

(書評)

高山佳奈子「『国民感覚』と刑事責任」

棚瀬孝雄編『市民社会と責任』(2007年、有斐閣)

所収85-110頁

鈴木 博 康

1 法科大学院修了者を対象にした新司法試験に合格した修習生のうち、司法研修試験で不合格となった者が59名にのぼり(2007年12月19日付朝日新聞)、また、質の低下を懸念する鳩山邦夫法務大臣は、先に年間3000人と予定していた合格者数の見直しを検討するコメントを示した(2008年1月25日付朝日新聞)。司法を国民に開かれたものにするために始まったはずの司法改革が、大学に身をおく者にとって現実には「法科大学院を作っても地獄」、「作らなくても地獄」などと揶揄される事態を招き、更なる高校生の法学部離れをもたらす結果になっているとすれば皮肉なことである。また、裁判員制度が始まろうとしている中でも、参加に意欲的な国民の割合は依然必ずしも多くはない。法曹という専門家養成を念頭に置く法科大学院の一方で、各大学法学部は、学部教育のあり方を模索するなか、「市民のための法学教育」こそが学部教育の役割であると唱えるところもある。まさに市民性が問われていると言ってもよい(内田博文・佐々木光明編著『「市民」と刑事法—わたしとあなたのための生きた刑事法入門』)。

高山論文を所収する『市民社会と責任』本著は、2003年度文部科学省「21世紀COEプログラム」として採択された京都大学21世紀COE「21世紀型法秩序の構築」の中の市民社会班の共同研究をまとめたものの刊行で、市民の目線から、現代社会における新しい法秩序を展望するという課題に取り組んだものとされる(本著「はしがき」(棚瀬孝雄)3頁)。『市民社会と責任』は、大き

く2部構成となっており、後半第2部は「責任意識の構造」として、全国的な意識調査すなわち「法と責任に関する意識調査」の調査・分析が行われている。選挙区を単位に抽出された対象者に対して調査員が直接に訪問し、面接調査を行うなど（217頁）、人的にも、資金的にもさぞ大掛かりな調査であっただろうことは想像に難くない。本評は、対象を高山論文とし、本著全体を鳥瞰するまでには至らなかったが、本著が「市民」概念を通じ「自律的個人を基礎とする自由で公平な社会」（本著「刊行の辞」（大石真）1頁）のための議論を示そうとしたのは興味深い。

2 高山論文の構成として、まず「Ⅰはじめに」において問題の所在の確認がなされる。高山論文は、司法改革の背景にある、国民の理解と信用がない司法に対して、これを国民感覚に合わせるべきとする主張がなされることもあるが、それは責任主義・罪刑法定主義と抵触することから、法令解釈に国民の健全な社会常識を反映させるべきとする見解の含意と帰結の検討をするものであるとしている。結論としては、刑法は行為規範であるから、解釈のために法律用語と社会常識の関係は重要だが、社会通念上罰すべき（すべきでない）というような処罰感情（社会常識）は、法令の解釈（刑事責任の成否）に持ち込まれてはならないとする。

3 以上の国民意識（社会常識）のもたらす問題を示した上で、刑法解釈には「Ⅱ個別要件における「社会常識」と「社会常識」による全体的判断」という、社会常識の必要な部分と、不要だが基準となっている部分があるとする。とくに用語の意味としての「社会常識」として、言葉の通常の意味と法解釈による用語の意味が異なるものがある。その例が、たぬき・むじな事件にいう「古来ノ習俗上ノ観念」としての不処罰事例や、サイバー空間上にアクセス可能状態に置いたことがわいせつ物の「公然陳列」とする処罰事例などである。これら、たぬき・むじなや、公然陳列概念は用語に対する一般人の理解は客観的に

決まる所与の事情であるが、これらと区別されるべき犯罪成否に直結する社会常識として、外務省機密漏洩事件を挙げる。ここには、法秩序全体の精神に照らして社会観念上是認できない「社会観念」、「一般承認」による有罪判断がみられるとする。また、この他、故意、心神喪失・心神耗弱概念についても国民の規範意識による変動の余地があり、すなわち法適用の有無を社会常識が決定する場面であるとしている（実質的犯罪論）。

そして、この実質的犯罪論には、有罪・無罪の判断は国民意識にかなっていることが望ましくまたその国民意識の判断者は裁判官である、という前提があると指摘した上で、この実質的犯罪論には、国民の判断プロセスの正当性が検討できない、硬直した立法の間隙を解釈により国民の感覚に合致させるという点で問題があるとする。事例としては、電気窃盗の処罰、コピー・クレカの文書性承認である。こうした方法により法の間隙を埋めることについては、三権分立の放棄になるとする中山研一『刑法の基本思想』による批判を援用しながら批判をする。なお、ここでの国民は具体的な裁判員・陪審員ではなく、抽象化された国民であるというところに注意が要るように思われる。

4 そして、「Ⅲ犯罪論の規範的構成」では、このような社会常識による解釈の持つ問題性を（本章部分自体は自身の未公開の修士論文で指摘したという）ドイツの故意責任の理解をめぐる議論を題材にしてさらに検討を加える。とくに、刑法の解釈として社会常識の反映が不要にもかかわらず、社会常識を基準とすることによって規範化することがもたらすものの検討である。自然主義から規範主義への犯罪論の変遷のなかでは「一般人が考えることが正しい」というものが入り込む余地があるが、そのような規範的評価が問題となる場合でも一般人、平均人の尺度は採るべきでないとする。

19世紀後半まで外形的、感覚的にとらえてきた犯罪行為の理解に対しては、20世紀初頭にかけて故意説が支配的となっていくところ、その後、犯罪論の規範主義的理解が進み、また責任論においても心理的責任から規範的責任を問題

とするようになるなか、例えば構成要件における規範的要素について、当初のメツガーの「素人領域における平行評価」が「裁判官の評価」との並行性に着目していたものが、ヴェルツェルは「社会的意味」としてその中身をとらえるようになっていく。さらにナチス政権誕生前からの刑法の「実質化」のなかでメツガーにも責任概念の変遷が見られるようになっていき、そしてついには、歴史的・文化的の評価観点により客観化されるので、裁判官の規範作用の拡大についても法律の統一性を害するものではないとするまでに至る。（そして、山中敬一「ナチス刑法における『法の革新』の意義」を引用しながら）しかし、ここには「政治的目的」が入り込む余地があり、すなわち「健全な民族感情」による処罰を認めるナチズムの猛威が見られることとなったとする。

5 そして「IV国民性の強調」がもたらすもの、すなわち社会常識、規範意識、処罰感情の強調により罪刑法定主義の相対化が生じるとして国民性の強調の問題を指摘する。このことは典型的にはⅢで見たようにドイツにおける「健全な民族感情」による罪刑法定主義の否定（改正法2条）がある。現在の日本においても、「犯罪行為の的確な処罰」と被疑者被告人の権利の対置の中で、かつて後者重視だったものが変化し、とくに近年では被害者重視の傾向があるとし、このような風潮のなかでしばしばなされる「国民の代表が決めた法律」の文言に従うことが国民常識に近いとは言えず日本にとって最も合理的内容の罪刑法定主義であるべき、とする種の理論を批判する。これについては、（山中敬一『論考大津事件』を引いて）大津事件の背後には国家国民の利益になるなら緊急事態には守る必要のないものとする政府の姿勢の存在や（日本法理運動の中ではあるが）仏独の移植法学ではない日本法学の樹立が求められるとする小野清一郎の見解などを参照しつつ、ともすれば日本独自の罪刑法定主義なるものが見出されかねないとするものの、そうではなく、制度の構築と取捨選択は、歴史的、比較法的考察の上でなしうるものとして、独自日本的なもののみを考察する手法は誤りだと述べる。

6 「Vおわりに」においては、「国民（民族）の健全な社会常識」は、ナチスによる濫用という特殊事情に限らず、ドイツの戦後の裁判所にも「健全な国民感覚」を判断基準とする例があるほか、今日のドイツでも敵味方刑法論然り、同じ価値を共有しない者を排除する刑罰という考え方があるし、日本でも触法精神障害者、少年への対応策に同様の傾向が見られ、現行日本国憲法下でも罪刑法定主義の相対化は生じうるとしている。そして高田篤「〈解説〉法学者としてのシュリンク」ベルンハルト・シュリンク（岩淵達治他訳）『過去の責任と現在の法—ドイツの場合』を引用して、「過去の経験を踏まえて意識すること」は傾聴に値するとして、それゆえ「社会常識」の導入の必要な部分とそうでない部分が区別されるべきだと締めくくる。

7 以上が全体構成であるが、高山論文の骨子は、司法改革の議論の中で表れる、国民の処罰感情（さらには近年では被害者問題がこれに加わる）の赴くままに進行しうる余地のある裁判に対する危機感を出発点として、国民感覚、国民の意識（社会常識）に対して、自らの（とくに故意概念の研究の成果を踏まえながら）ドイツの議論をもとに批判をする形で論じられている。そこでの理解には、「国民の規範意識」とはナチスの「健全な民族感情」に相通じるものがあるとする点に核心があるように思われる。そして、「[社会常識]を導入する部分とそうでない部分の区別の必要性」とか「解釈のために法律用語と社会常識の関係は重要だが、社会通念上罰すべき（すべきでない）というような処罰感情は、法令の解釈に持ち込まれてはならない」というように区別を強調するところに特徴がある。

しかしながら、このような区別をする考え方には、とくにⅡにおいて議論している、用語の確定のためのものと、犯罪成立のための要件とは区別できるのかどうか、という疑問を感じる。なぜならば、実質的犯罪論からすれば（おそらくは）いずれも国民の社会常識で確定してよいことになろうが、高山論文では、前者と後者は別物としているところ、このような社会常識を導入する部分

とそうでない部分が分けられるとしても、その基準はどのようにしてあるいはその判断者は誰かというさらなる困難な問題がありうるように思われるからである。この主体には、例えば、さしあたり、裁判官（あるいは国民を想定する裁判官）や学問的論証によるすなわち専門家といった候補が考えられるであろう。しかし、この際注意しなければならないのは、判断者＝（刑罰権の発動主体たる）国家となる可能性があるということである。その点、高山論文が引用する山中敬一『論考大津事件』251頁は、（児島と政府の見解の相違について）「政府は、国家そのものが存立することが重要だと考えたのである。ここでは、政府の考え方は、結局は、法とは、国家（と国民）のためにあるのであって、その利益になるのであれば、とくに緊急事態においては墨守する必要がないものだという考え方が見られる」とするところ、まさに国民のためになるという判断は国家の手によっているという見方ができるからである。

このことはさらに、民主主義、国民主権、三権分立の理解とも関わるだろうが、社会常識の導入をめぐる、区別の逸脱を想定した担保の問題も避けて通れないように思われる。当然、導入してはならない部分に導入したという逸脱事態の発生に対しては治癒を考えなければならないだろうが、その場合にそれは誰によってどう是正されるのかは、「（過去の経験を踏まえて意識すること」（高田篤）はひとまずおくにして）必ずしも明らかではないように思われる。とくに実質的犯罪論を採らないとすれば、もちろん、国民感情で処罰を可とする志向の裁判官ではだめ、と理解することとなろう。これについてはさらに、Ⅱ－4での、立法の欠缺について解釈によって埋めることが、三権分立の視点から適切ではないとする中山研一による批判を引用しながら述べられていることにも関わるが、例えば、立法府においても国民内部での意見の対立はあるわけであり、あるいは、裁判官を直接選挙するわけではないということの比較でも、区別の逸脱からどのような担保が組まれるべきなのであろうか。この問題は換言すれば、「民主主義」と専門家の役割という問題でもあろう。高山論文によれば、従来の裁判における法解釈や適用に対する評価は、例えば判例の批評、

立法への評価という形で検討しうる一方で、(ドイツの) 民族感情による処罰要求、というものの評価については、まさに議論や反省(「過去の経験を踏まえて意識すること」(高田篤)は、傾聴に値する。)によって是正されるというところにある。そうであるなら、民主主義、国民主権、三権分立という仕組みの中で国民感情、国民世論それ自体を議論や反省によって検討・批判を加えることとなる。これらを検討の対象とする主体こそが学問すなわち専門家ということになろう。そうであれば、いわば専門家が国民を導くと言うことになるのか。

ただ、このように考えても、問題はそう簡単ではない。高山論文が引用する山中論文では、いわば専門家(学問)の政治従属性というべきものについて触れられている。すなわち、「一般に法は、とくに刑法は、国家の役割との関連において考察されなければならず、従って、一般にそれが政治的目的を追求するものであることを否定できないにもかかわらず、往々にして学問的中立性の名のもとに、法の政治的意義が等閑視されがちである。ナチス法学は、これに反して、政治的目的を前面に押し出したところに特徴がある。」(「ナチス刑法における「法の革新」の意義」(山中敬一) 162頁。)とあるからである。政治的目的と学問的論証の二重構造の中で、政治的目的の方に重点がおかれることによる学問の政治従属性である。もちろん山中も学問が政治に協力した悪い例として挙げるのだろうが、ここには前提として学問(専門家)は中立でないというという見方すらうかがえる(もっともそこにはそれが学問に値するののかという問題もある。)(おそらくはだからこそ検証が必要なのであろうが、にもかかわらず、)そういう性質を持ちうる学問により、ある部分においては国民感覚(社会常識)には正当性がないし妥当すべきでない、ということの検討を説くことの正しさについてである。

もちろん、このいわば検証の陥穽については、山中敬一『論考大津事件』251-252頁において「(児島は) 法が法であるがゆえに守らなければならないというだけではなく、政策判断を入れ、相手国の行動を予測した上で見通しを

立て、法を遵守しつつ具体的妥当性を追求するという優れた法律家の素質が如実に示されている。わが国は、今後の国際化の流れの中で、「本音」と「建前」の乖離しない万人に理解可能な法と法解釈をますます必要としていくであろう。それは、法解釈の中に現実化される政策を意識した法理論の構築によって初めてなされうるのであろう。精緻な理論体系も、非常口から常に超法規的政策判断が入り込む余地があるものであれば、無意味だからである。」とあるように、「具体的妥当性」、「政策判断」による解釈を認めることは、すなわち解釈における政策優位性を認めてしまうことになりかねない。このことはドイツや明治期の日本に限られるものでもなく、現在の日本においても既に司法改革の議論について認められるのではないか。高山論文が引用する高田篤「〈解説〉法学者としてのシュリンク」の注6（162頁）において、司法制度改革審議会の中間報告をめぐって、従来の、供給源、任命、人事制度など、裁判官制度に対する批判をも盛り込む予定であったところ、報告の基本認識は21世紀の質の高い司法の構築にあるので「いたずらに過去の認識をや」と「これは前に進まない」のでそれは省いて「前向きに議論」すべきなどといった一部委員の意見により、全面削除されたとの指摘がある。司法改革に限った場面ではあるが、「21世紀型司法の構築」という政治目的に識者（学問）が利用されているというのは言いすぎだろうか。そうであるならば、すでに今日の状況はまさに学問の政治的従属性という評価もなしえるように思われる。

専門家の判断にも、こうした「反省的吟味」が欠けうる余地を残すものであるとすれば、同様の陥穽が待ち構える。このような狭隘な専門性、学問的論証に陥ったときには、高山論文が懸念する、罪刑法定主義の相対化は免れられないだろう。そうであるなら、「専門家」、「学問的論証」であるからというそれだけでは依然歯止めになる保証はないように思われる。否、のみならず、助長すらする余地があろう。

専門家と言えども市民社会の中に生活しているのであり、市民もまた専門的知識と無縁に生活を営んでいるわけでもない。高山論文の冒頭に問題提起とし

て示されているように、例えば、国民は責任主義、罪刑法定主義を知らないがゆえに、「一般人の判断プロセス自体の正当性を検討しえない」ものではあったとしても、しかし、今この目の前にいる国民がそれをわきまえたとすれば、それは果たして市民なのか専門家なのか。けだし、市民性の獲得とは専門性の獲得とも言ってよいのではあるまいか。逆に専門家だからと言ってあらゆる分野に通じているわけでもないであろうからである。

それゆえ専門性に裏付けられた質的な民主主義の構築ということが求められることになるが、市民的公共性、市民社会といった理解については、実は、21世紀型法秩序形成プログラムメンバーの中でも、語られる像は論者により様相を異にする部分もあるように思われる。棚瀬は、高山論文の指摘する、裁判に国民の健全な社会常識を反映させることの問題性、またそうした国民の判断には反省的吟味のないことの持つ危険性に一定の理解を示し、高山論文の趣旨を汲み取った上で、「法の超越する事態を指摘することも必要であるが、この市民社会をいっそう成熟させ、市民参加に見合うような市民的公共性を強化するという議論」も同時に必要であるとする（本著「はしがき」(棚瀬孝雄) 6頁）。高山論文に対する書評という本評の趣旨からは外れるが、棚瀬論文（「責任概念のゆらぎ—現代における暴力の発見と責任追及」本著所収 3-39頁）は、現代社会の責任について被害の背後にある加害すなわち暴力の拡散によってもたらされる責任概念の揺らぎを考察するものであるが、国家の責任のあり方についても変化が見られるとし、国民の意思に基づく政策による損害の発生すなわち国賠は、国民主権と納税者たる国民負担という観点から、被害者に対する賠償責任を代位責任として理解する。そこには国家対国民ではなく、民主国家であるからこそ、大多数の「公益」の受益者たる国民（これはしばしば少数者に対しては同一性の暴力として作用しうる）対被害者（場合によっては排除者の対象ですらある）たる少数者としての理解が可能であるとしている。（そうであるからこそ、暴力の所在である社会の反省が必要になるのであり、そのためにも「自由な個人が互いの自由を尊重し合いながら生きていく、そうした共生

の場」(38頁)としての社会が求められるとするのであろう。)

このように市民性(及びそれによって形成される社会)の理解にはプログラムメンバーの中でも(少なくとも、高山、棚瀬の間においては)必ずしも同一の土壤にあるとは言い難い面が見られるのであるが、高山論文のように、国民感覚の導入につき二分したうえで導入すべき部分とそうでない部分という区別が可能であるということを肯定するにしても、自由競争原理を至上的なものとし、その結果、格差社会と言われその中には、勝ち組・負け組と称される人たちの存在が現実を確認できる社会(これこそ棚瀬論文の言う多数者による少数者に対する同一性の暴力であろう)において、果たして高山論文に言う国民感覚、社会常識の統一的な一定の価値が市民の間で共有されるものとして把握することが可能なのかどうか。さらには、高山論文は、国民感覚の導入による判断如何という議論を、とくに規範的構成要件、故意責任概念を題材とした検討を通じて結論するものではあるが、(棚瀬論文との比較でもあるが)例えば、(暴力装置としての多数者による少数者への圧力の中で)期待可能性などは、この国民感覚からするとどのように扱われるものとなるのか、気になるところである。

* 本稿は、2007年12月1日に久留米大学天神サテライトキャンパスで開催された第14回九州刑事法研究会(レジメコピー代自費)での報告をもとにしている。参加各位から貴重な助言等を賜った。記して謝意を表したい。(2008年2月6日脱稿)

** 経済発展は国民生活にとってプラスのものをもたらすばかりではなく、しばしば消費者に甚大、複雑な被害さえ生じさせてきた。歴史的にはこれに応じて消費者保護法制が整備されてきたが、近年の規制緩和、構造改革は、これに逆行するような趣すらある。不肖ながらも、経済社会における生活者としての消費者、自律した個人とは何であるのかを今後問い続けて行きたい。少子化のあおりを受け大学困難と言われる時代に河津八平先生が本学を去られるのは真に惜しまれることであるが、餞別の辞とさせて頂きたい。