

軽微な窃盗事犯における行為後の被害回復

佐 竹 宏 章*

目 次

- I. はじめに
- II. 刑事司法における「刑罰」と民事司法における「損害賠償」の意義
- III. 窃盗実行後に被害回復がなされた場合の実務運用についての批判的検討
- IV. 解釈論及び立法論上の課題
- V. 結びに代えて

I. はじめに

Xが、スーパーマーケットAで店に陳列されている商品を費消した後、レジで当該商品の代金を支払った場合、窃盗罪は成立するであろうか¹⁾。解釈論上、窃盗罪における不法領得の意思が認められるかについて検討を要するが²⁾、それを充足する場合には、窃盗罪が認められることに

* さたけ・ひろゆき 青山学院大学法学部助教

1) 名古屋高判令和3・12・14LEX/DB25591557（なお、最決令和4・3・29LEX/DB25592760で上告棄却となっている）。

2) 松宮孝明「購入代金支払前の「商品」の費消と「不法領得の意思」」立命館法学399・400号（2022年）888頁以下は、行為者が、直後に商品の代金を支払う意思の下で、陳列されている商品を費消した場合に、行為者が商品に関する「売主の所有権を尊重しない、あるいは無視するという意味での『権利者排除意思』」が認められるのかについて疑問を呈している。このような理解とは異なり、樋口亮介「不法領得の意思」研修891号（2022年）18頁は、比較法的知見と日本の学説史を参照した上で、「領得を『所有』と結びつける場合、①所有者を排除し、②物を所有者であるかのように振る舞うことが領得である」✕

なると思われる。この際に、行為者が商品を費消した時点で「窃取」が認められ、既遂に達することになるので、レジで商品の代金を支払う行為は窃取後の事情として犯罪成立に影響を及ぼさないということになるであろう。

ただし、実際には、この種の軽微な窃盗事犯では、商品の代金が支払われれば、被害者である店側が警察等に通報しなかったりすることもあり、さらに仮に警察等への通報がされた場合であっても、微罪処分(刑事訴訟法246条ただし書き及び犯罪捜査規範198条以下)や起訴猶予(刑事訴訟法248条)によるダイバージョンの可能性が存在する。

確かに、刑事手続の負担が非常に重いこと(たとえば、逮捕や勾留による身体拘束など)に鑑みると、このようなダイバージョンを認めていく方向性は否定されるべきではないであろう。しかし、現在のように、起訴・不起訴の判断や微罪処分に関する広範な裁量権を捜査機関に付与することは、専断的取り扱いを排除することができず³⁾、法的安定性を阻害するのではないであろうか⁴⁾。

本稿では、このような問題意識の下、まず、刑事司法における「刑罰」制度と民事司法における「損害賠償」制度がどのような目的の下で根拠づけられるのか検討する(Ⅱ.)。そして、この検討から、刑罰制度は「応

ㄨと捉え直し、「このうち㉔所有者のような振る舞いを具体化する1つの方法として、経済的用法に沿った利用処分や物の効用の享受を挙げることができる」と整理したうえで、同25頁は、前掲・名古屋高判令和3・12・14の事案について、「所有の移転の核心の具体化にとって、効用享受意思は1つの方法ではあるが必須ではない」という理解から、商品を食べることが所有者らしい振る舞いそのものであるので、「端的に食べた以上は領得ありと結論づければ足りる」という分析を行う。

3) 前掲・名古屋高判令和3・12・14の事案では、被告人の費消した商品である「魚の切り身1点」の販売価格は428円であったので、松宮・前掲(2)889頁が指摘しているように、「微罪処分」に相当する事案であったという見方もあり得よう。

4) 加藤克佳「刑事手続における被害者の地位」刑法雑誌40巻2号(2001年)109頁は、「わが国でも、示談・損害弁償が起訴猶予事由・執行猶予事由・量刑事由などとして考慮されている。しかし、これは事実上の措置であって、その法的効果も手続も明定されておらず、法的安定性に欠けるという問題がある」と述べている。

報」(より正確には「規範確証」を目的にした「応報」)に、損害賠償制度は「被害の填補」に純化して判断されるべきであるということを導き出し、起訴猶予・微罪処分を含め国家刑罰権を縮減する作用を持つ制度の是非に関する判断基準を導き出す。次に、その基準に照らして、窃取後に被害回復がなされた場合の起訴猶予・微罪処分に関する現在の運用について私見を述べる(Ⅲ.)。この検討によって、起訴猶予・微罪処分は、可罰的違法性の絶対的軽微型の延長線上にある事案処理に限って運用されるべきであるという帰結が導き出される。最後に、私見における解釈論及び立法論上の課題について言及する(Ⅳ.)。

Ⅱ. 刑事司法における「刑罰」と 民事司法における「損害賠償」の意義

1. 刑事司法と民事司法の関係

歴史的には、刑事司法と民事司法は「未分化」から「分化」へと進展していったといえる⁵⁾。法が確立していない原始的な社会の下では、個人や社会において問題となる事象について、何らかの事実的対応を行っていたが、社会が発展し、「法」が確立することによって、当該事象も法的に評価され、「法」を侵害する場合に、「法」としての対応を行うことが必要になってくる。

5) 安藤泰子「刑法の分化史」青山法学論集63巻3号(2021年)108頁以下は、「原始社会より主だった国家社会において、かつて復讐と贖罪金制度は、賠償の手段であると同時に、その実態において刑事上の制裁だった。現在は多くの国において、民事と刑事が区別されているが、古い時代においては両者において未分化のままであった。これが社会の発展とともに両者は分化することになるのである。換言すれば、私人間の満足を調整する方法と、社会の秩序を維持するための方法とが次第に分化するのである。」と分析したうえで、同112頁では「『責任の分化』は、法の分化の結果であり、それは社会の発展とともに必要的に求められる『法の進化』の帰結であると考えることができる。……それは『集団ないし団体を含む社会』と『個人』とを峻別するものであり、同時に両者の調和をその目的の一つとするものである」と述べている。

さらにこの法化の過程で刑事司法と民事司法が分化していったといえる。刑事司法では、国家が規律する法共同体のルールに則して、ある事象が刑事不法と評価される場合には（端的に言えば、「犯罪」と評価される場合には⁶⁾）、それに応じた法的措置として刑罰が科されるのである。これに対して、民事司法では、私人間を規律するルール⁷⁾に則して、ある事象が民事不法と評価される場合には（主に「権利侵害」と評価される場合には）、それに応じた法的措置がとられる（ただし、民事司法では紛争形態に応じて法的措置は多様であるといえる。たとえば、所有権侵害であれば、返還や妨害排除、さらには不法行為に基づく損害賠償など）。

2. 「損害賠償」としての「刑罰」？

近時、刑罰の現象形式が一種の「損害賠償 (Schadenersatz)」であると示されることがあるが⁸⁾、このような刑事司法と民事司法の分化を前提にすると、これを字義通りに解してはならない。ミヒヤエル・パヴリックが、「民法的な損害賠償は、契約違反又は許されざる行為の個別の被害者が被る損害の埋め合わせに資するものである。これに対して刑罰に特有であるのは、行為者と被害者の間のコンフリクトを『脱私事化する (entprivatisieren)』ことである。被害者に直接的な利益を発生させることなしに、害 (Übel) [刑罰——訳者注] は、有罪判決を下される者に課されるのである」⁹⁾と述

6) *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §95 [ヘーゲル (上妻精 = 佐藤康邦 = 山田忠彰訳) 『法の哲学 (上)』 (岩波書店, 2021年) 238頁以下参照] は、「犯罪」を「自由の定在を具体的な意味において侵害する、つまり法としての法を侵害する暴力が自由の存在によって行使されること」と捉えている。

7) 国家が民法典という形でベースとなる私人間を規律するルールを制定することもあるが、国家が民法典を制定していない場合であっても、私人間を規律するルールは存在する（たとえば、1900年1月1日施行のドイツ民法典施行前のドイツ）。

8) *Günther Jakobs*, *Rechtswang und Personalität*, 2008, S.34; *Michael Pawlik*, *Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke*, in: Eva Schumann (Hrsg.), *Das Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2009, S.78 ff.

9) *Pawlik*, a.a.O. (Fn.8), S.82.

べ、さらに「刑罰という手段で把握されるのは、具体的な被害者の単なる侵害としてではなく、全体としての法共同体への攻撃として、刑罰規範について権限を持つ立法者の規定化を通じて、現れる不法のみである」¹⁰⁾と述べているように、「刑罰」と「損害賠償」では、現実には生じている「損害」についての法的対応の構造関係が異なると捉えた上で「刑罰」が一種の「損害賠償」であると表現していることに注意する必要がある¹¹⁾。

換言すれば、民事司法における「損害賠償」は私人間（加害者と被害者間）で生じている事象（損害、コンフリクト）に対する「法・権利の回復」であるのに対して、刑事司法における「刑罰」は、社会（行為者と法共同体間）で生じている事象（損害、コンフリクト）に対する「法・権利の回復」であり、その限りで「刑罰」も一種の「損害賠償」なのである。

3. 「刑罰」と「損害賠償」の制度目的

(1) 刑事司法と民事司法の分化を踏まえた指針

これまでの検討を踏まえると、刑事司法における「刑罰」と民事司法における「損害賠償」は、現実には生じている「損害」についての法的対応の構造関係が異なる以上、両者の制度目的を純化した上で、その制度目的に則して、対象の解釈を展開するのが望ましいであろう。

このような指針に基づいて、以下では、刑罰制度と損害賠償制度の目的・対象を概観する。

(2) 刑罰制度

ア. 「犯罪」と「刑罰」の関係

刑法では、「犯罪」とは何かについて一般的には定義されていない。「犯

10) Pawlik, aa.O. (Fn.8), S.83.

11) 玄守道「刑罰に関する一試論」浅田和茂ほか編『人権の刑事法学』（日本評論社、2011年）118頁は、「ヤコブスとバヴリークは刑罰を一種の損害賠償として把握しつつ、それを加害者―被害者関係で把握するのではなく、加害者―法秩序関係として把握する点で共通している」と分析している。

罪」と「刑罰」の関係について、「現行法の立場から何が犯罪であるのか」という問いについて提起される場合には、……刑罰を伴う法規定で威嚇される、あらゆる人間の態度であるという答えが明らかにされる。それゆえ、犯罪は形式的な意味でしか定義されないことは自明である。」「犯罪は、刑罰が要求するものであり、刑罰は犯罪によって要求されているものである」¹²⁾と述べられることがある。確かに、刑法は、広義では「犯罪」と「刑罰」に関する法のことでありと解されているので、このような理解に至るのは必然であるとも思われるが、「犯罪」と「刑罰」の意義を明らかにする際には、この定義は何の役にも立たず、「絶望的な循環 (ein hoffnungsloser Zirkel)」¹³⁾と評することもできよう。

このような循環から抜け出すためのアプローチとして、一般には「犯罪」を実質的に定義するということが行われてきたように思われる。わが国でも、ドイツでも、「構成要件該当性」「違法性」「責任」の三段階で犯罪を検討する体系を前提にして、「犯罪」を「構成要件に該当する違法かつ有責な行為」などと定義する理解が支配的である¹⁴⁾。しかし、犯罪体系は論理必然的に生じるものではなく、国や時代の要請に応じて異なって生じるものであり¹⁵⁾、三段階体系を出発点に据えて犯罪の実質的定義を展開する方法には疑問を感じる。

そこで、このような循環を抜け出すための別のアプローチとして、刑罰論、すなわち刑罰制度の目的・正当化根拠に立ち返って検討を行うことが有益であろう。

12) Wilhelm Gallas, Gründe und Grenze der Strafbarkeit, in: Heidelberger Jahrbücher IX (1965), S.2.

13) Michael Pawlik, Unrecht des Bürgers, Tübingen 2012, S.52.

14) たとえば, Hans Welzel, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und finale Handlungslehre, JuS 1966, S. 421 が, 三段階体系を, 「ここ最近の二, 三代代の最も重要な解釈学的前進」と評している。

15) 松宮孝明「中国と日本の犯罪体系」大阪市立大学法学雑誌64巻4号(2019年)132頁以下参照。

イ．刑罰制度の目的・正当化根拠

先に確認したように、刑事不法で問題になるのは、「国家が規律する法共同体のルール」であり、刑罰は「具体的な被害者の単なる侵害としてではなく、全体としての法共同体への攻撃として」¹⁶⁾現れた不法に対して科されるという理解を前提にすると、「犯罪」と「刑罰」のコミュニケーション的関係¹⁷⁾、すなわち「犯罪」は、「法としての法の侵害」¹⁸⁾であり、刑罰は、犯罪に対する「反作用」、つまり「法の否定の否定」¹⁹⁾を意味するということが導き出される（ヘーゲル的意味での応報刑論²⁰⁾）。そして、刑罰制度を現実のものとして運用するためには、行為者によって刑法における規範が動揺している状態を、当該行為者に刑罰を科することによって回復し、刑法における規範が現に妥当していることを確証することも前提にされる²¹⁾（本稿ではこのような理解を「規範確証志向型の応報刑論」と示す）。

なお、わが国の刑法学では、相対的応報刑論が通説とされているが、「応報」や「予防（一般予防、特別予防）」の関係を、あるいは正当化原理と制約原理の関係を十分に基礎づけることができておらず²²⁾、依拠することはできない。

16) Pawlik, aa.O. (Fn.8), S.83.

17) Günther Jakobs, Staatliche Strafe, 2004, S.24 ff.

18) Hegel, aa.O. (Fn.6), §95. [ヘーゲル（上妻ほか訳）・前掲注（6）237頁以下参照]

19) Hegel, aa.O. (Fn.6), §97 Zusatz. [ヘーゲル（上妻ほか訳）・前掲注（6）242頁参照]

20) 詳細については、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察（3）」立命館法学343号（2012年）169頁以下、川口浩一「日本におけるヘーゲル刑罰論研究の最近の動向」ノモス45号（2019年）35頁以下。

21) 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂，2018年）342頁参照。

22) この点を適切に表現するものとして、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察（4・完）」立命館法学344号（2012年）198頁は、「『相対的応報刑論』は、……『パッチワーク』的に刑罰理論を使うことを認める見解でもある。しかし、そのような使い分けを規律する原理がなければ、場当たりの説明であるとの批判を免れない。……そのような規制原理がないまま刑罰を用いることは、刑罰の限界づけを、それとともに正当化も放棄するものである」と述べている。

ウ. 犯罪の意義

このような規範確証志向型の応報刑論に依拠する場合には、「犯罪」は、規範、とりわけ法共同体を規律するルールとの関係が重要になってくる。そこで、本稿では、「犯罪」は帰属能力（行為状況にとって関連する一般的な規範を認識し、そして行動を導く格率を定立する能力）²³⁾を有する「人格」²⁴⁾又は「市民」²⁵⁾による「規範に対する異議」の「管轄」²⁶⁾又は「義務違反」の「帰属」²⁷⁾であると理解することになる。

そして、罪刑法定主義の要請から「犯罪」は当然に立法を必要とするので、立法者が法律で具体化したもののみが「犯罪」である。ただし、立法者に完全な自由裁量が与えられているのではなく（「法律」実証主義が妥当するのではなく）、社会的視座から²⁸⁾（より具体的には、社会を形成する市民の「文化規範」²⁹⁾に相応して）立法がなされるべきであると解する。この意味で、「犯罪」は、「社会侵害的行為」を類型化したものでもある³⁰⁾。

23) Heiko Hartmut Lesch, Der Verbrechensbegriff, 1999, S.214. さらに Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn.13), S.256 f.

24) Günther Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S.44; Lesch, a.a.O. (Fn.23), S.215.

25) Michel Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S.75 ff.; ders., a.a.O. (Fn.13), S.110 ff. u. passim.

26) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, S.5 [1/2].

27) Lesch, a.a.O. (Fn.23), S.204; Pawlik, a.a.O. (Fn.13), S.281.

28) 中村悠人「法益論と社会侵害性」浅田和茂ほか編『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）33頁以下は、「法益論は、刑罰法規を説明するに優れたものではあるが、法益であるか否かは結論的なものであり、刑罰投入の限界を画する基準としては、必要条件たり得ても、決定的なものとはならない。……むしろ、法益論とは異なった視点から、実定法を形成している社会の状態や社会のありよう自体に着目することが求められるように思われる」と述べている。

29) Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S.115 f.; Günther Jakobs, Rechtsgüterschutz?, 2012, S.16.

30) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1975年）34頁以下は「それ〔違法の実質——引用者注〕は、正にその時その場所を支配している法秩序の立場から見た反社会性であり法益の侵害脅威であるわけであって、結局それらはそれぞれの法秩序が体顕する現実の具体的な個々の国家の有する歴史的・社会的構造によって根本的に規定されてい

（3）不法行為に基づく損害賠償制度

民法における損害賠償の対象としては、大きく分けて「債務不履行」と「不法行為」があるが、以下では「刑罰」や「犯罪」との対比という視点から、不法行為に基づく損害賠償請求を念頭に置くことにする。

ア．不法行為制度の目的・正当化根拠

まず、民法の不法行為制度の目的は、一般に、加害者による不法行為によって生じた「被害の填補」と解されている³¹⁾。ただし、「被害の填補」は実際に被害者に生じた損害を物的な意味で原状回復することではなく、実質的な意味での原状回復、すなわち現実生じた損害を金銭に換算した上で原状回復を行うものである（民法722条1項参照）。

これに対して、一部の学説では、不法行為の制度目的として、不法行為の「予防」、不法行為加害者への「制裁」などを挙げている³²⁾。

イ．不法行為の意義

刑法の犯罪とは異なり、不法行為については民法709条で一般的な規定が置かれている。民法709条では、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と定められている。この規定から、民法の不法行為制度は、ある者（加害者）が原因で生じた被害の救済を、当該加害者の負担で行う制度であるといえる。

これに対して、近時、「予防」や「制裁」を重視して加害者の利得をはき出させるために、不法行為制度を活用するという主張や、懲罰的損害賠償を認めるという主張が現れている。

ゝと考えざるをえない」と述べている。

31) 最判平成5・3・24民集47巻4号3039頁参照。さらに、窪田充見編『新注釈民法（15）債権（8）』（有斐閣、2017年）262頁〔橋本佳幸〕も参照。なお、同書261頁以下では、不法行為制度目的の一つ目に「権利・法益の事後的保護」、二つ目に「損害の填補」、三つ目に「違法行為の制裁・抑止」を位置づけている。

32) 窪田編・前掲注（31）263頁〔橋本〕。より詳細には、廣峰正子『民事責任における抑止と制裁』（日本評論社、2010年）9頁以下。

ウ. 指針を踏まえた不法行為制度の評価

確かに、不法行為制度の事実上の機能として、損害賠償に「制裁」や「抑止」という側面があることは否定できないが、刑罰制度と損害賠償制度の目的を純化するという本稿の発想からは、通説や最高裁判例と同様に「抑止」や「制裁」は「被害の填補」という目的から生じる「反射的・副次的な効果」にすぎないと捉えることになる³³⁾。このような意味で、不法行為として懲罰的損害賠償を認める主張や、利益はく奪手段として不法行為を利用する主張を含む形で、不法行為に基づく損害賠償制度を再構成することは慎重に検討されるべきであろう³⁴⁾。

(4) 「刑罰」と「損害賠償」における「法・権利の回復」の相違

これまで検討してきたように、本稿は、刑事司法と民事司法の分化を出発点にして、それを純化していくという立場をとっている。刑罰によって「応報」(より正確には「規範確証」を目的にした「応報」)が実現された場合も、社会で生じている事象(損害, コンフリクト)に対する「法・権利の回復」にはなるが、私人間に生じている事象(損害, コンフリクト)に対する「法・権利の回復」に直接つながらないのであり、逆に、損害賠償によって「被害の填補」が実現された場合にも、私人間で生じている事象(損害, コンフリクト)に対する「法・権利の回復」にはなるが、社会で生じている事象(損害, コンフリクト)に対する「法・権利の回復」に直接つながらないのである。

この意味で、私見によれば、刑罰による「法・権利の回復」と損害賠償による「法・権利の回復」はレベル・次元が異なるのである³⁵⁾。

33) 最判平成9・7・11民集51巻6号2573頁。

34) 窪田編・前掲注(31)429頁〔前田陽一〕参照。ただし、本稿は、あくまでも刑罰と不法行為に基づく損害賠償の制度目的を純化すべきという前提に基づいて、不法行為に基づく損害賠償の制度目的を、従来から理解されてきた「被害の補填」に限定すべきと主張しているにすぎず、不法行為とは異なる新たな制度として「抑止」や「制裁」を目的とする懲罰的損害賠償制度や利益はく奪制度を創設することまで否定する趣旨ではない。

35) このような理解は、中村・前掲注(22)196頁注921でも示唆されている。さらに、生ノ

（5）被害者救済制度について

以上の考察を踏まえると、被害者に対する「法・権利の回復」は、基本的には、民事司法における不法行為に基づく損害賠償制度で図っていくのが出発点になる。

ただし、行為者の資力等の関係や被害者の手続き的負担等によって被害者に対する「法・権利の回復」が実際には困難な場合も想定可能であり、それを埋め合わせる制度は必要である。もっとも、刑事司法の中で被害者に対する「法・権利の回復」を図っていくと、近代刑事司法が確立してきた重要原則（たとえば適正手続きの保障、無罪推定原則、予断排除原則など）との関係で「ひずみ」が生じるおそれがあるということも軽視してはならない。

したがって、近代刑事司法が確立してきた重要原則を維持しつつ、同時に不法行為に基づく損害賠償制度の側面支援として被害者に対する「法・権利の回復」を促進させるために、刑事司法の枠組みの外で被害者救済を行っていく制度を構築する方向性が妥当であると考えている。このような趣旨で、私見も、近時の改正のように被害者救済制度（たとえば、被害回復給付金制度や犯罪被害者賠償命令制度）を拡充していく方向性には賛同する。

4. 刑罰縮減的に作用する制度を考察するための判断指針

前述した「犯罪」が社会的視座から立法されるべきという本稿の立場からは、国家刑罰権を縮減する方向に作用する、「非犯罪化」、「減輕規定・免除規定の導入」、「親告罪化」も、同様の視点で判断することになる。

この際に、刑事政策目的を考慮して、「減輕規定・免除規定の導入」、「親告罪化」を行うことは必ずしも排除されないが、その場合でも、それらの制度を導入することが社会的視座に照らして承認可能であるか、換言

ㄴ田勝義「「終身刑」論と刑法のあり方（2・完）」立命館法学392号（2020年）22頁も参照。

すれば、それらの制度が刑罰による「規範確証の必要性」を失わせるか、又は小さくするものか³⁶⁾という検証が必要であると解する。

また、インフォーマルな手続きを許容することや個々の手続きにおける裁量を広く認めることは、個別の運用が社会的視座に根差したものであるかの検証ができないので、可能な限り限定的に解することになる（たとえば、起訴便宜主義における検察官の広範な裁量、現行刑法の法定刑の広さ、量刑基準規定の不存在などは消極的に解することになる）。

Ⅲ. 窃盗実行後に被害回復がなされた場合の 実務運用についての批判的検討

次に、Ⅱ. の 4 で導き出した判断指針に照らして、行為者が窃盗を実行した後に、被害回復を行ったことを考慮して「起訴猶予」、「微罪処分」を判断することについて私見を述べる。

1. 起 訴 猶 予

まず起訴猶予は、刑事訴訟法248条の起訴便宜主義に基づいて、起訴・不起訴の権限を有する検察官が「犯罪の嫌疑があり、かつ訴訟条件が具備していても、犯罪や犯人の個別事情により公訴提起を差し控える」³⁷⁾ものである。条文上、対象事件等については限定されておらず、検察官が、「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況」を総合考慮して、「訴追の必要性」を個別に判断することができると考えられている。

起訴猶予には、後述する微罪処分とは異なり、検察審査会による審査制度（検察審査会法30条以下）、起訴議決による強制起訴制度（検察審査会法41条の6以下）、職権濫用罪等に関する付審判請求制度（刑事訴訟法262条以下）

36) 松宮・前掲注 (21) 342頁参照。

37) 松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2022年）537頁。

が存在する。しかし、これらの制度は、起訴すべきであると一般に考えられる事案であるにもかかわらず不起訴にされている場合に対応することはできるが、不起訴にすべきと一般に考えられる事案であるにもかかわらず起訴されている場合には対応することはできないという課題が存在する。

起訴猶予の意義として、①「有罪判決」による「犯罪者」というレッテル張りを避けることができるということ³⁸⁾、②訴訟経済（処罰に値しない事件を、裁判に至る以前の早い段階で手続きを打ち切り、無駄な手続き上のコストを省くことができること）³⁹⁾等が挙げられている。このような意義を踏まえて、多くの刑事法学者は、起訴便宜主義に基づく起訴猶予を比較的肯定的に捉えているように思われる。

しかし、起訴猶予に関してかねてより問題点も指摘されている。たとえば、①「捜査の肥大化・糾問化」のおそれ⁴⁰⁾、すなわち「検察官が、被疑者一人ひとりの個性を見極めて、ある被疑者を起訴猶予処分にすることが当該被疑者の改善更生や社会復帰を促進するかどうかを正しく判断しようとすればするほど、刑事訴訟法248条に列挙された各々の事情を網羅的に調べ尽くしたうえで、結論を出すべきということになる」⁴¹⁾ということが指摘されている。次に、②訴追裁量に関する具体的基準が示されていないことも問題であろう⁴²⁾。刑事訴訟法248条では、考慮要素が挙げられて

38) 川出敏裕＝金光旭『刑事政策〔第2版〕』（成文堂、2018年）141頁、葛野尋之「検察官の訴追裁量」川崎英明＝葛野尋之編『リーディングス刑事訴訟法』（法律文化社、2016年）169頁、藤本哲也『刑事政策概論〔全訂第七版〕』（青林書院、2015年）179頁以下など参照。

39) 川出＝金・前掲注（38）143頁、葛野・前掲注（38）169頁、藤本・前掲注（38）179頁、吉岡一男『刑事学〔新版〕』（青林書院、1996年）242頁など参照。

40) 渇野貴生「ダイバーションの刑事訴訟法の問題点」刑事立法研究会編『司法と福祉の連携の展開と課題』（現代人文社、2018年）203頁。同旨として、小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法 下巻』（有斐閣、1988年）128頁、田宮裕『日本の刑事訴追』（有斐閣、1998年）98頁、平野龍一『犯罪者処遇法の諸問題〔増補版〕』（有斐閣、1982年）64頁、三井誠『刑事手続法 II』（有斐閣、2003年）22頁、福井厚『刑事訴訟法講義〔第5版〕』（法律文化社、2012年）200頁など参照。

41) 渇野・前掲注（40）203頁。

42) 小田中・前掲注（40）127頁、福井・前掲注（40）200頁参照。

はいるが、それぞれの要素の比重や関係性などが示されていないことを前提にすると、「検察官によって訴追裁量が恣意的に運用され」た場合に、(それを匡正するための制度が部分的に存在するとしても)それを匡正する基準が提供できないので⁴³⁾、「国家訴追主義自体の正当性が揺らがざるを得ない」⁴⁴⁾といえる。さらに、③多くの事件が起訴前で決着がついてしまうことから生じる「公判中心主義の形骸化」のおそれがあることも指摘されている⁴⁵⁾。④起訴猶予でも、検察官によって特定の「犯罪」の「犯人」として認定が事実上されているので、実務上被疑者に「前歴」が付されていることも問題であろう⁴⁶⁾。そのほかに、⑤起訴猶予が、暗黙の自己負罪型司法取引に用いられるおそれがあることも軽視できないと思われる⁴⁷⁾。

起訴猶予は、いわば検察官による「国家刑罰権の放棄」であるので、本稿の立場からは起訴猶予によるダイバージョンの運用も社会的視座に根差したものであるか(刑罰による「規範確証の必要性」を失わせるか、又は小さくするものか)の検証が必要である。しかし、日本の刑事訴追制度では、検察官の裁量が広範であり、訴追裁量に関する具体的判断基準が示されてい

43) 小田中・前掲注(40)127頁以下は、「基準自体は公表されていないので、その適否やその下での判断過程の当否を第三者が客観的に検討することは、準起訴手続きの事件や検察審査会の事件を除けば不可能である」と述べている。

44) 光藤景皎『刑事訴訟法 I』(成文堂, 2007年)200頁は、起訴便宜主義は、起訴法定主義と比較して、「刑事制度全体の目標の実現により適合した方式」とであると評価するが、「検察官によって訴追裁量が恣意的に運用され、例えば一定の政治目的のため不当な不訴追が実行されるならば、国家訴追主義自体の正当性が揺らがざるを得ない」と述べている。

45) 小田中・前掲注(40)127頁、葛野・前掲注(38)181頁、福井・前掲注(40)200頁、三井・前掲注(40)22頁など参照。

46) 三井・前掲注(40)35頁参照。

47) 検察官の訴追裁量との関係で虚偽自白や黙秘権侵害の危険を指摘するものとして淵野・前掲注(40)201頁以下。自己負罪型の司法取引における冤罪リスクを踏まえて暗黙の取引の問題を指摘するものとして、清水拓磨『自己負罪型司法取引の問題』(成文堂, 2022年)138頁注256及び195頁。さらに、緑大輔「日本における近時の「司法取引」の議論をめぐって」刑法雑誌54巻1号(2014年)129頁以下も参照。

ないという問題があるので（上記②），この検証を行うことは非常に困難であるといえる。したがって規範確証志向型の応報刑論を踏まえた刑罰縮減的に作用する制度に関する本稿の判断指針（Ⅱ.の4）からすると，具体的な基準を明示せずに軽微な窃盗事犯の起訴猶予を判断する実務運用は，消極的に解されることになり，少なくとも何らかの改善が必要であるということになる。

そこで，本稿では，第一に，刑事訴訟法248条で規定されている考慮要素を限定列举と捉え⁴⁸⁾，検察官が248条の考慮要素から「訴追を必要としない」根拠を明らかにできない場合には，起訴をするという解釈を提案する。換言すれば，248条は検察官に起訴・不起訴に関して，広範な自由裁量を認めている規定ではなく，羈束裁量を認めている規定にすぎないと捉えるのである^{48a)}。このような解釈をとることによって，法的安定性が維持され，市民にとって起訴猶予の適用対象の明確性が確保されることになるであろう⁴⁹⁾。

第二に，起訴猶予を，後述の微罪処分と同様に，可罰的違法性の欠如（特に絶対的軽微型）の延長線上にある事案群を刑事手続からダイバージョニングするものとして限定的に運用することも提案する⁵⁰⁾。この解釈との関係

48) このような理解とは異なり，刑事訴訟法248条の考慮要素が例示列举である可能性を示唆するものとして，吉岡・前掲注（39）241頁。

48a) 私見に近い発想としてすでに，鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院，1990年）100頁が，「起訴便宜主義の下で認められている訴追裁量権は，法定主義の硬直さを是正するためのものであって，いわゆる羈束裁量に属し，理論的にはその基準の逸脱は裁判所の審査の対象となり得るものと解すべきである」と述べている。

49) わが国とは異なって起訴法定主義を採用するドイツでは，起訴法定主義の意義として，刑事訴追の均等性（Gleichmäßigkeit）の保護と法適用者から見た刑事立法の明確性が挙げられることがある（Vgl. Mark Deiters, Legalitätssprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006, S.3 f.）。また，起訴法定主義の下でダイバージョニングを行うことによる「可視性」を指摘するものとして，丹羽正夫「オーストリアにおける軽微事犯論の転換（三）」法制理論29巻4号（1997年）71頁以下参照。

50) 瀧野・前掲注（40）204頁は，「起訴猶予処分を一般予防を目的とした微罪処分的なものと位置付け，処分の性質も，刑事政策的処遇というよりも，訴追・処罰を放棄するもの」

では、旧刑事訴訟法279条の起訴便宜主義の規定から、現行の刑事訴訟法248条の規定へ改正する際に、「犯罪の軽重」が挿入されたことが重要である⁵¹⁾。

2. 微罪処分

微罪処分は、刑事訴訟法246条ただし書きで、「検察官が指定した事件」について全件送致主義の例外が認められていることを前提にして、犯罪捜査規範198条以下に基づいて認められているものである。犯罪捜査規範198条では、「捜査した事件について、犯罪事実が極めて軽微であり、かつ、検察官から送致の手続をとる必要がないとあらかじめ指定されたものについては、送致しないことができる。」と規定されている。微罪処分は、検察の起訴猶予権限の一部を司法警察員に委ねたものであると理解されているようである⁵²⁾。そして、微罪処分の対象犯罪については公には示されていないが、一般予防の必要性の低さや、再犯の危険性の低さなどにに基づいて対象事件の指定がされているようである⁵³⁾。

この制度の意義として、起訴猶予と同様に、①対象者に対する「犯罪者」というレッテル張りを防ぐこと⁵⁴⁾、②裁判所の負担、国費の節約に

ゝとして捉えるべき」と述べている。吉岡・前掲注(39)244頁以下も参照。

51) 田宮・前掲注(40)98頁、福井・前掲注(40)200頁、三井・前掲注(40)29頁。

52) 藤本・前掲注(38)176頁、松尾監修・前掲注(37)524頁参照。

53) たとえば、吉岡・前掲注(39)229頁は、「指定事件は地検ごとに異なるが、おおむね①被害僅少かつ犯罪軽微で、盗品の返還その他被害の回復が行われ、被害者が処罰を希望せず、かつ、素行不良でない者の偶発的犯行で、再犯のおそれのない窃盗、詐欺、横領事件、およびこれに準すべき事由のある盗品等事犯、②得喪の目的物がきわめて僅少、犯情も軽微であり、共犯者すべてについて再犯のおそれのない初犯者の賭博事件については、検事総長から検事正にあてた通達によって全国的に行われている。それ以外に、③検事正が特に指定した特定罪種として、素行不良者でない者による偶発的犯行で、被害も軽微な暴行、傷害等の粗暴犯が含まれる地方もある」と指摘している。

54) 荒川雅行「軽微な財産事犯の処理」刑法雑誌28巻2号(1987年)36頁、川出＝金・前掲注(38)140頁、武内謙治＝本庄武『刑事政策学』(日本評論社、2019年)165頁[本庄武]、藤本・前掲注(38)178頁など参照。

つながること⁵⁵⁾などが挙げられている。これについても基本的には多くの刑事法学者は肯定的である。

しかし、微罪処分についても問題点が指摘されている。たとえば、①捜査機関である警察を裁量行使主体とすることによって、捜査の糺問化を招くおそれがあること⁵⁶⁾、②特別予防の要否判断のための事前的な情報収集（身辺調査や日常的な情報の蓄積）によるプライバシー侵害のおそれがあること⁵⁷⁾、③訓戒や請書などによる警察段階による実質的制裁を認めていることが適正手続きと緊張関係にあること⁵⁸⁾、④犯罪事実を争いたい場合に微罪処分歴抹消制度が存在しないこと⁵⁹⁾、⑤指定事件が地域によって異なるため地域的な平等性を欠くこと⁶⁰⁾等が挙げられている。そのほかに、⑥起訴便宜主義とは異なり、検察審査会制度のような制度が存在しないことも問題であろう⁶¹⁾。確かに、犯罪捜査規範199条に基づく微罪処分事件報告書などで、指定に反する微罪処分がなされたと認識した場合には、検察官が改めて通常の送致手続きを指示して、起訴・不起訴の判断をすることは可能であるが、指定内容自体公表されていないので、適切な運用がなされているのかの客観的な検証ができないのである。

微罪処分も、Ⅱ.の4で示した判断指針からは可能な限り限定的に運用されるべきであり、①～⑥の起訴猶予の問題点（法的安定性の懸念からは、特に⑤と⑥）を踏まえると、起訴猶予と同様に、判断基準をあいまいにし

55) 荒川・前掲注(54)36頁、吉岡・前掲注(39)231頁、武内＝本庄・前掲注(54)165頁[本庄]など参照。

56) 吉岡・前掲注(39)231頁は、「裁量行使の主体として、自白追求に傾きがちな犯人取調べに重点を置いた捜査機関としての警察がふさわしいかが問われる」と述べている。

57) 吉岡・前掲注(39)231頁。

58) 吉岡・前掲注(39)232頁。これについて、「犯罪者の処遇」としての側面があると評価するものとして、川出＝金・前掲注(38)140頁。

59) 武内＝本庄・前掲注(54)166頁[本庄]。

60) 荒川・前掲注(54)38頁。

61) 事後的なチェックがなされていないことを微罪処分の最大の問題とするものとして、荒川・前掲注(54)39頁。

たまま用いるのは避けるのが望ましいと思われる。そこで、本稿は、起訴猶予と同様に、可罰的違法性の欠如（特に絶対的輕微型）の延長線上にある事案群を刑事手続からダイバージョンするものとして限定的に運用することを提案する⁶²⁾。

IV. 解釈論及び立法論上の課題

上記Ⅲ.の考察からすると、起訴猶予と微罪処分は現在よりも裁量の範囲を狭く運用することが望ましいことになるが、この反面として柔軟なダイバージョンの可能性が失われてしまうおそれがあることは否めない。そこで、より適切な範囲のダイバージョンを行うためには、どのような解釈論及び立法論上の可能性があるかについて今後の課題として触れておく。

第一に、可罰的違法性の欠如の絶対的輕微型の延長線上にある輕微事犯や行為後に被害回復がなされた事案の当罰性を阻却するという解釈論が検討されるべきであろう⁶³⁾。このような解釈論を前提にすれば、輕微な窃盗

62) 吉岡一男『刑事学』（青林書院新社、1980年）222頁は「微罪処分は、犯罪行為内容の輕微さをその唯一の要件とし、犯罪の不成立に連続するものとして、刑罰にはあたらない事案を警察段階で処理する制度として把握されるべきであろう」と述べている。

63) 生田勝義「可罰的違法性の理論」同『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）332頁は、「行為事情は、すべて犯罪成立要件としての違法または有責の判断対象に組み入れられるべきである。しかし、行為後の事情については要罰性判断の対象にすることはできない。……このように要罰性を判断することにすれば、形式的には犯罪が既遂に達した後であっても、原状回復に努める行為があればそれを理由にして不処罰にするという構成も可能になる」と述べている。また、松宮孝明『「公訴権濫用」と「処罰不相当」』立命館法学 223・224号（1992年）511頁以下が、最決昭和 55・11・17 刑集34卷 7 号672頁を「非典型的刑罰消滅事由」として捉え直し、それを判断する基準として「処罰の不相当性」（「処罰の必要性」及び「処罰の有効性」を含む）を導き出していることも注目され得る。松宮は、同532頁でその判断方法を整理し、「処罰の必要性」という観点から「(1) 当該行為自体が、その違法性・有責性において、輕微なものであること（ただし、可罰的違法性・有責性の完全な否定にまでは至らないこと）」、「ついで行為後の事情として(2) 紛争が実質的に解決し、被害者等がもはや処罰の意思を持っていないことに加えて、裁判所・検察官も実質的な処罰の必要を感じていないこと」を挙げ、「道義的非難としての有罪判決のメ

事犯は、現在実務で行われているような起訴猶予や微罪処分ではなく、犯罪不成立としての不起訴として処理することが可能になると思われる⁶⁴⁾。また、この当罰性阻却に関連して、冒頭のスーパーマーケットで商品を費消した後に代金を支払った事案などを想定した非犯罪化の立法も検討の余地があろう⁶⁵⁾。

第二に、立法論として「被害の填補」を促進するという方向性で考慮に値するのは、ドイツ刑法46条a⁶⁶⁾のような「行為者と被害者の和解，損害回復」規定を導入することである。ただし、本稿の立場からは、この制度は国家刑罰権に対して縮減的に作用するものであるので、社会的視座に照らして承認可能か（この制度の導入によって「規範確証の必要性」を失わせるか、又は小さくするものか）という検証は必要である。

現時点では、「和解」や「損害回復」がすべての犯罪において「規範確証の必要性」を失わせる、又は小さくするものであると評価するのは難しいと考えているが、被害者の判断で国家刑罰権の放棄が可能と考えられる

↘説得力・感銘力からみた『刑罰の有効性』」に関連して、「(3) 行為時から裁判時までの『時の経過』、(4) 当該事件の捜査ないし公訴提起において被告人に対し一般と比べて不当な差別的取り扱いがなされたとの印象を生じていること」を挙げている。

64) 荒川・前掲注(54)40頁は「実体法上、可罰的違法、ばあいによっては可罰的責任を欠き、本来無罪となるべき行為まで広くとりこまれて微罪処分の対象になっている」可能性を指摘する。

65) 樋口・前掲注(2)24頁が「当罰性という価値判断という点からすると、アメリカの模範刑法典223.1条3(3)cは、販売のための商品については直ちに購入して支払う意図があれば占有移転を先行させても財産犯としない旨規定して(いる)」と指摘していることが参考になり得る。

66) ドイツ刑法46条a(行為者と被害者の和解，損害回復)では、
「行為者が、

1. 被害者との和解を成立させる努力において(行為者と被害者の和解)、犯行の全部若しくは主たる部分を回復し、若しくは真摯に回復に努め、又は、

2. 損害回復のために著しい個人的給付若しくは個人的断念が必要な場合において、被害者に対し、全部若しくは主たる部分の賠償をしたときは、裁判所は、第49条第1項により刑を減輕することができ、又は、1年を超える自由刑若しくは360日を超える罰金刑をもって処断すべき場合を除いて、刑を免除することができる。」と規定されている(法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑法典』(2021年)52頁)。

規範違反（おそらく被害者の同意が認められるような範囲）に限って導入することが許容されるのではないかと考えている。少なくとも、軽微な窃盗罪に関しては導入することは許容されると思われる。

第三に、ドイツ刑法248条a⁶⁷⁾のような価値僅少物の窃盗の場合の親告罪規定の新設を導入することが考えられる。ただし、本稿の立場からは、親告罪化も、国家刑罰権に対して縮減的に作用するものであるもので、社会的視座に照らして承認可能か（この制度の導入によって「規範確証の必要性」を失わせるか、又は小さくするものか）という検証が必要である。

万引きなどの軽微な窃盗事犯は、私人間で問題になることが多い類型であり、窃盗の被害者が捜査機関に通報しないことが多く存在していることからすると⁶⁸⁾、軽微な窃盗事犯で特に被害回復がなされた場合については、規範の動揺も小さく、刑事訴追に関する判断を「親告罪」という形で被害者に分担させることもあり得ると思われる。

現時点では、被害回復がなされた場合に限定して軽微な窃盗事犯を親告罪化するのであれば条件をつける必要はないと考えているが、仮により広く軽微な窃盗事犯を親告罪化するのであれば、規範確証という観点からすると、ドイツ刑法248条aのように「刑事訴追機関が刑事訴追について特別な公の利益があるために職権による介入が必要と考えるときを除く」などの条件を付けた親告罪化が望ましいのではないかと考えている⁶⁹⁾。

67) ドイツ刑法248条a（価値僅少物の窃盗及び横領）では、

「第242条及び第246条の場合において、刑事訴追機関が刑事訴追について特別な公の利益があるために職権による介入が必要と考えるときを除き、価値僅少物の窃盗及び横領は告訴に基づいてのみ訴追される。」と規定されている（法務省刑事局・前掲注（66）217頁）。

68) 石井光「軽微な財産犯と非犯罪化」法セミ310号（1980年）36頁以下、丹羽正夫「ささいな「窃盗」にも刑法は適用されるべきか？」法セミ484号（1995年）62頁参照。

69) 条件付親告罪について詳しくは、黒澤睦「ドイツにおける条件付親告罪の構造と問題点」法律論叢77巻4=5号（2005年）59頁以下。

V. 結びに代えて

本稿では、民刑の分化を前提に、刑事司法における刑罰と民事司法における損害賠償の「法・権利の回復」の構造の相違を明らかにし、民事司法における損害賠償制度との比較で、刑事司法における刑罰制度及び犯罪の意義を検討した。この検討に基づいて、刑事司法における「刑罰」の正当化根拠を、「規範確証」を目的とした「応報」と捉え、その理解からは国家刑罰権に対して縮減的に作用する「非犯罪化」、「減軽規定・免除規定の導入」、「親告罪化」などはもちろん、「起訴猶予」や「微罪処分」についても「規範確証の必要性」という観点からの検証が必要であるということを示した。そして、広範囲の裁量を認めた上での起訴猶予・微罪処分の運用では「規範確証の必要性」についての判断が困難になることから、「起訴猶予」、「微罪処分」は、可罰的違法性の欠如の絶対的軽微型の延長線上にある事案の処理に限定して運用されるべきという主張を行った。

しかし、このような解釈を行うことにより、市民にとっての起訴猶予・微罪処分の範囲の明確化が図られるという利点はあるが、柔軟なダイバージョンの可能性が失われ、軽微な犯罪を犯してしまった市民に現状よりも過度な刑事手続の負担を課してしまうおそれがあることは軽視できない。

このことを踏まえて、今後の研究では、IV.で示した解釈論及び立法論上の課題に取り組み、私見に基づく軽微な窃盗事犯についての適切な処罰範囲を提示できればと思う。

* 本研究は、JSPS 科研費 JP21K13210, JP21K01210 の助成を受けたものである。