

国際化における比較刑法の必要性・解釈方法

ヴィアナ・ラセルダ・ルカス

目次

1. はじめに
2. 比較刑法を重視する目的
3. 比較刑法による解釈
4. 法域間の乖離の要因
5. 比較刑法の実践的応用
6. おわりに

1. はじめに

比較刑法の概念は時には微妙で、時にはパラドキシカルなバランスの中に位置している。一方、当然のことながら、社会的、文化的、刑事法的なニーズに最も適した法律を制定、修正、施行する権利が各国に認められるべきであるということが、世界中の司法当局によって広く受け入れられているといえよう¹⁾。

しかし、現代社会ではグローバル化という現象が常に存在するため、刑法に関しても、それをローカルな視点からのみ考えることは不可能である。インターネットをはじめとする国境を越えた情報伝達手段の発達、海外渡航の激増、入国手続、戦争等による難民の受け入れなどは、いずれも刑法のあり方に

1) この矛盾は、罰と規制のための道具としての主権の本質に基づくものであると、複数の法学者が述べている。例えば、ダバーは、「処罰する力は、統治する力と密接に関連しており、事実、政治的力という考え方そのものである」とし、「処罰する力のない国家は、国家としての本質である主権を欠いている」と主張している。(DUBBER, Marcus D. Criminal Law in Comparative Context, 56 J. Legal Educ. 433 (2006))

ついて再考を迫る非常に切迫した原因となっている。さらに、人権の保護に関連する懸念の高まりと、法域によっては取られることもある最終的な専制的行動があることを考えると、刑法を各法域単独で考えることができないもう一つの理由が存することになる²⁾。外国からの干渉は最小限にとどめるべきであるというのが各国の認識ではあるが、現代の倫理理論では、国外法が最も重要な人権を保護するために制定された場合には、外国からの干渉を受けないという原則に対する例外を認めるべきとも考えられる。

本稿では、比較刑法の重要性と解釈に関する多くの側面について議論する。まず第一に、比較刑法に注目すべき目的について、国際協力、法原則と慣行の確立、人権の強化という側面に焦点を当て詳しく分析する。また、比較刑法解釈についていくつかの方法を紹介し、その後に従来の刑法解釈とどのように異なるかについて簡単に言及する。

その上で、刑事法分野を構成する歴史的、文化的、刑事政策的側面について言及し、各国における刑事原則や刑事規則の選択について、その潜在的な理由を考察する。

最後に、本稿では、比較刑法解釈の基本原則をより実践的に適用し、最終的に国際刑法の発展と強化のため、法的調和の枠組みや戦略を構築する方法についても議論することとする。

2. 比較刑法を重視する目的

本稿の序章で述べたように、比較刑法が現代法学研究の中心的な位置を占めるようになったのには、いくつかの理由がある。本章では、なぜ国際的・比較的な観点から刑法を解釈しなければならないのか、そしてその詳細な内訳を示

2) 特に人権の歴史の変遷を考えると、第一世代、第二世代の人権は、個人や集団のレベルに重点を置いていたが、第三世代の人権は連帯感を意味し、第四世代の権利は、単なる「人権」ではなく「人間性」の権利と解釈できると述べる専門家もいる。(CORNESCU, Adrian V. *The Generations of Human's Rights*, *Days of Law: The Conference Proceedings* (2009), at 5-7)

すとともに、世界的な政策決定過程の必要性を示した現実的な状況を紹介する。

2A. 諸国間の法的協力の円滑化

リアルタイムでの通信手段の発達により、犯罪者が複数のシステムを破壊でき、違法な利益を得るためのツールが以前よりも容易に使えるようになったため、国境を越えた犯罪が激増していることが³⁾、刑法の統一の見解が必要とされる最も大きな理由であろう。時代が進むにつれ、各国は国際犯罪をローカルな領域で解決することはできないと認識し、国際犯罪を抑制するためには、サイバー犯罪に関するブダペスト条約やその他と同様の立法された法律など、国際的な協定が必要であることを認識するに至った。

実際、いくつかの研究において、犯罪におけるグローバリゼーションの影響と、相互接続された世界においてそのダイナミクスがどのように起こりうるかということが着目されている⁴⁾。特に、政治的、医療的、社会的に混乱した状態にある場面について考えるとき、その傾向は顕著とみられる。例を挙げると、オックスフォード大学の犯罪学者であるヴァレシは、地域レベルで十分な処罰が行われないと、マフィアやその他の組織犯罪が形成され、国境を越えてより大きな利益を得るために組織間で争うことになる旨と指摘する⁵⁾。同様に、COVID-19 のパンデミックによる緊急事態は、国際犯罪を明白に増加させてお

3) 現代では、犯罪の手法や犯人が発見や処罰を免れるためのツールが常に更新されているため、国際犯罪の数値化は特に困難であるが、一般的にインターネットを通じて行われる犯罪は、2019年5月から2020年5月にかけて約43.24%増加していると推定されており、特にCOVID-19時代には国際犯罪が全体的に広がっていることを表しているといえる。(Buil-Gil, D., Miró-Llinares, F., Moneva, A., Kemp, S., & Díaz-Castaño, N. (2020). Cybercrime and shifts in opportunities during COVID-19: a preliminary analysis in the UK. *European Societies*, 23 (sup1), S47–S59, 554)

4) 複数の研究者、例えばNelken (*Comparative Criminal Justice*, 2010) とBossard (*Transnational Crime and Criminal Law*, 2003) 国際犯罪におけるグローバリゼーションの影響については、それぞれの著書で詳しく述べている。

5) VARESE, Frederico. *Mafias On The Move: How Organized Crime Conquers New Territories*, 2012.

り、この説をより確実なものにしている⁶⁾。

国境を越えた犯罪行為における国際手段の影響を説明する一つのモデルとして、スクラントン大学の犯罪学者ダマーとバージニア・コモンウェルス大学の犯罪学者アルバネーゼは、国際的な不正企業の多面性を分析し、その結果を以下のような図で明確に表している。

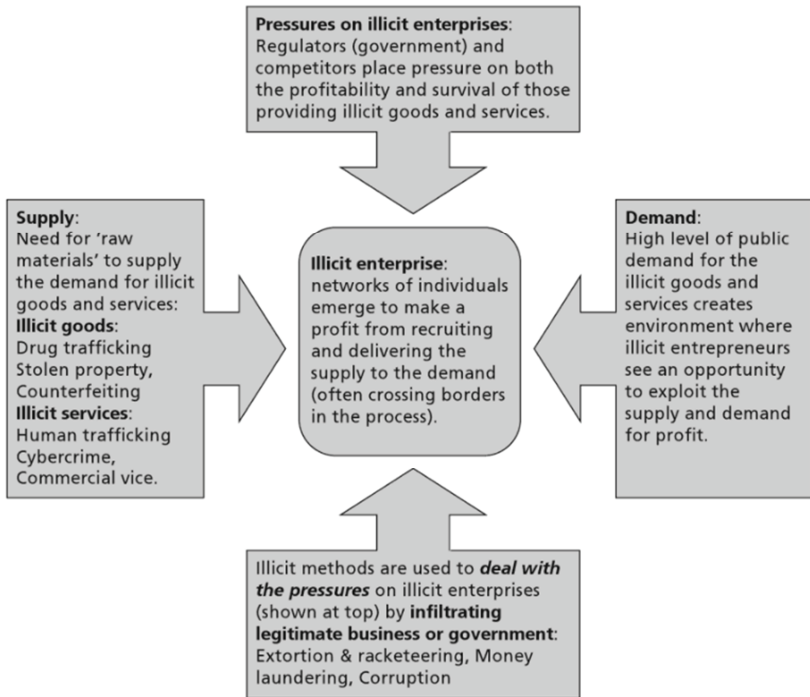


図 1. 国際犯罪の構成⁷⁾

6) 脚注 3 で述べたとおりである。

7) 翻訳：(上) 違法企業への圧力：規制当局（政府）や競合他社は、違法な商品やサービスを提供する企業の収益性と存続の両面から圧力をかける。

(左) 提供：違法な商品やサービスの需要を提供するための「原材料」の必要性：

違法な商品：麻薬密売、盗品、偽造品

違法なサービス：人身売買、サイバー犯罪、商法の悪徳商法。

このような観点から、人類を保護するための法整備が必要不可欠である。しかし、比較刑法の枠組みを採用しないままでは、トランスナショナルな法制の構築を考えることはできない。刑事事件を扱う国際条約が適切な効果を発揮するためには、その採択が深刻な二律背反を引き起こすことのないよう、対象国の既存の法律と十分に近接したものでなければならない。従って、一方では大規模な法律の再構築を必要とせず、他方で複数の法域に適用できる公平で中立的な法制度を構築するためには、国際政策の構想そのものが、比較法の実践という観点に導かれる必要があると考えられる。

しかし、こういった意味での「比較刑法」は、政策立案というよりは、各国が犯罪防止に取り組む際にすでに利用している実践的な手段により適応させるのに役立つと思われる。例えば、強制送還と犯罪の巣窟の形成に関する懸念は、国際法の議論の中心である。特に、強制送還の拒否が被疑者・被告人の人権を保護するために必要な措置として受容国によって正当化される可能性である。⁸⁾ つまり、統一された手法を策定すること、少なくとも合理的に可能な限り統一された手法で取り組むことで、刑事的な抑制の協力に関して各国がアプローチを細部に渡り調整することが可能になるのである。

2B. 道徳的な法原則と実践を構築するために

以上の観点によるならば、刑法と比較することで、我々が倫理や正義と考えるものの形成に中心的な役割を果たす規則や基本原則をよりよく確立することができる。

周知の通り、文化的な相違は、異なる司法法域が、それぞれに特徴的な権利を刑事的な保護に相応しい、あるいは相応しくないものとして認識するという事実があるために、立法化の過程に相違をもたらすことがある。しかし刑事法の国際的な評価をすることで、どのような権利、原則、保護が地理的な境界線

8) この合理性を利用した現代の事例としては、エドワード・スノーデン氏のロシア亡命や、カルロス・ゴーン氏のレバノン領内への逃亡とその後の受け入れが挙げられる。

に関係なく導入されているかを確認することができ、従って、どの権利が地域的または文化的に限定されたものではなく、人類全体につながる事実上の法的慣行であるかを確認するのに役立つのである。

さらに、比較刑法を専門とする法学者にとって、自らの司法権が分析される可能性があるという事実が知られるということだけで、刑事政策の変更に繋がる可能性があることも認めなければならない。実際、国際的な圧力は、法律が追加、修正、廃止される主な理由の一つである。これは、基本的な外国の期待に従わない場合、国際社会に深刻な経済、政治、外交上の影響を与える可能性があるという事実による。⁹⁾

また、比較刑法の基本的な解釈手段を適用することで、自民族中心主義や固定化した社会的現状を回避することができるとも言える。ある法律が存続する理由は、その論理的性質からではなく、結晶化した社会的伝統や慣習との関連性によることを否定することができないからである。つまり、比較刑法という情報交換の場があるからこそ、合理的な枠組みで古いパラダイムを疑い、より公正な社会の構築のためにどのような法的側面が時代遅れなのか、あるいは適用できないのかを特定することができるのである。

2C. 人権保護の強化

比較刑法の範囲は、理論的な法文の直接的な解釈だけにとどまるものではない。むしろ、特徴的な法域が経験する現実の状況や、これらの法域が選択した法律の文言や目標をどれだけ忠実に尊重するかも、我々の研究分野の一部である。従って、比較刑法研究が、各国が基本的人権の尊重に準拠していることを確認する上で役立つことは当然である。

9) 法律関係の参考文献に例が豊富にある。例えば、Donaldson と Bunfee は、国境を越えた贈収賄や汚職は、「ハイパーノーム」【超法律】、つまり国によってほぼ一貫したルールに違反するものとして評価されており、そのため、公正さに対する文化的期待が、各国がこの問題に関する法律を最新に保つことを保証する充分な圧力として機能していると指摘する。(DONALDSON, Thomas and DUNFEE, Thomas W. *The Ties That Bind: A Social Contracts Approach To Business Ethics*, 1999, at 222-233)

この現象を端的に示す例として、法律や法案が社会福祉や市民保護のための道具としてではなく、ある理念や政治的視点を推進するための武器として使われる、いわゆる「政治的正義」がある。

このような現象は、一例として、ブラジルの裁判官を対象に行われた調査でも認めることができる。この調査では、裁判官に対して、社会正義とは何かについて、法律の文言と自分の解釈のどちらを適用するかという仮定的な場면을提示したところ、回答者の四分の三以上が、法規範と対立することがあっても、自分の正義に関する信念に従って判断すると答えた。¹⁰⁾

政治化された司法は、犯罪者選択性【criminal selectivity】という形でも表現されることがある。この場合、ある犯罪者は、その人に関連する犯罪容疑とは無関係な要素に基づいて、犯罪的迫害の対象として妥当または不当なものとして選ばれることである。例を挙げると、社会的地位、経済的資源、人種、宗教、性的指向は、司法権に基づき、刑事訴訟や刑罰の加重要因となることである。¹¹⁾

このように、法の下での平等という概念は、前述の権利の基本原則を支える重要な要素の一つであることから、これらの要素はいずれも人権を徹底的に軽視するものであることが明らかである。このように、比較刑法の研究は、それぞれの国・法域が、自国の基本法の明確な文言を無視するような行動をとる可能性がある場所を特定することが重要であり、基本的な人権保護の強化をすることができる。

3. 比較刑法による解釈

地方法の場合と同様に、刑法も多くの形式で比較解釈することができる。あ

10) ZIMMERMAN, Augusto. How Brazilian Judges Undermine the Rule of Law: A Critical Appraisal (2008). at 27-28.

11) 法律文献の例は豊富である。その中でも特に注目すべきは、米国で同じような違反を犯した白人被告人と黒人被告人に課される刑罰が不均衡であることである。(WESTERN, Bruce. Punishment and Inequality in America, 2006)

る法律や判決の適用可能性を分析するために使われる技術のほとんどは、伝統的な法的認識論に非常に強く根ざしている。また、時には調和がとれない異なる視点を統合する難しさもある。これらの要因について、次の章で詳しく説明する。

最初の解釈は、おそらく最も単純なもので、法律の文言解釈である。つまり、ある条文に書かれていることを解釈するだけである。換言すれば、その条文を取り巻く歴史的・法的文脈や、その条文の作成が正当化される根拠となった「法意識」を特に考慮することなく、解釈することである。しかし、このような解釈方法であっても、多文化的な要素を扱う場合には、研究された文言が分析する法学者の運用言語に翻訳された後に、ある程度の法的精度が失われる可能性があるため、問題が生じることがある。さらに、ある単語や犯罪の分野で使う用語が他の言語では完全に同じ意味を持つとは限らないため、迂遠な表現を使って表そうとすると、全体として難しい作業になる可能性があると考えられる。

もう一つの解釈は、ある法律が制定された歴史的な文脈に基づくものである。法律、特に刑法は、ある社会で最も価値のあるものとして認識されているので、権利を保護することを目的としているという事実を踏まえ、法律が効力を持ち始めた背景を歴史的に分析することで、その法が当時なぜ必要とされていたのかを明らかにすることができる。そして、それが現代においても存続しているのは、その法律の存在を正当化する条件の永続性によるものか、あるいは単なる伝統によるものなのかを問うことができる。

刑法は、論理的かつ体系的なアプローチで、問題となっている研究方法を取り囲む法律制度全体に基づいて比較することもできる。この種の解釈は、筆者の提案する通り、二つの異なるモデルで行うことができる、すなわち、システム内またはシステム間の法的観点からの評価である。

前者は、対象とするシステムにおける特定の規則の位置づけを検討し、調査対象の法域に限定してその地位を解釈する方法である。この解釈方法では、国際的な立法圧力がある法律の制定や適用にどのような影響を与えたか、あるいは

は与えなかったの理由は考慮されない。むしろ、異なる国における同等の法律の状態に関心があるだけである。例えば、日本における正当防衛の限界について、日本の刑法の変遷を踏まえて解釈し、その後、米国における正当防衛の限界について、米国の法律と比較することは、システム内論理体系分析である。類似の法律条文を対比・比較しながら、専らその地域の法律・条文に照らして解釈されることになる。

一方、システム間の論理的体系的分析では、国際的な圧力から法改正がもたらされると思われる。もっとも、これらに限定されるわけではなく、他には国際刑事裁判所 (ICC) による判決の存在、国際条約への加入、同盟国間の外交協定なども含むと言える。提案するシステム間論理的体系的アプローチでは、ある法律の採用や調節が、国際的な背景の変化からどのように関連しているかを分析することを目指している。

論理的・体系的な分析は、時には条文の文言や他の法律との比較における位置づけではなく、問題の規則を作成した立法者の意図にも焦点を当てる。いわゆる目的論的解釈の形式と結合することもある。刑法は単独で存在するものではなく、むしろ重要な社会的権利を保護し、共同体における平和な生活を保証するものであるという事実を踏まえ、たとえ文字通りの解釈がその意図から逸脱することがあったとしても、ある法律の制定に当たって立法者が最も重視したのは、具体的にどんな権利だったのかを理解しようとするのが、目的論的解釈である。¹²⁾

目的論的解釈は、予想されるように、国際的な期待によって変更されることがあり、また変更の頻度も頻繁になることがある。それは、ある国が認識する規則が、国際裁判所より幅広い国際社会全体の考えと異なる場合があるからである。そのため、ある法律が存在する理由についての解釈を微調整する優れた

12) ちなみに、これは裁判官が法律の文字通りの解釈を無視して、自分の正義の認識を適用する理由の一つである (脚注 10 で指摘したところである)。そのため、当然ながら、法律教義の意図的な適用に基づく個人の偏見が含まれる可能性がある。個人的な判断を最小限するため、ブラジルの刑法のように、法律は「基礎となる法的根拠」の章と同時に作成されることが薦められている。

方法は、最新の判決に照らして認識を修正することであり、その結果、合意への関与者が選択した方針についてより広範で正確な洞察を得られるだけでなく、現代の文化認識や思想の変化にも照らし合わせることができるであろう。

最後に、比較刑法は、法律の条文の理論性のみではなく、具体的な事実や統計に基づいて解釈することもできる。このような事実に基づく分析は、各国の文化的な期待値ではなく、ある政策が犯罪違反の防止にどれだけ効果的であるかを明らかにするのに役立つと考えられる。

ここで注意すべき点として、絶対的な数字を単独で政策決定の有効性を示す指標として用いることはできないことに留意を要する。他にも、評価対象地の平均的な犯罪指数や、調査対象地域の犯罪の歴史の変遷など、いくつかの要因を統計分析の焦点と平行して考慮する必要がある。つまり、ある法律の有効性に影響を与える他の関連要因がある可能性があるため、刑法の分析的解釈は文脈に即して行われなければならない。

4. 法域間の乖離の要因

上記のように、本質的に同じ問題を解決しようとするとき、法域がそれぞれに異なる法律を選ぶ理由は多数存在する。本章では、歴史的、文化的、そして刑事的な観点から、異なる地域が刑事問題に対処するために全く異なる法律を制定する理由を考察していくことにする。

4A. 法の歴史的発展

まず、各国には、それぞれに歴史的な発展の過程に特徴があり、その過程で異なる法的解決策を提示することを考慮する必要である。この過程も同様に、大きく三つの側面に分けることができる。すなわち、①その地域の立法形成の出発点となった中核的な歴史理論、②近代法の標準と比較したある管轄区域の成熟度、③法的枠組みの転換を引き起こした歴史的圧力の頻度である。

そもそも歴史は、起点がなければ考えることができない。言うまでもなく、

法制度の形成は哲学的、道徳的な問題に深く関わっており、これらの要素は、その国の法律の複雑な基礎を築く種となるものである。なぜ、国境を接している（つまり、文化的な分散がそれほど大きくない）国々が、まったく異なる結論に達するのかを説明するのに、種子の例えでこれを説明するのが非常に分かりやすいだろう。それは、同じ種類の種が、たとえ同じ土・水を与えても、同じ日差しを受けても、違う植物に育つという例である。これを応用すると、法的合理性の根拠が異なる国々が、文化的に類似性があるにも関わらず、全く同じ結論に達するとは限らない。

その一例が、英国で用いられたコモンローと、フランスの哲学者・社会学者のオーギュスト・コントが提唱した理想に基づくフランスで応用された実証主義の大きな相違点である。特に近代に入ってから、イギリスとフランスは深い対立の一方で思想の交流があったにもかかわらず、歴史的に異なった展開を示し、そして、各国が持つ法制度は比較的に大きく異なっていると理解されている。

同様に、あるシステムの「種」は、その国が成立したときから、あるいは外国の干渉の結果、イデオロギーの部分的な置き換えとして、他の国に刷り込まれるであろう。その事例は、歴史上にも見ることができる。すなわち、法体系の独自移転の代表的な例として、イギリスに植民地化されたアメリカがある。アメリカは、近代コモンローの原点となる多くの要因を携えて移民してきた。一方、明治維新から第二次世界大戦後の日本では、イデオロギーの部分的な置き換えが行われ、アメリカの法的合理性の要素が日本の制度に導入された例が見られる。しかし、これらの部分的な置き換えは、それまで確立されていたシステムの完全な改革に繋がるものではないことに留意する必要がある。むしろ、一見矛盾するような二つの体系の論理を使い分けることで、両者の要素を取り入れたハイブリッドな体系が浮かび上がってくる傾向がある。

さらに、あるシステムの歴史的な成熟度は、現代において同じ場所で選択された標準と比較した場合、その法的規則が時間の経過とともにどれだけ進化し得るかにも深く影響する。例えば、ドイツ、フランス、イタリアは、自国の規

範を適応させ、更新するのに膨大な時間があつたため、時間的制約から他の国には到底及ばない洗練された水準に達することができたのである。

この機会に、原住民の法制度が現在のヨーロッパにおける覇権的な基準に比べて、道徳的、複雑、洗練されていなかったわけではないことに注意が必要であろう。だが、植民地化の過程、特にアフリカやアメリカ大陸などで世界中に欧州の基準が押しつけられたことに注意しなければならない。そのため、我々の分析は、現在の法律の基準を考えなければならないのである。

また、歴史的経緯が法の進化に影響を与える三つ目の理由は、その国が直面する外国からの圧力の多寡に基づくものである。このような摩擦は、法律の進化に量的または質的な変化をもたらし、法域の法律が経験する洗練の度合いとその性質の双方に深く影響する可能性がある。

量的には、暴力的紛争が多く発生する国ほど法改正の機会が多く、歴史的変遷も数多く経験している。例えば、両国の生活水準は同等であり、実際、カナダはアメリカよりも犯罪率が低いにも拘わらず¹³⁾、法的分析の過程においてアメリカはカナダよりも影響力があると一般的に考えられていることは言うまでもない。その原因の一つは、アメリカはカナダよりも内外の紛争に関与することが多く、従って、法律的にも絶えず変化してきたという事実にある。

また、外的な圧力に反応して国がどのように進化していくかという質的要素もある。例えば、紛争の敗戦国になった国、第二次世界大戦後にドイツや日本がそうであったように、将来の侵略を抑制するために考案された海外からの制裁措置の強化により、より人道的または原則的な価値観を持つことを余儀なくされていた。

外的な圧力は否定的なものばかりではなく、対立だけにに基づくものでもないことを、ここで念のため記しておかなければならない。また、国際社会と広範な外交関係を持つ国は、他国に対して圧迫感を与え、その結果、その国の法制度の発展にも繋がる可能性があると考えられる。

13) OUMET, Marc. *Crime in Canada and in the United States: A Comparative Analysis* (1999).

4B. 文化と習慣

歴史と文化の間に強い繋がりがあことは言うまでもない。このことから、多くの文化的慣習は、その国の歴史的進化の直接的な結果として認識することもできる。だがそれでも、ある国が法の適用においてなぜ乖離しているのかを分析する際に考慮しなければならない文化的側面もある。

第一の要因、そして恐らく立法過程を評価する際に最も関連性の高い要因の一つは宗教である。現在では、国家と宗教の関係は何としても独立性を尊重されなければならないと強く主張する司法当局が多いが、時代を経て、必ずしもそうでなかったことは否定しようがない。実際、サウジアラビアやイランなどではシャリーア法があるように、道徳的な要素を保護するために法律を使う国も少なくはない。

それに加えて、憲法で宗教的な理由付けで政策決定の一部として使用することを禁じている法域でも、宗教的な考え方が法律作成過程に含まれることがあるのは事実である。この現実を示す一つの有力な例は、特に 2022 年 6 月 24 日に米国の最高裁判所が「ロー対ウェイド」判決¹⁴⁾を覆したことを受けて惹き起こされた、ブラジルと米国の両方で中絶の限界をめぐる最近の議論である。ブラジルも¹⁵⁾米国も¹⁶⁾特定の宗教的イデオロギーを支持することを禁止する正式な法律が存在しているが、宗教的な理由付けに基づく社会的圧力によって、宗教的多数派に合わせるために、以前に制定された条文の意味を歪めることが

14) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

15) ブラジル憲法第 19 条第 1 項：“é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” [連邦、州、連邦管区および市町村は、法律の形式上、公共の利益のために協力する場合を除き、宗教団体または教会を設立すること、これらの団体に補助金を与えること、その活動を妨げること、これらの団体またはその代表者と依存または同盟の関係を保つことを禁じられる。]

16) 米国の権利章典、第 1 条：“Congress shall make no law respecting an establishment of religion” [議会は、宗教の確立に関していかなる立法してはならない。]

できる。

法的分散に影響を与えるもう一つの文化的要素は、その国の経済的・社会的モデルであり、それはその法域において何が法的優先事項であるかを調整するものである。例えば、スカンジナビア諸国の多くが擁護する強力な福祉国家モデルと、米国、特にニューディール政策後の経済繁栄と激しい商業競争を優先するモデルを比較対照することができる。イデオロギーの方向性の相違により、一見一目瞭然ではないように見えても、ある種の法律問題では正反対の結論に至ることがある。¹⁷⁾

最後に、やや意外に思われるかもしれないが、国の地理的な位置も文化的な期待に影響を与え、それが法律の変更に関与する可能性があるということを述べておきたい。例えば、日本のように天候不順や自然災害が多い国は、社会的団結力が高く¹⁸⁾、お互いの協力や危機の予防対策などの原則が優先される社会に繋がっていると考えられる。従って、日本が刑法にも同じような思考を適用することは、驚くべきことではない。欧米諸国では、その厳格な規定が過剰に見えるであろうが（ある程度の柔軟性があれば、制度全体の構造を危うくすることはない）、不利な状況でも国を安定させる役割を担っているのである。

4C. 刑事政策立案

上記のような歴史的・文化的要素は、法律の制定や最初に適用されることに影響を及ぼす。ところが、制定当初は保護が不十分とされた権利をより正確に保護するために、時間の経過とともに既存の法律が改正されることもある。そのため、この刑事政策決定過程において、提案された措置の不備または過剰に

17) その主張の端的な例が、最高裁が七対二の票差で、同性愛者の結婚式にケーキを焼くことを拒否しても差別禁止の法律違反にはならないと判断した [Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission] (2018年6月4日) である。これは、性的嗜好の主張に関連する個人の権利よりも、商業的権利や労働の自由を優先していることを示すもので、米国では個人の権利よりも商業的権利がより厳重に護持される場合があることを示している。

18) USLANER, Eric M. Disasters, Trust and Social Cohesion

関する具体的なデータを得た上で、法的保護の欠陥に対処する役割を果たしている。

最も一般的なのは、市場の変化に基づき、特定の犯罪形態が犯罪者にとってより流行し、利益を生むようになった場合に起こる過程である。このような現実を示す例として、ブラジルの麻薬対策法の変遷を挙げることができるだろう。当初、ブラジルの麻薬対策法（1976 年成立の法律 6.368 / 76）では、何らかの方法で麻薬の売買をした者は、3 年から 15 年の間、懲役されることとされていた。ブラジルの法律では、最低水準に注意を払うべき点が刑罰計算の起点である（その後の加重状況によって、割り当てられた制限の範囲内で刑罰が強化される）。

しかし時代が進み、ブラジルで薬物の商業化が進むにつれ、薬物関連の犯罪を犯す人も増え始めた。法律 6.368 / 76 による保護は、最近の状況に照らして不十分であったため、新しい麻薬取締法（2006 年成立の法律 11.343 / 06）に全面改正されなければならなかった。この新法では、薬物に関する違反行為への罰則が強化され、最低水準刑が 3 年から 5 年へと引き上げられた。

また、技術革新は刑法上の不備に繋がる可能性があり、現代的状況に即した法律の改正が、これまで以上に求められている。新しい手段が犯罪の実行や検知の回避に繋がることを考えると、新しい犯罪手段、特にデジタル犯罪に関しての開発は犯罪行為の急激な増加を引き起こす可能性があることは驚くべきことできない。

5. 比較刑法の実践的応用

比較刑法を研究することは、それ自体学術的に有益なことであろうが、実はそれにとどまるものではない。法域の刑事問題への取り組み方法の違いの分析により、世界中で犯罪がどのように扱われているかという知的好奇心を単に満たすだけでなく、もっと多くの帰結をもたらすことができるであろう。本章では、政策決定過程に着目することで、比較刑法の主な実務的利用法について

簡単に説明する。

5A. 国境を越えた法律の調和

本稿で述べたように、歴史的、文化的、政治的な要因などによって、法律は国ごとに大きく異なる場合がある。しかし、国交や外交関係が国際的な繋がりを築くことが不可欠である時代において、それぞれの法域が同様の法規範を適用できるようにすることは、ある程度の司法の統一性を保つために必要である。

特に犯罪回避を考えた場合、この点は重要である。現状では、犯罪の処罰が行き届かないところが存在することで、犯罪の回避が容易となっている。あるいは、フェイクニュースの拡散のような現代的な犯罪の場合は、全く処罰されないと見られる。そのため、犯罪を防ぐためには、便宜上国から国へと移動するだけでなく、国際協力が必要なのである。

この国際協力と海外分析の原則は、様々な国が既存の法律を適応させる際に決定的に重要であり、異なる地理的な場所では通用しないことが証明された要素を取り除いたり、有効であることが示された新しい方法を試したりすることができる。例として、A法域では未だに時代遅れ水準を使用しているのに対し、A法域と文化的・社会的価値が似ている近隣のB法域では、その水準から斬新な刑事政策への移行に成功したと仮定する。そこで、Aは自国の法律を改正し、近隣の重要な権利の保護を強化することが合理的であると考えなければならないのである。

法律の調和は、違法性の錯誤による処罰の防止にも役立つであろう。またよく知られているように、多くの法域では、禁止事項の誤りを免責の要素として認めないため、相違の著しい法律が存在すると、行為者の主観としては故意に法律を違反したわけでもない者が逮捕されることがある。そのため、刑法の区別を意識することで、二つの理由から、違法性の錯誤に誠実で相当な理由があるにもかかわらず処罰されるという事態を減らすことができるであろう。

まず第一に、比較刑法の知識は、刑事領域で存在する法的保護の一部を民事

領域に移行する機会を各国に与える可能性がある。例を挙げると、日本では不法投棄された粗大ゴミを自宅でも捨てることが禁止されており、その禁止事項が入国間もない外国人の処罰に繋がるのが考えられる。日本が、ゴミの不法投棄に関する現在の規則（例えば、他人の敷地内に無断でゴミを捨てることの禁止については、やはり違法と見做すべきであろう）を改める必要がないことは確かだが、ほとんどの文脈では、粗大ごみの不法投棄が、そもそも民法ではなく刑法で取り締まるべき問題なのか、という疑問が生じることもあると考えられる。

しかし、司法当局に法改正の意向がない場合でも、比較刑法を意識することで、上記のような勘違いで処罰される確率を減らすという、非常に具体的な効果が期待できるであろう。要するに、日本の法律と海外のゴミ処理法の乖離を知ること、評価された法制度に慣れていない人の期待とは異なる点に目を向けることができ、適切な法的対応のためのより効率的な検討資料を得ることに役立てることができるのである。

5B. 国際刑事法の発展と強化

さらに言うと、単純な国内法の改正以上に、刑事法の比較法的な俯瞰は、効果的な国際政策を構築するために必要なのである。この主張を裏付ける主な理由は、現代社会において地域刑法の調和が不可欠である主な理由と、意外なほど類似している。すなわち、国際的な規則が多くの制度に適合していなければ、多くの国に受け入れられない法律を創り出すことになり、犯罪行為の中心地となりうる盲点を世界の中に設けることとなる。

国際刑事法の強化は、各国の国内で犯した行為に対する法的責任を明確にするためにも必要であると考えられる。国際刑事裁判所のような組織は、現代の文明社会において組織的な司法違反が生じないようにするために必要だが、効率的かつ公正に運営するためには、すべての国に公平に適用できる明確な国際的見通しを持つことが必要だと言える。

より寛大な観点では、犯罪構成論の重要な要素である意図に関する要素（主

観的な構成要件)が、より高次の国際裁判所によって行為者の免責を受けるべき場合を特定するために、比較刑法に関する十分な知識が必要となるであろう。そのため、文化的・社会的要因の存在は、行為者がある行為の実行に犯罪的意図を持っていたかどうかについて十分な疑いを与え、その結果、処罰を免除することが公平性を確保するために必要となる場合があると考えられるのである。

6. おわりに

現代社会においても、各国の国家主義は確実に保護されており、内政不干渉の原則の必要性を世界的に認められている。他方で、インターネットの普及や、現実空間での国際交通の利便性向上等により、犯罪・犯罪者・犯罪組織を区切って活動するわけではないという状況もさらに増加しつつある。

もちろん、比較刑法研究も従前から行われているのであり、本稿は、それに対して斬新な解釈方法の必要性を主張するものではない。ただし、現代の国際交流と共に比較刑法の視点の重要性が高まっており、より安全な世界を構成するためにも、比較刑法の分析が不可欠であると主張するものである。

換言すれば、比較刑法の観点は時代の変遷とともに国際的な統合が進んでいく中で、ますます中心的な役割を担っていくと考えられる。グローバル化は多くの犯罪者にとって好都合なものであり、その反面で刑事司法・捜査機関にとっては、一定の困難さをもたらすものであるが、しかし同時に、国際的な協力と相互理解の機会を多く提供されることになり、その結果、これまでできなかった方法で法律を改善するための手段を提供する。これが、本稿で着目した視点である。

今後、本稿で示したいいくつかの視点に基づき、具体的な問題について、さらに検討を続けていくことにしたい。