

# 判例に見られる罪刑法定主義の危機

浅 田 和 茂\*

## 目 次

- はじめに
- 1 クロロフォルム事件と早すぎた結果の発生
  - 2 自己名義の預金通帳の取得と詐欺罪
  - 3 政治的ビラの配布と住居侵入罪・国公法違反
  - 4 オウム真理教信者履歴書事件と私文書偽造罪
  - 5 イカタコウィルス事件と器物損壊罪
- おわりに

## はじめに

第二次世界大戦の渦中、日本では一時、類推許容論が有力になったが、戦後、「罪刑法定主義の復活」の名の下に、類推の禁止が通説となって現在に至っている。「言葉の可能な意味」を超える法の適用は類推であり、法の解釈の域を超える（裁判官による立法を意味する）ものであって許されない。ところが、現実には、私見からすれば「類推」といわざるをえないような判例が相次いでいる。法科大学院で判例の論理を解説する度に、「日本の判例はここまで罪刑法定主義を軽視するのか」と嘆息せざるをえない。罪刑法定主義（類推の禁止）は、憲法31条の要請であり、罪刑法定主義違反はいうまでもなく憲法違反である<sup>1)</sup>。

もちろん、日本の判例が類推にかぎりなく近い（むしろ類推といわざる

---

\* あさだ・かずしげ 立命館大学大学院法務研究科教授

をえないような) 解釈を行ってきた例は、枚挙にいとまがない。そのことがとくに顕著になるのは、「判例の後追い立法」の場合である。

古くは、電気の盗用を窃盗罪にした大判明 36・5・21 (刑録 9 輯 874 頁) の後、明治 40 年に、現行刑法 245 条の規定が置かれた。戦後も、自動車登録ファイルが公正証書の「原本」に当たるとした最判昭 58・11・24 (判時 1099 号 29 頁) の後、昭和 62 年に、157 条に電磁的記録を加える刑法改正が行われた。変造テレカは有価証券に当たるとした最判平 3・4・5 (刑集 42 卷 2 号 314 頁) の後、平成 13 年に、163 条の 2 以下に支払用カード電磁的記録に関する罪が立法されたのも同様である。

これらの判例は、日本における判例と立法の関係を混乱させることにもなっている。上記のいずれにおいても、判例は、現行法の解釈・適用では処罰できないとして当該事件は無罪とし、立法を促すべきであった。そうしなかったために、「後追い立法」の規定は、判例の立場からすれば無用のもの (単なる注意規定) ということになり、解釈に混乱をもたらすことになっているのである<sup>2)</sup>。

これに類似のことは、判例と刑法改正の草案との間にも見られる。

総論の分野についていえば、たとえば「共謀共同正犯」は、現行法の共同正犯と教唆との区別を破壊するものであって、私見によれば解釈の域を超えている。改正刑法草案 27 条 2 項が「二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする」という規定を提案したのは、立法が必要なところを判例が解釈で賄ってきたことを意味している (もっとも、私見はこのような立法には反対である)<sup>3)</sup>。

「不真正不作為犯」についても、これを認めるのが判例・通説であるが、改正刑法草案 12 条は「罪となるべき事実の発生を防止する責任を負う者が、その発生を防止することができたにもかかわらず、ことさらにこれを防止しないことによってその事実を発生させたときは、作為によって罪となるべき事実を生ぜしめた者と同じである」という規定を提案していた

（私見は、各則に若干の真正不作為犯の規定を置けば足りると考えている<sup>4)</sup>）。

間接正犯（草案26条2項）や原因において自由な行為（草案17条「みずから招いた精神の障害」）についても同様である<sup>5)</sup>。これらの規定なしに解釈で賄っている現在の判例は、罪刑法定主義の観点から見て、十分な法的根拠を有していないといわざるをえない。

最近では、親族相盗例について、親族であるにもかかわらず同規定を適用しないという判例まで現れた（最決平 20・2・18 刑集62巻2号37頁，最決平 24・10・9 裁時1565号3頁<sup>6)</sup>）。法定の要件を満たしているにもかかわらずその規定を適用しないのは、罪刑法定主義に反する（適用を制限するには立法を要する）であろう。自招侵害についての判例（最決平 20・5・20 刑集62巻6号1786頁）が、行為時に正当防衛の要件を満たしているにもかかわらずその適用を否定するというのであれば、これにも同様の疑問がある<sup>7)</sup>。

以下には、近時の若干の判例について判例の論理を確認するとともに、それが日本における罪刑法定主義を危うくするものであることについて、改めて注意を喚起することにした。

## 1 クロロフォルム事件と早すぎた結果の発生

罪刑法定主義の基本は、まず、各犯罪の実行行為（構成要件に該当する行為）の確定にある。その際、客観的な実行行為と、主観的な故意とは明確に区別しておかなければならない。

いわゆるクロロフォルム事件において、最決平 16・3・22（刑集58巻3号187頁）は、「実行犯3名の殺害計画は、クロロフォルムを吸引させてAを失神させた上、その失神状態を利用してAを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要かつ不可欠なものであったといえること、第

1 行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を推進する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第 1 行為と第 2 行為との間の時間的場所的接性などに照らすと、第 1 行為は第 2 行為に密接な行為であり、実行犯 3 名が第 1 行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明かに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯 3 名は、クロロフォルムを吸引させて A を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯 3 名の認識と異なり、第 2 行為の前の時点で A が第 1 行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることなく、実行犯 3 名については殺人既遂の共同正犯が成立する」と判示した<sup>8)</sup>。

この事件を判断するに当たって肝要なのは、この事件が「クロロフォルム殺人事件」であるということである。被害者がクロロフォルムを大量に吸引させられて死亡したと認定された以上 (in dubio pro reo の原則に従い少しでも被告人に有利な事実認定をするとすれば、そのようにならざるをえない<sup>9)</sup>)、客観的に見れば殺人罪の実行行為があり、それと死亡結果との間に因果関係があることは、争いようがないのである。そうすると、問題は (未必の) 故意の有無だけということになる<sup>10)</sup>。被告人に「クロロフォルムでは死なない」という認識しかないのであれば、海に転落させて死亡させるというのは、殺人予備罪における「殺人の目的」であって「殺人の故意」ではない。「故意」とは、実行行為の時点における実行行為の認識とそれに伴う構成要件的结果発生の予見であって、その認識対象となる実行行為は、それによって構成要件的结果 (死) が発生する現実の危険性を有するものでなければならない。

最高裁は、本件において故意の認識対象となる殺人の実行行為を、「クロロフォルムを吸引させる」行為 (行為者の認識ではこれでは被害者は死なない) ではなく、「クロロフォルムを吸引させた上で海に転落させる」という一連の行為 (この場合は、行為者の認識レベルでも被害者は死ぬ)

とすることによって、殺人予備における殺人の「目的」（その行為ではなく第2行為による死の結果惹起の予見しかない）ではなく、殺人の「故意」（その行為による死の結果惹起の予見を意味する）を認めたのである。① 第1行為の不可欠性、② 障害となる特段の事情の不存在、③ 時間的場所的近接性という3要件は、そこで一連の行為を認めるための要件であり、あくまで殺人の故意を認めるための操作である。

そのようにしてはじめて、客観的な因果経過（クロロフォルムによる薬物死）と行為者の主観的な因果経過の認識・予見（クロロフォルムを吸引させた上で海に転落させることによる溺死）との間にズレが生ずるので、因果関係の錯誤が問題になり、重要な錯誤ではないとして殺人既遂という結論に至ったものと解すべきである<sup>11)</sup>。

しかし、行為者が「クロロフォルムの吸引で被害者が死ぬことはない」としか認識していない以上、やはり行為者には殺人予備罪の「殺人の目的」はあったとしても「殺人の故意」はなかったといわざるをえない。もし、行為者が適量のクロロフォルムを吸引させて意識を失わせた（行為者の認識はこれである）時点で犯行が発覚し、行為者が逮捕されて被害者が死ななかったとすれば、これを殺人未遂とすることには無理があり<sup>12)</sup>、せいぜい殺人予備が認められるに過ぎないと思われる。本件は、行為者の認識では予備行為（ただし客観的には実行行為）から結果が発生したのものとして、殺人予備と傷害致死（ないし過失致死）の観念的競合とすべきであった。

最高裁の「一連の行為」の基準では、計画的な殺人における準備行為の多くは実行行為の一部ということになりかねない。たとえば、妻が夫に飲ませるために毒入りウイスキーを用意し（第1行為）、夕食後に夫に飲ませよう（第2行為）と計画して外出したところ、直後に夫が帰宅し、それを見つけて飲んで死亡したような場合、（予備行為からの早すぎる結果発生の典型例であるにもかかわらず）3要件とも充たされていて殺人既遂となりかねないが、そのような結論は不当であろう<sup>13)</sup>。

## 2 自己名義の預金通帳の取得と詐欺罪

最決平 19・7・17 (刑集61巻5号521頁) は、第三者に譲渡する目的を秘して自己名義の預金口座を開設し、預金通帳およびキャッシュカードの交付を受けた行為につき、「銀行支店の行員に対し預金口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意思であることを表しているというべきであるから、預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡する意思であるのにこれを秘して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう欺罔行為にはかならず、これにより預金通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成することは明らかである」と判示した<sup>14)</sup>。しかし、自分の預金通帳の作成が詐欺罪になるというのは、決して「明らか」なことではない。

他方、この最高裁決定が、貯金通帳が振り込め詐欺などの手段として用いられていること、および旧本人確認法(2002年)16条の2における預金通帳等の譲り受け・受交付・受提供の禁止と処罰(50万円以下の罰金)を受けたものであることは「明らか」である。山口説<sup>15)</sup>に依拠した詐欺罪と金融機関本人確認法罰則との「住み分け」という上告趣意の主張も受け入れられなかった。しかし、後者の制裁は50万円以下の罰金である。自分の預金通帳を作ってその交付を受け、それを譲渡することが詐欺罪として10年以下の懲役に処せられるとするのは、とうてい納得のいくことではない。預金通帳を交付したところで銀行には何ら財産的損害は発生しないのである。理論的には、譲り受けた者が重い詐欺罪の共犯になるのではないかという問題も生ずる。

しかも、旧本人確認法16条の2は、犯罪収益移転防止法(2007年)旧26条1項、さらに同改正法(2011年、2013年4月27日までに施行)27条1項に移され(1年以下の懲役もしくは100万円以下の罰金または併科)、同条2項は「相手方に前項前段の目的があることの情を知って、その者に預金

通帳等を譲り渡し、交付し、又は提供した者も、同項と同様とする。〔以下略〕と規定している。旧規定では譲渡した者が必要的共犯として不処罰になりうることを避けたものと思われるが、判例が譲渡した者に詐欺罪を認めたことにより、さらに本罪と詐欺罪との関係が問題となる。振り込め詐欺自体は詐欺罪に当たるのであるから、情を知ってそれに協力したのであれば、詐欺の幫助とすることも可能であろう。どうしてこのような事態が生じたのか。

ドイツで、詐欺罪が、茫漠たる *falsum*（虚偽犯罪＝真実権の侵害）の中から文書偽造や通貨偽造と区別され、明確に財産移転犯罪として規定されたのは、1971年のドイツ帝国刑法典においてであった。詐欺罪の歴史は、手段たる欺罔すなわち信義誠実義務違反に重点を置くか結果たる財産的損害に重点を置くかの間で揺れ動いてきた歴史である。近代刑法の出発点では、詐欺罪を財産犯として純化することに重点が置かれた。他方、信義誠実義務を重視したナチス時代には、たとえば小児科医に母乳を売った女性が自分はユダヤ人であることを告げなかったという事案につき詐欺罪を認めた判例があった。この判例は、前者の系譜に繋がるものである<sup>16)</sup>。

真実を告げれば交付しなかった物を真実を告げなかったので交付した場合は、すべて詐欺罪になるとするのが近時の判例である（他人に渡すことを秘して航空機の搭乗券の交付を受けた行為を詐欺罪とした最決平 22・7・29 刑集64巻5号829頁もその例である）。それは、詐欺罪を全体財産に対する罪ではなく個別財産に対する罪と捉えることにより、財物の交付自体を財産的損害とし、財物交付の目的達成を法益に組み入れることによって正当化されている。しかし、これはもはや財産犯としての詐欺罪ではなく、かの *falsum* に回帰するものといわざるをえない（詐欺罪を単なる手段犯罪に貶めてはならない）。

判例のこのような動向は、1項詐欺にとどまらず2項詐欺にまで及んできている。暴力団関係者がゴルフ倶楽部を利用してプレーしたことが詐欺罪に問われた事件につき、名古屋地判平 24・4・12（LEX/DB25481215）

は、その行為が詐欺罪に当たることを肯定したうえ、被告人が「本件ゴルフ倶楽部の施設を利用しようとする者が暴力団構成員であるか否かが、同倶楽部従業員において、同倶楽部との間でゴルフ場利用契約を成立させた上、同倶楽部の施設を利用させるか否かの判断の基礎となる重要な事実であると認識していたとまでは認められない」として無罪とした（ただし別の詐欺罪で有罪となっている）のに対し、宮崎地判平 24・11・28 は、暴力団関係者の利用を禁じたゴルフ場で、組員であることを隠してプレーをしたとして、詐欺罪に問われた暴力団組長に懲役 1 年 6 月執行猶予 3 年を言い渡した<sup>17)</sup>。しかし、ゴルフ場には何ら財産的損害はないのである。その後、2012年12月29日には「暴力団であることを隠しゴルフ場を利用したとして、指定暴力団山口組の最高幹部ら 4 人が詐欺容疑で逮捕された事件で、大阪地検は28日、全員を不起訴処分（嫌疑不十分）にした。……地検は『十分な証拠を収集できなかったため』としている」と報じられた<sup>18)</sup>。証拠不十分というよりは、もともと財産犯としての詐欺罪には当たらない場合であったといえよう。

### 3 政治的ビラの配布と住居侵入罪・国公法違反

最決平 20・4・11（刑集62巻5号1217頁）は、「自衛隊のイラク派兵反対」などと記載したビラを自衛隊の立川宿舎号棟の各居室玄関ドアの新聞受けに投函する目的で、同宿舎の敷地内に立ち入ったうえ、号棟の各階段 1 階出入口から 4 階各居室玄関前までの共用部分に立ち入った行為につき、その共用部分は「人の看守する邸宅」に当たり、その敷地は「人の看守する邸宅」の囲いよう地として邸宅侵入罪の客体になるとしたうえ、「侵入」とは管理権者の意思に反して立ち入ることをいうとして、住居侵入罪を認めた<sup>19)</sup>。

最判平 21・11・30（刑集63巻9号1765頁）も、日本共産党区議団だより等のビラを配布する目的で、東京都葛飾区内の地上 7 階建てマンション



の玄関口・玄関内ドアを開けエレベーターで7階に上がったうえ、7階から3階までの各住戸のドアポストに上記ビラを投函した行為につき、「刑法130条前段の罪」が成立するとした<sup>20)</sup>。

いずれの事件も、第1審で無罪とされたにもかかわらず、控訴審で逆転有罪となり、最高裁がそれを認めた点で共通している。両事件は、政治的ビラの配布という点でも共通しているが、それ自体は、表現の自由の行使であってこれを処罰することは憲法違反である。これを住居侵入罪で処罰することは政治的弾圧といわざるをえない。商業用の宣伝ビラや各種のチラシの居宅郵便受けへの配布は日常的に行われていることであり、集合住宅やマンションもその例外ではない。しかし、それらを住居侵入罪で起訴した例はないのである。宿舍号棟の廊下やマンションの敷地・住戸前の廊下は、施錠など立入り禁止の措置が取られているわけではなく、たとえビラ配布やセールスマンの出入りを禁止する管理権者の意思が張り紙などで表示されていたとしても、せいぜい軽犯罪法1条32号の「入ることを禁じた場所」に該当するに過ぎないであろう。

2012年12月7日、最高裁第二小法廷は、同じく政治的ビラの配布につき国家公務員法の政治的行為の禁止違反に当たるか否につき、控訴審において無罪と有罪とに結論が分かれた両事件につき、いずれの上告も棄却した（LEX/DB25445107, 25445108）。控訴審で無罪としたのは、いわゆる堀越事件についての中山判決（東京高判平22・3・29判タ1340号105頁）であり、有罪としたのは、いわゆる世田谷事件についての出田判決（東京高判平22・5・13判タ1351号123頁）である。最高裁によれば、堀越事件において被告人は、国民年金相談室付係長で、その担当業務は全く裁量の余地のないものであり、人事や監督に関する権限も与えられていないのに対し、世田谷事件において被告人は、厚生労働省大臣官房統計情報部社会統計課長補佐で、指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる管理職的地位にあったものであって、「公務員の職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に認められ

るものかどうか」という点で両事件に違いがあるというのである。

しかし、両事件とも休日に日本共産党の新聞「赤旗」を居宅やマンションなどの郵便受けに配布したというものであって、その行為自体「職務の遂行」に何ら影響を及ぼすようなものではない。堀越事件の無罪判決は、中山判決や最高裁決定の理由づけの如何に拘わらず、猿払事件判決（最大判 49・11・6 刑集28巻9号393頁）と相容れないものである。また、世田谷事件判決の理由づけからすると、管理職的地位にある者は、特定の政党（たとえば自民党）の支持を表明してはならないということになりかねない。両事件は、むしろ大法廷で審議し、正面から猿払事件判決の見直しをすべきであった。私見によれば、国公法102条1項（政治的行為の禁止）、110条1項19号（同罰則）は、少なくとも人事院規則14-7第4項（勤務時間外適用）および第6項13号（文書等の掲示・配布等）に関するかぎり違憲である。猿払事件判決、出田判決とそれを是認した最高裁決定が政治的弾圧を是認したものであることが銘記されなければならない<sup>21)</sup>。

#### 4 オウム真理教信者履歴書事件と私文書偽造罪

必ずしも最近の判例とはいえないが、最決平 11・12・20（刑集53巻9号1495頁）は、爆発物取締罰則違反で指名手配されていたオウム真理教の信者が、旅館に就職のための履歴書に偽名を用いた事件につき、「私文書偽造の本質は、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽る点にあると解されるところ（最判昭 59・2・17 刑集38巻3号336頁、最決平 5・10・5 刑集47巻8号7頁〔引用者略記〕）、原判決の認定によれば、被告人は、青木和宏の偽名を用いて就職しようと考え、虚偽の氏名、生年月日、住所、経歴等を記載し、被告人の顔写真をはり付けた押印のある青木和宏名義の履歴書及び虚偽の氏名等を記載した押印のある青木和宏名義の雇用契約書等を作成して提出行使したものであって、これらの文書の性質、機能等に照らすと、たとえ被告人の顔写真がはり付けられ、あるいは被告人

が右各文書から生ずる責任を免れようとする意思を有していなかったとしても、これらの文書に表示された名義人は、被告人とは別人格の者であることが明らかであるから、名義人と作成者との人格の同一性にそごを生じさせたものというべきである。したがって、被告人の各行為について有印私文書偽造、同行使罪が成立するとした原判断は、正当である」と判示した<sup>22)</sup>。

この事件では爆発物取締罰則違反の点は起訴されておらず、指名手配自体が不当なものであった。被告人は、何の問題もなく就職し仕事をしていたのであって、旅館が被害に遭ったわけでもない。そもそも偽造を「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽る」こととする判例の基準は、私文書の無形偽造を有形偽造に転化させる懸念がある。たとえば、1960年生まれのXが履歴書に1965年生まれという虚偽の記載をした場合、無形偽造であるにもかかわらず、1960年生まれのXと1970年生まれのXとでは、人格の同一性に齟齬があるとされかねないからである。

私文書偽造罪においては、名義人がその法的効果を引き受けるかぎり被害は生じないという観点から、（虚偽鑑定作成罪以外の無形偽造は罰せず）有形偽造に限って罰するものとされているのである。古くは名義人を被害者とする個人的法益を侵害する罪とする説も主張され<sup>23)</sup>、虚無人名義の文書を作成しても本罪は成立しないとするのが判例であり、学説上も有力であった<sup>24)</sup>。その後、本罪の法益が公共の信用であるとされるのに伴い、架空人名義の場合にも本罪が成立すると解されるようになったのである<sup>25)</sup>。他方、本罪の法益を公共の信用と解するようになった後も、名義人の承諾がある場合には本罪は成立しないとする説が有力であった<sup>26)</sup>。たしかに、架空人名義の私文書作成については（事案によっては）本罪が成立しようとするが、別の目的を達成する手段として本罪を適用するとすれば、それは私文書偽造罪という規範の保護範囲を超えることになる。

交通事故原票末尾の供述者欄に、Aの承諾を得てBがAと署名する場合（最決56・4・8刑集35巻3号57頁<sup>27)</sup>、これは私文書偽造の問題ではなく

(私文書の無形偽造にすぎない)、交通反則切符制度に対する違背の問題であって、道路交通法に罰則がなければ処罰はできないものと解すべきであろう。本決定が引用する 2 判例のうち、C が大阪で、東京の同姓同名の弁護士 D の所属・氏名を記載した請求書等を作成・行使した事件の場合(最決平 5・10・5 刑集 47 卷 8 号 7 頁)<sup>28)</sup>、これは弁護士法違反(非弁活動)の問題であり、本名 E が再入国許可申請書に通称 F と署名した事件の場合(最判昭 59・2・17 刑集 38 卷 3 号 336 頁)<sup>29)</sup>、これは外国人登録法違反ないし出入国管理法違反の問題であって、私文書偽造の問題ではない。大学受験において替え玉となった Z が入学希望者 C の承諾を得て、C と署名する場合(最決平 6・11・29 刑集 48 卷 7 号 453 頁)<sup>30)</sup>、これも私文書偽造の問題ではなく、入試制度に対する妨害の問題と考えるべきであろう(偽計による業務妨害罪成立の余地はある)。

## 5 イカタコウィルス事件と器物損壊罪

東京地判平 23・7・20 (LEX/DB25472710) は、ファイル共有ソフト利用者に「イカタコウィルス」を受信・実行させた行為につき、器物損壊罪が成立するとした。「イカタコウィルス」は、ハードディスク内のファイルにイカやタコの画像で上書きしたうえ、これを削除し、削除したファイルと同名のファイルを作成してそれにイカやタコの画像を書き込み、そのファイル名をウィルス特有のものに変更するというものであり、被害者は多数のファイルを使用不能にされ、新たに記録されるファイルも使用不能となる状態におかれた。本判決は、「器物損壊には、物自体を物理的に破壊する態様と物が持つ効用を侵害する態様があるが、後者の場合、『損壊』が成立するかどうかは、客体の効用を可罰的な程度に侵害したかどうかによって判断すべきであり、その効用侵害が一時的なものではないか、原状回復の難易をも考慮して検討すべきである」としたうえ、ハードディスクには保存されているデータを随時読み出せる機能(読み出し機能)と新た

にデータを何度でも書き込める機能（書き込み機能）があり、「本件ウイルスにより、各被害者のハードディスクは、使用不能となったファイルが保存されていた部分について読み出し機能が害された」「本件ウイルスの実行状態を止めない限り、ファイルを書き込んで保存しておくことは事実上不可能であり、ハードディスクの書き込み機能は害された」と判示した<sup>31)</sup>。

器物損壊罪（261条）の客体は、他人の「物」であり、公用文書等毀棄罪（258条）および私用文書毀棄罪（259条）の客体が「文書又は電磁的記録」と規定されていることから明らかなように、261条に電磁的記録は含まれない。本判決は、「物」であるハードディスクが、本件の客体であるとした。しかし、素直に考えれば、本件で毀棄されたのはファイルであって、ハードディスク本体ではない。ハードディスク自体は、その本来の機能どおりに（汚染されたファイルの）「読み出し」と「書き込み」を果たしているのであって、改変されたのはファイルであると解するのが常識的であろう。たしかに、本条の「損壊」については、物理的に物の全部または一部を害する場合のみならず、物の本来の効用を失わせる場合を含むとするのが判例・通説である（効用侵害説）<sup>32)</sup>。これに対し、「損壊」とは、有形的な作用、有形力の行使によって、物の全部または一部を物質的に破壊・毀損し、その結果としてその物の効用を害することをいうとする説も主張されている（物質的毀損説）<sup>33)</sup>。物質的毀損説は、条文に忠実な解釈であり、本判決のような広い効用侵害説には「類推」の疑いがあるといえよう。

2011年の刑法改正により新設された不正指令電磁的記録作成罪（ウイルス作成罪）との関係につき<sup>34)</sup>、弁護人は、本件はこれに当たるもので、本件に器物損壊罪を適用するのは類推であると主張した。これに対し、本判決は、「確かに、本年7月14日から施行された情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律によって新設された不正指令電磁的記録作成罪（刑法168条の2）は、今後、本件のようなコンピュータ

ウイルスを作成する行為にも適用されることになる」と推測され、法定刑も 3 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金と類似している。しかしながら、本件は、ウイルスによって被害者らのハードディスクを損壊したことを問題にしているのであって、ウイルス作成自体を処罰しようとするものではなく、両者は構成要件も保護法益も異なっている。したがって、不正指令電磁的記録作成罪の新設は、器物損壊罪の成否に影響しない」と判示した。

しかし、本判決がいうように、本件の行為が新設された不正指令電磁的記録作成罪に当たるとすれば（そう解すべきであろう）、本判決の立場からは、今後、同罪が成立する場合はほとんど常にハードディスクに対する器物損壊罪も成立することになるが、それには疑問がある。これまで、たとえば公文書や私文書の偽変造が、同時に公用文書・私用文書の毀棄罪とされてこなかったことには合理的理由があると思われるからである。不正指令電磁的記録作成罪が、これまで処罰されてこなかったウイルス作成に対処するために新設されたことからすれば<sup>35)</sup>、本判決は、本件について、今後は同罪に当たることを指摘したうえで無罪とするのが、立法と判例の関係を適切に保つことになったものとする<sup>36)</sup>。

## おわりに

以上の諸判例は、いわば「手段犯罪」を処罰するという点で共通しているが、各犯罪には固有の法益があり、それに見合った射程を有している。

「クロロフォルム事件」は殺人計画で「目的」とされた第 2 行為ではなくその「手段」である第 1 行為により結果が発生した事案であるが、殺人の予備行為と実行行為の限界を曖昧にする点に問題がある。もっとも、最高裁決定は、構成要件の結果の予見のみではなく、実行行為（構成要件に該当する行為）が故意の認識対象であることを示した点では意義がある。

「自己名義の預金通帳取得事件」は、振り込め詐欺対策という「目的」のために、その「手段」たる預金通帳の取得を処罰した事案であって、

「財産犯としての詐欺罪」の射程を超えている。

「政治的ビラ配布事件」は、政治的弾圧という（許されない）「目的」のためにその「手段」たる住居侵入を（あるいはそれを国公法違反として）処罰した事案であり、住居侵入罪や国公法違反が政治的弾圧に用いられたものといわざるをえない（公訴権の濫用として公訴棄却されるべきであった）。

「オウム真理教信者履歴書事件」は、指名手配犯の潜伏を妨げるという「目的」のためにその「手段」たる就職のための履歴書作成を私文書偽造罪として処罰した事案であり、（無形偽造は罰せず）有形偽造のみを罰する私文書偽造罪の射程を超えている。

「イカタコウイルス事件」は、必ずしも手段犯罪とはいえないが、ウイルス作成罪の制定前にそれを器物損壊罪で処罰したものである。ファイル（電磁的記録）の損壊をハードディスク（物）の損壊とすることには、解釈を超えた「類推」の疑いがある。

これらの多くは、「刑法的介入の早期化」であって、治安刑法への傾斜を意味する<sup>37)</sup>。上田寛教授は、上野達彦教授との共著『未完の刑法』の「はしがき」で、「刑法学は、本来、国家による刑罰権の発動を抑制する原理を説き、刑事責任の限界を明らかにすることを課題とする科学である。である以上、実務との緊張関係はこの科学にとって必然であり、ときに暴走し、ときに政治権力の恣意に屈する実務を制御し、また支えるところに、その本質的な存在理由がある。権力・権威への迎合は刑法学の自殺行為である」と述べておられる<sup>38)</sup>。本稿は、そのような姿勢に共感する立場から、近時の若干の判例を検討したものであり、現在そして今後、法科大学院で講義する後輩達およびこれから法曹となる法科大学院生へのメッセージと捉えていただければ幸いである。

1) 浅田『刑法総論〔補正版〕』（2007年、成文堂）59頁以下参照。

2) 浅田「裁判員裁判と刑法——「難解な法律概念と裁判員裁判を読む」——」立命館法学

- 327・328号(2009年)1頁以下,17頁。
- 3) 浅田「共謀共同正犯の拡散」小田中聰樹先生古稀記念論文集・上巻(2005年,日本評論社)143頁以下,同・「共謀共同正犯(1)——練馬事件」刑法判例百選I総論・6版(2008年)152頁以下参照。
  - 4) 浅田「不真正不作爲犯」中山研一ほか『レヴィジョン刑法3構成要件・違法性・責任』(2009年,成文堂)84頁以下,同・前掲注(1)150頁以下参照。
  - 5) 浅田・前掲注(1)289頁以下,429頁以下参照。
  - 6) 中村悠人「『家庭裁判所から選任された未成年後見人が未成年被後見人所有の財物を横領した場合に刑法244条1項の準用が否定された事例』立命館法学326号(2009年)503頁以下,松宮孝明「親族である後見人による横領と親族相盗例」法セミ647号(2008年)128頁など参照。
  - 7) 多くの文献に代えて,岡本昌子「正当防衛の創出と刑法三六条」大谷實先生喜寿記念論文集(2011年,成文堂)403頁以下,その書評として,浅田・法時84巻6号(2012年)111頁以下参照。
  - 8) 最決平16・3・22刑集58巻3号187頁。本件を扱った文献(判例評釈・論文等)はきわめて多数に昇るが,比較的最近の詳細なものとして,松原芳博「実行の着手と早すぎた構成要件の実現—クロロフォルム事件—」松原芳博編『刑法の判例・総論』(2011年,成文堂)172頁以下,高山佳奈子「故意の認識対象としての犯罪事実」斉藤豊治先生古稀祝賀論文集(2012年,成文堂)93頁以下参照。
  - 9) 松原・前掲注(8)175頁,浅田・前掲注(1)16頁参照。
  - 10) 高山・前掲注(8)101頁参照。
  - 11) 高山・前掲注(8)96頁は,「殺人の実行行為性の認識すなわち故意」がないとする西田説(西田典之『刑法総論〔2版〕』(2010年,弘文堂)78頁以下)に対して,これではいわれる血友病事例の場合,実行行為の認識があるから殺人既遂になってしまうと批判している。主観的に殺人の実行行為の認識は認められるが,因果関係の認識は不要であるとする西田説からはそのようになるように思われるが,この場合は,客観的には(客観的)相当因果関係が認められるのに対し,主観的には,実行行為の認識は認められるが因果関係の認識がないのであるから「因果関係の錯誤」によって,38条2項により既遂(「重い罪」)とすることができないから未遂(軽い罪)として扱われるものと解すべきである(浅田「因果関係の錯誤」香川達夫先生古稀祝賀論文集・刑事法学の課題と展望(1996年,成文堂)281頁以下,295頁参照)。
  - 12) 林幹人「早すぎた結果の発生」判時1869号(2004年)3頁以下,山口厚「実行の着手と既遂」法教293号(2005年)は,未遂と既遂で実行行為は異なるとするが,客観的に結果発生の具体的危険を有する行為が未遂と既遂で異なることはありえない。
  - 13) 浅田・前掲注(1)27頁以下参照。
  - 14) 長井圓「第三者に譲渡する意図を秘した自己名義の預金通帳の受交付と『人を欺く』の意義」ジュリ平成19年度重要判例解説(2008年)181頁など参照。
  - 15) 山口厚『新判例から見た刑法』(2006年,有斐閣)217頁,同・第2版(2008年)234頁以下参照。



- 16) 浅田「詐欺罪の問題点」現代刑法講座4巻（1982年，成文堂）311頁以下，312頁以下参照。
- 17) TKCによれば，本判決はLEX/DB25500176に，控訴棄却した福岡高宮崎支判平24・12・6はLEX/DB25500177に掲載の予定である。
- 18) 2012年12月29日朝日新聞。
- 19) 関哲夫「集合住宅の敷地・共用部分への立入りが邸宅侵入罪に当たるとされた事例」ジュリ平成20年度重要判例解説（2009年）186頁など参照。
- 20) 十河太朗「ピラ等の投かん目的での分譲マンション共用部分への立入りと住居侵入罪」ジュリ平成22年度重要判例解説（2011年）208頁など参照。
- 21) 浅田「刑事判例と憲法判断」法セミ増刊速報判例解説Vol.9（2011年）142頁，法律時報編集部編『国公法事件上告審と最高裁判所』（2011年，日本評論社）所収の各論考参照。
- 22) 林美月子「顔写真の使用と人格の同一性」刑法判例百選Ⅱ各論・5版（2003年）188頁（本決定に批判的），十河太朗「同」同6版（2008年）200頁（本決定にやや肯定的）など参照。
- 23) 宮本英脩『刑法大綱』（1935年，弘文堂書房）528頁は「例へば私文書の偽造の場合を以て一般公共の公益を害するものとするのが如きことは，全く正鵠を失するものといはなければならない。斯ような場合に於ては，通例これに伴う詐欺罪等の目的と分離して考えるときには，実は単に最高限度に於て名義人たる本人の一種の人格権的公益が害されるにすぎない」と述べている。
- 24) 大判明45・2・1録18輯75頁，大判昭10・7・23新聞3902号8頁など。団藤重光ほか編『注釈刑法（4）各則2』（1965年，有斐閣）43頁以下〔大塚仁〕引用の大場茂馬説，宮本・前掲注（23）548頁（「虚無の人を本人として単純な私文書の形式を現すが如き場合に於ては，何人もその主体即ち裁可名義者たる者なく，従って斯かる形式の物を作成しても未だ犯人に偽造の点で罰すべき程度の反規範性ありと為すに足りないからである」），小野清一郎『新訂刑法講義各論』（1948年，有斐閣）99頁（「虚無人名義の文書の如きは，他人によって信用される場合は少いであらうし，結局実質的に公共の信用を害するに乏しい」）など参照。
- 25) 架空人名義の簡易保険申込書を作成した事案に関する最判昭28・11・13刑集7巻11号2096頁がその代表例である。団藤ほか編〔大塚〕・前掲注（24）45頁など参照。
- 26) 団藤ほか編〔大塚〕・前掲注（24）66頁（「違法な目的，たとえば第三者を欺罔する目的で行われた承諾にもとづいて文書を作成したばあい……たとい他人を欺罔するために承諾があたえられたとしても，名義人の承諾をえて作成された文書はやはり真正文書であり，その内容によって虚偽文書の作成（無形偽造）となりうるにすぎぬ」）など。
- 27) 安達光治「名義人の承諾と私文書偽造罪の成否」刑法判例百選Ⅱ各論・5版（2003年）190頁（本決定に批判的），井田良「同」同6版（2008年）204頁（本決定に肯定的）など参照。
- 28) 長井長信「同姓同名の使用と人格の同一性」刑法判例百選Ⅱ各論・5版（2003年）186頁（本決定に批判的），西村秀二「同」同6版（2008年）198頁（本決定に肯定的）など参照。

- 29) 島田聡一郎「通称の使用と人格の同一性」刑法判例百選Ⅱ各論・5 版(2003年)184頁(本判決に肯定的)、武藤眞朗「同」同6 版(2008年)196頁(本判決に批判的)など参照。
- 30) 松生光正「事実証明に関する文書の意義」百選Ⅱ各論・5 版174頁、曲田統「同」同6 版186頁(いずれも本決定に肯定的)など参照。
- 31) 浅田「ファイル共有ソフト利用者に『イカタコウイルス』を受信・実行させた行為が器物損壊罪に当たるとされた事例」法セミ増刊速報判例解説 Vol.11 新・判例解説 Watch (2012年)135頁以下参照。本件の控訴審判決、東京高判平 24・3・26 (LEX/DB25481161)も原判決に誤りはないとした(ただし、量刑につき、1 審の懲役 2 年 6 月を同 2 年 4 月に変更した)。
- 32) 大谷實『刑法講義各論〔新版第 3 版〕(2009年, 成文堂)347頁、川端博『刑法各論講義〔第 2 版〕(2010年, 成文堂)460頁、西田典之『刑法各論〔第 4 版〕』(2007年, 弘文堂)256頁(「物理的損壊に限らず、物の効用を害する一切の行為をいう」)、山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』(2010年, 有斐閣)360頁、高橋則夫『刑法各論』(2011年, 成文堂)418頁など参照。
- 33) 曾根威彦『刑法各論〔第 3 版補正 3 版〕』(2006年, 弘文堂)203頁、田中久智「毀棄・隠匿罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座・第 5 卷財産犯論』(1993年, 法学書院)333頁以下、342頁など参照。
- 34) 本件は、168条の 2 第 1 項一号に該当する。
- 35) 立法趣旨につき、北村篤「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱(骨子)」ジュリ1257号(2003年)6 頁以下、山口厚「サイバー犯罪に対する実体法的対応」同15頁以下参照。
- 36) 浅田・前掲注(1)63頁、同「刑法における判例と立法の役割——ヨーロッパ法教義学の日本化の一例——」松本博之ほか編『法発展における法ドグマティックの意義——日独シンポジウム——』(2010年, 信山社)183頁以下参照。
- 37) 浅田「刑法的介入の早期化と刑法の役割」井戸田侃先生古稀祝賀論文集(1999年, 現代人文社)723頁以下参照。
- 38) 上田寛=上野達彦『未完の刑法——ソビエト刑法とは何であったのか——』(2008年, 成文堂)はしがき i 頁。