

# 人間存在の刑事法学

——法の矛盾を検証する——

船 山 泰 範

## 一 問題の所在——「と」と「の」の違いを踏まえて

ベツカリアアの『犯罪と刑罰』の魅力は、ことがらを考えるにあたって、常に「人間」を基準としていることである。たとえば、「人間がじぶんの行動を規制するのは、彼が知らない苦痛によってではなく、彼が知っている苦痛の反復的経験によってである。」<sup>(1)</sup>とする。この洞察が、後に展開される、死刑より無期懲役の方が「人々に犯罪を思い止まらせる」<sup>(2)</sup>のに役立つ、との提言の前提となることはいままでもない。

さて、「人間存在の刑事法学」<sup>(3)</sup>という論題は、刑事法学は、人間がいかなる存在であるかを探求する学問であると

いうことを自覚して取り組む必要があるという認識を示したものである。これは、刑事法のあり方を考えるにあたって、人間がいかなる存在であるかという視点を意識する必要があるとする点で、単に法を制度として捉えるに止まっていたはならないことを宣言、いや、自覚するものである。

ところで、人間性からみたとき、法のあり方には配慮が働いていると思われる場面もあるが、全体としてみると、矛盾としか言いようのないものが散見される。本稿は、法の矛盾が見逃し難い場合を指摘するとともに、あるべき姿を模索するところに狙いがある。法が人間の作品ならば、それを造り変えていくこともできるはずである。ただし、「法は人間の作品」と喝破したラードブルフが、だからそれは「その理念からのみ理解されうる」と注意書きをして<sup>(5)</sup>いる点に着目しなければならない。理念なしの改変は破壊でしかないからである。

それはさておき、近時、私のために「人間存在と刑事法学」という表題になる論文集（日本法学八二巻二号）が編まれたので、「と」と「の」の違いについて管見を示すことをお許し頂きたい。

まず、「の」で結びつけるのは、刑事法学が、「人間存在」、すなわち人間のくせや陥りがちなことを踏まえて考察する必要があるという意識に基づくものにはかならない。それに対し、「と」で両者を並べているのは、人間がいかなるものかということを究明するすべての学問と刑事法学の関係を捉えようとする広い視点からのネーミングであると思う。執筆者を幅広く迎えて小生を励まそうとされた編集委員の先生方には感謝を申し上げます。

ただ、私としては、人間学の視点<sup>(6)</sup>をさらに磨いて刑法学の研鑽を努めていく所存なので、「の」としたということである。

それにしても当然のことながら、日本語における助詞の使い方には微妙なところがあると思う。かつて、岡本太郎

が、講演会「芸術と人生」の冒頭で、設定したNHKに、いわば文句をつけて、「芸術は人生」とか、「人生は芸術」というなら自分に一家言があるが、「と」で繋ぐのは納得できない旨の発言をされていた。<sup>①</sup> 助詞一つで論題の趣旨そのものが変わることは肝に銘じたいところである。

閑話休題、本筋に戻ることしよう。私が刑事法学を人間存在で規定づけるのは、刑事司法の実情を眺めたとき、人間の尊厳を冒瀆したり、人間相互の関係を軽視したりする事例にたびたび遭遇するからである。次の事例もその一つである。

ある法人税法違反事件に関して、納税申告を手伝ったN子に対し通脱罪の幫助犯の容疑がかけられたが、N子が黙秘したことなどから保釈が認められず、未決勾留は一年二か月に及んだのである。黙秘している被告人を保釈すれば証拠隠滅をするにちがいないから、保釈するわけにはいかないというのが検察官の論拠のようである。その根拠となる条文は、刑訴六〇条一項二号である。しかも、保釈を許す権限を有する裁判所（刑訴八九条）がそれに追隨しているのである。検察が握っている証拠に同意しないかぎり、保釈を認めないという、いわゆる「人質司法」がここに見られるのである。ちなみに、本件（倉敷民商事件と呼ぶ）に関しては、法人税法違反の「正犯」である社長夫婦については身柄拘束もなされていなかった。

このような偏見と不公平という法の理念に反する刑事司法の現状を目にするにつけ、法律上の矛盾と思われるものについて、人間の尊厳<sup>②</sup>を重視するためにどうしたらよいか、検証する必要がある、と思うのである。

## 二 自己の刑事事件に関する証拠隠滅について、実体法と手続法は矛盾していないか

### (一) 実体法における可罰範囲

実体法と手続法（訴訟法）が、規範として逆方向を示しているのではないかと思われる例について検討を加えてみよう。

証拠隠滅行為について、まず、実体法はどのように規定しているか。

ア、刑法一〇四条の立法趣旨 実体法である刑法一〇四条は、可罰行為を「他人の刑事事件」に関する証拠の隠滅等に限定している。「自己の刑事事件」を含めない立法趣旨は、犯罪行為を行なった者が、自己の刑事事件に関する証拠を隠滅したりしないという、他の適法行為を期待することは難しいからである<sup>9)</sup>。なお、段階的な犯罪成立要件の筋に従うと、その行為は、構成要件に該当するが、有責性を欠くために処罰されないと理解される。

ただし、ここで注意しなければならないのは、このような説明は法律専門家の言い方であるということである。というのは、刑法典を一般国民が読むとすれば、「自己の刑事事件」に関する証拠の隠滅をしたとしても犯罪にあたらなない、という面だけが印象づけられるであろうということになる。さらに、この点を規範という面からみると、自己の刑事事件に関する証拠を隠滅しても、刑法上の禁止規範に違反しないと解するのが一般の理解に適うと思われる。加えて、罪刑法定主義という視点からすると、刑法一〇四条は、「他人の刑事事件」に関する証拠の隠滅を「犯罪」として予め国民に示して、それに抵触することがないように求めている、と表現できるのである。

次に、実体法上の証拠隠滅に関して、いくつかの例外がある。それを見る。

イ、例外規定 a 刑法一九〇条は、死体等について遺棄・損壊等の行為を犯罪類型として規定しており、行為の対象について、「他人が殺害した事件の」死体という限定を加えているわけではない。つまり、殺人を犯した者が自己の刑事事件に関わる証拠となる死体を遺棄したとき、死体遺棄罪になるのである。殺人を犯した者が死体を遺棄することによって証拠を隠し、捜査の手から逃れようとすることはよくなされることであり、しかも、人間としてそうしがいである。その意味で、適法な行為の期待可能性が相当に少ないことはいうまでもない。ただし、刑法は、ここでは期待可能性の法理を用いることなく、可罰的としたのである。

自己の殺人行為の後でなされる死体遺棄について不可罰としなかったのは、死体遺棄行為が、死体について大事に扱おうとする、人間の社会生活上の慣行を損ねるものとして許しがたい、と考えられるためである。ちなみに、「宗教感情の保護」という説明もある<sup>10</sup>。つまり、死体遺棄行為が、刑事司法に対する妨害ばかりでなく、人間が大事にしてきた死体を尊重するという社会的法益をないがしろにするため、可罰的とされているのである。

死体遺棄行為が犯罪とされていることは、訴訟法上も重要な意味がある。殺人行為が発覚する重要なパターンの一つは、死体が発見されることである。たとえば、山林内で死体が発見され、死体の首に扼殺痕が見い出された場合、どのように死体を持つてこられたか、付近の防犯カメラの映像が解析されたり、道路に残された自動車のタイヤ痕が捜査の手がかりとなるであろう。そして、自動車の持ち主が見つければ、死体を運搬したかどうかが問われることになる。死体遺棄容疑で逮捕・勾留されると、捜査は、死体遺棄ばかりでなく、殺人罪まで視野に入れて進められることになる。そこでは、とりわけ被疑者が逮捕されるときは取調べが厳しくなされる傾向がある。

死体遺棄罪については、刑事司法とは別の法益を侵害しているからと、立法理由が簡単に説明されるきらいがある

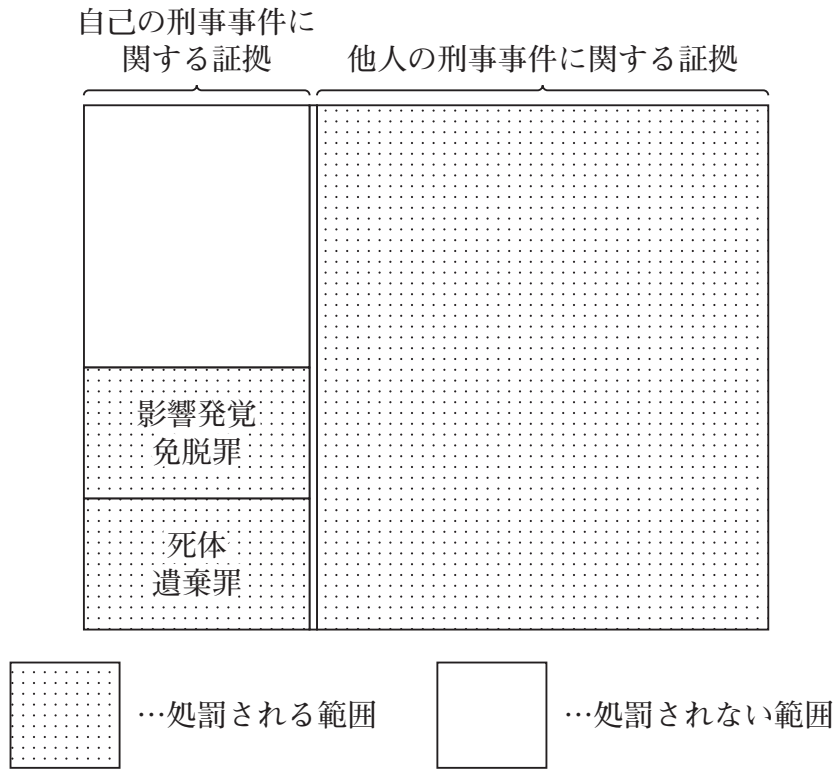


が、証拠隠滅行為の中で重要な部分を占めているのであるから、凶解(凶1)したように、自己の刑事事件に関する証拠隠滅行為の可罰的部分と不可罰的部分という意識をもつて捉えるべきである。

b 証拠隠滅行為について、近時、新たに可罰性が認められた領域がある。それは、自動車運転致死傷処罰法四条が規定する、いわゆる影響発覚免脱罪である。これは、アルコールまたは薬物の影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で自動車を運転して、運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた後、アルコール等の影響が発覚しないように、①さらにアルコール等を摂取したり、②アルコール等の濃度を減少させる行為をした場合、影響発覚免脱行為自体を処罰するものである。自動車事故に伴う証拠隠滅行為の典型例をとりあげて可罰対象としたものといえる<sup>11)</sup>。自動車運転致死傷処罰法が特別法として制定されるきっかけの一つとなった北九州市幼児三人溺死事件は、②の事例であった。なお、本罪は、自動車運転致死傷処罰法二条一号や三条一号の危険運転致死傷について、検察官による立証を困難にする行為を禁圧しようとする趣旨である。

ウ、国民の行為規範としての意味 刑法典であれ特別刑法であれ、広義の刑法は、国民に対して、法の見地から、何が処罰され、何が処罰されないかを示すことによつて、法律上の行為規範たる意味を有している。この点は、近代刑法の基本原則とされる罪刑法定主義から確認されることである。ベッカー<sup>12)</sup>が、「社会を代表する主権者は一般的に適用する法律をつくることができ、その社会のすべての成員はこれに従わねばならない。」<sup>13)</sup>と述べているのは、罪刑法定主義の根拠と、法が国民にとつて行為規範たることを示したものと解される。また、最高裁判例が、刑罰法規は、明確であるばかりでなく、広すぎないこと(非広汎性)が要求されるとしているのは(最大判昭六〇・一〇・二三刑集三九・六・四一三)、刑法が国民のために示されていることを認めているからである。ちなみに、団藤重光先生は、

図1 証拠隠滅行為の対象



判例に、「形成的機能をみとめることは、罪刑法定主義に反するものでないばかりか、実はむしろ、罪刑法定主義の要請するところ<sup>14)</sup>」だとされている。以上のことから、刑法が単に裁判規範として存在するのではなく、国民の行為規範であることが明確になると思う。

そこで、もう一度、証拠隠滅行為について、広義の刑法が、全体としてどのような規範を国民に示しているかという、図1のようになる。

(二) 手続法とその運用

手続法において、行為者が自己の刑事事件に関する証拠を隠滅することについてどのような姿勢をとっているかは、どのような理由によって捜査機関における勾留が認められているかを見れば明らかである。

ア、未決勾留の理由 未決勾留の理由については、刑訴法六〇条一項が規定している。すなわち、勾留は、①犯罪の嫌疑（罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由）がある場合で、② a 住居不定、b 証拠隠滅のおそれ、c 逃亡のおそ

れ、のどれかがある場合に認められている。

刑法では、自己の刑事事件に関する証拠について、二つの特別な場合（死体遺棄、影響発覚免脱）は別として、隠滅しても処罰されないのに、刑訴法では、なんら限定なく証拠隠滅のおそれがあるとして身柄拘束を受けるということは、どう理解すべきであろうか。考察を加えてみよう。

第一には、a 住居不定も、c 逃亡（刑法九七条以下の逃走罪は除く）も別に犯罪を構成するわけではないから、b 証拠隠滅も、訴訟法が犯罪として捉えているわけではない、といえる。

第二には、手続法としては、証拠に基づく刑事裁判を実現していくためには、証拠隠滅をすると疑うに足りる相当な理由があるとき、むざむざそれを放置するいわれはないともいえそうである。ここらあたりに、訴訟法は、「刑法を生み出すカギになるもの、あるいはむしろ主役的なもの」<sup>15</sup>という、刑事司法における刑事訴訟法のダイナミズムが隠されているのであろうか。

この第二の点についてしばらく検討をしてみよう。

イ、未決勾留が人質司法に悪用されている 第二の点を訴訟法的に説明すると、勾留の目的は証拠保全のためということである。しかし、証拠隠滅をする可能性があるのは何も被告人に限ったことではないことを考えると、はたして合理性があるといえるか。ただし、この点については、被告人以外の他人ならば、他人の刑事事件に関する証拠を隠滅したとして証拠隠滅罪に問えるのだから、きちんと担保されている、と反論されそうである。そうなると、被告人は自らの刑事事件に関する証拠を隠滅しても犯罪にならないから、身柄拘束をして、証拠が隠滅されないように予防しているのが訴訟法の役割だ、ということにならうか。



しかし、第一節で具体例（倉敷民商事件）を紹介したように、その理由をもってしても、一年以上身柄拘束をするという、刑罰に変わらぬような処遇がなされることを正当化できるとは思えない。しかも、勾留が刑訴八九条四号を根拠とするため、いつまで続くかわからない（六〇条二項）。現行刑訴法の基本理念の一つとして当事者主義が標榜されていることを考えると、倉敷民商事件において通脱罪の幫助犯に問われた被告人は、単なる捜査の対象として扱われているといつてよいのではないか。刑訴法の教科書では、たとえば、「事案軽微なため身柄拘束が比例原則にてらし均衡を失する場合」など、「実際問題としては、相当性のない場合は勾留は不可というように、阻却的に働く<sup>16</sup>」と叙述されているが、絵空事のように響く。倉敷民商事件は、未決勾留が「人質司法」に悪用された典型例のように思われる。

### （三）実体法と手続法の運用は矛盾している

ア、手続法の運用が平衡を崩している　ここまで検討してきたことで明らかのように、自己の刑事事件に関する証拠隠滅行為に関して、「実体法」と「手続法の運用」とは矛盾撞着しているといわざるをえない。

仮に、実体法と手続法が並立しうるとすれば、両者は次のような関係でなければならぬ。実体法では、自己の刑事事件に関する証拠隠滅行為は、違法ではあるが、有責ではないと捉えられる。一方、手続法としては、むざむざ証拠隠滅を放置するいわれはないということである。両者についてこのような説明をするなら、折り合いがつけられる可能性はあるし、手続法が力動的な法律だという特色を印象づけることもできるかもしれない。

ところが、手続法の運用の実態は、証拠隠滅行為をさせないために禁錮刑を科しているような様相を呈している。つまり、手続法の運用は、平衡を崩してしまっているといわざるをえない。要するに、実体法と手続法の運用は並立

しえないというべきである。

では、この矛盾をどのように調整すべきであろうか。

イ、立法論上の取り組み 立法論上の取り組みをすれば、当事者主義を徹底することである。現在のように、捜査当局が強制捜査権限を用いて被告人側の証拠を捜索・押収しておきながら、被告人は証拠隠滅のおそれがあると見て、身柄拘束という更なる強制処分をすることは、基本的に当事者として対等という思想とは真つ向から対立する。むしろ、当事者主義にはいくつかの段階があるが、わが国は制度的には当事者対等主義を謳っていると思われ<sup>17</sup>。

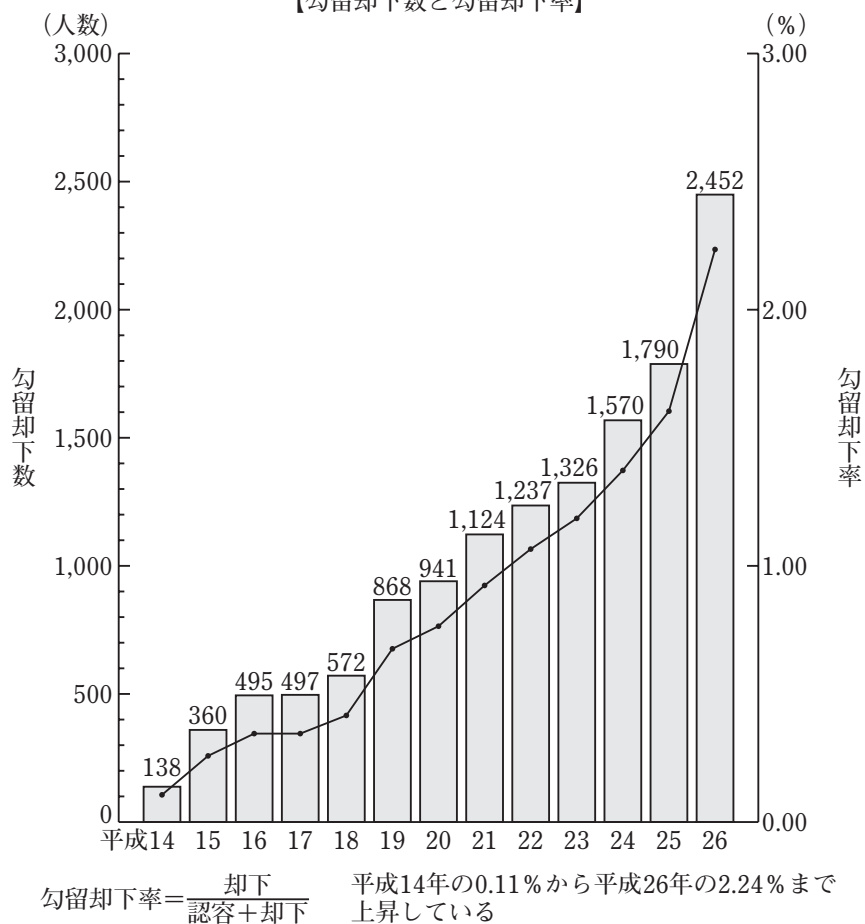
そこで考えられるのは、証拠隠滅のおそれを理由とする未決勾留を制度として認めないとする立法的選択である。実際、英米法では、罪証隠滅のおそれは未決勾留理由とはされていないと指摘されて久しい<sup>18</sup>。ちなみに、第二次世界大戦後、刑事訴訟法を新憲法の基本姿勢に合わせようとして構想された刑事訴訟法の草案では、勾留の理由は、逮捕と同じく、犯罪の嫌疑だけだったのである。ところが、国会に上程されると、審議の過程で修正され、罪証隠滅のおそれが付け加えられたのである。

ウ、裁判上の運用に変化 手続上の運用に関して変化が見えていることを指摘しておきたい。それは、身柄を拘束して取調べを継続したいため検察官による勾留請求がなされた場合に、裁判官による勾留請求の却下の例が多くなったことである（図2参照）。これは、裁判所が勾留の要件や必要性を従来より厳しく判断する傾向が現れたことによると思われる。

手続上の運用の変化の背景にあるのは、裁判官が、検察官による人質司法を超克させるため、従来あった行き過ぎた拘束を避けようとしていることによると思われる。さらに、基盤的には、裁判員裁判の導入によって、調書裁判の

図 2

【勾留却下数と勾留却下率】



〔『白書』CD-ROMの数値から作成〕

船山『刑法を学ぶための道案内』219頁より

見直しが図られていることがあると思われる。裁判員裁判は、捜査段階の供述調書より、法廷での証言や、検察側と弁護側のやりとりの中から事実認定をすることに重点が置かれるようになったのである<sup>19</sup>。そして、さらに大事なことは、裁判員裁判ばかりでなく、一般の刑事裁判においても、調書裁判主義は是正されつつあるのである。

裁判員裁判を傍聴に行けばわかるように、東京地裁では、多くの裁判員裁判が傍聴者で埋められている。そういう状況の中で、いかに検察官であったとしても、公判廷において、弁護側から、被告人の自白が「不当に長く抑留された後の自白」（刑訴三二九条一項）であるとして、自白の証拠能力に疑問が呈せられるのは、

裁判員に対して検察側証拠に悪い印象を与えるものとして、避けたいところであろう。

#### (四) 刑事司法の正義を考える

本節では、自己の刑事事件に関する証拠隠滅について、実体法と手続法の運用とは矛盾していないかというテーマを掲げて検討してきたが、このあたりで一つの締めくくりとしよう。

私見では、テーマは肯定される（すなわち、矛盾している）。したがって、実体法が妥当ならば手続法の運用が改変されるべきであり、逆に、手続法の運用が是認されるならば、実体法についてそのありようが問い直されることになる。もはや、二つの法をそのままにしながら手続法の運用の改善を図るという議論をしても、変化を期待することは困難だと思われるからである。

私は、刑法一〇四条が行為者本人の証拠隠滅行為を許すとしている点に、刑法における人間性への慈悲を感じとり、法律における「人情」<sup>20</sup>の一端として理解してきた。それだけに、倉敷民商事件に直面してみると、法の実態の厳しさに戦慄を覚えるものである。

筆者ですらそうなのであるから、倉敷民商事件における被告人の、身柄拘束による苦しみと、法に対する「失望」はいかばかりであろうか。ここは事案に関する論評をする場面ではないが、一言述べておきたい。被告人N子は、法人税法の申告に際し、法人の経営者の言うがままに納税申告の手伝いをしたにすぎないのである。そのような日常的活動の一端が遁脱罪の幫助として問擬されるといって、思いも寄らぬ体験の中で、被告人が黙秘したことを犯罪者のように扱う刑事司法は、正義に反するものとして見直されるべきである。<sup>21</sup>

### 三 執行猶予に保護観察をつけるのを躊躇させるのは、制度に問題がある

#### (一) 執行猶予に保護観察をつけるのが躊躇されている

私は、刑罰という法制度も希望がなければ本来のものとはいえないはずだ、と論じてきた<sup>(22)</sup>。ちなみに、ここでは主に刑の執行を受けるについて希望のあるなしを論じたが（とくに窮極の刑罰たる死刑では、その点こそ存否に関わるから）、むしろ、その他の者、とくに犯罪被害者にとつて希望のあるものとなっているかという課題もある。ただし、ここでは、現行刑罰の中核となっている有期懲役との関係で主張しておくべき論点をとりあげる。

それは、執行猶予（刑の全部の執行猶予を指す）に保護観察をつけることが躊躇されているのは、制度上見直すべき課題を含んでいるという点である。

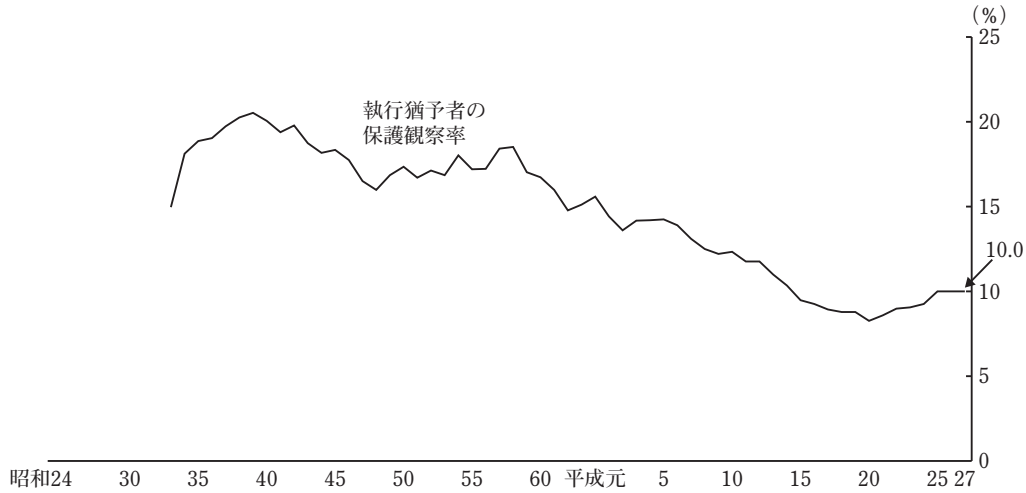
ア、執行猶予に保護観察が付けられる割合が少ない 執行猶予判決を受けた場合に保護観察が付けられる割合を数値で見ることしよう。犯罪白書で執行猶予者の保護観察率の推移を見ると、大きく二つの期に分けることができる。第一期（昭和三二年から昭和六二年）は、二〇パーセントから一五パーセントの間で推移している。これに対し、第二期（平成元年から平成二六年）は、その初めから保護観察率は徐々に下がり初め、平成一五年以降は一〇パーセントを割るようになり、平成二一年から上昇に転じたが、平成二六年にようやく一〇パーセントになっている（図3参照）。

このように、近年では、執行猶予に保護観察が付けられるのは極めて少なくなっているという傾向が見られるのである。

イ、保護観察が付けられない理由 私が執行猶予者の保護観察率を問題として取り上げる理由は、保護観察が付い

図3 執行猶予者の保護観察率の推移

(昭和24年～平成27年)



『平成28年版犯罪白書』より作成

た方が執行猶予者にとっては更生に役立つはずなのに、どうして付けられないかと疑問を抱く故である。

この点は、逆に執行猶予に保護観察が付けられている場合を判決文から読み取ると、判明する。すなわち、判決文において、単に執行猶予にただけでは再犯のおそれがあるから保護観察に付する、<sup>(23)</sup>という言い方に表現されている。

このように、執行猶予の場合に保護観察を付けた方が更生に役立つはずなのに、保護観察が付けられる場合が圧倒的に少ないのはなぜか。その理由はさまざまであるが、私は制度上の問題が大きく関わっていると思う。というのは、<sup>(a)</sup>刑罰としては、保護観察付の執行猶予の方が単純な執行猶予より重いという取り扱いがとられているためである。

(a) 第一に、刑の全部の執行猶予を受ける場合として、二五条一項のほかに、前に禁錮以上の刑に処せられたことがあった場合にも認められることが二五条二項に規定されていることに関わる。すなわち、新しい犯罪について一年以下の懲役または禁錮の言渡しを受けるときに、情状に特に酌量すべきものがあるときは刑の全部の執行猶予を受けられる可能性が認められているのである。ところが、前の執行猶予において保護観



察に付せられているときは、その恩恵を受けられないことになっているのである（二五條二項但書）。

(b) 第二に、刑の全部の執行猶予の裁量的取消しに関して、保護観察に付せられた者が遵守事項を遵守せず、その情状が重いとき、執行猶予の言渡しを取り消されることがある。

## (二) 保護観察を付ける基準をどこに置くか

刑の執行猶予を受けた場合に保護観察を付けられた方が本人にとっていかに有利かは、人間的なレベルにおいて確認できることである。執行猶予を受けた者と保護司の間で人間的なやりとりがなされることに、重要な意味があることは疑いがない。

執行猶予判決を受けたとき、本人にとって大事なことは、猶予期間をただ無事に過ごせばよいということではなく（安易に無事には過ごせないし）、積極的に社会復帰をするための努力をすることである。その場合の大きなポイントが、仕事に就くことである。執行猶予者が保護観察を受ければ、保護司は、本人が「自立した生活ができるように住居の確保や就職の援助等」の補導援護を行う（更生保護五八条）から、それを機縁として就職することができるようになるのである。

有罪判決に際し、執行猶予者に保護観察を付けるかどうかの基準は、もっぱら保護観察を受けることによって就職の機会を得ることができるかどうかである。裁判官が、上述の(一)のイで確認した執行猶予者にとって法的不利な面(a)、(b)を考慮して、保護観察を付けるのを控えるようなことがあつてはならないのである。

以上のことは、模擬裁判において、有罪にすることが決まり、量刑判断をする段で明らかになる。それというのは、裁判体が執行猶予を選択する際、さらに保護観察をつけるかどうかの論点になったときに、裁判員が議論するのは、

有罪判決を受け、どうしたら立ち直れるか、そのために何が必要か、という点である。

模擬裁判指導の体験では、裁判員になった多くの人が、模擬であるにもかかわらず、「被告人」の一生を考えて、更生のための刑罰として保護観察を付ける必要性を主張するのが見られた。保護観察を受けることに伴う法的な不利な面を材料に判断に迷う人は見受けられない。むしろ、保護観察の付かない単純な執行猶予があることに驚きを示すのである。裁判員という国民は、「刑の執行猶予には保護観察を伴わなければ刑事政策として片手落ちである。」<sup>(24)</sup>という学者の記述を見ているわけではないだけに、その意義を十分にくみとる必要があるというべきである。

なお、裁判を傍聴してよく聞くことがある。情状証人として家族が出廷し、今後は家族として十分に被告人を監督すると証言するのに対し、検察尋問がよく問うのは、今までも一緒にいて十分監督できなかったのに今後はできるのか、という嫌味を含んだ反対尋問である。これは実刑を求める検察官としては当然の発言かもしれないが、保護観察付き執行猶予を否定する根拠とはいえない。

### (三) 立法上の提案

保護観察がわが国において全面的に認められるようになったのは昭和一九年（二九五四）の刑法の一部改正であったが、今日では、保護観察付執行猶予と単純な執行猶予をことさらに区別するいわれはない。

保護観察を付けるかどうかは、執行猶予を受ける本人（ならびに家族）だけで済むのか、それとも、福祉的要素を加味した社会内処遇とするのかを、純粹に検討した上で判断すべきである。それを推進するためには、専門法曹である裁判官の足を引っ張りかねない刑法二五条二項但書や二六の二第二号を削除すべきである。

#### 四 裁判に人間性を活かすために

##### (一) リーガル・マインドはどこにあるのか

期待可能性の理論は、最高裁判所も含めて裁判所を揺るがしてきたといつてよいであろう。ただし、他の犯罪阻却事由と同様、最高裁は容易にはこの法理を認めようとはしない。期待可能性の問題は、第二節でも触れたところであるが、人間が実際になしてしまったこと以外の行為選択ができないような状況に置かれてしまったことについて、法が慈悲の心を示したものと解される。それだけに、最高裁判所がどのような立場なのかを認識しておく必要がある。

最高裁が期待可能性理論に対して取ってきた姿勢を整理すると、次のような経緯がある。第一は、期待可能性の理論は、刑法上の明文に基づくものではなく、いわゆる超法規的責任阻却事由と位置づけたものである（最判昭三一・一一・一一刑集一〇・一一・一六〇五）。第二は、従来の大審院・最高裁判所・高等裁判所の諸判例は、まだ期待可能性の理論を肯定も否定もしていないとしたものである（最判昭三三・七・一〇刑集一二・一一・二四七一）。第三は、少数意見ながら、期待可能性論の内容いかによっては最高裁が受け入れる余地があることを示したものである（最判昭三三・一一・四刑集一一・一五・三四三九）。

期待可能性論によつて最高裁が揺るがされたといえるのは、第二の事例において明らかであった。もともになつた事案は、失業保険料不納付事件といわれるもので、東芝川岸工場の工場長が失業保険料不納付に関して起訴されたものである。被告人側は、第一審より一貫して期待可能性がなかった旨の主張をしているが、第一審はそれを認めず、有罪とした（長野地判昭二七・一二・二七）。それに対して、控訴審は期待可能性の法理を認めて無罪とした（東京高判昭

二八・一〇・二九)。検察官は、控訴審判決に対して、従来の大審院・最高裁判所・高等裁判所の判例に反するとして上告した。最高裁は、検察官の上告について、上告棄却の判断を示したが、控訴審判決とは異なる理由で、無罪の結論を支持したのである。

では、どのような理由で無罪にしたかという点、被告人の行為は、そもそも失業保険法上の犯罪構成要件に該当しないというものである。すなわち、失業保険法五三条二号の「保険料をその納付期日に納付しなかった」の意義について、事業主において、代理人が納付期日に保険料を「現実に納付しうる状態に置いた」にもかかわらず、代理人が納付しなかった場合をいう、としたのである。そして、事案では、東芝本社が川岸工場に保険料を送っておらず、工場長にも独自の金策ができなかった以上、代理人たる工場長が納付しなかったことは構成要件に該当しないと見て、無罪としたのである。被告人の行為が構成要件に該当しないとすれば、犯罪の成立要件としてはそれ以上の吟味をする必要はないから、超法規的有責性（責任）阻却事由たる期待可能性まで及ぶ必要はないというわけである。「納付しなかった」という文言は、客観的に納付しなかったという事実を意味するのであり、その前提としてどのような状況にあったかという背景事情を考慮するのは、条文の縮小解釈<sup>25</sup>である。最高裁が条文の縮小解釈<sup>26</sup>をしてでも被告人を救済しようとした点は、期待可能性の思想に共鳴したからにはかならないと思う。

さて、私がここで考察しておきたいのは、前述の第三のものである。垂水克己裁判官は意見を付して、「もし、或る下級裁判所の判決や上告趣旨で示された、あるいは、一学者の示した期待可能性論が最高裁判所の心（リーガル・マインド）を捉えるならこれは受け入れられるであろうと推測する。」との見解を示したのである。垂水意見を踏まえて考えると、期待可能性の法理にふさわしい事例とそれに対応した理論づけがなされていれば、最高裁をも動かす可

能性があるということであろう。そう捉えると、下級審判例のいくつかが期待可能性理論を用いているのは、いずれ最高裁に決断させる意味を有しているというべきである。<sup>27</sup>

ところで、この垂水意見には検討すべき部分がある。リーガル・マインドが最高裁判所の心であるとする点である。たしかに、最高裁判所はまとめ役としてはふさわしいかもしれない。しかし、本当のリーガル・マインドは主権者である国民の心の中にあると捉えるべきではないであろうか。ただし、そうなると、国民は、不断に正義を求めて精進しなければならぬことになる。<sup>28</sup> 当然のことというべきである。

## (二) 全裁判官が意見を書く制度を提唱する

事実認定のために役立つだろうと思う、一つの立法論を提唱したい。

問題は、合議制の場合に結論を出すにあたって、多数決という方法<sup>29</sup>は、はたして妥当なのか、という疑問である。たとえば、袴田事件の第一審判決（静岡地判昭四三・九・一一）では、裁判官の判断が分かれ、二人が有罪で死刑、一人が無罪の立場であって、結論は多数決で（全員一致ではなく）、死刑が言い渡されたのである。今日の目から見れば、一人の無罪の立場の見解がもっと早く明らかにされていたらと悔やまれるのである。<sup>30</sup>

そこで、私の立法論は、次のような条文を最高裁裁判官だけでなく、わが国のすべての裁判官に適用されるよう、裁判所法を改正することである。

第一条 裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない。

後で裁判を見直すためのヒントとして、裁判官の間で意見が分かれたときに、いかなる点において分かれたかを示



すべきである。一般の事件について、いちいち反対意見を書くのは煩瑣であるかもしれないが、袴田事件を考えると、早い時点での検証のために、下級審裁判官（とくに第一審裁判官）の反対意見表示を制度とするよう、提案したい。

むしろ私がここで危惧するのは、すべての裁判書に反対意見が掲げられると、それが司法行政（とくに人事考課）における圧力に利用されるのではないか、という点である。この点は、今後も考察することにした。

## 五 人間味のある刑事法学を目指して

### (一) 人間の諸側面とデュー・プロセス

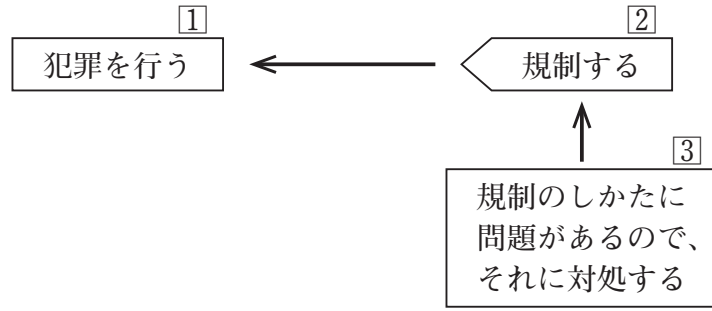
刑事法学が扱う領域を考えると、人間の諸側面を取り上げていることがわかる。犯罪との関係では三つの領域に整理ができる。

第一に、犯罪を行うのは人間のみであり、動物やその他の自然は犯罪を犯さない<sup>(1)</sup>。人間のみが規範的存在であるためである。そして、人間の営みの中には、人間として犯罪を犯さないようにするにはどうしたらよいかという取り組みをするものもある。お叱りを覚悟していえば、たとえば「論語」はそのような世界なのだと思う<sup>(2)</sup>。むしろ、私は、論語を嬌小化して馬鹿にするつもりで述べているのではない。一方、よくよく考えてみれば、私達（法律を扱う者）は自分を修めることもできないのに、社会や天下（国家）のことを語っているという内省も必要であろう。

第二に、人間の人間たるゆえんは、一方で犯罪を犯しながら、それをなんとか規制していこうとする取り組みをしているところにあると思う<sup>(2)</sup>。刑法で犯罪と刑罰を規定し、それを裁判を通して認定し、刑罰を実現するための



図 4



手続法を刑事訴訟法が規定しているのは、その中核といえる。やわらかい言い方をすれば、人間は悪いことをしながら、そのことに気づいて、なんとか直そうとしているのも人間であるということである。

以上の①と②の領域を捉えて、これを徹底的に行なっているのが、実体的真実主義<sup>(32)</sup>に基づく訴訟構造ということになるだろう。実体的真実主義は、いわば草の根分けても犯罪者を見つけ出し、犯行の動機などについても徹底的に追及し、真実を発見しようとするのである<sup>(33)</sup>。そして、この点が問題になるのだが、真実究明のために多少の非違<sup>(34)</sup>（法にはずれたこと）は許されるという風潮が見られる。ラードブルフがいう「法の極致は不法の極致<sup>(34)</sup>」がそこに現われているといえよう。しかも、正義の実現のためという錦の御旗をもつているところから、「世間<sup>(35)</sup>」の考え方と合致している。

それに対し、第三は、犯罪に対する規制のしかたにも人間であるがゆえにさまざまな問題があり、規制のしかたそのものに対する規制（リテラシー）が必要であるとの認識に立って取り組むことである<sup>(3)</sup>。現行刑事訴訟法の根本理念たるデュー・プロセスはこの立場にほかならない。

実体的真実主義によるのかデュー・プロセスによるのかという議論は、以上の分析からわかるように、人間の諸側面について、①+②で足りるとするか、①+②+③と視点を広げて理解するかの違いであるかが、わかったのである。

近時の判例の中には、デュー・プロセスを徹底するものが現れている<sup>(36)</sup>。事案は、殺人事件の参考人として任意同行されて以来、九泊一〇日にわたる宿泊を伴う取調べ中に獲得された上申書、及びこれに引き続き逮捕・勾留中に獲得された検察官調書の証拠能力が問題にされたものである。この点について、控訴審は、手続過程の違法が問題とされる場合、違法収集証拠排除法則の適用の可否を、自白法則に「先行して」<sup>(37)</sup>検討すべきことを打ち出したのである。その根拠は、自白法則が任意性の有無という困難な判断をしなければならぬのに対し、排除法則では、自白の採取過程において事実上の身柄拘束があったかどうかという、明確な判断基準に基づいて検討することができるからである。これを更に敷衍して述べれば、採取過程が違法ならば、採取された証拠の中味に関係なく許されないとするものであり、考え方の基本が実体的真実主義ではなくデュー・プロセスにあるといえる。

ちなみに、この判決は、結論としては、被告人の自白を除いても情況証拠から被告人を犯人と断定することができるとして、被告人に有罪を言渡したのである。

## (二) 法の矛盾を検証することは人間味のある作業である

本稿では、二・三の論点に関して人間存在という視点から光を当ててみたが、いずれも検討の価値があるばかりでなく、どうしてこれまで踏み込んでこなかったのだろうかという感じを抱いた。今後ともこのような法の矛盾を検証する作業は続けて行きたいと思う。なぜなら、それは、私見ではあるが、大層人間味のある作業だと思われるからである。

(1) ベッカリーア著、風早八十二・五十嵐二葉訳『犯罪と刑罰』（昭和一三年・岩波文庫）八七頁。

- (2) ベツカリーア・前掲注(1)九四頁。
- (3) 「人間存在の……」という用語例としては、和辻哲郎『人間存在の倫理学』(平成一二年・燈影舎)がある。もともと、この用法は、本書(京都哲学撰書第八卷)を編纂された米谷匡史が、和辻『人間の学としての倫理学』(昭和九年・岩波書店)を参考にした命名である。
- (4) 責任主義に基づき、責任能力のない者は処罰しないが(刑三九条一項)、医療と観察の対象となるとされている(心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律)。
- (5) ラードブルフ著、田中耕太郎訳『法哲学』(昭和三六年・東京大学出版会)一〇八頁。
- (6) 私が人間学の視点から取り組みはじめたものとして、船山「刑法における行為の人間学的構造」『日本大学法学部創立百周年記念論文集第一巻』(平成元年・日本大学法学部)六一七頁がある。
- (7) 岡本太郎・講演「芸術と人生」(昭和五七年・NHKサービスセンター)。
- (8) 朴貞根先生は、「あらゆる学問が人間の真なる尊厳性と幸福追求の保障に寄与する」べきとされる(「刑法における主体性」『日本法学八二巻二号』平成二八年・日本大学法学部、二七八頁)。
- (9) 藤木英雄『刑法講義各論』(昭和五一年・弘文堂)四三頁によれば、「犯人自身の証憑湮滅の不処罰は、……単に、犯人自身処罰を免れようとする欲求から当該行為をするにつき期待可能性を欠くことが斟酌されたにとどまる」とされる。
- (10) 団藤重光『刑法綱要各論・第三版』(平成二年・創文社)三六三頁。
- (11) 影響発覚免脱罪について、刑法一〇四条との間で矛盾が生ずるのではないかとの見地に立つものとして、杉本一敏「自動車運転死傷行為等処罰法の成立をめぐる所感―議事録を読んで―」刑事法ジャーナル四一号二九頁がある。
- (12) この事案は、危険運転致死傷罪が刑法典中に入った時代になされたものであるが、その後、アルコールの影響により「正常な運転が困難な状態」にあった事例として有罪が確定した。
- (13) ベツカリーア・前掲注(1)二八頁。
- (14) 団藤重光『法学の基礎〔第2版〕』(平成一九年・有斐閣)一六八頁。

- (15) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（平成八年・有斐閣）二頁。
- (16) 田宮・前掲注(15)八三頁。
- (17) 福井厚『刑事訴訟法講義〔第5版〕』（平成二四年・法律文化社）二六六頁。
- (18) 平野龍一『捜査と人権』（昭和五六年・有斐閣）二三頁。
- (19) 葛野尋之『刑事司法改革と刑事弁護』（平成二八年・現代人文社）一一頁。
- (20) 我妻栄『法律における理屈と人情』（昭和三〇年・日本評論新社）では、一般的確実性と具体的妥当性を「理屈と人情」だとされ、それを調和させる必要があるとされている（同六頁）。
- (21) 「自白するまでは取調べは続ける」という捜査手法自体が、黙秘権の侵害に当たると指摘されている（豊崎七絵「取調べ受忍義務否定説の理論的基礎」『改革期の刑事法理論』平成二五年・法律文化社、一二五頁）。
- (22) 船山「希望がなければ刑罰とはいえない」『政経研究四九卷四号』（平成二五年・日本大学法学部）二〇五頁以下。
- (23) たとえば、「単純執行猶予よりは自重をもたらし再犯を抑制する効果があると思料し、……保護観察に付した次第である。」との表現が見受けられる（千葉地判昭五二・五・二三判時九〇九・一〇九）。
- (24) 団藤重光『刑法綱要総論・第三版』（平成二年・創文社）五七八頁。
- (25) 条文の縮小解釈は、可罰的違法性論（藤木英雄）の一つの手法である。
- (26) 判例における縮小解釈の例としては、火炎びんを製造したとして爆発物取締罰則で起訴された事案に関して、爆発物とは、「その爆発作用そのものによって公共の安全をみだし又は人の身体・財産を害するに足る破壊力を有するものを指称する」と判示され、爆発物にあたらないうとして無罪とされたものがある（最大判昭三一・六・二七刑集一〇・六・九二二）。
- (27) たとえば、東金簡判昭三五・七・一五下刑集二・七二八・一〇六六がある。
- (28) 国民に正義や公平という法の理念を学ぶきっかけを提供する取り組みとして、「法育」の活動が展開されている（平野節子「法育の社会的意義と教育効果―民主主義社会への扉―」『日本法学八二巻二号』六六五頁以下）。
- (29) 裁判所法七七条一項。

- (30) 一審で無罪を確信しながら死刑の判決文を書いた元判事に焦点を当てて書かれたものとして、尾形誠規『袴田事件を裁いた男』（平成二六年・朝日文庫）がある。
- (31) 井波律子は、『論語入門』（平成二四年・岩波新書）の中で、「孔子にとって、いかに学ぶかという問題は、いかに生きるかという問題だった」としており（同二七頁）、この点で、主体性ある人間の生き方の書と捉えることができる。さらに、下村湖人が、「論語」は、「心の書であり、人類の胸に、時所を超越して生かさるべきものである」としていたことをつけ加えておこう（下村湖人『論語物語』昭和五六年・講談社学術文庫、六頁）。
- (32) 本来的意義としては、刑事訴訟では、認定さるべき事実が、「その極限に絶対の客観的眞実をめざすものとして、圧倒的な優位に立つ」という捉え方ができる（松尾浩也・田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』昭和四一年・有斐閣、七二―七三頁）。
- (33) 田宮・前掲注(15)は、実体的眞実主義では「積極的な処罰確保の理念」から、「眞実の発見が最大最重要の課題」となるとする（同四頁）。
- (34) ラードブルフ・前掲注(5)一〇九頁。
- (35) 『『世間』は社会の現在の秩序を前提としている』（阿部謹也『日本人の歴史意識―「世間」という視角から―』平成一六年、岩波新書、八頁）から、現在の秩序を破るものを嫌う。この点については、つとにジョン・スチュアート・ミルも、「慣習の圧制は、至るところで人間の進歩に対する不断の障物となっている。」と述べていたのである（J・S・ミル、塩尻公明・木村健康訳『自由論』昭和四六年・岩波文庫、一四二頁）。
- (36) 東京高判平一四・九・四判時一八〇八号一四四頁。
- (37) この点について、裁判官経験者である木谷明は、「自白の任意性の審査は、現在までのところ効果的に行われているとはいえません。」と、実情を報告している（木谷明『事実認定の適正化』法律文化社・平成一七年、二〇〇頁）。

