

どのような行為を処罰すればよいのか？

上田 正基

「何を研究しているのですか？」と聞かれたとき、私は「刑事立法論です」と答えることにしている。では、刑事立法論とは何かと問われると、なかなか答えづらい。その理由は、私が刑事立法論という形で具体的に何を考えているのかを説明すればわかってもらえるかもしれない。

さて、刑事立法論とは、最も抽象的に述べれば、「ある行為に対して刑罰を科す法律を制定することはよいのか否か」を問う研究である。その意味で、刑事立法を批判するための枠組みや考慮要素を論じるものであるともいえる。そして、この議論の方向性には2つの方向があると考えている。

1つ目は、刑法の「法的」限界を画定し、その限界を越えるか否かで刑事立法を批判しようとする方向である。ここでは、「どのような刑法があってはならないか」を抽象的に考察することが中心になる。例えば、刑法による保護に値する利益としての「法益」を定義し、「刑法は法益しか保護してはならない」という命題を用いて立法を批判する法益論、刑罰の目的・機能を考察し、刑罰に値する行為の範囲を決めようとする刑罰論などの議論がある。しかし、法益の定義や刑罰の目的について一致した見解に至ることが困難であることはおくとしても、このように抽象的限界から具体的立法を批判するという手法は、限界の踰越を理由とする批判だけにとどまり、具体的な政策課題の解決へ向けた助言をなし得ないように思われる。

また、この1つ目の方向性には、私が拙著『その行為、本当に処罰しますか —— 憲法的刑事立法論序説』で試みた、刑事立法の憲法的限界を従来の憲法学説を用いて再検討するという枠組みも含まれる。

そこで、2つ目の方向性は、今ある現実を出発点として、具体的刑事立法を考察し、当該刑事立法が「政策的」に妥当かを問うものである。

この方向性には、現実から乖離した政策的に受け入れがたい

結論に至ることを回避し、より具体的な政策提言をなし得る可能性があると考えている。例えば、なぜ人は法（あるいはルール）を守るのかを議論の出発点とし、人の法遵守行動に刑事立法のあり方がどのような影響を与えるかを解明できたならば、より法遵守行動を促進するような刑事立法を提言することも可能となろう。

しかし、この2つ目の方向性には、刑罰制度を使ってどのような社会を目指すべきなのか、そして、刑罰を使うことに特別な意味はないのかといった、「法的」限界に関する議論が全くなされないという危険性が伴う。というのも、刑罰を、法遵守行動を導くためのひとつの手段としてしかみていないからである。したがって、1つ目の方向性と2つ目の方向性がどのような関係にあるのか、そして、2つ目の方向性を採るにしても、その中で1つ目の方向性で議論されてきた視点をどのように活かしていけばよいのかを、今後考えていかなければならない。そのような議論の中にこそ、刑法学者が刑事立法を語る意味があると思っはいるが、「刑事立法論とは何か？」については、ますます語ることが難しくなっていくのである。

(法学部助教)

