HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	航空事故の防止と刑事法（二）：刑罰優先主義からの脱却
著者	藤原，琢也；FUJIWARA，Takuya
引用	北海学園大学法学研究，49(2)：407-451
発行日	2013-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論　説

航空事故の防止と刑事法　(二)
～刑罰優先主義からの脱却～

藤　原　琢　也

目　次

はじめに
第一章　航空事故へ刑事責任を追及することの是非
一　対立の構造
(一)　刑事責任を否定する立場からの主張
(二)　刑事責任を肯定する立場からの主張
(三)　見解の対立点
二　航空事故を特別視することを認める理由の検討
(一)　航空危険処罰法の問題
(二)　航空機運航システムの特性
(三)　自動車事故との比較
三　小括
第二章　航空事故に対する刑事訴追の状況
一　国外の状況
(一)　航空従事者の起訴に関する傾向
(二)　刑事訴追の類型
ア　アメリカ
イ　フランス
ウ　イタリア
エ　刑事訴追の類型から見えること
(三)　小括
二　日本の状況

（一）日本の航空事故調査等に関する制度
（二）航空事故に対する刑事訴追の状況
（三）航空事故における注意義務
（四）日本における刑事訴追の特徴
三　小括
（以上第四九巻第一号）
第三章　航空事故の刑事実体法的考察
Ⅰ　犯罪論からの視点
一　過失論における現在の議論
（一）旧過失論の問題点
（二）新過失論における責任の捉え方
（三）航空事故にとって適切な過失理論
二　過失の評価と客観的帰属論
（一）客観的帰属論と相当因果関係論との比較
（二）客観的帰属論の射程
（三）客観的帰属論の意義
三　小括
Ⅱ　航空事故の防止と刑罰
一　刑罰論に関する議論の状況
（一）応報刑論と目的刑論
（二）責任と刑罰
ア　責任の本質
イ　責任の判断要素
（三）相対的応報刑論
二　相対的応報刑論への反論
（一）応報を否定する主張
（二）応報概念の曖昧さ
三　刑罰の報復感情宥和機能
四　航空事故を引き起こした者に刑罰を科すことへの疑問
五　小括

第三章　航空事故の刑事実体法的考察

Ⅰ　犯罪論からの視点

一　過失論における現在の議論

航空事故を引き起こしたとされる者に対して刑事責任を追及することは、日本では珍しいことではない。これは、

前章で紹介したように、日本だけの事象ではなく、全世界的な傾向として認識されている。[1] そこでは、航空事故の後に刑事責任が追及される結果として様々な問題が生じていることが指摘されており、航空従事者などから、将来の事故防止こそが航空事故後の対応として行われるべきことであり、刑事責任を科すことは、これを阻害することにしかならないと批判されている。[2]

過失犯に関する日本での議論は、主に新過失論と旧過失論の対立である。この両者の議論の中心的な論点は、過失の処罰を正当化するために措定する注意義務の内容である。旧過失論は、結果の予見可能性の有無を過失犯認定の基準とする一方、新過失論では、結果の予見可能性のほかに、結果回避義務を課すことによって、過失犯の成立を限定するものである。[3] このように両者の見解の根本的な対立は、旧過失論が責任の要素として結果予見可能性を中心に過失を捉える一方で、新過失論は、違法要素として結果回避義務を中心として過失を捉えるという過失犯の構造に関する問題とされている。[4]

また、注意義務の内容に関する議論の複雑化を反映し、「法は不可能を強いない」という観点から「過失犯の成否の判断、つまり『注意義務違反』の判断の有無につき、その枠組みが確立されていない。(中略)問題の根本にあるのは、過失犯における『注意義務』の内容の理解であり、その点の検討が必要」[5]との指摘にあるように、過失犯論における議論の骨幹的な部分である注意義務に関する更なる議論の必要性が主張されるようになった。

このように、犯罪論体系の中において様々な議論が行われることによって、過失犯に関する理論の精緻化が進展した。確かに、過失犯が様々な具体的事情のもとに発生するということを勘案すれば、これらの事情へ対応することを達成するためには理論の精緻化という流れは当然のことである。しかし、理論の精緻化を求めるあまり、過失責任を問うにあたって、刑法が果たすべき本来の役割、すなわち、「法益侵害(危険)の事前規制・事後対応の任務」[6]が見失

われつつあるようにも思われる。また、その複雑な理論体系は、これを具体的事案へ適用するにあたり、裁判官が構成要件を補充しなければならない範囲が大きいこと[7]へとつながるため、統一的な基準が存在せず、基準の明確性に欠けることになる。この結果、同じ事例であっても、それを解釈する者によって無罪・有罪か判断が分かれるという不合理な状態を生じさせる[8]。このような事態を未然に防ぐ意味において、更に、適切な過失責任の追及を実現するという意味において、複雑多岐にわたる過失犯論を明確な理論構成へと再構築することが要請されているのである。このような観点から、過失論に関するこれまでの議論を俯瞰し、航空事故を引き起こしたとされる者に対する過失責任を問う妥当性について考察する。

（一）旧過失論の問題点

航空機の運航や自動車の運転に従事する者にとって、航空機の運航中あるいは自動車の走行中における事故の発生を完全に否定することはできないため、事故によって人身の負傷などの法益侵害が生じるという結果の予見可能性を完全に否定できない。この結果、事故の発生という結果の予見可能性を注意義務として過失を判断する基準に据える旧過失論に立脚するならば、行為者にとって法益侵害が生じるという予見可能性が認められやすい傾向を有することとなる。このような過失認定は、結果責任を認め、当該結果を生じさせた行為を行ったことに対して処罰を下すことに等しく、過失犯を適正に処罰するという状態とは言い難いものである。特にヒューマン・エラー[9]が主な原因とされる事故の場合、人間がいくら注意を働かせても、その注意の影響が及ばない領域における行為から生じた結果を処罰の対象としていることから、行為者に結果責任を負わせている状態に等しい。従って、このような行為を処罰することは、過失犯として適切な処罰を科すとは言い難い状況であると考えられる。

更に、旧過失論の見解として、故意と過失は構成要件、違法性の面では差があるものではなく、責任においてその相違が認められるとしていることも妥当な見解とはいえない。故意犯の場合、犯罪とされる行為の結果が、当然生起することを認識して当該行為を実行しているのに対し、過失犯の場合、仮に法益侵害の結果が予見可能であったとしても、その結果の実現を意図しないまま行為に及んでいる。このように、過失犯の場合は、行為の結果を予見することが、法益侵害を引き起こす結果を思いとどまらせるための行為規範となっていない点、故意犯と相違しているのであり、構成要件上の結果が同一であっても、行為規範に従っていたか否かという違法性の評価において、両者はその内容を異にするものである。[10] 従って、故意犯と過失犯は、違法性の評価において、個別に扱われるべきであり、これを同一視する旧過失論の見解は妥当とはいえない。

(二) 新過失論における責任の捉え方

一方、新過失論は、結果回避義務という違法性にその処罰根拠をおいているものの、過失に責任要素を認めるか否かという点で異なる見解が主張されている。

新過失論者の伝統的な見解は、これに責任要素を認めている。この見解によれば、責任要素の内容は、違法性を基礎づける事実を認識していないことに対して、注意義務違反があることとしている。[11] つまり、過失における責任を「行為者の能力それ自体を基準として過失の成否を問うもの」とし、一般通常人に要求される客観的注意義務違反があったとしても、それは違法性を基礎づけるだけに過ぎないとしている。[12] そして、行為者の主観的能力を基準とする主観的注意義務違反が認められて、はじめて、行為者に対する責任非難が肯定されるとして、過失を構成要件と責任とにそれぞれ位置づけている。[13]

これに対し、過失に責任要素を否定する新過失論者は、責任を「規範意識による意思決定の制御（動機付けの制御）の可能性の問題である」[14]と理解し、過失作為犯は責任要素としての故意がないのと同じく、責任要素としての過失も存在しないとしている。この責任要素を否定する見解は、主観的注意義務違反に関連する主観的能力の評価を構成要件要素としての行為能力[15]の問題として捉え、結果回避措置を行うために要求される身体的能力や運動能力は構成要件の段階で考慮しなければならないとしている[16]。これは、「刑法は規範が影響を与えない要素（すなわち、規範を作用させようと思っても変えようがない事情）については、現実のそれをそのまま前提として受け入れるほかない」[17]ということをその理由としている。

この新過失論者の間における見解の相違は、注意義務の内容に関する対立であり、結果を回避する際における行為者の主観的能力の評価を、犯罪論上、どのように位置づけるかという点にある。つまり、適法行為を遂行するために必要な主観的能力の評価を、違法性の段階で評価するのか、責任の段階で評価するのが論じられている。主観的能力を違法性の要素として評価する論者も、過失に対する責任を否定するものではなく、双方とも、過失行為を行った者に対する責任、すなわち非難可能性の評価を行っている[18]。

しかし、両者の見解に基づいて過失を否定することになった場合、最終的に刑罰を科さない（無罪）という同じ結論へ至るものの、その理由は大きく異なることが考えられる。伝統的な新過失論者の見解は、その理由を「違法性はあるが刑罰を科すほどの非難に値しない」と説明する一方、行為者の主観的能力を違法性の要素として評価する論者は、これを「違法性はないので刑罰を科す必要がない」と説明する場合がそれである。特にヒューマン・エラーによって生じた事故の場合、責任過失を認める前者の見解に従えば、法益侵害に至る行為規範違反があったという客観的注意義務違反を認めるものの、当該規範を遵守しようという意思を持ちながらも、その意思が及ばない領域における行

為によって注意義務違反が生じたのであるから、刑罰に値する責任はないとすることとなる。他方、主観的能力を違法性の範疇として評価する見解に従うならば、ヒューマン・エラーによって生じた事故における過失は、意思による行為のコントロールが不可能であった者に対して違法評価を下すことができない[19]との理由により、構成要件に該当せず、刑罰は科されないことになる。つまり、前者は、行為者は違法性が認められることから非難を受けるべき立場にあるものの、非難の程度が刑罰に値しないという結論に至るのに対して、後者は、違法性が認められないのであるから非難の必要がないという判断を下しているということとなる。

このような違法性を認めつつも処罰に値しないという説明は、これを受け止める社会に対して異なる印象を与える可能性が高い。現在のように、世論の処罰感情が厳しい状況を踏まえると、「違法だが刑罰は科さない」という説明は、専門家には納得できる理由であっても、社会一般に対する説明としては、説得力に欠けるものである。その点、最初から違法性が認められないので刑事責任はないとするほうが、理論上も明快であり、社会的にも妥当な説明として受け入れられる可能性が高いだろう。

(三)　航空事故にとって適切な過失理論

過失犯の場合、行為者は法益侵害という結果を意図していないところに特徴があり、井田が主張するように、行為者の能力という観点で、過失の成立を違法性の検討の段階で評価することに妥当性が認められる。特に、航空事故における過失の評価で問題となるヒューマン・エラーは、規範を遵守すべく行為を始めたところ、認知心理学的な過誤によって、期せずして法益侵害という結果を生じさせているのである。これは、先に述べた「規範を作用させようと思っても変えようがない事情」に該当する事情であり、その違法性の評価にあたり、当該ヒューマン・エラーによる

行為に関する過失を適切に否定することができる点、支持すべき見解である。

また、現代社会のようにリスクを伴う活動が多い状況のもとでは、当該活動の結果として生じる法益侵害結果を完全に否定できない場合が増加しており、行為者に対して、いわゆる結果責任を科すことを制限する理論としても、新過失論は妥当な考え方である。

従って、航空事故における過失、特にその特殊な勤務環境下での過失、及びヒューマン・エラーが関与する過失を評価する場合、新過失論、とりわけ、行為者の主観的能力を違法性と位置づける見解に基づきその判断を下すべきである。

二　過失の評価と客観的帰属論

過失犯が成立するためには、結果の発生、行為と結果の間の因果関係の存在、及び当該行為における客観的注意義務違反の存在[20]が必要とされている。このような過失の評価に際し、構成要件の要素を検討する手法として、従来は、注意義務の内容によって、新・旧過失論という二つの立場からの主張を中心に長年議論が行われてきた。これに加え、結果と行為の因果関係を評価する場面で、特殊な事情の介入が発生した時の結果帰属に関する判断を行う際、通説である相当因果関係説には限界があるという批判から、近年、結果の帰属の次元における議論も盛んになってきた。

このような状況において、近年、客観的帰属論を用いて結果の帰属に関する評価を行うことが有力に主張されるようになってきた。客観的帰属論は、これまでの犯罪に対する評価の枠組みを大きく変更し、「危険」という概念を中心に、発生した結果の帰属を総合的に検討するものである。

そこで、客観的帰属論について、因果関係論及び過失論との比較によりその特徴を明らかにし、航空事故における

過失犯処罰への適用について検討する。

（一）客観的帰属論と相当因果関係論との比較

客観的帰属論とは、「行為者によって惹起された結果は、行為者が許されざる危険を創出し、危険が構成要件的結果の中に実現した時、かつ、その危険が構成要件の射程範囲にとどまった時にのみ、行為者の仕業として、客観的に帰属できる」という理論である[21]。これは、結果を行為に帰属させるための基準を求める、さまざまな理論を総称するために用いられる名称であり[22]、具体的には、最初に、行為と結果に関する条件関係に基づく因果関係の存在が検討される（条件的因果連関）。

次いで、この関係を前提とし、結果の帰属に関する検討が行われる。結果の帰属の検討では、まず、行為の時点から結果発生に至るまでの間の当該行為による危険性の創出について、規範的評価を含めて検討される（危険創出連関）。そして、この危険創出が認められた後、行為後に明らかになった事情をすべて考慮し、規範が保護することを目的とする範囲内において、創出された危険が当該行為の結果として実現したかが検討される（危険実現連関）[23]。つまり、この理論の機能は、行為と結果の間に存在する条件的因果関係を、危険に関する判断と規範的な判断を用いて限定することである。

一方、相当因果関係論とは、行為と結果との間の条件関係の存在を前提として、当該行為からその結果が発生することが、経験上、一般的（相当）であれば刑法上の因果関係を認めるというものである[24]。ここでは、因果関係の限定を「相当」という経験上の一般的な関係から行うものである。この因果関係論における「相当性の判断」において、その判断の基礎となる事情の範囲となる「判断基底」を、どの範囲まで加味するかということについて主張が分かれ

ている[25]。判断基底を行為当時の事情に限定するか、行為後の事情を一定の範囲内で考慮するかという対立、これらの事情の認識する人を行為者に限定するのか、一般人を対象とするのかという対立、及び客観的に存在した事情をすべて考慮するか否かという点での対立である。この議論は、「因果関係の相当性判断を明確化するうえでほとんど役に立っていない[26]」という指摘に象徴されるように、判断の基礎となる事情を限定する際に、恣意的な判断の入り込む余地を生む可能性が高い。この結果、因果経過の相当性の有無の判断は、判断基底の範囲をどのように決めるかによって異なる結果がもたらされ、同一事案に対して判断が分かれる結果を導くことになる。この点において、相当因果関係論は結果の帰属を判断する基準としては曖昧なものである。

先に述べたとおり、客観的帰属論は、条件関係を前提として、発生した結果に対して、行為の時点で許されざる危険を創出したか否かが判断されている。相当因果関係論支持者からは、「危険の創出」及び「危険の実現」は、それぞれ相当因果関係論における「行為の相当性」及び「因果経過の相当性」にほぼ対応し[27]、相当因果関係論と相違がないとの指摘や、客観的帰属論は規範的・価値論的色彩が強い理論である[28]と批判されている。しかし、客観的帰属論の見解は、社会的有用性の視点[29]から立法等によって許容された一定の範囲の危険を伴う行為と発生した結果の間の因果関係を限定する基準としているため、相当因果関係論における「相当性」の判断に比べ明確な基準に基づく判断を下すことができる。そして、当該結果が、規範が保護することを目的とする範囲内で実現した結果か否かの検討では、行為後に明らかになった事情をすべて考慮している点、客観的には恣意的な判断の入り込む余地はない。このような視点によって、相当因果関係説でいう判断基底に関する曖昧さを排除することが可能となり、一つの事案に対して異なる判断が下されることを防止できるであろう。

(二) 客観的帰属論の射程

客観的帰属論は、単なる因果関係の問題を超えて、過失犯をどのように捕らえるかという犯罪論全体の理論にまで、その議論が及んでいる。[30] 従って、客観的帰属論の意義の検討には、因果関係以外の論点からも検討する必要がある。従来の過失犯論では、注意義務をどのように捉えるかという点で諸説が対立していることを先に紹介した。このような状況において、過失という具体的な個々の事例に対して一貫した理論の構築は困難を極め、理論の体系的混乱と過度な複雑化をもたらしている。[31]

一方、客観的帰属論は、当初から個々の具体的事例に対応することを目的とした理論であり、危険創出連関において、社会的有用性に基づき制定された基準により定められた、許された危険からの逸脱の有無を検討している。許された危険からの逸脱が認められた場合、この逸脱のない行為に比べて発生する危険の程度が大きくなり、危険創出が認定されて結果を帰属する要件の一つが充足されることになる。この危険創出が認定されることの意味するところは、従来の過失論において客観的注意義務違反が認められることと同じである。なぜなら、あらかじめ定められている許された危険という客観的な基準は、過失における注意義務を措定するにため、従来の過失論ですでに用いられていたものであるからである。

従って、客観的帰属論における危険創出連関の検討と従来の過失犯における客観的注意義務違反の有無に関する検討は、実質的に同じ作業を行っているのであり、従来の過失論に代わって、客観的帰属論によって対応することが可能なのである。むしろ、客観的帰属論による対応の方が、複雑多岐にわたる従来の過失論による対応に比べ、当初から個別具体的事象を対象としているので明快な理論を提供できるという利点を有しており、過失犯に対して、より適切な対応が可能となるであろう。

（三）客観的帰属論の意義

以上の議論から、客観的帰属論は、これまで行われてきた複雑多岐にわたる過失犯に関する議論を整理するとともに、明確な判断基準を提供する点において有用な理論であるといえる。その一方で、既に紹介したような客観的帰属論は規範的・価値論的であるとの批判が存在する。しかし、規範的であることは、客観的帰属論だけではなく、過失論における新過失論も同様の傾向を有している。これは、過失の成否に関する評価の客観性を確保するために必要なことであり、この批判は妥当なものとはいえない。更に、客観的帰属を批判する者の中においても、「客観的帰属論は、『相当性』判断の明確化のために、一般的・抽象的な相当因果関係の判断枠組みに個別具体的な判断基準を提供する点において相当因果関係説にとっても有用である」[32]という指摘がなされているように、客観的帰属論は決して抽象的規範を墨守するための理論ではなく、「事例類型に応じて具体的に、結果帰属の基準を体系化」[33]を実現するための理論なのである。危険創出連関における許された危険の措定、及び危険実現連関の検討における具体的事情を基礎とした評価は、発生した結果ごとに個別の基準が用いられ、個々の具体的事象に応じて行われているのである。

しかし、現在、一般的に客観的帰属として議論されている内容は、事後的観点からの行為と結果の因果関係の議論に集中し、そもそも結果を生じせしめた行為に関する評価が十分行われているとはいえない状況である。この意味において、客観的帰属は、旧過失論の考え方に親和性を持つものであり、過失の構造における行為の重要性が軽視されることにつながる恐れがある。

このような、行為を軽視する従来の客観的帰属に関する議論に対して、吉田敏雄は「客観的帰属論は積極的特別・一般的法益保護という刑事政策的思想を犯罪論の上で構成要件に反映させた法形象である」[34]と客観的帰属論が生まれた法的背景をもとに、客観的帰属論において軽視されている行為に対する評価の重要性を主張している。この見解は、

客観的帰属が伝統的に刑法の結果負責に関係し、客観的構成要件における因果関係検証に接続して行われ、事後的観点から行為と危険連関の存否を問う法形象で、因果関係論（等価説）による構成要件の拡大を抑制することと理解され、この帰結として、帰属の問題は事後的な検討しか行われていないと批判している。[35] そして、危険は行為から生ずるのであり、行為自体が事前の観点から構成要件的結果に対して法的に容認されない危険を創出せず、なおかつ社会的に相当であるときには、当該行為は構成要件に該当しないとするべきとしている。この結果、客観的帰属による評価は、まず危険創出としての行為認定を行い、[36] これを規範的基礎として結果帰属の評価を行うべきであるとしている。[37]

この吉田の主張は、新過失論の見解で注目された行為に関する評価を適切に行うものであり、新過失論の見解を貫徹する理論であるといえる。新過失論では、客観的注意義務違反として当該行為に関する行為規範からの逸脱の有無を行為の評価基準として運用するが、吉田の主張する過失における行為帰属の評価は、当該行為に関する社会的相当性を客観的注意義務違反の一要素として明確に位置づけた点に特徴がある。行為を評価する基準としての「行為規範からの逸脱」と「社会的相当性」は、実質的に同じ基準であるとの批判が予想されるところであるが、前者の基準は、純粋に行為規範の逸脱の有無を評価するものであるのに対し、後者の場合、行為規範からの逸脱の有無だけではなく、当該行為が結果を招来することについて経験的な危険を有するか否かという評価を行うものである。[38] つまり、仮に行為規範からの逸脱が認められたとしても、当該行為が結果を発生させるような経験的危険を有していない場合には客観的注意義務違反はなかったとされ、過失犯処罰を限定する機能を果たすものとなる。

これは、第三者が行った行為規範から逸脱する行為などを評価するにあたり有用な理論となる。通説とされる相当因果関係論による評価では、判断基底をどのように措定するかという明確な基準がないために、評価者によって判断基底の内容が異なることが生じ、当該行為の評価が、評価者によって異なる結果へ至る可能性が高い。一方の客観的

帰属による行為の評価では、具体的結果に対する「経験的危険」という基準を社会的相当性に組み入れることで、相当因果関係論の基準が司法により恣意的に定められるという不安定な側面を、一般社会における経験にその根拠を求めていることで安定した基準となり得るのであり、この基準を用いることで、更に適切な評価の実現に近づくことになると思われる。

また、山中らが提唱する客観的帰属論において「危険の創出」を基準に評価を行うことは、結果からの事後的な評価を用いている。この評価手法は、当該行為を結果が生じた時点を起点としている点、事後、専門家の分析によって明らかになった事象のような後知恵的な要素が評価に組み入れられる可能性が高い。しかし、吉田が主張する行為の帰属に関する評価は、当該行為が終結した時点が起点となっているため、結果を知ることによって生じる後知恵的な要素を抑制することが可能となる。この結果、更に客観的で公正な評価の実現が期待できるものであり、ここに行為帰属の有用性が認められるのである。

そして、航空事故における過失を評価する場合、行為帰属の検討を含めた客観的帰属論を援用することは、その妥当性をより高度なものにすると考えられる。航空事故が発生すると、その多くの場合において、パイロットが直近行為者として事故に関与する。しかし、パイロットの行為は、管制官の管制指示や、航空機の故障への対応のためなど、他律的に行われる性質を有している。また、航空管制官の行為が評価の対象となる場合には、パイロットなどの第三者の行為が必ず介入することもあり、このような事情のもと、発生した結果を誰に帰属するかという問題が生じる。このとき、行為帰属の評価を行うことは、過失責任を問うべきでない場合を早期に弁別できるという重要な機能を果たすことが可能となる。第三者の行為の介入の影響を受ける航空事故における過失を評価する際は、行為帰属の検討を慎重に行うことが必須であり、この点も航空事故における過失認定にあたり、吉田が主張する客観的帰属論の意義

が認められるところである。

三　小括

航空事故では、ヒューマン・エラーのように自己の意思ではコントロールできない行為が原因となる場合や、航空機の運航に複数者が関与するため、過失を犯したとされる者の行為に第三者の行為が介入する場合が頻繁に発生する。このような特徴を有する航空事故における過失を評価する際、新過失論に立脚した結果回避義務という客観的注意義務を評価基準として用い、客観的帰属論を適用し、複数の関係者の行為の中で、誰の行為が経験的な危険を有し、その危険が実現したのかということを評価することが適切であることを指摘した。

また、因果関係の評価にあたり、因果の経過の基本的部分をどのように措定するかということによって、安定した評価の実現に関する問題が生じる。これまでの裁判において採用されてきた理論構成では、これらを評価するにあたっての統一的な基準が存在しないため、評価の結果が安定せず、裁判の審級によって異なる結果に至る[39]ことが起こるのである。特に、裁判では結果と行為の間の因果関係の証明に力点が置かれているため、行為帰属に関する評価が厳密に行われない[40]。航空事故のように、複数の行為者が関与する事例の場合、この行為の評価、特に行為の帰属に関する厳密な評価が行われるべきである。これらの評価を適正に行う理論として客観的帰属論は、「危険の創出」を起点とし、その実現を評価している点において有益なものであり、航空事故における過失の検討にあたり採用されるべき理論である。

また、航空事故の裁判において、実務上、運輸安全委員会が作成する航空事故調査報告書が証拠として採用されていることを鑑みると、行為の評価に対する後知恵的な要素の影響を局限するためにも、行為帰属に関する評価を慎重

に行われなければならない。この意味で、吉田が主張する行為帰属を明確に行う客観的帰属論は、今後の航空事故に関おいて刑事責任に関する評価を行う場合に、重要な指針となり得るものである。

以上、航空事故に対して刑法を適用するための過失に関する理論についての検討を行った。しかし、刑法はあくまでも個人の刑事責任を追及するために用いられるものであり、そこでの議論は、個人の処罰を念頭に行われている。このため、航空機の運航システム上の不具合が事故の原因となった場合でも、その原因を改善するために当該システムの改善を組織へ直接働きかけることができないという問題を有している。現在、監督責任という概念が生まれているものの、組織の構成員を刑罰に処することによって、組織に対して間接的な働きかけを行うことしか実現していない。従って、将来の事故防止を図るため、システム上の不具合を是正するということが最も重要視される航空事故後の処理において、刑法が果たす役割は限定的なものとならざるを得ない。つまり、航空事故の再発防止の観点からは、いかなる刑法理論を用いて航空事故を引き起こしたとされる者に関する過失の評価を行ったとしても、刑法が個人の行為だけを対象としている以上、事故防止へ寄与できることは限定的とならざるを得ないのである。

注

（1）Sofia Michaelides-Mateou & Andreas Mateou, “Fliyng in the Face of Criminalization”, Ashgate, 2010, at 55; Sidney Dekker, “The criminalization of human error in aviation and healthcare: A review”, Safety Science 49, 2011, at 121.

（2）Sofia Michaelides-Mateou & Andreas Mateou, note 1, at 152; Dekker, note 1, at 125.

（3）井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣二〇〇八）、二〇二頁。

（4）鈴木前掲茂嗣『刑法総論第二版』（成文堂二〇一一）、一一九頁。

（5）古川伸彦『刑事過失論序説』（成文堂二〇〇七）八頁。

(6)　曲田統「過失犯論における実行行為性・予見可能性の問題」(『理論刑法学の探究』成文堂二〇一二)三八頁。
(7)　高橋則夫『刑法総論』(成文堂二〇一〇)、一九九頁。
(8)　平成十三年一月三十一日、日本航空機同士が静岡県焼津市上空において異常接近し乗員乗客が負傷した事故について、当該機を管制していた管制官二名が業務過失致傷罪で起訴された。第一審は無罪(東京地裁平成十八年三月二十日)、第二審は執行猶予つき有罪(東京高裁平成二十年四月十一日)となり、これを不服として被告人が上告したが、上告を棄却する決定がなされた(最高裁判所第一小法廷決定平成二十二年十月二十六日)。本事件に関する詳細の検討は、本稿第三章Ⅲにて行う。
(9)　ここでいう「ヒューマン・エラー」とは、人の過誤全般ではなく、無意識に自信の意図に反した行動とった結果生じるものを指している。
(10)　高橋則夫は、「他人の死を惹起するな」という規範を例に、故意犯の場合、構成要件的結果を意図していることから、この規範が行為規範性を有するのに対し、過失犯の場合には、構成要件的結果を意図していないことから、この規範は行為規範性を持たないとし、「『他人の死を惹起するな』というような規範は、故意犯には妥当するが過失犯には妥当しない」と述べ、旧過失論者の見解である構成要件と違法性において故意犯と過失犯を同一視することに対する批判を行っている(高橋注7、二百一頁)。
(11)　高橋注7、三四三頁。
(12)　高橋注7、三四三頁。
(13)　福田平は、旧過失犯論者が過失のすべての要件を責任条件ないし責任形式として考えていたもののうち、客観的注意義務違反のみが構成要件的過失として問題とされるとしている(『刑法総論』(『全訂　刑法総論　第五版』有斐閣二〇一一)一二六頁)。
(14)　井田注3、二一八頁。
(15)　意思により、自己の身体的動作を支配・コントロールできる能力のこと(井田注3、三〇頁)。
(16)　井田注3、二一八頁。
(17)　井田注3、二一六頁。
(18)　過失に責任要素を否定する井田良は、責任の要素の検討において、責任能力、違法性の意識の可能性、適法行為の期待可能性という各要素の存在が必要であるとしている(井田注3、三六二頁)。
(19)　井田注3、三六三頁。
(20)　吉田敏雄『刑法理論の基礎　第2版』(成文堂二〇一〇)、二四二頁。

(21) 高橋注7、一二六頁。
(22) 山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』（成文堂一九九七）、三頁。
(23) 山中前掲書二七九頁。
(24) 川端　博『刑法総論講義　第2版』（成文堂二〇〇七）、一四七頁。
(25) 裁判所職員総合研修所『刑法総論講義案（三訂版）』（司法協会）、八八頁。
(26) 前田雅英『刑法の基礎　総論』（有斐閣一九九三）一〇四頁。
(27) 曽根威彦『刑法総論　第四版』（成文堂二〇〇八）、七八頁。客観的帰属論について、曽根は当該理論が因果関係論を超えて違法論、過失犯論などへの理論的広がりを認め、今後の動向に注目している。しかし、川端博（川端注24、一五六頁）や前田雅英（『刑法総論講義　第5版』（東京大学出版会二〇一一）、一八八頁）は、因果関係を限定する理論として相当因果関係論を用いるべきであり、客観的帰属論は不要であると主張している。
(28) 川端注24、一五七頁、及び曽根注27、七九頁。
(29) 高橋則夫は、「『現代社会が危険（リスク）社会であり、社会構成員の全員が被害者にも加害者にもなる可能性が飛躍的に増大している』という社会学的認識がある」（『刑法総論』一二六頁）として、客観的帰属論がこのような認識のもとで提唱されたものであるとしている。
(30) 曽根注27、七九頁。
(31) 本間一也「過失犯における結果の客観的帰属（一）」（北大法学論集第四〇巻第四号、一九九〇）、八三八頁。
(32) 川端注24、一五六頁。
(33) 山中注22、四頁。
(34) 吉田注20、一三三頁。
(35) 吉田注20、一三四頁。
(36) 吉田は、行為帰属を、一般的生活経験上の視点に基づく「経験的行為危険」と共同生活の一般に承認されている社会準則（社会倫理）である「規範的行為危険」とに分けて評価するとしている（吉田注20、一四一頁）。
(37) 吉田注20、一三五頁。
(38) 吉田注20、一四一頁。

(39)　日航機ニアミス事故では、第一審が無罪、第二審及び上告審では有罪という判決が下されている。

(40)　日航機ニアミス事故の裁判では、被告管制官が管制指示発出の際に便名を取り違えたという行為に関する実質的な危険の存否が争点となった。この争点は、一見、被告管制官の「言い間違い」という行為に関する検討を行っていると受け取られるが、その内容は、「言い間違い」という行為自体の評価ではなく、言い間違いの後で生じた事象の危険性の検討を行っているものである。この「言い間違い」については、判決において「初歩的なミス」と結論づけられ、「言い間違い」がどのような状況下で発生し、それ自体に刑事責任を問うか否かという検討は、ほとんど行われていない。詳細は、本稿第三章Ⅲを参照のこと。

II　航空事故の防止と刑罰

航空事故を引き起こした者に対する刑事責任を追及することに対して、刑罰を科しても将来の事故防止に貢献しないという批判を先に紹介した。しかしながら、この論点に関する刑事法の専門家からの具体的な反論は積極的には行われていない。そこで、刑罰の機能を確認し、それが航空事故の防止に対してどのような役割を果たしているのかを検討する。

一　刑罰論に関する議論の状況

(一)　応報刑論と目的刑論

刑罰の制度は、「事後の責任追及を通じて将来の犯罪予防を図るための制度」[1]であるといわれ、犯罪を予防するための事後的な措置として、犯罪を行ったとされる者に対して刑罰が科される。そして、刑罰の本質は、過去の犯罪に対する応報として科されるものであり、現行刑法は、このような応報の立場を基調とすることが、現在までの学説と実

務の支配的な見解であるとされる。[2] このような支配的な見解があるものの、刑罰に関する議論は、今なお一本化されることがないまま様々な議論が展開され、応報刑論と目的刑論、目的刑論の中における一般予防論と特別予防論の対立がその代表的なものとなっている。

応報刑論は、「犯罪行為を根拠に犯人に対して加えられる非難としての苦痛ないし害悪」[3]を本質とし、犯罪を思いとどまることができたはずのところ、あえてそれを行った意思決定に対して責任非難を加えることが可能であるとしている。そして、その非難に見合った不利益が与えられることは正当であるという考えに立脚している。[4] 罪と罰の観念は、人間の長い歴史を通じて平均的な国民の道徳的確信ないし規範意識として育まれてきたものであり、この考え方が現在の社会でも明確に存在しているために、応報原理を否定することはできないとされる。[5]

他方、目的刑論の論者によれば、刑罰は、主に行為者の再犯の防止のための制度であり、社会的に有益な目的の実現のために不可欠な手段であるとして正当化されるとしている。[6] さらに刑罰の持つ機能の観点から、一般予防と特別予防とに主張が分かれている。一般予防とは、刑罰を予告すること、及び、刑の言い渡しと執行による威嚇によって一般人を威嚇し犯罪から遠ざけることである。[7] 一方、特別予防とは、刑罰によって特定の犯罪者の犯罪を防止することを目的とし、規範意識の覚醒機能、自由刑の執行によって受刑者を社会から排除する隔離機能ないし無害化機能、及び、受刑者に対する改善・教育を行い、社会に復帰させる改善・教育機能という三つの機能があるとされている。[8]

（二）責任と刑罰

ア　責任の本質

以上のような刑罰の基本的な考え方の相違は、責任の本質に関する見解の対立から生じるものである。[9] 応報刑論の

立場では、違法行為を思いとどまることもできたのに、あえて違法行為に出たことに対する道義的非難を責任の本質としている[10]。この立場は、責任の根拠を個々の行為における非難されるべき意思決定とし、そのような行為に対する責任が問われるべきことになることから、行為責任論を支持することになる。この立場の特色は、責任判断の主体である国家が、道義実現の主体として、責任判断の客体である個人に対して道義的優越性を持つことにあり、責任は社会保全の利益に道義的基礎を与えるものとして、国家刑罰権を制約するよりも正当化する方向に傾きやすいとされる[11]。

一方、目的刑論の立場は、刑罰を行為者の再犯防止を目的とした手段として捉え、行為者が違法行為を思いとどまることができないという性格の危険性を有していることが、刑罰を正当化する根拠であるとしている。ここでの責任は、危険な性格を持つ人が再犯防止のための刑を受けるべき社会の一員としての負担のことである、という社会的責任論をその拠り所としている。ここから、責任を問う根拠として、行為者の危険な性格に求める性格責任論が支持されることとなる[12]。この社会的責任論に対しては、刑罰が社会保全のための合理的な社会的処置とされ、性格の危険性の表れとして違法行為が行われる限り、行為者が精神障害者であろうと年少者であろうと、刑事責任を否定する理由はなく、刑罰と保安処分の一元論に道を開くことになるとの批判を受け、現在では、支持されていない[13]。

責任の本質に関して右のような主張がなされてきたが、現在では、各責任論における議論を受け、法的責任論が主張され、広く支持されるようになっている[14]。これは、刑法上の責任は法の立場からの非難であり、社会倫理上の道義的非難と常に一致するものではない[15]との考えから、「国家はそのような法的なレベルでの非難しか賦課できない[16]」とするものである。この見解は、刑事上の責任を、法的責任と社会道義的責任とは完全に一致しないものとして明確な区別を試みている。しかし、責任の根拠を当該違法行為に出た非難される意思決定とし、応報刑論を基本とする行為責

任論が現在支配的[17]であるため、法的責任論においても、責任の本質としての応報概念は否定されていないのである。

イ　責任の判断要素

責任を判断する要素をどのように捉えるかという視点から、心理的責任論と規範的責任論の二つの考えが主張されている。心理的責任論では、違法な行為との関係で故意と過失をそれぞれ悪い心理状態と捉え、責任の判断は、悪い心理状態という心理的事実を確認することであるとしている[18]。しかし、現在では、責任が非難可能性である以上、行為者を非難するためには、故意・過失といった心理的事実に加えて、行為の際の事情の正常性が必要であるとの指摘から、責任能力、違法性の意識の可能性、適法行為の期待可能性の各要素を必要とする規範的責任論が主張されるようになり、これが通説となっている[19]。これは、非難とは規範意識を働かせることにより違法行為に出ようとする動機を抑制し、意思決定に至らせるべきでなかったのに、そのような意思決定に至らせたことに対する否定的価値判断[20]であるとする考えが、その根底にある主張である。このように、非難の内容を、法秩序として是認された価値の秩序を破壊する違法行為に対する非難であるとすることによって[21]、責任判断を「実現意思の形成に至る動機決定」の評価と理解することになることから、責任の判断要素は、違法性の認識の可能性に関する問題が重要なものとなって顕在化することになる[22]。

（三）相対的応報刑論

現在では、応報的処罰と犯罪予防のそれぞれの要請を調和・統合するという相対的応報刑論が通説であるとされている。この論は、刑罰の本質を応報として捉えながら、目的論の長所を取り入れ、応報的処罰と犯罪予防のそれぞれ

の要請を調和・統合することを主張している。[23] しかし、相対的応報刑論は、その軸足を応報刑論におくか、目的刑論におくかという二つの方向性が認められるとの指摘[24]にもあるように、その主張も一様ではない。この方向性の相違は、応報概念の捉え方の相違によるものであり、応報刑を基軸とする論者は、刑罰が応報であること自体が刑罰を積極的に正当化する根拠の一つと捉える一方、目的刑論を基軸とする論者は、刑罰の使用を限定する要素として応報を理解している。

井田良は、「過去の犯罪を根拠とする応報的処罰を通じて、将来の犯罪予防を図ろうとする見解が一般的[25]」とし、相対的応報刑論を支持している。そして、ここで用いられる「応報」の意義は、単一の意義ではなく、応報刑論者によりその内容が異なるとともに、日常的に用いられる「応報」の語義と講学上のそれとも異なるものであるとし、[26]「刑法学において『応報』の語が用いられるとき、それは違法な行為に出た行為者の意思決定に関する非難、すなわち責任の程度に見合った苦痛を与えることとして理解され」、「応報刑とは責任に応じた刑である[27]」としている。このように、井田は「応報」を「責任に見合った苦痛を与えること」と定義し、そこから罪刑の均衡の原則が導かれるとし、[28]応報に軸足を置いた主張を展開している。このような考え方は、責任の本質を、違法行為をとどまることもできたのに、あえて違法行為に出たことに対する道義的非難に求めるものであり、そこから、責任の根拠を「個々の行為における非難されるべき意思決定」にあるとしている。

一方、大谷實は、相対的応報論の持つ「足し算」的な考え方に対して批判を展開している。[29] この批判は、応報と一般予防・特別予防の機能は統合できるものではないことを前提として、それぞれを「本質」と「目的」と区分していること、つまり、刑罰の本質を応報に求め、刑罰の目的を一般予防・特別予防に求めているという考え方に対して展開されているものである。

これに対する大谷の主張は、社会秩序の維持目的から、応報刑を基礎として一般予防・特別予防を考慮することは十分可能であり、応報、一般予防及び特別予防は、究極的に法益保護による社会秩序維持という目的において統合されなければならないとするものである。ここでは、応報を刑罰の機能の一つとして捉えている点、井田をはじめとする相対的応報刑論者の主張と異なるものであり、刑罰の目的を中心にその正当化を求めていることから、目的刑論的な主張であると考えられる。

さらに、「応報」に関する理解も他の相対的応報刑論者と大谷とでは異なっている。応報刑論に軸足を置く論者は、応報の概念を基本的に絶対主義に求めている。絶対主義とは、刑罰によって犯罪を相殺し、犯人に責任を尽くさせることが正義の要請であり、刑罰は、彼らが罪を犯したという理由によってのみ科さなければならないという、カントなどの主張に由来する考え方である[30]。一方、大谷が主張する応報とは、「犯罪と刑罰とが国民の納得が得られるように確定されなければならない[31]」というように、国民の規範意識に基づくものであるとしている。そして、国民の規範意識に依拠しなければならない理由を「人間の長い歴史のなかで育まれてきた罪と罰の観念は、平均的な国民の道徳的確信ないし規範意識となっており、過去の犯罪行為に対する応報として犯人に苦痛（刑罰）を加えるという悪行に対する悪反動という考え方は、現在の文明化された社会においても歴然として存在[32]」するからであるとしている。つまり、刑罰と犯罪内容とを厳格に対比させることによって応報を位置づける相対応報刑論と異なり、国民の道徳的確信という象徴的な概念に基づいて応報を理解することにその特徴がある。

大谷は、このような相対的応報刑論批判を展開しているものの、応報を刑罰を正当化するための基本理念として基礎づけている点、その主張は相対的応報刑論者の主張と共通している。その相違は、応報と一般予防・特別予防の統合に対する考え方だけであり、いわゆる応報刑論と目的刑論の融合を図ることを目指すという観点からは同一の主張

であり、刑罰は、その目的の如何を問わず、犯罪行為に対する応報を基礎として行為者に科されることによって、その正当性が裏付けられているのである。[33] 従って、大谷の主張は、応報と一般予防・特別予防の統合の方法が足し算的なものであることを批判し、社会秩序の維持という観点で応報刑も目的刑も統合されるべきとし、自らの主張を「統合論」として相対的応報刑論と一線を画して行っているものの、この主張は、実質的に相対的応報刑論に区分されるものと認められる。

このように多様な相対的応報刑論が主張される背景には、応報刑論と目的刑論が同時に立論されたものではなく、歴史の流れにともない、時代の要請に応じて理論構築された歴史的経緯がある。[34]「そもそも、刑罰は、人間が試行錯誤を重ねて生み出してきた歴史的な機構であって、これを、単純な理念で割り切って論ずること自体が誤っている。刑罰が犯罪防止の目的達成のひとつの手段として存在することを否定するわけにはゆかない」[35]との指摘にあるように、刑罰の正当化に関する議論は、刑罰を応報刑か目的刑か、あるいは一般予防か特別予防かという二項対立的な検討で結論を簡単に導き出せるような課題ではないのである。従って、応報刑論と目的刑論の融合が図られることは、ある意味、現実的な解決であるいえる。しかし、二項対立的な検討による解決が不可能であることが、即座に、従来の議論の目標として、対立する概念を無批判的に融合することとはならないのであり、改めて詳細な検証が必要である。

また、相対的応報刑論は、先に指摘したように、論者によってその位置づけは異なるものの、刑罰を正当化する根拠として応報を認めている。しかし、この応報の概念には、責任に応じた苦痛を与えるという点で、それぞれの主張は共通の認識を有しており、ここに報復的な思想が入り込む余地が残されている。この報復的な思想は、大谷が主張する国民の納得が得られる刑罰と結びついた場合、刑罰の積極的な使用へ結びつく蓋然性が高い。このような状況に陥った場合、正義の実現というよりも、社会的憤懣のはけ口として刑罰が多用される可能性が否定できない。これは、

刑法の謙抑的な使用を堅持するために、絶対に回避しなければならない状況である。現在、犯罪に対する刑罰が厳罰化傾向にあるとされているが、応報の名の下に報復が入り込んでいることが、このような傾向を作り出すひとつの要因となっていることは想像に難くない。

このように、応報という概念を基軸とする相対的応報刑論は、議論の対立の解消を主眼とし、刑罰の積極的な使用に結びつく可能性が否定できない点、再度、慎重な検討を要する見解である。

二　相対的応報刑論への反論

（一）応報を否定する主張

相対的応報刑論は、現在のところ、日本の刑罰論で通説とされている主張である。この見解に対して、刑罰を正当化する根拠としての応報概念を否定し、相対的応報刑論に対する批判が展開されている。

吉田敏雄は、修復的司法に関する論考において、応報刑を否定し、特別予防と一般予防を統合した刑罰の正当性を主張している[36]。そこでは、刑法の妥当性は社会的・民主的正当化を拠り所としており、その内容が、その時代における価値に対する一般的合意に基づく社会倫理によって与えられるものであるとしている[37]。更に、「法は、第一次的には、人間の共同生活の理念に仕えるのであり、第二次的に外的秩序に仕えるのにすぎない[38]」という法の役割を踏まえ、刑法は、人々の内面にある規範意識と一般社会で合意された社会倫理を統合し、人間の共同生活の秩序を維持するために個々人の行為を統制するための手段のひとつを目的とする法であるとする。そして吉田は刑法をこのように理解することによって、犯罪を「社会倫理的連帯を基礎とする法の理念からの逸脱[39]」と定義し、このような理解に基づく犯罪論体系における責任の意味は、犯罪構成要件において社会倫理的価値観から逸脱する態度に対する非難となるた

め[40]、行為者の個人的な道義的能力に関する判断が含まれないこととしている[41]。そして、責任としての社会倫理的非難にあたり、犯罪者が法規範との内的結合を欠いていることを指摘し、法に統治されている共同体に復帰させるために法を示すことによって、犯罪者に対して規範の妥当性が明確に認識される（積極的特別予防）と同時に、当該共同体も行為規範の社会倫理的妥当性を再確認すること（積極的一般予防）が実現するとしている。その結果、個人的道義責任論の意味での応報とは無関係となり、刑罰は応報によって正当化されないとしている[42]。

また、このような犯罪に対する理解を前提に、刑罰は責任調整であるとし、行為者の責任は「責任概念は個人の意思自由の濫用にではなく、他の人々との比較となる動機にのみ関係」すると主張し、「このように客観化された責任である以上、刑罰が本質上、個人道義的にしか正当化されえない応報であることをおよそ正当化できない」としている[43]。ここで述べられている責任調整とは、刑罰が法違反行為の社会的無価値を表現するところから、非難の重さの指標として刑罰が機能することを意味する。そして、刑罰がこのような機能を有するならば、個人責任は形而上的調整ではなく、社会的な調整となるとしている[44]。個人責任が社会的な調整とされるということは、言い換えれば、犯罪は社会的紛争であると捉えることができる。社会紛争としての犯罪を解決するならば、刑罰ではなく、犯罪の被害者と加害者との間のコミュニケーション行為、すなわち話し合いによる解決の可能性が生じる[45]。

この社会的な調整は、個人心理学的には行為者に対して、また社会心理学的には法共同体に対してそれぞれ刑罰が調整を行うことである[46]。そこでの刑罰は、行為者が法を内面的に統合することによって更なる犯罪を防止する積極的特別予防と、行為者によって侵害された社会倫理的行為規範の社会倫理的価値妥当性を恢復し強化する積極的一般予防[47]の両者を実現するためのものとなり、威圧的な威嚇的機能は第一次的意義を失うとされる[48]。そして、このような責任には個人的道義的責任を含んでいないために、「道義的憤慨から導き出される人的応報とは関係ない[49]」とされる。こ

のような責任概念に基礎づけられる刑罰には、応報的機能は認められず、犯罪の予防に特化した機能を持つこととなる。そして、「刑罰は犯罪者を『引き下げる』応報刑であってはならず、統合刑（積極的特別予防と積極的一般予防の統合：筆者注）でなければならない」[50]として、従来の応報概念に基盤を置く刑法理論に対する理解を根本的に変更する必要があることを主張している。

一方、高橋則夫は、刑法規範を刑罰という法効果を生じさせる規範であると捉え、「刑法は、刑罰によって人々の行為を規範的に（間接的に）統制する最終手段（ultima ratio）であり、刑罰によって行為規範を回復させるものである」としている[51]。そして、刑罰を賦課される行為規範は、刑法上の行為規範であり、これに刑罰が賦課されることから制裁規範の存在を刑法規範の内に認めて、刑法規範は行為規範と制裁規範から構成されるとしている[52]。そして、「制裁規範は、行為規範の違反があった場合に、この行為規範を回復するために必要な規範である」との理由から、「刑罰は、基本的に、行為規範の回復を目的とする」としている[53]。つまり、刑罰は、「一般人に対して、法秩序への忠誠および信頼を強化する」ことを目的としているとして、積極的一般予防論を支持している。

そして、応報刑論に対する批判として、刑罰権を有する国家自体に絶対的な価値を認めず、国家を国民の生命・身体・財産等の利益を保護する手段として考案された政策的な調整制度と理解するならば、「応報刑論は、かりに無目的なものと理解するならば、国家的価値を絶対視する形而上学的国家観を基礎とするものであり、到底支持できない[54]」としている。更に、行為者が行為規範に違反したことの反作用として意味を有する制裁規範としての刑罰は、無目的なものではなく、何らかの社会的目的を持つことによって正当化される[55]としている。このため、刑罰には、単なる応報としての反作用としての側面だけではなく、「規範行為を回復させる」ことが重要な意味を持つようになるとしている[56]。

このように吉田と高橋の主張は、刑罰を正当化する根拠に特別予防を含むか否かという点において相違するものの、応報を否定し、積極的一般予防を刑罰を正当化する論拠としていることにおいて共通している。そして、刑罰の位置づけを、犯罪によって侵害された行為規範を回復すること、つまり、法的平和の回復のための最終手段[57]であるとしている点も共通している。この法的平和の回復[58]について、吉田は、「刑法は、平和的かつ秩序ある人間の共同生活を著しく攪乱する行為、しかも刑法規範によって断片的に保護される法益の尊重要求を侵害する行為に適用される」ことから、「『思慮深い、法的に思惟する市民』が法違背に関して再び落ち着きを戻すこと[59]」と定義している。また、高橋は、法的平和の回復を、被害者の修復、加害者の修復、コミュニティーの修復を規範的レベルで把握するもの[60]であるとしている。つまり、刑罰は、犯罪によって乱された社会倫理的価値を回復することを実現するための最終的な手段としている点で、吉田と高橋はその主張を一にするものである。

以上のような相対的応報刑論に対する批判は、法的責任を客観的に捉えることに貢献すると考えられるとともに、社会における法の役割を再認識することになる。これにより、「応報」を根拠に刑罰を無批判的に正当化することを防止することにも貢献できるものであり、刑罰に頼らない解決の実現に寄与する有益な主張であると考える。

(二) 応報概念の曖昧さ

相対的応報刑論において、刑罰の基礎に応報があることを明らかにした。しかし、先に述べたとおり、この「応報」の具体的内容として多様な概念が主張されているため、この用語を用いる際には注意を要する[61]。「応報」概念の多様性について、高橋直哉は、応報概念に関する論考において、応報の名の下に主張される様々な概念を検証し、暫定的としながら、いわゆる応報という概念には少なからず目的刑論的な概念が含まれており、独自の応報概念を持つ主張を

確認できないとしている。[62] このような結論に至る理由として、応報の概念を独自に認めるためには、「回顧的な観点から刑罰が正当化される積極的な理由を内に含むものとして構成されなければならない」、つまり、応報の内容は回顧的なものであり、さらにその理由も回顧的でなければ、目的刑論的概念に解消されることとなり、この場合、その概念を応報刑論と呼ぶのは適切ではないからであるとしている。これは、応報の概念の独自性が過去に行われた犯罪行為に対するものであって、それ故、応報という非難を表現する際、その目的の中に犯罪予防が包含されてしまう可能性のあることを問題としているのである。[63] そして、犯罪予防を目的とすることが刑罰を正当化する論拠として組み込まれるのならば、応報を非難として捉える考え方は、応報刑論の理論というよりも、目的刑論の考え方であると批判している。[64]

このような応報概念の多義性は、相対的応報刑論の射程に関する曖昧さ[65]を引き起こしている。責任の概念の曖昧さ及び刑罰目的自体に多義性が主張されている状況を踏まえれば、この概念を正当化する論拠に多様性が認められることはやむを得ないことでもある。しかし、現在主張されている「応報」の概念には、少なからず犯罪予防の目的が含まれることは明らかであり、この論理的帰結として相対的応報刑論が主張されていると考えられる。つまり、現在において、刑罰を正当化するため、純粋な「応報」概念だけを根拠とすることは不可能であり応報概念が目的論に吸収される可能性が認められる以上、刑罰に対して犯罪予防という目的が強く求められていると考えるべきであろう。

従って、法益侵害結果を意図していない過失犯に対して刑罰を科すことの目的は、犯罪の予防とすることが妥当であり、これを持って過失犯に対する刑罰が正当化されることとなる。

三　刑罰の報復感情宥和機能

これまで、刑罰を科すことの目的について、通説である相対的応報刑論を中心に検証し、それは犯罪の防止にあるという結論を得た。他方、刑罰の根拠となる応報は、一般国民の規範意識では、ある意味で報復を意味するところもあると考えられる。これは国民の規範意識という象徴的な概念、応報が有する多義性に起因する概念の混同、及び「法的責任」と「道義的責任」の混同にその原因があると思われる。特に責任概念に関する混同は、講学上の問題というよりも、報復という感情論的な問題が深く関与していると推察される。刑罰には犯罪予防以外に報復感情を宥和する機能があるとも指摘されており[66]、航空事故を引き起こした者に対して刑罰を科すことの妥当性を検討するにあたり、この視点からの検討も不可欠である。

相対的応報刑論者の主張の細部を比較すると、刑罰に「報復感情宥和機能」[67]をどの程度認めるかという点において、その主張に若干の相違が存在する。

大谷は、刑罰が現実に執行されることによって、具体的な犯罪に対する社会一般の公憤を鎮静させ、犯罪によって被害者が受けた心理的苦痛を宥和する機能を刑罰がもつとしている[68]。一方、井田の見解では、刑罰が行為者の責任の有無・程度により制約され、過去の事実をなかったことにすることが不可能である以上、刑罰による被害者及び一般市民の報復感情の宥和には決定的な限界があるとしている。そして、刑法二百十条で規定されている過失致死罪の刑の軽さを例に挙げ、現在の刑罰制度は被害感情をそのまま反映させることができるようになっていないと指摘している[69]。この井田の主張は、刑罰における報復感情宥和機能を完全に否定しているのではなく、その機能を限定的ながら認めているものである。つまり、いずれの主張も、程度の相違はあるものの、刑罰に対して報復感情の宥和機能を有

していることを認めているものと考えてよいだろう。

二〇〇九年から実施されている検察審査会の起訴決議に基づいた公訴が提起される制度による強制起訴の状況[70]をみていると、いわゆる加害者に対する報復感情が強い動機となって、被害者、あるいは一般社会が、刑事裁判の結果として科される刑罰を求めているという印象を強く受ける。兵庫県明石市で発生した歩道橋事故や、JR西日本の福知山線の脱線事故の後に、検察審査会の起訴決議に基づいて、事故関係者が強制起訴されたのが、その代表的な事例である。このような強制起訴が行われる背景には、事故被害者の遺族などが、多数の被害者が生じた大事故に対して刑事責任が問われないことに大きな憤りと不満を持っており、明らかに人災といえるような大事故であれば、行事主催者や運行管理者などの責任が問題とされてしかるべきとの世論があるとの指摘[71]されている。

このような指摘の背景には、報復感情の宥和を、刑事裁判、あるいはその結果として与えられる刑罰に強く期待していることが伺われるのと当時に、いわゆる刑事的責任と社会道義的責任の弁別が曖昧となっている可能性がある。このような状況は、「裁判による有罪の確認および刑の量定は、……特に犯人に対する報復機能に力点がおかれると解すべき[72]」との主張に符合するものであり、刑罰に対する報復への期待が根強くあることを示している。

一方、渥美東洋は、報復と刑罰との間には大きな相違があると主張し、刑罰に対して報復や復讐の機能を求めることに対して警鐘を鳴らしている。渥美によれば、「報復や復讐は、不正行為をそれによって抑止しようとするものだが、それを通して共通の運命や利害を相互に理解し合うための方策ではない」とし、短期的には秩序回復の手段として利用できるが、長期的に見ると秩序破壊などの不安定要因となるとしている[73]。他方、刑罰には、単なる不正行為の抑止以上の機能があり、「共同体と不正行為を行ったといわれる者、不正行為者と判断された者との間に、普遍的な価値を保持しようとする意思疎通、コミュニケイションを実現しようというのが刑罰制度の目的[74]」であるとしている。その

結果、「刑罰には釣り合いの原則、均衡の原則the rule of proportionalityが働くが、報復や復讐にはそれが働かない」[75]という違いがあると指摘している。

この「報復」と「応報」を厳格に区別しなければならないという指摘は、講学上、従うべき指摘である。しかし、この両者は混同しやすい用語であるという井田の指摘にもあるとおり、一般社会において、両者の区別はさほど厳格ではないと思われる。これは、先に指摘したように、刑罰の正当化の根拠を国民の規範意識に求めていることがその主たる原因と考えられ、そのような状況の帰結として、法的責任と道義的責任の混同を来しているのである。そのような規範意識は、厳しい責任追及を求めるマスメディアなどの影響を受けて煽動され、更に報復的な傾向を強めることとなる。この結果、犯罪によって乱された社会の安寧を回復させるためだけではなく、このような報復感情を宥和させるために刑罰が科されることへとつながり、法的責任と社会道義的責任は完全に一致するものと誤信してしまう状況に至るのである。これは、近年の検察審査会の起訴決議に基づく公訴提起が増加していることや、自動車の飲酒運転に対する厳罰化などの動きと符合するものであり、報復的な科刑が、すでに現実のものとなっていると考えてよいだろう。過失犯のように、犯罪か否かという境界が人為的な判断（社会的背景）の影響を大きく受けて決定される犯罪の場合、その処罰を行うための基準が一般社会の感情に大きな影響を受け、処罰欲求の高まりに対処するための処罰が避けがたい状況となる。ここで刑罰が果たす機能は、明らかに一般社会の報復宥和機能にその軸足が置かれているといっても過言ではない。

また、犯罪予防には一般予防機能を考慮することが重要であり、このため、検挙率の向上と迅速かつ確実な処罰が効果を有している[76]という指摘がある。確かに、事件・事故の記憶が新しいうちに関係者を処罰することは、公衆の内面で関係者の行為と処罰が直接的に結びつけられ、処罰による一般予防機能が働きやすい状況となる。しかし、事件・

事故の規模が大きくなればなるほど、刑事裁判が終結するまでの期間が長くなり、世間一般の関心が次第に薄れていく。そうなると、遠い過去の行為に対して刑罰を科したとしても、公衆の内面において当該行為と刑罰の結びつきが弱くなり、刑罰を科すことは、犯罪とされる行為と関係のない単なる出来事として捉えられる可能性が高くなる。このような状況では、事件・事故に対する応報の側面だけが強調され、刑罰による一般予防効果は、相対的に低くなるだろう。

右の検討から、刑罰に対して報復感情を宥和することが社会から強く期待されていることが明らかであり、これによって社会秩序の維持回復を図っていると認められる。そうなると、犯罪予防という刑罰の目的が達成されにくい状況となり、刑罰を科すことの正当性が失われることになる。

四　航空事故を引き起こした者に刑罰を科すことへの疑問

過失による航空事故が起こると、その後、人身に死傷が生じた場合には業務上過失致死傷罪によって、また、人身の死傷が生じなかった場合でも、航空危険処罰罪によって事故を引き起こしたとされる者が起訴され、有罪が認められれば刑罰が科される。これまで日本で発生した航空事故に対する刑事裁判では、実際に矯正施設へ収監されることを伴う有罪判決が言い渡された事例はなく、有罪の場合は、罰金若しくは執行猶予が付いた禁固刑が言い渡されている[77]。このような事故の場合、過失犯として初犯であること、判決が言い渡されるまでに行政処分などを受け、いわゆる「社会的制裁」を受けたことを理由に量刑が軽減されている。航空事故の刑事裁判は、長期化する傾向[78]があり、その間に明らかにされた原因に基づいた対策が取られ、事故を引き起こした者に対して、業務停止などの行政処分が行われる。多くの場合、このような手続きが完了した後に、刑事裁判の判決が言い渡されている。このような状況で科

される刑罰にはどのよう意義があるのであろうか。

通説である相対的応報刑論によれば、航空事故に対して科される刑罰には応報及び一般・特別予防の目的があり、刑事責任を追及することによって事故の再発を防止に貢献するという主張が一部の論者から行われている。[79] この見解から、過失によって航空事故を引き起こした者に対する刑罰は、人身に死傷が生じている場合には、これに対する応報を、また、人身に死傷が出ていなければ、航空機に搭乗していた人などを危険な状態に陥れたことに対する応報によって、それぞれ正当化されることとなる。

一方、一般予防の視点からは、航空事故を引き起こしたとされる者を処罰することによって、他者が当該行為を行わないように自制を促すことを期待している。また、特別予防の観点からは、事故を起こしたとされる者に対して、事故の原因となった行為を繰り返さないよう必要な教育を施すことが要請される。このように、刑罰には、この両者の機能に働かせることによって事故の再発防止を図ることが期待されていることになる。

しかし、航空事故を引き起こしたとされる者に対して刑罰を科した場合、相対的応報刑論において主張されている刑罰の働きが機能するかどうかは疑わしい。その理由として、第一に、相対的応報刑論における刑罰の目的が犯罪の予防と考えるべきである以上、刑罰によって航空事故を防止するために寄与する効果が必要であるが、航空事故の再発防止にとって、刑罰を与えることで様々な障害を引き起こすことが指摘されていることである。その典型的な事例は、刑罰を恐れて、事故原因の解明を目的とする調査に対する証言を拒むことである。この影響により、本来明らかとなる事象が隠蔽され、正確な事故原因の解明が行われなくなる。この結果、将来、実行されるべき対策が十分に行われなくなり、事故防止上の阻害要因となる。

また、刑罰には被害感情を宥和することも求められていることを明らかにしたところであるが、このような証言拒

否は、被害者が持つ、「なぜ被害を受けたのか」という疑問を解消することを阻害する可能性がある。事故当事者の証言が得られないという事態は、このような原因解明に対する被害者の期待に反するものであり、刑罰を与えることによって生じる障害の一つといえる。

第二に、一般予防の観点から、刑罰を科すことによる周囲へ威嚇効果は、故意犯の場合には一定の効果が期待できるかもしれない。しかし、過失犯の場合、行為をする場合には、過失を犯さないよう常に緊張を維持することを要求することとなり、認知心理学などの知見から明らかなように、いくら緊張を求めても、本人の意志とは無関係に失敗が発生するもの[80]であり、この見地からは刑罰によって過失を防止する効果は期待できない。この本人の意思とは無関係な行為が問題となることは、応報刑論が論理的基盤とする自由意思による決定を否定することにもつながる。つまり、過失犯の場合、過失とされる行為は、法益侵害結果の発生を意図しているものではないことに加え、緊張の維持を意図的に解いているとは認められないことから[81]、このような状態を自由意思により選択した行為の結果とは言えないのである。従って、刑罰が一般予防を目的として機能する際、そこでは応報的な役割が否定できないこととなり、自由意思により決定された行為ではない過失に対する処罰は、その正当性に疑問が投げかけられるのである。

また、航空事故に関する刑事裁判の判決が下されるまでに長期間を要することも、航空事故に対する一般予防上の問題となる。事故の記憶が新しい間、同種業務に従事する者は、事故が発生した類似業務を行う際に比較的高い注意を払うと思われるが、時間の経過と共に事故に対する関心が低下するため、当該業務実施者の注意レベルは事故の前と水準に近づいてゆく。つまり、刑罰による効果は、短期的にある程度期待できるものの、長期的にはあまり期待できないことになる。ただし、刑事裁判が長期化している傾向に鑑みれば、事故の記憶が薄れた頃に判決が言い渡されることになり、徐々に低下していた事故に対する関係者の関心が、判決により再び高まり、その時点で刑罰による一

般予防の効果を多少上昇させることが期待できる。しかし、裁判が長期化することに対して、被告人の処罰を迅速に行うことが正しく有益である[82]という指摘にもあるように、長期間、被告人を処分未決の状態に置くことは、被告人に対して様々な制約を科すと共に、精神的な負担を強いることでもあり、避けるべき状態である。そして、事故後、長時間が経過することによって、再発防止のために必要な処置が実行に移されているのであるから、その後に刑罰を科しても、事故防止を目的とする対策としての効果はほとんど期待することはできず、刑罰を科すことは被告人個人に対して犯罪者というレッテルを貼るに過ぎないということになる[83]。

第三の理由は、積極的一般予防の視点から、過失により航空事故を引き起こした者に対する刑罰に、国民一般の規範秩序への信頼回復及び規範意識の遵守の維持・強化が求められていることにある。ここでいう規範秩序とは、不注意により他人に死傷という結果を生じさせないことであり、過失による事故によって失われる規範秩序に関する信頼回復とは、このような結果が生じた後に、当該結果を発生させたとされる者を放置せず、何らかの責任を負わせることになる。刑法の役割は、単に犯罪となる行為と、そのような行為を行った場合に科される刑罰を明示することではなく、人々の共同生活において社会的に合意された価値観を示すものであり[84]、仮に法益侵害結果を生じさせたとしても、必然的に刑罰を科すことを刑法は予定していない。このような視点に立てば、犯罪は社会的紛争と捉えられるべきであり、発生した結果に対する責任は、刑罰に限定されて負わされるものではなく、行政処分など、他の社会的制裁によって、その責任を十分に負うことが可能である[85]。つまり、刑罰によらずとも規範秩序に対する信頼回復の可能性が認められるのである。

航空事故の場合、事故によって失われた規範秩序とは、航空交通の安全を乱し、人の生命身体に危害を生じさせたことにより、航空交通に対する一般国民の信頼を失うことである。この秩序を回復させるためには、航空交通の安全

を阻害するような行為を防ぐことによって、新たな被害の発生を防止することが求められる。航空事故を引き起こしたとされる者に対して、積極的一般予防を目的に刑罰を科すことは、航空交通業務に従事する者に対して事故の発生を防止することを内面化させることが達成されなければならない。確かに、刑罰を科すことによって、航空業務従事者だけではなく、一般人も事故を起こすと処罰されるという認識を持つ可能性は認められる。しかし、この実質的な内容は、「国民の規範意識の維持・強化を促すという積極的一般予防目的を根拠に行為者を処罰するということは、行為者が他者に対する政策目的達成のための単なる手段・道具として処罰されることを意味する[86]」という批判にあるように、過失により航空事故を引き起こしたとされる者の処罰は、一義的には航空交通の安全を維持・強化するという政策目的の正当化の根拠とするための道具とされていると理解すべきだろう。

加えて、過失を犯すことで法益侵害結果を発生させた場合に刑罰が科されることは、広く一般国民に対して刑法は法益侵害結果を許さないという社会的な意思を示すことである。しかし、航空事故のように特殊な技能を必要とする業務を遂行する場で生じた過失による事故の場合、刑罰には、一般国民自身が過失を犯さないという内面的な規範意識を向上させるよりも、彼ら（彼女ら）の応報的な感情を満足させる側面が強調されていると思われる。なぜなら、航空交通の安全を維持・強化するために果たすことができる一般国民の役割はほとんどなく、この政策目的の名宛人は、航空業務に従事する者に限定されるからである。従って、事故の再発防止を図り航空交通の安全を維持向上させ、一般国民に対する航空交通の信頼を向上させるという、一般国民にとっての規範秩序を回復させるという積極的一般予防の効果は限定的であり、航空事故に対して刑罰を科すことの正当性に疑問が生じる。

第四に、特別予防の観点から、事故を起こした者を刑罰によって矯正することの効果はあまり期待できないことが指摘できる。特に航空事故後の判決で多用される罰金刑の場合、罰金を支払うという行為自体に、航空業務能力を改

善する機能はまったく期待できない。また、自由刑の場合を考えても、その内容は禁固刑となることがほとんどであり、この拘束によって、航空業務能力の改善もほとんど期待できない。あえて自由刑の効果を認めるとするならば、過失を犯した者を当該業務から強制的に排除することによる危険の低減であり、その者が社会復帰を果たし、業務を再開する時点でその効果が消失する。つまり、特別予防の効果は、航空事故の場合には非常に限定的な効果しか期待することができず、実質的に航空事故の再発防止に貢献することは言えない。

五 小括

これまでの検証で、刑罰は、一般的に犯罪防止を目的とすることに加え、一般社会からの報復感情を宥和する側面も認められるが、過失により航空事故を引き起こした者に科される刑罰に、そのような目的（事故の再発防止）の実現を期待することは困難であり、事故を引き起こしたことに対する一種の報復という側面が認められることを指摘した。

刑罰の本質は「不正な犯罪行為を行った者には、刑罰を科すことを通して、倫理非難をし、共同体全体との間で、犯罪が非難されるものであることを行為者に自覚させて、将来の再犯を抑止するコミュニケイションが行われることを求めること[87]」と渥美東洋が指摘しているように、刑罰は社会と罪を犯した者との間の双方方向のコミュニケーションが成立しなければ、その効果を発揮することはないのである。つまり、「倫理的非難度の高い行為だけが犯罪とされなければならず、行為者が自己の行為がその程度の倫理非難に達していること、つまり行為の意味を了解している[88]」ことが刑罰を科すために不可欠なのである。従って、航空事故を引き起こしたからといって、社会から一方的に当該事故を引き起こした者に対して刑罰を科すものではなく、刑罰を受ける者自身がその意味を理解し、倫理的非難[89]とし

て受け止める姿勢がなければ刑罰は成立しないのである。

関係者の起訴に至った航空事故では、その多くの場合において、すでに被告人は行政処分などの制裁を受けており、さらに刑罰を科されることは、航空事故の再発を実現する観点からは、その効用は認められない。このような状況に置かれた被告人にとって、社会からの非難としての刑罰を建設的に受け入れるのは困難な状況であり、渥美が言う双方向のコミュニケーションは成立せず、刑罰の意義は単なる報復と化してしまう。刑罰の本質として応報が指摘されているが、報復と応報は明らかに異なる概念であるにもかかわらず、犯罪に対する厳罰化傾向にある一般社会における刑罰の理解は、応報と報復との弁別が明確になされていない。このため、事故を引き起こしたとされる者に対して刑罰を科す圧力を完全に排除することは困難な状況である。ところが、現行の刑法制度、特に過失の場合には、行為によって生じた被害に対して科される刑罰は相対的に軽減されるために、被害者感情の宥和を完全に実現は困難であり、被害者にとって、常に不満が残る状態となる(90)。このように、過失によって航空事故を引き起こした者に対して刑罰を科す意義は、刑罰を科される被告人だけではなく、被害者にとってもその意義が認められないことになる。この観点からも、航空事故の後に刑事訴追を行うことの正当性に疑問を生じることとなる。

そして、繰り返しになるが、航空事故を引き起こしたとされる者に対して刑罰を科すことは、犯罪予防が目的でありながら、応報的な意義が強調され、その他の意義は認め難い状況である。そして、この応報的な意義は、その実質的内容が一般社会からの報復感情の宥和であることが明らかになったのであるから、航空事故の再発防止にとって刑罰を科すことの正当性を認めることはできないのである。

注

(1) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣二〇〇八) 七頁。
(2) 井田注1、八頁。
(3) 井田注1、五四一頁。
(4) 井田注1、五四二頁。
(5) 大谷實『刑法講義総論新版第4版』(成文堂二〇一二) 四三頁。
(6) 井田注1、五四三頁。
(7) 大谷實『新版刑事政策講義』(成文堂二〇〇九) 一〇九頁。
(8) 大谷注5、四七頁。
(9) 井田注1、三五五頁。
(10) 井田注9。
(11) 曽根威彦『刑法総論第四版』(成文堂二〇〇八) 一三七頁。
(12) 井田注1、三五六頁。
(13) 井田注1、三五五頁、及び曽根注11、一三七頁。
(14) 井田注1、三五六頁。
(15) 曽根注11、一三八頁。
(16) 高橋則夫『刑法総論』(成文堂二〇一〇) 三二二頁。
(17) 井田注1、三五六頁。
(18) 井田注1、三六一頁。
(19) 団藤重光『刑法綱要総論　第三版』(創文社一九九〇) 二六四頁、井田注1、三六二頁。
(20) 井田注18。
(21) 川端博『刑法総論講義　第2版』(成文堂二〇〇六) 三九〇頁。吉田敏雄も「責任非難は、法の機体が比較基準人、つまり『普通の』規範名宛人との関係で失望させられたことを表現している」(『法的平和の恢復』(成文堂二〇〇五) 一三七頁) と述べ、法的責任の重要性をその客観性から指摘している。

(22) 川端前掲書三九一頁。
(23) 井田注1、五四四頁。
(24) 高橋直哉「応報概念の多様性」（『立石二六先生古希祝賀論文集』（成文堂二〇一〇）二九―五〇頁）二九頁、前田雅英『刑法総論講義第5版』（東京大学出版会二〇一一）二一頁。
(25) 井田注1、八頁。
(26) 井田注25。
(27) 井田注1、九頁。
(28) 井田注1、五四二頁。
(29) 大谷は、これを併合説批判として展開している（大谷注5、四四頁）。
(30) 大谷注5、四三頁。
(31) 大谷注5、三五頁。
(32) 大谷注5、四三頁。
(33) 井田良は、相対的応報刑論を「統合説（統合主義）とか総合説（総合主義）と呼ばれることもある」（井田注1、五四四頁脚注10）としており、この両者の思想の共通性を表していると思われる。
(34) 大谷實は、刑罰の理念を、一般予防論、絶対的応報刑論、特別予防論、併合説（相対的応報刑論：筆者注）の順に変遷してきたとしている（大谷注5、四三頁）。
(35) 藤木英雄『刑法講義　総論』（オンデマンド版、弘文堂二〇〇三）一八頁。
(36) 吉田注21、三七九頁。
(37) 吉田敏雄『刑法理論の基礎第2版』（成文堂二〇一〇）二一八頁。
(38) 吉田注37。
(39) 吉田注37。
(40) 吉田注37、二二二頁。
(41) 吉田注37、二二三頁。
(42) 吉田注40。

(43) 吉田注21、一三七頁。
(44) 吉田注21、一三八頁。
(45) 吉田注37、二一八頁。
(46) 吉田注21、一四〇頁。
(47) 積極的一般予防について、曽根威彦は「国民一般の期間秩序への信頼回復、規範遵守意識の維持・強化を内容とする一般予防」としている（曽根注11、一三六頁）。
(48) 吉田注21、一三八頁。
(49) 吉田注21、一三九頁。
(50) 吉田注21、三七九頁。
(51) 高橋則夫注16、九頁。
(52) 高橋則夫注16、一〇頁。
(53) 高橋則夫注52。
(54) 高橋則夫「刑法における行為規範と制裁規範」（『規範論と刑法解釈論』（成文堂二〇〇七）一―一九頁）一〇頁。
(55) 高橋則夫注54、一一頁。
(56) 高橋則夫前掲。
(57) 高橋則夫注54、一一頁。
(58) 吉田は、「法的平和の恢復」と表現している。
(59) 吉田注21、一三三頁。
(60) 高橋則夫注54、一一頁。
(61) 井田注1、八頁。
(62) 高橋直哉注24、四九頁。既に紹介しているとおり、刑罰の正当化に何らかの社会的目的が必要であることは、高橋則夫も主張している（高橋則夫注54、一一頁）。
(63) 高橋直哉注24、四三頁。
(64) 高橋直哉注63。

(65) 高橋直哉注24、四九頁。
(66) 井田注1、一〇頁。
(67) 井田注66。
(68) 大谷注7、一〇八頁。
(69) 井田注1、一〇頁。
(70) 平成二十二年には起訴決議が六件出されている（「検察審査会の受理件数、議決件数等」裁判所ホームページ、http://www.courts.go.jp/kensin/index.html：二〇一二年四月一〇日アクセス）。
(71) 平田紳「改正検察会の活動」（福岡大学法学論叢第五五巻第三・四号、二〇一一）四四九頁。
(72) 大谷注7、一一一頁。
(73) 渥美東洋「刑罰の理論と実際（2）」（『罪と罰を考える』（有斐閣一九九三）第一〇章）三〇四頁以下。
(74) 渥美注73。
(75) 渥美注73、三〇五頁。
(76) 大谷注7、一〇九頁。
(77) 藤原琢也「航空事故の刑事法的考察」（北海学園大学大学院法学研究科論集第一二号、二〇一一）別表。
(78) 日航機ニアミス事故の場合、事故発生から最高裁判決が確定するまで約十年を要している。
(79) 川出敏裕「刑事手続と事故調査」（ジュリストNO.1307）一〇頁。
(80) いわゆる人間が犯すエラーについて、その発生機序から「スリップ」など、人間の意識とは無関係にエラーが発生していることが提唱されている。吉田新彌『事故と心理』（中公新書二〇〇六）三〇頁以下、ジェームズ・リーズン著『組織事故』（日科技連一九九九）一〇四頁等参照のこと。
(81) 事故の場合、意図的に緊張を解いて事故を発生させることも考えられるが、これは過失ではなく、故意犯として処罰すべきである。
(82) チューザレ・ベッカリーア『犯罪と刑罰』（東京大学出版会二〇一一）六六頁。
(83) 日航機ニアミス事故では、管制官に対する有罪判決が確定する前に、制度上の改革などが実施されている。
(84) 吉田注37、二一八頁。
(85) 池内宏らは、航空事故を起こした者に対する行政処分は、客観的に極めて軽いサンクションであっても、航空従事者の主観的には

厳しい制裁と受け止められるとし、行政処分が妥当なサンクションとなると指摘している（『航空事故の過失理論（改訂版）』（成山堂二〇〇八）一七九頁以下）。

(86)　曽根注11、一三六頁。

(87)　渥美東洋「刑罰の理論と実際（1）」（『罪と罰を考える』（有斐閣一九九三）第九章）三〇一頁。

(88)　渥美注87。

(89)　この倫理的非難とは、責任の基礎に関する議論における人格責任論が主張する人格的非難ではなく、法的責任論が主張する、一般人を基準とした期待可能性の判断に基づく評価である。

(90)　井田注1、一〇頁。

The Prevention of Aviation Accidents and Criminal Law (2)
～ Freeing aviation accidents from punitive sanction ～

Takuya FUJIWARA

Introduction
Chapter 1 Necessity of punitive sanction for aviation accidents
1 A conflict of opinions
(1) Opinion of the objection against punitive sanction
(2) Opinion of the affirmative to punitive sanction
(3) Difference between the objection and the affirmative
2 The reason for considering aviation accidents as special
(1) The question in Act on the punishment for conducts to cause danger of the aviation
(2) The feature of the aircraft operation system
(3) Difference between aviation accidents and car accidents
3 Conclusion

Chapter 2 The state of prosecution for aviation accidents
1 Situation of the world
(1) The tendency of prosecuting aviation professional
(2) Pattern for prosecuting
a United States
b France
c Italy
d Summary
(3) Conclusion
2 Situation of Japan
(1) The system of investigation for aviation accidents
(2) The tendency of prosecuting aviation professional
(3) Duty of care in aviation accidents
(4) The feature of prosecution in Japan
3 Conclusion

(Vol.49 No.1)

Chapter 3 Thinking the aircraft accidents from the perspective of substantive criminal law

I Perspective from criminal theory

1 Latest argument about the theory of criminal negligence

(1) The issue of the traditional theory

(2) The opinion about the responsibility at the new theory

(3) Appropriate theory for aircrafts accidents

2 Assessment of criminal negligence and the theory of objective imputation

(1) The comparison between the theory of objective connection and the theory of Reasonable causation

(2) Extent of the theory of objective connection

(3) Meaning of the theory of objective connection

(4) Conclusion

II Punishment and Prevention of aircraft accidents

1 The situation of the discussion about the theory of punishment

(1) Retributivism and utilitarianism

(2) Responsibility and punishment

a Nature of responsibility

b Fact for judgment about responsibility

(3) Relative retributivism

2 Couterargument against relative retributivism

(1) Couterargument against retribution

(2) Ambiguity about the concept of retribution

3 The function of punishment for soothing retaliatory feeling

4 The question of punishing a person who causes aircraft accident

5 Conclusion