

## 博士論文の要約

### 1. 問題の所在

日本の現行刑法・旧刑事訴訟法はドイツ法に影響を受けた親告罪規定を設け、この親告罪規定は戦後のアメリカ法の影響を受けた現行刑事訴訟法においてもほとんど形を変えずに規定されてきた。もっとも、日本法においては2015年に営業秘密侵害罪、2016年にストーカー行為罪、2017年に強制性交等罪・強制わいせつ罪、2018年に著作権侵害罪と近年相次いで非親告罪化がなされた。これらの立法の議論においては、厳罰化を背景として、十分な比較法的検討及び理論的検討がなされないまま、安易に非親告罪化がなされた。

日本法の親告罪規定の母法であるドイツ法は、親告罪と非親告罪の間に位置する中間的な親告罪制度を有するにもかかわらず、日本の立法の議論においては、この中間的な親告罪制度の導入はほぼ検討されず、従来の親告罪か非親告罪かという二者択一の議論枠組みを前提として議論がなされるという問題があった。次に、親告罪の根拠論は、ある犯罪類型を親告罪の対象にすべきか否かという議論の出発点であるにもかかわらず、ドイツ語圏においてかねてより批判の強い、いわゆる三分説（i 軽微性、ii 名誉・プライバシー保護、iii 家族関係の保護）を当然の前提として議論がなされ、1970年代以降ドイツ語圏においては、非刑罰的紛争解決を志向する新たな親告罪の根拠論が台頭してきたにもかかわらず、これらの議論が考慮されずに従来の議論枠組みで議論がなされた。そして、立法段階においては国を単位とした従来型の比較法的手法に基づき、特定の国々を参照し、非親告罪として規定することがまるで国際標準かのような誤った印象を与え、ヨーロッパの国際的潮流である非刑罰的紛争解決という方向性と逆行し、厳罰化の方向に舵を切った。さらに、ドイツ語圏では日本法同様に職権犯罪化の議論が起きたものの、最終的に親告罪規定を一定程度残した。もっとも、これらの議論が参照されずに、日本法は非親告罪化の道を進んだ。

日本法の各犯罪類型の非親告罪への改正がなされて数年が経過したものの、非親告罪化の正当性の検証はほとんどなされていない。

### 2. 研究の内容

まず、起訴段階で純粹親告罪以外に他にどのような被害者意思を尊重する制度が存在するのかを明らかにする。これらの議論を通して、中間的な親告罪制度の意義及び問題点を分析し、中間的な親告罪制度の導入によって、より柔軟に被害者意思を図る制度の構築ができないかを検討する。

次に、親告罪の根拠論を現代の社会・法制度に照らして再構成する。ドイツ語圏においても、親告罪規定はかねてより学説から強い批判が向けられたものの、現行法では立

法上・実務上のニーズから親告罪規定は多く残され、学理からは新たな親告罪の根拠論が主張されている。この親告罪の新たな根拠論の検討を通して、親告罪制度を通じた非刑罰的な紛争解決の可能性を検討する。

また、ヨーロッパ刑法を中心とする国際法の議論を通して、親告罪制度の国際的潮流を分析する。日本法の立法の議論においては、非親告罪として規定することがまるで国際標準かのような印象を与えたが、この分析を通して、日本法の非親告罪化が本当に国際的潮流に合致しているのかを明らかにする。そして、各犯罪類型のドイツ語圏の議論の分析を通して、非親告罪化以外にどのような選択肢があったかを検討する。

最後に、これらの比較法的知見を踏まえて、日本法の非親告罪化の正当性を批判的に検証する。同様の立法事実を背景としつつも、日本法と異なった展開を見せたドイツ語圏、ヨーロッパ刑法を中心とする国際法の議論を踏まえることによって、相対的に非親告罪化の正当性を検証する。

### 3. 研究の意義

親告罪は被害者の告訴権という被害者意思を刑事手続に反映させる刑事訴訟法上の重要な利益に関する問題であり、そして検察官の広範な訴追権限を例外的に制限する重要な役割を有する。しかし、日本法における非親告罪化の正当性の検証は、学理においてほぼなされていない。また、日本法の非親告罪化の議論においては、親告罪のデメリットが強調され、従来の三分説を前提とした親告罪・非親告罪という二者択一の伝統的立場から、「刑事事件」を刑事手続・刑罰により処理するか否かという狭い視点で枠付けされていたのに対して、本研究は法的紛争の解決というより広い視点から、非刑罰的な紛争解決を促進する機能に着目する点において、親告罪制度の積極的意義を認め、二者択一の議論枠組みを脱却し、より柔軟に、中間的親告罪度の導入及び非刑罰的紛争解決を踏まえた、新たな議論枠組みを提供する。この機能を通して、国際的な潮流である修復的司法、民事法救済の優先、さらには近時注目を集めている治療的司法を促進することによって、厳罰化を脱却し、刑事罰に依存しない多様な法的紛争解決の議論につながる積極的な意義を有する。

### 4. 研究の方法

日本法の親告罪規定の母法はドイツ法であり、また、ドイツ法及びドイツ法に影響を受けたスイス法・オーストリア法においても、親告罪に加えて、親告罪と職権犯罪の間に位置する中間的制度が発展した。また、親告罪の根拠論についても1970年代以降、ドイツ語圏においては、和解思想や犯罪類型ごとに個別に根拠を検討する学説が発展した。そして、ドイツ語圏においても日本法と同様の立法事実を背景とし、日本法よりも早く職権犯罪化の議論が起きた。そのため、日本法と共通の制度を有し、同じく職権犯罪化の議論を経験したドイツ語圏の議論を参照する。

また、欧州評議会、EU等の国際機関の議論においても、日本法と同様の立法事実を背景として、これらの犯罪類型の職権犯罪化の議論が起きたため、これらの議論を通して、親告罪規定の国際的潮流を分析する。

最後に、これらの比較法的知見に基づいて、日本法の非親告罪化の潮流の正当性を批判的に検討する。

## 5. 新規性

日本法の学理において、本格的な親告罪研究が始まったのは2001年以降と比較的最近である。それまでは日本法において親告罪の議論の蓄積がほぼなかったため、これまでの先行研究は母法であるドイツ法を中心とした親告罪の意義、歴史的発展、告訴の法的性質及び告訴権の濫用的行使といった総論的議論の紹介や分析が中心になされてきた。そのため、非親告罪化に関連する先行研究はほとんどなく、非親告罪化が問題となった性犯罪、ストーカー行為罪、著作権侵害罪、営業秘密侵害罪の各犯罪類型の親告罪規定の議論、犯罪類型ごとの非刑罰的紛争解決を志向する根拠論の展開、スイス法・オーストリア法の議論、ヨーロッパ刑法を中心とする国際法における親告罪規定の国際的潮流といった点が研究されておらず、そのため、日本法の非親告罪化の検証はほとんどなされないままであった。

とりわけ、親告罪の根拠論の再構成については、「刑事事件」を刑事手続により処理するか否かという従来考えられてきた親告罪の役割を超えて、厳罰化を脱却し、刑事手続に依存しない多様な法的紛争解決を志向し、従来の議論枠組みを変える点で特筆すべき新規性がある。

## 6. 本稿の構成及び概要

まず、問題の所在、研究の内容・意義、研究方法、新規性及び本稿の概要等について冒頭で示し（序章）、次に、日本法における各犯罪類型の非親告罪化の議論を整理することによって、日本法の議論の問題点を明確にする（第2章）。初めに、第2章の第2節において性犯罪における非親告罪化の史的展開を明らかにする。1942年の陸軍刑法・海軍刑法における姦淫罪の非親告罪化を検討し、次に、1958年の集団強姦罪の非親告罪化の議論を検討する。次に、2000年の性犯罪の告訴期間撤廃の議論を検討する。さらに、2008年以降の国連の各種委員会から相次いで性犯罪の非親告罪化の勧告がなされたことを示す。そして、2010年の男女共同参画会議における性犯罪の非親告罪化の議論を明らかにし、第3次男女共同参画基本計画において性犯罪への厳正な対処が求められたことを受けて設置された、法務省の性犯罪の罰則に関する検討会における性犯罪の非親告罪化の議論を検討する。この議論においては、全ての性犯罪を非親告罪化することが国際的潮流であるという誤った前提のまま議論が進み、また、性犯罪における親告罪の根拠論においては、従来の三分説の名誉・プライバシー保護を当然の前提として、

議論がなされたことを明らかにし、その後の法制審議会の議論を経て、2017年改正により性犯罪の非親告罪化に至るまでの議論を整理する。最後に、非親告罪化に関する日本の学理の状況を整理し、非親告罪化への学説の評価を示す。

第2章の第3節においては、日本法のストーカー行為罪の非親告罪化の議論を整理する。日本の立法者は独自の考慮に基づいて、親告罪規定を設けたものの、ストーカー行為罪における親告罪の根拠は立法当初から明示されなかったことを示し、また、2000年のストーカー規制法制定以降、処罰範囲の拡大・法定刑の引き上げを通して、急速に厳罰化が進んだことを明らかにする。そして、警察庁の有識者検討会においては、比較法的検討が全くなされず、十分な理論的な検討がなされることなく、厳罰化の背景の下、従来の三分説を前提として、もはや軽微な犯罪とはいえないこと、さらに早期介入の必要性という政策的理由を重視し、2016年改正により非親告罪化がなされた議論の経緯を明らかにする。

第2章の第4節においては、日本法の著作権侵害罪の非親告罪化の議論を整理する。1998年改正において、特許権侵害罪の非親告罪化がなされたことを契機として、著作権侵害罪の非親告罪化の議論が始まったことを明らかにし、その後も著作権法が改正を重ねるごとに処罰範囲を拡大し、特許権等の他の知的財産権とのバランスを図るという理由により、10年以下の懲役という国際的にも極めて重い法定刑に引き上げ、厳罰化の道を進んだことを明らかにする。また、2003年の文化審議会、2009年の文化審議会における非親告罪化の議論を整理し、2012年のACTA制定に伴う非親告罪化の議論を検討し、さらに、TPPの国内法化に伴う2018年改正に関する文化審議会の非親告罪化の議論を整理する。これらの議論においては、著作権侵害罪において、親告罪規定を設けている国は主要国でドイツとオーストリアのみとの説明や、TPP締約国で親告罪規定を設けている国は日本とベトナムのみと説明しており、まるで非親告罪として規定することが国際標準であるかのような誤った印象を与えた問題点を明らかにする。

第2章の第5節においては、日本法の営業秘密侵害罪の非親告罪化の議論を整理する。不正競争防止法は2003年に刑事罰を導入以降、急速に処罰範囲を拡大し、また特許権とのバランスを図るため、10年以下の懲役という極めて重い法定刑に引き上げ、厳罰化の道を進んだことを明らかにする。そして、2015年改正に至った経済産業省における議論を整理し、アメリカ・韓国・ドイツの3か国のみを紹介し、いずれも告訴不要と紹介することによって、非親告罪として規定することがまるで国際標準かのような誤った印象を与えたこと、また、従来の三分説の名誉・プライバシー保護の類型に営業秘密侵害罪が該当することを前提として、2011年改正により、公判での秘匿決定・公判期日外での証人尋問の導入によって、公判での営業秘密保護は図られたことを重視して、非親告罪化されたことを明らかにする。

次に、ドイツ語圏における中間的親告罪制度を分析することによって、ドイツ語圏では訴追段階で被害者意思を尊重する多様な親告罪制度を有していることを明らかにす

る（第3章）。まず、第3章の第2節では、ドイツ法における制限付親告罪制度と呼ばれる原則的に告訴を必要とするが、例外的に検察官が特別の公益を肯定した場合には告訴なしで訴追できる制度を1940年に創設以降、純粹親告罪が制限付親告罪に変更される改正、さらには新たな構成要件が制限付親告罪として規定される立法例が相次ぎ、原則形態である純粹親告罪よりも、例外形態である制限付親告罪の構成要件の数が上回り、中心的な役割を担うようになったことを明らかにする。この制限付親告罪制度を概観し、さらに、その他のドイツ法における中間的な親告罪制度も明らかにする。

第3章の第3節においては、オーストリア法における中間的制度である授權罪制度を概観する。授權罪制度は、職権犯罪により近い制度として導入され、その史的変遷を分析し、授權罪制度の特色を明らかにする。

第3章の第4節においては、スイス法における中間的親告罪制度を分析する。スイス法は中間的な親告罪制度の歴史は浅いものの、家庭内暴力及びパートナーストーキングを対象とするスイス刑法55a条が、原則的に職権犯罪とし、例外的に行為者の治療の経過を踏まえて、被害者の手続打切りを認める制度を導入した。この制度の史的展開及び概要を明らかにする。

次に、ドイツ語圏における親告罪の根拠論の展開を分析する。この分析を通して、従来の三分説の問題点を示し、根拠論を再考する必要性があることを明らかにする（第4章）。1970年代以降、親告罪の根拠を和解思想として統一的に理解する見解が有力に主張され始め、また、三分説や和解思想の様な一般的・抽象的な分析ではなく、犯罪類型ごとの特殊性に応じて、親告罪の根拠論を検討する学説が台頭してきたことを明らかにする。

次に、ヨーロッパ刑法を中心とする国際法における職権犯罪化の議論の展開を分析することによって、ヨーロッパの国際的潮流は非刑罰的紛争解決を志向するという、日本法と逆の方向性を示していることを明らかにする（第5章）。まず、第5章の第2節の性犯罪・ストーキングにおいては、欧州評議会においては、2002年以降職権犯罪化の動きが始まったことを明らかにし、その後、訴追官庁の積極的な訴追を要求する欧州人権裁判所の判断が示され、2011年にイスタンブール条約が起草され、重大な性犯罪のみの職権犯罪化を要請し、ストーキング・性的嫌がらせが職権犯罪化の対象から除外されるに至った議論を明らかにする。また、EUにおいては、EU自身もイスタンブール条約に署名し、欧州議会はイスタンブール条約に未署名・未批准の加盟国に早期の署名・批准を勧告する等により、欧州評議会同様に重大な性犯罪のみ職権犯罪化する方向で議論が進んでいることを示すことによって、日本法が軽微な性犯罪を含めて非親告罪化したこととの相違を示す。

第5章の第3節においては、著作権侵害罪における職権犯罪化の国際的な議論を明らかにする。まず、1994年に発効したTRIPS以降、著作権侵害罪の犯罪化の動きが強まり、2005年と2006年に欧州委員会が著作権侵害罪の職権犯罪化の規定を含むEU指令

案を提出した動向、その後の欧州議会における職権犯罪化の規定を含む ACTA の否決を通して、民事法解決を志向したことを分析する。これらの分析を通して、日本法が厳罰化・一部非親告罪化をしたことはヨーロッパにおける民事法救済を志向する国際的潮流と逆行することを明らかにする。

第 5 章の第 4 節においては、営業秘密侵害罪における国際的な職権犯罪化の議論を分析する。営業秘密侵害罪においては、1974 年の欧州評議会の模範法が決議されて以降、比較的早い段階から親告罪として法的協調が図られてきたことを明らかにし、その後の TRIPS や 2005 年及び 2006 年の EU 指令案の撤回を通して、民事法解決を志向した議論を概観する。これらの分析を通して、日本法の厳罰化・非親告罪化はヨーロッパにおける国際的潮流と逆行することを明らかにする。

次に、ドイツ語圏の各犯罪類型における親告罪規定・職権犯罪化の議論を分析することによって、犯罪類型ごとの根拠論の展開、とりわけ親告罪の非刑罰的紛争解決の促進機能に着目されていることを明らかにし、さらに、中間的親告罪制度の導入によって、訴追の必要性に配慮しつつも、柔軟に被害者意思尊重を図ることができることを明らかにする（第 6 章）。まず、第 6 章の第 2 節(1)においては、ドイツ法の性犯罪の親告罪規定を分析する。ドイツ法においては、近年軽微な性犯罪を制限付親告罪として規定する立法例が相次ぎ、性犯罪を制限付親告罪とすることを通して、訴追の必要性に配慮しつつも、被害者意思尊重の余地を残したことを明らかにする。そして、今日では軽微な性犯罪を制限付親告罪とする立法例が定着していることを明らかにする。(2)のスイス法においては、軽微な性犯罪を捕捉する性的嫌がらせ罪を純粹親告罪として規定することによって、軽微な性犯罪を親告罪として処理していることを明らかにする。(3)のオーストリア法においては、軽微な性犯罪を捕捉する性的嫌がらせ罪の構成要件を授權罪として規定することによって、被害者意思尊重を図っていることを明らかにする。

第 6 章の第 3 節においては、ドイツ語圏におけるストーキングの親告罪規定を分析する。ドイツ法のストーキングの構成要件要素は抽象的な文言を用い、また受け皿規定を設けたことによって、処罰範囲が不明確となったため、結果発生のみ明確化という処罰範囲限定のために親告罪規定を設けたことを明らかにする。そして、スイス法においては、治療及び民事法上の禁止命令の強化を通してストーカー対策を行っていること、またオーストリア法のストーキングの職権犯罪化の議論を検討する。

第 6 章の第 4 節においては、ドイツ語圏における著作権侵害罪の親告罪規定・職権犯罪化の議論を分析する。(1)のドイツ法においては 1970 年代以降、学理から職権犯罪化を要求する声が高まり、1985 年改正においては単純侵害罪を制限付親告罪へと改正した。この職権犯罪化を巡り、改正の前後に渡り、登場した多くの学説を整理することによって、多数説が完全な職権犯罪化を求めたものの、立法においては制限付親告罪とすることによって、一定程度親告罪規定を残したことを明らかにする。また、これらの議論においては、親告罪の根拠について従来の三分説の軽微性又は和解思想を前提として

なされたことを明らかにする。他方、これらの学説と異なり、著作権法上、迅速かつ効果的な民事法救済手段が用意されているという著作権法の特徴を踏まえて、一次的に民事法救済により法的紛争解決を図り、刑事手続は民事法救済が困難な場合等に、被害者の告訴提出を通して二次的に刑事手続による紛争解決を図る点に親告罪の根拠を求める新たな学説が有力に主張され始めたことを明らかにする。(2)のスイス法においては、職権犯罪化の波が押し寄せ、1989年改正によって営業的侵害罪は職権犯罪に変更したものの、単純侵害罪は純粹親告罪にとどめたことを明らかにし、これらを巡る学理の展開を分析する。(3)のオーストリア法においては、伝統的に著作権侵害罪を私訴犯罪として規定するというドイツ法・スイス法と異なった特徴を有する私訴犯罪の議論を分析する。事実上の非犯罪化ともいえる私訴規定は一見すると、被害者にとって酷とも思えるが、ドイツ法・スイス法以上に民事法救済手段を充実させ、オーストリア法は刑事罰に依存せず、営業秘密保護を民事法救済により紛争解決を鮮明にしていることを明らかにする。また、立法上職権犯罪化の動きが起きたことはなく、学説上もほぼ批判なく私訴規定が受け入れられていることを明らかにする。

第6章の第5節においては、ドイツ語圏における営業秘密侵害罪の親告罪規定・職権犯罪化の議論を分析する。(1)のドイツ法においては、営業秘密侵害罪の職権犯罪化の議論が起きたものの、1986年改正においては、完全な職権犯罪化ではなく、制限付親告罪として規定し、親告罪規定を残した議論の経緯を分析する。この改正前後における学説を整理し、そして親告罪の根拠について、従来の三分説ないし和解思想に拠らずに、迅速かつ効果的な民事法救済規定を設けるという不正競争防止法の特殊性から、一次的に民事法救済による紛争解決を図り、民事法救済が困難な場合に、被害者が刑事告訴を提出することを通して、二次的に刑事手続が開始するという民事法救済優先に親告罪の根拠を求める学説が有力に主張され始めたことを明らかにする。(2)のスイス法においては、職権犯罪化の動きが起きたものの、1991年改正・2011年改正を通して、告訴権者に連邦(国家)を含めるという告訴権者の拡大を通して、職権による訴追の機会を広げた。これらに至る立法の経緯及び学理の評価を検討する。また、スイス法の立法者及び学理は、営業秘密侵害罪の親告罪の根拠を、一次的に民事法救済により紛争解決を図る点に求めていることを明らかにする。(3)のオーストリア法においては、営業秘密侵害罪を伝統的に私訴犯罪として規定し、立法上職権犯罪化の動きが起きたことはなく、学理においてもほぼ批判なく受け入れられていることを明らかにする。事実上の非犯罪化ともいえる私訴犯罪として規定することによって、営業秘密保護を民事法救済により図ることを鮮明にしていることを明らかにする。

最後に、以上の比較法的分析から得た、i 親告罪の根拠論においては、従来の三分説を脱却し、犯罪類型ごとの非刑罰的紛争解決を促進する機能の観点から再構成する学説が台頭していること、ii 非親告罪化という選択肢以外にも、中間的な親告罪制度の導入によって、柔軟に被害者意思尊重を図ることができること、iii ヨーロッパの国際的潮流

は非刑罰的紛争解決を志向していること、これらの知見を踏まえて、日本法の非親告罪化を批判的に検討する（第7章）。まず、各犯罪類型の親告罪の根拠論を再構成し、軽微な性犯罪については精神的・時間的負担を回避し、和解による紛争解決を許容する点、ストーカー行為罪については、一次的に行政指導・行政命令等の行政法措置により予防的紛争解決を図る点、著作権侵害罪については、i 一次的に民事法救済により紛争解決を図る点、及び ii 寛容の利用を許容する点と解し、営業秘密侵害罪については、一次的に民事法救済により紛争解決を図る点に根拠を求める。このように、根拠論を再構成した上で、日本法の非親告罪化を批判的に検討し、親告罪における告訴は、刑事手続と民事法救済、行政法措置、修復的司法、治療的司法といった非刑罰的紛争解決手段を結ぶ連結点の役割を果たすことを示し、親告罪は非刑罰的紛争解決を促進する機能を有することを示す。そして、非刑罰的紛争解決は紛争の実効的・実質的解決に貢献することを明らかにする。結論として、従来 of 厳罰化を背景とした刑事罰に依存し、狭い視点に基づいた制度設計ではなく、親告罪規定を残した上で、それを通じて、非刑罰的紛争解決を踏まえた、より広い意味での多様な法的紛争解決を志向する新たな議論枠組みを提案する。