

比較法的観点からみた日本刑法の特徴

——ウルトラハイブリッド刑法としての日本刑法——

—井田報告へのコメント—

甲斐克則

1 比較法的観点からみた日本刑法の特徴

(1) 総論——ウルトラハイブリッド刑法としての日本刑法

井田 良教授の報告について、本来なら50分程度かけてコメントする方が丁寧なのだが、私に与えられた時間は10分間しかないので、配布したA4版1枚のコメントレジュメに即して重要な点について掻い摘んでコメントすることにしたい。さすがに井田教授の分析力は、鋭いものがあって、全体として多くの部分について賛同することができる。

まず第1に、日本刑法の特徴の押え方について、私も、やはり日本の刑法は様々な国の刑法から影響を受けて成り立っているという点に賛同する。井田教授は、「モザイク模様」という表現を使われたが、私も、だいたいそういうニュアンスで理解しつつも、敢えて「ハイブリッド」という言葉を使いたい。しかも、単なるドイツ刑法と日本刑法の融合というだけではなくて、あるいはそれに加えてフランス刑法との融合というだけではなくて、イギリス刑法やアメリカ刑法等、それ以外の国々の影響も多分に受けているので、私は、日本の刑法を「ウルトラ・ハイブリッド刑法」というふうに呼んでいる。なぜなら、日本の文化の継受を考えると、刑法だけではなく、そして法律の世界だけでもなく、様々な分野を見ても、日本は、やはりいろいろな国から多様なものを吸収して、いつの間にか日本流に加工するということに長けた国民性があり、この文化的な「懐の深さ」が刑法にも多分に表れている、と考えている。

明治13年の旧刑法典以降の経緯は、井田教授の分析の通りであり、重複は避けたいが、いずれにしても明治期以降、フランスやドイツから刑法理論なり刑事司法制度を導入しながら、戦後になると、日本国憲法制定の関係でアメリカ法の影響も大

いに受け、その結果、刑事実体法としての刑法は主にドイツ刑法の理論的影響を受けつつも、刑事手続法はアメリカ法の影響を強く受けている。そうすると刑事裁判の場では、どうしてもその両者がぶつかり合うところが出てくる。それを、実務家は、おそらくいろいろ苦勞して処理してきているわけであり、そこらあたりに、苦惱もあるであろうし、また「日本的な営み」というものが出てきている部分が点々とある、と考えられる。

刑法理論におけるドイツ由来の三分法体系、すなわち、構成要件該当性、違法性、責任という体系は、長年に亘り継受されてきており、おそらくこれがすぐになくなることはないであろう。他方、判例という観点についてみると、これは井田教授が『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会・2007年）という著書の中で、学説と判例の役割等についても詳細に分析されているが、それを読み、あるいは今日の講演を聞いても、判例の位置づけというのは大変興味深いものがある。すなわち、一般に、日本は判例法の国ではなく、個別主義の国だと言われながらも、結構判例の影響が大きいところをみると、これはおそらく、英米法の影響が潜在的にあるのではないかと思われる。日本の大学は、早稲田大学も含めて、イギリスをモデルにした大学（特に法学部）が多く、そこから生まれてきた教育制度というものがあるためか、ドイツ法の話をしながらも、どこかでイギリス法の理論の影響を受けつつ、あるいは、戦後はアメリカ法の影響を受けつつ、柔軟に様々な問題に対処してきている。その中で、刑法解釈論でも、判例が果たす役割が大きくなっているわけである。ただし、判例は、学説と異なり、あらゆる事案において理論的に一貫しているかという点、必ずしもそうでもない（例えば、因果関係に関する判例参照）。やはり裁判官にとっては、眼前の個別事案の処理が重要なのである。その点が、英米法とも異なる日本法の特徴であると考えられる。

したがって、当初、理念はフランス刑法に求め、論理と形式はドイツ刑法に求め、実践はアメリカ刑法に求めたと理解することもできる。戦後、特に平野龍一博士がアメリカ型の機能主義刑法理論を強調して以来、例えば、かつて判例が採用したにもかかわらず多くの学説が否定的であった共謀共同正犯論が急速に普及して通説になったように、柔軟に事案に対応し、裁判なり法曹実務に合うような解釈を重視する方向が強まった。そういう意味では、アメリカ的な機能主義の影響もある。そして、日本の法学ないし刑法学の精神のどこかには、経験論ないし功利主義を基調とするイギリス（刑）法の精神も影響しているように思われる。要するに、日本

の刑法および刑法学の根底には、基本原理を意識しつつも、海洋民族特有のフレキシビリティというものもあるのではないか。それでいながら、根底には、どこかにやはり日本刑法を支えるもの、つまり、明治時代よりもっと前から存在する倫理観ないし何らかの魂みたいなもの（M・E・マイヤーの言う「文化規範」）があって、それがいろいろなところに顔を出すような気もする。例えば、「大岡裁き」の例に見られるような寛大な処分を望む場合もあるし、逆に「被害者感情」を考慮しすぎて厳しく出すぎるところもある。ヨーロッパ社会は、基本的にはやはりキリスト教という共通の宗教が根底にあるので、そこから規範的支柱が出ている部分もある。個人の「責任（Schuld）」の意識というのは、まさにその典型だと思われる。これは、人間の本質に根差した倫理法則である。これに対して、日本社会では、そういうものがないとは言わないが、ドイツのそれと比較して見ると、やはりそれほど強くないわけで、同じ「責任」でも、小野清一郎博士の見解に代表される独自の「道義的責任」論（私は、これをドイツ刑法学が説く倫理的責任論と区別している）に見られるような、日本型の何らかの特徴が刑法理論として出ていることもある。

それでは、「日本の精神構造とは何か」、というと、実に難しいのだが、「和をもって尊しとなす」、という古くから言われている聖徳太子以来の伝統に根差すもの、そこから醸し出す、独自の、「玉虫色」とも言うべき精神構造があるように思われる。「玉虫色」は、良い表現とも悪い表現ともとれる。見る方向により、色が変わる。私が日本の刑法の特徴を「ウルトラハイブリッド刑法」と呼ぶのは、日本の刑法にはそういう性格があって、根底にはやはり「和魂洋才」がなお蠢いていると感じているからである。そして、21世紀の現在でも、このスタイルから脱却できない部分がなお残っているように思われる。

（2）各論——日本刑法の特異性

つぎに、これを各論的にみてみよう。刑罰論を取り上げてみると、問題はいろいろあるが、死刑の問題が一番分かりやすい。井田教授は、今日は死刑問題に言及されなかったが、ドイツ刑法の影響をこれだけ受けながら、日本ではなお死刑制度を残している。ドイツをはじめ、先進国の大半が死刑を廃止しているにもかかわらず、日本ではなお死刑を存置しているという点を矛盾と見るべきか、日本固有の精神構造の現れと見るべきか、という点の分析は、やはり今後も検討課題であろう。

また、犯罪論に目をやると、8点ほど検討素材が挙げられる。私が気づいた日本独自のものを、ドイツ刑法と比較しながらまとめてみよう。第1に、違法性について

てみると、特に日本では、明治時代の一厘事件大審院判決以来、可罰的違法性の理論が、宮本英脩博士および佐伯千仞博士を中心に開拓されてきて、今や学説としては通説となっている。これに対して、ドイツでは法秩序の統一性という考えから、違法の統一性ということを強調してきたため、当初は可罰的違法性の理論という観念は存在しなかった。ただ、1980年代になると、ドイツのチュービンゲン大学のハンス・ルートヴィヒ・ギュンター教授がその著書でこれに近い考えを展開した。亡くなられた佐伯千仞博士が存命中に、関西大学にギュンター教授が来られて講演会があった際、佐伯博士が、「私の理論がドイツの学者にもついに理解された。これは喜ばしいことだ。」と喜んでおられたのを今でも私は覚えている。逆に、日本の考えの柔軟性というのがドイツなどにも影響を及ぼすことがある、と思った次第である。この違法性についての比較分析は、実に面白いところである。

第2に、期待可能性の理論が挙げられる。この理論は、ドイツで発展したものであり、佐伯千仞博士も導入に積極的に動かれた。ところが、裁判の場ではなかなかこれは働かない。これは不思議なことだと思われる。裁判員裁判の時代になって、期待可能性の理論というのは、むしろ日本の裁判に馴染みやすいのではないかと、思うが、これを受けつけないのは何だろうか。いずれこの点も比較分析してみたいと思う。

第3に、これらと関係して、日本ではドイツと異なり、検察官が起訴猶予裁量を持っているので、実質的には検察官がこういう理論を起訴段階で考慮しているのではないかと、という点も検討の余地がある。

第4に、未遂犯に関して、日本では実行の着手についてなお議論が盛んであるが、井田教授の分析にもあったように、ドイツでは「実行の着手」という概念があまりないようである。ところが、フランスでもドイツでも主観説はなお根強い。日本では、この点について、割合、客観的に捉える見解が有力であり、窃盗などでも実行の着手をこれらの国よりも遅らせる。この相違をもたらしているものは何だろうか。この点について、後からコメントをいただきたい。

第5に、刑法211条1項の業務上過失致死傷罪が挙げられる。日本では、過失犯が非常に肥大化している。「ブラックボックス化」と言ってよいし、「バブル」と言ってもよい。井田教授が先ほど刑法38条1項の話をしたが、やはり故意犯が原則であり、過失犯は例外である、と言われながら、日本では、むしろ例外の方が原則化するという、逆転現象が見られる。何かの事故で被害が発生すると、誰かに刑事

責任を負わせなければならないという強迫観念に駆られたような所がある。これについて、私は、日本において、やはり責任主義の自覚・意識の弱さがあるからではなかろうかと考えている。それでいて、法人処罰にはかなり慎重である（個人的にはこの点に異論はない）。このギャップというのが一体どこから来るのだろうか、さらに検討する必要がある。おそらく被害者や国民の処罰感情を優先させる社会的・文化的背景が色濃く存在するのではないか、という気もする。

第6に、共謀共同正犯論を挙げることができる。これも、可罰的違法性論と同様に日本の判例が生み出したもので、学説がさらに肉付けをしてきた理論である。私も正確には理解していないが、ドイツでは、日本と同じようなレベルでの共謀共同正犯は存在しないのではないかと推測している。この点について、井田教授に教えていただきたい。日本では、判例が長年、共謀共同正犯を認めてきたので、あの厳格な平野龍一博士でさえ、さすがにこれを否定するのはナンセンスだ、という趣旨の論文を書かれて（平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会・1966年）参照）、それ以来、学説は、ぐっとこれを肯定する方向に舵を切ってきた。現在では、共謀共同正犯は、当然の前提として見なされている。それでいて、他方で、共謀罪については立法提案がなされても、否定的である。そうすると、それを支えている何らかのファクターが理論と実務にはあるのではないかと思われる。これも、比較分析という観点からどういうふうに見るべきか、後でご意見をいただきたい。

第7に、各論の問題も取り上げられたので、医事刑法という観点も若干取り上げたい。例えば、人工妊娠中絶である。その件数は、日本では、今でも30万件近く、少なくとも28万件くらいあると言われる。先進国では群を抜いて多い。一方で生命の重要性ということを言いながら、他方で妊娠中絶件数が多いにもかかわらず、せいぜい優生保護法から母体保護法への改正があった程度で、刑法典の堕胎罪規定はずっと変わらない。これに対して、ドイツを見ると、堕胎罪について何度か改正があり、同時に、その周辺の立法、例えば、妊婦や家族を支援する法律も整備されて、刑法典だけでカバーしきれない部分をほかの法律でカバーしている。私は、そのような体制の方が妥当だと思う。ところが、こういう分野では、日本は、立法で解決しようとする姿勢があるのかないか、あるいは現状を放置しておいてよいのか、態度が不明で、妊娠中絶について議論さえあまりなされない。体外受精卵（初期胚）の問題は熱心に議論するのだけれども、より基本的な妊娠中絶という問題については放置している。宗教の相違もあろうが、日本の中に何か独自の意識がある

のか、これは私も研究中である。

第8に、終末期医療の問題でも、同じことがいえる。これは時間の関係で今日は割愛する。

2 今後の課題：守るべきものと変更すべきもの

つぎに、今後の課題についてコメントしておきたい。井田教授の分析は、さすがであり、きちんとポイント押さえている。

(1) グローバル社会における刑法の国際化とその方向性

第1に、グローバル化社会ないしグローバル社会における刑法の国際化という点が昨今声高に叫ばれているが、要するに、この中で、どこまで国際協調なり協働を図れるか、がポイントである。ヨーロッパは、EUで共通の刑法を作ろうということで動きやすいところがあるけれども、日本の場合には、これにどう関わっていくのか、という点である。今日はその点についてあまり言及されなかったが、アジアにおいて今後どう議論していくべきかは、今後の課題である。

(2) 情報社会・リスク社会における刑法

第2に、情報社会・リスク社会における刑法のあり方というのは、先進国のどの国でも今、直面している重要問題であるが（ウルリッヒ・ズィーバー（甲斐克則・田口守一監訳『21世紀刑法学への挑戦——グローバル化情報社会とリスク社会の中で——』（成文堂・2012年）参照）、この点も、やはり私は、井田教授が著書（前掲）の中で書かれているのとおそらく大差ない理解である。刑法の基本原則である、行為主義・罪刑法定主義・責任主義という柱を見失うと良くない。これらの基本原則は、歴史的に見ても、長い歴史の中で培われたものであって、これを外した場合に何が起こるかは、歴史が示している。他方で、法益保護が強調される。刑罰の目的、刑法の目的は法益保護だ、というのは当然の主張なのだが、法益保護主義というのは、あくまでもその前提となる基本原則と調和してはじめて刑法全体においてバランスがとれるわけであり、法益保護だけが突出すると、刑法の保障機能がなし崩になる。この点について、調整をどう図るか。井田教授は、著書（前掲）の中で「比例性の原則」にも触れられているが、それが責任主義に十分取って代わるべきものかどうかは、まだ慎重に検討する余地があるかと考える。なぜなら、「比例性の原則」の本籍は、行政法理論にあるからである。要するに、感情充足のためだけの刑法であってはならないという点は、井田教授も著書の中で述べておられ、

今日は触れられなかったが、おそらく現在、そのレベルではおそらく意見が一致しているであろうと思われる。刑法は、骨太の基本原則を維持しながら、その中でどの程度、法益保護（主義）との調和を図りつつ様々な問題に対処していくべきかという点を、比較刑法の研究に際して念頭に置いておくべきだと思われる。

（3）刑法と他分野との協働

第3に、刑法と他分野との協働が挙げられる。井田教授が学際性の重要性ということと言われたが、私もまったく同感である。刑法学は、ともすれば、研究に際して刑法の文献しか読まないという傾向がときおり見られる。しかし、ある現象が犯罪現象となり、そしてこれに対処するには、多様なアプローチを行う必要がある。先ほど、意思自由の問題が出たが、これも、最近では、ニューロサイエンスが進んでいて、意思自由論も含め、それがもたらす諸問題についてニューロエシックス（neuroethics）が対応している。私も、刑法と並んで、医事法と生命倫理を研究しているので、この分野に注目しているが、国際的な会議とか学会では必ず取り上げられるテーマである。ごく最近では、法律用語として、ニューロエシックスに代わり、ニューロロウ（neurolaw）という言葉も使われるようになった（私も寄稿した Tade Mattias Spranger（Ed.）, *International Neurolaw. A Comparative Analysis*, 2012には、16か国から neurolaw に関する20本の論文が寄せられている）。日本でも、今後、この問題が何らかの形で議論されていくであろう。要するに、法的にも解決を迫られているのだけれども、なかなか日本では対応が進まず、遅いわけで、既成事実がどんどん進んでいる現実を直視する必要がある。したがって、学際性は、重要であり、その中から、他分野、特に、科学・医学、あるいは他の法分野との協働が必要であると考ええる。その中で刑法の出番は一体どこか、ということを見極める視点を持たなくてはならない。刑法だけでこの種の問題に対応しようとすると、無理が来るとと思われる。

（4）「普遍化可能な価値判断と論理」の探究

第4に、井田教授が「普遍化可能な価値判断と論理」の探求を説かれたのは、実に重要である。それを模索していかないと、おそらく今後、時代に取り残されるであろう。ただし、残すべきものもあるかもしれない。すべてにおいて世界が共通になるとは思われないので、変更すべきものと残すべきものを見極める視座を、今後いろいろな分析から抽出する必要があるだろう。

(5) 比較刑法の重要性

最後に、比較刑法の重要性を強調しておきたい。ただし、ただ単に外国ではこうなっているからというだけではもはや済まされない。新しい情報を手に入れて、「これこそ私が最初に紹介した業績だ」、ということでは比較刑法にならない。それだけを考えると、やはり方向を間違えると思うので、何のためにその研究をやるのか、何のためにその国のその理論や制度の研究をやるのか、という問題意識を鮮明に持つことが重要である。明確な問題意識がないと、方法を誤ってしまうであろう。要するに、「刑法における重点とは何か」ということを常に知る、という意味で、比較刑法というのは、今後も日本で重要性を維持し続けるだろう、と考える。