

論 説

曾根威彦教授の刑法思想 ——『現代社会と刑法』（2013年）に寄せて——

松 原 芳 博

- I はじめに
- II 現代の刑事判例・立法と刑法理論
- III 表現の自由と刑法
- IV 公務員の政治的行為と刑事罰
- V 交通刑法の改正と厳罰化
- VI むすびに代えて

I はじめに

曾根威彦教授は、違法論⁽¹⁾、結果帰属論⁽²⁾をはじめ犯罪論全体にわたって刑法理論学ないし刑法解釈学に関する著書・論文を数多く発表されてきた。それらは、理論的一貫性と体系的整合性を旨とする刑法学の正統派ともい⁽³⁾うべき手法によるものであるが、同時に、刑法の任務・役割に関する次の⁽⁴⁾

(1) 著書にまとめられたものとして、曾根威彦『刑法における正当化の理論』（1980年）、同『刑事違法論の研究』（1998年）、同『刑事違法論の展開』（2013年）。

(2) 著書にまとめられたものとして、曾根威彦『刑法における結果帰属の理論』（2012年）。

(3) 上記のほか、論文集として曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』（1991年）、解説書の形式のものとして同『刑法の重要問題 総論〔第2版〕』（2005年）、同『刑法の重要問題 各論〔第2版〕』（2006年）、教科書ないし体系書として同『刑法総論〔第4版〕』（2008年）、同『刑法各論〔第5版〕』（2012年）。

(4) 教授の刑法理論については、松原芳博「曾根威彦教授の刑法理論」『曾根威彦

ような教授の基本的な理解を体現したものともいえる。

教授によれば、刑法の任務・役割には、国民の行動を統制するという第一次社会統制機能と、国家機関の活動を統制するという第二次社会統制機能とがある。発生史的にみると、刑法は第一次社会統制機能を担うものとして登場したが、近代社会においては第二次社会統制機能を果たすことが刑法に強く要請される。第一次社会統制機能の内実は、倫理的価値観の多元性を承認する近代国家においては、社会倫理の保持ではなく、人々の生活利益としての法益の保護（法益保護機能）にあると解される。もっとも、刑法は、重大な副作用を伴うきわめて強力な物理的制裁に訴えるものであるから、社会統制の最終手段として、他の手段では犯罪予防の目的を達成しえない場合にはじめて用いることが許される（刑法の謙抑性・補充性）。一方、第二次社会統制機能の内実は、国家刑罰権の行使を制約することによって、国家権力の濫用から犯罪行為者を含む国民一般の権利・自由を保障すること（人権保障機能）にある。罪刑法定主義および責任主義は、この⁽⁵⁾ような人権保障機能の具体化にほかならない。

以上のような刑法の任務・役割に関する教授の理解は、今日一般論としては広く共有されているといってよい。しかし、近時の立法や判例の動向には、上記の理解にそぐわないところもみられる。そこで、以下では、教授の近著『現代社会と刑法』（2013年）から教授の刑法思想が特に顕著に表れている箇所を取り上げて、⁽⁶⁾「ポスト・モダン」ともいわれる現代社会における刑法学のあり方について示唆を得ることにしたい。

先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』（2014年）915頁以下参照。

（5） 曾根・前掲注3）『刑法の重要問題 総論〔第2版〕』1頁以下。

（6） 以下、本文中に記した頁は同書の頁である。

Ⅱ 現代の刑事判例・立法と刑法理論

1 本書の序章として収録された「現代の刑事判例・立法と刑法理論」⁽⁷⁾では、戦前の前近代的で治安優先の刑法の運用から、戦後の新憲法下での謙抑的、自由主義的な刑法の運用への変化という文脈の中で、近時の刑法の積極的運用の傾向に対して「いつか来た道」を歩んでいるとの危惧が示されている。

まず、近時の刑事判例について、教授は、(1)磁気情報部分を改ざんしたテレホンカードの売却に変造有価証券交付罪の成立を認めた最決平成3年4月5日（刑集45巻4号171頁）、わいせつ画像を蔵置したパソコンネットのホストコンピュータのハードディスクを「わいせつ物」としてわいせつ物公然陳列罪の成立を肯定した最決平成13年7月16日（刑集55巻5号317頁）のように、立法の不備を不自然な解釈で補うもの、(2)政治的な意見の記されたビラの配布のために集合住宅の共用部分に立ち入る行為に住居侵入罪を適用した最判平成20年4月11日（刑集62巻5号1217頁＝立川事件）および最判平成21年11月30日（刑集63巻9号1765頁＝葛飾事件）、高校の卒業式における国歌斉唱に対する意見表明・抗議行動に威力業務妨害罪を適用した最判平成23年7月7日（刑集65巻5号619頁＝板橋高校事件）のように、「市民刑法の治安刑法化」の傾向を示すもの、(3)年齢識別装置が取り付けられた自動販売機に有害図書を収納する行為を青少年健全育成条例違反とした東京高判平成12年2月16日（判タ1035号278頁）、護衛役の組員によるけん銃の所持について暴力団組長に黙示の意思連絡による共謀共同正犯を認めた最決平成15年5月1日（刑集57巻5号507頁＝スワット事件）のように、刑罰謙抑的な理論構成の後退を示すもの、(4)併合罪において各個別の罪の

(7) 原題・初出：「現代の刑事立法と刑法理論」刑事法ジャーナル1巻1号（2005年）6頁以下。

刑を合算したものよりも重い刑を科すことを認めた最判平成15年7月10日(刑集57巻7号903頁=新潟少女監禁事件)、飲酒運転による幼児3名の死亡事故で、第一審が当時の業務上過失致死罪と救護義務違反罪の併合罪として被告人を懲役7年6月に処したのに対して、危険運転致死罪の成立を認めて懲役20年を言い渡した第二審を支持した最決平成23年10月31日(刑集65巻7号1138頁)のように、国民の処罰感情を考慮した重罰化を内容とするものがみられる、と指摘される。

次に、教授は、近時の刑事立法の特徴として、(1)突発的事件に触発され世論の後押しを受けた「初めに結論ありき」の性急な立法過程(幼児の交通事故の遺族による署名活動に端を発する危険運転致死傷罪の新設(2001年)、大阪池田小学校事件を契機とする心神喪失者等医療観察法の制定(2003年)、スーパーフリー事件を契機とする集団強姦罪の新設(2004年))、(2)犯罪化・重罰化および保護法益の抽象化、法益保護の早期化の傾向、(3)弥縫策的性格および刑法の基本理念・思想との不整合(支払用カードの電磁的記録の情報の取得・提供という予備の未遂の処罰、危険運転致死傷罪における基本犯なき結果的加重犯の処罰)を指摘される。

さらに、教授は、近時の刑法学説の動向について、以下のように分析される。

戦後、犯罪論をめぐる対立軸は、旧派の客観主義と新派の主観主義との対立から、刑法規範の秩序維持機能および意思決定機能を重視する行為無価値論と、刑法規範の法益保護機能および評価機能を重視する結果無価値論との対立に移行し、さらに、刑法を実質的に解釈・適用することで現代的な犯罪現象に対して柔軟に対応しようとする実質的犯罪論と、現代型犯罪に対しても刑法の厳格な解釈・適用を貫いて犯罪の成立を限定的に捉えようとする形式的犯罪論との対立がみられるに至っている。実質的犯罪論は、刑罰制度が社会内で有効に機能していくためには刑罰が国民の規範意識に裏付けられていなければならないという認識から出発し、刑法の解釈という作業は、国民の規範意識を吸収し顕在化させるものであり、言葉の

可能な意味や国民の予測可能性と法益保護の必要性との衡量を必要とする
と説く。しかし、偶発的な事件に衝動的に反応する世論を絶対視することは
危険であり、特に少数者・社会的弱者の人権を擁護することを使命とする
司法の場では、国民の規範意識の名において国家の権力意思を糊塗する
ことがあってはならないし、罪刑法定主義は処罰の必要性を犠牲にしてで
も行動の自由を保障しようという原則であるから、法文の解釈の限界を画
定するに際して処罰の必要性を考慮に入れるべきではない、とされる。

以上の判例、立法、学説の状況から、教授は、ポスト・モダンといわれ
る現代社会は、プレ・モダンといわれる前近代と同じく刑法の積極的活用
の方向にあるとの認識を示され、われわれは、近時の刑事立法・判例に追
随する「警察国家への道」か、共生のための市民刑法の確立という「市民
国家への道」か、という戦後最大の岐路に立たされているとの指摘をもっ
て本章を総括されている。

2 以上のような刑法をめぐる状況に関する教授の所見については、こ
れを現状の認識と評価に分けるなら、刑法の積極活用という現状の認識に
ついては大きな異論はないと思われるのに対して、その現状に対する評価
については異論も予想されるところである。この評価の相違は、一方で、
国家観の違い、そこから導かれる刑法の役割・機能に関する見解の違いに
由来し、他方で、刑法学の任務に関する自己認識の違いに由来するものと
いえよう。

刑法の役割・機能については、その第一次社会統制機能を重視する立場
に立つなら、刑法の積極的活用に対しては肯定的な評価に至りうる。かつ
て、第一次社会統制機能は、改正刑法草案に代表されるような社会倫理主
義を基礎とする権威主義的な刑法観と結びついていたが、現在では、国民
世論の厳罰化要求を背景として、民主主義的刑法観から法益保護主義を前
提とした第一次社会統制機能の強化が唱えられている。この点から、近時
の刑法の積極的活用は、民主主義ないし国民主権の具体化として好意的に
受け取る向きもあろう。しかし、民主主義の国家にあっても、その内部に

多数者と少数者が存在する限り、また、その内部で価値観や利害の対立がある限り、国家の権力性、国家による個人の抑圧は存続するのであって、国家権力の濫用から個人を守るための立憲主義的制約としての刑法の第二次社会統制機能は、その重要性を減じるものではない。むしろ、犯罪と刑罰をめぐる問題が政治化し劇場化している現在、ほとんど対抗勢力の存在しない国民大衆の強力な「民意」から個人の権利を擁護することの必要性は、かつてないほどに高まっているといわねばならない。従来の「国家権力」と「国民」との対置は、国民自身が権力を握った現在、「総体としての国民」と「個々の国民」との対置に置き換えられるべきである。

刑法学の任務については、近時、それを判例や立法の「説明」に求める傾向が強まっている。刑事立法や刑事判例の現状に対する肯定的評価の背景には、このような刑法学の役割に関する自己認識があるのかもしれない。しかし、現状の「説明」から「肯定的評価」を導くことには論理的な飛躍がある。価値中立的な「説明」からは、「肯定的評価」も「否定的評価」も導出することはできないはずである。論理的には、「説明」は、「肯定的評価」からも「否定的評価」からも等距離にあるといわねばならない。近時の刑法学説は、判例等の「説明」という形式をとることで、本来必要であるはずの「当為」の観点からの論証を省いて現状を「正当化」しようとしているのではないだろうか。

ここで、刑法学の任務との関係で、刑法の解釈および刑事立法に対する学説の姿勢について付言しておこう。わが国の判例は、特に新たな犯罪現象に対処するために、罪刑法定主義の観点からは疑義のあるような柔軟な解釈を用いてきた。それを肯定的に捉える論者は、わが国の刑事立法が硬直的であって、立法による解決が望めないことを理由としてきた。ところが、曾根教授も指摘されているとおり、刑事立法が容易になされるようになった現在でも、刑法の解釈が厳格化したとはいえず、解釈とともに立法

(8) 松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号(2008年)64頁以下参照。

も柔軟になったというのが現状であるといえる。一方、判例の柔軟な解釈に批判的な論者も、許容された解釈を超えた立法論に属するもののだとして判例を論難しながら、その立法論としての当否については語るところがなかった。こうして、刑法学が刑事立法に対応しうる方法論を築くことを怠ってきたことが、今日の刑事立法に影を落としているのではないだろうか。「立法化の時代」を迎えた現在、刑法学には、「刑法解釈学」にとどまらず、「刑事立法学」をも展開していくことで、その社会的機能を果たすことが求められよう。

Ⅲ 表現の自由と刑法

1 「有害図書規制と刑法上の問題点」⁽⁹⁾では、「必要やむを得ない制約」の原則（LRAの準則）は、「明白かつ現在の危険」の原則と同様、法令自体の合憲性判定基準として機能するとともに、具体的な行為について法令を適用して処罰することの可否を決する際の可罰性判断基準としても機能するという理解を前提に、年齢識別装置を備えた自動販売機への有害図書の収納を罰することは青少年の保護という目的のための必要やむをえない制約を超えた規制であって、このような場合に埼玉県青少年健全育成条例を適用することには適用違憲の疑いがあるとして、前記東京高判平成12年2月16日を批判する。

「暴走族追放条例と合憲限定解釈」⁽¹⁰⁾では、公衆に不安・恐怖を覚えさせる集会に対する市長の中止・退去命令違反を罰する広島市暴走族追放条例につき、その適用対象を本来の意味での「暴走族」ないしこれと同視しうる集団に限定したうえで、規制目的の正当性、手段の合理性、規制により得られる利益と失われる利益の均衡が認められるとして、その合憲性を認

(9) 初出：『刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古稀記念—』（2003年）53頁以下。

(10) 初出：判例時報2036号（2009年）180頁以下。

めた最判平成19年9月18日（刑集61巻6号601頁）に対して、このような限定解釈は法律の書き換えであり一般人にとって到達不可能であること、その解釈の結果についてもなお不明確であるし、服装といった一般的な自由や集会の自由との関係で合憲的に規制しうるもののみが規制対象になっているともいえないこと、集会の自由の制約に関しては「明白かつ現在の危険」の原則を基準とすべきところ、本件では、その要件である害悪の蓋然性、害悪の重大性を充たさないことから、本条例の処罰規定は違憲とされるべきであると説かれている。

「ポスティングと刑事制裁」⁽¹¹⁾ および「ポスティングと住居侵入罪適用の合憲性」⁽¹²⁾ では、前記最判平成20年4月11日および最判平成21年11月30日について、刑法理論と憲法理論の双方の観点から以下のように批判する。

刑法的観点からは、管理者は、各戸の居住者の付託を受けた存在にすぎず、その観念的な「管理権」の侵害は独立の法益侵害を構成しないし、来訪者も含めて多数の人間が行き来する集合住宅の共用部分は、居室部分とは異なり、個々の居住者の意思も制約を受けることから、立ち入りを拒絶する意思をもった居住者がいたとしても、その意思に反することをもって本罪を基礎づけることはできない。また、本件で問題とされる「平穏侵害」は、ビラの配布を迷惑と思う不快感の域を出るものではなく、侵害原理の要請に適った法益侵害とはいえない。さらに、本件敷地・共用部分は、そこに近隣の人々が自由に立ち入っていた実態からすれば、「人の看取する」邸宅・建造物ともいい難い。一方、憲法的観点からみると、両判決は、「表現そのものの規制」と「表現手段の規制」とを区別し、後者の合憲性判定基準を合理的関連性の基準にまで緩和する立場を前提とするが、居住者に対して他に有効な伝達手段をもたない被告人らにとっては手段の規制が表現そのものの規制につながることを、侵入概念に関する意思侵害説からは管

(11) 初出：研修701号（2006年）3頁以下。

(12) 初出：法曹時報65巻5号（2013年）1頁以下。

理者の意思を通じて実際には表現内容による選別が行われる結果になることから、この区別論は機能していない。また、両判決の前提とする合理的関連性の基準を用いるとしても、両判決は、規制の目的の正当性について語るのみで、規制手段の合理性や、規制によって得られる利益と失われる利益との均衡の判断がなされている形跡はなく、これらのピラ配布のための立ち入りに刑法130条を適用することには憲法21条1項に違反する疑いが拭えない。

2 以上の表現の自由と刑事規制に関する教授の叙述は、いずれも憲法学の知見と刑法学の知見の双方を踏まえて、憲法理論と刑法理論を立体的に接合させた点で異彩を放っている。ここでは、憲法と刑法の接合をめぐる特に重要な視点を2つ確認しておきたい。

第1は、憲法理論の犯罪論体系への位置づけに関するものである。従来、この位置づけについての自覚的な議論は十分ではなく、ともすれば憲法上の議論は犯罪論にとって外在的なものとみられていた。これに対して、教授は、合憲限定解釈による処理は、刑罰法規の一般的な限定であるから、構成要件該当性の段階に位置づけられるのに対して、適用違憲による処理は、個別事案に関する判断であるから、違法阻却事由に位置づけられるとされた（121頁）。この対応関係を一般化することができるかについては、かつての労働公安事件をめぐる諸判決を含めた検証が必要であるとしても、このような試みが、憲法学と刑法学とを架橋し、犯罪論をより豊かなものにすることは疑いない。

第2は、合憲性判定基準の刑法上の意味づけに関するものである。教授は、「明白かつ現在の危険」や「必要やむを得ない制約」といった合憲性判定基準は、(必要な修正を加えたうえで) 行為の可罰性の判定基準ともなっており（116-7頁、140頁）、特に「明白かつ現在の危険」は刑法理論におけ

(13) 曾根威彦『表現の自由と刑事規制』（1985年）は、このテーマに関するわが国での先駆的業績である。

る法益侵害の具体的危険に相当することを明らかにされている。この点は、刑法学説の抽象的危険犯に関する擬制説から実質説への移行との関係でも興味深いところである。

IV 公務員の政治的行為と刑事罰

1 「社会保険庁職員政党機関紙配布事件東京地裁判決を読んで」⁽¹⁴⁾『国家公務員の政治的行為』⁽¹⁵⁾処罰の刑法上の問題点「国家公務員の政治的行為と刑事罰」⁽¹⁶⁾「公務員の政治的行為制限違反罪と職務関連性」⁽¹⁷⁾は、公務員による勤務時間外の政党機関紙の配布行為が国家公務員法102条1項の「政治的行為」に当たるとして起訴された堀越事件と世田谷事件に関して平成24年12月7日に言い渡された2つの最高裁判決（刑集66巻12号1377頁＝堀越事件、刑集同号1722頁＝世田谷事件）および両判決の原判決・原原判決を検討したものである。

両判決は、政治的行為制限違反罪の構成要件を職務遂行の中立性を損なう実質的なおそれのあるものに限定したうえで、政治的自由に関する必要かつ合理的な制限として同罪の処罰規定の合憲性を認めたものであるが、管理職で職務上の裁量権を有していた世田谷事件の被告人は、この危険が肯定されて有罪となり、非管理職で非裁量的職務に従事していた堀越事件の被告人は、この危険が否定されて無罪となった。これに対して、教授は、

(14) 原題・初出：「地裁判決を読んで」法律時報増刊『新たな監視社会と市民的自由の現在』（2006年）66頁。

(15) 原題・初出：『国家公務員の政治的行為』処罰の刑法上の問題点—社会保険庁職員機関紙配布事件の意見書を素材として—早稲田法学85巻4号（2010年）231頁以下。これは、堀越事件の控訴審において曽根教授が提出された意見書を基礎として執筆されたものである。

(16) 原題・初出：「国家公務員の政治的行為と刑事罰」法律時報増刊『国公法事件上告審と最高裁判所』（2011年）104頁以下。

(17) 原題・初出：「公務員の政治的行為制限違反罪と職務関連性」法律時報85巻5号（2013年）73頁以下。

両判決が公務の中立性を損なう実質的なおそれを不文の構成要件要素として要求したことを抽象的危険犯に関する実質説の見地から肯定的に評価されつつも、本罪の保護法益に「行政の中立的な運営」のみならず「行政の中立的な運営に対する国民の信頼」を加えることで、政治的行為の職務関連性を不要とした点を批判され、行政の中立的な運営を損なうおそれが認められるのは、行為者が管理職的な地位にあり、かつ、政治的行為がその性質・態様・目的に照らして職務関連性を有する場合に限られるとの認識のもと、世田谷事件の被告人も無罪とされるべきだとする須藤裁判官の反対意見を支持される。もっとも、教授は、国民一般が本件罰則規定の文言からこの限定解釈を読み取ることとはできないとして、本件罰則規定を端的に法令違憲とすべきであったとされている。

2 以上のように、教授は、その年来の研究テーマとも関わりの深い抽象的危険犯論および法益論という視点から、公務員の政治的行為に対する刑事規制の問題にアプローチされている。特に法益論との関係では、わいろ罪の保護法益に関する純粋性説（職務の公正を法益とする立場）と信頼保護説（職務の公正およびそれに対する社会の信頼を保護法益とする立場）との対立図式をここにも当てはめ、政治的行為制限違反罪も「身分犯罪」ではなく「職務犯罪」として理解すべきであるとする指摘（203-6頁、223-6頁）が興味深い。一方、この問題が表現の自由に含まれる政治的自由⁽¹⁸⁾に関わる問題であって、「危険な傾向」の理論ではなく、「明白かつ現在の危険」の法理が妥当するとされ、この法理が刑法上の「結果としての危険」の要求に結びついている（195-6頁）とされることで、憲法学と刑法学との架橋が図られている点も注目に値するであろう。なお、本罪においても、広島市暴走族追放条例等の場合と同様、合憲限定解釈に対して厳格な立場が貫かれている（230頁）。たしかに、抽象的危険犯における実質説からは、現住

(18) 本文では取り上げなかったが、本書第1部に収められた「政治過程と刑事法」（初出：『岩波講座 現代法6 現代社会と刑事法』（1998年）69頁以下）においても、選挙運動の自由を含めた政治活動の自由の重要性が強調されている。

建造物放火罪にあっても公共の危険の発生という不文の構成要件による限定解釈がなされている。しかし、同罪では現住建造物を焼損したら公共の危険が発生するのが通例であるのに対して、公務員の政治的行為に形式的に該当する場合の多くが職務の中立的運営に対する危険を生じないことを考えると、後者に関する限定解釈は国民の予測可能性と法的安定性を害するとの立論は理解できるところである。

V 交通刑法の改正と厳罰化

1 「交通犯罪に関する刑法改正の問題点」⁽¹⁹⁾では、2001年の危険運転致死傷罪の新設に対して以下のような批判が加えられている。本罪は、危険運転という暴行に類する行為を基礎とすることから、傷害罪・傷害致死罪の特別類型として位置づけられている。しかし、傷害の故意がある場合を原則とする傷害（致死）罪と傷害の故意がある場合を含まない危険運転致死傷罪とを同列に扱うことには疑問がある。また、通行妨害目的での接近等は暴行に類するとしても、赤信号の無視等は暴行に匹敵する行為とはいえないし、制御困難型の危険運転は、暴行というよりも重大な過失行為を類型化したものといえる。また、本罪の基本行為は、それが他罪（道交法違反罪等）に触れることがあるのは別として、独立の犯罪として規定されていないが、このような基本犯を欠いた結果的加重犯においては、最終的に処罰を基礎づけているのは死傷の結果であって、その本質は過失犯にほかならない。ところが、判例によれば、結果的加重犯では加重結果に対する過失を要しないとされているため、本罪では、死傷の結果について無過失責任が問われることになりかねない。一方、本罪の構成要件は、「困難」「著しく」「重大な」といった規範的要素や「通行を妨害する目的」「殊更に」

(19) 原題・初出：「交通犯罪に関する刑法改正の問題点」ジュリスト1216号（2002年）46頁以下。

といった主観的要素を多く含み、その明確性に疑義がある。

「交通刑法の改正問題」⁽²⁰⁾では、2007年の刑法および道路交通法の改正に対して以下のような批判が加えられている。自動車運転過失致死傷罪の新設は、危険運転致死傷罪との刑の均衡を理由としているが、その前提となっている危険運転致死傷罪が罪刑の均衡を失っている。また、違法性の点でも責任の点でも、自動車運転による場合に鉄道事故等の他の業務上過失致死傷よりも刑を重くする理由は見いだせない。このように自動車運転による場合に特に刑を加重する一方で、この場合にのみ刑の免除を認めることの説明も困難である。酒酔い運転罪・酒気帯び運転罪の刑の引き上げについては、犯罪の抑止にとって一時的な効果はあっても、持続的な効果はなく、取締の強化や交通教育の充実の方が効果的である。両罪の刑は数次の改正によって制定時の10倍以上になっており、際限のない重罰化の連鎖に陥っている感がある。救護義務違反罪の刑も、今回の引き上げ（10年以下の懲役または100万円以下の罰金）で、制定時（1年以下の懲役または5万円以下の罰金）の10倍に達しているが、本来行政犯である本罪に保護責任者遺棄罪（3月以上5年以下の懲役）よりもはるかに重い刑を科することは正当化しえない。

2 ここでは、近時の重罰化の牽引車ともいうべき交通犯罪の改正に対して犯罪論と刑罰論の両面から教授の周到な批判が展開されている。被害者遺族の署名活動に端を発する世論の高まりに促された一連の交通刑法の改正については、危険運転致死傷罪の構成要件等に関して立案者の苦心の跡が窺えるものの、刑法理論上はかなりの無理をしているものであって、教授の批判は正論といえる。

2013年12月には、運転者のてんかん発作が原因のクレーン車による6人の死亡事故や少年による児童ら10人の死傷事故の被害者・遺族による活動を契機として、「自動車運転死傷行為処罰法」が制定された。同法は、危

(20) 原題・初出：「交通刑法の改正問題」刑事法ジャーナル8号（2007年）2頁以下。

除運転致死傷罪の成立範囲の拡大、特定の病気の影響下での自動車事故に関する処罰規定の新設、無免許運転による自動車事故に関する加重処罰規定の新設、飲酒運転の摘発を免れようとした行為に関する処罰規定（12年以下の懲役）の新設を内容とする。しかし、特に、飲酒運転摘発免脱罪については、行政犯的な性格が強く、また、刑法上は期待可能性の観点から不可罰とされている自己の犯罪に関する証拠隠滅ともいえる行為について、「逃げ得」を許さないためとはいえ懲役12年の刑を科すというのは、罪刑均衡を完全に無視したものであって、刑法理論上正当化するのには困難であろう。本法についても、教授の所見を伺ってみたいところである。

VI むすびに代えて

わが国の刑事立法は、「ピラミッドのように沈黙する」⁽²¹⁾といわれるほど不活性であり、これが判例による刑法の柔軟な解釈・運用の要因であるとされてきた。これに対して、1990年代半ばから刑法典の改正を含めて刑事立法がにわかに活性化し、「立法化の時代」を迎えた観がある。それらは、保護法益の抽象化・観念化および法益保護の早期化による処罰範囲の拡大⁽²²⁾ならびに被害者・遺族等の処罰感情の充足や威嚇による一般予防をねらいとした重罰化を内容とするものであった。しかし、世論に押されて性急に制定されたこともあって、それらの中には侵害原理や責任主義に照らして疑義のあるものが少なくない。一方、立法の活性化に伴って厳格化するはずの判例による刑法の解釈・適用についても、逆に、ポストिंगのための集合住宅共用部分への立ち入りを住居侵入罪で罰し、他の者を搭乗させる意図を秘して自己名義で航空機の搭乗券を受領すること（最決平成22年

(21) 松尾浩也「刑事法の課題と展望」ジュリスト852号（1986年）11頁。

(22) 曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」同『刑事違法論の展開』（2013年）29頁以下〔初出：阿部純二先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的課題』（2004年）43頁以下〕参照。

7月29日刑集64巻5号829頁）や暴力団員であることを秘してゴルフ場でプレーすること（最決平成26年3月28日裁判所ホームページ⁽²³⁾）を詐欺罪で罰するなど、従来では考えられなかった範囲にまで刑法の適用を拡大している。

しかし、罪刑法定主義、侵害原理、責任主義といった刑法の基本原理は、歴史の教訓をもとに確立され、長い時間をかけて人々の理性による承認を獲得してきたものであって、その時々の方針や世論に屈服してよいものではない。刑法理論とは、これらの基本原理と刑法の文言とを論理則によって加工し体系化したものにほかならない。憲法の要請とともに刑法の基本原理を堅持しようとされた曾根教授が、理論的一貫性と体系的整合性を旨とする緻密な解釈論を展開されことには必然性があつた。刑法および刑法学をめぐる状況が混迷を極めている現在、教授の刑法思想と刑法理論はその重要性を増しているといえる。

(23) もっとも、同日に言い渡された最判平成26年3月28日（裁判所ホームページ）は、暴力団員のゴルフプレーに関する別事件について、ゴルフ場側が暴力団員でないことを確認する措置を講じていなかったとして詐欺罪の成立を否定した。