

企画趣旨

樋口亮介

1 何故、基本概念の意義は問われなければならないのか

本特集は、刑法からは罪刑法定主義、社会的相当性、刑罰の定義、自由意思を、刑訴法からは任意性、経験則を取り上げる。

これらは立法の過程や刑事裁判に登場する基本概念であるが、その意義の吟味を欠いたまま安易に援用される場合、不幸な事象が起きてしまう。結論は別の理由で得ておきながら、正しさを権威づけるために基本概念が援用されるという事象。結論に至る真の理由の言語化がなされないまま、基本概念によって結論が導かれるかのような外観が呈される事象。多様な選択肢が許容されるにもかかわらず、基本概念から1つだけが正しいはずとの思い込みによって、他の選択肢が吟味されないという事象。これらの懸念が的外れでないとするれば、それは、結局は、基本概念の意義が精査されていないことによる。

このような問題を認識する論者によっては、基本概念は融通無碍であることから、基本概念を論じること自体を止めてしまうかもしれない。しかし、問題があるからといって基本概念を棚上げにすると、基本概念に立ち戻った検討が行われなくなり、その結果、真の問題の所在に目を閉ざすことになるおそれがある。

本特集は、6つの基本概念の意義を問うことによって、刑事立法あるいは刑事裁判における議論の土台を整備する試みである。

2 基本概念の意義をどのように問うのか

基本概念を問うことに意義があるとしても、その検討は容易ではない。日本法の沿革の重厚さや外国法の議論の厚みにひるんでしまうこともあ

る。基本概念について意外にも議論の蓄積が乏しく、手がかりの僅少さに戸惑うこともある。基本概念をめぐる議論が難解であったり、広汎であったりして手に負えないと感じることもある。

要するに、基本概念を問うことは重荷、ということに尽きる。それにもかかわらず、基本概念の意義を問うのだとすれば重荷を1つずつ、できた範囲で片づけていくしかない。各論稿は執筆者の個性を生かす形でこの重荷にチャレンジしている。その手法はそれぞれ異なるが、基本概念に向き合い、今後の議論に貢献しようとする点は共通している。

(1) 罪刑法定主義を担当する拙稿は、明確性の原則に焦点を絞り、独米の基本的な議論を参照して権力分立と自由保障という基礎的な視点に立ち戻ると共に、アメリカの学説も手掛かりにすることで多義的な自由保障という言葉の意味を個別に具体化する作業を行っている。日本法だけでは十分な検討を行うことが難しいと感じられる問題について、限られた形になるとしても比較法的知見に手掛かりを求めながら、論理的分析も加えることで基本概念の意義を整理しようとするものといえる。同論文は、刑法典の簡素な条文は明確性の原則を充足できるのかという素朴な問題にも取り組んでおり、刑法典の条文と判例の根底に関わるものにもなっている。

(2) 社会的相当性を担当する深町論文は、ドイツの過去及び現在の議論を紹介し、我が国における議論と比較することでその機能を一般論として確認した上で、現在の我が国における具体的な素材として家庭における侵害行為の当罰性の限界を検討している。独日の学説比較というオーソドックスな比較法的手法によって社会的相当性概念の有する意義及びその適切な適用範囲を明らかにし