

現代社会における刑罰論への一視座

伊東研祐

1 立法の時代・新しい刑事司法制度と刑罰論

刑事法学、特に刑事実体法学の領域において「立法の時代」ということが言われるようになって久しい。その含意の一つに、わが国社会の様々な次元において生起し続ける新たな根本的と思える多くの変化・事象にも拘わらず、適応性の不十分な既存の法令の解釈・適用で対処してこざるを得なかった「解釈の時代」の終焉を明確に宣言し、新たな局面・新世紀を切り拓いていくことへの意気込みの表明があったことは否定できないであろう。近時には、その(副)産物の一つとして、刑事「立法学」ないし「立法論」という学問領域も(再)確立され、成果が公刊されるに至っている。ただ、そのような同時代的な大きな動きを眺めるとき、不思議なことに、そこにはいわゆる「刑罰論」ないし刑罰理念論が欠けているという印象を免れない。もちろん、「刑」というものを含めた、多様で(場合によっては)新たな法的諸手段・効果の正統かつ最適で実効的な選択利用を議論する「制裁論」等は存するが、いわゆる「刑罰論」ないし刑罰理念論そのものは触れられ得ないままに在るように思われる。「立法の時代」の新たな「罪」も特定の質(種類)・量で画された法定「刑」の要素により内在的に性格規定されざるを得ないとすれば、そして、その「罪」の創設を必要とする既存法令の適応性の不存在・不十分性が問題たる社会事象側の構造的・質的ないし意味的变化を原因とするものである場合は、当該立法の正統性・適正性・妥当性さらには実効性に係

る議論・判断には、いわゆる「刑罰論」ないし刑罰理念論そのものが必要であろう。それは、本来的に、益々活発化するいわゆる犯「罪」論と不可分なものでもある。

21世紀のわが国社会における新たな刑事司法制度の実現を目指して継続的に行われてきた改革作業も、近々その成果が再び実定化されようとするところに至っている。そして、ここでも、(新たな)刑事司法制度の目的との関係における「刑罰論」ないし刑罰理念論は十分でないように思われる。確かに、改革のいわば直接的な諸目的・課題との関係においては、それは不要であろう。しかし、刑事手続が個別具体的な事案における国家刑罰権の存否・内容・実現態様等を確定するために行われるものである限りは、少なくとも基本に関する再確認的議論は一般的に必要であろうし、供述証拠の収集を容易にするための諸手段(いわゆる取引的捜査手法)や刑事免責制度の導入の正統性の問題等となれば、いわば(国家によって裁量的に)処分可能なリソースとして「刑罰」は捉え得べきものであるのか、国家刑罰権の在り方を含めた「刑罰論」ないし刑罰理念論が改めて必要であろう。

このような「刑罰論」ないし刑罰理念論の停滞・不存在の理由は明らかではない。犯罪論の根底に深く組み込まれた観念的・抽象的な教義として歴史化したのであれば、敢えて触れる必要もなく、触れない方が安全あるいは得である、ということかもしれないし、そもそも、罪刑法定主義の要請もあって、思い当たる「刑」の具体的なレパートリーと正統化論理も限られているという事実が在ることは否定できない。簡単にいえば、理論

学的議論へのインセンティブが強くなく偏在していて、多くの立場の者にとっては放置がなお許される範囲内にある、ということであろう。本特集は、「刑」また「刑罰」の実際がもはやそのような状態にはないことの明らかになりつつある現代状況を伝え、(いわば黙示的に継受されている具体的な)刑罰とそれらに係る理念の時代適合性を批判的に考える契機と成ると共に、刑罰論・刑罰政策論の新たな展開への手掛りを提供しようとするものである。重ねていえば、本特集は、現在のわが国社会の根本的な変化に起因する「犯罪」ないし「犯罪者」への対応に同時的に必要と思われる(ダイヴァージョン等を含めた意味での、恐らく新しい)「刑罰」ないし刑罰理念を、「刑罰論」ないし刑罰理念論の停滞・不存在が故に(あるいは、それにも拘わらず)生じている刑罰現象の批判的考察を通じて確認・展望し、犯罪論・解釈論と一体となった責任ある議論として展開しようとする試みの第一歩である。

2 刑罰の現実と刑罰論の現実

(1) 刑罰依存・重罰化の刑罰政策

本特集の目的設定を動機づけ得る刑罰の現実の一つとしてまず思い浮かぶのは、この10年余りの間の自動車運転致死傷行為に対する(迷走的な)立法的対応であろう。それが、発生するに至った具体的諸事案に対する処断可能な「刑罰」の(いわば絶対的な)量的不十分性の肯定を主要根拠としていたことは否定できないように思われる。問題は、いかなる目的との関係において不十分であるのか、当該目的が説明可能な限度内での「刑」の量的増加(いわゆる重罰化ないし厳罰化の一側面)と関連諸行為類型の犯罪化(可罰化)とによって達成すべきものであるか、達成可能なものであるか、ということが明確に検討・確認されぬままに、法改正が始められたところにある。処断可能な「刑」の質的あるいは機能的な十分性・類型的な事案適合性は、事実上、前提とされていること

になるが、それがむしろ正当化を要するものであること、また、刑罰への依存を(緊急な対応が遂に必要な場合)に止まらず、一般的にも躊躇わせるものでないことは、自動車運転致死傷行為に対する過去の多面的な法的対応の歴史の示すところである。そして、秘密保護であれ何であれ、この間、法的保護ないし規制の強化が叫ばれるとき、たびたび行われてきたのは(それだけであれば社会的コストが比較的安価であるが故にでもあろうか)犯罪化すなわち侵害・違反に対する法的効果の「刑罰」化と法定「刑」の加重とであったが、そこにおいても「刑罰論」ないし刑罰理念論の停滞・不存在が事実的な刑罰政策を支えることになっていることは、容易に理解することができよう¹⁾。

(2) 刑罰論の現実のもたらしたものと

このような刑罰の現実と刑罰論の現実との認識については、もちろん別個の把握・評価が可能である。たとえば、周知の別個のコンテキストの中で纏められたものであるが、検察の精神および基本姿勢を示す規程「検察の理念²⁾」は、「事案の真相に見合った、国民の良識にかなう、相応の処分、相応の科刑の実現」ということを2011年に謳い、また、「裁判及び検察の実務は、行き過ぎた重罰化に走ることはなく、冷静な対応をしているのである³⁾」、「統計に基づく検証作業によれば、それ[重罰化懸念]はかなりの程度において杞憂であったと言えることができよう⁴⁾」という判断が近時に示されてもいる。現時点における(事実的な刑罰政策の)再確認的議論の一端を示しているものといえるであろうが、それが裁判および検察の実務(刑罰[権]の実現・行使の実務)について行われていることに留意すべきであろう。何故ならば、事実的に採られている刑罰政策の内実を前提とした次元における議論であって、刑罰ないし刑罰政策そのものに立ち戻ってのものではないからである。そして/しかし、採られてきた刑罰ないし刑罰政策が現在のわが国社会の根本的な変

1) いわゆる重罰化の問題をそれぞれとして批判的に分析した論稿はこれまでも少なくないが、本稿との関連で最近のものを挙げれば、「[特集] 現代刑法改正の検証」法学セミナー 722号(2015年)11頁以下所収の諸論稿が示唆に富む。参照されたい。

2) 「検察の理念」は、http://www.kensatsu.go.jp/oshirase/img/kensatsu_no_rinen.html等からダウンロード可能である(2015年4月17日現在)。

3) 松尾浩也「最近の刑事立法」日本学士院紀要68巻2号(2014年)190頁。

4) 松尾浩也・前出註3) 191頁。引用中の「重罰化懸念」は、本稿筆者が挿入したものである。