤（非第二磷酸ソーダ）が、第二磷酸ソーダの標示を附せられて納入される危険があり、②その危険の予見の対象は、その薬剤が第二磷酸ソーダでない性質不明の薬剤であるかも知らないということであるのであつて、必ずしも人体に有害な程度の砒素を含有するものであるかもしれないとの点にまで及ぶことを必要なく、③食品製造（加工）業に従事する者が、食品に安定剤として第二磷酸ソーダを添加使用する場合には、誤用を避けるため、まず規格品使用の業務上の注意義務があり、これに違反して工業用第二磷酸ソーダを使用するときには、使用前容器毎に、それが間違いなく第二磷酸ソーダであるかどうかを確認するため、適切な化学的検査を実施すべき業務上の注意義務があるとして、第一審の判断を覆したのである。

その中で高松高裁は、「我々は、日常生活において、有毒物を含んでいるかも知らないというような不安感のある

食物を摂取する筈はない。本来、食品として製造され販売されている物は、外観に異状さえなければ、何らの不安もなくこれを飲食するであろう。ところが、もともと、食品として製造された物ではなく、他の用途のため製造された物については、学理的にはこれを飲食しても無害であるとされていても、我々は、その製造の由来や流通の過程を確かめない限り、これを飲食するには躊躇を感じるであろう。この不安感こそまさに前記にいう危険の予見なのである。」と判示した。これが不安感説の出発点である。

そしてその三年後、藤木博士が、『食品中毒事故に関する過失と信頼の原則』（ジュリスト四二二号）をはじめとする論文において、整序された形で危惧感説を展開し、同年末に『過失犯の理論』に纏められて、危惧感説が確立するのである。

ただ、この控訴審判決に対し、具体的予見可能性を要求しないのは判例違反であるとする上告⁽²⁾を受けた最高裁は、「原判決は、死傷の結果の発生について予見可能性が不要だと判示しているのではなく、ドライミルク製造の過程で、砒素含有率〇・〇三%以上の第二磷酸ソーダを所定割合で原乳に添加すれば死傷の結果が当然発生する関係にある本件において、単に第二磷酸ソーダという注文によつては、右砒素含有率の高い薬品がまぎれ込む危険の予見可能性があることを判示したものであつて、所論引用の判例に相反する判断をしているわけではないから、理由がなく、その余は、単なる法令違反、事実誤認の主張であり、同第二点のうち、判例違反という点は、原判決は、薬品についても標示されたところと内容物とが異なる場合があることや、注文した物と異なる物が売られるおそれがあることを明らかにするために、参考として所論の判例を引用しているに過ぎないもので、なんらこれと相反する判断をしたものはな」いとしたのである（最一小判昭和四四年二月二七日判タ二三三号一六八頁）。すなわち、控訴審も「具体的予見可能

性」を認定したのであり、最高裁も予見可能性に関する態度は変更しないと判示したといえるのである。

それに対し、差し戻し後の第一審判決（徳島地判昭和四八年一月二八日判時七二二号七頁）は、ほぼ藤木説を採用し、①右第二磷酸ソーダの発注に当り、単に第二磷酸ソーダとのみいつて特に規格品を指定しないで注文しただけでは、第二磷酸ソーダでないもの、場合によつては人体に有害な物質例えば砒素などを多量に含んだ粗悪有毒品が紛れ込む危険があり、②元来第二磷酸ソーダは清罐剤などの原料として工業用に多く用いられる薬剤であり、薬品販売業界、食品製造業者間においても、規格品でない第二磷酸ソーダとして購入した薬剤を食品用に使用するについては、その無害性に不安感、危惧感を持つものが多かつたのであつて、かかる不安感、危惧感こそ結果の予見可能性にほかならないとし、③本件工場側において、安定剤として第二磷酸ソーダを使用するに際しては、粗悪有毒品の紛入を防止するため、まず局方品、試薬等の規格品を発注（使用）する業務上の注意義務があり、これに違反して非規格品たる工業用薬品を使用する場合には、その使用前に、それが間違いなく第二磷酸ソーダであるかどうかを確かめるための化学的検査を実施すべき業務上の注意義務があるとして、工場の製造課長（兼工場長代理）に対し、部下従業員をして右規格品発注（使用）、化学的検査をなさしめるべき職責を有していたのに、これを怠つた監督上の過失責任があるとし、禁錮三年の実刑を言い渡した。

徳島地判昭和四八年一月二八日は、危惧感説を採用したものと見てよいが、最高裁が、この事案を前提に「砒素含有率の高い薬品がまぎれ込む危険の予見可能性」を認定しうるとして、これをどう評価するかは微妙である。従来先例を維持しているつもりであることは明らかであるが、具体的事案を踏まえたあてはめの際の規範的評価の問題に関しては、微妙な変化が見られるともいえるのである。徳島地判昭和三八年一〇月二五日は、他のものが紛れ

込むという不安だけでは、納入品の厳密なチェックまでは要しないと考えたのに対し、徳島地判昭和四八年一月二八日は、「食品製造業者はその食品が人体に全く無害であり、安全であることを一般消費者に保証してこれを販売しているという立場にあり、したがってそこで使用する原材料に不純物が混っていないこと、及び、製造過程で有害物が混入しないようにする一般的義務を負っている立場にあるということである。」

規範的評価から、乳製品に使うには、安全性の高い「規格品」に限るべきであり、第二磷酸ソーダを食品添加物として使用するに当つては、規格品でないものについては、食品用としての無害性に不安感を抱き、食品用に添加使用することに危惧感を持つ者が多かつたといい得るので、検査が義務づけられるとしたのである。この変化には、食品安全、消費者保護などに関する国民の意識の変化も存在したと思われる。

(三) カネミ油症事件

事例の第三は、昭和四三年に発生した、カネミ倉庫株式会社が製造した米ぬか油（カネミライスオイル）の中に、熱媒体カネクロール（PCB）が混入していたため、多くの摂食者に有機塩酸中毒が発症した事件である。当時カネクロールの有害性は認識されていなかったとされている。その意味で「未知の危険」に対する予見可能性が争われたといつてもよい。

そして、福岡地小倉支判昭和五三年三月二四日（判時八八五号一七頁）は、たしかに「PCBの毒性が広く一般に認識され研究されるようになったのは、本件発覚以降のことであることが認められる。しかし：その安全性につき未知の芳香族の塩素化物として警戒さるべき物質であつたとも考えられる。即ち、右のとおりPCBは工業用品であり食

品等ではないため、人体に摂取された場合の影響まで関心が払われず、その科学的解明が十分なされるような段階でなかつたにすぎず、従つて化学合成物質たる工業用品であることから、むしろ人に摂取された場合には人体に何らかの不良な影響を及ぼす物質かもしれないと考えてその取扱いに慎重を期するのが社会的にも通常のことと考えられる。P C Bに対する国の規制についても、食品添加物であれば格別として、工業用品として製造販売された物質であり、劇毒物に指定された物質類似の急性毒性もなく、その蓄積毒性がさほど明瞭とされていない時に、特段の事情なき限り国の規制がなされるものとは必ずしもいえないと思われる。また、関係証拠上、カネクロールが多方面にわたり、多くの用途に利用されていたこともまた認められるところであるが、これが食品ないし食品添加物として、あるいは直接人体に少なからざる量摂取されるような用途に用いられたことはない。」として、被告人にカネクロールの有害性に対する客観的予見可能性が存しなかつたと解することはできないとした。

控訴審（福岡高判昭和五七年一月二五日・判時一〇三六号三五頁）では、予見可能性といつても、P C B混入の因果経過の予見可能性が問題となつた。因果の経過を構成する事実の全部あるいは因果の具体的機序の細部まで予見する必要はなく、因果関係の基本的部分についての予見があれば足りると解するのが相当である。これを本件についてみるに、本件蛇管の腐食貫通孔は、前示のとおり蛇管の材質上及び熱処理上の欠陥すなわち本件蛇管が固溶化熱処理の施されていないS U S三三鋼によつて作製されていたこと、右蛇管に対する強い腐食雰囲気的作用、すなわちカネクロールの過熱分解によつて発生した塩化水素ガスと蛇管内カネクロールに混在する水分と合して生成した塩酸が作用して粒界腐食を招来したこととの二条件が寄与して形成されたと認められるが、そのうちの基本部分は、本件蛇管がカネクロールの過熱分解によつて生成した塩酸の作用で腐食することにあり、この点の予見があれば、結果の予見可能性を

肯定するに十分で、これを超えて腐食の経過、機序あるいは種類、性質等に関して認識する必要はなく、その認識の欠如があったとしても予見可能性を肯定する妨げにはならないというべきである。そして、さきに認定した如く、被告人は本件蛇管の材質に関して誤解をし、ステンレス鋼腐食の機序や種類、性質に関して詳細を知らなかったけれども、カネクロールの過熱分解によって装置内に塩酸が生成する可能性があること及びSUS三三鋼といえども塩酸によつて腐食することは知っており、したがつて、本件蛇管腐食の予見可能性は十分肯定しうる」としたのである。この点は、後述の「中間項の理論」との関係で検討するが、判例は、具体的予見可能性説を採用しつつも、未知の事態について、危惧感説が求める結論の大部分を、可罰的なものとしているのである。

(四) 柔道指導事故

船山教授が「危惧感説によつて裁かれた事故」と指摘される事例の四は、柔道教室で柔道指導中に生徒（小学六年生）に重傷を負わせてしまった事案である（長野地判平成二六年四月三〇日TKC二五五〇三八五一）⁽³⁾。

弁護人は、頭部を直接打たないのに架橋静脈の破綻によつて急性硬膜下出血が発症し、重大な障害を負うに至ることがあるとする知見は、柔道界では一般的でなく、被告人にとつて被害者の負傷は予見できなかったなどと主張したが、長野地裁は、「傷害の発生機序の詳細まで予見できなければ注意義務を認めることはできないとはいえないのであつて、技量・体格等が未熟な者が強い力で投げられ、畳に打ち付けられるなどすれば、直接打撲した部分に限らず、身体各部に無理な力が加わり、そのような無理な力が加わつた身体の部分に何らかの障害が発生しうることは十分に予見可能であるから、上記のような注意義務を認めることの障害にはならないというべきである」と判示し、事故当

時いまだ受け身の習得も十分でない技量未熟な発育途上の小学生に対する被告人の本件事故の際の投げ方は、その力加減の点で、本件年少者に対する投げ方の程度をはるかに超えていることは明らかであつて、被告人には過失が認められるとして禁錮一年（執行猶予三年）を言い渡した。

ここでも、具体的な予見可能性を要求することの問題点がみられるが、次に述べるように、「因果経過の予見可能性」に関し、判例は、少なくとも「微細な部分に至るまでの予見可能性」は要求していない。その結果、不当な結論にいたる判例はほとんど見られないのである。

四 危惧感説と具体的予見可能性説の対立点

（一）結果の具体性

予見可能性についての実質的対立点を整理すると、（一）どの程度の具体的・個別的結果を予見の対象とするか、（二）結果発生にいたる因果の経過を予見の対象に含めるか、含めるとしたらどの程度詳細な部分についてまでか、（三）どの程度の結果発生の蓋然性と、その認識の容易性が存在すれば、過失責任を基礎づけ得るかの三点にまとめることができる。そして、具体的予見可能性説と不安感説の実質的対立点は、（三）の点に限られるように思われるのである。

まず、客観的に結果が認定されて、その予見可能性が必要となる。ただ「具体的結果の予見」といっても、例えば、特定の被害者が何日何時何分に死亡したことの予見を問題にすることが不合理で、一定の抽象化が必要なことは争いがない。その意味でも、危惧感説との差は相対的なものに過ぎない。たしかに、強力な小型爆弾を列車に置き忘れ乗

客多数が死亡した場合、置き忘れた場所すら失念していても、過失致死罪の責任は免れ得ないであろう。もとより、構成要件結果（人の死）の予見は必要であるが、それ以上の具体的な内容の予見が不可能でも、過失責任は問い得る。また、結果の個数を重視すべきでもない。危険な行為により複数人を死亡せしめたが、一人の死のみが予見可能であった場合に、一人に対する過失致死罪のみが成立すると考えるのは合理的ではない。

（二）因果経過の予見可能性と中間項の理論

実は、因果関係の予見可能性も、過失責任にとっては重要ではない。むしろ、行為時に因果経過の基本的部分の予見可能性を問題にすることは妥当ではない。結果の予見が可能であればそれだけで責任非難は可能であり、逆に結果の予見可能性がなくなると、現に生じた因果経過を予見し得なかったとして責任非難を否定することは不合理である。^④ たしかに、事後的にみて余りに突飛な因果経過は、相当性を欠くとして客観的帰責が否定される。しかし、行為時における一般人の目からみた責任非難という視点からは、最終結果の予見可能性のみを問題にすれば足りる。この点は、故意の場合に因果関係の認識が不要なのと平行なのである。

判例は表面上、因果関係の基本的部分の予見可能性を重視している。ただ、結果の予見可能性にプラスして、因果経過の予見可能性がなければ過失犯が成立しないとしているわけではない。判例は、最終結果の予見可能性を直接吟味することが困難な場合に、それを認識すれば一般人ならば結果を予見し得るだけの中間項を設定し、中間項の予見可能性があれば最終結果の予見可能性があるとするに過ぎない。判例は、この中間項を「因果経過の基本的（重要部分）」と表現しているように思われる。因果経過の基本的部分の予見可能性は、あくまで、結果の予見可能性判定の

道具なのである（このような中間項は、現に生じた結果の予見が容易な事案には必要ない。それが困難な場合にはじめて機能する）。この中間項は、その予見があれば、一般人ならば次の中間項ないし最終結果の認識が十分に可能なものでなければならぬ。そのことを前提としてはじめて、中間項の予見可能性を結果の予見可能性に置き換えることができるのである。

そして、現に生じた因果の流れがいかに希有なものであっても、他に当該結果に到達する因果の経路が容易に想定される場合には、抽象度の高い中間項を設定し得る。つまり中間項の予見可能性は高まる。これに対し、当該結果にいたる因果の経過が他に考えにくい場合には、具体的に生じた因果経過に近い「小さい」中間項となるのである。

（三） 予見可能性の程度

予見可能性を成立せしめる結果発生の蓋然性とその認識の容易性の程度の点こそが、不安感説と具体的予見可能性説との相違点である。前者は「ある種の危険が絶無であるとして無視するわけには行かないという程度の不安感」で足りるとするのに対し、後者は「構成要件的結果発生 of 具体的予見可能性」が必要とする^⑤。

この点、全く初めての事象・人類が当面したことのない未知の危険に関しては、不安感説でなければ過失責任は問い得ない。また、既知の危険だが、結果発生 of 確率の極めて低い場合、ないし、結果発生 of 認識が非常に困難な場合も、同様である。判例も、ハイドロプレーニング現象による事故は当時としては予見不能であるとした（大阪高判昭和五一年五月二五日刑月八卷四二五号二五三頁）。危惧感説によれば、たとえば雨中を高速で走行すれば、ハイドロプレーニング現象の予見は不可能でも不安感がなかったとはいいい得ないであろう。また、新工法による新四つ木橋事故

に關しても、設計者等の過失責任を否定したのである（東京地判昭和五四年六月二五日判時九四一号六頁）。漠然と危険を感じても、一般に未知の事象については刑責を問ひ得ない。

問題は、類似の状況において危険性が過去に発生していたり、その事案そのものではないが、関連する事故の経験があるような場合なのである。

（四） 水俣病控訴審判決

結局、予見可能性の実践的課題は、処罰に必要な「予見可能性」の限界をどう確定するかにある。ここで、森永ヒ素ミルク事件、カネミ油症事件と同様、一般に具体的予見可能性が欠けるのではないかとされながら、具体的な予見可能性を認定した水俣病刑事事件控訴審判決（福岡高判昭和五七年九月六日判時一〇五九号一七頁）を分析しておくことが有用である。

福岡高裁は、「人が水俣工場の排水中に含有される有毒物質により汚染された魚介類を摂食することによって、水俣病に罹患し、死傷の結果を受けるおそれのあることの予見があれば、業務上過失致死傷罪の注意義務を構成する予見可能性として欠くところはなく、所論のようにその有毒物質が一定の脳症状を呈する特定の化学物質であることの予見までも要するものではない」と判示した。すなわち、有機水銀が原因物質であることの予見は不要としたのである。水俣病発症の因果の中で圧倒的に重要な意味を持つ有機水銀の介在は、予見すべき因果関係の基本部分ないし重要部分ではないとされたことになる。福岡高裁のいう重要部分とは、(イ)工場排水中に有毒物質が含有されていることと、(ロ)有毒物質が魚介類を経由して人体内に入ることのみなのである。これらが中間項であり、その予見が可能な

ので過失責任は認められるとしたのである。

これに対し、森永ヒ素ミルク事件に関する徳島地判昭和四八年一月二八日は、中間項として「注文したものと異なる薬品の納入」を問題にした。たしかに被告人に、この点の予見可能性を認めることは不可能ではないであろう。しかし、問題は「注文したものと異なる薬品の混入」の認識があれば一般人が死傷結果を予見し得るかである。食品公害など問題にされたことのなかった実行行為当時において、「毒とは特定できないが何か別の物が混入することは考えられないことはない」という認識だけで、死傷結果の予見を要求するのは困難である。この点、ヒ素と特定しないまでも「なんらかの毒性のある物の混入」の予見が可能であれば、最終結果につき責任非難が可能であろう。しかし、裁判所は、毒物混入の予見は不可能であったとしている。そこで、「注文したものと異なる薬品の混入」から生じる不安感・危惧感により過失責任を説明しようとしたのである。しかし、これだけでは不十分だと考えたのが第一審の徳島地判昭和三八年一〇月二五日であった。これに対して、差し戻し後の判決をよく見ると、徳島地判昭和四八年一月二八日は、乳児の食品に使うには、安全性の高い「規格品」に限るべきであり、第二燐酸ソーダを食品添加物として使用するに当たっては規格品でないものを発注した場合には、毒物混入の予見可能性があると判断したとも解し得る。毒だとは考えられてはいないが、工業製品のPCBを食品に添加する場合も、食品事故などの経験が積み重なる中では、予見可能性が認められると考えたのである（福岡地小倉支判昭和五三年二月二四日）。

（五） 中間項の具体例

浦和地判平成八年七月三〇日（判時一五七七号七〇頁）は、井戸水から大腸菌群等が検出され保健所から飲用の際に

は滅菌するよう指導を受けていた幼稚園の園長が、滅菌措置等を講じないまま園児に供給し続け、そこに含まれていた特殊な病原性大腸菌「O―一五七」が原因で園児を死亡させた事案について、いわば未知の存在であった「O―一五七」という直接の原因となった大腸菌の予見可能性を欠いても過失は認められるとした。たしかに病原性大腸菌O一五七によって死亡したという因果経過の重要部分の予見は園長には不可能であったが、中間項である「大腸菌が混入し飲用不適」の認識があれば、一般人ならば園児の病死の予見は可能であったといえよう。

最決平成一二年一月二〇日（刑集五四卷九号一〇九五頁）は、電車トンネル内の電力ケーブル敷設工事において、ケーブルをY分岐接続器という特殊なものによって接続したが、アース端子を通して大地に流す導通路を確保しなかったため、高圧電流によってY分岐接続器内部の半導電層部に漏えいして、徐々にこれを加熱し炭化させた上、アーク放電を発生させて発火し、電力ケーブル外装部に燃え移り、煙と有毒ガスを蔓延させ、トンネル内に進入した列車の乗員等を死傷させた事件に関し、「炭化導電路が形成されるという経過を具体的に予見することはできなかったとしても、…電流が大地に流されずに本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けることによって火災の発生に至る可能性があることを予見することはできたものというべきである」とし、大量の電気が「本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けること」を中間項として予見可能性を認めたのである。

最決平成二二年一月二七日（刑集六三卷一一号二六四頁）は、人工の砂浜の砂が、砂防板破損のため徐々に海に吸い出され砂層内に空洞が発生していたところ、その上を小走りに移動中の被害者が、その重みによる空洞の崩壊のため生じた陥没孔に転落し埋没して死亡した事故に関し、砂浜等の管理者に過失を認めた。砂層内の空洞の発生の認識不可能だったとするのに対し、少し離れた砂浜において繰り返し発生していた陥没を認識し、その原因が防砂板の破

損による砂の吸い出しであると考えて対策を講じており、耐用年数が約三〇年とされていた防砂板が数年で破損していることが判明していたわけで、本件事故現場を含む砂浜において、「防砂板の破損による砂の吸い出しにより陥没が発生する可能性があることを予見することはできた」と判示した。「砂防板破損による砂の吸い出し」という中間項を、追加することにより、一般人ならば結果の予見が可能だとしたのである。

原発事故の場合も、電源の遮断が起るこの予見可能性、さらにそれ以外の今回の事故結果につながる危険を認識させる事情の有無の慎重な吟味が要請されるといえよう。

危惧感説も「今までに起きたことがなく、どのようなメカニズムで発生するのが確実に分かっているような未知の危険であっても、『起きる可能性が合理的に予測される危険』については、業務の性質によつては責任を問ひ得る」とする。それに対し判例は、『起きる可能性が合理的に予測される危険』を、中間項の設定の可否という形で吟味しているともいえるのである。中間項は、その予見があれば、一般人ならば次の中間項ないし最終結果の認識が十分に可能なものでなければならない。そのことを前提としてはじめて、中間項の予見可能性を結果の予見可能性に置き換えることができる。具体的結果の直接の予見が不可能でも、過失責任は問い得るのである。そして、現に生じた因果の流れがいかに希有なものであっても、他に当該結果に到達する因果の経路が容易に想定される場合には、抽象度の高い中間項を設定し得る。つまり中間項の予見可能性は高まるのである。

- (1) これまでの過失に関しての拙論の主なものは以下の通りである。以下の記述は、これらの研究を踏まえたものであるが、この機会に考えを深めたつもりである。

「過失と予見可能性」『判例と学説・刑法Ⅰ』二二七―二三八頁（昭和五二年六月）、「許された危険」『現代刑法講座三』二五〇四八頁（昭和五四年七月）、「坂東三津五郎フグ中毒事件」ジュリスト七四三号一六六頁（昭和五六年六月）、「結果の予見可能性―水俣事件控訴審判決を手がかりに」ジュリスト七八四号四六〇五三頁（昭和五八年二月）、「医療過誤と過失犯の理論」『医療と法と倫理』二二〇〇四〇九頁（昭和五八年九月）、「監督過失」法学教室六三三号五六一五八頁（昭和六〇年十二月）、「ガス爆発事故と過失責任」『昭和六〇年度重要判例解説』一四七頁（昭和六一年六月）、「骨折治療による阻血性拘縮と医師の裁量」『医療過誤判例百選』一四二―一四三頁（平成一年六月）、「過失犯の構造」法学セミナー三四卷一〇号一三二―一三三頁（平成一年一〇月）、「法定的符合説と予見可能性（刑法演習講座一）」法学セミナー三五卷一号五六頁（平成一年一二月）、「旧過失論と新過失論」『刑事裁判実務大系五「交通事故」』（平成二年一月）、「監督過失について」法曹時報四二卷二号一頁（平成二年二月）、「過失犯論」『ホーンブック刑法』（平成二年四月）、「過失犯についての一考察」『平野龍一古稀記念』二九九―三三三頁（平成二年九月）、「過失犯の実行行為」法学教室一四三三六〇―六四頁（平成四年八月）、「過失犯における結果の回避可能性と因果関係」法学教室一四四号五六〇頁（平成四年九月）、「過失犯論の現代的課題―戦後の理論的展開を踏まえて」法学教室一四六号一一―三三頁（平成四年一月）、「業務上過失致死傷罪と予見可能性」警察学論集四七卷二号一二五頁（平成六年二月）、「ホテル火災と監督過失」警察学論集四八卷一〇号一八九―二〇五頁（平成七年一〇月）、「ホテル火災と死傷結果の予見可能性」東京都立大学法学会雑誌三六卷二号五六七頁（平成七年十二月）、「骨折治療による阻血性拘縮と医師の裁量」『医療過誤判例百選二版』三八頁（平成八年十二月）、「過失について（二）」法学教室二〇〇号七四頁（平成九年四月）、「過失について（二）」法学教室二〇一四八頁（平成九年五月）、「過失犯論について―医療過誤を手がかりに」『司法研修所論集五〇周年記念論文集三卷（一九九七Ⅲ）』二八頁（平成九年十一月）、「予見可能性の対象について―食品事故を中心に」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（二）』二七〇四四頁（平成一〇年三月）、「教育と事故―その刑事責任についての一考察」都立大学法学会雑誌三九卷一号三九頁（平成一〇年六月）、「国民の安全を守る義務と許された危険」研修六一五号三頁（平成一一年九月）、「過失の概念」『刑法の争点三版』七四頁（平成一二年一月）、「火災の予見可能性と中間項」研修六三三三三頁（平成一三年三月）、「予見可能性の内容・程度と許された危険」研修六三七号三頁（平成一三年七月）、「エイズ禍と刑事過

失—医療過誤と結果回避義務」判例タイムズ一〇七六号三—一四頁（平成一四年二月）、「薬害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決」判例評論五一六（判時一七六七）号一八五—一九四頁（平成一四年二月）、「無謀な自動車運転の責任強化」警察政策四卷一号二五〇頁（平成一四年二月）、「過失犯論の課題」現代刑事法四卷六号二三頁（平成一四年六月）、「刑法演習—因果経過の予見可能性」法学教室二八九号一六八—一六九頁（平成一六年一〇月）、「刑法演習—信賴の原則」法学教室二九三号一四二—一四三頁（平成一七年二月）、「予見可能性と信賴の原則」『神山敏雄先生古稀祝賀一卷』六九—八五頁（平成一八年六月）、「医療過誤と重過失」都立大学法学会雑誌四九卷一号八三—一一六頁（平成二〇年七月）、「過失犯における結果の予見可能性の認定」警察学論集六三卷七号一四八—一六六頁（平成二二年七月）、「事故調査と過失責任」警察学論集六四卷一号一三六—一五四頁（平成二三年一月）、「自動車・電單車事故の原因の確定と構成要件該当性」警察学論集六五卷八号一三九頁（平成二四年八月）。

（2） 弁護側は、ふぐ中毒死の事案に関し、予見可能性を欠くとし無罪判決を挙げて争った。この点に関しては、「予見可能性の対象について—食品事故を中心に」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（二）』二七—四四頁（平成一〇年三月）、さらに「坂東三津五郎フグ中毒事件」ジュリスト七四三号一六六頁（昭和五六年六月）参照。

（3） 長野地検が、二度にわたって不起訴にしたのに対し、長野検察審査会が二度にわたり「起訴相当」の議決を行ったため、指定弁護士により強制起訴された事案であった。

（4） サウナの失火の事案に関し、最決昭和五四年一月一九日（刑集三三卷七号七二八頁）も「無炎着火による火災」という特殊な経過が予見できなくても、失火罪の成立を認め得ないとするのは妥当ではないとしている。また、東京高判昭和五三年九月二一日（刑月一〇卷九—一〇号一九一頁）も、ベニヤ板から一〇cm離れたガスコンロにやかんをかけっ放しにして火災を生ぜしめた事案で、実際にはベニヤではなく、ガスコンロ下のラワン材が燃え出した場合に、ベニヤ板が燃える予見可能性がある以上、過失の成立を認められるとしている。

（5） 既知の危険に関しても、国民が過失非難を納得し得る程度の「結果発生認識可能性」が要求されなければならない。ただそれは、結果発生客観的確率の高さを意味しない。実際にはかなり発生している事象でも、あまり知られていない場合は

予見可能性を欠く。逆に、ホテルや百貨店の火災のように、実際の発生件数は多くなくとも、過去の多くの大事件の存在から、一般に予見可能なものもある。大規模火災や航空機事故等は、過去の経験から防止措置を講じているため、発生件数が少なくなっている面があることに注意しなければならない。

起訴基準見直し論に対する一考察

加藤 康 榮

I はじめに

II 検察官の公訴権行使の在り方

- 1 戦前の予審制度の廃止から戦後の新しい検察官制度へ
- 2 検察官の公訴権行使に対する制御・チェック機能
- 3 裁判員制度の導入及び検察審査会法の起訴強制制度への改正の意義と問題点
- 4 小 括

III 起訴基準見直しへの展開

- 1 起訴するために必要な「嫌疑の程度」の基準
- 2 起訴基準見直し論を巡っての学説展望
- 3 起訴基準見直しへの管見の整序

IV おわりに

I はじめに

我が国の刑事司法は、戦後予審制度が廃止されてアメリカ法の当事者主義による公判中心主義が導入されたが、運用実態は検察官が捜査を徹底し起訴を厳選することで始まる「精密司法」であり、一〇〇パーセント近い有罪率を維持してきた。この運用に対し、学界から平野龍一博士が「捜査は糾問的でなく、これを弾劾的捜査観で抑制し、緩やかな基準で速やかに起訴し、公判中心主義を徹底するべし」との主張がなされた。しかし、多数説も弾劾的捜査観にはゲットしながらも、実務の「綿密捜査・慎重起訴」の運用はむしろ支持し、「精密司法」の現状が維持されてきた。

ところが、二一世紀に入り被害者参加を皮切りに国民の司法参加が潮流となった。特に裁判員制度は、「国民が司法執行の主体」との建前論に始まり、結局、司法に対する国民の「理解増進と信頼向上」に資することとして（裁判員法一条）、制度設計の趣旨を変えながら導入され、五年間の周知準備期間を経て平成二十一年五月から実施された。更には、検察審査会法の起訴強制制度への改正もなされたが、これら制度の定着に向け担い手の奮闘は続いている。しかし、折から足利事件等の再審冤罪事件や取調べの問題事件が相次ぎ、被疑者取調べの可視化（録音・録画）が具体的に検討され始めた。そして、その可視化の試行も始められている過程で、今度は検察官の重大な職務上の不祥事が起きたことから、「検察再生に向けて」の検討に入り、法制審議会特別部会も「被疑者の取調べ及びその供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方」の審議に入った。その結果、取調べ可視化や一部司法取引等新たな制度導入となる法改正案が同二十七年通常国会に提出され、衆議院では一部修正の上可決されたが参議院において一旦継続審査となったものの、翌二八年通常国会の五月二四日成立するに至っている。他方、従来の運用である「綿密捜査・慎重起

訴」の現状に対しても、田宮裕博士らの「慎重な起訴基準を維持しつつ、当事者によるチェックを推進する」との改革案では不十分として、先の平野博士の主張を支持する議論が再浮上してきた。^①

そこで本稿では、元検察官の立場から従来からの起訴基準見直し論を再考することとした。^② その視点としては、①検察官が戦後廃止された予審判事の役割も一部担い、公訴権を原則独占して遂行するに至った経緯とそのチェック状況を概観した上で、②導入された裁判員制度や検察審査会の起訴強制制度の意義、その運用状況、問題点と改善点を分析し、次に、③これら制度が検察官の起訴基準の見直し論と連動する構造を考察する。そして、④起訴に必要な犯罪の「嫌疑の程度」に関し、主要な判例・学説を分析して、戦前からの起訴基準である「有罪の確信」（確信基準）を堅持するのか、それともより緩やかな基準へと見直すのかという根本問題を検討し、また、これに関連して、⑤検察官の起訴裁量権に基づく事件処理（略式命令請求等起訴の種別）のセレクト基準の問題にも言及することとした。

こうして管見としては、検察官の公訴権行使の在り方として起訴基準は基本的には従来の確信基準を維持すべきものと考ええる。しかし、民意反映と公判活性化への視座から、一定の事件については確信基準の「柔軟弾力的」な運用を図り、その基本ガイドラインの策定へと展開することを提言するものである。

なお、刑訴法二四八条の起訴猶予の基準とその運用や関連する問題自体の検討は、別の機会に譲ることとした。

Ⅱ 検察官の公訴権行使の在り方

1 戦前の予審制度の廃止から戦後の新しい検察官制度へ

(1) 予審制度における検事と予審判事の役割分担の意義

戦前の刑事司法では、当初は起訴法定主義と解されて検察官(検事)が緩やかな捜査結果を踏まえて公訴を提起し、予審判事が、嫌疑が十分でない被疑者を早期に見極めて釈放する役割を担任していた。その意味では、アメリカ法の予備審問にも類似し、既にして手続構造上は「公判(法廷)中心主義」を志向していたと言える。

我が国の検察官は、フランス法に倣った明治の治罪法時代では自ら捜査することは殆どなかったが(欧米の検察官は、今も殆ど直接の捜査や被疑者取調べなどはない)、改正法になるいわゆる明治刑法訴訟法(明治三三年公布)以後、検察官が被疑者取調べをしないで起訴することはないという世界無比の慣行が生まれた。それは当時、無罪率が予審免訴を含めて約五〇パーセントの高率で国民の批判を受けたことからであった。そこで、検事が明治三〇年(一八九八年)ころから、捜査・起訴の運用に関し、自ら事前に取調べをする「実質捜査する弾劾機関(公訴官)」へ、しかも「綿密捜査・慎重起訴」へと変え、それは必然的に起訴便宜主義(大正一一年公布の大正刑法で明文化)への流れともなった。その結果、大正五年(一九一六年)の統計では予審免訴七パーセント、公判無罪二・五パーセントまで激減させる実績を示し、以後検察官の公訴権行使は一〇〇パーセント近い有罪率となる「綿密捜査・慎重起訴」⁽³⁾との起訴基準を定着させるに至った。これは、我が国の刑事司法の基本柱が実体的真実主義である以上、必然的な流れであった。

(2) 戦後の改正現行刑事訴訟法の制定過程と検察官の権限

現行法は戦後、GHQ（連合国軍総司令部）の指示・指導の下、予審制度は廃止したが、その後もGHQからは勾留中の被告人が裁判官に対して、事件を公判に付する嫌疑があるかどうかの決定を求める予備審問制度の導入が示唆されたり、学界の一部からも更なる新しい予審制度の提言があつたり、⁽⁴⁾あるいはこの戦後の改正現行法の立案に関与した法務当局者から、予審有用論が出されたりもした。⁽⁵⁾しかし、今やそのストレートな予審復活論には接しない。それは、捜査に関し、警察が第一次捜査機関として独立した地位・役割を果たして事件処分を裁判所へ繋ぐにあたって、予審判事の代わりに検察官をその媒介者として介在させることが、有用なシステムとして十分機能してきたからであると言えよう。検察官の機能に関する改革は、裁判所から分離独立し、予審制度廃止に伴いその強制捜査権限を検察官等の捜査機関に移管した上、その代替措置として令状主義を憲法、改正現行法に規定し、また、検察官には国家訴追主義としての公訴権の原則独占と起訴便宜主義が維持される一方で、当事者主義も導入された。また、GHQは検察官の公訴権行使を、アメリカ法流に捜査記録を読んだだけで嫌疑のない起訴かどうかが判明する程度の「緩やかな起訴基準」を前提に捉えるが、日本側は法曹三者とも、検察官が起訴するには嫌疑の程度が一〇〇パーセント近く有罪と確信するものでなければならぬとする戦前からの実務での確信基準を撤回しなかった。このため、GHQも結局これを諒としたが、捜査の勾留期間は予審制度での「二か月間」（更新あり）⁽⁶⁾とすることを認めず、新しい捜査の勾留期間は延長を含め原則最大二〇日間に短縮された。しかし、この短い勾留期間の中でも検察官は国民の要請に従い、「綿密捜査・慎重起訴（確信基準）」の基本を貫いてきた。ただ、検察官への権限集中型になる役割分担の在り方について、極めて重要な論点を提供することとなった。すなわち、司法手続の出発点となる重要な公訴提起行為が裁量

行為であることから、可能性としては起訴・不起訴判断の誤り、高じての公訴権濫用、違法な捜査手続等の危険のほか、被疑者等事件関係者に対し人権蹂躪を招く危険をも孕むダイナミックな制度設計であるとの指摘になる。

確かに、検察官の公訴権行使は独占的であるだけに、その救済手段、制御・チェック機能の吟味は重要である。

2 検察官の公訴権行使に対する制御・チェック機能

そこで、検察官の捜査権限は刑事司法システム上補充的な範囲で認め、公訴官に原則徹しさせて起訴基準を従来よりも緩和した運用へと変革を遂げさせることにより、必然的に公判（法廷）中心主義へ導出させるとの案が生まれる。

ところが、検察官は廃止された予審判事に代わってその起訴・不起訴処分の適否のチェックという重い役割を「自己チェック」で担ってきた。それは、検察官は独任官庁ながら内部での有効な決裁制度のほか、重要事件では上級庁まで協議をし、最後は「検察官同一体の原則」で整理統一を図るという組織構造から、誤りは組織的には是正してきた。そして、起訴された事件は裁判所が「精密司法」で、収集された証拠が適正手続を履践しての誤りのないものかどうかを、検察官と弁護人間の本証と反証の攻撃防御のなかで精査して、事案の真相を解明し冤罪を防ぎながら適正な科刑に至るというものであった。一方、不起訴処分に対しては、民意反映の制度として、検察審査会法による審査員（選挙権を有する国民から抽選で選任）の審査のほか、公務員の職権濫用等罪については裁判所が直接チェックする付審判制度（準起訴手続—刑法二六二条以下）によって、その機能の役割分担をしてきた。予審判事の機能的役割を検察官にだけに集中的に負わせることから、この検察官による捜査の主宰と起訴・不起訴の処分を巡っては、予審的機能を有する公判前の「前捌きのシステム」の構築など、その裁判官的機能の抑制・分散化、あるいはその他の実質的制御方策等新たな具体的制度設計の議論も呼ぶが、ともかくもそのような思索をすること自体に、現代的意義があらう

かと思われる。

そこで、今や国民の司法参加と、それによる「公判の活性化」という大きな時代の潮流にあつて、予審制度再来による裁判所からのチェックではなく、「民意」の関与・反映こそ重要であるとの「現代的視座」の確認である。

3 裁判員制度の導入及び檢察審査会法の起訴強制制度への改正の意義と問題点

(1) 檢察官の公訴権行使に対する「民意」からの控制・チェック

起訴された重罪事件の「裁判」に国民が裁判官と同等の権限で参加する裁判員制度が導入された。また、不起訴事件に対しても、檢察審査会法で是正勧告の議決でチェックしてきた参加国民に「起訴強制」権限まで改正付与し、檢察官の公訴権行使に対するチェック機能を強化し、一部民衆訴追に途をつけ、あるいは、アメリカ法の大陪審的制度志向かと思われるような変容を図った。

こうして生まれた「国民による刑事司法チェック」というパラダイムシフトをどう受容していくかである。実務では、従来の公訴権行使の運用を基本としつつ、適宜改善を重ねて新制度の定着化に努め、新たな制度改革の要請が生まれればこれに対応するということであろう。しかし、司法参加の「主体国民」(裁判員、檢察審査員、更に「被害者参加」の被害者)と「客体国民」(犯罪者)との「国民の二分化」、「ペナル・ポピュリズム」の問題、「訴追抑制の要請との関係」等の問題点の指摘も考慮し、⁽⁷⁾ また起訴強制制度も、その実施以降件数が少なく無罪判決も多いが、引き続き検討課題としていく必要がある。

(2) 裁判員制度の導入経緯と問題点

この制度改革の真の契機となった事由は、必ずしも分明ではない。⁽⁸⁾ アメリカや経済界からの日本の民事裁判の迅速

化要請の声は耳にした。ところが、刑事裁判では再審無罪等の個別問題点の検討などはあったものの、その審理迅速化の要請や誤判が多発するなどの事実もなく、陪審制の復活等制度改革の動きなども殆ど見られなかった。むしろ、訴訟当事者の協働による「精密司法」の運用実態が積極評価のなかで定着し、世界に冠たる事件の検挙率、治安の良さや有罪率を誇り、法曹、学界や当の国民もこの大改革には戸惑いを示す者が多かったというのが実情であった。⁹⁾

裁判員制度では、否認して争う事件こそ公判（法廷）審理に一層意義が見出されるが（自白事件を含めて対象重罪事件は、年間全事件の約三パーセントの二〇〇〇件台で推移）、否認して争う事件は、従来からアメリカの陪審事件と割合的には大差がない。すなわち、アメリカでは、全処理事件の九五パーセントはアレインメント（有罪答弁）で証拠調べなくして有罪とされ、そのための司法取引が定着し、陪審を選択するのは、陪審員の無罪審判に一縷の望みをかけ、敏腕弁護士を擁して争う重罪被告人であることが多い傾向にあることはよく指摘されているところである。¹⁰⁾

我が国では自白事件の場合、供述調書が同意されてその供述の信用性の程度で裁判が決せられる。そして、否認事件の「争う法廷」では、証人や被告人が真実を語ることを避ける傾向があるため、結局、捜査段階での供述調書が伝聞証拠の例外規定によって証拠として採用され（証人は刑訴法三三二条一項二号の書面が多い。また、被告人の自白調書は三三二条一項書面になる。）、それに信用性が認められるというのがこれまでの審理の実情であった。そのため「調書裁判」とまで言われるが、裁判員制度を導入したからと言って、争いのない自白事件では調書が同意されるのは証拠法が従前通りである以上当然である（証人の捜査段階での供述調書は刑訴法三三六条の同意書面であり、被告人の供述調書も同様の扱いとなる。）。

結局、裁判員制度は、裁判員のリテラシー、判断の不安定さ等問題点も抱えており、種々の見直し点の指摘もある。

また、制度が国民の多大な労力、膨大なコストと資源投資（制度運用のために投ぜられている国家予算等）で運用されている点での「費用対効果」の観点からの指摘もあり、積極的に改善に向けて対応すべきでもの¹¹と考える¹²。

（3） 檢察審査会法の起訴強制制度への改正法の問題点

今関源成教授は、広い裁量権を有する檢察官の権限行使の適正を監視する必要性は認めながらも、檢察審査会（檢察）がその議決の法的拘束力の付与によって、對檢察の監視機關から「被疑者の起訴を直接決定する権力機關」に変質したことから、檢察が不起訴とした被疑者の「訴追されない利益」を直接侵害する権能を手に入れたこと等を指摘する。このため、檢審は権力機關として、その制度の正統性及び決定手続の透明性、公正さ、決定内容の妥当性等を問われざるを得ず、その人権保障の姿勢が問われること、さらに、このような起訴強制手続の公開性、透明性、公正さの欠如に対する批判も、檢審が権力化すれば当然先鋭化し、檢審は匿名の告発者が檢察不起訴の場合に政治家の政治生命を絶つことを目的として政治的に利用することも可能な制度となったとの批判を展開している¹³。

檢察審査会の役割が「公訴権の実行に関し民意を反映させその適正を図るため」（檢審法一条）としている限りで、檢察官の公訴権行使の控制・チェック機能がその制度目的となるが、起訴強制制度となった以上は、本来の制度趣旨を超えて自ら訴追権限を行使する一部民衆訴追ないし米大陪審の起訴陪審的な機能へと存在意義を変えた。戦後GHQの指導で制定された同法の改正の意義は重要であるが、司法は、憲法上統治機構の一角を占め、その専門性から独立性が保障される法原理部門である。起訴強制制度は司法に直結する訴追方法に関し、裁判員制度同様、民主主義原理からの「民意」をもつて被告人の生殺与奪の権を握ることとなった。してみれば、事件の審理過程をブラックボックス化させてはならない。判決書や審査議決書における判断と審査国民の匿名性は、司法への「理解増進、信頼

向上」と「民意反映」とする制度目的と、それが重大な影響を及ぼす判断・審査結果との間に許容できないギャップを生じさせかねない。その判断・審査過程の透明性を確保した制度でなければ、国民の広範な持続的支持は望めないだろう。

時代の要請が刑事司法への「国民参加」であるならば、検察官の起訴処分に対しても起訴陪審ないしは検察審査員に「起訴審査」権限も与え、これに法的拘束力を付与するとの案も――私は支持しないが――、現実味を帯びてこよう。それは予審判事の役割をも付与するものであるが、そこまでいけば、アメリカ法の大陪審制度そのものの導入論にまで発展し、国民による検察官の公訴権行使に対する究極の制御・チェック制度となつていこう。¹⁴

4 小 括

如上のように、我が国の検察官の公訴権行使は、予審判事との役割分担の時代を経て、これが廃止された以後は一層慎重に行使用すること「精密司法」をもたらし、高い有罪率を維持するのが運用実態であることを概観してきたが、時代は今や「国民の司法参加」にある。ところが、裁判員制度の導入や検察審査会法の起訴強制制度への改正については、種々の問題点の指摘もある。このため、訴訟関係者には各制度設計の趣旨・目的を理解し、種々の問題点を改善しながら、その定着に向けて努力することが期待される。また、検察官の公訴権行使に対しては、至大な民意に因應するための起訴基準の見直しを検討し、更にはこれに必然的に関連する捜査の在り方、その方向性を再確認する必要があることである。

Ⅲ 起訴基準見直しへの展開

1 起訴するために必要な「嫌疑の程度」の基準

(1) 起訴するための嫌疑の程度が「有罪の確信」であることの意義

起訴基準は、戦前から嫌疑の程度を「有罪の確信」に達することに置くところの確信基準にある（ただ、刑事政策の観点から、犯罪の嫌疑は十分であっても、起訴便宜主義に基づいて起訴猶予処分とする事件は別論である。）。

検察官は、刑訴法一条が標榜する実体的真実主義、そして同法二四八条が規定する起訴便宜主義の下で、起訴基準は従来の予審判事の役割も果たすべく、当然有罪判決が得られる程度の嫌疑を有するものであることを求める。したがって、有罪の確信が持てないのに起訴すれば、検察官の行為規範になる誠実な公訴権行使義務を壟断する行為となる。「有罪の確信」とは、証拠を質量両面から客観的に総合判断して、有罪判決の「高度の蓋然性」があるとの確信的心証の形成心理をいうものと解される。有罪無罪の可能性が半々とか、被告人の反証の不十分さを期待しての有罪見込みなどであってはならない。戦前の予審時代の当初は、前述したように検事は役割分担によつて、ある程度の「嫌疑」の見極めでもつて起訴を行っていたが、それでは無罪が多く、国民の批判に晒されたがために、自らも取り調べ「綿密捜査」と「慎重起訴」で運用するようになり、その結果有罪率が格段に高くなつてこれが国民の強い支持を得、その運用が定着して行つたという歴史的事実がある。起訴基準の嫌疑の程度を、「有罪の確信」になる高度の蓋然性にまで高めたものであつた。

ドイツ刑事訴訟法では、近時は起訴便宜主義的に手続打ち切りの処分による範囲も増えてはいるが、伝統的に起訴

法定主義の原則を維持している。檢察官は十分な事実上の根拠が存する限り、訴追可能な全ての犯罪行為に関して捜査を開始する義務があること(一五二条二項)、捜査により十分な根拠が備わったときは、公訴を提起しなければならないことを規定して(一七二条一項)、公訴提起に十分な理由がある限りは起訴が義務付けられている。一方、被疑者の行為が犯罪を構成しない場合や、証拠が不十分である場合は、檢察官は手続を打ち切らなければならない(二七二条二項)。なお、起訴便宜主義的理由により手続を打ち切ることもできることは一五三条以下⁽¹⁵⁾。ドイツでは、今や起訴便宜主義的な手続打ち切りの運用が活発に行われており、このことに鑑みれば、起訴が同法の厳格な実体的眞実主義の理念下の捜査義務を前提にする判断である以上、「嫌疑(証拠)十分」との判断(それは、当然有罪の高度の蓋然性の判断となる⁽¹⁶⁾)ができない限りは起訴しないこととなる。そこで、我が国でも起訴基準を明文化するとすれば、起訴便宜主義下であっても、結局はドイツ法とほぼ同内容の規定になり、それは確信基準での判断となろうかと思われる。

また、英米法の刑事司法での有罪基準は「合理的な疑いを超える証明」に求め、その起訴基準は「起訴するに足りる充分な証拠」(有罪判決の現実的な見込み―無罪よりも有罪とする可能性が高い。)の有無を判断基準にしているとされる。その民事訴訟法では「証拠の優越」(蓋然性の程度が五〇パーセントを超える程度)で足りるとされている⁽¹⁶⁾。

(2) 起訴基準に関する裁判例・判例概観

裁判例として、①東京地判昭三九・四・一五(判時三七一・五)は、強姦致傷事件で無罪判決を受けた被告人提訴の国家賠償請求事件において、檢察官の公訴が違法どうかの判断基準を「起訴時に、公訴事実が犯罪の嫌疑十分で有罪の可能性の存否、すなわち犯罪の嫌疑が十分で有罪の判決を期待しうる合理的な根拠があったかどうかによるべきである」としている。判決は、実体上の犯罪の嫌疑の存在については「起訴時と判決時において証拠の量と質において

差異があるのが通常であり、かつ有罪判決と起訴の各段階においてそれぞれ要求される心証の程度には差があると考えられるから、起訴された事実について無罪判決のあった場合といえども直ちに起訴が要件を欠く違法なものであったとはいえず、起訴時に有罪判決の可能性が存じた限り当該起訴は適法である」とした上、その有罪判決の可能性とは「犯罪の嫌疑が十分で有罪の判決を期待しうる合理的な根拠のあることをいうのであって、単に犯罪事実の存在の可能性をいうのではない」とし、そこで要求される心証の程度については、罪を犯したことを疑うに足りる「充分な理由」（刑法二二〇条―緊急逮捕の要件）、「相当な理由」（同法六〇条―起訴前の勾留要件）よりも高度の犯罪の蓋然性が認められることを要するが、合理的な疑いをいれないまでの確実性は要求されない」としている。しかし、②名古屋高判平一九・六・二七（判時一九七七・八〇）は、住居侵入・窃盗事件で無罪となった被告人提訴の国家賠償請求事件においては、「現場の被告人の指紋が三年前のエアコン取付け工事の際に付着した可能性を排斥する合理的根拠が客観的に欠如しているのに検察官が起訴したのは違法である」として、国家賠償責任を認めている。

最高裁判例では、③最判昭五三・一〇・二〇（民集三一・七・一三六七）は、鉄道爆破等事件で無罪となった被告人提訴の芦別国家賠償請求事件において、検察官の公訴提起は、裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示であるから、「起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる」と判示している。また、有罪判決の程度に関し、④最判昭四八・一二・一三（裁判集刑事一九〇・七八一、判時七二五・一〇四）は、放火事件での犯人性認定の原判決を事実誤認があるとして、破棄無罪とし「『犯罪の証明がある』とは、『高度の蓋然性』が認められる場合」をいい、それは「反対事実の存否の可能

性を許さないほどの確実性を志向したうえでの『犯罪の証明は十分』であるという確信的な判断に基づくもの」とする。また、⑤最決平一九・一〇・一六（判時一九八八・一五九）は、爆発物郵送による殺人未遂事件において「刑事裁判における有罪の認定に当たっては、合理的な疑いを挟む余地のない程度の立証が必要である」と判示する。

次に、公訴権行使の適否に関する視点から、⑥最決昭五九・一・二七（刑集三八・一・一三六、判タ五一九・七六）は、宇野元代議士選挙違反事件につき、交付された金銭等が交付者との共謀の趣旨に従い受交付者から第三者に供与された疑いがあるにもかかわらず検察官が交付罪で起訴したことの可否について、「検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮して、被告人を交付罪のみで起訴することが許されるのであつて、このような場合、裁判所としては、訴因の制約のもとにおいて、被告人（交付者）についての交付罪の成否を判断すれば足り、訴因として掲げられていない受交付者との共謀による供与罪の成否につき審理したり、検察官に対し、右供与罪の訴因の追加・変更を促したりする義務はない」と判示している。当事者主義の下で起訴裁量権を有する検察官が、証拠上「有罪の確信」が持てない訴因での起訴は避け、実体的真実の点では縮小認定になつても、証拠上「有罪の確信」がある訴因で起訴するといふ公訴権行使を認める裁判所の判断が前提となつていふと解し得よう。

そして、⑦最決昭五五・一二・一七（刑集三四・七・六七二）は、熊本水俣病補償請求に関連して生じたチッソ川本事件（四名に対する傷害事件）の上告審の判断である。原審が公訴権濫用として公訴棄却の判決を言い渡したのに対し、公訴権濫用論については「検察官の訴追裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合がありうるが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」場合であると判示し、本件では検察官の訴追裁量権の逸脱はないとした（ただし、検察官の上告自体は刑訴法四二一条のいわゆる著反正義の解釈から棄却とした）。

この公訴権濫用論は、明文の規定はないが、従来から講学上、事由によっては類型的訴訟条件と同視すべき訴訟障害事由が考えられるとして、(a) 犯罪の嫌疑なき起訴、(b) 違法捜査に基づく起訴、(c) 訴追裁量権限の逸脱・濫用ないし不平等起訴―の三類型が挙げられている。およそ「有罪の確信」がないまま殊更恣意的に起訴するようなことがあれば、この公訴権濫用論の対象となり得ようが、弁護側による法廷戦術の一環としての濫用的主張も多く、この最高裁決定で本来は決着が図られたと見るべき法理と思われる。¹⁷⁾そして、この議論は「捜査・訴追を緩やかにし、あとは充実した公判審理でこそ行おうべし」とする弾劾的捜査観からは本来的には繋がり難く、この公訴権濫用論は、むしろ検察官の公益の代表者性と起訴の確信基準を厳格に求める視点からの主張と言えよう。¹⁸⁾

以上通観した公訴権行使に関する裁判例・判例によれば、裁判官の有罪判決における心証は「合理的な疑いを挟まない程度」に真実であるとの確信が必要であるが、国家賠償訴訟での「起訴の適法性」については、証拠を合理的に判断して「有罪と認められる嫌疑の程度」の起訴で足りるとしたものと解してよいであろう。ただ、検察官は有罪判決を求める以上、裁判所の有罪基準に合わせた確信基準をもって起訴せざるを得ない。しかも、前記平成一九年名古屋高裁判決(③判決)の見解に従えば、確信基準を緩和した起訴基準では許容されず、またその確信が境界線上にある事例ならば、なおさら起訴の慎重さが一層求められることとなる。

(3) 有罪判決を求める起訴と確信基準との関係法理

検察官の公訴提起は、有罪判決を求めるものであるから、裁判所の有罪判決の判断基準に従ってこれを決定するのは当然の法理である。起訴基準が「有罪の確信」であることは、いやすくも人を起訴して裁判にかけるといふ重大な公訴権を行使する以上、職務の当然の行為規範として戦前から定着しているものである。

また、証拠は時間の経過とともにその価値が逓減し（人証では記憶の減退化や他の情報の混入による記憶の汚染混濁化、物証では変質化・散逸化の可能性が避けられない）、起訴時点ではより多めの新鮮な証拠を揃えての判断が求められる。このため、検察官にとって一〇〇パーセント近い有罪の高度の蓋然性・確信がなければ起訴しないという「確信基準」は、当然の法理と解されてきた。起訴時までには収集し得た証拠能力を有する人証・物証の質量両面の総合的価値判断を行い、その結果「有罪の確信」の心証形成に達すれば起訴を決定する。そしてこの確信基準は、起訴前において到達し得る必要がある。例えば放火事件において、自白に基づくその実行行為に関する重要な火災実験を起訴後に行うということは、起訴時にその行為が科学的にそして経験則等から有罪の確信が持てる場合でない限り許されないものである。つまり、起訴後の証拠収集の可能性を見込んでの「見切り発車的起訴」などは許されないものである。また起訴後の補充捜査も許されてはいるが、それは起訴前に有罪の確信に達していたがその後証拠価値の逓減化に対応し、あるいは有罪の確実性を図つての上積みになる証拠の収集をする場合くらいである。

問題は、起訴時の「有罪の確信」が、有罪判決を得るための微妙な境界線上にある場合である。一般的に、起訴後の証拠価値逓減による補充捜査も見越しての起訴の積極判断は許されようが、そのような場合では、検察官によって消極判断を採る者も少なくない。¹⁹⁾ただ、法律判断や社会の耳目を集めた重大な特殊大規模事故事件等裁判所の判断を求める価値と必要のある事件かどうか等の視点も判断基準に加えて、そのような事件については積極的な公訴権行使（起訴）によるべきではないかと考えるが、この点は起訴基準見直し論の考え方にも関連するので後に詳論する。

2 起訴基準見直し論を巡っての学説展望

(1) 弾劾的捜査観の徹底による起訴基準見直し論(平野説)

平野龍一博士は、検察官の「綿密な捜査・慎重な起訴」の運用は公判中心主義を形骸化させるから、「確信のあるものだけを起訴するのではなく、何はともあれ裁判所へ連れて行き、ある程度の無罪はがまんすべき」と主張する。

これは、刑事司法の在り方は弾劾的捜査観に立脚し、捜査機関の捜査は一方当事者が行う公判の準備行為として、糾問的でなく抑制的に行い、検察官は緩やかな基準で起訴し、法廷で有罪無罪を決することこそ本来の姿とするものである。「現に、欧米ではそうであり、アメリカでは、検察官は被害者の告訴がある以上『一応の証拠』で起訴しなければならぬこととなっている。ところが、日本の裁判所は『有罪の確認』をすることになっている。その起訴に必要な嫌疑は、逮捕・勾留に必要な『相当の嫌疑』よりも高く、嫌疑が十二分確認されてはじめて起訴すべきものとしている。起訴が慎重なこと自体は好ましいようにも見えるが、起訴に高度の嫌疑が要求されると、訴訟の実質が捜査手続に移って、捜査機関に強力な強制権限を与えざるを得なくなる一方で、裁判所は検察官が有罪と確信したものを『念のために確かめる』だけになってしまう。実際我が国の第一審は、『検察官に対する控訴審にすぎない』と言えなくもなく、『検察官司法』といわれる。したがって、その刑事訴訟の実質は捜査手続にあり、それは検察官・警察官による糾問手続であるところから、問題はこの捜査手続ないし公判前手続をどのように構成するべきかにある」とされる。また、「ドイツでは予審制度が一九六四年の刑事訴訟法の改正により、検察官に予審判事の権限の一部を移譲することでその廃止が実現した。我が国では、予審制度を戦後廃止したが、刑事訴訟法上では予審判事の権限が検察官に移譲されてはいないものの運営上はかなり移譲され、これが現実はむしろ強化方向にある。結局、参審

か陪審制にでもしない限り変革できず、『我が国の刑事裁判はかなり絶望的である』と評された。⁽²⁰⁾

同博士は、その後は参審制を採用すれば、法廷で心証をとるようになり、捜査記録も「要を得た、事件の核心を突いた」短いものになって、取調べや身柄拘束の長さにも影響を及ぼし、法廷での証人尋問、反対尋問も核心的なものになるかもしれないとし、それは「ラフ・ジャスティス」ではなく、「核心司法」であると説かれるようになった。⁽²¹⁾

（2） 捜査と起訴（基準）に対する当事者によるチェック論（田宮説）

田宮裕博士は、弾劾的捜査観に立脚しながらも、その捜査観の本旨は「起訴は被告人にとって極めて重大な処分で、検察官は仮にも有罪の確信のもてない者を起訴すべきではないし、刑政の目的を他の手段で十分達しうるため刑事制裁を使うまでもない起訴猶予相当の情状がある場合には起訴を控えるべきは当然である。そういう確信をもてない場合は、不起訴にすることにある」と深い分析をされる。そして裁判所は、検察官の訴訟の監督者として嫌疑の有無を「相当の証拠」で審査するが、このことは「嫌疑の引継」とはならず、予断排除の原則にも反しない、として捜査に始まる訴訟構造をシステムの捉え、我が国での当事者主義の徹底を主張されるのである。

このように、捜査は当事者である捜査機関側と被疑者・弁護人側とが公判活動と同様、対等当事者として各準備し合う弾劾的捜査観によるべきであるが、ただそれと現行の訴追制度とはナチュラルには繋がらず、法の正当な適用を請求するという準司法官的性格を持つ検察官の「司法処分」的な訴追と、捜査の当事者の性格とはうまく繋がりに難い。したがって検察官に司法処分を行う地位・役割までを付与する訴訟構造は、当事者主義、弾劾的捜査の理想に反して本来は相当でないとの考えを示す。しかし同博士は、検察官の地位・役割が客観義務を負う準司法官として、確信基準での起訴になる現状はむしろ積極評価とする。すなわち、検察官制度が国家訴追主義を支えていることを前提に、

捜査の結果を調書にまとめて、これが証拠として事実認定に供する手続が定着し、それは起訴状一本主義を「一段階遅れた書証の引き継ぎ」と化させて捜査の結果が実質上優先することから、調書尊重主義すなわち書面審査の「調書裁判」となり、口頭弁論・公判中心主義を形骸化させる危険を孕んでいるということを指摘するが、しかしこの裁判手法によって、無罪率を最小限に抑え込んでいて、それは有罪の確信に至るまで証拠を厳選してこれを決定しているからであり、それ自体は「人権に配慮し、裁判の効率化にも寄与している」と評価される。

もつとも、田宮博士は、訴訟構造上の深い問題点も指摘もされている。それは、現状で裁判が公正に誤りなく行われ、正しい結果を出しているならばよいのであるが、運用の実態は公判中心主義を形骸化させ、ひいては当事者主義のチェック機能を働き難くさせ、冤罪を易々と有罪と裁判してしまう危険が避け難く、そこに「検察官が準司法官の立場で完璧を期そうとすればするほど、それは非当事者主義化する」という制度的な問題点があるとするものである。⁽²²⁾

(3) 捜査と起訴基準見直し論の検討

ア 平野説は、「緩やかな捜査と起訴」を提言し、参審制導入などをもつて、一気呵成に核心司法で公判中心主義が実現されることを志向する。そして、起訴基準を緩和させることは、これと相関関係にある捜査にも必然的に相応の変革をもたらせることも視野に入れ、そのことにより無罪事件が相当数増加することも、敢えて受容せよとする。

これに対し、田宮説は、検察官の起訴・不起訴のセレクト機能とその実績を評価し、また、生々しい捜査から起訴への過程のリアリズムにあつて、起訴の確信基準がそのセレクトにおける当然の志向であることを認め、その上でこれを被告人・弁護人が厳格にチェックすることにより、運用の充実を図らせ、これにより公判活動の活性化を加速させるという、いわば刑事手続の中核部分を当事者自治に委ね、以て当事者主義を深化させようとするものである。

平野説と田宮説の違いは、刑事司法の担い手における役割分担の見直しに対する基本的理念と変革手法の捉え方にある。平野説は、検察官の「綿密な捜査・慎重な起訴」の運用により公判中心主義を形骸化させているとするが、実務では支持されずその運用に変更をもたらせなかった。そればかりか、学界の反応も「被疑者の主体性の承認という点では弾劾的捜査観を支持しながら、起訴のための嫌疑の基準を下げるべきである」というこの平野主張に従わなかった⁽²³⁾のである。確かに、平野博士も無罪判決は検察官・警察官の失態とされ、マスコミその他国民の多数もそう考えがちであること、一審有罪、上級審無罪の場合でさえ、検察官の起訴に対し賠償が求められ許容されていること(憲法第四〇条、国家賠償法一条)、公訴提起に高度の嫌疑を要求するのは、一度公訴が提起されると被告人に大きな負担がかかるからとされることなどを指摘される。さらに、我が国の定着した取調べと「任意性の疑い」の裁判所の扱いからの調書裁判の実体や、最高裁判所も書面による事実認定にかなり自信を持っていること、警察の取調べによって、自白させることができないときは、国民やマスコミもしばしば「もどかしさ」を表明し、ところが自白の内容が客観的事実と喰い違うと、急に「人権」を問題にすることなどがあって、現在の捜査のやり方はある意味では世論に支えられているともいえよう、として起訴基準変更の難しさに理解は示されていた⁽²⁴⁾。

ただ、同博士は「参審制導入で核心司法となり、現状打開ができる」とも主張され、国民参加となつてその方向性が見え始めた今は、その点では慧眼であつたとされる。もつとも、松尾浩也教授は現状を是認した上ではあるが、平野説にも理解を示されて、「起訴基準を少しずつ引き下げ、無罪判決の若干の増加を覚悟すれば、事態は動くはずである。その方向に踏み出す決断をするかどうか、二一世紀に向けての大局的な課題だと言えよう」とされていた⁽²⁵⁾。

イ 石田倫識准教授は、平野説を「捜査段階における供述採取は基本的に公判での被告人質問及び証人尋問に委ね

るべきであるという考え方であり、いわば『捜査抑制』型改革案といえよう」として支持する。そして、田宮説については、「今日の高い起訴基準―検察官による事件選別機能―を保持するために、被疑者及び参考人からの供述採取の必要性を正面から承認したうえで、同時に反対当事者によるチェックを可及的に強化していこうとする考え方であり、いわば『当事者点検』型の改革案といえよう」と評し、しかしそれは「検察官に裁判官の役割を求めるものであり、我が国の刑事司法が目指すべき方向といえるかは甚だ疑問であろう」と述べ、続いて自説を次のように展開する。

すなわち、検察官に予審判事と同様の役割を担わせるには法制度（刑訴法二三六条・二二七条、三二一条一項二号等）が十分でもなく無理があること、検察官に一極集中型で予審判事としての役割を担わせるのではなく、権限と責任の分散型が健全な刑事司法の在り方としては望ましいこと、当事者点検型の田宮説には限界があることを指摘し、「供述証拠は、その性質上、供述採取の方法によって、その本来の証拠価値（供述の純真性）が汚染される危険性があることに留意しなければならない。・・捜査段階における供述採取は必要最小限度に抑え、検察官がいちおうの選別を済ませた後は、速やかに公判に付し、当事者の対等かつ同時の手續参加が保障される公判での供述採取（証人尋問・被告人質問）に委ねるべきである、という『捜査抑制』型のアプローチを基軸に据えた改革案が支持されることになる」とする。⁽²⁶⁾その一方で、イギリス法が、逮捕後二四時間以内に留置管理官が被疑者に「起訴するに十分な証拠（有罪判決の現実的見込み。「裁判所が、被告人を無罪とするよりも有罪とする可能性が高い、という程度の見込み」―検事規定）があると判断されれば、捜査を終結しなければならないとする法制を参考例とする。これは「一定の時点」で起訴・不起訴の決定を行うものとし、この決定を留保することで身体拘束下における被疑者取調べの継続を可能にすることは許されず、有罪判決をより確実なものにするために、取調べによる嫌疑の積み増しを無制約に行うことを許さない

ということであるとして、我が国でも「有罪の確信」とする起訴基準の再検討の参考にすることを提言する。

その提言は、検察官は勾留期間が満了するまでは「慎重な起訴」の名において、「有罪の確信」が得られるまで——自白が得られるまで——被疑者取調べを無制約に続けることを可能とするが、そのような「有罪の確信」が得られた時点をもって「捜査の終結」と解することは、公判中心主義のためには妥当でない。したがって、この時点を前倒しする方向で、刑事手続全体の見直しを図っていくことが今後の課題となるとする²⁷。

ウ 平野説支持論者からは、刑事司法は法廷での審理判断こそ中核になるものであって、公判中心主義は当然の法の要請とするが、「真相解明は捜査段階よりも公判段階の方が優れている」という実証的主張とは成っていない（真相解明は、むしろ捜査段階でこそなされる場合が多い）。それは刑事司法の「在り方論」という理念的なテーゼのアイデアリスティック（理想的）な主張であり、またドラスチックな役割分担の究極の変革の提言と言えよう。

ところが、起訴基準を緩和させることが直ちに真相解明のための公判中心主義の実現とはならず、検察審査会法の起訴強制制度への法改正も、これまで検察官の起訴基準を見直す契機とはなっていない（かえって、起訴強制事件の裁判では、殆どが無罪となっている）。また、「供述証拠が捜査段階では汚染される危険性がある」とする石田准教授の見解は、捜査機関における被疑者等の取調べとその供述調書作成の過程をもって、それ自体「汚染」の始まりとワープするデジャビュ（既視感）に囚われたような純粹思惟になる。あたかも、「捜査は衛生状態が悪い場所での作業だから、汚染の危険がある。だから、確信基準に達するまで捜査を続ければ、折角の事件の『鮮度』を徒^{いたずら}に落とさせるので（汚染化）、可及的速やかに事件を公判へ持ち込むべきである」とし、捜査における取調べをひたすら危険源として排他律とするような見方と言えよう。それは「公判廷での審理こそ、真相解明の最高の機会」とする、より踏み込

んだ「公判至上主義」になるが、現況は起訴後も公判前整理手続が平均七か月余、最長約四年を要し、かえって未決勾留の長期化の弊害や、人証の記憶減退・混濁化の危険を生んでいることも指摘しておかなければならない。

また、同准教授のイギリス法に倣う「捜査終結時点の前倒し論」も、これが「有罪の確信の有無の決定ができる時点に至れば、勾留満期前でも処分を決定するべき」との主張ならば管見と同じになるが、それがイギリス法の起訴基準である「有罪の一応の証拠程度」を前提にする以上、噛み合う議論とはならない。²⁸⁾

3 起訴基準見直しへの管見の整序

(1) 起訴の基本型としての確信基準論

適正手続をもって事案の真相を解明し、相応の刑罰を科するには、事件の鮮度が落ちない「絶好の機会」を捉えての充実した初動の被疑者取調べ（供述調書の作成）を含む捜査の徹底にある。その旬を過ぎた起訴後の法廷では、そこそ供述等の「汚染」ないしその「繁殖」がし易く、法廷戦術駆使の中で真相解明から遠ざかった審理状況を招き、もし「一応の嫌疑」程度の証拠で起訴したならば、公判では結局、「捜査不十分のつけ」を前にして、悪質者ほど巧みに逃れる危険が拡大する。「そして、証拠不十分で悪は逃れた」（真実の有罪者が、証拠不足で無罪）、という「空しい結果累々」となること瞭然と言つてよい。これは、刑事司法の現場における切々たる憂慮の見方と言えよう。

もつとも、被疑者の取調べが強圧的で虚偽供述を招く「冤罪発生危険装置」となることは、厳に避けなければならないこと刑事司法の厳然たる眼目である。しかし、その任意性・信用性の立証は、実務で既に試行し、また法改正によりそれが一定の事件で義務化されるに至っている被疑者取調べの可視化（録音・録画）が有効である。それは、誤判回避にも資する一面もあつて、捜査段階の「供述汚染危険」という議論は杞憂となろう。公判至上主義者は、

「捜査での被疑者らの取調べとその供述調書の作成には『汚染の危険』があるから、弁解録取程度にとどめて速やかに裁判所へ送る」こと、つまり起訴基準を「有罪の確信」ではなく、それより不確かな程度でよいとする。また、「人証以外の物証の収集は綿密に行うべし」としているようであるが、捜査の実際は旬のうちに、人証と物証の収集を同時並行で迅速に行い、両者の相互作用でこれを深化させ、真相解明に至るものである（人証の供述から物証を、また、物証から人証の詳しい供述を導くという相互作用である。もとより、自然な秘密の暴露獲得は重要であるが、被疑者の自白に安易に頼って証拠物に結び付けるといふ捜査方法なら危うい）。特に、供述がなければ真相が解明し難い犯罪では（犯罪の故意・過失、知情、目的、共謀、動機等の主観的な要素や、贈収賄、公職選挙法違反事件等供述なくしては立証し難い事件の取調べの必要要素は多い）、勢い捜査段階では「鮮度」が高く、それこそ「汚染されていない供述」が取調べによつて獲得され、これが裏付け証拠で証明されるという真相解明の過程は重要である。要は、捜査機関はいかにして適正捜査による任意性を優にクリアした信用性のある良質の捜査結果（証拠）を法廷に提出できるのかということが議論されるべきである。そして、実務では従来から自白を求めても、拘泥はせず間接証拠を集積しての確信基準で起訴して高い有罪率を維持している。「真相は、適正捜査から明らかにする」ことの確認である。

平野説は「捜査と起訴は緩やかにして、事件の黒白は速やかに法廷で決めるべき」とする理念的形而上学的な公判モデル論であるが、それではいわば「生煮え料理」のままの起訴事件が増加するため、裁判員裁判対象事件も含め、裁判では難しい判断を迫られることも多く、必然的に審理時間を要し、その裁判の結果も無罪事件が増えて真の有罪者を逸し、冤罪者も生じさせるといふ「誤判の危険」も多くなろう（裁判官ら訴訟当事者の担い手の拡充でも、カバーは容易ではないであろう）。「捜査は冤罪を生む危険な場」——「法廷は真相が発見される究極的イデアの場」との二項対

立的な主張がいかにリアリティーに欠けるバイアスか。綿密捜査・慎重起訴であつてこそ、核心司法での冷静な真相解明の吟味をする法廷となるという実相が確認されよう。平野説が実務を動かし難い真の理由は、実はここにあると言えよう。

これに対し、田宮説は確信基準によるスクリーンの必要性を認めた上で、検察官の公訴権行使に恣意や誤りが入らないよう、その捜査から起訴に至る過程に弁護人や民意からの的確な制御・チェックが欠かせないと説かれる。起訴におけるセレクトが組織的チェックを経て厳正に行われるべきことは、実務が虚心に服膺^{ふくよう}すべき点である。

(2) 管見の整序

ア 平野博士の起訴基準緩和説は、多数の支持は得られず、検察も確信基準を変更することなく今に至っている。その理由を整理すれば第一に、国民が慎重な起訴で高い有罪率が維持されることを強く期待し、検察官も綿密な捜査で起訴を確信基準により厳選することによって、これに応えてきたことにある。その結果、自白に至った事件が九〇パーセント以上を占め、三十数パーセントの起訴率の中で、その起訴種別において略式命令請求、即決裁判手続、そして通常の公判請求等事件にセレクトして、結局争う事件では(起訴事件中、法廷でも否認する事件は地裁が七、八パーセント、簡裁が三、四パーセントで例年推移している²⁹)、法廷では現に核心司法で十分な攻撃防御が展開されている。検察官は犯人違いを断固避けるため確信基準で起訴するが、それでも稀に冤罪・誤判が生じる。ただこれは、三審制(更には再審)になる刑事司法の制度設計自体に「適正」な範囲での無罪率と誤判率を織り込んでいるものと冷静に理解すべきである。それ故に、一層確信基準で冤罪・誤判の極小化に努めるのは、実務の当然の姿勢と言える。

第二の理由として、いわゆる「調書裁判」の所以は、被疑者や事件関係者は捜査官の前では真実を語りながら、法

廷では他を慮つて真実を語りたがらない傾向が強く、裁判所も「調書信頼の対応」で事実認定をするという必然性があつたことである（捜査機関の「自白調書への依存傾向」の背景には、実は裁判所の「直接証拠の自白調書があれば安心して裁判ができる」という姿勢に対応したものであつたことも見逃せない）。ただ、これは言うまでもなく、取調べとその調書が「適正手続を履践し、真相をうがった信頼できるもの」であることが当然の前提となつていたものである。

イ そこで、従来の捜査と起訴の運用状況の検証から始めるとして、先ず法制審議会特別部会が提示した「新たな刑事司法制度の基本構想」でも、刑法等の実体法の構成要件が主観的要素を区分し、量刑幅も大きい規定であることから、情状等も含め諸要素を解明するため取調べの必要性があることを確認した上での議論であつた。したがつて、今後も構成要件の根本的改正問題、誤れる見込み捜査や取調べに過度に依存するがあまりの強圧的取調べフォースによる虚偽の自白誤導等の危険な「捜査体質」がないかなどを、リスクマネジメントも含め分析することは重要である。

ウ 次に、検察官の起訴基準は、予審時代の当初は「緩やかな捜査・起訴」であつたが、予審無罪が多く国民の批判に晒され、やがて「綿密な捜査・慎重な起訴」の運用に移行し、「有罪の確信」が起訴基準となり戦後の改正法を経ながら、法的安定性をもつて定着しこれが慣行化していることである。このため、これを変更するには、例えば、「検察官は、犯罪について有罪と認定するに足りる相当の証拠があると思料するとき、これを公訴提起することができる」というような規定を設けるくらいでなければ変更はできないであろう。いや、仮にそのような明文文化をなしても、検察官制度が存在する限り、プロの矜持から先の予審時代の検察官の起訴基準の変遷のように、公判での証拠減の傾向と国民の非難を考慮し、やがて確信基準が行為規範とされる現状へ回帰する可能性が高いものと思われる。

平成二二年四月になされた特殊大規模事故事件における検察審査会の起訴強制事件例としては、明石花火大会歩道

橋事故事件と福知山線列車脱線事故事件があるが、一、二審とも前者は実質無罪となる免訴、後者は無罪となつてゐる（いずれも検察官役の指定弁護士が上告しているが、うち前者の事件は最高裁も原判決を支持して既に同二八年七月一四日被告人の上告を棄却している）。ほかに、同二七年七月に起訴強制の議決のあつた福島原発事故事件もある（東京電力の元会長ら旧経営陣三人に対する業務上過失致死傷事件での起訴強制事件で、同二八年二月二九日強制起訴されている³⁰）。しかし、検察官はこれら起訴強制事件では、再捜査でも過失犯における「具体的な予見可能性の有無」という従来の過失基準に従い、確信基準を変更しなかつた。また、平成二三年一月三十一日強制起訴された小沢民主党代表に対する政治資金規正法違反起訴強制事件においては、検察官は一回目の起訴相当議決後の再捜査の結果でも嫌疑が不十分であつたため、通常の確信基準に従つて不起訴処分としたものであつた。

これに対し、「検察官が民意を無視するのは偏狭」との見方もあり得ようが、従来から「起訴相当」や「不起訴不当」の議決があつた多くの検察審査会受理事件では、検察官は再捜査を経て既に相当数起訴を以て「民意」に應えてきた実績がある³¹。ただ、検察官は、先の起訴強制事件では法的安定性の観点から、従来の定着している起訴基準を特に「被疑者に不利益な方向で変更すべきではない」（この点「起訴猶予の基準」も同様である。）との法理、矩^{のり}に従つた処分をしたものと思われる。

エ ここで管見を整序すれば、検察官のこのような運用は個別事例としては基本的に支持するものである。

検察官は、検察審査会の起訴強制事件も含め、裁判所の有罪基準が変更されれば（例えば、過失事件の「具体的な予見可能性」の基準が、一定の危険事業部門では「危惧感説」が妥当するとの判例変更があるなどの例が考えられよう³²）、もとよりその判例変更に従つて起訴基準を変更するが、そうならない以上はこれまでの職務倫理・行為規範に従つて、なお

従来の確信基準を継続するのが、基本的には法的安定性・手続の継続性からしても適切な公訴権行使と考える。

しかし、国民の司法参加の制度趣旨から、検察官は綿密捜査を持続し、起訴も確信基準を基本とした上で、民意反映のセンサーは精錬させ、その起訴基準の「柔軟弾力的」な運用化とその基本ガイドラインを策定することを提言したい。

その指針としては、第一に、事実認定はよいとしても、更なる擬律判断において法解釈上疑義がある事件、第二に、「有罪の確信」が境界線上にあつて起訴を躊躇するような事件でも、国民の関心が高い候補者に係る公職選挙法違反事件や特殊過失事故事件等については、裁判所に判断を求めて起訴するという少し大掴みな起訴基準も考えるべきである。

また、第三に、不起訴事件に対する檢察審査会の当初の「起訴相当」の議決の場合の再捜査における檢察官処分基準の変革である。一度「起訴相当」の民意が示された以上、再捜査では法・先例と証拠に照らして、犯罪が軽微・形式的事実とか、情緒的・魔女裁判的判断等不合理な議決ならば、再捜査でも処分を変えず起訴強制議決に委ねるが、当初議決に明らかな不合理性がない限りは、民意の判断が大掴みで確信基準の境界線上にある事件でも、特に民主主義の根幹をなす候補者に係る実質犯の公職選挙法違反事件等³³では、従来の民意尊重の起訴実績を踏まえて起訴に転じ、その結果が無罪であつても、起訴意見の民意を檢察官の「免罪符」とするくらいの「意識改革」を遂げて起訴する、との起訴基準の「理念チェンジ」³⁴である。それがまた、公判活性化に繋がる方策にもなると考えるのである。

なお、第四として、告訴・告発（関税法等の訴訟条件となる告発を含む。）に対する実務での「慎重受理」の対応も、民意反映等の視点から、「受理の柔軟化」も、起訴基準の見直し論と関連して検討の必要があることが指摘されよう。

オ 最後に、起訴基準の問題は検察官の事件処理のセレクトにおいて、略式命令請求、即決裁判手続、そして通常公判請求の各事件に分かれるが、前二者の処分については、立証の難易等からの理由でその起訴裁量権の範囲で行う一種の「秘められたる司法取引」も含めた決定があることについてである⁽³⁵⁾。

それは、通常公判請求をするには立証上の難点がある場合に、捜査や訴訟経済上からして被疑者との阿吽の呼吸と相まって、その承諾を得て相当な範囲で罰金の略式命令請求をする場合である。公判請求事案では、公判で争いが続く限り捜査は念のための分を含めて省力化ができないが、刑政の理由等で執行猶予が許容範囲ならば、即決裁判手続は「核心司法」の観点からも有益な制度改革と言える。また、通常公判請求事件でも、検察官は「核心司法」を目指して、自白して「争わない事件」と、否認して「真に争う事件」とを捜査段階から被疑者（被告人）・弁護人側と十分協議もし（平成二八年に一部司法取引の法改正が行われている）、これをセレクトし「核心司法」を現に行っているが、この起訴種別のセレクトが粗放であれば、通常公判請求事件が氾濫して「法廷崩壊」を招きかねない。この点、裁判員裁判になって同意書面でも採用せず、証人や被告人の尋問を実施する傾向にあるのは在るべき刑事司法を導くとの流れにそぐわないと言うべきであり、問題である。法廷での審理の核は真に争う事件に絞ってこそ「核心司法」になるものである⁽³⁶⁾。

こうして、起訴基準の見直し論は、刑事司法システムの全過程の見直し点を広角度で見据えながら、それとの整合性を図り統一的に改善点を整理し、至大な民意の熟成に歩を合わせつつ、更に進化させていくべきものと考ええる。

IV おわりに

本稿では、検察官の公訴権の行使の在るべき姿を求め、捜査と起訴基準の有り様の再検討を行ってきた。その起訴基準は、裁判所に有罪判決を求める以上、その嫌疑立証が「有罪の確信」に達した程度になる確信基準で現に運用されているが、綿密捜査を抑制し、もっと緩やかな基準で速やかに起訴すべしとの弾劾的捜査観が根強くあった。それが近時の「被疑者の取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方」の再検討の結果に基づき、改革のための法改正へと向かう大きな時代の潮流にあつて、起訴基準の見直し論を元検察官の立場から考察してきた。

裁判員制度の導入を契機に、「自白事件」と「争う事件」とを運用上区分けし、後者の事件においてこそ公判における口頭主義・公判中心主義を濃密に展開すれば「核心司法」となつて、従来の「綿密捜査・慎重起訴」の「精密司法」自体を変える必要はないとの結論が導き出されよう（ただ、供述調書は核心内容の一、二通にまとめ、ほかは取調べの録音・録画の記録媒体を公判で実質証拠として採用するとの改善策を考慮すべきであろう）。裁判員制度の施行後も、高い有罪率には殆ど変化がなく、これは従来からの刑事司法の運用が相当であることの証左であると言えよう。また、検察官が従来の起訴基準で不起訴にした事件が強制起訴となつた例でも、殆どが無罪で検察官の不起訴処分の相当性が示されている。緩やかな捜査・起訴では、あたかも無罪になる者を徒に法廷に晒して人権侵害を続出させ、国民の支持を失わせること必定と言えよう。また、捜査については、自白事件でも否認に転ずれば、万全の立証を行わなければならない、その場合に備えて証拠収集の捜査を徹底しておく必要がある、立証の省力化には限界がある。起訴後の証拠収集では、後追いで遅きに失し有効な捜査とはなり難い。したがつて、捜査では基本的には従来通り「綿密捜査」とな

らざるを得ず、検察官も適正な公訴権の行使をするためには、これまで通り実質的に捜査に深く関与することが必要と言える。

裁判員制度、不起訴事件の起訴強制制度という国民の司法参加制度の改革は、検察官の起訴要否決定の基準要素に「民意の反映」が加えられ、これが大きな影響力を持つことを確認し、しかしこれら制度自体及びその個々の民意には問題もあり得るが、今や検察官は起訴基準の見直しの検討が必要であり、その一定の枠組みについて管見を述べたところである。ただ、刑事司法が制度理念通りの展開がないとして、性急に回天を図る近時の潮流に雪崩現象的テンション高揚の危うさを感じないわけでもない。我が国の刑事司法は、明治以降だけを見てもフランス法やドイツ法に倣い、そして戦後はこれに当事者主義などアメリカ法も接ぎ木して実施してきたが、その各時代の国民が形成する法文化が、これら範とした外国法の理念を智慧と要領をもって換骨奪胎し、「自家薬籠中の物」として使いこなしてきたものであった。およそ「理論」は、積み重ねられてきた現状の運用を理念的に前進させる力を顕現させるものでなければならず、それが欠けるリアリティーを欠く抽象論は机上の「空論」視される。我が国で、アメリカ法の当事者主義や公判中心主義を、ア・プリオリな理念として無批判に受容すべではない。刑事司法の運用は、日本の「ポピュリズム」をスクリーニングした国民性や法文化に従って、「温故知新」で従来からの実務の運用と背景事情にも十分配慮し、その改革をするにしても、飽くまでも国民の共鳴が得られるバランスのとれたものであることが求められる。検察は、制度疲労の危機から脱し、「頼り甲斐のある検察」への再生に向けて今、鼎の軽重が問われている。

船山泰範先生の古稀を心からお祝いし、日ごろからの学恩と御厚情に深謝しつつ、拙稿を献呈させていただく。

【注】

- (1) 例えば、石田倫識の①「起訴の基準に関する一試論―黙秘権の実質的保障に向けて―」法政研究七八卷三号（九州大学法学会二〇一一年）八三九頁、②「捜査改革と起訴基準」法律時報八五卷八号（二〇一三年）三六頁参照。
- (2) 検察官の公訴権行使の在り方については、拙稿「刑事司法における検察官の役割」日本法学第八一卷第二号（二〇一五年）（二）、同巻第三号（二）、同巻第四号（二〇一六年）（三）、同八二巻一号（四・完）で詳論し、起訴基準の見直しの必要性についても言及している。
- (3) 出射義夫『検察・裁判・弁護』（有斐閣）五二頁。佐伯千仞「刑事訴訟法の四〇年と無罪率の減少」ジュリスト九三〇号一六頁参照。
- (4) 青柳文雄「新しい予審制度の検討」ジュリスト一九九号（一九六〇年）五二頁以下で、予審制度に内在する欠陥の克服となる新予審制度が提言されている。同「刑事手続論」『刑事裁判と国民性（機能編）』（成文堂一九七六年）二九頁・三三頁、三四頁の（注8）。
- (5) 横井大三（元検察官・元最高裁判事）「現行刑事訴訟法の四つの改正点―二十数年後に見る」ジュリスト（一九七四年）五五一号一七二頁では、予審的な手続がない国は少なく、スクリーニングの役割を持つ予審があった方がよいとする。
- (6) 渡辺咲子「現行刑事訴訟法制定時における公訴提起に必要な嫌疑の程度」『田宮裕博士追悼論集上巻』（信山社二〇〇一年）八五頁。
- (7) 新屋達之「刑事訴追と国民」『刑法雑誌』（有斐閣二〇〇六年）四五六頁。検察審査会の起訴議決の改正の問題点等につき、『週刊朝日』（二〇一二年一〇月一五号）一三〇頁は、小沢民主党代表に対する政治資金規正法違反事件の「起訴強制事件」の控訴について、「強大な権力を有する検察をチェックするという検察制度の趣旨は正しいが、その運用がポピュリズムに染まった時、歯止めは誰がかかるのか。そこに流れているのは『推定有罪』の論理である」との批判を展開している。
- (8) 裁判員制度の成立過程とその制度の問題点については、柳瀬昇『裁判員制度の立法学』（日本評論社二〇〇九年）が詳しい。

(9) 酒巻匡「裁判員制度の導入に向けて 裁判員制度の意義と問題点」法学教室三〇八号（有斐閣二〇〇六年）一一頁では「戦後改革以来これまでの間に、諸外国でも類を見ない、極めて精度の高い、しかし特殊日本的な側面も含んだ刑事司法の運用が確立し、そのこと自体に対しては多くの国民の支持が得られていたのであるうと考えている」と評する。椎橋隆幸「裁判員制度が克服すべき問題点」『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社二〇〇三年）一二三頁は「裁判員制度が、国民の強い要望から構想されたものでない」と分析する。

(10) ジュリスト一一四八号（一九九九年）—アメリカの刑事手続法の実情について、①ダニエル・H・フット「日米比較刑事司法の講義を振り返って」一六五頁以下。②B・J・ジョージ「外国人から見た日本の刑事訴訟法」（佐伯仁志訳）一七四頁。③ジョーゼフ・ホフマン「『真実』と日本の刑事訴訟法」（長沼範良訳）一七八頁（審理陪審（小陪審）、大陪審（非公開制）の問題点が指摘されている。）。

(11) 拙稿「『裁判員制度』は今『罪と罰』（日本刑事政策研究会報）四九巻四号（二〇一二年）四五頁以下では、①被告人への裁判員裁判の選択権の付与、②裁判員の事実認定・量刑の判断の裁判官への勧告制化、③対象事件を国民に身近な軽罪、少年・家事事件等や否認事件に限定し、薬物密輸事件、性犯罪を除外、④予断排除の原則と推定無罪の徹底を期しての事件報道の改善、⑤裁判員の選定におけるリテラシー問題、裁判員構成等の偏りを排しその平準・公平化—具体的には年齢・男女の構成比の制度化、人的・地域的特有の不公平判断のおそれからの回避、就職禁止と辞退事由規定の緩和化等、⑥裁判員の公判前整理手続への出席可能化、⑦その他、裁判員に関し守秘義務の緩和化、記者会見の自由化、トラウマ対策、検察審査員との負担度の対比と平準化等がある。また、⑧裁判の真相解明への到達過程は本来易しくはなく、犯行場面の証拠写真をイラストに変えたり、過剰な「最良証拠」と「分かり易さ至上主義」の運用上の改善等々が見直し点である。ほかに、笠松健「裁判員制度のあるべき姿」法と民主主義三六七号（二〇〇二年）二三頁・二四頁は、裁判員裁判の被告人への辞退・選択権の付与制度問題は、立法過程で殆ど議論が行われなかった経緯を述べる。椎橋前掲（注9）書一二五頁は、「裁判員の記憶違いや理解力の不足が心証形成に影響を与えないと誰がいえようか。法定刑の重い重大事件の中には事実関係が複雑に入り組んだ事件も相当存在することが予想されるが、裁判員がそれをいかに的確に整理・把握するのであるうか」と疑問を呈されている。

なお、平成二八年五月末現在で裁判員候補者の選任者は累計八五万人余になるが（うち、裁判員・補充裁判員を現に務めるに至った者は約七万人）、その選任候補者からの辞退率は当初が五三パーセントであったものが年々増加し、同年五月末現在では六五パーセントまで増加し、無断欠席者も加えると実に候補者の七六パーセント余が裁判員に参加していないという、国民のあたかも徴兵忌避のような裁判員選任に対する敬遠現象がみられ、これが続けば、やがて裁判員の職業別属性にも偏りを生じさせ、これが制度崩壊の途を辿りかねないことも懸念されている（平成二八年七月三一日付け日本経済新聞朝刊・中外時評―大島三緒「裁判員制度はどこへいく―『不参加八割』の危うい現実」記事参照）。

(12) 平野龍一「参審制度採用の提唱」ジュリスト一一八九号（二〇〇〇年）五二頁は、陪審を参審と比較してその問題点は、「事実認定が不安定である」（陪審員が、感情的、個性差が大きい。証拠評価に不慣れがために、当事者の訴訟技術や証拠外のマスコミ報道等にひきずられやすい）、陪審を支える司法文化について、「陪審は国民を国家から保護するために存在するのでなく、国家を国民から保護するために存在するのだ」（アメリカの長い歴史の重みと独特の司法文化に支えられ、陪審が決めたことは「しかたがない」として受け入れる信仰に近い観念）といわれ、我が国の場合は、「国の捜査資料にたより、これにいつまでも（お上のなさることは完璧でなければならないという前提で）『文句をつける』、わが国の司法文化とはかなり違っている」と評し、「異なった法文化のなかに、既成品として率然として移し植えようとしても、できるものではない」と、「とくに陪審への『信仰』は到底輸入できないであろう」とする。陪審で裁判官が証拠能力の有無や適用すべき実体法についての説示を正確に理解しているかどうかは問題とされ、参審は公判中心主義となるので、調書裁判・精密司法からの脱却の契機となるとされる。しかし、陪審の問題点は裁判員制度にも残るであろう。

また、長谷部恭男「司法権の概念と裁判の在り方」ジュリスト一二三三号（二〇〇二年）一四六頁は、「裁判員制度の設計者としては、あくまで国民の司法参加がより適切な裁判を実現する効果的な方途であることを主張し、立証すべきである。かりに、国民の司法参加がより適切な裁判を実現するか否かについて十分な確信を共有することができなかったがために、それにかえて国民の司法に対する理解を深めるという目標が掲げられているのだとすれば、むしろ、国民の司法参加の仕組みの導入は控えるべき」とされる。

なお、最高裁は、「裁判員制度は、司法の国民的基盤の強化を目的とするものであるが、それは、国民の視点や感覚と法曹の専門性とは常に交流することによって、相互の理解を深め、それぞれの長所が生かされるような刑事裁判の実現を目指すものといえる」と判示している（最大判平二三・一一・一六刑集六五巻八号一二八五号）。

(13) 今関源成「檢察審査会による強制起訴―『統治主体』としての『国民』」法律時報八三巻四号（二〇一一年）一―二頁。

(14) 松尾浩也「公訴権の行使と民衆参加」『佐伯千仞博士還暦祝賀 犯罪と刑罰（下）』（有斐閣一九六八年）一八五頁は、裁判所が、起訴猶予ないし公訴取消しが適切でないかと疑問を抱く事件について、審査を命ずることにする特別檢察審査会の設置案を示す。

(15) クラウス・ロクシン『ドイツ刑事手続法』新矢悦二・吉田宣之共訳（第一法規一九九二年）一〇四頁。辻本典英「起訴強制手続」『ドイツ刑事法入門』法律文化社（二〇一五年）一八三頁。

(16) 石田倫識「起訴基準の再検討―いつ捜査は終結するのか？」法律時報八四巻一三三号（二〇一二年）三四九頁・三五〇頁。

(17) 拙著『適正捜査と檢察官の役割』（北樹出版二〇〇八年）一九九頁以下。

(18) 鈴木義男・田宮裕・松本時夫・三井誠・宮原守男「川本事件最高裁決定をめぐって―公訴権濫用論と最高裁」ジュリスト七三七号（一九八一年）三九頁参照。特に鈴木、田宮発言参照。

(19) 法律のひろば一七巻八号（一九六四年）―岩下肇「檢察官はいかなる場合に起訴すべきか」二三頁、難波治「起訴をめぐって」八頁参照。

(20) 平野龍一の①「刑事訴訟の促進の二つの方法」『訴因と証拠』（有斐閣一九八一年）一八六頁―初出ジュリスト二二七号（一九六一年）八頁。②「現行刑事訴訟法の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第四巻』（有斐閣一九八五年）四〇七頁。なお、被疑者側からの証拠保全手続―刑訴法一七九条につき、最決平一七・一一・二五刑集五九・九・一八三一は「捜査機関が収集して保管している証拠については、特段の事情がない限り、証拠保全手続の対象とはならない」と判示しており、弾劾的捜査観を支持していない。

(21) 平野龍一「参審制の採用による『核心司法』を―刑事司法改革の動きと方向」ジュリスト一一四八号（一九九九年）

二・三頁、平野前掲（注20①）書一八六頁。

(22) 田宮裕の①「公訴権の運用と檢察審査会」判例タイムズ二三二号（一九六八年）一〇頁。②「刑事手続きをめぐる理論と現実」法学教室一七〇号一〇頁以下。③「訴追裁量のコントロール―公訴権の濫用について―」立教法学（一九六九年）一二六頁以下。

(23) 後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリスト一二八一号（二〇〇四年）六二頁。

(24) 平野前掲（注20②）書四〇七頁。

(25) 松尾浩也「刑事訴訟法五〇年―総括の試み」（一九九九年）『刑事法学の地平』（有斐閣二〇〇六年）一二二頁。

(26) 石田前掲（注1）①書八五〇頁、②書三八頁。

(27) 石田前掲（注16）書三四九頁・三五〇頁。

(28) 管見では、拙著前掲（注17）書一七一頁以下の別件逮捕勾留論において、「捜査の勾留期間は、勾留事実の起訴・不起訴の決定のための被疑者取調べを含む捜査に必要な期間」とする川出敏裕教授説（同『別件逮捕・勾留の研究』（東京大学出版会一九九八年）一九頁以下）を敷衍して、「余罪（本件）でも別件の勾留事実を処理するに必要な限りではその取調べを行い、こうして処理の機が熟した時点で起訴し、不起訴ならば釈放して勾留期間を終結させるものとする」との起訴の確信基準を前提にしての見解を著している。

(29) 最高裁判所「平成二四年における刑事事件の概況（上）」（法曹時報六六卷二号）。平成二七年版『犯罪白書』四六頁頁以下参照。

(30) 福島第一原子力発電所・業務上過失致死傷事件は、東京電力元会長ら三人を東京地検が従来の過失の判断基準から嫌疑十分で不起訴処分としたが、東京第五檢察審査会は平成二七年七月一七日付けで二回目の起訴議決をした（同月三一日付け原子力資料情報室等）。

(31) 檢察審査会法施行後の昭和二四年から平成二六年までの間、檢察審査会の処理人員は、合計で延べ一六万六二二〇人であり、うち延べ一万八〇七一人（一〇・九パーセント）について起訴相当又は不起訴不当の議決がなされているところ、その結

果検察官により起訴された人員は、延べ一五四三人になる。そして、一三八〇人が有罪（自由刑四九〇人、罰金刑八九〇人）、九七人が無罪となっている（『平成二七年版犯罪白書』二〇一頁）。

(32) 福島原発事故事件の処理につき、危惧感説を以て起訴すべきとするのは、古川元晴・船山泰範『福島原発、裁かれないでいいのか』（朝日新書二〇一五年）一三九頁。

(33) 中山善房「刑事手続の活性化」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第四卷』（成文堂一九九八年）一七頁は、起訴積極の事件を指摘する。

(34) 田宮前掲（注22①）書一一頁は、検察審査会は「検察の守護神たる機能を果たしうるといえよう」と評している。

(35) 拙稿「検察官の適正な公訴権行使と司法取引」法務研究八号（日本大学法科大学院二〇一二年）一九頁以下参照。なお、即決裁判手続の捜査の省力化問題に関連し、宇藤崇「即決裁判手続と事実認定における『証拠の量』」研修第八一〇号（二〇一五年）一二頁では、即決裁判手続は、公訴提起以前の段階での事件の「解明度を下げる訴訟類型の利用を自ら選択したことを前提にしている」とする。

(36) 裁判所は自白事件でも、検察官申請の被告人供述調書（刑訴法三三二条一項の要件充足）について、被告人質問を先行し、自白調書は法廷での供述と重要な点で相反する供述部分だけを採用する傾向になっているが、刑訴規則一九八条の二が、争いのない事実の証拠調べでは、同意書面や合意書面（刑訴法三三七条）の活用を検討するなどして、当該事実及び証拠の内容・性質に応じた適切な証拠調べが行われるよう努めることを求めていることからすれば、この最近の裁判所の審理方式には疑問がある（清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判例時報二二五二号（二〇一五年）三頁以下参照）。この風潮は一般事件にまで及び、その結果、現に覚せい剤使用事件で裁判所が被告人の捜査段階の自白調書を採用せず、公判廷の被告人質問だけで否認供述のまま有罪判決を言い渡したが、その「罪となるべき事実」で覚せい剤使用の方法・場所を全く特定し得ない事実認定であったことから、控訴審では原判決には理由不備の違法があるとして、破棄自判（有罪）とした裁判例が現れるに至っている（福岡高判平二七・三・二五（確定）―辻昌文解説『研修』第八〇七号（二〇一五年）六九頁）。

控訴審における職権調査

——攻防対象論の適用範囲——

- 一 はじめに
- 二 控訴審の基礎理論
- 三 攻防対象論の理論的根拠
- 四 攻防対象論の適用範囲
 - 1 新島ミサイル事件決定の検討
 - 2 攻防対象論の適用範囲の検討
 - (1) 非両立の類型
 - (2) 両立する類型

控訴審における職権調査（関）

四〇五（六三七）

関
正
晴

(3) 同一構成要件内の事実の縮小認定

五 結びに代えて

一 はじめに

刑訴法は、控訴審における職権調査の範囲について、控訴趣意書を中心に原判決の当否を判断するとしているが（三九二条一項）、その例外として適正な裁判の維持のために控訴理由に対する職権調査権を控訴審裁判所に認めている（同条二項）。この権限の行使範囲については規定の文言上限定がないため理解が分かれていたが、控訴審の審理手続に当事者主義の理念が定着するにしたがい限定的に解する見解が有力となっている⁽¹⁾。他方で、昭和四〇年代までに、最高裁判所が訴因に対し当事者主義を一貫させて裁判所の介入を控える運用を明確にしたことと対応して、この権限行使の限界と控訴審の審判範囲が関連して論じられるようになった。とりわけ新島ミサイル事件の最高裁大法廷決定（昭和四六年三月二四日刑集二五卷二号二九三頁、以下「新島ミサイル事件決定」という。）は、控訴審では、当事者が原判決のうち不服を申し立てていない一定部分は攻防対象から外れ職権調査を及ぼしえないとする、「攻防対象論」と呼ばれる新たな理論を示した。そこでは、検察官が起訴した牽連犯ないし包括一罪の一部を有罪、その余を無罪とした第一審判決に対して、被告人のみが控訴した事案について、控訴審に一罪が全体として移審するが、従来とは異なり⁽⁴⁾無罪部分は被告人に不服申立ての利益がなく検察官の控訴申立てもないから当事者間において攻防の対象から外れるとして、この権限の行使が当事者主義を基本に審判対象の理解の関係で限定されることを明らかにした。その後、この理論は実務に定着しており、検察官が判決の無罪部分に対し控訴しなかったことを重視して、それを検察官の処

罰意思の放棄と評価することに根拠を求める理解が一般的となっている。

現在、同理論については適用範囲の理解に関心が移っていて、特に単純一罪を構成する事案に対する適用の有無が問題とされている。この点、船橋交差点事件の最高裁第一小法廷決定（平成元年五月一日刑集四三卷五号三三三頁、以下「船橋交差点事件決定」という。）は、同一交通事故の過失の態様に関して本位的訴因と予備的訴因が構成され、被告人のみが予備的訴因で有罪とした第一審判決に控訴した事案について、「檢察官が本位的訴因の訴訟追行を断念したとはいえず、攻撃防御の対象から外れたとみる余地はない。」としている。その後、平成二五年三月五日最高裁第一小法廷決定（刑集六七卷三号二六七頁）は、賭博開帳図利罪の共同正犯の本位的訴因を否定し、同罪の幫助犯の予備的訴因を認定した第一審判決に対して、被告人のみが控訴した事案について、「檢察官は、その時点で本位的訴因である共同正犯の訴因につき訴訟追行を断念したとみるべきであつて、本位的訴因は、原審当時既に当事者間においては攻撃の対象から外されていたものと解する。」としている。このように、最高裁は、同理論の適用について、本位的訴因と予備的訴因という構成がとられ後者で有罪とされた点で共通する二つの事案について異なる判断を示している。そのため、両者の判断理由を分析して同理論の適用基準を明らかにする必要があるが生じている。また、近年では、同理論について、「二罪についてはその全体が移審し、本来その全部について審判の義務と権利が生じるといふ原則の例外にすぎない場合についての理論付けがむしろ一般化し、その適用範囲が肥大化している^⑤」との指摘もあり、他方で、最高裁は、裁判員裁判によって第一審判決がなされた事案に関して、（そのこと自体を判決理由としては挙げずに）控訴審での事実誤認の審査方法は、「証拠の信用性評価や総合判断が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかという観点から行う」とする事後審性を徹底する方向の判断を示しているので（最高裁第一小法廷平成二四年二月二三日判決

刑集第六六卷四号四八二頁）、この判断の関係でも同理論の適用範囲を検討する必要があるが生じている。そこで、本稿では、同理論の適用が主に問題となる控訴審について、その目的・性質・構造等の基礎理論を検討し、新島ミサイル事件決定が示した判断枠組みの理論的根拠を分析した上で、その適用範囲を検討することとする。

二 控訴審の基礎理論

1 「攻防対象論」の検討の前提として、控訴審の目的・基本原理・構造等の基礎理論を概観しよう。現行法の控訴審は、原審の用いた証拠のみによって原判決時を基準に原判決の当否を審査する事後審制を採用している^⑥。その採用の理由は、第一審の審理方式が直接主義・口頭主義を徹底し証人尋問に重点をおく手続に改められたことから、これを控訴審で繰返すことは実益に乏しく第一審輕視等の弊害のおそれがあることを考慮し、また、憲法違反と判例違反を最終審として審査する最高裁判所の法律審としての負担過重を防ぐために、^⑦ これをも控訴審が担当することになったことから事実審としての役割の負担軽減をはかる必要があったこと等である^⑧。この制度設計や事後審制の採用理由も反映して、控訴審は事実審と法律審の性格を併せ持っている。このため控訴審の目的には、控訴理由として、①法令適用の誤り、②訴訟手続の法令違反、③事実誤認、④量刑不当が法定されている（刑訴三七七ないし三八三条）ことが示すように、法令解釈の統一と具体的事件の当事者の救済、特に被告人の救済が含まれている。この目的の理解については、事後審は伝統的に法律審とするのが理論的に一貫するとし、その目的は法令解釈の統一という国家目的に向けられていて、被告人の具体的救済は副次的・第二次的な機能にすぎないとする見解もあった^⑧。しかし、控訴審の主目的は、現在、一般的に理解されているように、事件の当事者、とりわけ被告人の救済にあるとすべきであ

る。最高裁判所に対する上告理由は憲法違反と判例違反に限定されており事実審としては控訴審が最終審であるのでその具体的事件の救済機能は重要となり、また、控訴申立ては事実誤認及び量刑不当を理由に大部分が被告人によつてなされていることから、当事者の救済、とりわけ被告人を救済する目的を重視せざるを得ないからである。⁽⁹⁾

2 このように控訴審の目的が複合的であることから、その審理手続の基本原理についての当事者主義と職権主義との関係は画一的な理解が難しい面もある。しかし、控訴審では、第一審と同じく当事者主義が基本とされ、職権主義は補充的に機能すると理解すべきである（最高裁昭和四六年三月二四日決定刑集二五卷二号二九三頁参照）。それは、当事者主義を基本とする第一審と同様に理解して訴訟手続全体の調和を図る必要があるとともに、控訴審では、申立人は控訴理由を明らかにした控訴趣意書を提出して弁論をし（三七六条・三八九条）、相手方は答弁書を提出して公判期日に弁論する必要がある（三八九条、規則二四三条）など、手続の主体的地位が当事者に保障されているからである。但し、その場合でも、控訴審では、第一審と比して職権主義の補充の程度は高いと理解すべきである。⁽¹²⁾なぜなら、上訴審としての控訴審は、第一審の訴訟過程を批判する任務を負っており、また、国家機関の公的判断である原判決の過誤を是正することは、当事者の主張がなくても顧慮されるべき公益的要請であるからである。⁽¹³⁾

3 現行法の控訴審については、控訴裁判所が、「原審の用いた証拠」を基礎に「原裁判時」を基準に審査することを本質要素とする事後審であると理解されている。その場合の事実誤認の審査方法については、原判決の判断過程（又は結論）に経験法則・論理法則違反があることとする経験法則・論理法則違反説と、事実認定についての控訴審の心証と原判決のそれを比較し、それに不一致がある場合に控訴審の心証を優先させるとする心証優先説が対立しているが、事実誤認の審査は、前者に拠つて第一審判決が行った証拠の信用性評価や総合判断が経験法則、論理法則等

照らして合理的といえるかの観点から行うべきである。それは、①原審記録および原審で取調べた証拠のみに依拠して原判決の判断過程を検討する控訴審の事後審性に適合するし、②第一審では直接主義・口頭主義が採られていて、そこで証人尋問が行われた場合には証人の供述態度も証拠となり信用性の判断資料となるが、この点を必ずしも反映していないため控訴審が書面審査によつて獲得する心証は価値において第一審で直接に審理にあたつた裁判官が形成した心証に一般に劣ると考えられるからである（最高裁第一小法廷平成二四年二月一三日判決刑集第六六卷四号四八二頁参照）。この理解によると、控訴審は積極的に自己が心証形成するのではなく一歩退いた立場から原判決を吟味することになり事実認定に介入する可能性が減るとされている。¹⁷したがって、控訴審では、裁判所が積極的に職権調査をして事実認定を行う姿勢をとるべきでないといえよう。

以上のように、控訴審では、①その主たる目的は、当事者、とりわけ被告人の救済にあり、②第一審と同様に当事者主義が基本とされるが、上訴審としての控訴審には第一審の誤りの是正が期待されることから職権主義による補充の余地は大きくなる。③その事実誤認の審査では、経験法則・論理法則違反説に立つて、裁判所は積極的な事実認定への介入を差し控えることが要請される。これらは、攻防対象論の適用範囲の検討に際して考慮する必要がある大きい控訴審の特質といえよう。

三 攻防対象論の理論的根拠

1 新島ミサイル事件決定が示した攻防対象論についての理論的説明には多様なものがあるが、この点を同理論の適用範囲を明らかにするために検討しよう。

同決定は、同理論の根拠に関して、「現行刑訴法においては、いわゆる当事者主義が基本原則とされ、職権主義はその補充的、後見的なものとされているのである。……この訴因につき、当事者の攻撃防禦をなさしめるものとして、このように、審判の対象設定を原則として当事者の手に委ね被告人に対する不意打ちを防止し、当事者の公正な訴訟活動に期待した第一審の訴訟構造のうえに立つて刑訴法はさらに控訴審の性格を原則として事後審たるべきものとしている。……その事後審査も当事者の申し立てた控訴趣意を中心としてこれをなすのが建前であつて、職権調査はあくまで補充的なものとして理解されなければならない。」とした上で、「右のうち無罪とされた部分については、被告人からの不服を申し立てる利益がなく、検察官からの控訴申立てもないのであるから、当事者間において攻防の対象からはずされたものとみることができ。」と判示している。

ここで、同理論の根拠に関する部分を摘記すると、第一審判決が無罪部分を含むことを前提に、(i)控訴審でも当事者主義が基本とされる、(ii)控訴審は第一審判決に事後的審査をする事後審である、(iii)被告人に不服申立ての利益がない、(iv)検察官が控訴を申立てていないことである。学説は、これらを中心に根拠を検討してきたが、その代表的見解には、①控訴申立ての際にそもそも無罪部分は確定し移審しないとする見解¹⁸⁾、②無罪部分も移審するが相対的に確定し審理できないとして一部確定力を認める見解¹⁹⁾、後述する③職権調査権に対する制約の観点によつて説明する立場²⁰⁾がある。このうち①の見解は、一罪の一部にのみに一事不再理効が生じるという問題が、②の見解は、判決宣告手続や裁判所の構成に違法があり破棄すべき場合にも確定力を認めるという問題が含まれていて、既に確立している従来の訴訟手続の理論に抵触する特殊な内容を含んでいるだけでなく、同決定の判断内容と大きく乖離するので判例理論として形成された同理論の根拠とはなりえない。そこで、無罪部分に移審効を認めつつ職権調査権に対する制約を認め

る立場からその根拠を検討しよう。

2 (1) 職権調査権に対する制約の観点から根拠付ける立場には、控訴審で当事者主義を基本とし人権保障を重視する現行法の下では、「職権による調査は主として被告人の利益のために後見的な立場から行われるべきで、…職権調査による事実認定（無罪の判断を含む）を被告人の不利益に変更する方向の判断に基づいて原判決を破棄することは許されない。」とする見解がある。⁽²²⁾ 確かに、憲法の人権保障規定を受けて刑事訴訟は当事者主義を基本に相対的真実の発見を目的とする手続と理解されており、裁判所は公平性維持の観点から事案の真相解明に積極的役割を果たすことを控える運用が定着している⁽²³⁾ので、この観点から職権調査を制限する方向性は一般的に支持できよう。また、この立場には、裁判所が当事者主義を基本に後見的な役割をはたすことを前提に、「被告人が主張することの本来許されない不利益な事項を裁判所が代わってとりあげるべきではない。」⁽²⁴⁾として、上訴の利益との関係で職権調査は制限され⁽²⁵⁾るとする見解もある。確かに、この見解によるならば、無罪部分を調査しえないという同理論の結論を説明できる。しかし、この見解による職権調査の範囲の判断基準には限定性がないことから、例えば判決に影響をおよぼす法令違反が判決自体から明らかである場合にもその誤りを是正できない事態を生じることになり法令解釈の統一⁽²⁵⁾という控訴審の役割を果たせない等の問題があるので、その根拠付けは不適切である。したがって、同理論は、当事者主義と被告人救済の理念を基礎とすると理解すべきであるが、より具体的に職権調査の範囲の判断基準を示すことができる根拠を必要とするといえよう。

(2) この点を示す見解を検討すると、まず、事後審である控訴審でも当事者主義を基本とした上で、「職権調査は、控訴趣意書を中心として形成された争点と、その争点とされた事項のみに限定されないとしても、その調査

に付随し、かつ併行してなされるという点に限界を有する」として、同理論を説明する見解もある⁽²⁶⁾。しかし、控訴審で事実誤認が問題とされる事実とその他の事実是有機的に関連しており、原審の記録により争点を中心に調査すると自ずと他の事実の問題点も判明する場合も多いので、争点を基準にして同理論を説明すると被告人の控訴理由の不足を補うという職権調査に期待された機能を果たせず、また、明白な法令の解釈、適用の誤りを是正できないという不合理な結果が生じることもある⁽²⁷⁾。むしろ同理論は争点形成の以前の問題として、控訴審の審判対象という物的範囲の次元で根拠付けて職権調査の範囲の判断基準を明確にすべきである⁽²⁸⁾。

そこで、同理論は、検察官が無罪部分に控訴を申立てていないことを分析して根拠付けるべきである。この観点に立つ見解には、検察官が、訴訟追行を放棄したと見做し得る部分については職権調査が許されないとする見解と⁽²⁹⁾、控訴申立てをしなかった無罪部分に関しては訴追意思・処罰意思を失ったとして職権調査は許されないとする見解がある⁽³⁰⁾。前者は、現行法の控訴審を、「申立人が控訴の理由を主張する責任を負い、審査の範囲が原則として申立人の主張した点に限定される上訴審を意味する事後審で当事者主義の訴訟構造に適合した控訴審の形態である⁽³¹⁾」と理解した上で、検察官が無罪部分を控訴しなかったことから訴追意思がないと推定し、訴因が黙示的に撤回され検察官の訴訟追行が放棄された場合として説明している⁽³²⁾。また、後者は、「訴因制度は、検察官に処罰意思がない事実について、裁判所が職権で審判するのは妥当でないという法原理を採用し、審判の対象設定についての検察官処分権主義を認めた制度である⁽³³⁾」という、訴因制度と検察官処分権主義を基礎に検察官の訴訟追行行為の観点から説明するものである。

思うに、両者は、同理論を控訴審でも当事者主義が基本とされるところとした上で、検察官の処罰請求が放棄された場合

として根拠づける点で親和性があるが、その適用の有無を判断する基準は比較的明確である。そこで、検察官が訴因を単位として訴追対象を決定する処分権限をもっていることを前提に、検察官が無罪部分に控訴を申立てていないことについて訴追意思の有無を具体的に検討して職権調査の許否を判断すべきで、その適用の有無は訴因を単位・基準にした検察官の実質的な訴追意思が認められるか否かによって判断すべきである。

四 攻防対象論の適用範囲

1 新島ミサイル事件決定の検討

新島ミサイル事件決定は、牽連犯ないし包括一罪の事案について、第一審判決の有罪部分と無罪部分とは、「それぞれ一個の犯罪構成要件を充足し得るものであり、訴因としても独立し得た」ことを指摘して、攻防対象論の適用には、無罪部分の構成事実が有罪部分に対して独立性と可分性が必要であることを示した。ここで示された要件は、単一犯罪を構成する事実についての一部起訴の許否とも関連するが、学説の多くは、検察官設定の訴因に審判対象を限定する拘束力を認める現行法の下では真実の発見も一定の限度で断念せざるをえない、また、結合犯のように単一犯罪であってもその種類によって程度の差があっても事実を分割することが可能な場合もあるとしてこれを認めている。しかし、その場合でも積極的に一部起訴を認めるかについては、実体的真実発見の要請に反し好ましくないが訴因の拘束力との関係で認めざるをえないとする消極的な見解もある³⁷。しかし、現行法では、検察官に不起訴裁量権が認められているので起訴の場合に限って実体的真実を貫く必然性はなく、訴因の拘束力は不処罰方向の処分を内在する検察官の裁量権を反映するので、これを積極的に認めるべきである³⁸。その際に一部起訴を認める最小限度の要件と

しては、検察官の訴追決定の単位は訴因であることから、犯罪事実を分割しても各部分が一個の構成要件を充足し別個の訴因を構成する事実が存在することが要求されている。⁽³⁹⁾これを攻防対象論の適用要件は反映するものと理解できよう。

2 攻防対象論の適用範囲の検討

同理論の適用範囲を検討すると、単純一罪の事案について船橋交差点事件決定後は、本位的訴因と予備的訴因について、①犯罪事実全部を証明できないが別の犯罪事実を証明できる非両立の関係と、②犯罪事実の一部を証明できないが、それが排他的ではなく共に成立する吸収関係、大小関係（包摂関係）に分けて論じられているので、各々について検討しよう。

(1) 非両立の類型

船橋交差点事件決定は、同一被害者に対する交通事故の過失の態様が問題とされた非両立の類型について、本位的訴因と予備的訴因が構成され、第一審が予備的訴因に沿う事実を認定したのに対して被告人のみが控訴したところ、本位的訴因を認めなかった無罪部分に職権調査が許されるかが問題とされた事案であるが、「予備的訴因に沿う事実を認定した第一審判決に対し被告人のみが控訴したからといって、検察官が本位的訴因の訴訟追行を断念して、本位的訴因が当事者間の攻撃防御の対象から外れたとみる余地はない。」と判示している。この結論を多くの学説は支持しているが、その代表的見解は、検察官が本位的訴因の成立を否定した原判決に対し上訴しなかったとしても、それは予備的訴因の認定を通じてでも想定した事実が処罰されたからで、検察官が上訴しないことは、訴因主張の優先順位を放棄したにとどまり、本位的訴因について確定的に処罰要求を放棄したとはいえないことを理由として支持して⁽⁴¹⁾

いる。これに対して、検察官が控訴を申立てなかった以上、本位的訴因の訴訟追行を放棄したとみなせるとして同理論の適用を肯定する見解もある⁽⁴²⁾。その論拠は、現行法が控訴審に採用した事後審は、審査範囲を原則として申立人の主張した点に限定する当事者主義訴訟構造に適合した形態であるとの理解を前提に、⁽⁴³⁾ 検察官が主張を放棄した事実について裁判所が有罪の認定をすべきではないという控訴審における当事者主義の表現としての事後審制から攻防対象論を根拠付けて、⁽⁴⁴⁾ 検察官が本位的訴因について控訴しないことから訴追意思が放棄されたと理解するものである。思うに、両者は、検察官が、本位的訴因（無罪部分）について控訴しなかったことを訴追意思の放棄と評価できるかの点で相違し、後者は検察官の犯罪事実の主張である訴因ごとに訴追意思を検討している。しかし、ここでは、訴因の予備的・択一的記載制度に遡って検討すべきである⁽⁴⁵⁾。同制度の趣旨は、検察官が捜査で収集した証拠によっても、被告人の行った犯罪事実がいかなる構成要件に該当するかについて確定的な心証を形成できない場合などに、一個の犯罪事実を数個の訴因に構成して、そのうちのいずれかの認定でよいとする訴追方式を認めて、検察官と裁判所との判断の齟齬から本来有罪の被告人が無罪となる不都合を防ぐことにある⁽⁴⁶⁾。とするならば、検察官の訴追意思については、いずれかの訴因が認められるならば特段の事情のないかぎりそれをもって満足する主張と理解するのが相当であり、有罪と認められた訴因に不服が申し立てられている以上、その訴因とともに、認められなかった訴因の主張をも維持しているとみなすのが合理的であるといえよう⁽⁴⁷⁾。したがって、この類型に対しては同理論の適用は否定すべきである。

(2) 両立する類型

本位的訴因と予備的訴因を構成する事実が両立する吸収関係と包摂関係について、後者の訴因が認定される場合は、

大の犯罪事実で構成された訴因が含んでいる訴因を認定する縮小認定と同様に評価できるので、以下では起訴された訴因を構成する犯罪事実に関係がある場合と共通に検討しよう。

① 両訴因の事実が吸収関係にある場合は、(i) 殺人罪の予備・未遂・既遂、(ii) 収賄罪における賄賂の要求・約束・收受、(iii) 公職選挙法上の金銭等の交付罪・供与罪などの発展犯の場合である。これらは、問題となる各行為が外形上複数の構成要件に該当する結果を発生させているが、軽い罪の法益侵害Ⅱ違法性が軽微であるため包括して重い罪一罪で処断する包括的一罪に属する⁴⁸。この包括的一罪では、数個の犯罪結果についての事実がそれぞれ構成要件に該当し独立した訴因を構成できるので、第一審が本位的訴因を排斥して予備的訴因で有罪とし被告人のみが控訴した場合には、前者の無罪部分について攻防対象論の適用が認められるといえよう。この場合は、第一審が重い犯罪事実を認定せずに軽い犯罪事実を認定した場合にあたり、各々の事実が構成要件に該当し独立性・可分性を有する訴因を構成するにもかかわらず、検察官が前者の無罪とされた訴因について控訴しなかった以上、第一審の認定事実と量刑判断を是認し訴追意思を放棄したと評価できるからである。

② 検察官が起訴した犯罪事実と第一審が認定した犯罪事実が包摂関係にある場合を検討しよう。

(i) 学説の検討

この類型では、第一審が殺人の訴因に対して傷害致死、強盗の訴因に対して恐喝や窃盗、暴行を認定した場合等について同理論の適用が問題となり、①各々の犯罪事実が独立した訴因を構成し判決に無罪部分が存在するか、②検察官の不控訴が無罪部分に対する訴追意思の放棄と評価できるかが問題となる。適用を肯定する見解は、例えば、殺人の訴因につき第一審が傷害致死を認定し被告人のみが控訴したという縮小認定のケースでは、控訴審は改めて職権調

査を行つて大の部分である事実を認定できないとする。⁽⁴⁹⁾ その論拠は、両者の犯罪事實は量的に大小關係にあり各々が独立した訴因を構成できることから、このことを考慮すると、①大の部分について無罪判断があるものとして例外に準じて扱える余地があること⁽⁵⁰⁾、②檢察官が、違法性・責任の程度に差があり量刑も異なると予想される犯罪事實について控訴しなかつた以上、無罪部分に対する処罰意思を放棄したものと考えられること等である。⁽⁵¹⁾ これに対して、包摂關係では、一方の構成要件が他方を包摂する法条競合の關係にあり犯罪事實は一つで非両立の關係にあるとみることも可能であること⁽⁵²⁾、また、(殺人罪と傷害致死罪の例で) 殺意が認定できない場合には、単純一罪の一部の認定しかなきないことを意味し、独立した無罪部分はないとして、その適用を否定する見解もある。⁽⁵³⁾

検討をすると、後者の見解は、包摂關係は法条競合の一類型にあたり犯罪事實は一つであるとの理解を基本にしてゐる。確かに、この理解によるならば無罪部分に独立性・可分性は認められない。しかし、法条競合による一罪性は、一個の刑罰法規が一回適用されることによって得られるもので単純一罪にほかならないが、そこでは一般の単純一罪の場合と同じく複数の行為が存在する場合がある。⁽⁵⁴⁾ とするならば、法条競合はある事実が複数の構成要件に該当し法規相互の論理的な關係により一方の適用が優先されるのにすぎず、法規が適用されなかつた罪にも構成要件に該当する事實は存在し独立の訴因を構成できるので両立性は認められる。⁽⁵⁵⁾ また、同理論の適用要件と関連する一部起訴との關係では、例えば強盜を恐喝、殺人を傷害致死、共同正犯を幫助犯として起訴する場合は、暴行・脅迫の程度、殺意と傷害の故意、共同正犯と幫助犯とは、その量において流動的なもので軽い訴因を形成しうる事実が段階的に存在するといえるので、それらは各々独立の訴因を形成できる。⁽⁵⁶⁾ 更に、この縮小認定のケースでは、小の犯罪事實を構成する訴因について有罪とされればあえて大の犯罪事實で構成される訴因について処罰を認めなくてもよいという檢察官

の訴追意思を一般的に認定できる。したがって、包摂・大小関係にある類型に対しては、同理論の適用を認めるべきといえよう。

(ii) 裁判例の検討

単純一罪について本位的訴因と予備的訴因の犯罪事実が両立する事案を判断した裁判例は多くはないが、基本的なものを概観しよう。

① 福岡高裁平成二〇年四月二二日判決（公刊物未登載、季刊刑事弁護第五六号一八五頁以下収録）

（事案） 検察官は、被告人を殺人の共同正犯（事前共謀及び実行共同）として起訴した。第一審は、被告人と共犯者Aによる殺人の事前共謀は犯行の直前に解消され、Aが単独で実行したとして共同正犯を否定した。その上で訴因変更手続を経ずに、被告人はAの犯行の前後を通じて事後処理に協力意思を有しており、Aもそれを期待していたから犯行を心理的に容易にしたとして殺人の幫助犯で有罪を言渡した。被告人は控訴したが、控訴審では第一審で否定された共同正犯の事実を職権調査できるかが問題となった。

（判旨） 「殺人の共同正犯の訴因と一審の裁判所が認定した殺人の幫助の訴因とは大小の関係にあつて、いわゆる縮小認定であることからすると、一審判決では大部分に当たる殺人の共同正犯の訴因については無罪判断があるものとして扱うのが相当であり、この一審判決に対する検察官の申立てがない以上、その無罪部分について、控訴審である裁判所は、職権による調査を行うことができない。」として、無罪部分である共同正犯の事実は攻防対象から外れるとした。

② 最高裁第一小法廷平成二五年三月五日決定（刑集六七卷三号二六七頁）

（事案） 検察官は、被告人を、「Aと共謀の上、平成二二年五月八日、新潟県M市内の甲組事務所二階において、賭博場を開帳し、賭客らをして、金銭を賭けて麻雀賭博をさせ、同人らから寺銭として金銭を徴収し、もって賭博場を開帳して利益を図った」という賭博開帳図利罪の共同正犯の訴因で起訴した。第一審では、新たに「同日、同場所において、……Aが同所を麻雀賭博場として利用することを容認し同人の犯行を容易にさせて幫助した」という同罪幫助の予備的訴因が追加された。第一審は、本位的訴因である同罪の共同正犯の成立を否定して、予備的訴因である幫助犯の成立を認めた。これに対し、被告人のみが控訴したが、裁判所は職権調査により判決を破棄して本位的訴因の共同正犯で有罪とした。被告人は、検察官が本位的訴因について控訴しなかった時点で攻防対象論が適用され職権調査は許されないこと等を理由に上告した。

（判旨） 控訴審が行った職権調査の当否について、職権で以下の判断をした。

「第一審判決の理由中で、本位的訴因とされた賭博開帳図利の共同正犯は認定できないが、予備的訴因とされた賭博開帳図利の幫助犯は認定できるという判断が示されたにもかかわらず、同判決に対して検察官が控訴の申立てをしなかった場合には、検察官は、その時点で本位的訴因である共同正犯の訴因につき訴訟追行を断念したとみるべきであつて、本位的訴因は、原審当時既に当事者間において攻防の対象から外されていたものと解するのが相当である。」

〔検討〕 本位的訴因を共同正犯、予備的訴因を幫助犯として起訴した場合に、第一審が後者で有罪としたのに対して、被告人のみが控訴したときに攻防対象論が適用されるかについては、これまでの裁判例は結論が分かれていた。例えば、①の判決は、殺人の共同正犯と幫助の訴因とは大小関係にあり、いわゆる縮小認定であること、大の部分に

当たる殺人の共同正犯の訴因については無罪判断があるとして扱うのが相当であること、検察官が控訴していないこと等を挙げてその適用を肯定している。

これに對して、②の最高裁決定の事案の控訴審判決（東京高裁平成二四年二月二三日判決刑集六七卷三号三一〇頁）は、正しい裁判の確保という控訴審の役割に配慮して適用を否定したものと考えられる。このように高等裁判所の裁判例が分かれる中で、最高裁が単純一罪における縮小認定の事案に同理論の適用を認めた実務上の意義は大きい。しかし、そこでは適用の理由を明示していないので、それを検討する必要がある。この点、既に述べたように同理論の適用要件は、①判決の無罪部分が有罪部分に對して独立性・可分性があること、②無罪部分に對する検察官の不控訴が訴追意思の放棄と解しえることであつた。これらを検討すると、同事案では、本位的訴因の共同正犯と予備的訴因の幫助犯の犯罪事實は、被告人がAに賭博場を提供し、Aがそれを利用したという事実面で共通するが、被告人の行為が幫助から更に進んで正犯として寄与する程度に達すると共同正犯が認められることになるなど流動的なものである。つまり、そこでは事実が段階的に存在していて、幫助犯と共同正犯の構成要件に該当する犯罪事實が重なり合つており、各々の事実が独立性のある訴因を構成できることから両者は両立する場合として包摂・大小関係にある⁽⁵⁸⁾。

次に、このように包摂・大小関係にある犯罪事實のうち第一審判決が予備的訴因で有罪を認定した場合に、その判断が本位的訴因についての無罪部分を含むといえるかが問題となる。この点、「単純一罪の一部が認定できないことを意味するにすぎず、独立した無罪部分はない。」⁽⁵⁹⁾との指摘もある。しかし、前述のように、本件の両訴因は、訴因として独立性・可分性が認められるので単純一罪の一部認定（一部認定落ち）とは区別すべきである。また、「単純一罪の事案に関する本位的訴因を排斥して予備的訴因を認定する際にも、……判決の理由中で排斥する理由が実質的に

表示されるはずであり、結論として無罪判断がないという点は、攻防対象論の適用を否定する合理的な根拠にならない。⁶⁰」ことから、無罪判断がある場合に準じて扱うことができるといえよう。更に、検察官が、本位的訴因に対する訴追意思を放棄したと解せるかが問題となるが、幫助犯と共同正犯の犯罪事實は各々が構成要件に該当し独立した訴因を形成できるので、それは同理論の適用と関連する一部起訴が許容される場合にあたる。とすると、予備的訴因を構成する幫助犯は刑の必要的減輕事由とされており共同正犯と異なる量刑判断が予想されるが、それにもかかわらず検察官が本位的訴因についての無罪部分に対し控訴しなかったことは訴追意思を放棄したと解するのが合理的である。したがって、上記最高裁決定が、攻防対象の適用を肯定したことは支持できよう。

(3) 同一構成要件内の事実の縮小認定

(i) これまで単純一罪について、本位的訴因と予備的訴因を構成する犯罪事実が両立する事案と起訴時の訴因が維持され予備的訴因が構成されないまま同一構成要件内の犯罪事実について縮小認定がなされた（一部認定落ちがあった）事案とは、同じく攻防対象論の適用問題として議論されてきた。例えば、大阪高裁昭和五八年二月二二日判決（刑月一五卷一一―一二号二二〇頁）は、法人税法違反事件で原判決が被告人に有利に総所得金額及び遁脱税額を誤って認定したが、検察官が控訴審においてその誤りを争わなかった事案について、同理論を基礎付ける当事者主義、検察官の訴追意思の放棄、職権調査権の被告人に対する後見性を挙げて、原判決の認定を超えて被告人に不利益な事実を職権調査しそれを破棄することは許されないとしている。確かに、この場合に控訴審による被告人に不利益な事実認定を限界付ける理由は、同理論の理論的基礎と重なるものがある。しかし、同一構成要件内の事実に対する縮小認定、つまり一部認定落ちの事案には、同理論は適用されないと解すべきである。⁶¹ 同理論は、検察官の専権である訴因

設定権を前提に、検察官が独立した訴因を構成する無罪部分をあえて控訴しないのであれば攻防の対象から外れるとして、訴因を基準に控訴審の審判対象を限定し職権調査の範囲を限定する理論である。⁶²とすると、同一訴因中の事実の縮小認定は、検察官が処罰対象を明示した訴因の枠内における量的問題にすぎず、一部認定落ちした部分に訴因としての独立性・可分性は認められないので適用要件を欠くからである。また、実務が採用する訴因構成事実の記載は訴追対象事実と他の事実を識別できる程度で足りるとする識別説の観点からの検討によっても職権調査が許されるといえよう。つまり、縮小認定の事実では、識別説で要求される「罪となるべき事実」の中核となる構成要件的評価と、訴追対象事実を限定する要素となる犯罪行為の態様又は結果の記載⁶⁴には変化はなく、検察官の訴追意思の同一性は維持されているので職権調査が許されるからである。⁶⁵そこで、この問題は、同理論の適用ではなく刑法三九二条二項の職権調査権自体の解釈問題として検討すべきである。

(ii) 下級審の裁判例には、攻防対象論との関係を明らかにせずに、第一審が縮小認定した場合について、職権調査によって被告人に不利な事実を認定することが許されると判断したものがあるが、その判断枠組については検討の必要がある。この問題についての代表的な裁判例として、東京高裁平成一五年一〇月一六日判決（高刑集五六卷四号一頁）⁶⁶がある。その事案は、被告人は実妹に暴行を加え傷害を負わせたとして起訴されたが、第一審は公訴事実中の暴行行為の一部及び傷害結果の一部を除外し縮小認定して有罪を言渡した。これに対し被告人のみが控訴したが、控訴審は原判決を破棄し当初の公訴事実どおり認定した。そこでは、職権調査の許否について以下の判断をした。本件では、

「①単純一罪である傷害罪につき、原判決が公訴事実の一部を除外して縮小認定したのに対し、当裁判所は公訴事

実と同旨の事実を認定できるとするものである。

②暴行の態様と傷害の結果はまさしく不可分であつて、原判決が認定した暴行のみでは原判決が認定した傷害の結果の多くを説明できないのみならず（……）、公訴事実のとおり暴行を認定すれば原判決が認定から除外した傷害の事実も当然に認定できることになる。

③原判決による、傷害の結果についての縮小認定は、傷病名や要加療日数の事実摘示の表現にも反映しない程度のものであり、しかも、原判決のように縮小認定すれば、要加療日数を正確に認定することが困難になる。……

④検察官としては、……その犯罪事実の認定や量刑に若干の不満を覚えたとしても、この判決がそのまま確定するのであれば構わないと判断して、控訴の申立てには及ばなかったと思われる……。

⑤検察官は、公訴事実のとおり事実を認めるのが相当であるとして、職権調査を促しており、当裁判所の上記のような判断も被告人にとって不意打ちにはならない。」として、職権調査が許されたとした。

この判断が示した①ないし⑤を検討すると、縮小認定の事案の職権調査の許否の判断要素として、検察官が起訴した公訴事実と同一ないし同程度の態様の事実認定を挙げているが、これは検察官の訴追意思が及んでいる訴因の範囲内での認定であるので攻防対象論の適用はないというべきである。しかし、この問題については、職権調査の許否について、検察官意思の放棄が認められる等を理由に原則として否定説に立ち、「（ア）不控訴から窺える検察官の処罰意思の放棄の有無及びその不控訴の判断の相当性、（イ）第一審判決の事実認定を前提とした場合、控訴趣意に適切に答えられなくなるような矛盾の存在・程度（控訴審が第一審の事実誤認を指摘する必要性の程度）、（ウ）被告人に対する上訴権行使の萎縮的效果の有無・程度、（エ）被告人側への不意打ち防止策の実施状況、（オ）訴訟経過に鑑みて被告

人に酷といえるか否か、(カ)事後審としての控訴審の在り方、控訴審の役割」などの縮小認定がなされた事案の具体的な諸事情や控訴審の性質と役割等を総合的に判断して肯定説を採用する場合を認める見解もある⁶⁷。確かに、この見解が事案の諸要素を総合して職権調査の許否を判断するとすることは適切である。しかし、ここでは、控訴審は当事者主義を基本とし事後審としての性格をもつので同理論の考え方を参考にしながらも、それとは区別して検察官の訴追意思や控訴審に期待された正しい裁判の確保という役割の実現に配慮して、同理論の適用の問題としてではなく、職権調査権自体の限界の問題として検討すべきである。その際、当事者主義と被告人に対する防御権の保障の観点から職権調査権の行使を例外と位置付けた上で、控訴審の争点と、その調査に付随し、かつ併存してなされる範囲という基準によってその許否を検討すべきである⁶⁸。この限度であれば控訴趣意書によって提起された問題を契機とするので当事者主義の理念に合致し、被告人の防御権も保障できるからである。また、その基準とも関連して、職権調査の許否は判決で認定から除外された事実についての検察官の不控訴が量刑上妥当として一応承認したにすぎず訴追意思は維持されている場合であるか等を検討して判断すべきである。更に、その際には、判決の事実認定に控訴趣意に適切に答えられなくなるような大きな問題がある場合等では、職権調査を認める余地が大きくなると解すべきである。なぜなら、正しい裁判の確保という控訴審に期待された役割を果たす必要が大きいことから限定された範囲であつても職権主義が機能する余地を認めるべきだからである⁶⁹。

以上を前提として、縮小認定の事案(一部認定落ちがあつた事案)では、その事案の具体的な諸事情を総合的に考慮して職権調査の許否を判断すべきである。この点については、今後の裁判例の集積を待つて縮小認定の事案に対する職権調査の許される類型を明らかにしていくべきといえよう。

五 結びに代えて

近年導入された裁判員裁判では、「第一審の判断は、直接主義・口頭主義が徹底した形で裁判員と職業裁判官が協働して行われるものとなり、そこでは国民の健全な社会常識を反映した判断が示されることになるので、控訴審では第一審の判断の結果をできるだけ尊重して審理に当る必要があり、控訴審は事後審であるという本来の趣旨を運用上より徹底させるべきである。」旨の指摘があり、そこから「第一審の判決が弁護人の主張を踏まえた検察官の主張の評価として合理的なものであるかについて判断すれば足りるのであり、それを超えて、独自に『事案の真相は何かを』追求するという姿勢をとるべきでない。」との指摘がなされている。この指摘は、裁判員裁判では対象が一定の重大事件に限定されていることから、その他の第一審が通常裁判の場合の審理方法に直ちに及ぶとはいえない。しかし、前者による判決に対する控訴審の審査方法の方向性は、徐々に後者による判決に対する審査方法にも影響を与えることが考えられる。そこで、このように控訴審の審理において事後審制に徹した運用がなされることは、攻防対象論の適用範囲を広げる傾向を一般的に促すと考えられる。

このことに留意しつつ、攻防対象論の適用範囲は、その理論的根拠との関係で訴因を基準にして検察官が第一審判決の無罪部分に対して控訴しないことについて訴追意思の放棄を示したと評価されるか否かによって判断すべきである。これを前提にすると本稿の結論は、同理論は、各々の犯罪事実が独立性と可分性をもって訴因を構成できる包括一罪や科刑上一罪の事案についてその適用が判例上認められたが、問題となっている単純一罪の事案では以下のとおりとなる。

① 本位的訴因と予備的訴因の犯罪事実が非両立の場合には、訴因の予備的記載制度の趣旨から同理論の適用を否定すべきである。

② 両訴因の犯罪事実が両立する関係としての吸収関係・包摂関係にある場合は、各々の犯罪事実が独立した訴因を構成でき檢察官の無罪部分に対する訴追意思の放棄が認められるので同理論の適用を基本的に認めるべきである。ただ、この類型に属する事案であつても直ちに檢察官の訴追意思の放棄が認められるわけではなく、その適用の有無は、あくまでも当該事案の具体的な事実関係に照らして判断されるべきである。⁽⁷²⁾ この場合の檢察官の訴追意思の有無の判断については、基本的には当該訴因及び公訴事実と原判断に対して檢察官が控訴しなかったという事実から合理的意思解釈をしていくべきだからである。また、これと関連して同一構成要件内の事実の縮小認定（一部認定落ち）の場合は、檢察官の訴追意思は維持されているので同理論の適用は否定され、それとは別の刑訴法三九二条二項の職権調査権の行使の限界という次元で問題を検討すべきである。

現在、攻防対象論の適用について判断した裁判例は一部の事案のものにとどまっているので、その適用を認める場合を類型化し適用範囲の明確化に努めるべきである。そのためには、事案判断の集積が必要であるが、その点については事案の個別的検討も含めて今後の検討課題として他日を期したい。

- (1) 千葉裕「控訴審における当事者主義と職権主義」『鴨良弼先生古稀祝賀論集 刑事裁判の理論』三六五頁（日本評論社、一九七九年）、小野慶二「控訴審の審判における当事者主義」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第四卷』二六四頁以下（有斐閣、一九八五年）。

- (2) 松尾浩也『刑事訴訟法（下）』二二四頁（有斐閣、新版補正第二版、一九九九年）、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』四八〇頁（有斐閣、一九九二年）等。
- (3) 最判昭二九年八月二〇日刑集八卷八号一二四九頁、最第三小判昭三三年五月二〇日刑集一二卷七号一四一六頁、最第一小判昭四二年八月三一日刑集二二卷七号八七九頁等。
- (4) 名古屋高判昭和三十三年二月二五日（高刑集一〇卷一二号八〇九頁）と最第三小決昭和三十六年二月二六日（裁判集一四〇号七〇五頁）が代表するように、従来は被告人が科刑上一罪、包括一罪の一部である有罪部分のみに対し控訴しても、無罪部分を含めて全体が控訴審移審し職権調査権が及ぶとされていた。
- (5) 原田國男「三九二条の解説」河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第九卷）』三六〇頁（青林書院、第二版、二〇一一年）。
- (6) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』五一八頁（創文社、七訂版、一九六七年）。
- (7) 現行法の事後審構造採用の理由については、小林充『刑事控訴審の手續及び判決書の実際』三頁（法曹会、二〇〇〇年）、川口政明「上訴―裁判の立場から」三井誠ら編『新刑事手続Ⅲ』三九〇頁（悠々社、二〇〇四年）等参照。
- (8) 中武靖夫「三九二条の解説」平場安治ら編『注解刑事訴訟法（下巻）』一四三頁（青林書院新社、一九八三年）。
- (9) 小林・前掲注（7）一頁。
- (10) 平良木登規男『刑事控訴審』三四頁（成文堂、一九九〇年）。
- (11) 井戸田侃「刑事上訴の構造論」『現代の刑事法学（下）平場安治博士還暦祝賀』二四八頁（有斐閣、一九七七年）、小野・前掲注（1）二六四頁。
- (12) 齊藤朔郎『事実認定論』九六頁（有斐閣、一九五四年）。
- (13) 小林充「三九二条の解説」河上和雄ら編『注釈刑事訴訟法第七卷』三二五頁（立花書房、第三版、二〇一二年）。
- (14) 団藤重光「自由心証主義」『刑事法講座六卷』一二四頁以下（有斐閣、一九五四年）、船田三雄「控訴審における事実審理のあり方」法曹時報第三四卷一〇号一九六三（一一）頁（一九八二年）。

- (15) 田宮・前掲注(2)四八八頁。
- (16) 団藤・前掲注(14)一二二七頁。
- (17) 後藤昭「刑法三三二条にいう事実誤認の意義とその判示方法」ジュリスト『平成二四年度重要判決解説』一八八頁(二〇一三年)。
- (18) 千葉裕『最高裁判例解説(刑事編昭和四六年度)』九七頁(法曹会、一九七二年)。
- (19) 田口守一『刑事裁判の拘束力』三三二頁以下(成文堂、一九八〇年)。
- (20) 小野・前掲注(1)二六七頁、中野次雄「上訴の利益」『総合判例研究叢書刑事訴訟法(17)』二三三頁以下(有斐閣、一九六五年)、小林充「索連犯または包括的一罪として起訴された事実の一部を無罪とした第一審判決につき被告人だけが控訴を申し立てた場合における控訴審の職権調査の範囲」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集(第三二・三三卷、昭和四五年度・四六年度)』三〇二頁以下(有斐閣、一九八七年)、後藤昭「本位的・予備的訴因のある場合の攻防対象論の適用と破棄判決の拘束力」ジュリスト『昭和六〇年度重要判例解説』一九〇頁(一九八六年)、香城敏磨「審判の対象」判例百選(第五版)二三三頁(一九八六年)、石井一正『刑事控訴審の理論と実務』三四二頁(判例タイムズ社、二〇一〇年)等。
- (21) 移審効を否定する見解、無罪判断部分に一部確定力を認める見解の問題点の詳細については、原田・前掲注(5)三五八頁以下参照。
- (22) 小野・前掲注(1)二六七頁。
- (23) 「刑事控訴審の諸問題(上)(座談会)」『河村澄夫発言』法曹時報第二四卷二一〇三二(二八)頁(法曹会、一九七二年)参照。
- (24) 中野・前掲注(20)二三頁以下。
- (25) 小林・前掲注(13)三一八頁。
- (26) 小林・前掲注(20)三〇二頁以下。
- (27) 佐々木史朗「控訴審における審判の対象」判例百選(第三版)二二七頁(一九七六年)。

- (28) 田宮・前掲注(2)四六八頁は、攻防対象論を控訴審における審判対象設定の問題としている。
- (29) 後藤・前掲注(20)一九〇頁。
- (30) 香城・前掲注(20)二三三頁、石井・前掲注(20)三四二頁等。
- (31) 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』三一八頁以下（成文堂、一九八七年）。
- (32) 緑大輔「刑事控訴審の構造―当事者主義とのかかわりを中心に」法律時報一〇七一号一一八頁（二〇一四年）。
- (33) 香城・前掲注(20)二三三頁。
- (34) 緑・前掲注(32)一一九頁。
- (35) 石井・前掲注(20)三四四頁注(一一)。
- (36) 石井一正『刑事訴訟法の諸問題』一四九頁（判例タイムズ社、二〇一四年）。
- (37) 石井・前掲注(36)一四八頁。
- (38) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造』二九七頁（信山社、二〇〇五年）。
- (39) 光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』二三三頁（成文堂、二〇〇七年）。
- (40) 山田利夫『平成元年最高裁判例解説（刑事編）』一二八頁（法曹会、一九九一年）、川出敏裕「刑事判例研究 被告人の控訴により差し戻された事件の第二次第一審裁判所が第一次第一審で否定された本位的訴因につき判決したことに違法はないとされた事例」警察研究第六四卷六号七七頁（一九三三年）。
- (41) 川出・前掲注(40)七六頁。
- (42) 後藤・前掲注(20)一九一頁。
- (43) 後藤・前掲注(31)三一八頁。
- (44) 後藤・前掲注(20)一九〇頁。
- (45) 鈴木茂嗣「刑事控訴審の構造」『刑事裁判の復興―石松竹雄判事退官記念論文集』三七六頁（勁草書房、一九九〇年）。
- (46) 臼井滋夫「二五六条（五項）の解説」青柳文雄ら編『註釈刑事訴訟法第二卷』四六四頁（立花書房、一九七六年）。

- (47) 鈴木・前掲注(45)三七六頁。
- (48) 西田典之『刑法総論』四一四頁(弘文堂、第二版、二〇一〇年)。
- (49) 山田・前掲注(40)一二九頁、香城・前掲注(20)二三三頁。
- (50) 原田・前掲注(5)三六四頁。
- (51) 小林・前掲注(13)三三二頁。
- (52) 岩瀬徹「いわゆる攻防対象論について」『小林充先生 佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻』三八九頁、三九〇頁(判例タイムズ社、二〇〇六年)。
- (53) 岩瀬・前掲注(52)三八九頁。
- (54) 町野朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』四一五頁(有斐閣、一九九〇年)。
- (55) 長井秀典「控訴審における職権調査の対象と破棄後の手続における審判の対象について——いわゆる攻防対象論について」『小林充先生 佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集』四一七頁注(一七)(判例タイムズ社、二〇〇六年)。
- (56) 石井・前掲注(36)一四九頁以下。
- (57) 京明「刑事訴訟法判例研究 いわゆる攻防対象論の適用が単純一罪の事案に対しても認められた事例」法律時報第八六卷八号一二八頁(二〇一四年)。
- (58) 豊崎七絵「攻防対象論が適用された事例」法セミ第七〇〇号一三四頁(二〇一三年)、中島宏「控訴審による職権調査の範囲」法学教室判例セレクト二〇一三「Ⅱ」四二頁(二〇一四年)。
- (59) 岩瀬・前掲注(52)三八九頁。
- (60) 矢崎直邦『最高裁判所判例解説平成二五年度(刑事編)』八六頁(法曹会、二〇一六年)。
- (61) 辻本典央「攻防対象論について」近畿大学法学五五卷三号五九頁(二〇〇七年)、波床昌則「刑事裁判例批評 本位的訴因を否定し予備的訴因を認定した第一審判決に対し検察官が控訴の申立てをしなかった場合に、控訴審が職権調査により本位的訴因について有罪の自判をすることの可否」刑事法ジャーナル三七卷九九頁(二〇一三年)、大谷祐毅「刑事判例研究 本

位的訴因を否定し予備的訴因を認定した第一審判決に対し検察官が控訴の申立てをしなかった場合に、控訴審が職権調査により本位的訴因について有罪の自判をすることが違法であるとされた事例『論究ジュリスト一五』一三四頁（二〇一五年）。

(62) 波床・前掲注(61)九九頁。

(63) 青柳文雄ら編『註釈刑事訴訟法第三卷』一二〇頁「佐々木史朗」（立花書房、一九七八年）。

(64) 香城・前掲注(38)二八六頁、三〇〇頁。

(65) 波床・前掲注(61)九八頁、大谷・前掲注(61)二三七頁、辻本・前掲注(61)五九頁。

(66) 同様の判断を示すものとして、福岡高判平成一二年九月五日（高検速報一四一三号一九五頁）、高松高判平成二五年四月一日（判タ一四一一号二五三頁）がある。

(67) 菊池則明「事実についての不利益変更」松尾浩也ら編『実例刑事訴訟法Ⅲ』三一二頁（青林書院、二〇一二年）。

(68) 小林・前掲注(20)三〇二頁以下。

(69) 小林・前掲注(13)三一五頁、三一九頁。

(70) 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審のあり方』九七頁以下（法曹会、二〇〇九年）。

(71) 司法研修所編・前掲注(70)九七頁以下。

(72) 京・前掲注(57)一二八頁。

(73) 矢崎・前掲注(60)八六頁。

警察DNAデータベースの合憲性

玉 蟲 由 樹

一 はじめに

二〇〇五年に日本で警察庁のDNA型データベースの運用が本格的に開始されてから、一〇年以上が経過した。しかし、かかるDNA型データベースの構築・運用の法的根拠が、依然として、国家公安委員会規則である「DNA型記録取扱規則」(平成一七年国家公安委員会規則第一五号)にとどまることについては、とりわけ憲法学からの批判が強い。また、同規則ではDNA分析に関する手続が十分に明確化されておらず、対象者の範囲の特定、鑑定についての手続保障、記録にかかわる手続保障など、様々な面での不備が指摘される。⁽¹⁾ こうしてみると、運用から一〇年以上が経過した現在においても、憲法学的見地からは、いまだDNA型データベースの構築・運用について十分な正当化がなされているとはいえないのが実状である。

やはりあらためて問題とすべきは、警察によるDNA型情報のデータベース化はそもそも憲法上正当化可能なのか、かりに正当化可能であるとして、その条件はいったい何か、である。本稿では、情報のデータベース化に特有の問題を整理し、その憲法的評価を論じるとともに(後述二)、同じく一九九八年以来、警察DNAデータベースを運用してきているドイツでの議論をも参照しながら(後述三)、かかる憲法上の正当化問題を取り扱うこととする(後述四)。

二 情報処理プロセスとデータベース問題

(一) 「取得時中心主義」の問題性

日本においても、個人関連情報ないし、その特定の存在様式としての個人関連データが、憲法上の権利による保護の対象であることについては、判例・学説に広い見解の一致が見られる。たとえば、京都府学連事件最高裁判決は、「承諾なしに、みだりにその容貌・姿態を撮影されない自由」を憲法一二三条が保障する「私生活上の自由」の一つと認定していた⁽²⁾、また、外国人登録法上の指紋押捺制度の合憲性に関する平成七年の最高裁判決は、同じく一二三条から「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」を導き出している⁽³⁾。こうしたことから、学説においては、憲法一二三条を根拠に包括的な意味でのプライバシー権が保障されるとの理解がなされてきた。

もちろん、これらの裁判例は、こうした憲法上の権利ないし自由を認めつつも、それに続けて、憲法上の自由は公共の福祉による制約を受けることを論じ、結果的に警察官による写真撮影も、外登法上の指紋押なつの強制も公共の福祉にもとづく制約として合憲であるとの結論に至っている。結論において制約が正当化され、当事者の救済が図られなかったとはいえ、それでも、これらの判決が「容貌・姿態を撮影されない自由」や「指紋押なつを強制されない

自由」を正面から憲法上の権利・自由として認めたことは、プライバシー保護、個人情報保護という観点において重要であったし、従来の憲法学の立場も、こうした点について一定の評価を与えてきた。

しかしその一方で、これらの判決が、権利の本質を論じるにあたって「写真を撮影されないこと」や「指紋押なつて強制されないこと」に力点を置いた結果、憲法上の権利による保護を情報の「取得・収集」のタイミングに限定することとなってしまうという点は見過ごされてはならない。つまり、これらの権利は、直接には公権力によって個人関連情報が不当に取得・収集されないことを要請するものであり、またその点に保障がとどまっていたということができよう。

これに対して、近時の憲法学説においては、このような判決の傾向を「取得時中心主義」⁽⁴⁾と呼んで批判的に論じる見解が有力に示されている。取得時中心主義の問題性は、個人関連情報にかかわる憲法上の権利に対する制約のタイミングを、情報の「取得・収集」時に限定し、ここでの権利制約が正当化されると、その後の情報の行く先や使われ方をまったくいいほど顧みないことである。⁽⁵⁾しかし、情報の取扱いを全体的なプロセスのなかで把握するとするならば、情報の取得・収集の段階の後には、場合によっては「記録・保存」、さらには保存されたデータの「利用・譲渡等」の段階が生じうるだろう。しかも、取得された情報について、その場限りでの（刑事手続との関連では、問題となっている具体的事件限りでの）利用にとどまらず、将来における再利用を念頭においた処理が行われることとなれば、「取得後」の問題はさらに深刻な問題となりうるはずである。⁽⁶⁾このとき、その場限りの利用と「再利用」、言い換えれば「取得」と「取得後」との間には、情報利用の目的においても、権利制約の性質においても、大きな隔たりがある。つまり、これらの各段階で行われる個人関連情報に対する処理は、一つのまとまった権利制約ではなく、む

しろそれぞれが別の権利制約となっていると見るべきものである。

したがって、たとえ「取得・収集」の段階では適法に個人関連情報が取得されたとしても、それを廃棄せずにデータベースなどに「記録」することや、保存後のある時点で改めて「利用」することには、――たとえば情報の獲得者の主観がどうであれ、客観的には――連続性がなく、それらの各段階での処理が果たして適法ないし合憲といえるかはそれぞれ別の問題である。そうだとすれば、事後にデータベース化といった「記録・保存」のフェイズが存在しているかどうかで、個人関連情報の「取得・収集」の評価が変わる可能性があり、また「記録・保存」の段階については、それに対応した特別な考慮が必要になると考えるべきであろう。

とりわけ個人関連情報のデータベース化およびそれにもとづく再利用についてまで視野に入れるのであれば、個人関連情報に関する憲法上の権利保障のあり方は段階を考慮した検討がなされる必要がある。すなわち、個人関連情報に関する権利は、情報の取得・収集に始まり、記録・保存、さらには利用・譲渡といった情報処理のすべてにおいて保護を展開する必要があるし、それぞれの情報処理のフェイズでは「新たな権利制約」が行われていると考えて、それぞれについて正当化の有無が検討されなければならない。それゆえ、従来の裁判例のように、取得・収集段階での合憲性・適法性のみにフォーカスした権利論では、もはやデータベース化などの問題を取り扱えないというべきである。ここでは、個人関連情報の流れを全体として包括する権利構想が必要となる。^⑦

また、データベース化など情報の「取得後」を問題とするのであれば、これまでのプライバシー権論において重視されてきた個人関連情報の「質」はそれほど重要な観点ではなくなる可能性がある。憲法上のプライバシー権の本来の保護対象として人の道徳的自律にかかわる情報である「プライバシー固有情報」を挙げる立場は、権利保障にあ

たつて取得・収集の対象となる情報の内容や性質に着目するアプローチであった。このアプローチにおいては、人の道徳的自律とは直接にかかわりをもたない外的事項に関する情報（「プライバシー外延情報」）は、必然的に「プライバシー固有情報」よりも重要性が低いものとされ、保障の程度も弱められることになる。⁽⁸⁾しかし、ここに個人関連情報の「機能」という観点を加味すると、これらの質的な区別は相対化されざるをえない。質的には重要性が劣るとされるプライバシー外延情報も、それがデータベース化や情報処理のプロセスにおいて情報結合のためのキー情報ないしインデックスとして機能することがありうるからである。とりわけ、個人識別ないし特定能力の高い情報の場合、情報処理プロセスにおける有用性はきわめて高くなる。かかるキー情報ないしインデックスを中心として、様々な個人関連情報が結びつけられれば、それによつて人の人格プロフィールを詳細に形成することも可能となろう。たとえば、本稿で問題とするDNA型情報をはじめとして、指紋情報、あるいは生体認証データなどは、こうしたインデックス性をもつ個人関連情報といえる。これらはその個人関連情報を単体で見れば、人の人格的自律には直接かかわりをもたない。しかし、これらの情報は情報結合の中心となりうるのであり、機能面で「重要ではない」とはとてもいえないものである。⁽⁹⁾

したがって、情報の機能に着目すれば、人の人格的自律に直接のかかわりをもたない情報であっても、それが取得・収集段階において「質的に重要でない情報」であること、あるいは、少なくともそのように見えることは、あらゆる段階を通じて、権利制約を正当化する十分な根拠となくなる。むしろ、取得後の段階での情報の結合可能性や、当該情報のもつインデックス性といった特徴などをも勘案するのであれば、もはや「重要でない」個人関連情報は存在しないのかもしれない。

（二）データベース化問題の取扱い方

以下では、個人関連情報の「取得後」の問題のうち、捜査機関による情報のデータベース化の問題を中心に検討を進める。本稿で直接問題としている警察DNAデータベースもこの文脈において合憲性が論じられるべきものであるが、日本の裁判例において警察DNAデータベースの合憲性が争われた事例はいまのところ存在しない。これに対して、警察が捜査過程で入手した個人関連情報をデータベース化することが憲法一三条に反しないかが争われたケースがある。

警察によるイスラム教徒の監視および個人情報収集・保管・利用の合憲性が争われた事例で、東京地裁は、「人がいかなる思想、信条を有しているかというのは、個人の内面ひいては人格的自律に直接関わる事柄であって、社会生活の中で本人の承諾なくして開示されることが通常予定されていない情報の一つである」ことを認めつつ、本件で警察の情報収集活動が「外部から容易に認識することができる外形的行為を観察したというもの」にとどまり、「国際テロの防止の観点から必要やむを得ない活動」であつたと認定し、収集活動そのものを憲法一三条に反するものではないとした。その上で、裁判所は警察による原告らの個人情報のデータベース化による保有についても検討し、「情報収集活動は、当該活動によって得られた情報を蓄積し、分析するために行われるものであるところ、本件情報収集活動が憲法一三条、二〇条等に違反するものでないことは既に説示したとおりであり、このように適法な活動により得られた情報を警察が保有して分析等に利用することができることは当然のことであるから、当該情報の保有が憲法一三条に違反することはないというほかない」と述べる¹⁰。

さらに本件の控訴審判決は、警察による情報のデータベース化について、「情報通信技術の飛躍的な発展に伴い、

情報のデータベース化等が可能となり、国又は公共団体の機関、特に捜査機関の個人情報の収集、保管、管理、利用の形態に変化が生じていて、これにに応じて、捜査機関等による個人情報収集、保管、管理、利用について、収集の局面のみならず、保管等の局面に関し、これまでとは異なる視点で憲法上の問題として検討する必要があるという見解¹¹は、情報通信技術の発展に伴う状況の変化に応じた憲法上の問題点を提起している点で傾聴に値する」としながらも、「しかし、本件については、本件情報収集活動は、断片的情報を個別に取得することに意味があるのではなく、継続的に情報を収集し、それを分析、利用することを目的とするものであるから、その「憲法適合性を判断するに当たっては、このような情報の継続的収集、保管、分析、利用を一体のもの」とみて、それによる個人の私生活上の自由への影響を検討すべき」と述べ、収集の憲法適合性をそのまま後の段階にも引き継ぐ一体的な判断を行っている¹²。

第一審判決、控訴審判決ともに、警察による情報収集活動を国際テロの防止という目的のために必要やむを得ないとした上で、情報の継続的収集、蓄積、分析、利用といったプロセスを「一体のもの」とみなして、収集の憲法適合性をその後のプロセス全体の評価を決定するための決め手としている。ここでは、正当な目的のために相当な手段によつて情報が取得された以上は、保管・再利用も当然に合法的になしうるというかたちで「取得時中心主義」がなおも堅持されていると見ることができるとともに、プライバシー保障の観点からより重要と思われる、情報の一時的な収集・利用と継続的な保管・再利用との質的な差異が軽視されているともいえるだろう¹³。本件での情報収集活動が、はじめから保管・分析・（再）利用といった事後処理を予定していたというのであれば、後述するように、単なる一時的な収集・利用とは異なる強度の権利介入が想定されるべきであり、それに応じた収集行為の憲法適合性判断がなされるべきであつたように思われる。

警察DNAデータベースへの登録を前提とする情報収集活動は、具体的な犯罪捜査目的をもたない点で、本件で問題とされた警備情報活動と共通点をもつ。それゆえ、かりに警察DNAデータベースの合憲性が裁判上問題となったとしても、DNA型情報の取得と保管・分析・利用とが「一体のもの」とされ、取得時の憲法適合性判断が後の段階にまで引き継がれることは十分に考えられる。しかし、たとえば、具体的な犯罪捜査の場面で取得された被疑者等のDNA型情報が、その後、DNAデータベースに登録され、分析・利用の対象とされるような場合には、取得目的と最後の保管・利用目的とは違ったものになるはずである。そうだとすれば、取得段階での憲法適合性を最後の保管・分析・利用の段階での憲法適合性にそのまま転用することは困難といわざるをえない。いずれにせよ、情報の取得とデータベース化に伴う保管・分析・利用とを同じ問題の次元で考えることは、問題の本質を見誤り、ともすればプライバシーなどの権利制約の過小評価につながる恐れがあるというべきであろう。

三 ドイツにおける警察DNAデータベースの運用と評価

（一） 現行制度の概要

日本と同様に警察によるDNAデータベースの構築・運用が行われているドイツ⁽¹³⁾においては、DNA型情報のデータベース化にあたって、以上の問題を考慮するかたちで、比較的きめ細かい立法的対応が行われてきた⁽¹⁴⁾。以下では、ドイツにおける現行のDNAデータベース法制と、これに関する憲法的評価について概観することとしたい。

ドイツでは、一九八六年頃からDNA型鑑定技術が刑事手続において実用化されるようになった。その後、一九九七年に刑事訴訟法にDNA分析についての根拠規定（八一e条）が創設されたことを皮切りに、一九九八年に

連邦刑事局（BKA）にDNAデータベース（DNA-Analyse-Datei）が設置されたことに伴う立法対応などを経て、二〇〇五年に刑事訴訟法の大規模な改正が行われ、DNA型鑑定制度が大幅に見直された。¹⁵これが現行の制度である。現行制度中、警察のDNAデータベースに登録されるのは、刑事訴訟法八一g条一項の手続（以下、「一項類型」とする）によって取得されたDNA型情報、同条四項の手続（以下、「四項類型」とする）によって取得されたDNA型情報、および同条五項二文の手続（以下、「五項類型」とする）によって取得されるDNA型情報の三種類である。

一項類型は、一定の犯罪の嫌疑がかけられている被疑者・被告人または累犯者について、「犯罪の種類もしくは態様、被疑者・被告人の人格その他の判断から、将来新たな刑事手続が行なわれることがありうるという見解に理由がある」ことを条件に行われるDNA分析手続である。四項類型は、八一g条一項に示された犯罪についてすでに有罪判決を受けている者、あるいは精神疾患や年齢などを理由に有罪判決を受けなかった者について行われるDNA分析手続である。四項類型についても、一項類型と同じ条件が適用される。五項類型は、刑事訴訟法八一e条一項の手続によって取得されたDNA型情報を、八一g条一項の条件を適用しながらDNAデータベースに登録する手続であり、ここには被疑者のDNA型情報とともに、痕跡物質のDNA型情報も含まれる。

このうち一項類型および四項類型は、警察DNAデータベースへの登録のために行われるDNA分析手続であり、これらは情報の取得段階から「将来の新たな刑事手続」に対する対応を目的とした手続であるといえる。これに対して、五項類型は、情報の取得段階においては刑事訴訟法八一e条一項にもとづき「採取の理由である刑事手続または他の係属中の刑事手続のために」（同法八一a条三項）行われるDNA分析により得られたDNA型情報を、あらためて「将来の新たな刑事手続」を想定してデータベースに登録する手続となっており、取得段階と保存段階において目

的が異なっている。しかし、五項類型においても、八一e条にもとづくDNA分析およびDNA型情報の取得と、八一g条五項でのDNAデータベースへの登録とは手続上切り離されており、同法八一e条による情報取得がそのままデータベースへの保存につながるわけではないことに留意すべきであろう。

これらの諸類型に共通する注目すべき事柄は、いずれの手続においても裁判官の関与が予定されていることである。一項類型および四項類型の場合、刑事訴訟法八一g条三項により「分子生物学上の検査は、被疑者の書面による同意がない場合、裁判所によつてのみ命じられうる」とされており、データベースへの登録を予定したDNA分析が裁判官留保に服することとなっている。また、五項類型については、同法八一g条五項四文で被疑者がDNA型情報のデータベースへの登録について裁判所の判決を要求しうることとなっている。具体的な犯罪捜査目的でのDNA分析についても、同法八一f条一項が裁判官留保を原則としていることからすれば、DNA分析が全体として慎重な手続の下にあるといつてよいだろう。

このように、ドイツにおいては、具体的な犯罪捜査を目的とするDNA分析による情報取得と、「将来の新たな刑事手続」への対応を目的とするDNA分析および情報のデータベース化とが、手続として区別されており、それぞれについて異なった法的規律が行われている点に特徴がある。また、こうした区別に伴つて、データベースへの登録を前提とするDNA型情報の取得について裁判官留保が厳格に貫かれている点も注目に値する。

（二） 裁判所による憲法的評価

ドイツにおいては、連邦憲法裁判所が一九八三年に下した国勢調査判決以来、情報自己決定権が憲法上の権利とし

て承認されてきた^{①⑥}。情報自己決定権は、「いつ、いかなる限度で個人的な生活状況が明らかにされるのかを原則として自己で決定する」^{①⑦}権限であり、このような権限は現代および将来の自動的データ処理の諸条件の下では、「特別に保護を要する」^{①⑧}ものとされる。権利の保護領域との関連で「個人データの限界なき取得、保存、利用および譲渡」に対する個人の保護^{①⑨}が強調されたことから明らかなように、国勢調査判決すでに情報自己決定権は情報処理のあらゆる段階において保障されるべき権利として構想されている。また、情報自己決定権の侵害にとつて重要なのは情報の内容でではなく、「その有用性や利用可能性」であり、「自動的データ処理の諸条件の下では『重要ではない』情報はもはや存在しない」とされている点で、情報の「機能」に着目した保障アプローチを展開する権利であった。

DNA型情報が個人の固有の情報であることからすれば、その「取得、保存、利用および譲渡」が情報自己決定権に介入するものであることは論を俟たない^{②①}。それゆえ、個々の情報取得やその後の処理が基本権制約として憲法上正当化されうるものであるかが問題となるが、これについては、国勢調査判決以来、優越する公益の存在を前提とする比例原則への拘束が中心的な論点を形成してきた^{②②}。

具体的な犯罪捜査との関係で行われるDNA分析については、連邦憲法裁判所の一九九五年の決定が、非コード化領域について行われるDNA分析を「被疑者の情報自己決定権への介入」と評価しつつ、DNA分析と比例原則との関係について、本件で問題となった性犯罪の場合、「犯罪の重大性と、血液採取という侵害の軽微性ならびに事実解明の利益に鑑みてやはり軽微なものと評価されるべき情報自己決定権への介入との間に、適切な関連性が保たれている」として、比例原則は満たされていると結論づけている^{②③}。

これに対して、直接にDNA型情報のデータベース化の合憲性を争ったケースは存在しないが、連邦憲法裁判所が

二〇〇〇年に下した部会決定は、「将来の重大犯罪の解明を容易にすることを意図」するDNA分析について合憲の判断を示している。本決定で問題とされたのは、当時の刑事訴訟法八一g条と結びついたDNA同一性確認法二条の措置（現行制度での「四項類型」に該当する）であったが、前述したように、これは警察DNAデータベースへの登録のために行われるDNA分析手続であり、その意味ではDNA型情報のデータベース化の問題も同時に論じられていたと見ることができよう。²⁴ 本決定で「DNA型情報の確定、保存および（将来の）利用は情報自己決定の基本権に干渉するものである」²⁵とされたのは、かかる理解を示したものといえる。しかしその一方で、「将来の重大犯罪の解明を容易にすること」は「高いランクをもつ、法治国家的保障を志向する裁判に資するもの」²⁶であるとされ、基本権制約にとつての優越する公益の存在が認定された。また、比例原則についても、DNA分析が「重大犯罪を理由とする当該個人へのかつての有罪判決を結びつけられており、その者に対しては将来的に重大犯罪を理由とするさらなる刑事訴訟が行われるとの、特定の事実にもとづいた予測を前提としている」²⁷ことを理由に反するところはないとされている。

これらの両決定においては、DNA分析が情報自己決定権に対する介入となるという評価に共通性が見られるものの、介入の正当化にあつての判断には重要な違いがある。一九九五年決定においては、介入を正当化する優越的公益として、法治国家実現のために要請される真相解明の原則が挙げられていたのに対して、二〇〇〇年決定では、将来の重大犯罪の解明を容易にすることが法治国家的保障の一内容とされている。また、比例原則の適用にあたつても、一九九五年決定では具体的な犯罪と情報自己決定権への介入との間での比例性に重点が置かれているのに対して、二〇〇〇年決定では「将来的に重大犯罪を理由とするさらなる刑事訴訟が行われるとの、特定の事実にもとづいた予

測」、すなわち「再犯危険性の推定 (die Annahme einer Wiederholungsgefahr)⁽²⁸⁾」の存在が重視されている。このような違いは、具体的な犯罪捜査に利用する目的でDNA型情報を一時的に取得することと、将来起こりうる犯罪に備えてDNA型情報を継続的に保有することとの本質的な事柄の違いに起因する。両決定は、連邦憲法裁判所がこの点を踏まえて意識的に合憲性の判断基準を変えていることを示唆している。両決定で問われた措置はともに情報自己決定権に対する介入ではあるが、その目的も措置の性質も異なることから、正当化にあたつてそれぞれ異なった考慮が必要になるということになる。

とりわけ、将来起こりうる犯罪の解明のために行われるDNA分析について、「再犯危険性の推定」を通じた比例原則の充足が求められている点は重要である。⁽²⁹⁾ このことは、連邦憲法裁判所が二〇〇〇年決定においても、さらにはその後のいくつかの裁判例においても、かかる推定が十分に根拠づけられていないことをもって、DNAの分析措置を違憲とする判断を下してきたことからもうかがい知れる。たとえば二〇〇八年に下された連邦憲法裁判所第二法廷第二部会決定では、過去に違法薬物の所持・使用や禁止された売春、窃盗などで複数回服役した者に対してDNA分析を命じた裁判所決定について、「かなり以前に有罪判決を受けた者の再犯が『確実には排除できない』という推定のみでは情報自己決定権に対する介入を正当化することはできない」とされ、裁判所決定が違憲とされている。⁽³⁰⁾ これらのことからすれば、「再犯危険性の推定」は、将来起こりうる犯罪の解明を目的とする情報自己決定権への介入を正当化するための条件として、DNAのデータベース化にとって中心的な役割を果たしていると評価することができよう。

四 警察DNAデータベースの合憲性

（一）DNA分析の非コード化領域への限定

以下では、こうしたドイツでの立法およびその憲法的評価に関する議論を参考にしながら、あらためて警察DNAデータベースの合憲性について論じることとする。ここでは、とりわけ、警察DNAデータベースを構築するにあたって、どのような具体的な条件をクリアすることが、その合憲性を担保するために必要となるか、という観点から検討を進める。冒頭でも述べたように、警察DNAデータベースの構築・運用についての法的根拠があいまいな日本の現状からすれば、この点に関する議論を深めておくことが有益と考えられるためである。

この点、まずはデータベース化の有無にかかわらず、刑事手続上のDNA分析一般について「守られるべき一線」があることは最初に確認しておく必要がある。それは、DNA分析がDNAのうち非コード化領域と呼ばれる領域だけを対象とするものでなければならない、ということである。

一般に、現代の医学的・分子遺伝学的知見のもとでは、非コード化領域における情報は個人識別機能を有するにとどまり、個人の遺伝的特質を表すものではないとされている。⁽³¹⁾ このため、実務上は「指紋」との類似性が指摘される⁽³²⁾のであり、実際、それにとどまるのであれば、DNA分析は個人の人格との関係でそこまで大きな問題を生じないともされる。⁽³³⁾

しかし、かりにDNA分析がコード化領域について行われるということになれば、問題は大きく異なる。コード化領域には人の遺伝情報などが大量に含まれており、そこには本人も知りえないきわめて秘匿性の高い情報が含まれる

可能性もある。こうした情報は個人の人格そのものと強いつながりをもつ心身の基本情報であるため、ドイツでいえば「人間の尊厳」の保護対象そのもの⁽³⁴⁾、日本での議論状況からすれば、「高度にセンシティブな：情報」⁽³⁵⁾ないしは「人の道徳的自律の存在にかかわる情報」に該当することとなる。ドイツにおけるように、かかる情報の獲得を人間の尊厳に介入する行為とするのであれば、これを公権力が強制的に行うこと自体、いかなる目的からも正当化不能となる⁽³⁶⁾。したがって、具体的な犯罪事実の解明や将来における刑事手続への準備がどれだけ重要な公益であるとしても、コード化領域での分析が正当化される余地はない。

これに対して、「高度にセンシティブな情報」の取得等が絶対的に禁止されるとの理解をとらない場合であっても、少なくともコード化領域でのDNA分析は、獲得される情報の質や内容という点で憲法上の重大な疑義を引き起こすため、やはり情報の質に着目したアプローチにおいても原則的に禁止されるものと解される⁽³⁷⁾。刑事手続上の分析の主たる目的が個人の識別にあることからすれば、それをはるかに超える内容を含むコード化領域でのDNA分析を認めることは、情報取得の目的と取得される情報の質との衡量の観点で、明らかに均衡を失したものとなるだろう。

さらに、このこととの関連では、DNAサンプルの取扱いについてもかなり慎重な手続が必要になる⁽³⁸⁾。血液あるいは体細胞片といったDNA分析のためのサンプルそのものは、検査次第で人格プロフィールにかかわる情報をも獲得しうるものであるため、これがいつまでも廃棄されずにいると、「型判定以外の目的に流用される危険性が増す」⁽³⁹⁾からである。こうした「追加的介入」ないし「二次搜索」の危険性に鑑みれば、DNA型の分析が終了した時点で、サンプルを遅滞なく廃棄するなどの手続規定は当然に必要となるし、立法によりともサンプルそのもののデータベース化は認められる余地がないとの見解⁽⁴⁰⁾にも説得力がある。

この点、ドイツでは、刑事訴訟法八一a条三項一文後段および八一g条二項一文後段で、DNA分析の対象となる血液や体細胞等は検査に必要なくなり次第廃棄されることを定めており、サンプルのデータベース化の可能性は排除されている。これも基本的に、DNAサンプルの濫用を防止するための方策といえよう。しかし、学説のなかにはかかる廃棄規定に疑義を唱えるものもある。それによれば、DNAデータベースを現代のデータバンク技術に適合させ、また検査技術の発展に伴ってより確実性の高いデータを蓄積させるためには、サンプルの廃棄は不必要であるとされる^④。この見解に立つ場合には、DNAサンプルの濫用防止は、目的拘束規定などによって分析を非コード化領域におけるものに限定するかたちで行われるべきこととなる。

たしかにDNAサンプルから高度にセンシティブな情報を引き出せるかは分析手法如何の問題であり、この点では分析段階での目的拘束を厳格化することが理に適っている。分析が非コード化領域におけるものに限定されている限りにおいて、DNAサンプルのデータベース化はそれだけで人間の尊厳保障に反するとははいえないだろう。この意味では、分析手法の非コード化領域への限定の問題とサンプルのデータベース化の問題とは区別して論じる必要がある。分析手法の非コード化領域への限定は、まさに人間の尊厳やプライバシーの核心領域の問題であり、これに反する分析が禁止されることはいうまでもない。これに対して、サンプルのデータベース化は情報自己決定権への介入として、比例原則にもとづく衡量によって判断されるべき問題と考えられる。このとき、検査技術の発展に伴う再分析を可能にすることという目的設定がDNAサンプルを国家が保有し続けることを正当化しうるほどに重要であるかは慎重な検討を要する。少なくとも、犯罪捜査に必要な程度の個人識別の精度が実現された段階以降においては、DNAサンプルのデータベース化が過剰な介入となることだけは確かであろう。^④

(二) 比例原則の遵守

ドイツの裁判例が示していたように、DNAデータベースの構築および運用は、個人のDNA型情報を保存し、将来的に利用するという点において、情報自己決定権に介入するものであることは疑いがない。したがって、その制約が正当化されるためには、比例原則を満たす必要がある⁽⁴³⁾。

一般に、比例原則との関係では、国家による基本権制約は「十分な公共の福祉の理由から正当化され、目的達成のために選択された手段が適切かつ必要であり、かつ介入の強度とそれを正当化する理由の重要性との間での全体的衡量に際して要求可能性の限界を遵守していること」を要求される⁽⁴⁴⁾。すなわち、基本権制約が憲法上正当化されるためには、それが正当な公共の福祉目的を追求するものであることはもちろんのこと、目的達成手段としても、適合性、必要性、狭義の比例性（相当性）の各部分原則をそれぞれ満たしていなければならない⁽⁴⁵⁾。

これを警察DNAデータベースの構築・運用のケースに当てはめれば、DNAデータベースへのDNA型情報の記録・保存が、追求される目的との関連において、その目的を促進するものであること（適合性）、目的達成にとって必要不可欠であること（必要性）、目的との間で均衡を失っていないこと（相当性）、が要求されることになる。

ここで問題となるのは、DNAデータベースの構築・運用によって追求される目的とは一体何であるかである。これについては、ドイツの連邦憲法裁判所が指摘したのと同様に、日本においても「将来の（重大）犯罪の解明」ということになると思われる。少なくとも、DNA型情報をデータベースに記録・保存する目的は、その時点において問題となっている具体的な犯罪捜査に利用することではありえない。事柄の性質上、将来に起こりうる事態への事前対応、すなわちいわゆる「事前配慮（Vorsorge）」の意味合いが強い⁽⁴⁶⁾。

こうした情報事前配慮型の国家活動⁽⁴⁷⁾は、近年、とりわけ治安法制の分野において盛んに行われるものであるが、このとき行われる基本権への制約は、従来の具体的危険を前提とした基本権制約とは異なり、危険前域、すなわち抽象的リスクの段階において行われるものである。こうした危険前域での基本権制約は、つまるところ「まだ何も起こっていない段階での基本権制約」であり、基本権制約のタイミングそのものをも前倒しすることを意味する。

かかる危険前域での基本権制約については、それが具体的危険を前提としないことから、比例原則審査が空転するおそれがあることがつとに指摘されてきた。とりわけ、従来の比例原則審査において中心的な役割を担ってきた制約の必要性審査が機能しない可能性が高い⁽⁴⁸⁾。危険前域での基本権制約の場合、そこで追求されるのは、現実に存在する、あるいは具体的な危険をもつ事態への対応ではなく、「将来起こりうる」事態への対応であり、必然的に想定される事態そのものが不明確かつ抽象的とならざるをえない。そうすると、かかる事態への対応として何が必要不可欠な行為であるかの手がかりが失われることとなり、結果として正当化される措置の範囲が際限なく拡大される余地があるからである。

そこで、情報事前配慮型の国家活動の評価にあたっては、比例原則のうち相当性の要請が重視される傾向にある。この点、同じく情報事前配慮型の活動の合憲性が問題となったラスター捜査決定では、相当性審査が①基本権への介入強度、②追求される法益の重要性、③法益侵害の発生 of 蓋然性という三変数で示され、それらは①基本権の介入が強度であればあるほど、②追求される法益の重要性、ないしは③法益侵害の発生 of 蓋然性が高くなるてはならない、という関係にあるとされた⁽⁴⁹⁾。

警察DNAデータベースについてこれを見た場合、①の基本権への介入は強度なものであるといつてよいであろう。

いったんDNAデータベースに情報が記録されると、それがどのように利用されるのか、どのような情報と結びつけられるのかは、原則として個人にとって不可視の状況となる。しかも、情報がデータベースに恒常的に保存されることになれば、そこではさらなる「追加的介入」の可能性が生じる。連邦憲法裁判所は、自動車ナンバーの自動読み取りが問題となったケースにおいて、「介入の強度は、当該個人の基本権への追加的介入にとつてのデータの利用可能性や、さらに他の追加的措置を引き起こしうる他のデータとの結合可能性によつて増大する⁵⁰⁾」と述べる。つまり、措置によつて獲得された情報が蓄積・利用しないしは他の機関へと譲渡されることで、当該個人が更なる国家による捜査などの対象とされるリスクが生じることが、基本権への介入強度の判断に影響を与えるのである⁵¹⁾。前述したように、DNA型情報はばらばらに存在する情報を統合するためのインデックスとしての機能をもつ、高度に個人識別能力の高い情報である以上、追加的介入の可能性は高いといわざるをえない。

したがって、こうした恒常的な危険を伴う介入は、一時的な介入と比べて強度は高くなると解すべきである。同じ情報が介入の対象となる場合であっても、それが一時的に取得される場合と、恒常的に保存される場合とでは、後者の方がより情報自己決定権に対する介入の強度が高いといえる。したがって、この制約を正当化するためには、②追求される法益の重要性、③法益侵害の発生の蓋然性のいずれかについて条件が加重されることが要求される⁵²⁾。

この点、②についてより高いレベルを期待するのは困難である。追求される法益は、「将来の重大犯罪の解明」であるが、これが「現に問題となつている犯罪の解明およびその訴追」という通常の刑事手続における目的よりも質的に高められた重要性をもつものであるといえるかは疑わしい。たしかに連邦憲法裁判所は二〇〇〇年決定において「将来の重大犯罪の解明」を「高いランクをもつ、法治国家的保障を志向する裁判に資する」というが、ここで「将

来の重大犯罪の解明」そのものが通常の刑事手続における目的よりも「高いランク」をもつと位置づけているとまではいえないであろう。単純に考えても、起こるかわからない犯罪の解明が通常の犯罪捜査よりも高いレベルでの重要性を主張しうると思えない。

結局のところ、警察DNAデータベースに正当化の可能性があるとすれば、それは③の法益侵害の発生の蓋然性について要件を加重することである。連邦憲法裁判所が強調してきた「再犯危険性の推定」はまさにこうした要件加重の一例を示すものであったといえる。かかる推定が十分に根拠づけられていれば、法益侵害の発生の蓋然性はより高いレベルで理解されることになり、その結果、データベース化によって生じる基本権介入の強度にもかかわらず、データベースの構築・運用が正当化されることになる。すなわち、データベースに記録することを目的としたDNA分析の対象者については、「再犯危険性の推定」のような消極的予測がなされることを前提条件としておくことが、相当性の要請を満たすために必要な措置である。このような条件を設定できれば、情報事前配慮型の活動である警察DNAデータベースの構築・運用も、比例原則、とりわけ相当性の要請を満たすことができるように思われる。

（三） 法律の留保・規範特定性・規範明確性

基本権制約の比例性は、第一次的には、立法によって充足されるべきものである。したがって、以上のような比例原則に則った警察DNAデータベースの構築・運用が法律によって根拠づけられる必要がある。この点、刑事訴訟法学の領域では、強制処分法定主義を手がかりに、DNAの分析そのもの、あるいはDNA分析を予定した血液・細胞等の採取が強制処分にあたるかが問われ、その帰趨によって法定の要否が論じられることがある⁵³。しかし、憲法学

の観点からすれば、強制処分法定主義の問題も、その大部分は、国民の権利義務に関する事項については国会によって決定されるべきとの原則（法律の留保）の問題として理解されうる。⁵⁴ 公権力によるDNA型情報の取得・保存・利用等の行為が情報自己決定権への介入を意味する以上は、国会の立法によって本質的決定がなされるべきである。

とくに、DNA型情報のデータベースへの記録・保存が具体的な犯罪捜査を前提とする刑事訴訟法の本来の目的ではカバーしきれないものであること、それ自体が独立した基本権への介入であり、しかも介入の強度も一時的取得に比べて高いことを考えれば、法律の留保がより強く要請される問題である。DNAデータベースの構築・運用が情報事前配慮型の活動であることから目を逸らし、現行刑事訴訟法の解釈によって問題を処理しようとすればするほど、その合憲性には疑問符がつくことになるだろう。

また、法律の留保が満たされた場合であっても、DNAデータベースの構築・運用が情報事前配慮型の活動であることからすれば、それにかかわる法規範には特別な特定性と明確性が要求される。これは、情報事前配慮型の活動については、比例原則、とりわけ必要性の原則が十分に機能しないためである。規範の特定性・明確性は、法律にもとづいて行われる措置の比例性を立法段階において、立法者によって実現させるものであって、これによって行政官庁の措置から恣意が排除されうる。この要請は、ドイツにおいては、警察による情報事前配慮型の活動の評価にあたって重要視されるようになっていいる。ニダーザクセン警察法違憲判決⁵⁵において、連邦憲法裁判所が、危険予防のために行われる刑事訴追の前域での情報活動を正当化するためには、伝統的な理解よりも厳格化された規範特定性・規範明確性の要件が要求されると述べたのがその一例であるが、このことは、当然に警察によるDNAデータベースの構築・運用にも妥当するものであろう。

DNAデータベースで問題となる情報自己決定権への介入に際しては、立法者はとくに介入の原因・目的・限界を領域特定的かつ明確に規定しなければならない。⁽⁵⁶⁾ とりわけ、データ利用の目的が明確に示されていない場合、個別・具体的に行われる措置（DNA型情報の記録・保存・利用など）が比例原則適合的に行われているかどうかの判断のための手がかりが失われることからすれば、目的の明確性は重要である。

また、相当性の要請を満たす意味でも、対象となる犯罪の限定ないしは「再犯危険性の推定」のような消極的予測がDNAデータベースへの登録の条件として法律上採用されるべきである。こうした条件づけなしには、目的と手段との均衡に重大な疑義が生じかねないだろう。その上で、再犯可能性の推定などの条件づけを実質化するためには、DNA型情報のデータベースへの登録にあたって、あるいはデータベースへの登録を前提とした鑑定そのものに対して、裁判官留保を採用するなどの手続的考慮が考えられるべきである。このことは憲法三五条との関連でも重要な意味をもちうる。

五 むすびにかえて

高度の個人識別・特定能力をもつDNA型情報の利用は、未解決事件の解明や余罪の発掘に大きな効果を上げるとともに、冤罪防止の観点からも重要であるとされ、いまや犯罪捜査にとつての強力な武器のひとつとなっている。このような観点からは、DNA型データベースの構築・運用も、犯罪捜査の質の向上や犯罪事実の早期解明といった法治国家的保障に資する側面があり、その積極的な活用が期待されることにもそれなりの理由があるといえよう。

しかし、いかに有用な技術といえども、憲法上の権利との調整なしにそれを用いることはできない。本稿で示した

ように、DNA型鑑定やDNA型情報のデータベース化は原理的に禁じられるものではないが、とりわけ情報自己決定権との調整という観点から憲法上の正当化がなされなければならない。過剰な介入を防ぐためにも、DNA分析を非コード化領域に限定するとともに、比例原則にもとづいて対象犯罪の特定や分析・記録の条件づけを行うことが必要である。かかるDNA型データベース法制の（再）構築が、第一次的に立法者の任務であることはいうまでもない。

（１） 以上の各論点につき、全体を俯瞰するものとして、末井誠史「DNA型データベースをめぐる論点」レファレンス七二二号（二〇一一年）一頁以下を参照。

（２） 最大判昭四四・一二・二四刑集二三卷一二号一六二五頁。

（３） 最判平七・一二・一五刑集四九卷一〇号八四二頁。平成七年判決で示された憲法二三条とプライバシー権、さらには「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」との関係について、玉蟲由樹「指紋捺捺制度と憲法二三条」上智法学論集四〇巻三号（一九九六年）二二七頁以下を参照。

（４） 山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集六三卷八号（二〇一〇年）一一一頁以下、同「データベース社会におけるプライバシーと個人情報保護」公法研究七五号（二〇一三年）九二頁以下を参照。

（５） たとえば、Nシステムによる自動車登録情報の記録・保存の合憲性が争われた事件（東京高判平二一・一・二九判タ一二九五号一九三頁）では、情報の取得だけでなく、その後の「保有、利用の方法」の正当性も議論の対象となっているが、当該情報が公権力に対して秘匿しうる性質のものではないとの理由から、「公道上において何人でも確認し得る車両データを収集し、これを利用することは、適法に行い得る」（強調は玉蟲）と判断している。結果として、取得・収集段階とそれ以降の段階との区別が十分になされないまま、一連のプロセスのなかで取得・収集段階での適法性（合憲性）が以降の段階に引き継がれている。

(6) 亀井源太郎・宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦「〔座談会〕憲法と刑事法の交錯（前篇）」法律時報八六卷五号（二〇一四年）一二六頁（山本龍彦発言）を参照。

(7) 憲法学においては、佐藤幸治による「自己情報コントロール権」の提唱以来、「取得時」の問題のみならず、「取得後」の問題にも一定の関心を払ってきた。たとえば、「プライバシーの権利」を「(a)〈本人の同意なくして、または正当な理由なくして、他者に自己情報を収集されない権利〉、(b)〈合憲的に収集された場合も、本人の同意なくして、または、正当な理由なくして、自己情報が収集目的をこえて利用…されない権利〉」を同時に含むものとして理解する竹中勲の理解などがその典型である。竹中勲「プライバシーの権利」大石眞・石川健治（編）『憲法の争点』（有斐閣・二〇〇八年）九八頁以下を参照。

なお、自衛隊による情報保全活動の一環として行われた情報収集および保存行為の適法性が問われた仙台地判平二四・三・二六判時二一四九号九九頁は、「自己の個人情報等を正当な目的や必要性によらず収集あるいは保有されないという意味での自己の個人情報等をコントロールする権利は、法的に保護に値する利益として確立」していると述べる。「収集」とならんで「保有」が問題とされている点で、「取得後」の問題についての意識を示したものといえよう。本判決につき、片桐直人「自衛隊の情報保全活動の一環として行われた情報収集・保存が違法とされた例」法学セミナー増刊速報判例解説一二号（二〇一三年）三一頁以下を参照。

(8) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一二年）一八二頁以下を参照。

(9) この点につき、玉蟲・前掲注(3)・二三二頁以下を参照。また、早くから個人識別能力の高い情報をもつ「索引情報性」に着目していた見解として、横田耕一「外国人登録法の指紋押捺制度の合憲性―裁判所における論議のために―」法政五六卷二号（一九九〇年）一〇頁以下を参照。

(10) 東京地判平二六・一・一五判時三二二五号三〇頁。本判決につき、小島慎司「警察によるイスラム教徒の個人情報の収集・保管・利用の合憲性」平成二六年度重要判例解説（二〇一五年）一六頁以下を参照。

(11) 東京高判平二七・四・一四判例集未登載。

- (12) 小島・前掲注(10)・一七頁は、一審判決について、「収集さえ合憲ならば保有・利用の仕方の合憲性は問わないとの趣旨ならば、行き過ぎ」と評する。一時的な収集・利用と継続的な保管・再利用との違いについて、山本・前掲注(4)「データベース社会」・九〇頁以下を参照。
- (13) ドイツの警察DNAデータベースについては、玉蟲由樹「ドイツのDNAデータベース法制」比較法研究七〇号(二〇〇八年) 四四頁以下を参照。
- (14) DNAデータベースを含むDNA型鑑定にかかわる立法の経緯につき、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理―人間の尊厳条項の規範的意義と動態―』(尚学社、二〇一三年) 三五一頁以下を参照。また、かかる観点からドイツの立法を評価するものとして、辻本典央「ドイツにおけるDNA型検査の現状―DNA型一斉検査―」近大法学六一巻二・三号(二〇一三年) 七九頁以下を参照。
- (15) 現行制度の詳しい内容につき、玉蟲・前掲注(14)・三六二頁以下、水野陽一「刑事手続における強制裁決とDNA型鑑定に関する一考察」広島法学三六巻二号(二〇一二年) 一〇九頁以下、渡邊斉志「ドイツにおけるDNA型鑑定の活用範囲を拡大するための法改正」外国の立法二二七号(二〇〇六年) 一〇六頁以下を参照。
- (16) 国勢調査判決およびその後の連邦憲法裁判所判決における情報自己決定権の展開について、玉蟲・前掲注(14)・二八一頁以下を参照。
- (17) BVerfGE 65,1(41f.).
- (18) BVerfGE 65,1(42).
- (19) BVerfGE 65,1(43). 強調は玉蟲。
- (20) BVerfGE 65,1(45).
- (21) Vgl. Dietrich Murswiek, in: Sachs(hrsg.), GG, 7.Aufl., 2014, Art.2, Rn. 121b; Markus Neuser, *Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zweck der DNA-Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren*, 2006, S.95f.
- (22) BVerfGE 65,1(44). なお、国勢調査判決による比例原則審査について、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、2006年) 111頁以下を参照。

版会、二〇〇一年) 一四七頁以下を参照。

(23) BVerfG, NStZ 1996, S.46. 本決定につき、詳しくは、玉蟲・前掲注(14)・三五三頁以下を参照。

(24) Hans Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (hrsg.), GG, 13.Aufl., 2014, Art. 1, Rn.55ff. 本決定をDNA型情報の「保存の合憲性」が問題となったケースと位置づけている。

(25) BVerfGE 103, 21 (32). 強調は玉蟲。本決定につき、詳しくは、玉蟲・前掲注(14)・三五八頁以下、同「刑事手続におけるDNA鑑定と情報自己決定権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、二〇〇八年) 五一頁以下を参照。

(26) BVerfGE 103, 21 (33).

(27) BVerfGE 103, 21 (34).

(28) BVerfGE 103, 21 (37). なお、本決定はかかる「推定」をDNA同一性識別法二条(現行での刑事訴訟法八一g条四項)にもとづく措置について要求したものはあるが、これは八一g条一項の措置についても妥当すると考えられている。Vgl. Neuser, a.a.O. (Anm.21), S.145f.

(29) Vgl. Murswiek, a.a.O.(Anm.21), Rn. 121b. ただし、二〇一三年七月二日の連邦憲法裁判所第二法廷第三部会決定では、未成年者に対してDNA分析およびDNA型情報のデータベースへの登録を命じた裁判所判決について、「裁判所は「再犯危険性の推定に関する」予測判断に際しても、比例原則審査に際しても個別ケースの重要な諸状況を考慮しなかった」としており、「再犯危険性の推定」と比例原則とを分けて論じている。これは再犯危険性についての予測判断が形式的には正当になされていても、実質的な観点からその内容が比例原則に反することがありうるとの見方を示したものである。このケースでは、裁判所の予測判断において未成年者による性的な行為が過剰に危険視されており、そのこととDNA型情報を継続的に保管するものの間で、可能な限り広範な社会的統合という目的を逸脱した比例的でない関係があるとされた(BVerfG, StV 2014, S.579)。結果的に見れば、両者を区別する意味はそれほど大きくなく、予測判断のなかに比例原則審査が取り込まれているとこつこつといえると思われる。

(30) BVerfG, StV 2009, S.2.

(31) DNAに含まれる遺伝情報の多義性と分類につき、山本龍彦『遺伝情報の法理論―憲法的視座の構築と応用―』（尚学社、二〇〇八年）五一頁以下が参考になる。ドイツにおける憲法学上の議論のベースにある知見も、概ねこれと共通したものであることができる。

なお、連邦憲法裁判所もコード化領域／非コード化領域の区別を前提として、刑事手続上のDNA分析が許容されるのはあくまでそれが非コード化領域に限定されている場合であると見ていることにつき、玉蟲・前掲注(14)・三八〇頁以下を参照。

(32) しばしば、DNA型情報について、「遺伝子指紋 (genetischer Fingerabdruck)」という表現が用いられるのはこのためである。

(33) Horst Dreier, in: ders. (hrsg.), GG, 2. Aufl., Bd. I, 2004, Art. 11, Rn. 81は「遺伝的プログラムに関する情報を入手するために行なわれる包括的な遺伝子分析は、『当該個人の』同意なしには許されない」とする一方で、「DNAのうち、有意な情報をもたない、非コード化領域：のみが比較の対象とされる、いわゆる『遺伝子指紋』は許容される」という（□内は玉蟲）。

(34) この点につき、玉蟲・前掲注(14)・三七九頁以下を参照。

(35) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、一九九四年）三八〇頁を参照。

(36) この点につき、玉蟲・前掲注(14)・三八五頁以下を参照。

(37) 佐藤・前掲注(8)・一八二頁注二二を参照。

(38) この点については、徳永光「立法を伴わない犯罪捜査のためのDNAデータベース」甲南法学四六卷三号（二〇〇五年）一一五頁以下がすでに重要な指摘をしている。

(39) 徳永・前掲注(38)・一二二頁。

(40) 徳永・前掲注(38)・一二二頁。

(41) Neuser, a.a.O. (Anm. 21), S. 205ff. 検査技術の発展例として、ドイツにおいては警察DNAデータベースの導入当初はSTR五座位が分析対象であったのに対して、その後、STR八座位に分析対象が拡大したことが指摘されている（二〇一六年現在、一三座位が分析対象となっている）。

(42) 二〇一四年まで日本で行われていたDNA分析は一五座位のSTR型とアメロゲニン座位の型を検出するものであり、日本人で最も出現頻度が高いDNA型の組合せの場合で、約四兆七千億人に一人という確率で個人識別を行うことが可能とされている（警察白書平成二〇年版三三頁）。犯罪捜査に用いる目的でこれを超える精度が必要といえるかは明らかではない。さらにさらなる分析方法の発展が問題となるとすれば、それは劣化DNAサンプルなどを含みうる痕跡物質についての分析であり、再分析の対象としては痕跡物質をデータベース化すれば十分とも考えられる。

なお、身元不明死体の身元確認のためにDNA型情報を活用する仕組みを構築することとされたこと等を受けて二〇一五年に改正されたDNA型記録取扱規則二条二号では、二三座位が分析の対象とされている。

(43) 比例原則が基本権制限にかかわる日本国憲法上（とりわけ一三条）の要請であることにつき、玉蟲由樹「人権と国家権力——『公共の福祉』の多元的機能」法律時報八六巻五号（二〇一四年）三四頁以下、同「集合的決定・公共の福祉・人権」法の理論三四（二〇一六年）一六九頁以下、穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開【第二版】』（日本評論社、二〇一四年）二四頁、渡辺康行・穴戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I基本権』（日本評論社、二〇一六年）七六頁以下を参照。

(44) BVerfGE 78,77 (85).

(45) この点につき、詳しくは松本・前掲注(22)・五九頁以下、渡辺ほか・前掲注(43)・七六頁以下を参照

(46) 二〇〇〇年の決定においても、連邦憲法裁判所は「連邦刑事局でのDNA型情報の蓄積という残された可能性」は、立法者にとって公益のために作り出された将来の刑事訴追のための事前配慮（Vorsorge）の措置」であると述べている。

BVerfGE 103,21 (35).

(47) 情報事前配慮型の国家活動につき、小山剛「自由・テロ・安全——警察の情報活動と情報自己決定権を例に」大沢秀介・小山剛（編）『市民生活の自由と安全』（成文堂、二〇〇六年）三三〇頁以下を参照。

(48) 西原博史「予防的通信監視と通信の秘密・比例原則——ニーダーザクセン警察法違憲判決」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(25)・二五七頁を参照。

(49) BVerfGE 115,320 (360 f.). ラスター捜査決定での実際の文言は「脅かされた、あるいはすでに生じた法益侵害が重要なも

のであればあるほど、そして問題となる基本権介入が重要でなければ重要でないほど、脅かされたあるいはすでに生じた法益侵害が推測されうる蓋然性は低くてよく、場合によっては嫌疑を根拠づける事実は不確かなものでよい」というものであり、②法益侵害が重要で、①基本権介入が重要でない場合には、③法益侵害の発生の蓋然性は低くてよいことを示したものである。しかし、このことからすれば、①基本権介入が重要であればあるほど、その他の変数について高いレベルでの要求がなされることになるはずである。

(50) BVerfGE 120,378 (403).

(51) Neuser, a.a.O. (Anm.21), S.109も同様の見解をいう。

(52) Dieter Lorenz, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gentechnologie, JZ 2005, S. 1128は、刑事訴訟法八一g条にもとづくDNA分析の許容は個々人を恒常的に介入にさらすものであり、しかもその介入が仮定的にのみ必要とされるものであるため、こうした介入は人格そのものについての特別な権利 (das spezielle Recht auf Persönlichkeit) にかかわるものと位置づけ、介入には「特別に重要な公共の利益の根拠が要求される」として、厳格な比例原則審査を要求している。

(53) たとえばDNA分析のための強制採尿・強制採血について、この点から論じるものとして、水野・前掲注(15)・一二六頁以下を参照。

(54) このような見解を採るものとして、宍戸・前掲注(43)・二〇頁以下、山本龍彦「日本におけるDNAデータベース法制と憲法」比較法研究七〇号(二〇〇八年)七七頁以下を参照。

(55) BVerfGE 113,348. 本判決につき、西原・前掲注(48)・二五四頁以下を参照。

(56) Vgl. BVerfGE 115,320(365); 120,378(407f.).

刑事政策における更生緊急保護の現代的役割について

尾 田 清 貴

1. はじめに
2. 起訴猶予処分の現状
3. 更生緊急保護の現状
4. 起訴猶予者に対する更生緊急保護の現状
5. 現代的役割について

1. はじめに

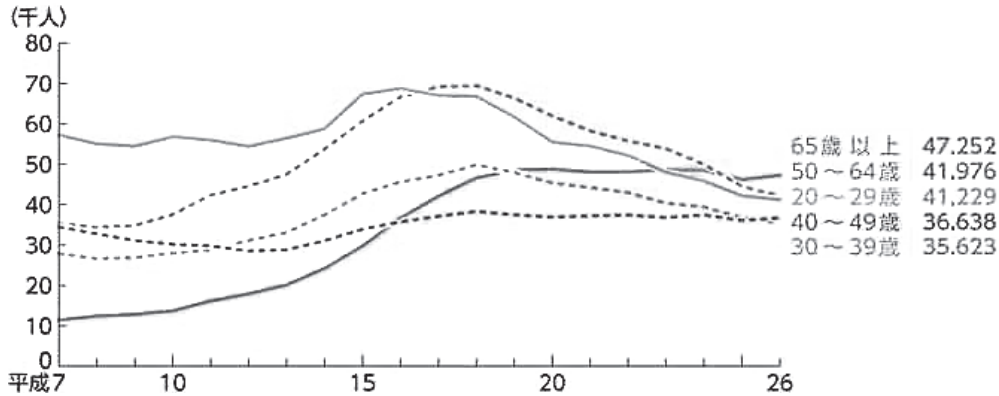
犯罪情勢の悪化に対応するため、平成一五年九月、犯罪対策閣僚会議が設置され、一二月に「犯罪に強い社会の実現のための行動計画―「世界一安全な国、日本」の復活を目指して―」を、その五年後の二〇年一二月には、五年間

刑事政策における更生緊急保護の現代的役割について（尾田）

四六三（六九五）

表(1) 一般刑法犯 検挙人員の推移（年齢層別）

（平成7年～26年）



- 注 1 警察庁の統計及び警察庁交通局の資料による。
2 犯行時の年齢による。

の進捗状況を踏まえ、「犯罪に強い社会の実現のための行動計画二〇〇八」を策定し、平成二四年七月には「再犯防止に向けた総合対策」を策定し、関係諸機関の連携による総合的な再犯防止対策の取組方針を示すとともに、対象者の特性に応じた指導及び支援の強化等を重点施策に掲げている^①。

その翌年の平成二五年五月には「犯罪に強い社会の実現のための新たな行動計画の策定の基本方針について」を決定し、平成二五年一二月には、同会議における取りまとめを経て、「『世界一安全な日本』創造戦略」が閣議決定され、再犯防止対策等を重点取組分野とするとの基本方針を示した。さらに、昨年（平成二六年）一二月には「宣言・犯罪に回らない・戻さない」立ち直りをみんなで支える明るい社会へ」を決定している^②。

過去三回にわたる犯罪対策にかかる閣僚会議が策定した行動計画の背景には、日本の犯罪情勢は全体としては減少傾向にあるものの、年齢構成別に見ると六四歳未満の年代層では、四〇～四九歳代はほぼ横ばいではあるが、高齢者による犯罪の増加、満期出所者による再犯率の高さといわゆる振り込め詐欺の高止まり傾向があることから、依然として体感

表(2) 刑法犯及び窃盗犯の年齢別検挙人員の推移（平成17～26年）

	刑法犯総数			窃 盗		
	総 数	20歳未満	60歳以上	総 数	20歳未満	60歳以上
平成17年	386,955	124,522	63,250	194,119	71,450	38,239
平成18年	384,250	113,551	67,453	187,654	62,951	40,429
平成19年	365,577	103,884	69,198	180,446	58,416	41,997
平成20年	339,752	91,462	69,382	174,738	52,785	44,388
平成21年	332,888	90,844	68,504	178,823	55,047	44,205
平成22年	322,620	86,394	68,725	175,214	52,674	46,155
平成23年	305,631	78,186	70,054	168,514	47,999	47,883
平成24年	287,021	65,983	68,265	153,864	38,602	47,099
平成25年	262,486	56,901	63,126	138,847	33,321	43,750
平成26年	251,115	48,843	62,338	131,490	28,419	43,131

※ 警察庁・犯罪統計書から筆者が作成

治安の改善に至っていない現状があるものと考えられる。

表(1)^③は、一般刑法犯について、年齢層別の検挙人員の推移（最近二〇年間）を見たものである。高齢者の検挙人員は、他の年齢層と異なり、平成八年以降増加が著しかったが、一九年からはおおむね横ばいで推移し、二六年は四万七、二五二人（前年比二・二％増）となったものの、七年の検挙人員の約四倍であり、成人の他の年齢層と比較して最も多かった。表(2)は、平成一七年から二六年の刑法犯、及び窃盗犯の検挙人員の推移について、それぞれ総数・二〇歳未満・六〇歳以上について見たものである。

刑法犯総数で見ると、平成一七年に三八六、九五五件であったものが、平成二六年には、二五一、一一五件と六四・九％と約三分の二に減少している。二〇歳未満の者について見ると、平成一七年の検挙件数と比較すると三九・二％と大幅に減少しているが、六〇歳以上の者では、平成二三年まではほぼ増加傾向にあったが、一三年の七〇、〇五四件をピークに減少し、平成二六年には六二、三三八件と減少したものの、二〇歳未満の少年の一・二八倍となっている。

これを窃盗犯について見ると、平成一七年から二六年の一〇年間で見

ると、刑法犯の状況と同じ傾向を示しており、特に、平成二十四以降では、六〇歳以上の者の割合が二〇歳未満の少年を大きく上回っており、一・五二倍の四三、一三一件であつた。⁽⁴⁾

表(3)⁽⁵⁾は、平成二六年における高齢者の一般刑法犯検挙人員の罪名別構成比を男女別に見たものである。総数と比べて、高齢者では窃盗の割合が高いが、特に女子では、約九割が窃盗であり、しかも万引きによる者の割合が八二・七%と際立って高い。

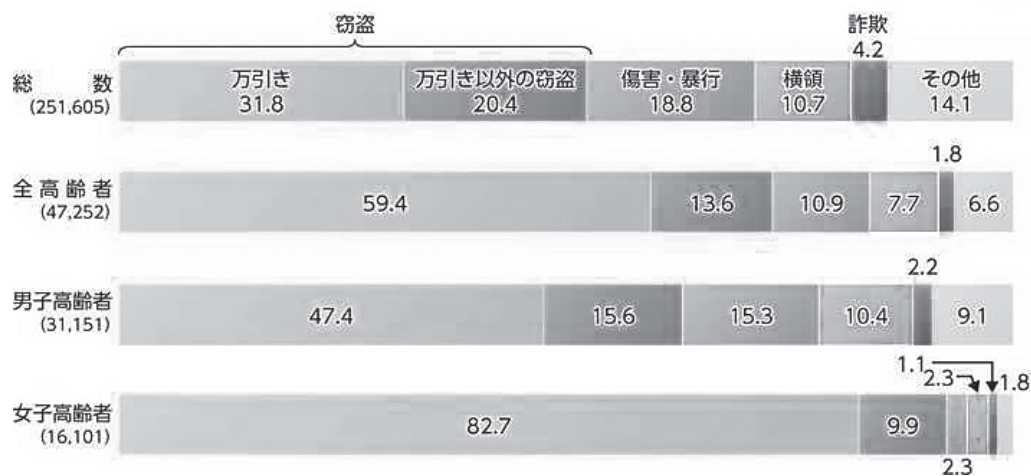
高齢者の万引きに至る背景や被害額などに関しては、(4)で引用している拙稿の(3・高齢者のおかれている現状一五三～一六二頁)に詳述しているので参考にされたい。

表(4)は、平成二三年～二六年の五年間に刑務所に収容された新受刑者の推移を総数と六〇歳以上の者について比較したものである。総数では減少傾向にあるものの、六〇歳以上が占める割合は、平成二三年の一五・一%から毎年増加しており、平成二六年には、一七・二%となっている。これを男性・女性について新受刑者に占める六〇歳以上の者の割合で見ると、男性よりも女性の割合が毎年四%以上高くなっており、六〇歳以上の女性の新受刑者は実数でも増加傾向にあることが分かる。

そこで、本稿では、再犯を防ぐための効果的な起訴猶予のあり方を更生緊急保護の活用と言う手法で検討してみたい。とりわけ、再犯を防止するために着目されている就労機会の確保と居住先の確保が困難な高齢者犯罪者について検討することは意味があると考えらるからである。

表(3) 一般刑法犯 高齢者の検挙人員の罪名別構成比（男女別）

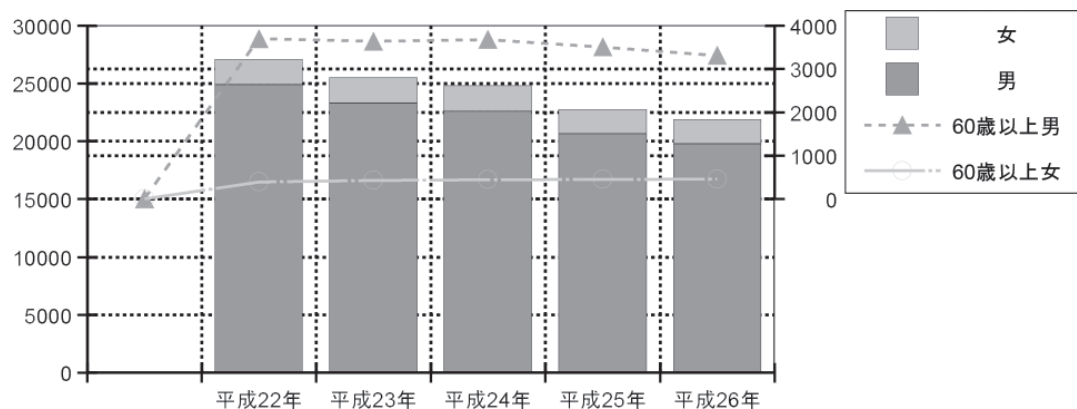
（平成26年）



- 注 1 警察庁の統計及び警察庁交通局の資料による。
 2 犯行時の年齢による。
 3 「横領」は、遺失物等横領を含む。
 4 () 内は、実人員である。

	総数			60歳以上		
	総数	男	女	総数	男	女
平成22年	27,079	24,873	2,206	4,093	3,699	394
平成23年	25,499	23,273	2,226	4,069	3,639	430
平成24年	24,780	22,565	2,225	4,127	3,681	446
平成25年	22,756	20,643	2,112	3,962	3,507	455
平成26年	21,866	19,744	2,122	3,771	3,314	457

表(4) 新受刑者の年齢動向



※ 矯正統計年報27年半から筆者作成

2. 起訴猶予処分の現状

表(5)は、平成一七年から二六年までの一〇年間の一般刑法犯における起訴率及び起訴猶予率を見たものであるが、平成二二年から起訴猶予処分に付される者の割合が、起訴される者の割合を上回っており、平成二六年にはほぼ半分の者（五〇・六％）が起訴猶予となっている。

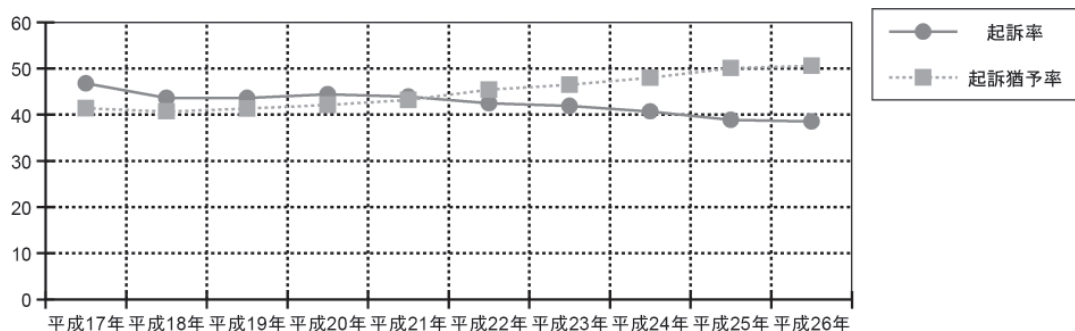
表(6)^⑥は、平成二六年の一般刑法犯の起訴猶予率を罪名別に見るとともに、これを年齢層別に見たものである。高齢者の起訴猶予率は、一般刑法犯全体で六五歳未満の年齢層よりも高く、窃盗において特にその差が大きい。

表(7)は、平成二六年に起訴猶予処分に付された者について、初犯者・前科者について、年齢別・性別に見たものである。刑法犯総数では、起訴猶予者に占める前科者の割合は、三〇・二％、六五～六九歳では、四二・二％、七〇歳以上では三四・一％であった。窃盗犯についてこれを見ると、二八・一％と二・一ポイント低くなっている。六五～六九歳では三六・五％、七〇歳以上では三〇・六％と、それぞれ五・七、三・六ポイント低くなっている。

初犯で起訴猶予になる者の割合は、刑法犯総数では、六九・八％、窃盗犯では七一・九％であったが、七〇歳以上の者について見ると、それぞれ六五・八％と高い数値となっている。

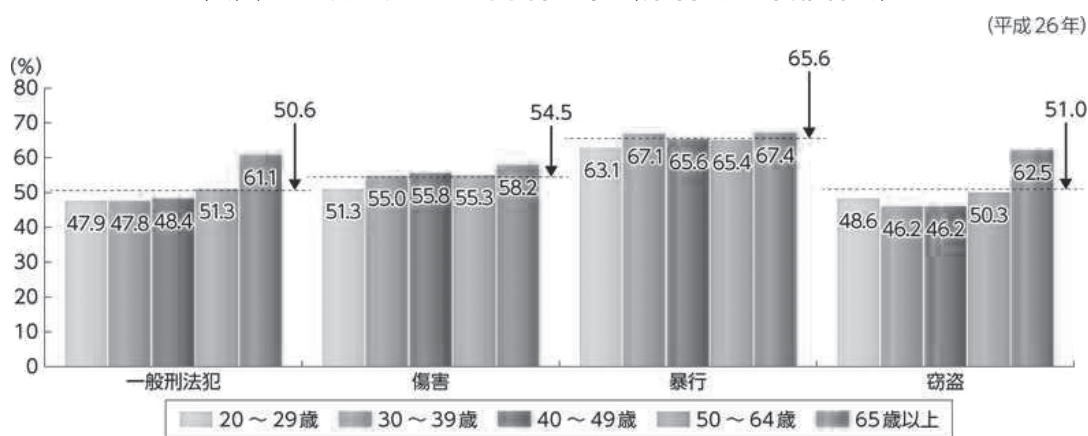
ところで、起訴猶予（処分）とは、検察官が起訴・不起訴を決定する際に、公訴を提起するに足りる被疑事実が証拠に基づき明白な場合において、訴訟条件が具備しているにもかかわらず、検察官の裁量により起訴しないことを認める制度（処分）であり、刑事訴訟法二四八条は、①被疑者の性格、②年齢及び境遇、③犯罪の軽重及び④情状並びに⑤犯罪後の状況により訴追を必要としないときに検察官が行う不起訴処分である（刑事訴訟法第二四八条、事件事務

表(5) 一般刑法犯の起訴率・起訴猶予率の推移



※ 検察統計年報27年版から筆者作成

表(6) 一般刑法犯 起訴猶予率（罪名別、年齢層別）



- 注 1 検察統計年報による。
 2 犯行時の年齢による。
 3 グラフ上の点線は、全体の起訴猶予率である。

表(7) 起訴猶予処分に付された者の初犯者・前科者の年齢・性别人員（平成26年）

		総 数				60～64歳		65～69歳		70歳以上	
		計	男	女	不詳	男	女	男	女	男	女
総 数	計	112,449	92,336	20,099	14	6,136	1,251	5,185	1,302	8,313	3,265
	初犯者	80,655	62,620	18,035		3,230	1,097	2,598	1,142	4,636	2,898
	前科者	31,762	29,699	2,063		2,906	154	2,587	159	3,677	368
	不 詳	32	17	1	14				1		
刑法犯	計	79,210	64,465	14,734	11	4,246	1,039	3,549	1,112	6,098	2,894
	初犯者	55,240	42,108	13,132		2,161	917	1,720	973	3,353	2,562
	前科者	23,946	22,345	1,061		2,085	122	1,829	138	2,745	332
	不 詳	24	12	1	11				1		
窃 盗	計	36,296	26,116	10,170	5	1,819	777	1,672	898	3,720	2,599
	初犯者	26,092	17,079	9,013		967	680	847	784	2,097	2,290
	前科者	10,197	9,031	1,166		852	97	825	112	1,623	309
	不 詳	7	6	1	5				1		

※ 検察統計年報27年版から筆者が作成

規程(法務省訓令)第七十五条二項二〇号)⁽⁷⁾としている。

本制度の目的は、証拠は十分ではあっても、被疑者の状況から、敢えて手続きを終了させて、自発的更生に期待すると共に、刑事司法過程がもたらすラベリング作用を回避することを狙いとする点にある。それ故、法的性格は、特別予防⁽⁸⁾とも言える。

具体的には、(ア)初犯であるか、前科・前歴がない(少ないか、あっても長期間が経過している)、(イ)被害が軽微であり、損害回復や賠償が為されている(示談が成立している)こと、(ウ)被疑者の真摯な謝罪を被害者が受け容れていること、(エ)被疑者の家族等が再犯を犯さないよう監護する意思を上申書で示していること、(オ)被害者が公式の手続を望まないことを上申書で示していること、(カ)被疑者の年齢などを総合的に判断して、起訴猶予処分⁽⁹⁾の決定が為されている。

起訴猶予については、アメリカの様に起訴猶予を認めない「起訴法定主義」(訴訟条件及び犯罪の嫌疑がある場合、必ず起訴しなければならないという法制)を採用している国もあるが、我が国は、起訴猶予を認める「起訴便宜主義」⁽⁹⁾を採用している。(刑事訴訟法第二四八条)。ただ、検察官に対する広範な裁量の付与は濫用的行使の危険へいわゆる、公訴権の乱用の問題である。を伴うが、わが国での運用は、実務上の基準が存在することもある。あつて安定しており、着実な成果を上げていると評価される。なお、濫用的な裁量権行使への抑制及び救済策として、不当な不起訴に対しては、法が檢察審査会、準起訴手続の制度を用意しており、不当な起訴に対しては、解釈論上、公訴権濫用論の主張がなされている。

しかしその一方で、精密な裁量権行使のために、捜査手続が長大化すること、公判手続が形がい化することが問題視されており、訴追裁量の本質について、犯罪者の更生手段としての特別予防的性格ではなく、微罪の処理方法とし

ての一般予防的性格を強調すべきだとの改善提案もある。

起訴猶予は一応終局処分であつて、起訴猶予によつて被疑者は訴追の負担を免れる。但し、後日別事件を起こした場合には、併せて起訴される可能性が残されている。

また、検察官による処分の最終決定であることから、期間の設定はあり得ない。

しいて言うならば、検察官の不起訴判断を不服とする者の求めにより不服審査を行うこと（検察審査会への不服申し立て）ができる期間^⑩公訴時効まで、とも考えられるが、無理があると思われる。

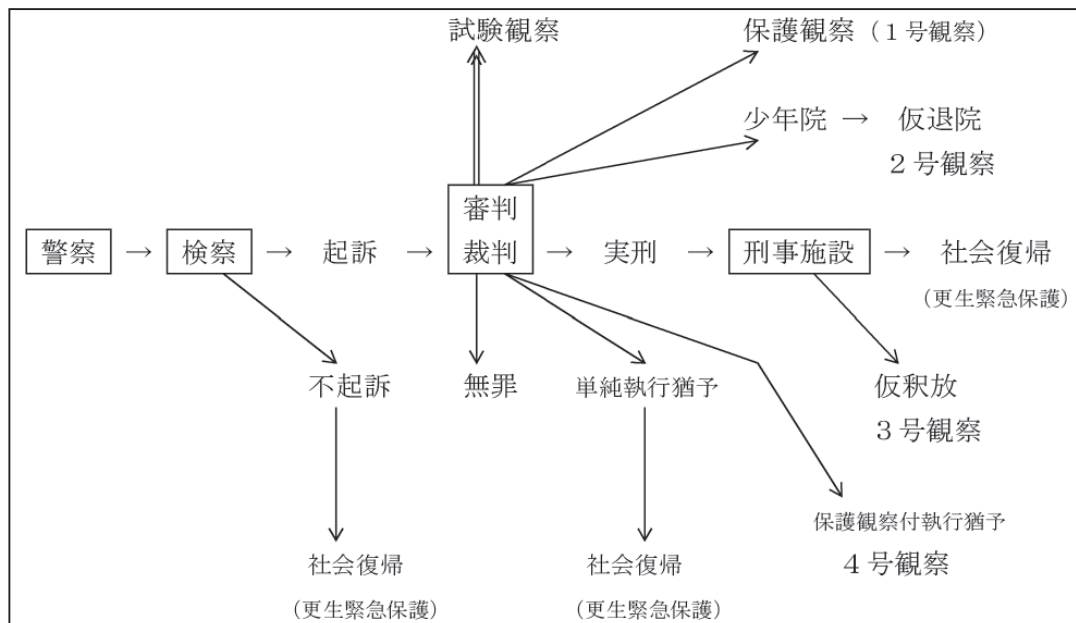
なお、例えば、「窃盗」の場合は二五〇条二項で、時効期間は、七年間と規定されている。起訴猶予の場合には前科ではなく前歴として記録に残り、後に別件で起訴された場合にそれが情状証拠となる。また、不起訴処分は一事不再理の対象外であるため、再起^⑪があり得る。

起訴猶予の法的性格に関する考え方には、その運用を踏まえて、①軽微な犯罪を速やかに刑事手続から開放する微罪処分型、②被害の弁償など事件後の状況に応じて基礎を留保する起訴留保型、③起訴前の保護観察により特別予防を図る保護観察付起訴猶予型（旧刑法二七九条^⑫）、④事件がある程度重大であつても諸般の事情から起訴しない起訴放棄型の四類型があり、^⑬現行刑法二四八条は、一度起訴猶予に付した以上、特段の事情がない限り再起を行わない起訴放棄型が原則であると考え^⑭るべきであるとされている。

3. 更生緊急保護の現状

図1は、刑事司法手続の流れにおける更生緊急保護と保護観察の関係を概観したものであるが、独立処分としての

図1 刑事(少年)司法手続における更生緊急保護と保護観察の関係

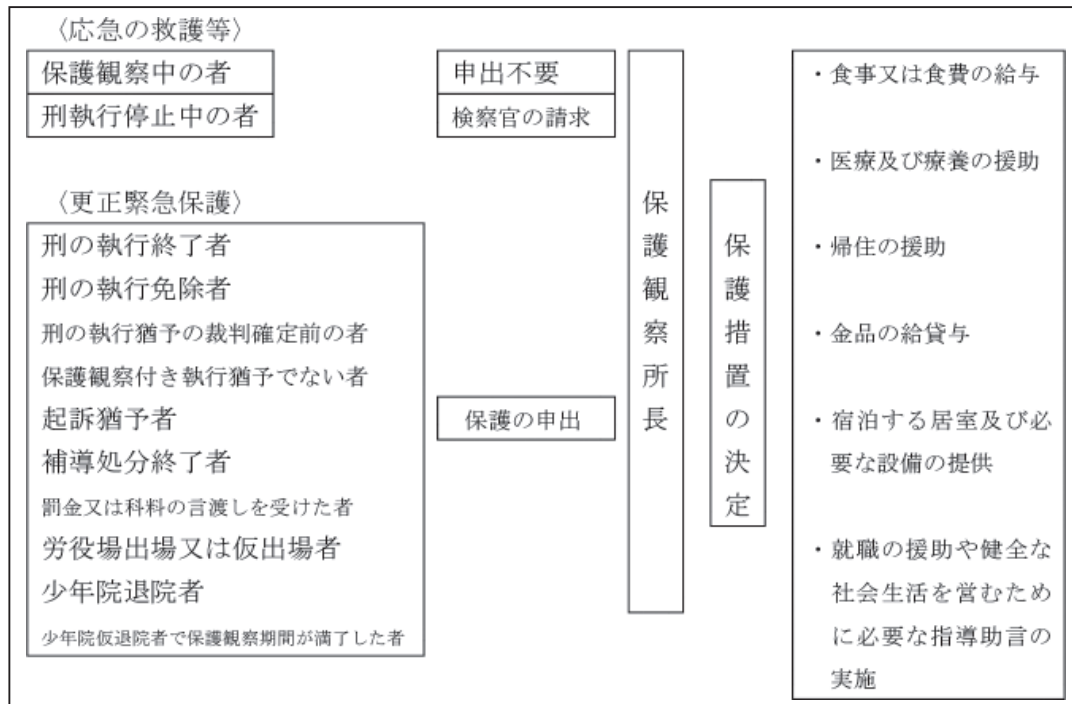


※ 筆者が作成

少年の保護観察・矯正施設から仮釈放された者に対する保護観察対象者には、一定の期間、保護観察所による指導監督と支援が為されるが、刑務所を満期釈放された者、検察庁で起訴猶予となった者、あるいは仮釈放期間を終了した者等には、保護観察所による国の指導や援助はないが、これらの者の中には、釈放後、身寄りがないため、再び罪を犯すおそれのある者がいる。そこで、保護観察所ではこれらの者らに対し、本人の申出に基づいて就職の援助、宿泊場所や食事の供与、あるいは福祉機関への斡旋等の必要な援助を行っており、これを更生緊急保護という。

更生保護法八五条は、「更生緊急保護」について、次の様に定めている。すなわち、『この節において「更生緊急保護」とは、次に掲げる者(図2の一〇類型の者を参照)が、刑事上の手続又は保護処分による身体の拘束を解かれた後、親族からの援助を受けることができず、若しくは公共の衛生福祉に関する機関その他の機関から医療、宿泊、職業その他の保護を受けることができない場合又はこれらの援助若しくは保護のみによつては改善更生することができないと認められる場合に、緊急に、その者に対し、金品を給与し、又は

図2 応急の救護等及び更正緊急保護の仕組み



※ 保護措置は、保護観察所長が行う場合と更生保護事業を営む者等に委託して行う場合がある。前者を「自庁保護」、後者を「委託保護」という。

※ 更生保護便覧・第8版76頁（2014.9.1）日本更生保護協会

貸与し、宿泊場所を供与し、宿泊場所への帰住、医療、療養、就職又は教養訓練を助け、職業を補導し、社会生活に適応させるために必要な生活指導を行い、生活環境の改善又は調整を図ること等により、その者が進んで法律を守る善良な社会の一員となることを援護し、その速やかな改善更生を保護することをいう。』としている。図2は、更生緊急保護制度の仕組みを図示したものである。

更生緊急保護の期間は、その意思に反しない場合に限り、原則として六か月を超えないものとされている（一般法定期間）が、改善更生のために必要があると判断された場合は、更に六か月の範囲内（特別法定期間）で、更生緊急保護を実施することができると規定されている（同条四項）。

費用に関しては、更生緊急保護が実施される期間、国は、法務大臣が財務大臣と協議して定める基準に従い、更生保護法八五条三項の規定による委託に

よって生ずる費用を支弁するものとされている（同法八七条）。

更に、更生緊急保護を行うに当たっては、その対象となる者が公共の衛生福祉に関する機関その他の機関から必要な保護を受けることができるよう斡旋するとともに、更生緊急保護の効率化に努めて、その期間の短縮と費用の節減を図らなければならないとされているが、高齢の対象者にとっては、地域社会における高齢者福祉のネットワークによる重畳的な支援が得られなければ、制度目的を達成することが困難な状況もあり得ることから、この点に関しては、柔軟な対応が求められる。

また、更生緊急保護に関し職業の斡旋の必要があると認められるときは、公共職業安定所は、更生緊急保護を行う者の協力を得て、職業安定法の規定に基づき、更生緊急保護の対象となる者の能力に適した職業を斡旋することに努めるものとされている。この点に関しては、各矯正施設における職業訓練をも兼ね備えた刑務作業のあり方や運営とも関連することであり、後述することにした。

更生緊急保護措置の内容と更生保護事業

更生保護緊急措置には、保護観察の期間中実施される応急の救護と原則として六か月の間実施される更生緊急保護の二つの種類があり、措置の内容及び平成二六年中に取られた措置は、表(8)の通りである。

平成二二年には、保護観察終了時に無職であった者の再犯率は二九・八％で、職に就いていた者の再犯率（七・五％）に比べて約四倍と、高くなっている。また、家族、知人、雇用主等の出所後の帰住先の無い者ほど、刑務所への入所を繰り返す傾向が高く、再犯に至る期間も短くなる傾向が見られる。「帰住先無し」では、一年未満が五二・五％、

表(8) 応急の救護等・更生緊急保護の措置の実施状況（平成26年）

対象者の種類	保護観察所で直接行う保護						更生保護施設等へ宿泊を伴う保護の要請	うち、他施設への委託※
	総数	主な措置人員						
		宿泊	食事給与	衣料給与	医療援助	旅費給与		
応急の救護等	6,179	19	359	584	25	176	6,482	472
3号観察	5,251	16	175	480	17	56	5,465	173
4号観察	487		89	49	6	68	485	131
1号観察	176	1	61	7	1	30	161	76
2号観察	265	2	34	48	1	22	370	92
更生緊急保護	8,584	10	709	834	24	675	4,904	1,072
刑の執行終了	5,556	10	307	329	15	308	2,979	511
刑の執行猶予	1,073		140	171	2	125	707	206
起訴猶予	1,377		169	253	3	166	854	260
罰金・科料	436		71	68	4	57	249	68
労役場出場・仮出場	130		20	12		18	69	19
少年院退院・仮退院期間満了	12		2	1		1	50	8

※ 自立準備ホーム等更生保護施設以外への委託

※ 26年は、婦人補導院からの仮退院者が1名で、更生保護施設等への宿泊を伴う保護の委託がなされた。

※ 犯罪白書平成27年版から筆者が作成

「帰住先あり」では、三四・三％であつた（矯正統計年報平成二三年版）。つまり、帰住先が無く、雇用の機会がない者ほど再犯に追いやるという悪循環が起きてしまっている現状が見て取れる。

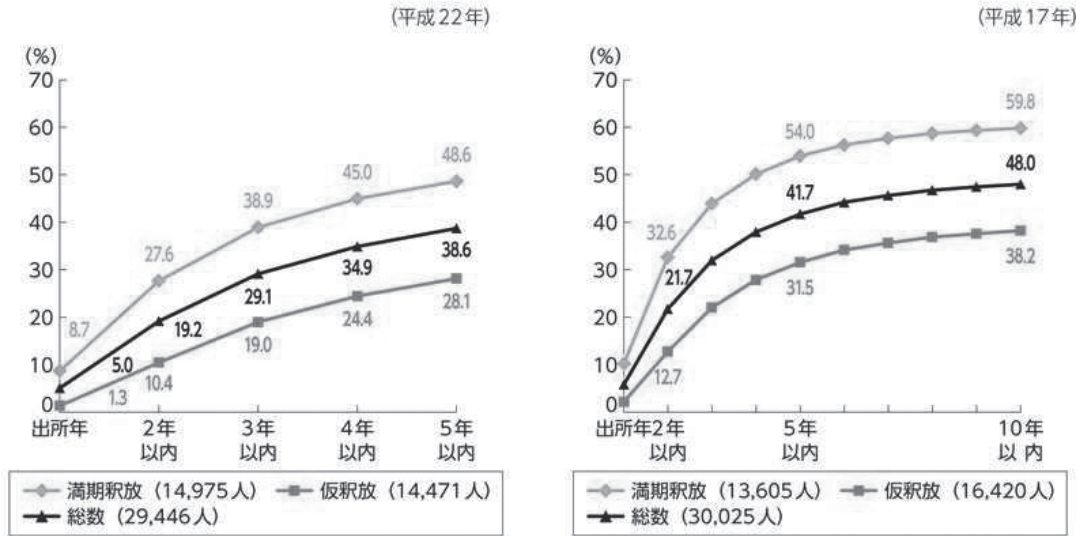
そこで法務省は、二〇一一年（平成二三年）四月に、問題の抜本的な解決策として、新たに「自立準備ホーム」¹⁶の仕組みを導入した。すなわち、「緊急的住居確保・自立支援対策」において「保護観察に付されている者及び更生緊急保護の対象となる者（保護観察対象者等）であつて適当な住居の確保が困難な者について、更生保護施設以外の宿泊場所に宿泊させて行う措置を委託する」としたのである。また自立準備ホームは「応急の救護等及び更生緊急保護」の為の施設としても利用できる、とした。

二〇一一年（平成二三年）四月に宮崎県の民間団体が全国で初めて「自立準備ホーム」の運営を受託した。二〇一一年五月末時点で、登録団体は二三の都道府県にあり、計三六団体となった。

表(9) 出所受刑者の出所事由別累積再入率

① 5年以内

② 10年以内



- 注 1 法務省大臣官房司法法制部の資料による。
- 2 前刑出所後の犯罪により再入所した者で、かつ、前刑出所事由が満期釈放又は仮釈放の者を計上している。
- 3 「累積再入率」は、①では平成22年の出所受刑者の人員に占める同年から26年までの各年の年末までに再入所した者の累積人員の比率を、②では17年の出所受刑者の人員に占める同年から26年までの各年の年末までに再入所した者の累積人員の比率をいう。

平成二六年三月三十一日現在、全国の保護観察所に二八五の事業者が登録されており、保護観察所から登録事業者に対し、宿泊場所の供与と自立のための生活指導（自立準備支援）のほか、必要に応じて食事の給与を委託している。

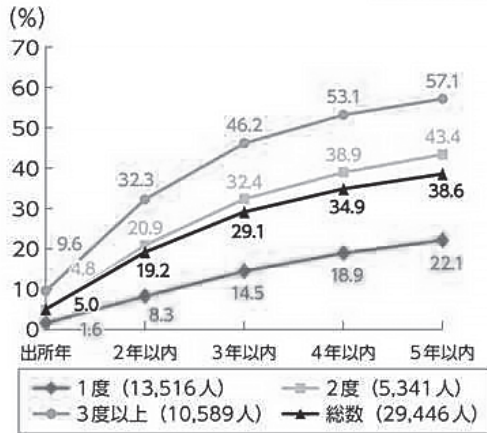
ところで、帰住先が無く雇用が確保できない者による再入率等に関しては、法務省等による対策が実施されてはいるものの、依然として大きな課題となっている。

表(9)^①は、平成一七年及び二二年の出所受刑者（仮釈放又は満期釈放により刑事施設を出所した者に限る。）について、出所年を含む五年間又は一〇年間における累積再入率（各年の年末までに再入所した者の累積人員の比率をいう。）を出所事由別（仮釈放又は満期釈放の別をいう。）に見たものである。満期釈放者は、仮釈放者よりも累積再入率は相当高い。平成一七年の出所受刑者に

表(10) 出所受刑者の入所度数別累積再入率

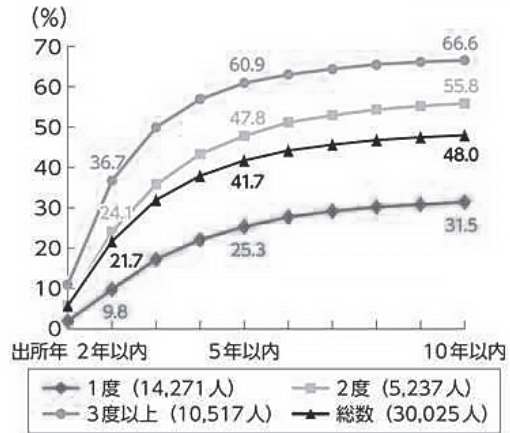
① 5年以内

(平成22年)



② 10年以内

(平成17年)



注 4-1-3-4図の脚注に同じ。

ついて見ると、一〇年以内の累積再入率は、満期釈放者では五九・八%、仮釈放者では三八・二%であるが、その内、五年以内に再入所した者は、それぞれ、一〇年以内に再入所した者の約九割、約八割を占めている。また、満期釈放者の場合、五年以内及び一〇年以内に再入所した者の過半数は、二年以内に再入所している。

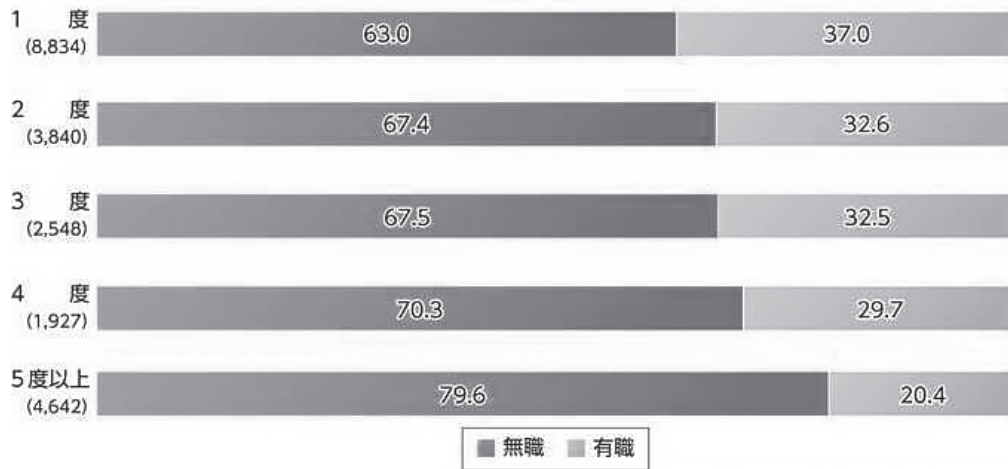
表(10)¹⁸は、平成一七年及び二二年の出所受刑者について、出所年を含む五年間又は一〇年間に於ける累積再入率を入所度数別に見たものである。入所度数が多いほど累積再入率は高く、特に入所度数が一度の者(初入者)と二度の者の差は顕著である。

また、表(11)¹⁹は、平成二六年における入所受刑者について、入所度数別に、就労状況別構成比を見たものであるが、無職者の占める比率は、入所度数を重ねるにつれて高くなり、五度以上の者では約八割に及んでいる。同年の再入者総数では、七二・二%が無職者であった。

更生緊急保護事業のうち、更生保護法人等に委託して行う委託保護・継続保護の担い手は、経営基盤の弱体であったこと、事業の性格から近隣住民からは迷惑施設として認識されたこともあって、経営が困難になった施設もあり、更生保護事業法が制定され、更生保護法人として、平成二七年

表(11) 入所受刑者の就労状況別累積構成比（入所度数別）

(平成26年)



- 注 1 法務省大臣官房司法法制部の資料による。
 2 犯行時の就労状況による。
 3 学生・生徒，家事従事者及び就労状況が不詳の者を除く。
 4 () 内は，実人員である。

四月一日現在では更生保護法人の施設が一〇〇施設、その他三施設が保護事業を展開している、内訳は男子施設八九、女子施設七、兼用施設七であるが、より一層の処遇の充実を図るためには、現状では、保護のOBや矯正のOBが職員として補導・援助を担っている現状に頼るのではなく、専門性の高い職員の確保が求められる。また、国立更生保護施設の設置を真剣に考えるべきであろう。

平成二一年度から、法務省及び厚生労働省が連携し、適当な帰住先がなく、かつ、高齢又は障害により直ちに自立することが困難である受刑者等に対する地域生活定着促進事業（二三年度までの名称は、地域生活定着支援事業）を行っているが、この事業によつて、出所後直ちに福祉による支援を受けることが困難な者は、一旦更生保護施設において受け入れ、福祉への移行準備及び社会生活に適応するための指導や助言を内容とする特別処遇を行っている。その役割を担うために指定された五七の施設（指定更生保護施設）では、福祉の専門資格等を有する職員の配置や、バリアフリー等の必要な施設整備等を行っている。

さらに、平成二五年度からは、薬物事犯者に対して重点的な処遇を実施する施設を「薬物処遇重点実施更生保護施設」として指定する取組を開始しており、二七年度は全国で一五の施設を指定している。

そこで、平成二七年四月から、生活保護に至る前の段階にある生活困窮者に対する自立支援策を強化するため、生活困窮者自立支援法²⁰⁾が施行されたことから、法務省保護局と厚生労働省社会・援護局では、協議を進めた結果、「生活困窮者自立支援法の施行に伴う保護観察所と生活困窮者自立相談支援機関との連携の確保について（通知）」（法務省保更第三一号）が、平成二七年三月二七日付で、法務省保護局更生保護振興課長・観察課長連名で、保護観察所長・地方更生保護委員会事務局長（参考）当てに連名で発出されている。また、同日「矯正施設出所者の生活保護困窮者自立支援法に基づく事業の利用等について（通知）」（社援地発〇三二七台八号）が厚生労働省社会・援護局地域福祉課長名で、各都道府県・指定都市・中核都市の生活困窮者自立支援制度主管部（局）長宛に発出され、適切な支援が為されるように促している。

4. 起訴猶予者に対する更生緊急保護の現状

更生保護法八五条一項第五号では、『訴追を必要としないため公訴を提起しない処分を受けた者（起訴猶予処分を受けた者）』についても、更生緊急保護の対象となると規定している。

それ故、検察官の為す起訴猶予処分には、①起訴猶予処分と②更生緊急保護付起訴猶予処分との二つがある²¹⁾と考えられる事ができる。後者は、検察官が更生保護法八六条二項により、起訴猶予処分をしようとする者に対して、更生緊急保護の制度及び申出の手続について教示し、しかる後、本人の意思で、該当地域を管轄する保護観察所長に対して、

表(12) 更生緊急保護における保護措置の実施人員の推移

	保護観察所による直接保護					更生保護施設等への宿泊を伴う保護の委託
	計	食事給与	衣料給与	医療援助	旅費給与	
昭和41年	1,642	739	128	20	735	483
昭和43年	1,023	436	121	5	404	809
昭和47年	1,172	529	165	6	599	305
昭和61年	1,037	467	122	4	444	519
昭和63年	820	399	95	2	324	417
平成9年	739	233	92	3	234	529
平成14年	1,431	351	94	5	351	510
平成19年	1,687	365	125	4	411	630 (1)
平成26年	1,377	169	253	3	166	854 (260)

() 内は、自立準備ホーム等の更生保護施設以外への委託であり、内数である。

※ 数値は、各年の保護統計年報により、筆者が作成

更生緊急保護を申出、保護観察所長がその必要性について判断し、開始決定をすることになっている〈更生保護法八六条一項〉。また、必要性の判断については、検察官の意見を聴取することになっている〈同条三項〉。必要と判断された場合には、対象者の改善更生のために必要な限度で、保護観察所長が自ら行うか、更生保護事業法の規定により更生保護事業を営む者その他の適当な者に委託して行うことになっている〈更生保護法八五条二項・三項〉。（前掲図2参照）

表(12)は、起訴猶予者に対する更生緊急保護の実施状況について見たもので、保護観察所による直接保護に関しては、複数の援助を受けている者がおり、更には、更生保護施設以外での宿泊を伴う保護の委託が為される割合が増加していることが分かる。

ただ、起訴猶予に伴う更生緊急保護において、自立準備ホームを利用する際に留意しなければならない点は、原則六か月、最大一年間の利用に限られている点にある。

この点を解消するためには、検察段階で、更生緊急保護の必要性を判断するためのシステム構築が求められる。検察官は、準司法機関としての起訴・不起訴判断を適正に行う責務があり、検察事務官にその必要性判断を

任せることは必ずしも適任であるとは思えない。保護観察所長がその必要性を認め、対象者に最適な更生緊急保護を実施するための対策が打てるように、基本計画を策定する担当者を各検察庁に配置することが望まれる。

検察庁では、知的障害の疑いのある被疑者や高齢の被疑者等福祉的支援を必要とする者について、再犯防止・社会復帰支援の観点から福祉的なサービスに橋渡しをした上で、これを検察庁における処分や裁判での求刑をする際の判断材料とする取組が行われている。長崎⁽²²⁾、大津及び仙台等の各地方検察庁においては、地域生活定着支援センター等と連携し、福祉の専門家が障害の程度や福祉支援の必要性を論議する専門の委員会の意見を踏まえるなどした上、福祉的支援に橋渡しすることを前提として、起訴猶予処分をしたり、求刑において、保護観察付執行猶予に付するよう意見を述べるなどしている。また、東京、大阪等の各地方検察庁においては、社会復帰支援室⁽²³⁾を設置して社会福祉士等を配置し、福祉の視点でアドバイスをを行うとともに、適宜福祉的サービスに橋渡しするなどの運用をしている。

東京地検では、高齢者と知的障害者の再犯防止につなげようと、二〇一三年一月二一日付で、社会福祉士一人を非常勤職員として採用した。釈放される被告らについて、受け入れ先となる福祉施設の確保などで助言を求め、社会復帰に向け、福祉の力も活用したい考えだ。

社会福祉士は、高齢者や知的障害者らの事件を対象に検事らと連携。釈放後の社会復帰に向けて介護・福祉施設への橋渡しなどを担当する。(日経新聞2013/1/22 0:49)

これに先立ち、法務省矯正局では、平成二二年四月以降、各矯正施設に社会福祉士等を配置し、被収容者の内、高齢者や障害を有する者で、帰住先が無い者について地域定着支援センターと連携して出所後スムーズに介護や医療等

の福祉サービスの提供が受けられるように特別調整を実施している。保護局においても平成二五年一〇月以降、更生緊急保護事前調整が、起訴猶予者について、高齢・障害等の特性に応じた更生緊急保護の措置を適切に講じるために施行されており、平成二八年度からは全国の検察庁において実施されることになっている。⁽²⁴⁾

この点に関しては、起訴猶予者の再犯防止に資するため、平成二五年一〇月から、一部の保護観察所と検察庁とが連携した更生緊急保護の事前調整が試行的に実施されてきたが、二七年度においては、より実効性のある更生緊急保護の実施を目指し、検察庁と連携の上、特に支援の必要性が高い者に対し、全国の保護観察所が、重点的かつ継続的に生活指導等を行った上で福祉サービスの調整や就労支援等を行う起訴猶予者に係る更生緊急保護の重点実施等の試行を実施している。⁽²⁵⁾

特に、保護局から平成二七年三月二七日付で発出された通知の中で、「3 現に保護観察又は更生緊急保護を受けている者が生活困窮者自立支援法に基づく支援を利用する場合の留意点、連携の確保」の中で示された、「ただし、更生保護施設等における保護が終了した後の住居の喪失を防ぐ観点から、更生保護施設等において保護されている期間中であっても、当該保護が終了した後の一時生活支援事業の利用に向けて、自立相談支援機関に事前相談を行うことは可能である。」は重要であると思われる。

5. 現代的役割について

更生緊急保護を巡っては、出口に関しては、平成二八年六月一日から施行された「刑の一部執行猶予」制度の導入⁽²⁶⁾により、満期受刑者に対する更生緊急保護では、十分な再犯防止機能が図れなかった点を改善するものとして期待し

うるが、高齢犯罪者の再犯防止に関しては、むしろ入口対応の充実を図るべきものと考ええる。起訴猶予対象者に対する更生緊急保護制度の充実強化である。

私は、この更生緊急保護付起訴猶予に関しては、「任意的」更生緊急保護付起訴猶予と「必要的」更生緊急保護付起訴猶予に分けて、対応すべきであると考ええる。

検察官が起訴猶予処分を選択する基準として、具体的には、次六項目がある。

①初犯であるか、前科・前歴がない（少ないか、あっても長期間が経過している）、②被害が軽微であり、損害回復や賠償が為されている（示談が成立している）こと、③被疑者の真摯な謝罪を被害者が受け容れていること、④被疑者の家族等が再犯を犯さないよう監護する意思を上申書で示していること、⑤被害者が公式の手続を望まないことを上申書で示していること、⑥被疑者の年齢、等を総合的に判断して、起訴猶予処分の決定が為されている。

この内、特に高齢者に関しては、「必要的」更生緊急保護付起訴猶予を考慮すべきであると考ええる。その理由は、④及び⑥を充足することが、困難な場合が多いと考えられるからである。④に関しては、該当者が六五歳以上の高齢者であれば、家族は必然的に子供か孫の世代となり、兄弟の場合も考えられるが子供や孫以上に監護への期待可能性は低くなる。⑥に関しては、再犯を防ぐためには就労支援が必要であるとの前提条件があることから困難な状況を生ずる。一般的には、五七歳から六〇歳が定年年齢であり、再雇用の可能性があったとしても六五歳が限度となっているからである。高齢者が軽微な犯罪を犯す背景には、経済的不安と孤独があることについては、拙稿「高齢者による万引き防止に向けた一考察」（４）でも指摘したところであるが、自立に向けた就労支援は困難であり、むしろ、高齢者福祉を基本とする地域支援の必要性が指摘できる。

ところで、平成二五年一〇月から試行を経て、平成二六年五月二三日から、起訴猶予者に対する更生緊急保護を活用した新たな社会復帰支援策の拡充が図られている。

取組内容は、以下の通りである。

(1) 保護観察所は、検察官からの依頼に基づき、起訴猶予による更生緊急保護が見込まれる勾留中の被疑者について、釈放後の福祉サービスの受給や住居の確保に向けた調整等（「事前調整」）を実施する。

(2) (1)の被疑者が起訴猶予処分となった場合、保護観察所は、同人から更生緊急保護の申出を受けて、事前調整を踏まえた福祉サービスの受給等を支援するとともに、その後も、本人の申出に基づき、更生緊急保護の期間中（原則六か月間まで）、継続的な相談対応及び支援（フォローアップ）を実施する。

この新たな社会復帰支援策を効率的に運用する為には、検察庁に、更生緊急保護の必要性を調査し、判断するための専門職員を配置する必要があると考える。何故ならば、検察官及び検察事務官では、被疑者の家庭環境・経済的環境・その他の社会的環境について調査し、必要となる資料を収集し、分析検討するだけでも過重負担となり、個々のニーズに合致した支援計画を立案し、関係機関と連携し、最適な支援策を策定し、提案することが難しいと考えるからである。

そこで、社会福祉関係部局で、支援業務に携わっている現職の受け容れ（三年程度の期間、その後は現職に復帰する）や、OBの雇用を進め、更には、地域内で就労支援や地域定着支援に携わっている主任社会福祉士等の資格を有する者の中から、常勤・非常勤のスタッフとしての就任を得ることが望ましい。大きく二つの母体を考えた理由は、公務員としての活動経験と現場での直接支援に向けた取り組みを経験している者によるコラボレーションが、支援を必要

としている者に対する適切な処遇プランを立案し、提供できると考えたからである。

この点に関しては、主任社会福祉士を地検に常駐させ、この任に当たらせることが望ましいと考える。ただし、地方自治体で社会福祉関連部署での職務の遂行の必要上、主任社会福祉士の資格を得た者よりは、社会福祉士としての実務経験を長く有し、主任社会福祉士に就いた者の中から、自立支援に向けた事前調査に基づき、対象者に寄り添いながら、その必要とされる自立準備に向けた更生緊急保護ネットワークを保護観察所（長）と構築できる技量の者を得て、配置することが求められる。

そこで参考としたい制度として、医療観察制度における社会復帰調整官の位地付けである。⁽²⁷⁾ その職務の専門性が高く、精神保健福祉士等の資格や、精神保健福祉に関する実務経験等が必要となるため、総合職・一般職の採用試験とは別の試験で採用されているが、これと同様に、社会福祉士・精神保健福祉士等の資格や、家庭裁判所調査官・保護観察官・自治体において社会福祉・高齢者福祉実務等の経験が一定期間ある者の中から試験によって採用する専門官を各地方検察庁に一名配置し、保護観察所には、起訴猶予に伴う更生緊急保護対策官を保護観察官の中から専任し、保護司の中からその経験や経歴を加味して、一定の時間必要な知識等を得るための研修を受講した者を指定保護司に⁽²⁸⁾ 任命し、連携して対応する制度を構築することが望まれる。

この点に関して、法務省は、更生保護サポートセンター⁽²⁹⁾を平成二〇年度から設置し、二七年度末までに四四六箇所設置している。このセンターに配置されている企画調整保護司の活用範囲を出口だけに限らず、入口にも拡充すべきものと考えているが、先に検討した指定保護司との協働が不可欠であろう。

最後に、起訴猶予に伴う更生緊急保護の期間についてであるが、とりわけ高齢者の再犯防止の観点を考慮するなら

ば、原則一年とし、個々の対象者のために地域社会に設定されたセーフティネットの運用如何によつては、さらにもう一年延長することができるよう、更生保護法の改正も視野に入れて考えるべきであろう。

（１） 刑務所出所者及び少年院出院者の出所等年を含む二年間における刑務所等に再入所等する者の割合について、過去五年における平均値（刑務所については二〇％、少年院については一一％）を基準として、三三年までに二〇％以上減少させるという数値目標を設定した。

（２） 刑務所出所者等の再犯防止の鍵となる「仕事」と「居場所」の確保に向けて、二〇二〇年（平成三二年）までに「犯罪や非行をした者の事情を理解した上で雇用している企業の数や現在の三倍にする」、「帰るべき場所がないまま刑務所から社会に戻る者の数を三割以上減少させる」という二つの数値目標を設定するなどしており、再犯防止対策の着実な推進に向けた取組が加速している。

（３） （犯罪白書平成二七年版から転記） <http://hakusyo1.moj.go.jp/ip/62/nfm/images/full/h4-5-1-01.jpg>

（４） 高齢者と少年の万引きの検挙件数の時系列的な推移に関しては、拙稿「高齢者による万引きの防止に向けた一考察」日本法学八〇巻二号二〇一四年一四二頁参照

（５） （犯罪白書平成二七年版から転記） <http://hakusyo1.moj.go.jp/ip/62/nfm/images/full/h4-5-1-03.jpg>

（６） （犯罪白書平成二七年版から転記） <http://hakusyo1.moj.go.jp/ip/62/nfm/images/full/h4-5-2-01.jpg>

（７） 事件事務規程（最終改正平成二五年三月一九日法務省刑総訓第一号 平成二五年四月一日施行）の七五条では、「検察官は、事件を不起訴処分にするときは、不起訴・中止裁定書（様式第一一七号）により不起訴の裁定をする。検察官が少年事件を家庭裁判所に送致しない処分にするときも、同様とする。」と、規定し、その二項二〇号で「起訴猶予被疑事実が明白な場合において、被疑者の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないとき」としている。

(8) 特別予防は、刑罰によって犯人を改善し、その犯人が再び犯罪に陥ることを予防することをいい、犯人の特性に対応した改善更生の手段であるとし、「刑罰の個別化」が強調される。通説的見解は、刑罰における一般予防及び特別予防の機能の併存を認めている。矯正現場や保護の現場では、個々の対象者に相応しい個別処遇が模索されてきている。

(9) 起訴便宜主義を採用する理由として、①被疑者に対する刑事政策的配慮、②被害者その他の市民の意思の尊重、③検察官は、社会の声特に訴追を不要とする声には耳を傾ける必要がある、④訴訟経済的観点から、軽微事件について司法の負担軽減を図り、重大事件の審理に必要な時間を架けることができる、等がある。

(10) 検察審査会法では、審査申立てについて特に期間制限を設けていない。そこで、公訴時効が完成すると起訴できなくなるので、公訴時効完成までの日数から審査や起訴の手續にかかる日数を引いた分くらいの余裕は必要と考えられ、運用が為されている。

(11) 『不起訴処分』は検察官の処分であり、裁判ではないことから、確定という概念にも該当しない。そこで、不起訴処分になった案件について、再び捜査、起訴するということは法的に禁じられていないことから、特殊な事情がある場合は、後日捜査が再開され、公訴されることもあり(事件事務規程三条(六))、これを再起と呼んでいる。

(12) 一九二二年の大正刑事訴訟法(大正十一年法律第七五号)は起訴猶予を明文で規定し、「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルコトハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」(二七九条)として起訴便宜主義を採用した。起訴留保期間中に、特別予防効果をより期すことを目的としていた。

(13) 三井誠「猶予制度」刑事政策講座一卷二九三―三〇〇頁(一九七一年)で、起訴猶予制度の変遷を五期に分け、その性格を四つの型概念に分類している。藤本哲也「刑事政策概論(全訂第六版)」一七六頁(二〇一〇年)

(14) 再起が行われる典型例は、被疑者が被害者への攻撃的なこと(報復)をしている、などの特殊事情がある場合などである。

(15) 更生保護法八五条六項 更生緊急保護に関し職業の斡旋の必要があると認められるときは、公共職業安定所は、更生緊急保護を行う者の協力を得て、職業安定法の規定に基づき、更生緊急保護の対象となる者の能力に適当な職業を斡旋することに努めるものとする。そして、更生保護事業法四六条(四)により、「職業紹介事業を自ら行おうとする者にあつては、職業安

定法の規定により職業紹介事業を行う許可を得ていること」と規定されている。

(16) 自立準備ホームとは、平成二三年度から開始された「緊急的住居確保・自立支援対策」に基づき、NPO法人等が管理する施設の空きベッド等を活用するもので、この施設を「自立準備ホーム」と呼び、あらかじめ保護観察所に登録した民間法人・団体の事業者（NPO法人、会社法人、宗教法人、社会福祉法人、一般社団（財団）法人等。以下「登録事業者」という。）が、保護が必要なケースについて、保護観察所から事業者に対して宿泊場所、食事の提供と共に、毎日の生活指導等を受託して実施する施設を指す。各事業者は、それぞれの特徴を生かして自立準備ホームを運営している。施設の形態は様々のものがあり、複数の人がひとつの部屋を共同で使うタイプもあれば個室の場合もある。普通のアパートを借りてそれを利用している場合もある。ただし、いずれの形態であれ自立準備ホームの職員が毎日生活指導や集団ミーティング（カウンセリング）などを行うことで、自立を支援している。なお、二〇一一年四月に宮崎県の民間団体が全国で初めて「自立準備ホーム」の運営を受託し、二〇一一年五月末時点で、登録団体（二三の都道府県）にあり、計三六団体となっている。

(17) 犯罪白書平成二七年版から転記) <http://hakusyol.moj.go.jp/jp/62/nfm/images/thumbnail/h4-1-3-04.jpg>

(18) 犯罪白書平成二七年版から転記) <http://hakusyol.moj.go.jp/jp/62/nfm/images/thumbnail/h4-1-3-06.jpg>

(19) 犯罪白書平成二七年版から転記) <http://hakusyol.moj.go.jp/jp/62/nfm/images/thumbnail/h4-1-3-08.jpg>

(20) 平成二五年法律第一〇五号として、制定

(21) 藤本哲也は、昭和三六年から横浜地方検察庁をはじめとして、全国一二の地方検察庁で、主として二五歳以下の若年犯罪者に対して施行された「更生保護措置付起訴猶予制度」については、この制度が「起訴・不起訴の判断を更生保護措置の有無によって決定することになるおそれのあることから、起訴猶予制度の一類型としては採用すべきではない」としている。

「刑事政策概論〈全訂第六版第三刷〉」青林書院（二〇一〇）一一七頁

(22) 長崎における取り組みについては、南高愛隣会理事長・田島良昭さんへの取材記事が産経新聞に掲載されている（二〇一三年（平成二五年）一月八日）。この中で、二〇一二年（平成二四年）二月に、長崎地裁後藤支部での論告求刑で、検察側が「民間の更生保護施設入居を条件とした保護観察付執行猶予判決」を求めたが、この背景には、田島さんの助言も有つ

たとのことであった。

(23) 東京地検は、「社会復帰支援室」、仙台地検は、「刑事政策推進室」、大阪地検は、「再犯防止支援室」を設け非常勤の社会福祉士を社会福祉アドバイザーとして雇用、札幌・京都・横浜の各地検では外部の社会福祉士と連携して、釈放後の再犯防止と社会復帰を支援するための取り組みを行っている。

厚生労働省による司法と連携した取組に関しては、①地域生活定着支援（促進）事業として平成二二年度から、②社会福祉推進事業「罪に問われた高齢・障がい者等への切れ目のない支援のための諸制度の構築事業」平成二五・二六年度、③社会福祉推進事業「司法分野における社会福祉士の関与のあり方に関する連携スキーム検討事業」平成二五・二六年度が実施された。

(24) 徳田暁「罪に問われた障害者に対する取組」法律のひろば（二〇一五・四） 五四頁

(25) 取組の拡充

(1) 平成二五年一〇月から、保護観察所七庁において、対応する地方検察庁と連携して、更生緊急保護に関する前記の取組を実施

(2) 同年度における効果を検証したところ、障害等の問題を抱え、又はホームレスの状況にある起訴猶予者等について、福祉サービスの受給調整や居住地の確保等、支援を充実させることにつき、相応の成果が認められたことから、平成二六年度において、保護観察所一三庁を新たに試行庁に指定

【平成二五年度からの実施庁】

仙台、福島、水戸、富山、広島、高松及び熊本・・・計七庁

【平成二六年度新規試行庁】

札幌、釧路、前橋、甲府、岐阜、名古屋、神戸、奈良、松江、徳島、佐賀、大分及び宮崎・計一三庁

【平成二五年度における実施状況】

支援を実施した人数・・・八八人

本人の状況・・・ホームレス五七人、知的障害一四人、精神障害七人、身体障害三人、アルコール依存症四人、認知症三人

刑事政策における更生緊急保護の現代的役割について（尾田）

(重複計上あり)

実施した支援の内容…居住地(更生保護施設、自立準備ホーム等)の確保六六人、就労支援八人、生活保護受給の調整
一人、福祉・介護サービスの利用の調整一七人(重複計上あり)

フォローアップ…六三人に実施

なお、「事前調整」の趣旨と具体的手続きに関しては、藤本・生島・辰野「よく分かる更生保護」ミネルヴァ書房
(二〇一六年二月) 一二一・一二三頁、松本勝(編著)更生保護入門(第四版)成文堂(二〇一五年三月) 一二七頁を参照
されたい。

(26) 平成二五年六月に成立した「薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律」は、現行の実刑と執行猶予との「中間刑」に当たる一部執行猶予制度を導入し、受刑者を刑期の途中で釈放する。社会復帰を促すことで再犯防止につなげる狙いがある。対象者は〈一〉三年以下の懲役または禁錮刑が言い渡され、初めて刑務所に入る者〈二〉覚醒剤などの薬物使用者で、三年以下の懲役または禁錮刑が言い渡される者、である。それ故、軽微な犯罪を繰り返す高齢受刑者は、その対象となっていない。この制度に関しては、太田達也「刑の一部執行猶予」慶應義塾大学出版会(二〇一四年)に詳述されている。

(27) 平成一五年に成立した「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」に基づき、保護観察所に配置された専門職で、①処遇実施計画の作成、②ケア会議の開催、③精神保健観察、④関係機関との連携確保が、その主な仕事であるが、対象者に対するセーフティーネットのコーディネーターの役割を担っている。心神喪失者等医療観察法の仕組みの詳細については、次のURLを参照 <http://www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoken/sinsin/gaiyo.html>

(28) 指定保護司については、交通短期保護観察において、実施される集団処遇を担当する者として指定されたケース(平成二〇年五月二八日付け法務省保観第四三二号保護局長通達「指定交通保護司に交通短期保護観察の集団処遇を実施させることができる地域の指定について」、被害者対策に当たる保護司として各観察所に複数名配置されているケースがある(平成一九年から実施されており、全国五〇カ所の保護観察所すべてに被害者支援専門の保護司を置いている。東京、大阪などの大規模

庁には数人、小規模庁にも最低一人を配置し、全国で常に数十人以上が被害者支援に臨める態勢をつくっている。被害者支援の詳細は、次のURLを参照 http://www.moj.go.jp/hogol/sounu/hogo_victim01.html

(29) 更生保護サポートセンターとは、保護司・保護司会が、地域の関係機関・団体と連携しながら、地域で更生保護活動を行うための拠点として整備されたものである。その多くは保護司会が市町村や公的機関の施設の一部を借用しており、経験豊富な「企画調整保護司」が常駐して、保護司の処遇活動に対する支援や関係機関との連携による地域ネットワークの構築等を行っている。

中国におけるDV法的規制と DV反撃殺傷行為の刑事法上の課題

張 光 雲

一 はじめに

ほかの多くの国々と同じように、中国においても家庭内暴力は深刻な社会問題である。しかし、中国においては、「いくら公正な裁判官でも、家庭の内輪もめを裁くことには手を焼く」（清官難断家務事）^①という言い回しがあるように、家庭内暴力がただの「夫妻喧嘩」と見られ、公権力などがなかなかそれに介入しようとしない。その転機を迎えたのは、一九九五年、北京で開催された国連第四次女性会議である。これ以降、中国においては、家庭内暴力に関する社会的意識が高まった。^① 中華全国婦女連合会（以下「全国婦連」と略称する）をはじめとする各関連機関は、家庭内

暴力の防止と被害者の援助に積極的に取り組むべく、家庭内暴力の規制に関する法律を制定するよう呼び掛けた。

はじめは、関連の法規に家庭内暴力を規制する条文を入れたり、いわゆる司法解釈を制定したりし、または試験的に関連法規の施行地域を設け、新しい制度を実験的に運用して、辛うじて家庭内暴力の規制に対応してきた。このように試行錯誤を重ねて、ようやく二〇一五年十二月二七日に、家庭内暴力の防止に関する単独の法律である『中華人民共和国反家庭暴力法』（以下「反家庭内暴力法」と略称す）が公布され、二〇一六年三月一日に施行された。この法律の制定には、家庭内暴力へ早期に公権力を介入させることで家庭内暴力を予防しうることが期待できる制度上の意味合いがあることは贅言を要しないが、反家庭内暴力法の制定自体は、国家が家庭内暴力に対して毅然とした態度で臨むことも示しているので象徴的な意義を持つとも言える。

ところが、その一方、家庭内暴力への法的規制が整備されつつも、公的機関の助けを求め、家庭内暴力を止めさせるのがなお困難な状態にある。度重なる家庭内暴力に耐えられずに、家庭内暴力の被害者が家庭内の暴君に反撃に出て、死亡させたり重い傷害を負わせたりして、刑事事案の被告人になってしまった場合は少なくない。このような反撃殺傷行為は、中国刑事法においてどのように評価されるか、又は法的議論が尽くされたのかという問題がある。

本稿は、配偶者（またはパートナー）間暴力、つまり狭義のドメスティック・バイオレンス（DV、domestic violence）に限定し、中国におけるDVの現状、DVへの法的規制（とりわけ反家庭内暴力法）を紹介し、DV反撃行為の刑事法上の課題を論じることとする。

二 中国のDVの現状とDV反撃殺傷行為の状況

(一) 中国のDVの現状

(1) DVの現状

中国のDVの現状について、よく取り上げられているデータは、二〇一〇年十二月一日、全国婦連と国家统计局が共同で行なった「第三次中国婦女社会地位調査」である。この調査において、女性被害者を焦点に当てたDVの現状は、次のようなものである。すなわち、結婚している女性の中で、二四・七%の女性が何らかのDVを受けたことがあり、ほぼ四人に一人の割合であった。その被害内容のうち、身体的暴力は五・五%であり、戸籍別の割合は農村部と都市部はそれぞれ七・八%と三・一%であった。⁽³⁾

また、従来の調査の結果をまとめて、後述する『家庭内暴力にかかわる婚姻案件の審理の指南』（二〇〇八年）四条一項では、次のようなデータが挙げられている。つまり、この指南においては、中国での家庭内暴力の発生率は、二九・七%から三五・七%の間（暗数を含んでいない）で推移しており、その九〇%以上の被害者は女性であるとの認識を示している。

さらに、家庭内暴力に関しての相談件数を見ると、二〇〇四年から二〇一一年の間、相談窓口である婦連の組織系統において受理した家庭内暴力に関する相談の件数は、毎年四万から五万件であった。⁽⁴⁾

中国においては、家庭内暴力問題の深刻さが窺えるが、その一方、訴訟においては、DVがあつたと認定することは少ない。江蘇省徐州市の調査によると、二〇一二年から二〇一五年の三年間、同市において三一、六二四件の離婚

案件があり、その中に、当事者がDVを受けたと主張したのは、八、〇〇〇件を超えたが、最終的にDVがあったと認定したのはただの三四件にとどまる。⁽⁵⁾

(2) 民衆のDVに関する意識

反家庭内暴力法を制定するに当たって、家庭内暴力に関する立法をめぐる民衆意識につき、二〇一二年に、全国婦連が行なった家庭内暴力の防止に関する立法意識の電話調査があった。この調査においては、全国の二〇の省・自治区・直轄市から一、〇二五の有効サンプルを得られたが、八四・九%の被調査者は家庭内暴力に関する単独の立法が必要であると認識していた。⁽⁶⁾ また、同調査においては、家庭内暴力に関する民衆の認識についての調査項目もあった。「家庭内暴力」という言葉を聞いたことがあるかどうかという質問に対し、聞いたことがあると答えた被調査者の割合は、八七・三%にとどまり、聞いたことがなかったと答えた割合は、一二・七%を占めた。また、家庭内暴力が違法であるかどうかという質問に対し、「違法である」との答えは、八六・〇%にとどまり、「内輪もめのことであって、違法ではない」との答えと「何とも言えない」との答えは、それぞれ四・六%と九・四%があった。この調査でわかるように、民衆の家庭内暴力についての認識は、必ずしも高くなかったと言える。

(3) シェルターの状況

一時的に避難する場所として供されるシェルターは全国各地にも設置されているが、「家庭内暴力庇護センター」などの名称の施設である。同センターは、二〇一五年までに全国の一四〇〇近くの都市に設置され、二〇〇八年以来、およそ延べ五万人が庇護センターを利用していた。⁽⁷⁾ 三、〇〇〇近くがあった県レベルの都市に対し、四〇〇〇近くの都市にしかシェルターが設置されていないことから見ると、その設置数がまだ足りていないと言える。

(二) DV反撃殺傷行為の状況

中国では、DV被害者が度重なるDVに耐えかね、DVに反撃行為に出て、刑事事案の被告人になったケースは少なくない。最高人民法院によって示されたデータでは、家庭内暴力に関連する殺人事件は全体の殺人事件の一〇%を占めたが、その中の女性加害者の多くは、もともとDVの被害者であり、DVへの反撃として家庭内の暴君を殺傷したのである。ただし、このようなDV被害者が、暴力を免れるためにDV加害者を殺害したり重傷害を負わせたりした事案に関する中国全土を包括したデータはなく、断片的なものしか確認できない。

まず、幾つかの各地婦連による女子刑務所の調査がある。江蘇省婦連權益部が二〇〇〇年に江蘇省南通監獄女子分監に対する調査において、この刑務所は、一、四七七人女子受刑者がいるが、そのうち一二五人は、受刑の原因に家庭内暴力と直接的に係り、九三人は長期にわたり夫からの殴打や虐待を受け、さらにそのうち六三人は家庭内暴力に抗して殺人を行なった。⁽⁹⁾ 福建省福州市婦連の二〇〇八年の調査では、殺人と重傷害で受刑中の女子受刑者の八〇%は、DVに対して反撃するためのものであった。⁽¹⁰⁾ 陝西省婦連の二〇〇八年の調査では、二〇〇五年から二〇〇八年にかけ、DV反撃殺傷事案の発生率は、前年比で毎年二〇―三〇%ずつ上昇したが、家庭内紛争による受刑中の女子受刑者は、その九五%が夫を殺害するものであった。⁽¹¹⁾

比較的調査データが揃っている調査は、雲南省第一女子監獄に対する調査がある。⁽¹²⁾ この調査により、二〇〇八年四月まで、この女子刑務所においての殺人罪又は重傷害罪で受刑中の女子受刑者は、一二三人であったが、その中の一七三人は、DV加害者に反抗するために殺人や重傷害を行なった者であり、全体の七七・六%を占めている。⁽¹³⁾ 殺人罪と傷害罪の割合は、それぞれ七三・二%と二六・八%であった。反撃行為に出た動機から見ると、その九〇・九%の

動機は、夫の加害から脱却するためであって、残りの九・一％は、報復の気持ちで行なったのである。その刑期をみると、死刑執行猶予二年付きが二二・一％、無期懲役が三〇・九％、一〇年以上の有期懲役が二七・一％であって、長い刑期が目立ち、一〇年以下が八・〇％にすぎなかった。

また、同じ雲南省第一女子監獄の二〇一五年一月一八日付の調査では、二九四五人の女子受刑者の中、一一七人が家庭内暴力に係わるものであり、さらにその中の三三人は、家庭内暴力に反撃したものであった。¹⁴ただし、その他の八四人は、どのような原因で家族を殺傷したのか明らかにしていない。

また、DV反撃殺傷行為を行なった原因についての調査は、四川省のある女子刑務所の二〇〇八年一〇月の調査¹⁵がある。この調査では、DV被害の原因で夫又はパートナーを殺害し又は重傷害を負わせた受刑者に対し、一七〇件の調査票を配ったが、一四六件が回収でき、一二一の有効アンケートを得た。一二一の有効サンプルの中、もしDV加害者の暴力を止めるほかの方法があれば、殺さなかったと答えたのは、六七人であって、全体の五五・四％を占めた。夫又はパートナーを殺害したのは、DVを止めたかったからである。

三 DVへの法的対応

法律により家庭内暴力を規制し始めたのは、二一世紀に入ってからである。¹⁶家庭内暴力の防止に関する法律は、反家庭内暴力法の制定前に、既に多くの法律が家庭内暴力を規制した。ここでは、民事法上の規制、反家庭内暴力法と刑事法上の規制に分けて、その重要と思われる部分を紹介する。

(一) 民事法上の規制

(1) 婚姻法関係

① 婚姻法

二〇〇一年に改正された『婚姻法』には、家庭内暴力の防止に関する規定が取り入れられたが、これは、中国において、法規として初めて家庭内暴力を規制したものである¹⁷⁾。まず、原則の規定においては、三条二項に「家庭内暴力を禁ずる。」という規定が設けられた。そして、法定離婚事由の一つ（三二条三項三号）としては、家庭内暴力を例示しており、また、家庭内暴力により離婚を招いた場合は、被害者が加害者に対し損害賠償を請求することができる（四六条三号）としている。

また、家庭内暴力を振るわれた場合には、被害者が居民委員会或いは村民委員会、又は所属勤務先に助けを求めることができる（四三条一項、二項）。さらに、公的機関が家庭内暴力への介入が消極的であることを念頭に、被害者が処罰を求める場合には、公安機関は治安管理処罰の法規に基づいて治安処罰を科さなければならず（四三条三項）、又は家庭内暴力によって犯罪を構成した場合には、法に基づいて刑事責任を追及する（四五条）としている。

② 婚姻法の司法解釈

二〇〇一年一二月に最高人民法院が制定した『婚姻法』に関する司法解釈である『中華人民共和国婚姻法』の適用する際の若干の問題に関する解釈（一）』（法釈「二〇〇一」三〇号）においては、中国で「家庭内暴力」の定義につき初めて法的規範において、それを規定した。つまり、この司法解釈の一条の前段に家庭内暴力については、「行為者が、殴打、ふん縛り、傷め、人身の自由の強引的制限その他方法をもって、ほかの家庭の構成員の身体や精神など

に一定の傷害結果をもたらした行為である。」と定義している。また、同条の後段に「持続的・日常的な家庭内暴力は、虐待を構成する。」とも規定している。

③家庭内暴力にかかわる婚姻案件の審理の指南

法律、司法解釈等のような法規範ではないが、家庭内暴力に係わる離婚案件の司法実務において大きな役割を果たす規則として、二〇〇八年三月に最高人民法院に所属する中国応用法学研究所が作成した『家庭内暴力にかかわる婚姻案件の審理の指南』（以下『審理指南』と称する）がある。この指南は、最初は九つの地方人民法院において試験的に実施されたが、二〇一一年には、実施する地方人民法院が七三を数えるまで広がった。この『審理指南』は、後に制定された反家庭内暴力法に大きな影響を与えたが、両者の内容には重複している部分があるため、反家庭内暴力法を紹介する時に、関連部分を一緒に触れる。ここでは、次のような二つのことを取り上げて紹介する。

まず、『審理指南』においては、日本のDV防止法におけるの保護命令に相当する制度である「人身安全保護令」が創設されたが、人身安全保護令を申請するには、離婚訴訟の係争中であることを前提にしている。

また、離婚する際に、夫妻の共有財産の分割については、DV被害者に有利な規定が設けられている。女性が長年にわたって、「相夫教子」（夫を助け、子を教える）といった慣習により家庭内にとじ込められていたため、社会における仕事の能力などが低下したという現実を鑑み、離婚する時の共有財産を分割するに際しては、その補償としてDV被害者に多めに割り当てるべきとしている（五三条）。そこで、DVが認定された離婚案件においては、被害者に治療が必要な場合（五五条）、家庭内暴力により被害者が仕事を失ったり、影響されたりした場合（五五条）、又はDV加害者に大学での教育を受ける機会を与えたり資金を提供したりし、若しくは加害者の事業を支持して自分の利益を

犠牲にしたため、被害者の離婚後の生活環境や仕事の能力が低下した可能性がある場合（五六条）、又は家事、子どもの養育若しくは家の年寄りへの世話において貢献が大きい場合（五七条）について、原則的に被害者に共有財産の分割の割合が七〇％を下回ってはならず、又は加害者が財産を隠したりした場合、その割合が八〇％を下回ってはならない（五八条）としている。

(2) その他

① 婦女權益保護法

二〇〇五年に改正された『婦女權益保護法』四六条に女性に対する家庭内暴力を禁じるという規定が設けられている。つまり、第四六条は「①婦女に対する家庭内暴力を振るうことを禁じる。②国家が措置を取り、家庭内暴力を予防し制止する。③公安、民政、司法行政等の部門、都市部並びに農村部の基層大衆自治組織、又は社会团体は、各自の職責の範囲内において家庭内暴力を予防し制止し、法に基づいて被害を受けた婦女を助けなければならない。」と規定している。この規定は、宣言的ものであるが、省レベルや市レベルの各地方政府に、より具体的な家庭内暴力の防止や被害者の支援に関する条例の制定を推進した。

② 民事訴訟法

二〇一二年に改正された『民事訴訟法』第一〇〇条に「人身安全保護令」制度が正式に導入され、全国に適用できるようになった。ただし、これは、『審理指南』と同様、離婚訴訟の係争に係わることを前提としている。

③ 家庭内暴力を予防し制止することに関する若干の意見

二〇〇八年七月に全国婦連、中央宣伝部、最高人民檢察院、公安部、民政部、司法部と衛生部の七つの部門によつ

て出された『家庭内暴力を予防し制止することに関する若干の意見』（婦字「二〇〇八」二八号）は、各関連部門の連携の下に家庭内暴力に対応すると強調している。従来の警察が家庭内暴力に積極的に介入しなかったことを改めようとして、警察への緊急用通話番号（「一一〇」）に家庭内暴力の通報があつた場合は、警察が現場に出動すべきと規定している（八条）。

（二）反家庭内暴力法

反家庭内暴力法は、六章建ての三八カ条と構成しているが、柱となっている制度は、通告義務制度、誠告制度、人身安全保護命令制度の三つである。ただし、通告義務制度においての被害者は行為無能力者と制限行為能力者に限定しているので、DVの場合は通常その適用の対象外にあるとしている。次は、この法律における主な内容である暴力定義、誠告制度及び人身安全保護令制度を取り上げて紹介する。

（1）暴力の定義と規制対象

二条は、「この法律に言う家庭内暴力とは、家庭の構成員の間において、殴打、ふん縛り、傷め、人身自由の制限及び思うままに侮りのしり、脅かし等の方法をもって行なわれた身体又は精神等の侵害行為を指す。」と規定している。

この定義から見ると、規制の対象者は、家庭の構成員に限定したのであるが、附則の第三七条の規定により、家庭構成員以外で共同生活している人との間に行なわれた暴力行為もこの法律の規定を参照して適用するとしているので、同居しているパートナーも規制の対象になっている。条文を見る限りでは、元配偶者や元パートナーを規制の対象と

はしていない。

また、暴力の種類については、婚姻法の司法解釈の規定を踏襲し、身体的暴力と精神的暴力を例示するにとどまり、『審理指南』三条のように、性的暴力や経済的暴力を明記するまでに踏み切っていない。

なお、家庭内暴力を振るったことについての法的責任は、三三条に次のように規定している。つまり、これは、「家庭内暴力を振るい、治安管理条例違反行為を構成した場合は、法に基づいて治安管理条例に付し、又は犯罪を構成した場合は、法に基づいて刑事責任を追及する。」としているが、後述する治安管理条例法や刑法の関連条文が適用される。

(2) 誠告制度

誠告制度は、治安管理条例を科す程度に至っていない場合、家庭内暴力の加害者に対し、暴力を振るわないように警告するものである。この制度は、日本のストーカー規制法における警察がストーカー行為者に対してつきまとい等をしないよう警告する制度と似通っている。

① 誠告の種類と誠告書の内容

誠告は、口頭形式と書面形式との二種類があり、公安機関がそれを執行する。一六条一項には、「家庭内暴力の情節が比較的軽く、法に基づいて治安管理条例の処罰に付さない場合は、公安機関が加害者に対し、叱責して教育し、又は誠告書を与える。」と規定している。

誠告書の記載内容は、同二項に「誠告書は、その内容が加害者の身分情報、家庭内暴力の事実の記述、及び加害者に対し家庭内暴力を振るうことを禁じる等を含まなければならない。」と規定している。

②誠告の送達と監督

誠告の送達と監督については、一七条に「①公安機関は、誠告書を加害者と被害者に送付し、且つ居民委員会又は村民委員会に知らせなければならない。②居民委員会、村民委員会又は公安派出所は、誠告書を受けた加害者と被害者に対し、実地調査を行ない、加害者が再び家庭内暴力を振るわないように監督しなければならない。」と規定している。

誠告に違反したとしても、ただちに不利益になることはないが、警察機関が治安管理処罰の権限を持っているので、警察の介入、とりわけ警察による書面の誠告書は、加害者に与えるインパクトが大きく、心理的な拘束力があると考えられる。

誠告書の効果については、制度が確立したばかりであることもあって、どの程度の効果があるのかがまだ分からない。ただし、全国で施行される前に、誠告制度を実験的に導入した江蘇省¹⁹の南京市の例をみると、その効果がかなりあったようである。二〇一三年一月以前に南京市全市の家庭内暴力に関する警察出動の年間件数は、約三、〇〇〇件であったが、同年一月に誠告制度の導入以降、その数が年間で三二%減の、一、七九一件までに減少した。また、二〇一三年に下された三一三件（その中、配偶者間に係わるのが二八八件であった）すべての「家庭内暴力を制止する法律誠告書」は、違反例がなく、家庭内暴力が再び振るわれなかったという²¹。

また、誠告書は家庭内暴力があつたことの証拠にもなるので、裁判などで証明が必要となった場合は、それを証拠として提出できる意義は大きい。例えば、二〇条の「人民法院は、家庭内暴力に係わる案件を審理するにあたって、公安機関の現場出動記録、誠告書又は負傷鑑定意見等の証拠により、家庭内暴力の事実を認定する。」という規定が

ある。

(3) 人身安全保護令

人身安全保護令制度は、反家庭内暴力法の中核となつてゐる制度であり、第四章（三三―三三二条）の全章ではこの制度を規定している。なお、人身安全保護令は、民事訴訟法などにおいて、離婚訴訟の係争中であることを前提しているが、反家庭内暴力法はそれを前提としない。

① 人身安全保護令の申立て

(イ) 申立ての条件

家庭内暴力を振るわれ、又は家庭内暴力を振るわれる現実的な危険に直面している場合には、基層人民法院に対し、人身安全保護令を申立てることができる。人身安全を保護するためのものであるので、ここで言う「家庭内暴力」は、身体に対する暴力、又は生命身体の危害を受ける恐れがある場合を指すと思われる。

申立ては、その形式的要件として、特定の申請対象者と具体的な請求内容があり（二七条一号と二号）、その実質的要件として、家庭内暴力を振るわれ、又は家庭内暴力を振るわれる現実的な危険に直面していることである（同三号）が、それを証明しなければならない。家庭内暴力があつたことの証明資料としては、負傷部位の写真、診断書、警察への通報の記録、目撃者の証言、支援機構の記録或いは証明、加害者の保証書、加害者の脅迫メール等が挙げられる。また、被害者の保護の視点から、証拠に対する審査があまりに厳しすぎない方がよく、通常の家内暴力の特徴に合致したのであれば、人身安全保護令を出すべきである。⁽²²⁾

(ロ) 申立ての方法

申立ては、本人と代理の二種類がある。本人の申立ては、基本であるが、二三条二項の規定によると、代理申請ができる。つまり、本人が行為無能力者若しくは限定行為能力者であり、又は強制され若しくは脅迫された等の原因で人身安全保護令を申立てることができない場合は、その近親者、公安機関、婦女联合会、居民委員会、村民委員会又は救助管理機構が本人に代わって申立てることができる。

また、申立ての形式は、二四条の規定により、原則的に書面によるが、書面による申立てが困難な場合には、口頭で申立てることができ、人民法院がそれを記録する。

人身安全保護令の申立ての管轄は、基層人民法院であるが、申請者の利便性が考慮され、申請者の居住地、申請対象者の居住地、又は家庭内暴力の発生地のおいでも申請することができる。（二五条）

② 審理期限

人身安全保護令の審理期限は、比較的短時間である。二八条によれば、人民法院は、申立てを受理してから、七十二時間内に人身安全保護令を発令し、又は申請を却下しなければならない。状況が緊急である場合は、二四時間内に発令しなければならないとしている。

緊急の場合は、民事訴訟法では、四八時間以内に発令するとしているが、反家庭内暴力法は、これより半減して二四時間まで短縮した。なお、審理の期限は、休日が算入されるかどうかが定められていないが、緊急の場合は、すばやく発令するのが望ましいであろう。

③ 人身安全保護令の発令

(イ) 人身安全保護令の種類

二九条の規定によると、命令は、暴力禁止命令措置（一号）、迷惑行為禁止命令措置と接近禁止命令措置（二号）、退去命令措置（三号）、その他の保護措置（四号）の四種類がある。

一号の暴力禁止命令措置については、注意的なものである。暴力を振ることがもともと禁じられていることであるので、わざわざ禁止しなくてもいいとも考えられるが、この命令には、警告の意味合いがある。

二号の禁止命令措置は、申請者及びその近親者に嫌がらせ、付き纏い、又はうろつきを禁止するとしている。正当な理由がなく、深夜の電話、メール送信、不安を引き起こす物品の送付等の迷惑行為、又はGPSなどを使って被害者の居場所を測定する等も考えられる。また、その保護の対象は、本人だけではなく、未成年の子やその他近親者、特にその両親も保護の対象になっている。つまり、子への接近禁止命令や親族への接近禁止命令が含まれている。

三号の退去命令措置は、申請対象者に対し、申請者の住所から退去することを命じる措置である。被害者が避難するのではなく、暴力を振るった加害者がその不利益を負うべきであるとの考えが基本にある。

四号のその他の保護措置は、被害者保護の観点から、ある程度の柔軟性を持たせた包括的な受け皿規定であり、被害者の保護の必要に応じて、柔軟に対応することができる。例えば、『審理指南』二七条に規定している、夫妻の共同財産を勝手に処分することを禁じることや、申請対象者に心理カウンセリングを受けるように命じることなどがある。また、後述する『法に基づき家庭内暴力の犯罪案件を処理することに関する意見』（法発〔二〇一五〕四号）二四条に、DVを振るったため保護観察対象者になった者に対しDV認知行動矯正を行なうことがある。

また、二八条の規定では、人身安全保護令に付随する内容として、申請者の生活費、医療費や未成年の子の養育費の支払いを命じることができる。

(ロ) 保護の期限と事情の変更

三〇条の規定によれば、人身安全保護令の裁定を下された日から、その効力が生じるので、期限も裁定の日から起算する。また、人身安全保護令の期限は、六ヶ月を超えてはいけませんが、その効力がなくなる前に、申請者が人民法院に対し、人身安全保護令を取り消し、変更し、又は延長することを申立てることができる。

(ハ) 送達、執行と執行協力

三二条の規定によれば、人身安全保護令が発令された後、申請者と申請対象者に送達するほか、公安機関、又は居民委員会或いは村民委員会等の関連機関にも送達する。人身安全保護令は人民法院によって執行されるが、公安機関、又は居民委員会或いは村民委員会等はその執行に協力しなければならない。

④ 不服の申立て

三一条に不服の救済措置は設けられている。申請が却下された申請者又は人身安全保護令の対象者は、五日以内に裁定を下した人民法院に対し不服を申し立てることができる。不服の申立ては、一回に限り、上訴することができる。い。

人身安全保護令の裁定が下された場合には、不服を申し立てる期間中において、その執行が停止しない。

⑤ 違反の法的責任

人身安全保護令に違反した場合の法的効果については、三四条に規定している。つまり、三四条は「申請対象者は、

人身安全保護令に違反し、犯罪に該当した場合は、法に基づいて刑事責任を追及する。犯罪に至らない場合には、人民法院は、訓戒を与えなければならず、情節の軽重により一千元以下の過料又は十五日以下の拘留に処することができる。」と規定している。前段の犯罪となる場合の罪は、刑法三二三条の「人民法院の判決及び裁定の執行拒絶罪」のことを指すと考えられる。後段は、人身安全保護令の違反行為に対して、人民法院が直接に処罰を下すものである。ここでの拘留はいわゆる「司法拘留」である。⁽²³⁾

なお、人身安全保護令の申請に関する訴訟費用については、反家庭内暴力法に規定がないが、『審理指南』八〇条の規定では、人身安全保護令の裁定を申請するにあたって、何らかの費用を納入する必要があるとしている。

(三) 刑事法上の規制

刑事法上DVに対する規制は、刑法、治安管理処罰法などがある。また、家庭内暴力に係わる刑事事件についての司法解釈として、最高人民法院、最高人民検察院、公安部及び司法部が共同で制定した『法に基づき家庭内暴力の犯罪案件を処理することに関する意見』（以下は、『処理意見』と称する。）があるが、この『処理意見』は、DV反撃行為の処理においては、より実質的に係わるので、本稿の第四部分で関連部分を取り上げることとする。

(1) 刑法

① 概観

刑法において、DVの規制に係ると考えられる罪名は、殺人罪（二三二条）、過失致死罪（二三三条）、傷害罪（二三四条）、過失重傷害罪（二三五条）、強姦罪（二三六条）、強制わいせつ罪（二三七条）、不法拘禁罪（二三八条）、侮辱

罪（二四六条）、誹謗罪（二四六条）、重婚罪（二五八条）、虐待罪（二六〇条）、遺棄罪（二六一条）等を挙げることができる。

②虐待罪と傷害罪

虐待罪はもっぱら家庭内暴力に対応するための条文である。虐待罪は、「①家庭の構成員を虐待し、情節が悪質であつた場合は、二年以下の有期懲役、拘役又は管制に処する。②前項の罪を犯し、被害者に重傷害又は死亡を至らしめた場合は、二年以上七年以下の有期懲役に処する。③第一項の罪は、告訴しなければこれを処理しない。ただし、被害者が告訴の能力がなく、又は強制され若しくは脅迫されたために告訴することができない場合を除く。」⁽²⁴⁾と規定している。

DVで被害者に重傷害や死亡させた場合には、虐待罪と傷害罪との罪数関係が問題となる。両罪の法定刑から見ると、その差は大きい。傷害罪の法定刑は、重傷害を負わせた場合、三年以上十年以下の有期懲役で、死亡に至らした場合⁽²⁵⁾は十年以上の有期懲役、無期懲役又は死刑である。

長期間にわたり暴力を振るい続けた末、被害者に重傷害や死亡に至らしめた場合には、被害者との親密関係があるということ⁽²⁶⁾で、法定刑の軽い虐待罪が適用されうる。虐待罪に対する不信感⁽²⁷⁾は、「董珊珊虐待殺事件」によつてクローズアップされた。董珊珊は、度重なる夫からDVを受け、八回も警察に助けを求めたが、その効果が全くなかつた。小柄な董珊珊は、今度離婚訴訟を提起し実家に逃げたにもかかわらず、夫に拉致されて家に連れ戻され、体重が九五キログラムもある夫に長時間にわたり、思い切り殴られたり蹴られたり、頭部、両眼、右耳、胸部、肺、腎臓、腹部及び四肢などに多発挫傷、又は肋骨と椎骨多発骨折の傷害を負い、病院で二ヶ月余りの治療を受けたが、多器官機能

不全で死亡した。しかしながら、北京市朝陽区人民法院の判決は、夫には傷害の故意がなかったとし、虐待罪（致死）しか構成せず、六年六ヶ月の懲役に処した。確かに、中国では、日本刑法のような暴行罪の規定がなく、傷害罪の故意が高く要求されており、殴打だけでは傷害罪の故意にはならない。しかし、もし本件が、その被害者が妻ではなく赤の他人であった場合には、それにしても、傷害の故意がないと認定し、ただ過失致死の罪責を負わせるとは考えられない。虐待罪の設置は、もともと家庭内の弱者を守るはずのものであるが、逆に加害者を庇うようなものになっている。この判決は、「夫権観念」の残滓が現代中国においてなお強く存在していると思わせるのである。

③ DVによる精神的傷害

なお、DVを受け、その結果でよく見られる被害者がPTSD等の精神障害に罹患した場合、中国では、傷害として評価しない。精神的な傷害については、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部が共同で公布した『人体損傷程度鑑定標準』の規定では、それを含んでいない。つまり、この標準の附則においては、「この標準で言う損傷とは、各種の致傷要因によって引き起こした人体の組織器官の構造破壊又は機能障害を指す。反応性精神病、ヒステリー等は、内因性疾病であり、損傷程度を鑑定すべきではない。」と規定している。

④ 禁止令

二〇一一年の刑法改正（第八修正案）では、三八条二項に管制刑に処せられた受刑者に一定の活動、一定の地域及び場所の出入り、又は特定の人物との接近を禁じうるとの禁止令が増設されたが、DVで管制刑に処せられた者に対し、この禁止令でDV被害者を保護することができると解される。禁止令に違反した場合は、治安管理違反行為として公安機関が処罰する（三八条三項）。

(2) 治安管理处罰法

治安管理处罰法においては、DVに關係すると考えられる治安管理違反行為は、次のような条文がある。つまり、四〇条三号の不法拘禁行為、四二条一号の脅迫行為、四二条二号の侮辱行為と誹謗行為、四三条の殴打行為と傷害行為、四五条一号の虐待行為、及び四五条二号の遺棄行為である。それに違反した場合は、警告や、最長一五日間（併合処罰最長二〇日間）の治安拘留に科することができる。

身体的暴力の場合、多くは治安管理違反行為に該当するが、処罰するかどうかは、公安機関の態度次第である。⁽²⁷⁾ 江苏省の南京、南通、無錫及び宿遷の四つの都市の管轄内にある派出所に所属する警官に対する意識調査がある。⁽²⁷⁾ 二〇一二年二月から八月にかけて実施されたこの調査では、五〇〇件の調査票を配り、四〇三件の有効サンプルを得たが、家庭内暴力が治安管理处罰行為や犯罪を構成した場合には、要追及事案として立件するのかという質問に対し、明確に立件すると答えたのは、三八・七%にとどまった。

四 DV反撃行為の刑事法上の評価

女性は男性に比べると通常、その体力に大きな差があるので、相手と直接に對抗することができない。したがって、DV反撃行為の多く場合は、男性が睡眠中や隙がある時などの無抵抗状態を利用したり、武器の力を借りて抵抗したりするという特徴がある。それゆえ、反撃行為に対する法的評価はかなり不利になる。中国においては、DV反撃殺傷行為に対し、詳細な法的問題の検討を避けつつ、犯罪の成立を前提に、量刑政策を先行するという嫌いがある。⁽²⁸⁾ し

かし、DV反撃殺傷行為は、被害者側の落ち度の問題や被告人の主観的悪性の低さであるなどの、量刑の事情だけとして片付けることはできない。やはり、犯罪の成立要件に沿って順次に検討を加える必要がある。

そこで、まず行為の態様、時代、刑の軽重などを鑑みて典型事案を選んで紹介し、ついで、法的分析を加えるとする。DVに対する反撃行為は、殺人罪又は傷害致死罪の構成要件に該当することになるが、違法性の段階で正当防衛と防御的緊急避難の問題を、有責性の段階で責任能力と期待可能性の問題を検討すべきである。最後に、量刑や減刑の問題にも触れる。

(一) DV反撃行為の典型例

(ア) 龍曉琦夫殺害事案⁽²⁹⁾

被告人龍曉琦は、一九八七年三月に陳慶国と結婚し、最初は仲睦まじく生活していたが、九〇年代初期に夫妻で飲食店を経営し、その後裕福になった頃から夫が浮気をしはじめ、家に帰って被告人に理由もなく暴力を振るうようになった。その間、生活に絶望した被告人は、二度も服毒自殺を図ったが、死には至らなかった。一九九四年八月二七日に、被告人は再び夫からひどい暴力を受け、頭に一八針を縫う傷害を負った。そのため、あきらめた被告人は、離婚を考えた。一九九七年七月八日に、夫妻は協議離婚をし、両者の子どもの親権は被告人にあった。ただし、離婚に必要な諸費用を払わなかったため、離婚証明書がもらえなかったが、實際上別居の状態にあった。

別居三ヶ月後の一九九七年一〇月八日朝七時過ぎ、陳は、被告人の家の塀を乗り越えて無断で被告人の家に押入り、被告人に八、〇〇〇元を要求したが、被告人は、両者がもう既に離婚していることから、陳の要求を拒否した。それ

に怒った陳は、暴力を振るい、被告人の左の人差し指を骨折させたうえ、家にあった一本の縄を探し出して、「死にたいのか」と怒ったり、「金がもらえなかったら、ただじゃ済まないぞ」と脅かしたりした。これに対し、被告人は必死に抵抗したが、陳に馬乗りされてしまった。この時、被告人は、混乱の中でたまたま掴んだ豆炭を挟むやつとこで、陳の頭部を打って昏倒させたが、陳が息を吹き返して報復してくることを怖がったため、前記の縄で陳の首を絞めて殺した。

一九九八年四月一五日に、被告人は、一審の本溪市中級人民法院により、殺人罪で死刑（即時執行）の判決を言い渡された。その死刑判決の理由には、殺人の手段が残忍で、その結果が重大であると挙げられている。この一審の判決に対し、被告人は、不服として遼寧省高級人民法院に上訴したが、棄却された。そのため、死刑（即時執行）判決の効力が生じ、その刑（銃殺刑）が執行された。

(イ) 劉拴霞夫毒殺事案⁽³¹⁾

被告人劉拴霞は、一九九〇年に張軍水と結婚した。翌年一〇月、長男が生まれてから、三ヶ月が経た頃、商売に失敗した夫は、被告人に対して暴力を振るい始めた。商売などがうまくいかなかったのをすべて被告人のせいにしたからである。その後の一二年間、被告人は、継続して夫から暴力を受けていた。二〇〇一年以降、暴力がよりひどくなり、その間隔も短くなった。暴力の理由も全く判然としなかった。新しい服を着たとか、着た服が清潔すぎであったというだけでも殴られ、被告人は体中傷だらけであった。村民委員会は調停を申し入れたが、全く効果がなかった。被告人は、警察に通報することも考えたが、それは、夫に対し、せいぜい数日の拘留となるだけで、帰ってきたらもつとひどい暴力を振るわれることを恐れており、そうはしなかった。なお、一二年にわたり、なぜ被告人が夫から

の暴力を耐え続けてきたのかというと、三人の子どもの面倒を見なければならず、また、夫から、離婚を申し入れるなら、家族全員を殺してやると脅迫されていたからである。

絶望した被告人は、夫の殺害を企図し、強力な殺鼠剤であるテトラメチレンジスルホテトラミンを一四本購入した。それでも、もし蠟月（陰暦の二月）に殴られなかったら、来年がきつと良くなると願って、夫殺害の計画を放棄するとも考えた。しかし、春節前の二〇〇三年一月一五日（蠟月十三日）に、被告人は、再び夫から暴力を受け、さらに斧を向けられた。近所の人に助けをもらえなかったら、少なくとも大けがになるに違いない事態となっていた。我慢の限界を超え、二日後の一七日に避難先から帰ってきた被告人は、毒殺の実行を決意し、午後六時ころ、夕飯として上記の殺鼠剤を入れた麺を作って、夫に食べさせ、死亡させた。翌日、被告人は、逮捕され、殺人罪で起訴されたが、夫の父を含め、村の全員が法院に、被告人を寛大的に処理するようと嘆願書を出した。また、河北省婦連は、積極的に被告人をサポートし、専門家を招聘して被虐待女性症候群（Battered Women Syndrome、BWS）の専門家証言の認定を行なった。

判決は、殺人の動機にDVの被害を認定したが、BWS理論により自己防衛の主張を退け、犯行に主観的悪性と社会的危害性が大きくないとして、一二年の懲役に処するとした。

(ウ) 張永清夫殺害事案³²⁾

被告人張永清は人の紹介で鄒文生と結婚し、約三〇年間の結婚生活を送ったが、結婚して七日目から夫に殴られるじめ、その後も暴力を受け続けていた。二人の間には男の子一人と女の子二人が生まれたが、夫の暴力は子どもにも向かった。その間、被告人は、自殺を図ったが、それを遂げられなかった。また、離婚も試みたが、夫に被告人の実

家の家族全員を殺してやると脅かされたから、果たせなかった。

二〇〇三年三月二日朝、夫は、酒を飲みながら、被告人と長男を罵倒し、長男に金を要求した。長男は、しぶしぶ三〇〇元を出したので、その態度に怒った夫は、その金をこん炉で焼こうとしたが、長男はそれを止めにかかった。夫はさらに怒って火挟みで長男を殴った。被告人はそれを見て、長男をかばったため、夫は今度、被告人に対し、包丁を手にして、「家族全員を殺してやる」と脅かした。それに恐怖を感じ、未来に絶望した被告人は、遂に殺意を生じ、一二時過ぎ頃、酒に酔って食卓に伏せて寝込んでいた夫の頭をハンマーで数回打ちつけて即死させた。同日、被告人は、公安機関に出頭し、自首した。事件後、子どもたち及びその他親族、村の人々は、人民法院などに嘆願書を提出し、寛大な処理を求めた。

二〇〇三年六月、一審の大慶市中級人民法院は、被告人が殺人罪を構成したものの、被害者が長年にわたって被告人に暴力を振るい続け、被害者に重大な落ち度があったこと、そして、被告人が自首してきたこと、被害者遺族の諒解を得たこと、主観的悪性が少ないことなどの諸事情を考慮して、三年の懲役（実刑）を言い渡した。この判決に対し、被告人が上訴せず、検察院も控訴しなかったため、その効力が生じた。

（エ） 李彦夫殺害事案³³⁾

被告人李彦は、二〇〇九年三月に、家族の反対にもかかわらず、同僚で近隣の譚勇と結婚した。この婚姻は、被告人にとつては再婚であり、夫にとつては四度目の結婚であった（その一回は、事実婚であった）が、二人の間に子どもがいなかった。結婚後まもなくは、仲睦まじい夫妻であったが、マンションを購入してからは、夫は被告人に対し暴力を振るうようになり、暴力は月に数回に及んだ。また夜に被告人をベランダに追い出し、寝かせなかったことも

時々あった。二〇一〇年八月二日に、被告人は、またもや夫から暴力を受けたことから、四川省安岳県婦連に相談し、また、同一〇日にあった暴力により、地元の派出所にも通報したが、夫の暴力を止めることができなかった。被告人は、離婚を試みたが、夫に共同財産（家屋、ミニバン一台など）を全部彼に帰属すること、及び約四万の債務をすべて被告人が負担するとの条件が付けられたので、別れられなかった。

事件当日の二〇一〇年十一月三日夜一二時過ぎ、酒を飲んでいた夫は、エアガンでピーナッツを撃っていたが、近くいて方がエアガンで撃たれたらと怖がった被告人は、「近くで撃たないでほしい」と頼んだが、逆に、夫は、「お前のしりを撃ってみて貫通できるかな」と挑発したので、両者が口論になり、夫は、被告人を罵倒し、太ももを蹴った。そのため、被告人は、前記のエアガンを手にして、殴るならこれで打つと自身を守ろうとしたが、「打ってみろ、打ってみろ」と夫にせめられた。遂に、被告人は、エアガンの台尻で夫の後頭部を一回打ったが、夫にじろりと睨みつけられたので、もう一回打った。これにより、夫は、けいれんを起こし、間もなく死亡した。事件後、一月五日二時までかけて、被告人は、包丁で夫の死体をバラバラにして、その頭部を圧力鍋で煮、その他部位を小分けにして公衆トイレや河に捨てた。この間、被告人は、友人に自分が夫を殺したと告げたが、友人が被告人の了承を得て警察に通報したので、逮捕された。

二〇一一年八月、一審の資陽市中級人民法院は、被告人は殺人罪を構成し、且つ手段が残忍で、情節が悪質であるとして、死刑（即時執行）に処するとの判決を言い渡した。被告人は、殺意がなかったこと、長い間に被害者にDVを振るわれ続けていたことなどを理由に、不服として、四川省高級人民法院に上訴したが、二〇一二年八月に棄却された。そのため、この死刑判決は、最高人民法院に再審査を請求したが、判決には部分的事実が明らかにされておら

ず、証拠が充分でないとして、差し戻された。二〇一五年二月、差し戻し審の四川省高級人民法院は、家庭内の紛争で引き起こされたこと、被害者は被告人にDVを振るったことで一定の落ち度があったこと、または被告人が反省する態度を示していることを鑑み、死刑執行猶予二年付きの判決を言い渡した。

(オ) 劉琳夫傷害致死事案³⁴⁾

被告人劉琳は、二〇〇五年にと王某と結婚した。普段、夫妻仲が良いが、夫は酒癖が悪く、酒を飲むと、暴力を振るった。被告人は度重なる夫からの暴力を受け、頭部を含めて身体が傷だらけであり、二〇一一年一〇月にあった暴力により、半月余りの寝たきりを余儀なくされた。

事件当日の二〇一五年四月一三日午後五時過ぎ頃、酒に酔い、家に帰った夫は、因縁をつけ、ベッドで休んでいる被告人の腰を二回蹴った。夫の酒の悪癖にさんざん苦労した被告人は、すぐ家の外へ逃げようとしたが、夫に捕まえられて、ベッドに投げ込まれたうえ、夫に片足で胸をひざまずいて押さえられ、頭を掴まれて殴りつけられた。被告人は、何とかして夫を振り切って、外へ逃げようと試みたが、また夫に捕まえられてベッドに投げ込まれた。このとき、被告人は、ベッド横の化粧台にあったハサミを発見し、それで防衛しようと考えて手にとったが、それを気にしなかった夫は、再び身動きの取れないように被告人を押さえ髪を掴んで殴りつけた。被告人は、夫が痛くなったら、自分を解放するだろうと思って、前記のハサミで夫の太ももや背中をみだりに軽く突き刺したが、しかし、その功を奏せず、逆に、ハサミを持っている手を夫に掴まれて、夫は自分の胸を指して「ここを刺して、ここを刺して」とせせら笑われた。被告人は、その勢いで夫の胸部を二、三回突き刺し、夫の右肺下葉を破裂させた。同日の二二時過ぎ、夫は、前記の右肺の大量出血により死亡した。

傷害罪（致死）で起訴されたが、焦点となったのは、正当防衛が成立するかどうかである。陝西省延安市中級人民法院は、「王某は、劉某に対して殴ったり蹴ったりしたことに対し、劉某はハサミで王某の胸部に突き刺し、王某の右肺下葉を破裂されて死亡させた。その防衛の手段と強度は著しく王某が行なった不法な侵害の手段と強度を超えて、過剰防衛に属する。」と判断したが、本案において、被害者が家庭内暴力を振るい、重大な落ち度があつて、又は被害者の父母の諒解と民衆の同情を得ており、犯行の情節が軽微で社会的危害性が少ないため、⁽³⁵⁾ 刑罰に処する必要がある、刑事処罰を免除しうるとの判決を言い渡した。

(二) 検討

(1) 事案の特徴

(ア)、(イ)、(ウ)の事案は、被告人の行為時に、夫は無抵抗の状態にあり、非対峙型 (non-confrontational) であつて、(エ)と(オ)の事案は、被告人は、夫と対峙しており、対峙型 (confrontational) に属するが、夫が素手であることに対し、被告人は、凶器を手にしていた。いずれもDV反撃行為の特徴を表している。また、(ア)、(イ)、(ウ)の事案においては、被告人に殺人の確定的故意があり、(エ)と(オ)はそうではなかった。なお、(イ)事件においては、被告人の行為が計画的であつた。

裁判がDVに対する態度を見れば、(ア)事案は、被告人がDVを受けていたことを全く考慮しておらず、(エ)事案は、一審と二審において、それを考慮せず、差し戻し審において、それを一定程度考慮するに止まった。家庭内暴力の被害者に対しては、全く無理解だつたと言える。特に、(エ)事案は、近年に起きたものであり、差し戻し審は、『処理意

見』が發布された後に言い渡したものであり、死刑（即時執行）にしなかったことは評価できるが、時代錯誤の判決であるとの批判は免れない。他の三つの事案は、DV被害にある程度理解を示したが、被害者に落ち度があったとしている。

（2）正当化事由としてのDV反撃行為

① 正当防衛の認定

中国の司法実務においては、正当防衛の要件についてあまりにも厳しすぎるものが問題であると言える。相手方が死亡した以上、「殺人は命を以って償う」（殺人償命）という伝統的素朴な観念の下で、ほとんど例外なく、正当防衛を認めないとの判決を下す³⁶。DV反撃行為においても、同じ状況である。非対峙型はもとより、二〇条一項に規定している正当防衛の「現に行なわれている」不法な侵害という急迫性の要件に沿えないので、正当防衛が認められない。対峙型であったとしても、素手の夫に対し、武器で反撃し、又は夫が殴打の故意しか持てないことに対し、殺害してしまい、防衛手段の相当性が欠けているので、せいぜい過剰防衛が成立する。最高人民法院が運営している中国裁判文书網（インターネットサイト）に公開しているDV反撃殺傷事案で、正当防衛が問題となった事案については、二〇一六年五月までに三〇件余あったが、正当防衛と認めたのは、一件もなかった。

それは不当であるとして、フェミニズムの観点から、BWS理論によって反撃行為の正当防衛権を認めるべき見解が主張されている。このアメリカやカナダにおいて発展してきたウォーカーのBWS理論は、二〇世紀末に中国に紹介されたが、³⁷二一世紀初頭から徐々に脚光を浴びられるようになった。とくに、陳敏氏の³⁸尽力により、BWS理論が全国に広がり、裁判にも浸透していった。前述の（イ）事案においては、BWSの専門家証言を試み、それが退けられた

ものの、従前の裁判よりも、遥かに軽い一二年の懲役にした。また、前述の事例と異なるが、二〇一四年の熟睡中の夫を殺害した姚榮香夫殺害事案においては、中国において初めてBWSの専門家証言を承認し、被告人が将来の被害者の侵害を防衛するための要素があったことなどの事情を考慮して、被告人に五年の懲役に処するとの判決が出た。³⁹しかし、BWSの専門家証言を承認したとしても、やはり正当防衛として認めることはされない。それは、現行刑法に規定されている正当防衛の急迫性要件の壁が乗り越えられないからである。暴力が過ぎ去ったばかりの(ア)事案、又は現に暴力を振るっている状況にある(エ)と(オ)事案でさえ正当防衛が認められていない。

対峙型のDV反撃行為については、実務指導意見としては、正当防衛の要件をある程度緩和しようとする動きが見られる。つまり、『処理意見』一九条【正確に家庭内暴力に対しての正当防衛を認定すること】一項前段には、「不法な侵害から本人又は他人の人身権利を守るため、現に行なわれている家庭内暴力に対して取られた制止行為は、刑法に規定している条件に合致していれば、法に基づいてそれを正当防衛と認定されなければならない、刑事責任を負わない。」と規定し、また、二項に「防衛行為が『著しく必要限度を超えた』ものであるかどうかを認定するにあたっては、防衛者が家庭内暴力の不法な侵害を制止し、その侵害を防ぐ必要性を基準にし、家庭内暴力の加害者が現に行なわれている家庭内暴力の重大さ、手段の残酷さ、防衛者がいた状況、直面していた危険さ、取られた暴力制止の手段、加害者にもたらした損害の重大さ、又は過去の家庭内暴力の重大さ等によって、総合的に判断しなければならぬ。」とし、行為時の状況だけではなく、過去のDVも判断の要素に取り入れたが、それは、対峙型のDV反撃行為に対するものであり、非対峙型についてはやはり無理がある。

②防御的緊急避難論の導入

中国現行刑法においては、BWS理論により、非対峙型のDV反撃行為を正当化するには限界がある。そこで、立法論として、防御的正当防衛が提起されている⁽⁴⁰⁾。また、解釈論として、ドイツで展開している防御的緊急避難論の中国への導入を試みたという新しい理論上の動きがあったが、この問題提起は有意義で注目に値する⁽⁴¹⁾。

確かに、緊急避難における危険の現在性（刑法二二条一項）は、正当防衛における急迫性とは異なり、継続的危険（危険源）であり、時間的切迫性をそれほど要求しないと解することが可能である。また、補充性要件（二二条一項）について、中国の場合は、特に農村部や経済的に恵まれていない地域において、国家がDV被害者に提供できる有効な保護が限られているので、自力救済の範囲がより広く認められうる。前記のすべての事案はこれに該当しうる。さらに、相当性要件（二二条二項）については、攻撃的緊急避難のような保全法益と侵害法益との均衡が厳格に要求されず、緩和し得る。著しく均衡を失った場合は、過剰避難として、刑の必要的減免がしうる。なお、補充性についての誤信があった場合の誤想過剰避難も過剰避難として認められると解される。

(3) 責任阻却事由としてのDV反撃行為

正当防衛や防御的緊急避難として、正当化されない場合は、責任阻却事由を検討しなければならない。しかし、責任阻却事由について、中国においては、DV反撃殺傷行為者の責任能力を論じたものがほとんど見当たらない。その一因に、中国で精神鑑定の手続に移ることが困難であることにあるが、DV被害者の精神状態が無視されていることも関係する。加えて、心理的アプローチのBWS理論と精神医学的アプローチの精神障害とを混同する嫌いがある。BWS理論に注目し、DV被害者の心理的側面に関心を払ったがために、逆に被害者の精神的側面に目を向けられて

いなかった。DV反撃行為者の責任能力については、『処理意見』にも全く触れておらず、中国において、これは未検討の問題である。

中国のDV反撃事案の裁判においては、往々にして、DVを振るったことで、量刑の事情として被害者に落ち度があつたものと認定するが、これは、DVを振るう側の視点からのものである。角度を変えて、DVを受ける側から見ると、長年にわたり耐えがたいDVを受け、その被害体験から、被害者が精神上過酷な状態に置かれ、何らかの精神上の障害に罹患するのが考えられる。例えば、憂うつ病、PTSD、神経症などを罹った例が多く報告されている⁽⁴³⁾。(エ)事案においての被告人である李彦は、事件後の死体処理において、現実できないにもかかわらず、とにかく夫が消えてほしい異常な行動をとっており、また、複数の証言からも、DVで不眠症やストレス感などにかかっていることが確認できる。しかしながら、法廷は精神司法鑑定を依頼しなかった。

また、DVはまさしく挑発的行為であつて、DV被害者にとつては、健常者にしても憤激、恐怖、パニック、狼狽などの状態に陥ってしまった場合が多いので、情動による反撃殺傷行為に出たと考えられる。(ア)、(ウ)と(エ)事案に、それが顕著に現れている。DVに対しては、BWS理論という習得された無力さという心理状態ではなく、もはや憤激して情動行為に出る。このように、情動による意識障害があり得ることは、中国において議論されていない⁽⁴⁴⁾。

最後に、DV反撃殺傷行為は、期待可能性理論による超法規的責任阻却事由として考えられうる⁽⁴⁵⁾。公的機関や周りの人に助けをもらえずに、ひどい身体的暴行や生命に対する継続的危険を甘受し続けながらも、反撃行為に出ない期待可能性がないと言える場合がある。裁判においては、この問題が議論されていないが、伝統的犯罪論体系⁽⁴⁶⁾であれば、期待可能性を犯罪の動機として位置付けることができるが⁽⁴⁷⁾、それを主観的悪性が低いとして量刑上の考慮がなさ

れる。(イ)と(ウ)事案はそれに該当する。

(4) 量刑

① 量刑上の問題点

上述したように、中国では、犯罪の成否に詳細な法的問題点を展開せずに、早くも量刑の調整に入るが、DV反撃行為による夫を殺傷した場合の量刑は、多くの問題をはらんでいる。一つは、全体からみると、量刑が重い。西暦二〇〇〇年以前に、DV反撃殺人について、多くは死刑に処したという。⁽⁴⁸⁾ DV反撃行為の場合は、その行為者の精神が崩壊し、その反撃の手段や事件後の死体の処理がより残酷であった場合が多いため、DVに無理解であれば、刑が重くなる傾向にある。そのため、量刑上は重く、その他の普通の刑事事件と同様の刑を下す。⁽⁴⁹⁾

もう一つは、DV反撃殺傷の量刑について、各地で相当にばらつきがあるという問題がある。⁽⁵⁰⁾ 刑の免除の判決もあれば、死刑即時執行や死刑執行猶予二年付きという重い判決もある。同じの省の中でさえこのような現象が起きており、この点からも中国においては、司法の統一性や一貫性に問題があると指摘されうる。二〇一三年一月、山西省女子監獄のDV反撃殺人の受刑者の調査を終えた最高人民法院刑一庭副庭長薛淑蘭氏は、量刑が比較的短い五年懲役もあれば、死刑執行猶予二年付きもあることに、「事案の状況の違いがあつたとしても、量刑の幅がこんなに大きいことはない。」と呟然した。⁽⁵¹⁾

重い量刑には、DVへの無理解があつた他に、被害者遺族の感情を考慮しすぎることにも関係する。(エ)李彦事件では、夫妻の間に子どもがいなかったこともあり、被害者遺族の被害感情がとりわけ峻烈であつて、法廷騒ぎや弁護の妨害などさえも行なつた。しかし、DV反撃殺傷事案の被告人は、むしろ被害者であるという視点からすれば、被害

感情が過大に考慮されるべきではない。

刑事政策上、一般予防効果を期待してDV反撃行為を重く処罰するならば、DVを助長することにもなりかねない。また、再犯の可能性が低いので、特別予防の必要性もない。DV反撃行為に対し、重く処罰する政策上の根拠がない。国家から助けをもらえないにもかかわらず、一旦自救行為に出た場合、それに対して重く処罰するのは、DVに加担することになる。DV被害者にとつては、言わば夫と国家から二重の暴力を受けていることになる。したがって、DV反撃殺傷行為を重く処罰することに正当性はない。

この点に問題があるとして、最高人民法院は、二〇一四年にDV反撃殺傷行為のリーディングケースを出したが、挙げている二〇〇二年の湯翠連夫殺害事案⁵²は、一〇年の懲役である。これは、酔っ払った夫にこん棒で殴られた被告人は、薪で仕返し、夫を昏倒させた後、夫が生き返ったら、いつもの通りにひどい暴力を受けると恐怖し、そのまま薪で夫の頭部を数回殴り、死亡させたという事案であった。しかし、量刑だけを見ると、同じDVを受けたことで、憤激や恐怖などの原因により反撃殺傷行為を行なった点を軸に比較するならば、この事案は、(イ)事案に比べ、明らかに重すぎるのであり、(ア)事案に比べると、特段軽く、中間的量刑である。

②新たな動向

二〇一五年に入ると、DV反撃殺傷事案の量刑政策については、大きな調整が見られる。

『処理意見』二〇条には、防衛的要素と被害者の落ち度を充分に斟酌するようにと念を入れた文言が加わった。つまり、同条の前段は、「長い間に家庭内暴力を受けた末、憤激及び恐怖の状態の下で再度の家庭内暴力を防ぎ、又は家庭内暴力を脱却するため、家庭内暴力の加害者を殺害し、又は傷害したことにについて、被告人の行為に防衛的要素

があり、又は家庭内暴力の加害者に案件の起因において明らかに落ち度があり、若しくは直接的な責任があつた場合は、斟酌して寛大に処罰することができる。」と規定している。

また、同条の中段には、殺人罪の「情節が比較的に軽い」（法定刑は三年から一〇年）場合が充分にあり得ることを示した。つまり、これは、「重大な家庭内暴力で、身体的・精神的に重大な損害を受けていたため、家庭内暴力の加害者を殺害し、又は長い間の家庭内暴力を耐えきれずに、家庭内暴力の加害者を殺害した場合は、犯行の情節が特別に悪質ではなく、手段が特別に残虐ではない場合は、刑法二三二条に規定している殺人の『情節が比較的に軽い』と認定することができる。」と規定している。

これらの規定により、今後DV反撃殺傷事案においては、量刑が軽くなると予想される。（オ）事案は、『処理意見』公布後のものであり、この事案については、正当防衛として無罪になるのが充分あり得るが、刑の免除としたのは肯定的に評価できる。

（5） 減刑

今後DV反撃殺傷事案においては量刑が軽くなると予想されるが、しかし、以前に重すぎる刑罰が科せられて服役中であるDV反撃殺傷の受刑者に対する減刑や仮釈放を行なう必要がある。そのため、『処理意見』二一〇条後段には、「受刑期間中において確かな改悛があり、その家庭の事情を考慮し、法に基づいて減刑の幅を緩和し、減刑の開始時間と間隔の時間を短縮することができる。仮釈放の条件に合致すれば、仮釈放しなければならない。」と積極的な態度を示しているが、刑法の規定、特に近年の刑法改正（刑法第八と第九修正案）により、死刑執行猶予二年付きと無期懲役に対する減刑はより厳格になっている。したがって、DV反撃殺傷による受刑者に対しては、特別の統一基準の

法規を制定して、大幅な減刑が必要である。

五 結語

本稿で明らかにしたように、DVは中国において深刻な社会問題である。DVを規制するために、反家庭内暴力法の制定など法整備がなされつつあるが、人々の意識の中にDVは違法であることを浸透させるには時間がかかる。裁判官においても、全体から見てもDVに対する意識が高くなく、それについて十分な理解があるとは言えない。これは、関連する諸裁判にばらつきがあることから推察される。そこで、DV反撃殺傷行為に対して、統一的により軽微的量刑を行なうという政策上の調整は、肯定的に評価されうる。

しかし、実際の裁判においては、体系的により緻密な法的議論が十分になされているとは言えない。DV反撃行為に関する法的議論は、BWS理論による正当防衛に集中しているが、現行刑法の壁があるので結局のところ、その議論は事実上量刑の事情に滑り込んでいる。したがって、BWS理論以外の法理論を展開して有罪か無罪かを検討する必要がある。

また、BWS理論の中国への浸透は、DV被害者に対しての理解を一定程度高めたが、DV被害者の精神状態がなお無視されている状態にある。DVの結果としての精神障害が認められておらず、一方、DV反撃行為の原因となる精神障害も認定されていない。そこに、DV反撃殺傷行為者に精神鑑定をしやすいような制度上の整備が必要である。

さらに、受刑中の不当に重く処罰されているDV反撃殺傷行為者に対しては、特別の制度を設け、大幅な減刑措置を講じる必要がある。

DVは、刑法はどのような役割を担うべきかを考えさせる問題である⁽⁵³⁾。刑法は、董珊珊のように、公的機関の保護をもらえずに家庭内の暴君に殺されるか、又は張永清のように、その暴君を殺して殺人罪になり、国家に処刑されるのかという道しか与えないものではない。また、前半の人生は、暴君の暴力の下で地獄のような生活を送っていたが、後半の人生は、刑務所で自由のない余生を送らなければならないというような不条理をもたらすものでもないはずである。

【追記】

恩師船山泰範先生との初めの対話は、一〇年前の授業後の質問であった。授業中に出了た刑事補償と国家賠償（中国では国家賠償しか存しない）との違いを慣れない日本語で伺った。残念ながら、先生のお答えの内容は覚えていないが、次週の授業で思いかけずに、先生から手書きの両者相異に関するレジュメをいただいた時の感激が今も鮮明に脳裡に浮かぶ。その時から、先生からご指導を継続していただいている。先生から学んだ人間の目で刑法をみるという教えを忘れることはできない。本稿のDV問題も、学部ゼミの時代に、先生の影響で興味を持ち始めたのであるが、本稿は先生の学恩に少しでも報いることになればと思いつつ、先生の末永いご健勝を願ってやまない。

- (1) 陳敏『吶喊——中国女性反家庭暴力報告』人民出版社（二〇〇七年）二頁、鄭澤善「中国における家庭内暴力の現状とその対策——婚姻暴力を中心に」古橋エツ子編『家族の変容と暴力の国際比較』明石書店（二〇〇七年）三三頁以下。
- (2) 岩井宜子「ドメスティック・バイオレンスへの法的対策」同編『ファミリィ・バイオレンス』【第二版】尚学社（二〇一〇年）一一五頁。
- (3) 第三期中国婦女社会地位調查課題組「第三期中国婦女社会地位調查主要数拠報告」婦女研究論叢第一〇八期五頁以下。
- (4) これは、当時の全国婦連婦女權益部長であった蔣月娥氏によって明らかになったことである（「反家暴立法迫在眉捷」光明日報二〇一一年一月二十四日一〇面）。
- (5) 全国人大常委会法制工作委员会社会法室編著『中華人民共和國反家庭暴力法解讀』中国法制出版社（二〇一六年）二〇三頁。
- (6) 『「反家庭暴力立法公衆態度調查」結果發布』新華社二〇一二年三月一二日發布 (http://news.xinhuanet.com/legal/2012-03/13/c_111648592.htm)、二〇一六年五月五日訪問。
- (7) 「民政部 全国婦連『關於做好家庭暴力受害人庇護救助工作的指導意見』政策解讀」中国民政二〇一五年第二期四五頁以下。
- (8) 「人民法院『七管齊下』打擊家庭暴力」人民法院報二〇一四年二月二八日一面。
- (9) 裴秋秋「女性犯罪多数縁於家庭暴力」江南時報二〇〇〇年一〇月二七日二面。
- (10) 鄭良「調查顯示：家庭暴力程度上昇 出現以暴制暴趨勢」新華網二〇〇八年一月一四日 (http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-01/14/content_7420855.htm)、二〇一六年五月二五日訪問。
- (11) 台建林「陝西『親情殺手』成因調查」法制日報二〇〇八年八月四日五面。
- (12) 王俊、王東萌「家庭暴力中女性以暴制暴的犯罪成因」雲南民族大学学報（哲学社会科学版）第二九卷第一期（二〇一二年）九一頁。
- (13) 中国では、このようなDV反撃殺傷行為は、一般的に、「以暴制暴」（暴力を以て暴力を制止する）と称する。

- (14) 前掲・『中華人民共和国反家庭暴力法解説』二二〇頁。
- (15) 邢紅枚「受虐婦女殺夫原因——對四川省某女子監獄的調查報告」四川警察學院學報第二三卷第四期（二〇一〇年）六五頁以下。
- (16) もともと、政府の文書で、一九九五年に國務院が發布した『中国婦女發展綱要（一九九五年—二〇〇〇年）』に「断固として家庭内暴力を制止する」との文言を盛り込まれたものがある。
- (17) 國谷知史「家庭内暴力と婚姻法改正」中国研究月報五五卷一二号（二〇〇一年）五〇頁以下参照。
- (18) 偶然のことであるかもしれないが、この法律の条文数が三八カ条となっており、条文の数は国際女性デーの記念日の三月八日と重なっている。
- (19) 江蘇省は、二〇一三年七月に『江蘇省家庭暴力告诫制度實施办法（試行）』を公布したが、その七条から一一条まで告诫制度が設けられている。
- (20) 「家暴報警、南京一年約有三〇〇〇起」揚子晚報二〇一三年一月二四日A五面。
- (21) 「南京在全国首創的家庭暴力告诫制度實施效果明顯 三七〇份告诫書發出後 未發生一起『二次家暴』」南京日報二〇一五年三月六日A七面。
- (22) 前掲・『中華人民共和国反家庭暴力法解説』一〇六頁。
- (23) 司法拘留は、「民事拘留」ともいい、人民法院が訴訟活動を妨害した者に対し処する一五日以下の自由拘束である。
- (24) 二五七条三項の親告罪規定の但書は、二〇一五年の刑法改正（第九修正案）によって新たに追加されたものである。
- (25) 「虐待、還是故意傷害？」檢察日報二〇一〇年二月一日五面参照。
- (26) 管制刑は、刑法上の主刑の一つで、一定の政治權利や行動の自由を制限する非拘禁刑である。刑期が三ヶ月以上二年以下である。
- (27) 趙敏「警察干予家庭暴力実証研究——基於江蘇四地（市）的調查」湖南警察學院學報第二五卷第二期（二〇一三年）一二二頁以下。

(28) 陳璇「家庭暴力反抗案件中防御性緊急避難的適用——兼對正当防衛擴張論的否定」政治与法律二〇一五年第九期一三頁以下。なお、司法の現状が全く違うが、日本においても、そのような傾向がある（深町晋也「家庭内暴力への反撃としての殺人を巡る刑法上の諸問題——緊急避難論を中心として」高山佳奈子、島田聡一郎編集『山口厚先生献呈論文集』成文堂（二〇一四年）一六〇頁）。

(29) この事案は、陳敏「我国家庭暴力受害人的司法保護」中国律師二〇〇三年第四期七三頁以下、李雲虹「法律寬恕殺夫女子——對『以暴抗暴』殺夫案的調查」法律与生活二〇〇五年第一五期三〇頁以下を参照して、整理したものである。

(30) 中国においては、裁判は四級二審制であり、二審で結審となる。もともと、死刑の場合は、最高人民法院の再審査を受けなければならない。しかし、一九八〇年二月から、最高人民法院が、その死刑再審査権限を各地方の高級人民法院に委託したため、二〇〇七年一月一日に、それを回収するまで、高級人民法院は、實際上その再審査権を行使した。従って、一九九八年の龍曉琦に対する死刑判決の再審査も遼寧省高級人民法院が行なった。

(31) この事案は、趙凌「殺夫・悲涼一幕」南方週末二〇〇三年七月六日、趙凌「殺夫案再爭議」南方週末二〇〇三年七月一日、「劉拴霞案」家庭医学二〇〇四年第一期七頁を参照して整理したものである。

(32) この事案は、「張永清故意殺死施虐丈夫被減輕処罰案」『人民法院案例選』二〇〇七年第二輯九頁以下を参照して、整理したものである。

(33) この事案は、主に「（二〇一四）川刑終字第四一一号」判決書（公刊未登載）を参照した。

(34) この事案は、「（二〇一五）延中刑一初字第〇〇〇五五号」判決書（中国裁判文書網 <http://wenshu.court.gov.cn/>）を参照した。

(35) この判決は、公開されていることから、その効力が生じていると考えられる。

(36) 張明楷『刑法的私塾』北京大学出版社（二〇一四年）九五頁。

(37) 李華「『受虐婦女綜合症』——女性主義對傳統意義正当防衛的挑戰」中華女子学院学報一九九九年第四期（総第三八期）一七頁以下。

(38) 陳敏「関注絶望的抗争…『受虐婦女綜合症』的理論与实践」中国婦女報二〇〇〇年一月二日三面を始め、複数の著書と論文がある。本格的にBWS理論を論じたものは、陳敏「受虐婦女綜合症專家証拠在司法实践中的運用」陳光中等主編『訴訟法論叢』（第九卷）法律出版社（二〇〇四年）一三四頁以下がある。また、陳敏氏は、実際の裁判において、専門家としてBWSの証言もする。

(39) 「(二〇一五) 浙温刑初字第四号」判決書（中国裁判文书網 <http://wenshu.court.gov.cn/>）。なお、本判決を下した浙江省温州市中级人民法院は、家庭内暴力に係わる案件の審理の試験的法院の一つである。

(40) 趙秉志、赫興旺、顏茂昆、肖中華「中国刑法修正若干問題研究」法学研究第一八卷第五期（一九九六年）三頁以下、特に一五—一六頁。予防防衛は、防御的緊急避難との類似性がある。

(41) 前掲・陳璇「家庭暴力反抗案件中防御性緊急避難的適用——兼对正当防衛擴張論的否定」。

(42) 中国において、被疑者や被告人側は、精神鑑定を依頼することができず、案件を処理している公安機関、檢察院又は法院を通さなければならない。まず、それらの機関に申請し、当該機関が同意した場合は、当該機関が委託する。精神鑑定にするかどうかは、案件の処理機関の任意判断に委ねる。

(43) 鐘康安、渠東「家庭暴力受虐婦女法医鑑定六九例分析」法律与医学雜誌一九九六年第三卷（第三期）一〇七頁以下、曹玉萍「家庭暴力受虐者常見的精神障害」張亜林、曹玉萍編『家庭暴力現状と干与』人民衛生出版社（二〇一一年）六〇頁以下。

(44) 林美月子『情動行為と刑事責任』弘文堂（一九九一年）四頁。

(45) 屈学武「死罪、死刑与期待可能性——基於受虐女性殺人命案的法理分析」環球法律評論二〇〇五年第一期五八頁以下など。

(46) 張光雲『中国刑法における犯罪概念と犯罪の構成——日本刑法との比較を交えて』専修大学出版局（二〇一三年）一三七頁以下参照。

(47) 馮亜東、張麗「期待可能性与犯罪動機」北京大学學報（哲学社会科学版）第四五卷第六期（二〇〇八年）四〇頁以下。

(48) 張磊、余金「受虐人群殺人案件的死刑司法控制研究」法学雜誌二〇一〇年第三期一二九頁以下。

(49) 前掲・王俊、王東萌「家庭暴力中女性以暴制暴的犯罪成因」。また、遠山日出也「中国におけるドメスティック・バイオ

レンスに対する取り組み」中国二二 Vol. 27 (二〇〇七年) 二二九頁以下参照。

(50) 陳虹偉「同是受虐殺夫 上海重判一四年 包頭輕判緩刑——專家建議統一量刑標準」法制日報二〇〇六年三月二九日五面。

(51) 周斌「最高法院擬出文件指導涉家暴刑案審判」法制日報二〇一三年一月一六日五面。

(52) 「最高人民法院公布十起涉家庭暴力典型案例」人民法院報二〇一四年二月二八日三面。中国では判例の制度をとっていないが、このような典型案例を公布することによって、指導的な役割を果たしている。

(53) 船山泰範『刑法の役割と過失犯論』北樹出版 (二〇〇七年) 一九頁。

少年法六一条の法的性格に関する一考察

野村 和彦

- 一 問題の所在
- 二 諸説の検討
 - (一) 裁判例の動向
 - (二) 学説の動向
- 三 非行少年の名誉
 - (一) 更生が社会から期待されている存在として
 - (二) 予想される批判
- 四 いくつかの類型への当てはめ―まとめに代えて―

一 問題の所在

(1) 人間学的刑法学を目指しておられる船山泰範先生は、少年法六一条は言論の自由に配慮した倫理規定であるとしながらも、少年の更生が害されることを懸念し、推知報道が禁止される範囲を広げようとしておられた。⁽²⁾

先生が右の見解を示されてから三〇余年が経過した。非行少年の推知報道をめぐる動きはめまぐるしく変化している。憲法学者やメディア法学者からは、少年審判の非公開（少年法三二条二項）や推知報道禁止規定（少年法六一条）は、それぞれ憲法八二条および二二条に違反しているとの指摘⁽³⁾や、報道機関の取材の自由を過剰に制限しているとの指摘⁽⁴⁾が出されている。少年の推知報道をめぐる民事訴訟も提起されるに至っている。昨年においても、川崎でおきた中一男子殺害事件の少年の写真などが週刊誌により報じられたり、少年期に神戸で連続殺傷事件を起こした少年の現在が週刊誌により報じられたりした。少年法六一条の存在意義がまさに問われている。

少年法六一条は「家庭裁判所の審判に付された少年又は少年のとき犯した罪により公訴を提起された者については、氏名、年齢、職業、住居、容ぼう等によりその者が当該事件の本人であることを推知することができるような記事又は写真を新聞紙その他の出版物に掲載してはならない。」としている。本条の法的性格をどう理解するかにより、報道機関に対する法的責任の内容は変容する。法的制裁を伴わない少年法六一条に⁽⁵⁾いかなる法的性格を付与するべきであらうか。

(2) 従前、非行少年の推知報道は不法行為責任（民法七〇九条）に関わる問題として争われてきた。後述のように、そこでは、もっぱら非行少年の名誉権やプライバシー権の問題として扱われてきた。一方、少年法六一条が保護する

利益は少年の成長発達権にあると言及する裁判例が現れ始めた。これとは逆に、少年法六一条には法的性格はないとする裁判例も登場している。

学説においては、近年、少年法六一条は少年の成長発達権を保護しているとする見解が有力になってきている。他方で、少年法六一条に違反する報道は名誉毀損罪を構成する場合がありますとの見解も、その前例はないものの、連綿として説かれてきた。

こうしてみると、少年法六一条の法的性格をめぐる議論状況は混迷の度を深めているのが現状であるといえよう。少年法六一条が現に存在しているにもかかわらず、非行少年の実名報道は、いわば確信犯的にいまもなお行われ続け、その類型も多様化してきている。にもかかわらず、これに対する法の立場は未だ定まらない状況にある。

(3) 拙稿は、少年法六一条の法的性格をより明確にしたい。後述のように、管見によれば、少年法六一条を刑法二三〇条の第二項の例外規定として捉える見解がもっとも本質的であると考ええる。ただし、かりにそれが正しいとしても、その前提として、ぜひとも解明しなければならないのは、刑法上保護すべき非行少年の名誉とは何かという問題である。そもそも、非行少年に刑法的に保護すべき名誉があるのか。あるとすれば、それはどのようなものなのか。このことも拙稿の検討対象である。

二 諸説の検討

（一）裁判例の動向

（I）長良川事件

（1） およそ二週間の間に三件の凶悪事件を犯し刑事裁判に係属中の少年（犯行当時一八歳）に関し、週刊誌が平成九年七月三十一日に発売した八月七日号の中で、少年の名前を仮名にした記事を掲載したことに対して、少年が訴えを提起した長良川事件報道訴訟は、裁判所ごとに、判断が分かれた。

第一審の名古屋地判平成一一年六月三〇日（民集五七卷二号二五四頁）は、①少年法六一条は未成熟な少年を保護し、その将来の更生を可能にするための規定である、②少年の推知報道は、少年の保護や将来の更生の利益よりも、明らかに社会的利益の擁護が強く優先されるなどの特段の事情が必要である、とした上で、次のように判示した。すなわち、①仮名の使用により、社会通念上、原告の同一性が隠蔽されたと認めることは困難であり、原告の経歴など他の記事内容と併せると、少年が事件の犯人であることを面識のある不特定多数の読者は容易に推知することができる、②社会的利益の擁護が強く優先される特段の事情もない、として、週刊誌の記事は少年の名誉およびプライバシーを侵害するとして、少年の訴えを認めた。

（2） 第二審の名古屋高判平成一二年六月二九日（民集五七卷二号二六五頁）も第一審と同様に少年の訴えは認めたが、次の二点が第一審と異なる。

第一に、推知される範囲についてである。第二審は、仮名および関係記事から事件を犯したのは少年であると容易

に推知できるのは、少年と面識を有する読者だけでなく、少年が生活基盤としてきた地域社会の不特定多数の読者とするのが相当である、とした。第一審よりも推知可能な範囲を広げている。

第二に、少年法六一条の趣旨に関し、成長発達権に言及した点である。すなわち、①少年法一条に謳われた健全育成の理念の下、少年の更生を援助促進するため、少年を社会的偏見や差別から保護すると同時に、少年が自分の問題を克服し、新たに成長発達の道へ進むことを保障している、②社会の側は少年の社会復帰のために環境を整備したり適切な援助をしたりすることが要請されている、③少年の推知報道は少年に対する社会的偏見を生み更生の妨げとなるから、少年の地域社会での更生の妨げにならないよう、報道はラベリングの回避に努めるべきである、④少年法六一条は、報道の規制により、成長発達過程にある少年が健全に成長するために配慮した取り扱いを受けるという基本的人権を保護し、併せて、少年の名誉権、プライバシー権の保護を図っている、と。

ただし、週刊誌の報道により少年の成長発達権がどう侵害されたかについては、本判決は具体的に言及していない。少年の権利侵害については、第一審と同じ手法と同じ結論をとっていることから、名誉権及びプライバシー権の侵害のみを認めたとも受けとれる。

(3) 少年法六一条が保護する内容として、第二審が名誉権、プライバシー権に加え、成長発達権をも含ませようとしたのに対し、少年法六一条は非行少年のプライバシー権および名誉権と関係することを示唆したのが最高裁判決（最二判平成一五年三月一四日、民集五七卷三号二二九頁）である。同判決は次のように判示し、第二審判決を一部破棄し差し戻した。

すなわち、①原審判決は被侵害法益をプライバシー権または名誉権と捉えたのか、成長発達権としたのかが判然と

しない。被上告人は前者の侵害を主張し続けたことから、本事案においてはプライバシー権または名誉権の侵害が判断されるべきである、②少年と面識のある者は、記事に書かれた犯人情報と履歴情報を読むことにより、この記事が少年について書かれたものであることを推知することができ、このことは少年の名誉を害するだけでなくプライバシー権をも侵害する、③少年法六一条に該当するかは、記事を読んだ不特定多数の一般人が推知可能かという観点から決められるべきであり、当該記事は少年を特定できる事項の記載はないから、本条違反には当たらない、④名誉権の侵害に当たる場合であつても、その記事に公益性があつたかを判断する必要があり、^⑥プライバシー権の侵害に当たる場合でも、それらのプライバシー権侵害を上回る特段事情が^⑦なかつたかを判断するべきであるところ、原審はそれを果たしていない、と。

(4) 右の最高裁判決を受け、差戻審の名古屋高判平成一六年五月一二日（判時一八七〇号二九頁、判タ一一九八号二二〇頁）は第二審における週刊誌側の敗訴を取り消した。名誉毀損は次の二点を理由に否定した。

すなわち、①犯行時に少年であつたとしても、少年による犯罪は凶悪かつ残忍な重大犯罪であるから、社会的影響力が大である、②このことから市民が関心を抱くのはもつともといえるから、公共の利害に関する事実^⑧に該当する、③記事は少年法の現状に疑問を提起し被害者の心情を広く伝えるのが主目的である、④プライバシー侵害についても、たしかに記事が更生の妨げになるかもしれないが、犯行は凶悪かつ残忍であり、このため短期の社会復帰は困難であるから、この場合は、記事の公表の利益が上回る、とした。

(Ⅱ) 堺通り魔事件

(1) 第一審の大阪地判平成一一年六月九日(家月五一卷二一五三頁、判時一六七九号五四頁)は次のように判示した。まず、少年審判非公開原則(少年法二二条二項)や少年の推知報道禁止規定(少年法六一条)は、少年のプライバシーを保護するとともに、少年が再犯を犯さないようにするという刑事政策的考慮が含まれているとした上で、この利益には優越的利益が認められるとした。ここから、少年は成人と異なった取り扱いが必要であるとした。すなわち、少年の利益保護や更生といった優越的利益を上回る特段の公益上の必要性を図る目的が推知報道にあったか否か、手段や方法がこの目的からみてやむをえないと認められることが立証されない限り、実名報道は不法行為を構成するとした。

その上で、本事件について、少年が現行犯逮捕されており推知報道をする必要はないこと、実名報道をしなくても記事の価値が低下することはないこと、非行の域を超えたとしても少年を二〇歳未満と定義する少年法の規定は揺るがないこと、少年に自分のなしたことをわからせるなどという実名報道の目的は首肯しえないこと、出版物によるプライバシーの公開は公開の法廷におけるそれよりも規模が異なる、として、被告に不法行為損害賠償と謝罪広告の掲載を命じた。

(2) これに対し、第二審の大阪高判平成一二年二月二九日(判時一七一〇号二二二頁)は、以下のような立場を示した。第一に、少年法六一条の趣旨について、「違反者に対して何らの罰則が規定されていないことは、憲法における「言論出版等の自由」の規定への顧慮及び少年法の社会的機能に照らして、このような規定の遵守をできる限り社会の自主規制に委ねたもの」として、少年法六一条の法的効果を否定する立場を採った。第二に、推知報道の可否は、

表現行為が社会の正当な関心事であり、その表現方法が不当なものでない限り、少年法六一条の規定にかかわらず、その表現行為は違法性を欠くとした。第三に、表現手法について、犯罪事実だけでなく被疑者などを特定することも犯罪ニュースの基本的要素であり社会的に重要な関心事とした。

その上で大阪高判は、少年が引き起こした犯罪は極めて凶悪であるから社会的に正当な関心事に当たるとし、実名報道によって少年のプライバシー権や名誉権、肖像権が侵害されるとしても、その侵害は許容される範囲内にあるとして、控訴人には不法行為はないとした。

（Ⅲ） 光市母子殺害事件

（1） 光市母子殺害事件をめぐり、被告人の実名と中学時代の写真を掲載した書籍の出版および販売などの差し止めを求めた民事訴訟においても、裁判所の判断が分かれている。

第一審の広島地判平成二四年五月二三日（判時二二六号九二頁）は、まず、当該書籍の出版及び販売の差し止めの訴えについては、以下の理由から認めなかった。第一に、犯罪内容が冷酷かつ残酷で重大悪質である今回の事件は、社会に与えた影響は大きく、公共の利害に関係する事実に当たる。第二に、当該書籍の出版及び販売により少年のプライバシー権及び肖像権は侵害されるが、その侵害は、当該書籍の出版及び販売の利益が上回るため、重大なものではないし、事後に回復を図るのが著しく困難だといえない。

ただし、広島地裁判決は写真掲載については原告のプライバシー権および肖像権の侵害を認め、被告側に不法行為損害賠償の責任が生じるとした。判決によると、実名報道についてはすでに成人となった少年による同意等があるた

めプライバシー権侵害とはいえないが、中学時代の顔写真の掲載については、少年の同意がないことやすでに実名が掲載されていることから、当該書籍の趣旨に照らして不必要なものであると断じた。

(2) これに対して、第二審の広島高判平成二五年五月三〇日（判時三二〇二号二八頁）は、少年の中学時代の写真を掲載した点に関し、少年は書籍の出版それ自体には同意しており、少年への社会的関心が高く正当なものといえるから少年法六一条の趣旨を考慮しても、これよりも報道の自由の利益が上回るとして、被告に損害賠償の支払いを命じた広島地裁判決を取り消した。

(Ⅳ) 検討

(1) 裁判所は、少年法六一条違反の報道を不法行為責任の問題として捉えている。その中で、少年法六一条はどのような役割を果たしているか。長良川事件報道訴訟の第二審判決のように、少年法六一条には成長発達権という独自の保護利益も含まれると言及するものもある。一方で、堺通り魔事件第二審判決は同条を単なる倫理規定にすぎないと断言している⁽⁹⁾。

とはいえ、長良川事件最高裁判決は少年法六一条が禁止する推知報道の範囲に言及し、当該報道に接した不特定多数の一般人が推知可能でなければ少年法六一条違反とはいえないとの判断を示している。このことは、推知報道による少年の名誉権及びプライバシー権の侵害の度合いは最高度でなければならない、とするものである。したがって、少年法六一条は、推知報道による少年の権利侵害の度合いを点検するための規定であり、民法上の不法行為法に仕える規定である、とするのが裁判所の全体的な傾向といえよう。

(2) 裁判所は、少年法六一条は実名報道を一律に禁止する規定ではなく、例外的に実名報道が許容される場合がありうることを前提としている。これを判断する際に、裁判所は比較衡量の手法を用いている。これについて検討してみたい。

第一に、対立する利益の衡量は一定の基準からされなければならないはずであるが、そこが揺らいでいる。長良川事件第一審判決や堺通り魔事件第一審判決は、少年が社会復帰する利益に優越的利益を認め、推知報道は極めて例外的な場面にのみ許容されないとする構えをとった。これに対し、長良川事件最高裁判決以降は国民の知る権利を重視する方向へ舵を切ったといえる。少年が犯した非行が重大であれば重大であるほど、その事件が社会に与える影響は大きくなるから事件について知りたいという人々の要求が強まる。こうしたことから、重大な非行を少年が犯したならば、それは公共の利害に関係する事実にあたり、その分、少年の推知報道が許容される範囲が広がる。

問題は後者の比較衡量論がいかなる内実をもっているかにある。そこでは、結局のところ、知る権利に譲歩して、少年の更生の利益をどの程度制限できるかが問われている。しかしながら、更生の利益という少年の人生に関わる重要な個人の利益を、社会の人々が知りたいという欲求によって犠牲にしてよいのかは疑問である。⁽¹⁰⁾ また、更生の利益は犯罪予防という社会的利益とも密接に関連する。知る権利を優先することは、少年にとって更生が難しい社会状況をもたらすことにもなるが、そのリスクにどう対処すべきかまでは考慮に入られていないように思われる。

非行の重大性をどう判断するのも問題である。まず、裁判所は、犯罪の客観部分、すなわち犯罪行為とその結果に、おそらく着目している。しかしながら、その重さをどう捉えようとしているのかは明らかでない。最高裁は推知報道の範囲について不特定多数の一般人が認識可能な程度でなければならないとしたが、それほどに知らされなけれ

ばならない非行はどの程度なのかは不明である。永山事件のように全国各所で犯罪を犯す程度でなければならぬとの理解も可能だと思うが、その後の裁判例はそう捉えていない。次に、少年の人格的側面まで考慮に入れるのかも不明である。かような行為をとった少年は人格的に熟しておらず、何らかの負の要因を抱えていることが通例である。人格形成面においても周囲の人間関係に恵まれていないことも多い。非行の重大性を捉える際に第三者から認識できる部分にのみ注目するならば失当と思われる。

第二に、比較衡量論は、少年法六一条の存在理由を成長発達権にあると捉える見解や少年の更生を担保するためにあるとする見解にとつて、不利な法的枠組みとなりがちである。大阪高判平成一二年二月二九日は、実名報道により少年の社会復帰が阻害されるという少年側の主張に対して、少年がいかなる生き方をしようとしているかわからず、実名報道が社会復帰の妨げになることは抽象的にはいえるが、そうだからといって損害賠償請求権の根拠とはならない、と批判した。このことは、推知報道によつて更生の利益が害されることを主張したいならば、具体的に立証すべきであることを示唆したといえる。

しかしながら、推知報道をめぐる訴訟において、原告側が真つ先に求めるのは出版物の販売差し止め等である。この時点において、実名報道が少年にとり社会復帰の妨げとなったことを示す具体的事象はまだ生じていないであろうと考えられる。⁽¹⁾ 実名報道による実害が少年側に生じたときに、はじめて出版販売などの差し止めを裁判所に求めるとするのは、少年の利益を保護する観点からして、愚かな選択であろう。したがつて、推知報道による権利侵害を具体的に示すことは相当困難であるし、それは抽象的危険の域にとどまらざるをえない。少年法六一条を成長発達権の保障にあるとする見解を裁判所が拒絶しているのは、こうした事情があると思われる。

(3) なお、裁判所が、少年のプライバシー権や名誉権の観点とは別に、実名報道の当否を論じていることを指摘しなければならない。すなわち、問題となっている記事の趣旨と推知報道との合理的関係があるか否かに着目している。右にみた光市母子殺害事件の広島地裁判決は、すでに実名を使用している以上、写真まで掲載する必要はないとしている。

堺通り魔事件第二審判決は、実名報道を行う決意に至ったのは少年の尊厳性を認め匿名性の中に埋没させてはならず本人に自分のしたことを明確に認識させるためであるという控訴人の主張に対し、被控訴人を特定する表現がなかったとしても、その記事内容の価値に変化が生じるものとは思われなしとし、控訴人に少年に自分がしたことを認識させる権利があるとも解されない、としている。

ただし、記事の趣旨と推知報道との間に合理性がない場合に、それが法的にどのような責任を構成し、いかなる法的効果を生じさせるのかは、明らかにされていない。

(二) 学説の動向

(I) 倫理規定説および刑事政策規定説

(1) この見解は、少年法六一条は刑事政策的観点からメディアに推知報道の自主規制を促す規定にすぎない、と解する。¹² 同条違反に対して法的制裁が明示されていないのは、言論の自由を最重要視していることの現れとみる。裁判例も、堺市通り魔事件第二審判決がこの立場に立った。この見解から次の二点が導かれる。第一に、少年法六一条に違反する推知報道がなされても、このことから報道機関に対する法的制裁が直ちに導かれるわけではないとする。第

二に、本条によつて少年の何らかの権利が保護されることはないとする。^⑬

ところで、日本新聞協会は一九五八年（昭和三十三年）十二月一六日に「新聞協会の少年法第六一条の扱いの方針」^⑭を定めている。これによると、罰則規定のない少年法六一条の趣旨は新聞の自主的規制に期待することであるとし、少年の更生可能性を重視する本条に新聞も従うべきであるとしている。ただし、少年の保護よりも社会的利益の擁護が強く優先する特殊な場合が二つあることを指摘している。

第一に、少年が逃走中で、放火、殺人など凶悪な累犯が明白に予想される場合、第二に、指名手配中の犯人捜査に協力する場合である。これらの場合、少年の推知報道は許されるべきである、としている。

(2) 倫理規定説および刑事政策規定説は、少年の保護を重視する立場からも、少年の保護をより制限しようとする立場からも、主張されている。両者に共通しているのは、憲法二一条一項で保障されている表現の自由や、そこから導かれるところの知る権利を尊重する点にある。しかしながら、同説にはいくつかの問題点がある。

第一に、少年法六一条そのものには法的拘束力がないとすると、推知報道の問題は主として倫理的問題として解決が図られ、法的解決は例外的場面に限定される、という構図になる点である。一般に、倫理が衝突した場合、影響力の強い方が世の支配的倫理となる可能性が高い。つまり、マスコミの倫理が影響力をもつ。^⑮新聞協会の取り扱い方針は現在においても報道界の倫理となつていと思われるが、その推測を裏切る事態は、いくつも生じている。^⑯法的訴訟を起こすのは少年の側になるが、あらゆる意味で負担が重いはずである。むしろ、少年法六一条そのものに法的拘束力をもたせ、報道側の法的規範となる方向を目指すべきである。

第二に、推知報道によつて非行少年を特定する情報が社会に浸透し、それによつて、少年の更生が妨げられるおそ

れが生じることについて、同説がいかに対応するのかが必ずしもみえてこない点である。推知報道が禁止されるのは、それが少年に犯罪者としての烙印をつけるおそれがあるからである。犯罪者であるとのレッテル貼りによって、少年に対する差別意識が社会に生じ、その結果、少年の社会復帰が妨げられる危険性が生じる。少年法六一条に法的性格を認める見解は、このラベルが貼られる危険性を除去するためには法的制裁が必要であると考えている。しかしながら、倫理規定説及び刑事政策規定説は、右の問題に対して十分な答えを用意しているとは思われない。

たとえば、少年の更生を妨げる行為を禁止するよう、政府や他者に求めるような権利を認めることは不当とする見解¹⁷がある。その論拠として、憲法が保障する基本的人権とは政府によって侵害されない自由が主であること、¹⁸憲法は国や地方公共団体に向けられた法であるから私人であるマスメディアには基本的人権は及ばないこと、¹⁹等を挙げる。この見解は成長発達権説やそれを認めた長良川事件第二審判決を批判する文脈で述べられてはいる。またその論拠においては一つの憲法論が語られている。しかしこれらの点を捨象してみても、推知報道が社会の構成員に影響を与え、それが、少年の社会復帰の妨げになるのではないか、という疑問には、同説は何も答えていない。

少年法六一条は政策規定であるとした堺通り魔事件第二審判決は「地域住民以外の一般市民は、本件記事によって被控訴人の実名を知ったと思われるが、仮にそうであるとしても、被控訴人を知らない一般市民が被控訴人の実名を永遠に記憶しているとも思えないし、仮に一部の市民が被控訴人の名前を記憶していたとしても、そのことによって直ちに被控訴人の更生が妨げられることになるとは考えがたい」としている。人々の記憶力に言及している点はさておくものの、更生が妨げられる事態は「直ちに」でなければならぬとしている点は、推知報道が少年の更生に与える影響をあまりにも軽く見積もっている。

推知報道がひいては少年の更生の妨げになる事態、すなわち少年の権利侵害が生じるのは、現実においては、直ちに、ではない。具体的な被害が生じるのも、報道直後というよりもその先の時点である。すなわち、推知報道はそれ自体に、少年に対する社会の評価を低下させ、将来の更生の妨げる危険性を備えている。こうした場合に、法は何も対処しえないというのは、どう見ても疑問である。倫理規定説及び刑事政策規定説は、言論の自由を護るために、この現実をあえて度外視している。

(II) 成長発達権説

(1) 成長発達権とは、親をはじめとする周囲の人々の援助を受けつつ自律的な人間へと成長するための、子どもの権利である。⁽²⁰⁾ すなわち、少年とは「自立的生存」に向けて心身ともにまさに成長発達の過程にある存在であり、その成熟度に応じて自己決定権の範囲も拡大し、成人になると完全な自己決定権を行使しうる主体となる⁽²¹⁾存在であり、そのためには、「いままさに成長発達の途上の段階にある人格がそのまま認められ、将来成人して完全な自己決定主体となることが援助・保障され」なければならないとされ、まさしく成長発達権は「少年固有の権利である」とされる。⁽²²⁾ 最近では、子どもの意見表明権の重要性も指摘され、主体的に成長するのは子どもであって、親などはそれを支援する方に回るべきこともいわれている。⁽²³⁾

成長発達権説は子ども独自の権利性を前面に押し出しているところに特徴がある。少年法六一条違反が争われる訴訟においては、少年の名誉権や肖像権、プライバシー権の侵害が主たる論点となる。こうした既存の権利に成長発達権を読み込んでいくという方法ではなく、成長発達権そのものが侵害されたことを問題にしようとする。

(2) たしかに、成長発達権説は少年法六一条の趣旨を説得的に説明している。同条の法的性格を明らかにする上で、成長発達権説の精神は中核に据えるに値する。しかしながら、同説は次のような問題を抱えている。

第一に、少年法六一条が成長発達権を保障していることを、その文言から捉えることは難しいと思われる。たしかに、同説が主張するように、条約などをはじめ種々の法規範が少年法六一条を強く助力している。しかし、少年の更生を目指す理念は少年法一条においてすでに宣言されていた。また、成長発達権を侵害する例は推知報道に限らないし、推知報道が成長発達権侵害を象徴するものとも思われない。

第二に、成長発達権を保護するために、どのような作為ないし不作為を他者に対して要求できるのかが明確になっていない。これは、同説を支持する側からも疑問が指摘されている。すなわち、成長発達権を少年個々の個性に応じた権利と把握する立場から、更生の環境整備を要求したり、更生を阻害するおそれのある他者の行動を制限したりすることは導けないとされる⁽²⁴⁾。また、そもそも同権利が人間の尊厳性に由来する以上、知る権利や報道の自由に対して同権利が絶対的な正しさを主張しうることに對する懸念も示されている⁽²⁵⁾。

第三に、権利侵害性をどう把握するかも成長発達権説はいまなお提示しきれていない。たしかに、推知報道による成長発達権侵害をより明確かつ具体化しようとする試みはなされている。すなわち、①自分の目の前にいる人が自分のことを覚えているかもしれないと思ってしまったら、少年は積極的に社会と関わる意欲を失う、②社会は成人よりも少年の方を強い烙印付けをしてしまう、③就職や進学、結婚など人生の重要なポイントで困難に直面するおそれがある、ということが指摘されている⁽²⁶⁾。また、名誉やプライバシーの侵害が発生するおそれは生じたが実際にそれが害されたという証明が不可能な場合であっても、そのおそれを少年が感じ取り、その結果、少年が萎縮してしまうこ

とに、成長発達権の権利侵害性が認められるとする見解もある⁽²⁷⁾。

しかしながら、裁判所は、損害賠償を認めうるほどの、より具体的な権利侵害を成長発達権説に要求しているように映る。これに対し、権利侵害性が認められるという右の例は、推知報道の直後においては成長発達権侵害の程度は薄く、成長発達権の侵害が具体的に認められるのは、報道後しばらく経ってからである、ということを示している。その時点においては、すでに少年の名誉権やプライバシー権は取り返しのつかない程度に侵害されていることが想定される。そうだとすると、成長発達権の主張それ自体は極めて説得力があるにもかかわらず、訴訟の面では全く役に立たない可能性が大きく、それによって少年が救済されない事態を招きかねない。成長発達権を通じて少年の権利を現実的に保護したいのならば、推知報道によって少年が萎縮する具体的事態はどういう場合なのかをいま示すべきではなからうか⁽²⁸⁾。もしもそれが不可能ならば、むしろ推知報道それ自体に少年を萎縮させる類型的危険が備わっていると解した方がよいと思われる。

第四に、成長発達権が及ぶ範囲がどの段階までかが不明確な点である。同権を主張できるのは法的成人年齢までなのか、それとも、成人以降も可能なのか⁽²⁹⁾、見解は帰一していない。これらの見解は、少年が成人となった後に生じた推知報道に關しどう対処すべきかを念頭に説かれている。また、これらの見解の裏面においては、自己決定権をどの程度認めていくべきかという課題が存在している。思うに、過去の非行が成人後の推知報道によって暴かれた場合は、いまその者が享受している名誉権やプライバシー権の侵害にこそ目を留めるべきである。また、成長発達権が成人の段階にまで当然に及ぶとするならば、子どもの権利を確立するという当初の狙いから逸れすぎているのではなからうか。

さらに、次の疑問も生じる。成長発達権を拡大しようとする見解は死刑が確定した一八歳以上の者にも成長発達権を認めようとするが、なぜそう言いうるのだろうか。たしかに死刑が執行されるその日まで少年の人格は成長する。これは否定しがたい事実である。この事実的観点を捉えて、少年にはまだ成長発達権があるとされる。しかしながら、成長発達権は法的権利にすぎない。死刑判決が確定するということは、その少年の成長発達権を剥奪することを意味する。法的な目から見たとき、少年の成長発達は社会との関わりの中ではじめて実現しうるはずであり、その権利を少年から剥奪するのがまさしく死刑である。死刑の当否はさておき、³¹この厳しい現実はいかなる立場も受けいれざるをえないと思われる。

(3) 非行少年の更生は、本人やその近親者の頑張りだけでは達成されない。彼ら・彼女たちを取り巻く社会の支えがきわめて重要である。³²社会の側が予断と偏見に基づいて、非行少年が更生しようとする努力を少なくとも妨げるようなことがあつては、少年が健全に育つことは難しい。推知報道は、たしかに国民の知る権利にも奉仕するのかもしれない。しかしながら、同時に、非行はこの少年の仕業であるという情報が不特定多数の市民に伝えられることの危険も考慮しなければならない。やはり推知報道には非行少年に対し犯罪者のレッテルを貼るおそれがある。この報道に接した市民にもそうした意識を根深く植え付けるおそれがある。そうした状況では非行少年が社会に復帰することは相当困難である。

こうした観点をふまえると、少年法六一条は、非行少年の推知報道を禁ずることにより、社会に非行少年を差別する意識が広まることを防ぎ、非行少年が更生する努力を社会の側が妨げることがないようにする点に主眼が置かれているとみるべきである。

(Ⅲ) 刑事責任肯定説

推知報道により非行少年を差別する意識が広まらないようにすることが少年法六一条の狙いだすると、こうした利益の保護に適しているのは、以前から説かれていたように、名誉毀損罪（刑法二三〇条一項）による対応である。³³³⁴

プライバシー・名誉権説や成長発達権説によると、推知報道は基本的に民事責任の問題、すなわち両当事者間の問題として解決されるべきである、との暗黙の前提があるようにみえる。しかしながら、推知報道による影響は広範囲に及び、もはや公的な問題と化してくる。当事者間により問題解決を図ることにには限界があるように思われる。ただし、刑事責任肯定説を貫くためには、いくつかの点について論証が必要である。

第一に、そもそも非行少年の名誉とは何か、である。非行少年にも名誉は当然にあるとされているが、このことは必ずしも自明なことではない。推知報道は非行を犯した少年に関してなされるものである。したがって、推知報道と名誉毀損との関係を捉えるに際しては、非行を犯していない一般の少年ではなく、非行を犯した少年を前提に考える必要がある。まさしく非行少年の名誉とは何かが明らかにされなければならない。

第二に、非行少年の名誉が明らかにされたことを前提とした上で考えられなければならないのは、推知報道のもつ法益侵害性をどう捉えるかである。推知情報以外、すなわち非行行為そのものについては、公共の利害に係る事実に当たる。後者に関する報道は、たしかに非行少年の名誉は低下させるが、それよりも、人々の知る利益が優先される。こうした状況の中で、推知情報が報道に付け加えられた場合、いかなる理由で、知る権利よりも非行少年の名誉の保護が優先されるのが明らかにされなければならない。

第三に、推知報道は例外なく名誉毀損罪に当たるのか、という点である。民事の裁判例に拠れば、ニュアンスの差

はあるにせよ、少年の名誉やプライバシー、肖像権を保護することよりも上回る公共の利益が認められる場合、推知報道は許容されるとしている。推知報道が名誉毀損罪に該当する可能性を指摘する見解の中でも、限定的であるものの、少年の実名報道が許容される場合があることが指摘されている⁽³⁶⁾。

三 非行少年の名誉

（一）更生が社会から期待されている存在として

(1) 私見によれば、非行少年には、非行を犯したことを端緒に、どうか更生し健全に育ってほしいという期待が社会から寄せられている（少年法一条）。これが、非行少年が社会から受けるべき社会的評価である。その手がかりは二つある。

第一に、ノンフィクション「逆転」事件に対する最三判平成六年二月八日の一節である。すなわち、「有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから、その者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏が害されその更生を妨げられない利益を有する（傍点、筆者）」⁽³⁷⁾と述べている。少年の健全育成を目標にしている少年法の理念に照らすと、少年が社会復帰する利益は成人よりもますます強く保護されなければならない。

第二に、名誉毀損罪を少年法六一条と関連づけることにより、管見によると、成長発達権説の弱点を一定程度、克服しうると考える。成長発達権の弱点は、推知報道による少年の権利侵害を具体的に示せない点にあった。また、それを具体化しようとすればするほど、推知報道の禁止を求める時点が遅くなる結果、かえって、少年の権利侵害が深

刻化することも、同説の欠点である。思うに、推知報道によって少年の成長発達侵害される危険は類型的危険であることを率直に認めるべきである。ただし、成長発達権の主張、すなわち非行少年には周囲の支援を受けながら自律的な人間へと成長していく権利があり、推知報道はそうした少年の姿勢に萎縮をもたらすとの指摘は、問題の本質を鋭く捉えている。私見に拠れば、成長発達権説の弱点を克服し、その正しさを採り入れることができるのは、少年法六一条を刑法二三〇条の二の例外規定と捉える説ではないかと考える。

(2) ただし、ここで検討を要するのは、右のような社会的評価を刑法上保護すべき理由は何か、である。先に指摘したように、非行少年には当然に名誉があるとされているが、その理由は定かではない。⁽³⁸⁾ 非行少年が現に受けている社会的評価で十分で、その内実までは明らかにする必要がないと考えられているかもしれない。しかしながら、少年法六一条を、真実性の証明にもとづく名誉毀損を適法とする刑法二三〇条の二の例外規定として捉えるならば、その分、報道の自由を抑制することを許容するのだから、より説得的な説明が求められるはずである。こうしたことから、社会から向けられた更生への期待が名誉たりうるかを考えなければならない。そこで、プライバシーと区別するため刑法上保護されるべき名誉を規範的に限定しようとする見解を⁽³⁹⁾参照し、非行少年の名誉が刑法上保護するに値するかを検証したい。

この見解は名誉概念を次のように捉える。刑法上保護に値する社会的評価とは人に関する一切の評価ではなく、人の人格に対する評価であるとする。⁽⁴⁰⁾ そして、個人に責任のない人格とは無関係な事実が名誉に関する事実から除外する。⁽⁴¹⁾ その上で、問題となっている事実が社会的に重要か否かを判断し、社会的に重要な事実の場合は刑法二三〇条の二による真実証明による免責を認めるのに対し、社会的に重要な事実ではない場合は社会的評価から自由とされるべ

き利益が害されているため名誉毀損罪として可罰的とされる。⁽⁴²⁾ なお、社会的に重要な事実か否かはプライバシー保護の観点から決する。プライバシーとは、個人の人格に対する評価を生活の場によって切断し、個人に社会的評価から自由な領域を認めることにあるとされる。⁽⁴³⁾

マスメディアが少年の非行行為に関係する事実のみならず、非行は少年の仕業であることを推知する情報、すなわち、氏名、年齢、職業、住居、容ぼう等に関する情報を報じた場合、この見解を手がかりに考察すると次のようになりう。

この見解によると、生まれつきの身体的特質、家柄、血統、人種、妻の不倫（夫の名誉との関係で）などは、人の人格的価値とは無関係であるから、名誉に関係する事実から除外するべきであるとする。⁽⁴⁴⁾ もしもそうした事実が含まれた表現を直ちに名誉毀損罪として処罰するならば、社会の偏見を追認し、固定化する危険があるからであるとする。⁽⁴⁵⁾ それでは、非行を推知する報道はどうか。この見解から推論すると、おそらく名誉に関する事実から除外されると解することも可能である。少年は人格的に未熟であるから非行はその人格による所産とはいいがたい。しかも、非行少年という事柄はその人の社会的評価を下げる事実であると解したうえで、その推知報道を処罰するならば、社会の非行少年に対する差別意識がこうした処罰により、むしろ助長されるおそれもある。このような捉え方も可能かもしれない。

右の推論がかかる見解から可能だとすると、それは妥当ではない。この社会は非行少年を差別するべきでないから、少年を推知する報道は名誉毀損罪として処罰するべきでないとするのは、本末転倒である。思うに、現に受けている社会的評価を下げるおそれのある行為が処罰されるのは、社会的評価が下げられることにより、現在および将来にわ

たり社会生活上の不利益が生じる可能性が絶無とはいえないからである。少年はたしかに非行により社会的評価はいったんは低下する。しかしながら、非行少年に対しては、非行の時点から、健全に育成し更生することが社会の側から期待され、この期待に少年は応えることが求められている（少年法一条）。こうした評価は名誉毀損罪の保護範囲に含まれるとむしろ捉えるべきである。

(3) なぜ推知報道は名誉毀損罪（刑法二三〇条一項）に該当するのか。これをいうためには、非行少年の名誉すなわち更生が期待されているという社会的評価を低下させる類型的危険を推知報道がもつことが、さらに論証されなければならない。

成人の場合、被疑者や被告人などを推知する報道は、刑法二三〇条の二第二項により許容されている。それは、成人の刑事司法制度に由来する。すなわち、そこでは、本人が過去に惹起した法益侵害行為を基礎に刑罰は科せられるからである。まさしく行為者の行為責任が問われる。かような制度である以上、犯罪は誰が引き起こしたのかという情報は行為者に責任能力等がある限り国民に知らされるべきである。

これに対して、少年の行為者への対応は成人の場合と異なる。それは少年法の保護主義による。すなわち、そこでは、非行と少年との結びつきをひとまず切り離され、非行少年が将来犯罪を犯さず更生するにはどのような処分が妥当か、が問われる。ところで、少年の推知報道は、いやおうなしに、過去の非行と少年とを連結させる機能をもつ。したがって、少年法の趣旨に反し、情報を受けた人々が少年の行為責任を赤裸々に問う事態が予想される。

それでは、推知報道によつて更生が期待される少年にどのような実害が生じるか。たしかに、推知報道がなされたとしても人々は少年を忘れることもある。また、少年を覚えていても更生の手助けをする人もいるであろう。しか

し、それが普通であるとはいいたい。推知報道により少年の名前や顔がまず人々の記憶に刻まれる。そして、社会復帰を試みる段階に至り、少年に対して制裁的な態度を取る人が出てこよう。住居探しや就職、結婚、経済的信用の構築などの際に、少年に差別的対応を取る者もいよう。このように推知報道には、直近だけでなく中長期的に少年の更生を妨げる危険性が備わっている。

(4) 非行少年には更生して社会でもう一度人生をやり直すことが社会的に期待されている。これを非行少年の名誉とするならば、非行少年を推知する報道が例外的に許容される場合がありうる。そこでは刑事罰による制裁は控えられるべきではないかと考える。それは、死刑が確定した少年に関する推知報道である。

たしかに、死刑が執行されるその日まで、その者は人格的に成長しうることは認めなければならない。しかし、死刑判決を下すということは、法的にみて、少年の更生可能性を全面的に否定することを意味する。しかも、その少年には例外的に行為責任が問われている。かようなことから、犯罪行為と少年とを連結する推知報道は例外的に許容されてよいと思われる。

理由はこれだけではない。裁判員裁判の現在においては、国民が少年に対して死刑を宣告しうようになった。死刑に処されることが確定した少年を匿名のままにし、そのまま死刑執行の日を迎えさせることは、それこそ、密行の批判を免れない。死刑が確定した少年に関する報道は自由にし、少年がなぜそうした犯罪を惹起するに至ったのか、さらに、死刑判決が妥当だったのかを、国民全員が考える責任を負うのではないかと考える。この点については、知る権利を重視する観点を取り入れてよいと思う⁴⁶。

死刑が確定した少年を推知する報道は、いちおうは名誉毀損罪の構成要件に該当はするが、刑法二三〇条の二第一

項の公共の利害に係る事実に当たるものとして捉え、その違法性を阻却する余地を認めるべきである。

(二) 予想される批判

(1) 管見に対する批判はまず知る権利を重視する陣営から出されるであろう。国民の知る権利に枠をはめるようなやり方には慎重であるべきである⁽⁴⁷⁾、という考え方、更生や社会復帰の観点から表現の自由を制約するには説得的な根拠を示すべきであるとの批判⁽⁴⁸⁾などは、表現の自由に優越的地位を認めるところから発せられている。

とくに管見は少年法六一条を刑事規制と関連づけているから、より強い批判が予想される。とりわけ、少年法六一条を刑法二三〇条の二の特別規定と解することに対しては、そもそも刑法二三〇条の二は言論の自由と名誉保護を両立するために設けられた規定だから、同条の適用を少年法六一条によって一律に禁止することは憲法二一条からしてどうてい正当化できない⁽⁴⁹⁾、との批判がある。

たしかに、少年刑事制度が正しく運用されているかどうかを国民の視点から監視することは必要である。また、少年事件は社会的要因に深く根ざしたものであるから、非行少年の推知可能性との限界が微妙な場合も出てこよう。しかし、少なくとも非行そのものを起点として非行行為の背景を分析する報道は公共の利害に係る事実とみるべきであって、推知に至らない範囲での報道は許されてしかるべきである。

しかしながら、次のような疑問が残る。第一に、推知情報の報道を禁止することがなぜ憲法二一条違反といえるのか、その説得的な理由が示されていない。犯罪報道をする際には被疑者の氏名は結果的に不可欠であるとか結局は氏名が明らかになってしまう⁽⁵⁰⁾というのは、論拠としては頼りない。推知情報は公共の利害に係る事実⁽⁵⁰⁾に該当しない

と推知報道禁止説が主張する眼目は、推知情報が結果的に社会へ流通する事態を防ぐことだけではない。むしろ非行を報道する側の行動基準である。行動基準にはその領域におけるモラルと法規範⁵¹による統制の二側面がある。少年非行をめぐる報道者のモラルは、現段階においては、新聞協会が示した基準からは離れているし、モラルの確立を説く者の声は小さいものとどまっているように映る。法的統制に期待せざるをえないのが現状のように思われる。

第二に、少年法六一条による規制が一律的であるとする点についてである。批判説は少年の氏名など少年を特定する情報について、「少年保護の必要性と表現の自由、そして国民の知る権利を個別具体的に慎重に比較衡量し、その上で一定の要件を満たす場合に限って非公開とすることを認めるべき⁵²」であると主張する。ここで注目すべき点は、比較衡量に依拠して個々のケースに応じて推知報道の可否を決めようとしていることである。こうした考え方に立つと、少年法六一条をめぐる裁判例に現れているように、推知報道の可否の線引きが明確でなくなる可能性が高い。そうすると、かえって報道の自由を不確かなものにするのではないかという疑問が残る。私見によれば、刑法的に推知報道を一律に禁止する一方、推知報道が例外的に許容される余地があるのかは、正当行為（刑法三五条）も射程に入れて論ずる方が、報道に携わる者の行動基準を明確化するのに優れている⁵³。

(2) もう一つの批判は、少年法六一条違反と名誉毀損罪とを結びつけることに消極的な見解から出てこよう。少年法六一条をめぐる議論状況を概観すると、刑事責任と少年法六一条の問題を結びつけることについて、消極的な見解が少なくないように思える。もちろん、これまで同条違反が刑事裁判となった事案は存在しないし、そもそも、名誉毀損への対応は様々存在しているから、刑法的対応は無用と思われる⁵⁴。民事的な対応で十分であるとされているのかもしれない。

たとえば、少年法六一条は、推知報道による、名誉、プライバシーあるいは成長発達権と結びつく社会復帰の利益の侵害の発生を推定させる規定であり、こうした推定は民事上の責任に限定され、刑事上の責任に少年法六一条は全く関与しないと見る見解⁵⁴がある。また、少年法六一条の法的効果をめぐり、もっぱら民事損害賠償を念頭に議論を展開している見解⁵⁵もある。いずれの見解も、推知報道が名誉毀損罪を構成するかという問題と少年法六一条の法的効果とは無関係かあるいは別枠組みの問題として捉えている。

しかしながら、すでに言及したように、成長発達権説の弱点は民事訴訟において成長発達権侵害を具体的に提示するのが難しいという点にある。かりに推知報道により成長発達権が侵害される具体的な事象が現れたとしても、その時点で、当該報道について民事訴訟を提起することは、少年の利益を保護する観点からすると、あまりにも遅きに失する感⁵⁶は否めない。

管見によれば、推知報道が少年の更生の利益を侵害する危険は抽象的危険のレベルにあり、逆から言えば、少年と非行を結びつける報道それ自体に少年を社会において疎外する典型的危険があるとみるべきではないかと思う。こうした理解が正しいとするならば、それにふさわしい規制の一つとして名誉毀損罪による規制がありうることを直截的に認めるべきである。

四 いくつかの類型への当てはめ―まとめに代えて―

管見をまとめたい。非行少年の名誉とは、更生が期待されているという社会的評価のことをいう。少年の推知報道は更生を妨げる典型的危険のある行為であり、右の社会的評価を低下させる。したがって、少年の推知報道は名誉毀

損罪に該当する。少年を推知する情報は、それが社会に広まると少年の更生の妨げとなる危険があるため、公共の利害に關係する事実とはいえない。ただし、死刑が確定した少年の推知報道については、事件そのものや死刑に至る法的判断過程を検証する必要性が高く、死刑の密行を避けるためにも、公共の利害に關係する事実とみて、例外的に許容される。

こうした管見の立場から、その他の事案についてはどうなるか示したい。

第一に、死刑以外の刑罰、例えば、有期刑や無期刑が少年に科されることが確定した場合、見解の割れるところであるが、少年が社会復帰する機会は法的に未だ剥奪されていない以上、推知報道は許されない。

第二に、少年時代に犯した非行について成人後に推知報道がなされた場合、保護処分などの後に現に受けている社会的評価を下げるものとして名誉毀損罪に問いうる。少年は保護処分などをすでに受け、社会からの期待は果たしているといえるから、その名誉毀損の程度は少なくとも考えられる。

第三に、成人後に犯罪を犯し、その報道との関係で、少年時代の非行を推知する報道がなされた場合、管見によれば、その者が現に享受している名誉を毀損したとみる。たしかに、成人後の犯罪は少年時代の更生が不十分だったことの現れであり、その責任はその者が負うべきであるとの見方もありうる。しかしながら、それは一面の見方にとどまる。非行に対する更生の責任は、保護処分などを受けることによって、十分に果たされている。そうした社会的評価を低下させている。

【付記】この拙稿を、学生時代からの恩師である船山泰範先生へ献呈したい。先生との出会いがなければ、この道

に進むことはなかった。学恩に深く感謝申し上げる。

(1) 船山泰範「刑法における行為の人的構造」日本大学法学部創立百周年記念論文集第一卷（一九九〇年）、同『人間の目で見える刑法（改訂版）』（一九九七年）など。

(2) 田宮裕編著『少年法（条文解説）』（一九八六年）二九八頁以下（船山泰範執筆）。

(3) 松井茂記「少年事件と報道の自由」民商法雑誌一二〇巻二号（一九九九年）一八九頁以下、「犯罪報道と表現の自由」ジュリスト一一三六号（一九九八年）三八頁。

少年法六一条について松井は次の四つの理由により憲法二一条に違反するとしている。①非行が公開の刑事裁判で審理される場合、そこで出た推知情報を報道してはならないとする点、②マス・メディアが通常の取材や独自の取材で知りえた情報の公開を禁止している点、③少年に関する推知情報の公表を一切禁じるのは過大包摂である点、④「新聞その他の出版物」に推知報道の禁止が限定されているのは過小包摂である点、である（松井「少年事件と報道の自由」二二七―二二八頁）。

(4) 田島泰彦「少年事件と表現の自由」法律時報七〇巻一号（一九九八年）一一頁以下。少年法六一条に批判的な発言として、奥平康弘ほか「座談会・犯罪報道とプライバシー・名誉・その他の人格的利益をめぐって」ジュリスト一一三六号（一九九八年）二五頁以下（濱田純一の発言）。

(5) なお、旧少年法（大正一一年四月一七日法四二）七四条は第一項において「少年審判所ノ審判ニ付セラレタル事項又ハ少年ニ対スル刑事事件ニ付予審又ハ公判ニ付セラレタル事項ハ之ヲ新聞紙其ノ他ノ出版物ニ掲載スルコトヲ得ズ」とし、第二項において「前項ノ規定ニ違反シタルトキハ新聞紙ニ在リテハ編輯人及発行人、其ノ他ノ出版物ニ在リテハ著作者及発行者ヲ一年以下ノ禁錮又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス」としていた。

(6) 名誉毀損行為が公共の利害に関する事実にかかるとき、それが真実であれば違法性がなく、行為者が真実であると誤信した場合は故意もしくは過失はなく、いずれも不法行為責任を負わないとした最一判昭和四一年六月二三日（民集二〇巻五号

一一一八頁）を引用している。

（7） 本判決によれば、プライバシー侵害の有無を検討する際は、事実を公表されない法的利益と公表する理由を個別具体的に判断し比較衡量するべきであるとした上で、着目するべき事情として、次のものを挙げる。①少年の年齢および社会的地位、②犯罪行為の内容、③少年のプライバシーに属する情報が伝達される範囲と少年が被る具体的被害の程度、④本件記事の目的や意義、⑤記事公表時の社会的状況、⑥当該記事において事実を公表する必要性。

（8） 最三判平成六年二月八日（民集四八卷二号一四九頁。ノンフィクション「逆転」事件）を引用している。この裁判例は、過去の前科（被疑者や被告人、受刑者）などがみだりに公表されない法的利益があったとした最三判昭和五六年四月一日（民集三五卷三号六二〇頁）を、他方で、その者が引きおこした事件などの歴史的社会的意義が認められ、あるいは、その者の社会的影響力の程度によっては、前科の公表が許されるとした最一判昭和五六年四月一六日（刑集三五卷三号八四頁。月刊ペン事件）を、引用している。

（9） 最二小判平成一五年三月一日四日（民集五七卷三号二二九頁）の解説も、同条を「当該事件の捜査、審理等を行う手続において、少年を推知報道による悪影響から保護しようとする」政策的規定であると述べている。三村晶子・最高裁判所判例解説 民事編平成一五年度（上） 一五一頁。

（10） 葛野尋之・後掲注（20）・『少年司法の再構築』五六五頁・注一九二。成長発達権は人間の尊厳性に関わる権利であるから、知る権利や報道の自由との比較衡量によって正当化することはできないとしている。ただし、この見解は、他方で少年の推知報道を一律に禁止することの弊害を回避することも意識し、知る権利や報道の自由と比較衡量できるのは、少年のプライバシーや名誉であるとしている。

（11） 松井は、「少なくとも少年の更生を妨げる「明確かつ現在の危険」のようなものの証明は必要」としている（松井・後掲注（12）『少年事件の実名報道は許されないのか』一九三頁）が、このレベルの証明は少年側にはおよそ不可能と思われる。

（12） 船山泰範・前掲注（2）・二九九頁、白取祐司「少年事件の報道と少年法」法律時報七〇巻八号三三頁以下（ただし、少年法六一条ではなく子どもの権利条約をよりどころにすべきとされる。）、阪本昌成「脱リーガル・モラリズムの重大な一歩」新

聞研究五八六号（二〇〇〇年）三二頁、田島泰彦「少年の実名掲載と少年法六一条」判例時報七二卷九号（二〇〇〇年）九六頁以下、松井茂記『少年事件の実名報道は許されないのか』（二〇〇〇年）一七五—一七六頁（堺通り魔殺人事件第二審判決を支持し、長良川事件第二審判決を厳しく批判する）、福岡英明「少年事件報道をめぐる憲法問題」松山大学論集一七卷一号一九五頁（報道機関を名宛人とした禁止規範にすぎないとする。）、右崎正博「少年の実名報道と少年法六一条—堺通り魔殺人事件訴訟」別冊ジュリスト一七九号『メディア判例百選』（二〇〇五年）所収一〇一頁、澤登俊雄『少年法入門〔第六版〕』（四〇—一四一頁（二〇一五年）（なお、澤登が同条違反に対して罰則が必要としているとの評価（田宮・廣瀬編『注釈少年法（第三版）』四九八頁）があるが、澤登はむしろマスコミの自主規制に強く期待する趣旨で述べていると思われる。）。

(13) とくに、松井茂記は、本条を少年の成長発達権を保護する規定と捉える見解を強く批判する。松井・前掲注(12)・一七七—一八九頁以下。

(14) 一般社団法人日本新聞協会のホームページを参照 (http://pressnet.or.jp/statement/report/581216_89.html)。

(15) もっとも、山田健太「『少年の保護』と表現の自由」ジュリスト一一三六号（一九九八年）は、少年の実名や顔などを知りたいといった大衆のあくなき私的欲求を、非行の背景を分析することや、その裁判及び審判手続がどうなっているかなど、公益性のある議論に向かわせる点に報道機関の責務がある（四九頁以下）としている。

飯室勝彦「『妥当なジャーナリズム論と法律論の分離』新聞研究五八六号（二〇〇〇年）は、堺通り魔事件第二審判決について、『メディアの側にも重い課題を提示している。少年法六一条の立法趣旨に対する自覚と自律、それに適用除外をめぐる真剣な議論である。』（三九頁）とされる。いずれもメディア側の倫理の確立の必要性を説いている。しかしながら、残念ながら、この主張とは正反対なのが現状であろう。

(16) メディア研究者も、神戸連続殺傷事件における週刊誌の報道姿勢に対して、倫理的観点から厳しい批判を加えていた。塚本晴二郎「犯罪報道に関する今日的諸問題—神戸・児童連続殺傷事件の報道を事例として—」法学紀要三九卷（一九九八年）三五七頁、三六三頁以下。

(17) 松井・前掲注(12)・一八七頁以下。

- (18) 松井・前掲注(12)・一八七頁。
- (19) 松井・前掲注(12)・一八八頁。
- (20) 成長発達権説を支持するのは、福田雅章「少年法の功利的な利用と少年の人権」刑法雑誌二七卷一号（一九八六年）二二〇頁以下（同『日本の社会文化構造と人権』（二〇〇二年）所収四四四頁以下）、羽倉佐知子「実名報道と子どもの人権」ジュリスト一一六六号（一九九九年）一九頁以下、服部朗「少年事件報道と人権」新倉修・横山実編『少年法の展望（澤登俊雄先生古稀祝賀論文集）』（二〇〇〇年）二四九頁以下、山口直也「子どもの成長発達権と少年法六一条の意義」山梨学院大学法学論集四八号（二〇〇一年）七五頁以下、渕野貴生「少年事件における本人特定報道禁止の意義」静岡大学法政研究五卷四・五号（二〇〇一年）二九七頁以下、本庄武「成長発達権の内実と少年法六一条における推知報道規制の射程」一橋法学一〇卷三号（二〇一一年）八四七頁以下。また、成長発達権が形成される過程については、服部朗「成長発達権の生成」愛知学院大学論叢法学研究四四卷一・二号（二〇〇二年）一二九頁以下、葛野尋之『少年司法の再構築』（二〇〇三年）五四二頁。
- 平川宗信は、少年法六一条が保護する利益は、名誉権やプライバシー権だけでなく、少年が「社会復帰の促進を考慮した取扱いを受ける権利（手続におけるプライバシーを尊重される権利と推知報道されない権利）」であるとしている（平川宗信「少年推知報道と少年の権利」廣瀬・多田編『田宮裕博士追悼論集上巻』（二〇〇一年）五一五頁）。後藤弘子「審判の非公開と匿名報道」斉藤豊治・守谷克彦編著『少年法の課題と展望 第二巻』（二〇〇六年）所収も、少年法六一条は社会復帰の促進を考慮した取扱いを受ける権利を保障しているとし、社会に対して少年の社会復帰への協力を求めても得られない状況を反映した規定とされる（二三五頁以下）。いずれの見解も成長発達権の一趣旨をより具体化したものといえる。
- (21) 福田・前掲注(20)・『日本の社会文化構造と人権』四六一頁。
- (22) 山口は、成長発達権には自由権と社会権が含まれるとしている（山口・前掲注(20)・八五―八六頁）。
- (23) 本庄・前掲注(20)・八五〇頁以下。
- (24) 丸山・後掲注(33)・「少年法六一条の意義」七三頁以下。
- (25) 葛野・前掲注(10)。

(26) 渕野・前掲注(20)・三一六―三一七頁。

(27) 本庄・前掲注(20)・八六一頁。

(28) 本庄は、侵害が潜在的な状態であっても、少年が萎縮し成長発達に阻害されるため、この事態は現実の侵害として捉え直すことが可能になる、として堺通り魔事件第二審判決を批判する(本庄・前掲注(20)・八六八頁および注52)。それがどう現実化したのか、あるいは、現実化する可能性があったのかを、具体的に示す必要があるのではなかろうか。

(29) 渕野・前掲注(20)・三三二頁、山口・前掲注(20)・八六―八七頁以下(成長発達権は成人に達すると消滅するがその効果は残存するとしている。)、本庄・前掲注(20)・八七二頁以下。本庄は、成長発達権を子ども期だけでなく成人となった以降にも認め、さらに、少年期に適切な支援を受けた成人とそれを受けていない成人とに区分け、後者については自立性を害さない限り成長発達のため支援を手厚くするべきであるとの見解を示す。

(30) 本庄・前掲注(20)・八八〇頁。実務は未熟な少年に対して死刑を科しているから、死刑確定後も少年の成長発達権は保障されるべきであり、また、推知報道の禁止により少年が自暴自棄に陥ることを防ぐとする。

(31) なお、私見によれば、少年に対する死刑は少年法の理念(第一条)と絶対に矛盾すると思われる。

(32) 飯田正剛は「少年の社会復帰・成長発達という観点から考えると、報道それ自体の問題よりも、そのような詳細な情報(事実)を受け止める個人個人、ひいては地域社会や社会の力量によるところがおおきい」とし、市民社会が少年の抱える問題を考える必要があるとされ、犯罪報道もこれに資するものでなければならぬとする。飯田「少年事件と情報公開」法律時報七〇巻一号(一九九八年)二二頁。

(33) 平場安治『少年法(新版)』(一九八七年)七八頁、葛野尋之「犯罪報道の公共性と少年事件報道」立命館法学二七一・二七二号(二〇〇〇年)九五五頁、平川・前掲注(20)・五二二頁以下、丸山雅夫「少年法六一条の意義」社会と倫理二〇号(二〇〇六年)七四頁以下、田宮・廣瀬編著『注釈少年法(第三版)』(二〇〇九年)四八九頁。

(34) なお、少年法をこのように解することによって、インターネット上に個人が少年を推知可能な情報を公開する行為も可罰的とされる可能性が出てくる。しかしながら、拙稿はそこまで及ぶことができなかった。他日を期したい。

(35) 平川・前掲注(20)・五二二頁、丸山・前掲注(33)・七四頁。

(36) 平川は、公人的な少年、すなわち、社会的影響力のある少年、未成年の皇族を例に挙げている（平川・前掲注(20)・五二二頁注38）。平川によれば、公共の利害に係る事実とは市民自治に必要な事実と解し、公人の場合にはまさにこの定義に該当し推知報道は当然に許容されるが、少年の氏名は原則的にそれには当てはまらないとする。同五二二頁以下を参照。

丸山は、市民の正当な関心事としての公共的事実に関する公益目的にもとづく根拠のある報道だけが名誉毀損罪の成立が阻却されるとし、少年の実名がなくても犯罪報道や社会評論は可能としている（丸山・前掲注(33)・七四頁）。ただし、例外として、成人後に犯罪を犯した者が過去に犯した非行については推知報道を許容してもよいことが示されている（同七七頁）。

(37) 社会復帰の利益は成人にとっても重要な利益であることにつき、上村都「少年事件の推知報道―長良川事件報道訴訟」別冊ジュリスト二二七号（二〇一三年）『憲法判例百選Ⅰ』一五一頁を参照。

(38) 大判大正三年一月二四日（大審院刑事判決録二〇輯二三〇頁）は、犯罪や違法行為をした者もそれらに利益となる批判を受ける社会生活上の地位を有する、としているが、その理由は必ずしも明らかではない。

(39) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護（1）」（4・完）法学協会雑誌一〇一卷七号、八号、九号、一二号（一九八四年）。

(40) 佐伯・前掲注(39)・一〇一卷一七七八頁。

(41) 佐伯・前掲注(39)・一〇一卷一七〇頁。

(42) 佐伯・前掲注(39)・一〇一卷一六八頁。

(43) 佐伯・前掲注(39)・一〇一卷一七九頁。

(44) 佐伯・前掲注(39)・一〇一卷七号一一頁、一〇一卷一六九頁。

(45) 佐伯・前掲注(39)・一〇一卷一七〇頁。この見解の最終目標は、社会的評価から自由な領域を認めることにより、自由で個性を持った人間と多元的でひらかれた社会を目指すことにあると思われる（佐伯・前掲注(39)・一〇一卷一六六頁）。

(46) 葛野は、犯罪に関する事実の報道の公共性について、①人権保障に配慮した適正な刑事司法であることを監視するために必要な事実、②犯罪の背景にある問題、犯罪が提起した問題の解決によって、社会が自省的に発展していくための必要な事実、

を指摘する（葛野・前掲注（20）・五三七頁）。葛野は少年については左に該当するものはないと考えている。しかし、私見は、死刑が確定した少年については左の点に該当すると考える。

（47）座談会「犯罪報道とプライバシー・名誉・その他の人格的利益をめぐって」ジュリスト一一三六号（一九九八年）二六頁（濱田純一発言）。濱田は知る権利に枠をはめるためには、最初から枠を考えるのではなく、そのための合意をえる議論のプロセスのつくりかたが重要であるとする。

（48）田島泰彦「少年事件と表現の自由」田島・新倉編著『少年事件報道と法―表現の自由と少年の人権』（一九九九年）所収一〇頁。

（49）松井・前掲注（3）・二三〇―二三二頁（注93）。

（50）松井・前掲注（12）・一四二頁。

（51）少年報道に関する報道基準の確立は法規制ではなく、自主的倫理的規律でなければならないとするのは、田島・前掲注（48）・二二頁以下。

（52）松井『メディア法入門（第五版）』（二〇一三年）一五四頁。

（53）推知報道に関し、賛成論者も反対論者も自説の論拠を刑法二三〇条の二（とくに公共の利害にかかる事実をめぐって）におくが、このことは同条が切り札とならないことを示している。二三〇条の二によって言論の自由を保障することには限界があることを明確にしたものとして、藤木英雄「事実の真実性の誤信と名誉毀損罪」法学協会雑誌八六卷一〇号（一九六九年）一一一六頁以下を参照。

（54）渕野・前掲注（20）・三二七頁。

（55）本庄・前掲注（20）・八六一頁以下、および八六二頁注44。

損害賠償命令制度の意義と機能

—— 刑事司法のパラダイム転換による損害賠償制度の再構築の可能性 ——

長谷川 貞 之

〈目次〉

- 一 はじめに
- 二 損害賠償命令制度の創設に至る経緯
- 三 損害賠償命令制度の基本構造と運用上の問題点
- 四 損害賠償命令・刑事和解と刑事司法のパラダイム転換
- 五 結 語

一 はじめに

刑罰と損害賠償は、不法や責任構造における差異から制度的な違いがあると考えられているが、その淵源を遡れば、元は同一の根源に由来する制度である。^①両者は、国家権力や裁判制度が確立・整備されてくるにつれて、国家の刑罰権の確保と犯罪被害者の損害回復とが明確に区別されて制度的に分離し、別個の制度として位置づけられるようになった。しかし、近時、両者は、機能的にあるいは制度的に接近する傾向にある。わが国では、刑罰と損害賠償の融合した制度の一つとして、二〇〇七年六月、犯罪被害者が刑事手続の成果を利用して、簡易・迅速に損害賠償請求権を実現することを定めた「損害賠償命令」制度が創設された。これは、従前の「犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」（いわゆる犯罪被害者保護法。平成一二年法律第七五号）の題名を「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」（付随措置法。平成一九年法律第九五号）に改めるとともに、同法の第五章に損害賠償命令制度として「刑事訴訟手続に伴う犯罪被害者等の損害賠償請求に係る裁判手続の特例」を設ける形で創設されたものである（付随措置法九条～二九条^②）。

従来、多くの犯罪被害者およびその遺族が加害者に対して損害賠償の請求をするには、高い裁判費用と多くの労力ないし時間を要し、独力では証拠が十分にはえられないなど、様々な難点があり、犯罪被害者等にとって現在の損害賠償制度が十分に機能しているとは言い難い状況にあった。このような状況に鑑み、従前の犯罪被害者保護法の一部を改正し、犯罪被害者等が刑事手続の成果を利用して、簡易かつ迅速に損害賠償請求に係る審理および裁判を行うことを目的として創設されたのが、損害賠償命令制度である。

この損害賠償命令制度は、後述するように、一定の対象犯罪について、刑事被告事件の判決言渡し直後に同じ裁判官によって当該事件の被告人に対する損害賠償請求の民事裁判が開始するという仕組みをとっている。損害賠償命令制度は二〇〇八年二月より運用が開始され、施行の前後より、同時に導入された「被害者参加」制度とともに社会的に大きな注目を浴び、マスコミなどでも大きく取り上げられた。⁽³⁾しかし、損害賠償命令制度の利用は、被害者参加制度が刑事訴訟において確実に定着しつつあるのとは対照的に、必ずしも多いとはいえない。⁽⁴⁾なぜ損害賠償命令制度の利用は少ないのか、損害賠償命令制度が果して実際に機能しているといえるのかどうか。これらの点については、これまで必ずしも十分な検証や把握がなされてこなかったように思われる。⁽⁵⁾

筆者はかつて、損害賠償命令制度の創設以前に設けられた「刑事和解」の制度を取り上げ、附帯私訴との関連を明らかにしながら、民事損害賠償の観点から犯罪被害者等の損害回復の問題を論じたことがある。⁽⁷⁾本稿は、この前稿に続くものである。本稿では、前稿の成果を踏まえながら、新たに創設された損害賠償命令制度について、すでに導入されている刑事和解制度との関連にも言及しながら、修復的正義と刑事司法のパラダイム転換の観点から、その立法的意義および運用実態を明らかにしつつ、解釈上の問題点を指摘するとともに、犯罪被害者等の被害回復のためには刑事和解制度との併存的利用が有用であることを明らかにすることにした。

二 損害賠償命令制度の創設に至る経緯

1 犯罪被害者の地位と裁判制度

ヨーロッパの法史において、刑事裁判は、紀元前のタリオ思想に根差した復讐の時代を経て、いわゆる「血の復

「讐」を止めさせる制度として発達してきた。⁽⁸⁾ 時が経過し、時代が進むと、復讐を贖うための贖金は、半自由民や奴隷に対する加害、動物による加害、動物の滅失・毀損、窃盗の被害についてのみならず、殺人や重い傷害の場合においても支払われるようになった。贖金は復讐放棄の代償であつたから、贖金支払いの範囲が広がることは、それだけ復讐禁止の範囲が広がったことを意味する。五世紀後半頃までの古代ゲルマン社会においては、贖金が広い範囲に及び、その利用がみられる。とりわけ、殺人に対する復讐に代えて支払われる贖金である人命金または殺人賠償金のことを「ウェルゲルト (Wergeld)」といい、その他の不法行為に対する贖金である賠償金のことを「ブーセ (Busse)」といって、贖金を表現している。広義のブーセはウェルゲルトを包含するものであるが、ウェルゲルトの額は被害者の身分によつて異なり、貴族のウェルゲルトは一般人のそれよりは高額であつたといわれている。四世紀後半に起こつたゲルマン民族の大移動の結果、西ヨーロッパの各地にゲルマン諸部族の国家が建設され、あわせて部族法典も制定されたが、部族法典においては、復讐放棄の代償である贖金はどの部族法においても重要な部分を占めていた。時代の進展とともに、国家体制や裁判制度が次第に整備されてくると、一般の不法行為に対する贖金を意味したブーゼの一部は、被害者に対してではなく、国家に対して支払うことが命じられるようになる。そして、贖金は、一二―一三世紀になると、平和金を意味する「フレドゥス (Fredus)」と呼ばれるものが現れるに至り、独立した公法的罰金の性格を有するようになった。このような段階を経て近代に至ると、ブーゼは、一方では刑事裁判としての罰金へ、他方では民事上の損害賠償へと、それぞれ分化して行くことになった。S・シェーファーによれば、近代法により裁判制度が整備されるに伴い、ゲルマン民族における血の復讐や贖罪金制度は次第に衰退して行つたといわれている。⁽⁹⁾ わが国でも、ほぼ同様に、加害者と被害者との復讐の時代から裁判という形で公的権力が刑事事件を処理し、公的な立場

から刑罰を科すことがみられる。⁽¹⁰⁾ 近代法のもとで刑事裁判が確固たる制度として確立してくると、犯罪被害者やその遺族は事件の関係当事者でありながら、刑事裁判における当事者は検察官と被告人（加害者）およびその刑事弁護人であり、犯罪被害者等は「忘れられた存在」となっている。

しかし、二〇世紀に入り、ドイツや他の欧米諸国では、刑事裁判における犯罪被害者の地位について、権利保障の観点から、刑事手続を利用した損害回復の制度が検討されてきた。とりわけ、一九五〇年代以降、欧米諸国は、犯罪被害者が刑事手続に様々な形で関与する法制度について活発に議論し、一九八〇年代には附帯私訴や刑事手続を利用した損害賠償に関して被害者の保護と権利保障のための法制度の整備が進められてきた。⁽¹¹⁾

これに対し、わが国では、犯罪被害者というのは証人として裁判所に喚問され、被害事実を述べるという形で関与する時代が長く続いた。前稿の研究でも触れたところであるが、戦前には、わが国においても、旧刑事訴訟法のもとに附帯私訴制度（五六七条以下）⁽¹²⁾ が設けられていた。しかし、わが国の附帯私訴制度は、統計数字からも明らかのように、刑事裁判官が刑事手続の中でそれと著しく異なる民事手続を行う煩雑さなどが原因で、実務上ほとんど機能しなかったといわれている。⁽¹³⁾ また、旧刑事訴訟法における附帯私訴は、戦後、アメリカ型の当事者主義に基づく現行刑事訴訟法への改正に伴い、職権主義に基づく民・刑の事件の一括処理が裁判所において困難になったことなどの理由で、廃止されることになった。⁽¹⁴⁾ これ以降、わが国における犯罪被害者は、一九八〇年頃まで、直接被害を受けた当事者であるにもかかわらず、告訴をするとか、⁽¹⁵⁾ 証人として刑事裁判に参加する以外は、十分な保護を受けることもなく、忘れられた存在として扱われてきた。

2 損害賠償命令制度の創設の経緯

わが国の犯罪被害者等の支援に関する立法の歴史が大きく動き出すのは、一九八〇年代の前後からである。そこから現在に至るまでの流れを整理すると、次の三段階に区分することができる。第一は、一九七四年の三菱重工ビル爆破事件を契機に、一九八〇年五月、「犯罪被害者等給付支援法」が制定されるまでの段階、第二は、一九九〇年以降発生した幾つかの事件を背景に、二〇〇〇年五月、いわゆる犯罪被害者等保護二法が制定されるまでの段階、そして、第三は、二〇〇七年三月、犯罪被害者の刑事手続への参加（刑事訴訟法三二六条の三三以下）と並んで刑事裁判所による損害賠償命令制度（付随措置法九条以下）が創設されてから現在に至るまでの段階である。¹⁶

（1） 第一段階——空白の八〇年代

わが国において犯罪被害者の問題が大きくクローズアップされることになるのは、一九七四年八月に起きた三菱ビル爆破事件（死者八人、負傷者三八〇人）を契機に、犯罪被害者の補償に関する議論が高まり、これを受けて、一九八〇年五月に「犯罪被害者等給付金支給法」（昭和五五法律第三六号。翌年一月一日施行）が制定された時である。犯罪被害者等給付金支給法（以下「犯給法」という）は、通り魔殺人などの故意の犯罪行為により死亡した犯罪被害者の遺族や重傷病を負いまたは身体に障害が残った犯罪被害者に対して、社会の連帯共助の精神に基づき、国が犯罪被害者等給付金を支給し、その精神的、経済的打撃の緩和を図ろうとするものである。犯給法の根幹をなす基本的思想は、自由主義社会において犯罪発生は自由の対価であり不可避であって、国民の誰もが被害を受ける可能性をもつという理解のもとに、犯罪被害者等を社会全体で平等に負担することが合理的かつ必要であるという考え方に基づくものである。¹⁷しかし、犯給法の制定以後、政府や民間において特段の動きもなく、「空白の八〇年代」とでもい

時代が長く続くことになった。⁽¹⁸⁾

(2) 第二段階——犯罪被害者の支援・保護と損害の回復に関する議論

その後、わが国では、一九九五年に地下鉄サリン事件、一九九七年には神戸幼児殺傷事件が起こるなど、犯罪被害者の問題が一気に社会の関心を集めた。⁽¹⁹⁾ 犯罪被害者やその遺族が犯罪被害から回復して平穏な生活に戻るためには様々な困難があることが指摘され、刑事手続における犯罪被害者等の支援・保護や地位の向上をいかに図るべきかということが重要な問題とされた。このような世論の高まりを受けて、二〇〇〇年に「犯罪被害者等保護二法」(「刑事訴訟法及び檢察審査会法の一部を改正する法律」、⁽²⁰⁾「犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」。通称「犯罪被害者保護法」)が制定された。犯罪被害者保護法は、「被害者の再発見」という観点から、犯罪被害者等の配慮・保護を目的としていくつかの制度を創設し、また、犯罪被害者等に権利を付与することになった。具体的には、意見陳述制度の創設(刑事訴訟法二九二条の二)、民事上の争いについての刑事訴訟手続における和解(刑事和解)制度の創設、公判の優先傍聴権、公判記録の閲覧・謄写権などの付与(「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」——以下、「付随措置法」と略する——一三条、二条、三条)が法律に盛り込まれることになった。⁽²¹⁾

この犯罪被害者等保護二法に続いて、二〇〇四年二月には、「犯罪被害者等基本法」(平成一六年法律第一六一号。以下「基本法」と略す)が議員立法の形で全政党一致により、国会で可決・成立した。これは、多くの犯罪被害者等にとって、その被害から回復して平穏な生活に戻るためには、依然として様々な困難があるとの指摘を受けて、これに応えるものである。基本法は、基本的な理念として、犯罪被害者にその尊厳にふさわしい処遇を保障される権利があるということを法律の世界で宣言し、これに基づいて、国には犯罪被害者のための施策を総合的に策定して実施する

義務があることを明記したうえで、具体的な様々な事項について講ずべき施策を提示した。この基本法の制定を受けて、内閣府は、内部に検討会や推進会議を設置し、基本計画の中で示された施策に関して具体的な検討を行う一方、基本計画の案（骨子）を取りまとめ、これをパブリック・コメントに付すとともに、国民から得られた意見・要望を踏まえたうえで、二〇〇五年一月に「犯罪被害者等基本計画（案）」を策定した。基本計画（案）は、同年十二月、政府において閣議決定され、「犯罪被害者等基本計画」（以下「基本計画」と略す）として定められた。基本計画においては、延べ六八にわたる犯罪被害者団体等から一、〇六六の意見・要望を聴取し、その中から新たに取り組むものおよび既存の取組みをさらに充実させるものを選別したうえで、これを四つの基本方針と五つの重点課題にまとめ、二五八の具体的な施策が示されている。⁽²²⁾ このうち、損害賠償命令制度に関しては、第一の重点課題である「損害回復・経済的支援等への取組み」の中で、「損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度を新たに導入する方向での検討及び施策の実施」として掲げられ、具体的な立法提案が求められた。

（3）第三段階——損害賠償命令制度の創設

前述の基本計画の策定とこれに基づく被害者団体等からのヒアリングを踏まえて、二〇〇六年九月、法務大臣から法制審議会に対し、犯罪被害者等の保護に関する諮問第八〇号が出された。諮問の内容は、前述の基本計画で示された四つの基本方針を概略でそのまま示すものであるが、これらの事項に関してその整備要綱の骨子を示されたいというものであったが、これを契機に、わが国においては損害賠償命令制度の創設に向けた動きが活発となつて行った。⁽²³⁾

法務大臣からの諮問を受けて、法制審議会は、二〇〇六年九月開催の一五〇回会議で審議を行い、まず刑事法部会において専門的な検討を行うことを決定した。⁽²⁴⁾ 刑事法部会では、二〇〇六年一〇月から翌二〇〇七年一月までの間に

合計八回の審議が行われ、最終的な要綱案（骨子）が決定された。これまでの法制審議会に対する刑事法関係の諮問では、あらかじめ事務当局で取りまとめた比較的具体的な要綱骨子を示すのが一般的であったが、今回は具体的な要綱骨子を示さないで、わが国に相応しい瀬度としてどのようなものが考えられるかという観点から、刑事法部会において根源的な審議・検討が行われた。損害賠償命令という名称はともかくとして、法制審議会刑事法部会における議論の中では、このような制度を設けること自体に積極的な反対はなく、むしろ大方の賛同がえられており、基本的な理論的問題が出される場面は少なかったといわれている。そして、二〇〇七年二月開催の法制審議会第一五二回会議において、賛成多数で要綱案が了承され、法制審議会会長より法務大臣に対して答申が行われた。⁽²⁵⁾ 答申によれば、「損害回復・経済的支援等への取組み」における「損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度を新たに導入する方向での検討及び施策の実施」としては、「損害賠償命令の申立て」制度として附帯私訴に類似した制度の創設を求めるというものであった。⁽²⁶⁾

法務省では、右の答申に基づき、「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律案」が立案され、閣議決定を経て、内閣より同法律案が二〇〇七年三月、国会に提出された。前述の要綱骨子にはなかったが、法律案では損害賠償の請求に関する決定という表現ではなく、損害賠償の「命令」という用語が使われている。立法担当者の説明では、あえて命令という言葉を用いたことについて、特段の深い意味はなく、実質的には決定またはそれに類似するものである。⁽²⁷⁾

国会（第一六六回常会）の審議では、前述の提出法案について一部修正が加えられたが、⁽²⁸⁾ 二〇〇七年六月、衆参両院の本会議でそれぞれ可決され、本法律が成立した（平成一九年法律第九五号）。国会での可決・成立にあたり、従前の

「犯罪被害者等の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」（犯罪被害者保護法）の題名が「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」（付随措置法）と改められた。損害賠償命令制度についていえば、付随措置法の第五章に「刑事訴訟手続に伴う犯罪被害者等の損害賠償請求に係る裁判手続の特例」（付随措置法九条以下）として規定が設けられることになった。⁽²⁹⁾

なお、付随措置法には、その附則九条に、「政府は、この法律の施行後三年を経過した場合において、この法律による改正後の規定の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるとき、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」という規定が置かれている。これを受けて、二〇一三年一月、法務省には「平成一九年改正刑事訴訟法等に関する意見交換会」が設置され、意見交換会のもとで何度か会合がもたれている。⁽³⁰⁾

三 損害賠償命令制度の基本構造と運用上の問題点

1 損害賠償命令制度の基本構造

新たに創設された損害賠償命令制度とは、当該被告事件に係る訴因として特定された事実を原因とする不法行為に基づく損害賠償の請求（これに附帯する損害賠償の請求を含む）について、犯罪被害者等の権利利益の保護・救済の観点から、犯罪被害者等による損害賠償請求に係る紛争を刑事手続の成果を利用し、簡易かつ迅速な手続により審理・裁判を行うことを目的とするものである。刑事手続における成果の利用、被害者の労力・負担の軽減、および、簡易・迅速な手続の保障が、この制度の三本の柱となっている。以下、この損害賠償命令制度について、申立て、対象となる被告事件の種類、裁判・審理などを概観し、その特徴というべきものを明らかにしておこう。⁽³¹⁾

損害賠償命令制度は、基本構造として、一定の対象犯罪を掲げながら、刑事被告人の判決言渡し直後に、同じ裁判官によって当該被告人に対する損害賠償請求等の民事裁判が開始するという仕組みをとっている（付随措置法九条一項）。前述の三本の柱を基本としながら、損害賠償命令制度においては諸種の手続が定められている。手続の特徴としては、予断排除・無罪推定の観点から、損害賠償命令の審理は有罪判決言渡し後に開始される（同法二〇条一項、二四条一項）。また、申立ては所定の事項を記載した書面で行わなければならない（同法一七条二項）、申立書の余事記載は禁止されている（同法一七条三項）。このほか、付随措置法に特別の定めがある場合を除き、損害賠償命令事件に関する手続については、その性質に反しない限り、民事訴訟法の規定が準用される（同法二六条³²）。手続に関する留意点としては、以下の点を挙げることができる。

まず、損害賠償命令制度を定めた付随措置法の第九条には、損害賠償命令の申立ての対象となる犯罪が列挙されている³³。基本的には、いわゆる生命・身体・自由といったものが保護法益となっている犯罪の中から、過失犯を除いたものが対象である。これは、これまでまったく前例のない制度を導入してこれを円滑に実施して行くためには、適用対象をこの制度に相応しいものに絞り、制度の実効性を一応確保して制度を立ち上げることが優先された結果である。対象となる民事上の損害賠償請求は、当該被告人に係る訴因として特定された事実を原因とする不法行為に基づく損害賠償請求（これに附帯する損害賠償の請求を含む）である。有罪判決の言渡しがあつたときでも、当該言渡しに係る罪が付随措置法九条一項各号に掲げる罪に該当しないときには、裁判所は決定で、損害賠償命令の申立てを却下しなければならない（付随措置法一三条一項）。この却下の決定に対しては、申立てが不適法であることを理由とするもの（同条項一号）を除き、不服を申し立てることができない（同条三項）。

次に、損害賠償命令の申立ては、特定の罪に係る刑事被告人事件（再審事件を除く）の被害者等が当該被告人事件の係属する地方裁判所に対し、その弁論の終結までに行わなければならない（付随措置法九条一項）。無罪、免訴、公訴棄却などの裁判があつた場合は、申立てが却下される³⁴。適法な損害賠償命令の申立てがなされても、損害賠償命令の申立てについての審理および裁判は、刑事被告人事件について終局裁判の告知があるまでは、これを行わない取扱いである（付随措置法二二条一項）。これは、刑事手続に対して同時に民事の損害賠償請求を認める場合、被告人の弁護活動が萎縮する恐れなどが懸念され、それに配慮したものである。この点で、損害賠償命令の制度は、厳密な意味での附帯私訴制度とは異なるものといえる。

損害賠償命令の申立てについての裁判は、刑事事件を担当していた裁判所が、有罪判決を言い渡した後に、民事の裁判所として行うものとされている。裁判所は、有罪判決の言渡し後、直ちに損害賠償命令の申立てについての審理のための期日を開き（付随措置法二六条一項）、刑事被告人事件の訴訟記録のうち必要でないと認めるものを除き、その取調べを行う（同条四項）。裁判所の審理は、同一の裁判所が被告人事件の訴訟記録を取り調べ、刑事裁判で用いられた証拠等を引用して行われるが、口頭弁論を経ないすることも可能である（同法一五条一項）。特別の事情がある場合を除き、四回以内の審理期日において審理を終結しなければならない（同条三項）。

裁判所は、審理に日時を要するなどの理由から四回以内の審理期日において審理を終結することが困難であると認めるときは、申立てによりまたは職権で、損害賠償命令事件を終了させる旨の決定をすることができる（付随措置法二四条一項）。また、裁判所が最初の審理期日を開いた後、当事者から審理および裁判を民事訴訟手続で行うことを求める旨の申述があり、相手方もこれに同意しているときは、裁判所は損害賠償命令事件を終了させる旨の決定をしな

なければならない（同条二項）。終了の決定があつた場合、損害賠償命令事件は訴え提起の擬制により、通常の民事訴訟に移行する（同条三項）。その際、当事者または利害関係を疎明した第三者は、裁判所書記官に対し、損害賠償命令事件の記録の閲覧・謄写、その正本、謄本・抄本の交付または損害賠償命令事件に関する事項の証明書の交付を請求することができる（同法二五条一項）。

以上の手続を経て、損害賠償命令の申立てについてなされた裁判は、送達または告知を受けた日から二週間内に異議の申立てがないときは、確定判決と同一の効力を有する（付随措置法一九条一項・五項）。損害賠償命令の申立てに係る裁判に対して当事者より異議の申立てがあつた場合、裁判所は、異議の申立てが不適法であると認めるときは、決定でこれを却下しなければならない（同条二項）、この却下決定に対しては即時抗告をすることができる（同条三項）。適法な異議の申立てがあつたときは、損害賠償命令の申立てについての裁判は、仮執行の宣言を付したものを除き、その効力を失うことになる（同条四項）。この場合、損害賠償命令の申立てに係る請求については、その目的の価額に従い、申立ての時に、申立てをした者が指定した地を管轄する地方裁判所または簡易裁判所に訴えの提起があつたものとみなされる（同法二〇条一項）。その際、裁判所は、検察官、被告人または弁護人の意見を聴き、取り調べた当該被告事件の訴訟記録中、関係者の名誉または生活の平穩を著しく害するおそれがあると認めるもの、捜査または公判に支障を及ぼすおそれがあると認めるもの、その他送付することが相当でないと認めるものを特定し（同法二一条一項）、これらを除いて損害賠償命令事件の記録を管轄権を有する当該裁判所へ送付しなければならない（同条二項）。

2 運用実態

前述したように、損害賠償命令制度は、二〇〇八年十二月よりその運用を開始したが、これまでの運用状況は必ずしも多くはない。前述の意見交換会の配布資料によると、件数は二〇一一年の終局事件数で二三七件にすぎず、あまり利用されているとはいえない³⁵。また、認められた賠償額も五〇〇万円までが約半数を占めており、高額な賠償が認められた例は少ない³⁶。このような運用実態をどのように評価すべきかについては、意見が分かれるところである。被害者団体の代表等からは裁判所の抑制的な運用への批判などが表明されているが、利用件数の少なさの原因は「立法時に被害者手続参加の理論的根拠が必ずしも明確にはされなかったことに求められる」との指摘もある³⁷。

日弁連が二〇一〇年七月に実施した弁護士を対象とする損害賠償命令制度の利用状況に関するアンケートによると、罪名別では、強姦・強制わいせつ等を合わせた性犯罪が全体の五〇％に及び、次いで、殺人・傷害致死等の被害者死亡事案が約二七％、殺人未遂・傷害等の被害者傷害事案が約二一％となっている。回答事例の多くは自白事件であるが、約三〇％の割合で一部否認事件や全部否認事件が含まれている。請求金額では、三〇〇万円以下の請求が約二七％、一〇〇万円以上の請求が約三七％あり、両者で全体の約六五％を占める。案件の中には、一億円以上の請求も数件みられるが、数としては例外である。審理の方式については、回答事例の約八八％で有罪の言渡しと同じ期日に第一回が開かれ、その多くが非公開の審尋で行われている。また、半数以上の事例で、二～三回の審理が開かれており、一回の審理で終結した事件は僅かである³⁸。

3 運用上の問題点

損害賠償命令の申立てに係る民事裁判は、刑事事件を担当していた裁判所が有罪判決を言い渡した後に、民事の裁判所として行う。裁判所の審理は、裁判所が被告事件の訴訟記録を取り調べ、刑事裁判で用いられた証拠等を引用して行われるが、口頭弁論を経ないこともできる。前述のように、任意的口頭弁論が採用されているため、被害者側の立証は記録の取り寄せという形で簡単に済ませることも可能である。この場合には、被害者側はもっぱら損害論に集中して主張・立証を行うことができることから、その点のメリットは大きいといえよう。

しかし、その一方で、損害賠償命令制度については、被害者側にとって極めて運用しにくい制度であるとの評価がなされている。⁽³⁹⁾ 具体的には、対象が訴因で特定された事実を原因とする不法行為に基づく損害賠償のみであるため、起訴事実に不満をもっている被害者にはこの制度を利用しようとする考えがないこと、被害品の返還請求や訴因よりも広い事実での損害賠償請求、被告人以外の者に対する損害賠償請求がこの制度ではできないこと、手数料が一律に二、〇〇〇円と低額に抑えられているが、通常の民事事件に移行した場合には訴額に応じて手数料が増額されてしまうことが挙げられる。また、賠償命令が出され、これに従って弁済がなされた場合には、そのことが控訴審において刑を軽くする方向で作用することがあり、それを嫌う被害者等もいること、賠償命令が出されても執行可能性が低く、とくに実刑の場合には賠償金の支払いが困難になってしまうことなども、マイナス要因として挙げられている。⁽⁴⁰⁾

このほか、損害賠償命令制度は、損害賠償請求の審理を刑事被告事件の審理と分離している点で、附帯私訴とは異なる制度となっているが、損害賠償請求の審理を見据えた弁護活動が刑事被告事件の審理において行われることから、刑事被告事件への実質的な影響は避けられないものがあるといえる。⁽⁴¹⁾

前述したように、損害賠償命令の申立ては、予断排除の観点から、請求の趣旨ならびに刑事被告事件に係る訴因として特定された事実その他規則で定める事項以外の事項を記載してはならないことになっている。しかし、この点、犯罪被害者等が損害賠償命令の申立てをしたこと自体や請求の趣旨の記載だけでも、刑事裁判を担当する裁判官に対して犯罪があつたとの予断を与える恐れがある。また、この点に関連して、損害賠償命令の申立てがなされた刑事裁判においては、罪種によっても異なるが、被害者の落ち度に関する過失相殺の割合が大きな争点となることが考えられる。そのような場合、犯罪被害者等を証人として尋問する際に、被害者の落ち度に関する詳細な尋問が実施されることが予想され、刑事裁判が長期化する可能性が増加する恐れがある。

損害賠償命令制度は、刑事事件の有罪判決の言渡し後に、損害賠償の請求についての審理を行うことが予定されている。この場合、有罪判決の言渡しによつて、その審級における刑事事件の弁護人の職務は終了することになるから、被告人は新たに損害賠償命令の申立てに関する訴訟代理人を選任しなければならず、訴訟代理人がいまままで損害賠償命令の申立ての審理に対応せざるをえない事態が予想される。このような場合、刑事施設に収容されている被告人が民事訴訟のすべての裁判に出頭することは実際不可能である。自ら出頭することもできないまま審理が行われて、損害賠償命令が発せられることになると、被告人には実質的に防御権が保障されず、裁判を受ける権利（憲法三一条）が侵害される恐れがないとはいえない。

四 損害賠償命令・刑事和解と刑事司法のパラダイム転換

1 損害賠償命令制度の三本の柱と被害者救済の観点

周知のように、刑事訴訟手続は、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適切かつ迅速に適用・実現することを目的とする。これに対し、民事訴訟手続は、対等な私人間の生活関係上の紛争、利害の衝突を解決・調整することを目的とする。わが国においては、刑事訴訟手続によつて犯罪に対する処罰が行われ、民事訴訟手続により生じた損害の回復が行われるように、刑事と民事の手続が明確に分離されている。

戦前の刑事裁判は、職権主義訴訟の構造のもとで、裁判所が訴訟の主導権を握り、検察官の主張の範囲（公訴事実）に制限されることなく証拠調べを行い、判断することができた。そのため、刑事裁判に私訴が附帯される場合、その範囲について検察官の主張がないときであっても、当前に証拠調べを行い、判断することができた。これに対し、戦後の刑事裁判は、当事者主義を基調とし（刑事訴訟法二五六条六項、三二二条一項など）、訴因制度（同法二五六条三項）を採用したことから、審判の対象が検察官の主張の範囲（訴因）に制限されることになった。その結果、国家の刑罰権を実現するという刑事訴訟手続の中に、被害者等による損害回復という民事訴訟手続を持ち込むとしても、刑事事件の審理の対象は検察官が明示する訴因に限定されるため、訴因と請求の原因との間にずれが生じることが起こり得る。こうした事態は、現行制度の下では避け難いようにも思われる。⁴²⁾

前述の基本計画においては、損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度として、附帯私訴、損害賠償命令、没収・追徴を利用した損害回復などが例示として挙げられていた。これを受けて、法制審議会刑事法部会では、当初、

附帯私訴的なものをベースに議論がなされた。しかし、その後、審議・検討を進めて行くうちに、わが国の旧刑事訴訟法に規定されていた附帯私訴の制度、さらには、現行のドイツやフランスにあるような附帯私訴のもとでは、刑事手続の中に複雑な民事上の制度が持ち込まれることにより刑事手続が遅延する恐れがあるとか、民事手続と刑事手続では証拠法則や証拠調べ手続が異なり、この二つを融合した場合に一体どのような手続となるのかとか、被害者に対していかなる手続的な権利を保障するのかといった、非常に複雑で解決困難な問題が提起された。また、第一審の判決に対して刑事を控訴し、民事は控訴しなかったところ、控訴審で無罪判決が出たら附帯私訴の判決はどのように扱われるのか、あるいは、その逆の場合はどうなるのかなど、様々な問題が出てきた。そこで、段階を踏んで手続を進めるという前提のもとに、刑事手続でえられたものを次の民事手続の基礎とする手法が採用されることになった。これが、法律案の基礎になっている考え方である。このような考え方を踏まえて、法制審議会では、損害賠償の請求に關して刑事手続の成果を利用することにより、犯罪被害者等の労力を軽減し、簡易・迅速な手続とすることのできる制度として、わが国で相応しいものを新たに導入する方向で引き続き審議・検討が行われた。⁴³ その結果、新たに導入する制度については、わが国の旧刑事訴訟法に規定されていた附帯私訴の制度、さらには、現行のドイツやフランスにあるような附帯私訴とは性質のかなり違う内容のものが盛り込まれることになった。また、法制審議会刑事法部会の議論の中では、英米法系の刑罰としての損害賠償命令のような制度を積極的に導入しようとする意見もみられなかった。むしろ、そのような制度を導入した場合の問題提起や懸念が述べられていた。

このような慎重な議論と用意周到な準備をもって、損害賠償命令制度は、わが国独自の制度として導入された。前述したように、損害賠償命令制度の基礎にある考え方は、刑事手続の成果を利用すること、被害者の労力・負担を軽

減すること、そして、簡易・迅速な手続の保障、という三本の柱にある。これを踏まえて、損害賠償命令の対象は、故意の犯罪行為により人を死傷させた罪、強制わいせつ・強姦の罪、逮捕・監禁の罪、略取・誘拐および人身売買の罪などに係る被告事件における不法行為に基づく損害賠償の請求とされたのである。対象となる被告事件からは、交通関係業過事件と財産犯関連事件が除かれている。前者については、業過失事件を含めると、過失相殺や後遺症の問題が争点となる可能性が高く、先行する刑事手続自体が長期化する恐れがあることが危惧されて、除外された。後者については、被害にあった財物が被告人の手元に残っている場合には還付という形で被害者の元に戻ること、また、没収・追徴した財産を用いて当該事件の被害者に給付金を支給できる制度がすでに設けられていることから、被告人に資力があるのであれば積極的に被害弁償がされやすいことが考慮されて、除外されたものといえる。

しかし、前述の指摘からも明らかなように、損害賠償命令制度は犯罪被害者等の救済という観点からみても、様々な問題を生じさせる。問題点はいくつかあるが、その利用を妨げているものは、次の点に集約されるのではなかろうか。

第一に、損害賠償命令制度は、あくまでも起訴状に記載された訴因で特定された事実を原因とする不法行為の損害賠償だけが対象となる。従って、検察官が同種犯行のうちの一部だけを起訴し、残りは余罪として立証する方法をとった場合、余罪とされた事件の被害者等はこの制度を利用できない。

第二に、損害賠償命令の申立てに係る損害賠償の裁判は、原則として四回以内の期日審理において行うものとされ、それができないような複雑な事件にあつては、裁判所の職権で損害賠償命令事件を終了させ、通常の民事裁判に移行するものとされている。また、当事者のいずれかが損害賠償命令の決定に異議を申し立てた場合も同様である。その

結果、損害賠償命令制度が有効に活用できる場面が限定されることになる。

第三に、損害賠償命令の決定が出されても、加害者である被告人に財産がなければ、結局、犯罪被害者等は賠償金を受領することはできない。とくに、損害保険が最も整備・充実している業務上過失致傷の罪には損害賠償命令制度が適用対象外とされていることから、対象となる当該被告事件では多くの事案で損害賠償命令の執行が困難となる事態が予想される。

このように、損害賠償命令申立制度は、当事者である被告人や犯罪被害者等の双方にとって多くの問題点を抱えた制度であるように思われる。しかし、損害賠償命令の対象となる民事上の損害賠償請求が提起されるときは、被害者の側で一応これだけのものを請求したいということが明らかになることによって、示談あるいは刑事和解のきっかけとなる効果を期待することができる。賠償資力のない被告人に損害賠償命令の申立てをしても、意味がないといわれることがあるが、裁判所という公的機関からこれだけの損害を与えたということを認定してもらうことが、被害からの立直りという観点では大きな意味がある。これに加えて、刑事・民事という二度の裁判による精神的苦痛を一回にするという側面も、被害者側の立場からは無視することができない。いずれにせよ、上記の問題点をいかに克服するかに、損害賠償命令制度の命運はかかっているといえることができる。

2 刑事和解制度の有効活用

ところで、国家の刑罰権を実現するという刑事訴訟手続に犯罪被害者等の損害回復という民事訴訟手続を持ち込むという点では、刑事和解と損害賠償命令の両制度は共通している。刑事と民事の二つの手続を明確に分離しているわ

が国において、刑事和解の制度もまた注目すべき制度の一つである。⁽⁴⁴⁾

前述したように、損害賠償命令制度に先行して導入された刑事和解制度は、刑事訴訟の過程で成立する被告人と犯罪被害者等の間で交わされる民事上の和解につき、その履行を法的に担保するために、和解成立の旨を刑事裁判の公判調書に記載し、これを債務名義として執行力を付与するために設けられたものである（付随措置法四条以下）。刑事和解は、被告人と犯罪被害者等との間で、当該刑事被告事件に係る被害についての争いを含む民事上の争いについて合意が成立した場合には、刑事事件を審理している裁判所に対し、弁論終結までに公判期日に出頭して、共同して当該合意の公判調書への記載を求める申立てを行い（付随措置法四条一項）、この合意が刑事裁判の公判調書に記載されたときは、その記載が裁判上の和解と同一の効力を有するものとされた（同条四項）。これにより、刑事和解は確定判決と同一の効力を有し（民事訴訟法二六七条）、債務名義となる（民事執行法二二条七号）。従って、加害者である被告人の債務履行がないときは、この刑事裁判の公判調書をもとに、直ちに強制執行することが可能となる。この刑事和解は、民事の訴え提起前の和解（民事訴訟法二七五条）に類似するが、当事者間にすでに合意が成立している点で、両者は異なるものといえることができる。

刑事和解制度は、その立法過程を振り返ってみると、当初、法制審議会刑事法部会では、刑事訴訟手続を利用して民事における裁判上の和解と同じ効果をもった和解調書を認めるという程度の認識であった。⁽⁴⁵⁾しかし、刑事法部会の審議を経る中で、刑事弁護人や被害者側の代理人などの関与のあり方、裁判所の和解に対する量刑評価によつては、修復的司法への端緒を切り開く可能性が指摘され、そのような制度を構築する方向での議論が進んで行つた。⁽⁴⁶⁾とくに意見の対立が激しかったのは、刑事和解において被告人側の当事者に保証人を含めるべきか否か、刑事和解の対象を

当該被告事件の公訴事実の範囲に限定すべきか否かという点であった。この議論の背景には、民・刑分離の原則を厳格に貫き、現行の裁判制度のあり方を維持するという考え方と、民・刑分離の原則を柔軟に解し、刑事裁判において解決できる民事上の問題の範囲を広げようとする考え方の根本的な見解の対立がある。^{④7} 活発な意見の交換が行われた結果、法制審議会刑事法部会においては、刑事司法におけるパラダイムの転換を容認する立場から、被告人側の当事者には保証人などを含むこと、刑事和解の対象を「被告事件に係る被害に関する民事上の争い」から「被告事件に係る被害を含む被告人と被害者等との民事上の争い」とし、刑事和解の申出期限を「証拠調べが終わるまで」から「弁論終結まで」とすることに修正された。^{④8}

現行の刑事和解制度において、刑事和解をなしうる者の範囲は、原則として被告人と犯罪被害者等である。しかし、それに限られない。刑事和解においては、実務上、被告人の債務を第三者が保証する例もあることから、「被告人以外の者が被害者等に対し当該債務について保証する旨又は連帯して責任を負う旨を約したときは」、その保証人らと被告人および被害者等が共同してその旨の公判記録への記載を申立てることも可能とされている（付随措置法四条二項）。示談や刑事和解を利用しないことの原因が、より根本的には将来の支払いを担保する形で債務名義をえて和解することの魅力の乏しさにあるというのであれば、^{④9} 刑事和解では、この人的担保である保証の活用が大いに期待されるところである。

刑事和解の申立ての方式は、被告人と犯罪被害者等との間で合意が成立すること、両当事者が弁論の終結までに公判期日に出頭して共同して申立てること、申立ては口頭でも可能であるが、「当該申立てに係る合意およびその合意がなされた民事上の争いの目的である権利を特定するに足りる事実を記載した書面」を提出して行わなければならない

いこと、および、その書面が公判調書に記載されることが必要である（付随措置法四条二項）。刑事和解が有効に成立すると、その効果として、裁判上の和解と同様の効力が生ずる（付随措置法四条四項）。和解記録の閲覧、保管等については、付随措置法の第五条が規定している。被害者等の公判手続における傍聴（付随措置法二条）、公判記録の閲覧および謄写（同法二条）については、損害賠償命令制度の場合と同様である。

従来、刑事手続の過程では、被告人と犯罪被害者やその遺族との間で被害弁償などに関する示談が成立し、量刑に関する資料として示談書が刑事裁判所に提出される例は少なくない。しかし、示談書にはそれ自体、民事執行手続上、特段の執行力はない。そのため、示談の内容が、例えば、分割支払いを約束するものや後日の支払いを約束するものである場合、刑事裁判終了後に刑事被告人がこれを誠実に履行しないときは、あらためて民事訴訟を提起し、確定判決をえてから強制執行をするほかなく、損害回復には相当の負担・困難を強いる結果となっていた。刑事和解は、このような難点を除去するのが目的である。刑事訴訟手続の場において、このような民事上の争いに関する事項を扱い、私人間の合意内容に執行力を付与する仕組みはこれまで存在しなかった。この点において、刑事和解制度は注目すべき試みといえることができる。⁵⁰

この刑事和解制度においても、問題点はいくつかある。大きな問題点は、当事者の出頭と和解内容に対する裁判所の関与の程度にある。⁵¹ 刑事和解の申立てには、被告人と犯罪被害者等の両当事者（保証人のある場合には保証人も）がそろって公判期日に出頭しなければならない。そのため、刑事手続の段階で示談に応じてもらった被害者本人に対し、さらに公判廷への出廷を要請することができるのかどうかこの点が鍵となる。これを実効たらしめるのが、代理人弁護士を選任や国選弁護士付与などのシステムである。これを欠いたままの刑事和解の制度では、画餅に帰すものにな

りかねない。

また、刑事和解の申立てにあたっては、被告人と犯罪被害者等の両当事者が和解をしたうえで、その和解がされた民事上の争いの目的である権利を特定するに足りる事実を記載した書面を提出しなければならない。問題は、公訴事実と無関係な民事上の争いが対象となったとき、刑事事件を担当している裁判官がそれを的確に判断し、民事上遺漏のない和解条項を確定することができるとどうかである。民事上の和解手続の運用次第では、そのことが刑事手続遅延の要因ともなりかねない。しかし、それを回避するために、事前に裁判所に対して和解書面を提出し、裁判所が第一回公判期日前にその和解書面を検討するということは、予断排除の点からも問題である。一方、犯罪被害者が死亡した場合の被害者側の和解の当事者は、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹であり、犯罪被害者の相続人とはその範囲を異にする。相続とかかわりなく刑事訴訟手続における和解が進められる仕組みには問題が残る。

これまでの刑事和解の利用状況については、最高裁判所事務総局刑事局への個別報告によると、施行初年度の二〇〇〇年一月から二〇〇八年三月までの間で、犯罪被害者保護法（現・付随措置法）四条一項・二項による申立てに係る合意を公判調書に記載した件数は合計三七九件あり、年次別では、六件（二〇〇〇年一月・二月）、五五件（二〇〇一年）、六〇件（二〇〇二年）、五四件（二〇〇三年）、四三件（二〇〇四年）、三九件（二〇〇五年）、七三件（二〇〇六年）、三八件（二〇〇七年）、一件（二〇〇八年）となっている。⁵² また、別の報告によると、二〇〇三年七月までの間で合計一五九件の利用があり、このうち被告人に保証人が付いたのは五五件（三四・六%）である。⁵³ 全体の三分の一以上の事件で履行確保の措置が講じられており、立法過程において追加された「被告人側の当事者に保証人を含む」とした点は一応の評価を与えることができる。しかし、いずれの統計数字をみても、利用状況という点では、

刑事和解が効果的に機能しているとはいえない状況にある。

刑事和解制度には以上のような難点ないし問題点があるものの、この制度により和解調書に執行力が付与されることで、将来の支払約定、とりわけ分割約定による和解が成立しやすくなることは間違いない。その意味では、刑事訴訟手続における民事上の和解（刑事和解）の制度は、大いに活用されることが望まれる。とくに、刑事和解では、先に指摘したように、人的担保である保証の活用が大いに期待されるところである。そのためには、被害者側に代理人弁護士が就任し、被告人や保証人との間に協同関係ができることが必要である。刑事弁護士が被告人の量刑を有利にする目的のためにのみ刑事和解を行うとしたら、刑事和解の制度は真の被害者救済としては機能しなくなるであろう。刑事裁判所も和解の成立を単に量刑とだけ結びつけるのではなく、損害回復、修復的司法へ進める観点をもって、民事上遺漏のない和解条項を確定して行くことが求められる。

3 修復的正義と刑事司法のパラダイム転換

近年、刑事司法の領域において、原状への回復を求める正義、壊された利害得失を修復し元に戻す正義という意味で、「修復的正義（restorative justice）」⁽⁵⁴⁾という考え方が、国の内外で有力となっている。従来、刑事司法は、国家対被告人という二当事者間の図式の中で捉えられ、その目的も被告人の犯罪事実を認定し、それに相応しい刑罰を科すことにあった。しかし、修復的正義の観点からは、被害者に刑事手続への参加の道を開き、刑事手続において被害者の利害が十分に配慮されることが求められる⁽⁵⁵⁾。刑事手続は、犯罪者の科刑が唯一の目的ではなく、被害状況の除去と損害の回復、生活環境の修復をも目的としている。被害のより十分な回復を考慮する場合には、財産的損害の回復も

刑事手続に統合されるべきであり、これも修復的正義の一内容といわなければならない。刑事手続における損害賠償命令制度は、この趣旨に沿うものといえることができる。修復的正義に立場からは、実体法上および手続上の整備を行い、体系的な犯罪被害賠償法を制定することが将来的には望ましいといえる。⁽⁵⁶⁾

また、修復的正義においては、加害者である被告人と犯罪被害者との間の和解が重視されなければならない。⁽⁵⁷⁾ 犯罪は社会の連帯を破り、正義を侵すものであるから、正義を維持する意識がもう一度、関係者全体の中で内面化される必要がある、そのために刑事手続が用意されている。刑事手続は、犯罪者の科刑が唯一の目的ではなく、被害状況の除去と損害の回復、生活環境の修復をも目的としている。この目的実現のためには、共同体の調整を通じた被告人と犯罪被害者等との意思疎通のための努力が必要とされる。刑事手続における民事上の和解（刑事和解）の制度は、この趣旨に沿うものといえることができる。将来的には、弁護士あるいは捜査・訴追機関を通じた両当事者の話し合いや共同体との調整も検討されなければならないが、刑事和解の制度は犯罪者の処遇論とも関連しており、自分の責任を認めて正義を内面化する努力を示す犯罪者をどのように処遇すべきであるかなど、刑事司法のあり方の根幹にも触れることから、その有用性を認めるにしても、なお慎重な検討が求められる。⁽⁵⁸⁾

損害賠償請求を刑事手続に統合することの利点は、手続の簡素化、刑罰請求の補充という刑事政策的意味、被害者の地位の改善、刑事判決と民事判決との矛盾の回避などの点にある。新しく導入された損害賠償命令制度を円滑に実施して行くためには、適用対象をこの制度に相応しいものに絞り、制度の実効性を一応確保して制度を立ち上げることが優先される。その意味では、損害賠償命令の申立てを、いわゆる生命・身体・自由といったものが保護法益となっている犯罪の中から、過失犯を除いたものに絞り、制度の実効性を一応確保して制度を立ち上げたことは、これ

までまったく前例のない制度を導入して、これを円滑に実施して行くためには、非難されるべきではない。

損害賠償命令制度には、事実上の「心証の引継ぎ」を意味する任意的口頭弁論が採用されているため、被害者側の立証は記録の取り寄せという形で簡単に済ませることも可能であり、この場合には、被害者側はもっぱら損害論に集中して主張・立証を行うことができる。不明な点があれば、裁判所は、口頭弁論をしないときでも、当事者を審尋することが可能である。

一方、刑事和解は、民事の訴え提起前の和解（民事訴訟法二七五条）に類似するが、当事者間にすでに合意が成立している点が異なる。また、刑事和解は、公判調書に和解の内容を記載することで裁判上の和解と同一の効力を与え（民事訴訟法二六七条）、確定判決の場合に準じて民事執行法上の債務名義（民事執行法二二条七号）と認めることにより、被告人から合意に基づく履行がない場合には、犯罪被害者等は改めて民事訴訟を提起することなく公判調書により強制執行をすることができ、容易に損害回復の実現を図ることができる。しかも、法制審議会刑事法部会での活発な意見の交換により、被告人側の当事者には保証人などを含むことが認められた結果、第三者が保証人または連帯責任を負う旨を約したときは、その者も共同申立てができることになった。従って、刑事和解制度の運用においては、前述の被害状況の除去や損害の回復、生活環境の修復などとともに、人的担保である保証を活用するなどして、将来の支払いを担保する形で債務名義を得て和解することも積極的に考えて行く必要があるといえよう。

修復的正義という観点からみれば、刑事損害賠償命令と刑事和解の両制度は、それぞれがまったく無関係に独自の制度として存在するのではなく、相互に有機的関連をもちながら運用されて行くことが望まれる。

五 結 語

冒頭で述べたように、犯罪被害者の地位に関しては、これまでの歴史を振り返ってみると、暴行や傷害あるいは財産に対する侵害により被害者が損害を被った場合、古くは、被害者が家族や血縁団体ないし部族の力を借りて加害者に対し復讐をするとか、あるいは、みずから犯罪捜査や訴追を行い、私罰を求めることが行われた。しかし、時代が経つにつれ、被害者による私的復讐を昇華する形で公刑罰の観念が生まれ、犯罪に対する刑罰は国家の問題ないし専権事項とされるようになった。近代法のもとでは、公刑罰の正当性を確保するとともに、その濫用を防止するため、被疑者や被告人の権利保障の必要性が要請されたが、その一方で、被害者は犯罪事件の直接的な関係者でありながら刑事司法の主体ではなく、忘れ去られた存在となった。刑事手続における犯罪被害者の地位の歴史は、手続からの被害者排除の歴史であったといわれるが、こうした言葉は歴史の沿革的理由による部分が大きいといわなければならない。民事と刑事を分けることは、絶対的なものではなく、制度的な要請にすぎない。民・刑分離の壁が犯罪被害者の保護や権利擁護ないし損害の回復にとって大きな障害となっていることは、世界各国の共通した認識となっている。刑事司法を修復的正義の立場から被害者関係的に再構築する場合には、附帯私訴や刑事和解の制度、あるいは、損害賠償命令の制度は、その一つの可能な方向性を示すものということができる。

本稿で論じたところからも明らかなように、加害者から犯罪被害者等への賠償をどのように位置づけるかという問題については、いろいろな考え方がありうる。⁵⁹ 刑事裁判で有罪となった者に対しては、速やかに賠償を言渡すべきであるといった考え方や、犯罪被害者等への賠償は刑事罰を軽減する効果と引き換えに行われるべきであるといった考

え方がある一方、刑事罰に代えて損害賠償を行わせることを認める法律を制定すべきであるとする考え方や、加害者から犯罪被害者等への賠償を民法上の和解の一種と理解し、その効果を起訴処分や量刑といった刑事手続に反映させるべきであるとする考え方などもありうるであろう。いずれにせよ、犯罪被害者は当該被告刑事事件の関係当事者であり、犯罪被害者が訴訟手続に関与することは、修復的正義の観点に照らすならば、必要かつ不可欠なことである。損害賠償命令と刑事和解の両制度は、単独で制度それ自体を考えるのではなく、相互に足らざる部分を補いながら、有機的関連性をもつて運用されることが望まれる。そのように考えることが、制度本来の意図した趣旨であると思われる。今後は、比較法的見地も視野に入れながら、損害賠償命令制度を横断的に検討して行くことにしたい。

(1) 傷害や殺人、窃盗や強盗、動物による加害等の違法行為については、当初、個人対個人の復讐によっていた。それが、次第に民族などの団体や血縁による復讐として現れ、被害者の所属していた家族や氏族等の集団が、加害者およびその属する集団を敵として徹底的に攻撃し、報復した。その後、政治的権威が形成されるようになると、その権威的機関によってより公平な高い立場から解決方法が図られるようになり、共同社会の平和を維持するために、復讐に対して制限が加えられるようになった。制限された復讐の典型形態が、「同害報復」、すなわち、タリオ (talio) である。タリオ思想は、今日の我々の常識からいえば、ずいぶん残酷な仕打ちのように見えるが、未開の原始社会における本能的で無制限な血の復讐と比べると、人間の理性的反省に基づくより進歩した制裁方法である。紀元前の旧約聖書、ハンムラビ法典、ローマの一二表法などには、タリオ思想の現れとみられる規定にいくつか存在する。やがて公的権威が成立すると、賠償はある程度画一的で定額的な贖罪金なるものに移行し、被害者は贖罪金によって満足し、加害者も贖罪金を支払う義務あるものとされることになった。復讐を禁止することの代償としての贖金は、私的な制裁金または贖金という性質が強かったといえる。そして、国家権力や裁判制度が次第に整備されてくるにつれて、民事責任と刑事責任とが分化し、処罰ないし制裁の権限は刑事罰という形で国家に集中し、被害

者が被った損害については民事責任として加害者に賠償させるという形が出来上がった。復讐から贖金へ、贖金から損害賠償へという歴史的発展は、損害賠償をして現実に生じた損害を加害者に賠償させること認めさせ、公平かつ妥当な損害の賠償という形をとることになった。「贖う」ということは「損害を賠償する」ということを意味し、損害賠償を醇化する契機が整ったということがいえる。ここに今日の賠償金の支払いを基本とする不法行為の原型を見ることが出来る。ゲルハルト・リース「古代オリエントにおける私的不正に対する制裁—刑法と損害賠償の発端と発展について—」獨協法学四七号(一九九八年)五六六頁以下、ミッタイス＝リーベリツヒ著／世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説「改訂版」』(創文社、一九七一年)五四頁以下、六五頁、一五三—一五五頁、四二四頁、H・J・ベッカー／鈴木佳秀訳『古代オリエントの法と社会』(ヨルダン社、一九八九年)一一五頁以下、二〇五頁以下、二六七頁以下など。欧文の文献として、Gerhard O. W. Mueller, Tort, Crime and the Primitive, 46 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 303, at 308-332 (1955); Detlev Frehsee, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, Duncker & Humblot, 1987, S. 13-27; Stephen Schafer, Compensation and restitution to victims of crime, Patterson Smith, 2nd ed. enl.1970, p. 3-12; Thomas Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, Duncker & Humblot, 1989, S.28-43 など。刑罰と損害賠償に関する不法の本質や責任構造の違いについては、多くの文献があるが、差しあたり、高橋則夫「刑罰と損害賠償—刑法・民法における行為規範と制裁規範—」現代刑事法六卷六号(二〇〇四年)三七頁以下、西原春夫「民事責任と刑事責任」有泉亨ほか編『現代損害賠償法講座1(総論)』(日本評論社、一九七六年)二五頁以下、山田卓生「民事法の正義と刑事法の正義」法曹時報四九卷六号(一九九七年)一頁以下など。

(2) 立法の経緯と背景につき、親家和仁＝盛岡礼子「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律の概要」法律のひろば六〇巻一一号(二〇〇七年)一四頁以下、白木功「『犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律』の概要」ジュリ一三三八号(二〇〇七年)四八頁以下、平城文啓「被害者参加制度と損害賠償命令の創設」時の法令一八〇一号(二〇〇八年)六頁以下など

(3) 損害賠償命令制度と被害者参加制度は、同一の刑事裁判で同時に利用される場合も少なくはないが、適用される罪種(業

務条過失致傷の罪が除外されるか否か。損害賠償命令制度は除外する、対象者（被害者本人以外に、配偶者・直系の親族もしくは兄弟姉妹が相続人か。損害賠償命令制度は被害者の相続人とする）において違いがある。山下幸夫「刑事裁判への被害者参加制度の立法経過と実務家から見た問題点」刑事弁護五〇号（二〇〇七年）八二頁以下、八八頁注（11）。

（4） 武内大徳・山崎勇人「被害者参加制度・損害賠償命令の現状と課題」自由と正義六四卷一二号（二〇一三年）一二頁以下。同二三頁【別表】「被害者参加申出件数の内訳と推移」によれば、参加の申出人数では二〇〇九年五七一人から二〇一二年一、〇二三人、許可人数では二〇〇九年五六〇人から二〇一二年一、〇〇〇人と推移し、二〇〇九年の施行当初から約二倍に増加し、また、被告人質問等の利用件数でも、二〇〇九年三四四人、二〇一二年四七四人と推移し、増加傾向にある。なお、併せて、小池勝雅「被害者参加制度の運用に関する諸問題」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題第二巻』（立花書房、二〇一一年）三二九頁以下参照。

（5） 付随措置法の附則九条に基づいて法務省に設置された「平成一九年度改正刑事訴訟法等に関する意見交換会」（以下「意見交換会」という）に配布された資料によると、二〇一一年の終局事件数で二三七件、認容賠償額は五〇〇万円までが半数を占め、高額な賠償が認められた例は少ないという。水谷規男「被害者参加と損害賠償命令」刑法雑誌五三卷三号（二〇一四年）四八七頁以下、四九八頁。また、大阪地方裁判所における施行直後一年間（二〇〇九年）の申立て件数は一五件、施行後二年目（二〇一〇年）は一月末時点で一三件にとどまっている。和田真「刑事損害賠償命令の概要と大阪地方裁判所（本庁）における運用状況について」判タ一三四四号（二〇一一年）四頁。

（6） 奥村正雄「第二次犯罪被害者等基本計画の意義と課題」ジュリ一四二四号（二〇一一年）四五頁以下、和田・前掲注（5）四五頁以下、土井和重「刑法への損害回復導入を巡る国際的潮流と我が国の損害賠償命令」法学研究論集（明治大学大学院法学研究科）四〇号（二〇一四年）一頁以下など。

（7） 長谷川貞之「犯罪被害者の損害回復と附帯私訴・刑事和解の制度」比較法文化（駿河台大学比較法研究所）一〇号（二〇一二年）四七頁以下。

（8） 前掲注（1）、および、そこで引用の各文献参照。

(9) S・シェーファーは、刑事裁判の歴史的展開を犯罪被害者の地位という観点から、沿革的に三つの時期(黄金期・衰退期・復興期)に区分して説明する。Stephen Schafer, *Victimology: The Victim and His Criminal*, Reston Publishing Company Inc., 1977, pp.5-32. 同書は、同著者の著 The victim and his criminal: a study in functional responsibility, Random House, 1968, pp.7-38 に加筆訂正し改題したものである。被害者補償の沿革史と第二次大戦後の動向については、宮澤浩一「被害者補償の制度(一)」時の法令一三三六号(一九八八年)七〇頁以下に詳しい。

(10) 石井良助「刑罰の歴史(日本)」同『日本刑事法史』(創文社、一九八六年)四一頁以下、穂積陳重「刑法進化の話」同『復讐と法律』(岩波文庫)(岩波書店、一九七二年)三〇頁以下、塙浩「刑罰の歴史—西洋—」莊子邦雄ほか編『刑罰の理論と現実』(岩波書店、一九七二年)一二頁以下、石川才顕「犯罪被害者への損害賠償の必要性和刑事司法的介入の理論的基礎」日本法学三二巻四号(一九六六年)七〇頁以下など。

(11) 長谷川・前掲注(7)五〇—五八頁、および、そこで引用する各文献を参照。

(12) 附帯私訴とは、刑事の公訴に附帯して審理を求めることを許される民事の訴えである。小野清一郎『全訂第三版 刑事訴訟法講義』(有斐閣、一九三三年)六二〇頁。附帯私訴の制度は、明治一三年、ボワソナードの草案をもとに起草された治罪法(明治一三年太政官布告第一三三三号。第一編二条以下、第三編第二小第二節一一〇条以下)において初めて日本の法律に登場し、次いで、明治刑事訴訟法(明治二三年法律第九六号。第一編二条以下)、大正刑事訴訟法(大正一一年法律第七五号。第九編五六七条以下)に受け継がれていった。大正刑事訴訟法は、私訴を提起できる者は犯罪により身体・自由・名誉または財産の被害を受けた者であり、民事上の損害賠償および贓物の返還請求ができた。弁護士でない者も代理人となることが可能であり、裁判所の許可を得れば訴訟記録の閲覧および謄写が認められた。私訴の提起は、第一審の弁論終結時までに訴状を裁判所に提出することを要した。私訴の判決は公訴について認められた事実に従うことから、公訴の審理が終了してから私訴の取調べが行われた。詳細は、長谷川・前掲注(7)五八頁以下。

(13) 団藤重博『刑事訴訟法綱要』(弘文堂書房、一九四三年)八二五頁「第一五表」によると、附帯私訴第一審新受件数は、昭和元年に四三三件あったが、これを境に昭和八年には二七一一件、昭和一五年には一〇〇件となり、年々下降している。利用

件数の少なさが何に原因するかははっきりしないが、附帯私訴により民事上の請求権が実現される機会は極めて限定されていたことが、原因の一つであるように思われる。附帯私訴があっても、裁判所は、訴訟がいかなる状態であるかを問わず、私訴判決までに多大な時間を要すると考えるときは決定により私訴を却下することが可能であり、その決定には抗告が認められていなかった。また、公訴について無罪、免訴または公訴棄却の判決がなされると、私訴につき判決をなすことはできず、申立ては却下され、被害者は別途、民事訴訟の提起を余儀なくされた。

(14) 長谷川・前掲注(7)六八―七〇頁。附帯私訴に関する近時の論文として、梶山正宣「加害者に対する訴訟と犯罪被害者―附帯私訴の可能性」龍谷大学大学院法学研究七号(二〇〇五年)六三頁以下、川出敏裕「付帯私訴制度について」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集「下巻」』(信山社、二〇〇三年)二八七頁以下、滝沢誠「付帯私訴による被害者の損害回復」法学新報一〇七巻九・一〇号(二〇〇一年)一四一頁以下など。

(15) 黒澤睦「明治初期の告訴制度の形成過程―刑事手続法における関連諸規定の概観―」富大経済論集五三巻二号(二〇〇七年)一八三頁以下。

(16) 瀬川晃ほか「〈座談会〉犯罪被害者の権利利益保護法案をめぐって」ジュリ一三三八号(二〇〇七年)二頁以下「瀬川晃発言」。

(17) 宮澤浩一「被害者の補償制度(三)」時の法令一三四〇号(一九八八年)五〇頁以下。

(18) 欧米と日本を比較した被害者の権利確立に関する歴史について、諸澤英道「日本における被害者対策の現状と課題」法律のひろば六〇巻一一号(二〇〇七年)四頁以下。なお、本文の第二段階に至る時期の前後に、簡易・迅速な損害回復を推進する立場から附帯私訴制度の復活を待望する声は少なくはなかったが、立法に結実するまでには至らなかった。奥村・前掲注(6)六五頁注(11)で引用する各種文献を参照。

(19) 犯給法の運用実態については、宮澤浩一「犯罪被害者への支援―心の支えのために―」書斎の窓四五四号(一九九六年)一三頁以下に、施行後一五年間の統計分析がある。その後、一九九五年に発生した地下鉄サリン事件などの無差別殺傷事件を契機に、重傷病給付金の創設など支給対象の拡大や給付基礎額の引上げを中心とした法改正がなされ、二〇〇一年七月から

「犯罪被害者等給付金の支給等に関する法律」が施行されている。同法については、後述の基本法およびこれに基づき作成された基本計画を受け、重傷病給付金について支給要件の緩和や支給対象期間の延長などを内容とする政令改正や規則改正が行われている。最近では、二〇一一年三月に閣議決定された第二次犯罪被害者等基本計画に基づく「犯罪被害給付制度の拡充及び新たな補償制度の創設に関する検討会」の「最終取りまとめ」を踏まえ、犯罪被害者または第一順位遺族と加害者との間に兄弟姉妹の関係がある場合に係る犯罪被害者等給付金の不支給事由および児童虐待等と認められる親族間犯罪の場合における特例規定を見直す規則改正がなされている。詳細は、警察庁犯罪被害者支援室のホームページ（<https://www.npa.go.jp/higaisya/shien/kyufu/seido.htm>）を参照。近時の犯罪被害給付制度の運用につき、〈シンポジウム〉「犯罪被害者への経済的支援——犯給制度の再評価と展望——」被害者学研究二五号（二〇一五年）一一二頁以下。

(20) 立法に至る経緯につき、酒巻匡「犯罪被害者保護等のための新法律」法学教室二四〇号（二〇〇〇年）三六頁以下。解説書として、椎橋隆幸『わかりやすい犯罪被害者保護制度』（有斐閣二〇〇一年）、松尾浩也編『逐条解説犯罪被害者保護二法』（有斐閣、二〇〇一年）など参照。

(21) 詳細は、奥村正雄「犯罪被害者等の損害回復と損害賠償命令制度」ジュリ一三三八号（二〇〇七年）六三頁以下。刑事和解に関する法制審議会刑事法部会の議論については、梶山・前掲注(14)六八―六九頁。とくに意見の対立が激しかったのは、刑事裁判における民事上の和解において被告人側の当事者に保証人等を含めるか否か、和解の対象を被告事件の公訴事実の範囲に限定すべきか否かであった。

(22) 基本計画の掲げる四つの基本方針とは、「尊厳に相応しい処遇を権利として保障すること」、「個々の事情に応じて適切に行われること」、「途切れることなく行われること」、および、「国民の総意を形成しながら展開されること」であり、重点課題は次の五つであった。①損害回復・経済的支援等への取組み（基本法一二条・一三条・一六条・一七条関係）（四二施策）、②精神的・身体的被害の回復・防止への取組み（基本法一四条・一五条・一九条関係）（六九施策）、③刑事手続への関与拡大への取組み（基本法一八条関係）（四三施策）、④支援等のための体制整備への取組み（基本法一一条・二二条・二三条関係）（七五施策）、⑤国民の理解の増進と配慮・協力の確保への取組み（基本法二〇条関係）（二九施策）。

(23) 諮問第八〇号は、次のとおりである。

「犯罪被害者等基本法の趣旨及び目的にかんがみ、刑事手続において、犯罪被害者等の権利利益の一層の保護を図るため、早急に法整備を行う必要があると思われるので、先の事項に関して、その整備要綱の骨子を示されたい。

〈記〉

第一 損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度

第二 公判記録の閲覧及び謄写の範囲の拡大

第三 犯罪被害者等に関する情報の整備

1 公開の法廷において性犯罪等の被害者の氏名等を明らかにしないようにする制度

2 証拠開示の差異に、相手方に対して、性犯罪等の被害者の氏名等を明らかにしないようにすることを求めることができる制度

第四 犯罪被害者等が刑事裁判に直接関与することのできる制度」

(24) 法制審議会第一五〇回会議（二〇〇六年九月六日開催）。損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度について、「第一の事項は、『損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度』であります。これについては、基本計画にもあるように、『多くの犯罪被害者等にとって、損害賠償の請求によって加害者と対峙することは、犯罪等によって傷付き疲弊している精神に更なる負担を与えることになり、また、訴訟になると高い費用と多くの労力・時間を要すること、訴訟に関する知識がないこと、独力では証拠が十分に得られないことなど、多くの困難に直面することなどから、現在の損害賠償請求制度が犯罪被害者等のために十分に機能しているとは言いがたい』との指摘がございます。そこで、附帯私訴、損害賠償命令等、犯罪被害者等の損害賠償の請求に関して刑事手続の成果を利用することにより、犯罪被害者等の労力を軽減し、簡易迅速な手続とすることのできる、我が国にふさわしい新たな制度について、御審議をお願いしたいのであります。」

(25) 答申につき、<http://www.moj.go.jp/SHINGI2/070207-4-1.html> 参照。

(26) 「損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度」についていえば、いわゆる「附帯私訴」の制度が示された。その

内容は、一定の罪種につき被害者等が刑事事件の係属する裁判所に対して弁論終結前に損害賠償請求を行い、裁判所は有罪の言い渡し後、これについて審理を開始し、決定を言い渡すというものである。このための審理は原則として四回までとし、それまでに終結しないときは、民事裁判に移行するとしている。

(27) 瀬川ほか〈座談会〉・前掲注(16)八―九頁以下「瀬川晃発言」。

(28) 附則九条および一〇条の規定を追加する処理がなされた。

(29) 前述の基本計画で示された四つの立法事項（前掲注(22)）との関係でみれば、「刑事裁判に直接関与することのできる制度」と「被害者に関する情報の保護」は刑事訴訟法の一部改正により刑事訴訟法三二六条の三三以下に、「損害賠償請求に関する刑事手続の成果を利用する制度」と「公判記録の閲覧・謄写に範囲拡大」は、犯罪被害者保護法の一部改正により付随措置法九条以下に、それぞれ立法の担当がなされたことになる。

なお、被害者参加制度を利用して刑事手続に参加する被害者参加人の経済的負担を軽減するための施策として、二〇一三年六月、付随措置法等の一部を改正する法律（平成二五年法律第三三三号）が制定され、公判期日等に出席した被害者参加人に対して旅費等を支給する制度が導入されるとともに、被害者参加人のための国選弁護制度（二〇〇八年四月の付随措置法の一部改正により導入。平成二〇年法律第一九号）における資力要件を緩和することが定められている。白鳥智彦「〈法令解説〉被害者参加人の経済的負担を軽減——被害者参加旅費等支給制度の創設と被害者参加人のための国選弁護制度における資力要件の緩和」時の法令一九四八号（二〇一四年）一一頁以下。

(30) 水谷・前掲注(5)四八七頁以下。

(31) 詳細は、和田・前掲注(5)六頁以下。

(32) 損害賠償命令の裁判・審理が一般の民事訴訟の裁判・審理と共通する点、および、異なる点については、和田・前掲注(5)八頁以下が整理するところを参照されたい。

(33) 損害賠償命令の申立てを行える罪は、以下の通り（付随措置法九条一項）。

①故意の犯罪行為により人を死傷させた罪またはその未遂罪

②次に掲げる罪またはその未遂罪

- (イ) 刑法一七六条から一七八条まで（強制わいせつ、強姦、準強制わいせつおよび準強姦）の罪
- (ロ) 刑法二二〇条（逮捕および監禁）の罪

(ハ) 刑法二二四条から二二七条まで（未成年者略取および誘拐、営利目的等略取および誘拐、身の代金目的略取など、所在国外移送目的略取および誘拐、人身売買、被略取者など所在国外移送、被略取者引渡しなど）の罪

(ニ) (イ)から(ハ)までに掲げる罪のほか、その犯罪行為にこれらの罪の犯罪行為を含む罪（前号に掲げる罪を除く）

和田・前掲注(5)二三頁には、上記の被告事件について、刑法犯（罪種五〇）、特別法犯（罪種二六）に区分し、具体的な「損害賠償命令制度の対象犯罪」が一覧表の形でまとめられており、参考になる。

(34) 損害賠償命令の申立ては、却下の決定の告知を受けたときは、当該告知を受けた時から六月以内に、その申立てに係る請求について、裁判上の請求、支払督促の申立て、和解の申立てなどをしなければ、時効の中断の効力を生じない（付随措置法一四条）。

(35) 水谷・前掲注(5)四八八頁。

(36) 水谷・前掲注(5)四八八頁。

(37) 水谷・前掲注(5)四八八頁。

(38) 武内Ⅱ山崎・前掲注(4)一四頁。

(39) 水谷・前掲注(5)四九〇頁、和田・前掲注(6)一三頁。

(40) 水谷・前掲注(5)四九〇頁、和田・前掲注(6)一三―一四頁。

(41) 山下・前掲注(3)八四―八五頁。

(42) 梶山・前掲注(14)七四頁。

(43) この間の事情は、瀬川ほか・前掲注(16)八頁「瀬川発言」に詳しい。

(44) 長谷川・前掲注(7)七一頁以下、小川育央「刑事手続における和解に関する諸問題」判タ一一九九号（二〇〇六年）四頁

以下など。

(45) 法制審議会刑事法部会「第七八回会議議事録」（一九九〇年）五六頁以下。

(46) 梶山・前掲注(14)六八―六九頁、岩村智文「刑事訴訟手続における和解」刑事弁護二五号（二〇〇一年）五二頁以下、五三頁。

(47) 梶山・前掲注(14)六九頁。

(48) 法制審議会刑事法部会「第八〇回会議議事録」（一九九〇年）五二頁。

(49) 和田・前掲注(5)一三―一四頁。もちろん、被告人に賠償資力があっても、被告人に有利な事情として考慮されるのを被害者等が嫌う場合もある。また、被告人が犯罪事実を犯したか否かに争いがあると、たとえ賠償資力があっても、示談や刑事和解の申出をしてこない場合もあり得る。

(50) 訴訟上の和解については、その法的性質をめぐり学説に争いがある。司法の核心的役割は、権利（請求）を対審構造をもつ民事訴訟手続において確定し、これに必要とされる救済を与えることによって司法的に保障することにあるとする立場からは、訴訟上の和解は、私法上の和解契約の要素のほかに、裁判所に紛争解決を了知させるがゆえに、訴訟終了の効果の結びつけられた訴訟上の陳述（合同行為）の要素が含まれ、理論的にはそれぞれの私法行為と訴訟行為とが併存していると考える見解が有力である。詳細は、河崎祐子「訴訟上の和解の法的性質―その効力をめぐる議論を中心に―」信州大学法学論集二七号（二〇一六年）一頁以下。

(51) 岩村・前掲注(46)五三―五五頁。

(52) 村井敏邦「犯罪被害者をめぐる問題状況」司法書士四三七号（二〇〇八年）二頁以下、一四頁【別表】「犯罪被害者保護関連法に基づく諸制度の実施状況（高・地・簡裁総数）」。

(53) 梶山・前掲注(14)六九―七〇頁。ちなみに、刑事和解の対象となりうる罪の判決を受けた者は、二〇〇一年・二〇〇二年の二年間で約六八、七〇〇人（第一審の地裁および家裁）を数える。その内訳は、財産犯が八五件で最も多く、次いで、傷害、殺人未遂などが三五件、以下、業務上過失致死傷が一五件、強姦・強制わいせつが一二件、殺人・傷害致死が六件、その他の

罪が六件である。

(54) 椎橋隆幸「犯罪被害者救済の基本的視座」現代刑事法一〇号（二〇〇〇年）四頁以下、七頁、齊藤豊治「犯罪被害者をめぐる立法と政策——バランスのとれたアプローチの必要」法セミ五五六号（二〇〇一年）五五頁以下、五六―五七頁。渥美東洋教授は、いち早く修復的司法の考え方を取り入れた刑罰論、刑事司法論の必要性を説いている。渥美東洋『罪と罰を考える』（有斐閣、一九九三年）三〇九―三二六頁、同『刑事訴訟を考える』（日本評論社、一九七八年）一七八頁。

(55) 中野目善則「被害者の刑事手続への参加」現代刑事法一〇号（二〇〇〇年）二七頁以下、三三頁。

(56) 高橋則夫「犯罪被害者保護関連二法の残された課題」現代刑事法一九号（二〇〇〇年）四九頁以下、五四頁。

(57) 椎橋・前掲注(54)七―八頁、奥村正雄「犯罪被害者に対する経済的支援」現代刑事法一九号（二〇〇〇年）四六頁以下、五五―五六頁。アメリカでは、被害者・加害者和解プログラムが重要な役割を果たしている。安東美和子ほか「アメリカにおける犯罪被害者施策及びその実用実態」法務総合研究所研究部報告九（法務総合研究所、二〇〇〇年）二二頁以下。Susan Kiss Sarnoff, *Paying For Crime: The Policies and Possibilities of Crime Victim Reimbursement*, Praeger, 1996, pp.17-23.

(58) 吉田敏雄＝高橋則夫「刑事和解と損害回復」刑法雑誌三八巻二号（一九九九年）一六八頁以下。

(59) 高橋則夫『刑法における損害回復の思想』（成文堂、一九九七年）五頁以下、諸澤英道「〈随想〉問われる『民刑分離』」判タ七八八号（一九九二年）四頁以下など。

社会保障制度の確立と救貧法の解体

矢野 聡

1. はじめに

イギリスの社会保障制度成立、言い換えればイギリス福祉国家の起源は、救貧法の存在抜きに語ることはできない。しかし、一八三四年以降から続いた救貧法行政と二〇世紀初頭からその胎動を見せていたイギリスの社会保障制度を単なる救貧法からの連続性ないし単純な発展性の脈絡で理解してはならない。すでに一九世紀から普通選挙の実施過程と、労働者階級の利害を代表する政治形態の要求が強まる中で、近代国家の中央集権的社会政策を求める動きが欧米先進諸国で広がっていた。ヨーロッパ諸国は、この新たな社会政策を近代国民国家が担うという目標を掲げて、比較的容易に社会保障制度の確立を成し遂げる基盤を獲得した。しかしイギリスは、世界に先駆けて地方税を財源とする救貧法という名の公的扶助制度を確立し、しかもそれを一七世紀にエリザベス救貧法および定住法という制度体系

のもとに三〇〇年以上にわたって維持してきた。世界の社会福祉行政の先覚者としてのその特徴は、中央集権的行政統治とは全く異なる地方行政主体の社会政策の仕組みであった。一六〇一年に成立したエリザベス救貧法および一六二二年の定住法では、当初孤児やその他の児童（虞犯児童を含む）、貧民や高齢者、障害者等と浮浪者、身元不明の者等を福祉的救済と、刑事的処罰を混合して取り扱っていた。しかし一七四一年以降、刑事犯罪と福祉政策は明確に区分されるようになり、救貧法および定住法は地方税による地方行政の社会福祉施策として次第に特化していった。

一九世紀末からウェッブ夫妻や他のフェビアン協会に所属するイギリス的社会主義者たちがヨーロッパの諸国で採用した社会保障制度を目指し、中央集権的社会政策のための過激な「救貧法解体論」を唱えたが、イギリス政府および社会がそれをすぐに受容したわけではなかった。左派的分析から見れば、長い歴史を誇る救貧法行政は社会保障制度の実現にとってむしろ阻害要因と映っていた。つまりヨーロッパの他の多くの国にとって社会福祉行政は革新的、社会民主的政策であったのに比べ、早くからその行政機構を備えていたイギリスのそれは、逆に保守的行政の象徴と映った。ウェッブ夫妻らの働きかけやロイド・ジョージらの努力もあって、確かに一九三〇年をもって救貧法は消滅するが、その残滓は第二次世界大戦中に示された社会保障の仕組みが整うまで、実際に存続したと考えるべきである。イギリスの社会福祉行政の遂行上、むしろ両者は相反する理念の中で時には共通した現実的社会政策の課題に対処するための行政を共に遂行していた。これがイギリスの特徴といえる。

それではイギリス救貧法とイギリス福祉国家の起源との関係をどのように捉えればよいであろうか。フレイザー（Fraser D.1981）は、この点について「福祉国家は本質的に苛酷かつ意にそぐわない救貧法に対する反動であったと推測するのが妥当であろう」と明快に述べている。¹⁾イギリスが社会保障による中央集権型福祉国家を目指した起源、言

い換えれば二〇世紀初頭までの救貧法行政の限界点をフレイザーは次の三つに分類した。

(1) 担当行政部局と実質的内容の双方における救貧法の過酷さ及び不十分さ

(2) 新救貧法が最も重要とした初期ビクトリア時代の行政手法による実利主義を呼び起こす自律的官僚主義的發展形態

(3) 救貧法を終わらせない他の手段による社会統制の手法^②

この分類法は、社会保障の発達と救貧法の解体に関する全く異なった二つの議論から派生している。一つはイギリスの左派による知的グループからの視点である。すなわち近代的福祉国家の発展はイギリス社会と政治による啓発によつてなされたものであり、一九四八年以降に至る福祉国家の確立過程を常にイギリスが有していた自己礼賛を含むイギリス社会の「前進」と「向上」によつて説明するやり方である。^③この見方によれば、福祉国家の発展は善として描かれ、ワークハウスに象徴される救貧法はその逆として描かれる。確かにビクトリア期からのワークハウス収容を中心とする救貧法行政は過酷で非人間的との印象をイギリス国民が有していたのは事実である。それはワークハウスのスキャンダルによつてマスメディアや世論が形成したものであるが、その多くは誇張され、創造豊かに脚色されたもので、反救貧法運動の政治宣伝の一環であつたとみること^④もできる。しかし、ビクトリア期を通じてワークハウス収容による行政機構により多くの生活困窮者が飢餓や流民の状態から免れたことも事実であつた。また生活困窮者の生存を保障するという法的意味は、保護委員会 (Committees of Guardians) が生活困窮 (destitution) の状態として認定した基準に基づいたものであつて、厳密な資産の査定や親族の扶養優先義務等を含むものではなかつた。さらに付け加えれば、当時の生活困窮は、精神疾患を含む疾病状況とも密接に関連していたといえる。こうしたイギリス救貧法

による手厚い公的扶助行政は、当時ヨーロッパのどの国にも存在しないものであった。救貧行政を伝統的に担った保護官たちは、名誉職であったにもかかわらずほとんどの場合当該地区の生活困窮者に対してその救済と自立助長のための自分たちの役割を演じた、ということが出来る。ワークハウスは恐怖の家であったかもしれないが、衣食住で何一つ残されていない生活困窮者やその家族にしてみれば快適な家であったともいえるのである⁽⁵⁾。

このように、いわゆる社会改良の時代と呼ばれる一九〇〇年代から一九一〇年代までにおけるイギリス社会保障制度の成立と発展は、残存した救貧法行政機構との込み入った構造と調整の時期を通して形成された。救貧法の最終局面をなすこの時代の研究は、したがってより複雑で難解である。ちなみにイギリスのこの時代を分析したわが国の先行研究も、実際の数はそれほど多くないが存在する。代表的なものを三つ挙げると、小川喜一の「イギリス社会政策史論（一九六二年）」⁽⁶⁾、榎原朗の「イギリス社会保障の史的研究Ⅰ（一九七三年）」⁽⁷⁾、そして大沢真理の「イギリス社会政策史（一九八六年）」⁽⁸⁾ということになる。二〇世紀初頭からの小川喜一の研究は、当時イギリス国内の学会で優勢であったマルクス経済学による歴史観に影響を受けているが、その研究姿勢の独自性と社会政策上の要点の把握は、その後のイギリス社会政策研究の手法に大きな影響を与え続けている。榎原朗の研究は、当時の最新のイギリスの著作を引用してオーソドックスかつ精緻である。しかし、歴史研究としての凝集性、ストーリー性への配慮がやや薄いと感じられる。大沢真理の二〇世紀初頭以降の研究は、救貧法に関する王立委員会の時代的な流れの中から主に失業給付を中心に論が展開されている。しかし、王立委員会（少数派）報告とその後の救貧法行政対社会保障との観点からの制度的対比を明瞭にする作業を十分に行い得ているようには見えない。本稿が求める視点は、これらの先行研究（いずれもすでに公に認められている労作である）が十分に解析できなかった部分に焦点を当てることであると考える。

2. 国民保険制度の成立過程

従来の救貧法的福祉政策から完全に異なった視点からのイギリスの本格的な社会保障制度の立ち上げは、ロイド・ジョージ (David Lloyd George, 1st Earl Lloyd George of Dwyfor, OM, PC、一八六三年—一九四五年) の働きかけによる社会保険立法から始まるとみてよい。⁽⁹⁾

ブルース (Bruce M. 1968) によれば、彼が一九〇九年に実施した「人民予算 (People's Budget)」は福祉予算ともいわれ、これを受けてドイツは自国の社会保険制度による国家形態を「福祉国家 (Wohlfahrtsstaat)」と呼ぶようになったと述べている。⁽¹⁰⁾ 今日の見点からみれば、イギリス社会保障の象徴である一九一一年国民保険法は、ロイド・ジョージがドイツを視察して、社会保険という手段によって国家が市民の生涯生活に介入する現状を調査したことによる。⁽¹¹⁾ ロイド・ジョージにしてみればこれはウェッブらが主張する社会主義的国家サービスとも異なり、また従来の自由放任、貧困への救援抑制、ステイグマの恐怖も除去できる、自らの国内向け政策目標として最善の手段と映ったに違いない。また、労働者階級の権利の向上に直結するこの制度は、救貧法解体運動を唱えながらそれが思い通りに進まないフェビアン協会らとは異なった形で議会労働党の議員の支持を得ることができるようと読んでいたとみられる。さらに大蔵卿として、福祉関係の社会政策にこれ以上の国税、地方税を投入できない、との事情を抱えていたことは言うまでもない。国民保険制度を提唱する演説で、ロイド・ジョージは下院議会で窮乏の原因の三〇パーセントは疾病からきていると述べて、友愛組合や保険会社に保険拠出をはたらきかけた。よく知られているように、国民保険法のパートIは疾病に罹患した者への給付とその予防について記している。それはヨーロッパ諸国が採用していた事業主と被

保険者による拠出による社会保険制度であった。ただし、賃金に比例する社会保険料の徴収方式ではなく、労働者及び事業主が定額を支払う、均一拠出の方法を採用した。

ロイド・ジョージの疾病保険の拠出は、男子雇用労働者については週四ペンスの保険料、女子雇用労働者は週三ペンスの保険料を、事業主は個々の保険料に週三ペンスずつを、また国家が週二ペンスずつを充てる、という仕組みであった。一方給付については、労働者が疾病にり患して労働不能になった場合、男子には週一〇シリングを、女子には七シリング六ペンスを最初の二三週間にわたって支払う（これ以降日数を超過すれば減額支給で最長二六週）、というものであった。さらに二六週を過ぎて障害が残った場合は、週五シリングを受給できた。また妊娠した女子については出産時に三〇シリングの出産手当を受け取ることができた。この社会保険は一六歳以上で年間の収入が一六〇ポンド以下のすべての現業労働者に適用されるという内容であった。パートIの保健サービス管理を担当するのは保険委員会 (Insurance Committee) であった。また今日という保険者としての機関は国がこれを行うのではなく、簡易保険会社と友愛組合のうち一定数以上の規模を持ち、財政的にも信頼できる認可組合が保険料の徴収及び保険給付を担当することになった。この法案は大きな反対もなく比較的短期で下院を通り、貴族院でも了承されて公布が実現した。施行は一九一三年一月からであった。これによってイギリスの日雇用労働者は、自分およびその家族が疾病やけがでGP（一般医）にかかる場合、自由なアクセスで基本的な初期診療は結果的に無料であることができた。また、結核療養のサナトリウムにもこれが適用された。しかし病院の入院費に適用するには無理があった。⁽¹²⁾

次はパートIIの失業保険である。これもまた疾病保険のように拠出制で、被用者と事業主は週二・五ペンスずつ、国家が平均一・六七ペンス拠出するものであった。失業保険は雇用の規模、種類が厳格で、限られた職種の中小企業

の労働者しか適用対象にならなかった。ハリス (Harris, B. 2004) の著述によれば、適用対象者数は初期の場合、およそ二二五万人であったという⁽¹³⁾。失業の給付は一九一三年一月から給付が始まったが、失業が発生した一週間目から給付が発生し、一八歳以上に労働者に週五シリングの受給というものであった。なお期間の限定があり、一年間(五二週)に受給可能な期間は最高一五週であった。

このように、国民保険法によるイギリス国民への医療サービス及び失業者への給付サービスは、自由党政府の社会保障制度確立の要点となるものであった。ロイド・ジョージ蔵相の主導による国民保険の疾病保険制度の実現は、救貧法行政の中でもとりわけ医療サービス給付部門に大きな影響を与えた。パット・セイン (Thane, P. 1982) の研究によれば、国家老齡年金及び国民保険法の実施によって一九一〇年には全国で九一万六三七七人の生活困窮者が、一九一三年には七八万八〇一九人と、およそ二割も減少したとされる⁽¹⁴⁾。しかし救貧法行政全体から見れば、多少の関連性が指摘される無拠出老齡年金よりもさらに何の関連性もない国民保険制度の成立が、貧民の救済と予防という意味で生活全体に影響を与えるという事実は、救貧法の存在感を希薄にする決定的な要因となった。

社会保障制度の確立に、救貧法側はどのように対応したのだろうか。救貧法の負の遺産を象徴するのは、ワークハウスの用語とともに新救貧法発足時に建てられた独特の建築物であった。二〇世紀に入ってから、ワークハウスそのものの改善運動が積極的に行われた。ワークハウスの収容者は次第に福祉対象別に分けられ、いつの間にか「入所者」となった。例えば高齢者ワークハウス、傷病者ワークハウス、精神障害及び精神病者ワークハウス、児童ワークハウス、というように区分されていった。

一九〇五年に立ち上がった救貧法に関する王立委員会は忌まわしいワークハウスという用語の呼称を禁じて目的に

かなった救貧法施設という施設名称を使用するように申し入れた。これによつてワークハウスは次第に制度及びその建物としての機能が本来有していた福祉施設として呼ばれるようになった。一九一一年、地方自治庁 (Local Government Board 以下 LGB と記す) は「救済規則令 (The Relief Regulation Order)」を発表した。これは救貧法保護官 (Poor Law Guardian) 行政の先例を破り、イギリスの全国教区連合を強制適用とするものであった。その内容は救済に当たつてケースパーパーの使用を強制することが示された。また院外救済は二週を超えてはならないこと、五週間に給付の見直しを行うことが盛り込まれていた。世帯主の男子がワークハウスに収容された場合、家族には居宅のままの保護救済が与えられた。これは内縁や別居中の妻にも適用された。さらに規則令以降、イギリスで有能貧民という言葉が使われなくなった。行政用語の規制適用の厳格化はその後さらに進み、一九一三年にすべてのワークハウスは救貧法施設 (Poor Law Institutions) と改名され、官庁用語からワークハウスのほか、窮民 (Pauper) という用語も完全に削除された。しかしこの命令は行政側による一方的なもので、イギリス国民は通常どおりワークハウスと言いつづけた。

3. 第一次大戦と救貧法

一九一四年八月五日に始まり、一九一八年一月一日に終了したヨーロッパ全域を巻き込んだ大戦争、第一次世界大戦は、イギリスの国全体をあらゆる意味で急激に変化させた。それは旧来の概念の破壊と同時に、新しい概念の再構築も迫った。大戦を通じてイギリスを指導したロイド・ジョージ連立内閣による政府は、彼らがいったん確立した福祉政策の拡充を一貫して保持した。イギリス本国は戦場にはならなかったがイギリス軍およびコモンウェルスか

ら派遣された軍隊は主要参戦国としてベルギー、フランスなどのヨーロッパ戦線でおびただしい犠牲者を出した。

第一次世界大戦は、その全期間を通じてイギリス社会の構造及び価値観を根本的に変えたといえる。大戦勃発までのイギリスは労働者階級の政治的台頭によって人々の平等と権利を等しく保証する仕組み、つまり自国の社会保障の確立が大きな国家目標の一つであった。しかし大戦期間を通じて、それが国家安全保障にとってかわった。様々な軍事的秩序が社会の中に入り込むようになり、重点的予算配分による国防への情熱が人々の求める価値へと変わっていったのである。¹⁵ 従来は民間企業が有していた交通や輸送手段をはじめとして、次第に準国有化される状態になり、ヨーロッパ大陸とは異なつて比較的自由な国家形態を標榜していたイギリスも、あらゆる市民の生活に国家が介入する状態が通常となつていった。それは「戦争社会主義」と呼べるものでもあった。¹⁶ それでも社会福祉対象者と最も貧しい人々は救貧法の受給対象者であることに変わりはなかった。一九一二年のワークハウス（行政用語では「救貧法施設」¹⁷ここでは通常通りワークハウスとする）の入所者の数は多い時には二八万人でその後は暫時減少した。その理由は、高齢者の年金給付が普及した結果であるとみられている。ワークハウスは、救貧法の施設ではすでに高齢者の入所施設に収斂されつつあった。すでに救貧法所轄の養護施設、小規模施設、貧民向けの学校、結核療養所、視覚障がい者施設のような、機能別の施設が運営されていたからである。とりわけ医療関係の施設は、優秀な看護師の下で眼鏡の給付やリラックスした雰囲気があり、高齢者にとつては優れたサービスでさえあった施設も増えた。

第一次世界大戦が勃発すると、イギリス軍部は救貧法保護官委員会の承認なしに救貧法施設の資源を戦争遂行の目的で接収することができ、多くのワークハウスは救貧法関係の医療資源（医療官、看護師等の人材のほか、医療機器や医療設備を含む）がヨーロッパの前線から退いてきたベルギーの兵士、民間人の居住建物になった。さらに大陸で戦い、

負傷や病気で治療を受ける後方移送の傷病患者の支援の設備に回された。その多くは病院や診療所の名前に替わっていったのである。他方では、これ以上の救貧法関係の施設の建築や修繕が中止された。こうして大戦後、ワークハウスは病院としての建物に変化した例も目立った。ベルギーからの亡命者や軍需工場労働者のための施設に強制的に吸収され、移管されたワークハウスで従来から入所していた救貧法受給者は、他の施設に強制移動させられた。たとえば、イングランド南部のドーバー海峡沿いのボーンマス・クライストチャーチ教区連合には、クライストチャーチの敷地のそばにレッドハウスと呼ばれるワークハウスがあり、主に高齢者向けに五〇のベッドがあつた。またこの教区連合内地域で生活困窮に落ちいった人々がこの施設に収容されていた。ところが、第一次大戦の勃発によりワークハウスは政府によって接收され、「クライストチャーチ赤十字病院」に生まれ変わり、病气やけがをしたベルギー兵士の入院施設として利用された。⁽¹⁸⁾ イギリス南部のワークハウスでは、このような現象が各地で起こった。一時的難民や避難者、傷病患者を収容するためのもっとも簡便な方法がワークハウスの利用だったのである。こうした影響もあって、第一次世界大戦の時期に救貧法関係の給付受給者および施設入所者数は減少したばかりでなく、居宅で給付を受ける救貧法受給者数も減少した。⁽¹⁹⁾ たとえば一九一〇年一月から一九一七年一月の間に、救貧法院外給付の受給者数は二五%減少した。

一九一六年一二月に総辞職したアスキス内閣に代わって強力な戦争遂行の意思を内外に掲げたロイド・ジョージが首相になり、内閣を率いた。ロイド・ジョージは国民に戦争への協力を求めるためのスローガンとして、戦争終結の後にはさらなる社会改良を約束した。一九一七年二月にロイド・ジョージ挙国一致内閣の下で新たに作られた「再建省 (The Ministry of Reconstruction)」がこの仕事を担ったが、戦後の国家像として保健、住宅、教育、失業などの対処

を優先的に掲げた。これは個人としてのロイド・ジョージの強い意志によるものであったが、同時に国民代表法が成立し、男性は財産や地位にかかわりなく、二一歳以上のものすべてに選挙権が与えられ、同時に三〇歳以上の女性にも普通選挙権が与えられたという政治的背景もあったことは事実である。これよって、多数の労働者階級に参政権が新たに付与された結果、労働党員も含む挙国一致内閣として政府に参画していた労働者の地位向上と保護及び福祉の発展を唱える政治的意図はますます顕著になった。

ロイド・ジョージ内閣は戦争遂行への国民の鼓舞だけでなく、挙国一致内閣に参画していた労働党の主張にも配慮した。失業問題に関して、すでに政府は一九一六年にすべての労働者が戦争関連産業に従事できるようにするための国民保険法パートⅡの新たな法律を制定していた。⁽²⁰⁾だがこの法律は、使用者、被用者両方ともに評判が悪く、反対運動が起きるほどであった。ウェッブ夫妻らフェビアン社会主義者も、国民保険制度による給付が労働者の生活改善を前提に行うもので、権利として与えられるものではない、との理由から反対した。⁽²¹⁾

一九一六年一二月、ロンダ男爵 (Baron Rhonda) として知られるデイビッド・トーマス (David Thomas) がLGBの長官に就任した。彼は石炭会社の実業家の出身であり、実務にたけていて政治的野心はない人物とされている。しかし就任早々からLGBの医療査察官らによって保健医療制度と貧困との因果関係について説明を受けていた。すなわち、貧困の予防を考えた場合、現行の救貧法医療サービスや国民保険法による医療給付だけでは不十分で、総合的に扱う独立した省庁の設置が必要であることを提案された。当時、貧困によって罪のない児童が年間五万人も死亡する事実を知り、ロイド・ジョージに対して省庁の設置を検討するように促す書簡を送っていた。⁽²²⁾ロイド・ジョージ自身も疾病と貧困及びその予防の重大性には大きな関心を寄せており、保健省の設置に理解を示してはいたが、当時の

友愛組合の認可組合及び保険会社からの強硬な反対に遭遇していた。

この時、再建省の下で当時下院副議長を務めていたドナルド・マクリーン (MacLellan, D.) を代表とする救貧法改革のための新たな委員会、通称マクリーン委員会が組織された。一九一七年三月には大戦中にロシア革命が勃発し、ニコライ二世が退位して社会主義政権が誕生した。その後ドイツとロシアは講和条約を締結し、交戦状態が解消された。この推移は、立憲君主制を維持するイギリスにも少なからぬ影響を与えた。すでに一九一七年春には労働者階級による政府の政策をめぐるストライキが起こり、政府も労働組合との協定を実施に移さなければならなくなっていた。⁽²³⁾ イギリスとしては、立憲君主制による議会制民主主義体制を存続させるという意味からも、労働者階級の利害に一層踏み込んだ社会政策を遂行しなければならなかったのである。一九一七年から審議が開始された委員会は、一九一八年一月に報告書を提出したが、その内容は保護委員会の廃止による救貧法の解体と児童保護、高齢者保護及び疾病患者保護等の社会サービスの拡充であった。すなわちウェッブらが一九〇九年に主張した救貧法に関する王立委員会少数派報告の「焼き直し」である。何故に焼き直しが再現したのか。その理由は、ベアトリス・ウェッブがマクリーン委員会の主要なメンバーの一人だったからである。報告書はさらにLGBのすべてのサービスを、新たに創設する保健省 (Ministry of Health) の下で刷新することを提言した。これもまた王立委員会少数派がかつて主張した根拠の一つであった。ただし、一九〇九年報告時と異なるのは、当時ウェッブ夫妻らが主張していた理想論の硬直性から比べれば現実的かつ寛容で、このサービスには慈善団体や民間保険会社も含むとされた。⁽²⁴⁾ 結論的に言えばベアトリス・ウェッブはロイド・ジョージの政治的思惑に配慮したのである。いずれにしてもマクリーン委員会報告の公表はフェビアン協会及び労働党の政治活動の勝利といえることができる。

しかしこの報告は、当然ながら救貧法行政に従事する多くの地方LGBの職員を驚愕させた。保護官たちから見れば、貧困の原因となる疾病の治療及び予防を強力に行うための単一省庁としての保健省の設置は、レトリックとして反対が難しく、LGBは政府の保健省設置については傍観せざるを得なかった。だがLGBも一方的に負けてばかりというわけでもなかった。マクリン委員会報告は、このほかにも失業問題に關与して「失業の予防と職業訓練のための委員会 (Prevention of Unemployment and Training Committee)」の創設を政府に提案していた。職業紹介や職業訓練など、それまでLGBが伝統的に担っていた権限をすべて取り上げ、専門的行政官が代わりにその行政を執行するという内容であった。しかしこれについて全国のLGB委員会から反対の声が上がった。個々の保護官も反対し、結局政府はこの委員会創設をあきらめざるを得なかった。また、マクリン委員会報告では救貧法行政の基本的単位である教区連合と保護官制度の廃止に言及した。しかし、LGBスタッフによる政治的攻勢はすさまじく、LGBの推挙を受けて当選している地方選出の国会議員が容易に同案に賛同できない状態に追い込まれた。政府もこの状況を素早く察知して、そこまでの改革には至らないようにした。こうしてその後議會において教区連合及び保護官制度の廃止が具体的な政治課題に上ることは、一九二九年までなかった。⁽²⁵⁾

こうした経緯をへて挙国一致内閣のもとに一九一九年LGBが廃止され、救貧行政の所轄は新設の保健省 (Ministry of Health) へと移った。これは行政的には国の一部局としての保健省が大臣の下で救貧行政を行う、という点で、救貧法の実質的解体がさらに進んだとみることができる。一方、内容的にもワークハウスは第一次世界大戦全般を通じて大きな変化をみせていた。それは戦争前には福祉対象者及び有能貧民に対して過酷と思わせる収容実態を反映していたワークハウスの多くが、戦争の勃発とともに病弱の人々を救う目的の医療関係の施設へと転化したから

である。それは、一八七〇年の救貧法改革によって、救貧法給付申請者がワークハウスに収容される際には、医療専門官による健康状態の検査が行われるようになり、またワークハウス自体に看護師が常駐する医療系の施設として十分に機能を発揮できていたからである。

こうして救貧行政は保健省の所轄になったが、救貧行政の実権は従来通り地方にあり、地方の有識者や名士が好む「名誉職」の一つとしての救貧法保護官の手にあつた。全国的生活困窮者が救貧法による救済を申し立て、その裁定を下す権限は、依然として彼らが所有していたのである。それにしても、たとえ戦勝国とはいえイギリスが第一次世界大戦で受けた被害は甚大であつた。一九一〇年代の戦後ブームが去ると、ロイド・ジョージ内閣に横たわつたのは国家の膨大な負債と国民の増税負担の重圧であつた。この問題に対処し、金本位制の下でインフレの重圧から逃れ、強力なデフレ政策を遂行する目的で、当時マスメディアに大きな影響力があつたロザメア卿（Lord Rothermere）を代表に、「反浪費同盟（Anti-Waste League）が結成され、その年の選挙でこの同盟者の三人が国会議員となった。この期に乗じてロイド・ジョージは予算削減の委員会を招集し、自ら民間人であつたゲデス（Sir Eric Campbell-Geddes）を委員会のヘッドに起用して一九二二―三年度の厳しい歳出カットを提言させた。これが有名な「ゲデス・アックス（Geddes axe）」と呼ばれる国家予算歳出削減策である。この措置は刺激的で、あらゆる社会政策経費がカットされた。この影響から児童の教育を扱つた一九〇二年バルフォア教育法も、これらの施策により実効性が薄れる結果となった。

4. ネヴィル・チェンバレンとLGB

第一次世界大戦は突然ドイツで革命が勃発し、立憲君主制を敷いていたホーエンツォレルン家が退位して共和制に

移行することで終結した。深手を負いながらも大戦の戦勝国となったイギリスでは、戦争後の最初の選挙が一九一八年一二月に行われ、引き続き挙国一致内閣が勝利した。ロイド・ジョージ首相は多くの下院議員を擁する労働党に対して、社会改良のマニフェストを実行する立場にあった。しかし実際下院で最多数を占めたのは保守党議員であった。さらに疲弊したヨーロッパ全体を襲った大戦後の不況がイギリス全体を覆い、福祉国家を目指し労働者階級に妥協した社会改良の継続は決して物理的に実行しやすい環境ではなかった。兵役から解除され、帰還した何百万もの兵士に適当な職場は与えられず、結局戦時中には減少していた救貧法救済受給者数が大戦後の時期に急増した。一九二一年までに当時のイングランドとウェールズ総人口の四%に当たる一五〇万人もの人々が、救貧法保護官から救済給付を受給していた⁽²⁷⁾。さらに一九二六年までに、救貧法救済受給者の数は二五〇万人に膨れ上がっていた。同じ年にイギリスではじめてTUC（労働総同盟）による炭鉱夫組合に連帯したゼネラルストライキが決行された。これはイギリス労働者階級の生活が困難になっていたことを如実に表すもので、とくにロンドンの下層階級では生活不安の下で惨状を呈していたといわれる。

そのような中でポプラー・バラ（Poplar Borough）での失業者向けの手当（院外給付）が問題になった。第一次大戦終結以降ロンドンの失業者、求職者がその手当を求めてポプラーに居住するようになったからである。この地区は、労働党のメンバーによる保護官行政の結果、戦争前から生存基準以上の救貧法給付を行うことで有名で、とびぬけた救貧法支出で保守層が注目していた。すでに救貧法保護官を含むポプラー・バラ評議会は一九二一年には、ロンドン地区評議会（London County Council; 以下、LCCという）からの出費も困難なほど支出が限界に達していた。ポプラー地区に居住する富裕層は、ロンドンの他の地区に比べて相対的に高い地方税を拠出しなければならなかった。このた

め、評議員は割高な地方税の徴収という方法ではなく、ロンドンの西部富裕地区から東部貧困地区に財政調整を行う首都一般貧困基金 (Metropolitan Common Poor Fund)⁽²⁸⁾ を含む四つの局に援助を求めた。LCCと首都一般貧困基金はこれを違法として高等裁判所に告訴し、それに対応したポプラーの評議員二〇人 (このうち六人は女性で妊婦もいた) は二〇〇〇人の支持者とともに自らも行進し、逮捕され監獄に収監された。

彼らが逮捕、収監されたという情報は地区に居住する貧民に即座に知らされ、住民たちは監獄を取り囲んで不穏な動きが広がった。それとともに、ポプラー地区周辺の貧困地区のバラの評議会員たちも、これに同調する動きを見せ始めた。さらにイギリスの労働組合は、逮捕されたポプラー評議員への支援を決定し、収監されて生活の糧を失った彼らの家族に対してカンパを募って支援した。もちろん下院議会で相当数を占め、挙国一致内閣の一翼を担っていた労働党も彼らを支持する活動を行った。「ポプラーの乱」の再来である。政府もこの動きに対し妥協してポプラー・バラへの首都一般貧困基金からの拠出金を五万ポンドから三〇万ポンドとした。法廷も六週間の収監の後に全員を釈放した。議会は、地方税の徴収がそれまで負担に応じて課税していたものを富裕な地域と貧しい地域とを標準化する地方政府財政引当法 (Local Authorities (Financial Provisions) Act 1921) を成立させた。

「ポプラーの乱」によって明らかになったことは、バラ評議員の中に労働党かまたは労働党寄りの社会主義信奉者が、失業者に対して保険の手段ではなく救貧法給付の拡大で困窮者の生活の保障を試みた、という点である。これはウェールズ炭鉱労働者地区のストライキに対してウェールズの労働党寄りの教区連合が、生活の維持のために救貧法給付を行うというパターンを作る結果となってしまった。⁽²⁹⁾ もちろんこれは有能貧民には院外救済を与えないとするLGBの一九一一年の指令の抜け道を利用する行為であった。⁽³⁰⁾ 確かにこの後自由党は政治的力を失ってゆくが、自治

体による救貧法行政そのものがとりわけ貧民に同情的な政治で票を獲得する労働党にとって都合の良いターゲットとなり、政治と深くかかわるという事態を招きかねない状態になった。これがロンドン等大都市の限られた地域ばかりでなく、ウェールズの例に見るように全国の救貧法保護官にまで及ぶと、その影響は甚大になると想定された。さらに保健省は一九二一年に全国のLGBに「例外的な場合でも、失業者に対する給付は自立した労働者が自分の労働生活を持てざるを得る所得より以下の給付であるべき」とした⁽³¹⁾。ここでも給付の低位性は貫かれていたのである。

このように、救貧法の存続を前提とした保健省の行政は、実際に医療行政を担当する医師その他のスタッフに次第に不満を募らせる結果となった。彼らは純粹に保健医療のみによってイギリスの行政を担当できるよう、要請したのである。その背景には、二〇世紀以降に生じた新たな需要、すなわち学校保健制度や国民保険法による健康保険制度の成立があった。しかし、一方の旧LGBスタッフはこの要求に頑強に反対した。彼らにとっての所轄と責任は、保健医療と救貧法行政を一体として行うことであつた。政府もこれらに対して強引に改革することはできず、結局救貧法体制は継続した。しかし、旧LGBによる救貧法体制は保健省の行政から学校保健サービスと工場査察官制度を取り込めなかつた。全体としてみれば、新設の保健省が国民保険の健康保険全般のサービスを所轄したのは、その後の国民保健サービスの成立に大きく寄与したといえる⁽³²⁾。このようにして、行政の中に巧みに入り込む救貧法システムの手法は、それが完全な刷新を迎える一九二九年まで保健医療行政の中で生き続けたとみてよい⁽³³⁾。

一九二二年、ロイド・ジョージの自由党内閣が総選挙に敗れて保守党出身のアンドルー・ボナー・ロー (Rt. Hon. Andrew Bonar Law, PC¹ 一八五八年—一九二三年) によるわずかの期間の内閣の後、一九二三年、スタンリー・ボールドウィン (Stanley Baldwin, 1st Earl Baldwin of Bewdley² KG, PC¹ 一八六七年—一九四七年) が後継内閣を組閣した。この時

にネヴィル・チェンバレン (Arthur Neville Chamberlain 一八六九年—一九四〇年) が保健大臣に就任した。ボールドウィン内閣は、一時イギリス最初の労働党党首によるマクドナルド (James Ramsay MacDonald 一八六六年—一九三七年) 内閣に首相の座を譲ったが、九か月の後に再びボールドウィンが返り咲いた。ネヴィル・チェンバレンはマクドナルド内閣で一時大蔵卿となったが政権が戻って保健大臣として再任された。実際の業務で地方税の配分やLGBの旧来からの伝統、つまり中央政府との連携を取らない行政の現実を見たネヴィル・チェンバレンは、保守政治家としてLGBをソ連のボリシェヴィキ (革命自治評議会) のようにとらえたのかもしれない³⁴。チェンバレンの救貧法行政に対する見方は厳しかったといえる。その一方で、チェンバレンは社会保障制度の発展には情熱を注いだ。一九二五年に議会で寡婦、孤児及び老齢年金法 (Widows, Orphans, and Old Age Pensions Act) が成立し、拠出制年金が施行され、対象年齢も六五歳からになった。ネヴィル・チェンバレンはこの行政に保健省として尽力し、次第に保健省が社会保障の中枢機関となるようにした。同時に彼は保健政策、医療サービス、そして住宅政策にもその手腕を発揮するようになった。ネヴィル・チェンバレンの目標はLGBの解体であったが、歴代の内閣がそうであったようにいきなり過激な行動をとるということはしなかった。ブランデージ (Brundage, A.2002) によれば、最初に一九一一年に制定されていた救済規制令によって保健省所轄の救貧行政にかかわる職員が規則の範囲を逸脱した給付や規制を行っている場合には、保健省という強権的な力によって保護官の行為をやめさせるように仕向けた。ネヴィル・チェンバレンが行使したもう一つは、保護官委員会による資金借入れを保健省の権限で公式に認可したことである。その背景には、第一次世界大戦後の不況と失業によって、救貧法給付からの救済 (手当て金) を盛んに行っていた委員会では、金銭的に大きな負債を抱えていた。ネヴィル・チェンバレンは保健省内にこれらの負債を抱える地域を精査する職員を配置

した。すなわち労働党による給付の奨励が盛んな保護委員会を割り出し、保健省の権限によって彼らの負債が生じた責任を取らせる手法を実行したのである。⁽³⁵⁾こうした巧妙な政治手法によって、保護官は従来のように独自の立場から給付実行や判断をすることができなくなり、次第に保健省による指導の下で働く職員となっていた。この流れに従うように一九二六年にイギリス議会は「保護官委員会（債務不履行）法（Board of Guardian ((Default)) Act）」を成立させた。⁽³⁶⁾この法律の内容は保健省が不良負債を抱え、問題となっていた地域の保護官委員会の委員を更迭できる権限を与えるもので、ポプラーの乱を引き起こすような職員はこれ以降すくなくなっていた。

一方強力に中央集権化を押しすすめるネヴィル・チェンバレンの手法は、労働党等、左派の影響を受けなかった保守的な全国の保護委員会にも恐れと不安を抱かせることとなった。しかし全国の保守的な保護委員会は、一九二六年に行われたイギリス炭鉱労働者のストライキに呼応したゼネストで、地域の左派保護委員会が行った家族あての院外給付事業に対して強力な反対を表明した。この事態は保守的な全国の保護委員会が結果的にネヴィル・チェンバレンの政策を承認する契機となった。⁽³⁷⁾債務不履行法を適用したチェンバレンは、一九二七年に「監査法（Audit Act）」を成立させた。これは地方の保護委員会の監査を厳重にすることによって、過度な院外支出の乱発によって負債を抱える保護委員会に一層の圧力をかける狙いがあった。ネヴィル・チェンバレンはさらに追い打ちをかける形で、一九二八年に「緊急時供給法（Emergency Provisions Act）」を上程した。この法律は、ポプラーの乱の首謀者たちが獲得した首都一般貧困基金の特別な支給を覆す内容のものであった。

チェンバレンはこうした保護官行政の弱点を突く政策を積み重ね、一連の準備期間を経ていよいよ一九二九年地方自治法の制定作業を本格的に進めた。チェンバレンは、救貧法を葬り去るための法律の制定を一刻も早く実現させた

かったが、当時の大蔵卿であったチャーチル (Sir Winston Leonard Spencer-Churchill, KG, OM, CH, TD, PC, DL, FRS, Hon. RA、一八七四年—一九六五年) との意思疎通が十分でなかったのが遅れた原因の一つとされている。⁽³⁸⁾ しかしその後交渉を重ねて、地方自治法の改正による救貧法予算の再編成と、保護官制度の最終的な廃止を目指した新制度の導入をチャーチルに認めさせたのである。こうして一九二八年一月二八日にチェンバレン保健大臣は自身の上程による法案を発表した。法案は一〇〇条ほどであったが、救貧法に触れた個所はほんの一部であった。その内容は、全国に存在する六二五の教区連合を廃して地区評議会及び地区バラ評議会へ移行し、公的扶助委員会がその機能を継続する、というものであった。

最初にチェンバレンは、全国の保護官の給付裁定がともすれば寛容に傾きがちであるという理由から、保護官委員会による給付申請の裁定のシステムから新たなシステムに変更した。すなわち、全国の保健省当局に生活困窮者の申請裁定機関として公的扶助委員会 (Public Assistance Committee; 以下 P A C s と記す) を設置した。フレイザーの著述 (二〇〇九) によると、P A C s の設置によって今まで救貧法委員会が関心を示さなかった児童のケアや慢性疾患患者の取り扱いにも範囲を広げることができたこと、そしてこれが一九〇九年王立委員会の少数派報告及び一九一八年のマクリーン委員会の行政に関する報告の趣旨に近づいたことを指摘している。⁽³⁹⁾

この打開策として財務省が地方の貧困者に対する予算配分を行い、地方自治政府がそれを執行する内容の法案が一九二八年一月に提出された。この法案の名前は「地方自治法案 (Local Government Bill)」で、一〇〇条以上の条項がある。法律の条項の多くに含まれる内容は、救貧法に関するものであった。⁽⁴⁰⁾ とりわけ、全国六二五に及ぶ保護官委員会は、救貧法給付及び高齢者処遇に関するその権限を取り上げられ、代わりにそれを地区評議会 (county council)

または地区バラ評議会 (county borough council) が行うというものであった。各地区は P A C s を設置するものとされた。各地区にはさらに救済地区 (relief districts) が振り分けられ、従来の院外給付の支給決定は選挙で選ばれた評議員による「保護官の委員会 (the guardians' committee)」が行うものとされた。また施設収容などの院内処遇は直接地区評議会ないし地区バラ評議会によって行うものとされた。救貧法の下で残存していた、今日というナーシングホームのような形態の、慢性の疾病患者 (主に高齢者) が入院する公衆衛生病院 (public health hospital)、そして民間の篤志家による慈善病院 (voluntary hospital) の所轄は完全に救貧法の手を離れ、次第に急性期病院として取り扱われるようになった⁽⁴¹⁾。保健省の原則は、あくまでも法律に基づく行政を全国的に、しかも例外なしで執行することであり、それでもなお受給や給付の条件で特別な事情があるものについては保健省の権限によって調整を行うという姿勢であった。ただ、イギリスでもロンドン地区だけは非常に膨大でしかも先述のように込み入った事情が多く、特別に調整される地域となった。

一九二九年はアメリカの株価暴落を引き金にした世界大恐慌が全世界を吹き荒れ、特に当時基軸通貨であったポンドを有するイギリスは大きな経済的打撃をこうむった。この情勢に呼応するように同年の総選挙では労働党が勝利し、ボールドウィン内閣が退陣してラムゼイ・マクドナルド (James Ramsay MacDonald、一八六六年—一九三七年) による労働党単独内閣が組閣された。マクドナルド内閣は社会政策の課題として取り組むはずの失業問題が、同時に経済政策としても喫緊の課題であることを認識せざるを得なかった。不況下のイギリスにおいてどの程度の雇用政策が効果を上げるといえるのか、またどうしたら失業問題に対処するといえるのか、難しい選択が迫られた。チェンバレンの法案についてはイギリスに突き付けられた経済情勢の下で、ある一面では労働党政府による保護官委員会の政治的影響

力をくじこうという意図が背後にあったとも思える。しかし法案自体に対する労働党政府の態度は、法案に正面から反対するというものではなかった。確かに労働党議員の中には若干抵抗するものがあったがその反対理由は法案内容が十分ではない、という程度のものであった。労働党は、保護官委員会の仕組みを温存させるという戦略ではなく公的扶助制度の設立は国家によるものであるべきとの考え方に立っていた。したがって、自らの利害がこれによって大きく削られるとは考えなかったのである。こうして一九三〇年三月三十一日、地方自治法が可決・成立した。⁴²⁾

確かにこの法律の制定によって、一六〇一年からイギリスに存在した救貧法の長い伝統は終わりを告げた。しかし、貧困者に対する行政機構が大幅に変わったからといって、貧困者そのものの画期的な待遇改善や給付の改善が大幅にかつ迅速に行われる、というようなことはなかった。受給者の側、すなわちイギリスの生活困窮者から言えばこれによって従来からの貧困者自身の無力さ、ステイグマ等に何らかの改善があったわけでは決してなかったのである。

5. 生き延びる救貧法の残滓

一九三〇年四月一日、地方自治法の施行によって一六〇一年以来の旧救貧法の貧民監督官 (Overseers of the Poor)、そしてその流れをくむ新救貧法の保護官委員会 (Board of Guardians) の救貧法行政機構は完全に消滅した。これらの機能は P A C s および地区、地区バラの保護官委員会に移された。新しい委員会による合議組織は、一見古い保護官委員会に似ているようだが、職員の構成は純粋な公務員であり、保健省の強い指導のもとに保健省の一組織として新たに発足した。地方の名士による名誉職、宗教的色彩、そしてボランティア的な形態と彼らの給付を決定する際の裁量権はことごとく消え失せたのである。しかし公的扶助の組織が以前の救貧法を徹底的に変革したとみるのは、やは

り不十分である。たとえば公的扶助の給付の中心業務である資産調査は受給申請世帯が最も嫌悪するものであるが、その調査手法は微に入り細にわたり、救貧法時代と同様の手法で行われた。⁽⁴³⁾ また公的扶助の交付をやや大げさに認定する手法も、救貧法時代のそれと同様に継続したという。これがイギリスのイギリスたるゆえんであるが、道路で歩く人々への物乞いも含む貧困による申し立て、および彼ら（彼女ら）の貧困を認定する手続きと救済給付の取り扱いに関して、長い救貧法の伝統はその後も続くのである。もう一つの貧民救済の分野である私的慈善活動においても、各宗教団体やC O S傘下の組織の一部ではまた、「保護官委員会」という名称の使用が残った。これが最終的になくなったのは一九六〇年代であるといわれている。⁽⁴⁴⁾ しかしそれはもはやイギリスが推し進めている社会保障（福祉国家）への道とは逆行するものであった。イギリス政治およびイギリス行政に長い間染み渡った構造は、こうして実に長い時間をかけてその歴史的機能を次第に失っていったといえる。

雇用・失業問題についていえば一九三四年に失業法（Unemployment Act）が成立した⁽⁴⁵⁾が、これは中央集権的行政機構による執行体系であった。「失業扶助委員会（Unemployment Assistance Board）が地方扶助局に新設され、これが実に長い歴史を有する救貧法の職業紹介、雇用対策のシステムとは相関性が全くなかった。構成員も救貧法関係者と異なる人材であった。また受給者も、救貧法の時代のように失業による理由、というだけではいかなる場合も公的扶助の給付は受けられなくなり、したがって拠出制に基礎を置く社会保険方式の失業手当の重要性が生活困窮者にまで浸透することになったのである。

ここで飛躍して結論を述べれば、ベヴァリッジ計画の施行による一九四八年の国民扶助法（National Assistance Act）により、さらに中央集権化した行政の下で、事務的な扶助体制が図られ、最後まで残存していた救貧法の伝統が消え

ていった。しかし、ビクトリア時代およびそれ以前からはぐまれたイギリス国民の救貧法への負の意識は、制度の消滅に比べて残存の度合いが高かったといえる。二〇世紀に入ってイギリス救貧法の変化を促した最大の原因は、第一に公的救貧制度による救済と、それと同等の私的慈善団体による貧民へのアプローチが両立して存在したことである。第二は新救貧法の成立を促した経済学説である一九世紀前半の賃金基金説がその効力を失い、貧困対策として所得の再分配政策が積極的に提唱されるようになって、新救貧法とは理念が別個の経済学説に裏付けられた強力な中央集権政府の主導による「社会改良」行政が自由党政権下で行われていたためである。社会保険、雇用政策の推進によってイギリス救貧法は独自の存在感をなくしていった。すでにみたように、一九世紀にかけて救貧法の中で社会福祉行政は無能力貧民の受給権 (right to relief) が明文化されたわけではないが、対象者の絞り込みと同時に広く認知され、ワークハウスの中には知的障がい者、精神障がい者、また「老人ホーム」に特化するものもあらわれた。こうして新救貧法の理念は二〇世紀前後に除外されるのだが、最も主要なイデオロギー的原則の一つであった「低位性の原則」だけは、ワークハウスへの嫌悪感とともにイギリスの受給者および人口の多くを構成する「受給予備軍」にとってその精神が唯一決して弱まることなく受け継がれた、ということが出来る。

- (1) Fraser D. (1981), *The English Poor Law and the Origins of the Welfare State*, Edited by W.J.Mommsen (1981), *The Emergence of the Welfare State in Britain and Germany*, Croom Helm, p.12.
- (2) Fraser D. (1981), p.9.
- (3) モーリス・ブルースの著作が典型といえる。

Bruces M. (4th Eds,1968), *The Coming of the Welfare State*, London:Batsford,

- (4) Fraser D. (1981), p.12.
- (5) Fraser D. (1981), p.13.
- (6) 小川喜一(一九六一)「イギリス社会政策史論」、有斐閣
- (7) 檜原朗(一九七三)「イギリス社会保障の史的研究」、法律文化社
- (8) 大沢真理(一九八六)「イギリス社会政策史」、東京大学出版
- (9) 経済学者アルフレッド・マーシャル(Alfred Marshall)は、無拠出老齡年金成立後にロイド・ジョージが組み立てた一九〇九年予算を「社会福祉予算」と称した。
- Bruce M. (4th Eds.1968), p.21.
- (10) Bruce M. (4th Eds.1968), p.31.
- (11) ロイド・ジョージは一九〇八年、自身が手掛けた老齡年金法が成立したのち、五日間の日程でドイツの社会保险制度を視察した。帰国したのちに彼は財務省でドイツと類似した制度を立ち上げることを表明したという。Thane, P. (1996 2nd ed.), Foundations of three Welfare state, Longman Social Policy in Britain Series, p.78.
- (12) Harris, B. (2004), The Origins of the British Welfare State: Social Welfare in England and Wales, 1800-1945, Palgrave macmillan, p.162.
- (13) Harris, B. (2004), p.163.
- (14) Thane, P. (1982), Foundations of the Welfare State, London; Longman
- (15) The Defence of the Realm Act of 1914
- (16) Fraser D. (2009), The Evolution of the British Welfare State, Palgrave Macmillan, p.209.
- (17) Brundage, A (2002), p.143.
- (18) この事実を、筆者がケンブリッジ大学在外研究の一環で行った現地調査から入手した郷土史の資料に基づく。

Sue Newman (2000), The Christchurch and Bournemouth Union Workhouse; The Story of the Red House Museum and

Christchurch Hospital, pp.103-112.

- (19) Brundage, A (2002), p.144.
- (20) 1916.6&7 George V. cap. 20. the National Insurance (PartII : Munitions Workers) Act. 国民保険 (パートII) 改正法
- (21) Guilbert. B. B. (1970), British Social Policy 1914-1939, B.T. Batsford Ltd. p.98.
- (22) Guilbert. B.B. (1970), p.102.
- (23) Guilbert. B.B. (1970), p.10-11.
- (24) Brundage, A (2002), p.145.
- (25) Harris,B. (2004), p.177-178.
- (26) 二〇世紀初頭のワークハウスでは、一般に教区連合にいる有能生活困窮者がワークハウスに収容される場合、担当の医療官が面接を行い、はじめに病気や感染症の有無を聞き取りで記載する、という形を取った。医療官は簡単な診断を行い、入所者は入浴で体を洗ったのちにそれまで来ていた服は煮沸消毒のため取り上げられ、ユニフォームを着せられるのが一般的状態であった。したがって規模の大きい教区連合のワークハウスでは、施設内に看護師が配置されていた。このような基礎がすであつたので、戦争中の療養所等に無理なく転嫁できたのである。
- (27) Brundage, A (2002), p.146.
- (28) この基金は、ロンドンの各バラの財政調整のため、主に西ロンドンの比較的富裕な地区から東ロンドンのポプラーのような貧困者密集地区へ財政の融通がしやすいように設置されたものであった。
- (29) Brundage, A (2002), p.146.-147.
- (30) The Relief Regulation Order of 1911
- (31) Thane, P. (1982), p.174.
- (32) Harris,B. (2004), p.178.

- (33) Fraser D. (2009), p.213.
- (34) Brundage, A (2002), p.147.
- (35) Brundage, A (2002), p.148.
- (36) 1926. 16 & 17 George V. cap. 20.
- (37) この事件によつて債務不履行法が初めて適用された。その地域はいずれも石炭を採掘する炭鉱地区として有名なサウスウェールズ (South Wales) とダーラム (Durham) であつた。Brundage, A (2002), p.149.
- (38) Brundage, A (2002), p.151.
- (39) Fraser D. (2009), p.222.
- (40) Brundage, A. (2002), p.151.
- (41) Means, R. and Smith, R. (Second ed.1998) From Poor Law to Community Care; The Development of Welfare Services for Elderly People 1939-1971, Croom Helm, pp.16-17.
- (42) 1929. 19 George V. cap. 17. (地方自治体法)
- (43) Brundage, A. (2002), p.152.
- (44) Fraster, D. (2009:fourth ed.), p.149.
- (45) 1934. 24 & 25 George V. cap. 29.

本論文は、二〇一六年、社会政策学会第二三三回春期大会の自由論題の口頭発表によるフル・ペーパーに加筆したものです。

ポティエ『新編ユスティニアヌス帝学説彙纂』 第五〇卷一七章における帰国権について

吉 原 達 也

はじめに

本稿は、ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』⁽¹⁾ Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae の最終章第五〇卷第一七章「古法のさまざまなレグラエについて De diversis regulis iuris antiqui」のうち、第二部 人の法 (Secunda Pars de persona) のうち、第一章第六節帰国権に関する論題の検討を通じて、同書におけるポティエの方法論の一端を具体的に明らかにしようとするものである。さきに第一部 法の一般的レグラエ (Prima Pars de regulis juris generalibus, aut quae ad praevias quasdam legum notiones pertinent)、第二部第一章について、若干の検討と紹介を試

みてきたが⁽²⁾、本稿はその続編にあたる。本稿の関心は、第五〇卷第一七章における各論題項目の配列がいかなる論理に基づくものであるか、帰国権に関する論題を例にして明らかにすることにある。

帰国権は、古典法において一般に「人の法」の中で不自由身分とのかかわりで論じられる論題である。ローマ市民が敵の捕虜となった場合、捕虜は万民法上奴隷発生原因とされ、市民が敵の捕虜となったときには敵の奴隷 *servus hostium* (Gai.1,129) となるが、この者が戦時または平時に帰国するときには捕虜となる以前に有していたすべての権利を回復する。かかる捕虜の復権は帰国権の作用とされる⁽³⁾。

ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』最終章に集録されたレグラの項目数は、一一〇二五に及ぶ。本来の第五〇卷第一七章には体系的な配列はとられていない。ポティエは、学説彙纂の法文を換骨奪胎して、自らが案出した膨大なレグラエの中に配置し、一般、人、物、訴訟、公法という五部制の分類のもとにまとめている⁽⁴⁾。個々のレグラの項目がどのような基準で選択され、そして配列されているのか、本稿では、『新編学説彙纂』第五〇章第一七章帰国権という論題のもとにまとめられているレグラの選択と配列の論理を検討することとしたい。

一

ポティエは『新編学説彙纂』第五〇卷第一七章において、第二部第一章第六節として、「帰国権、及びコルネリウス法の擬制について」の論題を置いている。第一項「帰国権、及びその効果について」には、CXL から CXLV まで六つのレグラエ群が第四九卷第一章「帰国権について」から援用されている。第二項「コルネリウス法の擬制について」は、同章に由来する一つの法文からなる⁽⁵⁾。

各項目の選択と配列の手がかりは『学説彙纂』第四九卷第一五章についてのポティエの記述に求めることができる。ポティエは、第四九卷第一五章「捕虜について、並びに帰国権及び敵から買戻された者について」の冒頭で、同章の内容を次のように述べる。「本章において、公法に属しきわめて頻繁に適用される二つの権利の擬制が語られる。即ち、帰国権の擬制と、コルネリウス法の擬制である。そしてこれらに、敵から買戻された者に対して買戻した者に帰属する権利についての取り扱い方が付け加えられている。」として、全体として、第一節 帰国権、第二節 敵から買戻された者、第三節 捕虜中に死亡した者に関するコルネリウス法の擬制 の三つの節を立てる。

まず第一節冒頭で、ユ帝法学提要により帰国権 *postliminium* の語源説が示される。これによれば、*postliminium* とは、*limen* 及び *post* の謂いであり、敵により捕虜となった者でその後吾等の境界内へと到達した者が帰国権により帰還した者と呼ばれる、とされる。また、ハイネッキウスに拠るとしながら、捕虜は死者と看做されたがゆえに、帰る際に家の敷居をまたいで家の中に入るのは不吉と信じられていたので、屋根と槌を伝って家の裏に *post limen* 入ったからとする別の語源説 (cf. Plutarch, *Quest. Rom. 5*) を挙げる。次に帰国権の定義に関して、失われた物を敵から取り戻し、旧の状態に復する権利のことである、とする D.49,15,19pr. のパウルス・サビヌス注解一六巻の法文が引かれる。

Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19pr. : 「帰国権とは、吾等と自由な国民及び王たちとの間で慣習及び法律により確立された、失われた物の権利を異国民から回復し現状へと回復する権利である。実際、戦争により又は戦争間近に吾人が失ったものを、吾人がふたたび回復するならば、帰国権により回復すると云われる。而して帰国権は自然法上の衡平により導入されたのであり、その結果、不当に異国民により拘束されていた者が、自身の国境の中へ

と帰還したときには、自らの元の権利を回復することとなる。」

これを受けて、帰国権には、能動的 *actif* と受動的 *passif* の二面ありとし、前者は、帰還した捕虜に捕虜となる以前に有していた権利を回復させるものであり、後者は、敵によって取得されていた物が、取得された時に所有者であった者の権利と権力に復されるというものである。帰国権に関するポティエの第五〇卷第一七章と第四九卷第一章との関連を中心に見ていくことにする。

二

ポティエ『新編学説彙纂』第四九卷第一章では、帰国権の問題は、第一節第一項 いかなる者たちの間で捕虜の権利及び帰国権が成立するか（III～IV）、第二項 いかなる時に帰国権は成立するか（V～VII）、第三項 いかなる人が帰国権を有し、いかなる物が帰国権の対象となるか（VIII～XV）、第四項 いつ帰国権が帰属するか（XVI～XIX）、第五項 帰国権の効果はいかなるものか（XX～XXIV）という五つ項目に分けて論じられる。

第一項 いかなる者たちの間で捕虜の権利及び帰国権が成立するか、「III. ローマ人と敵との間でこれらの権利が成立すること。」では、まず、敵とは何か、学説彙纂第五〇卷第一六章「語義について」から一般的な意味が確認される。

Gaius lib. 2 *ad legem duodecim tabularum* D.50,16,234pr.: 「吾人が敵と呼ぶところの者たちを古法学者たちは *perduelles* と呼んでいたが、これは、かかる付加によつて、目下の戦争の相手方を示唆している。」

次に、第四九卷第一章における敵の意味が指示される。

Ulpianus lib. 1 *institutionum* D.49,15,24: 「敵とは、ローマ国民が公に宣戦布告した者たち又はローマ国民に自ら宣戦布告した当の者たちである。」

同法文の後段は以下のように続く。

「それ以外の者は、盗賊又は略奪者と呼ばれる。それゆえ、盗賊により捕らわれた者は、盗賊の奴隷ではなく、帰国権は当人には必要でない。ところで、敵により、例えばゲルマニア人やパルティア人により、捕らわれた者は、敵の奴隷であり、帰国権により原状を回復する。」

この「盗賊により…」以後が、第五〇巻第一七章の帰国権の節の最初の項目 (CXL) を形成している。

CXL. 《Qui a latronibus captus est, servus latronum non est; nec postliminium illi necessarium est.》「盗賊により捕らわれた者はその盗賊の奴隷ではなく、ゆえに帰国権は当人に必要でない。」

《Ab hostibus autem captus...et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat.》「⁽⁶⁾よび敵により……捕らわれた者は敵の奴隷であり、帰国権により原状を回復する。」 l.24.ff.de.captiv. et. postlim. [Ulp.1 inst. D.49,15,24]

敵以外の者により、例えば、「海賊又は盗賊により捕らえられた者は自由人であり続ける⁽⁷⁾。」これに対して、内乱の場合には、対立する者同士の間では相互に帰国権を有さず、敵か否かは、対外的か、対内的かによつて区別される⁽⁸⁾。他方、いわゆる敵以外に、帰国権が成立する場合があり、同盟関係にない異国民は、彼らを相手方として戦争を為さず、たとえ厳密な意味で敵ではないとしても、この件に関しては、敵の地位にあり、それゆえ彼らとの間で帰国権が存在する、とされる。同盟関係をめぐって、帰国権に関して、古人間で論争があつたことをキケロが伝えている⁽⁹⁾。

フェストゥスはこれを肯定する見解を伝える。⁽¹⁰⁾ 古典期には、これに反対するプロクルス説が有力であった、とされる。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

第二項 いかなる時に帰国権は成立するか（V-VII）では、戦時の帰国権及び平時の帰国権の区別についてが扱われる。第五〇巻第一七章の帰国権のレグラ項目はこの論題には触れず、D.49,15,12pr.の一節だけがCXLIVとして抜萃されるが、戦時及び平時の区別よりも、むしろ、帰国権が成立する要件として、帰還の意思にかかわる点に力点が移行している。

CXLIV. 《Spem revertendi civibus, in virtute bestica magis quam in pace romani esse voluerunt.》「ローマ人は、平時におけるよりも戦争の徳において帰還せんとする希望が市民たちのものとなることを欲したり。」*l.12.ff.d.tit.* [Tryphon 4 *disput.* D.49,15,12pr.]⁽¹³⁾

戦時と平時の区別について、ポンポニウスは、*Pomponius lib. 37 ad Quintum Mucium* D.49,15,5pr.において「帰国権はあるいは戦時においてあるいは平時において成立する。」⁽¹⁴⁾とし、戦時における帰国権が成立するためには、敵により身柄を拘束され、敵の陣営にまで連行され、その後に帰還することが必要であるとする。これに続けて以下のように述べる。

「1. 戦時においては、すなわち、我々の敵であるところの者が我々のうちのある者を捕虜とし、その陣営へと連れて行ったときには、実際、もしこの者が同じ戦争で帰還した場合、彼は帰国権を有する、換言すると、すべての権利が、あたかも彼が敵の捕虜とならなかったように、彼に回復される。敵の陣営へと連れられるまでは彼は市民であり続ける。ところでもしその者が我々の同盟国のもとへ赴くか、あるいは我々の陣営へと入った場合、そのと

きにはこの者は帰還者と解される。⁽¹⁵⁾」

ポンポニウスは、平時の帰国権の事例として、友好関係ないし同盟関係にないという理由でただちに先の意味での敵にはあたらないとしても、敵との関係に等しく取扱われるべき場合がある、とする。

Pomponius lib. 37 *ad Quintum Mucium* D.49,15,5,2.

「2. 平時にも帰国権が与えられた、というのはもし我々がある民族との間で友好関係も賓客関係も友好のために締結された同盟条約も持たぬ場合、たしかに彼らは敵ではないが、しかし我々のものから彼らに帰するものは彼らのものとなり、そして我々の自由人も、彼らによつて捕虜とされたときには、彼らの奴隷となる…そしてもし彼らから何かが我々に帰する場合にも同様である。それゆえこの場合にもまた帰国権が与えられた。⁽¹⁶⁾」

以上が戦時と平時についてである。そのほかに停戦 *indutiae* の場合の扱いについても言及される。ポティエは、その中間的な停戦の場合、帰国権はないとするパウルス文を挙げる。

Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,1: 「相互に挑発し合わぬよう、差し当たり目下の期間の合意がなされたときに、停戦は存在する。この期間には帰国権は存在しない。⁽¹⁷⁾」

第三項 いかなる人が帰国権を有し、いかなる物が帰国権の対象となるか (VIII-XV) では、第一にまず誰が能動的 *activa* な帰国権を享受しうるか、帰国権の主体となれるかが扱われる。帰国権が認められない場合として、帰還したにもかかわらず、本国で身柄を受領されなかった場合、敵に対して降伏した場合、逃亡した場合が区別される。

その冒頭の一節 VIII は、CXL. 《Eos qui ab hostibus capiuntur, vel hostibus deduntur, jure postliminii reverti

antiquitus placuit.」敵により捕らわれ、又は敵に引き渡された者は、帰国権により帰還するは往時よりの決まりである。』¹⁸ *l.4 ff. de captiv. et postlim.* [Modest.3 *regul.* D.49,15,4] と一致する。これに続いて敵のもとで生まれた息子が取り上げられる。CXLII. 《Apud hostes susceptus filius si postliminio redierit, filii iura habet. Habere enim eum postliminium, nulla dubitatio est.》「敵のもとで生まれた〔父により拾い上げられた〕息子は、もし本人が帰国権により帰還した場合、息子の権利を有す。というのは同人が帰国権を有することは疑いの余地のないことだからである。」*l.9 ff. d. tit. [Ulp. 4 ad leg. Iul. et Pap. D.49,15,9]*

以下 CXLIII は、逃亡者及び降伏者について関するポティエの第四九卷第一五章の抜萃と基本的に重なるのであるが、その順序は前後が入れ替わっている。¹⁹ 前の「敵により捕らわれた者」及び「敵に引き渡された者」を受けて、後者とは「その意に反して敵に引き渡された者」と解される理由づけ部分が、独立して、CXLIII.2にあたる。

CXLIII.2. 《Postliminio carent qui armis victi, hostibus se dederunt.》「武力に屈し敵に自ら降伏した者は帰国権を有せず。」*l.17 ff. d. tit. [Paul. 2 ad Sab. D.49,15,17]*

そしてこれに続いて「まづ況や Multo magis」として、逃亡者が取り上げられる。

CXLIII.1. 《Transfugae nullum postliminium est.》「逃亡者は決して帰国権を有さず。」*19. §. 4 ff. de captiv. et postl.* [Paul. 16 *ad Sab. D.49,15,19,4]*²⁰

Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,8 「逃亡者とは、戦時に敵のもとへと逃亡した者だけでなく、停戦中に何らの友好関係にない者たちのもとへ忠誠を誓って逃亡した者でもある。」²¹

一言で言えば、帰国権を有するのは、自発的にではなく、その意に反して敵の権力中に帰した者のことである。し

かし、自らの意思で敵のもとに留まる場合には、帰国権はないとされる⁽²²⁾。

以上に続く、CXLIII.3. 《Nec satis est corpore domum quem redisse, si mente alienus est.》「その身、家に帰ったりと雖も、心伴わざれば事実として十分ならず。」*l.26, ff.d.tit. [Florentin 6 inst. D.49,15,26]* は、第四項 いつ帰国権が帰属するに属する法文からの抜萃である。

「解放されたか或いは暴力又は詭計によつて敵の権力から脱したか、いかにして捕虜が帰還したかは、そこには戻らないという意思で帰還した場合には、重要なことではない。実際、その身、家に帰ったりと雖も、心伴わざれば事実として十分はないからである。しかし敵を破つて回復された者は帰国権によつて帰還したと考えられる。」⁽²³⁾

敵の手を遁れるのにその手段は問題ではなく、帰国権によつて重要なことは、帰還せんとする意思である。もとよりある者がその意に反して敵の権力中に陥ったとしてもその後（帰還できるにもかかわらず）望んでそこに留まった場合には、その者はもはや帰国権を有さない。

Pomponius lib. 36 *ad Sabinum* D.49,15,20pr. 「もし捕虜にして、この者について平和条約で帰還すべく約束されたにもかかわらず、自らの意思で敵のもとに留まる場合に、この者に爾後帰国権は属さず。」⁽²⁴⁾

CXLIV. 《Spem revertendi civibus, in virtute bestica magis quam in pace romani esse voluerunt.》「ローマ人は、帰還の希望が市民にとつて平時によりも戦争の徳における方が大きいことを欲した。」*l.12, ff.d.tit. [Tryphon 4 disput. D.49,15,12pr.]* は、第二節で帰国権の成立時期にかかわるものとして取り上げられている法文の理由付けに関する部分である。

Tryphonius lib. 4 *disputationum* D.49,15,12pr.: 「戦時においては帰国権は存在するが、平時には戦争により捕虜

となった者に、平和条約において同人たちについて何らの取り決めも為されなかった限りで、帰国権は帰属する。それゆえセルウィウスはそのことが確定のことであつたと記しているが、その理由は、ローマ人は、帰還の希望が市民にとって平時によりも戦争の徳における方が大きいことを欲したからとされる。ところで、平時に異国民のもとに赴き、もし突然に戦争が勃発した場合、そのことによりそのもとで彼らが敵とされる当のその者たちの奴隷となることがある。この場合、彼らに戦時にも平時にも帰国権は帰属する。但し、彼らが帰国権を有さない旨条約により締結された場合はこの限りではない。⁽²⁵⁾」

第二にいかなる物を受動的 *passif* な帰国権によつて我々は回復するかでは、回復される対象が具体的に検討される。それは土地だけでなく、人にも及ぶとされる。まず帰国権は、土地について適用がある。

Pomponius lib. 36 *ad Sabinum* D.49,15,20,1: 「敵が占拠していた土地から敵が排除された場合、当該土地の所有権は元の所有者たちに復し、没収されることも戦利品となることもない。もとより敵「の所有権」から取り上げられた土地は没収される。⁽²⁶⁾」

それだけでなく、人についても適用がある。*passif* な帰国権により、家長権ないし主人権に服していた者たちも回復される。パウルスが次のようにいうのはそのような意味においてであるとされる。⁽²⁷⁾

Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,10: 「帰国権は性又は身分を問わず人に属する。自由人たるか奴隷たるかは重要ではない。帰国権により回復されるのは、戦闘能力を有する者たちだけでなく、分別をはじめその他のさまざまなに有用な性質をもつすべての人だからである。⁽²⁸⁾」

ポティエは、ここで、もとより逃亡者たる奴隷を帰国権により受け容れることがある、とする。

Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,4:「逃亡者にはいかなる帰国権もない。實際悪しき意思及び裏切り者の意思で故国を去った者は敵の数に数えられるべきだからである。しかしこれは、男女を問わず、自由人の逃亡の場合の法に属する。⁽²⁹⁾」

パウルスは、「逃亡者にはいかなる帰国権もない」というが、この命題が成立するのは、自由人の逃亡の場合に限られるという限定を付している。これを受けて、逃亡者たる奴隷に対して、主人は帰国権を有する、と述べる。

Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,5:「もし奴隷が敵のもとに逃亡し、たまたま捕らわれたとしても、主人はこの奴隷について帰国権を有するので、帰国権がこの者に属する、つまり、主人がこの奴隷について元の権利を回復する、つまり、反対の法がつねに奴隷であり続ける者自身に害となるというより、主人にとって損失とならないといわれることがきわめて正しい。⁽³⁰⁾」

以上に対して帰国権によって原状が回復されない事例として、逃亡者たる家子の場合、及び戦利品が挙げられる。

Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,7:「逃亡者たる家子も帰国権によって「少なくとも」父の存命中は帰還できない。というのは、祖国と同様、父は家子を喪失したからであり、軍律こそは子への愛よりもローマの親たちには古い伝統だったからである。⁽³¹⁾」

Labeo lib. 4 *pithanon a Paulo epitomarum* D.49,15,28:「もし何か戦争により捕獲され、戦利品の中にある場合、帰国権により回復されず。パウルス。必ずしもつねにそうではない。もしある者が戦時に捕虜となり平和となって家へと戻るも、次いで再度の戦争により「再び」捕虜となった場合、捕虜が返還されるよう講和条約において定め

られない場合には、帰国権により最初の戦争によりその者を捕虜とした当の者のもとに復する。⁽³²⁾

軍船、軍用貨物船は帰国権の対象となるが、戦争に関わらぬ漁船、余暇用帆船は対象とならない。武器はそれを見失うことが不面目であるがゆえ帰国権によつて回復されない。

Marcellus lib. 39 *digestorum* D.49,15,2pr: 「帰国権は、軍船「ガレー船」及び軍事用貨物船には帰国権が属するが、漁船ないし余暇用の快走帆船には属さない。⁽³³⁾」

Marcellus lib. 39 *digestorum* D.49,15,2,1: 「手綱をつけた馬或いは牝馬は帰国権により回復される。というのは騎手の過失なし馬が飛び出すこともありえたからである。⁽³⁴⁾」

Marcellus lib. 39 *digestorum* D.49,15,2,2: 「武器については同じことが法ではない。実際武器を失うのは不面目なことだからである。武器は、それを失うことが不面目なことであるがゆえに、帰国権によつて回復されることない。⁽³⁵⁾」

Pomponius lib. 37 *ad Quintum Mucium* D.49,15,3: 「衣服もまた同様である。⁽³⁶⁾」

我々の権力下に服してなかったが、敵の権力下に服することがなければ我々の権力下にあったであろうものも帰国権により回復される。そして、これと同様の原則が次のような場合にもあてはまるとされる。

Paulus lib. 2 *ad Sabinum* D.49,15,13 「もし私が汝の養子となり、私が家長権免除された後、私の子が敵から帰還した時には私の子は汝の孫となるというのが確定のことである。⁽³⁷⁾」

Tryphonius lib. 4 *disputationum* D.49,15,12,17: 「それゆえ鉾山から捕らえられ買戻されて彼の罰へ回復される。しかし鉾山の逃亡者としては処罰されるべきでなく、買戻した者は国庫から、我が皇帝及び神皇セウエルスにより

定められた金額を受領すべし。⁽³⁸⁾」

第四項　いつ帰国権が帰属するか (XVI-XIX) では、帰国権が成立する時点として、国境を越えて帰還したとき Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,3: 「我らの国境を出て行ったときに喪失されたように、我らの国境へと入ってきたときに、帰国権により帰還したと見られる。」⁽³⁹⁾

「しかし、同盟国又は友好国若しくは同盟者又は友好者たる王のもとに赴いた場合にもただちに帰国権により帰還したと見られる。というのは、その場所ではじめて公式に完全に「回復されること」⁽⁴⁰⁾なるからである。」

[Florentinus lib. 6 *institutionum* D.49,15,26: 「解放されたか或いは暴力又は詭計によって敵の権力から脱したか、いかにして捕虜が帰還したかは、そこには戻らないという意味で帰還した場合には、重要なことではない。実際、その身、家に帰ったりと雖も、心伴わざれば事実として十分はないからである。しかし敵を破って回復された者は帰国権によって帰還したと考えられる。」⁽⁴¹⁾

その際、捕虜は、敵のもとに戻らないという意味をもって、本国に帰還することを要する、とされる。この件について、レグルス事件、通訳メナデル事件に関わるポンポニウス法文が取り上げられる。本項から第五〇巻第一章のレグラは取り上げられていないことを確認するに留まらざるをえない。⁽⁴²⁾

Pomponius lib. 37 *ad Quintum Mucium* D.49,15,5,3. 「ところでもし捕虜が我々によって解放されそして同胞者たちのもとに至った場合、この者は、もし彼が我々の国家に留まるよりもむしろ同胞者たちに従うことを欲した場合

にのみ、帰国権によって帰還したと理解される。そしてそれゆえカルタゴ人がローマへ送還したアティリウス・レグルスの場合に、彼はカルタゴへ帰還せんと宣誓しそしてローマに留まる意思を有していなかったので、彼は帰国権によって帰還したのではないと解答された。そしてそれゆえある通訳メナデルの場合にも、彼はのちに我々のもとで解放され、自国に送還されたのであるが、彼について制定された、彼がローマ市民に留まるべしという法律は必要なかったとみられる…というのはもし彼が自国に残留する意思を有していた場合にはローマ市民でなくなつたであろうしまたもし彼が帰還する意思であつた場合には彼はローマ市民であり続けたからであり、そしてそれゆえその法律は無用であつたであらう。⁽⁴³⁾」

第五項 帰国権の効果はいかなるものか (XX~XXIV) では、帰国権の遡及的効力、事実問題と権利問題の区別が取り扱われる。これを受けて、帰国権の効果に関して、第五〇巻第一七章では、CXLVにまとめられた四つの法文から構成されている。⁽⁴⁴⁾

CXLV. Postlimini juris is effectus est: quod «retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.» 「帰国権の効果とは、《敵から帰還した者は遡って都市にいた》と⁽⁴⁵⁾」 *l.16 ff.d.tit.* [Ulp.13 *ad Sab.* D.49,15,16]

事実に関することは帰国権によつては回復されない。

《Postliminium non restituit ea quae sunt facti; puta, possessionem et usucapionem.》「帰国権は、⁽⁴⁶⁾ 事実に関することを回復しない。例えば占有及び使用取得の如し。」 *sup. d.1.12.S.2.* [Tryphon 4 *disput.* D.49,15,12.2]

権利に関わるその他のことは、原状に回復される。

《Caetera quae in jure sunt, posteaquam postliminio redit, pro eo habentur ac si nunquam iste hostium potitus fuisse.》「その他権利に関わることは、帰国権によつて復帰したあとは、あたかもこの敵に捕らわれていた者がかつてあったかのように取り扱われる。」sup.d.1.12.§.6. [Tryphon 4 *disput.* D.49,15,12,6]

しかし、父子関係は帰国権により回復されるが、夫婦関係はただちに回復されず、あらためて合意が必要とされる。Tamen 《non ut pater filium, ita uxorem maritus jure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.》「しかし《父が息子を受け容れるように、夫は妻を帰国権によつて受け容れることはない。しかし合意により婚姻は回復[更新]される。》l.14.§.1.ff.d.tit. [Pomp 3 *ad Sab.* D.49,15,14,1]

第二節 コルネリウス法の擬制について⁽⁴⁷⁾

CXLVI. In omnibus partibus juris: is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse creditur cum captus est.》「法のいかなる部分においても、敵のもとから帰還せざる者は、あたかも捕虜となつた時に死亡したものと看做される。」l.18.ff.d.tit. [Ulp.35 *ad Sab.* D.49,15,18]⁽⁴⁸⁾

コルネリウス法の擬制は、前八〇年頃のスッラのもとでの法に基づくものとされ、捕虜になる前に作成された遺言は効力を保持するとされる (cf. Iul. D.28,1,12; PS3,4a,8)。法務官は、これを無遺言相続へと拡大される。⁽⁴⁹⁾

小結

ポティエ『新編学説彙纂』第五〇章第一七章第二部第一章第六節「帰国権、及びコルネリウス法の擬制について」第一項「帰国権、及びその効果について」には、CXLからCXLVまで六つのレグラエ群が、第四九卷第一五章「帰国権について」からいかに選択され配列されているかを見てきた。学説彙纂第四九卷第一五章の帰国権に関わる法文が、第一項 いかなる者たちの間で捕虜の権利及び帰国権が成立するか、第二項 いかなる時に帰国権は成立するか、第三項 いかなる人が帰国権を有し、いかなる物が帰国権の対象となるか、第四項 いつ帰国権が帰属するか、第五項 帰国権の効果はいかなるものかという構成のもとで、配列し直されて、帰国権問題についての見通しを与えてくれる。それぞれの関係を示せば、第一項（CXL）、第三項（CXLIH）、第五項（CXLIIV～CXLV）の要点が選択され、原則として、その順序で配列されている。第四項から選択されたCXLIHだけが、戦時及び平時の区別から切り離されて、帰還の意思があるかないかの点に力点が置かれて、帰国権の成立の要件とされている。本稿では、第五〇巻第一七章の帰国権の各レグラの選択と配列の背景を確認するにとどまった。第二項では戦時と平時の区別に関わる問題、第四項では、レグルス事件、メナデル事件をはじめとする帰国権に関わる法学者間の論争などが扱われているが、これらの点について、あらためて検討の機会を持つこととしたい。

(1) 3 vols., 1748～52. 本稿では、原文テキストは、原則としてフランス語対訳版に拠っている。Pothier, R.J., *Neuville Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre, avec les lois du code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou*

abrogent le droit des pandectes, traduites par M. de Bréard, tome 23 Paris Dondey-Dupré, 1823.; Pothier, Robert Joseph, *Oeuvres de Pothier*, Nouvelle éd. Paris: Dabo Jeune 1825.; 『ポティエ』 Pothier, *Panectae Justinianeae in Novum ordinem Digestae*, 4 tom., Paris 1819の参照については、日本大学比較法研究所員・菊池肇哉氏の「ご厚意を得たことを感謝申し上げます」。

(2) 吉原達也『『学説彙纂』第五〇巻第一七章第一法文について——ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』序章——』日本法学第八〇巻第二号(二〇一四年)、七七—一〇五頁。吉原達也訳編『ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』第五〇巻第一七章第一部抄』日本法学第八一巻第三号(二〇一五年)九七—一二六頁所収。「ポティエ『新編ユスティニアヌス帝学説彙纂』第五〇巻第一七章第二部第一章について』日本法学第八二巻第一号(二〇一六年)一八八—二三二頁。第一部に関する方法的な詳細な検討として、菊池肇哉「ポティエ『法準則論』中の「一般的法準則」における方法的分析：ポティエ「新序列」とドマ「自然的秩序」の相克と統合」日本法学第八一巻一号(二〇一五年)一—三五(二八〇—二四六)頁がある。レグラエ研究に関する諸文献に関する書誌情報について菊池論文の参照されたい。

(3) 帰国権については、Kaser, *RPPr* I, 1971, 290f. Kreller, RE 22 (s.v. postliminium) 863-873, 同所収の一九五二年までの主要文献目録を参照。Kornhardt, H., 'postliminium' in *republikanischer Zeit*, SDHI 18(1953), 1-37. De Vischer, F., *Aperçus sur les origines du postliminium*, in: Fest.P.Koschaker, Bd.I, 1939, 367-385; *Droit de capture et postliminium in pace*, RIDA3 (1956) 197-226. Watson, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, 1967 (new ed.1984), 237-255. 吉原達也・広島法学第九巻第一号(一九八五年)一頁以下及び所掲の文献を参照。吉原・前掲日本法学八二巻一号二二六—二二八頁、一八八—一八九頁。

(4) Stein, Peter, *The Digest Title, De diversis regulis iuris antiqui and the General Principles of Law*, in: Ralph Abraham Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. Indianapolis, Bobbs-Merrill. 1-20 (1962); now in: Stein, Peter, *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*, London Ronceverte: Hambledon Press 1988, p.53-72.; Schmidlin, Bruno, *Die römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie*, Forschungen zum römischen Recht 29, Köln: Böhlau 1970. 一般的法準則という考え方について、菊池・前掲・八(二七三)頁を参照。本稿では、第五〇章第

一七章の訳出に当たり、とくに柴田光蔵『ローマ法便覧』6. [E] 部門「学説彙纂第五〇巻第一七章『古法の各種の法範について』試訳」二〇一三年七月 URL: <http://hdl.handle.net/2433/175506>掲載の翻訳をとくに参照させていただいている。田中周友「ローマ法に於ける法原則の研究 学説彙纂第五〇巻第一七章邦訳」『甲南法学』第一一卷第四号 (一九七一年) 【書評】赤井伸之『法制史研究23 <1973>』(一九七四年) 所収。Stein, Peter, *Roman law in European history* Cambridge, Cambridge University Press, 1999. ピーター・スタイン著／屋敷二郎監訳関良徳、藤本幸二訳『ローマ法とヨーロッパ』京都：ミネルヴァ書房・二〇〇三年、一四七頁を参照。一八一九年のパリ版(前注2)では、二〇二五を数える。レグラエの数について、菊池・前掲三五頁注61を参照。

(5) CXLVI. In omnibus partibus juris: is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse creditur cum captus est. 「法のいかなる部分においても、敵のもとから帰還せざる者は、あたかも捕虜となった時に死亡したものと看做される。」1.18. ff.d.tit. [Ulp.35 *ad Sab.*D.49,15,18. コルネリウス法の擬制について H.J.Wolff, The lex Cornelia de captivis and the Roman law of succession, *TR* XXIX (191), 136, 死の擬制について esp.165sq. Ulpianus lib. 35 *ad Sabinum* D.49,15,18: In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. 「法のいかなる部分においても、敵のもとから帰還せざる者は、あたかも捕虜となった時に死亡したものと看做される。」cf.Wolff, op.cit.,167sq.

(6) Ulpianus lib. 1 *institutionum* D.49,15,24: Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipse populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur. Et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est: ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat. 敵とは、これにローマ国民が公に宣戦布告した者たち又はローマ国民に自ら宣言した者たちのことである。それ以外の者は、盗賊又は略奪者と呼ばれる。それゆえ盗賊により捕らわれた者は、盗賊の奴隷ではなく、帰国権は当人には必要でない。ところで、敵により、例えばゲルマン人やパルティア人により捕らわれた者は、敵の奴隷であり、帰国権により以前の状態を回復する。」

(7) Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,2: A piratis aut latronibus capti liberi permanent.

(8) Ulpianus lib. 5 *opinionum* D.49,15,21,1.: In civilibus dissensionibus quamvis saepe per eas res publica laedatur, non tamen in exitum rei publicae contenditur: qui in alterutras partes discedent, vice hostium non sunt eorum, inter quos iura captivitatum aut postliminiorum fuerint. Et ideo captos et venundatos posteaque manumissos placuit supervacuo repetere a principe ingenuitatem, quam nulla captivitate amiserant. 「内乱においては、たとえしばしばそれにより国家が危害を加えられようとも、国家の破滅に向けて戦われるわけではない。それぞれの軍門に加わる者は、その者との間で捕虜と帰国の権利が適用されるところの当の敵には当たらない。そしてそれゆえ捕らえられ売却されそしてその後解放された者が皇帝に自由出生身分の回復を求めることが無益なことは確定のことであった。そもそも彼らは捕虜になって自由身分を喪失することは決してなかったからである。」

(9) Cicero, *de orat.* 1,40,182: Si quis apud nos servisset ex populo foederato seseque liberasset et postea domum revenisset, quaesitum est apud maiores nostros, num is ad suos postliminio redisset et amisisset hanc civitatem. 同盟国の国民の一人が我らローマ市民のもとで奴隷として働いたあと、自由人となったが、のちに帰国した場合、われわれの先人のあいだで問われたのは、彼が帰国（し復権する）権によって自国に戻り、それと同時にわが国の市民権を失ったかどうかという問題であった。」（大西訳を参照。）同盟関係と帰国権の関係について、キケロ文及び後掲 Festus 218（注10）、プロクルス文 Proculus, D.49,15,7pr.（注11）との関係について、あらためて検討するにしたい。差し当たり、Watson, LP,249sq.、吉原・前掲を参照。一般にローマ国民及び自由な国民 populi liberi、同盟国 foederati、王国 reges との関係について、Mommesen, III,645ff.; Kaser, *RPzR* I², 281, n.28 所掲の文献を参照。

(10) Festus 218: Cum populus liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium nobis est ita uti cum hostibus; quae nationes in dictione nostra sunt, cum his 「postliminium non est.」 「自由な国民、同盟者、王との間での帰国権は、敵国民との間でも同様に、我々に帰属する。我々の支配下にある国民との間には「帰国権はない」。」

(11) Proculus lib. 8 *epistularum* D.49,15,7pr. Non dubito, quin foederati et liberi nobis externi sint, nec inter nos atque eos postliminium esse: etenim quid inter nos atque eos postliminio opus est, cum et illi apud nos et libertatem suam et dominium

rerum suarum aequae atque apud se retineant et eadem nobis apud eos contingant? Proculus lib. 8 *epistularum* D.49,15,7pr. 「同盟者たる自由な国民は我々にとつて異国民であるが、我々と彼らとの間に帰国権がないことを私は疑わない。というのは、彼らが我々のもとで自らの自由と物の所有権をまるで故国のように享受し、同じことが彼らのもとで我々にも当てはまるのであれば、彼我の間で帰国権のいかなる必要性があるか?」 「そのようなことはないからである」] 1: Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subiectus: sive is foederatus est item, sive aequo foedere in amicitiam venit sive foedere comprehensum est, ut is populus alterius populi maiestatem comiter conservaret. Hoc enim adicitur, ut intellegatur alterum populum superiorem esse, non ut intellegatur alterum non esse liberum: et quemadmodum clientes nostros intellegimus liberos esse, etiamsi neque auctoritate neque dignitate neque viri boni nobis praesunt, sic eos, qui maiestatem nostram comiter conservare debent, liberos esse intellegendum est. 1. 「自由な国民とは、対等の同盟により友好関係に入つた者であれ、同盟により当該国民が他国民の主権を喜んで尊重する旨が謳われるのであれ、いかなる他の国民の権力にも服していない者のことである。同盟者も同様である。もとよりこれに付言すれば、一方の国民が優越すると解されることは、他の国民が自由ではないと解されるわけではないということである。我々が庇護国民が自由であると理解する限り、たとえ権威においても品位においてもよき人たるにおいても彼らが我々に優らずといえども、我々の主権を尊重する者たちは自由であると解されるべきである。」 2: At fiunt apud nos rei ex civitatibus foederatis et in eos damnatos animadvertimus. 「我々のもとで同盟国家出身の者は被告人となり、我々は、有罪判決の上彼らを罰する。」

(12) Liv.1,24,3: “Audi” inquit, “Iuppiter; audi, pater patratre populi Albani; audi tu, populus Albanus. Ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerare recitata sunt sine dolo malo, utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet. Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum ille Diespiter populum Romanum sic ferito ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito quanto magis potes pollesque.” 「聴け、ユッピテルよ。聴け、アルバの民の外交神官長よ。聴け、アルバの民よ。蠟版に記された条文が公の場で、一部始終、嘘偽りなく、読み上げられ、今日この場で正しく了解された以上は、ローマ人民が先に違犯することはない。もしローマ人民が公的決議と意図的害意により先

に違犯することあれば、ユッピテルよ、今日ここで私がこの牡豚を打ち据えるよう、その日のうちにローマ人民を打ち据え給え。より大いなる権能、より大いなる威力持てる方として、これより激しく打ち据え給え。」岩谷智訳『ローマ建国以来の歴史1』京都大学学術出版会・二〇〇八年を参照。

(13) 注25を参照。「戦時においては帰国権は存在するが、平時には戦争により捕虜となった者に、平和条約において同人たちについて何らの取り決めも為されなかった限りで、帰国権は帰属する。それゆえセルウィウスはそのことが確定のことであつたと記しているが、その理由は、ローマ人は、帰還の希望は市民にとって平時によりも戦争の徳における方が大きいことを欲したからとされる。ところで、平時に異国民のもとに赴き、もし突然に戦争が勃発した場合、そのことによりそのもとで彼らが敵とされる当のその者たちの奴隷となることがある。この場合、彼らに戦時にも平時にも帰国権は帰属する。但し、彼らが帰国権を有さない旨条約により締結された場合はこの限りではない。」

(14) Pomponius lib. 37 *ad Quintum Mucium* D.49,15,5pr.: Postliminii ius competit aut in bello aut in pace.

(15) Pomponius lib. 37 *ad Quintum Mucium* D.49,15,5,1. In bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt: nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est perinde omnia restituantur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset. Antequam in praesidia perducatur hostium, manet civis. Tunc autem reversus intellegitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra praesidia nostra esse coepit.

(16) Pomponius lib. 37 *ad Quintum Mucium* D.49,15,5,2: In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum: idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est.

(17) Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,1: Indutiae sunt, cum in breve et in praesens tempus convenit, ne invicem se lacerant: quo tempore non est postliminium.

(18) D.49,15,4 Modestinus lib. 3 *regularum*: Eos, qui ab hostibus capiuntur vel hostibus deduntur, iure postliminii reverti

antiquitus placuit. An qui hostibus deditus reversus nec a nobis receptus civis Romanus sit, inter Brutum et Scaevolam varie tractatum est: et consequens est, ut civitatem non adipiscatur. 「敵にゆつて捕らわれ、または敵に引渡された者が帰国権により帰還するは、往時よりの決まりである。敵国民に引渡されそして返還されたがわれわれによつて受領されなかつた者がローマ市民であるか否かについてブルトゥスとスカエウオラとのあいだで取扱いが異なつた、そしてこの者が市民権を認められないうのが一貫している。」

(19) この配列順は学説彙纂の法文の順序によるか。

(20) Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,4: Transfugae nullum postliminium est: nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est. Sed hoc in libero transfuga iuris est, sive femina sive masculus sit. 「逃亡者は決して帰国権を有さない。実際、悪しき意思と裏切り者の意思をもつて祖国を去つた者は、敵に数えられるべきだからである。しかしこれは、男女を問わず、自由人の逃亡者についての法である。」

(21) Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,8: Transfuga autem non is solus accipiendus est, qui aut ad hostes aut in bello transfugit, sed et qui per induciarum tempus aut ad eos, cum quibus nulla amicitia est, fide suscepta transfugit.

(22) Pothier, tom.23, p.164.

(23) Florentinus lib. 6 *institutionum* D.49,15,26: Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum dimissus an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit, ita tamen, si ea mente venerit, ut non illo reverteretur: nec enim satis est corpore domum quem redisse, si mente alienus est. Sed et qui victis hostibus recuperantur, postliminio redisse existimantur.

(24) Pomponius lib. 36 *ad Sabinum* D.49,15,20pr.: Si captivus, de quo in pace cautum fuerat ut rediret, sua voluntate apud hostes mansit, non est ei postea postliminium.

(25) Tryphoninus lib. 4 *disputationum* D.49,15,12pr.: In bello postliminium est, in pace autem his, qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis erat comprehensum. Quod ideo placuisse Servius scribit, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis quam in pace Romani esse voluerunt. Verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi

efficiuntur, apud quos iam hostes suo facto deprehenduntur. Quibus ius postliminii est tam in bello quam in pace, nisi foedere cautum fuerat, ne esset his ius postliminii.

(26) Pomponius lib. 36 *ad Sabinum* D.49,15,20,1: Verum est expulsis hostibus ex agris quos ceperint dominia eorum ad priores dominos redire nec aut publicari aut praedae loco cedere: publicatur enim ille ager qui ex hostibus captus sit.

(27) Pothier, tom.23, p.166.

(28) Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,10: Postliminium hominibus est, cuiuscumque sexus condicionisve sint: nec interest, liberi an servi sint. Nec enim soli postliminio recipiuntur, qui pugnare possunt, sed omnes homines, quia eius naturae sunt, ut usui esse vel consilio vel aliis modis possint. cf. Codex 8,51,10

(29) Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,4: Transfugae nullum postliminium est: nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est. Sed hoc in libero transfuga iuris est, sive femina sive masculus sit.

(30) Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,5: Si vero servus transfugerit ad hostes, quoniam, et cum casu captus est, dominus in eo postliminium habet, rectissime dicitur etiam ei postliminium esse, scilicet ut dominus in eo pristinum ius recipiat, ne contrarium ius non tam ipsi iniuriosum sit, qui servus semper permanet, quam domino damnosum constituitur.

(31) Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,7: Filius quoque familias transfuga non potest postliminio reverti neque vivo patre, quia pater sic illum amisit, quemadmodum patria, et quia disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis quam caritas liberorum.

(32) Labeo lib. 4 *pithanon a Paulo epitomarum* D.49,15,28: Si quid bello captum est, in praeda est, non postliminio redit. Paulus. Immo si in bello captus pace facta domum refugit, deinde renovato bello capitur, postliminio redit ad eum, a quo priore bello captus erat, si modo non convenit in pace, ut captivi redderentur.

(33) Marcellus lib. 39 *digestorum* D.49,15,2pr.: Navibus longis atque onerariis propter belli usum postliminium est, non piscatoriis aut si quas actuarias voluptatis causa paraverunt.

- (34) Marcellus lib. 39 *digestorum* D.49,15,2,1: Equus item aut equa freni patiens recipitur postliminio: nam sine culpa equitis proripere se potuerunt.
- (35) Marcellus lib. 39 *digestorum* D.49,15,2,2: Non idem in armis iuris est, quippe nec sine flagitio amittuntur: arma enim postliminio reverti negatur, quod turpiter amittantur:
- (36) Pomponius lib. 37 *ad Quintum Mucium* D.49,15,3:Item vestis.
- (37) Paulus lib. 2 *ad Sabinum* D.49,15,13:Si me tibi adrogandum dedissem, emancipato me reversum ab hostibus filium meum loco nepotis tibi futurum constat.
- (38) Tryphoninus lib. 4 *disputationum* D.49,15,12,17: Ergo de metallo captus redemptus in poenam suam revertetur, nec tamen ut transfuga metalli puniendus erit, sed redemptor a fisco pretium recipiet quod etiam constitutum est ab imperatore nostro et divo Severo.
- (39) Paulus lib. 16 *ad Sabinum* D.49,15,19,3: Postliminio redisse videtur, cum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur, ubi fines nostros excessit.
- (40) *ibid.*: Sed et si in civitatem sociam amicumve aut ad regem socium vel amicum venerit, statim postliminio redisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat.
- (41) 前注23を参照。
- (42) ポンポニウス・ムキウス注解第三七卷について、古原・前掲・広島法学九卷一号一頁以下、一二〇頁注九を参照。Wieacker, F., Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts, in : *Festgabe für U. Lübtow*, 1970.183ff., 206.
- (37) Pomponius lib. 37 *ad Quintum Mucium* D.49,15,5,3. Captivus autem si a nobis manumissus fuerit et pervenerit ad suos, ita demum postliminio reversus intellegitur, si malit eos sequi quam in nostra civitate manere. Et ideo in Atilio Regulo, quem Carthaginienses Roman miserunt, responsum est non esse eum postliminio reversum, quia iuraverat Carthaginem reversurum

et non habuerat animum Romae remanendi. Et ideo in quodam interprete Menandro, qui posteaquam apud nos manumissus erat, missus est ad suos, non est visa necessaria lex, quae lata est de illo, ut maneret civis Romanus: nam sive animus ei fuisset remanendi apud suos, desineret esse civis, sive animus fuisset revertendi, maneret civis, et ideo esset lex supervacua.

(44) 帰国権の効果の詳細についてはあらためて検討するところとしたい。

(45) Ulpianus lib. 13 *ad Sabinum* D.49,15,16: Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit. 「敵の으로부터帰還した者は遡及的に国家内にいたと考えられる。」

(46) Tryphoninus lib. 4 *disputationum* D.49,15,12,2: Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt. Ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens qui postea captus est, interruptum est usucapio, quia certum est eum possidere desisse. Forum vero, quae per subjectas iuri suo personas possidebat usque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Iulianus scribit credi suo tempore impleri usucapionem remanentibus isdem personis in possessione. Marcellus nihil interesse, ipse possedisset an subjecta ei persona. Sed Iuliani sententiam sequendum est. 「事実問題はいかなる勅法をもつてもなかったとはなしえない。それゆえ自分自身占有して使用取得していたものの使用取得は、同人が捕虜となった場合には中断する。というのは、同人が占有を中断したことは確実なことだからである。しかし本人の権利に従属する者によって占有し使用取得を継続したもの又はその後特有財産の名義に含まれるものについて、ユリアヌスはその時代に使用取得は本人自身が占有を維持して満たされるものと考えられると記した。マルケッルス「は」、本人自身が占有するか、本人に従属する者が占有するかは重要ではない」と記した。しかしユリアヌスの見解が従われるべきである。」

(47) H.J.Wolff, The lex Cornelia de captivis and the Roman law of succession, *TR* XXIX (191), 136, 死の擬制について, esp.165sq.

(48) Ulpianus lib. 35 *ad Sabinum* D.49,15,18: In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. 「法のいかなる部分においても、敵の으로부터帰還せざる者は、あたかも捕虜となった時に死亡したものと看做される。」 cf. Wolff, op.cit., 167sq.

(49) 差し当たり, Kaser, *RPfR* I, 291, n.23; *RPfR* 72 柴田訳一三八頁を参照。なお、戦争捕虜になった自由人を請け戻す者

は、請戻金が自身に償還されるまでは、皇帝法(二世紀後半)に基づいて、買戻された捕虜に対して留置権を保持するとされる(Diocl. C.8,50,17pr.)。Pothier, tom. 21, 217 s99.を参照。

*本稿は、二〇一三年度～二〇一六年度科学研究費基盤研究(C)「ローマ法におけるレグラエの研究」研究課題番号25380013の研究成果の一部である。この場を借りて御礼申し上げます。

法育の社会的意義と教育効果

——民主主義社会への扉——

平 野 節 子

はじめに

一、法育とは

二、模擬裁判の展開と教育効果

三、教育関連法の改正と法育

四、生涯学習としての法育

五、未来への課題

はじめに

法育が、いかに体験者の心的成長を促し、社会性を高める活動であるかは、二十年以上の実践から肌で感じてきたことである。法育は、模擬裁判を中心としたアクティブ・ラーニングを通して、生きる力を育み人間力を高める教育なのである。ただし、法育が教育の領域の中でのいかなる位置にあるかは、未だ詳らかにされていない。本稿では、長年実践を重ねてきた法育について、他の学問との関係から学問的位置づけを探り、教育基本法改正^①、教育三法の改正^②と学習指導要領の改訂の関連を踏まえ、人間教育として学校教育に取り入れるべく、これまでの指導内容と教育的効果について検証したい。

一、法育とは

（一）法育の目的と教育方法

「法育」とは聞きなれない言葉だと思う。明治時代に、「知育」「徳育」「体育」「食育」と並んで、その語源があったと聞くが、その出典は定かではない。平成の時代に、法の理念を中心とした総合的教育理論として新たに構築されたものと考えてよいだろう。法育とは、自主・自律した市民を育成すると共に、人間力を高めることを目的としている。教育方法としては、裁判員裁判方式の模擬裁判を中心としたアクティブ・ラーニングである^③。法の理念や裁判の流れなどの基礎学習の上で、施設見学、裁判傍聴などを行い、裁判員裁判形式のロールプレイング学習、評議的価値判断学習など、幅広い学習方法を用意している。法律の知識や制度を教える知識習得型教育ではなく、法的価値観や

論理的思考力を高める活動型教育により、生きる力を高める教育である。

指導者は、学校教員、法学者、法律実務家、研究者、社会人、学生などで、分担・協力して実施している。法律専門家はあくまで助言者であり、中心的指導者は、教育者である。担当指導者と実施校の教員が、綿密な連携の上で授業が成立するというのが、大きな特徴である。年間計画の中に組み込まれ、間隔をあけて四回以上の指導を行う、担当教員を指導して法律的知識を増やし、実施方法を話し合い、連携して参加者の個性を生かす指導法は、単なる出前授業とは大きく異なるところだろう。

模擬裁判の脚本については、犯罪の成立要件上の段階別、あるいは争点をもとに分類している。学会のメンバーが作成し、研究会で検討したものを提案する。参加者の発達段階に合わせたいくつかの脚本を校長と担当教員に示し、学校側のニーズに合わせて選択された脚本を使用する。

施設参観や裁判傍聴は、必ず、施設関係者や法律専門家に解説をお願いしている。見学・傍聴だけでなく、施設の社会的意義や処遇、裁判の仕組みなどを知ることが、法知識獲得に留まらず、社会事象の一端を知ることになり、模擬裁判への関心・意欲を高める。

法育は、自分と社会との距離を縮め、社会の一員としての自覚を向上させる。そして、自己の在り方について考える大きな一助となると考えている。

次に、学問の領域の中で、法育がいかなる位置にあるかについて検討したい。

(2) 新しい人格教育との関係

学問的には、法育は、アメリカの新しい人格教育 (character education)⁽⁴⁾ と重なる部分が多いと考えている。その理

由は、①多義的で広範囲の教育プログラムに適用できること、②核心価値 (core value)⁽⁵⁾ が多様であり、市民としての責任感や社会に貢献できる人間を育成すること、③論理的思考力、判断力、問題解決力、対人スキル、共感、内省などの発達を支援する教育であること、などが挙げられる。法育の教育方法は、問題を「議論」し、相互の推論を「批判的に考察」し、責任をもって「解決策を構想」する問題解決型学習である。

また、人格教育が、「公正で思いやりのある学校共同体」「ポジティブな青少年教育」「シチズンシップ教育」「サービス・ラーニング」など、広範囲に多様に展開されている教育活動であることも、法育と重なる。

(3) 道德教育と社会科教育の包含

法育は、学校教育の中で、道德教育と社会科教育の融合的学习体系と捉えられることもある。道德教育とは、道德的価値、「葛藤」という心的活動を重要視する点で共通する。社会科教育との共通点は、基礎的知識としての社会事象や基礎的法律用語を扱うこと、社会における生き方を模索することを目標としている点である。その意味では、社会科教育の一端であるとも言える。

したがって法育は、道德教育と社会科教育を包含する教育ということができよう。それに加えて、生徒指導的役割や「キャリア教育」としての役割も大きいことも特徴の一つである。キャリア教育とは、一般的には、単なる職業教育と理解されているが、本来は、社会的・職業的に自立した人間を育てるための教育全般を指す。中央教育審議会の答申でも、「二人一人の社会的・職業的自立に向け、必要な基盤となる能力や態度を育てることを通して、キャリア発達を促す教育である。キャリア教育は、特定の活動や指導方法に限定されるものではなく、様々な教育活動を通して実践されるものであり、一人一人の発達や社会人・職業人としての自立を促す視点から、学校教育を構成していく

ための理念と方向性を示すものである」と述べている（「今後の学校におけるキャリア教育・職業教育の在り方について」（平成二十三年一月二二日））。

道徳教育において未だ多く行われているモラル・ジレンマ授業⁽⁶⁾に対して、リコーナは、3Rs（読みReading、書きwriting、計算arithmetic）に続く第四のR（尊重Respect）と第五のR（責任Responsibility）を重視している。それらを問題解決型授業の中で道徳的判断力、心情、実践意欲や態度を育成しようと考えたのである。学校は、子どもたちの自尊心を高め、他人を深く尊重し、人生に対して肯定的で積極的な価値観を持つことで、自他を尊重し、責任ある社会の一員になるための機関と考えた。それは、学校・家庭・地域の連携・協力が必要であることも強調している⁽⁷⁾。

法育で扱う模擬裁判は、法律という明確な指針である固定的価値基準に基づき、被告人という他者の行動について、物的証拠・証言をもとに議論することによって事実認定をする。その過程で、物事の善悪（法）について考えさせ、自己内省を促し、自主・自律した市民を育てるのである。なお、ここで言う「法」とは、正しくあるべき様（状態）であり、「法律」は、それに基づいて人間が作ったルールである。

また、法律・規則を守ることは、他者の権利やニーズを尊重することであるので、他者理解、社会理解にも通じる。特に模擬裁判の実践から感じるのは、裁判を創り上げる過程で、思いやりと責任感が育つだけでなく、自己肯定感が高まり、体験後には、多方面で意欲が出てくるという事実である。内発的動機付けは、短期的効果に加えて、広域的で持続的な効果が期待できる教育法である。継続的・反復的学習を行えば、より効果が期待される。

（4）シチズンシップ教育

イギリスでは、二〇〇二年から、シチズンシップ教育（Citizenship education）が十六歳までの中等学校において必

修となった。⁽⁸⁾ シチズンシップ教育は、市民性教育とも呼ばれ、民主主義そのものが抱える問題に対して、自ら能動的に取り組んでいく市民の資質と能力を育成することを目的としている。その牽引者バーナード・クリックは、「クリックレポート」⁽⁹⁾において、その目的と教育像について、「われわれの目的は、まさに、この国の政治文化を変革することである。人々が、自らを能動的な市民とみなすことである。公的生活において影響力を持つことに意欲的で、影響力を持つことができ、そのために、主張して行動するに先立って証拠を秤量する批判的能力をそなえている市民として、自らをみなすことである。」と述べ、加えて、「情報に基づいた開放的な議論は、健全な民主主義にとって何よりも大切」⁽¹⁰⁾と記している。

日本でも、二〇〇〇年頃から、いろいろな立場から、教育の中で公共性をもつ市民育成の必要性が提起されるようになった。二〇一三年の中央教育審議会の高等学校教育部会⁽¹¹⁾では、生きる力の三要素に加えて、四つ目が「社会・職業への円滑な移行に必要な力」、そして、五つ目が「市民社会に関する知識理解、社会の一員として参画し貢献する意識など」として、「市民性」を含めている。そして、「コアの要素を含むものとして位置づけられる資質・能力の例」として、「言語能力を活用して批判的に考える力、わかりやすく説明する力、議論する力」などが挙げられるようになった。評価の面など現場では混乱を招きかねないが、文科省としても市民性教育を取り入れる必要性を明白にしたのは、画期的である。

現在の道具主義的教育観⁽¹²⁾を脱し、学ぶこと自体が、人生に意味を持たせ、目の前の学習が、どう社会とかかわり、グローバルな世界とどうつながっているのか、他者・他国とはどこが似ていてどこが違うのかなど、犯罪という社会現象から、たくましく生きる力と広い視野で物事を見る力を身に付けてほしいということも、私の願いである。

今後は、各国の教育についても知見を深め、比較・検討し、多様な観点から法育の意義と効果について考えていきたい。本稿は、その途中報告である。

二、模擬裁判の展開と教育効果

(1) 裁判員裁判が基本

私たちが模擬裁判の基本的方式として採用しているのは、裁判員裁判方式によるものである。その内容は、①脚本に基づき配役がある公判部分と②自由発言が中心となる評議（進行は法律専門家が行うこともある）を組み合わせた二部構成である。この方式を基本とする根拠は、実際の刑事裁判の重要部分を担っている裁判員裁判の構成について、一般市民に知ってもらうことにある。衆議院議員選挙の選挙権を有する誰もが選ばれる可能性がある「裁判員」という国民としての権利について、実践的基礎知識を提供する意義は大きい。

しかし、真の狙いは、それに留まるものではない。事実認定の公判の場面では、主に傾聴力や論理的思考力を養い、評議の場面では、加えて、自己表現力と判断力を磨くのである。裁判員裁判の②の部分の評議において、裁判員という立場に立ち、検察側・弁護側双方が提出してきた証拠物や証人の供述、被告人質問などの証拠をもとに、大いに議論させる。学生を対象とした模擬裁判では、事前に脚本を読み、教員や保護者と評議における質問や自分の見解をまとめてきている者もいる。しかし、証人・被告人の返答によって全く予想しなかった展開になることもあるので、適応力・即断力が試される。

高校生や大学生を対象とした模擬裁判では、聴衆の中から裁判員に立候補があるので、その場で裁判員若しくは補

充裁判員として選任し、二、三名は参加してもらう。

日本では、自由に議論をする中で論理的にブラッシュアップする方式は、あまり好まれてこなかった。話し合いでも会議でも、権力主導型や大声主張型の人の意見が通ることが多い。日本では、目立たないことが良いことのような風潮が未だに強い。憲法で表現の自由は保障されているが、残念ながら、学校教育の段階で、主義・主張を形成する機会はあまりない。法の下の平等が叫ばれているが、実際の社会生活においては、差別やいじめは跡を絶たない。人々の価値基準は、物事の良し悪しより、地域社会の根底に流れる「長幼の序」や因習的な「和」の精神といった古い慣習によって支配されている¹³。二十一世紀の日本は、未だ真の民主主義には程遠い状態と言わざるを得ない。

それだけに、活力ある明るい社会を形成する一つの方策として、模擬裁判における評議の場面は、模擬（バーチャル）であるがゆえに、議論に基づいて自分の意見を形成し、主張し、決断するという活動ができる格好の場なのである。その意味において、刑事裁判における評議の場面は、争点を中心に議論を積み上げ、有罪・無罪を明確に判断する「主體的に考え行動する人格」を形成する一助になると考えている。

中学生の例を示そう。裁判員が、証人間の供述の矛盾についての指摘や検察官・弁護人の立証が不十分であることなどを突いて、真実の在りかを探る。評決に至る過程では、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事訴訟法の原則が検証される。有罪と判断した場合は、刑罰ではなく治療に向かわせた方が社会秩序の維持と被告人の幸せにつながるのではないかと考える。また、被告人の出所後の更生方法や残された家族についても思いを馳せる。同時に、被害者のこと、被害者家族の思いも含め、裁判員の苦悩の議論が続いた。

決定しなければならぬことが、一人の人間の人生という重大な事柄であるからこそ、深い思考と議論が展開され

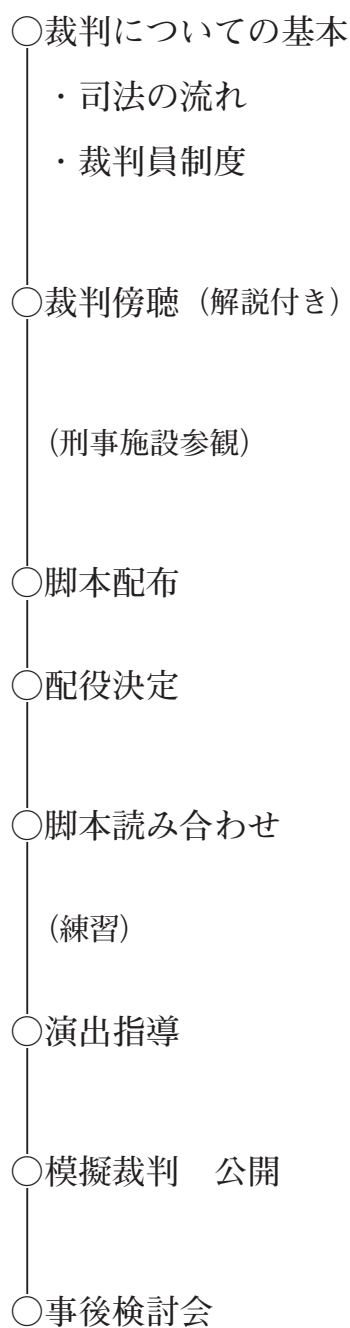
るのである。そして自然と、自分の人生や社会の在り方についても振り返るようになる。これほど、真剣に悩み、あらゆる角度から人間と行為について考える機会はあるものではない。

私たちが刑事裁判による模擬裁判を行っている理由は、裁判員裁判が刑事裁判の中でも重大事件を扱っているからだけでなく、刑事裁判は理非曲直が明確であること、生命のような重大な法益を対象とするので、人々の心的葛藤が大きく、個人個人の大きな成長が期待できるからである。

(2) 民主的社会人を育成する法育

模擬裁判教育は、法育の中核と言っても過言ではない。特に評議の場面は、法育の成果が体现されるフォーラム・ディスカッション方式 (Forum discussion) である。¹⁴ こうして、中学校で実践する場合の通常の指導の流れを示す。

〈模擬裁判の指導内容〉



この図からもわかるように、模擬裁判は、単独で成り立つものではなく、民主的社会人を育成する法育の総合的成果を体现する場である。

言い添えるならば、A、解説を付けて裁判傍聴を行った場合、B、解説なしで裁判傍聴のみを行った場合、C、裁

判傍聴を行わずに模擬裁判に臨んだ場合では、参加者の模擬裁判に対する取り組む姿勢（ポジティブ度）が全く異なる。むしろ、積極性が最大になるグループは、Aの傍聴した裁判内容について、傍聴終了後、専門家が解説を行った場合である。

（3）多様な模擬裁判の方式

以上のように、模擬裁判の基本方式は、公判と評議の二部構成による裁判員裁判方式であるが、以下に述べるような構成、素材、対象者によって様々な方式を用意し、展開している。

A、構成による分類

ア、脚本に基づく公判＋評議・評決

イ、脚本に基づく公判＋争点に関するシンポジウム

ウ、脚本に基づく公判＋実際の裁判の要旨の読み上げ（配布のみもあり）

エ、一定の事実認定を示した上で、評議・評決のみ

オ、脚本の骨子を示し、ディベートで展開する

B、公判部分の脚本の材料による分類

ア、実際の裁判の判決並びに弁護側・検察側の上訴趣意を参考にしたもの

イ、未だ刑事裁判が開始されていないもの、あるいは、再審裁判がなされていないが、裁判がなされるべきと思われるものについての脚本化

ウ、小説を参考素材にしたもの（森鷗外『高瀬舟』、シェイクスピア『ヴェニスの商人』など）

C、対象者による分類

- ア、小学生向け
- イ、中学生向け
- ウ、高校生向け
- エ、大学生向け
- オ、社会人向け

（対象者の資質・能力によって、共通の脚本を用いることもある）

以上のような多様な模擬裁判方式は、これまでの二〇年以上の講座の中で実践し、よりわかりやすく改善を重ねてきたものである。

（4）模擬裁判の教育効果

日本に裁判員裁判が導入されて以来、七年の時を経た。いくつかの課題を抱えつつも定着してきている。体験者からは、裁判員として参加して良かったという声が多く聞かれる¹⁵。

模擬裁判終了後は、傍聴した保護者・教員から、児童・生徒の成長ぶりを見て、感動と感謝の声をいただく。それだけでなく、自分も参加して勉強する機会を作ってほしいとの声が多いのに驚かされる。

ここで、裁判員裁判に向かう大きな要因となった、裁判形式について述べておきたい。

裁判員裁判導入以前の裁判では、調書裁判主義が蔓延し、刑事裁判は裁判官が直接証人の証言などを通して心証形

成するのではなく、警察官・検察官の頭の中で構成された有罪認定の構図が書き記された供述調書をもとに裁判官が有罪判決をまとめる作業になってしまっていた。加えて、裁判官の最も重要な職務である捜査当局の監視・指導を怠ったために、捜査官による自白の強要や証拠ねつ造などの人権侵害犯罪が行われ、冤罪が発生した。

裁判員裁判では、証拠裁判主義を徹底する。証人が法廷に立ち、主尋問・反対尋問・補充尋問をする中から、真実を見極めることが期待される。裁判員は、証人や被告人に質問できるので、疑問を投げかけることを通して、事実認定を固めていく。

模擬裁判では、証人尋問について、とても重要な位置づけをしている。脚本の作者は、脚本作成段階で、発言内容だけでなく、登場人物の性格や行動についてのイメージを設定する。しかし、それを参加者に説明することはしない。公判部分の参加者は、脚本から自分が想像する人物になりきった態度と発言をする。裁判員から被告人や証人に対して投げかけられる質問に対する返答を脚本に記してはないので、被告人や証人は、事件現場を想像して返答しなければならない。返答によっては、被告人の故意性や状況が大きく変化し、裁判体によって判決内容が大きく異なることがあるのも、私たちの行っている模擬裁判の奥深さである。

〇小学校で二学級が同時に同じ脚本で模擬裁判を行った時も、全く異なる判決になり、それを知った教員も児童も大変驚いていた。児童たちは、何が要因で判決が違うのか協議し始める場面も見られ、裁判についてより関心が深まった。

法育は、善悪、正義ということを核として、人間や社会について多角的かつ論理的に考えさせることを大切に行っている。

その方法として、一方向的な講義形式ではなく、自らの目で見て、自ら動き、自ら考えるアクティブ・ラーニングを中心に実施している。特別な模擬的な（バーチャルな）空間で行うことは、映像やポータブルゲームと差異はないと考えるかもしれないが、模擬裁判は、個人の活動だけでなく、人と人がぶつかり合うことを含めたコミュニケーションで創り上げる創造活動ともいえる。その過程で、個人の論理的思考力や協働力など様々な力が養われる。加えて、担当する立場（キャラクター）としての考え方や社会の見方についても深めることができる。その立場に成りきって成し遂げた快感（達成感）は、自信を生み、自己肯定感にもつながり、その後の人生に大きな影響を及ぼしている。模擬裁判におけるキャラクターは、現実社会に法曹という職業として存在する。したがって、実施後、「裁判官になりたい」という将来の目標にもなりうる。実際、模擬裁判を体験してから、法曹関係者になることを心に決め、学習に打ち込むようになった生徒がいるという教員からの報告を何度も耳にする。たった一回の体験であるにも拘らず、参加者の人生をも決定づけることになったのだ。その意味では、法育は、キャリア教育の一端と宣言してもよいだろう。

三、教育関連法の改正と法育

（１）戦後の教育改革の基本理念

第二次世界大戦後、アメリカのGHQの主導のもと、日本の民主主義の外枠が形作られていく。戦争という惨禍に向かわせた戦前の軍国主義的・官僚主義的教育を否定し、教育勅語が排除され、日本国憲法の問題に則って教育基本法が制定され、教育の「民主化」と「地方分権化」並びに、教育の「自主性保障」の理念と改革措置が戦後の教育改革

革の基本理念となっていた。

教育行政では、「国民の教育を受ける権利」（憲二六条）の具体的実現についても教育法令に基づいて行われることとなる。

学校教育は、学習指導要領の内容に沿って行わなければならない。戦後間もなくの学習指導要領は、一九四七年にアメリカのコースオフスタディ¹⁶を参考に作成された試案であったが、その後、拘束力を持つようになる。昭和二十二年の学習指導要領では、「修身」「歴史」「地理」を廃止し、社会生活を理解し、社会的態度や社会的能力を養うことを目標とした「社会科」という教科が誕生した。「社会」という広大な範囲の中で、どこを切り取るかは、教員の個性と学校の環境によって異なるはずである。しかし、受験という広範囲の知識を求める関門があることで、指導者たちは知識詰め込み方式に傾いていった。司法教育については、教科書中の扱いが薄く、受験問題に出ないこともあって、ほとんど扱われていない。

その後の十年ごとの学習指導要領の改訂においても、「生活科」、「総合的な学習の時間」などの時間的枠組みは設定されてきたが、指導内容は、「道德教育の充実」だけが謳われ、「民主化」「自主性保障」の理念は置き去りにされてきた。

平成十年の改正から、「生きる力」という総括的な言葉が使われるようになるが、何を生きる力に含めるか、教員はどう指導したらよいのかわからず、教育現場は混乱し、曖昧な指導が蔓延することになる。

（２）教育関連法の改正と学習指導要領の改訂

平成十八年十二月、約六十年ぶりに教育基本法が改正された。翌十九年六月には、教育三法も改正されることにな

る。学校教育法改正では、新たに義務教育の目標を定め、幼稚園から大学までの各学校種の目的・目標も見直された。そして、地方行政の組織及び運営に関する法律では、国と教育委員会の責任を明確にし、教育職員免許法及び教育公務員特例法では、教員免許更新制¹⁷を導入し、教員の資質向上のため、十年ごとの教員免許状更新講習を義務づけた。それを受けて平成二十年に学習指導要領の内容も改訂されることとなった。

学習指導要領における「生きる力」とは、①確かな学力、②豊かな人間性、③健康・体力の三領域をバランスよく育てることで培われるとしている。法育はこの三領域の中の「②豊かな人間性」の育成に寄与する教育法である。

今回の改訂がこれまでと大きく異なる点は、教育内容の項目として「体験活動の充実」を明確に示したことに加えて、「道徳教育の充実」としての内容をより具体化している点であろう。小学校では「人間としてしてはならないことをしない、きまりを守る」、中学校では「社会の形成への参画」、そして、両校種において「体験活動の推進」を挙げている。

高等学校の主な改善事項では、言語活動の充実に関して「国語をはじめ各教科等で批評、論述、討論などの学習を充実」させることが新たに追加された。批評や討論を教育内容の前面に出すことで、生徒同士の自主性・主体性を高めようとしたこの改訂は、これまでの政府に従順な人材の育成から、グローバル社会を生き抜くことができる日本人の育成という、未来を見据えた教育の大転換と言ってもよいだろう。

また、体験活動の充実の中に、「ボランティア活動などの社会奉仕や就業体験の充実（特別活動）」を取り上げている。受験に向けた知識詰め込み授業優先の教育から、視野を広げ、社会を見つめる視点の必要性を学習指導要領に盛り込んだことは、これまでの知識重視・学歴偏重社会が、コンピュータ技術の発展によって知識基盤社会に変革した

現実を見据えてのことであろう。道德教育では、「人間としての在り方生き方に関する学習を充実」させることを、公民「現代社会」と特別活動においても実施することを明示している。道德教育を社会科と他教科において横断的に扱うことを指導要領に明記することは、これまでになかったことである。

（3） 法育の視点から

法育は、社会科教育、道德教育という枠に囚われない、正に、総合的人間学である。社会の在り方を多角的視点から見つめ直し、民主的社会に生きる自主・自律した人間の生き方を示唆することを目的としている。

社会科の司法制度や裁判制度などについての基礎知識を得ることは必要だが、そのための教育ではない。裁判傍聴や更生施設を見学することで、社会の現状の一端を知り、人間とは何かを考えさせる。模擬裁判を構築する段階では、お互いに批判し合い、たくさんの議論を重ね、被告人の人生について考えると共に、自分はどのような質問や発言をしたらよいのかを言語を駆使して考える。そして、自分はどう生きるべきか、どんな社会にすべきかを追求し始めるのである。これほどたくさんの教育的要素を含んだ教育活動が他にあるだろうか。

模擬裁判を実施するにあたって、重要な基礎的要素としては第一に言語能力の育成が挙げられる。授業の中での担任の取り組みに加えて、学校として、校長主導の取り組みは効果的である。

これまで十年近く、毎年、模擬裁判を実施している東京都北区立O小学校に指導に行くと、児童は言語についての興味・関心が高く、たいへん積極的に質問してくる。日常の学習時に辞書を引く癖がついているので、わからないことはすぐに辞書で調べる。分厚い辞書は付箋だらけで、ボロボロである。難解な法律用語についても、自ら辞書を引き、スマホやパソコンで調べ、そして、指導者にも質問してくるのである。

国語の研究校であったこともあるかもしれないが、その土壌を形作ったのは、前校長（法育を小学校教育に取り入れた校長）の取り組みにある。毎月一つの有名な詩を校長が選定し、一年生から六年生までがその詩を暗記する。暗唱できるようにになったら、休み時間などの時間を見つけては校長室に行き、校長先生の前で発表するのである。見事に暗唱できた児童には、賛美とシールなどのご褒美を与え、達成感を味合わせる。早く覚えられた児童は、集会の時に全校児童の前で発表させる。早く覚えたいと、あらゆる場所で練習しているそうである。

このような、日常の言語活動は、語彙を増やすだけでなく、知らない言葉への抵抗感を減らし、興味を厚くする。校長という、児童にとっては手の届かない存在に感じている人前で詩を述べることは、さぞかし緊張することだろう。学級では、発表できる児童とそうでない児童の格差が存在するが、全員が平等に校長室という特別な空間に入ることができ、表現する機会が他にも数多く準備されているからこそ、主体的・能動的に表現することに抵抗感が薄いのであると思う。

したがって、模擬裁判でも、発言したい児童が、ほぼ学級の全員の三十名であるので、二学級の場合は、二つの法廷を同時に開廷する。一学級の場合は、児童の希望・意欲を大切にし、弁護人が五人、検察官が四人、被告人も男女二人が交代で発言するなど、一つの役割を分担して行う形態で実施することも多い。過去には、傍聴席に児童の姿はなく、保護者と教員が溢れていたこともあった。

四、生涯学習としての法育

これまで、法育の対象者としてきたのは、小学生、中学生、高校生、大学生、そして、社会人である。今後は、対

象者の範囲を、障害者、更生施設に入所している少年たちにも広げたいと考えている。

なぜなら、様々な年代の参加者から、犯罪予防効果があるにちがいないと指摘されてきたからである。非行防止教育・安全教育としての役割をどれほど果たしているのかという追跡調査を行っていないので、検証しようがないが、体験者から実感として意見を言われるのは有難いことである。模擬裁判では、犯罪予防的効果を期待した題材も取り上げる。加えて、被害予防のための心構えや被害に遭った時の行動指針も指導する。それによって、法律についての興味・関心を深め、自己防衛力を高めてほしいからである。法育の効果が花開いていくのには時間がかかるからこそ、繰り返しの指導が重要であると思う。

人々は、マスコミや書物から断片的な法律や犯罪についての知識を得ている。しかし、どこか他人事で、自分には関係ないと思っている。また、犯罪は恐ろしい、犯罪者は「特別な悪い人間」という誤った認識があるので、犯罪者の更生まで思いは及ばない。犯罪や刑罰についての正しい知識を得る機会がないまま社会人となり、親になる。

一般刑法犯の検挙人数では、二十歳未満の検挙数が減少しているのに対して、五十代以上の検挙人数が十年前に比べて倍増している。¹⁸ 長老者が犯罪に手を染めていては、少年たちは誰を手本にすればよいのだろう。社会教育としても法育の果たす役割は大きい。体験で得た知識は、書物で得た知識より、長時間、鮮明に記憶に残っている。ましてや、違う発達段階で模擬裁判体験を重ねれば、より確実な知識となり行動規範となるに違いない。

模擬裁判を体験した生徒や傍聴した教員・保護者から、「もっと幼いうちから指導してほしかった」「他の犯罪について扱った模擬裁判も体験したい」「毎月、模擬裁判の授業をしてほしい」などというご意見を多数いただく。

法育の活動は、生涯学習として、人生の中で反復的・継続的に体験すべき価値あるものである。

五、未来への課題

(1) 現代社会の抱える難問

①急速に変化している現代社会については、グローバル社会、情報社会、多様性社会、知識基盤社会、格差社会などと表現され、どれも社会の有様を、それぞれの観点からの確に切り取っている。第二次世界大戦後、高度成長時代を経て、日本は、先進国の仲間入りを果たし、成熟社会と言われるようになって、人々の利便性と長寿への欲望は留まるところを知らず、技術の進歩はより加速している。

特に、情報産業分野における進化は飛ぶ鳥を落とす勢いで、人間が人間の知力を越える人工知能(AI)を作り出した。¹⁹二〇一六年三月には、人間の究極の知的ゲームである囲碁の世界チャンピオン、イ・セドルが人工知能のソフトAlphaGo(アルファ碁)に敗北した。十五万の局面を人工知能に学習させ、ディープラーニング²⁰によって勝つ時の共通の石の並び方を選び出した結果だという。コンピュータは、与えられたコマンドをただ単純に実行する機械と思われてきたが、近い将来、人間の脳の働きにより近い、思考や心を持つ自律的人工知能を持つAIロボットが、一家に一台という時代が来るかもしれない。宇宙物理学者スティーブン・ホーキング博士は、「AIが知力で人類を上回るようになる」「AIが人間の力を借りず、自律的に問題を改善する能力を持つようになれば、そう遠くない将来、真のリスクとなりうる」と警告している。²¹

あまりの技術進歩の速さに、未来の社会が予測できない。そのような社会で仕事をし、生きていくためには、どんな力が必要なのだろう。人間にしかできないことを模索・創造していかねばならない。教育が負う責任は大きい。

②地域社会が崩壊すると共に、家族や家庭の在り方が著しく変容してきている現在、少子化による過度の子どもへの愛着により生じる問題、自己中心的な思考による多様な紛争や犯罪が跡を絶たない。平成二十五年度の児童相談所への児童虐待相談件数は、七三七六五件となり、過去最高である。⁽²²⁾ 自分が置かれている客観的状况を冷静に認識させ、情緒的感情を合理的・客観的な方向に向けるための支援ができる人材を育てなければならない。規範力を備えた人間を育成することは、自己理解を深め、他者理解に努め、将来的には、弱者を支援する人材育成に役立つことになるだろう。

（2）法育の課題

第一に、教員の資質向上である。先に述べたように、学校教育では、教育内容や求められる人間像が大転換している。しかし、長年にわたり多くの教育現場を経験してきた者として言わせてもらえば、教員の意識変革は遅々として進んでいない。

教員免許更新講習において模擬裁判教育を体験した教員は、口を揃えて、「素晴らしい経験をさせてもらった」と感謝の意を述べる。しかし、自校で自ら実践する教員は、受講数の数パーセントである。尋ねてみると、①法律的知識がないので、指導できない。②効果ある脚本を作れる自信がない。③新たな取り組みになるので、学校側を説得できるかどうかかわからない、ということが主な理由であった。これらについて、若干の説明を試みると以下の通りである。

①社会科教員であっても、裁判員制度については不確かな知識しか持ち合わせていない。社会の変化に敏感に反応し、積極的に新たな事象や制度について学習しようとする意欲がなければ、児童・生徒に時代に即した知識と技能を

身に付けさせることは難しい。ましてや、道徳科や国語科の教員ともなれば、法律と聞いただけで拒絶反応を示す。

我々の行っている模擬裁判教育は、裁判員教育の一端も担っているもので、刑事司法の流れや基本的な法律用語を学ぶ必要がある。しかしそれは、外部人材を利用すれば済むことである。方法はともかく、依頼すれば、裁判所だけでなく、弁護士、司法書士、行政書士の方々も指導者や助言者として関わってくれる。担任教員は特に多忙であるので、外部人材や副担任、他教科の教員などの力を借りて、まずは、実践してみることである。

②脚本についても同様で、許可を得れば模擬裁判実践集から拝借して使用することは可能である。本来は、悩みなからでも教員自身が作成した方が、教員自身の成長の糧となるのだが、時間的・能力的制約があると感じている場合は、まずは他人の作成した脚本をもとに実行してみるのが一番である。VTR教材や実際の事件を基に、法律上の争点とあらすじを考えて、指導経験者や法律家とともに組み立てていくのもよいだろう。失敗しても実行してみることだ。実行すれば、児童・生徒の心の成長に感動し、そこから、教員自身の意欲も高まっていくことがこれまでの実践から明らかになっている。模擬裁判は、生徒だけでなく教員についても、教育に対する意欲を増進し、自己肯定感を高める双方向的教育力を有している。

だからこそ、題材を変えて何度も様々な発達段階で取り組んでほしい。模擬裁判を繰り返すことで、児童・生徒の心の成長は、二乗、三乗に増大することは間違いない。教員研修に取り入れてはいかがだろうか。

近い将来、中学生・高校生による脚本選手権大会を企画する予定である。

③二〇〇九年五月に法務省主導で裁判員制度が始まって、いきなり司法という特別な領域に、一般市民が参加できることになったのだから、人々に畏れと戸惑いがあるのは仕方がないことである。しかし、この司法改革によって、

日本がようやく真の民主主義社会への第一歩を歩み始めたのは明白である。

そして、二〇一六年七月から、選挙年齢が十八歳に引き下げられた⁽²³⁾。十八歳以上の国民が「主権者の代表」として、国の政治に参加する権利を保障されたのである。衆議院選挙の有権者の中から裁判員は選任されるので、今後は、十八歳から裁判員に選ばれる可能性がある。したがって、これまでよりも一層、高等学校までの教育課程で裁判員としての職務と心構えについて学ぶ必要性が出てきた。なおざりにされてきた公民教育の一部が、「主権者教育」⁽²⁴⁾と名を変えて推奨されるようになったので、管理職としても学校教育の中で実行しなければならないという意識は強くなっている。

第一に、学校教育で、児童・生徒に継続的に指導を行い、法育の指導者に成ることを期待したい。それだけでなく、教員養成段階で、法育の活動を取り入れることや各校の教員研修で模擬裁判などを実施することで、即戦力としての法育指導教員を育成できれば、教員の資質向上に役立ち、国民の意識改革は速度を増すであろう。

第二には、異地域・異年齢交流としての模擬裁判を実現したいと考えている。K中学校では、二年生が三年生の実施する模擬裁判を傍聴する。模擬裁判についてのイメージを持つだけでなく、次年度、自分たちが実施するときにはより良いものになりたいという意欲を掻き立てている。三年生から二年生に直接的指導は行っていないが、二年生も裁判や法律について興味を持ち、自主的に調べたり、すすんで裁判傍聴に行ったりしていると聞く。

学校教育の中では「縦割り」というのだが、校内だけでなく、発達段階の異なる学校種間で指導・実践するのも効果的だと思う。これまでも、大学生が模擬裁判の時に、裁判員の役割を中学生に指導したことはあった。今後は、大学生が指導者となり、高校生を指導して模擬裁判を実施することや地域の人々が指導者となって学生を指導するなど、

指導形態を拡張してみたい。様々な場面を用意することで、多様性社会に生きる適応力を伸長できると考えている。

第三に、将来的には、「サービス・ラーニング」としての法育にも取り組みたい。サービス・ラーニングとは、コミュニティと連携したシチズンシップ教育であるが、現在の学校教育では、学生を地域のボランティア活動に、数回参加させて、感想を書かせて講座は終わり、ということが多い。教育として位置づけるならば、共同体としての社会に参画させていくだけでなく、社会の在り方を批判的に捉え、利害の衝突も体験させる経験も必要であると考ええる。そして、コミュニティの問題を発見させ、変革するところまで関わることであれば、本当のシチズンシップ教育となるだろう。

これらは大学教育の中で本気で行えば、活気ある地域づくりに大いに役立つ。私も法育の活動と並行して、過疎地活性化や乳児・幼児を持つ保護者たちの交流の場づくりを行ってきたが、学生を参加させるとなると、卒業後もいかに継続させるかが鍵となってくるだろう。これまでの経験を生かして取り組んでみたい教育法である。

(3) 日本法育学会の設立

当初は有志で始めた模擬裁判教育であったが、徐々に教育的内容を増やし、五年ほど前からは、毎月、テーマを決めて勉強会を開催する組織として「日本法育研究会」が設立された。アンケートを取るなど、データの検証を始めたのも、その頃からである。そして、二〇一六年一月からは、会員からの強い要望で、「日本法育学会」という全国組織となった。今後は、日本各地のメンバーによる実践報告も楽しみである。二〇一六年六月二十五日には、第一回国研究大会を開催した。木谷明先生の特別講演や様々な分野の研究者の方々の発表、シンポジウムを行い、とても有意義で、実り多い大会となった。

これからも総合的人間教育としての法育の充実を図り、その教育方法と効果について研究を深めると共に、その普及に努めたい。

- (1) 平成一八年一二月改正。これからの教育のあるべき姿、目指すべき理念が明らかにされた。
- (2) 平成一九年六月、「学校教育法」、「地方行政の組織及び運営に関する法律」、「教員免許法及び教育公務員特例法」の三法が改正された。
- (3) 教員による一方的な講義形式の教育とは異なり、学修者の能動的な学修への参加を取り入れた教授・学習法の総称（平成二四年八月二八日中央教育審議会答申）。
- (4) 「道徳的価値を学び、それについて話し合い、行動モデルを観察し、多様な価値観が交錯する問題について解決をはかることで、次第に核心価値を深く理解し、多様な資質・能力を身につけるようになる」教育である（柳沼良太『実効性のある道徳教育 日米比較から見えてくるもの』教育出版、二〇一五年、五〇・五一頁）。
- (5) 例として、「誠実」「正義」「おもいやり」「公平」「信頼」「責任」「尊重」など、あらゆる文化において広く認められている価値をさす。
- (6) どちらを選んだら良いかわからないような二つの道徳的ジレンマの選択肢を示し、その際の反応と選択した理由づけを述べさせる授業。ローレンス・コールバーグが提唱した。
- (7) Thomas Lickona, 『Educating for Character-How Our Schools Can Teach Respect and Responsibility』, Bantam, 1991, P.67（三浦正訳『リコーナ博士の心の教育論——〈尊重〉と〈責任〉を育む学校環境の創造』慶応義塾大学出版会、一九九七年、七三頁）。
- (8) 市民性教育とも呼ばれ、その目的は「民主主義そのものが抱える問題に対して、自ら能動的に取り組んでいく市民の資質と能力の育成」である。

- (9) Citizenship Advisory Group, Education for citizenship and the teaching of democracy in schools: Final report of the Advisory Group on Citizenship, 1998.9.22, p.8
- (10) 長沼豊他編著、バーナード・クリック他著、鈴木嵩弘他翻訳『社会を変える教育 Citizenship Education―英国のシチズンシップ教育とクリック・レポートから―』キーステージ21 二〇一二年、一一五頁。
- (11) 中央教育審議会高等教育部会「初等中等教育分科会高等学校教育部会の審議の経過について」二〇一三年一月。
- (12) 「テストや受験のためだったり、資格や就職のためだったりして、教育が外形的な意義しか持たない道具のようにみなされてしまう」こと（広田照幸『高校生を主権者に育てる―シティズンシップ教育を核とした主権者教育―』学事出版、二〇一五年、二八頁）。
- (13) 阿部謹也『日本人の歴史認識―「世間」という視角から』岩波新書 二〇〇四年、七頁。
- (14) 示された話題について、出席者全員が参加するという討議の一つの方法である。
- (15) 最高裁判所 裁判員制度 東京地方裁判所「裁判員経験者の意見交換会議事概要」二〇一六年三月十四日他。
- (16) アメリカ合衆国各州の教育課程を指す。
- (17) 二〇〇七年六月の教育職員免許法の改正により、二〇〇九年四月から導入された。
- (18) 『平成二七年版犯罪白書』六頁。
- (19) デミス・ハサビス（コンピュータ技術者・Deep Mind 創業者）が創造した。
- (20) 人間の頭脳を構成する無数の神経細胞のメカニズムを従来よりも正確に模倣した新種のニューラルネットワーク技術のことである。
- (21) 英フィナンシャルタイムズ紙 二〇一四年二月三日版。
- (22) 全国二〇七か所の児童相談所における平成二四年度の相談件数は、六六七〇一件で、平成二五年度の対前年度比は、一一・六％である。平成二年に統計を取り始めてから増加の一途をたどっている（平成二六年八月四日の報道関係資料による平成二五年度の児童相談所での児童虐待相談対応件数等）。

(23) 国民投票法が二〇一四年六月、公職選挙法が二〇一五年六月に改正され、国民投票権・選挙権年齢が一八歳に引き下げられた。

(24) 主権者として社会の中で自立し、他者と連携・協働しながら、社会を生き抜く力や地域の課題解決を社会の構成員の一員として主体的に担う力を発達段階に応じて身に付けさせることを目的とした教育のことである。

船山泰範教授
略歴

船山泰範教授 略歴

生年月日

一九四六（昭和二一）年九月四日

【学歴】

一九六五年三月 東京都立日比谷高校卒業

一九六七年四月 日本大学法学部法律学科入学

一九七一年三月 日本大学法学部法律学科卒業

一九七一年四月 日本大学大学院法学研究科修士課程入学

一九七三年三月 日本大学大学院法学研究科修士課程修了

【職歴】

一九七三年七月～一九七七年四月 日本大学法学部副手

一九七七年五月～一九八三年三月 創価大学通信教育部専任講師

一九八三年四月～一九八八年三月 日本大学法学部専任講師

一九八三年四月～一九八八年三月 亜細亜大学法学部非常勤講師（刑事訴訟法）

一九八八年四月～一九九八年三月 日本大学法学部助教授

一九九四年四月～二〇〇五年三月 慶應義塾大学法学部非常勤講師（刑法）

一九九六年四月～二〇〇四年三月 明治大学法学部非常勤講師（司法演習）

一九九八年四月～現在に至る 日本大学法学部教授

一九九八年一〇月～一九九九年三月 亜細亜大学法学部非常勤講師（刑法）

二〇〇四年四月～二〇〇七年三月 日本大学大学院法務研究科教授

二〇一一年九月～二〇一四年八月 日本大学評議員

（二〇一六（平成二八）年九月三日現在）

船山泰範教授

主要業績

船山泰範教授 主要業績

【著書】

単著

- 『ポイント整理 刑法入門』（住宅新報社、一九七八年）
- 『人間の目で見る刑法（改訂版）』（こぶし社、一九九七年）
- 『刑法』（弘文堂、一九九九年）
- 『刑法の役割と過失犯論（日本大学法学部叢書23巻）』（北樹出版、二〇〇七年）
- 『事例で学ぶ刑法各論』（成文堂、二〇〇八年）
- 『図解雑学・刑法（第三版）』（ナツメ社、二〇一〇年）
- 『マスター刑法』（立花書房、二〇一〇年）
- 『刑法がわかった』（法学書院、二〇一〇年）
- 『刑法学講話（総論）』（成文堂、二〇一〇年）
- 『刑法の礎・総論』（法律文化社、二〇一四年）
- 『刑法の礎・各論』（法律文化社、二〇一六年）

『刑法を学ぶための道案内』（法学書院、二〇一六年）

共著

『刑法の入門』（高文堂出版社、一九七九年）

『判例ゼミ刑法各論』（学陽書房、一九八〇年）

『基本マスター刑事訴訟法』（法学書院、一九八〇年）

『企業犯罪・ビジネス犯罪』（有斐閣、一九八一年）

『判例ゼミ刑法総論（改訂版）』（学陽書房、一九八二年）

『少年法（条文解説）』（有斐閣、一九八六年）

『法学概論』（二橋出版、一九八七年）

『論文試験刑法総論』（学陽書房、一九九二年）

『論文試験刑法各論』（学陽書房、一九九三年）

『刑法Ⅱ「各論」』（別冊法学セミナー一二四号、一九九四年）

『知的作文の技法』（翰林書房、一九九五年）

『新刑事政策入門』（青林書院、一九九五年）

『法学概論』（青林書院、一九九六年）

『スタッフ刑法総論』（こぶし社、一九九七年）

- 『スタッフ刑法各論』（こぶし社、一九九七年）
- 『現代刑事法入門』（東京法令出版、一九九七年）
- 『ビジネス刑法入門』（システムファイブ、一九九七年）
- 『目で見る刑法教材』（有斐閣、一九九七年）
- 『基本法コンメンタール〔第二版〕改正刑法』（日本評論社、一九九九年）
- 『スタッフ刑事政策』（こぶし社、二〇〇〇年）
- 『演習ノート刑事訴訟法〔全訂第二版〕』（法学書院、二〇〇二年）
- 『ケースメソッド刑法総論』（不磨書房、二〇〇三年）
- 『ケースメソッド刑法各論』（不磨書房、二〇〇三年）
- 『裁判員のための刑法入門』（ミネルヴァ書房、二〇〇八年）
- 『裁判員のための法律用語&面白ゼミナール』（法学書院、二〇〇八年）
- 『図解雑学・裁判員法』（ナツメ社、二〇〇八年）
- 『ホーンブック新刑法総論（改訂版）』（北樹出版、二〇一〇年）
- 『法律用語辞典』（法学書院、二〇一〇年）
- 『刑法演習50選』（北樹出版、二〇一二年）
- 『新法学入門（第二版）』（弘文堂、二〇一二年）
- 『刑事訴訟法』（弘文堂、二〇一二年）

『演習ノート刑法総論（第五版）』（法学書院、二〇一三年）

『刑事法入門』（弘文堂、二〇一四年）

『不正競争防止法コンメンタール〈改訂版〉』（レクシスネクシス・ジャパン、二〇一四年）

『ホーンプック新刑法各論（改訂三版）』（北樹出版、二〇一五年）

『福島原発、裁かれないでいいのか』（朝日新聞出版、二〇一五年）

『商標法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン、二〇一五年）

『法学』（日本大学通信教育部、二〇一六年）

『刑法判例ベーシック150』（法学書院、二〇一六年）

補訂

藤木英雄『刑法（全）（第四版）』（有斐閣、二〇一三年）

【学術論文】

「刑事政策への市民参加―地域非行防止活動の展望」日本法学四〇巻一号（一九七四年）

「公害紛争と刑事裁判」藤木編『公害犯罪と企業責任』（一九七五年）

「刑事政策観の転換―市民参加を中心に」団藤他編『刑事政策の現代的課題』（小川太郎博士古稀祝賀）（一九七七年）

「行政犯と行政刑法」現代刑法講座第一卷刑法の基礎理論（一九七七年）

「公電漏えい事件・資料 最高裁決定と一審・二審判決の争点」新聞研究三二五号（一九七八年）

「公害犯罪と刑事責任―水俣病刑事裁判・熊本地判昭和54・3・22」法学セミナー二九九号（一九八〇年）

「過失の性質・種類」『判例刑法研究（三）責任』（一九八〇年）

「商品生産と犯罪」『現代刑罰法大系第二卷経済活動と刑罰』（一九八三年）

「少年法（日本刑法学会第六〇回大会）ワークショップ」刑法雑誌二六卷一号（一九八四年）

「青少年保護条例における淫行処罰規定の意義と罪刑法定主義―福岡県青少年保護条例の最高裁大法廷判決をめぐって」日本法学五二卷二号（一九八六年）

「誤想防衛の一考察―誤解による騎士道發揮事件の最高裁決定をめぐって」日本法学五四卷二号（一九八六年）

「刑法における行為の人間学的構造」日本大学法学部創立百周年記念論文集第一卷（一九八九年）

「修正申告の強要はいかなる犯罪を構成するか」法と民主主義二四六号（一九九〇年）

「テレホンカードの偽造と罪刑法定主義」日本法学五七卷一号（一九九一年）

「修正申告の強要にたいする刑事法的規制」板倉他編『納税者の権利』（北野弘久教授還暦記念論文集）（一九九一年）

「間接幫助」刑法判例百選Ⅰ（第三版）（一九九一年）

「幫助犯と罪刑法定主義」日本法学五七卷四号（一九九二年）

「情報の不正入手と背任罪―綜合コンピュータ事件」刑法判例百選Ⅱ（第三版）（一九九二年）

「間接教唆・間接幫助」刑法基本講座第四卷（一九九二年）

「少年犯罪」「報道」の視座―少年法五一条をてがかりに」政経研究二九卷二号（一九九三年）

「人間行為の責任と社会制裁」桜文論叢三六卷（一九九三年）

「刑法における暴行・脅迫の意義」刑法基本講座第六卷（一九九三年）

「公務執行妨害罪の問題点」刑法基本講座第六卷（一九九三年）

「児童福祉法六〇条三項の『児童を使用する者』の意義」平成五年度重要判例解説（一九九四年）

「情報の不正入手と背任罪―綜合コンピュータ事件」刑法判例百選Ⅱ（第四版）（一九九七年）

「間接幫助」刑法判例百選Ⅰ（第四版）（一九九七年）

「部分冤罪と再審請求」法学紀要四〇号（一九九九年）

「三浦裁判 勾留13年でも再収監の意地悪」週刊金曜日四〇号（一九九八年）

「新旧過失犯論争の総括―新過失論の立場から」現代刑事法二号（二〇〇〇年）

「期待可能性」刑法の争点〔第三版〕（二〇〇〇年）

「薬害エイズと過失犯」現代刑事法四号（二〇〇二年）

「死刑存廃論の未検討課題」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（二〇〇二年）

「座談会 学生をめぐる今日的な問題―その法的な対処について考える」看護教育四四号（二〇〇三年）

「刑事司法の制度的限界と克服」廣瀬他編『田宮裕博士追悼論集（下巻）』（二〇〇三年）

「少年の責任と少年法」渥美他編『刑事法学の現実と展開―齊藤誠二先生古稀記念―』（二〇〇三年）

- 「事後強盜罪の成否」刑法判例百選Ⅱ（第五版）（二〇〇三年）
- 「共犯と過剰防衛」刑法判例百選Ⅰ（第五版）（二〇〇三年）
- 「難燃性建造物における複数建物の一体性」平成一四年度重要判例解説（二〇〇三年）
- 「通脱犯の刑法犯化」日本法学六九巻四号（板倉宏教授古稀記念号）（二〇〇四年）
- 「医療過誤と過失犯論の役割」『現代社会型犯罪の諸問題』（二〇〇四年）
- 「胎児性傷害」川端編『刑法判例演習』（二〇〇四年）
- 「刑法の役割——『刑法の機能』を超えて——」『刑事法学の現代的展開』（斎藤静敬先生古稀祝賀記念）（二〇〇五年）
- 「刑法解釈と権力の抑制——住居侵入罪を手がかりに——」田口他編『犯罪の多角的検討（渥美東洋先生古稀記念論文集）』（二〇〇六年）
- 「いかに法を普及させるか…模擬裁判の可能性」社会科教育研究九八号（二〇〇六年）
- 「法の世界は単色か」桜門論叢六六巻（二〇〇六年）
- 「なぜ法を守らなければならないか」『現代日本の法と政治』（粕谷進先生古稀記念）（二〇〇七年）
- 「北大電気メス事件」医事法判例百選（二〇〇六年）
- 「財物の意義」刑法の争点（二〇〇七年）
- 「監督過失（１）——白石中央病院事件」刑法判例百選Ⅰ総論（第六版）（二〇〇八年）
- 「財産上の損害（１）」刑法判例百選Ⅰ各論（第六版）（二〇〇八年）
- 「あなたも裁判員」桜門春秋一一六号（二〇〇八年）

「裁判員制度と刑事司法の近代化」政経研究四六卷二号（二〇〇九年）

「裁判員裁判と死刑廃止の展望」下村他編『刑事法学の新展開』（八木國之博士追悼論文集）（二〇〇九年）

「自動車犯罪立法の未整備と罪刑法定主義」日本法学七六卷四号（沼野輝彦教授古稀記念号）（二〇一一年）

「自動車犯罪立法の展望——許されない危険——を見通して」法学論文集（韓国・中央大学校）三五卷三号（二〇一一年）

「更生をめざす刑罰——市民参加の時代を迎えて——」町野他編『刑法・刑事政策と福祉』（岩井宜子先生古稀祝賀論文集）（二〇一一年）

「強要による聴取書問題」月刊民商五四卷六号（二〇一二年）

「「納税者の権利」の憲法論的位置付け」『納税者権利論の課題』（北野弘久先生追悼論集）（二〇一二年）

「脱線転覆事故における安全対策責任者の過失…尼崎JR脱線事故」日本法学七八卷一号（二〇一二年）

「虚偽公文書作成罪の再構成」日本大学法科大学院法務研究九号（二〇一二年）

「希望がなければ刑罰とはいえない」政経研究四九卷四号（二〇一三年）

「座談会 司法は生きていた…3・11に真摯に向き合った福井地裁判決（平成26・5・21）」世界八五八号（二〇一四年）

「過失犯における回避措置重心説」井田他編『川端博先生古稀記念論文集（上巻）』（二〇一四年）

「期待可能性」刑法判例百選Ⅰ総論（第七版）（二〇一四年）

「権力が守る犯罪」政経研究五二卷二号（二〇一五年）

【判例研究】

「丸正名誉毀損事件上告審決定（最決昭和51・3・23）」日本法学四二卷二号（一九七七年）

「揮発油税法、地方道路税法にいう揮発油の製造の意義——いわゆるブレンドガソリン事件（最決昭和53・2・20）」判例時報九二三号（一九七九年）

「運転免許証の不正再受給について（最決昭和53・11・24）」警察研究五一卷二号（一九八〇年）

「鳥獣保護法——一条の「捕獲」の意義（最決昭和54・7・31）」警察研究五二卷三号（一九八一年）

「産業廃棄物処理法の「もっぱら再生利用の目的となる産業廃棄物」の意義（最決昭和56・1・27）」警察研究五四卷一号

「大麻取締法一条の「大麻草（カンナビス、サティバ、エル）」の意義（最決昭和57・9・17）」警察研究五五卷五号（一九八四年）

「法人税法159条1項、164条1項の「その他の従業者」の意義（最決昭和58・3・11）」警察研究五五卷一一号（一九八四年）

「地方公共団体の長の解職投票と公職選挙法の買収罪の準用（最決昭和59・4・20）」警察研究五七卷八号（一九八六年）

「売春防止法13条1項の「情を知って」の意義（最決昭和61・10・1）」警察研究五九卷九号（一九八八年）

「ホテル火災と経営者の業務上過失責任（川治プリンスホテル事件）（最決平成2・11・16）」警察研究六三卷一〇号（一九九二年）

「正当防衛の共同と侵害終了後の共謀（最高裁判決平成6・12・6）」判例時報一五六一号（一九九六年）

「雪崩事故と過失責任―ニセコアンヌプリ「春の滝」雪崩遭難事件（札幌地小樽支判平成12・3・21）」判例時報

一七四六号（二〇〇一年）

「嫌がらせ電話によりPTSDを負わせ、傷害罪が認められた事例―富山地判平13・4・19判タ1081・291」現代刑事法五号（二〇〇三年）

「他人占有物の領得に関する事例」日本法学七一巻二号（二〇〇五年）

「自動車引きずり殺人事件（長野地裁平成24・10・19判決）」日本大学法科大学院法務研究一〇号（二〇一三年）

「脱線転覆事故と安全対策責任者の過失」『現代の判例と刑法理論の展開』（八千代出版、二〇一四年）

「柔道指導における過失責任（長野地裁平成26・4・30判決）」日本法学八〇巻四号（二〇一五年）

執筆者紹介（掲載順）

伊東研祐	慶應義塾大学大学院法務研究科教授	関正晴	日本大学教授
伊藤悟	日本大学教授	玉蟲由樹	日本大学教授
齊藤信宰	大東文化大学大学院法務研究科特任教授	尾田清貴	日本大学教授
佐伯仁志	東京大学大学院法学政治学研究科教授	張光雲	中国・四川師範大学法学院教授
設楽裕文	日本大学教授	野村和彦	日本大学准教授
清水洋雄	日本大学大学院法務研究科教授	長谷川貞之	日本大学教授
杉山和之	志學館大学法学部専任講師	矢野聡	日本大学教授
鈴木彰雄	中央大学法学部教授	吉原達也	日本大学教授
只木誠	中央大学法学部教授	平野節子	日本法育学会理事長
沼野輝彦	元日本大学教授		
朴貞根	韓国・中央大学校名誉教授		
藤川信夫	日本大学教授		
前田雅英	日本大学大学院法務研究科教授		
加藤康榮	元日本大学大学院法務研究科教授		

Essays on the Relation between Human Existence and the Criminal Justice System

CONTENTS

Dedication

Kensuke Itoh, *Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte*

Satoru Ito, *The Relationship between Criminal Judgments on
Tax Evasion and Tax Assessment*

Nobutada Saito, *Teilnahmelehre*

Hitoshi Saeki, *Overruling Decisions and Due Process*

Hirobumi Shitara, *Joint Principal in the Special Breach of
Duties*

Hiroo Shimizu, *Criminal Law for the People*

Kazuyuki Sugiyama, *Negligence Liability and Attention Ability
in Nuclear Accidents*

Akio Suzuki, *Erlaubnistatbestandsirrtum und Teilnahmefrage*

Makoto Tadaki, *Medical Malpractice in Japan*

Teruhiko Numano, *The Corporate Manslaughter Act 2007 in
England and the Suppression of Corporate
Accidents*

Zong-Kun PARK, *Die Subjektivität der Menschheit in der
Theorie des Strafrechts*

Nobuo Fujikawa, *Mixture of the Progress of the Canonicalization
Concept of the Penalty Rule in the field of
International Trading Law and the Extraterritorial
Application*

Masahide Maeda, *Changes in Society and the Development of a
Negligence Theory*

Yasuei Kato, *A Remark on the Argument for Revision of the Prosecution Standard*

Masaharu Seki, *Ex Officio Examination in Appeals Courts Trials*

Yuki Tamamushi, *Zur Verfassungsmäßigkeit der polizeilichen DNA-Datenbank*

Kiyotaka Oda, *The Current Function of Urgent Aftercare of Discharged Offenders*

ZHANG Guangyun, *The Legal Regulation of Domestic Violence and Criminal Law Research of Killings Involved in Anti-domestic Violence in China*

Kazuhiko Nomura, *Zur rechtlichen Qualität des §61 Jugendgesetzes*

Sadayuki Hasegawa, *The Institutionalized Significance and Function of the Compensation Order System—Toward the Reorganization of the Crime Victims Compensation System by a Change of Paradigm in Criminal Justice—*

Satoshi Yano, *The Establishment of the Social Security System and Dissolution of the Poor Law*

Tatsuya Yoshihara, *Postliminium in Pothier's Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, 50,17*

Setsuko Hirano, *The Social Significance and Educational Effects of The Legal Mind Education—The Door to a Democratic Society—*

Career and Main Works of Professor Yasunori Funayama

○ 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

- ① 日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)
- ② CiNii (<http://ci.nii.ac.jp/>)

○ 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等が御座いましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1
(T E L) 03-5275-8510
(F A X) 03-5275-8537
(E-mail) kenjimu@law.nihon-u.ac.jp

/// /// /// /// /// /// /// /// /// /// /// /// /// /// /// /// ///

東京都千代田区猿樂町二一・一四 A&Xビル
印刷所 株式会社 メディオ
電話〇三二(三二九六) 八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 82 No. 2 October 2 0 1 6

Essays on the Relation between Human Existence
and the Criminal Justice System

Special Edition in Honour of
Professor Yasunori Funayama's 70th Birthday