

学位論文審査要旨

金 尚 均

危険社会と刑法

審査委員 主査 生 田 勝 義
副査 上 田 寛
葛 野 尋 之

〔論文内容の要旨〕

一 主論文「危険社会と刑法」について

1 主論文の構成

主論文は、すでに一冊の本として刊行されたものである。その構成は次のとおり。

は し が き

第一章 安全性の欲求と予防論の展開

第二章 法益保護の早期化と犯罪論

第三章 刑法のあり方と限界についての検討

第四章 法益保護の早期化に対抗する近年ドイツの政策提案

第五章 抽象的危険犯の機能論的正当化の試みとその問題性

第六章 抽象的危険犯における法益の問題

第七章 抽象的危険犯に対する批判的考察

第八章 環境刑法の基本問題

第九章 環境犯罪に対する企業責任

第十章 現代社会における刑法の機能

以上の各章のうち、第一章から第四章までは、「現代刑法における法益保護の早期化について(一),(二・完)」立命館法学233号(1994年),同235号(1994年),第五章から第七章までは、「抽象的危険犯の現代的展開とその問題性(一),(二)」立命館法学240号(1995年),同241号(1995年),第八章から第九章までは、「環境保護のための刑法の可能性(一),(二・完)」西南学院大学法学論集31巻3号(1998年),同4号(1998年)として公刊されたものを再編成したものであり,第十

章が書き下ろしである。

上掲した初出誌における題名からわかるように、本論文は、現代刑法の特徴の一つである「法益保護の早期化」という問題を、「危険社会」論が登場するに至った社会状況と関係させながら、「早期化」の代表的形態である「抽象的危険犯」に焦点を合わせ理論的に検討するとともに、それらが典型的に現れている具体例として「環境保護刑法」を取り上げ分析することによって、現代における刑法のあり方を探るものである。そこでは、比較法研究の対象として、これらの問題が盛んに論じられてきたドイツにおける動向が取り上げられる。

2 第一章では、「法益保護の早期化」の問題を考える前提として、まず、それを誘発する社会的背景が論じられる。社会の高度化に伴う「複雑性」の問題もあるが、ここではとりわけ「危険社会」と関係させて「安全性の欲求」の高まりが分析される。現代の危険と昔の危険との違いについては、ラウやベックの見解が紹介される。

次いで、そのような「欲求」に応え、社会における安全性の保護や安定化をはかるため、刑法を操縦器として利用する、つまり「刑法の機能化」の動きが顕著になること、その中で法益保護が早期化されることが指摘される。その「早期化」傾向はテロ対策立法を契機に意識され始めたのだが、それ以外に環境犯罪、経済犯罪、麻薬犯罪、コンピュータ犯罪に対する立法で「抽象的危険犯」構成要件を多用していることが問題になる。しかも、それらの保護法益は「公共の平穩」、「河川の清潔さそのもの」とか「経済システムへの信頼」とされ、個人の生命・身体・自由・財産とは直接の関係を持たなくなっている。いわば「普遍的法益」である。普遍的法益を抽象的危険犯構成要件で保護するという現代刑法にとっては、過去に起こった不法の処罰というより、「むしろ将来において起こるかもしれない不法の予防または危険の減少こそが最重要課題」になるとされる。

さらに、「早期化」と予防を志向する刑罰論との関わりが分析される。特に重要なのが「積極的一般予防論」である。その代表的論者であるヤーコプスによれば、刑罰の任務は、(消極的一般予防論におけるように「潜在的犯罪者」に対する「威嚇」ではなく)、「市民全体」を対象にした「規範妥当の確証」「規範妥当の承認」および「規範信頼の訓練」に求められる。システム保護やそれへの信頼を保護するために新たな規範意識を創出したり、システムの大攪乱を予防するために市民の態度を規制することが必要になった場合、そこに刑法を投入することを刑罰論のレベルで正当化する手段として、積極的一般予防論の影響力が大きくなったとする。

最後に、それらのことによる刑法の変容が示される。すなわち、近代刑法は、刑

罰権からの自由保障機能を重視し、すでに為された犯罪につきその贖罪を求めるものであるのに対し、現代の刑法は、将来の結果・効果を志向する実質的に目的合理的な予防法、刑法の行政法化、立法者の社会問題に対する決意表明にすぎないシンボリック刑法、非難としての責任から一般予防目的による負担帰属としての責任へ（責任の機能化）、実害の証明を要しない抽象的危険犯構成要件を利用した「証明の必要性の短縮」など、の特徴を持ちつつあることが紹介される。

3 第二章では、「早期化」に関する犯罪論（刑法解釈論）の状況が、代表的な学説を紹介するという形で、検討される。

F.-Chr. シュレーダーは、ここ100年間、刑事立法者はほとんど新たな法益を創出しておらず、むしろ既存の法益を側防的規定で保護し、法益侵害の前地や周辺を強力に捕捉することに力を向けているとする。ヤーコプスは、私的領域の外で行われる行為であっても他人の組織領域の形成に干渉しないものは犯罪にできないという前提に立つのだが、侵害の前段階に処罰を拡大していく「早期化」につき、それは「(侵害犯に関する)主要規範の妥当条件を保障することを任務とする側防的規範に違反」するからだということの説明をする。しかも、「潜在的被害者の規範信頼を脅かし、動揺させるような行為は自己の組織管轄を逸脱した不法な行為」であり、「法的な平穏」を害するものだと主張する。しかしこれに対しては、小さな危険しかない行為の処罰をも正当化する機能を持つものであり、刑法の任務を際限なきものにしかねないとの批判が加えられる。

それに対し、政治刑法の領域での早期化を批判し、その限定を試みるものとしてヴォルフガング・ベック説が取り上げられる。W. ベックは、システムよりもその内部にいる人間個人がもつ固有の主体的価値を強調し、法では相互主観性（間主観性）の関係における外的行為と有意性が関心事になり、存在の外的条件およびその安全が課題になるとする。法益については判断基準を明確化するために「法益客体」との関係が必要とし、不法については自由権的基礎への回帰が必要であるとす

4 第三章では、刑法の予防志向や積極的一般予防論に対する疑念を紹介することで、刑法が管轄すべき領域の限定について検討する。第1に、犯罪に直接関与していない部外者たる一般市民に対して果たして刑罰負荷の効果を及ぼせるのか。これは、特定者による一般人支配の道具としての刑罰というらえ方につながらないか。第2に、「人格の自由な展開」を保障するために普遍的法益に対する抽象的危険犯

を拡大するというのは、逆に市民の自由領域への過度の介入を認めてしまいかねない。あくまでも個人やその生命等の具体的な法益を出発点にし、その保護のために最低限必要な前提条件に限り刑法の対象にできるというべきである。

次いで、刑法のあり方と限界を体系的かつ網羅的に考察したブリツヴィッツの名著『刑法と危険』を紹介しながら、総括的に現代社会における刑法のあり方について検討する。ブリツヴィッツは、危険社会に対応して刑法が予防のための中核的な政治的道具とされ、シンボリックな保証の機能を担わされるが、多くの個別行為の蓄積をまって初めて大きな危険が生じるという抽象的危険犯は刑法による規制には適さないし、また効果もないとする。刑法では、個人に対する責任非難の可能な故意による重大な個人的法益の侵害が扱われるべきであり、また法治国家的な手続保障が重要だとされる。

最後に次のように総括がなされる。刑法の機能化や法益保護の早期化により、「刑事法システムがいわば社会衛生の手段であるかのように変化しようとしている。」しかし、現実の効果・結果の側面については未だ余り論証されていない。刑法の効果や能力に対する過度の信頼は、逆に市民に対する不信を醸成し、市民相互のコミュニケーションの構造を崩壊させかねない。不安を生み出す外的な危険の根源を明らかにし、問題に対する「自立的な解決方法」とそれを補充する「他律的な解決方法」とのバランスのとれたあり方を模索すべきである。

5 第四章では、法益保護の早期化に対抗する最近のドイツにおける刑事政策として、ヘッセン州における「刑法改正に関する刑事政策委員会」の提案、とりわけ麻薬刑法に関する提案が紹介、検討される。その提案は、麻薬の厳罰化が却って麻薬問題を深刻化させるとの認識に立って、国家的にコントロールされた麻薬申告制度を創設し、ソフトドラッグについては個人的使用を非犯罪化するとともに、カンナビスについては麻薬法から削除するというものである。

日本では、国際協調という名の下に薬物対策の強化と厳罰化が一層進行している。しかし、麻薬依存者を社会から追いやる形で取り締まりを強化したり、そのための早期化立法を行うことは妥当でない。むしろ、「社会に統合する方向での規制を基本としながら、一部の重大な行為だけを刑法で扱い、その他の事象については、刑法以外の法的規制や社会的規制をもって対処していく姿勢」が必要だとされる。

6 第五章では、抽象的危険犯を機能論的に正当化しようとする試みとしてクラッチュの見解、ミュージックとヤーコプスの見解を紹介し、それらは法治国家的伝統

を忘却するものと批判されてもやむを得ないものであることを明らかにする。

7 第六章では、重要であるにもかかわらず関心が稀薄であった、抽象的危険犯における法益の問題が検討される。今日の特徴は、環境システム、経済システムへの信頼などのように、社会生活の基盤そのものの安定的存続やそれへの信頼を保護することをめざすことから、法益の危険が可視的でなく、個々の行為の結果が実害的でないことにあるとされる。

ベルツの見解、キントホイザーの見解が紹介、検討される。

最後に、環境保護刑法における法益の問題を取り上げ、環境独自法益説と人間法益関係説との対立や、ミュージックによる社会システム論的アプローチ、さらには近代刑法の諸原則を堅持し、個人法益の保護を中心に据えるホーマンの見解を紹介、検討する。

8 第七章では、抽象的危険犯立法に対し根本的な批判を加えているヘルツォークの見解が紹介、検討される。ヘルツォークによると、抽象的危険犯立法を支える現在の不安や安全への強い欲求は、伝統的な関係・秩序やその内的確信が破られていることから来ていること、そのことにより刑法は「トリレンマ」(相互の非運動性 社会の過度の法化 社会による法的な分裂) に陥ることなどが指摘される。

9 第八章では、環境刑法の基本問題を、予防志向のシンボリック刑法、環境法益独自保護説と生態学的 = 人間中心的法益説の対立、積極的一般予防論との関係、という角度から様々な論者の見解を紹介しつつ、検討する。

10 第九章では、環境刑法が初期の目的を達成できていないとの批判に応える形で登場してきた政策提案、すなわち企業責任を追及するとともに企業活動への新たな規制方法 (例えば、企業後見制度) の導入を提案する見解を紹介、検討する。

11 第十章では、現代社会における刑法の機能につき総括的な検討がなされる。今日進行中の刑法の機能化や予防化は、「市民の客体化」であり憲法上疑義があるばかりか、刑罰法規が市民の規範意識や倫理を創出できるのかも未だ不明である。この中では、個人の尊厳を基礎にし、謙抑性、断片性などを考慮しながら、当該社会的有害性の内容と程度が刑罰的保護に値するかを慎重に検討することが依然として

必要である，とされる。

二 副論文および参考論文

1 副論文「放火罪と刑法の機能化」西南法学論集31巻1号(1998年)所収は，不・難燃性建造物への放火が現行刑法上の放火罪に当たるのかという判例・学説で問題になっている論点につき，主論文で検討した抽象的危険犯に関する基礎研究を踏まえ，日本の現行刑法の解釈論を展開するとともに，新しい事態に対応した立法による解決を提言したもの。

2 参考文献の(1)「インサイダー取引に対する刑事規制についての一考察」立命館法学247号(1996年)所収は，主論文での経済刑法についての研究をインサイダー取引という個別問題において深めたもの。(2)「ドイツの薬物政策の現状」龍谷大学矯正講座21号(2000年)所収は，厳罰化による社会からの排除でなく社会への統合を図るドイツでの薬物対策につき，主論文で取り上げたヘッセン州委員会提案に加え，それ以外の諸都市における同様の取組みを紹介，検討したもの。(3)「現代刑法における刑法の機能」刑法雑誌40巻2号(2001年)所収は，主論文の第十章をふまえてなされた日本刑法学会での報告をまとめたものであり，著者の見解が要領よく示されている。

【論文審査の結果の要旨】

1 本学位請求論文の特徴と意義は次のようにまとめられよう。

(1) 本論文は，法益保護の早期化やその法形態としての抽象的危険犯という現代刑法の特徴とその問題点を「危険社会論」との関わりにおいて総括的・体系的に分析，検討したものである。日本においてもそれらの現象や問題点の指摘は個別には以前から行われていたところであるが，本請求論文ほど総括的・体系的に分析・検討したものはなかった。本論文はすでに単行本として出版されたものであるところ，本論文の題名となった「危険社会と刑法」は刑法学界に多大な関心呼び起こしつつある。本論文は，現代刑法の特徴を論じるにあたり，必ず引用し，参考にしなければならない文献となっている。

(2) 現代における抽象的危険犯の特徴や問題点を刑法の予防化・機能化との関係，とりわけ積極的一般予防に関するヤーコプス説との関係において明らかにしたことは，本論文の功績である。積極的一般予防論であっても例えばハッセマー説は法益保護の早期化やその法形態としての抽象的危険犯に対し批判的な立場を取る。ハッ

セマー説とヤーコプス説を対比させることで、本論文は、規範意識の創出や規範信頼の訓練までを刑法に期待することの問題点を明らかにしている。

(3) 本論文は、刑法による法益保護の早期化が実は市民の不安に厳罰化でもってシンボリックに応えるという方法であるにすぎず、それゆえそれは初期の目的を達し得ていないことを明らかにしながら、厳罰化によらない問題解決への実践をも紹介、検討している。そのことによって、本学位請求者の主張、すなわち刑法の管轄領域を近代刑法原則を堅持する方向で限定しようとする主張が説得力を増している。

(4) 本論文は、日独の比較研究という視点から、ドイツにおける法状況や理論状況を紹介、検討することが中心になっているところ、著者は、本テーマに関する膨大な量の文献・資料を渉猟し、それらを要約、紹介するという作業を精力的に行っている。大学院の前期課程を含め10年足らずの研究生生活でこれほどの作業量をこなせたのは、並々ならぬ研究力量があるからであろう。

2 とはいえ、なお深めてもらいたい点もいくつかある。主要なものは次のとおり。

(1) 抽象的危険犯形態を利用した法益保護の早期化がもつ特徴や問題点の指摘は詳しくできているが、それに対抗する自説の展開についてはなお端緒的な段階にあり、なお一層の考察が要ること。

(2) 章や説の見出しと本文との関係がわかりにくい部分(例えば、第十章第三節「刑法における予防と刑法による予防」)や、多くの論者の見解を引用しつつ論を進めるところでは論旨のつながりや重点がわかりにくい部分(例えば、268頁の田宮説の位置づけ。田宮説も最終的にはポストモダンの刑法に批判的なのではないのか。)がいくつか目についた。論述をわかりやすくするよう文章表現にさらなる工夫を期待したい。

3 そのような課題に引き続き取り組むことを期待するのは、本論文が不十分なものであるからではない。むしろ逆に、そのような課題指摘ができるほどよく本格的に検討された論文になっているということである。

また、本論文では、先行研究を精力的に紹介、整理し、問題を様々な角度からの確に分析、検討しており、研究の手法にも手堅いものがある。

4 以上のことより、本論文は博士の学位にふさわしいものであると評価できる。

【試験又は学力確認の結果の要旨】

申請者は、本研究科博士課程後期課程2年次在学中に大学教官への就職が決まったため中途退学した者であるが、その時すでに本主論文の基になった浩瀚な論文をものしていた。そのことから、その並々ならぬ学力が窺えよう。さらに、学位請求論文審査のために2001年6月18日開催された公開研究会では、刑法の拡散現象と厳罰化との関係、新自由主義と自己決定思想や積極的一般予防論の関係、被害者保護論と積極的一般予防論の関係、遺伝子操作への規制のあり方、感情の保護と刑法、正しい法の判断基準、などの論点をめぐり活発に質疑応答が行われ、それらの論点に関して研究の到達点と今後に残された課題が明晰に示された。そのことにより、参加者から高い評価を得たところである。なお、外国語能力の確認については、研究業績に照らし判断して、免除した。

以上のことより、本学位請求者は博士の学位を授与するにふさわしい学力を有する者であると判断する。