

犯罪化論の試み

高橋直哉

- 一 はじめに
- 二 方法論
- 三 国家の介入の正当性
- 四 犯罪化の必要性
- 五 全体的な利益衡量
- 六 刑罰法規施行後の検証
- 七 各段階の体系的意味
- 八 結語

一 はじめに

これまで処罰の対象とされていなかった行為を新たに刑罰法規を設けて処罰の対象にすることを「犯罪化」と呼ぶことにする。この「犯罪化」が正当化されるためには、どのような条件が充足されなければならないだろうか？

伝統的な刑法学の知見を前提とした場合、この問いに対する回答として予想されるものがいくつかある。まず、法益を保護するものではない刑罰法規は正当化されない、という法益保護の観点からの回答があるだろう。また、刑罰法規以外の社会統制手段では目的が達成できない場合でなければならぬ、という謙抑主義の観点からの回答もあるだろう。更に、刑罰法規を設けることによって生ずるメリットがそれによって生ずるデメリットを上回るものでなければならぬ、という利益衡量の観点からの回答も考えられる。

これらの回答が、「犯罪化」として重要な意味をもつことは確かである。しかし、これらの回答をただ列挙するだけでは、冒頭の問いに十分に答えることはできないように思われる。まず、これらの問題関心は、それ自体としては、「犯罪化」にまつわる問題の一側面を照らし出すものに止まる。例えば、法益保護に資するからといって全ての犯罪化が許容されるわけではない。謙抑主義や利益衡量の要求も満たさなければならないと通常は考えられているであろう。その場合、これらの問題関心が相互にどのような関係に立つのかということが明らかにされなければならないと思われる。また、それぞれの問題関心の内実をより明確化することも必要であろう。例えば、利益衡量を行う場合、そこで考慮されるべき要因にはどのようなものがあるのかを具体的に示す必要があるであろう。更に、これら以外に、「犯罪化」の正当性について検討する際に考慮すべき要因はないのか、ということも解明を要する事柄である。

既存の刑罰法規を前提にして、ある行為が犯罪に当たるかどうかを検討する理論的枠組みである「犯罪論」においては、犯罪の成立要件を構成要件該当性、違法性、責任に分解し、その内実を明らかにすると共に、それらの相互関係と判断の順序を整序した精緻な体系化が図られている。このような「犯罪論」を構築する目的のひとつは、判断の合理性を担保し、刑罰法規の不合理な解釈適用を回避することにある。そうであるとすれば、同様の関心は、不合理

な刑罰法規が設けられるのを回避することにも向けられるべきであろう。とりわけ、立法に対して刑法学がもつ批判能力の乏しさを指摘する声が少なくない昨今の議論状況に鑑みるならば、⁽¹⁾ 犯罪の成立要件の総体を体系的に示している「犯罪論」に相当するような、犯罪化の正当化条件の総体を体系的に示す「犯罪化論」を構築することには、少なからぬ意義があるように思われる。本稿は、その方向に向けてささやかな一歩を踏み出そうとするものである。

二 方法論

1 本稿は、体系的な「犯罪化論」を模索するものである。「体系的」というからには、犯罪化の正当化条件を、その性格・特質に応じて諸要素に分類し、それらの内実を明らかにすると共に、それら諸要素間に一定の論理的な関係を与えるものであることが望まれるであろう。⁽²⁾ もとより、いかなる体系化が図られるかは、その前提となる価値判断によつて様々であり得るが、本稿では、次のような考え方を出発点としたい。すなわち、それは、犯罪化は、国家が刑罰という峻厳な制裁を用いてある行為を規制するものであるから、それが正当化されるためには、そのような行為を規制することが国家の果たすべき役割に含まれるといえ、かつ、そのように強制的に規制するだけの特別な理由がなければならぬ、ということである。⁽³⁾

このような認識を出発点とすることから、犯罪化論の第一段階では、そのような行為を規制する権利が国家にあるのかを判断すべきことになる。従つて、この段階での判断は、国家はいかなる役割を果たすべきかということに関する政治哲学的な価値判断と密接な関係を有することになる。この段階では、主として「国家の介入の正当性」が審査

されることになろう。

この第一段階を通過した場合、国家がその行為を規制すること自体は国家の果たすべき役割に含まれ得るという判断がなされることになるが、それだけではまだ「犯罪化」という方法で規制することが正当化されるとはいえない。刑罰という強制力の強い手段を用いて規制することが必要であることも示されなければならない。そこで、第二段階では、犯罪化以外の方法で規制目的を十分に達成することはできないのが問われる。この段階では、規制手段としての「犯罪化の必要性」が審査されることになる。

第二段階を通過した場合には、国家がその行為を規制することは国家の果たすべき役割の範囲内にあり、その規制目的を十分に達成し得る手段は犯罪化しかないということが示されることになる。しかし、これだけではまだ十分とはいえない。現代の世俗国家においては、国家の活動は市民の利益になるものでなければならない。そのような観点からすれば、ある行為を規制するための効果的な手段が、その行為を犯罪として刑罰の対象とすることしか当面思いつかないとしても、その行為を犯罪とすることによってデメリットも生じ、全体として見れば犯罪化した方が犯罪化しなかった場合よりもマイナスが大きいという場合には、結局犯罪化は控えられるべきであろう。そこで第三段階では、犯罪化に伴う「全体的な利益衡量」が行われる。

以上は立法化の際に検討されるべき事柄であるが、そこには多分に予測的要素が含まれている。利益衡量の結果が予測と現実とで異なることは十分あり得ることであるし、規制手段についてもその後の状況変化によっては判断が変わる可能性があるろう。規制目的の点に関しても、立法当初想定していたのとは異なる場面で刑罰法規が適用される事態が生ずることも考えられる。そのような点に留意し、立法段階で正当性を基礎づけていた事情に変化がないかを刑

罰法規施行後に検証する過程が第四段階に位置づけられるべきであろう。

2 以下では、この「国家の介入の正当性」↓「犯罪化の必要性」↓「全体的な利益衡量」↓「刑罰法規施行後の検証」という順番で考察を加えていくが、全体に関係する問題として犯罪化の正当化責任とでも言うべきものについて一言しておく。

ある行為を犯罪とするためには特別な理由が必要であり、そのような理由がなければ犯罪とされないのが原則であるという認識から出発するならば、そのような理由は、ある行為を犯罪とすべきことを主張する側が説得力のある形で示さなければならない。従って、前述した各段階での判断においては、基本的に犯罪化を主張する側に説明および説得の責任があると考えるべきである。⁽⁴⁾ もつとも、ここに言う説明および説得の責任は、科学的な証明責任とは異なる。⁽⁵⁾ 無論、経験的・実証的根拠がほとんど提示されないような場合は説明・説得責任を果たしたとはいえないであろうが、全ての考慮要因について厳密な意味での科学的な因果関係の立証を求めるようなことはナンセンスである。重要なことは、相手方に十分説明し、納得が得られるだけの論拠を提示して説得することであり、そのための前提として経験的・実証的なデータが開示され、様々な意見に触れることができる環境が整っていないならぬであろう。⁽⁶⁾

三 国家の介入の正当性

1 犯罪化は、国家が一定の行為を禁止・命令することによって個人の自律性に干渉する行為である。一般に、他者

に一定の作為・不作為を強制するには理由が要る。それが強大な権力をもつ国家によるものである場合はなおさらである。

この理由を示すためには、少なくとも二つの点を明らかにしなければならない。すなわち、ひとつはその行為をすべきではない（あるいは、すべきである）理由を明らかにすることであり、もうひとつはその行為を規制することが国家の果たすべき役割に含まれるということを明らかにすることである。前者は道徳哲学的な問いであり、後者は政治哲学的な問いである。

ところで、わが国の伝統的な刑法学は、このような問いに積極的にコミットしてはこなかった。筆者の見るところ、わが国の刑法学は、これまで、実定法を所与の前提として議論を展開し、そこに道徳的・政治的な価値判断が混入してくることを慎重に回避する傾向が強かったように思われる。その結果、実定法に基づいて犯罪を分析するツールは非常に精緻なものが出来上がったが、実定法の正当性それ自体を検討する分野はあまり発達してこなかった。犯罪化が基本的に実定法以前の問題であることに鑑みるならば、このような傾向が、これまで「犯罪化論」が十分に展開されてこなかったことの一因であるように思われる。

それに対し、英米では、この点が刑法哲学の主要課題のひとつとなっており、相当な議論の蓄積がある。⁽⁷⁾そこで取り上げられているいわば犯罪化の基底的原理とでも呼ぶべきものには、大別して四つのものがある。

第一は、危害原理 (harm principle) である。これによれば、もし、ある行為が、行為者以外の人に対する危害を惹起する場合には、その行為を規制することは国家の適切な関心事とされることになる。周知の如く、このような考え方の淵源は J. S. Mill に求めることができる。⁽⁸⁾

危害原理を犯罪化の唯一の根拠とするかどうかは措くとして、これが犯罪化の正当化根拠となり得ると考える点については、ほとんど異論がないといってよいだろう。問題は、むしろ、その内容をどのように規定するかという点にある。「自分だけに関係する領域」と「他者が関係する領域」をどのようにして線引きするか、「他者」の範囲をどのように定めるか、何をもって「危害」とするか、危害と行為の道徳的不正さとの関係をどのように解するかなど、解明を要する点がなお残されている。⁽⁹⁾

第二は、不快原理 (offence principle) である。これによれば、もし、ある行為が、行為者以外の人を不快にするものである場合には、その行為を規制することは国家の適切な関心事とされることになる。「不快」は「危害」とは異なり、個人の主観的な心理状態に左右されるところが大きいため、概念的にやや不明確であると共にその認定にも困難を伴うところがある。それ故、これを犯罪化の根拠とすることには自由主義の見地から少なからぬ懸念が示される⁽¹⁰⁾ところであるが、他方で、近時はこの考え方をより洗練された形で展開する議論も有力になされている。

第三は、法的パターンリズムである。これによれば、もし、ある行為が行為者自身に対する危害を惹起する場合に、その行為を規制することは国家の適切な関心事とされることになる。⁽¹¹⁾ Ⅲがパターンリズムに強く反対したところにも現れているように、自由主義的な観点を強調する立場は、これを国家の介入を許容する根拠と見ることは否定的である。法的パターンリズムに反対する論拠としては、(a)ある者にとって善いことは、必ずしも他の人にとっても善いことであるとは限らない、(b)個性の抑圧につながる、(c)人格を目的のための手段として用いることになる、などが挙げられるが、いずれも決定的といえるかは議論のあるところであろう。

また、パターンリズムにも種々のものがあり、例えば、ハード・パターンリズムとソフト・パターンリズムの区別、

直接的パターンリズムと間接的パターンリズムの区別などに留意した分析が必要である。⁽¹¹⁾

第四は、法的モラリズムである。これによれば、もし、ある行為が、たとえ、行為者自身にも他者にも、危害も不快も惹起しないとしても、本質的に不道徳であるならば、その行為を規制することは国家の適切な関心事とされることになる。自由主義者は、一般的に法的モラリズムには批判的であり、わが国の刑法学においても、今日では、法的モラリズムは一般に否定されている。⁽¹²⁾ もっとも、そこで否定されているのは、公的な道徳（だとされるもの）それ自体を法的に強制することであり、法的強制は道徳的正当化を必要とするという考え方が否定されているわけではない。また、いわゆる「禁じられた悪、*mala prohibita*」との関係で、道徳的に不正だとはいえない行為を犯罪とすることは許されないという形で法的モラリズムが主張される余地はあると思われる。⁽¹³⁾

2 これらのうちのどれが犯罪化の第一段階で採用されるべき原理かについて決定することは、本稿の企図するところではない。⁽¹⁴⁾ そうではなく、本稿の目的は、規制の対象となる行為が、このような国家的介入の正当化根拠に関する基本原理の範囲内に含まれることを示さなければならない、という要求を犯罪化の第一段階に位置づけ、その妥当性を確認することである。

この点で検討を要するのが、このような犯罪化の限定原理と法益概念による限定の異同である。この点、両者には共通する面もあるものの、基本的には異なるものと考えるべきだと思われる。特に重要な点は、法益という概念はどうしても実定法上の概念として捉えられやすいという点である。⁽¹⁵⁾ そのため、実定法化される以前の段階で法益の内実を具体化することには困難が伴い、畢竟、その立法規制機能は乏しいものとならざるを得ない。⁽¹⁶⁾

もっとも、これは単に法益概念の不明確さを問題にしているのではない。概念の明確さだけが問題なのであれば、

例えば、危害原理に言う「危害」概念にも同様の不明確さはつきまとう。そうではなく、ここで問題としているのは、その概念を具体化する際の価値判断の基準をどこに求めるかという点である。その価値判断の基準を実定法内に求めるのであれば、そのような法益概念に立法規制機能が乏しいことは当然である。そのような価値判断の基準を憲法秩序に求める見解も有力であるが、⁽¹⁷⁾ そのように考えた場合、当該憲法秩序自体の適切さは等閑視されるおそれがあると共に、保護に値すると考えられる利益が全て現行憲法秩序の中に組み込まれている保障もない。やはり、ここは、ある事柄に利益性を付与する価値判断の基準は法の外にあるということ⁽¹⁸⁾ を率直に認めるべきであるように思われる。そのような視点で見ると、前述した諸原理は、この局面での主たる問題が倫理的・道徳的な性質のものであることを直截に認める点で法益概念による限定よりも方法的に優れていると思われる。

3 以上のように、国家的介入の正当化根拠に関する基本原理による審査をパスすることが犯罪化の第一段階に位置づけられるべきである。⁽¹⁹⁾ 従って、この段階では、①国家的介入の正当化根拠としていかなる原理を採用すべきかを明らかにすること、②その採用した原理の範囲内に当該行為の規制が含まれること、の二点を示さなければならない。

なお、この二点を示す際には、採用された原理に照らして等閑視することができない問題が現実⁽²⁰⁾に発生しており、その問題を解決するために当該行為を規制するということが当然内容として含まれていなければならない。従って、犯罪化を主張する側は、その行為の規制を必要とする問題が現実⁽²¹⁾に発生しているということと、その行為を規制する目的が何であるかということ⁽²²⁾を明確にする必要がある。

四 犯罪化の必要性

1 第一段階をパスすることによって、その行為を規制することは国家の関心事となり得ることが示されたことになる。しかし、その規制手段には、通常、複数のものが考えられるであろうから、その中でも「犯罪化」が優先されるべき理由を示す必要がある。特に、「犯罪化」は刑罰という峻厳な制裁を用いて人々の行為を規制する侵襲度の高い手段であるから、より侵襲度の低い手段で規制目的を同等以上に達成できる場合には、そちらの方を優先すべきである。そこで、第二段階では「犯罪化の必要性」が審査されることになる。

2 ここで「必要性」という場合、そこには性質を異にするいくつかの問題が含まれている。まず、犯罪化が必要だと主張する前提として、犯罪化が規制目的を達成する手段として有効であることが示されなければならないであろう。ここで主として関心がもたれるのは、対象行為を効果的に防止することができるかということである。刑法には一般予防効果があるという主張が、真に科学的な検証に耐え得るものかどうかは、一個の問題である。また、その効果を他の手段とどのようにして比較するか、ということも難しい問題である。しかし、この点に関しては、厳密な意味で科学的な証明はできなくとも、刑罰による威嚇を伴う法規範によって行為を統制することは可能であるということ、また、刑罰という峻厳な制裁が控えていることによりその統制力は他の方策よりも一般に強いことは、これまでの人間の歴史・経験に照らして、それを否定すべき特段の事情がなければ、合理的な仮説として前提とすることが許されるであろう。

ただ、犯罪化という手段には、明確性の見地から規制対象となる行為をかなり具体化しなければならないということ、罪刑均衡の要請から行為の重大性に見合った刑罰しか定められないこと、実際に違反行為を処罰するためには刑事手続の高いハードルを越えねばならないことなどの点で、予防効果という観点からすると、むしろマイナスに作用する側面もあることには注意が必要である。犯罪化の規制手段としての有効性を判断する際には、刑法という規制手段のこのような限定性を考慮しなければならない。⁽²⁰⁾

3 次に、規制手段としての有効性とは別に、犯罪化が規制手段として相応しいものであるかどうか、いわば規制手段としての適格性も吟味されなければならないであろう。この点は、犯罪化が単なる予防手段に尽きるものではないということ認識する上で重要な意味をもつ。現在の通説的な理解に拠れば、刑罰は非難の意味をもつとされる。従って、犯罪は非難されるべき行為でなければならない。だとすれば、犯罪化される行為もまた非難に値する行為でなければならぬであろう。非難するには理由が必要であるが、その理由が「その行為は不正な行為である」という点に求められるとすれば、犯罪化される行為は不正な行為だと評価されるものでなければならない。そして、この評価は法的に犯罪化される以前の評価であるから、倫理的あるいは道徳的な評価だといわざるを得ないであろう。それ故、犯罪化の対象とされる行為は、道徳的に不正だと評価され、それを行った場合には非難の対象となる行為でなければならない。そのため、不正とはいえない場合や非難できない場合は犯罪としてはならないことになるから、刑法には違法性阻却事由と責任阻却事由が規定されなければならない。翻って、このことは、「犯罪化」がもつ規制手段としての有効性にも影響を及ぼすことになるであろう。

4 以上を踏まえた上で、規制手段としての有効性を他の方策と比較し、同等以上の効果をもつと考えられるより侵

襲度の低い方策がない場合に、犯罪化が選択されることになる。これは、規制手段としての相当性、あるいは（狭義の）必要性とも呼ぶことができる。

以上より、この犯罪化の第二段階では、①犯罪化が規制手段として有効であること、②犯罪化が規制手段として相応しいものであること、③望まれる効果の実現が犯罪化以外の手段では期待できないこと、が示されなければならない。

5 ところで、刑法以外の手段で望まれる効果を実現できるのであれば、その手段を優先すべきである、と結論づけることは、一般論としては正しいであろう。しかし、前述のように規制手段としての刑法には様々な制約が伴うため、いわばその使い勝手の悪さを嫌って、意識的に犯罪化を回避するということが行われる可能性があることには注意を要する。特に、行政命令や民事命令を先行させ、その違反を刑罰の対象にするという民刑のハイブリッドな規制については、十分慎重な態度で臨む必要がある。⁽²¹⁾

五 全体的な利益衡量

1 ある行為を規制するために国家が介入することに正当化根拠があり、その規制手段として犯罪化すること以外に有効な手段はないという場合であっても、犯罪化することによって生ずる不利益の方が大きい場合には、犯罪化は正当化されない。なぜならば、ある行為を犯罪化することによって、犯罪化する以前よりも、社会の状態が全体として悪化するのであれば、その犯罪化は認められるべきではないからである。ある行為が好ましくない行為だとされ、そ

の行為を行う権利は誰にもないと判断されても、他方で、国家がその行為を犯罪とすることは正当化できないという場合があることを、私たちは率直に認めるべきである。⁽²²⁾

新たな刑罰法規を制定することは、直接的あるいは間接的に様々な因果的影響を及ぼす。理想的な立法者ならば、そのような予想される影響を網羅的に考慮し、新たに刑罰法規を制定することによってもたらされる社会的なプラスとマイナスを見積もり、他方で、その刑罰法規を制定しない場合の社会的なプラスとマイナスも評価した上で、前者の方がより大なるプラスをもたらす（少なくとも、マイナスはより小さい）ということを示すべきであろう。もつとも、新たに刑罰法規を制定することによってもたらされる因果的影響を全て列挙することは現実には不可能である。実際にできることは、この段階で考慮されるべき（特にマイナスの）要因を例示することに止まるであろう。以下で取り上げる点も、そのような例示に止まるものである。

2 種々の考慮要因

(1) 資源の有限性

当然のことであるが、刑事司法システムの資源は有限である。新たに刑罰法規を制定することによって、警察官、検察官、裁判官、弁護士などの人的資源に著しい負担がかかり、重大犯罪への対応に十分なエネルギーを投入できなくなるというような事態が生じ得るとすれば、これは犯罪化にとってマイナスに作用する要因となる。

また、人的資源の増員や刑務所運営コストの増大といった問題が生ずる場合には、国の財政全体の中で刑事司法システムに割り当てられるべき資源はどのくらいであるべきか、ということを考えざるを得ない。例えば、教育、医療、各種インフラ整備等々にかかる費用を削ったり、あるいは、増税したりしてまで刑事司法システムに資源を投入すべ

きかと問われれば、相当に躊躇せざるを得ないであろう。

このような資源の有限性は、刑事司法システムは真に重大な犯罪に対して効果的に投入することが可能である状態を保持すべきである、ということを求めることになるであろう。

(2) 社会的コスト

ある行為を犯罪とし、実際にこれを処罰することは、様々な負の効果を生じさせる可能性がある。例えば、犯罪者というレッテルを貼ることが負の効果を生み出す可能性があることは、ラベリング理論が教えるところである。また、処罰の影響は犯罪者の家族にも及ぶであろう。更に、刑法による規制が、有用な行為を萎縮させたり、将来の技術革新を妨げたり、長い目で見ると同種行為の防止にとって逆効果となる可能性があったりする場合も考えられる。その他にも、刑罰法規の適用が特定の社会層に集中する傾向が顕著であれば、不平等の拡大、社会的絆の消失、排除意識の高揚といった状況をもたらすかもしれない。

これらは、いわば、刑法による規制がもたらす社会的コストとでもいうべきものであり、新たに刑罰法規を設ける際には、このような要因も十分考慮に入れる必要がある。

(3) 道徳的成本

行為の規制をめぐる、複数の価値が対立する場合がある。例えば、名誉毀損行為の処罰をめぐるのは、名誉の保護と表現の自由の保障とが緊張関係に立つ。複数の価値の間に、ある価値の保護を図ることが、他の価値の保護を縮減することになるというトレードオフの関係がある場合、前者の保護を優先するという判断は、後者の保護を縮減するという道徳的成本を伴うことになる。この場合の道徳的成本には、犯罪摘発のためにプライバシーを制約する

ような捜査手法が必要となるとこのような手続法的な関心も含まれる。

このような道徳的コストが生ずる場合には、保護が縮減されることになる価値の重要度が高ければ高いほど、そのようなコストを伴う規制は認められにくくなるであろう。

(4) 既存法規との矛盾

新たに設けられる刑罰法規が、既存法規と矛盾するものであつてはならないのは当然であろう。その矛盾を放置したままでは法的安定性を害することになる。他方で、その矛盾を解消しようとする、従前の取り扱いとの間で平等を生じたり、処罰範囲の変更を伴ったりすることも生じ得る。新たに刑罰法規を設ける際には、このような既存法規との矛盾によって生ずるコストにも留意する必要がある⁽²³⁾。

(5) 犯罪化による特別な利権の創出

犯罪化による規制がある程度は有効であるものの、その効果は限定的である一方で、犯罪化によって特別な利権が生まれ、それが様々な負の副産物をもたらす場合がある⁽²⁴⁾。例えば、かつて、アメリカ合衆国で適用された禁酒法は、闇市場の形成を助長し、組織的犯罪集団が巨額の利益を獲得し、強力化する事態を招いた。一般に、いくら規制しても一定程度の需要が残る財・サービスへのアクセスを犯罪化すると、その財・サービスの「価格」は高騰することになる。そこから、購入者には、その財源を得るために、窃盗などの犯罪を行う誘引が生ずる。また、価格が高騰することによって売る側の利益は大きくなるため、それを狙ってアングラ組織が形成され、それら組織間では利権をめぐる争いが起こり、時にそれは銃撃戦になったりもする。更には、犯罪組織と刑事司法機関との間の癒着といった問題も生じ得る。

このようなことが犯罪化を否定する直接的な論拠となり得るかどうかはとりあえず措くとして、財・サービスへのアクセスを犯罪化する場合には、特別な利権が創出される可能性を考慮に入れる必要がある。

3 利益衡量の意味

犯罪化の第三段階では、ここに例示したような諸要因を考慮しつつ、犯罪化によって生ずるプラスとマイナスを衡量し、その結果が、犯罪化しない場合と比べてより大なるプラスをもたらす（少なくとも、マイナスはより小さい）ということを示すことになるが、その判断の仕方については以下の点に留意すべきである。

(1) まず、プラス要因とマイナス要因を利益衡量するといっても、全ての要因に共通する価値尺度を設定することは困難であるということを認識しなければならない。いわゆる比較不可能性の問題である。ある行為を犯罪とすることにプラスに作用する要因とマイナスに作用する要因とをそれぞれ列挙し、秤の一方の皿に前者を、もう一方の皿に後者をのせて、より重い方を優先するという通俗的なイメージの利益衡量は、実際にはなし得ないであろう。むしろ、ここでの「衡量」は、プラス要因とマイナス要因をできるだけ顕在化させ、それらの相互関係を可能な限り明らかにした上で、両者を比較してプラス要因の方が大きいと考えるべき論拠を提示するプロセスとして捉えるべきである。

(2) 次に、犯罪化が正当と認められるには、プラス要因の明らかな優越が求められるように思われる。前述のように、ここでの利益衡量が、算術的計算のように白黒がはっきりするようなものではないということに鑑みれば、刑罰という峻厳な制裁を用いることを正当化するには、犯罪化した方がプラスであるということを明確に示すことが必要だと考えるべきであろう。

もともと、この第三段階の審査は、犯罪化の可否という二者択一の判断というよりは、正当化され得る犯罪化のあ

り方を模索する調整のプロセスとして捉える方が妥当であると思われる。第三段階で考慮されるマイナス要因について、それを除去する方策があるならば、犯罪化を主張する側が、それを併せて指摘することにより、最終的にプラス要因の方が明らかに優越するということを説明・説得できれば、犯罪化は認められ得るであろう。例えば、ある行為を規制することが表現の自由により由々しき萎縮効果を及ぼすというマイナス要因がある場合、そのような萎縮効果が生じないようにするために適当な犯罪成立阻却事由を設けることができるということを示せば、そのような条件付での犯罪化はなお許容される可能性があるだろう。要するに、この段階での利益衡量は、犯罪化を主張する側に課される説明・説得責任に影響を及ぼすということである。

六 刑罰法規施行後の検証

1 これまで述べてきた三つのハードルをクリアすれば、刑罰法規を制定することは許される。しかし、立法段階での評価は予測の要素を多分に含むため、その判断の正当性は、刑罰法規制定後の状況に照らして検証される必要があると思われる。

2 ところで、立法段階での評価・判断と、施行後の実態との間に齟齬が生ずるケースには、いろいろな場合があり得る。

まず、立法段階での規制目的と制定された刑罰法規の解釈・適用との間に齟齬が生ずる場合があり得る。前述した犯罪化のプロセスに即して言えば、第一段階および第二段階の判断との関係がここでは問題となろう。

(1) 例えば、立法段階では規制対象として意図されていなかった行為についても刑罰法規が適用されるというケースが考えられる。実定法の解釈については、必ずしも立法者の意思に拘束されるわけではなく、客観的な法の意味を探るといいうゆる客観的解釈説が通説であり、⁽²⁵⁾ それによれば、このようなケースであっても、直ちに実定法の正当性が否定されるわけではない。ただ、その時点での実定法の客観的な解釈により実定法の正当性は維持され得るとしても、犯罪化のプロセスには何らかの欠陥があったことにならうから、その原因がどこにあるのかは検証されるべきであらう。

(2) また、立法段階において立案者が適用を明確に否定していた行為について刑罰法規が適用されるケースもあり得る。このとき、そのような刑罰法規の適用が法の客観的な解釈として正当化できない場合であれば、そのような適用を否定することになるが、その場合、そのような正当化できない解釈をもたらす余地を生じさせたという点で犯罪化のプロセスには問題があったことにならう。その点は、条文の文言を修正するなど法改正をすることによって補正することが必要な場合もあり得よう。

これに対して、そのような刑罰法規の適用が法の客観的な解釈として正当化できる場合は、やや判断に迷うところである。法の客観的な解釈としては正当化できるのであれば、新たな立法を求めたとしても結局は同じ結論になるであらうからそのまま適用を認めてよいとする考え方もあり得るが、他方で、立法段階での議論、立法府による授権が欠けているという点を重視すれば新たな立法が必要であると考ええることもできよう。

3 次に、立法段階での規制目的と制定された刑罰法規の解釈・適用との間に齟齬はないが、その効果の面で立法段階の予測と施行後の実態にズレが生ずる場合があり得る。前述した犯罪化のプロセスに即して言えば、第三段階の判

断に誤りがあり、実際にはプラスよりもマイナスの方が大きかったという場合がここでは問題となる。

この場合、実際にマイナスの方が大きく、刑罰法規を設けたことによって社会の状況がより悪化したということがはっきりしているのであれば、そのような刑罰法規が廃止されるべきことは当然である。しかし、前述した三段階のプロセスを経て刑罰法規が制定された場合、そのような事態が生ずることはそう多くはないであろう。

その理由としては、まず、前述した三段階のプロセスを経て刑罰法規が制定された場合には、その犯罪化は正当だという一種の推定が働くため、それを覆すには實際上相当の根拠が必要になること、刑罰法規の効果・影響を正確に測定することは困難であるため新たな刑罰法規を設けたことによって社会の状況がより悪化したということをはっきり示すのは難しいことを指摘できよう。

また、人間は、外部の環境に順応する高い能力を有しているため、新たに作られたルールに善かれ悪しかれ比較的にすんなりと従ってしまう可能性はある。一旦そのような環境に順応してしまうと、前述した社会的コストや道徳的コストは知覚され難くなってくる可能性もある。⁽²⁶⁾

更には、新たに刑罰法規を設ける際の判断と既存の刑罰法規を廃止する際の判断とは、必ずしもシンメトリーな関係にはならないことにも注意が必要である。それまで犯罪とされていた行為を犯罪のカタログから外すということは、仮にそれが刑罰法規によって規制することは効果的ではないという判断によるものであり、その行為は許される行為だという判断によるものではないとしても、「その行為は許される行為になった。」という誤ったメッセージを伝えるおそれがある。また、一般国民の目線で見れば、「そのような行為を犯罪から外して大丈夫なのか。」という不安感を醸成する可能性も軽視できないであろう。

以上のような点に鑑みると、犯罪化のプロセスは逆行性が低く、一旦犯罪化されると非犯罪化することは実際上なかなか難しいことが多くなるのではないかと思われる。立法段階では、そのようなことにも留意して、十分な議論が尽くされる必要がある。

七 各段階の体系的意味

これまで犯罪化のプロセスを四段階に分けて考察してきたが、ここで、それぞれの段階がもつ体系的意味を確認しておきたい。

第一段階では、「国家の介入の正当性」が審査される。ある行為の規制がこの段階をパスしない場合には、国家は犯罪化はもとより他の権力的な介入をすることも許されない。

第二段階では、「犯罪化の必要性」が審査される。この段階では、刑法以外のより侵襲度の低い手段でその行為を効果的に規制することができないかが問われる。その際には、刑罰という峻厳な制裁を手段とすること、明確性や罪刑の均衡が求められること、規制対象となる行為は非難可能なものでなければならないこと、といった事情から生ずる刑法に固有の限定性を踏まえた上で、刑法という手段を用いる必要性を判断しなければならない。この段階をパスしない場合には、犯罪化は許されないが、他の公的な規制手段を講ずることは可能である。

第三段階では、「全体的な利益衡量」が行われる。この段階では、犯罪化した方が犯罪化しない場合と比べて明らかにプラス要因が多いということが示されなければならない。もっとも、この段階では、一旦はマイナス要因が大き

いという判断がなされても、それを除去することができるとあるのであれば、それを併せて示すことにより最終的に犯罪化を正当化することは可能である。それができない場合には、第三段階をパスしないことになる。この場合、犯罪化は許されないが、他の公的な規制手段を講じることは否定されない。

第四段階では、「刑罰法規施行後の検証」が行われる。この段階では、立法段階での評価・判断の可否と、制定された刑罰法規それ自体の客観的な正当性が問題とされる。立法段階の評価・判断の正当性が現実に確認されず、かつ、制定された刑罰法規の客観的な意味を解釈することによってもその正当性を示すことができない場合には、その刑罰法規は改正あるいは廃止されるべきであり、その際には、前述した第一―第三段階で考慮される事柄を改めて検討しなければならない。

八 結 語

犯罪化に関する体系論としての「犯罪化論」を模索するという壮大な目標を掲げて始めた思索であったが、終わってみれば穴だらけでまとまりのない未熟なノートを綴ったにすぎないようである。自身の非力には忤怩たる思いであるが、このような拙いものでも、この問題の重要性に関心をもってもらう何がしかのきっかけにでもなれば望外の喜びである。刑事立法を規制する理論的枠組みの構築は、現代の刑法学に課せられた喫緊の課題といえよう。⁽²⁷⁾ 状況は待たなしである。

- (1) 例えば、井田教授は、「少なくとも、これまでの刑法学が、立法のあり方を検討するための理論的枠組みを十全な形で発展させてこなかったこと自体は疑うことのできない事実である」とする(井田良「近年における刑事立法の活性化とその評価」井田良・松原芳博編『立法実践の変革 立法学のプロンティア3』(二〇一四年)九九頁)。
- (2) 体系的な犯罪化論という点では、Schonsheckの「フィルタリングFiltering」という考え方が興味深い。彼は、犯罪化が正当とされるためには、「原理のフィルター」「推定のフィルター」「実用性のフィルター」の三つのフィルターを順次パスしなければならないとする。「原理のフィルター」では禁止の対象となる行為が社会の管轄内にあるかどうか、「推定のフィルター」ではその行為の発生率、あるいは、その行為の有害な結果を、強制や侵襲の度合いのより小さい手段で減少させることはできないのか、「実用性のフィルター」では刑罰法規を制定し強行する結果が社会の全体的な効用を生み出すのか、がそれぞれ検討されている(J. Schonsheck, *On Criminalization*, 1994, pp. 63-99)。
- (3) 筆者は、次の点で、Simester and Sullivanに同意する。「国家を含めて、十分な理由がなければ、誰も他者を強制すべきではない。人々の行動を操作することは、正当化を必要とする。その操作が、従わない者を非難し懲罰を加える取り扱いを伴っている場合には、特に正当化が必要である。やむにやまれぬ理由がなければ、議会は刑法を制定すべきではない。」[A.P. Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law Theory and Doctrine* (2nd edition), 2003, p. 5.]
- (4) もっとも、「刑罰法規施行後の検証」に関しては、立法化された段階で一応の正当化がなされていると考え得るとすれば、犯罪化の正当性を疑問視する側に疑問をさしはさむに足りる程度の事情があることを示す責任があるという考え方もあるかもしれない。但し、本文で後述するように、一旦施行された刑罰法規の正当性を覆すことは容易ではないことには注意を要する。
- (5) 井田・前掲注(1)一〇七頁以下参照。
- (6) この点で、専門家の意見が軽視される傾向があることを指摘する意見は重要である(松原芳博「立法化の時代における刑法学」井田良・松原芳博編『立法実践の変革 立法学のプロンティア3』(二〇一四年)一三六頁以下など)。ただ、専門家の側でも、自分たちの声が一般の人々にうまく伝わらない理由を、メディアによる情報の偏りといったところにだけ求めるのではなく、自らの主張の中に一般の人々に受け入れられない問題が含まれていないか常に省察する姿勢が求められるであろう。

- (7) 現代におけるこのような議論の礎石を築いたのは、「刑法の道徳的限界」に関する Feinberg の一連の著作である。以下に紹介する四つの原理も「Harm to Others (1984), Offense to Others (1985), Harm to Self (1986), Harmless Wrongdoing (1988)」にそれぞれ対応するものである。その他「犯罪化に関する近時の文献」については D. Husak, *Overcriminalization: The Limits of Criminal Law* (2008), A.P. Simester and A. von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation* (2011) など参照。

- (8) J・S・ミル『自由論』（一九八五年）（関嘉彦責任編集『早坂忠訳』『世界の名著49ベンサム／J・S・ミル』（一九七九年）二二四頁）。

- (9) 例えは N. Persak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, 2007, pp.77-89. 参照。なお、加藤尚武『現代倫理学入門』（一九九七年）一六七頁以下。

- (10) von Hirsch and Simester は「危害の観念が広がることを通じて危害原理が不当に拡大することを防止するために不快原理が必要である」と主張している（A. von Hirsch and A.P. Simester, *Penalising Offensive Behaviour: Constitutive and Mediating Principles* in A. von Hirsch and A.P. Simester (eds), *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, 2006, pp.2-14）。彼らは「まず、感情を害されることを being offended」と「迷惑であることが offensive」とを区別する。精神状態を害されることの全てが刑法による保護に値するものではない。なぜならば、人の感情を害することの全てが迷惑なものとは限らないからである。「感情を害されることを being offended」あるいは「不快にさせられることを offended」は他者の感受性を傷つけることを意味するのに対し、「迷惑であることが offensive」あるいは「迷惑 offence」は、その中に「不正行為 wrongdoing」の要素も含んでおり、後者は、彼らの見方によれば、「尊重と配慮を著しく欠いた他者の取り扱い」から成る。不正行為の要素は、そのような行為を刑法上禁止することを正当化するために必要である。次いで、彼らは「十分な理由 good reasons」という要件を導入することによって、Feinberg の「不快」観念を限定している。その要件は、その行為が「迷惑なもの」だということを正当化するために不快にさせられた側から提示されなければならない。彼らは、試案として、この要件を充足するであろう四つの例を挙げている。すなわち、無礼な行為「insulting conduct」、公的領域での匿名性の侵害「infringements of anonymity on public space」、公的領域を私物化する行為「pre-emptive public behaviour」、露出行為「exhibitionistic behaviour」がそれである。更に、もし、ある行為が迷惑なものであっても、それが、自動的にその行為

は犯罪化に値するということを意味するわけではない。彼らは、犯罪化に対する更なる制約として、社会的受忍限度 social tolerance のような「調整原理 mediating principles」、回避可能性原理 avoidability principle、直接性 immediacy の要件といったものを提示している。

- (11) ハード・パターンリズムは、被介入者の行為が完全に任意的であつても干渉するものであるのに対し、ソフト・パターンリズムは、被介入者が適切な判断能力を欠いており実質的に任意ではない場合に干渉するものである。直接的パターンリズムは、被介入者と保護される者が同一である場合（例えば、オートバイの運転者へのヘルメットの着用の義務づけ）であるのに対し、間接的パターンリズムは、被介入者と保護を受ける者とが別人である場合（例えば、喫煙をさせないために、煙草の製造や販売を規制するような場合）である。パターンリズムの諸類型については、J. Kleinig, *Paternalism*, 1983, pp. 11-14, 中村直美『パターンリズムの研究』（二〇〇七年）三〇—三三頁など参照。

- (12) 井田良＝丸山雅夫『ケーススタディ刑法（第2版）』（二〇〇四年）一頁以下（井田良）、佐伯仁志『刑法総論の考え方・案し方』（二〇一三年）七頁以下など。

- (13) 例えば、R.A. Duff, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in The Criminal Law*, 2007, pp. 89-93. などでは、そのような方向性を志向するものと見るべきであろう。なお、Stimster and von Hirsch, n.7 supra at pp. 19-32. も参照。
- (14) 国家的介入の正当化原理の候補は、本文に挙げた以外にも考えられるであろう。例えば、「ある行為を規制することが社会全体の利益を増大するのならば、その行為を規制することは国家の適切な関心事である」（功利主義的アプローチ）とか「ある行為が他者あるいは行為者自身の徳を損なうものであるならばその行為を規制することは国家の適切な関心事である」（徳倫理学的アプローチ）というような考え方もあり得る。また、この段階では一個の原理しか選択されるべきでないのか、複数の原理が選択されてもよいのか、ということも検討を要しよう。

- (15) 伊東研祐「刑法における法益概念」阿部純二＝板倉宏＝内田文昭＝香川達夫＝川端博＝曾根威彦編『刑法基本講座第一巻 基礎理論／刑罰論』（一九九二年）四〇頁以下など。

- (16) 井田良『講義刑法学・総論』（二〇〇八年）二〇頁以下など参照。

- (17) 例えば、Roxin は、法益の批判的な次元（立法を制約する機能）を憲法上の原理を通じて確保しようとしている（C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Aufl. 1997, S. 15. も）とこのように憲法上の原理に直接訴えかける姿勢は、

その後はやや後退しようにも思われる。Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, S. 13ff.)。

- (18) 高橋則夫教授は、利益を法益に昇華させる原理の必要性を説いている(高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』二頁)。重要な指摘であるが、その前段階として、そもそも利益をどのように把握するかということも問題となろう。この点については、von Hirsch が、「他者が自らの資源 Ressourcen の完全性について規範的に根拠のある請求権 Anspruch を有している場合に、初めてその資源は『利益』となる」との見解を主張しつつある(A. von Hirsch, Das Rechtsguts Begriff und das "Harm Principle" in R. Hefendehl, A. von Hirsch, und W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie-Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Gasperlenspiel?, 2003, S. 18)。「資源」という概念に曖昧さは残るが、ついに言う「請求権」を「公正な立法者に法を通じてそれを保護する道徳的な義務を負わせる権利(法的権利以前のいわば一種のメタ権利)」といった形で捉えるならば、利益性を付与する価値判断の基準を法の外に求める考え方のひとつと見ることもできよう。

- (19) もっとも、この第一段階をパスしたということは、国家の介入を正当化し得るということの意味するだけであり、国家が介入しなければならぬという評価まで含むものではない。従って、この後の条件を充足しないために犯罪化が否定された場合でも、それ以外の法的規制が直ちに許容されることにはならない。

- (20) 刑法法規不遡及の原則や類推解釈の禁止といった罪刑法定主義の派生原則も、この関連で考慮に入れられなければならない。

- (21) このような規制方法については、①命令の内容が過度な自由の制約になっていないか、②命令を課す際の手続的保障は十分か、③命令違反に対する刑罰が不相応に重くないか、④実質的に包括的な委任を認めることにならないか、などについて熟慮する必要がある。この点に関しては、イギリスの反社会的行動命令(ASBO)をめぐる議論が参考になろう(例えば、Simister and von Hirsch, n.7 supra, at pp. 212-232, A. Ashworth and L. Zedner, Preventive Justice, 2014, pp. 74-94, などを参照)。

- (22) 私たちは、Packer の次の言葉を想起すべきであろう。「何もしないという選択肢は常に存在する。費用と効用を注意深く査定した後で、利用できる何らかの制裁手段に頼るよりも、何らの制裁も課さない方がよい、という結論に至る可能性はある。その可能性を検討しなければ、いかなる立法案者も、問題を徹底的に考えつくしたと言うことはできない。ある一定の形式の行為を止めさせることが、諸価値に関する私たちの尺度からすると、どの程度高いところにランク付けされるか、と

いう中心的論点に私たちが真正面から向き合うことができるのは、このような『何もしないという仮定』に対峙する場合だけである」(H.L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, 1968, p. 258.)。

- (23) 例えば、自動車運転死傷行為等処罰法第四条はいわゆる「発覚免脱罪」を規定しているが、これと証拠隠滅罪(刑法一〇四条)との間に矛盾はないのか、他の犯罪の発覚を免れる行為の取り扱いと比べて著しく不均衡を生じないかといった点については、疑問をもつ者もいるであろう(松宮孝明「自動車事故をめぐる法改正の動き」犯罪と刑罰第三号(二〇一四年)一四頁以下参照)。

- (24) H.L. Packer, n.22 *supra*, at pp. 277-282. 参照。

- (25) 伊東研祐「刑法の解釈」阿部純二＝板倉宏＝内田文昭＝香川達夫＝川端博＝曾根威彦編『刑法基本講座第一巻基礎理論』刑罰論(一九九二年)四八頁以下。

- (26) このいわば順応コストのようなものも、立法段階では考慮されるべきであろう。

- (27) 井田教授は、この点について、比例原則の有用性を主張される。比例原則とは、刑事立法を行う際に、①刑罰法規を設けてその行為を処罰することが、規制目的達成のための有効な手段であるかどうかの検討を内容とする「手段の適正」、②規制目的の実現のために、刑罰という(法益侵害を内容とする)厳しい制裁が本当に必要なものであるのか、それは当該行為への過剰な対応ということにならないかの検討を内容とする「侵害の必要性」、③刑罰法規を設けることにより失われる利益と、それにより得られる利益とを包括的に衡量したとき、プラスの方がより大きいというのかの検討を内容とする「利益衡量量なしは狭義の比例性」という三つのテストにパスすることを要求するものである(井田・前掲注(16)(二四頁以下)。この考え方は私見と共通する部分も多く、特にこれに反対するわけではないが、当面、次の三点に疑問を感じている。第一に、比例原則は憲法上の原則として発展してきたものであり、あくまで法システム内で問題解決を図る点で、法益概念について本文で前述したのと同様の問題点があるのではないかと思う。第二に、比例原則は、元々、行政法、とりわけ、警察法の領域における国家活動の規律に由来するものであり、刑法による規律に焦点を合わせたものではない。基本権を制限する国家の活動を規律するという関心は刑法の分野に限られるわけではなく、その意味で、比例性の原則を充たしていることは、基本権制限の必要条件であって十分条件ではない(小山剛『憲法上の権利』の作法「二〇〇九年」六七頁以下)。第三に、それにもかかわらず、刑事立法の規制原理を比例原則にのみ求めるとすれば、刑法に固有の問題(例えば、刑罰には非難の意味がこ

められているというような点）が見失われるおそれがあるのではないかと思う。比例原則の強調は、刑法を犯罪予防のための技術と見る理解を強めることにつながるのではなかろうか（なお、予防刑法における比例原則の意義を検討した浩瀚なモノグラフィーとして、J. Kasper, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014）。

（本学法務研究科教授）