

科学研究費助成事業 研究成果報告書

令和 2 年 5 月 28 日現在

機関番号：14501

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2017～2019

課題番号：17K03429

研究課題名（和文）可罰性評価の再構成 - 制度担保を指向する二次規範論の構想

研究課題名（英文）Reconstruction of Criminality : Institution and Criminal Law

研究代表者

小田 直樹 (Oda, Naoki)

神戸大学・法学研究科・教授

研究者番号：10194557

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 2,300,000 円

研究成果の概要（和文）：本研究は、法益保護主義の下、(起訴)裁量による処罰限定を支える「軽微性」論に縮減している「可罰性」評価の再構成を企図した。法益侵害説は、犯罪を不法行為と同じ次元で見るため、事実的基礎の理解に傾き過ぎ、「可罰性」を単なる程度判断に変えてしまい、民法が限界とする「公序」に刑法が連動する関係も不明にしてしまう。

「公序」を現実の法制度に求め、私法を社会構築に係わる一次規範とみた上で、「制度」の安定性に係わる規範を読み取るべきである。現実の変化（一次規範レベルの類推的發展）に対応しながら社会を支える二次規範として理解して、社会学との協働の中で、規範確証の要否・可否から「可罰性」を具体化すべきである。

研究成果の学術的意義や社会的意義

法解釈論争が法社会学から法政策学に及び幅で展開されたとき、刑法学は、微妙な距離を採ったままで、「秩序維持」という白地手形は捨てて法益侵害説を共有し、機能主義の思考方法で解釈の実質化を図った。その結果、「可罰性」は程度問題とみなされ、「公序」との関係は棚上げされたに等しい。

本研究では、「制度」レベルに社会との接点を確立して、刑法学（可罰性論）を構成し直すことを目指した。社会学・経済学の「制度論」から学び、法秩序の多層的・可変的な構造を描き、周辺科学との協働のあり方を探り、法律学一般や「公序」との関係を再確認した。謙抑主義の下で孤立化しかねない刑法学を、その基底部分から組み直す意味がある。

研究成果の概要（英文）：Punishment must be supported by Criminality of conduct, Criminality is founded on "Harm to others", and normal theory has expressed Harm as an actual attack to individual Interest. But punishment is a final reaction by Official, therefore crime must have made greater damage than tort only reacted in civil procedures. How can we assess the damage as appropriate to Criminality? On this research I represented that we had better assess the damage to the social, our fundamental norm of cooperation, also our social "Institution". Harm principle is important for responsibility of citizen too. Our assessment based on individual Interest is so not enough significant for Criminality. Civil law and formal official law construct social order in establishing Institutions as first order rules, man become citizen in cooperating along norm expressed by form of Institutions, and punishment must be founded on social damage of social norm. Criminal Law support the social as second order rule.

研究分野：刑事法学

キーワード：可罰性 二次規範性 制度侵害 法益侵害 特別背任罪

様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19 (共通)

1. 研究開始当初の背景

刑事規制の限界を画する概念は、行為が処罰に値するという意味での**当罰性**と、実定法上で既に処罰が予定されている(当該行為に対応する国家の刑罰権が明示されている)という意味での**可罰性**であった。後者は、法規制一般の限界とは一線を画して、平時の最終手段としての刑法に特有な、**謙抑主義**という基本原則に応じた評価カテゴリーとされ、客観的な「可罰的違法性」・主観的な「可罰的責任」などの概念も派生していた(可罰的責任は、特別予防の必要性も含むとすれば、要罰性という行為者の評価にも及びうる)。すなわち、罪刑法定主義に基づく自由保障(かつての通説が「定型性」と表現していた、罰条に基づく形式的な枠付け)や、責任主義に基づく規範の機能的な限界(責任概念を非難可能性という評価問題と捉える規範的責任論が要求する「他行為可能性」、特に「期待可能性」)に加えて、国家刑罰権の正統化には、近代市民社会の理念から説き起こされた**法益保護主義(侵害原理)**に基づく構造的な制約が考慮されてきた。共同生活上の利益を保護する刑法は、犯罪に「法益侵害」を求めるから、「当罰性」は(個人主義的・因果主義的な)法益の被害として確認すべきであり、その内実を含みながら、行為主義に応じた類型化の過程で立法技術的・刑事政策的な限界性が影響した(制約の背景となった事情は多様でも、刑罰法規の創りに伴う規範的な自由保障という意味では、罪刑法定主義・責任主義とも響き合う)形式性も含んだ「可罰性」評価が上乘せられる、と理解されていた。

しかし、その具体的な展開として期待された「**可罰的違法性**」の議論は、佐伯千仞・藤木英雄の主張を実践的に組み替えた前田雅英の研究により、構成要件段階の**絶対的輕微性**・違法段階の**相対的輕微性(実質的違法性論)**として描かれて、他法域評価との関係理解という**質的な問題**は(違法相対性論を当然視することで)棚上げされるに等しく、「利益衡量」的な全体評価で表現される)結果無価値性の量的な把握に縮減する傾向にあった。警察の微罪処分や検察の起訴猶予を支える論理としての意味はあっても、「可罰性」が犯罪を限界づける趣旨は曖昧となり、構成要件解釈では刑法学の孤立(謙抑的な法益保護という錦の御旗で、他法域評価の影響を無視するに等しい思考傾向)を招くと共に、反面、違法論では「法秩序全体の見地」という一般条項を掲げるだけの、実務感覚に基づく事例毎の処理に委ねるに等しい状態になっていた。輕微性という視点は理解し易いし、争点として提起し易いかも知れないが、既に起訴価値があると判断された事件に「輕微」という評価を下すのは不可能に近く、いかなる「法秩序」がどのような「見地」で具体的な判断をもたらすのかは全く不明なままに終わる。刑法学が説明責任を果たすためには、「可罰性」という評価カテゴリーの内実を再考(再興)すべきだと思われた。

2. 研究の目的

「法秩序全体の見地」を可視化するために、刑法を「私法的・公法的な(一次規範の創り出す)**社会制度の機能状態を担保する二次規範**」として捉え直すことで、法益侵害説による「刑法学の孤立」を解消しつつ、一方で、「現代法」の変化を「一次規範」の変遷として受け止める回路を開き、他方で、「公序」に影響しうる「二次規範」レベルの「謙抑」のあり方を(結果の輕微性とは)異なった(「制度の機能」担保という)形で表現することを目指した。

近代市民社会のモデルに基づく法益保護主義は、(権利侵害説に伴う)権利観の時代的変遷に晒される「当罰性」の不安定さを克服するために、「財」という因果論的な実在を保護客体と捉える見方の延長線上で主張された。目的主義の利益法学という文脈での思考は、旧派に由来する行為(現実)主義・客観主義の刑法学に相応しい方法として重視されてきた。しかし、法解釈論争が「利益衡量」の主観性を暴露し、民法学に、現実把握の客観化を探る法社会学や政治的選択の可否を査定する手法に拘る法政策学の展開(との協働)をもたらしたのに、刑法学が(その影響を免れて)一つのモデルのままであり続けるかのように理解することは、「謙抑主義」という看板の陰で「近代」の理想に固執して、現実の社会が投げかけてくる要求を却下し続ける無責任な態度にも見える。もちろん、「法秩序全体の見地」という「利益衡量」の方向付けが、犯罪学・刑事政策学(という名前をもつ法社会学・法政策学)として既に展開されていたことが「法解釈論争」の外に身を置いたことの理由だと見れば、「全刑法学」が怠慢なわけではないが、モデルに基づく「法益侵害」への拘りは、社会政策上の対応による**非犯罪化の立法論(刑法の補充性・断片性)**に帰着するのが通例であり、それが「現代」への法的な対応として正しい見立てなのかは疑わしい。まして、不法行為法が「法益」概念を使うことを明示している現状では、犯罪把握の独自性を表現しつつ「全法秩序」との繋がりを表現する言葉が是非とも必要である。

刑法典の外では、自然犯と異なる、政策的要請に基づく(法定犯・行政犯の)刑罰法規が広汎に存在するのに、その「現実」を見る刑法学の目は色眼鏡で歪んでいる。専門分化・組織的管理が高度に進み、単なる「市民」ではない、社会的な役割を担う個人であるべきなのに、「法益」との係わりだけを強調する刑法学は、その利害関係を的確に捉えるべき言葉を切り捨ててしまう(「社会的意味」を含む「事実認定」に落とし込んで、問題を実務に丸投げしてしまう)情報化(デジタル化)という「因果」世界を超えた技術に依存する価値の創造・転換を目の当たりにしながら、その刑事規制には及び腰で、リベラリズムが「自由」観の変遷を含みうることを横目で見ながら、「市民」や「因果」という言葉の規範的な変遷を黙認する弥縫策を積み上げてきただけであった。現代社会に向き合う方法は、「法益保護主義」自体の見直しを要する。実験的な取組の反復継続がもたらす社会の変化を受け止めながら、それでいて、社会の安定性を維持する役割、「公序」を形成する刑法の機能を描く方法を組み直すことが課題となる。

3. 研究の方法

(1) **基礎法学・社会学（及び経済学）の「制度」論に学び**、憲法学が人権の土台に据えてきた市民社会の「人格」論の変化や、民法学が利益衡量を制約する視点として注目する「権利」論の動向（及び「現代の契約」を特徴づける「関係」や「制度」の位置づけ方）を確認して、制度論の幅の広さを踏まえた上で、近代社会のモデル（市民/法益）と対比した現代の「人格/権利」の位置づけ方を通して、「制度」の事実面/規範面を整理してみる。

(2) **「社会の変化」を社会制度の変遷という文脈で捉え直す**図式を描く。社会制度を<多様な「役割」をもつ人々の「交渉」ルールの複合体>と仮定して、制度利用者の相互関係に係わるルールと、制度の担い手におけるルール・制度の存続に係わるルールの位相を区別する。偽造罪で（通貨・文書という）制度の機能に対する信頼が「法益」になるように、事後に「法益侵害」と評価される行為は、「制度」に係わるルールの担保・確証のために否認されるべき行為と理解できることを確認する。また、「制度」は行為に社会的意味を付与するから、社会の変化は、まずは（評価規範レベルで）行為評価の変化に現れ、やがてそれが定着して「役割」に伴う行為規範として効力をもつに至れば、「交渉」の前提条件として、「制度（のルール）」自体が「法益」に相応するレベルで理解されるに至ると捉えられる。そこで、社会の変化を「制度」という視点で描き出すと共に、「ルール」の位相における違い・社会発展段階としての違いから、**問題行動がその機能に与える影響に応じて「損害」の捉え方が異なりうることを確認する。**

(3) 「損害」の分類を前提として、刑事規制を使って維持すべき「秩序」の内容（刑法に係わる「公序（良俗）」と呼ばれる部分）を見定めることで、制度論から見た「当罰性」評価の基礎づけを試みると共に、現代的な問題状況（交通刑法・経済刑法・環境刑法のトピック）から**具体的な題材を選び**、刑法に先立つ一次規範による「制度」の読み方、その機能からみた「秩序」問題（当罰性の本質）の描き方、及び、現に問題を扱っている刑罰法規の姿（可罰性の現状）を支える考慮を探ることで、「可罰性」評価を構成する要素を具体的に表現する。

4. 研究成果

法益保護と秩序維持の間<「制度の機能」担保>という理解を位置づけることで、人の利益との繋がりを維持しつつ、「公序」を支える役割も認めながら、「可罰性」の由来を具体的に分析する（社会学・政策学と協働する）方法論の構想は（「法益侵害説」の検討を通して）示した。その際、現代的な問題を示すトピックとして**「特殊過失」と「特殊詐欺」**に言及して、本研究が「社会の変化」を前にした刑法学の対応を捉え直す趣旨に及ぶことも論じておいた。「制度」が**「過失」評価の「下絵」として組み込まれること**で、（管理監督過失など）特殊過失の事件では、「役割」を担った個人ならでは負担要求の当否が問われる。「法益」が人身に固定される過失犯論では、「制度」は「侵害」評価の中に現れる。近代法の原点にあった、対等な立場にある市民同士の争いとしての扱いはもはや通用しない。現代の「人格」は、様々なネットワーク上に多様な相貌を示す形で分属しており、どのような役割での交渉関係が問われているかに応じて扱いも変わる。「全法秩序の見地」は、生活場面に組み込まれた規範からの意味づけ、一次規範の「制度」構想を無視できない。対等な取引関係に発していた詐欺罪も、銀行を媒介とした決済が環境として定着すれば、その適正利用を前提とする「取引」として評価され、（銀行に取引主体としての被害はなくても）**銀行「制度」に与える影響を考慮して詐欺罪が適用されること**を示した。限界事例で保護されているのは、個人の財産関係ではなく、制度の適正利用ルールであり、銀行もそれ自体が（一次規範の類推される）「取引制度」である限り、個別の「被害」が疑われても、その機能を刑法が担保すべきだとされる。それが「類推」に見えるのは、「制度」保護ならば近似する関係が、「財産」保護から見ると異質に見えるからである。

しかし、このような構想の基礎づけに係わる基礎法学・社会学の制度論を丹念にフォローする作業は、（経済学の制度論が予想以上に奥深く・多様性に富んでいたために、まとめる作業に手間取って）成果を公表するまでに至らなかった。そこで、むしろ、経済刑法の領域から具体的なトピックとして**特別背任罪**を取り上げて、経済学の「制度」理解が与える影響も想定しながら、民法・会社法という一次規範（「制度」の構築）と、その変遷（「権利」保護の類推的な拡張）を前にした、二次規範としての刑法（背任罪・特別背任罪）の対応を問題とすることで、刑法解釈における制度論の活かし方を例示することにした。**背任罪の理解は委任（契約）制度から発想すべきであり、特別背任罪の理解は会社（機関）制度から発想すべきである。**そのような文脈を無視した、財産的損害惹起としての把握は、被害という事実で「可罰性」評価を限定することだけを絶対視する安易な選択（刑法学の孤立）でしかない。会社制度の「担い手」たる取締役等に係わるルールは、むしろ官僚組織における**汚職としての性質**に通じるものであり、「変化」への対応を制約する「安定」担保に係わる裁量の義務適合性の評価に向かうしかないであろう。

かくして、一方では、(1)「当罰性」の基礎を既存の法益が不良変更を被ること（被害）にだけ求める法益侵害説の固さ 現代社会に対応し難い、その思考方法の限界性を確認し、他方では、(2)法制度を一体視してしまう、周辺諸科学の「法」理解の限界性、規範（妥当秩序）の抽象的把握（システム論）に飛躍してしまう思想傾向の問題点を確認する（予定である）。その上で、(3)刑法学は、謙抑的な社会保護（「公序」形成）のあり方を具体的に表現すべきだから、「制度」構築は一次規範に委ねつつ、その生成過程～定着過程～定着後というそれぞれの段階において、「制度の機能」担保という「秩序維持」に寄与するものとして理解すべきことを示した。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計3件（うち査読付論文 0件／うち国際共著 0件／うちオープンアクセス 1件）

1. 著者名 小田直樹	4. 巻 69(3)
2. 論文標題 特別背任罪の一考察 - 制度論を取り込んだ刑法解釈の試み - (2)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 神戸法学雑誌	6. 最初と最後の頁 1-33
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 小田直樹	4. 巻 68(4)
2. 論文標題 特別背任罪の一考察 - 制度論を取り込んだ刑法解釈の試み - (1)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 神戸法学雑誌	6. 最初と最後の頁 21-41
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 小田直樹	4. 巻 31号
2. 論文標題 法益侵害説について	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 神戸法学年報	6. 最初と最後の頁 1-35
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

〔学会発表〕 計2件（うち招待講演 0件／うち国際学会 0件）

1. 発表者名 小田直樹
2. 発表標題 法益侵害説の効用と限界について
3. 学会等名 中四国法政学会
4. 発表年 2017年

1. 発表者名 小田直樹
2. 発表標題 過失犯の緊急避難：結果回避可能性の扱い方
3. 学会等名 神戸判例刑事法研究会
4. 発表年 2018年

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
--	---------------------------	-----------------------	----