



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	過失責任というドグマティック：主観的帰責事由論は虚構か（企画趣旨説明に代えて）
Author(s)	得津, 晶
Description	資料
Citation	北大法学論集, 60(4), 70[61]-59[72]
Issue Date	2009-11-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/40038
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-4_004.pdf



過失責任というドグマ－ティク

—— 主観的帰責事由論は虚構か ——
(企画趣旨説明に代えて)

得 津 晶

本企画は、法人における刑事責任ないし民事不法行為責任の帰責要件（帰責原理）である「過失」とは何であるのかを各研究分野で研鑽を積んでいる研究者同士で比較・分析しあい、さらには、刑事責任の帰責根拠と民事不法行為責任の根拠についても相互に深く理解しようという試みである。本企画は、北海道大学大学院法学研究科グローバル COE プログラム『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』の《法の経済分析》研究会（2009年6月27日開催。刑事法研究会に共催）において、刑法研究者（樋口亮介）が主報告を行い、民事不法行為法の帰責事由としての過失（帰責原理としての過失責任主義）の観点から民法研究者、法の経済分析の観点から経済学者がコメントするという体裁で行われた。

このような法人の帰責原理というトピックが、刑法学・民法学ともに伝統的に重要なテーマであることはほぼ疑いがないであろうが、反面、多元分散型統御を標榜し、プロセス志向などの方法論にこだわる新規な研究を指向している¹ 本 GCOE の方向性との関係で²、本企画がどのように位置づけられるのかを簡

¹ 「グローバル COE プログラム『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』のめざすもの—田村善之教授に聞く」 j-mail 第28号（2008年）1頁、田村善之「知的財産法政策学の成果と課題—多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望—」新世代法政策学研究1号（2009年）18頁以下、藤谷武史「プロセス・時間・制度」新世代法政策学研究1号（2009年）53頁以下など

² グローバル COE 全般について税金の無駄遣いであるとの批判があることに

単に説明する必要がある。

もちろん、刑法学と民法学との学際研究について近時、高度な議論が蓄積されているところ³、本企画は、法人の過失という理論的難問を対象に設定したことから、従前の学際研究を補うものであり、この点に新規性が認められることに疑いはないであろう。だが、このような刑法学と民法学という法律学の学際研究であれば、従前に業績があることからうかがえるとおり、新たな法学の方法論とは決して言えない。それでは、経済学者を加えたことをもって新世代法政策学なるものができたという体裁を取り繕おうというのかということそうではない。本企画の狙いは以下の点にある。

会社法や契約法のように法の経済分析（Economic Analysis of Law）ないし法と経済学（Law and Economics）の手法となじみの深い分野と比較して、刑事法分野は（刑事政策という重大な例外はあるが）必ずしも相性がよいものとして従前、日本では扱われてこなかった。特に、報告者の樋口亮介は、処女論文（助手論文）『法人処罰と刑法理論⁴』において、「法人処罰の刑法理論上の

については2008年8月5日自由民主党・無駄遣い撲滅プロジェクトチーム「文部科学省政策棚卸し 評価結果」（available at, <http://www.kosonippon.org/temp/080805kekakobetu5kagi.pdf>）など参照

³ 佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』（2001年・有斐閣）を代表として、中田裕康＝道垣内弘人＝西田典之＝佐伯仁志「座談会・民法と刑法1）～（3）」法学教室241-243号（2000年）、『特集・刑法と民法の交錯―その一断面』刑法雑誌43巻1号（2003年）（松宮孝明「本共同研究の趣旨」、塩谷毅「被害者の同意と錯誤理論」、潮見佳男「塩谷報告へのコメント」、神山敏雄「保障人義務と民法上の義務」、潮見佳男「神山報告へのコメント」、松宮孝明「財産犯における刑法と民法の交錯―誤振込金員の引き出しを素材に」、松岡久和「誤振込事例における刑法と民法の交錯―松宮論文によせて」）、『特集・刑法と民法の交錯』刑法雑誌44巻2号（2005年）（佐久間修「ヒトの身体構成部分の法的保護とその限界」、窪田充見「損害概念の変遷と民法の役割―刑法と民法の対話の形とともに」、塩見淳「契約自由と財産犯」、橋爪隆「刑事帰責論と民事不法行為論の比較」）など

⁴ 樋口亮介「法人処罰と刑法理論」法学協会雑誌123巻3号489-536頁（一）、4号695-758頁（二）（以上2006年）、125巻7号1433-1531頁（三）、10号2151-2215頁（四）、11号2389-2434頁（五）、12号2691-2758頁（六・完）（以上2008年）、樋口亮介『法人処罰と刑法理論』（2009年・東京大学出版会）

正当性を確保すべく、自然人に対する刑法理論に依拠して法人処罰を基礎づけることを試みる⁵⁾としており、刑法の体系的思考様式ないしドグマティクを尊重する手法を採用する。このような方法は従来、法律学の採用していた方法と大差なく、前述の本研究プロジェクトの方向性⁶⁾とは相容れないのではないかという疑問もありうる。これには本企画なりのアンチ・テーゼがあるのであり、2点ほど反論しておきたい。

まず、第一に、新たな方法論を提唱するということは明示的に抽象的な方法論のみを取り上げることを意味するのであろうか。方法論の優劣は具体的な(広義の)紛争解決・問題解決の場面で説得力ある結論を導き出せるか否かによって決まるのではないか。ましてや、本企画の参加者の多くは、多かれ少なかれ方法論に興味・関心を抱いているものの、方法論の専門家では決してない。そうであるならば、従来から決め手の見出し難い個別具体的な問題の検討を通じて方法論の優劣を検討していくという作業を続けていくほかはない。刑事法における法人処罰は近時、社会の必要性にも迫られ、注目を浴びており⁷⁾、他方、民事不法行為法においては、法人の不法行為責任の過失要件の意義が解明されていないばかりか⁸⁾、法と経済学の観点からは自然人も含めた過失要件の意義が再検討を迫られている⁹⁾。このような意味で、学際研究による方法論のリト

⁵⁾ 樋口 (2006) 前掲注 (4) 文献 (一) 491頁、樋口 (2009) 前掲注 (4) i 頁

⁶⁾ 前注 (1) の諸文献参照

⁷⁾ 前注 (4) ほか樋口亮介の業績のほか、2009年7月現在、直近のもののみでも『特集・法人処罰の現代的課題』刑事法ジャーナル17号 (2009年) (樋口亮介「法人処罰の理論」、高崎秀雄「両罰規定適用上の実務上の諸問題」、今井猛嘉「コンプライアンス・プログラムと法人処罰」、川崎友巳「コンプライアンス・プログラムと法人処罰」)、『現代刑事法研究会・法人処罰』ジュリスト1383号 (2009年) 126-156頁 (高崎秀雄「法人処罰について—実務の観点から」、座談会〔山口厚ほか〕)

⁸⁾ 窪田充見「過失論の新たな展開」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』(2007年・有斐閣) 271頁、瀬川信久「法人の不法行為」『民法の争点』277頁など

⁹⁾ STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, (2004, Belknap Harvard) 179-182; ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 5th, (2007, Addison-Wesley) 332-333; 森田果＝小塚莊一郎「不法行為法の目的—『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874号 (2008年) 17-18頁

ただし、被害者に最適な行動のインセンティブを課すことを考慮に入れるな

マス試験紙として法人の過失は適格であると思われる。

第二に、構成要件・違法性・責任という犯罪論体系が堅固である刑事法であるからこそ、何故、体系があるのかという機能主義的考察ができるのではないか。ここに、従前の体系・ドグマティクを重視する法律学の方法論と近時の機能主義的・帰結主義的方法論との交錯という意味で、まさに本 GCOE の企画趣旨と軌を一にするのである。

本説明では、後者の点を敷衍する。刑法における犯罪論の体系は、いまだにベッカーリアなどの業績¹⁰の上に成立した「犯罪とは構成要件に該当し、違法で有責な行為である」という枠組みにとらわれている¹¹。構成要件は罪刑法定主義¹²、(結果無価値論を前提とすれば) 違法性は法益保護主義¹³、非難可能性を基礎づける責任主義から責任(有責性)¹⁴が基礎づけられるとする。他方、刑法の目的・正当化根拠は、一般予防と特別予防とを中心に理解するとされて久しい¹⁵。このような予防(抑止)という目的のみからみると、構成要件、違法性、責任の3要件、中でも責任を刑法犯の成立の絶対的な必要条件とする根拠は乏しいように見える。予防のためには責任(故意・過失)を要求せずに無

どモデルを複雑化・現実化することで過失責任のほうが望ましいという考え方もありうる (SHAVELL [2004] SUPRA, 183-; COOTER & ULEN [2007] SUPRA, 348-349)

¹⁰ ベッカーリア (風早八十二・風早二葉訳)『犯罪と刑罰』(1959年・岩波文庫)

¹¹ 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(1972年・有斐閣) 90頁、藤木英雄『刑法講義総論』(1975年・弘文堂) 70頁、内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年・有斐閣) 135頁、山口厚『刑法総論』(2001年・有斐閣) 23頁、井田良『刑法総論の理論構造』(2005年・成文堂) 1頁、井田良『講義刑法学・総論』(2008年・有斐閣) 70頁、西田典之『刑法総論』(2006年・弘文堂) 58頁

¹² 平野(1972)前掲注(11)文献90頁、藤木(1975)前掲注(11)文献71頁、内藤(1983)前掲注(11)文献106頁、山口(2001)前掲注(11)文献23頁、西田(2006)前掲注(11)文献58頁

¹³ 平野(1972)前掲注(11)文献90頁、山口(2001)前掲注(11)文献23頁、西田(2006)前掲注(11)文献58頁

¹⁴ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年・有斐閣) 257頁、藤木(1975)前掲注(11)文献80頁内藤(1983)前掲注(11)文献110頁、山口(2001)前掲注(11)文献23頁、西田(2006)前掲注(11)文献59頁

¹⁵ 平野龍一『刑法概説』(1977年・東京大学出版会) 9頁、山口(2001)前掲注(11)文献166頁、井田(2008)前掲注(11)文献5頁

過失責任としたほうが望ましいと考えることもできる¹⁶。また、構成要件による予見可能性の担保というものも予防の観点からは異質な要素である。このように予防の観点から、構成要件該当性・違法性・責任を要求する刑法体系自体をおかしいという疑念が出てくるのは至極当然である。

このことは本企画が対象とする法人処罰の場面でより明確に現れる。責任要件を主観的帰責事由と理解した場合には¹⁷、精神のない法人には主観的要素としての責任概念を観念することができないのではないかという疑問が発生するからである。法人の刑事責任をあきらめるという一つの純粹理論的な方向をとらず、法人にも刑事責任を認めるという方向を目指すならば、主観的帰責事由としての責任概念が変容を迫られ、ひいては犯罪論体系・刑法体系に何らかの意味で変容を迫られるようにも見えるからである。

他方、従来の刑法体系を維持する見解は、特別予防・一般予防といった刑法の正当化根拠・目的以外の観点から、犯罪論体系を基礎付ける。構成要件該当性の要件は罪刑法定主義によって導かれるものであり、予見可能性の担保として、国民の行動の自由、活動の自由を担保するもの、いわば、人権保障・自由主義の意味があるとする¹⁸。また、法律によって構成要件が定められることを要求することで民主主義的契機を強調することもある¹⁹。責任要件は、主観的他行為可能性であり、他行為可能性がない場合に国家が刑事罰を課すことは人権侵害であるなどとも考えられる²⁰。このように予防とは異なる人権保障・自由主義という価値を持ち出すことで、犯罪論体系の要件の成立を肯定する見解が多数である。

しかし、樋口論文は、このような3要件に代表される犯罪論体系・刑法体系を、「刑法犯」というスティグマ (stigma) を付与することを担保するものと

¹⁶ 西田 (2006) 前掲注 (11) 文献17頁

¹⁷ 平野 (1972) 前掲注 (11) 文献55頁、平野 (1977) 前掲注 (15) 文献71頁、内藤 (1983) 前掲注 (11) 文献142頁、堀内捷三『刑法総論』(2000年・有斐閣) 40、81頁

¹⁸ 平野 (1972) 前掲注 (11) 文献64、67頁以下、内藤 (1983) 前掲注 (11) 文献170頁、山口 (2001) 前掲注 (11) 文献10頁、佐伯仁志「罪刑法定主義」法学教室284号 (2004年) 48頁

¹⁹ 平野 (1972) 前掲注 (11) 文献65頁、山口 (2001) 前掲注 (11) 文献10頁、佐伯 (2004) 前掲注 (18) 文献48頁

²⁰ 内藤 (1983) 前掲注 (11) 文献143頁

して把握することで予防・抑止の観点のみからでも正当化できるのではないか²¹、という新たな試みを示唆²²する。この方向を進めれば、刑法犯とは、「事前に告知もしてあったにもかかわらず、法益侵害をして（違法性論として結果無価値を前提としている）、さらに主観的他行為可能性もあった（やむにやまれぬ事情はなかった）、酷い犯罪者である」というレッテル貼りができ、このレッテル貼り（スティグマ）が威嚇効果を生み、抑止のためのインセンティブを発生させる²³。この威嚇効果を生ぜしめるスティグマ効果にこそ刑事責任の意義を認める。このようなレッテル貼りの効果のために刑法犯の成立を3要件の満たす場合に限定するというのは、刑法犯のある種のブランド商品、ないしギッフェン財（Giffen good）²⁴として扱うことになる。

このような理解は、抑止という観点に純化することで刑法体系を無意味と否定する見解にもたないし、また、基本権・人権といった刑法の目的とは異なる価値から刑法体系を正当化する見解にもたない。抑止という刑法の目的からでも既存の刑法体系を正当化できるのではないか、という試みである。試みに過ぎないため、従前の2つの立場を完全に否定することはできない。特に基本権擁護の発想を否定することはできない。だが、前者の、抑止の観点からは刑法体系は役立たないといった乱暴な発想には一定のアンチ・テーゼを提示できるのではないかと考えられる。

樋口が、このようなスティグマ効果によって刑法体系を基礎づけるのは、一

²¹ 樋口（2008）前掲注（4）文献（六・完）2725頁、樋口（2009）前掲注（4）文献156頁

²² 樋口論文はあくまで「示唆」ととどまり、本文のように刑法体系をスティグマ効果の機能のみで理解するとまで明言したわけではない。だが、この樋口の示唆は本文で述べるように大きな理論枠組みの変容の契機を含むものであるように思われる。

²³ このようなメカニズムに対して、近時のラベリング論の研究は、スティグマ効果を付与するようなレッテル貼り（ラベリング）によって、逆に犯罪を誘発・固定化する場合があることを示唆する。吉岡一男『ラベリング論の諸相と犯罪学の課題』（1991年・成文堂）328頁

²⁴ ギッフェン財とは価格上昇が需要量の増大をもたらし、価格下落がその減少をもたらすような状態にある財のことをいう。See, MAS-COLELL ET AL. MICROECONOMIC THEORY, 1995 Oxford, 25-; HAL VARIAN, MICROECONOMIC ANALYSIS 3rd Ed. 1992 Norton, 117

方では、自然人の刑事責任とは別に、他方では、法人の行政処分・保安処分とは別に、法人の刑事責任を肯定する理由・意義を示すところに実践的意図がある。後者の行政処分・保安処分との比較については、法人にとどまらず自然人まで含めた刑事責任一般の意義をスティグマ効果の点にあることに示すこととなる。

他方、前者の自然人の刑事責任との比較からは、精神のない法人に主観的帰責事由たる責任要件を課すことは論理的に不可能であるという困難の克服の糸口が見える。スティグマ効果という観点から刑法体系・犯罪論体系の意義を捉えるのであれば、責任要件は、かならずしも主観的帰責事由であることではなく、個別具体的な問題状況における他行為可能性たる責任要件に込められたスティグマ効果が認められるかどうかによって決定される²⁵。

例えば、故意の刑事責任であれば、主観的態様による高度の特別予防の必要性が基礎づけられるというが²⁶、樋口は主観的態様という定式を絶対視せずに、特別予防の行動の必要性を基準に法人の故意の認定を示唆する²⁷。このような樋口の作法に対しては、高度の特別予防の必要性は故意責任の必要条件ではあるが、主観的態様も含めて初めて必要十分条件になるにもかかわらず、必要条件の充足をもって故意の認定を行うものであり、論理的誤りであるという教科書通りの形式的批判は可能である。だが、樋口の議論は、故意も含めた主観的帰責事由をそれが持つスティグマ効果という機能を抽出して主観的要素という桎梏から逃れようという試みであり、その試みが成功するのであれば、高度の特別予防の必要性和何らかの要素（樋口にもこの解明はまだなされていない）をもって故意を成立させるという樋口の論法には形式論理上の誤りはない。樋口の法人故意への批判は、形式的論理操作の点ではなく、刑法体系・犯罪論体系を、部分的にせよ、機能主義的に解き明かそうとする試み、およびその巧拙に対して向けるべきであろう。

よって、責任要件、ひいては、刑事犯罪の成立を法人にまで拡張できるかど

²⁵ 樋口（2008）前掲注（4）文献（六・完）2731頁、2754頁注13、樋口（2009）前掲注（4）文献161頁、162頁注13など

²⁶ 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999年・有斐閣）121頁、小林憲太郎『刑法的帰責』（2007年・弘文堂）74頁、86頁注138など

²⁷ 樋口（2008）前掲注（4）文献（六・完）2731頁、樋口（2009）前掲注（4）文献162頁

うかを検討するためには、刑事責任のスティグマ効果との関係で主観的帰責事由であること、すなわち、主観的他行為可能性という定式が、現実にはどのような意義を持っているのかを分析する必要がある。もちろん、スティグマ効果の観点から機能主義的に刑法体系・犯罪論体系を再構築するということが、必ずしも主観的帰責事由から解放されることを意味するとは限らない。刑法体系・犯罪論体系において主観的他行為可能性の存在がスティグマ効果の重要な源泉であることが判明すれば、樋口の試みとは反対に、法人への刑事責任は断念せざるを得なくなるであろう。

だが、自然人においてもこの定式化の貫徹は揺らいでいるのではないか。このような従来の主観的他行為可能性の定式的前提には個人の自由意思の存在があると考えられる。しかし、本当に自由意思は存在するのか²⁸。この問題は従来から哲学上の決定論との関係で論じられてものであるが²⁹、近時は、哲学のような机上の空論のレベルではなく、実験によって、自由意志の存在が否定されている傾向がみられるようになった³⁰。哲学上の議論のレベルであれば、法律学として、責任・自由を仮説・フィクションとしておくことで決定論的な考え方を排除できる³¹と説明すれば事足りた³²。しかし、フィクションがフィクションであることが判明してしまえばフィクションとして説得力を提供する機能を果たすことができなくなってしまう^{33 34}。科学的実験で自由意思の存在に

²⁸ 本稿の整理は小坂井敏晶『責任という虚構』（2008年・東京大学出版会）によるところが大きい。

²⁹ 平野龍一「意思の自由と刑事責任」『刑法の基礎』（1966年・東京大学出版会）3-31頁、井上祐司「決定論と責任の基礎」法政研究33巻1号（1966年）1-26頁、近時は、井田良「カール・ポパーの非決定論と刑事責任論」『変革の時代における理論刑法学』（2007年・慶應義塾大学出版会）197-207頁など

³⁰ BENJAMIN LIBET, MIND TIME: THE TEMPORAL FACTOR IN CONSCIOUSNESS, 2004, Harvard

³¹ 井田（2007）前掲注（29）文献207頁

³² 小林（2007）前掲注（26）文献286頁は、体系を思考の前提として必要なものと強調する。また、虚構であるとしても説得力のために体系論の意義はあることについては拙稿『民商の壁』新世代法政策学研究2号（2009年）265頁以下参照

³³ 小坂井敏晶『民族という虚構』（2002年・東京大学出版会）66頁、70頁以下

³⁴ 増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（2009年・勁草書房）480頁以下

揺らぎが発生している現状において、自由意思というフィクションも説得力を失っているのではないか。こうなると、従来、自由意思というフィクション・仮説を前提としてきた責任の主観的帰責事由・主観的他行為可能性という定式化が説得力を失うことになり、異なった定式化が求められるようになる反面で、従来（フィクションとして）自由意思が備わっているとされてきた自然人に刑事責任の範囲を限定する必要もなくなる。

もちろん、ロンブローゾ（Cesare Lombroso）の生来性犯罪人説³⁵ ³⁶、近時、足利事件のDNA鑑定による冤罪の危険性³⁷などからすれば、最先端（とまでいえないにしても裁判官・法律家の技量を大きく超えるレベルの³⁸）科学技術・他分野の学問を法の場面に持ち込むことには慎重になることも考える。しかし、ロンブローゾの人格的責任論やDNA鑑定の過誤に対する不信感ほどちらかといえば、「疑わしきは被告人の利益に」よろしく、本稿がさしあたり考慮の外においている人権保障の観点から正当化されるものであるのに対して、自由意思の存在の否定に対する不信感、そのままでは、むしろ主観的帰責事由・主観的他行為可能性をぞんざいに認定してしまうという意味で、被告人に不利に働く場面とも言いするのであり、同列に論ずることができるのかは定かではない。

このようにみると、責任を主観的帰責事由や主観的他行為可能性という定式から離れて、刑事法のスティグマ効果を化体する要素を分析していくという樋口が示唆する方向性³⁹は必ずしも突飛なものではなく、むしろ、従前の議論の蓄積を踏まえたものだということができる。そして、このような観点から責任概念を考察することは、法人処罰にとどまらず、刑法体系・犯罪論体系一般に

にLibetの業績の刑事法学へのインパクトについて論じられている。

³⁵ Cesare Lombroso (translated by Henry Horton), *Crime: Its Causes and Remedies*, 1918, Little Brown, Ch.2-3.

³⁶ ロンブローゾの生来性犯罪人説及びその後のインパクトの紹介については藤本哲也『刑事政策講義〔改訂版〕』（1994年・青林書院）46頁以下など参照

³⁷ 平成21年6月23日東京高裁によって再審開始決定がなされた。

³⁸ 増田豊のように法律学者でも自由意思論に割って入る研究者もいることから自由意思論が必ずしも法律学の技量を超えるレベルの学問と位置付けることが必然であるか疑問の余地がないではない。

³⁹ 前注（21）参照

における責任概念に変容を迫りうるものである⁴⁰。

樋口の示唆するスティグマ効果の観点から刑法体系・犯罪論体系を考察する方向を進めれば、責任要件のみならず、他の諸点にも拡大する。ここでは、行政上の処分と刑事責任との区分と近時の厳罰化の傾向の二点のみコメントを付する。

第一に、行政制裁と刑事責任との守備範囲の違いを説明できる。刑法はスティグマを与えるためのブランド商品のような装置であれば、ブランド力のない制裁を行うことを刑法体系・犯罪論体系の観点から止めることはできなくなる。よって、行政制裁には刑法体系の縛りを受けることなく可能になる。もちろん、刑法体系の拘束から解放されたとしても、一般的な人権保障や比例原則といった刑法目的論以外の拘束の存在は否定できないし、費用便益計算上、合理的な制度であることが望まれることも言うまでもないが、スティグマ効果を基礎づける非難の観点からの責任の要件は行政制裁においては必ずしも必要ではないことになる。このようにして、刑法犯と行政制裁の守備範囲の違いを理解できるのではなからうか。刑法の守備範囲が人権保障の観点のみによって限界付けられているのであれば、行政罰にもまったく同じ限界付けがなされるはずである。しかし、一部学説で説かれているところを別にすれば、現状において、刑法犯の成立要件よりも行政制裁の発動範囲がある程度広い。この違いの根拠付けが明確になされているとはいいがたいが、樋口が示唆するように、刑法はスティグマ効果（ブランド力）の確保のために成立範囲が限界付けられているとすれば、範囲の違いを正当化できる。よって、行政制裁の限界付けは、ことさら刑法体系から来る制約原理にとらわれる必要はなく、直接に憲法の人権保障との関係を論ずればよいことになる。

第二に、最近の厳罰化についても一定の示唆が得られるのではないか。厳罰化といっても、法定刑をあげるという厳罰化そのものではなく、刑事制裁領域の拡大という意味における厳罰化について2つの示唆が得られる。スティグマ効果（ブランド力）の源は、刑事責任は「酷い犯罪者」にしか与えられないという社会の共通認識に求められる。このことから、安易な刑事制裁領域の拡大

⁴⁰ 樋口（2008）前掲注（4）文献（六・完）2757頁、樋口（2009）前掲注（4）文献182頁、甲斐克則「書評：樋口亮介著『法人処罰と刑法理論』」ジュリスト1379号（2009年）93頁

は、「ちょっとした悪いやつ」も刑法犯としてしまうことで、「刑法犯」一般に与えられてきたスティグマ効果（ブランド力）を弱めることにつながる。

日本は法定刑が諸外国よりも取り立てて高くないにもかかわらず、犯罪率が低かったという事実（OECD Factbook 2009, Victimization rates）を支えていたのは刑法犯のスティグマ効果（ブランド力）ではなかったのか。ブランド力が失われれば、最初に述べた法定刑の厳罰化ということになる。だが、厳罰化とは、具体的にどのように行われるのか。死刑の増加や罰金の増額もありうるが、懲役・禁錮の長期化という選択肢は避けられないであろう。しかし、これらの長期化した懲役・禁錮のコストを支えるのは国民の税金である。長期化すればするほど、社会のコストが増大する。また、死刑執行にも、誤判のリスクや執行人の精神的負担及びそれを補う手当などすべて社会のコストにつながりうる。このように、刑事責任の範囲を拡大させることは、スティグマ効果（ブランド力）の喪失を通じてマイナス面も発生する。これが第一の示唆である。

他方、刑事責任のスティグマ効果（ブランド力）を維持するという観点からすれば、刑法犯とは異なった形であることが国民にも理解される形の制裁を用いて、制裁領域の拡大をすることは可能である。これが第二の示唆である。よって、昨今の処罰領域拡大に対しては、行政制裁の拡大という形で答えていくという方向が示唆されるのである。

以上述べたように、スティグマ効果からあたかもブランド商品・ギッフェン財として刑事責任を眺めるという立場を考察したが、このようなスティグマ効果が実際どの程度あるかは、実証によって証明されたものではないため、必ずしも国家の治安政策上の重要なファクターとして保護に値するかは明らかではない。近時、ラベリング論の成果を踏まえて、スティグマ効果を伴うようなレッテル貼りは、むしろ一旦ラベリングされた犯罪者に対して犯罪を誘発・固定化するという逆効果を発生させること（反作用賦課）も示唆されており⁴¹、今後は現実社会においてスティグマ効果による抑止効果と反作用賦課による犯罪誘発効果との比較衡量が求められることとなろう。しかし、世界の法制度は必ずしも実証されたもののみを保護しているわけではない⁴²。ブランド（商標）に代表される知的財産権をフリーライド問題解決やサーチコストの節約の観点、

⁴¹ 吉岡（1991）前掲注（23）文献328頁以下

⁴² 拙稿「負け犬の遠吠え」新世代法政策学研究1号（2009年）352頁以下

商業信用へのインセンティブの確保から保護に値すべきという経済分析⁴³は必ずしも統計的に有意な形で実証なされてはいない⁴⁴。この意味で、スティグマ効果に着目して刑法体系・犯罪論体系を再構築しようという試みと知的財産権の正当化根拠論とは類似した問題状況にあるといえる。

このような状況下で、田村善之は、法と経済学などの帰結主義的なモデルを活用しつつもそれでも正当化できないものについてはプロセス統御などさまざまな手法を用いて分析を試みている⁴⁵。この田村の構想の基本的部分を他分野にも応用しようというのがGCOEの試みである⁴⁶。ここに知的財産権にはじまった新世代法政策学とスティグマ効果に着目して刑法体系・犯罪論体系の価値判断を行うという樋口の示唆した方向性とに共通基盤がみえてくるのである。

本企画は、このような問題意識に支えられて敢えて企画されたものである。主観的帰責事由に関しては、法人の故意概念への応答が樋口論文に対して関心が集まっているが、本研究会では、まず前段階として法人の過失を検討することとした。そして、研究会当日の議論を踏まえた成果として、樋口亮介論文「刑事判例にみる注意義務の負担主体としての法人」を本誌に掲載することとなった。関係各位には感謝申し上げる。研究会当日の報告・議論については新世代法政策学研究5号掲載予定であり、そちらも併せてご覧いただきたい。

⁴³ William Landes and Richard Posner, *Trademark Law: An Economic Perspective*, 30 J.L. & ECON. 265, (1987)

⁴⁴ 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）4頁

⁴⁵ 田村善之「知的財産権と不法行為」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）35頁以下、田村（2008）前掲注（44）文献5頁以下、田村（2009）前掲注（1）10頁以下、田村善之「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究23号（2009年）19頁以下。さらに近時は、H.L.A. Hartによるルールの内面的視点（internal point of view）の獲得（H.L.A. ハート（矢崎光圀訳）『法の概念』〔1976年・みすず書房〕98頁以下）からの示唆も取り込もうとしているが、まだテキストの形にはなっておらず、筆者は正確に理解できないので省略する。

⁴⁶ 田村（2009）前掲注（1）18頁以下