

社会秩序無価値説の構想

中 野 正 剛

献辞 本稿は、一昨年の夏に逝去された井端正幸教授（フランス憲法学）と昨年の冬に逝去された高良阮二名誉教授（刑法学）に奉げられる。わたくしが平成17年4月、本学に奉職させていただき、爾来、18年近くご指導を受けてきた。本稿はこれまでの研究の一端を井端先生と高良先生の御霊に報告させていただき、今後のわたくし自身の研究の一里塚とさせていただくものである。

はじめに

わたくしは、これまで未遂犯論について研究を重ねてきた。未遂犯論への関心は学部在籍時にさかのぼる。

刑法総論の講義を聴いたのが40年ほど前、当時広島高裁長官を定年により退職せられ大学で教鞭をとられていた矢崎憲正教授の刑法総論である。わたくしは、その講義を聴きながら、まずその講義の冒頭で教授が「犯罪とは構成要件に該当して違法かつ有責な行為である」と述べられたことに対して奇異なことと感じられてならなかった。

そもそも、有責な行為とはいったい何を意味するのか。責任とは行為をなした人（Person）、すなわち行為者に帰属するものであって、「行為」になぜ帰属するのか。

また、未遂犯の説明を聞いても理解が行き届かなかった。未遂犯とは、そもそも既遂犯罪の仕損ないである。旧刑法112条では舛錯と言葉が充てられていた。これが処罰されるのはどういった根拠によるのか。法益侵害の危険が発生しているのだから危険犯として処罰するのでであると説明されていた。だがしかし、危険犯とは行為者が意図していた一定の危険の発生した既遂犯であるのが道理ではなかろうか。たとえば、放火の罪（刑法

108条、109条1項)は危険犯の代表であり、そこでも未遂を処罰する規定(刑法112条)があるが、これは何を意味するのか。

つぎに、期待可能性の理論については過酷な処罰から行為者を解放する安全弁だと説明を受けた。また同時に責任主義の説明も受け、この原理と相まって、行為者自身や一般人を基準に置いて適法行為を期待するのが可能か否かを考えて無罪となるべき場合も学説によればあるのだとも説明を受けた。責任にそこまで規範的な価値評価を置いてしまって果たして妥当なのか疑問を抱いた。同時に、その基盤にある規範的責任論にも強い違和感を抱き続けているのである。なぜならば、その前提に置かれている人間像が証明困難な自由意思を前提に構成されているからである。近年の脳科学の進展を見てもこのことは明らかではないか。

さいごに、共犯の体系的地位についてである。我が国の伝統的な犯罪論、すなわち三分類体系によれば、共犯は構成要件でその修正形式と処理されているのが一般である。だがしかし、それは果たして妥当なのであろうか。我が国では正犯が存在して、それに関与する犯罪類型として共犯が位置付けられる。これは帰責の一態様だとみることでもできるのではあるまいか。すなわち、犯罪行為論としてではなく、行為者論(帰責)としての位置づけのほうが自然であるとも思われる。

わたくしのこれまでの研究生活ではこの4つの点の解明に勢力が注がれた。

さて、本稿ではこのうち2番目に掲げた未遂犯論の研究の基礎となる実質的違法性論の研究である。

先に上梓させて戴いた拙著『未遂犯論の基礎』(成文堂、2014年)では、黎明期日本に初めて継受されたフランス近代刑事法理論が「危険」という観念を使わずに未遂犯論を構築していた点を指摘した(同書330頁)。この研究で注目したのはオルトランの採った犯罪論である。オルトランは、フランスの新古典学派を代表する理論家である。彼は、当時のフランスの刑法学者と同じく違法性論を知らなかったが、その講義録(*Éléments de Droit Pénal*, 1855)のなかで明確に可罰性の礎として社会的害悪(*mal*

social) という観念を使用した。これはさらに2つに分かれ直接的害悪 (un mal direct) と間接的害悪 (un mal indirect) とに分析されている (op. cit., n^{os} 957 ets.). 前者は通常我々が違法性の本質について語る時使用される法益の侵害に対応する。後者は効用 (utilité) を含意し社会秩序の変動を意味し、そこでは民衆による政府の犯罪統制活動への信頼の確保も含まれている (詳細は拙稿「オルトランの未遂犯論」刑法雑誌55巻2号38頁以下、さらに47頁補註を参照)。そこから、次に述べる社会秩序無価値説へとつながる構想を得た。

1 社会秩序無価値説について

本稿で述べるのは、刑法における実質的違法性論における社会秩序無価値説という考え方である。これは、伝統的な、法益侵害説、規範違反説の枠組みとはやや異なり、利益衡量説とでもいうべき所論である。

ここに法の女神ユースティティアの塑像があったとしよう。彼女は両目をたすきで隠し、剣を片手に持ちながら他方の手で「天秤」を持っている。この社会秩序無価値説の構想はユースティティアの塑像に類似している。法の不平等な適用を封じるために目隠しを施されている女神こそは裁判官その人であって、手にしている天秤こそ社会秩序無価値説を象徴している。これは我が国の刑法立法作業に礎を与えたフランス新古典学派の大成者 JLE オルトランの社会功利主義 (折衷主義) という概念を基礎に置く。

2 犯罪評価と違法性の実質についての管見

そこで、次のごとき考え方もあるいは一考の余地があるまいかと思うのである。

すなわち、従来の犯罪論では、それが行為無価値論に基盤を置くものであれ、結果無価値論に基盤を置くものであれ、違法性の実質とは行為やそこから生じた結果 (危険性) じたいにアプリアリに備わっているものと考えられてはこなかったであろうか。その意味で評価者 (刑法) の主観と無関係に存在する、非違性を「発見する」ことだと考えられてはこなかつ

たであろうか。熱水の熱さはその熱エネルギーが熱水に本来的に備わっているのだから、人がそれにふれて熱水を熱いと感じるのは、絶対的に存在する熱さを「発見する」ことであると考えられるように。

従来の犯罪論では、犯罪評価の構造を論じるのに、評価主体である刑法そのものの構造にはふれないで、おもに評価客体である行為ないし結果の違法性を問い、無価値性を直接に行為や結果自体の中にあるはずの要素のなかに見いだそうとつとめているように思われる。そして、多数の学説は、行為が引き起こす結果の中に直接行為の無価値性があると考え、これを法益侵害ととらえるようである。例を示せば、ナイフで人を刺し殺す行為（殺人罪）の違法性は、ナイフで人を刺す行為が惹起する結果である被害者の死亡という事実の中に直接発見され、人の死亡は「人の生命」という法益の侵害にほかならないので、当該行為は法的に無価値の評価、すなわち違法と評価されるのである、とするように。これが、こんにち結果無価値論、行為無価値二元論の基礎である法益侵害説の発想であり、違法性の実質を法益侵害の中に見ようとするものである。

だがしかし、実際には、法益を侵害しているとは思われない犯罪現象がある。未遂犯には法益の侵害はない。法益侵害に向けられた危険（蓋然性）があったとは評価できるが、それは原則的には、行為の当時すべての事情に通暁していない人がそう思うだけで、結果の不発生が明らかにされた後には、遡及して行為の当時にすでに法益侵害の危険性（蓋然性）は存在していなかったことが証明されたことになる。未遂はすべて不能犯であるとも評されるゆえんである。現在どのような不能犯の理論を取る者といえども迷信犯は不能犯であることに異論はないだろう。しかし、昔呪詛によって人を殺すことが可能だと信じられていた時代には、丑の刻詣りも犯罪として処罰されていた。現に、旧刑法制定前の新律綱領、卷三、人命律上にみえる魔魅人によれば呪詛も殺人行為に数えられていた。だが、現在では呪詛を殺人行為として取り扱う者は誰もいない。未遂の違法性は、その行為の中にアプリアリにあるのではない。時代の変化とともに変化するものである。

逆に、明らかに法益を侵害しているにもかかわらず、行為が適法と評価される場合がある。その場合の1つに数え上げられるのが、正当防衛である。これなどは、犯罪の無価値性は、本来当該行為自身の中に、あるいはその行為から生じた当該結果のうちに客観的事実として備わっているということを出発点として議論が構築される。

この出発点には疑問がある。犯罪の無価値性はその行為、その結果そのものが備えている性質にあるという考え方ではなく、その時その場所でその人格状況のもとで刑法がなすべきである / なすべきでないとされる行為（甲）と実際に行われた行為（乙）との両立不能性にあるという考え方にも一瞥してみる余地はないであろうか。

すなわち、犯罪の無価値性という評価は、乙そのものが本来備えている性質ではなく、乙の甲に対する存在論的關係性の中に存在すると解するわけである。つまり、乙自身は同じであっても、甲が違えば、乙の価値無価値評価は異なることがあり得る。たとえば、井戸の水は血行のよい手には冷たく感じられるが、かじかんだ手には温かに感じられるように。冷暖は水に本来備わった性質ではなく手の状態との相互関係から、脳に刺激が伝達された結果にすぎない。

3 犯罪評価にあたり注意しなければならないこと

① 人の自由意思的行為は、それがたとえ違法行為であると呼ばれるものであれ、すべて行為者にとって自己の実現としておこなわれる。犯罪とするのかしないのかは、刑法（評価者）の価値観にある。たまたま刑法の価値と衝突する場合が犯罪であるにすぎない。すべて国民は個人として尊重されなくてはならないので、すべての行為は、他者の利益を侵害しない限り尊重されなくてはならない（憲法13条）。道徳的にどんな非違行為であれ。そこで、「ある状況の下で、人が価値ありとして選択し現実に行った行為」と、「同じ状況のもとで、法が行うべき（価値あり）だと認めた行為」とが両立できないとき、その現実に行われた行為を「犯罪」と呼ぶ。すなわち、犯罪評価とは、ある具体的な状況を前提として、行為者の価値

観と刑法の価値観とが矛盾することにすぎない。

② この場合、行為者の価値観と刑法の価値観とは両立しないだけであり、後者が前者に優越するのではない。なぜならば、刑法の価値判断も所詮は人の価値判断（一般意思）にすぎない。ゆえに、違法性は、犯罪行為や結果（危険を含む）それ自体にもともと内在する性質ではない。違法性を、行為や結果それ自体が持つ非違姓として説明するのは妥当ではない。

③ 犯罪行為は、ある具体的な状況を前提とした行為者と刑法との価値観の対立であるが、その状況には、行為状況と人格状況（責任能力）とがある。このうち行為状況は、その行為についてのみ固有のものではなく、およそ一般化して評価することができるものであるが、刑法は、社会秩序に影響する全ての行為に対し、平等に妥当する規範（評価規範）であるから、行為状況としての刑法の考慮の対象になる。これに対し、人格状況はその行為者に固有のものであり一般化できないが、刑法は現実の行為者に対し命令禁止し一定の行為を刑罰威嚇により強制する規範だから、その行為者の固有の人格状況の下で一定の行為を強制出来るか否かを考慮しなければならない。

このように、犯罪評価には、2つの局面がある。その第1の局面は、「その種の行為状況の下で一般には人はいかに行為すべきか」と考える客観的（＝一般化的）判断の局面であり、これが違法評価。そして第2の局面は、「その特殊な人格状況の下で行為者は右の行為を現実になし得るか」を考える主観的（＝個別化的）判断の局面であり、これが責任評価であると考えることが可能であろう。

4 違法評価の局面について重要な事柄

① 刑法は社会秩序の維持を任務とし、犯罪は社会秩序に違反する行為である。憲法の構想する個人主義社会の下では、社会秩序は社会生活における個人的利益の安全が確保されている状況であるから、犯罪評価の原点そして礎は、社会生活における個人的利益の侵害（以下、一般の用語例に従い実害と呼ぶ）に置かれる。

② 実害発生に対して2つの要請が生じる。一方は、将来を展望して、この種の事が再度起こらないようにという要請。他方は、一度生じてしまったことに対する事後的処理の要請である。そこから刑罰には次の効果が期待され、それが刑罰制度を支える存在理由とされる。一方は一般的犯罪予防効果であり、他方は社会感情（治安感情と応報感情）を満足治癒させる効果である。

③ ここで、一般的犯罪予防効果を発揮させることが刑法の任務として重要であるとするならば、次のように考える必要があろう。既に実害を生じさせてしまった当該行為だけを犯罪として処罰しても意味がない。実害を生じさせる危険性を持った行為を一般に犯罪として規制する必要が生まれる。すなわち、実害の生じる危険性のある行為が一般に放任された場合に予想される社会秩序は、すでに社会秩序の維持された状態とはいえないからである。こうした発想は、オルトランの間接的結果（un mal indirect）からえられたものである。ゆえに、このように考えることもあるいは可能であろう。刑法が、「その種の行為状況の下で一般に人は如何に行うべきか」を評価する際の判断の内容は、「その種の行為が一般に許容された場合に生じるであろうと予測される社会秩序」と、「その種の行為が一般に禁止された場合生じるであろうと予測される社会秩序」とのコスト・ベネフィットを比較考量して、どちらが憲法の想定する個人主義社会の維持存続にとり、すなわち個人の尊重にとり価値的か、ということである。そのため、刑法にとり無価値であるのは、個々の行為から現実に生じる個々の結果、すなわち法益侵害の結果そのものにあるのではなく、その種の行為が一般に惹起する社会秩序である。法益侵害は犯罪評価の原点であることに疑いはないが、個々の行為から現実に生じた法益侵害の結果そのものを結果無価値として説明するのはやや窮屈であろう。

④ 犯罪の中には、未遂犯、危険犯、形式犯のように法益侵害結果を伴わないのに一般に違法とされたり（現実に法益侵害の危険のない場合でも未遂犯や危険犯として処罰されるケースがある）、明らかに法益侵害結果が生じているのに適法とされたり（相当因果関係を欠く場合や許された危険

の場合) する場合を考えれば、法益侵害そのものは、違法性の実質ではないといえるのではなからうか。ただし、違法判断の原点であることに疑いを挟むものではない。

⑤ それならば、なぜ刑法上、既遂犯、侵害犯、実質犯の処罰が原則的で、未遂犯、危険犯、形式犯の処罰が例外的なのであろうか。その第1の理由は、社会感情の満足が一般的犯罪予防効果と並んで刑罰の重要な機能、したがってその存在根拠とされていることにあると考える。つまり、実害が生じた場合に初めて社会感情の満足が事後に要求されるからである。一般に既遂の刑が未遂の刑よりも重いのは両者の間に違法性に差異が認められるからではない。もし、違法性の違いだとするならば、違法性の実質を、両者の間で別々に二元的に説明しなければならなくなろう。そして第2の理由は刑法の謙抑性に求められるべきであらう。犯罪は實際上構成要件的结果の発生を契機に発覚することが多い。過失犯は特にそうであらう。またたとえ発覚しても、未遂犯、危険犯、一定の挙動で終わったものについて、現実に明確な被害が生じていなければ当事者も処罰をそれほど望まないし、政策上特に重大な場合以外は黙過したほうがよいと思われる。

⑥ 故意過失は違法要素かという問題がある。これについては、「違法性の実質は個別の行為から惹起される若しくは惹起された結果の法益侵害性にあるのではなく、個々の行為と同じ種類に属する行為の全体によって、(それが一般に法的に許容されたのならば) 惹起されるであらう社会秩序の無価値性にある」という立場に立てば、故意犯と過失犯とでは、予想される社会秩序の無価値性に格段の差があるから、故意過失は違法要素に含まれるべきである(さらに、責任要素でもあるかについては別稿で論じる)。

このような考え方に妥当性があるとするならば、次のように犯罪の違法性を評価すべきであらう。

犯罪の無価値性とは、現実になされた行為や結果そのものがもともと備えている性質ではなく、これと刑法がなすべきであると考えられる行為とが矛盾し両立しないという関係性の中に存在する。

すなわち、評価の対象である現実になされたその行為（乙）の構造だけではなく、評価の主体である刑法それ自体の予定する行為（甲）の構造の分析である。

そこで、この視点からふたたび、甲の構造を考えてみよう。行為が違法かどうかは、評価の対象である個々の行為の法益侵害性によっては決まらない。違法評価は評価対象である行為の個別の侵害性にあるのではなく、その行為と同じ種類の時間的場所的状况下に選択される同じ種類の動作、言い換えればその行為と同様の型の目的措定的意味関連を持つ行為をもし一般に放任したとしたら生じるであろう、社会秩序の紊乱の如何にしたがって、その行為がなすべき行為なのか否か（つまり違法か否か）を決めるのである。

その背景は次の通りである。

刑法規範は同じ種類に属するすべての行為に対し常に同じ型態で一般化的に妥当しなければならない。換言すれば、ある行為を「なすべし」と決めたらその行為と同様のあらゆる行為も平等に全部「なすべし」とし、逆に「なすべからず」と決めたら全部に「なすべからず」としなければならない。つまり、行為（そこから生じた結果）のひとつひとつをその個別の特殊事情を考慮に入れて評価し「これはなすべきだ」が「これはなすべきでない」というように評価をまちまちにするわけにはいかない。評価がまちまちになれば、その人だけにとっての行為の基準としてはともかく、万人の遵守すべき行為の基準としては役に立たない。そこで、行為がなすべきものか、なすべからざるものかは、行為のひとつひとつにつき個別に定めるのではなく、その種の行為の全体について妥当するものとして一律に定めなければならない、したがってその種の行為を一般に放任したら社会はどうか、一般に禁止したらどうかを考量し、両方を比較して当該社会のためによい方を選ばなければならないのである。かくて、刑法は、行為の違法適法を評価するに際し、その行為から直接生じる結果が法益侵害にあたるか否かを基準にするのではなく、その行為と同種の行為を一般に放任するとしたら生じるであろう社会秩序の状態が、その行為と同種の

行為を一般に禁止したとしたら生じるであろう社会秩序の状態よりも、悪い状態か否かを基準にして、悪い状態ならば違法、変わらないかまたはよい状態ならば適法、と評価するのである。そして、同じ違法でも、両社会秩序の良さ悪さが著しく異なる場合には違法性が大きく、それほどの差がないときには小さく、評価する。こうして違法性には大小の程度が付けられることになる。

それゆえ、違法性の有無大小は、その行為から直接生じる個別の結果のもたらす法益侵害の大小とは必ずしも対応しない。

おわりに

このような考え方を下敷きにして、わたくしはこれまで未遂犯論にかかわる一連の業績を著わしてきた。たとえば、「不能犯論・覚書」(川端博ほか編『理論刑法学の探求⑩』成文堂、2017年)、「不能犯論」(酒井安行ほか編著『新倉修先生古稀祝賀論文集 国境を超える市民社会と刑事人権』(現代人文社、2019年)など。

さらに、従来責任論で論じられてきた期待可能性論についても批判的に考察を加えた。それが「期待可能性についての覚書」(山口厚ほか編『寺崎嘉博先生古稀祝賀会論文集 下巻』(成文堂、2021年)である。本稿では、期待可能性を責任論で論じることによってさまざまな問題を生じさせてきている現状に対し、これを打開するため、期待可能性論を構成要件該当性や量刑の問題に分割するとともに、実質的違法性論に落とし込むことによって解決しようと試みたものにすぎない。その際に、注目したのは、従来の法益侵害説や規範違反説に解決のスキームを設定するのではなく、オルトランらの考えに助けをかり社会秩序無価値説に基き柔軟に違法性論を再構築することによって、期待可能性の一部を違法性阻却事由の一つとして位置づけようとしたささやかな試みなのであった。

* 本稿は、先般行われた日本刑法学会九州部会第130回例会での研究報告「社会秩序無価値説について—期待可能性を例に」(2022年9月10日久留

米大学) の前半に加筆したものである。報告の機会を与えていただいたことに感謝いたします。

* 本稿は、沖縄国際大学特別研究費による研究の一部である。