HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑法の社会的機能の変容
Author(s)	佐伯, 仁志
Citation	新世代法政策学研究, 11, 1-21
Issue Date	2011-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45689
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP011_001.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

GCOE 全体研究会

刑法の社会的機能の変容

佐　伯　仁　志

Ⅰ　はじめに

ご紹介いただきました佐伯です。本日は、お招きいただきまして大変光栄に存じます。

本日の題は「刑法の社会的機能の変容」というものですが、このテーマは、瀬川信久先生にご示唆をいただいたものです。もちろん平野龍一先生の「現代における刑法の機能」という名論文を念頭におかれているわけで、私には荷が重いのですが、せっかくいただいた機会ですので、お引き受けさせていただきました。関連する事柄についてあれこれ思いつくままに話しをさせていただく、大変雑ぱくな内容のものになってしまいそうですが、何らかのお役に立てれば幸いです。

最初に、平野先生の「現代における刑法の機能」の内容を簡単に紹介しておきたいと思います。この論文は、1965年に刊行された岩波書店の『講座現代法第11巻現代法と刑罰』という本に発表されたもので、平野先生が翌年に出版されました『刑法の基礎』（有斐閣、1966年）に収録されています。

その中で平野先生はいろいろと重要な指摘をなされているのですけれども、本日の話に関連する指摘を簡単にまとめますと、まず第１に、戦後の国家主義から個人主義への価値の転換があったにもかかわらず、そのことが刑法学に必ずしも反映していない、と従来の刑法学を批判された上で、刑法の目的、少なくともその主たる目的は、国家自身の保護や倫理、秩序の維持にあるのではなく、個人の生命、身体、自由、財産の保護にある、と主張されています。そして、刑法が、このような個人の法益を保護する

場合には、個人間の利益の調節の手段としての性格を持っている、という大変興味深い指摘をされています。

次に、平野先生は、国民生活の向上と安定に伴って被害感受性が増大し、市民的安全保護の要求が強くなってくるであろう、と指摘されています。そして、市民的安全のためであれば、常に直ちに刑法を発動してよいわけではなく、刑法の補充性、断片性、寛容性が重要であるとされながらも、次のように述べておられます。論文から引用しますが、「市民的安全の保護の要求の巨大化自体は無視できない要素である。これを無視することは、個人という価値への無関心を示すものである。ここでは刑法は、弾圧の手段としてではなく、個人間の利益の調節の手段としての性格をもつ。したがって、治安刑法や倫理秩序維持の場合と異なり、刑法がいくらか積極的になってきてもよいのである。今後は、これらの要求をいかに調和し、いかにして刑法の適当な限界を発見し、いかにして副作用を避けつつ本来の効果を発揮させることができるか等々の問題を解決してゆくことが重要である。それがまさに社会統制の技術の学問としての刑法の任務にほかならない」。

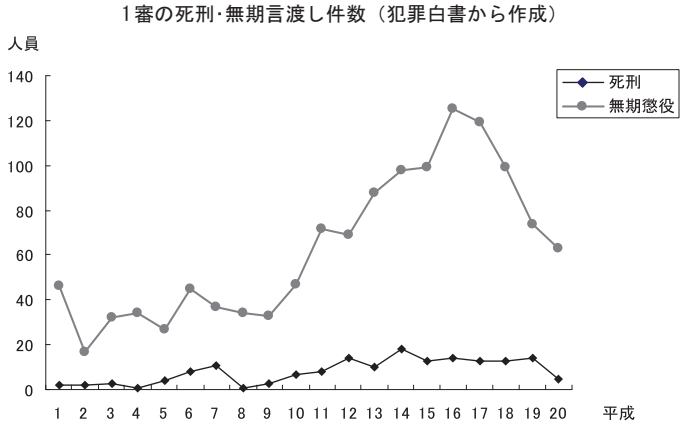
第 3 に各論的な話では、日本の刑法は財産に対する罪の処罰範囲が諸外国に比べて広いことを指摘されます。そして、財産犯は、経済的活動が合理的、打算的に行われるため刑罰の威嚇力が働く余地が大きく、被害者学の観点から見ても親密でない者同士が多いので、刑罰という1次的集団を超えた制裁方法に親しみやすいともいえるが、他方で、経済的利益は賠償すれば、ほとんど完全に損害を回復することができるから、刑罰を用いる必要がないともいえる、と指摘されています。その上で、日本で財産に対する罪の処罰範囲が広い原因として、明治以降発達した個人の企業が急激に発達しようとし、しかも底の浅いものであったために、強力な国家の保護を要求したという事情があり、それにもかかわらず他方では民事裁判制度が十分に機能せず、民事訴訟による保護では間に合わないことが多かったため、刑事制裁は民事的救済の肩代わりとして経済的活動保護の機能をも営まされた。つまり民事的コントロールの代替として刑法が用いられたと分析されています。

平野先生の論文が発表された1965年がどのような年だったかといいますと、前年の1964年に東海道新幹線が開業し、東京オリンピックが開催されています。1965年は山陽特殊製鋼が倒産し、山一証券に対する日銀特融が行われた、いわゆる証券恐慌の年ですが、景気は年末から回復に向かい、以後1970年までいわゆるいざなぎ景気が続きます。1968年には GNP が世界第 2 位になっています。それから45年、約半世紀が経過したわけですが、この間、日本は高度経済成長期を経て80年代後半のバブル景気とその後のいわゆる失われた10年を経て、21世紀もすでに10年が過ぎようとしています。

この間に刑法の社会的機能に変化があったかが本日のテーマですが、最近の目立った動きとして、刑事立法が極めて活発に行われたということがあります。末尾の資料をご覧いただきたいと思います。1999年に組織的犯罪処罰法、通信傍受法が制定され、それ以降、毎年のように刑法の一部改正や刑事関連の立法が行われていることがお分かりいただけると思います。刑法の改正はなかなか進まないことで有名だったのですが、最近は立て続けに刑事立法が行われています。

先ほど司会の城下裕二先生からご紹介いただきました有斐閣の法律講演会では、「新時代の刑法学」という題で、最近の立法の動きについて話をいたしまして、このような動きは、国際化（グローバル化と言った方が適当かもしれません）と被害者という 2 つのキーワードで説明できるのではないかということを述べました（法教361号23頁以下（2010年）参照）。

この間の動きを表すもう 1 つのキーワードとしてよく使われているのが厳罰化という言葉です。2000年の少年法改正によって逆送年齢、少年に刑事処分を科すことのできる年齢が引き下げられ、一定の重大犯罪については原則逆送の制度が設けられました。2001年の刑法改正によって危険運転致死傷罪が新設され、2004年には、有期自由刑の上限の引き上げ、性犯罪の法定刑の引き上げ、公訴時効の延長などの改正が行われています。2005年には、人身売買罪の新設や逮捕・監禁罪の法定刑の引き上げが行われました。2007年には、自動車運転過失致死傷罪が新設され、道交法が改正されて飲酒運転やひき逃げの法定刑も引き上げられました。2010年には、刑法や刑事訴訟法を改正して公訴時効や刑の時効を重大犯罪については廃止し、あるいは期間を延長することが行われています。これら一連の立法が厳罰化という言葉でくくられているということです。実際の量刑においても、次のグラフに見られますように、1998（平成10）年以降第 1 審の死刑と無期懲役の言渡し人員が急増しています。



Ⅱ　市民的保護の要求とペナル･ポピュリズム

1　日本におけるペナル・ポピュリズム

平野先生は、国民生活の向上と安定に伴って被害感受性が増大し、市民的保護の要求が強くなり、それが刑罰の加重につながるという指摘をされたわけですが、その後どうなったかというと、高度経済成長期には比較的寛容な刑事政策が続いたように思われます。厳罰化と評されるような立法や量刑が見られるようになったのは、ここ10年ほどなわけです。このことは、国民生活の向上と安定に伴って市民的安全保護の要求が強くなったとしても、それだけでは直ちに厳罰化につながるわけではないことを示しているのではないかと思われます。

この点で注目されるのがペナル・ポピュリズム（Penal Populism）という概念です。最近の厳罰化傾向は、日本に限ったことではなく、多くの先進諸国で見られる現象であり（特にアメリカとイギリスに顕著です）、これを説明する考えとして指摘されているのがペナル・ポピュリズムです。この問題に関しては、浜井浩一教授の責任編集で日本犯罪社会学会から『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』（現代人文社、2009年）〔以下、単に『ポピュリズム』として引用する〕という論文集が発行されています。浜井教授によれば、ペナル・ポピュリズムとは、マスコミが劇場的な犯罪

報道を繰り返すことで、事実と関係なく、治安が悪化したと多くの市民が不安感をもつようになり、それが刑事司法制度に対する批判につながり、政治家を巻き込んで、法と秩序キャンペーンが起こり、厳罰化に至る現象です。刑事司法の専門家が批判され、軽視され、一般市民の「常識」が重視されるようになるという、専門家に対する不信がその特徴として指摘されています（浜井浩一「はじめに」『ポピュリズム』1頁以下参照）。市民が治安に不安感を持ち、政治家を巻き込んで厳罰化にいたるというペナル・ポピュリズムのメカニズムは、国によって程度はさまざまですけれども、日本でもやはり見られると思われます。

体感治安という言葉が用いられるようになったのは1990年代からのようですが、1994年の松本サリン事件、1997年の地下鉄サリン事件、さらに、犯罪ではありませんが同年の阪神・淡路大震災などの発生によって、「安全神話の崩壊」ということが言われるようになり、世論調査において回答者の9割近くが日本の治安は悪くなったと思うと答えるようになりました（内閣府「治安に関する世論調査（平成16年7月）」参照）。このような国民の意識は、必ずしも実際の統計データに裏付けられたものではありませんが、多くの国民が治安が悪化していると感じていること自体が大きな意味をもったと思われます。

もう一つ注目されるのが、現在の生活や将来に対する国民の不安、あるいは不満の増加です。1970年には世論調査で自分の生活程度を中と感じる者の割合が9割となり（「国民生活に関する世論調査（昭和45年1月）」参照）、いわゆる「一億総中流」社会と呼ばれました。しかし、規制改革の時代を経て、格差社会が大きな社会問題とされるようになったのです。実際に日本が諸外国と比べて格差が大きいのか、規制改革を通じて格差が拡大したのかについては議論がありますが、ここでも、格差社会になったと多くの国民が感じていることが重要です。実証する能力は私にはありませんが、絶対的な豊かさではなく、国民の社会の格差に対する不満や現在および将来に対する不安が、厳罰化の要求につながったのではないかと思われます。

国民の間に厳罰化の要求が強くなっても、それが現実の立法につながるためには、世論と立法をつなぐ別の要因が必要です。それが、被害者の権利運動の活発化とこの間の政治の動きだったと思われます。

宮澤節生教授は、先ほどご紹介しました論文集に収められた論文の中で、①1999年から2001年にかけて司法制度改革審議会が内閣の下に置かれたことによって、刑事立法に対する法務省のコントロールが失われたこと、②1996年に導入された小選挙区制が、世論に対する政治家の応答性を高めたこと、③2000年に結成された全国犯罪被害者の会、特に元日本弁護士連合会副会長である代表幹事が政治的に大きな影響力をもったことなどを、厳罰化につながった立法の要因として指摘されています（宮澤節生「日本のポピュリズム刑事政策は後退するか」『ポピュリズム』183頁以下参照）。

例えば、私も法制審議会の幹事として関与しました2001年の危険運転致死傷罪の新設の過程では、1999年11月に東名高速を走っていた乗用車に飲酒運転の大型トラックが追突して後部座席の姉妹が焼死した事件の両親や、2000年４月に飲酒・無免許運転により死亡した大学生の母親が法改正運動を行い、2001年10月に法務大臣へ37万人以上の署名を法務大臣に提出しています。このような被害者遺族の運動が立法に大きな影響を与えたことは疑いないと思います。被害者や被害者遺族の方が法務省や警察庁の立法のための研究会や法制審議会の部会で意見を述べられるようになるのもこの頃からだと思われます。

もっとも、日本で、アメリカやイギリスなどと同様にペナル・ポピュリズムが力を持ったかについては、異論もあります。浜井教授は、強固な司法官僚組織を有する日本は、ペナル・ポピュリズムに最も強い抵抗力を有しており、近年の改革は、市民・被害者遺族・政治家の圧力があったとはいえ、司法官僚である検察官のスクリーニングを経て実現されたものである、という指摘をされています。検察官の役割が、厳格な刑罰権の行使による正義の実現や刑罰運用による治安の維持にある限り、厳罰化はそれを実現する手段であり、検察官の権限を拡大する手段でもあり、検察官にとって歓迎すべきことであるといわれるのです（浜井浩一＝Tom Ellis「日本における厳罰化とポピュリズム」『ポピュリズム』90頁以下参照）。日本の近時の動きをペナル・ポピュリズムの現れと理解される宮澤教授も、法務省と検察官は、被害者参加などの刑事手続の根本的変更については、自民党政治家の強い圧力の下で、渋々受け入れ、単純な刑罰の引き上げ（厳罰化）については、積極的にリーダーシップを発揮した、と結論づけておられます（宮澤・前掲194頁参照）。

たしかに、厳罰化とそれによる権限の拡大を歓迎している検察官も多いだろうとは思いますが、立法を担当した法務省の検察官僚が厳罰化を歓迎して積極的に推進したかというと、もう少し受け身の対応であったのではないか、というのが私の実感です。

アメリカの厳罰化や過剰拘禁について多くの研究を発表されているジムリング（Franklin E. Zimring）教授が、1994年に東京大学で講演をされた際に、アメリカは犯罪対策が常に選挙の争点となっていることや、多くの州で裁判官や検察官が公選であることなどから民意がダイレクトに刑事政策に反映されやすい政治制度になっているので、これを抑制するために専門家による中立的な委員会（量刑委員会が典型ですが）を設けて刑事立法を任せることを提案されました。その際に、私は、日本では法制審議会という専門家を集めた委員会があって、その審議を経なければ刑法を始め基本法の改正はできないので、教授が提案されるような制度になっているとジムリング教授に説明したのですが、法制審議会の中立性・独立性は、当時私が思っていたよりも脆弱なものであったかもしれません。

皆さんご記憶のことと思いますが、1997年６月に議員立法によってストック・オプション制度を導入する商法改正が実現したことは関係者に大きな衝撃を与えました。刑事法の分野では、難航していた少年法の改正が2000年に議員立法によって実現しています。このように基本法であっても議員立法によって改正がなされるということになると、与党の強い意向が示されている場合には、法務省の立案担当者や法制審議会の関係者に対して、迅速に、しかも基本的には与党の意向に沿った形で立法案の諮問を行うよう強いプレッシャーが働きます。与党の意思を無視すると議員立法によって基本法が改正されてしまうからです。このような状況の下では、議員立法に任せるよりは、限られた選択肢の中であれ専門家の手でできるだけ望ましい案を作成するという方向になることは避けがたいように思います。

２　交通事犯の厳罰化

とはいえ、危険運転致死罪の立法は、私の予想以上の（おそらくは多くの関与者の予想以上の）厳罰化につながりました。この点は予想が甘かったと言われれば、その通りだと答えざるを得ません。

まず、第１に、同罪の施行後に、ひき逃げの多発が問題になりました。危険運転行為を事後的に証明することが困難であり、危険運転致死傷罪の法定刑が極めて重いので、道交法違反で処罰されたとしても逃げ得になってしまうからです。そこで、2007年の道交法改正でひき逃げ（救護義務違反）の法定刑が５年以下の懲役又は50万円以下の罰金から10年以下の懲役又は100万円以下の罰金に引き上げられました。人の死傷が運転者の運転に起因する場合という要件がついていますが（117条２項）、ひき逃げが問題になるのは主にこのような場合ですから、限定の意味はあまりありません。

もっとも、ひき逃げの件数は、次の図を見ていただくとおわかりのように、2001（平成13）年12月25日に危険運転致死傷罪の規定が施行された後に急増したわけではなく、その前の年から急増していますし、施行後も増加しています。また、ひき逃げ件数は、法定刑引上げの前年の2006（平成18）年から減少し始めていますので、刑罰の効果はここでも不明といわざるをえません。

ひき逃げ事件発生件数（犯罪白書から作成）

平成(年)	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
件数	8,781	14,050	16,503	18,582	19,422	19,960	19,660	18,366	15,474	14,157

第２に、危険運転致死罪の導入によって、同罪が適用される事件では、懲役20年を超える刑が出されるようになりました。例えば、導入の契機となった東名高速での姉妹の焼死事故では、被告人は懲役４年の刑でしたが、2006年８月福岡で市職員の車が追突して幼児３人が死亡した事故では、福岡高裁（福岡高判平成21・5・11判タ1323号65頁）が、危険運転致死罪の成立を否定した原判決（懲役７年６月）を破棄して、危険運転致死罪の成立を認め、被告人を懲役20年に処しています。

このように危険運転致死罪が適用される事件に重罰が科されるようになると、同罪が適用されない事件の被害者遺族が強い不満を示すようになり、通常の業務上過失致死罪が適用される事件との量刑格差が問題にされるようになりました。そこで、間を埋める意味で2007年に新設されたのが自動車運転過失致死傷罪で、法定刑の上限が５年から７年に引き上げられました。厳罰化のスパイラルが生じたわけです。

厳罰化は刑罰によるものだけではありません。宮澤教授が、先ほど紹介した論文の中で、新聞で「厳罰化」という言葉が使われている頻度をペナル・ポピュリズムの指標の一つに使われているのに示唆を受けて、私も朝日新聞のデータベースで「厳罰化」という言葉が使われた記事を検索してみたところ、「厳罰化」という言葉は交通事故関係の記事で使われた例が多く、その中には懲戒免職処分に関する記事が多く含まれていました。福岡の事件の後、福岡市長が「飲酒運転は即懲戒免職」と表明してから、全国の地方自治体で、懲戒規定を改正して、飲酒運転をした職員を懲戒免職処分にするところが増えたようです。これなどは、広い意味でのペナル・ポピュリズムの現れといえるのではないかと思います。酒気帯び運転等の飲酒運転の中では軽い類型の違反に対して直ちに懲戒免職処分を課すことについては、行政訴訟において裁量権の逸脱、乱用であるとして、これを取り消す判決が相次いでいるようでして、司法が厳罰化に対する歯止めの役割を果たしているようです。

３　医療過誤への刑事的対応

ペナル・ポピュリズムは、専門家に対する信頼の低下が一つの特徴とされているのですが、わが国で、被害者意識の増大と専門家に対する信頼の低下が処罰の拡大につながった事例として、医療過誤があります。正確な統計はないのですが、飯田英男教授が医療過誤事件の裁判例を収集されておりまして、その結果をまとめられた『刑事医療過誤』（判例タイムズ社、2001年）および『刑事医療過誤Ⅱ（増補版）』（判例タイムズ社、2007年）によると、戦後から1999年１月までの裁判例が137件であるのに対して、1999年1月から2004年４月までの裁判例は79件にのぼっています。注目されるのは、1999年１月までの137件のうち公判請求が73件、全体の53％、略式命令が64件、全体の47％なのに対して、1999年１月以降では79件のうち公判請求が20件全体の25％、略式命令が59件、全体の75％となっていて、略式命令の割合が増えていることです。このことは、それまで起訴されていなかった軽微な過失事例まで略式手続で起訴されるようになっていることを意味しているのかもしれません。あるいは、1999年１月以前の略式命令の収集が必ずしも網羅的でないということを意味しているのかもしれませんが、仮にいくらかの収集漏れがあるとしても、最近、刑事責任の

追及が急増していることは間違いないと思われます。

このような刑事事件の急増の原因としては、①被害者や被害者遺族の処罰感情が増大したこと、②1999年２月に発生した都立広尾病院事件の影響で医師法21条による異状死の届出件数が急増したこと、③1999年の横浜市立大学付属病院事件、2000年の都立広尾病院事件、埼玉医大病院事件、2002年の慈恵医大青戸病院事件などの医療過誤事件がマスコミで大きく採り上げられることによって医療関係者に対する不信が増大したことが指摘されています。

もっとも、このような傾向は、最近になって変わりつつあるのかもしれません。福島県立大野病院で2004年12月に帝王切開手術を受けた産婦が死亡したことについて、手術を執刀した産婦人科の医師が業務上過失致死と医師法違反の容疑で逮捕され、起訴された事件が、医師の大きな反発を招き、医療崩壊ということが社会問題になりました。そして、2008年８月にこの事件で無罪判決（福島地判平成20・8・20季刊刑事弁護57号185頁）が出たことによって、医療過誤事件に対する世論さらには司法関係者の反応が変わってきているかもしれません。近年増加していたのは、刑事事件だけではなく民事事件も急増していましたが、最高裁のホームページからとってきた医療関係訴訟事件の処理状況と認容率を示した次の表を見ますと、医療関係訴訟事件の新規提訴数、認容率ともに急減しています。確たることは言えませんが、社会の風向きの変化と関係があるのかもしれません。

1　医事関係訴訟事件の処理状況及び審理期間　（平成12年～平成21年）

年	新受	既済	平均審理期間（月）
平成12年	795	691	35.6
平成13年	824	722	32.6
平成14年	906	869	30.9
平成15年	1,003	1,035	27.7
平成16年	1,110	1,004	27.3
平成17年	999	1,062	26.9
平成18年	913	1,139	25.1
平成19年	944	1,027	23.6
平成20年	877	988	24.0
平成21年	733	952	25.2

3　地域民事第一審通常訴訟事件・医事関係訴訟事件の認容率

（平成12年～平成21年）

区分／年	地域民事第一審通常訴訟事件		医事関係訴訟事件
		（うち人証調べ実施）	
平成12年	85.2	68.7	46.9
平成13年	85.3	68.7	38.3
平成14年	84.9	68.2	38.6
平成15年	85.2	68.7	44.3
平成16年	84.1	67.4	39.5
平成17年	83.4	65.4	37.6
平成18年	82.4	63.5	35.1
平成19年	83.5	63.8	37.8
平成20年	84.2	62.4	26.7
平成21年	85.3	62.5	25.3

4　仇討ち刑罰感と民事法的刑法観

厳罰化傾向との関係で、以前から気になっていますのが、国家は被害者遺族の仇討ちを禁止する代わりに被害者に代わって犯罪者を処罰しているという考え、私は「仇討ち刑罰観」と名付けているのですが、「仇討ち刑罰観」が被害者遺族の間で強く、マスコミもこれを当然のことのように報道していることです。ちなみに、犯罪者に刑罰を科すことそれ自体が正義にかない正当化されるというカント流の絶対的応報刑思想は、天に代わって悪を討つとうことで「桃太郎侍的刑罰観」と呼んでいます。

「仇討ち刑罰観」からは、検察官は被害者の代理人にすぎませんから、現在の被害者参加制度は、当然の権利が認められただけで、まだまだ不十分ということになるのでしょう。

しかし、「仇討ち刑罰観」は、現代の国家刑罰権の理解として妥当でないだけでなく、歴史的事実としても疑問があるように思います。法制史の専門ではないので間違いがあったらお許しいただきたいのですが、ヨーロッパでは、被害者または親族集団による復讐権を国家が吸収していって国家刑罰権が成立したとされていますが、日本では、そのような歴史は確認できていないように思われます。江戸時代に仇討ちが認められていたことが「仇討ち刑罰観」の証拠のように言われていますが、江戸時代の仇討ちは、尊属の仇討ちは認められていましたが、卑属の仇討ちは認められてい

なかったことからも明らかなように、封建道徳に基づく制度であって、私人の復讐権を認めたものではありません。日本の刑罰権は、古代以来、被害者の復讐権とは別個のものであったのではないかと思われるのです。

この点は、平野先生が「現代における刑法の機能」と同じ年に発表された「日本刑法の特色」という論文においてすでに指摘されていたことでもあります。先生は、日本の刑法が自己抑制的であることを指摘されたうえで、論文から引用しますが、これは「日本文化の特徴に由来すると思われる。ヨーロッパでは、刑法は、復讐に起源をもつとされている。しかし、日本の刑法の歴史をさぐると、復讐の痕跡を見いだすことができない。それは、あまりに早い時期に、支那の発達した復讐的色彩の弱い刑法が、日本刑法に影響を及ぼしたため、復讐の慣習が法文にあらわされるに至らなかったのであるかもしれない。しかし、日本の神話を瞥見しても、北欧神話などに比べると復讐の色彩が弱いことに気づくであろう。その後、ヨーロッパではキリスト教の厳格な倫理によってこの復讐的欲求が正当化され強化されたのに対し、日本では寛容な仏教の影響が強かったので、もともと存在した差異は、ますます大きいものとなった」と指摘されています（平野龍一「日本刑法の特色」『刑法の基礎』148－149頁）。

仮に、刑法の自己抑制性・謙抑性（温情主義という言葉が使われる場合もあります）が日本の法文化の伝統だとすると、近時の厳罰化は一時的な現象であるのかもしれません。そう願いたいものだと思います。裁判員制度が始まって、検察官の求刑を上回る量刑がなされた判決がいくつか報道され、性犯罪、特に強姦事件の被告人に対する量刑が重くなっていると言われています。しかし、アメリカの実験では、一般市民の多くは、裁判所の量刑は甘すぎると考えているが、実際に量刑をしてもらうと、多くの人は、裁判所の量刑よりも軽い刑を選択する傾向にあるという結果が出ていまして、日本の裁判員裁判でも強姦事件など一部の犯罪は別として従来の量刑よりも重くなることはないのではないかと予想しています。

仇討ち刑罰観については、もう一つ気になっていることがあります。平野先生は、国家主義から個人主義への価値の転換に対応して、刑法の目的は、個人の生命、身体、自由、財産の保護にあると理解されなければならないと主張されました。先生は、戦前から続いていた国家主義的刑法観を念頭に批判を展開されたわけですが、昭和40年代以降に育った刑法学者の

間では、平野先生が主張されたような刑法観は自明のものになっていると思います。それでは、平野先生が続けて、「刑法は、個人間の利益の調節の手段としての性格をもつ」とおっしゃった点はどうか。このような刑法観は、社会的機能の点で、刑法を民法と同列に置くものといえます。私自身は、平野先生のお考えに大きな影響を受けて、制裁を刑法に限らず法分野横断的にとらえる研究をしようと努めてきたのですが、このような言ってみれば民法的刑法観が、被害者遺族の方が主張されている仇討ち刑法観につながっているのではないかということが気になっています。東京大学の大学院では、実定法コースが公法と民刑事法に分かれているのですが、戦後このようなコース分けにした際に、こんな不見識なことはないと小野清一郎博士が批判されたという話を平野先生から伺った記憶があります。国家主義的刑法観が妥当でないのはもちろんですが、もしかすると民法に近づき過ぎることにも問題があるのかもしれません。

Ⅲ　グローバル化と刑事立法

次の話に移りたいと思います。平野先生が論文を書かれた45年前と現在とで大きく異なっているのは、経済さらには社会全体のグローバル化であり、このグローバル化が刑法の機能にも大きな影響を与えています。例えばマネーロンダリング罪の新設や犯罪収益の没収・追徴の強化は、麻薬新条約を批准するために1991年の麻薬特例法によって行われたものですが、その背景として1989年のアルシュ・サミットにおいて麻薬新条約の早期批准、薬物犯罪の収益の没収等への協力が宣言されたことがあります。

このサミットでは資金洗浄に関する金融活動作業部会（FATF）が設立され、このFATFがマネーロンダリング罪の対象となる前提犯罪を拡大することなどを含んだ勧告を行いました。これは作業部会の勧告だから大した拘束力は持たないだろうと思われるかもしれませんけれども、勧告に従っていない国は公表され、その国に対して各国が協力して金融制裁を科すことまで呼び掛けられていまして、単なる勧告以上の拘束力を有しています。

さらに、1995年のリヨン・サミットでは、国際組織犯罪に対抗するために国際協力の強化とFATF勧告の実施が呼びかけられました。また、上級専門家会議の設置が提唱され、これに基づいて設立された上級専門家会議

（リヨン・グループと呼ばれています）が1996年に通信傍受や犯罪収益没収等を含む立法を行うことを各国に勧告しました。これを受けて1998年のバーミングハム・サミット、1999年のケルン・サミットなどで、国際的な組織犯罪を取り締まるための条約を早期に締結すべきことが呼び掛けらました。このような国際的な動きの中で、1996年10月に法制審議会で組織的犯罪処罰法および通信傍受法の制定に関する諮問が行われ、1998年３月に国会で法案が提出されて、一部修正の上、1999年８月に法律が制定されました。

また、2000年には国連の国際的組織犯罪防止条約が採択され、日本は、署名会議において署名を行い、2003年にはこれを批准しました。その批准を担保するために組織的犯罪処罰法を改正する法案が提出されましたが、共謀罪の規定に対する批判が強く現在に至るも成立していません。

国連の国際的組織犯罪防止条約につきましては、その付属議定書である人身取引議定書および密入国議定書を批准するために、2005年の刑法改正で人身売買罪や臓器摘出目的を含む生命・身体の加害目的での略取誘拐罪が新設されています。このように国連やサミットの場で、あるいはそれらによって設立された専門家会議において、さまざまな組織犯罪対策やマネーロンダリング対策が勧告され、それを受けて日本でも立法が行われていったわけです。

経済のグローバル化の影響は、狭義の刑法にとどまりませんで、例えば独占禁止法の罰則の変化にも見られます。日米構造協議を契機として独禁法違反に対する刑事訴追の積極化が提唱され、公正取引委員会が1990年に刑事告発を積極化する方針を発表しました。次の表のように、この方針の発表後、刑事告発がなされるようになっていることがわかります。告発がされると、起訴がされて、処罰がなされています。さらに、独禁法の課徴金の引き上げや課徴金減免制度の導入なども、独禁法の制裁をグローバル・スタンダードに合わせようとする動きと言うことができます。

公正取引委員会による告発件数（公正取引委員会年次報告から作成）

平成（年）	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21
告発件数	1	0	1	0	1	0	0	0	2	0	0	0	1	0	2	1	2	1	0

その他の経済刑法の重要な改正につきましても、日本の市場をグローバル・スタンダードに合わせる動きと見ることが可能なものがあります。例えば、1982年の商法改正で、総会屋に対する利益供与罪が新設されましたが、その際に強調されたことが、総会屋というのは日本独自の問題であったが、経済のグローバル化に伴って外国に進出する動きがあるということです。竹内昭夫先生は、この改正の解説の中で、このまま放置すると日本は自動車やテレビだけでなく、総会屋まで輸出してきたという非難を招き、日本のイメージを著しく低下させる、ということを立法理由の１つとして挙げられています（竹内昭夫「株主の権利行使に関する利益供与」商事法務928号19頁（1982年）参照）。1988年のインサイダー取引罪の新設の際にも、証券取引の国際化の進展に伴い英米の規制と合わせる必要があることが強調されていまして、竹内先生は、インサイダー取引規制の１番目の理由はタテホ化学工業でインサイダー事件が起こったことであるが、２番目の理由はいわゆる外圧であると述べておられます（竹内昭夫「インサイダー取引規制の強化（上）」商事法務1142号３頁以下（1988年）参照）。

1997年には日本を代表する大手銀行や証券会社を舞台にした総会屋に対する利益供与事件が大きな社会問題となりましたが、同年のデンバー・サミットに出席した当時の橋本龍太郎首相は、この事件を各国首脳に説明して遺憾の意を表明し、あわせて金融犯罪や組織犯罪に対する各国の緊密な協力の必要性を強調しています。国内の刑事事件について首脳会議の場で説明するというのは、グローバル化によって日本の刑事司法が世界と結び付くようになったことを示す象徴的な出来事ではないかと思います。善きにつけ悪しきにつけ、現在の日本の刑法は世界の刑事政策の中に組み込まれているわけです。

その結果、法制審議会の法案作成機能は、日本国内の政治との関係で制約されているだけでなく、国連やサミット、さらにはFATFのような自主規制機関との関係でも制約されるようになってきています。国連の条約やサミットでの取り決めを日本政府が無視するということは困難ですので、日本で望ましい立法をするためには、まず国際的な場で日本の立場を主張し、国際的な刑事立法に影響力を行使していくことが必要になっていると言えます。

Ⅳ　民事的コントロールの代替としての刑法

次に、平野先生が指摘された第３の点、民事的コントロールの代替として刑法が使われているという問題について触れたいと思います。先ほど触れました経済のグローバル化によって世界的な経済秩序を守るために刑法が用いられるようになったということも、民事的コントロールの代替としての刑法の使用の新しい現れと思います。

この点とも関連しますが、90年代以降あるいはもう少し前、バブルのころから、表の経済活動への暴力団の浸透が問題とされるようになり、新しい形での刑法の使用が見られるようになりました。その代表例が1991年に制定された暴力団対策法です。同法は、一定の要件に該当する暴力団を公安委員会が指定して、その構成員による暴力的要求行為を禁止し、禁止に違反する行為が行われた場合には、公安委員会が中止命令を発して命令違反に刑罰を科すという仕組みになっています。このような法律が制定された背景としては、いわゆる民事介入暴力の横行というものがあったわけです。

暴力団対策法の制定は、警察が従来とってきたいわゆる民事不介入原則の転換点をなしており、民事的コントロールの刑法による代替は、この時期に新しい形でいっそう進んだと言えると思います。

行政命令を刑罰で担保するという手法は、その後、1999年の桶川ストーカー殺人事件を契機として制定された2000年のストーカー規制法、これはストーカー行為を行う者に警察本部長等が警告をして、警告に従わない場合には公安委員会が禁止命令を出し、その命令違反に刑罰を科すというものです。それから2001年の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（DV 法）では、裁判所の保護命令に違反した者を処罰する制度が採用されています。このような形で、従来であれば民事的な問題とされていたものに刑法が介入していくという現象が起こっています。

民事的コントロールの刑法による代替としては、バブル崩壊後に、強制執行妨害や競売妨害の取り締まりが強化され、倒産法改正による倒産犯罪の整備も行われています。また、バブル期の乱脈融資については金融機関の頭取等の刑事責任も追及されました。さらに、それ以前はあまりなかった、借り手側の刑事責任も、特別背任罪の共同正犯として追及されるようになっています。

平野先生は、45年前に民事的コントロールを刑法が代替しているということを述べられ、その原因として民事手続の不全性を原因として挙げられました。その後いろいろ民事法の改正が行われましたが、新しい形のものも含めて、民事的コントロールの刑法的代替という問題は現在も続いていると言えます。

Ⅴ　刑法の補充性の確保

最後に、このように刑法の機能がいろいろな面で活発に利用され、厳罰化の傾向も見られる状況の下で、刑法の補充性をどうやって確保すればいいのかということについて、名案があるわけではありませんが、触れさせていただきたいと思います。

私は、この点については従来から、行政制裁を活用することによって刑罰の適用範囲を重大・悪質事犯に限定するという方法で刑法の補充性を確保してはどうかということを提案してきました。

このような役割分担が最も進んでいるのが税法の分野で、加算税、重加算税、刑罰という３つの制裁が明確に使い分けられています。また、先ほどご紹介いたしました独禁法の分野でも、課徴金による制裁が主に使われ、刑事告発は、先ほど見ていただいた表にありますように、ごくわずかにとどまっています。この間に課徴金は非常に活発に課されていまして、2009（平成21）年に確定した課徴金納付命令の件数は106件で、額は過去最高の360億7,471万円という非常に大きな額になっています（公正取引委員会『平成21年度年次報告』33頁参照）。独禁法の分野では行政制裁が主たる役割を果たしていて、重大な事犯に限って刑罰が用いられるという運用になっていると言っていいと思います。

もう１つ課徴金が利用されている分野として金融商品取引法の分野があります。証券取引法の平成17年改正によって課徴金制度が導入され、その後、対象行為等が拡大されました。その結果、次の表のように、課徴金の納付命令の件数がここ３年ほど伸びています。一方で、刑罰の方はどうなったかというと、この間も告発件数は減っていません。私は、行政制裁を活用することによって刑罰の活用を縮小しようと考えたわけですけれ

ども、金商法の分野については、少なくとも今まのところはそうはなっていないわけです。むしろ、いわゆるネットワイドニングの問題が起こっているとも言えます。しかし、このことは、従来インサイダー取引の多くが何の制裁も受けないまま放置されていたことを示しているわけで、この程度であれば消極的に評価する必要はないのではないかと思います。

金融庁による課徴金命令件数・告発件数（金融庁年次報告から作成）

平成（事業年度）	17	18	19	20	21
課徴金命令件数	9	9	21	20	48
告　発　件　数	11	13	10	13	17

医療過誤の分野については、厚生労働省が2008年６月に「医療事故安全調査委員会設置法案（仮称）大綱」を公表しています。これによると、医療事故安全調査委員会を設けて、医療事故の原因を究明した上で、過失が認められる場合は、原則として行政処分等で対応し、故意による場合、あるいは標準的な医療から著しく逸脱した医療に起因して死亡、死産が起こった疑いがある場合に限って、警察に通報する制度にすることが提案されています。しかし、医療界では、これでもまだ刑事責任追及の範囲が広過ぎるという意見が強く、この厚生労働省案は、民主党政権になったこともあって実現の見込みが立っていないようです。

そのほか、最近では、消費者庁の集団的消費者被害救済制度研究会においても、行政的な制裁措置を利用するということについての議論がなされています。いろいろ難しい問題があるので、すぐには実現しないかもしれませんが、そういう議論もなされているということです。

行政制裁を利用して刑罰の補充性を担保しようとする考えに対しては、コフィー教授の批判があります（John C. Coffee,Jr., Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models—And What Can Be Done About It, 101 Yale L.J. 1875(1992) 参照）。コフィー教授は、アメリカの証券取引法や刑法の高名な教授で、法と経済学の専門家でもあります。教授は、行政制裁による刑罰の代替という提案に対して、かえって制裁の範囲が広がるのではないかという批判をされています。コフィー教授の主張で興味深い点は、民事制裁と刑事制裁の違いとして、どちらも違反行為を抑止するという点では同じだが、民事制裁は行為にコストをかけて（pricing）その行為を抑止するものであるのに対して、刑法は行為を禁止して処罰するものだ、とされていることです。このような区別をすることによって、どのような結論が導かれているかといいますと、刑法の対象は、禁止すべき行為が明確になっている場合に限るべきであり、どういう場合に明確であるかというと、その行為に社会的利益がなく利益衡量が不要な場合であるとされます。その結果、例えば過失行為などは刑罰の対象にすべきではないということをおっしゃっています。コフィー教授の見解は明快で魅力的なものですけれども、現実性があるかというと、なかなか難しいのではないかと思います。

確かに刑法には罪刑法定主義がありますので、構成要件は明確に行為を規定しなければなりません。しかし、違法性阻却まで考慮に入れると、利益衡量が不可欠です。殺人でさえ正当防衛や緊急避難が問題になれば、行為の社会的利益がまったくなく利益衡量が必要ないということでは済まないわけです。また、過失行為について言えば、遠い将来は分かりませんけれども、近い将来に過失犯を日本で廃止できるかというとそれは難しいだろうと思います。医療関係者の中には、故意の場合に医療過誤の刑事責任を限定すべきであると主張される方もおられまして、その主張を認めると、刑法の業務上過失致死罪の規定に「但し医療関係者は除く」と書かなければいけないことになるわけですけれども、それは無理だろうと思います。それよりは、過失致死傷罪自体を廃止する方が、憲法の平等原則からいっても望ましいと思いますが、それが近い将来に実現する可能性があるかというと、私に先見の明がないだけかもしれませんけれども、そのような可能性はないと思います。

というわけで、刑法の補充性の確保については、私は行政制裁をできるだけ活用していくということが、現実性がある方法ではないかと考えているわけです。以上、大変雑駁な内容で申し訳ありませんが、いろいろと皆様からご教示いただけますと幸いです。ご清聴ありがとうございました。

資料（事件・立法史）

1982年　商法改正（利益供与罪）
1988年　証取法改正（インサイダー取引罪）
1990年　日米構造協議→公正取引委員会の刑事告発方針発表
1991年　暴力団対策法、麻薬特例法（マネーロンダリング罪）
1993年　山形マット死事件
1994年　松本サリン事件
1995年　阪神・淡路大震災、地下鉄サリン事件
1997年　神戸連続児童殺傷事件
　　金融･証券不祥事→商法・証取法の罰則強化
　　議員立法による商法改正（ストック・オプション制度）
1998年　金融再生関連法
1999年　司法制度改革審議会設置法
　　組織的犯罪処罰法、通信傍受法
　　光市母子殺害事件、桶川ストーカー殺人事件
　　東名高速道路飲酒運転事故
2000年　犯罪被害者保護立法
　　新潟女子監禁事件、豊川市主婦殺害事件、西鉄バスジャック事件
　　少年法改正（逆送年齢の引下げ、原則逆送）
　　ストーカー規制法
2001年　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（DV法）
　　刑法改正（クレジットカード）
　　付属池田小事件
　　9・11同時多発テロ→テロ対策特別措置法
　　刑法改正（危険運転致死傷罪）
2002年　テロ資金提供処罰法
2003年　不正競争防止法改正（営業秘密の侵害の処罰）
　　心神喪失者等医療観察法
　　刑法改正（国外犯処罰）
2004年　司法制度改革関連法
　　破産法改正
　　佐世保小６同級生殺害事件
　　奈良女児誘拐殺害事件
　　犯罪被害者等基本法
　　刑法改正（有期自由刑の上限引上げ、性犯罪の法定刑の引上げ、公訴時効の延長）
2005年　刑法改正（人身売買罪、監禁罪の法定刑引上げ等）
　　証取法改正（課徴金制度導入）
　　独禁法改正（課徴金引上げ、課徴金減免制度導入、犯則調査制度導入）
2006年　組織的犯罪処罰法改正案の審議（共謀罪）
　　刑法改正（公務執行妨害罪･窃盗罪に罰金刑など）
　　組織犯罪処罰法改正(犯罪被害財産の没収)、被害回付給付金支給法
　　福岡市職員による飲酒運転事故
2007年　犯罪収益移転防止法
　　少年法改正（14歳未満の少年院送致）
　　刑法改正（自動車過失致死傷罪)、道交法改正
　　犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための立法（被害者参加、損害賠償命令）
　　犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払いに関する法律
2008年　秋葉原通り魔事件
　　福島県大野病院事件無罪判決
2010年　刑法・刑事訴訟法改正（公訴時効・刑の時効）