

## 【分科会報告 質疑応答】

### 民事不法と刑事不法の異同に関する一考察

山川秀道（松山大学）<sup>1</sup>

以下、分科会報告の質疑応答を記します。ご質問をいただいた順に、質疑応答の内容をほぼそのまま記載いたします。

#### 【瀧川裕英先生(東京大学)からのご質問】

##### ご質問第1点目

純粹賠償説に対する批判として、「被害者の権利主体性に対する尊重」が欠けていると主張されています(p.6)。しかしながら、損害賠償責任を追及するプロセスにおいて、被害者はまさに(少なくとも民事上の)法的な権利主体として承認されていると思われまます。むしろ、被告人の刑事責任を追及する刑事裁判のほうが、被害者の権利主体性を無視している(少なくとも無視してきた)ともいえるように思われまます。このことから、純粹賠償説が、被害者の権利主体性を尊重していないというのがどのようなことを指しているかを、もう少し説明していただければと思ひまます。

ご質問を賜りまして真にありがとうございます。3点、理由をご回答申し上げたく存じまます。

ご指摘のとおり、確かに純粹賠償説は被害者等が自ら損害賠償を請求するというかたちでその権利主体性を慮っていると解されまます。ただそれでも、やはり、人格権を侵害された被害者等にとっては不満足な場合があると思われまます。犯罪によって貶められた被害者の法的地位を回復するためには**物質的賠償**では不適切だと見做される場合にも、純粹賠償説によると、被害者等の訴え（請求趣旨）が「金〇〇円を支払え」というものにならざるを得ないことに問題があると思ひまます。これが第1の理由です。第2の理由は、犯罪被害直後の被害者等には主体的に訴訟を提起することが難しい場合もあると考えられることです（特に、自尊心が低下している場合）。その場合、まずは、公的に（刑事裁判で）「被告人の行為の違法性・有責性」とともに、「社会が被害者の権利を正当なものとして承認しているということ」を被害者等に認知してもらうことが、その自尊心の回復に資するのではないかと考えた次第です。被害者等が自ら主体的に訴えを提起する場面（民事裁判）は、その後の段階に位置づけるべきケースもあるように思われまます（もちろん、これは純粹賠償説のみに向けた指摘ではありませんが）。第3の理由は、お恥ずかしながら安易なものです。すなわち、「社会が被害者の権利を正当なものとして承認していること」を公的な場面で確認するといった場合、現行法上はやはり刑事裁判が連想されるのではないかと考えた次第でございます。

---

<sup>1</sup> Mail: syamakaw@g.matsuyama-u.ac.jp

## ご質問第2点目

民事不法と区別された刑事不法に対する罰は「基本的に自由刑である」と主張されています(p.12)。これは、自由刑以外の刑罰が、刑罰として不当ということでしょうか、あるいは刑罰の名に値しないということでしょうか。また、刑事不法に対して、財産刑や生命刑、さらには身体刑ではなく、自由刑こそが「基本」であるのはなぜでしょうか。ご質問を賜りまして真にありがとうございます。

自由刑を基本と述べたのは、それが刑事不法の内容に対応する反作用として最も適切であると考えたからです。

ある社会の人々が、刑事不法の範疇を可能な限り最小限にとどめたいと望むとき、その人々は違法行為に対して非常に寛容な精神でもって、民事不法（物質的賠償と謝罪でも当事者間の法的関係を回復することが可能な違法行為）の範疇を拡げることになると思われまふ。その場合に、刑事不法として何が残るかと言いますと、法的共同生活にとって耐え難い不正義であると認知される犯罪、例えば、(組織的な)殺人罪、強盗殺人・強制性交等殺人罪などのほか、(社会的法益・国家的法益に対する罪ですが)内乱罪、外患誘致罪、現住建造物等放火罪などの重大犯罪のみになると推測されます。これらの犯罪は、法が要求する最低限の要請(生命権に対する尊重要請)さえも否定するものであり<sup>2</sup>、「物質的賠償(と謝罪)によって自由の身になることが許されないほどに法規範を侵害した」(p.12)と認知されるように考えられます。端的に言いますと、そのまま犯人を隣人として共生し続けることは(心理的に)できない、というのが通常だと思われまふ(p.7の野球の試合の例と同様です)。そのような場合には、やはり一度犯人と距離をとることが必要であって、然るべき期間の経過後に初めて社会へ受け容れる(再統合する)ことが可能となるのではないかと考えています。

自由刑は比較的新しい刑罰ですが、自由刑が誕生する以前は、死刑、平和喪失刑、追放刑(流刑)というかたちで、特定の犯罪者を社会から排除してきたのだと思われまふ。それに対して、中世に公的刑罰が普及して以降、名誉刑、身体刑、罰金刑の対象となった犯罪者というのは、法的同胞としてなお共生可能な(まだ市民社会の一員として相互承認関係を構築可能な)ものが多かったのではないかと推測しています(恐縮ながら、憶測の域です)。仮にそうであるとすれば、中世から近代にかけての名誉刑、身体刑、罰金刑の対象に相当する違法行為は、今日、上述のように民事不法の範疇を最大限拡張した場合には、民事不法の範疇に整序することができるものと思われまふ。問題は、近代以前、死刑、平和喪失刑、追放刑(流刑)というかたちで社会的排除の対象とされてきた犯罪(者)です。今日、刑罰を法的正義を回復するための中間手段として要求するならば、可能な

---

<sup>2</sup> 生命の侵害結果(死亡)が発生していない場合にも、その危険性が非常に高い場合には人の生命権を尊重していないと評価してよいと考えています。

限り社会的再統合を目指すのが望ましいと考えられます。それに最も適していると思われる刑罰が自由刑です。なお、殺人の不正義に対して死刑の正義はあまり明確ではないため、死刑は犯人の社会的再統合がもはや絶望的な場合の最後の手段かと思わしますが、まだよくわからないというのが正直なところでございます。また付言しますと、身体刑・名誉刑は、いわゆるシャーデン・フロイデと結びついている気がいたします。そのため、法的正義の回復を妨げる虞がございます。したがって、民事不法の解決手段（物質的賠償と謝罪）としても、刑罰としても差し控えるべきかと考えます。最後に、財産刑は、上述のように刑事不法を狭く解した場合、それに対応する刑罰としては不適切だと考えております。これに対して、刑事不法の範疇を大きく拡張した場合、あるいは、刑事不法でも民事不法でもない違法行為（行政法規違反）に対してその予防効果を目的とした行政（警察）上のサンクションとして考える場合には有効かと思われれます。その場合には、費用便益分析などの経済学的手法をもっと積極的に利用しても良いのではないかと思われれますが、詳しくは今後の検討課題でございます。

#### 【大杉一之先生(北九州市立大学)からのご質問】

##### ご質問第1点目

被害者の権利・利益の回復は「刑罰」の機能に含まれるのでしょうか？

法秩序は、刑法と刑罰から、(客体という意味での被害者を除いて)被害者を除外してきたのではないのでしょうか。もちろん、処罰とは独立して、被害者を十分に救済・ケアする必要性は強調したいと考えます。(国家は、社会契約に基づく国民保護の義務を、犯罪の限度で果たし得なかったのですから。)

ご質問を賜りまして真にありがとうございます。

被害者の権利・利益の回復は「刑罰」の機能に(少なくとも理念的には)必ず含まれなければならないと考えます。

第1に、犯罪(個人的法益に対する罪)が被害者の権利を侵害することによって社会を侵害するものであるとすれば、法は、侵害された被害者の権利を(少なくとも理念的には)回復するように努めなければならない、刑罰はその一過程として認知される必要があると考えます。もしも、法が刑罰を被害者の権利回復と無関係なものとして位置づけるならば、刑罰は、被害者への侵害を契機に社会の規範維持のみを目的とするようになると思われれます。そうすると結局、刑法は社会利益のために、被害者を手段として扱っているのではないかという疑問が応報刑にも生じるのではないのでしょうか<sup>3</sup>(もちろん、予防刑ほど「直接的」ではありませんが)。法が矯正的正義を保障するならば、その

---

<sup>3</sup> もっとも、カントのように、法を侵害する者は(法的保障を自分から取り上げることで)自動的に自分を侵害することになると観念することも不可能ではないと思いますが、現実には、刑罰の執行

内容は、法的保障を受ける権利利益が侵害されたときにはこれを回復するというものであり、刑罰はその目的達成に資するものと位置づけられるべきだと考えます。もっとも、刑罰は被害者の権利を直接的に回復するというよりも、「後の」物質的賠償（謝罪・和解）を達成しやすくするという間接的な機能を果たす以上のことは（現実的に）望めないと思われ（上記、瀧川先生からのご質問第1点目に対する回答もご参照いただくと幸甚に存じます）。したがって、刑罰は、被害者の権利主体性（又は尊厳？）を当事者及び社会に認知させるかたちで各人の平均的な視点から、その後の損害賠償における物質的賠償（謝罪・和解）は当事者の特殊的・具体的な視点から行われることを想定しております。結果的に、（損害賠償の原則的後置＝刑先執行を除けば<sup>4</sup>）刑罰の実践は従来とほぼ変わらないかたちになってしまいますが、刑罰による被害回復も理念的には含まれることを前提に議論することに一つの意義はあるのではないかと愚考しています。

第2に、仮に、一つの社会現象である犯罪（個人的法益への侵害）に対応する法律効果を、刑罰はもっぱら社会的視点から法規範を回復すること、損害賠償はもっぱら被害者の個人的損害を回復すること、という具合に（理念的・制度的に）分離した場合、被害者の権利侵害に対する回復が物質的賠償（謝罪）に限定されてしまう点にやはり不適切な点が残るように思われます。ある事象がそのまま「犯罪」、「不法行為」、「行政法規違反」といった具合に別個独立のものとして認知されるわけではなく、一つの現象を法的評価の観点から切り分けて把握しているに過ぎないとすれば、やはり刑罰と損害賠償も有機的に関連している側面があるのではないかと考えております。ただ、この点は、特に損害賠償法の観点からも吟味すべき課題であるため、さらに検討したいと存じます。

なお、国家刑罰権又は刑事司法制度から被害者が除外されてきた背景としては、主に便宜的な理由（復讐の連鎖の防止、財源・労働力の確保、権力の集中化）が大きかったのではないのでしょうか。

#### ご質問第2点目

「不法の重大性ゆえに単なる謝罪又は物質的賠償責任では法的正義を回復することが原則的にできないと考えられる場合には、それを刑事不法と位置付けることが可能ではないかと考える。」（12頁）とありますが、刑事不法と民事不法とを質的に連続するものとするのでしょうか？それまでの論証によれば、刑事罰には「共同体において共有されるべき最低限の規範的価値を再確認する」という質的な相違を認めたように思われますが、ご質問を賜りまして真にありがとうございます。

---

が人々の行為（リアクション）に依存している以上、それが正義に適うかどうかを討議する機会の保障が重要でるような気がします。

<sup>4</sup> 刑(罰)先執行（主義）は本来、保安処分との関係で用いられますが、ここでは損害賠償との関係に転用しています。

ご指摘のとおり、民事不法と刑事不法の違いは質的なものとして捉えることも量的なものとして捉えることも可能であると考えております。どちらが本質なのかは、大変恐縮ですが、報告者のなかでも未だ明確ではありません。

民事不法も刑事不法も共に、被害者の権利を侵害することにより法の保証する正当な関係（例、法の下での平等）を否定する性質を有するものと解されます。その性質が法的共同生活にとって耐え難いものであると認知されるとき、人は物質的賠償（謝罪）では納得できないのだと考えられます。これを刑事不法と呼ぶとき、そこには民事不法とは異なる性質が付与されています。不正確な表現にはなりますが、やはり、その性質を「社会侵害」という言葉で端的に表すとイメージしやすいかと思われます。この社会侵害性の故に刑事不法に対応する法的効果すなわち刑罰には、（被害者個人への）物質的賠償を超えた意義が付与されると考えております。それが「法的共同体において共有されるべき最低限の規範的価値を再確認する」というものです。しかしながら、民事不法がこれらの契機をまったく含まないかというところではなく、ただ一定の法的効果を基礎づける水準に達していないに過ぎないと考えます。このことは、例えば刑事責任年齢と同様に考えられるのではないのでしょうか。非行少年が14歳未満の場合、保護処分のみが選択可能であって刑罰が選択肢に含まれないためにその意味で14歳以上の（犯罪）少年とはやはり性質が異なると解されます。しかし、その根拠は、少年の答責性（規範的な成熟度）が「一定の水準」に達していないと推認されることであって、決して14歳未満の少年には備わっていない性質が14歳になった途端に芽生える（変異する）というわけではないと思われます。現在議論されている「若年者」の処遇もこの議論の延長線上に位置づけられるかと存じます。同様に、民事不法も刑事不法も共に、被害者の権利を侵害することにより法の保証する正当な関係を否定するという性質を有しながらも、その程度が甚だしいために、法的共同生活にとって耐え難い（物質的賠償が不適切）という水準に達したものを刑事不法として、これに民事不法とは異なる性質を付与することが可能かと考えております。

### ご質問第3点目

民事不法においても他人の利益・権利を害してはならないという点は刑事不法と同様であり、ただ損害が発生した場合には損害を填補するという事後的機能が重視されるのではないのでしょうか。これに対して、刑事不法においては、利益侵害を前提としつつも、共同体での生活秩序を害する場合も含め、一定の行為規範に反する「法益（＝社会生活における利益の中から共同体構成員の合意により[つまり議会制定法により]選定された利益）」侵害を禁止する事前的（行為時の）「行為規範性」を重視すべきではないのでしょうか。民事不法においては侵害する自由も認められるが、刑事不法においては「処罰を受忍することで侵害する自由を認める」と考えることは許されないのではないのでしょうか。

---

<sup>5</sup> ここでは個人的法益に対する侵害を想定しています。

ご質問を賜りまして真にありがとうございます。

報告原稿の記述が誤解を招くものであったかもしれません。謹んでお詫び申し上げます。報告者も、法的効果・責任を受忍すれば他者の権利利益を侵害することも法的に許される、とは考えておりません。刑事不法はもちろん、民事不法の場合にも他者の権利を害する自由に値札を貼ることは法的正義に反すると考えられます<sup>6</sup>。仮に法律効果の定めがない訓示的な法規定であっても、実定法はそれに違反することをやはり法的に許さないものと想定しているのだと考えられます。ただ、民事不法においても行為規範性が重視される面があるのではないかと考えております。損害賠償法を原則的に無過失責任とする保険法のように理解するのであれば別だと思われそうですが、そうでない限り少なからず行為規範性は要請されるかと思われます。もっともその規範の性格が平均的・社会的に妥当するものか、主として当事者間において特殊的に妥当するものかという相対的違いは生じると考えます。

以上

貴重なご指摘ご質問をくださった瀧川先生と大杉先生には改めて心より御礼申し上げます。ご教示を踏まえて、不十分な点をさらに検討し直したいと存じます。引き続き、ご指導のほど何卒よろしくお願い申し上げます。

山川秀道

---

<sup>6</sup> もっともこの点には異論も考えられます。詳しくは、亀本洋『法哲学』（成文堂、2011）175 - 179 頁、341-342 頁をご参照ください。