

刑罰の一般的抑止力と刑法理論

批判的一考察

生 田 勝 義

目 次

はじめに

- 1 危険運転致死傷罪立法の効果について
- 2 道交法改正による飲酒運転厳罰化の抑止効果
- 3 若干の理論的帰結
- 4 一般予防刑論と法益保護思想 刑罰論と犯罪論の関係
- 5 刑事立法による規範意識の形成という見解の登場

おわりに

はじめに

世紀転換期は刑法においても激動の時代となっている。激しい競争を上から組織されバラバラにされかねない国民の中には、不安に駆られ、自らの安全を刑罰権力による庇護にゆだねようとする意識傾向が強まりつつある。その状況は刑罰依存症候群といってもよいであろう。

そこにおける厳罰化や処罰範囲の拡大は、厳しい被害感情や報復感情に基づく要請に応えるという理由で遂行される面もあるが、他方では、刑法には犯罪を一般的に抑止する力があるという思いからなされる面のあること¹⁾も無視できない。後者では、刑法の一般的抑止力が当然の前提にされているように見える。

しかし、はたして刑法には、そこで期待されるほどの犯罪抑止力があるのであろうか。抑止力があるとしても、それはほんの限られたものであるにすぎないのではないか。あるいは、限られた特定の条件下でのみ抑止効

を持つにすぎないのではないか。

最近、部分的ながらその疑問に答えてくれるような統計資料を見つけることができた。ひとつは、最近の交通事故厳罰化立法とその運用の実態に関する統計資料であり、警察庁のホームページで公表されたものである。もうひとつが、刑法211条業務上過失致死傷罪の刑の上限を3年の禁錮から5年の懲役に引き上げた昭和43年刑法一部改正が当該犯罪抑止に役立ったのかどうか、また昭和46年以降の当該犯罪減少の要因は何であったのかを知る上で貴重な統計資料を提供してくれている『昭和48年版 警察白書』である。後者は、きわめて重要かつ有益であるにもかかわらず、最近は忘れ去られているかのような状況にある²⁾ので、改めて紹介する価値がある。

それらを利用しながら、刑事立法がどのような抑止効果を持ったか、あるいは持ちうるのか、さらには犯罪が減少するのはいかなる要因によるのか、という問題を分析・考察してみたい。

この問題の解明はまた、刑法のあり方、犯罪論のあり方を考える上で大いに役立つことになる。

1 危険運転致死傷罪立法の効果について

刑罰威嚇や警察監視がどの程度犯罪を抑止する力を持つのか。この問題を考える上で、重要で興味深いデータがある。それは危険運転致死傷罪立法と飲酒運転等を重罰化した立法の施行後の状況に関する統計データである。

(1) 危険運転致死傷罪の特徴

危険運転致死傷罪（刑法208条の2）は、東名高速道路での飲酒運転トラックによる追突死傷事故被害者遺族による重罰化要求に端を発した危険運転事故重罰化世論に応えるという理由で立法された（平成13年12月5日

法律138号, 施行平成13年12月25日)。立法理由にそれによりこの種事案を抑止・予防するという目的が掲げられなかったという特徴がある³⁾。立案当局者も、この立法により被害感情に応えることはできても、犯罪抑止効果があるとは考えることができなかったのであろう。危険運転致死傷罪は、危険運転といういわば故意挙動犯としての危険性・悪質さとそれにより生じた死傷という結果の重大性ゆえに最高15年の懲役刑に処することができるようにするものであった(その後の刑法一部改正によりさらに懲役20年に引上げ)。これは一種の結果的加重犯として構成されたものであるといてよい。懲役15年(現在20年)の刑にふさわしい犯罪類型にするためには結果的加重犯構成にせざるをえなかったのであろう。

しかし、その犯罪の実体は無謀(recklessness)による致死傷である。日本の刑法の罪種としては、重大な過失による致死傷である。それは過失犯の一種であるにすぎない。過去の経験からしても、過失犯を重罰化することでそれを抑止・予防することがいかに難しいことが分かっていた。

(2) 業務上過失致死傷罪法定刑引上げの効果

たとえば、モータリゼーションが急速に進展し道路交通事故が急増する中で、それへの対策として業務上過失致死傷罪の法定刑を3年以下の禁錮から5年以下の懲役・禁錮に引き上げた刑法の一部改正法(昭和43年5月21日法律61号, 施行昭和43年6月10日)による経験である。

その重罰化立法にもかかわらず、同年、翌年および翌々年にいたるまで業務上過失致死傷罪の急増は続いた。減少に転じたのはやっと昭和46年(1971年)になってからであった。減少に転じた理由を当時の警察白書は次のように整理している。「この減少要因としては、交通安全施設の整備充実, 交通指導取締りの強化, 運転者管理体制の整備, 国民各層の交通安全に対する理解と努力などがあげられる。⁴⁾」と。刑法の一部改正という鳴り物入りの重罰化であったが、その効果はほとんどなかったというわけである。

(3) 交通事故が昭和46年以降減少した理由

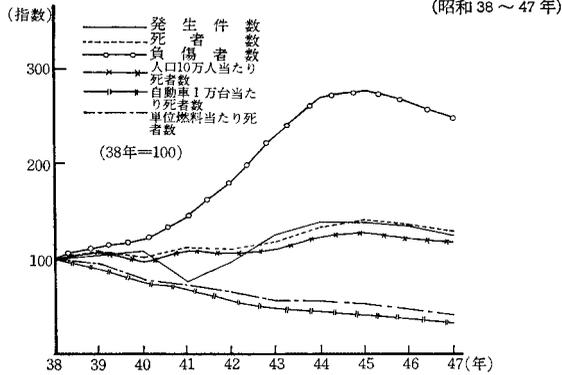
交通事故予防効果は、刑罰以外の諸施策、たとえば信号機の設置とか、白バイ、パトカーなどによる機動警ら活動密度の強化などによって生じたものである。これらのことが、その警察白書により具体的データを用いて実証されている⁵⁾。

まず、『昭和48年版警察白書』240頁の「図6-3」を見ると、第一に、昭和40年代前半における交通事故の激増ぶりと昭和46年以降の減少ぶりがわかる。第二に、「自動車1万台当たり死者数」や「単位燃料当たり死者数」が一貫して減少傾向にあったことから、交通事故激増の主たる要因が自動車交通量の激増に道路事情の整備が追いついていなかったことにあることがわかる。まさに「戦後我が国の交通事故が激増してきた大きな原因のひとつとして、歩道、自転車道の整備や信号機、道路標識、道路標示などの交通安全施設の整備が著しく立ち遅れていたことがあげられる。」（『昭和48年版警察白書』267頁）わけである。

その弱点を克服するために、交通安全施設等整備事業に関する緊急措置法に基づく第1次（昭和41年～43年）、第2次（昭和44年～46年）の交通安全施設等整備事業三箇年計画が作成され、さらに、「交通安全対策基本法に基づく交通安全基本計画が作成されたこととも関連して、昭和46年4月、第2次三箇年計画を中途改訂し、新たに昭和46年度を初年度とする五箇年計画を作成し、事業規模を大幅に拡大して、……推進すること」（同上白書267頁）とされた。その事業規模は、都道府県公安委員会分だけでも、第2次三箇年計画に比べ「事業費で単年度当たり約3.7倍に増額」したものであった。（同上白書267頁参照）

それらの整備事業によりなされた信号機の設置・改良が交通事故減少にどのように影響したかをうかがうことのできるデータがある。それは昭和45年1月から同年12月までに信号機を設置又は改良したものにつき全国都道府県警察の調査に基づき作成された「表6-24」（同上白書272頁）である。「信号機の設置」により、歩行者事故が、件数で57%、死者数で84%、

図6-3 交通事故の推移



注) 1 件数については、昭和40年までは物損事故を含み、昭和41年からは人身事故のみの件数である。
 2 「単位燃料当たり死者数」とは、自動車燃料消費量1,000キロリットル当たりの死者数をいう。

表6-24 交通安全施設の效果

実施箇所数(基)	設置・改良前			設置・改良後			事故減少数				1箇所(基)当たり年間事故減少数						
	件数	死者数	負傷者数	件数	死者数	負傷者数	件数	減少率(%)	死者数率(%)	減少率(%)	負傷者数率(%)	件数	死者数	負傷者数			
歩行者事故	信号機の設置	2,421	1,611	55	1,675	687	9	711	924	57	46	84	964	58	0.763	0.008	0.796
	全赤及び歩行者用燈器増設	254	233	7	240	117	2	121	116	50	5	71	119	50	0.913	0.039	0.937
	信号機の系統化	221	893	23	926	690	14	709	203	23	9	39	217	23	1.837	0.081	1.964
車両事故	信号機の設置	2,421	4,868	53	6,154	3,242	20	4,107	1,626	33	33	62	2,047	33	1.343	0.027	1.691
	全赤及び歩行者用燈器増設	496	2,470	17	3,049	1,674	12	2,118	796	32	5	29	931	31	3.210	0.020	3.754
	信号機の系統化	221	5,109	38	6,347	4,489	22	5,589	620	12	16	42	758	12	5.611	0.145	6.860

注) 1 この表は、昭和45年1月から同年12月までに信号機を設置又は改良したものについての全国都道府県警察の調査に基づくものである。

2 事故調査期間は、設置又は改良の前後それぞれ原則として6箇月である。

負傷者数で58%、それぞれ減少し、車両事故についても、件数で33%、死者数で62%、負傷者数で33%、それぞれ減少していることがわかる。

また、交通管制センターの設置も走行時間の短縮や交通事故の減少などの効果を挙げたとされている。北九州市の交通管制センターの例が示されている。「表6-29」(同上白書276頁)によると、管制区域外では微減あるいは増加であるのに、管制区域内では、発生件数で35%、死者数で80%、

表 6—29 交通管制センターの運用による交通事故減少効果

		運用開始前	運用開始後	効 果	
発生件数	管制区域内	415	268	△ 147	(△ 35%)
	管制区域外	1,274	1,226	△ 48	(△ 3.8)
死者数	管制区域内	5	1	△ 4	(△ 80)
	管制区域外	13	17	4	(30)
負傷者数	管制区域内	430	313	△ 117	(△ 27)
	管制区域外	1,647	1,621	△ 26	(△ 1.6)

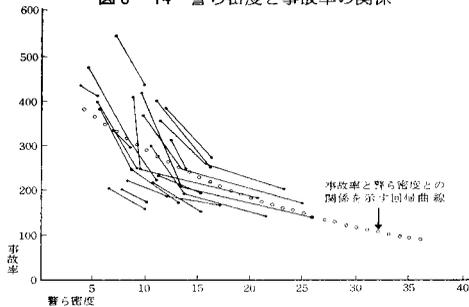
注) 1 調査期間は、運用開始前が昭和46年4～5月で、運用開始後が昭和47年4～5月である。
2 福岡県警察調べ。

負傷者数では27%の減少となっている。まさに「著しい減少」(同上白書275頁)である。

さらに、交通指導取締りの事故抑止効果についてのデータもある。「白バイ、パトカーなどの機動警ら活動の事故抑止効果については、図6-14のとおりの実証データが出ている。」とされ、「機動警ら密度を8から16へと2倍に高めると、事故率は、300から200へと約30%減となって」おり、また、「検挙(告知)件数と交通事故発生状況とを対比すると、図6-15のようになり、マクロ的には、検挙(告知)件数が多いときは交通事故が少ないという関係を読み取ることができる。」(同上白書285頁)とされている。

最後に、「交通警察の基本目標とその施策の方向」のところで示されたまとめも重要である。すなわち、「交通事故が減少している地域は、地域住民の交通安全意識が高く、歩道、信号機などの交通安全施設が整備され、かつ、交通秩序を確保するための警察官などの街頭監視力が高い大都市であり、他方、交通事故が増加している地域は、モータリゼーションが急速に進展しているのに対し、これらの交通安全対策の基盤がまだ十分に整備されていない地方の県である。」(同上白書314頁)。住民の意識、施設の整備および警察官などの「街頭監視力」が三位一体として示されている。

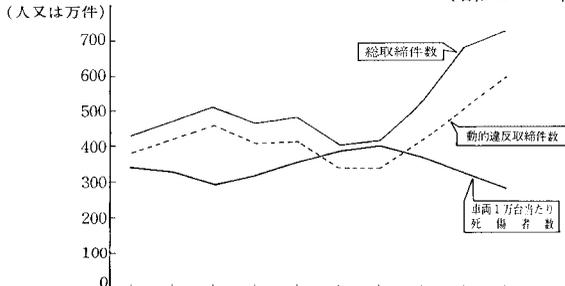
図6-14 警ら密度と事故率の関係



- 注) 1 このグラフは、東京、愛知、岐阜、島根、秋田、山口 各都県の特定道路(21路線)における昭和44~46年の警ら密度と事故率を算定して図示したものである。
- 2 警ら密度とは、その路線における機動警らの疎密を示す数値であり、 $\frac{1 \text{ 日の警ら回数}}{\sqrt{\frac{1 \text{ 日の交通量}}{10,000}}}$ で計算した。
- 3 事故率とは、その路線における交通事故発生比率を示す数値であり、 $\frac{\text{年間の交通事故件数}}{\text{年間の走行台キロ}} \times 1 \text{ 億}$ で計算した。
- 4 事故率 (y) と警ら密度 (x) との関係を示す同帰曲線として、 $y = Ax^B$ (A, Bは定数) をとり、最小二乗法で定数を求めると、 $y = 891.6x^{-0.518}$ となる。

図6-15 交通取締りと交通事故発生(死傷者数)との関係

(昭和38~47年)



年次	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47
総取締件数(万件)	429	471	512	468	478	404	420	539	680	732
動的違反取締件数(万件)	390	425	456	411	416	344	346	418	506	550
車両1万台当たり死傷者数(人)	349.7	328.1	299.7	318.4	352.3	390.3	404.8	373.0	334.4	287.9

- 注) 1 総取締件数は、告知又は送致したものの合計である。
- 2 動的違反取締件数は、総取締件数から駐停車違反取締件数を差し引いたものである。

(4) 危険運転致死傷罪立法に抑止効果はあったか

危険運転致死傷罪立法の犯罪抑止力がほとんどなかったことも、警察庁がまとめた統計データで実証されている。

危険運転致死傷罪は平成13年（2001年）12月5日公布・同年12月25日施行であったことから、その効果は遅くとも平成14年（2002年）1月から生じるはずである。ところが交通事故による死者数の推移を見ると、平成13年1月から5月の死者数が3346名となっており、減少率が前年同時期比で6.1%減であったのに対し、肝心の平成14年1月から5月の死者数は3320名、前年同時期比0.8%減であるに過ぎなかった。

ところが、平成14年6月から12月の時期には、5006名で前年同時期比7.3%の減少になり、平成15年1月から5月では2933名、前年同時期比11.7%減、同年6月から12月は4769名、前年同時期比4.7%減になる。この死者数の主な減少要因としては「飲酒運転の厳罰化等悪質・危険運転者対策を柱の一つとして平成14年6月に施行された改正道路交通法令の効果を挙げることができる。⁶⁾」とされている。危険運転致死傷罪の抑止効果は、言及するまでもないほどのものであったということである。

2 道交法改正による飲酒運転厳罰化の抑止効果

(1) 酒気帯び運転について

上記した警察庁交通局のまとめで指摘されているように、飲酒運転を重罰化する改正道路交通法令⁷⁾は酒気帯び運転についてはその街頭取締りの徹底とあいまってかなりの効果をあげた。

同改正は平成13年6月公布され、翌年の平成14年6月1日から施行された。その実施状況を警察庁「飲酒運転の取締り状況等について」（平成15年2月28日警察庁ホームページ掲載）から見てみよう。

まず、呼気1リットル中0.25 mg以上の酒気帯び運転を見ると、改正法施行後の平成14年6月から12月では、その取締件数が6万6602件（前年

○ 平成14年中における飲酒運転の取締件数

(電算統計)	平成14年中		うち6～12月	
		前年比	【改正法施行後】	前年同期比
酒酔い運転	2,339 (前年 2,427)	-3.6% -88	1,515 (前年同期 1,524)	-0.6% -9
酒気帯び運転	20万9,515 (前年 21万9,874)	-4.7% -10,359	13万2,422 (前年同期 13万8,936)	-4.7% -6,514
0.25mg 以上	14万3,695 (前年 21万9,874)	-34.6% -76,179	6万6,602 (前年同期 13万8,936)	-52.1% -72,334
0.15mg 以上 0.25mg 未満	6万5,820 (前年は処罰対象外)		6万5,820 (前年は処罰対象外)	
合計	21万1,854 (前年 22万2,301)	-4.7% -10,447	13万3,937 (前年同期 14万0,460)	-4.6% -6,523

○ 実際に飲酒運転をしていなくても、飲酒運転の教唆・幫助に当たる行為をした場合には、飲酒運転の共犯として刑事責任を問われることがあります。

※ 飲酒運転の教唆・幫助とは、飲酒運転車両への同乗如何を問わず、飲酒運転をそそのかしたり、飲酒運転を行うことを認識しながら車両を貸したり、酒類を提供する行為等です。

同期13万8936件)となり前年同期比で52.1%の減少であった(別表「平成14年中における飲酒運転の取締件数」参照)。法規制の水準が同じであれば、街頭取締りを強化すると取締り件数が増加することになるのが通常であろう。ところが今回は、街頭取締りを強化することによって取締り件数が大幅に減少している。これは、飲酒運転そのものが大幅に減少したことを意味する。規制強化により「居酒屋で閑古鳥が鳴いた」との巷の話は、統計データによっても裏づけられたわけである。

また、同時期の飲酒交通人身事故の発生件数は、1万0853件(前年同期1万4861件)となり前年同期比で27%の減少であった。飲酒運転による死亡事故は、522件(前年同期712件)で前年同期比26.7%の減少である(別表「改正法施行後(平成14年6～12月)における飲酒交通事故の発生件数」参照)。飲酒運転の減少が飲酒運転による事故をも減少させたといえよう。

刑罰の一般的抑止力と刑法理論（生田）

○ 改正法施行後（平成14年6～12月）における飲酒交通事故の発生件数

（原付・自動車が第一当事者）	H14.6-12月	H13.6-12月	減少数	減少率
人身事故	53万5,392	55万3,236	- 17,844	- 3.2%
うち飲酒運転	1万0,853	1万4,861	- 4,008	- 27.0%
構成率*	2.0%	2.7%		
死亡事故	4,403	4,778	- 375	- 7.8%
うち飲酒運転	522	712	- 190	- 26.7%
構成率*	11.9%	14.9%		

*「構成率」は、人身（死亡）事故件数（原付・自動車等）に占める飲酒運転の割合です。

○ 飲酒運転は、死亡事故等の重大事故につながりやすい危険な運転行為です。

- ・ 飲酒ありの人身事故件数⁷に占める死亡事故の割合 4.9%
- ・ 飲酒なしの人身事故件数⁷に占める死亡事故の割合 0.7%

（*平成14年中に発生した原付・自動車等第一当事者のもの）

○ 飲酒運転により人身事故を起こした場合には、危険運転致死傷罪（平成13年12月25日施行）が適用されることがあります。

（刑法第二百八条の二 第一項前段）

※ アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で四輪以上の自動車を走行させ、よって、人を負傷させた者は十年以下の懲役に処し、人を死亡させた者は一年以上の有期懲役に処する。

(2) 酒酔い運転について

もっとも、注意を要するのは、酒酔い運転の状況である。これは、平成14年6月から12月では、1515件（前年同期1524件）で前年同期比0.6%しか減少しなかった。また、平成15年中6月末までの1069件に対し、平成16年中6月末までの1070件とここでも減少していない⁸⁾。これは、酒気帯び程度であれば刑罰威嚇や取締りが即効的に抑止効果を持つが、酔払いにまでなるとそれらは少なくとも即効的な抑止効果を持ち得ないということである⁹⁾。

3 若干の理論的帰結

以上から少なくとも次のことが言えるように思われる。

第1に、公道における飲酒運転のように取締機関による直接の監視が可能であり、しかも違反があれば容易に検挙できるもの(この点で飲酒運転はスピード違反と異なる。)であって、行為者もそのことを認識・自覚している場合には、それらの状況が維持される限りにおいてではあるが、刑罰威嚇も抑止力を持つということである。もっとも、この点については次のことに留意しておく必要がある。まず、確実な取締りが可能であり、かつ現にそれを実施することが必要だということである。これは、前述したように、昭和46年以降における交通事故減少の1要因として「交通指導取締り」の強度が挙げられていたことによっても裏付けられる。次に、刑罰威嚇は自由刑である必要はないということである。一般庶民にとっては30万円を3人分で90万円というレベルでも絶大な効果がある。今次道路交通法令改正に対する一般庶民の受け止め方を見ると、酒気帯び運転につき懲役刑が3月から1年に引き上げられたことより、罰金が5万円から30万円に引き上げられたことの方が大きな抑止効果を持ったといつてよい。一般庶民は、懲役刑はめったに科されることはないが、罰金刑なら確実に科される、と受け止めたわけである。以上の限りでのみ刑罰威嚇には抑止力があるとと言える。

ところが、第2に、自分は大丈夫だと考えて危険行為に出る者とか、監視や取締りを掻い潜ることができると考えて行為に出る者に対して厳罰化はほとんど抑止効果をもたないということである。それは罰金刑についてもいえる。刑罰による威嚇は他律的なものにならざるをえない。そもそも規範意識の希薄な者や規範意識が鈍磨した者に対しては、刑罰威嚇の強化は、それが他律的であることから、それによってほぼ確実に処罰されるといふ客観的状況とそのことについての本人の認識・自覚がないかぎり、抑

止効果をほとんど持たない。さらにいえば、処罰覚悟の者や自殺覚悟の者には刑罰威嚇も監視カメラも抑止力になりえない。また、警察力には限界があるから、重点取締によって一時的に抑止できていた分野でも、監視と統制が弱まれば、元の木阿弥になってしまう。

したがって、過失犯にとどまらず故意犯であっても、取締機関による直接の監視と統制が及ばない場所と時間に行われるものについては、厳罰化しても、それはほとんど抑止効果を持たないということである。過失犯については刑罰威嚇がほとんど抑止効果を持たないと考えた人でも、故意犯は別で、それには刑罰威嚇の抑止効がかなりあると信じていることが多い。しかし、それは思い込みであるにすぎないといわざるをえない。

故意犯に対しても刑罰威嚇の抑止効が極めて限定的なものであるとすると、「凶悪・重大犯罪」厳罰化を始めとする最近の重罰化刑法改正は、犯罪抑止効果をほとんど持たないものといわざるを得ない。それは国民の単なる処罰感情に應えるに過ぎないものであり、選挙民の歓心を買うための象徴立法にすぎないといっても過言ではない。犯罪が減少するとすれば、それは厳罰化以外の要因によるものと考えざるをえないのである。

規範意識の強化には任意の関係での社会的な運動と本人の納得が必要であるというべきであろう。「地域住民の交通安全意識」が昭和46年以降の交通事故減少の1要因として重要であったように、住民の自発的な取り組みによる内発的な規範意識の涵養が不可欠だということである。

4 一般予防刑論と法益保護思想 刑罰論と犯罪論の関係

(1) 一般予防刑論の問題性

刑罰論には周知のように、応報刑論か予防刑（目的刑）論かという対立があり、予防刑論にはまた一般予防刑論か特別予防刑論かという対立がある。最近ではさらに、一般予防につき消極的一般予防と積極的一般予防を区別し、後者を重視する見解も有力になっている。

それらは、法的効果としての刑罰に関する理論であるが、法律要件としての犯罪に関する理論のあり方とも密接に関係させられることがある。このことは、古くから例えば、(後期)旧派の応報刑論と行為刑法理論ないし客観主義刑法理論との結びつき、また新派の予防刑(目的刑)論と行為者刑法理論ないし主観主義刑法理論との結びつきによって、知られてきたところである。

もっとも、前期旧派のように予防刑論でありながら行為刑法理論ないし客観主義刑法理論と結びついたものもある。このことから言えるのは、予防刑論においても法的効果としての刑罰権をいかなる法的要件(犯罪成立要件)のもとに認めるのかという問題に対する対応の仕方によって、その犯罪論との結びつき方が異なってくるということである。これは結局のところ、国家における刑法の役割り、その法的性質に関する見解の違いが刑罰論と犯罪論の結びつきとその内容を規定するということであろう。

ところで今日、刑法の役割り、機能について、刑法による法益保護機能を重視する見解、つまり法益保護思想が有力である。この思想は、刑法に犯罪の一般予防効果があることを前提にする。

一般予防効果としてまず考えられるのは、刑罰により一般人を威嚇しそれにより一般人をして犯罪に出ないようにする、つまり犯罪の一般抑止効果である。これは消極的一般予防といわれる。

けれども、消極的一般予防効果が果たしてどの程度あるのかという点については未だ科学的に証明されたわけではない。そのこともあってドイツでは積極的一般予防論による刑罰正当化論が有力になったといわれる。

積極的一般予防論は、犯罪を処罰することにより善良な市民の抱く規範意識を満足させ、維持・強化することに刑罰の正当化根拠を求める。確かに、処罰が人々の規範意識を満足させるという事実は証明可能である。

しかしながら、善良な市民の規範意識はその内容の是非を問わずに正当化根拠とするに値するものであろうか。「意識」は観念的で流動的である。また、「善良な市民」とは何か。「善良」という基準で、単なる道徳や倫理

と法とりわけ刑法との限界を明確に引くことができるのか。むしろ曖昧に
してしまうのではないか。さらに、「善良な市民」ないし「法仲間」とそ
うでない市民は「敵味方」の関係に立たされることにならないか。

このようにして、消極、積極のいずれであっても、一般予防論には問題
が多く残されているといわざるをえない。

(2) 一般予防刑論と「法益保護の原則」

一般予防論には問題が多く残されているにもかかわらず、刑法による犯
罪抑止効、一般予防効果を前提にする犯罪論（刑法解釈論）も多くある。

刑法総論に関するところでは、回顧的責任論に対する展望的責任論が
つとに有名であるが、最近では因果関係論や違法論などにおける事前的判断
基準論を刑法による一般予防効果によって根拠付ける見解も有力になっ
ている。

刑法各論でも、例えば、利欲犯であることをより重い刑罰による威嚇、
それによる抑止が必要であること（つまり重罰）の根拠にする見解があ
げられる。例えば、盗品等に関する罪で有償譲受罪や周旋罪が無償譲
受罪に比べはるかに重罰に処せられる理由をそのような利欲犯に対しては
重罰による抑止が必要であることに求める見解。窃盗罪と毀棄罪は同じ
ように他人の所有権を侵害する犯罪であるにもかかわらず刑法は窃盗罪の
刑の上限を懲役10年、器物損壊罪の刑の上限を懲役3年として3倍以上も
の差を設けている主たる理由を、領得は利欲目的でなされることが多いた
め、それを抑止するにはより重い刑罰が必要であることに求める見解¹¹⁾、
などである。

それらは、刑法の一般予防効果を前提にした見解であるが、さらに刑法
の役割論・法的性質論としての法益保護思想と結びつくものもある。こ
の結合形態になると、法益保護のために、一般予防効果を持つ刑法を積極
的に利用、活用しようとする傾向が出てくる。「法益保護の原則」は本来、
倫理・道徳と刑法の守備範囲とを明確に区別しようとして主張されたもの

であるが、「法益保護」という言葉の曖昧さを残したまま一般予防刑論と結びつくことによって、事前的予防主義に対する抵抗力を失ってしまうわけである。法益侵害原則と法益保護原則は、言葉の独り歩きを考慮すると、まったくの別物と言うべきなのである¹²⁾。

5 刑事立法による規範意識の形成という見解の登場

インターネット異性紹介事業を利用して援助交際を誘引した児童をも処罰する法律¹³⁾が制定された。これは、パターンナリストックに児童を保護するというにとどまらず、児童の性的な規範意識の形成・確立を目的にして、被害者であるはずの児童までを処罰するものである。児童買春・児童ポルノ処罰法では買春の相手になった児童は不可罰とされている。それに対し、この児童誘引規制法は、買春の誘引をしただけの児童を罰金刑の対象にするという点で法体系上の整合性に問題を抱えているのだが、それ以上に重要な問題は、刑事立法により規範意識の形成を強制するという政策が法認されたという点にある。

(1) 推進論の根拠

この法案を準備した警察庁の「少年有害環境対策研究会」が作成した「いわゆる『出会い系サイト』の法的規制の在り方について」(平成14年12月)によると、この立法の趣意は次の点に求められている。

「金銭等を渡したり、もらったりすることを条件とした交際の勧誘の禁止」の理由として、「さらに、金銭等によって児童との交際ができるという考えは、児童を金銭で買える『モノ』、又は児童が自らを金銭で売れる「モノ」としてとらえる『児童の商品化』の風潮の蔓延につながり、このことは『出会い系サイト』において、児童の『性』の商品化の風潮、児童を性欲の対象ととらえる風潮を助長させ、児童の規範意識の低下を招いて、児童の健全な育成を阻害することになると

考えられるのではないのでしょうか。』また、「児童による行為についても禁止」の理由として「女子児童からの勧誘が事件のきっかけとなっているものが198件（93.8%）となっています。」ということに続き、「(2) 児童買春をはじめとする児童被害に関連する重大な犯罪が『出会い系サイト』を利用して行われていることから、児童の犯罪被害の防止のために、インターネット社会において一定のルールを定めることが重要であり、大人も児童も等しくインターネットを使うものである以上、大人と児童を区別せず、そのルールの遵守を求めることが必要なのではないのでしょうか。また、児童からの勧誘も禁止することにより、児童の自覚を促すとともに、保護者等による指導もきちんといわれるようになるのではないのでしょうか。」、「(3) さらに、女子児童の勧誘を禁止せず、女子児童の勧誘に対する男性（大人）の返信メールを禁止することも考えられますが、男性（大人）の返信メールの内容は外部の者から知ることができないことから、事後的な対応しかできず、児童の犯罪被害を未然に防止するという観点からは不十分ではないのでしょうか。」とされた。

また、国会における法案審議では156回国会衆議院「青少年問題に関する特別委員会」において提案当局者から（1）政府参考人である警察庁生活安全局長瀬川勝久氏と（2）谷垣禎一国務大臣（国家公安委員会委員長）による説明がなされた。

- （1）「今回、この六条で規定しておりますのは、出会い系サイトにおいて不正誘引、児童との性交等を伴う交際の誘引や対償を伴う異性交際の誘引でございますが、こういった不正誘引がはんらんをしている、そのことにより児童の性の商品化の風潮が蔓延をしている、そのことから児童が凶悪犯罪を含む多様な犯罪の被害に結果として遭ってしまうようなことになってしまった、こういう状況に着目をいたしまして、この不正誘引を禁止しようとしたわけでございます。」「この法律は、インターネット異性紹介事業の利用に関しまして、とにかく不正誘引

をなくそう、不正誘引をしてはならないという必要最小限度のルールを定立いたします。行為者がだれであろうと、また、行為の形態がみずからの誘引であろうと、周旋であろうと、インターネットを利用する児童一般に有害で悪質な行為と不正誘引を性格づけといいますか、とらえまして、罰則をもってそれを禁止しようというものであります。」

- (2) 「大人だから害悪性が強い、子供だから害悪性が少ないというわけではないんだろうと思います。インターネットの匿名性ということもありますが、こういうインターネットという新しい技術を利用して不正誘引を行っていくこと自体が、子供の安全というか、健全な成長というか、そういうものに非常に害悪があるし、性の商品化というものにもあしき道筋を開いているのではないかと私は考えるに至りまして、児童に対してもきちっと規範を示す。」 同特別委員会議事録第4号(平成15年5月7日(水曜日))

さらに参考人前田雅英(東京都立大学法学部教授)氏は次のように述べている。

「少年の規範の喪失の問題、逸脱の問題というのは非常に危機的である。」「ここ最近の動きが著しい中で、非常に形式的な、被害者なき犯罪は処罰すべきでないというような議論が意味を持つのかということなんですね。」「単に買う側の大人のみを処罰すればうまくコントロールできるかということ、その段階は過ぎている。」「世界的なレベルで前提としていた少女の売春のありようと、日本の援助交際といいますか、買春のありようというのは質的に異なる。それに対して、やはり日本の現状にあった法規制というものを考えていかなければいけないというふうに考えております。」「危険性の段階で一定の規制をかけるということ、これにも合理性があるという方向に動いてきていると思います。」「最近のDVとかストーカーとか、いろいろな立法がそうなんですけど、従来の基準からいくと、非常に問題があると言われてきたも

のです。……私は、結果的にそういう問題は起こってはこなかったというふうに評価しているのです。」「やはり、ここまで問題が生じている児童の危険な状況というのをとめるには、大人の処罰だけではなくて、みずから書き込む女子高校生なんかに関しても一定のサンクションがあるということで規範を示す。刑法理論の中で、処罰することによって国民に規範を定着させていく。専門の言い方ですと、一般的積極予防の理論という言い方をするんですが、そういう考え方、規範を形成していくという考え方も十分成り立ち得る。それを選択するかどうかは、やはり国民であり、国会の場で御判断いただきたい。」 同上議事録第5号（平成15年5月8日（木曜日））

（2）推進論に対する批判

以上の推進論が、「これは、商業的性的搾取の被害児童に対して非懲罰的アプローチを取るという『第1回子どもの商業的性的搾取に反対する世界会議』（ストックホルム会議）の『宣言』及び『行動アジェンダ』の原則、又、その精神に則って立法され、買春者側の責任を確立した児童買春・児童ポルノ禁止法の趣旨に反するものである。『出会い系サイト』対策とは言え、このような措置を導入することは、児童買春・児童ポルノ禁止法の運用、そして将来の改正に対してネガティブな影響を及ぼす恐れがある。¹⁴⁾」との批判を受けるのは当然のことである。

また、坪井節子参考人（日本弁護士連合会子供の権利委員会委員）の次の発言は、問題解決の方向を示すものとして重要である。すなわち、「生育歴における子供が、人間として尊重されてこなかった歴史を抱えてきた子供たち……子供たちが持っている、人間、特に大人に対する絶大なる不信心……を取り除くために、人間、そんなに捨てたものじゃない、君はそんなに自分を卑下することはないのよ、生きていていいんだよという、本当に基本的な信頼感、そこをどうやってその子供とパイプをもう一度持てるか、そこが本当に支援のかぎだというふうに思っております。」（同上議

事録第5号)と。

さらに、刑事立法が、本当に必要だが手間のかかる施策を棚上げするための逃げ口上に使われることがままあることからすると、肥田美代子委員(民主党)の次の発言も重要である。すなわち、「法案の目的が、児童買春その他の犯罪から児童を保護し、児童の健全な育成に資することになるといっておりますね。それで、家庭や保護者の責任まで盛り込むのであれば、担当が警察庁というのはちょっと変だなという感じが私はするんですけども、この法案の主管は青少年対策全体の調整を行う内閣府ではなくて警察庁になったのはなぜか」。また、平成14年10月21日の青少年育成推進会議(内閣府の事務次官が主宰をし、局長クラスの17名のメンバーからなる)には代理出席が18名のうち14名との山本信一郎政府参考人(内閣府政策統括官)の説明、同じく、昨年この会議が一回開かれたとの説明をうけ、「大変な問題が起きている中で、たった一回というのは私はちょっと変だなとおもいますが」(同上議事録第4号)と。

おわりに

以上検討したように、刑法による犯罪の一般的抑止効は極めて限られたものであるといわざるをえない。それにもかかわらず、犯罪や逸脱行動の事前予防を刑法に頼ろうとする傾向がますます強まろうとしている。刑法解釈論を中心とする刑法理論にも刑法による一般予防効果やそれを前提とする法益保護思想に立論の基礎を求めるものが多く見られる。

最近では、社会生活の「ルール」や「規範」という観念的で道徳や倫理と区別がつかないものを刑罰威嚇によって確立しようとする法律まで制定されるにいたっている。そこでは必然的に「意識」の改変がめざされることになる。社会侵害性の回復・防止は立法の遠い目的であるに過ぎなくされる。意思刑法どころか、意識の悪さを処罰する「意識刑法」とでもいうべきものが、刑罰依存症候群が広がる中で成長しようとしている。

これまで、刑法の第一次的任務を社会倫理秩序の維持に求める人的不法論や行為無価値論が存在した。けれども、日本の行為無価値論は一般的に刑法の侵害行為原則は認めてきた。また、積極的一般予防論も本来は社会の中に存在する規範意識を満足させることを捕らえたものであって、積極的に新たな規範意識の形成をめざしたものではない。確かに、行為無価値論にしても、積極的一般予防論にしても、意思刑法や意識刑法への動きに利用されかねないという弱点をはらんでいることは否定できない。しかしながら、意識刑法への動きはやはりまったく新たなものというべきであろう。意識刑法は警察法や倫理との融合をすすめることになる。刑法原則は棚上げされながら、刑法だから許されてきた強大な強制権力はますます肥大する。

刑法の一般的抑止効への安易な信頼・依存は、刑法依存症候群を蔓延させてしまいかねない。刑法の役割りや機能についての冷静で丁寧な分析・検討¹⁵⁾が重要になっている。本稿がそのための一助となれば幸いである。

- 1) ここには、厳しい被害感情に伴う、同じ被害を繰り返させたくないとの利他的思いに見られる厳罰による威嚇力への期待も含まれる。
- 2) 日本刑法学会第82回大会における共同研究分科会 の報告をとりまとめた「特集 交通犯罪」の「序論」（三井誠）（刑法雑誌44巻3号（2005年4月）395頁以下）でも、累次の『犯罪白書』の特集には言及しているものの、本警察白書には触れられていない。本警察白書では「第6章 交通安全と警察活動」という形で扱うのみで、「特集」にしていなかったことが、そのことに影響しているのかも知れない。
- 3) この改正規定の問題点を的確に分析・批判したものとして、高山佳奈子「交通犯罪と刑法改正」刑法雑誌44巻3号（2005年4月）398頁以下参照。なお、交通事故の防止という観点を欠いた立法は「刑法における『法益保護の原則』に反するおそれがある。」（同上402頁）とされる点について、これは論理的には一貫しているが、法益保護原則の位置づけについては後述するように、なお検討が必要であろう。また、この改正規定につきその適用実態を含め総合的に検討した共同研究をまとめたものとして、交通法科学研究会編『危険運転致死傷罪の総合的研究 重罰化立法の検証』（日本評論社、2005年11月）が貴重である。
- 4) 『昭和48年版警察白書』（昭和48年10月20日発行）240頁。
- 5) 前掲注4)『白書』234頁以下の「第6章 交通安全と警察活動」参照。
- 6) 警察庁交通局「平成15年中の交通死亡事故の特徴及び道路交通法違反取締状況について」（平成16年1月29日）3頁。

- 7) これにより、酒酔い運転については、刑罰が「2年以下の懲役又は10万円以下の罰金」から「3年以下の懲役又は50万円以下の罰金」に、また、行政処分が15点(免許の取消)から25点(免許の取消)に、引き上げられ、また、酒気帯び運転については、アルコール基準が呼気1リットル中0.25mg以上から0.15mg以上に引き下げられるとともに、刑罰が「3月以下の懲役又は5万円以下の罰金」から「1年以下の懲役又は30万円以下の罰金」に、また、行政処分が0.25mg以上で6点(免許の停止)から13点(免許の停止)、0.15mg以上0.25mg未満で点数なしから6点(免許の停止)に引き上げられた。
- 8) 警察庁交通局「平成16年上半年期の交通死亡事故の特徴及び道路交通法違反取締状況について」(平成16年7月22日)28頁参照。
- 9) ただし、平成16年中6月末までの1070件に対し、平成17年中6月末は829件と22.5%の減少となっている(警察庁交通局「平成17年上半年期の交通事故の特徴及び道路交通法違反取締状況について」(平成17年7月21日)30頁参照)。この減少要因が何であるかについてはなお検証が必要である。
- 10) 監視カメラの犯罪抑止効果に関する研究として参考になるのが、Brandon C. Welsh and David. P. Farrington, Crime prevention effects of closed circuit television: a systematic review, Home Office Research Study 252, August 2002. これは、USAと英国の関係する先行研究46件から厳格な方法論的基準で22件を選び、分析したもの。その結論は、「全体として、現在最良の証拠からすると、CCTVは少しだけ(to a small degree)犯罪を減少させることがわかる。CCTVがもっとも効果的なのは駐車場での自動車犯罪に対してであるが、公共輸送機関や町の中心部における犯罪に対してはほとんど効果がないかまったくない。」というものであった。05年7月7日のロンドン自爆テロを監視カメラ王国といわれる英国ですら防止しきれない抑止できなかった。容疑者4人がそろって監視カメラに収まるという事態は深刻である。
- 11) 判例にも、その理由につき、「犯人の意図が物の効用の享受に向けられる行為は誘惑が多く、より強い抑止の制裁を必要とする点に求めるのが最も適当であることを考えると、不法領得の意思とは、正当な権限を有する者として振舞う意思だけでは足りず、そのほかに、最小限度、財物から生ずる何らかの効用を享受する意思を必要とすると解すべきである。」(東京地判昭和62年10月6日判例時報1259号137頁)とするものがある。しかし、両者のちがいはむしろ、物をごっそり盗られてしまうか、それとも壊されたとはいえ物そのものは手元に残るかのちがいにありというべきであろう。
- 12) この問題については、拙著『行為原理と刑事違法論』(信山社・2002年)の「序論」参照のこと。
- 13) インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律(平成15年6月13日法律第83号)。
- 14) 「いわゆる『出会い系サイト』の法的規制の在り方について」に関するECPAT/ストリップ子供買春の会の見解と提案(2003年1月20日パブリックコメント募集への応答として提出)(http://www.ecpatstop.org/ecpatstop_whats_new2_07-03.html, visited 2003/09/09)
- 15) この点に関する筆者なりの序論的考察が前掲注12)の拙著である。