



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑法の社会的機能論－再訪：現代社会の統制手段としての刑法の適性と位置付け
Author(s)	伊東, 研祐
Citation	新世代法政策学研究, 10, 1-14
Issue Date	2011-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45061
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP010_001.pdf



刑法の社会的機能論—再訪： 現代社会の統制手段としての刑法の適性と位置付け⁽¹⁾

伊 東 研 祐

I はじめに

本報告は、グローバル COE「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の実施の趣旨に鑑みつつ、現在の刑法学における先端的議論、刑法学で何が問題になっているのかを紹介して欲しいというオーガナイザーの要望に対し、専門職大学院である法科大学院で教え、また、法科大学院の組織運営に関与する者が応えようとするものである。いわゆるドグマティックや実定法解釈適用論の最先端について語ることは期待されていないと了解している。タイトルの「刑法の社会的機能論 — 再訪」も、ファンクショナリズム（機能主義）の社会機能論というような趣旨において用いている訳ではなく、単純に素直な意味で、刑法が社会的に果たす様々な現実的機能を適切に捉えながら解釈論あるいは立法論に投影していくべきではなかろうか、という思いを反映するに止まる。裏返しの言い方をすれば、何人かにより設定された実定刑事法ポリシーの現実的効果から見た、ポリシー実現手法としての制度ないし規定群、それらの視座・構造・解釈等の妥当性の批判的検証、翻って、ポリシー設定・実現態様の妥当性の検討という、些か政策論的な議論の展開を試みることにしたい。それが現在の刑事法学における先端的な問題であるかと問われれば、肯定的な答は保証の

⁽¹⁾ 本稿は、2010年（平成22年）2月6日に北大 GCOE「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の研究会において行った報告を基礎として、趣旨が変わらない限度で加筆修正し、その後の考えの展開等を反映させたものである。

限りではないが、いわゆる修復的司法論の定着等に鑑みて、そうであることを祈ることとしたい。

II 問題意識の所在

我が国の刑事裁判における主たる登場人物は、長い間、裁判官・検察官・弁護人（弁護士）、そして、（対象としての）被告人に限られてきた。近時における「裁判員制度」の実施⁽²⁾に伴う「一般市民」の参加は、その意味において、一定の除外される市民群があることは一先ず措くとしても、画期的な制度的改変であり、1999年以降の10年余の間にわたる今次の司法制度改革の仕上段階に相応しいものと評し得るであろう⁽³⁾。この裁判員制度は、職業的法曹専門家だけではなく更に一般市民の目をも加えて見た事実ないし事実関係とそれに基づく評価ないし価値判断に拠って被告人の刑責を決定しようとするもの⁽⁴⁾と理解されるが、それは、新たな法曹養成制度である法科大学院制度の創設等と共に10年程前に立ち上げられた大きな全体ポリシーの実現手段の一つであり、後述の「被害者参加制度」の創設等の先行する制度改革を含め、犯罪被害者保護の実現というポリシーを（も）担ったものと位置づけ得る。それは、犯罪被害者保護の謂わば最終形として、「公訴時効廃止」が実現されつつあること⁽⁵⁾に照らすと、極め

て明瞭に理解されよう。

予め述べておけば、本報告者は、犯罪被害者保護の必要性を否定するものでは勿論ないし、その重要性に疑いを持つものでもない。むしろ、より積極的に、より実効的で、且つ、より合理的な手段を投入して推進されるべきものであったし、現在もそれには変わりがないと考えている⁽⁶⁾。それが故に、この犯罪被害者保護というポリシーが、果たして今次の刑事司法制度改革で事実として相応に巧く実現されたか、ということが正に問題となるのである。そして、残念ながら、そのようなポリシーにも拘わらず、現実的な機能・ファンクションとして実現されたものは、「適正な処罰」ないし「適正な報い」であった、ジャスト・デザート（just deserts）の追求・実現ということに結局は終始してしまったように思われる⁽⁷⁾。そんな感じを持ちながら、この刑事司法制度改革の10年間に眺め直してみると、そこから何かを学ぶことができるのではないであろうか、刑法の機能を現実の社会的コンテキストの中で眺め直すことによって、21世紀の「刑法の機能論」の方向付けが可能ではないか、というのが本報告者の問題意識である。

III 犯罪化・重罰化（過剰処罰）の（特に被害者の）法益ないし利益保護の追求による正統化と、不処罰による規範形成

本報告者は、実は、10年程前に、本報告と同じようなことを話したことがある。2000年の日本刑法学会第78回大会における共同研究として「現代社会における刑法の機能と犯罪論の新展開」という企画立ち上げの依頼を

⁽²⁾ 裁判員制度は、2004年（平成16年）5月21日に成立した「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（同年法63号。以下、裁判員法と略記する。）により創設され、2009年5月21日から実施された。

⁽³⁾ 今次の司法制度改革の青写真を示したものが、2001年6月12日の司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—」であり、同審議会は、司法制度改革審議会設置法（平成11年法68号）により、1999年（平成11年）7月に内閣の下に設置されている。

⁽⁴⁾ 勿論、裁判員法1条に拠れば、「国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資すること」が立法目的として顧慮されている。

⁽⁵⁾ なお、2010年（平成22年）4月27日に公布・即日施行された改正刑事訴訟法により、「人を死亡させた罪であつて死刑に当たる罪」については公訴時効が廃止された。

⁽⁶⁾ 一例を挙げれば、犯罪被害者及びその家族ないし遺族・関係者の精神的ダメージに対するケアの提供、制度的保障の立ち後れには、今でも甚だしいものがある。

⁽⁷⁾ 報告者は、「適正な処罰」を通じて犯罪被害者保護が行われ得ることを否定するものでもない。例えば、処罰感情の充足ということに如何なる意味、如何なる程度の重要性を認めるか、という問題は別としても、裁判過程で事件・被害惹起の真相が適切に示されることにより、被害者及びその家族・遺族等に事実諒解の為の精神的に有効な作用が及ぶことは確かであろうし、それを通じて精神的な損害の回復が可能となることも少なくないであろうからである。

受け、自らも「現代社会における刑法解釈論の機能と視座」⁽⁸⁾ということ で語ったのが、それである。当時の刑法学界においては、一方で、安心感 や体感治安の保護を正統化根拠とする⁽⁹⁾（現在まで続く）過度の犯罪化及び重罰化、即ち、過剰処罰傾向の立法に対する批判的な声が非常に強く、他方においては、世紀の変わり目ということを意識しつつ、行政改革会議 による「事後監視・救済型社会への転換を図るため」の司法制度改革の要求を踏まえて、現代社会で刑法が如何に機能すべきか、犯罪論の新たな展開方向は如何なるものたるべきか、ということを議論しようとする雰囲気があったことが、その背景事情である。正に今次の刑事司法制度改革の始 まろうとする時点で、市民の利益ないし法益の保護の一層の追求という機能の割り当てによる処罰の正統化が既に一定期間行われ、本報告者は、その合理性・有効性に疑問を呈して、むしろ（事後的な）処罰による利益保護という機能を刑法に果たさせるべきではない、不処罰によって社会構成員の自律的な再発予測あるいは予防・回避策の展開を促進するアプローチの方が合理的であり且つ実効性がある、と主張したのであった。標語的に いえば、不処罰による刑法の規範形成機能を主張したのであった。

その際に用いた素材の一つが、「コピー・マシンによる公文書の写しの作成」は公文書偽造罪に該するかという、1970年代の刑法解釈論の大きな論点を巡る議論であった⁽¹⁰⁾。この議論は、文書偽造罪とは「文書」を偽造す

ることを処罰するものであって、「文書の写し（コピー）」を勝手に作出することを処罰するものではない、すなわち、文書偽造罪は「文書の原本」を偽造するものであるという、「罪刑法定主義の感覚」にも依拠した消極説を基調とする学説に対し、最高裁⁽¹¹⁾が、コピー・マシンによる写し作成の非人為性にに基づく正確性と、それに対する社会一般の信頼、そして、その信頼に基づいてコピーが現実を果たしている社会的機能の要保護性を強調した積極説を採用することにより決着を見たが、本報告者の目からすれば、それは、最高裁が本来行われるべきでない社会生活上の行動パターンをその事実的な（個々にはさほど大きくもない）便益の故に公的に許容して刑法的に保護し、犯罪へのインセンティブを付与する機能を果たさせることとなったのであった⁽¹²⁾。かつて、自動車事故による保険金請求の際に、交通事故証明書のコピーの添付だけで証明書の提出との代替を認めていた実務上の慣習があり、それが保険金詐欺を促進したといわれているが、そのような慣習を是認した場合と変わらないともいい得るであろう。処罰による利益保護の追求によって、犯罪増加へのインセンティブを与え、最終的には、犯罪に係る社会的コストを増加させ続けることとなるより、処罰しないことにより、社会構成員に対して、本来採るべき行動（たとえば、原本の提示とコピーの提出）の採用を初めとして、自律的な犯罪予防・回避策の展開を促す方が、遙かに合理的で且つ実効的であろう。

同様のことは、1980年代から90年代に掛けて、幾多の解釈論上の困難を乗り越えて処罰することが判例によって可能とされた各種プリペイドカードの偽造事例の場合においても確認することができる。その意味での可罰化の為に払われた社会的コストには既に膨大なものがあり、処罰による保護の効果を期待して偽造防止対策が遅れ又は対処療法的になったことにおいて、社会的コストが更に増加すると共に、犯罪へのインセンティブも大きくは減少せず、処罰の為の社会的コスト自体も継続的に生じていた

示が文書偽造に該するか等の問題にも、いわば同時に解答するものであった。

⁽¹¹⁾ 最二判昭和51年 4月30日刑集30巻 3号453頁、最一決昭和54年 5月30日刑集33巻 4号324頁、最三決昭和58年 2月25日刑集37巻 1号 1頁等を参照されたい。

⁽¹²⁾ 詳細については、拙著『現代社会と刑法各論 [第2版]』349頁以下、特に、353頁以下を参照されたい。

訳であるが、根本対策としての高額カードの発行停止、別個の支払手段への転換等により、プリペイドカードの偽造事例は瞬間に著しく減少したのである。問題となったプリペイドカードの発行主体が特殊な大業主・業界であったことを考えれば、処罰せずに、自律的対策の実施を事実上促すことが、合理的且つ実効的な手法であったといい得るであろう。

10年程前に話した以上のような内容は、その後の10年、すなわち、今次の刑事司法改革の過程において明らかとなってくる、被害者保護の名の下での「適正な処罰」ないし「適正な報い」の追求に関しても、刑法の使い方ないし機能としては合理的でなく又実効的でもないという評価を抱かせる視座となっている。

Ⅳ 今次の刑事司法制度改革における犯罪被害者保護と「適正な処罰」ないし「適正な報い」の追求

本報告者は、2009年度日本法社会学会学術大会の全体シンポジウム「刑事司法の主体を問う―裁判所・検察と市民参加」において、「ある刑事実体法専攻者の印象」と題して語る機会を得た⁽¹³⁾。その印象の内では本報告と関連する部分を述べれば、以下ようになる。

まず第一に、犯罪被害者保護や刑事司法への市民参加の具体的な方法として採用された「被害者参加制度」や「裁判員制度」が、その創設・運営に要した又今後も要する正に膨大な社会的コストにも拘わらず、被害者参加制度の利用件数は年間800～900件程度、裁判員制度の対象件数は、次頁の表の示すように、全刑法犯認知件数の0.15%前後であって、いずれも極く僅かであり、個々の犯罪被害者の（事後的）保護等は増加したにせよ、犯罪予防・再社会化の観点から見ると、それらの制度を含む改革された刑事司法制度の機能は極めて貧弱といわざるを得ない、むしろ、事実的には、被害者・遺族等や一般市民の目からする「適正な処罰」ないし「適正な報い」の追求の為の制度となっているということであった。

第二には、今次の刑事司法制度改革には、犯罪数をむしろ増加させ得る「適正・迅速な処罰」の為の制度改正が含まれているということである。

⁽¹³⁾ 法社会学72号（2010年）48-60頁。

- ① <警視庁>刑法犯認知件数（交通業過を除く）
- ② 地裁1審刑事新受件数
- ③ 裁判員制度対象事件数 ※2009年は、935件(5/21迄)+1198件(5/21以降)
- ④ 対地裁1審刑事新受事件比率 ③/②
- ⑤ 対認知件数比率 ③/①

		①	②	③	④	⑤
平成16年	2004年	2,562,767	113,463	3,800	3.35%	0.15%
平成17年	2005年	2,269,293	111,724	3,633	3.25%	0.16%
平成18年	2006年	2,050,850	106,016	3,111	2.93%	0.15%
平成19年	2007年	1,908,836	97,826	2,645	2.70%	0.14%
平成20年	2008年	1,818,023	93,566	2,324	2.48%	0.13%
平成21年	2009年	1,703,044	92,777	2,133	2.29%	0.13%

すなわち、2004年の即決裁判手続（刑訴法350条の2～350条の14）の創設が、争いのない簡易な事件について、それに相応しい制裁で迅速に処理することを意図したことはいうまでもないが、執行猶予が必ず付くということによる刑罰感銘力ないし再犯防止効果の喪失という大きな問題が含まれることにも留意すべきである。2006年の窃盗罪（刑235条）及び公務執行妨害罪（刑95条）の選択刑としての罰金刑の追加は、懲役のみの法定刑では重すぎて従前は訴追できなかった事案を適切に訴追する為のものであるし、2007年の自動車運転過失致死傷罪（刑211条2項）の新設及び裁量的免刑規定の維持の持つ意味も既に明らかであろう。懲役5年以下という刑（刑211条1項）では不足する自動車事故における適切な処罰を実現し、場合によっては、不起訴という事件処理を正統化する手法の提供であった。

これらの改正・制度改革の直接的な目的は、効率的且つ惹起した害悪に比して適切な処罰を担保・実現することにある。そこで新たに要求される社会的コストは、本報告者の目からすれば、不合理に大きい。それらによつては、犯罪は減らないからである。そして、繰り返しになるが、被害者参加制度・裁判員制度の創設も、それらの制度を前提とした個別的な事件処理の観点からすれば、（事実上の機能としては）惹起した害悪に比して適切な処罰の担保・実現を目指すものとしての位置づけが可能であるし、全体的な時代の流れの中で眺めた場合には、むしろ、そのような位置付けの方が妥当であつて、そこで要求される社会的コストの膨大さは合理化

することが困難である。そこでは、同様に、全体として犯罪を減らすことは考えられていないからである。（積極的）特別予防は元より、積極的一般予防も考えられていないからである。もともと、刑法理論学における結果無価値論・[相対的] 応報刑論（消極的一般予防論）・裁判規範論にも支えられた事後的紛争処理モデルの採用からすれば、そのような方向での改革の必要性は当然あるいは必然ともいい得るものであろう。しかし、同モデルの採用が、「不安の時代」あるいは「危険社会」等と呼ばれる現代社会状況への刑事法的対応の前提として、実質に妥当であるか否かは、未検証なのである。

V 「適正な処罰」ないし「適正な報い」の追求による過剰処罰・日常生活への刑罰的介入とその弊害

上述した2007年における自動車運転過失致死傷罪（刑211条2項）の新設は、反面において、犯罪被害者保護の追求が「適正な処罰」ないし「適正な報い」という形で行われた場合に生じ得る弊害を改めて意識させるものであった。

第一は、「適正な処罰」ないし「適正な報い」の追求が極めて重い処罰に繋がり、当該重い処罰を回避する為に法益保護にとって有害な行動が促進されてしまい、社会全体としては却って大きな損害を被り得ることである。周知の通り、危険運転致死罪（刑208条の2）の創設は、かつての業務上過失致死傷罪（刑旧211条1項前段：上限は5年以下の懲役）による処罰では軽すぎるとする自動車運転事故の被害者・遺族の活動によって促進されたものであるが、その法定刑又宣告刑が極めて重いことから、これを回避する為に轢き逃げが多発し、その対策の一環として為されたのが、自動車運転過失致死傷罪（刑211条2項）の新設に他ならないのである。

第二は、「適正な処罰」ないし「適正な報い」の追求が、そのような処罰を受ける可能性ある「業務」ないし日常的活動への就業・従事に対する（心理的）阻害要因となり、当該「業務」ないし日常的活動の従事者、従って、サービスの減少により、社会全体としては却って大きな損害を被り得ることである。すなわち、自動車運転過失致死傷罪新設前の業務

上過失致死傷罪は、自動車運転行為を含む総ての「社会生活上の地位に基づいて反復継続して行われる生命・身体に対する危険を有する行為及びそのような危険の発生を防止すべき行為」を包摂し⁽¹⁴⁾、事実的にも膨大な数のいわゆる交通業過事件に適用されてきていたが、自動車運転過失致死傷罪の新設により、業務上過失致死傷罪（刑211条1項前段）の包摂範囲からは自動車運転行為が除外され、適用範囲がいわば純化されたのであった。換言すれば、業務上過失致死傷罪は、日常生活上の（生命・身体に対して危険を有し得る）過失行為一般から生命・身体を守る機能を有するものとして再定位されたのであるが、医師、特に産科医に対する過失刑事責任の追及（「適正な処罰」ないし「適正な報い」の追求）が、失敗に終わることが少なくなかったにも拘わらず、産科医の急激な減少をもたらした、いわゆる医療崩壊を招いた、とされていることは周知の通りである⁽¹⁵⁾。被害者保護を刑罰的に追求した結果が、社会構成員全体にとっての利益保護の低減、保護の剥奪ということになったのであった。同様の問題は、航空管制官の管制上のミスに起因する死傷結果の惹起の責任を刑罰的に追及することに関しても指摘されている。そして、いずれの場合においても、基本は、被害者利益の保護の為に刑事責任を追及するよりは、事故原因調査委

⁽¹⁴⁾ このような「業務上の過失」による死傷結果の惹起という包括的な加重処罰類型を置いていた／いること、しかも、重過失致死傷罪（刑211条1項後段）と並んで置いていた／置いていること自体が、立法例としては珍しく、可否を問題とし得るが、この点は一先ず措く。

⁽¹⁵⁾ 医師の刑事上の過失責任の追及が、医師数の減少・医療崩壊に対して法的な意味での因果関係があるか否かは、勿論、争いのあるところであろうが、要因の一つになっているとはいえよう。ちなみに、朝日新聞2009年11月27日朝刊6面[13版]の伝える厚労省調査の結果に拠れば、全国7,714施設の一般病院のうち、小児科があるのは38%、産婦人科・産科が19%で、過去10年にわたり減り続け、診療所についても産婦人科・産科は減少し、特に、産科診療所は3年前よりほぼ半減した（359施設減の400施設）ということである。なお、朝日新聞2009年12月18日朝刊37面[13版]の伝える厚労省の調査結果に拠れば、10年以上前から減少が続いていた産科・産婦人科の医師数が2008年は1万389人で、2年前の調査時より315人増、伸び率3.1%で、全体の医師数の増加にほぼ比例しているが、前回調査時に産科・産婦人科だったが、今回調査時にお産を扱わない婦人科に変わった医師が423名、内科等の別分野に変わった医師も少なくとも300名ほどある、とのことである。

員会等による再発防止策の確立に置かれるべき旨が主張されている⁽¹⁶⁾。その点に関しては、刑事訴追の対象とされてきている鉄道事故・船舶事故等の場合も同様である。

刑事司法における事後的紛争処理モデルの採用が、意図的であるにせよ、非意図的であるにせよ、犯罪被害者保護の為の「適正な処罰」ないし「適正な報い」の追求（の為の制度作り）ということに至り、一方では、犯罪の積極的一般予防にも特別予防にも事実上関心を有しないこととなつて、刑法からは犯罪の無い社会ないし少ない社会を形成努力する機能は失われるのみならず、他方では、犯罪被害者保護の為の「適正な処罰」ないし「適正な報い」の追求が、犯罪へのインセンティブを与えることとなつたり、現代社会における日常生活を支える諸々の行動、特にシステム的な活動に直接的に威嚇的なだけの介入を試みることとなるのである。そのような刑法の機能が、実現・維持に必要となる社会的コストの（均衡を著しく欠く）膨大さを考え併せるならば、合理性も実効性も認め難いものといわざるを得ないことは改めて述べるまでもない。むしろ、刑法を機能させないこと、事後的な犯罪被害者保護の為には（別個の適切な手段を考えて）処罰しないことにより、社会構成員が自律的に犯罪防止対策を考えて実施することを促進する方が合理的且つ実効的である。この結論は、10年前の学会報告でも、そして、それを援用しつつ本報告でも既に述べたところであるが、上述のように（犯罪被害者保護の観点から）刑罰を用いて制御しようとした日常行動の特質に鑑みると、一層の妥当性を有するよう思われる。現代社会における日常行動の多くは、一種の「中立的行為」ともいえるものであり、「ゆるされた危険」であつて、そのような捉え方が社会的に否定されるに至らない限りは、本来的に事後的な刑罰的な制御から免れているはずだからである。

⁽¹⁶⁾ 本報告の観点からすれば、“被害者利益の保護の為には、刑事責任の追及という方法ではなく、個々の被害者の具体的な必要に応じた適切な手法を考えるべきであり、むしろ、基本は、社会一般の利益保護の為に、事故原因調査委員会等による再発防止策の確立に置かれるべきである”ということになろう。

VI 現代社会における刑法の機能 — 許された危険、中立的行為への対応

「中立的行為」とは、それ自体として見れば社会的に有益な効用・機能を有する技術等もしくはそれら技術等に係わる行為であるが、その技術等の使われ方によっては、他人の法益等を侵害又は危殆化するものとして、違法なものとなるものを意味する。中立的行為に関する近時の著名な事件としては、ファイル・シェアリング機能を果たす上でソフトウェアの基礎技術として極めて有益なものを提供する Winny というソフトウェアを開発し、ネット上に公開して著作権侵害を幫助した、とされた Winny 事件があるが、広く考えれば、自殺方法の教授・心中仲間の募集・犯罪仲間の募集等々の為の Web サイトの開設・運営等の問題、スパムや誹謗中傷等の電子メールの濫用の問題等は元より、火気の使用、刃物の使用、自動車運転、治療行為等々、極めて多数の日常行動も含めて考えることができるのである。

これらの行為は、通常、犯罪行為に該るとは考えられないが、それは行為の危険性を制御する必要がある場合にその為の措置が事前に採られているときであつて、そのような措置が無いままに行為して構成要件の結果を生じれば、基本的には、犯罪行為に該ることにはなる。中立的行為が「許された危険」として犯罪行為に該らないとされるのは、必要となる場合と様態とを典型的に予見ないし想定して事前に採られた措置の存在の故である。それが故に、結果が発生したとしても、刑法的に問題とされないのである⁽¹⁷⁾。結果の発生により被害者の保護・救済の必要性が発生したとしても、他の手段による事後的な保護・救済が行われるべきことは当然として、その為には刑法は機能させないという社会的ポリシーが存在している

⁽¹⁷⁾ Winny 事件についていえば、第 1 審の京都地裁平成18年12月13日判決（判タ1229号105頁）は、被告人の主観的態度等による総合評価を行って、実質的な行為の違法性を肯定し、著作権法違反の幫助を認めたが、第2審の大阪高裁平成21年10月8日判決（季刊刑事弁護61号182頁）は、本報告者の理解するところによれば、処罰根拠論（混合惹起説）から要求される類型性を充足しないとして、構成要件不該当として無罪としているように思われる。

といい得るのである。

このような社会的ポリシーの妥当する現代社会においては、社会構成員は、自己の行動を「ゆるされた危険」として社会に組み込む為には、必要となる場面と態様とを典型的に予見・想定して事前に適切な措置を講ずることになるが、その実体は、犯罪を敢えて処罰しないことにより、社会構成員が自律的に犯罪防止対策を考えて実施することを促進することと同じであって、刑法を機能させるよりも遙かに合理的且つ実効的である。

Ⅶ 現代社会における刑法の機能 ― コンテキストの変更 （「一連の行為」論を含む）による対応

中立的行為・許された危険としての現代社会における日常的行動に関する上述のポリシーが、いわば客観的には存する行為の危険性の制御、換言すれば、「結果惹起の「危険」の制御」の観点からの考察に基づいて展開されたものであることは、改めて強調するまでもないであろう。それは自然なものであるようにも思われる。しかし、中立的行為・許された危険としての日常的行動を、行為者以外の社会構成員にその望まない結果を生じさせる危険と見ることは、必ずしも正確・適正な見方であるとは思われない。行為者を含めた社会構成員が全体として利益を享受し得る、いわば望む結果を生み出す力として見るのが正確であろう。関係者の地位を用いて比喩的に表現すれば、加害者と被害者という対立関係を生じるような行動ではなく、共同事業者・共同投資者として利害を共同する一体関係を生じるような行動である。そうであるとすれば、現代社会における日常的行動から望む結果が生じず、逆に、望まじからざる結果が生じたとしても、そこに、事後的な犯罪「被害者」の保護・救済の為に刑法が機能する余地はおよそ無いことになる。加害者も被害者もないからである。結果を生じたことの責を負うのは、損害を被った者を含んだ関係者全員だからである。本報告者のいう「コンテキストの変更」とは、このような社会的行動の意味把握における脈絡ないし視座の転換をいうが、それが新たなポリシーの形成要因の一つとなることはいうまでもない。

たとえば、医師が手術の高度の危険性や代替的な技法の不十分性等を明瞭に説明し、患者も納得の上で選んで当該手術を受けたというような場合、

その有効なインフォームド・コンセントに基づく相当な行為から不幸な結果が生じたとしても、当該の患者と医師とは手術による治療ないし健康回復という共同目的を追求する共同行為者であって、基本的には、その結果を共同で引き受けるべきであるように思われる⁽¹⁸⁾。患者にとって、それはいわば自傷行為に過ぎず、犯罪構成要件に該当しないので、それを共同した医師も不可罰である。刑法学上、「危険引き受け」の場合として問題になる諸場合も、同様に考えることができよう。

なお、コンテキストの変更は、処罰傾向に機能させられることもある。たとえば、判例は、侵害を予期した上で積極的加害意思をもって臨んだ場合には、侵害の急迫性が否定されるとする⁽¹⁹⁾が、それは、当該行為のコンテキストを「正当防衛状況」ではなく、いわば「喧嘩闘争状態」に過ぎないものと置き換えているものである。また、いわゆるクロロフォルム吸引事件⁽²⁰⁾においては、被告人らの“被害者を先ず気絶させ、それから、溺死させた”積もりの行為を、“直ぐに溺死させる目的で気絶させたら死んでしまったらしい”行為というように、計画に従って連続して行われた「一連の行為」として読み替え、最終目的の達成に向けて行われた行為の実行の着手を認めている。更に、正当防衛成立後の量的過剰行為⁽²¹⁾についても、“正当防衛成立後に、量的過剰行為を行った”と切り離して考えずに、一個の防衛意思の実現として“正当防衛状況下の行為から発展して一連一体として評価されるのが量的過剰行為である”という視角の転換を行って、全体の可罰性を認めている。

このようなコンテキストの変更による処理が何処まで許容されるのか、

⁽¹⁸⁾ なお、有効なインフォームド・コンセントがあったということだけで、常にこのようなコンテキストの変更が可能である、ということはいっている訳ではないことは確認しておきたい。

⁽¹⁹⁾ 最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁及び同決定の調査官解説・香城敏磨『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和52年度）』14事件、最判昭和60年9月12日刑集39巻6号275頁及び同判決の調査官解説・安廣文夫『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和60年度）』13事件を参照されたい。

⁽²⁰⁾ 最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁を参照されたい。

⁽²¹⁾ 最決平成21年2月24日刑集63巻2号1頁、最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁を参照されたい。

ということ自体は興味ある問題であり、規範的評価の限界づけの問題であるならば、一定のポリシーの定立が要求されるであろう。しかし、いうまでもなく、本報告の扱っているのは、現代社会における日常的行動についてのコンテクストの変更という別個の問題である。それは、社会構成員の自己答責性に基づく行動の理解に基礎を置くものであり、事後的な刑法的介入を本来は不要とするものであると思われる。

VIII おわりに — 結論に代えて

以上、犯罪被害者保護ということを刑法発動の正統化根拠あるいは刑事司法制度改革の正統化根拠にしてきたことに対して、それが予想外の事実的反機能を生じることも少なくないことを指摘しつつ、また、ポリシーとしての合理性・実効性も疑わしいことを指摘して、むしろ、事後的な犯罪被害者保護の為には刑法を投入せず、社会構成員の自律的な再発予測とそれに基づく予防策・回避策を促進するアプローチを採るべきこと、それが現代社会においては適合的であることを述べてきた。ある意味において極端なこの見解は、詰まるところ、保護客体ないし保護利益としての法益の侵害もしくは危殆化を根拠とする処罰が、現代社会における構成員の為の行為規範の形成の手法としては巧く機能しないこと、否、むしろ、そのような機能を意図していないことのみならず、事実上、法益を現に享有している者の保護に偏する（法益を有しない者は害されず、従って、保護もされない）ことへの疑念に起因するものともいい得よう。社会構成員に対して「刑」という峻厳な効果を及ぼす刑法を、現代における社会構成員の共生を実現する為に如何に機能させるべきか、それを改めて考える必要を痛感させるのが、今次の刑事司法制度改革の最終段階に至った現時点における法状況である。