

権力が守る犯罪

船 山 泰 範

一 本稿の目的

さまざまな犯罪の中には、他に比べて顕著に処罰されにくい一群がある。本稿の目的は、刑事制裁が働かない犯罪領域があるのはなぜか、について明らかにすることである。その領域には、後述するように、一定の特色が見受けられる。それが、問題説明の手がかりになるのか、それともデッド・ロックに乗り上げる要因になるのか、今のところはわからない。

筆者がこの点について問題意識を強く抱くに至ったのは、『福島原発、裁かれないでいいのか⁽¹⁾』を執筆する過程であった。刑事制裁が働かない犯罪領域として私が捉えているのは、「権力関係の犯罪」と名付けた一群である。

「権力関係の犯罪」と呼ぶことにしたのは、旧来から言われている「権力犯罪」とは区別する趣旨である。権力犯

罪として捉えてきたもののうち、個別的なものの代表例は、特別公務員暴行陵虐罪（刑一九五条）である。⁽²⁾これは、捜査に当たる警察官が自白追及のために、権力を笠に着て国民（被疑者）に拷問を加えるような場合である。これに対し、権力・関係的・と形容したのは、加害者と被害者の人的関係を見たとき、そこになんらかの意味で他人を強制し服従させる力関係の存在が見受けられると思われるからである。

権力関係的犯罪というイメージを抱くきっかけとなったのは、ある研究会の席上であつた。福島原発に関して刑事制裁をどうすべきかを検討する研究会で、一人の参加者から、「原発」は国策の一環としてなされてきたのだから刑事制裁の対象とするのにふさわしくない、との発言があつた。私は、「お上のすることに文句があるのか。」という声が聴こえてくる錯覚に襲われるとともに、それなら取り組まねばならぬ、と覚悟を新たにしたことであつた。ちなみに、「国策」であることになんら正当性の根拠が見い出せないことはいうまでもない。日本国憲法の前文を見れば、戦争が「政府の行為」によつてなされることが明文で示されている（前文第一段）。日本国憲法の基本姿勢として、「政府」は過ちやすい存在であるという認識があることを忘れてはならない。前文が、国政の「権威は国民に由来」する（前文第一段）というのは、政府が過つてるとき正すのは国民であるという厳肅な宣言である。

ところで、「権力」に関わるとすれば、何としても藤原孝先生の御教授を仰がねばならないところである。⁽³⁾本論文を慎んで藤原先生に献呈し、合わせて御指導を賜りたいと願うものである。

さて、以上のようなことを検討する前に、そもそも、なぜわれわれは刑事制裁を求めるのか、まずは、その点から確認することとする。この前提が確たるものでないと、議論の意味がなくなるからである。なお、この論点については、刑罰を応報と捉えるか教育と捉えるかという伝統的な刑罰の本質論の視点からではなく（むろん、大事ではある

が、刑事司法の機能という観点から考察を加えたい。

二 刑事制裁を求めるのはなぜか

(一) 民主的な社会の実現に役立つ

刑事制裁に期待される機能の第一は、民主的な社会の実現に寄与することである。この点ですぐ思いつく反論は、刑事裁判（制裁）はいつの時代でもあったではないかという批判であるが、ここでわれわれが考える刑事制裁は、罪刑法定主義や、デュー・プロセス、「疑わしきは罰せず」の原則などを備えた現代法に裏打ちされたものである。

民主的な社会は、個人がお互いの人権を尊重し合うことを通して支えられるものである。武力によって支えられているのでないところに偉大な価値がある。また、お互いに尊重し合うところに平等原則の基礎が見い出される。犯罪は、民主的な社会に亀裂を生じさせ、社会の結びつきを弱めるものである。そうであるとすれば、犯罪に対して適正に刑事制裁を加えることは、民主的な社会にとって不可欠な装置ということになり、正義の実現を図る意味があることになる。この点について、刑法（刑罰）の社会統合機能と呼ばれる。

個人がお互いの人権を尊重し合う社会において、犯罪として捉えられる現象の中核は、おのずから、個人的法益に対する罪ということになる。この点で、刑法に国家的法益の保護を任せた第二次世界大戦前の刑法と、個人の尊重を第一義とする戦後の刑法では、大きな価値転換があったことを確認しておく必要がある。その意味において、民主主義の意識が十分に浸透していない時期の最高裁判例には再検討を必要とするものが少なからずあることを指摘しておかねばならない。

（二）多様な制裁（保護を含む）を活用する契機となる

犯罪や非行に対して、現行法制は多様な方策を用意している。再犯予防が重要な課題となっている今日、もはや刑罰一辺倒の時代は過去のものになりつつある。では、多様な方策に出会う扉を開くのは何か。それが、刑事制裁を求める働きかけである。単純な例でいえば、親告罪については、被害者による告訴（刑訴二三〇条）がなければ捜査当局は捜査を開始しない。

犯罪や非行に対する多様な方策とは何か。代表的なものをいくつか採り上げてみよう。刑事制裁を求めることがどんな意味をもつかに関わることである。

ア、一年間に有期懲役が確定する数は、全国で約五万三千人であるが、そのうち、五五・九パーセントは執行猶予を受ける。^⑥ 執行猶予の割合が多いということは、有罪者の犯罪傾向が進んでいない場合に裁判所が恩情を示すということとどまらず、本人の更生のために社会内処遇が有効であるという積極的な意図に基づくものである。なお、後者の点に関しては、いったん刑務所に入ると、仮に本人が相当な更生意欲をもって出所しても、「刑務所帰り」というレッテルを貼って排除しようとする「世間」^⑦ に対する刑事政策的配慮も働いているにちがいない。

イ、右に述べた執行猶予判決の約一〇パーセントについては、社会内処遇を実効あらしめるために保護観察が付けられている。^⑧ 保護観察が付くと、民間の篤志家である保護司に定期的に会って生活面での指導監督を受けられるし、就職に関しても有益な援助を受ける機会が増える。住居の確保や就職の援助などの補導援護もなされている。

ウ、懲役の実刑を受けた場合でも、改悛の状が認められるときは、仮釈放という形で、早めの社会復帰が可能となる。仮釈放の場合、必ず保護観察の処遇を受けるので、満期の期日までの間に就職を見つけ易い。平成二八年六月ま

では導入される刑の一部の執行猶予（刑二七条の二）は、いわば仮釈放を刑の執行の前に約束するのと同じことであり、就職のあてもなく施設から放り出す処分である満期釈放が、受刑者にとっていかに酷なものであるかを物語っているといえよう。

エ、非行少年の多くは、親から虐待を受けていたことなどが指摘され、矯正より保護が必要とされている。少年に對して用意されている少年院・児童自立施設への収容、少年鑑別所、試験観察などの諸施策は、少年審判のルートに乗ってこそ、保護に結びつく処遇を受けられるのである。

オ、心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者に対し、刑罰ではなく、継続的かつ適切な医療を受けさせるために心神喪失医療観察法による処遇を受けさせるためにも、刑事制裁のルートに乗った方がよい。⁽¹⁰⁾ 検察官は、殺人等を行った被疑者を不起訴処分にする場合、地方裁判所に申し立てをすることが義務づけられている（同法三三条一項）。

（三）行為者に反省の契機を与える

人間が自分の行為を心から反省することは、更生のための第一の要諦といわねばならない。ただし、心からの反省が何によって齎されるかは人さまざまであろうし、また、外形から判断できることではない。たとえば、交通犯罪を犯した受刑者が「贖いの碑」⁽¹¹⁾の前で頭を垂れたりしても、そのみで反省のきっかけになるものでもないであろう。

しかしながら、刑事司法のすべての過程が行為者の反省のきっかけとなることを企図しているし、その中でも特に、刑事裁判が枢要な位置を占めていることは疑いがない。被告人質問や最終陳述は、被告人が公けの場面で反省の弁を述べる重要な場を提供している。

非行少年が少年審判によって保護処分として児童自立支援施設に収容されることは、少年に反省の環境を用意する

ものといえる。留岡幸助が創立した北海道家庭学校の校長を長く勤められた谷昌恒先生によると、家庭学校に来たばかりの子ども達は荒んだ生活そのものの風貌をしているが、落ちついた家庭学校の日々の中で、ようやく自分を取り戻すという。それを待たずに、少年という人格の外から声をかけても、少年の心に響くことはないという。その理由を、谷先生は、「心の扉には外側には把っ手が付いていないからだ」と述べられている^⑫。

（四）犯罪被害者にとっては、幸福追求権の一つの主張

刑事制裁を求めるのは、犯罪被害者にとっては、幸福追求権という、憲法上認められた権利の一つといえよう。犯罪被害者とその家族にとっては、犯罪者が刑事裁判によって裁かれ、刑罰を受けることを期待するのは当然のことと思われてきただけに、被害者の権利について憲法上の根拠は必ずしも明確でなかった。その点に関して、私は、憲法一三条の幸福追求権こそ、その根拠規定にふさわしいと考える。

幸福追求という言葉とは裏腹に、この権利が主張されるのは、現在の不幸な状態を脱したい、何とか通常の状態に戻りたい、という心情からのものである。犯罪被害を受けること自体が社会生活上の不幸であるのに、わが国では、マスコミによる執拗な取材を受けたり、被害を受ける側にも落度があると世間から非難されるなど、二次・三次の被害を受ける実情がある。それらから脱却したいと願うのは人間の当然の権利であり、それを幸福追求権と呼んでいるのである。その意味において、自分が受けた犯罪被害を惹起した者を知り、惹起した理由を詳らかにしてほしいとの気持が、刑事裁判を求める権利として位置づけられるのである。

以上のような四つの機能を有する刑事制裁が実現されれば、全体として、人間の尊厳が実現されることになり、日

本国憲法の目標を達成することになる。したがって、犯罪がなされながら、それに対する刑事制裁がきちんとなされないことは、民主的な社会にとって由々しき事態といふべきである。

三 「権力関係の犯罪」に刑事制裁は消極的

(一) 権力関係の犯罪の仮説

刑事制裁が科されにくい犯罪現象を考察するとき、私の仮説は、それが権力関係の犯罪だからというところに帰着する。

私が権力関係の犯罪として取り上げるべきと考えているのは、①原発事故を代表とする大規模過失犯罪^⑬、②強姦罪・強制わいせつ罪などの性犯罪^⑭、③冤罪である。

ここに掲げた三つの領域は、通常、相互に関係性が見られるものではない。ところで、犯罪現象として見るとき、いずれも加害者と被害者の間に権力関係が成り立つと思われる。

ここで、法律学者が「権力」という言葉を使うとき、どうせいかげんな概念設定に基づいているに違いない、と疑われると危惧される。そこで、そうではないとする回避措置を講じておくこととする。

H・D・ラスウェルは、『権力と人間^⑮』の中で、権力を定義して、「もし重大な価値剥奪（周囲の事情を熟知している共同社会の相当多数のひとびとによって重大と解されている価値剥奪）の期待を伴う関係なら、それが何であろうと権力とみなすにやぶさかではない。」と述べている。^⑯この説に依拠して論をすすめる。

この観点から三つの領域を検討してみよう。①では、政府・巨大企業が加害者であり、国民（消費者）が被害者で

ある。政府が国民との関係で、権力関係にあることは言うまでもない。電力会社・鉄道会社は消費者にとって相手を選べない権力関係にある。ちなみに、日本国憲法前文によると、「国政」における「その権力は国民の代表者がこれを行使」（前文第一段）すると、代表民主主義の方式を採ることを宣明している。ただし、今日の現実政治を見ると、集団的自衛権行使の危険な道を歩もうとしており、国政の権威が「国民に由来」することが忘れ去られている。②では、いわゆる強姦神話¹⁷が蔓延しているように、男性優位社会であることが、男性と女性が権力関係にあることを示している。モデル業界・テレビ業界などで、プロになりたいなら性交渉に応ずるのは当然としてプロデューサーの男性が迫る弊風があるのはその一例である。③では、裁判所・検察庁・警察が国民との関係で権力関係にある。捜査当局は、人が犯罪者であることを「疑うに足りる相当な理由があるとき」は、強制的に身柄を拘束できるのである（刑訴一九九条）。これこそ、権力というものの一側面を如実に表現しているといえる。さらに、被告人が無罪であることが再審裁判によって証明されたとしても、捜査や裁判に関わった誰もが制裁を受けるわけではないところに、刑事司法の権力者の鉄面皮さが現われている¹⁸。

さて、問題の焦点は、本稿の目的において述べたように、これらの領域では、「なぜ」（why）刑事制裁が働かないかの解明にあるが、その前に、「どのようか」（how）刑事制裁が働きのいか、を見ておくことにしよう。

（二）付審判請求制度で体験してきたこと

ここでは、すでに刑事制裁の働きにくいことが明々白々たる事実として提示されている隣接領域を垣間見る。それは、前述した、権力犯罪そのものである特別公務員暴行陵虐罪などと、それに対する控制手段として用意されている付審判請求制度の運用に示されている。

付審判請求制度は、公務員による職権濫用等の犯罪について告訴または告発をした者が、不起訴処分に対する不服があるときは、事件を裁判所の審判に付するよう管轄地方裁判所に請求することを認めるものである（刑訴二六二条～二六九条）。準起訴手続制度とも呼ばれる。検事の不起訴処分に対する不服申立てという形を通して、特別公務員暴行陵虐罪などを白日の下に晒そうとする趣旨と解することもできる。もちろん、その狙いは、そのことを通して拷問が少なくなることを期待するところにあるが、あわせて権力犯罪による被害を受けた被害者の支援という目的もある。かくして、法制度としては、拷問を例にすると、(i)憲法が絶対に禁じ（憲三六条）、(ii)刑法が犯罪として取り上げ（刑一九五条）、(iii)さらに、刑事手続上も確実に起訴がされるよう担保規定が置かれ（刑訴二六二条）、十分に整備されているのである。

しかるに、拷問は跡を絶たない。その原因を探てみると、自白偏重の捜査手続の改善に時間がかかっているという捜査上の課題が根本にあるとともに、付審判請求制度の運用に問題があることが指摘できる。後者について、統計上の数値をみると、現行刑事訴訟法施行後の昭和二四年から平成二五年までの間に付審判決定があり、公訴の提起があったとみなされた事件の裁判が確定した者の人員は二人であり、九人が有罪（自由刑八人、罰金刑一人）、一二人が無罪（免訴を含む）を言い渡されている¹⁹。この間に付審判請求をした数が約二万三千人といわれていることを考えると、請求認容数はあまりにも少なすぎるというべきであろう。裁判所の判断によると、九九・九一パーセントの国民が嘘つきということになってしまう。

拷問の例を用いて、刑事制裁が働かない理由を分析してみよう。第一に、拷問をするのは警察官や検察官であり、起訴をする立場にある検察官は、仲間意識からどうしても起訴には消極的になる。しかも、拷問をする捜査官は、人

権意識は別として、どちらかという職務熱心な捜査官であるため、起訴猶予に傾斜した不起訴処分になる。第二に、付審判請求をされた裁判官にも、検察官とは異なるといういつも、一種の仲間意識が働きやすい。そもそも裁判官と検察官には一緒に仕事をしているという意識が形成される素地がある。一例をあげれば、地方裁判所の刑事第何部に対応する地方検察庁の部署がある。同じ裁判官と検察官が同一の法廷で、半年ないし一年、仕事をするという関係があるのである。第三に、付審判請求された裁判所は、合議体の構成員に事実の取調をさせたり、検察官から送付された捜査記録を用いて取調をするのであるが、検察官から送られてきた資料は、全体として検察官が不起訴の心証を抱いたものであるから、その中から起訴を導き出す証拠を紡ぎ出すのは容易ではない。

このように、権力犯罪に関して刑事制裁が働きにくいことは明らかになったと思う。

そして、刑事司法に対する民意の反映が中途半端なことの批判を受けて、裁判員制度の導入と同時に、不当な不起訴処分に対する立法的手当てがなされたのが、検察審査会制度の充実であった。すなわち、それまでは、検察審査会による起訴相当の議決があっても、それに対して地方検察庁の長である検事正が応じなければ不起訴のままにとどまったが、今次の改正は、二回起訴相当の議決がなされると（二回目⁽²⁰⁾は起訴議決と呼ばれる）、必ず起訴されることになる（検審四一条の一〇）という強制起訴制度が導入されることになったのである。しかも、付審判制度と強制起訴は二者択一の関係にあるわけではないから（刑訴二六七条の二、検審四一条の一二）、付審判請求が裁判所によって認められなかったときは、被害者は強制起訴を目指せばよいのである。

検察審査会が二回起訴相当議決をすると強制起訴になるという立法は、検察官の不起訴処分に対する対抗手段としては決定的手段というべきである。それがいかに決定打であったかは、起訴相当議決が出て、検事正が蹴ったため、

検察審査会に二度目の申立がなされたとき、二度目の起訴相当議決が出る前に、検察庁が意を翻して起訴することになった事例が現われたことでもわかる。⁽²¹⁾ むろん、これから述べるように、これで一件落着というわけではないが、民意の反映のしかたとしては、十分な制度的保障といえるだろう。

しかし、刑事制裁が働きにくい領域の課題は、検察官による起訴の困難さだけの問題ではない。起訴がなされても、裁判において有罪に辿りつくとは限らないからである。

そこで、次に、個々の領域の課題を検討し、しかる後に、権力的関係の犯罪を総体として捉え直してみることしよう。

(三) 大規模過失犯罪が処罰されないわけ

大規模過失犯罪の中で、東京電力の福島原発による被害に関して刑事上の過失責任が問われていないことに象徴されるように、いくつもの過失犯罪が不問に付されたままである。

私は、『福島原発、裁かれないでいいのか』の中で、その理由について、検察当局が、過失犯に関して具体的予見可能性説を採ることによって、東京電力の責任者に未知の危険について予見可能性がないから、結果回避措置をとらなかつたとしても過失責任を問われないで済む法理を用意したためだ、と解説した。⁽²²⁾ たしかに法理論としてはなりたちうる法理の一つであり、法解釈論上の立場の違いが結論の違いに現われているともいえる。

しかし、問題の本質は別のところにあるのではないか。なぜ、検察は、十分な捜査もしないで結論を導き出しているかということである。

検察は、個々の国民の犯した犯罪に関しては、徹底的に強制捜査をして、あたかもその人の犯罪的傾向まで踏み込

もうとさえする。それに対して、福島原発に関しては一度も強制捜査をしていない。したがって、東電の社長などの幹部が、震災のどのくらい前に、どの程度の地震・津波が襲ってくると予見して予防策をとるべきだと認識したかについて、詳細なデータを把握していないのである。予想される津波の高さについては、推本予測のデータを基にした東電内の予測でさえ、いったんは一五・七メートルという波高が算出されているのである。^{②③}にもかかわらず、どのような理由で、あえて土木学会をして五・七メートルの数値を出させ、「安心」した素振りをしていたのか。私などは、わざわざそのように低めに設定することによって、防災のためにやるべき措置をやらないうで済むようにしたのではないかと、と憶測をする。それを裏付ける内部資料があるのではないか。

福島原発事故の構造は、東電の幹部が、自然災害やヒューマン・エラーがありうることを予測して、そのような場合も破局的な事故にならないように管理すべき注意義務を怠った不作為による過失犯罪である。社長をはじめとする回避措置をとることのできた幹部は過失の共同正犯である。^{②④}しかも、回避措置はいくつも用意できたはずである。大型防波堤にたよらず、冷却用電力を保持するための施設の水密化、ダムや屋上プールなどによる水の確保など、万が一を考えた方法・対策はとりえたはずである。むしろ、それをさせなかったのは、自分達がつくった安全神話に自分達で嵌まってしまつて、転ばぬ先の杖を捨ててきてしまったからではないのか。でも、仮にそうであるとすれば、それらの点を掘り起こして、同じ過ちをくり返さないようにしようではないか。福島原発について刑事責任を明らかにすべきとする立場は、誰かを獄に繋ぐことを意図しているわけではない。原因が解明され、不作為の実態が明らかになるなら、責任者についての刑責は執行猶予でかまわないのである。

以上の検討の口吻でも明らかのように、福島原発の刑事責任を問うことは、原発政策に対する反対ではない。原発

政策を勧めるなら、国民の生命の安全を考えるべきだという視点から回避措置の必要性を示しているにすぎないのである。その意味で、われわれの危惧感説を原発反対として捉えて、あたかも危険思想のように扱うとすれば、お門違いも甚だしいと批判しなければならない。権力者側が本当に心配ないというならば、危惧感説の立場に立つても安全なのだと言っただけのことをすればよいではないか、と思う。もともと安全な原発などありえないと居直るならば、私は原発反対である。

(四) 性犯罪が刑事制裁を受けにくい理由

性犯罪が刑事制裁を受けにくい理由としては、以下のいくつかの事柄が相乗作用を有するからだと思う。

ア、裁判における事実認定に関して、いわゆるジェンダー・バイアス（性別による社会的・文化的役割に関する偏見）がかかっているため、被害者の女性に対する不利な判断が示されている⁽²⁵⁾。そのため、本来、性犯罪として問われるべき事跡が省かれる⁽²⁶⁾。とくに最高裁判所がそのような立場に立っているため、刑事司法全体に対する影響が大きく、改革が必要である。

性犯罪の事実認定が適正になされているか疑問のある裁判例は、電車内における痴漢事件に関して、最高裁が、一審・控訴審の有罪判決を覆して、無罪を言い渡した平成二十一年の最高裁判決である（最判平二一・四・一四刑集六三・四・二三二）。

事実認定に関して困難を極めることになったのは、公訴事実を基礎づける証拠としては、強制わいせつの被害を受けた一七歳の女子高校生（A）の供述があるのみであつて、物的証拠等の客観的証拠が存しなかったためであつた。そうであるとすれば、判決がいうように、Aの供述の信用性判断を特に慎重に行う必要があることには異論がない。

ところが、判決は、次のような三つの点を根拠としてAの供述の信用性に疑いがあるとする。すなわち、(1) Aが述べる前半の痴漢被害は、相当に執ようかつ強度なものであるにもかかわらず、Aは、車内で積極的な回避行動を執っていないこと、(2) そのことと、Aは、電車が下北沢駅に着く直前、左手で被告人のネクタイをつかみ、「電車おりましょう。」と声を掛け、電車が止まってドアからホームに押し出されると、その場にいた駅長に、「この人痴漢です。」と訴えるという積極的な糾弾行為とは必ずしもそぐわないように思われること、(3) Aが、成城学園前駅でいったん下車しながら、車両を替えることなく、再び被告人のそばに乗車しているのは不自然であること、である。

本判決は、原判決の認定が認められない理由として、それが、「論理則、経験則等に照らして不合理」であるとする。第三小法廷は、あらためて被害者の証人尋問をするなどの異例の証拠調べをしているわけではないから、私も、論理則、経験則をもとに、Aの行為について考えてみよう。

(1) 痴漢の被害者が被害を受けても直ちに抵抗や逮捕などに踏み切らないのには、いくつかの理由がある。突然の被害に遭遇して凍り付いてしまい、身体が動かなくなることがある²⁷。また、嫌悪感や報復感情が生じて、一方で、急に声を出してナイフで刺されるなど生命への危険を感じることもある。 (2) 被害者としては、わいせつ行為がエスカレートすることに伴い、怒りも高まり、また、位置関係などから犯人であると確信するに至って、積極的行為に転ずることは、矛盾するものではない。 (3) 成城学園前駅で一旦下車したAが、加害者を見失い、再び気づいたものの、後ろから押し込まれ、別のドアに移動することなくそのまま乗車したという原判決の認定を考慮せず、多数意見が不自然と断ずるのは、裁判官がラッシュアワー時のホームでの雑踏の現実を知らないという、一般国民との経験則の乖離に気づかないことを露呈するとともに、女子高校生が、通学に遅刻気味のため、次の電車にするわけにはいかない

いう被害者の心理状況に対する配慮のなさがある。

このように、本判決における多数意見の判断には、満員電車の中でしつこい痴漢被害を受けている女性に対する憐憫の情のかけらもなく、かえって、男性優位社会の偏見を論理則、経験則と名づけてねじ伏せようとする姿勢が見受けられる。別の言い方をすれば、ジェンダーに関するバイアスによって支えられた誤った法理に基づく理屈ということになる。

イ、条文の解釈に関して、判例が暴行・脅迫の意義を縮小して解釈することによって、処罰範囲を狭めているため、刑事制裁が働きにくい。

確立された従来の最高裁判例は、強姦罪が規定する暴行・脅迫の程度について、「相手方の抵抗を著しく困難ならしめる程度のも」とされてきた（最判昭二四・五・一〇刑集三・六・七一）。それより低い程度の暴行・脅迫によるときは、犯罪を構成しないことになる。

条文では、単に「暴行・脅迫」としか書かれておらず、学説では、「大小・強弱を問わない」とする見解があるのにかかわらず、従来の判例が高い程度の暴行・脅迫を要件としていたのはなぜか。その根拠として、姦淫は強姦・和姦を問わず多少の有形力の行使を伴うことから、区別の基準を設ける必要があることや、ささいな暴行・脅迫に屈する貞操は本罪による保護に値しないことなどの理由づけがなされていた。しかし、これらの見解は、通常の性行為に対する偏見に充ちているし、被害を受ける女性が抱く恐怖心などについて思いやることのない無理解な見解である。特に後者の見解は、旧来、男性のために都合のよい使われ方をされてきた「貞操」観念に裏打ちされたものであり、女性蔑視の見解と批判されても致し方ないであろう。

ウ、立法上の課題として、性犯罪の実態に即して規定が整備されないかぎり、被害者の処罰感情と処罰の現状とは離れるばかりである。この問題の前提として、性犯罪に関するわが国の立法は、女性に参政権が与えられていない時代になされたものであることを確認しておく必要がある。以下のいくつかの点を押さえておく必要がある。

a、犯罪例として多く、放置できないものとして、痴漢を都道府県条例（迷惑防止条例）に任せておくのではなく、刑法典上に規定していく必要がある。

b、強姦罪・強制わいせつ罪の要件として、「暴行・脅迫」を規定しておく必要があるか。立法的には、不同意による姦淫を強姦罪とすべきである。

（五） 冤罪は、刑事司法の機能不全である

冤罪をどうして権力関係的犯罪に含めるかという点、今日、刑事司法という権力作用には、冤罪を防止するため、いくつもの装置があるのに、なかなか撲滅できないからである。しかも、冤罪の被害者である国民と刑事司法のための機関の関係は、典型的な権力関係といえる。そもそも三審制は、別の裁判所によって判断させることによって誤判を避けようとするものである。また、再審請求とそれに基づく再審裁判は、もっぱら冤罪防止を企図したものである

（刑訴四三五条）。

冤罪は、刑事司法のすべての過程に要因を有している。(イ)捜査過程では、初動捜査のミスや偏見が要因となる。(ロ)検察官が誰に真の刑事責任があるかを見極める能力を有していなかったり、争点に関する学説について広い視野を有していなかったりする。(ハ)裁判官が、誤った捜査を見抜く力がないこともある。(ニ)再審請求において、裁判官が先輩裁判官の判断に遠慮することもある。(ホ)弁護人も緊張感をもって対処する必要がある。

冤罪は、右の要素が累積して発生するものといえる。しかも、それぞれの要素が脈絡を持っているのである。たとえば、偏見捜査があつても、裁判において真実を見抜くことができたならば、誤判を招くことはなかったはずである。しかも、刑事司法が機能していないために冤罪問題が生じているのに、再審で無罪になつても、司法関係者の誰も責任を問われることはないという無責任ぶりは解消されていない。また、再審裁判が無罪になつた場合、冤罪被害者が国家賠償請求をしてそれが認められたとしても、関わった警察官・検察官はなんら痛痒を感じることがない。

ちなみに、右の(ロ)の検察官の誤りの中には、刑法理論上の誤りから冤罪となつているものもあるのである。たとえば、自動車を運転していたBが、過失によつて通行人Dと衝突し、その身体を自動車の屋根にはね上げたまま気づかずに運転していたところ、同乗者CがDを引きずり降ろし、Dが死亡した。死因となつた頭部負傷が自動車との衝突の際に生じたものか、路上に転落した際に生じたものか、確定しがたいとする。この場合、Bの過失行為からDの死の結果が発生することは、経験上当然予想しうるところではないから、その間に因果関係を認めることはできないのである。⁽²⁸⁾ Bは、業務上過失致傷罪にはなるとしても、致死罪にはならない(最決昭四二・一〇・二四刑集二一・八・一一一六)。検察官が致死として起訴したのは、一種の冤罪なのである。このような理論上の誤りによる冤罪もあることを注意したい。ここで述べた因果関係のほか、期待可能性などの理論は、実は、検察官の理論的誤りから被告人を救済するために編み出された理論と言つてよいのである。たとえば、期待可能性の考え方を受けて、船長に対し軽い罰金刑を選択した第五柏島丸事件(大判昭八・一一・二二刑集二一・二〇七二)では、本来起訴されるべきは、危険を察知しながら多数の乗客を乗せるよう命令していた雇主の方だったのである。

四 「権力関係的犯罪」の構造と対処方法

（一）権力は二重に作用する

三章では、権力関係的犯罪の三つの領域について、howとwhyを綯い交ぜにして検証する結果となった（これは、これまでの研究の深さの違いの反映である）。この検証を通して、三つの領域に共通する特色が浮かび上ってきたと思う。それは、次の通りである。

加害者と被害者の間に権力関係がある場合、第一に、加害者は被害者に対して、権力関係を介して犯罪を惹き起こしていることである。

①では、電力会社が、原発のメルト・ダウンなどが発生しないように、適切な回避措置をとるべき立場にあるのに、回避措置をとらず、かつ訓練などをしていなかったために、地元住民と一般国民に甚大な被害を与えたものである。国民個々人では効果的な対処方法はとり得ず、一方、電力会社がやろうとすれば回避措置ができたところに、権力関係があるといえる。

その点では、森永ドライ・ミルク砒素中毒事件の判決の法理が、大規模過失犯罪の防止に役立てられなかったことが悔やまれる。差戻後の徳島地裁判決では、中毒事件を防止するために、消費者は防止方法がなかったが、食品製造会社は、出荷前の製品検査などによって容易に結果発生を防止できたはずだ、と述べている。²⁹ちなみに、権力関係的犯罪は、このように立場を替えることができないという、被害者側の弱点が存在することに注意を向けたい。この事件では、具合が悪くなった乳児に、母親が、ミルクが足りないからだと思って、砒素入りミルクを与え続けたという

悲劇があつたのである。⁽³⁰⁾

②では、男女の間に、力の強弱、会社の上司と部下、金銭の負担などが介在して権力関係が厳然として存在する。この点は、被害者と加害者（被疑者）との関係についての犯罪統計において、強姦罪では「面識あり」が四五・三パーセントを占めているところから、立場の強弱が犯罪の背景にあることが読み取れるのである。⁽³¹⁾

③では、犯罪捜査にあたる警察・検察が、端から容疑者の言い分に耳を貸さない体質を有しているし、犯罪傾向に関する捜査側の偏狭さが、初動捜査を誤らしめている。たとえば、袴田事件では、ボクサーくずれは兇悪なことをするという偏見が、事件の性質をまちがって捉えることに寄与しているのである。松本サリン事件では、妻が被害を受けている第一発見者に疑惑を抱いた捜査幹部が、捜査本部の中の別の視点を持つ捜査員に対し、「そんな奴は去れ」というパワハラ発言で脅し、複数の可能性の中から絞りを絞込みという捜査の基本を封殺してしまったのである。あげくの果て、翌年三月の地下鉄サリン事件を招来することにもつながってしまったのである。捜査権力は、被疑者に対する関係ばかりでなく、捜査当局の中でも圧倒的な力を有し、冤罪惹起に結びついている。また、裁判官は、わが国の無罪率の低さや検察官への誤った信頼にだまされて、真実を見極める力が弱い。在任中は有能と評判の高かった元裁判官が、私に、「無罪判決を言い渡すときに勇気が必要であつた」と語ったことがあり、十分に語らせるため、あえて異論を挟まなかったものの、冤罪を生まないように心がけるといふ意識の欠如に愕然としたことがあつた。「十人の有罪者を逃がすことがあつても、一人の無辜を罰するな」というイギリスの格言が裁判官の胸中に去来しなかったものとみえる。

第二の特色は、加害者と被害者の間に権力関係がある場合、刑事司法に関わる機関や人々が、司法的運用に関して、

加害者に有利に、あるいは被害者に不利に働くということである。

①では、たとえば福島原発事故に関して、東京地検の検察官は、多くの国民から告訴・告発を受けながら、自分の出世を考えたのか、検察上層部の意向を受けたのかわからないが、東京電力側に対する積極的証拠収集活動をしていないのである。あるいは、これは、仮に起訴したとしても無罪が出ると思って、そのときの責任を回避する意図によるものであろうか。ここで、私は、ラスウェルが、「もつと根本的な『官僚』の特徴（繁文縟礼よりも）は責任の回避である。」⁽³³⁾と述べていたことに気がついた。ある元検察官は、かつて検察審査会法の改正によって導入された強制起訴制度について、検察では反感が強かったが、現在では、通常の場合は、これまで通り、検察は慎重な起訴基準をもって対処するが、強制起訴が問題となる事例については、一般国民の基準によって起訴されても構わない、と述べている。これは、聞きようによつては、検察も物分かりがよくなったと見ることができるが、実態は、正義を希求するはずの検察が、国策に関わることには、故郷を奪われた国民の切実な願いを無視するという責任回避行動をとっているといわざるを得ない。

②では、性犯罪の捜査に関して、捜査官の捜査のあり方が、加害者にとって有利に働いている場合が散見される。前述の平成二一年の最高裁判決に関しては、客観的証拠がないために、被害者の女子高校生の証言が信用できるかに焦点が絞られたが、被疑者の手指の鑑定について、証拠の保全が十分に図られていたのか、疑問がある。

③では、捜査段階における誤った捜査とともに、それを見抜けない裁判に問題がある。特に、後者については、白鳥事件の再審請求に関して、最高裁判所が、裁判が確定した場合でも、再審請求においては、「疑わしきは確定力の利益に」ではなく、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によらねばならないと刑事裁判の鉄則を宣明したにもか

わらず、この原則は十分に浸透しているとはいえない。

さて、大事なことは、権力関係が認められる場合、①加害者は被害者に対して、権力関係を介して犯罪を惹き起こしているということと、②刑事司法に関わる機関や人々が、司法的運用に関して、加害者に有利に働くということの二つの特色が、二つとも働くことから、被害を惹起しながら、刑事制裁が働きにくい、ということである。つまり、権力関係的犯罪に関して、「権力は二重に作用する」ということである。

権力関係が、刑事制裁の働かない方向で二重に作用するということを、③の場合を用いて示すこととする。強盗殺人事件である財田川事件において、被告人が犯人とされた決め手は、被告人が、犯人しか知らないと思われる「二度突き」の事実を説明した、捜査段階の自白調書の存在である。被告人には死刑判決が確定していたが、再審請求審で次のようなことが明らかになったのである。³⁶ 実は、事件の取調べにあたった警察官の一人が、被害者の遺体の解剖に立会っていて、二度突きの事実を知っていたというのである。そこで、その警察官は、被疑者の供述を二度突き事件として誘導していったのである。このように、取調べにあたった捜査官が、一般には知られていなかったことを証拠の中に織り込めば、被告人を犯人に仕立てることができるのである。二度突きの供述は、秘密の暴露ではなかったのである。すなわち、財田川事件では、①捜査官が被疑者の供述を通して違法に証拠を作成し、②裁判所が三審制という慎重な審査機構があるにもかかわらず、真相を解明できなかったため、一個の冤罪事件が完成したのである。

以上において、本稿の目的である、刑事制裁が働かない領域の犯罪に関して、働かない理由、そのしくみは明らかになった。したがって、ここで本稿を閉じてもよいのであるが、もう一步進めて、刑事制裁が働くためにはどうした

らよいかにについても、管見を述べてみよう。

（二）権力関係的犯罪に刑事制裁を働かす

ここまでで、刑事制裁が働かない三つの領域を観察して、権力関係的犯罪として捉え、働かない理由として、それらには権力が二重に作用するからだと分析してきた。そのことから、刑事制裁を働かせるためにはどうしたらよいのかについても、若干の提案ができると思う。

第一に、加害者と被害者の間の権力関係を崩すことである。①・②・③の領域の中で、それが可能なものがあるだろうか。極めて困難ではあるが、②の性犯罪の領域については、それに対する取り組みがなされつつあるといえよう。自然的な性の区別以外の社会的・文化的な差別は許されないとするジェンダーという取り組みが、まさにそれである。第二に、権力関係そのものは崩せないとしても、刑事司法上の働きに変化は加えられないものであろうか。①の領域に属する福島原発事故について、私共が拙著の中で、過失犯の理解のしかたを変えれば十分刑事責任を問えるはずだと論じたのは、その取り組みの一端である。しかも、過失犯の捉え方について、私の提唱したように、回避措置重心説を基軸とするのは、われわれの日常生活上の規範そのものなのである。②については、平成二年最高裁判決の理由づけ（被害者がうそつき）が、ジェンダー・バイアスに毒された誤った法理であることを指摘していくことである。最高裁判所はこれまでいくつも大きな誤りをくり返してきたが、その中でも、一級品の誤りであるといつてよい。最高裁判所は、とくに差別問題には弱いようである。たとえば、最終的には気づいて改めることになったが、尊属殺重罰規定については、かつて、一三対二で合憲としていたのである。³⁹⁾

③に関しては、私は希望を持っている。刑事裁判に新しい風を吹き込まないと腐ってしまうから、市民参加の道を

つけるべきだとかねがね思っていたので、裁判員裁判の導入については、基本的に賛成の意向を示してきた。それと共に、制度理解を図るために、施行の前から、裁判員裁判の方式による模擬裁判を公開で行なってきた。施行後七年目を迎えて、制度は定着しつつあると評価している。しかし、その中で、一番心配であったのは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が、きちんと適用されるかの問題である。私の観察では、「疑わしきは被告人の利益に」の原則については、国民の法知識にはなっているものの、心の中では納得していないのではないかと推量していたからである。なんといっても、わが国では、「人を見たら泥棒と思え」という格言がいまだに通用しているし、誰かが警察に逮捕されてマスコミに載れば、マスコミ法廷の審判結果をそのまま受け容れてしまう風潮が根強いからである。ところが、裁判員裁判の後の裁判員による記者会見の中で、事実認定が争われるとき、自分は「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って判断したという発言がたびたび出るようになったのである。私の評価は当て推量であったのか、それとも、国民の法意識に変化が生じつつあるのか、今のところ定かでないが、後者であるとすれば、裁判員裁判の導入が変化の契機となったと考えたい。すなわち、捜査の一部可視化⁴⁰などによって、誤った捜査は減少する方向に向かうとしても、依然として冤罪たる起訴事件はあるだろう。ただ、その時に、裁判員裁判では、「疑わしきは被告人の利益に」の法理に基づいて、チェックができるのではなからうか。ただし、そのためには、国民自身が不断に、刑事裁判は、民主的な社会の実現を目指すものであり、人間の尊厳を守るために、人間自身が作ってきたしくみであることを確認していく必要がある。

五 残された課題

権力関係的犯罪として三つの領域をあげて検討してきたが、まだほかにもありそうである。一つは、学校における暴力やいじめである。教師間におけるパワハラや常態化しつつある体罰の問題は顕在化していない。学校内のいじめが原因となって自殺する例については、教師・学校が、生徒・家庭との関係で権力関係にあること（人質に取られている）が問題解明を困難にしている要因である。今後の課題としておきたい。二つ目は、医療過誤の分野である。この分野については、すでに取り組みがなされているが、医療の壁に阻まれているようである。

それから、もう一つの課題は、四章の最後に触れた点である。国民自身が、いかにしたら刑事裁判の意義について自覚するだろうか、ということである。ここでは、私の取り組みを述べさせて頂くと、模擬裁判を中心に捉えた「法育」^{④③}によって、大学ばかりでなく社会に向けて発信する作業を続けていきたい。民主的な社会の実現のために。

（１） 古川元晴・船山泰範『福島原発、裁かれないでいいのか』（朝日新書、二〇一五年）。

（２） 権力の不法について、個別的なものと集団的なものとを区別して、対処方法を検討したものとして、広中俊雄「権力の不法とその抑制―序論的考察」『広中俊雄著作集 7 法過程・法意識の研究』（創文社、二〇〇四年）三四四頁以下がある（なお、本論文の初出は一九七〇年）。

（３） 藤原孝「サン・シモンの『政治』概念」鵜澤義行博士古稀記念『政治学をめぐる諸問題』（日本大学法学部、一九九〇年）一六一頁。

（４） 言葉としては、刑事規制、刑事裁判と置き換えてもよい。要は、犯罪として刑事司法のシステムにのり、裁かれることで

ある。実刑を受けることを意味しない。

(5) たとえば、死刑を残酷な刑罰ではないとして、合憲と判断した最大判昭二三・三・一二刑集二・三・一九一がある。

(6) 『平成二六年犯罪白書』五〇頁。

(7) 船山泰範「法規範と『世間』の相克」船山編『刑事法入門』（弘文堂、二〇一四年）では、「犯罪者を自分達の社会から排除すれば済むと考えている」のが「世間」の姿勢であると指摘した（四頁）。

(8) 白書・前掲注(6)七七頁。昭和三五年から四五年頃までは保護観察付執行猶予が二〇パーセント近かった。

(9) 法務省調査では、全国の少年院に収容されている少年の五〇・三パーセントが、保護者から児童虐待を受けていたと報告されている（平成一三年八月一〇日、読売新聞朝刊）。

(10) 対象者二八四人については三四六人が不起訴になっている（白書・前掲注(6)一九〇頁）。

(11) 千葉県市原市の交通刑務所の庭にある。

(12) 谷昌恒「私たちは子どもをどんな人間に育てたいのか」暮しの手帖・第二世紀七二号（一九八一年）一八七頁。

(13) 平成一七年四月二五日に起きた福知山線脱線事故、平成一三年七月二一日に起きた明石花火大会歩道橋事故などもこれにあたる。

(14) 犯罪統計によると、一年間の認知件数は、強姦罪が一四〇九件、強制わいせつ罪が七六五四件である（白書・前掲注(6)一一頁）。

(15) H・D・ラスウェル著、永井陽之助訳『権力と人間』（東京創元社、一九五四年）。

(16) ラスウェル・前掲注(15)一六頁。

(17) 後藤弘子「性犯罪」船山編著『ホーンプブック新刑法各論〔改訂三版〕』（北樹出版、二〇一五年）では、典型的な「強姦神話」として、「夜遅く、暗い夜道を、ミニスカートをはいた女性が一人で歩いていたら、見知らぬ男性がやってきて、無理やり彼女を茂みに連れ込み、抵抗する彼女を姦淫する」が掲げられている（八一頁）。

(18) ただし、氷見事件のように、「冤罪の発生に弁護人が重要な一役を買ってしまった」（木谷明「氷見国家賠償等請求事件判

決について」判時二二六一・一八）ものがあることも厳肅に受けとめる必要がある。

（19） 白書・前掲注（6）二〇一頁。

（20） これらの手続的規定は、二つの方法（制度）が並行してなされることがありうることを前提としたものといえる。

（21） 福井厚「犯罪被害者と檢察審査会制度（下）―デュポールの『公序』概念を手掛かりとして―」京女法学七号五五頁以下によると、二〇一一年一月一二日に、米軍の軍属が対向車の一九歳の運転する軽乗用車に正面衝突して少年を即死させた事件につき、那覇地検は、一度目の起訴相当議決の後、二度目の起訴相当議決によることなく、米国の同意を得て、軍属を自動車運転過失致死罪で起訴したそうである。強制起訴制度は、「檢察の訴追の実務にも変化を生み出しつつある」と述べられている（五八頁）。

（22） 古川・前掲注（1）。とくに一一八頁以下。

（23） 古川・前掲注（1）八四頁。

（24） 判例は、過失の共同正犯を認めている（最判昭二八・一・二三刑集七・一・三〇、東京地判平四・一・二三判時一四一九・一三三）。

（25） この点を鋭く指摘したものとして、後藤弘子「最高裁判所の無罪判例の分析と問題提起―なぜ性犯罪無罪判決を歓迎できないか―『性暴力と刑事司法』（信山社、二〇一四年）一〇一頁以下がある。後藤は、「刑事司法においては、性犯罪がジェンダー・バイアスなく評価されることが性犯罪被害者を支援し、最終的には性犯罪を減少させることにつながる。」と述べている（一一八頁）。

（26） 後藤・前掲注（25）一一七頁は、この点を次のように端的に指摘している。「世の中は意に反した性行為で満ちていることを前提に、性犯罪を検討し直す必要がある。」

（27） 人がストレスに遭遇したとき、警告反応期、抵抗期、疲憊期の過程をたどると分析したのがハンス・セリエであり、警告反応期では、「全身抵抗は正常以下に減少する。」としている（ハンス・セリエ著、杉靖三郎ほか訳『現代社会とストレス（原書改訂版）』法政大学出版局、一九八八年、一一五頁―一一六頁）。この理論を性犯罪被害に結びつけて、「凍り付き症候群」

に陥ることを指摘したものと、田中嘉寿子「性犯罪の被害者の供述の信用性に関するあるべき経験則について―防災心理学の知見の応用…正常性バイアスと凍り付き症候群」甲南法務研究第一号（二〇一五年）五七頁以下。

(28) 相当性の判断基準として一般人が採られているので、折衷的相当因果関係説の立場と解される。

(29) 徳島地判昭四八・一一・二八判時七二一・七七。

(30) 事件から六〇年たって、被害者も六〇歳以上となり、障害の重度化が指摘されている（平成二七年六月二三日朝日新聞朝刊）。

(31) 白書・前掲注(6)一九六頁。このほかに四・六パーセントの親族である加害者を加えると四九・九パーセントとなる。

(32) 白書・前掲注(6)五〇頁。平成二五年の裁判確定人員は三六万五二八一人、無罪確定者は一二二人であり、無罪率は〇・〇二パーセントである。

(33) ラスウェル・前掲注(15)一〇六頁。

(34) 大飯原発運転差止請求を容認した福井地裁判決は、福島原発事故を意識して、「豊かな国土とそこに国民が根を下ろして生活していることが国富」であるとしている（福井地判平二六・五・二二裁判所ホームページ・裁判所情報）。

(35) 最決昭五〇・五・二〇刑集二九・五・一七七（白鳥事件）。

(36) 最決昭五一・一〇・一二刑集三〇・九・一六七三。

(37) 船山「過失犯における回避措置重心説」『川端博先生古稀記念論文集（上巻）』（成文堂、二〇一四年）四二一頁以下。

(38) 最大判昭四八・四・四刑集二七・三・二九五。違憲を認めた判決である。

(39) 最大判昭二五・一〇・二五刑集四・一〇・二二二六。

(40) 刑訴規一九八条の四。

(41) 学校教育法一条但書は、「体罰は加えることはできない。」と規定している。

(42) 何を基準として、「いじめ」と判断するかについては、次のような精神科医の表現がわかりやすい。「いじめでないかどうかを見分けるもっとも簡単な基準は、そこに相互性があるかどうかである。……相互性があればよく、なければいじめである」。

る。」（中井久夫『アリアドネからの糸』みすず書房、一九九七年、四頁）。

（43） 平野節子「模擬裁判による法育」船山編・前掲注（7）一八五頁以下。

〔付記〕 本稿脱稿後、平成二七年七月三十一日、東京第五検察審査会が福島原発事故について二度目の起訴相当を発表したことにより、強制起訴されることになった。新局面を迎え、私は別稿をもって今後の取組みを展開しようと思う。ここでは議決書の一部を紹介して、敬意を表することとしよう。

回避措置を講じることではできなかったという主張は、「津波によりひとたび原子力発電所に重大な事故が発生すると、放射性物質の大量排出による周辺地域への放射能汚染を招き、ついには人類の種の保存にも悪影響を及ぼしかねない事態に至ってしまうという事柄の重大さを忘れた、誤った考えに基づくものと言わざるを得ない。」