

犯罪と可罰的評價

米田泰邦著

犯罪と可罰的評價

米田 泰 邦 著

刑事法研究 第一卷

成 文 堂

著者略歴

昭和7年 鳥取県生れ

倉吉東高校，関西大学法学部を経て

昭和33年 関西大学大学院修士課程(特別研究生)修了
司法修習生，裁判官を経て

現在 弁護士，関西大学法学部非常勤講師など

主要著書

期待可能性(昭和39年)

(総合判例研究叢書・刑法(22)・有斐閣・共著)

緊急避難における相当性の研究(昭和42年)

(司法研究報告書19輯2号・司法研修所)

一億人の刑法(昭和49年)

(科学情報社・大阪弁護士会編・編集担当・共著)

犯罪と可罰的評価

刑事法研究 第一巻

定価 4,800円

昭和58年12月10日 第1刷発行 © 1983 Y. Yoneda

著 者 ^よ米 ^た田 ^{やす}泰 ^{くに}邦
発 行 者 阿 部 耕 一

162 東京都新宿区早稲田鶴巻町514

発行所 株式会社 成 文 堂

電話 03(203)9201(代) ☆振替東京 9-66099

製版 日成エンタープライズ 印刷 寺門印刷 製本 佐抜製本
☆☆落丁・乱丁本はおとりかえいたします☆
3032-071191-3851

検印省略

刑事法研究とのかかわりは、特別研究生として大学院で勉学に専念できてからであるが、実務家になった後も研究を続けたきっかけは、大阪での現地修習の際、院生時代に指導をうけた中義勝教授の紹介で、大学の恩師植田重正博士とは宮本英脩博士の同門という縁もあった佐伯千仟博士の事務所で弁護修習をしたことである。ただ、修習生時代の第五章第一節の「フランスにおける未遂理論」や、社会的行為論を提唱した判事補三年目の「刑法的行為概念の条件」(司法研修所創立一五周年記念論文集下巻)は、それとは無関係で大学院時代の研究の締括りであった。

実務家としての研究の始まりは、佐伯博士から総合判例研究叢書刑法②『期待可能性』の作業に中途から参加する幸運を授けられてからである。この叢書には、指導者が「校閲し、若干加筆する」程度で共著にしたというはしがきの一冊もあるが、この共著は精々資料集めを手伝った程度であった。しかし、そこで佐伯刑法学の真髓に触れることができたといえる。さらに七年間の裁判官生活の終り近くの三ヶ月を研究に没頭できる幸運にも恵まれた。その『緊急避難における相当性の研究』(司法研究報告書一九輯一号)は、西村克彦教授の目に止まり、第四章第一節に改題して収めた「緊急避難行為の構造」の発表のきっかけをえたし、内藤謙教授から「わが国の研究の水準を示すもの」という過分の評価をうけ、高橋敏雄教授は第四章第二節でも知られるように自招危難についてほとんど同じ見解を表明されるなど、大きな励みになった。これは、緊急避難の二分説の関係で、違法阻却と責任阻却に共通する相当性の制

約の実情を確めることにより、違法と責任の実質や判断基準獲得の方法論の見通しをつけたもので、その後の研究基盤となったが、それも期待可能性の研究の際の行為事情分析作業の延長であった。

大阪での弁護士登録には研究の便宜も念頭にあった。実際、佐伯博士の指導を受け続けたし、母校などの非常勤の教壇も学問的関心を持續させてくれた。学会や共同研究、とくに、異例な実務家同人として参加する法律時報「刑事法学の動き」の研究會や、佐伯博士を中心とする刑事訴訟法研究會は、学界や実務の先端的な問題状況との接触をもち続け、優れた研究者や実務家と親しく意見を交し教えを乞うことができる。中山研一教授の紹介で、昭和四六年に退官翌四三年の刑法学会で報告した目的的行為論批判をまとめた「主観的目的的行為論と体系的行為概念」(判タ二五九号)を発表した後、長年にわたり多くの誌面を割いていただいた香取久義判例タイムズ編集長の好意も忘れられない。

このようにして、ほぼ人並みの実務のかたわらで続けた研究を振り返ると、量的に多くないためか、それなりに筋の通った問題意識をもって動いてきた気がする。一言でいえば、刑事法謙抑化の実務的観点からの追求である。このような理論関心が可罰性の有無・程度にかかわる問題に傾くのは必然的である。もっとも、わたくしには、故木田純一教授の『戦後日本の刑法学』に「米田理論」という過分な一節を与えられた一連の行為論の作業がある。すでに佐伯博士の行為概念が設定していた路線に、若干の理論的研究を付加し「純粹な社会的」という定義づけをした程度であるが、このラディカルな行為論は、きわめて体系理論的で、行為概念レベルでは非犯罪化を狭める。しかし、修士論文で扱った西ドイツの社会的行為論にあきたりず、行為概念から意思関係的要素を一掃しようとしたのは、実務家的感覚であったし、その後の違法論や過失論などの基礎にもなっている。

本書では、これまでの作業の中から、行為論、過失犯論、公害問題、刑法改正問題や純手続法的なもの以外で、可

罰的評価による処罰限定に関するものをまとめてみた。体裁の統一のための改題や若干の加筆、項目分け、注の補足をしたものなどもあるが、内容の本質的な部分は同じである。

今日のわが国の行為論は、最近の内藤、中山教授などをはじめ次第に意思的要素排除と社会的意味における統一の方向に進みつつあり、判例も、罪数論で社会的意義を指標にした行為把握の必要性を説くようになってきている。このような展開からすれば、行為論の作業のまとめは、学説史的にもそれなりの意義はあると思う。また過失犯領域では現代社会型事故の刑事法的処理について、危惧感説批判を通じて可罰的過失の限定的把握に努めてきたが、井上祐司教授の最近の本格的批判への回答と、第二章第三節五などでも触れた過失犯罪化の比較法研究や医療事故など民事領域で進行しつつある民事過失実質化との対比などを補足した総括は、本書のテーマの過失犯領域への展開であって、もっとも今日的でもあろう。さらに、どのような刑法理論も現実の刑事手続が正しく運用されなければ無意味であり、最近の免田事件の死刑囚再審無罪は、捜査や刑事裁判の事実認定の病理を象徴するものであるが、若干の問題提起を重ねてきた手続法領域の作業のまとめも捨てがたい。

しかし、戦後刑法理論のもっとも重要な展開は謙抑主義の実質化による非犯罪化の進行である。期待可能性論とともにそれを代表する可罰的違法性論は、裁判実務でも大きな成果をもたらしたが、第一、七、九章と追ったように、裁判実務は、その進展を押し返す方向に転じている。序章第一節や終章第二節でも取りあげた様相からは、理論の今後の動向も予断を許さないが、この逆流は、最近も昭和五八年六月一日のILO条約適用委員会での批判が伝えられたような現象であることを忘れてはならない。

事態が順調に動いていれば発言するまでもない。むしろ、冬の時代を迎えた今日こそ、可罰的違法性をめぐる法状況を厳密に分析し、第三〜五章で扱った総論個別問題や第六章でみた各論問題などもふまえ改めて論じなおすことが

必要である。また、折にふれて指摘してきたが、第四章第一節二で問題を提起し第二章第二、三節でそれに絞って展開を試みた可罰的責任論は、これからの問題である。そして、第八章や第一章五などで提起した問題を第九章でより広い角度で検討してみた手続的可罰的評価なども、共通の問題意識をもつ有力な研究者が増えつつあり、判例の中にも一定の手続法的非犯罪化の枠をもつにいたっている。これらも、現象的なものの移ろいを超えて論議を深め、拡大的実践化の可能性を探るべき問題であると思う。もし、この小論集が、その展開になにがしかの寄与ができるなら望外の幸せである。

この種の出版のきっかけは、佐伯博士の強いすすめであったが、このような形で具体化したのは、中山教授に紹介していただいた成文堂の阿部耕一専務（現社長、土子三男編集長のおかげである。制作にあたっては、編集部の本郷三好氏にご迷惑をかけたが、校正中に、刑事法関係の出版にも多大の貢献をされた阿部義任社長急逝の訃報に接した。心からの哀悼を捧げたい。わたくしの辿った道も、山陰の高校をでて上阪し社会人の道に入りながら、あるきっかけから衝動的に進学したことからは始まる偶然の積重ねである。人の出会いや人生の不思議さの感慨に浸りながら、身辺の人々の協力とともに、記して、厚く感謝するものである。

昭和五八年八月

著 者

目次

はしがき

序章 刑法理論と刑事裁判実務

第一節 戦後刑事司法と刑法理論の三〇年

- 一 刑法における理論と実務 (一)
- 二 刑法理論の問題状況 (三)
- 三 判例刑法の形成 (五)
- 四 刑法理論の意義 (七)
- 五 理論と当事者実務の課題 (二〇)

第二節 違法、責任論の今日的動向

- 一 違法論について (二二)
- 二 責任論について (二七)

第一章 可罰的違法性をめぐる実体的、手続法的问题

- 一 可罰的違法性理論の今日の問題 (二三)
- 二 可罰的違法性の思想と理論の系譜 (二四)
- 一 刑法思想と刑法理論 (二四)
- 二 戦前における可罰的違法性の理論の完成 (二八)
- 三 戦後における可罰的違法性論の展開 (三〇)

三	可罰的違法性と構成要件	三三五
一	可罰的違法性論の内容	三三五
四	構成要件該当後の可罰的評価	四三三
一	違法の相対性と可罰的違法性	四三三
三	可罰的違法性の判断基準	四五六
五	可罰的違法性論と手続法の交錯	六二二
一	公訴権濫用論と可罰的違法性論	六二二
六	公訴維持の濫用と形式裁判による打切り	七〇〇
一	公訴権濫用から公訴維持濫用へ	七〇〇
七	変革の法理と救済の法理	七七七
第二章	規範的責任と可罰的責任	七八一
第一節	超法規的責任阻却事由	七八一
一	問題の所在	八一一
三	学説の対立状況	八五五
二	判例の概要	八二二
四	問題点の検討	八七七
第二節	違法性の認識と可罰的評価	九〇〇
一	羽田空港事件と町野論文	九〇〇
三	考察	九三三
二	町野教授の問題提起	九〇〇
第三節	可罰的責任と期待可能性論	九六六
一	非犯罪化と期待可能性論	九六六
二	刑事責任の本質	九八八
一	民事責任と刑事責任	九八八
二	実質的責任と超法規的責任阻却	一〇〇〇

三 期待可能性 of 思想と理論	一〇二
一 西ドイツの期待可能性論	一〇二
四 実質的責任の判断基準	一〇九
一 刑事責任確定の仕組み	一一九
五 刑事責任の可罰的限定	一二六
第三章 防衛行為と可罰的評価	一二九
第一節 正当防衛と反撃回避義務	一二九
一 不正侵害の受忍義務	一二九
二 旧刑法の正当防衛	一二一
一 旧刑法と現行刑法の正当防衛	一二一
三 限定的正当防衛権	一二四
三 現行刑法の正当防衛と相当性	一二六
一 無限定な正当防衛権	一二六
四 反撃回避義務	一二九
一 退避と公的救助	一二九
三 不正侵害の受忍義務	一三四
五 正当防衛の原則型	一三六
第二節 誤想防衛と誤想過剰防衛	一三九
一 町野Ⅱ村井論争	一三九
三 検討	一四二
二 村井教授の問題提起	一四〇
二 犯罪論体系と期待可能性 of 思想	一〇六
二 実質的責任の判断基準	一一一
二 旧刑法までの法状態	一二二
二 相当性による制約	一二七
二 攻撃防衛と防御防衛	一三三

第四章 避難行為と可罰的評価……………一四五

第一節 緊急避難行為と可罰的違法・責任……………一四五

一 緊急避難の構造論……………一四五

二 違法・責任の減弱と可罰的違法、可罰的責任……………一四七

一 減弱事由綜合説（二四七）……………一四七

三 可罰的責任阻却（二五〇）……………一五二

三 減弱事由綜合説の限界と機能……………一五二

一 避難行為と正当防衛（二五二）……………一五二

三 責任の違法從属性（二五四）……………一五二

五 相当性の判断構造（二五六）……………一五二

四 残された問題……………一五七

第二節 自ら招いた危難——避難行為の全体的可罰評価——……………一五八

一 設例と問題点……………一五八

二 緊急避難の形態と要件……………一五九

一 不真正の危険共同体と緊急避難（二五九）……………一六二

三 自ら招いた危難……………一六二

一 故意で招いた緊急状態（二六二）……………一六四

三 原因において違法・有責な行為（二六五）……………一六四

四 全体評価……………一六六

一 行為態様の評価（二六六）……………一六六

二 結論（二六八）……………一六八

五 全体評価の展開……………一六八

第五章 実行行為と可罰的評価……………一七一

第一節 フランスにおける未遂理論——可罰的評価拡大の限界——……………一七一

一 わが国の未遂規定とフランス刑法……………一七一

二 主観主義的未遂理論への傾斜……………一七四

一 実行の着手 (二七五)……………二 不能犯 (二七九)

三 主観主義的運用の根拠と条件……………一八四

一 功利主義的社会防衛志向 (二八四)……………二 予備罪類型の欠缺 (二八六)

三 理論の性格と可罰性の限界 (二八九)

四 主観主義化への限界……………一九一

第二節 共謀共同正犯論と可罰的評価……………一九四

一 論争点の所在……………一九四

二 理論的考察(肯定論批判)……………一九七

一 文理解釈 (一九八)……………二 団体主義と個人責任原則 (一九九)

三 共同意思主体説における正犯と共犯 (二〇〇)

五 共謀共同正犯の実質的根拠 (二〇四)……………四 行為支配説 (二〇二)

七 無形的共同正犯論 (二〇七)……………六 黒幕重罰論 (二〇五)

三 実践的考察(共謀共同正犯の実態)……………八 肯定論を支えるもの (二〇八)……………二〇八

一 理論と実務の落差 (二〇九)……………二 共謀共同正犯の拡散 (二一〇)

三 訴追、処罰の便宜 (二一一)……………四 防御権の侵害 (二一二)

五 濫用の危険 (二一二)……………六 共謀共同正犯自壊への道 (二一四)

四 論争の背景にあるもの……………二一五

第六章 犯罪各論問題と可罰的評価……………二二七

第一節 信頼関係の刑罰的保護とその限界……………二二七

一 横領・背任と条文あてはめ問題……………二二七

二 横領・背任の犯罪化……………二二〇

一 現行法による犯罪化……………二二〇

二 学説・判例による犯罪化……………二二三

三 処罰範囲の限定……………二二七

一 法治国的要請と刑事政策的配慮……………二二七

二 処罰限定の方向……………二二九

四 可罰性の限定的把握……………二三四

第二節 特別法罰則と可罰的評価……………二二七

一 爆発物の使用の意義……………二二七

一 事実の概要……………二二七

二 判旨……………二三九

三 研究……………二三九

二 旅館宿帳の虚偽記入……………二四二

一 事実の概要……………二四二

二 判旨……………二四四

三 研究……………二四四

三 国家公務員の選挙ビラ配布……………二四八

一 事実の概要……………二四八

二 判旨……………二四九

三 研究……………二五〇

四 外務省公電漏えいと取材活動……………二五六

一 事実の概要……………二五六

二 決定要旨……………二五八

三 研究……………二五九

第七章 可罰的違法性と最高裁判例 — 五・二一岩教組事件判決まで — 一六五

- 一 可罰的違法性と最高裁……………一六五
- 二 四・二五判決までの最高裁判例……………一六七
- 一 四・二判決と一〇・二六判決〔二六七〕……………二一〇・二六判決以前〔二六八〕
- 三 一〇・二六判決以後〔二七〇〕……………二七三
- 三 四・二五判決以後の最高裁判例……………二七三
 - 一 あり罪と可罰的違法性〔二七四〕……………二 争議禁止違反と可罰的違法性〔二七六〕
 - 三 公務員の政治活動と可罰的違法性〔二八〇〕……………四 デモと可罰的違法性〔二八三〕
 - 五 緊急行為と可罰的違法性〔二八八〕……………二九五
 - 四 今後の最高裁と可罰的違法性……………二 最高裁の可罰的違法性の判断基準〔二九八〕
 - 一 四・二五判決後の最高裁の残したもの〔二九六〕……………三〇二
 - 三 可罰的評価の流動性〔三〇〇〕……………三〇七
 - 五 謙抑的な最高裁の可能性……………三〇九

第八章 長すぎる刑事手続からの救済 — 手続法的可罰評価 — 三〇七

- 一 問題の設定……………三〇七
- 二 高田事件上告判決の背景……………三〇九
 - 一 裁判遅延の実情〔三〇九〕……………二 審理促進策とその限界〔三一〇〕
 - 三 積極的救済の試みとその挫折〔三一一〕……………三二四
 - 三 アメリカと西ドイツにおける動き……………二 西ドイツにおける問題状況〔三二七〕
 - 一 アメリカにおけるディッキー判決〔三二四〕……………三三二
 - 四 刑事訴訟法の超法規的運用……………二 超法規的解釈・運用〔三三四〕
 - 一 刑事訴訟法の解釈と罪刑法定主義〔三三二〕……………三三二

五 長期化からの救済基準	三二六
一 高田事件上告判決における判断基準	三二六
二 均衡の原則	三三四
六 迅速すぎる裁判	三四〇

第九章 実体法的、手続法的非犯罪化

一 チッソ川本事件の終末	三四三
二 実体法的、手続法的可罰評価	三四五
一 可罰の評価の射程範囲	三四六
三 事実、法律的非犯罪化	三五〇
一 事実上の非犯罪化と法律上の非犯罪化	三五二
二 起訴法定主義と便宜主義	三五三
四 実体的、訴訟的非犯罪化	三五六
一 実体法上の非犯罪化	三五六
二 裁判手続上の非犯罪化	三六〇
五 わが国における起訴前の非犯罪化	三六一
一 刑事手続外の非犯罪化	三六一
二 警察における非犯罪化	三六二
三 検察における非犯罪化と犯罪化	三六六
六 わが国の刑事裁判と実体的非犯罪化	三六八
一 実体法的非犯罪化	三六八
二 名古屋中郵事件判決の功罪	三七〇
三 可罰的違法阻却事由	三七五
四 五・二一判決後の最高裁と可罰的違法性	三七七
七 わが国の刑事裁判と手続法的非犯罪化	三八一
一 高田事件の超法規的免訴	三八二
二 チッソ川本、赤崎町長選挙事件	三八二
三 手続的可罰評価による手続からの解放	三八四
八 トータルとしての謙抑的刑事司法	三八七

終章 可罰的評価と刑法解釈	三九一
第一節 四・二五判決と限定解釈	三九一
一 四・二五判決の反響 (三九一)	
三 限定解釈と不明確性 (三九四)	
第二節 可罰的評価と理論用語	三九八
一 新しい理論武裝 (三九八)	
三 比較法研究からの帰結 (四〇〇)	
五 実務の転回を促したもの (四〇三)	
七 理論の役割と用語 (四〇六)	
二 あいまい性批判 (三九九)	
四 可罰的違法性論の再構成 (四〇一)	
六 あいまい性の解消 (四〇四)	
八 判断基準確立への課題 (四〇七)	
二 莊子・吉川教授の批判 (三九二)	
四 謙抑的最高裁再現への努力 (三九六)	

序章 刑法理論と刑事裁判実務

第一節 戦後刑事司法と刑法理論の三〇年

一 刑法における理論と実務

刑法域では、他の法域と異なり、法効果の積極的実現は、刑事司法手続という実務のチャンネルを通さねばならない。解釈法学としての刑法理論は、本来は、この刑事司法実務で適用されるべき法規範の内容と運用基準を探索・確立しようとするものである。しかし、理論と実務という問題意識が生れるのは、完成された理論を実務が適用・実現してゆくという円滑な関係を予想したものではない。この対概念は、むしろ、互いに相い容れない関係を予定している。実務と理論の間に、矛盾・対立が少なくないことを想定した組合せなのである。

(一) 理論と実務の境界 しかし、刑法における理論と実務は、互いに明確に区別できるものとして存在しているわけでもない。実務家は実務で生計をたてているという基準で定義できる。その一方で刑法理論の講義や研究で生計をたてている教職者がいるが、今日の大学は理論研究の場として十分の条件をととのえているともいい切れないし、理論的業績に乏しい教職者もいる。これに対し、実務家には学界をきわめた最高裁判事もいれば、大学紛争で転進し