The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	法意識の変化と刑法の変容 ： ひとつの覚書
Author(s)	生田, 勝義
Citation	国際公共政策研究. 2002, 6(2), p. 49-66
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/8012
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

法意識の変化と刑法の変容
—ひとつの覚書—

Changes in the sense of law and the transformation of criminal law
—A commentary—

生田　勝義*

Katsuyoshi IKUTA*

Abstract

In recent years in Japan, new legislation on criminal law has increased dramatically. This paper examines the features and reasons of the transformation of criminal law, and considers what we should do. The huge effects by "information-revolution", "globalization", "neo-liberalism" and "populism" are explored. It is made clear that "harm-principle" and "freedom-guarantee-principles" are becoming more and more important.

キーワード：刑法、国際組織犯罪、犯罪対策、新自由主義、迷惑行為

Keywords：criminal law, transnational organized crime, crime policy, neo-liberalism, harassment

* 立命館大学法学部 教授

目　次

1　問題の所在
2　近代刑法と現代刑法の特徴
3　情報化・国際化の急速な進展と刑法
4　厳罰化「世論」と刑法による感情保護の拡大
5　今後の課題

1　問題の所在

90年代以降、新しい刑事立法が相次いでいる。それら刑事立法の多くは、従来は他害性が明確でないとして犯罪とされていなかった行為を犯罪に格上げしたり、従来も犯罪であった行為に対する刑罰を重くするものである。

このような国家刑罰権の拡大・強化は、市民の安全や平穏な生活を護るためには国家刑罰権による違法行為の抑制・禁圧が不可欠であるという意識に担われて進められている。そこには個人を超越し個人を抑圧することもある国家の権力を拡大・強化するという意識は稀薄である。このように個人や市民の安全を保障する（safety というより security）ために必要だということで他害性が明確でない行為まで犯罪にしたり全体として重罰化を進める立法は、市民主義的治安立法といわれることもある。また、他害性の明確でない行為まで刑事規制の対象にしていく動きは刑法の予防主義化ないし予防主義刑法といわれる。治安立法や予防主義刑法は国民の自由を危うくするものとして従来否定的に捉えられ、批判されてきた。けれども、90年代以降、そのような危惧は無視されることが多くなった。

政治や経済政策では新自由主義が支配的思潮となり、「事前規制から事後規制への転換」や「大きな政府から小さな政府への転換」が語られる。それなのに、国家刑罰権力においては「規制の事前化、予防主義化」が急速に拡大・強化され、刑務所では過剰収容が問題になっている。これは矛盾ではないかと指摘する向きもある。

しかし、新自由主義は元々、治安や防衛にこそ国家の役割があるとするものだった。また新自由主義の規制緩和論や小さな政府論は、資本の自由な活動を最大限保障するための政策論である。この政策を実行すれば、市場競争における「弱肉強食」により社会不安が醸成され、治安が悪化してしまうおそれのあることは、当初から予想されていた。これらのことに照らすと、新自由主義が国家刑罰権の拡大・強化をもたらしても何らおかしくはない。

ところが、事態はさほど単純でないようだ。社会不安が犯罪に直結するかについては疑問が残る。90年代の米国で顕著になったことだが、新自由主義政策が進展しても、犯罪が増加しないどころかむしろ減少することもあるという事実が明らかになったからである[1)]。しか

1）この状況と理由を詳細に分析したのが、Alfred Blumstein and Joel Wallman(ed.), The Crime Drop in America,

し他方で、それにもかかわらず刑務所に収容される受刑者の数は増え続け、例えば米国では刑務所増設のための「刑務所産業」が盛んになるほどの状況に立ち至った[2)]。

そのような事実に鑑みると、まず次のような説明が考えられよう。すなわち、近年における刑罰権力の拡大・強化は、現実に犯罪が凶悪化したり、急増したからというより、犯罪被害の幻影におびえる人々の不安感が動因になって推進されているのではないか、との説明である。これは、現代の新しい型の危険（risk）が現実化するのを予防するため「遠い危険」しか持たない行為態様をも刑事規制の対象にするという「危険社会」対応型刑法や「象徴的刑事立法」と共通面を有するといってよい[3)]。

けれども、90年代以降における刑事立法はそれだけでは説明できないものを含んでいるように思われる。不安感だけでなく、あるいは不安感以上に、規範意識や規範に関する気分感情における変化がそれを推し進めているのではないか、ということである。そのような規範意識・感情とはどのようなものなのか。それをもたらしたのは何か。この点を分析しておく必要があるということである。

ところが、90年代以降の展開を虚心坦懐に観察し、そのような規範意識・感情が、なぜ、どのようにして、立法にまで影響を及ぼすことができるようになったのか、という問題まで視野に入れると、規範意識・感情の変化というだけでは不十分であり、それ以外のさらに重要な契機が存在するように思われる。それは、世論形成の政治的メカニズムにおける変化であるといってよい。この政治的メカニズムはまさに90年代に世界資本主義体制がかかえた矛盾に規定され、その乗り切り策の一つとして提起されたものであった。

それでは、そのような規範意識・感情や政治的メカニズムに担われ推進される刑法は何をもたらすのか。問題は何か。この問題を克服するために、私たちは今、何をなすべきか。これらの課題を解明するためには学際的な総合研究が必要であろう。本稿は、そのような総合研究に私なりに参加していくための覚書である。

2　近代刑法と現代刑法の特徴

90年代以降、堰を切ったように刑事立法がなされるようになった。90年代以降の刑事立法の特徴を明らかにする前に、従来、現代刑法の特徴であるとされてきた内容を概観しておこう。

Cambridge University Press, 2000, 330pp.

2) これについて参考になるのが、Franz Riklin, The Death of Common Sense, kritische Gedanken zur gegenwärtigen amerikanischen Kriminalpolitik, in: Strafrecht und Öffentlichkeit, Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag, (hrg.) Andreas Donatsch/Niklaus Schmid, 1996.

3) この点については、金尚均『危険社会と刑法』（成文堂・2001年）が詳しい。

（1） 刑法の事前的予防的規制法への変化

まず、手短に用語の説明をしておくと、現代刑法は近代刑法との対比で使われる概念である。そして、この近代刑法は、少なくとも理念において、近代的人権の一種である「自由」を基礎にして構成された刑法でなければならない。この意味において近代刑法は自由主義刑法であるといってもよい。

近代自由主義刑法は、他人の権利を害しないかぎり人は自由であるのだから、他害行為だけを犯罪にする。しかも、刑法は、権利の内容を規定する民法などの第1次法を踏まえ、その権利侵害のうち社会として放置できない重大な有責行為のみを犯罪として処罰する第2次法であるとされた。つまり、犯罪は故意犯が原則であり、刑法は民法などの第1次法の担保法として事後的な制裁法とされたわけである。

それに対し、現代刑法には、近代刑法の特徴を基本において維持しながらではあるが、それに対立する事前的予防的規制法への傾斜が見られる。この動きには次のような特徴があるとされてきた。

（2） 法益保護の早期化

第1は、「法益保護の早期化」という特徴である。これには、①侵害犯や具体的危険犯では法益保護にとり遅すぎるとして行われる「抽象的危険犯や予備罪の拡大」、②法益を保護するためには、犯罪が実行されてからでは遅すぎるとか、犯罪実行者の背後にいる黒幕・大物を捕捉することが重要だとして行われる「共犯処罰の前倒し」、つまり教唆・扇動・あおり・陰謀の独立処罰や共謀による処罰、が含まれよう。この②の動きには、戦後西ドイツにおいて典型的に現れた特定目的の結社を禁止する刑法、つまり犯罪や憲法破壊を目的とする結社行為そのものを犯罪にする傾向も含めてよいが、これは結社の自由と衝突するものであり、戦後西ドイツ特有の「反ナチ・反共」の「闘う民主主義」により導入されたという点に留意する必要がある。強い危惧や反対を押しきって制定された日本の破壊活動防止法にも、暴力主義的破壊活動を行った団体に対する活動制限と解散指定の処分、その処分違反に対する罰則が規定されたが、これは目的犯にすぎない結社罪とは一応区別できよう。

（3） 一般的抽象的法益

第2は、刑法の保護法益において一般的・抽象的法益の占める割合が拡大する傾向、つまり「法益の一般化・抽象化」という特徴である。これは「自由で民主主義的な憲法秩序」とか「公共の安寧」を保護法益とする政治的治安立法に見られる特徴であるが、「競争的経済秩序」を保護する経済刑法や「生物の多様性」などを保護する環境刑法においても顕著になっ

ている。具体的に財産的利益を侵害したり危険にさらしたりしなくとも、競争的秩序を害する行為をすれば犯罪とされるわけである。秩序侵害行為は秩序に反する行為として構成される。すなわち、競争維持のために設定されたルールに反する行為態様が犯罪として規定されることになる[4]。ルール違反の行為態様を類型化して犯罪とする手法は、実は抽象的危険犯として規定する手法と共通する。法益保護の前倒しという形をとってはいないが、あらたに一般的・抽象的な法益を創設することによって刑事法的介入の前倒しをはかることでは同じである。この手法が犯罪類型としては、抽象的危険犯と同様に、ルール違反の行為態様の類型でもってしか規定できないのは、一般的・抽象的法益では具体的に侵害される実体が存在しないか稀薄だからである。侵害客体がこのようにあいまいなところで刑罰法規の明確性を確保しようとすれば、犯罪になるかならないかの基準を刑法自体にではなく行政法に求めざるをえなくなる。これが環境刑法で典型的に見られる行政従属性の問題である。

(4) 証明の短縮

第3は、犯罪事実についての「証明の短縮」を可能とする刑法規定や実務の拡大である。この典型例は、因果関係や過失の推定規定であるが、薬物刑法では薬物についての故意の推定まで規定されるに至っている。また、検察官の証明負担を軽減するために実体法的要件を緩めるやり方もとられている。古くて新しい例として共謀共同正犯がある。教唆犯では教唆の日時、場所まで特定しなければならないが、共謀共同正犯だとそこまでの特定は必要でないとされている。実務がこの理論を手放そうとしない最大の理由はそこにあるといってよい。法律の錯誤についての責任説も、違法性の意識を欠いていたかどうかという厄介な証明の問題を回避できる理論である。抽象的危険犯におけるように特定の行為態様の証明だけで足りるとすることにも、具体的危険や侵害の立証を回避できるという利点がある。証明の短縮を可能とする立法や実務は、処罰する側にとっては便利だが、処罰される側にとっては防禦権の行使を難しくするものであり、人権保障上重大な問題をはらむものといわなければなるまい。

3 情報化・国際化の急速な進展と刑法

世紀転換期において上述した現代刑法の特徴がますます顕著になるとともに、新しい動きが加わるようになった。

---

4) 芝原邦爾『経済刑法』(岩波新書・2000年) 1頁～10頁参照。なお、司法制度改革審議会最終意見書 (2001年6月12日) の刑法観にも同じものが見られる。すなわち、「刑事司法には、前記のとおり、今後の自由かつ公正な社会を支えるため、公正な手続を通じて、ルール違反に対する的確なチェック、効果的な制裁を科すことが一層強く求められることになる。」と。

(1) 国際協調による組織犯罪対策立法

第1は、組織犯罪対策のための刑事立法が国際協調という名の下に推進されたということである。1991年にはいわゆる暴対法(「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律」平成3年5月15日法律第77号)と麻薬特例法(「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」平成3年10月5日法律第94号)が制定された。前者の暴対法は日本では破壊活動防止法以来成功してこなかった団体規制法を不十分ながらやっと実現したものである。この背景には日米経済協議のなかで要求された市場開放、不公正な取引慣行の是正にとり総会屋の規制と並び表経済に食い込んでいる暴力団への規制が必要とされたことと、国際協調による組織犯罪対策の強化があったといってよい。それに対し、麻薬特例法の主旋律は国際協調であった。この流れの一応の仕上げが、1999年制定のいわゆる組織犯罪処罰法(「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」平成11年8月18日法律第136号)およびいわゆる盗聴法(「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」平成11年8月18日法律第137号)である。

ところで、この国際協調は、米国主導で進められた薬物対策に出発点と実体があるといってよい[5]。80年代に米国のレーガン政権は薬物が中南米の反米ゲリラ組織等の資金源になっているとしてそれとのたたかいを「薬物に対する戦争」、つまり国家の安全保障にかかわる問題であると位置づけた。「薬物に対する戦争」はレトリックでなく、米国は実際に南米コロンビアのゲリラ基地に軍事攻撃を行った。また、薬物を扱う組織を壊滅させるにはその資金源となっている犯罪収益への規制が必要だとされ、マネーローンダリングの規制が登場する。この米国による「薬物との戦争」は国際会議等を通じて薬物・テロ・組織犯罪に対する国際的取組みへと発展し、各国の刑事法制にも大きな影響を及ぼすことになる[6]。

しかしながら、国家の安全保障として取り組まれるテロや薬物に対する戦いが、それらの防止に役立っているか、つまり有効なのか、という点については定かでない。違法なマネーローンダリングと通常の銀行取引とを見分けることはきわめてむつかしい。マネーローダリングに対する規制をはじめとして鳴り物入りで準備された割には実効性がない、との評価の方が当たっているように思われる[7]。テロや薬物に対しても他の犯罪と同様、多面的な、地道で粘り強い取組みこそが必要なのだというべきであろう。

---

5) この間の事情について参考になるのが、Tom Farer(ed.), Transnational crime in the Americas: an inter-American dialogue book, Routledge, 1999, 311pp.

6) ただし、薬物対策についても、米国流の政策にヨーロッパ諸国が一様に追随しているわけではない。むしろ独自の異なった動きのあることを指摘するのが、Elizabeth Joyce, Transnational criminal enterprise: The European perspective, in: Tom Farer(ed.), Transnational crime in the Americas, ibid., pp. 99

7) この点につき興味深い分析をしているのが、宮澤浩一「マネーロンダリング(ドイツ語圏刑法の対応」警察学論集49巻10号(1996年)105頁

それ以上に問題なのは、本来犯罪対策としてなされるべき問題を安全保障という軍事問題のレベルで処理しようとした結果、刑事法に不可欠な自由保障原則が様々な部分で骨抜きにされてしまったことである。国家の安全保障のためには個人の人権や自由が制約されても当然だ、あるいはやむをえないという論理である。国家の安全保障にかかわる非常事態なのに、個人の人権を云々することは不見識だとして反対意見を押え込む。非常事態でもないのに非常事態であるかのように世論を煽り、強権的措置を可能にする法律を制定することで世論を安心させ、政治的支持を確保する。ポピュリズムの問題性が顕在化した一例であるといってよい[8)]。

日本ではさすがに、組織犯罪を安全保障の問題だとは正面きって位置づけることはできなかった。組織的な犯罪が「平穏かつ健全な社会生活を害し」、犯罪収益を用いた事業活動への干渉が「健全な経済活動に重大な悪影響与えている」ことに立法趣旨が求められている。ここでの保護客体は、「平穏かつ健全な社会生活」や「健全な経済活動」という一般的・抽象的法益であるにすぎない。けれども逆に、その程度の法益なのであれば、第一次法としての行政法や経済法のレベルで対処すべき課題であるにすぎないというべきだろう。あたかも組織的な犯罪が重大犯罪であるかのようにいいながら、組織的であることにより危うくされる実体はその程度のものとしかとらえられていない。生命・身体・財産という具体的な法益との関係ではきわめて稀薄で遠い危険しかないのである。それにもかかわらず、盗聴法では通信の秘密という基本的人権が危うくされるばかりか、「犯罪行為前の捜査」まで部分的に可能となってしまう制度が作られた。組織犯罪対策法や盗聴法が治安立法だといわれるゆえんである。

2001年9月11日の世界貿易センタービル等に対するテロリズムを契機に、またもや米国発の「テロリズムに対する戦争」が始まった。この事件を契機に「新しい21世紀型の戦争」を唱える評論家までいる。日本では、2000年10月のアーミテージ（ブッシュ政権の現国務副長官）報告を受け、集団的自衛権問題や有事立法・秘密保護法問題が野党の一部をも巻き込んで議事日程に上りつつあったのだが、今回のテロを契機にテロ対策を理由に加えて勢いを増しつつある。

けれども、テロリズムが犯罪であって戦争でないことには今も昔も変わりはない。戦争によってテロリズムを防止したり、克服することはできない。いやむしろ悪化させるだけだというべきであろう。9月11日が世界史的な転機になったとすれば、それは、①無辜の市民を平気で巻き添えにする無差別テロリズムが「人類に対する犯罪」であること、および②この種の犯罪を裁くには国民国家を超えた公平な国際的司法機関が必要になってきていること、を多くの人に認識させた点にある。

8）米国の刑事政策にポピュリズムが影を落としていることの指摘は、前掲注2の Franz Riklin 論文にもある。

組織犯罪対策立法において近代刑事法原則がさらに大きく変容させられるおそれがある。組織犯罪という問題の立て方自体がまず、個人行為責任原則の変容を迫るものだからである。結社の自由が人権カタログに登場したのは19世紀の半ばになってからである。結社の自由の保障とともに徐々に克服されてきた「徒党」の処罰が姿を変えて再登場しようとしている。組織犯罪論の基礎には結社や組織を危険視する思想があるので、他害行為原理に照らすと犯罪にできない行為をも犯罪にしてしまうおそれがある。通常の取引行為と見分けのつかない行為まで犯罪にすることは、国民の日常行為を警察が監視できるシステムを構築することや、国民個々人にも犯罪に関する情報の申告義務を負わせることに連動する。自由が骨抜きにされ、作為義務とその違反にたいする刑罰法規（不作為犯）が拡大する。自由という人権からの帰結であった作為犯原則が後退し、自由を制限する犯罪である不作為犯が原則になりかねない。

組織犯罪対策立法は事前的予防的規制法としての性格を色濃く持つことから、刑事法と行政法との境界があいまいにされる。むしろ刑事法の行政法化というべき事態が進行する。しかも、「犯罪行為前の捜査」を認めることは司法警察と行政警察の融合を認めることになろう。これは、行政警察作用であるにすぎないところに、犯罪捜査であるがゆえに認められている強大な司法警察権限を付与することにほかならない。ここにも近世への先祖帰りを許すのかという問題がある。

なお、この間のテロリズムに対する規制立法としては、「化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律」（平成7年4月5日法律第65号）や地下鉄サリン事件を契機に制定された「サリン等による人身被害の防止に関する法律」（平成7年4月21日法律第78号）、並びに「テロリストによる爆弾使用の防止に関する国際条約」を受けた「細菌兵器（生物兵器）及び毒素兵器の開発、生産及び貯蔵の禁止並びに廃棄に関する条約等の実施に関する法律」の改正（平成13年11月16日法律第121号）や条約による国外犯処罰を可能にするための「爆発物取締罰則」の改正（平成13年11月16日法律第121号）などがある。

（2） 情報化への刑法による対応の進展

情報化の進展に伴ない、情報処理システムの安全を刑法によって保護しようとする動きが強くなってきた。

すでに1987年の刑法一部改正により電磁的記録を悪用する行為が犯罪とされていたが、それらは偽造罪、詐欺罪、業務妨害罪、公私用文書毀棄罪の修正として位置づけられるものであった。情報そのものを財として保護する立法は、基本的に見送られ、一定の公私用電磁的記録がその毀棄から保護されるに止まった。情報そのものを財として保護しその窃取や領得を犯罪にすることは、企業秘密の刑法による保護につながることになる。今日、企業活動の

社会性に対応した企業情報の公開・開示が国民経済の健全な発展にとり不可欠になっている。この意味で、立法技術的には様々な問題を残したが、この一部改正の基本的スタンスは妥当なものであったといえよう。

ハイテク犯罪はまさに国境を超える犯罪の最たるものであろう。国境を越えて行われる国際組織犯罪が問題とされるようになる中で、1995年に行われたカナダのハリファックス・サミットにおいて「国際組織犯罪対策上級専門家グループ」の設立が決定され、翌96年のリヨン・サミットでは同グループが「国際組織犯罪に関する40の勧告」を提出するにいたる。そのことから同グループは「リヨン・グループ」といわれるようになるのだが、それ以降、毎年のサミットに国際犯罪対策に関する報告を行ったり、会合を持ったりして、ハイテク犯罪に対する取組みに大きな影響を与えてきた。

1999年に制定された「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」(平成11年8月13日法律第128号)は、他人の識別符号を入力してコンピューターを作動させ、当該アクセス制御機能により制限されている特定利用をし得る状態にさせる行為を1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処するなどとするに至った。ここでも、情報の窃取は正面きって犯罪とされていない。けれども、情報への不正アクセス行為そのものを犯罪とすることによって、間接的だが広汎に情報を保護できるようになった。もっともここでは、情報財の保護というより、コンピューターに係る「アクセス制御機能により実現される電気通信に関する秩序」の保護がめざされている。ここでも、刑法の事前的予防的規制法化が保護法益の一般化・抽象化と無価値行為態様の類型化(行為無価値論)により進められていることに注意する必要がある。

さらに最近では、サイバーテロを国家の安全保障に直結する問題として重大視し、かかる観点からサイバーテロ対策を講じるべきだとする動きも有力になってきた。米国では1999年1月22日、当時のクリントン大統領が全米科学アカデミーでの演説において、化学・細菌戦争やコンピューター・ハッキングなどによる21世紀のテロリズムにつき「悪夢のようなシナリオ」を示し、それらの脅威に備えることの重要性を訴え[9]、また、2001年1月31日には、米議会の委託により結成された超党派の「21世紀の国家安全保障委員会」が報告書を発表し、「米本土への直接攻撃の脅威は、もはや核ミサイルではなく生物兵器やコンピューターを狙った『サイバーテロ』だとして、独立機関の創設など緊急対策を実施するよう米政府に提言」した[10]。日本でも、政府の高度情報通信社会推進本部の下に設置された情報セキュリティ対策推進会議が2000年12月15日、米国の動きをも参考にしながら、「重要インフラのサイバーテロ対策に係る特別行動計画」を提起した。そこには、「法制度の整備」として「国際的動向と

9) ロイター「サイバーテロと闘う米大統領」(visited Jan. 5. 2002) 〈http://www.hotwired.co.jp/news/news/Culture/story/1907.html〉

10) 信濃毎日新聞「サイバーテロ対策が急務　米超党派グループが提言」(visited Jan. 5. 2002) 〈http://www.shinmai.co.jp/news/2001/02/01/015.htm〉

の調和及び情報通信ネットワークにおける安全確保の観点から、関連する刑事基本法制など法制度の整備を検討する。」との項目が含まれている。このようなサイバーテロ対策立法では、産業や政府の活動の多くが依存する「情報システム」、「重要インフラの基幹をなす重要な情報システム」が保護法益として重視されていくことになろう。

なお、支払用カードの偽造等の犯罪に対処するための刑法一部改正が行われた（平成13年7月4日法律第97号）。これも、2000年5月京都開催のリヨン・グループの会合で採択された「支払いカード犯罪対策枠組み文書（「原則と行動計画」）（通称：支払いカード犯罪に関する原則と行動計画）」を受けてのものであった。この立法に対してはやはり、カード会社がなすべきセキュリティの努力を棚上げして国家が刑罰でもってその努力不足を補塡してやるものとの批判が可能であろう。予備の未遂を処罰する規定まで登場している。立法形式にも問題が多い。

（3） 生命倫理に関係する分野での非犯罪化と犯罪化

生命倫理に関係する分野では、一方において、脳死状態からの心臓等の臓器移植まで自己決定思想を基礎にして非犯罪化する（「臓器の移植に関する法律」（平成9年7月16日法律第104号））とともに、他方では、遺伝子操作に関しクローン人間を作ることなどを犯罪にする立法（「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」平成12年12月6日法律第146号）が行われた。遺伝子工学は経済的な国際競争力に直結する分野だと考えられており、事態は単純ではない。

とりわけ後者が本稿のテーマに関係する。クローン技術がいまだ確立されたものでなく、未知のものを含めかなり危険の高いものであることから現時点で禁止するのは当然であろう。けれども、刑法で犯罪とするための保護法益論については「人の尊厳の保持」や「社会秩序の維持」という立法目的を含め、なお検討すべき課題が多い。「人格の基礎を成す自らの遺伝情報を人為的に操作されない権利」を個々の人間の尊厳や自己決定権を根拠にして認めることができるか。クローン胚の段階で「人」としての権利を認めるのか、それとも将来において人となる存在に前もって権利を保障するのか。いずれにせよ、ここにおける権利侵害は抽象的なものにならざるをえない。それでは、個人の権利でなく、「人類の遺伝情報の自然さ」という「普遍的法益」に根拠を求めるのか。刑法上の保護法益はできるだけ具体的な人的法益に求めるべきだとの思想からは、普遍的法益は避けるべきことになる。この領域にどの程度刑法が介入できるのか、あるいはすべきなのかという問題が緊要の検討課題になっている。

（4） 国際条約による人権「保護」の拡大と刑法による人権保護

この間、国際条約では人権を形式的に保障するだけでなく実質的かつ積極的に保護してい

こうとする傾向がある。日本が批准したものとして例えば、「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」(昭和60年7月1日条約第7号)、「児童の権利に関する条約」(平成6年5月16日条約第2号)、「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約」(平成7年12月20日条約26号)が挙げられる。それらは差別撤廃のため、あるいは権利の実質的保障のために積極的措置をとることを要求する。

その積極的措置については、「すべての適切な措置」などという規定形式にして具体的内容を各締約国の裁量に委ねるものが多いのだが、中には人種差別撤廃条約のように、差別表現を犯罪として処罰すべきことを要求するもの(同条約4条(a)および(b))もある。ここで問題になるのが、名誉毀損罪や侮辱罪に当たりうる特定の個人に向けられた差別表現だけでなく、一般的な差別表現についても刑事罰の対象にすべきとしている点である。闘う民主主義を掲げた戦後西ドイツでは、ナチのシンボルを身につけたり、そのスローガンを叫ぶだけで犯罪とし、さらに憲法の基本秩序を否定する表現行為まで犯罪とした。憲法秩序の枠内におさまる表現のみが保障される。それに対し、日本国憲法は、そのような留保なしに広く「表現の自由」を保障している。これは、戦前における言論抑圧が天皇制ファシズムによる侵略と圧政を許してしまったとの反省に立ってのものであり、今日においても大切にしなければない人権保障の優れた到達点である。日本国政府は、同条約の批准に当たり、それらの条項につき、「日本国憲法の下における集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度において、これらの規定に基づく義務を履行する。」との留保を付した。言論には暴力でなく、言論で闘う。個人の思想や意識の問題に国家が強権的に介入することは、他者侵害性の明白な場合以外は許されない。不当な言論を言論で批判できる条件の整備こそ国家が行うべき仕事である。それが不十分なまま言論を処罰の対象にするというのは、民主主義の発展という点からも問題である。

女子の権利や児童の権利保護における国際的動向に刺激され、日本では、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」(平成11年5月26日法律第52号)、「児童虐待の防止等に関する法律」(平成12年5月24日法律第82号)および「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律(通称:DV防止法)」(平成13年4月13日法律第31号)が制定された。児童買春等処罰法では、児童年齢の知情につき推定規定が設けられ、無過失の挙証責任を被告人が負うという形で挙証責任の転換がなされている。児童虐待防止法では親権者の懲戒権を縮小・制限することにより、その暴行や不保護が犯罪となる範囲を拡大した。DV防止法では保護命令など、その規制手法に特徴がある。管轄裁判所を家庭裁判所でなく地方裁判所にした点は、やはりその立法趣旨に照らし問題があるのではないか。今後その実施状況を科学的に調査・検討していく必要があろう。

4 厳罰化「世論」と刑法による感情保護の拡大

90年代以降におけるもう一つ顕著な特徴は、被害感情を根拠にした厳罰化の傾向である。神戸の児童殺傷事件や桶川の女子大生ストーカー殺人事件、東名高速道トラック酩酊運転追突児童致死事件、池田小学校児童殺傷事件など、マスコミがセンセーショナルに事件を取り上げるたびに、厳罰化立法が政治日程に上るようになった。

これには2つの流れがある。

(1) 重大な法益侵害行為にはより厳しく

その1つの流れが、重大な法益侵害行為に対しより厳しく対処しようとする立法である。

この期で特筆すべきなのがまず第1に、少年犯罪に対し厳罰で以って臨もうとする少年法の一部改正（平成12年12月6日法律第142号）である。これにより「被害者保護」のための措置と並んで少年審判への検察官関与や重大事件についての原則逆送、刑事裁判対象年齢の引き下げなどが行われた。これは、少年法の執行に携わっている多くの専門実務家や学者の反対をも押しきって、選挙での支持票獲得をねらった野党の一部をも取り込んで採択されたものである。

第2が、刑法の一部改正（平成13年12月5日法律第138号）による危険運転致死傷罪（208条の2）の新設である。危険な運転の結果死傷の結果を生じさせた場合を重罰に処するというもので、予防効果より被害感情を満足させることをねらった改正である。これは、すでに道路交通法の改正により、ひき逃げ、共同危険行為、飲酒運転、過労運転、無免許運転に対する刑の大幅引き上げがなされていたが、危険運転致死傷罪を刑法に入れるか道交法に入れるかで法務省と警察庁との間で調整がつかず、見送られていたものである。認識のない過失は犯罪にすべきではないが、危険を認識しつつ行為に出る場合の過失である認識ある過失については、故意に準じるものとして犯罪にすることは許されよう。英米法にいう「無謀」の場合である。本改正は、このような過失犯構成をとらず、故意の危険犯を基本犯とする結果的加重犯構成を採用した。確かにそれでないと、最高15年の懲役刑に値する犯罪とはいえなくなる。けれどもその結果、危険運転の範囲が極めてあいまいになってしまった。判例の蓄積により基準が明確になるというのであろうが、それではそれが蓄積されるまで国民は何を基準にして判断すればよいのであろうか。憲法31条違反を問題にすべき改正である。

日本では、凶悪犯罪の被害に遭った人や家族に対するケアが物心両面においてきわめて不十分であったことは確かであり、その点への手当てが公的福祉の重要課題であることに疑いはない。また、被害者ですら自分の関係した事件の処理がどうなっているのか知ることので

きない構造になっていたが、これも被害者だけが刑事司法から排除されていたわけではない。日本の刑事司法は、官僚司法であると批判されるほど、国民の司法参加を排除してきた。逮捕後の長時間に渡る取調べがいまだ実務で横行していることからもわかるように、被疑者・被告人の権利保障も十分なわけではない。したがって、被害者の人権や被害者保護がおろそかにされているとの批判は正しいが、そのような状態は①日本における司法制度全体の民主化の一環として、また②社会福祉充実の一環として、早急に解決されるべきものであった。

ところが事態はそのような社会性をもった方向に進むというより、むしろ被害者対加害者という狭い対立構図へと歪められていった。「加害者の人権は保護されているのに被害者の苦しみは放置されている。」との一面化された見方が被害者支援運動の一部から出され、マスコミによりそれが増幅されていった。政府にとってこれほど楽でありがたい展開はない。

被害者救済のために警察による取締強化と厳罰を求める動きはそれ以前から、いわゆる民事暴力と闘う運動の中にあった。暴力団や悪徳商法、えせ宗教の被害者を救済するための取組みにおいて警察が民事不介入原則を理由にしてなかなか動こうとしない。民事暴力対策において加害者に甘い警察という批判があった。警察活動を強化せよという主張は一方で、明確に犯罪があるのに警察が動こうとしないことへの批判として、他方では、民事救済制度がなかなか機能しないという日本の民事訴訟制度の弱点を警察の力を借りて補塡しようとの想いで、行われたといってよい。けれども、後者の想いは、国民の自由保障のために必要な刑事法の諸原則をあいまいにする傾向を生み出すことになってしまった。

人身犯罪の被害者や家族の悲しみ苦しみは大変なものである。加害者が憎い、できれば復讐をしたいと思うのは自然の心情である。しかし、復讐したところで傷ついた心が癒されるわけでもない。それにもかかわらず、視聴率を上げ、購読者を増やそうとしてなされるセンセーショナルな報道は、被害者の憎悪の念をクローズアップして伝える。そのような憎悪の念は、自然であるがゆえに単純明快で、それゆえ感情に訴えやすい。しかし、被害者の心情がさほど一面的でも単純でもない[11]ことは、時々良心的なマスコミによっても伝えられるところである。被害者や遺族はマスコミの過剰取材によって大きく傷付けられている。悲嘆に

11) この点につき参考になるものとして次のものがある。「少年犯罪当事者の会代表の武るり子さんのお話をお聴きする機会を設けていただいた。その際武さんは『自分の子がなにゆえに命を奪われなければならなかったのか知りたい』ということを最も強調しておられた。…多くの遺族が殺人、傷害致死で原則逆送を求めたのも、逆送によってようやく情報が遺族に入るから、という（これに対し、厳罰化については遺族の間でも意見が分かれるとのこと）。…ところが、マスコミで主張されるのは主として報復感情の側面で（これも重要性は否定しないが）、『知りたい』という側面はそれほど重視されてこなかったように思う。遺族感情をある種政治的に利用されているようにも私は感じる。…武さんは、弁護士に相談に行った際、その多くの場合にひどく傷つけられたという。すなわち犯罪被害の話を聞くや否やすぐにお金（損害賠償）の話を始められることは耐えがたいとのこと。…（その一方で、涙を流して一言『悔しいね』と言った警察官には救われたとのこと）。…犯罪被害者が求めているものは法的支援よりもっと広い支援であるようだ。そのためには、弁護士としても、カウンセラーのように相手の話を聴いて共感する姿勢のせめてひとかけらは必要だと感じた。」（54期司法修習生・ラビ「修習生実務講座『犯罪被害者支援を学ぶ』青法協大阪支部ニュース257号2001年1月20日5頁）

暮れている遺族や幼い子供にまでカメラやマイクを向け、センセーショナルに報道する。これほどむごいことがあろうか。コマーシャリズムは、被害者や国民の人間としての連帯の心をズタズタにしかねないのである。

（2） 迷惑行為・ハラスメント・軽微な非行誘発行為の重罰化

もう1つの流れは、従来は単なる迷惑行為として社会内の任意の関係における自主的解決にまかされてきた行為や軽犯罪に過ぎなかったものを普通の犯罪にまで引き上げようとする立法である。

この期の特徴として特筆すべきなのが第1に、「ストーカー行為等の規制等に関する法律」（平成12年5月24日法律第81号）である。これは迷惑行為ないし嫌がらせを軽犯罪でなく普通の犯罪にまで格上げしたものだが、警察署長による警告や公安委員会による禁止命令という新たな規制手法を導入している点も新しい特徴である。

第2は、最近、かなりの地方自治体が迷惑行為ないしハラスメント行為を規制するために、不安防止条例を制定したり、迷惑防止条例を改正・新設していることである。迷惑行為に対する刑罰を引き上げる傾向が一般的だが、無言電話を処罰できるようにしたり（新潟県、京都府）、鹿児島県や宮崎県、岩手県の条例のように、恋愛感情・好意の感情あるいはそれらが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的以外のストーカー行為をも処罰の対象とするものが現れるに至っている。新潟県のように、サッカー場などでのフーリガン行為への対策をもにらんで今回新たに条例を制定したところもある。

第3は、未成年者喫煙禁止法および未成年者飲酒禁止法の2度に渡る一部改正である。まず、①未成年者に対するたばこ等の販売禁止違反に対しても両罰規定を設け、②たばこ等の販売や酒類の提供禁止違反に対する罰則を強化した（2000年11月改正）。これでも依然として未成年者に対する販売の実態がなくならない状況にあるとして、翌年（2001年12月）なされたのが、販売者や営業者は「年齢の確認その他の必要な措置を講ずるものとする」という規定の新設である。この提案趣旨には、次のような認識が含まれていた。すなわち、「最近の少年非行は、凶悪化、粗暴化の傾向を示しておりますが、こうした少年の多くにおいて、重大な非行に至るまでには、喫煙、飲酒などの問題行動があることが指摘されております。少年補導の大半も、喫煙、飲酒によるものであります。[12]」というものである。しかし、運動団体から要望が出ていた自動販売機の撤去やテレビコマーシャルなどの広告規制は今回も見送られた。

それらのうち第1と第2のものは、意識が敏感になっているからなのか、それとも自治の意欲や力、連帯や寛容の精神の後退か、そのような角度からの分析が必要な動きである。そ

12）衆議院本会議議事録第153回国会第20号平成13年11月29日の大畠章宏内閣委員長による趣旨説明より。

れに対し、第3のものは、犯罪は芽のうちに摘めという発想による。これは、治安立法の発想として古くからあったが、最近では「犯罪は破れた窓から始まる」という理論を基礎にした米国ニューヨークのジュリアーニ市長（当時）の "Zero Tolerance" 政策が有名である。それにヒントを得たといわれる英国の労働党ブレアー政権の犯罪政策 "tough on crime, tough on the causes of crime" にも同様な発想が見られる[13]。もっとも、第1や第2のものにも、小さな犯行を放置しておけば重大な犯罪に繋がるとの発想が付随的に存在する。

岡山県では落書きに罰金刑を科す「快適な環境の確保に関する条例」を準備しているとのこと[14]だが、ねらいは共通するといってよい。

5 今後の課題

（1） 刑事立法でのグロカリゼーションの必要性

以上見てきたように90年代は、ME技術革新に支えられた情報化とそれを基底的推進力として急速に展開する国際化・グローバリゼーションが犯罪政策や刑事立法に直接大きく影響し始めた時期である。とりわけ1994年のナポリ・サミット以降は、サミットや国際会議で犯罪に対する基本政策を決定し、国際条約にまとめあげ、枠組みを決めた上で各国の議会に国内法の整備を迫るという手法が幅を利かすようになってきた。内閣・政府主導の外圧を利用した立法であるといってよい。必ずしも国民の必要性から出発したものではないので、国会での審議がどうしても形式的になりがちだ。けれども、刑法に関し国際条約で提起される内容は往々にして、人権や民主主義にとり大きな問題をはらむことがある。条約の元になる基本政策や条約の原案作成に直接関与するのは各国政府より派遣された人たちであり、どうしても法執行機関側の意向が反映しやすくなる。国際刑事裁判所条約についても問題になった点であるが、国内法の長い歴史のなかで試行錯誤を繰り返しながら築き上てきた法や正義の諸原則、人権保障原則が必ずしも踏まえられないことが多い。法に関する人類の叡智はこれまでのところ国内法においてより豊かに発展・蓄積してきた。しかも、刑事法については国ごとの法制度の違い、とりわけ、自由や民主主義・自治の発展度合い、警察権力の集中度合い、ボランティアの発展度合いなどの違いをも考慮して検討しないと、形は同じでも実際は大きく異なるということになりかねない。今の国際条約先行手法には人権や民主主義に照らし問題が多く、見直しが必要である。

13) ブレアー政権による「第3の道」の犯罪政策の形成過程を詳細に分析したものとして、Andrew Rutherford, An Elephant on the Doorstep: Criminal Policy without Crime in New Labour's Britain, in: Penny Green and Andrew Rutherford(ed.), CRIMINAL POLICY IN TRANSITION, Hart Publishing, 2000, pp. 33-61

14) 朝日新聞朝刊（大阪本社発行2001年11月22日13版1面）

（2） 改めて刑事規制の限界を明らかにすること

国際条約先行型で行われている刑事立法にしても、あるいは被害感情を根拠に進められている厳罰化立法にしても、その犯罪予防における有効性・実効性を検証する必要がある。確かに後者では、犯罪予防効果でなく被害感情を満足させることができるかに立法根拠が求められている。しかし、感情は人によって異なるし、時々の状況に大きく影響されがちなものである。刑罰という制裁がもつ厳しさを鑑みると、罪刑の均衡については、社会的な規範意識を大きく離れることはできないが、悟性のレベルを超えて理性的に判断されるべきである。その際、犯罪予防効果の有無も考慮されるべきことはいうまでもない。

個別行為責任原則を無視した刑法は、その立法根拠となった規制目的を達成できず、実効的でないことを個々の立法毎に論証・実証していくことが重要になっている。

テロ、薬物、組織犯罪との闘いを国家社会の安全保障の問題であるとする見解は刑法観の転回、すなわち ultima ratio から prima ratio への転回をもたらしかねない。

刑法ドグマーティクの中にはわざわざ可罰的違法性論を否定して刑法的違法性論を唱える流れがあるが、この刑法的違法性論は prima ratio 的刑法観に行き着きやすいことに注意する必要がある。刑法は民法や行政法の第一次規範を前提にし、それを担保するための第2次規範である。刑法のこの基本性格を今後とも堅持することが重要になっている。

安全保障的刑法観からは、国家・社会を防衛するために国民に様々な作為義務を課し、その義務違反を不作為犯として処罰するという法構造が基本になっていく。今日では、個別問題での解釈論的帰結如何という小手先の議論でなく、侵害刑法の堅持か、それとも義務刑法への先祖帰りかという戦略的対抗軸を自覚した検討が決定的に重要になっている。

危険社会論をベースにした義務刑法観からは、刑法でも製造物責任を追及したり、英米法流の「絶対責任」を導入しがちである。

また、人間の価値をその人が果たしている個々の社会的機能で評価する機能主義的刑法観は、日本のように結果責任的発想の根強く残っている国では、責任原理や責任能力を軽視する傾向につながりやすい。「人は物や商品ではない」という意味での人間の尊厳性を刑法においても確立するという課題は今後とも追求されなければならない。

事前的予防的規制法化した刑法は、実態において法感情を基準にする規範主義的な弾力的刑法にならざるをえない。日々の社会生活で行われている通常の行為と客観的に見分けることのきわめて難しい行為が犯罪行為とされる例が増えつつある。しかも、その例の多くが予防効果の期待されない象徴的立法であるにすぎない。権力は濫用されがちだという教訓は今後とも大切にすべきである。9月11日テロ後の米国におけるイスラム系市民に対する警察による事情聴取は他山の石であろう。罪刑法定主義は立法批判の基準として再活性化される必

要がある。

（3） 緩やかな制裁を伴なう広汎な介入法の射程

刑法の守備範囲は限られた狭い範囲のものでなければならないというと、それで果たして社会秩序を護れるのか、社会を維持できるのかという疑問ないし批判が投げかけられる。しかし、逆に刑法の守備範囲を拡大しても、国民がそれで失うもの（自由や自治の力、人間としての心の豊かさ、税金）を補ってあまりあるほどの効果は期待できないのではないか。「最良の刑事政策は、社会政策である。」と古くからいわれているように、実は犯罪予防に果たせる刑法の役割は元々限られた小さなものでしかない。経済政策、社会政策や政治のあり方、地域のあり方、企業のあり方こそが決定的に重要なのである。

しかし、そのような政策を実現する過程で、様々なルール違反が行われる可能性のあることは否定できない。ルール違反に対する制裁をすべて放棄することはできまい。もっともこの制裁は、刑罰のように峻厳な作用を伴なうものである必要はない。最も一般的なのは課徴金などの秩序罰であるが、所轄官公庁による警告や公表、民事的な性質の差し止めや処分の活用も考えられる。様々な公私の機関・組織が協同して紛争解決に当たる制度もこれからは増えることであろう[15]。手続保障についても人権が侵害されることのないようそれぞれの制裁に対応したあり方が検討されるべきである。

日本の現状は警察に権限を集中しすぎている。何もかも警察にやらせるということは、何もかも警察はできるということである。これでは機能麻痺に陥るだけでなく、腐敗が生じてしまう。警備公安警察重視を改めたり、警察官を少々増やしても、焼け石に水であろう。警察に頼るということは、市民や地域の自治能力を萎えさすことでもある[16]。これでは社会が衰退してしまう。

（4） 自律を擬制した排除的厳罰型刑法観から自立を支援する連帯的包容型刑法観へ

厳罰化を担う意識は、自己責任を重視する意識であるといっても過言ではない。新自由主義のイデオロギーは、自己責任の前提に自己決定ないし自律をおく。しかし、その現実態は、「自己決定すべきだったから自己責任だ」という構造になる。自己決定・自律は規範的なも

15) ストーカー対策では警察による「警告」や「指導」で大半のストーカー行為が止んだとの報告がある。最近のストーカー規制法や DV 防止法が新しく採用した規制手法、さらにはブレアー政権による「第３の道」の犯罪政策におけるコミュニティ重視の規制方法も、その犯罪政策には多くの問題があるのだが、かかる観点から批判的かつ創造的に検討する必要があろう。

16) 大阪府警における被害者保護の取組みでは、「どぶに飼い犬が落ちた。服が汚れるから、代わりに助けてほしい」といった相談まであったという。ある署の署長は「何でも警察が引受けて当然、という態度でどなりこんでくる。こちらも不祥事続きで弱い立場にあり、むげに断れない雰囲気がある」と打ち明けるとのこと。(「朝日新聞朝刊」大阪本社発行2001年11月26日13版30面)。当面、全国で23万人の警察官を１万人増員するという。しかし、市民相談・生活支援業務を拡大すれば、１万人増では済まなくなろう。自治能力の涵養こそが必要なのである。

のとされ、擬制されるわけである。

「自己責任」は、現在の経済が抱える構造的問題を自由競争市場における「弱肉強食」の力を利用して打開しようとする新自由主義の中核的イデオロギーであるといってよい。このような食うか食われるかの人間関係を当然とするイデオロギーは、人々がもつ連帯や寛容の意識を後退させていく。新自由主義的構造改革によってしか今の事態は打開できないと考える知識人やマスコミは、犯罪についても「自己責任」論からの論陣を張る。これが「世論」となる。多くの人が素朴に抱いている応報感情は理性による調整なしにこの「世論」に呑みこまれていく。市場経済は偶然と欲望の支配する社会である。激動する時代には従来の専門知識が反古にされ、「新しい創造的な」思考が評価される。投機的雰囲気が支配するところでは、感覚的な思い付き、直感も評価される。コマーシャリズムにとっては専門家より素人の直感の方が価値がある。選挙民の欲望に迎合するだけの政治家が増える。ポピュリズムである。

しかし、その道は、悟性と理性を備えた社会的存在である人間の反撃を招かざるをえない。自立を支援し合う連帯型社会、そのような人間関係を投影した刑法観。これを具体的なものにしていくのが、21世紀における今後の課題であるといえよう。