SURE 静岡大学学術リポジトリ
Shizuoka University REpository

刑法改正の原点

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-07-08 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 足立, 昌勝 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008967

刑法改正の原点

足立昌勝

一、まえがき

法制審議会が法務省に「改正刑法草案」を答申して以来、すでに一〇年が経過した。その間、学界をはじめとして、実務家・財界・労働界・ジャーナリストなどの間で、刑法改正をめぐる議論は、活発に展開されてきた。また、わが国の立法史の中では画期的ともいうべき「意見交換会」が、法務省と日本弁護士連合会（日弁連）との間で、昭和五六年七月二五日から昭和五九年六月八日にわたり行われ、その回数は、二三回にもわたっている。その「意見交換会」の中で、法務省は、昭和五六年一二月二六日に、「刑法改正作業の当面の方針」と「保安処分制度（刑事局案）の骨子」を発表し、従来の批判的意見に対して、法務省なりの方針を提示した。他方、日弁連は、昭和五七年二月二〇日に、「精神医療の改善方策について」を発表し、さらに、昭和五八年一一月一一日に、「現行刑法の現代用語化・日弁連試案」を発表し、「草案」に対して批判するだけではなしに、より積極的に、「対案」を提示した。

さらに、平野教授を中心とする刑法研究会は、公刊された「刑法改正の研究」では、批判的視点から「草案」

をみていたが、その成果にもとづいて、昭和五八年一〇月の島根大学において開催された刑法学会で、その討議資料として、「研究会試案（未定稿）」を発表した。これは、その序文で示されるとおり、現行刑法の口語化であるA案、大方の了承が得られる程度の手直しを加えたB案、理想としてのC案のうち、「改正刑法草案がまもなく国会に提出されることを予想し、これを修正するための現実的な案を作る必要がある」との現状認識のもとで、B案を採用している。その中には、C案的要素も含まれ、それは、それなりにまとまった「対案」となっている。

刑法の改正は、百年の大計であり、長期的視野から、「あるべき姿」を追求する方向でなされるべきである。かつて、封建時代から近代への移行期である啓蒙期においては、刑法典が一〇年も効力を持たなかったことがあるが、それは、激動した時代の反映であり、安定した現代にあっては、そのようなことがあってはならない。

そのような現状認識にもとづいて、前述した三つの案では満足できずに、C案を追求せんと欲するのは、単に筆者だけではないであろう。そこで、この小稿では、刑法を改正するに際しての「原点」は、いかにあるべきかについて、「ノート」としてまとめてみた。これを契機に、C案論争が活発に展開されるとするならば、幸である。

二、刑法改正の指針

一、現行憲法を土台とした刑法典を作成すべきである。

現行刑法は、大日本帝国憲法の下で、明治四〇年に制定されたものであるが、第二次世界大戦による敗戦を契機として、価値の転換が行われ、日本国憲法が制定された。そこにおいては、従前の体制下では認められなかった価値が創出された。すなわち、国民主権、平和主義、基本的人権の尊重がそれである。

この価値の転換は、刑法へ全面的に反映されることはなく、ただ昭和二二年の応急的な部分改正で済まされてしまった。このことは、その後の学界・実務に対して色濃く影響を与えている。理論・判例の連続性・断絶性の問題がこれである。

ところで、法制審議会での実質的な「草案」作成作業を行った刑事法特別部会での審議の様子を、その「議事要録」からみると、そこでは、ほとんど憲法論議を行っていないことがわかる。しかし、国家権力のあり様と国民の基本的人権に深くかかわる刑法の改正は、まずもって、憲法から出発すべきであり、憲法に適合した刑法が作成されなければならない。

二、近代刑法の原則——罪刑法定原則・行為原理・責任原理——を、総則において確認し、各則においても、その原則を反映した規定を設けるべきである。

近代刑法が成立した当初において、過去との訣別を宣言した諸原則は、国家権力が肥大化した今日においても、国民の基本的人権を守り、国家刑罰権からの不当な干渉を受けないために、現代的内容を加味して、刑法典に掲げられ、また、その内容を実質的に担保するために、犯罪諸規定は、その諸原則に適合するものでなければならないであろう。

罪刑法定主義は、当初においては、「法律なければ、犯罪なく、刑罰なし」という標語で示されるように、形式的側面が強調されていたが、その後の理論の進歩は、その内容をさらに豊かにし、実質的側面からの基本的人権の保障を確保するようになった。明確性の原則や適正性の原則がそれである。刑法は、国民にとっては、行為規範となるものであり、その内容が国民に理解しえないであれば、行為規範とはなりえな

いであろう。その意味からすれば、文語体で書かれている現行刑法は、早急に改正されなければならない。また、価値観が多様化した現代においては、近代刑法成立期以上に、権力による価値の強制があってはならない。したがって、価値判断をともなうような価値概念や一般条項は、できるかぎり、用いない。

人間は、価値・思想を強制されるものではない。刑罰権力が発動されるのは、行為が社会に害悪を与えたときを原則とすべきであって、社会を侵害する危険性の段階で処罰するのは、例外であって、その危険性が具体的な場合（具体的危険犯）に限定すべきであって、単なる形式犯に近づいてきた抽象的危険犯は、立法から排除すべきである。

さらに、行為者に法的非難が加えられない場合には、それに責任を認めるべきではない（責任原理）。特に、結果的加重犯については、単に各則にゆだねるだけではなしに、総則の中で、重い結果についての行為者への法的非難の必要性に関しての規定を設け、責任原理の徹底をはかるべきである。

三、被害者なき犯罪や風俗に対する罪は、刑法典から削除すべきである。

被害者なき犯罪を処罰することは、国家からの価値を国民に強制することになり、また、その行為は、社会への害悪を有しないが故に、これは刑法典から削除すべきである。例えば、猥褻文書頒布行為は、その文書を見たい者が見るだけであり、見たくない者の自由を侵害していない。問題は、見たくない者や青少年の眼に容易に触れることにある。これは、行政法規で、頒布・販売の方法を取締ればよいのであって、刑法により、権力が国民に価値を強制してはならないであろう。また、風俗に対する罪は、国民の道徳観にゆだねるべきものであり、国家が道徳の強制をしてはならない。

四、刑法の効力については、属地主義を原則とし、属人主義・保護主義・世界主義は例外とすべきであり、「外国人の国外犯」に関する規定は、設けるべきではない。

刑法の適用は、主権の及ぶ範囲に限定されるべきであって、属地主義・属人主義によるべきである。主権の侵害や世界の平和の観点からのみ、保護主義・世界主義は認められるべきであって、「外国人の国外犯」の規定は、主権が直接的に及ばない外国での事実について、それを行った外国人を日本の刑法で処罰せんとするものであり、他国の主権を侵害するものである。また、この規定が、昭和二二年の部分改正で、軍国主義の反映を理由として削除された経緯を考れば、「外国人の国外犯」を刑法の効力として認めないことは、当然の帰結であろう。

五、死刑を廃止するとともに、近時の処遇実務や世界の趨勢を顧りみて、刑罰制度のあり様を根本的に改めるべきである。

死刑の存否については、意見がわかれているが、存置論の中でも、絶対的存置論者は少なくて、時期尚早論の立場からする存置論者が多数を占めているであろう。そうだとするならば、論者は、死刑廃止の時期をいつならよいと考えているのであろうか。世論の一致をその時期と考えるならば、それは、ほぼ不可能であろう。理念的に死刑の廃止に賛成であれば、時期は、国家の決断のときであり、立法の決断のときである。

「人を殺してはいけない」と命令する国家が、その手で、人を殺すことができるのであろうか。殺人者は、

人を殺したが故に刑罰を受けるのである。しかし、刑罰の側面にも、人間の尊厳はあるであろう。死刑は、権力による人間の尊厳の否定に外ならない。

その他の刑罰についても、より良き姿を求めるべきである。短期自由刑の弊害がさけばれている今日、そのあり様を考え、例えば、六月未満の自由刑は罰金刑で代替し、累犯者についてのみ自由刑を科するとするなど、何らかの方策を考えるべきであろう。

さらに、自由刑の単一化や日数罰金制についても、より積極的に導入の努力をすべきである。

六、犯罪類型についても、憲法的視点から、そのあり様を検討し、その配列については、個人的法益に対する罪を前におき、それに続けて、社会的法益に対する罪、国家的法益に対する罪とすべきである。

犯罪類型を憲法的視点から考察すると、現行刑法では、平和に対する罪や選挙の公正を害する罪などが欠けている。平和に対する罪は、憲法第九条に相応するとともに、第二次世界大戦におけるわが国の責任から、海外侵略行為・派兵行為を罰し、民族謀殺行為を罰するものである。また、選挙の公正を害する罪は、国家の三権の一をなす立法権の公正さを担保する選挙について、買収は、単なる取締の問題ではなく、選挙の自由を侵害する行為であり、刑法典における犯罪と位置づけられてしかるべきである。

その他、尊族重罰規定や公務員による拷問・秘密の盗取についても、憲法的視点から考えられねばならない。

また、配列の順序については、すでに多くの刑法教科書がそうであるように、国民主権の原理を反映し、個人的法益から出発すべきである。

七、犯罪類型における保護法益は、国家的法益に対する罪を除き、個人に還元できなければならない。

法人は、法律によって人格を与えられたものであり、人間を超えたところに存在するものではない。このことは、法益の主体についても言えることであり、法人の利益のみを保護法益とする処罰規定(例えば、企業秘密漏示罪)は、刑法にはそぐわないといわざるをえない。法人の利益は、個人の利益を保護すると同様の規定の中で守られれば足り、それを超えて、それのみで処罰規定をつくるようになれば、人間が作った、人間でない人(法人)が、人間生活における足かせとなり、人間生活を拘束することになるであろう。法人実在説の立場にたったとしても、法人の単独保護規定は、許されないというべきであろう。

八、精神障害者が行う「犯罪」に対しては、基本的に現行法制によるべきであって、保安処分の新設は、許されてはならない。

精神障害者は、精神の病気のために、「犯罪」行為を行うものであり、もし、正常な判断能力を有していたならば、そのような行為は行わなかったであろう。したがって、精神障害者に必要なことは、何よりも、病気の治療であり、拘禁ではない。その拘禁は、病気の治療のためにのみ許されるものであって、保安目的によるものは許されないというべきである。したがって、その問題は、厚生省の管轄であり、精神衛生法の問題である。もし、現行精神衛生法が、精神障害者の病気の治療にとって不十分であったり、その者の人権への配慮が十分でないとしたら、精神衛生法の改正で処理すべきであり、違法行為の責任追及を、刑罰という強権で行う刑法の領域には、基本的になじまないものである。