

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2007～2009

課題番号：19730051

研究課題名（和文）刑罰拡散化時代における刑事的規制の前提条件

研究課題名（英文）Conditions of the criminal regulation  
in the “punishment-spreading-times”

研究代表者 深町 晋也 (FUKAMACHI SHINYA)

立教大学・大学院法務研究科・准教授

研究者番号：00335572

研究成果の概要（和文）：本研究では、刑罰権の適切な適用領域を、刑罰の有する抑止効及び刑罰の有するスティグマ付与機能とに着目しつつ確定した。特に、刑罰の有する規範形成機能を一定程度肯定し、社会において受容可能な規範形成を刑罰が促進することを認めつつ、刑罰が有するスティグマ付与機能が、一定の条件の下では行為者に対する誤った形での非難として受け止められてしまうことを実証的に論じた。

研究成果の概要（英文）：An appropriate field of punishment must be determined from a viewpoint of the deterrent effect and the stigma of punishment. Especially, punishment has a function of forming norms, but at the same time the stigma of punishment often leads to a misunderstanding that offenders are blamed for their tendency.

## 交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	1,100,000	0	1,100,000
2008年度	1,400,000	420,000	1,820,000
2009年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
総計	3,200,000	630,000	3,830,000

研究分野：刑事法学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：刑事法学、刑罰論、法益論、積極的一般予防論、非犯罪化

## 1. 研究開始当初の背景

（1）本研究を開始するに当たっては、これまでの研究において得られた考察及びわが国の刑法学の現状に対する認識が背景となっている。まず、2005年から採択された科学研究費・若手研究（B）「刑事的規制の限界枠組みとしての主観的犯罪要素」の研究を進め、刑事的規制の限界枠組みを考察する

上では、そもそも刑事的規制の機能的意義についての考察が不可欠であると考えに至った。例えば、財産犯罪における主観的犯罪要素について考察するうちに、各々の財産犯罪の構造こそがその犯罪における主観的犯罪要素の内容を規定することを認識し、各々の財産犯罪の構造分析の前提として、各々の財産犯罪が持つ可罰性・当罰性・要罰性の限

界線を適切に把握する必要があると考えた。また、法人犯罪における主観的犯罪要素について考察するうちに、法人犯罪における主観的犯罪要素の意義は、なぜ法人に対して刑罰を科す必要があるのかという問題と不可分の関係にあることを認識した。

(2) 次に、近時の刑事立法についての研究を行ううちに、新たな刑事的規制を設けることの当否についての限界線が極めて不明確であり、この限界線を可能な限り明確化する必要があると考えるに至った。特に、2002年から採択された科学研究費・若手研究(B)「生命・身体等の特殊な法益に関する法益主体の自己決定権の意義及び限界」のテーマを更に発展的に研究する中で、例えば臓器移植法における臓器売買の禁止のように、法益主体の自己決定権の観点からすると刑事的規制に委ねるべきか否かが不明確な刑事立法が近時増加していることを認識し、このような刑事立法の当否を評価するための新たな判断枠組みが必要であると痛感した。

(3) このような視点から、わが国の状況に再度目を転じると、21世紀に入り、わが国においては、刑事立法のラッシュとでもいった状況が生じ、重罰化・犯罪化が急速に進行している。このような刑罰拡散化時代を迎える中で、刑事的規制が有する意義を把握しつつ、その限界をどのように設定するかという観点からの研究は、研究開始当初のわが国の刑法学においてはさほど意識されていなかったといつてよい。というのは、従来のわが国の刑法学は、従来の刑事立法のあり方が謙抑的であったのに対応して、主として立法論ではなく解釈論を深化させることに意を払う結果、前述のような刑罰拡散化時代を迎えるに至っても、なお刑事立法に関する理論的枠組みを構築することにさほど意を払っていなかったからである。

(4) 本研究は、このような状況を背景として、従来の刑法解釈論において得られた成果を参照しつつも、立法論としての実践的な議論となり得るような刑事立法学の提唱を志向するものである。

## 2. 研究の目的

(1) 本研究は、刑事立法が盛んとなり、刑罰拡散化時代を迎えた状況において、刑事的規制を有効に行うための前提条件につき、刑罰の有する意義及び限界を模索しつつ、確定することを目的とする。

(2) すなわち、従来の刑法学においては、前述のように刑事立法に関する有効な提言を行うための理論的枠組みの構築に積極的ではなかったという事情がある。もちろん、解釈論の展開においても、刑罰権の行使という観点から処罰の限界を巡って議論がなされてこなかったわけではない。しかし、いかに

なる処罰が望ましいのか、あるいはそもそも処罰することが望ましいのか、他の非刑事的制裁に委ねるのが妥当ではないかといった刑事立法のあり方を巡っての議論は、さほど活発に行われていたとは言えない。そして、その結果、わが国の刑法学は、刑罰拡散化時代において適切な立法論的指針を提示し得なくなり、刑法学の観点からすれば問題のある立法に対して防波堤としての役割を果たすことも、刑法学の観点からすれば望ましい立法を促進することも出来ない状況にある。このような状況では、刑法学を持つ意義が従来以上に低下しかねず、正に危機的な段階にあると言って良い。

(3) 本研究においては、このような状況を打開するための一つの方策として、刑罰の意義・機能を明らかにすることで、刑罰がなしうる役割及びその限界を示し、現在の社会に生起する問題に対する解決のオプションを提示することを目的とする。

## 3. 研究の方法

(1) 本研究においては、刑罰の有する意義に関する基礎的研究、特に刑罰による規範形成に関する研究と、刑罰の実効性に関する複数領域の横断的な研究とを柱に据えて研究を行う。

(2) まず、基礎的研究についてであるが、従来、刑罰の意義を巡っては、刑罰目的論との関係で英米及びドイツなどにおいて議論の蓄積が豊富であるところ、これらの議論を涉猟・参照しつつ、刑罰の意義を把握する必要がある。

このような観点から特に検討対象としなければならないのは、ドイツで近時議論が活発になされている積極的一般予防論(規範防衛論)についてである。積極的一般予防論を巡る議論では、特に刑罰による規範形成機能の有無を巡って激しい議論がなされている。このような議論に対して検討を加えつつ、規範防衛論の理論的な枠組みについて考察を加える。この過程で、刑罰によって保護される対象は規範であるのかそれとも法益なのかといった刑罰の目的論についても分析を行う。

(3) 次に、刑罰の実効性に関する複数領域の横断的研究についてであるが、これについては、近時、わが国で盛んに行われている刑事立法のいくつかを取り上げ、規範形成に関する条件及び刑罰実効性に関する条件を具備しているのか否かにつき、分析を加える。例えば、臓器移植法や児童買春・児童ポルノ法など、いかなる規範あるいは保護法益が問題となっているのか不明確な刑事立法については、特に検討の対象とする必要がある。また、路上喫煙条例・吸い殻等ポイ捨て禁止条例のように、刑事的規制よりも実効的な規

制手段が問題となりうる刑事立法について考察を行う。

#### 4. 研究成果

(1) 本研究の第1の研究内容である基礎的研究については、大要以下のような成果が得られた。

①積極的一般予防論を巡る問題として、特に重要となるのは、刑罰による規範形成機能、すなわち、当該行為に関するルールないし規範が社会に十分に根付いていない場合に、このような規範を刑罰によって積極的に形成ないし強化することが果たして刑法の機能に属するか、という問題である。この点につき、特に「環境刑法」に属する問題領域においては、「保持乃至維持されるべき、少なくとも社会構成員の一部の間で妥当している確立した行為価値・社会倫理は存しない場合が多い」という認識を前提として、刑法の規範形成機能を正面から認める見解が主張されている。他方、積極的一般予防論の立場に依拠しつつ、刑法の役割は（法益の保護ではなく、）当該社会のアイデンティティを規定している「規範」を維持・確証することにあると解する立場からは、刑法により維持・確証される「規範」とは、その時点で既に当該社会において存在する必要がある、刑法自体には規範形成機能は存在しないと解する見解も主張されている。

②ここで、前者の見解については、およそいかなる規範であっても刑法によって形成可能であるとまで主張するものではない。憲法上の諸原則に反する内容の規範について形成することが許容されないことは言うまでもないし、ゼロベースから刑法によって規範を形成すべきだと真剣に主張しているとも思われない。

③他方、後者の見解については、既に当該社会で存在している規範のみが刑法による維持・確証の対象となるとしても、「既に当該社会で存在している」との判断をどのように行うべきか、が問題となる。例えば、高度に技術的・専門的な規制をめぐっては、国民の間にそもそもそうした規範が根付いていると判断しうることはむしろ稀であると思われる。また、特に一般の国民ないし市民の日常的な行為を規制対象とする場合には、人々が受容可能な規範でないと結局は刑法の有する抑止力が発揮されず、単に刑法がそうした行為を否定的に評価しているということを示すに過ぎない「象徴立法」に陥ってしまうことは否定できないが、そのことは、当該規範が社会において受容可能か否かを立法者が実証的に検討すべきことを要請するとしても、受容可能と判断された規範を新たに形成すべく刑法を用いることまでをも否定するものではない。

④要するに、刑罰による規範形成機能については、限定的には認められることが出来ると考えるべきであり、当該社会において受容可能と判断された規範を新たに形成すべく刑罰を用いることは十分に可能であることが明らかとなった。

(2) 次に、本研究の第2の研究内容である横断的研究についてであるが、これについては、刑罰の実効性との関係で、大要以下のことが明らかとなった。

①刑罰の実効性に関しては、刑罰の有する機能は単に行為者に属する諸利益（生命、身体、自由、財産など）の剥奪による害悪の付与に留まらず、スティグマを付与する機能（犯罪者の行為に対して「犯罪」であるというレッテルを貼ることで強い社会倫理的非難を加える機能）にもあり、むしろ後者の機能が重要であることを前提としつつ、そのような機能は他面において、刑罰を科される側に対する副作用をも生じさせてしまうことを明らかにした。

②すなわち、スティグマの付与は、当該行為者の「行為」に対する非難であることを超えて、むしろ当該行為者の嗜好などに対する非難として誤変換されてしまうことがある。このような誤変換を後押しするのは、問題となる保護法益が「名目的」なものであり、行為者が当該法益を侵害したからこそ処罰されるのだというメッセージとして受け止めることが出来ないという状況である。したがって、こうした誤変換を回避するためにも、問題となる保護法益の内容を実質的なものとして構成する必要があり、このような観点からなお法益論には重大な意義があることを明らかにした。

(3) こうした(1)及び(2)で得られた成果を基に、更に近時の刑事立法に関して具体的にその当否に関して検討を行った。

①まず、児童ポルノ法を巡っては、近時、児童ポルノの単純所持を刑事的規制の対象とすることについての議論が積極的に行われている。しかし、児童ポルノの単純所持において問題となる法益侵害性の実質を明確化しない限り、単純所持の処罰は、むしろ「児童性愛者の性的嗜好そのもの」を処罰することに繋がりがねず、前述のメッセージの誤変換としての弊害が露呈することになる。このような誤変換を回避するためには、いかなる法益侵害が問題となるのか、その実質を明確化する作業が不可欠であり、現状の議論においてはその点がなお不明確かつ不十分であることが示された。

②次に、路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例を巡っては、路上喫煙条例に関しては刑罰を科すことについて強い回避傾向があるのに対し、ポイ捨て禁止条例についてはそのような回避傾向は存在しないことを実証的に示

した。

そして、このような傾向の差については、路上喫煙条例において対象とされるのが喫煙行為であり、喫煙者に対するダイレクトな非難として受け止められやすい（誤変換されやすい）のに対して、ポイ捨て禁止条例において対象とされるのは、ごみのポイ捨て一般であって、そこでは喫煙者のみが対象とされてはいない以上、喫煙者に対するダイレクトな非難として受け止められにくい（誤変換されにくい）という構造上の差異があることを明らかにした。したがって、路上喫煙条例において刑罰を科すという選択を行うためには、前述のような誤変換を回避するための措置を講ずる必要がある。

(4) このように、本研究で得られた知見は、従来、わが国の刑法学において適切な刑事立法を行うための指針が欠如していた点に鑑みて、極めて重要な指針を提供することを可能とするものであり、今後、新たな刑事立法を行う際にも、こうした知見を参照することで、より適切な刑事立法を行うことが可能となるものと思われる。また、既に制定された刑事立法の実効性を判断する際にも重要な指針となるものと思われる。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計1件)

① 深町晋也 「路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例と刑罰論」立教法学 79号 (2010年) 57-86頁

[学会発表] (計1件)

① 北海道大学基礎理論研究会 (2010年2月25日、北大GCOE主催)

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

深町晋也 (FUKAMACHI SHINYA)  
立教大学・大学院法務研究科・准教授  
研究者番号: 00335572

##### (2) 研究分担者

なし

##### (3) 連携研究者

なし