

目次

第1テーマ 権利と人権のあいだ 001

提題（大屋雄裕） 002

- I. 人類と動物の権利 003
- II. 人類という種のエゴイズム？ 005
- III. 冷たい不等式 008
- IV. 特殊性を認めない立場としての功利主義 010
- V. 国家の行為義務としての人権 012
- VI. 帰結主義からの教訓？ 014
- VII. Why not be egoists? 015

応答（安藤馨） 017

- I. 問題を明確にすること 018
 - 1. 「動物の権利」 019
 - 2. 「集団的権利」なるもの 021
 - (1) 権利の利益説／意志説 021
 - (2) 目的説／制約説 023
 - 3. 問われるべきことはなにか 026
- ～インタビューード～ 028
- II. 道徳の構成とホモ・サピエンス 030

1. 道徳的構成主義 030
2. ホモ・サピエンスと非ホモ・サピエンス 032
3. 異星人とその圧倒的実力 033

コメント【法哲学と倫理学の対話】

「権利」と「人格」—— 倫理学からの応答（江口 聡） 035

リプライ 1（大屋雄裕） 041

リプライ 2（安藤 馨） 043

第2テーマ 団体が、そして団体のみが……………047

提題（安藤 馨） 048

I. 団体が存在する 048

1. 問題の所在 048
2. 還元不能なものとしての団体 049
3. 方法論的個人主義と余剰因果 053
4. 消去主義の過剰 054
5. 方法論的個人主義の行方 056

II. 団体のみが存在する 059

1. 団体を真剣に考える 059
2. 個人は団体である 062

応答（大屋雄裕） 068

I. 分割不能な存在としての個人 069

II. 個人の特権性と法 071

- Ⅲ．統一性とその欠如 074
- Ⅳ．基盤としての信念 076
- Ⅴ．心あるものの創出 078
- Ⅵ．擬制としての人格 081

コメント【法哲学と民法学の対話】

団体一元論と民法・民法学における個人・団体（水津太郎） 083

リプライ 1（安藤 馨） 090

リプライ 2（大屋雄裕） 095

第 3 テーマ 平等の平等か，不平等の平等か…………… 097

提題（大屋雄裕） 098

Ⅰ．アマルティア・センの平等論？ 099

Ⅱ．政治的権利の特殊な配置 102

Ⅲ．投票以外の可能性 105

Ⅳ．整合性をめぐる問題 107

Ⅴ．平等論の構造転換？ 109

応答（安藤 馨） 112

Ⅰ．問題となっていることはなにか 112

Ⅱ．どこにいこうとしているのか 114

Ⅲ．主体の問題 116

Ⅳ．反差別としての平等 118

Ⅴ．なにのゆえになにの平等を 122

VI. 分配の平等と反差別としての平等 124

VII. 復路へ 128

コメント【法哲学と政治哲学の対話】

平等論と政治的権利をめぐる

— 政治哲学の見地より (井上 彰) 131

リプライ 1 (大屋雄裕) 136

リプライ 2 (安藤 馨) 138

第 4 テーマ 法と危険と責任と 143

提題 (安藤 馨) 144

I. 不能としての未遂 144

II. 傾向性としての危険性と反事実条件文 146

1. 行為の傾向性とその問題 147

2. トークンの危険性からタイプの危険性へ 150

3. 新派刑法学の帰還 154

III. 決定論と規範的評価 156

IV. 傾向性の制御ということ 161

V. 無過失責任と危険 163

応答 (大屋雄裕) 168

I. 自由意思と懐疑的解決 168

II. 傾向性と実在 174

III. 犯罪をめぐる非対称性 179

IV. 我々の世界の物語り 182

コメント【法哲学と刑法学の対話】

新派復興の試みは成功したか？（佐藤拓磨） 184

リプライ 1（安藤 馨） 189

リプライ 2（大屋雄裕） 195

第5テーマ 正義・同一性・差異…………… 199

提題（大屋雄裕） 200

I. 等しきものと等しさ 201

II. 婚姻をめぐる同一性と差異 203

III. 平等にするものとしての正義 207

応答（安藤 馨） 212

I. 普遍化可能性を巡って 212

1. 無関連な基準による取扱いとその不正 213

2. 関連性のある複数の基準とそれについての選択 217

II. パートナー関係とその道徳的価値 218

1. 法の下での平等と際限ない後退 219

2. 私的関係の道徳 222

3. ゲイ・ライツとその道徳化 226

III. 差異の消滅と正義 229

1. 自発的契約の自然的帰結 230

2. 特殊と普遍 232

コメント【法哲学と政治学の対話】

正義の論じ方と政治の論じ方 (田村哲樹) 237

リプライ 1 (大屋雄裕) 243

リプライ 2 (安藤 馨) 245

第 6 テーマ 最高ですか? 251

提題 (安藤 馨) 252

I. 法的三段論法の意義と限界 253

1. 正当性とその転移 254

2. 推論の単調性 257

II. 法的正当性と推論規則 260

III. 違憲, されど有効 264

1. 「最高法規」の無力 265

2. 効力根拠と憲法 98 条 266

3. 推論規則とその根拠 267

4. 事情判決の法理 269

5. 憲法としての法律 272

IV. 違憲合法論とその行方 274

1. 違憲合法論の再構成 274

2. その約束された再来 278

V. おわりに 281

応答 (大屋雄裕) 282

I. はじめに 282

- II. 遡上と排除 285
- III. 論理的体系性の意味 288
- IV. 正統性を支えるもの 290
- V. 賭けとしての統治 295
- VI. おわりに 298

コメント【法哲学と憲法学の対話】

Dream Fighter (片桐直人) 301

リプライ 1 (安藤 馨) 308

リプライ 2 (大屋雄裕) 317

少し離れたところからの眺め

— 〈異世界通信〉としての対話 (米村幸太郎) …………… 320

I. 若干の弁明から 320

II. 実在するものへの二つの見方 322

III. 正義をめぐる——大屋から安藤へ 325

IV. 正義をめぐる——安藤から大屋へ 332

索引 …………… 341

第4テーマ

法と

危険と

責任と



提 題

安藤 馨

I. 不能としての未遂

刑法から話を始めよう。「不能犯」は犯罪の企行の中でもその意図された犯罪の結果を生じせしめることが不可能であるような場合を言うのであった。不能犯の可罰性を巡っては様々な議論があるところだが、その処罰を回避すべき最も典型的な例として迷信犯が挙げられるということもよいだろう。いわゆる「丑の刻参り」のような呪術的手段を以って人を殺そうとした場合に、この呪術的行為が可罰でないのは、それが企図された結果——対象の死——をもたらすことが不可能であり、それゆえなんらの危険性も有しないからだとされるだろう。まず、ここでの「不可能」が「論理的不可能性」ではないことに注意しなければならない。丑の刻参りによって対象者が死ぬ——呪殺される——という事柄それ自体には「独身者の配偶者」の如き概念的矛盾があるわけではないからである。したがって、それはこの現実世界で成立している自

然法則の下で生じ得ない、という「法則論的不可能性」の問題でなければならない。

だが、もしそうだとすれば、そもそも未遂犯一般がこの意味で結果を発生させることが不可能であって、不能犯であることになるのではないだろうか。未遂に畢った企行について考えよう。この行為の結果がどうなるかは行為時に自然法則によって決定されているのだから、実際にそうなった未遂という結果以外の結果は、この行為からは自然法則上生じ得なかったはずである。ということは、この企行は丑の刻参りとまったく同じ状態で危険性を欠いていることになるだろう。もし危険性が欠けることによって迷信犯の可罰性が否定されるべきなのだとすれば、およそ未遂犯一般の可罰性が否定されるべきだということになる。

ここで我々の取りうる選択肢は三つあるだろう。第一に、未遂犯一般が不能犯にほかならないとしつつ、後者に合わせておよそ未遂の可罰性を否定する。第二に、未遂犯一般が不能犯にほかならないとしつつ、したがっていわゆる不能犯も未遂犯一般と同じく処罰すべきだとする。第三に、未遂犯一般と不能犯との間に「危険性」に係るなんらかの差異を見出し、なお前者が不能犯とは違い処罰に値すると主張する。

第一の選択肢は一見すると馬鹿げているように見えるが決して捨てたものではない。実際のところ、既遂だけを処罰するとしてもその刑罰の程度を必要なだけ強くすれば予防効果には違いは生じないだろう。また、私法についてはある行為によって他者の財産権を侵害しようとした場合でも実際に侵害という結果が生じない限りは損害賠償義務が生じないことを考えてみれば、私法はいわば既遂についてのみ国家権力の発動を許していることになる（仮に私法に刑法に類した抑止効果を求めるとしても懲罰的損害賠償

でよいだろう)。そうだとすれば、刑法もまたそうであってはならない理由があるだろうか。とはいえ、ここではこの選択肢を脇に置いておこう。

第二の選択肢もまた決して不合理なものではない。たとえば、禁じられた行為の企てこそが刑法規範に対する違背として違法であるとすれば、それはそれ自体としては結果発生如何とは関わりのない事柄だからである。処罰の根拠を法規範の命令に違背して行為しようとしたその意志に求めるならば、これは筋の通った見解である。実際、刑法学説・刑事実務に於いて死体に対する殺人未遂の成立と可罰性を認める諸国が多くあることを考えればこの見解は——未遂犯を不能犯であると殊更に言い立てるかどうかはともかく——既に実質的には広く採用されているといってもよいだろう¹⁾。ただし、この場合には理論的一貫性を保持しようとする限り迷信犯をも処罰しない理由はないし、場合によっては幻覚犯の処罰をも要求することになる。

さて、もし仮に、迷信犯のような典型的な不能犯の処罰を避けつつ未遂一般の処罰の正当性を確保しようとするならば、どのような論拠が提出されうるだろうか。まずはこの問題を最初の手がかりとして、可能性と危険性・責任の絡み合いとそれが法制度全体の構想にどのように関わってくるかを瞥見することが、本稿の企図するところである。

II. 傾向性としての危険性と反事実条件文

典型的な殺人未遂と丑の刻参りとの違いはどこに求められるだろうか。最も直観的な回答は、前者が(他者の生命を害するという

ことについて)危険であるのに対し、後者はなんら危険ではない、というものだろう。だが、既に見たように、ある具体的な殺人未遂の行為がまさに自然法則によって未遂に畢るほかないのであってみれば、およそ未遂に畢る行為にはそもそもなんらの危険性もないではないか、という点が問題なのであった。

1. 行為の傾向性とその問題

しかしながら、自然法則とこの両者の関係をもう一度詳しく考えてみるならば、付け入る隙が見つかるかもしれない。丑の刻参りは、この私達の現実世界と同じ自然法則が成立している限りどのような世界でも、対象の死という結果を惹起し得ないであろう。

1) フランスの場合、死体に対する殺人企行を可罰とした破毀院判例がある (Crim. 16 janvier, *Bull.* no 25, D. 1986, p. 265)。19世紀末までは不能犯を広く認めつつ一律不可罰とする学説が大勢を占めていたところ、後にまた触れるレモン・サレイユ (Raymond Saleilles) が1897年に発表した論文「未遂、とりわけ現実化し得ない未遂についての試論」(«Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable» *Revue pénitentiaire* (Bulletin de la Société générale des prisons. Janvier et février 1897): 53-88, 321-357) がその後の学説が不能犯の可罰性を広範に認める「主観説」へ転換した嚆矢とされる(参照、青木人志「レイモン・サレイユの不能犯論」一橋研究13巻1号〔1988年〕21-38頁)。この論文でサレイユは主観説を主張する観点として新派の基本的主張、すなわち社会にとっての危険に対する社会防衛の必要性和、行為ではなく行為者とその悪しき性向に注意を払うべきことを挙げている(p.62)。なお、イタリア刑法(49条)は不能犯を不可罰としつつ、判事が保安処分を命ずることができる、という二元論的対応を取っている。

自然法則が現実のそれと同じものである限り、丑の刻参りがどのような状況でどのような様態で遂行されたとしても、対象の死が惹起されることはないだろう。これに対して、ある殺人未遂の行為——たとえば暗殺者が対象の住む家の外から対象のいると目される部屋に向けて発砲したが対象は隣の部屋におり死を免れた——は、仮にその行為の状況が異なったり（たとえば対象が狙撃された部屋にいた）、その行為の様態が異なったりした（たとえば当該の部屋ではなく隣の部屋を狙撃していた）ならば、対象の死という結果を惹起していただろう。つまり、丑の刻参りと失敗した暗殺は「自然法則が保持されたとして、もし当該行為が～であったならば、当該結果が生じたことだろう」という反事実条件文について異なった挙動を示すのである。現実の暗殺企行と自然法則から暗殺の失敗が自然法則によって決定されている以上は、当該企行が失敗しないことはあり得なかった。なるほどここでは企行の失敗は自然法則のみならず現実の行為の状況・様態と自然法則という二者によって決定されているのだが、しかしながら反事実条件法はまさに「その行為が現実のようではなく云々であったならば～」という仮設を置くことによって前者の成立を排除するので、自然法則を保持したままでもなお「云々の結果が実現したことだろう」という帰結部が導かれうるのである。

だが、反事実条件文の成立と危険性の間に何の関係があるのだろうか。この問いは反事実条件文と「傾向性 disposition」の関係を考えることによって明らかにすることができる。ガラスの「割れやすさ」を考えよう。ガラス工芸家が溶融したガラスを吹いてガラスを成形し24時間冷却してガラスを制作する。3日後、そのガラスが気に入らなかった工芸家がガラスを炉に投じて融かしてしまう。さて、このガラスは誕生から消滅のどこでも割れたこ

とはない。しかしガラスの生存期間の間、このガラスは——まさにガラス製であることによって——割れやすかっただろう。それは仮に工芸家を取り落としたり犬がじゃれついたりしたとすれば割れたことだろう。何かがある一定の状況に出くわしたときにある一定の振る舞いをするというのを「傾向性」という（その代表例としてたとえば可燃性を考えてみよ）。現実には割れることなく生涯を終えたガラスもその全生存期間を通じて割れやすかったのである。割れやすさという傾向性のゆえに我々はガラス製品を丁寧に扱うのであり、対象の傾向性は我々に一定の行為を為すべき理由を与える²⁾。さて、ある対象の傾向性は現実の振る舞いではなく、反事実的状況での振る舞いによって決定され、それゆえ、対象の傾向性の有無は反事実的条件文「もし云々の状況に出くわしたならば云々の振る舞いをしたことだろう」の真偽如何に対応する。同様に「もし云々の行為が云々の状況・云々の様態で行われたならば、対象の死が生じたであろう」という反事実的条件文が成立したならば、当該行為には「対象の死をもたらす傾向性」があると言えることになるだろう。これこそが、暗殺行為がそれを備え他方で丑の刻参りがそれを備えないような、行為の「危険性」であると言ってよいように思われる。暗殺の失敗と丑の刻参りについての処罰の差は、処罰の正当性がこうして解明された「危険性」に基礎付けられるとすれば、うまく説明できることになるだろう。

2) 現実には割れていないのだから割れやすかったかどうかなど知れたものではないではないか、と疑う向きには普段自分がガラス製品をどのように取り扱っているかを自省してもらいたい。傾向性の存在を口先だけでなく本心から疑っている人間の行動はおそらく普通の人間には殆ど理解不能である。

さて、大変に残念ながらこれで話がめでたく終わるわけではない。グラスの場合、あるグラスについてその同じグラス——或いは分子レベルでの物理的な完全な複製——がもし衝撃を受けたとしたならば割れただろう、ということが出来る。だが、「行為 action」はどうだろうか。行為は行為者をその構成要素に含むような「出来事 event」である。だが、ある時空領域を占める出来事と同じ出来事或いはその精確な物理的複製を考えてみたときに、その出来事が元々の出来事と別の空間位置・別の時点・別の様態・別の状況で存在できるものだろうか？ 出来事の複製はまさにその出来事全体の複製として現実の出来事のそれとは決して異なったものにはなり得ないのではないだろうか。もし仮にそうだとすれば、出来事についての反事実条件文が最初から無意味なのではないか、という懸念が生じてきかねない。いまや、ある出来事とある出来事とが「同じ」出来事であるとはどういうことか——そしてある出来事が可能世界間で異なった様態や状況を有しつつ貫世界同一性を有しうるか——を巡る出来事の「個別化 individuation」という形而上学的難問が現れてくる³⁾。たとえば、「失敗した暗殺企行がもし云々であったならば暗殺に成功していただろう」という反事実条件文で、当のその——云々であるという様態の修正を被った——成功した企行がもはや現実の失敗した企行と同一の行為ではないとすれば、それは現実の企行とは別の行為なのだから、現実の企行の有する傾向性の基礎にはなり得ないだろう⁴⁾。

2. トークンの危険性からタイプの危険性へ

失敗した暗殺と丑の刻参りを安全に区別したいと思うならば、この難問を——解決しようとするのではなく——回避する必要が

ある。既に見てきているように、ある特定の失敗した暗殺企行の危険性について語ろうとする限りその行為の反事実的状況下での挙動が問題になり、「その失敗した暗殺が成功する形で様態を異にしながらなお同じ暗殺行為だと言えるのはどのようなときか」という出来事個別化問題が回避できない。だが失敗したものも成

3) たとえば「もし私が数学者だったとしたら～」という反事実条件文が意味を成すように思われる一方で、「もし私がテーブルだったとしたら～」は意味を成さないように思われるだろう。「私は数学者であり得た」という主張はある可能な世界——世界がそのようでありうるような諸々の様態のいずれか——で私が数学者であるということであるが、この可能世界の数学者である私と現実世界の数学者でない私とが「私」であって、数学者である私のお蔭で現実の世界のこの私が「数学者であり得た」ことになるような、そういう「私」としての同一性を「貫世界同一性 transworld identity」という。私を持つ性質の中で、それを失うと貫世界同一性を失ってしまうようなものが、私の「本質 essence」であることになる。問題は、行為と出来事の「本質」はなにか、ということである。

4) 出来事が時点や様態についての修正を受けることによって同一性を失う場合、それらを「脆弱 fragile」であると言い、そうでない場合を「堅固 robust」であると言う。もし出来事が極大的に脆弱であれば、いかなる修正も出来事の同一性を失わせる。この見解を採用すると——およそ出来事が有する内在的性質は常に必然的性質になってしまうので——出来事についての反事実条件法が役に立たなくなる。その限りで極大脆弱説には採用しにくいところがある（とはいえ極大脆弱説以外にまともな基準を見つけることも難しいのだが）。したがって、微細な差異は出来事の同一性を破壊しないものと考えたくなる。しかし他方で、注目している因果的帰結の重大な相違をもたらすような原因の様態の相違は、まさにその事によって重大な相違として原因の

功したのも含めた暗殺企行一般の危険性について語ることはできるだろう。行為者が為し得た様々可能な様態での暗殺の企行の集合を考えよう。これらの企行の中に成功裡に終わるものが(多く)あれば、この行為者の暗殺企行は一般的に危険である。ある特定の行為——これを行為トークンという——の傾向性としての危険性についてではなく、ある一定の行為一般——これを行為タイプという——の危険性について語る限りは個別化問題を直接に扱う必要はなくなる。要するに行為トークンの危険性について語るのをやめてしまえば、傾向性というものについてまわる反事実条件文が惹き起こす出来事存在論の問題は回避できるのである。私がある行為を遂行したときにその行為が危険な行為タイプに属していることをその行為に関する私に対しての処罰の正当化根拠とすればよいのであって、結局のところ行為の危険性を語るのに当該の行為の傾向性と反事実条件法など持ち出す必要はなかったのだ……。

同一性を破壊するように思われるから、未遂を既遂にしてしまうような様態修正は行為の同一性を破壊してしまうように思われるのである。またそもそも、出来事に本質を認め微細な変動を許すと「再利用問題」といういわゆる「テセウスの船」問題に類似した問題が出来事について生ずるため、出来事は極大的に脆弱でなければならない、という指摘が為されている (cf. C. Vance, “The Recycling Problem for Event Individuation,” *Erkenntnis* (2015, online)). 近年の因果論では因果関係の関係項を出来事(だけ)ではないものとすることによって反事実条件法につきもののこの脆弱性問題を迂回しようとする傾向が見られる (cf. L. A. Paul, “Aspect Causation,” *The Journal of Philosophy*, 97 (4) : 235-256 (2000) and J. Schaffer, “Contrastive Causation,” *The Philosophical review*, 114 (3) : 327-358, see esp. 332-336 (2005)).

さて、読者も薄々感づいていることだろうが、誠に遺憾ながらそうすんなりと問題が解決されたりはしない。私が失敗に畢る暗殺を企行する。私の暗殺の意図によって惹起されたのはあくまでも危険な行為タイプに属する行為トークンであって、これはそれ自体で危険な行為トークンであるわけではない(それは危険であるかもしれないしそうでないかもしれないが我々はいままさにその問題を扱うことを回避しようとしているのである)。行為タイプの危険性——それはその行為タイプに属する諸行為のうちで成功裡に死を惹起する行為トークンに本質的に依存している——は、その行為タイプに属するものの中で失敗に畢る行為トークンを遂行した現実の私と因果的に結びついているわけではない。行為タイプの危険性を私に對する処罰の根拠にしたいならば、私とその危険な行為タイプ——なかんずくその行為タイプの危険性の基盤である成功的トークン——との間の因果的關係こそが必要なのである。我々が惹起できるのは行為トークンであって、あくまで抽象的対象である行為タイプではない——危険な行為タイプそれ自体を惹起するということはできない——し、現実の私は成功した暗殺という行為トークンをまさに因果的に惹起し損ねるからこそ暗殺に失敗するのだから、およそそのようなことが可能かどうかの問題にならざるを得ないだろう。

だが、ここでグラスの事例を思い出そう。問題のグラスは現実世界に於いては全生存期間に於いて割れない。しかし、それは「もし衝撃を加えられたならば割れたであろう」という形で反事実条件的に割れる。この反事実条件下でのグラスの挙動と現実のグラスに因果的結びつきがあればよいわけだが、実際のところそれを探し当てることはなんら難しくない。グラスの割れやすさという反事実条件的挙動はまさにグラスが二酸化珪素の非晶質構造の薄

応 答

大屋 雄裕

人ひとりいない冬の奥山で雪崩が生じたとしよう。その音や振動を観測できる範囲にいる人間は誰ひとりなく、崩れた雪の痕跡もやがて降り積もる雪に消えてしまう。さて、この雪崩は我々の社会に実在したのだろうか。

I. 自由意思と懐疑的解決

はたして我々の自由な意思は存在するか。この問いがかつて旧派と新派の刑法学において展開された議論の基礎にあったことは広く理解されているだろう。自由な意思に基づいて犯罪となる行為を選択したから彼は罰せられるべきなのだとする旧派に対し、貧困や教育の不足といった環境要因が個々人の行動を強く左右していること、したがって「自由な意思」は存在せず旧派のように刑罰を応報として想定することは許されないと主張したのが新派であ

り、彼らはそれに代えて教育としての刑罰を主張したのであった。

だが一方では環境要因の存在を否定することはできないものの、新派の主張を正面から受け止めるならば、刑罰とは個人に潜在する危険性から社会を防衛するために当該個人に対して課される教育ということになる。だとすれば、実際に彼が選択した行為の悪質性に比例している必要もないし、そもそも実際に行為に及ぶまで待つ必要もないということにはならないだろうか。このような理論を実際に採用した刑事司法システム——典型的には旧ソヴィエト連邦のそれ——が非常に強い副作用を呈したこともあり、新派の見解を全面的に採用することもできないというのが教科書的な整理ということになろう¹⁾。この点は、特に我が国の場合、新派に依拠して制定されたために罪刑法定主義を明文では定めておらず、個々の犯罪類型に対しても非常に広い法定刑の範囲を規定した刑法に対し、第一にあとから制定された日本国憲法の解釈によって罪刑法定主義を導入し、第二に司法府内の努力によってある種の量刑相場を形成するという形で対応されたという経緯からも、見て取ることができる。

不能犯と未遂犯の境界線を問うという一見極めて突飛な問題設定から出発する安藤の提題が答えようとしているのも、最終的にはこの問題に他ならない。結論的には傾向性の実在を根拠として新派的な社会防衛論の擁護(あるいは強力な再提示)に至るそれが、しかしある意味において問題回避的な解決を与えようとしていることには、一応注意しておこう。すでに読者が気付いている通り安藤は自由意思の有無に一定の結論を出した(出すことを意図し

1) 新派刑法学の問題点に関する簡単な説明として、参照、大屋雄裕『自由とは何か——監視社会と「個人」の消滅(ちくま新書)』(筑摩書房、2007年)166-168頁。

た)わけではなく、その有無にかかわらず世界に実在すると想定される「傾向性」を基礎とし、それに対応することを刑事司法システムの目的と読み換えることによって、刑罰と「意思—行為—責任」という連関とを切り離すことを目指しているからである。ある意味でそれは、規則のパラドックスに対してソール・クリプキが与えた「懐疑的解決」を想起させる²⁾。問題はそれが解かれることによってではなく、問題ではないということが認識されることによって、消滅するのである。

— 安藤的新派的描像では、仮に主体の危険な傾向性を事前に認知できるなら、犯罪の実行前に罰することも許される、どこか望ましいことにならないか。

したがって、まさにそれこそが安藤の狙いだということになるだろうし、新派刑法学と重なり合う主張の一つだということになる。またそれは、あえて言えば、むしろ当然に一般の人々が期待するところではないだろうか。よく言われるように、犯罪が起きたあとに犯人が逮捕され・処罰を受けたとしても、それによって被害者の傷が— 物理的なものであれ精神的なものであれ— なくなるわけではない。傷が癒える日が来るとしても、最初からそれがなかったことになるのではない。ストーカーやDV、児童虐待といった一連の事件を通じ、犯罪が起きる前に被害者が生まれないように介入せよという圧力が一般社会から警察や児童相談所に対して向けられているし、むしろ未然防止の孕む人権侵害や

2) ソール・A. クリプキ(黒崎宏訳)『ワイトゲンシュタインのパラドックス— 規則・私的言語・他人の心』(産業図書, 1983年)。

権力濫用への危険を慮ってそういった国家権力の方が抑制的な態度を取っているという、やや転倒した状況さえ生まれている。

同様のことは民事事件についてさえ言える。損害が生じ、事後に損害賠償を獲得したとしても、やはり最初から損害がなかったのと同じ状態に至るわけではない。損害が金銭へと換算されることが妥当か、それはやむを得ないとしても損害がなければ得られたはずの失われたチャンスをどう考えるか、そもそも損害を完全に補填できるだけの補償能力が加害者にあるかなどといった問題があることは、東日本大震災に続いて発生した東京電力福島第一原発事故をめぐる状況を思い浮かべれば直感的に理解することができるだろう。最初から事故を防ぐことができなければよかつたのにとするのが当然だろうし、仮にそのような対応を可能にする方法が存在するのであればそうすべきだと主張されることになるのではないだろうか。

——安藤的新派的描像は「罪刑の均衡」や「罪刑法定主義」といった現行刑法の基礎理念と抵触してしまわないか。

そしておそらくこのような批判は、安藤に大きな問題を感じさせないだろう。罪刑の均衡とは同じ罪には同じ罰という形で「等しきものを等しく」という正義の公準を満たすべきことを刑事法に求めるものであるところ、安藤の主張はその「等しさ」の基準を各人の秘めた危険性(としての傾向性)に置き換えることにあり、根本にある正義原理には抵触していないからである。

たとえば「市民の平等な政治参加」という民主政の基本原則において、少なくともフランス革命の当時にこの市民が意味してい

たのは一定年齢に達した財産ある男性だっただろう。あるいは平等についても能力と比例することが一定程度前提され、フランス1791年憲法における能動市民・受動市民の区別やイギリスにおける複数投票制という形で実現していた³⁾。だがその後の選挙権拡大によって、この市民という言葉の意義が一定年齢以上というだけの内容にほぼ置き換えられたことは周知の通りである。平等についても形式的な一人一票、さらには投票価値の平等を意味するものとして読み替えられてきたし⁴⁾、2013年には選挙権・被選挙権を有しないこととされたものの範囲から「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある」(民7条)はずの成年被後見人が除かれ、(非行の場合を除けば)能力の不在すら問題とはしないという原則が確立されるに至った。そしておそらく我々はこれを「市民の平等な政治参加」という原理の深化ないし徹底と呼び、廃棄とか空文化とは言わないだろう。同様に安藤もおそらくは、罪刑法定主義や罪刑の均衡という名で呼ばれてきた原理が本当は実現すべきであったものを自らの構想が実現したのだと言うだろうし、その内実が名にそぐわないという批判が仮にあれば、敢然としてこう答えるのではないだろうか——これまでが間違っていたのです、と。

3) 前者は、一定以上の納税額を持つ「能動市民」のみが参政権を保有し、それ以外の「受動市民」は生命・財産の自由など受動的な人権のみを保障されるという制度。後者は、居住地のみならず一定額以上の不動産を保有する選挙区でも投票できるようにすることなどを通じて、実質的には大規模土地所有者などの富裕層・有力者層が複数の投票権を行使できるようにしたもの。

4) 我が国では最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁が衆院選、最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁が参院選について、投票価値の平等を求めている。

——犯罪が「それ自体としての規範的意義を有さ」ないとは——とくに被害者からすれば——考えられない。この結論は新派的描像の帰謬的誤りを示すのではないか。

もちろん、安藤がさきほどのようにそのような常識こそが間違っていると答えたとしても、このような社会の側の違和感は消えないかもしれない。そうなれば我ら市民の「健全な常識」（という至極あやしげなもの）と衝突することになり、おそらく一連の提言は実現から遠ざかることだろうが、それで何が悪いのかという反応もできそうである（少なくとも我々法哲学者は実用的であることを標榜して糧を得ているわけではない）。

もう一つの可能な対応は、むしろ安藤の提案する理解の方が現実に我々が採用している社会制度や慣行をより良く説明できると主張するものである。少なくとも我々は不能犯を処罰しない一方で未遂犯に制裁を加えることを選択してきたのだし、よく言われる新派の欠点——暴走可能性も権力のコントロールが不十分だったことに起因するものであり、背景となっている理論それ自体の問題ではないというわけだ（安藤自身もこの方向性で議論している。提題注 11）。そもそも旧派・新派の対立は理論的に解決ないし調停されたわけではなく、両者それぞれに問題があるという認識のもと、いわばアドホックな共存ないし同棲（コアビタシオン）が選択されているだけではないか、との指摘もあるだろう。仮にそうであれば、そこで形成されている「現状」のより良い説明理論として、安藤の議論全体をとらえることも可能なのではないだろうか。

新派復興の試みは成功したか？

I. はじめに

犯罪の本質を行為の悪さに求めるのか、そのような悪い行為を行った行為者の性格の危険性に求めるのかという刑法理論に関する「学派の争い」は、刑法学の世界ではもはや過去のものとなっている¹⁾。安藤の「提題」は、その古い論争を掘り起こし、しかも同論争において少なくとも現在までのところ敗者と評価されている新派刑法学に対して支持を表明した、極めて刺激的なものである。一方、大屋の「応答」は、現在の日本の刑法学界において主流をなす立場に沿って安藤の主張を批判するものであり、穏当な内容となっている。そのため、私のコメントも安藤の「提題」に対するものが中心になることを予めお断りしたい。

II. 安藤の「提題」について

1. 未遂犯と不能犯の区別について

安藤の立論は、未遂犯と不能犯の区別の問題(不能犯論)を論じて新派刑法学の優位性を説き、そこから犯罪の本質に関する犯罪徴憑説および刑罰の本質に関する社会防衛論を導くという構造になっている。そこでは(当然ながら)哲学上の概念を用いた議論が展開されており、浅学な私はその主張を正確に理解できているか心もとない。だが、あえて内容をまとめるとすれば、以下のようになるうか。①反事実条件法を用いた未遂犯と不能犯の区別は採用できない。なぜなら、現実に行われた行為に反事実的条件(「もし〜であったならば」)を付すことは、現実の行為を他の行為に変容させることにほかならず、現実の行為そのものの危険性を問うことにはならない。②行為の一般的危険性に着目して区別しようとする場合、失敗行為の実行主体と一般的危険性を有する行為との間の「因果的関わり」が必要となるが、これは行為者の危険性(傾向性)以外には考えられない。

以上の主張は、用いる言葉は異なりこそすれ、刑法学において客観的危険説、とりわけ絶対的不能・相対的不能区別説に対して古くから加えられてきた批判と大部分重なるものである。同説は、行為が結果惹起の一般的適性を有していたにもかかわらず、たまたま結果が発生しなかった場合に未遂犯を認めるものだが、同説に対しては、現実に行われた具体的な行為の危険性を問うたことにはならないといった指摘が主観説の立場からなされたのであった。客観説の一種とされる具体的危険説は、元々はこの問題を克服するためのものとして主張された²⁾。同説は、行為時の平

- 3) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣, 2016年)290頁。
- 4) これについては, 佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』(慶應義塾大学出版会, 2016年)56-67頁, 74-78頁。
- 5) 前掲注4)13-15頁。

リプライ1

安藤 馨

私の議論の理路が「客観的危険説, とりわけ絶対的不能・相対的不能区別説に対して古くから加えられてきた批判と大部分重なるものである」とする佐藤の指摘はまったく正しい。フランスに於ける客観説から主観説への転換の契機となったレモン・サレイユの議論への関心が私の提題の背景にあることはまさしく読んでの通りである。その上で, 私が具体的危険説・修正された客観的危険説という反主観説陣営の応答を無視している, という指摘もまたまったく正しい。実際, 私は大屋が応答に於いてこの点を突いてくることを想定して意図的にそうしたのだったが, 不発した「誘い受け」についていまさら弁明を連ねても詮ないことである。ともあれ, 提題に際して私がそれらの点について何を考えていたかを簡単に陳べよう。

法哲学と法哲学の対話

A Dialogue between Jurisprudence and Legal Philosophy

2017年4月20日 初版第1刷発行

著者 安藤 馨／大屋雄裕
発行者 江草貞治
発行所 株式会社 有斐閣



郵便番号 101-0051
東京都千代田区神田神保町2-17
電話(03)3264-1311 [編集]
(03)3265-6811 [営業]
<http://www.yuhikaku.co.jp/>

デザイン 高野美緒子
印刷 株式会社 暁印刷
製本 大口製本印刷株式会社

©2017, Kaoru Ando, Takehiro Ohya.
Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

★定価はカバーに表示してあります。
ISBN978-4-641-12593-3

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(社)出版者著作権管理機構(電話 03-3513-6969, FAX03-3513-6979, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。