

東海法学

No.64

判例研究

買収防衛策が「著しく不公正な方法」に該当しないとされた事例

—東京高決令和3年11月9日金判1641号10頁—

..... 小林史治

論説

特殊詐欺の共犯形態についての考察

—ドイツ型特殊詐欺の判例分析を中心に—

..... 山中純子

論説

刑法学とどう付き合うか(2/2)「因果関係」論

—P教授のオンライン オフィスアワー—

..... 大塚 滋

論説

性犯罪の保護法益とあるべき条項

—法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会試案の問題点—

..... 岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子

2023

東海大学法学部

東海法学 No.64

2023
東海大学法学部

東海法学 64号 2023 目次

判例研究

買収防衛策が「著しく不公正な方法」に該当しないとされた事例 －東京高決令和3年11月9日金判1641号10頁－	小林史治 1
---	--------

論説

特殊詐欺の共犯形態についての考察 －ドイツ型特殊詐欺の判例分析を中心に－	山中純子 19
--	---------

論説

刑法学とどう付き合うか (2/2) 「因果関係」論 －P教授のオンライン オフィスアワー－	大塚 滋 39
---	---------

論説

性犯罪の保護法益とあるべき条項 －法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会試案の問題点－	岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子 71
---	-----------------------------

【判例研究】

買収防衛策が「著しく不公正な方法」に 該当しないとされた事例

——東京高決令和 3 年 11 月 9 日金判 1641 号 10 頁——

小林 史治

1. 事実の概要と原審決定
 - 1.1. 事実の概要
 - 1.2. 原審
2. 決定要旨
3. 研究
 - 3.1. 問題の所在
 - 3.2. 検討
 - 3.2.1. 本件枠組み
 - 3.2.2. MoM 要件
4. むすびに代えて

1. 事実の概要と原審決定

1.1. 事実の概要

Y (債務者, 相手方) は, 大正 5 年に設立された, 新聞用輪転機等の諸印刷機械の製造及び販売等を目的とする株式会社であり, 取締役会設置会社である。

一方, X1 (債権者, 抗告人) は, 有価証券の取得, 保有及び運用, 子会社及び関連会社の事業活動に関する運営管理等を目的とする株式会社であり, X2 (債権者, 抗告人) は, 有価証券の売買, 保有及び運用等を目的とする株式会社で, X1 の完全子会社である。X らの Y 株式の保有数 (令和 3 年 9 月 10 日当時) は, 348 万 5900 株 (株券等保有割合は 39.94%) であり, それぞれ, X1 が 3 万 1900 株, X2 が 345 万 4000 株であった。

買収防衛策が「著しく不公正な方法」に該当しないとされた事例（小林）

Y取締役会は、令和3年8月30日、Xらに対し、同月6日のY取締役会によって導入が決定されたいわゆる有事導入型買収防衛策（以下「本件対応方針」という）に基づく対抗措置（以下「本件対抗措置」という）を行うことを決定した。本件対応方針は、Xらに対し、大規模買付行為等に先立って、所定の手続に従う旨の誓約等を記載した意向表明書を提出すること、大規模買付行為等に関する必要かつ十分な情報を提供すること、大規模買付行為等を上記意向表明書の提出後60営業日以降にのみ開始すること等を求め、Xらが、上記手続を遵守せず、新たにY株式の取得等をした場合には、大規模買付行為等に当たり、Y取締役会の判断により対抗措置を発動すること（ただし、独立委員会の勧告に基づいて株主意思確認総会の場で発動の承認を求めることがある）を警告するものであって、その有効期限も定められていた。また、本件対抗措置は、①非適格者（Xら及びその関係者）による権利行使は認められない旨の差別的行使条件、②Yが、（ア）非適格者以外の株主からはYの普通株式と引換えに本新株予約権を取得し、（イ）非適格者からは第2新株予約権と引換えに本新株予約権を取得する旨の差別的取得条項が付された本新株予約権の無償割当て（以下「本件新株予約権無償割当て」という）を行うというものである。この第2新株予約権には、(a)その保有者が大規模買付行為等中止又は撤回し、かつ、その後大規模買付行為等を実施しないことを誓約した場合であって、かつ、第2新株予約権の保有者の株券等保有割合が20%を下回っているときに限り、20%を下回る範囲内でのみ行使できるとの差別的行使条件、及び、(b)その交付から10年後の日において、なお行使されていない第2新株予約権が残存するときは、Yが時価に相当する金銭を対価として当該第2新株予約権を取得することができる旨の差別的取得条項が付されていた。

本件対応方針の導入及びこれに基づく本件対抗措置としての新株予約権無償割当ては、いずれもY取締役会の決議のみで決定されたものであるが、Y取締役会は、令和3年10月22日開催の本件株主意思確認総会において、Yの議決権を行使することができる株主のうち、Xら及びその関係者並びにYの取締役及びその関係者以外の出席した当該株主（以下「本件非利害関係出席株主」という）の議決権の過半数をもって（以下、この議決要件を「MoM要件」という）、本件対抗措置の発動に関する承認議案を可決する決議がされなかった場合には、本件新株予約権無償割当てを中止することとされていた。そして、同日開催された本件株主意思確認総会において、Xら非適格者も意見を述べる機会を与えられ、本件議案についての質疑応答等を通じた議論を経て、Yにより議決権の行使を認められた本件非利害関係出席株主の過半数（約79%（仮に、X2がYに提出した委任状を有効であるとして反対票として扱った場合でも約69%）の賛成により本件議案が可決された。

そのため、Yの株主であるXらが、Yに対し、本件新株予約権無償割当てに対し、(1)株主平等の原則(会社法109条1項)に違反する法令違反があること(争点①)、及び、(2)著しく不公正な方法により行われるものであること(争点②)を主張して、会社法247条1号及び2号(類推適用)に基づき、これを仮に差し止める仮処分命令を求めた。

1.2. 原審(東京地決令和3年10月29日金判1641号30頁)

原審は、まず、本件新株予約権無償割当てが著しく不公正な方法によるものか否かに関して(争点②)、「株主に割り当てられる新株予約権の内容に差別のある新株予約権無償割当てが、株式会社...の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持するためのものである場合には、その新株予約権無償割当ては、株主の共同の利益の保護という観点から新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情がない限り、著しく不公正な方法によるものと解すべきである」とした上で、「会社の経営支配権に現に争いが生じている場面において、株式の敵対的買収によって経営支配権を争う特定の株主の持株比率を低下させ、経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持することを主要な目的として新株予約権無償割当てがされた場合」は著しく不公正な方法に該当するというべきであり、会社は、新株予約権無償割当てを正当化する「特段の事情として、敵対的買収者が真摯に合理的な経営を目指すものではなく、敵対的買収者による経営支配権取得が会社に回復し難い損害をもたらす事情があることを疎明すべきである」と判示した。

そして、「特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の企業価値が毀損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるか否かについては、最終的には、会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであるところ、このような株主の判断が株主総会の決議によって示される場合、株主総会の手続が適正を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在せず、又は虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである」として、ブルドックソース事件最高裁決定(最決平成19年8月7日民集61巻5号2215頁。以下「平成19年最決」という)を参照する。株主総会に関しては、「取締役会設置会社がその判断に基づき同法に規定する事項及び定款で定めた事項以外の事項について株主総会の決議をすることとした場合においても、会社の利益の帰属主体である株主は、当該株主総会において、自己の議決権を行使することにより、当該株主として有する会社の経営・支配に参加することができるという権利を現実に行使することができるのが原則であるから、株主の

買取防衛策が「著しく不公正な方法」に該当しないとされた事例（小林）

一部につき議決権の行使を制限することは、そのような制限がされた趣旨、当該株主総会において執られた手続や議論の具体的状況いかんによっては、同法308条1項及び同法309条1項の趣旨に照らして、上記の重大な瑕疵に当たるときがあるというべきであり、新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情があるか否かは、「当該株主総会の決議を経た後で、そのような制限がされた趣旨のみならず、上記のような株主総会の具体的状況を踏まえて重大な瑕疵が存在するか否かも検討した上で判断すべきこととなる」とした。その上で、本件事実関係の下では「本件新株予約権無償割当てが、Yの経営支配権に現に争いが生じている場面において、Y株式の敵対的買取によって経営支配権を争うXらの持株比率を低下させ、経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持することを主要な目的としてされたものと推認することはできない」とし、本件新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情を検討するまでもないとした。

次に、株主平等原則違反に関しては（争点①）、「特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、当該取扱いが衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、これを同原則の趣旨に反するものということとはできない」とした上で、「特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の企業価値が毀損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるか否かについては、最終的には、会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであるところ、株主総会の手続が適正を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在しなかったり、虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである」とし、「本件新株予約権無償割当ては、Xら及びその関係者も意見を述べる機会のあった本件株主意思確認総会における議論を経て、XらによるY株式の上記買付行為によって相応の強圧性を受けるXら以外の株主らのほとんどが、Xらによる経営支配権の取得に伴うYの企業価値の毀損を防ぐために必要な措置として是認したものである」とし、「Xらが「本件新株予約権無償割当てによる不利益を可及的に免れる余地があった」ことなどから、本件新株予約権無償割当てが、衡平の理念に反し、相当性を欠くものとは認められず、同原則の趣旨に反するものではないとして、法令又は定款に違反するものではないとした。

以上の理由に基づき、原審裁判所がXらの申立てを却下したため、Xらが原告した。

2. 決定要旨(東京高決令和3年11月9日金判1641号10頁)

抗告棄却。

(1) 「会社法247条2号の「著しく不公正な方法」とは、その方法に具体的な法令違反等がない場合でも、取締役等が不当な目的を達成する手段として新株予約権無償割当て等が行われる場合をいい、取締役等が会社に対する経営支配権を維持し、又は自己に有利に経営支配関係を変動させること(以下「経営支配権の維持等」という。)を主要な目的として、新株予約権無償割当て等を行う場合はこれに該当するものと解される。そして、新株予約権無償割当て等の結果、特定の株主の経営支配権(持株比率)を相当程度低下させ、他方で、取締役等の経営支配権の維持等に寄与する場合、原則として、その主要な目的は、取締役等の会社の経営支配権の維持等にあるものと判断すべきである」(傍点筆者)(以下「決定要旨1」という)。

「しかし、特定の株主による会社の経営支配権取得の現実的可能性が生じ、それによって会社の企業価値がき損され、ひいては株主の共同利益が害されることとなるような場合に、それを防止するために行われる新株予約権無償割当て等の措置については、利益侵害を受けるおそれのある株主が、株主総会において、会社の企業価値がき損され、ひいては株主の共同利益が害されることを防止するために新株予約権無償割当て等の措置をとる必要があると判断し、かつ、新株予約権無償割当て等の措置が相当である場合(具体的には、①株主平等の原則に反せず、②緊急の事態に対処するためのものであり、③特定の株主の損害を回避するための措置がとられていることが必要である。)には、当該新株予約権無償割当て等は、専ら取締役等の経営支配権の維持等を目的として(又はそれを主要な目的として)されるものではなく、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることを防止することを主要な目的としてされたものであり、「著しく不公正な方法」によるものではないと判断するのが相当である」(傍点筆者)(以下「決定要旨2」という)。

(2) 「利益侵害を受けるおそれのある株主の判断が株主総会の決議によって示される場合、株主総会の手続が適正を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在せず、又は虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵があること(平成19年最決参照)につき、特定の株主が主張疎明した場合には、たとえ、新株予約権無償割当て等が、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることを防止することを主要な目的としてされたものであったとしても、「著しく不公正な方法」によるものと解するの

が相当で」、「重大な瑕疵の有無は、株主総会において、株主の一部につき議決権の行使が制限されている場合、当該株主総会の性質、目的、制限を受けた株主の持株比率、そのような制限がされた趣旨、当該株主総会においてとられた手続や議論の具体的状況、議案の賛成率等を踏まえて、会社法308条1項本文（一株一議決権の原則）、309条1項（普通決議の決議要件）の各規定の趣旨に反するか否かを検討して判断するのが相当である」（以下「決定要旨3」という）。

「Xらは、TOBの適用対象外である市場内取引における株式取得を通じて、株券等所有割合が3分の1を超える株式を短期間のうちに買取しており、このような買取行為は、一般株主からすると、投資判断に必要な情報と時間が十分に与えられず、買取者による経営支配権の取得によって会社の企業価値がき損される可能性があると考えれば、そのリスクを回避する行動をとりがちであり、それだけ一般株主に対する売却への動機付けないし売却へ向けた圧力（強圧性）を持つものと認められ」、「会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益を害することとなるか否か、それを防止するために本件対抗措置を発動することが必要か否かについて株主総会において当該株主のみの意思確認を行うことは、直ちに不合理であるとはいえない」。「したがって、本件株主意思確認総会において、Xらの持株比率は約40%であって、半数を超えておらず、本件議案は、本件非利害関係出席株主の議決権総数の約79%（仮に、X2がYに提出した委任状を有効であるとして反対票として扱った場合でも約69%）の賛成を得て可決されたものであるから、XらによるY株式の上記買付行為によって強圧性を受けるXら以外の株主の大多数において、当該株主がXらによるY株式の上記買付行為について適切な判断を下すための十分な情報と時間を確保することができないことが、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益を害することになり、それを防止するために本件対抗措置を発動することが必要と判断したものである。そして、本件株主意思確認総会の手続に適正を欠く点があったとはいえず、…重大な瑕疵は認められない」（以下「決定要旨4」という）。

「本件株主意思確認総会は、Xら及びその関係者並びにYの取締役及びその関係者以外の、株式の売却の判断において強圧性が問題とされる株主において、適切な判断を下すための十分な情報と時間が確保できないことがYの会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることになるか否か、また、本件対抗措置の発動の要否について、その意向を確認するためのものであり、そのような株主総会の性質及び目的に照らすと、Xら及びその関係者に議決権を行使させることは適切とはいえず、また、その当時のXらの持株比率が過半数に達していなかったことも踏まえると、MoM要件によってする本件株主意思確認総会における株主意思の確認の手続が、一株一議決権の原則を定める会社法308条1項に反し許されないということではできない」（以下「決定要旨5」とい

う)。

「以上によれば、本件新株予約権無償割当ては、原告人らに対し、その持株比率を相当程度低下させる不利益を与えるものであるが、原告人らの相手方の経営支配権取得の現実的可能性が生じ、相手方には、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることを防ぐ必要があり、利益侵害を受けるおそれのある株主が、本件株主意思確認総会において、十分な情報と時間を確保できないことが、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることになり、それを防止するために本件対抗措置を発動する必要があると判断し、かつ、新株予約権無償割当て等の措置の内容も相当性を欠くものではないというべきであるから...、本件新株予約権無償割当ては、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることを防止することを主要な目的としてされたものと認められる」(以下「決定要旨6」という)。

(3) 「〔会社〕法109条1項の株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及び、株主に割り当てられる内容が同一であることを前提としているというべきである。しかし、個々の株主の利益は、一般的には、会社の存立、発展なしには考えられないものであるから、特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の存立、発展が阻害されるおそれが生ずるなど、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることになるような場合は、それを防止するために当該特定の株主を差別的に取り扱ったとしても、その差別的取扱いが衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、株主平等の原則に反するものとはいえない」、「特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の企業価値がき損され、ひいては株主の共同利益が害されることになるか否かについては、最終的には、会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであるところ、株主総会の手続が適正を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在せず、又は虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである(平成19年最決参照)」(以下「決定要旨7」という)。

その上で、本件については、「Xらの経営支配権の取得によって、Yの会社の企業価値がき損され、ひいては株主の共同利益が害されるおそれがあり、Yはそれを防止する措置をとる必要(目的)があったものと認められ」、「本件議案は、本件非利害関係出席株主の議決権総数の約79%(仮に、X2がYに提出した委任状を有効であるとして反対票として扱った場合でも約69%)の賛成を得て可決されたものであるから、Xら以外の株主の大多数において、当該株主がXらによるY株式の買付行為について適切な判断を下すための十分な情報と時間を確保することができないことが、Yの会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益を害することになり、それを防止するために本件新株予約権無償割

買取防衛策が「著しく不公正な方法」に該当しないとされた事例（小林）

当てを行う必要があると判断したものであるということができ、「上記判断に、その正当性を失わせるような重大な瑕疵は認められない」ものであり、「特定株主に対する差別的取扱いが衡平の理念に反し、相当性に欠けるものでない限り、そのような差別的取扱いは、株主平等の原則に反するものとはいえない」とした。

また、「本件対応方針は、Xらにおいて、投資を回収しその経済的損失を回避することが可能な仕組みとされている」もので、「差別的取扱いが、衡平の理念に反し、また、相当性を欠くものであるとは認められない」とし、結論として、衡平の理念に反し、また、相当性を欠くものであるとは認められないとしてXらの抗告を棄却した。

なお、最高裁は、Xらの特別抗告及び許可抗告のいずれも棄却している（最決令和3年11月18日金判1641号48頁）。

3. 研究

3.1. 問題の所在

会社の現経営者側の賛同を得ないで行う、いわゆる敵対的買取に対しては、平成17年ころから、買取防衛策の主要な方法の1つとして新株予約権が用いられるようになり¹、本件でも、有事導入型の買取防衛策として、新株予約権無償割当てがその方法として用いられた。

近時、有事導入型の買取防衛策として新株予約権無償割当てが用いられて争いとなった裁判例としては、本件のほか、日邦産業事件²、日本アジアグループ事件³、富士興産事件⁴、三ツ星事件⁵などがある。このような新株予約権無償割

¹ 江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』（有斐閣、2021）817頁。また、藤田友敬「事前警告型買取防衛策の許容性——近時の裁判例の提起する問題」金融商品取引法研究会研究記録79号4頁（2021）参照。

² 名古屋高決令和3年5月14日LEX/DB文献番号25569666，名古屋高決令和3年4月22日資料版商事法務446号130頁，名古屋地決令和3年4月7日資料版商事法務446号144頁。

³ 東京高決令和3年4月23日資料版商事法務446号154頁，東京地決令和3年4月7日判タ1500号228頁，東京地決令和3年4月2日判タ1500号215頁。

⁴ 東京高決令和3年8月10日金判1630号16頁，東京地決令和3年6月23日金判1630号23頁。

⁵ 最決令和4年7月28日資料版商事法務461号147頁，大阪高決令和4年7月21日資料版商事法務461号153頁，大阪地決令和4年7月11日資料版商事法務461号158頁，大阪地決令和4年7月1日資料版商事法務461号162頁。

当てが用いられる事案においては、一般的に、新株予約権無償割当てが、(1)株主平等原則に違反する法令違反に該当するか(争点①)、また、(2)著しく不公正な方法により行われるものであるか(争点②)が争われている⁶。

本件については、それぞれの争点ごとに論点は多岐にわたるが⁷、既に多くの論稿⁸が公表されていることから、本稿では、新株予約権無償割当てが会社法247条2号の「著しく不公正な方法」に該当するかという争点②のうち、東京高裁が示した枠組みなどを中心に論じていくこととし、争点①の株主平等原則については、争点②を論じる上で必要な範囲で触れることとする。

前述の裁判例においては、(日邦産業事件を除くと)概ねニッポン放送事件の東京高裁決定⁹(以下「ニッポン放送事件高裁決定」という)と同様の枠組みで判断を示していると考えられ、本件の原審決定も同様と思われる。すなわち、原審では、「株主に割り当てられる新株予約権の内容に差別のある新株予約権無償割当てが、株式会社...の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持するためのものである場合には、その新株予約権無償割当ては、株主の共同の利益の保護という観点から新株予約権無償割当てを正当化す

⁶ 田中亘「防衛策と買収法制の将来〔下〕——東京機械製作所事件の法的検討——」商事法務2287号32頁、35頁(2022)。

⁷ 田中亘「防衛策と買収法制の将来〔上〕——東京機械製作所事件の法的検討——」商事法務2286号4頁(2022)以下、松中学「敵対的買収防衛策に関する懸念と提案〔上〕——近時の事例を踏まえて——」商事法務2295号4頁(2022)以下。また、太田洋「東京機械製作所事件をめぐる一連の司法判断の概要と射程〔上〕」商事法務2282号26頁(2021)参照。

⁸ 前掲(注6)(注7)の各論稿に加え、弥永真生「対抗措置発動のMoM要件による株主意思確認」ジュリスト1566号2頁(2022)、伊藤雄司「買収防衛策発動に関する株主意思確認総会の決議要件」法学教室498号117頁(2022)、太田洋「東京機械製作所事件をめぐる一連の司法判断の概要と射程〔下〕」商事法務2284号15頁(2022)、松中学「敵対的買収防衛策に関する懸念と提案〔下〕——近時の事例を踏まえて——」商事法務2296号37頁(2022)、カーティス・ミルハウプト=宍戸善一「東京機械製作所事件が提起した問題と新J-Pillの提案」商事法務2298号4頁(2022)等。

⁹ 東京高決平成17年3月23日判時1899号56頁。ニッポン放送事件は、それまで現経営陣に好意的な対応をとってきた裁判所の判断の傾向を大きく変えるものと評価されており(ミルハウプト=宍戸・前掲(注8)6頁)、企業価値の判断を行うのは原則として株主であって、裁判所が行うものではないという立場とされている(藤田・前掲(注1)4頁参照)。

買取防衛策が「著しく不公正な方法」に該当しないとされた事例（小林）

る特段の事情がない限り、著しく不公正な方法によるものと解すべきである」としており、ニッポン放送事件高裁決定と同様の判断手法を採用していると考えられる¹⁰。

他方で、本件高裁決定（東京高決令和3年11月9日金判1641号10頁）では、決定要旨1で、「特定の株主の経営支配権（持株比率）を相当程度低下させ、他方で、取締役等の経営支配権の維持等に寄与する場合」には、取締役等の経営支配権の維持が主要な目的であるとし、経営支配権の維持が目的である場合をあたためて定義付けしようとする姿勢が窺え、また、決定要旨2では、「著しく不公正な方法」に該当しない、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることを防止することを主要な目的とする場合とは、(1)株主総会において新株予約権無償割当て等の措置が必要であると判断され、かつ、(2)①株主平等原則違反がなく、②緊急事態に対処するためのものであり、③買取者の損害回避措置がとられていることによって相当性があるとしている。

そこで、本稿では、紙幅の関係から、主として、このような本件高裁決定の判断枠組みの意義を論じるものとし、また、株主総会に関するMoM要件について、本件高裁決定の判断内容と射程範囲に言及するものとした。

3.2. 検討

3.2.1. 判断枠組み

(1) 枠組みの内容

本件高裁決定では、ニッポン放送事件高裁決定以降の裁判例と同様、「「著しく不公正な方法」とは、その方法に具体的な法令違反等がない場合でも、取締役等が不当な目的を達成する手段として新株予約権無償割当て等が行われる場合をいい、取締役等が会社に対する経営支配権を維持し、又は自己に有利に経営支配関係を変動させること（以下「経営支配権の維持等」という。）を主要な目的として、新株予約権無償割当て等を行う場合はこれに該当するものと解される」としており、主要目的ルール¹¹を新株予約権無償割当てに適用するように思われる。

その一方で、「新株予約権無償割当て等の結果、特定の株主の経営支配権（持

¹⁰ その上で、原審は、経営支配権の維持目的である場合、会社は「特段の事情として、敵対的買取者が真摯に合理的な経営を目指すものではなく、敵対的買取者による経営支配権取得が会社に回復し難い損害をもたらす事情があることを疎明すべきである」としている。

¹¹ 主要目的ルールについては、田中亘ほか『論究会社法』（有斐閣、2020）325頁〔久保田安彦〕参照。

株比率)を相当程度低下させ、他方で、取締役等の経営支配権の維持等に寄与する場合」には、取締役等の会社の経営支配権の維持等をその主要な目的とするものであるとした(決定要旨1)。この点、前半部分については、「特定の株主(買収者)の持株比率が相当程度低下させ」ないような新株予約権無償割当てによる買収防衛策というものは想定されないように思われ、ほとんどの新株予約権無償割当てがこの前半部分に該当すると思われる。また、後半部分についても、持株比率が相当程度低下させながら「取締役等の経営支配権の維持等に寄与」しない新株予約権無償割当てというものが想定できるのかは必ずしも判然とせず、仮にあったとして、果たしてそのような買収防衛策を取締役等が採用するであろうかという事実上の問題もある。本件高裁決定に対しては、原審決定の枠組みを大きく変更し、精緻化を図っているとの指摘¹²もあるが、その後の決定要旨の内容を見る限り、決定要旨1の箇所を深く検討するというよりは、むしろ決定要旨2の点を重点的に論じているもので¹³、決定要旨1の「精緻化」にどれほどの意味があったのかは判然としない¹⁴。しかし、決定要旨2とあわせて理解すると、後述するように、決定要旨1は、本件で用いられたような差別的新株予約権無償割当てが「著しく不公正な方法」に該当することを原則とすることを明確化したものと評価することができるかもしれない¹⁵。

¹² 太田・前掲(注8)17頁。

¹³ 太田・前掲(注8)17頁ないし18頁。本件高裁決定では、決定要旨7のとおりとして「本件新株予約権無償割当ては、株主平等の原則に反するものではない」とし、また、「緊急の事態に対処するためのものであり、特定の株主等の損害を回避するための措置もとられている」と結論付けている。

¹⁴ 紙幅の関係もあると思われるが、公表されている論稿で、決定要旨1について触れられていないものも散見される(弥永・前掲(注8)2頁、伊藤・前掲(注8)117頁、太田・前掲(注8)17頁等)。

¹⁵ 原審では、「会社の経営支配権に現に争いが生じている場面において、株式の敵対的買収によって経営支配権を争う特定の株主の持株比率を低下させ、経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持することを主要な目的として新株予約権無償割当てがされた場合」が「著しく不公正な方法」に該当するとしており、これを言い換えたものともいえそうであるが、本件高裁決定では「取締役等の経営支配権の維持等に寄与する場合」(傍点筆者)としており、客観的な効果ないし結果を重視していることからすると、本文で述べたとおり、差別的新株予約権無償割当てが原則として「著しく不公正な方法」に該当することを明確にした点に意義があるように思われる。

(2) 射程範囲及び必要性・相当性

本件高裁決定の決定要旨 2 では、「特定の株主による会社の経営支配権取得の現実的可能性が生じ、それによって会社の企業価値がき損され、ひいては株主の共同利益が害されることになるような場合」、(1)必要性に関する株主総会における判断と(2)相当性があれば、「著しく不公正な方法」によるものではないと判断するのが相当である」としている。この点は日邦産業事件や富士興産事件などを踏まえているものと考えられるところ¹⁶、会社法 247 条の法令（株主平等原則）違反（会社法 247 条 1 号）と「著しく不公正な方法」（同条 2 号）とを、同じ必要性と相当性の観点から判断しようとする学説上の考え方¹⁷に少し沿うものといえるかもしれない（決定要旨 7 参照¹⁸）。

まず、本件高裁決定では、「特定の株主による会社の経営支配権取得の現実的可能性が生じ」た場合としており、この点に新規性があると指摘されており¹⁹、本件高裁決定の射程範囲がどこまで及ぶかを考える上では重要と思われる。すなわち、経営支配権に現に争いが生じているだけでは足りず、会社の経営支配権取得の現実的可能性が必要であるとすれば、日邦産業事件²⁰のような事案においては、本件高裁決定の射程が及ばない可能性がある。

次に、必要性について、決定要旨 1 では、「利益侵害を受けるおそれのある株主が、株主総会において、会社の企業価値がき損され、ひいては株主の共同利益が害されることを防止するため」新株予約権無償割当ての措置をとる必要があると判断することによって必要性があるとするとも読めそうであるが、決定要旨 6 では、「利益侵害を受けるおそれのある株主が、本件株主意思確認総会において、十分な情報と時間を確保できないことが、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることにな」としているため、非利害関係出席株主に対し、判断をするために「十分な情報と時間を確保」することが必

¹⁶ 弥永・前掲（注8）3頁。

¹⁷ 田中・前掲（注6）35頁、太田洋「富士興産事件原審決定と抗告審決定の検討と分析」商事法務2275号36頁、43頁（2021）。また、藤田・前掲（注1）5頁参照。

¹⁸ 東京高裁は、株主平等原則に関する決定要旨7において、「会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることになるような場合」、「差別的取扱いが平衡の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、株主平等の原則に反するものとはいえない」として必要性と相当性を判断しているように思われる。

¹⁹ 弥永・前掲（注8）3頁。

²⁰ 日邦産業事件において、債権者（抗告人）は、買付後の持株比率は27.57%にとどまり、特定の株主による経営支配権の取得が生じる場合には当たらないと主張していた。

要性を基礎付ける事情になっていると考える余地があり²¹、この点は、富士興産事件などを踏まえているとも考えられる。しかし、「十分な情報と時間を確保」する場合にのみ必要性が満たされると限定する必要があるかは疑問があり²²、仮に「十分な情報と時間を確保」することができていたとしても、特定の株主による会社の経営支配権取得そのものが、会社の企業価値のき損や株主の共同利益が害すことになることもあり得る。そうであれば、既にこれまでの裁判例によって、企業価値のき損の有無の判断は株主によるものとされていることにかんがみれば²³、端的に、利益侵害を受けるおそれのある株主が、株主総会において、会社の企業価値がき損され、ひいては株主の共同利益が害されることを防止するため新株予約権無償割当ての措置をとる必要があると判断することで、必要性が認められるとすべきとしてもよかったように思われる²⁴。

最後に、相当性については、①株主平等原則違反がなく、②緊急事態に対処するためのものであり、③買収者の損害回避措置がとられていることによって相当性が満たされるとし、この点も新しい判断の枠組みと考えられる²⁵。特に、①株主平等原則違反がないことが相当性の1つの要件になるということはこれまでの裁判例になかったもので、会社法247条1号と2号が同時に争われている中で、2号の不正発行該当性の相当性の要件に1号の株主平等原則に違反しないことを取り込むことによって、複雑なものにしているとも評価されている²⁶。加えて、株主平等原則（の趣旨）の違反（会社法247条1号）の判断の方が不正発行該当性（同条2号）の判断よりも論理的に先行するはずであるとの指摘²⁷もあることから、今後の裁判例の集積によって整理されることが望まれる²⁸。

(3) 本件高裁決定の枠組みの意義

本件高裁決定については、以上のとおり、いくつか検討すべき点がある一方で、以下のような意義ないし特色を持っているものと考えられる。

まず、ニッポン放送事件高裁決定以降の買収防衛策に関する判断は、基本的に、同高裁決定の枠組みを採用しているものが多く、①経営権を争う特定の株

²¹ 田中・前掲（注6）35頁ないし36頁。

²² 田中・前掲（注6）36頁。

²³ 藤田・前掲（注1）4頁等。

²⁴ 田中・前掲（注6）36頁。

²⁵ 弥永・前掲（注8）3頁。

²⁶ 田中・前掲（注6）35頁。また、太田・前掲（注8）23頁注16参照。

²⁷ 太田・前掲（注8）23頁注16、同・前掲（注17）43頁ないし44頁。

²⁸ 田中・前掲（注6）35頁。

買取防衛策が「著しく不公正な方法」に該当しないとされた事例（小林）

主の持株比率を低下させ、現経営者等の経営支配権を維持することを主要な目的とする新株予約権を用いた買取防衛スキームは、原則として、「著しく不公正な方法」に該当するものの、例外的に、②同スキームを用いることを正当化する特段の事情として、敵対的買取者が真摯に合理的な経営を目指すものではなく、敵対的買取者による経営支配権取得が会社に回復し難い損害をもたらす事情があることを疎明すれば、「著しく不公正な方法」に該当しないとしており、いわば二段階的な審査を行っているものと評価できる²⁹。しかし、ニッポン放送事件高裁決定及び日本アジアグループ事件では、①について、経営支配権を維持するものと認定され、②の特段の事情もないとされた一方、富士興産事件及び本件の原審では、①の段階で「著しく不公正な方法」に該当しないとされたため、結果、②の特段の事情の判断が示されていない。そのため、二段階的な審査が実質的に機能しているのかは必ずしも明らかではない。

これに対し、本件高裁決定は、「新株予約権無償割当て等の結果、特定の株主の経営支配権（持株比率）を相当程度低下させ、他方で、取締役等の経営支配権の維持等に寄与する」新株予約権無償割当ては、原則「著しく不公正な方法」であるが、必要性及び相当性があれば「著しく不公正な方法」に該当しないとす、一段階的な審査を行っているものとする余地がある。そして、このような審査の対象は、「特定の株主による会社の経営支配権取得の現実的可能性が生じ」た場合としており、その射程範囲を限定的なものとしている。

そのため、各論的な部分において整理すべき点はあるつつも、差別的な新株予約権無償割当てが「著しく不公正な方法」に該当することを原則とし、当該差別的な新株予約権無償割当てに必要性及び相当性があれば、「著しく不公正な方法」に該当しないとす、シンプルな構成を採用したものと評価でき、ニッポン放送事件高裁決定以降、「特段の事情」が認定されていない一連の裁判例を踏まえた考え方を示しているといえるかもしれない。

3.2.2. MoM 要件

(1) 概論

本件は、MoM 要件による承認が差別的な新株予約権無償割当ての発動の条件とされた前例のない事案であるが³⁰、本件の結論そのものに対しては好意的な意見³¹が見られる一方、濫用的な利用のおそれも指摘³²されている。そこで、以

²⁹ 田中ほか・前掲（注11）326頁〔久保田〕参照。

³⁰ 田中・前掲（注7）4頁、太田・前掲（注7）26頁、同「三ツ星事件の各決定に関する分析と検討——日本版ウルフ・バックが突き付ける課題——」商事法務2307号23頁（2022）。

³¹ 田中・前掲（注6）37頁、ミルハウプト＝宍戸・前掲（注8）11頁等。

下では MoM 要件について東京高裁がどのような判断を示したかを検討し、本件高裁決定の射程範囲について簡単に触れることとしたい。

(2) MoM 要件に関して考慮すべき事項

決定要旨 3 では、「判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵があること（平成 19 年最決参照）につき、特定の株主が主張疎明した場合には、たとえ、新株予約権無償割当て等が、会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることを防止することを主要な目的としてされたものであったとしても、「著しく不公正な方法」によるものと解するのが相当である」とし、平成 19 年最決を参照している。同最決は、直接は株主平等原則違反に関して、「判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである」としているが、この点、「著しく不公正な方法」における必要性の判断にあたって特に異なるところはないといえ、本件高裁決定の判断は支持されるべきものである。その上で、「株主の一部につき議決権の行使が制限されている場合」の重大な瑕疵の有無は、「当該株主総会の性質、目的、制限を受けた株主の持株比率、そのような制限がされた趣旨、当該株主総会においてとられた手続や議論の具体的状況、議案の賛成率等を踏まえて」判断すべきとし、MoM 要件による承認を検討する際に考慮すべき事項を掲げる。

(3) 射程範囲

これを受け、決定要旨 4 では、「X らは、TOB の適用対象外である市場内取引における株式取得を通じて、株券等所有割合が 3 分の 1 を超える株式を短期間のうちに買収しており、このような買収行為は、一般株主からすると、投資判断に必要な情報と時間が十分に与えられず、買収者による経営支配権の取得によって会社の企業価値がき損される可能性があると考えれば、そのリスクを回避する行動をとりがちであり、それだけ一般株主に対する売却への動機付けないし売却へ向けた圧力（強圧性）を持つものと認められ」、「当該株主のみの意思確認を行うことは、直ちに不合理であるとはいえない」としていることから、①対象会社の 3 分の 1 を超える株式を、②市場内取引における買集めによって取得した場合に限定して本件高裁決定の射程が及ぶとし、それ以外の場合に、MoM 要件による決議を用いることが当然に許容されるものではないと指摘³²されている。すなわち、MoM 要件によって買収防衛策が発動されることは

³² ミルハウプト＝穴戸・前掲（注8）11頁，14頁ないし15頁。また、田中・前掲（注7）5頁参照。

³³ 田中・前掲（注6）37頁。

買取防衛策が「著しく不公正な方法」に該当しないとされた事例（小林）

資本多数決の原則に抵触するおそれがある上³⁴、①低い割合の株式取得に対する対抗措置の発動を許容することにより、アクティビスト・ファンド等の「物言う株主」の出現を阻害することになって、経営の規律を損なうことになる上、一般株主からの株式の売却機会を不当に奪うこととなり³⁵、また、②市場内取引における買集めという買取手法に伴う強圧性という観点から、MoM要件を正当化している側面もあるため³⁶、公開買付けなどそれ以外の場合に本件高裁決定の射程が及ぶかは必ずしも明らかではない。

この点、①については、買取防衛策が許容されるという境界を一律何パーセントと決めることは必ずしも適切ではないといえ³⁷、実際にもそのような線引きを行うことは困難であろう。そのため、決定要旨2で「特定の株主による会社の経営支配権取得の現実的可能性が生じ」た場合と範囲を限定していることからすれば、かかる状況にのみ適用されるなどの限定が必要と思われる。

次に、②の点については、公開買付けの中でも、特に買い付け予定株式数に上限を付して行う部分的買付けの場合には、対象会社の株主が、公開買付け成立後に少数株主として残った場合に不利益を被ることへの懸念から、公開買付けに応じるといふ強圧性の問題があるため、MoM要件による対抗措置の発動を認めて良いとの考え方が示されている³⁸。しかし、部分的買付けと市場内取引による買集めとでは制度上多くの点で異なっており（例えば、前者は公開買付け規制に従った情報開示や検討期間が保証されている³⁹）、同じような取扱いには慎重さが求められる⁴⁰。決定要旨5でも、「株式の売却の判断において強圧性が問題とされる株主において、適切な判断を下すための十分な情報と時間が確保できないことがYの会社の企業価値のき損ひいては株主の共同利益が害されることになるか否か、また、本件対抗措置の発動の要否について、その意向を確認するためのものであり、そのような株主総会の性質及び目的に照らすと」MoM要件での株主意思の確認の手續が許されるとしているので、部分的買付

³⁴ ミルハウプト＝宍戸・前掲（注8）14頁参照。この点、決定要旨5では、「Xらの持株比率が過半数に達していなかったことも踏まえると」としているため、過半数に達していた場合には、資本多数決の原則から結論が逆になっていた可能性がある。

³⁵ 田中・前掲（注6）38頁。

³⁶ 伊藤・前掲（注8）117頁参照。

³⁷ 田中・前掲（注6）38頁。

³⁸ 飯田秀総「買取防衛策の有事導入の理論的検討——公開買付けの強圧性への対処——」商事法務2244号4頁、10頁（2020）。

³⁹ 田中・前掲（注6）39頁。

⁴⁰ 田中・前掲（注6）39頁。

けに対して本件高裁決定の射程範囲が直ちに及ぶと解するのは難しい。前述のとおり、決定要旨 2 が、「特定の株主による会社の経営支配権取得の現実的可能性が生じ」た場合をその射程範囲としているのであるとすれば、少なくとも、部分的買付けの場合で当該可能性が生じないときには、射程が及ばないと考える余地がある。

4. むすびに代えて

本稿では、本件高裁決定が、原審と結論は同一ながらも、その結論に至る考え方に違いが認められることから、その枠組みについて検討するとともに、対抗措置の発動に関する承認議案が MoM 要件による決議を条件とする初めての事例であったため、MoM 要件によることについて慎重な立場から本件高裁決定に対する検討を行った。

本件における株主意思確認総会の決議は、いわゆる勧告的決議であるため⁴¹、普遍的に MoM 要件によることを認めるものであるかは必ずしもはっきりとせず⁴²、まだその評価は必ずしも定まっている状況にはないといえる。また、三ツ星事件は、買収防衛策そのものが本件とほぼ同一の設計であり、かつ、MoM 要件ではなく通常決議によって承認されていたにもかかわらず、「著しく不公正な方法」に該当するとされた事例であり⁴³、新株予約権無償割当てを用いた買収防衛策の有効性については、なお検討すべき課題が多く残っていると考えられる。他の裁判例を含めたより詳細な検討は、今後の研究に期したい。

こばやし ふみはる（本学法学部准教授）

⁴¹ 藤田・前掲（注1）19頁。

⁴² 藤田・前掲（注1）20頁。

⁴³ 太田・前掲（注30）23頁参照。

【論説】

特殊詐欺の共犯形態についての考察

ドイツ型特殊詐欺の判例分析を中心に

山中 純子

概要

1. はじめに
2. ドイツにおける営業的集団詐欺の裁判例の検討
 - 2-1 チュービンゲン地裁 2018年1月8日判決
 - 2-2 ケルン地裁 2020年10月30日判決
 - 2-3 連邦裁判所 2018年9月24日決定
 - 2-4 ベルリン上級地裁 2015年10月19日決定
 - 2-5 その他の裁判例
3. 日本の特殊詐欺事例との比較
 - 3-1 詐欺集団の規模及び役割の違い
 - 3-2 適用罪名の違い
4. おわりに

概要

日本で特殊詐欺事件が多数認知されるようになって久しいが、ドイツにおいても、孫や警察官を騙る日本とよく似た手法による特殊詐欺が多く見られる。日本では、近年、特殊詐欺をめぐる実行の着手、故意・承継的共同正犯など様々な論点に関する最高裁判例が次々と出されて注目されているが、同じような特殊詐欺事件が頻発しているドイツにおいても、同様に刑法の理論的課題はあるのだろうか。

本稿では、ドイツの特殊詐欺をめぐる裁判例を9つ紹介する。その中で、まず、ドイツの詐欺集団の特徴や役割分担の詳細を概観する。その上で、日本の判例との違いに着目し、ドイツにおける営業的集団詐欺罪（ドイツ刑法 263 条 5 項）が認められるのはどのような場合か、ドイツにおいて、関与者の共同正犯が否定され、幫助犯が成立するのはどのような場合か、特殊詐欺事案において共同正犯や幫助の時期に関する問題は生じないのかなどを考察する。最後に、日本の組織的詐欺罪との比較検討を加える。

1. はじめに

日本においては、特殊詐欺事案の検挙が平成 15 年夏頃から目立つようになったが¹、近年のコロナ禍においても、給付金の支給やワクチン接種等に関連し、行政機関の職員等になりすまして現金等を騙し取ろうとする手口が報告されており、依然として月に 1,000 件以上の特殊詐欺が認知されている²。特殊詐欺に関しては、実行の着手、故意・承継的共同正犯など様々な論点に関する最高裁判例が出ており、刑法の重要論点の詰まった分野であると言ってよいだろう。この特殊詐欺に関しては、ドイツにおいても、日本で見られる特殊詐欺と極めて似た手口により実行されており、“Enkeltrick”（孫を装った詐欺で「オレオレ詐欺」に当たるもの）や“Polizei-Trick (Polizei-Masche)”（警察官を装った詐欺）などと呼称されている。コロナ禍に便乗した新たな詐欺が増えた点も、日本と共通している。また、日本では、国内での摘発を免れるため、特殊詐欺の拠点をフィリピンやタイに設け、架け子が詐欺グループにより日本国外の拠点に半ば監禁され、日本国内の被害者に嘘の電話を架ける方法で特殊詐欺の一部が実行されていることも知られている。このように特殊詐欺の拠点を国外に置く現象についても、ドイツでも見られる。ドイツの場合、ポーランドやトルコに、詐欺グループの黒幕、上位者、背後者（Hintermänner）、あるいは、かけ子（Keiler/Anrufer）などが多い³。したがって、実際に検挙されるの

¹ 法務総合研究所『令和 3 年版 犯罪白書』306 頁。

² 法務総合研究所『令和 4 年版 犯罪白書』316 頁参照。

³ ドイツ国外の架け子は、“Keiler”と称されており、単に電話をかける“Anrufer”よりも、犯行計画を練り、犯行を主導する重要な役割を果たしているキーパーソンであることから、くさび（Keil）を打つ者という意味で“Keiler”と称されているのではないかと推測される。“Keiler”には、雄のイノシシの意味もある。ドイツにおける架け子は、日本における架け子のように上位者に支配されている者ではなく、どのような偽のストーリー

はドイツ国内で被害者の近くにいる指示役(受取りオーガナイザー、ロジスティクス担当者)⁴や受け子ばかりである点も、日独で共通している。

しかし、日独の特殊詐欺に関する判例を比較すると、その成立する罪名及び処罰される形態には、大きな違いが2点見受けられる。まず、日本においては、刑法246条1項の詐欺罪の成立が認められることが通常であるのに対し、ドイツにおいては、ドイツ刑法263条3項1号の規定する営業的に又は詐欺集団の一員として実行した場合の詐欺罪の加重類型が規定されているほか、同条5項において、詐欺263条ないし264条又は267条ないし269条に規定された犯罪を継続的に実行する集団の一員として、営業的に詐欺を遂行した場合の営業的集団詐欺罪の規定があり⁵、ほとんどの事案で263条5項の営業的集団詐欺罪が認められている。日本においては、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律(以下、「組織的犯罪処罰法」という。)3条1項13号において、組織的詐欺罪が規定されているが、実務ではほとんどの事例で、組織的詐欺罪ではなく刑法の詐欺罪で起訴され、処罰されている。

次に、検挙されることの多い国内にいる詐欺グループの末端者についても、日本では、共同正犯であると認定されるのが通例であるが、ドイツでは、共同正犯になることも幫助犯になることもある。日独で、同じような手口の犯罪現象が起こっているが、その共犯形態が異なることについては、共犯理論の違いによるものなのか、検挙され起訴される者の果たす役割がそもそも違っているからなのかは、検討に値する。ドイツにおける判例実務を考察することで、日本の判例や実務を検討する上で有益な視点を探るのが、本稿の目的である。

でターゲットを騙すか、誰を狙うかなどを支配する立場にあり、詐欺集団を取り仕切る「背後者」であることも多いようである。

⁴ ドイツでは、“Logistiker”と称されており、受取りのためのロジスティクスを担当する者であるから、日本の特殊詐欺における「指示役」の訳語を当てるのが適当であると思われる。しかし、日本では「指示役」は裏で架け子や受け子に指示をするだけであるのに対し、ドイツの場合、ドイツ国内で被害者に近いところにおり、国外の背後者の指示を受けながら、詐欺取金品の受取りを円滑に行うために働く。受取りをオーガナイズするのがその主たる役割であり、他のロジスティクス担当を束ねることもあれば、自らが受け子をするこも、運転手や見張りをするこもある。指示役が受け子を兼ねることが多いため、受け子については、日本よりも果たす役割が大きく、報酬も相当額を貰っており、詐欺集団に切り捨てられやすい末端関与者とは言えない点が注目に値する。

⁵ 263条3項1号は、「営業的」又は「集団の一員として」詐欺を行ったときの加重類型であるが、同条5項は、「営業的」かつ「集団の一員として」詐欺を行ったときの加重類型であり、加重される事情が重疊的である(Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen-Kommentar* 67. Auflage 2020, § 263 Rn. 229.)。また、集団が継続して実行している犯罪が、同条3項1号については、文書偽造と詐欺に限定されているが、同条5項はそれらの関連犯罪も含む点が異なる。

2. ドイツにおける営業的集団詐欺の裁判例の検討

ドイツにおける特殊詐欺事案の裁判例を9つ紹介する。まず、チュービンゲン地裁判決（2-1）及びケルン地裁判決（2-2）については、ドイツにおける特殊詐欺の手口の概要を理解するために、関与者の役割等について詳しく紹介する。次に、連邦裁判所2018年9月24日決定（2-3）については、少人数の被告人に対して営業的「集団」詐欺罪が認められていることから、同罪の成立要件を確認する。続いて、ベルリン上級地裁決定（2-4）は、被害者から振替送金された現金を引き出した被告人の共同正犯が否定され、幫助が認められた事案である。ドイツ刑法における共同正犯と幫助の区別やそれぞれの成立時期についても確認する。その上で、日本の判例についても若干の検討を加える。最後に、その他の裁判例として簡潔に、5つ紹介する（2-5）。その中でもハイデルベルク地裁判決（2-5(2)）では、警察官になりすます詐欺について、ドイツ刑法132条の公務に関する越権行為罪も成立していることから、同罪の共同正犯が認められるかについても言及する。また、オスナーブリュック地裁判決（2-5(4)）においては、架け子に対し、ドイツ刑法46条bの捜査協力による刑の減軽が認められたことが注目に値する。

2-1 チュービンゲン地裁2018年1月8日判決⁶

(1) 事案の概要及び役割分担

チュービンゲン地裁2018年1月8日判決は、営業的集団詐欺罪の共同正犯を認めた。事案は、警察官を装った詐欺であり、その手口は、高齢者に対し、財産と銀行口座が危機にさらされているので警察による保護が必要である旨嘘を述べ、財産的価値のあるものを警察官に渡すように騙すものであった。

詐欺グループのトップは別の裁判で起訴されており、トルコから被害者に電話を架ける架け子であり、被害者との会話の誘導をするなど犯行を主導していたことが認定されている。この裁判で起訴されたのは、Ci.B, L, A, Ö, Cüの5名である。そのうち、Ci.B, L, A, Öの4名は、ドイツ国内で行動するいわゆるロジスティクス担当者（受取りオーガナイザー、指示役。以下、「ロジ担」という。）兼受け子であった。ロジ担は、詐取金品の受取りをするほかに、被害者が固定電話しか持っていない場合に、偽の警察官と連絡を取るための使い捨ての携帯電話機を渡すこと、更なる受け子や運転手をリクルートすることなどであった。そして、受取りに際しては、ロジ担のうちの誰か一人がいわゆる見張り役として、犯行現場を見張り、警察が来ないかどうかを監視していた。具

⁶ LG Tübingen, Urteil, v. 08. 01. 2018 - 1 KLS 42 Js 11065/17 = juris.

体的には、Ci.Bはロジ担間の連絡役を務め、トップからの電話での指示を受けて現場で指揮をとるなどし、Aは唯一運転免許を持っていたので運転手を務め、Öは現場での見張りや警告役をし、Lはその見た目や方言、如才ない振る舞いから警察官らしく見えるという理由で現金の受取役を担った。とはいえ、各自が別の役割を果たしたり、役割を交代したりすることもあり、また、誰かが参加できないときには、第三者を引き込むこともあった。そのようにして、Aが病院で治療を受けていたときには、Cüが運転手役を務めることとなった。報酬に関しては、Ci.Bが詐取金の中から直接分配しており、受け子は1回の受取りにつき800ユーロ、それ以外の運転手や見張りなどが1回につき500ユーロを受け取っていた。そして、犯行が既遂に至らなかったときは、報酬を貰えなかった。残りの詐取金は、Ci.Bが背後者らのために保管し、そこから交通費や使い捨て携帯電話やSIMカードの調達費用を支払うほか、自らは、5%ないし15%の報酬を得ていた。最終的には、ほとんどの金銭は、トルコにいる背後者に渡された。

(2) 認定罪名と量刑

この裁判においては、詐欺組織としての集団性及び営利性が認定され、ドイツ刑法263条5項の営業的集団詐欺罪が適用されたが、その上で、減輕される類型として規定されている「比較的軽い事案」に当たるかどうか、それによって量刑が軽くなるかが争われた。しかし、被告人らは誰も、比較的軽い事案に当たるとは認定されなかった。むしろ、使い捨ての携帯電話機を使用しているなど高度の専門性があり、無知な被害者の信頼につけ込んで実行するなど犯罪実行に対するエネルギーがとりわけ大きいことなどが不利な情状として考慮された。また、犯行件数の多さ及び被害総額の大きさという犯行状況も不利に働いた。

各被告人に実際に科された刑については、以下のとおりである。Ci.Bについては5年の自由刑、Lについては4年の自由刑、Aについては2年の自由刑、Öについては2年6月の自由刑、そして、Cüについては9月の自由刑であった。Ci.Bは、4名のロジ担の中でも、詐欺集団のトップから指示を受け、現場で指揮をする立場にあったこと、報酬を分配する立場にあったこと、報酬をパーセント計算で貰っていたことなどから、その役割の大きさは明らかである。また、Lについては、見た目が警察官らしいという理由で、実際に警察官になりすまして被害者から現金を受け取る役割を多く果たしていたのであるから、犯罪遂行にとって不可欠な実行行為の一部を担当していた。前述の各人の役割や関与した件数に照らせば、各人の刑の違いも納得のいくものであろう。

(3) 共犯形態

Ci.B, L, A, Öの4名については、共同正犯(ドイツ刑法25条2項)であ

ると認定された。被告人らは、「ロジ担」であり、その中でも細かい役割分担はあったものの、犯行の口や詐欺集団の構成を把握した上で、必要に応じて役割を入れ替わりながら、犯罪の実行に加わっていた。これは、他人の犯罪を実行するのではなく、相互に補充し合う形の共同実行により、自己の犯罪を実行していたと言える。各人の行為は、犯行の際、共通の状況下において、共に作用し合うのであり、したがって、ドイツ刑法 25 条 2 項の意味における共同正犯を認めることができる。

本件詐欺は、共同の犯行計画に基づいており、同じ詐欺のひな型に従って、役割分担がなされている典型的なケースであるから、例えば、個々の関与者が、犯行現場を見張っていただけなのか、詐取金品を実際に受け取ったのか、自動車を運転したのか、あるいは、どこのターゲットからどれだけのお金を詐取するのかよく知らなかったことなどは、重要ではないとされた。共同正犯を認定するために重要なのは、もっぱら、集団で継続的な収入を得ること、そして、獲得可能なものを手に入れるという共同の意思である。

そこで、個別の被告人について見てみると、Ci.B は、ロジ担（受取りオーガナイザー）チームの指揮役として、現場にいたことがあるのは一度だけであるが、Cü を含めて他の者を指揮しており、単なる下位の参加者であると言うことはできない。また、L, A, Ö の 3 名は、パーセント計算で報酬を得ておらず、Ci.B と比べて少ない額の報酬にしか与ることができていなかったが、それでも、犯行が失敗に終われば何の利益も得られないことになるのであるから、犯行によって得ることができる利益には高い関心を持っていた。結局、Ci.B, L, A, Ö は、同じような詐欺を繰り返し実行する意思によって結びついたドイツ刑法 263 条 5 項の意味における集団を形成しており、一定期間で複数の独立した詐欺を実行し、その中で様々な役割を担っていたことから共同正犯が認められた。

他方で、Cü については、1 度だけ病気の A の代わりに運転手をしただけであり、幫助犯とされた。Cü は、犯行の本質的な特徴を知っており、自己の行動により正犯の実行が促進されることを認識していたことから、個々の犯行内容を知らなくても、幫助の故意を認めることができるとされた。Cü は、被害者が 5 桁にも上る額（何万ユーロにも及ぶ額）を交付することになることを予測しており、それを認容していたのである。

(4) 共同正犯と幫助の区別

この事案においては、5 名の共犯者のうち、4 名が共同正犯、1 名のみが幫助犯とされたため、共同正犯と幫助の区別について、実際にどのような基準で分かれたのかを検討することができる。本判決では、ドイツ刑法 25 条 2 項の共同正犯の理論で必要とされる、「共同実行の意思」を最も重視している。その共同実行の意思は、犯行計画について共通認識を持ち、4 名の役割分担が決まっ

ていたことから、認められる。実際の4名の役割を見てみると、全員が現金受取りのためのオーガナイザーであり、複数回犯行に関与していた上、指揮をしたり、現金を受け取ったりして詐欺の実行行為にとって必要不可欠の役割を果たしていた。また、柔軟に役割を入れ替わることもあったのであるから、4名のうち誰もが犯罪の遂行にとって一番重要な役割を果たし得たと言える。このような共同の犯行計画と役割分担が4名の共通の認識となっていた状況は、4名が共同実行の意思を有していたことの裏付けになる。

他方で、残りの1名については、証拠に基づいて認定することができたのは、1回の関与だけであり、しかもAの代わりとしての運転手であった。運転手は、受け子の運搬をするのが主たる役割であり、詐欺の実行行為そのものではない。一連の犯行に照らせば、運転手も必要な役割であることは認められるが、LもAが仕事で行けなかったときに2回、運転手を務めていたことから、必ずしもCüが関与しなければ犯罪遂行に至らなかったわけではないので、同人が果たした役割はそれほど大きくない。Cüは、あくまで他人の犯罪を手助けする意思で一部に関与しただけであり、共同実行の意思は認められなかった。

本判決の認定については、日本の共同正犯と幫助の区別に照らしてみても、妥当な結論であると思われる。Cüは、現金受取りのロジ担から誘われて犯行に関与しているが、そのロジ担も報酬を分配される立場の者であり、詐欺集団の犯行に関与したことについては、順次共謀によるものと言える。しかし、実行行為の一部を分担しておらず、従属的な立場にしかなかったCüは、行為を支配する立場には全くなく、また自己の犯罪を実現する正犯者意思は有していなかったと言えるだろう。なお、このように考えると、日本の裁判例において、被害者から現金の交付を受けずに無断で持ち去った受け子を車で運搬した「運転手」に対し、詐欺と窃盗にわたる概括的な共謀が認定できるとして、詐欺未遂と窃盗既遂の共謀共同正犯を認めた事例⁷⁾には、やはり疑問が残る⁸⁾。

2-2 ケルン地裁 2020年10月30日判決⁹⁾

(1) 事案の概要及び役割分担

ケルン地裁 2020年10月30日判決においては、起訴された被告人2名のうち、1名は8件(うち1件は未遂)の営業的集団詐欺で5年11月の自由刑に処され、もう1名は6件(うち1件は未遂)の営業的集団詐欺で5年9月の自由刑に処された。この事案では、氏名不詳の共犯者がポーランドから、電話帳

⁷⁾ 東京高判平成31年4月2日判時2442号120頁。

⁸⁾ 山中純子「特殊詐欺における末端関与者の共謀と故意：東京高裁平成31年4月2日判決を素材として」東海法学61号1頁参照。

⁹⁾ LG Köln, Urteil v. 30. 10. 2020 · 116 KLS 2/20 = BeckRS 2020, 571795.

を見て高齢者と思われる名前の人に電話を架け、近親者が何らかの緊急事態（自動車の購入、家の購入、事故など）にあり、急ぎで現金が必要であるかのような嘘をついた。そして、被害者に現金を準備させた上で、孫などの近親者が受け取りに行く約束をするものの、本人は直前に交通渋滞などで行けなくなったとして、代わりに受け子が現金を受け取りに行くという手口であった。架け子は、被害者と電話をしている間に、同時並行で受取りのオーガナイザー（＝ロジ担）と連絡を取った。ロジ担は、大抵は自らが現金の受取りを行ったが、下位の者を受け子として派遣することもあり、その際は受け子を運搬する運転手を務めた。もっとも、受け子は、犯行の痕跡を消すために、受け取った現金はタクシーなど詐欺集団とは無関係の交通手段で運んだ。共犯者間の連絡は、使い捨て携帯電話機とプリペイドカードを用いて行われ、これらは何度も取り替えられていたため、共犯者間のやりとりはほとんど残っていない。受け子が受け取った現金は、ロジ担に渡された。現金は、分配されるか、ロジ担が自分の分け前（原則として50%）を取った後、ポーランドの架け子に残りが渡された。この50%の取り分が、その余の者にどのように分配されるかは、果たした役割と関与の程度によった。いずれにしても、詐取金については、ポーランドにいる背後者に渡すよう、ロジ担が定期的に自ら運ぶか、配達を頼んでいた。本件の被告人2名については、Cがロジ担であり、ポーランドにいる氏名不詳の背後者たちと連絡を取っていたことや、受け子をするLの運転手をしたことなどが認定されている。Lについては、受け子をしていたことが明らかとなっている。

（2）認定罪名及び共犯形態

被告人両名は、営業的集団詐欺罪（ドイツ刑法263条5項）の共同正犯（ドイツ刑法25条2項）であるとされた。本件では、明らかになっていない背後者も多数おり、詐欺グループの全体像は不明であるものの、同様の手口の特殊詐欺を複数回繰り返しており、詐欺を継続的に実行していた集団であると認定することができる。また、被害者から現金を騙し取る仕組みができ上がっており、営利を得ていたことも明らかであるから、営業的詐欺についても認められる。そして、被告人両名は、それぞれ「ロジ担」と「受け子」という役割であり、詐欺の実行行為の一部を共同して行っていたものであるから、共同正犯が認められた。被告人両名は、どのような手口で、どのように集団で詐欺が構成されていたかを知っており、高齢者から財産を違法に手に入れることを目的としていることも認識していた。したがって、自己の犯罪を実現する意思をもって、自己の役割を実行していたのであり、幫助ではなく、共同正犯が認められた。

2-3 連邦裁判所 2018年9月24日決定¹⁰

(1) 事案の概要

連邦裁判所 2018年9月24日決定は、オレオレ詐欺の事案で、営業的集団詐欺罪（ドイツ刑法 263条5項）の成立を認めた。ハンブルク地裁の認定した事実によれば、被告人は、架け子(Anrufer/Keiler)であり、オンライン電話帳で高齢者と思われる名前を探し、ワルシャワから、60歳から94歳の高齢者に対して嘘の電話を架け、近親者に関する問題ですぐに現金が必要である旨の嘘をつき、高額の現金を受け子に交付させたものである。架け子である自らが、詐欺を主導し、操っていたことから、「黒幕」であるとも認定された。被告人は、親族を演じる中で、不動産購入のために公証人との急ぎの約束があり、高額の現金を支払わなければならないなどと嘘を述べた。怪しまれることもあったが、ロジ担が、受取りをプロフェッショナルに計画していたため、多くの件で現金の交付を受けるに至った。受け子は、10万ユーロもの現金の受取りに成功することもあったが、警察に現行犯逮捕されたため、本件詐欺が発覚するに至った。全部で38件のうち16件が既遂となり、計26万ユーロを超える利益を得ていたところ、多くの場合、詐取金額のうちの半分が被告人の取り分であった。

(2) 認定された罪名

被告人は、ハンブルク地裁において営業的集団詐欺罪16件、営業的集団詐欺未遂罪22件、詐欺未遂2件及び贈賄1件で、12年6月の自由刑を言い渡され、その後、上告棄却で刑が確定した。この事案で登場する詐欺集団のメンバーは、背後の「黒幕」兼「架け子」、「ロジ担」(受取りのオーガナイザー)、「受け子」の詐欺トリオ(Betrugstrio)のみであり、日本で特殊詐欺を働く詐欺グループと比べて小規模であると言える。このような小規模の詐欺集団であっても、継続的な犯罪遂行のために結びついた集団の一員として、営業的に詐欺を実行していた場合には、営業的集団詐欺罪の「集団(Bande)」の要件を充たす。ドイツ刑法 236条3項1号及び同条5項にいう「集団」とは、同法 244条1項2号に規定される集団窃盗における「集団」と同じであり、2名以上が相互に影響し合っていれば「集団」になると解されている¹¹。

なお、被告人は、被害者に電話を架けて犯行を主導している黒幕であり、利

¹⁰ BGH, Beschluss, v. 24. 09. 2018 - 5 StR 471/18 = becklink 2011135, 同決定の原審につき, LG Hamburg, Urteil v. 29. 01. 2018 - 603KLs 12/16 = becklink 2008947 参照。

¹¹ BGH, Entscheidung v. 22. 03. 2001 - GSSSt 1/100 = BGH, NJW 2001, 2266, Fischer-Kommentar (a. a. O.), § 244, Rn. 3, *Karsten Aktenhain*, Der Beschluss des Großen Senats für Strafsachen zum Bandendiebstahl, JURA Heft 12/2001, 836, *Wolfgang Schild*, Der Strafrechtsdogmatische Begriff der Bande, G 1982, 55, *Friedrich-Christian Schroeder*, Vereinigung, Bande, Gruppe & Co., Die organisationsbezogenen Straftatbestände des deutschen Strafgesetzbuchs, ZIS 9/2014, 392.

益の半分を得ていることから、日本の特殊詐欺の架け子と異なり、詐欺集団の上位で犯罪の実行を支配している。したがって、当然に正犯性が認められた。

2-4 ベルリン上級地裁 2015 年 10 月 19 日決定¹²

(1) 事案の概要

ベルリン上級地裁 2015 年 10 月 19 日決定は、共同で遂行されたオレオレ詐欺事件について、被害者から振替送金された現金を口座から引き出しただけでは、共同正犯を認定することはできないとして幫助犯を認めた。事案は、弁護士になりすました氏名不詳の架け子から電話を受けた被害者が、ある契約が締結されているとして 2,450 ユーロ（実際には 2,800 ユーロ）を支払うように要求されたところ、支払わなければ裁判になると誤信し、自身の郵便銀行の口座から 2,800 ユーロの金額を被告人の口座へ振替送金したというものである。同日、被告人はライゼ銀行に行き、身分証を呈示して被害者が送金した金額を引き出して受け取った。その現金は、被告人が自分自身で持っておくか、あるいは、可能性が高いのは、現金受取りを被告人に指示した人物に届けられるはずであった。なお、被告人は、犯行準備段階から、被告人宛に振り込まれる現金を受け取り、それを正犯自身又は正犯から頼まれた者に引き渡すよう依頼されていた。

(2) 決定要旨

同決定は、共同正犯について、次のように述べた。「共同正犯とは、共同の犯行計画に基づく犯行実現に向けた寄与が前提となっており、従属的な意味しかない寄与が幫助と評されるのに対し、実行行為段階での本質的な寄与は、正犯としての非難に値する」。そして、「正犯とは、他人の犯罪を促進するだけではなく、共同の犯行のために、他の共犯者の行為と相互に補充し合うような寄与を自身で行うことを言うとした。重要なのは、犯罪の結果発生への関心の高さ、関与の範囲、行為支配、そして最低限の行為支配の意思を持っていることである。」「その意味で、犯罪の実行や結果が、関与者の主観で見て決定的に自らの意思に基づくものである必要があり、単に従属した行為に過ぎないときには、客観的に見てその関与者は幫助にしかならない。」加えて、「承継的共同正犯の成立は、詐欺の既遂後については、どちらかいうと筋道を外れている。」「認定できる被告人の寄与は、被告人が処罰されない犯行準備段階で被害金を受け取れることを引き受けたことと、詐欺の既遂後に行動に移したことに限られる。詐欺は、財産的損害が発生すれば既遂になるため、本件では被害者の口座残高が

¹² KG Berlin 2. Strafsenat v. 19. 10. 2015 - (2)161 Ss 220/15 (63/15) = Juris, 同判決の評釈として、*Sven Güttner*, Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Betrug im Fall des sog. Abgewandelten «Enkel-Tricks», FD-StrafR 2016, 375034.

減少した時点で既遂になっており、財産的利益を獲得することまでは求められていない。」

これに対し、幫助については、次のように述べた。「幫助は、犯行が終了するまでの従属的な援助行為を考慮するので、例えば、被告人が詐欺で得た現金を、状況を把握した上で正犯に転送することは幫助に当たる。」「主観面について更なる認定はないが、被告人の客観的な寄与からは、被告人が正犯を通して報酬を得るために、犯行を促進する故意を有していたことが認められる。たとえ被告人が犯行の詳細を知らされていなかったとしても、被告人の関与状況からして、被告人が詐取金から利益を得ることを認容していたことは認められる¹³。」以上のように述べた上で、本決定は、被告人に幫助犯を認定した。

(3) 共同正犯に必要な行為寄与とその時期

本決定は、共同正犯が認められるためには、本質的な行為寄与が必要であることを述べている¹⁴。本件では、被告人の行為寄与が詐取金を引き出して背後者に渡すことだけであり、従属的であったことが認定されており、その関与の程度や関与の意思からして、共同正犯は認められなかった。

それに加えて、本決定は、承継的共同正犯の成立を婉曲に否定している。これは、共同正犯の前提として、実行段階、つまり未遂の開始から実行行為の終了までにおける行為寄与が必要である¹⁵ことに関係する。狭義の共犯と区別するため、共同正犯には、行為支配が必要とされており¹⁶、行為支配が及ぶのは実行段階のみである。たしかに、既遂後であっても、犯罪が実質的に終了するまでの間には、承継的共同正犯の成立を認める見解もある¹⁷。しかし、共同正犯の本質である行為寄与に立ち返れば、承継的共同正犯であっても、犯罪が形式的に既遂に達するまでの間においてのみ認めるべきであろう¹⁸。

結局、本件では、被告人の寄与は、詐欺の既遂後に被害金を引き出したことであり、事前に関与を約束していたとしても、実行段階における寄与がないため、その関与時期からしても共同正犯は認められない事案であった。

¹³ 幫助については、いわゆる二重の故意が必要である(クラウス・ロクシン著、山中敬一監訳『刑法総論 第2巻 [犯罪の特別現象形態] (翻訳第1分冊)』(2011年)第26章, Rn. 270)。すなわち、正犯者の故意行為に対する援助に向けられていることと、正犯者によってなされる構成要件的に保護された法益に対する侵害に向けられていることである。幫助者の二重の故意が問題となった営業的詐欺(ドイツ刑法 263 条 3 項 1 号)等の事案として、LG Erfurt, Urteil v. 29. 01. 2020 - 3 KLS 631 Js 5641/19 jug = BeckRS 2020, 52951 参照。

¹⁴ 前掲ロクシン・第25章 Rn. 211 参照。

¹⁵ 前掲ロクシン・第25章 Rn. 198 以下。

¹⁶ 前掲ロクシン・第25章 Rn. 13 以下。

¹⁷ 前掲ロクシン・第25章 Rn. 220。

¹⁸ 前掲ロクシン・第25章 Rn. 221。

(4) 幫助の役割とその時期

幫助については、共同正犯と違って従属的な立場であり、構成要件の犯罪結果の発生が促進されていればよい（促進公式）とされている¹⁹。本決定は、被告人の犯行への寄与は、被害者の口座総額の減少により既に既遂に至っていた詐欺に対する従属的な援助行為に過ぎないと述べた。既に既遂に至っているため、それ以上結果の発生は促進されないようにも思われるが、幫助の時期については、共同正犯とは異なり、形式的な構成要件実現の時点を超えて、行為の実質的な終了、すなわち結果が確定するまで可能である²⁰とされる。詐欺集団にとつては、被害者から振り替えられた現金が被告人の口座にある状態ではなく、そこから引き出された状態でなければ詐取金を獲得したとは言えないし、本件では、被告人から正犯者に渡ることによって初めて、詐欺集団が詐取金を手に入れたと言えるのである。したがって、正犯者に詐取金が渡るまでは、結果が確定していない犯罪の終了前の段階であり、被告人は正犯者が詐取金を確実に手に入れることを容易にし、促進したことから、幫助犯が認められる。

ここで思い出されるのは、日本において、受け子が宅配ボックスに入れられた被害者から送付された現金を取り出して受け取る行為について、共同正犯が認められた最高裁判例²¹である。この事案においては、受け子であった被告人は、詐欺の故意及び共謀を争っていたものの、郵便受けの投入口から宅配便の不在連絡票を取り出すという著しく不自然な方法で受け取ったことなどから故意及び共謀が認定された。しかし、受け子の役割は、現金の入った荷物を宅配ボックスから取り出し、回収役に渡すだけである。被害者は既に現金を送付し終わっており、被害金は受け取る側の支配領域である宅配ボックスに入れられていた状況に照らせば、被害者による交付は終了し、被害者に財産的損害は生じているから、詐欺は既遂になっていたと解することができるのではないだろうか。ベルリン上級地裁決定と比較すると、口座振替と現金の宅配便による送付という違いはあるが、被害者側の交付行為は終了しており、被害者には財産的損害が生じている点は共通している。そうであれば、詐欺既遂後の荷物の受領行為をした被告人については、実行行為段階の寄与がなく、共同正犯を認めることができないはずである。しかし、行為が実質的に終了し、結果が確定するまでは幫助は可能であるので、詐欺グループを実行支配する正犯者が確実に

¹⁹ ドイツの判例の立場は、促進公式によるが、結果に対し因果的で、法的に否定された危険を増加させることであるとする見解もある（前掲ロクシン・第26章 Rn. 183 以下）。

²⁰ 前掲ロクシン・第26章 Rn. 279。

²¹ 最判令和元年9月28日刑集73巻4号47頁、山中純子「特殊詐欺における受け子の故意」東海法学62号27頁以下参照。

詐取金を手に入れることを促進した「幫助」が成立すると解することができる。

2-5 その他の裁判例

(1) ミュンヘン簡裁 2018年7月13日判決²²

ミュンヘン簡裁 2018年7月13日判決は、警察官を装った詐欺の未遂について、営業的集団詐欺未遂等で被告人を2年6月の自由刑に処した。この事案においては、氏名不詳の共謀者である架け子が、被害者に口座が危ないと嘘をつき、現金を引き出させた一方で、同時並行的にフェイスブックで受け子を募集していた。募集の際には、犯罪に関係することであり、報酬4,000ユーロで高齢者から現金を受け取らなければならないことが伝えられていた。そこで、関心があることを装って受け子に応募し、同時に警察官にも通報した者が、指示役の命令に従って、現金を回収役(運び屋)に引き渡すために、警察官の監視の下、現金を受け取るように装ってファーストフード店に行った。被告人は、他の共犯者に依頼され、待ち合わせ場所に派遣されて現れた現金の回収役だった。被告人は、1,000ユーロの報酬で受け子から現金を回収し、トルコにいる背後者に渡すことになっていたが、現金を受け取った直後に逮捕された。

日本においては、「騙されたふり作戦」が開始された後に犯行に加わった「受け子」の承継的共同正犯を認めた最高裁判例²³があるが、本件は、いわば「騙されたふり作戦」を、「受け子」が警察官とともに実施した事案である。被告人が最初から継続的に詐欺を遂行する集団に属しており、犯行計画や手口を認識し、共同実行の意思のもと関与していた場合には、共同正犯が認められるのか、実行(受取り)終了後、あるいは、未遂後の共同正犯は認められないのではないかなど、回収役である被告人に共同正犯を認めることができるかどうかの問題になり得る²⁴。

(2) ハイデルベルク地裁 2018年12月3日判決²⁵

ハイデルベルク地裁 2018年12月3日判決では、警察官になりすました特殊詐欺事案で、被告人は、営業的集団詐欺罪と公務に関する越権行為罪で有罪と

²² AG München v. 13. 07. 2018 - 835 Ls 381 Js 115851/18 = beclink 2010630 参照。本件については、判決原文ではなく、beck 編集者の判例紹介をまとめたものである。

²³ 最決平成29年12月11日刑集71卷10号535頁。

²⁴ もっとも、本稿で検討してきたドイツの特殊詐欺における役割分担に照らせば、被告人は、単なる一度切りの「回収役」ではなく、受取りをオーガナイズする「ロジ担」でありながら、自ら詐取金を回収しに行っていた可能性があるため、実行行為終了までの間に、実行行為への関与が十分にあった可能性が高く、共同正犯の成否に問題はなかった可能性が高いと言えるだろう。

²⁵ LG Heidelberg v. 03. 12. 2018 - 1 KLs 430 Js 5973/18 = BeckPS 2018, 30955, s. beclink 2011645.

なり、5年の自由刑に処された。この事案では、警察官になりすまして、被害者宅に武装した侵入強盗が来るとの嘘をつき、高価な物を警察官が安全な場所に保管すると信じ込ませ、合計30万ユーロの価値のある現金と宝飾品を被害者から騙し取った。被告人は、無罪を主張したが、目撃者供述によって「受け子」であると認定され、有罪となったものである。

警察官になりすました特殊詐欺は、数多く見られるが、営業的集団詐欺罪のほかに、本件のようにドイツ刑法132条の公務に関する越権行為罪も適用されることが特徴である。同条は、権限なく、公務を実行し、又は公務によってのみ行うことが許される行為をした者を処罰する規定である。この公務に関する越権行為罪においても共同正犯が成り立つかが争われた判例に、連邦裁判所2021年5月11日決定²⁶がある。同罪については、自手犯、つまり、正犯者自身の手による直接の実行を必要とする犯罪であるかが問題とされていたが、連邦裁判所が自手犯ではないとする判決を出していたところ²⁷、特殊詐欺を遂行する集団に属するある構成員が実行した場合に、直接実行していない他の構成員も同罪の共同正犯に問われることが確認された。同決定は、警察官になりすまし詐欺とオレオレ詐欺が組み合わせられた詐欺事案に関するものであり、指示役と受け子が罪に問われたところ、どちらも被害者に対して警察官を名乗ることはなかったが、自手犯ではないので、詐欺集団の犯行を帰責することができるかと判断した。そして、むしろ、正犯と共犯の基本原則に従って、犯行への関心、関与の範囲、行為支配などを評価すべきであると述べた。ハイデルベルク地裁判決は、警察官を騙った特殊詐欺においては、集団詐欺の一員として詐欺の実行行為に共同正犯として関与すれば、公務に関する越権行為罪においても共同正犯に問われるという判断を下した同決定を踏襲するものと言える。

(3) ビーレフェルト地裁2019年6月12日判決²⁸

ビーレフェルト地裁2019年6月12日判決は、警察官になりすました詐欺を行ったカップルが、50万ユーロの価値に当たる現金、宝飾品、金を騙し取ったという特殊詐欺事件である。同地裁の認定によると、被告人兩名は、犯罪網の末端者に過ぎず、被害者の近くにおいて、詐取金品を回収する「受け子」であったに過ぎない。被告人らの回収の前に、被害者は、既にトルコのイズミルにあるコールセンターから警察官を騙る者からの電話を受け、財産を警察官に保管してもらわなければならないなどと告げられていた。このように、「犯罪網の末

²⁶ BGH, Beschluss v. 11. 05. 2021 - 5 StR 30/21 = FD-StrafR 2021, 441155 参照。

²⁷ BGH, Entscheidung v. 20. 5. 2020 - 5 StR 37/20 = FD-StrafR 2020, 429470.

²⁸ LG Bielefeld, Urteil v. 12. 06. 2019 = becklink 2013384. 本件については、判決原文ではなく、beck 編集者の判例紹介をまとめたものである。

端」と評されてはいるが、警察官になりすまして被害金品を受け取っていた被告人兩名は、共同正犯とされている。被告人のうち1名は3年6月の自由刑に、前科のあった方の1名は4年6月の自由刑に処された。

(4) オスナーブリュック地裁 2020年2月24日判決²⁹

オスナーブリュック地裁 2020年2月24日判決は、5件の営業的集団詐欺(未遂)事件に関して、5年3月の自由刑を言い渡した。被告人は、少なくとも2018年10月から2019年2月までの間、トルコのイズミル発のドイツ全国で高齢者を狙ういわゆる「偽電話 (Fake-Anrufe)」による営業的詐欺を行っていた集団に所属していた。被告人や他の構成員は、トルコからドイツの警察官を名乗って電話を架け、被害者の財産が危険にさらされているというプレッシャーをかけて、警察官が安全に保管する必要がある旨嘘を述べ、高齢者から受け子に現金や高価な物を引き渡させることを目的としていた。被告人は、架け子であったことが認定されているほか、他の形でも関与していた。2件で現金や宝飾品を手に入れたが、残り3件は警察に捕まったため未遂に終わった。

本件の被告人は、高齢者を騙す電話を架ける「架け子」であり、詐欺の実行行為の最も重要な部分を担っており、犯行を支配していたことが認められる。そのため、末端関係者とは異なり、当然に共同正犯が認められる事案であった。

注目に値するのは、被告人が「架け子」という重要な役割を果たした正犯であるにもかかわらず、公判審理の前から包括的に自供しており、トルコにある架け子のコールセンターの仕組みやそこにいる複数の背後者について供述するなど捜査協力したことが有利な情状として考慮された(ドイツ刑法46条b)ことである。ドイツ刑法46条bにおいては、下限が引き上げられた自由刑が定められた犯罪行為の行為者が主体となっているところ、営業的集団詐欺罪は下限が1年と引き上げられていることから、本件被告人は対象となる。そして、その行為者が、その知るところを任意に明らかにすることによって、自らの犯罪と関連するドイツ刑事訴訟法100条a第2項に掲げる犯罪の解明に著しく貢献したときは、刑法49条1項により刑を減輕することができる(ドイツ刑法46条b第1項1号)。ドイツ刑法263条5項の営業的集団詐欺は、ドイツ刑事訴訟法100条a第2項1号nに掲げられている。本件では、証人尋問された複数の警察官が、この詐欺集団に対する捜査を2017年から行っており、多大な技術的、人的なコストをかけていたことを証言しており、被告人が包括的に詐欺集団について供述したことが重大事件の解明に著しく貢献したことがうか

²⁹ LG Osbrück, Urteil v. 24. 02. 2020 - 12 Kls 17/19 = becklink 2015576. 本件については、判決原文ではなく、beck編集者の判例紹介をまとめたものである。

がえる。日本では、平成 28 年改正で刑事訴訟法 350 条の 2 以下に合意手続が規定されたが、適用例は多くない。しかし、合意手続の対象となる特定犯罪には、刑法 246 条の詐欺罪（刑訴法 350 条の 2 第 2 項 1 号）及び組織的犯罪処罰法 3 条 1 項 13 号の組織的詐欺罪（刑訴法 350 条の 2 第 2 項 2 号）が含まれている。したがって、日本でも、特殊詐欺事件において、受け子などの末端関係者が被疑者又は被告人となった際には、合意手続に基づいて特殊詐欺グループ自体やその関与する犯罪の解明のために協力を求める道はある。

(5) 連邦裁判所 2020 年 3 月 25 日判決³⁰

連邦裁判所 2020 年 3 月 25 日判決は、警察官になりすました詐欺事案において、被告人を営業的集団詐欺の幫助犯とした。この事案では、被告人が集団の構成員であったことが認められており、他の構成員が手に入れた詐取金をトルコにいる「背後者」たちに渡すことがその役割であった。ニュルンベルク・フルト地裁の認定によれば、「背後者」たちは、絶え間なく電話で「受け子」、そして被告人とも連絡を取り続けており、犯行はトルコから完全に操られていたものである。したがって、被告人には行為支配がなく、共同して犯罪を実行する意思も認められなかったため、幫助犯とされたものと考えられる。

本判決では、被告人は、個々の犯行が行われる前から既に自己の犯行への寄与を基本的に承諾しており、被告人が援助行為に及んだ時点では、まだ犯行は終了していなかったことも指摘している。これは、幫助の時期との関係で重要な点である。つまり、幫助は、構成要件実現の時点を超えて、行為の「実質的な終了」すなわち結果が確定するまで可能である³¹。行為が実質的に終了した後には、援助行為が犯罪を促進することはないのであるから、幫助は認められない³²。本件においては、犯行前から、被害者からの現金の受取り後に詐取金を背後者に引き渡すことを最初から予定しており、それが犯罪結果を確定する役割を担っていたのであるから、形式的に被害者が現金を交付したことで詐欺が既遂に至っていたとしても、幫助が認められたと言える。

また、量刑事情としては、被告人は、高齢者に大きな損害をもたらすような詐欺を援助することを予測し、認容していたのであるから、被害者に精神的な損害を与えることも予想できたのであり、犯行に有責な影響を与えたと認定された（ドイツ刑法 46 条 2 項）。被告人が営業的集団詐欺に関与することを認識しており、故意が認められるのであれば、特殊詐欺の特徴からして高齢の被害

³⁰ BGH, Beschluss v. 25. 03. 2020 - 6 StR 10/20 = Beck 2020, 6766. 本件については、判決原文ではなく、beck 編集者の判例紹介をまとめたものである。

³¹ 前掲ロクシン・第 26 章 Rn. 257.

³² 前掲ロクシン・第 26 章 Rn. 258.

者に与える被害の大きさは当然に予測できることであり、特殊詐欺で有罪になる者は、「犯行に有責な影響を与えた」ことが常に不利な情状として考慮されることになると言えるだろう。

3. 日本の特殊詐欺事例との比較

3-1 詐欺集団の規模及び役割の違い

以上で紹介したとおり、ドイツにおいても、特殊詐欺に関する裁判例は多数見られる。しかし、実際に裁判例を詳しく検討すると、そもそも、ドイツにおける特殊詐欺は、日本の特殊詐欺とは詐欺組織の規模や構造が異なり、それゆえ裁判で争いとなる点も異なっていることが分かった。ドイツでは、登場する関与者が少なく、一人で2役ないし3役を兼ね、あるいは、状況によって役割を入れ替えることもあり、3名しか関与しなくても営業的集団詐欺罪が認められている。日本では末端関与者であるとされる「受け子」であるが、ドイツでは、警察に逮捕されればすぐに切り捨てられるようなアルバイトがその都度雇われているわけではなく、受取りをオーガナイズする指示役あるいはロジ担に当たる者が自ら受取りを行うこともある。したがって、日本のように「詐欺であるとは知らなかった」旨述べて故意や共謀を否認するケースは少ないと思われる。「受け子」が、受取りをオーガナイズするところから犯行に関与しているのであれば、詐欺の仕組みや手口を当然知ることになる。被害者から金品を受け取るためには、被害者と接触することも不可欠であるから、被害者に対して警察官になりすましたり、金品を保管しなければならない嘘の理由を述べたりする必要があるものであり、詐欺の故意を否定することができないくらい詐欺集団との関わりが深いと言える。

また、少人数で実行していれば、受け取った現金を持ち逃げするようなこともあまり発生しないであろう。日本において、「見張り」と称される役割は、受け子が受け取った現金を持ち逃げしないように「受け子」を見張っているのに対し、ドイツにおける「見張り」は、被害者宅付近に警察官が来ないかどうかを見張っていて仲間に警告をするという役割であり、組織構造の違いが見て取れる。「受け子」や「運転手」や「見張り」であっても、受取りのオーガナイザーとして詐欺の実行に深く関与していれば、幫助犯ではなく、問題なく共同正犯が認められることになるだろう。

さらに、日本では、「受け子」よりは上位であるものの、やはり詐欺組織に雇われてマニュアルに従って電話を架け続ける「架け子」についても、ドイツでは、「背後者」や「黒幕」として組織のトップを兼ねていることが多いようである。そうであれば、日本のように被害者候補リストとマニュアルを持っている

架け子が、上位者に隠れて詐欺の電話を架け、被害者から現金を騙し取って利益を得るといったことも起こらず、そのような場合に、場所やマニュアルを準備して詐欺組織を統括管理していた上位者も、包括的共謀共同正犯に問われるかどうかといった問題も生じないだろう。詐欺組織の規模や関与者の役割の違いにより、日本ではより複雑な刑法の理論的問題が発生しているように思われる。

3-2 適用罪名の違い

ドイツでは、ほとんどの事案で刑法 236 条 5 項の営業的集団詐欺罪が適用されているのに対し、日本においては、特殊詐欺に組織的犯罪処罰法 3 条 1 項 13 号の組織的詐欺罪が適用される例は多くない³³。日本の組織的詐欺罪は、「団体の活動として、当該行為を実行するための組織により行われる場合は、通常継続性や計画性が高度で、多数人が統一された意思の下で、指揮命令に基づき、あらかじめ定められた任務分担に従って、一体として犯罪を実行するという点で、その目的実現の可能性が著しく高く、また、重大な結果を生じやすい」など、特に違法性が高いことから、刑法の詐欺罪の加重類型として定められたものである³⁴。そして、詐欺罪の共同正犯（刑法 60 条）であれば、その刑の上限が懲役 10 年であるのに対し、組織的詐欺罪は、1 年以上の有期懲役となる。つまり、上限は、懲役 20 年となり（刑法 12 条参照）、法定刑の上限が倍に加重される。他方で、ドイツ刑法においては、通常の詐欺罪が 5 年以下の自由刑又は罰金刑であり、営業的集団詐欺罪は、1 年以上 10 年以下の自由刑である。そして、比較的軽い事案では、6 月以上 5 年以下の自由刑に処される。したがって、そもそも通常の詐欺罪の法定刑の上限が低く設定されており、加重して初めて日本の詐欺罪と並ぶことになる。しかも、加重類型の中にも減軽される類型が規定されており、その場合の上限は 5 年の自由刑である。

このような法定刑の違いに照らせば、日本の組織的詐欺罪の法定刑の上限の懲役 20 年は極めて重く、適用する必要がある事例はそれほど多くないと考えられる。実際に日本で組織的詐欺罪が適用された特殊詐欺の事例を見てみると、まず、47 回にわたり、被害者 30 名に対し、合計 1 億 1,677 万 6,270 円を入金させたという事案で、組織のリーダーであった被告人に懲役 11 年及び罰金 300

³³ 長井長信「組織的詐欺について」長井圓古稀『刑事法学の未来』（2017 年）513 頁以下で、組織的詐欺罪の成立が認められた判例が整理されているが、特殊詐欺事犯については、6 件という数字が挙げられている。また、甲斐克則「組織的詐欺罪と通常詐欺罪の区別」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集下巻』387 頁以下では、2 件の特殊詐欺事例が紹介されている。

³⁴ 三浦守ほか『組織的犯罪対策関連三法の解説』（2001 年）81 頁以下、加藤俊治編『組織的犯罪処罰法ハンドブック』（2019 年）22 頁参照。

万円が科された³⁵。また、72回にわたり、被害者15名に対し、合計1億8,870万円を入金させた投資型振り込み詐欺の事案で、詐欺グループを統括管理していた被告人が懲役9年6月に処された³⁶。このような裁判例に照らせば、組織的詐欺罪が適用されるのは、組織性が徹底されてうまく機能しており、詐欺を反復して多数の被害者を生み、多額の詐取金を得ていた限られた事案であると言える。特殊詐欺グループの組織性や反復継続した犯行、多くの被害を生んでいる状況に照らせば、組織犯罪としての団体性や組織性は充たしていることが多いように思われるが、本当に組織的詐欺罪の適用が必要な事案であるかについては、個別の事案ごとに慎重な検討が必要であろう。

4. おわりに

以上のとおり、日独の特殊詐欺事案をめぐる裁判例を比較すると、巧妙な手口に多くの共通点がある一方で、詐欺集団の規模や関与者の役割には違いが多く、それによって生じる法的問題も異なることが分かった。本稿では、様々な事例を検討することで、ドイツにおける特殊詐欺をめぐる判例の状況を概観したが、共同正犯と幫助の区別など、理論的に深く掘り下げるべき問題が多く見られた。引き続き、日独の特殊詐欺事例を比較検討し、詐欺罪をめぐる刑法総論の理論的問題を追究していきたい。

やまなかじゅんこ（本学法学部講師）

³⁵ 神戸地判平成20年7月16日 LEX/DB 25421293。

³⁶ 大阪地判平成26年3月6日 LEX/DB 25503838。

【論説】

刑法学とどう付き合うか (2/2) : 「因果関係」論

P教授のオンライン オフィスアワー

大塚 滋

【概要】

本稿は、2022年度内に、架空の大学法学部の法哲学担当教員P教授が設定しているオフィスアワー(オンライン)にアクセスしてきた法学部3年次生2名との2回にわたる対話を収録したデータを、彼らの了解を得て公表するものである。彼らとの一連の対話の内容は、「刑法学とどう付き合うか」というテーマで括ることができるものであった。

刑法という法律は、条文数はそれほど多くはないにもかかわらず、高度な体系的理解が求められ、複数の学説が複雑かつ微妙に対立し合っているため、その習得が容易でなく、法律学の中でも難解な分野の一つとされている。今回アクセスしてきた学生の一人はまさにその刑法学に悩まされていた。P教授は、大学院時代に刑法学から法哲学へと専攻を変更した経歴を持っているため、その悩みを解決してもらえらるだろう、との期待を抱いて、今回そのオフィスアワーにアクセスしてきたわけである。

本号掲載部分は、その2回目の対話で、前回テーマとなった「構成要件」と関連して、構成要件該当性判断の大前提であるところの「因果関係」とは何か、を巡って行われたものである。まず、P教授から、刑法学における因果関係論は自然科学的な意味のものではなく、その核心は帰責論にあるにもかかわらず、あくまでも因果関係論として議論されているために混乱が生じていること、したがって、刑法の適切な理解のためには両論を自覚的に区別して議論すべきことが指摘される。

因果関係は、同教授によれば、条件公式によって判断される条件関係に他ならない。それは、その連鎖に際限がない点が難点とされ、因果関係の「断絶」や「中断」が論ぜられてきたが、それは、因果関係を原因から結果へと考えることによる誤った発想であり、正しくは、犯罪の捜査と同様、結果からその原因へと考察を進めなければならない、との教授独自の所説が展開される。

そして、過失犯の因果関係、結果的加重犯の因果関係、被害者の隠れた特殊事情や被害者自身の不適切行為が結果に影響を与えていたと思われる場合の因果関係などに関し、学生たちとの議論の中で、因果関係から区別されたその帰責論を検証していく。

【登場人物】

P = 法哲学・法学方法論の教授 (法実証主義者 : 刑法学でも修士号を持つ)

F = 法学方法論講義を履修したが法哲学講義は未履修の3年次生で、所属ゼミなし

G = 法学方法論講義と法哲学講義を履修した3年次生で、刑法ゼミに所属

オフィシアワー2時間目開始

F : 先生こんにちは。前回の後すぐアポを取ったんですよ。ラッキーにも先約はありませんでしたね。今日もよろしくお願いします。

G : 私もよろしくお願いします。前回、今日は因果関係をやると決めてもらってましたので、F君と一緒に多少準備してきました。

P : こちらもよろしく。残念ながら、第7波がやってきてしまって、対面でのオフィシアワーは実現できなかったけれどね。

それにしても、二人とも刑法に熱心だね。学者向きかもしれないな。

G : というか、先生の特異な学説にちょっと興味が出てきてまして、もう少し聞かせていただこう、ってなったんです。

F : どうして先生はこんな変な考え方に、いやすみません、変わった考え方になったのか、というも聞いたら、なんて。

P : まあ、それは時間があつたら、ということにして。じゃあ、始めようか。

F : Gさん、やっぱり僕から話すんでいいかな？

G : いいわよ。どうぞ。

因果関係論は帰責論だった

F : 前回の最後に、刑法の因果関係論に騙されているみたいって言いましたが、要するに、よく分からないんですよ。微妙な違いの学説がいくつもありますし、それに、学説と判例の間でも対立があるみたいですが、行為と結果との間の因果関係があるかないかってそんなに意見が分かれるものなのかな、と。

G : いや、判例はこれまで条件説に立っていたけど、最近、学説の主流の相当因果関係説に歩み寄ってきたんじゃないか、という見方もあるみたいよ。

F : ふーん。

P : 僕は純粋な条件説の立場なんだけど、そもそも判例が一貫して条件説だったというのも怪しいらしいじゃないか。僕は詳しく調べてはいないけれど。

F : 僕は、どの立場を取るべきか、全然決められないでいるんですよ。

でも、こんな具合にみんなが議論しているこの因果関係って、何なんですかね？ 刃物で切りつけたので傷害を負わせたとか、運転中、携帯の操作をしていて前方を見ていなかったので歩行者をはねて傷害を負わせたとか、というの

は、この鉄道の線路は真夏の太陽に熱せられたので何ミリか伸びたとか、授業に遅刻しないために駅から教室まで 500m 以上も走ったので息が切れたとか、というのと同じ自然現象というか自然法則みたいなものじゃないんですか？

P: 確かにそうだ。因果関係と言え、もともとそういう自然科学的な概念のはずだ。でもね、法律の観点というか裁判の観点では、そうじゃない、と思っていないと混乱するよ。自然科学と同じ概念を使っているし、公害事件の時の「疫学的証明」問題などがあったから、あたかももっぱら自然科学的な内容を持った概念のレベルで議論していると思いがちだけれど、実は、法律学の世界では因果関係という概念は、「帰責」関係のことだと思ふべきなんだ。そうすると相当因果関係説は実に分かりやすい学説だということになるのさ。

G: 「きせき」？ それって、責めを帰する、っていうことですよ？

F: 奇跡じゃないんだ。

P: じゃあ、このボードに書くよ。「帰責」という言葉はドイツ語の *Zurechnung* の訳で、その後ろに「能力」という意味の語が付くと、責任能力と訳されることもあるけれど、その元となった *zurechnen* という動詞は、日常的には、この出来事を誰々の「せいにする」という意味なのさ。「俺がグレたのはこの腐った社会のせいさ」とか、「俺が遅刻して怒られたのは母さんが起こしてくれなかったせいだよ！」とか言うだろう？ それだよ。この意味合いが、刑法学上の因果関係のあるなしの問題の中身なわけよ。つまり、事実と事実の客観的な繋がりを問題にしているように見えて、実は、起こった事実を誰の「せいにする」か、という問題を議論しているんだよ。

人が傷害を負った、とかの結果があったとして、その結果を引き起こした原因は誰の行為か、という議論の形の中で、その傷害は誰の「せい」か、誰の責任か、ということが問題になっていて、基本的に、誰かの行為との因果関係を肯定することが、すなわち、刑事責任の肯定になっているのは分かるよね？ しかし、それはある意味、当然のことだとも言えるのさ。そもそも刑事裁判というのは、被告人が有罪か無罪かを審理し決定する法的制度だからね。

F: ということは、因果関係は本来、構成要件該当性の問題なんだけど、いつの間にか責任論の問題になっちゃっている、ということですか？

P: いや、三分説における責任論の問題ではない。責任論は行為者の主観の領域に関わるけれど、「帰責」関係は行為の客観面の問題だからさ。

F: まだよく分かりませんが、因果関係論は自然科学的な因果関係を扱っている、なんて思っていると間違いよ、ということですか？ 先進めて下さい。

G: 確かに、因果関係に、相当な因果関係だとか相当じゃない因果関係だとかがあるというのも、変といえば変のような気がしてきました。因果関係は、あるかないか、だけだとも思いますし。だから実は、「この結果をこの人の『せ

い』にしているのか、よくないのか」、という判断だったんですね。

そういえば、前田先生は、因果関係のところで、ずいぶんこの「帰責」という言葉を使っていたような気がしたので、今、教科書『刑法総論講義 第7版』見てみたら、表題が「客観的帰責——因果関係」(前田雅英 2019: 132)となっていましたね。これまでは何とも思わずに読んでいましたが、前田先生は、意識的に因果関係論を帰責論として論じていたんですね。

それに、大塚先生たちの『基本刑法 (総論 第3版)』も因果関係は「客観的帰責(帰属)の判断」だとしていましたよ (大塚裕史他 2020: 58)。

P: 前田先生のその部分は僕も特に気に留めなかったな。

しかし、「客観的帰責」と言う以上、「主観的帰責」というのもあるわけだよな。それはどんなものだとされている？

G: 確認します。はい。前田先生は、客観的帰責関係が認定され、「故意が認められれば、原則として結果は主観的にも帰責され得る」(前田前掲: 196)、と言っていますね。そうすると、因果関係は結果の行為への客観的帰責、故意は結果の行為者への主観的帰責、ということなんですかね？

P: そうなんだろうね。要するに、主観的帰責は故意の問題だということね。

だけど、そうすると、過失だって、主観的帰責が問題になるはずだけど・・・

G: 後ろの索引を見るかぎり、前田先生は過失のところではその言葉を使っていないようです。ただ、『基本刑法』の方は、「故意過失の判断は、主観的帰責(帰属)の判断である」としていますよ (大塚他前掲: 58)。

P: なるほど。主観的帰責というのはやはり責任論の問題とされているんだ。因果関係はその責任論と親戚だというわけね。F君の直感通りみたいだけれど、僕はこれはミスリーディングな説明だと思う。その理由は後で具体的な例で説明するよ。とにかく今は、そういう帰責論と因果関係論がはっきり区別されないまま議論されている、ということだけを確認しておこう。

でもね、この帰責論も、問題の行為と結果の間に条件関係があることを当然の前提にしていることを忘れちゃいけないよ。だから、本来の因果関係論としては、本当はみんな条件説なんだけど、因果関係論と帰責論とが明確に区別されていないために、因果関係論の外形の下で、因果関係以上のことを論じちゃっている。だから、ちゃんと分けて論じましょう、というのが僕の意見さ。

F: 条件関係の確定以上のことは全部帰責論だ、ということですか。

P: そうだ。しかし、そんな曖昧な議論はそっくり全部アウトだ、と言っても先に進まないから、それを聞いている僕らの側が、彼らが因果関係として論じているのは本当は帰責の問題なんだ、と思って聞いていればいいわけよ。

じゃあ、どうして、多くの先生はその帰責論を因果関係論として議論しているのか、というと、僕はこう踏んでいるね。因果関係も、今言った帰責も構成

要件該当性の問題なんだけれど、その構成要件というのは違法類型とか違法かつ有責類型とかと考えられているので、因果関係のあるなしは即、法的判断、いや規範的判断だと考えてしまうからだ。だから因果関係論と帰責論がごっちゃになっちゃうんだよ。

因果関係は条件関係

G: 先生は、因果関係というのは条件関係に他ならないとする条件説の考えだと言いましたが、その考え、詳しく説明してください。

F: その条件関係というのは、「前者がなかったならば、後者はなかったであろう」という条件公式で確認される関係のことでしたよね？

P: そうだよ。じゃあ、その点から僕の条件説を説明しよう。

まず、この条件公式というやつは無限に連鎖的に使えるものだ、ということを確認しておこう。BがなかったならばAは起こらなかった。でも、CがなかったらBは起こらなかった。さらに、そのCも、Dがなかったならば起こらなかった。さらに・・・、という具合にね。

ただ、注意しておくべきことは、この公式で確認される条件関係というのは、その公式の「・・・であろう」という表現が示しているように、人間の頭の中に作られる関係だということ。つまり思考上の連鎖だということ。人間の判断なのさ。いくつかの事実の関係をつなぐ、人間の科学的な知識と積み上げられてきた豊富な経験知に基づいているけれども、とどのつまりが判断に他ならないわけよ。客観的な事実の世界で、人間の思考と関係なしに、存在しているものじゃないんだ。この公式のことを、事実関係の発見公式だ、という人たちもいるみたいだけど、それは違うと思う。あくまでも人間の頭の中で構成された物語なのさ。だから証明なんてできないものなんだ。

G: 確かにそうですね。条件公式は判断の形式になっていますものね。

F: そうなんですか？ 僕はずっと、客観的な事実の関係だと思っていました。

P: もちろん、このナイフでこんな風に刺したからこんな傷ができたとか、2階のベランダから手を滑らして植木鉢を落としたから、たまたま下を歩いていた人の肩に当たり怪我させたとか、判断というより客観的な事実関係なんじゃないかと思われるものもあるけれど、それはただ、「・・・ならば、・・・だったであろう」という判断に、誰一人として反対しないだろう、と言えるくらいその結びつきは確実だと思われる、ということにすぎないのさ。

それから、「・・・ならば、・・・だったであろう」か、と人間がどんどん考えていけば、どこまでも遡って行って、果ては、こんな凶悪なやつを産まなければとか、こんなうっかり者に育てなければ、こんなことは起こらなかっただろうとか言って、その親をもその結果の条件にすることもありうるわけだ。しか

し、それは決して条件公式の濫用じゃないよ。正しい使用の結果なんだ。当たり前のことだ。そのこと自体、問題にする方がおかしいのさ。

F: そうなんですか？ それって、よく言われるように、桶屋が儲かったのは風が吹いたからだ、とするのと同じ、とんでもない話なんじゃないですか？

P: なんでそれがとんでもない話なの？ もっと元を辿って、強い低気圧が近づいたからその風が吹いたんだとすると、その低気圧に求めたっていいし、さらに、その低気圧だって、海水温が異常に高くなったからとか・・・

F: そんなこと言ったら、地球が、太陽が、なんてことにも？

G: ちょっと F 君、あなたが「とんでもない」と思っているのは、因果関係のあるなしと、これこれの「せい」にする、という帰責の問題とをごっちゃにしているからだ、って先生は言いたいんじゃないかしら？

P: まさにその通り。ある行為と、問題になっている結果との間に因果関係がある、と言っても、それは必ずしも、その結果をその行為の「せい」にした、帰責した、というわけじゃないんだよ。みんなそう考えているようだけれど、因果関係と帰責は区別しなきゃダメだ。帰責の問題というのは、因果関係があると判断された後に初めて出てくるもので、その結果発生をもって犯罪行為が既遂となったと見るべきなのか、とか、結果的加重犯が成立したと見るべきなのか、とか、過失犯が成立したと見るべきなのか、とかの問題なのさ。

F: そうか。帰責の問題というのは、そういう問題だったんですね。

因果関係の断絶と因果関係の中断

P: それで、因果関係論で問題になるのは、その帰責先を誰にするか悩ましいケース、つまり問題の結果に因果関係のあることをやった主体が複数いたり、他の事情があったりする場合じゃないか？ 第三者だったり、被害者自身だったり、行為者自身のその後の行為だったり、被害者の特殊事情だったり、それから自然現象もそうだな。一般に、「介在事情」があるケースと言われるやつだ。一人の一つの行為だけの場合なんてほとんど問題にならないじゃないか。僕が愛車を居眠り運転していて、信号で止まっていた前の車にぶつかって、その車の運転手に大怪我を負わせた、なんて事件や、僕が日頃より不快に感じていた男がまたぞろ僕に気に触ることを言いやがったので、とうとうブチギレて、思いっきり蹴飛ばしたら、その男の足を骨折させてしまった、なんていう事件で、因果関係の有無は問題にもならないよね。二義を許さず因果関係ありさ。問題になるのは因果関係の錯誤の時くらいかな。

G: はい、その錯誤。それは事実の錯誤の一種で、侵害すべき客体は間違えていないし、当初の目的通り侵害には成功しているけれど、思っていた通りの因果関係をたどった侵害じゃなかった、というケースですね。

F: そんなの確かにあったな。例えば、・・・

G: よく出てくる例で言うと、溺死させようと橋の上から突き落としたり、途中の橋脚に頭をぶつけてそれが原因で死亡した、とか・・・

F: その例は覚えてる。分かった。ありがとう。

P: 要するに、因果関係が問題になるのは、おかしなことに、それが断絶するとか中断するとか言われる場合なのさ。今も言った、結果を左右していそうなのが複数ある場合さ。問題の結果を、そのどれの「せい」にするか、という問題の時なのさ。教科書でもずいぶんスペースが割かれているだろう？

F: その因果関係の「断絶」だとか「中断」だとかいうやつ。その二つの意味とか、どう違うのかが今一分からなかったんですよ。

P: 実は、僕も、どっちにも「断」が入っていて、紛らわしいので、今でもどっちがどっちだったか怪しくなるんだ。ここはGさんに間違いのない説明をお願いしよう。

G: いや、私もそんなに自信はないです。というのも、山口先生は「因果関係の中断」には触れていないですし、前田先生もなんだかこの点あまりはつきり書いていないものですから・・・だから、書記官本(『刑法総論講義案(3訂補訂版)』)を見ながら説明するんでいいですか？

P: いいよ。そうお願いします。

G: 書記官本では、一般に「因果関係の断絶」と言われる事態は、「実行行為から結果に向けて因果の流れが進行中、行為者の行為とは無関係の偶然の事情が介入し、それによって当該結果が発生してしまった場合」で、「条件関係そのものが否定される場合」となっています。それに対して「因果関係の中断」の方は、「条件関係の存在を前提として、なお因果の経路に一定の事情が介入したことを理由に刑法上の因果関係の存在を否定しようという理論」(裁職総研2014:84)、「理論」？うん？まあ、そういうものです。

F: 要するに、「断絶」と「中断」はどこが違うっていうわけ？僕にはよく分かんないな。みんなこういう説明で分かっちゃうんだ。すごいな。

P: 多分こういうことかな？実行行為と結果の間に因果関係がないとする結論は同じだけど、「断絶」の方は条件関係が切れた、とするのに対して、「中断」の方は条件関係は否定されていない、という？しかし、確かに微妙な話だな。ところでGさん、この違いは具体的例で説明されているんだよね？

G: はい、もちろんです。「断絶」の例としては、毒薬を飲ませたけど、それが体に回らないうちに、別の者に刺し殺された、というのが挙げられていますね(同前)。それから、「中断」の例としては、殺そうと思って刺して重傷を負わせ、病院に入院となったけれど、その被害者が同じ病室内の別の患者とトラブルを起こし、その患者に刺し殺された、というのが挙げられていますね。この

「中断」の方は、条件説を採りながらも、そのとんでもない結論を避けるために「法的な絞りをかける立場」とされています (同前 : 87)。そうか。さっき、「理論」と言っていたのはこの「立場」の条件説のことだったんですね。

P : なるほど。でも、そうだとすると、「断絶」という表現はちょっとミスリーディングだな。要するに、条件関係がない、ということだよな。なのに、「因果の流れが進行中」なんていうふうに、行為の方から時系列に沿って、何かが伸びてくるかのように考えるから、「断絶」という表現になっちゃうんだろうけれど、条件関係というのは本来、逆に、実際に生じた犯罪的な結果を起点にして、あの公式を使って過去の方に向かって原因を想像していくものだから、本当は、「被害者は別のやつに刺し殺されたんだが、こいつが毒薬を飲ませなかったならば、刺し殺されなかっただろうか？」と問題を立てて、「飲ませなかったとしても、刺し殺されただろう」という結論を出した、ということにすぎないんじゃないの？ だから断絶なんて言うのはおかしいと思うな。

それに対して、「中断」というのは、「最初のやつが刺して重傷を負わせなかったら、後のやつに刺し殺されなかっただろうか？」と問題を立てて、「最初のやつが刺さなければ、その病院に入院することもなかったわけだから、後のやつとトラブルになることも、その挙句に刺し殺されることもなかっただろう」というふうに、条件関係を肯定することになっちゃうけれども、やはり因果関係はすなわち帰責関係だと思っているから、それはまずい、ということで、後のやつによる行為が起こったために、最初のやつの刺傷の因果関係がそこでまさに「中断」した、ということにしよう、となったんだな。これも「因」の方から「果」を見ていることによる結果だ。

F : そうか。「因果関係の断絶」を「条件関係なし」と言いなおしてしまえば、「因果関係の中断」とごっちゃになることはなかったんですね！

G : 私も、「中断」論というのを見ていて、条件関係を認めているのに、「因果関係」を中断させる、という考えがどうしても腑に落ちなかったんですが、まさしく先生が言うように、因果関係として論じられていることは帰責関係に他ならないんだ、と理解すれば、納得できるように思います。この被害者が死んだのは、後の行為者の「せい」であって、最初の行為者の「せい」ではない、ということが言いたいんですよ？

P : そうだと思うよ。だから、「中断」論を唱えている人は、条件説に立っている、と言っても、相当因果関係説と同じなんだよ。結局は「帰責」論なんだからね。僕の条件説はそうじゃないよ。帰責論とは一切関係無いからね。

それから、この「断絶」・「中断」論にもう一つケチつけていいかな。

F : まだケチがあるんですか？

P : だいたいさ、今出てきた例は、テレビのなんとかサスペンス劇場とか、ネ

タが尽きかけた作家の推理小説あたりで出てきそうで、リアリティーがほとんどない、講壇事例中の講壇事例じゃないか。そういう例を持ち出してしか説明できない理屈というのは、どこかに問題があると考えた方がいいと思うんだ。

G: ツッコミどころ満載の理屈ということですね？

P: まず「断絶」の方の毒薬の例からいこうか。これを詳しく見ていくと、多分こういう経過だったんじゃないかと想像できる。どこかで被害者の死体が発見された。司法解剖された結果、死因は心臓を刃物で深く一突きされたことによる失血死だと判ったんだが、胃の残留物や血液の検査をしたら、致死量の毒物が検出された。そこで、捜査をした結果、刺したやつと毒物を投与したやつをそれぞれ特定できたので、どちらも殺人罪ないしは殺人未遂罪容疑で逮捕した。で、取調の結果、両容疑者同士は全く無関連であったこと、投与薬物は致死量ではあるが、その効果が現れるのには1時間はかかるという特別なもの、その投与は刺殺の30分前なので、まだ、体調の変化は何も現れておらず、刺殺行為には影響を与えていないと判断したので、薬物投与者は殺人未遂罪で起訴。刃物で刺したやつは失血死の原因を作ったやつだから殺人罪で起訴。裁判でもそう認定された。まあ、こんなところかな。

F: 先生、よくそういうリアルっぽい物語をすぐに思いつきますね。

P: でも、こんな偶然が実際に起こるとは到底思えないね。まさに講壇事例だね。それに、僕はこんな薬物が実際にあるかどうか知らないし、その投薬行為がその30分後の刺殺行為に条件関係的影響を少しも与えていない、ということも普通には想像しにくいと思う。昔は、毒薬投与後に、雷に打たれて死んだ、という例だったと思うけれど、この落雷のケースなどは、毒物投与という犯罪の認知すらされず、事故として処理される公算大だよな。

G: 前田先生は、断絶の例として、寝たきりの人を切りつけ重傷を負わせ、亡くなるまでの間に落雷があつて、それで亡くなった、というのを挙げていますよ（前田前掲：133注3）。

P: ああ、そう？寝たきりの人に行っているところは上手いね。しかし、落雷で火事が発生して全焼、とはならなかったんだね。だから、被害者の周りに大量の血液が残っていて、事件性が認知されたんだろうと思う。そして、寝たきりである以上、刺傷行為と落雷による死亡との間に条件関係は認定されないだろうから、加害者は殺人未遂罪に問われることになったんだね。

この前田先生の例もそうだけど、これから槍玉に挙げるもう一方の「中断」の方の病室の例も、まず起こりえないな。でも、まあ、それはいいとして、この「中断」の事例は、いくつか重要なことを考える手掛かりになるような気がするので、詳しく検討してみよう。

直接の死因から考える

被害者の死という結果があって、それと条件関係的に繋がっている行為を故意でやったやつが別々に 2 人いる。面倒だから、これからは、最初に刺したやつを A、刺された被害者を B、後で刺したやつを C と呼ぶことにしよう。

まず質問しよう。「中断」というアイデアを使うということは、B の死を A ではなく、C に帰責する、ということだよな。ということは、このアイデアを使わなければ、いずれも B の死に条件関係のある行為をしているわけだから、B の死という一つの結果に関して無関係な A、C がともに殺人既遂ということになってしまい、不都合な事態になるので、A の行為の因果の流れを「中断」させなければならない、と考えたからだと思いますか？

G : えっ、どうなんでしょう。「中断」論では、A の行為と最終の犯罪結果との間の因果関係ばかりが問題になっていて、C の行為や罪責のことは問題の本質じゃないのか、多くの先生は、ほとんど論じてないですよな。

F : 僕は、因果関係があるなら A が、ないならば C が、って単純に思っていましたよ。だから、B を意図的に刺しその傷が原因で B を死なせた C がその既遂の責任を問われるならば、A は、殺人の故意で B を刺したとはいえ、既遂にはならないと。

G : 帰責先はどちらか一方でなきゃならない、という法的根拠はないので、因果関係の中断を認めないと、B という一人の人間の死について、A と C の二人の行為者の行為が、実行行為の場所も時間も離れているのに、結果と条件関係で繋がっているから、両方とも殺人の既遂犯として罰せられる、ということも可能になるはずですよな。

P : 僕もそうだと思っている。もし、一人限定じゃなきゃいけないとすると、A と C の訴訟は併合とかさせないとまずいことになるよな。でも、実際にはそうっていないようだから、やはり一人限定じゃないね。

しかし、そうだとすると、A に B の死の責任を帰していいか、という問題はある。因果関係があるから、自動的に既遂犯になるわけじゃないよな。今のケースでは、A も C も、B を単に刺したということになっているから紛らわしいんだけど、例えば、A は脇腹を刺したが、C は心臓をひと突き、という場合はどうだろう？あるいは、C は刺したんじゃなくて、点滴台の脚の部分の頭に振り下ろして撲殺した、という場合はどうだろう？どちらの場合でも A の行為との条件関係は肯定できるけれど、A を殺人の既遂犯にしていけるかな？脇腹刺した A に心臓を刺されたことによる死亡の責任とか、ましてや、頭部を潰されたことによる死亡の責任とかを負わせていいのかな？

G : 確かによくない感じがしますね。だから、条件説にとっては中断論が必要になるんですな。因果関係で切ることができて、表向きその問題を回避できま

すものね。相当因果関係説は相当性で切りますけど・・・あれ、同じことやっているのかな？

P: どちらも、そうやって回避するのはずるい気がするな。

ところで G さん、このケースでは、A が既遂か未遂かが問題になっているけれど、あなたは、犯罪の既遂というのをどのように定義している？ 定義次第では、このケースの A も殺人罪の既遂犯になっちゃうんじゃないかな？

G: はい、既遂犯というのは、未遂犯に関する 44 条の条文から判断しますと、犯罪の実行に着手してこれを遂げた者のことですが、例えば書記官本では、構成要件を充足させた者（裁職総研前掲：282 参照）だとか、山口先生の場合は、最終的に構成要件該事実を惹起した者（山口厚 2016：279-280 参照）だとか、それから前田先生は、結果犯の場合に、結果を発生させた者（前田前掲：106 参照）だとか、定義しています。

私もこんな感じで考えていますが、こういう定義を形式的に当てはめると、殺人の故意で実行行為に着手し、どういう死に方かは別にして、当該被害者が死んでしまえば、既遂になってしまう、ということでしょうか。

P: 教科書だからある程度しょうがないんだけど、そういう実行行為の方からの抽象的な定義だと、そういうことになりそうだね。

G: いや、待って下さい。『基本刑法』は、「その犯罪の構成要件要素（実行行為、結果、因果関係など）がすべてそろった」ときが既遂だとしていますね（大塚他 2020：252 参照）。既遂になるためには発生した結果との間に因果関係がないといけない、となっているような・・・

P: 因果関係、いや帰責論的因果関係で絞りをかければ、何でも既遂になる可能性はなくなるね。実行行為を起点にして既遂を考えているから、そうしなければならないんだけど。でも、僕がさっき作った例みたいに、死因が違う場合であっても、殺そうと思って殺す行為の実行に着手したら、その先の被害者の死と因果関係的に繋がっていると判断されれば、殺人の構成要件を充足させた、故に既遂だ、などと言う可能性は残っているよね。撲殺されたのに、刃物による殺人既遂なんて、変じゃないですか？

僕は、そういう考え方に対して、被害者の直接の死因の方から考える、という選択肢があると思っているんだ。

G: 死因の方からですか。それと関係しているかどうか分からないですが、前田先生が、確か、主に因果関係判例の分析に基づいて、この「中断」事例のちょっと面白い分類をしていたと思うんですが・・・

P: どういうのだったかな？

G: ここです。見つけました。今私たちが題材にしている事例で言いますと、C の行為という、行為後の「異常な事情」が介在した場合、A に B の死の結果

を帰責しうるか、という問題を立てて、A の実行行為が「危険性大」で「死因を形成したような場合」は、原則として因果関係あり、とします。これを「致命傷型」と名づけています。それに対して、行為が「危険性小」の場合は、原則として因果関係なしです。そして、この危険性が「中間」、つまり、大きいとも小さいとも言えない場合は、「介入事情の異常性と寄与度」を「考量」して決めるんだそうです。そうやって因果関係が認められる類型を「想定内型・介入事情誘発型」と名付けています (前田前掲 : 141-142)。

P : 危険性の大中小か。微妙な違いだな。それぞれの型に括られた具体的事件として前田先生がどんな例を挙げているか憶えていないので、なんとも言えないけれど、僕たちが最後に想定した点滴台の事件の場合は、死因が違うから、まず「致命傷型」じゃないよね。それに「想定内型」でもない。じゃあ、「介入事情誘発型」か？ そうとも言えないな。とすると、「危険性が小」ということで因果関係なし。だとすると、殺人未遂罪という結論になるわけだ。

しかし、前田先生のこの分類も、因果関係をより過去の「因」の方から見ているよね。A の行為の「危険性大」とか、C の行為は A の「想定内」だとか、A の行為が C の行為を「誘発」したとか。でも、B は、C によって、例えば撲殺されたんだよ。その直接の死因から始めるのが真っ当なんじゃないのかな？ そこから考えれば、点滴台で頭を殴った C が殺人の既遂罪で、それより以前に刃物で B の脇腹を刺した A は殺人の未遂罪、というのが自然な理屈だよ。

F : そうか。医学的に言って C が何で死んだか、というところから出発すれば、あれこれ悩むことなく、すっきり結論が出るのかもしれないですね。

P : F 君、その思いをもう少し確実なものにしてあげよう。

教科書の「中断」ケースは簡単な事実関係しか示されていないけれど、もしかすると、詳しい事情はこんなものだったのかもしれない。やはり講壇事例だけれど。

例えば、そもそも B はとんでもないやつで、その B からしつこいハラスメントを継続的に受けていた A は、とうとう殺意を抱くようになり、ある日 B を刺した。幸い傷は致命傷ではなかった。しかしその入院先でも B はやはり大人しくしておらず、同室の C に、「何ガンつけてんだよ！」などと因縁をつけたためにトラブルに発展し、堪忍袋の緒を切らして、殺意を持ってそばにあった点滴台を B の頭に振り下ろした、という場合とか。

G : B は単なる可哀想な被害者じゃなかった、というわけですね。

P : だいたい、短期間に 2 人の別の人物から刺されたり凶器で殴られたり、挙句に死ぬなんて、普通の人間じゃあまり考えられないからさ。「介入」という言い方を使えば、B の死までの間に「介入」したのは C だけじゃなくて、その前に B 自身の性向があった、ということだね。しかし、C の行動がいかに同情

できるものだとしても、やはり罪は免れない。Cは殺人罪の既遂だ。

問題になるのはAだ。Bがまたぞろ同室者に因縁をつけ始めたくらい回復したのであれば、常識的には、いくら条件関係はあっても、Aを殺人罪の既遂にするわけにはいかないと思う。だから、やはり殺人未遂だ。こう考えると、中斷論を取らなくても、妥当な結論になると思うがね。

F: 常識的な判断ということですか。理論的というより。

P: そうかもね。ところが、事情がガラッと変わって、Aによる傷がかなり深刻で、意識が戻らないまま病院で集中治療を受けている時、看護師の1人であるCが、このBという患者は、かつて自分をレイプした男だと気づき、復讐殺人を決意し、ある夜、密かに点滴液に界面活性剤を混入させ、Bを殺害した、ということになると、少し悩ましい。これも映画みたいな設定だけれど、直接の死因が界面活性剤を血液中に注入したことによる多臓器不全だとすると、やはりCが殺人罪の既遂に問われるのは当然だ。しかし、Cの行為がなされる時点でのBの状況は生死の境目だったわけだから、Aを殺人未遂として片付けるのには躊躇を覚えるかもしれないけれど、Aが刺したことがBの直接の死因でない以上、僕の直接死因説では、そのAをB殺人の既遂犯にするわけにはいかないと思うけれど、どうかね？

G: 要するに、詳しい事情はあまり関係なく、Bの直接の死因を作り出したのは誰か、ということが何よりも問題だ、ということですよ。看護師さんのケースで、Aによる傷のダメージで体力が相当落ちていたため、界面活性剤注入が早期に発見され適切に対処されたにもかかわらず死亡に至ってしまったという場合だったら、死因に絡んでいるから、Aも殺人既遂に問われるんですよ？ それなら、いいと思うんですけど。

P: そうなると思うよ。

因果関係への「介入」？

とにかく、大事なのは、「果」の方からその直接の「因」を探り出す、という犯罪捜査のような考え方だ。この考えには「介入」も「介在事情」も出てこない。ところが、普通の条件関係論者はこう考えないわけ。CはAが行った刺殺の実行行為から、刺殺行為の結果であるBの死の発生までの間に「介入」した、割って入ってきた、だから、Aの行為からの因果の流れは「中斷」した、と。しかし、この考えはおかしいよ。

そもそも「介入」とか「介在」とかと言われる事態は、例えば、夫婦喧嘩に夫の友人が介入したとか、この業者と役人との間の贈収賄事件にはある1人のフィクサーが介在していたとか、本来は、現に存在している二つのもの間に起こるのであって、存在しているものとまだ存在していないもの、つまりまだ

生じていないものとの「間」には「介入」などは起こりようがないわけよ。

G : 確かに。だんだん、おっしゃる通り、と言いたくなってきましたが、だとすると、どうして、多くの刑法学者は「介入」とか「介在」とかを当たり前のように教科書で解説しているんですかね。私も、これまで、それに疑問も持たずに、口にしてきましたが。

P : さっきから言っているように、「介入」などといった発想は、時系列の過去の方から因果関係を考えるから出てくるものなんだよ。たしかに起訴状や再現ドラマの場合はそういうやり方で描くけれど、その元となった犯罪捜査は、逆に、その物語の結末の方から出発するだろう？

F : そうですね。どこかの茂みで死体が発見された、みたいなところから。

P : その例でいくと、死体が発見されたら、まず警察は、その死体は誰かという確認と、その死因を特定するところから始めるのが普通じゃないか。それなのに、「断絶」の例の毒殺の場合は、変な言い方だけど、まず「毒」の投与の方から見てしまうために、たまたまこの例では「殺」との間に隔たりがあるから、その間に別なもの、無関係な他人の刺殺行為が「介入」と言ったりするし、「中断」の例の刺殺の場合でも、「刺」の方から見てしまうから、「刺」と「殺」の間に別の刺殺行為が「介入」した、と考えたりしちゃうわけ。

そうじゃなくて、「風」と「桶屋」の関係で言えば、桶屋が儲かったのは、風が吹いたからだ、と結論する前には、必ずまず、大量のネズミが大量の桶を片っ端からかじってダメにしたからだ、という判断をしていなきやならないよね。その次に、じゃあ、なぜネズミが大量発生したのか、というと、それは、猫の数が激減したからだ、となり、じゃあ、なぜ猫がいなくなったのか、という具合に条件公式を使って、過去に遡って行って、最後に、風が吹いたから、という原因に到達したはずだ。

G : その通りだと思います。

P : しかし、そうやって明らかになった事実関係を、時系列に従って、例えば起訴状のように書き並べてしまうと、原因の方から考えるのが自然になり、「介入」とか「介在」とかの発想が生まれやすくなると思うんだな。

F : なるほど、だから、その事件で犯罪捜査が実際にどのように進められたかを想像して因果関係を考えろ、ですか。なんだか、ドラマチックで面白そうな気がします。

G : でも、その考え方は条件公式本来の考え方なのかも。とりわけ刑法では。

P : そう、本来的な考え方だ。でも、刑法限定かな？

G : はい、私はそのような気がしました。

というのも、民法 415 条の場合は、債務不履行の行為などがあった場合、債権者は「それによって生じた損害」の賠償を請求できる、と定められている

すよね。この規定の仕方から判断するとこの条文は、債務不履行という行為そのものに対する賠償責任ではなく、「それによって生じた」結果、すなわち、債務不履行と因果関係のある損害という結果、に対する賠償責任を定めているわけで、その結果の方は特定されていませんから、それは無限にありうることになりますよね。だから、急いで次の416条で、損害賠償の範囲を「通常生ずべき損害」、つまり相当因果関係にある損害と言われる結果に限定しなきゃならなかったんじゃないか、なんて私は考えたりしていたんですよ。

それと違って、刑法の場合は、各本条は基本的に「・・・した者は・・・に処する」という規定の仕方をしていますよね。つまり、誰かを殺したとか、傷つけたとか、特定の結果を惹き起こした者に対する刑罰を定めているわけですから、先生の、犯罪捜査の流れをなぞるような考え方はこの刑法には当てはまるんじゃないかな、と思ったんです。

P:なるほど。僕は民法と刑法の規定の仕方の違いを因果関係論との関係では注目してこなかったな。ありがとうGさん。ずいぶん勉強しているね。

G:いえ、先生の説明を聞いていて、ふいにそんな気がただけです。

F:そう言われてみれば、そうだな。規定の仕方が全然違うんだな。

しかしだよ、そうだとすると、民法的な相当因果関係説を、刑法の方でも唱えるのは、ちょっと待てよ、ってことになるんじゃないの？

G:たしかに、刑法の規定の仕方にはあまりなじまない考え方のような気がするけど・・・でも、私はこれまで相当因果関係説、それも折衷説の立場に立って、答案練習とかやってきたのよ。どうしよう。

P:いやいや、それでいいんじゃない？ さっきも言った通り、刑法の因果関係論は、その実、条件関係のあることを前提にした帰責論なんだ、ということが分かっていたらね。相当因果関係説は、相当性という概念で、ある意味、そのことをかなり正直に表面に出した学説だと言うこともできるんだよ。

でも、その相当因果関係説の問題は措いとして、まだ因果関係の中断論の検討を続けたいな。「介入」という考え方そのものについてはこの程度にして。

G:はい、よろしくお願ひします。

過失犯の因果関係：「米兵轢き逃げ事件」

P:今まで僕が修正を加えた講壇事例では、AもCも殺人の故意犯で、Bは死んだ。で、果たしてAは既遂犯なのか未遂犯なのか、が問題だったよね。でも、Bが死んで、関係する行為者が二人いるという設定なら、もっといろいろな組み合わせが考えられるよね。例えば、Aは殺人の故意犯で、Cが過失犯とか、Aは傷害の故意犯で、Cが過失犯とか、さらに、AもCも過失犯とか。

G:あの、最初(40頁)に私、判例は条件説から相当因果関係説に歩み寄って

きたんじゃないかと指摘されている、と言いましたよね。

その判例が、昭和 42 年の有名な「米兵轢き逃げ事件」(最決昭和 42 年 10 月 24 日第 3 小法廷決定) 判決なんですけど、この事件では、A が過失犯で、C も過失犯かな・・・よく分からない、という例なんですよ。

F: なに、その「よく分からない」というの？

G: A の行為の因果関係が問題になっているのだからしょうがないんだけど、先生方はもっぱら A のことばかり論じていて、この C が何罪かということには言及しないのよ。詳しく調べれば分かるのかもしれないけど・・・

P: そのことは後で問題にしよう。僕もその判例のことは知っているけれど、F 君にその事件の内容をもう少し詳しく教えてあげてよ。

G: はい。米兵の A がその友人 C を助手席に同乗させて車を運転中に、自転車に乗っていた B に衝突、B を自分の車の屋根にはねあげ、そのまま何キロも走ったが、屋根の上で気を失っている B に気づいた C が走行中にその B を引きずり落とした、そして、B は搬送先の病院で死亡した、という事例です。B の死因は頭部打撲によるくも膜下出血、脳実質内出血ということです。で、原審は A を業務上過失致死罪で有罪としましたが、A が上告したのです。

P: で、最高裁はどんな決定を下したんだっけ？

G: A の上告を棄却しましたが、業務上過失傷害罪で有罪としました。

P: A がはねた行為と B の病院での死という結果の間には、言うまでもなく条件関係はあるんだけど、因果関係はない、としたんだ。

F: ということは、B が死んだことの責任は C にある、ということですか？ でも、C は運転していたわけじゃないから、屋根から道路に引きずり落とした、というので、傷害致死とかになるのかな。

G: C の事件の方はちゃんと確認していないので、はっきりとは言えないけど、C も B の死の責任を取らされていない可能性はありそう。

こっちの決定の理由は、B の頭部傷害が A のはね飛ばし行為によるのか、C の引きずり落とし行為によるものか確定できないし、A にとって、C が B を引きずり落とすなんて、経験上予想できないことだから、というものだったのよ。この決定理由が、相当因果関係説に改説したとされる根拠になっているの。

F: あのさ、人が交通事故に遭って亡くなったのに、その事故を起こした張本人や同乗者が、故意だろうが過失だろうが、その殺したというか死亡させたことを咎められないわけ？ そんなバカな！ 相当因果関係説に改説したかどうかなんでどうでもいいよね。どうして誰もこれ問題にしないのかな？

P: F 君、そうカッコしないで。G さんも、「はっきりとは言えない」と断っているわけだから。

F: いや、はっきりしてないとおかしいですよ！

G: F 君, この裁判では, A は, 道路交通法 72 条の救護義務違反にも問われていて, そっちは有罪だと思うけど, 今確認したら, この救護義務は同乗者にも課せられるから, C もその罪は問われているはずだとは思わ。

しかし, 今気づいたんだけど, この救護義務違反は「致死」と「致傷」を区別してないのよ (117 条 1 項)。しかも, 改めて刑法を見てみると, 問題の 211 条の業務上過失致死傷罪も「人を死傷させた者」として, 同様に一括して扱っていたわけ。つまり, 傷害させただけの場合も死亡させてしまった場合も同じ犯罪類型で, 同じ法定刑だったのよ。そうすると, この裁判では, F 君みたいに, B の死との因果関係をはっきりさせる実質的な意味はあまりないのかも。残るのは, 量刑をどうするかという問題だけみたい。で, 最高裁は, 法定刑の最高が 3 年以下の懲役 (当時) のところ, 懲役 1 年という原々審での量刑は不当ではないと言っているんだけど, これは軽すぎだと私は思うわ。

F: 言われてみれば, 業務上過失致死罪も業務上過失致傷罪も同じ刑法 211 条だな。「・・・人を死傷させた者は,・・・に処する」って, 二つまとめて規定していたんだ。

P: だから, この罪に関していえば, 被害者の死の結果の帰責にそれほどこだわらなかつたのかもね。そうだとすると, 相当因果関係説に転向したかどうか, そういう業務上過失致死傷罪の規定の仕方を踏まえれば, そんな大きな問題じゃないかもしれないな。C の救護義務違反だって同じだ。

F: どうもすみませんでした。被告人が被告人だけに, 最高裁が今流行りの忖度をしてたんじゃないのか, なんて疑っちゃって, つい熱くなっちゃいました。どうやら誤解でしたね。でも, 量刑の妥当性については G さんに同感!

結果的加重犯の因果関係

P: そうだね。致「死傷」という規定の仕方は, 結果的加重犯の多くの場合も同じなんだが, これまで, 因果関係を考えるとき, 正直, あまり意識してこなかったな。もしかすると, 僕らだけかもしれないけれど・・・

だから, A の犯した犯罪がその業務上過失致死傷犯だったり, 故意犯でもその結果的加重犯がそういう規定だったりすると, この「米兵轢き逃げ事件」と同じような, なんだか収まりの悪い処理がなされる可能性があるんだな。

G: 先生, 今, 六法で結果的加重犯をあらためてチェックしてみたんですが, 致死傷と関係ない 111 条の延焼罪を別にしますと, 致死傷セットじゃなくて致死だけになっている条文は, 126 条 3 項の列車艦船転覆致死罪, 146 条後段の水道毒物混入致死罪, 205 条の傷害致死罪, 210 条の過失致死罪, 240 条後段の強盗致死罪, 241 条 3 項の強盗強制性交等致死罪の六つでしたね。

P: そうか。ありがとう, G さん。あとはみんな致死傷罪か。

それじゃあ、致死しなくて当然の傷害致死罪を例にして、結果的加重犯の場合の中断問題を考えてみよう。でも、例は、やはり最初の書記官本の例 (45頁参照) を少し変えたやつにしよう。こうだ。

A は、自分に対する B の侮蔑的な発言に憤激のあまり、傷害の故意を持って B を思い切り突き飛ばしたところ、B は昏倒してそばにあった家具の角に頭を強打し裂傷を負った。ここまでは書記官本と違っているぞ。しかし、病院に運ばれ手術を受けた B は、命を取り止めしばらく入院となった。半月ほどしたら、だいぶ回復してきたのだけれど、懲りないやつで、A を怒らせたのと同じように、同室の C との間に深刻なトラブルを起こした。その結果、C は怒りを昂進させ、B の就寝中にその心臓を鋭利な刃物で刺し出血多量で死亡させた、というケースだ。ま、今まで同様、まずありえない展開だけだ。

では、F 君、この場合、B を傷害した A の罪責やいかに？

F : はい。そうですね、こういう場合は、因果関係の中断なんて考えなくても、それぞれ全然別な事件だと言えるんじゃないかと思うので、A は傷害罪の既遂で、C は殺人既遂、ということになりそうですが、ダメですかね？

G : それはダメだと思います。だって、B の死亡という結果と、A が B を突き飛ばしたという行為との間の条件関係は否定できないじゃないですか。だから、相当因果関係説の場合は、C による殺害という結果の発生の相当性を問題にするんですけど、条件説を採る場合は、この事例ではやはり因果関係の中断を問題にしなければならないと思いますよ。そして、中断されたと判断すれば、F 君の言うとおりに、A は傷害罪の既遂で終わりということになりますが、中断はなかったと判断すれば、A は傷害致死罪になりうると思います。つまり、B の死因は、C が鋭い刃物で心臓を刺したことによる失血死なので、先生ふうには言えば、その死因を作った C の殺人既遂犯成立は間違いないところですが、判例みたいに、結果的加重犯の場合の重い結果に過失を要求しないとすると、中断させないかぎり、A にも B の死という重い結果が帰責されることになって、傷害致死罪成立ということになるんじゃないかと思います。

P : G さん、ありがとう。

F 君、君の結論は僕もそれでいいと思うんだ。極めて常識的だしね。ただ、その結論に至るためには、G さんの言うとおりに、中断論を必然とするような隠れた帰責論である条件説や、明示的な帰責論と言ってもいい相当因果関係説を採る場合は、A の結果的加重犯が成立するか否かについては、どうしても中断とか相当性とかを問題にしなきゃならないんだな。

もしそれらの説を採らないとすると、条文上、傷害致死罪は、「よって」人を死亡させた、としか書いていないわけだから、文言的には判例みたいな条件説的読みの方が正当のようにも見えるけど、その読み方もしたくないとする

と、結果的加重犯に関する通説と同様に、重い結果には過失が必要だとしなければならない、ということになるね。

というか、もしこの通説の立場に立てば、この設問に関しては帰責論としての条件説や相当因果関係説に立つ必要はなくなるんじゃないか？分かるよね？通説的には、このケースで、Cによる殺害がAの過失である、と言えれば、Aは傷害致死罪になり、言えなければ、単なる傷害罪になる、というだけのことだからさ。因果関係のありなしで悩むことはないことになる。

で、どうだろうか、この通説の立場に立つとしたら、Aは致死の結果に過失あり、と言えるかな、やはりF君？

F: あ、はい。そもそも、過失の要件はどういうものだったかと言うと・・・

条文には、過失致死のように「過失により」とか、業務上過失致死のように「業務上必要な注意を怠り」とか書いてあるので、それらを参考にしますと、注意義務違反があるということですかね？いや、その前に、重い結果の予見可能性がなきゃダメか？それと、予見できても、回避できなきゃダメだ。だから、注意義務というのも、その中身は、その二つの可能性を前提にした、予見義務プラス回避義務、ということになるんでしょうか？

P: 一般的にはそれでいいと思うね。法は不可能を要求しない、ということの確認は大事だよな。じゃあ、具体的に一つひとつ検証してくるかな。

F: はい。まず、このケースの場合、普通に考えれば、頭にきてBをぶっ飛ばしたAには、そのことでBが怪我をして、その怪我が原因でBが死んでしまう、ということまでは予見できると思いますし、予見しなきゃダメだと思いますが、Bが入院して、回復途上で、たまたま同室にいたCとトラブルになった結果そのCに刺される、ということを見えるなんて、まずありえないですよ。ですから、その予見可能性はなしです。したがって、予見義務はなし。

それから、加害者であるAが被害者であるBの病室で、同室の患者とのトラブルを回避するために常に見張っている、なんてねえ。だから回避可能性だっていないわけだから、回避義務なし。とすると、Aには過失なし。ですから、さっきの僕の直感的な結論の通り、傷害致死は不成立で、ただの傷害罪ということになると思うんですが、ダメですかね。

G: いや、いいと思います。結論的には相当因果関係説的ですし。

P: つまり、結果的加重犯に関して、過失を必要とする通説を採っていれば、Aの行為とBの死との間の因果関係を中断させなかったとしても、AはBの死についての責任を負わず、傷害罪にとどまることになる、というわけだね。

ところで、Gさんは、相当因果関係説も同じ結論に至るみたいなことを言ったけれど、ということは、少なくとも結果的加重犯については、通説に立てば相当因果関係説はいらない、ということを確認したことになるよ。

G : そうなりますか？

P : 相当因果関係説というのは、常識的な帰責論を、相当性判断という名目で因果関係論の中に持ち込んでいるだけだから、発生した重い結果に対する過失の存否の判断と重なっても不思議じゃないんだよ。

それはともかく、もし結果的加重犯に関して、この通説を採らないとしたら、条件説の場合、条件関係さえあれば、重い結果を行為者に帰責してもいいと考えることになるね。そうすると、困ったことに、F 君が出したような常識的な結論にはならない。このケースで言えば、B は C によって刺殺されたんだけど、その前にその B を傷害して入院させた A もその死の責任を負い、傷害致死罪になってしまうわけだ。その結論を避けようとするややはり、中断論を採るか、あるいは相当因果関係説を採るか、しかないのか。

G : 採るべきはやはり相当因果関係説ですよ。

P : いや、まだ、そうだね、と言うわけにはいかないな。その学説は因果関係論の仮面を被った帰責論の典型だ、なんて批判してきたんだからね。もう少し、僕の独自路線を先に進めさせてもらうよ。

どれでもいいから結果的加重犯の規定を見て欲しい。そこには共通して「よって人を死傷させた」とか書かれているよね。この場合の「よって云々」という言葉の意味は、条件関係にある、という意味より限定的に解釈していいんじゃないかと思うんだ。そこで、一つの可能性として、ぶっ飛ばしたから怪我をして、その怪我そのものが致命傷となって死んだ場合とか、そうした怪我をしたことに必然的に伴ってくる誰かの行為によって死んだ場合とかのような、行為と結果の直接的な繋がりのことを意味している、と読んだとしてもおかしくないような気がする。これは、さっき (49-50 頁) の前田先生の中断論における「致命傷型」(前田前掲 : 142) というのとは違うのは分かるよね？ 実行為自体の危険性の大きさが、じゃなくて、結果にその行為が繋がっているかどうかの問題だからね。これは、さっき僕が唱えた直接死因説 (50-51 頁) と似ているけれど、ここでは一応、直接的繋がり説とでも名付けておこう。

G : 先生、240 条の強盗致死傷罪の規定には、「よって」がありませんよ！

P : 確かにそうだ。でも、それについては後 (60 頁) で説明するよ。

F : 直接的繋がり説ですか？ あんまり格好いい名前じゃないですね。

P : 確かに、ダサイね。

でも、まあ、名前はともかく、この直接的な繋がり範囲は、今までのケースのバリエーションで言えば、例えば、C がさっきのような、たまたま同室になった他の患者だとすると、A の行為は B の死と直接的には繋がっていないということになるけれど、C が患者じゃなくて、怪我をした B を運んだ救急車の運転手とか、病院でその B の治療に当たった医者や看護師とかだとして、A が

原因のその怪我に直接関わる彼ら何らかの過失を犯して、それによってBが命を落としたというような場合には、Bの死は直接繋がっていると言ってもいいんじゃないかと思うわけよ。つまり、そのような場合は、重い結果は「よって」生じたと言っていいんじゃないか。

ただ、救急車のケースでも、Bを乗せたばかりの救急車に暴走車が突っ込んできてBが全身打撲で死んだ、とかの場合は、条件関係はあるが、「よって」死亡させた、とは言えないと思うな。まあ、色々なバリエーションが考えられるけれど、暴走車みたいなどんでもないケースを別にすれば、Bをぶっ飛ばしたAは傷害致死罪で、さらに、救急車の運転手や医師のCは業務上過失致死罪、ということになるんじゃないか、と。もちろん、とんでもないかどうか、については、意見は分かれるだろう。しかし、生じた結果を誰の「せい」にするか、という帰責論としてはそれは避けられないことだと思う。

F: 同室の患者の場合と救急車の運転手の場合の、とんでもなさの違いは分かったような気がします。傷害の行為とかそれによる怪我とかとの直接的な繋がりがどうか、で帰責するかしないかを定める、ということですね？

P: そう。因果関係の問題じゃない、ということだよ、大事なのは。

G: でも、先生、その「直接的」というのもかなり曖昧な概念ですよ。どこまでが「直接的」かというのは、判断する人によって異なってきませんか？

P: そうなる可能性は十分ある。結果を帰責させたかったら「直接的」だと言い、帰責させたくなかったら「間接的」だと言ってしまう、という可能性はゼロにはできないね。でも、それって、相当因果関係説の「相当性」と五十歩百歩なんじゃないの？ 主観説だろうが客観説だろうが折衷説だろうがみんな同じだと思うよ。何を判断基準にしようが、「相当性」の判断は所詮主観性を免れないんだから。あとは、判断する人の恥の観念に信頼するしかないな。

G: 相手の目を見てちゃんと主張できればいい、ってということですか？

P: そうだね。

結果的加重犯の過失？

ところで結果的加重犯の問題だけれど、重い結果について過失を要求する通説的な考え方のことを、二人は当然の考えだと思っているかな？

G: はい。私はそう思っています。

F: 僕も、さっきはその前提で過失のあるなしを考えました。

P: そうか。責任主義を貫徹しようとするとなんかそうなるのかな。でもね、例えば、傷害罪のような犯罪を犯す人間に対して、被害者を殺さないようにする注意義務を法律が課しているなんて、変だと思わないか？ 予見可能性と回避可能性がある、ということは認めて構わないけれど、致死の結果の予見義務だとか回

避義務だとかを認めるのはおかしくないか？

G : えっ、そうですか？ おかしいですか？

P : つまりさ、人をぶん殴ろうとしているやつに、本当は人を殴っちゃダメだけれど、それでも殴りたいのならば、その人が死なないように十分気をつけて殴れよ、とか、法律が言うんだよ？

G : そういう言い方とすると、確かに変ですが・・・

F : 法律がなんだか故意による犯罪行為をある意味認めちゃったみたいな感じになっちゃいますね。もちろん、やっていいよ、とは言っていませんが。

P : 例えば、傷害致死罪の規定が「身体を傷害した上で、必要な注意を怠り、よって人を死亡させた者は、・・・」みたいに、業務上過失致死傷罪の規定のような書き方をしているなら、その規定に納得できなかつたら、通説に同意するほかないけれど、単に「よって・・・」としか書いてないわけだからね。しかし、そうだからと言って、僕は、刑法や判例が責任主義に無頓着だとは言えないと思っているんだ。

ここで、さっき G さんご指摘の「よって」のない 240 条を見て欲しい。236 条の強盗罪は「暴行」を用いて「他人の財物を強取」する故意犯だけれど、その結果、被害者を負傷させるとか死亡させるこの強盗致死傷罪に「よって」がないのは、暴行罪の特殊性ゆえのことだと思うのさ。生身の人間に「暴行」を加えた以上、その結果、その人を傷害させたり、死に至らせたりは、言ってみれば、暴行がもたらした事態の自然の流れだ。

もともと、208 条の暴行罪が「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは」と規定していることで分かるように、暴行罪は傷害未遂罪でもあるし、逆に傷害罪って暴行致死傷罪でもあるんだから、傷害致死罪というのは暴行致死罪でもあるわけさ。暴行から傷害、さらに死亡は連続的に繋がっている一本の道なのさ。だから、この一本道を進み始めちゃった以上、その先にある結果の責任をその程度に応じて負うのは当然、ということさ。これが刑法の考え方なのであって、決して責任主義を軽んじているわけではないと思う。

他の結果的加重犯だって同じじゃないか？ 今、ちらっと見て気づいたんだけれど、126 条の汽車等転覆罪と同致死罪はうってつけの例だと思う。この条文は、「現に人のいる汽車」等を「転覆」させれば、複数の人を負傷させることは当然のことだと考えているから、致傷罪という特別な規定を設けていないのだと思う。つまり、「転覆」罪はその実「転覆致傷罪」だとも言えるわけだ。そして、その被害者のうち何人かを死に至らせるというのめかなりの確率でありうるわけだけれど、やはり人の生命は特別な法益なので、「人を死亡させた」場合だけを特別に定め、「死刑又は無期懲役」という、さっきの強盗致死罪と並んで、刑法の中で 2 番目に重い法定刑で罰するとしているんだよ。これは、

故意で汽車とかを「転覆」させれば、乗客たちを殺そうという意思がなかったとしても、死者が出れば、その責任をきっちり取ってもらいますよ、たまたま誰も死ななかつたら、その幸運に感謝しなさい、ということだと思うんだ。通説だと、その結果を予期しなかったことの「過失」なんていうものを立証しなきゃならないけれど、僕のこの、いわば一本道説だと、その必要もないわけさ。

いや、一気に喋っちゃったけれど、分かってくれたかな？

F: 一本道説ですか。またもや変な名前の学説ですが、先生のその考え方でいけば、犯罪者に課せられた注意義務みたいな変なこと考えなくても結果的加重犯を説明できる、っていうわけですよ？

G: その説、何だか、危険の現実化説とか客観的帰属論とか言われている考え方と近いような気がしますけど・・・

P: それって、新しい因果関係論とか言われている学説ね？

G: そうです。

F: 高橋先生はその説をこんなふうの説明していますよ。結果を「行為者のしわざとして、客観的に帰属できる」のは、「行為者が許されざる危険を創出し、危険が構成要件的结果の中に実現し」て、その「構成要件の射程範囲にとどまった時」だとする理論だ、と(高橋則夫2016:131参照)。

P: なるほど。その「帰属」とは帰責のことだ、と理解して、「危険」とは、今言った暴行から傷害、死亡へ、みたいな自然な流れのことだ、と言い直せば、のことだけれど、かなり近いのは確かだね。

F: 一本道説の中身はそんなには捻くれていない、ということですか。

G: 私も少し安心しました。先生の言いたいことは、結果的加重犯の規定は責任主義を無視しているわけではなく、判例もその規定に忠実なわけだから、判例の立場が責任主義無視だとする通説による批判は成り立たない、ということですね。ありがとうございました。それに、暴行と傷害と傷害致死の関係もスッキリ理解できたような気がします。

ところで、書記官本も、判例の立場が責任主義無視だと批判に、それとなく反論しているんですが、前田先生の致命傷説的な理由で・・・

P: どんな反論？

G: 読んでみますね。結果的加重犯は、「基本行為自体がその性質上重い結果を発生させる高度の危険性を内包しているのであるから、重い結果が生じた場合には行為者に過失があるのが通常である」。だから「判例の立場が妥当である」(裁職総研前掲:50)。

P: 「高度の危険性」か。確かに前田先生の説(前田前掲:142)に似ているね。しかし、その「危険性」を過失の認定の根拠にするのはどうなのかな。

F: 先生は結果的加重犯の過失論を否定していますから、「過失があるのが通

常」なんて口が裂けても言わないですね。

G: それは私も分かります。

P: 分かってくれたようだね。しつこいようだけど、このケースで「過失」を持ち出したら、その途端に、その「過失」とはどのような「過失」か、具体的に言ってください、という質問が飛んで来て当然なんだよ。君たちも、そういう質問を間髪入れずに発することができるようになってほしいな。

G: はい。努力します。

F: そうというのが僕は苦手なんですよ。

P: いつでも、どんな質問をするか考えながら人の話を聞くことが大事だよ。

ところで、書記官本はその質問にはどう答えるんだろうか? おそらく、過失一般の定義としては不注意とか注意義務違反ってなっているんだろうから、傷害致死のような結果的加重犯の場合の「過失」は、不注意にも相手が死んじやうほどに殴ってしまった、という注意義務違反だと答える他ないよね?

G: そうですね。でも、それに対する反論になるかどうか分からないですが、前回の話 (前号 86 頁以下参照) にも出てきた山口先生のように、結果回避義務は、故意犯であろうが過失犯であろうが、すべての人間に常に課せられているんだ、と考えれば、結果回避義務違反ということで加重結果に過失を要求しても、それほどおかしくないかもしれませんね。ちなみに、山口先生は結果的加重犯の加重結果には過失を要求する通説の立場です (山口 2016 : 203 参照)。

P: でも、どうだろう。結果的加重犯の構成要件を山口先生が一般的にどういうふうに説明しているか調べていないけれど、例えば傷害致死罪で言えば、その構成要件に該当するとの判断をするためには、傷害の結果の回避可能性に加えて、致死という加重結果の回避可能性を判断しなければならないはずだよな? そうすると、致死の責任の判断をするときは、やはり、行為者はすでにあるやり方で誰かを傷害しようとした、ということ的前提にして、その状況において致命的な傷害を回避する可能性があったか、具体的に言えば、足で相手の腹部を蹴り上げるにしても、死なないように 1 回程度にしておく可能性とか、刃物で刺すにしても、致命傷にならないように、例えば腕のような比較的無難な部位を選ぶ可能性とかがあったか、を判断するんだよね?

F: つまり、山口先生のその考えも、傷害犯に課せられる注意義務という変なものを想定している、ということになるんですね。

P: その通り。加重結果の回避が可能であると判断されれば、その結果を回避する義務も肯定されることになる。そして、その義務は、やはり、人を傷害する場合は、殺さないように傷害しなければならない、という義務になるわけさ。その義務は、過失致死罪や殺人罪における、そもそも人を殺さない義務と同じだと言えるのかな? それとも違うものなのかな? よく分からないな。

結果的加重犯は故意犯と過失犯の結合？

G: 山口先生は、「結果的加重犯は故意犯と過失犯の一種の結合形態だ」（山口同前）、としています。ですから私は、傷害致死罪の場合、回避義務は、人を傷害しない義務プラス人を殺さない義務、になると単純に考えていたのですが、それじゃダメでしょうか？

P: 故意犯と過失犯の「結合形態」ね。僕も昔そのように習ったような気がするし、それで一見問題なさそうなんだけれど、やはりおかしいと思うよ。

F: おかしいんですか？

P: では、どこがおかしいのかを分かってもらうために、具体的にどの故意犯とどの過失犯が結合しているのか、ということを考えてみよう。

例はこれにしよう。196 条の特別公務員職権濫用等致死傷罪だ。その基本となる罪は、そこに書いてある通り、194 条の特別公務員職権濫用罪と 195 条の特別公務員暴行陵虐罪だ。でも、それらと結合しているとされる過失犯の方はどうかな？ さあ、答えてみよ！

G: 致傷の場合は過失傷害罪、致死の場合は過失致死罪じゃないんですか？

F: そうだよな。それ以外には・・・

P: そう答えると思った。しかし、残念ながら、それは不正解だと思う。

F: えっ、どうしてですか？

P: よし、仮に G さんの言う通りに、特別公務員暴行陵虐致死傷罪は、195 条の暴行陵虐罪プラス過失傷害罪ないし過失致死罪だということにしよう。

刑期などの話になるから、メモでも取りながら聞いてよ。まず、条文の文言はどうかというと、暴行陵虐罪の法定刑は「7 年以下の懲役または禁錮」。そして、その致死傷罪は、196 条の規定上、「傷害の罪」——これは刑法 27 章の章題だよ。——と比べて重い刑で、となっているね。とすると、致傷の場合は、傷害罪が「15 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金」だから、15 年以下の懲役のみ、罰金はなし、致死の場合は、傷害致死罪が「3 年以上の有期懲役」だから、3 年以上の有期懲役のみ、となると思う。ここまではいいね？

G: はい。そうなると思います。

P: ところが、山口先生の、というか G さんの結合形態論ではどうなるか。結果的加重犯はあくまでも故意犯プラス過失犯なんだとすると、その法定刑は、実際の規定の帰結とは違うことになると思うよ。つまり、致傷罪の場合は、暴行陵虐罪の「7 年以下の懲役または禁錮」プラス過失傷害罪——この罪は 28 章にあるんだよ。——の「30 万円以下の罰金又は科料」で、7 年以下の懲役または禁錮と 30 万円以下の罰金又は科料の併科、となり、致死罪の場合は、「7 年以下の懲役または禁錮」プラス過失致死罪（これまた 28 章。）の「50

万円以下の罰金」との併科、となり、明らかに実際の規定より軽くなる。

どう？ これでも、故意犯と過失犯の結合形態だと主張しますか？

G: 「結合」と言っても、刑期の単純な足し算ではない、というか・・・。

F: いいですか？ 今、六法見ていたら、他の結果的加重犯の規定の中にも同じように「傷害の罪と比較して」と規定しているものがあるんですが、その「傷害の罪」のうち傷害罪は言うまでもなく故意犯ですよ。どうして結果的加重犯の刑罰をその故意犯の法定刑と比べるのでしょうか？

P: F 君、この場合の傷害罪は傷害の故意犯じゃないんだよ。さっき (60頁) 言ったように、暴行罪の結果的加重犯なんだ。だから比較してもいいのさ。

F: そうでしたね。すみません。

P: そして、比較して重い方で、としているのは、要するに、特別公務員暴行陵虐致死傷罪の例で言えば、特別公務員が被疑者などに「暴行又は陵辱若しくは加虐の行為」をして「死傷」した場合、それを、一般人が誰かを殴って怪我させた場合や、殴りすぎて死なせてしまった場合よりも軽い刑罰で罰するわけにはいかない、と判断したからだろう、と思うな。

さらに、しつこいようだけど、基準とされている方の傷害致死罪も、決して故意犯と過失犯の単純加算じゃなくて、明らかに重くなっているだろう。説明は省くけれど、後で確認しておいてね。つまり、これらのことを結合形態論で合理的に説明するのは難しいんじゃないかと思うわけよ。

G: はい。そうですね。家に帰ってゆっくり考え直してみます。

F: 単純加算よりも重くなっているのには、何か、別の判断があると。

P: そうだね。我田引水だけれども、僕の言った一本道理論だね。

そもそも「結果的加重犯」なんて名称も実は刑法上何の根拠もないじゃないか。だから、それをひとまず捨ててみたらどうだろう。

こんなことを言うから、僕は相手にされないんだけど、法規定だけ見るんですよ。そうすれば、例えば、人を殴ったやつがいたとして、そいつには、どう調べても暴行ないし傷害の故意しか認定できない場合でも、結果として被害者が死んだ場合は最も重い傷害致死罪に、怪我をさせただけの場合は次の傷害罪に、それにも至らなかったら最も軽い暴行罪に、というふうになっていることが分かるはずだ。変な言い方をすると、傷害罪も暴行罪も、傷害致死罪という一番重い罪のいわば「結果的軽減犯」なんだよ。そう考えた方が分かりやすいか？ 人を殴るということは、最大そこまでのリスクがあるよ、手を出す前に、よく考えろ、ということだ。

G: 「結果的軽減犯」ですか？

F: つまり、刑が重くなっている理由を後付け的に考えても無理、刑法は最悪のシナリオになった傷害致死の場合の処罰内容を最初に考えているのであって、

傷害罪とか暴行罪というのは、運よくそのシナリオにならなかったから、その程度に応じて軽くしてあげているだけだよ、ということですね。なるほど。

P: だんだん僕の捻くれた思考回路の中が見えるようになってきたね。

ところで、今日のテーマは因果関係だったよね? どのへんから結果的加重犯の話になっちゃったんだっけ?

G: はい。ざっくり言いますと、因果関係の中断と言われる事態の中で、最初の行為者Aの結果的加重犯は成立するか、通説的に言えば、「介入」したCの行為によるBの死という重い結果についてAの「過失」を認定しうるのか、という問題(57頁以下)あたりからでしたね。

P: そうだった。で、僕は、それについてAの「過失」を要件とするのはおかしい、ということを説明してきたわけだ。過失のあるなしじゃなくて、Aの行為の結果そのものと直接の繋がりのある重い結果はAの行為からの自然な流れだから帰責してもいいけれど、そうじゃない重い結果は、たとえ因果関係があっても帰責できない、という考えだ。

条件説の中断論も相当因果関係説も多分、結論は僕と同じだと思う。どちらも実態は帰責論だからね。

G: では、こう理解していいですか? 私は相当因果関係説の折衷説の立場ですが、この説は、先生の考えではAの行為からの自然な流れとは言えないとされる場合のことを、相当因果関係がない、と言い、条件説は、因果関係が中断した、と言っている、ということですか?

P: そうじゃないかな。どちらの説も、自分のことを因果関係論だと思込んでいるから、対立しているだけなんだと思うよ。結論的にはそれほど対立していないしね。問題は、因果関係じゃなくて、Aの犯罪を既遂とすべきか未遂とすべきか、とか、Aに結果的加重犯が成立するとすべきか、とかなんだよな。そして、多分この問題には、絶対これが正しい、という答えはないと思う。

F: 先生の直接的繋がり説とか一本道理論とかは全然一般的じゃないから、表に出せないけど、その考え方で答えを出して、それをそれぞれの説にかなったやり方で説明する、ということですか。

P: まあ、いいや、そういうことで。

被害者の隠れた特殊事情があった場合や被害者の不適切な行為があった場合の因果関係

ところで、この因果関係の話もだいぶ長くなってきたけど、まだ、話してない論点が残っているよな。隠れた被害者の特殊事情や被害者自身の不適切な行為があった場合の問題とか。

まあ、それらについても僕の考え方から出てくる結論は、これまでの説明か

らおおよそ見当はつくと思う。どう？ 想像してみしてくれるかな、Gさん？

G: 分かりました。先生になりきって想像してみます。

まず被害者の特殊事情ですが、例えば、血友病とか心臓疾患とか脳梅毒とかの患者である人を傷害した場合、行為者がその罹患の事実を知っていようがいまいが、そもそも人を傷害するなどという犯罪行為に出た以上、健康体であれば重篤な事態に至らない程度の傷害であっても、その病気に罹患していたために被害者が亡くなった場合は、一本道理論からすれば、帰責することになると思います。つまり、殺人の故意による場合は殺人罪の既遂となり、傷害の故意による場合は傷害致死罪になる、と。

P: 正解だね。

F: 被害者にかすり傷みたいのしか負わせなかった場合でも、やっぱり、殺人の既遂とか傷害致死とかになっちゃうんですか？ それって、ちょっと・・・

G: 前田先生は、判例と同じ「相まって」説に立っていますが、傷害致死について、「1 cmの傷」しか与えていない場合は傷害罪止まりで、「30 cmの創傷」は傷害致死、という意見ですね (前田前掲: 140)。でも、判例 (最判昭和 46 年 6 月 17 日) の結論は先生と同じみたいです。

P: そうか。判例も捨てたもんじゃないね。

F: Gさん、その「相まって」説というのは、何なの？

G: 簡単に言うと、ある行為は結果に対する原因ではあるけれど、それと他の原因とが「相まって」結果を発生させたと認定された場合、やはり原因を与えたのだから、ということで、因果関係を認める考え方よ (同上: 139 参照)。

P: それって、条件説のことだと思うけれど、まあ、いいや。

この判例に対して、前田先生の考えは、ちょっとどうかな。人を傷つけようと思って、実際にルビンコン川を渡って、そうしちゃったやつをどうして庇ってやらなきゃなんないんだろう？ 被害者がたまたま重い病気を抱えているということは決してありえないことではないでしょう。普通はほぼありえないことだからノーカウント、だから許してやる、なんて・・・

F: そうかもしれませんが、先生の結論の方が少し酷な感じがします。

P: そういう決断したやつに対しても酷だというなら、こういうのはどうだ？ 血友病を患っていたとは知らなかった人に向けて、殺人の故意を持ってピストルを3発発射したけれど、2発は外れ、やっと3発目がその人の脛にかすり傷を負わせたところ、血友病のため血が止まらず、亡くなった、という場合だ。死亡の結果を帰責して殺人罪の既遂にするのは、少し酷だと感じるかね？

F: その場合は、しょうがないかも・・・

G: 私もそんな感じがしますが、故意の内容とか、何発目とかにかよって、帰責したりしなかったり、となるのはちょっと問題のような。

P: 前田先生の「1 cmの傷」発言というのは傷害致死のケースの話で、殺人のケースについては触れていないし、あたかも傷の大きさだけの話みたいに見えるけれど、その実、故意の内容も判断材料になっていたのかもしれないんじゃないかな。これは単なる憶測だけれど。

まあ、ことほど左様に、因果関係の問題にはいろんな配慮が忍び込んでいるんだ、ということを常に念頭に置いておくといいよ。

さて、もう一つ、犯行後に結果発生に影響を与える被害者の行為があった場合は、僕の結論はどうなるかな？

F: 先生、それ、僕が答えるんでいいですか？

P: もちろん、いいよ。

F: 確か、複数の行為者に長時間暴行を加えられ続けた末、そこから逃げ出し、高速道路に入ったため、車にはねられて死んでしまった、という事件（最決平成15年7月16日）があったと思うんですが、例えばこの場合、先生の直接的繋がり説とか一本道理論とかでいきますと、この、逃げて車にはねられたというのは、暴行を加えられてできた傷と直接的に繋がっているようにも思えないですし、暴行の一本道の先にあるように思えないので、この死の結果の責任は暴行の行為者たちには帰せられなくなるような気がするんですが。

P: 確かに、その事件の場合、悩むところではあるな。

普通のこの事件は、被害者の行為の介入の事例として、因果関係のところで取り上げられるけれど、僕は、すでに繰り返し話してきたように、集団暴行と高速道路上での轢死の間には条件関係が認められるのは明らかだから、因果関係を肯定した上で、帰責の是非の問題として話すよ。

F: 君は直接的繋がりが無いんじゃないか、という見方だけど、さっき(59頁) Gさんが指摘してくれたように、この「直接的」というのは随分と解釈の余地がある概念なんだ。僕はF君が考えているより少し広く解釈してもいいような気がする。つまり、被害者は人形じゃないんだから、殴られれば抵抗するだろうし、ましてや複数の人間に長時間殴られ続ければ、このままじゃ殺されるかもしれないから、なんとかそこから逃げようとするだろう。それは当然のことじゃないか。だから、この被害者が危険を冒してでも一か八かで逃げ出し、その結果命を落とすということは、この暴行との間の「直接的」繋がりを肯定していいと思うんだ。一本道かどうかは別だが。最高裁も同じ結論だったよね？ もちろん、因果関係の肯定という形をとっているけれど。

G: はい、同じ結論です。前田先生の分類では「誘発型」になるようです(前田前掲:144)、相当因果関係論からも肯定できますよ。

P: 行為者に帰責するのが常識的な結論なんだよ。傷害の故意の場合は傷害致死罪が成立するけれど、殺人の故意の場合だったら殺人既遂罪の成立だね。

とはいえ、問題がないわけではないぞ。例えば、傷害されてひどく出血している被害者が宗教上の理由で輸血を拒否したため、死亡してしまった場合はどうかな？ 殴られたから逃げて車に轢かれて死亡した、というのとは違うよな。この場合は、傷害を受けて、運悪く誰にも発見されず、現場で失血死するという可能性は初めからあったわけだし、さらに、そのような信仰を持っているかどうかは、さっきの隠れた病気の場合と同様に考えても良さそうだから、帰責してもいいんじゃないかな。とはいえ、あまりにも特殊な可能性であり、被害者自身の信仰上の決断に基づくことだから、死の結果を行為者に帰責してはいけないかもしれない、という気もしないではない。悩むところだな。

G: 輸血拒否のケースは、私の知るかぎり、被害者の行為の介入の例としては上がっていないと思います。でも、被害者が医者言うことを聞かずに安静にしていなかったために死亡した、という事例（最決平成 16 年 2 月 17 日）があるんですが、もしそれと同様だとすると、山口先生が言っているように、「当初の傷害行為に認められる危険が、医師の治療により妨げられることなく、死の結果へと直接現実化した」（山口前掲：64）と見ることができるので、帰責すべきだということになると思います。

F: 僕は迷わず帰責しますけどね。だって、傷害されてひどく出血しなければ、輸血拒否なんていう辛い決断をしなくても済んだはずじゃないですか。

P: そうだね。F 君、G さん、ありがとう。この問題、もう少し考えてみるよ。他にも、男に劇薬を顔にかけられ、ひどい火傷を負った女性が、それを苦に、のちに自殺した、なんていうケースの場合、その男を傷害致死罪に問えるか、といった問題にも悩んでいるけれど、それはまた、機会があったら、話しましょう。今日も間もなくタイムアップだ。

オフィスアワー 2 時間目のまとめ

今日のまとめ的に言えば、僕はかなり思いつきのな一本道理論とかは憶えなくていいけれど、条件説や相当因果関係説が、因果関係の捉え方で対立しているように見えて、因果関係中断論や相当性判断の場面で、実は、それらが本当は因果関係論じゃなくて、条件関係の存在、つまり、僕に言わせれば、すなわち因果関係の存在なんだけれど、それを前提にした同じ帰責論だということ、つまり、誰の「せい」にするか、の議論なのだ、ということが分かってもらえればいいかな、と思っている。僕の言ってきたことは、その帰責論を純粹な形で展開しただけなんだ。その犯罪は未遂なのか既遂なのか、生じてしまった重い結果の責任を行為者に負わせるべきか否か、といった問題を正面から議論したほうがいい、と思っているだけなのさ。僕たちは今日、その視点からの議論が多少はできたような気がする。我田引水かな？

G: いえ, そんなことはありません。もちろん, 完全には同意できない点もありますが, 自分の考えを再検討するきっかけをたくさんいただけたと思います。ありがとうございました。

F: 先生, 今日もありがとうございました。まだまだ分からないところが多いのですが, ただの密林だった刑法に, 獣道みたいのがあるのが, ボンヤリですが, 見えてきたような気がします。それから, 変だな, 分かんないな, と思ったら, それで投げずに, どうして皆はそんな変なこと言っているんだろう, なぜ僕は分かんないんだろうと, ちょっと踏み止まって考えてみるのが大事だ, ということも教えてもらったような気がします。ありがとうございました。

P: そんなまとめをされると, ちょっと照れるな。刑法を学び始めた大学生の頃から刑法学に対して言いたかったことを多少ぶちまけることができたよ。こちらこそありがとう。

また, いつでも来なさいよ。まだ, 違法性阻却事由とか共犯とかの問題を始め, 話題には事欠かないからね。

G: はい。では, 失礼します。

F: そのときは, またよろしくお願いします。

完

引用文献

前田雅英

2019 『刑法総論講義 [第7版]』東京大学出版会

大塚裕史・十河太郎・塩谷毅・豊田兼彦

2020 『基本刑法I 総論 第3版』日本評論社

裁判所職員総合研修所 (監修)

2014 『刑法総論講義案 (3訂補訂版)』司法協会

高橋則夫

2016 『刑法総論 [第3版]』成文堂

山口厚

2016 『刑法総論 第3版』有斐閣

おおつかしげる (本学名誉教授)

【論説】

性犯罪の保護法益とあるべき条項

—法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会試案の問題点—

岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子*

概 要

序 章 はじめに

第1章 性犯罪規定の処罰対象について—財産犯との比較—

第2章 試案についての検討

第3章 性的侵害罪の処罰範囲と保護法益

概要

平成29年の性犯罪に関する刑法改正の後、令和3年10月から法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会により更なる改正のための検討が進められていたところ、令和4年10月に同部会の試案が公表された。本稿は、財物奪取罪における犯罪のカタログと対比しつつ、試案が示した刑法176条、177条、178条の改正の方向性に対して疑問を提示する。また、今回の試案を含め、わが国の性犯罪法制が先進諸国のそれと大きく異なることの根底には、性犯罪の保護法益に対する考え方の違いがあることを指摘する。

序章 はじめに

わが国の性犯罪に関する規定は、平成29年に大きな改正がなされたが、同

* 「刑事司法について考える法律家の会」(<http://lgcj.tokyo/>) のメンバーによる。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

改正については不十分であるとの評価がなされてきた¹。同改正では、附則において3年後の見直しが定められていたところ、令和3年5月には、法務省内の「性犯罪に関する刑事法検討会」(以下「検討会」という。)がとりまとめ報告書を公表した。その後、法務省においては、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会(以下「法制審議会(性犯罪関係)部会」という。)²を設置し、諮問(諮問第117号)を行った。本稿では、諮問事項の中でも特に、「相手方の意思に反する性交等及びわいせつな行為に係る被害の実態に応じた適切な処罰を確保するための刑事実体法の整備」及び「刑法第七十六条前段及び第七十七条前段に規定する暴行及び脅迫の要件並びに同法第七十八条に規定する心神喪失及び抗拒不能の要件を改正すること」に着目して検討する。

第1章 性犯罪規定の処罰対象について—財産犯との比較—

第1 財物奪取罪と性的侵害罪との比較

財物の占有と性的な人格的利益とは、いずれも個人的法益であるものの性質的にはまったく異なる。しかし、財物の占有の移転も、性的行為も、対象者の自由意思で行われる限り、原則として犯罪とすべき実体がない。その意味で両者は共通する。そのために、財物の占有に対する侵害行為を内容とする犯罪(=奪取罪)の構成要件と、性的な侵害行為を内容とする犯罪(強制性交等罪、強制わいせつ罪など。ここでは「性的侵害罪」と称する。)の構成要件とは、構造的には類似したものとなる。ところが、両者の構成要件を比較すると、現行法における性的侵害罪のカタログは、奪取罪のそれに比べて著しく貧弱である。このことは平成29年(2017年)の性犯罪規定の改正でも同様であった。

今回、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会は、令和4年10月24日の第10回会議配布資料として「試案」(以下、単に「試案」という。)を提示した³。試案では、性的侵害罪につき多くの類型が列挙されており、現行法と大きく

¹ 本稿執筆5名による「刑事司法について考える法律家の会」においては、令和2年11月16日、本稿末尾添付の改正案を提言(以下「法律家の会提言」という。)している。また、とりまとめ報告書についても、意見を表明している(下記のQRコード、上記のURL参照)。



法律家の会提言：

とりまとめ報告書に対する意見：



² 法制審議会(性犯罪関係)部会は、令和5年1月現在、第12回会議まで行われ、具体的な条文案などが検討されている。

³ <https://www.moj.go.jp/content/001382454.pdf>

様変わりするように見える。しかし、試案も、具に検討すると、結局のところ現行法のカタログとほぼ変わらないことが窺われる。以下では、財物奪取罪のカタログと比較しつつ、現行の強制性交等罪、強制わいせつ罪等の性的侵害罪のカタログが試案によってどのように変わるのかを明らかにしてみたい。

第2 財物奪取罪のカタログ

奪取罪は、窃盗、強盗、詐欺、恐喝など、占有者の「本意」⁴に基づかない財物に対する占有の移転（＝奪取）を惹起する行為を処罰の対象とする。奪取罪は、さらに、「盗取罪」と「交付罪」とに区別される。「盗取罪」は、そもそも占有者の意思に「基づかない」で財物の占有が移転される場合である。財物の占有が占有者の意思に「反して」移転される場合と表現されることも多い。他方、「交付罪」は、一応、占有者の意思に「基づいて」移転しているものの、その意思の形成に錯誤や畏怖などの「瑕疵がある」場合である。

この区別に加え、本意に基づかない占有の移転が行為者の「どのような手段」によって惹起されるかによって、次の①から⑧までの区別がされる。①は強い暴行・脅迫、すなわち、相手方の反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫を手段とする場合、②は①の暴行・脅迫以外の相手方の反抗を抑圧する行為による場合、③はすでに存在している反抗できない相手方の状態を利用する場合、④は弱い暴行・脅迫すなわち相手方の反抗を抑圧するに至らない程度の暴行・脅迫を手段とする場合、⑤は威力・威迫すなわち④のような暴行・脅迫にも至らない人の意思を制圧する勢力や他人に不安困惑の念を生じさせる氣勢を手段とする場合、⑥は人を欺く行為（欺罔行為）を手段とする場合、⑦は相手方の知慮浅薄や心神耗弱など判断能力の不足等の状態を利用する場合、そして、⑧は以上の①ないし⑦以外の手段を用いる場合であり、構成要件上特に行為態様が限定されていない場合である。

第1の盗取罪と交付罪の類型を横軸とし、第2の①ないし⑧の手段を縦軸としてマトリックスを作り、現行の奪取罪の規定によってカバーされる範囲をそこに書き込むと、【表1】のとおりとなる。特筆すべきは、威力・威迫の程度にとどまる場合はともかく⁵、そうでない暴行・脅迫を用いられた場合には、盗取

⁴ なお、大谷實『刑法講義総論新版第5版』（成文堂、2019年）252頁、井田良『講義刑法学・総論 [第2版]』（有斐閣、2018年）352頁等では、「真意」に基づく承諾が必要との言及にとどまる。しかし、何が「真意」なのかという基準が定立されていない。むしろ、民法93条1項（心裡留保）では「真意ではないことを知ってしたとき」として使われており、内心的効果意思がないことを「真意」として用いられている。そのため、本稿では、「本意」という。

⁵ 相手方を単に困惑させるにとどまる場合は脅迫行為には当たらない（札幌地判昭和41年4月20日下刑集8巻4号658頁参照）。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
 (岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

罪・交付罪と連続的に処罰対象とされていること、及び、盗取罪においては窃盗罪（及び不動産侵奪罪）が手段の限定のない受け皿規定となっていることである。また、法定刑については、手段に応じて、段階的な類型化がされていることが特徴である。

【表1】奪取罪の分類と守備範囲

手段	類型	奪取罪 = 本意に基づかない占有移転	
		盗取罪 意思に基づかない占有移転 (意思に反する占有移転)	交付罪 瑕疵ある意思に基づく占有移転
①強い暴行・脅迫 (相手方の反抗を抑圧する程度)		反抗抑圧状態にして強取 →強盗罪(5年以上)	×
②その他の反抗抑圧行為		昏酔させて盗取 →昏酔強盗罪(5年以上)	×
③反抗不能状態の利用		窃取 →窃盗罪(10年以下等) ・酔っ払った人から窃取 ・寝ている人から窃取	×
④弱い暴行・脅迫(相手方の反抗抑圧に至らない程度)	×		畏怖させて交付させる →恐喝罪(10年以下)
⑤威力/威迫 (人の意思を制圧するに足る勢力)/(他人に氣勢を示し不安困惑の念を生ぜしめる)	×		×
⑥人を欺く行為(欺罔)	×		錯誤に陥らせて交付させる →詐欺罪(10年以下)
⑦相手方の判断能力の不足等を利用する行為	×		未成年者の知慮浅薄・人の心神耗弱に乗じて交付させる →準詐欺罪(10年以下)
⑧その他の手段(手段に限定なし)		窃取・不動産侵奪 →窃盗罪(10年以下等) →不動産侵奪罪(10年以下) ・不意を突いての窃取 ・その他	×

第3 現行の性的侵害罪のカタログと奪取罪との比較

1 現行の性的侵害罪のカタログ

強制性交等罪や強制わいせつ罪のような性的侵害罪についても、侵害態様と侵害手段により、財物奪取罪とパラレルに整理することは可能である。すなわ

ち、第1に、その侵害態様は、まったく相手方の意思に基づかずに性交等やわいせつ行為をした場合（不同意類型）と、一応相手方の同意に基づくがその同意に瑕疵があるという場合（瑕疵ある同意類型）とを区別できる。また、侵害手段としても、①ないし⑧のものを観念することが可能である。そこで、【表1】同様に、「不同意類型」と「瑕疵ある同意類型」とを横軸とし、手段の①ないし⑧を縦軸としてマトリックスを作り、その中に現行の性的侵害罪の構成要件を配置すると、次の【表2】のとおりとなる。

【表2】

手段 \ 類型	性的侵害罪	
	不同意類型 意思に基づかない性交等／わいせつ行為 (意思に反する占有移転)	瑕疵ある同意類型 瑕疵ある意思に基づく性交等／わいせつ行為
①強い暴行・脅迫 (相手方の反抗を抑圧する程度)	反抗を著しく困難にして性交等／わいせつ行為 →強制性交等罪(5年以上) →強わい罪(6月～10年)	×
②その他の反抗抑圧行為	①心神を喪失させて ②抗拒不能にさせて →準強制性交等罪(5年以上) →準強わい罪(6月～10年)	×
③反抗不能状態の利用	③心神喪失に乗じて ④抗拒不能に乗じて→準強制性交等罪(5年以上) →準強わい罪(6月～10年)	×
④弱い暴行・脅迫(相手方の反抗抑圧に至らない程度)	×	×
⑤威力／脅迫 (人の意思を制圧するに足る勢力)／(他人に氣勢を示し不安困惑の念を生ぜしめる)	×	△ ・監護者性交等罪・監護者わいせつ罪
⑥人を欺く行為(欺罔)	×	×
⑦相手方の判断能力の不足等を利用する行為	×	△ 13歳未満の者に対する性交等／わいせつ行為
⑧その他の手段(手段に限定なし)	×	×

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

2 奪取罪との比較

この【表2】を、財物奪取罪に関する【表1】と比較すると、奪取罪に比べ、性的侵害罪の保護の守備範囲が明らかに狭いことがわかる⁶。現行の性的侵害罪は、基本的には、不同意類型のみを守備範囲とし、瑕疵ある同意類型は守備範囲としないこと、(暴行・脅迫その他の積極的な行為による必要はなくすでに存在している状況を利用しても構わないが)被害者の反抗が著しく困難な状況においてなされた場合だけを守備範囲とすることの方針によって組み立てられているといえる。これは、言い換えれば、被害者の反抗が著しく困難な状況の下で、かつ、被害者の意思に基づかないでなされた性交等やわいせつ行為のみを処罰範囲としているということである。

第4 試案による処罰範囲

では、「試案」によって示された性的侵害罪の守備範囲は、どのようなものであるか。性的自由侵害の類型としての「不同意類型」と「瑕疵ある同意類型」を横軸に、手段①ないし⑧を縦軸にとったマトリクスを埋めてみると、次の【表3】のとおりとなる。具体的な検討は、第2章で行うが、この試案の守備範囲を示す【表3】と現行の性的侵害罪の守備範囲を示す【表2】とを比較した場合、ほとんど違いのないことに気づくであろう。今回の試案が示した条項案では、(7)から(9)までの列挙事由が目を引く。しかし、これは、新たな守備範囲を設けたものではなく、従来から「暴行」又は「抗拒不能」の柔軟な解釈を通じて処罰の対象とされていた領域について、その「居場所」を明確にしたというに過ぎない。また、【表3】の中では⑥の「瑕疵ある同意類型」に位置づけられている領域についても、実は、同様である。この領域は従来、(若干の無理をして)解釈により「抗拒不能」の一部として取り込まれていた領域である。それをこの試案では、「拒絶不能」の類型から取り出し、錯誤に基づく「瑕疵ある同意」の類型として、別立てにして「居場所」を与えたに過ぎない。つまり、性的侵害罪の改正について今回の試案が目指したのは、「処罰範囲を拡大する新たな守備範囲を創設すること」ではなく、「柔軟な解釈を通じて従来から実務が176条、177条の守備範囲としていた領域についてその適用条項を明確化すること」であったといつてよい。

列挙事由によって処罰の対象となる行為の類型が増えた(ように見える)にもかかわらず、処罰範囲が拡大しない原因は、条項の柱書にある「人を拒絶困難にさせて」と「人が拒絶困難であることに乗じて」という2つの文言が、い

⁶ 性的侵害罪における暴行・脅迫の程度については、最判昭和24年5月10日刑集3巻6号711頁参照。

わば「足切り」の役割を果たしているからである。

【表3】

手段	性的被害罪	
	不同意類型 意思に基づかない性交等／わいせつ行為 (意思に反する占有移転)	瑕疵ある同意類型 瑕疵ある意思に基づく性交等／わいせつ行為
①強い暴行・脅迫 (相手方の反抗を抑圧する程度)	(ア)暴行又は脅迫を用いること よって人を拒絶困難にさせて →強制性交等罪(5年以上) →強制わいせつ罪(6月～10年)	×
②その他の反抗抑圧行為	(イ)心身に障害を生じさせること (ロ)アルコール又は薬物を摂取させること (ハ)睡眠その他の意識の明瞭でない状態にすること (ニ)拒絶するいとまを与えないこと (ホ)予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、又は驚愕させること (ヘ)虐待に起因する心理的反応を生じさせること (ヘ)経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力 によって受ける不利益を憂慮させること その他これらに類する行為 よって人を拒絶困難にさせて →強制性交等罪(5年以上) →強制わいせつ罪(6月～10年)	×
③反抗不能状態の利用	(ア)暴行又は脅迫を受けたこと (イ)心身に障害があること (ロ)アルコール又は薬物の影響があること (ハ)睡眠その他の意識が明瞭でない状態にあること (ニ)拒絶するいとまがないこと (ホ)予想と異なる事態に直面して恐怖し、又は驚愕していること (ヘ)虐待に起因する心理的反応があること (ヘ)経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力 によって受ける不利益を憂慮していること その他これらに類する事由によって 人が拒絶困難であることに乗じて →強制性交等罪(5年以上) →強制わいせつ罪(6月～10年)	×
④弱い暴行・脅迫(相手方の反抗抑圧に至らない程度)	×	×
⑤威力／威迫 (人の意思を制圧するに足る勢力)(他人に氣勢を示し不安困惑の念を生ぜしめる)	×	△ ・ 監護者性交等罪・監護者わいせつ罪
⑥人を欺く行為(欺罔)	×	・ 行為がわいせつなものでないと言信させ、若しくは行為の相手方について人違いをさせて ・ 行為がわいせつなものでないと言診していること、若しくは行為の相手方について人違いをしていることに乗じて →強制性交等罪 →強制わいせつ罪
⑦相手方の判断能力の不足等を利用する行為	×	△ 13歳未満の者に対する性交等／わいせつ行為 13歳以上16歳未満の者に対する性交等／わいせつ行為
⑧その他の手段(手段に限定なし)	×	×

試案の条項案についての具体的な問題点の指摘は第2章で行うが、問題点は、形式的には、同一法定刑を維持し、段階的に類型化した規定を設けないとの前提の下、議論が推移していたことに由来するといえよう。しかしながら、より実質的には、性犯罪の保護法益をどのように捉えるかという議論が疎かになってきたのが本質的な問題点だと考えられる。この点を、第3章で指摘する。

第2章 試案についての検討

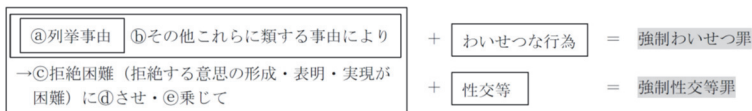
第1 試案「第1-1」1(1)及び2(1)(列挙事由と拒絶困難)について

1 試案の内容

(1) 試案の骨子

今般の法制審議会の試案は、「第1-1 暴行・脅迫要件、心神喪失・抗拒不能要件の改正」1(1)及び2(1)として、次の構造の改正案を提示した⁷。

【図】



強制わいせつ罪の法定刑：6月以上10年以下の拘禁刑（現行法と同じ）

強制性交等罪 の法定刑：5年以上の有期徒刑（現行法と同じ）

(2) 試案の内容

①列挙事由の行為としては、(ア)暴行又は脅迫を用いること／受けたこと、(イ)心身に障害を生じさせること／あること、(ウ)アルコール又は薬物を摂取させること／影響があること、(エ)睡眠その他の意識が明瞭でない状態にすること／あること、(オ)拒絶するいとまを与えないこと／ないこと、(カ)予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、又は驚愕させること／していること、(キ)虐待に起因する心理的反応を生じさせること／あること、(ク)経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させること／していることが挙げられている。その上で、⑤「その他これらに類する行為・事由」として、包括的な規定が挙げられている。ただ、これらの行為・事由により、③拒絶困難(拒絶の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態)に④させ、又は⑥乗じて、わいせつな行為や性交等をすることが必要とされている。

⁷ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第8回会議配布資料21の2B案参照。

2 試案の評価

(1) ㉔列挙事由, ㉕受け皿規定の検討

㉔列挙事由の(7)から(9)として挙げられている行為そのものは、性的な行為がなされる際に、行為者が用いたり、乗じたりすべきでない状態を意味しており、列挙事由そのものについては、類型的に、被害者の本意に基づく同意がない方向に働かせる事情といえるであろう。法律家の会提言においても、「不意に」(法律家の会提言176条の2第2項)や「アルコール若しくは薬物の影響により正常な判断が困難な状態」(法律家の会提言178条の2第1項1号, 2項1号)として列挙事由は挙げている。法律家の会提言を作成するに当たって、事前に調査した外国法においては、フランス法が、このように列挙事由を挙げていく方法をとっており、処罰される実行行為が明確になる点でも優れているとの評価が可能である⁸。

また、単純に監護者性交等罪の対象を一定の地位・関係性を有する者まで拡張しようとする⁹のではなく、多様な関係性や影響力の強弱に着目して適切な処罰範囲を画定しようとする(9)の規定の仕方は基本的に評価できるところである。

このほか、試案が、㉕「その他これらに類する事由」との受け皿規定¹⁰を挙げていることについても、限定列挙では必ずしも捕捉しきれない行為や状態がありうる以上、肯定的には考えられる(現行刑法典においても、「その他」の包括的な規定を置いている規定はある¹¹。但し、法制審議会での当局の説明によれば、(7)から(9)全体として捉えた上でそれに類すると考えているものではないということである¹²)。法律家の会提言でも、「人の心身耗弱」(法律家の会提言案178条の2第1項1号, 2項1号)や「前号に掲げるもののほか、人の抗拒の困難な状態」(法律家の会提言178条の2第1項2号, 2項2号)を挙げているところである。

⁸ 確かに、刑法典の規定としては、このような細かな列挙事由を規定することはあまりないが、特別刑法では見られる規定方法である(例えば、インサイダー取引規制に関する金融商品取引法197条の2第13号, 166条1項, 2項14号参照)。法律家の会提言は、現行刑法典との差異をできるだけ生じさせないために、抽象化した文言を用いたが、複雑化していく日本社会への対処方法としては、列挙事由を定めていくのも一つの立法方法といえよう。

⁹ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第8回会議配布資料25[A案]参照。

¹⁰ 齊藤豊治「不同意性交罪の新設の意義と課題(下)」法時94巻10号88頁。

¹¹ 例えば、刑法125条1項参照。勿論、列挙事由との関係で、外延に問題があり、類推解釈にならないかとの危惧も踏まえて今後の検討はされるべきである(法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議議事録18頁宮田委員発言参照)。

¹² 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議議事録20頁吉田幹事発言参照。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

(2) ㉔㉕拒絶困難の作出・便乗についての検討

その上で、試案では、上記の㉔㉕の実行行為により、㉔拒絶困難に㉔させ、又は㉔乗じていることが規定されている。これらのうち、㉔させること(作出型)や、㉔乗じること(便乗型)については、㉔が従前の強制わいせつ罪・強制的性交等罪、㉔が従前の準強制わいせつ罪、準強制的性交等罪に対応し、法律家の会提言においても、それぞれの規定を提案している(法律家の会提言176条の2、178条の2)ことからして、適当である。しかし、最終的に被害者の状態として要件化されている㉔拒絶困難の点については、疑問がある。

少なくとも、試案は、法律家の会提言において提案している段階的類型化¹³とは異なり、現行の強制わいせつ罪・強制的性交等罪の法定刑は維持したまま、その構成要件要素のみについて、改正することを提案している。それゆえ、以下の2つの方向からの歪みが生じていると言わざるを得ない。

ア 限定列举された行為間の不整合

まず、限定列举として挙げられている行為が、必ずしも同じ法定刑の下限に評価されるべきものとは言い難いことである。例えば、(ア)暴行又は脅迫を用いること/受けたことは、現行の強制わいせつ罪・強制的性交等罪と同じ実行行為である。暴行又は脅迫が、どの程度のもを想定しているかについては、法制審議会の当局によると、現行法下での最高裁判例である反抗を著しく困難にする程度を意味する¹⁴のではなく、その程度は問わないものであると述べている¹⁵。しかし、それだけ幅のある暴行・脅迫に対して、(カ)予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、又は驚愕させること/していることが同程度に悪質な実行行為といえるのか疑問がある。刑法上の同種の実行行為に関しては、「威力」や「威迫」などが考えられるところ、「威力」は「人の自由意思を制圧するに足る勢力」、「威迫」は「他人に対し言語、挙動をもって氣勢を示し、不安困惑の念を生ぜしめる行為」を意味するが¹⁶、(ハ)の実行行為は、どちらかといえば、「威力」や「威迫」によって捕捉される状態であり(特に、「驚愕」についてはそうであろう。)、(ア)暴行又は脅迫と、同程度に悪質な行為とは言い難いところである。

また、(イ)拒絶するいとまを与えないこと/ないことについても、法律家の会提言では、上記のように反抗を著しく困難にするような暴行又は脅迫と同程度の悪質性とは言い難く、これよりも程度の低い、威力わいせつ罪と同程度の法

¹³ 齊藤・前掲注(10)91頁参照。齊藤教授においても、段階的類型化を提案している。

¹⁴ 最判昭和33年6月6日集刑126号171頁等。

¹⁵ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議事録19頁宮田委員発言、同23頁浅沼幹事発言。

¹⁶ 最決昭和42年2月4日刑集21巻1号9頁参照。

定刑の種類として提案をしていた(法律家の会提言176条の2第2項)。また、「拒絶するいとまを与えない／ないこと」は、わいせつ行為については、想定できても、性交等については、容易には想定し難い(さらに、後述の第1-4の改正と併せて、現状、痴漢行為として捕捉されている犯罪が、強制性交等罪として捕捉されることにもなりかねない)。

さらに、(7)経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させること／していることは、監護者わいせつ罪や監護者性交等罪(現行刑法179条)と同じ法定刑となるが、同程度に地位を濫用していると評価できるのか疑問がないではない。例えば、母子家庭の16歳以上の娘が、母親の雇用主から性的行為を求められ、母親がお世話になっているから逆らえずに性的行為の要求に応じなければならないような事案¹⁷について、仮に「不利益の憂慮」が認められるとしても、典型的な暴行脅迫を用いた強制性交と同程度に「拒絶困難」な状態が生じていると評価できるかは疑問であり、両者の事案には少なからず当罰性の違いがあるのではないかと考えられる。これを「拒絶困難」の程度で両者を同視するのであれば、結局、経済的又は社会的な地位を利用した事案において処罰対象となるのは極めて限られた事案となるであろう。

イ 拒絶困難の程度の曖昧さ

結局、◎拒絶困難の程度は、現行刑法176条、177条、178条(心神喪失、抗拒不能)と同程度が求められているのではないかとという疑問がある。上記アのように、実際には、悪質性に軽重がある実行行為を同じ法定刑でまとめるからには、拒絶困難の程度が、同じ程度にまで陥っていないと、正当化できない。「拒絶困難」の意味については、「拒絶の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態」というように定義が示されており、「困難」さの程度については明らかではない。法制審議会における当局の説明では、「拒絶困難」とは「拒絶の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態」をいうため、「困難の程度は問わないもの」としている¹⁸。しかし、法定刑が変わらず、「より構成要件が明確になるような形で規定し直すというだけ」¹⁹で、「この『試

¹⁷ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第8回議事録34頁山本委員発言参照。

¹⁸ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回議事録10, 11頁浅沼幹事発言。

¹⁹ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第8回議事録21頁金杉幹事発言(但し、第6回会議における橋爪委員の「現行法の解釈におきましても、暴行・脅迫要件や抗拒不能要件は柔軟に解釈する余地がありましたので」「柔軟な実質的解釈を明文の規定で担保しようというのが」問題意識で、「現行法で処罰されていない行為を新たに処罰する、という評価が直ちに妥当するわけではない点についても確認しておきたい」との発言(法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回議事録18頁)をまとめたもの)。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

案』は、前提として、これまで当罰的だと評価されていた行為の範囲を拡大する趣旨のものではありません²⁰というのであれば、「拒絶困難」をどのように言い換えたとしても、従前の最高裁判例が示した反抗を著しく困難にする程度であることが、基本的には求められることになるであろう。さらに、試案は、「わいせつな行為をした者」「性交等をした者」というように、従前の強制わいせつ罪・強制性交等罪の規定と同じく意思に基づかない場合の文言となっている。瑕疵ある意思に基づく性交等／わいせつ行為を想定した場合の規定といえる、「性交等をさせた者」「わいせつな行為をさせた者」との規定にはなっていない²¹。このことから、従前と同じく意思に基づかない場合のみを捕捉しようとしていると思われる²²。

このほか、(ウ)や(ク)虐待に起因する心理的反応を生じさせること／あることは、いわゆる不同意性交罪を想定したような実行行為ではあるものの、結局、現行刑法典の強制わいせつ罪・強制性交等罪と同じ法定刑としている以上、上記のように、「拒絶困難」の程度としては、法定刑に見合うだけの困難さが必要となり、いわゆる不同意性交罪による処罰範囲とは、似ても似つかぬものになるであろう²³。このことは、(ク)経済的・社会的関係上の地位に基づく影響力による不利益を憂慮した場合についても同様である。さらに、この規定は監護者性交等罪との比較も必要である。監護者性交等罪は、被監護者が例外なく自由な意思決定ができないといえることに着目した犯罪で、これによって強制性交等罪と同じ法定刑の規定にあると考えられる。そうすると、試案の(ク)における「拒絶困難」は、結局、監護者性交等罪における意思抑圧の程度と同程度に必要なと考えられる²⁴。

²⁰ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回議事録20頁吉田幹事発言。

²¹ 強盗罪では、「他人の財物を強取した者」と規定されているのに対して、恐喝罪では「人を恐喝して財物を交付させた者」として、刑法典では、意思抑圧の程度に応じて、条文が書き分けられている。これを受けて、法律家の会提言では、「した」場合と「させた」場合を書き分ける条文案を提案した（176条の2、177条の2、178条の2の条文案参照）。

²² 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回議事録12頁橋爪委員発言では、括弧書により、意思の形成・表明・実現が困難であると記載されていることから判断のぶれが生ずる可能性は可及的に排除されていると考えている旨ある。しかし、「意思の形成・表明・実現が困難」であるかどうか判断されるのであれば、結局、困難さの程度が問題になるのではないかと思える。

²³ 齊藤教授においても、受け皿規定の改正案として、①「その他抗拒を著しく困難にする方法」、②「その他抗拒を困難にする方法」、③「その他意思に反する方法」が検討会では取り上げられたが、①②では、「強制性交等罪の若干の見直しを行おうとする見解であり、改革は弥縫策に終わると思われる」と指摘されている（齊藤・前掲注(10)89頁）。

²⁴ それゆえ、法律家の会の提言内容としては、特に現時点において補足する必要のある関係性に着目し、行為者が影響力を利用して性交した場合のみ処罰範囲を限定すると

また、ドイツ法では不同意性交罪として「反対意思を形成・表明できない状況」を規定していたように、「反対(意思)」を形成し、表明し又は実現することが困難な状態に着目するのが不同意性交等罪の発想であるところ²⁵、試案は、「拒絶」の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態としており、「反対」と「拒絶」で差がある。「反対」意思の形成・表明・実現か、「拒絶」意思の形成・表明・実現かは、厳密には、「反対」の方が、不同意という意思の問題であるのに対して、「拒絶」は拒絶「行為」の問題であり、不同意性交等罪よりも離れた内容というべきである²⁶。

結局、試案では、現行刑法典と同じ法定刑による改正案のままの提案となっているため、現行刑法典と同程度の悪質さが必要となり、不同意性交等罪のような場合を捕捉できないようにしているものと考えられる²⁷。

(3) 同一法定刑を維持した立法をしようとすることによる歪み

以上のように、現行刑法典と同じ法定刑(特に下限)を維持しつつ、「より構成要件が明確になるような形で規定し直すというだけ」というのは、一方では、不同意性交等罪を処罰するような規定振りとしてさも処罰範囲を拡張したかのように見せながら、他方では、現行の強制わいせつ罪・強制性交等罪と同程度の拒絶困難さを要求することでそれを狭めるという歪んだ立法であるとの疑いを拭いきれない。法定刑に差を設けることで、適切な処罰範囲・処罰の程度を確保しているのが各国の対応といえるであろう。また、罪刑均衡の考え方からしても、結果が同じであるならば、実行行為の悪質さに則して、法定刑に差を設けるのが、通常の刑事立法だと解される²⁸。それを、上記のような歪んだ立法で対応するというのは、「弥縫策」²⁹との誹りを免れないと思われる。

このような弥縫策では、将来的には、次のいずれかの問題にぶつかると思われる。まず、上記のように、厳密な条文解釈がなされ、被害者の救済には結局、

ともに、当該事案と典型的な強制性交事案との当罰性の違いに着目した科刑を試みるものである。なお、限定列举している地位や関係性については、今後の社会情勢や犯罪実態を踏まえて、柔軟に追加している形で法改正を行うべきものとする。

²⁵ 齊藤・前掲注(10)91頁。

²⁶ 齊藤・前掲注(10)90頁においても、この文言の差による違いを指摘している。法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回議事録15頁以下では、この点がかかり議論されており、法制審議会全体として、この文言が肯定的に評価されているわけではない。

²⁷ その意味で、齊藤・前掲注(10)90頁が、「反対の意思」ではなく「拒絶の意思」とすることで、「不同意性交罪の範囲を不相当に狭める可能性が残る」と指摘していることについては、むしろ、不同意性交罪を処罰しようとしていないのが試案の考え方ということになるであろう。

²⁸ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回議事録21頁金杉幹事発言参照。

²⁹ 齊藤・前掲注(10)89頁。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

つながらなくなる³⁰。あるいは、逆に、加重された法定刑による処罰範囲が拡大する。そして、実務的には、このいずれかの間で揺れ動く、曖昧な処罰範囲が維持されることになる。

列挙事由や受け皿規定については、一つの立法内容として首肯できるものなのであるから、それに則した法定刑に合った規定(具体的には、段階的類型化が必要となるであろう)を検討し直すべきである。法律家の会提言では、3段階に類型化したものを提案し、法定刑にも差を設けている³¹。

結局、同一法定刑を維持しようとする態度は、その背後に、保護法益に関する議論が足りない点が挙げられると思われる。次の誤信に関する試案では、特に、保護法益の捉え方の差が顕在化しているといえよう。

第2 試案「第1—1」1(2)及び2(2)(誤信類型)について

1 試案の内容

試案においては、「行為がわいせつなものではないと誤信させ若しくは行為の相手方について人違いをさせて」、又は「行為がわいせつなものではないと誤信していること若しくは行為の相手方について人違いをしていることに乗じて」、わいせつ行為ないし性交等をした者につき、強制わいせつ罪ないし強制性交等罪と同様に処罰することを規定している。ここでも、誤信させ又は人違いをさせる作出型と、誤信していること又は人違いをしていることに乗じる便乗型があり、1(1)及び2(1)と同様に2つの類型が設けられている。

誤信や人違いをさせる行為は、「偽計・欺罔」に当たるが、一般的な「偽計・欺罔」を広く手段として規定してしまうと、いわゆる動機の錯誤に陥らせた場合など、当罰性が低い場合も処罰対象となってしまうおそれがある。そこで、試案においては、行為がわいせつなものではないとの誤信及び行為の相手方についての人違いに限定して、処罰の対象とされた。これは、性犯罪が、性的行為を行うかどうか、誰を相手として行うかについての自由な意思決定を保護法益としていることに着目して、行為の性質の錯誤や人違いについては、被

³⁰ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議では、検察官の立場から、試案による場合、立証しなければならない項目が増え、処罰範囲が狭くなるのではないかと、また、被害者を拒絶困難にさせたことの認識は一層立証が困難になるのではないかと危惧が述べられている(同会議事録23頁田中委員発言)。

³¹ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議では、「行為態様が異なっても、意思に反して性行為が行われたという事実が共通であるならば、同様に処罰すべきであって、あえて減輕類型を設ける合理性はないからです。」と指摘されているが(同会議事録18頁橋爪委員発言)、行為の悪質さに応じて、法定刑に差を設けるのは、恐喝罪や強盗罪、傷害致死罪や殺人罪を例にするまでもなく当然と解される。

害者が性的行為を行うかどうかの意思決定をする前提を欠くことになることから、性的自由ないし性的自己決定に対する法益侵害があることが明らかな場合であるとして、類型化されたものといえる³²。1(1)ないし2(1)の列举事由と別類型にされたのは、当該錯誤がある場合には法益侵害が明らかであることから、錯誤の要件に該当する場合には直ちに拒絶困難といえる類型であるとされたからである。

2 試案の評価

(1) 現行法の裁判例を条文化したものに過ぎないこと

試案で新たに定められた類型に当たる日本の判例としては、医師を信頼して正当な治療行為が行われているものと誤信していた事例³³及び医師を装った被告人から検査や治療のための処置であると誤信させられていた事例³⁴等があり、いずれも抗拒不能の状態での性交だったとして準強制性交罪(旧準強姦罪)が認められていた。また、被害者が半睡半醒の状態で夫であると誤信しているのに乗じた事例³⁵で準強制性交罪(旧強姦罪)の成立を認め、熟睡し、夢うつつのまま内縁の夫であると誤信しているのに乗じた事例³⁶においても、準強制わいせつ罪の成立が認められていた。したがって、試案で示された類型は、現行法上、抗拒不能に当たると既に認められていたものを犯罪類型として明文化したに過ぎないといえる³⁷。

確かに、被害者がどのような錯誤に陥っていた場合に、行為者が処罰され得るかについて、その範囲が明文化された点については肯定的に評価することができる。被害者の錯誤に関しては、性的行為に応じれば金銭を支払う旨誤信させて性的行為に及んだにもかかわらず金銭の支払いをしなかった場合のような動機の錯誤に関しては、性的行為に関する重要な錯誤ではなく、当罰性は低い

³² 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議議事録 15頁嶋矢委員発言参照。

³³ 東京高判昭和33年10月31日判タ85号75頁、東京地判昭和62年3月16日下刑集5巻3・4号244頁。

³⁴ 名古屋地判昭和55年7月28日判時1007号141頁、東京地判昭和62年4月15日判時1304号147頁。

³⁵ 広島高判昭和33年12月24日高刑集11巻10号701頁。

³⁶ 大阪地判昭和62年10月1日判時1256号123頁。

³⁷ 欺罔による性的行為の処罰が問題となった判例についての考察については、山中純子「欺罔による性的行為の処罰について—ドイツ性刑法との比較に基づいて」東海法学59号16頁以下参照。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

と解されている。このよう当罰性のそれほど高くない場合を含めて広く処罰対象になり得るかのような事態は避けるべきである。

(2) 錯誤の範囲として十分か—保護法益との関係も踏まえて—

この点、法律家の会提言においては、「性交等又は手淫等の性質又は態様についての人の錯誤」があった場合を処罰対象として定めている。性的行為の性質及び態様についての錯誤は、性的行為の同意において核心的な要素であり、当罰性が高いといえる。このような錯誤の例としては、避妊の有無や撮影の有無、性交なのか肛門性交なのかといった点が想定される。たとえ、性的行為そのものに同意していたとしても、避妊の有無や性交なのか肛門性交なのかという違いは、同意の判断にあたって重要である³⁸。これに対して、試案のいう「行為がわいせつなものではないと誤信」することは、上記裁判例のように、行為が治療や検査のために必要なものであると誤信しているような場合であり、錯誤がなければ性的行為自体を拒絶する場合を問題としている。法律家の会提言が、性的行為自体に同意していたとしても、その性質や態様であれば同意しない場合にも反対意思や拒絶意思は当然認められるべきであると考えており、錯誤の対象を広く捉えているのとは異なる。後述するように、保護法益を現行法のように積極的な性的自由ないし性的自己決定権と捉えた場合、性的行為自体に応じることについての同意の有無を判断基準とすることになるが、保護法益を性的尊厳と捉え、防御権たる消極的な性的自由を含むと考えれば、性的行為の性質や態様も決定的に重要であり、性質や態様についての錯誤があった場合も処罰対象とすべきであるとの考えに至るだろう³⁹。なお、法律家の会提言では、「行為の相手方について人違い」した場合については、明文化していないが、これは、誰と性的行為をするかということは、性交などの性質又は態様の違いに含まれると解するからであり、人違いの場合を除外したわけではない。したがって、試案の処罰対象は、法律家の会提言と比較して狭きに失するといえる。

³⁸ ドイツでは、ステルシング事例(コンドーム装着の有無を欺罔した事例)において、被害者の意思に反した態様の性的行為であるとして、性的侵襲罪が認められる。日独の性犯罪の保護法益の捉え方に着目し、日本においても性的尊厳・性的人格権を保護法益とし、法益関係の錯誤説に基づいて準強制性交等罪が認められると解するものとして、山中・前掲注(37)1頁以下参照。

³⁹ 山中・前掲注(37)22頁以下。

また、法律家の会提言においては、錯誤に陥って性的行為に応じた場合は、「当該錯誤がなければ…人の意思に反することとなる」として、当該類型を不同意性交等罪の一類型と位置づけた。上述のとおり、行為の相手方を人違いした場合については性交などの性質又は態様の違いに含まれると解するが、人違いによって同意した性的行為については、より重い現行の準強制性交等罪ないし準強制わいせつ罪で処罰することができる(法条競合)と考えたからであり、それ以外の性的行為の性質や態様が意思に反することとなる錯誤については、法定刑がより軽い類型を設けるべきであろう。これに対して、試案においては、処罰の前提として、全ての場合に「拒絶困難」を要求しており、錯誤の事例においては、意思決定の前提を欠く場合であるから類型的に拒絶困難であることが明らかであるがために、「拒絶困難」という文言が規定されなかったに過ぎない。つまり、法定刑はあくまで1(1)ないし2(1)で列挙された行為による場合と同じであり、当罰性が同程度に高い場合に限定した明文にとどまる。しかし、上述のように、性的行為においては、「拒絶」の有無が重要なのではなく、「意思に反すること」が問題なのである。法定刑の軽い不同意性交等罪に準ずる錯誤による類型を設け、法益侵害の程度に応じた柔軟な処罰が可能となるような規定が望ましいといえる。

第3章 性的侵害罪の処罰範囲と保護法益

第1 あるべき処罰範囲に対する理解のズレ

強制性交等罪、強制わいせつ罪など「性的侵害罪」の保護法益は、性的自由ないし性的自己決定権であるとする見解が、現在の通説である。性的自由とは、誰と、いつ、どのように性的関係を持つかの自由であると言われる⁴⁰。性的侵害罪の保護法益が、性的自由にあるのならば、そのあるべき処罰範囲としては、行為者が、被害者の自由意思に反して被害者と性的行為をした場合を処罰対象とするのが正しい、ということになるであろう。ただ、問題は「意思に反する」という言葉自体が、すでに曖昧さを含んでいるということである。すなわち、「意思に反して」とは、「意思に基づかないで」という意味なのか、瑕疵ある意思に基づく場合も「意思に反して」に含まれるのかが曖昧である。

⁴⁰ 齊藤豊治「性刑法改正における年少者の保護」法セミ 812号 56頁参照。法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議においても、性的自由・性的自己決定権であることが度々述べられている(同会議事録13, 17頁長谷川幹事発言参照)。

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

「瑕疵ある意思」は、意思形成過程に、詐欺、強迫などの不当な影響力が働いたことにより形成された意思を意味する言葉である。このような不当な影響力によって形成された意思によって実現された結果は、その者の本心から望むものではなかったという意味で「本意」によるものではなく、これもまた「意思に反して」なされたものであると理解することもできる。

しかし、これに対し、窃盗罪(刑法235条)における「窃取」とは「占有者の意思に反して財物の占有を移転すること」と説明されるものの、ここにいる「意思に反して」には、瑕疵ある意思に基づく場合は含まれていない。つまり、ここにいる「意思に反して」とは「意思に基づかないで」という意味である。そのため、占有者が瑕疵ある意思に基づく交付行為によって財物の占有を移転した場合については、別に、恐喝罪(249条)、詐欺罪(246条)が用意されている。このように、財産罪のうちの奪取罪(占有移転罪)は、意思に基づかない占有移転だけでなく、瑕疵ある意思に基づく占有移転をも処罰の対象とするもの、前者は「盗取罪」と称され、窃盗、強盗などはこれに当たり、後者は「交付罪」と称され、詐欺、恐喝などはこれに当たるとして、区別されている。

では、性的侵害罪において処罰対象とすべき被害者の「意思に反して」とはどちらの意味なのか。「意思に基づかないで」の意味か、あるいは、瑕疵ある意思に基づく場合を含む意味か。いずれの理解もあり得るのである。そのため、「意思に反する」性的行為を処罰対象とすべきだという点において論者の間に意見の一致が見られたとしても、その内実を見れば、意思に基づかない性的行為のみをあるべき処罰対象とする趣旨なのか(A説)、瑕疵ある意思に基づく性的行為をも処罰対象に含めるべきなのか(B説)、という点についてすでに理解のズレが生じているのである。

第2 A説(意思に基づかない性的行為に限定)によるあるべき性的侵害罪の体系

強制性交等罪(177条)、強制わいせつ罪(176条)における「暴行・脅迫」の解釈については、従来から、最狭義の暴行・脅迫であり、強盗罪におけるそれよりは少し弱い「相手方の反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫」とであると解釈されてきた。このような解釈は、処罰範囲をめぐるA説の理解に沿うものである。つまり、ここにいる「暴行・脅迫」を最狭義のものに限定することは、性的行為が被害者の「意思に基づかない」場合を限定することに役立っていると理解される。同様に、準強制性交等罪や準強制わいせつ罪における「抗拒不能」についても「意思に基づかない」場合を限定する機能を果たし

ていると理解することになる⁴¹。

従来の裁判実務を見ると、厳密にはこのような意味での暴行・脅迫があったといえるかは疑わしい有罪判決もある。しかし、A説によれば、それでも、処罰対象が「意思に基づかない」場合に限定されているとすれば、それは法政策的には間違っていないということになる。また、準強制性交等罪、準強制わいせつ罪における「抗拒不能」についても、相手方の同一性を誤った錯誤の場合は、従来からこれに該当するものと解釈されている。これを「抗拒不能」に当たるとする解釈は、正直、かなり無理のある文言解釈ともいえるが、それでも、同一性の錯誤は「意思の欠缺」の場合であって、「意思に基づかない」場合といえるから、やはり法政策的な観点からは間違っていないということになる。

これに対して、「意思に基づかない」というレベルまでには到達せず、あくまで「瑕疵ある意思」に基づいて性的行為に応じた事案までも強制性交等罪で処罰した裁判例については、A説からすれば、本来の当罰的な対象を超えて処罰範囲を拡大したものとして、批判の対象となるはずである。

第3 B説(瑕疵ある意思に基づく性的行為をも含めるべき)によるあるべき性的侵害罪の体系

以上に対し、B説によれば、あるべき性的侵害罪の体系も異なったものとなるし、これまでの裁判実務に対する理解や評価も異なったものとなる。B説によれば、そもそもこれまでの判例が、177条の暴行・脅迫を、基本的に「相手方の反抗を著しく困難にする程度」のものとして解してきたこと自体に対して批判的となる。裁判例の中には、ここにいう暴行・脅迫を柔軟に解釈することで「瑕疵ある意思」に基づく性的行為の一部を処罰の対象に取り込んできたものがあるが、むしろこれこそが法政策的には正しいということになる。端的に言えば、奪取罪における強盗罪の類型ではなく、恐喝罪の類型に当たるような軽度の暴行・脅迫によるものであっても、不当な影響力が働いて性的行為に応じさせた場合をも処罰範囲に取り込んできたことは、正当であると評価することになる⁴²。

⁴¹ なお、この考え方からは、性交同意年齢が現行法上13歳であること(176条後段、177条後段)についても、整合的といえよう。「意思に基づかない」性交等／わいせつ行為と典型的にいえる年齢が問題となるからである。

⁴² 性交同意年齢に関して、「性的行為をするかどうかに関する能力」の内実を、「①行為の性的な意味を認識する能力」、「②行為が自己に及ぼす影響を理解する能力」、「③性的行為に向けた相手方からの働き掛けに的確に対処する能力」の3つの能力があると分析し(法制審議会刑事法刑事法(性犯罪関係)部会第6回会議議事録23, 24頁佐藤陽子幹事発言参照)、これらの能力の内実を手掛かりとして、(1)客体となる者の対象年齢を

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

ただ、B説も「瑕疵ある意思」による性的行為のすべてを処罰範囲に取り込むことが正当だと主張するわけではない。とりわけ、錯誤による場合については慎重である。それは、錯誤自体が多種多様、千差万別であるため、これによる場合を一律に処罰対象とすると、不当な処罰範囲の拡大をもたらすおそれがあるからである。そしてそれは、そのような錯誤が欺罔によって惹起された場合であっても同様であるとする。特に問題となるのは「動機の錯誤」である。民法の意思表示理論においても「意思の欠缺」に分類される「同一性の錯誤」については、これを処罰範囲に含めることに問題はないと考えられる。それゆえ、B説も、相手方を誤った場合を解釈上「抗拒不能」とする判例実務に対しては肯定的である。しかし、欺罔による場合を含め、錯誤による同意による場合をすべて処罰範囲に含めることは問題であるとする。そして、177条、176条の「暴行・脅迫」要件は、そのような錯誤による（瑕疵ある意思に基づく）性的行為を排除するという意味で、有用な機能を担っているとする。

第4 従来の裁判実務に対する評価と法改正の在り方

1 いずれの説からも裁判実務の評価・法改正の在り方が一致していること

A説とB説とは、まったく対照的な立場でありながら、これまでの裁判実務に対する評価と法改正の在り方に対する見解は、表面的には、驚くほどの一致を見せることになる。

これまでの裁判実務の運用には、揺れがあったと考えられる。最狭義の暴行・脅迫を要件とする（と理解されていた）177条では、このような暴行・脅迫がなければ、仮に「意思に基づかない」性的行為があったとしても、同条で処罰をすることはできず、また、178条の「抗拒不能」にしてもこれを厳密に解釈すれば、「意思に基づかない」性的行為の一部は捕捉されないこととなる。しかし、裁判例の中には、177条の暴行・脅迫や178条の抗拒不能を柔軟に解釈することで、あるべき処罰範囲に合わせてこれらの条項を運用することで、これに対応してきたものがあり、これはA説からもB説からも積極的に評価される。また、B説によれば、加えて、恐喝的手段による性的行為を177条の柔軟解釈によって捕捉してきた裁判例も積極的に評価される。

ただ、いずれの説からも、そのような「柔軟な解釈」で対応すること自体は望ましいことではない、ということになる。個々の裁判官による柔軟な運用に頼っている限り、法的安定性の面で不安があるからである。実際、厳格な解釈を採用したために処罰に空隙を生じてしまっている例もある。

引き上げる理論的根拠や、(2)対象年齢を引き上げた場合における、一部を処罰対象から除外し又は処罰対象を限定することの要否及びその根拠が議論していく方向性も、どちらかといえば、「瑕疵ある意思」に基づくかどうかの検討と整合的である。

それゆえ、A説もB説も「従来の柔軟な対応を類型化し、条項化する改正をすべきである」という点では一致する。そこで、試案にあるような事由（暴行又は脅迫を用いること／心身に障害を生じさせること／アルコール又は薬物を摂取させること／睡眠その他の意識が明瞭でない状態にすること／拒絶するいとまを与えないこと／予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、又は驚愕させること／虐待に起因する心理的反応を生じさせること／経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させること）を列挙し、事案の類型化を図り、運用の安定化を図ることに、A説もB説も、これに反対する理由はない。その意味で、この点に関する両説の意見は一致する。

2 拒絶困難という文言の曖昧さ

しかし、A説とB説とでは、そのような類型化によってどこまでの性的侵害行為をカバーしようと考えているのかという点では、大きな違いがある。これが現れるのが、柱書にある「拒絶困難」という文言である。A説によれば、これはあくまで処罰対象を「意思に基づかない」場合に限定するものと理解されることとなろう。しかし、B説によれば「瑕疵ある意思に基づく」場合も、これに含まれると理解されることとなる。そのため、A説によれば、仮に列挙事由のどれかに該当する場合であっても「意思に基づいて」性的行為が行われたと解釈される場合には、処罰範囲から除外される。これに対して、B説によれば、列挙事由のどれかに該当する場合には、仮に被害者の意思に基づいて性的行為が行われていた場合でも「瑕疵ある意思」に基づくとして、処罰の対象とされることが多いであろう。いずれにしても、結局、処罰範囲の広狭を分かつのは「拒絶困難」という文言である。そして、試案はこれにつき「拒絶の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態をいう」と規定している。しかし、この規定自体で、試案がA説とB説のいずれの立場に立った改正を目指す趣旨であるかは特定されないであろう。ということは、A説の論者は自説が採用されたと理解し、B説の論者も自説が採用されたものと理解していたが、実際に法改正がなされてみると、自己の考えとは異なった解釈・運用がなされて愕然とする、ということもあり得るということであろう。

第5 性的侵害罪の保護法益

1 保護法益を巡る議論の乏しさ

このような同床異夢ともいべき事態が生じる背景には、強制性交等罪、強制わいせつ罪などの性的侵害罪の保護法益は何なのか、という深い議論が棚上げされてきたことが挙げられよう。保護法益論などの抽象度の高い問題は、ともすれば議論を紛糾させ、論者の間に鋭い対立を出現させるおそれがあるのは

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

確かである。そのため、そのような抽象度の高い議論はひとまずおいておき、現実的・具体的な議論に話題を限定するということはあるがちである。しかし、本来、その根本の部分抜きにして法改正など語れないのではないか。

2 性的侵害罪の保護法益⁴³の本体

現在の通説は、性的侵害罪の保護法益を性的自由ないし性的自己決定権と理解する。つまり「自由」を保護法益と把握する。しかし、近時は、これとは異なる理解も有力に主張されるようになってきている。1974年に改正されたミシガン州刑法、1983年に改正されたカナダ刑法、さらにはその後のスペイン刑法、イタリア刑法などと同様に、性的侵害罪を、性的暴行罪（身体に対する罪）として位置づける方向がある。また、例えば、ドイツにおいては性犯罪の保護法益は「性的人格権」ないし「性的尊厳」とされている。しかし、特に傾聴に値するのは、特殊な身体的接触の体験を他者と共有するという性的行為の特徴を踏まえ、性的侵害罪の保護法益を「身体的内密領域」と把握する見解である⁴⁴。

では、このように性的侵害罪の保護法益を「自由」以外のものとして把握することには、どのような実質的な意味があるか。結論的に言えば、性的侵害罪においてその保護法益を「性的自由」ないし「性的自己決定権」と把握した場合には、その自由が侵害されたか否かが「自由意思」の抑圧の程度にかかっているため、これに対する保護は勢い抑制的なものとなる。逆に、自由の背後にある何らかの実体を保護法益と捉える場合は、財物奪取罪と同様に、その実体に対する侵害する行為を広く処罰する法制へと導かれることになる。その意味で、意思に基づかない性交等／わいせつ行為、瑕疵ある意思に基づかない性交等／わいせつ行為も処罰範囲として含め得るものとなってくる。

日本以外の先進諸国においても、性的侵害罪のカタログは、かつてはわが国と同様に簡素なものであったであろう。しかし、現在では、財物奪取罪のそれと同様に、多様なヴァリエーションを持つに至っている。そうした進化の背景には、性的侵害罪において保護すべき実体は何なのかということに対する理解が深まり、その保護法益に対する考え方が変化したことが、少なからず影響していると考えられる。それゆえ、わが国の性的侵害罪の規定は、他国の性的侵害罪規定に比べて「遅れている」と評されるのは、単なる表面的な規定形式だ

⁴³ 以下については、井田良「性犯罪の保護法益をめぐる」研修806号3頁以下、木村光江「強姦罪の理解の変化—性的自由に対する罪とすることの問題性—」曹時55巻9号2343頁以下が詳しい。なお、嘉門優／樋口亮介「性犯罪をめぐる議論状況」刑ジャ69号13頁以下にもまとめられている。

⁴⁴ 井田・前掲注(43)8頁。

けの問題ではない。性的侵害罪の保護法益を「性的自由」や「性的自己決定権」と捉える立場から依然として1ミリも動かないならば、いかに形の上だけでヴァリエーションを付けたとしても、それはあくまで表面上のものにとどまることとなろう。今回の試案こそがその証左と言わざるを得ない。

前述した性的侵害罪の処罰範囲に関するA説とB説との対立を、このような保護法益論と関連づけて説明するならば、性的侵害罪の保護法益をあくまで「自由」と捉える場合は、A説のような考え方を生み出す傾向がある。他方で、性的侵害罪の保護法益を身体や性的人格、性的尊厳あるいは身体的内密領域と捉える考え方は、B説に親和的である。

では、どうしてそうなるのか。自由に対する罪の典型である監禁罪（220条）と比較してみよう。監禁罪の場合、保護法益は場所的移動の自由である。そのため「監禁」とは、一定の場所から脱出することを不可能又は著しく困難にして移動の自由を侵害することと解される。そこで、そのことと関連して、嬰兒や泥酔者など身動きができない者も同罪の客体となるか、また、睡眠中に施錠した場合にも同罪が成立するかなどが議論されている。そして、前者に関しては、そもそも身動きのできない者は同罪の客体にならないとされ、後者に関しては、判例・多数説は、移動の自由を「移動しようと思えば移動しうる自由」（可能的自由）と解することで睡眠中の者に対する監禁罪の成立を認めているものの、移動の自由は「現実的に移動しようと思ったときに移動できる自由」（現実的自由）であるとして、自己が監禁されていることを認識する前には監禁罪は成立しないとの説も有力に主張されている。

そこで、同様に考えるならば、「自由」が保護法益であると考えた場合、性的侵害罪についても、なぜ赤ん坊に対しても強制わいせつ罪が成立するのが理論上問題となり得るし、睡眠中のわいせつ行為に対しても、被害者が気づかなければ「自由に対する侵害はない」との評価も成り立ち得ることとなる。むしろ、実際上は、176条後段、177条後段、また「心神喪失」に乗じた場合を処罰の対象として規定する178条の文言からそのような議論はない。しかし、理論上として考えた場合、「自由」を保護法益と解する場合にはこれは説明が困難な問題となろう。

これに対して、性的侵害罪の保護法益を例えば「身体的内密領域」と捉えた場合は、この領域に対する侵襲は原則的に法益侵害となり、これが例外的に被害者の自由意思に基づく処分行為（同意）によって正当化されるという構造をとることになる。そうすると、赤ん坊や睡眠中の者であってもかかる領域への侵襲がある以上、強制わいせつ罪等の成立することは当然となる。赤ん坊や睡眠中の者に「自由がない」ことは、逆に自由意思に基づく処分行為がないこと

性犯罪の保護法益とあるべき条項
(岡本・神谷・進藤・杉山・山中)

を意味し、むしろ正当化を否定する事情となる⁴⁵。これは、性的侵害罪を財物奪取罪と平行に把握する考え方である。奪取罪の場合も、占有の奪取はそれ自体、占有者の占有利益の喪失を意味し、それは原則的には法益侵害であるが、それが例外的に占有者の自由意思に基づく処分行為によって正当化される。また、これは、傷害罪が被害者の同意によって違法性阻却（または構成要件該当性阻却）となる構造とも同様である。そして、奪取罪の場合も、傷害罪の場合も、恐喝的手段によって同意した場合には正当化されず、それぞれ恐喝罪、傷害罪が成立することに異論はない。つまり、保護法益を「自由」ではない、その背後にある実体として把握することは、意思に反する場合のみならず、瑕疵ある意思に基づく場合をも処罰の対象に含めることに帰結する。

その意味で、性的侵害罪の保護法益を「性的自由」と解することは、女性の自己決定権を確立する象徴的な意味があったと言えるもの、実践的に見れば、むしろ（本意に反する場合でも）「意思に反しない」限りは処罰対象としないという余地を生み出しており、それが今回のような「玉虫色」の試案を帰結したというべきであろう。

第6 あるべき条項と今後の議論

性的侵害罪の保護法益を「身体的内密領域」や「性的尊厳」とし、それに対する侵襲を処罰するものと考えられる場合、その侵襲の程度と手段の危険性に応じて段階的なものがあるため、それに応じた法定刑を設定し（法定刑を下げた段階的な類型）、きめ細かな条文を定めるべきことになる。

また、手段を限定しないいわゆる不同意性交罪についても、このような保護法益理解からすれば、曖昧にならないよう十分に検討した上で、処罰規定を導入することが検討されるべきことになるであろう。法律家の会提言では、「認識することができる人の意思に反して性交等若しくは手淫等をし、又は継続した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。」ということで、「認識可能な意思に反する」ことを構成要件要素とした不同意性交等罪も提案をしている。法制審議会では、このような「認識可能な意思に反する」性交等の処罰については、十分に議論がされているとは言い難く⁴⁶、この点からも疑問

⁴⁵ この点につき、齊藤・前掲注(10)58頁では、「年少者の性は消極的自由として保護される。」として、積極的な意義が乏しく、むしろ、『性』を保護法益と解することで、性犯罪の保護法益は統一的に説明できる。」とする。

⁴⁶ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第8回会議では、「認識可能な意思に反する」性交等であれば検討可能かの問題提起がなされたものの（同会議事録16頁山本委員発言）、他の委員からの回答はなかった。法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第10回会議では、再度、認識可能な相手の意思に反するといった規定にできないかの問題提起が

が残る⁴⁷。

法制審議会(性犯罪関係)部会において、試案は、あくまでもたたき台であり、議論の対象を制約したり、方向性を定めようとしたりする趣旨ではないと述べられている⁴⁸。しかし、保護法益に関するより深い議論を行い、それを踏まえた条項の検討をしない限り、試案と類似した条項案となるのではないかと考えられる。その場合、数次、性犯罪規定の改正がなされながらも、ほとんど内実が変更されてこなかったこれまでの法改正と同様になり、あるいは、より曖昧さが拡大しないかとの懸念を持たざるを得ない。

性的侵害罪のよりよい条文化がなされるよう、本稿がその一助になれば幸いである。

以上

[追記1] 脱稿後の令和5年1月17日第13回会議において、試案(改訂版)が示され、「拒絶困難」(「拒絶の意思を形成し、表明し又は実現することが困難な状態」と定義。)という点を、「同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態」に修正する案が示された。報道によれば、表現を変えただけで処罰する対象は変わらないと当局側が説明したとのことで、本論稿で指摘した事項は、改訂版の試案についても、同様に妥当すると思われる。

[追記2] 脱稿後の令和5年2月3日第14回会議において、要綱(骨子)案が示されたが、試案(改訂版)と内容的には変わらないため、[追記1]同様、本論稿の指摘が妥当すると思われる。

おかもと ひろあき(弁護士)

かみや たつみつ(弁護士)

しんどう ひろと(弁護士)

すぎやま ひろあき(弁護士)

やまなか じゅんこ(本学法学部講師)

なされたが(同会議議事録8頁山本発言)、やはりこの点についての議論はされなかった。長谷川幹事からは、端的に拒否の意思を表明した場合の類型を設けるべきとの意見が述べられたが、かえって、被害者に拒絶義務があるかのような印象を与えないかとの反論がなされている(同会議議事録15頁橋爪委員発言、佐伯委員発言)。しかし、認識可能な意思とすれば、このような問題は生じないと思われる。

⁴⁷ なお、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議では、試案の条項では拒絶の意思を表示後「継続することが性犯罪となることが明確になっていないのではないか」との指摘もされているが(同会議議事録15頁小島委員発言)、法律家の会提言では、この点を明確にしていることも特徴といえよう。

⁴⁸ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第10回会議議事録1頁浅沼幹事発言。

【法律家の会の提言における改正案 全文】

(強制わいせつ)

第176条 13歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、6年以上10年以下の懲役に処する。13歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

(威力わいせつ及び不意わいせつ)

第176条の2 13歳以上の者に対し、威力を用いてわいせつな行為をし、又はさせた者は、7年以下の懲役又は250万円以下の罰金に処する。

② 13歳以上の者に対し、不意にわいせつな行為をした者も、前項と同様とする。

(強制性交等)

第177条 13歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交若しくは口腔性交(以下「性交等」という)又は性器若しくは肛門への身体の部位若しくは物の挿入(以下「手淫等」という)をした者は、強制性交等の罪とし、5年以上の有期懲役に処する。13歳未満の者に対し、性交等又は手淫等をした者も、同様とする。

(威力性交等)

第177条の2 13歳以上の者に対し、威力を用いて性交等若しくは手淫等をし、又は性交等をさせた者は、威力性交等の罪とし、3年以上15年以下の有期懲役に処する。

(準強制わいせつ及び準強制性交等)

第178条 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第176条の例による。

② 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等又は手淫等をした者は、第177条の例による。

(準威力わいせつ及び準威力性交等)

第178条の2 次の各号に定める状態に乘じ、又は次の各号に定める状態にさせて、わいせつな行為をし、又はさせた者は、第176条の2の例による。ただし、第2号の場合において、承諾を得たときはこの限りでない。

一 人の心神耗弱、又はアルコール若

しくは薬物の影響により正常な判断が困難な状態

二 前号に掲げるもののほか、人の抗拒の困難な状態

② 次の各号に定める状態に乘じ、又は次の各号に定める状態にさせて、性交等若しくは手淫等をし、又は性交等をさせた者は、第177条の2の例による。ただし、第2号の場合において、承諾を得たときはこの限りでない。

一 人の心神耗弱、又はアルコール若しくは薬物の影響による正常な判断が困難な状態

二 前号に掲げるもののほか、人の抗拒の困難な状態

③ 知的障害その他の障害を有するため前2条に定める心神耗弱に常にある者に対し、その配偶者又はそれに準じる関係のある者が、その承諾を得て、わいせつな行為又は性交等若しくは手淫等をするときは、これを罰しない。

(不同意性交等)

第178条の3 認識することができる人の意思に反して性交等若しくは手淫等をし、又は継続した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

② 性交等又は手淫等の性質又は態様についての人の錯誤であって当該錯誤がなければ性交等又は手淫等が人の意思に反することとなるものに乗じて、性交等若しくは手淫等をし、又は継続した者についても、前項と同様とする。

③ 13歳以上16歳未満の者に対して、性交等又は手淫等をした18歳以上の者は、第1項と同様とする。

(監護者わいせつ及び監護者性交等)

第179条 18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乘じてわいせつな行為をした者は、第176条の例による。

② 18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乘じて性交等又は手淫等をした者は、第177条の例による。

(地位濫用わいせつ及び地位濫用性交等)

第179条の2 次の各号に定める者に対し、当該各号に定める影響力があることを濫用してわいせつな行為をし、

又はさせた者は、第176条の2の例による。第1号及び第2号の影響力を行使できる立場にある者の配偶者又はこれに準じる立場にある者がした場合も、同様とする。

一 22歳未満の者 その者を監護、扶養その他法律上又は事実上の地位に基づいて管理又は監督している者であることによる影響力

二 老年者、身体障害者又は病者 その者を保護する責任のある者又は現に保護する者であることによる影響力

三 入院患者及び要介護者 その者に診療、療養看護又は介護を提供する立場にある者であることによる影響力

四 生徒及び学生 その者に教育を提供する立場にある者であることによる影響力

五 法令により拘禁された者 その者を看守し又は護送する者であることによる影響力

② 次の各号に定める者に対し、当該各号に定める影響力があることを濫用して性交等若しくは手淫等をし、又は性交等をさせた者は、第177条の2の例による。第1号及び第2号の影響力を行使できる立場にある者の配偶者又はこれに準じる立場にある者がした場合も、同様とする。

一 22歳未満の者 その者を監護、扶養その他法律上又は事実上の地位に基づいて管理又は監督している者であることによる影響力

二 老年者、身体障害者又は病者 その者を保護する責任のある者又は現に保護する者であることによる影響力

三 入院患者及び要介護者 その者に診療、療養看護又は介護を提供する立場にある者であることによる影響力

四 生徒及び学生 その者に教育を提供する立場にある者であることによる影響力

五 法令により拘禁された者 その者を看守し又は護送する者であることによる影響力

(強制わいせつ等致死傷)

第181条 第176条、第178条第1項、第179条第1項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は三年以上の懲役に処する。

② 第177条、第177条の2、第178条第2項、第178条の2第2項、第179条第2項若しくは第179条の2第2項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は六年以上の懲役に処する。

(未遂罪)

第180条 第176条から第178条の2及び第179条から前条までの罪の未遂は、罰する。

東海大学法学部教員一覽(○印は編集委員)

石田 清彦
内田 剛
内山 安夫
大江 一平
押久保 倫夫
唐津 恵一(法学部長)
北村 隆憲
柑本 美和
小林 史治
小原 真理子
塩原 宏昌
鈴木 映
高田 奈々
高橋 彩
富高 悟
内藤 樹
永山 茂
橋本 聡
服部 篤美
藤中 敏弘
鞠山 尚子
山合 潤子
山中 純子

東海法学 第六十四号

発行日 二〇二三年三月二八日

出版・発行 東海大学法学部

神奈川県平塚市北金目四一―一

Tokai Law Review

No. 64

●Contents

[Case]

Takeover Defense Measures that do not fall under “Significantly Unfair Methods”

..... KOBAYASHI Fumiharu

[Article]

Einige Betrachtungen über Beteiligungsformen beim Sonderbetrug — Analyse der Entscheidungen des „Sonderbetrugs“ in Deutschland

..... YAMANAKA Junko

[Article]

Wie soll man der Strafrechtslehre Gesellschaft leisten? (2)

: Dokument der Professor Ps Online Dialoge mit Studenten

..... OTSUKA Shigeru

[Article]

The Protected Interest and Suitable Provisions of Sexual Offences: Problems of the Draft by Legislative Council Criminal Law Subcommittee (with Respect to Sexual Offences)

..... OKAMOTO Hiroaki, KAMIYA Tatsumitsu,
SHINDO Hiroto, SUGIYAMA Hiroaki and YAMANAKA Junko

2023

SCHOOL OF LAW, TOKAI UNIVERSITY

4-1-1 Kitakaname Hiratsuka Kanagawa, 259-1292 JAPAN