

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 6 月 19 日現在

機関番号：14501

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2011～2013

課題番号：23730066

研究課題名(和文)「刑事立法問題」の解釈論による横断的分析 - 刑事法学の序論的研究

研究課題名(英文)Cross-sectional analysis of criminal legislation

研究代表者

嶋矢 貴之 (SHIMAYA, Takayuki)

神戸大学・法学(政治学)研究科(研究院)・准教授

研究者番号：80359869

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,900,000円、(間接経費) 870,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、近時の日本における刑事立法について、解釈論的観点から調査・研究を行うものである。日本では、この10年の間、刑事立法が非常に活発化しており、それを実定法解釈論研究者の立場から、研究することの意義は非常に大きい。本研究では、それら刑事立法のプロセス、そこで行われた議論、もたらされた帰結・状況を研究し、一般化可能な立法に関する命題を探求した。具体的成果としては、後述のとおり、違法ダウンロードに関する研究報告、不正指令電磁的記録等作成罪の注釈書執筆等において明らかにしている。

研究成果の概要(英文)：This research aimed at investigating and considering criminal legislation, especially recent legislation in Japan. Japanese government was reluctant to legislate for criminal matters, but in these ten years, the attitude has drastically changed. I researched the process, discussion and result of the legislation during this period from viewpoints of criminal interpretation and concretely obtained some new understandings of computer crime (illegal download and computer virus) and traffic offenses (See below for further details).

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：刑事立法

## 1. 研究開始当初の背景

近時、特に 2000 年代に入り、刑事立法が相次いでいる。その意味で、刑事立法の時代であるといえるが、我が国の刑法学においては、解釈論は高度の発展をみているものの、「立法学」については、個別の法律に関しては別論、横断的・総合的な研究は一切なされていない。それに対して、私法・行政法分野では、立法を対象とした立法学の研究が一定程度なされている(大森政輔ほか編・立法学講義(2007)山本庸幸・実務立法技術(2006))。そこで、近時の刑事立法、特にそのうちの犯罪化立法を対象に、横断的に研究を行い、その検証・分析を通じて、解釈論的見地からの分析のツールの探究を行おうとするのが本研究の目的である。

具体的には、新規犯罪化立法がなされ、それが適用・運用される段階で解釈論的に何が問題となったかを、集積された裁判例の検討を通じて類型化を行うこと、そこで、どの要件が裁判例で争いを生んだか、裁判例でその争いは適切に解決されているか、重大な適用漏れとみられる事案はないか、逆に強引な解釈論的解決はなされていないか、についての分析(=「解釈論的分析」)を行うことが必要かつ重要である(=「刑事立法問題」の抽出)。さらに、一般化を行うためには、個別の問題にとどまるのではなく、一定程度横断的に、「刑事立法問題」を析出し、比較照応を行うことが必要である。

## 2. 研究の目的

本研究は、この 10 年ほどの刑事立法(特に外国公務員贈賄罪、児童ポルノ処罰法、危険運転致死傷等交通犯罪立法、ストーカー規制法、人身売買罪等)を対象として、その立法ないし改正によって生じた問題点(=「刑事立法問題」)を、横断的に、解釈論の見地から検証し(下記研究目標(1))、それら問題点につき、地方条例や諸外国の立法問題と比較対照し(下記研究目標(2))、それらの総合のうえで、刑事立法の際に考慮すべき要素や生じる問題点の類型化・一般化を行うことにより、刑事立法学に関する序論的基礎研究を行おうとするものである(下記研究目標(3))。

以下の(1)～(3)を研究目標として、順次研究を行う。

### (1)「刑事立法問題」の析出

2000 年代以降の刑事立法(特に外国公務員贈賄罪、児童ポルノ規制、危険運転致死傷等交通犯罪立法、ストーカー規制、人身売買罪等)の法適用・運用・改正状況の分析と検証を行い、近時の刑事立法について、横断的に、その運用上・適用上生じた問題点を実証的に明らかにする。この各論的分析から出発して、そこで生じた問題群を整理し、類型化・抽象的命題の導出に着手する。

(2) 条例・外国法の調査・研究による比較照応

分析対象を広げ、地方での条例や外国での立法・法改正、法適用・運用を参考にして、類似の「刑事立法問題状況」が生じていないかの調査・検証を行う。「刑事立法問題」の国内的・国際的な普遍性を明らかにする試みである。

(3) 上記の(1)(2)結果の総合による一般命題の抽出

法律適用の瑕疵、適用のアンバランスや解釈論上の問題はどのような法律の文言や要件から生じるのかということをも可能な限り類型化・一般化し、概念や分析ツールを、刑事立法学の基礎研究とすべく提示すること。

## 3. 研究の方法

基本的には、法律学研究であるため、判例・論文・専門書等の文献調査の方法によった。平成 23 年度に近時の我が国の刑事立法後に生じた法律適用状況・実務的対応状況についての調査・研究を行い、整理を行った上で、「刑事立法問題」のうち、解釈論的対応が可能・容易な問題と、そうでない問題の分類を行った。平成 24 年度には、それらの作業を継続しつつ、地方条例や諸外国(ヨーロッパ、特にドイツ)に調査・研究対象を広げ、同様の手法で調査・研究を行った。その上で、最終年度(平成 25 年)にそれらの成果を比較照応し、「刑事立法問題」の普遍的特徴を整理し、問題が生じる状況の類型化・一般化を試みた。

## 4. 研究成果

上記の研究を進め、特に次の 3 点について一応の成果があり、(1)については後述の研究報告を行い、(2)については注釈書の執筆を行い、(3)については現在、論文を構想中である。以上の成果を踏まえ、刑事立法問題につき、暫定的には(4)のような知見を得るに至っている。

### (1) 違法ダウンロード犯罪化について

違法ダウンロードの犯罪化は、議員立法により、著作権法の改正がなされたものである。違法ダウンロードが、著作権に有害であることは明らかであるが、立法時点で広範に行われている行為を処罰すること、他方で、真に処罰すべき実体がある行為とそうでないものを構成要件上、区別できているのかという点が立法の課題であったといえる。そのような課題について、十分な議論がなされ、かつ構成要件上、明確に定められているのかという観点から立法過程の検討を行った。

衆参両院の委員会での議論を検証すると、これらの問題が十分に検討されていたかという点に関しては、かなり疑問があるとの分析結果を得た。特に処罰価値がある者と、そうでない者を適切に区別できるのかという観点、実体法処罰範囲の点と捜査権を適切にコントロールできるのかという点

が縷々指摘されたが、**（1）**については、構成要件に「知りながら」と念入りに規定していることが（知情要件）**（2）**については、法と証拠に基づく捜査が行われるべきであるという立法推進者の答弁が行われている。しかし、前者は故意犯であること、後者は令状主義が及ぶということ以上の意味があるようには思われず、懸念事項に対して、十分な立法的対応が行われたとは言いがたい。審議過程ではあまり意識されていなかったが、情報処理の高度化対応のための刑法・刑事訴訟法改正により、コンピュータに対する捜査が、侵害度を下げて実施することが可能となった反面、「侵害度の高い捜査には抑制が効くはずである」という議論が成り立ちにくくなっていることも指摘できる。本改正法を前提とした解釈を行うのであれば、知情要件につき、確定的故意を要求する、あるいは違法性の意識を要求する等のやや変則的な対応をするほかではないかとも考えられる。

また法定刑の面でも、やや加重にすぎるとは思われる。後述（2）の罪と類似の法定刑が定められているが、侵害実体の側面からいえば、個別にみれば明らかに軽微な個別ダウンロードがそこまでの処罰実体を備えているかは疑問であり、広く社会に行われていることを抑止するという、予防的側面が相当前面に出ていることが看取される。

以上の2つの問題は、解釈論専門家集団の関与が薄いまま法案が作成され、審議されたことによる部分がかかなり大きいことが原因であるとの分析もできる。

#### （2）不正指令電磁的記録等作成罪について

前述の（1）とは対照的に、こちらの立法過程では、初期段階から解釈論専門家集団が関与して改正が行われた。すなわち、経済産業省サイバー刑事法研究会の検討を経たうえで、法務省法制審議会のハイテク犯罪部会で審議されるという経過である。その結果、不正指令電磁的記録については、相当に入念な構成要件が設定されている。すなわち、目的規定、客体規定において、許容されるべき行為が、いずれでも重複して処罰範囲から落ちるように設計され、さらには客体に不正性要件、行為全体につき「正当な理由なく」要件が加えられ、実質判断により、処罰から排除することが可能な要件設定がなされている。（1）と比すれば、様々な解釈論技術により将来的な限定解釈の可能性が留保されているといえる。

しかしながら、他方で、本罪の構成要件については、結果として、一般人には極めて分かりにくいという問題が指摘できる。刑法解釈専門家は別論として、技術開発専門家やさらには法曹実務家においても十分に理解がなされていない状況が生じている。そのことは国会での審議過程（特に参議院法務委員会）でも様々な指摘を生むこととなり、理論的には必要最小限以上の要件設定が行われ、

かつ附帯決議がなされ、法務省自ら解釈を明示する文書を公表するというやや異例の展開を生んだ。

他方で、柔軟に処罰排除を可能とする要件設定をしている一方、処罰可能範囲の厳密な限界が不明確となっている側面も否めない。正当な技術開発行為を、アドホックな抽象要件の解釈にゆだねるのではなく、基本要件の解釈として定位し、解釈指標を示す必要があるであろう。特に、一義的にウィルスであることが明らかなプログラムであれば、適用はさして問題はないが、そうでないプログラム（デュアルユースデバイス）については、どの要件の問題として、どのような処罰可能事例とそうでないものを区分するのかという点を、より明らかにする必要がある。後述の研究結果たる注釈書（脱稿済・未公開）においては、そのような視点から、目的規定の解釈においてそれはなされるほかなく、流通範囲の設定を中間項として、目的を解釈し認定することが必要である旨、述べた。

#### （3）自動車運転交通事犯の改正について

研究期間最終年度において、まさに法制審議会部会が設置され、立法過程が同時進行したため、それを継続的に情報収集し、分析を加えた。本法律は、自動車運転に関する罪をすべて刑法から削除して、単行法とし、かつ危険運転致死傷罪の拡張、準危険運転致死傷罪の創設、その他、加重処罰規定の創設（無免許・免脱類型）が行われた。

立法過程で特徴的であるのは、事務局原案がないまま、法制審議会が開始され、被害者団体への聞き取りや各委員・幹事の個別意見をもとに原案が形成されていったところである。その意味で、前二者と異なり、専門化集団がもっぱら議論をリードしたわけでも、逆に排除されていたわけでもないところに1つの特徴がある。

内容的には、やはり処罰実体が十分にあるのかという問題とそれを基礎づける要件設定となっているのか、捜査レベル・事実認定レベル困難性を招かないかという点に検討を加える必要がある。

また、判例の網羅的分析を行い、近時の運転周辺者への処罰拡張傾向と立法後しばらく続いた法解釈の混乱（一審と控訴審で判断が異なる裁判例が複数）について検討をくわえた。前者は、酒類提供者、運転を慫慂した同乗者、車両提供者が処罰対象となりつつあり、結果の重大性から、理論的レベルにとどまっていた処罰が実務的に一部現実のものとなっているといえる。

#### （4）刑事立法問題について

立法過程への解釈論専門家集団がどの程度かわるかという点が、刑事立法の結果についてはかなり大きな意味をもっているものと思われる。後述の理解容易性の問題はあつものの、意味のある議論、不確定な立法後

の運用・解釈への対応という点を考えた場合、専門家集団の刑事立法への関与は不可欠であるものと考えられる。

専門家集団の関与があったとしても、あくまで解釈論専門家である以上、施行後の生じる事態（犯罪者の行為・捜査当局の対応・裁判所の解釈判断・そのほかの社会的リアクション）を十分に予測することは困難である。危険運転致死傷罪は、救護義務違反誘因や道路運転周辺者への処罰拡大等、予想外の事態を多く生んでいる。そのような行動予測の専門家を立法過程に関与させること、バッファとなる解釈論上のゆとりのある要件を設定しておくこと、定期的に運用をみて、調整のため法改正を行うこと等が、刑事立法のフォローアップのためには必要であると思われる。他方で、他の違法行為の誘因による法益状態の悪化は、行為態様の悪質性や社会的非難の重大性を考慮したとしても、なお重罰化を慎重ならしめる理由として、真剣に考慮すべきである。

刑事立法には、処罰範囲の明確化と理解容易性の相克の問題があり、それを解消することは極めて困難である。立法の際の検証や運用に耐える構成要件を設定するためには、正確性を重視すべきであると思われる。それが実現しないことには、立法化の失敗、運用の過剰ないし過度の委縮等を生み、結局は立法の意味が形骸化してしまう可能性がある。むしろ、設定された構成要件を了解可能な形で説明するための手段・スキルが重要となってくるであろう。

また、刑事立法過程においては、処罰のハードルだけでなく、捜査のハードル設定が重要な問題となる。理論的には後者の方が低いものであることは疑いが無いが、捜査の対象となることによる侵害、委縮効果については、あらゆる刑事立法で配慮をすべき事項となっている。これを防ぐ方策としては、処罰要件でのバッファを設けること、捜査活動に対する立法者の意思を表明すること、捜査機関が通達等により自己規律を行うことが考えられる。

## 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）

〔学会発表〕（計1件）

嶋矢 貴之「違法ダウンロードの犯罪化について～刑事法の観点から」「集団的利益または集合的利益の保護と救済のあり方に関する解釈論的・立法論的検討」に関するワークショップ 2012年11月17日 神戸大学

〔図書〕（計1件）

（分担執筆）嶋矢 貴之「不正指令電磁的記録等に関する罪」（『注釈刑法 第2巻』掲載予定（脱稿済・未公刊）

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

嶋矢 貴之 (SHIMAYA, Takayuki)

神戸大学・法学研究科・准教授

研究者番号：80359869