HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	報告2「消費者保護における刑法の役割」
Author(s)	佐伯, 仁志; SAEKI, Hitoshi
Description	シンポジウム「消費者法における公私の協働」(札幌, 2006年2月5日, 「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働 ― 《公共圏》の実定法学的構造」プロジェクト主催, 北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター共催)
Citation	北大法学論集, 57(5), 192-208
Issue Date	2007-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/20528
Type	departmental bulletin paper
File Information	57(5)_192-208.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

報告二

消費者保護における刑法の役割

佐伯仁志

一　はじめに

東京大学の佐伯でございます。今日はお呼びいただきましてありがとうございます。私は雨男かもしれないと以前から思っていましたが、雪男かもしれないということを今回自覚いたしました（笑）。

「消費者保護における刑法の役割」ということで、簡単に話をさせていただきます。レジュメにありますように、全体が三つの部分に分かれています。まず、消費者の刑法的保護が現行法の下でどのようになっているかという、現行法の枠組みについて簡単にお話し申し上げたいと思います。続きまして、そのような現行法における消費者の刑法的保護の限界とでも申しますか、刑法的保護であることからくる制約ということについてお話し申し上げたいと思います。そして最後に、従来は民法と刑法、あるいは私法と刑法というのは画然と分けられていたわけですが、最近では、刑事司法制度の中で被害者を救済するためにはどうすればよいかということが盛んに議論がなされるようになっておりまして、刑事法の枠内で被害者の救済を図るための新しい立法がなされ、あるいは準備されていますので、その点をご紹介したいと思っております。

二　現行法の枠組み

まず現行法の枠組みですが、消費者の刑法的保護は、大きく分けますと刑法犯による保護と、それから行政法、いわゆる業法の刑罰規定による保護の二つに分けることができます。刑法の犯罪規定として、最も中心となるのは詐欺罪です。また、組織的犯罪処罰法の中に詐欺罪の加重処罰規定である組織的詐欺罪というものも設けられておりまして、大規模な詐欺事件に対しましては、この組織的詐欺罪が適用されるようになっています。

もちろん消費者の刑法的保護は、経済取引の場面だけではありませんで、例えば薬害事件においては業務上過失致死傷罪の適用が問題となりますが、議論が拡散してしまいますので、今日は詐欺罪に限りたいと思います。

もう一つの業法の刑罰規定は、行政法的な規制の実効性を刑罰で担保するというものです。ご存じのように、多くの

行政法規の最後には、おまけのような形で罰則が付いておりまして、行政法規の目的を達成する、その執行を担保するために刑罰規定がたくさん設けられております。消費者保護に関連する業法の規定をいくつかの分野に、決して網羅的でも理論的でもありませんが、一応分けてみますと、第一に、商品の安全性確保のための法律があります。例えば、食品衛生法ですとか建築基準法ですとか薬事法等々の法律の中に罰則が設けられています。第二に、商品の規格や表示の適正化を図るための法律、ＪＡＳ法、商標法、景表法等々の法律にも罰則が付いております。第三に、契約関係の適正化を図るための法律があります。代表的な法律は特定商取引法ですが、その他にも、商品取引所法、証券取引法、海外先物取引規制法、投資顧問業法、宅建業法、貸金業規制法等々たくさんの法律があります。

これらの刑罰規定の規制の仕方としては、一番目は事業者を規制する、つまり、適正な事業者だけが事業に携われるように事業者の規制をするということがあります。許可制、登録制、届出制と、だんだん規制が弱くなっていきますが、そのような事業者規制を行って、これに違反したものを処罰する方法があります。例えば許可制ですと無許可営業罪、登録制ですと無登録営業罪というような形で許可や登録をしないで営業を行う事業者を規制することになります。ただ、最近の規制緩和による事前規制から事後規制という流れの中で、このような事業者規制はだんだん少なくなってきていますし、特定商取引法のように最初からこのような事業者規制をしていない法律もあります。

二番目は、取引に必要な情報の開示を義務づけるということです。言うまでもないことですが、消費者が自分の身を守る、あるいは適正な取引を行うためには適切に情報が開示される必要がありますので、各種業法では、情報の開示を義務づけて、その違反に対して刑罰を科すということが行われています。例えば書面の交付を義務付けて、書面交付義務違反を処罰する。あるいは重要事項を告知することを義務付けて、その不告知、あるいは虚偽告知を処罰するというようなことが行われております。

三番目は、消費者に被害を及ぼすおそれのある一定の行為を禁止して、その禁止に違反した場合に処罰するということがいろいろな法律で行われております。例えば貸金業規制法の中には、不当な取立行為を類型化して禁止し、その禁止に違反した場合に処罰するということが行われています。あるいは証券取引法や投資顧問業法など、市場における取引を規制する法律の中には、不公正な取引、相場操縦などが代表例ですけれども、不公正な取引を禁止処罰する規定がございます。

四番目は、行政調査や行政処分の実効性を担保するために刑罰が使われるというものです。多くの業法には事業者に対して行政庁による検査を受ける義務が設けられていまして、そのような検査を妨害したり、忌避したりする行為を処罰する規定が設けられています。また、行政処分の実効性を担保するために、違法な行為を行った事業者に対して業務停止命令が出された場合には、その命令に違反した者を処罰するというような規定になっています。

以上、非常に大ざっぱに行政的な規制をご紹介したわけですけれども、このような行政的規制の特徴としましては、被害が多発して社会問題化すると、それに対応して規制が強化され、それに伴って刑罰も強化されるということが繰り返されているということがあります。このことは、業法の刑罰規定が被害者保護に役立っていないではないかという批判を受ける理由になっているわけですが、次ぎに申し上げます刑法の謙抑性という観点からするとある程度やむを得ない面もあるように思います。

三　刑法的保護の限界

今申し上げましたような現行法の枠組みの中で消費者の刑法的保護が行われているわけですが、そのような刑事的保

護、刑法的な保護の限界とでも申し上げるべき点を幾つか挙げさせていただきたいと思います。

まず第一に、立証の困難という問題があります。言うまでもないことですけれども、刑事訴訟におきましては疑わしきは被告人の利益にという大原則があり、被告人を処罰するためには「合理的疑いを超える証明」という高度の証明が必要であるとされています。そうすると、かなり疑わしい取引が行われていて被害が発生していても、刑事的に介入するということが難しい場面が多数出てまいります。詐欺罪に関して言えば、従来は、支払能力・支払意思が明らかにないにもかかわらず、それを相手方に告げることなく取引を行って損害を与えたというような場合に、はじめて詐欺罪で摘発し、処罰するということが一般でした。そうすると、例えば悪質な利殖商法で一般消費者からお金を集めて、最終的に破綻して大きな損害を与えるというような事件におきましては、被害が最初に発生した時点では規制することが難しくて、多数の被害が生じて事業が破綻したことが明らかになっているにもかかわらず、事業を続けてさらに被害を拡大したというような場合に、はじめて詐欺罪の規定が発動されるというようなことになっていたわけです。

理論的には、同和商品事件と呼ばれる事件に関する最高裁判例（最決平成四年二月一八日刑集四六巻二号一頁）によりますと、詐欺罪が成立するためには今申し上げたような支払能力、意思がないにもかかわらず、これを告げないで取引をしたということは必須の条件ではないわけです。そういう場合でなくても、すなわち、支払能力や意思がないということが立証できない場合であったとしても、ある重要な事実を告げていれば相手方、被害者が取引に応じなかったということさえ立証できれば、理論的には詐欺罪は成立するとされています。この同和商品事件というのは、先物取引の事件ですけれども、いわゆる客殺し商法によって、必ず取引の相手方、顧客が損をするような仕組みになっていた、そして、実際にも損害を与えたという事件で、もちろんそのような仕組みになっていることを顧客が知っていれば取引に応じなかったことは明らかですので、支払能力、意思にかかわらず詐欺罪が成立するということを判示したものです。

この判例は学説においても支持されているわけですけれども、しかし現実に詐欺罪で立件し、裁判で証明するためには、事業が行き詰まって破綻し、全体の構図が分かってからでないと難しいということで、どうしても現実の問題としては支払能力や意思を問題として詐欺罪の立件が行われるということになりがちです。そういう意味で、刑罰規定は、被害者の救済にはあまり役に立っていない、被害者がたくさん生じてからやっと刑罰規定が発動されるということになってしまっています。

先ほど触れました業法の中の、例えば特定商取引法の中に規定されております重要事項不告知罪、あるいは虚偽告知罪は、今申し上げましたような立証を必要としませんので、被害者の早期の保護という観点からは非常に重要な意義を持っています。詐欺罪との関係でも、まずこの重要事項不告知罪・虚偽告知罪で捜査を始めて、証拠を集めて詐欺罪で立件するということがしばしば行われていまして、そういう捜査の端緒としての機能も有しています。

二番目は、今の立証の困難さということとも関連しておりますけれども、適法な取引と刑法で処罰されるべき違法な取引を区別することがしばしば困難であるという問題があります。今、適法な取引と刑法で処罰されるべき違法な取引と申し上げたわけですが、実は問題はもう少し複雑で、適法な取引と違法な取引とさらにその中間に刑法で処罰されるような違法な取引、可罰的違法という言葉を使いますと、可罰的違法な取引と三種類あって、特にその中間のグレーゾーン、私法上は違法であるけれども、刑法の規定には必ずしもぴったり当てはまらないというようなものをどういうふうに切り分けるかということがなかなか難しくて、よく問題になっています。もちろん、グレーゾーンの中でも、これは刑法的にも黒であるということで摘発がなされて、有罪となった事件もいくつかあります。そこに挙げた最決昭和六〇年一二月一二日というのは、E・Sプログラムと呼ばれる、人工宝石を介在させたねずみ講を処罰した事件です。ご承知のように特定商取引法はマルチ商法については全面禁止ではなく、厳しい規制をするということになっておりまして、

一応マルチ商法自体を禁止・処罰はしていないわけです。竹内昭夫先生のご論文を読みますと、これはマルチ商法を実質的に禁止・処罰しているのだ、こういう厳しい規制をかければマルチ商法はなくなるはずなのだ、というようなことが書かれていますけれども、その後の経緯を見るとマルチ商法は消滅したわけではなく、現在に至るまでマルチ商法の問題は続いています。そうしますと、いろいろな消費者被害を巻き起こしているマルチ商法の中でも、ねずみ講として処罰されるべきものとそうでないものとがある、それをどうやって区別するのかが問題となります。物品を介在させていても、それが形式的なものであると見れれば、ねずみ講に当たると言われていますけれども、どういう場合が形式的に介在させているだけで、実質的にねずみ講といえるかのかの判断は、難しい場合も多いだろうと思います。

同じことは、商品預託商法と呼ばれるような商法と、出資法で禁止・処罰されている預かり金との区別の場合にもしばしば問題となるところです。最近、最近といってもだいぶ前になりましたが、和牛を預かって利益を挙げる商法、これは当時新聞や週刊誌などで宣伝されていたものですが、このいわゆる和牛商法が問題となって、結局、出資法の預かり金に当たるとされて摘発・処罰されています（浦和地判平成一〇年三月二六日公刊物未登載）。

今申し上げました二つは実際上の問題ですけれども、三番目は、もう少し理念的・原理的な問題で、罪刑法定主義の問題です。刑法の大原則である罪刑法定主義からは、事前に行為者が、何が処罰されるのかということが明確に分からなければいけませんので、業法における罰則については、処罰される行為を類型化して明確な基準を示すということが要請されます。そうすると、どうしても処罰範囲から漏れるものが出てくるわけで、消費者保護を十全にするという観点からすると、脱法行為を許すことになってしまいます。不公正な取引を禁止処罰するというような包括的な規定もなくはありませんで、例えば証券取引法などにはございます。最高裁判所はそういう規定であっても憲法違反ではない、罪刑法定主義には違反しないと判示しておりますので、憲法違反か憲法違反でないかということであれば、かなり包括

的な規定を設けておくということもできなくはないのかもしれませんが、本当にそれで罪刑法定主義上問題ないのかはかなり疑問があります。また、仮に罪刑法定主義に違反しないとしても、そのような包括的規定というのはどのような場合に発動してよいのかが取り締まる側にもよく分かりませんので、実際には使われない規定になってしまうという問題があります。警察や検察の側としても、自信を持って適用できないようなあいまいな規定というのはあってもなかなか使えないわけです。そういう意味で、どうしても脱法行為が横行しがちになってしまうわけです。

四番目は、先ほども触れましたけれども、刑法の謙抑性・補充性という観点からの制約です。刑法の最終手段性とも言われますけれども、他の手段で目的を達成できる場合には、刑法はなるべく出ていくべきではないということです。このこと自体はおそらく異論のないところだろうと思いますが、我が国で問題なのは、刑罰が出ていかないときに他の手段があるのかというと、しばしば他の手段はないということです。アメリカなどと比べますと、日本は行政制裁の制度が必ずしも発達していないということがあります。アメリカでは、行政制裁としてのシビルペナルティー（civil penalty）が広範に用いられていますけれども、日本では独禁法や証券取引法の課徴金がそういう機能を持っているぐらいで、他の分野、特に消費者保護の分野では行政制裁金のような制度は存在していないわけです。実体面で行政制裁などの、刑罰以外の執行手段が限られているという問題があるほかに、手続の面でも行政調査の権限は整備されているとはいえません。そういう制約から、過去の事例を見ますと、本来はまず行政が介入して消費者保護を行う、それで十分でない場合に初めて刑法が出ていくということが理想的なわけですけれども、実際にはまず刑事の捜査が行われて、その後で行政処分等が行われる、行政の方が後追いになっている、それまで行政が何もやっていなかったということではないのだろうとは思いますけれども、処分という面から見ますと、どうしても行政が後追いになっているということがいえるかと思います。最近のライブドアの事件などもその一つの例といってよいのかもしれません。

今後は、実体面と手続面の両面で行政制裁制度を拡充していくという方向が望ましいのではないかと思っております。最近、独禁法で課徴金制度が強化されましたけれども、この改正は、そういう方向に沿った望ましい改正であったと思っています。あるいは、行政庁あるいは裁判所が命令して、行為者から不正な利益を吐き出させて、それを被害者に返すような制度も考えられるのではないかと思います。現在、没収追徴制度の改正について法制審議会で答申が行われていまして、近い将来、おそらく今年中には立法が行われるのではないかと思いますが、そういう刑事の中での制度だけではなく、行政制度の中で違法な利益を剥奪して、それを被害者に返すというような制度も、アメリカには現に存在していますし、日本でも検討に値するのではないかと思います。

四　刑事司法制度の中での被害回復

最後に、刑事司法制度と被害者の被害回復の関係について話をさせていただきます。伝統的には民刑の分離ということで、被害者の被害回復は民法、特に不法行為法の問題であり、刑事司法制度はもっぱら加害者、被告人を処罰する場だと考えられてきたわけですが、最近、刑事司法制度の中でも被害者の被害回復を図ってゆくべきではないかということが盛んに議論されるようになっています。その背景には、犯罪被害者が従来刑事司法制度の中で蔑ろにされていたという自覚があります。平成一六年に犯罪被害者基本法が制定され、それに基づいて昨年、平成一七年一二月には犯罪被害者等基本計画が内閣によって策定され、その中で犯罪被害者支援のための多数の施策と、今後検討すべき事項が挙げられています。その中の大きな柱の一つが刑事司法制度の中でどうやって被害者の被害回復を図っていくかという問題なわけです。

消費者の刑法的保護ということでお話ししてきたわけですけれども、消費者に被害を与えた者を処罰したからといって、過去の被害者が救済されるわけではありません。加害者が処罰されることによって、被害者が何らかの精神的満足、応報感情の満足を得るということはあるかもしれませんけれども、被害者の被った損害が回復されるということにはならないわけです。あくまで刑罰というのは将来の違反行為を抑止するために過去の違反行為に対して刑罰を科すということであって、将来の消費者の保護にはなるかもしれませんが、当該事件の被害回復ということは、刑事司法制度の中では、後で述べるように示談の有無が量刑において重視されてきたというような例外はありますが、基本的にはあまり考慮されてこなかったといえます。もちろん刑法と民法の不法行為法とは目的に違いがあるわけですから、すべて刑事司法制度の中で賄うことはできませんけれども、そうは言ってももう少し刑事司法制度の中でも被害回復を考えてもいいのではないか、考えるべきではないかということで、いくつかすでに立法がなされたものもありますし、これから立法がなされようとしているものもありまして、さらに今後の課題として検討されているものもあります。

すでに法律になっている制度としましては、刑事和解制度というものがあります。従来から日本の刑事裁判においては被疑者・被告人と被害者との間の被害弁償等に関わる合意、いわゆる示談が重視されていまして、示談がなされれば刑が軽くなる、執行猶予が付けられる、起訴猶予になる、といった運用が行われてきたわけです。現在、刑事司法制度の中で犯人と被害者との和解を図り、そのことによって犯罪によって乱された社会の秩序を回復するということを、刑事司法制度の一つの目的、論者によっては主たる目的として位置付けるべきであるという動きが世界的に、修復的司法あるいは修復的正義（restorative justice）という名で呼ばれて盛んになっています。修復的司法などというと全く新しい外来思想のように思えるかもしれませんが、日本の示談を刑事司法制度の中で重視する運用は、外国の学者からは、修復的司法の先駆的試みとして高く評価されています。そういう試みを修復的司法というような形で理論化して世界に

発信できなかったというのは、日本の学者にとって残念なことですが、修復的司法の考え方自体は、日本の刑事司法制度にとって全く新しいものではないのです。ただ、理論化も遅れておりましたけれども、制度化ということもあまりなされておりませんでした。示談がなされれば事実上、量刑において考慮されるという運用がなされていましたけれども、量刑で示談を考慮した後どうなるのか、被害者にどういう保証があるのかというと、それは私法の問題であって、刑事司法制度は関知しませんということであったわけです。それでは被害者の保護として十分ではないだろうということで、平成一二年に制定された「犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続きに付随する措置に関する法律」によって、刑事和解という制度が立法化されました。その内容は、刑事手続の過程で、刑事被告人と犯罪被害者やその遺族との間で示談が成立した場合には、刑事事件を審理している裁判所に対し、共同して当該合意の公判調書への記載を求める申立をすることができ（同法四条一項、三項）、合意が公判調書に記載されたときは、その記載は、裁判上の和解と同一の効力を有する（同条四項）というものです。裁判上の和解は、確定判決と同様に、債務名義となりますから（民事執行法二二条七号）、刑事被告人が和解の内容を履行しない場合には、この公判調書をもとに、ただちに強制執行することが可能です。もちろんこれは示談ができればということで、それ以上のものではありません。従来の運用を法律的に少し後押ししたという程度のものです。

もう一つ、昨年法制審議会で答申が行われて今年立法が予定されているものとしては、没収・追徴制度を利用して被害者の被害回復を図るというものがあります。刑法の没収というのは有体物に限られておりまして、預金債権等は没収することができない、従って、追徴することもできないというふうに解釈運用されてきています。これを組織的犯罪処罰法は改めまして、預金債権についても没収追徴ができるという制度にしたわけですが、犯罪被害財産についてはこれを没収・追徴することはできないという規定を置いています。もちろん、被害者に優先して国が犯罪収益を没収してし

まって、犯罪被害者が救済を受けることができない、というのはおかしなことですので、ある意味では当然の規定なのですけれども、しかし当然のように見えて実は非常に大きな欠陥があるのではないかということが立案当時から言われておりました。すなわち、被害者が犯罪被害の回復を民事で求めない場合には、組織的犯罪においてはしばしばそういう場合があると思いますが、その場合には国が没収・追徴しないと、犯罪者が不正な利益をそのまま保持してしまう、ポケットに入れたままになってしまいます。従って、立案当時から、このようなおよそ没収追徴しないという制度ではなくて、一度国が没収した上で、これを被害者に返すという制度を設けるべきではないか、実際アメリカなどではそういう制度がありますので、そういう制度にすべきではないかということが言われていたのです。しかし、立案当局は、そのような制度にするにはいろいろ難しい問題があるということで、例えば、没収というのは国に所有権を帰属させる制度ですので、国庫に入った後どうやって被害者に返せばいいのかという問題もありますし、どうやって被害者を確定すればよいのかという問題もありますし、いろいろ面倒な問題があるということで、犯罪被害財産はおよそ没収・追徴しないということで法律を作ってしまいました。それでも、従来は、犯罪加害者が被害者から得た財産が捜査の時点で残っているということがそれほどありませんでしたので、立法上の欠陥が実際に問題になるということはあまりありませんでした。しかし、新聞報道等でご存じのことと思いますが、五菱会という暴力団が関係した闇金融事件において、九七億円に上る犯罪収益がスイスの銀行口座にあるということが分かったわけです。これを何とか被害者の被害回復に充てたいわけですけれども、先ほどの組織的犯罪処罰法の規定によりますとこれを没収・追徴することはできない。この事件では、スイス政府が、マネーロンダリング、犯罪収益の隠匿にあたるということでスイスの銀行にあった犯罪収益を没収しましたので、被告人に返るということはないんですけれども、本来は犯罪被害者の被害回復に充てるべきものでしょうし、最近国際的な取り決めとして被害者に返すということが行われるようになっていて、現にスイス政府も

そうしていいと言っておりますので、日本の側でそれを受け入れる立法さえできれば被害者の被害回復に充てることができるという状況が生じたわけです。

そこで、もちろん黙って見ているわけにはいきませんので、法制審議会の刑事法部会におきまして、こういう事態に対処するための組織的犯罪処罰法の改正案と犯罪被害財産による被害回復給付金の支給に関する法律案の要綱案が審議され、審議会の総会において答申が行われています〔その後、法案が国会に提出され、平成一八年六月に可決成立した〕。内容を簡単に申し上げますと、犯人に対する賠償請求権の行使が困難な場合、典型的な場合として、組織的犯罪である場合と、それからマネーロンダリングが行われた場合、この五菱会の事件は両方に当てはまるわけですが、そういう場合には賠償請求権行使が困難であると一律に見なしておりますが、そういう賠償請求権行使が困難な場合には、犯罪被害財産の没収・追徴を認めて、国が没収・追徴した上で、被害者に被害回復給付金としてこれを給付するという制度になっています。審議の過程では、没収・追徴を行わないで被害者に返すという制度も議論されておりましたけれども、最終的には一度没収・追徴した上で被害回復給付を行うという制度になっています。

このような制度が実現すれば、もちろん被害者の救済にとって一歩前進なわけですけれども限界もあります。改正案では、被害回復給付の対象は、当該刑事事件で被告人が起訴されている事件に限らず、その事件の一連の犯行の被害者まで拡大されております。これは日本の検察の慣行として、大規模な詐欺事件では、証拠が確実な一部の事件だけを起訴して、あとの多くの被害については情状として立証して量刑で考慮してもらうということが一般に行われていることと関係しています。すべて起訴するというのは、証拠収集の時間や手間も、それから裁判の時間も大変です。また、日本の刑法では、量刑は個々の犯罪の刑を足し算していくような制度にはなっておりませんで、併合罪として最も重い罪の一・五倍までの刑にしかなりません。したがって、ある程度の件数を起訴すれば、あとは何件起訴しても実際の量刑

は変わらないというようなことになりますので、情状でのみ立証するということが慣行になっているわけです。そういたしますと、起訴されている被害者との関係でのみ被害回復の制度を設けますと、被害者間で非常に不公平が生じてしまうことになります。そこで今回の法律では、当該刑事事件で被告人が起訴されている事件に限らず、その事件の一連の犯行による被害者に対しても給付を行うという制度になっているわけです。ただ、このように受け取る側を拡大したとしても、没収はあくまで刑罰ですので、有罪となった事件の収益でないと没収することができません。五菱会の事件のようにマネーロンダリングが問題となっている場合であれば、犯罪収益を隠匿することが犯罪ですので、隠匿された財産はすべて没収することができるという点で比較的問題はないのですが、通常の詐欺事件で、詐欺で得られた犯罪利益を没収するような場合には、あくまで起訴された被告人に対する犯罪によって得られた利益に限られるという限界があります。そういう意味では、先ほど申し上げました行政的に利益剥奪をするというような制度が設けられれば、より柔軟に、機動的に被害救済ができるのではないか、もちろんその場合にも立証という問題が、刑事よりは低い証明基準でいいのでしょうが、なお残りますので、行政的な制度にすれば直ちにすべてうまくいくというわけではありませんが、刑事に比べれば被害者救済にはずっと役立つ制度にはなるのではないかと思われます。

以上が現在ある制度、それから今年中にはおそらく成立するであろう制度ですが、さらにこれから検討されるであろう制度といたしましては、犯罪被害者等基本計画に明記されておりますので、早急に検討するということになるかと思いますが、一つは付帯私訴制度というものがございます。これは大陸系の国々で設けられていて、戦前には我が国にもあった制度ですが、刑事訴訟と民事訴訟をくっつけるというものです。付帯私訴制度の問題は、被害者の訴訟参加をどこまで認めるかという問題と密接に関連しております。被害者の側からは要望が強いですけれども、訴訟の遂行主体が複数出てきた場合、どういう事態が生じるのだろうか、いろいろ問題があるのではないか、ということが言われており

ます。訴訟参加を認めないで、単に刑事裁判の結果だけを利用するという制度も考えられないわけではありませんが、その場合には被害者の裁判を受ける権利を保障しなければいけませんので、刑事裁判の結果に不満がある場合には被害者が別途民事裁判ができるという制度にせざるを得ないでしょう。そうすると二度手間になりますので、そういう制度が望ましい制度なのかという問題があるように思われます。

付帯私訴制度というのは現にドイツ、フランスではあるわけですし、日本でも戦前にはあったわけですから、実現可能性がないということではないと思いますけれども、アメリカの刑事訴訟法にならっている我が国の制度の下で導入するとなると、いろいろ検討すべき問題があるのではないかと思われます。〔平成一八年一〇月から、法制審議会刑事法部会において、「損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度」についての審議が始まった。〕

もう一つ検討されている制度といたしましては、損害賠償命令制度というものがあります。これは刑事裁判所が刑罰として損害賠償を命じるというものです。刑罰の中には、刑務所に入れるという形で自由を剥奪する自由刑と、財産的な負担を被告人に科すという財産刑の両方あって、現在の財産刑というのは罰金として国庫に帰属させる、被告人にお金を払わせて、それを国が得るという制度になっています。しかし、刑罰の本質は被告人に不利益を科すという点にあるはずで、それを罰金として国が取らないといけないかというと、それは必然的なものではないように思われます。そうとすると、国が取るのではなくて、被害者に被害回復として与えるという制度も当然考えられるはずです。現に英米ではそのような制度が行われています。大陸法系の職権主義の刑事訴訟制度を取っているところで付帯私訴制度が用いられ、当事者主義を取っている国で損害賠償命令制度が用いられているというのは、何らかの関連があるのかもしれません。

損害賠償命令制度が仮に実現したとしても、刑罰として科すわけですから、被告人の資力によって制約されるのでは

ないかという問題がありますし、先ほど申し上げましたように大規模な詐欺事件等では一部の事件しか起訴しないのが慣行ですので、起訴されていない事件についてまで被告人に損害賠償を命じることができるのかという問題もあります。実はアメリカでは起訴されていない事件についても賠償を命じることができるとされているのですが、我が国ではおそらく難しいのではないかと思われます。損害賠償命令の制度がいろいろと限界のある制度であることは疑いがありませんが、そういう制約があるということを承知の上で、しかし、可能な範囲で被害回復を図る制度として損害賠償命令制度というものを設けるということは、あってよいのではないかと私は思っております。

付帯私訴制度や損害賠償命令制度というのは制度を根本的に変更するものですので、実現可能性がないとは思いませんけれども、検討すべき問題も多いだろうと思われます。そういう意味では、現行法をあまり大きく変えないでもう少し被害回復を図れないものかということで、第三の道というのも大げさですけれども、第三の道として刑事調停制度のようなものも検討されています。先ほどの刑事和解制度というのは、すでに被告人と被害者との間で示談が成立している場合に、それを公判調書に記載するというだけで、裁判官がそれ以上に関与することはありません。しかし、和解ができればいいですけれども、示談の交渉がうまく進まない場合、あるいは、被害者の側からすれば加害者である被告人と直接交渉することが嫌であるという場合もあると思います。そういう場合に、裁判官、あるいは裁判官でなくてもいいわけですけれども、第三者が間に入って調停を行うという制度は考えられないだろうかということです。それは、先ほどちょっと触れました犯罪者と被害者との間の関係の修復を図る修復的司法の場としても利用できる可能性もあるだろうと思われます。ただ、刑事の裁判官が調停を行うことについては、裁判官の中立性を害するのではないか、裁判の途中で調停を勧告したりすると、心証を明かすことになるのではないかというような問題点も指摘されております。現在でも示談を裁判官が弁護人に勧める、例えば、示談ができれば執行猶予を付けることができるのでもうちょっと頑張っ

てくださいみたいなことを言うといいますか、におわすといいますか、そういうことはあると聞いておりますし、民事では途中で和解を勧めるというようなことはよく行われていることですので、どこまで裁判官の中立性に反するということを考慮しなければいけないのか、裁判官の中立性ということが刑事では特別に民事とは違った形で考えられなければいけないのかということは検討の余地があると思います。

以上、非常に雑駁な内容で恐縮ですが、報告とさせていただきます。ご清聴ありがとうございました。