

일본의 형사입법에 관한 방법론적 제문제*

이다 마코토** / 이정민(역)***

국 | 문 | 요 | 약

최근 형사입법동향은 범죄화, 중벌화, 처벌의 조기화, 추상적 가치의 보호, 법의 패치워크화 등 5가지 키워드로 특징지을 수 있다. 범죄화의 예로는 위험운전치사상죄(형법 208조의 2) 신설을 들 수 있다. 중벌화는 법정형으로서 유기자유형의 상한이 15년에서 20년으로 상향조정된 것을 들 수 있다. 처벌의 조기화에 대한 예로는 카드정보의 부정취득이라는 준비행위와 그 미수를 처벌하는 규정(형법 제163조의 4 이하)을 들 수 있다. 추상적 가치의 보호에 관한 예로는 “인간의 존엄에 반한다.”라는 이유로, 복제기술을 사람 생명에 응용하여 인간 복제개체의 생산으로 이어지게 되는 행위 등을 금지·범죄로 엄하게 규율하는 예를 들 수 있다. 법의 패치워크화의 단적인 예로는 장기이식법을 들 수 있다. 즉 죽음의 개념을 변경하지 않고, 뇌사를 가지고 인간의 사망시기를 규정하지 않으면서, 서면에 표시된 본인의 의사가 있을 때에는 뇌사판정 시점을 인간의 사망시기로 규정하는 것이다. 이러한 입법경향은 특별형법의 성립을 더욱 가속화시킬 수 있다. 왜냐하면 어떤 상황에 대한 법개정을 실현하기 위해서는 주목받는 형법전보다는 특별형법을 통해 개정하는 방법이 쉽기 때문이다. 이와 같은 특별형법 등을 통한 입법활성화는 시민들이 가진 “불안”에 기인한다고 보인다. 그러나 이러한 불안이 어디까지가 리얼한 현실이고 어디부터가 미디어에 의해 만들어진 허구인지 확인할 필요가 있다. 법의 패치워크화는 복잡한 현대사회에서 불가피한 현상이라고 볼 수 있으나, 이것이 형법의 사회적 기반에 근거를 둔 것인지 또 때마다 확인할 필요가 있다고 본다. 형법적극주의는 불가피한 현상일 수 있으나, 이와 더불어 형사법 영역에서의 대응으로서, 비례성 원칙도 요구되고 있는 바이다.

❖ 주제어 : 입법학, 범죄화, 중벌화, 처벌의 조기화, 추상적 가치의 보호, 법의 패치워크화, 비례성 원칙

* 이 글은 2008년 11월 7일 한국형사정책연구원 주최 “형사특별법 개정의 국제적 동향” 국제 학술세미나 중 이다 마코토(井田 良)교수가 발표한 내용을 번역·정리한 것이다.

** 일본 게이오 대학 교수

*** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

I. 서론

일본에서는 독립된 학문분야로서의 「입법학」에 대한 필요성이 역설되어 최근에는 상당히 상세한 수준의 교과서도 출판되고 있습니다.¹⁾ 이에 대해 형사입법에 대한 입법학의 필요성은 적다고 하는 의견이 있을지도 모르겠습니다. 그럴만한 것이 이미 확립된 학문영역으로서의 「형사정책학」이 있어 그 가운데에서 「형사입법학」도 전개되어 왔기 때문입니다. 그러나 저는 형사입법학이라는 독립된 학문분야가 역시 필요하다고 생각합니다. 왜냐하면 형사해석학으로서의 형법학과 범죄대책론으로서의 형사정책학 사이에 존재하는 「좁은 갭」에 관해서는 지금까지 충분한 이론적인 연구대상이 되지 못했다는 일련의 문제가 존재하기 때문입니다. 가령 어떤 규정을 형법전안으로 수용하고 어떤 규정을 형사특별법으로 마련해야 하는 것인가 하는 문제(일반 형법과 특별형법간의 구별 문제) 등은 지금까지 일본에서는 깊이 있는 검토가 이루어지지 않았습니

다. 또한 범죄증가 현상이 어떠한 조건하에서 법개정으로 인한 법정형상향조정을 정당화하느냐 같은 중요한 물음(거기에는 아마 「법정형」이란 무엇인가 하는 본질적인 문제제기가 되고 있습니다)에 대해서도 학문적인 판단의 틀이 형성되어 있다고는 결코 말할 수 없는 상황에 있습니다.²⁾ 이들 문제점들은 실로 「형사입법학」 연구대상으로 간주되어야 할 것들일 것입니다.

「입법시대」나 「형사입법 활성화」 등등이 거론되는 현시점에서 형법학과 형사정책학에 있어서의 새로운 과제를 여기에서 찾을 수 있습니다. 본 발표는, 일본에서 「형사입법학」이라는 새로운 학문영역이 성립한다면, 가장 우선적으로 취급해야 할 문제(그들은 「형사입법을 둘러싼 방법론적 제문제」라고 할 수 있습니다)들을 다루어 보고 약간의 검토를 하고자 하는 것입니다.

1) 大森政輔=鎌田薫編『立法学講義』(2006年, 商事法務)

2) 그렇기는 커녕 이 문제들에 대해 파고든 이론적 연구를 한 사람들은 실무자들이었습니다. 특히 杉田宗久「平成16年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」判タ1173号(2005年) 4쪽 이하, 原田國男「法定刑の変更と量刑」刑事法ジャーナル1号(2005年) 50쪽 이하, 村越一浩「法定刑・法改正と量刑」判タ1189号(2005年) 27쪽 이하를 참조해 주십시오.

II. 최근 형사입법의 동향

일찍이 일본의 입법기관들은 「피라미드와 같은 침묵」³⁾을 하고 있다고도 일컬어져 왔습니다만 근래에는 「형사입법의 활성화」라고 할 만한 현상들이 생겨나고 있습니다.⁴⁾ 게다가 그런 현상들은 한마디로 표현하자면 사회의 안전(이것도 일본에서는 하나의 키워드가 되었습니다)을 위해 종래보다도 더욱더 적극적으로 형벌을 이용하고자 하는 「형벌적극주의」경향이라 할 수 있습니다. 보다 자세한 내용들을 보시면 다음과 같은 몇몇 키워드를 이용하여 현재의 입법경향을 특징지을 수 있습니다. 즉 종래에는 범죄시 되지 않았던 행위를 처벌 대상으로 하는 범죄화와 종래부터 처벌되어 온 행위에 대해 더욱 중한 형벌로 처벌하려는 중벌화, 실해 야기로 이어지는 행위를 빠른 시기부터 처벌대상으로 하는 처벌의 조기화, 가시적인 실해가 인정받지 않는 상황에서 추상적으로 이해된 법익보호를 위해 형벌을 이용한다는 의미에서의 추상적 가치의 보호, 한 나라의 법체계가 상호 부정합적인 원리나 규정으로 구성되어 짜집기가 되어버렸다는 의미에서의 법의 패치워크화가 그 키워드들이라 할 수 있습니다.

여기에서는 각각의 키워드 중 한가지씩만 그 실례를 들어보고자 합니다. 범죄화의 예로는 자동차 위험운전행위에서 의도하지 않게 사람에게 사상의 결과를 발생시켰을 때 상해죄·상해치사죄와 동일한 형을 과할 수 있는 것으로 한 위험운전치사상죄(형법208조의 2)의 신설을 들 수 있겠습니다. 중벌화는 법정형으로서의 유기자유형 상한이 15년에서 20년으로(형의 가중이 인정된 경우에 대해서는 20년에서 30년으로) 상향조정(2004년)된 것이 그 전형적인 예라고 할 수 있습니다. 처벌의 조기화에 대한 예로는 신용카드 등의 지불용 카드의 부정작출행위를 무겁게 처벌하는 규정(형법전 제18장 2·163의 2 이하)이 신설되었고(2001년), 새로운 처벌규정 중에 카드 정보의 부정취득이라는 작성준비행위와 그 미수(소위 「예비 미수」)를 처벌하는 규정도 들어 있는 것입니다(형법163조의 4 제1항, 163조의 5를 참조). 추상적 가치 보호

3) 松尾浩也『刑事法の課題と展望』ジュリスト852号(1986年)11쪽 (=松尾浩也『刑事法学の地平』[2006年] 48쪽)

4) 상세한 내용은 井田良『変革の時代における理論刑法学』(2007年)11쪽 이하, 27쪽 이하, 209쪽 이하를 참조해 주십시오.

에 관한 예로는 복제기술을 사람 생명에 응용하여 인간 복제개체의 생산으로 이어지게 되는 행위 등을 금지하여 이를 범죄로 규정하고 최고 징역 10년이라는 무거운 형을 규정한 것을 들 수 있습니다(2000년). 처벌 이유로는 그 행위가 「인간의 존엄에 반한다」는 부분에서 찾을 수 있습니다. 법의 패치워크화의 단적인 예로는 장기이식법 제정(1997년)을 들 수 있습니다. 그것은 죽음의 개념을 일반적으로 변경하지 않고, 뇌사를 가지고 인간의 사망시기를 규정하지 않으면서(따라서 뇌사환자의 생명 또한 생명으로 보호를 하면서) 서면에 표시된 본인의 의사가 있을 때에는 뇌사판정시점을 인간의 사망시기로 규정함으로써 뇌사이식을 합법화 한 것입니다.

만약 범죄화와 중벌화, 처벌의 조기화, 추상적 가치의 보호, 법의 패치워크화가 현재의 입법경향의 특색이라면 현행 형사실체법이 그런 방향으로 흘러가는 변화는 지금까지(특히 제2차 세계대전 후) 형법학의 공통이해로서(각각 견해는 다르다고 해도 총체적으로) 승인되어온 형사실체법의 공준 내지 제원칙에 반하거나 적어도 그들에 저촉되는 것이라 여겨집니다. 즉 앞서 말씀 드린 경향은 형벌소극주의(겸억주의 원칙), 민법과 형법(사법과 공법)의 분리, 법익보호원칙(침해원리), 반모랄리즘, 법질서의 통일성 같은 공준 내지 제원칙과 정합적이지 않다고 생각되는 것입니다.

그런데 일본에서 생겨나는 이러한 입법경향이 최근에 갑자기 생겨난 새로운 현상이라고 생각하신다면 오산입니다. 우리들은 형법전의 규정뿐만 아니라 특별형법을 포함한 일본의 형사실체법을 전체적으로 관찰할 필요가 있습니다. 그럼으로써 형법전 만으로 형성된 이미지와는 또 다른 이미지를 얻을 수 있게 되는 것입니다.

III. 현행형사실체법의 진단 - 형법과 특별형법의 비교라는 시점에서

1. 형법전, 특별형법, 행정형법

형법전 외부에 존재하는 형벌법규를 종합하여 특별형법(또는 형사특별법)이라 합니다. 그리고 특별형법은 또다시 형사형법과 행정형법으로 구별됩니다. 형법전에 규

정된 범죄와 같이 당연히 반사회적이고 처벌받아 마땅하다고(즉 당벌적) 여겨지는 행위(자연범 또는 형사범)의 처벌에 관련된 것들이 형사형법입니다. 이에 대해 행정상의 목적을 다하기 위해 법규위반 행위(법정범 또는 행정범)에게 형을 과하는 것이 행정형법입니다.⁵⁾ 특별형법 중에서 행정형법을 제외한 부분을 「협의의 특별형법」이라 할 수 있습니다. 협의의 특별형법에 속하는 형벌법규는 형법전의 각칙편 속으로 흡수되는 경우도 충분히 고려해 볼 수 있다는 점에서 준형법이라고도 불리워지고 있습니다.⁶⁾

협의의 특별형법에 속하는 단행법에 어떤 것들이 있는지 알아보려면 정부간행물인 범죄백서(법무성 법무종합연구소편)⁷⁾가 「형법범」으로 취급하고 있는 부분을 보면 알기 쉽습니다. 범죄백서는 형법전의 죄에 덧붙여 다음과 같은 10개의 특별법을 위반한 경우에도 「형법범」으로 넣고 있고 이를 「특별법범」과는 구별하고 있습니다. 즉 ① 폭발물단속법칙, ② 결투죄, ③ 인지범죄처벌법, ④ 폭력행위등처벌에관한법률, ⑤ 도범 등의 방지 및 처분에 관한 법률, ⑥ 항공기 강취 등 처벌에 관한 법률, ⑦ 건강에 관한 공해범죄 처벌에 관한 법률, ⑧ 항공의 위험을 발생시키는 행위 등의 처벌에 관한 법률, ⑨ 인질을 빌미로 이루어지는 강요행위 등의 처벌에 관한 법률, ⑩ 조직적인 범죄 처벌 및 범죄수의 규제 등에 관한 법률이 있습니다. 이들이 일본에서 협의의 특별형법(준형법)으로 간주되고 있는 것들입니다.

이 중에서 폭발물 단속처벌을 보시면 1884년에 제정된 것인데, 현행법으로서의

5) 伊藤榮樹=小野慶二=莊子邦維編『注釈特別刑法1巻』(1985年) 156쪽(佐藤勲平)은 「행정범이란 국가의 행정기관(행정기능을 지니는 지방공공단체 포함)이 그 행정상의 목적을 실현하기 위해 행정법규에 의거하여 국민에 대해 일정 행위를 해야 한다거나 하지 말아야 함을 명하고 이에 따라야 하는 의무를 과할 경우, 그 의무 이행을 담보로 하고 행정상의 목적 실현을 확보하기 위해 제재로 형을 과하는 것으로 되어 있는 의무를 위반한 경우를 말하며, 행정법칙이란 그 형을 과하는 것으로 규정하고 있는 법령이 정하는 바를 말한다」라고 합니다.

6) 또한 일본에서는 법률 이외의 법령에 의한 처벌 특히 지방공공단체 조례에 의한 처벌도 큰 의미를 갖고 있습니다. 지방자치법14조 3항은 지방공공단체(도도부현과 시정촌, 도쿄특별구) 의회가 제정하는 조례에서 지방공공단체에 의해 인정받은 사무에 관하여 형벌법규를 마련하고 최고 징역 2년까지 형을 과하는 것을 인정하고 있는 것입니다. 청소년(만18세 미만의 남녀)을 상대방으로 한 「유행」을 행한 자를 처벌하는 청소년보호조례나 전철 안에서의 치안행위 등에 적용되는 민체행위방지조례는 대부분의 일본 도도부현이 제정하고 있으며, 꽤 빈번히 적용되고 있습니다.

7) 최근 『平成19年版犯罪白書 … 再犯者の実態と対策 … 』(2007年)이 있습니다.

효력을 인정받고 있고 현재에도 적용되고 있습니다. 거기에는 폭발물 사용에 관한 교사, 선동, 공모에 그치는 경우도 독립시켜 처벌 대상으로 간주하고 있고 최고 10년의 징역·금고에 예정되어 있고(4조), 폭발물 제조나 소지를 한 자가 가해목적에 없었음을 증명할 수 없는 경우라도 최고 5년의 징역을 과할 수 있는 것으로 되어 있습니다. (6조) 타인이 가해목적으로 폭발물을 제조하거나 소지하고 있는 것을 알고 있으면서 경찰에 신고하지 않는 행위(부작위)에 대해서도 최고 징역 5년을 과하는 규정이 있습니다. (8조) 여기에서는 이미 처벌의 조기화에 해당되는 현저한 예가 보이고 또한 형사재판의 대원칙 중 예외(피고인에 대한 거증책임 전환)를 인정하는 규정이 있는 것입니다.

덧붙여 현재 공모죄를 둘러싼 열띤 논의가 있는데, 폭발물 단속처벌의 공모죄 처벌규정을 비롯하여 이미 현행법에는 상당수의 공모죄 처벌규정이 존재하고 있다는 점에 주목해야 합니다.⁸⁾ 공모죄는 일본의 형법이 주창하는 명분과 공존할 수 없는 것이 아니며, 단지 제한되고 있는 형태로 인해 야기되는 대폭적인 처벌 범위 확대에 관한 시비문제와 조직적 범죄집단을 표적으로 한 처벌을 위한 요건으로 적절한가에 관련된 문제에 관한 논쟁밖에 되지 않는다는 것입니다.

2. 형법전 또는 특별형법

어떤 범죄를 처벌하는 규정이 형법전 내에 마련되어야 하는지, 아니면 형법전 외부(특별형법으로) 마련되어야 하는지에 관해서는 형사형법에 관한 한 명확한 기준이 있을 리 없습니다. 대략적인 기준으로 「국가의 기본법령」에 속하는 형법전 내에 수용되어 있는 범죄들은 일반적이고 기본적인 생활분야 내지 사회영역에 관한 것이며 특별형법상의 범죄로 간주되고 있는 것은 특수적이고 응용적인 생활분야 내지 사회영역에 관한 것이라 할 수 있습니다. 그러나 말은 이렇게 해도 그다지 의미를 지니고 있는 것은 아니고 「폭발물 단속법칙」이나 「폭력행위 처벌에 관한 법률」, 「항

8) 예를 들면 파괴활동방지법은 정치목적인 방화, 살인, 강도 등의 공모를 처벌하고 있고 자위대법 은 방위비밀누설 공모를, 국가공무원법·지방공무원법 은 노동쟁의행위 공모를 처벌하고 있습니다. 또한 경마·경륜·경정 등에서 미리 승부를 조작하는 경기방식으로 공정성을 해칠만한 경주 공모에 대해 처벌하는 규정 등도 있습니다.

공기 강취 등의 처벌에 관한 법률」은 모두 특수적이고 응용적인 영역에 관한 것이지만 이들의 처벌규정을 형법전 내부로 수용한다고 해도 별다른 위화감은 들지 않습니다. 현재 일본 법무성의 법제심의회가 1974년에 결정하여 공표한 개정형법초안은 이들 단행법의 상당부분을 형법전 내부로 흡수하려는 것입니다.

오히려 형법전과 특별형법간의 구별을 한 실질적인 의미는 형법전을 개정할 때 정치적으로 주목 받고 정국의 초점이 될 가능성이 있기 때문에 정치문제로 발전시키지 않고 법개정을 실현하기 위해서 특별법을 이용하는 경우가 많았다는 이유도 있습니다. 사회의 변화에 대응한 기민한 법개정을 위해 형법전 개정이 아닌 특별형법 영역에서의 신입법과 법개정이라는 방법을 취한 것입니다. 최근에 들어서는 형법전도 개정이 자주 이루어지고 있습니다만 이전에는 그렇지 않았고 일본은 특별형법 본아의 법개정을 통하여 새로운 사회로부터 나오는 요청에 부응해 온 측면이 있었던 것입니다.

오히려 이런 것들과 관련하여 문제가 되는 것으로, 일본에서는 형법전이란 국가 법체계의 얼굴(건축물의 정면부분)이어서 훌륭하고 아름다워야 하며 혼잡스러운 것이어서는 안되며 예외적인 것·일시적인 것·그다지 정면에 내세울 수 없는 것들은 특별형법의 영역으로 쫓아내 버리려는 생각이 있었던 것입니다. 예를 들면 제2차 세계 대전 후 일본에서 가장 영향력 있는 형법학자 중 한 명인 단도 시게미츠(団藤重光)에 따르면 「형법전 같은 기본적인 법전은 정치정세 변동에 대응하여 빈번히 개정되어야 하는 성질의 것이 아니다」, 「형법전에 담아야 할 형사범은 국민의 의식 속에 충분히 정착된 내용들, 소위 자연법적인 것으로 한정해야 한다」라고 하고 있습니다.⁹⁾ 때문에 폭발물단속처벌이나 폭력행위 등의 처벌법, 도범 등 방지법 같은 단행법은 「치안입법적 요소」를 포함하고 있고 따라서 「국민의 의식 속에 충분히 정착된 소위 자연법적인 것」이라고까지 할 수 없어, 이들 법률에 포함된 규정을 형법전 안으로 흡수하는 것에 대해 저항감을 가지고 있다는 것입니다.¹⁰⁾

그러나 이런 생각들은 형법전과 특별형법간에 관계에 대한 견해로서 타당한 것이라 할 수 없는 것 같습니다. 그것은 어떤 규정이 형법전에 놓이든 특별형법 규정으

9) 団藤重光「刑法の全面改正について … 主として草案の批判 …」ジュリスト570号 (1974年) 28쪽 이하.

10) 団藤「刑法の全面改正について」(前顔注9) 29쪽.

로 간주되는 실제적인 법 적용에 있어서는 아무런 차이점이 없는 데도 불구하고—형법전이 많은 적든 간에 기본원칙에 충실한 것이라는 것을 보여주고 싶어 할 뿐이며 형법의 기본원칙에서 본다면 예외적인 것·설명할 수 없는 것을 특별형법 영역으로 내쫓아버림으로써 모순 내지 부정합이 눈에 띄지 않게 하는 기능밖에 갖고 있지 않다고 볼 수 있습니다. 실로 형법전과 특별형법간의 관계에 대한 이러한 견해로 인하여 처벌의 조기화와 법의 패치워크화라는 현상이 은폐되어 온 면이 있는 것입니다.

3. 특히 행정형법에 대하여

이어 행정형법 영역에 대해 살펴보고자 합니다. 일본 현행형사실체법의 특색 중 하나로 아주 많은 행정형벌법규가 있다는 점, 그리고 법정형도 상당히 무겁다는 점을 들 수 있습니다. 입법학적 견지에서 특히 중요한 점은 다음과 같은 사항들이 있다는 것입니다. 형사형법인 경우, 형법전은 물론 특별형법에 속하는 단행법도 법무성이 관할관청입니다만, 행정형법은 법무성 이외에도 각 성청의 관할 하에 있다는 사실이 일본에서는 큰 의미를 갖고 있습니다. 예를 들면 「도로교통법」은 경찰청에서 「금융상품거래법」은 금융청이, 「부정접속행위 금지 등에 관한 법률」은 총무성이 담당하고 있는 것입니다. 이렇게 법률마다 관할관청이 다르다는 사항은 형사형법 규정과 행정형법 규정간의 부정합 내지 상호모순이 양산되는 배경이 된다는 사실에 주목해야 합니다.¹¹⁾ 게다가 행정법과 형사법(범죄법과 자연법)의 구별은 상대적이고 유동적이며 시간의 경과나 사회의 움직임과 함께 변화되는 성질의 것입니다. 이전에는 단순한 행정적 규정위반이었던 것으로 간주되던 행위에 대한 평가가 변화하여, 당연히 형사처벌 받아 마땅한 행위라는 식으로 일반적으로 의식하게 되는 현상을 범죄법의 자연법화라고 합니다. 이런 형사법과 행정법간의 구별에 있어서의 유동성을 생각해 볼 때 형벌법규 상호간의 부정합 내지 모순은 큰 문제가 되는 것입니다.

현저한 부정합이 생기는 영역으로는 형법전의 처벌규정과 도로교통법에 규정된

11) 이런 상황 하에서는 형법전 및 준형법 영역에서 이루어지는 법개정은 법무성의 전속관할이라는 의식이 생겨나게 됩니다. 예를 들면 형법전을 의원입법(이에 대해 후술하겠습니다)으로 개정시킬 수는 없다는 말이 나오게 되는 것입니다.

처벌규정간의 관계를 들 수 있습니다. 매년 도로교통법의 교통범죄 법정형이 상향 조정되고 무거운 부분은 확실하게 형사범죄화하고 있습니다만,¹²⁾ 이로 인해 형법전에 규정된 죄와의 사이에 커버하기 힘든 부정합 내지 모순이 생겨나고 있습니다. 그 전형적인 예로는 뺑소니에 대한 대응을 들 수 있습니다. 일본의 현행법상 뺑소니 사고가 있으면 사고에 대한 형사책임(형법21조 2항 본문의 자동차 운전과실치사상죄 [법정형 상한은 7년 징역]이 성립됩니다)에 더해 도로교통법상의 구호의무위반죄와 사고보고 의무위반죄 라는 두 가지의 진정부작위법 죄책을 묻게 됩니다(도로교통법 72조 1항, 117조, 119조1항 10호를 참조해 주십시오). 그리고 이 구호의무 위반 죄(117조, 72조 1항 전단)에 대해서는 꽤 무거운 형이 예정되어 있습니다. 즉 「차량 등의 운전자가 당해 차량 등의 교통으로 인해 인적 사상이 있는 경우」사상자 구호를 게을리 하면 「5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금」에 처해지게 되는데 2007년 개정으로 「인적 사상이 당해 운전자의 운전에 기인한 경우」는 「10년 이하 징역 또는 100만엔 이하의 벌금」에 처할 수 있는 것으로 되어 있었습니다. 인간의 생명·신체를 보호법익으로 하는 형법전의 보호책임유기죄(218조)의 법정형 상한이 징역 5년이라는 점과 비교해 보아도 극히 무거운 형이 예정되어 있다고 할 수 있습니다. 단순히 「인적 사상이 당해 운전자 차량에 기인할 것」이라는 규정만으로는 무거운 처벌의 근거가 될 수 없을뿐더러 가령 사고에 대해 행위자에게 과실이 있었다 하더라도 그 점에 대해서는 자동차 운전과실치사상죄로 평가되기 때문에 이를 형의 가중 근거로 삼을 수는 없다고 생각합니다. 이렇게 형사범죄화된 도로교통법의 교통범죄와 형법전의 인신범죄형간의 불균형은 이미 커버하기 힘든 것이 되어 버렸습니다.

12) 예를 들어 음주운전 죄에 대해 살펴보면 현재, 술에 취했거나 술기운으로 정상적인 운전이 불가능하다고 우려되는 상태로 자동차 차량을 운전하면 5년 이하 징역 또는 100만엔 이하의 벌금에 처해집니다(도로교통법 117조의 2 제1호, 65조 1항). 이 범죄는 적어도 부분적으로는 형사범으로 자리매김 되어 있다고 할 수 있을 것입니다. 단, 이 도로교통법 위반의 (부분적) 형사범죄 현상은 일본의 입법상황적 측면에서 볼 때 어느 정도는 어쩔 수 없는 부분이 있었습니다. 본래 형법전에 있는 「왕래를 방해하는 죄」(124조 이하)를 처벌하는 규정 중에 자동차의 위험운전행위를 그 공공적 위험성에 주목하여 추상적 위험범 또는 구체적 위험범으로서 처벌 대상으로 삼는 것이 당연했었습니다. 그러나 형법전 개정이 이루어지지 않고 그 대신에 도로교통법의 벌칙으로 그 공백을 커버하여 도로교통법 개정으로 법정형의 상향조정을 통하여 무거운 위법에 대응하는 평가가 가능할 수 있게 대처해 온 것입니다.

게다가 각 성정이 관찰하여 내각에서 제출된 법안으로 신입법이나 개정이 행해진 내각입법 이외에 의원입법이라는 형태로 존재합니다. 예를 들면 아동매춘·아동포르노에 관한 행위 등의 처벌 및 아동보호 등에 관한 법률(아동 매춘·아동 포르노 처벌법)은 의원입법으로 이루어지는 경우입니다. 여기에서는 전문성의 강약과 민주주의적 성격의 농담이 반비례하는 현상을 볼 수 있어 흥미롭다고 할 수 있습니다. 즉 국민에게 가까운 기구에 의한 입법인 의원입법이 비전문적·비학문적인 경향을 보이고 국민들에게서 먼 관료기구인 법무성에 의한 입법이 보다 전문적이고 보다 원칙에 충실한 경향을 보이는 현상이 있습니다. 예를 들면 아동매춘·아동포르노 처벌법 경우에 아동매춘의 주선·권유행위나 아동 포르노의 제공행위 등에 관하여(즉 이 법률이 규정하는 범죄 중 아동 매춘죄를 제외한 모든 범죄에 대해서), 행위자가 당해 아동이 18세 미만이라는 점에 대한 인식이 없어도 과실이 있으면 처벌 가능해 진다는 점에 주목됩니다. (이 법의 9조를 참조). 고의범임에도 불구하고 행위의 위법성을 기초화시키는 본질적인 요소에 관하여 과실이 있으면 족하다고 하는 부분은 형법의 기본원칙에서 상당히 이탈해 있습니다. 법무성 입안의 법률이라 하더라도 그런 규정을 마련하는 것이 가능했는지에 대한 여부는 확실하지 않다고 할 수 있을 것입니다.

IV. 입법활성화의 사회적 배경

다음으로 1990년대 후반 이후, 입법이 활성화된 사회적 배경에 대해 한 말씀 드리겠습니다. 주목해야 할 부분은 이런 형벌적극주의 경향은 일본에서만 있는 특유의 현상이 아니라 제외국에서도 유사한 경향이 인정되고 있다는 점입니다.¹³⁾ 따라서

13) 일본 형법과 형법학에 큰 영향을 끼친 독일에서도 형사입법 분야에서 형벌적극주의(개별적으로는 중범죄, 보안주의, 상경주의적 입법을 키워드로 들 수 있을 것입니다)와 처벌범위를 한정 짓는 실체형법의 기능 저하라는 경향을 볼 수 있습니다. 구체적으로는 ① 종래보다 이른 단계에서 처벌을 가능하게 하는 위험범 처벌규정이 늘어남에 따라 처벌범위가 확대되고 있다는 점, ② 불명확한 구성요건을 가진 형벌범규가 늘어남에 따라 처벌 한계가 애매해 졌다는 점, ③ 법정형의 상향조정 및 형의 폭이 확대되었기 때문에 과형에 있어서의 재량범위가 확대

사회적 배경을 명확히 하기 위해 일본 독자의 사회구조나 일본인의 국민성 같은 일본 고유적 요소를 강조하는 것은 충분하지 않다고 여겨집니다. 현대 사회가 갖는 보다 보편적인 측면에 주목해야 할 것입니다.

분명 입법 분야에서 보여지는 형벌적극주의 경향은 범죄 피해자의 권리보호 그리고 형법에 의한 시민생활의 안전 보호에 대한 요구가 현저히 강해졌기 때문에 그러하다는 데에는 의심할 여지가 없습니다. 그러나 그런 사정만으로 형사입법이 활성화할 리는 없으며, 그런 일반시민의 요구가 입법에 반영되도록 하는 메커니즘이 형성되어 있지 않으면 안됩니다. 때문에 최근 일본에서는 시민의 요구가 미디어를 통하거나 직접적으로 정치나 행정기구로 향하고 가능한 한 이에 응하는 것이 정치나 행정의 과제가 된 것이 중요합니다.¹⁴⁾ 이런 현상을 민주주의라는 척도에서 본다면 적극적으로 평가되어야 합니다만, 한편으로 정책결정의 기초가 되어야 하는 지식과 견해들이 극도로 전문화·기술화 되어 있는 현대사회에서는 「포퓰리즘(인기주의)」으로 평가되는 위험한 경향으로 결부될 우려가 있습니다. 즉 형사정책 분야에서의 국가적 의사결정이 전문적인 학식을 갖지 않는 일반 시민 및 일반지식인의 의견으로 움직이게 되었기 때문에 자칫 잘못하면 흑백으로 양분하려는 이항대립적 사고양식이 지배적이 됩니다. 특히 범죄문제에 대해 효과가 높은 소위 「특효약」을 자주 요구하게 되는 것입니다. 그래서 법률전문가들은 단순 명쾌한 결론을 요구하는 사회층의 기대에 부응할 수 없게 되고 발언력과 영향력을 잃어가는 것입니다.

그럼 일반시민들 사이에서 보여지는 범죄 피해자의 권리보호와 형법에 의한 시민생활의 안전보호에 대한 요구는 과연 어디에서 생겨난 것이겠습니까. 그것은 현대사회에 살고 있는 사람들의 불안의 발현으로 해석할 수 있습니다. 일본에서 일어나는 범죄의 전체 모습을 모두 반영하지 않는 미디어에 의한 선택적 범죄 보도, 게다가

되고 있다는 점, ④ 일정 사회문제가 발생했을 때 즉시 처벌규정을 신설함으로써 대응하려고 하는 경향이 있다는 점 등을 지적할 수 있을 것입니다. 또한 실체법이 변화되면서 최근에 형사 절차에 있어서의 커다란 움직임, 특히 기소 전후를 통한 절차중지, 당사자간의 거래와 합의로 사건을 해결하는 방식이 보급됨에 따라 실체법 기능이 저하되고 절차법이 점점 더 실체법과는 독립된 의미를 지니게 됩니다. 이상의 사항들에 대해서는 井田 良「ドイツ刑法の現状と比較刑法研究の今日の意義」ジュリスト1348号(2008年) 176쪽 이하를 참조해 주십시오.

14) 일본에서는 범죄대책과 시민의 안전보호에 관한 내용이 정당 선거시 공표하는 프로그램 안에 가입되도록 하고 있습니다.

더욱더 생생하고 리얼한 형태로 이루어지는 범죄보도를 접한 일반시민들은 자신이 일상생활 속에서 접하게 되는 행동규율의 이원이나 자신들도 경험하는 가치기준의 불명확화를 범죄현상에 투영시켜 불안에 떨면서 엄격한 형벌로써 질서유지의 메커니즘을 보완해야 한다고 요구하는 것입니다. 범죄화·중벌화를 요구하는 하나의 루트는 거기에서 찾을 수 있을 것입니다.

특히 처벌의 조기화 요구에 대해 말씀 드리면, 사회가 거대화·복잡화되면서 과학화·고도기술화(하이테크니카)가 진행에 따라 개개인들에 있어서 이 사회가 거대한 블랙박스화 하여, 무릇 주체적인 컨트롤이 불가능한 존재가 된 것과 관련이 있다고 생각됩니다. 사람들의 생활은 그 자체가 취약한 기술적 수단의 집합체에 대폭적으로 의존하고, 그런 것에 대응하여 개인의 행동이 갖는 손해야기의 잠재성은 비약적으로 증대된 것입니다. 약간의 일탈행동으로 방대한 피해를 발생시킬 수 있는 영역이 다수 출현하게 되고 1초 후에 어떤 일이 일어날지 예측할 수 없는 미지의 영역으로 사람들이 발을 들여놓게 되는 경우가 빈번히 생겨났습니다. 이런 사회구조의 변화가 초기에 형법적 개입을 요구하고 있고 일정한 이유가 있다는 점 또한 부정할 수 없을 것입니다.

처벌의 조기화와의 관계에서는 조직적 범죄가 위협하고 있다는 점도 중요한 의미를 갖습니다. 자유 사회는 개인의 자유를 보장한다는 이유로, 그 내부에 단순한 가치관이 다르다고 하기에는 이미 일반 시민과 공존하는 것이 불가능해 질 정도로 근본적으로 가치관을 달리하는 사람들로 구성된 범죄조직·종교단체·정치집단을 양산해 온 것입니다. 이들 현대의 조직범죄에 대해서는 보다 효과적인 대응을 해야 한다는 점에서 보나 처음부터 공존을 거부하는 사람들이라는 점에서 보나 종래와 같은 형벌권 개입의 엄격한 제한 자체가 근거를 잃어가고 있는 것처럼 느껴져서 처벌의 조기화를 요청하게 되는 것입니다.

또한 응보사상이 다시 대두되어 범죄예방을 중시하는 견해에 대한 설득력이 약해져 있다는 점도 현대사회를 살아가는 사람들이 앞으로 일어날 사건을 예측함에 있어 회의적(페시미스틱)이 된 것과 관계가 있다고 봅니다. 개인들 입장에서 보면, 사회가 거대한 블랙박스로 변화함으로써 합리적이고 냉정하게 대응한다면 이 세상에서 일어나는 사건들을 수습할 수 있을 것이라는 확신도 상실했습니다. 일어나는 일들을 수습

하기 위해서는 정보를 빠짐없이 수집해야 할 필요가 있는데 정보량은 폭발적으로 늘어나는데 비해, 모든 정보를 입수할 수 없다는 점에서 결국 불충분한 정보로 대처할 수밖에 없고 「어둠 속을 손으로 더듬으면서 걸어갈」 수밖에 없는 불안감을 안게 되는 것입니다. 과학화가 진행되면 오히려 비합리적인 행동이 일반적인 것이 되는 역설적인 현상이 여기에서 생겨나는 것입니다. 엄격한 형벌을 과하면 장래의 반사회적인 행위를 억제할 수 있다고 생각하는 사고방식은 일종의 공리주의(내지 목적합리주의)임에 틀림없지만, 경험적 증거에 관심을 갖지 않는 비합리주의, 따라서 옹보형론과 공존 가능한 공리주의인 것입니다. 여기에서 형벌의 부과가 사회로 가져다 줄 수 있는 제반 작용(바람직한 작용과 바람직하지 않은 작용)간의 균형에는 관심을 쏟을 수 없게 됩니다.

법의 패치워크화에 대해 말씀 드리자면, 사회의 복잡화와 가치의 다원화가 그 기초가 된다고 생각 할 수 있습니다. 일원적인 법원리에서 법 전체가 지배된다는 사상은 단순한 구조를 지닌 원시적 사회에서나 적용된다고 할 수 있습니다. 사회 그 자체가 종류가 다른 구성원리로 지배되는 단위에서 생긴 「패치워크」화 함에 따라¹⁵⁾ 그에 대응하여 법도 패치워크화되어 갈 수 밖에 없다고 생각합니다. 그것은 법질서 그 자체가 통일적 원리로부터 체계적으로 구축되는 이념을 근본부터 동요시키는 것입니다. 그렇게 생각해 보면 법의 패치워크화도 이미 사회 속에 그 기초를 두고 있는 것으로 추측할 수 있는 것입니다.

V. 형법의 국제화와 국내형법의 변화

1. 형사실체법의 국제화에 따른 제문제

15) 사회(나아가서는 세계)가 다양한 자율적인 섹터로 분화하여 그에 따른 법도 분화해간다는 미래상을 제시하고 있는 것으로 Gunther Teubner/Andreas Fischer-Lescano, *Wandel der Rolle des Rechts in Zeiten der Globalisierung: Fragmentierung, Konstitutionalisierung und Vernetzung globaler Rechtsregimes*, in: Junichi Murakami u.a.(Hrsg.), *Globalisierung und Recht*, 2007, S. 3 ff를 참조해 주십시오.

현재 세계각국에서는 유사한 형법들을 가지고 있고, 유사한 범죄현상에 직면해 있다는 점에서 실체형법 영역에서 국제적인 스탠다드를 형성하려는 움직임이 일고 있습니다. 그런 움직임 속에서 목표가 되고 있는 것은 국경을 초월하여 활동하는 조직범죄가 일정한 범죄를 준비하려 할 때에 어느 나라에서 그 행위가 이루어지더라도 처벌할 수 있게 하는 것입니다. 예를 들면 어떤 범죄조직이 A국에서 범의침해를 할 목적으로 B국가에서 그 준비작업을 하는 행위가 형법적 규제를 받지 않고 자유롭게 이루어지는 사태가 발생하지 않도록 하기 위한 것입니다. 그런 의미에서 국제적인 법규제 네트워크 가운데에 빈틈(loophole)을 만들지 않도록 하는 것을 목표로 하고 있습니다. 마찬가지로 국경을 넘어 활동을 전개하는 기업체가 저지르는 경제범죄를 방지하기 위해서라도 요청되고 있는 바입니다.

이렇게 형사실체법의 국제화는 범죄실행이전 단계에서 처벌을 요청하는 의미에서 처벌의 조기화 경향을 필연적으로 수반하는 것이라는 것임에 주의해야 할 필요가 있습니다. 게다가 범죄방지의 효율성이 정면으로 대두된다는 점에서 조기에 수사기관이 개입하기 쉽고 소송을 할 때에도 입증에 용이한 규정이 선택되는 (「빠져나갈 구멍」을 남겨놓지 않도록 하는) 경향이 아무래도 생겨나는 것입니다. 이러한 사정으로써 실체형법의 국제화는 종래 국내법의 원리·원칙과 정합적이지 않는 처벌규정을 마련하도록 요청하고 있고, 이런 점에서 국제화의 진전은 법의 패치워크화를 더욱더 촉진시키는 것입니다.¹⁶⁾

입법 내용과의 관계에서 중요한 것은 이런 경향에 의해 일본에서는 그다지 절실히 생각되지 않는 법의 보호를 일본 형법이 말도록 요구할 경우도 있을 수 있다는 점입니다. 일반적으로 형사입법 시에는 통상 합리성을 담보로 하기 위해 신입법을 지지하는 충분한 입법사실의 존재가 요구되는 것이 통상의 일입니다. 그러나 국내에는 처벌의 필요성을 기초화시키는 충분한 입법사실이 존재하지 않는데, 국제적인 법규제 네트워크 속에 빈틈이 생기지 않도록 일본에서도 처벌규정을 마련하도록 요구당하는 경우도 생겨나는 것입니다.¹⁷⁾

16) 게다가 공통 이익으로 인식되기 쉬운 법익이 문제가 된다는 점에서 필연적으로 경제적 이익 보호가 전면에 나오게 되고 이런 것들도 법전체적인 견지에서 보면 패치워크화가 큰 원인이 되는 것입니다.

17) 또한 국제적 스탠다드를 형성하려고 할 때에는 각국의 사정에 따라 어느 정도 가감되는 부분이

범형성 절차에 있어서도 문제가 없는 것은 아닙니다. 현재 조약 체결을 할 때 우선 ①각국정부가 이에 서명하고 ②의회가 승인하여 ③국내법을 정비한 후에 조약을 비준하는 절차를 취하고 있습니다. 조약 내용에 대해서는 각국으로부터 파견된 전문가, 일본의 경우에는 형사 분야의 전문적인 문제에 관한 경우라면 법무관료가 이에 영향을 가질 수 있는데, 실제로 조약서명 단계에서 기본적 부분은 이미 결정이 되기 때문에 나머지는 국내법 정비를 할 때에 다분히 기술적인 문제가 남는 정도로 그치게 됩니다. 현재 이루어지고 있는 절차들의 실체는 효율성 면에서 어쩔 수 없는 부분이 있다고는 하지만 민주적 컨트롤이라는 측면에서 문제를 많이 내포하고 있다는 점은 부정할 수 없습니다. 내용적으로도 관료에 의한 선별이 행해지고 있다. 예를 들면 인권에 관한 조약비준은 적극적이지 않고 경제적 이해에 관한 조약은 적극적인 태도를 취하는 등 소위 「법의 국제화가 열록 투성」으로 이루어지는 경향이 생겨날 가능성도 있다는 점을 문제로서 인식해야 할 것입니다.

2. 일반적 원리와 특수원리

제가 말씀 드리는 「법의 배치워크화」에서, 가장 단순하고도 기본적인 상황은 한 국가의 형법 중에 모순되는 두 가지(이상)의 원리가 존재하는 것입니다. 물론 그런 현상은 이전부터도 나타났었습니다. 원래 형법전 제8조에서도, 총칙의 일반적 규정이 특별형법 영역에는 타당하지 않는 사안이 있다는 것을 인정하고 있습니다. 게다가 형법전에는 형법의 기본원칙에 충실한 규정만을 두고, 예외적인 것은 특별형법 영역으로 내쫓으려는 입법적 경향도 존재하는 것입니다. 그런 점에서 많은 적든 간에 본래 형법전과 특별형법 사이에는 상호간의 불일치가 있었다는 점은 시인되어 온 바입니다.

그러나 지금 단계에서 문제가 더욱 곤란해진 것도 사실입니다. 형법전(일반형법)을 지배하는 기본적 원리를 「일반원리」라 하고 그 외의 기타 부분을 「특수원리」라고 한다면 「특수원리에 의한 일반적 원리의 침식」이라는 현상이 생겨나기 때문입니다.

있고 돌출된 예외적인 사상이 강조되는 식으로 물이 만들어지기 쉽습니다. 따라서 규제의 효율성을 증시한 물의 형성이 경험적 뒷받침을 결여한 것이 될 우려도 남고 있습니다.

예를 들면 조직범죄에 대한 대응 영역에 있어 그러한 현상이 보여집니다. 일반적으로 말씀드리자면 형법이 공존 가능한 개개 시민을 상대로 하는 경우와 공존을 거부하는 조직범죄자를 상대로 하는 경우에서 기본적으로 다른 원리에 의해 지배되는 식으로(전자는 입장 교환 가능성을 전제로 하고 후자는 그것을 전제로 하지 않는다)¹⁸⁾ 이원화되어 가는 것입니다. 국제협력으로 인한 조직범죄 대책은 형법의 내부에 그러한 커다란 긴장감을 가져다주게 되는 것입니다.¹⁹⁾

여기에서 조직적인 범죄집단의 대응을 목적으로 마련된 종래보다 제약이 완화된 형법법규가 조직범죄의 국면에 한하지 않고, 일반적인 범죄로도 적용범위를 확대하는 현상이 생겨난다는 점에 주목해야 합니다. 본래 조직 활동으로서 실행될 것을 예정하고 마련된 처벌규정이라도 적용을 달리 하는 것은 기술적으로 곤란하고 취급의 평등이라는 측면에서도 그러하며 입증이 곤란함을 구제하여 규정의 실효성을 담보하기 위해 조직 활동으로 행해지는 것을 적용요건으로 하지 않는 경우가 많은 것입니다. 그래서 조직범죄를 겨냥하여 만들어진 입법에서도 예외적인 원리가 통상적인 형법의 영역을 지배하는 일반적 원리를 침식할 위험성이 생겨나고 이를 어떻게 막을지가 문제가 되는 셈입니다. 그 한 예로, 조직적 범죄처벌법에 규정된 돈세탁죄(범죄수익 등 은닉죄·수수죄)를 들 수 있습니다. (이 법 10조·11조를 참조) 이 죄의

18) 이 점에 대해서는 松原芳博「国民の意識が生み出す犯罪と刑罰」世界761号 (2007年2月号) 58쪽을 참조해 주십시오.

19) 오해를 피하고자 강조하고 싶은 것은 여기에서는 「이원화해야 한다」라는 주장을 하고 있는 것이 아니라 현행법이 이미 그렇게 되어 있고 그런 경향을 더욱더 강하게 지니려고 하고 있다는 사실에 대한 확인작업에 지나지 않는 것입니다. 그런 현실에 대해 어떻게 대응하면 좋을지가 문제입니다. 독일의 아콕스가 「시민형법」과 「적형법」을 대치하여 제기하고 있는 문제 중에서 가장 중요한 포인트는 여기에 있다고 봅니다. 예를 들면 Günther Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar), in: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 51 ff.를 참조하십시오. 최근 입법을 제시한 것으로 Günther Jakobs, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW Bd. 117, 2005, S. 839 ff이 있습니다. 이 개념들은 형사입법 현상을 기술하고 이해하고 설명하기 위해 「분석용구」로 사용하고 있는 것이라면 나름대로 유익한 개념인 것 같습니다. 그러나 「적형법」이라는 성격을 부여함으로써 본래 있던 처벌한정원리가 결여된 형태로 처벌을 정당화하고 현행법이 그 방향으로 발전되어 가도록 추진하는 것이라면 이에 대해 이론(異論)이 생겨나는 것은 당연할 것입니다.

적용요건은 형법의 도품 등에 관한 죄(형법 256조)와 비교하면 상당히 느슨하여 조직범죄라고 할 수 없는 통상적인 범죄로 적용할 가능성이 있기 때문에 그 처벌 범위는 필요이상으로 넓게 잡혀져 있다고 여겨집니다.

지금 드는 한 예는 유엔에서 2000년에 채택된 국제조직범죄방지조약(TOC 조약)을 비교하기 위해 상당히 넓은 범위로 도입할 필요가 있다고 여겨지는 공모죄 규정입니다. 제안되고 있는 공모죄 처벌규정은 조직범죄집단에 대응하기 위한 규정이지만, 조직성 요건이 엄중하지 않고 넓은 적용영역을 지닐 수 있다는 점에서 문제가 되어 현재까지 법개정의 시비를 둘러싸고 열띤 논의가 계속되고 있습니다. 여기에서도 형법원리의 이원화에 따른 곤란함이 제기되고 있는 것입니다.

이론적으로는 동시에 현대사회에서 존재하는 형벌법규 기능에 대해 의구심이 든다고 생각할 수 있습니다. 규정상 목적으로 한 적용대상(예를 들면 조직범죄집단 활동)만으로 적용을 한정하는 듯한 법률상의 요건을 조문화하기가 곤란 내지 부적당하여 결국에는 법 적용 기관의 판단에 의해 본래 적용 대상으로 적용을 한정할 수밖에 없는 듯한 형벌법규가 만들어질 수밖에 없는 사태가 벌어지고 있는 것입니다. 그러한 형벌법규에 대해서는 본래 적용범위에 그 적용을 한정하도록 실무에서 사법기관의 운용에 맡기는 것 밖에 안되고 있습니다. 실은 일반 범죄들도 특히 경범죄 같은 경우를 염두에 둘 때에는 동일한 문제가 이전부터 있었습니니다. 원래 처벌의 조기화와 함께 구체적으로는 반드시 고도의 당벌성을 지니지 않는 행위도 커버하는 형벌법규가 만들어질 가능성은 늘어나는 것입니다.²⁰⁾ 여기에서도 형벌법규의 적용범위 한정을 실무에서 사법기관에 의한 운용에 맡길 수밖에 없는 사태가 벌어지는 것입니다.

20) 고전적인 형벌의 이미지는 「이루어진 행위」에 대해 그 반동으로서 형벌을 과하는 것이었습니다. 그러나 처벌 조기화로 인해 과거의 사건에 대한 반동이라기 보다는, 장래 일어날 수 있는 위험방지 필요성에 기초한 형벌법규에 대한 필요성이 강조되고 있습니다. 즉 지금 그 케이스로 경찰력의 개입에 따라 위험 실현을 미연에 방지하는 경찰예방의 근거로서 실체형벌의 규정을 구하려는 경향이 현재로 지고 있는 것입니다. 또한 이러한 형벌법규 기능은 다원화에 대응하여 형사제재의 방법도 유예처분의 활용이나 비형벌화 같은 각종 형태를 생각하면 알 수 있듯이, 유연화되고 있는 것입니다.

VI. 형법학 측에는 문제가 없는가

이미 언급했듯이 최근 형사입법 활성화라는 경향은 법률전문가들이 신뢰를 상실하고 있는 경향과 이복관계에 있습니다. 법률가 입장에서 보면 형법에 대해 잘 모르는 사람들의 무이해가 종래 형법의 체원적 중에서 골자를 모두 빼어 버리고, 형법학의 공통이해를 동요시키고 있다고 말하고 싶을 것입니다. 그러나 이 모든 것을 비전문가들의 무지와 공부부족으로 귀착시킬 수는 없을 것입니다.

우선 지금까지 형법의 기본원칙으로 여겨져 온 것이 얼마만큼 강한 구속력을 가지는 것인가가 문제가 될 것입니다. 예를 들면 형법의 기본원칙 중 하나로 책임주의 원칙이 있습니다. 상해치사죄 같은 결과적 가중범에 대해 학설은 중한 결과 발생에 대해 과실이 없어도 형의 가중을 인정하는 판례의 입장은 책임주의에 반하는 것이라고 합니다. 그러나 중한 병을 앓고 있는 사람의 형법적 보호라는 관점에서 판례가 취하고 있는 과실불요설은 결코 이해할 수 없는 사고방식이 아닙니다. 오히려 형법의 체원적은 다른 사회적 요청과의 관계에서 비교형량을 허락하는, 보다 유연한 것으로 생각할 여지가 충분히 있을 것 같습니다.

또한 최근 일본에서 보여지는 양형수준의 상승에 관해 살펴보다라도, 학설에서 말하는 통설적인 형벌론 입장에서 보더라도 당장 이에 반대하는 결론은 도출할 수 없을 것입니다. 일정한 법익에 대해서 사회측이 행하는 일반적 평가에 변경사항이 생기면 이에 응하여 침해 받은 법익의 가치에 상응한다고 볼 수 있을 정도의 형도 변화하게 됩니다. 예를 들면 사람의 생명을 지닌 법익으로서의 가치에 관한 평가가 시대와 함께 높아지면 형을 상승시켜 마땅하다고 생각할 수 있는 것입니다. 종래 양형수준도 과거 시점에서 사회측에서 행하는 당해 범죄에 대한 평가를 반영하는 것에 지나지 않고 그 과거시점에서 멀어졌다는 이유로 양형수준이 상승되는 것에 대해서는 반대할 수 없다고 생각됩니다.

한편으로 현재 입법에서 보여지는 형벌적극주의는 형법학 스스로가 준비한 것이라 고도 생각할 수 있습니다. 제2차 세계대전 후 형법학설은 응보사상을 비판하고, 공리주의(목적합리주의)사상을 일반화시켰습니다. 그러나 공리주의적인 법익보호사상 때문에 형법을 일정한 정책 실현 수단으로 활용하려고 하는 경향이 생겼던 것입니다.

지금의 형법은 모든 방향의 정치적 입장에서 일정한 보호목적을 달성하기 위한 도구로서 나서고 있습니다. 즉 좌우 정치적 테러, 종교집단이나 폭력단의 반사회적 활동 같은 조직범죄, 뇌물범죄, 환경파괴, 아동이나 여성에 대한 공격, 경제범죄 등에 대한 대항수단으로 형법에 기대를 걸고 있지만, 그것은 형법학 자신이 일반화시킨 공리주의적 범익보호사상에 입각한 것에 지나지 않는 것입니다.

현재의 입법에 대해 비판적인 입장을 취하는 연구자 중에는 입법을 위해 「과학적 증거」를 들 수 있는 범위에서 입법이 허용되는 것이며, 그렇지 않으면 형벌법규를 마련하지 말아야 한다(「의심스러울 때는 자유의 이익으로」를 원칙으로 해야 한다)라는 사람이 있습니다. 그런데 형벌에는 기대하는 만큼의 효과가 없다는 소극적인 면만을 지적하는 것이라면 설령 그것이 학술적인 기초가 있는 것이라 하더라도 현재 사회에서는 이해 받지 못할 것이라 생각합니다. 신설이 제안되고 있는 형벌법규에 관해 그것이 지닐 효과의 과학적 증명을 요구하고, 그것이 없는 한 형벌법규 신설은 학문적으로 정당화되지 않는다고 주장하는 사람이라도, 현재로서 그 형벌법규를 마련하지 않는 것이 사회에 있어 보다 유익성을 높이는 것이라는 과학적 증거를 제시해야 한다고 한다면 그에 부응하는 것은 곤란할 것입니다. 형사정책은 과학적 근거에 의거한 합리적인 것이어야 하는데 형벌효과를 증명할 수 없는 한 형벌을 사용해서는 안 된다고 까지(즉 「의심스러울 때는 자유의 이익으로」) 주장하는 것은 확실히 너무 과한 주장인 것입니다.²¹⁾

형벌소극주의 입장은 일반시민이 안전보호를 요구하고 있는 영역에 형벌을 개입시키지 않는다는 결론을 내는 것인데, 이는 시민에 대해 안전보호를 자기 부담화시키는 것 밖에 되지 않습니다. 부유한 자는 경비업체의 도움을 받아 자기방어를 하고 가난한 자는 범죄 리스크에 노출되는 경우가 생겨날 수도 있습니다. 즉 형벌소극주의(겸역주의)는 자칫 잘못하면 안전이라는 가치를 각 개인의 경제력에 따라 사회적으로 불평등하게 배분하여 「차별사회」로 바뀌어버리는 결과를 도출하게 될 수도 있는 것입니다.

21) 형벌을 적극적으로 이용하려는 측면에는 「거증책임(举证責任)」이 있을지도 모르지만 여기에서 거증책임의 분배라는 발상을 갖고 오는 것은 적절하지 않을 것입니다. 형벌효과에 대한 증명이 없는 것을 이유로써 형벌사용을 삼간다면, 어차피 명확하지 않는 불확실성에서 발생하는 리스크가 보호받기를 원하는 시민들에게 전가되어 버리는 것입니다.

VII. 검토해야 할 기본적 논점

마지막으로 생각나는 대로 현재 형법학에서 이론적 검토가 요청되고 있는 기본적인 논점을 몇 가지 들어볼까 합니다.

우선 범익보호원칙에 대체하는 형사입법의 지도원리의 탐구가 필요하다고 생각합니다. 그리고 그것은 헌법상 기본권 제한에 관한 원칙에 요구할 수밖에 없다고 생각합니다. 형벌권 행사가 개인에 대한 국가권력 행사 중에서 가장 현저한 형태인 이상, 헌법원칙에 의한 규제 하에 놓여져야 하는 것은 당연하기 때문입니다. 지금까지 주로 헌법·행정법 영역에서 그러한 원칙으로서 비례성 원칙이 사용되어져 왔습니다. 종래 형법학에서는 형벌제정원리로서의 「비례성 원칙」이 전개되는 경우는 없었습니다만 범익개념의 기능의 한계가 인식됨과 동시에, 이 원칙이 형법 영역에 있어서의 기능이 주목 받게 된 것입니다.²²⁾

다음으로 형법과 특별형법간의 관계를 재검토해 볼 필요가 있습니다. 상호간에 어떠한 부정합이 보여지는가 그것이 어디까지 근거가 있는 것인가에 대한 검토가 필요하다고 생각합니다.

또한 형사입법의 배경에는 시민들이 가진 「불안」이 있다고 말씀 드렸습디만 그것이 어디까지 리얼한 현실이고, 어디에서부터가 미디어에 의해 만들어진 허구인지를 확인할 필요가 있습니다.

더욱이 해명할 필요성이 있다고 통감하는 부분은 사전적 예방과 사후적 처벌간의 관계입니다. 일반적으로 말씀 드리면, 사후적 처벌보다 사전적 예방이 범죄 예방적으로 유효성이 높습니다. 그러나 사전적 예방은 사후적 처벌에 비해 비용이 더 들고, 더 넓은 범위에서 사람들의 자유와 권리를 (넓고 얇게) 제약 하거나 침해하는 정도가

22) 비례성 원칙이란 공권력 행사로 얻을 수 있는 것과 그로 인해 잃게 되는 것이 균형을 유지해야 한다는 원칙입니다. 우선 당해 이익 보호의 필요성의 유무와 정도가 확인되어야 합니다. 그리고 그 행위를 일반화 했을 경우 어떠한 사태가 벌어지는지를 감안한 후에(당해 이익과의 관계에서 행위의 유해성을 예측), 그런 유형의 사태를 방지하기 위해 형벌이 적정한지 그리고 형벌 이외의 수단으로 대체가 곤란하거나 불가능한지라는 관점에서 검토를 하도록 요청되고 있는 것입니다. 여기에서는 일본에서 현재까지 이론적으로는 소원한 관계에 있었던 형법과 헌법간의 관계가 재검토되어야 합니다.

더욱 더 커집니다. 범죄방지를 위해 사후적 처벌이 하는 역할이 간접적이고 비건설적 이기도 하다는 의식으로 인하여 사전 범죄대책을 위해 비용을 분배하는 사회적 분위기를 조성할 가능성이 있을지도 모릅니다. 그럼으로써 사전 대응에 의해 범죄를 가능한 한 감소시키고 사후적 처벌에 이것 이상으로 부담시키는 것을 회피하는 것을 기대할 수 있습니다. 물론 사전적 예방은 비용이 들고, 일반 시민들의 권리나 이익에 대한 침해될 수만하지만 그것은 범죄억지를 위해 사회구성원 누구나 해야 할 자기희생으로 파악되는 셈입니다. 사전 범죄대책을 위한 비용은 절약하는 한편 응보적 처벌만 엄중한 것으로 인식되어 간다면, 사회는 아무 쓸모가 없고 구제할 방법이 없는 존재로 변용되어 갈 우려가 있을 것입니다.

더욱이 법의 패치워크화에 대해 말하자면, 이미 불가피한 경향이고 형법학이 이러한 경향에 저항하는 것은 곤란할 것 같습니다. 예외원리가 지배하는 영역을 가능한 한 좁게 파악하여 (실제로 이유가 있는 경우에 좁게 한정하여 인정하는 것입니다) 일반적 원리에 대한 영향을 최소한으로 하는 대응밖에는 생각해 볼 수 없습니다. 그럼에도 불구하고²³⁾ 형법학은 형법의 기초에 있는 제원리·제원칙을 명백히 밝히고 원리·원칙 상호간의 모순 및 모순의 정도를 명백히 밝히는 데에 힘써야 합니다. 그리고 법의 패치워크화가 사회구조라는 형법의 사회적 기반에 근거를 둔 것인지 아닌지를 그때마다 확실하게 규정짓는데 힘써야 할 것입니다. 이 점에 관해 형법학이 「아무래도 좋다는」 식의 태도를 취하는 것은 용서받지 못할 것입니다.

23) 한 예로 경찰이 방범카메라를 설치함으로써, 넓고 얇게 인권을 제약하는 대신에 검거된 절도범에 대해 보다 관대한 처벌이 내려진다면 그것이 보다 나은 답안이라고 볼 수 있는 가능성이 있다는 것입니다.

日本の刑事立法をめぐる方法論的諸問題

井田 良

I. はじめに

日本では、独立の学問分野としての「立法学」の必要性が説かれ、最近では、かなり詳細な教科書も出版されています¹⁾。これに対し、刑事立法については立法学の必要性は少ないという意見もあるでしょう。といいますのも、すでに確立した学問領域としての「刑事政策学」があり、その中で「刑事立法論」もまた展開されてきたからです。しかし、私は、刑事立法学という、独立した学問分野がやはり必要であると考えます。なぜなら、刑法解釈学としての刑法学と、犯罪対策論としての刑事政策学の「狭間」にあって、これまで十分な理論的な研究の対象とされてこなかった一連の問題が存在するからです。たとえば、いかなる規定を刑法典の中に収容し、いかなる規定を刑事特別法として設けるのかという問題(一般刑法と特別刑法の区別の問題)などは、これまで日本では掘り下げた検討が行われてきませんでした。また、たとえば、犯罪増加の現象がいかなる条件の下で法改正による法定刑の引上げを正当化するかといった重要な問い(そこでは、およそ「法定刑」とは何かという本質的な問題が提起されています)についても、すでに学問上の判断の枠組みができあがっているとは到底いえない状況にあります²⁾。これらの問題は、まさに「刑事立法学」の研究対象とされるにふさわしいものでありましょう。

1) 大森政輔＝鎌田薫編『立法学講義』(2006年、商事法務)。

2) そればかりか、この問題について立ち入った理論的研究を行ったのは実務家だったのです。特に、杉田宗久「平成16年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」判タ1173号(2005年)4頁以下、原田國男「法定刑の変更と量刑」刑事法ジャーナル1号(2005年)50頁以下、村越一浩「法定刑・法改正と量刑」判タ1189号(2005年)27頁以下をご参照下さい。

「立法の時代」とか「刑事立法の活性化」とかが語られる現在にあって、刑法学と刑事政策学にとっての新たな課題がここにあります。今日の私のご報告は、もし日本に「刑事立法学」という新しい学問領域が成立するとすれば、そこにおいて最初に扱われるべき問題(それらは、「刑事立法をめぐる方法論的諸問題」といえることができます)を取り上げ、若干の検討を加えようとするものです。

II. 最近の刑事立法の動向

かつては「ピラミッドのように沈黙」³⁾しているとも表現された日本の立法機関ですが、近年では、「刑事立法の活性化」と呼ぶべき現象が生じています⁴⁾。しかも、そこに見られるのは、一言で表現すれば、社会の安全(これも日本では1つのキーワードとなっています)のために従来よりもより積極的に刑罰を用いていこうとする「刑罰積極主義」の傾向です。より詳細にこれを見ますと、次のようないくつかのキーワードを用いて、現在の立法傾向を特徴づけることが可能でしょう。すなわち、従来は犯罪とされていなかった行為を処罰の対象とする犯罪化と、従来から処罰されてきた行為に対しより重い刑罰をもって対処しようとする重罰化、実害惹起に向けられた行為をかなり早い時期から処罰の対象とする処罰の早期化、可視的な実害が認められないところで、抽象的に理解された法益保護のために刑法を用いるという意味で抽象的価値の保護、一国の法体系が相互に不整合的な原理や規定から構成された、継ぎはぎだらけのものとなるという意味で法のパッチワーク化です。

ここでは、それぞれ1つだけ、その実例を示すことにします。犯罪化の例

3) 松尾浩也「刑事法の課題と展望」ジュリスト852号(1986年)11頁(＝松尾浩也『刑事法学の地平』[2006年] 48頁)。

4) 詳しくは、井田良『変革の時代における理論刑法学』(2007年)11頁以下、27頁以下、209頁以下をご参照下さい。

としては、自動車の危険運転行為から意図せずに人の死傷の結果を生じさせたとき、傷害罪・傷害致死罪と同じ刑を科すことを可能とした危険運転致死傷罪(刑法208条の2)の新設(2001年)を挙げることができましょう。重罰化は、法定刑としての有期自由刑の上限の15年から20年(刑の加重が認められる場合については20年から30年)への引き上げ(2004年)にその典型例を見出すことができます。処罰の早期化の一例を提供するのは、クレジットカード等の支払用カードの不正作出行為を重く処罰する規定(刑法典第18章の2・163条の2以下)が新設され(2001年)、新しい処罰規定の中に、カード情報の不正取得という作成準備行為のさらにその末遂(いわば「予備の末遂」)を処罰する規定も入れられたことです(刑法163条の4第1項、163条の5をご参照下さい)。抽象的価値の保護の一例としては、クローン技術をヒト生命に応用し人クローン個体を産生させることにつながる行為等を禁止してこれを犯罪とし、最高で懲役10年というかなり重い刑を定めたことが挙げられます(2000年)。処罰の理由は、その行為が「人間の尊厳に反する」ところに求められているのです。法のパッチワーク化の端的な現れとしては、臓器移植法の制定(1997年)を挙げることができましょう。それは、死の概念を一般的には変更せず、脳死をもって人の死亡時期とほしなまま(したがって、脳死患者の生命もまた、生命としての保護に値するとしつつ)、書面に表示された本人の意思があるときには脳死判定の時点をすでに人の死期とすることにより脳死移植を合法化したのです。

もし、犯罪化と重罰化、処罰の早期化、抽象的価値の保護、法のパッチワーク化が現在の立法傾向の特色であるとすれば、現行刑事実体法のそのような方向への変化は、これまで(とりわけ第2次世界大戦後において)刑法学の共通理解として(個々的には見解の相違があったにせよ、総体において)承認されてきた刑事実体法の公準ないし諸原則に反するか、少なくともそれらに抵触するように思われます。すなわち、上のような傾向は、刑罰消極主義(謙抑主義の原則)、民法と刑法(私法と公法)の分離、法益保護原則(侵害原理)、反モラリズム、法秩序の統一性といった公準ないし諸原則と整合的で

ないと考えられるのです。

しかしながら、日本において、そのような立法傾向が最近になり突然に全く新しい現象として現れ出てきたと考えるとすればそれは誤りです。われわれは、刑法典の規定のみではなく、特別刑法を含めた、日本の刑事実体法を全体として観察する必要があります。そのとき、刑法典のみから形成されたイメージとは異なったイメージが得られることになるのです。

III. 現行刑事実体法の診断…刑法と特別刑法の比較という視点から

1. 刑法典、特別刑法、行政刑法

刑法典の外に存在する刑罰法規をまとめて特別刑法(または刑事特別法)と呼びます。そして、特別刑法は、さらに刑事刑法と行政刑法とに区別されます。刑法典に規定された犯罪のように、当然に反社会的であって処罰に値する(すなわち、当罰的)と考えられる行為(自然犯または刑事犯)の処罰に関わるのが刑事刑法です。これに対し、行政上の目的を果たすため、法規違反の行為(法定犯または行政犯)に刑を科するのが行政刑法です⁵⁾。特別刑法のうち、行政刑法を除いたものを「狭義の特別刑法」と呼ぶことができます。狭義の特別刑法に属する刑罰法規は、刑法典の各則編の中に吸収することも十分に考えられるところから、準刑法とも呼ばれています⁶⁾。

5) 伊藤栄樹=小野慶二=莊子邦雄編『注释特別刑法1巻』(1985年)156頁(佐藤謙平)は、「行政犯とは、国の行政機関(行政権能を有する地方公共団体を含む。)が、その行政上の目的を実現するために、行政法規に基づいて、国民に対し一定の行為をすべきこと又はしてはならないことを命じ、これに従うべき義務を課する場合に、その義務の履行を担保し、行政上の目的の実現を確保するため、制裁として刑を科することとされているその義務違反をいい、行政罰則とはその刑を科することとしている法令の定めをいう」としています。

6) なお、日本では、法律以外の法令による処罰、特に、地方公共団体の条例による処罰も大きな意味を持っています。地方自治法14条3項は、地方公共団体(都道府県と市町村、東京特別区)の議会が制定する条例において、地方公共団体に認められた事務に関し、刑罰法規を設けて、最高で懲役2年までの刑を科すことを認めているのです。青少年(満18歳未満の男女)を相手方

狭義の特別刑法に属する単行法にどのようなものがあるかを知るためには、政府刊行物である犯罪白書(法務省法務総合研究所編)⁷⁾が「刑法犯」として扱っているものを見るのが便利でしょう。犯罪白書は、刑法典の罪に加えて、次の10個の特別法の違反も「刑法犯」に加えており、これを「特別法犯」とは区別しています。すなわち、①爆発物取締罰則、②決闘罪に関する関スル件、③印紙犯罪処罰法、④暴力行為等処罰ニ関スル法律、⑤盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律、⑥航空機の強取等の処罰に関する法律、⑦人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律、⑧航空の危険を生じさせる行為等の処罰に関する法律、⑨人質による強要行為等の処罰に関する法律、⑩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です。これらが、日本において、狭義の特別刑法(準刑法)とされているものにほかなりません。

このうちの爆発物取締罰則を見ると、それは1884年に制定されたものでありますが、現行法としての効力を認められ、かつ現在でも適用されることがあります。そこでは、爆発物使用の教唆、せん動、共謀にとどまる場合も独立して処罰の対象とされており、最高10年の懲役・禁錮が予定されており(4条)、爆発物の製造や所持を行った者について、加害目的がなかったことを証明できない場合でも最高5年の懲役を科しうるとされています(6条)。他人が加害目的で爆発物を製造したり所持したりしているのを認知したのに警察に届け出ない行為(不作為)に対し最高懲役5年を科す規定も存在しています(8条)。ここにおいては、すでに処罰の早期化の顕著な例が見られ、また、刑事裁判の大原則の例外(被告人への举证責任の転換)を認める規定が置かれているのです。

ちなみに、現在、共謀罪めぐり盛んな議論があるところであるですが、爆発物取締罰則の共謀罪の処罰規定をはじめとして、すでに現行法には、かなりの数の共謀罪の処罰規定が存在していることに注意すべきです⁸⁾。共謀

として「淫行」をした者を処罰する青少年保護条例や、電車内の痴漢行為等に適用される迷惑行為防止条例は、日本のほとんどの都道府県が制定しており、かなり頻繁に適用されています。

7) 最新のものは、『平成19年版犯罪白書―再犯者の実態と対策―』(2007年)です。

罪は、およそ日本の刑法の建前と相容れないというようなものではなく、ただ提案されているような形でかなり大幅な処罰の範囲の拡大の是非と、組織犯罪集団にターゲットを絞った処罰のための要件としての適否が問題となるにすぎないのです。

2. 刑法典か特別刑法か

ある犯罪を処罰する規定が刑法典の中に置かれるべきか、それとも刑法典の外に(特別刑法として)設けられるべきかに関しては、それが刑事刑法に関する限り、明確な基準が存在するわけではありません。大ざっぱな目安として、「国の基本法令」に数えられる刑法典の中に収容される犯罪は、一般的・基本的な生活分野ないし社会領域に関わるものであり、特別刑法上の犯罪とされるのは、特殊的・応用的な生活分野ないし社会領域に関わるものといえましょう。しかし、このように述べたとしても、それほど意味のあることではなく、「爆発物取締罰則」や「暴力行為等処罰ニ関スル法律」や「航空機の強取等の処罰に関する法律」は、それぞれ特殊的・応用的な領域に関わるものではありますが、これらの処罰規定を刑法典の中に収容したとしても何ら違和感はありません。現に、日本の法務省の法制審議会が1974年に決定し公表した改正刑法草案は、これらの単行法のかなりの部分を刑法典の中に吸収しようとしたのです。

むしろ、刑法典と特別刑法の区別のもつ実質的な意味は、刑法典の改正は、政治的に注目され、政局の焦点となる可能性をもっているところから、政治問題に発展させずに法改正を実現するために、特別法を用いることが多かったというところにあります。社会の変化に対応した機敏な法改正のためには、刑法典の改正ではなく、特別刑法の領域における新立法と法改正とい

8) たとえば、破壊活動防止法は、政治目的の放火、殺人、強盗等の共謀を処罰していますし、自衛隊法は、防衛秘密漏洩の共謀を、国家公務員法・地方公務員は労働争議行為の共謀を処罰していますし、さらに、競馬・競輪・競艇における八百長レースのような公正を害すべき競走の共謀を処罰する規定なども存在しています。

う方法がとられたのです。近年でこそ、刑法典の改正もよく行われるようになったのですが、以前はそうではなく、日本では、特別刑法の分野の法改正により新たな社会の要請に応じてきたという側面があるのです。

むしろこのことと関連して問題となるのは、日本には、刑法典は国の法体系のファッサーデ(建造物の正面部分)であり、立派で美しく、混じり気があるてはならないとし、例外的なもの・一時的なもの・あまり正面に出せないものは特別刑法の領域に追いやろうとする考え方があったことです。たとえば、第2次世界大戦後の日本において最も影響力の大きかった刑法学者の1人である団藤重光は、「刑法典のような基本的法典は政治情勢の変動に対応して頻繁に改正されるべきような性質のものではない」、「刑法典に取り入れられるべき刑事犯は、国民の意識の中に十分に定着したところの、いわば自然犯的なものにかざられるべきなのである」とします⁹⁾。ここから、爆発物取締罰則や暴力行為等処罰法や盗犯等防止法のような単行法は「治安立法的要素」を含み、したがって、「国民の意識の中に十分に定着したところの、いわば自然犯的なもの」とまではいえず、そこに、これらの法律に含まれた規定を刑法典の中に吸収することに対しては抵抗を感じさせるものがある、としたのです¹⁰⁾。

しかし、このような考え方は、刑法典と特別刑法との間のあるべき関係に関する見解としては妥当なものとはいえないと思われます。それは、一ある規定が刑法典に置かれようと、特別刑法の規定にされようと、法適用の実際においては、何ら違いがないにもかかわらず刑法典に対し多かれ少なかれ基本原則に忠実なものという見せかけのみを与え、刑法の基本原則からすると例外的なもの・説明できないものを特別刑法の領域に追いやることにより矛盾ないし不整合を目立たないものとするだけの機能しかもちえないものでしょう。現に、このような刑法典と特別刑法との関係に関する理解により、処罰の早期化や法のパッチワーク化という現象が覆い隠されてきた面がある

9) 団藤重光「刑法の全面改正について—主として草案の批判—」ジュリスト570号(1974年)28頁以下。

10) 団藤「刑法の全面改正について」(前掲注前掲注9)29頁。

のです。

3. 特に行政刑法について

続いて、行政刑法の領域を見ることにしたいと思います。日本の現行刑事実体法の1つの特色として、きわめて多くの数の行政刑罰法規が存在し、法定刑もかなり重いことが挙げられます。立法学的見地からとりわけ重要なのは、次のような事情です。すなわち、刑事刑法については、刑法典はもちろん、特別刑法に属する単行法も、法務省が所轄官庁なのですが、行政刑法については、法務省以外のそれぞれの省庁の所轄下にあるという事実が日本では大きな意味をもっています。たとえば、「道路交通法」であれば警察庁が、「金融商品取引法」であれば金融庁が、「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」であれば総務省がこれを担当しているのです。このように、法律ごとに所轄官庁が異なるという事情は、刑事刑法の規定と行政刑法の規定との間の不整合ないし相互矛盾を生み出す背景となっていることに注意しなければなりません¹¹⁾。しかも、行政犯と刑事犯(法定犯と自然犯)の区別は、相対的・流動的であり、時間の経過や社会の動きにともない変化するという性質をもっています。以前には、単なる行政的ルール違反にすぎないものとされていた行為に対する評価が次第に変化し、当然に刑事処罰に値する行為であると一般に意識されるようになることを法定犯の自然犯化と呼びます。このような刑事犯と行政犯の区別の流動性に鑑みると、刑罰法規相互の不整合ないし矛盾は大きな問題となるのです。

そのような著しい不整合が生じている領域として、刑法典の処罰規定と、道路交通法に規定された処罰規定との関係を挙げることができましょう。年々、道交法の交通犯罪の法定刑は引き上げられ、重い部分ははっきりと刑事犯化しているのですが¹²⁾、それにとどまらず、刑法典の罪との間に覆い

11) このような状況の下では、刑法典および準刑法の領域の法改正は、法務省の専属管轄であるという意識が生じてくることになります。たとえば、刑法典を議員立法(これについては後述します)により改正させるわけにはいかない、というような言葉が語られることになるのです。

がたい不整合ないし矛盾が生じているのです。その典型的な例は、ひき逃げに対する対応です。日本の現行法上、ひき逃げが行われますと、事故についての刑事責任(刑法211条2項本文の自動車運転過失致死傷罪〔法定刑の上限は7年の懲役〕が成立します)に加えて、道路交通法上の救護義務違反の罪と事故報告義務違反の罪という2つの真正不作為犯の罪責を問われます(道交法72条1項, 117条, 119条1項10号をご参照下さい)。そして、この救護義務違反の罪(117条, 72条1項前段)に対しては、かなり重い刑が予定されているのです。すなわち、「車両等の運転者が、当該車両等の交通による人の死傷があった場合において」死傷者の救護を怠ると、「5年以下の懲役又は50万円以下の罰金」に処せられるのですが、2007年の改正により、「人の死傷が当該運転者の運転に起因するものであるとき」は、「10年以下の懲役又は100万円以下の罰金」に処すことが可能とされたのでありました。人の生命・身体を保護法益とする刑法典の保護責任者遺棄罪(218条)の法定刑の上限が懲役5年であることと比べましても、そこにはきわめて重い刑が予定されているといえましょう。単に「人の死傷が当該運転者の運転に起因すること」だけでは重い処罰の根拠になりえないはずであるばかりか、仮に事故について行為者に過失があったとしてもその点については自動車運転過失致死傷罪により評価されるのですから、それを刑の加重の根拠とすることはできないように思われるのです。このようにして、刑事犯化した道交法の交通犯罪と、刑法典の人身犯罪の刑とのアンバランスはもはや覆いがたいものと

12) たとえば、酒酔い運転の罪について見ますと、現在では、酒に酔い、アルコールの影響により正常な運転ができないおそれがある状態で自動車車両を運転すると5年以下の懲役または100万円以下の罰金に処せられます(道交法117条の2第1号, 65条1項)。この犯罪は、少なくとも部分的には刑事犯としての位置づけを与えられているといえましょう。ただ、この道交法違反の(部分的)刑事犯化の現象は、日本の立法状況の下において、ある程度はやむを得ない面をもっていました。もともと刑法典の「往来を妨害する罪」(124条以下)の処罰規定の中で、自動車の危険運転行為を、その公共的危险性に注目して抽象的危险犯または具体的危険犯として処罰対象とすることが考えられて然るべきであったのです。しかし、刑法典の改正が行われず、そのかわりに、道交法の罰則によりその空隙の部分をカバーし、道交法改正による法定刑の引き上げを通じ、重い違法に対応する評価が可能となるように対処してきたのです。

なっているのです。

さらに、各省庁が所管し、内閣提出による法案により新立法や改正が行われる内閣立法以外に、議員立法も存在します。たとえば、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(児童買春・児童ポルノ処罰法)は、議員立法によるものです。ここには、専門性の強弱と民主主義的性格の濃淡が反比例する現象が見られることが興味深いといえましょう。すなわち、国民に近い機構による立法である議員立法が非専門的・非学問的な傾向を示し、国民から遠い官僚機構である法務省による立法が、より専門的でより原則に忠実な傾向を示すという現象があるのです。たとえば、児童買春・児童ポルノ処罰法において、児童買春の周旋・勧誘行為や児童ポルノの提供行為等に関し(すなわち、この法律が規定する犯罪のうち、児童買春罪を除くすべての犯罪について)、行為者において当該児童が18歳未満の児童であることの認識がなくても、そのことについて過失があれば処罰可能とされていることが注目されます(同法9条をご参照下さい)。故意犯であるにもかかわらず、行為の違法性を基礎づける本質的要素に関し過失があれば足りる(故意のある場合と同じ刑を科することができる)としているところは、刑法の基本原則からかなり逸脱したものです。法務省立案の法律であったとしたら、そのような規定を設けることが可能であったかどうかは明らかではないといえましょう。

IV. 立法活性化の社会的背景

次に、1990年代後半以降の立法の活性化の社会的背景について一言したいと思います。注意すべきところは、このような刑罰積極主義の傾向は、日本特有の現象ではなく、諸外国においても類似の傾向が認められることです¹³⁾。そこで、社会的背景を明らかにする上でも、日本独自の社会構造と

13) 日本の刑法と刑法学に大きな影響を与えたドイツにおいても、刑事立法の分野において、刑罰

か日本人の国民性とかの日本固有の要素を強調するのでは十分ではないように思われます。現代社会のもつ、より普遍的な側面に注目すべきなのです。

たしかに、立法の分野に見られる刑罰積極主義の背景には、犯罪被害者の権利保護、そして刑法による市民生活の安全の保護への要求が著しく強まったという事情があることには疑いがありません。しかし、そのことだけで刑事立法が活性化するはずはなく、そのような一般市民の要求が立法に反映することを可能とするメカニズムが形成されなくてはなりません。そこで、近年の日本において、市民の要求がメディアを通じて、あるいはよりダイレクトに政治や行政の機構に向けられ、可能な限りそれに応じることが政治や行政の課題とされるようになったことが重要なのです¹⁴⁾。それは、民主主義という尺度で見れば、積極的に評価されるべきことなのですが、他方で、そのことは、政策決定の基礎とされるべき知見が極度に専門化・技術化している現代社会においては、「ポピュリズム」と評されるような危険な傾向に結びつくおそれももっています。すなわち、刑事政策分野での国家的意思決定が、専門的学識をもたない一般市民および一般知識人の意見により動かされるようになるのですから、ややもすると白か黒で割り切ろうとする二項対立的な思考様式が支配的となります。とりわけ、犯罪問題に対して効果の高

積極主義(個別的には、重罰化、保安主義、象徴主義的立法をキーワードとしてあげることができましよう)と、処罰範囲を枠づける実体刑法の機能の低下という傾向を見ることが出来ます。具体的には、①従来よりも早い段階における処罰を可能とする危険犯の処罰規定の増加により、処罰範囲が拡大していること、②不明確な構成要件を持つ刑罰法規が増えることにより、処罰の限界が曖昧になっていること、③法定刑の引き上げおよび刑の幅の拡大のため、科刑における裁量範囲が拡大していること、④一定の社会問題が生じたときに、直ちに処罰規定の新設により対応しようとする傾向があること等を指摘することができましよう。また、実体法の変化に加え、近年における刑事手続の大きな動き、とりわけ、起訴の前後を通じての手続打ちりの多用、当事者の取引と合意による事件解決の普及により、実体法の機能が低下し、手続法がますます実体法とは独立した意味をもつようになってきているのです。以上の点について、井田良「ドイツ刑法の現状と比較刑法研究の今日的意義」ジュリスト1348号(2008年)176頁以下をご参照下さい。

- 14) 日本では、犯罪対策と市民の安全の保護が、政党が選挙の際に公表するプログラムの中にも書き込まれるようになったのです。

い、いわば「特効薬」が求められられがちです。そこで、法律専門家は、単純明快な結論を求める社会の側からの期待に応えられずに発言力・影響力を失うということになるのです。

それでは、一般市民の間に見られる、犯罪被害者の権利保護と刑法による市民生活の安全の保護への要求は、はたしてどこから生じたものなのでしょうか。それは、現代社会に生きる人々の不安の現れとして解釈することが可能です。日本における犯罪の全体の姿を必ずしも反映しない、メディアによる選択的な犯罪報道、しかも、ますます生々しい形で行われる犯罪報道に接した一般市民は、自らも日常的に目にする行動規律の弛緩、また自らも経験する価値基準の不明確化を犯罪現象に投影して不安に駆られ、厳しい刑罰により秩序維持のメカニズムを補完すべきことを求めようとするのです。犯罪化・重罰化に向けての要求の1つのルーツはそこに求めることができるでしょう。

特に処罰の早期化の要求についていえば、社会が巨大化・複雑化し、科学化・高度技術化(ハイテク化)の進行により、個人個人にとって、この社会が巨大なブラックボックスと化し、およそ主体的コントロールの不可能な存在となったことと関係しているように思われます。人々の生活はそれ自体として脆弱な技術的手段の集合体に大幅に依存しており、そのことに対応して、個人の行動のもつ損害惹起のポテンシャルは飛躍的に増大したのです。ちょっとした逸脱行動により甚大な被害を生じさせる領域が数多く出現するに至り、また、次の瞬間に何が起こるか予想もつかない未知の領域に人々が足を踏み入れる場面が頻繁に生じるようになりました。このような社会構造の変化が早期における刑罰的介入を要求しており、そこに一定の理由があることもまた否定できないところでありましよう。

処罰の早期化との関係では、組織的犯罪の脅威ということも重要な意味ももっています。自由社会は、それが個人の自由を保障するがゆえに、その内部に、単に価値観が違うというだけでなく、もはや一般市民と共存することがおよそ不可能なほど、根本的価値観を異にする人々から成る犯罪組織、宗

教団体、政治集団を産み出してきたのです。これら現代の組織犯罪に対しては、より効果的な対応という点からも、また、最初から共存を拒否する人々であるということからも、従来のような刑罰権介入の厳格な制限自体が根拠を欠くものと感じられ、処罰の早期が要請されることになるのです。

また、応報思想が勢いを回復し、犯罪予防を重視する見解が説得力を弱めたことも、現代社会に生きる人々が、将来の出来事の予測ということに対し、ベシミスティックとなったことと関係しているように思われます。個人にとり社会が巨大なブラックボックスと化したことにより、合理的にかつ冷静に対応すれば、何とかこの世の出来事は手中に収められるという確信は失われました。出来事を手中に収めるためには情報をもれなく収集することが必要ですが、情報量は爆発的に増大し、そのすべてを入手できないことから、結局、不十分な情報で対処するほかはなく、「暗闇の中を手探りで進む」しかないような不安感を人々は抱くことになります。科学化が進行すると、かえって非合理的な行動が一般的なものとなるという逆説的現象がここには生じるのです。厳しい刑罰を科せば将来の反社会的行為を抑止できると考えるのは一種の功利主義(ないし目的合理主義)には違いありませんが、経験的証拠に関心をもたない非合理主義、したがって応報刑論と同居可能な功利主義なのです。そこでは、刑罰の賦課が社会にもたらしうる諸作用(望ましい作用と望ましくない作用)の衡量には関心が向けられないことになります。

法のパッチワーク化についていえば、社会の複雑化と価値の多元化がその基礎にあると考えることが可能です。一元的な法の原理により法の全体が支配されるという思想は、単純な構造をもった原始的社会にのみあてはまるともいえましょう。社会そのものが種々の異なった構成原理に支配される単位から成る「パッチワーク」と化していくに連れて¹⁵⁾、それに対応して法も

15) 社会(さらには世界)がさまざまな自律的セクタに分化し、それに応じて法も分化していくという将来像を示すものとして、Gunther Teubner/Andreas Fischer-Lescano, Wandel der Rolle des Rechts in Zeiten der Globalisierung: Fragmentierung, Konstitutionalisierung und Vernetzung globaler Rechtsregimes, in: Junichi Murakami u.a.(Hrsg.),

パッチワーク化していかざるをえないとも考えられるのです。それは、法秩序そのものが統一的原理により体系的に構築されるという理念を根本から動揺させるものです。そのように考えると、法のパッチワーク化も、すでに社会の中にその基礎をもつものと推測することができるのです。

V. 刑法の国際化と国内刑法の変化

1. 刑事実体法の国際化にともなう諸問題

現在、世界の各国は、類似の刑法をもち、類似の犯罪現象に直面していることから、実体刑法の領域で国際的なスタンダードを形成しようとする動きが生じています。そこにおいて狙いとされているのは、国境を越えて活動する犯罪組織が一定の犯罪を準備しようとする際に、どの国でそれが行われても処罰できるようにすることです。たとえば、ある犯罪組織がA国での法益侵害を行う目的で、B国においてその準備を行うことが刑法的規制を受けずに自由に行われる、というようなことが生じないようにするためなのです。その意味で、国際的な法規制のネットワークの中に間隙(loophole)を作らないようにしようということが目論まれているわけです。同じことは、国境を越えて活動を展開する企業体による経済犯罪を防ぐためにも要請されるに至っています。

このように、刑事実体法の国際化は、犯罪実行以前の段階での処罰を要請するという意味で、処罰の早期化の傾向を必然的にともなうものであることに注意しなければならないでしょう。しかも、犯罪防止の効率性が正面に出るところから、早期に捜査機関が介入しやすく、訴訟における立証の容易な規定が選ばれる(「逃げ道」を残さないようにしようとする)傾向がどうしても出てくるのです。このような事情があって、実体刑法の国際化は、必ずしも

Globalisierung und Recht, 2007, S. 3 ff.をご参照下さい。

従来の国内法の原理・原則と整合的でない処罰規定を設けることを要請し、ここから、国際化の進展は法のパッチワーク化をさらに促進することになるのです¹⁶⁾。

立法の内容との関係で重要なことは、このような傾向により、日本ではそれほど切実には感じられない法益の保護を日本の刑法が担うことを要求される場合もありうるということです。一般に、刑事立法の際には、その合理性を担保するため、新立法を支える十分な立法事実の存在が求められるのが通常です。しかし、国内には処罰の必要性を基礎づける十分な立法事実が存在しないのに、しかし国際的な法規制のネットワーク中に空隙が生じないように、日本でも処罰規定を設けることが求められるということも起きてくるのです¹⁷⁾。

法形成の手続についても問題がないではありません。現在、条約の締結にあたっては、まず、①各国政府がこれに署名し、②これを議会が承認して、さらに、③国内法を整備した上で条約を批准するという手続がとられています。条約の内容については各国から派遣された専門家、日本の場合、刑事プロパーの問題に関わるものであれば、法務官僚がこれに影響力をもちうることとなるのですが、実際のところ、条約署名の段階で基本的部分は決せられ、あとは国内法整備にあたっての多分に技術的な問題が残されるにとどまるということになります。現在の手続のあり方は、効率性の上ではやむをえない面があるとはいえ、民主的コントロールという見地からは問題を含むものであることは否定できないのです。内容的にも、そこに官僚による選別が働き、たとえば、人権に関わる条約批准には積極的ではなく、経済的利害に関わる条約には積極的な態度をとるという、いわば「まだらな国際化」の傾向

16) しかも、共通の利益として意識されやすい法益が問題となることから、いきおい経済的利益の保護が前面に出ることとなり、そのことも法全体の見地からはパッチワーク化の大きな原因となるのである。

17) また、国際的スタンダードを形成しようとするとき、各国の事情についてはある程度捨象される面があり、突出した例外的事象が強調される形でルールが作られることになりがちです。そこから、規制の効率性を重視したルールの形成が経験的裏付けを欠いたものになるおそれも生じてきます。

が生じる可能性もあることも問題として意識すべきでありましょう。

2. 一般の原理と特殊原理

私のいう「法のパッチワーク化」の最も単純かつ基本的な状況は、一国の刑法の中に、矛盾する2つ(以上)の原理が同居することです。もちろん、そのような現象は以前から見られたところです。そもそも刑法典自体が、その第8条により、総則の一般的規定が特別刑法の領域には妥当しないことがあることを認めています。しかも、前に述べましたように、刑法典には、刑法の基本原則に忠実な規定のみを設け、例外的なものは特別刑法の領域に追いやろうとする立法的傾向も存在したのです。そこから、多かれ少なかれ、もともと刑法典と特別刑法との間には相互的なくい違いが認められるのです。

しかし、現在において、問題がより困難なものとなっているのも事実です。刑法典(一般刑法)を支配する基本的原理を「一般的原理」と呼び、他を「特殊原理」と呼ぶとすれば、ここには、「特殊原理による一般的原理の侵食」という現象が生じているからです。たとえば、組織犯罪への対応の領域において、そのような現象が見られます。一般的にいいますと、刑法が、共存可能な個々の市民を相手にする場合と、共存を拒否する組織犯罪者を相手にする場合とで基本的に異なった原理により支配されるものとなる(前者は立場の交換可能性を前提とし、後者はそれを前提としない)¹⁸⁾というように二元化しつつあるのです。国際協力による組織犯罪対策の推進は、刑法の内部にそのような大きな緊張をもたらしているということになります¹⁹⁾。

18) この点につき、松原芳博「国民の意識が生み出す犯罪と刑罰」世界761号(2007年2月号)58頁をご参照下さい。

19) 誤解を避けるために強調したいことは、ここでは「二元化すべきである」という主張を行っているのではなく、現行法がすでにそうっており、さらにその傾向を強めているという事実の確認を行っているにすぎないということです。そのような現実に対し、どのように対応すればよいか問われているのです。ドイツにおいて、ヤコプスが「市民刑法」と「敵刑法」とを対置して提起している問題の最も重要なポイントはここにあるように私には思われます。たと

ここにおいては、組織的な犯罪集団への対応を目的として設けられた、従来よりも制約の緩やかな刑罰法規が、組織犯罪の局面に限らず、一般的な犯罪にも適用範囲を拡大するという現象が生じているところに注目すべきです。もともと組織の活動として実行されることを予定した処罰規定であっても、適用を別にすることの技術的困難さから、また、取扱いの平等の見地から、さらには、立証の困難を救済し、規定の実効性を保つため、組織の活動として行われることを適用の要件としないことが多いのです。そこで、組織犯罪を予定した立法に見られる例外的な原理が、通常の刑法の領域を支配する一般の原理を侵食するという危険が生じ、これをどうくいとめるかが問題となっているわけです。その一例となるのが、組織的犯罪処罰法に規定されたマナーロンダリング罪(犯罪収益等隠匿罪・收受罪)です(同法10条・11条をご参照下さい)。同罪の適用要件は、刑法の盗品等に関する罪(刑法256条)と比較して相当に緩やかであり、組織犯罪とはいえない通常の犯罪に適用することが可能ですから、その処罰の範囲は必要以上に広いものとなっているように思われるのです。

いま1つの例は、国連で2000年に採択された国際組織犯罪防止条約(T O C条約)を批准するため、かなり広い範囲で導入することが必要だとされている共謀罪規定です。提案されている共謀罪の処罰規定は、組織犯罪集団への対応のための規定でありながら、組織性の要件が必ずしも厳重ではなく、広い適用領域をもちうる点で問題とされ、現在まで、法改正の是非をめぐり盛んな議論が続けられています。ここにおいても、刑法原理の二元化にとも

えば、Günther Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar), in: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 51 ff.をご参照下さい。最近の立場を示したものとして、Günther Jakobs, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW Bd. 117, 2005, S. 839 ff.があります。この対概念は、刑事立法の現状を記述し、理解し、説明するための「分析用具」として用いるのであれば、それなりに有益なものであると思われます。しかし、「敵刑法」という性格づけを与えることで、在来の処罰限定原理を欠く形で処罰を正当化し、現行法のその方向への発展をさらに推し進めようとするのであれば、それに対して異論が生じるのは当然でしょう。

なう困難な問題が提起されているのです。

理論的には、ここでは同時に、現代社会における刑罰法規の機能が問われていると考えられます。規定の上で、狙いとした適用対象(たとえば、組織犯罪集団の活動)のみに適用を限定しようような法律上の要件を条文化することが困難ないし不適當であり、結局、法適用機関の判断により本来の適用対象に適用を限定するほかはないような刑罰法規が作られざるをえない事態が生じているのです。そのような刑罰法規については、本来の適用範囲にその適用を限定することを実務における司法機関による運用にまかせるほかはないことになります。実は、一般の犯罪についても、特に軽微犯罪のことを念頭に置くときには、同じ問題が以前から生じていました。そもそも処罰の早期化にともない、具体的には高度の当罰性を必ずしももたない行為をもカバーする刑罰法規が作られる可能性は増えるのです²⁰⁾。ここでも、刑罰法規の適用範囲の限定を実務における司法機関による運用にまかせるほかはない事態が生じるのです。

VI. 刑法学の側に問題はないか

すでに言及しましたように、最近の刑事立法の活性化は、法律専門家の信頼喪失の傾向と裏腹の関係にあります。法律家の側からすると、刑法についての素人の無理解が、従来の刑法の諸原則を骨抜きにし、刑法学の共通理解を動揺させているといったくなるどころです。しかし、すべてを非専門家の

20) 古典的な刑法のイメージは、「なされたこと」に対してその反動として刑罰を科すというものでした。しかし、処罰の早期化にともない、過去の出来事に対する反動というより、将来に向けた危険防止の必要性に基づく刑罰法規の必要性が高まってきました。すなわち、今そのケースで警察力の介入により危険の実現を未然に妨げる警察予防の根拠として実体刑法の規定を求める傾向が、顕著なものとなっているのです。なお、このような刑罰法規の機能は多元化に対応して、刑事制裁のあり方のほうも、猶予処分や非刑罰法の種々の形態を考えれば明らかにように、柔軟化しているのです。

無知と不勉強に帰することができるでしょうか。

まず、これまで刑法の基本原則とされてきたものが、どこまで強い拘束力をもつものであるかが問題となります。たとえば、刑法の基本原則の1つとして、責任主義の原則があります。傷害致死罪のような結果的加重犯について、学説は、重い結果の発生について過失がないのに刑の加重を認める判例の立場は責任主義に反するといえます。しかし、重い病気をもつ人の刑法的保護という観点からは、判例のとり過失不要説は決して理解できない考え方ではないのです。むしろ、刑法の諸原則は、他の社会的要請との間で比較衡量を許す、より柔軟なものとする余地が十分にありそうです。

また、近年の日本において見られる量刑水準の上昇について見ても、学説における通説的な刑罰論の立場から、直ちにこれに反対する結論は導かれないうでしょう。一定の法益に対する、社会の側からする一般的評価に変更が生じれば、それに応じて、侵害された法益の価値に相応すると考えられる程度の刑も変化するようになります。たとえば、人の生命のもつ法益としての価値に関する評価が時代とともに高まれば、それは刑を上昇させて当然だと考えられるのです。従来の量刑水準も、過去の時点における、社会の側からする当該の犯罪への評価を反映するものにすぎず、そこから離れることを理由に量刑水準の上昇に対して反対することもできないと思われます。

他方で、現在の立法に見られる刑罰積極主義は、刑法学自らが準備したのとも考えられます。第2次世界大戦後の刑法学説は、応報思想を批判し、功利主義(目的合理主義)思想を一般化させました。しかし、功利主義的な法益保護思想のゆえに、刑法を一定の政策実現の手段として活用しようとする傾向が生じたともいえるのです。現在、刑法は、あらゆる方向の政治的立場から、一定の保護目的達成のための道具として引き合いに出されるようになっています。すなわち、左右の政治的テロ、宗教集団や暴力団の反社会的活動等の組織犯罪、汚職、環境破壊、児童や女性への攻撃、経済犯罪等々への対抗手段として刑法に期待が向けられているのですが、それは刑法学自身が一般化させた功利主義的な法益保護思想に立脚するものにほかならないの

です。

現在の立法に対し批判的な立場をとる研究者の中には、立法のために「科学的証拠」を挙げる限りににおいて立法は許されるのであり、そうでなければ、刑罰法規を設けるべきではない(「疑わしきは自由に」を原則とすべきである)とする人がいます。しかしながら、刑罰には期待された効果がないという消極面のみの指摘だけでは、たとえそれが学術的な基礎のあるものであったとしても、現在の社会の理解をえられないように思われます。新設が提案されている刑罰法規に関し、それが有するであろう効果の科学的証明を求め、それがない限り、刑罰法規の新設は学問的に正当化されないと主張する人も、現状においてその刑罰法規を設けないことが社会にとってより有益性が高いことの科学的証拠を提示すべきことを迫られたとき、それに応えることは困難ではないでしょうか。刑事政策は、科学的根拠に基づく合理的なものでなければならないのですが、刑罰効果が証明できない限り刑罰を用いるべきでない(すなわち、「疑わしきは自由に」とまで主張することは明らかに行き過ぎなのです²¹⁾。

刑罰消極主義の立場は、一般市民が安全保護を求めている領域に刑法を介入させないという結論を出すのですが、そのことは、市民に対し安全保護を自己負担させることにほかなりません。富める者は警備業者の助けを借りて自己防衛をはかり、貧しい者は犯罪のリスクにさらされるということが生じるおそれもあります。すなわち、刑罰消極主義(謙抑主義)は、下手をする、安全という価値を各個人の経済力にしたがって社会的に不平等に分配し、社会をこの関係でも「格差社会」に変えてしまう帰結を導くことになりかねないのです。

21) 刑罰を積極的に用いようとする側には「学証責任」があるというかも知れないが、ここに学証責任の分配という発想を持ち込むことは適切でないでしょう。刑罰効果の証明がないことを理由として刑罰使用を差し控えるとすれば、いずれとも明らかでないという、その不確実さから生じるリスクは、保護を求める市民に転嫁されることになってしまうのです。

VII. 検討すべき基本的論点

最後に、思いつくまま、いま刑法学による理論的検討が要請されている基本的な論点をいくつか挙げておくことにしたい。

まず、法益保護原則に代替する刑事立法の指導原理の探求が必要であると考えます。そしてそれは、憲法上の基本権制限に関わる原則に求めざるをえないと思われるのです。刑罰権の行使が個人に向けた国家権力の行使の最も顕著な形態である以上は、それは憲法原則による規制の下に置かれなければならないのは当然のことだからです。これまで、主として憲法・行政法の領域において、そのような原則として比例原則が用いられてきました。従来の刑法学においては、刑罰限定原理としての「比例原則」が展開されることはありませんでしたが、法益概念の機能の限界が認識されるにともない、この原則の刑法の領域における機能が注目されるに至っているのです²²⁾。

次に、刑法と特別刑法との関係の見直しが必要で、相互の間にもどのような不整合が見られるか、それがどこまで根拠のあるものかという検討が要請されていると思われます。

また、刑事立法の背景には、市民の抱く「不安」があると申し上げましたが、それが、どこまでリアルな現実であり、どこから先がメディアにより作られた虚構なのかの見極めが必要でありましょう。

さらに、説明の必要性が痛感されるのは、事前的予防と事後的処罰との関係です。一般的にいいますと、事後的処罰より事前的予防のほうが犯罪防止の上での有効性が高いのです。しかしながら、事前的予防は、事後的処罰と比較すると、

22) 比例原則とは、公権力の行使により得られるものと、それにより失われるものとがバランスを保たねばならない、とする原則です。まず、当該利益の保護の必要性の有無と程度が確認されるべきです。そして、その行為を一般化したとき、どのような事態が生じるかを勘案した上で(当該利益との関係での行為の有害性の予測)、その種の事態の防止のために刑罰が適性をもつものか、そして、刑罰以外の手段による代替が困難ないし不可能であるのかという見地からの吟味が行われることが要請されるのです。ここでは、日本ではこれまで理論的には疎遠な関係にあった刑法と憲法との関係が見直されなければなりません。

よりコストがかかり、また、より広範囲の人々の自由や権利を(広く 薄く)制約・侵害する度合いがより大きいのです。犯罪防止のために事後的処罰が果たす役割が間接的であり、非建設的でもあることが意識されるにともない、事前の犯罪対策のためにコストを配分する社会的雰囲気を醸成することが可能となるかもしれません。そのことにより、事前の対応により犯罪を可能な限り減少させ、事後的処罰にこれ以上の負担をかけることを回避することが期待できるのです²³⁾。もちろん、事前的予防はコストを要求し、それは一般市民の権利や利益への侵害もともなうのですが、それは犯罪抑止のために社会構成員の誰しもの負担すべき自己犠牲として捉えられることになるわけです。事前の犯罪対策のためのコストは節約する一方で、応報的処罰のみ厳しいものとしていくのでは、社会は不毛で、救いのないものへと変容していくおそれがあります。

さらに、法のパッチワーク化についていいますと、それは、おそらく不可避のことであり、刑法学がこのような傾向に抗うことは困難であろうと思われます。例外原理の支配する領域を可能な限り狭く囲い込んで(本当に理由のある場合に狭く限定して認めるということです)、一般の原理への影響を極力少なくするという対応しか考えることができません。それにもかかわらず、刑法学は、刑法の基礎にある諸原理・諸原則を明らかにし、原理・原則相互の矛盾およびその程度を明らかにすることに努めるべきです。そして、法のパッチワーク化が社会構造という刑法の社会的基盤に根拠をもつものであるのかどうかをそのつど明らかにすべく努めるべきです。この点に関し、刑法学が「何でもあり」の態度をとることは許されないのです。

❖ Keywords : 立法学, 犯罪化, 重罰化, 処罰の早期化, 抽象的価値の保護, 法のパッチワーク化, 比例原則

투고일: 2008. 11. 1 / 심사(수정)일: 2008. 11. 20 / 게재확정일: 2008. 12. 5

23) 一例を挙げますと、警察による防犯カメラの設置による、広く薄い人権への制約と引き換えに、検挙された窃盗犯人に対するより寛大な処罰がえられるのであれば、それがよりベターな選択肢と考えられる可能性があるということです。