

判例による法形成：「水俣病事件」の場合

伊藤， 司
九州大学教養部助教授

<https://doi.org/10.15017/1940>

出版情報：法政研究. 58 (2), pp.39-164, 1992-02-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

判例による法形成

——「水俣病事件」の場合——

伊藤 司

一 はじめに

(1) 序

(2) 「判例」の意義

(3) 判例による法形成

二 「水俣病事件」にみる法形成

(1) チッソ補償交渉事件

(2) 水俣病刑事事件

三 おわりに

判例集・雑誌（新聞） 略語表（但し、比較的頻度の高いものに限る）

刑集	最高裁判所刑事判例集	判タ	判例タイムズ
月報	刑事裁判月報	広島	広島法学
高刑集	高等裁判所刑事判例集	ひろば	法律のひろば
判時	判例時報	法協	法学協会雑誌
民集	最高裁判所民事判例集	法教	月刊法学教室
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen	法時	法律時報
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	法社	法社会学
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen	法セ	法学セミナー
朝日	朝日新聞西部本社版	法論	法律論叢
LS	LAW SCHOOL	北大	北大法学論集
金沢	金沢法学	毎日	毎日新聞西部本社版
刑雑	刑法雑誌	立教	立教法学
警論	警察学論集	労旬	労働法律旬報
公法	公法研究	GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
時法	時の法令	JZ	Juristenzeitung
受験	受験新報	MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
ジュリ	ジュリスト	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
書研	書記官研修所報	NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
曹時	法曹時報	OJZ	Osterreichische Juristen-Zeitung
		ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

※なお、川本裁判資料集編集委員会編『水俣病自主交渉川本裁判資料集』（一九八一年）は、『資料集』と略記する。

一 はじめに

(1) 序

本稿は、いわゆる「水俣病事件」⁽¹⁾を素材として、「判例による法形成」を検討しようとするものである。制定法（成文法）国である我が国においても、判例のもつ意味は非常に大きくなっていくことは、周知のところであろうし、「水俣病事件」は「判例」そしてまた「判例による法形成」を検討する際に、豊富な素材を提供してくれているからである。

第二章において、「チッソ補償交渉事件」及び「水俣病刑事事件」の具体的検討をするに先立ち、まずは「判例」についての一般論を押さえておくことにしたい。⁽³⁾

- (1) 「水俣病事件」とは、熊本県水俣市所在のチッソ株式会社水俣工場の排水に起因する病気をめぐって発生した一連の民事・行政・刑事事件と、新潟県鹿瀬町^{かのせ}所在の昭和電工株式会社鹿瀬工場の排水に起因する同じ病気をめぐって発生した民事・行政事件をさすこととする。
- (2) 団藤重光『法学入門』（一九七六年四刷）一四三頁以下、一六三頁以下、大阪国際空港夜間飛行禁止等請求事件における裁判官団藤重光の反対意見（最大判一九八一年二月一六日民集三五卷一〇号一四〇六頁以下）参照。
- (3) 「判例研究の方法論争」を概観する文献として、長谷川正安『法学論争史』（一九七六年）一四七～七七頁、この文献をも含めた「判例研究論争」の整理として、渡辺洋三『法社会学と法律学の接点』（一九八九年）三頁以下参照。

(2) 「判例」の意義

まず、「判例」という言葉⁽¹⁾については、一方で、「裁判の先例」ないし「裁判としての先例」の略称として捉えられ、⁽²⁾他方で、「判決例」ないし「裁判例」または「裁判の事例」ないし「裁判の実例」の略称として捉えうることも指摘⁽³⁾されている。⁽⁴⁾前者は、いわゆる「傍論（余論）|| オビター・ディクタ」概念に対応する狭い意味での「判例（主論）|| レイシオ・デシデンダイ」概念を意味するものといえよう。

しかし、この「判例」概念の理解をめぐって、論争がないわけではない。まず、中野元判事は、「論点についての判断」を「結論の部分（結論命題）」と「結論の理由づけの部分（理由づけ命題）」⁽⁵⁾とに分け、前者のみが「判例」であると理解されている。⁽⁶⁾その理由としては、次のように述べている。⁽⁷⁾すなわち、「最高裁判所といえども、裁判という面では、受理された個々の事件を裁判する以上のなんらの権限をもつものではない」⁽⁸⁾と、「憲法および法律にのみ拘束される」と規定する憲法七六条三項との関連からして、「一般的法命題を判例と解することは、判例のもつ拘束力を考えると、憲法上右のような（事前の通達などによる法解釈の——引用者注）一般的指示を認めるのに等しいことになる」⁽⁹⁾し、「裁判官の判断には一種の直感的判断が重要な役割を演じているということ」と、裁判官の判断はあくまでも自分に割り当てられた具体的事件の処理（裁判）に向けられているということ、⁽¹⁰⁾換言すれば、「裁判官は、この感覚の決定した法律的判断については全責任を負わなければならない、それだけに外部に対して権威を主張することができる」のであり、「必ずしも学者であることを要求されていない裁判官が理由づけの中で引用した一般的法命題が、一般的に言って結論命題ほどの権威を持ちえないのは当然」であるし、「個々の裁判事件の処理を担当している裁判官の心理としては、その事件における法的判断の結論をいかにして論証するかが関心事なのであって、それが論証できれば足りるのであり、⁽¹¹⁾「一般的法命題が他の場合にも妥当するかどうかも考えることはかれの任務からすればいわば

余計なことであり」、従って、「判例としての価値と權威とを認めるのは問題」であると。⁹⁾さらに、「一般的法命題」と「判例理論」との不一致の際の理解の困難さが指摘されている。¹⁰⁾以上の理由づけは、判断主体たる裁判官に視点があてられているという印象が否めないといえよう。それだけに、判例をもっと客観的・機能的に捉えようとする立場からは、批判が予想される。すなわち、一般的法命題にも事実上の拘束力が認められると解したとしても、結論命題に対する場合と同様に、異なった説得的な理由をつけることにより、「判例」変更は可能であろうし、¹²⁾裁判官の直感的判断・責任・任務と判例を直結する必要はないのではないか、さらに、個別的事件の処理を強調した場合、裁判官(所)としては、以後の裁判に対する「先例的効力」を特に考える必要はないということになりはしないか、ということである。一般的法命題と判例理論との不一致についても、最終的に最高裁の判断を仰ぐことで足り、その意味で、一時的に併存しているような観を呈するにすぎないと理解することも可能であろう。さらに、高橋教授は、「結論命題」がレイシオ・デシデンダイ（判例法準則）であるとする考え¹³⁾は、「狭すぎる法準則」であるという批判を加えられている。¹³⁾この点については、元判事は、「ある法令（法条）の有効・無効を述べた命題」の場合と、「当該事件の具体的事実を前提としてその法律的效果を述べる、という形態の命題」とを区別し、後者については、「ある程度の抽象化」の必要性を認めているのである。¹⁴⁾後者を抽象化せず、そのまま「判例」と考えた場合、「意味がない」ことを理由とする。¹⁵⁾「結論命題」のなかに、性質の異なる二つの場合を包含させてもよいのかについて疑問がないわけではないが、結論命題「内」での修正措置であり、結論命題を文字通り「結論」に限定する必要はないと考えれば、両者の見解の間に対立はないことになろう。しかし、前者についても、例えば、「刑法二〇〇条は憲法一四条一項に違反する。」という命題を「結論命題」とすることは、「ある意味では狭すぎる法準則であり、別の意味では広すぎる。」¹⁶⁾との批判が寄せられているのである。「狭すぎる」というのは、後者に対するのと同様に、結論しか示していないという意味においてであり、「広すぎる」というのは、周知のように、最高裁多数意見は尊属加重自体を違憲とはしていないからであ

る。⁽¹⁷⁾しかし、このような批判は、確かに尊属加害に対するその他の加重処罰を問題とした場合にはあてはまるものであるが、こと刑法二〇〇条に限った場合、法改正がなされない以上、刑の点でも改善はなされていないわけであるから、「刑法二〇〇条は憲法一四条一項に違反する」という命題が「判例」として通用しているといっても誤りではないのである。この限り、「ある法令（法条）の有効・無効を述べた命題などは、それだけで一般性をもっているから、他の事件にも適用することができることについてなら問題は⁽¹⁸⁾ない。」とする元判事の主張は支持されよう。

これに対し、今一度後者の方に視点を移した場合、元判事が正当にも区別しているように、⁽¹⁹⁾修正措置を施した「判例」たる「抽象化された結論命題と同一内容の理由づけ命題」を越えた、「それよりも内容の広い、より一般化された法命題」について、元判事自身が具体例をどのように把握しているかを見つめることにしたい。ここで、具体例として、いわゆる「チャタレー夫人の恋人事件」最高裁判決（最大判一九五七年三月一三日刑集一一卷三号九九七頁）を取り上げることとする。本判決の論点は多岐にわたるが、「チャタレー夫人の恋人」の翻訳出版と刑法一七五条に関する直接の「結論」は、「原判決が本件訳書自体を刑法一七五条の猥褻文書と判定したことは正当であり、上告趣意が裁判所が社会通念を無視し、裁判官の独断によって判定したものと攻撃するのは当を得ない。」（一〇〇七頁）とする判示であり、原判決を認容する形での結論は「本件訳書（文書）は刑法一七五条の猥褻文書にあたる。」とする部分であり、上告趣意に答えた結論は「原判決は社会通念に従って判定している。」とする部分⁽²⁰⁾ということになる。前者の判示のままでは判例として「意味がない」ことになろうから、「抽象化」の道が探られなければならない。「社会通念」については、直接の「結論」の直前に、「要するに本訳書の性的場面の描写は、社会通念上認容された限界を超えているものと認められる。」（一〇〇七頁）とする判示がみられる。このような社会通念を念頭に置いた「抽象化」としては、「社会通念上認容された限界を超えている」「性的場面の描写」を含む「訳書（文書）」は刑法一七五条の猥褻文書にあたる。」という仕方が考えられる。このような抽象化によって、「判例」として機能はしうるであろう。し

かし、他方、この「社会通念」は、「著作が一般読書に与える興奮、刺激や読者のいさぐさ羞恥感情の程度」を「裁判所が判断す」る際の「規準」として理解されているのである（一〇〇五〜六頁）。一般的な観点からは、規準よりも、規準によって測られるべき対象の方が本質をなすともいえそうである。この点につき、直接の「結論」の二つ前の判示においては、いわゆる猥褻性三要件の具体的適用がみられる。すなわち、「それは…家庭の団欒においてはもちろん、世間の集会などで朗読を憚る程度に羞恥感情を害するものである。またその及ぼす個人的、社会的効果としては、性的欲望を興奮刺激せしめまた善良な性的道義観念に反する程度のもものと認められる。」（一〇〇七頁）と。この判示を抽象化した場合、「いわゆる猥褻性三要件を充足するような性的場面の描写を含む訳書（文書）は刑法一七五条の猥褻文書にあたる。」となしうるであろう。しかし、元判事は、猥褻性に関する定義は、「抽象化された結論命題」、そしてそれと「同一内容の理由づけ命題」の範囲を越えた、「より一般的な理由づけ命題」と理解しているようである。⁽²¹⁾その理由としては、前述のほかに、「理由づけとしての必然性の欠如」もあげられている。⁽²²⁾そうすると、「結論命題」と「理由づけ命題」の原則的区別という中野説を貫くためには、「社会通念」を用いた「抽象化された結論命題」に限られることになろう。しかし、このような理解は、猥褻性三要件の該当性判断よりも、もっと無限定・価値偏向的な判断を許すものとなるのではあるまいか。⁽²³⁾また、理由づけの必然性の欠如は確かにその通りであるが、あえてそのような理由づけを採用した裁判官の判断が重要であるともいえることになろう。かようにして、刑法一七五条関係判例を取り上げた場合、猥褻性三要件を「判例」と考えた方が、被告人に有利な判決がなされやすかったようにもうかがえる。⁽²⁴⁾

もっとも、「社会通念」の変化を理由とする無罪判決も存在するように思われるが、⁽²⁵⁾「規準」が変化すれば当然猥褻性三要件の該当性判断にも影響してくるわけであり、両者の関係が前述の通りだとすれば（規準と対象の関係）、実は「判例」が正解されていないことにもなってくるであろう。従って、いずれにせよ、猥褻性三要件による猥褻文書の定義もまた、「判例」とみざるをえないし、実際そのようにみられている⁽²⁶⁾といえるのではあるまいか。この点、元判事の

判例の理解の仕方には、一般的と思われるそれとの間に、齟齬があることがうかがえよう。このような齟齬が判例の具体的理解の違いにすぎないとすれば、問題は少ないといえようが、「法令上のある概念や関係を一般的に定義した命題など」が「当該事件の結論命題としての抽象化の限度を越えてより一般化された命題」であり、従って「判例」ではないとの一般論からすれば、根本的な問題に発展する可能性もないわけではないであろう。いずれにせよ、後者との関係では、どの程度抽象化の余地を認めるのかが、重要な問題として提起されることになる。⁽²⁸⁾

このように抽象化の余地を認めることと、「理由づけのための一般的法命題」及び「傍論」⁽²⁹⁾とは、理論上はやはり区別しうるものといえよう。しかし、実務（実用）的観点からすれば、これら二者の重要性については、多くの論者の指摘するところである。⁽³⁰⁾ それは、「判例」を正確に捉えながらも、訴訟当事者そして裁判所が、自己の主張を正当化するために「判例」ないし「判例の趣旨に徴し明らか」等の形で参照するためにはかならないであろう。⁽³¹⁾ 従って、われわれは、このような点をも踏まえて、「判例」の正確な理解に努めなければならないといえよう。⁽³²⁾⁽³³⁾⁽³⁴⁾

- (1) この言葉の意義・変遷につき、川島武宜『川島武宜著作集第五卷』（一九八二年）一八一頁以下、梅本吉彦「判例研究の意義と方法」――民事判例について」法セミ三一六号（一九八一年）一一五頁以下、下森定「判例研究の方法」法教一〇〇号（一九八九年）九〇頁以下参照。
- (2) 中野次雄編『判例とその読み方』（一九八六年）三、五二頁、浦部法穂「最高裁判所の判例」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学6』（一九七七年）五一〜二頁、団藤重光『実践の法理と法理の実践』（一九八六年）一一二八頁。
- (3) 川島・前掲著作集五卷二六五頁以下（但し、後者を否定する方向での捉え方）、石田穰「判例研究の方法」法協九〇巻九号（一九七三年）五六頁、同『法解釈学の方法』（一九七六年）六〇頁（さらに徹底して、「判例にならない裁判を裁判例とよんで判例から明確に区別すべき」とされる）、三淵乾太郎「判例集編纂の現状―最高裁の民事判例に関連して―」判時三四卷一号（一九六二年）五七頁下段、谷口正孝「裁判について考える」（一九八九年）八六頁。
- (4) 五十嵐清『法学入門』（一九九一年一九刷）六四頁参照。なお、渡辺教授は、下級審の判決が「裁判例集」に収められ

- る」点に「最高裁Ⅱ編集者」の「先例価値的判断」を見出し、「下級審判決を最高裁判例形成の一過程としてとらえ」られる(渡辺・前掲書二、二三頁、この点、石田・前掲論文三〇頁も参照)。
- (5) 中野編・前掲書三九頁。
- (6) 中野編・前掲書五四頁。平野龍一『法律学講座刑事訴訟法』(一九五四年)一七二頁及び同『法律学全集刑事訴訟法』(一九七八年三九刷)三二七頁も、「結論をひき出すために述べられた理論的前提や理論的演繹それ自体は判例ではなく、「判例とは、無限に多様な具体的事実の中から、重要な事実を選び出して類型化し、これに対して示された法律的判断である。」とし、平場安治「上告審の機能」日本刑法学会編『刑事法講座第六卷』(一九五七年再版六刷)一三三頁も、平野博士の原著の頁を参照しつつ、「判例とは、具体的事件に対する法規その他の法原則の適用において当該事件を超えて一般的意味を有する原則をいう。」とされていた。さらに、谷口正孝「判決の理由」判時二六号(一九五四年)一頁、佐々木史朗「上告理由としての判例違反」(4・完)―判例とは何か―判タ六七号(一九五六年)二五〇頁以下、井上正治『判例刑事訴訟法』(一九五八年)三二六、三四五頁、柚木馨「判例と判例研究についての再論」司法研修所報二七号(一九六一年)三九〇頁、松尾浩也「刑事法における判例とは何か」法セミ二七九号(一九七八年)八頁一段、一〇頁三段、などを参照。
- (7) 中野編・前掲書五六、五七、五八、六三、六四頁。
- (8) この点につき、例えば、中国の最高人民法院は、判例宣告権以外に、より一般的な司法解釈権をもつようである(陳光中(江萃訳)「中国の判例制度に関する問題」天野和夫、P・アーレンス、J・L・ジョーウェル、王叔文編『裁判による法創造』(一九八九年)二九四〜五頁)。
- (9) 下級審判決について同旨の発言として、星野英一「(座談会)判例研究の再検討」ジュリ四六九号(一九七一年)二三二頁四段、さらに、二三八頁四段においては、小瀬保郎司法研修所教官が、「われわれは判例研究のために裁判をしているのではない」と発言されている。
- (10) 中野編・前掲書六五、七〇、七一頁。
- (11) 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』(一九八七年)一六三頁に、このような捉え方がうかがえる。もっとも、中野編・前掲書四二頁以下、六六頁にも、このような捉え方がうかがえないわけではない。
- (12) 芦部信喜「憲法判例の拘束力と下級審の対応」国家学会編『国家学会百年記念国家と市民第一巻』(一九八七年)六七頁。
- (13) 高橋・前掲論文一六二〜三、一六六頁。

- (14) 中野編・前掲書三九、四〇、四一頁。もっとも、このような「操作」は、すでに川島・前掲著作集五卷一六二〜三頁において認められていた。
- (15) 中野編・前掲書四一頁。しかし、当該裁判においていかなる判断（結論）が下されたかという意味では、大きな意味をもちうるであろう（川島・前掲著作集五卷一五〇頁以下、小林直樹「判例研究の目的と方法について」ジュリ増刊憲法の判例第三版（一九七七年）二頁中段、田中成明「裁判による法形成」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座Ⅰ』（一九八一年）五一〜二頁）。
- (16) 高橋・前掲論文一六六頁。
- (17) 最大判一九七三年四月四日刑集二七卷三号二六六〜九頁。
- (18) 中野編・前掲書四〇頁。
- (19) 中野編・前掲書四六頁以下。
- (20) 中野編・前掲書三一頁以下。
- (21) 中野編・前掲書四八頁以下、一四三〜四、一四五頁。
- (22) 中野編・前掲書五一頁。
- (23) 特に、最高裁判決一〇〇六〜七頁にみられるように、裁判所が「社会を道徳的頹廃から守らなければならぬ」ず、「病弊墮落に対」する「臨床医的役割を演じなければならぬ」とする気負った態度で裁判に臨むときには、このような批判はよくあてはまりうるであろう。
- (24) この点については、拙稿「わいせつ罪」阿部純二・川端博編『基本問題セミナー刑法』（一粒社発行予定）所収中で、概観しておいた。
- (25) 東京地判一九七九年一〇月一九日判時九四号一五頁（いわゆる「愛のコリーダ事件」一審判決）は、「性表現流布によって現時点までに普通人が到達した：「馴れ」「受容」及び捜査機関等による「放任」の程度を重要な資料としたうえで、「性表現のもたらす価値と「性に関する生活の秩序ないし健全な性風俗維持の要請に対して与える脅威」との比較較量によって、「社会通念における性表現程度許容の目安を見出すのが妥当である」（一九頁四段）と判示しており、「普通人の意識」と「普通人の間に存する良識、すなわち社会通念」とは、同一のものとしてされているわけではないが、前者が後者に対して相当大きな影響を及ぼし、「判定」規準たる後者が「変遷」したことが、無罪判決を導く重要な根拠とされたようにかがえる。また、最三小判一九八三年三月八日刑集三七卷二号一五頁における裁判官伊藤正己の補足意見も、準ハード・

- コア・ポルノとの関連で、社会通念の捉え方につき、「チャタレー事件」最高裁判決に批判的であり、「愛のコリーダ事件」一審判決を容認するような判示をされている（二二頁）。
- (26) 実際のところ、猥褻性三要件は、最高裁判決一〇〇三頁においても、「判例」として引用されている。
- (27) 中野編・前掲書四八頁。
- (28) 一般論としては、中野編・前掲書四一頁以下。
- (29) 例えば、中野編・前掲書四五〜六頁は、いわゆる写真コピーの偽造が公文書偽造罪にあたるとした判決（最二小判一九七六年四月三〇日刑集三〇巻三号四五三頁）につき、この事件は手書きの写に関するものではないから、この点に関する判示は「傍論」であるとしている。
- (30) 五十嵐・前掲書七八頁、田中・前掲論文六七頁、松尾・前掲論文八頁以下、川島・前掲著作集五卷一五四頁以下、西原春夫「刑事裁判における判例の意義」中野次雄判事還暦祝賀『刑事裁判の課題』（一九七二年）三〇六、三二二頁、金築誠志「主論と傍論―刑事判例について―」司法研修所論集一九七三―Ⅱ一三三、一五六、一五九、一六一頁以下、一六五頁、川端博「判例と立法のかかわりを学ぶ」法教一一七号（一九九〇年）三四頁。
- (31) 渡辺・前掲書二五頁以下、谷口・前掲論文二頁、川島武宜「判例―法社会学と法解釈学との接点」法社一七号判例の法社会学的研究（一九六五年）二二頁。
- (32) 一般的に、「判決の扱いは、目的に応じて多様化せざるを得ない」ことの指摘として、平井宜雄「判例研究方法論の過去と現在」別冊法教民法の基本判例（一九八六年）五頁中段参照。
- (33) というのは、例えば、刑訴法四〇五条と四一条との関係で重要な意味をもつからである（西原・前掲論文三〇六頁、石田・前掲法協九〇巻九号二六頁以下、同・前掲書五九頁以下、田中・前掲論文六五頁、井上・前掲書三四二頁、中村治郎『裁判の世界を生きる』（一九八九年）三四九頁）。
- (34) 英米法と大陸法（なかならずドイツ法）における「主論」と「傍論」の区別の意義・背景につき、中村・前掲書三三七頁以下、平野龍一「刑事法の領域における判例について」前掲法社一七号二二頁以下、田中英夫『英米法研究Ⅰ法形成過程』（一九八七年）九頁以下、五三頁以下、山田晟「傍論」について『成蹊法学一六号』（一九八〇年）一八七頁以下参照。

(3) 判例による法形成

それでは、「判例による法形成」ほどの程度許されるであろうか¹。この点、中野元判事は、「判例法としての新たな法規範の生成」、換言すると、「判例による法の創造」は、刑事実体法の分野においては、「法律なければ犯罪なし」という罪刑法定主義があるため、考えられない」とし、他方、民法及び刑事手続法の分野においては、判例法は「顕著にみられる現象で、しかも重要な機能を営んでいる。」ないし「重要な役割を果たす」としている²。刑事実体法については、共謀共同正犯³、結果的加重犯の要件、写真コピーの文書性のいずれについても、「判例による法令の有権的解釈」として取り扱われている⁴。このような区別は、伝統的なそれに従ったものといえよう。

さらに、「判決は法を適用した結果なので、法は事実よりも先に別にある⁵。」という観点から、あるいは、「法律の枠を越えて、新たな法律を形成することまでは、裁判官の法解釈作業の枠内に取り込むことができない。とくに、処罰を拡大する方向での解釈については、国会の制定した法律によらなければ、何人も処罰されることはないという罪刑法定主義の基本的要請は、厳格に維持されなければならない⁶。」として、判例の法源性を明確に否定する見解もみられる⁷。

しかし、判例の法源性については、判例が法律（制定法）と全く同一のものであるとする見解はみられないといってよい。従って、「法源」という用語の使い方の問題ということにもなってくるが、法例二条を通じて判例が慣習法として通用しうることを認めた場合⁸でも、元判事のような区別が、原則として維持されてきたとみてよいであろう⁹。

それでは、刑事実体法の分野においては、「法形成」がなされないかという問題については、やはりこの用語の定義にもよるが、刑法の解釈もまた、「裁判官の選択であり決断である¹⁰」とし、また、一審から最高裁までいくにつれて、判断の積み重ねとして次第に犯罪定型の内容が明らかにされる、あるいは、個々の具体的な事件について出された判

例が集積することによって、犯罪定型がかたまってくる⁽¹¹⁾として、このような意味においては、民事法と違いはないと解されているといえよう⁽¹²⁾。従って、刑事実体法の分野においても「法形成」は許されるが、「法創造」は許されないとするのが通説的な見解といえる得るであろう⁽¹³⁾が、個々具体的な事案においても⁽¹⁴⁾、例えば、前掲の写真コピーの文書性に対しては、罪刑法定主義違反の声が見られる⁽¹⁵⁾。次章で取り上げる「水俣病刑事事件」においても、相当思い切った「法形成」が行われている。しかし、「水俣病事件」は、刑法だけにとどまらず、憲法、民法、国家賠償法、刑事訴訟法など、主要な法律全般にわたっており、この意味で、「判例（裁判例）」による「法形成」を概観する格好の素材といえる。特に民事・行政訴訟の分野においては、伝統的な『法適用型訴訟』に対し、新たな訴訟類型として、「公共訴訟」⁽¹⁶⁾「現代型訴訟」⁽¹⁷⁾「政策志向型訴訟」⁽¹⁸⁾「不法行為型訴訟」⁽¹⁹⁾を包括した『法形成型訴訟』という捉え方がなされており⁽²⁰⁾、刑法の分野においても、企業組織体責任論を主軸とした「現代型犯罪（現代社会型犯罪）」という捉え方がなされてきたし、「水俣病刑事事件」についても、「企業責任論を背景に過失を認定することが、…実務に定着しつつある」⁽²¹⁾一例として取り上げられている⁽²²⁾。確かに、本事件を追求する検察官の発想には、そのような趣旨がうかがえることは否定しえない⁽²³⁾。しかし、民事責任と刑事責任では、最終的な追求の仕方、認め方が異なることも否定しえないのであり⁽²⁴⁾、後者の場合、やはり罪刑法定主義のもつ意味を等閑視してはいけないといえよう⁽²⁵⁾。このような違いはあるものの、刑事・民事・行政訴訟の分野にわたって、「判例（裁判例）」による法形成」を検討することは可能であるといわなければならない⁽²⁶⁾。

以上の確認を前提としつつ、本稿次章においては、わたくしの専門との関係もあり、「チッソ補償交渉事件」と「水俣病刑事事件」を素材に検討することとし、民事・行政訴訟の諸判例（裁判例）については、「法形成」とみうる部分を、注の形で示すことにしたい⁽²⁷⁾。

- (1) 田中・前掲書三〇四頁。なお、この問題の検討の際には、特に法的安定性や予測可能性の保障といった観点からのこれらの保障をも含めて、「先例拘束性」原則自体の四つの保障内容につき、芦部・前掲論文八六〇七頁参照）判例の遡及適用の問題も念頭に置いておかなければならない。この問題につき、五十嵐・前掲書八四頁、田中・前掲書三一頁以下、六九頁以下、小暮得雄「刑事判例の規範的効力―罪刑法定主義をめぐる一考―」北大一七卷四号（一九六七年）一〇七頁以下、村井敏邦「判例変更と罪刑法定主義」一橋論叢七一巻一号（一九七四年）三二頁以下、四四、四七頁以下、寺崎嘉博「遡及処罰禁止原則における判例変更の法的機能」LS三三六号（一九八一年）一三八頁以下、一三八頁、さらに、近時の（西）ドイツの判例をめぐる論稿として、Edwin Allgaier, Zur Unkenntnis geänderter Rechtsprechung, Deutsches Autorecht 1990, 2. S.50-3; Matthias Krahl, Fahrlässigkeit-Rückwirkende Änderung der Rechtsprechung und Art. 103 II GG, NJW 1991, Heft 13, S.808-9.
- (2) 中野編・前掲書二七〇八頁。
- (3) この問題をめぐる判例の状況と学説の役割につき、内藤謙「判例と学説」平野龍一編『小野先生と刑事判例研究会』（一九八八年）一七二頁参照。さらに、後掲二(2)注(4)。
- (4) 中野編・前掲書一八七頁以下、特に一九七頁以下。
- (5) 末川博「《座談会》民事判例研究の問題点第一部民事判例研究の展開と現状」法時三四巻一号（一九六二年）三一頁中段、同旨、小橋一郎「同第二部戦後判例の特質とその研究方法」同六二頁四段。
- (6) 村井・前掲論文四六頁下段〇四七頁上段。
- (7) 田中・前掲書三頁、石田・前掲法協九〇巻九号三三三頁注⑨は、「実用法学が用いる法源とは、国家により裁判の決定規準として公認された社会的事実を意味する」という視座から、「決定規準としての過去の裁判」||「判例」を法源とし、西原・前掲論文三〇七、三〇九頁は、「判例」は「制定法という形式に内容を与え、両者相合して法源を形作るという関係に立ち、「用語法のいかんによっては、―補充的な―法源そのものをなす」と理解し、小暮・前掲論文一一六、一二三頁もまた、「成文法源を当然に補充しつつ、法の適用を拘束するという意味で、「成文法源と一体化した解釈判例に法源的効力をみとめ」「間接法源または補充法源」と呼ばれる。
- (8) 東孝行「判例の法源的機能論序説」民商法雑誌九九巻三号（一九八八年）六頁。このような見解に対し、五十嵐・前掲書六八頁参照。
- (9) 西原・前掲論文三〇七頁、田中・前掲書二五頁、平野龍一『刑法の基礎』（一九六六年）二三八頁。

- (10) 平野・前掲書二二八頁。
- (11) 団藤・前掲実践の法理と法理の実践一九五、二五五頁。
- (12) 「事実」「法」は裁判官によって「発見」されるのではなく、「創造」されるのだと捉えるときには、一層民事法との共通性が強調されることになろう(渡部吉隆「判決雑感」公法四八号(一九八六年)一頁以下参照)。
- (13) 明確には、例えば、堀内捷三「判例の遡及効に関する覚書」前掲小野先生と刑事判例研究会二〇六頁、渡辺・前掲書四一〜二、四七頁注⑧も、「刑事裁判や純粋の行政裁判においては、罪刑法定主義や法治主義等の制度的わく組みがあるために、その法創造的機能にも、大きな限界があり、「この限界を無視して、あるいは過小評価して、行政や刑事についても、民事同様の法創造機能を期待するならば、それは、結局において、権力の恣意的な法の運用へとみちを開くことになろう。」とする。なお、この点で注目に値することには、イギリスにおいても、近時、刑事実体法の分野での法形成(develop or interpret existing crimes or laws)は許されるが、法創造(create a new crime)は許されないとする傾向にあるようである(D・J・ステューブンス(斉藤武訳)「刑事・民事訴訟における裁判官の役割」前掲裁判による法創造一五頁以下、特に一一八頁、D. J. Stephens, The Role of the Judge in Criminal and Civil Litigation, RITSUMEIKAN LAW REVIEW No. 4 (1989) P.37)。(西)ティーンにおける近時の論稿として、Volker Krey, Gesetzestreue und Strafrecht-Schranken richterlicher Rechtsfortbildung, ZStW 101(1989) 838ff., insb. 840, 843ff., 846f., 850, 852, 863-6, 869f. 参照。
- (14) これに対し、長谷部茂吉「判例批評を批評する」ジュリ四六九号(一九七一年)二一八頁三段は、「裁判が立法であることは、全く疑を容れる余地がない」として、相当柔軟な「法の解釈適用」を認められるようである。
- (14) 当該判断が「法形成」≡解釈の枠内にあるか、「法創造」≡立法行為にあたるかは、類推解釈許容の問題とも関連して、困難な問題を提起する。本稿で詳細に論ずることはできないが(後掲二(2)(ii)も参照)、いわゆる「電気窃盗事件」(大刑判一九〇三年五月二一日大審院刑事判決録九輯八七四頁)と「ガソリンカー転覆事件」(大刑判一九四〇年八月二二日大審院刑事判例集一九卷五四〇頁)をいかに対比・評価するかが、ひとつの目安となるであろう。後者については、類推解釈であるとする一連の論稿がある(植松正「罪刑法定主義」日本刑法学会編『刑法講座第一卷』(一九七七年一三刷)四一頁以下、四五頁注(一)、四六頁注(六)、阿部純二「刑法の解釈」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一編『現代刑法講座第一卷』(一九七七年)一一五頁以下、荒木伸怡『裁判—その機能的考察—』(一九八八年)三九頁以下、などを参照)。これに対し、前者については、「類推解釈とか拡張解釈とかの問題ではなく…管理可能性説をとるか有体物説をとる

か」の違いであるとする見解（植松・前掲論文四五頁注（二））と「所有物」という文言を拡張解釈し「たものとする見解（荒木・前掲書三九頁）がみられる。しかし、前者についても、電気は所有「物」ではなく（中山研一「研究会」刑事法における法の解釈」ジュリ増刊法の解釈（一九七二年）二〇八頁左）、従って「可動性及ヒ管理可能性」（八七八頁、なお、平野龍一「犯罪論の諸問題（下）各論」（一九八二年）三二二頁も参照）という上位概念を媒介として、「有体物」と「電流」をいずれも「所有物」（旧刑法三六六条）とみたのだと解されるとすれば、類推解釈だということになってこよう。いずれも類推解釈であるにもかかわらず、後者は許され、前者は許されないと考える（西原春夫・前掲法の解釈二〇六頁右、荒木・前掲書三九頁）のは、媒介項がどの程度規範化しているかに関する感覚の差からくるものと考えられる。後者の場合、「鉄道線路上ヲ運転」（五四三頁）するもの、すなわち、「自由に障害物を避けることのできない軌道の上を運行する交通機関」（植松・前掲論文四五頁注（一））であり、比較的規範的な判断をすることなく、客観的・形式的・事実的な観点から判断することが可能であるのに対し、前者の場合、「悪い」行為には違いないであろう（西原・前掲法の解釈二〇六頁右、荒木・前掲書三九頁）が、「所有物」または「財物」（現行刑法二三五条）という構成要件要素のもとで、なお「電流」は「物」ではないではないかという反論をすることが可能であるように思われる。もっとも、トロリーバス（道路交通法二条一項一二号）やリニアモーターカーなどの交通機関においては、上が固定されていたり、ガイドウェイに固定されているが鉄道に接して走るのではなかったりするなど、考慮を要する事例がありうるが、少なくともガソリンカーやディーゼルカーについては、処罰しうるとするのが大方の見解と思われる（反対、中山・前掲法の解釈二〇七頁右、二〇八頁左）。いずれにせよ、個々具体的に判断せざるをえないが、「類推」解釈という概念を厳密に使用するか、「許される」類推を「拡張」解釈と呼ぶか、などという問題は、それほど決定的なこととは思われない。むしろ問題は、「規範的な媒介項の使用のなかでも、「目的論的解釈」（阿部・前掲論文一一〇頁以下）における「法益の先取り」にあり（中山・前掲法の解釈二〇七頁右、二〇八頁右、二〇九頁左、拙稿「騒擾罪の保護法益についての一考察（二・完）——刑法における「社会」概念を視座において——」北大三五卷一・二号（一九八四年）二四五頁下段、さらに、前掲②注②の拙稿のほか、立石雅彦「公害罪法における「排出」の意義——二つの第一審判決をめぐる——」三重法経四六号（一九八〇年）一一頁以下参照、後者も同様な視座から妥当な「排出」概念を導き出しているように思われる）、写真コピーの文書性を積極的に解する一連の判例には、この問題性が看取されるのである。さらに、「法形成」か「法創造」かという問題は、「不法領得の意思」「実質的違法性とその阻却、不真正不作為犯、原因において自由な行為」などの分野においても、提起されている（谷口・前掲書九〇頁、内藤・前掲論文一六九頁、植松・前掲論文三五頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕第二版』（一九八七

年) 二二頁、などを参照)。

(15) この問題については、そもそも一連の(反対)意見が存在する(最一小決一九七九年五月三〇日刑集三三卷四号三二六頁以下における裁判官団藤重光・同戸田弘の各意見、最三小決一九八三年二月二五日刑集三七卷一号三頁以下における裁判官木戸久治の意見、最二小決一九八六年六月二七日刑集四〇卷四号三四二頁以下における裁判官島谷六郎の反対意見)。学説としては、団藤・前掲実践の法理と法理の実践一九八頁以下、平野・前掲犯罪論の諸問題四一六頁、日高義博「写真コピーの作成は文書の偽造か—刑法の解釈のありかた」井口茂・石黒一憲・神田秀樹・羽田野宜彦・樋口範雄・日高義博『判例に学ぶ法律考現学—判例解釈裏おもて』(一九九〇年)二〇四、二〇五頁、曾根威彦「コピーによる公文書偽造—消極説の展開」植松正・川端博・曾根威彦・日高義博『現代刑法論争Ⅱ』(一九八五年)二八〇頁。

(16) 小島武司「公共訴訟」の理論」民事訴訟雑誌二三号(一九七七年)一頁以下、田中成明『裁判をめぐる法と政治』(一九八九年三刷)二六九頁以下、川嶋四郎「公共訴訟」事件における公正な和解内容の確保と裁判官の役割」商学討究三九卷二号(一九八九年)八一頁以下。雄川一郎「行政訴訟の客観化の傾向と原告適格法」法学協会編『法学協会百周年記念論文集第一巻』(一九八三年)六三五頁以下には、ハーバード大学のA・チェイス(シェイズ)の「公共訴訟」理論として、「伝統的モデル」と「今日的モデル」の対比・紹介がみられる。シェイズ自身の論稿の翻訳としては、エイブラム・シェイズ(柿嶋美子訳)「公共的訴訟における裁判官の役割」アメリカ法一九七八—一九八九年)四七七頁は、法社会学的な見地から、孝「裁判の社会的機能と現代的意義」黒木三郎編『現代法社会学』(一九八九年)四七七頁は、法社会学的な見地から、「公共訴訟における裁判の機能」を「結果」の側面からではなく、「手続」及び「交渉秩序・促進」の側面から捉えられる(もともと、すでに、田中・前掲書二〇、一一九頁、同「現代型訴訟」時法一三六四号(一九八九年)三四〜五頁などに、同様な発想がみられたところである)。裁判の機能論については、さらに後掲注⑳参照。

(17) 新堂幸司「現代型訴訟とその役割」芦部信喜ほか編『岩波講座基本法学8—紛争』(一九八三年)三〇五頁以下、この訴訟の「主な特徴」につき、田中成明『現代日本法の構図—法の活性化のために』(一九八七年)六一頁以下参照。小島武司「現代型訴訟の役割と特質」ジュリ増刊民事訴訟法の争点「新版」(一九八八年)二八頁以下は、この概念が曖昧であるとしつつも、一定の意義を認められる。長谷川公一「現代型訴訟」の社会運動論的考察—資源動員過程としての裁判過程」法時六一卷一二号(一九八九年)六五頁にも同様な指摘がみられるが、この訴訟を「社会問題開示型訴訟」という形で捉えられる。この点で、注⑩和田論文と同様な発想がうかがえるといえよう。原田尚彦「行政判例の変遷と検討」公法四八号(一九八六年)一一〇頁以下は、この訴訟と「公共訴訟」「政策志向型訴訟」を同一に取り扱われている。田中成明「現

代における裁判の機能の拡大―その現況と正統性に関する一考察―」公法四六号（一九八四年）九四頁注①も、この訴訟と「政策志向型訴訟」とは内容的にはほぼ重なりあっているとし、「公共訴訟」についても、「その基本的な特徴や問題点において似かよっているところも多い」としつつも、公共訴訟はやはりアメリカの裁判制度を前提に論じられたものとして理解される（同旨、大沢秀介『現代型訴訟の日米比較』（一九八八年）九頁、同書一三頁には、現代型訴訟という概念の不明確さの指摘もみられる、なお、乾昭三「シンポジウム裁判の現状と研究課題―民事裁判の分野から―」法社四二号裁判の法社会学(1)（一九九〇年）二四〜五頁も参照）。六本佳平「現代型訴訟」とその機能」法社四三号同(2)（一九九一年）二頁以下、五、六、九頁は、この訴訟をも含めて、「政策志向型訴訟」などのこれまでの議論の概観を行い、これらの「訴訟類型の特別の意義は、…社会システムの構造的な要素の変更という一般的な意義をもった課題が、直接には個別ケースの処理を課題とする裁判に課せられるという点にある、という捉え方」をされており、有益な示唆を含んでいるように思われる。ただ、「現代型」という形容語「自体については、「現代の社会変動に直接起因して、従来あまり見られなかったタイプの争いが裁判所に持ち込まれるようになってきていることを一般的に指すことになる。」としており、この訴訟の「一般的背景」説明などに興味深い指摘がみられるものの、この訴訟概念自体特に深い独自の意味内容をもつものではないことが示されているともいえよう。

(18) 平井宜雄「現代法律学の課題」同編著『社会科学への招待―法律学』（一九七九年）二三頁以下（二八頁注②には、やはりA・シェイスに示唆を受けたことが記されている）、さらに、同『現代不法行為理論の一展望』（一九八〇年）六六頁以下、七三頁以下、七六頁以下、一四八・一八一頁以下（「不法行為訴訟が、「政策志向型」訴訟として最もあらわれやすい」とされる）、七七、一四九頁以下、一七〇頁以下、天野和夫「裁判官による法創造とその政策的機能」前掲裁判による法創造一〇頁以下。

(19) 納谷廣美「不法行為型訴訟に関する一考察―過失責任をめぐる諸問題―」法論五二巻五号（一九八〇年）一頁以下、二、三、二八頁以下、四二頁以下、四七頁以下、同「新しい私的紛争と司法制度の課題―民事訴訟法理論の再構築に向けて―」和田英夫編著『訴訟制度と司法救済―日米比較司法制度論研究序説―』（一九八九年）一四五頁以下、一五〇〜一、一八三〜四頁（現代型訴訟という概念の不明確さの指摘がみられる）。

これに対し、北川善太郎「現代社会における契約原理の浸透(1)〜(5)・完」NBL一〇三号（一九七六年）三六頁以下、一〇四号二六頁以下、一〇五号三六頁以下、一〇六号二七頁以下、一〇七号三三頁以下は、「不法行為による損害賠償請求をめぐる紛争解決のための和解（示談、賠償協定、補償協定等）」（一〇五号三七頁二段）にみられるように、むしろ「非

取引社会」における契約、原理の浸透を概観・検討されている。

(20) 訴訟ないし裁判、あるいはより一般的に法をどのように位置づけるかは、困難な問題を提起する。まず、普遍主義型法・管理型法・自律型法という視座から、法の分析を試みる論稿として、田中・前掲裁判をめぐる法と政治三六頁以下、四三、五六頁以下、二三三頁以下があげられる。このような一般的な視座を下敷きにしつつ、田中・前掲公法四六号九六頁は、裁判所の「政策形成機能」を「通常の司法裁判所に違憲立法審査権が与えられ行政裁判が委ねられている現行司法制度」によって根拠づけ、九七頁は、「裁判に対する役割期待」として、少数者・弱者の要求・意思を政策形成過程のなかに反映させる機会を提供するという考え方を提示する（さらに、田中・前掲裁判をめぐる法と政治一八七頁以下、三九三、三九九頁以下、四〇八頁、同・前掲現代日本法の構図一七七、一九二頁以下、一九七頁、同・前掲新・実務民訴講座一五八頁以下、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（一九八三年四刷）一四七頁注④、一五八、一七八、一八二頁）。その後、田中成明「司法的政策形成と最高裁判所の役割」法セミ増刊今日の最高裁判所―原点と現点（一九八八年）二〇頁以下では、もともと政治学的（・社会学的）概念である「裁判の政策形成機能」という概念と法律学で一般に用いられてきた「裁判の法創造（法形成・準立法）機能」という概念を、区別して理解すべきことが指摘されている（同旨、井上治典「紛争過程における裁判の役割」新堂幸司編『講座民事訴訟6』（一九八四年）九、一三頁以下。さらに、棚瀬孝雄「裁判をめぐるインフルエンス活動」川島武宜編『法社会学講座5紛争解決と法1』（一九七二年）三〇六頁以下は、現実の裁判制度の機能・過程を端的に「裁判の政治化現象」という視座から把握される。これに対し、宮澤節生「シンポジウム裁判の現状と研究課題―中間的総括」前掲法社四二号五七頁は、「現状で裁判所に政策的介入を要求するのは、かえって危険ではないか。」とされる。なお、小林・前掲憲法の判例第三版二〇三頁、芦部・前掲憲法訴訟の現代的展開一四七頁以下、一五四、一五八、一七八頁以下、同『憲法訴訟の理論』（一九八四年一六刷）三六八頁以下も参照）。そして、後者は前者の一環にすぎないものとして捉えられているのである（さらに、田中・前掲裁判をめぐる法と政治二六頁以下、一二八頁以下、同・前掲新・実務民訴講座一五四頁注①、同「現代型訴訟」時法一三六二号（一九八九年）四九頁）。この場合、「社会の変化に対応した法創造的な判例形成」（二三三頁）は当然の前提とされているといえよう（さらに田中・前掲時法一三六二号四八〇、一三六四号三〇頁以下、一三六六号二九頁以下）。

これに対し、吉野教授は、『裁判による法形成』の問題」を、あくまでも「裁判という制度的枠組の中で考察されるべき問題」とし、従って、民事紛争の場合であれば、「民事訴訟法のさまざまな理論的約束事の制約に服することを」当然の前提として、論を進めているのである（吉野正三郎「裁判による法形成と裁判官の役割」前掲裁判による法創造三八〇頁、

さらに、三七七、三九〇頁以下、四〇二頁注⑤)。そして、「裁判の政策形成機能」についても、「もともとは憲法訴訟における違憲審査権の行使との関係で議論された」ものであるとして、法律学の見地から捉えられている(同「裁判過程における裁判官の役割」前掲法社四二号一二二頁)。以上の点については、確かに、裁判に負けて交渉に勝利するのはしばしばみられるところであり(「大阪国際空港事件」の例につき、和田英夫「公共的利益と公共的訴訟」公共的利益をめぐる訴訟制度と裁判官の役割―法論五六巻三号(一九八三年)一七七頁注⑧)、さらに、裁判のインフォーマルなインパクトの例につき、田中・前掲現代日本法の構図一七四―五頁参照)、この意味で、特に政治学的(・社会的)視座からは、訴訟外の出来事への目配りが必須であることは認めなければならないが、訴訟ないし裁判のもつ意味を余りに相対化することは、適正・妥当な交渉を越えて、不法・不当な自力救済(自救行為)を当然視するような風潮を招きかねず、必ずしも賛成しかねない面がある。ここで、近代法の形成過程について詳論することはできないが(例えば、ドイツにおいても、中世社会の自力救済(自救行為)を一掃し、永久の平和を宣言し、その実効性を確保することをめざしたところに、近代社会が始まったと理解されているといえよう。いわゆる「ラント平和令」については、拙稿「騒擾罪の保護法益についての一考察(一)―刑法における「社会」概念を視座において―」北大三四巻二号(一九八三年)一一〇頁注③参照、さらに、八六頁以下、一一三頁下段、拙稿「刑法における宗教感情に関する一考察―特に一八八条一項をめぐって―」九州大学教養部社会科学論集二七集(一九八七年)三九頁、なお、後掲二(1)(iv)、やはり訴訟ないし裁判には独自の意味づけが与えられなければならない、「法形成」についても、様々な要因を考慮に入れつつ、その枠内で別個独立に考察されなければならないものといえよう(なお、田中・前掲裁判をめぐる法と政治三〇六頁以下、三八八頁以下、同・前掲時法一三六号三〇頁)。従って、本稿における「判例による法形成」の検討は、田中教授等の考え方を認識しつつも、いずれかというところ、吉野教授に近い発想から行われることになる。この意味で、次に吉野教授の訴訟類型を紹介しておくことにしたい(同・前掲裁判による法創造三六九頁以下、三八一頁、もっとも、このような対立図式は、川島・前掲著作集五巻一三〇頁以下にすでにみられたところである)。すなわち、「伝統的な法適用形態である形式論理的な包摂(Subsumtion)の作業で紛争が処理できる訴訟類型を『法適用型訴訟』とよび、「形式論理的な法適用作業では限界があり、なんらかの法的規準の創造が要請される訴訟類型を『法形成型訴訟』とよぶ」(小松良正「四大公害裁判(富山イタイイタイ病、新潟水俣病、四日市ぜんそく、熊本水俣病)―被害者の立証負担の軽減」法教一二二号(一九九〇年)六九頁四段は、この訴訟を『行為修正型訴訟』と呼ばれる)。そして、本文掲記の新たな諸訴訟類型のエッセンスという形で、後者の「特質」を三点に要約している。①「新たな法的規準の創造が必要となっている」こと、②「少数者・社会的経済的弱者の救済という政策的目的的

- 実現が要請され」ることにより、「裁判官の思考様式も、…「目的」手段」的思考様式にもとづく、一種の功利主義的配慮が必要とされる」こと、③「訴訟当事者と法的に同じ立場や利害関係を有する訴訟外の第三者…の要求や意見を訴訟において反映させる訴訟手続上の配慮が必要となる」こと。
- (21) 板倉宏『現代型犯罪と刑法の論点』(一九九〇年)五一頁注³²。さらに、武藤昭「水俣病刑事事件における企業組織体犯罪捜査の一例」日本法学五六巻一号(一九九〇年)七九、八六頁参照。
- (22) 井上祐司「熊本水俣病刑事控訴審判決」法教二九号(一九八三年)一三五頁一段は、一、二審につき、「社長、工場長が直接排出したものと構成しているところに大きな特徴がある。」と指摘される。なお、板倉宏『現代社会と新しい刑法理論』(一九八〇年)四五〜六頁。
- (23) この点につき、拙稿「一審から上告審までの判例の論理とその特徴(判例の客観的位置づけ)」刑雑三一巻二号(一九九〇年)三七頁参照。なお、「被害の広範性」などを指摘しつつ、「公害犯罪の機能的把握」を試みる論稿として、米田泰邦「公害・環境侵害と刑罰—公害刑法と環境刑法」石原一彦・佐々木史朗・西原春夫・松尾浩也編『現代刑罰法大系第二巻 経済活動と刑罰』(一九八三年)一七一〜二頁がある。
- (24) 前注拙稿掲記の箇所のほかに、同四〇〜一頁参照。さらに、土本武司「水俣病事件控訴審判決(1)」LS五一号(一九八二年)五一〜二頁。従って、板倉・前掲現代型犯罪と刑法の論点四九〜五〇頁も、法人など団体に対する特別の刑罰規定を、立法論として提案されている。
- これに対し、熊本地判一九七三年三月二〇日判時六九六号八二頁四段(熊本水俣病民事事件「第一次訴訟」一審判決—確定)は、法人の代表機関(社長・工場長)がその職務を行ううえで他人に損害を加えた場合の民法四四条一項や、使用者が使用者の事業の執行につき第三者に損害を加えた場合の民法七一条一項ではなく、「廃水の放流は被告の企業活動そのものである」として、民法七〇九条を適用しており、熊本地判一九七九年三月二八日判時九二七号一三七頁四段(水俣病民事事件「第二次訴訟」一審判決—控訴・確定)にも、ほぼ同様な「組織体としての被告の企業活動の一環」という表現がみられる。なお、「第一次訴訟」を含めた民事・行政訴訟における「法形成」につき、後掲注²⁷、二(1)(ii)注①、三注¹⁸参照。
- (25) 田宮裕「刑法解釈の方法と限界」内藤謙・松尾浩也・田宮裕・芝原邦爾編『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』(一九九〇年)四〇頁。
- (26) ここで、さらに、判例による司法的立法に関する諸見解を概観しておくことにしたい。柚木・前掲司研所報二七号四九

頁によると、民事法の分野においても、裁判は「主観的法」を形成するにとどまり、「客観的法」を設定するものではないとされており、行政法の分野においても、環境権や健康権との関連においては「裁判所が法のまったく存在しないところに、法解釈の名において、一般的抽象的な法原則を創設することは許されない。」とする見解がみられる(原田尚彦「行政判例の変遷と検討」公法四八号(一九八六年)一三三頁)。しかし、後者の分野においては、一種の慣習法として判例法が成立することを認め、かつ慣習法の性質として成文法を改廃しうることさえ容認する見解がみられる(田中二郎「行政法における慣習法」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座第一巻』(一九七五年再版一〇刷)二六七頁以下、二七九頁以下)一方、この分野においては、「判例形成の要件」として必要な「紛争状況の類型化」がそもそも困難なのではないかとする懐疑的な見解も存在する(下山瑛二「行政判例の法社会学—序説的考察—」前掲法社一七号八二頁)。裁判における判例利用度の面からの指摘として、民事事件においては判例によってはじめて具体的な法がわかることが多いのに対し、刑事裁判、なかんずく、罪刑法定主義の原則がとられている刑法の分野においては、民事裁判におけるほど判例を利用しないという経験的な一般論(小瀬・前掲ジュリ四六九号二二三頁二段以下)や伝統型犯罪と現代社会型犯罪との間にむしる同様なことがあてはまるのではないかとする見解(藤木・同二二五頁二段以下)がみられる。さらに、司法的立法の歴史・意義などにつき、田中成明「法の解釈と裁判官(立法)」井上茂・矢崎光圀編『法哲学講義』(一九七〇年)一一一頁以下、自由法論の擁護として、マンフレート・レービンダー(吉野正三郎・水野五郎共訳)「エールリッヒから見た裁判官による法形成」立命館法学一九八八年五・六号六七〇頁以下、特に六七五頁参照。

(27)

「水俣病事件」をめぐる訴訟の一覧としては、熊本水俣病弁護団作成「水俣病関係訴訟」法時五七巻九号(一九八五年)三九頁、川名英之『ドキュメント日本の公害第四巻』(一九八九年)一六〇〜一頁がある。さらに、大東鉄線事件、日本アエロジル事件などを含めて、熊本の水俣病事件をめぐる行政・民事・刑事的側面の概要につき、江藤孝「公害事犯をめぐる刑事法上の諸問題—熊本水俣病刑事事件を中心として—」熊本大学法学部創立十周年記念『法学と政治学の諸相』(一九九〇年)三九九頁以下、特に四一七頁以下参照。

次に、民事・行政訴訟における「法形成」については、後掲二(1)(補注1)のほか、以下の諸点を指摘しておきたい。

①熊本水俣病民事事件「第一次訴訟」一審判決(前掲注24参照)

原告主張が最も注目し値する。すなわち、「廃液による被害は広範且つ不特定多数に及ぶ」(三〇頁四段)とする部分には、「公共訴訟」の「特色」としてあげられる「公共への影響」(小島・前掲民訴二三号一二、一五頁以下)が、「廃液発生源たる加害者との間に地位の互換性がなく、被害を一方的に受ける」(同)とする部分、そしてまた、チッソがアセトアル

デヒド製造業界で生産量第一位の実績を誇っていた点（後掲新潟水俣病民事事件「第一次訴訟」一審判決一九六、一九八頁、宇井純『公害原論Ⅰ』（一九七二年七刷）一五八頁図Bも参照、もっとも、「売上高」では昭和電工の方が相当上回っていたようである（飯島伸子「産業公害と住民運動―水俣病問題を中心に―」社会学評論八一号（一九七〇年）三九頁注③）には、「現代型訴訟」をめぐる「論点」としてあげられる（訴訟）当事者の互換性の喪失」や、被告としての「特徴」（新堂・前掲論文三〇九、三一九〜二〇頁、田中・前掲時法一三六二号四四頁）が、また、「政策思考型訴訟」の「特徴」としてあげられる「多数原告による巨額の請求」（平井・前掲現代不法行為理論の一展望七三頁以下、もっとも、本件については、二二三、二一六頁、同・前掲法律学二三頁以下）が、それぞれ主張されているといえよう。そして、一審は、権利放棄条項を含む本件契約は公序良俗に反し、民法九〇条によって無効であるとする原告の主張（五七〜八頁）を容認し（八九頁以下）、前述のように、不法行為責任を認めただけであり、「不法行為型訴訟」の特質があらわれているといえよう（納谷・前掲法論五二巻五三頁、同・前掲訴訟制度と司法救済一四九〜五〇、一五一〜二頁、田中・前掲時法一三六四号二九頁）。

②熊本地判一九八三年七月二〇日判時一〇八六号三三頁、福岡高判一九八五年一月二九日判時一一七四号二一頁、最二小判一九九一年四月二六日判時一三八五号三頁（熊本水俣病行政事件「待たせ賃訴訟」―破棄差戻、後掲三注⑱参照）
 地裁の既判力の捉え方が特に注目値する。すなわち、本件に先行する熊本地判一九七六年一月二五日判時八三五号三頁（熊本水俣病行政事件「不作為違法確認訴訟」一審判決―確定）の原告以外の、本件訴訟ではじめて原告となった人にも、不作為判決の既判力が及ぶか否かが問題とされ、地裁は、既判力が直接及ぶわけではないとしたが、実質上既判力が及んだのと同様に解したのである（六〇頁三〜四段）。

「これらの原告に対する右各未処分の状態は、不作為判決原告らが置かれた未処分の状態と何ら変わることもなく、これを別異に解すべき特段の事情も主張もない。」

そうすれば、右その余の原告らには不作為判決の既判力を受けないけれども、その請求にかかる国家賠償の違法性の判断については、不作為判決の存在を無視し、これと異なる判断を加えることはかえって公平の原則に反するというべきである。むしろ、端的に不作為判決の存在及び右判決によって違法とされた不作為判決原告らに対する不作為の状態とその他の原告らに対する不作為の状態との間に何ら径庭のないことをもって、右その余の原告らに対する関係においても、知事の前記不作為を違法であると認めるのが、不作為判決原告らとの均衡上相当であると解せられる。」

この判示には、特に「公共訴訟」の「特色」としてあげられる「間接波及効」の考え方（小島・前掲論文四〜五、一〇

頁以下、一九、三一頁以下)がみられ、第三者に対し「裁判の事実的効果」が及ぶという意味での『法形成型訴訟』としての「特質」(吉野・前掲裁判による法創造三八一頁)があらわれているといえよう。

③新潟地判一九七一年九月二十九日下級裁判所民事裁判例集二二巻九・一〇号別冊一頁(新潟水俣病民事事件「第一次訴訟」一審判決―確定)

本判決については、原告主張(四八二頁)に答えた形での、「公害事件に基づく損害賠償について」の「特質」として判示されている部分が、特に注目に値する(二〇一〜二頁)。五項目列挙されている。すなわち、第一は、「公害にお」ける「被害者と加害者との地位、立場の非交替性」について、第二は、「被害者側」の「被害」の「非回避性」と無過失性について、第三は、「被害」の「広範囲」性と「賠償すべき損害額」の「莫大」性について、第四は、「被害」の均等性・広範囲性について、第五は、利益・不利益の一方性及び「企業の生産活動」の「生産環境保全との調和」について、それぞれ述べている。従って、直接訴訟に訴えた公害被害者にとどまらず、他の公害被害者にも幅広い影響が及ぶであろうこと(公共訴訟)、チッソと同種の化学企業であり、アセトアルデヒド製造業界で生産量第三位の実績をもって(一九六、一九八頁―「売上高」については、前掲①参照)、訴訟当事者が互換性を喪失しているため武器対等の実質的回復が要請されていること(現代型訴訟)、多数原告による巨額の請求であり、集団的利害をめぐる紛争であること(政策志向型訴訟)、「戦後、はじめて民法七〇九条が大公害訴訟で援用され」た事件であり(沢井裕「公害判決における理論の進展―四大公害訴訟判決をふりかえって」法時四五巻六号(一九七三年)一三頁三段―不法行為型訴訟)、少数者・社会的経済的弱者の救済という観点をも含めて、『法形成型訴訟』の「特質」があらわれているといえよう。

二 「水俣病事件」にみる法形成

(1) チッソ補償交渉事件（最一小決一九八〇年十二月一七日刑集三四卷七号六七二頁）

(i) まず、本事件を取り上げるが、この事件の一审判決（東京地判一九七五年一月一三日高刑集三〇卷三号三七三頁）が有罪判決を下したのに対抗して、次に取り上げる「水俣病刑事事件」の告訴がなされたとき（¹）において、その意味で重要な判決である。

「法形成」の面からは、いわゆる「公訴権濫用論」に視点があてられなければならない。「公訴権濫用論とは、検察官の訴追に濫用といえる場合があり、その場合には、裁判所は形式裁判で訴訟を打ち切るべきだという主張である。²」³とされている。従って、刑事手続法における判例による法形成の問題ということになるわけであるが、前述のように、中野元判事は、刑事実体法との対比で、民事実体法の分野のみならず、民・刑事手続法の分野についても、いずれかというところ、法の「創造」という観点から捉えていたようか（⁴）がえたのである。民事実体法の場合は、「裁判所は、刑事と違って、該当する法律が存在しないという理由で実体裁判を拒否することが許されないから、その場合はその事案に適合する規範を発見もしくは創造し、それによって裁判しなければならない。」⁴ことが、理由としてあげられている。このように、民事の場合、「実体裁判を拒否することが許されない」ことにより、原告・被告両当事者のいずれかが不利益を受けることもあるが、刑事、なかんずく、刑事手続の場合も、被告人に不利益な形で法「創造」がなされてもよいのかという疑問がある。実体は手続によって実現されるものであるから、実体の分野で罪刑法定主義が堅持されていても、手続保障が十全になされていなければ、刑事上の人権保障の意味は失われてしまうといっても過言

ではないであろうからである。今日、当事者主義の考え方が導入されているとはいえ、一般的に強大な国家権力を背景にもつ訴追側と通常さほどの力をもちえない被告人側とを同レベルで捉えることはできないのではあるまいか。⁽⁵⁾ かにようにして、刑事手続法の分野においても、原則として、被告人に不利益な形での判例による法「創造」は避けなければならぬが、利益な形では原則論としても認めうるというべきであろう。⁽⁷⁾

「公訴権濫用論」の場合、公訴権の濫用があつた場合の処理に関する直接の明文の規定はないわけであるから、この意味では、「明文の根拠法規がないにもかかわらず、判例が救済手続きを承認ないしは創立した場合」⁽⁸⁾、あるいは、「明文規定のないところに新ルールを開拓しようという場合である」⁽⁸⁾として、法「創造」の色彩を強く認めることも可能であろうが、後述のように、憲法をはじめとする諸条文の総合的検討のもとになされた法「形成」であると解することも不可能ではないであろう。⁽¹⁰⁾ いずれにせよ、被告人に有利な形であるから、刑事手続法における法「創造」の不当性という批判は免れうるであろう。「公訴権濫用論」は特に訴追側からは自己の領域を侵害する不当な立論であると批判されうるであろうが、⁽¹¹⁾ 公訴の提起が真に不当・不法な場合がありうると思えば、そのような場合に「濫用」が認められるとすることは、一般論としては必ずしも容認しえない立論ではないといふべきではあるまいか。

「公訴権濫用論」による帰結は、いわゆる訴訟条件論からも同様に導きうるわけであるが、検察官の公訴権に視点をあてることによつて、異なった意味づけが与えられたものといえよう。⁽¹²⁾ その類型としては、一般に、①嫌疑なき（十分な）起訴、⁽¹⁴⁾ ②訴追裁量権の逸脱、⁽¹⁵⁾ ③違法捜査に基づく起訴⁽¹⁶⁾があげられる。⁽¹⁷⁾ 本事件の二審判決（東京高判一九七七年六月一四日高刑集三〇巻三号三四一頁）が、はじめて②の類型を理論上ばかりではなく、実際上も適用して公訴棄却を言い渡した判決とされている。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

(1) 『資料集』一七七頁中段、五六四頁上・下段、五八五頁下段、六〇五頁下段、後藤孝典『座談会』川本事件と公訴権濫

用」法時四九卷一三号（一九七七年）四〇頁一段、斉藤信治「胎児に傷害を与えても無罪か(上)」受験三二二号（一九七八年）三二〜三頁、江藤孝「熊本水俣病事件と刑事司法」ジュリ九〇八号（一九八八年）二六頁二段、告訴のきっかけになつたと思われる一審判示部分として、三八六、三七八、三八七頁参照。なお、二審三五六頁及び後掲(2)(i)注①。さらに、当時の熊本県警察本部長の認識につき、武藤・前掲日本法学五六卷一号八一頁。

(2) 田宮裕「公訴権の濫用―チツソ補償交渉事件」別冊ジュリ八九号刑事訴訟法判例百選(第五版)（一九八六年）六一頁一段、同「公訴権濫用論について―その意義と課題」総論―」LS五号（一九七九年）四頁。

(3) 前掲一(3)参照。

(4) 中野編・前掲書二八頁。

(5) 最大判一九五五年六月二二日刑集九卷八号一四頁（裁判官栗山茂の意見）参照。

(6) これに対し、最高裁判所の規則制定権（憲法七七条）による法「創造」は、いかに評価されるべきであろうか（以下の論述の概要について、憲法調査会編『憲法調査会報告書付属文書第三号憲法運用の実際についての調査報告書―国民の権利及び義務・司法―』（一九六四年）三九八〜九頁参照）。例えば、裁判所法（昭和三四・二六）一〇条一号括弧は、最高裁判所裁判事務処理規則（昭和二三・一一・一）九条五項をうけて、事後的に立法追加された部分であり（昭和二三・一一・二）〇、この九条五項は六項において大審院判決にも適用されているが、このような措置は裁判所法施行令（昭和二三・五・三）五条と矛盾するようかかえるのである。すなわち、最高裁は、「大審院のした判決に反する」場合と「最高裁判所のした裁判に反する」場合を同格にみていないのである。この限り、前者については、より略式の手続を容認していることになる。裁判所法施行令は裁判所法施行法七条に基づき裁判所法の施行に關し必要な事項を定めているものであり、従って最高裁の措置は直接法律に反しているというわけではないが、少なくとも司法と行政の間に対立があることになる。裁判所法施行令自体、「大審院においてした事件の受理」は「東京高等裁判所においてした事件の受理」とみなすと規定しているなど（一条）、一方では大審院の事件を必ずしも最高裁の事件と同格にみていないのである（判例も、大審院に繫続した事件は最高裁判所において当然継承して審判しなければならぬとする主張を排斥している、最大判一九四八年七月一九日刑集二巻八号九二二頁参照）。この点で、一貫しない面がないわけではなく、また、憲法制定過程においても、裁判所の規則制定権を少なくとも行政府から独立した形で保障しようとする趣旨がうかがわれ（高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ解説―連合国総司令部側の記録による―』（一九七二年）一三四頁以下）、帝国議会・委員会の審議においても、政府当局は裁判所の規則制定権は内部の手続を定めるものだと公式答弁をしてはいるが、「訴訟に關する手続」

と言うのは訴訟の実際の運営に当たりまして、円滑に進み得る為の手續であり、「実際の訴訟事務の運営に当たつての、所謂プラクチカル・ルール」であるとする答弁や、「最高裁判所の規定と国会の定むる規定と相反する場合に……単純に上級法のみが勝を占めると言うことは言いにくい場合がありまして、現実には個々の規定に依つて静かに解釈しなければならぬと考へて居ります。」とする微妙な答弁もみられること(清水伸編著『逐日本国憲法審議録第三卷』(一九六二年)四九一頁上段、四九七頁上段、四九二頁下段、四九二頁上段、四九七頁下段)、などからして、規則が政令に優位する場合がないわけではないであろう。問題は大法廷で裁判を受ける権利を害してはいないかであるが、最高裁の措置は少なくとも裁判所法一〇条の明文には反していないといふべきであろう。この明文との関係では、前掲事務処理規則九条五項がまさしく問題だったわけであるが(もつとも、兼子一・竹下守夫『裁判法(新版)』(一九七八年)一五一頁注(一))は、規則制定許容事項であるとされる)、立法府が素早く対処したことにより解決され、実質的にみても、「意見が前に大法廷でして……裁判と同じである」とすれば、重ねて大法廷で判断する必要もないというのは首肯しえないわけではないであろう。

(7)

田宮裕「刑事訴訟法判例に関する一考察」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第四卷』(一九八五年)一〇九頁注⑥、一〇一頁も、「原則として第一義的には立法にまつべきであること」、「手續法定の原則は罪刑法定の理念に近似するので、主として被告人・被疑者の利益に働くべきこと」を指摘しているが、「政策的には、立法の困難・遅滞などの事情も斟酌せざるをえない」とも述べており、具体例として、刑訴法三二一条一項二号の中に供述者が証言拒絶権を行使したときを含むとする判例(最大判一九五二年四月九日刑集六卷四号五八四頁)などを拡張的適用の例としてあげ、必要的弁護事件で例外的に弁護人不在の手續きを許した裁判例(東京地決一九七六年六月一五日判時八二四号一二五頁)については、なお検討を要すべき例としてあげられている。前者において、最高裁は、刑訴三二一条一項二号は「供述者を裁判所において証人として尋問することを妨ぐべき障碍事由を示したものに外ならないのであるから、これと同様又はそれ以上の事由の存する場合において同条所定の書面に証拠能力を認めることを妨げるものではない。」(五八八頁)と述べており、法文上明示的に掲げられていないという点では、前掲「ガソリンカー転覆事件」(一(3)注⑭)と同様といえるが、証言拒絶というのとは比較的容易に予想がつくとすれば、法文上明示的に掲げられていないのは法文は単なる例示のためであるとか、単純な見落しであるとか、いえなくなってくるようにも思われる。このような疑問点はあるものの、「供述者が……供述することができないとき」という媒介項を通じて、客観的・形式的・事実的な観点から判断しうるという点では、なお「ガソリンカー転覆事件」と同様に捉えることは可能であろう。後者については、「あらかじめ訴訟当事者に了知され、かつ、被告人側の訴訟行為を必要としない手續」(一二六頁二段)たる、人定質問に続く「起訴状朗読の手續に移った」(一二五

頁四段）段階の例であり、この意味で実害が少ないとはいえようが、やはり必要的弁護事件である以上、手続の再度履踐に應ずるといふのであればそのようにし、応じない場合は国選弁護人を選任するなど（例えば、大津地判一九七九年三月八日月報一巻三号一五五頁以下）、手続上の努力を尽くすべきではあるまいか（これに対し、平場安治・高田卓爾・中武靖夫・鈴木茂嗣〔中武〕『注解刑事訴訟法中巻〔全訂新版〕』（一九八二年）九〇七頁掲記の裁判例参照、さらに、憲法三七条三項に関する学説の概要として、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂〔佐藤〕^注『日本国憲法上巻』（一九八四年）七八一頁以下）。判例による刑事手続ルールの創設については、さらに、中野編・前掲書二二五頁以下が参照されるほか、公訴時効の「期間」の算定についても、実体刑法に対する配慮がみられる点などが指摘されよう（後掲(2)(i)注(2)）。

(8) 田宮・前掲論文一〇二、一〇六頁。

(9) 学説の間でも、「公訴権濫用論」に法「創造」をみる見解が多数といえよう。すなわち、公訴権濫用論は、「裁判官に自由な司法的抑制を期待する」「裁判所（裁判官）の創造的な抑制活動」の場として、必須の重要な論点であり、可罰的違法性論とともに、「非犯罪化論のわが国における特異な発現形態」であり、「非犯罪化Ⅱ刑事手続の純化Ⅱデュー・プロセス」という近時の三つの大きな理論的な柱に支えられている（田宮裕「公訴権の運用と裁判官」前掲刑事裁判の課題八〇、六六、七三、七九、八六、八七頁）。「公訴権濫用論は、現行憲法、刑事訴訟法の枠内における裁判所の違憲審査と法創造機能（法解釈的決断）を前提にしたうえで、検察官による不当な公訴権行使に対する司法的審査、抑制を承認する法原則に立脚し、これを公訴棄却あるいは免訴の形式裁判により退け、手続を早期に打ち切り、被告人を放免することを直接の課題とするものである」（岡部泰昌「当事者主義と公訴権濫用」）判タ二九二号（一九七三年）二〇頁二、三段、二三頁、さらに、同「同(一)」判タ二九四号五五頁一段、六一頁四段、六二頁三、四段、同「同(三)」判タ二九五号四五頁四段、四七、八頁）。公訴権濫用にかかる審理手続の欠缺補充は、「専ら法の趣旨にていしよくしない限りにおける解釈ならびに実務慣行に委ねられて」おり、「公訴権濫用論は、法の規定を欠く法理論における新しい創造物である。」（穴沢成巳「公訴権濫用論に関する一考察(下)」判時八八五号（一九七八年）四頁一段、七頁四段）。「現行刑法は、公訴の適法性に関する裁判所の審査手続を必ずしも予定していなかった」のであり、この「制度的欠落」の補充は、「具体的事案における妥当性を追求しつつ、裁判所に課せられた司法的抑制機能を的確に果たしていくというすぐれて実践的な司法運営」によって行われなければならない（田中観一郎「公訴の適法性に関する裁判所の審理」法時四七巻八号（一九七五年）一三二頁以下、一三五頁二段）。「直接の規定」がない以上、公訴権濫用の法理を認めることは、立法の空隙を埋めるための裁判所による一種の法創造行為である。そうであれば、この空隙をどの程度まで埋めるか、当初から全てを埋めるか又は徐々に埋めてゆ

くか等は、一応、創造者の自由な判断（種々の政策的考慮を盛りこんだ）に委せられるであろう。（渡部保夫「一検察官の訴追裁量権の逸脱と公訴提起の効力」二公訴の提起を無効ならしめるような訴追裁量権の逸脱があるとはいえないとされた事例三刑訴法四一条にあたらないとされた事例」曹時三四卷二号（一九八二年）二五二頁（注一一））。

- (10) この点、例えば、東京地決一九七八年九月二一日月報一〇卷九・一〇号一二五頁（ロッキード事件嘱託証人尋問調書採用決定）においても、まず、「我国の実定法規上、我国裁判所が刑事事件につき外国裁判所に対し証拠調の嘱託をなす権限を創設的に認める明文の規定は見当たらない。」（一二七四頁）が、外国裁判所ノ嘱託ニ因ル共助法は「要件の一として相互の保証を掲げることにより、我国裁判所の外国裁判所に対する嘱託権限の存在を当然の前提とするものと言わざるを得ない。」（一二七五頁）、あえて嘱託権限の法的根拠を求めるとすれば「裁判所固有の権限である訴訟指揮権にその論拠を見出すべきであり（一二七九頁）、従って、「訴訟指揮権が共助法の規定の存在根拠であり、共助法の規定が訴訟指揮権の存在の認識根拠である」という関係にある」（一二八〇頁）として、裁判所の外国裁判所に対する嘱託権限を確認し、次に、刑訴法二二六条に基づき証人尋問を請求された裁判官自身、同法二二八条一項の規定からして、「受訴裁判所において外国裁判所に対し証拠調の嘱託をなす権限を有するものと解される以上、刑訴法二二六条所定の裁判官において受訴裁判所と同一の嘱託権限を有する」（一二八一頁）として、結局、米國裁判所に対し「証人尋問を嘱託した東京地方裁判所裁判官は、その訴訟指揮権に基づき、かかる嘱託をなす我国内法上の権限を有する」（一二八一―二頁）と認定しているのである。ここでも、特に裁判所の外国裁判所に対する嘱託権限を規定した直接明文の規定はないが、共助法をはじめとして、訴訟指揮権についても認識根拠となる条文が刑訴法・同規則上散見されるところから権限一般の存在が間接的に示されている（一二七五、一二七九頁）という形で、諸条文の総合的検討のもとに、裁判所の外国裁判所に対する嘱託権限が導き出されているといえるであろう（もつとも、田宮・前掲団藤古稀四卷一〇五頁注①）。

- (11) 例えば、市川東京地検検事（当時）は、不告不理の原則、権力分立などを理由として、憲法八一条の「処分」を「行政処分に対して適法な訴が提起された場合に、その処分の憲法適合性を裁判権が判断し得ることを意味するにすぎない」と狭く解される（市川敏雄「公訴権濫用の法理について」ひろば三一巻八号（一九七八年）六頁中段、八頁以下）が、本条を狭義に解する決定的な理由とはなりえないように思われる。特に不告不理の原則との関係については、後掲注⑤、⑥注②。さらに、田宮裕「公訴権の運用とその司法的審査」研修二四五号（一九六八年）八頁以下、新屋達之「西ドイツにおける起訴強制手続（二・完）―その現状と課題―」法学雑誌三六巻一号（一九八九年）一三二頁下段、指宿信「軽微な犯罪に対する訴追の打切り制度・その一―アメリカにおける微罪（de minimis infractions）打切り規定をめぐって―」北大四一

卷二号(一九九〇年)三六二頁以下も参照。

(12) すなわち、裁判所から検察官への視点の移し変えであり、それに伴う捉え直しである。田宮・前掲刑事裁判の課題六三頁以下、八二頁以下、田宮裕「訴追裁量のコントロール―公訴権の濫用について―」立教一(一九六九年)一二七頁以下、能勢弘之「『公訴の利益』(一)」北大一九九二卷二(一九六八年)三四一頁以下、さらに、公訴権濫用論の動向につき、岡部・前掲判タ二九二号二四頁以下、二九四号五三頁以下。

(13) 鈴木茂嗣「公訴権の濫用と可罰性の理論―チツソ水俣病川本事件控訴審判決をめぐって―」判タ三五四号(一九七八年)四二頁下段は、「現に『公訴権濫用』という名の下に論じられているところのものを整理するという意味でなら、必ずしも誤りとはいえない。」とされる。

(14) 田宮・前掲立教一(一九七九)三九頁以下。嫌疑なき起訴とは、端的に「証拠なき起訴」と理解されている(田宮・前掲刑事裁判の課題八一頁、岡部・前掲判タ二九五号四一頁二段、竹内正「公訴権濫用問題の一考察(一)」島大法学二六号(一九七七年)六頁、岡部泰昌「報告」公訴権の濫用」ジュリ五五一号(一九七四年)一九二頁二段は、具体例として、「自白だけで起訴してきたというような場合」をあげる、さらに、能勢「『公訴の利益』(一)」北大一九九二卷二(一九六八年)八二頁)。本類型に対する批判として、穴沢成巳「公訴権濫用論に関する一考察(上)」判時八八二(一九七八年)四頁以下、三井誠「訴追裁量」高田卓爾・田宮裕編『演習刑事訴訟法』(一九七七年七刷)一七八頁以下、同「検察官の起訴猶予裁量(一)―その訴訟法的大概及び比較法制的考察―」神戸法学雑誌二二卷一・二(一九七一年)九三―四頁、鈴木茂嗣「公訴権行使の限界」熊谷弘・佐々木史朗・松尾浩也・田宮裕編『公判法大系』(一九七六年二刷)七一頁、同「公訴権濫用について」書研三〇号(一九八〇年)一四五頁、以上の批判に対する反論として、竹内・前掲論文一七頁、鈴木・前掲書研三〇号一四六、一四八頁以下も参照。さらに、本類型をめぐる「討論」をも含めて、渥美東洋・井戸田侃・岡部泰昌・小田中聰樹・河上和雄・小林充・庭山英雄・松尾浩也・光藤景皎・横山晃一郎「特集・研究会―公訴権の濫用」前掲ジュリ五五一号一九〇頁以下がある。

批判のなかでも、「嫌疑不十分として公訴棄却の裁判をすべき場合と証明不十分として無罪判決をすべき場合との区別・限界をどこに求められるのであろうか。」(臼井滋夫「『公訴権濫用論』批判(その一)」研修三四二(一九七六年)六二頁以下、同「同(その二)」同三四三(一九七七年)四八、五〇頁)とされるのは、相当説得的である(もっとも、このような批判は、すでに平野龍一「刑事訴訟法における実体判決請求権説」兼子博士還暦記念『裁判法の諸問題下巻』(一九七〇年)一四三頁以下「同『捜査と人権』(一九八一年)一八九頁以下所収、一九一頁)にみられたところである。さら

に、小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』（一九八三年）二五〇頁。この点で、実際に無罪または刑の免除を言い渡した裁判例につき、森長英三郎「ビラはり取締りと公訴権の濫用」ジュリ三八九号（一九六八年）四五頁以下参照。高田卓爾「公訴権の濫用」前掲ジュリ三八九号三二頁以下には、証拠なき起訴が、起訴後の被告人取調によって供述調書が作成されるなどして、一応の追完がなされた場合の事例が掲げられている（さらに、石川才頭「公訴権の差別的運用と平等保護原則の展開」刑雑一六卷二・三・四号（一九六九年）一二九頁の例も参照）。高田教授は公訴棄却すべきことを主張される。事例は、本件を取調べたいがために別件の起訴をしたという、いわば別件起訴ともいべき事案であり、いわゆる別件逮捕と同様な問題性が看取され、供述調書以外には証拠がないという意味で、本類型に該当するともいえようが、本来起訴すべきでない事案をあえて起訴するという意味で、「検察官の悪意による刑事手続の濫用」ともいえる事案といえよう（なお、穴沢・前掲判時八八二七号七頁）。このような場合の効果として、岡部「当事者主義と公訴権濫用（五・完）」判タ二九号（一九七三年）五五〇六頁は、「二重の危険の法理に基づく再起訴の遮断を肯認する」（同旨、穴沢・前掲判時八八五号三頁四段）、能勢・前掲北大一九卷一号八四〇五頁は、さらに、「国家の真実発見、犯人処罰という刑法上の利益に源泉する検察官の有する訴訟制度を利用する訴訟上の利益と、刑事手続の与える悪によって危険に瀕している被告人の人権確保の憲法上の利益に源泉する被告人の有する検察官に訴訟制度を利用させない訴訟上の利益との抗争」終了、すなわち、「全体と個の利益較量の調和点」という視座から理論づけられる。

(15)

田宮・前掲立教一一号一五五頁以下、一七八頁以下（細類型として、「犯罪の軽微な場合」「差別的訴追」「検察官の悪意による刑事手続の濫用」をあげる）、白井・前掲研修三四三号五一頁以下、穴沢・前掲判時八八四号一二頁三段は、「更生のため真摯な努力をしながらつい再犯を犯した前科者の例」が「犯罪の軽微な場合」として最適とする。

本類型に対する批判として、白井・前掲研修三四四号四七頁以下、この場合も、部分的には「嫌疑なき（不十分な）起訴」の場合と同様な批判があてはまりうるように思われるが、平野・前掲捜査と人権一九三頁は、嫌疑がない場合との比較で、「この（起訴猶予の基準を逸脱して公訴が提起された―引用者注）場合は放置すれば有罪になるのであるから、極めて明白な場合には、いわゆる公訴権の濫用として免訴にすることも考えられないではなからう。」とする（同旨、三井・前掲演習刑事訴訟法一八二頁）。特に「差別的訴追」という細類型に対する批判として、白井・前掲研修三四四号四九頁以下、穴沢・前掲判時八八五号四頁四段、石川・前掲刑雑一六卷二・三・四号三一八頁、本事件検察官上告趣意六九二、七一、七二三頁以下、以上の批判に対しては、厳格な証明に近い形で行われることが望ましいことは否定しえないが、比較される他の犯罪事実自体を認定するわけではないから、証人尋問を行うなどして、相当程度の確信が得られたことで足

りるものと解される（井上正治「公訴権の濫用」前掲ジュリ三八九号二八頁三段、鈴木一郎「公訴権濫用—弁護の立場から」三井誠・中山善房・河上和雄・田邨正義編『刑事手続上』（一九八八年）四一〇頁も参照）。岡部・前掲ジュリ五五一号一九五頁四段も、「訴追裁量の逸脱、不合理な差別的起訴についての判定は、何も不起訴にしたもの、起訴にしたもの、すべてに当たってみなければ判断できないというものではな」く、「具体的事件のうち結局相当な事例、典型的な事例」を取り上げることで十分とする（さらに、同・前掲判タ二九五号四四頁二段、二九九号四八〇頁）。この点については、さらに、被告人に不利益な形であっても、量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮に入れることは、不告不理の原則に反しないとする最高裁判決（最大判一九六六年七月一三日刑集二〇巻六号六〇九頁、最大判一九六七年七月五日刑集二一巻六号七四八頁）が参照されよう。従って、被告人に有利な形では、他事件を考慮に入れることは、なおさら容認される方向に向かいうるのではあるまいか。なお、本事件一審において、弁護人は、「嫌疑不十分な起訴」や「犯罪の軽微な場合」も「差別的訴追」のなかに組み入れられるとされる（『資料集』一一九頁下段、一二〇頁上段）。

(16) 岡部・前掲刑雑一六巻二・三・四号四七頁、白井・前掲研修三四四号五三頁以下、穴沢・前掲判時八八四号一三頁以下（但し、「訴追裁量の逸脱の一態様として論ずるのが相当である」（一五頁二段）とする）。

(17) 岡部・前掲判タ二九九号三七頁、白井・前掲研修三四二号六一頁、竹内・前掲論文三頁、小田中・前掲刑事訴訟と人権の理論二〇四頁、河上和雄「公訴の取消」前掲公判法大系一三三五頁、寺崎嘉博「公訴抑制の法理と有罪判決阻止の法理—公訴権濫用論試論—」（一）山形大学紀要（社会科学）一九卷一号（一九八八年）一一二頁、二審三四八頁、これらの類型をまとめて、「起訴が憲法の基本的人権保障の規定に違反するときは、他の形式的訴訟条件を具備していても、その起訴は公訴権の濫用としなければならない。」（森長・前掲ジュリ三八九号四六頁二段、田中・前掲法時四七巻八号一三三頁一段）とすることも、一般論としては可能であろう。

(18) 渡部・前掲論文二三三頁、田宮・前掲別冊ジュリ八九号六一頁二段、小野慶二「検察官の訴追裁量権の逸脱と公訴提起の効力」警研六〇巻八号（一九八九年）三二頁、河上和雄「公訴権濫用理論の濫用的適用について—いわゆる寺尾判決を中心として—」警論三〇巻九号（一九七七年）三七〇八頁。

(19) ここで、弁護人側の「公訴権濫用論」について、概観しておくことにしたい。まず、一審「最終弁論要旨」『資料集』一六八頁以下には、学説・判例上の諸類型に対する批判的検討がみられる。「結局、刑事訴訟法第一条に掲げる「公共の福祉の維持」「個人の基本的人権の保障」等の諸原則に照らし、検察官が「公益の代表者」たる地位に基づき与えられた訴追権を「誠実に行使し」たか否かを全体的・総合的に判断することが必要であり、「高田事件における最高裁の免訴判決の如

く、憲法を頂点とする全法的な観点から、検察官の公訴提起の違法性を判断すれば足りるのであって、「検察官の訴追裁量の逸脱の有無は、憲法上の基本的権利を侵害する結果となつてはどうかの客観的判断によつてなされるべきであり、起訴検察官個人がたまたまいかなる主観的認識を有していたかは全く問題にならない」（一六九頁中下段）と主張する。これに対し、「控訴審最終弁論要旨」では、「原審最終弁論において、本件の公訴提起を訴追裁量の濫用・逸脱という形で整理・要約した点は、概念の混乱と論理的整合性の欠如があった」として、「撤回」され、「裁量権限の行使の結果であるとならうと、権限行使の「結果」としての「訴追というひとつの処分」、法律効果を具体的に発生させる処分というものが、裁判所の眼からみて「違法なものとして許されないかどうかを、端的に審査すればよい」（六三二頁中下段）と結論づけられていたが、上告審の「答弁書」では、「裁判所の目からみて、訴追裁量がその行使に当たつての客観的側面からみても、またその行使主体の主観的側面から検討しても、合理性基準に妥当せず、かつその程度が著しいと認められる場合には、公訴の効力は失われる」「訴追裁量の濫用・逸脱が公訴の効力を失わしめるか否かは、客観的側面と主観的側面から当該公訴の提起が合理性基準に妥当しているか否かを検討することによつて帰結される。」（七八七頁中段、七八八頁上段）として、さらに若干の改説がみられる。この点は、控訴審での公訴権濫用論容認前後における実践的理論づけの差によるものとみうるとともに、検察官の公訴権に視点をあてたことによる理論の不安定さがあらわれているともいえる（鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（一九八八年）一〇五頁も参照）。また、「違法捜査に基づく起訴」類型における「直接構成の理論」と「間接構成の理論」との対立は、この弊害を解消する方法論をめぐる争いともいえるように思われる（両理論の諸学説・判例の詳細な検討として、寺崎・前掲論文一一九頁以下）。さらに、前掲注⑫、後掲⑭注⑦も参照。

(ii) 最高裁が、「職権による判断」中で「本件のきわめて特異な背景事情」という表現を使っているように、「本件犯行にいたる経緯」が重要な役割をになっている。すなわち、被告人自身が水俣病患者であり、父親も同病によって死亡している。被告人らはチッソ株式会社と、いわゆる「自主交渉」^①を行っていたが、水俣市における補償交渉は進捗しなかった。そこで、東京の本社で、二日間にわたり社長との直接交渉がもたれた。しかし、双方の主張が並行線をたどり、また社長の体調悪化のため、交渉継続は困難な事態となり、中断された。被告人らは、その後も、社長と

の直接の話し合いにより交渉をまとめようとして、度々本社に赴いた。会社は、同社及び子会社の従業員を動員して、被告人らの行動に対処させた（一審三七四頁、二審三五八〜六〇頁）。

本件は、このような状況下に発生した。被告人の「罪となるべき事実」中には、同社及び子会社の従業員の手足に咬みついたり、その身体を手拳又は木片で殴打したりしたなど、五つの傷害容疑が含まれており（一審三七五頁）、この傷害事実自体は二審も認容している（二審三四二〜七頁）。

(1) 熊本水俣病被害者の六つの派につき、沢井裕「公害判決のあとにくるもの―判決を“てこ”として住民運動はいかに展開しているか」法セミ二二五号（一九七四年）一九頁参照。なお、「水俣病事件」における自主交渉は、「既存の法的基準の限界から出発してそのわくを打ち破ろうとする運動のタイプである」「超法」型とされ、「新たな法を創造する原動力となりうる」可能性が示唆されている（淡路剛久「公害紛争の解決方式と実態」金沢良雄監修『注釈公害法大系第四巻』（一九七三年）八、三五頁）。

(2) 公訴事実第五の不在あるいは公訴事実第一乃至第五の被害軽微性についての弁護士側主張の詳細につき、『資料集』一六〇頁下段〜一六二頁上段「最終弁論要旨」。

(3) これに対し、弁護士側は、「控訴審最終弁論要旨」中でも、同様な主張を詳論している（『資料集』六二〇頁中段〜六二五頁上段）。

(iii) 本件弁護人の主張のなかに、刑事事件であっても『法形成型訴訟』が要請されるといふ発想が如実にあらわれているようかかえる（一審三七七頁）。すなわち、公害問題における「加害企業」側と「被害民」側という対立図式、両者の紛争解決に対する「社会的な関心」という視座がうかがわれ、従って、理念的に対等・平等な市民間の犯罪に対処するための、いわゆる「市民法的刑法理論体系」ではなく、「社会法的刑法理論」「公害刑法」によることな

くしては、この図式を十分に把握できず、また社会的な関心にも応えることはできないと主張しているのである。⁽²⁾

しかし、一審は、伝統的な訴訟構造を堅持した(三七七頁)。一審も、本件事案の特殊性を等閑視しているわけではないが、あくまでも伝統的な刑法理論に従って、「傷害行為の実質的違法性の存否の決定に必要な限度において」(三七九頁)、考慮するにとどめているのである。⁽³⁾ ここでは、伝統的な刑法理論によっては、被告人を刑事責任から解放することは不可能ではないにせよ、相当困難であることが示されているとみることもできよう。⁽⁴⁾

(1) この主張をも含めて、より詳細な内容については、『資料集』一一一頁下段以下参照。なお、前掲(i)注19。

(2) さらに、『資料集』四頁上段においては、「大企業による一方的加害と地域住民の一方的被害の関係」という表現がみられ、従って、「現代型訴訟」の特質が主張されているものといえよう(同九一、一一五、一五六頁も参照)。

(3) この点、理論的には、弁護人の主張を前提として、それに答えるという形をとってはいることになる(『資料集』九〇頁下段九一頁、一六二頁)が、具体的には、その主張をしりぞけた。しかし、一審も、公害企業による不法行為は、「被害者である住民には全く過失のない企業側の一方的な加害であるうえに、これによって被害住民は身体あるいは生活の基礎を破壊され、生活にも困窮している場合が多い」(三七九、三八四頁)と指摘しており、この限りで、「現代型訴訟」、そしてまた『法形成型訴訟』の考え方を容認しているとみうるであろう。

(4) 一審は、前注の考え方を「実質的違法性」の判断に生かすことは認めているが、結局、「目的の正当性の要件は具備するものの、手段の相当性、法益の均衡および補充性の要件を具備するものとは認めがた」(三八五頁)として、実質的違法性ありと判断しているのである。これに対し、鈴木・前掲判タ三五四号三九、四〇の一、四五頁は、「自主交渉の重要な段階で訴追がなされた点に着目して、…手続的適正処理(手続的デュー・プロセス)という観点から本件の訴追時期の適否を問題とすることが、可能である」(四五頁下段)ことを認めつつも、本件の場合、むしろ「可罰性の事後修正」とみる事案であることを強調する(同・前掲書研三〇号一七六頁以下も参照)。手続・実体の峻別に反省を迫る批判といえるが、一審の実質的違法性の判断を覆すためには、まさしく「社会法的刑法理論」「公害刑法」の視座を貫徹し、自主交渉のもつ価値自体を高く評価するといった発想に立たなければ、不可罰とすることは相当困難であったようにうかがえる。この点につき、後掲(iv)注1参照。

(iv) 公訴権濫用論に関しては、一審は、まず、「犯罪の客観的嫌疑のない起訴であるとする点について」判示しているわけであるが、その判示は、事実誤認はないということ（三八〇～二頁）、可罰的違法性及び実質的違法性はあるということ⁽¹⁾（三八一～六頁）にとどまり、特にこの理論のこの類型について、訴訟法上の理論を展開しているわけではない。

次に、「起訴猶予の裁量を逸脱した起訴であるとする点について」の判示において、一審も、公訴権濫用論を理論上は認めているのである。⁽²⁾ 「真に訴追すべきチッソ株式会社側の水俣病加害の刑事責任を追求せず、また、…会社側従業員の患者および支援者（報道写真家を含む）に対する暴行傷害の刑事責任を追求せず、被告人の行為のみを起訴することは、著しく差別的な訴追であり、その訴追裁量権を逸脱したものである」（三八六頁）との弁護人の主張をしりぞけてはいるが、次のように判示している（三八六、三八七頁）。

① チッソ株式会社の水俣病加害についての刑事責任との関連につき

「本件公訴の提起が、会社側に一方的に加担し、被害患者を迫害する公訴の提起であるとするれば、検察官の故意またはこれに相当する重大な過失により、起訴に際しての訴追裁量を誤ったものとして、公訴権濫用による公訴無効を論ずる余地が存しないではないであろう。しかしながら、本件審理にあらわれた全証拠を検討しても、検察官のかかる故意または重大な過失を推測すべき点は全く認められないのである。」

以上の判示を「判例（裁判例）」としてまとめた場合、次のようになるであろう。⁽⁴⁾

「検察官の故意またはこれに相当する重大な過失により、起訴に際しての訴追裁量を誤ったものとみうる事案については、公訴権濫用による公訴無効を論ずる余地が存する」

この判例は弁護人の平等原則違反の主張に検察官の故意・過失という観点から答えた部分といえ、一審の重点の置き方が看取されるが、最高裁の判示の一部分につながっているようにうかがえる（最高裁六七六頁）。ここでは、結

局、公訴権の「濫用」にあたる⁵として具体的適用をしたわけではないが、「故意」に限定していない点からも、一審もまた、後掲二審と同様に、「主観的要素」を「客観的・外部的事実」から「推測」すべきと捉えていたようにもうかがえる。

② 会社側従業員の問題者及び支援者に対する暴行傷害の刑事責任の追求との関連につき

「検察官が公訴を提起すべきか否かの訴追裁量に対する裁判所の司法審査は、検察官に対する上級官庁あるいは監督官庁としての監督権のごとく、その裁量権の範囲内にある裁量の当否に及ぶべきものではなく、それが顕著な逸脱を示す場合において、はじめて裁判所の司法審査が及ぶにすぎないものである。本件において、会社側従業員に対する不訴追は、いずれも検察官の裁量の範囲内にあるものというべく、その当否は別としてその訴追裁量を著しく逸脱しているとは認められない。したがって、右会社側従業員に対する不訴追との対比において被告人に対する本件公訴の提起を非難する所論の採用しがたいことは、詳言を要せずして明らかである。」

同様に「判例（裁判例）」としてまとめた場合、次のようになるであろう。⁴

「公害加害会社側従業員に対する不訴追が、検察官の訴追裁量を著しく逸脱していると認められる場合、その不訴追との対比において公害被害者たる被告人に対する公訴の提起は非難しうる」

この判示は、②においても①の判示がそのまま妥当するとしつつも、さらに進んで「会社側従業員に対する不訴追」につき具体的判断を示した部分であり、やはり最高裁の判示対象中に含まれているようにうかがえる（最高裁六七六頁）。「顕著な逸脱を示す場合」「訴追裁量を著しく逸脱している」場合とは、本件との関連で具体的には「会社側に一方的に加担し、被害者を迫害する公訴の提起」ということになろうから、「公訴権濫用論」の「客観面」については、同様なことを述べていることになろう。ただ、②においては、検察官及びその訴追裁量に対する司法審査の在り方について、公害加害会社側従業員の不訴追に視点をあてて特に論じ、具体的適用をしたわけである。この意味で、

後掲最高裁決定（^⑧注⑨本文）におけると同様に、視点の置き方に問題があることが看取されよう。会社側従業員の不訴追を非難することに重点があるわけではないからである。結局、「公訴の提起が、会社側に一方的に加担し、被害患者を迫害する公訴の提起である」と認定されれば、訴追裁量を「誤ったもの」「著しく逸脱している」と判断しうることは、一般論としては認められたことになろう。^⑨

さらに、本件公訴提起後、いわゆる訴訟派の患者の提起した損害賠償事件の民事判決により会社の加害責任が明らかにされたこと、被告人を含む水俣病患者東京交渉団と会社との間に補償について協定が成立したこと、被告人に対し寛大な処分を望む旨の上申書が会社社長から地裁に提出されたこと、といった事情が、公訴の維持追行を違法無効たらしめるかについても、公訴の取消は検察官の裁量に委ねられており（刑訴法二五七条）、「司法審査を行うにすぎない当裁判所としては、検察官が、公訴を取り消さないかぎり、右事情を犯行後の情状として考慮しうるにとどまり、本件公訴の維持追行を違法無効と判断しえないことはいうまでもない。」と判示している（三三八七〜八頁）。そして結論として、以上の諸点を「全体的かつ総合的に考慮しても、本件公訴の提起およびその維持追行が、公訴権の濫用によるとは到底認められない」（三三八八頁）とし、公訴棄却の判決を求める弁護人の主張はしりぞけられたのである。しかし、宣告刑は、罰金五万円、執行猶予一年であり（三三八九頁）、犯罪事実全体をそれ自体としてみれば、異例の軽さであったとはいえよう。^⑩

以上のように、被告人側（弁護士）は、憲法二五条の「環境権」的な考え方を刑事手続法にも応用すべきであるとする『法形成型訴訟』を求めたといえるが、^⑪一審は、このような考え方に相当程度の理解を示しつつも、基本的には伝統的な『法適用型訴訟』の考え方に立脚し判断を下したものと見えよう。しかし、このような判断は、原則として自力救済（自救行為）を許さず、「自主交渉」であっても適正な範囲にとどめるべきであるという前提にたつ近代社会、^⑫そしてまた現代社会のルールからみて、無理からぬ面をもっていることは否定しえない。本件は、この「原則」^⑬

が修正されなければならないか、どの程度修正されなければならないか、が問われたものともみうるであろう。

(1) この認定に対し、弁護人は、暴行行為の典型・非典型の区別は曖昧であり、「通常の状態ならば刑法的に問題視される行為も、自主交渉の過程であれば容認される場合があると判断してこそはじめて自主交渉というものを実質的に認めた意義があることになるのである。」「自主交渉自体が目的であり手段なのである。」(『資料集』五五四頁上段、下段「控訴趣意書」)と反論している。

(2) 一審の見解については、『資料集』一八頁、判時七二三号一四一〜二頁参照「裁判所としては、公訴権が検察官に権限として認められている以上、その濫用…は、理論上はありうるものと解する。…しかし、…冒頭手続において行われるときにおいては、その前提となる事実関係が、特段の証拠調を要せず、裁判所に一見明白である場合でなければならぬ。」この一般論自体は異論は少ないであろう。

(3) 条文上の根拠としては、憲法一三、一四、三一、九九条、検察庁法四条、刑法一、三三八条四号、同規則一条二項、公害対策基本法一条があげられ(『資料集』七頁上段、一四頁以下、一八頁上段、一一三頁上段、一一四頁中段、一一八頁下段、一二〇頁以下、一六三、一六五頁、もっとも、一六七頁下段)、さらに、「憲法二五条は公害刑事法の分野で積極的に公害被害者に助力を与える原理として、刑事手続に関する規定としても理解されなければならないのである。即ち憲法二五条は公害被害者保護を検察官の義務として課して」おり、「公害紛争に関する公訴提起手続において公害被害者保護の原則は検察官が準拠すべき客観的起訴基準の内容となつている」(『資料集』一一二頁下段、さらに六三六頁以下)と主張する点、本件での特徴といえる。この点については、憲法二五条はいわゆる「環境権」の根拠条文として提示されており(大阪弁護士会環境権研究会編著「仁藤一・池尾隆良」『環境権』(一九八八年五刷)五一頁、樋口・佐藤・中村・浦部「佐藤・中村」・前掲書三〇〇、五八九頁以下、及び当該箇所掲記の文献参照)、このような発想を刑事手続にも応用するものといえるであろう。さらに、刑法三三八条四号の解釈については、鈴木・前掲書研三〇号一五二頁以下。

(4) 中野編・前掲書三一頁以下。

(5) 鈴木・前掲判タ三五四号四二〜三頁は、「公訴権濫用論」は「違法訴訟追行論」にとつてかわられねばならず、公訴権濫用は、むしろ「悪意の起訴」として純化されなければならない旨指摘される。

(6) 一審は、以上の判示の前に、「患者および支援者に対する加害の容疑事実については、これら被害者の告訴、告発もなく、被害者として検察官の取調に応じた形跡もなく、むしろ捜査に協力しない態度であったことが窮われるから、検察官

として公訴を維持するに足る証拠の収集ができなかった結果として公訴を提起しなかったとも推測される」と判示しているが、これに対し被告人側は、「自主交渉の本旨から、できるだけ訴追機関に介入してもらいたくないという気持ちがあったからであり」、「訴追機関の極端な偏頗性・差別性や、近くは五井工場事件の不訴追からくる不信感がつのっていたからである。」(『資料集』六四二頁中段「控訴審最終弁論要旨」と反論している)。

- (7) とはいえ、一審の判示は、留保付きではあるが、いずれかというところと起訴されていない事件については判断できないという門前払いに近いものであり、この意味で、判例(裁判例)部分はむしろ傍論に近いといえよう。しかし、論点として主張されるにつれて、二審で認められたように、まさしく判例(裁判例)ともなりうるものが看取されよう(なお、後掲(x)注⑩山口簡判一九九〇年一〇月二二日参照)。いずれにせよ、この門前払い的判示は、前述のように(i)注(上本文)、「水俣病刑事事件」の告訴・起訴につながったわけであり、他方では、検察官の主観を考慮に入れた公訴権濫用論は不当であるとする主張(一審「最終弁論要旨」で明確に主張されていたところであるが、「控訴審最終弁論要旨」でも客観的な対象を審査すべき旨主張されていたといえよう、前掲(i)注⑩)あるいは「裁量権の濫用・逸脱」説は「何が濫用・逸脱であるかの肝心な点が全く明らかでなく、「裁量であることは司法審査の可能性をなら否定するものではない」という意味において、審査の可能性を根拠づけるに過ぎないもの」(『資料集』六三二頁下段注⑮「控訴審最終弁論要旨」とする批判にながっているようにうかがえる)。

- (8) 前掲熊本水俣病民事事件「第一次訴訟」判決(一(3)注⑭、⑰⑱)参照。一審でも、三八二〜三頁で引用されている。

- (9) この文書と直接の被害者(従業員)の感情との関係についての弁護人主張につき、『資料集』一四頁上段。

- (10) この点については、前掲(iii)注④参照。

- (11) これに対し、本件一審の八カ月程前(一九七四・四・二二)、東京地裁の違う部において、自主交渉派の支援学生が、暴行・傷害を理由として、懲役八月・執行猶予二年の言渡しを受けており(『資料集』二〇一〜三頁、なお、六二三頁、もっとも、この学生は、侮辱罪によるいわば前科があり、このことが比較的重刑につながった可能性は否定しえないであろう、後掲(vi)注③)、また、やはり水俣病被害者が関係した事件で、懲役四月・執行猶予二年の判決が下されている(後掲(vi)注③)、但し、公務執行妨害と傷害の観念的競合)。本件被告人は、当初、この学生の共犯容疑ということで取り調べを受けたものようである(『資料集』七三頁上段、一七五頁下段)。

- (12) 前掲注③、(iii)。

- (13) 前掲一(3)注⑳。

(v) 弁護人は、控訴趣意中において、「公害法の法理⁽¹⁾」をさらに展開することによって、公訴提起の違法を主張した(二審三四七〜八頁)。

「本件公訴は、加害者制裁、被害者救済の公害法の法理に反し、かつ公平の原理に背き加害企業に一方的に加担してなされた差別的起訴で、違法であるから、棄却されるべきである……水俣病に対するとき国は加害者として自覚し、加害者制裁、被害者救済という基本的責務を果たし、正義を取り戻すことが求められているのに、本件起訴にあたってはこれらのことが全く考慮されていない。……訴追側の偏頗差別的な取り扱いは……一貫しており、……被告人に対する本件の公訴提起も右の意図のあらわれであり、そればかりか本件起訴が自主交渉の継続中にその指導者に対してなされたこと⁽²⁾によって、当時重要な段階を迎えていた自主交渉を困難にさせたもので、加害企業に加担する結果をもたらした。以上の事実のほか、自主交渉の正当性、本件行為の防衛的性格、被害の軽微性等を併せ考えると、本件起訴が反公序、反社会的であることは明らかで、高度の違法性を有するから、公訴は棄却されるべきであり、少なくとも訴追の裁量を逸脱した公訴権の濫用として棄却がなされるべきである⁽³⁾。」

(1) この点の詳細については、『資料集』六〇一頁以下「控訴審最終弁論要旨」参照(さらに、鈴木・前掲判タ三五四号三三頁下段〜三四頁上段、後藤孝典「川本事件最高裁決定の課題」ジュリ七七号(一九八一年)五三〜四頁、錦織淳「開かずの扉」を開いたとき―初の公訴棄却判決を手にして」判タ四二八号(一九八一年)二二〜三頁)。そこでは、次のように述べられている(『資料集』六〇二頁)。労働法の場合、「特定の生産方式体系内部の矛盾」であるのに対し、「公害法においては特定の生産方式体系とその外部の生産方式体系間の矛盾であることにおいて、両者は截然と区別される。即ち公害法の分野では、特定の法主体間での一定の信頼関係を前提とする対向的契約関係が存在せず、むしろ不法行為法の一分野の性質が強い」。しかし、「被害発生 of 広範性」と「国家権力の犯罪的加担性」という点で、不法行為法の分野と区別される。前者の点により、「被害民の権利の為の闘争は著しい集団性を持つ」ので、「被害民が単なる個人として立ち現れようとも、その背後に広範な集団たる被害民が存することを念頭におかねばならず、常に集団的紛争解決手段が是認されなければならない。」この意味で、自主交渉は普遍性を持ち、法的に是認されなければならない。後者の点については、「行政諸法規は、国家権力に高度生産主体に対するさまざまな規制権限を与えるとともに、これら生産主体は国家権力によって生産活動の機能・法的庇護を与えられ助長されており、生産主体と国家権力は相並んで生産を押し進める関係にある。」から、「高度生産主体の低度生産主体に対する加害は、多かれ少なかれ、国家権力による黙認ないしは助長加担の下に遂行

される傾向を持っている。この加害構造は、低度生産主体の立場からみると、国家権力の加害性として立ち現れ、少なくとも加害者の共犯者と映る。「公害現象においては、権力は加害企業に消極的に加担して自己の人民保護の任務を放棄し、かつ自力で自己防御を計らんとする人民を抑圧して妨害するのが通例である。かくして、公害現象においては権力は二次的原因者として、共犯者として出現する。特に行政権力は、最も法を守らぬもの、最も法の執行を妨害するものとして、被害民の前に立ち現れる。これが公害における権力の犯罪的特性である。」そして、以上の二点を主軸とし、指導理念とするのが「公害法の原理」であり、公害法の分野は、「単に対立する個人間の紛争を前提とする伝統的民法・刑法など市民法原理では律し切れず、弱者保護、強者抑制の法的論理の導入を必然とする」と。

以上の引用から明らかなように、『法形成型訴訟』の特質をなす主張がここでもみられ、自主交渉の意義及び公訴提起の不当性の主張に結実していることを看取しうるであろう。さらに、協定書の調印・成立にみられるように、「自主交渉によってこそ最も妥当な解決がはかられた」として、「自主交渉は新たな法の創造的機能をもちえた」(同六三七頁一〜二段)と主張され、また、「現代の犯罪の一つの特徴は被害の巨大さであり、企業犯罪はその典型であり、水俣病事件は、その最たるものであると指摘されている(同五四〇頁中段・五四三頁中〜下段「控訴趣意書」)。

(2) この点の詳細については、『資料集』一六、六〇六頁上段、六四一頁中段以下参照。

(3) 弁護士は、刑訴法二四八条を起訴合理主義という視座から捉え、「公訴提起が被害者を抑圧し、加害者を助長する性質を持ち、反公序性を帯びる場合は、最も起訴することの合理的理由を欠く場合である」(『資料集』六〇七頁中段「控訴審最終弁論要旨」)と主張する。

(vi) これに対し、二審は、前述のように(前掲(ii))、傷害の事実自体は認容しており、従って、「客観的嫌疑なき起訴」にはあたらず、また、「違法捜査に基づく起訴」の事案でもない⁽¹⁾と判示している(三四八頁)。二審は、「公訴の提起自体が違法である」とする弁護人の主張を、「訴追裁量を逸脱した起訴」として捉え直し、検討を加えている。まず、一般論として、次のように判示する(三四九〜五〇頁)⁽²⁾。

「公訴の提起は検察官の専権に属し、しかも公訴を提起するかどうかは検察官の裁量にゆだねられている。検察官の起訴、不起訴の処分は、刑訴法二四八条が例示する諸事項を基礎に、種々の政策、理念を考慮してなされる合目的判断であるから、その

権限の行使にあたっては相当広範の裁量が予定されている。他方、右の処分は、関係者の利害と深刻に結びついた重要な訴訟行為であり、しかも国家を代表し正義の顕現にとめるべき検察官の行為であるから、そこにはおのずから一定の制約があることも否定できない。そして、裁量による権限の行使である以上、その濫用はあり得るし、場合により権限の濫用が甚だしく、とくに不当な起訴処分によって被告人の法の下での平等の権利をはじめ基本的人権を侵害し、これを是正しなければ著しく正義に反するとき、右の侵害が刑事事件として係属することによって現実化している以上、裁判所としてもこの状態を黙過することは許されず、当該裁判手続内において司法による救済を図るのが妥当である。従って、公訴権濫用の問題は、刑事司法に内在し、裁判所の権限に属する判断事項というべきで、このことは、検察官の処分も憲法八一条の「処分」に該当し、司法による審査、抑制の対象となると解されることから肯定されよう。検察官の……起訴処分に対しては……直接これを制御する刑事手続上の制度は存しない。従って、公訴権濫用に対する救済の方法は、起訴処分に対する応答の形式を定めた刑訴法三二九条以下の条文に依拠して決められるが、訴追裁量を著しく逸脱した公訴の提起は直接には起訴便宜主義を定めた刑訴法二四八条に違反するものであるから、同法三三八条四号にいう公訴提起の手続の規定に違反したものととして、同条による公訴棄却の判決がなされるべきである」

ここでは、検察官の幅広い「裁量」を前提としつつも、「関係者の利害」「基本的人権³⁾」と検察官のいわゆる「客観義務⁴⁾」の両面から、制約が加えられるべき場合があることを認めているわけである。「条文」上の根拠としては、起訴処分に対する刑事手続上の「制度」の不存在を前提としつつ、明示的には、憲法八一条、刑訴法二四八条⁵⁾、三三八条四号⁶⁾があげられているわけであり、この理論を容認する典型的な一例を示しているといえよう。二審が「訴追裁量の逸脱の問題」として捉え直したのは、「公訴権の行使について規定する法条（刑訴法二四八条、三三八条四号）に即して処理できるのでより有用」（三四九頁）という視点を有していたのである。

さらに、二審は、不平等訴追として従来問題とされてきた「同種他事件あるいは同一事件内の被疑者相互の比較というのではなく、公害を契機に対立する当事者、すなわち公害のいわば加害者側と被害者側との間の取扱い上の差別」という視座が、公訴権濫用論（「訴追裁量を逸脱した起訴」論）の具体的適用において重要なことを認めているの

である（三五〇頁）。換言すれば、「憲法一四条一項の平等保護条項」を「根拠」とした、「平面的、微視的な観察」はとどまらない、「立体的、巨視的な観点」に立っての「比較衡量」を要する場合であるとするのである。従ってまた、「水俣病の被害という比較を絶する背景事実があり、自主交渉という長い時間と空間のさなかに発生した片々たる一こまの傷害行為を、被告人らが自主交渉に至らざるを得なかった経緯と切り離して取り出しそれに法的評価を加えるのは、事の本質を見誤るおそれがあって相当でない。」とも判示しているのである（三六五〜六頁）。

このような判示とともに、二審は、一審と同様に、熊本水俣病民事事件「第一次訴訟」判決の指摘するところとして、公害が「一方的に惹起され、一方的に被害を与えるものであり、……被害は多数の住民に及び地域全体に深刻な影響を与える」（三六六〜七頁）と判示しており、やはり「現代型訴訟」「公共訴訟」的な発想を容認しているものとみうるであろう。「水俣病はこの典型であり、被告人自身患者である本件においては右の特殊性が十分考慮される必要がある」（三六七頁）とするわけである。

一方、二審も、「検察官の故意又は重大な過失という主観的要素」が不要とはしなかった。「権利濫用の一般原則」を理由とするが、しかし、「強大、かつ、密行性の公機関が行使する捜査権を背景とする」検察官の公訴提起の処分であるから、「かかる主観的要素は、背景となる客観的事実の集積から、これを推認する以外にはなく、かかる客観的外部的事実⁽⁸⁾に照らし、公訴提起の偏頗性が合理的裁量基準を超え、しかもその程度が、憲法上の平等の原則に抵触する程度に達していると判断される場合には、事実上の推定に基づき、検察官の故意又は重大な過失の存在が証明された⁽⁹⁾といつて妨げない。」（三五〇〜一頁）と判示している（さらに、三六五、三七二頁）。

(1) 前掲(i)注⑩、(iv)注⑦。

(2) さらに、二審三六三〜五頁参照。そこでは、裁判所の国家権力濫用監視義務が前提とされ（鈴木・前掲判タ三五四号四一

頁下段は「むしろ被告人のための「護民官」たるべき」とする)、条文上の根拠としては、さらに、憲法七六条一項があげられ、「不告不理」については、「司法権が発動……するためには、検察官によって公訴が提起されることが当然の前提となる」が、「発動」された以上、特に起訴処分との関係では、「司法的抑制機能」が「発揮」されなければならないと解している。

(3) 二審三六四〇五頁では、「法の下での平等保護条項」とともに、「デュー・プロセス」(適正手続)条項をあげている。

(4) ここでは、伝統的な意味で「客観義務」を問題としているようにうかがえる。さらに、二審三六四頁では、「正義、公平が実現されることを見守るべき義務」、いわゆる必罰主義は適正手続の前に譲歩を迫られるべき例外的な場合があることを肯定し、「公訴提起を差し控えるべき義務」として敷衍している。これに対し、この義務の捉え直しとして、岡部泰昌「刑事手続における検察官の客観義務(一)」金沢二二巻二号(一九六六年)九頁以下、九五頁以下、「同(二)」同一三巻一号(一九六七年)七三頁以下、九三頁以下、一二二頁以下、一二七頁以下、一三四頁以下、「同(四)」同一四巻一号(一九六八年)一二〇頁以下、「同(六・完)」(一九七〇年)一三二頁以下。

(5) 河上・前掲警論三〇巻九号四八頁は、「刑訴二四八条を前提として論理構成している以上、行為の微罪性は、当然の前提としてこの論理に入って来ざるをえない」と批判される。この点につき、二審三七二〇三頁は、一審が「被告人の有罪を認定しつともその可罰性の程度が著しく微弱であり、刑はノミナルなものとどめるべきものとした」と理解し、後述のように、最高裁六七六頁も、「犯行そのものの態様はかならずしも軽微なものとはいえない」が、「本件犯罪事実の違法性及び有責性の評価については被告人に有利に参酌されるべき幾多の事情が存在する」と認定しており、犯罪全体としては実体法上軽微だったと評価しうるものだったようにうかがえる。二審は、この実体法上の評価を手続法上さらに一歩進めたものといえよう。なお、田中・前掲裁判をめぐる法と政治三八三頁注⑨、三八四頁注⑩。

(6) これに対し、田宮・前掲立教一一号一七二頁は、「訴追権の規制については明文の規定がないのである。」から、「問題は結局、訴訟手続に関する一般的な監督権限が、裁判所に付託されているという理論を認めるか否かにかかると思われる。」とし、「理論的には、当事者訴訟をとる以上このような観念は必要」であり、特に「公訴権の濫用の場合には、訴訟の場での事件の審判という本務に密着した論点が問題となっているのであるから、(訴訟条件の欠如による形式裁判の場合よりも引用者注)さらに強い理由で裁判所の規制権能が働きうる」と述べ、さらに、規則制定権(憲法七七条)に「裁判所の監督権限を一般に認めようとした」ことの根拠を見い出す。

(7) この点に関する検察官の批判に対する弁護人の反論につき、『資料集』八四九頁以下「答弁補充書(二)」——「差別的訴追で

あることは明白に結論づけられる。」（八五一頁上段）と反論する。

（8） 同旨、穴沢・前掲判時八八四号一六頁。これに対し、鈴木・前掲判タ三五四号四三頁上段は、権利濫用論に関する民事の学説が「客観的な利益調整」に重点を移してきていることを指摘し、私法上の問題処理との対比の仕方を批判する。しかし、結論としては、「公訴権濫用」は「悪意の起訴」の場合に限定すべきとしていたわけである（前掲（iv）注（5））。

（vi） 二審の公訴権濫用論についての具体的適用も、ほぼ全面的に弁護人主張を容認するものといえる。まず、結論に至る具体的適用は次の通りである（三六七〜七二頁）。

① チッソ株式会社の水俣病加害に対する行政・司法措置との比較

「患者が統発し、胎児性患者まであらわれている状況のもとで、当初奇病と言われた段階から一五年間も水銀廃液が排出されている状態を放置しておかなければならない理由は見出せない。……行政、検察の怠慢として非難されてもやむを得ないし、この意味において、国、県は水俣病に対して一半の責任があるといっても過言ではない。のみならず、チッソの水銀廃液の放流の原因となったアセトアルデヒドの製造は国家によって容認されていたのであるから、被害民の立場からすれば、チッソと異なる意味で国家もまた加害者であるといえよう。チッソ幹部に対する業務上過失致死傷罪による起訴は、昭和三三年七月ころから昭和三五年八月ころまで工場廃液を排出した行為が過失の内容となっており、当時速やかにこのような起訴がなされ、あるいはこれを前提とした捜査がなされていたなら、その後の一〇年に近い排出とこれにともなう水銀汚染が防げていたであろうことを考えると、時機を失した検察権の発動が惜しまれるのである。これにひきかえ、排出の中止を求めて抗議行動に立ち上がった漁民達に対する刑事訴追と処罰が迅速、峻烈であったことは先に指摘したとおりである。」

② 自主交渉の意義と交渉過程における紛争相互の比較

「次に、自主交渉について考察するの……患者とチッソとの間を単に債権者、債務者の関係として平面的にとらえるだけでは、本件における自主交渉の意義及び被告人ら患者の意図を正確に理解することができないであろう。未曾有の被害、行政の停滞、水俣市におけるチッソの占める役割と被害民に対する市民の反応、チッソの責任回避、会社幹部の被害民に対する対応の仕方の不誠実さ、各種調停による低額の補償、訴訟派、一任派の分裂、新認定患者の登場等長期間にわたる複雑な事情を背景に自主交渉が登場したわけであり、昭和四八年七月九日の協定成立までの交渉の経緯は、公害による被害の補償の一方法を

示すものとして、民事判決とともに水俣事件を特徴づける重要な要素となっている。……このような成果を得た自主交渉ではあったが、……自主交渉派のリーダーである被告人に対し起訴がなされたことにより、自主交渉派の患者に少なからぬ打撃を与えたものと認められ、意図するとしなにかかわらず本件起訴が対立する当事者の一方に加担する結果をもたらしたことは否定できない。⁹⁾……

……被告人に対する訴追の可否を論ずるにあたって無視できないことは、自主交渉の過程で生じた事件についても水俣病における訴追と類似した不平等が生じていることである。すなわち、自主交渉の過程におけるトラブルでは、チッソ側のみならず被告人ら患者及び支援者にも多数の負傷者が出たことは前にも述べたとおりであり、とりわけ五井工場の事件は、面会の約束をとりつけて赴いた被告人や報道陣に対し、多数の従業員が有無をいわずに力を振るうという非常識なもので、当時各方面から非難が寄せられたことは周知のとおりである。そして、この事件については不起訴処分がなされた。結局、これらを通して訴追されたのは患者側だけだったわけである。¹⁰⁾このチッソ従業員の不訴追ということについて付言すると、被告人の罪責の有無を検討するに過ぎない当裁判所が、チッソ従業員の刑責を確定したり、訴追、不訴追の可否を論ずることが許されないことは明らかであり、当裁判所も五井工場等の事件の不訴追が不当であるというのではない。ただ、どちらの側にも理由のある行為によって生じた事件で双方に負傷者が出ていること、そして片方は全然訴追されていないという事実は、もう一方の訴追にあたって当然考慮さるべき事情であると考えるのである。」

③ ①②の結論

「このように本件事件をみてくると、被告人に対する訴追はいかにも偏頗、不公平であり、これを是認することは法的正義に著しく反するというべきである。

検察官は、こと検察事務に関して、一人ひとりが独立の官庁として、その権限と責任において事を処理するものであり、検察官は、その良心と法令の命ずるところに従って事務を処理すべきものである。しかし、他面において、検察権も行政権の一作用であるから、検察権の行使が全国的に均齊になされることは、事が国民の基本的権利義務に関する事柄であるだけに、極めて重要である。このような要請を満たす上に最も適切な方途の一つとして認められているのが検察官同一体の原則である(検察庁法一条、四条、一一條、一二条参照)。担当の検察官として、本件公訴を提起するに当たっては、現地熊本地方検察庁と密接な連絡をとり、水俣病をめぐって起こった紛争に関する刑事事件の処理状況について適確な情報を得たうえで本事件を処理すべきであったと考える。¹¹⁾

……既に詳述したもろもろの事実関係、すなわち、重大かつ広範囲な被害を生ぜしめたチッソの責任につき国家機関による

追求の懈怠と遅延、これにひきかえ、被害者側の比較的軽微な刑責追求の迅速さ、それに加えてチソン従業員の行為に対する不起訴処分等々の諸事実がある以上、当裁判所としては、国家機関の一翼を担っている検察官の故意又は重大な過失が推認されなくてもやむを得ないと判断する。」

以上のような二審の「公訴権濫用論」に対しては、「結論」は「妥当」であるが、「法的推論に不整合・不十分と思われるところが少なからずみられる」⁽¹¹⁾との手厳しい批判がある。このような批判を念頭に置くときには、「判例」は「結論命題」に限るとする見解の妥当性が検証されるようにも思われる。しかし、この批判は、論理の筋道として帰納的・重点的な方法をとるべきだと主張するものであり、背景事実を考慮に入れること自体は否定していない点、注意を要する。この限り、「理由づけ命題」も根本的に誤っていると考える必要はないことになろう。そして、実は、導き出される「結論命題」自体が、背景事実を考慮に入れることなしには理解しえぬものなのであり、従って、背景事実についても決して軽視してはいけないということになろう。以上の点を踏まえて、「結論」そして「結論命題」をみてみることにしよう。まず、具体的適用に続く結論は次の通りである（三七二、三七三頁）。

「本件は訴追を猶予することによって社会的に弊害の認むべきものがなく、むしろ訴追することによって国家が加害会社に加担するという誤りをおかすものでその弊害が大きいと考えられ、訴追裁量の濫用に当たると結論するのである。」
「本件公訴提起の手続は刑法二四八条の規定に違反し無効であるから、同法三三八条四号によりこれを棄却すべきものである。」

以上の結論から導き出される結論命題は次のようになるであろう。⁽¹²⁾

「公害被害者たる被告人の訴追を猶予することによって社会的に弊害の認むべきものがなく、むしろ訴追することによって国家が公害加害会社に加担するという誤りをおかすものでその弊害が大きいと考えられるような事案は、訴追裁量の濫用に当たり、そのような公訴提起の手続は刑法二四八条の規定に違反し無効であり、同法三三八条四号により棄却される」

この判示は、一審の「結論」を直接覆すことにつながった部分であり、前述のように（前掲(vi)）、二審は一般論として「検察官の故意又は重大な過失という主観的要素」を不要とはしておらず、一審もいずれかというところ「検察官の故意またはこれに相当する重大な過失」に重点を置いた判断の仕方をしてきた（前掲(iv)①）わけであるが、二審はこのような主観的要素を要求することによる弊害を解消¹³するとともに、公害加害会社側従業員の不訴追に視点をあてること（前掲(iv)②以下）の隘路を避け、平等原則を念頭に置きながら、「訴追裁量の濫用に当たる」と判断したことになる。次の(vii)で取り上げる最高裁第一小法廷も、原判決が重視していると考えられる点として、「警察・検察当局による捜査権ないし公訴権の発動の状況」の「不公平」さをあげている（最高裁六七六頁）。

以上のまとめとして、二審は、「公訴権濫用論」、なканずく、「訴追裁量を著しく逸脱した公訴の提起」に関する決定的な条文として、刑法二四八条をあげていたわけである（前掲(vi)）が、憲法一四条一項を中心とした「憲法的視座」を背景に（同）、他の刑法法の条文や検察庁法を適宜活用して（同、(vii)③）、諸条文の総合的検討のもとに結論を導き出している¹⁴といっても過言ではないであろう。確かに、二審の判示は、前述の批判にみられるように、若干緻密さに欠ける嫌いが¹⁵ないではないが、本件のような事案においては、むしろ二審の「法形成」を高く評価すべきであるように思われる¹⁵。これに対し、このような評価は安易に自力救済（自救行為）を容認するものである、と批判する向きがあるかもしれない¹⁶。この点については、二審自身が判示してくれているように、「公正な手続、法の平等な運用を重視する見地から、……違憲かつ不当な差別的起訴からの自由を請求しているのだと理解」（三六五頁）しうるのであり、このような理解は、自力救済（自救行為）の原則的禁止という視座と相入れないものではないように思われる¹⁷。

いずれにせよ、このような批判をも含めて（さらに後掲「検察官の上告趣意」「裁判官藤崎萬里の反対意見」参照）、二審の法形成、とりわけ、一審の結論を直接に否定することになった「判例（裁判例）」は、最高裁の強い抵抗に出会うことになった。

(1) この点の詳細については、『資料集』六〇八頁下段以下「控訴審最終弁論要旨」、また、八二五頁上段上告審「答弁書」

においては、様々な異変が「捜査の端緒としては十分すぎるほどの事態ではないか。」と指摘する。

その後、熊本水俣病民事・行政事件「第三次訴訟第一陣」一審判決における弁護人側の同様な主張（阿部泰隆「水俣病国家賠償認容判決」ジュリハ八九号（一九八七年）二五頁一段）に対し、国・県の行政上の作為義務違反による国家賠償責任が認容されている（熊本地判一九八七年三月三〇日判時一二三五号三頁―控訴、但し、「昭和三十一年一月以降は、水俣工場長等の幹部を殺人、傷害、業務上過失致死罪の嫌疑で強制捜査する等して、右規制の実効性を高めることができた筈である。」（八九頁四段）との原告主張については、具体的には容認していない。さらに、後掲三注⑱）。ここで、「第三次訴訟」の「法形成」の面に触れておくならば、被告チッソの責任に関する原告主張は、熊本水俣病民事事件「第一次訴訟」におけるそれ（前掲一(3)注24、27①）より簡略化され、判文上『法形成型訴訟』を意識した表現にはなっていないが、この点については、「第一次訴訟」においてチッソの過失責任は十分に認容されており、また、「第三次訴訟」の重点は行政責任に移行したためと考えられる。従って、『法形成型訴訟』の考え方は当然の前提とされていたものとみうるであろう。行政責任を問題とする以上、公的な色彩が前面に据えられることになるわけであるが、被告国・熊本県は、「原告らは不知火海一円の人口から見れば、極く限られた一部の者にすぎず、本件訴訟を不知火海一円の地域住民を代表して提起しているものではない。」（一〇七頁三段）ことを強調している。しかし、現実には、被害が「不知火海一円の地域住民」に及んでいたことは否定しえないのではあるまいか。

(2) この点については、前注「第三次訴訟第一陣」一一五頁三段―一一六頁一段、また、水俣病の経済的背景事情として、チッソが「カーバイドを原料とする化学工業から石油を原料とする化学工業への強烈なまでの転換」（『資料集』一二四頁中段一審「最終弁論要旨」）をすすめていたことが、指摘されている（後藤・前掲法時四九卷一三三四―四段、加藤邦興「日本の化学工業と水俣病」法時四四卷五号（一九七二年）一二頁）。さらに、チッソのアセトアルデヒド生産中止が昭和電工よりも三年以上遅れたことにつき、国会の委員会が「企業の利益を第一に考えて、ほんとうに人命を尊重するということとは考えられていないということを証明している事実じゃないですか。」という非難がなされている（中島武敏委員「第七十一回国会 衆議院公害対策並びに環境保全特別委員会議録九号」（一九七三年三月二七日）一三三頁二段）。

(3) 二審三五六―七頁、さらに、『資料集』五七四頁以下、六一八頁以下、最一小決一九八九年三月一〇日刑集四三卷三号一八八頁。このなかでも、特に注意を引くのは、水俣漁民支援の学生が、工場正門前において、漁民とチッソ側従業員らとの間の紛争などに備えて待機中の巡査に対し、多数の面前で「犬なら犬の鑑札を見せろ」などと罵声を浴びせもって同巡

- 査を公然侮辱したとして、一九七三年八月三十一日八代簡裁において、侮辱罪の適用を受け、拘留三日に処せられている事件であろう(『資料集』五八一頁)。理論的には考えうることであるが、公害をめぐる民事紛争の色彩が強い場合、安易に刑罰権を発動することは、二審判決文②掲記のように、一方当事者に不当に加担することになりかねず、また、このような法適用は旧刑法下の官吏侮辱罪(一四一条)を彷彿とさせるものといえよう。さらに、第一小法廷で上告棄却の決定を受けた公務執行妨害・傷害事件の一・二審において、弁護士はやはり公訴権の濫用を主張したが、しりぞけられている(刑集四三巻三号二五八〜六一頁・月報一八巻四号二七四〜八頁)。この事件の場合、水俣病被害者に対する名誉毀損の抗議行動をきっかけとしたものであり、加害の相手方として、名誉毀損したとされる県委員会の委員長を含んでいたとはいえず、水俣病そのものからみればやはり二次的な事件であるという違いがあることは否定しえないであろう。なお、前掲(ⅳ)注①、(4) 例えば、一九五九年一月三〇日に締結された新日本窒素肥料株式会社と水俣病患者との契約書及び調停案(前掲(ⅳ)注①、②①「第一次訴訟」判時六九六号一四九〜五一頁別紙(ⅴ)・(ⅵ)、(ⅶ)の(一)参照。

- (5) 新認定患者の登場までの経緯と、本件自主交渉との関連につき、土肥秀一「水俣病をめぐる最近の情勢」法時四四巻五号(一九七二年)四四頁以下。

- (6) 『資料集』五〜六頁(そこには、判決での勝訴を梃子に自主交渉し、調停派・一任派に波及効果が及ぶ様子がよく示されている)、一六頁中段、七五頁以下、八九頁上〜中段、一一三頁下段。

- (7) この点に対する検察官の非難と弁護人の反論につき、『資料集』八三〇頁以下上告審「答弁書」。

- (8) 二審三六一頁、さらに、『資料集』六五、八六頁以下、一五三頁以下、五四六頁。

- (9) 河上・前掲警論三〇巻九号四七頁は、「かかる判示が、全く非法律的な歯止めのない空想的論法であることは明らか」と批判する(同旨、最高裁六九八頁以下「検察官上告趣意」)。しかし、二審が判示しているように、本件の場合、まさしくそのような「平面的、微視的な」比較対象にとどめてはいけない事案だったといえよう(大野平吉「チソン水俣病川本事件控訴審判決」ジュリ臨増六六六号昭和五二年度重要判例解説(一九七八年)一九二頁一段、庭山・前掲法時四九巻一三三号四六頁二段)。公害の直接の加害者たるチソンと被害者たる被告人らとの自主交渉に関連して発生した一連の事件だからである。この意味で、「本判决は、新しい類型をこの(訴追裁量権の逸脱を理由とする公訴権濫用論の―引用者注)理論に持ち込んだといえる。」(河上・同四六頁)のである。もっとも、二審が、従来の法理論との継続性・連続性に十分配慮せずに、このような「新しい類型」を提示した点には、批判がみられる(田中・前掲裁判をめぐる法と政治三八〇・三八一頁、大野・同頁、鈴木・前掲判タ三五四号四四頁)。

- (10) 通常の事件では、必ずしもこのようにいえないかもしれないが、本件の場合、起訴検察官は、チッソ本社前に張ってあるテントを撤去すれば起訴しないという趣旨のことを言ったという事情があるようである（『資料集』六頁三段、一七六頁）。
- (11) 田中・前掲裁判をめぐる法と政治三八二〜三頁、さらに、三七六〜七頁も参照。能勢弘之「チッソ水俣病の補償交渉における傷害事件と「公訴権の濫用」の法理―いわゆる寺尾判決をめぐる―」ジュリ六四七号（一九七七年）一〇五頁四段〜一〇六頁一段も、「憲法」四条を核とする違憲・無効な公訴権の行使であるから公訴を棄却するとする考え方」が「徹底」されていないと批判する。同旨、庭山・前掲法時四九卷一三三二頁二段、三井明「チッソ水俣病補償請求関連傷害事件控訴審判決について」専修法学二七号（一九七八年）七三頁。これに対し、岡部泰昌「公訴権濫用と裁判所の審査、抑制―「寺尾判決」（東京高裁昭和五二年六月一四日）をめぐる―」法時四九卷一三三二頁二段は、「公訴権濫用の各類型および特殊性に応じて多様な判示方法があって差し支えないことを柔軟に予定すべき」とし、渥美東洋・前掲法時四九卷一三三二頁三段も、「もう少しフレキシブルに考えたほうがいい」と反論される。
- (12) 中野編・前掲書三一頁以下。
- (13) この点については、二審の結論の直前の具体的適用部分が参照されなければならない（三七二頁―前掲③「重大かつ広範囲な被害…：検察官の故意又は重大な過失が推認されてもやむを得ないと判断する。」の部分、なお、一般論としては、三五〇〜一、三六五頁、前掲(vi)）。二審の結論はこの部分を言い換えたものであり、一審の公訴権濫用論に関する判示①（前掲(iv)）との対比という点で、また最高裁の判断（六七六頁）に対する連続性という点で、重要な意味をもつ部分といえよう。判例（裁判例）としては、次のようにまとめられよう。すなわち、「重大かつ広範囲な被害を生ぜしめた公害加害会社の責任につき国家機関による追求の懈怠と遅延があるにもかかわらず、公害被害者側の比較的軽微な刑責追求が迅速で、しかも加害会社従業員の行為に対する不起訴処分等々の諸事実があるような場合、国家機関の一翼を担っている検察官の故意又は重大な過失を推認しうる。」
- (14) 類似の例として、前掲(i)注⑩参照。
- (15) 岡部泰昌「最高裁判所と公訴権濫用論(中)―最高裁昭和五五年一月一七日第一小法廷決定を素材にして―」判時一〇〇二号（一九八一年）七頁一〜二段、渥美・前掲法時四九卷一三三二頁四段〜四三三頁一段、四三三頁三段〜四四四頁一段、四六頁二段。
- (16) 河上・前掲警論三〇卷九号四六頁は、「いわゆる喧嘩両成敗なのに、片手落ちだから、成敗された方が、他方を自力で処罰し報復しても、それは、処罰の対象にならないという議論を本判決がとっている」として、「刑法理論を無視し、私的制

裁を認める理論といわざるをえない。」と非難する。

(17) 自力救済(自救行為)の原則的禁止という視座からは、差別が問題だとすれば、それが解消された場合再起訴は可能であるということにもなつてこよう(平場ほか「平場」・前掲注解刑訴法中巻二四一〜二頁)が、本件のように実体審理がなされた場合には、二重の危険の考え方からしても、一事不再理の効力を認めるべきではあるまいか。このように実体審理がでて来うるほかに、「比較されている加害者と被害者とが必ずしも同じレベルでとらえにくい」(三井誠「研究会公訴権の運用をめぐる―チッソ川本事件控訴審判決を契機に―」前掲判タ三五四号七一頁下段)こと、「国が原因をつくっておきながら、被告を訴追するのは不合理だということ」(田宮裕・同七三頁下段)、などを理由に、むしろ憲法三一条の要求する公正さを欠いたと捉える方が妥当ではないかとする見解がみられ、国を直接の原因設定者とするのが可能かという難点があるものの、相当程度説得力をもつことは否定しえない。二審も憲法三一条を問題としていないわけではない(三六四〜五頁、前掲(ⅳ)注③)が、いずれかという¹⁾と憲法一四条に重点を置いていたようにうかがえる(弁護士主張につき、前掲(ⅳ)、二審の判断につき、前掲(ⅳ)、(ⅳ)の特に③、もっとも、後掲(ⅳ)注①参照)。

(ⅳ) その点は、最高裁第一小法廷があえて「職権による判断」を示した点にあらわれているといえよう。すなわち、第一小法廷は、まず、「上告趣意に対する判断」として、検察官の違憲の主張に対しては、「原判決が憲法一四条一項を解釈適用していると認めることはできない¹⁾」とし、判例違反の主張に対しても、原判決が憲法一四条一項の解釈適用をしていないところから、「判例違反を論ずる余地がなく、」また、「所論(「検察官の上告趣意」七〇二、七〇六頁―引用者注)のように訴追裁量の逸脱ないし濫用の有無はすべて公訴提起の効力に影響を及ぼさない旨を判示していると解することはできない」として、「先例²⁾」が全面的に「公訴権濫用論」を否定していたわけではないという見解を示したのである(六七四〜五頁)。この見解は、一般論としてこの理論が認められる場合があることを示した点で、重要な「判例³⁾」といえよう。すなわち、「訴追裁量の逸脱ないし濫用の有無はすべて公訴提起の効力に影響を及ぼさないわけではない」。そして結局、いずれも「適法な上告理由にあたらぬ。」(上告棄却)というのが第一小法廷の「結

論」ということになるが、「職権による判断」として、本件の場合、刑法四二一条を適用すべきかどうかについて、さらに検討を加えているのである（六七五～七頁）。まず、「検察官の裁量権の逸脱」と「公訴の提起の効力」の関係につき、次のように判示する（六七五～六頁）。

「検察官は、現行法制の下では、公訴の提起をするかしないかについて広範な裁量権を認められているのであって、公訴の提起が検察官の裁量権の逸脱によるものであったからといって直ちに無効となるものではないことは明らかである。たしかに、右裁量権の行使については種々の考慮事項が刑法に列挙されていること（刑法二四八条）、検察官は公益の代表者として公訴権を行使すべきものとされていること（検察庁法四条）、さらに、刑法上の権限は公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ誠実にこれを行使すべく濫用にわたってはならないものとされていること（刑法一条、刑訴規則一条二項）などを総合して考えると、検察官の裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合のありうることを否定することはできないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られるものというべきである。」

ここでは、前述の一般論を具体的な条文に即しながら再論しているわけであり、やはり一般論として第一小法廷の見解を示したものとえよう。同じ一般論でも、「上告趣意に対する判断」の場合は、判例違反の主張に対する「結論命題」が示されたといえるわけであるが、「職権による判断」の場合は、まず「理由づけ命題」⁴が示されたとみてよいであろう。従って、結論命題と理由づけ命題の原則的区別という中野説⁵からすれば、後者は、厳密な意味では「判例」ではないということにもなつてこよう。しかし、この部分は、水俣病被害者に対する名誉毀損の抗議行動をきっかけとした公務執行妨害・傷害事件の二審⁶（福岡高判一九八六年四月一八日月報一八巻四号二七五頁）でも「先例」としての形で引用されており、後述の具体的適用部分で示すように、「抽象化」の程度によっては、この具体的適用部分からも「理由づけ命題」とほぼ同様な「判例」が導き出せるようにも思われるが、中野元判事がそこまで抽象化の余地を認めるのかは、必ずしも明らかではない。⁷

次に、具体的に、本件の場合、「原判決の認定によれば、本件犯罪事実の違法性及び有責性の評価については被告人

に有利に参酌されるべき幾多の事情が存在することが認められるが、犯行そのものの態様は必ずしも軽微なものとはいえないのであって、当然に検察官の本件公訴提起を不当とすることはできない。」(六七六頁)としており、「嫌疑なき起訴」の類型にはあたらず、「訴追裁量権の逸脱」類型の細類型としての「犯罪の軽微な場合」とも直ちには認められないと判断したことになろう。傷害事実の認容自体については、一審から最高裁まで一貫していることになる(前掲(ii))。そして、原判決がより重視しているものと考えられる「本件公訴提起の相当性について疑いをさしはさましめる」「警察・検察当局による捜査権ないし公訴権の発動の状況に不公平があったとされる点」については、次のように判示する(六七六頁)。

「すくなくとも公訴権の発動については、犯罪の軽重のみならず、犯人の一身上の事情、犯罪の情状及び犯罪後の情況等をも考慮しなければならぬことは刑法二四八条の規定の示すとおりであって、起訴又は不起訴処分の当不当は、犯罪事実の外面だけによっては断定することができないのである。このような見地からするとき、審判の対象とされていない他の被疑事件についての公訴権の発動の可否を軽々に論定することは許されないのであり、他の被疑事件についての公訴権の発動の状況との対比などを理由にして本件公訴提起が著しく不当であったとする原審の認定判断は、ただちに肯認することができない。」

以上の判示から、次のような「判例」が導き出せよう。³⁾

「審判の対象とされていない他の被疑事件についての公訴権の発動の状況との対比などを理由にして公訴提起が著しく不当であったと軽々に論定することは許されない」

原審を直接に否定する判例として、本件との関係では最も重要な部分といえよう。この部分も、前掲公務執行妨害・傷害事件の二審で「先例」としての形で引用されている(同二七頁)。

ここでは、論者も指摘しているように⁸⁾、当該公訴提起と「他の被疑事件についての公訴権の発動の状況との対比」自体を否定したわけではないであろう。しかし、原審が、「検察官がある事件を立件し刑事処罰を求めるに当たって

は、当該犯罪の動機、原因、背景的事実を捨象して現象面のみを見ることは皮相であり、刑訴法二四八条に照らして、むしろ不可能であるとすらいえる。」(二審三六六頁)とし、「水俣病の被害という比較を絶する背景事実」「被告人らが自主交渉に至らざるを得なかった経緯」を重視しているのを、逆手に取るような形で、「他の被疑事件」の側から捉え、原審認定判断を否定しているわけであり、第一小法廷の厳しい姿勢がうかがえる。⁹⁾ 第一小法廷はまた、「犯人の一身上の事情、犯罪の状況及び犯罪後の状況等」といった、いわゆる特別予防・一般予防にかかわる事情、そして犯罪の内面的要素等を等閑視してはいけないということを強調しているようかかえる。しかし、当該事案を判断するにあたって、「背景的事実」¹¹⁾等をも考慮に入れるという原審の判断の仕方自体は正当であるように思われる。確かに、例えば、五井工場集団暴行事件については、「加害者が特定出来ぬ」¹²⁾として、不起訴処分となっており、この限り、上述の事由を十分に考慮することはできなかったとはいえよう。しかし、この事件をも含めて、立ち合っていた警察官が果たして公務を誠実に執行していたのかについて、疑問も提起されている。¹³⁾ さらに、被告人自身に限ってみても、左足小指の骨折という傷害を受けてさえいるのである(二審三六一頁)¹⁴⁾。いずれにせよ、上述の事由を考慮すべきことを要求することによって、「訴追裁量権の逸脱」¹⁵⁾類型の細類型としての「差別的訴追」の判断を相当程度困難なものとしたことは否めない。第一小法廷の判示は、公訴権発動の一般論としても疑問の余地があるほか、比較対照される他の被疑事件につき、当該事件の起訴・不起訴を決定する際と同様に、上述の事由の考慮を要求することは特に疑問であるといわなければならない。¹⁶⁾

このように差別的訴追を否定したほか、「まして、本件の事態が公訴提起の無効を結果するような極限的な場合に当たるものとは、原審の認定及び記録に照らしても、とうてい考えられないのである。」(六七六〜七頁)と付加している。この判示は、公訴権濫用論に関する前述の一般論「職権による判断」を前提に、具体的適用をしたものであり、この部分から「判例」を導き出すことができよう。³⁾ すなわち、「公害加害会社の側と公害被害者たる被告人を含む患者

側との相互のあいだに発生した種々の違法行為につき、警察・検察当局による捜査権ないし公訴権の発動の状況に不公平があったとされる事態が、公訴提起の無効を結果するような極限的な場合にあたるとは、とうてい考えられない。以上の判例は「先例」として通用しうろと思われるが、さらに二段階にわたり「抽象化」を試みてみよう。まず、「対立する二当事者のあいだに発生した種々の違法行為につき、警察・検察当局による捜査権ないし公訴権の発動の状況に不公平があったとした場合でも、通常公訴提起の無効を結果するような極限的な場合にあたるとは考えられない」。次に、間にまだ抽象化の段階が存在しうろとは思われるが、一層の抽象化をした場合、以下のようなのである。 「検察官の裁量権の逸脱が極限的な場合にあたるときに限り、公訴提起の無効を結果しうろ」。中野元判事がこのような形での抽象化を認めるのだとすれば、むしろ端的に前述の一般論（「職権による判断」、「理由づけ命題」の一部）を「判例」と認めた方が直接的かつ簡便であるということにもなつてこよう。いずれにせよ、前述の一般論の例示―「公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合」―との関係では、職務犯罪以外にも極限的な場合に当たるケースがありうることを示していることになるであろうが、本件の事態はその場合にあたらないと判断したことになる。職務犯罪については、具体的には、特別公務員職権濫用罪（刑法一九四条）や枉法・事後収賄罪（同一九七条ノ三）⁽¹⁸⁾などがあげられ、従つて、「故意」が要求されることになる。これに対し、「重過失」等で極限的な場合にあたるとすることは、第一小法廷の立論からは相当困難なようにもうかがえる。⁽¹⁹⁾そして、結局のところ、刑法四一一条に関し、「本件公訴を棄却すべきものとした原審の判断は失当であつて、その違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。」（六七七頁）と判断したのである。

しかしながら、最終的には、同条を「適用」したわけではなかった。この点、「「わかりにくい」という批判を招来した。」⁽²⁰⁾とされている。⁽²¹⁾言葉の問題ではあるが、違法が判決に影響を及ぼすことは「明らか」という判示が不適切だったのではあるまいか。同条一号に「明白性」の要件は掲げられていないわけであるから、同条を「適用」するつもり

がないならば、あえて「明らか」とする必要はなかったようにも思われる。しかし、そうすることによって、原審の公訴権濫用論の判断を否定したいという意図が如実にあらわれているとはいえよう。また、この場面で「本件のきわめて特異な背景事情」が取り上げられているほか、本件犯罪の動機・原因となった自主交渉による紛争解決、被害者の処罰感情²²、犯人の一身上の事情に触れられており、さらに、「犯行から今日まですでに長期間が経過し」ている事情が、あげられている。五番目の最終犯行からすでに八年以上経過しており、傷害罪の公訴時効（七年―刑訴法二五〇条三号）を上回る期間が経過していることは確かである。このように、「異常事態における非常救済」を図っている点で、いわゆる「高田事件」（一審及び）最高裁判決（最大判一九七二年二月二〇日刑集二六卷一〇号六三一頁）と類似の面があるといえよう。²³

しかし、このような極めて限定的な「多数意見（法廷意見）」に対してさえ、「公訴の提起にあたっての検察官の訴追裁量の当否を、裁判所が審査し、その結果いかんによって公訴を棄却するということを予定した刑訴法規は存在しないばかりでなく、刑事事件について公訴を提起するか否かは国の刑事政策の統一的な実現に重要な影響を及ぼすものとして、刑事訴追の権限を検察官一体の原則の下にある個々の検察官の専権に属せしめている刑事司法の基本構造などを考えると、公訴の提起は、それが手続法規に従って適法、適式にされた以上、つねに有効であって、裁判所は、訴訟条件が具備している限り、実体的裁判をすべきであり、これを回避してはならないものと解すべきである。」「極限的な場合とは一体いかなる事態をさすのか必ずしも明らかでないと思われるし、²⁴また、そのような概念を設定してまでこの法理を認めるべき必要性があるのか、理解しがたい」「原判決は、現行法上認められていない公訴権濫用の法理を肯定して、不法に本件公訴を棄却する誤りを犯したものの」（六七九頁）との「反対意見」（裁判官本山亨）や、「本件公訴を有効とする以上は、この程度の（執行猶予付きの罰金刑という―引用者注）名目的な刑であってもこれを科して被告人の責任を明らかにするのが正義の要求とするところである」「被告人を訴訟手続から解放することは、本

件のような場合における暴力の行使を容認するものなるやに誤解されるおそれなしと」しない（六七八頁）との「反対意見」（裁判官藤崎萬里）がつけられているのである。このような反対意見は、検察官の上告趣意を容認したものといえよう。

多数意見が、公訴権濫用論の「否定論に近い結論を採らざるをえなかった」のは、「当時下級審が公訴権濫用の問題をかかえていた多数の事件の処理に指針を与える」ためであったとされている⁽²⁶⁾。しかし、そうであれば、なぜ大法廷で正面からこの理論について審議しなかったのかという疑問が生じうるであろう⁽²⁸⁾。「先例」形成を意識するとともに、本件の特殊性をも考慮に入れ、もしも大法廷で「公訴権濫用論」が否定された場合、被告人を有罪とせざるをえないという配慮が働いたためであろうか⁽³⁰⁾。

(1) この点については争いがある。河上和雄「公訴権濫用論の終焉」判タ四二八号（一九八一年）一〇頁及び当該箇所掲記の文献参照。特に河上論文は判決文を引用しながら緻密な理論構成を試みており、説得力をもたないわけではないが、二審は「差別的訴追」を前提としつつも、結局、「訴追裁量の逸脱の問題として考え」（三四八〇九、三四九〇五〇頁、前掲(v))ており、結論部分でも「差別的訴追」ということよりも、むしろ「訴追裁量の濫用に当たる事案であると結論」（三七二頁、前掲(v))、注⑬も参照）づけられていたこと、「訴追裁量を著しく逸脱した公訴の提起は直接には…刑訴法二四八条に違反する」（三五〇頁、前掲(v))、傍点引用者）とされ、また、刑訴法二四八条に即して処理できるのでより有用ともされていたこと（三四九頁、前掲(v))、そして最終的な結論部分で「本件公訴提起の手續は刑訴法二四八条の規定に違反し無効であるから、同法三三八条四号によりこれを棄却すべきものである。」とされており、「憲法的視座」を前提にしつつも、最終的には法律解釈の問題として捉えているとすることも、十分可能であるように思われる。この点、いわゆる尊属殺違憲訴訟の条文適用を参照した場合、そこでは、明示的に「刑法二〇〇条は…：刑法一九九条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法一四一条一項に違反して無効である」（刑集二七卷三号二七一頁、前掲一(2)注⑰）として、原判決の憲法解釈の誤りを破棄・自判しているのである。

(2) 最二小判一九四九年一月一〇日刑集三卷一二号一九三四頁「本件記録を精査するも、本件公訴提起の手続が、その規定に違反してなされた点は認められない。たとえ、本件公訴の提起について、検察官に所論のような（基本的人権である労働者の争議権を蹂躪する―引用者注）意図があったと仮定しても、公訴提起の手続が適法に行われている以上、裁判所としては、その公訴を不適法として排斥することはできない。」（なお、「検察官の上告趣意」七〇―二頁）。この判決の重点は、「公訴提起の手続が適法に行われている」という点にあったのであろう。反対解釈としては、検察官の意図がどうあれ、客観的に違法な公訴提起の手続は不適法として排斥しうることになりそうである（井戸田侃『刑事手続の構造序説』（一九七一年）九九頁注⑤）に、このような考え方がみられる）が、判決をそこまで読み込むことができるかは疑問であるとともに、検察官上告趣意のように、公訴権濫用論を全く排除していると読むことも疑問であろう。判文上は明示的には「意図」のことしか問題にしていないからである。

仙台高判一九七一年一月一八日判時六三四号九七頁一―二段「公訴の提起について、労働運動に対する弾圧的意図があったとしても、憲法一四条の法の下の平等に違反するものとは解し得ないばかりでなく、公訴の提起が手続上適式になされている以上、裁判所としては、右意図を不当としてその実体審理を拒むことはできないものといわなければならない……さらに本件全資料を検討しても、本件公訴の提起が、正当な労働組合運動を弾圧する不当な意図をもったものであることは認められない。」（同七〇二頁）。本判決自身前述の最高裁判決を参照しているところからして、憲法一四条に触れている点を除き、ほぼ同様に捉えられよう。

広島高判一九七三年六月一四日月報五卷六号一〇一九―二〇頁「検察官が行う解散電報に関する同種事犯の事件処理について、もし所論のような不公平があるとすれば、いやしくも公益の代表者たる検察官としてその裁量において適正を欠くものがあったというべきで、検察行政の運用上非難を受ける余地はあるとしても、そのことのために本件公訴提起の手続が無効とされるべきいわれは存しない。すなわち、右裁量の当否は、公訴提起の効力とは別個の問題に属し、裁判所は公訴の受理にあたり、起訴が不当偏頗であるか否かを調査するものでないことはいうまでもなく、また公訴の受理後、起訴が不当偏頗であることを理由として公訴を棄却すべきものでないことも訴訟法上明らかである。しかも、記録を精査しても、本件公訴提起の手続がその規定に違反したため、無効であると認むべき廉は存しない。」（同七〇四頁）。検察官上告趣意のように捉えやすい判決とはいえるが、不公平ないし不当偏頗の「程度」についてさらに問題にする余地がないわけではないように思われる。現実実際に発生しうる比較的軽度の不公平をあえて訴訟法上問題にするまでもないとする判示ともとれようからである。

その他、判例集不登載の諸判決は参照しえなかったが、「検察官の上告趣意」七〇三頁掲記(二)判決の原審は、一般論としては極めて検察官主張に近いようにもうかがえる。従って、このような判決と均衡を保つためには、第一小法廷は「不公平かつ濫用」の「程度」を相当高度なものにしなければならなかったことは看取されよう。

- (3) 中野編・前掲書三一頁以下。
- (4) 中野編・前掲書四〇頁。
- (5) 中野編・前掲書三九頁以下。
- (6) 前掲(v)注①、(vi)注③。
- (7) 中野編・前掲書四三、四、四八頁。
- (8) 穴澤成巳「不平等起訴をめぐる試論(一)」判時一〇五三号(一九八二年)一九頁以下、鈴木茂嗣「チッソ水俣病川本事件最高裁決定」ジュリ臨増七四三号昭和五五年度重要判例解説(一九八一年)二二七頁一段。
- (9) この点については、検察官の上告趣意(六九一、六九九、七〇八頁以下)を認容したものといえよう。
- (10) 安西温「公訴権の運用」前掲公判法大系一三四、五頁。
- (11) 『資料集』六一八頁下段。
- (12) 『資料集』五頁中段、六一九頁。これに対し、漁民や支援学生に対しては、誠実・迅速に法執行がなされていたことは、前述の通りである。(iv)注①、(vi)注③)。さらに、後掲三注⑬⑭本文。
- (13) さらに、『資料集』七二頁一審被告人「供述書」、六一九頁「控訴審最終弁論要旨」。前者においては、チッソ従業員の暴行によるものと主張されている。
- (14) 田宮・前掲立教一―号一六四頁は、刑法二四八条に「犯罪の軽重」という一項が挿入されたことにより、「特別予防を中心とした刑事政策的配慮(こまかな情状の調査を必要とする)は背後にしりぞぎ、一般予防の色彩を中心とした微罪処分的考慮(かなり客観的に判断できる)が全面に出た」と解する。これに対し、横井大三「起訴便宜主義」前掲公判法大系一八六頁は、この「一語が加わったことにそれほどの意味があるとは思わないし」、「重点を移したとも考えない。」と反論される。
- (15) 前掲(i)注⑤、(iv)②以下。この点、刑法の解釈問題ということになると、二四八条に列挙されている事由の厳密な検討ということになりがちであるといえよう。しかし、憲法問題となると大法院判断事項ということになり(裁判所法一〇条一号、河上・前掲判タ四二八号一頁二段)、本文後述のような配慮を働かせることができなくなるかもしれない。従っ

- て、折衷的な方法が探られなければならないわけである（前掲注①）。この意味で、二審の判断の仕方は、「現実成功した。」（原田明夫「公訴権濫用論」LS三六号（一九八一年）六五頁下段）ものといえよう。
- (17) 鈴木一郎「最高裁判所と水俣病—公訴権濫用論の将来」判タ四三〇号（一九八一年）四三頁三段は、本件担当の弁護士として、このことを強調される。さらに、「極限的な場合」にあたりそうな事案の想定として、穴澤・前掲判時一〇五三号二一頁一〜二段。これに対し、後掲注⑭。
- (18) 河上和雄『刑事訴訟の課題とその展開』（一九八三年）二七三頁。
- (19) 宮原守男「〈研究会〉川本事件最高裁決定をめぐって—公訴権濫用論と最高裁」ジュリ七三七号（一九八一年）三六頁四段も、「故意の場合だけに限定し重過失を除いたのではないか」とされる。
- (20) 田宮裕『三訂版刑事訴訟法入門』（一九八六年六刷）一二二頁、なお、「具体的事件の評価としては、罰金と公訴棄却の中間ぐらいの事案だと考えたのであろう。」とする。
- (21) 裁判官藤崎萬里の反対意見も、「原判決の違法は、それだけで当然に、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するとはべき十分な理由たりうる」（六七八頁）とされる。
- (22) この点につき、一審における直接の被害者（従業員）の各供述は、「必ずしも無条件に被告人を宥恕するものではなく、被告人がその非を認めることを前提としている」（三八八頁）とされていたのに対し（なお、前掲⑭注⑨）、二審は、「これらの暴行は、……個人的に被害者に遺恨をもって行ったものではない。被告人の行為を、水俣病に苦しむ多くの患者とりわけ物言わぬあるいは物言えぬ患者の抗議であると思えば、被告人に対する感情の何程かは減じるのではあるまいか。」（三六九〜七〇頁）と判示し、第一小法廷も、「本件の被害者らにおいても今なお処罰を求める意思を有しているとは思われない」（六七七頁）とする。二審の判示が際立っているといえるが、要するに、「被害者感情」は生のそれではなく、裁判所（裁判官）というフィルターを通してのものであることが示されているといえよう。これに対し、弁護士は、「控訴趣意書」中で、「水俣病被害民」の被害者感情を十分に考慮すべきことを高調している（『資料集』五三九〜四〇頁）。
- (23) 田宮・前掲三訂版一二一〜二頁、もっとも、刑法二四八条を援用したことによる相違点も参照。
- (24) この点につき、河上・前掲判タ四二八号一七頁三段、もっとも、一四頁四段、一五頁一〜二段。なお、前掲注⑰。
- (25) 最高裁六八九頁以下、六九七、六九三頁以下、七〇七頁以下。
- (26) この点につき、寺村恒郎「公訴権濫用を認めた寺尾判決の歴史的意義—水俣病紛争川本事件判決によせて」労旬九三二号（一九七七年）三二頁中段、市川・前掲ひろば三一巻八号一〇頁中段。

- (27) 団藤重光「刑事訴訟法の四〇年」ジュリ九三〇号(一九八九年)一一頁注(二)。なお、団藤博士は、旧刑法下において、予審段階で「被告事件罪ト為ラス又ハ公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑ナキトキ」(三一三条)または「法令ニ於テ刑ヲ免除スルトキ」(三一四号五号)に、公判に付した場合やはり有効として実体的審判がなされることを認め、この考え方を公訴提起にも及ぼされていたのであった(同『刑法と刑事訴訟法との交錯』(一九五〇年)一六八頁以下、一七二頁)。
- (28) 渡部・前掲曹時三四卷二号二五六頁(注一八)の四。
- (29) 河上・前掲判タ四二八号一一頁二段。
- (30) 河上・同一二頁三段。実例として、大阪国際空港訴訟において、原告側に有利な判決が出されそうだったが、大法廷に回付されたためその結論が一転したことが報じられている(毎日一九九一年二月二日朝刊一四版一・三・一九面、さらに、木村保男「壮大な逆転ドラマ―大阪空港公害裁判〔事件の現場から〕」法教一〇五号(一九八九年)三三二頁、なお、前掲一(1)注②、後掲三注③本文、⑤)。

(ix) 以上の叙述の総括的なまとめとして、弁護人の主張には、刑事手続法の分野においても『法形成型訴訟』が要求されるとする考え方が顕著にあらわれていたのである(前掲(iii)ないし(v))。一審も、このような考え方に相当程度の理解を示しつつも、基本的には伝統的な『法適用型訴訟』の考え方に立脚し判断を下したのであった(前掲(iii))。二審は、『法形成型訴訟』の考え方に踏み切ったといつてよいであろう。その現れが「公訴権濫用論」の容認である。しかし、この理論の容認は自力救済(自救行為)の甘受につながるのではないかという懸念があったわけである(前掲(iv)のまとめ)。このような批判は一見説得力をもつようにみえるが、二審が正当にも判示してくれている(前掲(vi)のまとめ)ほかに、われわれは、いわゆる「切り違え尋問事件」判決(最大判一九七〇年一月二五日刑集二四卷一二号一六七〇頁)や違法収集証拠の排除を一般論として認めた判決(最一小判一九七八年九月七日刑集三三卷六号一六七二頁)などを思い起こすべきであろう。たとえ実体刑法上有罪になりうるとしても、広い意味で手続の「適正さ」を欠

いたときには、当該証拠の排除をはじめ、無罪ないし免訴といった措置が講じられうるのである。従って、このような見地からすれば、⁽²⁾二審の判断はあなたがち特異な例とはいえなくなつてこよう。

二審の「公訴権濫用論」は、決定的な条文として、刑法二四八条をあげていたわけであるが、憲法一四一条を中心とした「憲法的視座」を背景に、他の刑法の条文や検察庁法を適宜活用して、諸条文の総合的検討のもとに結論を導き出しているといつても過言ではなかつたのであつた（前掲^(iv)のまとめ）。このように諸条文の総合的検討のもとにあえてこの理論を容認しようとするその根底には、二審自身が参照しているところである（前掲^(vi)注⁽³⁾、^(iv)注⁽⁷⁾も参照）が、「適正手続」を前提とした、広い意味での「適正さ」「公正さ」の考え方が貫流しているようにうかがえるのである。この点、「高田事件」最高裁判決において示されたのと同様に、⁽³⁾やはり、「デュー・プロセス」⁽⁴⁾刑事司法の不処罰機能および裁判所による基本的人権条項の解釈的決断⁽⁵⁾法創造機能の発揮を正面から肯定する思考を背後に具有し、これを現実に実践⁽⁵⁾するといふ姿勢のあらわれであるとの論評もみられる。これに対し、前述のように（前掲^(iv)注⁽¹⁾）、「理論的な」批判もみられるが、この見解もまた、「裁判の法創造的機能」の正統性を「原則的に承認」するにとどまらず、「公訴権濫用法理」の場合についても、「一般条項・憲法条項に関する問題領域が、とくに裁判の法創造的機能に期待されているところが多」⁽⁶⁾いことを認めており、「公訴権濫用法理が裁判による法創造的活動によつて判例法として確立されてゆくこと自体については、権力分立制との関連において何ら原理的に問題はない」として⁽⁶⁾いたのである。従つてまた、やはり論者が指摘するように、単に「公訴権濫用論」にとどまらない「憲法的公訴棄却」⁽⁶⁾ともいふべき広がりをもつたものであることを看取しうるのである。すなわち、被疑者・被告人にかかわる憲法上の重要な基本的人権（憲法一三、一四、二一、二五、二八、三一条以下など）を侵害するような手続は阻止されなければならぬという視座である。⁽⁸⁾このような視座から、この理論を捉え直すことにより、「公訴権濫用論」の分野における「判例による法形成」⁽⁹⁾については、まだ今後の進展が期待しうるものといわなければならぬ⁽¹⁰⁾とともに、本件

二審のように、最終的には法律解釈として突き詰めるという手法も追究されてよいように思われる。問題は、(ob)ではなく、how (wie) の段階に移ったといわれる¹¹⁾ゆえんである。

- (1) いずれも、さしあたり、田宮・前掲三訂版一九六頁以下、二二五頁以下参照。
- (2) 鈴木・前掲公判法大系一七〇、七一〜二頁もまた、「可罰的違法性論によっても無罪とされない者の救済を意図する、いわば可罰的違法性論を補充するものとしての公訴権濫用論」として、刑法法二四八条の「犯罪の軽重」という文言が「微罪については、起訴猶予が原則であり、起訴を相当とする特別の合理的事情がたまたま存するという場合にのみ起訴すべきだという」前提にたっているとすれば、このような形で「訴追裁量の逸脱」は「考慮するに値する」とする。以上のように、極めて限定的な立論ではあるが、本件をも含めて一般的に表現するならば、刑事実体法の分野において無罪としない場合であっても、刑事手続法の分野で同様な効果をもたらしうることを認めるということになるであろう。
- (3) 岡部・前掲判タ二九五号四六頁四段以下、そこでは、「デュー・プロセスの保障」無辜の不処罰主義および裁判所の違憲審査権に基づく憲法の基本的人権条項の解釈的決断「法創造機能の発揮を真正面から肯定する思考があり、これを現実に実践」(四七頁四段)と表現されている。さらに、「実定制度が不備の場合に、直接憲法典に基づく救済を、裁判所に要求しうるという」視座から、本判決をも捉える見解として、遠藤比呂通「憲法的救済法への試み(二)——基本的人権の法的含意——」国家学会雑誌一〇一卷一一・一二号(一九八八年)二〇頁、一〇二巻七・八号(一九八九年)一〇八頁がある、以上の視座を包括した主張として、『資料集』六三三頁下段〜六三三頁中段参照。
- (4) 下村康正「可罰的違法性の理論と起訴無効」警研四八巻八号(一九七七年)三〇頁も、「形式上適式の起訴があった以上、被告人が応訴を強制されつづけるとなると、それは正義・衡平の理念のみならず、デュー・プロセスに反する結果を容認することになる」とされる。さらに、鈴木・前掲書六九頁、後掲注⑧。
- (5) 岡部・前掲法時四九巻一三三二頁四段〜二三三頁一段。
- (6) 田中・前掲裁判をめぐる法と政治三七一〜二頁。
- (7) 岡部・前掲判タ二九五号四八頁、二九九号四三三頁一段、五五頁一段、五六頁一段。もっとも、このような捉え方に対し、「政策論をストレートに出すという考え方」であるとの批判がみられる(鈴木・前掲書研三〇号一五一頁、しかし、一七三頁以下参照)。

- (8) 岡部・前掲金沢一五卷一・二号一四七頁。小田中・前掲法セミ三二三号一五頁三段も、「デュー・プロセスや平等原則に違反するときは「極限的な場合」に該るとすべきことは当然」とするとともに、「訴追に著しい不当さがあるときは公訴無効としうる」のであって、最高裁決定が憲法問題として捉えていないところから、「極限的な場合」なるものが法律上のレベルで考えられていることを示す」とされる（この点、田宮・前掲三訂版一二二頁も参照）。錦織・前掲判タ四二八号二六頁二段も、違憲審査の展開に期待する。初期の論稿として、諫山博「政治的意図にもとづく不当起訴とのたたかい―公訴権の濫用をめぐる―」労旬五五七号（一九六五年）二〇頁上段、二四頁中段も参照。
- (9) 三井誠・前掲ジュリ七三七号四八頁四段は、本決定につき、「判例の積極的機能が確認された」と評される。また、岡部教授は、大森簡判一九六五年四月五日下級裁判所刑事裁判例集七卷四号五九六頁を評釈された松尾教授の論稿（松尾浩也『刑事訴訟の原理』（一九八四年四刷）三二三頁「法解釈の名のもとに一種の非定型的な立法が行われている」）との関連で、同様に、裁判官による法規の解釈については、「法解釈の基本原則を無視しない限度において、裁判官による非定型的な立法を予定している」とする（岡部「刑事手続における検察官の客観義務（三）」金沢一三卷二号（一九六八年）九九頁）。
- (10) 小野・前掲警研六〇巻八号三七頁。なお、最二小判一九八一年六月二六日刑集三五卷四号四二六頁―直接には、警察段階での捜査手続の違法が検察官の公訴提起を無効にするかという問題。否定されたが、「本件公訴提起を含む検察段階の措置には、被告人に対する不当な差別や裁量権の逸脱等はなかったというのであるから……被告人に対する公訴提起の効力が否定されるべきいわれはない」として、本第一小法廷決定を参照した（四三〇頁）。この点については、やはり一般論として、「不当な差別や裁量権の逸脱等が存するならば、公訴の効力が否定されることがありうることを承認したものと解されるのであり」（穴澤・前掲判時一〇五三号二二頁三段）、その後の「判例による法形成」が期待されていたところ、下級審ではあるが、次のような裁判例が出ている。すなわち、「本件取締の昭和六三年一月六日当時は、駐車違反の検挙は現認時間を一〇分間確認し、一〇分に満たない違反者に対しては口頭警告にとどめていたことが認められる。」にもかかわらず、五分くらいの駐車違反を送検・起訴した事例につき、「道路交通法違反事件については、公正な取締をすることはもちろん、画一的な処理がなされているところ、被告人は終始数分間の駐車である旨の抗弁をしているのであり、捜査を充分尽くしていたならば、本件は現場において交通巡視員による口頭警告にとどまり、送致または起訴には至らなかった事案であると認められ」、「杜撰な捜査にもとづき、結局は被告人に不正な処罰を求めているものであり、いわゆる公訴権の濫用の理論にもとづき同法三三八条四号に準じて、本件公訴を棄却する」と判示しているのである（山口簡判一九九

○年一〇月二二日判時一三六六号一六二頁三段、一六一頁四段。本件の場合、被告人の所為は「駐車」（道交法二条一項一八号後段）違反にあたる（同法一一九条の二第一項一号、四五条一項本文前段、四条一項、同法施行令一条の二第一項）とされており（一六二頁一段、一五九頁三段）、従って、実体刑法上有罪となしうるものだったようかかえる。可罰的違法性なしとしないか疑問がないわけではないが、杜撰な捜査が不公正な起訴につながったのではないかが問題とされている点で、特に前掲第二小法廷判決に連なるように思われ、また、微罪処理という点からすれば、前掲注②掲記の「公訴権濫用論」に極めて近い面も看取されよう（一五九頁二段）。もっとも、本件は二審で破棄され、上告中とのことである（鹿児島大学指宿信氏の御教示にかかる）。しかし、最高裁の判断以後もこのような判決が出ていることは、裁判所のこの理論に対する旺盛な意欲を示すもので注目されてよいし、判断内容としても、被疑者の弁明に応じて、行政庁がいれば「調査義務」を十分に尽くしたかを問題にするものといえ、やはり広い意味での「適正さ」「公正さ」の考え方が貫流しているといつてよいであろう。

(11)

岡部・前掲法時四九卷一三号二二頁二段、三一頁二段、三井・前掲ジュリ七三七号三六頁二段、鈴木・前掲昭和五五年重判二二六頁四段、田宮・前掲刑訴法判例百選五版六一頁三段。

(2) 水俣病刑事事件 (最三小決一九八八年二月二九日刑集四二卷二号三一四頁)

(i) 次に、本事件を取り上げる^①。「法形成」という面からは、他にも注目し値する諸点があるが、ここでは、やはり胎児性致死傷の問題に視点があてられなければならない。

- (1) 本事件について、迅速に捜査、訴追がされなかった原因、事情に關し、渡部・前掲曹時三四卷二号二六一頁(注二〇)参照。
- (2) 最高裁が、刑法二五三条一項にいう「犯罪行為」とは、刑法各本条所定の結果をも含む趣旨であるとし、また、一・二審のいわゆる「ひっかかり理論」ないし「時効連鎖論」をしりぞけ、観念的競合關係にある犯罪全体について、一体として公訴時効を捉える「一体説」を採用している点、公訴時効の「期間」について、刑事実体法上の適用刑を基準に時効期間を算定する「適用法定刑説」を採用している点、弁護人の迅速裁判条項違反の主張に対し、一審・二審・最高裁(裁判官伊藤正己の補足意見)の判断にそれぞれ特徴がみられる点、過失の共同正犯が認められている点、など。これらの点をも含めた諸論稿として、さしあたり、「特集熊本水俣病最高裁決定の検討」刑雜二九卷四号(一九八八年)所収、「特集水俣病刑事事件の総合的検討」同三一卷二号(一九九〇年)所収、土本武司「水俣病刑事事件最高裁決定—公訴時効・迅速裁判・胎児性致死—」法学新報九五卷七〇八号(一九八九年)六一頁以下、林幹人・田宮裕「水俣病刑事上告審決定」警研六二卷五号(一九九一)三四頁以下参照。

(ii) 本事件については、すでに周知のところとも思われるが、重ねて事件の概要にふれておくことにする。まず、「公訴事実」は次の通りである^①(一部修正・削除)。

「被告人甲は、本件犯行当時、新日本窒素肥料株式会社(のちにチッソ株式会社に商号変更)の代表取締役社長として同社の業務全般を総理し、同社水俣工場の担当取締役兼同工場長を直接指揮監督し、同工場の操業およびこれに伴う危害発生の防止等の業務に従事していたもの、被告人乙は、前記水俣工場長(のちに工場担当取締役に就任)として同工場の業務全般を処理し、同工場の操業およびこれに伴う危害発生の防止等の業務に従事していたものである。同工場では昭和七年以来アセトアルデヒド

ド製造に伴い重金属である水銀を含有する排水を水俣湾に排出していたところ、同湾で漁獲された魚介類を摂取していた同湾周辺住民の間に原因不明の疾病が多数発生し、昭和三一年五月に至っていわゆる水俣病として問題化し、その後、昭和三四年七月二二日熊本大学水俣病研究班会議において、原因毒物はある種の有機水銀である旨発表されるに至った。しかもこの間にも、同病による死傷者が続出していたのであるから、甲および乙は、同工場の排水が同病の原因毒物を含有していることを当然認識し得たのであり、その被害の甚大なことにかんがみ、遅くとも厚生省通達が発せられた昭和三三年七月以降は同工場排水の排出を停止したうえ、自社工場自ら同排水の分析調査を行うのは勿論、熊本大学等関係研究機関に協力して同調査を行い、その安全が確認されるまでは、同排水を魚介類を汚染するおそれのある海域に排出しない措置を講ずべき業務上の注意義務があるのに、被告人兩名とも、前記昭和三一年以降の経過を熟知しながら、不注意にも的確な根拠もないのに、同排水は同病の原因毒物を含有していないものと軽信して右の注意義務を怠り、なんら適切な措置を講ずることなく、昭和三三年九月初以降昭和三五年八月ごろまでの間連日、同工場のアセトアルデヒド製造工程において副生した塩化メチル水銀を含有する排水を水俣川河口海域に排出させた被告人兩名の過失の競合により、同海域の魚介類を右塩化メチル水銀によって汚染させた。よって、昭和三四年四月六日ごろから昭和三五年八月二八日ごろまでの間、同海域で漁獲された魚介類を摂取したAほか四名をして水俣病に、その母親が妊娠中に同魚介類を摂取したFほか一名をして胎児性水俣病に、それぞれ罹病させて傷害を負わせ、うちAほか五名をして、昭和三四年七月一四日から昭和四八年六月一〇日までの間、同病に基因する嚔下性肺炎等により死亡させたものである。」

(1) 熊本地判一九七九年三月二二日月報一一卷三号二六〇〜一頁による。人名については、代表取締役社長を被告人甲、水俣工場長を同乙、二〇五〜七頁掲記の被害者をそれぞれAないしGとすることとし、従って、焦点の被害者はGということになる。

(2) ここでは、業務上過失致死傷罪で起訴されているが、熊本検察審査会は、一九七七年一〇月一八日、「責任者と目される者全員につき、病弱、高齢等理由のいかんを問わず、その取調べをなし、そのうえで、終局処分としての措置を採るべきであり、「遅くとも昭和三三年七月の厚生省公衆衛生局長の通達を了知した以降は、アセトアルデヒド排水を排出することにより水俣病患者が発生することを十分に認識していたものと認められ、その認識を有しながら敢えてなした排出行為は、故意にもとづく行為と断定すべきものである」と議決している(『資料集』八三五頁中段・下段上告審「別添2熊本検審第二一三三号議決の要旨通知の件」)。なお、審査申立ての経緯につき、江藤・前掲法学と政治学の諸相四二一頁。

(iii) 以上の「公訴事実」は、事実認定自体については、ほぼ全面的に一審によって認められたといつてよい¹⁾。

問題は、「公訴事実」中の「その母親が妊娠中に同魚貝類を摂食したFほか一名をして胎児性水俣病に、それぞれ罹病させて傷害を負わせ、」そのなかの一名を死に至らしめたと主張する点である。ここでは、母親の「胎内」にいたるときに、「傷害」を負ったと主張しているわけであり²⁾、現行刑法上、「胎児」に対する罪は「墮胎罪」しか存在しないからである。しかも、「過失」墮胎罪は不処罰となっており（刑法三八条一項、二二二条以下）、「過失」墮胎「未遂」罪も不処罰と解される（同四四条）。本件事案に則していえば、実質的には、胎児の「（業務上）過失傷害」という「法の欠缺」をいかに解すべきかが、問われているものといえよう³⁾。

まず、「弁護士は、本件被害者Gは、胎児性水俣病患者であり、同人は胎生八か月ごろには、既に水俣病に罹患し発症していたものであって、出生と同時に発病したのではないから、「人」として傷害を受けたことにはならないのであって、同傷害によって死亡したとしても、業務上過失致死罪は成立しないと主張」（一審二二三頁）した⁴⁾。これに対し、一審は、一般論として、次のように判示している（二二三〜五頁）。

「業務上過失致死罪が成立するには、構成要件要素としての客体である「人」の存在が必要であり、通常、これが実行行為の際に存在するのを常態とする。しかしながら、構成要件要素としての客体である「人」の存在が欠如する場合に業務上過失致死罪が成立しないとされるのは、客体である「人」が絶対的に存在しないため、究極において、構成要件の結果である致死の結果が発生する危険性が全くないからである。

ところで、胎児性水俣病は、母体の胎盤から移行したメチル水銀化合物が、形成中の胎児の脳等に蓄積して病変を生じさせ、これによる傷害が出生後にもおよびものであるから、胎児の脳等に病変を生じさせた時点においては、構成要件要素としての客体である「人」は未だ存在していないといわざるを得ないのであるが、元来、胎児には「人」の機能の萌芽があって、それが、出生の際、「人」の完全な機能となるよう順調に発育する能力があり、通常の妊娠期間経過後、「人」としての機能を完全に備え、分娩により母体外に出るものであるから、胎児に対し有害な外部からの侵害行為を加え、「人」の機能の萌芽に傷害を生

じさせた場合には、出生後「人」となってから、これに対して業務上過失致死罪の構成要件的结果である致死の結果を発生させる危険性が十分に存在することになる。」

ここでは、まず、未遂犯における「絶対不能」的な観点に立脚した場合でも、本件の場合、未来の「人」の「萌芽」という客体は存在すると判示しているわけである。

「従って、このように人に対する致死の結果が発生する危険性が存在する場合には、実行行為の際に客体である「人」が現存していなければならぬわけではなく、人に対する致死の結果が発生した時点で客体である「人」が存在するのであるから、これをもって足りると解すべきである。業務上過失致死罪において、その実行行為に際して、客体である「人」が存在しているのが常態ではあるけれども、実行行為の際に客体である「人」が存在することを要件とするものではない。

これを実質的にみても、業務上必要な注意義務を怠って、人に対して致死の結果を発生させた場合に、その原因となる行為が胎児である間に実行されたものであっても、あるいは、人となった後に実行されたものであっても、これを価値的にみて、その間に格別の径庭はないのであり、また、人に対する致死の結果を招来させた原因が胎児のうえに生じたものであっても、あるいは、人に生じたものであっても、それは人に対する致死の結果に至る因果の過程を若干異にするだけであって、その間に刑法上の評価を格別異にしなければならないような本質的な差異はないというべきである。」

ここでは、「原因となる行為」ばかりではなく、「原因」そのものも、いつ実行されまたは生じたか問わないものとしておられるところから、「行為」にとどまらず、「作用」もいつ実行されまたは生じたか問うことなく、「人に対する致死の結果が発生する危険性が存在する場合」であって、現実に「人」の死という「結果」が発生することで十分としているように思われる。従って、次のような「理由づけ命題」が導き出せよう。⁽⁵⁾

「人に対する致死の結果が発生する危険性が存在する場合には、人に対する致死の結果が発生した時点で客体である「人」が存在することをもって足りる」

このような理由づけ命題は「判例理論」⁽⁶⁾になっているといえるであろうか。この点、本件一審の一週間後に下され、かつ同じ判例集に掲載されている秋田地判一九七九年三月二十九日月報一一巻三号二六八〜九頁（確定）によって、「実行行為と客体の同時存在は必要でなく、胎児は将来人になるべくその機能を生成している過程であり、胎児に傷害を与え、その結果が「人」に及んだ場合、「人」に対する傷害罪等として加害者はその責任を負うとの見解」も「現行刑法上否定できないものがあると思われる」と評されている。しかし、秋田地裁は、「本件事案のもとで従来の「人」の概念（いわゆる一部露出説―引用者注）を前記見解にあてはめ業務上過失致死罪の責任を問うのは、その構成要件を不当に拡大解釈するもので、罪刑法定主義の見地からも許されないと考える。」とし、「医学的には生産児の分娩と判定されても……刑法上右分娩児は「人」となったとは言えず、胎児の延長上にあり、胎児又は死産児に準じて評価するのが相当である。」として、「人の死という結果発生について、その証明がなかったことに帰する」と判断しているのである。以上の一般論からうかがえるように、「胎児性致死傷について全面的に人に対する犯罪の成立を否定するものとは必ずしもいえないであろう。」⁽⁷⁾という評価が可能であるように思われる。そして実は、後述のように（v）注⑤本文以下）、第三小法廷自体が実質的にはこのような判断に踏み切っているようにうかがえるのである。しかしながら、ここで、秋田地裁は、具体的適用として逆の結論を導き出しているわけである。すなわち、地裁は、直接には「人」概念（刑法二二一条前段）の不当な拡大解釈であるとしてしているわけであるが、文理解釈そして従来の一部露出説に立脚する限り、形式的な意味で「罪刑法定主義の見地」に反するとは言いきくわけであるから、実質的な視座を背後に有しているものと言わなければならない。この点は、「墮胎罪……との関連、特にこの過失犯が処罰されないことと対比」（二六九頁）しているところから表れているといえるが、前述のように、やはり墮胎罪規定をはじめ、過失犯・未遂犯の処罰といった、諸条文の総合的検討⁽⁸⁾のもとに結論が導き出されているといってよいであろう。従って、実質的な視座は、単に一条文の形式的な解釈にとどまらず、諸条文の総合的検討をすべき場合があり、そのような場合に

そのような検討を怠ったときには、不処罰としうるという点にあるのである。

いずれにせよ、一審の極めて単純明快な理論は、最高裁長島補足意見二の支持者をも含めて、相当数の学者によって支持されているといえよう。⁹⁾

かくして、一審は、次のように具体的適用をした(二二五頁)。

「被告人兩名は昭和三三年九月初旬から昭和三五年六月末ごろまでの間、水俣工場のアセトアルデヒド製造工程において副生した塩化メチル水銀を含有する排水を水俣川河口海域に流出させた過失行為によって、Gの胎生八か月前後ごろに胎児であった同人の「人」の機能の萌芽に傷害を生じさせ、よって同人が本来持ち合わせてしかるべきはずであった健康状態・機能を奪い、胎児性水俣病の疾患を持った先天性の傷害児として出生させ、もって右胎児性水俣病に基因する栄養失調・脱水症により死亡させたのであるから、業務上過失致死罪が成立することになる。」

以上の判示から、次のような「判例(裁判例)」が導き出せるであろう。¹⁰⁾

「工場排水を流出させる過失行為によって、胎生八か月前後ごろの胎児を胎児性水俣病に罹患させ、出生後同病に基因して同「人」を死亡させた場合は、業務上過失致死罪が成立する」

以上の具体的適用及び判例は、確かに「人」を死亡させたとしてはいるが、「胎児」の「障害(傷害)」も有罪行為の一部としているようにとれないこともない。この点、一審は、次のように「付言」してくれてはいる。

「業務上過失致死罪は、人に対する致死の結果が発生して初めてその成立をみるのであるから、胎児性水俣病による業務上過失致死罪においても、胎児に対して障害を生じさせたこと自体をもって、同罪が成立するものでないことは多言を要しないところであり、本件においても、Gが胎生八か月時に受けた障害それ自体に対して、これを業務上過失致死(傷害)罪に問擬しているのではなく、出生により「人」となったGに対する致死の結果について、これを業務上過失致死罪に問擬するものである。」

この判示においても、一審は、意識的に「傷害」と「障害」を使い分けているようにうかがえる。しかし、この障害が、業務上過失致死罪に問擬する因果の過程のなかで、不可欠かつ独自の部分を構成することも、否定しえない。この点、最高裁第三小法廷の近時の決定として、次のようなものがある（最三小決一九九〇年一月二〇日刑集四四卷八号八三八頁）。すなわち、被害者は、直接には、第一暴行による内因性高血圧性橋脳出血により死亡するに至ったのだが、うつ伏せの状態で倒れていた被害者は、その生存中、何者かによって角材でその頭頂部を数回殴打されるという第二暴行を受けていたという事案につき、第三小法廷は、「犯人の（第一―引用者注）暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた（第二―引用者注）暴行によって（既に発生していた内因性高血圧性橋脳出血が拡大し、幾分か―引用者注）死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ」と判示しているのである。この決定から、われわれは、第一暴行が決定的な場合には、たとえ第二暴行によって死期が早められるようなことがあったとしても、第一暴行と死との間の因果関係は否定されないとする趣旨を読み取ることができるであろう。この趣旨を本件にあてはめた場合、胎生八か月の段階で決定的な脳病変を蒙っていたということであれば、やはり「胎児障害（傷害）」は因果過程のなかで無視しえない重要な位置を占めているといえるべきではあるまいか。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

(1) 検察官の「冒頭陳述書」「公訴事実」と一審の判断の比較などにつき、拙稿・前掲刑雑三一巻二号三四―五、四二頁参照。なお、塩化ビニール製造に限っては、一九五九年七月の熊大水俣病研究班会議での発表の頃には、工場の生産物質と生産量、塩化水銀を使用している事実、ネコを使った動物実験、人体解剖の結果などから、工場排水が原因であることが推測されていた（一九七七年一月一二日第一審第四回公判調書二二二ないし二六六問答）。

「公訴事実」と一審の「罪となるべき事実」の相違としては、さらに次の諸点があげられる。「同工場排水の排出を停止したうえ、自社工場自ら同排水の分析調査を行なうのは勿論、熊本大学等関係研究機関に協力して同調査を行ない、その安

全が確認されるまでは」が、簡単に「その安全が確認されるまでは」と短縮されている点、「公訴事実」では「なんら適切な措置を講ずることなく」という文言もみられる点、など。井上元教授は、特に前者の点を捉え、「公訴事実においては……安全確認に中心がある」のに対し、一審の「注意義務の中心は排出しない措置をとること（排出停止、操業中止じたい）におかれ」、二審も一審の上にならぬ、「排出することじたいを結果回避義務違反の事実としてとらえ」ているとし、むしろ公訴事実の理解が妥当であると主張されている（井上・前掲法教二九号一三五頁、甲斐克則「事故型過失と構造型過失」前掲刑雑三一巻二七三頁も、「一連の事件の推移の中で刑法上の犯罪としての死傷結果を予見し回避する義務を具体的に内包するものでなければならぬ」という観点から、井上元教授の「注意義務＝安全確認義務」の捉え方を支持されている）。確かに、公訴事実においては、調査・安全確認義務を具体的に掲げており、安全確認義務が尽くされれば、操業してもかまわないという趣旨を含みうるものであったといえるが、他方、「工場排水の排出を停止したうえ」ともしており、一旦停止したうえで適切な措置を講ずるべきであり、講じえなかった場合には排水を排出すべきではないという趣旨に読める。この点、一審認定によれば、工場内循環方式及びサイクレーターによっても、「プールを経て直接あるいは地下滲透水として瀘出」（二二四頁）するのは阻止しえなかったわけであり（二三二～二三三頁）、結局のところ、（水俣川河口海域以北の）水俣病発生を阻止するには、現実に行なわれたように、少なくとも排水排出を停止しなければならなかったことがうかがえる。しかも、排水排出を停止しただけでは、結果は回避しえなかったものであり、やはりその後現実に行なわれたように、水俣湾を中心とする想定危険海域内での操業等の自粛（その後、湾内の仕切り網を取り払って十六種の汚染魚を除いて漁場を開放したいとする熊本県の対応策に対し、水俣市魚協などの反対決議がなされている（朝日一九九〇年三月二七日朝刊一四版二二面、二八日夕刊三面）ほか、漁獲禁止措置を取るよう国・熊本県に求める行政訴訟が提起されている（二八日夕刊四版一一面）、もっとも、本訴訟は却下され（毎日一九九一年一月二六日夕刊四版九面）、現在控訴中である（毎日一九九二年一月八日朝刊一四版二二面）やヘドロ浚渫工事（もっとも、この工事に対しては、差止仮処分申請が提起されたが却下され（熊本地判一九八〇年四月一六日判時九六五号二八頁―確定）、その後、公害事業終了が宣言されている（朝日一九九〇年三月三一日夕刊四版一五面））などの措置がとられなければならなかったものといえよう。元教授は、安全確認義務を尽くせば、会社技術陣が「有機水銀」を捕捉しえたであろうことを重視しているが、このように明確な原因物質の特定は過度の要求であり、排水と水俣病ないし生命・健康侵害との因果関係が確定できれば十分であるように思われる（松宮孝明『刑事過失論の研究』（一九八九年）二七六～二七七頁、熊本水俣病民事事件「第一次訴訟」一審判決〔判時六九六号一五頁、前掲一（3）注24、注27①〕においても、原告は、「水俣病が工場廃液中のいかなる物質

によりいかなるプロセスをたどって発生するかを、科学的に認識し得たか否かは、科学の問題であって法律ないし裁判の問題ではない。」(三二頁四段)と主張し、裁判所も基本的に認めている(七三頁四段)。なお、沢井裕「汚悪水論」法時臨増四五卷三号(一九七三年)三頁も、「第一次訴訟」の評釈中で、一般的に同様な主張をされている)。もっとも、元教授が、「有機水銀」を捕捉することにより、排水排出停止等の措置につながりえたはずだと考えているとすれば、極端に異なった事柄を主張しているわけではないということになるが、「原因隠ししないし不追及」が問題だったというよりも、やはり排水排出による生命・健康侵害が決定的であったというべきであろう。

- (2) この点については、弁護士も、「昭和五十一年八月二日」付け「釈明要求書」中で、「釈明を求め」ている。すなわち、「起訴状によるとF、G兩名に対する侵害は胎児中に発生したと考えざるを得ないのであるが、何故これを出生時点において初めて傷害を負わしめたと認め得るのか。」と。これに対する検察官の「釈明」については、拙稿・前掲刑雑三一巻二号三二頁参照。さらに、後掲注⁴。

- (3) 藤木英雄「胎児に対する加害行為と傷害の罪」ジュリ六五二号(一九七七年)七三頁一〜二段、斉藤誠二『刑法における生命の保護―脳死・尊厳死・臓器移植・胎児の傷害―』(一九八七年)三六五頁、Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder und Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1 Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte Ein Lehrbuch, 7. Aufl., 1988, S.72-Bem.32.

- (4) 本件被害者Gが、特に胎生八か月ごろ水俣病に罹患し発症したことの根拠としては、胎盤形成前の段階であれば流産や奇型があるのが普通であること(後掲注¹⁹本文も参照)、歯牙の配列不整も胎盤形成前の障害ではないことを示していること、五〜六か月頃あるいは七か月にもみられる脳梁の低形成・発育不全が表われないこと、第一層から第六層まである大脳皮質の神経細胞の層構造中で、五層と六層の神経細胞に配列のアンバランスがあること、普通は髄質の中にはもう神経細胞はなく皮質だけになっているのに対し、被害者の場合髄質にもまだ神経細胞が残っていること、などがあげられている(前掲一審四回公判調書一〇九、二七〇、二七八ないし二八一問答)。さらに重要な胎生八か月以降のメチル水銀の影響については、出生後の小児水俣病の場合、例えば視中枢や聴中枢などに強い病変の場所が指摘できると思われるのに対し、それがうかがえず、脳幹・間脳の障害もほとんど起こっていないこと、水銀の半減期、生体における全体の半減期は七〇日とみられており、水銀が蓄積されると神経細胞が崩壊するが、その原因がなくなればその段階の状態にとどまるところ、被害者の剖検例の水銀値は正常範囲内であったこと(被害者は生後一年五か月で関西某市に転居している〔原田正純『水俣が映す世界』(一九八九年三刷)二九頁以下)、などから、生まれてからの障害の強さは強く出ていない

あるいはほとんど影響していないとみられている前掲一審四回公判調書七三ないし七七問答、一一二ないし一一四問答、一五九ないし一六九問答)。

検察官の「論告」もまた、以上のような医学的知見をほぼ全面的に踏襲して、論を進めているといつてよい(昭和五三年一〇月一二日)付け「論告要旨」第二事実関係二(一)(二)エ病変発生(時期)参照)。その際、「母体を通じて胎児に有害な作用を及ぼし、その結果先天性の心身障害児を出生させるに至る行為に対する刑事責任の問い方について極めて重要な先例であり、かつ、故意又は過失の殺傷罪及び墮胎罪等の構成要件は西ドイツのそれと我が国のそれとが基本的に共通している」ことを理由に、「アーヘン地方裁判所の法律見解」「法解釈」が「我が刑法の解釈上も十分参考とするに足る」という基本的認識に立脚しているのである(三)問題の所在、なお、ドイツ刑法典の墮胎罪規定変遷の概要につき、後掲(v)注(38)参照)。この最終意見の段階で、否定説の反論に逐一的に再反論しながら、肯定説が積極的に展開されていたといえる(四)検討)。そして、「(五)傷害罪成立の時期について」は、傷害をうけた機能がその人にそなわるときではなく、胎児が生まれてきて「人」になったときと解しており、この点も、母体内にある場合は、母体による栄養なので症状はほとんど出てこず、また、自分で活動するわけでもないが、生まれてから、自分が独立した時点で、症状が表われてくると思われるとする医学的見解を基本的に前提にしているようにうかがえる(前掲一審四回公判調書一〇八、二七三ないし二七七問答)もともと、「自分が生きるための機能しなきゃならぬから」(二七七問答)という供述もみられるが、歩行し始めるといった特定の機能の発現ではなく、栄養消化・吸収機能なども含めた幅広い意味で使っているようにうかがえる。しかし、これらの機能も厳密に個々に捉えた場合、両者の違いは極めて相対的なものとなる。例えば、本件被害者も、「生下時から母乳の吸引力微弱で反応がな」かったとされている(原田・前掲書二九頁)。

以上のような審理を経て一審判決に至ったわけであり、後掲(v)注(3)、(v)本文にみられる弁護人の批判は無理からぬ面があるといえよう。

(5) 中野編・前掲書四〇頁。

(6) 中野編・前掲書五、六四頁以下、六九頁以下、特に七一頁。

(7) 松原久利「熊本水俣病事件と胎児性致死傷」前掲刑雑二九卷四号二八頁、及び当該注(6)掲記の文献参照。

(8) 前掲(1)注(10)、(vi)のまとめ、(ix)。

(9) 板倉宏『現代社会と新しい刑法理論』(一九八〇年)二六六、二七四、二九二頁以下、同「水俣病問題化」ジュリ九〇〇号法律事件百選(一九八八年)九九頁中段、土本武司「公訴時効・胎児性致死傷」水俣病事件一審判決をめぐって」

警論三二卷九号(一九七九年)一四〇〜一、一四六頁、船山泰範「公害犯罪と刑事責任」法セミ二九九号(一九八〇年)一七〇頁三段、平良木登規男「胎児性致死について業務上過失致死罪を認めた事例―いわゆる熊本水俣病事件」ジュリ臨増九三五号昭和六三年重要判例解説(一九八九年)一四五頁三〜四段、など。さらに、後掲(v)注①。

なお、これらの見解においては、有機水銀の排出自体が不特定、多数の「人」を傷害し、死に致すのに適していることが強調される場合がある(板倉・前掲書二九五頁など)。この点、オーストリアにおいても、客体がまだ存在していない時点ですでに、生まれる人の危殆化が論じられうることを認める見解が存在するが、出生が目前に迫っていたことが前提とされている(Günther Kunst, Zur Auslegung des Wortes „Mensch“ in §335 StG, ÖJZ 1963, 599 (rechtl-600 link))。危険の概念においては、危険源の作出と客体の勢力範囲への侵害の可能性との間の時間的な間隔がわずかでなければならぬことを理由とするが、このような見地にたつときは、胎生八か月の時点での加害でも間近かとはいえず、次に取り上げる二審の判示にもうかがえないわけではないように、一部露出の直前での加害が決定的でなければならぬということにもなる。クンストの見解は、人に対する加害をできるだけ異論なく認めさせるための一試論といえるであろう。

- (10) 中野編・前掲書三一頁以下。この場合、前述の「理由づけ命題」ないし「判例理論」に従う限り、「胎生八か月前後ごろの」という限定が意味をもつのかは疑わしい。やはり「抽象化」の程度の問題ということにもなるが、「胎児性水俣病患者が出生後その病気の故に死亡した」(村井敏邦「刑法の最新判例を読む」法セミ四二二号(一九八九年)六五頁三段)ことが「重要な事実」(中野編・前掲書四〇頁以下)であり、胎生何か月で決定的な病変を蒙ったかは重要ではないとすれば(同四四頁、後掲(v)注②本文)、省いて考えることも可能であろう。しかし、それにしても、「判例(裁判例)」と「理由づけ命題」ないし「判例理論」の「抽象度」の違いは相当あり、「工場排水」による「胎児性水俣病」が再び起る可能性があるか、または起ってはいけないということを考慮に入れ、さらに一審の一般論が極めて近い形で長島補足意見二に受け継がれているようにうかがえることなどを併せ考えると、このような限定が意味をもつのかは疑わしいといえよう(後掲(v)注⑤本文以下参照)。このようなところにも、「実務的意義における判例」(前掲一(2)注③、特に西原論文)の性格がうかがえるといえるのではあるまいか。

- (11) これに対し、金澤文雄「いわゆる胎児性致死傷について」広島一〇巻四号(一九八七年)三三三頁は、「致死にいたれば中間の結果はすべて因果関係のひとつままと化すると」して、それほど重点を置かれない。

- (12) 一審は、さらに「主観面」に関し、次のように「付言」してくれている(二二五頁、具体的には二三五頁以下)。「当然のことながら、人に対する致死の結果発生の子見が可能でなければならぬのであって、過失によって胎児に障害を生じ

させたりえ、等しく出生後に致死の結果を招来したとしても、致死の結果についての予見が可能でなければ業務上過失致死罪は成立しないということになる。」。

(iv) この胎児性致死傷の問題につき、弁護人は、控訴趣意中では取り上げておらず、控訴審弁論に際し、原判決の判断・認定を非難しているようである。⁽¹⁾ 二審（福岡高判一九八二年九月六日高刑集三五卷二号八五頁）は、次のように判示している。

「なお、Gが人として傷害を受けて死亡するに至ったものと認めることの可否につき、原説示のほか一言付加するに、被告人らの本件業務上過失排水行為はGが胎生八か月となるまでに終わったものではなく、⁽²⁾ とくに、その侵害は発病可能な右時点を過ぎ、いわゆる一部露出の時点まで、継続的に母体を介して及んでいたものと認められる。⁽³⁾ そうすると、一部露出の時点まで包括的に加害が認められる限り、もはや人に対する過失傷害として欠くところがないので、⁽⁴⁾ 右傷害に基づき死亡した同人に対する業務上過失致死罪を是認することも可能である。」

以上の判示は、「判例理論」として通用している、いわゆる一部露出説の確認にすぎないともみうるが、後述のような理解にたつ限り、単なる確認以上の意味をもちうるであろう。すなわち、次のような「判例（裁判例）」が導き出せよう。⁽⁵⁾

「業務上過失排水行為による侵害（加害）が胎児の一部露出の時点まで継続的・包括的に認められる場合、そのような事情をも考慮に入れて人に対する業務上過失傷害・致死が是認できる」

ここで、「そのような事情をも考慮に入れて」と付加したのは、継続的・包括的な侵害（加害）を端的に「人」傷害として評価するとすれば、それは「胎児」と「人」を同一視するもので、明らかに罪刑法定主義違反となりうるだろう。

うからである。⁽⁶⁾

いずれにせよ、一審は、およそ「致死」の時点で「人」でありさえすればよいと考えていたのに対し、二審は、「一部露出の時点」でまずは「人」の「傷害」が認められると考えたわけである。

(1) 刑集四二巻二号三四一〜二頁。さらに、「昭和五七年二月一六日」付けの「控訴審弁論要旨」（最終弁論）は「序論」「本論」「付論」という構成になっているが、その本論「四、胎児の傷害」中において、「控訴趣意書」で胎児性水俣病に関する主張しなかった理由として、二点あげられている。まず、「本件は公訴時効の点で解決され、ことさらに胎児を問題にする必要はないと考えたこと」（この点については、拙稿・前掲刑雑三一巻二号三二、三三頁以下、三九頁以下）、次に、「原判決が胎児を人と同価値とみる…刑法理論…に反対することは、チツソ側が胎児の生命を軽視するように俗耳に入り易いことを恐れた」ことである。この問題に関する検察官二審「弁論要旨」についても、拙稿・同三六頁参照。

(2) これに対し、はじめの時点としては、メチル水銀の胎児に対する影響は、胎盤血行の始まる前の絨毛膜血行、更にその前の卵黄血行の段階においてすでに、及んでいるだろうという指摘がみられる（前掲一審四回公判調書二八五ないし二八六問答）。

(3) 周知のように、このような認定は、「胎生八か月」は発病「可能な」時点ではなく「決定的脳病変」の時点ではないか、「他の成人水俣病患者の場合と同様に容易に過失傷害罪又は過失致死罪を認定し処断できた」のではないか、という弁護人の上告趣意中での批判を受けることになった（刑集四二巻二号三四二〜三頁、前掲(注)④も参照）。同旨、金澤・前掲論文二九頁、さらに、立石二六「胎児性過失致死傷」前掲刑雑三一巻二号五二〜三頁参照。

(4) 町野教授は、この判示を「人となつてから傷害結果が生じたときはもちろん、胎児の段階で生じた傷害結果が人となつた後にさらに重くなったときも、構成要件該当性は否定できない」という観点からのものと理解される（町野朔「ワークショップ刑法における生命」判タ六一二号（一九八六年）一四頁二〜三段）。後掲(v)長島補足意見「なお書き部分」との対比で、示唆的な発言である。

(5) 中野編・前掲書三一頁以下。

(6) この点、ドイツにおける議論が参考になる。すなわち、ドイツの民事判決のなかで、BGHZ 8, 248f. [Urt. v.20.12.1952] は、胎児またはまだ受精されていない人の損害を直接問題とするのではなく、「病気の・梅毒に罹患した人間とし

て生まれたことによって、「原告が蒙った損害」を問題としているのである（なお、齊藤・前掲書三六三頁）。この判決に対し、出生の完了をもってはじめて損害賠償請求権が得られるのは勿論であるが、刑法とは異なり民法の場合、主張の根拠づけ（Begründung）のためには生命的財（Lebensgut）の出生前の侵害も考慮に入れられうる（但し、賠償は生涯後生じた損害に限られる）。権利能力及び侵害可能性の時点における自然的な侵害の継続作用は必然的に法的な侵害とみなされなければならない。従って、判決の構成は余計であり、「侵害（Verletzung）」概念をもって不利益な結果の露頭（Zutage treten）ではなく、その惹起（Herbeiführung）を画さうとした民法典八二三条一項（不法行為責任の規定—訳者注）の語義に適合しないという批判がみられる（Andreas Heldrich, Der Deliktsschutz des Ungeborenen, JZ 1965, 597 (recht), Anm. 42; Walter Selb, Schädigung des Menschen vor Geburt—ein Problem der Rechtsfähigkeit?, Archiv für die civilistische Praxis 166 (1966) 93, 107; noch, Hans Lüttger, Der Beginn der Geburt und das Strafrecht-Probleme an der Grenze zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschenqualität, Juristische Rundschau 1971, 137 (recht)「傍点記者」）。これらの批判は、いわゆるサリドマイドの「事件」は発生していたが、まだ「決定」はだされていない時点のものである。刑法との違いが自覚されていることがわかるが、因果的な連続と時間的な断絶のいずれを重視するかのもみうる（Adolf Laufs, Haftung für Nachkommenschadtschäden nach § 23 BGB, NJW 1965, 1057 (recht)）。また、胎児を端的に民法典八二三条一項の「他人」（anderen）と捉える一連の見解がある（Heldrich, a.a.O.S. 597 (recht); Laufs, a.a.O.S. 1055 (recht); Hans Stoll, Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschäden, herausg.v. Rolf Dietz und Heinz Hübner, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965, Band 1, 1965, S. 755; Franz-Jürgen Sacker (Wolfgang Gitter), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, § 1 Rdnr. 36; Maximilian Fuchs, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes aus der Aufklärung über Genschäden, NJW 1981, S. 612 (link)）。これに対し、刑法の学説上、アルント＝ヴェーバーが次のような見解を述べている（Gunther Arzt und Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil LH 1, 3. Aufl., 1988, Rdn. 361, 409, 411）。すなわち、過失の胎児致死は可罰的ではなく、その身体傷害も二一八条（墮胎罪—訳者注）の意味においても二二三条以下（傷害罪の各種規定—訳者注）の意味においても構成要件に該当しないが、人に作用することになる・胎児の重大な（schwere）産前の加害は、胎児の殺害と同様に重しとしうるとし、さらに、二一八条を故意に限定していることも、過失の墮胎の構成要件における婦女の内密領域に対する侵害の脅威をもって同視しうるし、加害された子供の出生後二二三条以下に産前の加害を包摂すること（Eine Subsumtion pränataler Schädigungen unter §§ 223 ff.）は、過失墮胎という（仮定の）構成要件に比しうるいかなる証明

問題もたらさないと。ここには、実質的な観点から、現行刑法上可罰的な墮胎罪との対比、及び「人」傷害への包摂を試みようとする姿勢がうかがえ、本件「水俣病刑事事件」に照し合わせてみても興味深い指摘をしているといえるが、端的な包摂はまさしく「胎児」傷害を「人」傷害とみることになりはしないであろうか。

(v) 二審の判断が出生前の「胎児」加害行為を不問に付する趣旨ならば、「とくに胎児性水俣病について論じるまでもな」い（最高裁三四三頁）との弁護人の上告趣意が説得力をもってくるであろう。しかし、検察官の「公訴事実」からはじまって、第三小法廷の判示にいたるまで、「胎児性水俣病」をいづれも念頭に置いているのである。弁護人の上告趣意はまた、「胎生八か月頃に決定的な脳病変」を蒙った旨を強調していたのである（三四二頁以下、特に三四五頁）が、「法廷意見」は、弁護人の所論を「病変の発生した時期が出生前の胎児段階であった点をとらえ……業務上過失致死傷罪は成立しない旨主張する」（三一八頁）見解として抽象化して把握し、それに答えるという形をとっている。従って、弁護人の主張に直接厳密に答えていないということにもなるが、第三小法廷自体が弁護人の主張をこの程度抽象化して把握することが可能と考え、⁽²⁾判断を下したものと思われ、これに対応して「判例」としてもこの程度の抽象化が容認されていることになろう。⁽³⁾第三小法廷の法廷意見は次のように判示する（三一八〜九頁）。

「現行刑法上、胎児は、墮胎の罪において独立の行為客体として特別に規定されている場合を除き、母体の一部を構成するものと取り扱われていると解されるから、業務上過失致死罪の成否を論ずるに当たっては、胎児に病変を発生させることは、人である母体の一部に対するものとして、人に病変を発生させることにはかならない。そして、胎児が出生し人となった後、右病変に起因して死亡するに至った場合は、結局、人に病変を発生させて人に死の結果をもたらしたことに帰するから、病変の発生時に おいて客体が人であることを要するとの立場を採ると否とにかかわらず、同罪が成立するものと解するのが相当である。したがって、本件においても、前記（被告人らの業務上の過失による工場廃水排出によって、胎児性水俣病に罹患した被害者Gが、

出生後同病に起因する栄養失調・脱水症により死亡したという（引用者注）事実関係のもとでは、Gを被害者とする業務上過失致死罪が成立するというべきであるから、これを肯定した原判断は、その結論において正当である。」

以上の判示から、次のような「判例」が導き出せよう。⁴⁾

「業務上過失工場廃水排出により、胎児性水俣病に罹患した被害者が、出生後同病に起因して死亡した場合には、業務上過失致死罪が成立する」

具体的事実⁵⁾に則した「判例」としては、工場排水による場合であること、出生後死という結果が発生した場合であること、といった限定要素があると思われるが、「もっと抽象化して、病気を一般化すると、「胎児に病変を生じさせて、出生後その病変によってその者が死亡した場合には、業務上過失致死罪が成立する」ということにな⁶⁾りうるであろう。さらに、「判例理論⁷⁾」となりそのような部分としては、「現行刑法上、胎児は、墮胎の罪において独立の行為客体として特別に規定されている場合を除き、母体の一部を構成するものと取り扱われている」とする「理論」、「法廷意見」においては明示的に用語として使用されていないが、母体の一部としての胎児が受傷し、出生した子供にも死（傷）の結果が及んだ場合には、「法定的符合説」的な考え方が適用しうるという「理論」があげられよう。⁸⁾より一層理論的に突き詰めると、「胎児の傷害はすなわち母体の傷害だというならば、胎児に損傷が発生した段階で、すでに業務上過失傷害の成立が認められることにな⁹⁾りそうでもある。村井教授は、「当為」としての「判例」を限定的に捉えるべきゆえんを「処罰拡大の方向での抽象化は極力避けるべきであるとの罪刑法定主義の精神に¹⁰⁾」みようとされている。その意図するところは、判例の遡及適用の禁止¹¹⁾と同様な発想に基くものといえよう。すなわち、被告人側が「判例」を具体的事実⁵⁾に則して限定的に捉えている場合、裁判所が「判例理論」を「判例」とする判断を下すことにより、法的安定性・予測可能性が害される形で処罰につながるのではないかとするのである。確かに、このような場合も

判例の遡及適用に似た問題性が看取されるが、全く新たな判断が下された場合とはやはりその問題性の程度を異にするといえるのではあるまいか。抽象的な判断であるにせよ、一旦判断がなされている場合には、「判例」としてではなくとも、「判例の趣旨に徴し明らか」等の形で「判例による法形成」がなされているのが実務の現実といえるのではあるまいか。この点、教授も、「事実の世界においては…一般的命題も判例として扱われている。」⁽¹²⁾ことを認めている。しかし、だからこそ、第三小法廷決定は「あまりにも当罰性を追求した判断であり、その一般化・抽象化傾向の影響を及ぼす範囲が広すぎて、到底賛同できない。」⁽¹³⁾との批判にもつながるわけである。このように、全く新たな判断を下す場合と同じに考えることはできず、しかも現実に全く同一のケースはありえないといってよいから、ある程度の抽象化を加えて「判例による法形成」を行っていかなければならないのが裁判所（裁判官）の任務でもあるわけであるが、小法廷とはいえこと「最高裁」の判断であるだけに、その射程は未恐ろしいものがあるといっても過言ではないであろう。⁽¹⁴⁾ それでは、われわれは、本件の本来の射程をいかに考えるべきであろうか。裁判、なかんずく刑事裁判は（広義の）法律の解釈・適用を行うものであるから、「業務上過失致死罪」（刑法二二一条前段）にあたるか否かが問われていることになる。本件では肯定されたわけであり、本件に則した「判例」は前述のようになることは否定しえない。しかし、この「判例」に至るための二つの「理論」（判例理論）はいかにも技工的で法解釈上のテクニクにすぎないように思われる。「結論」に至るためであれば他の「理論」を用いてもかまわないことが明らかといえる。この意味で、前述の中野説（一）（二）は妥当性をもつといえよう。このような解釈上のテクニクは「判例」とはいえず、従って、今後裁判官はこの「理論」に「法的に拘束」されるわけではない。ましてや、より一層理論的に突き詰めた場合の理論的帰結は全く今後の裁判官を「法的に拘束」することはありえない。そもそも問題となっているのは「G」の「致死」であって、「母体」の「傷害」ではないからである。⁽¹⁵⁾ これに対し、本件で問題となっている事柄を一層突き詰めて考えた場合、結局のところ、「胎児を加害して、その結果が人にまで及んだ場合、刑法上いかなる評価が与えられる

べきか」という命題が問題となっていたものといえよう。この点で、前述の秋田地裁が提示した命題(Ⅲ)と同じことが問われていたものといえるのである。裁判所は、一審から最高裁まで、結論的に「業務上過失致死罪」が成立すると判断したわけである。このような帰結の射程は、好むと好まざるとにかかわらず、いかなる「業務」「方法・手段」によって行われたか、「傷」にとどまったか「死」に至ったか、といった一極論すると枝葉末節を越えて、他の事件に及びうるといえるのである(さらに、前掲(Ⅲ)注⑩)。それだけに、第三小法廷の判断は疑問視されることにもなる。

いずれにせよ、胎児は母体の一部を構成するという大前提に賛成する見解もみられるが、このような見解に対しては、周知のように、特に医学的・生物学的には、母体と胎児はそれぞれ独立した主体として扱われているという批判がある。⁽¹⁷⁾ 法廷意見は、このような見地ではなく、「刑法上」の見地から、⁽¹⁸⁾ あるいはまた、胎児は母体と結合し、母体に依存して発育するという、ある意味では常識的な見地から、捉えたものであろう。この捉え方によって、「病変の発生時において客体が人であることを要するとの立場を採る」見解からの批判に答えることができ、「妊婦が不注意で階段から落ちて強く腹部を打ち、そのため胎児に何らかの障害を与えた結果、傷ついたり子供が生まれたような場合にもその母親は過失傷害罪に問われることになる」(三四六頁)との弁護士上告趣意中での批判も、「過失自傷」であるとして、しりぞけることができるわけである。さらに、やはりすでに指摘されているように、⁽¹⁹⁾ 病変の発生した「人」とは「母体」をさすのに対し、死亡した「人」とは胎児が出生した「人」をさすわけであり、同じく「人」という用語を使っているも、前後同一の客体を意味していないということである。しかし、「母体」傷害とはいっても、「実質的には」一貫して「胎児」及び出生した「人」傷害を考慮しており、従って、「母体」自体の傷害は「架空の」それではなにか疑われる面があり、⁽²⁰⁾ いずれかというところ、やはり「病変の発生時において客体が人であることを要するとの立場を採る」見解に対する配慮のあらわれにほかならないであろう。⁽²¹⁾

このような法廷意見を、裁判官長島敦の補足意見一が、敷衍してくれている(三三三〜三五頁)。

「胎児は、人としての出生に向けて成育を続けるという点で、それ自体としての生命を持っているが、他面、胎内にある限り母体の一部を構成していることも、否定することはできない。したがって、過失により侵害が加えられた場合において、母体の他の部分にはなんらの結果も発生せず、胎児だけに死傷の結果を生じたようなときであっても、母体に対する過失傷害罪は、その成立を肯定することができるものといふべきである（もとより、侵害の主体が母親自身であるときは、過失による自傷行為として不可罰ということになる⁽²²⁾）。確かに、現行刑法は、胎児の生命を断ち又はその生命を危殆にさらす故意による墮胎行為を処罰する規定を設けているが、右は、成育しつつある胎児をそれ自体として保護するために設けられた特別の規定であって、これに該当しない胎児に対する侵害行為をすべて不可罰とする趣旨までも含むものとは到底解することができない。けだし、母体の他の部分に対する不法な侵害は、人に対する侵害として刑法の対象となりうるのに、同じく母体の一部たる胎児に対する侵害は、墮胎罪に当たらない限り、およそ母体に対する侵害としては罰しえないと解するのは、著しく均衡を失するものといわざるをえないのである。」

ここで、補足意見は、「胎児をそれ自体として保護するために設けられた特別の規定」たる「墮胎罪」が適用される場合以外は、「母体の一部たる胎児に対する侵害」、すなわち、「母体に対する過失傷害罪」として処罰しうることを前提としているものといえよう。しかし、この両者を截然と区別しうるか疑問がある⁽²³⁾ほか、区別しうる⁽²⁴⁾としても、胎児の死傷という同様な現象を捉えて、明示的な「過失墮胎罪」（＝胎児致死罪）の処罰規定がないことを理由に、「母体」過失傷害として処罰しうる⁽²⁵⁾ことは、本来不処罰の事態を無理に欠缺補充するものではあるまいか⁽²⁶⁾。胎児の過失の傷害の場合は、一層強くこのような考慮が働くであろう。胎児の段階に限定して考察した場合、その「死」の方が「傷」よりも重いことは一般に認められているところと思われるからである（後掲(v)注⑧本文）が、本件の場合、重傷ではあるが生きて生まれ、しかも長年月生存した事例が問題となっている。この点につき、補足意見は続けて次のように述べる。

「次に、過失行為によって傷害された胎児が出生して人となった後に、その傷害に起因して死亡した場合には、どのように考え

るべきであろうか。この場合、形式的にいえば、胎児として受けた傷害の被害者は、前記のとおり、胎児を含む母体であると解されるのに反し、死亡した被害者は、母体ではなくて出生したその人であると解されるから、侵害の及んだ客体と結果の生じた客体とが、別個の人になっているわけである。しかし、被害者の実体を虚心に見ると、それは、人の萌芽である胎児としての生命体が成育して、母体から独立した人としての生命体になったものであって、侵害の及んだ客体と結果の生じた客体は、成育段階を異にする同一の生命体ということが出来る。そして、刑法的・構成要件の評価においても、侵害の及んだ客体である母体と結果の生じた客体である子は、いずれも人であることに変わりはなく、いわば法定的に符合しているのである。したがって、このような場合には、当該過失行為と死亡の結果との間に刑法上の因果関係が認められる限り、刑法の解釈として、死亡した人に対する過失致死罪の成立を肯認することにならぬ妨げがないものといふべきである。

私は、以上の理由により、Gに対する業務上過失致死罪の成立を肯認する法廷意見に全面的に同調する。

なお、過失行為によって傷害を受けた胎児がその後遺症としての障害を負って出生した場合において、出生した人に対する過失傷害罪が成立するか否かに関しては、果たして人に傷害という結果が発生したといえるか否かという困難な問題が存在する。今この問題の解決はひとまずおくとしても、仮に、胎児のときに受けた傷害に起因して、出生後において死に至らないまでも傷害の程度が悪化したような場合には、その悪化した傷害の結果につき、出生した人に対する過失傷害罪の成立を肯認する余地があると思われる。

ここでは、まず、「形式的」な観点と「実体（実質）」的なそれとの対比がみられる。後者は、前刑法的な観点から、「生命体」としての「同一」性を強調したものであろう。「そして、刑法的・構成要件的评价」からしても、「人であることに変わりはない」として、「法定的」「符合」説的な観点から理論づけていることになろう。

巧みな理論構成といえるが、問題がないわけではない。胎児↓子供という視点と、胎児を含む母体↓子供という視点とが、便宜的・技巧的に使い分けられていることである。²⁷このような批判に対し、「胎児という存在そのものに内在する両面性」をわかりやすく解説してくれている反論も存在し、²⁸この解説自体異論はないが、補足意見がこのような印象を与えることは否めない。現実には母体も傷害される形での墮胎は墮胎罪で処理し、現実には（少なくとも目に

見える形では）母体が傷害されていない場合を、胎児傷害・致死を理由として母体傷害を擬制するところに、便宜性・技巧性が看取されるのであろう。従って、現行刑法上、不自然さを避けるためには、つねに母体傷害をも認める方向に向かわざるをえないことにもなるのではあるまいか。「過失」の墮胎・胎児傷害と母体傷害の関係については、近時、過失墮胎は不処罰であるから、過失胎児傷害、及び墮胎に通常伴う程度の過失母体傷害も成立しないと考えられているといつてよいであろう³⁰。これに対し、優生保護法の運用上の擬律からみて、母体外で生存可能な程度に成熟した胎児は人としての保護に値し得るといふ見地から、一定期間以降の胎児傷害・致死を端的に「人」傷害・致死とみる見解がある（独立生存可能性説³¹）。この見解は、自説に対する批判に正当に答えているように思われ、問題はむしろ日常的語意の範囲内においてこのような解釈が許されるかという罪法定主義との牴触にあることを自覚的に展開しつつ、社会情況認識・感覚からして肯定され得るものとへ感じている」と述べている。しかし、結論が端的すぎるだけに、解釈を行っているというよりも、やはり立法の領域に属すべき事柄を主張しているといわざるをえないのではあるまいか。さらに、「故意に」「胎児に相当の傷害を与え障害児として出生させる場合」を「墮胎罪」、「過失で胎児に相当の傷害を与え母親に障害児を出産させたという場合を含め、第三者が過失により墮胎を惹起したという場合」を母親に対する「過失傷害罪」と解する見解がある³²。この見解は、墮胎罪が「故意」犯であることに対応して、胎児「傷害」にまで本罪の適用範囲を広げるとともに、「過失」については、法の欠缺を母体傷害をもって補充しようとするものである。前者の点に関する妥当性についてはひとまずおき³³、後者の点に関し、論者も、「胎児の安全を守りつつ、それを健やかに発育させ、最後には、それを健康な子供として娩出すべき役割と機能」阻害という観点から母体傷害を捉えているのである³²。過失による墮胎は母体傷害たりうるというこのような見解は、かつてむしろ通説的なそれだったようにも思われ³⁴、これらの見解は墮胎において母体の傷害は潜在化していると考えていたようにうかがえる。確かに、「薬物」などにより、墮胎既遂または未遂になるとともに、墮胎に通常伴う程度を越えて母親の体調が悪

化したような場合、母体傷害をも認めることは可能であろう。しかし、このような場合も、未必的にもせよ母体傷害の故意があり、かつその「身体の安全性・生理的機能」が害されたからこそ、認められるのである。⁽³⁵⁾ 母体になんら傷害がみられなかった場合、たとえ健康な子供を生むという母親の生理的機能を害したと構成したとしても、⁽³⁶⁾ このような構成自体「傷害」概念のかなりの拡大・規範化といえ、積極説からも批判を受けているところであり、⁽³⁷⁾ 胎児侵害というひとつの所為についての二重評価という批判は免れないであろう。このように、母体自体の傷害を認めることに伴う難点がありはするものの、⁽³⁸⁾ 法廷意見、及びそれを敷衍した補足意見の判断は、墮胎罪として規定されている場合以外につき（後掲注⁽²⁴⁾）、母体の傷害という潜在した理論を顕在化させたにすぎないとすれば、誤っているとはいえず、⁽³⁹⁾ また、水俣病による胎児傷害・人の死という具体的事案の解決に限っていえば、妥当性をもつようにみえる。しかし、水俣病全体からみた場合疑問の余地のある判断なのであり、また、やはり諸条文の総合的検討のもとに考察した場合、疑問視されなければならないのである（後掲^(vi)、^(vii)）。

以上のような便宜性・技巧性という問題は、法定的符合説的な観点からする理論づけの問題性に連なるものといえよう。この点については、「故意論」で展開された「法定的符合説」が「過失」についてもあてはまるのか、「傷」と「死」という「符合」はありうるのか、という周知の批判があるほか、⁽⁴⁰⁾ この考え方を貫くならば、何も「傷害の程度が悪化」する必要はなく、まさしく「人」に傷害行為を行って「人」に傷害結果が発生したとして、傷害を受けた胎児がうまれた時点で、端的に「人」の傷害罪を認めることで問題は解決することになりはしないであろうか。そこまで徹底していないのは、本件事案が人の「死」に対する評価という点にあったこともあろうが、やはり刑法上の欠缺である胎児「傷害」罪を実質的に認めることの「ためらい」があらわれているものといえようか。ともあれ、このような徹底した見解は、結論的に、特に二審の判断、そして一審及びそれと同旨の長島補足意見二に連なるものといえよう。

- (1) 当該頁掲記の公判調書及び検察官「論告要旨」については、前掲(iii)注④参照。
- (2) 水俣病一般についていえば、理論的にはこのような捉え方が可能であるが、現実的には、胎盤形成後に限られている点につき、後掲(v)注⑬本文。なお、前注、及び前掲(v)注②。
- (3) これに対し、林幹人『刑法の現代的課題』(一九九一年)一五二頁は、「少なくとも受精・着床・胎芽……の段階での病変では足り」ないとし、「妊娠後期」という程度にしか抽象化の余地を認められない。さらに、林・田宮・前掲警研六二巻五号三三頁も参照。
- (4) 中野編・前掲書三一頁以下。
- (5) 村井・前掲論文六五頁二段、江藤・前掲法学と政治学の諸相四四一〜二頁も参照。
- (6) 村井・前掲論文六五頁三段。
- (7) 中野編・前掲書五、六四頁以下、六九頁以下、特に七一頁。
- (8) 村井・前掲論文六六頁一〜二段。
- (9) 村井・前掲論文六六頁三〜四段。
- (10) 村井・前掲論文六五頁二段。
- (11) 前掲一(3)注①。
- (12) 村井・前掲論文六五頁四段。
- (13) 村井・前掲論文六六頁四段。
- (14) その後、違う小法廷での判断ではあるが、やはり「人」概念を抽象的に捉え、「被告人が自車の後部荷台に(同乗して)て交通事故死した―引用者注) 右兩名が乗車している事実を認識していたとは認定できない」としても、「被告人において、右のような(最高速度が時速三〇キロメートルに指定されている道路を時速約六五キロメートルの高速で進行し、対向してきた車両を認めて狼狽し、ハンドルを左に急転把した過失により、道路左側のガードレールに衝突しそうになり、あわてて右に急転把し、自車の走行の自由を失わせて暴走させ、道路左側に設置してある信号柱に自車左側後部荷台を激突させ、その衝撃により、右兩名を死亡するに至らせたという―引用者注) 無謀ともいべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないことは、当然認識しえたものといべきである」ことを理由に、「右兩名に關する業務上過失致死罪の成立を妨げないと解すべきであり、これと同旨の原判断は正当である。」と判示した決定がある(最二小決一九八九年三月一四日刑集四三巻三三二六三〜四頁)。二審は、「被告人には右兩名が後部荷台に乗車してい

ることの認識可能性があったと認」定しており（東京高判一九八五年一月七日同二八二頁、傍点引用者）、この事実認定を前提とする限り、不当な点はないともいえようが、第二小法廷は、「乗車している事実」の「認識」可能性は問題とすることなく、前述のように、極めて一般的な形で、「無謀ともいえるべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないこと」の「認識」可能性を肯定しているのである。これでは、弁護人が上告趣意中で批判しているように、「自動車の暴走というものに一般的に伴う漠然とした危険の認識で足りるとしたもの」（二六五頁）との評価がなくてはまることにもなる（このような評価をも含めて、本決定の三つの理論的な理解につき、松宮孝明「過失犯における「予見の対象」」判タ七二四号（一九九〇年）七七頁二段以下、曾根威彦「過失犯における予見可能性の対象」判例評論三七三三号（同年）六九頁以下）。確かに、車両の運転者たる者、「自車の同乗者更には歩行者、他の車両の運転者及びその同乗者等に対する死傷の結果を惹起せしめる危険のあることは…当然認識しうべ」き立場にあるといえよう（二審二八一頁、東京地判一九八五年一月二二日同二七六頁）。しかし、本件のような事案の場合、乗車している事実を現実認識しえたか否かを認定することなく、前述のような判断をすることは、いささか緻密さに欠ける議論といわざるをえないのではあるまいか（松宮・前掲論文八一頁四段、曾根・前掲論文七〇頁中段、内田文昭「過失犯における結果の予見可能性——同乗者の存在に気付かなかった場合の衝突事故と予見可能性——」判タ六一六号（一九八六年）二二頁二段、佐伯仁志「過失犯の予見可能性の対象」法教一一三三号別冊判例セレクト⁸⁹（一九九〇年）三二頁二〜三段、前田雅英「法定的符合説と過失の予見可能性」法セミ四二二号（一九九〇年）六〇頁四段—六一頁一段、内藤謙『刑法講義総論（下）』（一九九一年）一一二〇頁）。このような議論の根底に「人」概念の「抽象化」があるように思われるのである（大塚裕史「監督過失における予見可能性論」⁽³⁾ 早稲田大学大学院法研論集五二号（一九九〇年）三九頁、なお、山口厚「過失における予見の対象」法教一〇七号（一九八九年）九三頁三段も参照）。

(15) 前掲一(2)注29の例参照。

(16) 団藤重光『刑法綱要各論第三版』（一九九〇年）三七二〜四頁注(三)、金澤文雄「胎児に病変を発生させ出生後死亡させた場合における業務上過失致死罪の成立、ほか」判タ六八二号（一九八九年）七七頁四段以下、Gunther Arzt, Anmerkung zum Urteil v.22.4. 1983, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1983, 1020 (link) 「通常は妊婦の身体の完全性の保護と胎児のそれとのいかなる分離もありえなう」RGSt 41, 330 [Urt v. 22.5. 1908] 「母体の一部としてのみ斟酌される胎児は、妊婦とともに刑法典二二一条及び二二二条（謀殺及び故殺の規定—訳者注）によって全く十分に保護されている」、Dietrich v. Northampton, 138 Mass.14=52 The American Reports [Supreme Judicial Court of Massachusetts 1884]

「出生前の子供は加害の時点において母親の一部だったのであり、それに対するいかなる損害も…彼女によって賠償請求することが可能だったので、われわれは、提起された制定法（流産を招来せんとする不法な試み、それら試みの直接の客體たる子供の死をもたらす行為を処罰し、その結果母親が死んだときは特に重刑に処するもの、子供が母胎内外で死亡したか否かに応じた区別はしていない―訳者注）の語意内に原告の無遺言死亡者（胎児―訳者注）を含んでいないことは明らかであると考ええる。」本件では、原告がマサチューセッツ州でも通用する法として英国法たるコーク卿の所説を引き合いに出した。これに対し、被告は、生きて生まれた赤子が母胎内にいる間に受けた加害に対してする訴訟については（本件の場合、妊婦は妊娠四・五か月の間で、被告町の公道上の穴ぼこにつまずいてころび、出産したものの、その赤子は一〇ないし一五分で死亡したと認定されている）、新たに検討されるべきケースといえるのであり、たとえコーク卿の所説が適用されるとしても、それは母親が胎動を感じている場合に限定されているから、本件に適用することはできない、たとえ適用可能だとしても、母体から独立して生存可能となる前に死なんとする赤子が人になったといえるか、法廷における訴訟上の地位（*locus standi*）をもちうるものとしてまたは遺産管理人（*administrator*）によって法廷で代理されるものとして法によって認められうるか、といった問題を提起し、裁判所は消極的に解したのであった（なお、コーク卿以降のイギリスの学説については、後掲注39参照）。以上、特に後二者の判例において、胎児は母体の一部とされることにより、必ずしもつねに厚く保護されるわけではないことが示されているといえるであろう。さらに、齊藤・前掲ひろば四一巻六号二八頁下段掲記の文献も参照。

- (17) 理由づけとしては、いわゆる「アーレン・ラント裁判所決定」(LG Aachen, JZ 1971, 507 (recht) f.; Schönke-Schröder (Eser), Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Aufl., 1988, §223 RN1a) を支持しつつ、論を進める見解（齊藤・前掲書三八五頁、土本武司「刑法における生命―胎児傷害」前掲判タ六一二号一三頁、西村秀二「胎児性致死傷」警研五八巻六号（一九八七年）七三頁下段以下、Lütiger, a.a.O.S. 141. なお、ドイツにおいては、このような捉え方が一九五〇年代にすでに有力に唱えられていたことがうかがえる [Herbert Hofmann, Zur Frage, ob und inwieweit die Leibesfrucht durch die Bestimmung des §335 StG. geschützt wird, OJZ 1963, 285 Anm.1]) が散見されるほか、結論的には胎児性致死傷を人侵害とみることに積極的な板倉教授が、「胎児は人である母体の一部であるとするのは、まさに、胎児を「人」に含めることになってしまふのではなからうか。」（板倉宏『現代型犯罪と刑法の論点』（一九九〇年）一五二頁）という批判を加えられている点が、注目に値する。この点、中谷瑾子「胎児に対する加害と過失致死傷罪の成否―肯定説といわゆる罪刑法定主義の感覚―」法学研究五三巻一二号（一九八〇年）九八頁も参照。

- (18) 江藤・前掲書四四一頁。母体自体の傷害との関連においては、斎藤信治「胎児に傷害を与えても無罪か(下)」受験三二四号(一九七八年)五六頁参照。
- (19) 板倉・前掲書一五三頁、松原・前掲論文三一頁、斉藤誠二「胎児への傷害に対する刑事責任」ひろば四一巻六号(一九八八年)二九頁下段、三〇頁下段、真鍋毅「業務上過失致死罪の成立要件」ジュリ九〇八号(一九八八年)三二頁三〇四段、などを参照。
- (20) 板倉教授が一連の論稿で指摘している(板倉宏「水俣病をめぐる刑事法的諸問題」研修三六四号(一九七八年)一二頁、同「熊本水俣病刑事判決の意義」ジュリ六九〇号(一九七九年)四六頁注⑤)、同・前掲現代社会と新しい刑法理論二七二頁)。さらに、川名・前掲日本の公害四卷一三三頁も参照(もともと、「胎児のほうへメチル水銀が移行するので母親のほうはかかりにくい」というような事情)については、医学的に必ずしも根拠があるとはいえないようである(「前掲一審四回公判調書一一八問答」)。これに対し、いわゆる不顕性水俣病患者の場合、体内をメチル水銀化合物によって侵触されながら、水俣病の症状を現わさないとのことであり(熊本水俣病「第一次訴訟」一審判決時六九六号二七頁四段、武内忠男「水俣病の病理学的追究の歩み―不明疾患水俣病から有機水銀中毒症へ―」有馬澄雄論「水俣病―二〇年の研究と今日の課題」(一九七六年)四六頁は、「潜在性水俣病」と表現する)、このような場合も傷害に含めるとすれば、まさしく母親自体も傷害されていたということになる。この点、本件被害者Gの発病時期についても、病理学的には胎生八か月頃とみられるが、臨床的には生後三〜四か月、いわゆる首もすわらないということ、外部から発見されたとされており(前掲公判調書一五六ないし一五八問答、傍点引用者)、自覚症状がなくても、前者の観点からは傷害といえることにもなる。学説としては、藤木博士が、いわゆるサリドマイド刑事事件の検察官主張に賛同する形で、「母親の本来持ちあわせていた健康な子供を出産する機能が現実には害された」という観点から、母体傷害説を主張していたところである(藤木・前掲論文八〇頁)。ドイツでは、Arzt, a.a.O.S.1020 (link) が妊婦が鎮座・鎮痛剤(ブスコパン)によってほとんど苦しまなかったとしても、自然出産を抑えて死産をもたらした以上、その身体の完全性は侵害されたとしており、自覚症状はなくても傷害とみうる場合があることを示唆している。
- (21) 真鍋・前掲論文三二頁三段、松原・前掲論文三二頁、立石・前掲論文五五頁、林・田宮・前掲警研六二巻五号三三頁、などを参照。
- (22) 町野朔「最高裁判決における「胎児性致死傷」」警研五九巻四号(一九八八年)九頁は、「最高裁の独自の理論構成の眼目は、侵害客体の存否の問題よりは、むしろここにあったともみられる」と指摘する。

- (23) 香川達夫「人の始期と終期」曹時四〇巻七号(一九八八年)一〇頁は、「人の始期の限界づけを、より一層不明確なものにする」と批判する。
- (24) 区別の仕方としては、母親に対しても加害行為としての意味をもつ場合と母体を素通りして直接胎児に害悪を及ぼす場合という分け方(藤木・前掲論文七二頁以下、土木・前掲判タ六一二号五頁以下)がなされているほか、法廷意見・補足意見にうかがえるように、墮胎罪として規定されている場合とその他の場合という分け方も可能であろう。しかし、前者に対しては、いずれにせよ胎児を死亡させ、または傷害したことにおいて区別しえないのではないか、すなわち、現行刑法上も「薬物」をはじめとした様々な「方法」が予定されているわけであり、母体を素通りして直接胎児に害悪を及ぼす「薬物」などの場合、墮胎行為としては全く問題にされないことになってしまいうか、母体と胎児の両方が加害され、墮胎・墮胎未遂に至った場合と胎児のみが加害された場合とを区別しなければならぬのか、後者に対しては、結果論または同語反覆ではないか、という批判がそれぞれ考えられる。
- (25) 前掲注⑩に付加して、*ちうだ* 'Arzt, a.O.S.1020 (link.) *そう*では、Günter Bemann, Zur Frage der Strafwürdigkeit der Abtreibung, ZStW 83 (1971) 93 ff. を参照して、*つ* 従来議論が胎児と妊婦の利益対立に重点を置いてきたことを批判している。
- (26) 林・前掲書一四九頁、香川・前掲論文一一頁注②。
- (27) 真鍋・前掲論文三二頁四段、松原・前掲論文三一頁、立石・前掲論文五五頁、などを参照。
- (28) 金澤・前掲論文七八頁二段。
- (29) ドイツでも、刑法上過失墮胎自体が不処罰であることは立法者の意思であるとする一連の見解が存在する (Lüttger, a.O.S.137 (link); herausg.v.Hans-Heinrich Jeschek, Wolfgang Ruß, Günther Wilms (Jähnke), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar, 10. Aufl., 1980, Vor §211 Rdn.4; BGHS131, 352f. [Urt. v. 22.4.1983]; noch Ulrich Cremer, Zur Problematik medizinischer Begutachtung bei der Abgrenzung zwischen fährlassigem (straflosem) Schwangerschaftsabbruch und den Körperverletzungs- und Tötungstatbeständen, Medizinrecht 1989, S.302 (link))。
- (30) 齊藤・前掲ひらば四一巻六号二四頁下段、町野・前掲論文六頁、松原・前掲論文三一頁、林・前掲書一四九頁、西原春夫『犯罪各論第二版』(一九八三年)三二〇三頁(特に明確に述べている)、中山研一『刑法各論』(一九八四年)八二頁、青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』(一九七七年三刷)三四八頁注②、加藤久雄「墮胎罪」大野真義・墨谷葵編著『要説刑法各論』(一九八七年)五五頁、などを参照。

伊東研祐『現代社会と刑法各論第一分冊』(一九八九年)一四頁以下、この見解に対する批判についても当該頁参照。比較法的には、ドイツにおいても同様な主張がみられる(Bemmann, a.a.O.S. 87f.)ほか、オーストリアにおいても、Hofmann, a.a.O.S. 285 (recht) f., 286 (link), 287 (link)が、出生は不断に進展し継続する発展の枠内の一段階にすぎないとし、出生に固執するときには、いわゆる「試験官ベビー」がどの時点から人と呼ばれることになるであろうかという問題が、解決できなくなるであろうという例をあげ(これに対し、町野朔「墮胎の罪」小暮得雄・内田文昭・阿部純二・板倉宏・大谷實編『刑法講義各論』(一九八八年)六〇頁参照)、さらに、一般的・法的な言語慣用において人(Mensch)という言葉は胎児を意味するものとしても用いられており、胎児に関する各種法律においても人概念の亜種たる子供(Kind)という言葉が用いられていること、刑法にも適用される民法規定の解釈上、生まれていない子供には、未成年者や精神薄弱者と同様に、理性の現在の使用が欠けているにすぎず人として尊重されると解されており、また、権利ばかりではなくあらゆる有利な法状態を享受するという法解釈からして、過失致死傷の規定によっても保護されること、などを理由に、同様に解する。過失墮胎罪の規定が欠けている点については、墮胎罪規定は謀殺などの人に対する罪の特別規定であるが、過失致死傷罪に関しては、立法者の意思によれば胎児についても基本構成要件に対するのと異なった刑の範囲が通用すべきではないがゆえに、特別構成要件の選抜の必要性は生じなかったのであるとする。もっとも、この場合、オーストリアの民法規定が前提とされ、ドイツとの違いが指摘されており、ドイツの民法規定に近い日本の解釈に応用する際には、慎重な考慮を必要としよう。さらに、マイヤーも、ホフマンを支持する観点から、特に出産に際しての子供の死を刑罰構成要件中に包含しない場合、そのような行為は結局なんら人倫的な評価を受けないことになること、過失致死傷の規定がまず第一に人の生命を保護しようとしているとしても、生命の探究を旨とする学問とは異なった形でそのはじまりを規定するなんら合理的な理由はなく、そのように解する方が被造物の存在論上のザイン秩序にも合致すること、などを理由に、胎内の子供を「人」と認めるべきとする(Raimund Meyer, Der Begriff „Mensch“ im Strafrecht, QJZ 1964, 384f. なお、日本においても、藤木博士が出産直前あるいは分娩の際の加害を問題として取り上げていた(藤木・前掲論文八二頁二段)。これに対し、齊藤・前掲ジュリ六九〇号五七頁四段〜五八頁一段、町野・前掲書五九〜六〇頁)。これに対し、Günther Kunst, Zur Auslegung des Wortes „Mensch“ in §335 StG, QJZ 1963, 599 (link)は、やはりホフマンが根拠としている言語慣用自体を疑問視している。以上の検討から、結局のところ、いつから「人」とみるべきかに関し、法的ないし刑法的観点と倫理的・生物学的ないし生物的・医学的それとの相違に対する認識の差が看取されるといえよう(Vgl. BGHSt 31, 351)。なお、萩原滋「実体的デュー・プロセスの理論と法益保護の原則(二)」警研五七巻六号(一九八六年)四

- 四頁下段、四五頁下段、四六頁上段も参照。
- (32) 斎藤信治「胎児に傷害を与えても無罪か(上)」受験三三二二号(一九七八年)三八頁中段、同「同(下)」前掲受験三三四号五二頁下段、五六頁以下、五九頁上段。
ドイツにおいても、墮胎が「故意」に限定されている刑法上の帰結は民法にもあてはまるが、民法の場合、胎児のあらゆる故意の「傷害 (Verletzung)」がすべて不法になるとする学説もみられる (Stoll, a.a.o.S. 758)。
- (33) 批判としては、さしあたり、土本・前掲法学新報九五巻七〇八号九〇頁、同・前掲判タ六一二号一一頁、同「水俣病事件最高裁決定」警論四一卷五号(一九八八年)三五頁参照。
- (34) 斎藤・前掲受験三三四号五七頁中段、及び松原・前掲論文三五頁注②掲記の文献参照。
- (35) 中山・前掲書八四頁、青柳・前掲書三四八頁、などを参照。
- (36) 前掲注⑱斎藤論文、注⑳藤木論文のほか、松原・前掲論文三五頁注④掲記の文献参照。
- (37) 松原・前掲論文三五頁注⑤掲記の文献参照。
- (38) この点につき、ドイツ刑法典の墮胎罪規定の変遷を概観することにより、検討することにした(なお、内田文昭『刑法各論(第二版)』(一九八五年二刷)六七、七〇頁)。本規定の刑の変化に応じて判例・学説の対応も変わってきたようになり、うかがえる。すなわち、まず、他人墮胎既遂(二一八条三項)と母体傷害(二二三条)及び傷害致死(二二六条)は法条競合関係があると解されていたが、他方重傷害(二二四条)または傷害致死の最低刑を下回ってはいけなともされてお(BGHSt 10, 314f. [Urt. v. 26.6. 1957] ; 15, 346 [Urt. v. 13.1. 1961])。この限り、観念的競合と解した場合と同様な配慮が払われていたと見てよい。その後、一九六九年六月二五日の第一次刑法改正法によって、二一八条の他人墮胎は重罪 (Verbrechen) ではなく、軽罪 (Vergehen) として規定され、同条一項は単純傷害(二二三条)と同じ三年以下の自由刑または罰金刑となった。傷害致死(二二六条)については、三年以上の自由刑に変わらない。従って、従来の方式を維持すると、傷害致死の最低刑たる三年の自由刑が同時に許容される最高刑ということにもなってしまう、他人墮胎の特に重大な場合(二一八条二項―六月以上五年以下の自由刑)でさえ、事実審裁判官は三年以上五年以下の刑の範囲から刑を選択しなければならぬことになるが、これは、刑の範囲 (Strafrahmen) のその他の体系 (System) に適合しないことになる。かくして、墮胎罪のみでは傷害致死の不法内容をも汲み尽くすことはできず、また、後者は重罪であり、墮胎によって通常この構成要件が実現されるわけではなく、加えてたいい直接に被害者に対して向けられるものである。従って、両罪は観念的競合 (Tateinheit) の関係にある (BGHSt 28, 15f. [Urt. v. 21.4. 1978])。ここでは、従来法条競

合としながら技術的に傷害致死の最低刑を考慮していたのが、観念的競合とすることにより、正面切って重きに従って量刑するようになったことが示されているといえよう。他人墮胎の特に重い場合（二一八条二項二文二号）と傷害・危険な身体傷害（二二三条a）との関係については、この判例中の一ケースの場合、依然として法条競合の吸収関係とされているが、同様に刑の重さの比較を理由とするものにすぎない（BGHSt 28, 16. 同旨の学説として、Arzt und Weber, a.a.O. Rdn. 408 [重傷害について]；Karl Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 15. Aufl., 1983, §218 N.8; Johannes Wessels, Strafrecht Besonderer Teil-1, 14. Aufl., 1990, S. 53f.）。以上のように、ドイツの判例・学説においては、刑の重さによって法条競合にするか観念的競合にするかを決めるといふ発想がうかがえるのである（例えば、さらに、BGHGA 72, 162 [Urt. v. 20.4.1971] 参照。ここでは、他人墮胎未遂と（危険な）身体傷害とは観念的競合であり、法条競合ではないとされている）。もっとも、判例中には、単に刑の問題にとどまらず、法益の違い（二二一条謀殺の保護法益は人の命であり、二一八条墮胎のそれは胎児である）、その保護のために法律が設定した構成要件の違い（両者の構成要件は決して重なり合わない）が決定的であり、これらが違う場合、法条競合は認められないとするものがある（BGHSt 11, 17 [Urt. v. 4.10.1957]）が、法益が違っても（傷害の法益は人の身体の完全性・生理的機能）、構成要件が重なり合っていないくても（危険な傷害は、「生命を危うくする処置」を一例として掲げる）、法条競合が認められる場合もあるのであるから、必ずしも決定的な基準とはいえないようになってこよう。また、『胎児の殺害につながるあらゆる行為が同時に妊婦の身体への可侵性に対する侵害を意味し』、従って墮胎目的のために行われた故意の妊婦身体傷害は（危険な身体傷害であれ重傷害であっても）墮胎既遂によって吸収されるということを、連邦通常裁判所は従来判示してきたにすぎない。他人墮胎は今やもはや重罪ではない以上、従来の範囲内でこの判例を維持しなければならないか否かを、当法廷は決める必要はない。」（前掲 BGHGA 72, 162、傍点訳者：さくらに、BGHGA 66, 339 も参照）とする判決もあり、このような判決を経て前掲 BGHSt 28, 15 f. に至っているわけであり、やはり刑の重さの比較が重視されているように思われるのである。単純傷害は依然として法条競合の吸収関係にあるとされていたわけであるが、他人墮胎と同じ重さの刑であったことに注意しなければならぬ。以上の考察から、日本刑法においても、墮胎一般よりも重刑を定めている傷害の規定が参照しようという発想が、少なくとも理論上は、出てきてもおかしくはないとはいえよう。

(39) このような事案につき、例えば、イギリスでは、ヨークの時代以来、子供が生きてうまれたが、（特に独立循環機能が働き始めたのちの）産前の加害のために死んだ場合、殺人罪になるとされてきたようである（P.H. Winfield, *The unborn child*, 8 Cambridge Law Journal, 1942-4, Pp.78-9; J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 6th ed. 1988, Pp.310-1;

Rupert Cross, Philip Asterley Jones, and Richard Card, Introduction to Criminal Law, 11th ed. 1988, P.219. むらび、前掲注⑬、後掲(Ⅶ)注⑬)。

(40) 松原・前掲論文三三頁、及び当該注参照文献のほか、香川・前掲論文一四頁、板倉・前掲現代型犯罪と刑法の論点一五二頁、立石・前掲論文五五頁、などを参照。

(vi) 胎児の傷害が人にまで及んだ場合、「人」傷害を肯定する見解の基本的発想には、「胎児段階ですべてが終わった場合よりも出生して人となった段階で結果が発生した場合の方が結果としてより重い」、または、「胎児の間に命を失うことより、この世に生を享け、生への執着をもつようになってから死に追いやられる、あるいは重篤の状態で生き永らえることの方が一層被害者や家族にとって酷であり、世人にとっては衝撃的である」というものがみられる⁽¹⁾。このような発想の理論づけとして、殺人、傷害、過失致死傷などの構成要件は、「可罰性の耐え難い欠陥」を甘受することを余儀なくさせるような制限を何ら含んでいないではないか、サリドマイド事件や胎児性水俣病事件の場合、「人の生命や身体に対する「新しい侵害方法」が明らかにされたにすぎ」ず、「既存の生命・身体に対する罪の構成要件の「新しい実現方法」として認められるというにすぎない」⁽²⁾のではないかと、特⁽³⁾に胎児性水俣病事件につき、「はじめから傷害を受けた人が生まれてきたただだから「傷害」といえないなどというのは、胎児性水俣病の実態を無視したまったく形式的な観念論であり、今日の法解釈のあり方として、とうてい採ることができない」のであって、「事実を無視した不合理な考え方」であり、「人」の傷害という結果を生じたのに、それを無視するのが刑法の趣旨であるとは、とうてい言えず、「胎児性水俣病の場合、生後も日々、状態が悪化し、ついには死亡するという場合が多」い、すなわち、「生まれた瞬間ではわからず、生後しばらく経ってわかってくるのであり、しかも、その状態は悪化をつづける」から、「サリドマイド奇形の場合よりも、それが「傷害」にあたる⁽⁴⁾ことが、いっそう明白である」とす

る実態（実質）論が付加されているのである。⁽³⁾これに対し、否定説からは、「現行刑法は、胎児に傷害をあたえその結果が人におよんだ場合をその生まれた「人」に対する傷害として可罰的な行為として予想してはいない」のであり、「ここでは、感情が問題なのではなくて、法益の侵害に対する冷静な法的な評価が問題なのであ」って、「冷静な法的な評価の問題としては、法秩序は、傷害を負わせることよりは死なせることを重いことだとみているとおもわれる」とされているのである。⁽⁵⁾

以上のように、両説の対立は、「人」の死傷が発生していることをどうみるか、にかかっているものといつてよいであろう。⁽⁶⁾この際、理論的には、「自然的な行為客体に対する自然的な結果発生（胎児への加害）」を捨象して、「構成要件的な結果発生（人の傷害）」のみを刑法上の犯罪として考慮するのは妥当か、換言すれば、「胎児への加害」を単に「人」に対する「傷害の実行終了段階」とみてかまわないのかが、問われていることになる。また、胎児の段階に限っていえば、その「死」の方が「傷」よりも重く評価されることになるであろう（例えば、同じ墮胎既遂であっても、胎児を殺害した場合と傷つけはしたが生産で排出した場合とを比較せよ）⁽⁸⁾が、本件の場合、従来の墮胎罪においてはほとんど例がなく、従ってまた自覚的に展開されてもこなかったような問題であり、中枢障害・発育不全により、ひいては死に至るといような事案なわけである。加えて、「人」として生まれて長年月経過後に死亡したという点が、問題を困難なものにしている。この点を「感情」の問題として割り切るか否かも、判断者の決断にかかっているといえよう。このように、本件の場合、決断を迫られる論点が散見され、積極的に決断することが裁判官による「法形成」の範囲内にあるか否かも問われていることを看取しうるのである。

本件の場合、企業の利潤追求活動が継続的な加害をもたらしたものであるが、異なった例の場合、例えば、「懐胎ノ婦女」が墮胎しようと思ひ、「薬物」を服用したが、墮胎するに至らず、後悔して出産し、傷害を負って出生した我が子を大事に育てた場合などを、いかに考えるべきであろうか。このような例につき、斎藤教授は、「刑罰的干渉は不必

要・不適切なことが多いと思われるのであって、むしろ、これらは可罰的違法性（ないし公訴権の適正運用）の問題と考えるべき」とする。⁹これに対し、母親と子供との関係ばかりではなく、妊婦と交渉を持つことになる第三者との関係も具体的に列挙して、批判がなされている。¹⁰母親の刑事責任の問題に限ってみても、この例を消極的に解する見解からも、場合によっては、刑事上の責任が認められうることになる。

さらに、肯定説に立脚し、「弱いが作用の持続する毒物を与えたために、胎児が成長すると共に病気に侵され、生まれてからも及んだ作用のために人としての死期が早められたような場合」や、「胎児の段階では全く作用しない、その意味では最も弱い毒物を与えた場合であっても、人になってから、他の物質と化合することなどによって作用し、その結果これを死に致したときにも」、「人の生命に対する罪の成立を認めてよい」という観点から、理論づける見解がある。¹¹しかし、まず、前者の場合、「傷害」は「胎児」に対して行われているのであるから、「行為」及び「作用」としては「毒物を与えた」時点で終了しているであろうという批判が考えられる。つまり、「作用」が「持続」しているといっても、「胎児」に対する「傷害」作用の持続ではないか、従って、その「持続作用」がたまたま「人」になった時点まで及んでいるからといって、何も「人」に対する「新たな」傷害行為・作用がなされているわけではないであろう、という批判である。¹²加えて、胎児に対する傷害の場合ではあるが、傷害罪を「継続犯」として考えるのかという問題も、理論上提起されることになる。¹³次に、後者の場合、胎児の段階では「全く作用しない」という設例であるから、出生後の「人」の致死が認められそうにもみえる。すなわち、出生した子供があらかじめ掘っておいた「落とし穴」に実際に落ちた場合、あるいは、あらかじめ郵送しておいた毒入りミルクを実際に飲んだ場合と同視することによってである。問題は、「胎児」の体内にすでに入っていた毒物が、たまたま出生後効力を発揮した場合と、以前から存在した「落とし穴」または「毒入りミルク」ではあるが、「作用」の時点では、全く「新たに」作用しているのと単純に同視してよいかであろう。出生以前から存在したという点では同じであっても、「外部からの」新たな作用ではな

く、外部からの作用としては一見無害に思われた「他の物質」が、子供の「内部の」毒物と化合した場合だからである。すなわち、一方では、子供は全く健康状態であったのに対し、他方では、子供は一見健康にみえたが、体内に胎児の段階に起因する毒物をかかえており、他の物質との化合自体は、被告人の責に帰せられない事情であるという違いがあるわけである。本事例の場合、前者の場合よりは「人」の致死が認められやすいようにも思われる。しかし、逆に、「胎児」に視点をあてた場合、「殺害」はおろか、「傷害」すらも与えていないのに、出生後、被告人の責に帰すべからざる事情で「人」が死んだときは、「人の生命に対する罪の成立を認めてよい」ということになる。「不法内容の軽重は毒物自体の強弱、あるいは攻撃の仕方の強弱によってではなく、侵害された法益の軽重によって決められるのでなければならぬ⁽¹¹⁾」としても、毒や攻撃の仕方が強ければ強いほど、一般には「死傷の危険性」が高まるわけであり、非常に危険な行為をした被告人は「墮胎罪」にとどまり、最も危険性の低い行為をした被告人については、その責に帰すべからざる事情によってたまたま「人の死」の結果が発生したから、「人の生命に対する罪の成立を認めてよい」とするのは、「均衡」を失しているのではあるまいか。すなわち、「胎児の段階では全く作用しない、その意味では最も弱い毒物を与えた場合」が果たして「殺害行為」といえるのか疑問があるほか、「人になってから、他の物質と化合することなど」について、行為者が認識・認容し、またはその可能性があったかという問題も、提起されることになる。このような不均衡・問題性は、やはり「胎児」に対する視点を捨象し、あるいは軽視したためにほかならない⁽¹⁴⁾。

この点、ドイツの判例においても、行為者が場合によって謀殺で処罰されるか墮胎で処罰されるかが、彼にとって全く偶然な生理的事象の経過―出産の開始の前に死が発生したかそのあとに発生したか―に依存することを避けるために、被害者に対する作用の時点が決定的なのであるとされ⁽¹⁵⁾、また、行為者の行態(Verhalten)とその諸作用(Auswirkungen)からみて、有害作用(Einwirkung)の時点で胎児であったか人であったかという保護客体の法的性

質が境界設定のために決定的に重要であるとされている⁽¹⁶⁾。ここでは、偶然性の排除、及びいわゆる「作用」説が主張されているものといえよう。まず、前者については、犯罪は多かれ少なかれ偶然的な要素を含んでおり（例えば、未遂と既遂の違いを考えてみよ）、偶然であることが問題であるというよりも、その偶然が恣意的な程度に至っているか否かが決定的というべきであろう。この点につき、胎児に対する故意・過失の加害行為によって、胎児が胎内で死ぬこともあれば、排出後死ぬ場合もあるであろう。また、受傷してはいるが生産の場合もあるであろう。水俣病の場合も、母体のメチル水銀量が多ければ多いほど、不妊や流産・死産といった現象が起こり、胎児性水俣病はむしろ中程度の症状の場合であることが指摘されている⁽¹⁸⁾ほか、胎児自体についても、理論的には、胎盤形成前の段階でメチル水銀の影響を受けて育ってくるという例が考えられるが、現実的には、調べた限り、胎児性水俣病患者はすべて胎盤形成後障害を受けているという指摘がみられる⁽¹⁹⁾。従って、母体と胎児の状態の組み合わせにより、様々な場合が考えられることになり⁽²⁰⁾、胎児がいかなる形で母体外に排出されるかについては、このような事情を覚知して、計画的に行うのでない限り、極めて偶然的な要素が強かったということになりはしないであろうか。すなわち、特に胎盤形成前の段階では、流産・死産といった場合もありうるわけで、その場合「過失墮胎」≡不処罰とせざるをえないであろう⁽²¹⁾のに対し、受傷してはいるがたまたま生産した場合のみを捉えて、刑事責任を問うことは、その偶然は恣意的な程度に至っているというべきではあるまいか。これに対し、胎児は通常生産するものだという反論が考えられよう。この点は後者の問題にかかわるわけであるが、この場合もまた、胎児の段階での「傷害」を捨象し、あるいは軽視してもかまわないのかが問われなければならないのである⁽¹⁴⁾。かようにして、胎児に対する加害行為の故意・過失が人に対するそれをも含むものであったかが検討されなければならない⁽²²⁾ことはもとより、たとえ人に対する加害行為の故意・過失が確認されたとしても、生産自体が極めて偶然的な要素を伴うと思われる、そうでないとしても、胎児に対する視点を捨象し、あるいは軽視してもかまわないのかという問題が提起される⁽¹⁴⁾のであり、後述のように（Ⅶ）、胎児に対する

加害が人にまで及んだにすぎない場合、原則として、「人」に対する罪は認められないといわなければならない。例外的には、胎児の加害がありうることを認識しつつも、それを全く本来の目的とするのではなく、もっぱら人として加害することを計画し、かつ高度の蓋然性ある手段・方法をもってその通り実現した場合に限り、「人」に対する罪が認められる可能性があるというべきであろう。⁽²³⁾次に、後者については、罪刑法定主義的な視座から検討されなければならない。すなわち、行為者の行態及び有害作用がいずれも胎児に向けられているわけであるから、「胎児」に関する処罰規定が適用されなければならないのではないかということである。犯罪の結果(FICTION)のみが人に発生した場合、「人」に対する罪を認めてもよいかということである。⁽²⁴⁾犯罪においては、結果は重要な要素であるから、人に結果が発生した場合、人に対する罪を認めてはいけな⁽²⁵⁾いと言⁽²⁶⁾い切れない面がある。しかし、やはり原則として、胎児に対する罪を考⁽²⁷⁾えるのが罪刑法定主義的な視座に合致するとい⁽²⁸⁾うべきであろう。すなわち、傷害致死の場合、傷害と致死の間に長年月経過しても傷害致死が認められるとしても、いずれも同じ人に発生した結果なのに対し、胎児に傷害を与え人を死に至した場合は、一方は胎児で他方は人という違いがあるわけである。⁽²⁶⁾従って、胎児に限ってみれば、「結果」もまた胎児に発生したとい⁽²⁹⁾っても過言ではないのである。かようにして、ここでも、胎児から人へという客体の変化を捨象し、あるいは軽視し、行為者が過失行為を行い、人に結果が発生したことをもって、「人」に対する過失致死を認めてもよいかが、問われていることになろう。⁽¹⁴⁾

以上の考察からして、胎児性水俣病自体が人の段階にまで及んだにすぎない場合、やはり「人」の傷害は認め難いように思われる。原則論からして、「一部露出」以降の段階で「新たな」加害行為、水銀吸収が生じた場合、まさしく「人」に対する傷害行為があったことになる。この意味で、二審の「付加」⁽²⁷⁾している判示に近いが、「胎児」の間の傷害を直接問題にするわけではなく、さらなる水銀吸収が「人」の傷害を重くしたならば重くした限度で、死をもたらしたならば、やはり死の責任を問うことになろう。⁽²⁸⁾

- (1) 斎藤・前掲受験三二四号五二頁、土本・前掲警論三二卷九号一四二〜三頁、同・判タ六一二号一三頁二段、板倉・前掲ジュリ六九〇号四六頁一段、同・前掲現代社会と新しい刑法理論二六九頁、藤木・前掲論文七八頁三〜四段、金沢・前掲広島一〇巻四号三四頁、さらに、前掲(v)注⑥アルトゥットヴェーバーの見解参照。
- (2) 金沢・前掲広島一〇巻四号三六、三七、三九頁、同・前掲判タ六八二号八二頁一段。これに対し、斎藤・前掲ひろば四一巻六号二五頁中段以下は、ドイツの学説を参照しつつ、病院の設備等の良し悪しという偶然性に左右される点を批判する。出生の偶然性の問題については、本文後掲参照。
- (3) 板倉・前掲研修三六四号一〇〜一頁、同・前掲現代社会と新しい刑法理論二六八、二七一、二七五、二九五頁、同・前掲ジュリ六九〇号四五頁四段、四六頁二、三段、同「座談会」熊本水俣病刑事判決をめぐって」ジュリ六九〇号二九頁三段、三〇、三一頁一段、三三頁一、二段、三五頁一〜二段、同・前掲判タ六一二号一四頁一〜二段、中谷・前掲論文九九頁以下、土本武司「公訴時効・胎児性致死傷下―水俣病事件一審判決をめぐって―」警論三二卷九号（一九七九年）一四〇頁。
- (4) ドイツの学説につき、Schönke-Schröder (Eser), a.a.O. §223 RN1a は肯定説を通説として紹介するが、このような理解・記述には誤りがあることが指摘されている（斎藤・前掲ひろば四一巻六号二〇頁注17、Maurach, Schroeder, und Maiwald, Strafrecht Bes. Teil Teilb.1, 7. Aufl., 1988 において、§1/9, §5/32 を参照）。エーザー自身は「故意」責任のみを認める少数説にたつが、この理由づけは否定説にみられる代表的なものといってよい。すなわち、「母胎内での過失致死は不可罰なのに、まだ生存能力のない子供の出生の過失による惹起は二二三条（過失致死罪―訳者注）によって処罰されることになるであろう。」と。このような否定説にみられる代表的な考え方に對し、「故意」責任に限定しないためにも、生存能力があったかどうか、排出後どの程度生きたかによって墮胎罪と傷害・殺人・過失致死傷の罪とを区別する二分説が唱えられている（例えば、金沢・前掲広島一〇巻四号三七、四〇頁、さらに、後掲(v)注16）。その他、母体に対する過失傷害罪を考へることによって処理しようとする見解もみられたわけである（団藤・前掲各論三版三七三頁注二）、前掲(v)注25(34)本文）。
- (5) 斎藤・前掲ひろば四一巻六号一六頁中段、二三頁下段、二四頁上段、同・前掲刑法における生命の保護三八〇頁以下、Lütiger, a.a.O.S. 140 (link). その他、ドイツの多数の学説の要約として、松原・前掲論文三七頁参照。
- (6) 土本武司・三井誠・前掲ジュリ六九〇号三一頁一〜二段。
- (7) 金沢・前掲広島一〇巻四号三三頁。
- (8) もっとも、ドイツにおいては、胎児の殺害が墮胎既遂の要件とされてきたといっく（RGSt 4, 381 [Urt. v. 97.

1881]; BGHSt 10, 294 [Urt. v. 18.6. 1957]; 学説に「*Grundriss* Schönke-Schröder (Eser), a.a.O. §218 RN5」日本においても、平野博士がこの立場にたつ（平野・前掲犯罪論の諸問題二八頁）。

- (9) 斎藤・前掲受驗三二二二号三七頁下段、三二四号五八頁、さらに、同旨として、中谷・前掲論文一〇九頁、金澤・前掲判タ六八二号七九頁二段。

- (10) 町野・前掲警研五九卷四号九頁、同・前掲判タ六一二号一四頁三段、林・前掲書一五〇～一頁、民事の学説ではあるが、Stoll, a.a.O.S. 758f.

- (11) 林・前掲書一五六頁、その他の例として、一六二頁。もっとも、このような考え方は、平野博士の論稿にすでにみられたところである（平野・前掲書二六七頁）。ほぼ同旨の見解として、大谷實「刑法における人の生命の保護」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷』（一九八四年）三四五頁。これに対し、町野・前掲判タ六一二号一四頁三段は、「犯罪成立の範囲は実質的に殆ど限定されていない」と批判する。

- (12) 金谷利廣・永井敏雄「水俣病刑事事件上告審決定」ジュリ九一一号（一九八八年）七二頁は、このような学説の対立を「既存結果流用説」「新規結果必要説」という名称で分類される。これに対し、林・前掲書一六二頁は、「胎児の段階で摂取したメチル水銀の作用が、人になってからも継続的に及んでいたような場合」を「新たな作用」とみる。「作用」概念については、さらに後掲注¹⁷26。

- (13) この点については、浅田・前掲論文一六頁以下が、従来の問題状況をも含め、比較的詳細な検討をしてくれている。傷害罪を継続犯と解した場合、傷害が完治あるいは死に至るまでは共犯が可能であり、また逆に正当防衛をしようのかといった問題点が指摘されているといえよう。これに対し、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学二四卷二・三号（一九八九年）二三頁以下は、板倉教授の考え方に好意的である。

- (14) Lüttger, a.a.O.S. 139 (rechtl-140 (link)).

- (15) BGHSt 31, 352f.

- (16) OLG Karlsruhe, MDR 1984, 687 (link) [Beschl.v. 25.4. 1984].

- (17) この概念自体必ずしも明確とはいえず（鈴木茂嗣「討論の要旨」前掲刑雑二九卷四号六九頁下段）、その不徹底さが指摘されている（松原・前掲論文三六頁注¹⁶）。概念内容につき、林・前掲書一六〇頁以下は、ドイツでの用例を引きつつ、「遺伝子あるいは細胞レベルで何らかの変化を引き起こした段階」で作用ありとし、松原・前掲討論の要旨六九頁下段～七〇頁上段は、「作用というものは、その客体について結果が発生するようないわばその前の段階……が、同じ客体になれば

ならないという意味だろう」としており、実質的には両者同様なことを考えているようにうかがえる。本件自体についても、「作用」ありとする説(前掲注⑫、金谷・永井論文七四頁四段)となしとする説(町野・前掲警研五九卷四号七頁、松原・前掲論文三二頁、真鍋・前掲論文三三頁、立石・前掲論文五七頁)の間で、理解に差がみられるが、胎児が人となつてからの「新たな」加害を問題としているわけではないという点では、事実認識として一致しているであろう。ドイツの学説については、後掲注⑳参照。

(18) 原田正純「私に教え、勇気づけるもの―川本裁判上告審への意見書―」思想の科学九二号(一九七八年)一三四頁下段、一三五頁第5図(『資料集』八六一頁以下所収)、同『水俣病にまなぶ旅』(一九八七年三刷)一八六頁図一七、水俣病民事事件「第二次訴訟」控訴審判決時一一六三号三七頁の図参照。

(19) 前掲一審四回公判調書二八二ないし二八七問答。
(20) 同九八問答。

(21) これに対し、団藤・前掲各論三版三七三―四頁は、このような場合も「母体に対する傷害罪としての構成が可能」とするようである。まさしく墮胎罪以外の胎児加害の処罰を徹底する趣旨にうかがえる。

(22) 松原・前掲論文四二頁、林・前掲書一六三頁注⑳。

(23) 金沢・前掲広島一〇巻四号三四頁、同・前掲判タ六八二号八〇頁三段、浅田・前掲論文六九頁下段、Lütger, a.a.O.S. 139 (link-recht) の例参照、さらに、前掲(v)注⑳⑳、後掲(v)注⑳。この際、理論的には、胎児加害の段階を「人に対する罪」の「未遂」とみうるであろうが、この段階では、「胎児に対する罪」しか成立しえないと解する本稿の立場からは、あくまでも理論上の問題にとどまる。

(24) 内田・前掲書二版六九六頁①は、「一審判決につき、「結果責任」を求める方向に赴きかねない危険」を指摘される。

(25) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(一九九〇年)一一八頁注㉔。

(26) Lütger, a.a.O.S. 140 (recht) Anm. 83, noch, S.138 (recht) f.; Schönke-Schröder (Eser), a.a.O. §218 RN 8 も同様な視点から、「身体傷害が比較的長時間ののちはじめて死に至った場合、二二六条(傷害致死罪―訳者注)が適用しえないわけではないのと同様、新生児の死という結果の原因が妊娠中に行われた故意の作用(Einwirkung)に基づいている限りは、その死が比較的のちの時点ではじめて発生した場合でも、墮胎既遂を排除しえないであろう。」として、肯定説に「反論している」。

(27) 二審の判示に好意的な見解として、林・前掲書一六一頁、芝原邦爾「胎児の傷害と傷害罪の成否」法セミ三三九号(一

九八三年)一二七頁四段、批判としては、前掲(ⅳ)注③が参照されるほか、さらに、浅田・前掲論文一二頁は、「一部露出後の微量の侵害を……決定的なものと考えるのは技巧的に過ぎる」旨、立石・前掲論文五二頁は、一部露出時の傷害作用、並びに、それが原因での人の傷害・死亡発生についての証明問題をそれぞれ指摘される。証明問題については、医学的に相当程度解明しうるようにかがわれ(前掲注⑩、(ⅲ)注④)、従って前者の批判の方が重要であることになろう。しかし、胎児に対する加害が決定的である限り、無理な解釈を行うよりも、立法者の手に委ねる方が長期的な視野からは妥当といえるのではあるまいか。

(28) 松原・前掲討論の要旨六八頁下段、六九頁上段、浅田・同七一頁上段。なお、前掲(ⅲ)最三小決一九九〇年一月二〇日参照。

(ⅴ) 「胎児」の「傷害」が「人」に及んだ場合、「致死傷」の責任を肯定しようとする見解の根底には、確かに、医学及び科学技術の発達をもたらした胎児に対する認識の変化があることは否定しえない⁽¹⁾。刑法はその変化にいかに対処すべきかが問われているものともいえよう⁽²⁾。「未曾有の公害事犯」である本件について、処罰の必要性は、いずれの論者も認めるところである⁽³⁾。肯定説の論者は、共謀共同正犯論⁽⁴⁾、電気窃盗、文書偽造罪とコピーなどの例をあげ、(西)ドイツとの比較で、わが国の解釈論は形式論理よりもむしろ比較的柔軟な実質的解釈態度を採ってきたと主張する⁽⁵⁾。すなわち、「二見文理に反するような事象も、価値的に同等か機能的に同種のもはその文理に含めて解釈し、もって新事態に適応した合理的解釈を施そうとする傾向の表われである⁽⁶⁾。」とし、本件に則していえば、「傷ついた子を生ませせることと、生まれた子を傷つけることは価値的に同視してよい⁽⁷⁾。」という認識を前提に、そのような「説明が、法解釈にあたって文理や形式論理よりも価値ないし機能の同一性を重視するわが国民性に適合するものであり、かつ、それは罪刑法定主義に悖るものではない⁽⁸⁾。」と主張するのである。しかし、価値ないし機能が同じだから同様に解してよいという発想は、「許されない⁽⁹⁾」類推につながるがやすすいそれであり、またこのような認識を応用するならば、「先占されようとしている無主物を毀損した場合には、その無主物が先占されれば、器物損壊罪がなりたつといわな

ければならない¹⁰」ことにもなりうるであろう。もっとも、発想は、許されない類推的なそれだ⁹と思われるが、解釈としては、形式文理上「罪刑法定主義」に反しているわけではない。一審判決や最高裁判官長島の補足意見二にみられるように、業務上必要な注意義務を怠って「人」を死に至らしめたわけであるから、文理上何も問題はないであろうとするわけである¹¹。また、「胎児」を「人」と同視するという意味での「類推」があるわけでもない¹²。従って、いわば「巨視的な観点」に立脚した場合、確かに肯定説の主張も首肯しえないわけではない。しかし、刑事責任を肯定する方向においては、十分慎重な検討を経たうえで、法解釈を行うべきであるといえるのではあるまいか。特に本件の場合、(vi)で述べたように、「胎児」に対して「行為」「作用」「結果」が生じたとみるのであり、従って、胎児に対する「犯罪」に対応する胎児「傷害」に関する「刑罰」が事前に法規として定められていなければならないのに欠けているという「法の欠缺」を補充するために、「判例による法形成」がなされた事案であると思われるからである。胎児に関する刑罰規定が欠けているにもかかわらず処罰されたという意味では、「罪刑法定主義違反」といつてもよいであろう。しかし、その処罰は形式文理に反するような解釈によるものではなく、また、胎児を刑法上の「人」とみる許されない類推解釈⁹によるものでもなく、本来考慮されるべき他の刑罰法規（墮胎罪のほか人に対する罪の処罰規定）や法律（優生保護法）との関係などを、あえて捨象しあるいは軽視することによって処罰する形での「罪刑法定主義違反」ということになるであろう¹³。すなわち、最高裁第三小法廷の法廷意見・長島補足意見一のような胎児に関する区別が認められるか、認められるとしても結果論または同語反覆ではないか（前掲(v)注24）、さらには、たまたま出生した胎児性水俣病患者にのみ着目するという恣意的な偶然性に頼ってはいないか（前掲(vi)注18ないし21本文）、胎児から人へという客体の変化を捨象しあるいは軽視してはいないか（前掲(vi)注14本文）、といった諸点を看過し（後掲三注18後段の結論部分も参照）、従ってまた、諸条文を十分総合的に検討すること（前掲(1)(i)注10、(vi)のまとめ(ix)なく、積極的な処罰主義に陥っているものであるといえるであろう〔実体的デュー・プロセス違反的な視座¹⁴〕。本件の

場合、判例によって新たな刑罰法規が作り出されたという意味での「法の創造」ではないが、既存の条文（刑法二一条業務上過失致死罪）を前提としたうえで、相当思い切った「法形成」であると評することができよう。医学及び科学技術の発達による胎児に対する認識の変化を主張する肯定説の見解が、正論である⁽¹⁵⁾だけに、本来の「立法」による解決がなされるべき事案ではなかったかという感を強くするのである⁽¹⁶⁾。本件につき、「形式論理」「三段論法」が崩れ去ったという趣旨の指摘がみられる⁽¹⁷⁾が、形式論理は維持されているのであって、別個の観点から、いわば「原因・結果的思考」ないし「法律要件・法律効果的思考」から刑事責任を認めたものであろう⁽¹⁸⁾。この意味では、刑法の「伝統的ドグマを克服し⁽¹⁹⁾」たという評価も不可能ではないであろうが、逆に、「巨視的な観点」から相当程度「形式論理」に陥っている面があることは指摘されなければならない。最高裁第三小法廷の法廷意見及びそれを敷衍した長島補足意見一も、徹底すれば二審の判断、そして一審及びそれと同旨の長島補足意見二に連なるのであり（前掲(v)最後の部分）、同様な批判があてはまりうるものといえよう。

- (1) 藤木・前掲論文七二頁以下、土本・前掲判タ六一二号五頁以下。
- (2) 中谷・前掲論文九三頁。
- (3) 処罰感情と罪刑法定主義との関係をも含めて、板倉宏・田宮裕・土本武司・福原忠男・真鍋毅・三井誠・前掲ジュリ六九〇号三三頁以下。さらに、齊藤・同五六頁二、三段、中谷・前掲論文一〇一頁、大塚仁「胎児性水俣病と業務上過失致死傷罪―熊本水俣病刑事事件第一審判決」ジュリ臨増七一八号昭和五十四年度重要判例解説（一九八〇年）一八二頁二段参照。
- (4) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑雑三一巻三号（一九九一年）三九、四六頁は、本理論は判例理論あるいは判例法だから従われているわけではないとして、共謀共同正犯に対し刑法六〇条を適用することの自明性を強調される。なお、前掲一(3)注③。
- (5) 藤木・前掲論文八二頁一段、中谷・前掲論文一一五頁及び土本・前掲警論三二巻九号一三九頁、四一卷五号四二頁、同・前掲判タ六一二号一〇頁四段以下、同「水俣病事件控訴審判決(2)」LS五二号（一九八二年）三六頁中段は、いわゆる「ガ

ソリンカー事件」判決もあげる（前掲一(3)注14参照）、金澤・前掲判タ六八二号八一頁三段以下はクレジットカード濫用による詐欺事件（福岡高判一九八一年九月二一日月報一三卷八〇九号三五頁）もあげる。これに対し、斉藤・前掲ジュリ六九〇号六〇頁注27は、ドイツと日本との単純な比較を戒める。

- (6) 土本・前掲判タ六一二号一一頁一段。
- (7) 藤木・前掲論文八二頁二段。これに対し、前掲注(3)のほかに、ジュリ六九〇号三一頁二段以下も参照。
- (8) 土本・前掲判タ六一二号一三頁一段。
- (9) 前掲一(3)注14参照。
- (10) 斉藤・前掲刑法における生命の保護三六八頁。
- (11) 金澤・前掲判タ六八二号八〇頁二〜三段。
- (12) 板倉・前掲現代社会と新しい刑法理論二六六、二九二頁以下。
- (13) 町野・前掲判タ六一二号一四頁三〜四段、同・前掲警研五九卷四号九頁以下、拙稿・前掲刑維三一巻二号四一頁。
- (14) 芝原教授は、より一般的な視座から、「実体的デュー・プロセスの理論」を「基本的に刑事制裁の作用する領域を合理的な範囲に限定することを志向した「抑制の理論」として捉えうることを認められている（芝原邦爾『刑法の社会的機能』（一九七三年）一九頁）。さらに、小暮教授も、「謙抑思想の具体化という見地から、「本理論を捉え、「処罰範囲の類型的限定は、実体的デュー・プロセスの理論の深化に負うところが大きい」としている（小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」前掲団藤古稀二巻一〇、一五頁）。
- (15) 例えば、ドイツにおいては、「胎児」を基本法一条一項（人間の尊厳に関する規定）の「人（Menschen）」及び二条二項（生命及び身体の不可侵性などに対する権利に関する規定）の「何人も（Jeder）」とみなし、保護しようとする見解が有力に唱えられている（Heldrich, a.a.O.S. 597 (recht); Laufs, a.a.O.S. 1055 (recht); Franz-Jürgen Sackler (Wolfgang Gitter), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (1978) §1 Rd Nr.21; Klaus Müller, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1988, S.8. Zu Art.2 Abs.2. ちゆに、前掲(9)注(9) (9)注(11)）。
- (16) 町野・前掲警研五九卷四号九頁以下、BGHSt 31, 353、松原・前掲論文三五頁、さらに、同三八頁以下には、一九八六年四月二九日(西)ドイツ連邦司法省胚子保護法討議草案を中心とした、立法草案の紹介・検討がみられる。本草案については、当該注(9)10掲記の文献のほか、アルビン・エーザー（上田健二・浅田和茂編訳「上田」）『先端医療と刑法』（一九九〇年）三三七―八頁資料⑤参照。そこでは、連邦政府が、一九八九年七月一九日の閣議で、本草案をかなり修正した政府草

案を、連邦議会に提出することを決定したと紹介されているが、現実に上程されたのは同年八月一日のこととされている (Erwin Deutsch, Embryonenschutz in Deutschland, NJW 1991, Heft 12, S.722 (link))。しかし、本政府草案からは「胎児加害 (Embryonenschädigung)」の構成要件が削除されている。それは、通常三年以下の自由刑ということであり、あるいは五年以下の自由刑も予定されており、刑の範囲が驚くほど高いように思われること (墮胎罪からみれば「訳者注」未遂が処罰されることになること及び「未遂と既遂を同列視するものたる」訳者注) 企行犯 (Unternehmensdelikte) となること、いずれも可罰性の拡張につながることを理由とするようである (この点、前掲討議草案の立法理由自体、墮胎罪規定との区別の困難性を指摘していた [herausg. v. Hans-Ludwig Günther und Rolf Keller, Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik- Strafrechtliche Schranken?, 2. Aufl., 1991, S. 355.]。これに対し、生存能力の有無によって区別しよう) とを理由に、反論する見解がみられる [herausg. v. H. L. Günther und R. Keller (Theodor Lenckner und Wolfgang Winkelbauer), a.a.O.S. 211 ff.)。従って、この問題に関しては、「立法」による解決はなされなかったことになる (但し、「胎児保護法」自体は制定され、一九九一年一月一日発効した [Deutsch, a.a.O.S. 721 (link)])。処罰の必要性に関する議論の状況については前掲注³⁾、胎児の要保護性については前注が参照されるほか、本政府草案上程後の文献の間でも、やはり憲法的視座から胎児の要保護性を強調する見解 (Karl Lenzen, Hat das ungeborene Kind nur einen moralischen Status?, MDR 11/1990, S.969f., insb. 970 (recht)) と「胎児の憲法上の保護価値性 (Schutzwürdigkeit) からやえまだ必ずしも国家の刑法上の保護義務が生ずるわけではない」 (Albin Eser, Erwiderung auf Karl Lenzen: „Hat das ungeborene Kind nur einen moralischen Status?“, in MDR 1990, 969, MDR 3/1991, S.212 (recht)) とする反論がみられる。これに対し、「胎児保護法」制定に際して制限しようとした研究の自由とは異なり、人間の尊厳の尊重・保護は憲法の最高原則であるとの再反論がなされている (Lenzen, MDR 3/1991, S.213 (recht))。このような対立を日本憲法での議論に引き写して考えると、憲法一三条と三一条との対立ということにもなってくるであろう。しかし、自然人とは異なり、胎児の場合、極めて包括的に墮胎の正当化が行われているわけであり、両者同列には捉えられないであろう。しかし、問題は出生後の「人」にあつたのであり、ドイツの「立法」提案もこれをねらったものである (もっとも、前掲討議草案は、本来の人に対する傷害行為と異なることを自覚しつつ、墮胎罪規定の刑を標準として「胎児加害」の刑を定めることをめざしていた [herausg. v. Günther und Keller, a.a.O.S. 349, 355, 356])。前述のように、ドイツでは、これに関する「立法」は断念されたわけであるが、日本でも「立法」には困難を伴うことは否定しえない。刑の面からみた場合、一方で、実質的に墮胎の「未遂」形態をも処罰することになる刑が墮胎「既遂」のそれと均衡を保ちうるかが問われ、他方で、「人」の致死傷に

違いない以上、同様に処罰すべきだとされることになろう。前者の視点からは、墮胎「既遂」よりも軽い刑の制定という要請が働くであろうが、後者からは、できるだけ「人」に近い刑にせよという要請が働くであろう。このような困難な課題の「決断」は立法者に委ねられているといえるのではあるまいか。この点、さらに、妊娠中絶許容期間以降の独自の胎児殺罪を認めるイギリスの立法などにつき、中谷瑾子「生命の発生と刑法」石原一彦・佐々木史朗・西原春夫・松尾浩也編『現代刑罰法大系第三巻個人生活と刑罰』（一九八二年）二二頁以下。なお、前掲(v)注⑬⑭⑮。

(17) 土本・前掲判タ六一二号五頁一段、一一頁一段、一三頁一段、同・前掲警論三二卷九号一二九、一三九頁。そこでの「形式論理」とは、「生命・身体に対する犯罪は「人」に対してのみ成り立つ、「胎児」は人にあらず、よって胎児に対する傷害は傷害罪を構成しない」というものである。

(18) 板倉宏「水俣病問題化」ジュリ九〇〇号法律事件百選（一九八八年）九九頁中段に、このような思考がうかがえるように思われる。

(19) 板倉・前掲ジュリ六九〇号四一頁三段。このような評価に対しては、江藤教授との間に確執がみられる（江藤・前掲ジュリ九〇八号二五頁一、二段、二八頁一段、同・前掲法学と政治学の諸相四二四頁、板倉・前掲法教九四号七五頁注④）が、捜査・起訴の遅滞が刑事法理論に歪をもたらしたことは否定しえないであろう（宗岡嗣郎・梅崎進哉・吉弘光男「チッソ水俣病事件の事実関係と刑事法的規制の側面」前掲刑雑三一巻二二頁）。

三 おわりに

以上のように、「判例」についての一般論を概観し、刑事・民事・行政訴訟の分野にわたって、「判例による法形成」が可能であることを踏まえつつ、具体例として「水俣病事件」のなかの二つの刑事事件を取り上げ、検討を加えたわけである。

「水俣病事件」をめぐる代表的な二つの刑事事件において、いずれも「判例による法形成」がなされていたことを確認しえたであろう。一方は、公害被害者が刑事被告人として有罪判決を受けるといふ逆転現象が起こりそうになったのを阻止するための「法形成」であり、他方は、公害被害者や世論の処罰感情を背景に、遅きに失した刑罰権の行使を救済するための苦肉の「法形成」といえよう。両者の最終的な「結論」は、われわれを満足させるものであることは否定しえない。この意味で、最高裁は具体的妥当性を図ってくれたとはいえそうである。^①「水俣病事件」、特に熊本水俣病事件は、公害対策基本法を始めとして、公害に係る健康被害の救済に関する特別措置法、公害健康被害補償法など一連の被害者救済を目的とする実定法、そして人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律、公害紛争処理法などといった「立法」^③の社会的動機になった^④とはいえ、このような立法とともに、「裁判」もまた事後処理であることが如実に示されたといえよう。民事・行政訴訟における「法形成」を強調する諸見解が、差止め請求などの将来を見越した訴えを重視する理由もここにあるわけである。しかし、これらの訴訟においても、過去の損害賠償も併せて求めているところに示されているように、やはり事後処理の色彩を兼ね備えたものなのである。特に熊本水俣病事件においては、様々な自然現象の異変に迅速・適切に対処する行政・警察活動こそが求められていたのであった。しかし、これらは、むしろ被害を隠蔽・黙認し、被害民を抑圧する方に加担していたといわざるをえない。

同じ水俣病被害が起きた新潟やいわゆる本州製紙漁民乱入事件⁽⁵⁾の東京・千葉と熊本水俣病の水俣とが比較されることがある。新潟の場合と水俣の場合とは、後者においては企業城下町が形成され、いわばチッソが市を支配し、直接工場とかかわりをもたない被害民も弱い立場に置かれていた⁽⁶⁾のに対し、前者においては工場自体は川のはるか上流にあり、被害民と企業とのかかわりが一層希薄であったという違いがみられる。このような違いが工場被害に対する決定的な対応の差を生み出したであろうことは想像に難くない⁽⁷⁾が、地域住民の権利・法意識、法律・裁判に対する信頼度などの違いも、微妙に反映しているよう⁽⁸⁾もみえる。このような違いは、新潟の場合、第二の水俣病であるにもかかわらず、結果的に、水俣より早く民事訴訟が提起され、かつ勝訴している⁽⁹⁾のに対し、水俣の場合、いわゆる自主交渉が高い評価を得てはいる⁽¹⁰⁾が、結局のところ、民事事件「第一次訴訟」勝訴⁽¹¹⁾がはずみをつけたような面があり、「チッソ補償交渉事件」についても、法治主義的観点を杓子定規に適用すると、一審判決にならざるをえないのを、二審が逆転し、最高裁も衡平の見地から救済した⁽¹²⁾ということになる。裁判は決して万能ではなく、敗訴した場合、既判力が働き、もう何も要求できないのではないかという危惧感もあるであろうが、訴訟の提起自体が事態の改善をもたらす⁽¹³⁾こともあり、運動とともに、訴訟に訴えていくという手段も重要である⁽¹⁴⁾ということが示されているといえるのではあるまいか。他方、水俣においても、漁民の抗議暴動により、チッソ工場の多数の器物が損壊されるなどの事件があった⁽¹⁴⁾のである。本州製紙漁民乱入事件の場合より被害が大きかったよう⁽¹⁵⁾もみえるが、単純な比較はできないが、この事件の場合、適切な措置がとられたうえに、漁民全員不起訴処分⁽¹⁵⁾になっているのに対し、水俣の場合は、多くは罰金の略式命令を受け、執行猶予付きではあるが、懲役に処せられた者までいる⁽¹⁵⁾にもかかわらず、当時これといった適切な措置が講じられていないことは看過しえない⁽¹⁶⁾。水俣の場合、工場と地域との関係、地域住民相互の関係がまさしく歴史的に「構造的」であり、最も貴重なものとして尊重・保護されるべき人の生命・身体よりも、企業の利益を優先し、そしてそれを容認する風潮が地域社会に存在したよう⁽¹⁶⁾もみえる。このような構造は、一時的な関係とは

異なり、多少の攻撃では崩れなかったわけである。自主交渉は、このような構造に対する不信感から生まれたようにもうかがえる。公共機関がいずれも手助けしてくれどころか、むしろ弾圧するような状況下で、必然的にこのような形態が生まれざるをえなかったような面も看取される。⁽¹⁷⁾ 水俣病国家賠償請求訴訟⁽¹⁸⁾には、このような不信感が良くあらわれているといえよう。

このような点からみて、当時の状況として、カーバイド系工業から石油化学工業へという「国策」の転換があったことに「資本主義の矛盾」をみることは不可能ではないが、今日においては、公害は資本主義の産物ではないことも明らかであり、⁽²⁰⁾従って、自然環境に対するわれわれ住民の厳しい監視の目とともに、特に行政サイドの迅速・適切な対応が求められている⁽²¹⁾ことが、最大の教訓といえるのではあるまいか。しかし、そのためには、自然環境の保全に適切に対処しうるような法体系の整備も不可欠である。この限り、「資本主義の矛盾」との対決が迫られるともいえず。環境をなおざりにし、企業利潤の追求のみに腐心する活動に規制が加えられることが求められるのである。⁽²²⁾われわれ住民・消費者としても、このような環境保全によるコスト・アップについては、相応の負担を甘受すべきものといえよう。高度経済成長路線が生んだ歪⁽²³⁾「水俣病」は、主要な法律全般にわたって裁判をまきおこし、まだ完全に決着をみたとはいえない。本稿は、「判例による法形成」というテーマのもとに、大阪国際空港訴訟⁽²³⁾や名古屋新幹線訴訟⁽²⁴⁾などの生活環境そのものの保全をも求める訴訟との比較で、より事後処理的色彩が強く、従って、広義の「環境訴訟」の一端として位置づけうるように思われる。⁽²⁵⁾「水俣病事件」を素材に、検討を加えてみたわけである。

(1) もっとも、このような姿勢が、必ずしも公害事件をめぐる最高裁の一貫したそれであるわけではないことは、論者の指摘するところである(江藤・前掲法学と政治学の諸相四〇六、四二四頁)。特に、いわゆる事故型公害事件に対する最高裁の判断⁽²⁶⁾の背景には、経済成長の鈍化などにより大規模な公害があまり顕出しなくなったといった状況の変化を理由に公害規

- 制の緩和を求めらうごきがあるといった見方」から捉えらうとする見解が散見される(板倉宏「日本アエロジル塩素ガス流出事故事件」ジュリ九三五号昭和六三年度重要判例解説(一九八九年)一六一頁二段、同「問われる公害罪法適用のあり方—大東鉄線事件最高裁判六二・九・二二判決をめぐって」法セミ三九七号(一九八八年)二二頁四段、伊東研祐「日本アエロジル塩素ガス流出事故最高裁判決」ジュリ九二六号(一九八九年)四七頁一〜二段、などを参照)。この点、「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律案」をめぐる審議においても、「危険を及ぼすおそれのある状態を生じさせた」という要綱(法務省原案)から「危険を生じさせた」という法律案(法務省最終案、政府原案)に修正されたことに関し、大気汚染防止法の改正案、及び水質汚濁防止法案においていずれもいわゆる直罰形式がとられたのに対応して、法務省原案では「適用の範囲が広まってくるのじゃないかと危惧される意見が相当出てきた」のに対応え、かつ「従来の刑法で固まった危険犯ということをやっていくのが理論的にも相当であろうと思えますし、また、将来の運用の面におきましても支障がないという確信に達した」からとする政府側答弁(辻辰三郎政府委員『第六十四回国会衆議院法務委員会議録第三号』(一九七〇年一月七日)二頁三〜四段、なお、一頁二段、五頁一段)と、特に財界等からの圧力を強調する各意見がみられる(中谷鉄也・畑和・青柳盛雄委員『同第四号』(同年同月八日)四頁三段〜五頁一段、一一頁三〜四段)。さらに、芝原・前掲書一一三頁以下、宗岡・梅崎・吉弘・前掲論文一一三頁以下参照。
- (2) 本法律については、前注のほか、その限界を指摘し、新たな立法政策を求める論稿として、石塚伸一『公害罪法』の判例論—公害モデル論と法解釈についての一考察—北九州大学法政論集一八巻三号(一九九一年)一頁以下がある。
- (3) この点、例えばドイツでは、刑法典中に「環境に対する犯罪」という章が設けられているが、この編入に積極的な評価を与える見解として、K・ティーデマン||U・キントホイザー(垣口克彦訳)「環境刑法—実効性の実証か、それとも改正か?」警研六一巻八号(一九九〇年)七八頁上段があげられる。日本の状況については、さしあたり芝原・前掲書一一三頁以下。
- (4) 『資料集』六〇三頁上段参照。
- (5) 本事件の概要については、川名英之『ドキュメント日本の公害第一巻』(一九八九年二刷)一四九頁以下参照。比較は、『資料集』六一五頁上段にもみられる。さらに、本事件の法律・行政的な問題点についての論文と反論として、金沢良雄「工場汚水の放流問題」ジュリ一五八号(一九五八年)一二〜三頁、佐藤竺・西原道雄編(河合義和)『公害対策』(一九六九年)六一〜九頁。
- (6) この辺の事情については、原田・前掲水俣が映す世界一頁以下、七頁以下、八五頁以下、一〇九頁以下が良く伝えてく

れている。

- (7) この点につき、飯島・前掲社会学評論八一号二六頁下段、二七頁上段、三〇頁上段、三三頁下段、三四頁上段、三八、四二頁上段参照、そこでは、被害者の中にある闘争の歴史、支援組織が授けていた科学的原則的知識、などの要因の違いも指摘されている。さらに、『資料集』一二五頁中、下段参照、そこでは、日立市、豊田市、川崎市、四日市市などの比較でも、水俣市の場合、特に強度な問題性を有していたことが指摘されている。
- (8) 川名・前掲書一卷四五、六頁は、水俣を訪れた衆議院調査団への陳情の際の患者代表一主婦の挨拶を引きつつ、直訴農民の姿を思わせるものがあるいは戦前と同様な意識・行動を物語るものと評している。これに対し、新潟でも、「与茂七話し」という言い伝えが相当影響して当初訴訟には消極的であったが、国・自治体があまり頼りにならないことがわかると、弁護団の説得もあり、訴訟に踏み切るに至ったことがうかがえる（淡路・前掲註釈公害法大系四卷三〇頁以下）。従って、いずれかという点、上述の違いの方が決定的に影響して、訴訟の阻害要因になったものと思われるが、新潟の場合、より早く訴訟を決断させたのは、相対的に積極的な要因が働いたものとも考えられるであろう。
- (9) 前掲一(3)注②③参照。
- (10) 「チッソ補償交渉事件」の二審においても、「民事判決とともに水俣事件を特徴づける重要な要素となっている」（高刑集三〇卷三号三六八頁）と評されていた。さらに、畑委員・前掲法務委員会議録四号二頁三、四段も、住民運動をやって初めて「公害というものに対する認識が強くなり、政府も公害国会に踏み切らざるを得なくなった」と指摘している。
- (11) 前掲一(3)注②④参照。
- (12) 松本時夫・前掲ジュリ七三七号三四頁一段、四七頁四段、田宮・前掲刑訴法判例百選五版六一頁三段。
- (13) 前掲一(3)注②⑤参照。
- (14) 本事件の概要についても、川名・前掲書一卷四三頁以下参照。さらに、文学作品ではあるが、石牟礼道子『苦海浄土わが水俣病』（一九八七年三〇刷）一〇四頁以下が、この辺の様子を良く伝えてくれている。
- (15) 『資料集』五七四頁以下「回答書」別紙一。
- (16) 宗岡・梅崎・吉弘・前掲論文二〇頁も、漁民に対する捜査との関連で、チッソに対する強制捜査がなされていない点につき、同様な指摘をしている。
- (17) 『資料集』五四〇頁下段、五四四頁上・下段、五四七頁下段、六〇三頁中段以下、などを参照。
- (18) 前掲一(3)注②⑥、二(1)(ii)注①参照。まず、後者の熊本水俣病「第三次訴訟第一陣」は原告勝訴後福岡高裁で審議されて

いたが、いわゆる「水俣病東京訴訟」（本訴訟は「第三次訴訟」とほぼ同じものである〔齊藤義雄「水俣病東京訴訟の意義」法時五六巻八号（一九八四年）九六頁一～二段〕）につき一九九〇年九月二八日東京地裁が和解を勧告し（朝日二九日朝刊一四版一・四・二二・二三面）、一〇月四日には熊本水俣病「第三次訴訟第二十二陣」につき熊本地裁も和解を勧告した（朝日五日朝刊一四版一・四・二六・二七面）のに次いで、一二日件の福岡高裁も和解を勧告したわけである（朝日同日夕刊四版一・一一面、一三日朝刊一四版三〇面）。その後、いわゆる「水俣病福岡訴訟」についても一八日福岡地裁が和解を勧告し（朝日一九日朝刊一四版三一面）、いわゆる「水俣病京都訴訟」についても一月九日京都地裁が和解勧告の「所感」を出している（朝日一〇日朝刊一四版三〇面、毎日二八日朝刊一四版二三面）。以上のような一連の和解勧告において、原告被害民、被告チッソ・熊本県は和解協議に入ることに同意したが、被告国だけは一貫して拒絶している（和解協議の概要につき、毎日一九九一年二月一六日朝刊一七面）。国には水俣病の発生、拡大の防止に関し賠償責任はなく、認定制度の判断条件も医学界の定説を踏まえた適切なものであることを理由とする（朝日一九九〇年一月二九日夕刊四版一面）。しかし、他方、一九九一年度政府予算において「水俣病関係経費」中の「特別医療事業費」等の増額が認められ、実施されている（毎日一二月二五日朝刊一四版二三面、夕刊四版一・七面、一九九一年三月二七日朝刊一四版二六面）ほか、環境庁は中央公害対策審議会環境保健部会内に「水俣病問題専門委員会」を新設し、公害健康被害補償法の見直しや新立法の必要性を審議させることにしたと報じられていたが（毎日一九九一年一月二三日朝刊一四版二〇面、三月二七日朝刊一四版二六面）、一月二六日、同委員会（審議会）は、新たな立法措置・和解の是非には立ち入ることなく、行政施策・技術の問題に絞り、社会保険の自己負担分を「療養費」の名目で支給し、通院に要する費用などの諸雑費を「療養手当」として定額支給する、等を骨子とする「今後の水俣病対策のあり方」を環境庁長官に答申したとされている（毎日一月二七日朝刊一四版一・二三面、一三版三面、なお、一月一三日朝刊一四版一・二八面、一月一四日朝刊一二版五面、一月二七日朝刊一二版四面、その後、実際に予算措置がとられた〔一二月二七日朝刊一四版一面〕）。このようななかで、福岡高裁は、八月七日の第八回和解協議の場で、一月一六日の第二回和解協議（毎日一七日朝刊一四版一・一八面）で示した救済範囲の要件を満たす原告を、行政上の認定とは別に「和解救済上の水俣病」と認める所見を出し（毎日八日朝刊一四版一・二二面、なお、熊本地裁も、八日、この所見を前提に和解協議を進める見解を示したと報じられている〔毎日九日朝刊一四版二二面〕）、その後、一月二七日の第一五回和解協議では、「基準金額を定めて、一定要件により増減を修正する方式」が、裁判長によって提示されたと報じられている（毎日一月二八日朝刊一四版二三面、なお、毎日三月一三日朝刊一四版一・二三面、四月一三日朝刊一四版二三面、七月四日朝刊一四版一八面、七月五日朝刊一四版一面、さ

らに、毎日一九九二年一月一九日朝刊一四版一・一九面、二〇日朝刊一四版一八面、二一日朝刊一四版一面、夕刊四版六面、三一日朝刊一四版一面)。

次に、前者の熊本水俣病「待たせ賃訴訟」については、最高裁第二小法廷の法廷意見(三名)は次のように判示している。公害に係る健康被害の救済に関する特別措置法及び公害健康被害補償法(以下「救済法」及び「補償法」と略称)の諸規定のほか、「認定申請をすれば、一定の要件に該当する限り……行政措置により医療給付が受けられる状況にあり、……少なくとも認定の遅れによる救済補償関係の通常の財産的損失は、実質的には、ほとんど解消されているものといえる。」(判時一三八五号一〇頁二〜三段)。「しかし、本件の認定申請者は、難病といわれ特殊の病像を持つ水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から、一刻も早く解放されたいという切実な願望からその処分を待つものであるから、それだけに処分庁の長期の処分遅延により抱くであろう不安、焦躁の気持は、いわば内心の静穏な感情を害するものであって、その程度は決して小さいものではなく、かつ、それは他の行政認定申請における申請者の地位にある者にはみられないような異種独特の深刻なものであると推認することができる。」(三〜四段)。「ところで、一般的には、各人の価値観が多様化し、精神的な摩擦が様々な形で現れている現代社会においては、各人が自己の行動について他者の社会的活動との調和を充分に図る必要があるから、人が社会生活において他者から内心の静穏な感情を害され精神的苦痛を受けることがあっても、一定の限度では甘受すべきものというべきではあるが、社会通念上その限度を超えるものについては人格的な利益として法的に保護すべき場合があり、それに対する侵害があれば、その侵害の態様、程度いかんによっては、不法行為が成立する余地があるものと解すべきである。(原文改行)これを本件についてみるに、…認定申請者としての、早期の処分により水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待、その期待の背後にある申請者の焦躁、不安の気持を抱かれないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として、これが不法行為法上の保護の対象になり得るものと解するのが相当である。」(四段)。「しかし、本件において、「処分庁の侵害行為とされるものは不処分ないし処分遅延という状態の不作為であるから、これが申請者に対する不法行為として成立するためには、その前提として処分庁に作為義務が存在することが必要である。ただし、……作為義務を前提としない不作為それ自体は、法的に意味のある行為と評価することはできないからである。(原文改行)また、作為義務のある場合の不作為であっても、その作為義務の類型、内容との関連において、その不作為が内心の静穏な感情に対する介入として、社会的に許容し得る態様、程度を超え、全体としてそれが法的利益を侵害した違法なものと評価されない限り、不法行為の成立を認めることができないと解すべきである。」(一〇頁四段〜一一頁一段)。「以上の前提から検討した場合、「救済法及び補償法の下で、申請者から認定申請を受けた知事は、それに対する処分を迅速、適正にすべき行政手続上の作為義務があることとはいうまでもなく、これに対応して、認定申請者には、申請に対して迅速、適正に処分を受ける手続上の権利を有することになる。しかしながら、知事の負っている右作為義務は、申請者の地位にある者の内心の静穏な感情を害されないという私的利益の保護に直接向けられ

たものではないから、右の行政手続上の作為義務が直ちに後者の利益に対応するものとはいえず、「救済法及び補償法からは、認定申請に対する処分の遅延そのものに対する申請者の内心の不安感、焦燥感等に対して、これに特別の配慮を加え、その利益のために一定期間内に処分すべき旨を定めた法意を見いだすことはできない。」（一一頁一―二段）。もっとも、熊本水俣病「不作為違法確認訴訟」の確定判決（前掲一（3）注27②参照）があるが、その趣旨は、右訴訟の弁論終結時点において、知事が処分をすべき行政手続上の作為義務に違反していることを確認することにあるから、これが直ちに認定申請者の右の法的利益に向けた作為義務を認定し、その利益侵害という意味での不作為の違法性を確認するものではないと解すべきである。（二段）。しかし、「一般に、処分庁が認定申請を相当期間内に処分すべきは当然であり、これにつき不当に長期間にわたって処分がされない場合には、早期の処分を期待していた申請者が不安感、焦燥感を抱かされ内心の静穏な感情を害されるに至るであろうことは容易に予測できることであるから、処分庁には、こうした結果を回避すべき条理上の作為義務があるということが出来る。（原文改行）そして、処分庁が右の意味における作為義務に違反したといえるためには、客観的に処分庁がその処分のために手続上必要と考えられる期間内に処分できなかったことだけでは足りず、その期間に比して更に長期間にわたり遅延が続き、かつ、その間、処分庁として通常期待される努力によって遅延を解消できたのに、これを回避するための努力を尽くさなかったことが必要であると解すべきである。」（二―三段）。本件において、「申請の中には最高九年余の期間を経過したものもあるというのであるから、その時間的経過だけでみる限り、知事が右作為義務に違反しているかのように考えられないわけではない。」が、「知事が処分することが可能であったかどうか、また知事が遅延解消のための通常期待される努力を尽くさなかったかどうかについての原審の認定判断は、…にわかに是認することができない。」（三段）。詳論すれば、「原審の判断は、本件各認定申請の処理のための検診・審査の態勢及び運用方法について、それが実現可能とする前提事実を認定しその具体的根拠を示すことがないのであって、ただ、後の時点での処理実績を唯一の根拠として、その前の時点での処理可能時期をいわば算術的に試算し推認したものともみろほかないのであるから、これに合理性を見いだすことができない。すなわち、…本件認定申請に対して知事が処分をするためには、個々の認定申請者について水俣病患者であるか否かの判定が不可欠のものであるから、各認定申請者の疾病のそれぞれの症状に依じて、…専門家の検診や面接調査を経て審査会に付議をしその答申を受けるという一連の認定事務処理手続が前提になっていたのである。したがって、各認定申請に対する処分のためにどの程度の時間が必要かを判断するには、その前提として、当時の全体の認定申請件数、これを検診及び審査する機関等の能力、その内容や運営方法、申請者側の協力等の具体的諸事情を認定して、これを総合的に判断して検討する必要があるといわなければならない。ところが、原審の確定した事実からみるかぎり、被上告人らの本件認定申請があった昭和四七年末から同五二年初めまでの間は、…水俣病患者認定の申請件数が集中増加し始め、未処分件数の累計も四一―一件から三五〇〇件余までに達していた状況にあったというのであるから、こうした事情の下で、検診及び審査等の能力の限界を知るためには、特殊の病像を持つ水俣病についての専門的かつ高度の学識を有する検診医等及び審査委員を右申請件

数増加に対応してどれだけ増員し確保することができたのか、検診及び審査等の内容やその運用方法につきどのような改善が可能であったのか等について、その具体的事実の下での検討が不可欠となるはずである。したがって、原審のように、ある時点の過去の処理実績から、その前の時点における可能性を算術的に判定して、処分可能時期を断定してしまふことは、経験則に違反する不合理な認定というほかはない。……当時の具体的諸事情の下で、原審が指摘するような各種の方策を採用することが可能であったかどうか、また、より早期の処分のためその手続に改善の余地があったかどうか、改善の余地があったとしても知事において改善のための諸施策を実施し難い困難な事情がなかったかどうかについて、それぞれの前提事実を認定して判断を加えなければ、右の処分可能性について判定することができないはずである。したがって、原審がこうした認定判断を省略して、審査の可能性が必然的に判定の可能性や処分の可能性に直結するものと考えたものとするれば、これは合理性を欠くものというほかはない。」(四段〜一二頁三段)。さらに、「審査会における審査が検診によって得られた資料に基づいて水俣病にかかっているかどうかを判定するものである以上、受診拒否等によって判断資料を得ることができない申請者については、審査会は審査をすることができず、したがって、処分庁も処分することができないのは当然であって、単に処分遅延の責任の一半がこれらの被上告人らにあるとするにとどめることができないことは明らかである。……少なくとも、受診拒否等の右被上告人らについては、受診拒否等をした時点以前において受けた検診によって得られた資料によって判定ないし処分をすることが可能であったかどうかを確定しなければ、処分可能時期の判断はできないものというべきである。」(四段〜一三頁一段)。以上のとおり、被上告人らの本件認定申請に対する処分のためどの程度の期間が必要であったかは、前記「諸事情を具体的に個別的に検討して判断すべきものであるところ、原審においてこれら諸事情の存否が確定されていないのであるから、被上告人らの各申請に対しどの程度の期間があれば処分が可能であったのかは明らかではない。」(一段)。もっとも、過半数「の被上告人の各認定申請については、少なくとも昭和五一年七月二一日の時点において、知事が応答処分をすべき手続上の義務に違反している状態を確認した確定判決があるのであるから、このことから、右の認定申請に対しては、処分可能時期が経過した後も知事が処分をしていなかったものと推認できないわけではない。しかし、仮に右の処分可能時期の認定が相当であって、それ以後も知事が処分をしないままに時が経過することがあったとしても、前記諸事情の認定がされていない限り、その間、知事が認定業務を処理すべき者として通常期待される努力によって遅延を回避することができたかどうかは明らかではないので、不当に長期間にわたり知事が処分しない状態にあり、これが被上告人らの内心の静穏な感情を害されない利益を損害するものとして、全体として法の許容しない違法な行為と評価すべきかどうか、ひいては知事が故意にこうした結果を回避しなかったか又は回避すべき義務を怠った点に過失があったことになるのかどうかについても、判断することができない。」(一〜二段)。「そうすると、右の点につき認定判断することなく、知事の処分の遅延を被上告人らに対する過失による違法な侵害行為としてとらえ不法行為の成立を認めた原審の認定及び判断には、国家賠償法一条一項の解釈を誤ったか、経験則違背ひいては審理不十分なし理由不備の違法があるものといわざるを得ず、

右違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、この点をいう論旨は理由があり、原判決のうち原告ら敗訴の部分は破棄を免れない。」（二段、差し戻し）。これに対し、裁判官香川保一の「反対意見は、「精神的苦痛」の「内容」を詳細に検討し、「結局、認定申請に対する処分がされないことにより補償給付が受けられるかどうかが決しかねる不安定な精神状態をいうものと解するほかない。」（一三四段〜一四頁一段）とし、「知事が適正、迅速な処分をすべき行政手続上の法的義務があり、その義務に違背して認定が遅滞し、又は誤って申請を棄却した場合における補償給付に関する財産上の損害賠償の問題が生ずることは別として、……「内心の静穏な感情」あるいは「焦燥、不安の精神的苦痛を被らない利益」なるものは、不法行為による精神的損害賠償における侵害の対象としての権利ないし法的利益とは到底いえず、救済法又は補償法が、認定申請を受けた知事において、申請人の右のような焦燥、不安の精神的苦痛を回避すべき私法上の作為義務があるものとしているとは到底解し得ないし、条理上もそのような作為義務も見いだし得ない。」（一段）と反論しているのである。

この際、民法七〇九条ないし七一一条を引き合いに出して、「もともと不法行為による精神的損害の賠償とは、具体的な特定の法的利益により維持され、支えられている相応の苦痛のない精神状態が当該法的利益の侵害により社会通念上当然生ずるとされる当該苦痛すなわち損害を賠償することであり（二〜三段）、「焦燥、不安の精神的苦痛を被らない利益」又は「内心の静穏な感情」それ自体を維持し、支えている特定のものが侵害され、その侵害により社会通念上当然生ずるとされる「焦燥、不安」の精神的苦痛又は内心の感情が静穏でない精神的苦痛を損害として請求することができることとなるのであって、右の「特定のものが正に権利又は法益である。それを「精神的苦痛を被らない利益」ないし「内心の静穏な感情」自体を法的利益とすることは論理的に誤りというほかはない。」（四段）として、理論的に補強している（破棄自判、被告原告らの請求棄却）。

以上の法廷意見と反対意見は、「行政手続上の」義務と「私法上の」それとの区別、行政庁の作為義務の必要性、という点では共通の地盤に立脚するものといえる。違いは、「精神的苦痛」を不法行為法上の保護の対象とみるかという大前提のほか、「一般」的な見地から「条理上の作為義務」を認めるか、にある。民法の条文に則していえば、法廷意見は七〇九条の「他人ノ権利」「損害」を広義に解するものといえよう。反対意見も説得力をもたないわけではないが、七一〇条は、「他人ノ身体・自由・名誉・財産権」侵害に伴う「財産以外ノ損害」についても賠償を認めた一般規定、七一一条は、本人自身が「財産以外ノ損害」について権利主張しえず、かつ、「生命」という最も貴重な法益を侵害した場合として、権利主張しうる人的範囲を拡張したものと解するならば、一般的には、法廷意見の方が支持されよう。法廷意見は「条理」をもって「作為義務」を根拠づけており、民法上の議論としては必ずしも不当だとはいえないであろう（裁判事務心得^{〔明治八・六・八〕}三条）が、救済法及び補償法から同様な帰結が導けないのか疑問なしとしないほか、被告原告らの請求自体、反対意見も認めているような形で、「行政手続上の法的義務」違背による認定遅滞の結果、「損害」を及ぼしたとする趣旨の主張と再構成することも

不可能ではないように思われる。もっとも、この場合、「財産的損失は、実質的には、ほとんど解消されている」として、しりぞけられることになるであろうか。法廷意見と原審との対比については、法廷意見は「通常期待される努力」を基準とし、「受診拒否等」も独自に重視しており、このような判断自体、不可能事を強いることはできないという考え方からして、一般論としては妥当だと思われるが、原審・原原審はしかるべき態勢をとるべきだったという発想にたっていたようにうかがわれ、また、不作為による国家賠償責任を認めた熊本水俣病「第三次訴訟第一陣」一審判決（判時一二三五号二頁以下、前掲二(1)(注1)、その後の推移については、本注前段）の考え方からすれば、「通常期待される努力」程度では済まないということになりそうであるが、後者に対する第二小法廷の態度は必ずしも明らかではない。熊本水俣病「不作為違法確認訴訟」確定判決については、法廷意見は、「諸事情の認定がされていない」ことをやはり問題としてあげている。一般論としては、本稿の基本的立場からしても、「具体的諸事情を認定して、これを総合的に判断して検討する」という姿勢は妥当だと思われる（前掲(注1)(本文)）が、ここでも、「通常期待される努力」が足枷として残されることになった（裁判所法四条、民訴法四〇七条二項但書）。

さらに、新潟水俣病事件についても、国の責任を追求する訴えが提起されている（坂東克彦「新潟水俣病第二次訴訟」公害研究一五巻二号（一九八五年）三六頁）。

(19) 加藤・前掲法時四四巻五号一二頁以下に、このような捉え方がうかがえるように思われる。

(20) 宮本憲一「座談会」公害が映し出す世界—環境問題を見る視点—法時六二巻一号（一九九〇年）一〇頁三段以下。

(21) このような考え方は、多くの論者が指摘するところである。青柳委員・前掲法務委員会議録四号一四頁四段「公害罪などというもので防止するなどというのは実は下の下であって、その以前に行政を徹底的に行なう、そしてその行政に違反するような企業の責任は徹底的に制裁をもって臨む」べき、小林国務大臣第六十四回国会衆議院法務委員会議録第一号（一九七〇年一月三日）五頁四段「公害を抑止するには、まずもって、的確にして強力な行政諸施策の実施を必要とするものでありまして、刑事司法の関与する分野にはおのずから限界があり、その果たすべき役割りも補充的なものであります」、阿部泰隆「公害・環境の政策と法の課題」前掲法時六二巻一号三二頁三段「人間に対する影響が生ずる前の環境汚染の段階では、行政による公共的な観点からの社会的コントロールが必要になる。」、富井利安「環境法の現在と将来」同四五頁二段「限られた権限と財源の枠内で最大限効果的な法運用が期待されている。」、中山研一「公害罪処罰法の適用範囲—アエロジル塩素流出事件判決を契機として」判タ三八五号（一九七九年）四五頁二段、五二頁三段「行政による事前規制とその直罰方式にこそ第一義的な重要性が与えられるべきものである。……保安・防災システムの事前の行政的規制こそがより

重要でなければならないのである。」、井上祐司「日本アエロジル工場塩素ガス流出事件」法教一〇三号（一九八九年）九五頁四段「公害規制の第一線が事前の行政規制にあることは勿論」としつつ、特に「自主的な定期保安検査」の「徹底」に期待する。Klaus Hansmann, *Verwaltungshandeln und Strafverfolgung-Konkurrierende Instrumente des Umweltrechts?*, NVwZ 1989, S.914 (link)「行政活動は目的が定まっておるか？将来志向的である…環境保護と環境育成（Umweltschutz und Umweltpflege）は国家共同体の基本的な関心事なので、この目標の達成のための行政活動が存在しなければならぬ。（原文改行）これに対し刑事訴追は過去の克服にかかわる事柄を行わなければならない。…刑事訴追—または正確には、刑の賦科—は、行為者及び公衆のさらなる犯罪行為の実行を抑制する限り、将来志向的である。」（本論文については、交告尚史訳「行政活動と刑事訴追—環境法の競合する手段？」警研六一巻九号（一九九〇年）七五頁参照）、Herbert Trondle, *Verwaltungshandeln und Strafverfolgung-Konkurrierende Instrumente des Umweltrechts?*, NVwZ 1989, S.919 (link)「環境保護はまず第一に実情に則した（sachgemäß）行政活動の問題であること、この領域での最後の手段としての刑法には、たとえ不可欠であるとしても、補充的な保護機能が帰属するにすぎないこと、核刑法（Kernstrafrecht）への環境刑罰構成要件の受け入れ後も行政法従属性は不可欠かつ実情に則していること」（本論文については、川口浩一訳「行政活動と刑事訴追—環境法の競合する手段？」同七九頁下段参照）、Wolfgang Winkelbauer, *Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, Neue Zeitschrift für Strafrecht*「職務担当者の刑事責任の問題は、まさに環境刑法において特別な意義をもっている」というのは、そこでは、刑法上の保護の実効性が決定的に環境行政官庁の行動に依存しているからである。このことは本質的に二つの理由からなる。（原文改行）第一に、環境行政官庁の協力なしには、環境犯罪を刑法上有効に防止できないからである。…比較的小量ではあるが、恒常的に最大許容排出基準値を超過し、その累積効果のゆえにしばしば深く深刻な違反行為というものは、統制基準を実施する行政官庁からの適切な通報がなければ刑事訴追官庁に隠蔽されたままとなる。…第二に、行政官庁の義務に則った任務履行なしには、刑法という法律上の手段は十分に利用できないような形で、環境刑罰構成要件は形成されている、……大気、水、土等の質の（保全の—訳者注）ための環境刑法が、それらに相応する環境行政規範とは別の基準を設定するとしたら、ほとんど意味のないことであるかまたは決してわれわれの法秩序と相入れないことになる。」（本論文については、吉田卓司訳「環境刑法における職務担当者の刑事責任」警研六一巻一〇号（一九九〇年）七二〜三頁参照）、さらに、大気汚染防止法と水質汚濁防止法などの比較で、特に前者はそもそも「証拠の収集をすることは著しく困難であり、また「行政機関による立入検査によらなければ事実上違反の確認ができない」ことの指摘として、平本喜祿「大気汚染防止法」平野龍一・

佐々木史朗・藤永幸治編『注解特別刑法第3巻公害編Ⅲ』（一九八五年）八頁、原田國男「水質汚濁防止法」同Ⅳ三頁参照。なお、前掲二(1)(v)注1。

(22) 原田正純・前掲法時六二巻一号八頁二段。

(23) 前掲一(1)注2参照。

(24) 名古屋地判一九八〇年九月二一日判時九七六号四〇頁、名古屋高判一九八五年四月二二日判時一一五〇号三〇頁（上告中）。

(25) 周知のように、「環境権」という概念は、一九七〇年九月の日弁連第一三回人権擁護大会で提唱されたものであるが、環境侵害に対する「妨害の排除または予防を請求しうる権利」としても構成するものであった（大阪弁護士会環境権研究会編著・前掲環境権二一、四一頁以下、五一、六一頁、さらに一七頁）。大阪国際空港訴訟での原告側主張にも、「私権としての環境権は人格権を発展させたその外延を守るものである。」という考え方がうかがえる（民集三五巻一〇号一七〇八、一七六八、一七七〇、一九六七、一四四二頁）。このように、今日、「環境訴訟」は差止めなどを中心とした予防的な色彩が濃厚になってきているものといえよう。もっとも、前掲二(2)(iii)注1漁獲禁止行政訴訟及び水俣湾へドロ浚渫事件参照。

※ 本稿は、一九八九年度後期第二種一般教育（教育・経済・法学部二年後期以降学生対象）の講義原稿をもとに、相当程度加筆・訂正したものである。

なお、「水俣病刑事事件」部分の執筆にあたり、刑事確定訴訟記録の閲覧のために重ねて熊本地方検察庁にお世話になった。記して謝意を表したい。