◇ 学位論文審査要旨 ◇

金子 博

共同正犯の再構成

——過失犯と不作為犯の共同正犯を素材として——

審査委員 主査 松 宮 孝 明

副査 嘉 門 優

副査 石 橋 秀 起

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、過失犯と不作為犯の共同正犯を素材としつつ、共同正犯における「共同性」の根拠を検討するものである。

本論文によれば、従来、共同正犯における「共同性」に関するわが国の議論は、犯罪共同説と行為共同説の対立という図式のもとで議論されてきた。すなわち、「一定の基本的構成要件に該当する実行行為を共同して行うもの」と考えるか、あるいは「各自が事実上の共同によって自己の犯罪を行うもの」と考えるかの対立である。この理論的対立は、共同性の根拠（あるいは共同行為の対象）という観点から整理するならば、一般に、「共同実行の意思」と「因果の共同」の対立であると解される。しかし、「共同実行の意思」や「因果の共同」に着目する今日の共同性理論は、主として、「共同正犯の存否」の問題に焦点を当てるが、「共同正犯の成立範囲」という問題への言及は不十分である。それは、とりわけ、意思の疎通のない「不作為による関与」の特異性が見過ごされてきたことに表れている。このような関与形態は、現に、ある部品に瑕疵があることが判明したにもかかわらず、会議を開くなどのリコールの実施へ向けた行動に誰も出なかったところ、欠陥商品が原因で、走行していたトラックのタイヤが脱落し、それによって歩行者を死傷させたという「三菱自動車における欠陥商品の不回収」に見て取れる。この事件を扱った横浜地裁や控訴審である東京高裁は、リコール等の改善措置を講じていれば結果は回

避されたとして行為者全体の因果関係を認定し、被告人らを同時犯とした。しかし、問題となった社内での制度および実態としては、クレーム対策会議やリコール検討会を開催するなどの措置は、他の部局と協調しながら行うものとされていた以上、仮に各被告人が単独で結果回避に向けた活動を行なったとしても、他の被告人らによって阻止される可能性がある。したがって、当該裁判所の結論は、共同責任を認めないと説明できないが、ここでは、リコール会議の複数の構成メンバーは、欠陥商品の不回収を目指すという意思の疎通を行っていない。すなわち、いずれの立場にせよ、上記の事例では、共同正犯における「共同性」を認める余地がないのである。この原因は、従来の議論が自然主義・心理主義的アプローチの域を出なかったことにある。

このような問題意識から、本論文では、わが国に多大な影響を与えたドイツの議論を交えつつ、過失犯および不作為犯という側面から共同正犯における「共同性」を検討し、自然主義・心理主義的アプローチと規範主義的アプローチの相違に着目しながら、共同の答責領域を根拠とした、「共同義務の共同違反」という、もっぱら社会という第三者の視点（規範的視点）による「共同性」理論を展開する。

2 本論文の構成

本論文の構成は以下のとおりである。

はしがき

第1部 過失犯の共同正犯について——「共同性」の規定を中心に——

序章 わが国における議論状況と課題

第1章 過失犯の共同正犯否定説とその問題点

第2章 ドイツにおける共同性の規定についての議論状況

第3章 共同性の根拠と成立条件の検討

第4章 具体的事例への適用

終章 まとめ——共同性の規定と今後の課題——

第2部 不作為共同正犯に関する一考察

第1章 わが国における議論と課題

第2章 ドイツにおける不作為共同正犯論

第3章 結びにかえて——不作為犯における共同正犯の意義——

結語

3 本論文の内容

(1) 第 1 部 過失犯の共同正犯について——「共同性」の規定を中心に——

序章では、わが国における過失犯の共同正犯に関する議論が整理され、問題点が抽出される。本論文によれば、わが国の議論は主として「過失犯の共同正犯は存在するか否か」を巡って闘わされており、必ずしも共同行為の射程が十分に検討されてこなかった。そこで、共同正犯における「共同性」に着目したとき、わが国における「過失犯の共同正犯」論は、共同性の根拠を「共同実行の意思」とするにせよ、「因果の共同」とするにせよ、自然主義・心理主義的アプローチに基づいて展開された理論といえる。そして、このような共同性理論は、過失行為の共働という状況のもとで、他者の行為にまで注意しなければならない場合と他者に任せてしまってもよい場合を区別できず、加えて、欠陥商品の回収権限をもつ複数の取締役が互いに意思疎通をせず、回収を怠ったために、消費者等が被害を被ったというような相互の「共同実行の意思」のない不作为犯の場合には、共同責任を問うことができないという問題点が挙げられる。本論文では、これらの問題点を克服するために、わが国に多大な影響を与えているドイツの議論に焦点を当て、共同正犯における「共同性」のあり方を探究するという方法が採られる。

そこで、第 1 部の第 1 章では、ドイツの議論を踏まえつつ、過失犯の共同正犯否定説を検討し、過失犯の共同正犯の理論的可能性、現行法との整合性、そして共同正犯と単独正犯における機能的相違を導き出す。

過失犯の共同正犯がそもそも存在し得ないという見解（「共同の犯行決意」の欠如）に対しては、共同性の決定的メルクマールが、共同の犯行決意でなければならない根拠が否定説から示されておらず、むしろ、共同性の根拠は別の基準で検討されるべきであると批判する。

次に、過失犯の共同正犯が、わが国における法律上の規定に適合するかどうかの問題については、共同正犯は、当該結果に対する答責性という観点では、単独正犯も共同正犯も一次的責任として共通である以上、単独正犯と並ぶ正犯類型であり、処罰拡張事由としての共犯（教唆犯・従犯）とは一線を画すと解することができ、制定法上の規定に反しないことを示す。

最後に、単独正犯が共同正犯と同様の機能を果たすのかという問題（同時犯解消説の問題）においては、帰責根拠を因果的惹起とする統一的正犯論と保障人的地位に着目した不作为犯構成を検討する。前者の理論では、各行為者の因果関係が不明

である事例においては、どのような事情があれ、可罰性を基礎づけることはできないという問題が生じ、後者の理論では、保障人的地位によって共同責任を根拠づけるには不十分であり、単独正犯的観点からでは自己答責性を有する第三者の義務違反を含めた共同答責を根拠づけるにはおのずと限界が生じることを明らかにする。かようにして、共同正犯として想定される事例がすべて単独正犯へと解消されるわけではないことを示す。

第2章では、いかなる条件のもとで過失犯の共同正犯が認められるべきかという問題につき、ドイツにおける過失犯の共同正犯論を考察し、共同性理論が自然主義・心理主義的アプローチから規範主義的アプローチへと変遷しつつあることを示す。

本論文では、ドイツにおける共同性理論は、「意識的かつ意図的な共働」を前提とした共同危険創出説と各関与者の義務者の地位を前提とした「共同義務の共同違反」説とに分類される。

前者の共同性理論によれば、各関与者は構成要件該当結果を含まない「共同の行為計画」を通じて行動することを前提として、共同正犯における「共同性」は、危険増加の根源である「共同の行為計画」によって規定される。このような共同性理論は、故意犯の共同正犯の成立条件とパラレルに考えられ、ゆえに、ドイツで有力に主張されている。しかし、このような共同性理論は、危殆化段階での共同の意思に着目するものにすぎず、しかもその意思は、故意犯の共同正犯のように構成要件該当結果に向けられたものではないため、故意犯の場合と同様に共同性を基礎づけるものではありません。危険犯の共同性を構築するにすぎないという問題に直面する。他方で、共同正犯の「共同性」に「共同の行為決意」を要求することによって、以下のような問題も生じる。例えば、欠陥商品の不回収のように、ある商品が欠陥であるとの情報を得ながら、複数の取締役は、相互に連絡をとらず、欠陥商品の回収の決定をしないまま、放置した場合、複数の取締役間での意思連絡は存在しない以上、取締役の共同責任を問うことができず、それぞれか、因果関係の不存在を理由に同時犯としても構成できないという事態に陥る。

このように、「意識的かつ意図的な共働」を前提とした共同性理論には、構成要件該当結果の責任を確定することができず、意思連絡のない関与形態の場合には、全く機能しないという問題点が明らかにされる。それと同時に、一部の見解では、共同正犯の「共同性」の再構成を行う動きがあるものの、「意識的かつ意図的な共働」を前提とする限りで、上記の問題点が克服されていないことも指摘される。

後者の共同性理論においては、義務犯を前提とした「共同義務の共同違反」構成と支配犯を前提とした「共同義務の共同違反」構成が挙げられる。

前者の「共同義務の共同違反」構成では、過失犯は義務犯であるという出発点のもと、各人の注意義務が直接に正犯を根拠づける特別義務とし、過失犯の共同正犯は、「共同義務の共同違反」であると解される。これに対し、後者の「共同義務の共同違反」構成では、支配犯を前提として、各行為者の答責領域が規範の意味において結合されており、そこから構成要件該当結果が実現された場合が「共同義務の共同違反」であると解される。

もっとも、前者の理論構成は、すべての過失犯が義務犯であるとはいえないこと、および、義務犯であるとしても、「共同義務」の発生根拠が不明確であることを理由に少数説にとどまり、むしろ、後者の理論構成が有力となっており、それによるならば、構成要件該当結果に対する答責性の視点、および意思連絡のない関与形態の問題が克服される。この意味において、「共同義務の共同違反」説は有効に機能していることが指摘される。

第3章では、ドイツにおける過失犯の共同正犯に関する議論を参考にしつつわが国における「共同性」理論の問題点を明らかにするとともに、共同正犯における「共同性」の規範化を主張する。

本論文では、わが国における共同性理論を「因果の共同」を根拠とする共同性理論と「共同義務の共同違反」を根拠とする共同性理論とに分けて、それぞれの共同性理論を検討する。

前者の共同性理論によれば、共同正犯における「共同性」は、物理的因果性および心理的因果性からなる、構成要件該当事実に対する共同惹起によって規定される。このような理論に対しては、次のような問題点が指摘される。すなわち、① 例えば、暴行または脅迫と財物の奪取を分担して強盗の共同正犯を実現させた場合、一方が暴行・脅迫罪の正犯および窃盗罪に対する幫助、他方が窃盗罪の正犯および暴行・脅迫罪に対する幫助という構成が考えられ、強盗罪の共同正犯というかたちに一体化させる視点が存在しないこと、② 例えば、複数の関与者が殺害の取り決めに応じて被害者に向かって同時に発砲したという付加的共同正犯の事例からも明らかのように、被害者の死に直接影響を与えたという物理的因果性がない者に対し、心理的因果性を用いて、他者の行為を介した結果を惹起したと認めうるとしても、寄与の重大性という観点から、正犯的寄与と認められうるかは疑問であること、③ 一方が他方の行為にまで注意しなければならない場合と完全に他者に任せ

てもよい場合を区別できないこと、④ 不作為犯においては、事実的な因果性による共同性の規定は断念されざるを得ないこと、である。

以上のことから、構成要件該当結果は誰の仕業かという問題を事実的な促進作用で規定する共犯の因果性に求めるがゆえに、刑法上の責任範囲は過度に拡張され、その結果、刑法上の共同性の意義は形骸化されており、他方で、不作為犯においては、因果的惹起による共同性の規定は放棄されることになることが指摘される。

他方、後者の共同性理論には、さらに、ドイツの共同危険創出説を前提とした「共同義務の共同違反」構成と義務犯的構成を前提とした「共同義務の共同違反」構成が存在する。いずれの見解においても、ドイツにおける議論でもたらされた問題点がそのまま妥当し、わが国においては、自然主義・心理主義的アプローチと規範主義的アプローチが混在していることが示される。

以上のことを踏まえた上で、本論文は、共同の答責領域を根拠とした「共同義務の共同違反」でもって共同性の根拠が説明されるべきことを主張する。それによれば、関与者による違法な態度のみが重要であり、各関与者の義務の内容や射程に応じて共同性が規定される。

第4章では、「過失の競合」に関する事案と「過失の共働」に関する事案を取り上げ、上記の検討からもたらされた共同性理論が、どのように具体的に適用され、どの点で従来の共同性理論と異なるのかを明らかにする。

終章では、これまでの過程を踏まえ、共同正犯における「共同性」の根拠は、構成要件の実現に対する共同の答責領域、つまり、自他ともに協力して構成要件該当結果を防止すべき「共同義務の共同違反」であると結論づける。その結果、このような観点から「共同性」を理解するならば、現代型犯罪である「製造物責任」や「チーム医療における医療過誤」の事例において、行為者間に現実の意思疎通のない場合にも共同責任が問われうると同時に、「過失の競合」では因果関係が認められえないが、共働によってはじめて結果が回避されうる場合に構成要件の実現を共に阻止すべき保障人的地位という観点から刑法上の共同責任が認められうるという帰結に至る。

(2) 第2部 不作為共同正犯に関する一考察

第2部の第1章では、わが国における「不作為犯の共同正犯」に関する議論を取り上げ、不作為犯における共同正犯は一般に承認されているが、不作為犯における

「共同性」それ自体はいまだ説明されていないことが指摘される。

本論文では、親と愛人が幼児を餓死させるといったケースなどを契機に、保証人的義務の性質が異なるにもかかわらず、「救助しない」という意思の疎通の存在により、共同責任が認められ、また、作為犯としては従犯的性質しか認められないにもかかわらず、不作為犯構成により、正犯へと格上げされるに至った判例を踏まえ、判例・学説ともに、保障人的地位の性質が軽視されると同時に、不作為犯における共同正犯の形態である「共同義務」の内容が空虚なものであることが明らかにされる。

この原因は作為犯と不作為犯の異同を軽視してきたことにある。すなわち、不作為犯においては、行為者間の意思連絡ないし心理的因果性は考えられるが、結果を惹起するための身体的・物理的共働は存在しない。この点で、作為犯と不作為犯の構造は異なる。それにもかかわらず、不作為犯における「共同義務」は、作為犯における現実的実行行為の共同と対を成すかのごとく解されてきたが、その内容の統一的理解を得るまでには至っておらず、他方で、不作為共同正犯を「因果の共同」で説明するにしても、作為と不作為が帰属論的に同一構造であることがいまだ示されていないのである。

以上のような問題意識から、本論文は、わが国に多大な影響を与えたドイツの議論を交え、不作為犯の共同正犯における「共同性」のあり方を探究するという手法をとる。

第2章では、ドイツにおける「不作為犯の共同正犯」に関する議論を考察する。本論文によれば、以下ようになる。

20世紀前半のドイツでは、不作為犯は、作為犯と同様に禁止規範違反として理解され、不作為による共同正犯もまた、その理解の延長線上にあった。例えば、父と母が取り決めに応じて病气である子供を世話しないというように、同種の作為義務が課された不作為者らが、共同決意のもとで課された義務を履行しない場合、不作為による共同正犯が問題となるとしていたのである。この理解によれば、不作為犯においても、各人は、その決意において他者を強化し、他者によって強化されるという、作為犯に見られるような相互的補完性が認められる。その結果、各関与者は、「共同の犯行決意」のもとで、自身の態度だけでなく、他者の態度にも責任を負うとしたのである。

しかし、その後、グリエンヴァルトやアルミン・カウフマンらによって、「不作為関与者は事象に対する現実的影響を及ぼさず、不作為犯における因果関係は作為

犯のような現実的因果関係ではない」ことが主張され、その結果、作為犯で展開されるような「不作為犯の共同正犯」が否定された。もっとも、その後、判例・学説とも「不作為犯における共同正犯」が否定されるには至らなかったものの、作為犯と不作為犯の異質性が議論の前提とされた。すなわち、アルミン・カウフマンのいうように、禁止規範違反としての作為犯と命令規範違反としての不作為犯という理解が定着し、この意味での「保障人」説が一般的に承認されたのである。

このような前提のもとで、不作為犯の理解は、「一身専属性」に着目した見解と保障人的地位に着目した見解へと展開された。しかし、共同性に関する議論では、「意識的かつ意図的な共働」理論が一般に維持されている。

まず、「一身専属性」に着目した見解では、不作為犯は義務犯であり、共同正犯は、「共同義務の共同違反」と解されている。

これに対し、保障人的地位に着目した見解では、さらに、支配犯と義務犯の異同を問わない共同性理論と支配犯と義務犯の異同に応じた共同性理論が存在する。前者の理論は、作為義務者同士であれば、「共同の犯行決意」の存在さえ認められれば、共同正犯を認めることできるとする。

他方で、支配犯と義務犯の異同に応じて共同性の射程を規定しようとする見解によれば、義務犯のように、義務が一身専属的であれば、共同性は存在せず、支配犯の場合にのみ共同性の可能性が認められるとする。

しかし、これらの共同性理論に対しては、次のような問題点が指摘される。すなわち、「一身専属性」に着目した見解では、共同義務を共同性の前提としながらも、共同の犯行決意も要求しており、「共同性」における両者の相互関係が不明瞭という問題があること、支配犯と義務犯の異同を問わない共同性理論では、保障人による不作為の事実的な競合が「共同の犯行決意」を介すれば共同性を認められることになってよいのかどうかという問題に加えて、不作為犯における「犯行決意」は、作為犯の場合と異なり、「結果発生の願望」にすぎないという問題が生じること、支配犯と義務犯の異同に応じて共同性の射程を規定しようとする見解では、この見解が認めるように、作為犯の場合と同様に支配犯における共同性を考えるならば、およそ作為義務者には結果回避に向けた義務が課されている以上、共同性の限界が見出されえないという問題が生じること、である。

さらに、いずれの見解にせよ、皮革スプレー事件のように、互いに意思連絡をせずに、結果回避措置に出ない場合では、故意犯にせよ、過失犯にせよ、共同責任を問うことが不可能となる領域を生み出すという問題点を指摘する。

これらの過程を踏まえ、過失不作為犯を中心に、純粹に規範的な「共同責任」の

存在を認める見解が主張されつつあることを指摘し、過失犯の共同正犯論で扱われた「共同義務の共同違反」という考え方、すなわち、関与者の答責領域からもたらされる「義務」という視点から共同性を規範化させる見解は、故意不作為犯においても意義があることを明らかにする。

第3章では、ドイツの議論からの示唆とわが国における問題点を指摘し、「共同義務」の成立条件につき、若干の検討を行う。

先のドイツの議論から、不作為犯の禁止規範違反としての理解の限界、および「意識的かつ意図的な共働」理論の限界が明らかとなると同時に、皮革スプレー判決以後に際立ちはじめた共同性の規範化によって、ようやく、作為犯と不作為犯を矛盾なく説明でき、たとえ意思連絡のない不作為による関与であったとしても、共同責任として責任を問われうるができるようになったことを指摘する。これらの示唆をわが国における不作為共同正犯論へ還元するならば、関与者間の意思連絡を軸にして、「共同の行為決意」と「因果的惹起」の対立が展開され、「意識的かつ意図的な共働」理論の延長線上で議論されるに止まっており、それは、不作為犯が、ドイツと異なり、作為犯と同様に解され、自然主義・心理主義的アプローチの域を出ないことに原因があることを明らかにする。しかしそれは、三菱自動車欠陥事故のように、どの取締役も、そもそもリコールの可否を決定するために取締役会を招集するという意思連絡をせず、欠陥商品の回収を怠ったために、消費者に死傷結果を負わせたというような事例においては、全く機能しない。ここに、わが国における共同性理論の限界が存在する。

これらの議論を踏まえ、本論文は、共同正犯における「共同性」の根拠としての「共同義務」につき検討を加え、「共同義務」の成立につき、①各関与者の義務者の地位の性質はいかなるものかどうか、②各々の義務が事実的に競合することを意味するかどうか、という点に留意する必要があることを主張する。具体的には、真正不作為犯である不退去罪（2人のセールスマンが交渉相手から退去を要求されたにもかかわらず退去しなかった場合）や不真正不作為犯である殺人罪の例（親の育児放棄による幼児の餓死の場合）を挙げ、いずれの事例も、保障人的義務の内容が重なることはなく、義務が事実的に競合するにすぎず、共同義務が認められないがゆえに、不作為犯の共同正犯は否定される、とする。

かようにして、「共同義務」の有無を検討する際、一身専属的な義務の場合には、共同性の余地はなく、共同正犯における共同性は、各関与者の答責領域が結合している（すなわち、共同義務が課せられている）場合だけであって、同一の結果を実

現したことによる事実的競合から共同性はもたらされえないということが帰結される。

〔論文審査の結果の要旨〕

本論文は、過失犯の共同正犯および、これと密接な関係を持つ不作為犯の共同正犯につき、ドイツ、日本の議論を詳細に検討し、緻密な分析を加えたものである。とりわけ、従来の議論が、共同者相互に因果的または心理的な相互作用が現実にあったことを根拠として共同正犯を根拠づけようとしていたのに対し、本論文は、とくに欠陥製品の不回収によって死傷事故が生じた事例を念頭に置き、決定的なのは、現に因果や心理において相互作用があったことではなく、協力し合って損害結果を防止すべき義務（「共同義務」）があったのに、各人がこれを怠ったこと（「共同違反」）であることを鋭く指摘したことは、今後の共同正犯論に与えるインパクトを考えても、画期的なものであると評することができる。

また、本論文は、民法の共同不法行為の議論に対しても、大変示唆に富むものである。金子理論は、従来の主観説か客観説かといった民法学における対立を克服する契機を内包しているように思われる。共同不法行為における共同性の根拠として主張されている「意思連絡」にしても「社会的一体性」にしても、次元・質は違えど事実的な概念であることは変わらず、それが有るか無いかで共同不法行為の成否が決まるのであるが、金子理論では、むしろ、共同性概念に規範的なモメントを導入することによって、共同不法行為の成否を正当化することが可能になる。これは、従来の「広く認めるべきか、限定的であるべきか」といった議論の対立を克服し、共同不法行為論に新たな地平をもたらすものと考えられる。

もっとも、課題も多い。まず、金子氏にとって当たり前のことでも、その前提をまだ理解していない読者には、唐突な論理展開に見えると思われる部分がある。自己が主張したいことをクリアに押し出して、丁寧に論証することを望む。とりわけ、リコールの共同決定問題につき、問題意識をいまだ持っておらず、無意識的に同時犯構成を取っている裁判実務に対して、「同時犯構成への解消」がいかに問題かをもう少し丁寧に説明すべきである。

「共同義務」さらには、その有無の判断のための「義務者的地位の検討」についても、共同義務の判断構造を示すにあたって、むしろ、「処罰範囲の明確化」につながるのだということをやよりアピールしたほうがよいと思われる。

さらに、論文のタイトルにある「共同正犯の再構成」という観点からは、過失・不作為の共同正犯での結論から、さらに、故意・作為の共同正犯がどのように「再

構成」されるのかが、期待される。いずれにしても、今後の課題として、より日本の裁判実務を意識した検討を希望する。共同正犯の事実認定にあたり、金子理論がどういう意味を持つのか、たいへん興味深いところであり、実際の事実認定を意識した議論を行い、判例に影響を与えてもらうことを期待する。

もちろん、以上の課題は、本論文の持つ学問的価値を、いささかでも減ずるものではない。刑法の共同正犯論の再構成、さらには、民法の共同不法行為の理論にもインパクトを有しうる本論文は、以上の次第で、審査委員会全員一致により、博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

金子氏の研究内容は、2012年2月7日（火）15時から16時30分まで学而館第2研究会室において公聴会が開催され、報告・検討された。そこでは、本学教員および大学院学生の出席の下、活発な質疑応答が行われた。とりわけ、過失犯および不作為犯に共同正犯が認められた場合の因果関係の捉え方、金子氏が主張する「規範主義」の意味、相互促進的行為の具体例、共同義務の事実的基礎等につき、活発な質問が出された。

これに対して、金子氏は、共同正犯における因果関係は全体を一体として検討されること、「規範主義」とは、因果や心理といった事実だけで共同性を考えるのではなく、共同で行動すべきだという「規範」の存否が共同性を左右するという考え方であること、相互促進性のみで共同性を根拠づけると、監督者が部下の不注意行動に影響を受けて不適切な行動に出た場合に、部下にも共同責任が認められることになるという問題があること、共同義務の事実的基礎は「共同責任」を根拠づける規範の存在にあること、といった回答がなされた。いずれの質問に対しても、自己の見解を的確に述べ、適切な受け答えをしたと評価できた。

また、本論文に引用された、ドイツ語文献を中心とする外国文献の豊富な読み込みから、その外国語能力も堪能であることを確認した。

さらに、本審査委員会は、金子氏が、本学学位規程第18条第1項該当者であり、本博士学位請求論文に加えて、公表済みの上記各論文の水準、上記の公聴会における質疑応答に基づき、博士学位に相応しい学力と十分な学識を有することを確認した。

以上の次第で、本審査委員会は全員一致で、金子氏に対し、本学学位規程第18条第1項に基づいて、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当であると判断した。

中 村 悠 人

刑罰の正当化根拠に関する一考察

——日本とドイツにおける刑罰理論の展開——

審査委員 主査 松 宮 孝 明

副査 安 達 光 治

副査 高 橋 直 人

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、刑罰理論、なかでも刑罰の正当化根拠を巡る議論を扱ったものである。近年の刑事立法は、重罰化や可罰性の拡大、早期化（前置化）が特徴であると指摘される。例えば、2004年12月になされた刑法の重罰化改正は、従前の個別の犯罪類型に向けられた改正ではなく、重大犯罪を中心とする多くの犯罪類型にかかわる総則の自由刑の上限の引き上げ等を行ったものである。そこでは、「体感治安の悪化」に対処する必要性や「国民の刑罰に関する正義観念」にあわせること等が根拠として挙げられている。他方、可罰的な行為の拡大として、人身売買罪や不正指令電磁的記録に関する罪などが、組織的犯罪に対する対応として、組織的犯罪処罰法による犯罪収益等隠匿・収受罪が作られるなど、近年の刑事立法は、刑罰による解決を目指すもの、すなわち刑法を積極的に投入するものであることが指摘されている。

この問題に対し、わが国においては、法益論の視点から刑事立法を分析・批判する研究はあっても、国家による刑罰の投入はいつ、どこで、どのように生じるのか、そして何より、そもそも何故刑罰が許されるのかという視点での議論はまだ十分ではない。このような問題関心から、筆者は、刑事立法を議論するための基礎として、刑罰の正当化根拠を巡る議論を検討している。そして、議論の枠組みの提供として、古くからこの問題を議論してきたドイツの主要な論者の見解を分析することで、種々の刑罰理論が機能する場面と、それらが前提とする人間観の相違を明ら

かにする。その上で、本論文は、社会における人々を行動統制の客体とみなすことになる、刑罰による規範形成機能を疑問とし、その反対に、人々を自律的な判断から規範に従う人格とみなすという視点から刑事立法を検討するべきであるという結論に至っている。

以下、その概要を紹介する。

2 本論文の構成

本論文は、以下の構成からなる。

序 章

第一章：戦後（西）ドイツの刑罰理論の概観

第二章：「積極的」一般予防論

第三章：近年の応報刑論について

第四章：カントの刑罰論

第五章：フォイエルバッハの刑罰論

第六章：ヘーゲルの刑罰論

第七章：我が国における刑罰理論の検討

終 章

3 本論文の内容

(1) 戦後（西）ドイツの刑罰理論

本論文の序章では、上述の問題関心に基づく問題の所在と、わが国の刑罰理論の、刑罰の正当化根拠としての問題点を指摘する。その上で、第一章では、戦後の（西）ドイツの刑罰理論の変遷を概観することで、それぞれの時代に刑罰理論で狙いとされていた対象を明らかにする。

本論文によれば、ドイツにおける刑罰理論の変遷は、刑法による倫理や道徳の保護からの脱却を図るものであった。そのなかで、いわゆる対案グループに後押しされる形で、刑事政策的思考を基礎に置いた刑罰理論が注目されることになった。これは、刑事立法の領域では、行為の可罰性の限界を画するのは倫理法則ではないとして、刑法の脱倫理化と法益保護原則とが結びつけられて主張されることになった。他方、狭義の刑罰論においては、特別予防論の重視が叫ばれることになった。すなわち、犯罪行為者も一人の市民であって再び社会に立ち戻る存在である以上、

刑罰も再社会化に向けられたものでなければならず、刑事施設を通じた社会復帰にとって弊害のある短期自由刑などは排除されるべきであると。

そこでは、犯罪行為者も一人の市民として認められる以上、矯正の対象ではなく、社会復帰をしていく主体として捉えられ、それが故に国家は社会復帰の援助をしなければならないとされていた。その意味では、対案グループの思考は厳密に言えば特別予防に基づいた刑罰の正当化ではなく、社会復帰の妨げとなる刑罰の弊害除去を重視したものと言えよう。というのも、その主張は、一定期間受刑者を拘禁するという刑罰そのものを正当化するというよりはむしろ、矯正の強制を認めず、犯罪行為者が矯正の対象ではなく、改善や矯正の主体であるならば、刑事施設では社会復帰のための様々な施策、つまり、社会復帰の為の種々の援助が提供されなければならないという帰結を導くものであったからである。

もっとも、この社会復帰思想は、経験的認識の欠如や治療的アプローチの頓挫、刑務所の過剰収容問題を前に後退を迫られる。その一方で、刑事立法の拡大に対して刑罰賦課が正当で適切なものが問われることになる。抽象的危険犯の多様化、同じく犯罪の前置化・早期化、厳罰化に対して、特別予防論からでは十分に答えることが困難であった。

他方で、刑罰による「法益」の保護が刑罰の賦課によって犯罪行為を止めさせようとするのであれば、すなわち、刑罰による抑止を狙っているのであれば、それは刑罰によって人々の行動を動機付けるものであって、自由の保障とは裏腹に、人々の行動を統制するものであることになる。犯罪予防に資するものであるなら、そしてそれが法益保護につながるのであれば、刑法による介入を認める見解や、刑法を市民の行動操縦の手段として積極的に投入する方向性が導かれるのである。

しかしながら、これらの見解は、刑罰による規範形成機能を認めるものであった。その結果、犯罪行為者も一般の人々も、単なる予防の対象、あるいは、刑罰によって行動統制がなされる客体であることを認めることになってしまう。そこで前提とされる人間観では、犯罪者は予防の対象であり、あるいは刑罰によって何をすべきかを教育される客体となるので、自律した自己決定が為せる主体とはみなされていないのである。そのような、人々を刑法によって立ち居振る舞いを教えられ、唯々諸々と従うに過ぎない存在とみなすべきではないとしたら、そこから、人々を自律的な自己決定を為せる主体としてみなす必要性が生じることになる。すなわち、自律した主体たる「人格」とみなす必要性である。そうして、行動統制の客体から、自律した規範遵守の主体へ人間観の転換が意識され、「積極的」一般予防論が着目されるに至ったと指摘される。

(2) 「積極的」一般予防論

続いて、筆者は、第二章で、積極的一般予防論の多様性と、各々が前提としている人間観を分析する。「積極的」一般予防論といっても、刑法による国民教育的発想から、刑事裁判の活動によって人々に呼び覚まされる、社会教育的に動機付けられた習熟作用、市民が法が行われていると見た場合に生じる、信頼作用、一般的法意識が法律違反に対する制裁をもとに鎮静化され、行為者との争いが解決されたとみなされる場合に生じる満足作用といった、法への忠誠の維持と法的心情の安定に寄与するという見解、そして、刑罰の任務は法規範の妥当を確認するものであり、刑罰による法の妥当性の象徴的表明であるとする見解まで、多様に分かれていたことが指摘される。

ここでは、それらの見解が前提としている人間観と、その「予防」の意味において区別をされる必要がある。すなわち、人間観においては、人々は、刑罰による「啓蒙」によって教育される存在であるのか、それとも、自らの洞察に基づいて行動することができる存在であるのかという区別である。これは、社会における規範に従うことが、教え込まれてようやくできるようになるのか、それとも、自らの自律的な判断で従うことが信頼されているのかという相違である。

前者を前提とした場合、刑罰は人々の行動に大きな影響を与えることが期待される。つまり、刑罰賦課を通じて、一般の人々の行動を統制することが狙いとされ得るのである。刑罰を通じて人々の規範心理に影響を与えるなどの形で、行動の統制を図るという意味で、この「予防」は、行動統制的予防とでも言い得る。この行動統制的予防は、すでに存在している規範に従わせることを狙いとしていると同時に、まだ確立していない規範の創出をも対象とし得る。なぜなら、人々は刑罰によって立ち居振る舞いを教えられる存在であるので、すでに存在している規範に従うよう方向づけられるだけでなく、新たな規範に従うようにも方向づけられ得るからである。つまり、行動統制的予防というタイプの「積極的」一般予防論は、殊に刑事立法の領域においては、新たな規範の創出という規範形成機能を認めるものとなる。

これに対して、後者、すなわち、社会における人々が自らの洞察に基づいて行動をなす自律的な存在とみなされる場合、刑罰による人々の行動への影響は、限定的な形でしか認められないであろう。あくまで、社会における規範に、他者から強制されることなく、自らの自律的な判断に基づいて従う人間を前提としているので、刑罰賦課がなされたことでようやく規範に従うわけでもなければ、刑罰を通じて創出された規範に従うよう方向づけられるわけでもない。ここでは、刑罰は、犯罪に

よって生じた、社会における標準としての規範の動揺を鎮静化することが狙いとされる。犯罪によって動揺した規範ではあるが、その規範は依然として社会における標準であるということが、刑罰賦課によって明らかなものとなる。そして、それ以後のその社会において、当該規範は標準としてみなされることになる。その意味で、ここでの「予防」は、規範確証的予防と言い得る。この規範確証的予防は、あくまでも規範の動揺の鎮静化をはかるものであるもので、生じた規範の動揺以上に刑罰が科されることにはならない。その意味で、規範（意識）の「強化」ではなく、規範の「安定」ないし「確証」なのである。動揺した規範を刑罰賦課を通じて強化することは、人々の自律的な判断能力を信頼せず、行動の方向づけをはかるものであるために、規範確証的予防には含まれない。

ここで、筆者は、この規範確証的予防は、「予防」とは銘打っていても、その思考枠組は純粋な予防論ではなく、むしろ、一種の応報刑論として評価した方が良いとしながら、犯罪による規範の動揺に対して、何故に刑罰でもって対応しなければならぬのか、つまり刑罰の必然性までは明らかとはなっていないことを指摘している。この規範確証的予防の思考枠組は、確かに犯罪行為と刑罰賦課を結びつけるものであるが、規範を確証する方法として、何故に刑罰を用いて良いのか、その他の方法による規範動揺の確証では何故に不十分であるのに、いまだ答えてはいないというのである。

もちろん、この課題は、人々の自律的な判断能力を前提とする「積極的」一般予防論の人間観を否定するものではないが、何故にそのような人間観を前提にしなければならないのかは、まだ十分に明らかにはなっていない。かくして、種々の「積極的」一般予防論の検討から、人々を「人格」とみなす要請、経験的検証にかかるものではない理論構成、犯罪行為と刑罰の内在的な結び付きを認める必要性という課題が明らかとなるとされる。

(3) 近年の応報刑論について

そこで、第三章では、この課題に答えていくために、ドイツで近年展開されている、ドイツ観念論を援用する形で、個人の自律性や自由に基づいた刑罰理論の検討を行う。

そこでは、社会における人々を自由な「人格」とみなすことから展開し、自由な人格であるが故に、刑罰が科される根拠にもなり得ることが示されていた。例えば、ヴォルフやケーラーにとっては、犯罪は相互承認関係の侵害であるが、そこでは、各人は他者と相互的な形で承認関係を結び、それによって互いの自由を尊重し

合うために、その関係を破壊し、現実の自由や自立性の保障を奪うが故に、刑罰が科されるものであった。

彼らは、ドイツ観念論に依拠しながら、応報刑論の再評価を行っており、その際、人間の自由および自律性の保障を法の課題としている。現実の社会において自己の自由を享受するためには、まず他者との間で相手を「相互的に」自由な人格として認め合う相互承認関係を形成し、互いの自由な領域を尊重し合う必要がある。その際、承認は互いが対等な関係であることを必要とする。この相互的な承認関係は、社会契約を通じて国家へと拡張され、国家的な法秩序において普遍的な効力を保障される。

この普遍的な効力に対する攻撃が犯罪となる。すなわち、犯罪とは、他者の自由な領域の侵害による相互承認関係の破壊であり、同時に相互承認関係を保障している法秩序の効力の否定でもある。刑罰は、犯罪により侵害された相互承認関係を回復させるために、そしてその相互承認関係を保障する法秩序の効力を回復するために、科されることになる。国家的な法秩序において普遍的に保障されている他者の自由を侵害し、不当な形で自己の自由を拡張した犯罪行為者は、自らが法秩序の構成員であるために、つまり再び他者と相互的な関係に戻るために、自由の制限という形で、刑罰を受けるのである。その際、刑罰は、犯罪によって生じた被害者の自由の領域への侵害の程度と、法秩序の普遍的な効力の否定の程度に価値的に見合ったものでなければならない。

このように、ヴォルフや、その弟子たちは、無目的に科される応報刑論でもなければ、犯罪予防という目的刑論でもない、応報刑論を展開している。このヴォルフらの発想に近いながらも異なる形で理論を展開するのが、パヴリクである。パヴリクも、現実の自由を保障していくために、各人は市民としての義務が認められ、その義務に違反するのが犯罪であり、刑罰は、その違反に対する固有のリアクションとして、市民の義務と自由の享受が分かちがたく結びついていることを表明し、そして現実での法秩序の規範的な効力を維持するために科されることになる。

法秩序への忠誠は、平和と自由を享受するための代償ということになる。法、とくに刑法は、各人が自己の生活を自らの洞察に応じて営みうるとする願望を保障することを、つまり、厳格な相互性の条件の下で他者の決定から自由な固有の存在形成を各人に可能ならしめることを課題とするからである。これを果たすには、刑法は現実形成力を有しなければならない。つまり、法の課題は、いわゆる万人の万人に対する市民戦争を克服し、あらゆる者の生活を保障する秩序を確立することにある。ここでは法的秩序は正常性 (Normalität) の支配が貫徹している状態のことを

言い、貫徹の為には単なる抽象的規範秩序以上のものが要求される。つまり、個々の市民は、同胞を通じてその法的地位の尊重が彼自らにおいて確認し得なければならない。この自由であることの保障された状態の確立と維持のためには、国家のみによって担われるのでは不十分であり、各人もまた責任（市民としての義務）を負わなければならないことになる。

自由である状態への攻撃は、行為者が刑法上の態度秩序に反することによって、法共同体の代表者たる市民としてのその役割に反しているということにおいて示される。犯罪行為者は、刑法上の規範に従属することを通じて現存の法的状態の維持に関与する義務を侵害することで、公共体（Gemeinwesen）における結合という本来の拘束性に反して行為する。その限りで、犯罪とは概念上全体としての法共同体に対する不法である。

もっとも、犯罪行為者も市民であり、また以後も市民であり続ける。そのため、犯罪行為者は、市民として法的状態の維持に共働する市民的義務を負う。もっとも、その義務の内容は、一次的な充足義務から、二次的な甘受義務へと変化する。自由の保障は義務充足の代償として保障されるのであるという、法的なるものの根本原理に犯罪者が反することによって、彼はその犠牲の下で自由享受と共働義務充足の関連の解消不可能性が示されることを甘受しなければならないからである。

この自由享受と忠誠義務充足への関連性の不解消は、行為者が彼の忠誠義務侵害に対して彼自身の自由の一部の剥奪を課されるということによって、確認されることになる。その際、処罰的制裁のある一定のドラスティックさは放棄しえない。というのも、ここで市民の不法として示される承認侵害への規範的に適切な解答を示すには、刑罰でなければ行い得ないからである。

その意味で、刑罰は、「それが規範の継続的な妥当に対する徴表として確認されるだけでなく、そのメッセージもまた信頼されるべき場合」には害悪でなければならない。そのため、義務侵害の程度の基準に応じて処罰された市民が、この信頼の強化へと援用されることによって、現実の自由である状態を攻撃した者は、そのコストとして刑罰によって自らの自由の一部を奪われることが示される。自由の一部が実際に奪われることで、自由について義務を負っていることが確認される。刑罰はこのような関係を示すために放棄し得ないものであり、害悪賦課は刑罰内在的なものである。

もちろん、行為者に市民として帰属可能な不法の強度は、彼がその被害者に事実上与えた、あるいは彼が少なくとも故意に受け入れた自由侵害の範囲に応じて量定されるのである。しかも、刑罰の量自体は、ある社会がそれ自体安定すればするほ

ど、その社会はますます犯罪を偶然的なもの (Unfestes) で、孤立化されたものとして捉えるために、ますます軽くなりうるものである。また、行為者の事後的態度もまたその先行する忠誠義務侵害の重要性を弱めうるのである。犯行後に自由意思で損害回復に努力した行為者はそれによって忠誠的な市民の結合体への回帰を示すことになる。

このパヴリクの見解は、社会における人々を、自由な人格から展開し、自由の保障のためには、人格を市民にまで高め、その市民に平和と自由の享受のための法秩序への忠誠義務を担わせるものであった。そして、忠誠義務と自由の享受が分ちがたく結びついているものであるために、市民の義務の違反としての市民の不法 (犯罪) に対しては、市民の不法に対する固有のリアクション (刑罰) が行われることになる。換言すれば、自分だけが不当に自由を享受する行為者に対して、自由の保障のためにはそれは許されないと示すために、現実に法秩序の規範的な効力を維持するために、単なる確認だけではなく、刑罰賦課が行われることが許されることになる。その意味で、パヴリクの見解は、応報刑論なのである。

また、積極的一般予防論を展開したヤコブスも近年では、応報刑論的な発想との類似性を明確にしている。ヤコブスによれば、社会的コンフリクトとして扱われる犯罪は、人格である行為者による社会や法への否定の表明であり、それによって動揺した法規範の妥当性を刑罰によって確証するために、それも認知的な形で、科されるというものであった。苦痛の賦課が沈黙した、強制力を伴う現実的活動のある限り、そこには意味が欠けることになる。それ故に、苦痛の賦課の根拠付けは、コミュニケーションではなく、もっぱら外的な状態の変化の中に見出されなければならない。犯罪者は自己の帰属可能な形で犯行を通じて刑罰を科せられなければ、規範の認知的保障が蝕まれ、それによって規範の現実性が失われる、少なくとも弱められる状況を創出する。このような状況に対して苦痛としての刑罰を賦課することで、この侵蝕の危険は帳消しにされる。そして、態度自由と結果に対する責任の双務性の故に、犯罪者は自己の違法な行為の結果に対する責任を引き受けなければならないというのである。

ここでは、いずれも応報刑論を、目的を有しないという意味での「絶対的応報刑論」と理解してはいない。そこでこの応報刑論には、目的が認められている。その意味で、筆者は、これを「相対的応報刑論」ではあるが、しかし、応報の枠内で威嚇や教育改善を目指すという日本の「相対的応報刑論」ではなく、刑罰自体が法秩序に果たしている役割 = 自由の条件の保障と関係づける点で、パヴリクが言うところの自由論的に基礎づけられた応報刑論と評すべきであろう。

（4）カントの刑罰論

これらの刑罰理論の裏打ちをするために、改めてカントの刑罰理論やヘーゲルの刑罰理論の考察を行うのが、第四章から第六章である。第四章では、カントの刑罰理論を扱う。

カントの刑罰論は、従来「絶対論」として理解されてきたが、本論文の分析によれば、決して目的を持たない「絶対論」ではないことが明らかになる。カントは、刑罰の根拠を国家的法秩序の侵害という意味での犯罪に見ており、侵害された国家的法秩序を国家的刑罰によって回復しようとするところから、犯罪が刑罰の内在的根拠である、犯されたが故にという意味での「絶対論」を主張しており、確かに「応報論」を主張しているのである。しかしながら、刑罰は、犯罪によって侵害された国家的法秩序を回復させるためにある。これはカントにおいては刑罰の目的であり、目的を持たないという意味での「絶対論」を主張しているわけではないのである。つまり、国家的法秩序の回復という目的のために刑罰を科すという意味では、「相対論」を主張しているのである。

カントにとっては、自由とは理性人たる個々人の内面において主体的に実現されるべきものであり、法においては、このような自律的な人格主体がまずもって前提にされなければならない。他者の自由に配慮しながら、相互に自らの外的自由を制限しなければならず、法における自由とは、自らと他者の間との主体的な関係（法関係）を前提としている。そして、自由の普遍的な相互保障のために、各人は自己の外的自由を、普遍的な法的法則に則って行使し、他者を自己と同等の自由な人格として取り扱い、その他者との間に平等な法関係を形成することが必要となる。

カントによれば、各人は人格的自由に基づく自己の諸権利を確実に享受することが可能となるために、国家の下にある公法状態へと移行しなければならないが、刑法は、その国家的法秩序を前提として、そこにおいて普遍的に保障されている自由に対する侵害のみを対象とする。それ故、刑罰という国家の下での制度も、その国家的法秩序から、正当化され得る必要がある。この下では、犯罪は、相互に独自の外的自由の領域を尊重し合わずに、自己の外的自由の領域を不当に拡張しようとする、つまり、他者の外的自由の領域を不当に制限しようとするものであり、国家的法秩序における普遍的保障それ自体に対する否定にも繋がるものとなる。そこで、相互に自由を保障するために、そして攻撃された普遍的な法秩序を回復させるために、刑罰が用いられることになる。そこでは、国家的法秩序の回復という刑罰の役割は、犯罪に価値的に相当する制限を犯罪者自身の外的自由に課すことによって達成される。加えて、犯罪は確かに国家的法秩序を攻撃するものであるが、それ以外

の部分では法秩序の構成者である犯罪行為者は、理性的な存在として、処罰においても尊重され、物権の対象に混ぜ込められてはならないとされる。

(5) フォイエルバッハの刑罰論

カントの刑罰理論と比較する形で、筆者は第五章においてフォイエルバッハの刑罰理論を検討する。フォイエルバッハは、当初はカントの思想を受け継ぎながらも、最終的には刑法において人間の自由意思を認めず、国家の保安目的に刑罰を組み込むことを導いた。

フォイエルバッハにとっては、犯罪によって生じる権利侵害は現実的な侵害であり、理念的なものではなかった。そのため、殺人犯を処罰しても死者が蘇らないように、現実の権利侵害は、刑罰によって再び取り除かれるものでも、清算され得るものでもない。そこで、刑罰の「より高次の正当化根拠」として、刑罰を国家の保安目的に組み込むことを主張したのである。

その際、フォイエルバッハは、カントと異なり犯罪行為者を理性的な存在ではなく、感覚的な衝動に突き動かされる存在とみなす。もっとも、このままでは、犯罪行為者が物権の対象に混ぜ込められてしまうために、害悪の威嚇と害悪の執行の間で区別を行い、犯罪と刑罰を法律で規定し告知をすることで、威嚇をされる者は、犯罪の遂行の際に刑罰という害悪賦課を受けることに同意しているとみなしている。しかし、刑量を決めるのは行為の危険性であり、抑止のために必要な量が刑罰の量となる。

フォイエルバッハにとっては、国家の予防的保安機能が問題であり、その保全のために、刑罰賦課によって人々の行動を動機付け、犯罪を予防することが狙いであった。そのために、人々を感覚的で経験的な、心理的に決定される衝動に突き動かされる存在とみなし、理性的な存在とはみなしてはいないことになる。このような人間を前提として、将来の危険を防ぐことに目を向け、予防という外在的な目的で刑罰を根拠付けようとした。しかしながら、そのような根拠付けは、経験的検証可能性を必要とするという点で、つまり、犯罪の発生はその予防の失敗を意味するという点で、刑罰が何故許されるのかという刑罰の正当化根拠としては、不十分なものである。予防の失敗は刑罰の正当性を奪い、それは単なる害悪となるのである。

(6) ヘーゲルの刑罰論

以上のフォイエルバッハの刑罰理論に対して、第六章ではヘーゲルの刑罰論が扱

われる。ヘーゲルの刑罰理論も従来絶対論と理解されてきているが、筆者によれば、カントと同様にヘーゲルの刑罰理論も目的を有しないという意味での絶対的応報刑論ではないことが指摘される。

ヘーゲルによれば、刑罰は犯罪の反作用として科されるものとされる。これはともすると、目的を有しないという意味での「絶対論」と理解されてしまっていたが、実は、決してそのようなものではなかった。つまり、ヘーゲルの刑罰論においては、侵害された規範が今後もまた正しいものであるということを示すこと、あるいは承認関係の回復をすることが、目的として内在的に結びついているのである。その前提として、犯罪行為者は、経験的な衝動体ではなく、理性的な存在として扱われていた。

すなわち、犯罪行為者も理性的な存在であるために、彼は犯罪行為によって自らの格律 (Maxim) を表明することになるが、それは普遍妥当的なものではなく、特殊犯罪行為者固有のものに過ぎず (特殊意思)、したがってその行為者の格率はそれ自体において無効であるとされ、その犯罪という侵害の無効性を、「否定の否定」によって、法の現実性を確認するというものである。この否定の否定が刑罰である。

加えて、市民社会においては、社会が安定して力を持つほど、侵害の意義を緩和することになり、社会が安定すればするほど刑罰の必要性は減少していくことになる。ヘーゲルは、行刑や量刑を歴史的條件に服させるのである。

ここから、今まで国家主義的と理解されてきたヘーゲルの自由主義的側面が注目されよう。すなわち、彼においては、犯罪行為者も理性的な人格として扱われるという点、さらに、社会の発展に伴って社会が安定することで、刑罰の必要性が減少することになる、という点である。このような特徴は、ヘーゲルは国家主義者であるという理解からかけ離れた極めてリベラルなヘーゲル像である。これはカントにはない視点でもあった。すなわち、カントにおいては、刑罰は社会の安定といったものに結び付けられないために、厳罰化を制限する論拠に乏しかったのに対し、ヘーゲルでは社会の発展によって刑罰の必要性は減少していくのである。この点の類似性は、ヤコブスやバヴリクに見られるものであることが指摘される。

(7) 我が国における刑罰理論の検討

第七章では、翻って、ドイツでの議論が我が国にどのような成果をもたらすかという点が述べられている。そこでは、刑罰理論と刑事立法の領域の二つの点での有益性が指摘される。まず、刑罰理論に関しては、行動統制的予防というタイプの刑

罰理論への反省と「相対的応報刑論」への反省が促される。前者には、その前提とする人間観から、行動を刑罰を通じて統制される客体になってしまうといった上述のような問題が生じている。これは、人々の自律性を信頼せずに、刑罰によって行動を方向づけようとする点で、人々の自由な活動領域を国家が過度に制限し、現実の自由を保障するどころか、限定的な形でしか認めないという危険をはらんだものである。また、前述のように、種々の刑罰理論を場面によって使い分けるが、その使い分けの統一的な基準ないし理論を前提としなければ、理論としては十分なものとは言えないことになる。

刑事立法の領域に関しては、まず、刑罰を積極的に投入しようとする立場に対して、異議を申し立てられるように思われる。その前提とする人間観が、行動統制的予防と同様に（あるいはそれ以上に）、刑罰を通じた規範形成を認める点で、人々の自律性への信頼は、等閑視されている。

これに対し、わが国の刑罰理論のなかでも積極的特別予防論と規範確証的予防タイプの積極的一般予防論は、人々を行動統制の客体ではなく、自律的な存在とみなす点で、傾聴に値するものであるが、刑罰の正当化根拠論としては、何故刑罰でなければならぬのかの点につき十分な答えを出していないとされる。この点では、第三章で検討したドイツの応報刑論の考察が有益であるとされる。

この点は、例えば、刑罰とそれ以外の制裁との関係でも有益な視点であり、例えば、課徴金や刑の一部執行猶予における監視の長期化を分析する上での視座になるとされる。また、犯罪と刑罰の内在的な結びつきを導き、行為責任を外在的な制約原理にしないことが肝要であるとされ、刑罰を通じた規範形成機能や犯罪防止という予防目的の過剰な追求を疑問としている。他方、犯罪行為者は再社会化される存在ではなく、自ら再社会化していく存在であることから、社会復帰の際に当人の自発的な参加を否定する態様の行刑は問題とされる。

(8) 帰結

以上の検討から、終章では、改めて刑罰を通じた規範形成と行動統制を批判し、人々を人格、すなわち、自律的な判断ができ、自ら規範に従う存在とみなす存在であるとみなす必要性を説く。これは、各人が互いを自由な存在として承認し合うことで現実の自由の保障に繋がるという理解によるものであり、刑罰もそれに資するものでなければならぬとされる。もちろん、ヘーゲル理論の考察から導かれたように、時代や社会によって、刑罰の種類も程度も異なり得るが、応報感情や体感治安の悪化ではなく、現実の自由の保障に資するものであることが求められる。

もっとも、これを明確なものとするためには、「犯罪」に該当する行為を精緻化していくことが課題である。さらに、刑罰以外の制裁との横断的研究の視点として、修復的司法や治療的司法の分析の必要性も必要とされる。さらに、時代や社会によって異なるために、刑法の国際化の問題にも着目する必要があるとして、組織犯罪やテロ、トランスナショナルな犯罪といった現代的課題に答えていく必要性も意識されている。しかし、いずれの場合でも、刑罰を用いる以上、それが予防の必要性や効率性のみによって許容されることにはならず、人々を人格とみなすことから展開する必要があるとされる。

〔論文審査の結果の要旨〕

本論文が扱う「刑罰の正当化根拠」というテーマについては、従来、個別の刑法学者ないし思想家に焦点を当てた研究は見られたが、カント以来のドイツの刑罰論を通史的にみるものはほとんどなかったといえる。その中で本論文は、まず、第二次世界大戦後のドイツにおける刑罰理論の変遷が、キリスト教的自然法に基づく応報刑論から、効果を志向し特別予防を重視する刑法改正対案グループの予防刑論を経て、「法秩序の防衛」をキーワードとする積極的一般予防論および自由主義的な「目的を持った応報刑論」への発展という流れにあることを指摘し、そこから、従来、目的を持たないという意味で「絶対刑論」と呼ばれてきたカント及びヘーゲルの応報刑論の中にも「目的」が見出されること、これに対して、日本では「啓蒙主義的・自由主義的」と評されてきたフォイエルバッハの心理強制説が現代の自由主義的な人間観とは相いれないことを明らかにした。ここに、本論文の独自性が認められる。加えて、この知見を近年の日本の刑事立法に應用して批判的な視点（とりわけ「刑法における人間観」）を得ようとしていることも、意欲的な研究として評価できるところである。

もっとも、筆者も自覚しているように、日本の刑事立法に与えるインパクトは、まだ明らかでない。また、そこにいう「行動統制的予防」と「規範確証的予防」の意味、「自由」、「理性」の定義がクリアでない。おそらく、そこにいう「自由」とか「理性」という言葉は、単に功利的計算によって自己の意思を決定していく存在を意味するのではなく、社会における「善・悪」ないし「正・邪」の区別を自覚し、これに基づいて自己の行動を「悪」ないし「邪」をなさないように方向づけていくことのできる存在を意味するのであろう。したがって、そうであれば、「自由」や「理性」に関するカントの思考図式をクリアに示しておいたほうがよいであろう。また、同じようなテーマを扱うドイツの先行研究についても、もっと言及して

おいた方がよいと思われる。加えて、各章の小括で、論述内容をもう少しクリアに交通整理したほうがよいであろう。

もっとも、こういった未解決の課題はなお残しつつも、研究のスケールの大きさや刑法の根底にある人間観に正面から取り組んだ点で、中村氏の研究の今後の発展には、大いに期待できるものがある。以上の次第で、本審査委員会は全員一致により、本論文は博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

中村氏の研究内容については、2012年2月7日(火)16時40分から18時10分まで学術館第2研究会室において公聴会が開催され、報告検討された。そこでは、本学教員および大学院学生の出席の下、活発な質疑応答が行われた。とりわけ、ドイツで有力となった「積極的一般予防論」の内容に関する理解、筆者のいう「自由」や「理性」、「合理的人間」の意味、市民刑法に対する「敵味方刑法」(Feindstrafrecht)に対する態度、後者の場合の人間観および刑罰論等に関する質問が出された。これに対して、中村氏は、いずれの質問に対しても、自己の見解を的確に述べ、適切な受け答えをしたと評価できた。

また、本論文に引用された、ドイツ語文献を中心とする外国文献の豊富な読み込みから、その外国語能力も堪能であることを確認した。

さらに、本審査委員会は、中村氏が、本学学位規程第18条第1項該当者であり、本博士学位請求論文に加えて、公表済みの上記各論文の水準、上記の公聴会における質疑応答に基づき、博士学位に相応しい学力と十分な学識を有することを確認した。

以上の次第で、本審査委員会の全員一致で、中村氏に対し、本学学位規程第18条第1項に基づいて、「博士(法学 立命館大学)」の学位を授与することが適当であると判断した。

金 成 恩

代理懐胎問題の現状と解決の方向性
——日韓の比較を通じて——

審査委員 主査 二 宮 周 平
副査 本 山 敦
副査 渡 辺 千 原

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、まず韓国と日本における代理懐胎をめぐる動向、医学会による自主規制、立法動向、裁判例、世論調査を整理する。次に立法化した諸国から、消極的なドイツ、フランス、代理懐胎を肯定するアメリカ、イギリス、オーストラリアを選び、各国の規制内容をまとめる。これらを踏まえた上で、代理懐胎の是非について、主として日本の学説を分類、紹介し、個別的な論点として、女性の自己決定権、生命倫理と人間の尊厳、子の福祉、身体の安全性について検討する。特に人為的な手段によって生まれる子の利益を守る観点から、子の問題を取り上げ、法的地位の安定性と、親の自己決定に対抗する論理として子の出自を知る権利を検討する。最後に、一定の条件の下に代理懐胎を肯定する立場から、立法の必要性を述べ、立法化の課題として、公的管理運営機関の設立、法的な親子関係の確立、子の出自を知る権利の保障の3点をあげる。

2 本論文の構成

本論文の構成は、以下のとおりである。

はじめに

第1章 韓国法の現状と課題

第2章 日本法の現状と課題

- 第 3 章 代理懐胎に関する諸外国の立法例
 - 第 4 章 代理懐胎の是非
 - 第 5 章 代理懐胎によって生まれた子の福祉と利益
 - 第 6 章 立法の必要性和その課題
- おわりに

(本論文は、第 1 章は立命館法学336号(2011年)400~440頁、第 2 章から第 3 章は同337号(2011年)231~323頁に掲載された。第 4 章から第 6 章は同341号(2012年)に掲載される)

3 本論文の内容

第 1 章 韓国法の現状と課題

韓国では、朝鮮時代に、家門の跡継ぎである男子に恵まれない両班家のために、子を産めない本妻に代わって、第三の女性に夫と直接性交して男児を産んでもらう、シバジという慣行があった。1990年代以降でも、直接の性交で出産した女性から夫に対する約定金を請求した事例、妻の弟の妻(義理の妹)に夫の精子を用いて出産してもらった事案で(人工授精型)、心理的な葛藤から、弟夫婦も依頼者夫婦も離婚し、その後、依頼者夫と代理母が再婚したものの、やはり心理的な葛藤から離婚に至り、財産分割と養育者決定を裁判所に申し立てた事例、妻が不妊のため夫婦は離婚し、夫はベトナム人女性と再婚して2子をもうけた後、離婚し、2子連れて元妻と再婚したため、ベトナム人女性(実母)から面接交渉を申し立てた事例など、シバジの現代型が起こっている。これらの判例では、代理母契約を善良な風俗及び社会秩序に反するものであり、無効とすること、分娩した女性を母として、面接交渉権を認めることなど、一定の法的な解決を図っているが、代理母が家族である場合、家族関係を複雑にするおそれ、非親族の場合には、経済的に弱い立場にある女性を利用するおそれがあること、結果として子が最大の犠牲者になることが明らかであり、これは体外受精型の代理懐胎にもあてはまる。

大韓産婦人科学会の「補助生殖術の倫理指針」では、代理懐胎の場合は、非配偶者の人工授精の施行指針に準じて施行すべきとするが、大韓医師会の「医療倫理指針」では、金銭的な取引目的の代理母関係は認めないという規定を削除したため、代理懐胎が許されるのかどうか不明確になった。そのため、2006年に、代理懐胎を許容する法案、代理懐胎契約を無効とする法案が発議されたが、どちらも成立しなかった。

一般国民を対象とする世論調査（2004年）では、代理母（人工授精型＋代理懐胎型）を勧めない78.4％、非金銭的代理母に反対82.3％、代理母の法制化に反対66.1％など、代理母に否定的な意見が多数を占めている。またある大学病院における不妊患者、看護師、事務職女性職員に対するアンケート調査（2006年）では、自分が不妊であった場合に代理母出産を選ぶのは8.1％、仮に代理母を探すとしたら、第三者66.4％、姉妹24.6％だった。また不妊女性の母が代理母になることについて、反対88.6％、商業的代理母に反対71.1％、子の母は遺伝的母91.5％、代理母には実費と追加の補償をすべき77.3％などの数値がある。シバジへの反発から、代理懐胎に懐疑的な意識が強いものと推測されるが、不妊患者を中心に代理懐胎への需要はある程度存在する。その場合には、母を遺伝的母とする一方、代理母への経済的配慮を肯定的に捉えていることが分かる。

第2章 日本法の現状と課題

日本では、日本産科婦人科学会の会告により、代理懐胎は禁止されているが、強制力がないため、根津医師のように、姉妹や母を代理母とする代理懐胎を実施することがあり、また海外で代理懐胎によって子をもうけて帰国する例もあるなど、医師会の自主規制の限界を露呈している。2000年12月の厚生科学審議会の専門委員会報告書は、6つの基本的考え方を示して代理懐胎を禁止すべきとし、2003年4月の厚生科学審議会の生殖補助医療部会報告書も代理懐胎を禁止すべきとしたが、代理懐胎を禁止することは幸福追求権の侵害に当たるとして、将来の見直しを主張する少数意見も付された。2003年7月の法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会の中間試案は、代理懐胎契約は公序良俗に反して無効とし、母子関係については分娩者＝母ルールを示した。

しかし、立法作業は進まず、根津医師のケース、向井氏夫婦のケースが公表されるなどしたため、法務大臣と厚生労働大臣が日本学術会議に対し、審議を依頼した。2008年4月、日本学術会議生殖補助医療のあり方検討委員会は、「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題～社会的合意に向けて」という対外報告をした。ここでは、代理懐胎を原則禁止とすること、営利目的の代理懐胎には刑罰を科すこととしながら、先天的に子宮をもたない女性及び治療として子宮を摘出した女性を対象として、公的管理の下に、データを収集するための試行的実施（臨床試験）を認めるとした。他方、代理懐胎により生まれた子の母は分娩者とし、養子縁組または特別養子縁組によって依頼者夫婦と子の間に法律上の親子関係を定立するとした。

判例としては、海外で代理懐胎によって子をもうけ、その国で依頼者夫婦を法律

上の父母とする出生証明書を得て帰国し、出生届をしたが、受理されなかったケースについて、分娩者=母ルールを確認して、不受理処分を有効とする決定が続き、他方、国内実施のケースで依頼者夫婦と子の特別養子縁組を認める審判が出るなど、法律上の親子関係の定立について、一定の方向性が出ているが、代理懐胎の是非については、なお不確定なままである。

2003年の世論調査では、体外受精型の代理懐胎が人工授精型の代理懐胎よりも肯定的である(29.4%対43.2%)、配偶者が望めば利用したいが増加(1999年26.1%→34.7%)などの数値があり、2007年の世論調査では、不妊治療をしている人で、利用したい16.9%、配偶者が望めば利用したい36.7%と過半数を超えた(一般国民も9.7%+40.9%)。代理懐胎を認めてもよいとする人は、治療している人では70.6%、一般国民で54.0%である。代理母になる人については、韓国とは異なり、母16.0%、姉妹38.3%、第三者28.0%(一般国民)であるが、報酬については、支払うべき56.3%(一般国民)であり、治療している人では65.5%に昇るなど、韓国に近い数値であり、非商業的であっても、出産という行為に対する補償的発想では共通する。

第3章 代理懐胎に関する諸外国の立法例

韓国も日本も医学会の自主規制にとどまり、代理懐胎によって子が出生しているという現実に適切に対応できないでいる。そこで立法を実現した諸国の中から、検討委員会の報告書、立法に至るまでの背景・審議状況、成立した法律の内容などが詳細に紹介されているドイツ、フランス、アメリカ、イギリス、オーストラリアを取り上げ、法規制のあり方を考える素材を提供する。これらの国々では、1980年代に代理出産の事例が続いており、ドイツとフランスはこれを禁止する方向で立法化した。それは、子にとっての危険性、女性の道具視(人間の尊厳)、商業化の危険性(ドイツ)、人格の尊厳、身体の処分不可能性(フランス)を理由とする。ドイツでは、代理懐胎の斡旋者・施術した医師を処罰するが、フランスでは、依頼者カップルも処罰される。海外で代理懐胎によって生まれる子と依頼者夫婦との親子関係について、ドイツは養子縁組を認めるが、フランスは否定する。

代理懐胎を認める場合には、有償の代理懐胎契約を認める立法例(カリフォルニア州など)、非商業的な場合に限る立法例(ネバダ州など、イギリス、オーストラリア)がある。イギリスやオーストラリア(ビクトリア州)では、法律婚・事実婚・女性の同性カップルが代理懐胎を利用することを認めている。これらの立法例は、いずれも分娩した代理母を母とするため、イギリスやオーストラリアでは、代

代理懐胎によって生まれた子の親となろうとする依頼者夫婦（カップル）を子の親とするために、「親の決定命令」の規定を設けている。一定の条件を満たせば、裁判所が親決定命令を出し、依頼者夫婦を親とするのである。カリフォルニア州も依頼者夫婦が「親権申請」を行い、裁判所の命令で依頼者夫婦を法律上の親とし、ネバダ州では、代理懐胎契約によって依頼者夫婦が法律上の親となり、裁判所から出生証明書が交付される。養子縁組の形態をとらない点で共通する。またイギリス、オーストラリアでは、代理懐胎の規制は、生殖補助医療全体にかかわる法律の中で行われており、生殖補助医療に関する公的な管理運営機関を設け、当事者の自由意思に基づく決定、その前提としてのインフォームドコンセントなどを確保する。カリフォルニア州では、代理懐胎を専門とする弁護士、医師、コーディネーター、カウンセラーなどがかわり、当事者の意思や利益の確保を可能とするシステムを設けている。

こうした代理懐胎を認める立法例の特徴として、① 当事者の同意及び法的条件を前提とした上で、生殖補助医療によって生まれた子に対して、親としての法的責任と義務を果たすという積極的な意思を明確にし、親子関係を法的に認めることができるようにしていること、② 生殖補助医療を受けることのできる対象を拡大して、様々な家族形態を尊重し、医療行為の公平性を図ろうとしていること、③ 公的機関の設置により、生殖補助医療から生じる諸問題及び当事者主義からの限界に対応していること、例えば、金銭の授受について確認し、商業化を防止していること、④ 代理母や精子・卵子・胚等の提供者と子に関する情報を管理し、子の出生を知る権利の保障を図っていることなど、今後の法的対応の参考となる。

第4章 代理懐胎の是非

主として日本の学説を、① 否定説、② 肯定説、③ 制限的肯定説に分類する。①は、代理懐胎は代理母と胎児・子に身体的・精神的リスクを与えること、人を生殖の手段として扱い、有償の場合には、経済的格差による女性の生殖の商品化につながるおそれがあること、家族や社会の出産に対する圧力があり、女性、依頼者及び代理母双方にとっての自発的な意思決定ではないことなどを理由とする。②は、代理懐胎は、不妊夫婦が子をもうけることができる最後の手段であり、自分の子をもちたいという希望自体を非難することができないこと、家族を形成する権利、生殖に関する自己決定権があること、多大なリスクがあるにもかかわらず、代理懐胎を受け入れた代理母の行為は、相互扶助精神に基づく人間愛であり、女性の生殖の道具化ではないこと、子を育てる意思が明確にあり、このような過程で育てられる

ことは子の福祉に反しないことなどを理由とする。③は、代理懐胎を禁止することが望ましいが、代理懐胎を禁止しても生まれてくる子が存在し、代理懐胎以外の方法では子をもうけることができない不妊カップルのために、一定の条件及び環境を整えれば、代理懐胎を認めてもよいという立場であり、その条件や環境として、ボランティアであること、当事者の自己決定が確保されること、カウンセリングなどの関与及び公的機関が管理運営すること、育みへの協働の視点から、子の出自を知る権利と、提供者・代理母と子との交流を保障することなどがあげられている。

こうした諸学説の対立から、個別的論点を4点抽出して検討する。第1に、女性の自己決定権については、自己決定権やプロダクティブ・ライツの由来を検討し、社会的・政策的な視点及び家族からの圧力があるという事実を確認した上で、成人の十分なインフォームドコンセントあるいはカウンセリングのもとになされた真摯な意思によるものであれば、依頼者も代理母も自己決定する権利があるとするが、ただし、日本・韓国では「家」を重視する傾向があり、不妊女性は夫の遺伝的なつながりのある子を代理母を通じて産まなければならない、不妊女性の姉妹・義理の姉妹・母が代理懐胎をしなければならないという圧力のおそれがあることから、家族間の代理懐胎を認めるべきではない。

第2に、生命倫理と人間の尊厳については、不妊夫婦を助けることに喜びを見出し、自己の自主的な意思決定によった代理懐胎者にとって、その行為の価値と重さを知り、依頼者も心より感謝している場合に、「生殖の手段」という発想は理解しがたいものであり、重要なことは、代理懐胎者となった女性に対して抑圧的ではない、代理懐胎者の利益が守られるような法規制のあり方を検討することにある。

第3に、子の福祉については、胎児が母胎から受けるリスクに関する医学的な検討の必要性、代理懐胎により生まれたことが子に精神的負担を与えるおそれへの対応として子の出自を知る権利、生まれた子の引渡しや引取りの拒否への対応として法的親子関係の確立を指摘する。

第4に、身体の安全性に関して、代理母のリスクについては、海外において代理懐胎による出産と、不妊で通常の体外受精による出産を比較した場合、未熟児出生率、妊娠に伴う高血圧や出産時の出血、帝王切開率とも、代理懐胎の方がリスクが少ないこと、ただし、高齢者の場合にはリスクが高まること、妊娠が胎児に及ぼす影響については、母親の疾病、栄養条件、ストレスがあげられるが、体外受精における異常の発現率は、自然生殖に比較して高くならなかったことを指摘する。

以上のことから、不妊カップルの幸福追求権や代理懐胎者の自己決定権は十分考慮されるべきであるが、何らの責任を持たない子が不利益を被らないように、生ま

れてくる子の地位の保全と福祉が最も考慮されるべきである。

第5章 代理懐胎によって生まれた子の福祉と利益

代理懐胎によって生まれた子の法的地位について、日本法・韓国法の解釈論として、分娩者＝母ルール、父子関係に関しては、分娩者に夫がいる場合には、嫡出否認が欠かせず、依頼者との関係は認知の適用となる。分娩者＝母ルールは、生命・身体の危険を引き受けて懐胎し、胎内において子を保護したこと、出生の時点で母が確定することなどから、立法論としても維持する必要がある。しかし、分娩者及びその配偶者には子を養育する意思はないため、子の利益を確保するには、依頼者夫婦を子の法律上の親とする必要がある。

この点に関して、日韓とも養子縁組（日本では特別養子縁組、韓国では親養子縁組）での対応を指示する学説が多い。日本の最高裁判例や学術会議対外報告も同様であるが、特別養子縁組であれば、成立要件を緩和する必要があり、例外的とはいえ離縁の可能性が残る。日本の学説では、親としての適格性を確認するため、里親制度を介在させることを説く見解もある。他方、韓国の親養子縁組の場合には、離縁の可能性はさらに高い。法的な親子関係を安定させるためには、イギリスやオーストラリアの「親決定命令」のような仕組みが望ましい。

すなわち、分娩者＝母ルールを採った上で、一定の条件を満たした場合に、裁判所による「親決定命令」を通じて、依頼者カップルと子との間に法的親子関係が成立するとし、その条件設定においては、子の福祉及び最善の利益を優先するのである。

子の出自を知る権利は、主としてAID（第三者からの提供精子による人工授精）に関して議論されてきたが、代理懐胎の場合も、遺伝的な母と分娩した母が異なることから、子が自分がどのような過程を経て生まれてきたのかについて知るとは、子の人格的利益に関わる点で、AIDによって生まれた子と変わりはない。また出自を知る権利は、養育親が子に出生の事実を告知することを前提としており、信頼に基づく親子関係を構築する上で、有用性を持つ。親の側の自己決定に対抗する子の側の権利という意義もある。

以上のことから、子の出自を知る権利を子の福祉と利益を確保する権利として位置づける。子どもの権利条約において、父母を知り、父母によって養育される権利が確保されていると理解する。出自を知らされない権利とか提供者のプライバシーの保護という主張に対して、子の出自を知る権利は、子のアイデンティティを確立する点で人格権として把握できること、子に告知しても揺るがない親子の絆を作る

ことが前提となっており、信頼に基づく安定的な親子関係を確立することができることから、子の権利を優先すべきとする。日本産科婦人科学会の自主規制では、出自を知る権利は保障されていないが、厚生科学省の専門委員会から部会報告にかけて、出自を知る権利がより強く保障されているのに対し、韓国の法案では位置づけが弱いこと、日本における意識調査では、匿名性を前提とする現行の医療から、AID を利用した人の中では、出自を知る権利について消極的だが、高校生・大学生へのアンケートでは、親が子に告知すべきとする意見が75%になるなど、出自を知る権利の意義を理解する声があること、AID で生まれた子が声をあげ始めており、そこでは、信頼した親が事実を隠していたことへの不信、隠されなければならない手段で自分が出生したことへの戸惑いなどが語られており、幼児期に親から告知されることが、親子関係において親密感と信頼関係を築くのに重要であることを示唆している。

子の出自を知る権利を法制化した諸国では、提供者の匿名性の廃止、生殖補助医療に関する情報の保管、出生証明書に出自に関する記載をする、インフォームドコンセントを行う、カウンセリングの機会を提供する、社会の理解を進めるために意識調査やキャンペーンを行うなどの特徴がある。特にニュージーランドでは、AID 子とドナーの交流ができる仕組みを設けていることに着目する。

子の福祉に反するということは、代理懐胎それ自体ではなく、不安定な法的状態に置くことであり、代理懐胎を法的に容認することで、当事者は周囲にオープンにでき、多くの関係者の支援を得ることから、代理母や出生した子を守り、当事者家族の福祉の向上につながる可能性がある。

第6章 立法の必要性とその課題

法的な規律のない日韓では、経済的に弱い立場の女性や、家族の圧力から姉妹(義理の姉妹)・母が代理母となったり、生まれた子の法的親子関係について基準もないなど、代理懐胎から社会的、倫理的、法的な問題が生じており、立法の必要性が高い。

立法する場合には、第1に、公的管理運営機関の設立が不可欠である。公的機関が当事者の間に介在し、生殖補助医療をコントロールすることによって、女性の生殖が道具化・商品化されることへの歯止めとなり、インフォームドコンセントやカウンセリングを通じて女性の真に自由な自己決定を実現することができ、親となることへの意思の確認・適格性の審査を通じて、子の養育責任を明確にすることができ、さらに情報の登録と管理によって、生まれてくる子の出自を知る権利を確保す

ることができる。

第2に、依頼者と子の法的な親子関係の確立であり、離縁の可能性を含む養子縁組ではなく、第5章で紹介した「親決定命令」のような仕組みを作り、多様な家族の尊重と医療行為の公平性の視点から、生殖補助医療を利用できる人を、法律婚カップルに限定することなく、安定的に子育てに関わることのできる人に拡大すべきである。

第3に、第5章で詳述したように、子の利益を守るために、子の出自を知る権利を保障すべきであり、知る権利の行使年齢について、生殖に関する理解力、生殖補助医療を用いて子をもうけることへの意味、親子関係の絆など、カウンセリングを前提にして、こうしたことを理解できる判断能力が必要であり、現時点では成年年齢に合わせるべきではないか。

おわりに

日韓では代理懐胎に関して公的機関での議論や立法提案など繰り返されているが、未だに立法化されていない。その背景には、この問題に関する見解が鋭く対立し、社会的なコンセンサスが得られないことがある。しかし、社会の構成員の道徳的、宗教的などの見解が一致しなくても、個人の多様性や差異性の尊重の視点から、代理懐胎の規制のあり方を探る必要がある。代理懐胎の施術は可能であり、国内で禁止しても海外で利用することが可能であり、生まれてくる子が存在している。代理懐胎の是非のみを議論せず、代理懐胎から生じる問題をどのように予防するのか、どのように適切に実施するのか、代理懐胎にかかわる当事者をどのように保護するのかについての規制のあり方を模索すべきではないか。そのあり方としては、第6章で述べた3点を柱とすべきである。

〔論文審査の結果の要旨〕

1 論文の特徴

代理懐胎をめぐる韓国、日本の現状を、医学会の自主規制、立法動向、判例、意識調査を用いて明らかにし、諸外国の立法に関しても、現時点で入手可能な日韓の資料を中心に現状を明らかにし、代理懐胎の是非に関して、日韓の学説を分類し、女性の自己決定権、生命倫理と人間の尊厳、子の福祉、身体の安全性という個別的な論点に関して議論状況を明らかにし、子の利益を守る上で重要な課題である法的親子関係の定立と子の出自を知る権利についても、各国の法規制と学説、立法提案、意識調査などを整理検討して、議論状況を明らかにしている。

こうした整理を踏まえた上で、立法的解決の方向性として、制限的に代理懐胎を認める立場に立ち、各国の立法例や学説を参照しながら、上述の3つの課題を抽出しており、意欲的な結論を導いている。

2 論文の評価

論文の構成が総花的で、学説を踏まえて論証していく姿勢が弱く、報告書に近いのではないかと、「日韓の比較を通じて」という副題があるものの、比較分析がやや不足しているのではないかと、各国の法規制比較をしつつ、良い所取りをしているのではないかと、「親決定命令」の意味について、イギリス、オーストラリアの文献を踏査する必要があるのではないかなどの指摘がなされた。

しかし、代理懐胎について、日韓・諸外国の立法状況や代理懐胎の是非に関する議論状況、子の利益を守るために必要な課題に関する議論や立法の状況を、誠実に整理している点を高く評価する。また韓国の現状と問題点、議論の動向について、日本に紹介する論文は乏しく、判例も含めた整理は有益である。さらに立法化の方向性について、明確な視点を提起しており、この論点に関する態度・立場の明確な表明として意味がある。とりわけ本論文を韓国語に翻訳して公表することは、日本の議論状況の情報提供として意義を有する。その際に、上記で指摘された論文上の課題の克服に取り組んで欲しい。

以上のことから、審査委員会全員一致により、本論文が博士学位を授与するに相応しいと判断する。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本論文の公聴会は、2012年2月11日(土)15時30分から17時30分まで、学而館第1研究会室で行われた。本学教員及び大学院生多数参加の下、活発な質疑応答が行われた。① 誰を対象として論文を執筆したか、② 結論が「模索すべき」では、長く研究した成果としては不十分ではないか、③ 公的管理運営機関の設立によって問題は解決するのか、期待しすぎではないか、④ 国の政策として代理懐胎を進める根拠は何か、⑤ 立法のあり方として、各国の事情や法体系の相違があるはずで、良い所どりをするのは、疑問、⑥ 韓国の立法提案が通過しなかった理由、⑦ 生まれた子の引渡し拒否、引取り拒否と法的親子関係の確立の関係、⑧ 代理懐胎の是非について一致をみない現状では、個別の論点について立法化し、「認める」という規定を設ける必要はないのではないかと、⑨ 日韓がひとかたまりに扱われ、日韓自体の比較が弱いのではないかと、血縁重視で代理懐胎容認に向かうのか、家族の多

様化と結びつきのか、⑩ 立法化に当たっては、民事と刑事の役割分担、問題の種類に応じて、行政や専門家集団に委ねたり、立法対応するなど、柔軟性があるのではないか、などの質問があった。

これに対して、金氏は、① 日本の議論状況、影響を与えた議論を整理しなかった、韓国語での紹介は考えている、② 韓国では、大学院生が条文案まで提起することは良しとされないことから、方向性の提示にとどまったが、日本や各国の議論・立法を踏まえた到達点を示したつもりである、③ インフォームドコンセント、カウンセリング、情報の管理、当事者の利益調整、生殖補助医療全体のコントロールが不可欠であり、そのためには公的管理運営機関が不可欠である、④ 依頼者・代理母の自己決定の尊重、ボランティアの意思の尊重、容認からオープン化が可能となり、生殖ツーリズムを抑制し、代理母や子の利益を守ることができる、⑤ 韓国の親養子制度は養親からの離縁が可能であり、法的親子関係を安定化させるためには、親決定命令のような仕組みが必要、⑥ 対立が激しく、社会的コンセンサスに至らなかったため、⑦ 公的管理運営機関が間に入り、事前の合意形成を熟させることにより、代理母に対する妊娠継続の強制を避けたり、依頼者の引取り拒否を抑制できる、法的親子関係を安定化させることでも対応できる、⑧ コンセンサスは得にくくても、できるだけ努力をすべき、前提として「容認」するから規制もある、⑨ 血縁重視ではなく、養育の意思の重視であり、家族の多様性に対応できる立法化を考えている、日韓の比較については課題としたい、⑩ 立法のあり方やその社会的影響について考察を深めたい、と答えた。

報告者は日本語での高い研究能力を有しており、質問内容を理解し、自己の見解も的確に述べ、適切な受け答えをしたと評価することができる。また現時点での研究課題や研究方法についての指摘も正面から受け止めており、今後の研究に期することができる。

本審査委員会は、金氏が、本学学位規程第18条第1項該当者であり、本論文の内容及び公聴会の質疑応答を通して博士学位に相応しい学力と十分な学識を有することを確認した。

以上の次第で、審査委員会全員一致で、金氏に対し、本学学位規程第18条第1項に基づいて、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当であると判断する。

松 倉 治 代

刑事手続における Nemo tenetur 原則
——ドイツにおける展開を中心として——

審査委員 主査 浅 田 和 茂
副査 森 久 智 江
副査 倉 田 原 志

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、刑事手続における自己負罪拒否特権の意義を研究しようとするものである。本論文は、ドイツにおける Nemo tenetur 原則の研究を手がかりに、わが国における同原則の存在根拠と理論を明らかにし、憲法的意義を有する同原則の真の意味での確立と実効的保障の基盤を得ることを目的としている。

ドイツでは、ラテン語の法諺 *nemo tenetur se ipsum accusare*（誰も自身を告訴するよう拘束されない）に立ち返り、Nemo tenetur 原則という標語の下に、その憲法的根拠および射程に関する議論が行われてきた。それは、歴史的にわが国の刑事訴訟法の立法過程にも影響を与え、その展開に共通点も見られる。本論文では、Nemo tenetur 原則を最も広く「何人も自身にとって不利益なことを強制されず、義務づけられず、自己負罪から自由であることを意味する」と捉えたいうで検討を進めている。

まず、Nemo tenetur 原則は歴史的産物であるという観点から、その起源であるイギリスにおける自己負罪拒否特権の形成過程に触れたうで、ドイツおよびわが国におけるこの原則の歴史的展開を検討している。

次に、わが国の刑事手続の各段階においては Nemo tenetur 原則と矛盾するような運用が行われており、被疑者・被告人の自己負罪の危険性が高いことを指摘し、わが国において真の意味で Nemo tenetur 原則が確立するためには、その存在根拠と保護内容を明確にする必要性が高いとされている。そこで、ドイツ法における

Nemo tenetur 原則の憲法的根拠および理論的基礎に関する比較法的検討がなされている。

結論として、近代刑事訴訟法の基本原則である Nemo tenetur 原則は、憲法制定以前から存在し、憲法が保障する基本権に影響を与え、刑事司法および刑事手続全体を方向づける法原則であり、被疑者・被告人が「自己に不利益な供述」を拒否したり黙秘することが保障されるだけでなく、刑事手続の主体たる被疑者・被告人の供述の自由、つまり「供述するか否か、いつ、何を、どのように、どの程度供述するかについて自由に決定することができる」ことが保障されているとする。憲法第38条第1項および刑事訴訟法第311条等は、共に包括的黙秘権と供述の自由を保障しており、刑事手続は、憲法原則である Nemo tenetur 原則によって方向づけられなければならないと論じている。

以下、本論文の構成を示したうえ、その内容を紹介する。

2 本論文の構成

本論文は、次のとおり、「はじめに」「おわりに」の他、2編6章からなる。

はじめに

第1編 Nemo tenetur原則の歴史的展開

序章 イギリスにおける「自己負罪拒否特権」の展開

第1章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の展開

第2章 わが国における Nemo tenetur 原則の展開

第2編 Nemo tenetur 原則の理論的検討

第1章 わが国における Nemo tenetur 原則の現状

第2章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の憲法的根拠

第3章 ドイツ刑事訴訟における Nemo tenetur 原則

おわりに

（本論文は、すでに「刑事手続における Nemo tenetur 原則——ドイツにおける展開を中心として——（1）～（4・完）」として、「はじめに」から第1編第1章第4節までは、立命館法学335号（2011年6月）138～282頁、第1編第1章第5節から第1編第2章第5節までは、同336号（2011年8月）168～262頁、第1編第2章第6節から第2編第1章までは、同337号（2011年10月）77～172頁、第2編第2章から「おわりに」までは同338号（2011年12月）186～276頁に掲載・公表されている。）

3 本論文の内容

「はじめに」では、わが国における自己負罪拒否特権および黙秘権に関する議論状況と問題意識が、次のように述べられている。

先行研究は多いが、用いられる用語の意味の多様性のゆえに議論が混乱し、被疑者・被告人の黙秘態度のみを保障しているという見解さえ生じている。憲法第38条第1項と刑事訴訟法第311条等との関係も明確ではない。憲法第38条第1項よりも刑事訴訟法の保護範囲は広いという見解は、憲法を文言どおりに解釈し、憲法は自己に不利益な供述の強要から保護するのに対し、刑事訴訟法は供述の有利・不利を問わず黙秘権を包括的に保障しているとする。これに対し、刑事手続に付される被疑者・被告人の供述はすべて不利益であり、憲法も刑事訴訟法も被疑者・被告人の包括的黙秘権と供述の自由を保障しているとする見解があり、むしろ本説の方が多数説である。この見解の相違は、黙秘権の不告知や被告人の主張明示義務の許否に影響する。また、わが国の自己負罪拒否特権は、憲法および刑事訴訟法に明文化されているにもかかわらず、一見すると常識に反しているかのようにも思われるため、捜査実務関係者、市民や一部の弁護士にも十分に理解されているとはいえない。裁判員制度により市民が刑事裁判に参加する現在、市民が刑事裁判の基本原則を理解する必要性は高まっている。

以上のところから、本論文は、この「理解されにくい権利」である自己負罪拒否特権が、刑事手続の基本原則として採用された歴史的経緯、その存在根拠および中核的内容を明らかにすることによって、自己負罪拒否特権が真の意味で「確立」するための道筋を示し、かつ、新たな捜査手法の導入を批判的に検討することも可能になるとしている。

第1編「Nemo tenetur 原則の歴史的展開」序章「イギリスにおける『自己負罪拒否特権』の展開」では、Nemo tenetur 原則の起源をめぐる Helmholtz 説と、その確立をめぐる Wigmore/Levy 説および Langbein 説を検討している。Nemo tenetur 原則の「起源」と「確立」を明確に区別し、Nemo tenetur 原則がなぜ必要と考えられたのか、いついかなる内容を獲得してきたのか、当該原則に影響を与えた要素は何かを明らかにすることが、この原則の存在根拠および内容の理解にとって有益であるとしている。

第1章「ドイツにおける Nemo tenetur 原則の展開」では、以下のように中世から現在に至るまでの歴史的展開が検討されている。

刑事手続に糺問主義が採用され、裁判官が実体的真実の解明を重視するように

なったとき、被疑者・被告人は真実供述義務および事案解明への協力義務を負い、自白が最も確かな証拠として扱われ、一定の要件の下に自白獲得目的のための拷問も行われた。Nemo tenetur 原則は、当初、拷問廃止の論拠のひとつとして援用された。しかし、拷問廃止後も、糺問訴訟が維持され、拷問の代用物として虚言罰・不服従罰および尋問術が真実探究方法として用いられていた。

18世紀末頃から、次第に糺問訴訟の欠陥が認識され、刑事手続が弾劾主義の方向へと改革されてきた（いわゆる「改革された刑事訴訟」）。被疑者・被告人の尋問の目的は、自白獲得ではなく、防禦と弁解の機会の提供であり、被疑者・被告人は自ら不利な証拠方法になる必要はないと理解されるようになった。虚言罰と不服従罰が廃止され、強制手段を用いた被疑者・被告人からの自白獲得が禁じられ、尋問術も批判された。しかし、「強制」が禁止されただけで、自白は依然として重要な証拠であった。自由心証主義への移行により、被疑者・被告人の否認や黙秘は、強情さの徴表として不利益に評価された。被疑者・被告人は、真実供述義務を課され、何かを供述しなければならず、行為後の態度を自由に決定することはできなかった。その中で Nemo tenetur 原則は、弾劾主義の帰結・本質的特徴と呼ばれ、自然法の観点や新たな国家市民関係を刻印づけるものとして援用された。このように、ドイツ刑事手続の Nemo tenetur 原則の内実は、改革された刑事訴訟期に形成された。

1868年に開かれたドイツ法曹大会において、無罪を主張する被告人は公判で応訴や自身の主張の正当化を行わなければならないか、という点が議論され、裁判官の役割と被疑者・被告人に対する尋問のあり方および供述拒絶権の告知が争点となった。改革された刑事訴訟期に弾劾主義の帰結として承認された Nemo tenetur 原則は、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法136条2項（「尋問は、被疑者・被告人に、彼に対して提示された嫌疑の根拠を排除する機会、かつ、彼にとって有利な事実を主張する機会を与えなければならない」）の基本思想として採用された。当時、Nemo tenetur 原則は、「被疑者・被告人は、自らの意思に反して有罪立証に寄与するよう要求されない」という狭義の意味で理解されていた。Nemo tenetur 原則は法律に採用されたが、被疑者・被告人の真実供述義務が否定されたわけではなく、供述拒絶権の告知は明文化されなかった。被疑者・被告人の黙秘は不利益に扱われ、被疑者・被告人は防禦のために何らかの供述を行わなければならなかった。

1908年草案および1920年草案は、ドイツ帝国刑事訴訟法に残された糺問主義的要素の除去を企図した。1908年草案は、被疑者・被告人に対する嫌疑内容および罰条の告知を規定したが、当該規定の警察官や検察官による尋問への適用や供述拒絶権

の告知は規定しなかった。他方、1920年草案は、弾劾主義の徹底と *Nemo tenetur* 原則の形骸化への対処として、被疑者・被告人は供述義務を負わない旨の告知、被疑者・被告人が公判で供述を拒絶する場合、以前の供述は利用できない旨を規定した。

ナチス期になると、1936年草案において被疑者・被告人の真実供述義務が提案されたが、その後の議論では否定的に解された。しかし、被疑者・被告人は、訴訟の主体や当事者ではなく、国家の構成員として真実探究を妨害してはならないとされ、事実上、真実供述義務を課された。「強化された尋問」という名の拷問も行われた。ナチス期の *Nemo tenetur* 原則は、非常に制限されていたもののそれ自体は否定されず、被疑者・被告人に自ら有罪立証に寄与することまで要求することはできないと考えられていた。

1950年法統一化法により、被疑者・被告人の訴訟主体性は、人間の尊厳に由来し侵されてはならないことが確認された（ドイツ刑法第136 a 条）。1964年の刑事訴訟法改正は、1858年ブラウンシュヴァイク刑事訴訟法（第43条）以来100年以上にわたって要求されてきた被疑者・被告人に対する供述拒絶権の告知を明文化した。供述拒絶権告知の明文化は、被疑者・被告人に対する供述義務の完全な否定であった。しかし、道徳上の真実供述義務の有無、行為後の態度（黙秘や否認）の量刑段階での刑罰加重的ないし非減輕的な利用、被疑者・被告人尋問への弁護人の立会いなどの問題は残された。

以上の検討より、本論文は、ドイツの刑事手続における *Nemo tenetur* 原則が、拷問廃止の論拠、自己保存という自然法的思考、礼問主義の欠陥を認識し弾劾主義へと改革される中で援用されたことを示し、ドイツにおける *Nemo tenetur* 原則が、歴史的に徐々に内容を獲得し発展してきたことを明らかにした。*Nemo tenetur* 原則の意義は、被疑者・被告人の法的地位を、真実発見のための道具ではなく、当事者かつ訴訟の主体として評価する点、検察官が挙証責任を負い、被疑者・被告人が自ら不利益な証拠や供述を提供する必要はなく、供述義務および協力義務を課されないという点にある。さらに、自白は証拠方法のひとつにすぎず、尋問の目的は、自白獲得ではなく、被疑者・被告人の弁解を聴き防禦の機会を与えることに求められるとする。裁判官は、被告人の供述獲得を目指すのではなく、中立な判断者として被告人の弁解を聴かなければならず、訴追機関は、被疑者・被告人の供述獲得に傾注すべきではなく、黙秘する者には応答さえも求めるべきではないことになるという。そして、供述拒絶権の告知は、*Nemo tenetur* 原則の実効的保障を意味し、被疑者・被告人に対する供述義務の否定の宣言であることが導き出さ

れている。

第2章「わが国における Nemo tenetur 原則の展開」では、明治初期から1953年刑事訴訟法改正までの経緯が、以下のように紹介・検討されている。

わが国における Nemo tenetur 原則の初めての援用も、ドイツと同様に拷問廃止の論拠としてであった（ボアソナードの拷問廃止建白書）。拷問廃止のために、改定律例第318条（凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル）が、「凡罪ヲ断スルハ証ニ依ル」に改められた。わが国最初の近代的刑事訴訟法である治罪法は、自白による有罪推定を危険視し、拷訊、強制や詐術を誤判・冤罪を生み出す可能性があるとして禁じた。予審判事による被告人訊問は、徒に自白獲得目的で行ってはならず、事実の発見と被告人の弁解の聴取を目的とした。しかし、被告人は、予審判事による秘密の取調べを受け、十分な弁護権を有していなかった。自白は依然として最も強力な証拠であり、被告人は、沈黙せず弁解しなければならなかった。

明治刑事訴訟法において、Nemo tenetur 原則は、「被告人は自己に不利益な証拠を提出する義務を負わない」という意味に理解された。拷問、恐嚇や詐言による自白獲得が禁じられた。学説では、被告人訊問は、被告人に弁解させ防禦権を行使させる機会であるという見解と、依然として自白獲得を目的として行われるという見解に二分していた。被告人の真実供述義務を認める見解も存在したが、消極的に解する見解が一般的であった。弾劾主義が意識される一方で、依然として自白は最重要の証拠であり、黙秘は被告人にとって不利に作用した。明治32年の改正により、被告人から自己負罪供述を獲得するためにも用いられた密室監禁制度が廃止された。明治34年案は、Nemo tenetur 原則を採用したドイツ帝国刑事訴訟法第136条と同趣旨で、「被告人ニ対シテハ被告事件ヲ告知シ其事件ニ付キ陳述スルコトアルヤ否ヤヲ問ヒ且其利益ト為ル可キ事実ヲ申立ツル機会ヲ与フ可シ」と規定した。大正5年案も、弾劾主義に基づく被告人の防禦権を重視し、被告人訊問の目的は、防禦主体たる被告人の弁解の機会の提供と解した。

ドイツの1908年・1920年草案の影響のもとに、被告人の供述の自由、弁護人の立会いや告知、供述義務の否定の明文化も議論され、大正刑事訴訟法に影響を与えた。Nemo tenetur 原則に基づき、被告人訊問は、当事者かつ訴訟の主体である被告人に対する弁解の機会の付与を目的とするもので、被疑者・被告人の供述義務を消極的に解する見解が一般的であった。被告人の自白は、有罪認定にとって最も有力な証拠であったが、自白の強要や促進は許されないとされた。しかし、被疑者・被告人の供述は重視され、黙秘ではなく何らかの供述をすることが求められ、虚偽供述は、正当な防禦ではないと批判された。戦時刑事手続においては、被疑者・被

告人に対する人権蹂躪があり、個人に対する全体の優位性の主張や当事者主義の誇張を警戒し真実供述義務を課する動きが生じた。実際には Nemo tenetur 原則は大幅に制限されていたが、理論上、Nemo tenetur 原則自体を否定する見解はなく、被疑者・被告人に対する真実供述義務の賦課に対して慎重な見解が多数を占めていた。

戦後、総司令部は、わが国の捜査機関の自白偏重と人権蹂躪を問題視し、憲法および刑事訴訟法に刑事手続に関する規定を設けるべきであると考えた。Nemo tenetur 原則は、マッカーサー草案で提案され、日本国憲法第38条第1項が制定されるに至った。マッカーサー草案と憲法改正草案要綱に合わせ、刑事訴訟法にも「被告人が自己に不利益な供述を拒むことができることを明らかにすること」が求められた。起草段階では、供述拒絶権の告知は明文化されていなかったが、最終的に総司令部側の要求により、被疑者および被告人に対する供述拒絶権の告知が明文で義務づけられた。日本国憲法および刑事訴訟法に Nemo tenetur 原則が明文化されたことは大きな成果であったが、その制定過程においてこの原則の内容や本質に関する議論はあまり行われてはいなかった。

現行刑事訴訟法施行後間もなく、捜査実務側は、被疑者に対する供述拒絶権告知規定（刑訴法第198条第2項）の削除を求めた。この見解によれば、憲法38条1項は、「不利益な」供述の「強要」を禁じるのみであり、刑事訴訟法第198条第2項は憲法を拡張している。これに対し、供述拒絶権告知規定を維持すべきであるとする見解は、「不利益」な供述の強要に限るとその他の一般的事項や利益供述に関する供述義務が肯定されうることになり、特に、わが国の取調べにおける被疑者の状況を考慮する必要がある、被疑者は、密室で取調べを受け、取調官に対して主張することが困難であるだけでなく、供述を強要される危険性が高いと指摘した。供述拒絶権の告知は、取調べの場（フォーラム）を改善し、被疑者に自由意思に基づく供述を可能にし、Nemo tenetur 原則に基づく権利の行使の機会を与えるというのである。議論の結果、同項の改正は、若干の文言の変更に止まり、その内容は保持された。しかし、このような見解の対立は、現在も根強く残っている。

以上の検討の結果、本論文は、わが国における Nemo tenetur 原則に関しては、「口供結案」を廃して「依証断罪」を採用し、拷問を廃止して以来、被疑者・被告人の供述に依拠する刑事手続からの脱却を目指す人権保障的な方向と、拷問に代わる真実探究方法を模索し被疑者の取調べを重視する方向とが、緊張関係にあるという。Nemo tenetur 原則は、直線的に発展したわけではなく、公判段階から捜査段階および捜査前の段階へと保護範囲を拡大してきたとし、Nemo tenetur 原則が、

戦後、憲法および刑事訴訟法に明文化され、供述拒絶権告知が捜査機関にも義務づけられたことは、非常に大きな成果であったが、1953年の刑訴法改正時の議論に見られる Nemo tenetur 原則の目的や保障範囲に関する意見の対立は、現在も根強く残っているとしている。

第2編「Nemo tenetur 原則の理論的検討」第1章「わが国における Nemo tenetur 原則の現状」では、わが国の刑事実務が Nemo tenetur 原則に追いついていないということが指摘されている。本論文は、その原因として、① Nemo tenetur 原則に関する明文規定が憲法および刑事訴訟法におかれた点は大きな成果であったが、その内容に関する議論が乏しかった点、② 依然として被疑者・被告人の供述（自白）に依拠した取調べが行われている点、③ 一見すると常識に反するように見える Nemo tenetur 原則が十分に理解されていない点を挙げている。そして Nemo tenetur 原則に沿った方向で憲法および刑事訴訟法を解釈するべきであるという。

次に、わが国における Nemo tenetur 原則の存在意義に関する議論を以下のように概観している。わが国においては Nemo tenetur 原則の存在根拠を人間の尊厳および人格権に求める見解が、一般的である。近代刑事手続法における個人は、単なる客体ではなく訴訟の主体として尊重される。国家は、個人の人格的領域に不当に介入してはならず、捜査や真実探究という目的達成のために人格を侵害してはならない。国家が個人に自己負罪させることは、人間の尊厳および人格に対する侵害である。Nemo tenetur 原則の本質は、個人の人格の尊厳に対する刑事訴訟の譲歩であり、近代法の産物である弾劾主義の発展とともに変遷してきた。被疑者・被告人は、内心の内奥をのぞき見されず、自己犠牲を強要されず、自らの意思で供述するか否かおよび供述の内容について決定することができる。Nemo tenetur 原則は、近代以前の苛烈な糾問や拷問による人権蹂躪を防止してきた。Nemo tenetur 原則が、歴史的に思想に関する沈黙の自由由来していることから、良心の自由（憲法第19条）との関連性も指摘されている。

また、Nemo tenetur 原則は、刑事訴訟法上の基本原則である無罪推定原則、当事者対等主義（武器対等の原則）および挙証責任とも密接に関連している。各原則は、独立の法原則であるが、相互に作用することにより、刑事手続におけるより実効的な保障を可能にする。特にわが国における Nemo tenetur 原則の中核的意義は、身体拘束下の被疑者取調べの規制にある。捜査訴追機関である国家は、被疑者に供述義務を課さず、自由な意思決定を可能にしなければならない。被疑者・被告人は、刑罰を科されうる立場にあり、特に身体拘束下の密室の取調べにおいて、不

利な言動をしやすく自己負罪する危険性が高い。被疑者は、Nemo tenetur 原則によって、何も弁解をせずとも訴訟主体として防禦することができる。

以上の検討の結果、本論文は、近代的刑事手続を規定するわが国の憲法および刑事訴訟法における Nemo tenetur 原則は、人間の尊厳を有し人格を尊重されるべき訴訟主体である被疑者・被告人が、当事者主義のもとで、無罪を推定され、公平な裁判を保障され、疑わしきは被告人の利益となる刑事手続の各段階において、自由な意思の自己決定による効果的な防禦を行うことができるとともに、刑事訴追機関による捜査および取調べを規制するという意義を有しているという。しかし、わが国の Nemo tenetur 原則の存在根拠は、必ずしも明らかにされておらず、憲法的根拠論と Nemo tenetur 原則の保護範囲との関係も検討する必要があると指摘する。

そこで、第 2 章「ドイツにおける Nemo tenetur 原則」に移り、以下のように紹介・検討している。

ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則によれば、被疑者・被告人は、真実供述義務を課されず、虚偽供述を理由に制裁を科されることもない。ドイツ基本法および刑事訴訟法は、Nemo tenetur 原則を直接明文で規定していない。ただし、刑事訴訟法第136条第 1 項第 2 文および第243条第 4 項がその理解に資するとされている。Nemo tenetur 原則が、全刑事手続の上位の法原則であり、憲法的地位を有する点は争いが無いものの、その憲法的根拠については様々な見解が主張されてきた。

Nemo tenetur 原則の憲法的根拠は、まず、各基本権に求められた。良心の自由（基本法第 4 条第 1 項）に根拠を求める見解、被疑者・被告人の供述や黙秘を「意見」と捉えることにより意見表明の自由（基本法第 5 条第 1 項）に求める見解などがある。法律上の審問を請求する権利（基本法第103条第 1 項）によれば、事件について事実や法の観点から発言できることを意味し、当事者が訴訟の資料に関する完全な情報を与えられ、裁判の論点を認識できることを前提とし、当事者が手続へ積極的に参加することを保障するとし、Nemo tenetur 原則が供述義務を否定し、国家による自己負罪強制を許さないことによって、被疑者・被告人は、手続に影響を及ぼし、自由に発言、否認や黙秘し、訴訟で自由なコミュニケーションを行うことができるとする見解もある。しかし、いずれの見解も、Nemo tenetur 原則の特徴の一部を捉えているものの、Nemo tenetur 原則の保護範囲が狭く、刑事手続においてこの原則を包括的に保障するためには不十分であることが指摘された。

そこで、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を人間の尊厳および一般的人格権に求める見解が有力に主張された。人間の尊厳に依拠する見解によれば、供述義務の賦

課は、倫理的に過剰な要求であり、国家による被疑者・被告人の内心領域や人格に対する介入であって、自己負罪強制は、被疑者・被告人を単なる客体に貶め、自由な意思決定を不可能にする。

しかし、人間の尊厳という概念の曖昧さに批判があり、自己叙述の権利、自己保存の権利および情報自己決定権を保障する一般的人格権に依拠するという見解が主張されてきた。自己叙述の権利に *Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を求める見解によれば、被疑者・被告人は、供述の相手や範囲を自己決定でき、国家による真実探究活動に対して、自身の秘密を暴かれることを妨げることができる。さらに、被疑者・被告人は、有罪判決によって自由や財産等を失い得るという緊張状態にある。そのような被疑者・被告人に自己負罪を要求することは、過度の要求であり、人間の自己保存本能による心理的限界を超え、人格領域に深く介入するという観点から、憲法的根拠を自己保存の権利に求める見解が主張された。さらに、1983年に連邦憲法裁判所によって示された情報自己決定権に *Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を求める見解もある。この見解によれば、供述義務は、個人情報放棄や使用について自己決定する権利を侵害し供述の「強制」だけでなく、行政手続等で獲得された自己負罪供述が引き続き刑事手続において利用されることによって過度の侵害をもたらす。

本論文によれば、*Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を基本権に求める見解は、保護範囲を拡大するために徐々に変化してきたが、これらは、相互に排他的関係にあるのではなく、人間の尊厳および一般的人格権によってその中核を保障すると同時に、各基本権によって部分的に *Nemo tenetur* 原則の特質を特徴づけているとされている。

他方、*Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を法治国家原理に求める見解も有力である。学説および判例において、被疑者・被告人の供述の自由は、法治国家的思考の表われであるとされ、特に、法治国家原理の下位原則である無罪推定原則、公正な裁判を受ける権利（武器対等の原則）と *Nemo tenetur* 原則の密接な関連が指摘されている。無罪推定と *Nemo tenetur* 原則は、相互に補完し、部分的に独自の保護範囲を有する。しかし、両原則は、拳証責任が国家（検察官）にあり、被疑者・被告人は立証に協力する必要はないという点で共通している。公正な裁判を受ける権利は、刑事訴訟法の解釈において各規範を常に基本法に方向づけて解釈するように作用する。公正さの要請は、被疑者・被告人が弁護人による弁護により有効な防禦活動を行うことや、被疑者・被告人に対する告知義務のような後見的规定を把握する点で適している。本論文によれば、*Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を法治国家

原理に求める見解は、刑事手続の特殊性を考慮し、法治国家的刑事手続を実効的に保障する点に着目しているという。

第3章「ドイツの刑事訴訟における Nemo tenetur 原則」では、同原則の中核部分と射程に関する学説と判例を以下のように紹介・検討している。

Rogall によれば、Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人を積極的な自己負罪の行為から保護する「受動性に関する権利」を保障する。保護範囲を広く認めるため、かつ、被疑者・被告人に対する自己負罪強制が過大な要求であることから、人間の尊厳と結びついた（一般的）人格権に憲法的根拠を求める。Nemo tenetur 原則の保障の限界は、刑事訴追や処罰を積極的に妨害する自己庇護行為にあるという。Schneider は、Nemo tenetur 原則を、法治国家思考の実体的構成要素と理解し、司法基本権として手続法的な国家市民関係を規定するものと解する。Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人に対する自己負罪「強制」を禁止し、黙秘のような「受動的態度」を保護するものであり、逃亡や虚偽供述のような積極的な自己庇護行為は原則として「不法」であるという。Wolff も、人間の尊厳および一般的人格権に憲法的根拠を求める見解の曖昧さを指摘し、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を責任原則に求め、部分的に各基本権に求める。しかし、Nemo tenetur 原則の保護範囲を「積極的行為/消極的受忍」に着目して決定するこれらの見解に対しては、疑問が呈されている。

Grünwald および Reiß によれば、Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人に対する心理的強制 (vis compulsiva) や害悪の予告によって、その意思形成に影響を与えることを禁じており、法律が予定するかぎりでの物理的強制 (vis absoluta) は許される。Grünwald によれば、Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人の主体的地位と人間の尊厳から導き出され、自己負罪の協力をするか秩序罰や強制拘禁等の他の害悪を甘受するかという選択を行うことによる「苦痛」から解放する。これに対し、Reiß は、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を法治国家原理に求めることにより、法共同体を代表する国家に対し、情報所持者である被疑者・被告人に対する強制的な介入すべてを禁止する。刑事訴追機関は、被疑者・被告人の協力なしには獲得しえないような不利な証拠方法を被疑者・被告人に創出させるようないかなる強制も禁じられ、被疑者・被告人の態度に依拠することなく有罪の立証を行わなければならないという。

さらに、Bosch は、被疑者・被告人の行為後の態度を自由な自己描写とし、被疑者・被告人の行為後の態度である供述や黙秘を等価値の防禦と捉えることによって Nemo tenetur 原則の保護範囲をより広く解した。つまり、Nemo tenetur 原則は、

武器対等の原則や無罪推定原則と密接な関係にある法治国家原理の構成要素であり、被疑者・被告人を強制から保護するだけでなく、刑事訴訟上の意思決定の自由の保護と刑事手続への協力に関する自己決定の保持も目的としている。被疑者・被告人が、刑事訴追機関からの影響を受けることなく、自身の供述態度と防禦方法を決定することによってはじめて、公正な手続が行われていると感じ、判決を受け入れることができ、社会への再編入の機会を得る準備ができるという。また、Böseは、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を法律上の審問を請求する権利に求め、Nemo tenetur 原則の中核は、被疑者・被告人に、結果未決定の刑事手続に、防禦や自由な意見陳述によって影響を与える可能性を与える点にあるという。

このような Nemo tenetur 原則の保護範囲を拡張する動きに対し、近年、一部で、Nemo tenetur 原則が過度に拡張されているという指摘がある。Verrel は、Nemo tenetur 原則は憲法に根拠を有するが⁹、過度に強調するべきではなく、限定的に解釈するべきであるとし、Nemo tenetur 原則を限定的に解釈するための基準を提案している。

以上の検討の結果、本論文によれば、1977年に Rogall による包括的な研究が著されて以来、ドイツ刑事手続における Nemo tenetur 原則は、その憲法的根拠と保護内容について検討が重ねられ、その保護範囲を拡張する流れにあったが、近年、新たな法制度や捜査手法の発展に伴い、Nemo tenetur 原則の保護範囲を制限する見解も主張されており、議論がますます先鋭化しているという。

他方、連邦憲法裁判所は、1981年のいわゆる破産者決定において、Nemo tenetur 原則の意義と根拠について初めて言及した。刑事訴訟法が保障する黙秘権は、Nemo tenetur 原則の一部であり、人間の尊厳の尊重という中心思想に基づく法治国家的基本姿勢のあらわれであって、その限界は、「第三者の利益」および「共同体関連性と共同体拘束性」にあるという。さらに、1995年決定によれば、憲法によって保障される黙秘権は、手続法によって補われ、一般的自由権（基本法第2条第1項）と結びついた基本法の法理国家原理から導き出される法治国家的な公正な手続によって保障される。被疑者・被告人は、法治国家において手続の単なる客体ではなく、刑事手続の各段階や結果に影響を及ぼす可能性を与えられる。黙秘や回答拒絶を有罪の証明に利用することは、心理的な供述強制であり、許されないとされた。

連邦通常裁判所2009年決定等によれば、Nemo tenetur 原則は、自己負罪「強制」を禁じ、被疑者・被告人が積極的に事実解明に協力したいか否かを自己決定する自由を保障する。同原則は、憲法上、人間の尊厳と人格の自由な発展（基本法第1条

第1項と結びついた第2条第1項)によって保障され、欧州人権条約によって保障される公正な刑事手続を受ける権利の中核領域の一部を形成しているとされ、被疑者・被告人は、供述義務を負わず、黙秘による不利益推認を受けないとされた。連邦通常裁判所1995年決定等は、黙秘等の被疑者・被告人の受動的態度を *Nemo tenetur* 原則によって保護し、供述や否認等の被疑者・被告人の積極的態度を「適切な防禦」によって保護しようとする。被告人の否認を刑罰加重的に考慮することは許されないとするが、被告人の行為後の態度が行為者の法敵対的心情、非常に強情であること、他の犯罪行為に関連する人格の欠陥、あるいは将来の犯罪行為の危険性を示す場合には、その態度を刑罰加重的に評価してもよいとしている。

「おわりに」では、本論文全体が次のようにまとめられている。

Nemo tenetur 原則は、拷問廃止の論拠として援用されて以来、刑事訴追機関等による激しい批判があつたにもかかわらず、(保障範囲に差はあるものの)保持されてきた。ドイツのナチス期やわが国の戦時刑事手続においても、*Nemo tenetur* 原則自体が否定されることはなかった。これは、*Nemo tenetur* 原則を廃止(制限)すると、拷問や拷問代用物たる不服従罰・虚言罰を行使していた糺問主義刑事訴訟に戻る(後退する)ことになるという危惧感が持たれたからであつた。つまり、*Nemo tenetur* 原則は、近代刑事訴訟法の基本原則のひとつであり、これを制限することは近代法に反することになる。同原則の憲法的根拠が「人間の尊厳」や「一般的人格権」に求められる所以はここにもあり、*Nemo tenetur* 原則は、憲法制定の前から存在し、憲法が保障する基本権に影響を与え、刑事司法および刑事手続全体を方向づける法原則である。それゆえ、わが国の憲法および刑事訴訟法が採る *Nemo tenetur* 原則によれば、被疑者・被告人が「自己に不利益な供述」を拒否したり黙秘することが保障されるだけでなく、刑事手続の主体たる被疑者・被告人の供述の自由、つまり「供述するか否か、いつ、何を、どのように、どの程度供述するかについて自由に決定することができる」ことが保障されていると考えるべきである。

Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人に対する供述「強要」からの保護を意味するだけでなく、供述の自由を侵害する捜査手法からの保護を保障している。黙秘、否認、虚偽のすべてを被疑者・被告人の行為後の態度として保護するべきである。したがって、*Nemo tenetur* 原則に関し、包括的黙秘権を保障する刑事訴訟法のほうが憲法第38条第1項よりも広いという解釈には疑問がある。確かに、憲法第38条第1項と刑事訴訟法の文言は異なるが、共に *Nemo tenetur* 原則を内容としていると考えるべきである。*Nemo tenetur* 原則は、憲法上の原則であり、これを制

限する場合には正当化を要し、捜査の必要性を理由として容易に制限されるものではない。それゆえ、Nemo tenetur 原則に沿った刑事手続の再構成を行うべきである。

〔論文審査の結果の要旨〕

本論文は、ドイツおよび日本における Nemo tenetur 原則の歴史的展開および理論を詳細に論じたものである（全文358頁、注は1332に達する）。自己負罪拒否特権、黙秘権という用語ではなく Nemo tenetur 原則という用語を用いたのは、それが近代刑事訴訟法の基本原理のひとつとして、現行法の解釈論を超えて妥当すべき原理であることを示すことにある。黙秘権に関する先行研究としては、佐伯博士、平野博士、田宮博士、久岡教授などの研究のほか、比較的最近のものとして、石田倫識氏、中島洋樹氏の研究があるが、本論文のように、ドイツ法を中心に詳細に論じたものは見当たらない。

現在、わが国の刑事手続は正に変革期にある。これまで、代用監獄での取調べにおける自白の強要、弁護人の接見交通権の制限、自白調書・証人尋問調書の重視（調書裁判）、否認事件や重大事件ではなかなか保釈を認めない人質司法、検察官手持ち証拠や警察にある記録の不開示、無罪判決に対する検察官上訴などの実務が、学説から批判的の的とされてきた。このような閉塞状況の中で、裁判員裁判の導入に伴う直接主義・口頭主義・公判中心主義への移行の展望、公判前整理手続における証拠開示の（若干の）拡大と全面開示要求、検察官によるフロッピーディスクの改ざんや再審無罪判決を契機に高まってきた「捜査の可視化」の要求、一審無罪判決の重視など、状況を打破する動きが見られるようになってきている。本論文は、とりわけ一般市民には「理解されにくい権利」である自己負罪拒否特権について歴史的・理論的に検討を加えることにより、わが国における Nemo tenetur 原則の実効的保障を促すものとして貴重である。わが国の実務を支配している取調受忍義務に対する批判にも理論的根拠を提供するものといえよう。

第1編の歴史的展開では、ドイツにおいて、拷問廃止後も続いた自白の強要に対し、改革された刑事訴訟の時代に Nemo tenetur 原則が意識され、その後の展開において徐々に確立してきた経過が丹念にフォローされている。とりわけ、1964年刑事訴訟法改正（いわゆる「小改正」）で実現した被疑者・被告人に対する供述拒否権の告知の規定が、1858年ブラウンシュヴァイク刑法第43条以来100年以上にわたって要求されてきたものの明文化であったという指摘は、歴史的研究ならではの叙述といえる。わが国の歴史的展開についても、これほどに詳細な研究はこれまでの

先行研究には見られない。Nemo tenetur 原則の発想自体は、すでに戦前において定着していたことが具体的に明らかにされている。ドイツ帝国刑事訴訟法が明治34年案に、1908年草案が大正5年案に、それらと1920年草案が大正刑事訴訟法に影響を及ぼしていた。同時に、供述拒否権告知の規定についても、ドイツでは19世紀初頭からの議論の積み重ね(紆余曲折)のうえに実現したのに対し、わが国では戦後GHQの指導の下に必ずしも十分な議論はないままに規定されたという対比も興味深い。ドイツ法の歴史研究が、わが国の議論においても大いに参考になることが示されているといえよう。

第2編の理論的検討では、わが国の判例・学説・実務が検討され、とりわけ取調べの問題点が適切に評価されている。そして、わが国の問題の解決のためにも、ドイツの議論が参考になるとし、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠をめぐる議論、同原則の中核部分および射程をめぐる最近の議論が、丁寧に紹介・検討されている。この点は、わが国のこれまでの議論では、すでに日本国憲法および刑事訴訟法に規定があることから自然にその解釈論が中心となってきたが、なかなか実務における実効的保障に結びつかなかった状況の下で、本論文は、Nemo tenetur 原則の歴史的展開と理論的根拠を明かにし、それが憲法および刑事訴訟法の基礎にある原則であることを示すことによって、実務の変革を促す基礎を提供するものといえる。いずれにせよ、本論文は、わが国におけるこの分野の研究水準を確実に一歩進めたものと評価できるであろう。

本論文申請者の研究内容は、2012年2月15日(水)15時から16時30分まで学而館第3研究会室において開催された公聴会において報告され、本学教員および大学院生の出席の下に活発な質疑応答が行われた。

Nemo tenetur 原則と自己負罪拒否特権および黙秘権の関係はどうか、憲法に規定がないドイツ特有の事情があるのではないかと、Nemo tenetur 原則の射程が問題になるのは刑事手続を超えて行政手続の領域ではないかと、この原則の起源を明らかにすることも重要ではないかと、自然権的なものという説明では不十分ではないかと、この原則を自然権的なものと捉えたとするとその限定が不可能になるのではないかと、この原則に違反した場合の制裁としてどのようなものが考えられるかと、嘘をつく権利を認めるのか、この原則の中核部分と云っているが、そうすると周辺部分もあることになるが、それは何か、この原則の例外があるとすると、それは何か、情報自己決定権に根拠を求めるとするときわめて広くなるが、そのように理解しているのか、アメリカ法の検討が必要ではないかと、もっと自分の見解を前面に出した方が良かったのではないかなどの質問・意見が出された。これに対して、報告者は、

いずれの質問に対しても適切に解答した。

その上で、今後の課題として、アメリカ合衆国憲法修正第5条（日本国憲法第38条第1項の由来）の検討のほか、Nemo tenetur 原則の各論的検討として、錯誤に基づく自己負罪と Nemo tenetur 原則、身体内部への侵襲による証拠獲得と Nemo tenetur 原則、量刑手続における行為後の態度と Nemo tenetur 原則、行政手続で得られた供述や資料の刑事手続への利用と Nemo tenetur 原則、法人や法人格なき団体への Nemo tenetur 原則の適用可能性の検討を予定していることが示された。なお、本論文は、ボアソナードの「沈黙の自由」という拷問廃止の根拠を適切に評価している点で、それを条約改正問題との関連でしか見てこなかった日本法制史にも課題を投げかけている、証拠があるのに自白を要求する律や日本の古くからの考えの根本に何があるのかという課題もあるというコメントがあった。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本審査委員会は、松倉氏が、本学学位規程第18条第1項該当者であり、本論文の内容に加えて、公表済みの論文（上記「本論文の構成」参照）の水準、公聴会における質疑応答を通じて、博士の学位に相応しい学力と十分な学識を有することを確認した。

以上の次第で、審査委員会全員一致で、松倉氏に対し、本学学位規程第18条第1項に基づいて、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当であると判断する。