

論文の要旨

氏名 山川 秀道

論文題目 刑事不法の基礎理論 — 不法研究方法論序説

論文の要旨

(本論文の趣旨)

本論文は「法の価値／不法の反価値 (Rechtswert/ Unrechtsunwert)」というカギ概念を手掛かりとして、刑事不法の基礎理論を提唱するものである。その目的は、「不法反価値」研究の方法論を提示することにより、「違法論」の実践的意義を少しでも高めることにある。すなわち本稿は、刑事「法制度」という大きな枠組みのなかで違法論が有意義に機能し得るように、ここへ価値判断の検証可能性を導入しようと試みたもの(まさに序論)である。

(本論文の目次と構成)

- 序論 — 本稿の問題意識
 - 第一章 「広義の違法論」の意義 — 歴史的考察
 - 第二章 本稿の研究対象 — 不法の反価値
 - 第三章 違法性と不法(反価値)を区別する意義
 - 第四章 法的評価の相対性と矛盾を区別する意義
 - 第五章 客観的価値判断の方法 (試論)
 - 第六章 刑事不法における公正価値の侵害
 - 第七章 民事不法と刑事不法の異同
- 結びにかえて

本論文は大きく分けて4つのパートにより構成されている。

1. 序論および結びにかえての部分では、「本稿の問題意識」、本稿の主張内容とその成果のまとめ、そして今後の研究課題を示している。特に、序論においては、違法論にとって必要不可欠な法価値研究について大まかに説明している。一般的に、価値研究には二通りのアプローチがある。すなわち、哲学的アプローチと実証的アプローチである。序論では、従来の違法論が哲学的アプローチに偏り、もっぱら法律概念の分析に力を注いできた傾向が指摘される。それとともに、いくつかの例【解釈手法の選択(目的解釈、文言解釈のどちらを優先すべきか)、悪法問題の解決法(アイヒマン裁判)、法律が未整

備の問題（ヒト胚の毀損）など】を挙げながら、実証的な価値研究の必要性が指摘されている。価値研究の二つのアプローチは自転車の両輪のようなものである。本稿では、それらを違法論に架橋するための基礎理論が提示される。

2. 第一章および第二章は、序論の問題意識を明確にするために論述されている。これが本稿の第二部に相当する。

第一章では、古代ローマ法から近現代の（ドイツ的）実質的違法性論までが概観される（但し、実質的違法性の概念が登場した後の議論は第二章で若干言及される程度で、詳細な論述は意識的に避けられている）。その後、いわゆる悪法問題【「制定法による不法（Gesetzliches Unrecht; unjust law）」】が比較的詳しく議論される。そして、その内容を踏まえた上で、最後に（広義の）違法論の意義が述べられている。筆者の考えによれば、（広義の）違法論の意義は、「不法に対抗すること」であり、「私人および国家の不法」から国民の権利を保護するという目的に資するものである。そのために、（立法・司法・行政のいずれの段階においても）「違法であると判断されるべきこと」を違法と判断し、「違法でないと判断されるべきこと」は違法でないと判断し得るような方法論を提供することが重要であると主張される。

次の第二章では、「形式的違法性」、「実質的違法性」および「不法」の概念が説明される。これらの専門用語の一般的な意味が説明された後、実質的違法性理論の基本思想とそれに対する異論が述べられる。すなわち、実質的違法性の理論に（不可避免的に）伴う実質的価値判断とそれに対する方法論的問題【すなわち、「違法であると『判断されるべき』こと」は「違法と判断されるべきである」というような「あるべき価値判断」は各判断主体の情意や思想により相対的でありそれ故に恣意的なものにならざるを得ない、という批判】である。この議論を踏まえて、本稿では下記の問いが投げかけられる。

「法秩序が望まない不正な社会侵害」を過不足なく的確に把握するという任務は、違法論に委ねるべきものではなく、心理学、倫理学または政治学などの「方法論」に潔く委ねるべきなのだろうか。それとも、それらの「方法論」を違法論に接合する道を選ぶ以外にないのだろうか。

筆者は、従来の実質的違法性理論が確かにこの問題を軽視してきたことを認める一方で、極端な法実証主義【ケルゼン（Hans Kelsen）の純粹法学】が前者を選んだことを批判する。つまり、本稿は後者の道を選択すべきであると主張する。というのも、実定法の解釈・適用においても、またそれに先立つ法制定（立法）の場面においても価値判断が実は不可欠であり、これを規範科学の対象から除外したとしても、何ら問題は解決しないと考えるからである。その後、ようやく「本稿の研究対象 —不法の反価値」が説明される。実質的違法性の理論に（不可避免的に）伴う方法論的問題を回避するため、本稿は価値判断を客観化するための方法を試みる。その鍵となる概念が「法の価値／不法の反価値」である。筆者は、ヘーゲル（G.W.F. Hegel）やヴェルツェル（Hans Welzel）が主張するように、「不法」を「実体」的概念（Substantivum）と理解する。但し、そ

の「実体」は、形而上学的 (Metaphisik; metaphysics) なものではなく、実証研究の対象とされ得るもの、すなわち社会の価値意識を反映したもの (これは人々の行動から観測され得る) と理解する。

3. 第三章ないし第五章は、「不法の反価値」の基礎理論を本格的に展開する本稿の主要パートの一つである。

第三章は、「違法性」と「不法 (の反価値)」の違いを論述する。従来の通説的アプローチが、「違法性」および「不法」の概念を「法」の否定として理解してきたことを説明した後、「法的に空虚な領域 (適法とも違法とも評価されない第三の範疇)」の議論を取り上げながら、従来のアプローチが論理的に不正確なものであることを指摘する。すなわち、『適法でなければ』それは違法である」という判断は、『味方でなければ』敵である」という判断と同様、論理的飛躍を含んでいることを論述する。これが誤謬である理由は、「味方でも敵でもない立場はある」という想定が現実には妥当すると考えられるからである。したがって、『味方である』かそうでないか」という命題であれば、『味方である』ことの定義・判定の問題は残るものの、明確な誤謬はない。すなわち、二値論理の排中律が妥当する (但し厳密にはファジィな領域が残る)。これに対して、「味方である、とは言えないもの」のなかには、完全な敵対勢力、中立な立場など多様なものが含まれる。これに相当するのが「不法反価値」の評価であり、それは志向性をもつため、質と量によって幅広く変化し得る (グラデーションを有する)。一方、二値論理に対応するのが、「違法と結論づけられたか」・「そうでないか」の二択である。

第四章では、第三章の内容を踏まえながら、論理矛盾と価値判断の相対性を区別すべきであると論述する。論理矛盾の前提は、概念および思考の同一性が保証されていることである。ところが、民法上「違法でない」が、刑法上は「違法である」という場合、概念および思考の同一性は保証されていない。したがって、論理矛盾は起こらない。しかしながら、ある「殺人」が、民法上は「権利として正義に適う」と見なされながら、同時に刑法上は「違法である」と判断されることは「価値志向性」の観点から認められないことを述べる。

第五章では、上記のような「価値志向性」をもつ「不法 (の反価値)」の評価を客観的に検証可能なものにするため、規範論と記述研究を架橋する。哲学者カント (Immanuel Kant) の時代における自然哲学と科学の関係を顧みながら、「存在から当為は導けない」という自然主義的誤謬の問題に取り組む。この問題を解決するための手掛かりは、自然科学のメタ理論 (科学哲学) から「存在 (事実)」を問い直す点にあった。自然科学上の知識も、原理的には、「規範的合意 (convention)」の上に成り立っているのであり、「正しい」実証方法を用いれば万人が「真理」に到達できるというのは哲学的信仰に過ぎない。少なくとも、法制度という社会制度の実践的・科学的側面を重視する限り、価値判断を客観的に検証し得る手続が学界で構築されたなら、それで充分であると考えられる。

4. 第六章と第七章は、第五章までの考察から得られた成果を刑事不法論に応用した部分である。「不法の反価値」研究を用いて、刑事不法の特徴・性質にアプローチしている。あくまで仮説的試論の範疇にとどまるが、近年の実験社会科学、社会心理学、行動経済学などの知見を「判断資料（根拠）」として用いながら、刑事不法の基礎を論じている。

第六章では、自然災害と人為災害とによって生じる被害「結果」（精神疾患の発症率と程度）が異なり得ることを示し、その理由が対人関係の価値意識（特に社会規範に影響を与える平等／公平の価値意識）にあるのではないかという仮説を行動経済学などの実験結果から指摘し、さらに、その仮説を関係規範の面からも説明した。その結果、次の仮説的主張に至った。不法反価値は、権利・利益（法益）の背後にある価値意識、すなわち「法益を平等／公正に尊重して欲しいという要請とそれが叶えられる期待」を評価として反映している（側面がある）。そのため、少年の犯罪については「平等／公正な法益尊重に対する期待」の侵害が、成人の場合よりも減少する場合があるという結論を示した。

第七章は、民事不法と刑事不法の異同を論じる。刑事司法制度を廃止し、民事法制度による損害回復に一元化すべきであるという主張を取り上げ、これを批判的に検討した。殺人等の犯罪によって侵害されるものは、単なる「生命」ではなく、その「平等／公正な尊重に対する期待」でもあるため、これを財産的補償のみによって回復すること（すなわち、匡正的正義の実現）は極めて困難であると考えられる。最後に、民事不法と刑事不法の区別について若干の試論を展開した。