

国家刑罰権のあり方とその限界に関する考察

諏訪雅 題

<目次>

- I はじめに
- II 刑罰権を行使する「国家」とは何か
 - 1 国家論を論じる必要性
 - 2 国家論における特筆すべき視点
 - 3 実存的国家論
 - 4 理念的國家論（観）
 - 5 民主主義国家論—特に前田雅英博士の理論
- III 刑罰の本質について
 - 1 刑罰の性格
 - 2 刑罰の意義
 - 3 刑罰の本質（目的）
- IV 考察
 - 1 国家刑罰権のあり方と限界に関する一般的考察
 - 憲法的国家論と刑事司法の鉄則の堅持
 - 2 個別的問題
 - (1) 刑事司法改革
 - (2) 裁判員裁判
 - (3) 被害者参加制度
 - (4) 死刑制度
 - (5) 「強制起訴」の制度
- V まとめ

I はじめに

刑事法は、国家刑罰権の行使を本質とする。中世の時代であっても近現代であっても、刑罰は国家が行使するという構造は変わらない。中世の絶対王制では、国王や国家の権力を示威するものであり、現代では、民主主義の理念に従い、同権限を公正に行使し得る国家に委ねたものであって、その根本理念は全く異なるけれど、その構造形式自体は変わっていないのである。

私人が私人に対し刑罰を科すること、すなわちリンチはかつてはかなり行われたが、その根底にある思想は、強者の弱者に対する絶対的権限を認めることになるため、少なく共近代国家では、この考え方は淘汰されたと言ってよい。又、宗教性や民族性を重視する立場より、国家ではなく民族集団自体が刑罰権を行使するといった考え方もあったが、戦前の日本の刑法学でもこのような考え方は排斥された通り⁽¹⁾、法治国家の理念を前提とする限り、国家が刑罰権を有することは自明の理であろう。

刑罰権は言うまでもなく、社会全体の利益のために国民（個人）の基本的人権である生命・自由・財産を制約（侵害）するものであり、国民の一生を左右し兼ないものであるから、国家刑罰権の行使の限界については明確に限定されなければならない。この思想は罪刑法定主義や適正手続の保障の理念に表象されるものであるが、学者や実務家において、具体的な事案に対し、これらの概念をその場限りで適用するだけでは事は済まないと思われる。

現代社会はポスト・モダンと言われている。確かに、犯罪は高度に科学化・技術化・ハイテク化され、組織化・集団化の中で密行して行われるようになり、更には国境を越えた悪質なテロも続発している（犯罪の国際化）。格差社会（疎外化社会）や二面社会、生命軽視の社会の中で、不合理かつ痛ましい犯罪も続発している。刑事法により、これらに対し厳しい対応をすべきとの意見には一理あるように思われる。しかしながら、現代社会においては、必ずしも民主主義や憲法価値が適切に実現されているとは言いがたい。法の支配を踏みにじる行為が時の政府により平然となされ、国民もこれを当然の如く甘受している。そのような中で、刑事法や刑罰のあり方を楽観的に

捉えることは危険であるし、刑事制裁を安易に拡張して使用することは現に憤むべきではないかと私は思う⁽²⁾。それでは、現代社会において刑事法や刑罰権はどうあるべきなのか、果たして限定されるべきなのか、又、限定するとしてもどのような視点で限定されるべきなのか。国家刑罰権の行使においては、前提となる「国家論（観）」が刑罰のあり方をどのように左右するのか顧みる必要がある。更に、刑罰というものが国民の権利を制約する最たるものであるといった本質を踏まえ、かかる刑罰を正当に行行使し得る国家とはどのようなものなのかを分析する必要がある。ここから刑事法や刑罰権のあるべき姿も演繹することができると考える。

本稿は、上記の趣旨において、今一度国家刑罰権のあり方について、原点に立ち返り検証すると共に、日本の刑事司法における現行の制度等についても、この視点に立って、改めて検討を試みるものである。

II 刑罰権を行使する「国家」とは何か

1 国家論を論じる必要性

国家刑罰権と言った場合、本来は国家自身が刑罰を科する権限を指すものであるから、国家の捉え方と刑罰の捉え方は連関して考えられなければならないはずである。国家論、国家観を無視した刑罰論はあり得ない。しかしながら、現代の刑法学は、そうした視点を持って分析されることは少ない。刑罰を科する国家とは何かといったことを論ぜずに、単に刑罰の本質や目的のみを論じたとしても、刑罰のあり方や限界を的確に捉えることはできないだろう。そこで、まず刑罰権を司る国家について、刑法学者がどのように考えてきたのか、又現在考えているのか、その点から整理したいと思う。ここでは、あえて戦前の刑法学にも目を向けたいと考えている。けだし、現代の刑法学者は当然のごとく民主主義国家を前提とする刑法論に身を委ね、今更国家論など論ずる必要はないといった態度を採っているのであり、その目的意識が薄く、基本書等にも明確に表されていないので、そういった意識がモデル的にも又ロジカルとしても鮮明であった戦前の議

論に遡る必要があると感じるからである。

2 国家論における特筆すべき視点

国家論の本質を様々な側面から明確に分析することは、筆者の能力では到底不可能である。但し、刑法学者が分析してきた国家論（観）に限ってみても大きな特徴があることに気づき得るので、この視点に限定して分析してみたい。

まず、刑罰を科する国家について、実存する国家を念頭に置くのか、それ共理念上の国家を前提に置くのかといったことが問題となる。前者は「実存的国家論」とでも言い、後者は「理念的國家論（観）」とでも言うべきであろう。

実存的國家論の代表的なものとしては、ナチス刑法学者の「全体主義國家論」と戦前の小野清一郎博士や佐伯千仞博士の「皇國國家論」が挙げられる。他方、理念的國家論（観）の代表的なものとしては、牧野英一博士の「文化的國家論（理想國家論）」と滝川幸辰博士の「懷疑的（悲觀的）國家論（観）」が挙げられる。この内、ある程度影響があったことは否定できないとしても、偏狭な民族主義に立つナチス刑法学説が日本の刑法学に直接踏襲されたということはないので、これは除外することとする。その余については、前者は、天皇主権たる日本の国体という実存的なものを前提とするのに対し、後者は、國家の理想型と懷疑性（悲觀性）を象徴的に捉え、いわば（当時の）日本の現状とは必ずしもそぐわない中で國家論を展開しているのが特徴である。

ところで、現在の刑法学が前提としている「民主主義國家」というのは、実存型なのか、はたまた理念型なのか問題となろう。思うに、民主主義國家として標榜されている近代立憲主義國家は、その理念の全てが実現されているものではない。そこで民主主義國家というものを考える場合は、学者が理念型を指しているのか現実の実存國家を指しているのか注意する必要がある。これについては、現代における典型的な考え方を前提に、具体

的に論じることにしたい。

それでは、各説を見ていくことにする。

3 実存的国家論

(1) 小野清一郎博士の国家論

小野博士は、滝川幸辰博士と共に旧派客観主義の大家であり、日本における構成要件論の礎を築かれた学者であることは言うまでもない。但し、小野博士が浄土真宗を骨格とした独自の仏教哲学を前提に、違法の反倫理性と責任の道義性を強調されたことが瀧川博士の理論と顕著に異なる点である。

小野博士の戦前の国家論の象徴とも言うべきものが平成17年に出版された『日本法理の自覚的展開』(有斐閣)である。小野博士の理論の真髄を正確に理解することは容易ではないが、ここでは刑法理論に関する部分を拾ってみたいと思う。

小野博士は、刑法学を分析する上では、常に刑法の解釈論を超えた哲学的・基本理論的思索が重要であるとされ、但し、従来の刑法理論は、西洋近世の刑法の地盤の上に成立したものに過ぎないのであるから、日本の社会的需要に合するように、日本の文化的現実 に即した、すなわち日本法理的立場(日本道義)において根本的に再検討する必要があると主張される。刑法理論に関しては、19世紀の刑法が罪刑法定主義により法律化・形式化されても、その根幹には道義的・倫理的なものが脈々と生きていとされるが、それでは、日本の刑法理論・学説を支える日本法理(日本道義)とは何かが問われることになる。ここに小野博士自身の国家観と刑法のあり方が表明される。すなわち、日本刑法は、日本国家の刑法であり、国体の本義に基づくものでなければならず、それは、天皇の御稜威の下に皇国日本の道義を維持し、実現する国家の形成を規定する法律体系である。日本刑法は皇国刑法であり道義刑法であって、超個人的權威に基づくものであり、道義的厳肅性をもったものである。

日本刑法は、その道義的根底に万民を育ませる仁慈の大御心を湛えたものでなければならない。日本道義は神ながらの道に基づく天皇統括の下に億兆一心の国民的人倫体を実現する和の倫理である。従って、日本道義を根底とする日本刑法は、天皇の御稜威の下に、億兆一心の和を実現する道義刑法でなければならない。又、日本刑法は、タリオ的な報応観念、絶対主義的観念を有するものではなく、あくまでも国家的公共的なものである。それは犯罪を反道義的なものとして否定し、非難するが、更に、社会防御（保安）を超えた「仁慈」の精神を持つものである。もとよりそれは、個人主義的自由主義的寛恕ではなく、どこまでも道義的厳肅性から離れざる寛恕である。反道義的行為は否定するけれど、国民的同胞としての本来の道義性を信じ、その自覚・悔悟を期待する。刑罰は、犯人自らその非を悟って正道にかえることを求めるもの、その自覚を促すものであって、それは国家的仁慈であり慈悲であり、愛である。真に恵むことができる者こそ真に愛することができる。日本の刑罰は、応報でありながら、民族的な道義意識の鍛錬であり、個人的に懺悔滅罪の修業である。人道主義的愛は真の愛ではないが、社会的危険性を慮るだけの単なる功利的防衛主義は問題外であるし、犯罪の予防だけを目的とする消極的な教育論も又妥当ではない。⁽³⁾

以上の論述からも明らかな通り、小野博士の国家論は、徹底した伝統的な皇国国家純化論であり、天皇制を中心とした皇民一体としての和の精神、そして、天皇の皇民に対する慈悲の精神により貫かれた国家体制を基としている。そこから、独自の道義的刑法理論を演繹され、この理論を皇国国家維持のための手段として位置付けるに至っている。注意すべきは、それは決して（当時のドイツに見られるような）偏狭な民族主義、権威主義に墮するものではなかったこと、又、実存的な（皇国日本の）伝統や文化によって、観念的である西洋の法理学一辺倒を批判すると共に、ひいては西洋帝国主義のアジアへの侵略を排することまで意図していたということである。そのような小野博士の意図に反し、日本の

軍国主義を鼓舞させ日本帝国自体のアジアへの侵略を容易にさせる理屈になり変わっていったのは悲劇としか言いようがない。もとより、かかる国家観は、戦前特に日中戦争以降の日本においては、当たり前のように唱えられていたものであるが、小野博士の場合、独自の宗教観や歴史観により一層純化（深化）させた所に特徴があると言ふべきであろう。⁽⁴⁾

(2) 佐伯千仞博士の国家論

佐伯博士は、徹底した結果無価値論の根本思想と実務法曹としての優れた人権感覚を有し、戦後の刑法学界をリードされてきたことは言うまでもない⁽⁵⁾。可罰的違法性論にしても期待可能性論にしても、その理論は秀逸であって、極めて論理的であり説得的である。

しかしながら、戦前の佐伯博士の著述の中には、必ずしも戦後の佐伯刑法学の真髓と一貫しないものがあり、その問題性を指摘する学者もいる。終戦後、佐伯博士は、一連の著作について極端なる国家主義を鼓吹したという理由で、教職不適格者として京都大学から追放されることになる。同審査委員会の追放判定に対し、佐伯博士は、詳細な反駁文を書くことになるが、中山研一博士は、かかる反駁文が、戦前の佐伯刑法学が極端な国家主義であるというレッテル張りや戦うための必然性はあったとしても、そのためにかえって佐伯博士は立場の変遷の理由を黙秘することになってしまった、と指摘されている。⁽⁶⁾

さて、佐伯博士の戦前における刑法論、国家論であるが、『刑法総論』（弘文堂。昭和19年）に基づいて整理することにした。

まず、ナチスの刑法思想に関しては、①全体（国体）主義、②主観主義、③応報主義の三つの特色があるが、これらは決して自己矛盾するものではなく、自由主義・個人主義の要請を顧慮しなければならないという歴史的拘束が取り去られた以上、応報刑罰思想は、行為より意思に重点を転移し、自己に内在した国権主義を表面に持ち出してくることは当然であるとすら言えると説明される。その上で、かかるナチス的な考え

方を批判することを目途として、佐伯博士は目的的に日本的なるものに関心を向けることになるのである。

佐伯博士は、まず、刑法の根本主義と題し、応報刑論、一般予防論、特別予防論の内実や相互関係等について詳述された上で（応報刑論は、犯罪を過去に属する犯人の行為として、それに対する道義的非難とその理由を求めて形而上の思惟に赴くことにあり、一般予防論と特別予防論は、行為を未来との関係において考慮し、刑罰をもって専ら将来達成せられるべき目的に対する手段として合理的・合目的に功利的に考えるところに共通性があるとする）、日本の刑法典は、上記のいずれの立場からしても解釈することができ、他方、それぞれと反対趣旨の規定によりその徹底的な実現が拒まれていたものもあるとされる。従って、日本刑法を上記刑罰論のいずれかの1つに還元することはできないし、かといって、統一なき折衷、混合物とみることもできないと主張される。

その上で、佐伯博士は、これらを統一する真の原理・根本主義として、刑法は日本国家の道義的秩序を維持発展せしむることを使命とする法規であって、道義的責任主義が採られているが、ここでの責任非難は、国家的理性の下での国家的慈愛の発現である、すなわち、国家的責任非難は、殴られて即座に殴り返すといった本能的・没目的的な行動ではなく、過去に属するに至った犯罪行為について行為者の心からの後悔と謝罪を求め、必要なる自己錬成によって、将来に向かって忠良なる皇民としての発足をなさしめ、もって国家秩序の維持に役立つとする大きな目的を伴うものとされるのである（責任非難の国家性）。

他方、日本刑法は、峻厳なる本質に係わらず、春陽の如き寛仁さを濃厚に包含している。長らくの死刑の廃止、刑事時効、起訴猶予等は、真に自己の非を認めて謝罪している者はそれ以上深く咎めないという日本人の国民性の淡泊さとの関係がある。寛仁の伝統は、刑罰万能論を退け、刑の行使を慎重にすべきとの謙抑主義につながっていると言われる。

更に、日本刑法の特徴として、信頼の原則があるが、裁判官は、国家

の要請に対し、良心的に正しい法を運用し、その仕事に私を挟み不公平を行うことはないとの前提の下に、制定されている。それゆえ、法定刑罰の範囲も広く、犯罪類型の構造も包括的である。そして、各個の刑罰法規の目的に従ってなされる目的論的解釈の範囲内にある限り、類推といえども許されると解すべきである、と結論づけられるのである。⁽⁷⁾

以上の通り、佐伯博士の論述では、明確に、国家論から刑法論、刑罰論を演繹するといったスタイルを採ってはいない。従って、小野博士と比べれば、その前提としての国家思想・根本理念はやや色が薄いようにも思われる。それは単に国家論から刑法理論を定義づけるのではなく、刑法典の分析を重視しているからである。もっとも、日本の刑法典の実状を前提として、ここから統一的に捉え得る国家スタイルに関しては、小野博士以上に皇国性が強いものが導き出されている。特に、国家的責任主義の名の下に、行為者が自己錬成により忠良なる皇民となることの教育的効果を刑罰に求めていること、他方、皇国下の裁判官に強い信頼を寄せ、刑法の解釈についても裁判官の広い裁量を認めようとしていることにおいて、当時の日本国の皇国国家としてのあり方に対し大きな期待と強い信頼を持ち、皇民がこれに従うことは当然のものとして捉えている点が特徴である。もとより、その本意は、ナチス刑法学に対抗するためには可及的に日本的なるものを導き出さざるを得なかったということであろうが、小野博士と同様に、結局は国家主義的刑法論を助長させることになってしまったのである。

このように、佐伯博士が刑罰論や刑法典の分析の中で念頭に置かれている国家は、実存する皇国国家であり、本質的には、かかる日本的な国家観の下に上記の理論を統合しようとする目的的な意図があったことを読み取ることができるのである。

4 理念的国家論（観）

次に、刑罰権を行使する国家について、これを必ずしも実存する具体的

国家と捉えずに、理想的国家と捉える学説について整理することにしたいと思う。

代表的な学説は、牧野英一博士のものと滝川幸辰博士のものである。両博士の捉え方（国家に対する評価）は極めて対照的であることに注意する必要がある（尚、理想的国家を論じる場合においては、国家論というよりも国家観と評した方がしっくりとするように思われる）。

(1) 牧野英一博士の国家論（観）

牧野博士は、我が国における代表的な新派主観主義の刑法学者であり、性格責任論に基づく徹底した教育刑論を採ったことで著名である。又、民事法上の解釈論の1つの大道であった自由法論を刑事法の世界にも波及させようとし、刑法典の広範な解釈を許容しようとしたことでも有名である。⁽⁸⁾

牧野博士の捉えている国家とは、端的に言えば「文化国家」である。そして、かかる文化国家は、常に積極的であり常に政策的である。常に何事かを為そうとし、常に事を新たにしようとする進歩的国家である。常に自ら理念を設定し、常にその理念を追いゆくものである。そして、文化的な法律論は、その国家のために役立つものでなければならない、と言われるのである。

国家が文化的使命を負っている限りにおいて、19世紀後半に台頭した実証研究を無視することはできない。これは、犯罪現象に対する生物学的・心理学的研究（ロンブローゾ等）へ、又、犯罪現象に対する社会学的統計的研究（ケトレー等）へと花開いた。応報刑論は、人間の本能的観念である報復の思想に外ならないものであって、むしろこれは実証的精神によって洗練し、醇化し、進化させなければならない。応報刑論だけをもって犯罪を抑止できないならば、犯罪現象に対する因果的研究を中核とした実証的研究は必須である。すなわち、犯罪現象に対する因果的研究により、犯罪に対し社会生活を保全する技術ということを考えることができるのである。刑法の技術化、それは正しい刑事政策であって、

この実践こそが国家の文化的責務である。刑法は単なる社会保全の制度と考えることもできないし、他方、個人の権利を保障するために国家刑罰権を制限するといった考え方にも加担できない。そこまで言うならば、その論理を徹底して、刑法の廃止まで主張すべきではないか。国家をして活躍せしめる規範として刑法を理解する所に刑法の当然の意義が成立する。牧野博士はこのように言われるのである。

更に、今国家は、その文化主義に依って単なる傍観者の立場から離れ、自己もまたできるだけ働かなければならない。行動の目標は個人主義ではなく、正しい意味での社会主義（社会連帯、国体本意）でなければならない。生活の現実・技術・社会性ということが相結びついて国家の新局面を構成し、これを効果的に適用するという意味において文化国家は積極的の意味を有し、ここに教育刑主義が樹立される。刑罰権の生体として考えられてきた国家は、刑事政策の施設者であり、刑事政策は実証的なもの、技術的なものである。刑事政策は社会的なものであるし、国家はこれを実践する義務を負う。そして国家は国内における何人とも相争い相闘うものであってはならない、と言われるのである。⁽⁹⁾

牧野博士の理論は一貫している。そこに根づく教育刑論は、実証主義を前提とし、これを実現するために国家を文化国家となし理想型のものとして打ち立てる。理想型の国家は、国民の権利を侵害しない。合理的技術的な、かつ社会性のある刑事政策を、強い権限をもって実践するだけである。個人主義・自由主義的刑法論や懐疑的（悲観的）国家論に対して、それが消極的法律主義であるとして、痛烈な批判をあげせられる。正に（熱のこもった）刑罰論ありきの国家論（観）であるが、当時の日本国家の実情（軍国国家・全体国家化）についての分析は、その論述の中には全く現れてきていない。

(2) 瀧川幸辰博士の国家論（観）

瀧川博士は、旧派客観主義の論陣であることはもとより、戦時中も一貫して自由主義刑法論を堅持されたことで有名である。この思想は、戦

後間もなく「刑法における構成要件の機能」⁽¹⁰⁾で到達点を見るが、ここでは構成要件を没価値化すると共に、違法性の判断において主観的要素を完全に排斥される等、戦後の結果無価値論の礎を作られた。

瀧川博士は、刑法学の前提として、自由主義の思想を徹底されようとしたが、それはフォイエルバッハ、ウェヒター、リストといった論説からその骨格を学び、戦前のドイツ、イタリアに発生した権威主義刑法の支配下に日本も組み入れられて行こうとすることを看破し、罪刑法定主義の理念を堅持する態度を採られた。その象徴的な論文は、「犯罪の防衛か犯人のマグナ・カルタか」⁽¹¹⁾であるが、ここでは、罪刑法定主義の根拠として、イギリスのマグナカルタ思想、ビンディングの並行理論、モンテスキューの分権理論を挙げられ、その重要性を確認し、ナチス刑法学と牧野博士の自由法運動を強く批判され、厳格解釈の必要性を訴えられている。そして、2つの条例違反事件を、いずれも許されざる類推解釈であると断言された。この考え方は、瀧川博士の基本書である『犯罪論序説』でも明確に打ち出されている。その序文において、瀧川博士は次の様に言われる。「社会の内部には種々の要素が対立し、強者は弱者に対して圧力を加える。強者の圧力が無制限に加わるところに専制主義が現われる。罪刑法定主義は当時の国民が封建的専制裁判に苦しみ抜いた過去に顧みて、その禍根を絶つために『苦い経験と辛い闘争の後に』始めてこれを獲得したものである。罪刑法定主義は啓蒙思想と自然法的人権思想の表現ではあるが、その精神は強者から弱者を擁護する点におかれて居る。社会の内部に強者と弱者の対立が存する間は、罪刑法定主義は刑法上の鉄則でなければならない」と。⁽¹²⁾

実は、瀧川博士の国家論というものは、著書の中では明確に把握できない。牧野博士より、懐疑的・消極的と評価され、国家に対する悲観的見方が強いことは事実であるが、いわゆるマルクス主義刑法論そのものであった訳でもない。瀧川博士の国家観については、国家を利益共同体としての社会の1つであると捉え、多元的な国家論の立場に立つもの

であれば分析する学説もあるが⁽¹³⁾、そのように国家を抽象化する以上に積極的に定義づけているものはないように思われる。日本国家を歴史や実存的観点から捉えることもほとんどなかったように思われる。むしろ、牧野博士が表明された、多数者と少数者、強者と弱者、不幸な者全てを包容し、その生を遂げさせる理想的・平和的・道徳的・文化的な国家というものに対し、それは待望はするけれど、現実はそのようなものではなく、単なる理念によって解決されるものではないとし、「いわゆる文化国の社会地盤を示し、それと現実の国家との関係において議論を進めるのであれば他人を納得さすことは出来ないと思う」⁽¹⁴⁾と明確に言われている。

瀧川博士が念頭に置かれた当時の日本国の実情が、貧富の差が大きく、強者が弱者を支配し、働かざる者食うべからずという社会と全く異なるものであったことは間違いないであろう。それ以上に、ドイツ・イタリアと共に、全体主義、権威主義に流されていく日本国家のあり方を目の当たりにし、(京大事件の経験等もあって) 国家そのものを懐疑的・悲観的に捉えようとしたものと思われる。このような国家の捉え方を意識的にされようとしたのは、瀧川博士の刑法学者としての真のバランス感覚に基づくものであったと思われる。内藤博士も指摘されている通り、瀧川博士の罪刑法定主義論、類推解釈否定論は、現代からすれば当然の主張のように思われるが、当時の状況の中で、時流に抗してその主張をすることは必ずしも容易ではなかった⁽¹⁵⁾。当時の支配的な国家論と、極めて理論的であった学説を敵に回してまでも、個人主義・自由主義を堅持するため、国家や刑罰の意義をあえて消極化し、自らの確信的な理念を押し通そうとしたことを、私たちは十分に認識しなければならないだろう。

5 民主主義国家論—特に前田雅英博士の理論

今まで整理した国家論(観)は、戦前から活躍されてきた刑法の大家に

よる考え方であったが、最後に、戦後を代表し、独自の犯罪論、刑罰論を展開される前田雅英博士の国家論（観）をまとめておきたいと思う。何故前田博士の考え方をあえて戦後の刑法論の代表として掲げるかと言うと、前田博士の考え方が、刑法論だけを論ずるのではなく、国家論との兼ね合いで論じられていることが十分推認できるからである。そこには、現代の刑法学が目指している1つの方向性が如実に表れているとも言えるのである。

前田博士は、共同正犯論における独自の犯罪共同説や背任罪における凶利加害の意思に関する考え方に見られるように、実務に親和性のある立場を採られる反面、同意傷害や偶然防衛に見られるような個人の意思決定を重視される（結果価値論的）立場を貫かれる等、現代の刑法学をリードされ一線で活躍されている学者であることは言うまでもない。その前田博士の刑法学のあり方を示す顕著な論文は、「罪刑法定主義の変化、実質的な構成要件解釈」⁽¹⁶⁾であろう。

前田博士は、まず罪刑法定主義には民主主義的要請と自由主義的要請が含まれているが、民主主義的要請を否定する転換はあり得ないと主張される。すなわち国民の規範意識を離れた刑事司法制度はあり得ないのであり、問題は、国民の意識をいかに犯罪観念に投影させるかにあると言われる。従来の『国民の意思の反映は、その代表者である議会のみによる』という発想は転換する必要がある。議会の議員のみを通して、犯罪・刑罰についての国民の意思を吸収することが合理的だとは思われないし、現実もそのように働いていない。選挙を通じた民意の反映が刑事法領域においても重要なルートであることは当然であるが、犯罪や刑罰の制度に国民の規範意識を反映する道としては、実際の事件の処理において、国民の規範意識を体現して事件を処理している裁判官をはじめとした法律実務家にも民主主義的機能を期待すべきである。判例による『事実上の立法的機能』は否定しようがない現実である。具体的事案を通して国民の意識が刑事司法に吸収されているのである。少なく共、刑事司法制度を真の国民主権の下に置

くためには、議会・議員・行政官僚機構・そして法律家をいかに利用しコントロールするのが最も合理的なのかという観点が必要である、と言われる。

更に、前田博士は、罪刑法定主義の自由主義的要請の見直しが必要であるとされ、現実の犯罪現象に対処するには、一定の規範的で抽象的な犯罪類型を採用せざるを得ないとして、その法文の明確性が許容範囲か否かを判断する際には、①国民の行動の自由の利益、②刑罰権の濫用防止の利益に対し、③当罰性の高い行為を禁圧することにより得られる国民の利益が比較衡量されざるを得ないと主張される。

そして、許容される拡張解釈の「言葉の可能な意味の範囲」についても、行為者が予測可能な範囲で構成要件を解釈する際には、保護法益や処罰の必要性などを考慮しなければならないのであって、決して予測可能性の大小で構成要件の外延が決まる訳ではないと言われる。解釈の許容範囲の判断には、言葉の本質的意味（核心部分）からの距離と処罰の必要性との衡量が必要であると明言される。

その上で、様々な判例を分析され、自説を展開される。例えば、明確性の議論に関しても、重大な法益侵害を禁圧するために、必要最小限度の規定であれば、文言に曖昧な部分が含まれるとしても、許容されざるを得ないのであると言われ、文言の解釈においても、個々の条文の保護法益等を衡量して、個別的に概念を画定していく、すなわち許される広い語義の中で、保護法益や処罰の必要性が衡量されるとし、構成要件解釈においては、社会的事実の変化を踏まえ、実質的に行わなければならないと言われるのである。

前田博士は、最後に以下の通りまとめられる。「日本判例の解釈の特色は、立法機関の機動性の無さに起因する面もなくはないが、それ以上に、被疑者被告人の権利を重視しつつ、国民の生活利益保護を探究した規範的評価の結実だと考えられる。たしかに、学説が、戦前への反省から実質的解釈に批判的であったことは当然であった。しかし、戦後の50年を経過し、

膨大な判例や学説が蓄積された現在、我国の解釈論の特色を意識的に展開することは、必ずしも危険なことではない。そして、罪刑法定主義の民主主義的要請の中心部分は、具体的な問題に妥当な解決を与える営みの中で、国民の規範意識が吸収され、それが結晶となって理論化する中で、実現されるべきなのである」⁽¹⁷⁾

前田博士は、その刑法理論、特に罪刑法定主義や構成要件上の文言の解釈において、国民の法益を確保するために、当罰性の強い行為への国民の処罰意思というものを重視している。勿論、その前提となっているのは、国民主権・民主主義の考え方である。重要なのは、単にそれが議会を通じての議会制民主主義というよりは、民衆一人一人の意識、すなわち人民主権主義的な考え方を前提としているということである。もとより、慎重な表現に終始されてはいるが、実務家、特に裁判官に強い信頼を寄せ、裁判官自身がかかると国民意識というものを読み取って解釈することも許容されるということまで指摘されている。そこには、今まで伝統的に主張されてきた自由主義的側面というものは相当程度後退しているように伺える。

前田博士がかかると主張をされる中で、民主主義国家観というものを強調していることは言うまでもないが、その実存性を捉えてのことなのか、理念型を重視してのことなのか判然としない。戦後50年を経過した日本の実情や裁判実務を前提としての意見なので、実存性を重視されていることは間違いないが、現実の国民意識とは何なのか、これをどうやって認定するのか、かかる国民意識による現実の刑事司法制度にどのような問題が発生しているのか、あるいはどの様な危険を内包しているのか等についての分析はなされておらず、結果的には、理念的な民主主義国家論を前提とした考え方であることは否定できないように思われる。⁽¹⁸⁾

III 刑罰の本質について

前項では、国家刑罰権を行使する「国家」について先達の考え方を整理してきたので、以下では刑罰自身の本質について整理してみたいと思う。前述

した通り、国家論と刑罰論は相互にリンクするものであり、すでに国家論をまとめる中で、刑罰論についても少なからず触れてはきているが、以後の考察のために、改めて刑罰論についてまとめることにしたい。

1 刑罰の性格

言うまでもないことだが、刑罰は、国民の生命・自由・財産を奪うものであり、人権を著しく制約するものである。

もとより、かかる刑罰は、自分たちの法益を保護してもらいたいという国民の総意に基づくものであり、ここに正当性の根拠がある。かかる民主主義の理念に従い、その存在及び内容については法律で限定されている。死刑は許されるとしても絞首刑だけであって、他の方法によって生命を奪うことはできない。又、体刑というものも認められていない。そして、この刑罰を科せられるための犯罪（違法）行為も、犯罪類型（構成要件）として法律に明示されている。法律に記載された犯罪と刑罰が全てであり、裁判官が勝手に法形成を行うことは許されない（民意を推測して法形成するということも許されることではない）。これが罪刑法定主義の鉄則である。

2 刑罰の意義

刑罰は、犯罪類型として違法性の高い行為に対して科せられるものであるが、著しく人権を制限することは否定できないので、これを科するに当たっては、様々な制約が設けられる。これを科するためには適正手続が踏まなければならないが、そもそも国民の利益を守るために、最後の手段として用いられるものである。これが刑罰（法）の謙抑性の理念である。かかる原則については、前述の通り、「（これが可能な）国家の慈悲」であるとの考え方もかつてはあったが、刑罰の応報的本質や人権制約性に鑑み、近代自由主義国家における刑罰行使の必然的制約とすべきであろう。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾⁽²¹⁾

3 刑罰の本質（目的）

端的に言えば、A. 応報刑論，B. 目的刑論（一般予防と特別予防），C. 教育刑論の対立があった。

応報刑論は、石につまずいた個人がその石に拳を振り上げるが如く、犯罪に対し対抗的な制裁を与えるということの中核とする。もっとも、ただそれだけにとどまらず、刑罰という傷みを受けさせることによって罪を償うといった贖罪の効果も併せ持つか否かについては様々な考え方がある。

目的刑論は、刑罰の歴史的意味や裸の理念（犯罪の否定）を昇華させ、刑罰に一定の目的を持たせようとする。1つは、国民の権利保護であって社会防衛であり、今一つは、犯罪者個人の再犯を防止するということである。いずれも、刑罰を科せられる苦痛を考慮して人は犯罪を犯さないということを前提とするが、その効果の社会性を強調するのが一般予防論であり、個別性を強調するのが特別予防論である。一般予防を強調する場合は、必然的に厳罰主義に向かい、特別予防を強調する場合は、犯罪者にあった刑罰の多様性が求められることになるため、犯罪者の個性（プライバシー）への国家の介入といったことを許すことになろう。

尚、刑罰は、国家権力者による体制維持のための武器に位置付けられてきた側面も否定できない。ナチス刑法論が、全体（国体）主義・主観主義・応報刑主義の三つの特色を有するというのが佐伯博士の分析であったが、これらが目指したものは、民族国家の統合のための個人主義の否定である。これは総合すれば、偏狭な（全体）国家主義実現を目途とする目的刑の表れと言わざるを得ない。

最後に教育刑論であるが、その本質は（文化）国家による国民の犯罪性の積極的な除去を目的とする。特別予防の最たるものと言ってよい。この考え方は、主観主義刑法論の衰退と性格責任論の非科学性の認定により、現在では、（特に成人の）刑罰の本質論を考える上では、これを前面に押し出して主張されることはなくなっている。広範な国家権力の個人生活への介入や人権の制約、そして教育の名の下での「押し付け」は、自由主義

を尊重する憲法の理念と真っ向から対立する虞があるからである。

ところで、日本の刑法典に鑑みれば、実は、上記の各考え方の1つだけで成り立っている訳ではない。又、逆に当該考え方から必ずしも調和できない制度もある。この点は、佐伯博士が指摘された通りである。

そこで、端的にどの考え方が正当であるか択一的に選択することは相当ではないので、全体的な視野に立って考察する必要がある。

まず、刑罰の根本的な本質が（犯罪に対する非難としての）応報であることは自明の理である。刑罰は、損害賠償、被害回復（救済）といった制度趣旨の上に成り立ってはならず、犯罪への非難として権利を奪い苦痛を与えること、すなわち制裁を本質とするものだからである。現行の死刑制度自体この思想を端的に示すものである。刑罰を歴史的に考察しても、著しい残虐性を示した時代もあり、その程度は各時代によってそれぞれではあるが、応報といった考え方が根底をなしてきたことは否定できないであろう。

そこで更に、ここに贖罪という効果を持たせるべきかは、1つの政策判断に委ねられる。功利主義との批判を受けるかもしれないが、罪を許すということは、人間の理性的営みの最たるものであり、これにより加害者が社会復帰を果たすだけでなく、被害者も又新たな人生を歩み出すきっかけを作ることが可能となるのであるから、応報に対する必然的（理念的）効果と捉えるべきであると思われる。

刑罰を目的的に考えることは、刑罰の意図を明確化することになるが、様々な立場から目的を付与することが可能であるし（そこには歪曲された目的も考えられる）、積極的な肯定論に対しては、常に注意を払うことが必要である。目的（特に特別予防）の最たるものが教育であるが、これは可塑性のある少年の非行に対しては価値ある理念であっても、成人の刑罰においては、慎重な対応が必要であると考え。強権的な国家による個人の人格的自立や行動の自由への不当な介入を容易にする虞もあるからである。⁽²²⁾

ちなみに、近時の刑法学者においては、応報の考え方をベースにしつつ、犯罪行為に対し応報的処罰を行うが、これを通じて将来の犯罪予防を図ろうとする、いわゆる相対的応報刑論が有力である。もとより、将来の犯罪予防に関しては、主として一般予防を重視して罪刑の均衡を要請する抑止刑論⁽²³⁾と、個別的行为責任の観点から非難可能性の限度内で特別予防目的を追求しようとする（狭義の）相対的応報刑論（一般予防効果は、刑を科することにより自ずから達成されるとする）⁽²⁴⁾とに分かれている。⁽²⁵⁾

IV 考察

1 国家刑罰権のあり方と限界に関する一般的考察—憲法的国家論と刑事司法の鉄則の堅持

(1) まず、戦前の小野博士、佐伯博士の理論について、どのような理解をすればよいのだろうか。

現代は民主主義の世の中である所、上記各理論は天皇主権の下での国家論を前提としているに過ぎないとして、これを無視することはできないと考える。私たちは、そこから何らかのものを学び取らなければならない。

小野博士は、日本国の歴史的な道理や日本人の精神について、的確に、又思慮深くこれを分析されている。この中には今でも共感し得る思想が含まれていると思われるが、軍国主義に安易に利用される脆さを有していた。これに対し、佐伯博士は、純粋な刑法理論の分析（これだけで、佐伯刑法学はすでに完結していたのであるが）にとどまらず、あえて、皇国国家下での日本刑法論を位置付けられようとしたことに注意しなければならない。戦後の人権派の代表である佐伯博士が何故このような立場を採られたのか。それは、当時抬頭してきたナチス刑法学へのアンチテーゼとして日本法理を主張しなければならない、という思いがあったからであると推測される。しかしこれは、おそらく、佐伯博士が意図したこととは逆の方向へ進むことになってしまった。このことは、反人権

思想に対抗するために「妥協的な理論」を展開することが、いかに怖いかを、如実に物語っている。そして、佐伯博士がかかる理論を展開せざるを得なかったもう一つの理由は、当時の日本の状況が、天皇と臣民とで一体（一丸）となって事に当たらなければならない程の緊迫性があったからであると考えられる⁽²⁶⁾。以上のように、当時の実存国家の捉え方については、小野博士はこれを上位概念として極めたのであり、佐伯博士においては、自らの刑法理論をこの国家論に押し込めようとしたものであったが、いかに国家の捉え方が刑法（刑罰）のあり方を左右するかを如実に物語っていると思われる。

他方において、この時代の中で、あえて皇国国家論を避け、理念的國家論（観）を持ち出そうとすることには、相当の意味があったと思われる。もっともその中でも、牧野博士と瀧川博士の考え方は極めて対照的であって、示唆に富むと言わなければならない。

牧野博士の考え方は、いわば国家を文化国家として高く評価し、法はその国家政策の実現のため積極的な意味を持たなければならないとする。ある意味、国家に対する楽観論であって、国家刑罰権の行使に対し、無制限にその適用を許容する道を開くものであった。その中核をなす自由法論により、罪刑法定主義を消極評価し、法の広範な解釈を認めるに至った。ここでの自由法論とは、価値判断を前提として、そこで採られた価値を実現させるため、いかようにも法の解釈を広げることを意味している。皇国國家論を採るのではないが、国家の価値を積極的に評価することによって、同様に、國家主義的刑法論を肯定する手法となってしまったのである。

これに対し、瀧川博士の懐疑的（悲観的）國家論（観）は、上記各學説が皇国の名の下に、あるいは文化國家の名の下に、いずれにしても國家主義の刑法理論に墮していった時に、國家（観）を否定することにより、皇国ではない、いわば個人主義を基底とした自由主義刑法論を堅持できたのである。國家は、個人の対極に形成されるものであり、個人の

自由を制限する上で成り立っている。為政者は、かかる個人の自由を制約する中で、自らの政策を実現しようとする。刑法（刑罰）がそのための武器に変わることは、国家がある限り否定できない。文化国家、理想国家というものは、（仮に民主主義の社会においても）「幻影」に過ぎないものであり、それに批判的立場を採って、バランスを図ろうとする懐疑的（悲観的）国家論（観）は、十分意味を持ち得るものであった。私たちは、これからの刑法論や刑事法のあり方を模索する上でも、かかる視点を忘れてはならないと考える。

- (2) 現代は民主主義の時代であり、民主主義国家に相応しい刑法（罰）論を打ち立てるべきであるという見解に対しては、どのように考えればよいのだろうか。民主主義国家においては、国家権力は、国民（民衆）により統率されている。国民は、自らの法益を守るために、刑罰権を国家に委譲する。国家刑罰権の行使は、当然国民の意思により限定されなければならないが、その民意が法益保護を強く望むならば、法文の形式解釈に拘泥することなく、広く実質的解釈が認められてよいはずではないか。これは分かりやすい理屈である。

ただ、この主張が実存国家論と理念上の国家論を混同していることには注意を要する。

理想的な民主主義国家とは、どの様なものを言うのであろうか。第1に、価値の共存が認められている社会である。第2に、情報の開示と徹底した討論により民意が政策に反映される社会である。第3に、少数者の利益も考慮しつつ、最終的には多数意見の正当性を認める社会である（多数決原理の肯定）。第4に、この点が最も重要であるが、法の支配が実現されている社会である。

しかしながら、私たちは、民主主義国家というものを理念的に考えたとしても、そこには様々な問題を内包していることに注意しなければならない。すなわち、民主主義は、個人の自己決定権に基づく政治意思を可及的に国政に反映させることを信条とするが、そもそも自己決定権を

十分に行使し得ない人たちの存在を無視しているため、その人たちの利益が必ずしも守られるものではないし、又、最終的には多数決原理に従わざるを得ないので、十分な議論を重ねたとしても、(仮に少数者の意見に真理があっても) 少数意見は排斥されることになるのである。間接民主制においては、選挙による意思表示が全てであるが、必ずしも投票価値が平等に図られている訳ではないし、選挙制度いかんによっては死票の山を築くような結果もあり得るのであって、民意の反映とは到底言い難い場面も予想される。他方、直接民主制においては、ナチスドイツの例を挙げるまでもなく、人民投票や人民請願等の制度により悪用される虞が十分ある。民意が誘導され、独裁につながる恐ろしさを私たちは十分に知っている。間接民主制と直接民主制とのバランスにより、これを回避しようというのが現代の民主主義の考え方であるが、かえって欠点相乗される危険性も内包しているのである。

その上で更に、現代の(現存している)日本国家を見た場合、このような民主主義の理念といったものが十分に機能していないことに気づき得る。

現代の日本社会は、今の経済政策のあり方を反映し、資産を持つ者と持たざる者との格差が大きく広がっている。国民の中では不公平感が強まり、自我を確保しようと弱者がより弱い者を差別する歪みが生じている。孤独の中で強いものや安定したものに強く惹かれていく。経済優先の偽善に基づく物質至上主義の中で、生命を軽視する風潮が高まっている。一方、為政者は保守化を強め、情報の開示には消極的であるし、様々な意見に対し謙虚に耳を傾け国民と真摯に協議を行うといった姿勢は全く見られない。そのため国民には諦めムードが漂っており(もっとも、安保法案に対する SEALDs の活動等には目を見張るものもあったが)、国民の政治離れは甚だしいし、国政選挙での投票率の低下に歯止めがきかない。政権与党によるマスメディアへの露骨な支配介入も進んでおり(自民党が放送内容に関し、事前聴取すべく、テレビ局幹部を呼

び出す等)、メディアの権力監視機能の弱体化を図っている。他方で、一部の民衆は、ヘイト・スピーチに見られるように、偏狭な民族主義に凝り固まっており、国民間でも少数者の価値の尊重や共存がなされているとは言い難い。主情的な「民意」は、重大な事件が起これば厳罰を望む一方で、冤罪事件が起これば刑事司法は慎重であるべきだと言い、その時々により主張が変わり、極めて不安定である。しかも、集団的自衛権の容認にも見られるように、法の支配が実現されている国家とは程遠い。憲法価値が、民意に基づかなくとも、いかようにも変えられようとしており、これに対し全く歯止めがかからない。

このような、現代の日本社会において、理想の民主主義国家を前提に刑法や刑罰のあり方を論ずることは、極めて危険であると言わざるを得ない。牧野博士の「文化国家論」と同じ轍を踏むことになり兼ねない危険性を有していることに十分注意しなければならないのである。

(3) ここで今一度刑罰論についても考えてみることにしたい。

刑罰の本質については、応報が中核となるべきことは前述した通りである。勿論、刑罰は個人の人権を制約するものであり、時に生命まで奪うものであるから、これが国民の法益を保護するといった目的を有するにしても、民事上の救済、行政法規上の規制でも尚不十分である時の最終手段として行使されるものである。行われた犯罪に対し痛みを与えることを目的とするものであるが、それは被害者の報復感情を満たすものではなく、あくまでも犯罪予防のために行使されるものであり、公益性を有する手段である。

刑罰を科することにより犯罪予防の目的が達成されるとしても、その中核が応報といった制裁・痛み（生命・自由・財産を奪う）を与えることにあるとすれば、その行使には慎重に慎重を期することは当然である。⁽²⁷⁾

ここでは、国家論（観）との関連性が重要である。このような一步間違えば、国民の個人の人権、人権の不当な侵害に連鎖し兼ねない刑罰権

を行使し得る国家とは、そのような権限を委託されても問題ない国家でなければならない。その一方で、現実の国家がいかようにも体制を変え得る可能性があることからすれば、常に、懐疑的・悲観的な目を持って国家を見据え、刑罰権の行使に歯止めをかけなければならないと考える。

(4) 以上から、一つの結論に辿り着けると思う。

刑罰権を有し、かかる刑罰権の行使が認められる国家とは、近代立憲主義の思想に基づく憲法国家でなくてはならない（憲法的国家論）。

かかる憲法国家は、まずは理念としての国家像を有するものである。もとより、近代立憲主義が法の支配（国家権力に対する制限規範性）を骨子とし、基本的人権の尊重、国民主権、恒久平和主義を基本理念としていることからするならば、民主主義の思想は重要な意義を有するし、国家刑罰権が民意を前提とするものであることは言うまでもないが、「民主主義国家論」というべきものは、「憲法的国家論（観）」の一部をなすに過ぎない。

近代立憲主義に基づく憲法国家とは、個人の尊厳を基調とし、個人の自己決定権を中核とする自由主義が徹底された国家でなければならない。刑罰が個人の権利を著しく制限（制約）するものである以上、私たちは個人主義・自由主義の刑事法観に立つと共に、刑事裁判自身が被告人の権利を守るための自由主義的原理に基づくものであることを深く自覚すべきである。民主主義の理念は、立法化されるまでの過程と刑事政策の分野では十分な意味を有するものであるが、一度立法化されたものの解釈とこの適用に関しては、かかる自由主義的側面が前面に出なければならない。誤解を恐れずに言えば、ここでは民主主義（特に多数決民主主義）の理念とは袂を分かつ必要があるのである。不安定で揺れ動き、時に主情的判断に陥る民意を、自由主義の理念によって意識的に制限しなければならないということである。⁽²⁸⁾

人権を制限（制約）する刑罰を自由主義的原理により抑制するということは、一方では、刑事手続において個人の自己決定権を可及的に保障

すること（防禦権・黙秘権や弁護人依頼権の徹底した保障）へ派生し、又一方で、刑罰の創設及び適用に対する謙抑性と公平性の実現（非犯罪化や消極的実体的真実主義、処罰の公平性の実現等）へ派生する。そして、具体的には、刑事実体法の世界では罪刑法定主義の原理（犯罪構成要件の明確化や厳格解釈）へ、刑事手続法の世界では適正手続の保障の実現（特に当事者主義の徹底）へと連鎖するのである（刑事司法の鉄則の実現）。

もとより、私たちは、これらの価値を単なる理念として捉えているだけではない。日本国憲法自身に鑑みれば、個人の尊厳（13条）をベースとして、適正手続の保障（31条）に則った多様な人身の自由の保障が規定されている。裁判を受ける権利（32条、37条1項）、黙秘権（38条）、弁護人依頼権（37条3項）、令状主義（33条、35条）等々である。

現代の日本は、憲法国家として、単なる理念国家ではなく、これらの保障を念頭におき、これらを実現しようとし、現に一定程度は実現されている実存国家でもある。

しかしながら、他方において、現実の日本社会は、閉鎖され情報に閉ざされた国民、超国家主義の思想を持つ若者たち、独断専行の行政や為政者によって構成されており、テロ対策という一言を持って、刑事法制度はいか様にも変更され得る危険性を持っている。そして、現実の刑事司法においては、後述の通り、憲法の理念に反する運用がまかり通っている面が少なからずある。⁽²⁹⁾

私たちは、理念上の憲法国家論に立ち、その理念を押し進めると共に、現実の国家をかかえる憲法価値が実現されるべきものにして行かなければならない（実存国家化）。⁽³⁰⁾

その上で、更に、実存国家といっても、国家権力が腐敗し、憲法価値が蔑ろにされるという危機感を常に有していなければならないと考える。国家とはそのようなものであるとの懐疑的・悲観的見方を忘れてはならない。刑罰の必要性を否定するものではないが、「必要悪」（リヴィアサ

ン)としての実体を看過してはならないのである。近代立憲主義の憲法価値、憲法国家、これに基づく自由主義的刑事法の理念(刑事司法の鉄則)を遵守すると共に、憲法価値が国家権力により変更され得る危険性を常に念頭に置き、かかる国家観を持ち続ける必要があると考える。憲法価値が国家権力によりいか様になろうとしても、確固たる信念として、この理念を守り通さなければならないのである。⁽³¹⁾

2 個別的問題

ここ10年位の間で、刑事司法は大きく変遷した。そこで、上記一般的考え方を前提としつつ、現代における様々な刑事司法制度について各論的な考察を試みることにしたい。

(1) 刑事司法改革

① 郵政不正事件(いわゆる村木事件)において、大阪地検特捜部の主任検事がFDのデータを改ざんする(しかも、当時の特捜部長は、意図的に変更したとは考えられないとして問題視しなかった)といった前代未聞の不祥事が発覚した。これは検察庁に大きな打撃を与えることとなり、検察改革が叫ばれ、「検察の在り方検討会議」(座長：千葉景子元法務大臣)が作られて、提言もまとめられた。

平成23年6月、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会が設置され、同25年1月には基本構想の取りまとめがなされた。しかしながら、ここで示された案は、例えば取調の録音録画に関しては、裁判員裁判の対象事件で、逮捕された容疑者の全過程を原則とする①案に加え、範囲は取調官の裁量に委ねるとする②案も併記されるなど、捜査当局に配慮した後ろ向きのものとなっていた。

その後、同部会では、更に上記構想を検討し、平成26年7月に最終取りまとめがなされた。ここでの結論は、取調の録音録画制度については、警察は裁判員裁判対象事件のみ、検察も裁判員裁判対象事件と特捜部等の独自捜査事件が対象とされた。但し、検察においては、上

記以外でも容疑者逮捕の事件では試行的に実施することとなった。他方、通信傍受に関しては、従前の4類型に加え、詐欺や組織的窃盗等の9類型が加えられ、新たな捜査手法として司法取引も導入されることになった。これらの結論に対して、最終的には日弁連も賛成した。平成27年3月に閣議決定がなされ法改正が着々と進められている（同年8月7日衆議院本会議で可決。野党との調整の関係で今国会成立は見送りとなったが、秋の臨時国会で成立を目指すと報じられている）。

② 上記流れについて、私自身としては極めて奇異に感じる。そもそも、上記刑事司法改革は、検察の不祥事を発端として、検察を含む捜査機関側の捜査手法の改革（改善）を目指すものだったはずである。それはデュープロセスの理念に従った捜査手法である。ところが、結論的には、捜査機関にとって都合のよい制度が多く構築され、これを適正に規制していく手段は余りにも限定的となった。平成26年7月10日付の朝日新聞は、「日弁連 薄い存在感」と指摘しているが、そう言われても仕方ないとさえ思われる。⁽³²⁾

③ 私たちは、憲法的国家観、憲法的刑事手続を今一度噛み締める必要がある。

繰り返しになるが、刑事司法の理念は、個人の尊厳を中核とし、自由主義と民主主義を大きな柱とする近代立憲主義の思想に基づくものである。民主主義の理念に従って、刑罰権は国家に集中しているが、国家が甚大な捜査権限と刑罰執行権限を有する中で、全く無力な個人（市民）に対し、いつこの権力を濫用するかもしれないので、特に自由主義の理念に基づき、刑事実体法の世界では刑事制裁に対する予見可能性の確保が、また刑事手続法の世界では防御権の保障等、捜査機関との実質的公平の確保が、各々図られるべきであるとされている。その結果、前者は罪刑法定主義として、後者は適正手続の保障として結実した。

刑事被疑者、刑事被告人であっても、個人の尊厳と自己決定権が保

障され、真実の発見は被疑者・被告人の人権保障の範囲内で認められるとされ（消極的実体的真実主義）、刑事裁判において被告人は検察官と同等の地位にあると共に（当事者主義）、捜査段階でも捜査機関と対等な立場にあり（弾劾的捜査観）、更に、捜査機関と被疑者・被告人には黙秘権と弁護人依頼権が与えられることになった。これが「刑事司法の鉄則」である。

ところが、従前の日本の刑事司法は、上記の理念が曖昧なまま捜査実務が行われてきたと言わざるを得ない。「任意捜査」概念の拡大、本来例外であるべき身柄拘束の原則許容、身柄拘束下での取調受忍義務の容認、接見指定の許容等々、刑事訴訟法自体が歪んだまま適用されてきたと言っても過言ではない。あたかも捜査機関に当然に認められた権限の如く、身柄拘束は広範に認められ、弁護権を無視した自由な取調等がエスカレートしていった。この構造の中で多くの冤罪が生まれ、「村木事件」も発生したのである。⁽³³⁾

上記の反省を受け、身柄拘束や自由な取調に対して、一定の足かせをするために上記特別部会は開設されたのであり、歪んだ刑事手続の現状を多少手直しすればよいというものではなく、「刑事司法の鉄則」を十分意識した抜本的な改革がなされなければならなかったはずである。

- ④ 本部会では、被疑者・被告人の身柄拘束の在り方についても議論はされた。いわゆる「中間処分」の新設の是非である。そもそも勾留自体は罪証隠滅や逃亡等の虞がある時に例外的に認められる措置であるが、現在は軽微な事件でさえ当然の如く勾留が認められている（人質司法）。この法実務自体を、刑事司法の鉄則に従った形での運用に改変しなければならず、そのような限定化された勾留制度の下で、（勾留の要件があるにも係わらず）一定の場合に身柄を解放させようとするものが、私たちが目指すべき中間処分だったはずである。

ところが、捜査機関側の委員から、仮にかかる中間処分を認める場

合は、取調受忍義務を付するべきだという意見が出され、日弁連委員とは見解が対立した。

身柄拘束されていない者に取調受忍義務を課することは、弾劾的捜査観を破壊することになるから、これは絶対に譲れない一線であった。その結果、この制度は幻となってしまった。⁽³⁴⁾

「人質司法」の弊害は大きく、過去幾多の冤罪を生み出してきたかは言うまでもないが、捜査機関はもとより裁判所においても、この問題に対する認識と理解は余りにも乏しい。憲法と刑事訴訟法が何を原則としているのか、法曹関係者として真摯に捉え直すべきではないかと考える。

- ⑤ 公判廷に提出される証拠の真正性の確保ということで、被告人の虚偽供述に対する制裁についても議論されたが、そもそもこの様な議論が平然となされること自体信じがたい思いである。近代刑事訴訟法が糾問主義から当事者主義へと進化する中で、被告人の地位は単なる証拠物ではなく、防禦を自己決定できる対等当事者にまで昇華した。被告人を証人として取り扱うこと自体が前近代の刑事法への逆戻りである。真実性の担保が重要であるとしても、このシステムは絶対に認められない。この制度は、最終的には消え去ることになった。
- ⑥ 通信傍受による捜査手法については、明らかに拡張された。これ自体は、現代型・密室性の高い犯罪捜査のために必要性があると言われてはいるが、他方、通信傍受により必ず証拠が取得できるとは言えず、会話の全てが聞かれ、プライバシーは完全に破壊される。市民に対し秘密裡に行われるため、通信傍受の内容が明確化せず、捜査機関による濫用、違法行為等の覚知ができないこと等より、本来は、できる限り限定的に行われなければならないものである。今回の結論は、対象犯罪を一気に拡大させるものであり、捜査機関側の意図を強く反映したものと云わざるを得ない。⁽³⁵⁾
- ⑦ 新制度としては、被疑者・被告人が他人の犯罪事実を明らかにする

と、見返りとして求刑を軽くしたり不起訴にする等、いわゆる「司法取引」の導入が予定されることになった。アメリカのプリ・バーゲンを前提とし、薬物犯罪や贈収賄事件において主犯格をあぶり出すための制度と言われている。

しかしながら、日本はアメリカと違い、「取引」制度に重い価値を置く社会ではなく、ましてやこの様な（他人を売る）取引は日本的な倫理観にそぐわないものと思料される。かえって捜査機関に利用され、引っぱり込みにより、新たな冤罪が発生する危険性がある。共犯者の自白に補強証拠が必要か否かといった論点があるが、必要説が根拠とする「プリズナーズ・ディレンマ」が生ずる虞は大きい。⁽³⁶⁾

- ⑧ 以上に対し、取調の可視化に関しては、ほとんど進展しなかった。そもそも取調の可視化は重要であるが、刑事司法の鉄則に遑って考えた場合、身柄拘束の可及的否定、身柄拘束からの早期解放、取調受忍義務の否定、取調時の弁護人の立会等の実現がまず先にあって、取調の可視化は次の問題のはずである。

今回の改革では、第二次目標とも言うべきこの取調の可視化さえ進展は乏しかったと言わざるを得ない。⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾

- ⑨ 本刑事司法改革は、国家刑罰権の在り方を真に検証し、適正な方向へ向かわせるべき、大きな道標であったと思う。然るにこの結果に終わったこと、国家刑罰権はどうあるべきなのかといった国家刑罰権のあり方の本質的理解に欠けていたこと、そういった目的意識がないまま、妥協（これを認める代わりに、これは認めるといった）だけを求めて話が進んでいったこと、しかも日弁連が最終的にはこれに対して毅然とした反対の態度を示さなかったことは、今後において大きな禍根を残すことになったと私には思われる。

(2) 裁判員裁判

裁判員裁判は、平成21年5月より開始され、現在は制度として定着している。5年経った昨年度における法曹三者の評価も、概ね好意的なも

のが多い。特にこの制度が手続として重視しようとした直接主義・口頭主義は、それなりに実効化が図られてきてはいる。又、証拠開示が拡大された点を高く評価する声も多い。この制度は、主として司法の民主化（刑事裁判への民意の導入。裁判に市民感覚を取り入れる）ということを目指して導入されたものであるが、更に、公判中心主義と核心司法の実現、刑事司法制度の透明化の実現（これにより「司法に対する国民の理解と信頼を高める」）ということも期待されたものであった。他方で、特に裁判所においては裁判の迅速化を求めてこの制度に同調したという経過もあり、裁判の迅速化が職権主義や拙速裁判に連鎖しないか、民意の反映とは言うものの国民に刑事司法の鉄則（例えば、黙秘権、弁護人依頼権、無罪推定の原則等）の理解が可能か、犯罪の主観的要件や責任能力の判断が可能か、量刑判断が可能か（主情に左右されてしまうのではないか→自由「印象」主義への墮落）といった批判が少なからずあった。又、死刑判決訴訟にまで一般市民が関与せざるを得ず、国民の加重負担と参加を望まない国民意識が増大する中で、最高裁としても、国民に過剰な気遣いをしなければならない事態へと発展している。⁽³⁹⁾

そもそも刑事司法は誰のためにあるかと言えば、被告人の利益を守るためである。今まで、最高裁（上級庁）にコントロールされ、あるいは一部の特異な裁判官により独善的判断がなされてきた面があった刑事裁判において、民意を反映させることには一定の意味があると思われる。しかしながら、これが過度に重視されることは、前述の通り、本来自由主義的理念を前提とすべき刑事司法においては、本末転倒であると言わざるを得ない。

この刑事司法の鉄則、刑事裁判は本来被告人のためにあるという自由主義的側面と、これに対する裁判員裁判が有する民主的統制という側面が、どのように調整されるべきかといった点については、この制度における最大の問題点であり、裁判所の姿勢は看過できない所であった。

まず、控訴審のあり方について、最判平24.2.13判時2145号9頁は、

刑訴法382条の事実誤認とは、第一審判決の事実認定が論理則、経験則に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当である、従って、控訴審が第一審判決に事実誤認があるというためには、第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であるというべきである、と判示するに至った。

最高裁が平成24年5月18日に公表したまとめによると、一審の判決を二審の高裁が破棄した割合（破棄率）が、裁判員制度の開始前の17.6%に比べ、開始後は6.7%と10ポイント程度低下したとのことであり、しかも、その大半が一審判決後の事情変更によるものであって、裁判員裁判に対する控訴審の気遣いというものが伝わってくる。しかしながら、最高裁の判断も、裁判員判決絶対尊重論、控訴審判断絶対慎重論を採るものではないことに注意する必要がある。

事実認定の手法に関しては、裁判員裁判の導入により、裁判所としてはより一層慎重になっているのではないかと思われる（裁判官は意識的に厳しい事実認定を心がけようとしているのではないかと思われる）。

例えば、大阪母子殺人事件（最判平22.4.27判タ1326号17頁）では、情況証拠からの事実認定の方法論が問題となったが、堀籠幸男裁判官の反対意見に対し、藤田宙靖裁判官は次のような補足意見を述べている。

「反対意見は、『裁判員裁判は、多様な経験を有する国民の健全な良識を刑事裁判に反映させようとするものであるから、裁判官がこれまで形成した事実認定の手法を裁判員がそのまま受け入れるよう求めることは、避けなければならない』とした上で、上記のような考え方（※認定された間接事実中に、被告人が犯人でないとしたならば、合理的に説明することができない事実が含まれていなければならないという考え方一著者付記）につき、『合理的疑いを容れない程度の立証とは何かを説明するためのものであるとしても、先に述べたような趣旨で裁判員裁判が実施された現時点においては、相当ではないと考える』という。しかし、それ自体一般国民にとって必ずしも容易に理解できる概念とは言い難い

『合理的疑いを容れない程度の立証』とはそもそもどういうことであるかについての手掛かりを全く与えることなく、手放して『国民の健全な良識』を求めることが、果たして裁判員裁判の本旨に添うものであるかは疑問であるのみならず、刑事司法の原点に立った上での事実認定上の経験則とは本来どのようなものであるかを明示することは、法律家としての責務であるものと考えてる」

平成27年に入って、最高裁は建て続けに3件、裁判員による死刑判決を破棄した控訴審の結論を是認した。東京・港区の強盗殺人事件（最決平27.2.3判タ1411号82頁）、千葉県松戸市の女子大生殺害事件（最決平27.2.3判タ1411号87頁）、長野市の一家3人殺害事件（最決平27.2.9 LEX/DB 文献番号25506132）である。

一言で言えば、死刑の判断に対する慎重さと（処罰の）公平性を認めたものであるが、最決平27.2.3の判決はいずれも次のように判示している。

「刑罰権の行使は、国家統治権の作用により強制的に被告人の法益を剝奪するものであり、その中でも死刑は、懲役、禁錮、罰金等の他の刑罰とは異なり被告人の生命そのものを永遠に奪い去るという点で、あらゆる刑罰のうちで最も冷厳で誠にやむを得ない場合に行われる究極の刑罰であるから、昭和58年判決で判示され、その後も当裁判所の同種の判示が重ねられているとおり、その適用は慎重に行わなければならない。また、元来、裁判の結果が何人にも公平であるべきであるということは、裁判の営みそのものに内在する本来的要請であるところ、前記のように他の刑罰とは異なる究極の刑罰である死刑の適用に当たっては、公平性の確保にも十分に意を払わなければならないものである。もとより、量刑に当たり考慮すべき情状やその重みは事案ごとに異なるから、先例との詳細な事例比較を行うことは意味がないし、相当でもない。しかし、前記のとおり、死刑が究極の刑罰であり、その適用は慎重に行わなければならないという観点及び公平性の確保の観点からすると、同様の観点

で慎重な検討を行った結果である裁判例の集積から死刑の選択上考慮されるべき要素及び各要素に与えられた重みの程度・根拠を検討しておくこと、また、評議に際しては、その検討結果を裁判体の共通認識とし、それを出発点として議論することが不可欠である。このことは、裁判官のみで構成される合議体によって行われる裁判であろうと、裁判員の参加する合議体によって行われる裁判であろうと、変わるものではない」

この裁判における千葉勝美裁判官の補足意見では、裁判員制度についての一定の配慮がなされ、国民の視点や感覚と法曹の専門性とが交流をすることによって、相互の理解を深め、それぞれが刺激し合って、それぞれの長所が生かされるような刑事裁判を目指すものであり、このような国民の司法参加を積み重ねることによって、長期的な視点から見て国民の良識を反映した実りある刑事裁判が実現されていくといった指摘や、「量刑の判断の本質」を裁判体全体の共通認識とした上で評議を進めることを求めるものであり、決して従前の裁判例を墨守するべきであるとしているのではない、との指摘もされてはいる。もっとも、上記の各判決内容を総合すれば、従前の刑事司法の鉄則である自由心証主義のあり方や処罰の公平性といったものを堅持しなければならないとする職業裁判官の信念といったものを感じ取ることができる。これは当然のことであると云わなければならない。

裁判員裁判において市民の曖昧かつ主情的な処罰感情により事実認定や量刑判断がなされるとすれば、それはリンチにも等しい「悪しき多数決裁判」に墮することを意味する⁽⁴⁰⁾。近代刑事裁判の歴史はこのような暗黒時代を乗り越えてきた。裁判員裁判が、職業裁判官の職権的判断に反省を促し、これに是正を求めたことは意味深いが、それはあくまでも近代立憲主義の下での刑事司法の鉄則の範囲内でのことである。この枠を踏み越えることが決してあってはならないし、事実認定は科学的合理的でなければならない、民意の直感に頼るものであってはならない。処罰が公平になされなければ、国民の予測可能性は失われ、恣意的判断を

阻止する根拠を失うことになり、ひいては刑事司法や刑罰に対する信頼を失わしめることになるだろう。為政者が国民の処罰意思を操り、都合の悪い者に重罰を科するといった事態も予想されない訳ではないのであって、このような場合、自由主義の国家は瞬間に崩壊するだろう。私たちは、裁判員裁判というものが、刑事司法の本質を転換しかねない危険性を内包するものであることを常に意識する必要がある（国家刑罰権における民主主義国家論がその危険性をはらむものであることを認識するのと同様に）、適正かつ公平な判断を維持するために、国民の処罰感情と常に向き合う（時には闘う）覚悟を持たなければならないと思うのである。⁽⁴¹⁾

(3) 被害者参加制度

被害者の刑事裁判への参加は平成21年より開始されている。これにより、刑事裁判のあり方は大きく変貌した。

この制度は、従前の刑事裁判では被害者はカヤの外に置かれてきたので、被害者の尊厳を尊重し、その尊厳に相応しい処遇を行うべく同参加が認められたと言われている。被告人・弁護人や検察官と同等の独立した訴訟当事者としての地位が認められたものではないが、他方、単なる証拠方法でないことはもとより、検察官の補助者でもなく、いわゆる特別の地位（被害者の尊厳に相応しい処遇を行うべく参加が認められた特別の法的地位）を有するとされている。⁽⁴²⁾

もともと、この制度は、被害者による被告人質問や求刑意見を述べる権利まで認めるものであって、一面、被害者の私憤や処罰感情を晴らすといった観があることは否めない。しかし、仮にそうだとすると、前述の刑罰権の本質や刑事司法の鉄則と対立することになるであろう。私見では、あくまでも、公正な情状の判断の実現と被告人の贖罪意識の喚起のために認められた制度であると考える。

私たちは、真の意味での被害者救済を目指さなければならないと思う。それは、究極的には、被害者が自らの人生を再出発できること、再度幸

福な人生を送ることにある。そのためには、少なからず被害者（遺族）が加害者を宥恕することが必要になると私は考える。そして、更にそのためには、加害者自身が心から反省し、被害者（遺族）の状況に心から共感して同情し、しかも自己保身の全くない償いの行動に出なければならないと思う⁽⁴³⁾。もとよりこれは、終局的には、国家が先導して行うものではなく、当事者が自主的に行わなければならないものである。

上記の観点から再度刑事裁判における被害者参加制度についてふり返って見た場合、上記目的を達成するための真の制度となり得ているかについては疑問がある。端的に言えば、この制度は、被害者のその場限りの処罰感情を充足させるためだけのものになっていないか（又、これさえも充足されていないのではないか）、ということである。これが本当に被害者の救済になっているのか、すでにこの制度が生まれて5年以上が経過した今日、その検証（被害者の充足度〔その内容を含め〕の調査等）を行う必要があると考える。⁽⁴⁴⁾

更に、この問題は、加害者の矯正教育とリンクして考える必要もあるだろう。浅野正教授は言われる。「受刑者に被害者と面会して、実際に被害者に謝罪することを想定すれば、加害者は真剣に事件を反省し、被害者の気持ちを考えるようになる。被害者の感情に思いを巡らせ、自らの行為を心から悔い改め、それをどのように被害者に伝えるのかを具体的に考える。処罰感情が十分に満たされない被害者に対して、自らの誠実な謝罪行為が被害者の心理的回復や人生の再出発につながることを意識して、それをさせるのである。意味ある謝罪を実現するまで、その準備として時間をかけてきめ細かな指導を行う必要がある、それを被害者の視点を取り込まれた教育で行うようにする。」⁽⁴⁵⁾

前述の通り、刑罰の目的は公益的なものであり被害者の処罰感情を満たすためのものではないし、刑事政策のあり方において、殊更教育的効果を強調し国家権力の介入を許すことは、（国家主義的刑罰論に墮する危険があるので）好ましくないとと思われる。しかしながら、刑罰が犯罪

者に苦痛を与えると同時に、贖罪の意識を芽生えさせ、心から悔い改め、被害者（遺族）に心から謝罪し（これは、国家から強制されるのではなく、加害者が主体的に行わなければならない）、赦しを得て、犯罪者も被害者（遺族）も人生の再出発を図ることは極めて重要なことであって、刑事政策の目指す真理がここにあると思われる。権力が上から理念の押し付けをする教育ではなく、あくまでも受刑者の主体性（人格的な自律権）を重視し、贖罪の意識を惹起させる働きかけは意義深いことである。そして、贖罪を喚起させるために、被害者の苦しみの声を率直に聞くことは、意味のあることであって、その限りにおいて、被害者参加制度は存在価値を有するものであると私自身は考える。

(4) 死刑制度

死刑制度の刑罰としての目的は明らかである。それは、制裁（応報）の最たるものであるし、徹底した一般予防を図ろうとするものである。

世界では、死刑は衰退の傾向にあり、テロや重大な犯罪が多発している欧米の先進諸国でも死刑を否定している国々が多いのに、日本ではむしろ死刑判決が増加し、厳罰化の傾向にあると言っても過言ではない。死刑に対する欧米諸国と日本との間で、その考え方に相違があると思われる。欧米では死刑は絶対的応報刑そのもの（目には目を、歯には歯を）といったいわば否定的な評価をしているのに、日本では責任を認めさせるもの、責任を自覚させるための手段といった積極的評価が国民の中には暗にあるのではないと思われる。この文化的な考え方の違いが、片や死刑の否定に、片や「死をもって償う文化」「社会的責任論」としての死刑存置につながっているのだと思う。従って、死刑廃止運動というものは、かかる日本文化、国民感覚との闘いであって、容易ではないことが推測される。⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾

又、被害者感情の問題も大きく横たわる。死刑の執行により被害者（遺族）の心情を満たすべきだという考えは国民一般の素朴な意識でもあり、これが死刑制度の存続の大きな理由となっている。もとより、刑

罰を私憤と捉える考え方は相当ではないし、これにより本当に被害者感情が満たされるのか（満たされているとしても、どういった意味で満たされるのか）といった根本的な問題もはらんでいる。

更に、死刑制度においては、誤判や手続上の不透明さ等の問題も多々言われている。死刑の適用基準に関しても、判例は永山基準（最判昭58.7.8判時1099号148頁）を前提としているが、ここには単に考慮すべき要素があげられているだけであって、どの要素に重点を置くのかで判断が異なってくる可能性があり、極めて不安定と言わざるを得ない。⁽⁴⁸⁾

死刑制度は国家権力により国民の生命を奪うものであるから、国家刑罰権のあり方について根本的、本質的な問題提起をするものである。多数の国民の生命を守るために国民の多数意見により国家に付託された制度であるとの言い方もできようが、端的に、生命の尊厳を軽視するものであり、これを国民（個人）に強制することは、本来国民の生命を保護しなければならない国家においては背理であると考えられる。民意に従い、国家に刑罰権を与えることができるとしても、個人の最高の価値（権利）である生命を奪うことまでの権限を与えることはできない、そこまでの強大な権限を国家に与えてはならない（生命を奪うということは、権利主体である人間の存在を根底から抹消するものであって、国民の自由や人権を守るために国家権力を限定しようとする思想と真っ向から対立する）。これが欧米諸国の基本的な考え方であろう。これは近代立憲主義の思想を率直に示すものでもある。日本固有の文化論や文化的考え方（死をもって償う）には日本独自の特殊性があり、この考え方は、国家刑罰権のあり方を考える中では克服されなければならないと思われる。けだし、近代立憲主義の憲法を持つ国の国家観（個人の生命や権利を保護するため国家の機構が創設されると共に、その権限は制限されるのであって、必要悪としてかろうじて許容される国家刑罰権も、このような限定の下に置かれるものであるとする）とは背反しているからである。今まで述べてきた通り、憲法国家としての存在を自覚するならば、

生命の尊重（憲13条）、残虐な刑罰の禁止（憲36条）等からして、原則的には、死刑制度を廃止するのが望ましい姿である。生命を故意に奪うということは、その人間（贖罪意識を取り戻す可能性のある）の存在や人生を完全に無にするものであるし、どの様な方法であろうが、予期される死の恐怖というものは尋常なものとは思われないので、人の生命を奪うこと自体が残虐であることは自明の理である。もとより、憲法31条は単純に死刑を肯定しているようにも読めるが、「仮に死刑制度があっても適正手続を図らなければならない」といったことを定めたに過ぎず、積極的に死刑を肯定している訳ではない。⁴⁹⁾

刑罰の本質論から考えても、制裁と一般予防に偏重した死刑制度は本来は望ましくないものである。被害者感情を含め、国民の処罰感情がこの制度を支えているとするならば、その意識改革が困難であることを率直に認め（単純な死刑廃止運動では不十分であることを認め）、生命の絶対的尊重と、国家刑罰権のあり方と限界の本質的問題にまで遡り、これを国民に具体的に提示（説明）して国民の意識を変えていくしかないと思われる。

(5) 「強制起訴」の制度

平成21年5月に改正検察審査会法が施行され、検察審査会が起訴相当の議決をしたものの、検察官が再度不起訴処分ないしは3ヶ月以内に判断を示さなかった時は、検察審査会は再度の審査を行い、起訴相当の議決をした場合は、裁判所は公訴の提起をし、公訴の維持に当たる弁護士を指定しなければならないことになった（同法41条の9第1項、41条の7第3項）。

この制度に従い、現在まで8件「強制起訴」され、内2件は有罪が確定している（徳島県石井町の元町長による暴行事件—最決平27.4.27〈LEX/DB文献番号25540574〉と、長野県の柔道教室での事故における業務上過失傷害事件—長野地判平26.4.30〈LEX/DB文献番号25503851〉）が、4件は無罪判決等が言い渡されている。特にJR宝塚

線（福知山線）の脱線事故では、歴代三社長について、業務上過失致死罪の成否が問われ、又、兵庫県明石市での歩道橋事故では、明石警察署の元副署長について同罪の成否が問われたが、前者は無罪（神戸地判平24.1.11〈LEX/DB 文献番号25480439〉、大阪高判平27.3.27〈同25506197〉）、後者は免訴（神戸地判平25.2.20〈LEX/DB 文献番号25503828〉、大阪高判平26.4.23〈同25503829〉）となり、現在上告中である。

この制度に関しては、制定当初より、重大な（業務上の）過失犯事件と政治家の贈収賄事件等への適用が多くなるだろうと予想されていたが、被害者・遺族の感情論、あるいは民衆の正義観に基づくものと単純に捉えるべきではなく、刑事司法手続における公訴権の本質的問題を突くものとして重要であるとの認識を持つべきであろう。

刑事司法における公訴権に関しては、実体判決請求権説が通説であるが、この説は、検察官において嫌疑を確定させ有罪無罪を決定してしまうことは、検察による糾問的捜査の横行を許し、検察ファッショとでも言うべき事態を招く危険性があること、有罪か無罪かは刑事裁判（公判）で公正中立な裁判官が判断すべきであること（公判中心主義）といった考え方を前提とするものである。更にこれを徹底したのが平野博士の考え方であるが、平野博士は、犯罪の嫌疑を起訴の有効要件とすると捜査の長期化・糾問化につながり、予断排除の原則にも反することになるから、嫌疑を欠く起訴も有効であるとし、裁判所は早急に無罪の方向で処理すべきであると主張されている。⁽⁵⁰⁾

「強制起訴」の制度については、上記の見解を理論的根拠とするものであり、そうだとすると、この制度自体は「刑事司法の鉄則」に沿うものであるから、積極的に進めるべきであるとも考えられる。

しかしながら、他方において、起訴されることに伴う被告人の物心の負担や社会的制裁は相当なものがあり、被告人を早期に刑事手続から解放すべきという要請も又当然のものであると言わなければならない。

もとより、「強制起訴」の制度は、あくまでも起訴を相当とする嫌疑の有無の判断につき、検察官の意向を可及的に尊重するものの、最終的には（ギリギリの所で）検察審査会という民意の判断を優先させたということが重要である。ここに、この制度のもう一つの根拠である刑事司法手続における民主的統制といった視点を見出しうる。裁判員制度、被害者参加制度（すなわち、民意・国民感情の尊重）と同根の問題があることを伺い知ることができるのである。

確かに、今まで検察官が被害者や遺族の意向を十分聞いてきたかについては、はなはだ疑問があるし、国民が検察官に対し信頼を抱いているとは言えない状況は少なからずあったと思われる。検察司法と評価される程、検察官がその職権の下に嫌疑を確定させてきたことの問題性は重大だと思う。国民の声を聞くべきとの主張には十分な理由があるとは思われる。

しかしながら、刑事司法の中に民主的統制を殊更持ち込むことは問題であると言わざるを得ない。特に、この制度の運用が被害者や遺族の視点に偏重していることには違和感を覚える⁽⁵¹⁾。憲法上の自由主義の理念に従って、この制度の適否を考えなければならない。「検察司法」ということ自体を改善することはいささかも否定されるべきではないが、この制度の中にそれを求め、しかも被害者感情といったものを実現する（被告人の不利益は二の次にしても）中で、その目的を達成しようとすることには、やはり危険性があると感じられるのである。

V まとめ

国家刑罰権は、（近代立憲主義の思想に基づく）憲法国家においては、刑罰が応報を中核として国民の生命・自由・財産を著しく制限するものであることに鑑み、自由主義的理念に立って、その行使は謙抑的かつ限定的でなければならない。刑罰権は、国家自身が多数の国民の利益を守るという名目において、個人の権利を著しく制約することが許された国家の最大の手段であ

るが、これに正当性を与える根拠が民主主義の理念である。しかしながら、民主主義国家論を強調して、民意によりその行使の拡張を図ろうとすることは、楽観的過ぎると思われる。日本の伝統的な文化国家論や理想的な民主主義国家論の下で、刑罰積極主義に立つことは余りに安易であるし、殊に民主主義が形式的にしか機能していない社会においては、刑罰権の行使が一人歩きする危険性があることを十分認識する必要がある。理論として純化されるとしても、又、大いなる妥協を図るにしても、刑罰が時の権力に悪用されることを看過して良いはずがない。私たちは、近代憲法の本質にある個人主義・自由主義の理念の下に、時には現存する国家を、懐疑的・否定的な視点で捉えることも忘れてはならないのである。

為政者は、民衆の不満を巧みに利用し、支配的権力を構築しようとするものであるが、それが国民のささやかな幸福を破壊するものであることを私たちは知っている。過去の人類の幾多の苦しみにより、私たちの智恵は、権力の絶対化を阻止するものとして、民主主義（の理想型）と法の支配（立憲主義）の理念を生み出した。しかしながら、現代の日本社会においては、かかる民主主義や法の支配が十分実現されているとは決して言えない。その中で、現行の刑事法は、必ずしも「刑事司法の鉄則」により運用されていないばかりか、その本質が十分議論、分析されていない中で、新しい制度改革が次々と行われており、私たち弁護士でさえ、その手続に翻弄され、国家刑罰権の行使に対する真の危機感と刑事司法の鉄則の重要性といったものを見失っている。

私たちは、今一度この原理原則に立ち返り、国家刑罰権のあり方やその限定の意義、更には、（民意の実現の下に）次々と生まれ、あるいは（国民感情の下に）維持されてきている個々の各制度の問題点について、自覚的に検証する必要があると確信する。⁽⁵²⁾

〈注〉

- (1) 木村亀二「法律学における日本的なもの—その一般的意義について」『法と民族』（日本評論社・昭和15年）129頁以下参照。

木村博士は次のように言われる。「最近に於けるナチスの法律学者は、民族的なものそれ自体に刑成的な力があると為し、それに依って法律の形式的明確性が興えられ、立法が可能となると論じ、歴史学派の主張の欠陥を補わんとして居るのである。然し、私の考えでは、かかる修正は誤って居る。何となれば、民族は本来感情的な要素に因って結び付けられた共同体であって、感情はその本質に於て、暗きものであり形を持たぬものであるからである。それで、民族的な法律の内容に形式を興へ、これを形成して明確なものたらしめるのは意思的なものでなければならぬ。それは、意思的共同体としての国家でなければならぬ。国家のみが、その自覚的な意思に基づいて、合理的に法律を形成し得るのであって、その国家の法律形成力を通して始めて、立法が可能となり、立法に際して為されるところの古き法律の改廃・外国法の継受が可能となるのである」。
- (2) 私自身、この様な問題意識は、すでに拙書「刑事司法はどこへ行こうとしているのか」（信州大学法学論集11号〈平成20年〉285頁）で明らかにしているが、近時、より一層そのような思いを抱くに至っている。
- (3) 以上、小野・前掲書99乃至120頁
- (4) 団藤重光博士は、同書に対し、「第二次大戦は現に東南アジアにおける民族独立を促進したので先生の意図の正しかった面があるのはたしかであるが、日本軍の大陸侵攻が帝国主義的侵略であった事実は蔽うべくもない。先生のご著書は、先生が日本法理研究会の活動を推進されたこととあいまって、先生の公職追放・教職追放の主たる理由になったものと想像されるが、それはやむをえないことであつたというべきである。しかし、同時に、先生の主張を深い法哲学ないし法思想の次元において正しく捉え、また、先生の上記の悲願も考慮するとき、この書物の本来の重要な意義を没却し去ることは許されないものと、わたくしは信ずるのである」と評価されている（『わが心の旅路』〈有斐閣・昭和61年〉329頁）。
- (5) 「われわれは、違法性の実質が、法益に対する侵害（実害）に存するだけでなく、むしろ法益に対する危険（脅威）のなかに存することを看取することによって、社会的現実のなかに、しっかりと根をおろした違法論を樹立すべきである。法益説は唯物論だというナチスばりの批評にたじろぐことはない」（『刑法講義（総論）』〈有斐閣・昭和43年〉175頁）といった主張は、戦後の佐伯刑法学の象徴であると言ってよい。
- (6) その批判を、「佐伯博士が日本固有法の探究を超えて、それを国体護持と大東亜戦争の積極的な讃美とに結合された点は、必ずしもやむを得ないとして認めることは出来ず、批判を甘受されるべきであつたと考える。したがって、佐伯博士が戦後の転換に当たって、明確な自己批判を回避された点も、やむを得ないとして認めることはできないといわざるを得ないのである」とまとめられる（中山「佐伯博士の刑法思想と『日本法理』（下）」判例時報2017号〈平成20年〉13頁）。

佐伯博士の生涯伝に関しては、井戸田侃博士と浅田和茂博士が聞き取りをされた内容をまとめられた『疾風怒涛—法律家の生涯—佐伯千仞先生に聞く—』（成文堂・平成23年）という本があるが、これを読んでも、佐伯博士への処分に問題があったことは十分理解できるものの、上記の問題性については未だ不明である。

- (7) 以上、前掲書82乃至111頁。
- (8) 牧野『刑法総論』（有斐閣・昭和23年）134頁等。
- (9) 以上、牧野『刑法研究第五』（有斐閣・昭和10年）190乃至282頁参照。
- (10) 刑法雑誌1巻2号（昭和25年）・『瀧川幸辰刑法著作集第5巻』（世界思想社）所収314頁以下。
- (11) 改造18巻11号（昭和11年）・前掲著作集第5巻50頁以下。
- (12) 大同書院（昭和14年）13頁。
- (13) 内藤謙『刑法理論史的展開』（有斐閣・平成19年）519頁。
- (14) 前掲・序説17頁。
- (15) 内藤・前掲書497頁。
- (16) 『中山研一先生古稀祝賀論文集第3巻』（成文堂・平成9年）57頁以下。

尚、前田博士においては、同様の見解をすでに1980年代後半からされていた。他に前田博士の見解を示す著書として、『現代社会と実質的犯罪論』（東京大学出版会・平成4年）21頁以下、『刑法入門講義—新しい刑法の世界』（成文堂・平成12年）55頁以下参照。

- (17) 前田・前掲論文72頁
- (18) 前田博士は、ドイツ型の理論からの分析でなく、日本固有の問題状況や国民の規範意識を吸収して、実質的刑法解釈を行うべきだと言われているが、もっとも、全くの無限定でかかる考え方を主張されている訳ではない。「しかし、ここで、抽象的・一般的な日本的解釈を論じることは無意味であるばかりでなく、非常に危険である。『日本的な解釈』も発展・変化するのであり、過去の判例をそのまま『日本固有の解釈』として崇めればよいというものではない」との指摘もされている（前田『刑法総論講義〔第4版〕』（東京大学出版会・平成18年）83頁の注23参照）。しかしながら、ならばその限界をどこに置くのか、前田博士の論述からは判然としない。
- (19) 平川宗信博士は、刑罰権の発動が憲法上許容されるのは、それが他の国民に人権の平等の保障を確保するための「必要最小限度」の規制である場合に限られると解すべきであり、この見地からは、刑罰権の発動が許容されるのは、他の国民の人権に対する重大な侵害・危険がある場合、すなわち他の国民の重要な個人利益に重大な侵害・危険をもたらす行為がある場合であって、刑罰以外の手段ではそれを抑止することができない場合に限られる。この意味における「刑法の謙抑性の原則」は、憲法上の実体的適正の要求の内容であり、憲法31条の要求と解さなければならない、と主張される（『憲法的刑法学の展開—仏教思想を基盤として—』（有斐閣・平成26年）86頁。
- (20) 現代は、科学的・集団的犯罪行為やテロ行為等に対応するため、刑罰を積極的に活用しようとするポスト・モダンの考え方が有力になってきている。今まで浮いては消えていた共謀罪についても、政府は再び積極的にこれを法制化しようとしている。共

謀罪自体が近代刑法の鉄則である行為責任主義に反し、共謀概念自体が極めて曖昧であって、罪刑法定主義に反することは明白である。又、長野県においては、今まで教育により対処しようとしてきた淫行問題についても、青少年の人格的自律権や自己決定権を無視し、子供を単なる保護の対象として扱おうとして、青少年保護育成条例（淫行処罰条例）を作ろうとしている。このような立法化の背景には、教師による不祥事の高発が見え隠れするが、子供を守るという深いテーマにおいて、安易に刑罰に頼ろうとする考え方は余りに短絡的である。刑罰を作ればそれでひと安心ということでは、子供たちの持つ権利性の問題も内々に抱える悩みも、何ら解決しないままで終わってしまうだろう。更に、刑罰を創設することに対しては、被害者である子供たちへの影響（心情や周囲の目）といったことにも配慮しなければならない。

こうした安易に刑事制裁に頼る姿勢は、近代立憲主義が形成してきた刑事司法の鉄則を蔑ろにし、危険な道を歩むことになることを十分に注意しなければならない。田宮裕博士は、「戦後われわれが到達し得たのは憲法の理念を背景にもち、近代法の精髓に通ずる1つの遺産であって、傍路に迷い込んだ異端と目すべきではあるまい。たしかに、日々激変を遂げる現代の混乱した社会状況とずさんだ心情を眺めると、刑法という手段の機能に期待することがポスト・モダン的な要請であることは疑いが無い。しかし、近代法の遺産を一度十分にそしゃくするという経験を前提としない超近代の要請は、あたかも『前近代の妖怪』がよみがえったにひとしく、それはつまり前近代と超近代の奇妙な統合であるが、実は超近代という衣をかぶった前近代にほかならない。それは醜悪なばかりか危険な存在であろう」と述べている（『変革のなかの刑事法—戦後刑事法学は「異端」だったのか」〔松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻〕（有斐閣。平成10年）21頁）。

- (2) 共謀罪の創設に関し、一言付言する。共謀罪の創設は、国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約（いわゆるパレルモ条約）を、平成15年に日本でも承認したことに端を発する。同条約5条では、同条約の締結国に対し国内法の整備を要求する項目が定められており、その中には、組織的犯罪集団が越境して重大な犯罪の実行を組織し、指示・教唆し、ほう助するだけでなく、相談することも犯罪となるというものも含まれていた（同条1項（b））。そのため、日本でも、同条約の批准に向け、かかる組織集団による国境を越えた重大犯罪（特にテロ活動）に対処する目的で、新たな刑事立法を迫られることになった。何度か政府より提案のあった共謀罪の規定は、前記条約を忠実に実現しようとするものであったが、重大犯罪として共謀罪の対象となるものが600以上になる等余りに無限定なものであった。憲法31条を根拠とするのか、あるいは同13条による保障と読み込むのかは別としても、実体的デュープロセスが憲法上保障されていることは異論のない所である。刑法が行為責任主義を前提とし、又、罪刑法定主義と厳格解釈を要請していることは、かかる実体的デュープロセスの要請である。実行行為どころか予備以前の犯罪形態を600以上もの犯罪類型に及ぼす共謀罪の新設が、上記憲法上の実体的デュープロセスに反することは明らかであった。

ところが、政府は、上記規定を大幅に限定する「新共謀罪」というべきものの新立法を目論んでいるようである。これは成立する犯罪を相当程度限定し、かつ単なる共

謀にとどめず、何らかの客観的行為の発現による歯止めをかけようとするものである。かつての条約優位といった乱暴な議論をするのではなく、上記条約の全てを満たすものでなくとも、国際社会におけるテロ対策の最低限度の責務を果たそうというものである。しかしながら、いかに犯罪を特定しようとも、予備以前の犯罪類型を明確に限定することは不可能と言わざるを得ない。基本的人権に係わる規定において条約が憲法より優位することはあり得ないのであって、仮に上記条約の批准が困難になろうとも、いかなる共謀罪の新設も憲法及び刑事司法の鉄則に反するものとして、許すことはできないのである（これに対し日弁連は、現行法上、未遂に至らない段階で犯罪を処罰することが可能な規定やテロ行為を未遂に至らない段階で処罰する規定もあることから、新たな共謀罪を設けなくても、上記批准には問題ないという理屈を掲げる一平成24年4月13日付「共謀罪の創設に反対する意見書」参照。但し、この論理の強調は、確固たる構成要件論を矮小化する虞があることに注意しなければならない）。

- (22) 中山博士は次のように言われる。「刑罰の合目的的な機能とその効果についての分析と実証は疑いもなく進むであろうが、国の刑事政策には常に一定の限界があり、その内部に矛盾が存在することも忘れられてはならない。合目的な刑事政策の推進が、古い保守的な応報感情によって妨げられるという側面だけが問題なのではない。むしろ、刑事政策が有効な犯罪および犯罪人対策の名の下に、人権よりも社会防衛に関心を示す根強い傾向をもつ点を直視して、これをチェックするために、刑罰の『正当性』を問題とし、刑罰論においてもデュー・プロセスを貫徹させて行く方向を意識的に追求しなければならないように思われる」（『刑法総論』成文堂・昭和57年）545・546頁以下。
- (23) 例えば、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・昭和47年）23頁。平野博士は、「応報刑論は刑罰を加えること自体がいいことであり、悪い行為があれば『必ず罰せよ』とする傾きがある。抑止刑論は、苦痛を加えることによって犯罪を防止しようとするのは、それ自体としては好ましくないことであり、刑罰はいわば必要悪であるから、もし他の方法によって犯罪の防止が可能であるならば、できるだけ刑罰の使用を制限しようという傾向を持つ。」と指摘される。
- (24) 例えば、浅田和茂『刑法総論』（成文堂・平成18年）497頁。
- (25) 尚、井田良博士は、刑罰の公的機能・私的機能について、刑法と刑罰は、公的利益としての将来における犯罪の予防に役立つところに存在意義があると考えられるのであって、報復感情有和機能というものは、予防のための処罰に伴う反射的效果として生ずることを期待するにとどめるべきであると主張される（『講義刑法学総論』〔有斐閣・平成20年〕11頁）。
- (26) ナチスの全体主義刑法論に一定の距離を置かれていた木村博士でさえ、「我々は、今、戦争の中に在り、世界は、今、戦争の中に在る。我々の理想は東洋の平和であり、それを通しての世界の平和である。その平和の為に、我々は、戦い且つ戦い抜かねばならぬ。戦争は我々の義務であり且つ運命である。」と述べられていたのである（木村、前掲書・22頁）。
- (27) もとより、時代の変化に伴い新しい犯罪形態が発生する中で、市民の安全や生命・

国家刑罰権のあり方とその限界に関する考察

身体・自由を守るといった理念を全く無視してよいという訳ではない。事後的処罰を抑制しつつ、より個人の人権や自由の侵害が広く薄い事前的（犯罪）予防の手段を考慮すべきであるといった考え方も有力に主張されている（井田良・「社会の変化と刑法」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）』〔成文堂・平成19年〕14頁）。論者も指摘する通り、事前的予防はコストを要求し、一般市民の権利や利益への侵害を伴うことになるし、プライバシーに配慮のない監視型・管理型社会に移行していく危険性もある。確かに、刑法（刑罰）の謙抑性を厳しく求め、刑事司法の鉄則を遵守する以上は、ある程度事前的予防手段を講じることも許容しなければならないだろうが、これも憲法による人権保障の枠内でなければならないことは言うまでもない。防犯カメラや監視カメラの設置についても、その高度な必要性が認められ、かつプライバシーの制約が最小限度のものである（あるいはプライバシーへの配慮が特に不必要な場合—監視が必然的であることが周知されている場所等—である）といった事情が認められて初めて許容されるというべきであろう。ちなみに、大阪地裁は、GPS 捜査を検証許可状なしで行った捜査に対し、別の裁判体が出した判断と異なり、違法との決定をしたが（平成27年6月5日—LEX/DB 文献番号25540308）、これは当然のことであった。現代社会におけるプライバシー権の意味・本質や重要性について、今後検討し直す必要がある。

- (28) この点をより敷衍すると次の様に言える。人間一人一人（個人）は、人類誕生以降、生命を次世代に引き継ぎつつ、自己の人格の自律性とささやかな幸福を実現しようとしてきた。国家（権力）は、後発的に形成された1つの制度（個人の集合体）である。それは個人の（天賦である）人権や自由・幸福を守るために形成され、そのためだけに存在する。従って、国家（権力）は、国民（個人）の人権擁護の目的から、その権限が制限されなければならないのである。そして、憲法はかかる人権を確認し、これを最大限保障すると共に、それを守る機関としての統治機構を創設する。民主主義というものは、国家のあり方としての制度であり、人権を守るための大きな手段であると共に、憲法により創設された統治機構の、その存立のための正当化の根拠となるものである。すなわち、人権は人類の価値の本質に置かれるが、民主主義はこれを守るための手段に過ぎない。民主主義は、勿論極めて優れた手段ではあるが、人権を守る方法論として、更に模索を重ね、最も優れた制度になり得る努力を重ねていく必要がある。もとより、これが自由主義の前面に出ることはあり得ない。国家刑罰権も国家の一つの制度として民主主義により付託されたものであるけれど、それは当然に、「自由主義」の理念の下に置かれなければならないのである。
- (29) 憲法の特性については言うまでもないことだが、授權規範性と制限規範性を本質とし、これにより最高法規としての地位が与えられている。あらゆる法規範や国家活動は、憲法規範により授權されるものであって、公正な手続の下に法規範が形成されなければならないことはもとより、その内容においても、憲法規範に反するものであってはならない。日本国憲法を含む近代憲法は、個人の尊厳の理念の下に自由主義、民主主義、平和主義を遵守することを骨子とするものであるから、これらを確保するために、（常に濫用の危険のある）国家権力は、かかる憲法により縛りをかけられてい

なければならない。これが近代立憲主義の考え方であり、法の支配の原理である。このことは憲法97条（基本的人権の本質）、98条（憲法の最高法規性）、99条（公務員の憲法尊重擁護義務）及び前文に如実に示されている。集団的自衛権容認の閣議決定や安保法案の成立については、憲法9条の解釈として、集団的自衛権（ある国が武力攻撃を受けた場合、これと密接な関係にある他国がその武力攻撃に協同して反撃する権利）の行使を認めることは到底不可能であるから（自然権としての個別的自衛権の行使がかろうじて許されるに過ぎないと解されている）、こうした理念に反することは明白である。政権与党は、あたかも個別的自衛権の範囲をやや拡張したに過ぎず、これらは新三要件の下に厳しく限定されているなどと言うが、個別的自衛権と集団的自衛権は質的に全く異なるものであり、新三要件というものが極めて曖昧であって、かかる主張は詭弁と言わざるを得ない。衆議院憲法審査会で自民党推薦の学者を含む三名の憲法学者が安保法案をいずれも違憲と指摘したが、これは余りに当然のことであった。これに対し、更に政府の中核にある議員が様々な弁解を弄しているが、権力者の傲りと無能さを垣間見るものであって、憤りを禁ずることができない。近代国家において、自分の国の憲法を侮辱し、憲法違反の法律を堂々と作る不誠実な国がどこにあるのか。

安倍首相や現自民党政権、更には個々の議員までもが日本国憲法や民主主義を軽視する姿勢は、自衛隊を我が軍という発言及びこれを擁護する発言、米軍基地移転問題に関して沖縄県知事と真摯な協議を行おうとしない態度及びマスコミに対する事情聴取や野党国会議員の発言の表現に修正を求めること、若手議員の勉強会（文化芸術懇話会）において、マスコミを懲らしめるには広告収入がなくなるのが一番などと発言すること等に如実に現れている。

- (30) 憲法上の原理・原則を指導原理として、刑法の基礎理論や立法論・解釈論を構築すべきことを明確に論じられているのは平川宗信博士である。少し長くなるが引用したい。「前述したように、刑罰権は、国家権力の意思の貫徹を最終的に担保する物理的強制力として、国家権力に内在する権力手段であり、国家権力の不可欠の構成要素である。国家権力が存在する限り、そこには刑罰権が必然的に随伴する。それゆえ、国家権力が存在する場合には、憲法がとくに刑罰権を付与していなくても、国家権力は刑罰権を有するものと解されなければならない。その意味で、刑罰権の淵源は、政治的・社会的事実としての国家・権力の存在それ自体の中にある。この点で社会根拠説には正当なものがあると思われる。／しかし、国家権力は、正当化・制度化されてはじめて正統な国家権力となる。それがない限り、権力は、『裸の権力』ないし『暴力』でしかない。このことは、刑罰権についても妥当する。そして、現行憲法の下においては、刑罰権は、『国民の意思に基づく合理的支配』および『人間の尊厳』『自由と生存』の理念を根幹とする憲法上の原理と諸規定に忠実に即して行使されてはじめて正統なものとされる。この意味で『正統な刑罰権』の淵源は、憲法の中にあるというべきである。もっとも、『国民の意思に基づく合法的支配』や『人間の尊厳』『自由と生存』の理念は憲法を越える憲法以前の原理であることからすれば、刑罰権の正統化も憲法以前の社会内部に淵源があるということもできるかもしれない。しかし、これら

の原理は、立憲法治主義の要素を内在させているのであるから、それが憲法に実定化されることは当然の要請であり、それによって初めて、これらの原理も現実的なものとなる。そして、現行憲法も、それを行っている。この点では、憲法根拠説にも正当なものがあるといえよう。／かように考えるならば、刑罰権の存在の根拠は社会にあるが、『正統な刑罰権』の根拠は憲法にあり、実体的刑罰権のあり方は権力正統化原理たる憲法上の原理・原則とそれを具体化した憲法規定によって基本的に規整されると考えるのが適切なように思われる。かような憲法上の規整は（以下、これを「権力正統化原理による憲法的規整」と呼ぶ）、単なる『物理力』『暴力』としての刑罰にとつては外在的制約原理でしかないが、『正統な刑罰権』にとっては、内在的な構成原理である。これらの憲法の原理・原則は、実体的刑罰権のあり方を内部から規整する内在的構成原理であるというべきである。」（前掲書75・76頁）。刑罰権を有する国家において、かかる刑罰権が正統化たり得るためには、憲法的規整がなされなければならないという主張は、国家刑罰権を行使し得る国家を憲法国家に限定しようとする私見と共通するものである。私見は、憲法上の原理の中でも、特に自由主義の理念に基づき刑事司法のあり方を検証すべきことを提唱するものである。

- (31) 小田中聡樹博士は、現在生じつつある刑事法制変動の実相・実態について、警察権力・刑罰権の拡大強化と刑事司法の迅速・効率化・処罰機能強化にあると評価された上で、警察依存型が社会の自律的解決能力を衰退させる危険があることを指摘し、人間の長い歴史的体験と智慧の結晶である憲法的近代刑事原則が依然として、いや正確に言えば現代でこそ大きな基底的意義を持っていることについての認識を持つべきであると言われている（『刑事法制の変動と憲法的近代刑事原則』〔『刑事実体法と裁判手続—法学博士井上正治先生追悼論集』九州大学出版会・平成15年〕46頁）。誠に至当であると思われる。
- (32) 前述の通り、刑事司法のあり方については、「これを取るためにこれは譲る」といった妥協は許されない。刑事司法の鉄則をゆるがす改革に対しては、日弁連としては断固反対しなければならなかったはずである。
- (33) 最近保釈が認められやすくなったという声を聞くが、私自身はその様には感じられない（ちなみに、一般社団法人日本保釈支援協会が整理したデータによると、平成5年頃まで20%近くを超えていた保釈率が同15年には11.74%〔10,178人〕にまで落ち込んでいたものがくこの頃は、勾留状を発付された被告人数も激増している）、同23年によやく20%にまで復活し、同25年度は21.62%〔12,072人〕ということである。第1回公判期日前の保釈は仲々認められないという状況が続いているのではないだろうか。20日間の勾留期間中に捜査機関は身柄を拘束し十分な公判準備を行うのであるから、被告人は起訴された以降は速やかに身柄が解放され、弁護人と共に自由に公判準備を行うことができなければ、何のための弾劾的捜査観であろうか。まだまだ日本の刑事司法は、被疑者の自己決定権を中核とする真の当事者主義の理念とは遠く離れていると言わなければならない。
- (34) 同部会に参加された青木和子弁護士は、身柄拘束を自白獲得に利用することを可能とする制度にメスを入れなければならないと考えながらも、結局、「身体拘束」に関

しては、かみ合った議論ができないまま終わってしまったと言われている。裁判所関係者からは、身体拘束は大変な自由の制約であることを十分に認識しており、適切に運用している、「罪証隠滅のおそれ」に関しても、否認や黙秘しているというだけで身体拘束を認めているわけではない、勾留か在宅かの二者択一ではなく、その間のものは在宅になっている、といった発言があり、中間処分を設ければ、これまで在宅であった人が「中間処分」に付されることになりかねないといった主張がなされたとのことである。そして、①捜査機関の罪証隠滅により立証できなくなるといったリスクを身体拘束により虚偽自白が生まれるリスクより重く考える、②罪証隠滅はあってはならないというのが至上命題である、③否認は罪証隠滅のおそれの判断の大きなメルクマークである、④身体拘束下では取調受忍義務があることが大前提にあり、勾留が取調のための手段として用いられる、⑤取調受忍義務のない「中間処分」は取調のために用いることができないから認めるわけにはいかない、との各見解を、裁判所も容認していたこと等から、結局かみ合った議論ができなかったとのことである。青木弁護士は、無実の人を身体拘束してしまうことを防ぐために、否認していることを「罪証隠滅のおそれ」の徴表として判断することを禁止する規定を設けるなどの制度改革が必要である、又、身体不拘束の原則、任意捜査の原則が我が国の法制度であるという認識に立つなら、法文上に明記して、そのとおりの運用をすべきであるし、取調受忍義務のない中間処分を設けて勾留をできる限り回避するというを制度的に担保できるようにすべきである、と強く主張されている（以上、「自由と正義」Vol 66-3〔2015年3月号〕41頁以下）。

- (35) 通信傍受の対象として、改正案で追加されたものは、①現住建造物放火、②殺人、③傷害・傷害致死、④逮捕・監禁・逮捕等致死傷、⑤略取・誘拐、⑥窃盗・強盗・強盗致傷、⑦詐欺・恐喝、⑧爆発物取締法罰則、⑨児童ポルノ関連犯罪である（但し、組織性を前提とする）。又、通信傍受の手続の合理化を図るため、立会人なしの場合も予定している。

当初よりは犯罪類型の限定は図られてきているが、窃盗や詐欺・恐喝といった財産犯が対象となっていることには根本的な疑問がある。これらは特殊詐欺等の対策のためと言われているが、他に代替し得る捜査手法を模索したり、消費者教育の充実等を図るべきであって、ここまで拡張することは、捜査の濫用を招くものである。

- (36) 鴨良弼博士は、かつて次の様に言われた（『刑事証拠法』有斐閣・昭和37年）。「共犯者の自白に補強証拠を必要としないことによって、どのような不都合な結果を生ずるかということである。共犯者の自白は、採証上はなほだ微妙な地位におかれている。自白した共犯者自身の罪証としてその自白が利用されることは、もちろんであるが、もし補強証拠が十分でないときは、その自白した共犯者は有罪とされないこととなる。また、反対になら自白をしていない共犯者に対しては他の共犯者の自白によって、補強証拠なくして容易に有罪とすることができる。共犯者の自白は、このように、他の共犯者に対しては容易にその罪を決定することができるし、また、同時に、自白者自身に対しては無罪が保障されるという特殊の地位が与えられるわけである。まさに、共犯者の自白には、『王冠』という特権的地位がみとめられることとなるであろう」

(234・235頁)。「英米法では、共犯者の証言には補強証拠を必要とする理論が一般的にみとめられている。現在、アメリカでも、約半数に近い州の法域が制定法によって、この法理を明らかにしている。共犯者の証言には、なぜ補強証拠を必要とするか、その根拠については、いくつかの理由があげられているが、その最も重要な理由は、『処罰の危険ないし軽減の約束』(Promise of immunity or leniency)による虚偽の供述の危険ということである。訴追機関は、『もし、他の共犯者の捜査に協力してくれるならば、釈放してもよい』などと、釈放を交換条件に情報の提供を共犯者にせまるおそれがある。共犯における共謀関係の立証は特に困難である。かような立証上の困難を救うものとして、捜査官はすでに逮捕された共犯者の一人に利益の提供を条件に共謀に関する事実の供述を求めることがありうるわけである。英米法は、特に、かような供述に含まれる虚偽の蓋然性ということを考慮し、共犯者の証言にはその真实性を担保するためのものとして補強証拠を必要とするとしたものである」(105頁)。

- (37) 今回刑事司法改革の結果、取調の録音・録画(可視化)の対象となったものは、全事件の2%に過ぎないと言われている。もっとも、警察庁のまとめでは、平成26年度において、裁判員裁判対象事件3339件の内2845件で、一部ないし全部の過程が録音・録画されたとのことである(実施率は85.2%)。取調の全課程で録音録画された事件は575件で、前年度の約20倍にまで増えたとのことである。このことは、警察等による取調の可視化が一応進んでいることを示すものであるが、事件全体からすれば未だ僅かであることに注意しなければならない。そして、特に私たちが念頭の置かなければならないのは、可視化が刑事司法改革の全てではないこと、取調や自白に頼ることがあってはならないということであって、その前提としての適正手続の保障(特に人質司法の打破)や証拠裁判主義といった鉄則を決して見忘れることがあってはならないのである。

尚、同部会委員であった周防正行氏は、同部会での審議において、取調の録音録画に係わる議論について、「調書が任意に語られた内容であるかどうか、調書の任意性を立証するために録音・録画が必要なんだという感じで会議がすすんでいったんですよ。そうしたら結局、調書がいかに真相を伝えたものであるかの証拠を録音・録画に求めていくことになる。密室で作られた調書が裁判の決め手になるという日本の刑事裁判は、批判を込めて『調書裁判』と呼ばれているのに、より強固な調書裁判をつくるために手を貸すことになりかねません」と指摘されている(2015年6月7日号しんぶん赤旗日曜版)。

- (38) 従前の冤罪の大半が、暴行・脅迫といった違法な取調に起因していることは言うまでもないことであり、日弁連が改革の最優先に取調の可視化を置くことは理解できない訳ではない。捜査手法の拡張を許すとしても、まずは適正な取調を実現させようという意向は、むしろ現実的なのかもしれない。しかしながら、必ずしも可視化が十分実現された訳ではないのに、身柄拘束や取調受忍義務の問題を二次にし、あるいは、通信傍受というプライバシー権を侵害する極めて危険な捜査手法に大きく道を開いたことには大きな問題があると言わざるを得ない。私たちは、常に刑事司法の鉄則に戻り、絶対に譲れないものがあることを自覚する必要がある。

- (39) 裁判員制度の導入に関しては、訴訟当事者において、いずれも国民を利用した劇場型訴訟の中で、検察官は厳罰化を、弁護人は無罪化を目指したといっても過言ではない。その一方で、裁判所は、より冷静に、国民が刑事裁判に参加することによって、裁判の公判中心主義・直接主義・伝聞法則の徹底、事実認定の厳格化といった一種の刑事訴訟改革を実現しようとする実践的意図を抱いていたことは否定できないと思われる。もっとも、裁判所においても、一連のオウム裁判の経験等から、(国民に負担を甘受させても)訴訟の迅速性を第一に目指したことは偽らざる事実であろう。ある意味、民意を入れることによりこれらの改革を目指そうとしたことに、根本的な問題を内包していると言わざるを得ないのである。
- (40) アスペルガー症候群の被告人による殺人事件について、同症状群に対応できる受け皿が何ら用意されていない、再犯のおそれが強く心配され許される限り刑務所への長期収容が必要であるとして、求刑16年を上回る懲役20年の刑を言い渡した大阪地判平24.7.30や、三女の傷害致死事件において、被告人ら夫婦に求刑10年の1.5倍である懲役15年に処した大阪地判平24.3.21は、民衆の主情的判断であったと言わざるを得ない。前者に関しては、大阪高判平25.2.26判タ1390号375頁は、原判決を破棄して懲役14年を言い渡した。又、後者に関しても、最判平26.7.24判タ1410号82頁は、一・二審判決を破棄し、それぞれ懲役10年と同8年を言い渡した。その中で、白木勇裁判官は、「量刑は裁判体の健全な裁量によって決せられるものであるが、裁判体の直感によって決めればよいのではなく、客観的な合理性を有するものでなくてはならない。このことは、裁判員裁判であろうとなかろうと変わるところはない。裁判員裁判を担当する裁判官としては、量刑に関する判例や文献等を参考にしながら、量刑評議の在り方については日頃から研究し、考えを深めておく必要がある。評議に臨んでは、個別の事案に即して判断に必要な事項を裁判員にいてねいに説明し、その理解を得て量刑評議を進めていく必要がある」と指摘している。
- (41) 日本世論調査会が平成27年度に行った世論調査では、裁判員裁判が一般社会に定着していないと回答する者が全体の65%、又、同制度を評価していない者が全体の53%を占めるに至っている。又、仮に裁判員に選ばれた場合どう思うかという質問に対しては、余り裁判員を務めたいとは思わないという人が34.5%、裁判員を務めたいと思わない人が35%に及んでいる。更に、自分が裁判員を務める場合心配なことは何かといった質問に対し、「重要な判断をする自信がない」と答えた人が53.5%に上っている(以上、信濃毎日新聞平成27年3月29日朝刊)。このような結果からすると、裁判員裁判が目指す司法への民意の反映といった民主主義的要請さえも十分に達成されているとは言えず、国民は必ずしもそのような意識を持っていないことが伺える。

尚、平成27年6月7日の朝日新聞の社説では、平成27年3月末日時点で、すでに約5万8000人が裁判員を務めたが、裁判所の選任手続に向く人の割合が初年度40%から平成26年度は26%に落ち、裁判員を辞退する率も53%から64%に増えている、こういった現状を捉え、制度に対する企業等の熱も冷めている、生涯に渡る守秘義務の負担も重い等の問題点を指摘する。もとより同社説は、負担はあっても、その経験は個人と社会に意義深いものをもたらしていると結論づけているが、刑事司法の本質から

国家刑罰権のあり方とその限界に関する考察

- 考えた時に、現在の国民の意識離れは深刻な事態であると私には思われる。
- (42) 川出敏裕「犯罪被害者の刑事裁判への参加」刑事法ジャーナル9号(平成19年)17・18頁等参照。
- (42) 自然災害にしても第三者の行為にしても、その人が大きなダメージを受けた場合、人はどのように立ち直ることができるかについては、人間の根源的な問題にまで遡る。人生において受けたダメージを引きずることは致し方ないが、どこかでこれに対しけじめ(区切り)を付け、新たな人生を歩み出す必要があると思われる。諸沢英道博士は、「加害者を許すか恨み続けるかは、本来、被害者の自由である。一生涯憎み続ける被害者がいても誰も非難できないし、被害者にそのような感情を持たせた責任は、加害者と社会の側にある」と言われるが(「被害者関係の刑事司法と犯罪者の処遇」平成14年・刑政113-2の34頁)、そのような人生を送ることが被害者にとって幸福だとは私には思われない。どこかでけじめ(区切り)を付けなければ、自らの人生について改めて積極的価値を見出すこともできないし、これに伴って新しい人生を歩み出すこともできないからである(いつまでも憎しみの下に足踏みをすることになるのだ)。このようなけじめ(区切り)を付ける方法として、厳正な処罰(制裁)を実現させるのか、あるいは相手を宥恕するのか、いずれかであるとは思われる。被害者参加制度は、少なからず前者を求めるものであるが、それが正しいか否かについては、実証的検討が必要であろう。仮に厳正な処罰によりこれを実現するとしても、これだけで被害者が救済される訳ではない。単なる同情ではなく、細かい配慮と思いやりを持ち、周囲が(プライバシー権に配慮しつつ、被害者の悩みを十分に聞き取り)いたわりを持つ社会の実現こそが、被害者にとっては極めて重要だと私には思われる。マスコミにしても一般の国民にしても、(現実には)この点から余りにも掛け離れていることを痛感する。
- (44) 被害者参加制度に関する問題点については、拙著「刑事裁判における被害者参加制度の問題点—実務上の被害者救済になり得るものか—」(信州大学法学論集15号〈平成22年〉55頁)参照。
- (45) 「被害者の視点を取り入れた教育の効果的な実践」(文教大学人間科学部33号〈平成23年〉171頁)。
- (46) このような日本的な考え方を「ウェットな文明」として明確に打ち出したのは、鳩山邦夫元法務大臣であるが、これに対し団藤博士は、「死をもって償う」というのは自分から命を絶つものであって、刑罰として人の命を奪うことと混同してはならない、日本の文化は「和をもって貴しとなす」であり、これは死刑と矛盾する、と言われていた(平成19年12月20日付朝日新聞朝刊)。しかしながら、日本の場合、切腹と仇討ちの文化があり、これを現行の死刑制度によって克服してきたと言えるのであって、「死をもって償う」という考え方は、死刑制度の中に息づく思想なのではないかと思われる。判例の中にも、「人の命が無二、至尊でかけがえのないものであるが故に、多数の者の生命を故なく奪ったことの責任を自己のかけがえのない生命で償うほかない場合も絶無でなく、この理は年長少年に関しても基本的に異なるものではない」と判示するものがある(千葉地判平6.8.8「市川の一家四人殺害事件」判タ858号121頁)。

- (47) ここでは、あえて、日本的・伝統的考え方と日本国憲法の理念とを比較検討してみたいと思う。

日本的・伝統的考え方（武士道と言ってもよいし、それが庶民にも受け継がれた大和魂と言ってもよいが）は、私たちの生活や生き様の中に、日本人の「公共性」として脈々と息づいていることは否定できないであろう。

こういったものと日本国憲法とを比較することは、余り意味のないことかもしれない。けだし、大和魂というものは、人間の生き方であり個々人の倫理的規範である一方、憲法というものは、国政を司る者（為政者や国家権力）に突き付けられた法規範だからである。

新渡戸稲造による「武士道」で分析された義・忠・名誉・勇・仁・礼・誠・知といった価値は、私たちの生き様に少なからず受け継がれているものであるが、これらを法により強要することは誤りであるし、無意味であると言わざるを得ない。これらが権力者により悪用されてきた過去を私たちは十分知っているからである。

もとより、大和魂も、憲法も、国のあり方を決めていることは事実であろう。大和魂あるいは武士道に見られる「国家観」は、国家を第一に考え、個人は単なる構成員と捉えている（もっとも、その根底において、個人の自律性を否定しているものでないことには注意を要する）。これは、個人の尊厳を第一義的に考え、国家はすべからず個人の権利を守るための制度に過ぎないとする（日本国）憲法の考え方とは対極にある。大和魂の考え方は、日本人の心の底流にあるものであり、確かに、徹底した個人主義を嫌う感覚を日本人は持っているが、先の戦争でも明らかな通り、これが国家権力に利用されてきたのであって、だからこそ、私たちは、（殊に刑事法の世界では）あえてこうした考え方を淘汰し、日本国憲法の思想を完徹しなければならないと考える。

刑罰は、国家権力が個人の権利を制限する最たるものである。これは確かに必要悪であって、個人の法益を守るために、リンチを排し、公正な刑罰を実現すべく、民主主義の考え方に立って、私たちは国家刑罰権というものをかろうじて許容している。しかしながら、死刑制度というものは、この考え方の延長線上にあるのではなく、日本的な考え方（それは国家優先主義でもある）に立脚するものであると思われる。

日本人の生き方と法規制とを混同してはならないように、特に国家が個人の生命を奪うといった極限的場面まで、日本的・伝統的な考え方を持ち込んではならないと思われる。あくまでも憲法の理念に従って、刑罰権は制限されなければならないのである。

- (48) 最判平18.6.20（光市母子殺害事件）判タ1213号89頁では、18歳になって間もない少年が、当時23歳の主婦を殺害した上姦淫し、更に生後11ヶ月の長女を殺害した事案に対し、殺害の計画性についての評価（考慮）において従前の判決（例えば最判平11.11.29「国立主婦強盗強姦事件」判タ1018号219頁等）と比べるとかなり広い解釈をし、かつ更生の可能性についても、実証的かつ厳格になされることを強く求めている（拙書「死刑の適用基準」信州大学法学論集8号〈平成19年〉149頁以下参照）。
- (49) 死刑制度が日本国憲法に違反することを明確に主張されたのは、木村亀二博士であ

る。9条の戦争放棄が国家権力の絶対性を否定し、個人人格の優位を認めるものであること、13条の個人の尊重が刑罰であれ個人の生命を剥奪することを認めていないこと、36条が残虐刑を絶対的に禁止している所、死刑は人が人の生命を剥奪するところの残虐刑であること等から違憲論を展開されている（『新刑法読本全訂版』法文社昭和30年・322頁）。

これを敷衍すれば、憲法は生命の尊厳の絶対的な保障を規定しており（憲法は個人の尊厳を絶対的価値とし、幸福追求権の保障を認めているが、これを支える前提価値〈条件〉として生命の尊重・生命の不可侵性を堅持しようとするものである）、他方で、国家権力が国民の生命を奪うこと自体を禁止しているのであって（平和的生存権や社会権規定の中にはこの趣旨が伺える）、又、生命を奪うという刑罰は、これを科される者はもとよりこれを科す側にとっても残酷であるから、残虐な刑罰にも該当する、ということであろう。裁判員裁判が始まり、国民が死刑判決にも関与する（死刑を言い渡す権限を有する）ようになった現状では、死刑の残虐性は一層極立っていると言えるのかもしれない。もとより、絞首という方法自体が残虐であるという主張も根強くあり、現に大阪地判平23.10.31判タ1397号104頁では、裁判員裁判の中でこの点が論点となって争われた。同裁判所は従前の最高裁判決に従い、残虐な刑罰には当たらないと結論づけているが、「前近代的なところがあり、死亡するまでの過程において予測不可能な点がある」とも判示している。

- (50) 平野龍一『捜査と人権（刑事法研究第3巻）』（有斐閣・昭和56年）191頁、同『訴因と証拠（刑事法研究第4巻）』（有斐閣・昭和56年）12頁等。
- (51) 福島原発事故に関し、東京電力の元三幹部に対し、東京第三検察審査会は、平成27年7月31日業務上過失致死傷の罪で起訴すべきだと議決し、強制起訴されることになった。津波や原発事故の予見可能性が大きな争点となっているが、同審査会は、原発事故が重大・過酷事故に発展する危険性があることに鑑み、設計時には当初の想定を大きく上回る災害が発生する可能性まで考え回避措置を備えておかなければならない、又、東電として15.7メートルの津波を試算していた以上は、原子力発電に係わる者としてこれを無視して対策を怠ることがあってはならないのであり、「万が一にも」「まれではあるが」発生する津波による災害に備えておかなければならない、としている。これは、藤木英雄博士の企業組織体に対する危機感説を彷彿とさせるものである（藤木英雄『過失犯—新旧過失論争—』学陽書房・昭和50年・33頁以下、55頁以下参照）。原発事故の深刻性や本件事故による結果の重大性等に鑑みれば、その心情は理解できない訳ではないが、過失犯自体が開かれた構成要件を持つものであり、故意犯と対比するとその成立範囲が周辺では漠としているが、長年に渡って積み重ねられてきた判例学説による犯罪の成立範囲を画する外延が自ずから存在するのであって、処罰の要請を考慮する余りこの外延を便宜上動かすことがあってはならないと思路する（東京地判平13.3.29〈薬害エイズ帝京大学病院事件第一審判決〉判タ1076-280参照）。
- (52) 法解釈学の科学性に疑問を呈されたのは、来栖三郎博士であるが（「法の解釈と法律家」（昭和29年）『来栖三郎著作集Ⅰ』（信山社）73頁以下）、確かに、法の解釈というものには政策的観点による主観的価値判断が入り込み、時に欺瞞性がある、法的

安定性に欠けることがある。憲法9条2項は戦力の不保持と交戦権の否定を規定するが、自然権としての自衛権の概念を持ち出し、自衛隊の存在と個別的自衛権の行使を認めるとするのが従来の政府見解である（安倍政権は更に集団的自衛権の肯定まで解釈を広げる）。刑事保釈においても、起訴後の被告人の身柄釈放は刑事訴訟法の当然の理念であると思われるが、公判前の保釈については未だに限定的な実務対応がまかり通っている。私たちはこれを良しとしてはいけない。このような時代だからこそ、法の原理原則に立ち返り、現制度を批判的に検討することが重要となっているのである。法律学はこの責務を放棄してはならない。この座標軸が崩れるとするならば、法制度は国家権力の思うがままの方向に動いて行き、法の権威は微塵も無くなることになってしまうであろう。