



Title	雑報
Citation	北大法学論集, 53(3), 347-351
Issue Date	2002-09-25
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15162">http://hdl.handle.net/2115/15162</a>
Type	bulletin (other)
File Information	53(3)_p347-351.pdf



[Instructions for use](#)

## 北海道大学法学会記事

○二〇〇二年二月二日(金)午後一時半より

「古代日本における文学と「法」

——平安前期文人貴族の意識構造を手掛りとして——」

報告者 桑原朝子

出席者 二名

本報告は、九世紀を中心とする平安前期の漢詩文学と「法」に表れた変化の分析を通じて、その双方に深く関わる文人貴族の意識構造と、それに支えられた支配体制構想を説明し、これを手掛りに古代日本における文学と「法」の関係について考察することを旨としたものである。

平安前期は、従来、律令制から摂関体制への過渡期と片付けられてきたが、思想的・文化史的観点から見ると、歴史と詩文を知的基盤とする文人貴族が、文学のみならず「法」の分野でもヘゲモニーを握り、前後の時代には見られない精神的覚醒を示した、独自の意義を持つ時代と言える。中でも、九世紀末に生きた文人貴族菅原道真は、日本の既存の条件を考慮しつつ、隋唐の律令制に含まれるメリトクラシーへの指向を最大限活かした新たな貴族制まで構想していた。しかし、結局、左遷の憂き目に遭い、その構想は実現せず、代わりに隋唐の体制と決定的に異なる摂関体制が成立することになる。

右の見通しのもとに、まず、道真に連なる文人貴族の意識変化の流れとそれに支えられた宮廷社会の構造を説明すべく、道真以前の漢詩を受け手ごとに分析し、その詩作のコメントについて考察した。日本において漢詩が盛んに作成されるようになったのは弘仁(八一〇〜八二四)・天长(八二四〜八三四)期であるが、当時の詩は、六朝から初唐の華麗な作品を表面的に模倣しただけのもので、君主にとっては、自己の卓越した地位を誇示し自らを中心とする求心的な構造を作り出す手段であり、それに唱和する臣下にとっては、君主に認められて宮廷社会内で地位を上げるための手段に過ぎなかった。しかし、承和

期（八三四～八四八）になると、文人貴族の中に、白居易の詩をモデルにしつつ、自分自身の視点で自己と他者との亀裂を詠い上げる真の抒情詩人、換言すれば、権勢や利害關係等に直ちに左右されることなく主体的に物事を見ることのできる人間が出現するようになる。

続いて、同時代の代表的な「法」で律令を補充・改変する役割を持つ「格」を取り上げて編年順に検討し、漢詩の変化と比較した。格の発議主体の中心は、天皇から文人貴族を含む中下級官人へと次第に移行しているが、これは詩作の主体の変化とパラレルであると言える。文体について見ると、弘仁・天長期には漢籍の知識を誇示する四六駢儷体の格が増加するが、承和後期以降、平易な文体に変化してゆき、貞観期（八五九～八七七）には、単に平易であるばかりでなく、厳密な言語で問題を定式化するようになる。この文体の変化は、法令が、受け手の批判を封じ込めて圧倒するものから、受け手の吟味・批判の可能性を開くものへ、と変わったことを示していると考えられる。そして、この変化を支えていたのが、承和期以降の文人貴族が詩作を通じて培っていった、自分自身の視点によって物事を見るという態度や、言語を精密に使い分ける感覚であったと思われる。

このような文人貴族の意識構造を受け継ぎ、在地支配までも視野に入れた全体的な支配体制構想を打ち立てたのが菅原道真である。その主要な著作である漢詩によれば、彼は、支配層の中を、中央で政治に携わる層と在地支配を統轄する層とに分けた上、前者は儒家かつ詩人であり高度な法解釈力を持った者、すなわち真の貴族でなくてはならず、後者は詩人である必要はないが儒学の素養や「法」を運用する能力を身に付けているべきであるとし、両者の間に互換性を認めない二階層の貴族制を構築しようと考えていた。これに対し、道真のライヴァルの三善清行は、同じ文人貴族でありながら道真と違い、中央で政治に携わる層と在地支配を統轄する層とを截然と区別せず、後者である受領層が在地支配の経験を活かして中央の政治をも主導する体制を構想した。

しかし、道真の左遷を機に、時代の流れは、国政を変革する能力も意欲も乏しい血統貴族によって高位高官が占められるという摂関体制の成立へと向かい、政の場において、それとは対照的な道真や清行の体制構想を受け継ぐ者はなかった。ただ、政治とは一見かけ離れている仮名文学の『源氏物語』には、創作された文学の中こそ政治に欠かせない重要な道理がある、という思想が見られ、平安前期の文人貴族の意識構造が確実に

継承されていることが窺えるのである。

○二〇〇二年四月二十五日（木）午後一時三〇分より

「中止犯論——犯罪論の裏参道——」

報告者 和田 俊 憲  
出席者 一八名

一 中止犯における刑の必要的減免を定めた刑法四三条但書の要件解釈を総合的に行う。その際、中止減免の法的根拠に基づき要件を解釈するという手法が維持されるべきである。しかし、従来の議論における政策説と法律説、違法減少説と責任減少説の対抗関係は意味がないか実質的な対抗関係を覆い隠すものではないか、そこでは減免根拠論が要件解釈論の基礎として正しく機能していない。減免根拠論における対抗関係は、政策的側面、就中、減免の政策目的、において探究すべきである。

中止減免の政策目的には回顧的視点に立つものと展望的視点に立つものがある。前者に立つ減免根拠論は、未遂犯の中で刑罰の基礎となる広義の責任が量的に少ない類型につき、その類型的少量性に応じた刑罰のみを認めて罪刑を均衡させることを政策目的とする責任相応刑政策説である。これによると、責

任量という一元的基準により中止犯の成立要件を解釈すべきことになるが、責任量がどれだけ少ない場合に中止犯成立とすべきか判断できず、妥当でない。これに対して、展望的視点に立つ減免根拠論が予防政策説である。これは、未遂行為者を中止行為に誘導して犯罪が既遂に達するのを防止するという政策的に減免の根拠を求める。刑法の第一義的任務が法益の保護・犯罪の予防にあるのであれば、中止減免の根拠も予防目的に求めるのが妥当である。これに対してはいくつかの批判が為されてきたが、いずれも当たらない。第一に、一般的に障礙未遂よりも軽く処断されること自体に意味があるから、効果が必要的免除でないことは問題でない。第二に、中止減免規定が知られていないことは、犯罪処罰規定についてと同様に問題でない。第三に、免除の基準が直ちに導けないことは予防政策説だけの問題ではなく、逆に予防政策説からも免除を強化された法定酌量減軽と捉えることでその要件を導くことができる。第四に、論理的に一元的基準を採らざるを得ないはずの責任相応刑政策説とは異なり、予防政策説においては、予防目的の外に予防手段に関する別の観点を導入し、多面的な政策内容に基づき中止犯の成立要件の妥当な解釈を導くことができる。

二 中止減免の政策目的は予防である。このことから、第一に、

中止犯成立の前提として、そこから相当な因果経過を経て既遂結果が発生しうるといふ（抽象的）危険の存在が必要となり、第二に、その危険を（抽象的に）減少させることが必要となる。これは中止減免規定が「犯罪を『中止』した」と定めることに対応する。こうして中止犯成立の外枠が画定されるが、要件解釈の本質的な部分はむしろ政策の実現手段における三つの制限的観点から為されることになる。

第一の制限的観点は、刑の減免による予防の必要性である。刑法における予防は刑罰を科すことで為されるのが原則であり、刑の減免による予防は刑罰による予防が十分に機能しない場合に初めて図られるべきだからである。このことは、中止減免規定が「犯罪を中止した」と定め中止前に為された第一行為と中止しないで為され得た第二行為とが一個の犯罪を構成することを要求することに対応する。犯罪の一個性が肯定される場合に初めて、第一行為により既に犯罪が成立し対応する刑罰が発生しており第二行為に出ても大差はない、として行為者が第二行為に出る危険が認められ、刑罰による予防が十分に機能しなくなるからである。犯罪の一個性は、第二行為に別途未遂犯が成立しない場合には常に肯定され、別途未遂犯が成立する場合には第二行為について行為者の新たな決意が必要でないとき

に肯定される。犯罪の一個性が肯定されても第二行為が具体的に不能の場合は第一行為についての未遂犯処罰により予防は十分であり中止犯は成立しない。予備の中止に一般的な減免規定がないのは未遂処罰による予防が機能するからであり四三条但書の類推適用は認めるべきでない。

第二の制限的観点は、行為者のコントロールの可能性である。中止減免により図られるのは、犯罪の処罰におけるのと同様、未遂行為者の意思を介した予防であるから、中止は未遂行為者の意思に基づいていなければならない。このことは、中止減免規定が「犯罪を中止し」と定めることに対応する。

第三の制限的観点は、中止減免はあくまで未遂を未遂に留めたことに対する報奨として為されるということである。中止減免の政策内容は、同じく予防を目的とする犯罪の処罰と同様の構造を有すると解するのが合理的であり、刑罰は結果を発生させたことに対する非難として科されるものだからである。このことから、第一に、報奨の対象としての中止結果が中止犯の成立要件として必要となり、それは、危険の消滅、即ち、既遂結果が当該行為者に帰属する可能性が消滅すること、を意味すると解される。「犯罪を中止し」と言えるならば同時に犯罪を「遂げなかつた」と言えるべきだからである。第二に、狭義

の中止行為と中止結果との間に因果関係が必要となる。因果関係が欠ける場合には中止結果の発生を根拠とした報奨に理由がないからである。

三 予防政策説からは中止減免の積極的根拠となる政策目的は既に中止行為の要件において考慮済みであるから、「自己の意思により」の要件は中止犯の成立を制限するものと解され、それは既に述べた三つの制限的な政策観点が行為者の主観との関係でどのように働くかという視点から解釈される。

刑の減免による予防の必要性の要求という第一の制限的観点からは、違法性の意識の可能性と責任能力とが必要であると解される。これらが欠ける場合には、第二行為について刑罰による予防が不十分であることを動機として当該行為に出る危険は認められないからである。もつとも、未遂犯の成立を前提とすると前者は常に肯定される。

行為者のコントロール可能性の要求という第二の制限的観点からは、中止行為が法的に奨励されていることの認識可能性、危険および中止結果の認識・予見としての中止故意、そして、責任能力、が必要であると解される。中止減免が図るのは中止行為が奨励される行為であることを示すことによる行為者の行為を介した予防であり、それらが欠ける場合にはこのような予

防コントロールは働かないからである。

第三の制限的観点、即ち、報奨性の要求を、犯罪論にも対応させつつ行為者の主観との関係で展開させると、中止減免は中止しないこともあり得たのに中止行為に出て中止結果を発生させたことに対する報奨である、とすることができると、行為者の認識を前提として中止しない可能性がなかった場合にも任意性は否定されることになる。

四 こうして、予防政策説から、中止犯の体系的に一貫した要件解釈を導くことができる。中止犯論は裏返しの犯罪論としての側面（政策目的および第二・第三の制限的政策観点）を有するが、それに留まらない独特の趣（第一の制限的政策観点）を持つものでもある。

表参道と同一の神宮に通ずる裏参道の如し。