HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント．刑事法学の視点から
Author(s)	城下，裕二
Description	日仏シンポジウム「法の下の平等と刑事規制に関する日仏比較」
Citation	北大法学論集，59(5)，198-205
Issue Date	2009-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35653
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-5_p198-205.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

コメント

刑事法学の視点から

城下裕二

1. はじめに

「法の下の平等」は、刑罰権が現実化するプロセスにおいて、立法・裁判そして刑の執行（行刑）のそれぞれの段階で重要な意味をもつ。ダンティジュアン教授は、今回の報告のなかで、（Ⅰ）犯罪者の処遇の平等と、（Ⅱ）市民の平等とに分けて論じられ、前者については①裁判上の特別の地位の増加と②刑の個別化を、後者については③消費者保護と④差別禁止を検討対象とされた。ここでは、時間の関係から、裁判段階における問題として②刑の個別化を、また立法段階における問題として④差別禁止を取り上げ、これらに関してコメントを述べさせていただきたい。

2. 刑の個別化と「法の下の平等」

まず、刑の個別化について取り上げよう。ここでは、日本での最近の話題を紹介することから始めたい。新聞報道によれば、来年五月に始まる裁判員制度に向けて、最高裁は、裁判員裁判の対象事件の判決をデータベース化し、キーワードを入力するだけで類似事件の刑の重さが検索できる「量刑検索システム」の運用を四月から開始したということである。裁判員裁判では、有罪・無罪だけでなく量刑判断にも国民が関与することになるが、類似の事件で量刑に極端な差が出ないようにするため、裁判員が過去の事例を参照できる（端末に複数の条件を入力すると、類似事件の量刑一覧が検索できる）システムが開発された。来年五月までには、三〇〇〇件以上のデータが蓄積される予定であるという(1)。

この話題を取り上げたのは、この背景にある量刑に対する考え方を推測してみたためである。ここで裁判所によって意図されているのは、「同じような事件については、できるかぎり同じような刑罰を科すべきである」という発想であろう。これは、量刑における「法の下の平等」の実現であるということもできるように思われる。わが国では、かつて（一九八六年）大阪高等検察庁検事長（当時）による「大阪管内では他の地域に比べて一般に量刑が軽い」という趣旨の「寛刑発言」が物議を醸したことがあったが(2)、もしも量刑に地域差あるいは判断者による個人差が頻繁に生じるとするならば、それは法の下の平等に反する事態であるという意見もありうるだろう。ただ、ここで問題となるのは、「同様の事件には同様の刑罰を」という意味での平等思想を貫いた場合に、他方で刑の個別化はどこまで達成されるべきなのかということである。刑の個別化という考え方は、刑罰が最も直接的には被告人自身に作用するものであることに着目して、被告人が改善・更生して社会復帰するためにはどのような種類の、どの程度の重さの刑罰が適当かを判断する、いわゆる特別予防的考慮に基づくものである。一方、量刑検索システムの端末からは、事案の概要、凶器の種類、被害

の程度、共犯者の有無といった一〇数項目の情報を入力することとされている。そこには、「反省の度合い」といった、被告人の主観的事情も含まれてはいるものの、多くは犯罪行為自体に属する要素に依拠することによって「同種の事件」といえるかどうかを判断しようとしているように見える。そして、犯罪行為自体に属する要素によって量刑の大枠を決めて、あとは当該被告人の主観的・個人的事情で微調整をすればよいという基準が採用されているようにも解される。すなわち、そこでは、「罪刑の均衡」を中心としつつ、特別予防的考慮には二次的な位置づけを与えるにすぎない量刑基準が前提とされている可能性がある。しかし、罪刑の均衡を重視するあまり（換言すれば、量刑における「法の下の平等」を重視するあまり）、刑の個別化が軽視され、被告人自身にとっては効果のない、あるいは不必要な、さらには過剰な刑罰が科されることは、決して望ましい事態ではないであろう。罪刑の均衡はたしかに重要な原則であり、法の下の平等にもかなうものかもしれないが、憲法一四条の要請も、合理的根拠に基づく区別的取り扱いは禁じていないはずであり、被告人ごとの事情に応じた刑の適用がその合理的根拠に属することは、最高裁の判例にもあらわれているとおりである[3]。その意味では、刑の個別化は、法の下の平等と対立するものではなく、むしろそれと共存しうるものであり、両者のバランスをいかに図っていくかが重要な課題であるように思われる。

ここで想起されるのは、アメリカ合衆国の連邦量刑ガイドラインである。これは、裁判官による量刑のばらつき（いわゆる量刑較差〔sentencing disparity〕）を一つの契機として、その是正を図り、量刑に統一性をもたらすために一九八七年から施行されている制度である。一九六〇年代のアメリカ合衆国では、刑の個別化の観点から、裁判官に量刑に関する大きな裁量権が与えられた結果、同種の犯罪行為を行った被告人の間で、刑期について合理的な説明のつかない著しい不均衡が生じていることが問題とされ、一時は刑務所暴動の主要な要因ともなっていた。このガイドラインの中心は、被告人の行った犯罪行為の重さが四三の等級に分かれた縦軸と、被告人の犯罪歴が六種類に分かれた横軸からな

る量刑表であり、原則として両者の交わる枠内に示された刑期の上限と下限の範囲内で裁判官が宣告刑を選択するというものである。[4] この制度の施行後、一応は量刑に統一性が回復されたとの評価もあった。ところが九〇年代後半になって、裁判官あるいは検察官らによって、次のような批判が提起された。ガイドラインが、量刑較差の是正に固執した結果、かえって量刑判断から融通性が失われ、個々の犯罪及び被告人の特性に応じた量刑が導かれず、基準そのものにも理論的一貫性が失われるに至った。量刑較差の是正は一つの目的ではあるが、唯一のあるいは最優先の目的ではない[5]――。量刑のばらつき・不統一にあれほど非難の声が上がった合衆国において、こうした批判が登場することは非常に興味深いことである。ここでは、量刑における平等の実現に拘泥する一方で、刑の個別化が軽視されることへの危惧感が表明されているともいいうるであろう。

ダンティジュアン教授は、フランスにおいて刑の個別化が格段に進んだ結果、裁判官の裁量権が拡大し、多様な偶然的要素による判断が行われ、判断者の恣意性が排除できなくなっているという懸念を表明された。たしかに、刑の個別化には判断者の裁量が不可避である。しかし、裁量に委ねるということは、主観的恣意を許すことと同義ではなく、そこに客観的合理性が備わらなければならないのは当然である。したがって、重要な点は、刑の個別化を縮減することではなく、平等原則の下でそれが公正に行われる方策を追求すべきところにあるといえよう。

3. 差別禁止と「法の下の平等」

次に、差別禁止の問題に移ろう。報告で紹介されたフランス刑法における差別行為処罰立法は、わが国の労働基準法（三、四、一一九条一号）あるいは国家公務員法（一〇七、一〇九条八号）・地方公務員法（一三、六〇条一号）などと比較

しても、社会生活上の差別的取扱いを、より広範囲に犯罪化しているものということができる。たしかに、社会における一定の差別行為を犯罪とし、これを処罰することは、差別行為に対する最もダイレクトで強力な国家的対応であるということができる。しかしながら、差別は歴史的・社会的に形成され、存在し続けてきたものであり、その根本的な解決は、最終的には、差別を生み出し、助長してきた社会的諸条件の解消によってもたらされるべきであることはいうまでもない。もちろん、一般の犯罪行為も、社会的諸条件の解消によって根本的解決が図られるべき面があるという点では差別による犯罪行為と同様である。ただ、差別行為の場合、その発生要因としての社会的諸条件が与える影響力が、一般の犯罪行為の場合よりもより直接的であることは、差別の歴史が教えるところではないであろうか。差別問題を解決するための国の中心的な役割は、被差別者の生活・環境の改善、国民に対するキャンペーンなど、差別を解消できる社会的諸条件を整備するための諸施策を積極的に立案・実行することにあり、差別行為を犯罪化することに向けられるべきではないように思われる(6)。こうした考え方は、「最後の手段」としての刑法の謙抑性・補充性の原則によっても支持されるものであろう。その意味では、報告においても紹介されていた、二〇〇四年一二月三〇日の法律によって認められた権利救済機関であるHALDEへの提訴といった方向が、差別問題の解決にとってはより妥当であるといえよう。

もっとも、別の視点から見るならば、差別行為を刑法によって禁止し、処罰するという方向性は、フランス刑法典全体を貫く精神とでもいうべきものによって支えられているということもできる。それは、ある日本人研究者の言葉を援用するならば「あらゆる差別に対する毅然とした態度と『弱者』保護の徹底(7)」である。先に見たフランス刑法典における一般的な差別行為の処罰規定は、「人の尊厳に対する侵害」という章（第二部第五章）のもとに、売春あっせん罪、死体に対する侵害罪、不正労働罪などと共に定められている。ここでは、「人の尊厳」という価値が、保護の客体すなわち法的保護に値する利益（ドイツ刑法にいう「法益」）として認められていることが注目されるのである。また、フ

ランス刑法典では、殺人罪（二二一―二条以下）、暴行罪（二二二―七条以下）などにおいて、一五歳未満の未成年者、身体的若しくは精神的な欠陥又は妊娠によって著しく脆弱な状態にあることが明白な者、正嫡関係若しくは自然的関係の尊属又は養親などに対して行われた場合について加重処罰規定が存在する。社会的弱者とされる人々は、それ以外の人々よりも、刑法的に「手厚く」保護されているのである。こうした規定の存在が、差別行為の禁止・処罰を側面から支えているということができよう。

しかし、こうしたフランス刑法の特質というべきものに対しては、いくつかの検討課題を挙げなければならない。

まず、「人の尊厳」という法的保護の客体は、個別の規定における処罰範囲を明確に画することができるのかという問題がある。刑法の規定の解釈にあたって、保護の客体は、何が処罰に値する行為かを示すと同時に、何が処罰されるべき行為ではないのかを示す指針として重要な意味をもつ。その面から見ると、「人の尊厳」はかなり抽象度の高い概念であり、個人の生命・身体・自由・名誉などに対するほとんどすべての侵害行為における保護の客体といえなくもない。個々の規定の解釈に際して、明確な指針足りうるかは、疑問なしとしない。

さらに、先に見たように、一定の犯罪において、被害者の特性ないし属性が、刑の加重事由として規定されていることをどのように理解すればよいであろうか（一般の故殺が三〇年の懲役とされているのに対し、加重的故殺は無期懲役）。特に、尊属に対する故殺が加重的故殺とされている（二二一―四条一項二号）ことについては、わが国で違憲とされ削除された[8]尊属殺人罪（刑法旧二〇〇条）に対して投げかけられた諸批判、すなわち社会的身分を理由とする不合理な取扱い、さらには法と倫理の混同といった非難が妥当することになるだろう。これらの被害者を「手厚い」保護の対象とする合理的理由が明らかにされなければ、かえって法の下の平等との軋轢が生じることになる。この点を別にしても、たとえば一五歳未満の者に対する故殺が加重的故殺とされている（同一号）根拠が、仮に「児童・青少年の保護」にあ

るのだとすれば、それはすでに社会的ないし公共的利益に属するものであって、殺人罪という個人的利益に対する罪の保護の客体（本法では「人の尊厳」）を超えるものではないかという疑問が残る。当該規範の保護目的に属さない利益が侵害されたことを理由に重く処罰することは、刑法の基本原則である罪刑法定主義に反するおそれがある。

ダンティジュアン教授は、差別行為を禁止・処罰する立法的介入が繰り返されることによって、最終的には差別がかえって顕在化するという問題点に言及された。私見ではこれに加えて、差別行為の禁止を逃れようとする脱法行為が増加し、やがては差別が潜在化する危険性を指摘したい。すなわち差別行為の禁止には、差別の顕在化と潜在化が周期的に訪れるのではないかという懸念がある。わが国でも、たとえば障害者基本法に罰則を導入すべきかどうかについて議論が続いているが、刑事罰の立法に際しては、こうした、一種の副作用にも配慮が必要ではないだろうか。

（1）読売新聞二〇〇八年五月二三日付朝刊。

（2）石原一彦「量刑地域差の是正」罪と罰二四巻一号（一九八六）二頁以下。さらに、同「刑罰の機能発揮と量刑の適正」法の支配七〇号（一九八七）三頁以下参照。

（3）たとえば、最大判昭和二三年一〇月六日刑集二巻一一号一二七五頁は、共同被告人のうちの一名を犯情の差異を理由として他の者より重く処罰することについて「事実審たる裁判所は、犯人の性格、年齢及び境遇並に犯罪の情状及び犯罪後の情況等を審査してその犯人に適切妥当な刑罰を量定するのであるから、犯情の或る面において他の犯人に類似した犯人であってもこれより重く処罰せられることのあるのは理の当然であり、これを目して憲法第一四条の規定する法の平等の原則に違反するということはできない」と判示している。

（4）このガイドラインのマニュアルは、http://www.ussc.gov/GUIDELIN.HTM で閲覧することができる。

（5）こうした指摘をするものとして、Kate Stith and José A. Cabranes, Fear of Judging : Sentencing Guidelines in the Feder-

al Courts, 1998.（紹介・城下裕二［二〇〇〇―二］アメリカ法三〇〇頁以下〔同『量刑理論の現代的課題』（成文堂、二〇〇七）二二八頁以下所収〕）がある。

（6）平川宗信『刑法各論』（有斐閣、一九九五）二六六頁参照。

（7）島岡まな「フランス刑法の最新動向と日本法への示唆」ジュリスト一三四八号（二〇〇八）一七〇頁。

（8）違憲とされたのは、最大判昭和四八年四月四日刑集二七巻三号二六五頁においてであったが、削除されたのは平成七（一九九五）年の刑法の一部改正の際であった。削除の経緯については、麻生光洋＝井上宏＝三浦透＝園部典生「刑法の一部を改正する法律について―表記の平易化等のための刑法改正―」ジュリスト一〇六七号（一九九五）二二頁以下を参照。