

# 刑法における因果法則・行為現象・正義

清水晴生

- 一 はじめに
- 二 刑法における因果法則と可能世界
- 三 刑法における行為現象
  - (一) 問題の所在としての行為の所在
  - (二) 動作の所在
  - (三) 意識の所在
  - (四) 行為論
  - (五) 行為の個数
- 四 刑法における正義

## 一 はじめに

刑法は古い時代からその存在が世界各地で認められている法律であり、とりわけ社会の治安形成を確保したり、またそうしようという為政者の意思を明確に表明するために用いられ、実際にも十分にその威力を発揮してきたと考えられる。

この刑法並びに刑法理論の基礎理論として、刑法における因果法則や行為現象、さらに刑法上の正義についても長く議論されてきた。この三点について再考した内容を以下のようにまとめておきたいと思う。

## 二 刑法における因果法則と可能世界

南港事件<sup>②</sup>で最高裁は、死期を数分早めたに過ぎない介在事情があっても、先行する事情と結果との間の因果関係は否定されないとした。

因果の法則性を考えるべく、非常に類似しているが若干の差異を含むところのありうるケース(可能世界<sup>③</sup>)のバリエーションを考えてみると、より結果への寄与度の低い介在事情の場合や逆に寄与度の大きい介在事情の場合といったバリエーションを想定することができる。

このような思考が気づかせてくれることは、介在事情の寄与度が実際よりも少し大きいと考えただけでもわかるように、実は結果に対する介在事情の寄与度を容易に過小評価すべきではないということである。

つまり、角材で頭部を殴打して傷口を広げるといふ実際の介在行為に加功した者について証拠上何ら知ることができないとき、現実と並行してありえた類似した若干異なる世界を考えてみれば、介在事情についてよりよく考察することができるのである。

例えば介在行為者が港で倒れて虫の息の、呼吸も鼓動も止まりかけて微動だにしない被害者を見つけて、確定的な殺意をもって、なおまだ生存していることを確認した上で自らの手でただちにとどめをさして完全に息の根を止めるべく、すでに負傷して傷口から出血している急所たる頭部を十分な凶器たりうる角材でもって殴打したのだという凶悪なケースを想定した場合、その行為が結果として死期に関しては数分早めたに過ぎない程度の寄与にとどまったとしても、また死因についても先行事実が大なる寄与を果たしており介在事情の寄与は小さかったとしても、しかしながら、

確定的な殺意を持ちまたそれに見合う行為を意図どおりに実行した上で死期の早期化を確定的な形で遂行し、またその早期化された死期を決定的に導きうる死因を意図どおりに形成したということもまた間違いないのである。

そして無論、このようなパラレルワールドが実現した可能性は決して無視できるほど小さいものではない。むしろ特異・特別な事情が何ら見当たらないという意味においては、想定容易なケースの一つとさえいえるように思われるのである。

そうだとすれば、死期を若干早めたに過ぎないから十分に考慮に容れる必要がないという説示の説得力はもはや失われているということができよう。

つまり、介入事情の寄与度が低いものにとどまったのかどうかの評価においては、単に早められた死期の程度が数分にとどまったかといった矮小化された内容ではまったく不十分であり、なお社会的通常性たる法則性の枠内に含まれる可能世界のバリエーションを具体的に想定して、真に寄与度が小さかったとしかいえないケースであったのかどうかを検証されなければならない。<sup>(4)</sup>

最後に付言すれば、介入事情の異常性の大小や結果への寄与度などを考慮すべきとする狭義の相当性論自体、未だ十全の理論とはいえない。例えば介入事情が複数介入する場合をどう扱うのかといったことについて何ら明らかにされおらず、議論すらされていないのである。この場合に(広義の相当性論に立ち返りはしないであろうとき)いわゆる一こま一こま説のように考えることは、因果経過の異常性の評価が不確定なものとならざるをえない点で妥当とは思われない。おそらく理論的には、 $A \downarrow B$  (介入)  $\downarrow C$  (介入)  $\downarrow D$  (結果) という場合、 $A \downarrow B \downarrow D$ 、そして  $A \downarrow C \downarrow D$  と異常性を判断するのではなく、 $A \cdot B \cdot C \downarrow D$  というように、 $A B C$ の間で相対的に  $D$  への寄与度の大小

や介在の異常性の大小を論じるという方法が問題がなく正しいものと考えられる(つまり結局原因的な解決となる)。しかしこのような容易に想定されるバリエーションについてさえ満足に論じられてきてはいないのである。

### 三 刑法における行為現象

(一) 問題の所在としての行為の所在

刑法が規定し、認定されれば刑罰が科されるところの犯罪とはどこに所在が見出され、あるいはどのようにその所在が認識されるのか。

犯罪の認定は刑法の一つの結果であり、刑事訴訟法と刑事裁判の重要な目的である。犯罪は証拠から得られる断片的な知識を再構成して作り出される認識に違いないが、犯罪行為は裁判に先立ってその所在が見出されているはずである。犯罪行為ないし生の犯罪事実とは裁判上の事実とは異なりどのように存在しうるか。

人を殺す行為には殺人と過失致死とがあり、他人の物をとる行為は物に他人の占有が及んでいるかという問題とも関わりなお複雑であるかもしれない。なので赤色信号無視を素材に考えてみたい。

(二) 動作の所在

自動車を運転中前方に赤色に点灯する信号機が見えてくる。赤色であることを知りながら停止線を越え交差点に入する。

信号が赤いことを認知する。認知しながら減速・停止するアクセル・ブレーキ操作を行わないまま自動車を走らせ続ける。自動車は停止線を通過する。

赤信号の認知は自動車を運転継続中になされる。

自動車を運転する行為を継続しながら、目は前方や周囲の状況をとらえるがその中に信号機の表示が見えてくる。信号機の表示が赤色であることを認知することは赤色信号無視行為の出発点と考えられる。信号機があることを認めただえで、その表示が停止を求め赤の光を発していると目で感受することで、同時に交差点の通行は優先されず逆に車を停止して交差点を通行する他の車に道を譲らなければならない事態に直面していることを把握・理解する。信号が赤いと知りながら減速もせず漫然と自動車を進行させている段階である。しかしなお、未だ信号無視を行ってはいない。無視するためにはその前提として知っているのでなければならぬ。信号が目の前で赤であるという認知を持つことが無視することの前提にあることが不可欠である。さらに信号が赤であると目が感得すると同時に、その感得した内容を減速・停止すべしという規範命令として理解する（この理解力を欠く場合には、故意で赤色信号無視をすることはできないが違法性の意識を持つことはできない）。

赤信号の発光を感得しその意味を理解しながら自動車を走らせ続ける。すでに赤信号の認知により減速・停止すべき規範と対峙しているにもかかわらず、その命令に従う意思を持たずその命令に従うべく車を操作することもなく車を走らせ続ける。

外部からの刺激としてはそこに交差点が近づいていること、交差点には信号機があり、対面信号は赤信号であることなどが、信号機の形、交差点の構造、停止線の白、信号の赤、車の速度と停止線までの距離などが視覚によって感知さ

れ、また車の動き、ハンドル操作、アクセルの踏み込み具合、ブレーキの具合なども体感として知覚する。さらにはセンターラインの流れ、雨とワイパーの動き、スピードメーターの針やデジタル表示の光、バックミラーやサイドミラーの映像までも視覚的な情報として取り込まれている。これらの知覚、情報を判断しながら、今度は同時に運動器官を働かせて操作する。ハンドルの振動を抑え、アクセルの踏み込みを和らげ、ブレーキペダルの上に足を置く、スピードメーターで減速具合を確かめながら、交差点までの距離を確認しながら、出ている速度を感じしながら赤信号に従う操作を行う(はずである)。しかし実際にはそうはしない。実際になされる行為はそのまま車を走らせる行為である。アクセルを緩める操作をせず、踏みっぱなしである。ブレーキに足を乗せることをしない。スピードを落とす行為をしない。そしてそのまま停止線を通り交差点に進入する。

### (三) 意識の所在

行為のときの意識としては、停止線通過時以前にすでに通過する意思を持ち、この意思に従って停止する制御動作を行わない。この意思と動作は環境の認知、周囲の情報の感得を前提にまたはそれらと同時になされる。この統合は行為者の身体においてなされる。身体感覚器が各種の周辺の情報を収集し、身体と状況との空間的な関係が把握され、環境と身体が経験する時間経過が認識され、車の場所的移動と車を制御する身体の運動とが身体を中心とし一体となつて行われ、同時に経験される。

#### (四) 行為論

犯罪行為は意思ある身体的動静といえるが、部分的には意思的でない動静も行為の一部に組み込まれると理解するほうが正確であろう。同じように身体的でない動静も犯罪行為の一部とみなされる。因果関係もまた行為に組み込まれて理解されるからである。

ここまでの検討からすれば、行為が目的的なものでないことは明らかである。明らかに目的という要素は行為の概念の範疇から逸脱していよう。人格的という要素についても同様である。

社会的に意味ある身体的動静かどうかは、訴訟的事実の認定・画定という側面から見れば正しい。社会的に意味のある行為として訴訟当事者三者間で了解される要素だけが行為事実を形成する要素となりうる。この意味で生の犯罪行為についての行為論としては、社会的に意味があるかどうかの基準が曖昧で確定困難であるため採りえない。

#### (五) 行為の個数

曲がりくねった道路を速度超過で走り続けて、間を開けて二度オービスが光った場合、二つの違反行為が認められるのか。

自然的な観察によれば、いったん車を停止して降車するまでは一個の行為が継続しているとも考えられよう。そうであれば、途中減速して制限速度内に戻るたびに行為が終了しまた超えるたびに新たな行為が行われたと際限なく数え上げることになるが、これはもはや行為を社会観念上の自然的な観察により把握した<sup>6)</sup>とは言い難いだろう。

#### 四 刑法における正義

個別的なものか集団的・全体的なものかを問わず、犯罪は社会という公共主体が保持する倫理秩序に対する違反・侵害という側面と、利益主体に帰属する保護法益の侵害という二側面をもつと認められてきた。

社会倫理秩序に関しては、刑事手続が行われ犯罪認定がなされて、犯人に刑罰が科され刑罰権が実現されることで秩序の維持・回復が図られると考えられており、本来の応報的正義とはこの意味である。他方で一般社会と被害者との間に生じた不公平（法益被害）については刑事被害補償で是正するという構造にある。

しかし現在の応報的正義はいつの間にか法益侵害により損なわれた誇り、自尊心、人格尊重の平等な状態を取り戻す、とりわけ被害者と加害者との間の誇り、自尊心、人格尊重における不平等、偏りをならして平均化することとみなされている。つまり刑罰の正義はもはや国家刑罰権実現による社会正義実現ではなく、被害者による加害者への報復実現そのものだとみなされている。こうしたむき出しの報復が体刑・生命刑である死刑にかかる場合には、刑罰はあからさまな暴力の連鎖そのものとなる。

正義実現過程としての刑事裁判手続は暴力の連鎖に加担する手続ではなかったが、被害者や遺族の（応報的でない報復的な）正義に基づく暴力を求める訴えが可能な構造に変容してきた。本来は手続的正義の中での実体的正義実現という構造を持っていたものが、むき出しの暴力的報復を可能とする戦争処理裁判化したのである。

報道を通しての社会的非難と刑事裁判による犯罪の非道性の認定と刑罰執行とによる正義の実現は、私人間の報復の応酬を否定しながら法益侵害の重大性と社会秩序破壊の度合いとを刑罰の重さで評価し、行為の違法性の大きさに見合



う刑罰を科するというものである。いくら遺族が望んでも、たとえ裁判員が参加したとしても、これは人民裁判ではない。

果たして正義が実現するとはどういうことであるのか。

むき出しの暴力的報復は正義でないとするならば、刑罰による正義はあくまで刑罰そのものが犯人に対して、派生的には社会に対しても、感化する力と機能とを十分に働かせているということではなければならない。したがってとりわけ、刑罰の質が犯人に対して感化力をもつ内容を持つていなければならない。犯罪行為の反社会性と個別的被害の重大さを犯人に認識させる点に最も重点が置かれていなければならない。刑務作業をこなして刑期が過ぎるのを待つという単なる時間刑、人生を部分的に奪うだけの刑罰であっては、刑罰は犯人に対して何らの感化するところも積極的には持たない。

死刑についてはその最たるものと断じて非難せざるをえない。死刑は犯人を社会から排除することで、犯罪を犯すような者は社会のメンバーではなく敵であると宣言する。したがって犯罪を犯すかどうかの分かれ道に立つ者はいずれ自分分は社会から敵とされてメンバーとして受け入れられなくなると認識し、犯罪を行わずに社会に受け入れられる方途を探すことを断念しよう。排除刑は犯人も社会も感化しえず、結果として犯人からも社会からも犯罪を遠ざける機能を果たさない。

死刑を科さないということは犯人を赦すということではない。被害者や遺族の自尊心、人格尊重が損なわれたまま、人格尊重の不平等・偏りが何ら社会の中で回復されないままに社会から事件の当事者たる犯人を排除するならば、犯罪によって惹起された不公平は永久に維持される。犯罪・犯人と社会との間の対立について何の解決も見ないまま、凶犯れないまま、同種の犯罪発生の芽に対して何らの感化力も結局持たないまま、犯罪に対する社会防衛に何らの進化もな

いままで、それらを十分に要求する機会さえ被害者も社会も奪われたままとなる以上、発生した犯罪被害も刑事裁判も刑罰も、社会の更なる安全の新たなスタートとは何らなりえないことになる。

## 注

(1) 刑法はかつて律と呼ばれた。かつてといってもほんの百年余り前の明治維新後の明治政府は、王政復古により戦国以前の天皇制国家に立ちかえるべく、近代国家に脱皮しようという時代にかつての大宝律令や養老律令の系譜にも連なる仮刑律を最初に置いた(日本の律令と当時の中国の唐律との関係については、大津透「律令制とはなにか」(日本史リブレット73)一七頁以下参照)。

律とは、司馬遷による史記の律書第三(司馬遷『史記2 書・表』(小竹文夫・小竹武夫訳 ちくま学芸文庫)五六頁参照)によれば、音調を整える笛のことであり、音調は天地の気の現れだという。この音調が十二種に分けられて一年十二か月に配されまた度量衡などについても、陽気の現れである六律(りくりつ)と陰気の現れである六呂(りくりよ)を合わせた十二律(ただ、むしろ十二の音調の総称としても「六律」の語が用いられるとのことである)が、いわば文字通りあらゆる規範(コード code)の範型とされたようである(ただし中国の法の歴史における律の意味内容については、刑法を意味するものかどうか、制定法を意味するものかどうか等に関して時代によっても様々に異なりうる事が指摘されるなど、近年になって木簡等が続々と出土している展開とも相まって、なお活発な議論が見られる)。

(2) 最三小決平成二年一月二〇日刑集四四卷八号八三七頁。

(3) 三浦俊彦『可能世界の哲学「存在」と「自己」を考える』四三頁以下参照。

(4) したがって、大阪地判平成五年七月九日判例時報一四七三号一五六頁が脳死判定後の心臓死との因果関係について、死期が多少早められたに過ぎないから因果関係を肯定できるとした説明は妥当なものとはいえない。むしろ具体的な死に対して及ぼした影響は決定的というほかになく、だからこそ逆にいえば脳死判定についての法制化を要したのであって、このような説明が通るならば脳死判定のための法制化は不要だったということにさえなろう。

因果関係の認定上問題となる死の結果の認定対象が変更されるとの説明があれば足りたであろうと思われる。

(5) 最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁。