

犯罪被害者の人権保障のための政策は 刑法における刑罰論の軌か？

—犯罪被害者に対する国家的無過失損害賠償制度は
人権及び刑罰を進化させるか？—

野村 貴光

I・犯罪被害者政策は刑罰論における軌となっているか？

従来、犯罪被害者は、刑事法においては、等閑視されてきた存在であった。そして、過去、犯罪被害者の権利は、「死んだ権利」とまで称されていた。この点、刑事責任と民事責任の分化が存在しなかった古い時代には、刑罰¹が賠償の役割を担っていた事実は、一般に認められているところである。そして、その根底には、各人は自己の行動に対して責任を持つと同時に、その結果に対して責任を負わなければならないという悟性の原則が存在していたということが指摘されている²。また、その原則からは、一面においては、他人に加えた損害を賠償すべき義務が発生し、他面においては、損害に可能な限り相当する賠償を請求する権利が生ずるとの観念が生まれたということも指摘されているところである³。ところが、国家的組織の成立に伴い⁴、刑事責任と民事責任が分化し、公刑罰が確立すると、悟性の原則は、刑事法の領域においても考慮されても良いはずのものではあったけれども、とりわけ民事法の領

¹ なお、刑罰論については、林弘正『相当な理由に基づく違法性の錯誤』成文堂(2012年)184-185頁。

² G.Del Vecchio, Das Problem der Grundlage der Strafjustiz, *Universitas*, 13. Jahrgang, Heft 9, 1958, S. 909.

³ G.Del Vecchio, a.a.O. (Anm. 1), S. 912.

⁴ 団藤重光『刑法綱要総論 [第三版]』創文社(1995年)5頁。

域において完成され、それが適用されるに至ったのであった。その理由としては、伝統的な古典学派の応報刑論の視座からすれば、刑罰の本質は、苦痛を与えることにありと考えられ、損害を賠償することとは考えられなかったからであり、また、苦痛を与えることこそが、正しく損害を賠償させることであると考えられたからではないかとの指摘がなされているのである⁵。それ故に、古典学派においては、応報刑こそが、犯罪に対する賠償であることに外ならず、刑として苦痛を科することこそが、被害者に対する一種の賠償となり、その感情を和らげるものと観念され、刑罰と並んで被害者に対する損害賠償の問題を本格的に考究するということは、理論的には、余り重要視されては来なかった向きがあったのではないかと思われる⁶。そして、古典学派が刑事法理論においては圧倒的な支持を得ていたが故に、理論的に、犯罪被害者は、少なくとも刑事法においては、等閑視されざるを得ない地位に置かれていたのではないかと考えられるのである。

しかしながら、1960年代に入って犯罪被害者制度についての各国の立法例の紹介が行われ、また、犯罪被害者等による市民運動や立法論が盛んとなり、そのような時代背景において⁷、1974年に発生した極左過激派暴力集団「狼」によって惹起された三菱重工ビル爆破事件⁸や、通り魔事件等によって、法律家共同体及び一般国民の関心が、急速に、犯罪被害者政策に向けられ始めた⁹。その後、1995年に発生したオウム真理教による地下鉄サリン事件によって、犯罪被害者政策の充実ないし拡充に向けての動きに拍車がかけられた¹⁰。こう

⁵ G.Del Vecchio,a.a.O. (Anm.1), S.909.

⁶ 牧野英一『刑法内外の動き』有斐閣(1960年)168-169頁。

⁷ 瀬川晃『犯罪学』成文堂(1998年)295頁。

⁸ この事件は、東アジア反日武装戦線「狼」が、帝国主義者を処刑する等と宣言し、白昼、東京丸の内にある三菱重工ビル正面玄関前に2個のペール缶爆弾を仕掛けて爆発させ、通行人等8人を殺害、380人に重軽傷を負わせ、現在までの爆弾事件としては、最大の被害をもたらしたものであった。

⁹ 大谷實『刑事政策講義 [第三版]』弘文堂(1994年)349-350頁。

¹⁰ 奥村正雄「犯罪被害者に対する経済的支援策」『現代刑事法』第10号(2000年)

して、我が国においては、歴史学的視座からすれば事件関係的に犯罪被害者問題が展開され¹¹、現在においては、犯罪被害者等給付金の支給等に関する法律及び犯罪被害者保護関連2法並びに総合法律支援法等をはじめとする被害者政策が、立法化されるに至った。また、このような犯罪被害者の被害回復のための制度設計ないし立法政策は、法の運用者及び一般国民によって、極めて重要な課題として認識されるに至っているのである。それはやはり、さまざまな犯罪によって、被害者の人権が蹂躪され、最早これ以上無視できない段階に至っているとの認識が、法の運用者の共通理解となってきたからであろう。すなわち、従来は、憲法理論においても、刑法理論及び刑事訴訟法理論においても、加害者の人権保障に重点が置かれてきたのであり、また、それに対しては日本国憲法をはじめとする諸法において規定が充実しているが、しかるに一方、被害者の人権については、少なくとも日本国憲法においては明文の規定はなく、むしろ、日本国憲法25条によって保障されているはずの生存権が脅かされる程、犯罪被害者が精神的、肉体的、経済的困窮状態に置かれている現実を、国会議員、官僚、裁判官等の法の運用に携わる人々が認識し、その認識に則って刑事政策を実現化しようと行動し始めたからではないかと思われる。そして、現在の我が国は、病理的な政治体制ではないと評価し得るが故に、それらの法の運用者によって受け入れられた認識が、社会の大多数のメンバーによっても受け入れられたからでもあろう¹²。また、かような認識の背後には、犯罪被害者及び犯罪被害者擁護集団による犯罪被害者運動並びにそれらを支援するマスメディアの報道も、存在するものと思われる¹³。

こうして、現在においては、犯罪被害者の被害回復のための刑事政策の必

46頁。

¹¹ 高橋則夫『修復的司法の探求』成文堂（2003年）5頁。

¹² 長谷部恭男『憲法第4版』27頁。

¹³ Clarke, Patricia, "Is There a Place for the Victim in the Prosecution Process?," *Canadian Criminology Forum*, Volume 8, No. 1, pp. 31-34.

要性は、広く法律家共同体において認識されるに至っているが、そもそも、このような法の運用者及び一般国民が認識するに至っている犯罪被害者の過酷かつ悲惨な状況が、刑事立法実務のみならず、刑事法理論における刑罰論に対してきわめて重要な影響を与えているのではないか、ということは、目的刑論、とりわけ、その理論的範疇に属すると解される刑法理論における近代学派の教育刑論によって、従来から認識され指摘されてきた解決すべき重要問題であった。すなわち、犯罪被害者に対する刑事政策の未熟さが、特別予防ないし特別抑止における刑事施設収容者の処遇において、その目的とされる改善更生・社会復帰の実現の、軛ないし足枷となっているのではないか、との問題提起がなされてきたのである。

ここにおいて、刑法理論における応報刑ないしは定説とも評価し得る統合説は、理論的に犯罪被害者のための刑事政策を必要としなかったために、刑罰論においては観念的な主張にとどまっており、実質的に、正義の内在的実体に満足を与えることが不十分ではなかったか、との、目的刑論から応報刑論に対する根本的な異議申立てが存在するのである。

思うに、かような問題提起に対して解を与えることは、刑法における刑罰論の進化に貢献すると同時に、過酷な状況に置かれている犯罪被害者の人権保障の更なる充実を与え得るという意義が存するであろう。

そこで、本稿においては、刑法における刑罰論の進化及び犯罪被害者の人権の更なる充実を図るという目的から、目的刑論から提起された問題を検討し、刑法における刑罰論と犯罪被害者政策との理論的関係を明らかにしたうえで、刑罰論を進化させるためには如何なる犯罪被害者政策が創設されるべきであるのかを論じ、最終的結論としては、究極的に、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償制度の創設を提案することにしたい。

Ⅱ・応報刑論において失念されやすい傾向にある問題

刑法における刑罰論と犯罪被害者政策との理論的関係を論じるに当たって、

まず最初に特定して検討しておかなければならない概念は、刑罰論における応報刑論と目的刑論である。そこで、まず、応報刑論を検討することにした。

応報刑論とは、刑罰の意義を、何らかの公的社會に利益となる目的のためではなく、害悪を科することによって、行為者が自らの行為を理由として負担するに至った責任を、公正に清算することに見出す理論であり、一般に絶対説とも呼ばれている¹⁴。刑罰を清算的応報とする考え方は、古くから一般的なものであり、普通の人々の意識の中においては、ある程度明白なものとして存在するものと解されている¹⁵。すなわち、刑罰というものは正義であり、刑罰の内容及び程度に対応し、それを清算するものであることを前提とするものであり、この理論を支えているのが、目には目を、歯には歯を、というピタゴラス学徒や聖書の教義において認められていたタリオの原理、すなわち同害報復の法なのである¹⁶。そして、この理論は、国家の刑罰が文化の発展の発展の過程で私的復讐や家族及び部族による血讐に取って代わり、その結果、応報の権利が、形式的な規則の定める手続に従った、中立的な、それによって平和を創造できるような官憲の手に移って行ったという刑罰の歴史的発展を正しく記述するものでもあるのである¹⁷。

なお、フランス形而上学的思潮の主流であり、その最高峰であったと評価されているアンリ・ベルグソン（Henri Bergson）によれば、応報刑論を支えるタリオの原理の起源は、物々交換の歴史にまで遡及することが可能である。すなわち、タリオの原理を基礎理論とすることによって、刑罰の正義性が貫かれ、刑罰も正義に従って加えられるとされ、そうして正義は刑罰において最も良く表現されていると観念されているのであるが、ここで観念されているところの正義とは、人々の間において行われていた物々交換の際に発生し

¹⁴ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl.*, 2006, S. 70.

¹⁵ Roxin, a.a.O. (Anm. 10), S. 70.

¹⁶ Roxin, a.a.O. (Anm. 10), S. 70.

¹⁷ Roxin, a.a.O. (Anm. 10), S. 70.

た、釣り合いという観念に、起源を有するとの指摘が、ベルグソンによってなされているのである¹⁸。つまり、応報刑論の理論的基礎たるタリオの原理における正義は、物々交換の際に起源する釣り合いという商売的起源を持ち、平等、釣り合いの観念の喚起から、その正義の観念が形成されたということがベルグソンによって指摘されているのである。

しかしながら、応報刑論が、ドイツ及び我が国における通説的な見解となった理由は、そのような日常理論的な有用性や歴史的威厳に求められるのではなく、ドイツ観念論哲学による基礎づけがあったことに求められている¹⁹。すなわち、イマヌエル・カント (Immanuel Kant) は、応報と正義の理念を破綻することなく妥当する法則として基礎づけ、また、あらゆる功利主義的な見解に対して応報と正義の理念を貫徹しようとしたことが、応報刑論の隆盛の背景には存在するのである²⁰。また、ゲオルグ・ヴィルヘルム・フリードリッヒ・ヘーゲル (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) も、犯罪は法の否定であり、刑罰は法の否定の否定であるとし、刑罰というものを、そうしなければ妥当性を持ってしまいかもしれない犯罪の止揚と同時に、法の回復と把握し、犯罪の止揚は、概念的に侵害の侵害である限りにおいて報復であると論じたことも、応報刑論の確立の背後には存するのである²¹。なお、カントとヘーゲルの理論的相違点について言及すれば、カントが主張する実践的に貫徹不可能な同害報復の思想を、ヘーゲルが犯罪と刑罰の同価値性の思想に置換した点を指摘することができよう。しかし、威嚇及び改善という目的を、刑罰の目的とは認めなかった点において、両者の理論は、完全に一致するものといえよう²²。

¹⁸ 市川秀雄『世界観・法律観・経済観』刀江書院 (1943年) 77頁。

¹⁹ Roxin, a.a.O. (Anm. 10), S. 71.

²⁰ カント著・波多野精一・宮本和吉・篠田英雄訳『実践理性批判』岩波文庫 (1979年) 87-89頁。

²¹ Georg W.F.Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 99.

²² Roxin, a.a.O. (Anm. 10), S. 71.

このように、応報刑論とは、行為者は、犯罪という社会的に確認された害悪を惹起した個人であるが故に、社会として公然と非難されるべきであり、そして、行為者が惹起した犯罪が非難に値することを示すためには、刑罰を科さなければならないとする理論なのである²³。このことは、市民社会が全構成員の合意によって解散することになっても、その前に、刑務所に収容されている最後の殺人犯には死刑が執行されねばならぬ、とのカントの言説に端的に表現されているものと解される²⁴。したがって、応報刑論が以上のような理論であるとすれば、行為者は犯罪という社会的に確認された害悪を惹起したが故に社会として公然たる非難に値するという事態を、応報という概念によって示しているのではないかと解される²⁵。つまり、応報刑論からは、社会的非難を示すという、いわば象徴的意義づけのために刑罰を科す、との帰結が導出されるのではないかと思われる。そして、応報刑論においては、社会的非難を象徴する害悪たる刑罰こそが、犯罪に対する賠償であることに外ならないので、刑罰として行為者に苦痛を科すことが、犯罪被害者のための一種の賠償と観念され、あるいは、犯罪被害者の応報感情を満足させるものと観念され²⁶、その感情を和らげるものと観念されるが故に、犯罪被害者の被害回復のための損害賠償をはじめとする犯罪被害者政策が問題意識となりにくい傾向を有するという理論的帰結が導出されるものと思われるのである。

したがって、確かに、現在においては、応報刑論に依拠する論者からも、犯罪被害者政策が精緻に探求され、論じられてはいることは疑いの余地はないけれども、あくまでも、純理論的に言えば、犯罪被害者政策は、応報刑論においては、失念されやすい傾向にある問題であるのではないか、との帰結が導出されるものと思われる。

²³ Hart,H.L.A.,*Punishment and Responsibility:Essays in the Philosophy of Law*,Clarendon Press, 1968,p.235.

²⁴ カント著・樽井正義・池尾恭一訳『人倫の形而上学』岩波書店（2002年）181頁。

²⁵ 長谷部恭男『Interactive 憲法』有斐閣（2006年）75頁。

²⁶ 高橋・前掲書・5頁。

Ⅲ・目的刑論なかんずく特別予防論と被害者政策との親和性

それでは、刑罰論における目的刑論と被害者政策とは、如何なる理論的關係に立つものなのであろうか。

ここで、そもそも、目的刑論とは、刑罰というものは、広い意味での犯罪防止という、社会的に有益な目的を実現するために科されるという理論であり、犯罪が起こらないように刑を科す、という理論である²⁷。そして、目的刑論は、その下位分類として、一般予防論及び特別予防論に範疇化されている²⁸。そこでまず、前提として、一般予防論と被害者政策との理論的關係を検討し、しかる後において、特別予防論と被害者政策との理論的關係を検討することにした。

一般予防論とは、刑罰の持つ広い意味での威嚇力により、一般人が犯罪に陥ることを防止しようとする考え方であり、刑罰というものを、公衆に対して一般的に作用すべきものとする理論である。ここで、そもそも一般予防論の嚆矢はジェレミー・ベンサム (Jeremy Bentham) であるけれども、その理論をさらに進化させたのがアンゼラム・フォイエルバッハ (Anselm v. Feuerbach) であり、その理論の中核には、心理強制説が存する²⁹。フォイエルバッハは、功利主義的思想及び決定論的思想に基づいて、従来からの刑の執行による威嚇の代わりに、刑の規定による威嚇を主張し、犯罪により得られる利益とそれに対して科される刑罰の不利益を較量し、後者が前者より少しでも大きければ、誰も罪を犯さないであろうし、犯罪と刑罰を法典に明確に規定すれば、誰も罪を犯さないように心理的に強制され、一般予防が果たされ、それで必

²⁷ 井田良『講義刑法学・総論』有斐閣 (2008年) 543-544頁。

²⁸ 前田雅英『刑法総論講義 [第3版]』東京大学出版会 (1998年) 30頁。

²⁹ Paul J. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 14. Aufl. 1847, S. 38.

要十分であって、その必要を超えた刑を規定することは許されないと主張したのである³⁰。

また、近年においては、国民に犯罪抑止の意識を形成・覚醒することによって犯罪を予防しようとする、積極的一般予防論も主張されている³¹。この理論は、一般人は、刑罰によって法的情報を供給され、それによって法秩序に対する信頼が強化されるのであり、そして、刑罰というものは、法的違反行為が受容し得る行為として学習されることを妨げる任務を負うものであると主張する。そして、今日においては、大抵、このような視点に、純粹な威嚇作用よりも大きな意味が認められるに至っているのである³²。

ここにおいて、このような一般予防論と犯罪被害者政策との理論的關係に鑑みると、一般予防論は、これから犯罪を行おうとする潜在的加害者を志向するものであり、犯罪被害者は応報刑論と同様に問題視されにくい傾向があるように思われる³³。ただ、確かに、一般予防論においては、一般予防の中に潜在的被害者の安心感をも包含して観念することによって、犯罪被害者を考慮してきたとも評価できる。しかしながら、やはり、応報刑論と同様、ここにおいても、抽象的な犯罪被害者を問題とするに過ぎず、具体的な犯罪被害者については考慮されていないように思われる³⁴。それ故に、理論的に言えば、犯罪被害者政策は、一般予防論においても、やはり、失念されやすい傾向にある問題と思われる³⁵。

³⁰ Feuerbach,a.a.O. (Anm.25), S.38.

³¹ Günter Jakobs,*Strafrecht Allgemeiner Teil,Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*,2. Aufl. 1991, S.4.

³² Roxin,a.a.O. (Anm.10), S.80.

³³ 高橋・前掲書・5頁。

³⁴ 高橋・前掲書・5頁。

³⁵ ただし、ベンサムは、合理的な刑罰制度にとって被害者を放置することは好ましくないとの観点から、公的基金によって犯罪被害の補償を主張し、犯罪被害者補償制度の先駆者となったとの歴史的事実が指摘されており、したがって、一般予防論は犯罪被害者政策を失念するとは必ずしも言い難いことは否定できないであろう。

それでは、次に、特別予防論と被害者政策との理論的關係は如何なるものであろうか。

そこでまず、特別予防論とは、応報刑の対極をなすものであり、刑罰により行為者自身が再び犯罪に陥ることを防止しようとする理論である³⁶。この特別予防論は、チェザーレ・ロンブローゾ (Cesare Lombroso) に始まりフランツ・フォン・リスト (Frantz v. Liszt) に至ってほぼ大成された理論であり、刑罰というものは応報のために存在するのではなく、また、一般予防も刑罰の直接の目的ではなく、一般予防は特別予防作用の結果としておのずと達成されるであろうと主張する理論である。そして、特別予防論においては、行為者にとって、刑罰とは、決して害悪などではなくして、むしろ善であり、教育として把握されているのである³⁷。

ここにおいて、特別予防論は、刑罰における改善的教育的機能に重点を置くが故にこそ、犯罪被害者の被害回復のための損害賠償をはじめとする犯罪被害者政策を重視しなければならないという論理的帰結が導出されることになるのである³⁸。なぜならば、応報刑論とは異なり、特別予防論においては、理論的に刑罰は絶対に害悪とはなり得ないから、刑罰は犯罪被害者の応報感情を含めた犯罪に対する賠償となるものとは観念することは不可能であり、被害感情を和らげるものとはならず、したがって、特別予防論は犯罪被害者の立場が十分に考慮されないという難点が発生し、そのため特別予防論そのものが法律家共同体のみならず一般国民に受け入れられなくなり、その結果として、行為者に対する改善更生及び社会復帰という刑政理念が没却されるという帰結が導出されてしまうからである。無論、特別予防論の大前提には、日本国憲法前文等に謳われている福祉国家理念が存在し、それに則って、犯

この点、富田信穂「被害者の立ち直りのための金銭的援助」『現代のエスプリ』第336号（1995年）149頁。

³⁶ Roxin, a.a.O. (Anm. 10), S. 73 f.

³⁷ 牧野英一『刑法』岩波書店（1939年）193頁。

³⁸ 牧野英一『刑法内外の動き』有斐閣（1960年）169頁。

罪被害者の日本国憲法第25条に規定されている生存権の貫徹こそが、まず第1に念頭に置かれていること勿論である。ただ、それに加えて、特別予防論においては、行為者に対しても、日本国憲法第25条に規定されている社会権を実現するべく、改善更生及び社会復帰を達成することが目的の射程に包含されており、その目的を実現するためにも、犯罪被害者政策を充実させることが、理論的大前提となるのである。そして、犯罪被害者政策が十分に犯罪被害者の被害回復を実現することと相表裏して、応報刑におけるような刑罰による賠償、すなわち害悪を科することによる応報観念の満足という考え方が捨てられることになると、そこに、教育刑主義が全幅的にその機能を発揮することになるとの帰結が導出されているのである³⁹。

こうして、犯罪被害者政策は、理論的に、特別予防論からは必要不可欠な刑事政策として帰結されることになり、それ故に、特別予防論と犯罪被害者政策とは、親和性があるものと解することができるものと思われる。

IV・犯罪被害者政策は正義の内在的実体に満足を与えることができるか？

ここにおいて、応報刑論においては、行為者をして、犯罪被害者に対して損害を賠償させることなく、また、その責任を償わせることもしないで、行為者が刑罰に服することによって社会と同化すると観念され、社会の安寧を招来し得るものと観念されていたように思われる。すなわち、理論的に言えば、応報刑論においては、刑罰をもって悪報とし、犯罪による被害の賠償は悪報たる刑罰に服することによって償われるものと観念するが故に、犯罪被害者の損害については、考察の埒外となるとの帰結が導出されるように思われる。

しかしながら、このような帰結は、社会の倫理的な感覚に背馳する結果を導出することになりはしないであろうか。なぜならば、応報刑論においては、

³⁹ 牧野・前掲書・177頁。

刑罰に処するという外見上の事実だけで満足しているようにも思われ、正義の内在的実体に満足を与えることが、ともすれば失念される理論的傾向にあり、真に正義が貫徹されているものとは解し難いからである⁴⁰。すなわち、正義の原理からは、各人はその価値に従って取り扱われなければならない、犯罪によって損なわれた価値を回復するためには、犯罪被害者に対する損害賠償のための制度を積極的に拡充し、創設しなければならない、そのような犯罪被害者政策を充実させることなしには、正義の内在的実体に満足を与えることができず、形式的な皮相な正義に陥ってしまうように思われるからである。

そして、確かに、応報刑論が導出する帰結によって、犯罪被害者は、表面的に、あるいは、その感情において満足せしめられる点もあることは、決して否定することはできない。しかしながら、そのような点があったとしても、犯罪被害者が実質的に救済されたとまで評価することは、過大評価となってしまうように思われる。

そこで、正義の内在的実体に満足を与えるべく、犯罪被害者政策についての考察に意義が認められることになるのである。

ここで、従来の我が国における犯罪被害者政策を概観すると、警察、検察、裁判所、弁護士会、民間支援団体という関係各機関や個人が、犯罪被害者の基本的人権を保障するべく、その保護及び支援に従事してきた⁴¹。とりわけ、犯罪被害者給付制度の立法前の1976年において、日本弁護士連合会が、対案として、「刑事被害補償法（案）」を策定して、犯罪被害者が国に対して被害補償を請求する権利の確立を主張していた⁴²。そして、その後、1980年におい

⁴⁰ G.Del Vecchio,a.a.O. (Anm. 1), S.915 f.

⁴¹ 椎橋隆幸＝高橋則夫＝川出敏裕『わかりやすい犯罪被害者保護制度』有斐閣（2001年）9－14頁。

⁴² 垣添誠雄「犯罪被害者の支援と弁護士会の役割」『自由と正義』第49巻第11号（1998年）126頁。なお、本法案は、国家補償の性格を被害者への恩恵ではなく、被害者、遺族の権利とし、権利の根拠を社会・国民相互の連帯共助に求め、したがって、見舞金型ではなく、損害賠償型とし、補償額は自動車損害賠償保障法に準じる

て、本格的な犯罪被害者政策として、「犯罪被害者等給付金支給法（昭和55年法律第36号）」が制定された。また、2000年においては、捜査・公判段階等、刑事手続上の被害者等の保護等を目的として、「犯罪被害者保護のための二法（刑事訴訟法及び檢察審査会法の一部を改正する法律（平成12年法律第74号）、及び犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律（平成12年法律第75号）」が制定された。さらに、2001年においては、犯罪被害者給付制度の拡充及び給付金の支給以外の被害者等への支援に関する規定の新設を要点とする「犯罪被害者等給付金支給法の一部を改正する法律（平成13年法律第30号）」が成立し、さらに、犯罪被害者等給付金支給法は、「犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律」として改正され、2008年から施行されるに至っている⁴³。

このように、確かに犯罪被害者政策は充実してきたものとは評価することができるのであるけれども、我が国において犯罪被害者に対する金銭的救済の中心的存在たる犯罪被害給付制度は、犯罪被害者の現状を放置しておくことによって生ずる国民の法制度全体への不信感を除去することを本質として創設されたものであり、給付金の性格そのものも、社会全体として気の毒な立場にある犯罪被害者に配慮を示す、という考え方で国が支給するものであるから、その性格は、損害の一部填補の要素を含む見舞金的なものと解されているのである⁴⁴。それ故に、給付限度額及び給付対象において、他の公的救済制度と均衡を保つ程度のもので足りるという理論的な限界が生じ、犯罪被害者の被った損害の一部填補しかできないとの帰結が導出されざるを得ないのである⁴⁵。

この点、我が国における犯罪被害給付制度の法的性質としては、犯罪被害

額とし、治療費等療養費用も保障され、適用対象犯罪も故意犯に限定せず、過失犯をも対象とするものであった。

⁴³ 藤本哲也『刑事政策概論〔全訂第六版〕』青林書院（2008年）462-463頁。

⁴⁴ 藤本・前掲書・462頁。

⁴⁵ 大谷・前掲書・354頁。

者の被害の分散を図り、民事責任とのつながりを断ち切って、被害者救済を徹底するものであり、国の一般財源から犯罪被害者を救済するという社会保障制度の範疇に分類することができるものと思われる⁴⁶。そして、社会保障制度における給付額は、一般的に言えば、民法の不法行為法、損害保険、傷害保険、責任保険等をはじめとする損害賠償金と比較する場合においては、やはり、少額である感を否めないであろう。したがって、確かに犯罪被害給付制度は、犯罪被害者を救済し、人権保障を充実させ、多大なる貢献をしているという事実は、全く疑う余地はないものの、やはり、犯罪被害者の救済の点においては、損害賠償制度、あるいは、公的救済制度の新たな展開が、望まれることになるのではないかと思われる。

V・被害者の権利の保障の貫徹を志向する国家補償説の登場

そこで、近年において、犯罪被害給付制度を被害者の権利として再構成したうえで、正面から犯罪被害給付制度を国家補償として再構成すべきではないかとの問題意識から、国家補償説が登場するに至った⁴⁷。

この点、公序良俗違反の法律行為を無効とする民法90条等の私法上の概括的条項を、憲法の趣旨を勘案して解釈・適用し、間接的に私人間の行為を規制しようとする間接的適用説に立つと解される判例理論及び憲法学説上の通説的立場からは、あくまでも憲法理論における私人間効力論において、仮に犯罪というものが私人間の問題ないし事象であるとするならば、憲法の人権規定は間接的にのみ私人間の法的関係に対して効力を有するのであるから、犯罪における犯罪被害者と行為者との関係においても、憲法の人権規定は直接適用されず、あくまで私法上の概括的条項に憲法の趣旨を取り込んで解釈されるにすぎず、その結果、私人間においては、間接的にしか憲法の人権規

⁴⁶ 内田貴『民法Ⅱ [第2版]』東京大学出版会（2007年）306頁。

⁴⁷ 高橋・前掲書・20-21頁。

定は適用されないことになる⁴⁸。

しかしながら、国家補償説は、犯罪とは、国民の基本的な人権を侵害する最たるものであり、国家には、そのような犯罪を防止する義務及び責任があるとし、また、犯罪被害者が保護を求める権利は、憲法で保障された人間の尊厳から派生するものであり、日本国憲法第13条及び第25条という、いわゆる包括的基本権規定が、その実定法上の根拠となるとの理論的前提から、私人間の問題たる犯罪においても、憲法の人権規定が適用されると解する⁴⁹。そして、このように、国家的補償が被害者の権利として理解されると、犯罪被害給付制度において、適用範囲、支給額、財源の確保等の点において、さらなる改善の余地が見出されることになるのである。この点、具体的には、支給額については、受給遺族調査や国連被害者人権宣言マニュアルにおける公的補償の指針を考慮して、労働災害や交通事故と同レベルの補償額にすべきとすることや、また、財源についても、被害者に対する損害回復を行うべきはまず加害者であるとの原則から、欧米に倣って加害者負担の立場を採用し、没収金、追徴金、罰金、反則金、刑務作業金等から確保すべきというような重大な帰結が導出されているのである⁵⁰。

思うに、国家補償説は、犯罪被害者の救済を犯罪被害給付制度よりもさらに拡大する目的で主張されたものと思われる。そして、その法的性質としては、不法行為責任の成立を要件とせず、ある活動から生じた損害があれば、

⁴⁸ 芦部信喜『憲法第四版』岩波書店（2007年）109頁。

⁴⁹ 高橋・前掲書・21頁。なお、国家補償説の基礎理論として、ドイツの判例及び学説が有力に主張する国家の基本権保護義務論が存する。そして、この理論は、人権の制約状況を、侵害者A—被侵害者B—国家の三極関係として把握し、国は被侵害者Bの人権を保護する義務を負い、その義務の履行のために侵害者Aの行為を規制する、という論理構造を採用する。ここにおいて、国家補償説の主唱者たる高橋則夫によれば、国家に保護義務が課されるのは、国家が暴力装置を独占したが故に、市民に対する安全を保護する任務を負うからである。なお、この点につき、戸波江二「被害者の人権・試論・上」『法律時報』第71巻第10号（1999年）20—21頁。

⁵⁰ 高橋・前掲書・21頁。

当然にこれを填補するという、各種の公的な被害者救済制度の範疇に属する帰結を導出する理論であるように解される。この点、国家補償説は、具体的には、労働者災害補償保険法における各種補償保険給付制度や、公害健康被害の補償等に関する法律における補償給付制度等と同等の公的救済制度となることが志向されている理論であると評価できるであろう。そして、これらの公的救済制度は、被害者のコストの全部又は一部を、潜在的加害者の集団又は被害者が被害を被るに至った活動によって利益を受けている者の集団に負担させて、損害の分散を図るものであるといえよう⁵¹。ただし、国家補償説は、潜在的加害者に負担させる限りで、未だに民事責任とのつながりを残す理論なのであり、この点が、法理論的には、社会保障制度の範疇に属するものと解される犯罪被害給付制度とは、一線を画するところとなり、ここにこそ、正しく国家補償説の理論的意義が存在するものと思われる。

ただし、このような国家補償説に対しては、幾つかの問題も提起されている。すなわち、まず、国家補償説を構成するためには、公法規範たる憲法の基本権規定は私人間の問題には適用されないとする判例及び憲法学説上の通説たる間接適用説の見直しが必要ではないか、という問題である。そして、次に、確かに、日本国憲法第13条は個人の尊重と幸福の追求権を規定しており、犯罪は国民の基本的人権を侵害する最たるものであるから、被害者の受けた損失が幸福追求権を侵害するものと評価できる場合、国家は犯罪防止義務ないし責任があると同時に、その侵害を回復ないし軽減する責務があり、また、日本国憲法第25条は生存権として、すべて国民は健康で文化的な生活を営む権利を有することを謳っているから、国民は他人の生存を侵してはならない義務を負い、国家は生存権に対応する法的義務を有していることは否定できないが、仮に法理論上そうであるとしても、犯罪が発生した場合、それを防止できなかったのは国家の責任であり、国家に補償義務があるとはい

⁵¹ 内田・前掲書・305頁。

えないのではないかと、との問題提起である⁵²。

この点、前者の問題につき、思うに、そもそも憲法理論上、私人間における人権規定の効力の問題、すなわち私人間効力論は、法の支配⁵³の射程の問題として理解することができるであろう⁵⁴。すなわち、私人間効力論とは、私人に対し行動の帰結につき予測可能性を保障するところの、法の支配の要請を満たした既存の法秩序を前提として成立している私人の行動に、国家が人権条項違反を理由にアドホックに介入し、国民の自由の領域を狭めたりすること等が妥当か否かという問題であるものと思われる。しかしながら、法の支配の眼目たる私人の予測可能性の保障は、他のあらゆる考慮を犠牲にして貫徹されるべきものではないであろう。つまり、法の支配は、法が備えるべき条件の1つにすぎず、他の要請の前に譲歩しなければならない場合もあるものと解される⁵⁵。なぜならば、法の支配を支えるそもそもの根拠となっている、個人の自律や社会の幸福の最大化という目的自体が、福祉国家たる我が国の国家としての役割の拡大をもたらし、法の支配よりも、その他の要請を優先すべき場合も発生するのではないかと考えられるからである。つまり、法の支配を多少は犠牲にしても、福祉国家理念の要請等から、私人間での権利保障を促進すべき場面は当然あり得るものと思われるからである。そして、もしそうであるとすれば、私人間効力論における理論的対立は、それほど重要な問題ではなくなるであろう。なぜならば、憲法規定の直接適用があり得ることが予め明示されれば、私人はそれを前提として効用計算をし、選択する

⁵² 奥村・前掲論文・49-50頁。

⁵³ なお、本稿における法の支配は、法が一般的抽象的であり、公示され、明確であり、安定しており、相互に矛盾しておらず、遡及立法が禁止され、国家機関が法に基づいて行動するよう独立の裁判所によるコントロールが確立していることを要請するものであり、近代立憲主義の諸要請を全て包含する濃厚な意味での法の支配を意味するものではない。この点につき、長谷部・前掲書・20頁。

⁵⁴ 長谷部・前掲書・136頁。

⁵⁵ 長谷部・前掲書・21頁。

までのことであり、また、憲法の各条項と私法上の概括的条項とでは、抽象的原理を規定するにとどまる点においては、顕著な相違点はないと解されるからである。したがって、仮に犯罪における犯罪被害者と行為者との間の関係が私人間の問題であるとしても、犯罪によって侵害された権利が、国家設立の目的たる個人の自律を根拠とするような権利であるとすれば、私人間効力論の理論的対立如何にかかわらず、その権利を憲法を適用して保護すべきだとの帰結が導出されると思われる。この意味において、国家的補償説が、仮に犯罪における犯罪被害者と行為者との間の関係が私人間の問題に過ぎないものであったとしても、その関係において憲法の人権規定を適用し、それを被害者の人権の根拠規定とすること自体は、必ずしも、判例及び通説が依拠する間接適用説と矛盾するものではないものと思われる。それ故に、国家補償説を構成するにおいて、間接適用説の見直しは、必ずしも必要ではないように思われる。

また、後者の問題については、そもそも、犯罪は行為者が責任を負い、かつ、できる限り賠償がなされなければならないという個人の所産であるにとどまらず、犯罪は特別に把握しがたく、かつ、恒常的な形態を備えた社会的な所産であって、犯罪は社会組織から発生し、社会組織の機能不全から、それと平衡を保って発生するのではないか、との問題提起が存することを想起しなくてはならないのではないかと思われる⁵⁶。この点、具体的には、エンリコ・フェリ（Enrico Ferri）は、犯罪を生物学的現象としてのみならず、なお社会現象として考察し、それ故に、行為者を、単に個人人格としてばかりでなく、なお、社会人格としても研究した⁵⁷。そして、リヨン学派に属するガブリエル・タルド（Gabriel Tarde）は、犯罪を以って個人的所産であるとするこ

⁵⁶ G.Del Vecchio,a.a.O. (Anm.1), S.915.

⁵⁷ 市川秀雄『刑法における市民法思想と社会法思想』評論社（1963年）406頁。なお、フェリは、国民が税金を払うのは、公共の安全を確保してもらうのが目的であるのに、国家は発生を防止できなかつた犯罪の被害者を放置しており、それでは個

を斥け、犯罪及び行為者を以って自然的産物ではなくして、社会的産物であるとした。すなわち、タルドは、「この社会制度にして、この犯罪あり」、と主張したのであった⁵⁸。

思うに、この点、タルドのように、犯罪を以って個人の所産であることを徹底的に排斥し、犯罪を完全に社会的所産であるとする理論に対しては、確かに更なる検討の余地が存することは否めないであろう。しかしながら、アメリカ犯罪学をはじめとする今日の犯罪社会学理論的視座からすれば、犯罪が単に個人的な所産であるにとどまらず、社会更には社会を化体している国家もまた、犯罪行為の結果発生に対して重要な原因を与え、犯罪行為の結果惹起の危険の創出に寄与していることもまた、否定することは困難であろう。このように、すでに社会、更には社会を化体する国家もまた、犯罪行為の結果に対して重要な因果的寄与をしていることが否定できない事実であるとなれば、その寄与故に国家及び社会の作為義務を理論的に観念するということも、全く不可能であるとまではいえず、また、犯罪に対する国家及び社会の責任ということを観念することも、あながち不可能とまでは断言できないのではないと思われる⁵⁹。すなわち、犯罪社会学理論的視座からすれば、犯罪による被害の賠償は、単なる行為者のみの責任ではないが故に、国家及び社会もまた、その責任を分担しなければならないとの論理的帰結が導出されてくるものではないかと思われるのである。それ故に、犯罪が発生した場合、それを防止できなかったのは国家の責任であり、国家に補償義務があるとの結論を、最終的に導出することも、全く不可能ではないものと解される。なお、このような帰結は、哲学的前提として非決定論に立ち、個人の無原因の自由意思を肯定する応報刑論から導出することは理論的に困難であって、や

人の報復心がうずき、社会正義が崩壊するから、国家は財源を罰金に求めて、犯罪被害者に対する金銭的救済を行うべきであると主張した。この点、富田・前掲論文・149頁。

⁵⁸ 市川・前掲書・406-407頁。

⁵⁹ 牧野・前掲書・173頁。

は、素質と環境によって決定されつつ決定するという、やわらかな決定論を哲学的前提とする目的刑論からの方が、理論的に親和性を有するのではないかと解される⁶⁰。この点、仮に、素質及び環境が人間を如何に犯罪に駆り立てるものであるかを冷静な科学的見地から見定めねばならないと同時に、人間が素質及び環境の制約の下に行為の自由をもち、また、素質及び環境そのものをもある程度支配でき、決定されながらも決定していくという人間像⁶¹を、刑法理論において前提とする立場に依拠するのであれば、犯罪原因の重要な原因の1つたることを否定できない環境の中に、国家及び社会をも指定しておきながら、国家及び社会を法的責任を判断する際の要素として考慮しないことの方が、むしろ、論理矛盾であるとさえいえるのではなからうか。

したがって、国家補償説は、理論的に、十分支持することが可能であると解される。

VI・犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償理論の理論的位置付け

このようにして、現在においては、犯罪被害給付制度の法的性格を、被害者の権利として再構成し、国家的補償制度へと変革すべきであるとの国家補償説が台頭するに至っているのであるが、ここにおいて、犯罪被害給付制度の確立以前において、目的刑論の陣営から、端的に、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償責任制度の確立が主張されていたことを、どうしても看過することはできないように思われる。ただし、そもそも特別予防論を

⁶⁰ なお、非決定論における自由意思とは、およそ一切の経験的動機に絶対に関わりなく成立する、全くア・プリオリな実践的諸原理に基づき規定される純粹意思であり、形而上学的かつ抽象的な意思を意味するものと解される。しかるに一方、やわらかな決定論の自由意思は、社会的非難以外のものから強制されることなく、素質と環境に決定され発生する意思を意味するものと解される。それ故に、非決定論とやわらかな決定論が双方とも同じ自由意思という言葉を使用しているとしても、その意味内容は、両者において全く異なるものと思われる。

⁶¹ 団藤・前掲書・35頁。

強調する目的刑論においては、犯罪被害者の救済が理論的に必要とされていた。そして、目的刑論の哲学的前提たる決定論の立場から導出される社会学的犯罪原因論の視座からは、国家及び社会もまた、犯罪の結果惹起に重要な寄与をしていることになる。それ故に、犯罪被害者に対する国家の故意または過失による損害賠償責任を超え、それより一歩進められた犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償責任が、すでに、目的刑論の立場からは主張されていたのである⁶²。

ただし、目的刑論のこのような主張は、あくまでも、犯罪被害給付制度の成立以前の、1904年頃から主張され⁶³、1950年代において具体的に主張されたとされるものであり⁶⁴、したがって、1980年に制定された犯罪被害給付制度の枠組み、及び、その枠組みを変革しようとする国家補償説については、時代的制約から、当然のことながら知らず、それらを踏まえた理論ではなく、それ故に、目的刑論のこの主張を、現在の視点から犯罪被害給付制度の枠組みを再構成する国家補償説を更に発展させた学説として理論的に位置づけることは、時代錯誤となり、あるいは、目的刑論の意図するところではないのではないか、との疑問を招来するかもしれないようにも思われる。

しかしながら、目的刑論においては、早くから、犯罪被害者についての関心が存在したことは、疑う余地はない歴史的事実である。この点、敷衍して言えば、前述した如く、過去、明治時代から、目的刑論においては犯罪被害者補償制度の必要性が説かれており、1959年においては、牧野英一によって、犯罪科学の一新分科としてのヴィクティモロジーが紹介されていたのである⁶⁵。

⁶² 牧野・前掲書・177頁。なお、この点を指摘するものとしては、大谷・前掲書・349頁。

⁶³ 藤本・前掲書・458頁。この点、藤本哲也も、牧野英一が犯罪被害給付制度の必要性を主張していたことを強調している。

⁶⁴ 牧野英一「刑政の理念と犯罪被害の回復」『季刊刑政』新第1巻第1号（1952年）89頁。

⁶⁵ 牧野英一「犯罪科学の一新分科としてのヴィクティモロジー」『季刊刑政』新第7巻第3号（1959年）9頁。

そして、牧野は、刑法の解釈論の視座から、刑法第66条の酌量減輕の規定における「情状」という文言において、犯罪被害者が解釈論上考慮されるのではないかとの問題提起をし⁶⁶、それ故に、被害者学の必要性を説いていたのであった。つまり、目的刑論においては、元来、犯罪被害者の人権保障の貫徹及び救済が、犯罪理論及び刑罰理論の射程内に包絡されていたものと解されるのである。それ故に、目的刑論の視座においては、現に犯罪被害給付制度が存在し、かつ、運用も改善されているとしても、犯罪被害者の人権保障の貫徹のために、究極的には、国家による無過失損害賠償制度にまで理論的進化を遂げるべきではないか、との問題意識が、根本的に存在するものと思われる⁶⁷。したがって、目的刑論は、理論的に、犯罪被害給付制度の変革を超え、労働者災害補償保険法や公害健康被害の補償等に関する法律と同じレベルの救済を実現することを目的とする公的救済制度として、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償責任制度の確立を、究極的には志向する理論であると評価することが可能であるように思われる。それ故に、現在の視点からすれば、国家補償説を更に進化させることを志向する理論を、そもそも内在的に孕むものではないかと思われるのである。この意味において、国家補償説を更に発展させる理論として、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償理論を位置づけることが許されるのではないかと解される。

Ⅶ・犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償理論は理論的に基礎づけられ得るか？

ここにおいて、そもそも、目的刑論から導出される犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償理論の根幹には、犯罪被害者の人権の保障の貫徹と

⁶⁶ 牧野・前掲論文・10頁。

⁶⁷ この点、牧野英一は、損害回復の問題を、国家の無過失責任として考えるべきものとし、一般の天災に関する救助責任が認められるに至ったことから更に一步を進め、犯罪被害者に対する国家の救助責任を主張していた。牧野・前掲書・177頁。

いう目的が存在する。そこで、被害者の人権の憲法理論上の根拠は那邊に存在するのかが問題となる。

思うに、この点、日本国憲法第25条が、いわゆる生存権を謳い、我が国が社会福祉国家の立場に立脚すること明白であるから⁶⁸、現代の人権論は、国家からの自由を基本的指標としながらも、国家による自由をも実現することが志向されなければならないものと解される。そして、我が国は社会福祉国家であると解されるが故に、国家の任務は多様化し、拡大し、その任務の1つとして、犯罪被害者の人権保障の実現ということは、最早、法の運用者及び国民の共通認識となっているものと思われる。また、現代においては、人権侵害は、国家によるというよりも、むしろ社会の中において、他の私人ないし私的団体によって惹起される事態が多くなっており⁶⁹、それを積極的に除去することもまた、国家の任務の1つとなっていることは否定できず、したがって、仮に、私人たる犯罪被害者の人権が私人たる行為者によって侵害されている状態であって、それ故に犯罪という事態が私人間同士の問題であるとしても、犯罪被害者の人権が侵害されている状態を積極的に国家が救済することは、国家の重要な任務の1つとなるに至っているものと思われる。そして、仮に犯罪が私人間の問題であるとしても、前述した如く、現在の判例及び通説と解される間接適用説を修正する必要性はないものと思われる⁷⁰。なぜなら

⁶⁸ 宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』日本評論社（1978年）268頁。なお、立憲主義は、国家は国民生活にみだりに介入すべきではないという消極的な権力観が前提となっているけれども、立憲主義の本来の目的は、個人の権利及び自由の保障にあるのであるから、その目的を現実の生活において実現しようとする社会福祉国家思想とは基本的に一致すると解される。この点、芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法第四版』岩波書店（2007年）16—17頁

⁶⁹ 戸波・前掲論文・21頁。

⁷⁰ この点、国家に対して被害補償を請求する権利を認める根拠を、国民相互の連帯共助の関係を保障するという国家の責任に求め、そのためにも、犯罪被害者の人権の憲法的根拠を明確にする必要があり、その観点から、間接適用説の見直しの必要性を指摘する見解が存する。この点、児玉公男「犯罪被害者の支援について—弁護士会の立場から—」『ジュリスト』第1163号（1999年）66頁。

ば、憲法の私人間効力の問題は、あくまでも法の支配の射程の問題であって、法の支配は私人の予測可能性を保障することを目的とする法が備えるべき条件の1つに過ぎない原理なのであるから、私人の予測可能性を多少は犠牲にしても、私人間での権利保障を促進すべき場合には、間接適用説であろうと直接適用説であろうと、結局、その人権を保障すべきことになるのであり、それ故に、間接適用説も直接適用説も、犯罪被害者の人権に関しては、最終的結論において、重大な相違は生じないのではないかと解されるからである。つまり、法の支配というものは、法が備えるべき条件の1つにしかすぎず、他の法原理、本稿における問題に射程を限定すると犯罪被害者救済という福祉国家原理の要請の前に譲歩すべき場合があるものと解されるし、そもそも福祉国家原理は、法の支配を支える根拠になっているものと解されるのである⁷¹。こうして、国家が犯罪被害者の人権保障のために積極的に行動すべきであるとすれば、前述したドイツの判例及び通説において有力に主張されている国の基本権保護義務論は、それにふさわしい理論であるように思われる⁷²。それ故に、犯罪被害者の人権の保障の憲法理論上の根拠は、国の基本権保護義務論に求めることができるのではないかと解される⁷³。

このようにして、犯罪被害者の人権保障を貫徹することが、憲法理論上、最早無視できなくなっていることを前提として、それでは、その犯罪被害者の人権保障を志向する目的刑論は、支持することができるであろうか。

この点、哲学的視座からすれば、やはり、人間は、人間が意欲する以前に、すでに存在しているものと思われ、また、意思をもたない存在は存在するけれども、存在をもたない如何なる意思も、存在してはいないように思われる。すなわち、自然というものは、全ての哲学と没交渉に存在し、また、自然は人間が発育するところの基礎であり、したがって、人間それ自身が自然の産

⁷¹ 長谷部・前掲書・20-21頁、136-137頁。

⁷² 戸波・前掲論文・21頁。

⁷³ 高橋・前掲書・4頁。

物なのであり、結局、自然と人間以外は、地球上においては何ものも存在してはいないように考えられるのである。それ故に、哲学的には、唯物論が正当であるものと解される。そして、このように哲学的に唯物論を支持し、犯罪現象は複雑なものであって、素質も環境も多元的に原因となっているのではないかと解されるが故に、人間は、その行為を、素質と環境とに決定されつつ決定するという帰結を導くやわらかな決定論の立場が、哲学的前提として導出されるのである。ここにおいて、やわらかな決定論の視座からすれば、刑事司法制度の必要条件たる非難の意味内容を⁷⁴、回顧的非難を行う応報刑とは異なる意味で捉え直し、社会の否定的な価値判断を犯罪者に伝達し、その規範意識に訴え、その規範意識を社会に適合するように入れ替え、二度と犯罪を行わないように新たに条件づけを行うこととして把握することによって、非難の契機を維持することが可能であろう。それ故に、非難とは、あくまで行為者に犯罪行為を行わせないように動機づけるための手段として位置付けられることになるから、将来の犯罪の抑止のための非難という帰結となり、展望的責任が導出されることになり、その結果、刑罰論としては、犯罪抑止のための目的刑論が導出されることになるのである。このように、哲学的前提としてやわらかな決定論の立場に依拠するが故に、刑罰論において、目的刑論を支持するとの帰結が導出されるのである。

そして、目的刑論の理論的前提には、素質及び環境という犯罪原因論が存在する。すなわち、犯罪というものは、単に個人的な問題であるに止まらないものであり、社会、そして社会を化体する国家もまた、犯罪の発生に対し

⁷⁴ なお、そもそも刑事司法制度において非難というものが必要条件とされる理由については、我が国においては、あるいは、一般的には、病気の原因を除去する治療とは異なり、刑罰という制度は、非難という特別な意味合いをもつ制度であるべきだとこの理解で制度化されており、それに見合った非難というものが、当然、必要であるということが指摘されている。この点、川端博＝前田雅英＝伊東研祐＝山口厚『徹底討論刑法理論の展望』成文堂（2000年）257-258頁、山口厚『刑法総論【第2版】』有斐閣（2007年）181頁。

て重要な原因を与え、寄与していることは、とりわけアメリカ犯罪社会学が実証的かつ科学的に証明するところの客観的事実であることは、最早、疑いの余地はないのではなからうか。したがって、犯罪行為に対する社会及び国家の責任ということも、考えられなければならない問題であるものといえるのではなからうか。それ故に、犯罪による被害の賠償は、単に行為者のみの責任ではないものと観念されるので、社会及び国家も、また、その責任を分担しなければならぬものと解されるのである。

なお、この点、応報刑論においては、哲学的に非決定論に依拠し、究極的には何ものにも決定されることのない自由意思の存在を理論的前提とするが故に、行為に対する行為者の責任を問題とし、あくまでも個人責任を問うものである理論と解されるから⁷⁵、応報刑論は、社会及び国家の責任という事態を観念しにくい理論であるように思われる。それ故に、応報刑論の視座からは、現在の犯罪被害給付制度が、損害の一部填補の要素を含む見舞金的なものとして把握されることは、理論的方向性としては正しいものと解されるし、また、犯罪被害者に対する見舞金以上の救済は、必ずしも必要とはならないようにも思われる。

また、目的刑論は、単に自由権的人権を保障することに遺憾なきのみならず、さらに日本国憲法第25条に謳われている如く、社会権的人権をも保障することに遺憾ならしめる理論である⁷⁶。けだし、目的刑論、なかんずく教育刑論は、教育的処遇を施して行為者を改善更生させることによって、善良なる国民あるいは市民たらしめ、社会の一員として更生復帰させ、再び社会人たるの生存権を保障することをその理念とし、国家の最も好ましからざる国民の最後の一人の生存権をも見捨てない理論であるからである。この意味において、目的刑論は、日本国憲法第13条の精神を具現しているものとも解されるのである。そして、その目的刑論の目的を達成するという側面からも、や

⁷⁵ 団藤重光「人格責任の理論」『法哲学四季報』第2号（1948年）100頁。

⁷⁶ 市川秀雄『刑法總論』春秋社（1955年）35頁。

は、犯罪被害者に対する救済を、徹底する必要性が存在するのである。なぜならば、犯罪に対する賠償として刑罰を観念する応報刑論とは異なり、目的刑論においては、刑罰というものは、犯罪に対する賠償としてではなく、あくまでも日本国憲法第25条をはじめとする社会権規定に根拠を置く教育として観念されるものであるが故に、實際上、犯罪被害者の立場が十分に考慮されていないとのそしりを免れ得ないからである⁷⁷。このような刑事政策的視座から、犯罪被害者に対する徹底的な救済を考えると、やはり、究極的には、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償責任が導出されるように思われるのである。

さらに、近年の犯罪学において、従来の国家と行為者を対象とするパラダイムから、地域社会と犯罪被害者、さらには、国家と犯罪被害者を対象とする新しいパラダイムの変遷が発生した。その結果、21世紀は犯罪被害者政策の充実の世紀となり、その具体化として、修復的司法理論が展開され、犯罪被害者の救済が、犯罪学において焦点となるに至ったのである⁷⁸。そして、この修復的司法理論においては、国家は、犯罪被害者に対して補償（redress）が行われることを確実にすることによって、秩序の再構築を図るのみならず、補償を通して犯罪被害者の救済を容易にすることが、理論的に要請されているのである⁷⁹。ここにおいて、このような犯罪被害者政策の潮流に鑑み、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償について、検討されるべき時期が到来しているのではないかと解される。

こうして、以上の考察から、現在において、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償理論は、理論的に基礎づけられ得るものであって、検討に値する理論であるものではないかと思われる。

⁷⁷ 牧野・前掲書・169頁。

⁷⁸ 藤本哲也『犯罪学原論』日本加除出版（2003年）316—318頁。

⁷⁹ 藤本・前掲書・327頁。

Ⅷ・犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償理論は正当化することができるか？

このように、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償理論が、理論的に基礎づけられ得るものであるとしても、それでは、かような無過失損害賠償責任を正当化することは、果たして可能であろうか。

ここにおいて、この問題について有益かつ重要な示唆を与える理論として、ガイド・カラブレージ (Guido Calabresi) の主張する、最安価損害回避者の理論を指摘することができるように思われる。

そこで、この理論を、極度に単純化された例を用いると、以下の如き説明となる。例えば、自動車所有者甲と潜在的被害者乙の2当事者によって構成される世界があり、そのままだと交通事故で乙は100万円の損害を被るが、もし甲の車にスポンジ状のバンパーを取り付けると被害が10万円に減る、と仮定する⁸⁰。それを前提とすると、スポンジ状のバンパーの経費が20万円であるとする、経済的には、スポンジ状のバンパーを付け替えるのが効率的である。ここで、もし甲が自発的にバンパーを付け替えようとしない場合、乙はバンパーを付け替えてくれるように甲と交渉しようとするであろう。そして、もし甲と乙の交渉が容易ならば、甲と乙との間において、交渉が成立するであろう。しかしながら、仮に交渉費用が高くて交渉が不可能な場合には、損害を最も安く回避できる者、すなわち、最安価損害回避者に、賠償責任を負担させるべきことになる。この点、以上の設例においては、自ら20万円でバンパーの交換ができる甲であり、それによって、最も安価に効率的な結果を導出することが可能となる。さらに、もし誰が最安価損害回避者であるのかが分からない場合には、最も安く最安価損害回避者を捜し出してこれと交渉

⁸⁰ ガイド・カラブレージ著・小林秀文訳『事故の費用—法と経済学による分析—』信山社 (1993年) 155-156頁、内田・前掲書・308-309頁。

できる者、すなわち、最安価交渉者に賠償責任を負担させるべきことになる。例えば、交通事故とは全く無関係なロック歌手丙が、自動車の構造に詳しく、また、甲とも親しく、最も容易にバンパーの付け替えに思い至り、甲と交渉できるなら、たとえ交通事故とは全く無関係であったとしても、丙に賠償責任を課すのが経済的に効率的であることになるであろう。このような理論を基礎として、カラブレイジは、交通事故に関する無過失損害賠償責任制度を正当化したのが、最安価損害回避者の理論なのである⁸¹。

ここにおいて、確かに、最安価損害回避者の理論は、あくまでも、自動車事故を念頭に置いた理論であって、事故法に理論的基礎を与えるものではあるけれども、自動車事故は刑法第199条、第204条、第205条、第208条、第208条の2、第209条、第210条、第211条等の構成要件に該当し得るものであり、原則的に犯罪が成立し得る行為であること勿論であるが故に、同様に、最安価損害回避者の理論は、その他の犯罪に対しても射程をもち得る理論ではないかとも解され、したがって、それらの被害者に対する国家による無過失損害賠償理論に対しても、理論的基礎を与え得る理論ではないかとも考えることはできないであろうか。すなわち、犯罪においては、損害を最も安く回避できる最安価損害回避者は、行為者であること勿論であり、行為者自ら、素質及び環境という犯罪原因を除去することが、最も安価に効率的な結果につながるであろう。しかしながら、もし行為者自身において、自らの犯罪原因を認識していない等の理由から、結局、誰が最安価損害回避者か分からない場合においては、犯罪防止のための権限及び組織を有し暴力装置を独占する国家こそが、最も安く最安価損害回避者を搜索してこれと交渉できると思われることから、仮に国家が犯罪行為の惹起に対して無過失であったとしても、国家に賠償責任を課すことが、経済的には効率的であるように解されるのである。

しかしながら、この理論は、社会的なコストの最小化ないし社会的な富の

⁸¹ 内田・前掲書・308-309頁。

最大化、すなわち、経済的効率性を専ら目的とするものであって、法制度の設計に必要不可欠と思われる社会的正義の観点が不足しているのではないかと批判が差し向けられるかもしれない⁸²。すなわち、この理論が、犯罪に関係していない主体に法的責任を負わせる事態に対しては、正義に反すると感じられる可能性がある。この点、やわらかな決定論の視座からすれば、素質のみならず環境も犯罪の惹起に寄与しており、その環境の一部たる国家も、犯罪の惹起に対して、全く無関係ともいいにくいのではないかと解される。その意味において、やわらかな決定論の視座からすれば、この理論は、必ずしも正義に反することにはならないように思われる。

ここにおいて、国家は、犯罪行為に対して不可抗力であったとの抗弁を提出することが困難になるのみならず、完全に無過失であると評価することも、また難しくなるように思われる。すなわち、やわらかな決定論の視座からは、理論的には、犯罪に対しては、純粋な国家の無過失責任という事態は、本来、観念しにくいもののようにも思われるのである。しかしながら、それでもなお、国家が犯罪行為に対して無過失であるという事態は、十分に観念し得るものと思われる。そこで、犯罪被害者救済を徹底する見地からは、そのような事態ないし領域まで射程に入れ、国家による無過失損害賠償制度を法制度化することは、やはり必要であるものと解される。そして、それによって、立証責任の転換等による犯罪被害者の負担の軽減や、確実な金銭的救済等の犯罪被害者の経済的救済をはじめとして、犯罪被害者に対するより手厚い救済を、確実かつ十分に与える効果が期待でき、犯罪被害者の人権保障の貫徹に資することになるものと思われる。

それ故に、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償理論を正当化することは、あながち不可能なことではないものと解される。

⁸² 内田・前掲書・309頁。

Ⅹ・結論：犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償制度は刑罰を進化させる

以上までにおける検討から、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償制度は、少なくとも、やわらかな決定論を哲学的根拠とする目的刑論の視座からは、理論的に導出することが必ずしも不可能ではなく、かつ、正当化することもあながち不可能ではないように思われる。そして、このような犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償制度は、犯罪被害者の人権保障の徹底という目的の一手段であり、これが実現すれば、犯罪被害者は、少なくとも、経済的には、犯罪発生以前の状態近くまで、権利回復が期待できるであろう。また、それによって、刑罰というものは害悪であり犯罪被害者の応報感情を含めた犯罪に対する賠償であるとの観念が克服されることもまた期待されよう。そして、その結果、刑罰においては行為者の改善更生及び社会復帰という教育刑が前面に押し出され、特別予防ないし特別抑止が全うされ、その反射的效果として一般予防が達成され、最終的には、犯罪のない国家の現出が、あくまでも理論的には帰結されるように思われる。

ここにおいて、筆者が依拠する目的刑論の視座からすれば、犯罪被害者政策と刑罰との関係は、前者が進化すれば、後者も進化する、という正比例の関係にあるものと解されるのである。それ故に、犯罪被害者の人権保障の徹底を目的とする犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償制度は、刑罰を進化させる、との最終的結論に至った。

しかしながら、本稿においては、第1に、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償制度の理論的根拠及び正当化根拠を探求することに焦点を当てたが故に、未だに、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償制度の具体的な要件及び効果、そして、制度に必要な財源を那辺に求めるかについての検討が、欠如している。そして、第2に、損害が発生すれば責任を負うという意味での結果責任と、犯罪被害者に対する国家による無過失損害賠償

制度の比較及び理論的相違点の検討も、欠如している。また、第3に、本稿においては、最安価損害回避者の理論をはじめとする、法と経済学の基礎理論に関する研究が不十分であり、それ故に、交通事故を念頭に置いた最安価損害回避者の理論の射程を、犯罪被害者一般にまで拡大することが果たして妥当であるのか否かについての検討が、未だに不十分である。さらに、第4に、本稿においては、最高裁判決が採用したと理解されている民法の不当利得法における転用物訴権を用いた犯罪被害者の金銭的救済、付帯私訴制度の復活論、刑事手続における民事上の和解、没収・追徴・保全制度、供託命令制度、損害賠償命令をはじめとする、その他の法制度の具体的検討も全くなされていない。それ故に、これら諸点が、本稿における限界であり、筆者の将来の検討課題として残る。