

## 紹介

### クラウス・ロクシン古稀 祝賀論文集の紹介(3)

Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001,  
Walter Gruyer.

刑法読書会  
松宮孝明編

#### 目次

- クリストス・ミロノボウロス(紹介:梶原源太)「横領構成要件の要素としての権利者排除の終局性 処分的な説明の試み」
- ルドルフ・レンギア(紹介:森永真綱)「刑法各則における客観的帰属の問題について」  
(以上, 297号)
- ヴェルナー・ポイルケ(紹介:辻本典央)「弁護人の板ばさみ 民主的法治国家における刑事弁護と処罰妨害罪」
- ディーター・マウアー「非公式の調査」(紹介:辻本典央) (以上, 306号)
- ウルフリット・ノイマン(紹介:井上宜裕)「救助利益の衝突という正当化事由 正当化的『義務衝突』の要素としての権利, 義務及び利益」
- ルッツ・マイヤー=ゴスナー(紹介:辻本典央)「StPO 357条の廃止について」  
(以上, 本号)

#### ウルフリット・ノイマン

##### 「救助利益の衝突という正当化事由

##### 正当化的『義務衝突』の要素としての権利, 義務及び利益」

Ulfrid Neumann, Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen: Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision“, in: Festschr. f. C. Roxin, 2001, S. 421-439.

#### 紹介者はしがき

本論文は、従来、「義務衝突」として扱われてきた諸事例を分析し、「義務衝突」と正当化的緊急避難の異同等を検討した上で、最終的に、「義務衝突」概念を「救助利益の衝突」という概念に置き換えることを提唱するものである。

なお、本論文の著者、ウルフリット・ノイマンは、フランクフルト大学(Universität Frankfurt am Main)教授で、刑法、刑事訴訟法、法哲学及び法社会学を担当している。

本論文の特徴としては、まず、義務構造は本質的に利益構造によって決定されるという前提の下、正当化的緊急避難と正当化的義務衝突の関係について分析し、両者の要件の差異について合理的説明を与えている点が挙げられる。即ち、著者は、正当化的緊急避難を禁止の一時解除による行動域の拡大、正当化的義務衝突を適法な態度可能性の創出と捉える。そして、利益衝突の場合には、自己が他者への介入を断念することによって既に適法な態度に出る可能性が存するため、刑法34条のように保全利益の本質的な優越が要求されることになるが、他方、義務衝突の際に一方の義務の本質的な優越を要求するならば、行為者は規範の落とし穴に陥ることになることから、正当化要件としては義務の単純優越(ないしは同価値)で足りるとされる。この点、安易に義務衝突と利益衝突とをパラレルに考えて、利益衡量と同様に義務衡量を問題にするのではなく、両者の関係を明らかにした上で、正当化的緊急避難(刑法34条)の適用範囲、ないしは、「義務衝突」の独自性を指摘した点はきわめて正当に思われる。

また、義務衝突で問題とされているのは義務それ自体ではなく利益であるとして、「義務衝突」概念を「救助利益の衝突」という概念に置き換えることを提唱する点も本論文に特徴的な点である。その際、義務超過的救助行為の事例(救護員として教育された者がボート事故直後の現場を通りかかり、岸に逃れることができた溺死の被害者をまず第一に救助するか、助けないとほぼ確実に溺死しそうな他の被害者を救助するかを選択に迫られ、後者を選択した場合)のように、「義務衝突」としても正当化的緊急避難としても解決されえない事例が挙げられ、これらの事例も「救助利益の衝突」という概念を用いれば矛盾なく説明できるとされている。もっとも、このような事例の存在が直ちに「救助利益の衝突」という概念の導入を要請するわけではないが、同概念は、義務それ自体ではなく、それによって保護される利益に着目する著者の立場から一貫して導出されたものであって、十分検討に値する内容を含んでいるといえよう。

以上、本論文の特徴について略述したが、本論文は、従来の「義務衝突」をめぐる論争を批判的に検討し、論争の焦点となる義務構造及び利益構造の分析を通してあらたな概念の提示まで試みる意欲の作である。不作為義務間の衝突を肯定する論拠や保障人的義務と一般的救助義務との関係についての論証など説明不足の感はあるが、これらの点も本論文の意義を減じるほどのものではない。本論文は、義務構

造と利益構造の関係、正当化的緊急避難と正当化的義務衝突の異同、さらには、義務超過的救助行為事例の処理など、我が国で必ずしも議論が尽くされたとはいえない点に詳細な検討が加えられており、我が国で義務衝突ないしは緊急避難を考える際に豊富な示唆を与えてくれるように思われる。

以下、本論文を要約して紹介する。

## ・ 序 論

いわゆる正当化的義務衝突をめぐるのは、解釈論上の個別問題だけでなく、「義務衝突」の基本構造、他の制度との関係及び犯罪論における位置づけ等が既に争われている。

以下の考察は、解釈学的分析を法理論の枠内に位置づける試みである。その際、命名根拠である義務と並んで、いわゆる義務衝突の規範的構造を決定するファクター、即ち、現実的被害者及び潜在的被害者の利益及び法的地位(Rechtsposition)の位置価値(Stellenwert)が重要である。正当化的「義務衝突」の制度の価値構造が義務ではなく、救助利益の衝突によって特徴づけられること、及び、義務の衝突がこれまで「義務衝突」概念の下に包括されていた正当化準則の適用にとって十分条件でないのみならず、必要条件でもないことが示されるであろう。実際、救助機会が二者択一である場合、(少なくとも)同価値利益の救助という正当化事由が問題となる。考察の出発点は、いわゆる義務衝突準則の特殊な解決能力の問題、即ち、この制度によって、正当化的緊急避難(刑法34条)では解決されえないかになる問題が克服されるのかという問題になる。その際、行為者側の特別な状況(-1)、及び、行為者の態度によって侵害される者の側の特別な状況(-2)が重要である。

## ・ 正当化的緊急避難(刑法34条)と正当化的義務衝突の関係

### 1. 利益衝突と義務衝突の構造上の差異

義務衝突と刑法34条の関係について、刑法34条は利益衝突の克服のために作られているのであって、義務衝突の解決には適さないという理由づけが考えられる。しかし、これに対しては、刑法上の義務は自己目的ではなく、刑法上の義務の機能及び正統性はそれによって保護される利益及び法的地位に負っているという点が指摘されるであろう。犯罪を義務違反とする解釈は、権威主義的法秩序の徴である。自

由主義的法秩序においては、刑法上サンクションされた義務は、法益を基礎として正統化されなければならない。このことは、衝突状況における義務構造は本質的にその利益構造によって決定されるということを同時に意味している。

それにもかかわらず、(正当化的緊急避難準則の基礎たる)利益衝突と義務衝突との間には本質的な構造的差異が残る。というのも、正当化的緊急避難の準則が、単に禁止を一時解除し、それでもって、既に存在している、当事者の法的な行動域を拡大する一方、義務衝突に際しては、義務者に対しておよそ適法な態度の可能性を創出することが問題となるためである。

このような両者の差異は、必然的に、それぞれの衝突準則の構造にも反映する。行動域の拡大が問題となっている限り、(ここでは、補足的な)行動域の展開は、刑法34条のように、保全利益の特別な優越の要件と結びつきうる。なぜなら、保全利益が単に優越するにすぎない場合には、行為者はこの法益のために介入することを断念することで、法に合致した態度をとる可能性を残しているからである。

これに相応して、義務衝突の場合に、葛藤状態にある義務の一方が「本質的に」優越することを要件とするならば、行為者は規範の落とし穴(Normenfalle)に陥ることになる。それは、この準則が、同価値義務の領域のみならず、近似的同価値義務の領域でさえも、行為者が適法な態度に出る可能性を排除するからである。二つしかない選択肢の内、法秩序に基づいてより優先されるべき方(より価値の高い義務)を選択する者に法秩序が違法な態度を帰責することはできない以上、行為者が、ここで、単純に優越する義務に有利な決定を下せばそれによって(少なくとも)正当化されなければならない。法律上規定された正当化事由である緊急避難(刑法34条)と並んで正当化的義務衝突という特別な準則を承認する必要性は、(いずれにせよ)同規定が本質的に優越する利益の保護事例に正当化を制限しており、法的義務の衝突事例に転用されえないことから明らかになる。

## 2. 作為義務と不作為義務の衝突

このような考察は、複数の作為義務の葛藤のみならず、作為義務と不作為義務の衝突にも妥当する。この状況においても、単純に優越する義務にとって有利に決断する者は(いずれにせよ)正当化的に振舞っていることになるであろう。しかし、この場合に、衝突する義務の相対的重さがいかなる基準で決定されるかは不明確であって争いがある。通説は他者の法益を侵害しない義務(不作為義務)の原則的優先から出発する。救助義務(作為義務)は、刑法34条の要件の下でのみ不作為義務に対して貫徹されうることになる。それによって、命令に対する禁止の一般的優先

が確立される。

しかしながら、作為義務に対する不作為義務の一般的優先というこのような理論は、決して自明のものではない。なぜなら、刑法は、積極的行為と保障人的義務に反する不作為を等置することで(刑法13条)、作為義務と不作為義務を原則として同列に扱っているからである。

### 3. 介入と救助行為

とはいえ、作為義務と不作為義務の同価値性を推論するのは尚早であろう。というのも、刑法的に保護された法益への積極的介入は、事実的利益を侵害するのみならず、万人に対して妥当を要求する、当事者の法的地位をも侵害するからである。法秩序は、個人に、第三者の積極的攻撃に対してその個人の法益の不可侵性を保障するが、他方、災難または事故による侵害に対しては利益の存続を保障していない。そして保障しえない。このような侵害を個人は原則的に自ら負わなければならない(自己答責性原理(Prinzip der Eigenverantwortlichkeit))。このことが意味しているのは、とりわけ、何人も自己に迫っている侵害を他者に転嫁する権利をもたず、言い換えれば、自己の利益を保護するために他者の法益に介入する権利をもたないということである。

刑法34条は、連帯の観点の下、危殆化された者または第三者に、場合によっては、危険を回避するために他者の法益に介入することを許容することで、このような諸原則の例外をなしている。

結局、作為義務と不作為義務の衝突の諸事例が単に刑法34条によって決定されなければならない以上、正当化的義務衝突の制度は、複数の作為義務(ないしは複数の不作為義務)間の葛藤に限定される。それによってもなお、複数の作為義務の衝突に際して、正当化的緊急避難の準則の援用が顧慮されないとはいいきれない。衝突する作為義務の1つが本質的に優越する利益の保護に資する場合、刑法34条を援用しない根拠は明らかではない。このような場合に、本質的に軽微な利益の保護に資する作為義務の優越はほとんど考えられない以上、結果として、義務衝突の準則を通して達成されうる結果と差異はないといってよいであろう。よって、法律上の規定を通して解決することが不可能な場合にのみ法律外の準則が援用されることになる。義務衝突の制度は、それ故、おおよそ同価値の利益の保護に資する作為義務の葛藤に制限されなければならない。

## ・正当化的義務衝突事例における義務構造及び利益構造

### 1. 義務構造

#### a) 規範論的観点

義務と義務の根拠の区別ないしは表見的義務と最終的義務との区別の他、法規の一般的衝突と(表見的)義務の状況的衝突とが区別されるべきである。法規の一般的衝突は、原則 - 例外関係の確定ないしは優先規定の確定によって除去されうる。義務衝突の制度にとっては、(単に)状況的に衝突する義務を確定する法規範のみが残っている。解釈論上重要な規範論的基礎として、表見上の義務の状況的衝突が優先関係の確定、即ち、義務 P1 が具体的状況において P2 に優先するという関係の確定によるのみならず、択一的に構成される最終的義務の承認によっても解消されうるということが確認されるべきである。

不作為義務の衝突がありうるか、そして、それが肯定されるとしてこの衝突は義務衝突の準則によって決定されなければならないのかそれとも正当化的緊急避難の準則によって決定されなければならないのが争われている。確かに、単なる不挙動義務(Pflicht zum Untätigbleiben)は他に根拠づけられる不挙動義務と衝突しえないというのは正しい。しかし、刑法上の不作為義務は、「単なる不挙動」義務ではなく、他者の法益に対して一定の介入をしない義務である。不作為義務の衝突は、例えば、先行過失(Vorverschulden)の結果として、また、とりわけ道路交通事故における技術的欠陥の結果としても生じうる。さらには、ある者がパニック状態に陥った群衆から押し出され、地面に横たわっている A が同様に倒れている B のいずれを踏みつけるかの選択しか残されていない場合、不作為義務の衝突が存在する。

このような諸事例は、正当化的緊急避難の準則の援用ではなく、義務衝突の準則の適用によって解決されなければならない。このことは、刑法34条が保全財の本質的優越の要請をもって作為義務と不作為義務の衝突という非対称の状況を前提としていることから明らかになる。

#### b) 義務の「同価値性」

依然として争われているのは、同価値義務の衝突が正当化を根拠づけうるのかせいぜい行為者の免責を根拠づけうるにすぎないのかという問題である。「免責的解決」の主張者は、犠牲者から見れば、他の危殆化された者を救うという行為者の判断は十分には根拠づけられえないということを理由に挙げる。このような解決に反対する論拠としては、とりわけ以下の3点がある。

第1の論拠は、犠牲者も、救助者の他の決断が救助者によって下された決断より何らかの意味で「より正当」であったということを根拠づけることはできないというものである。

第2に、当該状況において、あるいは(「先行過失」の諸事例では)それ以前の時点においても、行為者がいかに行動すべきであったかを法秩序が示しえない場合、法秩序は救助者に対して法的に誤った態度の非難を根拠づけることはできないという点が挙げられる。

さらには、ロクシンによって主張された論拠がある。即ち、同価値義務の衝突の諸事例が責任の領域ではじめて解決されるとすれば、複数の危殆化された者の一人を救うことによって自己に可能なことをなす者は、全く何もしなかった者と同様、違法に行動していることになるというものである。しかし、このことは大いに直観に反する帰結である。

## 2. 利益構造

### a) 義務の衝突なき「義務衝突」

いわゆる義務衝突に際して実際には救助利益の衝突が問題となっているということは、より重要でない利益またはより軽微に威迫されている利益の保護のためにのみ法的義務が存在する事例において確認される。ここではとりわけ、義務超過的(überobligationsmäßig)(「超過要求的(supererogatorisch)」)救助行為の事例(aa), 及び、自己利益の擁護の事例(bb)が顧慮に値する。

aa) 義務超過的であるが正当化される救助行為の例とされるのは、救護員として教育された者がボート事故直後の現場を通りかかり、生命が危殆化されているものの岸に逃れることができた被害者をまず第1に救助するか、助けないとほぼ確実に溺死しそうな他の被害者を救助するかの選択に迫られているような事案である。Pは泳ぐことができず、溺れている者の救助を試みれば自らが生命の危機に陥るとすれば、救助義務(刑法323c条)は他の被害者に対してのみ存在する。しかし、Pがより緊急に救助を必要としている者を救う場合、Pが正当化されなければならないという点に疑う余地はない。刑法34条に示されている正当化的緊急避難の制度を通してこの帰結は獲得されえない。なぜなら、生命の危険に関して、著しい差異がない場合、溺死しそうな者の救助利益は本質的優越を欠くからである。

このような事例において、一部では、作為義務の不履行を正当化しうる「特別な法的作為権限(besondere rechtliche Handlungsbefugnis)」が承認された。これに対しては、この特別な作為権限が利益衡量の結果に他ならないということが意識さ



れている限りで、なんら反対されえない。救助者はまさに、彼によって保全される利益 救助者はその利益の保護を義務づけられていない が衝突する利益に優越するが故に、彼に課されている救助義務を侵害する権限を有するのである。

これらの諸事例に対してなお「義務衝突」の概念が用いられるべきかは、用語法上の目的適合性の問題である。「義務衝突」の概念を原則的に「救助利益の衝突」の概念に置き換えるのが適切ということになる。さもないと、義務衝突の概念を引き続き語法上の論理に反して用いるか、正当化的緊急避難及び義務衝突と並んで、このような事例状況に関するさらなる正当化事由を導入するかのあまり好ましくない選択が残るだけである。

bb) 困難な問題を提起するのは、他者の救助利益の保全を行為者が義務づけられている場合で、その他者の救助利益が行為者自身の利益と衝突する事例である。

刑法34条は、保全財が避難行為者に帰属する場合にも異論なく介入する以上、義務者の利益が他者の利益に本質的に優越する場合にはいずれにせよ刑法34条の援用に対して疑念は存在しない(例えば、事故で、医師が重傷を負い、他の事故当事者が軽傷を負った場合)。問題なのは、その間に存する、衝突する利益が同価値の事例及び近似的同価値の事例である。自己の利益の単純優越の場合そして同価値の場合にも、結局、他者の救助の不作為は、この救助が(特別な保障人的義務ではなく)単に一般的救助義務によって命じられている場合にはいずれにせよ適法でなければならぬということについて疑う余地はない。

このような帰結がいかんにして根拠づけられるかが問題になる。ここでは、2つの方法が示される。即ち、自己の法益を犠牲にするという点に着目し、正当化的緊急避難の準則によるか、自己の法益の救助は第三者の法益の救助と同様にその重要さの程度が判定されなければならないという論拠から、救助利益の衝突(慣例では:「義務衝突」)の準則によるかが問題となる。

私見によれば、第1の解決がここではより好ましいと考えられる。救助義務者が自己の利益の保全のために自己の資源(所有権、時間、特別な技能及び知識、労働力)を投入しようとする際に、第三者救助のための資源投入が要求されるのは、連帯義務に基づいて、即ち、刑法34条の基準によってのみである。

b) 保障人的義務と救助義務(刑法323c条)の衝突における利益構造

「義務衝突」の枠内においても原則として決定的な利益構造は行為状況の義務構造によって修正されうるのが争われている。救助者が単に323c条によって彼に(表見的に)命じられている救助行為と彼に命じられていない救助行為との間で選択する限りにおいて、このような問題は否定されるべきである。危殆化された利益



の重さ及び要保護性は、323 c 条の要件（とりわけ救助行為の期待可能性の要件）が存在するか否かに左右されない。問題なのは、これに対して、保障人的義務に基づくある利益の救助が行為者に義務づけられ、他の利益の救助は義務づけられていないかもしくは単に一般的救助給付義務（323 c 条）に基づくにすぎない場合である。

義務は救助者の管轄に関わるもので、救助されるべき利益の重さの問題には関係しない。しかし、事実的な救助利益に特別な法的重要性を付与する、保障人的義務による受益者の地位は、救助者の保障人的義務に相応していないのかという問題が残っている。この問題は、私見によれば、肯定されるべきである。というのも、保障人的義務が存在する場合、それによって保護される利益に法的地位が付与されるため、救助の不作為は、原則として、危殆化されている者の権利領域への積極的介入と同置されるからである。結局、ここでも刑法34条の基準を援用するのが妥当ということになるであろう。

### ・「免責的義務衝突」に関する帰結

免責的義務衝突が問題となるのは、行為者が法秩序から見て誤った決断をした場合、即ち、価値の低い利益が価値の高い利益に優先される場合のみである。法秩序は義務の（表見上の）衝突を法治国家的理由から解決しなければならない以上（そして、行為者によって選択された態度の選択肢を違法と評価することで解決した以上）、行為者の規範的苦境（normative Bedrängnis）という意味における義務の衝突は、免責の端緒として顧慮されない。もっとも、行為者が法秩序の寛容に値する理由から決断を下すということは考えられる。

救助されるべき人間の数が問題となる事例の他、医学的救助手段がこれまで供給されていた患者からより生存可能性を伴った患者に方向転換される場合にこの問題は提起される。この種の事例において、結果主義者の立場、この立場は日常の道徳的判断において支配的であるが、この立場は、数的または質的により大きな救助機会に有利な決断を選択する。これに対して、法が、人命は、数的にも、残された生存機会及び生存期間に関しても相互に衡量されてはならないと主張する場合、法はそれによって、結果志向的ではなく、原理、原則を志向する（義務論的）立場を取っている。ここでも、義務の衝突ではなく、異種の評価基準の並立から生じる評価の葛藤が問題となっているのである。

## ま と め

1. いわゆる義務衝突に際しても、法的に保護された利益の衝突が問題となる。
2. 正当化的緊急避難事例に対する義務衝突事例の特殊性は、不作為の正当化が問題とされる点にある。
3. 利益葛藤の解決に際して、義務は独自の衡量ファクターではない。義務は、その限りで、潜在的被害者の法的地位の反射にすぎない。
4. 表見上の作為義務の不履行は、それ故、行為者が、彼によって実際になされた、択一的にのみ可能な救助行為を法的に義務づけられていない場合にも、「義務衝突」の準則に従って正当化されうる。
5. 特殊な誠実義務 (Loyalitätspflichten) (保障人的義務) は、同胞との一般的な連帯義務 (刑法323 c 条) と異なり、義務者に対する、保障人的義務によって保護される者の特別な法的地位を基礎づける。同価値の救助利益が衝突する際、それ故、保障人的義務の受益者の利益が衝突する利益に優越する。
6. 正当化的緊急避難 (刑法34条) に際する保全利益の「本質的」優越の要請は、他者の法益への積極的介入が、利益のみならず当事者の法的地位にも関わるということから明らかになる。義務衝突の諸事例においては単なる救助利益の衝突が問題となっている以上、救助義務の不履行の正当化には実際に救助された利益の単なる優越で十分である。
7. 衝突する救助利益が全く同価値である場合、危殆化されている者の法的地位及び潜在的救助者の作為義務は択一的構造をもつ。適法に行動しているのは、それ故、択一的に開かれた救助機会の1つを利用する者(のみ)である。
8. 不作為義務の衝突は可能である。所為の正当化には保全利益の同価値性で足りるという限りで、作為義務の衝突に妥当する準則が、不作為義務の衝突に類推されうる。
9. (表見上の義務衝突としてのみ可能な) 義務衝突の帰結としての免責は顧慮されない。いわゆる免責的義務衝突の諸事例においては、基準の衝突、即ち、一定の場合に救助機会の衝突が判断されうる基準の衝突が問題となる。

(井上宜裕)

## ルッツ・マイヤー＝ゴスナー

### 「StPO 357条の廃止について」

Lutz Meyer-Gossner, Abschaffung des § 357 StPO, in FS-Roxin (2001), S. 1345.

紹介者はしがき

筆者 Meyer-Gossner は、著名なコンメンタール<sup>1)</sup>の編著者として知られる、ドイツを代表する刑事法研究者の一人である。

本稿は、わが国には存在しない規定の立法論を中心に検討するものであり、これまであまり馴染みのなかった議論を中心とするものであるが、本文でも述べられているとおり、本規定は BGH 裁判例においてもしばしば適用されていることから、これにより、ドイツ刑法における近時の動向を伺い知ることができる。

本規定は、Roxin も述べるように、上告審において法令適用の誤りを理由に原判決が破棄された場合、そのような瑕疵を帯びた判決を、上告した者に対してはなおのこと、上告しなかった者に対しても存続させておくことは正義に反するという、立法者の意思が表されたものである。現行規定によると、かかる正義の要請は、手続を早期に終結させようとする当事者の意思を超えて妥当させられるべきものであり、この規定は、実体的真実の追究を重視するドイツ刑法法の特徴を示すものといえよう。もっとも、筆者も分析するように、本規定によると、非上告人はその意思に反してでも手続へ引き戻されることになるが、彼にとって常に利益な結果となっているわけでもないという実務の現状を見ると、当事者の意思に反してでも実現されるべき正義の存在を本規定に見出すことは困難である。

筆者は、このような点を考慮して、現行規定を廃止し、本規定により追求されるべき正義の実現は再審規定にゆだねられるべきである、すなわち、瑕疵ある判決の是正を求めるか否かを当事者の意思に従わせるべきである、と主張する。このような主張は、当事者を真実発見に向けた刑事手続の単なる客体と位置づけるのではなく、その主体としての地位を重視していこうとする、近時のドイツ刑法における傾向を示すものといえよう。但し、筆者の主張を支える根拠の一つである、本文でも示された実務の動向は、今後本規定の改正に向けた議論が現実化してくるにつれて、より詳細な分析を必要とされることになるであろう。その際、BGH だけでなく、OLG が上告審を担当した事件にまで広げて調査されるべきである。

なお、以上のような議論は、わが国における「非常上告」の制度を考える上で参考になるものと思われる。わが国では、この制度について、再審と比べてあまり活

発な議論が行われていないが、原判決における法的瑕疵を是正することで正義を追求するという趣旨は、本稿で検討された StPO 357条と非常に近いものがあるように思われる。確かに、わが国における非常上告の制度は、当事者（特に原被告人）が関与することなく実施され、しかもその効力は被告人に及ぼされないこととなっている（刑訴459条）。しかし、刑事手続における正義を考えると、現行規定のままではいささか不十分であるとの感を拭えない。今後は、立法論を含め、非常上告制度の適正な運用に向けた検討が必要であると思われる。その際には、本稿で示された議論が大いに参考になるであろう。

内容紹介

## ．はじめに

StPO 第3編第4章「上告」の中におかれた357条〔以下本規定とする〕は、「刑罰法令の適用に誤りがあることを理由として被告人の利益のために原判決が破棄され、破棄された部分が上告を申し立てていない他の被告人にも及んでいるときは、その被告人も上告を申し立てたものとして判決されなければならない。」として、上告審における原審破棄の効果が非上告人（Nichtrevidenten）にも及びうことを規定している。本規定について、立法者による正義の追求の表れであると評価する見解（Roxin）もあるが、他方で、立法論として厳しい批判もみられる。

本稿は、本規定に関する学説上の議論、および実務における運用の状況を概観した上で、本規定の行方を検討するものである。

## ．学説における批判

本規定に対する批判は、(i) 本規定の適用範囲が広すぎる、(ii) 本規定の適用範囲が狭すぎるという、まったく逆の観点から主張されている。以下、それぞれについて検討する。

### 1. 本規定の適用範囲が広すぎるとする見解

この見解は、本規定によると、非上告人の意思にかかわらずその者が再び手続に引き戻されることになるため、その適用範囲を限定する必要がある、そのためには、本規定の効果を享受するか否かについて非上告人の意思を反映させるような形に修

正すべきである、と主張する。これにより、實際上、非上告人が自らの意思に反して手続に引き戻されるという事態を避けることができるという。

さらに、これを敷衍して、本規定の適用範囲は上告裁判所が自判した場合(StPO 354条1項)に限定されるべきである、という見解(Zopfs)もみられる。この見解は、(i) 手続費用の負担増、(ii) 未決勾留の長期化、といった観点から基礎付けられている。しかし、現行手続費用規定(StPO 465条1項)は、被告人が有罪又は改善保安処分を言い渡されたことだけを費用負担の要件とし、その場合いずれが上訴を提起したかにかかわらず全費用を被告人に負担させることになっているから、本規定の適用による手続負担の増加は決定的なことではない。また、未決勾留の長期化が懸念される場合には、その執行を停止させるという対処も可能である。逆に、この見解によると、上告裁判所がその主文を書き分けることにより本規定の適用の有無を決定できるという権限を持つことになるが、上告裁判所が自判すべきか、または原審に差し戻すべきかはしばしば微妙な問題である。さらに、事件が原審に差し戻された後無罪判決が下された場合非上告人にはその効果が及ばないことになるが、無罪判決が上告裁判所による場合と差戻後の裁判所による場合とで結論が異なるのは、正義の観点から甘受できるものではない。

## 2. 本規定の適用範囲が狭すぎるとする見解

上述とは逆に、本規定の適用範囲を広げようとする見解もみられる。たとえば、本規定を控訴審あるいは抗告審の裁判にも類推適用することを主張する見解(Oberath)がある。しかし、控訴審あるいは抗告審で上訴人に有利な方向で原審が覆されるのは、原判決の法令適用に誤りがあった場合に限られない。控訴審および抗告審が原審とは独立して事実認定を行った場合、原判決の法令適用の誤りを是正するという本規定の趣旨は妥当しない。

他方、BGH判例において、原判決破棄ではなく、手続障害(公訴時効の成立)を理由として手続が打ち切られた場合(StPO 206a条)にも、本規定が適用された。しかも、その際、手続障害が原判決の時点ですでに存在していたのか、または上告審の段階で初めて発生したものであるのかということで、本規定の適用について区別されているわけでもない。もっとも、前者の場合、StPO 349条4項により、判決破棄について裁判官の全員一致が要件となっているが、StPO 206a条による手続打切に際して本規定が適用されるとなると、その効果が自動的に非上告人にも及ぼされ、その結果、過半数の意見によってStPO 349条4項と同じ効果が導かれることになる。また、後者の場合、やはり原判決の法令適用に誤りがあったわけでは

なく、上述の見解と同じ批判が妥当する。

さらに、OLG 判例において、原判決で同一被告人が2個の有罪判決を受け、その一方についてのみ上告を提起したところ、上告裁判所が原判決の法令適用の誤りを認めて破棄したが、当該事項(少年裁判所法の不適用)は上告されなかった事件にも該当するものであったという事例について、上告されなかった事件が別の被告人を対象とする場合と、同一被告人を対象とする場合とで違いはないという理由で、本規定の適用が認められた。しかし、この見解は、本規定の文言を著しく逸脱しているとして、強い批判にさらされている。もっとも、この OLG 判例は、現在の形では本規定が正義の実現に奉仕する場面が非常に限定されていることを示すものである。たとえば、共犯事件で分離して審判され、上告審において共通の法律問題について瑕疵があったと判断された場合、本規定は適用されない。正義を貫徹するためには、単に確定力を破って裁判の効力を拡張するだけでなく、ある法律問題に関する瑕疵が認められた場合、その瑕疵を帯びた判決すべてにその効力が及ぼされる必要がある。しかし、そのためには、本規定の類推解釈ではなく、新たな方法が探求されるべきである(後述)。

## ・実務の現状

本規定の改正を検討する前に、近時の BGH 裁判例における本規定の運用状況を確認しておく。

1994年から1997年の4年間で、BGH に上告された事件のうち55の事件で本規定が適用されている。そのうち、原判決破棄自判の上無罪判決が下されたものが1件、手続打切が1件みられるが、他方で原審差戻の上最終的に無罪判決が下されたものも6件ある。これをみると、Zopfs の見解のように本規定を破棄自判の事例に限定することは妥当ではない。しかし、他方で、その他多くの事例で結果的に被告人[特に非上告人]にとって確たる成果があったとは認められないことから、本規定はプラスよりもマイナスの方が大きいという批判も一理ある。

## ・検 討

上述したことから、本規定は、訴訟主体である彼らの意思を尊重するものではなく、実務上も非上告人にとって利益とならない場合が多いことから、本規定を改正する必要性が導かれる。

改正案のひとつとして、非上告人に意見聴取の機会を与えるべきであるとする見解(Hamm, Hanack)がみられる。しかし、単に意見聴取の機会を与えるにとどまるのでは、結局のところ非上告人も手続に引き戻されることになるため不十分である。また、StPO 154条2項による手続打切のように、被告人にとって純粋に利益となる場合には意見聴取の機会が予定されていないことを考えると、このような機会が必然的に要請されるともいえない。

しかし、右見解が理念とする、非上告人の主体性の尊重という観点は支持されるべきである。現行刑訴法は、基本的に、仮に原判決に法的瑕疵が存在する場合でも、それに不服を唱え、瑕疵の是正を求めることを、当事者の意思にゆだねている。たとえば、控訴審公判に被告人が正当な理由なく出頭しなかった場合、公判審理を行うことなく直ちに控訴棄却されることと定められている(StPO 329条1項)が、これは原判決にたとえ瑕疵が存在していてもそれを受忍するという被告人の意思を尊重するものである。それにもかかわらず、本規定の適用により法的瑕疵の是正のため非上告人も手続に引き戻すことは、およそ強権的な発想であって、現行刑訴法の理念に反する。

このような点を考えると、刑罰規定の適用の誤りを理由として判決が破棄された場合、非上告人に対する手続も再開するか否かは、本規定とは異なり、当事者の意思にゆだねることが妥当であると思われる。その際、StPO 359条4号[有罪者に利益な再審]の規定が参照されるべきである。この規定は、刑事判決がある法律問題について民事判決の判断に依拠したが、当該民事判決が他の民事確定判決により変更された場合、この事実を再審請求理由として認めるものであるが、そこで想定される状況は、本規定の適用が問題となる場面と非常に類似している。したがって、立法論として、本規定を廃止し、StPO 359条4号を「確定判決により終結した手続の有罪者に有利となる再審は、同一の法律問題を対象とする他の手続において、その被告人が無罪判決を受け、または手続障害を理由に手続が打ち切られた場合、許容される。」という形に改正することが妥当であろう。これにより、現行規定における正義の追求が損なわれることなく、他方で非上告人の意思も尊重されるものとなる。さらに、本規定を再審の領域に移すことにより、一定の場合に公判を省略して判決を下すことも可能となる(StPO 371条2項)という長所も認められる。

1) Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung 48 Aufl., 2005.

(辻本典央)