

刑法の役割と正義

法学部3年 志方知之

<目次>

- | | |
|----------------------|--------------------|
| I. 問題の所在 | III. 刑法の役割 |
| II. 正義に関する考察および学説の展開 | IV. おわりに（刑法における正義） |
| | 参考文献 |

I. 問題の所在

刑法は、一定の法益侵害行為に対し刑罰を科すことを規定することによって、また、現実に行われた法益侵害行為に実際に刑罰を科すことによって犯罪を防止し、法益¹⁾を犯罪から保護する機能を持っている²⁾。ただし、刑法が法益保護機能を持つといっても、法益の侵害・危険という事態が生じたときにただちに刑法がこれに介入すべきだというわけではない。刑法は、法効果として刑罰というきわめて強力な物理的制裁を伴う社会統制手段なのであるから、その反作用・副作用にも看過しえないものがある。つまり、「刑罰というのは受ける人にとっては害悪なのだから、およそ意味のない害悪は不合理であってこの世に存在する資格はないといわなければならない³⁾」のである。

それでは、刑法は何を目的として、何を根拠に適用されるのであろうか。私はそこに「正義」というものが当てはまるのではないかと考える。しかし、一言に「正義」といってもその意義は明確ではない。「正義」のためであるならば刑法を適用して物理的制裁である刑罰を加えてよいと結論付けてしまうのは尚早であるとも考えられる。

そこで、「正義」とは何かということを追求しながら、刑法の持つ機能とは

法益保護に限られるのであろうかということ踏まえつつ、刑法が果たしている役割について検討し、刑法と正義の関係について考察したい。

Ⅱ. 正義に関する考察および学説の展開

(1) 正義論を考察する上での前提

正義という観念自体が曖昧で多義的であることから、人々が正義・不正義を論じる場合、議論領域や視点の異同についての相互理解が不十分なために、議論がかみあわなかったり、無用の混乱・対立が生じたりしていることも少なくない。その多義性を無視して正義の名のもとに単純な善玉・悪玉的発想が説かれることも多い。さらに、自分の行っていることが正義に適っていると確信するが故に、一層激しく争い、そのために実力を行使し血を流しあうことすらあえて辞さないという傾向も強い。これらの状況をみると、正義観念の多義性ということは、法と正義の関係を考える上で、まず最初に確認されるべきことであろう。

そして、法の目的はしばしば正義と総括されてきており、正義の問題が法の目的の考察の中心に位置することは間違いない。しかし、ここで注意しておきたいのは、法の目的は正義だけではないということである。法の目的を法によって追求・実現されるべき正しきもの一般と理解するならば、正義観念の理解の仕方にもよるが、よほど正義観念を広義に解しない限り、法の目的は正義だけに限定されず、正義以外にも一般的な目的があると考えられていることが多いのである⁴⁾。

では逆に、「正義」とは1つのものとして存在するのであろうかと考える。私たちのこの社会にとって「正しい」行為はその社会の求める行為であり、「正しくない」それは、いうまでもなく要求に反する行為であることになる。こうして、私たちの社会つまり「特定の社会」における「正義」は存在しうることになる。ただし、この特定の社会がもつ特定の正義が、社会の相違を超えて、ほかの社会においても正義でありつづけることが可能かどうか、こ

れはまた別の問題である⁵⁾。

(2) 正義の種類

一言に正義といっても、様々な観点からの正義が考えられる。

まず、適法的正義とは実定法の内容自体の正・不正を問うことなく、もっぱらその規定するところが忠実に遵守され適用されているか否かだけを問題とする。法内容が不正であった場合にそれを遵守することは正義に反するよう感じられるが、たとえ、法内容が不正であっても、一概に不正義であるとは言えない⁶⁾。

次に、実質的正義について、配分的正義と平均的正義の2つに分けて考える。

配分的正義は、名誉や財産その他国民に分けられる配分が、それぞれの価値にふさわしく比例的に配分を等しくすることである。各個人がそれぞれ違った能力や価値を持っていることを認めて、個人の能力や団体への寄与貢献度に応じた異なる扱いをしようとするものであるから、収入や所得多いものに対しては多くの税金を、収入や所得少ないものに対しては少ない税金を課すことであり、また、生活の扶助を与える場合には、その困窮の度合に応じて、それぞれに見合った扶助料を与えるという、いわゆる実質的平等をその本質とする。公法の領域では配分的正義が妥当するから、配分的正義は、公法の正義であるといわれる。

平均的正義は、あらゆる並列的な個人間の相互交渉のなかで、当事者の能力・価値・人柄等を一切考慮することなく、すべて等しいとみなしたうえで、利害を過不足の内容に調整する役目を果たす正義である。そして、これはさらに2つに分けられる。1つは、売買・賃借・雇用など、私人間の自由意志による任意の取引関係において、利得と損失に過不足なく均等が保たれるべきことを要求する場合で、たとえば、ある品物を買うときは、地位・身分・職業等に関係なく、だれでも同一の金額を支払わなければならないという考え方である。2つめは、殺人・窃盗や契約不履行などのような犯罪や不法行為に対

する刑罰や損害賠償のように、行為者にとって不任意の関係においては、行為者の個人的価値に関係なく、犯罪や不法行為による被害と均衡のとれた刑罰や賠償がなされなければならないという考え方である。平均的正義は、個人の価値や功績を考慮しない機械的・形式的平等をその本質とし、平等な人々の生活関係を規律する私法の領域において妥当するから、私法の正義であるといわれる⁷⁾。

以上のような正義観念の区分のほかに、とくに法による正義の実現との関連では、衡平という観念が重要な位置を占めている。衡平は、個別的正義とも呼ばれ、法が一般的であるが故に個別的事例で不都合な結果が生じる場合に、法を補正するものと位置付けられている。衡平は、実定法の一般的な準則をそのまま個別的事例に適用すると、実質的正義の観点からみて著しく不合理な結果が生じる場合に、その法的準則の適用を制限ないし抑制する働きをする⁸⁾。

(3) 現代的正義論の展開

正義とは何か、ということを一元的に定義付けするためには古来から多くの議論が展開されてきた。現代的な正義論が展開されるまで、価値相対主義が正義を判断する基底としては主流であった。価値相対主義とは、価値判断が評価主体との関係で相対的であるという意味で、価値も主観的であり、何らかの究極的価値やそれに対応する原理的規範の客観的妥当性を理論的に基礎づけたり正当化したりすることは不可能であり、いずれの価値・規範を究極的として承認するか、究極的な価値・規範相互の優劣をどのように判定するかは、各人の良心の決断や感情の選択にゆだねざるをえない、つまりは、正義というものを客観的に定義付けすることは不可能であるという考えである。しかし、価値判断の真偽を事実判断と同じように客観的に検証できないとすると、正義などの道徳的問題の合理的議論の進め方として狭すぎて不適切だという批判が強まってきた⁹⁾。

それでは、現代の主流であるリベラリズムとリバタリアニズムとの対立が

どのように発展してきたのか考察したい。

a) 功利主義

まず、正義の定義付けとして現代において発展した考え方に功利主義がある。功利主義とは、「最大多数の最大幸福」という定式でよく知られているが、人々の幸福・快樂や不幸・苦痛あるいは欲求・願望の充足という効用のみが内在的な価値・善であるとし、行為・制度・政策の道徳的評価においては、それらが関係者全員の効用に及ぼす結果を集計して、その効用の総和の最大化をもたらす行為・制度・政策が正しいとする見解である。

しかし、功利主義については、人々の幸福・快樂や欲求・願望の内容および行為・制度・政策の帰結についての完全な情報を得ることの困難や、人々の多種多様な欲求をすべて効用という一元的な尺度で計算することがそもそも可能かどうか、仮に可能だとしても、それが適切かどうか、個々人の多様性や独自性を無視し、個人とくに少数者を社会全体ないし多数者の利益のために犠牲にすることのなるのではないかといった批判がなされている¹⁰⁾。

b) ロールズの正義論（リベラリズムの原点）

これに対して提唱されたロールズ¹¹⁾の正義論は、二つの原理から成り立っており、第一原理は、全ての人々に対する同様な自由と両立するかぎり、出来るだけ広範な基本的諸自由への平等な権利を各人に保証するべきだとする「平等な自由原理」であり、第二原理は、社会経済的な不平等が正当化される条件として、最も不利な状況にある人々の利益を最大化することを要請する「格差原理」であり、これには、全ての人々に開かれた地位と職務に伴うことを要請する「公正な機会均等原理」を含んでいる。そして、このような正義の二原理の適用について、第一原理は第二原理に優先し、自由は自由のためにのみ制限されうるのであって、全体としての社会経済的利益の増進のために犠牲にされてはならないとする「自由の優先ルール」が付け加えられている。

この考えは、基本的な自由を保障し擁護しようとする議論を展開している

のは言うまでもないが、「もっとも不遇な人の暮らし向きを改善する」ことを正しいと考える、要するに社会における実質的な平等を正義の中核に置く考えであり¹²⁾、このように考える人々をリベラリストと呼ぶ。

c) リバタリアニズム

1970年代末から80年代にかけて、個人の自由を非妥協的に擁護するリバタリアニズムと呼ばれる思潮が台頭し、その共通の基本的特徴は、個人の自由、私有財産権、自由競争市場を最大限尊重する個人主義的立場を基礎に、強制的な権力行使に関わる政治や国家をできることなら無くし、それが無理ならば、最小化し、法によって厳しく規制しようとするところである。そして、正義論に関しては、正義の範囲を私人間の水平関係における交換的・矯正的正義に限定し、国家と私人との垂直関係における配分的正義、とりわけ再配分的な社会的正義を厳しく批判する一方、他方では、一般的ルールや手続きの遵守自体に、そこから生じる結果とは独立に固有の価値を認める手続的正義の観念を重視し、平等の観念をこのようなルール・手続のもとでの形式的平等に限定する。平等や福祉の問題については、社会的経済的不平等は原則として正当化を必要とするという、いわゆる“平等の推定”にはほぼ一致して反対し、困窮者の救済は、慈善・慈愛の問題として個々人の自発的活動にゆだねておけばよいとして、正義の問題とすることには批判的である¹³⁾。

d) 結語

一つの問題例をとって現代における正義論の帰結を考えたい。「三人の男の子A・B・Cが、一本しかない竹製の笛をめぐって争っている」というものであって、わたしたちは、「裁定を依頼された人物」が、「この希少な財の分配の正義をどういう情報に基づいて決定するだろうか」を確認していくのである。

功利主義者であれば、A君がほかの二人よりも笛を吹くのが上手で、もし彼がそれを手に入れたならば、吹き手の「効用」(=喜び)とそれを聴かされる二人の「効用」(=喜び)の総和が最大になるだろう、との推論から、A君に笛を渡すと決定をくださいであろう。これは結果としての「最大多数の最大

幸福」を分配原理としている。

リベラリストであれば、B君が三人の中で最も貧しく、オモチャもほとんど持っていないことを知って、B君に笛を与えることを決めるだろう。この人は、もっとも不遇な人の暮らし向きの改善を求める「格差原理」に基づいて分配を決定したことになる。

リバタリアンは、この笛はC君が誰の所有物でもなかった竹を材料にして自力で作ったものだ、という情報を持っているので、これに基づいて、C君に笛を渡すことにする、と。この場合、これは結果に配慮して分配の正義を決めるのではなく、正当な手続きを踏んでいる人に財の「権現」が発生する、と主張していることになる¹⁴⁾。

現代において正義のとらえ方について、激しく対立しているリベラリストとリバタリアンの違いは以下のように考えられる。平等主義のリベラリストは、個人がそれぞれの目的を追求できるようにするためには、行政府は真に自由な選択ができるような物質的条件を整える必要があると彼らは主張する。一方リバタリアンにとって、中立的国家に必要なのは、市民的自由と私的財産権を確保する確固たる制度だ。彼らの主張によれば、社会保障制度の下では個人がみずから目的を選ばず、一部の人の利益のためにほかの人びとが抑圧されるのである¹⁵⁾。つまり、現代において正義論は、現にある社会システムを前提として、そこにおける「自由」と「平等」の均衡を維持しながら、それらを保証し、さらには発展させようと意図していることは否定できない。しかし、「それぞれの正義論者の主張をその基底にまで探っていくと、或る人たちは自由に重きを置き、或る人たちは平等を重視していることが見えてくるように思われる¹⁶⁾。」

Ⅲ. 刑法の役割

(1) 刑罰の対象

生命、自由、財産を奪うという重大な侵害性を伴う刑罰が、国家の制度と

して存在しうるのは、社会にとって最大の病理である犯罪現象を除去し、秩序を安定させて、国民がよりよい生活を営み得るようにするからである。ただし、犯罪を防止するよう社会を制御する制度として、刑罰制度以外の様々なもの（たとえば家庭、教育、倫理・道徳、社会政策）が重要な役割を果たしている。その中で刑罰は侵害性が高い物なので、その特性に合わせて、最も合理的な形で用いられなければならない。効果が期待し得るかを十分に吟味し、さらに、刑罰を用いることによる、国民の利益の侵害を衡量しなければならない。このような、効果とマイナス効果を統合し、その総和が極大になるようにするという視点は、立法論と解釈論に共通するものなのである。国民から見て、実質的に処罰に値する場合にのみ刑は科されなければならないのである¹⁷⁾。

それでは、実質的に処罰に値する行為とはどんな行為であろうか。今日のような個人の尊厳を価値の根元とする社会では、個人の生活利益を守ることが重要であることは疑いない。また、市民生活の安全を守らなければ社会秩序は維持できないから、刑法の目的を達成するためには個人の生活利益を保護しなければならない。しかし、生活利益の保護自体が刑法の目的ではなく、それを通じて社会秩序を維持することが究極の目的であると考えべきであろう。したがって、生活利益を侵害する行為をすべて刑法の対象とする必要はなく、それらの行為のうち社会秩序の維持にとって放置できない有害な行為を選び出して、処罰の対象にすれば足りるのである¹⁸⁾。

(2) 刑罰の役割

刑罰は、応報刑論と目的刑論とでその役割が違ってくる。応報刑の意味については、本来人間がもっている復讐本能の代行としての国家的刑罰であるとか、犯罪＝悪行が行われたがゆえの社会的反作用であると説明されるが、要するに悪行に対しては悪い報いがなければならないという考え方である。それゆえ、応報である刑罰の内容は、本質的に害悪・苦痛でなければならないし、またそこでは、刑罰を加えることにより生ずる予防効果ではなく、刑

罰を加えることそれ自体が正義の要求として自己目的的に正当化されるのである。これを「絶対的応報刑論」という。

刑罰は、犯罪の実行を前提とし、それに対する反作用として課される法的制裁という意味で応報である。仮にすぐにでも凶悪な犯罪に出かねない、強い犯罪的傾向を持った人がいるとしても、犯罪に出る以前に予防的に刑罰を科すということがあってはならない。さらに、刑罰は、行為者に対し法の側からする非難として加えられる不利益な制裁であるという意味で応報である。刑罰は、現行法上、生命、自由または財産の強制的な剥奪を内容としている。同じように金銭の支払いを義務付けられるというものでも、税金の場合と罰金の場合とは全く異なる。同じように自由を奪われるというのでも、触法精神障がい者が保安処分として精神病院に収容されたりするのと、犯罪行為者が懲役刑の執行のため刑務所に収容されるのでは全く異なる。罰金刑も懲役刑も、犯罪という違法行為に対する非難の性格をもった応報的制裁である点に刑罰としての本質的特色がある。これに対し、税金を課すことにも、保安処分を科すことにも、非難の要素はいっさいない¹⁹⁾。

対して、目的刑論とは、刑罰には犯罪を防止・抑止する効果があるから正当化されるという考え方である。目的刑論は、さらに一般予防論と特別予防論とに分かれる。一般予防論は、刑罰の予告、さらには現実の処罰によって潜在的な犯罪者を犯罪から遠ざけるという点に、犯罪の抑止効果があると説明する見解である。特別予防論は、刑務所内における教育、職業訓練などによる再社会化・社会復帰行刑によって、犯罪者自身が将来再び罪を犯すことを防止するという観点から、刑罰の抑止効果を説明する。次項において、目的刑論の目的・効果について更なる検討を加える。

現在では、刑罰を犯罪に対する無目的な反動であるとする絶対的応報刑論は支持されていないといってよい。しかし、目的刑論が犯罪防止目的を強調し、犯罪の防止に役立つこと、すなわち効率性の原理を追求しすぎるとすれば、重罰化を招くという欠点がある。たとえば、責任無能力者や故意・過失のない者も見せしめのために処罰するという考え方も正当化される可能性が

ないわけではない²⁰⁾。したがって、刑罰の本質は応報としての害悪・苦痛であるが、その目的は犯罪の防止であるという相対的応報刑論が妥当である。

(3) 目的刑論における刑法の機能

法の機能には、本来的なものとそうでないもの（いわば副作用というべきもの）がある。法の副作用は常に有害なものとは限らず、社会的に望ましいものである場合も少なくないであろう。しかし、そのような場合にも、ことに人権に影響のありうる時は、十分に慎重な運用が要求されるのは、もちろんである²¹⁾。

これを刑法において考えてみたい。実際に罪を犯した者が出たとき、その犯人に刑法で定めている刑罰を科せば、それによって社会の一般人は犯罪を行うことを避けようとするであろう。また、刑罰を科されることを恐れて犯罪から遠ざかるであろう。さらに、実際に刑罰を受けたものも、それに懲りて、それ以後は罪を犯さないように努力するであろう。要するに、刑法は、国民に対して法律上許されない行為を示し、意思決定の基準を明らかにすることによって国民の行動を規律する機能を有するのである²²⁾。

制裁とは、一定の行為に対する否定的評価を表すことをその本質とし、それを科された人に不利益ないし不快を生じさせるものをいう。道徳に反する行為や慣習に背く行為を行った者は、まわりの人に非難されたり、白眼視されたり、仲間はずれにされる。これらも制裁である。法的制裁にもいろいろなものがあり、民法上の損害賠償、行政法上の行政罰や公務員の懲戒等と並んで、刑罰も法的制裁の1つである。刑法の本質的機能は、このような形で人の行為意思への働きかけによる行為統制である。

さらに、刑罰に報復感情宥和の機能を持たせるかどうかをめぐっては学説においても見解の対立がある。刑罰が行為者の責任の有無・程度により制約される以上、またしよせん過去の事実をなかつたことにすることが不可能である以上、刑罰による被害者（とその遺族）および一般市民の報復感情の宥和には決定的な限界がある。ひとたびそれを考慮することにすれば、人

身に重大な被害を生じさせた犯罪の厳罰化の方向にしか働くことはなく、しかも処罰の歯止めが失われることであろう。現行法のもとでは、行為者が精神障がい等の理由で責任を問えない人であったならば、被害者やその遺族の報復感情がどれほど強くても犯罪にならないことに示されているように、今の刑罰制度は、被害感情を処罰にそのまま反映させることができるようになっていない²³⁾。

しかし、刑事政策の観点からは事後的な効果にこそ刑罰の正当化根拠があるとする学説もある。「有害行為を犯罪とし、所定の手続のもとに行為者など責任を負うものを明らかにして刑罰を科すこともできるようにしておくことは、有害行為の処理として、その発生及び放置から生じうる社会的動揺を除去・回避し、有害行為がもたらす構成員間の相互不信や排斥を軽減・除去して、犯人をも含んだ共同社会生活を再び開始し、集団生活を維持するために必要な情緒的安定と相互信頼を確保するのに有用であるといえよう²⁴⁾。」

しかしながら、社会的同様の除去や応報感情の鎮静は、無制限に刑罰制度を正当化するものではないであろう。そうでないと、マスメディアの報道によって犯罪の実態以上に社会の感情が昂った場合には、重罰による感情の鎮静が必要だということになってしまう。これでは、犯罪者は、報道によって作り出された感情に対しても、刑事責任を負わなければならないことになってしまう。他人の感情を鎮めるために刑を受けるというのは、刑罰の正当化根拠としては疑問である²⁵⁾。

したがって、報復感情宥和機能は、自覚的に追及すべき目的というのではなく、予防のための処罰に伴う反射的效果として生じることを期待するにとどめるべきものであろう。

(4) 刑法の役割が果たされるとき

およそ犯罪が行われる前に未然にこれを防ぐことは法の重要な任務である。たとえば、警察官によるパトロールや防犯カメラの設置等は、事前に犯罪を予防する働きをもちうるであろう。しかし、これは刑法の規定する制度では

ない。刑罰は、事後の責任追及を通じて将来の犯罪予防を図るための制度である。初来の犯罪予防を目指すという点では、事前的予防も、事後的処罰も共通している。

犯罪予防という観点からみれば、事前の犯罪予防は潜在的・可能的行為者に対し直接的に作用するものであって、それだけで効果的であり、そもそも、犯罪が生じるその前に、その発生を未然に防止することができれば、それが最善のことであるとも考えられるであろう。他方、事後の処罰による犯罪予防は、犯人の処罰が一般の人々に対し心理的に作用することを通じてこれを期待するものであり、何とも迂遠なことのよう思える。それにもかかわらず、事後的な責任追及という方法が、歴史の試練を経て現在に至るまで基本的に維持され続けているのは、事前の対応には大きな限界があることと、またそれが無視できないデメリットを伴うことがその理由である。

犯罪を減少させるための事前的な対応には、きわめて多様なものが考えられる。もっとも根本的には、人々が豊かな生活を送れるような社会的な諸条件を整備し、家庭や学校における教育を理想的な形で行い、社会的弱者への福祉的配慮を充実したものとすることが重要であり、それにより、おのずから犯罪も減少するであろう。しかしながら、その実現は困難である。他方、仮に犯罪が少ないとしても、1つの価値観しか認められない社会や、一日中他人から行動を監視されるような管理社会は望ましい社会ではない。以上のことから理解できるように、事前的な抑制は、コストがかかり、また広範囲の人々の行動や自由を大幅に制限する等、様々なデメリットを伴わざるをえないことから、事後に犯罪者を処罰することを通じて、将来の犯罪を防止しようとする刑罰の制度が重要な意味を持つてくる。事後的責任追及の方法は、事前の対策と比べて「安上がり」であり、犯罪を抑制するにあたり、一般市民の自由や権利を広範囲に制約することがないのである²⁶⁾。

また、犯罪が成立したということは、刑法による行為規範の提示とその違反に対する刑罰が科されることの予告にもかかわらず、特定の社会構成員が当該行為規範に違反したことを意味しており、そこでは刑法の試みは失敗し

て目的とした秩序維持は破られてしまったのであって、刑罰の実施は、法益等の保護の観点からは、刑法はいつも遅れて登場するのである。刑法は、すでに起こってしまったことを過去に戻って帳消しにすることはできないのである。しかし、人が殺害された場合、その被害者は二度と生き返らないにせよ、加害者に刑罰が科されることにより、その加害者が同じ犯罪を繰り返さなくなるとすれば、あるいは、加害者には刑罰が負科されることを認識することにより、他の社会構成員が同じ犯罪を犯さなくなるとすれば、人の生命一般の保護を語る意味が生まれる。刑法が法益等の保護のための法であるということは、基本的にはこのような意味においてであり、刑罰が直接的・現実的な厳罰であることとの対比においていわば極めて間接的・将来的な保護機能のゆえに、謙抑的であらざるを得ないし、同じ法益等に対する直接的・確定的な保護機能のある手段があるとすれば、その機能の相違のゆえに、必然的に補充的に止まることとなるのである。同じ法益等を保護するほかの手段に劣後するわけでも、従属するわけでもない²⁷⁾。

要するに、刑法の規定が、将来の潜在的・可能的行為者との関係においてできることは、迂遠・間接的で、確実性に乏しいことでしかない。刑法は、ピストルを構えて被害者を殺そうとしている犯人を背後から羽交い絞めにしてその行為を物理的に阻止することができるわけではない。そうではなく、刑法の規定の存在と内容があらかじめ一般の人々に告知されている²⁸⁾ことを前提に、現に行われてしまった殺人行為に刑罰法規が適用され、その行為に対する法の側からする否定的評価が示され、その評価に見合った制裁としての刑罰が科されることにより、将来の潜在的・可能的行為者の意思決定に対して影響が生じ、その者が「やめておこう」と考えるに至ったとすれば、刑法はその機能を果たせたことになる²⁹⁾。

Ⅳ. おわりに（刑法における正義）

正義とは多義的なものであり、一元的にその基準を示すことは難しい。な

ぜならば、自由に重きを置くにしろ平等に正義を置くにしろ、この世に存在するのはただ一つの社会ではないと考えられるからである。

正義のあり方としては、正義とは恣意を排斥するものであって、その点から、正義は原則的には一元的な正義として現れるが、その正義は個々の具体的な事態にあてはめるとしばしばかえって不正義な結果をもたらす。そこで、一元的な正義に対して、個別正義が出てくるのであり、この両原理は、どちらも正義でありながらも、互いに相反するのである。法の理念として一義的な正義と個別正義はともに重要であるが、前者は反面において冷酷をともない、後者は反面において不公平や恣意を招来する。法は何よりもまず公平でなければならないから、一義的な正義をどこまでも原則としながら、ただ個別正義によってこれを補充するという形をとるべきである³⁰⁾。

そして刑法の役割、すなわちそこに規定される刑罰の正当化根拠について述べると、国民の社会生活にとって最も大切なのは、社会秩序が安定していて、市民生活を侵害されることなく安心して生活できるということであり、社会秩序が維持されている状態こそ社会生活の基盤であると考えて、国家は、このような社会秩序の維持が法政策上最も重要であるという認識から、社会秩序を侵害する行為を刑法において犯罪として定め、刑罰という過酷な制裁を用いてそれを禁止しているのである³¹⁾。

したがって、刑法は正義の代弁者として存在するものではなく、あくまで社会生活における法益を守るために国民を見守っているのである。しかしながら、社会生活を脅かす社会的な害悪である犯罪に対して刑罰を発動するときには、正義の力が働いているからだとあえて私は考える。その正義とは、あらゆる社会にとって一元的なものではないが、それぞれの個人が自由を追求したり平等を追求した結果、個別具体的に違ったものとして正義が存在する社会においては一元的だと考えられるのではないだろうか。つまりは、各個人が自由に正義のあり方をとらえて、それを尊重し合った上で、刑法は正義として存在すると私は考える。

註

- 1) 法益とは、刑法の保護に値する生活利益を言う。
- 2) 曾根 [2008], 6 ページ参照。
- 3) 松宮 [2007], 5 ページ。
- 4) 田中 [2011], 314 ページ以下参照。
- 5) 森末 [1999], 6 ページ参照。
- 6) いわゆる悪法問題であるが、正義論と離れるのでここでは言及しない。
- 7) 齋藤 [2010], 9 ページ参照。
- 8) 田中 [2011], 323 ページ参照。
- 9) 田中 [2005], 106 ページ参照。
- 10) 田中 [2005], 107 ページ参照。
- 11) ジョン・ロールズ。アメリカの哲学者。
- 12) 森末 [1999], 89 ページ参照。
- 13) 田中 [2011], 480 ページ参照。
- 14) 森末 [1999], 62 ページ以下参照。
- 15) サンデル [2010], 282 ページ以下参照。
- 16) 森末 [1999], 56 ページ。
- 17) 前田 [2011], 4 ページ参照。
- 18) 大谷 [2009], 2 ページ参照。
- 19) 井田 [2008], 8 ページ以下参照。
- 20) 西田 [2010], 18 ページ参照。
- 21) 団藤 [2007], 138 ページ以下参照。
- 22) 大谷 [2009], 3 ページ参照。
- 23) 井田 [2008], 6 ページ以下参照。
- 24) 吉岡 [1996], 32 ページ。
- 25) 松宮 [2007], 8 ページ参照。
- 26) 井田 [2008], 6 ページ以下参照。
- 27) 伊東 [2010], 3 ページ参照。
- 28) 公布によって告知される。
- 29) 井田 [2008], 4 ページ以下参照。
- 30) 団藤 [2007], 226 ページ以下参照。
- 31) 大谷 [2009], 2 ページ参照。

参考文献

- ・井田良, 『講義刑法学・総論』, 有斐閣, 2008年。
- ・伊東研祐, 『刑法講義総論』, 日本評論社, 2010年。
- ・大谷實, 『刑法講義総論』 新版第3版, 成文堂, 2009年。
- ・齊藤信宰編著, 『現代社会における法学入門』 第2版, 成文堂, 2010年。
- ・曾根威彦, 『刑法総論』 第4版, 弘文堂, 2008年。
- ・田中成明, 『法学入門』, 有斐閣, 2005年。
- ・田中成明, 『現代法理学』, 有斐閣, 2011年。
- ・団藤重光, 『法学の基礎』 第2版, 有斐閣, 2007年。
- ・西田典之, 『刑法総論』 第2版, 弘文堂, 2010年。
- ・マイケル・サンデル, (訳) 鬼澤忍, 『これからの「正義」の話をしよう』, 早川書房, 2010年。
- ・前田雅英, 『刑法総論講義』 第5版, 東京大学出版会, 2011年。
- ・松宮孝明, 『刑法総論講義』 第3版, 成文堂, 2007年。
- ・森末伸行, 『正義論概説』, 中央大学出版, 1999年。
- ・吉岡一男, 『刑事学』 新版, 青林書院, 1996年。