

# 國學院大學學術情報リポジトリ

## Die Funktion des Rechtsfutsbegriffs in der Risikogesellschaft

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 関, 哲夫 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.57529/00001147">https://doi.org/10.57529/00001147</a>

# 危険社会における法益概念の役割

関 哲 夫

## 1 はじめに

### (1) 刑法の機能として法益保護機能が承認されている

社会において、刑法はどのような社会的機能を果たすべきなのか。<sup>(1)</sup>

この問いに対して、法益論的アプローチを採る論者は、刑法は一定の犯罪行為に刑罰を科すことをあらかじめ規定することによって、また現実になされた犯罪行為に実際に刑罰を科すことによって、その犯罪行為によって侵害・危殆化される生活利益を保護するのであると主張し、法益保護機能を第1にあげる。<sup>(2)</sup> この考えによると、国家刑罰権発動の端緒及び範囲は、法益の侵害・危殆化を基点に画定されることになり、したがって、違法性の実質も法益の侵害・危殆化という結果無価値を基礎にした法益侵害説が主張されることになる。<sup>(3)</sup>

これに対し、規範論的アプローチを採る論者は、刑法の社会的機能として、刑法は一定の行為を犯罪とし、これに一定の刑罰を定めることによって、その行為が法的に許されないことを明らかにする評価機能〔評価規範としての評価機能〕とともに、そのような犯罪行為を行わないように意思決定すべきことを命令する決定機能〔決定規範としての決定機能〕を果たすのであると主張し、規制機能を第1にあげる。しかし、この論者も、刑法の社会的機能として、国家の社会的秩序を維持し、その文化的発展に奉仕するとい

う社会秩序維持機能を第2にあげ、これには、法益保護機能と人権保障機能(マグナ・カルタ的機能)<sup>(4)</sup>が含まれるとする。この考えによると、国家刑罰権発動の端緒及び範囲は、国家・社会的倫理規範違反と法益の侵害・危殆化を基点に画定されることになり、したがって、違法性の実質も国家・社会的倫理規範に違反する法益の侵害・危殆化という行為無価値と結果無価値の双方に求める社会的相当性説が支持されることになる。<sup>(5)</sup>

このように、法益論的アプローチを採る結果無価値論の論者においてはもちろんのこと、規範論的アプローチを採り、違法性の実質を行為無価値と結果無価値の双方に求める、いわゆる行為無価値論の論者においても、刑法の社会的機能の1つとして法益保護機能が承認されているのである。

## (2) 犯罪の法益関連性は無視できない

刑法の社会的機能の1つとして法益保護機能が承認されているということは、犯罪の認定、特に実質的違法性の判断において、少なくとも法益の侵害・危殆化という結果無価値が考慮されていることを意味する。違法性の実質について、国家・社会的倫理規範への違反や、社会的相当性からの逸脱という行為無価値を重視する立場にあっても、「違法性の実質は、社会倫理規範に違反する法益侵害であるから、第1に、法益侵害の事態が発生しない限り違法ではなく、それゆえ、実質的違法性については、『法益侵害なければ違法性なし』という原則が妥当する」<sup>(6)</sup>ことが認められているのである。

このように、現在の学説において、法益論的アプローチを採る論者はもちろんであるが、規範論的アプローチを採る論者も、刑法の社会的機能の1つとして法益保護機能を認め、かつ、実質的違法性の判断に当たって法益の侵害・危殆化という結果無価値を考慮しており、犯罪の認定、特に法律要件該当性と違法性において、法益関連性が承認されているのである。<sup>(7)</sup>

(1) ここでいう「機能」は、当為 (Sollen) としての機能であり、存在 (Sein) としての機能ではない。

- (2) 内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年・有斐閣) 45～59頁、山口厚『刑法総論』(第2版)(2007年・有斐閣) 4頁以下参照。
- (3) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(1986年・有斐閣) 298～303頁、山口厚・前注2文献・100～102頁参照。なお、違法性の実質を法益の侵害・危殆化に求める法益侵害説を支持しつつも、違法性の評価の際には、法益の侵害に見られる結果無価値のみならず、行為自体の法益侵害の危険性に見られる行為無価値にも着目しなければならないとする見解も存在する(野村稔『刑法総論』(補訂版)(1998年・成文堂) 71頁参照)。この見解において、行為無価値の法益関連性が強調されていることが注目される。
- (4) 大塚仁『刑法概説(総論)』(第3版増補版)(2005年・有斐閣) 5頁以下、大谷實『刑法講義総論』(新版第4版)(2012年・成文堂) 7頁以下参照。
- (5) 大塚仁・前注4文献・338頁、348頁以下、359頁、大谷實・前注4文献・230頁、242頁参照。
- (6) 大谷實・前注4文献・230頁。
- (7) この点は、行為無価値的な傾向が強いといわれるドイツにおいても同様である。例えば、「繰り返し敵対視され、疑問が提起されてきた法益概念ではあるが、それが本質的には、現代の法思想において確固たる地歩を占めているようにみえる」(Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tb. 1, 8. Aufl., 1992, §19 Rdn 5)、「刑法の任務は、法益を保護することにある。」(H.-H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 7)、「今日の圧倒的通説によれば、刑法の態度規範は、その侵害及び危殆化から法益を保護することに役立つのである」(Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., 2014, S. 45)と明確に論述している。

## 2 現代社会は危険社会である

### (1) 現代社会における危険にはいくつかの特徴がある

現代社会は危険社会であるといわれる。<sup>(1)</sup>現代社会がそのように特徴づけられるのは、現代社会において生じる危険が、従来とは異なる特徴を有しているからである。その特徴については、以下のように要約することができよう。

① 潜在的な危険である　まず第1に、現代社会における危険は、潜在的な危険である。すなわち、現代社会は、急速に発達した科学技術の正の側

面を活用することで成り立っている社会であるが、同時に、それは、高度科学技術の抱える負の側面としての危険を内包した社会でもある。その危険は、未知で、高度であると同時に、不可視で、それを制御・管理するのが困難であるばかりでなく、一度その危険が顕在化すると、深刻な事態を発生させるのである。例えば、高度・高速度の交通手段・運搬手段の利用や医薬品・医療技術の利用に伴う危険などを想起すれば、その点は明らかであろう。

② 広範な危険である　また第2に、現代社会における危険は、広範な危険である。すなわち、現代社会は、急速に発達した科学技術を広範に活用し、普及させることで成り立っている社会であるが、そこでの危険は、共時的・同時的な視点で見たときには、広い範囲にわたって深刻な影響を与え、広範囲の人間、場合によっては地球上のすべての人間、すべての生物に深刻な危害をもたらす可能性のある危険であるし、またそれを通時的・長期的な視点で見たとき、長い期間にわたって深刻な影響を与えることがあり、場合によっては次世代の人間、将来の生物にも深刻な危害をもたらす可能性さえある危険なのである。

このように、現代社会における危険は、共時的にも通時的にも、その与える影響が広範囲である。例えば、経済活動・企業活動に伴う危険や、核エネルギー・バイオテクノロジーの利用に伴う危険などを想起すれば、その点は明らかであろう。

③ 累積的・連鎖的な危険である　さらに第3に、現代社会における危険は、累積的・連鎖的な危険である。現代社会における危険は、それだけを単独でみると、その有害性は稀薄で軽微であるように見えたとしても、それらが複合的に累積し、重畳的・連鎖的に作用した場合には、社会に回復不可能な深刻な事態をもたらすことがある。それらの危険が社会に深刻な事態をもたらした場合、累積的・連鎖的に作用している危険のうちの最後の危険あるいは顕著な危険だけを取り上げてこれに対処すれば足りるということではすまないのである。この点については、例えば、環境破壊・環境汚染におけ

る危険を想起すれば十分であろう。

## (2) 現代社会は危険への対処に無力である

① 現代社会は危険を統御する装置を持っていない。しかし、そうした潜在的で、広範で、累積的・連鎖的な危険を抱えた現代社会は、それらの危険を管理・統御するにはあまりにも無力である。というのは、現代社会における危険そのものが潜在的で、広範で、累積的・連鎖的であるため、管理・統御がきわめて難しいだけでなく、現代社会そのものに、そうした危険に対処する力がないのである。すなわち、現代社会は、従来の共同体の解体が進み、構造的・機能的に分化した部分社会が重なり合うように複雑に結合した統一体であるにすぎない。そのため、現代社会は、社会全体に広範な影響を与えるような、潜在的、累積的・連鎖的な危険を効果的に管理・統御する装置・機構をそれ自体の中に持っていません、持つことができないのである。つまり、現代社会は、危険を管理・統制する力を失っているのである。

他方、現代社会は、人間関係が稀薄化し、個々の社会成員が孤島化しているため、社会成員は安全感・安心感を渴望し、危険除去・危機管理への関心を強め、危険の除去・管理を法的規制・法的制裁、特に刑事制裁による公的介入に委ねることに躊躇しない。いや、むしろそれを期待し、希望している傾向さえうかがえるのである。

② 社会成員は安心・安全を渴望している。そうなると、現代社会における危険への対処は、国家（国家権力）に期待することになる。そうした期待の背景には、社会生活の安全・平穩に鋭敏になっている社会成員の意識が存在していることは疑いがない。すなわち、現代社会の社会成員は安全に対する欲求がきわめて強く、危険にさらされることに敏感である。社会成員は、潜在的で、広範で、累積的・連鎖的な危険を除去し、減少させて欲しいと熱望しており、そうした危険が顕在化する前に、国家が社会成員の社会生活に介入してでも、その危険を除去し、減少させてくれることを望んでいるのである。それは、潜在的で、広範で、累積的・連鎖的な危険に有効に対処

してくれるのは、社会や部分社会ではなく、それらを統括する国家だけであると、社会成員が期待しているからにほかならない。

しかし、すでに指摘したように、危険に対して迅速かつ有効に対処してくれるのは国家だけであると考えてるのは、実は、国家に対する社会成員の幻想である。にもかかわらず、社会成員は、危険に対して迅速かつ有効に対処するために国家が社会生活に介入するのを容認する傾向にあり、この点を正当化するために、例えば、「安全な社会生活の維持のため」、「国家・社会秩序の維持のため」、「平穏な社会生活環境の保全のため」あるいは「次世代のよりよい社会生活環境のため」など、さまざまな根拠が指摘されることになる。しかし、それらの根拠は、結局のところ、刑事立法において、「危険あれば刑罰あり」を原則化し、処罰範囲の拡大を容認する危険を孕んでいる。皮肉な言い方をすれば、それは、社会成員が自己の権利・自由の一部を売り払って「安全な社会生活」を買い取っているともいえるし、社会成員が自らの自由・権利を担保にして安心感を獲得しているともいえるのである。

(1) C. Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993、金尚均『危険社会と刑法』(2001年・成文堂)、嘉門優「法益論の現代的意義(1)(2・完)——環境刑法を題材にして——」大阪市立大学・法学雑誌50巻4号(2004年)934頁以下、51巻1号(2004年)96頁以下、及びそこで紹介されているドイツの議論状況を参照。なお、嘉門優「法益論の現代的意義」刑法雑誌47巻1号(2007年)36頁以下、嘉門優「法益論の現代的意義」刑法雑誌50巻2号(2011年)119頁以下も参照。

### 3 現代社会における刑事立法は新たな様相を呈している

#### (1) 刑事立法は「活性化」している

近年、社会生活を管理・統制する手段として、刑罰法規を積極的に活用しようという傾向が顕著になっている。すなわち、わが国では、犯罪化・重罰化を特徴とする「刑事立法の活性化<sup>(1)</sup>」という現象が生じているのである。それは、危険社会といわれる現代社会における危険に対処し、平穏な社会生活

を維持してくれることに対する社会成員の強い期待が、刑罰法規に寄せられているからでもある。そして、そうした期待の基礎には、「市民的安全保護の要求」の肥大化<sup>(2)</sup>が存在していると考えられる。すなわち、先に述べたように、現代社会の社会成員は安全・安心に対する欲求がきわめて強く、危険にさらされることに敏感になっているという実態が存在しているのである。

## (2) 刑事立法は新たな様相を呈している

そうした状況を背景にして、現代社会における刑事立法は、新たな様相を呈している。この様相を端的に表現すれば、「保護法益の稀薄化による処罰の拡散」と特徴づけることができよう<sup>(3)</sup>。以下、その具体的な特徴を指摘してみたい。

① 予備行為・陰謀行為の処罰が原則化している　まず第 1 に、基本的な犯罪行為である実行行為より前の予備行為・陰謀行為の処罰が原則化しつつあることを指摘できる。刑法においては、既遂犯処罰が原則と考えられていることもあって、従来、予備行為・陰謀行為の処罰は例外の例外と考えられてきた。そのため、刑法典においても、予備行為・陰謀行為の処罰は、内乱予備・陰謀（78条）、外患誘致等予備・陰謀（88条）、私戦予備・陰謀（93条）、放火予備（113条）、通貨偽造等準備（153条）、殺人予備（201条）、強盗予備（237条）など重大な犯罪の予備罪・陰謀罪に限られている。しかし、2001年6月の刑法一部改正法（平成13年法律第97号）により、支払用カード電磁的記録に関する罪の章（第18章の2）が新設され、不正電磁的記録カード所持の罪（163条の3）だけでなく、支払用カード電磁的記録不正作出準備の罪の規定が導入された<sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>。

また、特別刑法の分野でも、予備行為・陰謀行為の処罰が常態化し、原則化しつつある。この種の規定は、以前にも、例えば、「郵便法」（1947年・昭和22年法律第165号）86条2項、「破壊活動防止法」（1952年・昭和27年法律第240号）39条、40条などに見られたが、近時では、「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」（1999年・平成11年法律第128号）11条、12条1号がある



し、「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」(1999年・平成11年法律第136号) 6条では、組織遂行目的又は不正権益取得目的の殺人予備罪の法定刑が刑法典の殺人予備罪のそれよりも加重されて5年以下の懲役とされ、また営利目的略取・誘拐の予備行為が2年以下の懲役で処罰されているのである。<sup>(6)</sup>

こうした予備行為・陰謀行為の処罰規定の増加は、「実行行為は基本的法律要件に該当する行為として処罰の原則形態であり、予備行為・陰謀行為の処罰は例外である」という従来の原則を大幅に修正し、犯罪行為の法益関連性を稀薄にするものでもある。

② 抽象的危険犯の種類が多用されている 第2に、抽象的危険犯の種類が多用されていることを指摘できる。もちろん、刑法典でも、現住建造物等放火罪(108条)、(他人所有)非現住建造物等放火罪(109条1項)、名誉毀損罪(230条)など抽象的危険犯とされる犯罪はみられるし、特別刑法においても、以前から、「大麻取締法」(1948年・昭和23年法律第124号)24条1項、24条の2第1項、「覚せい剤取締法」(1951年・昭和26年法律第252号)41条1項、41条の2第1項、さらに、「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」(1970年・昭和45年法律第142号)2条、3条などが存在している。近時、例えば、「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」(1999年・平成11年法律第136号)9条～11条などをあげることができるし、「特定放射性廃棄物の最終処分に関する法律」(2000年・平成12年法律117号)では、最終処分施設の保護区域内における土地の無許可掘削が処罰されている。<sup>(7)</sup> また、各種の環境保護法に抽象的危険犯は多く見られ、例えば、「土壌汚染対策法」(2002年・平成14年法律第53号)では、健康被害が生ずるおそれがある土地の汚染状況に関する都道府県知事の調査・報告命令に違反する行為が処罰されている。<sup>(8)</sup>

こうした抽象的危険犯は、従来、危険の擬制あるいは反証を許さない法律上の推定を前提とした犯罪類型と解されてきた。抽象的危険犯の場合、具体的危険犯とは異なり、法益に対する危険の発生は立法者の立法動機となって

いるにすぎず、法文上も、法益に対する危険の発生は犯罪法律要件要素として要求されていない。というのは、抽象的危険犯は、立法段階における類型的な価値判断によって、一般に法益に対する危険を内包していると評価された犯罪であり、刑罰をもって抽象的危険犯の類型として禁止されたものである。したがって、当該抽象的危険犯の法律要件に該当する行為は、それだけですでに類型的・一般的に抽象的な危険を内含しており、法律上当然に、抽象的な危険が存在すると擬制されあるいは反証を許さないで推定されるのであって、個別の行為が具体的に現実の法益に対してどの程度の危険を発生させたかを一切考慮しない犯罪と解されてきたのである。この見解は、「危険擬制説」<sup>(9)</sup>と称することができる。

危険擬制説によると、犯罪法律要件に該当する事実のほかにも、抽象的危険の現実の発生は必要ないので、実際に行われた具体的行為に法益への危険がまったく認められない場合であっても、犯罪の成立が肯定されることになる。すなわち、この見解は、犯罪法律要件に該当する行為と法益に対する危険との関連性、つまり法益関連性を実質上不要とするものであり、その限りで、抽象的危険犯をむしろ非本来的危険犯にして形式犯化するものであると批判されるわけである。そのため、学説においては、個別事案の具体的な行為事情のもとで現実の抽象的危険の発生を要求すべきであるとする見解が支配的<sup>(10)</sup>である。この見解によると、行為の客体や状況など行為当時の諸事情を考慮して、当該行為に、一般的に抽象的な危険の発生が認められない場合は、当該犯罪の成立を否定すべきことになる。

③ 管理統制的な刑罰法規が多用されている さらに第 3 に、一定の事業に参入する者や一定の関係者の行動を管理統制するために、その者に一定の行為を要求又は禁止し、違反した者には刑事制裁を科すという管理統制的な刑罰法規が多く見られることを指摘することができる。ここでは、参入の「入口」から「出口」までの行動を管理統制するため、まず参入の「入口」段階で登録制・届出制・許可制を導入し、参入後は、違反行為を捕捉するために所轄官庁に調査権・立入権・報告徴収権等を付与し、参入者にはそれら

に応ずる義務を課し、違反した場合には刑事制裁を科す規定を設けることでその実効性を担保しようとしている。これは、管理統制的な刑罰法規と称することができる。これらの刑罰法規は、従来も存在したのであるが、近時、このような刑罰法規が増加しているのである。

例えば、参入の「入口」段階での管理統制的な刑罰法規として、「環境教育等による環境保全の取組の促進に関する法律」(2003年・平成15年法律第130号)をあげることができる。ここでは、環境保全の知識や指導能力者の育成・認定をする人材認定等事業について、不正の手段により登録を受けた者を処罰している<sup>(11)</sup>。また、参入後の事業運営段階でのものとして、例えば、「インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律」(2003年・平成15年法律第83号)をあげることができる。ここでは、インターネット異性紹介事業者に公安委員会への報告義務を課し、それに違反した場合又は虚偽報告した場合を処罰している<sup>(12)</sup>。

こうした管理統制的な性格の強い刑罰法規は、単純行為犯処罰規定とか、形式犯処罰規定と称することもできよう。これらの規定は、従来も、例えば、「大麻取締法」(1948年・昭和23年法律第124号)26条や、「酒税法」(1953年・昭和28年法律第6号)50条の2、58条1項12号などの各種届出義務違反罪、「質屋営業法」(1950年・昭和25年法律第158号)30条など各種無許可営業罪などにおいて見られた。この種の規定は、例えば、「道路交通法」(1960年・昭和35年法律第105号)が処罰する免許不携帯罪がそうであるように、当該犯罪が侵害・危殆化する具体的な法益を考究するのがきわめて困難である場合が多いし、仮に法益を考究することができても、その法益に対するきわめて遠い、抽象的な危険しか想定することができない場合がほとんどである。

④ 象徴的な刑事立法が存在する　そして第4に、象徴的刑事立法の例が見られることを指摘することができる。象徴的刑事立法とは、犯罪問題を有効に解決し、刑罰による威嚇・再社会化等の犯罪抑止目的を達成できることがおよそ期待できない立法であるにも拘わらず、立法者が、問題解決を迫

る国内・国外の強い圧力を誠実に受け止め、迅速かつ断固として当該犯罪に対処しているという姿勢を表明するにすぎない刑事立法のことをいう。<sup>(14)</sup>例えば、国内の世論の強い圧力を受けて制定された象徴的刑事立法として、地下鉄サリン事件等を引き起こしたオーム真理教という特定宗教団体を射程においた一連の刑事立法をあげることができるであろう。<sup>(15)</sup>また、国際的な圧力を受けて制定された象徴的立法としては、例えば、1999年8月の「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」(平成11年法律第136号)、特に、マネーロンダリングに対処するために導入された犯罪収益等の隠匿・收受を処罰する規定<sup>(16)</sup>をあげることができる。

こうした象徴的刑事立法の背景には、一方で、当該犯罪問題の解決をこれまで放置してきた国家への非難や、当該犯罪問題の解決を強く迫る国内・国外の圧力が存在するのであるが、他方で、それにもかかわらず、立法者は当該犯罪問題を迅速かつ有効に解決する方策をもちあわせていないという現状が存在している。すなわち、刑事政策への施策要求と刑事政策の施策可能性との間に大きな落差が存在しているのである。刑事立法者は、刑事政策への施策要求に応じてこなかった怠慢に対する国内的・国際的な批判を回避するために、また、今後は迅速かつ断固として問題解決のために積極的な刑事政策を取っていく姿勢を表明するために、象徴的刑事立法に「逃避する」<sup>(17)</sup>のである。

- (1) 井田良「刑事立法の活性化とそのゆくえ」法律時報75巻2号(2003年)4頁以下、嘉門優「法益論の現代的意義(1)——環境刑法を素材にして——」大阪市立大学・法学雑誌50巻4号(2004年)75頁参照。なお、2000年以降に立法化された主な刑事法をあげると、「ストーカー行為等の規制等に関する法律」(2000年・平成12年法律第81号)、「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」(2000年・平成12年法律第146号)、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律」(2001年・平成13年法律第31号)、刑法の一部改正法による危険運転致死傷罪(刑法208条の2)の新設(2001年・平成13年法律第138号。「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」(2013年・平成25年法律第86号)へ)、「特定電子メールの送信の適正化等に関する法律」(2002年・平成14年法律第26号)、「金融機関等による顧客

等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律」(2002年・平成14年法律第32号。「犯罪による収益の移転防止に関する法律」(2007年・平成19年法律第22号)へ)、「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律」(2003年・平成15年法律第65号)、「インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律」(2003年・平成15年法律第83号)、「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」(2003年・平成15年法律第110号)、「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」(2005年・平成17年法律第50号)、「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」(2006年・平成18年法律第58号)へ)、「偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預貯金者の保護等に関する法律」(2005年・平成17年法律第94号)、「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」(2013年・平成25年法律第86号)、「私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律」(2014年・平成26年法律第126号)などがある。

- (2) 平野龍一『刑法の基礎』(1966年・東大出版会) 120頁以下参照。
- (3) 「危険社会」における刑法の特徴として、一般に、「法益保護の早期化による処罰の前置化」が指摘される。確かに、これは刑法的介入の早期化を指摘する点で妥当であるが、しかし、一部を指摘するにとどまっている。むしろ、刑法が事後処理型刑法から事前予防型刑法へと変質していることを指摘するのが適当である。ほかに、現代刑事立法の特徴として、象徴的な刑事立法の増加、事前的な予防主義刑法の増加、抽象的危険犯の増加、普遍的法益の保護の重視をあげる論者(W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, S. 274 ff.)、あるいは、抽象的危険犯の増加、社会的・普遍的法益への重点移行、予防主義的な責任論・刑罰論への指向、蓄積犯処罰、シンボリック立法をあげる論者(金尚均『危険社会と刑法』(2001年・成文堂) 275頁) もいる。
- (4) 刑法163条の4第3項の定める罪であり、支払用カード電磁的記録不正作出等(同法163条の2第1項)の用に供する目的で器械・原料を準備したときには「支払用カード電磁的記録不正作出準備罪」として、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処せられる。
- (5) ほかに例えば、2002年6月に成立した「公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金等の提供等の処罰に関する法律」(平成14年法律第67号)では、公衆等脅迫目的の犯罪行為を実行しようとする者がその実行のために利用する目的で行う資金等収集の行為だけでなく、資金等提供の勧誘行為・要請行為及びそれらの未遂もまた、7年以下の懲役又は700万円以下の罰金により処罰される(3条)。
- (6) 通常の殺人予備罪(刑法201条)の法定刑が2年以下の懲役であるのに対し、「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」6条によると、組織遂行目

- 的・不正権益取得目的で殺人の予備をした者は 5 年以下の懲役であり、営利目的略取・誘拐の予備行為は 2 年以下の懲役である。
- (7) 「特定放射性廃棄物の最終処分に関する法律」(2000年・平成12年法律第117号) 21条 6 項・87条 1 号の定める罪であり、法定刑は 1 年以下の懲役又は100万円以下の罰金である。
- (8) 「土壌汚染対策法」(2002年・平成14年法律第53号) 4 条 2 項・65条 1 号の定める罪であり、法定刑は 1 年以下の懲役又は100万円以下の罰金である。
- (9) 危険擬制説は、判例の立場であり、従来通説であった。大判1911年(明治44年) 4月24日刑録17輯655頁、大判1931年(昭和6年) 12月23日法律新聞3370号10頁、木村亀二『刑法各論』(復刊版)(1959年・法文社) 187頁、江家義男『刑法各論』(増補版)(1963年・青林書院新社) 88頁、藤木英雄『刑法講義各論』(1976年・弘文堂) 88頁、団藤重光『刑法綱要各論』(第3版)(1990年・創文社) 187頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(第3版増補版)(2005年・有斐閣) 358頁、大塚仁ほか編『大コメンタール刑法第7巻』(第3版)(2014年・青林書院) 6頁以下〔村瀬均〕など。
- (10) 現在の通説である。平野龍一『刑法総論 I』(1972年・有斐閣) 120頁、平川宗信『刑法各論』(1995年・有斐閣) 107頁、内田文昭『刑法各論』(第3版)(1996年・青林書院) 442頁、山口厚『問題探究刑法各論』(1999年・有斐閣) 227頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕』(第2版)(2006年・成文堂) 293頁以下、中山研一〔松宮孝明補訂〕『新版口述刑法各論』(補訂3版)(2014年・成文堂) 252頁など。
- (11) 「環境教育等による環境保全の取組の促進に関する法律」(2003年・平成15年法律第130号) 11条 1 項・26条 1 号の定める罪で、法定刑は30万円以下の罰金である。
- (12) 「インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律」(2003年・平成15年法律第83号) 16条・34条 3 号の定める罪であり、法定刑は 30万円以下の罰金である。
- (13) 「道路交通法」(1960年・昭和35年法律第105号) 95条 1 項・121条 1 項10号の定める罪であり、法定刑は 2 万円以下の罰金又は科料である。なお、過失による免許不携帯も罰している(121条 2 項)。
- (14) W. ハッセマー／堀内捷三編訳『現代刑法体系の基礎理論』(1991年・成文堂) 9 頁〔関哲夫訳〕参照。
- (15) 例えば、1995年4月に、サリン等の製造・所持・発散等を処罰することを目的に制定された「サリン等による人身被害の防止に関する法律」(平成7年法律第78号) や、1999年12月に、団体の活動としてサリンを使用するなどして無差別大量殺人行為を行った団体を規制することを目的に制定された「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」(平成11年法律第147号) などをあげることができる。
- (16) 「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」(1999年・平成11年法

律第136号) 10条・11条の定める罪であり、法定刑は、犯罪収益等隠匿が5年以下の懲役又は300万円以下の罰金、犯罪収益等收受が3年以下の懲役又は100万円以下の罰金である。

- (17) 現代の危険社会における新たな刑事立法の様相として、さらに、⑤未遂・既遂同罰規定(未遂犯を既遂犯と同じ法定刑をもって処罰する規定)が見られ、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」(1930年・昭和5年法律第9号)2条、「消費税法」(1988年・昭和63年法律第108号)64条2項、「鳥獣の保護及び管理並びに狩猟の適正化に関する法律」(2002年・平成14年法律第88号)83条2項、84条2項などをあげることができる。さらに、⑥共犯独立処罰規定(犯罪を教唆したり、幫助したりする行為を独立に処罰する規定)が見られ、刑法典では、自殺関与罪(202条前段)、特別刑法では、「国家公務員法」(1947年・昭和22年法律第120号)110条17号、「地方公務員法」(1950年・昭和25年法律第261号)61条4号、62条などがあるが、近時では、「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」(1999年・平成11年法律第128号)12条2号などをあげることができる。

#### 4 現代社会で予防主義型刑法が台頭している

以上のような現代社会における刑事立法は、次のように総括することができる。

##### (1) 法益保護が早期化している

第1に、現代社会における刑事立法は、従来認められてきた具体的な法益について、その侵害や具体的な危殆化の時点まで待つのではなく、侵害・危殆化の時点よりも早期の段階で刑法的介入を行い、法益保護の時点を前倒しする傾向が顕著になっていることである。これは、通常、法益保護の早期化と言われるが、刑法的介入の前倒し、つまり時間的拡大を意味するものである。

##### (2) 法益概念が抽象化している

第2に、現代社会における刑事立法は、従来認められてきた具体的な法益

とは別に、あるいは、具体的な法益に代わって、一般的・抽象的な法益を保護する傾向を強めていることである。これは、通常、保護法益の稀薄化・抽象化と言われるが、刑法的介入の広範化、つまり空間的拡大を意味するものである。

現代社会におけるこうした刑法的介入の時間的・空間的拡大は、有機的に結合し、渾然一体となって現代の刑事立法を特徴づけているのであり、これを一言で言うならば、事前予防型刑法の台頭と特徴づけることができる。この事前予防型刑法の具体的な表現が、予備行為・陰謀行為の処罰の原則化、抽象的危険犯類型の多用化、管理統制的刑罰法規の多用化、象徴的刑事立法の制定、未遂・既遂同罰規定、及び共犯独立処罰規定である。

従来の刑法は、危険な行為が行われた後あるいは実害・危険が発生した後に刑事制裁を発動するという事後処理方式を基本とする刑法であり、事後処理型刑法と特徴づけることができる。これに対し、現代社会における刑事立法は、実害・危険が発生するより前に刑事制裁を発動し、その限りで、行為それ自体を根拠にして刑事制裁を発動するという事前処理方式を基本とする刑法である。しかも、実害・危険の発生からはきわめて遠い抽象的危険しか認められない行為、実害・危険の発生よりも早い段階の予備行為・陰謀行為、あるいは、実害・危険をおよそ観念できない単純な行為を犯罪としており、その意味で、犯罪行為の法益関連性を喪失した刑法としての特徴を顕著にしている<sup>(2)</sup>のである。

- (1) 確かに従来の刑事立法においても、犯罪と刑罰をあらかじめ法律によって予告することによって一般人が犯罪に赴くことを防圧するという一般予防の機能が語られる。しかし、従来の刑事立法の主旨はこの一般予防にあるわけではなく、行為または結果（実害結果・危険結果）発生後に行為者を処罰することで事態を処理することを主旨するものであり、一般予防は立法段階において考慮される派生的機能にすぎないのである。
- (2) 法益論の新たな局面として、「法益保護の早期化」と「保護法益の抽象化」の 2 点をあげる論者が多い。例えば、金尚均『危険社会と刑法』（2001年・成文堂）15頁以下、曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」『阿部純二先生古稀祝賀論文集・刑事法



学』(2004年・第一法規) 50頁以下、北野通世「法益論の現代的課題(1)」山形大学・法政論叢35号(2006年) 2頁。さらに、犯罪事実についての「証明の短縮」をあげる論者もいる。生田勝義『行為原理と刑事違法論』(2002年・信山社) 18頁以下参照。

## 5 現代社会において法益概念は新たな状況に直面している

### (1) 法益とは何か

法益は、一般に、(刑)法によって保護される利益<sup>(1)</sup>と定義されることから明らかなように、利益の要素と法的要保護性の要素とが結合した複合概念である。前者の利益の要素は、もともと社会的現実生活のうちに存在する社会生活上の利益、つまり、生活利益にその基盤があり、社会的現実生活のうちにその実在性を有するもので、法益概念の中核的な実体概念である。これに対し、後者の法的要保護性の要素は、社会的現実生活のうちに存在している利益が刑法によって保護に値するという評価を受けたことを表しており、刑事立法者の立法政策的な価値判断に依存する属性的な価値概念である<sup>(2)</sup>。したがって、法益とは、まさに「社会的に価値あるものとして承認され、特に、刑法の特別な保護のもとに置かれた生活財<sup>(3)</sup>」ということができる。

### (2) 法益概念は新たな状況に直面している

このような法益概念、そしてそれを探究する法益論は、予防主義的傾向の強い現代の刑事立法によって、新たな状況に直面している。

以下では、先に考察した刑法の新たな様相に対応させながら、法益概念が直面している新たな状況を概観してみたい。

① 予備行為・陰謀行為の処罰の原則化が突き付ける課題 実行行為より前の予備行為・陰謀行為の処罰が原則化しつつあるということは、刑法が法益の侵害・危殆化の発生を待つことなく、その「前地」において、刑罰をもって行為を規制することを意味している。これは、まさに法益保護の早期

化の典型的現象の 1 つである。

こうした新たな刑事立法は、法益保護の早期化という表現が示すとおり、基本となる犯罪法律要件に該当する行為を早期に予防するために処罰の段階を前倒したものであり、これは、新たな保護法益を創設したのではなく、基本的犯罪法律要件の保護する具体的法益を侵害より前の「前地」において予防主義的に保護していると解することができる。<sup>(4)</sup>このような理解においても、基本犯罪法律要件の保護法益そのものは捕捉可能であるが、しかし、早期化された予備罪・陰謀罪は実害犯・具体的危険犯と解することができないので、危険の質量がきわめて稀薄な抽象的危険犯ないし単純行為犯（単純挙動犯あるいは純粹形式犯）とされてしまうのである。そして、それにもかかわらず、その行為の当罰性・要罰性が積極的に容認されてしまうのである。

現代刑事立法の特徴的な分野である情報刑法の分野でいえば、例えば、1999年8月の「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」（平成11年法律第128号）では、その目的を、コンピュータ・ネットワークによる情報通信・情報処理システムに係る「電気通信に関する秩序の維持を図り、もって高度情報通信社会の健全な発展に寄与すること」（1条）と規定し、不正アクセス行為そのものを処罰するだけでなく、アクセス制御機能に係る他人の識別符号（パスワード、ID など）の提供などの不正アクセス行為を助長する行為をも処罰している。<sup>(5)</sup>この点に関し、一方で、「法益とは、法的に保護された抽象的な社会秩序の価値と解することができ、それを維持することについて社会が利益を有し、その担い手として個人又は全体に帰属することができる価値である」とする法益概念を前提にし、この刑罰法規の保護法益は、<sup>(6)</sup>「電気通信秩序の維持」・「電気通信システムの健全な発展」であると解する立場がある。他方で、法益侵害の「前地」における刑罰法規は個人法益を保護しているが、その他の刑罰法規は普遍的法益（Universalrechtsgut）を保護しているとする法益概念を前提にし、この刑罰法規の保護法益は、<sup>(7)</sup>「電気通信システム及びそれへの社会的信頼」であると解する立場もある。しか

し、いずれの理解においても、そこで設定されている法益概念がきわめて一般的・抽象的なものであることは否定できない。

② 抽象的危険犯類型の多用化が突き付ける課題 抽象的危険犯の犯罪類型が多用されているということは、刑法が法益侵害や具体的危険という結果の発生を待つことなく、その「前地」において刑罰をもって行為を規制しようとすることを意味しており、これもまた、法益保護の早期化の典型的現象の1つということができる。

こうした新たな刑事立法は、放火罪などの従来 of 抽象的危険犯とは異なった性質を有している。従来 of 抽象的危険犯は、「捕捉可能な具体的法益に対する抽象的危険」を前提としていたのに対し、現代 of 刑事立法における抽象的危険犯は、「捕捉困難な抽象的法益に対する抽象的危険」を前提としている。すなわち、現代 of 刑事立法における抽象的危険犯 of 処罰は、部分システムの平和 of 侵害・危殆化を処罰することによって全体システムそのもの、あるいはその円滑な運用を保護・保全するという構造を有しており、全体システムという普遍的法益に対する抽象的危険を処罰しているのである。したがって、そこでは、保護法益 of 抽象化と危険 of 抽象化という二重 of 抽象化が生じているのである。

この点について、ある論者は、刑法は法益ではなく、「規範妥当」を保護しているという立場を前提にして、「規範妥当」は通常 of 理解における規範違反によって侵害することができるだけでなく、潜在的被害者の「規範信頼」を侵害することによっても侵害することができるのであり、しかも、「規範信頼」 of 侵害によってもたらされる「法的平和 of 攪乱」という不法は、「基幹規範への違反 of 不法との関係では常に部分不法にすぎない<sup>(8)</sup>」と解して、法益保護 of 早期化をもたらす多くの犯罪法律要件を正当化している。

③ 管理統制的刑罰法規 of 多用化が突き付ける課題 管理統制的な刑罰法規が多く制定されているということは、社会生活を管理統制する手段としての刑法 of 機能が肥大していることを意味し、まさに管理社会における刑法としての特徴が露わになっているといえる。

近代市民法における最も重要な特徴として、法が相互指向的な社会統制機能を果たしていることが語られる。すなわち、(刑)法は、国家権力によって社会成員の行動を統制するという第一次統制機能を果たすとともに、社会成員のために社会統制主体である国家を統制するという第二次統制機能を果たす<sup>(9)</sup>というのである。現代社会における管理統制的な刑罰法規は、一方で、国家権力によって社会成員の行動を統制するという刑法の第一次統制機能を肥大化させ、他方で、社会成員のために社会統制主体である国家を統制するという刑法の第二次統制機能を縮小させているといえる。

例えば、先に紹介した「環境教育等による環境保全の取組の推進に関する法律」では、不正手段による人材認定等事業の登録や、報告・資料提出の懈怠、及び虚偽報告・虚偽資料提出が処罰<sup>(10)</sup>されている。この処罰規定の保護法益について、これを、本法の目的規定(1条)がいう「現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保」と解するのは妥当ではないであろう。というのは、それでは単に立法理由を言い換えたにすぎず、あまりにも観念的で抽象的な法益だからである。そこで、この刑罰法規の保護法益は「環境の保全」であるが、この法益の保護を効果的に実現し、強化するために、基本犯罪法律要件が保護する「環境の保全」という法益を侵害結果の発生よりも早い「前地」段階で保護する必要があるのであり、そうした趣旨のもとに制定されたのがこのような事前予防型の刑罰法規であり、したがって、保護法益から遠い稀薄な危険を処罰する犯罪類型も正当化されるとする見解<sup>(11)</sup>が主張されることになるのである。他方、この刑罰法規における保護法益は、基本犯罪法律要件が意図した「環境の保全」という全体法益それ自体ではなく、全体法益の部分・断片である「環境保全活動等の継続的遂行及びそれへの社会的信頼」であり、全体法益の中の部分法益を保護していると解することも可能である。しかし、それよりもむしろ、環境保全活動等に係る「手続的システム」・「手続的システムへの社会的信頼」が保護法益であると解することも可能である。このように解された法益概念は、「立法理由」・「立法趣旨」よりは具体的にはなっているけれども、しかし、手続的システムに独自の存在

意義を認めるものである。それは、人間が創り出したシステムによって人間が自己疎外されてしまうという事態を招来するだけでなく、法益概念から体系批判的機能 (systemkritische Funktion) や体系内在的機能 (systemimmanente Funktion) を奪ってしまうことにもなる。<sup>(12)</sup>

④ 象徴的刑事立法の制定が突き付ける課題 上述したように、象徴的刑事立法とは、犯罪問題を有効に解決し、犯罪抑止目的を達成できることがあまり期待できない立法でありながら、立法者が、国内・国外の強い圧力を誠実に受け止め、迅速かつ断固として犯罪問題に対処しているという姿勢を象徴するにすぎない刑事立法のことをいう。論者の言葉を借りれば、「具体的な法益保護効果を発揮するものではなく、一定の価値への信仰や非難に値すると考えられる態度の拒絶を通じて、政治的・世界観的な集団の自己表現に役立つとされる」刑罰法規、あるいは、犯罪問題・社会問題の解決に「効果のないことが予想される法規ではあるが、それでもその法規により、望ましくない行為や状態に対処するために『何かが行われた』という印象を呼び起こすことによって、有権者を宥和させることだけを目的にしている」刑罰法規のことである。<sup>(13)</sup>

とはいっても、象徴的刑事立法か否かを判断するのは容易なことではない。しかも、刑事立法というのはいずれも、社会成員の規範意識・価値意識に訴える面があるし、立法者の刑事政策的な姿勢を表現する面もあるので、当該刑事立法が象徴的な刑事立法であると断定することは容易でないのである。たとえ当該刑事立法が象徴的刑事立法であると断定できたとしても、そのことをもって直ちに当該刑事立法は廃棄すべきであるということにはならない。重要なのは、当該刑事立法において法益関連性がどの程度確保されているかである。その点について、ある論者の言葉を借りれば、「その可罰性を、具体的行為の前地にまで広く拡大する規定、あるいは、単なる心情の表明を処罰する規定の場合には、法治国的観点からは、その許容性に相当疑問がありうる」<sup>(14)</sup> ことになる。

### (3) 事前予防型刑法における法益の概念とは

① 事前予防型刑法の台頭 現代社会における刑事立法は、実害・具体的危険が発生するより前に、行為のみを根拠にして刑事制裁を発動する事前処理の方式を基本とし、しかも、きわめて遠い抽象的危険を具備するにすぎない行為や、抽象的危険の発生よりも早い予備行為・陰謀行為を犯罪化していることに特徴がある。その限りで、現代の刑事立法は、犯罪行為の法益関連性を稀薄にし、あるいは法益関連性を喪失した刑事立法といえることができる。ここでは、個人法益への実害・具体的危険といった無価値な結果発生を軸とする結果無価値ではなく、システムの安定、システムの平和といった一般的法益に対する抽象的危険がその処罰を根拠づけているのである。

② 事前予防型刑法の論拠 こうした予防主義的な性格を露わにした事前予防型刑法は、次のような論理に依拠することができるかもしれない。すなわち、法「規範による人間行動のコントロールということから離れては法益保護は実現できない」のであり、「刑法が法益を保護するための手段は、一定の行為を禁止する規範または法益の保全のために一定の行為を命令する規範を国民に向けて明示し、その違反に対して刑罰を科すことによって規範の効力を維持し、人々を規範にしたがった行動へと導くこと」、すなわち、「行為規範を通じての行動コントロール以外ではありえない」と論述するのが、<sup>(15)</sup>それである。

この論理においては、法益保護思想を基礎とする法益侵害原理ではなく、行為規範思想を基礎とする規範違反原理が前提となっており、かつ行為準則からの逸脱が重視されているため、法益関連性が稀薄になってしまう危険がある。そのため、法益の侵害・危殆化という結果無価値の側面よりも、行為規範の妥当性の侵害や行為準則からの逸脱という行為無価値の側面が重要とされることになる。しかも、その場合に、行為規範・行為準則を、法益保護のための手段・機構としての地位から解放してしまうならば、行為規範・行為準則それ自体が独自の意義と価値をもった存在として君臨することを認めてしまうことになる。それは、結局のところ、行為規範・行為準則への違反

のみを根拠に行為を処罰する刑法の出現を容認してしまうことになるのであり、まさに「事前予防型刑法」が猛威を振るう「予防主義的刑法時代の到来」を告げることになる。

事前予防型刑法においては、法益概念が抽象化・稀薄化しているにとどまらず、法益概念そのものの存在さえも浸蝕されている。ここでは、法益の侵害・危殆化ではなく、行為規範・行為準則への違反のみで犯罪の成立が肯定されるため、法益概念は無用な存在と化し、法益論は歴史的な「遺物」とされてしまいかねない。それは、刑法解釈学において、法益概念がこれまで果たしてきた機能、例えば、刑事立法を制約する機能、犯罪の成立範囲を明確にして限定する機能、刑法解釈に明確な規準を提供する機能などを喪失することを意味し、法益概念がその存在意義を喪失してしまうことを意味するのであり、まさに法益概念の危機 (Die Krise des Rechtsgutsbegriffs) <sup>(16)</sup> といえる状況なのである。

- (1) 内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年・有斐閣) 51頁、大谷實『刑法講義総論』(新版第4版) (2012年・成文堂) 7頁参照。
- (2) 詳細については、関哲夫『講義刑法総論』(2015年・成文堂) 15頁以下参照。
- (3) Schönke/Schröder/Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, Rn. 9 vor §§13 ff. 参照。
- (4) F-Ch. Schröder, Die Starftaten gegen das Strafrecht, 1985, S. 11 f. 参照。
- (5) 不正アクセス行為の処罰は「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」(1999年・平成11年法律第128号) 3条・11条の定める罪であり、法定刑は3年以下の懲役又は100万円以下の罰金、不正アクセス行為を助長する行為の処罰は同法5条・13条の定める罪であり、法定刑は30万円以下の罰金である。ドイツ刑法における例をあげれば、「データ探索」(刑法202条a)の罪がある。ちなみに、他人のコンピュータの情報データを改竄・消去する行為や、コンピュータ・ウイルスに感染させて情報データを損壊する行為そのものは、刑法において電磁的記録不正作出罪(161条の2)及び電子計算機損壊等業務妨害罪(234条の2)として処罰される。
- (6) H.-H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 257 f. 参照。
- (7) W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, S. 275, H.-H. Jescheck/T. Weigend, Anm. 6, S. 259. 参照。

- (8) G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW. Bd. 97, 1985, S. 775, S. 779, G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, S. 16 ff. 周知のように、ヤコブス氏は、国民の規範遵守意識の維持・強化を志向する積極的一般予防論を主張し、刑罰賦課による積極的な予防効果を期待している。また、ギュンター・ヤコブス／川口浩一＝飯島暢訳『法益保護によって刑法は正当化できるか?』(2015年・関西大学出版部)も参照。
- (9) 平野龍一『刑法の基礎』(1966年・東大出版会) 93頁以下、内藤謙・前注 1 文献・14頁、44頁参照。
- (10) 「環境教育等による環境保全の取組の促進に関する法律」(2003年・平成15年法律第130号) 11条 1 項・26条 1 号、12条・26条 2 号の定める罪であり、法定刑は30万円以下の罰金である。なお、人材認定等事業の廃止届出の懈怠や、未登録人材認定等事業者の誤表示も10万円以下の過料に処せられる(11条 7 項・13条・28条)。
- (11) F-Ch. Schröder, Anm. 4, S. 11 f. 参照。
- (12) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』(2002年・信山社) 35頁以下参照。もっと大胆に、これらの処罰規定には捕捉可能な保護法益は存在しないのであり、法規範が創設した義務に違反する義務違反犯罪であるにすぎないとか、あるいは、例えば、環境や遺伝子工学の問題の場合、生命関連性それ自体を「将来に関係した行為規範」として保護し、関係者個人の現実的な利益に還元しないで刑罰的に保護するのである(Stratenwerth, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, ZStW 105, 1993, S. 688 ff.) と解することも可能であるが、それだと、刑罰法規の法益関連性を放棄してしまうことになる。
- (13) Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 3. Aufl., 1997, S. 19 参照。
- (14) Roxin, Anm. 13, S. 19 参照。なお、Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, S. 25 ff. も参照。
- (15) 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年・成文堂) 8 頁、9～10頁。なお、刑法は「必要かつ重要な生活利益を保護するためのものである」と解しながら、「当該行為に対する国家の否定的な評価を内容とする規範的評価を明らかにすることによって(刑法規範の規制機能)、これを保護しようとする」と解する見解(野村稔『刑法総論』(補訂版)(1998年・成文堂) 154頁)も同旨と考えられる。
- (16) H. Matt/J. Renzikowski, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2013, S. 3 参照。

## 6 法益概念は新たな課題に晒されている

危険社会といわれる現代社会における予防主義的な事前予防型刑法は、む



しる「危険刑法」と呼ぶのが相応しいのかもしれない。そのような刑法において、法益概念が晒されている新たな課題をいくつか指摘しておきたい。

### (1) 法益概念は捕捉可能か

19世紀における刑法学の中心的な課題は、すべての犯罪に共通する実質的な不法中核を摘出し、それによって、刑事立法者に立法内容・立法範囲の枠組みをはめ、制限することであつた。<sup>(1)</sup>この課題に応えたのが法益概念であり、法益概念を探究する研究領域として法益論を発展させたのである。そして、当時、法益概念は、立法者の立法活動を制約する体系批判的機能と、法解釈者（裁判官）の解釈・適用を制約する体系内在的機能とを有するとされたが、これら2つの機能を十全に果たすためには、法益概念は当然に捕捉可能でなければならないのである。

法益概念の捕捉可能性は、学説において、具体的な2つの志向として発現している。

① 抽象的・理念的法益の拒絶 第一の志向は、抽象的・理念的な法益概念の拒絶である。具体的には、刑法と道徳・倫理との峻別を前提にして、単なる道徳違反・倫理違反を刑法から排除しようとするものである。例えば、国家的道義、社会倫理等の純粋な道徳・倫理の維持を刑法の任務とすることは、法益の侵害がないところに刑法を用いるもので、「刑法に対する過大な要求であるだけでなく、自己の価値観ないし自己の好む『人間像』を、法の名のもとに他人に強制することにもなりかねない」として、純粋な道徳・倫理を法益概念から排除し、それらを法益に包含することを拒絶するのである。<sup>(2)</sup>

② 個人法益への還元 第二の志向は、先の第一の志向と関連するが、個人法益への還元である。すなわち、国家主義的価値観から個人主義的価値観へと転換した現在の日本の社会にあって、現行日本国憲法の基本原理や基本構造のもとで刑法が優先的に保護すべきは、個人の尊厳の基盤である生命・身体・自由・名誉・財産などの個人法益であり、社会法益・国家法益

も、個人を超えた自己目的の存在としてではなく、個人の生命・身体・自由・名誉・財産などの個々人の利益の総合・集合体、あるいは、それらを保護する機構として保護されるとみるべきであると論じ、あらゆる法益をできる限り個人法益に還元して把握しようという志向である。現に、刑法各論の多くの基本書は、各犯罪を個人法益に対する罪、社会法益に対する罪、そして国家法益に対する罪の3つに分け、刑法典における条文配列にこだわることなく、個人法益に対する罪から論じている。

しかし、近時、こうした法益概念の捕捉可能性に疑問を提起する見解が主張されている。これまでも、法益概念を捕捉可能な具体的対象に限定することなく、抽象的・理念的な法益概念を主張する見解は存在していた。例えば、法益とは「人間の態度によって変更され、それゆえ、刑法の規制によってもそうした変更から保護することができる価値ある状態」であるが、思惟によってのみ理解可能な抽象的なカテゴリー・価値群であるため、捕捉可能なものではないとする状態説 (Zustandstheorie)<sup>(4)</sup> や、法益とは「憲法に適合した我々の社会にとって、したがって、憲法に適合した個々の市民の地位と自由にとっても、放棄できないがゆえに、価値のある機能統一体 (Funktionseinheit)」であり、「社会における市民の円滑な共同生活の前提条件もまた、何らかの状態、すなわち静的なものではなく、生ける機能統一体」であると<sup>(5)</sup>する機能主義的法益概念がそれである。

さらに、近時の主張の中には、法益はきわめて観念的・理念的な価値であるがゆえに侵害することができないと解して、法益概念を理念的な価値概念として貫徹する見解さえも見られる。例えば、「法益は、理念的な価値として、もともと行為者の攻撃から免れているのであり、それは、確かに無視され、行為客体の形態において攻撃されることもあるが、しかし、実際には『侵害』されることはないのである。」と<sup>(6)</sup>論述するのがそれである。

ただ、現在の学説においても、法益は理念的な価値であるがゆえに侵害することができないとする見解は多数となっておらず、法益概念は観念的・抽象的ではあるけれども捕捉可能であり、侵害することが可能であるとする見

解が支配的である。例えば、「法益は、具体的な攻撃対象のうち具体化された観念的な財であり、それは、まさに各個別の行為客体を害することを通じてのみ侵害可能なのである<sup>(7)</sup>」と論述し、また、「侵害または危殆化から法益を保護することに刑法の任務を看取するときには、観念的な価値として不可侵とされる法益を前提とするのは矛盾である<sup>(8)</sup>。」と論述するのがそれである。これは、刑法の重要な社会的機能として法益の保護があり、法益概念は、刑法解釈学において重要な機能を果たしていることを認めることにほかならず、その意味で、法益概念は、現実の社会生活の中に事実的基盤を有し、知覚可能で捕捉可能であるとともに、因果的に変更可能な実体であると解<sup>(9)</sup>されているのである。

法益概念が多様な形式で定義されている現状からも明らかなように、法益概念に抽象的・観念的で曖昧な点があるのは避けられない。そのため、法益概念に対して、個々の事案において犯罪の成立範囲を明確に限界づける給付能力を期待するのは、過剰な期待かもしれない。それでもなお、法益概念の原理的な給付能力には疑問の余地はないのであり、むしろ、法益概念の給付能力は、法益原理が国家刑罰権の限界を明らかにし、それを合理的に解決<sup>(10)</sup>できることによって証明されるのである。

## (2) 法益概念は体系批判的機能を有するか

① 体系内在的機能・体系批判的機能 法益概念は、従来、刑法上の各犯罪法律要件を解釈する際に、合理的で給付能力のある解釈指針を提供する体系内在的機能を有しているだけでなく、刑事立法者が立法行為を行う際に、合理的な立法指針を提供する体系批判的機能をも有していると解されてきた。前者は実定刑罰法規制定後における法益概念の法解釈・法適用における法益概念の機能であるのに対し、後者は実定刑罰法規制定前における法益概念の機能である。

法益概念がこうした体系内在的機能とともに体系批判的機能を果たすことができるのは、法益概念が犯罪法律要件の基礎に存在し、刑法上の命令・禁

令すべての実質的な中核となっており、それが命令・禁令の連結点となっているからであるし、また、「保護に値する法益が存在しなければ、犯罪化する事は許されない」という法益原理を刑事立法者は尊重しなければならぬ(11)と考えられていたからである(12)。

② 体系批判的機能への疑問　しかし、近時、危険社会における新たな刑事立法を前にして、法益概念の機能、特にその体系批判的機能に対して疑問が提起されている。これまでも、実質的・自由主義的法益論に対抗して主張された方法論的・目的論的法益論は、すべての犯罪に妥当する内容のある法益概念を設定するのは不可能であるとして、実質的・実体的法益概念を放棄し、刑罰法規の解釈における方法論上の機能だけを法益概念に求めたが、この見解においては、法益概念は一定の実質的・実体的な意味内容を喪失した内容空虚な形式的概念となり、個々の刑罰法規の規範目的、立法目的、あるいは意味・目的思想の略語と把握されることになるのである。ここでは、法益概念はかろうじて維持されているけれども、方法論的・目的論的機能を中心として、わずかに体系内在的機能を果たしているにすぎない。

近時、この方法論的・目的論的法益論の考え方を引き継ぐ論者がいるのである。例えば、ある論者は、次のように主張する。法益概念を明確にする努力はこれまで成功してこなかった、法益保護思想を「社会における個人の存在条件や発展条件(14)、あるいは「他人の外的自由の特別な条件(15)」に限定することは、あらゆる人間集団が、文化的に刻印された多種多様な態度規範を承認し、使用していることを軽視するものである、これらの態度規範においては、いずれにしても捕捉可能な法益は問題となっておらず、それゆえ、「一定の法益を何も保護しない刑罰法規は不当であるというドグマは維持できない」し、法益を実質的に定義して、すべてを統括しようようにすることなどおよそ不可能なのであり、特に現代的な規制素材、例えば「環境」の場合には、法益を観念することはできないと論述するのがそれである(16)。

### (3) 法益概念は人間中心的概念か

① 人間中心の法益概念 法益概念が人間の生命・身体・自由・財産等との関連性を有していることは、従来、学説においては、暗黙の前提となっていた。個人法益はまさに個人の生命・身体・自由・財産等を内容とするものであるし、また、社会法益や国家法益は、それらを超個人的な法益と理解するとしても、結局は、人間の生命・身体・自由・財産等の利益と関連し、あるいは人間の保護に還元しうるものが暗黙の前提となっていたのである。その意味で、従来の法益概念は、「人間中心的法益概念 (anthropozentrischer Rechtsgutsbegriff)」であることが当然の前提となっていたといえる。それは、法益とは、「秩序ある人間の共同生活にとって不可欠な、<sup>(17)</sup> 刑法的に保護された価値、制度及び状態」と定義する見解にも妥当するものである。

② 環境刑法における法益概念 この点は、環境刑法の分野においても同様である。<sup>(18)</sup> というのは、従来の公害犯罪刑法においては、「公害等の深刻な環境汚染から個人の生命・身体・健康を保護すること」が中心課題であったからである。深刻化する環境汚染、公害問題への対策が緊急の課題であった1960年代後半において、1968年制定の「大気汚染防止法」(昭和43年法律第97号)は、本法の目的として、大気の汚染に関し、「国民の健康を保護」し、「生活環境を保全」すること、及び、「被害者の保護を図る」こと(1条)を定めていた。また、1970年制定の「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」(昭和45年法律第142号)は、本法の目的として、「事業活動に伴って人の健康に係る公害を生じさせる行為等を処罰する」ことにより、「人の健康に係る公害の防止に資する」こと(1条)を定めていた。つまり、公害犯罪刑法においては、被害者である個人の生命・身体・健康が具体的な法益として想定することが容易だったのである。

③ 公害犯罪刑法から環境刑法へ しかし、近時、公害犯罪刑法から環境刑法への質的転換に伴って、人間中心的法益概念に疑問が投げかけられている。環境刑法、例えば、1970年制定の「廃棄物の処理及び清掃に関する法

律」(昭和45年法律第137号)は、本法の目的として、「生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図る」こと(1条)を定めているし、1993年制定の「環境基本法」(平成5年法律第91号)は、罰則規定はないが、本法の目的として、「環境の保全に関する施策を総合的かつ計画的に推進し、もって現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保に寄与」し、「人類の福祉に貢献する」こと(1条)、及び、「地球環境の保全」(2条)を明定している。つまり、環境刑法においては、個人法益というよりも、「生活環境の保全」、「地球環境の保全」<sup>(19)</sup>そのものが中心課題となっているのである。そこにおいては、行為自体は環境への軽微な負荷を負わせるにすぎない行為であるが、それらが累積的・連鎖的に作用すると、広範な地域に、回復不可能で重大な自然環境の破壊をもたらし、現在だけでなく将来の人々にも深刻な影響を与える行為であることが意識されており、いわば世界規模・地球規模の環境問題に対して、早い段階で積極的に刑法的介入を行うべきことが承認されているのである。

このような公害犯罪刑法から環境刑法への質的転換は、新たな法益概念をもたらしている。それは、自然環境・生活環境それ自体が保護に値する価値をもっているがゆえに、その存在そのものが保護法益であるとするもので、生態学的法益概念(ökologischer Rechtsgutsbegriff)といわれる。ここでは、人間は、自然環境・生活環境と対峙する存在ではなく、自然環境・生活環境の一部としてそれに包摂された構成部分にすぎず、意識的にせよ無意識的にせよ、きわめて多くの局面において人間以外の存在によって支えられ、かつ、人間以外の存在を支えているのであり、人間は自然環境・生活環境<sup>(20)</sup>という全体システムの一部として機能していると考えるのである。

しかし、人間主義的法益概念も生態学的法益概念も、いずれも極端にすぎるといって、現在では、自然環境はやはり人間の存在と強く結びついており、それらの変動は最終的には人間の生活環境に影響を与えるがゆえに、それ自体として保護に値する価値をもっているとする生態学的・人間中心的法益概念(ökologisch-anthropozentrischer Rechtsgutsbegriff)を支持す

<sup>(21)</sup>  
 見る見解が有力である。

- (1) Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in : Festschrift für R. M. Honig, 1970, S. 152 参照。
- (2) 平野龍一『刑法総論 I』(1972年・有斐閣) 44頁、Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl., 1997, S. 16、Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, S. 19 f. も参照。
- (3) 内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年・有斐閣) 51～53頁参照。
- (4) H. Jäger, Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, S. 13 ff.
- (5) Rudolphi, Anm. 1, S. 163 f.、Rudolphi, in : Rudolphi/Horn/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1983, S. 4 f. 参照。
- (6) 例えば、H.-H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 260、Schönke/Schröder/Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, vor §§13 ff. Rn. 9、内田文昭『刑法概要上巻』(1995年・青林書院) 34頁参照。
- (7) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl., 1997, S. 23、伊東研祐『法益概念史研究』(1984年・成文堂) 414頁参照。
- (8) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, S. 34.
- (9) 伊東研祐・前注 7 文献・414頁、甲斐克則「法益論の基本的視座」大塚仁ほか編『海事法の諸問題——伊藤寧先生退職記念論集——』(1985年・中央法規出版) 95頁、嘉門優「法益論の現代的意義(1)——環境刑法を素材にして——」大阪市立大学・法学雑誌50巻4号(2004年) 101頁参照。
- (10) Roxin, Anm. 7, S. 18 参照。
- (11) Schönke/Schröder/Lenckner, Anm. 6, vor §§13 ff. Rn. 9、Roxin, Anm. 7, S. 11 ff. 参照。
- (12) この体系批判的機能については、従来、憲法(基本法)をも拘束する「自然権的な原則」と解するのが支配的だったが、近時、「憲法的法益概念」が提唱され、体系批判的機能も憲法から派生してくる機能であると解する見解が主張されている。例えば、ドイツでは、Merkel, Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus, 1994, S. 297 f.、Roxin, Anm. 7, S. 15 が、日本では、内藤謙・前注 3 文献・51頁が代表的な論者である。
- (13) R. Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Teil 1, 1919, S. 92 ff.、Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926, S. 10 ff.、E. Schwinge,

- Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, 1930, S. 7 ff. 参照。
- (14) 例えば、Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, S. 74 f.
- (15) Köler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 20, S. 33.
- (16) Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2000, S. 34 ff.、Stratenwerth, Zum Begriff des “Rechtsgutes”, in : Festschrift für T. Lenckner, 1998, S. 377 ff.
- (17) Kienapfel, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1984, S. 39.
- (18) 環境刑法の分野（ドイツ刑法324条以下）において、「人間中心的法益概念」を主張するのは、W. Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in : Scholler/Philipps (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, S. 85 ff.、O. Hohmann, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, GA 1992, S. 76 ff. この点の議論については、伊東研祐『環境刑法研究序説』（2003年・成文堂）23頁以下参照。
- (19) 近時の環境刑法の傾向といえる。例えば、1992年の「絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律」（平成4年法律第75号）や、2003年の「環境教育等による環境保全の取組の促進に関する法律」（平成15年法律第130号）でも、「自然環境の保全」・「地球環境の保全」が明示されている。
- (20) 例えば、1973年の「都市緑地法」（昭和48年法律第72号）では、都市計画区域内の緑地で風致又は景観が優れている特別緑地保全地区内において、土石の採取、鉱物の掘採等を禁じ（14条）、違反行為を処罰している（76条）。この場合、生態学的法益概念においては、特別緑地保全地区の風致及び景観そのものが保護法益ということになる。
- (21) Bloy, Umweltstrafrecht : Geschichte-Dogmatik-Zukunftsperspektiven, JuS 1997, S. 579 f.、Roxin, Anm. 7, S. 18 f.、Frisch, Grundlinien und Kernprobleme des deutschen Umweltstrafrechts, 2000, S. 378、町野朔編『環境刑法の総合的研究』（2003年・信山社）7頁〔町野朔〕など参照。

## 7 おわりに——法益概念のジレンマ——

一方で、厳格な実質的・実体的法益概念を堅持して、法益概念に体系批判的機能とともに体系内在的機能をも持たせようとする、法益概念では捕捉



しきれない別の枠組み（例えば、「価値」・「規範」・「規範妥当」・「行為倫理」などの枠組み）を用意しなければならなくなる。しかし、そうなると、犯罪の認定において、法益保護思想を基礎とする法益侵害原理ではなく、行為規範思想を基礎とする規範違反原理が重視されることになるので、法益関連性を消失した刑罰法規を広く認めることになってしまう。

逆に、厳格な実質的・実体的法益概念を断念して、法益概念に方法論的・目的論的機能や体系内在的機能のみを持たせようとする、法益概念がきわめて一般的・抽象的なものとなってしまう。しかし、そうなると、普遍的法益（例えば、全体社会の安定、全体システムの平和・安定など）や中間法益（例えば、部分社会の安定、部分システム及びそれへの社会的信頼など）を保護する傾向が強まってしまうので、法益保護思想を基礎とする法益侵害原理は維持されてはいるが、きわめて給付能力のない法益概念を保護する刑罰法規を広く認めることになってしまう。

法益の概念に認められるこうしたジレンマは、必然的に、法益論においても存在するジレンマでもある。というのは、ある刑罰法規を解釈するにあたって、法益保護思想を堅持して法益概念を維持しようとするのか、それとも、法益保護思想を断念し法益概念に代わる概念道具を用意するのが不可避的に問われるからであり、また、法益保護思想を堅持して法益概念を維持しようとするときには、さらに、一般的・抽象的な法益概念で満足するのか、それとも、実質的・実体的な法益概念を探究するのが必然的に問われるからである。

これらの問いを前にして自らの立場決定をするには、法益概念に関するジレンマの間を「綱渡り」しなければならないのである。

#### [註記]

本稿は、2006年(平成18年)6月12日(火)、中国吉林大学において行った講演原稿がもとになっているが、その後の新たな立法等も入れるなどの加筆を行っている。