
 論 説

「合理性」とルール遵守、その刑事政策への

含意について

上 田 正 基

I はじめに

刑法学は、これまで様々な形で、あるべき刑事立法・刑事政策を論じてきた。そのような議論としては、法益論、刑罰論及び最終手段性（Ultima Ratio）が挙げられよう。しかし、刑事政策も公共政策の一部であるとすれば、まず、「あるべき刑法・刑事政策についてどの理論に基づいて論じるかを選択せよ」という方法論からはじめることが、現在の政策論争にとって有用な貢献をなすことはまずないであろう¹⁾。また、あるべき刑法像を出発点とした場合、それと一致するとされる刑事政策が公的（政治的）には受け入れられ難い結論に至る可能性²⁾や、あるべき刑法像との不一致を理由とする批判だけにとどまり³⁾、具体的な政策課題の解決へ向けた助言をなし得ない可能性もある⁴⁾。そのような状況では、刑事政策の形成過程に

1) 哲学と公共政策に関するものであるが、ジョナサン・ウルフ（大澤津・原田健二朗訳）『「正しい政策」がないならどうすべきか——政策のための哲学』48頁（勁草書房・2016年）なお、同書でも述べられているように、そのような議論に全く意味がないと主張しているわけではない。

2) ウルフ（大澤・原田訳）・前掲注1）81-82頁参照。Jonathan Wolff, *Political Philosophy and the Real World of the Welfare State*, 32 (4) JOURNAL OF APPLIED PHILOSOPHY 360, 361 (2015) も参照。

3) どのような犯罪構成要件が不必要かという議論は、批判だけにとどまる可能性がある。Elisa Hoven, Was macht Straftatbestände entbehrlich? – Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB, ZStW 2017; 129 (2), S. 334. も参照。

において刑法学からの意見に耳が傾けられることはなくなっていくであろう。

では、刑法学が刑事政策の議論において影響力を有し得るためには、どうすればよいのであろうか。そのためには、まず、今ある現実を考察することからはじめるべきである⁵⁾。そして、あるべき刑法像に一致する刑事政策を最大限実現することを目指すのではなく、現在の刑事政策を前提として、可能な範囲内でより良い刑事政策を提示することを目指すべきなのである。

そこで本稿では、その準備として、人がルールを遵守し、ときにはルールに違反するのはなぜなのかという点に着目した考察を行いたい。というのも、あるべき刑法像についてどのような見解を採るにしても、ルールが遵守されている状態がより望ましい状態であるという限りでは見解は一致していると考えられ、そうであるならば、完全な規範遵守を達成することが不可能であるという現実を前提として、刑事立法・刑事政策のあり方が、人のルール遵守行動に影響を与える場合があるのか否か、あるとすればどのような場合なのかを検討しておくことは有意義だと思われるからである。すなわち、人のルール遵守行動を促進するような刑事立法・刑事政策は、人のルール違反行動を助長するような刑事立法・刑事政策よりは望ましいという点、あるいはその逆では、意見は一致するはずなのである。また、以上の検討を始める前提として、ルールが遵守されている状態がより望ましい状態であるということを、あるべき刑法像に関する刑法学上の諸見解が、どのような形で共有しているのかを示すために、法益論、刑罰論及び最終手段性の各見解と、それぞれに対する批判を概観する。

4) *Michael Kubiciel*, *Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft*, JZ 2018, S. 171 ff., S. 177 ff. また、あるべき刑法像についての一般的・抽象的議論において意見の一致があったとしても、具体的に問題となっている刑事立法・刑事政策に対する意見が一致するとは限らない。

5) *Kubiciel*, aa.O. (Anm. 4), S. 176.

II あるべき刑法像に関する諸理論

1 法益論

法益論は、刑法は法益の保護に資するものでなければならない、あるいは、法益の保護に資するような規範しか刑罰によって補強されてはならないという命題を使って、具体的な刑事立法・刑事政策を批判的に検討しようとする⁶⁾。あるべき刑法像という観点からみれば、刑法が法益だけを保護している状態、刑法上の規範は法益しか保護していない状態が理想の状態である。

しかし、法益論に従い、法益保護という目的が立法者を法的に拘束すると考えること⁷⁾には問題がある。とりわけ、刑法が法益保護という目的に限定されることは、実定憲法に前置される前実定的制限であって、立法者は自由に処分できないと主張される場合⁸⁾には、その妥当根拠は見出され得ないように思われる⁹⁾。

前実定的な基礎づけは成功しないとして、それを直接援用せず、法益論の基準は、憲法上の違憲立法審査の基準と一致すると主張されることもある。すなわち、刑罰を手段とする立法については目的審査において法益保護以外の目的が排除される¹⁰⁾、あるいは、刑法の目的が法益保護に限定されることは比例原則の過剰侵害の禁止と適合すると主張される¹¹⁾。しか

6) 当然のことながら、ここでの法益は、立法批判機能を有するとされる体系超越的・実質的 法益である。Winfried Hassemer / Ulfrid Neumann, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 1 Rdn. 113.

7) 法益論が法的拘束性を有するか否かについては、上田正基『その行為、本当に処罰しますか——憲法的刑事立法論序説』44 頁以下（弘文堂・2016 年）も参照。

8) Bernd Schünemann, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, ZIS 2016, S. 654, 655 ff.

9) Armin Engländer, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 2015; 127 (3), S. 622 f.; Carl-Friedrich Stuckenberg, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZStW 2017; 129 (2), S. 351 ff.

10) 法益論と憲法上の目的審査の関係については、Jakob Hohnerlein, Legitime Ziele von Grundrechtseingriffen, Der Staat 56 (2017), S. 232 f. も参照。

し、刑罰が投入される場合にだけ、それ以外の法律よりも加重された目的審査が憲法上要求されることを基礎づけるためには、結局、前実定的な観点が要求されることになり、法益論の法的拘束性を憲法から根拠づける試みも成功しない¹²⁾。

法益論に法的拘束性がないことを前提としてもなお、政策的指針として法益論は貢献し得るとする見解もある¹³⁾。しかし、この見解についても、法益に該当するか否かを具体的に区別し得るような明確な基準を提供できていない現状では、その主張が説得力を有しているとはいえない¹⁴⁾。また、法益という保護目的だけに着目した政策論は、法益を侵害、危殆化する振舞いのうち、どの範囲を犯罪化するかを具体的に指示することを困難にするであろう¹⁵⁾。

2 刑罰論

刑罰論から刑事立法・刑事政策を批判的に論じる場合には¹⁶⁾、刑罰の目的・機能を出発点として、刑罰を科すに値する行為を画定し、そこに含まれない行為を処罰する刑事立法・刑事政策を批判するという形を採ることになる。その例としては、以下のような議論がある。

一つ目の見解として、行為を理由として犯罪者を非難する (censure あるいは stigmatize) ことが刑罰の特徴的性質であるから、刑罰が投入され

11) Winfried Hassemer, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 59 ff. Hassemer の見解については、上田・前掲注 7) 34 頁以下も参照。

12) Engländer, a.a.O. (Anm. 9), S. 624 ff.; Stuckenberg, a.a.O. (Anm. 9), S. 353 ff.

13) Hassemer / Neumann, in: NK (Anm. 6), Vor § 1 Rdn. 119a は、法益論は、その基準を充たさない犯罪構成要件の法的拘束力を疑うための理論ではないとする。

14) Stuckenberg, a.a.O. (Anm. 9), S. 356 ff.; Kubiciel, a.a.O. (Anm. 4), S. 173.

15) 法益保護は、法益を侵害、危殆化する振舞いの包括的な犯罪化によって最も良く達成できると考えることも可能となってしまう。この点については、Stuckenberg, a.a.O. (Anm. 9), S. 362; Kubiciel, a.a.O. (Anm. 4), S. 178.

16) 刑罰論と刑事政策の関係については、伊東研祐「現代社会における刑罰論への一視座」法時 87 巻 7 号 4 頁 (2015 年)、中村悠人「刑罰目的論と刑罰の正当化根拠論」現代法学 28 号 175 頁 (2015 年) を参照。

るのは悪しき (wrongful) 行為だけであるとするものがある¹⁷⁾。ここで、法に (有責的に) 違反する行為の全てが悪しき行為であるとする、悪性による制限 (wrongfulness constraint) が刑事政策的意義を失ってしまうため、何が悪しき行為なのか、すなわち、何が非難に値する行為なのかは、刑罰の非難的性質以外から決定されなければならない。そのために、侵害原理 (Harm Principle) が援用され、それ自体として有害な (harmful) 行為 (直接害を惹起する行為) が、悪しき行為の中心であるとされる¹⁸⁾。そこから、犯罪化 (criminalization) を正当化するために持ち出された害 (終局的害) と「一定の種類の偶然性を伴うという意味において遠く離れた (remote)」行為、具体的には、抽象的危殆化 (abstract endangerment = 一定の状況下又は一定の行為者による場合にのみ危険な行為であるが、そのような状況ではない又はそれ以外の行為者による場合にも処罰する)、選択の介在 (intervening choice = それ自体としては悪しき帰結を有さないが、自己または他人による有害行為を誘発すると考えられる行為を処罰する) 及び累積的害 (accumulative harms = 他者の類似の行為と結合した場合にしか、害が発生しないような行為を処罰する) のような場合が、終局的害を行為主体に公正に帰責し得ることが疑問視される場合として批判的に検討される¹⁹⁾。

しかし、刑罰を用いる以上、行為者を非難するという側面の正当化は不可避であるとしても²⁰⁾、以上の議論が刑事政策に対して影響力を持つため

17) A. P. SIMESTER & ANDREAS VON HIRSCH, CRIMES, HARMS, AND WRONGS – ON THE PRINCIPLES OF CRIMINALISATION, ch. 2 (2011); DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW, 72-76, 92-103 (2008).

18) Andrew von Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, in HARM AND CULPABILITY 259, 260-261 (A. P. Simester & A. T. H. Smith eds., 1996); SIMESTER & VON HIRSCH, *supra* note 17, chs. 3-4. この点については、R. A. Duff & S. E. Marshall, *'Remote Harms' and the Two Harm Principles*, in LIBERAL CRIMINAL THEORY – ESSAYS FOR ANDREAS VON HIRSCH 205, 205-209 (A. P. Simester et al. eds., 2016) も参照。

19) von Hirsch, *supra* note 18, 263-271; SIMESTER & VON HIRSCH, *supra* note 17, chs. 4-5.

20) 上田・前掲注 7) 74 頁以下、117 頁以下参照。

には、非難が侵害原理と必然的に結びつくのか²¹⁾、侵害原理自体は法的拘束力を持った基準なのか²²⁾、侵害原理は政策的指針として有益なのか²³⁾という問題が解決されなければならない。

二つ目の見解として、(刑)法の目的を自由の普遍的保障に置き、各人が相互的に相手の自由を配慮して、法に適った行動をとり、それによって自由が法秩序において現実的に保障されている状態の追求・達成(法の回復や行為予期の安定化を通じて行われる)を刑罰の目的とした上で²⁴⁾、刑罰が投入されるべきなのは、特定の主観的権利及び自由を可能にする制度の安定性にとって重要な規範に対する違反がある場合であるとするものもある²⁵⁾。

しかし、この見解が、刑罰が保障すべき(法としての)法や行為予期を前実定的に基礎づけようとするならば、法益論と同様に、法的拘束性の基礎づけ問題が生じ²⁶⁾、現実の法制度を出発点とするならば²⁷⁾、批判的な政策的指針となり得る程度に明確な基準を構築できるのか否かが問題となる

21) とりわけ、それ自体として有害な行為は、悪しき行為であるという部分である。Duff & Marshall, *supra* note 18, 214-223.

22) この点については、MARKUS D. DUBBER / TATJANA HÖRNLE, CRIMINAL LAW - A COMPARATIVE APPROACH, ch. 3B (2014).

23) Bernard E. Harcourt, *The Collapse of Harm Principle*, 90 (1) THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW & CRIMINOLOGY 109 (1999).

24) 本文は、概観のために様々な見解の差異を捨象している。このような見解の詳細は、飯島暢「ドイツにおける規範的な応報刑論の展開」『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』21頁(成文堂・2016年)、同「刑罰の目的とその現実性——自由の普遍的保障との関係——」同書87頁を参照。

25) Kubiciel, aa.O. (Anm. 4), S. 178 は、このような議論を、刑事政策的にみれば、刑法の過度の政治的活性化に抗するものであると主張している。

26) Klaus Ferdinand Gärditz, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 49 (2010), S. 333 ff., 349 ff.

27) Kubiciel, aa.O. (Anm. 4), S. 176 ff. は、反作用的法である刑法は、存在する行為予期の安定化によって自由の諸条件の維持に貢献するという理解を前提に、刑法学は、諸制度の自由関連性を証明し、自由に関連する諸制度の機能条件及び機能態様を明らかにすべきであるとする。その中で具体的には、スポーツにおける八百長の処罰等が挙げられている。もっとも、政策的議論においては、制度経済学、犯罪学等の多様な道具が必要であるとしており、刑罰論だけから決定的な結論が導出されているわけではない。Michael Kubiciel, Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände, ZStW 2017; 129 (2), S. 473 も参照。

う。

3 最終手段性

刑法(刑罰)は、立法者の用いることができる手段の中で最も峻厳なものであるから、最終手段としてしか用いてはならないという主張は、明らかに刑法の限界づけを意図している²⁸⁾。問題は、最終手段(Ultima Ratio)をどのような意味で理解するのかである。

まず、刑罰に伴う社会倫理的な非難に値する行為という形で、当罰的行為に関して、絶対的に高い閾値を設定し、それを超えなければ刑罰は科されるのではないという意味で最終手段を理解する見解がある²⁹⁾。しかし、このような理解においては、前述した³⁰⁾刑罰の非難的性質から刑法の限界を導出する見解と同様、刑罰に値する行為の閾値を別に設定しなければならず、その際には、法的拘束性の基礎づけの問題や基準の曖昧性の問題が生じることになる³¹⁾。

次に、他の手段ではある目的を達成できない場合にはじめて刑法を投入してよい、という意味で最終手段を理解する諸見解がある。

例えば、刑法は法益保護のための最終手段であり、他の社会的問題解決手段が効果を発揮しない場合にのみ投入されると主張される³²⁾。しかし、

28) 最終手段性に関する最近の議論として、*Matthias Jahn / Dominik Brodowski*, Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen, ZStW 2017; 129 (2), S. 363; *dies*, Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips, JZ 2016, S. 969; *Cornelius Prittuit*, Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?, ZStW 2017; 129 (2), S. 390; *Klaus Ferdinand Gärditz*, Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, JZ 2016, S. 641; *Wolfgang Frisch*, Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NSTZ 2016, S. 16.

29) *Frisch*, aa.O. (Anm. 28), S. 23-24. 具体的には、「法に違反し、阻止されるべき行為態様だけでなく、社会倫理的に非難に値し、社会的に耐え難い行為態様が問題になっている場合にしか、考慮に値しない。当該行為態様は明らかに、同時に、単なる秩序不法よりも中核刑法に近いはずである」と述べる。

30) II 2

31) *Jahn / Brodowski*, aa.O. (Anm. 28), Krise und Neuaufbau, S. 972 f.

32) *Claus Roxin*, Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 2 Rn. 97 ff.

この見解は、ある行為態様を法によって禁止することによる自由の制約と、刑罰を科されることによる不利益を区別していないため、ある法益を侵害する行為を包括的に禁止する警察法的措置（例えば、永続的監視等）と、当該法益に対する重大な侵害行為のみを処罰する刑法とを比べた場合に、必然的に後者が最終手段であるべきと主張できるのかといった疑念が生じる³³⁾。

そこで、ある法規範に違反した場合の反作用としての制裁の中で、刑罰は最終手段であるとし、制裁の目的が刑罰以外の制裁手段によって達成できない場合にのみ刑罰を投入してよいとする見解がある³⁴⁾。しかし、この見解に対しても、刑罰（制裁）目的が特定されなければ、何との関係で最終手段なのかが不明となり³⁵⁾、刑罰論において刑罰に固有の作用を認めれば認めるほど、刑罰が唯一かつ最終の手段となってしまうという問題があると考えられる³⁶⁾。

結局、主張されてきたような最終手段性は、一定の刑法・刑罰観を前提として、なるべく刑法・刑罰は用いられないほうがよいというためのレトリック以上の意味を有するものではないのである³⁷⁾。

4 小括——課題と展望

以上で検討してきたように、あるべき刑法像に関する諸見解は、それら

33) *Ingke Goeckenjan*, Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?, in: *Matthias Jestaedt / Oliver Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit – Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 204 f.; *Gärditz*, a.a.O. (Anm. 28), S. 645 ff.; *Jahn / Brodowski*, a.a.O. (Anm. 28), Krise und Neuaufbau, S. 970. さらに、上田・前掲注 7) 138 頁以下も参照。

34) *Jahn / Brodowski*, a.a.O. (Anm. 28), Krise und Neuaufbau, S. 974 ff.; *Jahn / Brodowski*, a.a.O. (Anm. 28), Das Ultima Ratio-Prinzip, S. 377 ff.

35) *Gärditz*, a.a.O. (Anm. 28), S. 644 ff.; *Kubiciel*, a.a.O. (Anm. 4), S. 172 f. Kubiciel 自身は、応報的刑罰理解を採っているが、最終手段原則を政策論としても用いていない。

36) 例えば、法の回復に資する他の制裁手段があるのか否かから問題となる。

37) *Gärditz*, a.a.O. (Anm. 28), S. 644, 647 ff.

が政策的議論において主張される場合の法的妥当性及び政策的影響力に関して、疑問視せざるを得ないように思われる。また、どのような行為に対して刑罰を投入すべきかに関して抽象的に意見が一致していないだけでなく、抽象的に意見が一致している論者の間でも、具体的な刑事立法に関して意見が一致しないことがあり得る状況において、あるべき刑法像に関する抽象的議論から具体的な刑事立法・刑事政策に対して、影響力を有する形で政策的提言をなすことは困難であろう。

そこで、刑事政策に関する議論において、意味ある提言をなそうとするならば、刑罰を投入すべきか問題となっている具体的な行為態様又は規範違反のどのような特徴（例えば、ある特定の権利・利益を侵害すること、行為後に自己又は他者の行為が予定されていること等）が、刑罰に値するあるいは値しないことを基礎づけると考えられており、それぞれのどの部分で意見が対立しているのかを明確化した後で、問題となっている行為を規制すること（又は、それに対して刑罰を科すこと）が、どのような利害得失をもたらし、どのような社会を導くのか、そしてその社会は目指すべき社会であるのか否かを直接議論したほうがよいように思われる。そのような議論の中で、あるべき刑法像に関する諸見解は、考慮すべき価値・利益を示すものとして、なお貢献し得るであろう³⁸⁾。

Ⅲ ルール遵守と刑事立法・刑事政策

1 望ましい状態としてのルール遵守

ここまでで検討してきた法益論、刑罰論及び最終手段性における議論では、刑法・刑罰の機能・目的について見解の一致がなく、そのためあるべき刑法像に関しても意見が一致していなかった。しかし、ある一点において諸見解は一致しているように思われる。それは、それぞれの見解が望ましい状態として想定している状態は、人がルールを遵守することによって

38) Wollf, *supra* note 2 も参照。

達成されるという点である³⁹⁾。すなわち、法益論であれば、法益が保護されている状態は法益を侵害する行為を規制するルールが遵守されることによって達成される。刑罰の非難という側面に着目する刑罰論においても、他害行為を非難の対象の中心に置く限りにおいては同様である。また、自由の普遍的保障に着目する刑罰論であれば、刑罰によって達成あるいは事後的に回復される状態は、人々が相互の自由に配慮したルール（法）が遵守されている状態である。行為予期の安定化に関しても、人々が相互にある特定の行為を期待しており、それが正当である（あるいは、制裁によって補強されている）場合には、当該特定の行為の指示は規範性を有し⁴⁰⁾、行為予期が違背されていない状態とはルールが遵守されている状態を意味することになる。最終手段性については、それが関連付けられる理論に依拠して以上の説明が妥当することになる。

このように、あるべき刑法像に関する諸理論においては、刑法上のルールの内容及びその正当性の基礎づけの差異を捨象すれば、ルール遵守が望ましい状態であるという点では一致していると考えられる。そうであれば、人のルール遵守を阻害する（あるいは、ルール違反を助長する）ような態様の刑事立法・刑事政策は、政策として望ましくないという点には、全ての見解が賛同できるはずである。

しかし、ルール遵守に影響を与える刑事立法・刑事政策があるという考えが成り立つためには、これまで刑法学上の議論が考慮しきれていないと思われる観点を前提としなければならない。それは、ルール、刑法又は刑

39) 以下では、「ルール」と「規範」という言葉を特に区別せず、ある一定の振舞いを指示するものという意味で用いる。なお、規範の意味については、Christoph Möllers, Die Möglichkeit der Normen – Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, 2015 も参照。

40) 規範性についてのこのような考え方に関連して、JOSEPH HEATH, FOLLOWING THE RULES – PRACTICAL REASONING AND DEONTIC CONSTRAINT ch. 4.4 (2011) 参照 (ジョセフ・ヒース (瀧澤弘和訳)『ルールに従う——社会科学の規範理論序説』185 頁以下 (NTT 出版・2013 年))。他者の予測と規範及び処罰の関係については、ROBERT SUGDEN, THE ECONOMICS OF RIGHTS, COOPERATION AND WELFARE chs. 8 & A. 7 (2d ed. 2005) (ロバート・サグデン (友野典男訳)『慣習と秩序の経済学——進化ゲーム理論アプローチ』174 頁以下、249 頁以下 (日本評論社・2008 年)) も参照。

罰が存在しているだけでルールが遵守されるわけではなく、ルール違反は必然的に生じる一方で、刑罰（制裁）の執行には、制度の運用コスト（警察組織の運営、裁判制度の運営、刑務所の運営等）が伴う以上、ルール違反の全てに刑罰が科されるわけではなく⁴¹⁾、そこには限界があるという観点である⁴²⁾。そして、ルール違反行為のうちで処罰されるものとされないものが当然生じることを前提とすれば、刑罰の執行状況に起因してルール違反が助長されることもあり得、そのような執行状況を生じさせる刑事立法・刑事政策は政策的に妥当ではないということになる⁴³⁾。

そこで本稿の以下では、どのような刑事立法・刑事政策が、人のルール遵守行動にどのような影響を与えるのかを具体的に検討する前提として、そもそもなぜ人はルールに従うのか（違反するのか）を説明することを試みる⁴⁴⁾。それを明らかにすれば、ルール遵守行動が促進され、あるいはルール違反行動が助長されるのは、どのような場合かも説明することが可能となるであろう。

2 なぜ人はルールに従うのか？

(1) 「合理的」個人——信念、選好及び制約

なぜ人はルールに従うのかを説明するにあたって、本稿では、人は合理的個人（rational actor）であることを前提とする。もっとも、刑法学上の議論において、「合理的」個人という言葉を用いると、単純な功利計算を行

41) 日本では、起訴便宜主義が採られており、有罪判決を得られる高度の見込みがある場合であっても、必ず起訴されるわけではない（刑事訴訟法 248 条）。

42) See Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 (2) JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 169 (1968).

このような観点を前提とすれば、刑事政策を論じるにあたって、望ましい状態としてのルール遵守状態が社会全体にとってどれ程望ましいか（利益をもたらすか）ということを考慮するだけでは不十分であることがわかる。しかし、本稿では、その点については詳述しない。

43) See Todd Haugh, *Overcriminalization's New Harm Paradigm*, 68 (5) VAND. L. REV. 1191 (2015).

44) 社会政策を論じる上で、人間の動機を理解する重要性については、ウルフ（大澤・原田訳）・前掲注 1) 170-172 頁参照。

う個人を想起させ、消極的一般予防論を当然含意するものと考えられるかもしれない⁴⁵⁾。さらに、そのような個人像を前提とする消極的一般予防論に対しては、「威嚇の対象者である一般人を、感性的な衝動だけに突き動かされて自己の快 (Lust) を追求する存在、つまり、正当な事柄を洞察する理性的な能力を欠いた自律的でない存在として捉えている」といった批判がなされている⁴⁶⁾。

しかし、合理的であることは、利己的であることを必ずしも意味せず、他人を思いやったり、正義を信じたり、社会的な理想のために自己犠牲をしたりすることを、非合理であるとしているわけでもない⁴⁷⁾。また、自己利益 (self-interest) の追求に対する義務論的制約 (deontic constraint) を尊重する個人を、合理的個人として表すことも排除されない⁴⁸⁾。合理的個人とは、一貫した選好 (consistent preference) を有する個人のことであり、合理的行為とは効用を最大化する行為のことである⁴⁹⁾。そして、選好には、自己のみを考慮する (self-regarding) 選好だけでなく、他者をも考慮する (other-regarding) 選好も含み、徳を備えた性格 (character virtues) のようなものを取り込むことも可能なのである⁵⁰⁾。

45) *Marei Verena Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017, S. 106 f.; *Michael Kubiciel*, Die Wissenschaft von Besonderen Teil des Strafrechts – Ihre Aufgaben, Ihre Methoden, 2013, S. 144 ff.; *Michael Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 66 ff.; *Tatjana Hörnle*, Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion, in: *Andreas von Hirsch / Ulfrid Neumann / Kurt Seelmann* (Hrsg.), Strafe – Warum? – Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, 2011, S. 13 ff. なお、*Luis Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, 2009 も参照。

46) 飯島・前掲注 24) 「刑罰の目的」95 頁。

47) HERBERT GINTIS, THE BOUNDS OF REASON – GAME THEORY AND THE UNIFICATION OF THE BEHAVIORAL SCIENCES 6–7 (2009)。(ハーバート・ギンタス (成田悠輔 = 小川一仁 = 川越敏司 = 佐々木俊一郎訳) 『ゲーム理論による社会科学の統合』10–11 頁 (NTT 出版・2011 年)。

48) HEATH, *supra* note 40, ch. 3. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 107 頁以下。)

49) 選好関係が、完備性 (completeness)、推移性 (transitivity)、無関係な選択肢からの独立性 (Independence of Irrelevant Alternatives) を充たすとき、その選好が一貫しているという。その時々状況に応じて変化がないという意味ではない。

以上のような意味での合理的個人を表すのが、信念 (Beliefs)・選好 (Preferences)・制約 (Constraints) のモデル又は BPC モデルである。信念とは、個人が持つ世界の因果構造に関する知識表象であり、選択された行動から生じる様々な結果の生起確率に関する知識も含む。選好とは、選択された行為から生じる帰結に対する個人の価値評価の基盤であり、行為から生じる世界の状態に対する順序付けである。制約とは、所与の状況において個人が選択できる行為には限界があることを示す。このモデルによれば、合理的個人は自身が持つ欲求と信念に依存して、実現可能な行為の集合から自身の効用を最大化する行為を選択することになる⁵¹⁾。

(2) 合理性とルール遵守

BPC モデルが表す合理的個人は、生物学的種としての人間である。したがって、合理的個人は、種としての人間を特徴づける性質を有する存在として扱われなければならない。そして、人間を種として際立たせている特徴とは、コミュニケーションのための命題的に差異化された言語と、それを可能にするような模倣的 (imitative) な規範同調的性向 (norm conformative disposition) であるとされる⁵²⁾。

人間の特徴としての言語を用いる意味ある発話を可能にするためには、言語的交換において、ある主張 (assertion) をする権利が付与されてい

50) Gintis, *supra* note 47, chs. 1 & 3. (ギンタス (成田ほか訳)・前掲注 47) 3 頁以下及び 65 頁以下。)

51) Gintis, *supra* note 47, ch. 1 (ギンタス (成田ほか訳)・前掲注 47) 3 頁以下); Herbert Gintis, *A framework for the unification of the behavioral sciences*, 30 BEHAVIORAL SCI. 1, 2-3 (2007); SAMUEL BOWLES & HERBERT GINTIS, *A COOPERATIVE SPECIES - HUMAN RECIPROCITY AND ITS EVOLUTION* 9-10 (2011). (サミュエル・ボウルズ=ハーバート・ギンタス (竹澤正哲監訳)『協力する種——制度と心の共進化』20-23 頁 (NTT 出版・2017 年)。)

なお、合理的選択理論は、実際に人々が、確率や一貫した選好順序に従って必要な計算をして合理的行為を決定していると主張しているわけではなく、特定の信念と欲求の組を所与とすれば、それと整合する行為は 1 つしかないと述べているだけである。

52) HEATH, *supra* note 40, ch. 6. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 283 頁以下。)

ければならず、さらに、当該主張が推論の素材として用いられることによって、さらなる主張をする権利を付与するものとなっていなければならない。このことは、言語表現の意味はその使用における推論的 (inferential) 役割によって決定されるということを意味し、この役割は一種の義務論的地位 (deontic status) として理解される。他者に理解される発話をするためには、その発話の推論上の帰結を認め、そこにコミットしなければならないのである。すなわち、言語を用いてコミュニケーションするためには、発話者が、発話の相手方が当該発話から推論するであろうことを理解しており、この意味での規則に従って発話しなければならない、同時に、相手方も同じ規則に従っており、相互にそのことを期待しているという状況が存在しなければならない。したがって、言語は規範的に規制された社会的実践であり、義務論的制約を作り出し、尊重することができる主体のみが意味ある発話をなすことができるのである⁵³⁾。

このような言語能力を獲得することによって、信念、欲求 (選好) といった志向的状态 (何かに関するものであり、内容を持つということ) が発生し、信念や欲求が内容を持つ限り、それらは言語表現を持つ⁵⁴⁾。信念とは、主張を内面化したものであり、「ある人がPであることを信じている」ということは、「この人がPという主張にコミットしている」ということであるから、信念も一種の義務論的地位である⁵⁵⁾。欲求も、「Pをしたい」といった形での必要の明示的表現であるから、信念と同様に義務論的地位である⁵⁶⁾。したがって、自分の義務論的地位に反応することができる、規範同調的性向を持つ個人のみが内容のある信念、欲求を持つ⁵⁷⁾。そして、

53) HEATH, *supra* note 40, chs. 4 & 7. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 200 頁以下及び 372 頁以下。)

54) 信念の場合には、目標は志向的状态を世界での物事のあり方に「適合」させることにあり、欲求の場合には、世界を志向的状态に「適合」するような仕方で変えたいと望むという形で、信念と欲求とは「適合の方向 (direction of fit)」が異なるとされる。HEATH, *supra* note 40, at 14. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 22 頁。)

55) HEATH, *supra* note 40, chs. 4 & 7. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 163 頁以下及び 373 頁。)

56) HEATH, *supra* note 40, ch. 5. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 221 頁以下。)

信念及び選好に基づく期待効用の最大化も、言語使用者に独自の能力である⁵⁸⁾。

そうであれば、信念と欲求（選好）に基づいて、純粹に道具的に推論することを意思決定し、そうすることは、義務論的地位に反応することになり、したがって、規範的コントロールの実践となる⁵⁹⁾。「感性的な衝動だけに突き動かされて自己の快を追求する」ことも、それが意思決定に基づいている限り同様であろう⁶⁰⁾。すなわち、合理性は言語の使用を含み、言語を学習することは規範的に規制された社会的実践をマスターすることを必要としているのであるから、規範的コントロールは合理的主体性の前提条件となる。合理的主体にとって規範コントロールは思考の可能性の条件であり、消し去ることのできない選択なのである。このように、合理性と規範的制約とは内在的に連関しているため、合理的人が規範同調的選択性向を持っていないと議論することは不可能なのである⁶¹⁾。

(3) 行為の帰結に関する関心と行為の性質に関する関心

合理性がルール遵守を前提とするならば、ルールを尊重することが BPC モデルによって表されなければならない。その際、重要となるのは、行為・状態・結果の 3 分法⁶²⁾において、行為の帰結（＝結果）に対する関心と、行為の性質（行為それ自体）に対する関心とを区別することである。これは、ルールは通常、行為を許容できるものか、許容できないものかを指示するものであり、どのような結果がより望ましく、より望ましくない

57) HEATH, *supra* note 40, at 218-19. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 373 頁。)

58) HEATH, *supra* note 40, at 124-25. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 209-211 頁。)

59) HEATH, *supra* note 40, at 219. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 373 頁。)

60) もっとも、消極的一般予防論が本当にそのような人々しか対象としていないのか、そうだとするとそのことに問題がないのかは、議論の余地があろう。

61) HEATH, *supra* note 40, at 219. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 373-374 頁。)

62) 選択の対象となるのが「行為」であり、意思決定に関係し、幸福に関係ある全ての事柄を特定化したものが「結果」であるとされる。ここで、「状態」とは、発生する可能性のあるあらゆるシナリオを網羅的にまとめたリストであるとされる。そして、結果の集合に対する欲求の順序として選好があり、状態に含まれる事象の生起確率等に関して信念があるとされる。

かは特定しないという形で、行為と直接的に結びついているということ
を、より直截に表すためでもある。行為の性質に対する関心は「原理
(principle)」と呼ばれる⁶³⁾。

原理は、状態に含まれる事象の生起確率を含む信念が行為の選択に影響
を与えるのと同様に、規範がもたらす義務論的制約に対して一定の重みづ
けをなしている状態として、例えば、禁じられている行為にはゼロが、義
務的行為には正の大きな値が与えられる規範的適宜性 (appropriateness)
という形で BPC モデルに導入される⁶⁴⁾。そして、規範に対する尊重の度
合いに応じて、それに合致する行為に与えられる値も異なる。このモデル
においては、より尊重される規範に適合した行為に、より大きな規範的適
宜性の値が与えられ、その結果、規範遵守行為には効用関数においてより
大きな値が与えられることになるので、規範遵守行為がより選好されやす
くなる。このようにして、合理性の前提としての規範同調的性向を有し⁶⁵⁾、
行為の帰結に対する期待効用との関係で相対的に、様々な規範的制
約に対して様々な重みづけを付して、ルールを遵守し、ときにはそれに違
反する合理的主体の意思決定をモデルとして表すことが可能となるのであ
る。そして、規範的制約に対する重みづけである「原理」は、規範の内面
化を伴う社会化によって習得される⁶⁶⁾。

63) HEATH, *supra* note 40, ch. 3.2. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 119 頁以下。) 状態に
結びついた信念、行為に結びついた原理、結果に結びついた選好というモデルにな
る。

64) HEATH, *supra* note 40, ch. 3.2. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 119 頁以下。) 他の全
ての行為には他の行為と相対的に、その適宜性を特定化する中間的な値を割り当て
ることが可能であるのは、選好の場合と同様である。また、信念とアナロジーで説
明すれば、禁止されているが不可能、義務的であるが必然的であることと同じであ
る。具体的な関数については、HEATH, *supra* note 40, ch. 3.5 (ヒース (瀧澤訳)・前掲
注 40) 141 頁以下) も参照。

65) 行為のための規範的な理由に対し、少なからぬ熟慮上の重みを割り当てること
になるような一般的な性向を有するということであって、言語を使用する人は、現
在支配的な社会規範の集合を承認しなければならないという意味ではない。
HEATH, *supra* note 40, at 221 (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 377 頁)

66) なお、合理的主体を前提として、どのようにして規範が発生、どのように学習さ
れていくかについては、SUGDEN, *supra* note 40 (ザグデン (友野訳)・前掲注 40)) も
参照。

(4) 小括——刑事政策への含意

以上のような合理的主体像を前提とすると、刑事立法・刑事政策を論じるにあたっての含意は次のようになる。

まず、刑罰を含むサンクションは、合理的主体がルールに従う道具的な理由を提供していると同時に、ルールが内面化されたときには、自身の欲求に比べて、より大きな熟慮の重みを社会規範に割り当てることを、合理的主体のあるべき形として期待していると考えることになる⁶⁷⁾。ここで、道具的理由の面では消極的一般予防論が、社会規範による制約に対する重みづけの維持という面では積極的一般予防論の議論が参考になる⁶⁸⁾。

次に、刑事立法・刑事政策について一般的に述べるならば、合理的主体が当該刑罰によって補強された規範に関して、社会構成員として期待された重みづけを付与するよう促進あるいはそれを維持するような刑事立法・刑事政策が、より望ましいということになる⁶⁹⁾。逆に、そのような重みづけを獲得することが考えられないような内容の刑事立法⁷⁰⁾や、重みづけを減少させてしまうような刑事政策は望ましくないということになる。例えば、規定されたルールと行為の結びつきが不明確で、違反行為に際して規範による重みづけが機能しない場合（いかなる行為にいかなる値の規範適

67) HEATH, *supra* note 40, at 71. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 118 頁。) すなわち、刑罰は、規範違反行為の結果に対する期待効用を引き下げるという形で「選好」に関係するだけでなく、行為の規範適宜性を引き下げる形で「原理」にも関係するのである。

68) 刑罰の基礎づけが、これらの議論によってなされなければならないと述べているわけではない。その点については、上田・前掲注 7) 78 頁以下も参照。

また、合理的主体間で自然発生した規範と非難との関係については、SUGDEN, *supra* note 40, ch. 8.4. (ザグデン (友野訳)・前掲注 40) 187 頁以下。)

69) このように考えると、法が期待する規範的制約に対する最低限の重みづけは、共有事前分布 (common prior) ないし共有知識 (common knowledge) となる可能性があり、それが方法論的個人主義の終焉を意味し得ることについては、Gintis, *supra* note 47, chs. 7 & 8. (ギンタス (成田ほか訳)・前掲注 47) 195 頁以下及び 219 頁以下。)

70) これに関連して、法の権威の受容という観点を論じるものとして、Joseph Raz, *Authority, Law and Morality*, *The Monist* 68 (3) 295 (1985). (ジョセフ・ラズ (深田三徳訳)「権威・法・道徳」深田三徳編『権威としての法——法理学論集』139 頁 (勁草書房・1994 年)。)

宜性を割り当てるべきかを指示できない場合)⁷¹⁾、刑罰の執行が過度に選択的で一貫しないことにより、重みづけを維持するための刑法の表出的メッセージ⁷²⁾が歪曲されて伝達される場合、及びそのような執行を助長する刑事政策が採られている場合⁷³⁾、並びに、国家機関に対する信頼を失わせ、法に対する尊重を失わせるような捜査活動や刑罰執行がなされている場合⁷⁴⁾が挙げられよう。

もっとも、私見は、これらの議論を、規範（法）の内容に関して中立的なものとして論じている⁷⁵⁾。したがって、刑事政策を論じるにあたっての今後の課題は、具体的にどのような刑事立法・刑事政策が、上記のような弊害をもたらすのかを検討するだけにはとどまらない。どのような内容のルールが、人々からより重みづけをもって尊重されるのか（原理において、より大きな規範的適宜性が当該ルールを遵守する行為に与えられるのか）⁷⁶⁾、それを踏まえて、遵守の確率や執行コストまでも考慮に入れた上で、どのような内容のルールを刑罰によって補強すること⁷⁷⁾が、社会全体にとってより利益をもたらすのかを検討することも必要なのである⁷⁸⁾。

71) 規範の発生・発達と顕著性の関係については、SUGDEN, *supra* note 40, ch. 3 (ザグデン (友野訳)・前掲注 40) 44 頁以下) も参照。

72) 制裁によって伝達されるメッセージについては、上田・前掲注 7) 74 頁以下、133 頁以下も参照。

73) See William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 (3) Mich. L. Rev. 505, 520-23 (2001).

74) See TOM R. TYLER, *WHY PEOPLE OBEY THE LAW* (2006).

75) あるべき刑法像について特定の考えを採ることなく、妥当する議論を試みているからである。

76) TYLER, *supra* note 74 と関連して、実体法の側面で刑事立法の正統性 (legitimacy) を論じるものとして、Nina Peršak, *Norms, Harms and Disorder at the Border: The legitimacy of Criminal Law Intervention through the Lens of Criminalisation Theory*, in LEGITIMACY AND TRUST IN CRIMINAL LAW, POLICY AND JUSTICE – NORMS, PROCEDURES, OUTCOMES 13 (Nina Peršak ed., 2014).

77) 制裁が刑罰に限定されるわけではないし、ルール違反に対処するために制裁が投入されなければならないわけでもない。ルール違反への対処については、北折充隆『ルールを守る心——逸脱と迷惑の社会心理学』123 頁以下 (サイエンス社・2017 年) も参照。

3 なぜ人はルールに違反するのか？

これまで説明してきたように、合理的主体が規範同調的性向を前提としており、社会規範による規範的制約に対して、一定の重みづけを付与して、行為を選択しているとすれば、当該主体がルールに違反するのは、当該重みづけと比較して違反行為の帰結に対する欲求が大きい場合である。これには、絶対的に当該欲求が大きい場合だけでなく、付与している重みづけをあえて軽減する（違反行為の規範的適宜性の値を増加させる）場合が考えられる。二つ目の場合について参考になるのが、中和理論（neutralization theory）である。

(1) 中和理論と合理的主体

中和理論によれば、非行者及び犯罪者も、支配的な規範と価値のシステムにコミットし続けており、その禁止（要請）に違反することに対して罪悪感や羞恥心を有するが、中和の技術によってそれらの感情を中和しているとされる⁷⁹⁾。すなわち、中和理論が想定する非行者及び犯罪者は、支配的な社会規範に最低限コミットしている者であり、その点で、本稿で私見が依拠する合理的主体像と一致するのである⁸⁰⁾。

78) 一定の場合に、社会規範に従う規範的傾向（normative predisposition）という想定を置いた上で、社会規範をゲームのプレーヤーが従う振付師（choreographer）として、ゲームの利得及び相関均衡における効率性を論じるものとして、Gintis, *supra* note 47, chs. 2 & 7. (ギンタス（成田ほか訳）・前掲注 47）43 頁以下及び 195 頁以下。)

なお、Gintis の見解を政策論に活かそうとする場合に考えなければならないのは、振付師が信頼を獲得するのはどのような場合か、及び振付師（及びその信頼性）を維持するために、どれ程のコストがかかるのかという観点であろう。すなわち、相関均衡における全体の利得が、当該コストを下回る場合には、政策としては失敗ということになる。

79) Gresham M. Sykes & David Matza, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, 22 (6) AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 664, 666-67 (1957). なお、中和理論は、非行少年だけでなく、成人の逸脱行為に対しても適用される (*Id.* at 666.)。

さらに、中和理論の理論的位置づけ等に関しては、Shadd Maruna & Heith Copes, *What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?*, 32 CRIME AND JUSTICE 221 (2005).

中和の技術は、逸脱行為に先立つ合理化 (rationalizations)⁸¹⁾として、逸脱行為を可能とするものでもあり、行為者は妥当するとみなすが、法システムや社会一般によってはそうではないような、犯罪に対する抗弁（阻却事由）の認められない拡張という形態をとる⁸²⁾。違反は「正しい」ことではないとしても、「許される」と考えるのである⁸³⁾。こうすることで、一方で、支配的な規範と価値のシステムに対する忠誠心を保持しながら、他方で、自分の行為を支配的な規範と価値のシステムの命法から免除して、比較的制約のない仕方で自己利益を追求する自由を確保することができるのである⁸⁴⁾。言い換えれば、通常は有しているはずの規範的制約（内面化された規範による制約）に対する重みづけを自ら軽減することによって、自己の欲求を満たす行為を合理的に選択しやすくすることができるのである。

(2) 中和の技術 (techniques of neutralization)

具体的な中和の技術には、主要なものとして以下のようなものがある。

一つ目は、責任の否定 (the denial of responsibility) である⁸⁵⁾。責任の否定とは、自らの逸脱行為が意図的なものではない (unintentional) あるいは偶然 (accident) であるという主張を超えて、自己の逸脱行為の原因が、個人の外側にあり、自己のコントロールが及ばない力（例えば、自己の生育環境や組織のヒエラルキー構造）にあると主張することによって、逸脱

80) See HEATH, *supra* note 40, at 222-23. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 379-380 頁。)

81) Sykes & Matza, *supra* note 79, at 666-67 においては、行為前に行われるのが中和、行為後に行われるのが合理化であるとされている。しかし、本稿では、中和と合理化をほぼ同様の意味で用いる。合理化については、Donald R. Cressey, *The Respectable Criminal - Why some of our best friends are crooks*, 3 CRIMINOLOGICA 13, 14-15 (1965) も参照。

82) Sykes & Matza, *supra* note 79, at 666. なお、中和が非行・犯罪行為前にも問題となるという点には、批判もある (see Maruna & Copes, *supra* note 79, at 258-70)。

83) Sykes & Matza, *supra* note 79, at 667.

84) See HEATH, *supra* note 40, at 223. (ヒース (瀧澤訳)・前掲注 40) 380 頁。)

85) Sykes & Matza, *supra* note 79, at 667.

行為に対する非難を行為者から移すことである。これにより行為者は、社会的不承認及び個人的失敗感の両方を和らげることができる⁸⁶⁾。

二つ目は、損害の否定 (the denial of injury) である⁸⁷⁾。これは、逸脱行為における損害に焦点を合わせ、逸脱行為の悪性 (wrongfulness) は、自らの逸脱行為によって誰かが明確に侵害されたか否かによって決定されると考え、誰も実際には害されていないと主張して、自らの行動を合理化するものである。例えば、横領犯人が「借りただけ」と主張したり、薬物使用者が、薬物使用は社会侵害的でなく、個人にとって害あるものでもないと主張したりする場合である。

三つ目は、被害者の否定 (the denial of victim) である⁸⁸⁾。被害者の存在を否定することは、被害者が悪事を働いており、被害者の受けた損害は被害者に対する正当な報復あるいは処罰であると主張して、被害者を、当該損害を受けるに値する (被害者たる地位に値しない) 人物に変換することによって行われる。例えば、不公平な教師に対する復讐として学校の器物を損壊することである。加えて、被害者の否定は、被害者が物理的に現場にいない、行為者にとって見知らぬ人である、又は曖昧かつ抽象的であって、被害者の存在に関する認識が弱くなる場合にも行われる。なぜなら、被害者は犯罪者の良心を刺激するほど近くにはいないからである⁸⁹⁾。例えば、誰の所有かがはっきりとしていない、会社の物品を従業員が盗む場合等である。

四つ目は、非難者に対する非難 (the condemnation of the condemner) である⁹⁰⁾。これは、行為者が注意の焦点を自らの逸脱行為から、当該逸脱を非とする者の動機や行動へと移し、非難者が偽善者である、あるいは他者を批判する権利を有しないと主張することによって行われる⁹¹⁾。例えば、

86) Maruna & Copes, *supra* note 79, at 232.

87) Sykes & Matza, *supra* note 79, at 667.

88) Sykes & Matza, *supra* note 79, at 668.

89) Maruna & Copes, *supra* note 79, at 233.

90) Sykes & Matza, *supra* note 79, at 668.

91) Maruna & Copes, *supra* note 79, at 233.

政府は腐敗しており、規制システム自体が誤っている、警察及び検察は不当な理由から自分を狙い撃ちにしているといった主張が考えられる。

五つ目は、より高い忠誠心の誇示 (the appeal to higher loyalties) である⁹²⁾。これは、兄弟やギャングといった行為者が属するより小さな社会グループの要求のために、より大きな社会の要求を犠牲にすることによって、内的及び外的コントロールを中和するものである。このことは、行為者が違反した規範を拒絶しているということを含意せず、例えば、自らが属する特定の集団の道徳的義務として別の規範が強要され、優先に値するものとみなしたということの意味する⁹³⁾。組織の長や株主の利益のために必要な行為であって、私利私欲のためではないと主張するような場合が、これに該当する。

以上の五つは、中和の技術を全て網羅的に挙げるものではない⁹⁴⁾。他には例えば、これまで善き行動を行っており、今回に限っての逸脱行為はそれほど悪いことではないという主張 (台帳のメタファー metaphor of the ledger)⁹⁵⁾や、「他人の方がより悪い」あるいは「他の全員がそうしている」という主張 (相対的許容性／通常性の主張 claim of relative acceptability / normality)⁹⁶⁾も、中和の技術として考えられる。

(3) 小括——刑事政策への含意

中和の技術が、緊急避難、責任無能力、強制、正当防衛等の犯罪に対する抗弁 (阻却事由) を、法システムや社会一般において妥当しないような形で拡張するという形態をとるとすれば、法それ自体が中和の原因を含み得ることになる。中和の技術は、法が解釈の余地を含むということから生

92) Sykes & Matza, *supra* note 79, at 669.

93) Maruna & Copes, *supra* note 79, at 233.

94) Maruna & Copes, *supra* note 79, at 234.

95) 普段の行いが情状に影響したり、初犯者の量刑が低かったりすることの拡張である。

96) 北折・前掲注 77) 17-18 頁。また、命令的規範と記述的規範の区別、及び記述的規範がルール遵守に与える影響については、同書 57 頁以下及び 133 頁以下参照。

じているのである⁹⁷⁾。そうだとすれば、行為前の中和・合理化を助長する程度が大きければ、その刑事立法・刑事政策は望ましいものではないといえることができる⁹⁸⁾。すなわち、そのような刑事立法・刑事政策は、規範に対する重みづけを軽減することを助長し、犯罪行為それ自体を惹起するのであるから、刑法が望ましいと考えているルール遵守状態の達成を阻害するものとして、望ましくないのである。このことは、警察組織の行動が中和を生み出すことがあり得るという形で、非難者に対する非難について示唆されていたところでもある。具体的な例で、法政策が逸脱行為の中和・合理化に与える影響を説明すれば、以下のようになる⁹⁹⁾。

税金の申告をしようとする者が、何かしらの誤魔化しを行おうとしており、それに対して一定の罪悪感を覚えているとする。すなわち、正しい申告に関する規範の存在を認識し、それに対して一定の重みづけを与えているとする。ここでその者は、次のような形で、自己の「脱税」を合理化し得る。税法は複雑に過ぎ、誤魔化しが悪いことであるとは認識しているが、法に違反しているかどうかは知りようがなく、許される行為である(責任の否定)。税法のルール全てが、そのほとんどが他の人に適用されるものであって、税の申告を本質的に、利口であることに報いるゲームとしているから、多少の誤魔化しで損害が生じることはない(損害の否定)。たとえば、数字を少し誤魔化したとしても、損害が生じることはないので、それは真の犯罪ではなく、せいぜいそれは、規制に違反するにすぎない(損害の否定)。他の人もみな、税金を何らかの形でごまかしている(相対的許容性／通常性の主張)。政府は多額の脱税犯しか訴追しておらず、少し節約しただけの勤勉な人のことは訴追していない(相対的許容性／通常性の主張)。とにかく、政府の税収入は現在非常に大きく、ある者の申告収入がなくても困ることはないだろう(被害者の否定)。たとえば、困ることがあったとしても、政府は私から徴税する資格を有さない——政府は、肥大化し

97) Sykes & Matza, *supra* note 79, at 666.

98) Haugh, *supra* note 43, at 1223-29.

99) Haugh, *supra* note 43, at 1227.

ており、無駄が多く、必要な費用のためにさらなる税金を受け取るに値しない（非難者に対する非難）。結局、私はこれまでの人生において勤勉に働いてきたので（台帳のメタファー）、私とその家族は勤勉でいるために利益を得なければならず、税金を節約することは許される（より高い忠誠心の誇示）。

この例から示唆されるのは、法による規制範囲が広すぎたり、規定構造が複雑であったりすることにより、いかなる行為が法に違反するのかが不明確になっている場合、法の規制範囲に対して人的資源が足りない、本来意図されていた規制対象行為よりも広い範囲の行為を含む規定になっている等の原因で、多くの違反行為が摘発・訴追されない状態が生じている場合、多くの違反行為が摘発・訴追されない状態から、警察・検察が不当に裁量を行使して狙い撃ちを行っているのではと疑われる状態が生じている場合等は、行為者の中和・合理化を助長し、ルール違反を助長しているという観点でも¹⁰⁰⁾、望ましくない刑事立法・刑事政策がなされているということである¹⁰¹⁾。

IV おわりに

本稿での以上の議論は、当たり前に思われる現実を前提としていると考えている。人は、自己利益だけを追求し、そのためには規範・ルールに対する関心を全く持たないというような存在ではない。だからといって、規

100) これらの場合のいくつかについては、罪刑法定主義（過度に広範、不明確）や期待可能性の欠如といった主張を、やや拡大して解釈し、適用することによって、解釈論上で解決可能かもしれない。その際、拡大できる理由としては、ルール違反の助長について政府側にも責任があるということも挙げられよう。もっとも、これらの点には、なお詳細な議論が必要であると考えている。See Michael Pierce *The Court and Overcriminalization*, 68 STAN. L. REV. ONLINE 50, 58-60 (2015).

101) Haugh, *supra* note 43, at 1227-29. Haugh は、まさにこのような事態を惹き起こすことを過剰な犯罪化（Overcriminalization）の弊害であると主張しており、それが具体的な形で現れたのが、*Yates v. United States*, 135 S. Ct. 1074 (2015) であるとしている。*Yates v. United States* については、松本圭史「司法妨害罪における魚の『有体物』該当性」比較法学 50 巻 3 号 87 頁（2017 年）に紹介がある。

範・ルールがあればそれを無条件に遵守するといった存在でもない。人は、言い訳や自己正当化をしながら、ルールに違反することがある。それらは不合理な行為ではない。また、ルールに違反する全ての行為が、法によって規制され、そして当局によって発見されて制裁を賦課されるというわけではない。そこには、コストがかかり、人的資源の限界等が存在する。それでも、だからといって制裁が賦課されない可能性に賭けて犯罪を行う者ばかりではない。しかし、可能性が低ければそれを言い訳にして犯罪行為に出る者もいる。このようなことは、当たり前すぎて刑法学上の議論で明示されてこなかっただけで、まさに議論の当然の前提とされてきたのかもしれない。

したがって、本稿で私が主張する結論も、極めて当たり前のことである。それぞれの箇所で述べてきたことを簡単にまとめておくと、以下になる。何をどのような侵害から保護しているのか、自分たちにどのような利益がもたらされるのか不明確な法や政策は望ましくない。立法の契機となった事件や立法過程での説明から本来想定される規制対象よりも、広い範囲の行為を規制することができる文言となっている法は望ましくない。規定形式が複雑で、一般人が一見してどのような行為が規制されているのか理解できないような法は望ましくない。違反する行為の多くが実際には摘発・訴追され得ず、またそのために、当局に大きな訴追裁量を与える結果となるような法や政策は望ましくない。これらのことは、従来の刑法学上の議論でも至るところで論じられてきたことであろう。本稿では、そのような刑事立法・刑事政策は、人々からあまり尊重されず、行為の選択に際して大きな重みづけを与えられなかったり、犯罪行為の中和や合理化を助長したりするという観点からも政策的に望ましくないと主張しているのである。これにあたる具体例を挙げる等して、刑事立法・刑事政策のどのような要素が、どの程度人のルール遵守行動に影響を与えるのかを検討していくことが今後の課題である。

また、何度も述べたように、本稿では、以上の議論を、あるべき刑法像、刑罰観の内容とは全く無関係に、いかなる見解に対しても妥当するような

中立的な形で行ってきたつもりである。そして、そうだからこそ、政策論としては説得力を有し得るのではないかと考えている。しかし、その試みが成功しているか否かは、読者の判断に委ねざるを得ない。しかも、あるべき刑法像について何ら語ることのない刑事立法論・刑事政策論は、何の意味もないという批判もあるであろう。これに対しては、今後目指すべき社会像を考えることも含めた上で、今後の検討課題としたい。その際重要な点は、本稿でも示唆したように、規範・ルールが完全に遵守されている状態を仮定して、それがいかに望ましいかということを議論するだけで満足してはならないということである。

本研究は、JSPS 科研費 JP17K13632（「過剰な犯罪化」——刑事立法と人間のルール遵守行動）の助成を受けたものです。