

ネットワーク上の不正行為と処罰の限界 - ウィルスの作成・配布を例とした構築主義的アプローチ -

近藤 佐保子[†]

南雲 浩二[‡]

[†] 明治大学政治経済部 〒101-8301 千代田区神田駿河台 1 番地

[‡] 埼玉大学工学部 〒338-8570 さいたま市下大久保 255

E-mail: [†] IZB00670@nifty.ne.jp, [‡] nagumo@ics.saitama-u.ac.jp

あらまし 情報社会の発達にともない、立法時には予期できなかった不適切な行為が増加したが、こうした新しい態様で出現してきたネットワーク上の不正行為には、犯罪構成要件という法律上のリストに載せられていないものも少なくない。ウィルスの作成・配布はその好例であり、現行法制度では業務妨害罪や文書毀棄罪に該当する範囲で処罰されるに過ぎない。本稿では、こうした場合に、構成要件該当性・非難可能性・刑罰必要性などの犯罪成立要件を認定する刑法解釈論上の技術とその限界を指摘するとともに、構成要件の故意を認定するための構築主義的アプローチの有効性を検証する。

キーワード ネットワーク, 不正行為, ウィルスの作成・配布, 構築主義

The Limits of the Punishments to Illegalities on Computer Networks - An Approach from Constructivism for Creation and Distribution of a Computer Virus -

Sahoko KONDO[†]

Koji NAGUMO[‡]

[†] Faculty of Political Science and Economics, Meiji Univ. 1 Kanda-Surugadai, Chiyoda, Tokyo, 101 Japan

[‡] Dept. of Information and Computer Sciences, Saitama Univ. 255 Shimo-Okubo, Urawa, Saitama, 338-8570 Japan

E-mail: [†] IZB00670@nifty.ne.jp, [‡] nagumo@ics.saitama-u.ac.jp

Abstract While inappropriate acts which had not been foreseen at the time of legislation increased along with development of network society, “gesetzliche Tatbestände“ are not always applicable to many dishonest acts emerged in new forms on computer network. A typical act such as creation and distribution of a computer virus could be only punishable on “Störung der Geschäftstätigkeit durch Beschädigung einer elektrischen Datenverarbeitungsanlage” and “Beschädigung amtlicher oder privater Urkunden” under the current legal system.

In this paper, technique and limits on the interpretation theory which proves requirements for criminal formations such as applicability on “Tatbestandsmäßigkeit”, “Vorwerfbarkeit”, and “Strafbedürfnis” are indicated, and validity of the construction principle approach for authorizing present “Tatbestandsvorsatz” is examined.

Keyword Networks, Illegality, Creation and distribution of a computer virus, Constructivism

1. はじめに

情報社会の発達にともない、法律の立法時には予期できなかった不適切な行為が増加した。刑法では犯罪が構成要件として類型化されており、故意犯を認めるためには、構成要件的结果の実現に向けられた構成要件の故意の存在が認められなければならない。しかし、新しい態様で出現してきたネットワーク上の不正行為には、こうした構成要件というリストには包摂できないものが少なくない。

ウィルスの作成・配布は上記のよい例であろう。現行刑法は、ウィルスの作成・配布自体を構成要件として掲げてはいない。ウィルスの作成配布により行為者が予期したとおりにプログラムが稼動し、感染・潜伏・発病を繰り返しても、それ自体は刑法的结果ではない。その行為が、電子計算機損壊等業務妨害（刑法第234条の2）や、公用文書等毀棄（第258条）・私用文書等毀棄（第259条）などに該当する結果を引き起こせばその犯罪類型で処罰されることになる。

このことは、ウィルスを作成し配布するという行為が、たまたま一定の構成要件的结果を惹起したときに、そこから遡ってウィルスの作成・配布という行為を当該構成要件の行為と評価し、さらにその故意の存在を肯定することを意味している。

しかし、プリミティブに構成要件の故意の存在を捕らえるならば、業務妨害や文書の毀棄という具体的な構成要件的结果の実現に向けられた故意を伴った行為が存在し、行為者の意図に即した結果が発生したときに当該構成要件の既遂として処断されるという考え方が成り立ちうるようになる。

こうした考え方からすれば、上記のような、構成要件的结果から当該構成要件の行為と故意を認定することは、構成要件の枠組みを逸脱した認定方法をとっていると評価されることになる。

しかし、ウィルスの配布ひとつ例にとっても、今日、ネットワークに損害を与えることを目的としてウィルスの作成・配布が行われるとき、それ自体が構成要件のリストに列挙されていなくとも、それは本来十分に当罰的な行為と評価されるべきである。あまりに限定された構成要件の故意を想定することは、処罰の範囲を不当に狭めることになる。

こうした現象は、ウィルスの作成・配布のみならず、ネットワーク上の不正行為に代表される、法律の想定しなかった多くの新しい態様の犯罪についても該当する問題である。

こうした場合について、当罰的な行為を適切に網羅するために、構成要件の故意を認定する基準とその理論的裏づけを明確にしておくことが必要と考えられるのである。

2. 刑法の解釈における解決の試み

刑法の解釈の問題として構成要件にまたがる故意の認定を肯定するための理論的裏づけを考えてみたい。

2.1. 抽象的符号説と概括的故意による処理

2.1.1. 錯誤論と抽象的符号説

行為者が、業務を妨害したり、文書を毀棄したりすることを具体的に意図していない場合にも、結果の発生に応じて犯罪成立を認めるのであれば、個別具体的な構成要件を超えて、故意を認定するテクニックが必要となる。そのひとつが、錯誤における抽象的符号説である。

また、ウィルスの配布では、特定の対象を限定して損害を与えることを意図したものは例外であり、一定の侵害結果がどこかで生じればよいと考えている場合が多い。こうした場合に故意犯の成立を認めるには、後述する概括的故意の理論が有効と考えられる。

行為者の主観的認識・表象と客観的に生じた事実の不一致を錯誤という。錯誤は通常、(1)犯罪事実に関する事実の錯誤（構成要件の錯誤）と、(2)行為が法的に許されているか否かに関する法律の錯誤（違法性の錯誤・禁止の錯誤）に大別される。(2)の法律の錯誤では、自己の行為の法的評価を誤っているものであり、犯罪事実を認識した以上、故意は阻却されないと考えられている。

(1)の事実の錯誤には、(ア)人違いにあたる場合と、(イ)撃ち損じのような場合があり、刑法解釈学上は(ア)を客体の錯誤、(イ)を打撃の錯誤（方法の錯誤）と呼んでいる。殺人の場合を例にとるならば、甲を殺害しようとしてピストルを発射し、目標に弾があたってその目標が死亡したが、近づいて確かめたところ、死亡していたのは乙だった場合が(ア)、弾がそれて隣にいた乙にあたり、乙が死亡した場合が(イ)に該当する。(ア)の場合には、行為者が認識した目標に結果が発生しており、こうした認識と事実の齟齬は刑法上重要ではないことから、乙に対する殺人の既遂一罪が成立する。

問題は、打撃の錯誤において、認識と事実の齟齬がどの範囲で故意の成立を否定するかの判断基準である。これをめぐって、(i)具体的符号説、(ii)法定的符号説、(iii)抽象的符号説の3節が対立している。(i)は認識と事実が具体的に一致していなければ故意は認められないとする。(ii)は両者が構成要件の範囲で一致していれば故意を認めるとする。(iii)は両者が構成要件を異にする場合でも、少なくとも両者の内、軽い罪の限度で故意犯の既遂を認める。

打撃の錯誤に関する上記の例で、具体的符号説は乙に対する故意を認めないので、甲に対する殺人未遂と、乙に対する過失致死が成立するが、法定的符号説では、

構成要件内で故意が転用されるので、乙に対する殺人の既遂一罪が成立する。

また、甲に向かって弾を発射したところ、弾がそれで、甲が連れていた飼犬にあたり、その飼犬が死亡した場合、法定的符号説では法益の異なった構成要件にまたがるため、もはや器物損壊の故意は認められず、甲に対する殺人未遂が成立するが（犬が死亡したことは過失による器物損壊なので処罰の対象にならない）、抽象的符号説では、器物損壊の故意が認められるので、器物損壊の既遂一罪が成立する。

さてここで、錯誤論における故意の認定の範囲をネットワーク上にウィルス配布する行為に適用してみたい。

ウィルスを作成・配布する行為者は、自己の作成したウィルスがどのような動作をするかについては熟知しており、行為者の意図は、それによって漠然とした多くのネットワークの停止やコンピュータシステムの損壊に向けられている。しかし、具体的にどの対象に、こういった犯罪構成要件にあたる結果が生じるかについては知るべくもないのが一般的である。

まず、その行為がこういった構成要件にあたるかが行為の時点で確定できないにもかかわらず、発生した結果に該当する構成要件の故意を認めようとするならば、錯誤における抽象的符号説を採用することが有効ではないかと考えられるのである。

抽象的符号説においては、構成要件を超えて法益を侵害する故意をいわば同質化し量の大小関係に還元する方向にあると考えることができる。こうした考え方に基づけば、ウィルスを作成・配布した行為者が認識したのとは異なった構成要件の結果が発生した場合にも、その構成要件の故意を認めることが容易に正当化できることになる。つまり、公文書の毀棄を目標にしていたのにある会社の業務を妨害してしまった場合や、その逆の場合に、故意の認定の可能性が広がることになる。

2.1.2. 概括的故意と未必故意

ウィルスの作成・配布においては、具体的にどこでどれだけの被害が発生するかを、作成者は認識していないし、知りえないのが通常である。

刑法上の故意は、通常は結果の発生を確実なものとして表象する必要があるので（確定的故意）、行為者が仮に「世界のどこかで業務が妨害されるだろう。」とか、「どこかの公文書がかなりの数にわたって毀棄されるだろう。」などという漠然とした認識ただけでは、確定的故意を認めることができない。

しかし、刑法上の故意にはいくつかの不確定的故意の概念があり、そのひとつが概括的故意である。概括的故意とは、結果の発生は確定的であるが、結果の個

数や具体的客体に関する表象が不確実な場合を意味する。たとえば多くの人を殺害し社会を混乱させようとして、満員のコンサート会場に爆弾を投げ込む行為の場合などがこれにあたりとされる。

ウィルスの作成・配布は、まさに今日、全世界が相互に接続し、多くの人々が利用するネットワークに爆弾を投げ込む行為である。ほとんどの場合に、行為者は具体的客体や結果の個数は認識していないが、概括的故意を適用することで行為者の故意の認定範囲を広げることができよう。

不確定的故意のもうひとつの概念として、未必の故意がある。未必の故意とは、結果の発生自体は不確実であるが、発生する蓋然性を認識・認容した場合である。すなわち、「結果は発生するかもしれないが、発生してもよい。」と考えた場合をいう。

したがって、ウィルスの作成者が業務妨害や文書毀棄について、「確実ではないが、結果は発生するかもしれない」と認識し、「発生してもよい」と認容した場合には、未必の故意により処理することが可能となる。

以上のように、故意をプリミティブな実在として捉えた場合であっても、錯誤論による抽象的符号説の採用や概括的故意、未必の故意を適宜応用することにより、ウィルスの作成・配布に対して、現行刑法上の犯罪類型で処断可能な一定の犯罪の故意を認定することが可能となる。

しかし、こうした手段には、(1)結果発生についての認識が確実な概括的故意とそれ自体が不確実な未必の故意の両立が困難であること、(2)概括的故意、未必の故意といった不確定的故意の錯誤を想定しにくいこと、(3)仮に「概括的・未必の故意の錯誤」といった場合を想定しても、なお網羅し切れないケースが存在すること、(4)錯誤における抽象的符号説が論理的に画期的な側面は持っているにせよ、罪刑法定主義からの批判も多く、通説判例の立場を得ていないことなどの問題点がある。

したがって、故意の認定については別のアプローチも考える必要がある。

2.2. ~~禁止の錯誤~~ に処理

ウィルスの作成・配布に関して禁止の錯誤による処理を考えることはできないだろうか。

禁止の処理とは上述のように、自己の行為が法的に許されていないにもかかわらず、これを許されていると誤信した場合である。

犯罪の成立要件については、構成要件該当性、違法性、有責性の三段階が順を追って吟味されるとともに、後者は前者をつねに論理的な前提とし、前者の範囲を超えることがない。

したがって、禁止の錯誤を論じる場合には、少なく

とも構成要件の故意が存在し、構成要件該当性が前提となっている。違法性の意識（ないしその可能性）が欠如したときに故意を否定する立場も学説上ないわけではないが、通説判例は法の不知の場合（行為者に違法性の意識がない場合）であっても、故意の存在を肯定するのである。

ウィルスの作成・配布にあたって、行為者が「自己の行為は、たしかに不特定多数のネットワークにダメージを与えるかもしれない。しかし、特定の企業に対する業務妨害や、特定の行政機関や自治体の保有する公文書の毀棄を狙ったものではない。したがって、そうした場合には業務妨害や公文書毀棄にはあたらないので現行法上、許されている」と考えたでしょう。発生した構成要件の結果から業務妨害や公文書毀棄の故意が認定され、当該構成要件による処罰がなされるのであれば、それは行為者が自己の行為を許されていないにもかかわらず、許されていると誤信したことになる。すなわち、禁止の錯誤の場合と解することができるのである。上述のように、禁止の錯誤においては、通説は故意を阻却せず、さらに判例では、事実の認識をもって可罰的とされるので、こうした場合に、行為者が当該構成要件によって処罰される現状は正当なものと説明し得る。

こうした処理方法を考える場合の一番の問題点は、刑法上の類推禁止との関係と思われる。すなわち、典型的な業務妨害や文書の毀棄は、一定の企業の業務を意図的に妨害したり、特定の公文書や私文書を意図的に毀棄するものである。構成要件の故意もまた、そうした結果の実現に向けられ、それを認識・認容するものである。したがって、漠然と不特定多数のネットワークやコンピュータシステムに対して損害を与えることを認識・認容し、ウィルスを作成・配布する行為が、「業務妨害」「文書毀棄」といった概念の「可能な語義」の範囲と捉えられてよいのか、その点が今一度、吟味されなくてはならないと思われる。

3. 構築主義による解決の試み

以上、いくつかの刑法解釈学上の技術について考察したが、故意を行為者の主観の中に実在するものと考ええる以上、それは自ずと一定の限界をもっている。こうした枠組みに新たな観点からの示唆を与えるもののひとつとして、いわゆる構築主義の立場が挙げられよう。以下に、構築主義とその有効性について考察する。

3.1. 構築主義の考え方

3.1.1. 構築主義の定義

構築主義といわれる立場は、元来、社会心理学の分野で登場した。構築主義を定義づける唯一の定義があるわけではないが、少なくとも、実証主義や経験主義

の見方を疑い、人間が世界を理解する際に用いるカテゴリーや概念は、実在の区分を示すものではないとする。こうしたカテゴリーや概念は、歴史的・文化的に相対的で特殊なものであり、特定の文化や時代に特有のものであるばかりか、そこで支配的な特定の社会的・経済的制度に依拠している。

すなわち、構築主義によれば、われわれが世界を理解する仕方は、人々が互いに協力して構築するものであり、そうした日常的相互作用を通じて、われわれは知識に関する一つのバージョンを作り上げているにすぎない。現在、認められている世界についての理解の仕方も、客観的な観察の所産ではなく、人々の相互作用の産物と考えられる。

3.2.3. 構築主義とデフォルト推論

われわれが日常生活において用いる推論は、古典論理学のような確実性の論理に依拠するものであるとは限らないが、日常生活は大方のところ円滑に機能し、平穩に営まれている。それは日常的な行動の多くは、一応の推論に依拠することによって現実に即したものとなっているためである。こうした推論を認知科学においてはデフォルト推論と呼ぶ。デフォルト推論においては、事柄についての完全な知識を有してはいないことや、知識には例外が伴うことから推論を中断してしまうのではなく、一定の標準的な状況のもとで取り敢えず典型的なケースを想定しながら推論を進め、一定の暫定的な結論が導き出される。われわれの日常的な推論においては、完全な知識または例外のない知識に基づく単調論理が妥当するケースは多くないので、知識が不完全で例外を伴う場合にも既存の知識が及ぶ範囲をできるだけ拡張させることにより、一定の結論に到達しようとするのである。

デフォルト推論においては、不確実な部分に典型的な既定値（デフォルト）を入力することによって、暫定的な結論が導き出される。それゆえ、デフォルト推論の結論はつねに正しいとは限らない。誤りを恐れて推論を中断しては、日常生活は機能不全状態に陥るので、とりあえずデフォルト値の入力によって暫定的な結果を導き出しておくのである。こうした推論はあくまで暫定的なものであるから、具体的状況において新たな情報が得られたときには、結論が修正されることになる。デフォルト値とは異なった事実が判明したときには、先の暫定的な結論が反駁されるとともに、既定値を入力することにより得られた仮説自体が取り下げられることになる。

こうした仮説推論は日常生活のみならず、刑事裁判においても妥当する。刑事裁判においても、例外の可能性を恐れて仮説を中断しては、刑事裁判手続きが機能不全に陥るので、実際にはデフォルト推論が行われ

ているのであり、デフォルト値とはことなつた事実が判明したときに、この推論が書き換えられるのである。

3.2.4. 刑事裁判スクリプトによる事実認定

以上のように、刑事裁判における事実認定もデフォルト推論の構造を有しており、一定の背景的知識なしには遂行されない。この背景的知識としてとりわけ有用なのが物語構造としてのスクリプトである。

スクリプトとは、「日常的な経験に基づいて獲得され、一定のコンテキストを背景に展開される典型的な役割行動に関する物語的知識の枠組み」である。一定の状況に置かれた者は、構造化されたシナリオに依拠して、それらしく振る舞うのであり、それを見る者も、それに依拠して他者の行動の意味を理解している。詐欺師は犯行現場で詐欺師のように、被害者は被害者のように振る舞うのである。外部から事実を認定する立場に置かれた者は、詐欺師らしい振る舞いから詐欺師であると、被害者らしい振る舞いから被害者であるという判断をすることになる。

こうしたスクリプトは、標準的・プロトタイプの事例を出発点としながらも、固定的ではなく、可変的でダイナミックであつて、非典型的・例外的事例をも取り扱うことができる。スクリプトとは、いわば標準的事例に沿って一応書き上げた草稿であつて、具体的状況の新たな入力によって書き換えられながら仕上げられてゆく。典型的な状況から逸脱したようなケースにおいては、典型的な事例に即して書き上げられたスクリプトが、新たな状況を物語の中に取り込むことにより全体として整合的なものへと書き換えられて展開される。こうした再編成を行うダイナミックな適応系が認められるために、スクリプトは非典型的・例外的事例を取り扱うにあたつても活用可能となるのである。

3.2. 故意の認定に関する構築主義の導入

刑事裁判に、こうしたスクリプトの処理を当てはめてみる。端的な例として殺人のケースをとりあげるならば、スクリプトを構成するのは、殺意の有無、加害者と被害者との人間関係、単独犯か共犯か、凶器の特定、殺害状況、動機などであるが、それらは決して孤立した部分的要素ではなく、物語全体のなかで整合的に機能するものである。「殺人」という物語において欠如している部分がある場合には、その部分が、全体のコンテキストのなかで整合的に捉えられることになる。行為者に殺意があつたか否かを認定する際にも、行為者の内心にそうした心的実体が実在したかではなく、物語の流れのなかで殺意がいかに整合的に組み入れられるかを問うことによって、殺意を相互主観的に構築し得るかが検討されることになる。

多額の債務を抱えた甲が、たびたび自己に借金の返済を迫りに来る債権者Aを、ある日、取り立てに来た

折りに、用意しておいた包丁でめつた刺しにして死亡させたという物語を想定しよう。この物語において、甲に殺意を認めることができるのは、甲が多額の債務をAに対して負っていた、Aの強行で執拗な取り立てから甲は逃れたいと思ひ、またAに憎悪の念を抱いていた、犯行直前に包丁を購入した、包丁でめつた刺しにした等という諸々の事情である。こうした事情から、たとえ殺意はなかつたといくら甲が主張したとしても、甲の行為に殺意を帰属させることが社会的コンヴェンション（慣例）に照らして相当とされる。

重要なことは、こうした物語において「甲には殺意があつた」という言明が真であるのは、甲の内心に殺意という心的実体が実在していたからではないという点である。つまり、殺意は他の諸々の事情から切り離されて、孤立した心的実体として捉えられているわけではない。故意のような心的現象は、行為がいかなるコンテキストのもとで遂行されたか、ということから切り離されるものではない。故意とは、相互主観的に共有されたスキーマに従つて構築されるコンヴェンショナルな事実と考えられるのである。

このことは、観察し得ない殺意を観察可能な外部的行動に還元してしまうわけではない。すなわち、観察不可能な心的傾向は、観察可能な外部的行動から間接的に推論されるにすぎないとするわけではない。他者の行動を心身の意味的統一として捉え、それが遂行されているコンテキストの下で丸ごと観察し、相互主観的に共有されたスキーマの適用を通じて、その行動を一定の行動として同定するのである。

また、行為者本人もそうした相互主観性を有するスキーマ（記憶として蓄積された知識の枠組み）に基づいて、心身の意味的統一としての行動を丸ごと体験している。殺意の有無を問われたとき、行為者は自己の内心に心的実体が実在したか否かを、内観によって判断するわけではない。行為者自身の判断が他者の判断よりも優越するとは言い難い。むしろ行為者本人が自らの内心状態を同定することは困難であろう。故意のような心的要素について、本人のみが内的知覚を通じて特権的にアクセスできるとすることは極めて疑わしい。行為者本人が自らの行為について物語するときにも、行為者は自己の内心に実在した心的実体を模写しているのではなく、自らの行為を意味づけながら構築しているのである。

4. 新しい態様の犯罪と構築主義

4.1. ウィルスの作成・配布と構築主義

ウィルスを作成し、それをネットワーク上に配布する者は、自己の作成したウィルス・プログラムがどのように作動し、どのような症状を引き起こすかについ

ては通常、熟知している。ネットワークにウイルスを配布する行為は、いわば多数の人が集合している場に爆弾を投げ込む行為である。ネットワーク上のどのファイルが毀損され、接続しているどの企業の営業が妨害されても不自然ではない行為と、コンベンショナルには判断される。ウイルスの配布者は、業務妨害者あるいは文書毀棄犯のように振る舞っているのである。ウイルスを配布しながら、いくら「自分は業務の妨害や文書の毀棄をする意思はなかった」と主張しようとも、それは被害者の胸部をめった刺しにした行為者が「殺意はなかった」と主張するに等しい。具体的にネットワーク上のどの企業やファイルに結果が発生するかの特定はできないので、概括的故意の採用は必要であるが、少なくともデフォルトによるスクリプトの処理においては、ウイルスの配布者に対し、発生した業務妨害や文書毀棄についての故意が、コンベンショナルな事実として行為に帰属されることになる。

4.2.新しいネットワーク犯罪と構築主義

故意という心的現象を行為者のみが特権的にアクセス可能なものではなく、相互主観的に構築されるコンベンショナルな事実と捉えることは、犯罪構成要件にそれ自体がまだ列挙されていない新しい不法行為の結果が、他のすでにリストアップされている構成要件の結果に該当した場合に、当該構成要件の故意を適切に認定する可能性を開くものと考えられる。

すなわち、ウイルスの作成・配布のみならず、新しい態様の犯罪が出現したときに、構成要件の故意を内的実在と捉える限りは、「たまたま該当した構成要件の結果の故意」があると判断するのは困難かもしれない。しかし、観察者にとっても行為者本人にとっても行動は心身の統一体として把握されるという立場からは、そうした行為に、リストに挙げられた一定の構成要件の故意を帰属しうるものという判断が可能になると考えられるのである。

4.3.構築主義の問題点

構築主義的アプローチは、新しい行為態様の犯罪について従来の構成要件的行為を認定するために有効であるが、類推禁止からの問題点は残る可能性がある。

すなわち、ウイルスを作成して配布しようという意図をコンベンショナルに業務妨害や文書毀棄に向けられた意図と評価するため、「こうした犯罪の故意は悪性のプログラムを配布する意思」で足りるとしたとき、それが「業務妨害」や「文書毀棄」の意思の可能な語義の範囲であるかが問題とされるのである。

5. まとめ

ウイルスの作成・配布は今日、全法システム的に見て、それが当罰的と評価されることは確実になっ

ている。しかし、ウイルスの作成・配布に限らず、実定法に特有の社会の現実とのタイムラグから、当罰的であるはずのものが構成要件のリストに掲げられていないことが往々にしてあり得る。それらは当罰的観点からすれば、新たな類型として立法化されるまでは、該当した構成要件の範囲内で処理せざるを得ない。その場合、発生した結果からその構成要件の故意を認定するにあたり、いくつかの刑法解釈論上の技術は考え得るにせよ、故意をプリミティブな実在と解する以上は一定の限界が存在する。

現に、実務で行われているこうした故意の認定は価値的には正当であろうが、罪刑法定主義に抵触しないものとして正当化するには論理的・イデオロギーの裏づけが必要と思われる。構築主義的観点からの故意の認定は、その際に有意義と考えられるのである。

構築主義は現行法制度の不備の中で、当罰的なものを当罰的であると判断するために一つの理論上の指針となる。そして、重要なことは、それが現状の処罰を無制限に正当化するのではなく、新しい理論上の判断基準の導入により、現行法システムのなかで処罰できるものとできないものとの分水嶺を明確化することで、今一度、処罰の限界を提示しうる点である。

法解釈学上のすべての論点は、いかに白熱した激論が戦わされても、立法的解決がなされた瞬間にその使命を終える。ウイルスの作成・配布にしても、それ自体が独立した犯罪として刑法典なり行政刑法として立法された時点で、故意の認定の問題は消滅する。

しかし、実定法の社会的状況へのタイムラグの中で、故意の構築主義的認定は、すべての新しい態様の不正行為が出現するたびに、現行法上の構成要件の故意の認定を可能にし、当罰的であるという正当な評価を裏づけることになると考えられるのである。

最後に、この分野に尽力されてこられた方々から敬意を表す。また、本稿の執筆にあたり、ご指導いただいた埼玉大学工学部情報システム工学科の三島健稔教授、いくつかの刑法解釈学上の論点と、構築主義的アプローチに関して多くの示唆をいただいた宮崎産業経営大学の川添誠講師に心から感謝する。

参考文献

- [1] 前田雅英，“刑法総論講義（第二版）”，東京大学出版会，1988年7月。
- [2] “法律学小事典（新版）”，有斐閣，1972年4月。
- [3] ヴィヴィアン・バー（田中一彦訳），“社会的構築主義への招待”，川島書店，1997年2月。
- [4] 上野千鶴子 編，“構築主義とは何か”，勁草書房，2001年2月。
- [5] 増田豊，“刑事手続における表見証明のデフォルト構造と事実の社会的・物語的構成”，法律論叢73巻2・3号，2000年11月。