

「三九条を削除しろ」という主張には、まったく賛成できません。それが私の結論ですが、その前にまず、刑法というものの基本的な考え方から順番に考えていきましょう。刑法は、近代法に限らず、どんな法体系にもそなわっています。その特徴は、人びとの「行為」を対象にしていること。行為は、個人が行ないます。なかには集団で行なう行為もあって、「共同謀議」などがそうですが、そういう場合も個人個人の行為の総和であると考えて、個人個人の行為に還元してしまおう。これが出発点になっています。さて、個人個人の行為には、「結果」がともないます。その結果が、ほかの誰かや社会・公共に対して、よくない作用を及ぼす場合がある。それが十分に予測でき、そ

「刑法三九条」を削除する理由はどこにもない 橋爪大三郎

十 刑法とはなにか

『永遠の吉本隆明』
吉本隆明の名は、かつてマスコミでよくみかけた。しかし、その存在感は次第に薄れつつあるように見える。吉本隆明とは、はたして何者なのか。著者はいう。「吉本隆明は、日本戦後思想史のなかで、もつとも偉大な存在の1人」だと。だが、そういつたすべしとて、そのような主張に客観的な根拠があるのかと問われると「躊躇、逡巡がある」とも打ち明ける。実際、著者は、本書のなかで、吉本理論の限界性を指摘している。吉本は個人の自由を絶対的に擁護しながら、それを抑圧する方向に作用する権力を、ではどうしたらよいかについてなにも触れない、と。最も偉大な思想家といいつつ、あっさりその限

界をもつてしまう。そこで、読者は一瞬、まごついてしまうかもしれない。しかし、著者は、吉本らの成してきた仕事を超えるものが現れていない以上、彼は依然として偉大な存在だと認める。つまり、本書は、吉本隆明という人間を通じて思想の視方を平易に説く役割を果たしている。かつこの吉本思想の入門書である。と同時に、著者が著名な社会学者であることから、橋爪社会学の入門書にもなっている。吉本隆明、橋爪大三郎、社会学に興味のある方には、ぜひ、一読をお勧めする。(木)



著者 橋爪大三郎
本体価格720円(税別)
発行・洋泉社

おまけ・『行政書士 Success』 通巻第46号 p 31 早稲田経営出版 2004.1.1 発行

う行為はすべきでなかったと考えられるなら、その人に「責任」が生じます。具体的例をあげれば、私が庖丁で、誰かの背中を刺してしまった。その結果がどうなるかは、だいたいわかる。刺された相手は痛くて苦しむでしょう。死んでしまうかもしれない。そんなことはすべきでなかった。刺さなければ、そういう結果にはならなかった。そこでその結果に対して責任が生じる。ものを盗む場合も、ほかの犯罪の場合も、だいたい同様に考えられます。じゃあ、すべきでない行為はすべきではないとして、実際にその行為をしてしまった場合はどうなるか。行為を取り消すことはできません。取り消すことができないから、新たな出来事を起こして、その行為はあるべきではなかった、と表現するしかない。その表現が「刑罰」で、行為をなした本人に不利益な出来事を、無理やり起こす。ものを盗んだら手をちよん切る、狭い部屋に一年間閉じ込める、命を奪う、などをするわけです。軽い責任(罪)の場合には罰金ですむかもしれませんが、いずれにしても、強制的にそうされてしまう。刑罰にもいろいろあって、昔は、復讐(被害者が加害者に直接仕返しをすること)が主流だった。ところがこれだと、刑法を執行しているのか、ただの喧嘩(私闘)なのか、よくわからない。どっちもどっちです。復讐法の問題点は、まず第一に、誰がどう正しかったのか、第三者が介在しないので、明確にならないことです。第二に、復讐が正義だとしても、被害者は加害者より弱い場合も多いので、そもそも復讐が実行できないかもしれない。第三には、復讐のやりすぎや、復讐に対するそのまた復讐を抑止することができないなど、ますます混乱していくという問題があります。これはあんまりなので、もう少しなんとかならないだろうかと考え、法律が発達した。第三者、つまり当事者ではない誰かが現われて、裁判を行ない、判決を下し、強制力をもって刑を執行する。こういうやり方が始まった。公権力の登場です。復讐法は原始的に見えますが、それ以前の未開法よりも進んだものでした。未開法では、行為と行為でないものの区別がはっきりしなかった。たとえば誰かが病気になる。これは誰かが呪ったのではないか。台風がきた。神さまが怒っている。じゃあそれは、ムラの誰そのよくない行ないのせいだから、そいつを生け贄(なまげ)にしてしまおう。そんな感じでした。行為にともなう「結果」の範囲が、きわめて広く解釈されているのです。これでは、法律と宗教の区別がつかない。復讐法では、責任が行為の結果に限定されていて、超自然的なことを含んでいない。

74

その限りで、それは刑法の枠内にあります。さらに、裁判と強制執行力が加わった段階で、刑法の骨格が出来あがります。刑法と裁判は、表裏一体、不即不離の関係にある。

さて、裁判所で、刑を課するのにふさわしい、と判断される行為が、「犯罪」です。何が「法」であるかは、裁判所が決める。とはいえ、裁判所が勝手に決めていいわけではない。裁判所の判断は、世の中に流布している常識を踏まえるのですが、それでも裁判所が認めないことにはどうしようもない。

私が信頼している法学者にH・L・A・ハートという人がいます。彼は、裁判所が認める法は、社会一般の人びとが常識的に考える法にもとづいていてと考え、その社会一般の常識を「一次ルール」、それを法の言葉に置き換えたり、裁判で参照したりしていいものを「二次ルール」と名づけました。

刑法も、もともとの根拠をたどるならば、社会にそなわったルールなのです。一人ひとりが自分の行為に責任をもち、他人の生命や、安全や、財産や、自由を、理由もなく侵したり脅かしたりしない。もしそういう行為をしてしまったときには、自分も、生命や、安全や、財産や自由が脅かされても仕方がない。こういうルールのことです。理不尽に見えますが、これが正義であり、ルールである。そのルールを破ったら、ルールの

保護は与えられない。これが、犯罪と刑罰の、本質的構造です。ルールがあるところには、ルール違反がある。ルール違反があるところには、刑罰という名の処分があるので

す。

「社会常識」であつたものがどのように「法」として共通確認されていったのか

それには、歴史的な事情と、法理論のなかでどう構成され認識されていったかという側面とがある。この二つは、ほぼパラレルなのですが、厳密に考えるとずれてもいる。歴史のほうは時間があればあとでのべるとして、法理論で考えると、次のようになります。

まず、人間は、命をもった存在で、生存しようという自己保存の要求や権利をもっています。そのためには健康である必要があるし、いろいろな欲求や欲望を満たしていかなくてはならない。そのため他者との協力が必要になりますが、場合によると、他者との対立も生まれてしまいます。

そこで、自分がいつでも行為できる自由の領域と、実行可能ではあってもやってはいけないことにして、ルールで抑制する領域とを分けま

りつけたりすることは、行為としては実行可能であっても、やるべきではないし、やってはいけない。それは、自分の自由でもないし、権利でもないと考え

る。裏返して言うなら、誰もが、理由もなしに庖丁で切りつけられたりしない、という安全の権利をもっていて、切りつけられたら、その権利が侵害された

と考えるのです。

行為の可能性は、どこまでも広がっているものなので、そのままでは、他人の行為の可能性と衝突し、矛盾してしまいます。洗濯機のなかのシャボンの泡は、まん丸になろうとしても隣の泡があるから、いびつなかたちになっているでしょう。泡同士が共存できるように、こっちの泡に別の泡は入り込んではいけないというように、領域を決めているのです。行動の可能性も、これと同じです。人びとめいめいが、各自の行動可能な範囲を決めます。その結果、自由に行うことができる領域は狭まりますが、それはお互いさまなんです。私は相手を攻撃しない、相手も私を攻撃しない。これは私の領分、これはあなたの領分。こうして確定する領域を、権利と言います。社会的に是認された、自由な行為の領域、権利を尊重するというのが、法律の根本的な考え方です。

そこで、権利のリストができます。どんな国の刑法でもだいたい似たようなリストになります。まず、生存権。切りつけられたり、ケガを負わせられたりしないという、身

体の安全。それから、鎖でつなげたり閉じ込められたり、誘拐されたりしないという、行動の自由。そして、その次に重要なのが、財産権。自分の所有物を侵されない。ずっと見張っていなくても、名前が書いてあつたり、私のものですと宣言したりすれば、自分のものは自分のもの。そのことをよく知らなかったからといって、第三者が使ったり、もって行ったりしてはいけない、という権利です。

マルクス主義によれば、財産権が法の保護に値するかどうかは、実は大問題です。でもここでは深入りしません。

どんな社会でも、自分の身ひとつでは生きていけないので、最低限の物品の、それ以外の者に対する排他的支配、つまり所有が認められている。服とか靴とか日用品とか家屋とかは、だいたい、刑法によって保護されている。これ以外の刑法に関連したことがら、たとえば名誉とか、営業妨害とか、麻薬の販売とか、爆発物の所持とか、危険思想の持ち主であるとか、公然猥褻だとか、などになると、刑法で処罰すべきなのかどうか、場合によりけりです。時代により、また国によって、刑法で処罰すべきかどうか、判断は変わってきます。

結論。刑法が保護する権利は、まず生命、身体。これが中核で、その次に、所有権が

あり、さらにその外側に、それ以外の権利があります。このようなかたちに、歴史的にも法理論としても、だんだん発達してきたと考えられる。

十個人以外の団体はどこまで責任を問われるのか

それが困った問題です。近代社会には、法人というものがあり、法人は身体をもちません。身体をもたないものは、刑法上、処罰の対象にならない。

たとえば九州のどこかの工場から、有機水銀がたれ流されていたとします。もしもそれが個人のしわざで、有機水銀を食べた魚を食べた人間が病気になってしまったら、その個人の刑事責任が追及されるでしょう。

では、法人の場合はどうなるか。法人を、刑務所に入れたり、死刑にしたりすることはできません。そこで、ふたつの可能性が考えられる。ひとつは、刑事裁判の対象にならないので、民事裁判の対象とすること。民事の損害賠償であれば、法人も経済活動をしていますから、賠償請求ができます。個人に対して、損害賠償請求ができるのと同じです。

でもこれで、腹の虫がおさまるだろうか。そこでもうひとつは、無理にでも、法人の

メンバーをつかまえて、刑事裁判を起こすことです。

たとえば自分の奥さんが水銀のせいで死んでしまった場合、相手が個人であれば損害賠償も請求できますし、それと同時に、刑事責任を追及することもできます。しかし相手が法人だと、損害賠償だけ。社員たちは給料をもらい続けていて、自分たちは悪くなかったという顔をしていて、お金で話が済んだみたいなことになってしまいます。じゃあ、社員を捕まえて起訴しよう。でも、誰を捕まえればいいか。社員は、経営者に雇われているだけで、毎日ソロバンをはじいている人もいれば社長の運転手をやっている人もいて、有機水銀とはなんの関係もない人たちがたくさんいる。言われたことをやっているだけで、有機水銀を出していることを知っている人は、いないかもしれない。そうすると、これも、そのつもりがなくても、刑法にいう「過失」ということになるのだろうか。では、株主はどうか。株主が利潤を追求したのでこういう結果になった。株主が悪い。でも株主は、いつでも株を売ったり買ったりできるし、有限責任なので、株主を特定して処罰するのは無理がある。

刑法の一番の問題点は、現代社会の重要な主体である企業や官庁など、組織の責任を追及できないということです。個人はどこまでも追及されてしまうのに、組織を追及で

きない。ということは、個人にとつて不利です。もつとも最近の判例では、組織が行なった行為であっても、その結果が大変に重大である場合には、その決定に参与した個人の、個人責任が追及されています。たとえば薬害エイズ。当時の厚生省の課長が刑事責任を追及されました。それから、審議会の安部英氏も追及されました（安部氏は病気のため、免訴になりました）。いずれにしても、これは例外中の例外です。

もうひとつ、組織に参与した個人の刑事責任を追及した例として、極東軍事裁判があります。第二次世界大戦は、日本国が合法的に行なった戦争です。しかし、「人道に対する罪」の名のもとに、侵略戦争を企画し、謀議し、実行した罪で、当時の国家指導者が個人責任を追及された。そして、起訴され、有罪になり、処刑された。これは刑事法廷です。日本国が損害を賠償しろという話ではありません。

このように例外的な場合には、組織犯罪であっても、個人責任が追及されるのです。十刑法の基本原則について

刑法は個人の行為責任を追及するのだとてきましたが、その際、いくつかの原則があります。

まずその行為が、あらかじめ刑法の条文に明記されていないといけない。この原則を、罪刑法定主義と言います。これは、刑法が一人歩きすると大変に危険である、という考え方からきています。

専制政治、独裁政治、恐怖政治のもとでは、権力者が、人民を取り締まる手段として刑法を濫用し、裁判なしで処刑したりします。裁判なしということは、責任があるかどうか裁判所の判断を仰ぐのを省略して処刑してしまうということで、大変乱暴な話です。なぜ裁判が省略されてしまうかという点、その人が政府に都合の悪い人物であるという理由からです。犯罪を犯したかどうかは証明ができません。こんな暗黒裁判を認めては大変です。たしかになかには凶悪な犯罪者もいるだろうから、刑法をなくしてしまえばいいと言われないが、刑罰を下すときには、あらかじめ法律であることを宣言した刑法のなかに、こういうことをしたらこれだけの罪になると条文のかたちで書き込んで、広く周知してください。そうすれば、善良な市民はそういうことはしないはずで、そして、それに違反した人間がいたら、証拠をあげて、権力者の側が犯罪の事実を証明してください。こういうふう考えるのです。

有罪の証明ができない限り、刑事事件の被告を無罪として扱うこと。これを、推定無

罪の原則と言います。有罪が完全に証明できたときにはじめて有罪なのであって、証明に少しでも不完全なところがあると、無罪になります。

権力者は強く、市民は弱いので、裁判を公正に進めるためには、証明責任を権力者の側に負わせるということが大事になります。

浮気を例にとると、浮気をしたという証明と、していないという証明の、どちらがむずかしいか。していないと言うほうがむずかしい。奥さんに疑われ、毎日のアリバイを夫が証明しなければいけないとすれば、奥さんを納得させるのはむずかしいでしょう。証明の責任を負わされたほうが、立場が弱くなってしまうのです。

それと同じで、近代法では権力者に、犯人が犯罪を犯したことを証明するように義務づけています。その証明が完全でないと、無罪になる。もしもあべこべに、被告が、自分が無罪であることを証明しようとしたら、これは大変です。証拠集めも個人でやらなくてはいけない。アリバイを完全に証明できるだろうか。ここに空白の何十分かがあり、そのときに犯行をしたんだらう、などと言われたら、大部分の人は有罪になってしまいます。これは恐ろしいことです。

罪刑法定主義や、推定無罪の原則のほかにも、違法性や有責性といった、犯罪の構成

はないが、故意と違って、犯罪の度合いが少し軽くなる。

除外事例のリストは多くあって、責任が問われない場合が規定されています。

このように、個人の行為責任を追及するのに、刑法のルールに従う。これは近代刑法の枠内での追及の仕方です。

十刑法の歴史は？

近代法と対比する意味で、それ以外の社会の刑法についても、参考のためにのべておきましょう。

古代法では、ハムラビ法典が有名です。その原則は、有名な同害報復。「目には目、歯には歯」です。傷害事件で目を片方つぶされた。罰として、犯人の目を片方つぶす。歯を一本折られた。犯人の歯を一本折る。大変にわかりやすい。

同害報復の原理は、残酷なようですが、それ以上の復讐を禁止するという抑止効果（もつと言え、犯人の保護）の意味があるのです。

もつとも、同害報復の原理を厳密に適用すると、こんなことになる。大工が建築を請け負って、手抜き工事をしたので、梁の石材が落ちて、その家の子どもが下敷きになっ

て死んでしまった。大工が悪い。この場合の刑罰は、大工の子どもを連れてきて、石材で下敷きにして殺してしまう。犯人に同じ苦しみを味わわせるわけです。犯人が処罰されないで、子どもが殺されてしまうのは、近代法からみると理不尽だ。牛が人間を突き殺してしまったときには、牛を処罰する、なんていうのもあります。

近代法は、あくまで人間の責任を追及するもので、動物や自然の責任は追及しません。でもたとえば、日本でも、神道なんかはそうではないですね。祓い清めはらいの考え方では、人間以外の木や石も浄／不浄の因果関係のなかに登場してきて、それらも考慮しなくてはならない。宗教と刑法とが連続している。

それからヨーロッパ中世の復讐法では、こんな例があります。たとえば婦女暴行事件。これはかなり重く罰せられ、死刑になりました。心臓に木の杭を打ち込むのですが、被害者が木の杭を打たなければなりません。かなりのことですが、もうやっつて犯人の処刑に手を下した女性は、被害に遭わなかったままの無垢とみなされる。事件がなかったことになるのです。近代法には、こんな考え方はありません。記録に残っているのが、中世法ではこういうのがあったらしい。これは復讐法ですが、復讐を通り越して、宗教的儀礼みたいなものになっている。被害者の女性にはきついことでも、名誉を回復し、

要件が満たされていないといけません。それには除外規定があつて、あらかじめ責任を問われない場合が決まっています。たとえば、医師が手術をする場合。ナイフで背中を切り裂いたとしても、患者を治療するための手術が、いちいち処罰されたら困ります。そして、正当防衛。たしかに相手を殴りつけて、相手に危害を加えています。もとはと言えばその相手が大変凶暴で、こちらを殺そうと思つてやってきましたので、急所を打つたらびてしまった。これを処罰されたら、危なくて夜道も歩けないということになります。それから、緊急避難。未成年者（子ども）の犯罪。そして、ここでのテーマである、心神喪失状態（責任能力がない状態）での犯罪行為があります。

心神喪失には、一時的な場合と、恒久的な場合とがあります。一時的な場合とは、知らないでドラッグを飲まされて、正常な判断ができないまま何かをしてしまった。本人に責任がないのに飲まされたような場合ですね。いっぽう、これから自動車で家に帰らなければならないのに、したたかに焼酎を飲んで、ほろ酔い気分のまま運転をして自動車事故を起こした場合はどうか。事故を起こしたときに正常な判断ができない状態でも、その原因をつくつたのは自分なので、責任を問われます。免責にはならない。

それから、過失と故意の違いがあります。過失だからといって罪を問われないわけで

社会的地位を保全する道が開かれている。それ以後、その女性を侮辱してはいけな。なかなかよく考えられた法律だと言える。

どういふ社会でも、解決のむずかしい問題が続出しますが、こんなふうには、そのつど対応していく。刑法も、多少の助けにはなります。しかし起きてしまったことは、ゼロにはできない。いま中世法の例をあげましたが、それでも完全なゼロには戻っていない。刑法はないよりいいかもしれませんが、これですべての問題が解決するわけではありません。バンドエイドのようなもので、応急措置です。ケガが治るとしたら、別の理由による。それでも、刑法は、人間の知恵である。刑法のない社会はありません。

ところで刑法には、大きくわけて、ふたつの考え方があります。ひとつは、復讐刑。復讐が正義であるという考え方です。もうひとつは、教育刑。本人の更生を図るのが刑罰の目的だという新しい考え方です。この両方に関連して、抑止効果説というものもある。刑罰があると犯罪が減る、という説です。

どれもみなもつともですが、どれも何となく収まりが悪い。教育刑というけれど、死刑は説明できません。死刑になってしまつては、更生もなにもない。とすると、刑罰はやはり復讐なのか。アメリカの死刑執行の場合、執行は第三者がやるけれども、被害者

やその家族が刑の執行を見学できる場合があります。これも復讐の考えによつて。それに教育刑といつても、刑罰である以上、本人にとつて耐えがたい苦痛でなくてはならない。そういう側面があります。たとえば懲役。どういふことのない程度の苦痛であれば、刑罰としての意味がありません。

十三九条「心神喪失」について

刑事犯と、政治犯と、精神病患者。これらは、みな、別々の人びとです。でも、フーコーの『監獄の誕生』にも書いてあるように、ヨーロッパでは、いっしょくたに收容されていた時期があった。

政治犯は、政府に都合の悪い人でした。爆弾を投げたりするかも知れませんが、要はその行為よりも、その人の思想が政府にとつて危険なわけです。そこで社会活動ができないように、刑務所に閉じ込めておく。「政治犯」なる人びとが存在するのが、独裁政権であり、抑圧政権である、というのが民主主義国家の考え方です。思想で、人を罰せしてはならない。近代刑法は、行為のみを罰する。行為に表われないかぎり、何を考えようと自由である、という考え方が基本です。政治犯とは、つまり、刑事罰を下すべき

でない人びとということになります。

次に精神病患者。精神病患者は、周囲のひとに理解不能で、犯罪にあたる行為をする場合があります。しかし本人は、それしかできないのです。もしも本人が意志してほかの人間と同じように振る舞うことができるのなら、精神病患者ではない。本人にもどうしようもないから、精神病患者なのです。こういう人びとは病気で、治療すべきなのであつて、処罰すべきではない。そういう考えになる。そこで精神病院という收容施設ができた。閉鎖病棟に無理やり閉じ込めておくケースもあるかも知れませんが、それは、本人の利益になるといふ考え方で、正当化できるのです。

刑事犯は、精神病患者でない必要があります。ふつうの人間の実行できる行為のひとつとして、犯罪をおかしている。犯罪を犯さないことも、十分可能である。だから、犯罪行為に責任が生じます。こういう種類の人びとだけを罰する。これが刑法でなければなりません。

そうすると、第一のカテゴリーの人びと（政治犯）を処罰しないことが大事になりますが、これは刑法の構成要件や、罪刑法定主義の原則などで、明確に排除できます。第二のカテゴリーの人びと（精神病患者）についても刑法に定めがあり、それが三九条です。

このカテゴリーの人びとは、刑事処罰の対象にならない。AさんBさんCさんの三人がいた場合、誰がこの精神病患者のカテゴリーにあたるのか。これは医師が判定します。正確に言うと、裁判所が判定するのだけれども、裁判所にはそこまでの能力がないので、医師の意見を参考にして判定する。子どもは、判定も何もなく、年齢で責任能力の有無を決めています。これは専門家が判定しない。裁判所が判定すれば終わりです。近代刑法には、かならずこつとした除外規定があります。

以上を要するに、日本の刑法も近代刑法であるかぎり、三九条はなくてはいけない。実に明快。何の問題もない。どうですか？

十三九条はなくてもよい、ないほうがよいという事態が想定されるとすれば？

なくともよいという、どのような議論の可能性があるだろうかと考えてみます。

第一に、三九条が悪用される可能性。もともと精神病患者でもないのに、精神病患者のふりをして、刑事処罰を免れようとするケースが考えられます。

（厳密に言うと、もうひとつの可能性があつて、自分が精神病患者なので、これ幸いとその立場を利用して犯罪を犯してしまう場合。こうなると、精神病患者かどうか、わからない

いすね。でも、ないとは言えない。)

いずれにしても、こうした悪用は避けられない。犯人は誰しも、まず捕まらないようにするけれども、捕まってしまうたら、あと有罪であることを避ける方法は、精神病患者を装うことです。そういう人は必ず出てきます。そしてなかには、まんまと、騙しとおす人もいるかもしれません。被害者から見ると、いまましい限りですが、この可能性をゼロにはできない。その可能性が、十分小さければいいと考えるほかない。つまり、悪用可能性をチェックする方法を厳密にすればいいわけです。

それに、判定のむずかしさという問題もあります。

犯罪とは無関係ですが、精神医学の教科書に、精神分裂病(いまは統合失調症という)の診断基準が書いてあります。おおよそこんな感じですよ。「熟練した医師が面接をおこなって、精神病と判定された人が、精神病である」。どんな教科書でも、つづめて言うと、こう書いてある。診断に必要な面接時間は三〇分くらいです。

判定基準は、明確ではありません。ドイツ語では、プレコクスフェールというのですが、この人は精神分裂病(統合失調症)に違いないなあという、医師の直観なのです。慣れてくると、そういう診断ができるようになるという。

ここには二つの問題があります。

ひとつは、このようにして判定した場合、判定まちがいでないことを検証できないということ。直観が判定基準なので、直観がまちがった、本当は正常だった、という事例が存在できない。直観が最終的な判断なので、それが正しいかどうかを問題にできないのです。たとえて言うなら、お宝鑑定団のようなもので、鑑定家が、これは本物、これはニセモノと判定します。彼が一番の目利きであれば、彼が本物と言ったものが本物、彼がニセモノと言ったものがニセモノです。いやそうじゃない、とは誰も言い出せないわけですから、判定を覆すことができません。判定に対して、誰もまちがいだと言えない構造があるわけで、これが第一の問題点です。

もうひとつは、判定する医師自身が精神病でないことを、どう証明するかということ。このことは、『心』はあるのか(ちくま新書)でものべました。最初から正常であることがわかっている人がいないと、この判定は使えないのです。非常におかしい。

いろいろ科学的によそおっています。要は、社会の大多数の人びと/そうでない人びと、という区別しかないのです。そのようにあやふやなものです。しかし、現にこのやり方で社会が組み立てられている以上、このことを出発点にしなれば、議論ができな

い。そこで、医師を騙すほど巧妙な人間が、犯罪をおかして、精神病であると信じさせてしまふ可能性があっても仕方がないのです。でも、そこまでうまく精神病のふりをすれば、急に正気になるわけにはいかないので、そうとう長く病院に入っていないといけません。となると、本当に病気だったのと変わらない結果になるかもしれない。さて、第二にありうる議論は、病気は病気だとしても、それでも刑法上の処罰を課してもいいのではないか、という考えです。

これにはいろいろな理由がありうるでしょうが、ひとつは被害者の感情説。残忍なやり方で殺されてしまった、被害者の家族はどうにもやりきれない。憎らしい犯人を、とにかく処罰してほしい。こうした感情には、どうこたえたらいいでしょうか。

その昔、S君という人がいて、パリでオランダ人の女性を殺して食べてしまった。逮捕され、精神鑑定をしたら分裂病という診断だった。そこで入院させて治療したら、すんなり治ってしまい、二年くらいで社会復帰した。刑は免除。これでは被害者の家族が怒ります。ならば、治療しておいたら、処罰すればいいのかわ。

まず、本当に治ったのだとしても、治る前は病気だったわけですから、病気のときに責任能力があったのかどうか、問題にしなくてはならない。病気がそうさせたのであれば、本人の責任を問うのは、刑法の枠組みから言って無理。あとで治ったとしても、犯行の時点で病気であれば、罰するわけにはいかないと思います。

そうすると、治つていようがいまいが、病人にも刑事責任はある、という主張でないと刑事罰は要求できないことになる。

これはどうなんでしょう。精神を病んでいる人でも、善悪の判断は一応できます。だから大部分の人はおとなしくて、犯罪なんか犯さない。中世法や古代法には、本人の責任能力と無関係に、犯人を処罰している例がたくさんあります。でも、病気というカテゴリーが存在し、治療の体制もあり、病気の人間には責任能力がないという認識が社会にわけもたれているのであれば、刑事罰から除外しておくのが合理的だ、というように近代刑法はできあがっている。それをあえて否定する理由はないのでしょうか。

十 累犯と病気のグレーゾーンの問題

もうひとつ、犯罪行為を行なった人は、仮に病人であっても、司法のコントロールのもとにおいてチェックすべきではないか、という考え方もあります。治療を続けながら、医療刑務所のようなところに収容する。

『羊たちの沈黙』という映画に、レクター博士という人物が出てきます。博士というくらいで博士号をとって、抜群の知能の持ち主ですが、生まれつきの変質者で、犯罪を犯さずにはいられない人です。彼は、刑務所のなかでも、特別室のようなところに入れられている。刑務所のなかに設けられた、医療施設みたいなものですが、逆に医療施設のなかに、刑務所みたいな施設をつくって、治療したからといって釈放したりしないようにする、というやり方が考えられる。これは、現行の規定にはないから、立法が必要になる。「再犯可能性が高い悪質な精神病」というカテゴリーをつくって、刑罰とは関係なしに本人の自由が拘束できる、という法律です。予防拘束そのものです。これは、刑法の原則に対する、大変に大変に重大な、大転換です。

累犯の問題もある。二、三年に一回は必ず、似たような性犯罪をおかしてしまう。これまでの刑法では、再犯や再々犯で有罪になっても、刑期が終わったら釈放し、自由に行動させなくてはいけなかった。外国では、釈放されても野放しでなしに、監視を続ける場合があります。近くに前科のある人が引越してきたので注意してください、と名前や顔を発表する。これがいいのかどうか、議論のあるところです。人権の観点からすれば、大変な問題なのだけれども、しかし、近隣住民からすれば、そういう犯罪者が目

の前にいるのに警戒できないし、再犯を防げないというのでは、やはり人権が侵害される。

自分の過去、前科が知られることは、たしかに人権問題です。しかし、それが第三者に知られることを含めて、犯罪行為の結果を引き受けることは自分の責任なのではないか、という考え方もないわけではない。刑罰の枠におさまらない、社会的制裁です。これも相当慎重に考える必要があります。ともかくいまの刑法は、一見正常だが、偏執狂的に犯罪をくり返す常習犯罪者を想定していない。

議論の前提として、実態を調べるべきでしょう。犯罪社会学では、まず統計を取る。累犯は有罪となる犯罪者のかなりの割合にのぼりますが、上にのべたようなタイプの凶悪事件をくり返す犯人が、本当にそのなかに混じっているのか、混じっていたとして全体の何パーセントなのかを検証する。おそらくごくわずかでしょう。じゃあどう判断するか。むずかしいですね。

もうひとつ、病気と正常とのあいだのグレーゾーンの問題もある。

仮に精神病が、病気としてはっきり判定できるのだとしましょう。それでも人間は、正常な状態から徐々に病気に移行していくのだから、病気とも正常ともつかない、

グレーゾーンを通過しなくてはならないですね。病気から正常に移行する途中の、治りかけという状態もあります。ここから先は病気で、ここから先は正常だと、はっきり言えないケースがあるわけです。薬も発達してきたので、症状を抑えることができる。抑えるということは軽くなっているわけですから、昔のようにはっきりとした病気というものは少なくなっている。

このグレーゾーンの問題と、精神病が免責になるべきだという問題とは違うのです。グレーゾーンがあるから免責規定は必要ない、とはならず、グレーゾーンがあるなら、判決のほうもゼロか1かではなく、グレーゾーンのしましように対応になるべきだ。ところが、実態としてはどこまで詳しくみても連続的だったり、はっきりしなかったりするものを、有罪/無罪とはっきり分けるのが、刑法の原則なのです。

そこで、ひとつの考え方は、グレーゾーンはいりません。判決は被告に有利なように出すのが原則なので、グレーゾーンはすべて三九条を適用し、被告に有利な判決を下すべきだというもの。この逆は、ありえません。被告に不利に考えるのでは、近代刑法の原則に反するからです。

そうすると被害者感情はどうするのか、という声が上がりますが、被害者感

情のために刑法があるわけではありません。

最近の傾向として、病気の範囲が広がりすぎているようにみえる。何でも病気になってしまえば、刑法の原則にのっとって、どんな被告に有利になり、健康そうな犯人までもが三九条適用の対象となる、という事態が予測されます。これは、先ほどの悪用とは違って、本人の悪意とは無関係に、それなりに健康な人までもが三九条の適用を受けてしまうという問題です。

これに対しては、それでいいのだという考え方も、それは何とかすべきで、医療措置と刑法上の措置とをミックスしたような措置——まず治療してみて、次に刑法を適用しようとか、治療とも刑とも解釈できるような措置を適用しようとか——をとるべきだという考え方も、どちらかでしょうね。私はどちらがよいか、よくわからないが、やはりここでも三九条を削除せよ、という結論にはならない。

要するに、三九条を削除せよというのは、大変な暴論であると、私は思います。

十社会のセキュリティと「監視」

最近、「監視」ということがよく言われるようになりましたが、個人行動がトレース

イスラム教では、天使がいて、いつもノートを持ち歩いて、一人ひとりの行動の記録をとっており、その人間が何をしたか、すべて書きとめるといいます。そして、最後の審判のときに、アラアを前に、自分の行状を自分で読み上げなければならぬ。これは、監視社会を抽象化したものですね。イスラム教はそんなふうになっている。最後の審判があるとは、そういうことなのです。

日本人だけです。神がないのをいいことに「旅の恥はかきすて」でやってきて、監視社会になったとびっくりしているのは。日本人の場合、監視の能力と自分のモラリティが連動している。ほかの民族もそうかも知れませんが、日本人の場合、とくにそうです。それに対して、全知全能の神を考える一神教のモラリティは、もともと監視社会的にできているのです。

できる、ということだと思ふのです。たとえば、JRでSUICAカードが使われていますが、何時何分に何駅で、誰が改札口を通ったか、カードで認証できるわけです。携帯電話もそうです。誰がどこにいるか常時追尾できる、一歩手前まで来ている。こういうデータストックを利用できるということは、犯罪捜査には大変有効だと思ふます。そして、抑止効果も期待できる。

データストックをもっている、誰が何をしているか常時チェックするわけではないが、事後的にそれを洗い出すことはできる。たとえば、何時何分、どこで強盗事件がありました。ふつうの捜査は、目撃情報を集め、犯人の年齢や外見的特徴をしばらく込み、遺留品を探して犯人の特定に結びつけます。ところがそうした犯罪捜査の方法が一変する。毎月何日何時何分と入力し、人ナビをかけると、何十人かのデータがあがってくる。その何十人を捜査すればいいわけです。検挙率は大幅にあがるでしょう。

犯罪そのものが少なくなるはずだ。たとえば、いまあなたの家にこういう人が入りました、ご存知ですか、と携帯電話なんかで知らせてくれる。知りません、と答えると、すぐに警察に通報してくれる。安心といえれば安心です。近所の目が、人ナビに変わったわけです。

おまけ

享月

日

業

辰

2004年(平成16年)1月14日

水曜日



「論座」2月号でシンポ報告

多様な論点浮き彫り

慰安婦問題再考

90年代後半、日本政治の焦点のひとつだったのが「従軍慰安婦」問題だ。昨年暮れ、東京都内でシンポジウム「慰安婦問題再考」が開かれ、「女性のためのアジア平和国民基金」による「償い事業」を支持する立場、批判する立場、「日本国家による慰安婦の強制」自体を疑問視する立場、と様々な人々が討論した。写真「論座」2月号で報告されている。

東京工業大学J.C.プロ 三郎東工大教授の6人。シエクト実行委員会と朝 国民の募金による「償い事業」に対する、これ日カルチャーセンターの まで「日本政府による国保昭東大教授、和田春樹 家補償を回避するもの」と同名教授、荒井信一 という批判があった。

「日本の戦争責任資料センター」共同代表、上野 理事の大沼氏は、基金を千鶴子東大教授、日下公 民と政府が「共に償いの主体となるという、公共性の新たな形での模索」と位置づけた。

これに対し、「基金」同理事の和田氏は、残された問題として、韓国・台湾で被害者の過半が事業を受け入れなかったことに対する、日本政府の態度表明などを挙げた。荒井氏は「基金は失敗した」といい、立法解決をすべきだと主張。国会

に野党が提出している「戦時性的強制被害者問題解決促進法案」に期待した。

上野氏は、国家賠償を求めていたのに「被害者に差し出されたものは、要求したものとは違うものだった」と「ねじれ」を指摘。そして国家間ではなく、被害者個人が国に対して「個人賠償権」を求める動きに、「新しい国際法上の法理を開く」と期待した。

日下氏は「慰安婦」問題自体について「国家による強制の事実を私に教えてくれた人はいません」と批判した。

橋爪氏は「基金」について「戦後の国際法の秩序のもと、日本政府が守らなければならない様々な制約の中ではぎりぎりできる線だったのではないかと」と締めくくった。