

琉球大学学術リポジトリ

「処罰相当性」概念の可能性：
マジックホン事件最高裁判決・谷口反対意見を手がかりに

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-08-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 青木, 孝之, Aoki, Takayuki メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1553

「処罰相当性」概念の可能性

— マジックホン事件最高裁判決・谷口反対意見を手がかりに —

青 木 孝 之

はじめに

- 一 事案の確認
- 二 第一審判決（横浜簡易裁判所）
 - 1 判決の概要
 - 2 検討
- 三 第二審判決（東京高等裁判所）
 - 1 判決の概要
 - 2 検討
- 四 上告審判決
 - 1 多数意見及び補足意見
 - 2 反対意見
- 五 処罰相当性とは何か？
 - 1 可罰的違法・責任類型としての構成要件
 - 2 裁判所の法政策的権能
- 六 三友炭坑事件判決の法理
 - 1 可罰的違法及び可罰的責任の欠缺
 - 2 一審判決（福岡地方裁判所飯塚支部）
 - 3 二審判決（福岡高等裁判所）
 - 4 上告審判決
- 七 犯罪論との整合性

- 1 鈴木茂嗣博士の犯罪論との関係
 - 2 前田雅英教授の犯罪論との関係
- 終わりに

はじめに

学説・実務において評価が定まった著名な最高裁判例であっても、中には、「この判例は、本当に通説が言うような位置づけに止まるものなのか？」という疑問を、意識のどこかに与え続けるものがある。筆者にとっては、マジックホン事件最高裁決定（最一小決昭和六一年六月二四日刑集四〇巻四号二九二頁）が、そのような判例のひとつである。

同事件は、一般に、可罰的違法性の有無が問題になる事案のうち、いわゆる絶対的軽微の事案に属するものとして扱われている^(註1)。しかし、筆者の興味を引くのは、可罰的違法性論そのものよりも、むしろ、多数意見が原審（東京高裁）の有罪の結論を維持したのに対し、谷口正孝裁判官が、反対意見において、「処罰相当性」という耳慣れない言葉を用い、被告人の本件所為は、「処罰相当性を欠き、……構成要件該当性がないもの」^(註2)として、原判決の破棄を主張したことである。

本稿は、上記の「処罰相当性」なる概念を手がかりに、刑法の謙抑主義^(註3)の見地から、現在通説・実務に定着している犯罪論体系とその運用に見直しの余地はないか、その理論的な可能性を探ろうと試みるものである。

^(註1) 例えば、前田雅英『刑法総論講義 [第3版]』一一〇頁、山口厚『刑法総論』一六三頁等。

^(註2) 刑集四〇巻四号三〇〇頁

^(註3) 宮本英脩博士が初めて用いた言葉だとされる。同『刑法学粹』六六頁。

なお、龍岡資久「刑法から見た〈De minimis non curat praetor〉（『法官は些事を取り上げず』）の原則」（佐伯遷曆祝賀『犯罪と刑罰（上）』一〇三頁以下所収）をも参照されたい。

一 事案の確認

マジックホン事件は、被告人が、日本電信電話公社（当時）から架設を受けた被告人経営にかかる有限会社の加入電話回線に、受信側の自動交換装置から発信側の同装置内度数計器を作動させるため送り出される応答信号を妨害する機能を持つ、「マジックホン」と称する電気機器を取り付け使用した行為が、同公社の通信を妨害する（有線電機通信妨害罪。昭和五九年法律第八七号による改正前の有線電気通信法二一条違反）とともに、上記度数計器作動に基づく公社の発信側電話に対する通話料金の計算課金業務を妨害する（偽計業妨害罪。刑法二三三条）として、起訴された事案である^(註4)。

一番の結論は、可罰的違法性を欠くとして無罪。二審は、一審判決を破棄して有罪（罰金五万円）の自判。そして、最高裁は、二審の結論を維持して被告人の上告を棄却という経過をたどる。可罰的違法性の有無が問題になったことから推測がつかずとおり、捜査から公訴提起までの間に複雑な経緯の存する事案である。また、審級によって事実認定も微妙に異なり、そのことが法律判断にも影響を与えている。したがって、「処罰相当性」なる概念を手がかりに、犯罪論体系とその運用の見直しの余地を探る前に、審級ごとに、各判決が認定した事実関係を確認し、当該事実関係を前提にどのような法律論が論じられたか、整理・検討しておく必要がある。

二 第一審判決（横浜簡易裁判所）

1 判決の概要

一審判決の結論は前記のとおり無罪であるが、その構成は興味深いものであ

^(註4) 両罪の実体的な擬律及び罪数の処理については、最三小決昭和五九年四月二七日刑集三八卷六号二五八四頁及び最一小決昭和六一年二月三日刑集四〇巻一号一頁を参照。本決定も、これら両決定が示した法律判断を前提にしている。

る。

同判決は、まず、「本件の背景と包括的評価」という項目を立て、マジックホンが全国規模で使用されることによってもたらされる弊害は甚大であるが、この種の機器を製造・販売する行為を処罰する構成要件がないため、機器の使用者を本犯として摘発し、本来重く処罰されるべき製造・販売者を幫助犯として立件する奇現象を呈しているとする。その上で、「本件の場合、被告人がこの種機器の製造や販売に積極的に関与した事実はなく、この機器の購入も、その売人との個人的な関係から昔の不義理を穴埋めしようとする気持からなされたものであるし、更には本件が起訴された当時既にこの種機器の製造及び販売の反社会性が社会問題となり、マスコミが大々的に報道したため、この種機器の製造及び販売は、ほぼ完全にその門戸を閉ざされ、この種機器の使用による電電公社の電話料金徴収事務が妨害される虞れはほぼ完全に終熄する見込であった」^(註5)から、本件をみる場合、これらの諸要因を充分吟味する必要があるとする。次に、本件が立件されるに至った事情を検討し、捜査機関としては、この種機器による電話料金課金業務の妨害を鎮圧するためには、是非とも機器の製造業者及び販売業者を撲滅することが必要であるが、そのためには、いささか不自然ながら機器の使用行為を有線電気通信法違反、偽計業務妨害罪として立件し、その証拠物として本件機器を押収して、製造業者及び販売業者を幫助犯とする法律構成を考え、その目的を告げ絶対迷惑はかけないからと公約した上、被告人にその協力を求めたのが実情だと指摘する。そこで、被告人もその要請を快く受け入れ、自ら本件機器をテストのため（課金を免れる効果があることを確認するため）一回だけ使用した事実を認め、同機器を証拠物として任意提出することを承諾したものであり、そもそも上記テストのための使用行為を秘匿し、黙秘を続けたならば、おそらく本件の起訴は不可能に近いものと思われ、被告人が一番公判手続における最終意見陳述に際し、「絶対迷惑をかけ

^(註5) 刑集四〇巻四号三七頁

ないから」との約束を反古にして被告人を訴追した捜査機関に対し、深い憤りの発言をしたのも無理はないというのである。

同判決は、次に「本件公訴事実の分析」に入り、まず本件機器購入の経緯については、被告人の公判供述に依拠して⁽⁴⁶⁾、被告人と本件機器の売人Iとは旧知の間柄であり、以前、被告人が経営していた会社が事務所を移転するに際し、Iの尽力で横浜市中区所在のS銀行ビル五階に入居でき、被告人は深く感謝していたこと、しかるに、その約一年後、被告人は事業に失敗し、ビルの賃料も不払いのまま退去することになり、被告人としては、この不義理を埋め合わせしたいとの気持を持っていたこと、そこで、長い間交際が途絶えていたIから連絡があり、本件機器の売り込みがあった際、義理を果たすよい機会であると考え、同機器二台を代金一四万四〇〇〇円で購入したこと、同機器を使用した場合、刑罰法規に触れるおそれがないのかという点については、販売元の弁護士が検討した結果そのおそれはない旨のIの説明を信用したこと、以上の各事実を認定する。そして、検討の対象を被告人の主観面に転じ、有線電気通信法違反罪及び偽計業務妨害罪⁽⁴⁷⁾の各故意の成否につき、前者については、行為当時の被告人の主観としては、本件所為（本件機器を取り付け使用する行為）が電電公社の課金業務に影響を与えることは認識していたが、有線電気通信法二一条（当時）に違反する通信であるとの認識はなかったとみるのが自然だとする。後者についても、発信側が通話した場合、その通話料金が返戻され、本来徴収されるべき料金の支払を免れるという本件機器の性能につき、ある程度の認識を有していたことは明らかであるが、ある行為が構成要件を充足するからといって、直ちに有責・違法な行為となり、刑罰の対象になると断定でき

⁽⁴⁶⁾ 一審判決は、被告人の検察官調書には同判決の認定に反する供述部分もあるが、この部分は、「検察官に迎合して供述した節もあり、むしろ、被告人の当公判廷における供述がより真実を語るものとみるのが自然である」とする。刑集四〇巻四号三二九頁。

⁽⁴⁷⁾ 前記最一小決昭和六一年二月三日刑集四〇巻一号一頁で示された、これら両罪は観念的競合の関係にあるとの法律判断が前提である。前注4参照。

るものではなく、その行為者の主観的意図、行為の態様、実害の有無、反社会的規範性の軽重、立件の経緯、他の同種事犯との均衡等諸般の事情を仔細に検討した上、慎重に結論を導かなければならないとする。その上で、公訴事実及び関連する事実についての検討に入り、被告人は、購入した二台の機器のうち一台を、会社の営業用の電話機ではなく専ら私用で使う電話機に取り付けたにとどまること、被告人が本件機器を使用したのは、公訴事実記載の日時の一度にとどまっており、それは、Iの説明によっても同機器の性能につき半信半疑であった被告人が、社員に公衆電話から上記電話機に電話をかけさせてみて、その性能を確かめるためのテストに類する性質のものであったこと、このテストにより性能を確認した結果、被告人は本件機器の使用に不安を覚え、自社の顧問弁護士に相談したところ、使用を直ちに中止するよう勧告を受け、被告人はその勧告を即座に受け入れて、以後一切の使用を中止したこと、被告人は、電気製品の販売等を業としているが、電気機器の機能については格別の知識を有するものではないこと、上記代金についてはIから賠償を受けておらず、被告人は一四万四〇〇〇円の実害を受けていることなどの事実を認定する。

以上の検討を経た上で、一審判決は、「結論」として、被告人の所為は、外形的・形式的にみれば、刑法二二三条と有線電気通信法二一条に違反するが、被告人は、本件機器を取り付け使用すると電話料金が無償になるとの概括的認識を有していたにすぎないこと、本件で問題となる使用行為は同機器の機能を確認するテストの意味でなされたにすぎないこと、使用はそのとき一回限りで以後全く使用していないこと、使用後直ちに顧問弁護士に意見を求め、その意見に従って直ちに使用を中止し、機器を取り外したことなどに照らせば、テストとして行われた行為に関する被告人の主観的意図は、刑法上の故意とは明らかに異質なものであり、未必の故意としての評価も躊躇せざるを得ない軽微な故意だとする。しかも、本件所為が電電公社に与えた実害は僅かに一〇円にすぎず、膨大な利益をあげている電電公社の実態に着目すれば、まさに九牛の一

毛にすぎない。さらに、世上一般、隔地者間の情報伝達として機能するものが「通信」と概念されており、被告人がそうであったように、専ら課金業務のために必要な通信としての実態を有する「応答信号」を妨害する行為については、取り締まりの対象になるとの認識をほとんど持ち得ないから、法の不知は恕せずとの考え方をとることは、極めて酷な結論となる。以上のように指摘して、「かりに、被告人の本件所為が、それぞれの構成要件に該当するとしても、刑罰を以て臨むことは相当でなく、本件被告人の所為は、可罰的違法性を欠き、違法性そのものを阻却する」^(註8)との結論を導くのである。

2 検討

一審判決は、自ら明言するとおり、刑法の謙抑主義の理念に貫かれた意欲的なものであるが、幾つか難点もあるように思われる。

まず、事実認定については、前記のとおり、「本件公訴事実の分析」の項において、本件機器購入の経緯につき、被告人の公判供述を全面的に信用し、本件機器購入の主な動機はIに対する不義理の埋め合わせをすることにあつた旨の事実を認定したことが目を引く。もとより、一審裁判官の自由心証に属する事柄ではあるが、判決の構成上、無罪の結論に直接関係する事実の認定である。しかも、被告人の検察官調書の内容は必ずしも上記認定に沿うものではなかつたにもかかわらず、同判決は、「尤も、被告人の検察官に対する供述調書によれば右認定に反する供述があるが、右は検察官に迎合して供述した節もあり、むしろ、被告人の当公判廷における供述がより真実を語るものとみるのが自然である。」(前注6参照)と述べるだけで、客観的な証拠、事実関係との整合性を検討することなく、あっさり検察官調書の信用性を排斥した。被告人は無罪の推定を受ける立場にあり、証拠の評価は裁判官の自由な取捨選択に委ねられ

^(註8) 刑集四〇卷四号三三三頁

ているのだから、有罪認定を詳しくせよというのならばともかく、無罪認定を詳しくする必要はない。理念的には、このように割り切ってもよいのだが、本件は、単純な無罪ではなく、可罰的違法性という明文規定のない、理論的に争いのある法律構成に基づき言い渡す無罪である。このような判決を言い渡す以上、検察官控訴がかなりの蓋然性で見込まれるのだから、被告人を一番限りの無罪判決で嬉喜びさせないように、検察官調書が信用できない理由をもう少し具体的に示して、控訴審の審理に耐えうるよう万全を期すべきではなかったかと思われる^(註9)。

もっとも、この点は、判決構成上のいわば技術的な問題点であって、本稿のテーマにとって本質的ではない。一審判決を一読して何より気になるのは、同判決が採用した可罰的違法性論において、違法性がどのように捉えられているのか、また判決が認定した諸事情が違法性評価の上でどのように位置づけられるのか、その理論構成が必ずしも明確でない点である。

前記のとおり、一審判決は、まず「本件の背景と包括的評価」について述べた後、「本件公訴事実の分析」に入り、「結論」を導く。各項目で認定ないし指摘された主な内容を判決書の順序に従って項目ごとに箇条書きにし、通し番号（1～12）を付して整理すると次のとおりである。

(A) 本件の背景と包括的評価

1. 本件機器の購入は、売人Iとの個人的な関係から昔の不義理を穴埋めしようとする動機からされたものであること

^(註9) このような考え方は、木谷明・法政大学法科大学院教授の考え方と軌を一にするものである。木谷教授は、このような場合、自分の信念に基づき一定の考えを打ち出せばそれで足り、上訴審で判決がどうなろうと、それは上訴審の責任であって自分の責任ではないと割り切ることは実際問題として難しく、検察官に上訴が認められているわが国の一審裁判官としては、フェアな手続で正しい結論を導くにとどまらず、自分が正しいと考える結論に最終的に落ち着かせることを意識せざるを得ないとの意見を述べておられる。木谷明「裁判官生活を振り返って一刑事事実認定適正化の方策（パートII）」判例タイムズ一〇八四号二七頁参照。

2. 摘発の際、捜査機関は、被告人に対し、絶対迷惑はかけないと約束した上で協力を求め、被告人はその要請を快く受け入れて、一回だけテストの意味で使用した事実を進んで供述するとともに、同機器の任意提出に応じたものであること

(B) 本件公訴事実の分析

B-1 本件機器購入の経緯

3. 被告人とIは旧知の間柄であり、以前、被告人が経営していた会社がIの尽力でS銀行ビル五階に入居できたにもかかわらず、賃料不払いのまま退去することになり、被告人は、上記の不義理を埋め合わせしたいとの気持を持っていたこと

4. 長い間交際が途絶えていたIから連絡があり、本件機器の売り込みがあった際、被告人は、Iへの義理を果たすよい機会であると考え、同機器二台を代金一四万四〇〇〇円で購入したこと

5. その際、被告人は、販売元の弁護士が検討した結果、同機器を使用しても刑罰法規に触れるおそれがない旨のIの説明を信用したこと

B-2 法的評価 (故意の成立について)

6. 行為当時の被告人の主観としては、有線電気通信法違反罪については、本件機器を取り付け使用する行為が電電公社の課金業務に影響を与えることは認識していたが、有線電気通信法二一条 (当時) に違反する通信であるとの認識はなかったこと

7. 偽計業務妨害罪については、発信側が通話した場合、その通話料金が返戻され、本来徴収されるべき料金の支払を免れる仕組みになっているという本件機器の性能につき、ある程度の認識を有していたことは明らかであること

B-3 本件公訴事実における被告人の行為とその評価

8. 被告人は、購入した二台の機器のうち一台を、会社の営業用の電話で

はなく専ら私用で使う電話に取り付けたにとどまり、残りの一台は当初から取り付けることなく保管していたこと

9. 被告人が本件機器を使用したのは、公訴事実記載の日時の一度だけにとどまり、しかもそれは、Iの説明によっても同機器の性能につき半信半疑であった被告人が、社員をして外部の公衆電話から上記電話にかけさせてみて、その性能を確かめるためのテストに類する性質のものであったこと
10. テストにより性能を確認した結果、被告人は本件機器の使用に不安を覚え、自社の顧問弁護士に相談したところ、同弁護士から、使用を直ちに中止するよう勧告を受けたので、被告人はその勧告を即座に受け入れ、以後一切の使用を中止したこと
11. 被告人は、電気製品の販売等を業としているが、電気機器の機能については格別の知識を有するものではないこと
12. 被告人は、上記代金についてIから賠償を受けておらず、一四万四〇〇〇円の実害を受けていること

(C) 結論

仮に被告人の本件所為が、それぞれの構成要件に該当するとしても、刑罰を以て臨むことは相当でなく、本件被告人の所為は、可罰的違法性を欠き、違法性そのものを阻却する。

上記に指摘された各事実（ないし事情）は、本件機器購入の経緯に関するもの（上記1. 3. 4. 5.）、同機器を一回だけ取り付け使用した行為の態様（主観面も含めて）に関するもの（同8. 9. 6. 7. 11.）、そして、行為後の状況に関わるもの（同10. 12. 2.）に大別できると思われるが、刑事判決書における理由構成の一般的手法としては、行為の前後にわたる客観的な事実関係を確定した上で、被告人の主観面を検討するのがセオリーと思われるとこ

ろ、なぜ、「本件機器購入の経緯」(客観的な事情)を認定した後、いったん「法的評価(故意の成立について)」という項目で主観面を検討し、さらに、犯罪行為として問題になっている、その意味で「理由」の核心部分というべき「本件公訴事実における被告人の行為とその評価」の検討に戻ってくるのか、その意図するところが明らかでない。仮に、「法的評価(故意の成立について)」で判示するところの真意が、有線電気通信法違反罪及び偽計業務妨害罪の各故意の成立は否定できないことの確認にとどまるのではなくて、「『法の不知は恕せず』という法理論で処断されることとなろうが、その結論は被告人にとって極めて酷なるものと言わざるを得ない」^(註10)とか、あるいは、「ある行為が構成要件を充足するからといって、直ちに、有責、違法な行為となり、刑罰の対象になるかという点必ずしもそのように断定することはできない。更に、その行為者の主観的意図、行為の態様、実害の有無、反社会的規範性の軽重、立件の経緯、他の同種事犯との均衡等諸般の事情を仔細に検討した上、慎重に結論を導かなければならない」^(註11)といった実質論にあるならば、それを判決に表現するにおいて、いささか価値判断が先行しすぎ、証拠により認定すべき事実と、それに対する法的評価が混在しているとのそしりは免れないであろう。

さらに最も根本的な問題は、上記に摘示された各事実が、「仮に被告人の本件所為が、それぞれの構成要件に該当するとしても、刑罰を以て臨むことは相当でなく、本件被告人の所為は、可罰的違法性を欠き、違法性そのものを阻却する。」という結論との関係において、理論上どのように位置付けられるのか、不明確なことである。上記判示の仕方からみて、一審判決が、実質的(あるいは超法規的)違法阻却事由としての可罰的違法性論を採用していることは間違いないと思われるが、本来は責任を左右する主観的事情であるはずの被告人の動機・認識にまつわる事情(上記1. 4. 5. 6. 7. 11.)が、どのように

^(註10) 刑集四〇巻四号三三〇頁

^(註11) 刑集四〇巻四号三三一頁

して、可罰的な「違法性」の有無を左右する事情として判断に取り込まれたのか、理論的に突っ込んだ検討がされた形跡がない。故意及び過失を完全な主観的違法要素として位置づける犯罪論体系を採るならともかく、一般に、判例・実務においては、構成要件を特定する機能を持つ主観的要素であるところの故意及び過失は、構成要件要素であるとともに原則として責任要素と理解されていると考えられるから^(註12)、この点については、何らかの説明があつてしかるべきだったのではないか。

また、被告人が実質的な捜査協力者であることや（同2.）、そもそも、処罰の必要が高いのは本件機器を製造・販売する行為であつて、被告人のように、機器の販売者から持ちかけられて半信半疑で同機器を購入した者が、本犯として摘発・立件されるのは、上記製造・販売にかかる者を幫助犯として処罰するための、いわば苦肉の策という面があることなどについては、実質的な公平感を欠いた起訴権限の行使を指摘するものとして、公訴権濫用論とオーバーラップする性質の事柄である。実体法上の可罰的違法性論と訴訟法上の公訴権濫用論は、いずれも、刑事法における謙抑主義を基礎にして、法概念（この場合は違法性及び公訴権限）の形式的理解から生じる刑罰権の濫用を是正し、個々の事件につき妥当な結論を得ようとする実践的試みである。その意味で共通の基盤を有する理論であることは、つとに指摘されているが^(註13)、それにしても、「可罰的違法性論」を名乗る以上、本件公訴事実及びそれに密接に関連する事情から距離の遠い、通常いわゆる情状として扱われる上記の各事情が、なぜ行為自体の違法性に影響するのか、その点に関する最低限の説示は必要だったよ

^(註12) 前田雅英『刑法総論講義 [第3版]』四九～五〇頁、六五～六六頁、小林充『刑法 [第2版]』二三～二四頁、三三～三五頁参照。

^(註13) 藤木英雄「可罰的違法性の理論の訴訟法的課題」（佐伯千仍還暦記念『犯罪と刑罰（下）』一八七頁以下）、田宮裕「訴追裁量のコントロール」（立教法学一一号一〇一頁以下）、米田泰邦「可罰的違法性をめぐる実体法的、手続法的問題」（同『犯罪と可罰的評価』二三頁以下所収）、内藤謙「可罰的違法性（三）」法学教室五八号三七頁等。

うに思われる。

以上を要するに、一審判決は、当事者や証拠に最も近い一審ならでの皮膚感覚に基づき、正義・衡平の観念に裏付けられた結論を導いているものの、反面、事実認定及び理論構成の双方において、整理・検討が不足した感のあることは否定できず、いささか価値判断の先行した印象を与える判決だったといえよう。

三 第二審判決（東京高等裁判所）

1 判決の概要

二審判決は、まず、一審判決の認定した大筋に沿って、本件機器の性能（発信側に課金されるべき通話料金が課金されなくなる基本的メカニズム）、被告人と売人Ⅰの関係（かつてⅠの口添えて被告人の経営する会社がビルに入居できた経緯があったことなど）、本件当時、久しぶりに姿を現したⅠからの売り込みにより、被告人が同機器二台を合計代金一四万四〇〇〇円で購入したこと、被告人は一回だけ本件機器を取り付け使用して上記性能を確認したが、翌日顧問弁護士に意見を求め、そのアドバイスに従って同機器を取り外し使用を中止したこと、その後、神奈川県警本部の捜査官らが、被告人が経営する会社の事務所を訪れ、上記顧問弁護士の立会の下に、被告人から事情説明を受けるとともに、本件機器二台の任意提出を受けたこと、以上のような基本的事実関係を認定する。その際、「原判示のように、被告人が石原秀博（筆者注：Ⅰのこと）に対する既往の不義理の穴埋めまたは同人の窮状の救済としてこれを購入したのとは認め難い」⁽¹⁴⁾、あるいは、「原判示のように、右重野寛（筆者注：上記被告人会社を訪れた神奈川県警本部の捜査官）が……被告人には絶

⁽¹⁴⁾ 刑集四〇巻四号三三五頁

対に迷惑をかけない旨公約した等の事実は認め難い」⁽¹⁵⁾として、一審判決とは対照的に、被告人の公判供述を信用して全面的にこれに依拠する姿勢を採らなかったことが目を引く。もっとも、その一方で、検察官の控訴趣意に対し、「所論は、被告人は買受けたマジックホンを二台共電話回線に取付使用したというが、右事実を肯認できる証拠はない」⁽¹⁶⁾と判示するなど、訴追側の主張・立証を全面的に採用したわけでもないことに注意しなければならない。

そして、二審判決は、上記の事実関係によれば、被告人は、本件機器に通話料金支払を免れる機能があることを知りながら、自らこれを電話回線に取り付け使用したのであって、このような行為が法秩序全体の見地から許容されるいわれがないから、違法性に欠けることはないとする。また、被告人は、同機器を買受ける際、その取り付け使用が法規に触れるのではないかとの疑問を抱いていたのであり、現実に取り付け使用した後、不安を覚えて顧問弁護士と相談して取り外した事実を併せ考えれば、違法性に関する認識も肯定できるとする。

その上で、二審判決は、次のように一審判決の難点を指摘する。すなわち、一審判決は、被告人の本件所為につき可罰的違法性ないし違法性そのものが阻却される根拠として、

- A. 被告人は、本件機器の性能につき概括的な認識を有していたにすぎないこと
- B. 被告人は、上記性能を確認する目的でテストとして一回使用し、同機器の性能を確認したが、不安を覚えて顧問弁護士に相談し、その意見に従って直ちに同機器を取り外し使用を中止したこと
- C. 本件所為により電電公社が被った実害は通話料金相当額の僅か一〇円であり、膨大な利益を上げている同公社の実態に着目すれば、九牛の一

⁽¹⁵⁾ 刑集四〇巻四号三三六頁

⁽¹⁶⁾ 刑集四〇巻四号三三六頁

毛にすぎないこと

- D. 有線電気通信法違反罪についても、一般の「通信」概念からすれば、専ら電電公社の課金業務遂行のため必要とされる「応答信号」の障害が、同法による取締の対象になるとの認識は有しにくく、法の不知は恕せずとの考え方で犯罪成立の結論を導くことは被告人に対し極めて酷であること

の各事実を挙げているが、有線電気通信法（二一条）違反罪及び偽計業務妨害罪は、いずれもいわゆる危険犯であり、現実には有線電気通信又は業務遂行が妨害されたことは犯罪の成立に必要ではなく、妨害の結果を発生させるおそれのある行為があれば足りると解すべきところ⁽⁴¹⁷⁾、被告人が本件機器を取り付けた行為は、上記おそれのある行為に該当し、これにより犯罪は既遂に達するから、被告人がその後顧問弁護士に相談のうえ同機器を取り外したこと（上記B.）、実害額が僅少であること（同C.）などは、捜査官に対する協力行為とともに、いずれも犯行後の情状にすぎない。また、本件機器の性能（要するに通話料金が無償になること）につき概括的認識にとどまっていたこと（同D.）などは、犯意が確定的か否かに関する問題であり、その他犯行前後の経緯に照らしても、本件所為につき違法性を否定すべき事情を見出すことができない。

このように判示して、一審判決を破棄し、被告人を罰金三万円に処する有罪の自判をしたのである。

2 検討

二審判決は、実務における一般的感覚に忠実な、その意味でオーソドックスな判決である。

⁽⁴¹⁷⁾ 前者につき最三小決昭和三三年三月四日刑集一二卷三号三七七頁、後者につき大判昭和一年五月七日刑集一五卷五七三頁各参照。二審判決も、これらの判決を引用している。

すなわち、本件で問題になっている有線電気通信法（二一条）違反罪及び偽計業務妨害罪が、いずれも危険犯であるとの確立した判例法理を前提にすれば、同判決が指摘するとおり、被告人の本件機器使用が一回のみにとどまり、しかもその直後に同機器を取り外したことや、電電公社に与えた実害が僅少であることなどは、犯罪の成否に直接関係のない、いわゆる情状に属する事柄である。また、これも同判決が指摘するとおり、被告人の本件機器の性能に関する認識が概括的なものにとどまっていたことなどは、犯意が確定的なものか未定的なものかに関わる事情であって、故意（犯意）の成否そのものを左右する事情ではない。さらにいえば、一審判決の認定する、被告人は、行為当時、本件機器を取り付け使用する行為が電電公社の課金業務に影響を与えることは認識していたが、有線電気通信法二一条（当時）に違反する通信であるとは認識していなかったとの事実（前記二2、6.）は、故意の成立に違法性の意識の可能性すら不要とするとされる判例の立場を前提にすれば^(註10)、刑の量定には影響しても、故意の成否とは関係ない事実ということになる。また、同じく一審の認定する、被告人が同機器を購入した主たる動機・原因が、旧知の間柄であるIに対する不義理を穴埋めし、あるいは同人の窮状を救うことにあったとの事実（同二2、4、5、もっとも、前記のとおり、二審判決は、このような事実までは認められないとしているが）についても、故意として把握されるべき行為当時の行為者の認識そのものではなく、その形成過程における事情にすぎないから、行為当時に、被告人が、たとえ概括的なものであるにせよ、本件機器を取り付け使用すれば本来徴収されるべき電話料金を免れる効果があるとの認識

^(註10) ちなみに、筆者は、判例が違法性の意識の可能性すら問題にしない、その意味で故意の成立を非常に広く認める立場を採っているとは考えていない。私見によれば、判例は、学説が問題にする違法性の意識（ないしその可能性）を事実の認識に引き直して実質的に故意の成否を判断しており、いわば、一般人ならばその罪の違法性を意識し得るだけの事実の認識を要求する立場を採っている。したがって、これと全く同旨の前田教授の分析が正しいと考えているが、本稿では、その点はさておく。前田雅英『刑法総論講義 [第3版]』二九一～二九八頁参照。

を持っていた以上（そのこと自体は、無罪の結論を導いた一審判決も自認している。同二2、7. 参照）、危険犯の成立に必要な故意に欠けるところはないとの結論に至らざるを得ない。

以上の検討から分かるとおり、二審判決は、判例法理に忠実な手堅い判断を示したものであって、仮にその結論（有罪）に疑問を呈する立場に立ったとしても、その法律構成にとりたてて難点らしきものが見当たらないことは、認めなければならないであろう。

四 上告審判決

1 多数意見及び補足意見

二審判決に対して被告人が上告したが、最高裁判所第一小法廷は、弁護人の上告趣意は、憲法三一条違反をいう点を含め、その実質はすべて事実誤認、単なる法令違反の主張であって、刑訴法四〇五条の上告理由に当たらないとした上で、次のように判示し、上告を棄却した。

「なお、被告人がマジックホンと称する電気機器一台を加入電話の回線に取り付けた本件行為につき、たとえ被告人がただ一回通話を試みただけで同機器を取り外した等の事情があったにせよ、それ故に、行為の違法性が否定されるものではないとして、有線電気通信妨害罪、偽計業務妨害罪の成立を認めた原判決の判断は、相当として是認できる。」^(註19)

前記のとおり、二審判決が判例法理に忠実な、実務的にみればある意味で当然の判断を示したものであったことからすると、上告棄却という結論は、ある程度予想のつくものであったというべきであろう。判例・実務が一般に理解するところの犯罪論体系は、上記判示にも如実に表れている。つまり、ここで問

^(註19) 刑集四〇巻四号二九四頁

題になっている被告人の行為は、本件機器を加入電話回線に「取り付けた」行為であり、取り付けた行為によって、有線電気通信及び電電公社の課金業務遂行が妨害される危険が発生した以上、もはや犯罪の成立を否定することはできないのであって、「被告人がただ一回通話を試みただけで同機器を取り外した等の事情があったにせよ」、それは既に勝負がついた後の周辺的な事情（すなわち情状）にすぎないというわけである。

そのことは、大内恒夫裁判官の補足意見^(註20)を読めば、いっそう明瞭になる。この補足意見は、谷口裁判官が反対意見を付した関係で、多数意見（法廷意見）を代表して反対意見に反論する形で表明されたものであるが、「マジックホンは、要するに『電話料金がただになる機械』であり、このような機器を電話回線に取り付けることが許されないことは、国民一般にとって容易に認識しうる」として、まず、故意に欠けるところはないことを確認する。その上で、「しかも、有線電気通信妨害罪及び偽計業務妨害罪は、有線電気通信または業務に対する妨害の結果を発生させるおそれのある行為がなされることによって成立する」から、そうだとすれば、反対意見がその立論の前提とする諸事情、すなわち、被告人がIからの申出を容れてマジックホンを購入したのは、積極的に通話料金支払を免れることを意図したのではなく、主としてIに対する恩義に報いる気持から出たものであること、また、被告人は、マジックホンがIの説明どおりの性能を有するかどうかを試験するため、これを電話回線に取り付けて一回通話を試みたものであって、その効果を確認した後、直ちにこれを取り外したことなどは、仮にそのとおりの事実が認定できたとしても、「これが被告人の本件マジックホン取り付け行為についての処罰相当性を否定すべきものとは到底考えられない」というのである。そのいわんとするところは、前者は犯意の形成過程に関する事情にすぎず、また、後者は犯罪が既に成立した

^(註20) 刑集四〇巻四号二九四～二九五頁

後の情状に属する事情にすぎないというにある。これは、多言を要しないところであろう。

2 反対意見

さて、本稿の直接のモチーフとなった谷口正孝裁判官の反対意見^(註21)をみてみよう。同意見は、まず、概要次のとおり、事実関係を詳細に認定する。

(1) 被告人は、昭和四七、四八年ころ、その当時経営していた会社事務所の開設について I の世話になったことがあったが、昭和五五年一〇月一日ころ、何の前触れもなく原判示被告人会社事務所を訪れた I から、持参したマジックホンの性能の説明を受けた上、購入を勧められた。被告人は、そのような機器の使用は法規に触れるのではないかと思ひ、その旨問いただしたが、I によれば、弁護士にも相談してみたが法的に問題ないとのことであった。被告人は、少なくとも民事上の責任は生じ得ると思つたが、I が金に困っているようであり、前に事務所開設のことで同人に迷惑をかけたこともあるので、その清算の意味もあって、同日、同機器二台を一台当たり七万二〇〇〇円、合計一四万四〇〇〇円で購入した。

(2) 被告人は、本件機器が本当に I の説明どおりの性能を有するものか、多少の疑念を抱き、同日ころの午後九時ころ、購入した同機器二台のうち一台を、会社事務所に設置された電電公社加入電話のうち被告人が私的に使用している一台の回線に取り付け、被告人方会社従業員 T をして、付近の公衆電話から電話をかけさせてみた。すると、ふつうに通話できたのに、公衆電話においては投入した一〇円硬貨が返戻されたので、I の説明どおりの性能のあることが確認できた。ただ、被

^(註21) 刑集四〇巻四号二九五～三〇〇頁

告人としては、法律上問題とならないのか、なおさら不安を覚え、翌朝、被告人会社の顧問弁護士に問い合わせたところ、「法的規整について正確なことは判らないが使用しない方がよい」との答えを得たので、直ちにこれを取り外し、未使用の一台とともに会社事務所内のロッカーに蔵置し、その後、これら機器を使用したことはなかった。

- (3) 当時、神奈川県警本部の警察官は、有線電気通信妨害罪、偽計業務妨害罪の嫌疑でIに対する捜査を進めていたが、Iの取調べにより、同人が被告人に本件機器を販売した事実が判明したため、同年一月二一日、同本部のS警部補ほか一名の警察官が被告人方事務所へ赴き、Iに対する上記被疑事件の裏付捜査を行った。その際、Sらは、被告人及びその顧問弁護士に対し、捜査に協力するよう依頼し、「本当に許せないのはマジックホンを製造したり販売したりした者である。それらの者を検挙処罰するため是非捜査に協力して貰いたい」旨の発言をまじえながら、被告人に対し本件機器購入の経緯等についての説明を求めた。そして、被告人から同機器二台の任意提出を受け、これを領置するとともに、被告人から同機器一台を電話回線に取り付け使用した旨の供述を得たので、被告人に対する本件を立件するに至った。

上記のとおり、谷口反対意見においては、事実審かと見まがうような詳細な事実認定がされている。これは、上告審判決としては異例のことと思われるが、そのこと自体、本件で問題になる可罰的違法性の理論や処罰相当性の概念なるものが、事細かな事実関係とそれに対する法的評価によって有罪・無罪の結論を異にしかねない、微妙な限界領域における法理論であることを示すものというべきであろう。

それはともかく、反対意見は、上記の事実関係をふまえた上で法律論に入り、まず、本件では、捜査の違法性は問題にならないことを指摘する。同意見によれば、自ら進んで捜査に協力したのに、犯人として検挙され、起訴・処罰され

ることに不満を持つ被告人の心情には理解を寄せる余地があるが、記録上、本件捜査が警察官による偽計・約束等による適正を欠くものであったとは認められないばかりでなく、被告人は、顧問弁護士立会の上で進んで本件機器使用の事実を警察官に申し述べているのだから、ここで捜査手続の違法を論ずることはできないというのである。これは、おそらく、一審及び二審において、捜査官が被告人に捜査協力を求めるに際し、「絶対に迷惑はかけないから」と約束したか否かが事実認定上の争点になったことを意識してされた判示であろう。反対意見は、この点につき、証拠上、一審判決のように、捜査官が「絶対に迷惑はかけないから」と約束した事実までは認定できないことを暗に示すとともに^(註22)、法律論としては、例えば公訴権濫用論や違法収集証拠排除法則に代表される、捜査手続の違法・不当に基礎を置く救済法理の適用を、事実上否定したものと考えられる。

その上で、反対意見は、いよいよ本論に入る。同意見によれば、零細な違法行為については、一厘事件^(註23)から、たばこ五本不法所持事件^(註24)及び旅館たばこ買い置き事件^(註25)へと、大審院・最高裁を通じて受け継がれた無罪判決の系譜があり、これら判例の解釈としては、「違法性及び責任性が極めて低いと認められる場合に刑法全体の精神からして超法規的に違法性が阻却されるとか」、「『構成要件』は処罰に値するとして類型化されたものであるから、処

^(註22) 弁護人は、上告趣意において、この約束の有無に関する点を重大な事実誤認として主張している。刑集四〇巻四号三〇六～三〇八頁参照。

^(註23) 大審判明治四三年一〇月一日刑録一六編一六二〇頁

^(註24) 最二小決昭和三十年一月一日刑集九巻一二号二四二〇頁。

ちなみに、この判例は、一般に、可罰的違法性論における絶対的輕微の一事案として位置づけられており、谷口反対意見もそのことを前提に引用しているが、実際には、一厘事件判決を引用した上告理由を、「所論引用の判例は事案を異にし、本件に適切でない」と排斥した上、職権調査の結果、被告人が、事實的支配の意思をもってたばこ五本を所持した事実を認めるには証拠不十分であるとして、原判決を破棄し、無罪を言い渡したものである。つまり、純粹な事実認定で決着をつけた判例であって、可罰的違法性論の系譜に位置づけるべき判例なのか、大いに疑問があるが、本稿ではこれ以上触れない。

^(註25) 最一小決昭和三年三月二八日刑集一一巻三号一二七五頁

罰に値しないと認められる行為はもともと刑罰法規の定めた構成要件に該当しないとか、いろいろな理論づけがなされている」とする。そして、「可罰的違法性の概念が判断基準として明確性を欠くとの非難は免れないとしても、違法性及び責任性が極めて低いという判断は裁判所として当然可能であり、また判断すべきことである。……その判断の結果、被告人の行為について違法性・責任性が極めて低い場合、被告人の当該行為について処罰に値しないとして無罪の判断をすることは、よしそれが限られた場合にせよ、刑事事件の終局的な判断者として裁判所の法政策的権能に属するものと考えてよい」という。このような観点から被告人の所為を検討すると、本件機器購入の経緯・動機について前記のような事実関係が認められる^(註26) ことに加え、被告人に違法性の意識の可能性があったことは否定できないにせよ、積極的に違法性の認識を持ちつつ法敵対的意識のもとに取って行為に及んだものとは到底認められない。したがって、行為の違法性及び責任性は極めて低いということができ、「被告人の本件所為は、昭和五九年法律第八七号改正前の有線電気通信法二一条、刑法二三三条に当たる罪を構成するものとしては、処罰相当性を欠き右各罪の構成要件該当性がない」と結論するのである。

谷口裁判官が刑事専門の職業裁判官出身の最高裁判事であったことも関係しているだろうが、圧巻な事実認定というべきである。裏を返せば、同裁判官も、ここまで細かく事実を押さえた上でなければ、「処罰相当性に欠ける」との非常救済法理によって無罪の結論を導くのは難しいと考えておられたのかも知れない。

^(註26) 谷口反対意見は、被告人が積極的に通話料金の支払を免れることを意図したのではないとの認定に際し、括弧書きで、「被告人が検察官に述べているように、沖繩にある取引先から被告人方会社宛の電話による通話料金を免れるため本件機器を購入したというのであれば、その取引先に対して何らかの連絡等の行動があつて然るべきであるのに、そのような行動のあったことを窺うに足る証拠もない。そしてまた、被告人において営業上の必要経費として納税に際し当然控除されるべき通話料金を本件機器を使用して免れることにどれ程の利益があったのかも検察官調書上明らかにされていない」と指摘している。刑集四〇巻四号二九九頁参照。

五 処罰相当性とは何か？

1 可罰的違法・責任類型としての構成要件

谷口反対意見を一読して目を引くのは、「可罰的違法性論の絶対的軽微類型に属する一事例」という、本件に関する教科書的な位置づけと趣を異にし、判文上、「違法性」及び「責任性」という言葉が何度も並列的に用いられていることである。

すなわち、同意見は、前記のとおり、一厘事件判決等を引用するくだりで、これら判例の解釈としては、例えば「違法性及び責任性が極めて低いと認められる場合に刑法全体の精神からして超法規的に違法性が阻却される」との理論的説明がされていると指摘した上で、「違法性及び責任性が極めて低いという判断は裁判所として当然可能であり、また判断すべきこと」であって、「その判断の結果、被告人の行為について違法性・責任性が極めて低い場合」には、無罪の実体判断をすることも、裁判所の権能に属するという。そして、本件機器購入の動機（専ら前記Ⅰに対する不義理を埋め合わせる意図から購入に至ったものであること）や、被告人が積極的な法敵対的意識のもとに敢えて行為に及んだものとは認められないことなど、被告人の行為当時の主観面に関わる事情を列挙した上、「以上の諸事情を考えれば本件被告人の行為の違法性及び責任性は極めて低いと考えてよい」という理由で、「処罰相当性を欠き……構成要件該当性がない」との結論を導くのである。

このような判示からみて、同意見は、行為者の主観的事情が法的な非難可能性（責任）に関わる要素であることを前提に（そして、その反面として、行為の客観的事情が法益侵害性（違法）に関わる要素であることをも前提に）、本件で問題になっている被告人の所為は、客観的な法益侵害性が低いのみならず（すなわち、絶対的軽微の事案であるのみならず）、主観的な非難の度合いも低いのであって、違法性及び有責性の総和が刑罰という峻厳な社会的制裁に値する程度に達していないということを、「処罰相当性を欠く」という言葉で表現

したものとみてよいであろう。それとともに、ここでは、実務における構成要件概念が、違法類型であると同時に有責類型でもあり、かつ、処罰に値する程度の実質を持つものでなければならない（私見によれば、理論構成は別にして、そのこと自体は、一厘事件判決の昔から実務一般に共有されている感覚だといつてよい）ことが、当然の前提とされていることが見てとれる。

なお、ここで、「処罰相当性」の概念が、処罰に値する程度の違法性及び有責性の存在をそれぞれ独立の要件とした上で、その両方を満たす必要があるものとして位置づけられているのか、それとも、処罰に値する程度の違法性及び有責性のそれぞれが、ひとまず定量化された上で、その総和が全体として処罰に値する程度に達しているか否かを問うものであるのかは、ひとつの問題である。一般に、実務においては、違法性及有責性を巡る学説上の激しい論争から距離を保ち、具体的事件の解決に必要な限りで事案に即した法律構成を示すという実務の本分を守るため、違法性と責任性を必ずしも厳密に区別・意識せずに論じる傾向がある。その傾向は、谷口反対意見にも反映されており、形式面をみても、「違法性」と「責任性」が、「及び」や「・」によって何の留保もなく並列されているし、内容をみても、違法性及び責任性が極めて低い場合に刑法全体の精神からして超法規的に「違法性が」阻却されるとの前記理論的説明が引用されている。以上の点に照らし、同意見のいう「処罰相当性」は、上記二つの理解のうち後者、すなわち、違法性と有責性を併せた総量が処罰に値する程度に達しているか否かを問題にするものと理解すべきであろう。本稿も、そのことを前提に叙述を進める。

2 裁判所の法政策的権能

「処罰相当性」が、当該行為者の行為が処罰に値する程度の違法性及び有責性を備えたものであることを意味する概念だとして、次に検討すべきは、反対意見にいう「法政策的権能」の妥当性である。「処罰相当性」と少なからず重

なり合う「可罰的違法性」の概念を用いて無罪の結論を導こうとする可罰的違法性論に対する批判のうち、根本的なもののひとつに、裁判所が明文の根拠を持たない理論に基づき無罪の実体判断を行うことに対する批判がある^(註27)。そうだとすれば、裁判所の「法政策的権能」が、具体的に妥当な結論を追い求める余りに、法的安定性や公平性を過度に損なうようなものではなく、むしろ司法機関としての職責上、「裁判所として当然可能であり、また判断すべきこと」(谷口反対意見)といえるかどうか、前提として確認されなければならないからである。

この点については、内藤謙教授が既に明快な答えを出しておられるように、筆者には思える。すなわち、同教授は、可罰的違法性論を検討した論考の中で、理論としての可罰的違法性論を採用することは、「処罰しない方向にむかっての法政策的(刑事政策的)機能を裁判所に認めること」に他ならないが、訴訟手続打ち切り制度(ドイツ刑法一五三条参照)、判決の宣告猶予制度、刑の一般的免除制度等、この種の法政策機能が制度上裁判所に認められていないわが国の現状では、犯罪成立要件を形式的にのみ理解するならば、裁判所が、同要件が形式的には備わっているが処罰に値しないと判断した場合においても、起訴されている以上、せいぜい執行猶予付の有罪判決しかできないことになる。しかし、「刑事事件の終局的な判断者として裁判所が真に処罰を必要とするかどうかという法政策的な判断をなしえないと解すべきではあるまい」。「処罰を必要としないと判断しながら有罪として刑を言い渡さなければならないということは矛盾しているとさえいえる」のであって、「少なくとも、検察官が起訴・不起訴について広い裁量権による高度の法政策的機能をもっていることと調和しえないように思われる」。以上のように指摘するのである^(註28)。

筆者には、上記の指摘は、まさしく正論であるように思われる。これまで、

^(註27) 河上和雄「いわゆる可罰的違法性について—その七つの罪」警察学論集二七巻六号、白井滋夫「『可罰的違法性』に対する批判的検討」警察学論集三〇巻九号等。

実務は、運用・処分の形式的な公平性を重んじるあまり、あるいは、構成要件該当性、違法性、有責性という伝統的な三分說的犯罪論（それも、原則・例外（阻却事由）型の二元構造で構成された、認定論的・機能論的なそれ）を墨守するあまり、形式的に構成要件該当性の肯定される行為が起訴され、しかも特に犯罪成立を阻却する事由も見当たらない以上、処罰はやむを得ないものとして、被告人にとって酌むべき方向の事情は情状として考慮し、後は量刑の問題と割り切りすぎていたのではないだろうか。そのような法解釈・適用の態度は、堅実ではあるかも知れないが、法が本来持つべきダイナミズムを喪失した、縮み指向の強いものであるように思われる。それが、法の最終的な体现者として裁判所が本来期待される役割に適うものであったかどうか、再考の余地があるというべきである。

ちなみに、内藤教授は、檢察実務サイドからの批判にも丁寧に反論し、緻密な理論を展開している。例えば、裁判所が可罰的違法性論を採用して無罪判決を出すことは、刑罰の一般予防機能を失わせ、法無視の弊風を招くとの批判に対しては、当時の統計資料に基づき、「業務上（重）過失致死傷罪を除く刑法犯の三六％……が起訴猶予となる……状況と対比するとき」、戦後判例集に登載されたもので一三〇件余にとどまる可罰適法性を欠くことを理由とする無罪判決が、「刑罰の一般予防機能を失わせ、法無視の弊風をまねいたとはいえないように思われる」。また、法定刑の下限が低く、罰金・科料もある暴行・傷害のような犯罪類型については、そもそも違法性が軽微な行為を対象として想定しており、可罰的違法性論適用の余地はないとの批判に対しては、法定刑の下限の低い犯罪類型についても、処罰に値する程度の違法性がないということは、理論上十分あり得る。現に、「昭和五八年度に傷害について一五・一％……、暴行について三〇・三％……が起訴猶予になっている」のであって、これ

⁽¹²²⁾ 内藤謙「可罰的違法性（三）」法学教室五八号三八頁

らは、検察官が、処罰の前提として訴追自体が必要ないと判断したからこそ、起訴猶予になったはずである。以上のように反論する。そして、「起訴した以上、問題は別になり、裁判官が処罰に値しないと判断したとしても有罪としなければならないとするのであろうか。あるいは、裁判の段階に入れば、処罰に値するかどうかを判断する余地が全くなくなるとするのであろうか。そうだとすれば、秩序維持を強調して必罰主義をとり、有罪判決のもつ意味を余りに容易に考えるその発想には疑問がある。」と、痛烈に批判するのである^(註29)。筆者には、これもまた正論に思えるが、どうだろうか。

六 三友炭坑事件判決の法理

1 可罰的違法及び可罰的責任の欠缺

前項で検討したとおり、「処罰相当性」の理論とは、行為の客観的事情が法益侵害性（違法）に、行為者の主観的事情が非難可能性（責任）にそれぞれ結びつく要素であることを前提に、実務における構成要件概念が、違法類型であると同時に責任類型であり、かつ、これが処罰に値する程度の実質を持つものでなければならないことを基礎として、形式的には構成要件に該当するようにみえても、客観的な法益侵害性が低いのみならず、主観的な非難の程度も低い場合には、違法性及び有責性の総和が刑罰に値する程度に達してないものとして、構成要件該当性を欠き、無罪であるとの結論を導く理論と把握することができる。

しかし、このような着想は、実は、谷口反対意見のオリジナルではない。学説が「可罰的違法性論」の系譜に位置づけて論じてきたものを含め、実務の底流には、形式的には犯罪の成立を否定する理由が見当たらないが、全証拠から

^(註29) 内藤謙「可罰的違法性（二）」法学教室五六号九七～九八頁

浮かび上がった事件の全体像に接した者の実感として、まさしく法秩序全体の見地から^(註30)、どうしても処罰に値する程度の実質を備えた行為とは思えず、無罪の結論が正当な事案が存在するとの感覚が、一貫して存在してきたのである^(註31)。そのことを、伊達秋雄教授は、自身が最高裁調査官（当時）として関与した三友炭鉱事件判決^(註32)をモチーフとする「三友炭鉱事件判決の法理——可罰的違法・責任性の欠缺——」と題する論考（佐伯千仞還暦記念『犯罪と刑罰（上）』二八九頁。以下「伊達論文」という）において、「形式上犯罪類型または構成要件に該当するようにみえる行為で、しかもその違法性のみに着眼していれば必ずしも可罰的違法性を欠くとは断定できないにしても、その行為の責任性をも併せて評価すれば行為の可罰性を欠き犯罪類型または構成要件にあたらぬと判断することができる場合があるのではないか」（前掲書二九一頁）と、端的に指摘している。同教授によれば、「このような結論は、単に犯罪類型または構成要件が可罰的違法性と可罰的責任性ある行為の類型だという概念から形式論理的に引き出されたものではなく、……判例が刑責を否定した事案の実体を検討し、かつ何故に裁判官がこれらの事案を無罪としたかというその情操にまで立入って憶測することによっておのずから……胸中に湧き出たものであり、……実践的な思考に外ならないもの」（前同）だという。以下、三友炭鉱事件における各審級の判決を検討し、伊達教授にならって、「何故に裁判官がこれらの事案を無罪としたか」を検討してみたい。

^(註30) 本稿52で検討したところによれば、ここでいう「法秩序全体の見地」とは、学説が好んでする違法性の統一性に関する議論にとどまらず、終局的な法律判断者としての裁判所が、法政策的権能を有することを肯定すべきであることをも含意するものとして、理解すべきである。

^(註31) 可罰的違法性論も、公訴権濫用論も、下級審判例の積み重ねの中から形を成してきて、学説によって理論的な整序を与えられた理論であることを、想起すべきであろう。

^(註32) 最小小判昭和三十一年一月一日刑集一〇巻一〇号一六〇五頁。

2 一審判決 (福岡地方裁判所飯塚支部)

まず、事案の概要を確認しよう。三友炭鉱事件は、刑訴施行法に基づき判決された旧法 (旧刑訴) 下の事件であるが、その公訴事実の概要は、被告人は、福岡県嘉穂郡所在の三友炭鉱労働組合の婦人部長であるが、同組合は同炭鉱の経営者に対し「飢餓突破資金」名目の金銭支給等を要求して拒絶されたことから、昭和二二年九月一三日から罷業に突入したが、同年一〇月六日、Yら二四名余の組合員が生産同志会なる団体を結成し、罷業から脱退し生産業務に従事したので、罷業中の組合員らは極度に憤慨していたところ、同月七日午前八時三〇分ころ、生産同志会員Kらが炭車を連結してガソリン車を運転し、同炭鉱貯炭場から上山田駅に向かい進行を開始したので、これを認めた被告人は他の三〇余名の組合員婦女とともに上記ガソリン車の前方線路上に立ち塞がり、通るならば自分らを轢き殺して通れと怒号し、Kらに多衆の威力を示して炭車を停止させ、同日午前一一時四〇分検挙されるまで、運炭業務を不能にさせてこれを妨害した、というものである。

一審判決は、「本件妨害行為は被告人単独の自発的意思に基いて行われたものではなく争議中の組合が生産同志会の行為を目して争議を妨害するものと判断して之を行つたものである」こと、諸般の事情に照らし、「本件争議権は正当に行使されたものである」こと、生産同志会の結成・活動は、「組合に対する純然たる裏切行為である」ことなどを指摘した上、「労働組合法立法の精神に照し生産同志会の行為は本件争議権に対する一方的な侵害行為と見る外はなく之を組合が本件の如く座込戦術を用いて生産同志会の就業を阻止した程度に止まる行為に付ては争議行為の正当な範囲に属するもの」とし、「当裁判所は本件妨害行為は労働組合法第一条第二項刑法三五条に該当するものと認めて」(すなわち、刑法上の正当行為として違法性が阻却されるものとして：筆者注)、無罪の結論を導いたのである ^(註33)。

^(註33) 刑集一〇卷一―二号一六二二頁～一六二六頁。

労働法の理念に忠実な、時代の香りを感じさせる判決ではあるが、現代の実務家が判決全文を一読すれば、おそらく誰しもが、前記マジックホン事件の一審判決と同様、評価の対象となるべき事実の認定と、認定された事実に対する法的評価とが渾然一体となった、いささか価値判断が先行した判決として、違和感を覚えるであろう。したがって、無罪の結論は正当と評し得ても（筆者は、そう考えている）、客観的にみて、一審判決の法律構成が上訴審で維持される可能性は低かったであろう。この点は、上告審に関わった伊達教授が、「最高裁としては、同志会員等の裏切り行為が組合員の争議権に対する侵害行為であるから争議権防衛のための判示行為は正当であるというような極めて単純な法理で大胆に違法性阻却を肯認した第一審判決を支持することはできなかったであろう」^(註34)と評するとおりだと思われる。

3 二審判決（福岡高等裁判所）

これに対し、二審判決は、興味深いことに、一審とは正反対の法律構成を採用し、責任が阻却されるとの理由により無罪の結論を導いた。すなわち、同判決は、組合が劣悪な福利施設を放置するなど不誠実な経営者側の対応のためやむなく罷業に突入したものであること、生産同志会は経営者側と縁故のある者により結成され、組合の切り崩し（スト破り）を目的として就業を開始したものであること、組合員らは、生産同志会は不純な動機から仲間を裏切り罷業を妨害するもので、同会が就業を開始するとせつかくの罷業の効果がなくなるとして、極度に憤慨していたことなどを認定する。そして、その矢先に前記Kらが炭車を運転してきたので、多数の婦人並びに二、三名の男子が憤激の余り、炭車の前に座り込んで運行を阻止していたところ、被告人も、組合長の指揮に従って、座り込みに参加して判示行為に出たものであり、「かかる主観的、客

^(註34) 伊達論文・前掲書二九四頁。

観的条件の下に被告人に対し、右の如き所為に出ないことを期待することは、一般的通念よりして可能なりとは認め難く、従ってその所為について被告人に対しその責任を追及し、罪責を負わしめることは条理上相当なりとは言い得ないので、被告人の所為が他の婦人達の所為と相まって右川上久光（前記Kのこと。筆者注）の業務、進んでは経営者の業務を妨害する結果を惹起していても、その所為に対する責任を阻却するものとして無罪の裁判をするを相当と認める」との判断を示した⁽¹³⁵⁾。

ここで重視されているのは、被告人ら組合員の罷業が、決して労働者側の過大・不当な要求に基づくものではなく、諸物価の高騰や経営者側の不誠実な対応に起因して、最低限の生活を守るためいわばやむを得ず決行されたものであること、及び、生産同志会が、経営者側の縁故者を中心に結成された、組合の切り崩し（スト破り）を目的とすることが明かな団体であり、生活防衛のため立ち上がった一般の組合員からすれば、「裏切り者」との義憤に駆られてもやむを得ない事情があったことの二点である。前者については、判決が、「罷業前における三友炭鉱の出炭成績は、附近中小炭鉱のそれに比較して、著しく劣ることなく、しかもその福利施設に至っては最悪の条件の下に放任されて居る反面、「経営者側においては、毫もこれが改善に着手する模様なく、遂に前記のような突破資金の要求等に対する経営者側の不誠意を認めて、本件罷業に突入するの已むなきに至った顛末を看取することができる」と判示するとおりである。また、後者については、被告人は、「選ばれて右労組の婦人部長に就任したものであるが、元来労働運動乃至争議については何等経験なく、労働運動の意識も極めて低く、……本件罷業についても、何等指導的役割を分担して居たものでもない。唯他組合員と同様、……組合員の共同目的達成のため、已むなく」罷業に加わったものであり、生産同志会に対しては、「経営者側との

⁽¹³⁵⁾ 刑集一〇巻一〇号一六二六頁～一六二九頁。

不純な動機から同志を裏切り、罷業を妨害するもので、若し右同志会が就業を開始すると、折角の罷業がその目的を達成し得ないことになると考え、……極度に憤慨」していた旨の判示が、事情を余すところなく伝えている。このような判断を前提に、二審判決は、「かかる主観的（生産同志会に対する憤激の念等を指すものであろう。筆者注）、客観的事情（やむなく罷業に至った経緯を指すものであろう。前同）の下」では、被告人に対し、判示所為に出ないことを期待することは困難であったとして、判例法理上、一般に承認されてはいない期待可能性の理論を正面から採用し、一審判決の結論（無罪）を維持したのである。

非常救済法理の最たるものであり、一般に、現実の適用例は想定しにくいとされる期待可能性の理論が、伸びやかに用いられていることが注目に値するが、そのことの当否はさておいても、組合員である被告人が、生産同志会の罷業破りに対し非常な憤激の念を抱いており、しかも、それが理由のないことではなかったことなど、被告人の主観面と客観面にわたって酌むべき事情が存在する本件においては、無罪の結論を正当とする価値判断が存在する限り^(註30)、二審が期待可能性論に傾いていったのも、ある意味で論理必然だったように思われる。なぜなら、圧倒的な通説である客観的違法性論においては、主観面に違法性に影響を与える場合のあることを正面から認めない限り、被告人の主観面に関わる事情は責任論の領域に位置づけざるを得ない。したがって、前記のとおり、正当行為を理由に違法性阻却を正面から認める一審判決の法理が、余りに

^(註30) 本文で触れたとおり、伊達教授が提唱した「可罰的違法・責任性の欠缺」なる試論は、このような実務的直観に根ざすものである。

同教授自身が、二審の結論（無罪）を維持した最高裁判決について、「いまさら被告人を有罪として処罰することは忍びないという感情に襲われたとみることは決して根拠のない推測ではない」、「おそらく本判決こそは決論が先取されたうえで、理由の後づけのなされた典型的な事例ではなかったと思われる」、「このように決論が不動で、しかもその理論的根拠の明快でないところにこそ、在来の法論を根底的に反省させ新しい理論構成を迫る契機が潜んでいるではなかろうか」（以上、伊達論文・前掲書二九五頁）と述べていることに注目すべきである。

素朴・大胆で維持しづらいものであった以上、控訴審としては、何らかの責任阻却の法理を援用しない限り、無罪の結論を維持できなかったはずだからである。

4 上告審判決

一審が正当行為の理論を、二審が期待可能性の理論をそれぞれ採用し、しかも結論は無罪で一致するという特異な経過をたどったこともあり、最高裁判決の法律判断が待たれていたところ⁽¹²³⁷⁾、上告審は、上告後七年以上もの長きを経て、次のように判示し、検察官の上告を棄却した。「組合が争議権を行使して罷業を実施中、所属組合員の一部が罷業から脱退して生産業務に従事した場合においては、……かかる就業者に対し……暴行、脅迫もしくは威力をもって就業を中止させることは、一般的には違法であると解すべきである」が、「被告人の判示所為は、いまだ違法に刑法二三四条にいう威力を用いて人の業務を妨害したものであるというに足りず、それゆえ被告人の所為について罪責なしとして無罪の言渡をした原判決は、結局において正当である」。⁽¹²³⁸⁾

期待可能性に対する判断が示されなかったこと⁽¹²³⁹⁾、及び、「いまだ違法に」との判文に照らして、最高裁は、何らかの「違法」性に関する理論により、本

⁽¹²³⁷⁾ 昭和三一年度・最高裁判所判例解説〔刑事〕三九六～三九七頁参照。

⁽¹²³⁸⁾ 刑集一〇卷一〇号一六〇九頁。

⁽¹²³⁹⁾ 検察官の上告趣意（刑集一〇卷一〇号一六〇一一頁以下）第一点は、原審が期待可能性の理論により条理上被告人の責任が阻却されるとしたのに対し、責任阻却の十分な法律的根拠が示されていないとして、理由不備を主張するものである。また、同第二点は、仮に原審の法律構成を肯定したとしても、本件では適法行為に出る期待可能性がなかったとはいえないから、原審は責任阻却事由に関する法の解釈・適用を誤ったと主張するものである。

最高裁は、上記第一点につき、期待可能性の理論は、いわゆる超法規的責任阻却事由と解すべきものであるから、その理論の当否は別にしても、原審が法文上の根拠を示すことなく、条理に基づき責任阻却の判断をしたことに何ら違法はないと、上告趣意を排斥した（刑集同号一六〇七頁）。また、同第二点については、無罪を言い渡した原判決は、結論において正当であるから、論旨については特に判断しないとした（刑集同号一六〇九頁）。

件を処理したように見えるが、ことはそう単純ではない。

一般的な議論の枠組みに照らせば、この最高裁判決は、刑法二三四条の構成要件の予定する程度の違法性がないとして、行為の構成要件該当性を否定したものとみるか（かつての藤木英雄教授の可罰的違法性論、近時では、実質的犯罪論を標榜する前田雅英教授の構成要件理論が、このような理解に結びつきやすいであろう）、あるいは、実質的違法性阻却事由としての可罰的違法性論を前提に行為の違法性を否定したもの（学説が一般に承認する可罰的違法性論の枠組みである）とみることになるのだろうか^(註40)、最高裁は、無罪の結論を導く前段の部分において、違法よりむしろ責任に関わるように思われる主観的事情についても触れている。すなわち、同判決は、原判決が認定した事実によれば、「罷業派組合員である被告人は、……罷業が組合員の共同目的達成のため已むなくなされたものであるのに、生産同志会は……不純な動機から同志を裏切り罷業を妨害するもので、もし同志会が就業を開始すると罷業がその目的を達成し得ないことになる」と考え、右同志会員の就業に対し極度に憤慨していたこと、及び、「被告人は……多数の婦人組合員および二、三名の男子組合員らがガソリン車の前方線路上に立ち塞がり、あるいは横臥しもしくは座り込んでその進行を阻止していたところへ参加して、線路上に赴き、軌道から退去を求める川上久光らに対し、他の婦人らとともに……怒号したにすぎないこと」が窺われるとする。そして、このような経過からすると、「被告人の判示所為はいわば同組合内部の出来事であり、しかもすでに多数組合員が……川上久光らの炭車運転行為を阻止している際、あとからこれに参加して炭車の前方線路上に赴き判示のように怒号し炭車の運転を妨害したというのに止まる」ことを理由に、いまだ違法に威力を用いて人の業務を妨害したというに足りないとするのである。

^(註40) 本判決の評価につき、佐伯千仞「可罰的違法性序説」（同『刑法における違法性の理論』一八～一九頁）、藤木英雄『可罰的違法性の理論』九頁各参照。

上記のとおり、最高裁は、無罪の結論を維持する上で、被告人が生産同志会員に対し極度に憤慨していたこと、及び、被告人の業務妨害行為の態様が、既に大勢によってされていた座り込み等の手法による運行阻止行為に途中から参加し、前方線路上で他の婦人らとともに怒号したにすぎないことの二点を重視している。後者の点は、行為の法益侵害性そのものが低いことを示すものとして理解しやすいが、前者の点は、仮に行為者の主観面が違法性に影響を与えることを認める立場を採ったとしても、そこで用いられているのが、「極度の憤慨」という心理状態そのものを示す言葉である以上、これが純粋な違法性に関わる事情として扱われていると説明することは、理論上困難というほかあるまい。もちろん、「極度に憤慨」したかどうかが重視されたのではなく、「極度に憤慨」してもやむを得ないような客観的な事情・経緯が存在したかどうかが重視されたのだと解する余地も皆無ではないだろう。しかし、最高裁が、二審の採用した期待可能性の理論に対する法律判断を回避して（前注39参照）、わざわざ「違法」の領域で問題を処理する法律構成を選んだことをも併せ考えると、この点について相当突っ込んだ内部的検討がされたのは間違いない。そうであるならば、用語例も含めて、このあたりの判示の仕方は、判決という公文書の作成技術上、最もセンシティブな問題のはずである。それにもかかわらず、最高裁がこのような判示をした（あるいは、せざるを得なかった）ということは、この判決は、実は違法性のみ目を向けて法律構成されたものではなく、行為態様が比較的軽微であるのみならず、行為者に対する主観的な非難の程度もが相当程度に低い場合には、これらを加味して可罰性が否定されることがあり得るとの実質的判断を背後に有するものと理解するのが妥当であろう。

このことは、最高裁調査官として本件に深く関与した他ならぬ伊達教授自身も、正面から認めておられる。すなわち、同教授は、前記伊達論文において、被告人が、生産同志会員の就業が不純な動機に出たもので罷業を妨害する裏切行為であり、これにより罷業が目的を達成し得なくなると考えた点をとらえ、

「かような動機、それこそは責任性に関する契機」だとする。また、被告人が、既に他の組合員による阻止行為が行われている現場を目撃した状況下において、組合長の指示により同行為に参加したことを見逃してはならず、このような場合、「婦人部長が冷然としてこれに参加しないこと」は考えにくいから、「期待可能性は極めて乏しい」といわなければならないが、「これこそ責任の問題にほかならない」という⁴⁴⁾。その上で、「これらの諸点を併せ考えてみれば、本判決が『違法に』と表現したのは、実は責任をも含めた趣旨であると理解するのが相当」であって、「違法性及び責任性をそれぞれ分別して個別的に評価すれば、それだけでは可罰性を欠くとはいいい切れない場合でも、両者を総合して評価をすれば可罰性を欠く」、「いわば『併せて一本』という場合」ではなかったかというのである（以上につき、同論文・前掲書二九七頁）。この「併せて一本」の場合なるものが、前記五1で「処罰相当性」について検討したところの、処罰に値する程度の違法性及び有責性をそれぞれ定量化した上で、その総和が全体として処罰に値する程度に達しているか否かを問題にする立場と、全く同一のものであることはいうまでもない。

かくて、三友炭坑事件判決及びマジックホン事件判決を共通の問題意識に基づき検討すれば、最高裁判例の底流には、形式的には構成要件に該当するようみえ、また、客観的な違法性だけでは、それが処罰に値する程度のものであることを否定し得なくても、主観的な有責性もが相当に低く、違法性と有責性

⁴⁴⁾ もっとも、垂水裁判官は、補足意見において、「なお原判決は、末段において、判示の情況の下では被告人に対し判示所為に出でないことを期待することは一般的通念上可能と認め難いというけれども、本判決は左様な考え方の理論の上に立つものではないと解する。」（刑集一〇巻一二号一六〇一〇頁）と述べている。

これに対し、伊達教授は、本文掲記のとおり、本判決の構成には、期待可能性論の趣旨も事実上取り込まれている旨の理解を示すとともに、「補足意見は必ずしも他の裁判官全員の意見でない場合が少なくないことも想起さるべき」（伊達論文・前掲書二九六頁）で、「もし最高裁において期待可能性の理論を採用した前例があったとすれば、第二審判決の責任阻却説は維持されたのではなからうか」（同二九七頁）とまで、述べておられる。

最高裁内部の議論の一端をうかがわせるものとして、非常に興味深い。

の総和が、処罰に値する程度の実質を備えた行為類型としての構成要件が予定しているレベルに達していないと判断される場合には、行為の構成要件該当性を否定し、無罪の判断を導き得るとの法理の存在することが、確認できるのである^(註42)。

七 犯罪論との整合性

前項までで、「処罰相当性」の概念の内実を明らかにしてきた。本稿の目的は、表題の示すとおり、「処罰相当性」の概要を示し、それが実務的な感覚に裏付けられたものであるのみならず（換言すれば、社会的・事実的な基礎を持つものであるにとどまらず）、理論的に豊かな可能性を秘めたものであることを問題提起するにとどまる。これまで刑法学が蓄積してきた体系的議論との整合性を細かく検証する作業は、今後の課題として他日を期すことになるが、最後に、その道筋だけでも確認しておきたい。

1 鈴木茂嗣博士の犯罪論との関係

現時点で、「処罰相当性」の概念に最も整合しそうな体系を有するのは、例えば鈴木茂嗣博士の犯罪論である^(註43)。同博士は、犯罪の本質を、規範的評価

^(註42) いわゆる相対的軽微の事案に属するものであるが、「本件暴力行使は可罰的評価に値するほどのものとは認められず、これを不問に附し犯罪の対象としないことはむしろわが国の全法律秩序の観点からして合理的である」とした原審（大高判昭和四一年五月一九日・下刑集八卷五号六八六頁）を維持し、検察官の上告を棄却した大阪学芸大学事件最高裁判決（最決昭和四八年三月二〇日・判例時報七〇一号二五頁）も、この系譜に連なるものとみることができよう。

^(註43) 以下の記述につき、鈴木茂嗣「規範的評価と可罰的評価」（小野慶二判事退官記念論文集『刑事裁判の現代的展開』所収）、「構成要件論の再構成—認定論的『構成要件』概念について」（法学論叢一二四巻五・六号）、「刑事訴訟からみた犯罪論—認定論的犯罪要件について—」（佐伯千仍先生卒寿祝賀論文集『新・生きている刑事訴訟法』所収）を各参照。

なお、同博士の犯罪論を教科書（体系書）としてまとめたものに、鈴木茂嗣「刑法総論〔犯罪論〕」成文堂がある。

と可罰的評価から構成されるものと捉える。前者は、(A 1) 当該行為が、法益侵害性の観点から法規範によって予め不許容との評価が下されたものに該当するかどうか、また、(A 2) 行為者が、当該行為のもたらす危険性や、それが法的に許容されないものであることを認識でき、それを前提に行為を回避できたにもかかわらず行為に出たかどうか、という観点から下される評価である(A 1が「規範的違法」、A 2が「規範的責任」の問題とされる)。後者は、(B 1) 前記A 1の規範的違法の程度が真に処罰に値するものかどうかに加えて、(B 2) 前記A 2の規範的責任の程度が真に処罰に値する程度のものかどうか、被処罰者が行為の可罰性を十分に認識していたかどうか、処罰する国家の側に処罰適格があるかどうかといった、刑事政策的考慮をもまじえた観点から、裁判時を基準に下される評価である(B 1が「可罰的違法」、B 2が「可罰的責任」の問題とされる)。同博士の犯罪論においては、行為が、このような二段階の評価を受け、さらに罪刑法定主義の要請を受けて明文化された犯罪類型に該当することによって、実体的な犯罪として成立する(なお、同博士は、行為の構成要件該当性を確認し、違法性及び有責性の各阻却事由の有無を検討するという認識構造を「認定論的犯罪論」と呼び、上記の実体的構造に基づく犯罪論と区別する。)

このような犯罪論を正面から認めれば、マジックホン事件最高裁判決における谷口反対意見の帰結は、無理なく導かれる。本件で問題になっている行為は、前記のとおり、被告人が、Iから購入したマジックホン二台のうち一台を、会社事務所に設置された電電公社加入電話のうち被告人が私的に使用している一台の回線に取り付け、被告人方会社従業員Tをして、付近の公衆電話から電話をかけさせ、使用した行為である(前記四2(2)参照)。この行為が、規範的に違法かつ有責なことは否定できないであろうが、経済的実害の点も含め、行為態様が軽微であることは、上記「可罰的違法」の存在を否定する方向に、また、行為の違法性について概括的あるいは不確定的な認識しか有しなかった

点は、同じく「可罰的責任」を否定する方向に、それぞれはたらくであろう。被告人が、マジックホンを売り込みに来た前記Ⅰの説明に疑問を持ち、少なくとも民事上の責任は生じ得ると思いつつも、Ⅰが金に困っているようでもあり、過去の不義理の精算の意味もあって、同機器二台を購入したという動機の形成過程についても、同様である。しかも、この「可罰的責任」なる概念は、刑事政策的考慮をもまじえた観点から、行為時ではなく裁判時を基準に判断されるというのだから、一審判決が犯罪の成否の考慮要素に取り入れて、二審判決に「犯行後の情状にすぎない」と一蹴された、被告人が顧問弁護士に相談の上同機器を直ちに取り外したことや、善意で捜査に協力したことなどの事情も、いわば融通無碍に考慮要素に取り込めることになる。そうすると、非難の程度はますます低減することになり、「可罰的責任」が否定されて、犯罪の成立が否定されることになる。本件の事実関係を鈴木博士の犯罪論に素直にあてはめれば、無罪の結論がむしろ自然とすら考えられるのである。

上記のような鈴木博士の犯罪論は、実体論的犯罪論と認定論的犯罪論の二元的構成の点を含め、斬新で可能性豊かなものだと思うが、最後に触れた、「可罰的責任」の判断を裁判時を基準とする点については、通説的な立場からの拒否反応が強いかもしれない。この点につき、同博士は、伝統的な「責任 (Schuld)」の観念を残しつつ「答責性 (Verantwortung)」という概念を提唱し、責任論に刑事政策的考慮を取り入れようとするロクシンの所説を援用しておられるが^(註40)、そのことの理論的当否については、本稿では、これ以上触れない。この点も含め、今後の課題としよう。

2 前田雅英教授の犯罪論との関係

次に、現在の代表的な学説の一つであり、かつ、判例法理に親和するところ

^(註40) 鈴木茂嗣「規範的評価と可罰的評価」(前注43)前掲書三一頁。

が多いとされる前田雅英教授の犯罪論を題材に、鈴木博士のような独特の犯罪論を採らなくても、マジックホン事件において無罪の結論を導き得るかどうか、思考実験を試みてみたい。

前田教授は、客観的な法益侵害性が違法性に、主観的な非難可能性が責任にそれぞれ関わるという結果無価値論的なテーゼを堅持しつつ、犯罪論の役割は、処罰に値する行為を機能的に選別することにあるから、犯罪論の構成は、この観点から実質的になされる必要があるとする。そして、このような実質的犯罪論の立場から、構成要件は処罰に値する程度の実質的な違法性を備えた行為の類型であるとともに、責任要素であるところの故意・過失によって他の犯罪構成要件と区別される有責類型でもあると位置づける。同教授の犯罪論においては、構成要件自体がそもそも処罰に値する程度の（すなわち可罰的な）違法性を予定しているから、従来の可罰的違法性論における絶対的軽微の事案は、構成要件該当性の問題に解消される。また、故意については、事実に関する認識として故意を一元的に把握する見地から、一般人ならば当該犯罪の違法性を認識し得る程度的事实を認識したか否かを判断すればそれで足りるものとされ、例えば、構成要件の故意の存在を確認した上で違法性の意識の有無を問題にする二段階構造の判断は回避される^(註45)。

このような犯罪論を前提にすると、まず、違法性の点で構成要件該当性を否定することが、不可能ではないだろう。たしかに、マジックホン事件で問題となった偽計業務妨害罪、あるいは有線電気通信法違反罪といった危険犯については、そもそも犯罪成立に必要な要件が法益侵害結果の危険性ととどまる以上、たとえ行為態様が軽微であっても、処罰に値する程度の危険性はあったという形式的判断に流れやすい。しかし、試用を兼ねた一回だけの取り付け使用行為を、しかも、その直後に取り外しているにもかかわらず、処罰に値する程度の

^(註45) 前田雅英『刑法総論講義【第3版】』四九～六六頁、二〇二～二〇七頁、二九一～三一六頁等。

実質的な違法性を備えた行為といえるかどうかについては、疑問の余地がある。立法意図として、このような軽微な妨害行為まで一罰百戒的に取り締まるものとして刑罰法規を解釈することが、はたして常識にかなったことかどうか。機器を取り付け使用した行為が、ある程度時間的に継続して、(妙な言い方であるが) まとまった量の危険を生じさせなければ、刑罰に値しないということも十分可能なように思われる⁽⁴⁶⁾。少なくとも、現代社会における危険犯の法理や行政刑罰法規の意義、その妥当範囲に対する省察を抜きに、簡単に肯定できることではないのではないか。

他方、責任の要件で犯罪の成立が否定されることはあり得るだろう。鈴木博士の「可罰的責任」は、前記のとおり、刑事政策的な考慮をも加味した裁判時を基準とした評価概念であって、その当否は別にしても、かなり独特のものである⁽⁴⁷⁾。前田教授の犯罪論がこのような概念を承認しているとは思えないから、同教授の体系(ある意味、実務的な観点からはオーソドックスな体系である)にあつては、一般人ならばその罪の違法性を意識し得る程度の事実の認識を欠いていたとして故意を否定する以外に、無罪の結論を導くことはできな

⁽⁴⁶⁾ もっとも、前田教授自身は、業務妨害罪を侵害犯と理解した上で、傷害罪などとは罪質が異なることを理由に、「形式的に表面化した法益侵害が軽微だからというだけで構成要件該当性を否定するわけにはいかない」としておられる。同『刑法各論講義 [第3版]』一三九頁欄外注16。

ただ、本文掲記の事実関係から分かつとおり、マジックホン事件は、「形式的に表面化した法益侵害が軽微」である一方で、背後に実質的違法性を裏付ける事情が控えているという事案ではなく、それとは全く逆に、「形式的に表面化した法益侵害」がすべてで、それ以上に表も裏もないという事案である。したがって、前田教授の立場を前提にしても、構成要件該当性を否定し得る余地はあるのではないか。

⁽⁴⁷⁾ 学説が一般に論じてきた「可罰的責任」に関する理論状況を整理するものとして、松原芳樹「可罰的責任論の現状と展望——一段階的構成と二段階的構成——」(九州国際大学法学論集第5巻2・3合併号)がある。

また、佐藤興治郎「刑事責任論の活発化と刑法理論の再構成——可罰的責任と保安処分を中心として」(判例タイムズ四九八号)、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』一一六頁以下、山中敬一「可罰的責任について——期待可能性の理論の体系的地位——」、大山弘「責任と予防に関する一考察——可罰的責任評価をめぐって——」(関西大学法学論集三一巻五号)、同「期待可能性の構造について——『可罰的責任』の観点からの一考察——」(犯罪と刑罰第二号)なども示唆に富む。

いであろう。しかるに、前記の事実関係から明らかなおり、本件において、被告人が上記のような意味での事実の認識を有していたことを否定するのは、困難である。この点は、大内裁判官の補足意見（四1参照）が、「マジックホンは、要するに『電話料金がただになる機械』であり、このような機器を電話回線に取り付けることが許されないことは、国民一般にとって容易に認識する」から、故意に欠けるところはないと指摘するとおりであろう。したがって、前田教授の犯罪論（及び一般に理解されているところの判例法理）を前提すれば、本件において、責任の要件を欠くことを理由に犯罪の成立を否定することは困難なように思われる。

ただし、構成要件を違法のみならず有責の類型でもあるとする学説自体は、前田教授以外にも相当数存在する⁽⁴⁴⁸⁾。また、前田教授と同じく結果無価値的な犯罪論体系を採用した上で、鈴木博士と同様、可罰性を備えた違法かつ有責な類型の存在を認め、これを「犯罪類型」と呼ぶ、佐伯千仞博士のような学説も存在する⁽⁴⁴⁹⁾。これらの学説の枠組みも、「違法」、「責任」及び「可罰性」の各概念の構成の仕方、その組合せによっては、鈴木説や前田説と同様の可能性を有するものといえよう。

終わりに

平成一六年一月一日、東京地裁八王子支部は、「自衛隊イラク派兵反対」などと書いたビラを投函する目的で防衛庁宿舎に立ち入った行為につき、刑事罰に値する程度の違法性があるとは認められないとして、無罪の判決をした

⁽⁴⁴⁸⁾ 団藤重光『刑法綱要総論 [第三版]』九八頁以下、一一八頁以下、一三六頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）[改訂増補版]』一一四頁、一三五頁、大谷實『刑法講義総論 [第三版]』九五頁、一一六頁以下、三一三頁以下。

⁽⁴⁴⁹⁾ 例えば、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』所収の「可罰的違法性序説」の該当部分（同書一三頁等）を参照。

(判例時報一八九二号一五〇頁以下)。しかるに、検察官控訴を受けた東京高等裁判所は、平成一七年一二月九日、逆転有罪の判決をした。事案は、典型的な相対的軽微の類型（いわゆる権利対立・利益衡量型）に属するものであるが、筆者には、一審判決は、検討すべき要素をすべて検討し、無理のない事実認定と法律構成により結論を導いた、すっきりした判決に思える。

しかし、同判決を読む限り、被告人らの主観的要素については、政治的意見の表明という正当な目的・動機が存したことを認定する限りで考慮されたにとどまるようである。このような事案において、本稿が試みた「処罰相当性」概念を敷衍すれば、従前、被告人らの立ち入り行為が何ら刑事責任を問われず放置されていたことなども、被告人らの行為当時の認識に反映し、もって法的非難の程度を減じる事情として位置づけられる可能性も、皆無ではなかったように思われる。

罪刑法定主義とは、国家の刑罰権が発動される最低限の前提として、明確さを備えた刑罰法規によって、行動の自由の保障される範囲が事前に告知されていなければならないという原則であって、形式的に刑罰法規に該当する行為が起訴され、明確な犯罪阻却事由もない以上、一律に処罰するという原則ではないはずである。このような法解釈・運用の態度は、受訴裁判所から見える範囲に限定すれば、画一的で公平な取り扱いかも知れないが、捜査、訴追、公訴の提起、そして刑の執行まで視野に入れた刑事司法全体の観点からは、国民の側に実質的な不公平感・不信感を残しかねない。本稿が提示したささやかな試みの意図も、そのことを問題として提起することにある。この点をどこまで意識した判断がされるか。最高裁の判断がまたれるところである。