

刑罰の機能

馬場昭夫

はじめに

国家には刑罰が存在する。¹⁾国家を成り立たせているものには、領土、国民、主権その他具体的には議会、裁判所、公務員集団、軍隊²⁾などがあるが、刑務所などの刑事施設も欠かせない存在である。³⁾これらの刑事施設を用いて行われる刑罰⁴⁾は社会の中ではどのような役割を果たしているのであろうか。刑罰の目的、刑罰の作用等の用語があるが、本稿では、刑罰が社会で果たしている役割を「刑罰の機能」とする。⁵⁾刑罰の機能について考察してみたい。

一. 考察の前提

1 国家、社会、個人の分離

近代国家においては、国家と社会と個人は明確に分離されていることを原則としている。自立した個人の自由な集合体としての社会、個人と社会を守る国家という関係を基本としている。⁶⁾現実には歴史的ないきさつがあつて個人相互が分離されず、又、国家と社会、国家と個人が分離されていない国家もあるが、基本的人権の尊重、民主主義の実現という理念が全世界的に追求される中で、この個人、社会、国家の分離は進んでいる。⁷⁾⁸⁾

刑罰は、個人、社会、国家の存立、活動を保障するためにある。刑罰を持って守られる利益が法益である。個人的法益、社会的法益、国家的法益がある。

2 罪刑法定主義

近代国家においては、個人の自由を保障するために、何をしたらどういふ刑罰が科せられるか、あらかじめ決め、公表しておくことが必要とされている。⁹⁾罪刑法定主義といわれる。¹⁰⁾法律で刑を科すこととされた行為が罪となるともいえる。¹¹⁾

二. 日本における犯罪の種類

日本において、何が犯罪であるかを知るためには、どのような行為に刑が科せられるとされているかを調べればよいことになる。刑を科するとされている行為は、日本の法律の各所に出てくるのであるが、¹²⁾一番中心となる法律は「刑法」である。

刑法は第一編、第二編からなっていて第二編が罪という題である。第一章から第四十章までである。¹³⁾

第一章 削除

- 二 内乱に関する罪
- 三 外患に関する罪¹⁴⁾
- 四 国交に関する罪
- 五 公務の執行を妨害する罪
- 六 逃走の罪
- 七 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪¹⁵⁾
- 八 騒乱の罪¹⁶⁾
- 九 放火及び失火の罪
- 十 出水及び水利に関する罪¹⁷⁾
- 十一 往来を妨害する罪
- 十二 住居を侵す罪
- 十三 秘密を侵す罪
- 十四 あへん煙に関する罪
- 十五 飲料水に関する罪
- 十六 通貨偽造の罪
- 十七 文書偽造の罪
- 十八 有価証券偽造の罪
- 十八の二 支払用カード電磁的記録に関する罪
- 十九 印章偽造の罪
- 二十 偽証の罪
- 二十一 虚偽告訴の罪
- 二十二 わいせつ、かんいん姦淫及び重婚の罪
- 二十三 と賭博及び富くじに関する罪
- 二十四 礼拝所及び墳墓に関する罪
- 二十五 汚職の罪
- 二十六 殺人の罪
- 二十七 傷害の罪
- 二十八 過失傷害の罪
- 二十九 墮胎の罪
- 三十 遺棄の罪
- 三十一 逮捕及び監禁の罪

- 三十二 脅迫の罪
- 三十三 略取及び誘拐の罪¹⁸⁾
- 三十四 名誉に対する罪
- 三十五 信用及び業務に対する罪
- 三十六 窃盗及び強盗の罪
- 三十七 詐欺及び恐喝の罪¹⁹⁾
- 三十八 横領の罪²⁰⁾
- 三十九 盗品等に関する罪
- 四十 毀棄及び隠匿の罪^{21) 22)}

以上の罪の規定は国家、社会、個人の三つについて、国家、社会、個人の順に記されている。

第二章から第七章までは国家の存立あるいは活動を保護するために、それを侵すことに対する刑を定めている。国家的な法益が保護されている。

第八章から第二十五章までは社会、あるいは社会生活を保護するために、それを侵すことに対する刑を定めている。社会的な法益が保護されている。しかし、細かく見るならば第十二章、一三〇条の住居侵入罪は個人に対する侵害ともいえる。また第十三章秘密を侵す罪も個人に対する侵害ともいえる。また第二十章偽証の罪、第二十一章虚偽告訴の罪は単に社会的法益の保護とはいえない。また第二十二章わいせつ、姦淫及び重婚の罪、第一七七条強姦罪は個人に対する侵害といえる。第二十五章汚職の罪は公務員の犯罪であり、体系的にこの位置に置かれていることには問題がある。

第二十六章から第四十章までは個人の生命、身体、財産、名誉を保護するために、それを侵すことに対する刑を定めている。個人的な法益が保護されている。

三. 個人的法益の保護の体系

第二十六章から第四十章までは個人的法益を保護しているが、その内容は次のような体系になっている。第二十六章から第三十三章は生命、身体を保護する規定である。第三十四章は名誉を保護する規定である。第三十五章は信用、業務を保護する規定である。第三十六章から第四十章は財産を保護する規定である。第三十四章、第三十五章は、生命、身体、財産といういわば外形的にはっきりしたことがらに対して、抽象的なことがらも含む保護規定である。名誉は生命、身体と一体化して考え、信用及び業務は財産と一体化させて考えることもできるが、この第三十四章、第三十五章は、ひとまず、生命身体、財産の保護規定から切り離して、独自に考えたほうが明快である。

このようにして見てくると、個人的法益の中核は、生命・身体と財産である。

四. 憲法第十四条（法の下での平等）と個人的法益の保護

憲法第十四条は、「全て国民は法の下に平等である。」としている。従って、刑法の適用においても全ての国民に平等に適用される。²³⁾生命・身体保護規定の代表として第一九九条殺人罪、財産保護規定の代表として第二三五条窃盗について考えてみる。²⁴⁾

第一九九条 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に処する。

いかなる年齢の男女であっても「人」であり、また14歳以上の男女は「者」である。万人平等に生命が保護され、万人平等に生命に対する侵害は罰しられる。古来「殺すなかれ」の教えはここに万人平等に実現している。

第二三五条 他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、十年以下の懲役に処する。

ここでもいかなる年齢の男女の財物であっても「他人の財物」であり、また窃取した14歳以上の男女は「者」である。万人平等に財物が保護され、万人平等に財物に対する侵害は罰しられる。²⁵⁾古来「盗むなかれ」の教えはここに万人平等に実現している。

以上で理想的社会が実現するように見えるが、現実とは異なっている。

五. 憲法第二十九条（財産権の保障）と社会の現実

憲法第二十九条第一項は「財産権は、これを侵してはならない。」と規定している。この条文にもとづいて、刑法の財産保護の規定があるといえる。私有財産の保護を唱っている。第二項で公共の福祉との適合を、第三項で正当な補償のもとでの公共のために用いることが規定されているが、基本は不動産も含めて個人による所有が認められている。そして、当然のことであるが、所有に伴う使用、利用、収益、加工、売買、貸借は個人の自由な判断にゆだねられている。個人は自らの責任において利用、処分、利得行為ができるのである。個人個人の所有の量質はさまざまである。利用、利得行為の態様、能力もさまざまである。従って当然に所有の量質に変動が生じる。ある人は巨万の富を所有する場合もあるし、ある人は無一物あるいは多額の借金をかかえる場合がある。

憲法二九条一項で財産権を保障し、具体的には刑法の財産罪の規定で保護し、憲法一四条で、法の下に平等に適用するならば、それだけであれば、上記のような社会の現実は起るべくして起るのである。

このような状況で、財産犯、例えば窃盗が発生したとする。誰が誰の財物を窃取した(盗んだ)としても、第二三五条(窃盗)は平等に適用される。それは憲法一四条の法の下での平等の規定の適用である。

何不自由ない人が他人の家の軒下の珍しい花を盗む場合もあるだろうし、腹をすかした人がパン屋からパンを盗む場合もあるだろう。法は平等に適用される。いずれも窃盗である。しかし、そこで何か割り切れないものを感じることがあっても、「盗むなかれ」の古

来からの教え、あるいは法の下での平等、財産権の保障が正しいこととするならば、疑いをどのように表わしたらよいかきっかけを失なうのである。

貧窮の中にある人の窃盗（あるいは詐欺²⁶⁾）をどう見るかということは、社会的にも、宗教的にも、文学の上でも、そして何よりも刑法学上の最大の問題である。

六. 困窮窃盗の取り扱い方

刑法学上、困窮にもとづく窃盗にも次のような諸態様がある。

- 1 生命、身体の侵害と結びついている。 強盗等
- 2 生命、身体の侵害を伴わないで財産だけを侵害（領得）。 窃盗、詐欺等
イ 被害が軽微である。
ロ 被害が軽微ではない。

2のイの領得罪をどう考えるかということが問題である。

次に犯人を次のように分類することができる。

- 1 他人を雇用している人
- 2 他人を雇用せず、又他人に雇用されずに経済活動をしている人
- 3 他人に雇用されている人
- 4 失業している人

3の他人に雇用されている人は賃金労働者（賃金を受けとって生活している労働者）ともいわれる。ここで賃金とは労働力の再生産費用であるとする経済学説がある。労働力の再生産費用とは日々働らくことができるような衣食住の費用である。他人を雇っている人はこの賃金が少ないほど利益があがる。賃金の少ない（安い）人を雇おうとする。雇用状態が悪い場合には、賃金は最低に近い労働力再生産費用となる。簡単に言うと、生きてゆける最低の費用である。

それならば4の失業している人はどのように言えるであろうか。3の雇用されている人が、生きてゆける最低の費用を得ているとするならば、雇用されることを求めて雇用されていない人は、3の雇用されている人よりも収入は少ない、即ち生きてゆける最低の額より少ない、生きてゆけないということになる。

生きてゆけない状態にある人が為した軽微な窃盗、詐欺は刑罰を科することができるものなのであろうか。

難しい問題にたどりついた。他行行為の可能性を責任の前提とするならば、責任が問えないことになり無罪となる。形式的に一回ごとに刑を科してゆく方法も考えられる。又、そのような生活状態に陥ったこともその人の責任であり、そのように自らの人格を形成し

たことには重大な責任があるので、刑を重くしてもよいとする論もある。また、精神に障害があるとして精神医療の対象と考える論もある。

次稿に譲ることとする。

(注)

- 1) 日本における刑の種類については、「刑法理解の近道」(暁星論叢第51号、2002年12月) 参照
- 2) 日本においては日本国憲法第九条の規定の文言から軍隊という名称の武装集団は存在しないが、国家に固有に存するとされる自衛権にもとづく自衛隊が存在する。
- 3) 日本国憲法のもとの日本にあつては、天皇および皇室も存する。
- 4) 日本の刑法典では刑と記されているが、以下本文中では刑罰とする。
- 5) 「刑罰の目的」は、刑罰は応報のために科するのか、教育のために科するのかという論争の際に「刑罰の目的は何か」というように用いられている。「刑罰の作用」は、教育、宗教等と比べて「刑罰の作用は」というように用いられるときがある。
- 6) 日本国憲法においても、近代国家の原則が取り入れられ、個人の尊重、個人の自由な意思によって成立している社会、そのような個人と社会を擁護する国家という仕組みとなっている。
- 7) 行政の肥大化、プライバシーに対する侵害、公共投資による社会と国家の混こ(入り混じる)ことが問題とされ、批判されるが、それは分離の原則に逆うこととされるからである。
- 8) 日本においては、郵政事業、高速道路、大学、病院等が、刑務所等を中核とする国家に必要なものから分離して社会活動の中に広汎に置かれようとしている。(いわゆる民営化傾向)
- 9) 日本国憲法は第三一条で「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定しているが、これはそのまま素直に読めば手続きのことである。1789年のフランスの「人及び市民の権利宣言」第七条では「何人も、法律により規定された場合でかつその命ずる形式によるのでなければ、訴追され、逮捕され、又は拘禁され得ない。」と記されていて、明らかに法律に書いてある場合にのみ、逮捕、訴追、拘禁があるとされている。
- 10) 日本国憲法では第三一条にこの原則が記されているとする論者が多いが、この条文はやはり法定手続の保障を唱ったもので、罪刑法定主義の規定と見るのは無理がある。これからの憲法改正においては是非、罪刑法定主義の原則を条文で明記すべきである。
- 11) 「刑法理解の近道」参照
- 12) 例えば、公職選挙法には第十六章に罰則がある。国家公務員法には第四章に罰則がある。学校教育法には第九章に罰則がある。児童福祉法には第6章に罰則がある。商法には第七章に罰則がある。
- 13) 第一章は削除された。また十八章の二が挿入されている。
- 14) 外患(がいかん)

- 15) 蔵匿(ぞうとく)、証拠隠滅(しょうこいんめつ)
- 16) 騒乱(そうらん)
- 17) 出水(しゅっすい)
- 18) 略取(りゃくしゅ)、誘拐(ゆうかい)
- 19) 詐欺(さぎ)、恐喝(きょうかつ)
- 20) 横領(おうりょう)
- 21) 毀棄(きき)、隠匿(いんとく)
- 22) 第一章は皇室に対する罪が規定されていたが昭和二二年に現行憲法の施行に際して削除された。
- 23) 天皇は法的に無責任とされる。
- 24) 財産に対する侵害は領得(りょうとく)と毀棄・隠匿に分かれる。領得は他人の財産を不法に自分のものとするものである。毀棄・隠匿は他人の財産をこわしたり、かくしたりすることである。領得する罪即ち領得罪には次の種類がある。窃盗、強盗、詐欺、恐喝、横領、背任(せつとう、ごうとう、さぎ、きょうかつ、おうりょう、はいにん)
- 25) 14歳未満の者は「殺した」「窃取した」という犯罪が成立するためには刑事責任能力が欠けていて成立しないので、刑罰が科せられない。20歳未満の少年には少年法が適用される。
- 26) 無銭飲食は詐欺とされる。