ISSN 0287-4601

日本法學

第九十一巻　第一号　2025年6月

論　説

死刑判断への裁判員の関与の憲法適合性 …… 柳瀬　昇

同意論における二分説について …… 野村和彦

研究ノート

科学捜査の強制処分性
――DNAサンプル採取行為を素材に―― …… 外塚果林

判例研究

誤振込金の送金行為と電子計算機使用詐欺罪の成否
――広島高等裁判所令和六年六月一一日判決　令和五年（う）第二四号 … 小林侑介
電子計算機使用詐欺被告事件　裁判所ウェブサイト――

論　説

日本における政治資金規正法に
伴う諸論点 …… 甲斐素直
――英国法制との比較――

日本大学法学会

日本法学　第九十巻第三号　目次

論　説

給付危険と対価危険の部分的移転
――民法五六七条一項で移転する「危険」とは何か――　……野中貴弘

判例研究

那須雪崩遭難事件の指導者教員の過失責任
――学校スポーツ事故の一側面――　……船山泰範

論　説

デジタル製品等のアップデート義務
――BGBにおける新たな取扱い――　……蓮田哲也

履行・追完請求権の制限における
債務者の矛盾行為の考慮　……山田孝紀

日本法学　第九十巻第四号　目次

論　説

営業秘密侵害の国際裁判管轄
――ブラッセルⅠ改正規則下の「不法行為地」に関する学説を参考に――　……セレナ・フランコ

資　料

災害復興関係ガイドラインに関する研究　……小野寺千世　編

雑　報

日本法学　第九十巻　索引

論　説

死刑判断への裁判員の関与の憲法適合性

柳瀬　昇

はじめに

筆者は、別稿「わが国における死刑制度の憲法適合性――死刑判断への裁判員の関与をめぐる憲法問題の検討の前提として」駒澤法学二四巻一号（二〇二四年）一四二―一七八頁において、死刑制度そのもの及びその執行方法である絞首刑の憲法適合性をめぐる主要な学説を紹介するとともにわが国の判例の立場を確認したうえで、死刑制度の憲法適合性の審査に裁判員が関与することの憲法適合性について検討した。

すなわち、此花区パチンコ店放火殺人事件の第一審では、裁判官が、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下、「裁判員法」という）六〇条に基づき、絞首刑の憲法適合性について、その審理への立会いを裁判員に許し、同法六八条三項に基づき裁判員の意見を聴いたうえで、合憲であると判示した（大阪地判平成二三年一〇月三一日判タ

一三九七号一〇四頁）ところ、これに対して、裁判員の関与が不十分であるなどとして、弁護人により控訴がなされたが、大阪高等裁判所は、絞首刑の憲法適合性が同法六条二項一号にいう「法令の解釈」であり法律専門家である裁判官の判断に委ねられており、行刑の詳細な実施状況等についてまで裁判員が考慮することは想定されていないと判示し、これを棄却した（大阪高判平成二五年七月三一日判タ一四一七号一七四頁）。そして、最三小判平成二八年二月二三日集刑三一九号一頁は、この判断を是認している。

つまり、死刑制度の憲法適合性につき裁判員に実質的な判断権を認めないことは、違憲ではない。

では、そもそも、裁判員が死刑判断に関与すること自体の憲法適合性については、どう考えるべきであろうか。本稿では、裁判員が死刑判断に関与すること自体の憲法適合性に関して、これまでどのような問題が提起され、その問題に対して最高裁判所がどのように応答してきたのかについて明らかにすることとする。

一　死刑判断への裁判員の関与の可否

1　裁判員が死刑判断に関与することの適否

裁判員法の立法過程において、裁判員裁判の対象事件の範囲は、制度設計をめぐる主要な論点の一つであった。裁判員の参加する裁判の対象として、重大な事件、特に死刑に当たる罪に係る事件（以下、「死刑事件」ともいう）を避け、相対的に軽微な事件とすべきという案はまったく考えられないことではない(1)。しかしながら、立法過程の初期の時点で、すでに死刑事件を国民が参加する裁判の対象とすることは定まっていた(2)。すなわち、裁判員制度の創設を含む先

般の司法制度改革の大綱を定める司法制度改革審議会（以下、「審議会」という）の意見書において、「新たな参加制度の円滑な導入のためには、刑事訴訟事件の一部の事件から始めることが適当であ」り、「その範囲については、国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい「法定刑の重い重大犯罪」とすべきであ」って、その「「法定刑の重い重大犯罪」の範囲に関しては、例えば、法定合議事件、あるいは死刑又は無期刑に当たる事件とすることなども考えられるが、事件数等をも考慮の上、なお十分な検討が必要である」旨を提言していた[3]。その後、対象事件の範囲をめぐる議論は続いたが、その争点は、対象をさらに広げるべきか否かと、適用除外規定を設けるべきか否かの二点であり、死刑事件を対象から外すことが政策形成過程において議論されることはなかった[4]。

最終的には、裁判員裁判の対象事件は裁判員法二条等の定めるとおりとなったが、死刑事件を含む重大犯罪とした理由について、政府は、「裁判員制度の円滑な導入のためには、対象事件を限定する必要があ」り、その範囲について「国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい重大事件とすることが相当であると考えた」ためであると説明していた[5]。

裁判員制度の導入以前に、刑事事件の裁判において被告人に対して死刑を科すべきか否かを判断していたのは、刑事司法制度に習熟し、自らの意思でその職に就き、刑事裁判に継続的に従事している職業裁判官のみであった。一方で、制度導入以降、裁判官とともにその判断を求められることになった裁判員は、法律の知識・知見を十分には有してはおらず[6]、裁判に関与することを望んでいないにもかかわらず[7]、被告人に対して死刑を科すべきか否かの判断に関与させられる[8]。

裁判員制度そのものが憲法の諸規定に違反しないということは、いわゆる裁判員制度合憲判決（最大判平成二三年

一一月一六日刑集六五巻八号一二八五頁）によって確立した判例法理である。もっとも、具体的な事件に係る裁判において、被告人に対して死刑を科すべきか否かの判断に裁判員が関与することの憲法適合性は、他の刑罰の場合とは別に考えるべきとする見解もありえよう。

この点、第二章の2(3)で後述する、いわゆる心斎橋通り魔殺人事件の控訴審（大阪高判平成二九年三月九日判時二三七〇号九〇頁）において、弁護人は、裁判員が死刑判決に関与することは憲法一八条後段が禁ずる「苦役」に当たるので、裁判員法は同条に違反すると主張した。

これに対して、大阪高等裁判所は、いわゆる裁判員制度合憲判決を挙げて、裁判員の職務に従事することは、司法権の行使に対する国民参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものであること、また、国民の負担を過重にしないという観点から、辞退に関し柔軟な制度が設けられるとともに、旅費、日当等の支給により参加の負担を軽減するための経済的措置もとられていること等からすると、憲法一八条後段が禁ずる「苦役」に当たらないことは明らかであり、「そのことは、死刑選択の判断を伴う評議への参加や死刑判決の言渡しの立会いであっても、同様に解すべきである」と判示した。

また、弁護人は、「死刑の判決を言い渡すことは殺人行為に他ならないから、死刑判決にかかわった裁判員は、評議への参加や死刑判決の言渡しの場面のみならず、判決言渡し後にもその苦悩が続くので、死刑判決に関与することになる裁判員の任務は合理的に受忍すべき限度を超えている」旨を主張した。これに対して、裁判所は、「重大な罪を犯した被告人に対し、裁判員と裁判官が、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむを得ないかどうかを慎重に検討するとともに、公平性の確保の観点をも考慮して、評議を尽くした結果、真にやむを得ないものと

して死刑を適用することは、法に基づいた厳粛な営みであって、これを殺人行為と同一視するかのような弁護人の主張はそもそも採用し難いものといわなければならない」と述べる一方で、「裁判員にとって、死刑の判決にかかわることが、大きな精神的負担を伴うこと自体は否定できないところである」として、死刑判断への関与が裁判員にとっての大きな精神的負担であることを認めた。しかしながら、「上記最高裁判決〔裁判員制度合憲判決〕が判示するとおり、憲法は国民の司法参加を容認していると解されるから、その実現のために国民に一定の負担が課されることも憲法は予定しており、その負担が必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、憲法一八条には違反しないと解され」、「我が国が死刑制度を存置しているのは国民の総意に他ならないのであるから、被告人を死刑に処すべきかどうかが問題となる刑事裁判において、裁判員として選任された国民が、審理に立ち会い、評議を尽くすこともまた、国民の責務の一つと解されるところ、……裁判員法には、裁判員の負担を過重にしないための措置が設けられていることのほか、評議の秘密が保護されるなどの裁判員を保護するための措置も整備されていること、また、裁判官及び当事者は、裁判員法五一条により、裁判員の負担に配慮すべき義務を負っており、実際の運営においても、裁判員の精神的負担に対してはできる限りの配慮がなされていることを併せ考慮すれば、裁判員が死刑判決にかかわることによる精神的負担は、必要かつ合理的な範囲を逸脱するものではなく、憲法一八条には違反しないというべきである」と判示し、弁護人の主張を斥けた。

心斎橋通り魔殺人事件控訴審判決が、「我が国が死刑制度を存置しているのは国民の総意に他ならない」としたこと、さらに、「被告人を死刑に処すべきかどうかが問題となる刑事裁判において、裁判員として選任された国民が、審理に立ち会い、評議を尽くすこともまた、国民の責務の一つと解される」と判示したことは、注目に値する。前者

に関して、「我が国が死刑制度を存置しているのは国民の総意に他ならない」というときの「国民」とは、制度の正統性を支える観念的ないし非実体的な国民一般のことを指し、個々の具体的な裁判に裁判員として選任された「国民」とは必ずしも一致するものではない[9]。本判決は、このように国民概念を区別して、裁判員の参加の正統性につき、制度として問題をとらえる思考枠組みと個別事象を重視する思考枠組みと分けて議論している点で、国民の司法参加の意義について正当な理解を示すものであると評価できる。後者については、いわゆる裁判員制度合憲判決以降の諸判例において最高裁判所が言及することを巧妙に回避してきた、裁判員制度の国民に対する法律上の義務としての性格を誠実に明言するとともに、国家が死刑制度を存置する以上は、国民はそれへの関与を回避しえないという現実を正面から承認したものである[10]。

心斎橋通り魔殺人事件控訴審判決に対しては、検察官のみならず弁護人からも上告がなされ、後者に係る上告趣意においては、本件とは別の事件において死刑判決に関与した裁判員経験者二人の発言が紹介され、「死刑事件に関わる裁判員の職務は合理的に受忍すべき限度を超えて」おり、「死刑判決を下した裁判員の苦悩を看過したまま「苦役」にあたらないと判断した原判決は誤って」おり、したがって、「裁判員を死刑判決に関与させることを前提としている裁判員法は憲法一八条に違反する」との主張がなされた（集刑三二七号一一四―一二二頁）が、最高裁判所は、裁判員制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるとして、弁護人による憲法一八条後段違反の主張を斥けた（最一小判令和元年一二月二日集刑三二七号一七頁）。

また、長野一家三人強盗殺人事件（被告人松原智浩に対するもの）の上告審では、弁護人は、「死刑判断は裁判員にとってあまりに負担が大きいのであって、裁判員となる国民に負担を課すものであるから、意に反する苦役に服させ

ることを禁じた憲法一八条後段に反するばかりでなく、裁判員の思想・良心の自由（憲法一九条）や信教の自由（憲法二〇条）、表現の自由（憲法二一条）といった精神的な自由権を害し、憲法一三条の幸福追求権等をも侵害するものである」と主張した（集刑三一四号二七四頁）[11]。

死刑判断に不可避的に関与する裁判員の憲法上の権利の侵害可能性について改めて検討すべきだとの弁護人の主張は、十分に考慮に値するものであり、最高裁判所にとっては、自らの憲法判断を示すにふさわしい機会であった。しかしながら、最高裁判所は、裁判員が死刑の判断に関与することの負担はその本質において他の種類の刑罰（例えば、裁判員制度合憲判決の被告人に言い渡された懲役九年及び罰金四〇〇万円）の場合のそれと異なることはないと考えたのであろう、いわゆる裁判員制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるとして、裁判員の人権侵害を理由として裁判員制度の運用を違憲とする弁護人の主張を斥けた（最三小判平成二六年九月二日集刑三一四号二六七頁）[12]。

なお、裁判員法附則九条に基づき政府が制度施行から三年経過後に行うこととされていた制度の実施状況についての検討に当たり、幅広く国民の意見を反映する観点から、二〇〇九年九月から二〇一三年六月まで法務省に設けられていた裁判員制度に関する検討会では、「死刑求刑事案については、裁判員の負担が大きいとの声があることから、負担軽減の観点から、これを対象とし続けてよいか議論が必要ではないかとの意見が述べられた」が、「死刑求刑事案は、国民の関心が高い重大な刑事事件の最たるものとして、裁判員裁判が実施される意義が大きい」、「被害者等は、心理的負担を感じながら刑事裁判に関わっており、裁判員は、その負担が大きいとしても、社会の一員としてこれを避けるべきではない」、「周囲の弁護士の間の議論では、裁判員制度は重大な事件を裁判員裁判の対象としており、死刑求刑事案を除外する理由はなく、裁判員の負担が重くなることは、死刑求刑事案に限られるわけではないし、現在

の実務では検察官の求刑は事前に明らかにされるものでもないので、手続的にも困難であるといった意見が出た」、「検察官としても、求刑の内容は、公判審理が全て終わって初めて決めることができるものであって、あらかじめ、起訴段階や公判前整理手続段階でこれを明らかにできるものではない」、「国民は、死刑の問題について、避けることなく向き合わなければならない……といった意見が見られ、消極意見が大勢を占めた」という[13]。この検討会での検討結果を踏まえて、法制審議会による答申に基づき、制度施行三年経過後の検討に基づく裁判員法の改正がなされた（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の一部を改正する法律（平成二七年法律第三七号））が、そこでは、死刑事件を裁判員裁判の対象から外されることはなかった[14]。

2　死刑についての公平な判断のための裁判員の選任・解任

一般の国民から無作為抽出を基本として選定され一つの事件限りで選任される裁判員は、必ずしも法律の知識・知見を十分には有してはいないため、裁判長から必要な法令に関する説明を受け、わかりやすいものとなるよう評議を整理されたとしても（裁判員法六六条五項）、合理的な判断を行えない可能性は完全には排除できない。裁判員は、法令に従い公平誠実に職務を行う義務を負い（九条一項）、合議体の構成裁判官によって法令の解釈に係る判断がなされ、それが裁判長によって示された場合には、これに従って職務を行う義務が課されている（六六条四項）。しかしながら、死刑及びその執行方法が憲法適合的であるという法令の解釈を裁判長が丁寧に説明したとしても、構成裁判官の合議による法令解釈に係る判断に従う義務に違反して、独自の見解で量刑についての意見を述べる裁判員が生じるおそれがある[15]。

裁判員裁判において公平な裁判を実現するために、まず重要となるのが、公平な裁判をすることができる裁判員の選任である。死刑事件の裁判において、裁判員候補者が死刑制度について強い信念を有しており、裁判長による法令に関する説明を受けてもそれに従うことができない（例えば、現行刑法が死刑を存置し、判例上、死刑は合憲であるとされているにもかかわらず、死刑を違憲であると解釈し、あるいは廃止すべきと考え[16]、いかなる場合でも死刑の適用をすべきではないと考える、など）のであれば、その候補者は「不公平な裁判をするおそれがある」ため、裁判員となることができない（裁判員法一八条）と解すべきである[17]。裁判員法の施行規則の立案担当者は、「担当事件においてどのような事実が認定されたとしても、死刑適用の余地を一切考慮できない者は、死刑という法定刑があるにもかかわらず法律に従った判断ができないといわざるを得ず、不公平な裁判をするおそれに当たる」ものであると解説する[18]。また、平成二一年度司法研究では、「裁判員は、少なくとも法の運用という立場からは、事件によっては死刑の適用もやむを得ないと考えているというのが、基本的な立場であるという前提で」あるので、「死刑について絶対反対であるとか、「応報」が原則であって、人を殺した以上は死刑が相当であるといった極端な考えの人は、（判例をも含めた）現在の刑事裁判制度と相容れないと考えられ、裁判員の選任において不公平な裁判をするおそれがあると認められる者ということになる」と述べられている[19]。

裁判員等選任手続において、裁判長は、裁判員候補者が不公平な裁判をするおそれがないかどうかの判断をするため、必要な質問をすることができる（裁判員法三四条一項）。陪席の裁判官、検察官、被告人または弁護人は、上記の判断に必要となる質問を裁判長が裁判員候補者に対してすることを求めることができ、この場合において、裁判長が相当と認めるときは、裁判員候補者に対して、当該求めに係る質問をするものとする（三四条二項）。そして、検察官

及び被告人は、裁判員候補者について、それぞれ、原則として四人を限度として理由を示さずに不選任の決定の請求をすることができ（三六条一項）、この請求があったときは、裁判所は、当該理由を示さない不選任の請求に係る裁判員候補者について不選任の決定をする（三六条三項）。

裁判員候補者に対する不選任請求は、「英米法系の陪審員制度において認められているいわゆる専断的忌避（peremptory challenge）にならった制度である」と解されているので[20]、死刑を回避しようとする被告人及び弁護人が、できる限り死刑選択をしないと思われる者を裁判員に選任するべく、逆に、検察官が、できる限り死刑選択をすると思われる者を裁判員に選任するべく、戦略的に請求権を行使するということが、理論上は考えられる[21]。しかしながら、検察官及び被告人（弁護人）に裁判員候補者に対する不選任請求権を認める趣旨は、「公正な裁判所の構成等という目的をより実効的に実現できることになると考えられた」ためであり、本来、「訴訟関係人に裁判員を選択する権利を認めたものではない[22]」。

したがって、不選任請求・決定の前提となる「不公平な裁判をするおそれに関する質問について検討するに当たっては、①候補者の判別に意味があるか、②裁判員法の質問の趣旨、③候補者のプライバシー保護等を考慮する必要がある」り、「当事者が自己に有利な候補者を選別するための質問は認められない[23]」。

裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の制定の諮問を受けた最高裁判所刑事規則制定諮問委員会（二〇〇七年五月二三日）において参考資料として提供された「不公平な裁判をするおそれに関する質問の基本的考え方」及び「不公平な裁判をするおそれに関する質問の具体的イメージ」では、当日用質問票において、事件との特別な関係の有無、同種犯罪被害経験の有無、事件の報道への接触の程度について質問し、その回答に応じて、裁判長が質問手続におい

て関連の質問をすることとされている。また、死刑の適用が問題となる事件は、事件類型に応じて追加的に質問することがあるものの一つとして例示されている。具体的な追加質問と回答への対応方法は、次のとおりである。すなわち、「死刑の適用が問題となる事件において、当事者の求めがある場合、裁判長は、口頭で、「起訴されている○○罪」について法律は、『死刑又は無期若しくは○年以上の懲役に処する』と定めています。今回の事件で有罪とされた場合は、この法律で定まっている刑を前提に量刑を判断できますか。」という質問をし、「はい」と回答した場合、もしくは、特に異論を述べない場合にはこの点については何も質問しない。他方で、積極的に裁判員候補者から異論が出た場合には「今回の事件の裁判で、証拠によってどのような事実が明らかになったとしても、評議においては、絶対に死刑を選択しないと決めていますか。」という質問をし、「いいえ」と回答した場合にはこの点についてはさらに質問をしないが、「はい」と回答した場合には、回答に応じてさらに質問を行って、不公平な裁判をするおそれの有無を判断する[24]」。ここで示されている質問は、いずれも、法律に従った判断を行えるかどうかを尋ねるにとどめ、死刑制度に対する個人の信念については直接的に尋ねないようにされており、裁判員候補者の思想・良心の自由（憲法一九条）を侵害するものであるとはいえない[25]。

最高裁判所事務総局刑事局は、「候補者に対する質問は、辞退希望に関するもののほか、不公平な裁判をするおそれの有無を判断するため必要最小限度のものに限るとの基本スタンスを当事者との間で確認しておくことが重要であり、当事者から、基本スタンスに沿わない質問の追加の求めがあった場合には、上記基本スタンスを説明して当事者の理解を求めるなどして、安易に質問の追加を認めるべきではない」という立場を採っており、死刑の適用が問題となる事件について、必要に応じて質問を追加することが想定されているものの、「当事者からの求めがあれば常にこ

れらの質問を追加すべきというものではなく、具体的な事件の性質や争点との関係で、当該質問を追加すべき必要性の有無について吟味した上、追加するか否かを判断すべきであろう」としており[26]、裁判員候補者の死刑制度に対する信念等を詳細に質問することは想定されていない。実際に、菅野亮弁護士によれば、「「不公平な裁判をするおそれ」を判断するため、弁護人から追加の質問を求め、裁判所が採用することもある」が、「裁判所は、許される質問は規則制定諮問委員会の運用イメージにある質問ないしこれに準ずる質問に限られていると考えているようであ」り、「具体的な事案に即して、死刑制度……についてどのような考えをもっているかについて一般的に追加質問を行うことは、裁判長が相当だと判断しないことが多い」という[27]。

なお、裁判員の職務は法律上の義務であり、裁判員となる権利が国民に保障されているわけではないため、死刑事件において、特定の裁判員候補者について、追加質問への回答に基づき「不公平な裁判をするおそれ」があると認められ、裁判所が不選任決定をしても、当該裁判員候補者は自らの権利が侵害されたと主張することはできない[28]。

長野一家三人強盗殺人事件（被告人松原智浩に対するもの）の上告審において、弁護人は、裁判員等選任手続における裁判員候補者に対する質問及びそれに基づく不選任請求が機能しないことを指摘し、裁判員となりうる国民の憲法上の権利が侵害され、公平な裁判を受ける被告人の権利等が侵害されていると主張した。すなわち、弁護人は、「そもそも、犯罪報道が野放図に行われている現在の状況の下では、裁判員が不当な心証を持って裁判に臨んでいる可能性は高いのであり、裁判員法が定める不公正な裁判をするおそれがあるかどうか、という裁判員候補者への問いかけや質問に対する回答態度等の観察・検討は不可欠なのである」にもかかわらず、「現在、ほとんど個別質問は機能していないに等しい」状況であって、「個別質問制度を置いた意味を失わせ、公平な裁判員を選ぶための当事者活動を

著しく制限する運用違憲を生じているものと言わざるを得ない」という（集刑三一四号二八〇頁）。したがって、裁判員に死刑判断へ関与させることは、「被告人に対する偏見を持つ裁判員等を排除することができないなど、公正な裁判体を構成できる制度的保障を欠き、適正な裁判員が選ばれたかどうかの検証が不可能なのであって、適正な裁判所を構成したものとは到底いえず、公平な裁判所による迅速な公開裁判を保障した憲法三七条、何人に対しても裁判所において裁判を受ける権利を保障した憲法三二条、適正手続を保障した憲法三一条に違反する」との主張である（二七四頁）。

しかしながら、最高裁判所は、いわゆる裁判員制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるとして、（死刑判断に不可避的に関与する裁判員の憲法上の権利の侵害のみならず）被告人の裁判を受ける権利の侵害を理由とする裁判員制度を違憲とする、弁護人の主張を斥けた（前掲最三小判平成二六年九月二日）。

なお、死刑判断に関して不公平な裁判をするおそれのある裁判員の排除に関して、死刑制度について裁判長の示した法令解釈に係る判断に従う義務（裁判員法六六条四項）に違反し独自の見解を述べるなど、裁判員につき不公平な判断をするおそれがあることが評議の過程で判明する場合も考えられる。裁判員法四一条一項七号は、選任決定後に裁判員に不公平な判断をするおそれがあることを知り、または不公平な判断をするおそれが生じたりしたことを理由として、当該裁判員の解任を請求することを検察官、被告人または弁護人に認め、この請求がなされたときは、裁判所は解任の可否を決定する（四一条二項）。また、四一条一項七号の場合は、職権による解任も可能である（四三条二項、三項）[29]。もっとも、一八条にいう「不公平な裁判をするおそれ」のある裁判員が合議体に含まれていたとしても、「裁判所が……不公平な裁判をするおそれがあると認め」る決定を行わなければ、刑事訴訟法三七七条一号の絶対的控訴

理由（法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと）に該当しない[30]。また、裁判の進行途中に裁判長が手続を一旦中断し、裁判官のみによる評議を行い、死刑についての信条等を理由に特定の裁判員を解任するのは、実際にも困難であろう[31]。

福島夫婦強盗殺人事件の上告審では、弁護人は、「一審裁判所は、その必要性を何ら吟味しないまま、遺体写真……や通報の音声……など[32]、本件の事実認定及び量刑判断に必ずしも必要でなく、むしろ有害とさえいえる証拠を採用し、取り調べた……結果、かかる過剰な立証により、裁判員の一人が心身ともに不安定な状況に置かれた」ところ[33]、「一審裁判所は、この裁判員について、「不公正な裁判をするおそれ」があるにも関わらず、解任をしなかった」ことなどから、このような違法な訴訟手続を破棄しなければならないにかかわらず原判決は違法を是認したといえるので、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける被告人の権利（憲法三七条一項）を侵害し、適正手続（三一条）に違反すると主張した（集刑三一九号一七二―一七三頁）。弁護人によれば、裁判員の一人が「本件のような死刑求刑事件において、被告人を死刑にするか否かというような重大な判断について、十分な思考に基づいて判断することは困難であることは明らかであ」ったという（集刑三一九号一八〇―一八一頁）[34]。

しかしながら、最高裁判所は、単なる法令違反等の主張であって刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないとして、弁護人の主張を斥けた（最三小判平成二八年三月八日集刑三一九号一六三頁）。

二　死刑判断への裁判員の関与のあり方

1　裁判員裁判導入以前の死刑の量刑判断についての評決要件

裁判員制度が導入される前の裁判官のみによる刑事事件の裁判において、合議体を構成する裁判官は、どのように死刑の量刑判断を行ってきたのか。

裁判は、原則として過半数の意見による（裁判所法七七条一項）[35]。死刑の量刑判断についても特則は設けられていないため、法律上は、他の刑罰と同様に多数決によるものとされ、合議体を構成する裁判官の意見の全員一致は求められていない。

しかしながら、本庄武教授は、「裁判所の内部においては、死刑については全員一致で判断するという慣行がある時期から形成されていた」と指摘する[36]。原田國男元判事は、従前の裁判官のみによる裁判について、「実際の合議においても、最終的に無期懲役の意見の裁判官がいるのに、多数決で死刑にするということはないのではあるまいか」[37]、「裁判官裁判の場合は……死刑にするときは全員一致であ」り「これは、ほぼ共通のコンセンサスであ」って、「一致しなければ死刑にしないと思う」、「一人でも反対があれば、無期〔拘禁刑〕にしていると思う」、「これが実務の実態である」[38]、「実際に、刑事裁判官は……総合してやむをえないといえなければ、死刑にしない」、「裁判官の死刑意見が全員一致でなければ、死刑にしないのが慣行だと思う」などと、繰り返し述べる[39]。また、永田憲史教授によれば、最高裁判所が下級裁判所による死刑判決を上告審として審査する際にも、「全員一致の不文律があった」という[40]。この点、滝井繁男元最高裁判事も、死刑判決に対する上告を棄却する際には構成裁判官の全員一致でなければならないと

いう「不文律のようなものがあるという話は聞」いたと述懐する。[41]

裁判官のみによる裁判における死刑判断について、いわゆる永山事件（警察庁広域重要指定一〇八号事件）[42]の控訴審判決（東京高判昭和五六年八月二一日判時一〇一九号二〇頁）は、第一審の死刑判決を破棄し、被告人に対して無期懲役に処したが、その判決理由中で、次のように判示した。すなわち、「死刑が合憲であるとしても、その極刑としての性質にかんがみ、運用については慎重な考慮が払わなければならず、殊に死刑を選択するにあたつては、他の同種事件との比較において公平性が保障されているか否かにつき十分な検討を必要とするものと考える。ある被告事件について、死刑を選択すべきか否かの判断に際し、これを審理する裁判所の如何によつて結論を異にすることは、判決を受ける被告人にとつて耐えがたいことであろう。もちろん、わが刑法における法定刑の幅は広く、同種事件についても、判決裁判所の如何によつて宣告される刑期に長短があり、また、執行猶予が付せられたり、付せられなかつたりすることは望ましいことではないが、しかし裁判権の独立という観点からやむを得ないところである。しかし、極刑としての死刑の選択の場合においては、かような偶然性は可能なかぎり運用によつて避けなければならない。すなわち、ある被告事件につき死刑を選択する場合があるとすれば、その事件については如何なる裁判所がその衝にあつても死刑を選択したであろう程度の情状がある場合に限定せられるべきものと考える。立法論として、死刑の宣告には裁判官全員一致の意見によるべきものとすべき意見があるけれども、その精神は現行法の運用にあたつても考慮に価するものと考えるのである」（傍点は本稿の筆者による）。このいわゆる船田判決は、「その事件について如何なる裁判所がその衝にあつても死刑を選択したであろう程度の情状がある場合に限定」して死刑の選択が許されるものとし、「死刑の宣告には裁判官全員一致の意見によるべきものとすべき」とする「立法論」に踏み込みつつ、「その精神は現

行法の運用にあたつても考慮に価する」と述べており、実質的には、解釈上も死刑の宣告に裁判官全員一致の意見を求めるものであった。[43]

この控訴審判決に対して、検察官は、「死刑の選択について独自の基準を設定し」たものであり、「法定刑の死刑は存置しながら、死刑規定の適用を事実上不能にするような思考方法に根ざすもので、運用面での死刑廃止論に等しいものであり、かかる限定を付することなく、死刑を選択することを承認してきた幾多の最高裁判所判例に相反することは明らかである」（刑集三七巻六号六二〇頁）[44]、「被告事件について死刑を選択するかどうかの量刑判断に、およそ死刑の宣告が事実上不可能になるような制約、限定を加えているが、これは、最高裁判所判例の認めていない特異な限定基準を設けたもので、この点においても明らかに判例に相反する判断をしたものである」（六二五頁）[45]、「死刑判決を容認した幾多の最高裁判所判例……も、……原判決のような「如何なる裁判所も死刑を選択する」かどうか、「全裁判官一致の意見」によるかどうかというような限定基準を導入した例はないのであ」り、「死刑の存続の合理的な理由と必要が認められ、それ自体憲法三六条等に違反するものでないことが承認される以上、それに加えて法の予定しないような判決手続の条件を提示して、死刑の宣告を事実上不能にしたり回避したりすることは許されないのである」（六二九頁）などと主張して、上告した。

最高裁判所は、「裁判所が死刑を選択できる場合として原判決が判示した前記見解の趣旨は、死刑を選択するにつきほとんど異論の余地がない程度に極めて情状が悪い場合をいうものとして理解することができないものではない」と述べつつも、いわゆる永山基準[46]を示したうえで、「原判決は、量刑の前提となる事実の個別的な認定及びその総合的な評価を誤り、甚だしく刑の量定を誤つたものであつて、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認めざ

るをえない」として、控訴審判決を破棄した（最二小判昭和五八年七月八日刑集三七巻六号六〇九頁）[47]。

では、本庄教授や原田元判事のいうように、死刑の選択は裁判官の全員一致の意見によるという慣行は、はたして存在していたのか。

この点、強姦殺人等事件により死刑の判決を言い渡された被告人の弁護人による、「死刑は残虐な刑罰であるから、その裁判をするためには、裁判官全員一致の意見によるべきであるのに、裁判所法七七条が、この場合においても、過半数の意見によつて決することができる旨規定しているのは、憲法三六条に違反する」旨の主張[48]に対して、最高裁判所は、「死刑が残虐な刑罰にあたらないことは、……〔いわゆる死刑合憲判決（最大判昭和二三年三月一二日刑集二巻三号一九一頁）〕の明らかにするところであるから、所論はその前提を欠」くと判示し、裁判所法七七条にいう裁判の多数決制が違憲であるとの主張を認めなかった（最二小判昭和四四年一二月五日集刑一七四号二〇三頁）。

その後、最高裁判所は、光市母子殺人事件[49]の第二次上告審（最一小判平成二四年二月二〇日集刑三〇七号一五五頁）において、多数意見が原判決による死刑の科刑を是認したのに対して、宮川光治裁判官は、「〔本件被告人が〕精神的成熟度が少なくとも一八歳を相当程度下回っていることが証拠上認められるような場合は、死刑判断を回避するに足りる特に酌量すべき事情が存在するとみることが相当であ」り、原判決を破棄し事件を高等裁判所に差し戻すべきとして反対意見を付している。最高裁判所による死刑判断維持の判決に関して反対意見が付されたということは、（少なくとも上訴審としての審査に関しては）死刑判断は必ずしも構成裁判官の全員一致の意見によらなくてもよいということを意味する[50]。つまり、最高裁判所は死刑判断に関する構成裁判官の「全員一致の不文律」を自ら放棄したといえる[51]。

なお、死刑判断についての合議体の構成員の全員一致制について、永山事件控訴審判決は（現行法の運用への考慮以

外にも）立法論としても言及していたところ、法律の改正によりそれを導入することについては、特に、それを禁止する憲法の規定は見当たらないため、その当否は別論として、違憲とは解されないだろう[52]。

2　裁判員裁判における死刑の量刑判断についての評決要件

(1)　僅差による死刑判断の可能性

裁判員裁判における量刑の判断は、「構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による」こととし（裁判員法六七条一項）、「意見が分かれ、その説が各々、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見にならないときは、その合議体の判断は、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見になるまで、被告人に最も不利な意見の数を順次利益な意見の数に加え、その中で最も利益な意見による」とされる（六七条二項）。そして、裁判員法は、死刑の選択についても評決要件の特則等を設けてはいない。つまり、裁判官三人及び裁判員六人からなる合議体において、少なくとも裁判官一人と裁判員四人または裁判官三人と裁判員二人が被告人に対して死刑が相当である旨の量刑意見を述べれば、法律の規定上は、死刑の判決を宣告することは不可能ではない[53]。この点、江藤祥平教授は、裁判員裁判において「裁判員四名が無罪と判断しても、残りの五名が有罪と判断すれば死刑判決でさえ可能となる」ことを懸念している[54]。

たしかに、法律の規定上は、評決は（裁判官・裁判員双方を含む）多数決とされている。いわゆる裁判員制度合憲判決も、「評決については、単なる多数決でなく、多数意見の中に少なくとも一人の裁判官が加わっていることが必要とされていること」によって、「被告人の権利保護という観点からの配慮もされている」ことになり、裁判員法が憲

法七六条三項違反とならないと判示しており（傍点は本稿の筆者による）、合議体を構成する裁判官・裁判員の意見の全員一致を求めてはいない。しかしながら、「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」という裁判員制度の趣旨（裁判員法一条）を踏まえれば、実際の裁判員裁判では、量刑について合議体構成員の意見が大きく分かれたままの状態で、裁判長が拙速に評決を強行するという運用は現実には考えにくい[55]。「十分な評議を尽くし、基本的には全員一致になるよう評議すべきことは当然のことで」あり、「裁判長としては、全員一致となるよう努力すべきで」あるといえる[56]。そして、このことは、極刑であるところの死刑の選択の場合には、特に強く要請されるというべきであろう。

(2) 死刑判断の全員一致評決制の提案

(1)は、裁判員裁判における死刑判断の全員一致評決制を、運用上の理想的な目標とする議論であるが、これを法律上規定すれば、それはより確実なものとなる[57]。

実際に、裁判員裁判における死刑の量刑判断を合議体構成員の全員一致の意見によるものとすべきとの提案は、多くの刑事法研究者や法律実務家から示されてきた[58]。

裁判員法の立法過程では、日本弁護士連合会は、一貫して、「評決は全員一致を原則とし、有罪の評決は、一定の要件下で（たとえば、評議と投票を繰り返しても意見の一致をみないとき）三分の二以上の多数決とする」ものとし、「死刑を言い渡すときは全員一致を要する」とすべきと主張してきた[59]。また、国会においても、死刑判決の評決要件を過半数ではなく全員一致とすべきであるとの主張が野党議員からしばしば示されてきたが、裁判官のみによる従前の裁

判においても評決は過半数の意見によることとされており、死刑に関わる判決についても同様であるところ、裁判員が加わる場合に限って要件を加重する合理的な理由はないとして斥けられた[60]。

裁判員制度に関する検討会においても、死刑を言い渡す場合における評決要件について、「死刑は究極の刑罰であり、刑が執行されれば取り返しがつかないから、誤判防止の観点から、裁判員法のみならず裁判所法を改正して、裁判員裁判か否かを問わず、その言渡しのためには、全員一致の評決を必要とすべきである」、ないしは「無罪の意見の裁判員が評決の結果死刑の言渡しに関与せざるを得なくなる場合など、死刑の言渡しによる裁判員への心理的負担を考慮すると、裁判員裁判における死刑判決はより慎重にすべきである」などといった意見が示された[61]。日本弁護士連合会も、裁判員法施行三年後の検証を踏まえた裁判員裁判に関する改革提案の一つとして、「裁判所法第七七条第一項及び裁判員の参加する刑事裁判に関する法律……第六七条第一項を改正し、死刑の量刑判断について全員一致制を導入すべきである」と提言したが、その理由として、(1)死刑は刑罰として特殊であり、生命尊重・誤判防止の観点から、その適用は極めて慎重かつ謙抑的に行われなければならないこと、(2)死刑事件においても誤判の危険性があり、それを防止すべきであること、(3)死刑の適用基準をより公平かつ客観的なものとすべきであること、(4)裁判官・裁判員の負担を軽減する必要があること（「多数決制の場合に負うこととなる一生消えることのない苦悩を一般市民にも強いることは酷にすぎる」という）、(5)死刑を廃止する国際的潮流に沿うべく死刑判決をより慎重・謙抑的に運用すべきであることなどを挙げていた[62]。

しかしながら、裁判員制度に関する検討会においては、(1)たしかに「死刑の言渡しの多くは裁判員裁判によってなされる」が、裁判官による裁判でもなされうるところであり（裁判員法三条一項、三条の二第一項）、「裁判官による裁

判であっても全員一致の評決を求めるという意見については、当検討会で議論することが適切かどうか自体疑問がある」こと、(2)「死刑言渡しに全員一致を要求すると、当該裁判体の構成員全員が死刑に賛成したことが明らかになるので、裁判員の負担の軽減にはつながらない」こと、(3)「現在でも死刑の選択は厳格になされており、死刑判決が言い渡されたとき、その当否について論争が起きたこともない」こと（「一般市民は今の制度で良いと考えているのではないか」という）、(4)「全員一致でない限り死刑を言い渡すことができないとすると、一人の裁判員の考えのみによって結論が左右されるという事態を許すこととなる」こと、(5)「全員一致の要件を要求すると、一人が死刑についての拒否権を持つことになるところ、そのような理由で、同一事案の共犯者の間や同種事案の被告人の間でも死刑か無期懲役かの差異が生じてくることとなって、裁判の公平性が損なわれる」こと、(6)「裁判体の構成に一人でも死刑制度自体に反対の人物がいた場合、法律上死刑制度があるにもかかわらず、その言渡しができないこととなるのは問題が大きい」こと、(7)「裁判員にとっての負担を主たる根拠に評決の在り方を変更するというのは、裁判員に弱点があるという考え方を前提にしているかのようで、裁判員制度の趣旨から見て妥当ではない」こと、(8)「死刑の問題をイデオロギーとして捉えている者が裁判員に選任された場合には、実際の事件を冷静に分析・判断できないという面もあるように思われ」るところ、「これまで特に問題がなかった以上、従来の方法で取り扱うべきである」ことなどを理由に、「現行法の評決要件を変更すべきでないとの意見が多数を占めた」という[63]。

また、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の一部を改正する法律（平成二七年法律第三七号）附則三項に基づき政府が改正法施行から三年経過後に行うこととされている制度の実施状況についての検討に当たり、幅広く国民の意見を反映する観点から、二〇一九年一月から二〇二〇年一二月まで法務省に設けられていた裁判員制度の施行状況等

に関する検討会でも、「死刑判決の重大性から、全員一致の場合にのみ言い渡せることとする評決要件の加重も考えられるのではないか」との意見が述べられたが、「現在の実務においても、議論を尽くして全員一致に近い形で死刑判決が言い渡されていることが推測される上、制度上、全員一致でなければ死刑判決を言い渡せないこととすると、一人でも反対をしている場合には刑罰が決まらない事態となってしまう」、「全員一致を評決要件とした場合、裁判員全員の意見が明らかになってしまうという問題もある」との意見が述べられ、上記意見を支持する意見は見られなかったという。(64)

(3) 死刑判断の全員一致評決制と憲法の要請

(2)で紹介した議論は、裁判員裁判における死刑の量刑判断を合議体構成員の全員一致の意見によるものとすべきという立法論である。そして、そのような提案は、裁判員法の立法過程においても、また制度施行後の見直しの段階でも、政策的妥当性を否定されてきた。

ところで、立法政策論から憲法解釈論に視点を移し、裁判員裁判における死刑の量刑判断は合議体構成員の全員一致の意見によるということが憲法上の要請であるとする立論は可能であろうか。その検討の際に手掛かりとなるのは、比較法による議論である。

陪審制度を採用するアメリカ合衆国では、一般に、罪責認定は陪審が担い、量刑判断は裁判官の判断に委ねられているが、死刑を存置している法域において(65)、「死刑判決については被告人の罪責および量刑判断の両者につき一二人の陪審員による全員一致評決が……ごく一部の州を除きすべての法域において堅持されている」という(66)。笹倉香奈教

授によれば、「死刑事件の量刑について、陪審員の全員一致が憲法上の要請であると連邦最高裁が判断したことはない」[67]ものの、「陪審員による死刑量刑の評決が行われるときに陪審員による全員一致の評決を全く要求していない州は、アメリカ合衆国ではもはや存在しない」くなったという。そして、「連邦最高裁が全員一致制を必要的であると宣言していないにも関わらず、実質的にはすべての州において死刑を言い渡すために陪審員が何らかの全員一致の判断に到達することが要求されている」ことを踏まえると、米国では、「全員一致制を採用することによって、死刑判断がより慎重にかつ適正に行われることが目指されている」ことから、わが国の裁判員制度の下でも、同様に、死刑判断につき合議体構成員の全員一致評決制の導入を検討する必要性が示唆されうる[68]。

本庄教授は、量刑判断に関する基準についての解釈が異なるとしても、死刑という刑罰の特殊性ゆえに「死刑を選択するか否かに関してだけは、憲法上の要請として全員一致制を採用すべきであると言えるかもしれない」と述べる[69]。憲法学の立場からも、江藤教授は、「裁判員裁判の時代には、死刑判断の手続的適正を徹底することから始める必要がある」ところ、「まずは、罪責認定及び死刑評決について裁判体の全員一致によるものとすることが、裁判の公正性の要請に則している」と主張している[70]。

裁判員裁判における死刑判断の全員一致評決制が憲法上の要請であるか否かについては、心斎橋通り魔殺人事件[71]の控訴審（前掲大阪高判平成二九年三月九日）において争われた[72]。

第一審において死刑判決を受けた被告人の弁護人は、死刑の選択について全員一致を求めていない裁判員法六七条の規定が、適正手続を保障した憲法三一条に違反するため、憲法に違反する規定に基づいて言い渡された原判決には、判決に影響を及ぼすことの明らかな訴訟手続の法令違反があると主張した[73]。しかしながら、大阪高等裁判所は、憲法

三一条が、「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」と規定するだけであり、同条が死刑判決をするのに裁判員及び裁判官の全員一致を要する旨を定めるものとは解されないとして、弁護人の主張を斥けた。

弁護人は、まず、「死刑は特別な刑罰であり、誤判は許されず、死刑を科すには慎重に慎重を期さなければならないのに、裁判員法六七条一項の規定によれば、裁判官一名を含む五名が死刑に賛成すれば、他の四名が賛成しなくとも、死刑が選択されることとなる」などと主張したが、控訴審判決は、次のように述べて、この主張を斥けた。すなわち、「死刑は、人の生命を永遠に奪い去る究極の刑罰であって、罪責が誠に重大であって、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむを得ないかどうかを慎重に検討するとともに、公平性の確保の観点をも考慮して、真にやむを得ない場合に限って適用されるべきものであるが、そのことは、何よりも当事者及び裁判所が上記判断を可能とするように的確で適正な審理を行うとともに、裁判員及び裁判官が真剣な評議を尽くすことによって実現されるべきものであって、死刑を科するのに裁判員及び裁判官の全員一致を要するとの法制度でなければ、実現され得ないものではない。裁判員制度施行後既に複数の事案において死刑判決が言い渡されているが、これらの事案においても、関係者の真摯な努力によって上記のような実務が積み重ねられているのであって、あたかも裁判員裁判においては五対四の多数決により安易に死刑判決が言い渡されるおそれがあるかのようにいう弁護人の主張は、このような実務の在り方を踏まえない、あまりに単純な議論といわなければならない」。

また、弁護人は、「その罪責が誠に重大であって、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合には、死刑の選択も許される」と判示する永山事件上告審判決（最二小判昭和五八年七月八日刑

集三七巻六号六〇九頁）が、「総合判断の結果、誰が判断したとしても死刑とするものについてのみ死刑とすることが許されることを明らかにしており、同判決は、憲法三一条を根拠に死刑判決には全員一致を要求しているものと解すべきである」と主張した。これに対して、控訴審判決は、永山事件上告審判決中の上記引用部分が、同事件の控訴審判決中の「ある被告事件につき死刑を選択する場合があるとすれば、その事件については如何なる裁判所がその衝にあっても死刑を選択したであろう程度の情状がある場合に限定せらるべきものと考える」、「立法論として、死刑の宣告には裁判官全員一致の意見によるべきものとすべき意見があるけれども、その精神は現行法の運用にあっても考慮に価するものと考えるのである」との説示に対して示されたものであり、「原判決の上記判示部分をその文言どおりに是認したわけではないし、まして、死刑判決につき裁判官の全員一致の意見によるべき旨を判示したものとは到底解されない」と判示した。

弁護人はさらに、「アメリカ合衆国では、死刑事件においてはスーパー・デュー・プロセスと呼ばれる特別な手続が要請されており、死刑判決を宣告するためには、一二人の陪審員の意見が全員一致でなければならないとされているから、我が国においても、同様に全員一致制が採用されるべきである」と主張したが、控訴審判決は、「アメリカ合衆国において死刑判決につき全員一致制がとられている州があるからといって、同様の制度が設けられていない裁判員法が、当然に憲法に違反することとなるものでないのは明らかである」と論破した。外国の法制度やその運用を自説の補強として援用する際には、細心の注意が求められる。先に触れた笹倉教授らの見解は、本件弁護人の主張のような、米国で全員一致制を採用されているからわが国でも全員一致制を採用すべきであるといった単純な議論ではなく、死刑選択の際の評決要件をめぐるわが国での議論を深める一助として米国の議論を紹介したものである。本件

についていえば、両国の憲法の規定、刑事裁判制度、司法参加の制度、それを基礎づける理論的背景などの差異を考慮したうえで、特に、裁判官との協働の仕組みであるわが国の裁判員制度の独自性を踏まえて、慎重に議論を展開すべきであった。

本判決に対する弁護人による上告趣意においては、「死刑の選択にあたり、裁判官・裁判員の全員一致を求めていない裁判員法六七条は、適正手続を保障した憲法三一条に違反する」との主張とともに、「裁判員裁判では死刑が言い渡された死刑囚にとって、五対四で死刑が言い渡されたのではないかと考えながら死刑が執行されることは、残虐な刑罰にあたり、憲法三六条に違反する」との主張がなされた（集刑三二七号一二三―一三八頁）が、最高裁判所は、死刑制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるとして、弁護人による憲法三一条・三六条違反の主張を斥けた（最一小判令和元年一二月二日集刑三二七号一七頁）。

裁判員裁判による死刑判決を量刑不当として破棄し無期懲役に処した控訴審判決を是認した南青山マンション男性強盗殺人事件・松戸女子大生放火殺人事件両最高裁決定（最二小決平成二七年二月三日刑集六九巻一号一頁、九九頁）を受けて、全員一致評決制を採用することによって、「死刑適用に賛成の論者は反対の論者の意見を無視して、拙速に評決を行うという選択肢が採れ」なくなるため、「評議の充実が確保されることにより、死刑選択が「真に」やむを得ないものであることが確保されることにな」り、もって裁判員裁判の死刑判決は死刑選択が真にやむを得ないと認められることを具体的・説得的に示さなければならないとする両決定の要請に応えうることになるとの主張がある[74]。心斎橋通り魔殺人事件の上告審において、弁護人も、これらの最高裁決定が「死刑の適用について、慎重さに加えて、公平性を求めて」おり（集刑三二七号一二四頁）、第一審の死刑判決を控訴審で破棄自判したという両事件は、「まさに

人〔被告人のこと〕の命が翻弄された」事例であり、「単純多数決ではこのような事態はいくどとなく繰り返される可能性がある」から、「死刑判決において、全員一致にすることは適正手続の観点から憲法三一条の要請するところである」（同一二七頁）と述べたが、最高裁判所は、この議論を受け入れることはなかった。

要するに、裁判員裁判においても死刑の量刑判断に際して合議体を構成する裁判官・裁判員の全員一致の意見によることを求めない裁判員法七七条の規定は、憲法三一条・三六条に違反するものではないとするのが判例の立場である。立法論として全員一致評決制を設けることは憲法上可能であるが、解釈論として、憲法が全員一致評決制を要請しているとする議論は成り立たない。

3　死刑判断への裁判員の関与における適正手続の要請

裁判員裁判における死刑の量刑判断を合議体構成員の全員一致の意見によるものとすべきとする、いわゆる全員一致評決制は、主にアメリカの法社会学者やアメリカ法に依拠する刑事法研究者・実務家等によって紹介され強く提唱されてきた、死刑事件におけるスーパー・デュー・プロセスという構想の主要な要素の一つである[75]。田鎖麻衣子弁護士は、スーパー・デュー・プロセスについて、「非死刑事件とは異なり、死刑事件に特別に要求される手続の総称であって、とくに一九七六年以降のアメリカ合衆国連邦最高裁の判決の積み重ねにより、合衆国憲法上の問題として要請される手続」を指すと説明する[76]。

スーパー・デュー・プロセスの提唱者であるレイディン（Margaret J. Radin）は、「アメリカ合衆国最高裁判所は、現在〔この論文が刊行されたのは一九八〇年〕、死刑事件において、「残虐で異常な刑罰」というにすぎない合衆国憲

法修正八条が一種のスーパー・デュー・プロセス（超適正手続）（a kind of super due process）に相当する量刑手続を要求している」と述べている。[77]

一九七二年のファーマン判決（Furman v. Georgia, 408 U.S. 238）は、死刑が特異な刑罰であることから、恣意的かつ気まぐれな方法で（in an arbitrary and capricious manner）それを適用することは修正八条にいう残虐で異常な刑罰の禁止に抵触すると判示した。これに対して、死刑を存置する各州の対応は、量刑判断者の裁量を否定する絶対的死刑制度とするものと、裁量に指針を与えたうえで罪責認定と量刑の手続を二分する制度を採用するものとに分かれた。後者の対応を採ったジョージア州の法律について、一九七六年のグレッグ判決（Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153）において、ステュワート、パウエル、スティーブンスの三人の裁判官からなる多数意見は、指針が量刑判断者に与えられる限りで死刑執行は残虐で異常な刑罰に当たらないとした。問題となったジョージア州法では、罪責と量刑とを分けて審理することを求め、犯罪の状況及び犯罪者の情状についての適正な考慮が可能であり、死刑判決が言い渡された場合には州最高裁判所へ自動的に上訴される制度を設け、州最高裁判所によって陪審の死刑の判断過程における偏見の影響の有無と、類似事件における量刑との均衡性の審査（proportionality review）がなされるため、ファーマン判決の懸念を除去するのに十分であり、違憲ではないとされた。[78] そして、一九七八年のロケット判決（Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586）において、バーガー首席裁判官は、死刑の宣告にあたって被告人の罪の減軽のための証拠の範囲を制限する法律は修正八条及び修正一四条に違反するとしたが、これにはグレッグ判決の多数意見を構成した三人の裁判官が参加している。

これらの判例の経緯を踏まえて、レイディンは、最高裁判所裁判官のうち四人が、手続についても憲法上の意味に

おける残虐とみなすという見解を受け容れていることなどを、スーパー・デュー・プロセスを修正八条が要求するという自らの主張の論拠とする。[79] 小早川教授によれば、「スーパー・デュー・プロセスの中心は、死刑の質的相違（qualitative differences）にある」、すなわち、「死刑は未来永劫に人の生命を抹殺する取り返しのつかない刑罰であるから、他の刑種とは全く異なる」ということにある。死刑の質的相違性自体は「新規な主張ではない」が、この理論は、死刑の合憲性をめぐる〔アメリカ連邦〕最高裁の判例……を緻密に分析し、「最高裁も同旨であることを論証した点が画期的」であるという。[80]

このスーパー・デュー・プロセスは、2で検討した全員一致評決制の要請以外にも、多様な内容を含むものである。スーパー・デュー・プロセスをわが国に紹介したジョンソン（David T. Johonson）によれば、アメリカ連邦最高裁判所は、一九七〇年代以降、過酷さと重さならびに執行の不可逆性という二点において、他の刑罰と死刑とは異なるものであると判示し、死刑事件の被告人に対しては、スーパー・デュー・プロセスという特別な適正手続を保障してきたという。そして、「アメリカの刑事手続において、スーパー・デュー・プロセスが保障されていることから、以下の五点の帰結が導かれる」と述べる。すなわち、(1)「はじめに被告人が有罪か無罪かを判断し、次に有罪であると判断された場合には量刑を判断する」というように、「死刑事件の公判は、二つの段階に分けて行われなければならない」。(2)「死刑事件の陪審に対しては、量刑段階で裁量権を行使する際の指針として、刑罰を「加重する要素と減軽する要素」について裁判官からの指示が与えられなければならない」。(3)「ほとんどの法域で被告人に死刑判決に対する上訴権を放棄することができない」とされており、「死刑が言い渡された場合には、被告人の意思にかかわらず、上訴されなければならない」。(4)「同じような事件は同じように、異なる事件は異なって扱われねばならないという

原理にもとづいて」、「上級審裁判所は、量刑の言い渡しに不適切な格差がないかを判断するために、均衡審査と呼ばれる手続を行う」。(5)「死刑判決を言い渡すためには一二人の陪審員全員が死刑を言い渡すことが妥当であると一致していなければならない」[81]。要するに、ジョンソンのいうスーパー・デュー・プロセスの帰結とは、(1)手続二分論、(2)量刑ガイドラインの提示、(3)自動上訴制度、(4)上級審における均衡審査、(5)全員一致評決制の五つを指す[82]。

ジョンソンは、米国各州における死刑を定める法律がスーパー・デュー・プロセスに基づくことによって、連邦最高裁判所により合憲とされると述べる一方で、わが国の死刑の運用に対しては、スーパー・デュー・プロセスの見地から批判的に評価する。すなわち、彼は、日本では、死刑が他の刑罰と異なるものとは扱われておらず、スーパー・デュー・プロセスが採用されていないと主張する[83]。

もっとも、スーパー・デュー・プロセスは、確定的な概念ではない[84]ため、ジョンソンのいう五つの帰結以外にも、他の構成要素は考えられる。

笹倉教授は、一九七〇年代以降、連邦最高裁判所が、個別の死刑事件において、どのような死刑制度であれば合憲といえるかを明らかにする過程で示してきた「死刑事件における手厚い手続保障の理念」を「狭い意味でのスーパー・デュー・プロセス」というとすれば、そのような「憲法上要請される特別の手続保障」のほかに、「各州の立法や運用によって死刑手続にはさらなる手続保障がなされて」おり、これを「広義のスーパー・デュー・プロセス」と定位している[85]。そして、前者、すなわち、「死刑事件における適正手続保障」を、(1)「事実認定審理と量刑審理は分離され、二段階の審理手続が行われ」、「いずれの審理にも陪審員が関与」し、「死刑を科すという判断は陪審員の全員一致制でなければならない」こと、(2)「陪審員は死刑を科すか科さないかについて裁量権を有するが、行きすぎ

た裁量権の行使を規制するため、量刑には一定のガイドライン（「指針付き裁量」）が存在する」こと、(3)「量刑審理においては、加重事情と減軽事情が詳細に審査される」が、「減軽事情については、行為及び行為者に関連性がある全ての証拠の提出が認められなければならないし、そのように提出された証拠を陪審は実質的に考慮せねばなら」ず、「量刑は適正な指針に基づいて行われ、……行為者それぞれの個別的な事情が十分に考慮されなければならない」ことの三点にまとめる。また、後者として、(4)「多くの州には自動的な直接上訴制度が存在し、被告人の意思とは関係なく上訴が行われ」、「上訴審で、他の事件との均衡が採れているかの判断……（均衡審査）」が行われる州もあるという[86]。これら笹倉教授が挙げる狭義及び広義のスーパー・デュー・プロセスのうち、(1)には、ジョンソンのいう五つの帰結の(1)及び(5)が含まれ、(2)及び(3)は(2)を意味し、(4)は(4)に相当する。

そして、笹倉教授は、日本の死刑事件の手続の問題点として、(1)「死刑の求刑が検察官によって行われるか否かが、公判の最後の「論告」の際にならないと明らかにならないから……手続の最後まで当該事件が「死刑事件」なのか否かさえ裁判所にも弁護人にも分からず、死刑事件にふさわしい手続や弁護ができない」こと、(2)事実認定手続と量刑手続が二分されていない」ため、「量刑に関する証拠（被害者の意見など）が事実認定に影響を与える危険性があり、罪責認定の純粋性を守ることができない」こと、(3)「行為者の特性に関する証拠調べが不十分である」こと（「量刑誤判」を避けるためには、死刑に値する事案なのかが慎重に判断されなければならないだけでなく、「その人」が死刑に値するかも慎重に判断されるべきであ」り、具体的には、「被告人の年齢、前科前歴、生活史、家庭環境、生活状況などに関する証拠が取り調べられるべき」にもかかわらず、「現在、実務において一般情状は量刑を「（微）調整」する要素としてしか扱われていない」という）、(4)「死刑事件における量刑評決が、他の裁判員裁判と同様の方法（裁判員法六七条二項）による多数決制であり、全員

一致制ではない」こと、(5)「死刑判決確定から執行に至るまでの手続保障がない」こと（「だれがいつ執行されるのかがどのように決まっているのかも分からない」という）の五点を挙げる。[87]

以下、本稿において、わが国の裁判員制度における死刑判断への裁判員の関与の憲法問題に関して、スーパー・デュー・プロセス構想から得られる視角として、手続二分論、量刑ガイドラインの提示、自動上訴制度、上級審における均衡審査について検討することとする（全員一致評決制については、すでに2において検討した）。

(1) 手続二分論

いわゆる手続二分論とは、「罪責認定手続……と量刑手続……とを手続上明確に区分し、罪責認定手続終了後、中間評議等により罪責に関する一応の結論を出した（さらに、結論次第では、その内容を何らかの形で公判に明らかにした）後、量刑手続段階に移行すべきであるとする主張」をいう。ここでいう罪責認定手続とは、犯罪事実の存否に関する立証段階の罪体審理のことであり、量刑手続とは、刑の量定のための情状立証の段階の量刑審理・情状審理のことを指す。「手続的区分や罪責に関する中間的判断等を法律により規定すべきであるとするのが立法上の手続二分論であり、これを運用により行うべきであるとするのが運用上の手続二分論であ」って、「この運用上の手続二分論に基づき行われる二段階の審理・手続を手続二分論的運用という」[88]。

一九四八（昭和二三）年に制定された現行の刑事訴訟法は、罪責認定手続と量刑手続とを区別する規定を設けなかったが、立法上の手続二分論の導入の可否は議論されてきた。その後、裁判員制度の導入に伴い、法律の専門家ではない裁判員が裁判に参加することになったため、従前から運用としてある程度行われてきたとされる、犯罪事実に

関する証拠の取調べと犯罪事実に関しない情状に関する証拠の取調べとを区別して行うことを裁判所及び訴訟関係人の努力義務として定めるべく、「犯罪事実に関しないことが明らかな情状に関する証拠の取調べは、できる限り、犯罪事実に関する証拠の取調べと区別して行うよう努めなければならない」と定める刑事訴訟規則一九八条の三の規定が設けられた[89]。もっとも、この規定は、「審理の途中で罪責に関する結論を出すことを前提とせず、単に罪責認定手続と量刑手続とを手続的に区分する」ものにすぎず、立法上の手続二分論を定めたものではないと、杉田宗久元判事は分析する[90]。

杉田元判事は、手続二分論の必要性として、(1)罪責認定の純粋性の確保（「罪責認定手続を量刑手続と明確に区分することによって、純然たる量刑証拠、ことに前科と被害感情に関する証拠が被告人の罪責認定に対し影響を及ぼすことを手続的に防止することができる」という）、(2)刑罰個別化の要請（「量刑手続を罪責認定手続から区分することにより、量刑手続における証拠法的規制を厳格な証明から緩和することができ、被告人の改善・更生及び社会防衛のための、より広範な量刑資料を収集することが可能となる」という）、(3)弁護人のジレンマの解消（「手続が二分されていない場合、被告人の無罪を主張する弁護人は、情状立証も行うべきか否かのジレンマに苛まれるが、量刑手続が罪責認定手続から区分されている場合、弁護人は、罪責認定手続後の中間評議において有罪の結論が出た後、安んじて情状立証を行うことができ、上記のようなジレンマから解放される」という）、(4)訴訟手続の効率的運用（「中間評議において無罪の結論に達した場合には、以後の量刑手続を取りやめることができ、訴訟手続の効率化が図られる」という）、(5)被告人のプライバシー保護（「無罪の被告人については、量刑手続が行われないことによって、前科などあまり公にされたくないプライバシーが公開法廷で明らかになることを阻止することができる」という）の五つを挙げる。そして、(3)について、「職業裁判官は……相当程度弁護人の苦悩も理解した上、仮に無罪を主張する弁護

人が量刑立証を行ったとしても、事実認定に当たっては、その点を考慮することなく純粋にこれに当たろうとする姿勢を有していた」と思われる一方で、「一般市民にとって、一方で無罪を主張しながら、他方で有罪を前提とする量刑立証を行うという矛盾した訴訟活動を行うことが、容易に理解できる事態かどうかは疑問であり、この点が、ひいては事実認定に影響を及ぼす可能性も否定できない」ため、論拠として「相当に説得力がある」という[91]。また、(1)については、特に、責任能力が深刻な争点となっている事件などでは、「真摯な裁判員であればあるほど、一方で罪責判断を厳密に行おうと努めつつも、他方で、被害者遺族や被告人家族の深刻な窮状や心からの訴えにも真剣に耳を傾けようとするであろうから、その内心の葛藤には著しいものがあるだろうと容易に推察することができる」ところ、「どの裁判員においても、職業裁判官のように……局面ごとに思考の使い分けができるとは到底考えられない」し、被告人の罪責に関する事実認定が厳しく争われている事件では、「被告人の前科（ことに同種前科）の存在・内容が罪責認定になにがしかの影響を及ぼすことがないのか強く案じられる」ため（また、「本来罪責認定には供し得ない量刑証拠によって自己の有罪が認定されたのではないかとの無用の疑心暗鬼を被告人に抱かせないためにも」）、手続二分論的運用の導入を必要とする根拠となると述べる[92]。

原田元判事は、「情状証拠については、裁判官だけの構成であれば、仮にそのような証拠を採用しても、全体として、その程度の証拠として正しい重さを評価することができるが、裁判員の場合、合議でいくら裁判官がその程度のものと説明しても、裁判員が最終的な量刑判断の底に大きな意味を潜ませることを防ぐことはできないであろう」と推察したうえで、「裁判員制度の下では、事実認定と量刑との手続の二分化も制度として視野に入れるべきであ」り、「運用においても、二分化の方向が必要となると思われる」と述べる[93]。また、杉田元判事は、「被告人の罪責が強く争

われる裁判員事件、ことに、①被告人の責任能力が深刻に争われる事件、②事件性・犯人性が厳しく争われる事件については、純然たる量刑証拠、とりわけ被告人の前科や被害者の処罰感情に関する証拠が、被告人の罪責認定に影響を及ぼすことのなきよう、換言すれば、「罪責認定の純粋性」を確保するため、公判段階における罪責認定手続と量刑手続とを完全に二分して審理・評議を行うべきである」と主張する[94]。

これに対して、松本時夫判事は、「わが刑事訴訟においては、量刑の具体的基準の基礎となる事実は公訴事実の証明過程において立証される事実そのものであり、その意味で量刑手続が事実認定手続と重合し一体化することになるのは当然の帰結」であり、「現在確立している量刑基準を前提とする限り、事実認定手続がそれ自体量刑手続としての性質を持つことに照らし、両手続は性質上二分できないものというべき」と述べる[95]。また、池田元判事らは、「量刑事情として重視されるのは、「犯情」とも言われる犯行に関連した事情、たとえば犯罪の計画性、犯行態様の残虐性（凶器の使用）・執拗性、結果の重大性、共犯の場合であればさらに役割の主導性等であり、それらの事情の立証は、多くの場合、犯罪事実の立証と共通することになる」ため、「いわゆる手続二分論は、実務上採用し難い」と主張する[96]。

裁判員制度の施行状況等に関する検討会では、一部の委員から、「裁判実務上、争いのある事件の審理においては、犯罪事実に関する証拠の取調べの後に専ら情状（量刑）に関する証拠が取り調べられることとなるが、評議の直前に裁判員がそのような専ら情状に関する証拠を連続して見た場合、それが事実認定に影響するおそれがある」ことと、「中間判決の制度がないため、有罪・無罪の判断を含め、どのような犯罪事実が認定されたのか分からないまま訴訟活動を行うことになるという問題がある」ことを理由に、「事実認定に争いのある事件の審理においては、まずは、

事実認定に関する証拠を集中的に取り調べ、中間判決として有罪か無罪かの判断を示した上で、有罪の場合には、量刑に関する審理を行うという方法（いわゆる手続二分論）を採用すべきではないか」との意見が述べられた[97]。

しかしながら、「実務上、証拠の取調べ順序を決めるに当たっては、犯罪事実に関する証拠を先に取り調べることとし、専ら情状だけに関する証拠の取調べはその後になるように審理計画を立てており、事件によっては、犯罪事実に関する証拠の取調べが終わった段階で、中間的な論告及び弁論を行う場合もある」こと、「犯罪事実に関する証拠調べと専ら情状に関する証拠調べの間に休廷をしたり、裁判官から十分な説明を行ったりすることで、現在の運用においても、裁判員が犯罪事実に関する証拠と専ら情状に関する証拠を混同することを避けることができている」こと、「犯行態様や結果、動機等は、犯罪事実であると同時に重要な情状事実でもあり、そもそもそれらを切り離すことはできない」こと、「現在の量刑実務では、行為に関わる犯情を中心として量刑が決定されており、量刑のみに関わる一般情状は相当限定的な形でしか使われていないのに、わざわざ二分した手続を制度として作るべきか」疑問であること、「手続を二分すると、被害者や証人が二回にわたって出廷する必要が生じ得るため、負担が大きくなる」ことから、二分論の導入を支持する意見は他に見られず、法制上の措置にはつながらなかった[98]。

手続の二分は、刑事裁判における被告人の防御権の拡充という観点から望ましいものであろう[99]が、実務上は困難であるとの見解にも十分に理由があるものと認められるところ、少なくとも日本国憲法の解釈論としては、それが三一条にいう適正手続の内容であると断定することは困難であり、また、それを立法化しないことが憲法三一条に違反するとまでは解することはできない。

(2) 量刑ガイドラインの提示

四宮啓教授は、「合衆国でいう死刑事件におけるスーパー・デュー・プロセスのうち、死刑量刑手続に注目し[100]」、「刑事手続としての「公正と賢明の最低限度の水準」をみたさない手続は……〔日本国憲法〕三一条に違反し無効となり」、また、「適正な手続的処遇を受ける権利の憲法上の根拠は、……憲法一三条に求められ」るとした[101]うえで、「死刑求刑を事前に告知し死刑相当性が争点とされること、罪責認定と量刑判断の手続を二分すること、死刑量刑審理においては犯情のみならず、被告人特性に関するあらゆる情報……が提供されなければならないこと、そして死刑量刑判断についてガイドライン（法ないし規準）を策定する必要があること等」が、憲法理念に基づき死刑量刑判断の公正性・科学性・倫理性を強化するために要請されると主張する[102]。

すなわち、第一に、「死刑事件では、公判に入る前に死刑求刑が事前に告知された上で、死刑に処すべきか否かが重要な争点とされなければならないし（事前の告知）、死刑量刑をコントロールするためには、被告人に有利な量刑証拠の収集、提出の機会が保障されなければならない（弁解、防禦）はずである」にもかかわらず、「日本の死刑事件の実務では、検察官は、公判における証拠調べが終わり論告で求刑を行うまで、すなわち公判の最終段階に至るまで、被告人に対して死刑を求刑することを告知しない」ところ、「死刑事件において死刑を求刑することを事前に告知せず、したがって死刑に処すべきか否かが事前に争点として整理されていない現在の実務は、〔憲法〕三一条、一三条に違反するというべきで」あるという[103]。

第二に、「主体的な防禦活動、すなわち当事者が刑事処分をコントロールできる機会が保障されるためには、有罪・無罪を判断する罪責認定手続において、罪責認定に関連性のない証拠が取調べられてはならず、また量刑手続に

おいては、罪責認定を意識することなく、被告人に有利な量刑に関連する証拠が十分に取調べられる機会が保障されることが必要であ」り、「そのためには、とりわけ争いのある事件や死刑事件の審理手続においては、罪責認定手続では、被告人の前科や被害者等の意見陳述等、罪責認定に予断を与える可能性のある証拠を排除するとともに、有罪認定後の量刑手続では、性格、成育歴、精神的能力等、被告人自身の特性に関する減軽事由が十分に提出され審理されるという、いわゆる手続二分的審理がなされなければならない」にもかかわらず、「現行の実務では、罪責に争いのある事件の審理も、罪責認定の評議前に、被告人の前科や被害者等の意見陳述等が許可されており、他方、罪責を争う被告人にとっては、被告人に有利な量刑事実を主張することは無罪主張と矛盾することから、量刑に関する被告人に有利な事実の提出が困難となっている」ところ、[104]「このような実務の現状は、死刑をコントロールするための主体的な防御活動に重大な影響を与えており、憲法三一条、一三条に違反すると考えられ」るという。[105]

第三に、日本において「量刑事情として審理・考慮される事情が圧倒的に犯罪行為に関する情状（犯情）であ」り、被告人特性に関する刑罰減軽事由の証拠調べが十分行われていないが、「公権力が国民の生命を奪おうとしている死刑量刑手続においては、犯情のみならず、性格や成育歴、精神的能力など、被告人個人の特性に関する量刑事実、とりわけ減軽事由が十分に審理されない手続や、そのような手続を導く考え方――犯情によって量刑の大枠を決定し、被告人特性（特別予防）に関する事実は二次的に考慮されるとする考え方――は、少なくとも死刑事件においては、憲法一三条、三一条の精神とは相容れない」という。[106]

そして、第四に、「現在の実務を支配している〔死刑の〕量刑基準と量刑資料は、……法ではなく、規準でもない」ため、「憲法一三条、三一条に立ち戻って、憲法の個人尊重の理念に則った死刑量刑の規準が策定されなければなら

ない」と主張する。[107]

このうち、第一の死刑求刑の事前告知がないことについては、「検察官としても、求刑の内容は、公判審理が全て終わって初めて決めることができるものであって、あらかじめ、起訴段階や公判前整理手続段階でこれを明らかにできるものではない」と考えられており、[108]憲法一三条ないし三一条に違反するとはいえまい。第二の手続二分論については、(1)で検討したとおりである。第三と第四の点に関しては、四宮教授自身も日本国憲法の規定に直接に違反するとまでは主張するものではないところ、被告人特性に関する刑罰減軽事由の審理が十分になされることと、「憲法の個人尊重の理念に則った死刑量刑の規準」が策定されることについては、刑事訴訟法学における議論と刑事訴訟実務の展開に期待することとし、現行の実務においてかりにこれらが欠けているとしても、憲法一三条ないし三一条の規定に違反するとはいえないと解する。

(3)　自動上訴制度

被告人は、上訴を申し立てた後から上訴審の終局裁判があるまで、いつでも上訴の放棄または取下げをすることができ（三五九条）[109]、その場合、上訴権は消滅する（三六一条）。ただし、刑事訴訟法三六〇条の二は、死刑または無期拘禁刑に処する判決に対する上訴を放棄することができないと定めており、[110]また、被告人の責めに帰することのできない錯誤に基づく場合や訴訟能力を欠く場合、上訴の放棄・取下げは無効となる。[111]最二小決平成七年六月二八日刑集四九巻六号七八五頁は、「死刑判決に対する上訴取下げは、上訴による不服申立ての道を自ら閉ざして死刑判決を確定させるという重大な法律効果を伴うものであるから、死刑判決の言渡しを受けた被告人が、その判決に不服がある

のに、死刑判決宣告の衝撃及び公判審理の重圧に伴う精神的苦痛によって拘禁反応等の精神障害を生じ、その影響下において、その苦痛から逃れることを目的として上訴を取り下げた場合には、その上訴取下げは無効と解するのが相当である」と判示するが、ここに「わが国では、死刑を様々な手続段階において慎重かつ公平にしようという姿勢が表われている」といえる[112]。

スーパー・デュー・プロセス構想は、この法令の規定・判例の姿勢の趣旨を進めて、死刑判決については、被告人の意思にかかわらず自動的に上訴するものとし、上訴審の審査を義務付けることを制度化すべきと主張する[113]。

裁判員制度に関する検討会においても、一部の委員から、「死刑を言い渡された被告人には、判断能力が十分でない者もあり得ることなどに鑑み、また生命の尊厳の観点からも、慎重を期する意味で、死刑を言い渡された被告人が上訴を申し立てない場合や上訴を取り下げた場合にも、法律上自動的に上訴審に係属し、その審査を受ける仕組みについて、検討を行うべきではないか」という意見が示された。

しかしながら、これに対して、(1)「被告人のほか弁護人にも上訴申立権があり、実際も、死刑が言い渡された場合には、多くの事案で上訴がなされている以上、そのような仕組みを導入する合理性があるのか疑問である」こと、(2)「当事者から何ら主張がなされていない状況で上訴審がどのような事項について審査を行うべきか、イメージがつかめない」こと、(3)「米国では、第一審判決に対する上訴は、事実誤認や量刑不当を理由にして行うことができず、特に、最上級の裁判所への上訴については、憲法違反等ごく限られた理由がある場合を除いて、権利として認められておらず、上訴審が上訴を受理するかどうかはその裁量に委ねられている」ところ、「死刑制度を存置している州の多くで、死刑判決に対する自動的上訴の制度が設けられているのは、このような法制を前提とした場合の特例という趣

旨によるものであ」って、「被告人が事実誤認や量刑不当を理由に上訴を申し立てることができ、現に三審制による審査がなされている我が国の法制や実情とは前提が異なる」ことなど、「そのような仕組みを導入する必要性、合理性に疑問を示す消極意見が多く示され、これに賛成する意見は他に見られなかった」という[114]。

死刑判決は、それが裁判員裁判によるものであれ裁判官のみの裁判によるものであれ、上訴審においてより慎重に審査されることは望ましいが、裁判員裁判による死刑判決に限って、それに確定的な効力を認めず、必ず上訴審において審査がなされなければならないとすることは、死刑判断への裁判員の関与の意義を否定することになりかねず、また、死刑の判決を言い渡された被告人の上訴についての判断権を尊重しないという点で、憲法一三条の趣旨に沿わないともいえる[115]。自動上訴制度は、それ自体が不合理な構想であり、適正手続を保障する憲法三一条の要請するものであるとは到底いえない。

(4) 死刑判断への裁判員の関与における適正手続の要請（小括）

以上のようないわゆるスーパー・デュー・プロセス構想について、わが国の最高裁判所は、どのように判示しているのか。

長野一家三人強盗殺人事件（被告人松原智浩に対するもの）では、弁護人は、わが国の死刑の手続について、スーパー・デュー・プロセスの要請を充足しておらず、憲法一三条、三一条及び三六条に違反すると主張した[116]。すなわち、同事件の弁護人は、ジョンソンによる論文[117]を引用したうえで、「死刑が違憲であるのは、……死刑存置国であるアメリカにおける、死刑という生命を奪う究極の刑罰に対する「超適正手続き」のあり方と比較したとき、

様々な手続き的保障を欠く上に死刑の適用基準が不明確であり、無期懲役を言い渡された者との差の著しさを埋めようがないことは明らかであ」る（集刑三一四号二九三頁）、「アメリカにおいては「死刑」について「超適正手続き」が要求されているのに比して、日本では死刑を言い渡す前、言い渡し、執行について特別な配慮が何らなされていない」（三三三頁）、「我が国の死刑手続きは、あらゆる面において、適正な手続きであることに疑いが持たれ、憲法三一条に反し、弁護人の適切な活動が本件で行われなかったという意味で憲法三七条に反し、このような不適切な手続きによって死刑が科されるという意味で、憲法三六条の刑罰の残虐性を招くものであるから、アメリカの適正手続きのための諸手続等との比較から考えてみても、我が国の死刑は違憲なものなのである」（三七〇頁）などと主張した。その主張の中には、手続二分論、量刑ガイドラインの提示、自動上訴制度、上級審における均衡審査、全員一致評決制に関するものも含まれていた。

しかしながら、最高裁判所は、死刑制度及びその執行方法が憲法の諸規定に違反しないことは判例（死刑合憲判決、帝銀事件判決（最大判昭和三〇年四月六日刑集九巻四号六六三頁）、絞首刑違憲訴訟判決（最大判昭和三六年七月一九日刑集一五巻七号一一〇六頁））及びその趣旨に照らして明らかであるとして、弁護人の主張を斥けた（前掲最三小判平成二六年九月二日）。

長野一家三人強盗殺人事件以降も、上告審において、被告人またはその弁護人が、同事件と同様に、死刑事件にはスーパー・デュー・プロセスが求められるにもかかわらず、それを欠く第一審の判断及びその判断を維持する控訴審の判断を憲法三一条等に違反すると主張したものがあるが、最高裁判所は、死刑合憲判決、帝銀事件判決、絞首刑違憲訴訟判決を挙げ、死刑の執行方法が憲法三一条・三六条に違反しないと判示している[118]。

これらのように、わが国の最高裁判所は、死刑事件において憲法の適正手続が手続二分論、量刑ガイドラインの提示、自動上訴制度、上級審における均衡審査、全員一致評決制などを要求するとするスーパー・デュー・プロセスという構想をまったく容認していない。

もっとも、スーパー・デュー・プロセス構想は憲法論としては認められないものの、この構想のうち、量刑ガイドラインの提示と上級審における均衡審査に関しては、わが国の最高裁判所は、その意義を踏まえた判示をしていると解することができる。それが、第一審の裁判員裁判による死刑判決について、過去の先例の集積をも参考にして判断して破棄し、無期懲役と自判した控訴審判決（東京高判平成二五年六月二〇日高刑集六六巻三号一頁、東京高判平成二五年一〇月八日高刑集六六巻三号四二頁）を是認した南青山マンション男性強盗殺人事件・松戸女子大生放火殺人事件両最高裁決定（前掲最二小決平成二七年二月三日）である。

すなわち、両決定は、「刑罰権の行使は、国家統治権の作用により強制的に被告人の法益を剥奪するものであり、その中でも、死刑は、懲役、禁錮、罰金等の他の刑罰とは異なり被告人の生命そのものを永遠に奪い去るという点で、あらゆる刑罰のうちで最も冷厳で誠にやむを得ない場合に行われる究極の刑罰であるから、昭和五八年判決〔永山事件上告審判決〕で判示され、その後も当裁判所の同種の判示が重ねられているとおり、その適用は慎重に行われなければならない」と判示しており（傍点は本稿の筆者による）、死刑が他の刑罰とは質的に異なり、その適用が慎重に行われなければならないことを、最高裁判所は明らかに認めている。

また、両決定は、「元来、裁判の結果が何人にも公平であるべきであるということは、裁判の営みそのものに内在する本質的な要請であるところ、前記のように他の刑罰とは異なる究極の刑罰である死刑の適用に当たっては、公平

性の確保にも十分に意を払わなければならないものであ」り（「もとより、量刑に当たり考慮すべき情状やその重みは事案ごとに異なるから、先例との詳細な事例比較を行うことは意味がないし、相当でもない」としても）、「死刑が究極の刑罰であり、その適用は慎重に行われなければならないという観点及び公平性の確保の観点からすると、同様の観点で慎重な検討を行った結果である裁判例の集積から死刑の選択上考慮されるべき要素及び各要素に与えられた重みの程度・根拠を検討しておくこと、また、評議に際しては、その検討結果を裁判体の共通認識とし、それを出発点として議論することが不可欠であ」って、「このことは、裁判官のみで構成される合議体によって行われる裁判であろうと、裁判員の参加する合議体によって行われる裁判であろうと、変わるものではない」とし、「評議の中では、前記のような裁判例の集積から見いだされる考慮要素として、犯行の罪質、動機、計画性、態様殊に殺害の手段方法の執よう性・残虐性、結果の重大性殊に殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等が取り上げられることとなろうが、結論を出すに当たっては、各要素に与えられた重みの程度・根拠を踏まえて、総合的な評価を行い、死刑を選択することが真にやむを得ないと認められるかどうかについて、前記の慎重に行われなければならないという観点及び公平性の確保の観点をも踏まえて議論を深める必要がある」と判示している（傍点は本稿の筆者による）。すなわち、最高裁判所は、死刑の量刑に関して、具体的な考慮要素を挙げ、判断の指針を示しており、かつ、加重事由・減軽事由の詳細な審査を求めているといえる。

さらに、両決定は、「死刑の科刑が是認されるためには、死刑の選択をやむを得ないと認めた裁判体の判断の具体的、説得的な根拠が示される必要があり、控訴審は、第一審のこのような判断が合理的なものといえるか否かを審査すべきである」と判示しており（傍点は本稿の筆者による）、第一審の裁判員裁判による死刑判決に対して、控訴審に

おいて、他の死刑事件との対比を含む均衡性の審査を行うことを要請していると解しうる。

つまり、わが国の最高裁判所も、死刑は他の刑罰とは質的に異なるものであることを認めたうえで、具体的な考慮要素を挙げ指針を提示したうえで詳細に量刑を判断することを求め、また、上級審において均衡性の審査を行うことを求めており、スーパー・デュー・プロセスの構成要素のうち合理性のあるものについては、その意義を踏まえた慎重な判断を行っていると評価しうる。

まとめに代えて

本稿では、⑴一般の国民から選任された裁判員が刑事訴訟手続に関与しうるとしても、死刑の判断に関与することは死刑判断に関与することは日本国憲法の諸規定に違反するため、認められないとする議論があったところ、最高裁判所は、裁判員制度合憲判決の趣旨に徴して違憲の主張を斥けたこと、⑵死刑についての強固な信念ゆえに死刑に関する法令解釈に係る裁判官による判断に従うことができない者は、不公平な裁判をするおそれがあるため裁判員としての適格性を有していないとの理解を前提として、このような者が裁判員に選任されないように質問の機会が設けられていること（ただし、単に死刑の適用に反対であり、または死刑を廃止すべきだという意見を有するだけでは、裁判員等選任手続から排除されることはない）、⑶死刑の選択については合議体構成員の全員一致の評決を求めることを、日本国憲法が要請するとの議論を前提に、死刑の選択につき全員一致の評決を求めない裁判員法は憲法の諸規定に違反するとの主張がなされたところ、最高裁判所は、かかる主張を容認しなかったこと（もとより全員一致を求めて評議を尽くすこと

は理想であり、早急に評決を行い僅差であっても安易に死刑判断をするという運用は実際には考えにくい）、(4)死刑判断への裁判員の関与における適正手続の要請として、全員一致評決制のほかに、手続二分論、量刑ガイドラインの提示、自動上訴制度、上級審における均衡審査などがアメリカ法から示唆されうるところ、最高裁判所は、これらを日本国憲法が要請するとする、安易な比較法解釈に基づく議論を斥ける一方で、量刑ガイドラインの提示と上級審における均衡審査については、その意義を踏まえた慎重な判断をしたとも評価しうる判例があることの四点を示した。

死刑判断への裁判員の関与をめぐる憲法問題としては、第二章の3(4)で言及した南青山マンション男性強盗殺人事件及び松戸女子大生放火殺人事件で争点となった、第一審の裁判員裁判による死刑判決を控訴審において裁判官のみによって破棄することの意義についても検討する必要があるが、これについては、挙げて今後の課題としたい。

（1）例えば、松尾浩也教授は、審議会の第四三回会議（二〇〇一年一月九日）のヒアリングにおいて、国民の参加する裁判の対象事件について、「最初は比較的中間的な事件から始めて、それが定着した辺りでだんだん拡大していくという方が無難かなという感じがしております」との発言をしていた。松尾教授は、死刑事件をはじめ「社会的関心の非常に高い重大事件について、新たに国民参加のもとに裁判が行われるようになった場合、報道機関の活動も一段と活発になり、訴訟が……いわばショウ・ウィンドウ化」することが懸念されるところ、「中間的な事件に限ってスタートすれば、……問題は希釈される」ので、「制度実施の最初は比較的中間的な事件から始め、定着するのを見計らって次第に拡大するステップ・バイ・ステップ方式が無難」だと主張していた（松尾浩也「刑事訴訟における国民参加」現代刑事法三巻七号（二〇〇一年）九―一〇頁）。

また、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会（以下、「検討会」という）の委員を務めた池田修元判事も、裁判員法のコンメンタールにおいて、次のように述べている。「今回の制度設計に当たっての検討会での議論では、軽微な事件から

裁判員制度を導入する方が望ましいという意見の委員も少なくなかった。国民の関心の大きさという点から考えれば、当然、重大事犯ということになるが、重大事犯であれば、予想される刑が重い上、多くの被害が生じたり、多くの関係者がいたりして、争点が多くなったり深刻なものとなったりする可能性が強く、膨大な証拠調べを要する事案も決して少なくない。そのような事案に裁判員が加わるとすれば、裁判員の拘束される時間も長くなり、更新手続が必要になる可能性も高くなるなど、負担過重となる場合もあろう。裁判員制度を導入する理由の一つとなっている、国民の司法に対する理解を増進し、裁判の正統性に対する国民の信頼を高め、より良い社会を作り出すことを目的とするのであれば、軽微な事案から始めて、運用が定まるにつれてその範囲を広げていくということの方が、むしろ望ましかったのではないかとも考えられる。しかし、審議会意見書が法定刑の重い重大犯罪としており、〔司法制度改革〕推進本部（検討会を含む）がその方向性を変えることはできなかった。また、確かに、重大事犯を対象とした方が裁判員制度導入によるインパクトは強く、しかも、上記のような重大事犯の場合に生じる可能性のある裁判員の重い負担を少しでも軽減しようという意欲が強く働き、より充実した迅速な審理を目指して刑事訴訟全体を改める機会とすることが期待できた。そのようなこともあって、重大事犯から始めることへの強い反対とはならなかった」（池田修ほか『解説 裁判員法――立法の経緯と課題〔第3版〕』（弘文堂、二〇一六年）一二頁）。

（2）第四五回審議会（二〇〇一年一月三〇日）で対象事件を重大なものとすることがほぼ確定し、第五一回審議会（二〇〇一年三月一三日）では、「国民の良識を反映するという点では、重罪事件を対象にするということが、制度としてのインパクトとしてどうしても必要だということで、これもほぼコンセンサスになっていい」た（藤田耕三委員による発言）。

（3）司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書――21世紀の日本を支える司法制度」（二〇〇一年）一〇六頁。

（4）拙著『裁判員制度の立法学――討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』（日本評論社、二〇〇九年）一三二―一三四頁。

（5）官報号外第百五十九回国会参議院会議録第十九号（その一）一五頁（野沢太三法務大臣の答弁）。なお、拙著・前掲注（4）九四頁を参照。

（6）裁判員法一五条四号から一六号までは、裁判員の就職禁止事由として司法関係者ないし法律専門家を列挙しており、法律

の知識・知見を十分に有する者を裁判員の選任から意識的に排除しているといえる。

(7)「裁判員制度の運用に関する意識調査（令和六年一月調査）」（最高裁判所、二〇二四年）三八頁によれば、裁判員裁判に「参加したい」との回答は六・三％である一方、「義務であっても参加したくない」との回答は三一・八％である。「参加したい」との回答に「参加してもよい」との回答（一四・九％）を加えた肯定的回答は二一・二％であり、「義務であっても参加したくない」との回答（三一・八％）よりも少ない。

(8) 裁判員法の規定により、欠格事由（一四条）、就職禁止事由（一五条）、事件に関連する不適格事由（一七条）またはその他の不適格事由（一八条）に該当しない一般の国民は、辞退事由（一六条）に該当しない限り辞退を申し出ることができず、くじにより裁判員に選任された場合は、裁判官及び他の裁判員とともに合議体を構成し、評議に出席し意見を述べなければならない（六六条二項）。また、これまでに適用事例は存在しないが、裁判員が正当な理由なく公判期日等に出頭しない場合には過料の制裁が設けられている（一一二条四号）。

(9) 宍戸常寿「司法制度改革の中の裁判官――裁判員制度合憲判決」駒村圭吾編『テクストとしての判決――「近代」と「憲法」を読み解く』（有斐閣、二〇一六年）三二六―三二七頁を参照。

(10) 換言すれば、一般の国民は、死刑制度という困難な問題を法律専門家に一切任せて、社会秩序の維持という刑罰の恩恵をフリーライドすることが許されないということを含意する。井上達夫「刑罰権力と法の支配――厳罰化問題と死刑論議に寄せて」同『立憲主義という企て』（東京大学出版会、二〇一九年）三三二頁を参照。

(11) また、弁護人は、「死刑判断をする裁判員に対して、極めて重い精神的負担をもたらすにもかかわらず、極めて貧しいケアのシステムしか持たない裁判員法は、国民たる裁判員に苦役を与え、精神的自由を侵害し、ひいては心身を害しかねないものなのであり、その違憲性は明らかであ」り、「裁判員の精神的負担を軽減し、死刑に対する慎重な対応をするために、死刑については裁判官、裁判員の全員一致を要求するという方法も、後述する死刑の違憲性回避の適正手続きとして検討に値するものであると同時に、裁判員の精神的負担を軽減し得るものと考えられるが、このような制度についてきちんと検討し、国民の意見を問わないこともまた、憲法三一条、一三条等に照らして違憲である」と主張した（集刑三一四号二八九頁）。全員一

致評決制については、第二章2で検討する。

(12) 裁判員の憲法上の権利侵害を理由として被告人またはその弁護人が裁判員制度そのものの違憲性を争うことにつき、違憲主張の適格性を認めるべきか否かは、別に論ずべき問題である。

(13) 裁判員制度に関する検討会「「裁判員制度に関する検討会」取りまとめ報告書」（二〇一三年）八―九頁。

(14) 非常に長期にわたる事件の対象事件からの除外、災害時における辞退事由の追加、非常災害時における呼出しをしない措置、裁判員等選任手続での被害者特定事項の保護の四点のみが改正された。

なお、死刑の量刑については、わが国の刑事裁判では量刑傾向の拘束性が強いため、「国民の視点、感覚が量刑に反映されることは否定され、実質的に裁判員の判断する余地はほとんどないということになる」一方で、「裁判員は裁判官の説示から量刑傾向を理解し、事例への当てはめ作業をする義務を負う」ところ、「この場合に量刑判断に国民の視点、感覚が反映されているといえるかは疑問であり、義務の重さのみが残ることになる」ため、「立法論として、死刑事件の量刑を裁判員裁判の対象から除外することも考えられてよいかもしれない」とする見解がある（伊藤博路「判批」名城ロースクール・レビュー三五号（二〇一六年）一三五頁）。小池信太郎「量刑判断の在り方」刑法雑誌五五巻二号（二〇一六年）一七一―一七二頁は、裁判員裁判による量刑判断における「「多少の不公平には目をつぶる」ことの受容可能性が限りなく低い」死刑選択判断については、「これを裁判官の専権事項としてしまうことも一考に値するかもしれない」と述べつつも、「司法の国民的基盤の強化につながることを期待して裁判員の死刑判断関与を続けることも、立法政策として決して不合理とはいえないように思われる」とする。

(15) なお、死刑制度に関して一定の強い信念を有し、具体的な事件に係る裁判において、死刑に関して合理的な判断をする自信のない裁判員候補者が、裁判員等選任手続で辞退を申し出ることが考えられる。裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める政令六号は、裁判員の職務を行うことにより「自己又は第三者に身体上、精神上又は経済上の重大な不利益が生ずると認めるに足りる相当の理由がある」場合には、裁判員となることについて辞退の申立てをすることができる旨を規定しているが、政令の立案担当者による解説によれば、「死刑に反対であるという理由で辞

退が認められるか否かについていえば、死刑に反対であるとの申立てがあったことのみで当然に本号に該当するのではなく、当該事件が死刑の適用が具体的に問題になり得るものであって、評議において死刑の適用が議論されることが想定され、かつ、裁判員候補者本人が、「死刑にかかわる一切の行為に携わることができない」という強い信念を有し、死刑の適用可能性について評議において何らかの話をすることすらその信念に反するようなごく例外的な場合のみが、本号に該当し得るもの」と解される（馬場嘉郎「「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める政令」の解説」法曹時報六一巻四号（二〇〇九年）三九頁）。

その逆に、死刑制度に関して一定の強い信念を有する裁判員候補者が、裁判員等選任手続において辞退を申し出ず、死刑の量刑が問題となる事件の裁判の評議において、もっぱら自らの信念に基づき量刑についての意見を述べることも想定される。この点、村井敏邦教授は、死刑廃止論の立場から、「死刑廃止論者が裁判員に選ばれた場合でも〔裁判員の職務の〕拒否しないで欲しい」と述べ、「死刑廃止論者であることを表明せず、〔死刑事件の裁判員裁判の評議において〕黙ったまま死刑の判断に賛成しなければいい」と慫慂する（そして、そのことは裁判員としての義務に違反するものではなく、問題になることもないとする）（村井敏邦「裁判と憲法――裁判員制度・死刑制度を考える」法学館憲法研究所報八号（二〇一三年）四四頁）。本来は死刑が相当な事件について、もっぱら死刑を廃止すべきであるとの考え（量刑判断に際して考慮してはならない政策的な意見）や、死刑またはその執行方法が違憲であるとの考え（構成裁判官によって示された法令の解釈に係る判断に反する意見）に基づき、裁判員が死刑以外の刑種を選択した場合には、裁判員法六六条四項に違反すると解すべきである（後掲注(17)、(18)、(19)を参照）。

(16) 水谷規男教授は、「事件そのものに対して予断を持っているとか、法に従った判断ができないというのであれば別であるが、裁判員候補者が死刑についてどのような意見を持っているかを基準に、予め選任の可能性を排除するのは適切ではない」ため、死刑制度に反対の意見を持っている人を裁判員法一八条にいう「不公平な裁判をするおそれ」がある者と扱うことに対して疑問を示す（水谷規男「裁判員裁判と死刑」犯罪と非行一七〇号（二〇一一年）九〇―九一頁）。また、「裁判員の選任手続においては、「法に従い、法廷で取り調べられた証拠のみによって判断できるか」だけを問うべきであり、裁判員候補者を

死刑制度への賛否によって選別してはならない」とも主張する（一〇四頁）。この点、筆者も、水谷教授の主張の結論部分に賛同する。たとえ裁判員候補者が死刑制度に対して反対の意見を持っており、死刑制度は廃止すべきであるとの信念を有していたとしても、具体的な事件において、裁判員に選任された際に、現行の法令を前提として死刑の適用について（個人の主観的な良心とは切り離して）合理的に判断を行うことができるのであれば、「不公平な裁判をおそれ」がある者とみるべきではない。

もっとも、水谷教授は、死刑制度に反対の意見を持っている人を裁判員選任過程から排除すべきではないと主張するにあたって、裁判員法三六条にいう検察官・被告人の理由を示さない不選任の請求権について、「各当事者が自らの主張に不利な判断をしそうな候補者を除外しようとすることは認められている」との理解を前提としている。「被告人側から見れば、死刑制度に反対、あるいは懐疑的な意見を持つ裁判員は、自らに有利な判断を期待できるから、そのような裁判員が選ばれることを望むであろう」が、「死刑に反対の者があらかじめ裁判長の判断で候補者から除かれていたのでは、この被告人側の利益は期待できない」。したがって、「裁判員裁判が被告人の権利とは位置づけられていない以上、裁判員の多様性を維持しつつ、被告人の不利益を回避することができる運用が必要であ」り、「加えて、死刑の可能性のある事件については死刑に賛成する市民のみが裁判員に選任される、ということになれば、市民の中の少数者が司法参加から締め出されることになる」という（九一頁）。しかしながら、不選任請求権の趣旨についてのこのような理解は、後述するとおり、誤りである（後掲注(22)を参照）。

(17)　裁判員法一八条にいう「「不公平な裁判をするおそれ」とは、裁判員が、担当事件の当事者と特別の関係……にあるとか、訴訟手続外で既に事件につき一定の判断を形成しているなど、当該事件の手続外の要因により、公平な裁判を期待できないと考えられる場合」のほか、「法律に従わないで裁判をするおそれがある場合」をいう（辻裕教「「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(2)」法曹時報五九巻一二号（二〇〇七年）六八―六九頁）。池田元判事らは、「およそどのような事件でも被告人は厳罰に（または最も寛大に）処すべきであると主張している者……などは、具体的事情によっては不適格とされるであろう」と述べる（池田ほか・前掲注(1)八七頁）。

(18)　一方で、「死刑廃止論者であっても、立法論としては死刑に反対でも、担当事件において現行法の適用の余地を考慮できるのであれば、不公平な裁判をするおそれには当たらない」（楡井英夫「「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則」の概要と運用上の重要事項」刑事法ジャーナル九号（二〇〇七年）五七頁）。

(19)　「この点について、選任手続の過程で裁判所又は当事者から積極的に裁判員候補者の考え方を確認することは求められていない」が、「裁判員候補者自身が申し出ることなどによって、そうした考えが明らかになれば、理論上は正当な理由のある不選任の対象となり、またそこまで明確でなくとも理由を示さない不選任請求権の行使によって裁判員からは除外される」こととなる（司法研修所編（井田良＝大島隆明＝園原敏彦＝辛島明）『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（法曹会、二〇一二年）一〇四頁）。

　アメリカ合衆国の陪審制度においては、「死刑制度を維持する多くの州では、死刑にすべきか否かについて陪審の全員一致の判断を要求する」ところ、「信念に基づいた死刑反対者が一人でも陪審にいると、死刑評決の獲得が事実上不可能となる可能性がある」ため、「死刑制度の運営主体たる州は、死刑に反対する陪審候補者を排除する実務を採用してきた」（また、判例も、「一定の範囲で死刑反対者の排除実務の合理性を認め」てきたという）（岩田太『陪審と死刑――アメリカ陪審制度の現代的役割』（信山社、二〇〇九年）一八五―一八六頁）。同書一八九―二一二頁、二四七―二六八頁、三六〇―三六三頁も参照。小早川義則教授によれば、「死刑適用事件で有罪と認定された以上、殺人に至る理由いかんを問わず被告人に極刑を科すのが相当であると考えているいわば絶対的な死刑肯定論者である陪審員候補者、あるいは死刑反対論者としての自己の個人的信念をいわば公人としての陪審員としても貫徹しようとする候補者は公平性に欠けるとして予め陪審員の選任手続で排除されることが確立している」という（小早川義則『裁判員裁判と死刑判決〔増補版〕』（成文堂、二〇一二年）二頁、小早川義則『死刑判決と日米最高裁』（成文堂、二〇一七年）三―四頁）。

　また、小早川教授によれば、「アメリカ合衆国では、死刑反対論者は、死刑に対する態度が陪審員としての義務を履行することを「妨げ、もしくは、実質的に阻害するか否か」という、判例によって確立された基準で量刑審理のみならず罪責認定手続からも排除される」（「「いかなる問題に対しても良心の呵責を有するものは、それが中立性を妨げ、法および証拠に従うこ

とを不可能にするので、公平な陪審とはいえない」という理由で死刑反対論者は陪審から排除される」という）ため、「死刑事件で選任される陪審は有罪傾向の強い者が選任され、しかも一般世論よりもさらに死刑賛成に傾いた人々によって構成されるという二重の偏りが指摘されている」という（小早川『裁判員裁判と死刑判決〔増補版〕』八頁）。同書六九―七二頁、一四四―一九三頁も参照。

わが国の裁判員制度においては、前述したとおり、裁判員法の施行規則の立案担当者の解説によれば、死刑廃止論者であっても、担当事件において現行法の適用の余地を考慮できるのであれば、裁判員の不適格事由（裁判員法一八条）には当たらない（前掲注(18)）し、後述するとおり、裁判員等選任手続において裁判員候補者に対する質問として、死刑制度への賛否や存廃の是非を直接尋ねる問いは想定されていない（後掲注(24)）ため、小早川教授が懸念するような「裁判員の選任の過程で死刑反対論者が排斥されるおそれ」（小早川『裁判員裁判と死刑判決〔増補版〕』八頁、同『死刑判決と日米最高裁』二頁）が生じる可能性は低かろう。

(20) 池田ほか・前掲注(1)一一四頁。

(21) 池田元判事らは、「法一八条の「不公平な裁判をするおそれ」を理由とする不選任請求は、将来において訴訟戦術として多用されるおそれがないとはいえないが、現在のところ、行使される例は稀である」と述べる（池田ほか・前掲注(1)八六頁）。おそらく、その理由は、「候補者に関する情報に乏しいわが国の選任手続では、アメリカにおける専断的忌避権の戦略的行使と同様の不選任請求を行うことはできない」（菅野亮「裁判員の選任手続の現状と課題」季刊刑事弁護七二号（二〇一二年）二四頁）からであろう。

(22) 辻・前掲注(17)一〇九―一一〇頁。

(23) 司法研修所刑事裁判教官室編『プラクティス刑事裁判（平成30年版）』（法曹会、二〇一九年）五三頁。

(24) 齊藤啓昭ほか「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の解説」法曹時報六一巻五号（二〇〇九年）一〇五―一〇六頁。池田元判事らによれば、「この範囲を超える相当な質問は想定し難いし、行われてもいない」という（池田ほか・前掲注(1)一二三頁）。

もっとも、実際には、このような追加質問すらなされているかどうかは不分明である。第二回裁判員制度の施行状況等に関する検討会（二〇一九年二月二二日）において、東京地方裁判所の島田一判事（当時）は、裁判員等選任手続期日において、「死刑に賛成か反対かという、その具体的な質問はしない」と述べ（ただし、「裁判長の最終確認の質問の中で、裁判所に対して何か質問しておきたいこと、あるいは確認しておきたいことがありますかといったような質問をすることが」あり、「そこで、もし手を挙げていただいたとすれば、個別に事情を伺うということになろうかなと思」うという）、これは「死刑が想定されるような事件の場合でも、そのような事件であることを前提とした特別な質問はされない」という趣旨であるという。

なお、渕野貴生教授は、「事件類型に応じて追加される質問も、……死刑適用事件について法律に従って判断ができるか否かという点……が挙げられているに過ぎ」ず、「この……質問も……最後は、公平に判断できるかできないかを候補者自身に自己申告してもらって「おそれ」の有無を判定する形になっている」点を問題視している（渕野貴生「裁判員制度と予断排除原則の本質――裁判員制度の見直しに向けて」立命館法学三四五＝三四六号（二〇一三年）六八五頁）。渕野教授は、「予断を抱く原因となりうる諸要素を幅広く拾い出して、質問の範囲を広げるべきである」、「不公平な裁判をするおそれに直接はつながらないが、そのおそれを推認させる間接事実となりうる前提的な事項こそを質問すべきである」（「裁判員候補者に「公平に判断できるか否か」を直接的に質問するのは、質問の仕方としてあまりにも稚拙なやり方である」という）、「両当事者に対して、積極的に追加質問を許すべきである」、「裁判員候補者に対する質問は、全員あるいは集団に対して一斉に質問するのではなく、一人ひとり個別に呼んで質問する方式を取るべきである」と提言する（六八七―六八八頁）。

(25) 裁判員等選任手続における質問手続は強制力があること（質問に対しては正当な理由なく陳述を拒み、または虚偽の陳述をしてはならない義務が課されており（裁判員法三四条三項）、違反に対しては過料の制裁が設けられている（一一一条））を踏まえると、公権力である裁判長が、私人である裁判員候補者に対して、死刑制度に対する個人の信念について直接的に尋ねることは避けられなければならない。

(26) 最高裁判所事務総局刑事局「模擬裁判の成果と課題――裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方」判例タイムズ一二八七号（二〇〇九年）四八頁（傍点の箇所は、原文においてはゴシック体で記

載されている）。

(27) 菅野・前掲注(21)二三―二四頁。菅野弁護士は、「死刑……が問題となる事件……については、法律に従った判断が困難かどうか見極めるためにも、当事者が求める追加質問を一定限度で認めることが望ましい」と主張する（二五頁）。

(28) 単なる法律上の義務の免除に過ぎないからである。一方で、裁判員の職務を国民の権利と解するならば、裁判所による不選任決定は国民の権利の制限の問題として構成されることとなる。裁判員制度合憲判決は、「裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものであ」ると判示しているが、かりに参政権と同様の権利であるとすれば、その権利またはその行使を制限することは原則として許されず、その権利またはその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきであることになる（在外国民選挙権訴訟最高裁判決（最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁）を参照）。

(29) 本庄教授は、次のように述べる。「死刑制度に反対の人物が裁判体に加わるべきでないというのであれば、「不公平な裁判をするおそれ」があるとして、選任手続段階で不選任とするのが本来予定された制度のあり方であろう（裁判員法一八条）。選任手続をすり抜けた場合でも、評議の過程で「不公平な裁判をするおそれ」が肯定されるのであれば、解任するというのが、法が予定しているあり方である（同法四三条二項ないし四項）」（本庄武「死刑選択における全員一致制の意義」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、二〇一六年）五七八頁）。

(30) 辻・前掲注(17)六九頁。

(31) 平成二一年度司法研究は、「事後的に、例えば最終評議の段階で〔ある裁判員が〕強固な死刑反対論者であることが判明した場合、改めて除外し、（それにより裁判員の員数が足りなくなった場合には）手続をやり直さなければならないかという問題がありうるが、現実には困難であり、死刑に対する考え方の程度には種々のものがあるということを考えると、事実上容認するということになるであろう」という（司法研修所編・前掲注(19)一〇四―一〇五頁）。

(32) 弁護人によれば、遺体写真については、「凄惨な状況の遺体に見慣れていない一般市民に与える影響は計り知れないものであり、弊害が大き」く（集刑三一九号一七五頁）、「写真による遺体の凄惨な印象によって、衝撃的な印象を受けた事実認定

者が冷静な判断を行うことを阻害しうるもの」であり、また、一一九番通報の音声は、「扇情的で、臨場感にあふれ、事実認定者の感情を強く揺さぶるものであ」り、「これを聞いた者は、想像力を駆使して犯行当時の状況を思い描くことになる」、「音声によって、過剰に凄惨な犯行状況を思い描くことになる」という（一七七―一七八頁）。

(33) 弁護人は、当該裁判員が「遺体写真を見たり、一一九番通報の音声を聴いたことによ」り急性ストレス障害となり、「急性ストレス障害を発症していることで、証拠調べ自体に恐怖や絶望感を感じ、このような経験を苦痛に感じ、回避しようとしていた可能性が高」く、「このような状態の者が裁判員として審理に参加した場合、証拠調べの結果を公平に判断することができず、自らのストレス因子となっている体験のみに引っ張られてしまい、判断が歪んでしまうおそれが強い」ともいう（集刑三一九号一八一―一八二頁）。

(34) 当該裁判員は、ＡＳＤを発症し（ただし、原審判決（福島地郡山支判平成二五年三月一四日判例集未登載）は、それを発症したとされる具体的時期やそれが判断能力に与える影響の有無や程度等を明らかにし得る証拠は存しないので、判決宣告までの審理過程の当時の段階では、法令に従い公平誠実に裁判員としての職務を行うことに特段の支障があったとまでは考え難く、同職務を全うし得たものと推認するのが相当と判断した）、裁判員に選任されて以降、反応性うつ病の診断を受け、さらに審理途中から急性ストレス障害を発症していたという（集刑三一九号一七九―一八一頁）。

この裁判員は、凄惨な内容を含む証拠を取り調べ、死刑判決に関与せざるを得なくなったことが急性ストレス障害を発症としたことの原因であるとして、裁判員候補者に出頭を義務づけ、選任された裁判員に職務等を果たすことを義務づける裁判員法の規定が憲法一八条後段、二二条一項、一三条に違反するなどとして、国に対して損害賠償を請求したが、福島地方裁判所は、原告が裁判員の職務を務めたことと急性ストレス障害の発症と間に相当因果関係があることを認めつつも、いわゆる裁判員制度合憲判決を挙げ国民の負担が合理的範囲内に留まることを理由に、裁判員制度が違憲であるとの原告の主張を斥けた（福島地判平成二六年九月三〇日判時二二四〇号一一九頁）。

(35) ただし、意見が三説以上に分れ、その説が各々過半数にならないときは、過半数になるまで被告人に最も不利な意見の数を順次利益な意見の数に加え、その中で最も利益な意見による（裁判所法七七条二項二号）。

(36)　そして、「慣行が確立していたために、裁判所としても、これまでは、敢えて立法や判例等の明確なルールとして全員一致制を確立する必要性を感じなかったのだと思われる」と、本庄教授は推測する（本庄・前掲注(29)五七五頁）。

(37)　原田元判事は、「一実務家の推測の域を出ないが、仮にそうであれば、死刑の言渡しに対する慎重な配慮の現れであるといってよいであろう」と、本文引用箇所に続ける（原田國男「裁判員制度の導入と量刑」同『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房、二〇〇八年）三四三頁）。なお、原田元判事は、「職業裁判官が死刑廃止論であるからといって、具体的な事件の量刑においてそのこと故に死刑を回避して無期懲役を主張するようなことは裁判官として許されないことであり、また、仮に死刑廃止論者の裁判官がいたとしても、それに基づき死刑に反対することはないと信頼してよいと思われる」と述べる（同頁）が、このことは、一般の国民から選任される裁判員に関しては妥当しないであろう。

(38)　原田國男「裁判員裁判における量刑傾向――見えてきた新しい姿」慶應法学二七号（二〇一三年）一八二頁。ただし、原田元判事は、裁判員裁判における「死刑の全員一致制は、……必ずしも賛成し難い」と解している（一八一頁）。

(39)　原田國男「わが国の死刑適用基準について」井田良＝太田達也編『いま死刑制度を考える』（慶應義塾大学出版会、二〇一四年）八一頁。

(40)　永田憲史『死刑選択基準の研究』（関西大学出版部、二〇一〇年）八頁。永田教授によれば、「昭和三〇（一九五五）年の三鷹事件上告審判決を契機に、その後の死刑事件においては、慎重な審理を行なうために、最高裁でも弁論を行なうことが慣行とな」り、「最高裁では、死刑事件の場合、持ち廻り審議ではなく、審議室審議とされて」おり、「上告趣意が実質的に量刑不当の主張のみであると考えられる場合であっても、決定ではなく判決の形式が採られている」という（同頁）が、これは、最高裁判所が死刑事件を慎重に扱っていることの証左であるといえよう。

(41)　滝井繁男『最高裁判所は変わったか――一裁判官の自己検証』（岩波書店、二〇〇九年）三一七頁（滝井繁男発言）。

(42)　この事件は、犯行時点で一九歳の少年が、米軍基地で拳銃を窃盗した後、それを用いて、一か月の間に、東京、京都、函館近郊、名古屋の各地において、殺人（被害者二人）、強盗殺人（同二人）、強盗殺人未遂（同一人）をしたとして起訴されたものである。

(43) 江藤祥平教授は、永山事件控訴審判決にいう「「如何なる裁判所」、「裁判官全員一致」という要素は、実体法上の規律というよりは、手続法上の規律であ」り、同判決は、「このような手続的ハードルを課すことで、死刑判断の適正を高めようとしているのである」と評価している。もっとも、「この手続論には立法論の色彩が強く、およそ死刑を正当化する余地がなくなるという批判が相次いだ」（江藤祥平「憲法上の刑事手続の復権に向けて――司法、民意そして死」論究ジュリスト三六号（二〇二一年）九九頁）ため、最高裁判所によって破棄されることになる。

(44) 本庄教授は、「確かに原判決の考え方によれば、同僚裁判官の中に当該事件について死刑を回避する者がいない、と確信できてはじめて死刑を選択できることになる」ところ、「最高裁が立法を待たずして運用上死刑廃止に踏み切ることは司法の役割を超えているとして躊躇したとすれば、それは理解できないことではない」と述べる（本庄・前掲注(29)五七二頁）。

(45) 検察官は、「「如何なる裁判所がその衝にあつても死刑を選択したであろう」という第一の限定基準を現実に適用するとなると、当該事件について受訴裁判所において死刑を相当と思料しても他のいかなる裁判所においても当該事件について死刑を選択するか否かについて確認しなければならないことになるのであるが、このようなことは、およそ実行不可能なことであ」り、「かかる限定を認めると、制度的にも、量刑不当を理由とする控訴申立、上級審において量刑を是正することを認めている審級制度を正面から否定することとなるのは必定であり、ひいては、裁判官の独立、良心を保障した憲法七六条三項の趣旨にも反することになる」（刑集三七巻六号六二七頁）、「第二の限定基準は、要するに死刑を選択するには、合議体を構成する裁判官全員一致の意見を要するものと解さざるを得ず、死刑制度そのものに反対の裁判官が一人でもいれば死刑の宣告ができないということを是認する不当不合理なものであつて、裁判所法七七条が過半数の意見によつて裁判することを肯認していることと相容れないものであ」り、「立法論としても極めて独自な少数説であつて、運用による死刑廃止論の一つとして主張されているにすぎないものである」ともいう（六二八頁）。

(46) 「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合

には、死刑の選択も許されるものといわなければならない」。量刑の均衡と一般予防という量刑基準（責任主義）と、九つの量刑事情を摘示したこの部分が、いわゆる永山基準と呼ばれるものである。もっとも、永田教授は、永山事件上告審判決は「一般的な基準を羅列したにとどまり、各因子の適用方法や因子間相互の関係を明らかにするものではなかった」ものの、「以後の事件では、摘示された量刑事情に沿った形で各種因子を列挙し、罪刑の均衡と一般予防の観点から、総合的に判断することが慣例となり、この基準を用いることは実務上定着したと言ってよい」と分析する（永田・前掲注(40)一五頁）。

(47)　最高裁判所は事件を高等裁判所に差し戻し、これを受けた第二次控訴審は死刑の判決をし（東京高判昭和六二年三月一八日判タ六三四号一〇五頁）、第二次上告審（最三小判平成二年四月一七日集刑二五四号三五七頁）でその判断が確定した。

(48)　本庄教授の評するとおり、「死刑が残虐であるとするならば、その選択が裁判官の全員一致でなされたとしても残虐であることに変わりはないはずであり、弁護人の上告趣意は理論的な難点を抱えていた」というべきである（本庄・前掲注(29)五七〇頁）。

(49)　この事件は、犯行当時一八歳の被告人による殺人、強姦致死、窃盗事件である。第一審は、被告人を無期懲役に処し（山口地判平成一二年三月二二日判例集未登載）、控訴審もその判断を維持した（広島高判平成一四年三月一四日判時一九四一号四五頁）が、最高裁判所は、永山事件最高裁判決を挙げ、「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様殊に殺害の手段方法の執よう性・残虐性、結果の重大性殊に殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であって、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむを得ないと認められる場合には、死刑の選択をするほかないものといわなければならない」とし、本件被告人につき、「死刑の選択を回避するに足りる特に酌量すべき事情の存否について審理を尽く」させるべく、原判決を破棄し、事件を高等裁判所に差し戻した（最三小判平成一八年六月二〇日集刑二八九号三八三頁）。第二次控訴審は、この第一次上告審判決のいう「死刑の選択を回避するに足りる特に酌量すべき事情」は認められなかったとして、第一審判決を破棄し、死刑を言い渡した（広島高判平成二〇年四月二二日高検速報平成二〇年二〇一頁）。

永田教授は、光市母子殺人事件第一次上告審判決について、⑴「当該判決が大法廷で判例変更の手続を履践したわけではな

いため……、半ば構造化された死刑選択基準を形作る基礎となった一般的基準を示した永山事件第一次上告審判決が小法廷判決である当該判決によって判例変更されたと理解することはできない」こと、(2)「当該判決は、最高裁判所刑事判例集（刑集）には登載されず、最高裁判所裁判集刑事（裁判集刑）に登載されたの留まっている」ことから、「最高裁は当該判決を例外的な判断に押し留めようとしているとの推測が働く」こと、(3)「死刑選択基準に関する判例違反を主張して検察官によりなされた上告が当該判決の後に全て棄却されている」が、その中には「被告人の罪責が光市事件よりも明らかに大きい事件が存在する」ことの三つを論拠に、「それまでの死刑選択基準の構造から逸脱した例外的な判断であったと理解することが相当である」と主張する（永田憲史「死刑選択基準」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 下巻』五六四―五六六頁）。そして、永田教授は、「光市事件〔第一次上告審判決〕は死刑選択基準を考える上で例外的に逸脱した事例であり、死刑選択を考えるに当たって参考にすべきものではない」ということを「裁判員に説明すべきである」とも提唱する（永田憲史「死刑求刑が予想される裁判員裁判において光市事件をどのように説明するか」季刊刑事弁護七二号（二〇一二年）一一四頁）。

(50) 本庄教授は、「光市事件は、従来の判例の傾向からすれば死刑になりづらい類型の事件であると考えられ」るが、「死刑を求める被害者遺族の訴えが世論の共感を呼び、第一次上告審判決が原判決を破棄差戻しとし、さらに第一次上告審以降に被告人が殺意を否認する新供述を始めたことに対して世論が強く反発した結果、死刑を求める大合唱がなされる異様な雰囲気の中で、第二次控訴審において死刑が言い渡され」、「第二次上告審判決からは、反対意見が書かれて従来の〔裁判官による死刑判断の全員一致の意見によるという〕不文律が破られるとしても、この事件では死刑を確定させる必要がある、という最高裁の強い意思が感じられる」、本判決に関して、「全員一致の不文律を破り、死刑の適用基準に混乱を招くという大きな代償を払いながらも、こうした異例な判断に最高裁が踏み込んだという出来事は、死刑の選択という絶対的な正解がない領域においては、世論の圧力が強く生じる場合には、最高裁といえどもそれに抗するのは難しい、ということを示すものであ」り、「このことは下級裁判所裁判官、ましては裁判員に対してはより強く当てはまるはずである」と述べる（本庄・前掲注(29)五七五―五七七頁）。

(51) 本庄・前掲注(29)五七五―五七六頁。

(52)　本庄教授は、「原判決〔永山事件控訴審判決〕が示した、死刑適用の慎重さ〔を〕確保〔する〕ために公平性の観点から偶然性を排除する手段として、全員一致制を採用するという発想については、最高裁も否定していない」と述べる（本庄・前掲注(29)五七三頁）。

(53)　九人の合議体の過半数は五人であるが、六七条一項は、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見によると定めているため、裁判員五人が死刑の量刑意見を述べても、それに加えて、少なくとも一人以上の裁判官がそれに賛同しなければ、双方の意見を含む過半数にはならない。つまり、裁判員裁判において死刑の判決が言い渡される場合には、構成裁判官のうち必ず一人は死刑の意見を有しているということを意味する。

(54)　江藤教授は、本文で述べたような意見分布による死刑判決には「かなりの偏見が働いている可能性がある」と述べたうえで、「裁判員が「様々な視点や感覚を反映させ」るという自らの説示を真摯に受け止めるなら、裁判官と裁判員を身分上も対等とみて、有罪には全員一致ないしそれに近いルールを採用することが「公平」な裁判体というにふさわしい」と主張する（江藤・前掲注(43)九五―九六頁）。

(55)　「現在の実務においても、議論を尽くして全員一致に近い形で死刑判決が言い渡されていることが推測される」という（裁判員制度の施行状況等に関する検討会「「裁判員制度の施行状況等に関する検討会」取りまとめ報告書」（二〇二〇年）一七頁）。

(56)　後藤昭ほか『実務家のための裁判員法入門』（現代人文社、二〇〇四年）一三四頁（西村健執筆）。

(57)　従前の裁判官のみによる裁判における死刑判断の評決要件の場合と同様、裁判員裁判における死刑判断の評決要件についても、立法論として、合議体構成員の全員一致制とすることは、憲法上禁止されていない。

(58)　例えば、水谷教授は、「被告人に死をもたらす判断が……裁判体全体の中での少数意見を圧殺することを認める形で行われること」を問題視し、「死刑判断における裁判員の納得、ということを考慮して……全員一致制が採用されるべきである」と主張する（水谷・前掲注(16)一〇三―一〇四頁）。また、柳重雄弁護士は、「国民が参加する裁判である以上、感情や主観に流されずより慎重な判断を下すために、死刑判決に限っては少なくとも全員一致制にすべきである」という（柳重雄「裁判員

裁判と死刑問題」法学セミナー六五九号（二〇〇九年）七頁）。柳重雄「裁判員裁判のはじまりと死刑問題」季刊刑事弁護六一号（二〇一〇年）九八頁も同旨。筆者は、柳弁護士の意見にまったく賛同できない。一般の国民からなる裁判員が感情や主観に流された判断を行う危険があるというのであれば、そもそも刑事裁判への裁判員の参加自体を否定すべきであろう。

(59) 日本弁護士連合会「裁判員制度「たたき台」に対する意見」（二〇〇三年）四―六頁。同「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」（二〇〇三年）九―一四頁及び同「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案に関する意見書」（二〇〇四年）四―六頁は、有罪の裁判の際に、三分の二以上の多数決に加えて、裁判官及び裁判員各一人以上の賛成意見を必要とすべきとしていた。

(60) 拙著・前掲注(4)七六頁、九九頁、一〇四頁、一三一頁、一四八頁。もし裁判員が加わることにより判断の精度が下がることを理由に評決要件を加重すべきとするのであれば、そもそも刑事裁判への裁判員の参加自体の正当性が疑われることになる。

(61) 裁判員制度に関する検討会・前掲注(13)一九頁。そのほかに、「死刑言渡しの場合には、慎重を期する観点から、上訴審を含めて、構成員の三分の二の特別多数決によることとすべきであ」るとの意見もあったという（同頁）。もっとも、これに対しては、「特別多数決のルールについては、裁判員制度の立案時の議論で否定された考え方であるところ、現時点で法改正を行うべき立法事実があるのか疑問である」との意見が示された（二〇頁）。

(62) 日本弁護士連合会「死刑の量刑判断における評決要件に関する意見書」（二〇一二年）。

(63) 裁判員制度に関する検討会・前掲注(13)一九―二〇頁。裁判員制度に関する検討会における全員一致評決制への消極論に対して、本庄教授は、本庄・前掲注(29)五七七―五八〇頁において、逐一批判し、「以上の意見の中で、全員一致制採用に決定的な障害となるものはない」と結論する（五八〇頁）が、本稿では、特に、上記(2)に対する批判に注目することとする。すなわち、本庄教授は、上記(2)の見解が「自らが死刑に賛成したことが明らかにならない制度としておくことで、死刑の選択という重大な判断が安易に行われかねないことを看過するものであ」り、「確かに死刑に賛成したことが明らかになるのは裁判員に一定の負担を与えるであろう」が、「裁判員は自らが死刑に賛成したことが明らかになる負担を甘受すべき」であり、「死

刑に賛成したか否かが明らかにならない現状の法制度でも、周囲からは死刑に賛成したのではないかと疑われ」、「死刑に反対した裁判員であっても、守秘義務の壁に阻まれて、その疑念を晴らす手立てはない」ため、「現状でも死刑判決に関与する裁判員には負担が生じているのであり、その負担は全員一致制を採用すれば解消されることになる」という（五七九頁）。筆者は、一般の国民である裁判員が評決において死刑の意見を示した際に、自らの意見を秘匿したいという心情を理解しうる一方で、死刑という刑罰を存置し、その適用に寄与した裁判員はその責任を負うべきとの本庄教授の発想に（本庄教授が引用している後藤昭教授の見解にも）共感できるところがある。

(64) 裁判員制度の施行状況等に関する検討会・前掲注(55)一七頁。

(65) 死刑制度を存置しているのは、二〇二五年四月一日時点で、連邦と軍のほかに二七の州であるが、このうち四州については、知事により死刑執行が停止されている（https://deathpenaltyinfo.org/states-landing）。

(66)「死刑適用事件に関しては有罪評決をした同一の陪審が有罪認定過程および量刑認定過程で提出されたすべての証拠を考慮した上で、「いかなる減軽事由にもまさる少なくとも一つ以上の制定法上の加重事由の存在を訴追側が合理的な疑いを越えて立証したことを全員一致で」認めた場合に限り、死刑が言い渡される」（小早川・前掲注(19)『裁判員裁判と死刑判決〔増補版〕』一三頁）。

(67) 笹倉香奈「死刑事件における量刑の全員一致制について――アメリカの最近の状況を中心に」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集下巻』五八九頁。

(68) 笹倉・前掲注(67)五九六頁。

(69) 本庄武「裁判員時代における死刑事件のデュー・プロセス」季刊刑事弁護六四号（二〇一〇年）七三―七四頁（傍点は本稿の筆者による）。

(70) 江藤・前掲注(43)一〇〇頁。

(71) この事件は、被告人が、白昼の繁華街で無差別に通行人二名を包丁で多数回突き刺すなどして死亡させ、殺人罪等に該当する行為をしたとして起訴されたものである。被告人は、覚せい剤使用及び所持の罪で懲役一年六か月・執行猶予三年の判決

を言い渡された後、覚せい剤使用及び所持の罪で懲役一年四か月の実刑判決を受け、服役していた。その後、再び覚せい剤使用の罪で懲役一年一〇か月の実刑判決を受け、刑務所を出所した一七日後に本件犯行に至った。第一審（大阪地判平成二七年六月二六日判時二二八〇号一三六頁）は、犯行時、被告人は精神障害（覚せい剤中毒後遺症）に罹患していたが、被告人の善悪を判断する能力またはこれに従って自己の行動をコントロールする能力は、幻聴のほか、服薬の中断や犯行までの不眠、不安等により若干低下していた可能性が認められるものの、著しく失われていなかったことは明らかであるとして、被告人に完全責任能力を認め、死刑に処した。

(72)　弁護人は、第一審においても、「死刑の選択について全員一致を求めていない裁判員法六七条の規定は、①究極の刑罰である死刑を、裁判体の一部が反対しているにもかかわらず選択することを許容している点で、適正手続の保障を定める憲法三一条に違反し、②死刑を選択する必要がないと考えている少数派の裁判員が、評議に参加を強いられ、死刑判決の言渡しに立ち会うことを求められる点で、苦役に服させるものといえ、憲法一八条に違反する」と主張していた。しかしながら、大阪地方裁判所は、①については、「憲法三一条が死刑の選択において全員一致を求めるものでないことは明らか」であるとし、②については、裁判員の職務に従事することが憲法一八条に違反しないことは裁判員制度合憲判決の示すとおりであるとして、弁護人の主張を斥けた。

(73)　このほかに、検察官から請求された被告人の精神鑑定を採用したことの違法をいう主張、鑑定人にその職務を超えて証言させたことの違法をいう主張、被告人の完全責任能力を肯定した原判決に事実誤認があるとの主張が弁護人からなされたが、控訴審判決はこれらを斥けた。

しかしながら、死刑に処した原判決の量刑が重過ぎて不当であるとの弁護人の主張について、「殺害された被害者が二名で、それ以外の人的被害は生じていないこと、犯行の計画性が低いこと、本件精神障害の影響が否定できず、動機原因においても酌むべき事情が全くないとまでいい切れないことに照らせば、本件においては死刑の選択がやむを得ないとはいえ」ないとして、原判決を破棄し、被告人を無期懲役に処した。

なお、この事件を担当した髙山巌弁護士は、「大阪心斎橋通り魔殺人事件でも、違憲の主張はしてい」るが、「死刑制度その

ものを違憲と言っているわけではなく、死刑の判断が全員一致ではなく多数決でできてしまうことがスーパー・デュー・プロセスの観点から憲法三一条に反すると主張」するとともに、「人を死刑にすることを受け入れられないと思っている人を死刑判決の主体にさせてしまうことは、憲法一八条にいう「苦役」に当たるという主張」をしたことについて、「裁判員法の合憲性判断が最判平二三・一一・一六で示されている以上この主張は通らない、そのことは分かってい」たが、「そういう主張を通じて、より慎重な判断をしてほしいというメッセージになるはずだという思いから」だったと述べている（後藤貞人ほか「座談会 死刑求刑の可能性がある事件の弁護活動の在り方」季刊刑事弁護一一二号（二〇二二年）四九頁（髙山巌発言））。

(74)　本庄・前掲注(29)五八〇―五八二頁。そして、本庄教授は、「実体法上の死刑適用についての慎重さと公平性の確保の二つの要請を担保するためには、死刑事件における適正手続保障の内容として、死刑選択における全員一致制を採用することが憲法三一条上求められるに至った」と結論する（五八二頁）。日本国憲法三一条が刑事裁判の評議において特定の評決方法を採ることを要請しているとは解されないため、裁判員裁判における死刑判断につき合議体構成員の全員一致の意見によらなければ同条に違反するとはいえまい。

(75)　もっとも、本庄教授によれば、「スーパー・デュー・プロセスの本家であるアメリカ合衆国においても、死刑選択を陪審の多数決に委ねている州が少数ながら存在して」おり、「確かに、こうした現状からは、全員一致制はスーパー・デュー・プロセスの必須の構成要素ではないとの疑問が向けられ得る」。「アメリカでは陪審の本来的な領分である事実認定において、全員一致制が憲法上の要求かが争われ、連邦最高裁は、否定的に解している」ため、「死刑選択についても全員一致制が普遍的に憲法上要求されているとの議論は見られない状況にある」という（本庄・前掲注(29)五六九頁）。*See*, Apodaka v. Oregon, 406 U.S. 404 (1972) ; Jonson v. Louisiana, 406 U.S. 356 (1972).

(76)　田鎖麻衣子「死刑事件における適正手続」季刊刑事弁護八三号（二〇一五年）一一〇頁。

(77)　Margaret Jane Radin, *Cruel Punishment and Respect for Persons: Super Due Process for Death*, 53 S. Cal. L. Rev. 1143 (1980). もっとも、レイディンのこの主張を支持する論文は（後述するジョンソン及びそれらを引用する日本の研究者・実務家によるものを除き）見当たらない（また、彼女自身もこの点について同論文以降何ら再論していない）ことから、かの国に

おいて、スーパー・デュー・プロセス理論が憲法判例法理として確立していると解するには疑念がもたれる。なお、同論文を引用したうえで、「「死刑は〔他の刑罰とは〕異なる」という認識や、死刑事件における「スーパー・デュー・プロセス」の約束にみられる、法の正当性を裏付ける約束は、徐々にではあるが公然と覆されてきた」と述べるものとして、Austin Sarat, *Bearing Witness and Writing History in the Struggle Against Capital Punishment*, 8 Yale JL & H 451, 453 (1996)。

(78) ジョージア州と同様に後者の対応を採った四州の法律は修正八条に違反しないとされた（Roberts v. Louisiana, 428 U.S. 325 (1976) ; Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976) ; Jurek v. Texas, 428 U.S. 262 (1976) ; Proffitt v. Florida, 428 U.S. 242 (1976)）一方で、前者の対応を採用した州法は違憲と判示された（Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976); Roberts v. Louisiana, 428 U.S. 325 (1976)）。

(79) Radin, *supra* note (77), at 1143-1144. レイディンは、次のようにいう。すなわち、「スーパー・デュー・プロセス理論は、四人の多数意見に依拠している。スーパー・デュー・プロセス理論は、事実上、最高裁判所の判例となっている。なぜならば、死刑それ自体に反対するブレナン・マーシャル両裁判官は、この理論が死刑の量刑を破棄する結果となる場合、スーパー・デュー・プロセス理論を常に支持するためである」（at 1143, fn. 1）。

(80) 小早川・前掲注(19)『死刑判決と日米最高裁』一七一頁。そして、小早川教授は、「死刑判決についても非死刑事件と全く区別することなく「構成裁判官および裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数による」との裁判員法の規定（第六七条一項）はスーパー・デュー・プロセスからすると明らかに憲法違反ということになろう」と述べる（同頁）。小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ――弁護人依頼権、スーパー・デュー・プロセス』（成文堂、二〇一三年）二八一頁も同旨。

(81) もっとも、ジョンソンは、「アメリカ法ではスーパー・デュー・プロセスが保障されているとしても、運用上その保障が常になされているとは限らない」という事実も紹介する（デイビッド・T・ジョンソン（笹倉香奈訳）『アメリカ人のみた日本の死刑』（岩波書店、二〇一九年）二八―三〇頁、David T. Johnson, *The Culture of Capital Punishment in Japan*, (Palgrave Pivot, 2019), pp. 21-22）。

(82) ジョンソンによるスーパー・デュー・プロセスの五つの帰結は、提唱者であるレイディンが描き出した死刑執行についての司法審査へのスーパー・デュー・プロセス・アプローチの帰結とは同じではない。レイディンは、ジョンソンのように、スーパー・デュー・プロセスの構成要素を析出しようという論法を採っていない。そこで、本稿では、日本の死刑制度への視角としてのスーパー・デュー・プロセスとして、活用しやすさという点で優れているジョンソンの見解に依拠して、議論を展開することとする。

(83) ジョンソンは、日本でスーパー・デュー・プロセスが採用されていないと主張する際に、一二の問題点を示したが、その内容は次のとおりである。(1)「日本の検察官は、死刑を求刑するか否かについて、事前に告知」せず、「死刑を求刑することは、公判が結審する日の論告において初めて明かされる」ため、「アメリカの死刑事件弁護をする者であれば当然受けることができる制度的な支援を、日本の弁護士会は提供することができない」。(2)「日本における死刑事件の公判は、被告人が事実を争う場合であっても、有罪か無罪を判断する段階と量刑を判断する段階とに二分されていない」。(3)「死刑事件の公判が二分されていないために、被害者や被害者遺族が事実認定手続（有罪か無罪かを認定する手続）において、どのような処罰を求めるかを陳述することが認められている」ところ、「被害者らがどのような処罰を求めるかという問題は、有罪か無罪かという判断とは関係がない」にもかかわらず、「厳罰を求める被害者らの声を聞いたとき、事実認定者は被告人に対して有罪を言い渡す可能性が高まる」。(4)「本来、迅速な裁判の進行よりも、死刑の慎重な適用という目的が優先されるべき」にもかかわらず、「裁判員制度の開始後、多くの死刑事件の裁判は非常に簡単に終結して」おり、「慎重な裁判進行がなされない」。(5)「死刑の適用基準が曖昧である」（「永山判決の九つの要素は裁判所が考慮すべき事項を列挙したものに過ぎ」ず、「それぞれの要素の衡量の方法についての指針にもならない」という）。(6)「死刑判決への自動上訴制度がない」。(7)「裁判員を選任にするための特別な手続がない」（「被告人側も検察側も、理由を述べずに裁判員候補者を数人ずつ忌避することができる」が、「選任手続のときに、裁判員候補者に対して意味のある質問をすることは認められて」おらず、「裁判員候補者となっている人々に関する情報が全く与えられないため、この手続は憶測ゲームのようになって」いる）。(8)「日本では、裁判長が裁判員に対して法についての説示を行うのは、非公開の評議室の中であ」り、「検察官、弁護人、そして傍聴人が説示という重要な手続

がどのように行われているのかを知り得る公判廷で行われるのではない」。(9)「日本では、裁判官と裁判員全員が、死刑判決が妥当であると認めなければならないという全員一致制のルールがない」。(10)死刑事件の裁判において、弁護人は、「検察官の主張に対し活発な反論を」せず、「死刑自体の妥当性に関する主張も、直接的には行わ」ず、「死刑の違憲性や絞首刑の違憲性についての一般的な主張を、ほとんど行」わず、「消極的である」。(11)「検察官による上訴が可能である」ので、「地方裁判所が死刑判決を言い渡さなければ検察官は控訴し、高等裁判所に原判決の破棄を求めることができる」。(12)「自国の死刑制度の様々な側面を、外部からの検証や批判から守るため」、「日本の絞首刑の執行は秘密のヴェールに包まれている」ほか、「裁判員には守秘義務があり、裁判に関与することによって得た「秘密」情報を公表してはならないという義務を法律上負う」(ジョンソン・前掲注(81)三二―四四頁、Johnson, *supra* note (81), pp. 24-31)。これらジョンソンの指摘する日本の死刑をめぐる問題点のうち、問題点(2)は帰結(1)と、問題点(6)は帰結(3)と、問題点(9)は帰結(5)と、それぞれ同趣旨である。また、ジョンソンは、以上の一二点のほかにもいくつかの問題があるとして、日本がいわゆる死刑廃止条約を批准していないことと、日本には終身刑の制度がないことを追加的に挙げている（ジョンソン・前掲注(81)三三頁、Johnson, *supra* note (81), p. 24)。

(84) 笹倉香奈「死刑事件の手続」法学セミナー七三二号（二〇一六年）四七頁、笹倉香奈「死刑事件と適正手続――アメリカにおける議論の現状」法律時報九一巻五号（二〇一九年）一三二頁。

(85) 笹倉・前掲注(84)「死刑事件の手続」四七―四八頁。笹倉・前掲注(84)「死刑事件と適正手続」一三二―一三三頁。

(86) 笹倉・前掲注(84)「死刑事件と適正手続」一三二―一三三頁。笹倉・前掲注(84)「死刑事件の手続」四八―四九頁で示されたアメリカ連邦最高裁判所が合憲であると評価してきた死刑手続についてのいくつかの特徴においても、ジョンソンのいう五つの帰結のすべてがカバーされている。

なお、笹倉教授は、別の論文では、連邦最高裁によって合憲と判示されてきた州法における手続保障について、(1)「死刑事件の公判では事実認定手続と量刑手続が分離され、いずれにおいても原則として陪審による判断が行われ」、「量刑手続では指針付き裁量制のもと、個別事件についての加重事由と減軽事由についての慎重な判断が行われる」こと、(2)「死刑事件では必ず陪審による裁判が行われる」が「陪審員の選任手続もより慎重に行われており、陪審員の隔離も他の事件に比して頻繁に行

われる」こと、(3)「被告人側に対しては他の事件に比して手厚い資金援助が行われている」こと、(4)「死刑事件については自動的な直接上訴が行われる」こと、(5)「直接上訴が尽きた後も、再審査の機会が与えられている」ことの五つを挙げている（笹倉香奈「死刑と適正手続」龍谷法学四七巻四号（二〇一五年）一五〇―一五一頁）。これらのうち、(1)手続二分論及び量刑ガイドラインの提示ならびに(4)自動上訴制度は、ジョンソンのいう五つの帰結(1)及び(2)ならびに(3)と同じである。

(87) 笹倉・前掲注(84)「死刑事件と適正手続」一三四頁。笹倉教授は、また別の論文において、米国におけるスーパー・デュー・プロセスの議論を踏まえて「日本の死刑事件の手続を振り返ってみると、以下の諸点の実現が必要である」として、(1)「ある事件に死刑を求刑する可能性があるか否かについて、検察官は早期に明らかにする必要がある」こと（「遅くとも公判前整理手続の段階において……告知される必要がある」という）、(2)「事実認定手続と量刑手続が分けられたうえで、後者においては、犯情のみならず、被告人の特性に関する事情が幅広く取調べられなければならない」こと、(3)「死刑事件における裁判員の評決の全員一致制、死刑判決についての必要的上訴制度などが導入される必要があ」ることを主張する（笹倉・前掲注(84)「死刑事件の手続」五〇頁）。

(88) 杉田宗久「裁判員裁判における手続二分論的運用」同『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』（成文堂、二〇一三年）一九六頁（傍点の箇所は、原文においてはゴシック体で記載されている）。

(89) 杉田・前掲注(88)一九七―二〇一頁。伊丹俊彦＝合田悦三編集代表『逐条実務刑事訴訟法』（立花書房、二〇一八年）六六四頁（三村三緒執筆）も、「犯罪事実に属しないことが明らかな情状（いわゆる一般情状）に関する証拠の取調べは、できる限り、犯罪事実に関する証拠の取調べと区別して行う」という証拠調べの方法は「従前から……運用として行われてきたところであるが、法律の専門家ではない裁判員の参加する裁判においては、適切な心証形成上特に重要であることから、これを裁判所及び訴訟関係人の努力義務としたものである」と解説する。

(90) 杉田元判事は、このような区分を「罪責・量刑の手続的区分」と呼ぶ（杉田・前掲注(88)一九六―一九七頁）。

(91) このうち、(4)に関しては、手続二分論によれば「二度に分けて論告・弁論と評議を繰り返さなければならず、その関係で若干遅延する可能性があり得る」など、「手続二分論的運用には逆に訴訟手続の効率性を阻害する一面がある」ことから、こ

れを根拠として手続二分論的運用の必要性を説くことには「疑問の余地がある」一方で、(5)の根拠は「被告人の人格権に関わる問題」であるから、「軽視し難い存在感を有している」という（杉田・前掲注(88)二〇五―二〇九頁）。

(92) 杉田・前掲注(88)二一〇―二一六頁。

(93) 原田國男「量刑事実の立証」同『裁判員裁判と量刑法』（成文堂、二〇一一年）一六八―一六九頁。

(94) そして、「裁判員制度施行の前後を通じ、裁判員事件を含む実際の事件数件で手続二分論的運用を試みてきたが、その実践経験を通じ、やはり一定の裁判員事件については同運用が不可欠であると確認するに至った」という（杉田宗久「裁判員裁判における伝聞法則の運用と「分かりやすい」審理」同『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』四二五―四二六頁）。椎橋隆幸教授は、「杉田宗久元教授・裁判官が提唱・実践した手続二分論的運用は、……実務の運用の延長線上において、個別の事案に即して、現行法の枠内で、裁判体に不当な予断・偏見を与えないために必要な手続の試行の積み重ねにより、事実認定の純粋性の実現に寄与する可能性が期待できる」と評価する一方で、「手続二分論的運用は、あくまで現行法の枠内で、当事者主義の構造に反しない限度で行われるべきものであ」り、「罪責認定手続と量刑手続との間に行われる中間評議の（一応の）結論にいかなる効力を認めるのか（法的拘束力を認めるのか、つまり、最終論告・弁論（裁判員規則五一条）の前に最終結論を出してよいのか、それとも、事実上の拘束力にとどめるのか）、中間評議の示し方はどうするのか、などを慎重に構想しなければならない」とも指摘する（椎橋隆幸「死刑の認定・量刑に必要な適正手続とは何か」大谷實ほか『死刑制度論のいま――基礎理論と情勢の8つの洞察』（判例時報社、二〇二二年）一六八頁）。

(95) 松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第六巻 刑事手続Ⅱ』（日本評論社、一九八二年）一七〇―一七二頁。

(96) 池田ほか・前掲注(1)一六三頁。もっとも、池田元判事らも、「従前は、検察官が冒頭陳述において被告人の前科関係などについても触れることが一般的であった」ところ、「事実認定の訓練もしている法律家であれば、前科の主張が犯罪事実の存否の認定に影響するはずはな」い（「裁判員制度においても裁判官によって適法な心証形成は担保されるであろうから、陪審員の場合と同じように〔罪責認定と量刑とで手続を二分〕しなければならないわけではない」という）が、「参加する裁判

員が、事実についても的確に判断しやすいものとなるよう、犯罪事実の立証と情状事実の立証をできるだけ区別して行うことが望ましい」（したがって、「事実関係について深刻な争いがあるような事案においては、事実関係の主要な立証が終わってから量刑事情に関する冒頭陳述を行うというような工夫をする必要がある」という）、あるいは「犯罪事実の存否や被告人の犯行への関与が争われているような事案であれば、結果の重大性のうち派生的な結果（たとえば被害者の死亡による家庭や地域社会への影響）などは、量刑に関する主張・立証として、犯罪事実の立証とは別に行う方が望ましいこともあ」るし、「犯行とは直接的な関連の薄い情状事実、たとえば被告人の前科、境遇、被害弁償の有無、反省の有無・程度等は、犯罪事実の存否に争いがあるような事案では、犯罪の主張・立証とは区別することが望ましい」とも述べており（同頁）、裁判員裁判における手続を二分することの意義自体をまったく否定しているわけではない。

(97)　裁判員制度の施行状況等に関する検討会・前掲注(55)一三―一四頁。

(98)　裁判員制度の施行状況等に関する検討会・前掲注(55)一四頁。

(99)　椎橋教授によれば、「立法により手続を明確に区分する考え方に対する支持は多いとはいえない……とはいえ、罪責の決定に直接関わらない、または、関連の薄い情状証拠によって事実認定が不当な影響を受けるべきではない、との考え方に異論は見られない」（椎橋・前掲注(94)一六一頁）。

(100)　四宮啓「日本における死刑量刑手続について――その公正性・倫理性そして憲法適合性」高橋則夫ほか編『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、二〇一四年）七七四頁。

(101)　四宮・前掲注(100)八〇七―八〇八頁。

(102)　四宮・前掲注(100)八二七―八二八頁。

(103)　四宮・前掲注(100)八一〇―八一一頁。また、「何よりも、最も重大な不利益処分を被告人に科そうとしている公権力機関としての検察官が、その不利益処分を事前に告知しないことは、憲法一三条、三一条に違反すると考えるべき」ともいう（八一五―八一六頁）。

(104)　四宮・前掲注(100)八一一―八一二頁。椎橋教授は、刑事訴訟法上、被害者等の意見陳述は犯罪事実認定のための証拠とす

ることができない（したがって、量刑上の資料にとどまる）と明記されており（二九二条の二第九項）、被害者参加人等としての意見陳述も、裁判所が相当と認める場合に限り、検察官の論告・求刑後に訴因の範囲内で検察官を経由してのみ許され（三二六条の三八第一項）、かつ証拠とならないことが明記されている（同条四項）ことなどから、「被害者参加制度については賛否両論あったが、法施行後の運用は比較的順調になされているとの評価が多数」であると述べる（椎橋・前掲注(94)一六八―一六九頁）。そのうえで、四宮教授のような「刑罰の個別化を罪責認定の純粋性と同じか、それ以上に重視する二分論」は、「死刑制度に賛成する国民が八割を超えるわが国において、制度として死刑廃止を実現するのが困難状況の中で、死刑量刑を可能な限り少なくするため手続上理論的根拠を提供する主張（戦略）といえるかもしれない」と推察するとともに、「被害感情という感覚的・感情的なものが、理性や理論を越えて、裁判員・裁判官の判断に与える影響は大きいので、死刑事件（死刑が科される可能性のある事件）の否認事件等では、被害者参加そのものに反対し、少なくとも手続を二分し、量刑手続のみに参加が許されるべき」とする、日本弁護士連合会刑事弁護センター死刑小委員会が二〇一五年一〇月に発表した「手引き 死刑事件の弁護のために」に対しては、「被害者等の意見陳述も被告人の主観的側面も一般情状であるのに、一方で、法律で認められている被害者等の意見陳述には合理的理由なしに反対し、他方で、どこまで関連性があるか疑わしい事情までをも量刑資料として認めるべきであるという主張は理解しがたい」などと批判する（一六九頁）。髙橋正人「被害者参加制度に対する手引きの問題点について」判例時報二二七八号（二〇一六年）一一―一四頁も参照。

(105) 四宮・前掲注(100)八一二頁。また、「日本国憲法の心髄である個人の尊厳の理念（一三条）に立つならば、……人間の生命が危機に直面している場面で、判断者の有罪・無罪の問題には予断を与えるが合理的な量刑を行う量刑問題には関連性がある情報を必要とする場合、……憲法的欠陥を除去することが確実になるような制度にするべきであ」り、罪責認定と量刑とを二分しない手続が「生か死かが決断される死刑事件において未だに行われている不正義を、個人の尊厳を至高の理念とする日本国憲法が許容するとは到底考えられない」ともいう（八一六―八一八頁）。

(106) 四宮・前掲注(100)八一二―八一三頁。より詳しくは、八一八―八二五頁。

(107) 四宮・前掲注(100)八二五頁。

(108) 裁判員制度に関する検討会・前掲注(13)九頁。第一三回の裁判員制度に関する検討会（二〇一二年一〇月九日）において、最高検察庁の菊池浩検事（当時）は、「検察官の立場からすると、あらかじめある段階で、これは死刑を求刑しますよということを明らかにするのは非常に困難というか、不可能だろう」、「審理が全て終わって、その段階で求刑は決定されるべきものだろう」と述べた（「例えば、これは何人も殺害した事件だから当然死刑以外考えられないじゃないかとお考えになるような事件はないではないかもしれませんけれども、それでもやはり公判において被告人質問などにおいて、当該組織犯罪の全容解明につながるような供述をすることによって、死刑ではない求刑の余地も出てくる、そんな事件もないわけではないと思いますので、やはり起訴した段階とか、あるいは公判前整理手続の段階において、この事件では死刑を求刑しますということを明らかにするというのは、およそ考えられないと私は思います」という）。

(109) 中山善房ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第三版〕第九巻』（青林書院、二〇一三年）五一頁（原田國男執筆）。

(110) これは、「かかる重い刑の裁判について、軽率な判断や一時の感情等から安易に上訴を放棄することがないようにするためである」（中山ほか編・前掲注(109)五八頁（原田國男執筆））。

(111) 中山ほか編・前掲注(109)五二―五四頁（原田國男執筆）。

(112) 椎橋・前掲注(94)一七一―一七三頁。

(113) もっとも、スーパー・デュー・プロセス構想を信奉する論者が、必ずしも自動上訴制度を支持するとは限らない。例えば、四宮啓教授は、米国において、死刑判決が上訴審の再審査に付されるのであれば、陪審は死刑に関する最終的な責任が他にあると考えるようになり、死刑判決を出す方向へのバイアスが生じることを挙げたうえで、このことが「日本の裁判員制度にも参考になる」と述べる（四宮啓「死刑量刑手続と「残虐な刑罰の禁止」条項――日本における死刑量刑手続について（続）」酒井安行ほか編『新倉修先生古稀祝賀論文集 国境を超える市民社会と刑事人権』（現代人文社、二〇一九年）二五二―二五三頁）。

(114) 裁判員制度に関する検討会・前掲注(13)二二―二三頁。このうち、(3)は、わが国の刑事訴訟の法制や実情が、スーパー・デュー・プロセスを採用するとされる米国のそれらとは異なるという点に注目して、自動上訴制度を導入する意義を見出し得

ないことを指摘するものである。

(115) 例えば、第一審の裁判員裁判による死刑判決の内容に心服し、自らの犯した罪が死刑に相当すると真に納得した被告人に対して、自動上訴により、本人がまったく求めていない上訴審による審査を強いることは、かえって被告人の個人の尊厳を害することになるのではないか。

(116) なお、弁護人は、裁判員裁判の運用が憲法に違反する旨も主張した。曰く。「現在の裁判員裁判の運用状況は、被告人に対する偏見を持つ裁判員等を排除することができないなど公正な裁判体を構成できる制度的保障を欠き、適正な裁判員が選ばれたかどうかの検証が不可能であって、適正な裁判所を構成したものとは到底いえず、公平な裁判所による迅速な公開裁判を保障した憲法三七条、何人に対しても裁判所において裁判を受ける権利を保障した憲法三二条、適正手続を保障した憲法三一条に違反するものであり、また、死刑判断は裁判員にとってもあまりに負担が大きいのであって、裁判員となる国民に負担を課すものであるから、意に反する苦役に服させることを禁じた憲法一八条後段に反するばかりでなく、裁判員の思想・良心の自由（憲法一九条）や信教の自由（憲法二〇条）、表現の自由（憲法二一条）といった精神的な自由を害し、憲法一三条の幸福追求権等をも侵害するものである」（集刑三二四号二七四頁）。しかしながら、これに対して、最高裁判所は、裁判員制度が憲法の諸規定に違反しないことは裁判員制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるとして、弁護人の主張を斥けた。また、弁護人は、本文で紹介したスーパー・デュー・プロセスの問題のほかに、死刑制度が「国際人権規約に明らかに反する」旨も主張していた（二九三頁）。

(117) 集刑三一四号三二六―三三一頁で直接引用されているのは、デビッド・T・ジョンソン（岩佐政憲訳）「死刑は特別か？アメリカの失敗から得られる教訓」世界八二三号（二〇一一年）二八三―二八七頁であるが、その内容は前述の「一二の問題点」（ジョンソン・前掲注(81)三二一―四四頁（Johnson, *supra* note (81), pp. 24-31））と同趣旨である。

(118) 例えば、堺市連続強盗殺人事件判決（最三小判平成三一年二月一二日集刑三二五号一頁）、連続青酸不審死事件判決（最三小判令和三年六月二九日集刑三二九号一〇一頁）など。

論　説

同意論における二分説について

野村和彦

目次

第一章　問題提起
第二章　二分説の理論的背景
　第一節　法律行為説に対する批判
　第二節　犯罪論体系と二分説との関係
　　第一款　ベーリングの同意論
　　第二款　ホーニッヒの各論的考察方法
　　第三款　ヴェルツェルの二分説
　　第四款　ヘルムート・マイヤーの二分説
第三章　ゲールズによる二分説

第一節　ねらい
第二節　同意
第三節　合意
　第一款　骨子
　第二款　刑罰法規ごとの考察
第四節　偽計や強制に基づく同意
　第一款　同意の場合
　第二款　合意の場合
第四章　二分説に対する批判的検討
第一節　わが国の学説状況
第二節　同意二分の偶然性
第三節　法益主体の意思に反する行為とは何か
第五章　まとめ

第一章　問題提起

本稿の目的は、法益主体による同意を、構成要件を阻却する同意（以下、構成要件阻却的同意と呼ぶことにする。）と違法性を阻却する同意（以下、違法阻却的同意と呼ぶことにする。）に分ける二分説（Zweiteilungstheorie）について、その理論的背景を探るとともに、同説を批判的に検討することにより、欺罔に基づく同意をめぐる議論を考察するための視

座を得ることにある。管見によれば、欺罔に基づく同意をめぐるドイツの学説状況を顧みるとき、そこには四つのエポックがある。[1] 第一のエポックは、カール・ビンディング（Karl Binding）の説く法益説とケスラー（R.Keßler）の説く利益説の対立であった。[2] フリートリヒ・ゲールズ（Friedrich Geerds）を中心にして有力に主張された二分説は、その第二のエポックにあたる。

二分説の特徴は、行為者の錯誤および法益主体の錯誤に関し、二つの同意にそれぞれ異なる法的効果を与える点にある。[3] とくに、欺罔に基づく同意について、二分説は次のように把握する。すなわち、構成要件阻却的同意においてはこれを有効とするのに対し、違法阻却的同意においてはこれを無効とする。しかしながら、そのような理解に対しては、次のような疑問が湧き上がる。欺罔に基づく同意をした法益主体への刑法的保護について、いずれの同意においても行為状況は同じであるにもかかわらず、このようにして同意の有効性に大きな差がつけられるのは、いかなる理由によるものなのか。欺罔に基づく同意に対する二分説のこのような姿勢は、妥当なのだろうか。

ドイツの学説状況によれば、同意の犯罪論体系上の位置づけをめぐり、同意を構成要件のみに位置づける見解は学説において優勢になりつつあるものの、二分説が依然として学説および判例における支配的見解とされている。[4] わが国における同意論においても、二分説は、複数のバリエーションがあるものの、広く浸透していると思われる。[5] したがって、欺罔に基づく同意をめぐる問題を解決する指針を得るために、二分説を検証することは、現在においても依然として有意義である。

本稿においては、このような問題意識に立ち、同意論における二分説に対し、以下の順序により批判的検討をおこなっていく。第二章においては、二分説を支える理論の背景を探る。ゲールズの二分説の概要については、第三章に

おいて触れる。二分説の問題点、すなわち、同意効力を二分する規準が偶然性に依拠している点、さらに法益主体の意思とは何かが不明確な点、については、第四章において指摘したい。

第二章　二分説の理論的背景

ゲールズは二分説を展開するにあたり、「「同意（Einwilligung）」をめぐる学問的論争を展開することも、ある見解に立ち他の見解を徹底的に論駁することも、自己の見解を詳しく根拠づけることも」目的としておらず、「むしろ、同意の議論を、これまで用いられてこなかった観点、すなわち、これからの議論にとって必要と思われる観点から、まず簡潔に明らかにしたい」という[6]。もちろん、管見によれば、同意を二分し、それぞれ構成要件か違法性かのどちらかに結びつけ、こうして二分された同意に対し異なった刑法的評価を与えることを明確にした点は、ゲールズの功績である。とはいえ、ゲールズの言うとおりであるならば、二分説の理論的内容を真に把握するためには、ゲールズ説が提唱される前の段階において、同意論をめぐりドイツにおいていかなる議論が展開されてきたのかを追跡しなければならない。

第一節　法律行為説に対する批判

(1)　法律行為説（Rechtsgeschäftstheorie）とは、エルンスト・ツィーテルマン（Ernst Zitelmann）が提唱した見解[7]である。ビンディングのように[8]、刑法的同意を構成する要素の一つとして法律行為を含める見解は、たしかにすでに存

在していた。しかし、ツィーテルマンは、民法を土台として、民法と刑法に共通する同意論を構想しようとした。この点に特色がある。

そもそもツィーテルマンは、なぜ民法と刑法に共通する同意論を展開しようとしたのだろうか。この疑問に対し、ツィーテルマンは、左のように答える。

第一に、民法も刑法も統一的に把握されなければならない。法には禁止規範と許容規範が存在することを前提とした上で、禁止規範は、人間を一定の行為に動機づけることを目的としている[9]。ある法領域において、ある行為が禁止されているならば、全法秩序が統一的である限りにおいて、その行為は禁止されている。こうして、違法性の概念は、統一的でなければならない[10]。民法的保護も刑法的保護も、それぞれの目的および法的制裁手段は異なるものの、いずれも公の利益のために機能している二つの形式にすぎない[11]。

許容規範についても法秩序の統一性が貫かれる。刑法における違法性阻却事由は、ドイツ民法八二三条二項を介し、民法においても同様の効果をもつ。刑法上の違法性・刑罰阻却事由があれば、民法においても違法性が阻却されることに注意しなければならない[12]。逆に、民法上の違法性阻却事由は刑法においても適用されなければならない[13]。

第二に、同意は、民法および刑法に共通する違法性阻却事由である。違法性阻却事由には、強いものと弱いものがある。行為者が固有の処分権（subjektive Befugnis）を根拠に行為する場合、すなわち同意の場合においては、他者を傷つけても違法でなく、これはすべての法領域に効力をもつ。つまり、同意は強い違法性阻却事由である。これに対し、正当防衛や緊急避難、自救行為は、弱い違法性阻却事由である。この場合、本人に処分権はないが、違法でない。これが一般的効力をもつか、一法領域にのみ適用されるにすぎないかは、解釈問題にとどまる[14]。

それでは、ツィーテルマンはどのような同意論を展開したのだろうか。その要点は四つある。

第一に、同意の本質は法律行為である。私法において、権利主体は、一定の範囲内において法的関係を形成する権限をもつ。同意は、権利主体の法律行為であることが明らかであるときに、違法性を阻却する[15]。

第二に、法律行為である同意を根拠づける主たるものは、契約である[16]。その内実は、権利主体が、行為者に対して、自らの処分権に基づく行為について、代理権を与えたり[17]、委託したりすること[18]である。

第三に、同意を得る際に、権利主体も相応の責任を負う[19]。権利主体が民法二五四条における共同責任を負うときは、行為者は、権利主体から損害賠償を請求されても、これに応じる義務はない。共同責任が問題となるのは、同意者こそが行為者の動機を形成することを前提とした上で[20]、同意に基づく行為によって予想を超える被害が生じることを同意者が行為者に注意喚起しなかったり[21]、企てること自体が禁止されている行為に権利主体が同意を与えたりする[22]場合である。

第四に、生命や身体、健康、自由については、権利主体の処分権は行使できない。ただし、この場合、同意の目的やそれに基づく侵害行為が、公序良俗違反とならないかが、カズイスティックに検討される[23]。

(2)　ツィーテルマンの法律行為に賛同して、ハンス・アルプレヒト・フィッシャー（Hans Albrecht Fischer）やラインハルト・フランク（Reinhard Frank）は、次のように説く。

フィッシャー[24]によれば、「同意あれば実害なし（Volenti non fit injuria）」の法諺に関し、このことは放棄できない法益には当てはまらないと通常は考えられているが、これは循環論法である。すなわち、有効に同意できる可能性がない限り同意は無効であるとか、同意の有効性は、侵害された法益の種類によるのだとしたりする論法である[25]。むしろ

考察するべきは、法益ではなく、むしろ同意の有効性に関する要件である。ツィーテルマンはこのことに取り組んだとして、フィッシャーはこれを評価した[26]。くわえてフィッシャーは、権利主体の自己決定権を広く重視すべきことも主張する。生命や身体、健康、名誉のような、主観的権利を付与する以外の方法で保護されている財や利益については、法益の性質を根拠とする議論はするべきでなく、むしろ、そうした財や利益の侵害に向けられた禁止規範を反対解釈した上で、できる限り広く自己決定権を尊重するのが法秩序の姿勢とするべきである[27]、というのである。

フランクも、ツィーテルマンの法律行為説を支持し[28]、被害者に法律行為能力があることを要することや、同意に際し強制や錯誤が存在してはならないことを主張した[29]。当時有力に支持されていた見解、すなわち、法益には放棄可能な法益と放棄不可能な法益とがあるとする見解を、次の理由から批判した[30]。すなわち、同意に基づく行為が、公共の利益のために、あるいは、その直接的に被害者のために、禁止されているのか否かについて、この有力説は説得的な回答を示していない、というのである。そこでフランクは、被害者の意思に反することが構成要件とされている犯罪や生命への危険を惹起させない傷害罪、監禁罪といった個人的法益に対する犯罪、国家と個人の関係を保護する犯罪、親告罪、私訴対象犯罪（Privatklagedelikt）、さらに、明示的に違法性が可罰性の要件とされている犯罪については、被害者の同意があれば、違法性が阻却されると唱えた[31]。

(3)　しかしながら、ツィーテルマンの法律行為説は左のような批判に直面する。

ライヒ裁判所の裁判官だったキール（Kiehl）は、次のように法律行為説を批判する。

第一に、民法と刑法における違法性阻却事由や構成要件は、それぞれ意義が異なる。なぜなら、民法は、権利の保護を個人が望むことを重視するのに対し、刑法においては、権利や利益を、国家が保護することに主眼がおかれてい

るからである。[32]

第二に、ツィーテルマンのいう法律行為説に依拠して同意をすべて説明するのには、限界がある。ツィーテルマンは、意欲された結果は事実的な結果であり、これが法秩序によって承認されることが必要であるという。[33]しかしながら、行為者と同意者は、法律行為によって、法的効果の発生を意欲するのではなく、むしろ法生活（Rechtsleben）における変更を追求する。両当事者が同意した行為が法秩序によって承認されることへの認識も重要でない。[34]さらに、同意は、事実的なものではなく、相互の法的関係を規律するものである。[35]法律行為の存否において重要なことは、法律行為の性質について意思表示者がどのように認識していたかではなく、むしろ、意思表示者が、意思表示の内容とその意義を認識していたかにある。[36]表示した意思が、意図した結果とそれによって実現する法的関係に適うときにのみ、法律行為は存在する。[37]

第三に、故意の身体傷害や侮辱への同意は、決して法律行為とはなりえない。同意を得て医者が手術をする場合、たしかに患者の健康を回復する責務を医者が負う点については契約が関係するが、手術に際し医者が患者の身体を侵襲する過程には契約は関わらない。[38]

ハインリヒ・ゲルラント（Heinrich Gerland）は、たしかに法律行為説は同意論において成果を出したことは認めつつも、[39]同説に対して次のような疑問を示す。第一に、法律行為説は思弁的な一般原則から同意の有効性を考察している。[40]第二に、同意が有効であるのは同意者が唯一の法益主体であるときであるとされているが、生命や身体、健康、自由のように処分権が認められていない法益について同意が有効なのかは明らかではない。[41]第三に、かりに同意が法律行為であるとすると、有効な同意の前提条件は、同意者が成人であることを要するが、年齢が高すぎる

きらいがある。侵害の本質を正しく判断できるなら、同意は有効とするべきである。[42] 第四に、同意の代理は、これを認めるべきでない。[43]

フランツ・フォン・リスト（Franz von Liszt）は、同意論について次のような基本的立場を示す。すなわち、法秩序が、法益の利益が失われたゆえに、法益主体に対し法益の処分を認めたときに限り、同意は違法性を阻却する。その際、一般原則を定立したり、民法的な観点を取り入れたりすることは不当であるし、法益処分の効力は、民法ではなく刑法にしたがって、個々の事例ごとに検証されるべきである。[44] こうした観点から、リストは、法律行為説は採用できない[45]とする。[46]

一八七一年に制定されたライヒ刑法典の改正をめぐる動きが活発な時期[47]において、同意をめぐる学説史を探究したリヒャルト・ホーニッヒ（Richard Honig）[48]は、犯罪の保護客体を統一的に把握した上で同意論を展開することに対し、根本的疑問を抱いていた。ホーニッヒによれば、従来、犯罪の保護客体を実質面から統一的に定義づけるために、法哲学の基本的見解に依拠し、さまざまな試みがなされてきた。[49] しかし、そうした方法は成果を生まなかった。それゆえ、ホーニッヒは、同意論の前提となる犯罪概念を、実質的かつ統一的に決定づけることは断念せざるをえないのではないか、[50]と指摘する。こうした問題意識から、ホーニッヒは、民法的観点から民刑両方において統一した同意論を構想するツィーテルマンの見解を以下のように批判する。

第一に、同意に関する統一的な規定がない以上、同意の前提条件は、各刑罰法規の適用の問題として考えるべきである。同意を法律行為という法的性質によって限界づけるのは、概念法学への後退である。[51]

第二に、刑法における同意論は、違法性だけでなく、構成要件該当性の問題でもある。[52] 意思に反する行為が構成要

件とされている場合は、それは法律行為ではないことを理由に、法律行為説は同意論の考察対象から外しているきらいがある。しかし、この場合も同意論の考察対象とするべきである。なぜなら、同意が存在することにより、犯罪の類型性が充足されないからである。

第三に、法律行為では説明ができない事例がある。たしかに、法律行為にとっては、法的内容の変更、権利や法的関係の根拠づけや放棄、変更が本質的であり、同意において、こうしたことが当てはまるものもある。しかし、これらに該当しない場合はどうか。公務員がその要請に基づいて他人を昼休み時間中に図書館の閲覧室に監禁した事例[53]や、友人が同意に基づいて自分の歯を抜く事例、友人が同意を得て火傷の水ぶくれを切開する事例[54]において、どのような権利ないし法律関係が生じるのかは疑問である。また、婚外の性行為に同意することは[55]、法律行為説によれば公序良俗違反により無効となるが、強制わいせつ罪の構成要件をみれば同意は可能である。

このようにして、ホーニッヒは、法律行為説の観点から同意が説明できるのは、極めて限定的であることを、次のように指摘する。法律行為を内容としない犯罪についても法律行為説を及ぼすことは許されない。被害者の意思に反すること、あるいは同意を得ないことが明確に構成要件とされている犯罪において、法律行為説はほとんど用いることができないし[56]、法律行為説は保護客体が処分権である場合に限って適用できるにすぎず、それ以外の犯罪における同意について、法律行為説は、同意の本質を説明することができない。このことは、同意の法的性質を、一つの法原則によって説明することができないことを証明している[57]。

このような問題意識から、ホーニッヒは、刑罰法規ごとに同意論を検討する必要性を次のように説く。法的な意義は、犯罪の保護客体に対して、多様な方法に基づいて与えられている。これに対応して、同意の法的性質も異ならざ

るをえない。保護客体の差異によって、人間の行為は規制されているからである。[58]

(4) ツィーテルマンの見解をみると、処分権が認められないとされる生命や身体、自由については、刑法も参照しつつ、個別の法益ごとに、同意の有効性を論じている。[59] とはいえ、同意に関する総則規定を民刑両方において欠く中で、法律行為説の生命線は、民刑両法の統一性の観点から、同意の有効要件とは何かを、あらゆる場面を想定しながら、できる限り統一的に考察する点にあった。しかしながら、このような試みは、右にみたように、刑法固有の同意論をめざす論者によって論難された。

管見によれば、ツィーテルマンの法律行為説への批判を起点として、刑法固有の同意論を模索するべきであるとの認識が強まった。それは、かつてビンディングが提唱した刑罰法規ごとに考察する同意論を基礎に据えることである。それでは、刑法的同意論とはどのようなものでなければならないのだろうか。

第二節　犯罪論体系と二分説との関係

最初に、ゲールズの二分説が登場する理論的伏線について本節において考察したい。

まず、注目するべきは、エルンスト・ベーリング（Ernst Beling）とホーニッヒの見解である。二分説は同意を、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意に区分する。これはまさしく、構成要件と違法性の区別を重視する、犯罪論における三分説が基礎となっている。前述のように法律行為説を批判したホーニッヒは、後述のように、同意を各論的に、すなわち刑罰法規ごとに考察する方法を採用するべきであることを主張した。この各論的考察方法とは、具体的にどのようなものなのだろうか。

さらに、ゲールズは、同意を二分する動向が学説に存在していたことを指摘している。ゲールズが二分説をとる論者として挙げた者のうち、ここでは、ハンス・ヴェルツェルとヘルムート・マイヤーの見解をとりあげたい[60]。両者の違法論は異なるものの、同意論に関しては同じアプローチがとられているからである。

第一款　ベーリングの同意論

ベーリングは、構成要件該当性と違法性とを峻別し、三分する犯罪論体系を提唱した[61]。本稿で注目すべきなのは、法益主体の同意について、ベーリングが、違法性のレベルの問題だけでなく、なによりも構成要件該当性の問題であることを、次のように指摘した点である[62]。同意論は違法性阻却事由として議論されてきた。しかし、違法性の有無を議論する前に、まず、類型的構成要件が存在するのかという問題がある。構成要件に該当しなければ、その行為に対する違法性の議論は不要である、と。

この発言が、以後の同意論の展開に大きな影響を与えたことは、たしかである。同意二分説は、ベーリングによる理論的バックアップなしには、存在しえない。のちにみるように、同意論について学説史的研究を行ったホーニッヒも、同意をア・プリオリに論ずる法律行為説の不当性を説く論拠として、ベーリングによる右の発言を引用している[63]。

それでは、ベーリングは、どのような同意論を展開していたのだろうか。構成要件レベルでは、次のような方向性を示す。第一に、法益主体の自己侵害行為（および自己危殆化）と、法益主体の同意に基づく他者による行為を、明確に区別する。ベーリングが同意をいうとき、後者のことを指す。第二に、同意を論ずるに際しては、刑罰法規の解釈を通じて、他者に対する侵害が構成要件とされていなければならない[64]。これを理由に、法益主体の自己侵害行為の犯

罪類型性は欠けることを強調する。第三に、構成要件が、被害者の同意なしに実行される侵害に照準をおいている場合においてのみ、同意があれば、類型性が否定され、その結果、構成要件該当性が阻却される。それ以外の場合は、構成要件該当性は肯定され、違法性の阻却が問題となる。(65)

構成要件該当性が肯定された場合、同意は、違法性のレベルにおいて、次のように検討される。第一に、規範適合的な保護客体（normmäßiges Schutzobjekt）を明確にすることが重要である。規範が保護客体への侵害を禁止することを明記しているならば、どのような保護客体が問題となるか、誰が法益の主体（Träger）なのか、その法益の処分権が法益主体に与えられているのかどうか、を確かめなければならない。(66)第二に、法益主体による自己侵害行為と法益主体の同意に基づく他者の行為は、両者ともに同価値と捉えるリストに反対して、犯罪の構成および阻却の面において、相互に異なること(67)を、殺人罪を例に挙げて次のように説明する。法の規定をみれば、同意があっても他者を殺してはならないとしている。ゆえに法益主体は生命を処分することができない。したがって、法益主体が同意をして、他者にその法益を侵害してもらうことは違法である。同じように、自殺も違法である。ただし、殺人の構成要件は、他者による殺害に限定されているから、自殺は犯罪類型を満たさないだけのことである。(68)(69)

第二款　ホーニッヒの各論的考察方法

前述したとおり、ホーニッヒは、同意論を民刑共通のものとして理論化した法律行為説を論難した。それでは、同意論を考察するためには、いかなるアプローチが重要であるとホーニッヒは考えていたのか。それは、刑法各論的考察方法を用いて同意論を検討する手法である。ゲールズも、刑法改正草案に関する論考において、二分説の根底に各

論的考察方法を採用している[70]ことからしても、ホーニッヒの見解がゲールズに影響を与えていることが、うかがえる。

ホーニッヒが法律行為説を批判したのは、同意論を同一原理によって解決しようとしたからであった。この観点から、ホーニッヒは、刑法の保護客体をめぐってケスラーとビンディングの間で交わされた議論[71]に対しても次のような疑義を示す。保護客体について、ケスラーは利益であるとするのに対し、ビンディングは法益と捉える。しかしながら、個々の刑罰法規における保護客体を、利益か法益かという視点で一般化することは、個々の刑罰法規における保護客体の相違を無視することにつながり、その結果、刑法における同意論が実りなきものとなってしまう[72]。

それでは、同意を各論的に考察することとはどのようなことなのか。ホーニッヒは左のようにいう。

起点となる、一つひとつの刑罰法規の構造について、次のように捉える。立法者は、個々の刑罰法規を、それぞれの目的を定めて制定する。そこでは法益が保護客体となる。保護客体は行為の違法性を議論する核心となる。保護客体はそれ自体で存在するものではなく、むしろ共同体の諸価値を刑罰法規の目的の中に見出すときに機能する[73]。

刑罰法規をこのように解することによって、同意論は三つの点において有益なものとなるという。

第一に、「被害者の同意」と「自己侵害（Selbstverletzung）」を異なって扱うのはなぜなのかを理解する点である。共同体の価値が反映されるのは、法益や保護客体ではなく、それを侵害する行為である。他者が同意をえずして侵害する行為や被害者の同意をえてする侵害行為、自己侵害行為が可罰的か否かは、そうした行為に対する共同体の価値判断にかかっている[74]。

第二に、保護客体はその土台を、共同体において数多く想定される法的観点の中の一つを決めることによって、獲得する[75]。ここで重要となるのが、共同体の構成員は互いにどこまで自由に法益を処分する領域をもつことができるか

である。[76]

第三に、個々の刑罰法規において何が保護客体であるかをつきとめるためには、個々の可罰的行為がどのような効果をもつか、その行為によってどのような価値が侵害されうるのかを確かめる必要がある。[77] ビンディングは刑罰法規における保護客体を決定するために、価値中立的な方法を採る。しかし、ホーニッヒによれば、価値的観察方法によってのみ、保護客体は決定しうる。ビンディングは、刑罰法規には「社会の価値」が含まれていることを度外視してしまっているために、処分権の侵害における、行為客体と保護客体を取り違えている。すなわち、個人の支配下にある行為客体のみを保護法益としているのである。たとえば、行為客体である生命や身体は、個人の処分権と切り離せないものであるはずなのに、ビンディングは、行為客体である生命や身体それ自体を保護法益とし、それらの処分権を保護法益から除外してしまっている。まさに個人の処分権が軽視されているのである。[78]

ホーニッヒはこのように、法は共同体生活の維持および増進に奉仕し、これが法解釈の基準となり、行為の当罰性を決める尺度となると捉える。[79] こうした観点からみると、刑罰法規において保護されているのは、法益や利益に限らない。共同体の感情や共同体の生活状態、共同体で承認されている処分権や義務も、保護の客体とされている。[80] まさに法律こそが同意に関する情報を与えるとされるのである。[81]

第三款　ヴェルツェルの二分説

ヴェルツェルは、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意について、次のように説明する。[82]

法益主体の意思に反する行為が構成要件に属しているときに、法益主体がその行為に同意すれば、その行為の構成

要件該当性それ自体が阻却される[83]。ここでの同意は、純粋に事実的な性質（rein tatsächliche Natur）のものであればよい。その例をいくつか挙げている。

未成年誘拐（Entführung）において、監護権者が子にわいせつ行為をさせることに同意する場合、この同意は構成要件阻却的同意である[84]。もっとも、女性拐取（Frauenraub）の罪について、法益主体の事実的な意思に反して、偽計や脅迫、強制などが用いられたときは、同罪が成立する[85]。住居侵入（Hausfriedensbruch）の罪においても、住居権者の事実的意思による同意があれば、構成要件該当性は阻却される。法益主体にとって望ましくない目的をもって行為者が住居等へ立ち入ったとしても、それが外形的にみて通常の立ち入りと変わらないならば、「侵入」と評価することはできない[86]。意思表示者が他人に対し自己の名義を証書において使うことを認めたならば、証拠偽造の構成要件該当性は阻却される[87]。

被害者の同意に関する諸原則、たとえば公序良俗違反に関する規定や法益主体の判断能力は、構成要件阻却的同意においては不要である[88]。たとえば、法益主体が事実的意思に基づき、暴行を喜んで受け入れた（vis haud ingrata）ならば、公序良俗には反するが、姦通（Notzucht）の罪の構成要件該当性は阻却される。

これに対し、違法阻却的同意について、ヴェルツェルは次のようにいう。違法阻却的同意によって、権利保護が放棄される。これが可能なのは、法的に保護される利益を法益主体その者のみが享受しているときである。その利益に公共の利益が絡む場合は、同意は無効である。刑法的不法は単なる法益侵害に尽きるものでなく、社会倫理的に耐えがたい行為であるから、同意は、結果に対してだけ[89]ではなく、違法性が阻却される前提となる、構成要件該当行為に与えられなければならない。したがって、行為者は同意だけでなく、構成要件該当行為に与えられた同意であること

を根拠に行為しなければならない。[90] なお、行為者は同意があったとしても公序良俗に反して行為をしてはならない。[91]

こうしたヴェルツェルによる同意二分説は何を論拠としていたのか。それは、構成要件該当性と違法性とを峻別する犯罪論体系である。

ヴェルツェルによれば、構成要件においては、いかなる行為が禁止されるか、すなわち「禁止の素材」が示される。これに対して、違法性のレベルにおいては、構成要件に該当する行為が刑法的に許容されるべきか否かの法的評価のみが問われる。たしかに、ヴェルツェルは、因果的行為論を批判し、これに対抗すべく、目的的行為論に立脚した犯罪論体系を確立した。因果的行為論者であるベーリングの構成要件論について、それが価値中立的になっている点を批判した上で、ヴェルツェルは次のような見解を示す。すなわち、構成要件は、人間のあらゆる行為のうち、違法あるいは適法の判断が下される対象として刑法が関心をもつ行為が選択されたものである。構成要件は禁止の素材であり、その意味において、構成要件の実現は、その行為が違法であることを推定しうる。[92]

右をふまえると、ヴェルツェルによる同意二分説は左のように解されることになる。

構成要件阻却的同意においては、少なくとも、法益主体による事実的同意によって、刑法による構成要件該当行為に対する禁止の要請そのものが欠けることになる。このことを、二分説を採るハンス―ハインリヒ・イェシェック(Hans-Heinrich Jescheck)は、その教科書の第三版においてこのように説明している。すなわち、法益主体が同意を与えることにより、可罰的行為は、従来の社会秩序内において人々の間で交わされる通常の出来事へと変化する。そこでは、構成要件の提訴機能(Appellfunktion)、つまり、行為の禁止をすべての人に告知する機能は不要となる。[93]

以上のように、ヴェルツェルは、構成要件と違法性を明確に区別するベーリングの姿勢そのものを基本的に維持し

ている。[94] 構成要件と違法性を一体的に捉える犯罪論二分説に対しては、構成要件と違法性という本来的に質が異なるものを混同していると批判するのである。ベーリングとの親和性は、禁止の素材である構成要件は事実的に（sachlich）に記述しなければならないとしている点[95]にも、見いだしうる。

第四款　ヘルムート・マイヤーの二分説

ヘルムート・マイヤー（Hellmuth Mayer）も、法益主体の同意には、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意が存在することを指摘している。[96]

前者については、法益主体の意思に反する行為が構成要件とされているときに、法益主体がその行為に同意したならば、構成要件該当性は阻却されるとする。その意思は、ヴェルツェルと同様に、事実的な同意で足りるとする。[97] たとえば、ある女性が性的暴行に同意したならば、それが不貞行為であったとしても、性的暴行はそもそも存在しえない。暴行や脅迫が構成要件とされている犯罪についてこのことが当てはまる。欺罔行為（Überlisting）が構成要件において手段とされている犯罪については、法益主体が時宜を得てそれを見抜いた（durchschauen）うえで、その行為に同意したときは、構成要件該当性は阻却される。[98] 行為者が法益主体の同意があると誤認した場合は、法益主体の意思に反する行為が構成要件とされているならば、故意は阻却される。[99]

これに対して、違法阻却的同意については、公序良俗に反しないかぎりでのみ、構成要件該当行為の違法性は阻却される。[100] その際、同意は法益主体の真摯な自由意思に基づくものでなければならない。法益主体の意思は行為者に表示されなければならない。[101] 財産法益や身体の完全性、移動の自由は、公序良俗に反さないかぎり、法益主体は処分で

きるが、生命については処分することができない[102]。法益処分は、法益処分行為および法益の価値を認識する能力がある者にのみ、認められる[103]。

ヘルムート・マイヤーは、法益主体の同意が二つに分類される根拠については直接、言及していない。そこで、彼の法益および法益保護に関する基本的視座との関係から、同意を二分することの根拠を推測してみたい。

ヘルムート・マイヤーによれば、すべての法は、人間の生活利益を保護しているが、この目的を実現するために、法はさまざまな方法を用いている[104]。その中で、刑法は次のような役割を果たす。まず、犯罪とは法益侵害、すなわち一定の生活財（Lebensgüter）に対する侵害をいう[105]。刑法は一定の生活財を選び出し、それを法益化して、その法益を、規範と科刑の予告により直接的に保護する[106]。その目指すところは、法益が外的生活実現において特に価値ある状態を保つことであり、それはまさしく、法益が社会的に価値のある状態を保護することである[107]。

それでは、法益と個人の関係をどのように捉えているか。次のようにいう[108]。第一に、個人も法益の担い手（Träger des Rechtsguts）ではあるが、国家は法益の侵害がある場合においてのみ刑罰権の発動が許されるため、その限りにおいて、法益は法の財（Gut）であり、個人の財ではない。個人に対する侵害は、公共の観点から意義を有するときのみ刑法上考慮に値する。第二に、個人が法益に関連して追求する利益（Interesse）は、保護の対象ではない。法益は健全な社会生活の条件として保護されるからである。

かような理解が正しいとするならば、ヘルムート・マイヤーの二分説は次のようなものであると解されよう。構成要件阻却的同意においては、法益侵害性そのものが欠け、法益の価値状態は、刑法の観点からは正常に維持されている。これに対し、違法阻却的同意においては、法益の価値ある状態が侵害されている。この場合、法益主体側に法益

および法益処分の認識が正しくある場合にのみ、法益処分が肯定される。

第三章　ゲールズによる二分説

わが国においても、そしてドイツにおいても、同意論において、同意を構成要件阻却的同意と違法阻却的同意とに二分する見解を提唱したのはゲールズである、と、定説のように説明されることが多い。

しかしながら、本稿において、ここまでドイツの学説をたどった結果、ゲールズが二分説を提唱する以前に、ヴェルツェルやヘルムート・マイヤーらの見解によって、同意二分説の理論的骨子はすでに明らかにされていた。じつは、ゲールズ自身も目新しい同意論を展開することは意図していなかった[109]。したがって、ゲールズのいう二分説は、学説において評価されているほどには、画期的な見解とはいえないということができよう。もっとも、二分された同意に対し、それぞれに名称を与え、異なる刑法的効果を付与するべきことを意識的に展開し、同意の各論的考察方法をさらに推進したところに、ゲールズの功績が認められるといえよう。以下に、ゲールズによる二分説について概観することにする。

第一節　ねらい

管見によれば、ベーリングが提唱した犯罪論三分説やホーニッヒによる刑法各論的考察方法は、ゲールズによる二分説の登場を助力している。構成要件該当性と違法性を区別する犯罪論がなければ、そして、構成要件要素を刑罰法

規ごとに観察する思考がなければ、ゲールズ説は生まれなかったであろう。ゲールズは、これまでの議論の潮流を捉えて、同意論を、犯罪論三分説の体系に直結することを試みたといえよう。

ゲールズはまず、二つの同意に対し、それぞれに新しい名称を与えた。次のようにいう。「同意（Einwilligung）」という用語は、まさしく法律上重要な意思活動と理解されてきた。この語義を、構成要件該当性を阻却する場合に用いることは不可能である。「構成要件該当性阻却的同意」という言葉は、その場しのぎの解決（Verlegenheitslösung）にすぎない[110]、と。構成要件該当性が阻却される同意は、行為者の行為に対して行為時に被害者が「合意している（einverstanden sein）」ことが決定的である。この合意とは、人の意思のことを指すが、同意に較べ、より事実的なものである[111]。こうして、ゲールズは、同意を、構成要件該当性を阻却する「合意（Einverständnis）」と、違法性を阻却する「同意（Einwilligung）」とに区別し[112]、それぞれに異なる法的効果が与えられるべきであることを主張した[113]。

二つの同意においていかなる法的効果が与えられるのかを、以下に概観する[114]。とりわけ、欺罔に基づく同意に対する刑法的効力について、ゲールズがどのように理解していたのかに焦点を当てる[115]。

第二節　同意

ゲールズが同意についてどのように捉えていたのかを左に概観する。

同意が問題となるのは、構成要件において被害者の意思に反することが、明文によって記述されていない場合、あるいは、本質的にそれが構成要件とはされていない場合である[116]。同意においては、構成要件該当行為の違法性の有無が焦点となる。すなわち、同意が、共同体にとり同意が耐えがたいか否かが論じられなければならない[117]。ここでは次

の点が重要であるとされる。

第一に、法益主体の同意処分権（Einwilligungsbefugnis des Verletzten）の有効性の有無が判断される。法益主体の同意が有効であるときは、法益主体への法的保護が断念され、これにより、その行為を否認する国家的利益が欠如する[118]。その根拠は、同意がなければ存在していたはずの行為の不道徳性が、同意によって剥奪されることにより、法的保護が中止されるからである。

第二に、同意には、これを行う能力、すなわち、具体的な行為における成熟さと違法行為を洞察する能力、自己の行為によってどのような効果が生じるかを予測する能力、が必要である。そうした法益主体による同意意思は、行為者に表示される必要がある[119]。これにより、法益主体が自身に対する刑法的保護を放棄することを行為者側が認識する。このようにして、行為者の結果無価値と行為無価値が欠けることになる。したがって、同意において未遂処罰は不可能である[120]。同意がないと行為者が誤信した場合、同意意思を法益主体が表示していない以上、行為者は既遂の刑事責任を負う。法益主体が行為後に行為者の行為を容認したとしても、同様の刑事責任を負う[121]。

第三に、同意があると行為者が誤信したとき、事実の錯誤として処理される場合と、法律の錯誤（Rechtsirrtum）として処理される場合とに分かつ。前者に属するのは、法的基礎事実に関する錯誤や消極的構成要件要素に関する事実の錯誤であり、この場合、刑法五九条が適用され故意が阻却される。例として、財物の他人性を基礎づける事情や、被害者の年齢および責任能力といった人的前提に関する事情を挙げる[122]。後者の例としては、刑法二一六条が規定する、要求に基づく殺人罪に当たる行為をしたにもかかわらず、それは自殺幇助として許容されていると行為者が誤解した場合や、被害者の処分権やその範囲および同意能力に関する錯誤の場合、行為後の同意でも同意は有効であると

行為者が誤解した場合、が挙げられている[123][124]。

第四に、同意は、行為者の偽計や強制のない状況で下されなければならない[125]。

第五に、違法阻却的同意は、公序良俗違反による規制を受ける[126]。

第三節　合意

第一款　骨子

ゲールズによれば、合意においては、行為の構成要件該当性それ自体が阻却されるかが問題となる。合意は以下の内容をもつ[127]。

第一に、客観的にみて、被害者の意思に反する行為、あるいは、被害者の意思なしに、すなわち暴力的行為、または、被害者の反抗意思を制圧したりする行為が、構成要件に明示的に規定され、あるいは性質上、構成要件の前提とされている場合である。その例として、誘拐罪や窃盗罪、住居侵入罪、強制わいせつ罪が挙げられる。

第二に、法益主体が行為を洞察する能力は、構成要件の機能に照らし、不要である。実際の事象から暴力的要素を除去するためには、法益主体の自然的意思（natürlicher Wille）による合意があればよい。偽計によろうが強制によろうが、そして公序良俗に反しようが、事実的同意は有効である。

第三に、同意に際しては、それを行為者に対し表示する必要はない。むしろ、意思方向説（Willensrichtungstheorie）が採られるべきである。

第四に、法益主体の合意は、行為者による行為の時点だけでなく、行為後も一定限度、許容される。たしかに、行

為後の同意は刑法の遡及効禁止原則から原則的に許されない。[128] しかし、合意において、行為者は合意を認識することは不要であり、むしろ、行為後の合意は行為時における法益主体の真意を示す証拠（Indiz）といえる。[129] 行為者が処罰される危険を法益主体に負わせるべきでないとすれば、法律的にみて、法益主体の意思に反する行為が構成要件とされている場合に限り、行為後の合意も有効である。[130]

第五に、行為者が、法益主体が合意しているのに、これに気づいていない場合、不能犯の理論に従って解決される。このとき、行為者には故意があるため、未遂犯として行為者の行為は処罰しうる。[131]

第六に、行為者が、法益主体の合意がないのに、行為時にこれが存在すると誤信したときは、事実の錯誤として故意が阻却され、既遂および未遂として処罰されることはない。[132]

右のような理論的特色をもつ合意の理論的基礎とは、いったいどのようなものなのだろうか。ゲールズによれば、合意に関する次のような総論的前提が存在する。

第一に、刑罰法規には二種類ある。ひとつは、一般的（傍点 筆者）被害者の意思を考慮した刑罰法規である。殺人や重傷害がこれに当たる。もうひとつは、個々の（傍点 筆者）被害者の意思の意思に反すること（invito laeso）が構成要件要素とされている刑罰法規である。[133] 後者は構成要件的にみて類型的なもの、すなわち立法者が構成要件に格上げした、個々の被害者の意思が侵害客体とされる。後者が考慮に入れられているか否かは、犯罪行為をどう解釈するかに依拠する。[134]

第二に、個々の被害者の意思が構成要件において考慮されているかは、法律の構成要件のみを根拠にするべきである。[135] 個々の被害者の同意によって、被害者の意思に反するという要件が欠け、それによって構成要件該当性が阻却さ

れることになる。[136] 刑罰法規の解釈論や刑罰法規が想定している態様、具体的には、行為客体や侵害客体[137]が、問題解決の決め手となる。[138]

第三に、被害者の意思に反する行為には、被害者にとっては「無理強い要素」（Gewaltelement）が備わっている。[139] 以上をふまえ、合意における被害者を次のように定義づける。すなわち、構成要件的行為によって、その意思が軽視され制圧された者である。[140]

第二款　刑罰法規ごとの考察

合意の基本精神は、刑罰法規ごとの考察において、どのように展開されるのか。ゲールズは細かく考察を加えているが、本稿においては、誘拐罪、住居侵入罪、窃盗罪、詐欺罪、性犯罪について鳥瞰することとしたい。これらの犯罪に関し、ゲールズによれば、誘拐罪については、被害者の意思に反することが明確に構成要件要素とされているのに対し、[141] それ以外の犯罪については、犯罪行為の性質上、被害者の意思に反することが構成要件要素である、としている。[142]

女性誘拐罪（当時の刑法二三六条）の構成要件は、姦淫あるいは結婚のために、偽計や脅迫、暴行を用いて、女性をその意に反して誘拐することである。[143] この構成要件には、法益主体の意思に反する要素が含まれている。[144] このことを、次のような例を挙げて明らかにしようとする。劇場俳優の女性Rは、そのファンのVの提案により、公演終了後、劇場においてVが暴行を用いてRを連れ去ることを計画し実行した。Rは、これがマスメディアなどで報道されることにより、有名になりたかったからである。この場合、RとVは一連の行為について予め合意していたのだから、法

益主体の意思に反する要件が欠けるため、Vの行為は同罪の構成要件に、そもそも該当しない[145]。

未成年未婚女性誘拐罪（Zwangsheirat）（当時の刑法二三七条[146]）については次のように捉える[147]。本罪において保護されているのは、未婚である未成年の女性の自由ではなく、その親の監護権である。未婚の未成年女性が、強姦あるいは結婚のために、誘拐について同意した場合、その同意（mit ihrem Willen）は、すでに条文上、構成要件要素として考慮されている。この誘拐に親が同意した場合、条文には違法阻却的同意のような文言が使われているが（ohne Einwilligung）、行為の類型性からすると、それは合意として扱うべきである。

住居侵入罪（当時の刑法一二三条一項前段[148]）における侵入（eindringen）とは、住居などの空間に立ち入る際に、居住者などの意思が、無視され、あるいは、顧みられない（überwunden sein）ことである。明文には規定されていないが、侵入行為の性質から、法益主体の意思に反することは、構成要件要素である[149]。

窃盗罪（当時の刑法二四二条一項[150]）においては、他者の財物を不法領得の意思をもって窃取すること（Wegnahme）が構成要件とされている。窃取とは、占有（Gewahrsam）を侵奪する行為である。窃盗罪は占有と所有権を保護しているため、占有者と所有権者の同意が必要とも考えうる。しかし、被害者の意思に反するという、無理強い的要素は、行為者の占有侵奪行為においてのみ存在する。したがって、占有者が侵奪行為に同意したときは、窃盗罪の構成要件が欠けることになる。所有権の同意（Einwilligung）が問題となるのは横領罪である。委託信任関係に基づき自己の所有にかかる財物を相手に預かってもらい、この財物を相手が処分した場合、所有権者の同意があれば、占有者による横領罪の違法性は阻却される[151]。

詐欺罪については、法益主体の不同意を前提とする犯罪ではないとする。法益主体が欺罔行為を認識したときには、

錯誤や偽計の要件を欠くことになり、それのみを理由に構成要件該当性が阻却される。なお、欺罔によって合意を得る場合、法益主体の意思に反する行為において、どの程度、無理強いの要素を含みうるか。ゲールズによれば、これを認めることができない[152]。

性犯罪については次のように捉える[153]。一四歳未満の者に対し淫行を行う罪（当時の刑法一七六条一項三号）[154]や欺罔や錯誤に基づく性犯罪（当時の刑法一七九条）[155]においては、行為者の誘惑（Verleiten）が手段とされている。後者については詐欺罪と同様、無理強い要素である、被害者の意思に反することは重要でない。これに対して、前者においては、淫行を行う傾向のない子どもに対し無理やりに性行為をさせる。したがって、行為者の行為による影響を受けず、自由に、子どもが性行為に応じたときには、合意は存在する[156]。

第四節　偽計や強制に基づく同意

第一款　同意の場合

欺罔行為によって被害者の同意を得たときは、その同意は無効である。法にとって、被害者の真意が決定的に重要だからである。同意者の意思が、他者による許されない方法によって動機づけられたときは、公共の安全の観点から、これを刑法的に認めることができない[157]。

もっとも、ゲールズは、欺罔による同意はすべて無効となるとは考えていない。ライヒスゲリヒト[158]の次のような判断に、ゲールズは賛同する[159]。すなわち、第一に、同意は被害者の真意といえるか否かである。すなわち、被害者の意思決定はその人の日常の生活観念（Vorstellung）に照らし合わせて判断される。第二に、動機の錯誤や考えの不当さは、

同意の客体とは関係がないときに限り、考慮されない[160]。このような意味において、欺罔に基づく同意については、行為者による法益主体への意思侵害と法益主体の意思決定との間に因果関係がある場合に、同意は無効である[161]とする。

強制によって得られた同意についても、欺罔の場合と同様に、被害者の真意が決定的に重要である。一般的な生活観からして（nach der natürlichen Lebensanschauung）、もはや被害者の真意であるとは言い得ないほどに、同意が強制の影響を受けているならば、同意は無効である。自由な意思に（freiwillig）基づいてした同意に限り、その同意は真意に基づく同意である[162]。

次のような例を挙げる[163]。農夫Lの家には美しい生け垣があったが、隣人のNは、この生け垣のおかげで空が遮られているのだから、この生け垣は伐採すべきだとLに対し怒りをぶつけた。しかし、Lはこれを拒否したため、ならばNが伐採する旨を伝えた。Lがこれに抵抗したとき、Nは自ら知っているLの犯罪を告発すると脅した。Lはこれに対し、なす術がないため、Nが伐採するのを黙認した。LはNを器物損壊罪で告訴した。Lの意思は、Nによる脅迫の影響を受けているため、真意ではないし、何にも影響されない意思ということもできない[164]。

第二款　合意の場合

欺罔に基づく合意について、いくつかの事例を挙げ、次のように説明する。

第一に、住居侵入罪について、次の事例を挙げる。現金が不足していたXは、警察官を装って家宅捜索すると偽り、金持ちであるYの家へ侵入し窃盗をすることが可能か予め確かめようとした。Xが刑事であることを名乗ると、YはXを自宅に招き入れた。しかし、Xは偽造の警察官証を示したものの捜索令状を示せなかった。そこで、YはXを追

い出し、Xはその場から急いで逃げた[165]。

ゲールズは、以下の理由から、欺罔に基づく住居への立ち入りは「侵入」に当たらないとする。①「侵入」に当たるとする見解は、法益主体の推定的同意（vermuteter Wille）[166]を問題にしているが、法益主体の意思が明示されているときは、推定的意思を用いてはならない[167]。②法的に重要な意思行為である同意とは異なり、合意は構成要件状況（Tatbestandssituation）であり、そこでは、たんに事実的状況が問題になるに過ぎない[168]。③Xの欺罔があったとしても、Yは立ち入り自体には合意しており、Yの意思が無視されたり顧慮されなかったりしたとはいえない。「無理強い要素」は、欺罔行為に置き換えることが不可能であるからである[169]。

第二に、窃盗罪と詐欺罪（当時の刑法二六三条一項）[170]の区別についてである。刑事を偽るXがYの財物を差し押さえ、押収した、という事例を挙げる。ゲールズは、次の理由から、まず窃盗罪の成立を否定する。すなわち、占有者であるYが事実的に合意することによって、Xの行為には、窃盗における直接的な占有侵奪行為に論理必然的な「無理強い要素」を欠くため、窃盗罪は成立しない[171]。

ただしYの財産処分権は侵害されうることから[172]、次の観点から、詐欺罪は検討される[173]。①YがXを信じて自己の財物を手渡したならば、Xには、窃盗罪は成立しないが、詐欺罪が成立する[174]。②詐欺罪の故意をもって行為者が実行行為に出たが、客観的には占有侵奪の結果が生じたときは、窃盗罪の責任は問えないが、詐欺未遂罪の責任は問いうる[175]。

右の検討を通じて、ゲールズによれば、合意において、行為者の偽計行為は法益主体の意思方向のみが問題となるにすぎないため重要でなく、ただ、詐欺罪が特別に犯罪化されているにすぎない。なぜならば、「無理強い要素」は、

欺罔行為と同価値と評価することができないからである。[176]

第三に、意思の自由を直接侵害する罪に関しても、以下の例を挙げ、欺罔に基づく同意は有効であるとする。結婚するまでは性交をしないと考えている一九歳のFに対して、MがFと結婚すると欺き、Fと性交をしたが、じつはMはすでに他の女性と婚約済みであり、Fと結婚する意思がなかった。この事例について、ゲールズは、欺罔行為があったとしてもFは性交に同意しており、欺罔行為を無理強いであると評価することは不可能であることから、強姦罪（当時の一七七条）[177]の構成要件該当性を否定する。[178]この場合において、Fが自己の身体に対する危険を感じていたとしても、Mの強姦行為はFの意思に反していたとはいえない。このとき、Mは強姦罪の不能未遂の責任が問われるかもしれないが、その規定がないため、これを処罰することはできない。[179]

第四に、恐喝罪（当時の刑法二五三条一項）[180]について、次の事例を挙げる。商人Kは、利益になると欺いて、取引仲間のGと取引契約を結んだが、その目的は損害をGに転嫁するためであった。契約の締結後、Kは、過去にGによって犯された不正な企みを公表するとGを脅した。しかし、Gは損害を被るとしても、なお利益を得るためにこの契約を維持した。その結果、Gは損害を被った。[181]ゲールズによれば、Kによる脅迫に対するGの合意は有効であり、それゆえKには恐喝罪は成立しない。[182]

つぎに、強制に基づく合意についてはどのように捉えているのであろうか。

住居侵入罪に関わる次のような事例を挙げる。[183]夫Eは別居している妻Fに対して、腹を割って話すことを提案した。しかし、Fは、これを拒否し、住居へEが立ち入ることを認めなかった。そこで、Eが知るFがした過去の犯罪行為を告訴するとFを脅したところ、不安にかられ、よりましと考えて、FはEを住居に立ち入ることを認めた。

この事例について、ゲールズは、以下の理由から、Eに住居侵入罪は成立しない[184]とする。Eの脅迫行為は、構成要件該当行為ではないし、時間的かつ論理的にも構成要件該当行為に先んじている。したがって、構成要件が要求している侵入行為には当たらない。この場合、Fの合意は有効である。構成要件該当行為である侵入行為がなされる前の段階において、Eによってなされた脅迫の影響はFにとって間接的であり、自ら住居の立ち入りを認めているからである。ただし、Eの行為は強要罪に当たる[185]。

これをふまえ、強制に基づく合意に関し、次のようにまとめる。強制に基づく合意は、実行行為の開始前になされることを要し、そうでない場合は無効である[186]とする。しかしながら、例外がある。構成要件該当行為から結果発生までの間に、法益主体が、強制とは関係なく[187]、完全に自由な意思によって合意を形成したときは、これを有効と評価することができる[188]。強姦罪についても、相手の暴行や脅迫を被害者が全体的に認容したときは、合意は有効である[189]。

第四章　二分説に対する批判的検討

第一節　わが国の学説状況

二分説をめぐるドイツの学説状況を鳥瞰した。二分説を理論的に支える論拠は、まとめると、次の五点に集約される。

第一に、構成要件と違法性を峻別する三分的な犯罪論体系を前提に据える。

第二に、構成要件阻却的同意にあたるのは、法益主体の意思に反することが、明文上あるいは解釈論上、構成要件

要素とされている場合である。

第三に、違法阻却的同意にあたるのは、法益主体の意思に反することが、明文上あるいは解釈論上、構成要件要素とされていない場合である。

第四に、法益主体の同意能力について、構成要件阻却的同意においては、これを要せず事実的意思で足りるのに対し、違法阻却的同意においては、これを要する。

第五に、欺罔に基づく同意の効力に関し、構成要件阻却的同意においては有効とする一方、違法阻却的同意においては無効とする。

ひるがえって、わが国の同意論をめぐる学説状況をみると、同意は原則的に構成要件該当性阻却の問題であるとの見解が有力化しているが[190]、いまもなお同意二分説的な思考が広く受容されていると思われる。そこには大別して二つのバリエーションが存在している[191]。

一つは、ゲールズを中心として提唱された二分説を受容する見解、すなわち、二つの同意にそれぞれ異なる法的効果を与える見解である。ここで注目すべきは、ゲールズの二分説を基礎としつつ、同意を三分することを試みる佐藤陽子の見解である。佐藤は、同意を、①行為態様にかかる合意、②法益侵害性に係る合意、③同意、に分ける[192]。その基準について次のようにいう。①は、「当該構成要件メルクマールが（主に行為態様との関係で）特別な形における被害者の意思侵害に関係しているときに、その特別な形における意思侵害を排除する承諾である」とする。②は、「当該構成要件の保護法益が被害者の当該財に関する自律的な処分権であるときに、被害者の自律的な処分（承諾）ゆえに、当該財の侵害が法益侵害とみなされなくなる承諾である」とする。③は、「当該構成要件の保護法益が被害者の

自律的な処分権とは別に存在しているときに、構成要件を充足した行為の違法性を被害者の自己決定の助力でもって減少（あるいは阻却）させる承諾である」とする。犯罪論体系においては、①と②は構成要件に、③は違法性に属する。欺罔に基づく同意については、①は有効とし、②と③を無効とする方向で論ずる。[193]

もう一つは、同意を構成要件阻却的同意と違法阻却的同意に分かちつつも、両同意の有効要件を統一的に把握することに重点をおく見解である。[194]もっとも、この見解においても、二つの同意をいかに区別するべきかについては、次の二つの点において、見解の相違がみられる。

まず、犯罪論体系、とりわけ構成要件と違法性の機能と関係を、どのように把握するべきかである。法益関係的錯誤説に立脚する浅田和茂[195]は、価値中立的な結果無価値的構成要件論をとる一方、法益侵害の存否は違法性の段階において判断する、犯罪論体系を支持する。[196]その上で、同意を二つに分ける決め手は、「条文の解釈」であるとする。条文解釈によって、被害者の意思に反することが構成要件の内容になっている場合と、そうでない場合、とに分ける。そのようにして、前者は構成要件該当性を阻却する合意、後者は違法性を阻却する同意、であるとする。[197]もっとも両同意の有効要件をそれぞれ異なるものとする点については、合理的理由がないとする。[198]

次に、保護法益の内実をいかに解すべきかである。結論的には、同意の有効要件によって問題が解決されるため、実益がないように思える。しかし、いくつか疑問が生じる。自由という法益に関し、法益主体がその処分に同意するならば、構成要件該当性それ自体が阻却されるといわれる。[199]しかし、例えば、欺罔に基づく監禁や住居侵入を例に挙げると、その同意が無効であるとするならば、被害者の意思に反することが理由として挙げられよう。そこでは、被害者の意思に反することとは何かが、法益の内実をいかに解するかという問題と結びついて、さらに問われうる。

身体という法益の侵害については、保険金を詐取する目的でなされた同意傷害の事例[200]における同意の有効性をめぐって、総合判断説を採り同意を無効とした判例に対し、学説においては、おおかた次のような議論が展開される。傷害を、生命への危険を惹起する傷害の場合と、そうでない傷害とに分かつ。前者においては、同意は無効とされる。生命処分の同意は刑法二〇二条において無効とされるからである。これに対し、後者については、たとえ同意が保険金を詐取する目的であったとしても（いいかえれば公序良俗違反的であったとしても）、なおその同意は有効とされる。あたかも二分説における構成要件阻却的同意の処理に近しくなっている。

このように、わが国の学説においても、なお、同意を構成要件阻却的同意と違法阻却的同意を二分し、あるいは、犯罪論体系における位置づけを意識した同意論は、なお支持されているものと思われる。したがって、同意二分説を批判的に検討することは、わが国の議論状況を相対的にとらえるためにも有意義である。

第二節　同意二分の偶然性

⑴　二分説によれば、欺罔に基づく同意の効力に関し、構成要件阻却的同意においてはこれを有効とする一方、違法阻却的同意においてはこれを無効とする。この二分説の構想は、同意の効力の差異を説得的に説明することに成功しているのだろうか。同意二分の基準は、曇りのない明晰なものになっているのだろうか。たしかに、二分説は、法律行為説に対抗して、刑法的同意論を構築しようとしている。しかしながら、管見によれば、二分説のいう同意二分の構想は、理論的に破綻しているといわざるをえない。なぜなら、同意を二分する基準そのものが極めて曖昧であり、まさしく、立法および司法における偶然性によって、法益処分状況にある法益主体への要保護性が決定されてしまう

からである。[201]

(2) 同意二分の基準が偶然によって決せられるおそれは、違法性阻却事由の錯誤をめぐり厳格責任説を提唱したヴェルツェルの見解に対する批判において、すでに指摘されていた。ヴェルツェルの厳格責任説に対する以下の批判は、故意説や消極的構成要件要素の理論、制限責任説の立場から差し向けられているものである。すなわち、違法性阻却事由の錯誤も、構成要件的故意の問題として検討するべきで、したがって、これは違法性の錯誤ではなく事実の錯誤として処理するべきであるという批判である。[202] この議論の延長線上に、同意二分説の問題についても言及されていた。

ホルスト・シュレーダー（Horst Schroeder）は、責任説を次のように批判する。すなわち、構成要件的錯誤と禁止の錯誤を厳格責任説は法的に異なるものとして扱う。しかし、それは法技術的問題にすぎない。にもかかわらず、両者をそのようにして扱うならば、構成要件要素と違法性阻却事由の関係はアンバランスなものになろう。なぜなら、構成要件的錯誤と禁止の錯誤の区別は、数々の偶然性（Zufälligkeiten）に依拠せざるをえず、技巧的にすぎないからである。[203] その例の一つとして、厳格責任説における同意の論じ方を挙げる。シュレーダーは次のように言う。同意が、窃盗や住居侵入のように、構成要件の問題とされるとき、同意の錯誤は構成要件的錯誤とされ、故意は否定される。これに対し、同意が違法性阻却事由の問題とされる場合は、同意の錯誤は違法性の錯誤とされ、故意は原則的に阻却されない。こうした理解は正当であるということはできない。[204] 違法性を根拠づける事情と違法性を阻却する事情を純粋かつ技術的に区別することに、決定的な意義は客観的に見出せない。[205] なぜなら、法を知らなかったという非難は、認識して法に違反したという非難とは、質的に異なる非難だからである。

構成要件的錯誤と禁止の錯誤を区別することの問題を、規範的構成要件や白地刑罰法規、違法性阻却事由を素材として検討したディートリヒ・ランク―ヒンリクセン（Dietrich Lang-Hinrichsen）も、同意に関するシュレーダーの見解に、次のように賛同する。ヴェルツェルは、同意を二分する根拠として、関係する規範における違法内容の違いを挙げるが、そうした論拠は、たしかな結論を与えることはできない。なぜなら、すべての法的メルクマールは、「規範的な網の目（normatives Gespinst）」によって覆われている。このため、厳格責任説が提唱するようには、評価の客体と客体の評価を区別することはできない[206]。

シュレーダーの見解に、フリートリヒ・シャフシュタイン（Friedrich Schaffstein）も、次のように賛同する。住居侵入や窃盗、誘拐において、被害者の意思に反することが構成要件であると解釈されているのに対し、ドイツ刑法二二六条aの傷害罪においては公序良俗に反さない限りにおいて同意傷害は不可罰であると明記されている。刑法が同意に関してどちらの方法を採用しているか否かという問いは、実際は、言葉上の偶然性（sprachliche Zufälligkeiten）に依存している。行為者が積極的構成要件要素あるいは消極的構成要件要素の存在を誤認したとしても、両者には区別がない[207]。同意が存在すると誤解した者は、たしかに結果面については否定的に評価することができるが、その誤認によって行為無価値が欠けるため、同意の違法性は阻却される[208]。

ヘルムート・フォン・ヴェーバー（Hellmuth von Weber）も次のように疑問を呈する[209]。適法性の観点からは、構成要件に該当しない行為も違法性を阻却する行為も、実質的には同じである。それぞれの錯誤についても、同様に解決するべきであって、区別して扱うのは不当である。厳格責任説がそれぞれの錯誤を区別する根拠は、法技術的なものにすぎない。たしかに、立法上の文言が、事実の錯誤なのか、それとも違法性の錯誤なのか、の解釈を許容しうる場合

もある。しかしながら、その文言を採用した立法者の選択は、文体上の偶然性（stilistische Zufälligkeit）に依拠しているにすぎない。違法性阻却事由は違法性の錯誤であるとする厳格責任説の見解は、構成要件と違法性の相違とは全く関係のない、何らかの事情を根拠としているといわざるをえない[210]。

ハインツ・ツィプフ（Heinz Zipf）も、同意を二分する基準が偶然的に決められていることを、次のように説明する。二分説は、被害者の意思に反することが構成要件要素か否かによって、同意を二分する。しかしながら、実際に、個人に対する犯罪において、被害者の意思に反する行為という要件が常に存在しているとは限らない。構成要件阻却的同意や違法阻却的同意を考えうるのは、まさに個人的法益に対する犯罪行為の場合だからである。したがって、被害者の意思に反することが構成要件か否かは、時として偶然的である構成要件の解釈によって決められている[211]。このように指摘した上で、同意を与えうるすべての構成要件は、被害者の意思に反する行為を前提としているのだから、有効な同意があるならば、それによって構成要件該当性は阻却される[212]とする。さらに、ツィプフは、欺罔や脅迫による同意、公序良俗違反行為に基づく同意に関し、二分説が提唱する解決方法にも、次のように疑問を呈す。窃盗罪については、自然的意思に基づく同意により、侵奪の要件を欠くこととなり、それによって構成要件該当性が阻却される。しかしながら、その議論を、二分説によれば構成要件阻却的同意が問題となる住居侵入罪に持ち込むのは、妥当でない。あくまでも、住居侵入罪における法益保護の観点から決せられるべきである。ある者が知人やガスの検針員を装って住居へ侵入する許可を得た場合、住居権は侵害されている。住居の所有者が真実を知ったならば立ち入りの許可をださなかったであろう[213]。このように、同意の有効性は、個々の構成要件やそれに強く関連する事情のみによって導かれる[214]。

(3)　右にみた諸批判は、たしかに、違法性阻却事由を行為者が誤想した場合における厳格責任説の対応、すなわち、構成要件該当性に関する事実の錯誤は事実の錯誤として、違法性阻却事由の錯誤は法律の錯誤として処理することを、批判したものである。しかしながら、この批判は、同意二分説とそこから帰結される主張全体へ波及していくポテンシャルを備えている。なぜなら、同説は、同意を、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意に分け、それぞれに対し異なる法的効果を付与しようとしているからである。このことが顕著に表れる場面は、行為者の錯誤だけではない。法益主体の錯誤も、その場面なのである。とりわけ、欺罔に基づく同意に関する擬律をめぐる議論にも、右の諸批判は向けられる。つまり、結局のところ、同意を二分する二分説の基準それ自体も、偶然性によって決せられていることになるのである。

右の諸批判を覆すことは、管見によれば、相当に困難なように思われる。右の批判にみたように、偶然性をめぐっては、立法における偶然性と解釈論における偶然性の二面が存在する。

もちろん、二分説の論者は、同意二分には相応の理由があると考えていたはずである。ゲールズによれば、構成要件阻却的同意には、法益主体の意思に反することが構成要件に明示されている場合と、解釈論上それが導かれる場合の二つがある。これを立法論的に論証するため、ゲールズは次の根拠を挙げていた[215]。刑罰法規には二種類ある。ひとつは、立法者が個別的被害者の意思に着目するものであり、もう一つは、立法者が一般的被害者の意思に着目したものである。ゲールズは、前者の同意が構成要件阻却的同意であり、後者の同意を違法阻却的同意として位置づける。

ヴェルツェルによれば、構成要件においては禁止行為の素材が示され、違法性においては構成要件該当行為の違法性に対する法的評価が検討される[216]。こうした見解は、ゲールズの右の見解と整合的である。禁止の素材を示す段階に

おいて、個別的被害者の意思に反する行為の禁止と一般的被害者の意思に反する行為が考慮されている、と説明してみても、矛盾は生じないからである。

しかしながら、二分説には立法的観点から次のような問題が生じ、それらは、つまるところ、立法における偶然性に帰着する。

第一に、立法者は刑罰法規を制定するにあたり、同意を二分する明確な立法的根拠を示すことは困難である。かりに、それは個人的法益の性質によって決まるという論拠を示したとしても、それが同意を二分する論拠と直結するとは限らない。個人の財産を例に挙げると、窃盗罪は構成要件阻却的同意が問題となる一方で、器物損壊罪は違法阻却的同意が問題となるというのは論拠に乏しい。身体についても、一般的被害者はその処分に本来的に同意することはないから違法阻却的同意が問題となると主張したところで、これも説得力を欠く。いずれの場合も、法益主体個人によって処分可能な法益であるとの見方は十分に可能だからである。自由という法益については、これらと較べ、個人的被害者の意思を構成要件に取り組むことは可能かもしれない。しかしながら、監禁罪や住居侵入罪、性犯罪においては、欺罔に基づく同意の擬律をめぐり争いがある。個別的被害者の同意があったか否かの判断でさえ、そう簡単に解決されることはない。

第二に、個別的被害者の意思と一般的被害者の意思を区別する意義も分明ではない[217]。まず、刑罰法規を制定するにあたり、立法者は当該行為の一般予防に重点をおくはずである。構成要件の中に、個別的被害者の同意の存否を織り込むことは、かえって行為規範の一般予防効果に揺らぎを生じさせることにもなりかねない。つぎに、一般的被害者の意思が想定されている犯罪の内実に関しても疑問が生じる。その犯罪においては、個別的被害者の同意は一般的被

害者の観点から原則的に許容されないこと、個別的被害者の同意に効力が認められるのは一般的被害者の観点から決せられること、が前提とされていると解しうる。そうだとすると、二つの問題が生じうる。ひとつは、個別的被害者による同意が、なぜ一般的被害者による評価あるいは規制に服さなければならないのかという疑問である。もうひとつは、同意の効力に差違が生じる理由として、一般的被害者の意思が考慮されているか否かという基準を挙げるならば、それはアプリオリに決しているきらいがある。このことは、すでにホーニッヒが同意論をめぐる詳細な学説史研究の中で指摘していた問題であった[218]。アプリオリに同意の可否を検討する手法は、まさしく論点先取のおそれさえある。アプリオリに同意論を決める発想が二分説においても、その残滓として継承されているといえよう。

解釈論における偶然性の問題は、立法における偶然性よりも、倍加すると考えうる。

ある刑罰法規において、法益主体の意思に反することが構成要件要素とされているか否かは、たとえそれが明文化されていたとしても、そう簡単には決せられない。保護法益をどのように捉えるか、さらに罪刑法定主義の機能をどう解するかにより、そこから複数の解釈的帰結が導かれうる。違法性阻却事由の錯誤をどのように捉えるかについても、違法性の意識の位置づけをめぐり、故意説や厳格責任説などが主張されている。その背後には、刑法における故意の機能をどう把握するべきか、さらには構成要件と違法性のそれぞれの関係や役割、ひいては犯罪の本質をどう理解するべきか、といった問題が横たわっている。これらの論点は、行為者の刑事責任の存否に収斂されていく。

こうした中にあって、同意論は、行為者の刑事責任を存否をめざした議論の狭間で、埋没したものとなり、同意した個々人の法益主体の問題は等閑に付されている。構成要件阻却的同意においては、なぜ事実的意思でもって足りるのか、法益主体の同意能力をなぜ度外視してよいのか。欺罔に基づく同意について、構成要件阻却的同意においては、

なぜ同意が有効とされるのか。違法阻却的同意においては、なぜこれとは逆の結論に至るのか。事象はいずれの同意の場面においても同じであるにもかかわらず、なぜ刑法的帰結に大きな差異がつけられるのか。その論証が二分説には欠けている。二分説を批判するディーター・キンツィ（Dieter Kientzy）[219]は、同意能力の観点から、次のように批判する。侵害目的を秘して住居へ侵入したり、窃盗の目的で商店に立ち入ったりすることが、構成要件阻却的同意では有効とされる。違法阻却的同意の場合、法益主体には同意能力、すなわち侵害の本質や意義、射程範囲を理解しているかが問われるが、構成要件阻却的同意においては全く考慮されない。このことに対する説明が必要であると[220]指摘している。

第三節　法益主体の意思に反する行為とは何か

二分説が提起した重要な論点とは、いったい、法益主体の意思に反する行為とは何なのか、ということである。これが構成要件に属するか否かで、同意の刑法的効果は二分されるのである。ここでは、法益主体の意思に反する行為の内実を二分説がどのように捉えているかを確かめるとともに、その内実に対して検討を加える。

二分説は、法益主体の意思に反する行為を次のように解している。

第一に、違法阻却的同意においては、個々の法益主体の意思にかかわらず、構成要件該当性のレベルにおいて、すべて、法益主体の意思に反する行為であると擬律される。たしかに、個々の法益主体の意思に真に反する同意もあろう。しかし、個々の法益主体がまさに同意していることもあろう。もちろん、違法性の段階において、個々の法益主体の意思に反しているのか合致しているのかが判断はされる。しかしながら、構成要件該当性の段階においては、法

益主体による法益処分行為が原則的に許容されず、これを反映して、行為者の行為は禁止される、との論証過程を踏むことになる。

第二に、保護法益や構成要件の解釈によって導かれた、刑罰法規ごとに想定されている、法益主体の意思に反する行為、である。この行為は構成要件要素とされ、法益主体の同意は構成要件阻却的同意とされる。その内容は刑罰法規ごとに異なり、バリエーションに富む。「被害者の意思なくする行為」、「暴力的行為」、「被害者の反抗意思を制圧する行為」、「暴力的要素が備わっている行為」、「被害者の意思が無視され、顧みられない行為」、「被害者の意思に直接的に影響を与える行為」、などである。これらに共通する要素は、法益主体の側からすれば、「無理強い要素」ということができよう。行為者による、このような無理強い行為に対し、法益主体が、事実的・自然的意思によって同意しさえすれば、それは有効とされ、その結果、行為者の行為は構成要件に該当しないと判断が下されることになる。

このようにしてみると、二分説によれば、個人的法益を保護するすべての刑罰法規において、法益処分の意思に反する行為が構成要件要素化されていることを肯定している。このことを前提にして、二分説は、法益主体の意思に反する行為を、法益保護主義や罪刑法定主義の観点から、刑罰法規ごとに、規範化かつ相対化して理解しているのである。たしかに、二分説の根底にある各論的考察方法を採るならば、法益主体の意思に反する行為が刑罰法規ごとに相対化されることは至極当然のことといえよう。しかしながら、そこには、二つの問題がある。

第一に、個々の法益主体の存在が軽んじられている。

二分説によると、違法阻却的同意においては、法益の性質や価値からして、あるいは一般的法益主体の立場から、法益主体による法益処分行為は原則的に許容されないとされる。ここでは、法益や一般的法益主体が優先され、個々

の法益主体はそれらに劣後する立場におかれる。個々の法益主体の同意よりも、法益の価値や一般人の総意から、法益処分は原則的に禁止されるという判断が優先されるのである。

個々の法益主体の存在が軽視されていることが顕著であるのが、構成要件阻却的同意の場面においてである。そこにおいては、刑罰法規ごとに、刑罰法規の文言や保護法益をめぐる解釈から導き出された、法益主体の意思に反する行為を、法益主体が事実的・自然的意思によって同意したかが問われる。個々の法益主体による意思決定過程については、わずかに、同意が法益主体にとって無理強いだったか否かのみ考慮されるにとどまる。さらに、無理強い行為に同意した法益主体の意思決定過程への考察は度外視される。

第二に、個々の法益主体への刑法的保護が、一方では過剰になり、他方において過少になってしまっている。このことが最も表面化するのが、欺罔に基づく同意においてである。

違法阻却的同意においては、個々の法益主体による同意の意思決定過程が考慮に入れられる。そこでは、欺罔に基づく同意は、法益主体の意思に反する行為であるとして、無効とされる。しかし、欺罔に基づく同意はすべて無効とし、その負担を行為者に負わせるのに躊躇せざるをえない事例もありうる。ゲールズは、違法阻却的同意において、動機の錯誤にすぎない場合は、これを有効であるとしていた[221]。もちろん、欺罔に基づく同意において、動機の錯誤をどう捉えるべきかについては、管見によれば、ここを議論の出発点としなければならない[222]。しかし、そこにおいては、法益主体への刑法的保護が過剰となる懸念が生じることも、また否定できない。

他方、構成要件阻却的同意においては、法益主体に対する刑法的保護は、間違いなく、過少となっている。二分説によれば、構成要件阻却的同意においては、法益主体側の同意能力は不要であり、法益主体による事実的意思・自然

的意思による同意でよい、とされている。なぜ、理論的に、そのように解さなければならないかは、分明でない。しかし、二分説が、もっぱら行為者による行為の可罰性があるのか否を分析するために構築された犯罪論を土台にして同意論を構想しようとしている点に着目するならば、次のような推測が可能である。すなわち、行為者側における故意の存否は構成要件との関係で検討され、そこでは故意行為の動機は犯罪の成否にとって無関係であることと同様に、法益主体側においても、法益主体の意思に反する行為という構成要件要素への同意のみが重視され、その行為に同意した動機は無視できると解されているのかもしれない。

仮に、この推測が正しいとすると、二分説においては、欺罔に基づく同意をなした法益主体への刑法的保護は、欺罔行為が明文上あるいは解釈論上、構成要件要素とされる場合を除いては、原則的に否定されることになる。なぜなら、同意に至る法益主体側の意思決定過程を捨象してながめるならば、欺罔に基づく同意は、行為時点においては、法益主体の意思に合致した行為となるからである。

しかしながら、欺罔に基づく同意への擬律をめぐり、違法阻却的同意と構成要件阻却的同意とで、かように保護への差異を設けるのは、技巧的であるといわざるをえない。法益主体は各自の動機（あるいは各自が追求する利益）を実現するために法益処分の決断をするのが通常である[223]。したがって、法益主体に反する行為か否かを判断するに際して、法益主体が同意した意思決定過程が等閑に付してよいとするならば、構成要件や法益をめぐる論拠以上の、確かな論拠が必要である。前節において述べたとおり、構成要件や保護法益の解釈は、ともすれば解釈者の偶然性によって決まるからである。

第五章　まとめ

同意二分説について、その理論的背景、主張の骨子をたどり、これらをふまえた上で、批判的考察を加えた。かような検討を通じて析出された問題点は、現在の同意論においても、そのまま当てはまりうる。

二分説は、同意論における過去の見解なのではない。現在においても、その思考方法は広く受容されている見解である。しかしながら、これまでの考察の結果、二分説への理論的批判は決定的であると考える。ドイツにおいて二分説が通説であるとはされてはいても、学説による二分説への批判は極めて強力化している。法益関係的錯誤説[224]や規範的自律説[225]、価値観説[226]、法益保持責任説[227]の登場にも顕れているとおり、理論的に一貫した同意論を構築する方向に議論がシフトしている。もっとも、欺罔に基づく同意をめぐっては、いまもなお右の各説が拮抗し、議論が膠着状態に陥っている。

しかし、それでもなお、欺罔に基づく同意に関する私見は、本稿において未だ提示できなかった。ただし、次のことだけは明確である。欺罔に基づく同意を解決する道は、いかなる犯罪論体系をとるか、法益や刑罰法規をいかに解釈するべきか、にあるのではない。むしろ、法益主体による法益処分の意思決定を目的にした行為者の欺罔行為と、個々の法益主体が法益処分を決意するに至った意思決定過程との相互関係を、正面から考察することにこそ、その解決の道がある。欺罔に基づく同意に関する擬律に関する私見は、稿を改めて述べていくこととしたい。

（1）　野村和彦「欺罔に基づく同意をめぐる初期の学説状況―「利益説」と「法益説」の対立―」日本法学八八巻三号（二〇二三年）一六三頁。

（2）　ゲールズの二分説を紹介するものとして、須之内克彦『刑法における被害者の同意』（二〇〇四年）一七頁以下、佐藤陽子「わが国の承諾論とゲールズの二元説―なぜわが国においてゲールズの二元説は受け入れられなかったのか―」浅田和茂他編『刑事法学の系譜―内田文昭先生米寿記念―』（二〇二二年）所収一八九頁以下がある。

（3）　このほか、クラウス・ロクシン（Claus Roxin）とルイス・グレコは（Luís Greco）は、二分説の理論的特徴として、法益主体による意思表示の要否、法益処分能力の要否、公序良俗違反の適用の可否、同意に対する行為者側による認識の可否、行為者側による同意の錯誤に対する処理の相違、を挙げる。Roxin/Greco, AT, 5. Aufl. (2020), S.652 f.

（4）　Schönke/Schröder, 30. Aufl., Vor §§ 32 ff., Rdn. 29, 30 (Sternberg-Lieben); LK, 13. Aufl. (2019), Vor §§ 32 ff., Rdn. 147, 148 (Rönnau); Joerg Brammsen, Einverständnis und Einwilligung, in FS für Keiichi Yamanaka (2017), S.4-12. なお、ヨーク・ブラムゼンは、構成要件阻却的同意と違法阻却的同意には相当重なり合う点があることを指摘するとともに、両者の相違点として同意の意思表示の問題を挙げている。Vgl. Brammsen, aaO, S.15 f.

（5）　本稿第四章第一節を参照。

（6）　Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, S.262.

（7）　Ernst Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Archiv für die Civilistische Praxis, 99, 1906, S.1 f.

（8）　Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, Band 1, 1885, S.713 f.

（9）　Zitelmann, aaO 前掲注（7）S.7.

（10）　Zitelmann, aaO 前掲注（7）S.11.

（11）　Zitelmann, aaO 前掲注（7）S.18.

（12）　Zitelmann, aaO 前掲注（7）S.15.

（13）　Zitelmann, aaO 前掲注（7）S.23.

(14) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.21-22.
(15) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.48.
(16) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.49.
(17) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.55-56.
(18) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.68.
(19) なお、同意の有効性を制限するツィーテルマンの見解については、野村・前掲論文・前掲注(1)一九二頁を参照。
(20) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.64.
(21) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.64-65.
(22) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.70.
(23) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.75.
(24) Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911.
(25) Fischer, aaO 前掲注(24) S.271.
(26) Fischer, aaO 前掲注(24) S.271. なお、フィッシャーは、同意をめぐる錯誤について以下のように捉える。権利主体が同意を誤って与えたり、あるいは、行為者がこの同意の有効性を免責的に誤認したり、あるいは、行為者が、権利主体による同意の撤回を免責的に認識しなかったりしたときは、行為者には責任がなく、損害賠償義務も全面的にあるいは部分的に免れうる(Fischer, aaO 前掲注(24) S.272)。

さらに同意の公序良俗違反について、次のようにいう。他者侵害あるいは自己侵害の同意の公序良俗違反性に関する錯誤について、行為者が免責されることは決してない。しかし、行為者と被害者の間で公序良俗に反する同意がなされた場合、あるいは、行為者が有責的に同意の有効性について錯誤に陥っていた場合、さらに、行為者も被害者も同意は許されないことを認識していた場合、行為者は損害賠償責任を、全面的または部分的に免れる(Fischer, aaO 前掲注(24) S.275, Fn.11)。
(27) Fischer, aaO 前掲注(24) S.273.

(28) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18 neubearbeitete Aufl. (1931), S.141.

(29) Frank, aaO 前掲注(28) S.143.

(30) Frank, aaO 前掲注(28) S.142.

(31) Frank, aaO 前掲注(28) S.141-142.

(32) Kiehl, Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltenden Strafrechten, GA 1907, 380-381. キールによると、ツィーテルマンの見解に立つと、同意においては、行為者に悪意の抗弁権や被害者の共同責任を主張することを認め、他方、被害者には公序良俗による同意の無効を主張することを認めることになる。こうしたことは、民法だけに限って正当であり、刑法においては重要でない、とされる。

(33) Kiehl, aaO 前掲注(32) S.381.

(34) Kiehl, aaO 前掲注(32) S.382.

(35) Kiehl, aaO 前掲注(32) S.382.

(36) Kiehl, aaO 前掲注(32) S.382-383.

(37) Kiehl, aaO 前掲注(32) S.383.

(38) Kiehl, aaO 前掲注(32) S.383.

(39) Heinrich Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländen Strafrechts, in: Hrsg. von Karl von Birkmeyer, Fritz van Calker, Reinhard Frank, Robert von Hippel, Wilhelm Kahl, Karl von Lilienthal, Franz von Liszt, Adolf Wach, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Ⅱ. Band (1908), S.503, Fn.1.

(40) Gerland, aaO 前掲注(39) S.495, Fn.5.

(41) Gerland, aaO 前掲注(39) S.496.

(42) Gerland, aaO 前掲注(39) S.503.

(43) Gerland, aaO 前掲注(39) S.505.

(44) Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 20. Aufl. (1914), S.160. たとえば、殺人は同意があっても違法であるが（刑法二一六条）、女性の貞操（weibliche Geschlechtsehre）や自由、財産などの侵害については、同意により、違法な特徴（Eigenart）が失われるとする。Liszt, aaO, S.160, Fn.6.

(45) Liszt, aaO, 前掲注(44) S.160, Fn.7.

(46) リストの基本的立場は、その死後、エーベルハルト・シュミット（Eberhard Schmidt）によって補訂された刑法教科書においても、維持されている。なお、女性誘拐罪の記述のなかで、行為者の欺罔による同意は無効であるが、その欺罔は誘拐それ自体に関するものでなければならず、誘拐の目的に関する欺罔は必ずしもその同意を無効としないとしている。Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Aufl. (1921), S.380.

(47) 一九〇九年にはライヒ刑法典改正予備草案、一九一三年にはライヒ司法省による委員会草案、そして第一次世界大戦およびドイツ革命後には、一九一三年草案を基礎にしつつ新しい政治体制をふまえた一九一九年草案が、それぞれ現れた。ホーニッヒの教授資格論文（後掲注(48)）は、一九一三年草案から一九一九年草案の間に執筆された。Vgl. David Christopher Weiglin, Richard Martin Honig (1890-1981) - Leben und Frühwerk eines deutschen Juristen jüdischer Herkunft, S.61-63 (2011).

(48) Richard Honig, Die Einwilligung des Verletzten (1919).

(49) ホーニッヒは、自然法学派や歴史法学派、ヘーゲル法哲学派、社会的実証法学派、一般法学派が、これまで同意をめぐり、いかなる議論を展開してきたかを詳説している。

(50) Honig, aaO 前掲注(48) S.84.

(51) Honig, aaO 前掲注(48) S.158.

(52) Honig, aaO 前掲注(48) S.162. なお、ここでホーニッヒは、後述のベーリンゲの見解を引用する。

(53) Honig, aaO 前掲注(48) S.160.

(54) Honig, aaO 前掲注(48) S.160-161.

(55) Honig, aaO 前掲注(48) S.161.

(56) Honig, aaO 前掲注(48) S.161. 特に、刑法二三五条（児童誘拐罪）と同二三七条（未成年者誘拐罪）が例としてあげられている。

(57) Honig, aaO 前掲注(48) S.164.

(58) Honig, aaO 前掲注(48) S.158.

(59) Zitelmann, aaO 前掲注(7) S.74 f.

(60) Geerds, aaO 前掲注(6) S.262, Fn.2.

(61) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

(62) Beling, aaO (1906) 前掲注(61) S.218.

(63) Honig, aaO, 前掲注(48) S.162, Fn.91.

(64) Beling, aaO (1906) 前掲注(61) S.219-220.

(65) Beling, aaO (1906) 前掲注(61) S.221.

(66) Beling, aaO (1906) 前掲注(61) S.221-222.

(67) Beling, aaO (1906) 前掲注(61) S.223.

(68) Beling, aaO (1906) 前掲注(61) S.223.

(69) そのほかに、ベーリングは同意論を具体的にどう捉えていたのか。医師の治療行為における刑事責任に関する論文から垣間みたい（Ernst Beling, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), S.220 f.）。

ベーリングは、身体法益について、これに関連する法益主体の利益を一定限度において肯定し、身体法益と関連利益を一体的に次のように把握する。身体には、①存在利益、②身体に対する願望的利益、③可動の自由の利益がある。②については、さらに三つの場合に枝分かれする。(a)自身の健康（客観的な心身の状態）、(b)主観的な健康（痛みや弱さ、その他、痛みに準

ずる感情的不快感からの自由)、(c)外見(身体を醜くされないこと)、である。Vgl. Beling, aaO (1924), S.222.

(70) Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 62 (1960), S.90.

(71) ビンディングとケスラーの論争については、野村・前掲書・前掲注(1)一五九頁以下を参照。

(72) Honig, aaO 前掲注(48) S.76.

(73) Honig, aaO 前掲注(48) S.94.

(74) Honig, aaO 前掲注(48) S.95-96. 被害者の同意(他者侵害による)と自己侵害の区別は法益処分の可否の問題と考えるリストの見解や、刑罰法規からみて自己侵害行為は不可罰であるとするベーリングの見解を批判する文脈で述べられている。

(75) Honig, aaO 前掲注(48) S.97.

(76) Honig. aaO 前掲注(48) S.98.

(77) Honig, aaO 前掲注(48) S.100.

(78) Honig, aaO 前掲注(48) S.110-111.

(79) Honig, aaO 前掲注(48) S.117.

(80) Hoing, aaO 前掲注(48) S.117.

(81) Honig, aaO 前掲注(48) S.119.

(82) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl. (1949), S.55 ff. この分類は以後も維持され、ゲールズのいう Einverständnis を用いて、構成要件該当性を阻却する同意が説明されている。Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl. (1969), S.95.

(83) 一例として強姦(Notzucht)を挙げる。法益主体が行為を快く受け容れる用意があったとき(vis haud ingrata)は、その意思を相手に示していなくても、行為に対する同意が肯定される。Welzel, aaO (1949) 前掲注(82) S.55.

(84) Welzel, aaO (1969) 前掲注(82) S.331. ただしこの場合、監護者は売春仲介の罪に問われる余地がある。

(85) Welzel, aaO (1969) 前掲注(82) S.331.

(86) Welzel, aaO (1969) 前掲注(82) S.333.

(87) Welzel, aaO (1969) 前掲注(82) S.95, 409.

(88) Welzel, aaO (1949) 前掲注(82) S.55. なお、法益主体の判断能力とは、相手方の行為と自己がなした同意の意味を理解する力のことである。Vgl. Welzel, aaO (1949) 前掲注(82) S.56.

(89) 結果に対する同意のみの場合は、行為無価値は残るとしている。Welzel, aaO (1949) 前掲注(82) S.55-56.

(90) Welzel, aaO (1949) 前掲注(82) S.55-56. ここでは、ここでは法益侵害説が構想する同意論、すなわち法益主体が法益処分の意思を抱きさえすれば（意思方向説）、同意は有効とする見解が批判の対象とされている。

(91) Welzel, aaO (1949) 前掲注(82) S.56. 公序良俗違反は故意傷害罪においてのみ規定されてはいるが、ヴェルツェルは、法益の趣旨を考慮しながら、他の犯罪への適用を肯定する。なお、窃盗罪や横領、器物損壊については、法律行為的同意を考えていく必要があるとする。Welzel, aaO (1949) 前掲注(82) S.56-57.

(92) Welzel, aaO (1969) 前掲注(82) S.53.

(93) Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3.Aufl.(1978), S.299, 259. なお、イェシェックとトーマス・ヴァイゲント (Thomas Wegend) による刑法総論の教科書（第五版）では、類型的不法が存在しない、と説明されている (Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5.Aufl. (1996), S.373.)。

(94) Welzel, aaO (1969) 前掲注(82) S.53.

(95) Welzel, aaO (1969) 前掲注(82) S.53.

(96) Hellmuth Mayer, Strafrecht, AT (1953), S.166 ff.

(97) H. Mayer, aaO, (1953) 前掲注(96) S.166 ff. なお、違法性を阻却する同意に関しては、意思表示説を明確に採る。Vgl. H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.167.

(98) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.166 ff.

(99) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.168.

(100) H.Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.166.

(101) H.Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.167.

(102) H.Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.167.

(103) H.Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.167.

(104) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.52. なお、マイヤーは、J.M.F Birnbaum やビンディングの文献を引用して、法益と権利 (Subjektives Recht) とを区別する。権利とは、法秩序が個人に与えている、法的な力 (Rechtsmacht) をいう。たとえば、個人は民事訴訟によって権利を実現することはできる。しかし、法益主体の権利を保護するためには、民法だけでは、その保護の時点が遅すぎることを指摘する。

(105) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.51.

(106) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.52.

(107) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.53.

(108) H. Mayer, aaO (1953) 前掲注(96) S.52-53.

(109) Geerds, aaO (1954) 前掲注(6) S.262.

(110) Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Dissertation Kiel (1953), S.103.

(111) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.103.

(112) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.104. なお、本章においてゲールズの二分説を概観するに限り、山中敬一の訳語（同「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三巻三一五号（一九八三年）一七五頁）にならい、「合意」と「同意」の用語を用いる。

(113) Geerds, aaO 前掲注(6) S.262.

(114) なお、ゲールズは、刑法を基礎に据えた二分説を、民法にも適用する可能性も検討している (Geerds, aaO, (1953) 前掲注(110) S.209)。ツィーテルマンが民法における法律行為概念を刑法の同意論に及ぼそうとしたのと、ちょうど逆の展開といえ

よう。刑法における二種類の同意が、ドイツ民法八二三条において規定されている不法行為の損害賠償義務を阻却するか否かが主な論点である。

構成要件阻却的同意および違法阻却的同意は、事実的な（法律行為ではないという意味において）ものとして、広く「許可」と解した上で（Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.227.）、前者については同条二項（民法以外の保護法に違反した場合）を根拠にして損害賠償義務を否定する（Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.228）。後者については、原則規定である同条一項に基づく損害賠償義務は、民法における同意（Zustimmung）に関する諸規定に依拠して決定される。Vgl, Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.246 f.

(115) Geerds, aaO（1960）前掲注(70) S.42もあわせて参照。

(116) Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.5.

(117) Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.12. ゲールズによれば、刑罰法規における法益が決め手となる。法益概念の基礎は、共同体が行為を不道徳と考える不快感（Anstoß）であって、そこには共同体の意見が反映されているという。Vgl. Geerds,aaO（1953）前掲注(110) S.16-17.

(118) Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.12.

(119) Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.76 f. 意思方向説を採ることは、二つの点から妥当でないとする。第一に、法益主体への刑法による保護が、法益主体の意思方向により失われてはならない。第二に、同意は結果無価値だけでなく行為無価値にも及ぶべきであり、客体の不能として未遂処罰を肯定するのは不当である。Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.72, 74.

(120) Geerds, aaO,（1953）前掲注(110) S.79. これは違法論からの解決であり、その貢献者としてヴェルツェルを挙げる。

(121) Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.82.

(122) Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.163-165.

(123) Geerds, aaO（1953）前掲注(110) S.165-167.

(124) なお、ゲールズによれば、事実の錯誤にあたるのか、それとも法律の錯誤にあたるのかは、公共の利益と行為者の利益を

衡量して決する。なぜなら、刑法は人間の共同生活の基礎を保護するためにあるのだから、行為者側の錯誤のすべてを法秩序が考慮するわけにはいかないからである。Vgl. Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.160.

(125) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.177-182.

(126) Geerds, aaO (1954) 前掲注(6)S.263-264 ; ders., aaO (1960) 前掲注(70)S.43-44.

(127) Geerds, aaO (1954) 前掲注(6)S.264-266 ; ders., aaO (1960) 前掲注(70)S.45.

(128) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.137.

(129) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.138.

(130) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.138.

(131) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.150-152.

(132) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.167-169. もっとも、ゲールズは、被害者の意思に反することは客観的構成要件であることから、行為者の責任逃れの口実とならないよう、合意の錯誤は行為時に存在しなければならないことを強調する。

(133) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.98.

(134) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.98.

(135) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.100. 同意論は個々の刑罰法規を出発点にするべきであるとするホーニッヒの見解が、論拠の一つとして引用されている。Vgl. Honig, aaO 前掲注(48)S.119.

(136) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.99. 構成要件阻却的同意は社会的相当性によって基礎づけられるとするラインハルト・マウラッハ (Reinhart Maurach) の見解を念頭に置いている。ゲールズは、マウラッハのこの見解も、結局のところ構成要件該当性が阻却されることを認めているとする。

(137) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.119. それゆえ、ゲールズは、同意によって侵害客体と保護客体の双方が欠ける必要はないとし、その例として後述の窃盗罪を挙げる。

(138) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.100. なお、ゲールズは、この手法が同時に構成要件阻却的同意の難点であることも示

唆している。

(139) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.115-116.

(140) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.119.

(141) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.106.

(142) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.110.

(143) 当時の刑法二三六条は、第一項において、「成人女性（Frauenperson）を、その意に反し、強姦を行うために、偽計、脅迫、又は暴行により誘拐した者は、一〇年以下の重懲役に処する。結婚するためにしたときは、軽懲役に処する。」と定める。なお、この罪は親告罪である（第二項）。

なお、当時のドイツ刑法典を訳出するに当たっては以下を参照した。BGBl. I, Nr.55 (1953), Adolf Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 5.Aufl. (1951).

(144) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.106.

(145) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.106-107.

(146) 刑法二三七条は、第一項において、「未成年かつ未婚の女性をその同意を得て、しかし、その両親、後見人、又は保護人の同意を得ることなく、強姦又は結婚のために誘拐した者は、軽懲役に処する。」と規定する。なお親告罪である（第二項）。未成年誘拐罪（刑法二三五条）の特別類型の一つである。

(147) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.108-109.

(148) 刑法一二三条一項は「住居、店舗、保護された他者の地所、または公務若しくは交通のために閉鎖された空間へ違法に侵入した者、あるいは、許可なくその場に滞留している者が、法益主体の要求にもかかわらず退去しないときは、三月以下の軽懲役または罰金に処する。」と規定する。

(149) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.110-111.

(150) 刑法二四二条一項は「他者の動産を、不法領得の意思をもって窃取した者は、窃盗の罪とし、軽懲役に処する。」と規定

する。

(151) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.113.

(152) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.124-125.

(153) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.126-127.

(154) 刑法一七六条一項三号は「一四歳未満の者とわいせつ行為をし、または一四歳未満の者を、わいせつ行為を行うことに、若しくはその行為を許容するように、誘惑した者は、一〇年以下の重懲役に処する。」と規定する。

(155) 刑法一七九条一項は「女性を、結婚のために性交すると誤信させ、若しくは結婚すると欺き、それによって、女性が性交を許容するよう欺いた者は、五年以下の重懲役に処する。」と規定する。

(156) ちなみに、性犯罪において、法益主体の同意が構成要件阻却的に作用する場合として、次の例をゲールズは挙げている。①強要（Nötigung）を手段とする場合（当時の刑法一七六条一項、一七七条、一七五条a一号）、②唆し（Verführung）を手段とする場合（当時の刑法一七五条a三号、一八二条。行為者が自ら犯罪を促したにもかかわらず、相手が反対することなく、その犯罪が実現した点を捉えて。）、③依存関係（Abhängigkeitsverhältnis）を手段とする場合（当時の刑法一七五条a二号。被害者側の意思が影響している点を捉えて）、④暴行（Mißbrauchen）を手段とする場合（依存的関係が存在する場合。依存者が何ら影響を受けず自ら自由に相手に任せている点を捉えて〔当時の刑法一七四条〕。ただし、当時の刑法一七五条一項、一七五条a一～四号、一七六条二項、一七七条二項は違法阻却的同意)。Geerds, aaO (1953), 前掲注(110)S.128-130.

(157) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.178. 欺罔に基づく同意の例として、ゲールズは次の二つをあげる。

①下宿の女主人Bは、転借人Uの木炭を保管していたが、それを全部使い果たしてしまった。この事実を隠して、BはUに対して、もう一ツェントナー（五〇キログラム）の木炭が欲しいと伝えたが、その際、自分の手元には四ツェントナーの木炭があると嘘をついた。Uは一ツェントナーをBに使うことを許した。一ツェントナー分については、Uの同意があるため、Bに関し横領罪（当時の刑法二四六条。「自己が占有する他者の動産を、違法に領得した者は、横領の罪とし、三年以下の軽懲役に処する。その動産を委託により占有していたときは、五年以下の軽懲役に処する。」と規定する。）の成立は否定されるか

もしれないが、Bの欺罔に基づきUが同意しているため、この同意は無効であるとする。

②ノロ鹿を預かっている者が、餌代を節約するために、ノロ鹿が病気にかかっていると所有者を欺き、その鹿を殺す同意を所有者から得て殺した。この同意は無効であり、ノロ鹿を預かっている者について器物損壊罪（当時の刑法二六〇条一項。「他者の物を故意にかつ違法に損壊した者は、罰金若しくは二年以下の軽懲役に処する。」と規定する。）が成立する。Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.177,179.

(158) RGSt 41, 396. 被告人が四人の未成年に対し自慰行為をさせた性的暴行（Beleidigung）の事例である。

(159) Geerds, ssO (1953) 前掲注(110)S.179.

(160) ゲールズは、欺罔に基づく同意について、行為者が何をしようとしているのかを法益主体が正確に理解していることが通常である、と捉える。これを理由に、行為者の行為以外のさらなる事情に関する法益主体の認識は、理論的に不要であるとしている。Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.177, Fn.2.

(161) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.179.

(162) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.181. なお、ゲールズは、カール・クレー（Karl Klee）の見解に言及している。同意を二分する考えを採らないクレーは、強要や恐喝といった暴行犯罪を引き合いに出し、強制に基づく同意を有効としている (Karl Klee, Selbsverletzung und Verletzung eines Einwilligenden, Archiv für Strafrecht und Strafprozess, 50 (1903), 374.)。ゲールズはこれに理解を示しつつも、自身の二分説の観点から、同意と合意を統一的に捉えることは危険であるとする。Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.182.

(163) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.180-181.

(164) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.181.

(165) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.184.

(166) なお、ゲールズは推定的同意を次のように解している。積極的な同意意思を法益主体が例外的に決意していない限り、法益主体の同意は存在しないとする考えにほかならない、と。Geerds, aaO (1953), 前掲注(110)S.186-187.

(167) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.185.

(168) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.185. こうした理解は、ビンディングが提唱して以降、学説において一つの流れを形成しているとしている。Vgl, Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.186, Fn.1.

(169) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.185-186.

(170) 刑法二六三条一項は「自己または第三者に違法な財産的利益を創出する目的で、事実を欺き、または真実を歪め若しくは伝えないことにより、相手に錯誤を生じさせ、若しくは、それを維持することによって、相手に財産的損害を与えた者は、軽懲役に処する。これに加え、罰金若しくは市民的名誉権の喪失も併科することができる。」と規定する。

(171) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110) S.188.

(172) ゲールズは、被害者の意思のみが状況により占有交換を可能にするときは、積極的な交付行為だけでなく、断固たる対応をとらないことや「占有侵奪」を容認する行為も、例外的に、処分行為であると評価しうるとする。Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.188.

(173) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.188.

(174) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.189.

(175) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.189.

(176) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.189-190. なお、ゲールズは、行為者の故意面において、窃盗罪と詐欺罪は両立しえないとも指摘している（Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.189.）。合意においては行為者の故意面と法益主体の意思方向のみに照準をあわせるために、行為者の欺罔行為が法益主体の意思決定にどのような影響を及ぼすのかは度外視されることになるからである。

(177) 刑法一七七条は「生命若しくは身体に対する現在の危険を暴行又は脅迫によって惹起し、これにより女性に対し婚外の性行為を甘受させることを強要し、または、婚外の性行為を行うことを目的として、女性を心神喪失の状態にさせたのちに女性に婚外の性行為を行った者は、重懲役に処する。」と規定する。

(178) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.190-191.

(179) Geerds, aaO, (1953) 前掲注(110)S.191.

(180) 刑法二五三条一項は「他者に対し、違法に、暴行若しくは実害を与える脅迫を加えることによって、作為、甘受若しくは不作為を強要し、それによって被害者の財産若しくは第三者の財産に不利益を与えた者は、恐喝の罪とし、重懲役または六月以上の軽懲役に処する。」と規定する。

(181) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.191.

(182) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.191.

(183) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.192.

(184) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.192-193.

(185) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.194.

(186) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.195.

(187) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.198.

(188) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.195.

(189) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.196.

(190) 林幹人『刑法総論（第二版）』（二〇〇八年）一六〇頁（保護法益の侵害・危殆化がないことを理由に）、山中敬一『刑法総論（第三版）』（二〇一五年）二〇九頁、山口厚『刑法総論（第三版）』（二〇一六年）一六二―一六三頁（同意は構成要件的結果の有無にかかわるので、構成要件の問題として扱うのが理論的であるとする）、佐伯仁志『刑法総論の楽しみ方・考え方』（二〇二三年）二〇二―二〇三頁（被害者の同意は、傷害罪を除き、原則として構成要件阻却という方が正確であるとする）。

(191) なお、松原芳博は、同意を二分する見解を、刑罰法規の文言を基準とする形式的二元説と、法益の性質を基準とする実質的二元説とに分かつ。同『刑法総論（第三版）』（二〇二二年）一三三頁、一三四頁。

(192) 佐藤陽子『被害者の承諾―各論的考察による再構成―』（二〇一一年）二四頁。

(193) 佐藤陽子・前掲書・前掲注(192)二一七頁―二一八頁。各同意に関する説明は、佐藤陽子・前掲書・前掲注(192)一三九頁以下を参照。

(194) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六年）五七九頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）（第三版増補版）』（二〇〇五年）三九九頁以下、中野次雄『刑法総論概要（第三版補訂版）』一八二―一八三頁、斉藤信治『刑法総論（第六版）』（二〇〇八年）一六一頁以下、佐久間修『刑法総論』（二〇〇九年）一九二頁、伊東研祐『刑法講義総論』（二〇一〇年）二一九頁以下、川端博『刑法総論講義（第三版）』（二〇一三年）三二四頁以下、松宮孝明『刑法総論講義（第五版）』（二〇一七年）一二四―一二五頁、大谷實『刑法講義総論（新版第五版）』二五一頁以下（個人法益に対する罪については同意を構成要件該当性阻却事由としつつ、傷害については重大な傷害の場合において違法性は阻却されないとする）、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第三版）』（二〇一九年）二〇〇頁（身体の自由や性的自由、財産などの保護は、被害者の同意がないことを前提としているので、被害者の同意があるときは構成要件該当性が阻却されるのに対し、生命身体に関する同意は違法性の問題であるとする。）、日髙義博『刑法総論（第二版）』二五五頁、高橋則夫『刑法総論（第五版）』（二〇二二年）三四一頁以下。

(195) 浅田和茂『刑法総論（第三版）』（二〇二四年）二一二頁。

(196) 浅田和茂・前掲書・前掲注(195)一一五―一一六頁。

(197) 浅田和茂・前掲書・前掲注(195)（二〇二四年）二〇五頁。

(198) 浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」産大法学三四巻一号（二〇〇〇年）一三―一四頁。

(199) 井田良『講義刑法学・総論（第二版）』（二〇一八年）三四八頁。法益の性質により、法益そのものが消滅する罪については、同意があれば構成要件該当性が阻却されるとする。

(200) 最決昭和五五年一一月一三日・刑集三四巻六号三九六頁。

(201) 同意を二つに区分することに曖昧さが存在することについて、わが国では、須之内克彦・前掲書・前掲注(2)三〇頁が指摘していた。管見は、このことを、ドイツの学説をふまえて、本節において詳述する。

(202) ちなみに、誤想防衛は、事実の錯誤なのか違法性の錯誤なのか、揺れている見解もある。フリッツ・ハルトゥンク

(Fritz Hartung) は、当初は、責任説に賛同しつつも、事実の錯誤説に立っていたが (Fritz Haltung, Der Rechtsirrtum in der Rechtsprechung des Reichsgericht, DRZ (1949),S.342.)、のちに、違法性阻却事由の事実的前提に関する錯誤と違法性阻却事由の法的要件または射程範囲の錯誤を区別することは、実質的に困難であるとして、つねに違法性の錯誤であるとされる (Fritz Hartung, Irrtum „über negative Tatbestände“, NJW (1951), S.212.)。

(203) Horst Schroeder, Vorsatz und Schuld, MDR 1950, S.649.

(204) Schroeder, aaO (1950) 前掲注(203) S.649.

(205) Schroeder, aaO, (1950) 前掲注(203) S.650.

(206) Dietrich Lang-Hinrichsen, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Vervotsirrtum, JR (1952), S.187-188.

(207) Friedrich Schaffstein, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, S.197.

(208) Schaffstein, aaO (1951) 前掲注(207) S.199.

(209) Hellmuth von Weber, Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund, JZ 1951, S.262.

(210) 「許可なく」という文言だけでなく、被害者の意思に反するか否かという視座も、偶然によって決せられている例としてあげられている。Weber, aaO (1951) 前掲注(209) S.262.

(211) Heinz Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht (1970), S.13. 構成要件およびその解釈の偶然性の例の一つとして、旧住居侵入罪を挙げ、次のようにその問題を説明する。建物所有者の同意を得て建物に立ち入る場合、それが別荘であれば構成要件阻却的同意、自宅であれば違法阻却的同意とされていた。また、所有者の同意を得てその愛人が、所有者の妻が反対するにもかかわらず、その住居に立ち入った場合、住居権は所有者のみに存在していたと愛人が誤認していたときは事実の錯誤であるとする一方、所有者の妻から退去を要求されたにもかかわらず愛人がその場にとどまったときは違法性の錯誤であるとされていた。Zipf, aaO (1970), S.14.

(212) Zipf, aaO (1970) 前掲注(211) S.30.

(213) Zipf, aaO (1970) 前掲注(211) S.16.

(214) Zipf, aaO (1970) 前掲注(211)S.18.

(215) 本稿第三章第三節第一款を参照。

(216) 本稿第二章第二節第三款を参照。

(217) 本稿第三章第三節第一款を参照。

(218) 本稿第二章第一節を参照。

(219) Dieter Kientzy, Der Mangel am Tatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers (1970).

(220) Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219), S.59-60. なお、キンツィは、二分説を次のように批判している。

第一に、構成要件阻却的同意と違法性阻却的同意と分類する、機能的必要性が示されていない。構成要件阻却的同意を、少なくとも体系的にこれまで承認されてきた違法性阻却的同意との関係で検証することをしないで、構成要件の性質とか保護されている法益の本質とかを根拠に、異なる分類を正当化しようとしている (Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219)S.33.)。

第二に、「被害者の意思に反する」という要素を用いて同意が二分されているが、この要素は、禁止に反するすべての行為に含まれているはずである (Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219)S.44.)。

第三に、二分説は、「意思の自由」と法益がすべての構成要件において分離されているかのように理解している。意思の自由は、仮に構成要件に明示されていなくても、法益に内在している (Kientzy, aaO (1970), 前掲注(219)S.50-51.)。

第四に、意思能力を欠く者の保護が不十分である (Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219)S.57)。

第五に、欺罔や脅迫による同意のときは、他の構成要件でカバーできるという二分説の主張は、生活感のない解決である。欺罔による同意や処分法益に関する洞察能力が低い場合には、洞察能力を検討することを通じて、強要罪に当たる場合も認めるべきである (Kientzy, aaO (1970) 前掲注(219)S.63)。

(221) Geerds, aaO (1953) 前掲注(110)S.177, Fn.2.

(222) 動機の錯誤こそ、欺罔に基づく同意を解決する出発点としなければならないことについては、野村和彦「わが国における法益関係的錯誤説への疑問」日本法学八〇巻四号（二〇一五年）三五頁以下、同「法益関係的錯誤説への批判」慶應法学三七

巻（二〇一七年）一八七頁以下。

(223) 法益の動的保護こそが、同意論の基礎におかれなければならないのである。このことをすでに示唆していたのが、ヴェルツェルであった。Vgl. Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58 (1939), S.515.

(224) Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung (1970).

(225) Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigefühlte Einwilligung, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll (1984), S.275-295.

(226) Peter Noll, Übergesetzliche Rechtsfertigungsgründe (1955), Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten (1998).

(227) Wolfgang Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten (2004).

研究ノート

科学捜査の強制処分性

――DNAサンプル採取行為を素材に――

外塚果林

1　問題の所在
2　本件控訴審判決の概要
(1)　事件の概要
(2)　判決の要旨
3　学説の整理
(1)　従来の学説
(2)　井上説の登場
4　検討1――ⓐ「意思を制圧し」について
(1)　川出説について
(2)　考察
5　検討2――ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」について
(1)　井上説が妥当であるという意見について
(2)　井上説に対する疑問1――制約される権利や利益の「質」に対する疑問
(3)　井上説に対する疑問2――権利や利益の「制約の程度」に対する疑問
(4)　考察
6　今後の課題

1　問題の所在

近時の科学技術の発展に伴い、捜査機関における科学捜査は、従来のものとは比較にならないほど、その技術が高度かつ精密なものに進化したといわれている。とりわけＤＮＡ型鑑定については、同鑑定が捜査で実用されるようになった一九九〇年代初頭と比較すると個人識別能力が飛躍的に上昇しており、このような科学捜査についてさらなる技術的進化が期待されるところである。しかしながら、他方、科学捜査が進化したことで従来以上に重大なプライバシー侵害が生じていることは看過できない問題である。

ところで、捜査については、その捜査が強制処分といえるか否かを判断する基準について井上説が通説・判例[1]となっているが、上述したように、科学捜査が進化したことで従来以上に重大なプライバシー侵害が生じていることをふまえると、強制処分か否かを判断する基準について今一度再考すべき時期にきているように思われるのである。

そこで本研究は、捜査機関によるＤＮＡサンプル採取行為の適法性が争点となった東京高判平成二八年八月二三日判タ一四四一号七七頁（以下、「本件控訴審判決」）を素材に、本研究の趣旨に合致するいくつかの判例を参考にしながら、通説・判例とされる井上説について再考することで、近時の科学捜査における強制処分の判断基準について一つの方向性を示すことを目的とするものである。

2　本件控訴審判決の概要

(1)　事件の概要

本件は、建設中の仮設事務所から現金やお菓子等が窃取された窃盗及び建造物侵入事件である。被告人が本件犯人とされたのは、上述した仮設事務所に遺留された割り箸に付着した唾液等（以下、「遺留鑑定資料」）から判明したＤＮＡ型が、被告人を逮捕後、同人が任意で提出した口腔内細胞から判明したＤＮＡ型と一致したことに起因するが、本件では、後者に関する鑑定書（以下、「本件鑑定書」）が違法収集証拠にあたる可能性があることから、その証拠能力が争われたものである。

すなわち、本件鑑定書が作成された前提として、県警本部に所属する警察官A及び警察官B（以下、「A」及び「B」）が、河川敷沿いにテントを張って生活している被告人を訪問した際、Aが持参した紙コップ（以下、「本件紙コップ」）で被告人にお茶を勧め、同人がお茶を飲んだ後、DNAサンプル採取の目的を秘したまま本件紙コップを破棄することを伝えたうえ、同紙コップを回収し（なお、Bはその様子をカメラで写真撮影していた）（以下、このようなA及びBの行為を「A及びBのDNAサンプル採取行為」という）、その後、同紙コップに付着したDNAについてDNA型鑑定を行ったところ、上述した遺留鑑定資料から判明したDNA型と一致したことから、これを疎明資料として被告人に対する逮捕状を請求した、という経緯が存在するからである。それゆえ、A及びBのDNAサンプル採取行為が強制処分にあたる場合、無令状で行われた同行為は違法なのだから、いくら逮捕後、任意で被告人の口腔内細胞を採取したとしても、そのような経緯を前提に作成された本件鑑定書は違法収集証拠として証拠能力が否定されるのではないか、ということが争点になった。

第一審判決では、A及びBのDNAサンプル採取行為は強制処分ではなく任意処分であり、同行為が無令状で行われても違法ではないのだから、そのような経緯を前提に作成された本件鑑定書は違法収集証拠として証拠能力が否定されることはない旨判示し、結論として、被告人を有罪と判断した。

それに対し、本件控訴審判決では、A及びBのDNAサンプル採取行為は強制処分であり、無令状で行われた同行為は違法なのだから、そのような経緯を前提に作成された本件鑑定書は違法収集証拠として証拠能力が否定される旨判示し、結論として、刑訴法三七九条における訴訟手続の法令違反を根拠に、第一審判決を逆転無罪と判断した。なお、控訴審で逆転無罪となったのは窃盗事件についてのみであり、それゆえ、本件控訴審判決は、建造物侵入事件については、第一審同様、有罪と判断している。また、本件は控訴審で確定している。

⑵　判決の要旨

1で述べたように、本研究は、通説・判例とされる井上説を再考することで、近時の科学捜査における強制処分の判断基準について一つの方向性を示すことを目的と

するものである。そこで、このような本研究の趣旨に鑑み、判決の要旨を述べる際も、A及びBのDNAサンプル採取行為が強制処分にあたるか否かに関する争点に的を絞って説明することにする。

i　第一審判決

第一審判決は、A及びBのDNAサンプル採取行為は任意処分にあたる旨、判示する。なぜなら、A及びBのDNAサンプル採取行為は、「被告人の身体に傷害を負わせるようなもの」ではなく「強制力を用いたりしたわけではない」のだから、「高度の必要性と緊急性、相当性」といった任意処分における比例原則を満たす限り、「令状によらなくても違法であるとはいえない」からである。

ii　本件控訴審判決

このような第一審判決に対し、本件控訴審判決は、A及びBのDNAサンプル採取行為は強制処分にあたる旨、判示する。この点について、本件控訴審判決は、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為等、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものである」というように、強制処分の定義について判示したとされている最決昭和五一年三月一六日刑集三〇巻二号一八七頁（以下、「昭和五一年最高裁決定」）を引用する。そのうえで、昭和五一年最高裁決定における⓪「個人の意思を制圧し」及び⓫「身体、住居、財産等に制約を加えて」という文言の意味について検討する（なお、本研究における⓪「個人の意思を制圧し」及び⓫「身体、住居、財産等に制約を加えて」という文言は、すべて昭和五一年最高裁決定に関する文言である。それゆえ、以降、基本的にその旨逐一記述しないことにする）。

第一に、⓪「個人の意思を制圧し」について、本件控訴審判決は、Aが被告人に本件紙コップを差し出しお茶を勧めた際、警察官だと名乗らなかったこと、及び、被告人はAらが警察官ではなく国交省の人間だと思い込んでいたため、勧められるままに本件紙コップを手にしてお茶を飲んだこと、さらに、Aが被告人に対し、DNAサンプル採取という目的を秘したまま「その紙コップを廃棄する」と伝えたうえ、本件紙コップを回収したという事実を認定する。そのうえで、本件控訴審判決は、A及びBが警察官であると認識していたならばそもそもお

茶を飲むことはしなかった被告人にお茶を飲ませ、また、使用した本件紙コップはAらによってそのまま破棄されると思い込んでいたという被告人の錯誤を利用して、本件紙コップを回収したことは明らかである、という事実を認定する。

このような事実を前提に、本件控訴審判決は、本件では、ⓐ「個人の意思を制圧し」が「文字どおり、現実に相手方の反対意思を制圧することまで要求するものかどうか」が問題になるとする。そのうえで、本件控訴審判決は、本件のように「当事者が認識しない間に行う捜査」について、「本人が知れば当然拒否すると考えられる」情況において「合理的に推認される当事者の意思に反して」その人の重要な権利・利益を奪う場合と、「現実に表明された当事者の反対意思を制圧して」同様のことを行う場合とでは、「価値的には何ら変わらない」のだから、「合理的に推認される当事者の意思に反する」場合も「個人の意思を制圧する」場合に該当するという最決平成二一年九月二八日刑集六三巻七号八六八頁（以下、「平成二一年最高裁決定」）を参照したうえ、結論として、本件におけるA及びBのDNAサンプル採取行為は「個人の意思を制圧して行われた」ものである旨、判示する。

第二に、ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」について、本件控訴審判決は、強制処分といえるためには、「相手方の意思に反する」ことのみならず「重要な権利・利益に対する侵害ないし制約」が必要であるとする。さらに、本件控訴審判決は、A及びBのDNAサンプル採取行為の目的は、被告人が「窃盗被疑事件の犯人であるかどうかを見極める決定的な証拠を入手」するというように、「個人識別のためのDNA採取」にあるとする。そのうえで、本件控訴審判決は、第一審判決が示すように、A及びBのDNAサンプル採取行為が「被告人の身体に傷害を負わせるようなもの」ではなく、「強制力を用いたりしたわけではない」としても、「DNAを含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報であるDNAをむやみに捜査機関によって認識されない利益）は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益である」旨、判示する。

3　学説の整理

(1) 従来の学説

1で述べたように、強制処分か否かの判断については、現在、井上説が通説・判例となっている。そこで、井上説を再考する前提として、以下、強制処分の基準に関する学説について整理する。

有形力説は、強制処分について判断する際、有形力の行使の有無を基準とするもの[2]である。つまり、有形力の行使があれば強制処分、有形力の行使がなければ任意処分というように、有形力の行使の有無が強制処分について判断する際のメルクマールになっているのである。ところが、このような有形力説に対しては、次のような疑問が提唱されるようになった。

【疑問1】　科学技術の発達に伴い、捜査手段が多様化したことで、有形力を行使しない場合であっても、対象者のプライバシーが制約される捜査（電話の傍受、写真及びカメラ撮影等）が認識されるようになったことから、有形力の行使がある場合のみを強制処分とするのは、強制処分とされるべき範囲が狭すぎるのではないか[3]。

【疑問2】　職務質問の際、対象者を一三〇m追跡して背後から腕に手をかけた行為[4]、自動車のエンジンキーを回転してスイッチを切る行為[5]というように、有形力が行使される場合であっても程度によっては任意処分と判断される領域があることが認識されるようになったことから、有形力の行使がある場合のすべてを強制処分とするのは、強制処分とされるべき範囲が広すぎるのではない[6]か。

そこで、これらの疑問を解消するために登場したのが法益侵害説である。同説によれば、有形力の行使の有無にかかわらず、個人の権利や利益を制約する行為は強制処分である[7]、というのである。しかしながら、このような法益侵害説に対しても次のような疑問が提唱されるようになった。

【疑問3】　捜査は多かれ少なかれ、個人の権利や利益に対する制約を伴うことをふまえると、権利や利益を制約する捜査のすべてについて、憲

法上の令状主義の要請を受け、また、刑訴法で定められた要件及び手続きを厳格にする必要があるのか[8]。

(2) 井上説の登場

i 強制処分の定義

このような法益侵害説に対する疑問を解消するために登場したのが井上説である。井上説は、強制処分について、制約される権利や利益の「質」[9]と「制約の程度」の両面から制限をかける必要があるとすることで、権利や利益を制約する捜査のすべてについて、憲法上の令状主義の要請を受け、また、刑訴法で定められた要件及び手続きを厳格にする必要があるのか、という法益侵害説に対する疑問（上述した【疑問3】）を解消するものである。

井上説は、本件控訴審判決でも引用された昭和五一年最高裁決定の判示に基づき、強制処分を定義づけているので、その点について先に述べたいと思う。昭和五一年最高裁決定は、任意同行された警察署内で対象者の左手首をつかんだ行為が実質上の逮捕にあたる場合、無令状で行われた同行為は違法ではないか、ということが争点となった事件であり、被告人の上告が適法な上告理由にあたらないことから同上告を棄却したものの、職権で次のような判断をしているのである。すなわち、同最高裁決定は、強制処分といえるためには、ⓐ「個人の意思を制圧し」、ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」という要件が必要であり、「右の程度に至らない有形力の行使」は「任意捜査においても許容される場合がある」旨、判示しているのである。

このような昭和五一年最高裁決定は、以降、強制処分を定義した判例と位置付けられるようになるが、そのようななかで、井上説は、同最高裁決定の判示に基づき、強制処分について判断する際には、ⓐ「個人の意思を制圧し」＝「相手方の意思に反する」こと、ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」＝「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」といった要件が必要である[10]旨、定義づけているのである。

ii 法益侵害説に対する疑問の解消

次に、井上説が法益侵害説に対する疑問を解消した点について述べたいと思う。井上説は、最判昭和四四年一二月二四日刑集二三巻一二号一六二五頁（以下、「昭

和四四年最高裁判決」）及び昭和五一年最高裁決定を素材に、法益侵害説に対する疑問を解消するものであるが、この点に関する説明は、同説が、ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」＝「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」と捉える理由のなかにあらわれているので、以下、ⓑについて説明する。

井上説は、上述したように、ⓑについて「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」と捉える立場であるが、同説によると、「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」について判断する際には、権利や利益の「制約の程度」のほか、それに先立つ要因として、制約される権利や利益の「質」を基準とする必要がある[11]、というのである。これはすなわち、強制処分について、制約される権利や利益の「質」と「制約の程度」の両面から制限をかける必要があることを意味するものである。

第一に、制約される権利や利益の「質」についてであるが、この点について、街頭での写真撮影が問題となった昭和四四年最高裁判決に基づき説明すると、次のようになる。すなわち、昭和四四年最高裁判決では、このような街頭での写真撮影について、令状なしに写真撮影をすることができる旨、判示しているのである。その理由として、井上説は、昭和四四年最高裁判決のように街頭で写真撮影をする場合と、屋外から住居内を写真撮影する場合とでは、制約されるプライバシーの質に差があると理解しているのである。つまり、井上説は、街頭で写真撮影をする場合であれば、街頭では自身の行動を他者にさらしていることから、その要保護性は低く、任意処分として判断される。それに対して、同じ写真撮影であっても、屋外から住居内を写真撮影する場合であれば、住居内では自身の行動を他者に見られることはないというプライバシーの正当な期待を有していることから、その要保護性は高く、強制処分として判断される[12]、というのである。

第二に、権利や利益の「制約の程度」についてであるが、この点について、上述したように、昭和五一年最高裁決定では「対象者の左手首をつかむ行為」というように、有形力が行使される場合であっても任意処分と判断しているのである。ここで注目すべきは、井上説もこのような昭和五一年最高裁決定の判断に賛同している[13]こと

である。つまり、井上説は、有形力を行使する場合であっても、程度によっては任意処分と判断される領域があることを是認することで、有形力の行使の程度が高い場合は強制処分にあたるものの、有形力の行使の程度が低い場合は任意処分にあたると理解するものである。

このように、井上説が、強制処分について、制約される権利や利益の「質」と「制約の程度」の両面から制限をかける必要があるとするのは、捜査は多かれ少なかれ権利や利益に対する制約を伴うことに鑑み、単に権利や利益について何かしらの制約があることをもって強制処分と判断されるべきではない[14]、と考えることのあらわれであるといえる。そうすることで、井上説は、上述したように、権利や利益を制約する捜査のすべてについて、憲法上の令状主義の要請を受け、また、刑訴法で定められた要件及び手続きを厳格にする必要があるのか、という法益侵害説に対する疑問を解消しているのである。

iii　ⓐ「個人の意思を制圧し」について

このように、井上説は、ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」について上述した理解をすることで、法益侵害説に対する疑問を解消するものである。他方、ⓐ「個人の意思を制圧し」については、法益侵害説に対する疑問を解消する目的から外れるものの、井上説と対立する学説があるので、以下、紹介する。

上述したように、井上説は、ⓐ「個人の意思を制圧し」＝「相手方の意思に反する」ことと捉える立場であるが、このような井上説と対立する学説として、ⓐ「個人の意思を制圧し」＝「相手方の意思を制圧」することと捉える学説がある[15]（以下、「川出説」）。両学説の違いは、端的には、ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」を判断の中核におくか否かという点に起因するものである[16]。

すなわち、井上説は、捜査は多かれ少なかれ、権利や利益に対する制約を伴うことに鑑み、単に権利や利益について何かしらの制約があることをもって強制処分と判断されるべきではないと考える立場である。これは、井上説が、強制処分の特性として、憲法上、令状主義の要請を受け、また、刑訴法で定められた要件及び手続きが厳格であるという点を重視する[17]ものであり、このように捉えることで、法益侵害説に対する疑問を解消したことは既述したとおりである。それゆえ、井上説は、ⓑにつ

いて「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」と捉えたうえ、ⓑを判断の中核におき、他方、ⓐについては「相手方の意思に反する」ことで足りると捉える点にその特徴があるといえる。それに対し、川出説は、井上説とは異なり、ⓑを判断の中核におくことなく（それゆえ川出説はⓑを「権利・利益を制約」と捉えている）、その代わりに、上述したように、ⓐについて「相手方の意思を制圧」することというように、意思に反する以上のものを要求する点にその特徴があるといえる。

4　検討1——ⓐ「意思を制圧し」について

(1)　川出説について

3で述べた学説の整理を念頭に、以下、本件控訴審判決を素材としながら、井上説の妥当性について検討する。つまり、本件控訴審判決が井上説に親和的な判示をしているかを検討することで、同説が有する問題点を表面化させることを目的とした分析である。

まず、ⓐ「個人の意思を制圧し」についてであるが、3(2)で述べたように、ⓐについて井上説と対立する川出説があるので、同説を参照しながら井上説が有する問題点について検討する。

注目すべきは、本件控訴審判決がⓐについて判断する際、A及びBが警察官であると認識していたならばそもそもお茶を飲むことはしなかった被告人にお茶を飲ませ、また、使用した本件紙コップはAらによってそのまま破棄されると思い込んでいたという被告人の錯誤を利用して、同紙コップを回収したことは明らかである、という事実を認定したことである。これはすなわち、DNAサンプルを採取するというA及びBの捜査目的について被告人の認識がないことを意味するものであり、それゆえ、同行為に対する被告人の意思は黙示的（黙示の意思）といえる。したがって、ⓐについて判断する際には、「仮に被告人がAおよびBのDNAサンプル採取行為の存在を知れば当然拒否するだろう」というように、合理的に推認される意思に反するか否かといった判断しかなしえない。

3(2)で述べたとおり、井上説と対立する川出説は、ⓐについて「相手方の意思を制圧」することと捉える立場である。しかしながら、同説は、本件のように黙示の意

思が問題になる場合があることから、昭和五一年最高裁決定は、明示の意思が問題となる事例に限定したものである旨、説明しているのである。すなわち、川出説は、明示の意思が問題となる場合には、昭和五一年最高裁決定の文言にしたがい「相手方の意思を制圧」することを判断の基準とするが、他方、本件のように黙示の意思が問題となる場合には、「相手方の意思に反する」こと（つまり井上説）が判断の基準となる[18][19]旨、説明しているのである。

したがって、本件は、そもそも川出説が主張する「相手方の意思を制圧」するか否かという基準を用いるべき事例とはいえず（川出説の射程外にある事例）、川出説においても井上説が判断基準となる事例といえる[20]。

(2) 考察

それでは、ⓐ「個人の意思を制圧し」について、本件控訴審判決は井上説に親和的な判示をしているのだろうか。

注目すべきは、本件控訴審判決がⓐについて判断する際、本件同様、黙示の意思が問題となった平成二一年最高裁決定を参照して、「本人が知れば当然拒否すると考えられる」情況において「合理的に推認される当事者の意思に反して」その人の重要な権利・利益を奪う場合と、「現実に表明された当事者の反対意思を制圧して」同様のことを行う場合とでは、「価値的には何ら変わらない」のだから、「合理的に推認される当事者の意思に反する」場合も「個人の意思を制圧する」場合に該当する旨、判示している点である。

思うに、本件控訴審判決は、平成二一年最高裁決定を参照する直前に昭和五一年最高裁決定を引用していることから、ここでいう「個人の意思を制圧する」場合とは、昭和五一年最高裁決定におけるⓐ「個人の意思を制圧し」を意識したものと考えるのが自然である。そして、本件のような黙示の意思の場合であっても「個人の意思を制圧する」場合に該当するという本件控訴審判決の判示は、従前から井上説がする主張と同一である[21]。これらのことから、ⓐについて、本件控訴審判決は井上説に親和的な判示をしており、それゆえ、この点に関して同説に問題点があるとはいえない[22]。

5　検討2―ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」について

(1)　井上説が妥当であるという意見について

それでは、ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」についても、本件控訴審判決は井上説に親和的な判示をしているのだろうか。

2(2)で述べたように、本件控訴審判決は、ⓑについて判断する際、A及びBのDNAサンプル採取行為が「被告人の身体に傷害を負わせるようなもの」ではなく、「強制力を用いたりしたわけではない」としても、「DNAを含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報であるDNAをむやみに捜査機関によって認識されない利益）は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益である」旨、判示しているのである。注目すべきは、本件控訴審判決が、「強制力を用いたりしたわけではない」というように、本件では有形力が行使されていないことを意識的に明記したうえで、A及びBのDNAサンプル採取行為について強制処分と判断している点である。

この点について、本件控訴審判決は井上説に親和的な判示をしており、それゆえ、同説に問題点は生じないという意見[23]が存在する。というのも、3(2)で述べたように、井上説は、ⓑについて判断する際、制約される権利や利益の「質」及び「制約の程度」の両面から制限をかける立場である。その際、井上説によれば、権利や利益の「制約の程度」に先立つ要因として、制約される権利や利益の「質」が基準となるのだから、制約される権利や利益の「質」が高ければ「制約の程度」を考慮する必要はない[24]、それゆえ、本件のように有形力が行使されておらず、権利や利益の「制約の程度」が低い場合であっても、個人識別のためのDNAサンプル採取というように制約される権利や利益の「質」が高ければ強制処分にあたる[25]、というのである。

しかしながら、なぜ、制約される権利や利益の「質」が「制約の程度」に先立つ要因となるのかについて、その理由が不明確である。その点を明らかにしない限り、本件控訴審判決が井上説に親和的な判示をしているとはいえないように思われる。また、そもそも私見は、井上説が主張する基準（制約される権利や利益の「質」及び

「制約の程度」）に疑問がある、それゆえ、井上説には懐疑的な立場である。以下、その理由を具体的に述べる。

(2) 井上説に対する疑問1――制約される権利や利益の「質」に対する疑問

i GPS捜査最高裁判決の概要

まず、ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際、井上説が、権利や利益の「質」を基準にする点に対する疑問である。その理由について、以下、GPS捜査が強制処分にあたる旨判示した最判平成二九年三月一五日刑集七一巻三号一三頁（以下、「GPS捜査最高裁判決」）を例にあげて説明する。

GPS捜査最高裁判決は、GPS捜査が強制処分にあたる場合、無令状で行われた本件捜査は違法なのだから、GPS捜査に関係する証拠は違法収集証拠として証拠能力が否定されるのではないか、ということが争点となった事件である。GPS捜査最高裁判決では、被告人の上告は適法な上告理由にあたらないことから同上告を棄却したものの、職権で次のような判断をしているのである。すなわち、GPS捜査最高裁判決は、GPS捜査の特性として、①「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」に関わるものを含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を「逐一把握する」ことで、個人の行動を「継続的、網羅的に把握する」ことができることから、同捜査は対象者のプライバシーを制約し得るものであるとする。さらに、②このような制約を可能とする機器を「個人の所持品に秘かに装着する」ことで、従来の捜査手法とは異なり、③公権力による「私的領域」への侵入を可能にすることができる旨、判示する。

ii 井上説に対する疑問

このようなGPS捜査最高裁判決に対する井上説の理解は、次のとおりである。すなわち、井上説は、GPS捜査最高裁判決が、上述した判示の直後に、令状主義について規定した憲法三五条「住居、書類及び所持品」に準じる形で、③「私的領域」に侵入されることのない権利が保障されるべき旨判示した点で、画期的な判例と評するもの[26]である。そのうえで、井上説は、何がここでいう「私的領域」であり、どのような行為によって「私的領域」に関する権利や利益が制約されたと判断したかについて、次のような理解をしているのである。

すなわち、井上説によれば、③「私的領域」とは、①

における「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」（以下、「プライバシー強保護空間」）を指すものであり、ＧＰＳ捜査を開始した時点では、このようなプライバシー強保護空間に関する位置情報か否かを区別できないにも関わらず、同空間にあたるおそれがある位置情報を「逐一把握して」、対象者の行動を「継続的、網羅的に把握する」ことで、同空間に関するプライバシーが制約されることになる[27]、というのである。加えて、井上説によれば、このような制約を可能とする機器を②「個人の所持品に秘かに装着する」ことによって、当該機器が機能している限り、何時でも、捜査機関が意のままに取得することのできる状態を作り出すことそれ自体が、③「私的領域」（上述したように①「プライバシー強保護空間」のこと）への侵入を伴う処分の着手に他ならない[28]、というのである。それゆえ、井上説は、このような特徴を有するＧＰＳ捜査をすること自体、制約される権利や利益の「質」が高いと捉えているのである。

しかしながら、私見は、このような井上説の理解には疑問があると考える。というのも、ＧＰＳ捜査に関する議論は、単独では有用性が低くても、他の情報と組み合わせることで相互関係が明確になる情報は総和以上の価値を持つようになる、というモザイク理論を根拠に発展してきた、という歴史的経緯が存在する[29]からである。具体的には、ＧＰＳ捜査には、長期間の監視によって驚くべき量と質の情報を収集できる点にその特徴があるが、それにより、職場や行きつけの飲食店等以外に、たとえば、「精神科医、整形外科医、中絶クリニック」といった医療施設のほか「ゲイバー」や「労働組合集会」というように、私的な性格を有する行き先に関する情報等を多数集約することができ、それらを組み合わせることで、結果として、政治的、宗教的な結びつきや交友関係について非常に詳細なプロファイルの作成が可能になる[30]のである。

このようなモザイク理論について、井上説は、ＧＰＳ捜査における位置情報の取得をどのくらいの期間続け、どのくらいの量に達すればモザイク状となりうるか不明確である[31]ことから、上述したように、ＧＰＳ捜査が強制処分とされるのは、制約される権利や利益の「質」が高いことを理由とするべきである旨、主張しているのである。しかしながら、上述したＧＰＳ捜査の特徴（長期間

の監視によって驚くべき量と質の情報を収集しうること）をふまえると、同捜査を開始する時点で、すでに、対象者の重要なプライバシーが侵害される蓋然性が予期できる[32]と考えうる。そして、なにより、モザイク理論が指摘するように、単独では有用性が低くても、他の情報と組み合わせることで重要性が増す情報を収集できる危険性について注視する必要がある[33][34]といえる。

したがって、このようなＧＰＳ捜査最高裁判決を鑑みると、井上説が主張する制約される権利や利益の「質」以外に適切（ないし妥当）な基準があるのではないか[35]、という疑問が生じるのである。

(3) 井上説に対する疑問2――権利や利益の「制約の程度」に対する疑問

次に、ⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際、井上説が、権利や利益の「制約の程度」を基準にする点に対する疑問である。この点について、3(2)で述べたように、井上説は、有形力を行使する場合であっても、程度によっては任意処分と判断される領域があることを是認することで、有形力の行使の程度が高い場合は強制処分にあたるものの、有形力の行使の程度が低い場合は任意処分にあたる旨、主張しているのである。

しかしながら、このような井上説に対しては、同説が上述した領域があることを是認することで、「強制処分に至ったと評価するために要求される侵襲度を伝統的な有形力説よりも引き上げてしまった[36]」という批判が存在するのである。加えて、同批判によれば、このような井上説の影響は実際の判例にもあらわれており、具体的には、東京高判平成三〇年三月二日判タ一四五六号一三六頁＝判時二三九三・二三九四号合併号六三頁（以下、「平成三〇年東京高判」）において、警察官が逃走しようとした対象者のベルトのあたりを掴んだところ両者がバランスを崩して転倒した行為（なお、被告人は手も付けないような状態で倒れて膝から泥だらけになっており、また、倒れたときに眼鏡も壊れている）でさえ、「強制処分には至っていないとのあてはめが行われるまでに弛緩している[37]」、というのである。このような判断は、捜査機関が行使するむき出しの権力（有形力）が市民に向けられる危険を広く容認する[38]ものであり、決して許されるものではない。

したがって、このような平成三〇年東京高判を鑑みると、井上説の基準では、強制処分とされるべき権利や利益の「制約の程度」が高くなりすぎており、それゆえ、上述した権利や利益の「質」同様、それ以外に適切（ないし妥当）な基準があるのではないか、という疑問が生じる[39]のである。

(4)　考察

i　捜査機関によるDNAサンプル採取行為の意味するもの

それでは、本件控訴審判決がⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際、本件では有形力が行使されていないことを意識的に明記したうえで、A及びBのDNAサンプル採取行為について強制処分と判断したのは、どのような理由に基づくのだろうか。以下、本件のようなDNAサンプル採取行為を契機として、DNA型に係わる情報がどのような取り扱いを受けるかに着目しながら検討を進めたいと思う。

この点について、DNAの構造は、通常、「遺伝情報に関係する部分」と「遺伝情報に関係しない部分（以下、『非コード化領域』という）」に分けて説明されるが、そのうち、DNA型鑑定で用いられるのは、後者の非コード化領域である。そして、非コード化領域から判明する情報は、個人識別ができるとはいえ、塩基配列が繰り返される回数に過ぎないのだから、同領域自体から個人の遺伝情報が判明することはありえない[40]。しかしながら、捜査機関がDNAサンプル採取行為をする際には、より慎重な姿勢が必要であると考える。なぜなら、DNA型鑑定とは、唾液等の細胞片から抽出されたDNAをそのサンプルとするため、結局、非コード化領域のみならず遺伝情報に関係する部分も含め、採取する[41]からである。

また、上述したように、非コード化領域には個人の遺伝情報が含まれないものの、捜査機関は、同領域自体から私的な性格を有する行き先に関する情報等を多数集約することができる。なぜなら、何かの拍子に、偶然、犯行現場に居合わせた場合、その犯罪に何ら関わりがない場合でも、捜査の都合上、現場に付着したDNAサンプルが採取されることはありえることだからである。たとえば、職場や行きつけの飲食店等で隣席した者の喧嘩が傷害事件に発展した場合、その場にいた者は、トラブルに巻き込まれることを恐れて、食べかけの食事を放置し

て逃げだすこともあるだろう。その場合、上述した傷害事件の捜査の過程で、現場に残された使用済みの箸等に付着しているＤＮＡサンプルが採取され、その結果、ＤＮＡ型鑑定によって特定の場所にいたことが判明することになる[42]。むろん、似たようなことは職場や行きつけの飲食店等に限らず、「精神科医、整形外科医、中絶クリニック」といった医療施設のほか「ゲイバー」や「労働組合集会」といった場所でも起こりうることなので、上述したように、捜査機関が私的な性格を有する行き先に関する情報等を多数集約することになる。加えて、このようなＤＮＡサンプル採取行為は、当然、被疑者特定のために行われるのだから、いわれのない冤罪事件に巻き込まれる危険も当然にあるといえる[43]。

なお、このような私的な性格を有する行き先に関する情報等が多数集約されることになれば、上述したＧＰＳ捜査同様、政治的、宗教的な結びつきや交友関係といった非常に詳細なプロファイルの作成が可能になる。それゆえ、単独では有用性が低くとも、他の情報と組み合わせることで重要性が増す情報を収集できる危険性について注視するモザイク理論の観点から、ＤＮＡサンプル採取行為とＧＰＳ捜査とのあいだには親和性があるといえる。

そして、ＤＮＡサンプル採取行為により判明したＤＮＡ型は、事件終了後、別事件で利用することを目的に捜査機関によってデータベース化される[44]のだから、上述したＤＮＡ型に係わる情報は、事件終了後であっても、同機関がこれらの情報を継続的に保管することになる。加えて、このようにデータベース化されたＤＮＡ型は、犯罪が発生するたびに検索される[45]ことになるのだから、当然、ＤＮＡサンプルを採取された者が捕捉される確率が高まることが予想できる[46]。

ii　令和六年名古屋高判の意義

以上のことから、本件のようなＤＮＡサンプル採取行為は、同行為を契機として、捜査機関がＤＮＡ型に係わる情報を継続的に保管することにつながる行為と考えうる。ここに、捜査機関によるＤＮＡサンプル採取行為だからこそ取得しうる他の情報とは異なる情報の特殊性、すなわち、上述したＤＮＡ型に係わる情報及び情報の保管段階における侵害性[47]があるといえる。

ここで、無罪確定者のＤＮＡ型のデータ等を捜査機関

が継続的に保管することの是非が争点となった名古屋高判令和六年八月三〇日LEX/DB25620949（以下、「令和六年名古屋高判」）に注目したいと思う。すなわち、令和六年名古屋高判は、ＤＮＡ型をデータベース化して検索に用いることで、捜査機関によるＤＮＡサンプル採取行為の意義が遺憾なく発揮されることをふまえると、憲法一三条の人格権の保障には、捜査機関からＤＮＡ型を「採取されない自由」のみならずＤＮＡ型を「取得された後に利用されない自由」が含意されるべき旨、判示しているのである[48]。このような令和六年名古屋高判は、端的には、憲法上、捜査機関からＤＮＡ型を採取されない自由のみならずＤＮＡ型を採取された後に利用されない自由を是認することで、上述した捜査機関がＤＮＡサンプル採取行為によって取得しうる情報の特殊性を重大視したことにその意義があると思われる[49]のである。

むろん、令和六年名古屋高判は国賠訴訟であることから、同高判からⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際の直接的な根拠を導くことはできないのかもしれない。しかしながら、既に述べたように、ＤＮＡサンプル採取行為を契機として、捜査機関がＤＮＡ型に係わる情報を継続的に保管する事件という意味で、令和六年名古屋高判と本件控訴審判決は共通する問題を有することを鑑みると、同名古屋高判は、ⓑについて判断する際の判断基準について、今後の方向性を示した判例と位置付けることができるように思われるのである。

iii　結論

以上、検討したことをふまえると、本件控訴審判決がⓑ「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際、本件では有形力が行使されていないことを意識的に明記したうえで、Ａ及びＢのＤＮＡサンプル採取行為について強制処分と判断した理由として、次のような理解ができるように思われる。

すなわち、本件控訴審判決は、令和六年名古屋高判同様、捜査機関がＤＮＡサンプル採取行為によって取得しうる情報の特殊性を重大視したのではないだろうか。そこで本件控訴審判決は、その契機となるＤＮＡサンプル採取行為について強制処分とすることで、令状主義に基づく厳格な判断を必要としたと考えうる。それゆえ、本件控訴審判決は、ⓑについて判断する際、有形力の行使

の程度に必要以上の高さを要求せずに（なお、具体的基準に関する手掛かりとなる議論については6で述べる）、ＤＮＡサンプル採取行為について強制処分と判断したと捉えることができるように思われるのである。

6　今後の課題

以上、検討したように、本研究は、捜査機関によるＤＮＡサンプル採取行為の適法性が争点となった本件控訴審判決を素材に、通説・判例とされる井上説について再考することで、近時の科学捜査における強制処分の判断基準について、一つの方向性を示すことを目的とするものであった。ただし、本研究では、次の三点について何ら論じておらず、したがって、これらの点については今後の課題としたい。

第一に、強制処分の具体的な判断基準についてである。この点について、令和六年名古屋高判は、5(4)で述べた判示をした後で、次のような判示をしているのである。すなわち、令和六年名古屋高判は、ＤＮＡサンプル採取行為を契機として、捜査機関がＤＮＡ型に係わる情報を継続的に保管した場合、「情報の漏洩や、情報が誤って用いられるおそれがない」とは「断言でき」ず、また、捜査機関が保管している情報が「将来どのように使われるか分からない」ことから「一般的な不安の存在や被侵害意識が惹起され」、その結果、「国民の行動を萎縮させる効果」が生じる旨、判示しているのである。これはすなわち、捜査機関によるＤＮＡサンプル採取行為には、同行為によって取得しうる情報の特殊性のほか、国民が有する行動の自由を萎縮させる効果（萎縮効果）がある[50]ことを意味するものである。

思うに、行動の自由とは、人間なら当然に保障されるべき人権の根幹にかかわる権利である。それなのに、捜査機関によるＤＮＡサンプル採取行為によって、国民が有する行動の自由に萎縮効果が生じることがあってはならない。これはまさに「人間の尊厳」に重大な脅威を与えるものである。そうだとすると、今後、強制処分の具体的な判断基準を創設する際には、どんなに程度の低い有形力の行使であっても人間の尊厳に重大な脅威を与える捜査は強制処分というように、人間の尊厳を尊重する[51][52]観点から、今一度、その基準を定め直す必要があるよう

に思われるのである。

加えて、このような強制処分の具体的な判断基準を創設する際には、行政法学における「侵害留保の原則」を参考にする必要があると考える。侵害留保の原則とは、人身の自由や財産に対する有形力の行使等の権力的作用を侵害として「法的根拠」を要求するものである。思うに、ＤＮＡサンプル採取行為を契機とした一連の捜査活動は、本質的には行政機関に属する警察官の活動である。ただ、刑訴法では、本来、行政機関に属する警察官の捜査行為を、犯罪の嫌疑があり刑事訴追を目的とする場合に刑訴法によって規律するとき、司法警察活動と呼んできたのである。そして、このような司法警察活動は、その権力的作用に対して「強制処分法定主義」の要請を伴うものである。そうだとすると、侵害留保の原則の刑訴法上の発現が強制処分法定主義と捉えることができる。[53]そうすることで、上述したように、行政法学で得られた知見を刑訴法学に応用することが可能になるように思われるのである。具体的には、行政法学上、従来、侵害とは理解されず、捜査機関が法的な根拠なしに自由に行ってよいと考えられてきた個人情報の収集や処理作用（たとえば、尾行、屋内外における秘密録音や写真撮影、ＧＰＳ捜査や収集した情報の保管、第三者への提供など）がいかなる理由に基づいて侵害と把握されるようになったかの理由を整理することで、捜査機関が行う個人情報の収集や処理作用も強制として把握しうる具体的な判断基準が示されるようになる。

なお、この点について、建設事業に対する反対運動を行っていた者の個人情報を捜査機関が（同運動の原因となった）建設会社に提供したことが問題となった名古屋高判令和六年九月一三日 LEX/DB25621036（以下、「令和六年九月名古屋高判」）では、警察法二条一項を根拠に捜査機関による個人情報の収集・保有を適法とした第一審判決を否定し、さらに、一部の情報については抹消請求を認容しているのである。[54]既述したように、本件控訴審判決は強制処分とすべき実質的な根拠を述べるものでない。だからこそ、令和六年九月名古屋高判のような判例を集積することで、上述した私見（侵害留保の原則の刑訴法上の発現が強制処分法定主義）にそった理解の妥当性について検討する必要があるように思われるのである。

第二に、このように、今後、人間の尊厳を尊重する観点から強制処分の具体的な判断基準を定め直す必要があるとしても、そのように考える条文上の根拠を明らかにする必要がある。この点について、そもそも人間の尊厳とは、ドイツ基本法一条一項で定められた概念であり、現に、ドイツでは、捜査機関によるＤＮＡサンプル採取行為が人間の尊厳に重大な脅威を与えるのではないか、ということが度々議論されてきた[55]。そこで、このような議論をわが国にスライドさせて考える必要があるが、考えの一つとして、人間の尊厳の根拠を憲法一三条後段に求める意見が存在する。しかしながら、同意見によれば、人間の尊厳が憲法上認められた権利といえるためには、憲法一三条後段が一般的条項について定めた条文ではなく、生命、自由、幸福といった個別の人権について定めた条文と解する必要がある[56]、というのである。そのため、憲法一三条後段の理論的な構成を意識しながら、同条が人間の尊厳の根拠条文として適切といえるかについて検討する必要があるといえる。

加えて、上述したように人間の尊厳が憲法一三条後段を根拠に認められた権利だとしても、ＤＮＡサンプル採取行為のような近時の科学捜査については、刑訴法のどの条文（具体的にはどの令状）を用いて強制捜査を実施すべきか、もしくは、現行の刑訴法には該当する条文がないことから、新たにこれらの捜査を目的とした条文を創設する必要があるか[57]については、慎重な議論を要するところである。いずれにしても、その際、「何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」が憲法一三条で保障されるとした最高裁判例を踏まえなければならない（最判平成二〇年三月六日民集六二巻三号六六五頁〔住基ネット事件判決〕、最判令和五年三月九日民集七七巻三号六二七頁〔マイナンバー事件判決〕）。

第三に、より広い視点にたつと、近時、捜査に関する枠組みを根本から覆す学説が登場しており、同学説の是非について、今後、検討する必要があるといえる。このような学説は、客観法的思考とよばれるものであるが、具体的には、社会にとってどのような法の仕組みが望ましいかという視点から、捜査の適正化を図ることで、得られる便益が最大になることを目的とする立場[58]である。しかしながら、このような客観法的思考に対しては、

「憲法上の保障を多数決によって取り払うことを認めるのは、人権概念を民主主義に吸収することになる」といった批判[59]があり、上述した人間の尊厳を尊重する観点からも疑問がある[60]と考える。

なお、上述した第一の課題との関係で、井上説に関する近時の論稿に、侵害される権利や利益が「人間の存在や尊厳にとって本質的なものである」[61]なら、「それを侵奪することは許されない（絶対的禁止）」という記述がある。それゆえ、井上説においても、本件について、人間の尊厳に重大な脅威を与えるほど制約される権利や利益の「質」が高いことを理由に、強制処分と判断することは可能なのかもしれない。しかしながら、既に述べたように、井上説に対しては、同説が採用する制約される権利や利益の「質」及び「制限の程度」といった基準に疑問があることから、やはり同説には賛同できないことを付言したい。

（1）三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第3版〕』（日本評論社、二〇一八年）二四五頁〔石井隆〕など参照。

（2）平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）八二頁参照。

（3）上口裕『刑事訴訟法〔第5版〕』（成文堂、二〇二一年）五三頁参照。

（4）最決昭和二九年七月一五日刑集八巻七号一一三七頁。

（5）最決昭和五三年九月二二日刑集三二巻六号一七七四頁。

（6）上口・前掲注（3）書五三頁参照。

（7）田宮裕編著『刑事訴訟法Ⅰ―捜査・公訴の現代的展開』（有斐閣、一九七五年）一二九頁以下〔田宮裕〕参照。

（8）上口・前掲注（3）書五三頁参照。

（9）川出敏裕『判例講座刑訴法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、二〇一六年）六頁参照。

（10）井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、二〇一四年）八頁、一〇～一二頁参照。

（11）井上・前掲注（10）書一二頁参照。

（12）井上・前掲注（10）書一四～一五頁参照。

（13）井上・前掲注（10）書七頁参照。

（14）井上・前掲注（10）書一二頁参照。

（15）川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集下巻』（判例タイムズ社、二〇〇六年）二三～二七頁参照。

（16）宮本康博「判批」法学教室四三八号（二〇一七年）

一三〇頁、大野正博「判批」刑事法ジャーナル五三巻（二〇一七年）一六八～一六九頁参照。

(17) 井上正仁「連載／刑事訴訟法1捜査 序章〔捜査概説〕1」https://yuhikaku.com/articles/-/12887（二〇二五年一月一二日閲覧）参照。

(18) 川出・前掲注(9)論文二九頁参照。

(19) 川出敏裕『刑事手続法の争点』（立花書房、二〇二〇年）二二頁では、ⓐ「個人の意思を制圧し」について「個人の意思に反する」ことを意味するものであるという記述があることから、近時、川出説は自身の理解を変更して井上説を支持しているようである。

(20) 中嶋伸明「判批」研修八二一号（二〇一六年）九三頁、宮本・前掲注(16)論文一三〇頁、大野・前掲注(16)論文一六四頁、堀田尚徳「判批」北大法学論集六八巻四号（二〇一七年）二一二頁など参照。

(21) 井上・前掲注(10)書一一頁には「本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらない」という記述がある。この点について、堀田・前掲注(20)論文二一二～二一三頁参照。

(22) 久岡康成「判批」立命館法学三七八号（二〇一八年）三六九頁参照。

(23) 堀田・前掲注(20)論文二一四～二一六頁参照。

(24) 井上・前掲注(10)書一三頁、堀田・前掲注(20)論文二一五～二一六頁参照。

(25) 堀田・前掲注(20)論文二一五頁参照。

(26) 井上正仁「判批」刑事訴訟法判例百選〔第10版〕（二〇一七年）六七頁参照。

(27) 井上・前掲注(26)論文六七頁参照。

(28) 井上・前掲注(26)論文六七頁参照。

(29) 尾崎愛美『犯罪捜査における情報技術の利用とその規律』（慶應義塾大学出版会、二〇二三年）二八頁参照。

(30) 尾崎・前掲注(29)書二七頁参照。

(31) 井上・前掲注(26)論文六七頁参照。同様の意見として、池田公博「判批」法学教室四四四号（二〇一七年）七六～七七頁参照。

(32) 堀江慎司「GPS捜査に関する最高裁大法廷判決についての覚書」論究ジュリスト二二号（二〇一七年）一四六頁参照。

(33) 伊藤雅人＝石田寿一「判解」法曹時報七一巻六号（二〇一九年）一二七五頁では、GPS端末を装着することにより、個人の行動を「継続的、網羅的」に把握する点をもって、プライバシーに対する制約があるとする。このような意見は、モザイク理論に関連する旨主張する論稿として、堀江・前掲注(32)論文一四五頁参照。

(34) 指宿信「長期監視撮影の包括的規律に向けて―事

前・事後規制を考える」宇藤崇ほか編『刑事司法の理論と実践 渡辺修先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、二〇二四年）五七～五八頁も参照。

(35) 松田岳士「『強制処分』概念と個人の『権利』」宇藤崇ほか編『刑事司法の理論と実践 渡辺修先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、二〇二四年）一〇頁では、制約される権利や利益の「質」という概念自体が曖昧なものである旨、批判する。

(36) 渕野貴生「捜査手段としてのDNAサンプル採取とデータベース登録の許容性」立命館法学三九九＝四〇〇号（二〇二一年）二七一七頁参照。

(37) 渕野・前掲注(36)論文二七一七～二七一八頁参照。

(38) 渕野・前掲注(36)論文二七一八頁参照。

(39) 稲谷龍彦「企画趣旨―なぜ今証拠排除法則を問うのか」法律時報一一九六号（二〇二四年）五頁では、証拠排除法則に関する井上説の欠点として「個別の証拠排除の判断を規範的に評価する基準が実質的に存在しない」ことをあげたうえ、このような欠点は「井上説の柔軟さという長所の正に裏返しの問題である」旨、批判する。本文で述べた井上説に対する疑問も、結局は、井上説が権利や利益の「制約の程度」について柔軟な判断の余地を残したことに由来すると考える。

(40) 松下徹「警察における捜査手法の高度化―DNA型鑑定及びDNA型データベースを中心に」刑事法ジャーナル二九号（二〇一一年）二七頁参照。

(41) 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」甲南法学四六巻三号（二〇〇五年）一二五頁、一二九頁、玉蟲由樹「刑事手続におけるDNA鑑定の利用と人権論(3)・完」福岡大学法学論叢五四巻二＝三号（二〇〇九年）二四頁（後に同『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〕三九二頁所収）、久岡・前掲注(22)論文三七三頁、渕野・前掲注(36)論文二七二三頁など参照。

(42) 渕野・前掲注(36)論文二七二七～二七二九頁参照。

(43) 渕野・前掲注(36)論文二七二七頁参照。

(44) 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）参照。なお、日本弁護士連合会「警察庁DNA型データベース・システムに関する意見書」https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2007/071221.html（二〇二五年一月一二日閲覧）では、DNA型が個人の究極のプライバシーであることに鑑み、採取、登録対象、保管、利用、抹消、品質保証、監督・救済機関について、法律で適正に定める必要がある旨主張する。

(45) 清水晴生「DNA型データベースの法規制―含・名古屋地裁令和四年一月一八日判決評釈」白鷗法学二九巻一号（二〇二二年）六七頁参照。

(46) 玉蟲・前掲注(41)論文七頁以下、同「警察ＤＮＡデータベースの合憲性」日本法学八二巻二号（二〇一六年）四三七頁、渕野・前掲注(36)論文二七三一～二七三三頁参照。

(47) 尾崎愛美「個人情報の取得と利用」法学教室五一九号（二〇二三年）一三～一四頁参照。

(48) 國田武二郎「無罪確定した男性から採取した指紋、顔写真及びＤＮＡ型データの抹消命令」季刊刑事弁護一一三号（二〇二三年）一〇一～一〇二頁、清水・前掲注(45)論文六四～六五頁参照。なお、令和六年名古屋高判に否定的な立場として、東京地判平成三一年二月二八日判例地方自治四六四号九六頁。

(49) もっとも、令和六年名古屋高判は、憲法上、捜査機関からＤＮＡ型を「採取されない自由」のみならずＤＮＡ型を「採取された後に利用されない自由」があるのは、ＤＮＡ型が有する「秘匿性」及び「国民個人の私生活に対する公権力による監視、介入等に対する自由」があることを根拠とするものである。それゆえ、本文で述べたように、ＤＮＡサンプル採取行為によって、遺伝及び私的な性格を有する行き先に関する情報等を取得できることの弊害までを認めることには慎重な立場と思われる。

(50) 大沢秀介監修『入門・安全と情報』（成文堂、二〇一五年）三〇～三二頁〔山本龍彦〕、山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、二〇一七年）七七頁、二二九頁以下、渕野・前掲注(36)論文二七二八～二七二九頁、二七三二頁参照。

(51) 田淵浩二『刑事訴訟法〔第２版〕』（日本評論社、二〇二四年）三七頁では、ＧＰＳ捜査について、捜査取得情報の分析・利用が濫用されないよう、事前の司法審査以外の方法による立法的規制が必要であるとする。

(52) 松田・前掲注(35)論文一五頁では、新しい強制処分の定義として、「個人の固有領域」及び「私的領域」であることを条件に本人の意思にかかわらず行える処分である旨、主張する。しかしながら、同説の理解では、上述した領域からの入手であれば、本人の同意を得ずにＤＮＡ型に係わる情報を取得、保管した場合でも適法となる可能性があり、令和六年名古屋高判の判示と整合しないように思われる。

(53) 島田茂『警察法の理論と法治主義』（信山社、二〇一七年）一七二頁参照。

(54) 只野雅人「判批」法学教室五三二号（二〇二五年）一一一頁参照。

(55) 玉蟲由樹「刑事手続におけるＤＮＡ鑑定の利用と人権論(2)」福岡大学法学論叢五二巻四号（二〇〇八年）一一頁（後に同『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〕三七九頁所収）参照。

(56)　生田勝義「死刑は合憲か―最高裁大法廷判例を改めて憲法13条（生命権）から考える」立命館法学四〇五＝四〇六号（二〇二三年）二四頁参照。

(57)　DNAサンプル採取行為が強制処分とされた場合に関するアメリカの議論として、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）二八六～二八八頁参照。

(58)　稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護―熟議による適正手続の実現を目指して』（弘文堂、二〇一七年）二八〇～二八四頁参照。

(59)　後藤昭「捜査の法的規制」法律時報九一巻五号（二〇一九年）一三九頁、松田岳士「『熟議による適正手続』論について(1)」阪大法学六八巻二号（二〇一八年）二七六頁参照。

(60)　後藤・前掲注(59)論文一三九頁参照。

(61)　井上・前掲注(17)論文（二〇二五年一月一二日閲覧）参照。

誤振込金の送金行為と電子計算機使用詐欺罪の成否

――広島高等裁判所令和六年六月一一日判決　令和五年（う）第二四号
電子計算機使用詐欺被告事件　裁判所ウェブサイト――

小林侑介

一　事案の概要

令和四年四月八日、山口県阿武町の職員が、住民税非課税世帯に対する臨時特別給付金四六三〇万円をA銀行（仕向銀行）の同町の口座から、B銀行（被仕向銀行）にある被告人の普通預金口座に誤って振込入金をした。

被告人は、誤振込金が自己の口座に入金されたことを利用し、オンラインカジノサービスの利用料金を支払おうと考えた。そこで、インターネットに接続した自己の携帯電話機を使用して複数回にわたり、B銀行が決済取引等の事務処理のために設置している電子計算機に対し、①令和四年四月八日から一一日にかけて、被告人口座を決済口座とするデビットカード情報を利用して支払委託等の依頼をし、B銀行のデビットカード資金精算口口座の預金残高を三三〇万四〇六円増加させ、②令和四年四月一〇日から一八日にかけて、複数のオンラインカジノ

サービスの決済代行業者名義の普通預金口座に振込みを依頼する情報を与え、各口座を合計で四二九二万四六九一円分増加させ、それぞれオンラインカジノサービスを金額相当分利用し得る地位を得た（以下、被告人の行為を「本件送金行為等」という）。

なおこの間に存在した事情として、被告人は、自宅を訪問した阿武町職員から誤振込の事実を知らされ、組戻しに応じるよう依頼されている。また、被仕向銀行であるB銀行では、阿武町から組戻依頼書の提出を受け、組戻承諾書を準備していたが、最終的に被告人は組戻しを拒否し、上記の送金行為等に及んだものである。

上記の行為につき、検察官は、被告人にはB銀行に対し誤った振込があることを告知する義務（以下、単に告知義務とする）があり、これに違反する本件送金行為等は正当な権利行使でないとして、被告人を電子計算機使用詐欺罪（刑法二四六条の二）で起訴した。

第一審（山口地裁令和五年二月二八日／裁判所ウェブサイト）は、最二判平成八年四月二六日民集五〇巻五号一二六七頁（以下、平成八年判例とする）、最二決平成一五年三月一二日刑集五七巻三号三二二頁（以下、平成一五年判例とする）を参照し、「被仕向銀行が受取人口座に誤った振込みがあることを既に知っていたとしてもなお、受取人には被仕向銀行に対する告知義務があるというべきである」

「誤って受取人口座に金銭が振り込まれた場合に、これを知った受取人に告知義務を認めた趣旨に照らすと、受取人は、誤って受取人口座に金銭が振り込まれた事実を知った後、直ちにこれを被仕向銀行に告知しなければならない」

「誤って受取人口座に金銭が振り込まれた場合に、これを知った被仕向銀行に調査等手続を採る利益を認めていることを考えると、告知義務に違反している受取人が、被仕向銀行が調査等手続を完了するまでの間に、誤って受取人口座に振り込まれた金銭分の預金について権利行使をすることを許せば、被仕向銀行に調査等手続を採る利益を認め、受取人に告知義務を認めておきながら、一方で、その告知義務に違反する受取人が被仕向銀行の調査等手続を採る利益を侵害する行為を許すことになり」、「平成一五年判例の趣旨を没却することになる」

「信義則に基づいて受取人に告知義務を認めたのと同

様、告知義務に違反している受取人が、誤って受取人口座に振り込まれた金銭分の預金について権利行使をすることは、信義則に基づき許されないというべきである」

「本件各入力行為によって入力された情報は、被告人が直接入力した被告人口座の情報等だけでなく、その前提として、本件送金行為等が正当な権利行使であるという情報も含まれているものと解され」、「本件送金行為等が正当な権利行使でないにもかかわらず、本件送金行為等が正当な権利行使であるという情報をB銀行の電子計算機に与えているのであるから、本件各入力行為は、電子計算機使用詐欺罪の『虚偽の情報を与えた』に該当する」として、被告人に電子計算機使用詐欺罪の成立を認め、懲役三年執行猶予五年の刑に処するとした。

これに対し、被告人の側より、告知義務について①被告人による告知がなくても、振込依頼人や本件仕向銀行の申告により、本件誤振込に係る債権が成立することを判断でき、調査等手続を執る利益は認められず、被告人には信義則上の告知義務は認められない、②誤振込があったことを告知して振込依頼をする場合と告知しない場合とでその後の手続がどのように異なるのか、社会通念上別個の払戻しに当たるといえるかどうかを具体的に検討していない、③被仕向銀行に誤振込の事実を知る必要があり、それが刑事罰によって保護されるべき程に強いものであれば、振込依頼人と受取人との間の原因関係をめぐるトラブルに銀行を紛争に巻き込むことになること、虚偽の情報を入力の該当性について④被告人が入力した情報は、自己の預金口座について、自己のパスワードを使用して、有効に成立した預金残高の範囲で送金依頼等をしたものであり、虚偽の情報を入力していない、⑤刑法二四六条の二にいう「情報」に、B銀行が利害関係を負わない「原因関係の有無」までは含まれないにもかかわらず、第一審が預金契約の原因関係まで取り込んで刑法二四六条の二の「虚偽の情報」に当たるとの判断は、罪刑法定主義にも違反する、⑥B銀行の普通預金規定等は、払戻請求者が「正当な権限」を有することを求めているが、それは主体の同一性の問題であり、預金成立時の原因行為の有無などの確認を求めていないこと等を理由として控訴がなされた。

二　判決要旨

控訴棄却

「平成一五年判例が指摘する銀行実務において、受取人が誤った振込があるとの認識を有していることを被仕向銀行に明らかにすることが前提とされており、受取人による告知は、受取人が誤振込であると認識していることを被仕向銀行が知ることに重要な意義がある」

「被仕向銀行が上記確認、照会等を行うに先立ち受取人が被仕向銀行に対し誤振込がある旨告知していることから、上記確認、照会等により誤記帳や誤発信は認められず預金債権が成立すると判断される場合にも、関係者の共通理解の下で、組戻し手続その他紛争を生じさせない円滑な処理が進められることとなるものである」

「原判決の説示には、振込依頼人から誤振込である旨の申出を受けたにすぎない本件被仕向銀行が本件振込を誤振込であると判断できたかのような言辞がみられ、また、本件被仕向銀行が知る必要のある事実が原因行為に関する事情であるかのようにとられかねない適切さを欠く説示部分もみられないではないものの」、「本件被仕向銀行が誤振込の事実を実際には知っているという事情があったとしても、上記銀行実務の目的達成のために、被告人が原因行為の有無等についてどのように認識しているかをなるべく早く知る必要があるから被告人に告知義務が認められるとの判断を示しているのであり、その判断の核心部分は前述したところの趣旨に沿った判断と解することができるのである。そのような原判決の判断に誤りがあるとはいえない」

「誤振込があったことを受取人が告知すれば、被仕向銀行は、直ちに受取人に対し組戻し手続に応じるよう説得でき、受取人がこれに応じず払戻請求等をする場合も、受取人が誤振込である旨認めている事実を踏まえ、組戻し手続に応じさせるための説得に時間をかけて払戻し等に応じる時期を遅らせるとの判断をし、場合によっては受取人の権利行使を拒否するといった判断をすることも可能であるのに対し、振込依頼人から誤振込であるとの申出がされたにとどまり受取人から告知がされないまま払戻請求等を受けた場合、被仕向銀行は、受取人に対し直ちに組戻し手続に応じるよう説得することはできず、振込依頼人から誤振込の申出がされたということを告げ

た上で受取人の認識を確かめることができるにとどまると考えられるのである。このように、被告人が誤振込であると告知するか否かで、その後の被仕向銀行が執る手続が質的に異なってくることは明らか」である。

「所論がいう『調査』の対象は、その主張内容からして振込依頼人と受取人との原因関係の有無そのものをいうものと解され、前述したとおり、原判決にはそのようにとられかねないような適切さを欠く説示部分があるものの、被告人に認められる告知義務の内容は本件振込が誤振込であることの認識であり」、「銀行実務の在り方からすれば、上記告知義務によって本件被仕向銀行に対し原因関係の調査を求めることにはならないことは明らかというべきである」

「被告人の告知義務を否定した場合」、「本件被仕向銀行において、被告人が誤振込である旨の認識を有していることを知ることができないまま、被告人から債務不履行責任を追及されるリスクを負担して権利行使を拒否するか、振込依頼人から損害賠償請求を受けるリスクを負担して被告人の権利行使に応じるかの判断を迫られるのである。被告人の告知義務を否定する所論は、むしろ、本件被仕向銀行を振込依頼人と受取人との原因関係をめぐる紛争に巻き込み、振込依頼人や受取人ほか関係者間の無用の紛争を招くものであり、ひいては安全な振込送金制度の円滑な運用を妨げるものであるといわざるを得ない」

「被告人が、振込依頼人から告げられて誤振込の事実を十分に承知していながら、その日のうちに自己の用途に費消するため誤振込に係る債権を行使したという本件事実関係をみれば」、「信義則上も条理上からしても、被告人が誤振込の事実を知った以上直ちに告知すべき義務があったという原判決の判断が不当で誤りがあるなどとはいえない」

「支払委託や振込依頼の各手続は、通常の利用者すなわち権利行使に当たり告知義務が必要であるなどといった何らかの制限を有していない者であることが当然の前提として求められているのであって、当該手続内で告知を求められない、告知内容を入力する場面がないといった事情は、告知義務を課せられた者が果たすべき義務を否定する理由にはおよそならない」

「本件において、被告人が情報を入力した電子計算機

は、利用者が銀行職員等と対面することなく即時に支払委託や振込依頼を行う手続を支えるものであって、そのような手続を安全円滑に機能させるためには、その利用者は権利行使に当たり告知義務が必要であるなどといった何らかの制限を有していない者であることが当然の前提として求められていると解されるのである。したがって、被告人が上記電子計算機に振込依頼等をする情報を入力した以上は、権利行使に何ら制限のない権利者として権利を行使する旨の情報を入力したことになるとみるべきであり、原判決が、直接入力した情報等だけでなく、その前提として、本件送金行為等が正当な権利行使であるという情報も含まれていると解し、本件送金行為等が正当な権利行使ではないにもかかわらず本件各入力行為を正当な権利行使であるという情報を与える入力操作をしたと判断したことに誤りはない」

「受取人が被仕向銀行に対し誤った振込があるとの認識を告知することは被仕向銀行にとって必要な情報であり、平成一五年判例がいう確認、照会等の手続を含む銀行実務に照らし手続上の重要な要素というべきであって、そのような事柄を踏まえた上、被告人に告知義務を認め、本件送金行為等が正当な権利行使とはいえないとの判断を示し、被告人に電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた原判決に事実の誤認あるいは法令適用の誤りがあるなどとは認められない」

三　本判決の検討

1．はじめに

本件は、事件の経過が各メディアにおいて詳細に報道され世論の高い関心を集めるとともに、刑法学上においても、誤振込につき、電子計算機使用詐欺罪（刑法二四六条の二。以下、「本罪」と呼ぶことにする。）の成否が争われた初めての事案として、議論が活発に交わされている。同罪は、電子計算機を使用する場面における詐欺罪の補充類型とされている(1)。

本判決を検討するに際し、検討すべき論点は次の二点である。

第一に、本罪における「虚偽の情報」の意義とは何かである。被告人は、自己名義の口座において、自己の口座番号とパスワードを用いている。送金行為にあたって

は、誤振込でないことを告知する場面が存在していない。そうすると、その二つの情報は、それ自体は正しい情報であるから、「虚偽の情報」に当たらないのではないか、という疑問が生じる。

第二に、誤振込事案における受取人の被仕向銀行に対する告知義務についてである。本件においては、B銀行は阿武町から誤振込の連絡をすでに受け、誤振込にかかる事実関係を把握したうえで、組戻しの準備を整えていた。そのような事情は、誤振込事案に関する従来の裁判例における事例とは異なる。そうした場合においても、被告人は被仕向銀行に対し告知義務が生じるかが問題となる。

2.「虚偽の情報」の意義

1）立法担当者と判例における「虚偽の情報」

立法担当者によれば「虚偽の情報」とは、「当該事務処理システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報」であるとされる(2)。

判例においても、「虚偽の情報」に関し、次のような判断が下されている。東京高判平成五年六月二九日高刑集四六巻二号一八九頁は、上記の趣旨を引用したうえで、信用金庫の支店長が、自己の個人的債務の支払いのため、支店備付けの電信振込依頼書用紙等に受取人、金額等所要事項を勝手に記載するなどし、支店係員に振込入金等の電子計算機処理をさせた事案について、金融実務における入金、振込送金等に即していえば、「入金等の入力処理の原因となる経済的・資金的実体を伴わないか、あるいはそれに符合しない情報」が「虚偽の情報」にあたるとして本罪をの成立を肯定した。

最決平成一八年二月一四日刑集六〇巻二号一六五頁（以下、「平成一八年判例」と呼ぶことにする。）は、自己の携帯電話で、窃取したクレジットカードの名義人氏名、番号、有効期限を、電子マネーの販売等の事務処理に使用する電子計算機に入力送信して、電子マネーの利用権を得た事案について「本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする

財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たものというべきである」として、本罪の成立を認めた。

2）学説状況

学説においては、「虚偽の情報」をめぐり、見解が分かれている。

第一に、本罪が成立するためには、「他人の事務処理に使用される電子計算機」に「虚偽の電磁的記録」を現実に提供したことが必要であるとする見解である（本稿では「イ説」と呼ぶことにする）[3]。虚偽性は、入力情報以外の事情をふまえて実質的判断をするべきではなく、電子計算機にとっては認識不可能である、システム上検知できない情報を考慮するべきではない[4]と主張する。

第二に、実質的・合理的な解釈により虚偽性を判断する見解である（本稿では「ロ説」と呼ぶことにする）。この見解によれば、「虚偽の情報」か否かを判断するにあたり、「予定されている事務処理の目的」を基準とする場合、「処理の結果、財産権の得喪または変更を受けるすべての者」が本罪によって保護されることになるとされる。すべての者の納得を得るには、虚偽性の判断は、むしろ非意思的な客観的基準によるべきであり、利益移転の原因行為としての許容性という観点から、客観的な制度趣旨に照らして虚偽性を判断すべきであると主張する。そのうえで、「システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らして」虚偽性が判断される。このとき真実と異なるかの判断においては、「内容それ自体から認識不可能な事情」も考慮される[5]。

この場合、実質的解釈の限界が問題となる。同説によれば、例えばクレジットカードを利用する場合に、事務処理目的に照らして情報に意味づけがなされるという観点から、クレジットカード情報の入力には、支払意思・能力があることも付随し、それが表示されているとする[6]。決済システムへ関与するにあたっては、支払い意思・能力のある者の利用が前提とされている。したがって、クレジットカード番号等の入力において、支払い意思・能力は、情報の一内容を構成し、これがない場合は虚偽性が認められることになるとされる。

第三に、本罪が想定している自動取引の構造に注目する見解である（本稿では「ハ説」と呼ぶことにする）[7]。

この見解は次のようにいう。自動取引においては、「どのような条件が満たされたときに取引を行うか」があらかじめ決定されている。それゆえ、個別の取引は機械的・非意思的な決定である。それゆえ、個別の自動取引においては、システムの設計時に、多様な情報に反応する可能性があらかじめ放棄されているとされる。情報システムの設計上、真実性が前提とされている事項、例えば法令や規約、物理的制約は、「虚偽の情報」か否かを判断する際に考慮される一方、それらに含まれない事情は、「虚偽の情報の画定」には用いることができないことになる。

3）正当な権利行使と「虚偽の情報」の該当性

本判決は、被仕向銀行の「電子計算機は、利用者が銀行職員と対面することなく即時に支払委託や振込依頼を行う手続きを支えるもので」、安全円滑に機能させるためには、「利用者は権利行使に当たり告知義務が必要であるなどといった何らかの制限を有していない者であることが当然の前提として求められている」のであると判示している。前者は、システムにおいて予定されている事務処理の目的について、後者は、情報を構成する事情について、それぞれ判断している。

「虚偽の情報」の該当性について、上述した各見解を当てはめると、ロ説では該当性が認められ、イ、ハ説では否定される。

このうち、弁護側はイ説の立場に立っており、本判決の説示は、ロ説の立場に立つものと考えられる。

ロ説の場合には、入力情報の範囲は継続した普通預金契約に基づく預金取引において、「取引上重要な事実」に当たるもので、「内容それ自体からは認識不可能な事情」も考慮される。そのためネットバンキングのシステムにおいては、画面上に表示される、表現形式としての自己名義口座の番号やパスワードそれ自体ではなく、意味内容としての「正当な権利行使であるという情報」にあると考えられる[8]。この立場からは、権利行使にあたり告知義務などといった制約がないことという事情も、情報の内容を構成する要素[9]として認められることになると思われる。そうすると「システムにおいて予定されている事務処理の目的」において、正当な権利行使者による取引が前提とされ、権利行使に告知義務という制約が課

されていることは、真実に反する情報であるから、虚偽の情報と評価することとなる。

本件においては、先行する判例である平成一八年判例において述べられた虚偽性に関する判断が主体の同一性に限定されるのかについても争われたが、本判決では「人格の同一性を偽った場合に虚偽の情報を入力したことになると理解されるにしても、虚偽の情報がそれに限定されると説示しているとは解されない」と判示している。この点に関し平成一八年判例の調査官解説によれば、「情報」に関して、真実性の判断は「当該入力行為により実現しようとする財産的な取引を全体としてとらえる」[10]とするので、本判決においては、これを限定的に捉える趣旨は読み取れない。したがって、本判決と平成一八年判例との間の整合性は保たれていると思われる。

以上のように理解すれば、被告人に告知義務が存在する場合、この事情は、真実性を前提とする「取引上重要な事実」ということになる[11]。

被告人による本件送金行為は、正当な権利行使であるかのように、自己の口座関連情報を電子計算機に与えているから、本罪における「虚偽の情報を与える行為」に該当するといえるだろう。

なお、告知義務に関しては、本罪の成立条件上の位置づけが明らかではないといった疑問も向けられている[12]。

しかし、本罪の成否において直接問題となる実行行為は、被告人が被仕向銀行の電子計算機に対し、告知義務があるといった制約がない正当な権利行使かのように情報を入力送信したことである。ゆえに、本事案において、被告人がした本件送金行為等に係る入力行為が、「虚偽の情報を与える行為」であることに変わりはない[13]。

3.「告知義務」に係る諸事項について

1）誤振込と預金債権の成否

法律上の原因関係の存在しない誤振込による預金の帰属に関して基礎となるのが、平成八年判例である。

受取人に債務があり、債権者が誤振込金額相当の預金債権を差し押さえたことに対し、振込依頼人が行った第三者異議の請求について「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相

当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものと解するのが相当である」とし、「振込依頼人は、受取人に対し、右同額の不当利得返還請求権〔民法七〇三条〕を有することがある」にとどまるとする（〔〕内は筆者が加筆）。

平成八年の調査官解説によれば、振込手続は原因関係から無因的・機械的に処理されるところにその本質があり、「銀行は、大量かつ迅速に振込の事務を処理すべき立場にあり」、「振込委託があってもそれが正当な原因関係に裏付けられるものかどうか判断できないし、判断すべきでもない」とする[14]。そして、平成八年判例は「受取人と銀行間の普通預金契約においては振込があれば、その原因関係の有無・内容を問うことなく、それを原資として預金契約を成立されるという趣旨を包括的に定めていると解釈するのが妥当である[15]」として、第三者の権利保護と銀行側が負うリスクの回避を重視した立場を示す。

2）平成一五年判例の理論構成

預金の無因性を重視し、受取人に預金債権の成立を認めるとすると、受取人が誤振込金額相当分の払戻請求を行い、払戻しを受けることも正当な権利行使にすぎないとも考えられる。だとすれば、従前の判例[16]のように詐欺罪が成立するのかが問題となる。

平成一五年判例は、誤振込の事実を知る受取人が、その事情を秘したまま銀行の窓口で払い戻しを受けた事例であった。平成一五年判例は、以下の理由から詐欺罪の成立を認めている。

第一に「銀行実務では、振込先の口座を誤って振込依頼をした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に戻す、組戻しという手続が執られている」。

第二に「受取人から誤った振込みがある旨の指摘があった場合にも、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認する一方、振込依頼先の銀行及び同銀行を通じて振込依頼人に対し、当該振込みの過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられている」とする。これらの措置は、「普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人と

の紛争に巻き込まれないためにも必要なもの」で、「振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである」とする。したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に応ずるか否かを決する上で、重要な事柄であるとする。

第三に受取人には銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として次のような義務を負う。「自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務がある」とする。「社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとすべき実質的な権利はない」とし、告知義務があることは当然であるとする。

(1)　「組戻し」の意義

平成一五年判例によれば、銀行が組戻しに向けた措置を講ずること自体に、一定の利益を認める[17]。

実務では、被仕向銀行が入金記帳後に受取人の承諾を得て、組戻し手続を行う場合が圧倒的多数であるとされ[18]、平成一五年判例がいう組戻しはこの手続きを指している。この場合の組戻しは、受取人による再振込と理解でき[19]、受取人の承諾のない組戻しは無効であるので[20]、承諾によって自行のリスクを回避した上で振込依頼人の利益への配慮を行う、簡易的な紛争解決手段とされる[21]。

平成一五年判例の調査官解説によれば、入金記帳後の組戻しの制度について、振込み規定で認められていること、その実質は不当利得返還請求権の行使であり、受取人も「これを拒否することはできないだろう」と述べ、こうした「組戻しが有している不当利得返還請求としての実質や同制度が果たしている機能に着目すれば、受取人の預金払戻請求に対し、被仕向銀行において、事実上預金の払戻しを留保し、振込依頼人からの組戻し依頼を待つということも、それが相当な期間である限り、安全な振込送金制度を維持するための合理的な銀行実務の運用といえるのであって、被仕向銀行においてそのような措置を採る利益も、刑法上保護されてよい」との理解を

示している[22]。

(2)「調査、照会の利益」

平成一五年判例の調査官解説は、被仕向銀行は受取人から誤振込の申し出があった場合、当該振込金額相当分の預金の払戻しを一時停止して、自行の過誤の有無、仕向銀行や振込依頼人への照会あるいは復元的な措置を行うのであって「漫然と支払に応じているわけではない」と指摘する。また、こうした調査や復元的な措置を採る利益は刑法上保護されてよいし、被仕向銀行には、預金債権の成否に直結する過誤の可能性がある場合には調査、照会を尽くす義務があるとする[23]。さらに受取人も、普通預金規定上、調査等に必要な合理的期間は誤振込金額相当分の預金の払戻しができない受忍義務があると解している[24]。

(3) 信義則上の告知義務

平成一五年判例の調査官解説はこの点について、受取人は被仕向銀行との間で預金契約を締結することにより、継続的な預金取引を行っており、銀行が行う措置の必要性、有用性からみれば、調査を行わせるため、被仕向銀行に対し信義則上の告知義務があると述べる。

このため、事情を秘して調査や照会、組戻し手続きの機会を与えることなく、直ちに預金の払戻しをさせる行為は、詐欺罪の予定する欺罔行為と評価できるとする[25]。

(4)「社会通念上別個の支払」

平成一五年判例によれば、払戻手続の過程で存在する調査、照会等の利益の侵害によって、詐欺罪を基礎づける法益侵害性を認める。この場合、調査によって全事情が明らかになった結果、銀行の事務処理に過誤がない場合には、受取人の請求に応じざるを得ないとも考えられる。そうすると、詐欺罪の成立に必要とされる、財産上の損害について、実質的に考慮する傾向にある[26]とされる判例との整合が問題となる。

最判平成一三年七月一九日刑集五五巻五号三七一頁（以下、「平成一三年判例」と呼ぶことにする。）によれば、請負人が欺罔により、請負代金を本来より早く受領した事案に関し、詐欺罪の成立には「欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会

通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めたものであることを要する」と判断している。

しかし、平成一五年判例における、組戻手続などの復元的措置に向けた、銀行による調査や照会の期間は、平成一三年判例が判示する支払が早められた期間と比べるとわずかであり、その調査や照会の後は、受取人は直ちに払戻しを受けうる。この問題について、平成一五年判例の調査官解説は、支払を早めた期間だけに着目すれば、社会通念上別個の支払に当たるとはいえないことを認めている。そのうえで、預金債権の成否は銀行の調査・照会の結果、明らかになるとした上で、そこにおいて預金債権の成立が否定される可能性がある以上、調査、照会等の手続きを経たか否かによって「質的に全く異なる」といえるため、「社会通念上の別個の支払」にあたる[27]とし、平成一三年判例とは異なる理由づけを行った。それは支払時期が早められたかどうかではなく、手続きを経たか否かという点である。

(5)　平成八年判例と平成一五年判例との整合性

平成一五年判例の調査官解説には、平成八年判例との整合性について、次のように述べられている。

①平成八年判例は、受取人と被仕向銀行との間に預金債権が成立することを認めたにとどまり、受取人の払戻請求が欺罔行為に当らないとか、払戻しに応じた窓口係員の錯誤がないことまでは判示していないこと、②受取人と被仕向銀行との間に預金契約が成立し、受取人がその預金債権を行使できることを前提にした上で、その行使に信義則上一定の制約を課したにすぎないという点で、詐欺罪を肯定しても、平成八年判例とも整合性が保たれるとする[28]。

このような立場から、平成一五年判例の調査官解説は、平成八年判例の後に示された、権利濫用による詐欺罪を認める見解[29]に対しては疑問があるとし、受取人の払戻請求を権利の濫用とするかについて、否定も肯定もしない態度をとっている[30]。

3）権利濫用と財産犯の成否

(1)　平成二〇年判例の判断構造

前述の通り、平成一五年判例によれば、誤振込された預金について受取人が銀行に対して払戻請求をすること

が、権利の濫用に当たるかどうかについて、肯定も否定もしていない。

平成二〇年一〇月一〇日民集六二巻二三六一頁（以下、「平成二〇年判例」と呼ぶことにする）における事案は以下のようであった。

Wとその夫Xの通帳や届出印などをYらが窃取し、その後、仕向銀行に存在するXの定期預金を解約したことによって得た預金を、Wの被仕向銀行にある普通預金口座に振込んだ上で、Yの依頼を受けたZが同口座から払い戻した。

最高裁は、Wの預金に対する払戻し請求を権利の濫用と判断した原審[31]を、以下の理由から差し戻した。

まず、「受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負う場合であっても、受取人が上記普通預金債権を有する以上、その行使が不当利得返還義務の履行手段としてのものなどに限定される理由はない」とする。そうすると、「振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しない場合において、受取人が当該振込みに係る預金の払戻しを請求することについては、払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情があるときは、権利の濫用に当たるとしても、受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負担しているというだけでは、権利の濫用に当たるということはできない」とする。

以上の通り、最高裁は、Wが「本件振込みに係る預金について払戻しを請求することが権利の濫用となるような特段の事情があること」がうかがわれず、「本件普通預金について本件振込みに係る預金の払戻しを請求することが権利の濫用に当たるということはできない」と判示し、権利の濫用を認めた原審を破棄差し戻しとした（その後、銀行がWに支払をする形で和解が成立したといわれている[32]）。

(2) 権利濫用と財産犯の成否

平成二〇年判例の調査官解説は、平成一五年判例について、預金債権の行使を権利の濫用として払戻権限がないから詐欺罪を成立させたものではないとの理解から、誤振込における権利濫用肯定説に否定的な姿勢を示して

いる[33]。その一方で、振込制度を利用した犯罪との関係についての検討では、振り込め詐欺等における受取人の預金債権行使に限らず、誤振込の事情を秘して払戻しを請求することが欺罔行為にあたるとすれば、その場合の預金債権の行使も権利の濫用と評価できるとする[34]。

こうした平成二〇年判例の調査官解説の見解に対し、民商法の研究者や、実務家からは、平成二〇年判例の判示において、権利の濫用とされる範囲が不明瞭であるという指摘がなされている[35]。

①平成二〇年判例は、平成八年判例の立場を堅持しつつ、平成一五年判例が示さなかった権利濫用となる事情を例示し、両判例の理論的整合性を明らかにしたと意義づける[36]。②平成二〇年判例において言及された、権利濫用となる事情が、詐欺罪を構成するのであれば、その事情は平成一五年判例において示された銀行の「調査、照会等の利益」を侵害し、「社会通念上別個の支払」となるものなので、平成一五年判例を超える意味がないと述べる[37]。

そのほか③夫Xによる定期預金に関する別の訴訟が進行していたという背景から、原審が、妻Wと夫Xの請求による二重取り問題や銀行間において紛争が発生する問題を念頭におく見解がある。この見解は、平成八年判例に従えば、原因関係のない場合でも預金債権が成立し、WとXの二つの債権は併存し得るが、原審がこれを認めず、Wの請求を権利濫用としたため、最高裁がこれを排斥したのであり、それ以上の積極的な意味は見いだせないと指摘する[38]。また、平成二〇年判例を「『原因関係の存在しない振込において、受取人の払戻請求は権利濫用にならない』というように過度に一般化することには慎重であるべき」との意見[39]がある。

これに対し次のような見解がある。

①原因関係のない預金債権の成立にそもそも否定的な立場からは、原因関係のない振込において受取人の外見的地位が強化され、これによって、銀行側は「組戻し」の対象になるという理由により払戻請求を拒絶することが困難となり、その結果、Wの払戻請求が欺罔行為に該当することになる。それゆえ、平成二〇年判例によって、平成一五年判例の意義が失われていくと批判する[40]。

②受取人の預金債権について、その権利行使には制約がないとする立場からは、Yらを真の振込依頼人である

と仕向銀行係員が誤信した、誤発信の事例であるとする。平成二〇年判例は、その場合にも、受取人の預金債権は有効であり権利濫用とは判断しなかった。これにより、銀行に過誤がある場合でも預金債権は成立し、銀行側においては過誤を調査、照会する利益はなく、財産上の法益侵害性がない以上、詐欺罪や他の財産犯の成立も否定され、平成一五年判例は変更されるべきであると主張する[41]。

このように、平成二〇年判例の意義やその射程によって生じる、平成一五年判例への影響に関して、学説においては様々な主張が交わされている。よって、平成二〇年判例の判示を一般化することには慎重な姿勢が求められる。

4）学説状況

学説は、平成一五年判例の事例について、詐欺罪を肯定する見解と詐欺罪の成立を否定する見解に分かれる。

第一に、詐欺罪の成立を認める立場は次の論拠を提示する（本稿では「A説」と呼ぶことにする）。

①平成八年判例は第三者異議を退けたものにとどまり、刑法的には、本来権限のない受取人の払戻請求権を正面から認めたものではないと解すべきである[42]として、受取人による事情を秘した払戻しにつき、詐欺罪を肯定する。この見解では、平成八年判例により肯定された受取人の預金債権は、銀行を媒介した振込み送金制度の維持という大局的観点から認められた例外的な権利であると解する。したがって、振込み送金制度を悪用する場合、刑法からは違法評価が下され、その結果、誤振込相当の金額を終局的に保持する権利が否定される。その保持を目的に銀行に支払いを申し立てる行為は、被仕向銀行に対する欺罔行為に該当するとされる[43]。

このほかに、②銀行側は最終的に成立した預金債権の払戻しに応じざるを得ないが、実務上、漫然と応じてはいないことに注目する見解がある。銀行側は、関係者間の紛争に巻き込まれることを回避するべく、事実関係の確認や組戻しを行うよう、受取人を説得するなどの一定の働きかけに出ることが可能であり、社会的に期待されるとする[44]。したがって誤振込の事情を秘して払戻しを受けることは、これらの措置の可能性を奪い、銀行側の利益を侵害する。この見解によれば、受取人の払戻権限を

認めつつ、それには一定の制約が課されている。こうしたことから、銀行に対する詐欺罪が認められるとする[45]。

第二に、詐欺罪の成立を否定する立場に立ち、占有離脱物横領罪の成立を認める見解[46]は、次のような論拠を示している（本稿では「B説」と呼ぶことにする）。

この見解によれば、受取人は預金債権を取得し、誤振込金にも受取人による法律上の占有を認める。銀行口座にある預金債権は、銀行の同意を得ずとも、受取人がいつでも処分可能であり、それを行使する時点において、行使それ自体に制限がない場合には、受取人の占有を肯定することができるという[47]。誤振込の場合、預金口座の金銭については、振込依頼人と受取人との間に委託関係がなく他人の物を占有するに至ったものとして、釣銭詐欺や誤配達の場合と同じように解する[48]。

また、流動性のある金銭や預金債権も、価値として特定可能であり、物権的返還請求権が認められ得るという民法上の議論を軸に、刑法上においても特定可能な金銭的価値に有体性を認め、横領罪が成り立ちうるとする見解[49]がある。この見解では、預金債権の成立は振込入金毎に観念され、帳簿上、誤振込に係る入金とそれ以外の入金は区別して把握可能であるとする。それゆえ、価値に対する支配という意味で物権が認められるという。この意味で特定された金銭的価値には銀行側による事実上の占有と受取人による預金に対する占有が認められる。一方で、物権としての有体性により、銀行や受取人等とは別に、元々の原資を有する振込依頼人にも優先的な追求権が分属している状態があるとする[50]。このため、受取人による誤振込金額相当分の金銭の処分は、振込依頼人に対する物権的権利侵害として占有離脱物横領罪を基礎づけることができると主張する。ともあれ占有離脱物横領罪が成立するという見解は、占有離脱物横領罪の成立を主張することそのものに主眼があるのではなく、まずもって詐欺罪の成立を否定することに主眼があると思われる[51]。

第三に、受取人について犯罪不成立とする見解（本稿ではC説と呼ぶことにする[52]）がある。この見解では、平成八年判例により原因関係に関わらず、預金債権が成立する以上、受取人による、預金債権の処分は妨げられないとし、受取人の払戻請求などの権利行使に対する詐欺罪、その他の財産犯の成立を否定する。

5）「告知義務」についての検討

告知義務は本罪における「情報」を構成する事情である。それは受取人の権利行使における制約として存在し、告知義務に違反することは、権限行使が正当なものではなく、本件送金行為が、真実に反する情報の入力であることを基礎づけている。そのため、本件において本罪が成立するためには告知義務が肯定される必要がある。

(1) 先行判例との関係

本判決において、弁護側の所論に答える中で、先行する各判例に関する裁判所の理解を次のように述べている。

平成八年判例について、この訴訟は、振込依頼人による第三者異議を提起したものであり、「受取人が成立した債権について権利行使した事案ではない」との理解を示す。

次に平成二〇年判例については、受取人が被仕向銀行に対し払戻請求をしているものの、「その請求は第三者によって払い出された自己の金銭の取戻しの側面を有していた事案」であるとして、事案の特殊性を指摘する。そして、「各判例共に、誤振込金一般について、受取人が民法上無制約に権利行使可能であるとは判示していない」と解している。

平成八年、平成二〇年の各判例の判断は銀行側の負うリスクが念頭にあって、受取人による不当利得の費消を許すものではない。さらに、平成二〇年判例は判例の意義について見解が分かれており、この点からも本判決の判断は不合理な理解とはいえないだろう。

ただ、平成二〇年判例が、事案の特殊性から本判決の判断構造に影響しないという立場をとっている点について触れておきたい。確かに、原因関係のない預金の払戻しと権利濫用の関係について、最高裁の立場が明瞭ではないと考えれば、本判決が被告人の本件送金行為等について権利濫用に当たるかどうかの明示的な判断を避けることは、ただちに不合理とはいえない。

しかし、本判決が受取人の告知義務を肯定するにあたり、「振込依頼人から告げられて誤振込の事実を十分に承知していながら、その日のうちに自己の用途に費消するため誤振込に係る債権を行使した」という悪質性を指摘したことを考えると、被告人のように賭博行為の資金として誤振込金を費消する行為は、平成二〇年判例の

「これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情」として、権利濫用と評価され得るのではないかと思われる。

以上のように、誤振込に関する詐欺罪の成否に影響する先行判例の理解に関して、本判決の理解は整合性が確保され妥当といえるものの、若干の疑問が残る。

(2)「調査、照会の利益」と告知義務

本判決が引用する平成一五年判例では、受取人は、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込があることを知った場合には、銀行に受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に組み戻す措置を講じさせるため、誤った振込があった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解されるのであり、また、社会生活上の条理からしても、誤った振込については、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとすべき実質的な権利はないのであるから、前記告知義務があることは当然というべきであると判示する。

本判決では、本件のように依頼人や仕向銀行から誤振込があったとの申し出がなされ、被仕向銀行が誤振込の事実を実際に知っていたとしても、安全な振込送金制度を維持するために、被仕向銀行は受取人が「原因行為の有無等についてどのように認識しているか」をなるべく早く知る必要があるから、誤振込の事実を受取人が被仕向銀行に申し出ていない限りは、信義則上も条理上も、これを告知すべき義務は否定されないとしている。また、仕向銀行を含む他の関係者に対しても照会等を経た上で、「関係者の共通理解の下」で「紛争を生じさせない円滑な処理」が進められるべく、調査等の手続を執る利益が認められている[53]。以下、具体的に検討する。

第一審の判例評釈においては、受取人が預金債権を行使した時点で、すでにB銀行が阿武町から事実関係の連絡を受けて事態を把握して組戻しの準備を整えており、銀行側の過誤の可能性がなく、預金債権の成立が明らかであるために調査、照会の利益がないとして、受取人の告知義務を否定する立場が有力である[54]。加えて本件では地方公共団体による高額の振込であるため、B銀行が誤振込の事実を認識できる余地があると指摘する[55]。さら

に、第一審の判示が、組戻しを拒否した場合に説得を試みることや、振込依頼人との話し合いを促すなどの処理の検討がなるべく早期にできるといった、振込制度の安全を維持するために銀行の公共的役割の期待を詐欺罪の実質的処罰根拠において考慮する重要事項と考えているのであれば、平成一五年判例の「調査、照会の利益」を越えた事実的で曖昧な利益を詐欺罪により保護するもので、すでに限界事例である平成一五年判例の処罰範囲を拡張すると批判する[56]。

本判決においては、平成一五年判例にて言及された銀行実務の目的から、入金記帳後の組戻し手続きを誤振込の申し出が振込依頼人によるものと、受取人によるものに分けて説明し、どちらも振込依頼人と受取人双方の認識が必要であることを指摘する[57]。そして、被仕向銀行の「確認、照会等により誤記帳や誤発信は認められず預金債権が成立すると判断される場合にも、関係者の共通理解の下で、組戻し手続その他紛争を生じさせない円滑な処理が進められることとなる」とした。すなわち銀行実務の目的達成には、受取人、振込依頼人、仕向銀行そして被仕向銀行という「関係者の共通理解」がなければならず、その後何らかの手続により不当利得は返還されることが前提であると判断している。ここにいう共通理解の内容とは、預金債権が誤振込によるものであると認識し、銀行の組戻し等の手続きによって誤振込金額相当の預金が最終的に振込依頼人のもとに復元されるという一連の取組みが共有化されることである。この取り組みによって、受取人は不当利得返還請求などの法的紛争を回避でき、仕向銀行と被仕向銀行においては、振込送金制度の信頼が維持されることによる利益を得ることができる。

入金記帳後の組戻しは受取人の承諾なしに実施することはできない。したがって、本判決が、平成一五年判例の示した銀行実務の目的を達成するために、誤振込事案に関わる各関係者が預金債権に対する認識とその後の対応について理解していることが必要であることを指摘したのは重要である。

上記の共通理解を確立するためには受取人による告知義務が必要であり、これは被仕向銀行が事情を既に知っている場合でも同じである。

銀行実務の目的に関する本判決の理解は、平成一五年

判例の調査官解説が示したように組戻手続の実質的機能が不当利得返還手続であるという考えに沿った判断といえよう。そうすると、銀行の公共的役割を踏まえた利益の保護は、既に先行する判例においても想定されていることになるのではなかろうか[58]。であるならば、上述の批判のように、本判決が平成一五年判例を越えて事実的で曖昧な利益を保護して、詐欺罪の処罰範囲を拡張するとはいえないだろう。たとえば「社会通念上の別個の支払」において質的な違いをもたらす組戻し手続の契機が、告知義務を果たすことにあるなら、銀行側には「調査、照会の利益」がなお存在していると思われる。

以上のように、本判決は平成一五年判例とは矛盾せず、その趣旨を推し及ぼせば想定される帰結であると思われる。

(3)　告知義務の内容と銀行側の利益

本判決が引用する平成一五年判例によれば、調査、照会等の措置とその後に行われる復元的な措置は、銀行が振込依頼人と受取人との間の紛争に巻き込まれないために必要であるとされている。

第一審の山口地裁は、「被仕向銀行が振込依頼人と受取人との間の紛争等に巻き込まれないようするために、誤って受取人口座に振り込まれた金銭についてどのように処理をするのが相当かを早期に検討する必要」があり、「受取人口座に誤って振り込まれた金銭について、その原因行為の有無等につき受取人がどのように認識しているのか」を検討する必要から、告知義務を基礎づけている。

これに関して、第一審の判例評釈には、山口地裁は、被告人の告知義務を、預金債権の不成立の可能性に依拠した調査、照会の利益を根拠に課すのではなく、「受取人の認識」を知る必要という異なる根拠から課すことで、被仕向銀行が既に事情を把握している本件事案に適用可能とする修正を図っているとの指摘[59]がある。そして、この修正も、平成八年判例を前提に受取人が預金債権を取得すると考えるのであれば、銀行側は預金債権の処分を妨げられず、受取人の認識を確認する利益は保護に値しなくなり、受取人の認識を知ったとしても、組戻しに応じるよう説得する等の措置が事実上行われるにすぎず、妥当性に疑問があるとする。それゆえ、紛争を防止する

役割は法的に期待されず、銀行側の利益として成り立たないという。

さらに、原因行為の有無に関する受取人の認識まで調査する必要と解する場合、調査しないことが銀行側の過失になり、振込依頼人から損害賠償を請求されかねず、かえって銀行側が紛争に巻き込まれる可能性があると批判する[60]。こうしたことから、第一審のいう銀行側の利益とは、受取人に対して「組戻しに協力するよう働きかけること」であり、最善を尽くすことで損害賠償を請求されない利益を保護するとしても、それは銀行にとって、利益ではなく負担ともなると批判している[61]。

本判決は、第一審の該当部分の説示について、告知義務の内容が原因関係の有無そのものであるととられかねない「適切さを欠く説示部分がある」と認めたうえで、「被告人に認められる告知義務の内容は本件振込が誤振込であることの認識」であるとする。そして銀行実務の在り方からすれば、「告知義務によって本件被仕向銀行に対し原因関係の調査を求めることにはならない」と判示し、誤振込の認定において、判断に最も必要な判断要素に限定することで、上記の批判を回避している。

銀行側が関係者間の紛争に巻き込まれない利益があるどうかについては、本件において、被告人の告知義務を否定した場合、被告人が誤振込である旨の認識を有することを知らないまま、「被告人から債務不履行責任を追及されるリスクを負担して権利行使を拒否するか、振込依頼人から損害賠償請求を受けるリスクを負担して被告人の権利行使に応じるかの判断を迫られる」と指摘して、銀行は、振込依頼人と受取人との間で板挟みとなり、法的紛争に巻き込まれるリスクを負う状況に陥ると判断している。実際上、原因関係のない振込による払い戻しに応じれば、平成二〇年判例と同様に、誤振込金額相当分の預金の取戻しを目的として、振込依頼人により補填請求される可能性も否定できない。したがって、銀行側が関係者間の紛争に巻き込まれない利益も依然として存在すると思われる。安全な振込金制度を維持するためには、そうした銀行側のリスク負担は避けなければならないと思われる。

詐欺罪は何らかの意味で当事者間の取引の外形をもって犯される。そうした一定の取引過程で、「正常な」取引を「偽装」することを手段として、財物の移転を実現

させている。本件にこれを当てはめると、阿武町による組戻依頼を受けた時点で、その後に被仕向銀行であるB銀行が被告人との間で想定する取引とは、誤振込金額相当分の預金債権を阿武町の口座に戻すための取引であったはずである。しかし被告人は誤振込金額相当の預金債権について、ネットバンキングシステムを利用して、最終的に自己の目的のための費消に及んでいる。つまり、被告人が費消目的で送金する行為は、組戻しという本来の使途が達成されていないという状況であるといえる。

銀行という被害者の「公共的役割」、すなわち多量な取引が正当に保護され、円滑に運営・維持されるためには（その過程に銀行側が関係者間の紛争に巻き込まれない利益が存在する）、その役割は詐欺罪によって保護されるべきだろう[62]。

四　まとめ

本件は、誤振込事案において電子計算機使用詐欺罪の成否が問われた事案である。

第一に、虚偽の情報の該当性について、ネットバンキングのシステム上、告知義務の有無は正当な権利行使であるか否かの重要な情報である。告知義務違反は、権利行使の正当性において、真実に反する情報の入力であり、本罪が予定する「虚偽の情報を与える」行為であるといえる。

第二に、告知義務の有無について、本件組戻手続等における銀行実務の目的は関係者の「共通理解」を前提とし、銀行側には、調査、照会の利益と当事者間の紛争に巻き込まれない利益が認められる。また、被仕向銀行が事実を把握している場合でも、各関係者の「共通理解」の確立において、受取人たる被告人には告知義務が認められる。また、これらの判断は、先行する諸判例との整合性を維持しているといえる。

以上のように被告人による本件送金行為等に本罪の成立を認めた判決は、結論において妥当であると思われる。

（1）　鎮目征樹ほか編『情報刑法Ⅰ　サイバーセキュリティ関連犯罪』（弘文堂二〇二二）二五七頁〔荒木泰貴〕。

（2）　米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』（立花書房一九八八）一二一―一二二頁〔的場純男〕。

(3) 松宮孝明「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.159（二〇二一）二頁。
(4) 嘉門優「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.107（二〇一六）三―四頁。
(5) 渡邊卓也「判批」法教四六六号（二〇一九）三四―三五頁。
(6) 鎮目征樹ほか編前掲注(1)二六五―二六六頁〔荒木泰貴〕。
(7) 那須翔「電子計算機使用詐欺罪における『虚偽の情報』の解釈・適用」LAW AND PRACTICE 17号（二〇二三）二一二―二一四頁。
(8) 情報とデータについての概念や関係について、太田勝造編『AI時代の法学入門 学際的アプローチ』（弘文堂二〇二〇）二四九―二五三頁〔西貝吉晃〕。
(9) 中野浩一「判批」研修九〇二号（二〇二三）二四頁。
(10) 藤井敏明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成一八年度』（法曹会二〇一一）七一頁注11。
(11) 本罪における欺罔行為とは、電子計算機に対し財産上不法の利益を得るために、電磁的記録の作出・変更が直接に財産権の変更・得喪を事実上生じさせる行為である。本罪における虚偽の情報が、現実や実体と異なる情報であるとは限らないであろう。
(12) 松原芳博「判批」季刊刑事弁護一一六号（二〇二三）九〇頁。
(13) 橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣 二〇二二）三七四頁、大関龍一「判批」刑事法ジャーナル七七号（二〇二三）一五一頁。
(14) 大坪丘「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成八年度（上）』（法曹会一九九八）三七六―三七七頁。
(15) 大坪 前掲注(14)三七八頁。
(16) 札幌高判昭和五一年一一月一一日刑月八巻一一―一二号四五三頁、東京高判平成六年九月一二日判時一五四五号一一三頁。
(17) 橋爪隆「銀行預金をめぐる刑法上の諸問題」刑事法ジャーナル三八号（二〇一三）六頁。
(18) 藤井達也「誤振込と所在不明の受取人」銀行法務二一七一三号（二〇一〇）二四―二五頁。
(19) 佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』（有斐閣 二〇〇一）三八―三九頁〔道垣内発言〕
(20) 最判平成一二年三月九日金融法務事情一五八六号九六頁。
(21) 藤井前掲注(18)同頁。
(22) 宮崎英一「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成15年度』（法曹会二〇〇六）一三五―一三六頁注19参照。
(23) 宮崎前掲注(22)一三一―一三二頁、一三五頁注19。
(24) 宮崎前掲注(22)一三六頁注19。
(25) 宮崎前掲注(22)一三三頁。
(26) 藤井敏明「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成

16年度』（法曹会二〇〇七）二六一頁、樋口亮介「判批」佐伯仁志・橋爪隆編『刑法判例百選Ⅱ 各論〔第8版〕』（有斐閣二〇二〇）一〇〇頁。

(27) 宮崎前掲注(22)一三三―一三四頁。

(28) 宮崎前掲注(22)一三四頁。

(29) 佐藤文哉「誤って振り込まれた預金の引き出しと財産犯」西原春夫ほか編『刑事法の理論と実践』（第一法規二〇〇二）三三六頁以下。

(30) 宮崎前掲注(22)一四一頁。

(31) 東京高判平成一八年一〇月一八日判時一九五二号九六頁。

(32) 松本恒雄「判批」金融・商事判例一三四四号（二〇一〇）一〇頁。

(33) 石丸将利「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇平成20年度』（法曹会二〇一一）五一五―五一六頁、五一六頁注41。

(34) 石丸前掲注(33)五二四頁。

(35) 菅原胞治「判批」銀行法務21 六九七号（二〇〇九）三七頁以下、妹尾直人「判批」銀行法務21 七〇五号二八―二九頁、麻生祐介「判批」金融・商事判例一三二〇号（二〇〇九）一三頁、本田正樹「判批」金融・商事判例一三三六号（二〇一〇）一七九頁。

(36) 菅原前掲注(35) 同頁。

(37) 上嶌一高「最近の裁判例に見る詐欺罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル三一号（二〇一二）一五―一六頁。

(38) 松本前掲注(32)一〇―一一頁。著者は原審の判断の真の理由には、平成八年判例の「振込取引の無因性」法理に対する懐疑があるとし、平成八年判例の見直しと変更の必要性を指摘している。

(39) 中田裕康「判批」金融法務事情一八七六号（二〇〇九）一八頁。

(40) 菅原前掲注(35)同頁。

(41) 松宮孝明『誤振込みと財産犯』（成文堂二〇二三）五六―六四頁。

(42) 西田典之 橋爪隆補訂『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂二〇二二）二五六頁。

(43) 今井猛嘉「預金の占有・誤振込みと財産犯の成否」現代刑事法五巻一一号（二〇〇三）一〇八頁。

(44) 山口厚編『経済刑法』（商事法務二〇一二）〔橋爪隆〕一〇三頁。

(45) 山口厚『刑法各論』（有斐閣二〇一〇）二九七頁。

(46) 林幹人『刑法各論［第2版］』（東京大学出版会二〇〇七）二八一―二八二頁、松原芳博『刑法各論［第2版］』（日本評論社二〇二一）三三五頁。

(47) 穴沢大輔「いわゆる『誤振込・誤記帳』事案における財産犯の成否（2・完）」上智法學論集四八巻三・四号（二〇〇五）一一〇―一一一頁。

(48) 林前掲注(46)同頁。

(49) 照沼亮介「預金口座内の金銭の法的性質―誤振込み事案を手掛かりとして（4）・完―」上智法學論集五八巻一号（二〇一四）三〇頁以下。論者はこれを「金銭における『現所有者価値返還請求権』」と呼称する。
(50) 照沼前掲注(49)六九―七〇頁。
(51) 穴沢前掲注(47)一一四頁。
(52) 松宮前掲注(41)五三―六四頁。
(53) 照沼亮介「誤振込にかかる金銭とその法的保護のあり方」法曹時報七六巻一二号（二〇二四）五―九頁。
(54) 松宮前掲注(41)一〇九―一二四頁、同「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.191（二〇二三）一頁以下、品田智史「誤振込みと財産犯：山口地判令和5年2月28日裁判所 web によせて」阪大法学七三巻三号（二〇二三）四七頁以下、佐藤結美「誤振込みと電子計算機使用詐欺罪」上智法学論集（二〇二四）一三三頁以下、松原芳博「判批」季刊刑事弁護一一六号（二〇二三）八七頁以下、大関前掲注(13)一四六頁以下等。
(55) 杉本一敏「判批」法学教室五一四号（二〇二三）一二二頁。
(56) 品田前掲注(54)一一二頁。
(57) 本判決判旨第二―一―㈠参照。
(58) この点に関し、橋爪前掲注(17)同頁。
(59) 大関前掲注(13)一五二頁。
(60) 松宮前掲注(54)「判批」四頁、大関前掲注(13)一五二頁。
(61) 品田前掲注(54)六五頁、佐藤前掲注(54)一一五頁。
(62) 杉本一敏「詐欺罪における被害者の『公共的役割』の意義」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂二〇一五）三一一―三一四頁、三二七―三二九頁。

論　説

日本における政治資金規正法に伴う諸論点

――英国法制との比較――

甲　斐　素　直

【始めに】
1　政党概念について
2　英国法制の簡単な紹介
3　政党法制の主管官庁について
4　政治資金収支報告書の公開及び監査について
5　企業による政治献金について
【おわりに】

日本法学　第九十一巻第一号（二〇二五年六月）

【始めに】

2024年10月27日に行われた第50回衆議院議員総選挙では、裏金問題に対し、国民から厳しい批判が浴びせられ、自民・公明両党議員の合計数が過半数を割り、少数与党という結果になった。それは、国政選挙のレベルにおいて、政治と金という問題が正面から争点となり、選挙の勝敗を決めたということである。その結果、与野党でも民間でも、政治資金規正法の改正論議が大いに高まっている。しかし、筆者から見ると、当然に論じるべき大事な論点のいくつかが抜け落ちているように思われる。

本稿では、政治資金の規正問題に関して、先進各国との比較、特に

わが国法制と基本的に共通する点が多く、21世紀になって初めて施行されたという点で、主要国の政党法制の中ではもっとも新しいなど、興味深い点の多い英国法制との比較により、日本における政治資金規正法の改正すべき方向について、論じることとしたい。

1　政党概念について

本論に入る前に、政党概念について簡単に論じておきたい。政党という言葉には、憲法上、二義あると考える。すなわち、社会団体としての政党と、媒介機関としての政党である。どちらの意味の政党を論じるかに応じて、その活動に対する規制の許される限度が大きく変わるからである。

⑴　社会団体として政党

わが国憲法21条は、表現の自由を保障している。この表現の自由の一形態として保障されている結社の自由の一態様として、政党が存在すると考えることができる。

わが国憲法において政党を論じる場合、その根拠を21条に求める説は、学界においても強い。結社の自由を基礎に、政党を定義するならば、次の様に言える。

> 「政党とは共通の政治的意見を持つ人々が、その意見を実現するために組織する政治団体である」(1)

この定義の下にある政党は、その構成員の表現の自由の表れなのであるから、国家がその内部自律に干渉することは、結社の自由、すなわち表現の自由の侵害が問題になることを意味する。したがって、それに対する干渉は、厳格な審査に服することになり、その結果、通常

(1)　憲法教科書において、政党の定義を明確に書いている例は少ない。この定義は、戸波江二著『憲法』新版（ぎょうせい平成10年刊）355頁より引用

は許されない。

ここで、筆者は、マックス・ウェーバーによる、少々シニカルな政党の定義を思い出さずにはいられない。

「政党とは、（形式的には）自由な意思に基づいて結ばれた共同体であり、その目的は、指導者たちに組織内部での権力を与え、同時に、その積極的な参加者たちに具体的な目標の実現や個人的な利益の獲得（あるいはその両方）という（精神的及び物質的な）機会を提供するものというべきである。」(2)

すなわち、内部自律に対する干渉が許されないとは、政党内部において、どのような主義に基づいて組織を形成していようとも、例えば党首の完全独裁体制を採り、党員を党首の一存で一方的に搾取したり、処分したりしようとも、それが公序良俗に反する行為ではない限りは、その政党の内部自律の問題で、外部から干渉することは許されない、という結論が、政党を社会団体として把握している限り、導かれることになるはずである。

その外部からの干渉には、消極的に法的規制を加えることが当たるのは当然であるが、積極的に支援すること、例えば国から資金援助することもまた該当する。なぜならば、憲法89条は「公金その他の公の財産は、〈中略〉公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない」と定めているからである。

この観点から見ると、例えば日本共産党は、典型的な社会団体とし

(2)　ウェーバーの政党の定義の原文を紹介する。

“Parteien sollen heißen auf (formal) freier Werbung beruhende Vergesellschaftungen mit dem Zweck, ihren Leitern innerhalb ihres Verbandes Macht und ihren aktiven Teilnehmern dadurch (ideelle und materielle) Chancen der Durchsetzung von sachlichen Zielen oder der Erlangung von persönlichen Vorteilen (oder beides) zuzuwenden.”

Max Weber “Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie” Frankfurt am Main: Zweitausendeins, 2005参照

ての政党である。日本共産党袴田里美事件(3)において、最高裁は政党を次の様に把握した。

「政党は、政治上の信条、意見等を共通にする者が任意に結成する政治結社であって、内部的には、通常、自律的規範を有し、その成員である党員に対して政治的忠誠を要求したり、一定の統制を施すなどの自治権能を有する」(4)

これは明らかに、上述の社会団体としての把握である。そこから、次の結論を導いた。

「除名処分は、本来、政党の内部規律の問題としてその自治的措置に委ねられるべきものであるから、〈中略　日本共産党の党〉規約が公序良俗に反するなどの特段の事情のあることについて主張立証もない本件においては、その手続には何らの違法もないというべきであるから、右除名処分は有効であるといわなければならない」

これは、日本共産党を社会団体としての政党と把握する限り(5)、非常

(3)　日本共産党の袴田里見は、1970年（昭和45年）に党副委員長に就任したが、当時の宮本顕治委員長を雑誌「週刊新潮」で批判したことが、党規律違反（党外からの党攻撃）になるとして、1977年（昭和52年）12月30日の統制委員会で除名処分を受けた。その当時、袴田は党所有の家屋に居住していたため、党が家屋の明け渡しを求めて提訴した。それに対し、袴田は、除名処分が党規に違反してなされたとして処分の無効を主張し、その結果党員としての身分を有することを根拠に、党から貸借している家屋の明け渡しを拒否した事件である。

(4)　日本共産党袴田里美事件判決：最高裁判所第三小法廷昭和63年12月20日判決（昭和60年（オ）第４号）民集第155号405頁

(5)　日本共産党では、今日においても、一貫してこのスタンスを貫いている。しんぶん赤旗電子版の記事に依れば、党首公選制の導入を提唱した『シン・日本共産党宣言』（文春新書2023年刊）を刊行した党員（松竹伸幸）に対し、2023年２月５日に、党規約違反を理由に除名処分したという。
https://www.jcp.or.jp/akahata/aik22/2023-02-07/2023020704_01_0.html
また、日本共産党福岡県委員会のサイトに依れば、上記処分を見直すよう主張した党職員（神谷貴行）を、党から除籍・解雇したという。
https://www.fjcp.jp/ken-info/4553/

に正しかったといえる(6)。日本共産党が、一貫して政党助成金の交付を拒否しているのは、その意味で論理が一貫している。

今一つ、政党概念が問題になった事件に、日本新党繰り上げ当選事件(7)がある。この事件において、東京高裁は、本件除名は日本新党の党則規定には、除名対象者から意見を聴取し又は除名対象者に反論若しくは反対証拠を提出する機会を与える等民主的かつ公正な適正手続を定めていないため本件除名は公序良俗に反する無効なものであるとし、これが有効であることを前提としてされた本件当選人決定は、その存立の基礎を失い無効に帰するとした(8)。これに対し、最高裁は日本共産党袴田事件判決を機械的に踏襲し、訴えを退けている(9)。しかし、日本新党が媒介機関である場合には、この判決は不当なものと言える。

以上を整理すれば、社会団体である政党について限定していえば、

○　政党に対する国家からの干渉は可及的に制限されねばならない。

(6)　袴田事件最高裁判決は、本文に引用した社会団体としての定義に引き続き、「国民がその政治的意思を国政に反映させ実現させるための最も有効な媒体であって、議会制民主主義を支える上においてきわめて重要な存在である」と媒介機関としての性格も有すると述べている点は、非常に問題である。本文で後述するが、媒介機関の場合には、単なる社会団体とはまったく異なる性格を有し、公的規制を受けることを、最高裁は無視している。

(7)　日本新党繰り上げ当選事件：1992年に行われた参議院の選挙にあたり、松崎哲久は日本新党の届出名簿第5位として比例区に立候補したが、日本新党の代表者である細川護熙等4名が当選するに留まったために次点となった。1993年6月に、党代表である細川が、松崎を「党員としての適格に著しく欠ける」という理由で、除名したため、比例名簿からも外された。同年7月に行われた衆議院議員選挙に名簿上位の細川等2名が出馬したため、松崎より下位の順位の者が参議院に繰り上げ当選とされた。そこで、松崎が本件除名の無効（したがって、自らの繰り上げ当選）を主張して起こした事件である。

(8)　日本新党繰り上げ当選事件：東京高等裁判所平成6年11月29日判決（平成5（行ケ）108)。

(9)　日本新党繰り上げ当選事件：最高裁判所第一小法廷平成7年5月25日判決（平成7（行ツ）19）民集　第49巻5号1279頁

○　したがって、政党の政治資金を規正することは当然に許されない。

○　「公の支配に属しない団体」に公金を支出する事は、憲法89条に抵触するので、政党に対する国家補助もまた論外である。

ということになる。

現行実定法において、このような社会団体としての政党を予定しているのが政治資金規正法（以下、「規正法」と略称する。）３条１項である。次の様に定めている。

一　政治上の主義もしくは施策を推進し、支持し、またはこれに反対することを本来の目的とする団体

二　特定の公職の候補者を推薦し、支持し、またはこれに反対することを本来の目的とする団体

三　前二号に掲げるものの他、次に掲げる活動をその主たる目的として組織的かつ継続的に行う団体

イ　政治上の主義もしくは施策を推進し、支持し、またはこれに反対すること。

ロ　特定の公職の候補者を推薦し、支持し、またはこれに反対すること。

この定義が、社会団体説にいう政党の概念に関する定義と整合性を有することはあきらかである。ただ、この法律は外形から規制することを目的としているから、先に例示した社会団体説の定義にある「共通の政治的意見を持つ人々」という主観的要件が欠落し、また「その意見を実現するため」という抽象的な表現を、意見実現の具体的な方法である「推進し、支持し、またはこれに反対する」という表現に置き換えているに過ぎない。

⑵　媒介機関としての政党

上述の、社会団体としての政党という概念は、しかし、社会通念としての政党という語の持つ意味からは大きく懸け離れている。

一般社会において、政党という用語を使用する場合には、通常は議会制民主主義を前提として、議会を基盤として活動している政治団体に限定される。このような政党を、媒介機関と呼ぶこととする。ドイツは、政党についての憲法規定を持つ先駆者として有名であるが、その憲法（基本法）21条１項は次の様に述べる（ここでは文ごとに改行するが、本来は一つながりに書かれている。）。

① 政党は、国民の政治的意思形成に協力する。

② その設立は自由である。

③ 政党の内部秩序は、民主主義の諸原則に適合していなければならない。

④ 政党は、その資金の出所および使途について、ならびにその財産について、公的に報告しなければならない(10)。

第１文においては、極めて明確に媒介機関としての性格が宣言されている。

第２文は、結社の自由を述べているようにも見えるが、ドイツ憲法では結社の自由は第９条の定めるところである。政党の結社の自由もそれに含まれると一般に解されている。この文は、民主主義国家において、多様な政治勢力が自由に活動し、国民の政治参加を促進するための重要な基盤となっていることを意味していると解されている(11)。

---

(10) ドイツ憲法の政党規定は、21条２項にある戦う民主主義規定があまりにも有名である。しかし、それに先行する１項は、媒介機関としての政党の典型的な定義で、世界各国の政党法に受け入れられている。念のため、ドイツ憲法21条１項の原文を紹介する。

Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen. Sie müssen über die Herkunft und Verwendung ihrer Mittel sowie über ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft geben.

(11) ドイツ連邦憲法裁判所は、例えば「国民の政治的意思形成の過程で新たな政治思想が効果を発揮する機会を与えるために、いつでも新しい政党を設立できる可能性を特徴としている。」（BVerfGE 111, 382 Rn.81）と述べてこのことを確認している。

第３文において、袴田事件や日本新党事件でも問題となった、政党の内部秩序における民主主義への適合性の要求が端的に宣言されている。

そして第４文において、本稿の主題である政治と金の問題が端的に表現されている。

わが国の場合も、憲法上に明文の規定はないが、議会制民主主義を採用している以上、明らかに媒介機関としての政党が、憲法上予定されていると言える。そして、議会制民主主義を担う政党である以上、ドイツ同様に、内部秩序における民主性が求められ、政治資金の透明性が求められる事になる。

わが国においては、八幡製鉄政治献金事件東京高裁判決が、この媒介機関説に立つ政党の端的な定義を示しているので紹介する(12)。

「憲法の定める代議制民主制の下における議会主義政党（以下政党という。）は、代議制民主制の担い手として不可避的かつ不可欠の存在であって、国民主権の理念の下に

(一) 公共的利益を目的とする政策、綱領を策定して、国民与論を指導、形成する

(二) 政治教育によって国民の政治意識を高揚し、国民個人を政治社会たる国家の自覚ある構成員たらしめる

(三) 全体の奉仕者たる公職の候補者を推薦する

(四) 選挙により表明された民意に基いて政府を組織し、公約を実行する

等の諸機能を営むことを本来の任務とし、まさに公共の利益に奉仕するものである。代議制民主政治の成否は、政党の右の任務達成如何にかかるといつても過言ではない。」

つまり、ここで言われている政党は、社会団体説の下における政党のように、何であれ政治的活動を行うための結社ではなく、議会主義

(12) 八幡製鉄事件東京高裁判決＝東京高裁昭和41年１月31日判決（昭和38年（ネ）第791号）参照。

政党という特殊な範疇に属するものだけに限定している。そして、この政党は、(一) から (四) に上げられた一連の活動、これは結局の所、国家と国民の間に立つ媒介機関として、国民の意見を国政の場に反映するという公的目的を実現することを目標として活動する団体という意味で、公的団体である。

現実に、規正法や政党助成法等一連の政党関連の立法では、この媒介機関としての政党概念を前提に立法が行われている。

まず、規正法3条2項を見てみよう。そこでは、先に紹介した3条1項の政治団体のうち、次に該当するものを政党というとして、絞り込みをかける。

一　当該政治団体に属する衆議院議員または参議院議員を5人以上有するもの

二　直近において行われた衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙若しくは比例代表選出議員の選挙または直近において行われた参議院議員の通常選挙若しくは当該参議院議員の通常選挙の直近において行われた参議院議員の通常選挙における比例代表選出議員の選挙若しくは選挙区選出議員の選挙における当該団体の得票総数が当該選挙における有効投票の総数の100分の2以上であるもの

ここに述べられている政党が、上記東京高裁判決のいうところの議会主義政党の意味であることは明白であろう。すなわち、まず一号において国会に5議席以上を有している政治団体だけを政党としている。しかし、二号において、そこまでの議席を持っていなくとも国政選挙において投票総数の2％以上の支持を獲得していれば、やはり政党と認めている。

ちなみに、ドイツでは連邦議会選挙においては、小選挙区比例代表併用制という制度を採用しているが、政党と認められるためには、第2投票（政党名簿への投票）で有効投票総数の5％以上を得るか、若しくは第1投票（選挙区候補者への投票）において3議席以上を獲得すると

いう、このいずれかを満たす必要がある。

比較すると、議席数においては日本が5に対してドイツは3ということで、日本法が厳しく、他方、得票率に関しては、日本は2％であるのに対し、ドイツは5％でドイツ法が厳しいという違いはあるが、基本的に同じような基準で、媒介機関としての政党を定義していることが判る。

政党法人格付与法(13) 3条1項、政党助成法2条1項は、政党の定義として、この規正法3条2項の規定を基本的に承継している。

若干規定の仕方が違うのが公職選挙法である。すなわち、その86条以下で、衆院選、参院選あるいはその選挙区制のあり方ごとに違う定義となっていて、若干複雑であるが、基本的には先と同様の条件を満たすものに加え、当該選挙で候補者を10人以上有する団体を「政党その他の政治団体」と定めている。公職選挙法は、その法的性格から、いまだ一度も国政選挙の洗礼を受けていない政党を想定する必要から、一定数以上の立候補者を立てている団体も、実質的に政党概念に加えているのであるだけのことで、本質的な違いがあるわけではない。

要するに、現に国会である程度の勢力を持っているか、少なくとも国政選挙で、選挙区や投票の方法で恵まれれば国会に勢力を持ちうる可能性を持っているものだけを、これらの立法では実質的に政党と定めているということが判る。

前に、社会常識的には、政党概念を「議会制民主主義を前提として、議会を基盤として活動する政治結社」と述べたが、これら実定法はそれを、具体的メルクマール及び数値に置き換え、それを充足するものだけを「政党」と呼んでいるのである。これらのメルクマール及び数値が政党概念を決定するに必要にして十分なものか、という点については議論の余地がある。しかし、このような何らかのメルクマールで、社会団体としての政党と、媒介機関としての政党を区分する必要があ

(13) 正式名称は「政党交付金の交付を受ける政党等に対する法人格の付与に関する法律」（平成6年11月25日法律第106号）という。

ることは確かである。

⑶　米国における政党の社会団体としての把握の問題性

上述の、政党を社会団体と捉えるか、媒介機関と捉えるかは、単なる学問的な議論ではなく、政治資金の規正を実施する上で重大な意味を有している。社会団体と捉えた場合には、それに対する規制は、わが国であれば憲法21条の定める結社の自由の保障により、厳格な審査が求められ、その結果、原則的に禁じられるからである。その端的な例を米国に見ることができる。

合衆国憲法には、直接、結社の自由や政党について定めた規定はない。しかし、連邦最高裁は、合衆国憲法第１修正は結社の自由（freedom of association）を保障していると判決しており(14)、さらに政党は、結社の自由により存在を保障されていると判決している(15)。

---

(14)　連邦最高裁は、National Association for the Advancement of Colored People（NAACP）v. Alabama, 357 U.S. 449（1958）で、憲法第１修正が結社の自由を保障していると判決しており、今日まで確立した判例となっている。この、NAACP（全米有色人種地位向上協会）対アラバマ州事件は、1956年に、NAACP がアラバマ州内での活動を拡大するのを、アラバマ州当局が阻もうとして、会員リストを含む NAACP の記録を求める召喚状を発行した事により起きた。連邦最高裁は、そのような記録の開示が NAACP 会員の結社の権利に及ぼす可能性のある抑止効果を正当化するものではないと結論付けた。

(15)　連邦最高裁は、Cousins v. Wigoda, 419 U.S. 477（1975）事件判決において、結社の一類型として政党は憲法上の保護を受けると判示した。この判例が今日まで踏襲されている。

この事件は、大略次の様なものである。大統領候補選出のための1972年民主党全国大会への代表団（Wigoda delegates ＝ウィゴダ代表団）が、イリノイ州選挙法に基づく予備選挙によって選ばれたが、党全国組織の規約に違反したとして出席を認められず、代わりに党の規約にしたがった代表団（Cousins delegates ＝カズンス代表団）の出席が、党の全国組織によって認められた。民主党は、大会開催の二日前に、イリノイ州巡回裁判所から、カズンス代表団の出席を差し止める命令を受けていた。それでも、カズンス代表団が大会によって着席させられ、代表として活動した。

イリノイ州控訴裁判所は、州巡回裁判所の判決を支持し、「全国指名大

米国には連邦選挙委員会（Federal Election Commission: FEC）という、政治資金の監督を行っている独立機関が存在する(16)。これは、ウォーターゲート事件を切掛けに連邦選挙運動法（Federal Election Campaign Act）改正法に基づき、1974年に設立された。

しかし、1976年には、バックリー対ヴァレオ事件(17)で、FEC の活動は、早くも最初の違憲判決を受ける。先に述べたとおり、米国では政党は合衆国憲法第１修正の保障する結社の自由の保護下にあると考えられているため、連邦最高裁は「この法律の寄付および支出の制限は、保護されている結社の自由にも影響を及ぼす」とし、「候補者および政党の支出に対する制限を違憲として無効とした」のである。

ただ、連邦最高裁が、（政府が）「選挙民に『選挙運動資金の出所と候補者によるその資金の使い道』に関する情報を提供し、連邦公職を目指す候補者を評価する有権者を支援する」ことに重大な利益があると

会でイリノイ州を代表して出席する権利は、イリノイ州選挙法によってのみ規定されている」とし、「予備選挙に参加する実効的権利を保護する州の利益は、党自体が保護したいその他の利益よりも優先する」と判決した。

連邦最高裁は、同党の結社の自由を侵害するとしてこれを破棄した。その理由として、連邦最高裁は、代表選出過程が、政党の政策に関わりなく州法に委ねられる事になったならば、「大統領候補および副大統領候補の重大な選択過程に携わる…全国党大会の有効性を大きく損ない、事実上破壊することになるであろう」と述べた。

(16) FEC の概要については、大曲薫「アメリカ連邦選挙委員会（FEC）の組織と機能――政治資金監督機能の強化を中心に――」『レファレンス』2007年12月号79頁以下参照。

(17) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1（1976）：バックリー（James L. Buckley）上院議員その他多数の原告によって当時、合衆国上院事務局長の職にあったヴァレオ（Francis Ralph Valeo）に対して提起された訴訟で、1971 年連邦選挙運動法第 608 条に規定されている、選挙費用の制限その他、FEC の機能のほとんどについて違憲主張がなされた。連邦最高裁は、全員一致の判決（per curiam）で、政治的コミュニケーションへの支出の制限は必然的に表現の量を減らすため、支出制限は言論の自由に関する憲法第 １修正 に違反すると裁定して、FEC の権限を大幅に制限した。なお、この判決は、FEC の組織に関しても違憲判決を下しているが、その点については、本文後述の第３節(2)(a)で詳述している。

判断したことから、厳しい条件下で情報の開示を認めたことで、FECは辛うじて存続できたのである。1978年のボストン第一国立銀行対ベロッティ事件(18)も重大な影響を与えた。その後、一時期はFECに肯定的な判決もでた(19)が、2010年のシチズンス・ユナイテッド対FEC

(18) First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978)：1976年、ボストン第一国立銀行を含む複数の企業が、議会が累進的個人所得税を制定することを認める国民投票案に反対する意見を広めるために資金を費やしたいと考えていた。しかし、マサチューセッツ州刑法は、同銀行および他の指定された企業に対し、「企業の財産、事業、または資産に重大な影響を及ぼすものを除き、有権者に提出されたあらゆる質問に対する投票に影響を与える目的で」寄付または支出を行うことを禁じていた。そこで、この刑法規定の合憲性に異議を唱えて、この訴訟を起こした。この訴訟は最終的に連邦最高裁に上訴され、1978年4月26日、最高裁判所は5対4で、「企業には第1修正に基づき、投票運動に寄付する権利があると判断」し、マサチューセッツ州法に不利な判決を下した。

事件そのものは、上述のとおり州法レベルの問題であるが、FECは連邦レベルでの自らの権限に関わるため、補助参加（amici curiae）していた。

(19) FECに有利な判決とは次のものである。

① Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652 (1990)：

ミシガン州選挙資金法54条1項（以下「同項」という。）は、メディア企業を除く法人が一般会計資金を、州候補者の選挙に関連する独立した支出に使用することを禁じている（連邦選挙運動法もまた、同様に、企業や労働組合が一般会計資金を選挙運動通信や連邦候補者の当選または敗北を明示的に支持する発言に使用することを禁止しているので、FECに関わりのある事件となる。）。

ミシガン州商工会議所は、一般会計資金を使用して特定の州職候補者を支持する地方新聞広告を掲載することを希望したため、支出制限は合衆国憲法第1修正および第14修正に違反していると主張し、連邦地方裁判所に同項の執行差止命令を求めて訴訟を起こした。地方裁判所は同項を支持したが、控訴裁判所は、同項は第1修正に違反するとして、判決を覆した。

連邦最高裁は、同項の要件は、議会の政治的表現の行使に負担をかけるものであるが、それは州の切実な利益によって正当化される、すなわち、有利な州法の助けを借りて蓄積され、企業の政治的思想に対する国民の支持とはほとんどまたは全く関係のない巨大な企業資金が、選挙結果に不当な影響を及ぼすために使用されるという脅威を軽減することによって、政治の舞台における汚職または汚職の外観を防止することである、として、

事件[20]、2014年のマカッチョン対FEC事件[21]など、次々と違憲判決

第1修正に違反しないと6対3で判決した。

② McConnell v. FEC, 540 U.S. 93 (2003)

1971年連邦選挙運動法は、2002年超党派選挙改革法（Bipartisan Campaign Reform Act 2002＝BCRA）によって改正された。その主要規定は、1）政党への（多くの場合、企業、労働組合、または裕福な個人による）無制限の直接寄付の禁止、および選出された公務員によるそれらの寄付の勧誘の禁止、2）労働組合、企業、非営利団体が選挙の60日前までに行うことができる広告の制限、および3）候補者に代わって広告するために政党が、広告または「調整された支出」の形で資金を使用することの制限、であった。

本事件は、このBCRAに徹底して反対していたマッコーネル上院議員等によって提起されたが、連邦最高裁は、BCRAのほとんどの規定の合憲性を支持した。

(20) Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310 (2010)：

2008年1月、非営利法人であるCitizens Unitedは、2008年大統領予備選挙の民主党候補者であった当時上院議員ヒラリー クリントンに関する映画を、ケーブル会社にビデオ・オン・デマンドを通じて無料で提供できるよう、その費用を支払いたいと考えていた。シチズンス・ユナイテッドは、2008年の予備選挙の30日以内にこの映画を提供する予定だったが、映画が、明示的な支持情報の提供と機能的に同等である企業資金による選挙運動コミュニケーションの禁止に関する同法の対象となり、企業が民事および刑事罰の対象となることを懸念した。そこで、シチズンス・ユナイテッドは、コロンビア特別区連邦地方裁判所に委員会に対する確認的救済および差止命令を求め、企業による選挙運動コミュニケーションの禁止は映画に適用すると違憲であり、開示および免責事項の要件は映画と映画の3つの広告に適用すると違憲であると主張した。

地方裁判所は、シチズンス・ユナイテッドの仮差止命令を却下し、FECの略式判決の申し立てを認めた。それに対し、連邦最高裁は、前注①のAuslin v. Michigan Chamber of Commerce及び②のMcConnell v. FECを覆し、組合、営利団体、非営利団体に対して、本選挙の60日以内及び予備選挙の30日以内にテレビコマーシャルを放映することを禁止している2002年超党派選挙改革法の規定は、合衆国憲法第1修正の表現の自由に反しており、違憲であるという判断を下した。

(21) McCutcheon v. FEC, 572 U.S. 185 (2014)：

1971年連邦選挙運動法441条は、個人が連邦候補者およびその他の政治委員会に寄付できる金額に個別の制限を設けており、その制限の一部はインフレ率に連動している。事件当時、個人は連邦候補者に対して選挙ごと

が下っている。

このように、FEC の活動が、大幅に連邦最高裁によって違憲とされる理由は、総て、政党が合衆国憲法第１修正の保証する結社の自由の適用下にあると言う前提、すなわち本稿の用語で言えば、米国では政党が社会団体とされていることに由来する。この事から見て、わが国において、こうした問題を回避し、政治資金をきちんと規制する法制を整備するためには、その前提条件として、政党が媒介機関であることを明確に認識する必要があるのである。

わが国規正法は、社会団体と媒介機関の両者を纏めて規定しているために無用の混乱を起こしているように思われる。立法論としては、媒介機関としての政党に特化した上で、その特質に応じた規制を行う形で政党法は制定されるべきであろう。

2　英国法制の簡単な紹介

⑴　英国政党の歴史

英国は、王政復古（1660年）後、チャールズ二世に嫡出子がいなかっ

に最大2,500ドル、全国政党委員会に対して暦年ごとに最大30,800ドル、非政党政治委員会に対して暦年ごとに最大5,000ドルを寄付できた。さらに、個人が２年間に寄付できる総額に全体的な制限を設けていた。当時は、個人はすべての連邦候補者に対して合計46,200ドルまで、連邦政治活動委員会および政党委員会に対して70,800ドルまでしか寄付できなかった。

アラバマ州在住のマカッチョン（Shaun McCutcheon）は、現行の２年ごとの制限額を超える寄付を希望しており、共和党全国委員会はマカッチョンのような個人から総額制限額を超える寄付を受け取りたいと考え、FEC による総額制限の執行を差し止める仮差し止め命令を求めた。連邦最高裁は「議会は特定の種類の腐敗、つまり『対価』腐敗のみを標的にすることができる。選挙に関連して多額の資金を費やしても、公職者の公務の遂行を統制する努力に関連していない場合、対価腐敗は生じない。また、多額の資金を費やした個人が選出公務員や政党に対する『影響力やアクセス』を獲得する可能性もない。」として、個人寄付金の総額制限は、違憲とした。

たため、その後継者として、カトリック信者である王弟のジェームズを認めるか否かを巡って党派の争いが生まれた。その際、ジェームズの即位を阻止しようとする党派が、反対派からホィッグ（Whig＝スコットランド語で謀反人の意味）と呼ばれ、推進しようとする党派が、同じく反対派からトーリィ（Tory＝アイルランド語で強盗の意味。カトリック信者のアイルランド人強盗が、イングランドの支配に抵抗して、イングランド人や英国教会の信者を狙った。）と呼ばれたのが、そのまま政党名として定着した。名誉革命後、この二党が――今日とは違い、貴族院を舞台としていたが――最初の二大政党制といわれる時代を築くことになる。

ホィッグ党は、その後1859年に自由党（Liberal Party）に改名する。労働党から分裂して結成された社会民主党（Social Democratic Party）と1988年に合併し、自由民主党（Liberal Democrats）となる。

トーリィ党は、その後1834年に保守党（Conservative Party）に改名する。アイルランド問題を巡って自由党が分裂し、アイルランド自治反対派が結成した自由統一党（Liberal Unionist Party）と、1911年に合併し、保守統一党（Conservative and Unionist Party）となる。しかし、一般には、今日もなお単に保守党と呼ばれる。

産業革命後、労働条件の改善を求める労働運動が活発化し、労働組合が結成された。これらの労働組合を基盤として、労働党（Labour Party）は1900年に設立された。

⑵　1998年政党登録法

このように、英国は政党については古い歴史があるが、基本的に慣習法の国であるだけに、成文法の形による最初の規制は1998年政党登録法（Registration of Political Parties Act 1998）となる。

この法律が制定された理由の一つは、当時まだEUに加盟していた英国として、欧州議会選挙に完全な名簿式比例代表制を導入することが計画されていたので、これに対応する必要があったためであった。

しかし、より切実な問題として、1990年台の英国内の選挙で、無所

属でありながら「文字通り民主党」(Literal Democrats)[22]、「保守党」(Conservative Party)[23]、「労働党」(Labor Party)[24]と名乗る立候補者が現れたことがある。そして、1994年の欧州議会議員選挙では、とうとう自由民主党の候補者が落選して、文字通り民主党の候補者が当選し、訴訟にまで発展した[25]。こうした事態を防ぐには、法律で、政党名を明確に登録させ、無関係の者が勝手にそれを名乗れないようにする制度が必要なのは明らかであった。

こうして制定されたのが1998年政党登録法である。この法律で、非常に興味深い点は、政党登録業務を、会社の登録業務を担当する者が行うとされたことである（同法1条2項参照）[26]。同法成立以前において、政党が法人格を必要とされる活動を行う場合には、会社を設立するという方法が使用されていたことから、それをそのまま流用したのだと思われる。政党であっても、会社形態をとっている以上、当然にコーポレートガバナンスが要求される。つまり、英国の政党は、財政の透明性等の要求は、以前から充たす必要に迫られていた、ということを意味する。

政党は、登録にあたり、英国議会選挙やスコットランド議会選挙など、関連する選挙で候補者を立てる予定であることを宣言する書類を

(22) Literal Democrats：三大政党の一つである自由民主党（Liberal Democrats）とは、3文字目が違うだけなので、非常に紛らわしい。

(23) Conservative Party：三大政党の一つである保守党の正式名称はConservative and Unionist Partyで、Conservative Partyは通称に過ぎない。

(24) Labor Party：これは米語の労働の綴りである。三大政党の一つである労働党は、英語綴りのLabour Partyとなる。

(25) 1994年欧州議会議員選挙に関するこの事件に関しては、次のBBCのサイトを参照。
"BBC Rewind: A Literal Democrat". BBC News. 13 June 1994. https://www.bbc.com/news/av/uk-politics-27056001参照。

(26) 1998年政党登録法1条2項の原文を紹介する。
The register shall be maintained by the registrar or other officer who performs the duty of registration of companies in England and Wales under the Companies Act 1985.

登録官に提出する事を求めている（同2条1項）。この点で、明確に媒介機関としての政党だけを対象とした法律であることが判る。

しかし、同法は、全条文でわずか25条しかない簡易な法であり、より包括的な政党法が必要なのは明らかであった。

⑶ 2000年政党・選挙及び国民投票法

2000年政党・選挙及び国民投票法（Political Parties, Elections and Referendums Act 2000、PPERAと略称される。本稿では、以下「2000年政党法」と略称する。）は、イギリスで最初の包括的な政党の規制立法である(27)。

この2000年政党法は、軟性憲法である英国においては、英国憲法を構成する重要な要素の一つであり、「憲法的な性質を持つ法律」と考え

(27) 2000年政党法立法の直接の契機となったのは、公的生活基準委員会（Committee on Standards in Public Life）が、1998年10月に提出した、同委員会としては第5報告である「英国における政党の資金調達（The Funding of Political Parties in the United Kingdom）」による勧告である。

この委員会は、元々は、1994年10月にガーディアン紙が、議会ロビイストが、保守党議員2名に、ハロッズ百貨店のエジプト人オーナーに代わって国会で質問したり、その他の仕事をさせたりし、その報酬として1回2,000ポンドを支払ったと報じられた事件（Cash-for-questions affair）を切掛けに、メィジャー（John Major）首相が設立したものである。その時点での委託事項は「財務および商業活動に関する取り決めを含む、すべての公職者の行動基準に関する現在の懸念を調査し、公生活における最高水準の礼儀を保証するために必要となる可能性のある現在の取り決めの変更について勧告すること」であった。しかし、1997年に、本文に述べた状況を受けて、ブレア（Tony Blair）首相は、「政党への資金提供に関する問題を検討し、現在の取り決めの変更について勧告すること」を、委員会の任務に加えた。その時点の委員長Lord Neill of Bladenにちなんで、ニール委員会と呼ばれる。それに応えて、ニール委員会から提出されたのが、冒頭に述べた報告である。

なお、この公的生活基準委員会は今日も存続しており、地方議会やウェストミンスタープロセス、すなわち英国型議会制民主主義そのものの検討等も任務に加えている。委員会のホームページ参照。

https://www.gov.uk/government/organisations/the-committee-on-standards-in-public-life

られている。同法は、その正式名称を「**選挙委員会を設立し、政党の登録と財政について規定し、政治目的の寄付と支出について規定**し、選挙と国民投票の運動と国民投票の実施について規定し、選挙請願と選挙に関連するその他の法的手続きについて規定し、1985年国民代表法第１条と第３条に規定されている資格期間を短縮し、欧州議会選挙に関する統合前の修正を行い、関連する目的のための法律」(28)というものであることに示されるとおり、既存の多くの法律を改正し、政党法として統一する機能を有している。本稿で論じるのは、その内、筆者が太字で強調した立法に関連する部分である。

同法は、2001年から施行されて今日に至るが、最近時は2024年２月７日付けのものまで、合計10回もの法改正が行われており、決して完成されたものでは無い。しかし、基本的な骨格自体は不動である。以下では、その中からわが国にとって参考になる点を取り上げて行きたい。

3　政党法制の主管官庁について

(1)　わが国制度の概要

わが国規正法では、政党の登録は、「主たる事務所の所在地の都道府県の選挙管理委員会を経て総務大臣」に届け出る（規正法６条）ものとされている。要するに、政党に関して主管の行政庁は総務省である。

---

(28)　2000年政党法の正式名称の原文を紹介する。

An Act to establish an Electoral Commission; to make provision about the registration and finances of political parties; to make provision about donations and expenditure for political purposes; to make provision about election and referendum campaigns and the conduct of referendums; to make provision about election petitions and other legal proceedings in connection with elections; to reduce the qualifying periods set out in sections 1 and 3 of the Representation of the People Act 1985; to make pre-consolidation amendments relating to European Parliamentary Elections; and for connected purposes.

総務省には、政治資金適正化委員会が置かれている（規正法19条の29）。しかし、その権限は「政治資金監査に関する具体的な指針を定めること」（規正法19条の30）などに限定され、具体的な規正活動を行うものでは無い。

総務省は、言うまでもなく、内閣総理大臣の指揮監督下にある国家機関であるので、その権限は届出を受けるなどの活動に限定され、個々の政党の内部自律に踏み込む事は、国家からの干渉になるので、許されない。その結果、政党に関して権限は限られたものとなる。

⑵ 英国制度の概要

2000年政党法の最大の特徴は、選挙委員会（Electoral Commission）という組織を新たに設立し、同法が取り扱う総ての問題について、ここを主管官庁としたことである（2000年政党法１条）。選挙委員会は、わが国で言えば、会計検査院や人事院に相当する独立機関である。つまり、わが国総務省と違って、内閣の指揮監督下には無い機関である(29)。その目的は、英国における政党資金の規制機関として、政党および選挙資金の完全性と透明性を確保することである。

選挙委員会に関して、極めて重要なことは、それが単に独立機関であるばかりでなく、その組織に関し、一方で議会主権の下、議会の強力なコントロール下に置きながら、他方において、政党の政治的影響力が及ぶことを防ぐ配慮が徹底してなされていることである。その点

(29) 選挙委員会の独立性については、2000年政党法附則１に、「委員会は、(a) 国王の僕または代理人、または (b) 国王の地位、免除、特権を享受するものとは見做されない」と述べている。これは英国における慣用的な表現で、「僕または代理人」であることを否定することにより、委員会が国王（Crown すなわち政府）の指示に従い、その利益のために働く存在ではないことを示している。なお、原文は、次のとおりである。

The Commission shall not be regarded —
(a)as the servant or agent of the Crown, or
(b)as enjoying any status, immunity or privilege of the Crown.

に関しては、同じように独立機関でありながら、米国 FEC と極めて鮮明な対比を示している。そこで、以下では、まず米国 FEC の組織がどのように構成されており、どのような問題を抱えているかを紹介し、それとの対比の上で英国選挙委員会を紹介したい。

(a) 米国 FEC における委員任命方法と問題状況

米国 FEC は、多くの専門家が「執行力のない委員会（Failure to Enforce Commission）」、「歯のない虎（toothless tiger）」、「FEC 機能無し（FEC-less）」、「何も出来ない小さな機関（The Little Agency That Can't）」と呼ぶほどに、問題が多い(30)。

その原因の一つは、前述したとおり合衆国憲法第 1 修正の適用を、連邦最高裁が認めていることであるが、今一つは、組織として政党対立の影響を排除できないという点である。

先に紹介したバックリー対ヴァレオ事件では、第 1 修正から生じる権限についてだけではなく、組織に対しても合衆国憲法 2 条 2 項違反として違憲判決を下されていた。すなわち、創設当初の FEC は、政党の影響力を削減する狙いから、6 人の委員のうち、2 人は上院の多数派および少数派のリーダーの推薦に基づいて上院議長が任命し、2 人は下院の多数派および少数派のリーダーの推薦に基づいて下院議長が任命し、最後の 2 人は大統領が任命するというものであった。各指名者（上院議長、下院議長、大統領）が、同じ政党から 2 人の候補者を推薦することはできないことも定められていた。

しかし、連邦最高裁は、バックリー対ヴァレオ事件判決中において、FEC の委員に与えられた権限は、連邦公務員の任命条項である合衆国憲法 2 条 2 項 2 文「大統領は、〈中略〉この憲法にその任命に関して特段の規定のない公務員であって、法律によって設置される他のすべて

(30) FEC に対する専門家の評価については、Alvin Padilla-Babilonia, "Reforming the Federal Election Commission: Storable Voting", 'Wyoming Law Review' Volume 20/2020　P.287より引用。

の合衆国公務員（Officers of the United States）を指名し、上院の助言と承認を得て、これを任命する。」という規定にある「合衆国公務員」として任命された場合にのみ行使できると結論付けた。この違憲判決の結果、各委員は全員が大統領によって指名され、上院によって承認されなければならないことになったのである。

そこで、連邦議会は、同判決に従いつつも、特定政党によるFEC支配を防ぐため、同一政党からは、３名までしか任命できないという枠を課した改正を行った。この結果、FEC委員は今日まで一貫して、民主党３名、共和党３名という拮抗状態が続いている。FECが、調査を実施したり、規則を制定したり、候補者志望者に助言したり、選挙資金違反があった場合に民事訴訟を起こしたりするという重要権限分野の決定を下すには、委員会の過半数、すなわち４人の委員の賛成票が必要である。しかし、党の利害が絡む重要な問題では、いつでも３対３の同数となり、いかなる行動も多数決で決めることができないというデッドロックに陥る、という状態が発生してしまっているのである。

かつては政党間の対立は決して激しくなかったので、「1996年から2006年まで、FECはMUR（Matter Under Review＝連邦選挙運動法違反の苦情申し立て）のわずか2.4%で同数に終わった。行き詰まりに関する議論があったにもかかわらず、78.6%のケースで６対０ないしは５対０の全会一致の決定があった。」(31)ところが、その後、政党間対立が激化した結果、「2008年と2009年には、MURでの膠着状態が13%に急上昇し、2014年には24.4%に増加した。」〈中略〉「膠着状態が増加するにつれて、和解により科される罰金はより少額になる。2006年にFECはMURで550万ドルの民事罰金を徴収したが、2016年には595,424ドルにとどまった。」

この状態は放置できないとして、様々は改善案が、民間から提起され、あるいは議会にも提出されている(32)が、現在までの所、具体化し

(31)　前注引用論文295頁より引用。この文章に引き続いての引用も同じ。

(32)　議会からのFEC法修正案としては、例えば「ナンシー・ペロシ下院

ていない。

(b) 英国2000年政党法下における委員の任命方法

こうした米国の状況に比較した場合、英国の2000年政党法及びその下における制度の運用は、非常に興味あるものである。アウトラインは2000年政党法の定めるところであるが、以下に記述するとおり、法律には書かれない慣行による支配の要素が大変多い点が、いかにも英国的である。

2000年政党法2条は、議長委員会（Speaker's Committee）の設置を予定している。これは下院議長、下院内務特別委員会の委員長を務める下院議員等国務大臣3名及び国務大臣ではないその他の下院議員5名の計9名で構成される(33)。

選挙委員会委員は、議長委員会によって制定され、監督される手続きに基づいて競争により選出あるいは再任される（2000年政党法3条2A項(c)）。

議長とジョン・サーベンス下院議長が提出した『2019年人民のための法案』（For the People Act of 2019）と題する法案は、以前の法案を踏襲し、委員の構成を6人から5人に減らしている。」（前注引用論文300頁参照）。「最近の法案では、3人で構成される委員会を5人で構成される委員会に置き換え、委員長を任命し、各政党から2人以内の委員を配置することが提案されている。」（同299頁参照）。

(33) 議長委員会は、選挙委員会に関するもの以外にも存在している。そのため、他と区別するために2000年政党法に基づくものは「選挙委員会に関する議長委員会」（Speaker's Committee on the Electoral Commission）と称される。本文に述べたとおり、この議長委員会は9名から構成されている。本稿執筆時点（2024年11月）では労働党政権なので、下院議長は、慣例により党派から離脱しているが、元は労働党である。閣僚3名は当然労働党である。その他5名の党派内訳を見ると、労働党1名、保守党2名、自由民主党1名、スコットランド国民党（Scottish National Party）1名である。下院のホームページ Speaker's Committee on the Electoral Commission 参照。

https://committees.parliament.uk/committee/144/speakers-committee-on-the-electoral-commission/membership/

法律には直接的には書かれていないが、議長委員会で、自ら候補者を検討し、各候補者を面接し、誰を任命すべきかを決定するのではなく、それについて議長委員会に勧告することを任務とするパネルを設置する。パネルは、2022年度の場合、選挙委員会委員長、議長委員会委員２名（保守・労働各１名）及び一般下院議員（Backbench member）の４名で構成され、一般下院議員がパネルの議長となった(34)。

選挙委員会委員の任期は10年以内と、法は定めている（2000年政党法３条３項)。実際の運用では原則４年とされ、再任を認めている。したがって、通常は８年の任期になる。選挙委員数は、９～10名とされている（2000年政党法１条３項)(35)が、現在は10名で運用されている。このうち、４名は推薦委員（nominated Commissioner）とされている（2000年政党法３A条)(36)。残り６名は一般委員（ordinary Commissioner）と呼ばれ

(34)　本文で、この箇所以降に記述した選挙委員選任過程の詳細のうち、法律の根拠を挙げていない箇所については、下院のホームページ中にある「Appointment and re-appointment of Electoral Commissioners」に基づいている。

https://publications.parliament.uk/pa/cm5803/cmselect/cmspeak/1766/report.html

なお参照、選挙委員会のホームページ中にある「Selecting our Commissioners」

https://www.electoralcommission.org.uk/about-us/our-commissioners-and-teams/selecting-our-commissioners

(35)　選挙委員数が、９～10名（nine or ten）とされたのは、2009年改正法に基づく。当初の規定は「５人以上９人以下（not less than five, but not more than nine)」であった。法制定後10年近い期間の経過で、効果的に職務を運用するための最適人数が判明したためであろう。問題は、なぜ10名と確定せず、９～10名としたかである。先に本文に述べたとおり、米国FECでは、６名という偶数委員会であるため賛否同数による機能麻痺が起きており、事態の改善のため、奇数委員会に改組することが米国では度々提案されている。2009年改正法を検討している時点では、FECにおける問題状況が顕在化しつつあった事を考えると、この曖昧な規定は、選挙委員会を必要に応じて奇数委員会に改組する可能性を残すためと思われる。ただし、その旨の記述は見つけることが出来なかった。

(36)　推薦委員が４名に限定されることは、2009年改正法により追記された。

る。一般委員は、さらにスコットランド、ウェールズ及び北アイルランドの利益をそれぞれ担当する3名と、その他の3名に分かれる。

推薦委員のうち3名は、三大政党の党首が1名ずつ推薦する（2000年政党法3A条3項）。残り1名は少数政党の党首達が推薦する。少数政党とは、2名以上の下院議員を有する登録政党を意味する（2000年選挙法3A条2項）[37]。この少数政党の推薦による委員については任期を2年とする慣行がある。より多くの少数政党の推薦者に委員になる道を開くためであるという。推薦委員であっても、2000年政党法3条4項の定める欠格事項（例えば登録政党の党員ではないこと等）に触れないことが条件になっている。

推薦の当否についてもパネルが審査する。そのため、パネルは、関係する政党の党首にそれぞれの候補者の名前及び履歴書を提出する機会を与える。また、各候補者の、選挙委員としての適格性を証明する証拠も、パネルに提出する必要がある。パネルでは、党首からの情報を確認し、候補者を面接する。そして候補者を評価する報告書を作成し、議長委員会に提出する。

また一般委員に関しては、法律に規定はないが、慣行として一般公募という方法をとっていることも、わが国の各種行政委員会には見られないユニークな手法である。すなわち、一般委員については、当然に法の定める欠格事項に触れない（推薦委員に比べると若干禁則範囲が広がる＝2000年政党法3条4A項参照）ことを条件に、一般公募により、募集される。例えば、2022年度の場合、一般委員1名の欠員に対して2022年12月21日～2023年3月6日の公募期間中に、合計59件の応募が

当初は存在しなかったこの規定により、政党の影響力が委員の半数以下となることが確定された。

(37) 本稿執筆時点（2024年11月）における少数政党は、具体的には次のものである。

① the Scottish National Party、② the Democratic Unionist Party、③ the Social Democratic and Labour Party、④ Plaid Cymru、⑤ Reform UK、⑥ Green Party

あった。パネルでは、書類審査で6名に絞った上、面接で最終的に候補者1名を決定している。

推薦委員及び一般委員のそれぞれについて、パネルで候補とする人物が決まると、下院議長は、各登録政党（2名以上の下院議員が所属する政党）の登録党首と協議する（2000年政党法3条2項(b)）。また、一般委員で、特定の地域担当の場合には、その地域の意見を聞く必要がある。例えばスコットランド担当の委員の場合には、議長はスコットランド議会議長に書簡を送り、意見を求める。

その結果、意見が纏まると、議長委員会は下院に対し、候補者の任命を行うよう国王に要請するよう求める。その結果、下院の要請に基づいて（2000年政党法3条1項）、国王が任命することになる（2000年政党法1条4項）。

このように、政党推薦の委員が半数に届かない4名に限定されていること、推薦委員であっても、党員でないこと等の欠格事由の適用があること、推薦委員は選挙委員会委員長にはなれないこと（2000年政党法3A条6項）など、政党の影響力を極力排除するように、制度が作られている。意識していたか否かは不明であるが、米国のFECのような事態が発生しないよう、徹底して配慮されていることが判る。なお、2009年改正法により、委員だけでなく、職員についても「登録政党またはそのような政党の会計部門の役員または従業員」等ではないこと、という制約が課せられている（2000年政党法附則1、11A条参照）。

⑶ 提言

わが国で、政治資金規正制度について、次項以下に論じる問題が発生する根本的な原因は、主管官庁が、総務省という内閣の指揮監督下にある機関であるためである。すなわち、政治資金の透明性の向上、厳格化などを、現行制度の下で実現しようとすると、それは結局の所、政府が政党の内部自律に干渉する道を開くことになるため、一定の限界を超えることができないのである。

それを避けるため、英国ばかりでなく、主要各国は、いずれもこうした活動を担う機関は、独立機関とするのが通例である。すなわち、

○　米国には、1974年に創設された連邦選挙委員会という独立機関が存在し、政治資金の規正を行っている事は前述した。

○　ドイツには、1953年に創設された連邦選挙官という独立機関が存在し、政党の資金調達や支出に関する報告書の審査・公開を行い、法令遵守を監督している(38)。

○　フランスには、1988年に創設された「選挙運動費用収支報告及び政治資金全国委員会」という独立機関が存在し、政党の財務報告書を審査し、選挙運動資金の使途が法令に適合しているかを確認する役割を担っている(39)。

したがって、政治資金規正の問題を抜本的に改革するには、わが国も内閣の指揮監督下にある総務省に換えて、こうした独立性の高い委

(38) ドイツの連邦選挙官（Bundeswahlleiter）は、連邦選挙法（Bundeswahlgesetz）8条1項に基づき、創設された独任制の国家機関である。伝統的に、ヴィースバーデンに所在する連邦統計庁長官（Präsident des Statistischen Bundesamt）がこの職に就任する。連邦選挙官及びその副官（Stellvertretender Bundeswahlleiter）は連邦内務大臣によって無期限に任命される（連邦選挙法9条1項）。その任務は、法的に定められた期限と日付に従って選挙が適切に行われているかを監視することである。

なお、連邦選挙委員会（Bundeswahlausschuss）は、連邦選挙官を委員長に、彼が任命した8名の委員及び連邦行政裁判所の2名の判事によって構成され、前回の選挙以来、ドイツ連邦議会または州議会に最低5人の代表者を継続的に代表している政党を、総ての選挙機関に対して拘束力を持って決定する等の業務を担当する（連邦選挙法9条参照）。

(39) フランスの選挙運動費用収支報告及び政治資金全国委員会（Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques：CNCCFP）は、「政治活動の資金等の透明性に関する1988年3月11日の法律第88-227号」に基づいて創設された任期を5年とする9人の委員、すなわち、コンセイユ・デタ（行政裁判の最上級裁判所）、破毀院（民事及び刑事における最高裁判所）及び会計検査院の委員各3名により構成される。同法の概要については、安藤英梨香「フランスにおける政治倫理向上のための立法」国立国会図書館調査及び立法考査局『外国の立法』2019年6月号87頁以下参照。

員会の設置を行うべきである。

4　政治資金収支報告書の公開及び監査について

(1)　我が国の現状

(a)　政治資金収支報告書の公開について

総務省の政治資金収支報告書に関する権限は、内閣の指揮監督下という限界から、その政党の収入、支出、翌年への繰越額及び資産等を記載した収支報告書の提出を義務付けているに留まっている（規正法12条）。

国民に対するサービスとしては、これを公開し、あるいは保存する事までの権限しかない。すなわち、対国民に関して規正法が要求しているのは「総務大臣にあっては官報により、都道府県の選挙管理委員会にあっては都道府県の公報により、これを行う」（規正法20条２項）というにとどまる。

国民が個人として、国の官報及び総ての都道府県の公報をチェックするのは極めて困難である。ただ、実際には、現在では、新潟県選挙管理委員会が2024年からインターネットでの公表を始めた(40)ことを最後に、総務省ばかりでなく、総ての都道府県選挙管理委員会もネットで公表するようになっている。しかし、このように、単に都道府県単位で公開されただけでは、国民として、政治資金の全体像を知ろうと思えば、国及び個々の都道府県ごとに存在するサイトを個別に検索しなければならないという大きな負担が課せられる。幸いにも、民間の有志によって設立された公益財団法人「政治資金センター」でそれをインターネット上で一元的に公開している(41)ので、現時点では、誰で

(40)　新潟県選挙管理委員会における「政治資金規正法に係る公表一覧」参照。
https://www.pref.niigata.lg.jp/site/senkyo/1199638849360.html

(41)　公益財団法人「政治資金センター」のサイト参照。

も簡単にネットを通じて閲覧できるようになっている。

(b) 政治資金収支報告書の監査について

政治資金センターのサービスを利用しても、しかし、その政治資金収支報告書の内容の当否までは、判らない。

確かに、規正法が2007年に改正された結果、国会議員関係政治団体、すなわち国会議員が直接代表を務める政治団体、あるいは国会議員の政策実現や選挙活動のための資金調達を主な目的にする政治団体については、あらかじめ、収支報告書、会計帳簿、領収書等について、政治資金適正化委員会が行う研修を修了した登録政治資金監査人（政治資金適正化委員会の登録を受けた税理士、弁護士、公認会計士）による政治資金監査を受けることが義務付けられるようになった（規正法19条の13）。

残念ながら、その内容はかなり不徹底なものである。現行の政治資金収支報告書に対する外部監査は、規正法19条の13に列記された事項に限定され、かつその形式的整合性に限られている。

国会における政府側の答弁に依れば、国会議員関連政治団体の監査は「書類が保存されているかどうか、それから書面の記載が整合的かどうかというような形式的なチェックをする」にとどまり「内容について実質的な内容の監査には及ばない」「支出内容についての評価や判断を総務省の委員会でやるわけではない」という極めて限定的なものである。その理由について、答弁者は「形式的な事項とはいえ、政治資金の透明度を高めると同時に政治活動の自由を確保するということを踏まえた上で、私は各党間でこのような形になったというふうに理解しております」と述べている(42)。すなわち、監査の限界を巡る、こ

https://www.openpolitics.or.jp/

(42) 本文の引用文は、いずれも、総務省の作成した「政治資金監査に関する報道について」という文書に掲記されている「第168国会参議院政治倫理の確立及び選挙制度に関する特別委員会会議録第４号」（平成19年12月20日）からのものである。

https://www.soumu.go.jp/main_content/000327380.pdf

うした様々な限界は、前述のとおり、総務省が政治資金に関する主管官庁である事からもたらされているのである。

マスコミが、「監査人が直接、取引先や銀行口座を調べることが可能な企業監査とは大違いだ」と批判するのは無理も無いことである(43)。

そして、監査結果は原則として非公開とされている。ただ、収支報告書の要旨が公表された日から3年間、誰でも閲覧を請求することができる（規正法20条の2）。しかし、全国の個々の国会議員関係政治団体の監査報告の閲覧請求を行うと言うことは、少なくとも全体像を掴もうとする場合には、個々の国民にはほとんど不可能に近い活動となるであろう。

更に問題は、こうした国会議員関連政治団体と、我々が最大の関心を持つ政党とは概念が違うことである。この結果、政党については、規正法上外部監査は求められていないのである。政党自身が自主的に行うことはもちろん可能であるが、法律上の義務ではない。

⑵ 英国制度

英国では、登録政党及び政党支部（accounting unit）の会計責任者は、収入、支出、資産及び負債等の会計記録を付け（2000年政党法41条）、年次会計報告書（annual statements of accounts）を作成する義務を負う（2000年政党法42条）。

さらに、監査を受けることも、政党は義務づけられている。すなわ

(43) 東京新聞2024年4月9日の、「『今の政治資金監査はザル』会計のプロが断言　総務省のマニュアルに『数字が妥当か評価しなくていい』」と題する記事の伝えるところに依れば、「政治資金監査では、『政治資金収支報告書や団体の会計帳簿の数字が、妥当か評価しなくてよい』というような説明が、研修資料の監査マニュアルの冒頭に記載されていた。問題となった裏金のように、政治団体の収入はそもそも監査できない。支出はすべて点検するが、『領収書と照合し、数字が合っているかの『外形的・定型的』な確認だけでよい』というのが実態だ。〈中略〉」と報道している。
出典＝ https://www.tokyo-np.co.jp/article/320035

ち委員会は、登録政党の会計年度における総収入または総支出が25万ポンド（仮に1ポンド200円とすれば5千万円相当）を超える年度の場合、その年度の政党の会計は資格のある監査人によって監査されなければならない（2000年政党法43条1項）。25万ポンド未満であっても、委員会が監査を行うことが望ましいと判断した場合も同様である（同2項）。

一定の期限内に適切な監査が実施されなかったと選挙委員会が判断した場合には、選挙委員会自身が監査人を任命して監査させることが出来る（同4項）。その場合、監査人の報酬等、監査に要した費用は、当然、選挙委員会に対する債務として当該政党等から徴収されることになる（同4項）。

監査人の権限も強力である。監査人は、当該政党等の帳簿、書類、その他の記録にいつでもアクセスする権利を有し、当該政党の会計係または他の役員、または当事者の元会計係または役員に対し、監査人としての職務の遂行に必要と思われる情報および説明を要求する権利を有する。監査人が求める情報を提供しない者がいる場合には、選挙委員会は、その不履行を是正するために適切と考える書面による指示を与え、その指示に故意に従わなかった場合には、高等裁判所（High Court）または控訴院（Court of Session）[(44)]に申し立てて処分することとなる（同44条）。

政党は、監査の為に法に認められた期間終了後7日以内に会計報告書と監査報告書のコピーを選挙委員会に提出しなければならない（2000年政党法45条）。それらの書類は速やかに一般閲覧に供される（2000年政党法46条）。

実際問題として、これらの報告書は、選挙委員会のウェブサイトを

(44) 高等裁判所（High Court）はイングランドとウェールズを管轄する法廷で刑事・民事の両者を扱うものであるのに対し、控訴院（Court of Session）はスコットランドを管轄する法廷で民事のみを扱う（刑事事件は高等法院（High Court of Justiciary））という点が相違点であるが、基本的に同等の裁判所と見ることができる。

通じて従来から公開されていた。2011 年からは選挙委員会は、一歩進めて Party and Election Finance（PEF）Online というデータベースの運用を開始し、公表情報の検索機能を充実させるとともに、政党等が登録や登録情報の修正、報告書の提出等を電子的に行えるようになっている。すなわち、当該データベースでは、政党や第三者等の登録情報、寄付、貸付及び選挙運動費用支出について、条件を指定して検索することができる(45)。

⑶ 提言

わが国の政党財政が、他国に例を見ないほど大幅に国庫からの政党助成金に依存している(46)ことを考えると、ドイツやフランスのように、最終的に会計検査院の検査に服させるのも、十分に考慮する価値はあり、法的には現状でも可能である（会計検査院法23条 4 号参照）。ただ、例えばドイツで会計検査院の検査が有効に機能するのは、その前段階として、ドイツ政党法（Gesetz über die politischen Parteien）23条以下において、政党に、厳格な説明責任が課されているからである。そうした前提のないわが国の現状で、会計検査院による統制が有効な手段となるかは疑問である。わが国の政治資金に関する透明性を確保するた

(45) 会計報告書や監査報告書の閲覧手段については、木村志穂「英国の政治資金制度」『レファレンス』平成23年12月号207頁参照。

(46) 総務省が2024年11月29日に「公表した2023年の政治資金収支報告書によると、政党本部に支払われた政党交付金は315億3652万円だった。交付金を受け取っていない共産党を除くと、収入総額に占める割合は63.6％で前年比8.4ポイント増。税金を主な原資とする交付金への依存が強まった形だ。

自民党は収入総額225億6066万円のうち、交付金が159億1011万円で70.5％（前年比6.2ポイント増）。〈中略〉交付金割合が最も高いのは、みんなでつくる党で85.3％（前年比32.5ポイント増）。立憲民主党が85.0％（同10.9ポイント増）、れいわ新選組の81.8％（同17.7ポイント増）と続いた。」（「」内は、時事通信が、2024年11月30日07時04分に配信したものから引用した。

https://www.jiji.com/jc/article?k=2024112900838&g=pol

めには、現状の登録政治資金監査人による政党に対する監査制度を、英国並みに、あるいはわが国民間企業に対する外部監査と同様のものとするとともに、英国同様に、それに基づいて提出された書類は、当然に一般公開するべきである。

わが国においてこれが極めて困難なのは、先に述べたとおり、政治資金制度の主管官庁が内閣の指揮監督下にある総務省であるために、その安易な承認は、政府による野党の内部自律に対する干渉の道を開く恐れがあるためである。

したがって、政党財政の厳格化、透明性を確保するためにも、英国類似の独立機関の設置は必須のものと言える。

5　企業による政治献金について

本稿執筆時点で、マスメディアの伝えるところに依れば、わが国において、野党側は企業献金の廃止を強力に主張しているが、政府与党では、抵抗している。

諸外国を見た場合、フランスでは、企業が直接政党に献金を行う形の支援は、一般的に認められていない(47)。しかし、ベタンクール事件（Affaire Bettencourt）(48)、ビグマリオン事件（Affaire Bygmalion）(49)など、

(47)　フランスにおける企業献金の廃絶については、丹羽徹「フランスにおける団体献金禁止法の制定」『大阪経済法科大学法学論集』41号（1998年）177頁以下参照。しかし、その後も、有名な事件としては、注48や注49に紹介する事件などが発生している。

(48)　ベタンクール事件（Affaire Bettencourt）：ベタンクール（Liliane Bettencourt）氏の資産を巡る身内同士の諍いが、当時のヴェル（Eric Woerth）労働大臣らへの違法献金等の疑惑に発展したものである。事件とそれを受けての改善策については、濱野雄太「フランスのオランド政権における政府構成員職務倫理憲章」『外国の立法』256号（2013. 6）26頁以下参照。

(49)　ビグマリオン事件（Affaire Bygmalion）：2012年選挙資金事件としても知られる。サルコジ（Nicolas Sarkozy）は、2012年のフランス大統領選

規制を潜脱する形の騒動が起こり、規制強化とのイタチごっことなっているという。

ドイツでは、1983年に、緑の党を唯一の例外として、当時の議会政党すべてを巻き込んだ、企業献金に関わる大スキャンダルが発生した。それに対し、連邦大統領の特命による専門家委員会（Bundespräsidenten berufenen Sachverständigen-Kommission）が設置され、その成果として「政党財政再編に関する報告書（Bericht zur Neuordnung der Parteienfinanzierung）」が1983年４月18日に提出された(50)。この報告に基づく勧告に従って、政党法が全面的に改正になったばかりでなく、基本法までもが改正される、というほどの影響力を持った報告である。その中で、企業献金については「法人の献金を止めることは、抜け道を求めることに走らせるだけである」（勧告第10項３文）と明確に述べられ、禁止することは否定されており、今日までそれが貫かれている。

米国では、前述のとおり、FEC の権限が連邦最高裁に依って大幅に制限された結果、事実上、企業献金に制限はない。

筆者は、政党に対する企業献金そのものを、全面的に抑制することは無理があると考えている。例えば、実態の乏しい政治団体を作り、そこに企業献金を受けることは、政党に対する規制をいくら強化しても防ぎようは無いであろう。そして、政治団体は社会団体なので、その財政に国家が過度に介入することは憲法21条違反の可能性が高くな

挙で、ビグマリオン社との虚偽の請求書システムを通じて選挙費用の法定制限超過分を隠そうとし、2024年２月に懲役12ヶ月（うち執行猶予６ヶ月）の判決を受けた。ルモンド（Le Monde）紙電子版2024年2月24日の記事“Affaire Bygmalion : qui a été condamné et pourquoi ?”（ビグマリオン事件：誰が有罪判決を受けたのか、そしてその理由は？）参照。
https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2024/02/14/affaire-bygmalion-qui-a-ete-condamne-et-pourquoi_6096636_4355771.html

(50) 専門委員会の報告書は、日本でも、国立国会図書館調査立法考査局に依って翻訳され、刊行された。『政党財政再編に関する報告書――ドイツ連邦共和国大統領によって任命された専門家委員会の勧告――』（調査資料83-１）がそれである。

る。しかし、米国のように大幅に企業献金を認めることは問題である。そこで、ここでは、今後も企業献金そのものは存続するという前提の下に、英国法制に倣った改善方向の提案を行いたい。

(1) わが国の企業による政治献金

わが国において、企業からの政治資金に関する古典的な判例としては、八幡製鉄政治献金事件が有名である。念のため、事件の概要を紹介すると、八幡製鉄（現日本製鉄）の代表取締役Ｙが、自由民主党に対して政治献金を行った。これに対し、同社の株主Ｘは、この寄付は、定款所定の目的範囲外であり、Ｙの行為は商法で規定されている「取締役の忠実義務違反」だとして、Ｙに対して損害賠償責任を追及する訴えを提起するよう会社に求めた。しかし、会社は訴えを提起しなかったので、株主Ｘは、Ｙを被告として、株主代表訴訟を提起した、というものである。

株主Ｘの主張は、常識的には理にかなっている。政治献金が、会社の利益に繋がるならば、それは贈賄という刑法上の犯罪行為であり、当然違法である(51)。反対に企業に利益をもたらさないならば、それは取締役の忠実義務違反になる。つまり、会社に利益が生じる場合はもちろん、生じないときにも、Ｙの行為は違法行為と言えるはずである。

この点について、最高裁はそれを合法であるとし、次の様に理由を説明した。

> 「会社は、自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他（以下社会等という。）の構成単位たる社会的実在なのであるから、それとしての社会的作用を負担せざるを得ないのであつて、ある

(51) 実際に、政治献金が贈賄と認められた判例がある。大阪タクシー協会政治献金事件がそれである。1965年に政府が提案した液化天然ガスへの新規課税に関する法案審議において、業界団体である大阪タクシー協会長や協会理事が衆院運輸委員らに献金を行った事件がそれで、法案修正を働きかけていた協会理事は懲役１年執行猶予２年の有罪判決が1988年４月に確定した。刑集第42巻４号419頁参照。

行為が一見定款所定の目的とかかわりがないものであるとしても、会社に、社会通念上、期待ないし要請されるものであるかぎり、その期待ないし要請にこたえることは、会社の当然になしうるところであるといわなければならない。そしてまた、会社にとつても、一般に、かかる社会的作用に属する活動をすることは、無益無用のことではなく、企業体としての円滑な発展を図るうえに相当の価値と効果を認めることもできるのであるから、その意味において、これらの行為もまた、間接ではあつても、目的遂行のうえに必要なものであるとするを妨げない。」

この様に一般論を展開した上で、「社会通念上、期待ないし要請されるもの」の具体例として、次のものを上げた。

「災害救援資金の寄附、地域社会への財産上の奉仕、各種福祉事業への資金面での協力などはまさにその適例であろう。会社が、その社会的役割を果たすために相当な程度のかかる出捐をすることは、社会通念上、会社としてむしろ当然のことに属するわけであるから、毫も、株主その他の会社の構成員の予測に反するものではなく、したがつて、これらの行為が会社の権利能力の範囲内にあると解しても、なんら株主等の利益を害するおそれはないのである。」

ここまでは、誰でも同意するであろう。問題は、この理が、政治献金にも妥当するかである。その点について、最高裁は次の様に述べた。

「憲法は政党について規定するところがなく、これに特別の地位を与えてはいないのであるが、憲法の定める議会制民主主義は政党を無視しては到底その円滑な運用を期待することはできないのであるから、憲法は、政党の存在を当然に予定しているものというべきであり、政党は議会制民主主義を支える不可欠の要素なのである。そして同時に、政党は国民の政治意思を形成する最も有力な媒体であるから、政党のあり方いかんは、国民としての重大な関心事でなければならない。したがつて、その健全な発展に協力

することは、会社に対しても、社会的実在としての当然の行為として期待されるところであり、協力の一態様として政治資金の寄附についても例外ではないのである。」

要するに、政党への献金は、先に例に挙げた中では、おそらく「各種福祉事業への資金面での協力」に類似するものとして、本稿で紹介した他の最高裁判決と異なり、明確に媒介機関性から、それを肯定できるとしたのである。果たして、政党と福祉団体が、同列に論じうるかについては、本稿では論じない。

問題は、この判例以降、企業による政治献金が、社会的に定着しているということである。そして、それに当たり、この裁判で、最高裁が論じなかった重要な点が存在することである。

会社が、自然人と同じく社会的実在であるということ自体には異論は無い。しかし、理論的に言って、会社の意思決定を行うのは個々の取締役ではあり得ない。最高裁のいうとおり、会社において守られるべきは会社の社員（株式会社であれば株主）である。本件政治献金が「株主その他の会社の構成員の予測に反するものではない」と最高裁は主張するが、それが成り立つためには、政治献金を行うことに、株主の意思が反映する機会がなければならない。

しかしながら、実際に裁判になった政治献金事件を見る限り、政治献金の詳細が、事後的にすら、株主に告知されていると認められる事例はない(52)。株式会社の取締役は、他人の財産の管理者であるから、

(52) 例えば、住友生命政治献金事件の第１審裁判所（大阪地方裁判所平成13年７月18日判決（平成12年（ワ）第4693号））が、判決において認定した事実によれば、住友生命は、社会貢献活動の一環として、関連団体である財団法人住友生命健康財団、財団法人住友生命社会福祉事業団等に寄附をしており、関連団体による活動を、保険業法111条に基づく説明資料「REPORTSUMISEI（レポート・スミセイ）」に掲載している。そして、上記関連団体に対する寄附については、透明性を高めるため、総代会の決議により余剰金の中から任意積立金として「社会及び契約者福祉増進基金」を組み立てた上で、同基金から支出している。

最高裁の論理に従えば、本件政治献金も、当然に同基金から支出されて

無償行為たる寄附をするにあたっては、特別の慎重さが要求されてしかるべきである。それにも関わらず、株主総会など、企業の最高意思決定機関から、事後的にすら承認を得ないことが慣例となっているのは、大いに問題と言わなければならない。

⑵ 英国における企業による政治献金

英国においても、かつては、政治献金は、会社の計算書類において開示を必要とするほど十分に重要な事項ではない、と考えられていた(53)。しかし、包括的法改正であった1967年会社法（Companies Act 1967）において、その姿勢は大きく転換され、政治献金がなされた場合には、献金額等が取締役の報告書に記載されるべき旨の規定が導入された（1967年会社法19条参照）。この姿勢は、その後に行われた大きな包括的法改正であった1985年会社法（Companies Act 1985）でも受け継がれた。

更に大きな姿勢転換を見せたのが、2006年に行われた会社に関する

しかるべきである。しかし、現実には、その支出は、損益計算書上、経常費用の部の事業費に計上し、附属明細書上、「事業費の明細」中の一般管理費の一項目である物件費の一部として計上している。本件政治献金について独立した項目を立てていないから、その有無及び金額を附属明細書から知ることはできない。なお、住友生命は、社員に対し、事業費には「新契約の募集および保有契約の維持保全や保険金などの支払いに必要な経費を計上します。」と説明しており、その中に政治献金が含まれていることは伏せているという。

同時期に起きた日本生命政治献金事件における第１審（大阪地方裁判所平成13年７月18日判決（平成12年（ワ）第4692号））の事実認定を見ても、ほぼ同様となっている。

熊谷組政治献金事件第１審（福井地判平成15年２月12日判決（平成13年（ワ）第141号、同年（ワ）第262号））では、明記されていないが、被告主張の全体から判断して、やはり株主総会による承認は得ていないものと認められる。

(53)「1967年会社法改正のためのジェンキンズ委員会報告」中に、本文に紹介した表現があるという。小野里光広「英国会社法における政治献金規制の展開」『京都学園法学』2009年１号５頁参照。

法制の包括的大改正である。2006年会社法（The Companies Act 2006（2006 c. 46））は、従来の会社に関する法のほとんどすべての面を変更したものである(54)。上記2000年政党法の要求を受けて、その第14編においては「政治献金及び政治的費用負担の規制（Control of Political Donations and Expenditure）を定め、2000年政党法に基づく規制枠組を受けての改革が定められている(55)。

その主要点を紹介すると、次のとおりである（用語が日本とは必ずしも一致しないため、筆者の責任で日本の用語に揃えた）(56)。

① 会社は、会社構成員（株主総会）による授権が無い限り、政党その他の政治団体または無所属の候補者に対して、政治献金をしたり、政治的費用を負担したりすること（以下、「政治献金等」という。）を禁止される（366条）。政治献金等を承認する株主総会決議は、決議の成立した日から原則として4年を越えない期間について効力を有する（386条）

② 子会社による政治献金等については、親会社の株主総会決議による承認が必要とされる（367条）。すなわち、子会社の株主総

(54) 英国2006年会社法の包括改正の状況は、その正式名称に端的に表れている。An Act to reform company law and restate the greater part of the enactments relating to companies; to make other provision relating to companies and other forms of business organisation; to make provision about directors' disqualification, business names, auditors and actuaries; to amend Part 9 of the Enterprise Act 2002; and for connected purposes

(55) 2000年政党法139条は、Control of political donations by companies. と題し、企業による政治献金の規制を規定していた。それに基づいて、1985年会社法（Companies Act 1985）が改正され、347A条から347K条が新設されていた。2006年会社法が制定されたことに伴い、現行の2000年政党法からは139条は削除されている。

(56) 英国の会社法における政治献金の取り扱いの変遷については、坂本達也「イギリス会社法における株式会社の政治的寄附への規制に関する考察」『法制研究21巻2号（2017年）』289頁以下参照。なお、2006年会社法の条文のうち、政治献金関連の条文の翻訳については、イギリス会社法制研究会「イギリス2006年会社法（4）」『比較法学42巻3号』257頁以下参照。

会決議が必要なのは当然として、親会社の決議も求められるのである。

③　会社は、企業グループの他の会社による政治献金等を含めて、12ヶ月間の政治献金等の総額が5000ポンド（1ポンドを200円と仮定した場合、100万円）を越えない時には、政治献金等に対し、事前に株主総会決議を求める必要はない（378条）。すなわち、企業グループ全体で、年間政治献金等の総額が5000ポンドを超える時には常に事前に株主総会決議が必要とされる。

④　取締役は、株主総会決議のない政治献金等について、会社に対し、民事責任を負う（369条）。そして、株主は、株主代表訴訟類似の方法により、承認のない政治献金等について、取締役の会社に対する責任を追求することができる（370条）。

このような制度を導入することにより、英国では、八幡製鉄政治献金事件のように、取締役が、特定の政治政党を支援するという個人的な利益のために、会社の成功を促進するために必ずしも寄与しないことに対して、会社資産を流用させないという株主の意見が対立した場合における規制が導入されたのである。

⑶　提言

従来、政治献金の規制ということが言われる場合、わが国では、それはもっぱら政党に対して規制を加えるという形で行われてきた。しかし、献金は、受領側が存在すれば、当然、それを給付する側も存在する。したがって、本来であれば、受領者に対する規制に対応する形で、同時に給付者に対する規制も行われるべきであろう。

すなわち、英国と同様に、支給者側の規制も行うことを真剣に考えるべきではないだろうか。その場合、会社構造の複雑さ、及びこれが会社に対する重要な統制であることを考える時、その規制規定は、英国同様に会社法に規定されるべきであって、規正法に規定するのは適切とは言えないであろう。

【おわりに】

英国2000年政党法は、本稿で取り上げた以外にも、わが国の参照になり得る多くの興味ある法制の導入を行っている。例えば、寄附に対する規制一般、候補者の選挙運動資金の支出制限とか、政党活動に対する公的助成などがそれである。

それらについては、英国法制もさることながら、わが国の現状について、筆者は正確な把握を行うことができないでいる。そのため、未だ十分な日英の比較検討を行うことができないので、今後の課題としたい。

日本大学法学部機関誌執筆要領

令和３年１１月１８日機関誌編集委員会決定
令和３年１２月１５日　執行部会議承認
令和３年１２月１６日　教授会報告
令和４年　４月　１日　施行

１．本要領の目的

本要領は、日本大学法学部機関誌編集委員会（以下「編集委員会」という）にかかる機関誌に投稿する際の基本的手順について定めるものである。

２．投稿資格者

⑴　法学部、法学研究科および法務研究科の専任教員、名誉教授および定年退職した元専任教員

⑵　以下の者については、編集委員会の審議を経て単著の投稿を認めることがある。なお、投稿に際しては、法学部専任教員の推薦状を必要とする。

①　法学部非常勤講師

②　法学部客員教員

③　法学部以外の日本大学専任教員

④　法学部付置研究所研究員および法学部所属の日本大学研究員

⑤　法学部校友および法学部関係者で研究業績が認められる者

⑶　学外の研究者は、法学部専任教員の投稿の共著者となることができる。

⑷　大学院法学研究科博士後期課程学生は、指導教員の許可を得て『日本法学』に「判例研究」を投稿することができる。

⑸　前４項の規定にかかわらず、退職記念号および追悼論文集については、別の定めによる。

3．研究倫理の遵守と権利保護

⑴　投稿原稿は未発表のものに限る。他誌との二重投稿は認めない。また注釈なく自己の既発表著作と重複する記述をすることは認められない。

⑵　剽窃、捏造、改ざん等の研究不正を行ってはならない。また投稿原稿については、著作者が適正に表示されていなければならない。

⑶　研究・調査対象に関する権利保護（資料の使用許諾や個人情報保護に関する同意等）、および翻訳に関する権利について、必要な手続きを投稿前に完了していなければならない。

⑷　利益相反に関する倫理を遵守するとともに、利益相反情報を申告しなければならない。

⑸　機関誌に掲載された著作物の著作権のうち、複製権および公衆送信権を日本大学法学部に譲渡する。ただし、著者自身による複製権および公衆送信権の行使を妨げない。

4．原稿種別

投稿は以下の種別で受け付ける。

⑴　論説

⑵　研究ノート

⑶　判例研究（『日本法学』のみ）

⑷　特別講演

⑸　翻訳

⑹　資料

⑺　書評

⑻　雑報

5．原稿の作成

⑴　原稿は、Ａ４用紙に適当な文字数で打ち出す。

⑵　分量の上限は、文字数で概ね22,000字（刷り上がり約25頁）とする。それを超えるものについては、原則として分割して掲載する。ただし、編集委員会は、他の掲載原稿のページ数を勘案し、その上限の変更を認めることができる。なお半面１ページ大の図表１枚に付き900字を原稿文字数に含めるものとする。

⑶　連載を前提とする長大な原稿についても、完結分までの完全原稿を投稿するものとする。

⑷　表題と氏名には、和文表記および欧文表記を併記する。

⑸　注、参考文献の表記法は、当該分野の慣例に従うものとする。

6．原稿の提出

⑴　原稿は、投稿票、要旨（800字程度）と合わせ、デジタルデータで研究事務課に提出する。

　デジタルデータは、原則として電子メールの添付ファイルで研究事務課宛に送付する。

⑵　原則として、投稿締切日を過ぎた原稿は受け付けない。

⑶　原稿提出後の原稿の差し替えはできない。

7．審査

別に定める「日本大学法学部機関誌審査要領」に則って行う。

8．校正

⑴　執筆者による校正は、原則再校までとする。加筆、訂正は最小限とし、特に再校時に頁数が変わるような加筆や削除は避ける。再校返却の際は、タイトル頁に「校了（または責了）」と明記する。

⑵　校正は１週間程度で返却しなければならない。著しい返却の遅滞は、次号掲載になることもありうる。

以　上

○ 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。

日本大学法学部ホームページ（https://www.law.nihon-u.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ございましたら、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　東京都千代田区神田三崎町 2-3-1
（ＴＥＬ）　03-5275-8510
（ＦＡＸ）　03-5275-8537
（E-mail）　kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

執筆者紹介　掲載順

柳瀬　昇	日本大学教授
野村和彦	日本大学教授
外塚果林	洗足こども短期大学 非常勤講師
小林侑介	日本大学大学院法学研究科 博士後期課程
甲斐素直	日本大学元教授

機関誌編集委員会

委員長	柳瀬　昇
副委員長	小野美典
〃	竹本亨
委員	石橋正孝
〃	大岡聡
〃	大久保拓也
〃	黒滝真理子
〃	小林聡明
〃	佐藤英
〃	杉本竜也
〃	髙畑英一郎
〃	友岡史仁
〃	中山明広
〃	野村和彦
〃	松島雪江
〃	山本直
〃	池田直史
〃	野中貴弘
〃	前嵩西一馬
〃	生垣琴絵
〃	大野久敏

日本法学　第九十一巻第一号

令和七年六月十五日　印刷
令和七年六月二十五日　発行　非売品

編集
発行責任者　日本大学法学会　小田　司

発行者　日本大学法学会
電話〇三（五二七五）八五三〇番

印刷所　株式会社メディオ
東京都千代田区神田猿楽町二―一―一四　A&Xビル
電話〇三（三二九六）八〇八八番

N I H O N　H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 91　No. 1　　June　2 0 2 5

CONTENTS

ARTICLES

Noboru Yanase, *The Constitutionality of Involving Saiban-in (Lay Judges) in Death Penalty Decisions*
Kazuhiko Nomura, *Zur Zweiteilungstheorie in der Einwilligungsdogmatik.*

NOTE

Karin Tozuka, *Compulsory Measures for Forensic Science :Based on the Act of Collecting DNA Samples*

CASE COMMENT

Yusuke Kobayashi, *The Case of Computer Fraud (Penal Code Article 246-2) Involving Misdirected Payments, Hiroshima High Court, 11 June 2024, Judgment, Court's Website*

ARTICLE

Sunao Kai, *Issues Surrounding the Political Funds Control Law in Japan — Comparison with the UK Legal System*