

吉川先生と刑法改正問題

中山, 研一 / NAKAYAMA, kenichi

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / Review of law and political sciences

(巻 / Volume)

105

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

13

(終了ページ / End Page)

23

(発行年 / Year)

2008-03-14

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00003026>

吉川先生と刑法改正問題

中山 研一

まえがき

一 改正刑法準備草案の立案過程

三 保安処分論への対応
むすび

二 改正刑法草案の立案過程

まえがき

吉川経夫先生は、二〇〇七年八月三二日に卒然として亡くなられた（享年八二歳）。それは奇しくも佐伯千仞先生が亡くなられた同年九月一日の前日であった（佐伯先生は九八歳）。

私自身にとって、佐伯先生が、京大の刑法のはるか大先輩に当たるのに対して（二〇歳の差）、吉川先生は、少し上の先輩に当たり（三歳の差）、勤務地は東京と京都に分かれていたものの、実に長い年月にわたって公私ともに親

吉川先生と刑法改正問題（中山）

しく交流させて頂いたという多くの思い出が残っている。

本稿は、吉川先生が残された業績のうち、とくに「刑法改正問題」に関連する部分に焦点をあてて、先生がこの問題につき込まれた莫大なエネルギーと、客観的に果たされた役割の一端をフォローし、そこから何を学ぶべきかを探ってみたいと思う。

この「刑法改正問題」は、吉川先生がもっとも重要視し、全力をあげて取り組まれたテーマであったことは、ご自身も認められており、全5巻（補完を含めて6巻）に及ぶ『著作選集』の第1巻および第3巻のすべてをこの問題にあてておられることから推察することができる。本稿でも、この著作集の中から、吉川先生の分析の手法を抽出し、若干のコメントを加えることにしたい。⁽¹⁾⁽²⁾

(1) 『著作選集』(二〇〇〇—二〇〇三年) 以前にも、著者には刑法改正問題について、『刑事立法批判の論点』(一九六七年)、および『刑法改正と人権』(一九七六年) という二冊の著書が存在するが、『著作選集』はその後の論議等を含めて、これを集大成したものである。なお、私自身は、かつて、「吉川刑法学の「考察」と題する一文を草したことがあることを付記しておく(中山「刑法諸家の思想と理論」所収、一九九五年)。

(2) なお、『著作選集』には、論文のほか、講演・対談・座談会等の資料が網羅的に収録されているので、刑法改正問題にかかわる法制審議会内外の動きのほか、学界や世論の対応についても、身近に知ることができるというところに利点があるといえよう。本稿でもこれらの付属資料を十分に参照する。

一 改正刑法準備草案の立案過程

現行刑法（一九〇七年）は、戦後の一九四七年に、皇室に対する罪、間諜罪（スパイ罪）、姦通罪の廃止などの急的な一部改正を経ただけで、カタカナの文体を含めて、そのまま維持されていたが、一九五六年に「改正刑法準備会」が出来て、本格的な刑法全面改正の試みが開始された。そして、一九六一年には「改正刑法準備草案」として、理由書付で公表された。

この準備草案については、当時からすでに多くの解説や評釈があり、批判的な意見も数多く寄せられたが、ここでは、吉川先生が準備会の委員として立案に関与された立案過程で体験されたいくつかのエピソードを紹介しておくことにする。⁽³⁾

1. 準備会に入られた経緯

刑法改正準備会是小野清一郎博士を議長として構成されたが、法政大学に移られた吉川先生はその小野博士の推薦のもとで準備会に入られる際、とくに佐伯先生のもとに相談に行かれたという慎重さが注目される。吉川先生は当時の委員の中では最も若い助教で、平野委員もまだ教授になる前であったほかは、年配の委員が多く、小野博士に協力するという雰囲気が強かったといわれている。⁽⁴⁾

2. 準備会での検討状況

準備会の審議は一九五六年一〇月から始まったが、まず吉川先生を驚かせたのは、法務省が資料の第一号として出してきたのが、改正刑法仮案（戦前の一九四〇年に出来たもので、危険思想から皇室、国体および家族制度を道義的に擁護しようとする性格のもの）の現代語訳であったという事実である。吉川先生は、ファッショ時代の立法を戦後の民主化された刑法のための資料にするのはおかしいと批判されたが、小野博士から、仮案は日本の刑法の改正資料として価値

があるもので、これを無視することは問題にならないとして一蹴され、誰も反対する委員はなかったといわれる。この出発点が戦後の刑法改正作業の方向と性格を象徴するものであったといつてよいであろう。⁽⁵⁾

3. 印象に残った論点

多くの論点のうち、とくに吉川先生が強調されたのは、まず機密探知罪（スパイ罪）について、責任を明らかにするために票決してほしいという提案をされたが、結局、反対は平野委員と二人だけであったということ、また逆に、自白強要罪の規定を平野委員とともに共同提案をしたが、検察官委員の強い反発にあって、圧倒的多数で否決されたことなどの点であり、そこには若い平野、吉川委員の孤軍奮闘振りをうかがうことができる。

その他の点では、単一刑論（懲役と禁錮を一本化する）について賛否相半ばの議論があったほかは、保安処分⁽⁶⁾の立法化には当時ほとんど反対意見がなく、死刑問題もあまり議論にならなかったといわれている。会議の正規の議事録もなく、資料は部外秘という閉鎖的な手続の中で、吉川先生は親しい研究者仲間にはひそかに漏らされていたのである。⁽⁶⁾

4. 学会の反応

準備草案が公表されて以降の刑法学会の反応は、最初は鈍いもので、学会でも取り上げられたが、趣旨説明の域を出ず、その後、機密探知罪や死刑などのいくつかの論点について論議があったものの、全体としては根本的な批判が盛り上がらないままに推移したものと総括されている。⁽⁷⁾

(3) ここで紹介するのは、『著作選集』第1巻第2部の15「対談「吉川先生『刑法改正』を語る」」（聞き手・村井敏邦（現龍谷大学法科大学院教授））に掲載されたものであるが、そこでは吉川先生の体験された事実経過が詳細に語られていて興味深いものがある。

- (4) 「改正刑法準備会」は、当時の牧野良三法務大臣の諮問を受けた小野清一郎法務省特別顧問を議長として構成されたもので、在京の十数名の委員の中には、検察官・裁判官のほか、団藤、植松、日沖、伊達、平野、吉川、藤木（幹事）などの学者が含まれていた。
- (5) 平野委員は、準備会発足のときは、まだアメリカ留学中で、発言の機会がなく、結局、小野博士に異議を述べたのは、吉川先生のみという結果になってしまったという。
- (6) 関西の刑法読書会の夏季合宿（一九五九年）の際には、未定稿のテキストが配布され、吉川先生が説明されたが、平野委員も大学院のゼミで草案をテキストにして討議されたといわれる。しかし、一般の刑法学会の会員は、草案が公表されるまで全く知らなかったという状態であった。
- (7) 吉川先生自身も、この当時は、少なくとも政治犯については死刑を廃止すべきであるという程度にとどまっており、明確に死刑の全面廃止を強く主張されるようになったのは二〇〇〇年の段階である。

二 改正刑法草案の立案過程

その後、一九六三年から、法制審議会の中に刑事法特別部会が構成され、本格的な審議が始まったのであるが、吉川先生はこの部会にも幹事として参加された。そして、結局、この審議会は、一九七四年に「改正刑法草案」を公表するに至ったのであるが、準備草案の場合と違って、審議の過程から内外の批判が顕在化し、その結果、法務省は「修正案」を用意したものの、結局この草案による立法化は挫折するという異例の経過を辿ったのは周知のところである。⁽⁸⁾

この過程でも、吉川先生が果たされた役割は大きかったのであるが、ここではそのうち先生が体験された当時の審議会の内外の事情のいくつかをあげておくことにする。⁽⁹⁾

1. 部会草案の審議過程

法制審議会でも、まずは改正の方向を議論すべきであるという提案がでる前に、当然のように「準備草案」を重要な参考資料として、その逐条審議から始まるということになり、平野、吉川委員などの抵抗姿勢が次第に顕在化することになった。吉川先生は、折角小委員会が出た少数意見（別案）も、部会で大抵つぶされたことを嘆かれていた。そして、各小委員会の議事要録だけは出たけれども、発言者は分らず、部会の速記録も部外秘とされて公表されなかったといわれている。⁽¹⁰⁾

2. 刑法研究会

部会草案の審議過程では、平野、平場委員などが途中で部会委員を辞めるというハプニングがあり、それが審議過程に動揺をもたらす兆しとなった。ただし、吉川先生は委員を辞めず、最後まで委員会の内部で批判活動を継続された。そして、ようやく学会内部でも、準備草案を前提とした刑法全面改正には反対という意見が強くなっていった。

そして、この批判的な動きに決定的な影響を及ぼしたのが、部会を辞めた平野・平場委員によって作られた「刑法研究会」（一九六九年）で、ここには、吉川先生をはじめ当時の中堅の有力な刑法学者が数多く結果するという画期的な動きがあった（計一五名）。私自身もこの研究会に積極的に参加したが、この東西をつなぐ自主的な研究会は何回も合宿して熱心に討議をする中で、一九七二年から一九七三年にかけて『刑法改正の研究1・2』（東大出版会）を公刊するという成果をあげた。研究会としての『対案』も一応作られたが、未定稿（試案）という形で学会に公表されるといって経過を辿った。吉川先生は、この過程でも平野博士とともに中心的な役割を果たしたのであるが、この動きが改正刑法草案のままではいけないという意見形成に大きなインパクトを与えたことが自他ともに認められて

いる。

ただし、刑法研究会の内部でも、意見は必ずしも一致しない部分があり、とくに死刑の存置については意見が分かれ、保安処分の新設についても議論が半ばしたといわれているが、この点については後述する。⁽¹¹⁾

3. 改正刑法草案の評価

草案に対する各界の批判としては、精神神経学会が保安処分の新設に反対し、新聞協会からは名誉毀損や秘密漏示罪に再考を求める要望もみられたが、とくに日弁連の継続的な批判が大きな役割を果たすという状況下において、刑法学会の中にも批判的な意見がむしろ支配的ともいえる状態にまで変化した。吉川先生は、当時を回顧して、正面から賛成を述べるのが小野博士のほかは、一、二にとどまるというのは、これまでの法案の審議経過からみて不自然な印象を受けたと述べられている。⁽¹²⁾

(8) 改正刑法草案による刑法全面改正が挫折した後は、1995年に「刑法の現代用語化」が行われたが、その際には、尊属殺のほか「いんあ」者の規定が削除されただけに終わった。そして、そのほかは、刑法の一部改正という形式で多くの規定が追加され、とくに2004年の改正では、法定刑の大幅な引き上げが強行され、処罰範囲の拡大と厳罰化の流れが加速しつつある。

(9) 以下の内容は、上記の村井教授との対談のほか、同じく『著作選集』第1巻所収の「刑法改正審議の経過と各国における刑法改正の動向」と題する座談会（大谷・内藤・平野・松尾・吉川・中山・平場）のなかから抽出したものである。

(10) この議事録公開の問題は、準備草案の審議過程から問題となっていたが、その後も何らの本質的な改善がなされないままに、現在に至っている。まさに大声で「公開せよ」と要求しつづけなければならない重要な論点であるといえよう。審議会委員の人選についても、吉川先生は、部会委員に元検事総長が三人も入るなど、その構成がいかに偏っており、法律専門家外からも市民の感覚を代弁する人の参加が必要であったと指摘されている。

(11) 興味のあるのは死刑論で、刑法研究会の対案では死刑廃止をうたって、別案として死刑の規定を置くという形になっており、この

別案が平野博士の意見だといわれている点が興味深い。西原、平野が存置論で、大谷の時期尚早論以外は、松尾、鈴木ほかの多数は廃止論だったといわれている。私も廃止論に加わっていた。

(12) 当時のマスコミも批判的な報道をしていたが、これが鎮静化すると賛成論が台頭する可能性があることを警戒すべきだという指摘が平野博士によってなされていたこと、それから、いわゆる「現代用語化」は、草案の内容とは全く別個の問題であり、混同してはならないといわれていたことに注目すべきである。

三 保安処分論への対応

刑法改正問題の中でも、保安処分の新設の可否およびその内容は、一つの大きな論点であった。吉川先生は、もちろんこの問題にも正面から取り組み、上述の『著作選集』第3巻がこの問題に当てられている。以下では、主要な論点と対応状況をあげておく。⁽¹³⁾

1. 準備草案の保安処分

準備会では、刑罰のほかに保安処分を新設すること自体にはほとんど異論がなかったが、その内容については、戦前の「仮案」よりも狭く、精神障害者に対する「治療処分」と薬物乱用者に対する「禁断処分」の二種類に限定した。上述したように、準備草案自体には当時からかなり批判があったが、この保安処分については、むしろ賛成の意見が多かったといわれる。その後の激しい批判の台頭を考えると、今昔の感にたえないとのコメントが、吉川先生によってなされている。⁽¹⁴⁾

2. 改正刑法草案の保安処分

草案の審議過程では、準備草案を受け継いだA案のほかに、「保安処分」という名称を避けて、治療ないし保護の面を重視する「療護処分」と呼ぶB案も提案されたが、多数決（16対6）でA案が採択された。

しかし、一九七〇年頃から、精神神経学会を中心に、精神障害者に対する無期限の予防拘禁に至るとする原則的な反対論が急速に台頭し、日弁連等からも反対意見が相次ぐという事態が発生した。そして、上記の刑法研究会内部でも論争問題になったが、吉川先生は、最終的にはB案にも反対し、保安処分制度の導入を強行すべきではないという結論に到達されたのである。⁽¹⁵⁾

その後、保安処分については、法務省が「刑事局案の骨子」（一九八一年）を提案したが、結局は改正刑法草案自体が棚上げされ、改正は「現代用語化」（一九八五年）の方向に向かったので、いったんは立ち消えの状態になった。そして、結局は、「心神喪失者等医療観察法」（二〇〇三年）の立法化に至るのであるが、吉川先生の分析はそこまで及んでいない。⁽¹⁶⁾

(13) この問題については、「セミナー保安処分」と題する論文（一九七七年）と、「保安処分」に関する座談会（一九六六年）が重要である。ここでは、その中から、吉川先生による立法過程の説明と対応をまとめることにする。

(14) このような対応は、刑法学会だけでなく、精神神経学会にも共通して見られ、中には、危険な常習犯人に対する保安拘禁、労働嫌忌者に対する労働処分などの新設にまで拡大する提案までなされていたことが指摘されている。

(15) しかし、その吉川先生も、一九六六年当時には、精神衛生法上の行政処分の改善というほかに、他害行為を行った精神障害者を司法手続に乗せることによって、現行法よりも厳格にやり得るのであれば、やはりプラスの面があるのではないか、また収容施設についても現在の通常の精神病院への収容に適しない者については、やはりある程度保安面をも考慮したものが必要ではないかといわれていたのである。

(16) 吉川先生の保安処分論を引き継ぐものとしては、さし当り、中山『刑法改正と保安処分』(一九八六年)、同『心神喪失者等医療觀察法の性格』(二〇〇五年)を参照されたい。

むすび

以上で、吉川経夫先生が刑法改正問題に対して書き残された業績の一端を要約し、そこに含まれていた問題に対する先生の対応を探るという作業を終わるが、最後に、その中から、特徴的な点をいくつかあげておくことにする。

第一は、吉川先生が刑法改正問題にかかわれたのが、刑法改正準備会の発足時(一九五六年)から始まり、改正刑法草案(一九七六年)の審議を経て、草案への批判活動に献身される時期(一九八〇年頃)までの、実に三〇年以上の長期にわたるという点である。この期間中、先生は、文字通りこの刑法改正問題に全力投球されたのである。

第二は、吉川先生自身が委員または幹事として、法制審議会の内部で審議に参加されたことから、本来は非公開で議事録も部外秘という閉鎖的な体質を批判され、内部資料の公開に苦心されながら取り組まれたという点である。審議会の内外のつなぎ役として実に貴重な存在であったといえよう。

第三は、吉川先生の法制審議会の内外にわたる活動が積極的であり、憲法にもとづく人権擁護の思想によって貫かれていたという点である。このような立場は、外在的な立場からの批判としてはそれほど困難ではないが、審議会の内部でもその姿勢を維持することは容易なことではなかったと思われる。審議会における平野委員との連携や、刑法研究会での中心的な活動に対して、深甚の敬意を表したいと思う。

本稿を、今は亡き吉川経夫先生に捧げる。

吉川先生と刑法改正問題（中山）