

「刑法改正の問題点」を振り返って

日高 義博

目 次

【前言】

- 1 全面改正の経緯
- 2 改正刑法草案の特色および批判点
- 3 全面改正と部分改正
- 4 問題点の検討

【前言】

本稿「刑法改正の問題点」は、昭和49年に起草した思い出深い論文である。当時、まだ大学院生であったが、自分の研究テーマに没頭するだけでなく、刑法の全面改正に関する論争の真っ直中であって、未熟ではあるが自分なりの考えを持たなければならなかった。そんな折り、明治学院学生新聞の昭和49年7月号と8月号に拙稿「刑法改正の問題点」を掲載する機会を得た。誌面の性質上、なるべく平易に、かつ客観的に書くことに務めたが、約45年の月日が流れた今読み返しても、刑法改正の問題点を要約しているように思う。そして、問題点の何が解決され、何がなお問題として残されているのかを、私自身考える資料になっている。今では、「刑法改正の問題点」の掲載された紙面を見つけないことはかなり困難である。そこで、手元に残っている論稿を修正・加筆し、最近までの刑法の部分改正と判例の動向を踏まえて、「刑法改正の問題点」の各章毎に【補遺】を書き置くことにした次第である。

(平成30年9月記)

1 全面改正の経緯

最近、マスコミでは、刑法改正反対の批判的見解がよく聞かれる。刑法改正事業は、つい最近にはじまったことではない。現行刑法は、明治41年に施行されて以来、今日まで60余年間、多くの部分的改正を経てきている。全面改正事業としては、戦前に「改正刑法仮案」(昭和15年脱稿)が作成されたが、その当時の時代思想の急激な変転もあいまって、国会審議を経て公布・施行されるには至らなかった。戦後の全面改正事業は、昭和31年に刑法改正準備会が法務省に設置され、約5年間の審議の後、昭和36年に「改正刑法準備草案」が発表

された。

昭和38年5月には、当時の中垣法相が法制審議会に刑法の全面改正の要否について諮問を発し、同年7月に法制審議会刑事法特別部会の審議に付せられた。刑事法特別部会は、「改正刑法準備草案」を重要な参考案としながら、8年余の審議の後、全面改正の必要ありとの結論を出し、「改正刑法草案」（昭和47年3月）を脱稿した。その後、昭和47年4月以降、法制審議会は総会審議を開始して、今年〔昭和49年〕5月29日に全面改正の必要ありとの結論を出した。改正の内容は、「改正刑法草案」の通りとする旨の答申を行った。中垣法相の諮問から11年の年月を費やしての結論である。

刑事法特別部会の作成した「改正刑法草案」は、58章（第1編総則第1～17章、第2編各則第1～41章）373条の条文から構成されていたが、法制審議会が答申した「改正刑法草案」は、これについて2点の修正を加え、全部で57章（第1編総則第1～16章、第2編各則第1～41章）369条からなっている。第1点は、執行猶予の対象となる罰金刑の範囲を「十万円以下」から「二十万円以下」に広げた（案第68条1項）ことである。第2点は、判決の宣告猶予に関する規定（第1編総則第10章の74条から77条までの4箇条）を削除したことである。その他は、刑事法特別部会の草案と異ならない。

今後、法務省は法制審議会の答申をもとに、政府案を作成し、国会の審議にかけることになろう。政府案作成の段階でどの程度の修正が加えられるか、また何時国会に上程されるかは、政治的判断の介在するところであり、全くもって未知数である。

【補遺1】 法務省は、昭和49年8月には、刑法改正草案の内容をできる限りわかりやすく説明するため、『刑法改正をどう考えるか－法制審議会の改正刑法草案とこれに対する批判をめぐって－』を公表し、「1. 全般的な問題、2.

犯罪の問題、3. 刑罰と保安処分の問題」に関する54項目について考え方を示した。さらに、昭和51年6月には、『刑法全面改正についての検討結果とその解説－附改正刑法草案刑法対照条文』を公表し、「法務省としては、代案を作成した部分についてはもちろん、その他の部分についても、最終的な政府案の作成に当っては、今後における国民各界からの意見及び批判を十分に傾聴・考慮するつもりであり、数多くの適切かつ建設的な意見ないし批判が寄せられることを期待している。」旨の表明がなされた。

その後、ますます刑法全面改正についての議論は高まった。しかしながら、国会審議に付す機会を見出すことが徐々に難しくなり、改正刑法草案が立法化されるには至らなかった。刑法の全面改正は実現しなかったものの、改正刑法作業をめぐってなされた議論は、刑法理論の進展を促すとともに、その後の刑法一部改正に寄与するものとなっている。

なお、改正草案の批判的検討としては、平場安治=平野龍一『刑法改正の研究1 概論・総則』（昭和47年、東京大学出版会）、同『刑法改正の研究2 各則』（昭和48年、東京大学出版会）、日本弁護士連合会『刑法全面「改正」についての「中間報告」に対する意見書』（昭和52年）などがある。

2 改正刑法草案の特色および批判点

法制審議会が昭和49年に取り纏めた「改正刑法草案」には、次のような特色がある。第1点は、現行刑法が文語体であるのに対して、口語体によって条文が記されていることである。たとえば、「罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ」（刑法38条2項）を「重い罪となるべき事実があるのに、犯すときにその重い事情を知らなかつた者は」（案20条2項）と表記している。その他、漢文調の難しいものを易しい言葉に書き表している。たとえば、「贓物ノ運搬、

寄藏、故買又ハ牙保ヲ為シタル者」(刑法256条2項)を「贓物を運搬し、保管し、有償で取得し、又はその処分の周旋をした者」(案358条2項)としたごとくである。現行刑法の条文は、漢文調の文語体であるため、最近では一般の国民に理解しにくいとされていた点を、口語体の分かりやすい文章に改めたことは評価されるべきである。刑法は裁判規範であるとともに、行為規範でもある。それゆえ、刑法典そのものも一般の国民に分かり易いものでなければならない。

第2点は、罪刑法定主義および処罰不遡及の原則を法典の冒頭に規定(案1条、2条1項)したことである。旧刑法(明治13年公布、同15年施行)には、第2条、第3条にこの種の規定が存したが、現行刑法には存在しない。罪刑法定主義の原則は、近代刑法のいわば金字塔である。勿論、解釈上は、現行刑法もこの原則の上に立っているものとされている。これは、明治憲法第23条および現行憲法第31条に罪刑法定主義の規定があることから、刑法典にその規定がなくとも、当然に罪刑法定主義の原則を承認してきていると解されることによるものである。しかし、法解釈の上で認められるとしても、やはり刑法の根本原則を明記することは意義のあることである。

第3点は、犯罪の成否について判例、学説で一般に認められているところのものを明記していることである。たとえば、不真正不作為犯の規定(案12条)、原因において自由な行為の規定[みずから招いた精神の障害](17条)、不能犯の規定(案25条)、間接正犯の規定(案26条2項)、共謀共同正犯の規定(案27条2項)などがそうである。

第4点は、近代刑法の基本原則の一つである責任主義の徹底を行おうとしたことである。過剰防衛が恐怖その他の精神的動揺を原因として行われたときは罰しない旨の規定(案14条3項)、結果的加重犯を処罰するには、結果発生の予見が可能なことを要件とする規定(案22条)等がその例である。

第5点は、常習累犯者に対して相対的不定期刑を採用した(案59条1項)こ

とである。第6点は、刑罰のほかに保安処分を導入したことである（案第15章97条～111条）。保安処分は、犯罪性のある精神障害者やアルコール中毒者等に対して行われる。前者に対しては治療処分が、後者に対しては禁絶処分が行われる。諸外国の採用している保安処分としては、治療、禁絶処分のほかに、浮浪者、労働嫌忌者に対する労働処分、性犯罪者に対する去勢等がある。これらは、人権侵害の危険があること及びその必要性に疑問が持たれたことから、草案には取り込まれなかった。

第7点としては、死刑を法定刑とする罪を減少したことである。現住建造物放火罪（案177条）、汽車・船舶・航空機等破壊致死罪（案197条2項、195条）、強盗致死罪（案327条）等については、死刑の定めがない。現行刑法と較べると9つの罪について、法定刑から死刑を削除している。これらについては、法定刑の上限が現行刑法よりも軽くなったことになる。なお、刑罰の内容を緩めたものとしては、外患誘致罪（案122条）、公文書偽造罪（案226条）など16の規定がある。法定刑の上限または下限、あるいは双方を引き下げたものとしては、爆発物爆発・同致死罪（案170条1項・2項）、通貨偽造・同行使罪（案212条）、強盗罪（案324条）、強盗致傷罪（案327条）など計16箇条がある。

他方、刑罰を重くしたものも多数ある。刑罰の内容を厳しくしたものとしては、特別公務員暴行陵虐罪（案134条）、失火罪（案184条）、過失傷害罪（案270条）など計21箇条がある。法定刑の上限または下限、あるいは双方を引き上げたものは合計で45箇条あり、罰金の併科も11の罪について認めている。

第8点は、新しい形態の反社会的行為に対処するための処罰規定を新設し、尊属に対する罪の諸規定を削除し、傷害罪、強盗罪、窃盗罪、恐喝罪などの規定を細分化していることである。新設された処罰規定の主なものは、外国元首に対する暴行・脅迫・侮辱罪（案128条）、公務員機密漏示罪（案136条）、在監者集団反抗罪（案154条）、船舶及び航空機の強奪および運航支配の罪（案第14

章：199条から202条)、営利目的のわいせつ行為供覧罪(案246条)、企業秘密漏示罪(案318条)、自動車等不法使用罪(案322条)、自動設備不正使用・無賃乗車罪(案339条)などである。

以上のような特色のうち、第1点、第2点、第4点については、格別異論はない。他の点については、諸々の方面から批判がなされている。たとえば、「重罰主義である」とか、「治安的色彩の濃い立法である」とかいった総括的批判がなされる。各則的批判としては、「無賃乗車とか自動販売機的不正利用といった細かなものまで刑法典に盛り込んで処罰するのはひどすぎる」とか、「騒動予備罪の規定は、デモを困難にし大衆運動が弾圧される」、「企業秘密漏示罪を設けると、公害告発はできなくなる」とかいった種々の批判が出されている。その他、審議過程についての批判などもある。これらの批判点が的を射たものであるかは、各則の規定を個別的に検討し、総則との関連を考慮して判断しなければならない。

【補遺2】 第1点の条文の平易化については、平成7年の刑法一部改正によって実現されるに至っている。平成7年の刑法一部改正では、すべての条文の表記が口語体の現代用語に改められ、難解な用語も分かりやすいものに書き換えられた。たとえば、「首服」(42条2項)は「告訴をすることができる者に対して自己の犯罪事実を告げ、その措置に委ねたとき」に、「政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコト」(77条)は「国の統治機構を破壊し、又はその領土において国権を排除して権力を行使し、その他憲法に定める統治の基本秩序を破壊すること」に、それぞれ書き換えられた。また、これまで専門用語として定着していた文言も平易化された。たとえば、「騒擾」(106条)は「騒乱」に、「焼燬」(108条)は「焼損」に、「誣告」(172条)は「虚偽告訴」に、「猥褻」(174条等)は「わいせつ」に、「贓物」は「盗品等」に、それぞれ

書き改められたのである。そのため、現行法の条文は、「改正刑法草案」よりも一層平易化されたものになっている（詳しくは、日高『平成7年改正刑法その意義と今後の課題』[平成7年、自由国民社]参照。）。

また、平成7年の刑法一部改正では、瘡唾者の責任能力に関する規定（40条）、尊属加重規定（200条、205条2項、218条2項、220条2項）が削除された。この点も、刑法全面改正をめぐって議論された課題の一つが部分的に解決されたことになる。

第2点の刑法の基本原則の法規化は、現在なお実現されていない。第3点および第4点の刑法の基本理論についても明文化されていないが、その理論的発展は、なお判例・学説に委ねられている状況にある。第5点および第6点は、刑事政策の動向に敏感な領域である。相対的不定期刑や保安処分必要性は認められるが、刑事制裁システムの複線化に際しては、なお検討すべき課題が残されている。

第7点および第8点は、刑法一部改正によって適宜対応しうる問題である。最近では、刑法の一部改正が頻繁に行われるようになってきており、社会状況の変化に応じた個別的・具体的な対応が可能となっている。

3 全面改正と部分改正

刑法の全面改正については、国民の価値観が必ずしも安定していない現状では適切ではなく、改正案のうちには適切でない規定もが少なくないとして、反対の意見もある。現行刑法典は、早急に改正しなければならないほど欠陥の多いものでもない。第2次世界大戦後、新憲法に抵触する部分は改正されている。その後、犯罪の新たな状況に対処するため数回の部分改正を行い、斡旋収賄罪（197条の4：昭和33年に本条追加）や身代金誘拐罪（225条の2：昭和39年に

本条追加)などを新設するとともに、航空機の強取等の処罰に関する法律(昭和45年施行)、人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律(昭和46年施行)などの特別法を設けた。現行法は、数多くの部分的改正と特別法によって、施行当時の状態とは相当に変化してきている。しかしながら、殺人罪(199条)とか強姦罪(177条)のような自然犯と呼ばれる種類の犯罪は、時代の変遷にあまり影響を受けないものであり、部分改正の対象とはなって来なかった。このような犯罪類型が相当部分であることを考えれば、制定当時と比し、現在の刑法典が全く異なったものになっているわけではない。部分改正の対象となる主なものは、新しく出現した反社会的行為に対処するため、あるいは刑事政策の発展に伴う諸制度の導入のためのものである。それゆえ、これらのものを随時部分的に改正して行くことによって、刑法典を時代の流れに即応させていくことは可能である。現に、今までもそういう姿勢で刑法の一部改正がなされてきたのである。西ドイツの刑法改正事業では、迅速な部分改正によって刑法改正を行い、社会の変化に伴って生じる刑罰法規との間隙を埋めるべく法改正の成果を挙げてきている。

部分改正の場合、その賛否を判断する者の側からすると、個別的判断であるだけに自己の理論に従って賛否を出しやすい。全面改正の場合は、ある規定に賛成であるが、ある規定には反対であるというような状況が多く出現する。とくに価値観が多分化した現代社会においては、そうである。そこで、全体として賛成であるかどうかの判断については、2、3の反対のところはあるが多くの点で同意するので賛成するとか、あるいは逆に賛成するところもあるが反対の部分が大部分であるので反対するとかいう妥協が介在してくる。さもなくば、ある点の反対をどうしても妥協できないとの理由で、他の同意の点まで無視して反対するか、あるいはその逆かである。ここに、全面改正について賛否を問う場合の困難さがある。改正の方法としては、部分改正を継続的に行って

いく方が、判断する者にとっても、実現可能性からいっても容易である。

しかしながら、全面改正の必要があるとされる理由は、法制審議会刑事法特別部会の『改正刑法草案 附同説明書』（刑法改正資料〔四〕、昭和47年7月）によれば、次のような点にある（87頁）。第1は、現行法の用語を漢文調の文語体から口語体に全面的に改める必要があるとする点である。第2は、現行法制定後における刑法理論の発展には著しいものがあり、判例および学説においては、制定当時に予期されなかったような解釈が行われている面もあり、法典の全体とくに犯罪の成否に関する一般的な規定に再検討を加える必要があるとする点である。第3は、刑事政策的な考え方の発展に伴い、刑その他の刑事上の処分の種類及び内容を全面的に再検討する必要があるとする点である。第4は、社会の発展に伴って生じた新しい類型の違法行為に対して必要な処罰規定を新設するとともに、特別法上の罰則のうち刑事犯的な色彩の強いものを刑法典に吸収する必要があるとする点である。

これらの論拠を検討してみるに、改正すべき問題点を一つ一つ随時解決していくことも可能である。部分的改正の道も閉ざされているわけではない。これに対して、全面改正によるべきだとするのは、前述したような多くの問題点が存することから、一度に全面改正をした方がよいとする経済的思考によるものと思われる。むしろ、部分的改正を重ねていって問題の解決を図った方が、今よりはスピーディに刑法改正事業が進んだのではないかとも思われるが、これはあくまで結果論にすぎない。現時点における問題は、改正草案の善し悪し、および草案による全面改正の可否を判断することである。

【補遺3】 前述したように、その後、刑法の全面改正は実現するに至らなかったが、平成7年の刑法一部改正によって全ての条文が漢文調の文体から口語体の現代用語に平易化されたことを契機として、刑法の部分改正が頻繁に行

われるようになり、多くの課題が立法的に解決されてきている。全面改正をめぐって検討された事柄がその後の部分改正に反映されてきているといっても過言ではない。

従来、わが国の刑法典は、ドイツの刑法典と比較すると、法改正が少なく安定していると言われてきた。しかし、最近では、部分改正により立法的解決が図られることが多くなって来ている。罪刑法定主義の支配する刑法では、法解釈による解決にも限界がある。急激な社会状況の変化は、犯罪現象にも影響を及ぼす。新たな犯罪現象に対処するには、迅速な部分改正によって対応することが適切な方法なのである。結果論ではあるが、刑法の部分改正を積み重ねながら課題を解決してきたことは、社会構造が劇的に変化しない限り、妥当なものであったと考える。

最近の、主な刑法一部改正としては、次のようなものを挙げることができる。平成13年7月の刑法一部改正では、カード犯罪に対応するため、支払用カード電磁的記録に関する罪（18章の2）が新設された。支払用カード電磁的記録不正作出罪（163条の2）、不正電磁的記録カード所持罪（163条の3）などがそうである。平成13年12月の刑法一部改正では、交通事故の悪質化に対応するため、危険運転致死傷罪（208条の2）が新設されると共に、業務上過失致死傷罪に傷害が軽い場合に刑の免除をなしうる規定（211条2項）が追加された。平成16年の刑法一部改正では、凶悪犯罪・重大犯罪の増加に対応するため、性犯罪に関して法定刑が引き上げられ（176条、178条1項、177条、178条2項）、また集団強姦等罪・同致死傷罪（178条の2、181条3項）が新設された、殺人罪、傷害罪についても法定刑が引き上げられた。平成17年の刑法一部改正では、刑法典第33章の章名が「略取、誘拐及び人身売買の罪」に変更され、犯罪類型の整備がなされた。新設されたものとしては、人身売買罪（226条の2）、被拐取者等所在国外移送罪（226条の3）がある。

その後、平成18年の部分改正では、公務執行妨害罪、窃盗罪に選択刑として罰金刑が追加され、業務上過失致死傷罪の罰金の上限が50万円から100万円に引き上げられた。平成19年の刑法一部改正では、自動車運転過失致死傷罪（211条2項）が新設された。平成22年の「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」では、人を死亡させた罪であって死刑にあたるものについては公訴時効が廃止され（刑訴法250条1項・2項）、死刑の言渡しを受けた者についても、刑の時効が廃止された（刑法31条）。平成23年の「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」では、サイバー関係の罰則整備と強制執行妨害関係の罰則整備が行われた。まず、刑法典第19章の2として「不正指令電磁的記録に関する罪」が新設され、不正指令電磁的記録作成等罪（168条の2）、不正指令電磁的記録取得等罪（168条の3）が規定された。わいせつ物頒布等罪（175条）では、その客体として「電磁的記録に係る記録媒体」が追加され（1項前段、2項）、電子計算機損壊等業務妨害罪（234条の2）においては、未遂処罰規定（同条2項）が新設された。平成25年の「刑法等の一部を改正する法律及び薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律」では、刑の一部執行猶予制度が新設され、同28年6月から施行されている。

最近の法改正としては、平成29年6月の刑法一部改正がある。本改正により、性犯罪に関する規定が大幅に修正された。第1に、強姦罪の構成要件を改めて強制性交等罪（177条）とし、その法定刑の下限を重くした。第2に、監護者わいせつ罪（179条1項）、監護者性交等罪（179条2項）を新設した。第3に、強姦罪等を親告罪としていた規定（旧180条）を削除し、非親告罪とした。第4に、集団強姦罪（旧178条の2）を削除した。この改正は、性犯罪の中でも個人的法益に関する犯罪として掌握されるべき犯罪類型について大幅な修正を加えたものである。性犯罪に関する法改正は、条文の文言の意味を明確化にし

たことは評価しうるが、構成要件の内容が複雑なものになってきている。条文の簡素化を考えることも必要であろう。

4 問題点の検討

改正刑法草案の規定すべてに賛成という意見は、少ないと思われる。価値観が多様化した今日、個々の規定についてそれぞれ意見が別れるのは当然である。草案自体も多数の委員に多数決によって作成されている以上、価値観が統一されているわけではない。私自身、草案の規定に反対の部分と賛成の部分とがある。それゆえ、草案全体についての賛否を問われると、結局、賛成の部分と反対の部分とを比較考量して、結論を出すということにならざるをえない。ここでは、「立法は妥協なり」との名言の一端を味わうことになる。最近マスコミで取り上げられている刑法改正についての批判的意見を見ると、あたかも改正草案には欠点が多すぎるように見える。しかしながら、これらの批判すべてが当を得ているわけではない。以下、その主なものを掲げながら改正草案の問題点を検討してみる。

(1) 重罰主義であるという批判について

重罰主義であるとされる理由は、法定刑が全般的に重くなっていること、無賃乗車や自動販売機の不正利用などの細部まで刑法で処罰しようとしていることにある。刑罰は、犯罪行為に相応するものでなくてはならない。犯罪を犯した行為者に対して科される刑罰は、その者の人格的要素や犯情なども考慮し、所定の法定刑の枠の中で当該犯行に応じて算出された処断刑を基にして決定される。一方、立法に際して法定刑を決定する場合には、犯罪発生の頻度に応じて刑が重くなるのが常である。刑が加重された犯罪類型のなかには、犯罪発生

の頻度が高いものが含まれている。刑を重くした犯罪類型が増加したことは事実であるが、すべての犯罪類型について刑が加重されたわけではない。前述したように死刑を法定刑に規定した罪は減少しているし、刑罰の内容を緩和したものや法定刑を引き下げた罪も多数存在する。したがって、一概に重罰主義だと決めつけてしまうことはできない。

過失犯については、従来、罰金ないし禁錮が科せられていたが、軽い犯罪については、罰金のみで対処しているものも多かった。これに対して、草案においては、法定刑に罰金刑の他に自由刑（禁固ないし拘留：草案では「禁錮」ではなく「禁固」）を付加したのが見受けられる。たとえば、失火罪（案184条1項）の法定刑は「1年以下の禁固又は20万円以下の罰金」であり、過失傷害罪（案270条）の法定刑は「20万円以下の罰金、拘留又は科料」であり、過失致死罪（案271条）の法定刑は「2年以下の禁固、20万円以下の罰金又は拘留」となっている。これらの犯罪は、従来、罰金刑のみで対応してきたものであり、過失犯の全体を俯瞰して、過失犯処罰のあり方の議論をもっと煮詰めるべきだとする意見がある。たしかに過失犯論は、旧過失論と新過失論とが拮抗し、刑法理論上も発展途上にある。この点は傾聴すべきである。

自動販売機を不正に操作して、コーラ、ビール等を盗んだ場合は、現行刑法でも窃盗罪（235条）として処罰されうる。現行刑法上、窃盗罪の法定刑は、「10年以下の懲役」である。これに対して、上記の行為は、改正草案においては自動施設不正利用罪（案339条1項）に該当し、その法定刑は、「3年以下の懲役、20万円以下の罰金、拘留又は科料」ということになる。草案では、窃盗罪としては処罰せずに、新たな構成要件を設けて、より軽い法定刑で処罰するのである。この場合は、軽い犯罪類型を別に設けたものとみるべきであり、決して重罰規定ではない。

無賃乗車の対応についても同じことが言える。無賃乗車の行為は、現行法で

も詐欺罪（246条2項）になりうる。その法定刑は「10年以下の懲役」である。ただ、鉄道の乗車券売場や改札口の機械化が一段と進んで、改札口などがすべて無人化された場合には、欺罔行為が欠けることになることから、詐欺罪は成立しなくなる。この場合、利益窃盗は処罰しないことから、窃盗罪で処罰することもできない。同じ行為をして財産上の利益を取得しながら、無人化された駅なら詐欺罪不成立で処罰されず、そうでない場合は詐欺罪が成立して処罰されることにもなる。この不合理を解決するために、草案では、無賃乗車を処罰する新たな規定（案339条2項）が設けられた。その法定刑は、自動販売機不正利用罪の場合と同一である。

これらの犯罪行為は、現行法と比較して重く処罰されているわけではない。無賃乗車とか、自動販売機でコーラを不正取得するような行為まで刑法でもって処罰するのは行き過ぎだという考えは、筋違いの意見である。現行刑法でもってしても、詐欺罪や窃盗罪になる行為なのである。ただ、損害額が軽微であるものも多く、犯罪が認知されず、検挙されないまま暗数になってしまいう事案が多いだけのことである。立法論としては、当罰性のある行為は犯罪として明記しておくべきである。不検挙とか起訴猶予になる事案が多いことと、犯罪が成立するか否かの判断は別問題である。

（２） 治安主義的色彩の濃い立法であるという批判について

この点の批判は、騒動予備罪（案168条）の規定についての批判でもある。「騒動罪」（案167条）は、現行刑法の「騒擾罪」（106条）に当たるものである。現行刑法では、その予備を処罰していない。草案では、予備も処罰の対象にしたのである。騒動罪（案167条）は、「多衆が集合して、暴行又は脅迫をしたとき」に成立する。騒動予備罪（案168条）は、騒動の目的で（勿論、暴行・脅迫の目的を伴うと解される。）、「二人以上通謀して、多衆を集合させ、又は凶器を

準備した」ことによって成立する。この規定については、デモを困難にし、大衆運動が弾圧されるとの批判がある。デモが整然とした示威行進であるかぎり、この規定に抵触することはない。なぜならば、騒動罪を犯す目的には、暴行、脅迫を加える目的がなければならない。デモが示威行進にとどまるかぎり、その目的はない。この規定は公害反対の住民運動、その他の大衆運動としてデモを行う場合、本来のデモたる示威行進である限り、騒動予備罪の適用はない。騒動罪を予備の段階で処罰するのは、事前の抑制によって騒乱状態になるのを防止しようとするものである。この点について、治安に重点が置かれていると批判されて、多衆傷害・暴行罪（案264条）、多衆脅迫罪（案304条）、多衆恐喝罪（案345条）などの規定とあわせて集団犯罪をきわめて重視していると指摘されている。刑法は、治安に無関心でいることはできない。ただどの程度治安を重視するかが問題なのである。この点は、価値観、歴史観によって相違のあるところである。

（３） 保安処分に対する批判について

この制度に対する批判としては、治療処分または禁絶処分の対象者となる者を正確に識別することが困難であり、これらの処分の誤った適用によって不当な人身の拘束が行われるおそれ大きいとして批判がなされる。精神衛生法、麻薬取締法等に定められた現行の諸制度を活用すれば十分であるとの意見もある。

保安処分としては、治療処分と禁絶処分の二種類だけを草案は認めている。治療処分（案98条）は、精神の障害により責任無能力または限定責任能力である者が、①禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、②治療および看護を加えなければ将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあり、③保安上必要があると認められるときに言渡される。禁絶処分（案101条）はアル

コールおよび薬物等の中毒者に対して言渡されるが、言渡のための要件は、治療処分の場合と同様である。

精神障害者あるいはアルコール中毒者などのすべてが、保安処分の対象ではなく、禁固以上の刑にあたる行為を犯したもので、かつ将来再びその犯罪行為を繰り返すおそれのある者が対象なのである。精神衛生法29条は、精神の障害により自傷他害の虞れがある場合、二人以上の精神鑑定医の一致した判断にもとづいて、都道府県知事の判断で精神障害者を措置入院させることができることを定めている。この制度が十分に活用されているならば、保安処分制度も不要となろうが、実情はそうではない。十分な治療効果がみられないまま比較的短期間に退院してしまう場合が多く、アフターケアが十分でないこともあって再犯率もかなり高い。また裁判上、精神障害を理由に無罪となった者が、なおも他害の虞れが残っているのに、措置入院されない場合もある。犯罪性精神障害者は、現在の精神病院の施設になじみにくいと言われる。すなわち、精神障害者の処遇は、できる限り開放的施設においてなされることを理想としてきている今日、同じ施設内で犯罪性のある者を処遇することは困難と考えられる。草案はこれらのこととあいまって、医療刑務所などでの治療効果があがっていないことなども考慮して、司法上の処分としての保安処分を採用しようとしているのである。

そうすると、批判点の中で問題として残るのは、犯罪性精神障害者が、将来、禁固以上の刑を犯す虞れがあるかどうかの予測ができるかどうかである。この点については、精神衛生法における「自傷他害の虞れ」が判断できる以上、積極的に解してもよいのではなかろうか。保安処分の対象者は、禁固以上の罪を犯した精神障害者ということになっており、しかも裁判所の判断によってなされることから、人権侵害の点は一応これによってチェックできるようにも思われる。その他、治療を優先される保安処分制度を設けるべきであるとか、精神

病質者などに対する治療方法が確立していない現在では、保安処分の導入を見合わせるべきだとかいう意見も存する。ともかくも、犯罪性精神障害者の再犯防止の観点からは、現行の刑罰制度および措置入院制度に欠陥があることは否定できない。

以上が、大まかな批判点の検討である。その他、常習者に対する相対的不定期刑、名誉毀損罪と報道の自由、わいせつ犯罪などの「被害者なき犯罪」は非犯罪化の方向に向かうべきか否かなど、種々の問題点が存するが、一応、問題のあることを指摘するにとどめる。

【補遺4】 ここでは、次の2点を追記しておきたい。まず、過失犯の処罰について、私見は新過失論の立場を採ってきている。最近の判例の流れも新過失論である。新過失論は、注意義務の内容として結果回避義務違反を問題にし、その前提として客観的予見可能性を吟味するものである。ここでは、法的に重要な事実を抽出して、事実認定に結び付ける作業を行うことから、必ずしも過失犯の重罰化に結び付くものではない。むしろ、過失犯の重罰化の動きは、犯罪状況の推移と連動している。とくに、交通事故の激増・悪質化は、条文の位置付けの変更まで迫るものであった。業務上過失致死傷罪（211条）においては、本来的業務概念から修正された業務概念への移行をもたらし、さらには、その法定刑に懲役刑（5年以下の懲役：昭和43年改正）を取り込むことにもなった。その結果、「破廉恥な犯罪には懲役刑を科し、非破廉恥な犯罪については禁錮刑を科す。」という図式は、過失犯においては維持できなくなったのである。

交通事犯の更なる悪質化は、立法的な対応を迫ることになり、構成要件の新設や修正が行われ、最終的には、刑法典から分離された特別法による対処がなされるに至っている。平成13年の刑法一部改正では、傷害の罪の章に危険運転

致死傷罪（旧208条の2）が新設されたが、平成19年の刑法一部改正により、自動車運転に係わる致死傷事案に対処するため、自動車運転過失致死傷罪（旧211条2項）が設けられた。この自動車運転過失致死傷罪は、業務上過失致死傷罪（旧211条1項）とは切り離され、独立の犯罪類型として規定されたものである。

このような度重なる部分改正にも拘らず、交通事犯の悪質化に歯止めがかからず、しかも条文の構成が複雑になってきたことから、平成25年には、自動車運転に係わる死傷事案に対処するため、特別法として「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」（自動車運転死傷行為処罰法）が制定された。これに伴い、刑法典では、危険運転致死傷罪および自動車運転過失致死傷罪が削除された。この法改正によって、刑法典上の業務上過失致死傷罪の条文は、従来の規定振りに戻っている。交通事犯のこのような複雑な部分改正は、特異な事例ではあるが、社会状況が急激に変化したり、犯行がますます悪質化していく場合の立法的対応のあり方を示すものである。

次の点は、保安処分の問題である。刑事制裁システムの複線化は、現在なお実現されていない。保安処分の種類には様々のものがあるが、改正刑法草案が示したものは、治療処分と禁絶処分の2種類である。刑法上の効果として刑罰の他に保安処分を採り入れる考え方を二元主義（Zweispurigkeit）というが、ここでは責任論を土台とした刑罰論と予防論を土台とした保安処分論の相互関係を整理しておく必要がある。この点についての議論が詰められた後に、刑事制裁システムの複線化が何らかの形で導入されることになろう。現時点では、特別法の分野において部分的に対応がなされている状況である。たとえば、少年法上の保護処分（24条）、売春防止法の補導処分（17条以下）などは、保安処分の一種である。

なお、措置入院を規定している「精神衛生法」（昭和25年）は、昭和62の改

正により法律の名称が「精神保健法」に変更され、さらに平成7年の改正によって、法律の名称が「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」へと変更された。同法の措置入院に関する条項は、29条以下である。また、平成15年には、「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」(平成17年施行)が制定されるに至っている。

薬物中毒者に対する措置については、麻薬取締法(昭和28年)が措置入院を規定していた。この法律は、平成2年には「麻薬及び向精神薬取締法」に名称の変更がなされ、直近では平成27年にも部分改正がなされている。薬物中毒者に対する入院措置については、58条の8以下に規定されている。