

なければならぬこと自明である。すなわち、第一に、過去の判例の整理・分析が必要である。判決へと収斂して行く過程において、重大な影響を及ぼす諸事実を類型化し、その類型化された事実に基づいて一定の仮説をたて、その仮説を直接研究対象となる判例によって批判的に検証していかなければならない。第二に、判例研究は、判例理論の論理的・一貫性を追求するものではなく、したがって、判例の「つじつまあわせ」を目的とするものではない。法的安定性の見地から、そのような態度を示すことの正当化を行おうとするのは、狭い意味の（あるいは真の）判例研究の枠からはみ出るものである。それはむしろ、判例「解釈学」とでもいうものである。我々はそれには関心がない。我々に関心があるのは、「生きた法」そのものである。その構造と機能である。もちろん、判例研究といえども価値判断の領域があることは認めなければならない。しかしながら、それは法の生態を歪めるものであってはならないのである。そこで判例研究の意義も特色もあるのである。以上のことを前提にしてはじめて我々は学説（在るべき法）と判例（在る法）との正確な距離を測ることができると思われる。

このような基本的理念が各評釈者によってどの程度実現されているかは、読者の判断に委ねる他ないが、個々の判例研究を通じて、研究水準の一層の向上が図られればこれに過ぐる喜びはないのである。そうした意味で、読者諸賢の心ある御叱正を乞う次第である。

チッソ水俣病川本事件最高裁決定

最高裁昭和五五年一月十七日第一小法廷決定（昭和五二年（あ）第一三五三号傷害被告事件）刑集三四卷七号六七二頁

△事実の概要▽

本件は、水俣病患者でいわゆる自主交渉派に属する川本輝夫が、他の水俣病患者及び支援者とともにチッソ社長ら首脳と直接交渉するため、たびたび東京本社に赴き面会を要求、これを阻止しようとする同社の従業員とこぜり合いがくり返されていた中で、昭和四七年七月一九日から一〇月二五日まで、前後五回にわたり、同社において同社従業員四名に対し、全治一週間から二週間を要する傷害を与えたというもので、右事実につき昭和四七年一月一七日に起訴された事案である。

第一審において弁護人は、本件は憲法一四条に反する公訴提起であるのみならず、公訴提起後、チッソの加害責任を明らかにした熊本地裁の民事判決が言渡され、さらに、チッソの島田社長が被告人に対し寛大な処分を望む上申書を提出するなどの起訴後の事情変更により公訴維持も違法となったとして公訴無効を理由とする公訴棄却の申立をした。しかし、一審裁判所はこれを認めず被告人を有罪としたが、その際検察官の求刑が懲役一年六月であったにも拘らず、罰金五万円、一年間執行猶予という異例の刑を言い渡したことが注目された。被告人側はこ

れを不服として控訴し、重ねて公訴無効による公訴棄却を主張した。

控訴裁判所は、公訴提起にあたり法上検察官に相当広い裁量が予定されていることは認めつつも、その裁量による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
の平等の権利等の基本的人權を侵害し、これを是正しなければ
著しく正義に反するようときには、刑法二四八条違反として
同三三八条四号で公訴を棄却すべきものとした。さらに、権
利濫用の一般原則から公訴権濫用と認められるためには検察官
の故意又は重大な過失を要するが、起訴処分は強大かつ密行性
の公機関が行使する捜査権を背景とするものであるから、かか
る主観的要素は背景となる客観的事実の集積から推認する以外
にはない。従って「かかる客観的・外部的事実」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といつて妨げない」とした上で、「本件で
特有なことは、所論の骨子をなす差別の問題が、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ことであり、そこには今
日の社会における宿命的矛盾ともいふべき公害の問題が介在し
ている点に二重の特徴を有している。」ことからすると、本件

被告人に対する訴追はいかにも偏頗不平等であり、これを是認
することは法的正義に著しく反するとともに、かかる不平等訴
追について検察官に故意又は重大な過失があると推認してよい
とし、原判決を破棄し公訴棄却の自判をした。これが、所謂
「寺尾判決」と呼ばれるものである。これに対して検察官は、
憲法一四一条一項の解釈適用の誤り、判例違反、法令違反を理由
として上告した。

△決定要旨▽

上告趣意の第一点、憲法違反の点は、原判決が憲法一四一条一項
を適用したものと認められないとし、第二点、判例違反の点
も、引用諸判例は、いずれも憲法一四一条一項の解釈適用に關す
るものであるが、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と判示したものである点で
これを認め難く、その他の主張も憲法違反の主張を含めてその
実質はすべて事実誤認が単なる法令違反の主張であり、いずれ
も適法な上告理由にあたらぬ、とした上で刑法四一一条の
適用の要否について職権判断を加える。

「一 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るからとい
つて直ちに無効となるもので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事訴訟法

に列挙されていること（刑訴法二四八条）檢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（檢察庁法四条）さらに、刑訴法上の権限は公共の福祉の維持と個人の基的人権の保障とを全うしつつ誠実にこれを行すべく濫用にならぬものとしてされていること（刑訴法一条、刑訴規則一条二項）などを総合して考えると、檢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。

二 いま本件についてみるのに、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かならずしも軽微なものとはいえないのであって、当然に檢察官の本件公訴提起を不当とすることはできない。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のは、むしろ、水俣病公害を惹起したとされるチッソ株式会社との側と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・檢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あるであろう。原判決も、また、この点を重視しているものと考えられる。しかし、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、犯罪の状況及び犯罪後の状況等を

も考慮しなければならぬことは刑訴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であり、他の被疑事件について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はできない。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あたるとは、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。したがって、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って、その違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。

三 しかしながら、本件については第一審が罰金五万円、一年間刑の執行猶予の判決を言い渡し、これに対して檢察官からの控訴の申立はなく、被告人からの控訴に基づき原判決が公訴を棄却したものであるところ、記録に現われた本件のきわめて特異な背景事情に加えて、犯行から今日まですでに長期間が経過し、その間、被告人を含む患者らとチッソ株式会社との間に水俣病被害の補償について全面的な協定が成立して双方の間の紛争は終了し、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こと、また、被告人が右公害によって父親を失い自らも健康を損う結果を被っていることな

どをかれこれ考え合わせると、原判決を破棄して第一審判決の執行猶予付きの罰金刑を復活させなければ著しく正義に反することになるとは考えられず、いまだ刑法四二一条を適用すべきものとは認められない。」

右の多数意見（団藤、中村、谷口各裁判官）に対しては、藤崎、本山両裁判官の反対意見がある。

△研究▽

一、問題の所在

本決定の重要な意義は、理論上検察官の訴追裁量の逸脱による公訴の無効がありうることを最高裁としてはじめて明言した点、さらに、可罰的違法性理論に重要な問題提起を行っている点の二点に求められるものと思われる。

二、公訴権濫用論

一 検察官の不当な公訴の提起に対しては、裁判所はこれを、公訴権の濫用として、形式裁判で打切るべきだとの主張を一般に「公訴権濫用論」という。「公訴権濫用論」が問題とするのは、通常、①客観的嫌疑のない（或いは不十分な）起訴、②起訴猶予裁量（訴追裁量）を逸脱した起訴、③違法捜査に基づく起訴、の三つの場合が考えられるであろう。

公訴権濫用の主張が最初に問題とされたのは、最判昭和二四年一月一〇日（刑集三卷一二号一九三三頁）であろう。そこでは、「公訴提起が手続的に適式であれば、公訴は不適法とし

て排斥しえない」とする判断が示された。次いで、最判昭和二六年九月一四日（刑集五卷一〇号一九三三頁）は、「一たん適式に起訴された以上、それが不平等にみえることがあっても憲法一四條違反の不当起訴にはならない」との判断を示し、最高裁判例としては公訴権濫用論は肯定されえないとの方向を示し、下級審判例の中にもそのような方向に同調するものが見られた（例えば、仙台高判昭和四六年一月一八日判例時報六三四号九五頁）。しかしながら先に述べた三つの類型により判例を分析してみると場合により判例理論に変化がみられるのである。

二 まず、①の場合については、理論上公訴権濫用を認めるとする判例が見られる。東京地判昭和四二年七月二日（下刑集九卷七号九二四頁）がそれである。そこでは「公訴提起の権能は原則として検察官の独占するところでありかつ起訴するか否かについても検察官の広い裁量に委ねられているところであるが、右裁量について恣意の許されないことはいうまでもなく、数十年の歴史的背景を有する不起訴処分の実情をも勘案して考察すると、検察官において公訴を提起しこれを維持するに足る犯罪事実の嫌疑があると史料する場合においても、刑事訴訟法第二四八条掲記の諸事情をも考究斟酌し、不起訴（起訴猶予）処分を相当としない判断を経て起訴に至るべきものと解せられるから、全く犯罪の嫌疑のないことが明白であるのことにさら公訴を提起し、また起訴猶予を相当とすべき明白な諸事情

があるのに故意に起訴したことが客観的に明らかである等檢察官の公訴提起それ自体が違法と認められる場合には公訴提起の手續に違反するものとして判決により公訴を棄却しうると謂うべきである。」とされている。同様の方向をとるものとして、盛岡地判昭和四四年一〇月八日（刑裁月報一卷一〇号一〇〇八頁）、京都地判昭和四九年二月二二日（判例時報七三九号一三四頁）、金沢地判昭和四四年一二月一九日（判例時報九六三号一二二頁）等の判例がある。

次に、②の場合については、先に述べた二つの最高裁判例は、明確に公訴権の差別的運用を理由とする違法無効の考え方を排斥しており、下級審においても同様の方向をとるものが見られる。例えば、広島高判昭和四八年六月一四日（刑裁月報五卷六号一〇一八頁）は、「檢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るならば、……檢察行政の運用上、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續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当たり、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。」としている。

しかしながら、一方では、理論上明確に公訴権濫用を認める

判例が存在する。例えば、仙台高判昭和四九年五月一四日（判例時報七五〇号一〇六頁）は、「公訴提起が憲法、刑事訴訟法その他の諸法規に違反し無効と認めるとき、例えば捜査における高度の違法は法定手續を保障する憲法三一条に、あるいは刑事訴訟法二四八条の認める檢察官の裁量の範囲をこえ又は裁量を乱用しての公訴提起により受ける差別は法の下の平等を保障する憲法一四条一項に、それぞれ違反するものとして、公訴提起の手續の違法を理由に、刑事訴訟法三三八条四号により公訴棄却の判決をすべきものと考えられる。」とする。同様の思考方法を採用するものとして、山口地下関支判昭和四七年一月二六日刑裁月報四卷一号一九三頁、札幌高判昭和四二年一二月二六日判例時報五一六号八六頁等々が存在する。

さらに、③の場合を考えてみると、判例理論はおおむね否定的な流れを示している。例えば、「本件取調の当初において所論のような憲法違反があったとしても、それがため当然爾後一切の手續が違法であると言ふことはできない。」（最判（大）昭和二三年六月九日刑集二卷七号六五八頁）としたり、あるいは「……よしや仮りにかかる違法があるとしても、本件では即日適法に勾留状が発せられているばかりでなく、逮捕の違法そのものは原判決に影響を及ぼさざることは、明白であるから、これを上告の理由となすことを得ない。ただ逮捕の違法に対しては、別の救済方法によるべきものである。」（最判（大）昭和二三年一二月一日刑集二卷一三号一六七九頁）としている。この

流れは、最判昭和四二年七月二日（刑集二〇巻六号六九六頁）でも「……逮捕の手續に所論の違法があつたとしても本件公訴提起の手續が憲法三一条に違反し無効となるものといえないことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し明らかである」として確認されている。しかし、下級審においては、速度違反の被告人を現行犯逮捕するにつき警察官が暴行、傷害を加えておきながら起訴した事案（大森簡判昭和四〇年四月五日下午刑集七巻四号五九六頁）少年の被疑事件につき捜査等に日時を要したため家庭裁判所における審判の機会を失わせた事案（仙台高判昭和四二年一〇月一七日高刑集二〇巻五号六九九頁）、選挙違反事件で、供与、饗応した町長について有利に取り扱うため十分捜査をせず、供与、饗応を受けた者のみを捜査し、起訴した事案（広島高松江支判昭和五五年二月四日判例タイムズ四〇九号五六頁）ではいずれも公訴棄却の判断をなしている（三件とも上告審で破棄されている。——最判昭和四一年七月二日刑集二〇巻六号六九六頁、最判昭和四四年一月五日刑集二三巻一二号一五八三頁、最判昭和五六年六月二六日刑集三五巻四号四二六頁——）。

三 以上のような判例の流れをふまえたうえで、本件上告審決定は、「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「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」との判断を示した。本件決定の場合は、先に述べた

類型のうち②に該当するものであることは論を待たないであろう。本件決定は、「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」という枠を公訴権濫用論にはめたわけであるが、問題は、なぜ「公訴権の濫用」が学界で、あるいは実務の上で考究されたかにある。より端的には原決定が、法曹界は言うに及ばず国民の間にも大きな反響を呼んだ理由は何か、である。その理由は、弁護人が一貫して、「本件公訴事実は、公害問題における加害企業と被害民との紛争の過程に発生したものである。しかも本件公訴は、その被害民をとらえて起訴したものである。したがって、本件裁判はまずもって公害問題における加害企業と被害民との間の紛争を、法的には一体どう理解するのか、という基本的問題に対する解答を避けて通ることは許されない。」と述べ、「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。」と主張したことを、控訴審が正面から採り上げ「公訴棄却」の判断を示したことに求められる。周知の如く、我国においては、西ドイツ刑法法における打切り（Einstellung）制度⁵⁾——一五三条以下——は規定されておらず、刑法法二四八条で「起訴便宜主義」が宣言されているにすぎない。そこでは検察官による一定の価値判断が示されているものであり、それは、可訴追性（Verfolgbarkeit）の判断とも言い得るもので

ある。そこでは、客観的に判断して、検察官のなした処分が従来の「訴追裁量」の枠から逸脱したか否かが問題となる。控訴審判決は、その結論を不平等起訴⁽⁶⁾という側面から導いたのである。控訴審のこの結果は判例上画期的なもので注目されたものではあるが、不平等起訴の具体的な法的理由づけ、デュープロセスへの考察、犯罪の軽微性への考察が曖昧であり最高裁の採用するところとはなり得なかったものと理解しえよう⁽⁷⁾。

従って、本件決定の最高裁の判断としては、公訴権濫用論の側面から考察するならば、決して公訴権濫用論を否定したのではなく⁽⁸⁾、かなり厳格な基準や要件を示唆しながらも、公訴権濫用による公訴無効を理由とする公訴棄却を認めうる場合を判示したものと理解するのが妥当であろう⁽⁹⁾。

〔注〕

- (1) 本件の場合、公訴提起の差別を問題として指摘しているが、捜査段階の差別も合わせ指摘している。したがって、分類上は③の類型に入るものと思われる。河上和雄『刑事訴訟の課題とその展開』(昭和五八年)二六五頁。
- (2) この事件の背景を知るには、原田正純『水俣病』(昭和四七年)・同『水俣病に学ぶ旅』(昭和六〇年)・同『水俣病は終わっていない』(昭和六〇年)・川本裁判資料編集委員会編『水俣病自主交渉川本裁判資料集』(昭和五六年)は、必須の文献である。
- (3) 第一審判決文より引用。
- (4) 控訴審判決文より引用。

- (5) この規定の意味については、斉藤誠二「西ドイツの検察官」比較法研究三八号(昭和五二年)一一四—一一五頁。
- (6) この問題については、鴨良弼『刑事訴訟法の新展開』(昭和四八年)六〇—七七頁の先駆的研究が存在する。
- (7) 田中成明『裁判をめぐる法と政治』(昭和五四年)三七六頁もこのことを指摘する。
- (8) 河上和雄・前掲書二七四頁は、否定したと理解しようとする。尚、同「川本事件最高裁決定に対するコメント」刑法雑誌二六卷一号七八頁。
- (9) 鈴木茂嗣「チソン水俣病川本事件最高裁決定」ジュリス ト昭和五五年度重要判例解説二二七頁、渥美東洋「川本事件での最高裁第一小法廷の決定の意味」刑法雑誌二六卷一号六三頁など。

三、可罰的違法性論

次に、本件決定は、可罰的違法性論の角度から見た時、重要な問題を提起している。それは、可罰性の判断基準は如何にという面からの考察である。

周知の如く、可罰的違法性の問題については、労働刑事事件についての判例の流れに注目しなければならない。昭和四一年一〇月二六日の全通中郵事件最高裁大法廷判決(刑集二〇卷八号九〇一頁)が、公労法違反事件について行為の構成要件該当性を否定出来ず、違法ではあるがその違法性が可罰的程度に達していないために無罪とするという構成——所謂、限定解釈論(違法強弱論)——を示し、この判断がさらに、昭和四四年四

月二日の東京都教組事件（刑集二三卷五号三〇五頁）・全司法
 仙台事件（刑集二三卷五号六八五頁）の大法廷判決へと受け継
 がれ、可罰的違法性の判例理論への定着の観があった。¹⁾

しかし、昭和四八年四月二五日の労働三判決によって可罰的
 違法性についての判例理論は転換を余儀なくされる。労働三事
 件とは、国労久留米駅事件（刑集二七卷三号四一八頁）・全農
 林警職法事件（刑集二七卷三号五四七頁）・全農林長崎統計事
 務所事件（判例時報六九九号九〇頁）をさし、とくに、国労久
 留米駅事件で、争議行為に際し行われた個々の犯罪構成要件該
 当行為につき違法性阻却事由の有無を判断する一般的基準とし
 て「その行為が争議行為に際して行なわれたものであるという
 事実をも含めて、当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考
 慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきもので
 あるか否かを判定しなければならない」との判断を示し、所謂
 「久留米駅事件方式」と呼ばれる判断基準を明らかにした。こ
 の考え方は、事実上可罰的違法性論の争議労働刑法への適用を
 否定したとみることが可能である。このことが証明されてくる
 のが、昭和五二年五月四日の全通名古屋中郵事件大法廷判決
 （刑集三一卷三号一八二頁）である。そこでは、「かりに、争
 議行為が憲法二八条によって保障される権利の行使又は正当な
 行為であることの故に、これに対し刑罰を科すことが許され
 ず、労組法一条二項による違法性阻却を認めるほかないとすれ
 ば、これに対し民事責任を問うことも原則として許されないは

ずであって、そのような争議行為の理解は、公労法一七条一項
 が憲法二八条に違反したとしたところにそぐわないものという
 べきである。」「確かに、刑罰は国家が科する最も峻厳な制裁で
 あるから、それにふさわしい違法性の存在が要求されることは
 当然であろう。しかし、その違法性の存否は、ここに繰り返す
 までもなく、それぞれの罰則と行為に即して検討されるべきも
 のである」とされ、公労法違反の争議行為が「国民生活全体
 の共同利益」を損うが故に、刑法上の違法性を具備するものと
 結論づけている。

昭和四八年以降の労働刑事事件の判例理論を概観する場合に
 おいて、可罰的違法性の理論は、最高裁が利益衡量を中核とし
 た個別具体的な違法判断の方法を採用しない方向を明示したも
 のと理解することができよう。このことは、最高裁によって実
 質的違法性論を基礎とする可罰的違法性論の機能する余地が事
 実上否定されたともいえるものである。²⁾

しかし、このような労働刑法上の判例理論とは、逆に、所
 謂、軽微犯罪あるいは、被害法益自体は必ずしも軽微ではない
 が、当該侵害行為が意図する保全法益との比較衡量において法
 益侵害の程度が比較的軽微としうる場合の二つの領域について
 は、最高裁の判例理論は未だ確定しているとは言いがたい。³⁾

その基本的考え方は、所謂「一厘事件」（大判明治四三年一
 〇月一日刑録一六輯一六二〇頁）に見ることができよう。そこ
 では、夫々の犯罪には一定の重さの違法性が予定されており、

形式上行為がある罰条に当てはまるようにみえても、その違法性が極めて軽微であり、法の予定している程度に達しないものであるときには犯罪は成立しない、とする考え方が提示された。この考え方は、戦後の最高裁へと受け継がれ、昭和三〇年十一月一日の「闇たばこ五本不法所持事件」判決（刑集九卷一四二頁）、昭和三二年三月二十八日の「旅館たばこ買い置き事件」判決（刑集一一卷三三頁一三七五頁）等の判断が示されるに至る。以上の判例は違法性の絶対的軽微な事例に関するものであるが、違法の量的相対性を認めたものも存在する。それは「国鉄小郡駅事件」判決である（昭和三九年一月二四日刑集一八卷九号六一〇頁）。ここでは、構成要件の予定する違法性の量的差異に基づく可罰的違法性判断の手法が示されている。

さらに、同様の考え方を採るものとして最決昭和四五年一月二日刑集二四号一一卷一四七頁の「出入国管理令違反」事件、下級審判例ではあるが、東京高判昭和四五年四月六日判例タイムズ二五五号二三五頁、札幌高判昭和四六年一月二六日判例タイムズ二七一号二九一頁をあげることができよう。

しかし、最高裁のこのような判例理論も、先に述べた「全農林警職法事件」大法廷判決以降全く判例上に現われなくなった。このことは、最高裁が、労働刑事事件への可罰的違法性論の適用を否定すると同様に、一般刑事事件への適用をも否定するに至ったか否かが問題とされねばならないこととなる。この

判断については学界でも評価が分かれており、最高裁の真意を窺うかねる状態であったのである。⁽⁴⁾

そのような流れの中で公訴権濫用論との関連をもった形をとりながらも、可罰的違法性論の適用に関し本件決定が出された意義は大きいといわねばならない。決定そのものは、可罰的違法性論には触れていないが、可罰的違法性論から考える場合、正に画期的とも言い得る判断を示しているのである。

本決定の第一審判決が、「行為の客観的状況と主観的心情の如何によっては、行為の実質的違法性を欠くと認められることはありうる」との、所謂藤木博士の可罰的違法性論に立脚しながら、「被告人の本件行為については、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く、行為の実質的違法性はなお存在する」とし、被告人を罰金五万円、一年間の刑の執行猶予を言い渡した。これに対し、二審は、先に引用の通り「公訴棄却」の判決を言い渡した。問題は本決定が、「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って、その違法が判決に影響を及ぼすことが明らかである。」としながらも、事件の背景を指摘しつつ、「原判決を破棄して第一審判決の執行猶予付きの罰金刑を復活させなければ著しく正義に反することになるとは考えられず、いまだ刑法四二一条を適用すべきものとは認められない。」とした点に存する。

決定は何故、原判決を破棄しなくとも著しく正義に反しない

と判示したのが可罰的違法性論から考察する場合の問題として浮かび上ってくる。

本決定は、その理由としてまず、「犯行から今日まですでに長期間が経過し」、「その間被告人を含む患者らとチッソ株式会社との間に水俣病被害の補償について全面的な協定が成立して双方の間の紛争は終了し、本件の被害者らにおいて今なお処罰を求める意思を有しているとは思われないこと」という処罰相当性の減少事由をあげており、ついで、「被告人が右公害によって父親を失い自らも健康を損う結果を被っていること」という起訴時から存在するところの訴訟相当性に対する減殺事由というべきものがあげられており、さらに、「本件のきわめて特異な背景事情」があげられている⁵⁾。この判示方法は、いわゆる「実体法的、手続法的な可罰的評価」とい⁶⁾うる判断の方法であり、まさしく可罰的違法性論適用の一場面ともいえるものである。

最高裁が可罰的違法性論に厳しい態度をとりながらも、本決定について何故、適用の場面ともい⁷⁾うる判断を示したかであるが、それは、原判決が本件犯行の可罰性、当罰性を微弱とみた、国家の側の一種の信義則違反的な訴追障害事由と、チッソ側に、被告人に本件犯行に及ばざるをえない状況を作り出した原因があること、を指摘している点を真正面から否定していない点と、職権判断で原判決と同様の趣旨を説いている点に求めうるであろう。まさしく、本件においては、「可罰的違法性」

そのものが問題となったのである。

このような判断方法は、昭和四八年以降最高裁の可罰的違法性論に関する判例理論の中でまさに画期的なものであり、可罰的違法性の理論が、深く根をおろしていることを意味するものと思われる⁸⁾。

三、結論

本件最高裁決定の意義は、「全農林警職法事件判決」を契機として、硬直化した違法性判断が目立つとされる最高裁判例の中で、一筋の光明を見出し得る判例として評価しうるものである。

さらに本件決定は、正面から「可罰的違法」性という語句は用いてはいないが、その判断過程において「可罰的違法性論」の手法を用いており、「三友炭坑事件」判決で示された形での違法性判断と同一線上にある判例として評価しうるものである。

いずれにしても、本件のような特殊な事情の下で惹起された事件の判断としては、司法の健全さを示すものとして高く評価しうるものと思われる。まさに、最高裁としての責務を果たしたとも評価しうる決定であると考えることができよう。

〔注〕

(1) この間の判例理論の概観として曾根威彦「可罰的違法性」西原他編『判例刑法研究』(二、違法性)(昭和五六

- 年)二五八頁以下参照。
- (2) 曾根・前掲書二八一頁は同趣旨のことを述べる。板倉宏『現代社会と新しい刑法理論』(昭和五五年)一五九〜一六〇頁は、やや樂觀的に判例理論を把握している。
- (3) バウマンは、このことを「構成要件は充足しているが、刑事的不法の入口にも達していない犯行がありうる」と述べる。Baumann, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts, 1969, S. 13 我国の可罰的違法論の説くところと合致する。
- (4) 多くの論者は、最高裁としては、結果軽微型、絶対的輕微型の類型について可罰的違法性論の適用を認めていく方向をとっていると解する。例えば、曾根・前掲論文二八二頁、板倉宏・前掲書一六〇頁。
- (5) 渡辺保夫『最高裁判所判例解説刑事篇昭和五五年度』(昭和六〇年)四四一頁。
- (6) 米田泰邦『犯罪と可罰的評価』(昭和五八年)三四五頁以下。
- (7) 団藤博士はこのような場合を「超法規的処罰阻却事由」の例として掲げておられる。団藤重光『刑法綱要総論(改訂版)』(昭和五四年)四八二頁。尚、本決定もこの考え方の影響が強く出ていると考えることが可能である。
- (8) 本件決定のような判断事例としては、三友炭坑事件(最判昭和三十一年二月一日刑集一〇卷一〇号一六〇五頁)、札幌市電事件(最判昭和四五年六月二三日、刑集二四卷六号三一頁)、大阪学大事件(最決昭和四八年三月三〇日判例タイムズ二五二一〜二六四頁)の各判例をあげうる。

(山田 文夫)

明確性の原則

——薬事法二条一項にいう

「医薬品」の意義——

最高裁昭和五七年二月一二日第一小法廷決定(昭和五五年)第五三八号、薬事法違反被告事件)刑集三六卷二号一九三頁

△事実の概要と経過▽

一審および二審が認定した罪となるべき事実によると、被告人Tは、下関市所在F商事株式会社の委託販売員として主として高麗人參濃縮液の訪問販売に従事していた者であるが、AまたはBと共謀のうえ、あるいは単独で、薬局開設者または医薬品販売業の許可を受けた者のいづれでもなく、かつ、法定の除外事由がないにもかかわらず、昭和五三年二月一日ころから同年七月二五ころまでの間に、計八回にわたり、Kほか七名に対し、高麗人參濃縮液入り瓶、計二五箱を高血圧、神経痛、肝臓、便秘等に効くと説明して代金計一三七万五、〇〇〇円(一箱金五万五、〇〇〇円)で販売し、もって業として医薬品を販売したのである。これに対して、無許可の医薬品の販売業を禁じた薬事法二四条一項に反し、同法八四条五号の罰則規定に該当するものとして起訴された。

一審判決(山口地裁徳山支部判昭和五四年九月二八日)は、「高麗人參は朝鮮人參と同一に解され、古来漢方の伝承薬とし