

今日の日本刑法学とその課題¹⁾

松 宮 孝 明

1. はじめに

本稿では、今日の日本の刑法学、とりわけ刑法における犯罪の構造を論じる犯罪論（犯罪学（Kriminologie）ではなくて犯罪論（Lehre vom Verbrechen））の現状と課題について、簡単な検討を行いたい。今日、中国や韓国では、明治維新以降の日本が影響を受けた欧米諸国、とりわけドイツの刑法学を直接に学んでいる研究者が増えつつある。そこで聞かれることは、同じようにドイツの刑法学を学びながら、日本の刑法学ではドイツで問題とされているようなテーマや理論が、必ずしも議論されていない、さらには十分に理解されていないということである。実は、2000年11月にドイツのパンベルクで開催されたフンボルト財団主催のシンポジウムの帰り道で、韓国の金日秀（Kim Il Su）教授から、そのような話を伺ったことがある。具体的には、真正身分犯や不真正不作為犯などの正犯および帰属の原理を説明する、クラウス・ロクシンなどが提唱した「義務犯」（Pflichtdelikt）という考え方である。金教授によれば、日本の文献では、この「義務犯」という考え方がほとんど論じられていないというのである²⁾。同じような感想を持っている研究者は、中国本土や台湾にもいるように思われる。

もちろん、ドイツと同じような議論がないといっても、その原因が、日独の法状況の違いのために同じような議論をする必要がないことにあるのであれば、それを取り立てて問題とする必要はないであろう。実際、日本

には、そのように主張する刑法学者もいる。しかし、問題は、それが本当に日独の法状況の違いに由来するものなのかどうかにある。筆者には、そのような違いに由来する部分もあるけれども、むしろ、それは日本の刑法学の議論がドイツほどには厳密に展開されていないからではないかと思われるのである。先の「義務犯」もそうであるが、そのような疑いを抱かせる状況証拠がいくつかある。そこで、以下では、とくに「行為」(Handlung)と「結果」(Erfolg)との関係、および「規範違反」(Normverbrechen)の定義、刑法上重要な結果の帰属に関する「因果主義」(Kausalismus)と「規範主義」(Normativismus)の考え方の違いに焦点を当てて、日本刑法学の問題点と課題を明らかにしたいと思う。

2. 「行為」と「結果」の切り離し

日本の刑法に関する文献を読むと、「行為無価値(論)」と「結果無価値(論)」という言葉がよく出てくる。「行為無価値」または「行為反価値」(Handlungsunwert)と「結果無価値」または「結果反価値」(Erfolgsunwert)という言葉は、ほとんどの専門用語がそうであるようにドイツに由来するものであるが、日本では、これに「論」(Lehre)という言葉が付着して刑法学界を二分する「学派の争い」(Schulstreit)の観を呈している。その結果、刑法を初めて学ぶ者さえも、何も知らないうちから、「行為無価値論」の教科書を選ぶか「結果無価値論」の教科書を選ぶかの決断を迫られるのである。

周知のように、この「行為無価値」と「結果無価値」という対概念は、1930年代に、ハンス・ヴェルツェルによって作られたものである。そこでは、彼は、従来の行為概念(Handlungsbegriff)を因果的ないし盲目的であると批判し、これに代えて「目的的行為概念」(finaler Handlungsbegriff)を提唱した。簡単に言えば、「人を殺した」という殺人行為は、伝統的な定義では他人の死亡が行為者の意思活動を原因とするものである

ということの意味するが、目的的行為概念では「人を殺そう」という目的性（Finalität）に導かれた身体運動が「殺人行為」であるというのである。したがって、他人の死亡という結果は「殺人行為」を原因とはするけれども、「行為」自体からは切り離された偶然の産物にすぎないことになる。そして、このように切り離された「行為」と「結果」について、それらが否定的な評価に値することを表現したものが、「行為無価値」と「結果無価値」という言葉なのである。さらに、この方向を突き詰めて、「結果」は不法（Unrecht）の構成要素ではなく既遂としての処罰条件にすぎないとしたのは、ヴェルツェルの後を継いだアルミン・カウフマンであった。ここでは、「結果無価値」は、不法論の中でその独自の地位を失ってしまったのである。つまり、「殺人行為」を特徴づけるのは、現実の「殺人結果」ではなく、行為者の頭の中で先取りされた「殺人結果」つまり「殺人目的」なのだということである。

しかし、それまでの考え方は、「結果」を「行為」から切り離して理解するものではなかった。むしろ、「殺人行為」は現に起きた「殺人結果」と、その原因となった人の態度の総体であって、そこでは、「行為」は「現実の結果」によって定義されていたのである。これと比較すれば、ヴェルツェル以降の考え方は、「結果」を「行為」から切り離し、両者を対立させる考え方であったといってよいであろう。

日本の「行為無価値論」は、基本的には、ヴェルツェルのこの構想（Konzept）を出発点にしている。そこでは、殺人罪の「構成要件該当行為」は「殺人結果」から切り離され、そして「殺人結果」は、「行為」を原因とはするが、文字通りの「結果」として把握される。その際、「因果関係」は、「結果」を生ずる現実的危険性をもった行為すなわち「実行行為」（Ausführung）と「結果」を媒介するものとして理解される。不法の中心を成すのは、この「実行行為」の不法性すなわち「行為無価値」であり、その際、「結果」の発生という「結果無価値」は、せいぜいのところ、処罰範囲の限定と応報の要請を反映した付加的要素にすぎないとされるの

である³⁾。その理論的帰結は、次のようなものである。すなわち、「殺人行為」の不法性は、他人が殺される前に、すでにほとんど実現されており、「結果」に関する不法に残されるのは、せいぜい、既遂としての処罰範囲の限定と応報の要請に由来するわずかなものにしかすぎない、と。我々の社会で最も重視される「結果」が、この構想ではほとんど無視されるのである。そして、何よりもこの構想の最大の矛盾は、他人が殺される前に、すでに「汝、殺すなかれ」という規範の違反が認められてしまうということにある。

この点では、他方の「結果無価値論」の陣営も、「行為」と「結果」の切り離しに伴う矛盾を免れていない。たとえば、因果関係は単なる条件関係ではなく相当因果関係でなければならないとするのが日本の通説であるが、この陣営の幾人かの論者は、この相当因果関係の必要性を刑法の一般予防機能、それも抑止=威嚇という意味での消極的一般予防に求めるのである⁴⁾。しかし、このような考え方に対しては、「予防」を刑罰による威嚇を手段とする以後の犯罪の予防という意味に解した場合には、それを思いとどまらせることが刑法の任務なのであるから、結果の発生を待つて犯罪を成立させる「結果犯」というもの自体が無意味となり、刑罰は、あくまで、事前に行為の時点で⁵⁾、行為を思いとどまらせるように⁶⁾ 働くものでなければならないはずだという批判が可能となる。

このように考えると、消極的一般予防に最も適しているのは、現実の結果の発生を行為不法の根拠とする「結果無価値論」の考え方ではなくて、「行為無価値」を中心とするアルミン・カウフマン流の規範論だということになってしまうであろう⁷⁾。そこでは、「結果を起こすな」という規範は前倒しされ、「結果を起こす相当な条件⁸⁾」を設定するな」というものに変形されるのである。

けれども、この規範は、行為者が結果惹起にとって相当な条件を設定すればそのときに、つまり結果が発生する前に、パーフェクトに破られるのである。つまり、先に「行為無価値論」の矛盾として指摘したように、こ

の構想でも、「結果」が起きる前に、「結果犯」の前提となる規範が破られるということなのである。これでは、「結果」は、もはや、不法の構成要素どころか、客観的処罰条件としても意味をもたないことになってしまう。したがって、相当因果関係のような「現に発生した結果」の帰属条件を「予防」で説明することなど、まったく無意味なことになってしまうであろう⁹⁾。それどころか、行為の不法にとっては、因果関係など、そもそも不必要なものだということになりかねない。

さらに、その結果として、日本刑法261条の器物損壊罪¹⁰⁾のような未遂処罰規定のない罰則は、無意味なものになってしまうであろう。なぜなら、これらの構想に従って、刑法が人々に器物を損壊しないための事前の行為規範を呈示すべきなら¹¹⁾、あるいは、「一般の国民による犯罪の遂行を抑止すること」を目標とすべきなら¹²⁾、刑法261条は「他人の物を損壊する相当な危険を設定する者は3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料に処する。」と書き改められるべきだからである。その際、仮に「損壊結果」の発生が必要とされるとしても、それは、刑事司法にとって過剰な処罰を避ける¹³⁾という「犯罪論に内在しない」政策的な要請を根拠とするしかないということになってしまうであろう。

3. ふたつの「予防」

「行為無価値論」も「結果無価値論」も、現実の結果の発生を不法の本質的な要素としなくなるために「因果関係」という結果帰属要素が無意味なものになってしまう！このような矛盾は、何故、生じたのであるか。その理由の第一は、先ほどから示唆していることなのであるが、「行為」概念から「結果」を追い出したことにある。「殺人行為」は「現に人を殺した行為」であり「器物損壊行為」は「現に他人の器物を損壊した行為」であること、つまり、それぞれの行為者に「殺人結果」や「器物損壊結果」が客観的に帰属された結果として存在するものであることを忘れて、

「現に発生した結果」を「行為」から切り離したために、「殺人結果」が発生する前に「殺人禁止規範」が破られたとか、「器物損壊結果」が発生する前に「器物損壊禁止規範」が破られたとかいった「錯覚」が生じたのである。この「錯覚」を防ぐためには、「行為」というのは、刑法において問題となる「結果」これは、未遂状態を含む犯罪的出来事を意味する客観的な「犯行」(Tat)という広い意味での「結果」である¹⁴⁾ が行為者に帰属されたことそのものであるといった、ヘーゲル学派以来の伝統的な「行為概念」に立ち返る必要がある¹⁵⁾。

しかし、同時に見過ごしてはならないことは、刑罰の目的ないし刑法の機能を、行為者ないし一般の人々の将来の犯罪行動の予防に求める「行動統制的な予防論」が、先のような思考の背景にあることである。

「予防」(Prävention)という言葉は、実は、二つの異なった意味で用いられている。第一は、今述べた、現に罪を犯し刑を受ける者自身や社会の中の潜在的犯罪者の、以後の犯罪行動を予防するという「行動統制的な予防」という意味である。その方法には、恐怖心を利用した「威嚇」や損得勘定を利用した「心理強制」という、主として一般予防で語られる方法もあるし、刑による犯罪者の改善・矯正という、特別予防で語られる方法もある。

刑罰を正当化するのはこのような「行動統制的な予防」のみであるという考え方に囚われると、犯罪論もまた、犯罪結果の発生前に行為者の心理に働きかける事前予防的な刑法観を前提にして、「結果の発生自体は偶然であり、大事なのは、結果発生前に結果を発生させないように行動規範を明示することだ」という考えに至る。その結果、「あなたがたも聞いているとおり、『姦淫するな』と命じられている。しかし、わたしは言うておく。みだらな思いで他人の妻を見る者はだれでも、既に心の中でその女を犯したのである¹⁶⁾。」という聖書のイエスの言葉に世俗の刑法も従わなければならないという観念に囚われることになるのである。しかし、現代の世俗の刑法は、ある人物の挙動が「少なくとも危険の印象を一般に与える

迄は介入しないのが原則¹⁷⁾」である。これは、「犯罪」には、規範を否定するメッセージが行為を通じて社会に発信されたという 広い意味での「結果」が不可欠だということ意味する。つまり、繰り返しになるが、「規範違反」には「結果」が必要なのである。

これに対して、刑罰目的に関する第二の考え方は、最近まで主として「積極的一般予防」(positive Generalprävention)として語られてきたもので、現実のまたは潜在的な犯罪者の以後の犯罪を予防するというのではなく、社会の規範を安定させてその規範的アイデンティティー (Identität) を維持することを「予防」と呼ぶものである¹⁸⁾。この場合の「予防」は、法の否定としての犯罪を刑罰で否定するというヘーゲル流の「応報」に近いものになる。しかし、これは、これまで考えられてきた「応報刑論」がそうであったような「絶対的」刑罰論ではない。というのも、この理論では、刑罰の正当化根拠は、やはり、「応報」そのものではなく、「社会の規範的アイデンティティーの維持」という目的にあるからである。その限りで、これもなお「相対的」刑罰論と呼ぶべきものなのである¹⁹⁾。そして、このような「予防」の捉え方こそが、刑罰権の発動に「結果」の発生とその帰属を要求し、客観主義を基調とする近代刑法の犯罪論の考え方と最もよく調和するのである。

このように、刑罰の目的として「行動統制的な予防」を否定して「社会の規範的アイデンティティーの維持」という「積極的一般予防」の考え方を基礎にした犯罪論を提唱することに対しては、刑罰および刑法は犯罪行動の予防のためにこそあるのではないかとする批判が予想される。しかし、近年の欧米の考え方および日本の一部の学説では、このような伝統的な予防論は時代遅れのものとなりつつある。周知のように、1960年代までは、刑務所などの処遇の現場では「社会復帰」を内容とする特別予防論が隆盛であった。ところが、刑務所で犯罪者を改善できるとする社会復帰刑の結果は、とりわけ欧米では、刑期の長期化と刑務所の「過剰収容」、刑務所でのトラブルの多発、そして、刑務所暴動であった。つまり、刑務所内

での処遇を内容とする刑罰は、犯罪者を矯正も改善もせず、むしろ、刑務所を巡る矛盾を増大させただけだったのである。それ以降、ドイツやフランスなどのヨーロッパ諸国では、ディヴァージョンや「社会内処遇」による拘禁人口の抑制が図られ、同時に、「処遇」は、刑罰としての強制から、刑罰とは切り離された自発的な処遇プログラムへと形を変えるようになる²⁰⁾。

注意すべきなのは、この場合、受刑者の社会復帰を担うのは、刑罰ではなくて、刑罰外の任意参加のプログラムだということである。つまり、刑罰そのものは社会復帰の役に立っていないどころか、かえって有害だということである。もちろん、死刑がそうであるように、刑罰という威嚇によって犯罪行動を抑止できるとする証拠もない。このように、刑罰そのものは犯罪行動自体の統制には役に立たないという認識が普及すると同時に、それにもかかわらず、いわゆる「刑罰廃止主義」(abolitionism)に至らないのであれば、刑法および刑罰の存在を正当化するための新たな理論が必要になる。それが、先に述べた、社会の規範的アイデンティティーを維持することを刑罰目的とする もっとも、様々なヴァリエーション(Variante)はあるが 「積極的一般予防論」なのである²¹⁾。

この場合、社会の規範的アイデンティティーの維持にとって十分であれば、刑期は短ければ短いほうがよいのであって²²⁾、社会復帰のための援助は自発的参加を前提とする刑罰外の福祉的援助策として位置づけられるべきことになる²³⁾。それによって、刑期の長期化による社会復帰の困難という不都合な効果を少しでも回避することができるのである。その結果、最近では、スイスのカール・ルートヴィヒ・クンツのように、1980年代末までは、理性的な刑事政策は、社会の犯罪対策が有する統合解体的作用を弱めるべく努力しなければならず、社会と将来の潜在的な被害者の利益が最大になるのは、社会への再統合のチャンスが犯罪行為者に残されるときであるという洞察が当然のこととされていた、とする指摘がなされるまでに至っているのである²⁴⁾。

これに対して、アメリカ合衆国は別の道をたどっている。そこでも、犯罪者は刑罰によっては改善も矯正もされない存在として把握されたが、「社会復帰」に取って代わった刑罰目的は、ヨーロッパのような「社会内処遇」と「積極的一般予防」ではなくて、危険な犯罪者と社会との間の接触を絶ち、それによって犯罪の機会を減らして犯罪を減少させるという意味での「隔離」(incapacitation)だったのである²⁵⁾。そのために、合衆国の刑務所人口は、この10数年間に激増した。それは、刑務所建設コストの増大と州や国家の財政圧迫を招いている。これについては、筆者は、早晚、方向転換の動きが出てくるだろうと考えている。

しかし、いずれにしても、刑罰そのものによって犯罪行為者それ自体を統制しようとする考え方は、もはや現代の刑罰論の中心にはない。このことは、死刑による犯罪抑止＝威嚇についても、刑務所での処遇についても、罰金のような財産刑についても当てはまる。つまり、現代の刑法は、「行動統制的予防」によってその正当性を主張することはできなくなっているのである。

犯罪論についても同じことが当てはまる。「行動統制的予防」の妥当性を前提とする犯罪論は、その前提を失いつつあるのであり、それは「規範防衛的予防」を基礎とする犯罪論に置き換えられなければならない。しかも、それは、「客観的帰属論」に依拠した「帰属論的行為概念」を出発点とするものでなければならない。

もっとも、ここで次のような異論が考えられる。犯罪論は刑罰論を前提としなくてもいいのではないか、むしろ、刑罰論を前提としないほうが、刑法への裸の刑事政策的考慮の流入を防ぐことができるのではないかという異論である。

筆者には、現在、これに対する十分な反論を展開する用意はない。ただ、刑罰論および刑法の機能ないし存在意義と切り離された犯罪論は、立法における過剰な犯罪化の流れに対しても無力であるということだけを指摘したいと思う。

4. 「法益論」の危機

「予防」という刑罰目的との関係で、ひとつ注目すべきことは、「行動統制的予防」による保護の対象であり、かつ、伝統的に刑事立法の当否を判定するための基準のないし批判的機能をもつとされてきた「法益」(Rechtsgut)という観念が、今日では危機にさらされているという事実である。

一例を挙げよう。臓器移植法(「臓器の移植に関する法律」平成9年法律第104号)11条は、移植用の臓器を売ることも買うことも、有償であつせんすることもあつせん者に対価を払うことも、そしてこれら利益の対象となった臓器を摘出したり移植したりすることも、犯罪としている。他方で、脳外科手術に用いられクロイツフェルト・ヤコブ病を媒介した脳硬膜「ライオデユラ」などは、堂々と販売されていた。つまり、加工されていたとはいえ、人体組織は金銭取引の対象にしても犯罪にはされていないのである。では、なぜ、移植用臓器は、金銭取引の対象とされてはならないのであろうか。

学説は、刑法には「法益保護の原則」というものがあるという。では、臓器売買禁止の保護法益は何であらうか。ここでは、臓器を売る人間が処罰されることからみて、利益に釣られて臓器を売ってしまう人物の「健康」は法益ではないであらう。「被害者」を処罰するというのは、刑法では、ほとんど聞いたことがないからである²⁶⁾。同じように、臓器を買う側も処罰されることからみて、買う側が足元を見られて不当な高値で臓器を買わされる恐れというのも、この規定の立法理由にはならない。つまり、買う側の「財産権」も、法益ではないのである。

要するに、そこでは、生体または死体から摘出した臓器について、本人または遺族が移植を望む患者または移植医と自由な交渉によって売買契約を結んだことも、臓器提供の対価として財産上の利益の供与を受けま

たは財産上の利益を供与する約束として 処罰されるのである。そこで、その処罰根拠は、「臓器を経済取引の対象とすることは、人々の感情に著しく反すること、移植機会の公平性を損なうこと、さらに善意・任意の臓器提供という臓器移植の基本的な考え方にも支障を来すこと²⁷⁾」に求められることになる。言い換えれば、その保護法益は、「臓器を経済取引の対象とすることによって害される人々の感情」および「移植機会の公平性」、さらに「臓器提供は無償であるべきだとする規範」だということである。

しかし、これに対しては、すでに「感情」、「公平性」、「規範」を「法益」と呼ぶこと自体に、疑問が提起されるであろう。とくに、「規範」そのものが「法益」となりうるのであれば、どのような行為を犯罪化しても、「それをすべきでない」という「規範」が「法益」だと主張できることになってしまう²⁸⁾。これでは、「法益」の立法限界づけ機能は失われてしまう²⁹⁾。せいぜい、「そんな規範はない」と主張するしかないであろう。

それにくわえて、臓器移植法11条6項は、「交通、通信、移植術に使用されるための臓器の摘出、保存若しくは移送又は移植術等に要する費用であって、移植術に使用されるための臓器を提供すること若しくはその提供を受けること又はそれらのあっせんをすることに関して通常必要であると認められるもの」は、同法で禁止される対価には含まれないと規定している³⁰⁾。つまり、臓器提供者以外の あっせん業者を含む 移植関係者は、「通常必要であると認められる」ものであれば、「実費」という名目で対価を受けることが許されるのである。ここでは、なぜ臓器提供者だけが、移植医療の「対価」を受けられないのか、なぜ彼らだけが「善意・任意かつ無償の臓器提供」を強いられるのか、という疑問が出てくることになる。

これは、言い換えれば、「臓器を経済取引の対象とすることは、人々の感情に著しく反する」とする臓器売買等の禁止根拠そのものが、さほど自明ではないことを意味する。現に、ドイツには、臓器売買の禁止は医師に医療行為の対価請求を禁止したローマ法が長くは維持されなかったことを想起させるもので決して長続きせず、しかも職業の自由の保障に反すると

する見解もあるのである³¹⁾。

移植用臓器に関する「公的な仲介制度の維持」を保護法益とする見解もある³²⁾。「移植ネットワーク」による臓器分配の一元的な管理制度の維持が、臓器の公平な分配に資するとするのである。しかし、見方を変えれば、これは「臓器分配事業の独占」を保護することである。それは、「市場における自由競争」を至上の価値とする「自由競争・独占禁止」政策と矛盾する。

したがって、問われるべきは、移植医療における「臓器分配事業の独占」が、「公正且つ自由な競争を促進し」、移植医療に携わる「事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇用及び国民実所得の水準を高め、以て」、患者ないし潜在的な患者である「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という独占禁止法の目的に反してでも、患者や国民に一定水準の移植医療を保証することで、より大きな利益をもたらすか否かである³³⁾。この点について日本では、健康保険の点数制度にみられるように、医療分野一般に関しては、独占と価格統制のほうが、自由競争よりもよい医療をもたらすと信じられているようである。しかし、アメリカ合衆国では、事情は違う。

そうすると、「医療における独占と価格統制」という「法益」は、独占禁止法の保護しようとする「市場における自由競争」という「法益」と比べて、どれぐらいの重さをもつものなのか、言い換えれば、独禁法の保護する「市場における自由競争」という「法益」は、どれぐらいの重さをもつ対立「法益」によって覆われてしまうものなのかという問いが残されることになる。それも、日米の考え方の違いをも説明せよという宿題つきで。これに答えるのは難しい。

くわえて、筆者は、先に述べた脳硬膜のように、すでに商品化された人体組織に関しては、金銭取引の対象であることが資源の公平な分配に対する人々の信頼を害するという話を寡聞にして知らない。このような商品化された人体組織と比較して、「臓器分配事業における自由競争」は、なに

ゆえ、資源の公平な分配に対する人々の信頼を害することになるのかという疑問に対して、「法益保護の原則」は、回答を与えることができないのである。

このように、「法益保護の原則」を自明の前提として刑事立法の当否と限界を判断する試みは、「法益」そのものの一般的性格や定義、その比重の確定ができないために、挫折することになる。もっとも、誤解のないように付け加えれば、筆者は、この場で、臓器売買の禁止に関する刑事立法の当否を問題にしているわけではない。ただ、それを「法益保護の原則」で説明することは難しいと述べているだけである。

もっとも、場合によっては、「法益保護の原則」は、明らかに、「刑事立法の氾濫」ないし「過剰な刑事立法」をもたらすことがある。場合によっては、喫煙者の健康を守るために、喫煙者自身の喫煙行為を処罰するという結論すら可能になるのである³⁴⁾。というのも、「法益」概念の無限定性のために、「健康な生活習慣の重要性に対する関心と理解を深め、生涯にわたって、自らの健康状態を自覚するとともに、健康の増進に努め³⁵⁾」するという「国家に対する国民の義務」もまた「法益」になり、したがって、この「法益」の持ち主は喫煙者ではなくて国家だという構成も可能になるからである。この場合には、「被害者を罰するのはおかしい」という批判は当たらなくなる。

もちろん、このようなものは「法益」でないと言い切れるなら、このような「健康の専制」ともいうべき罰則は正当化できなくなるであろう。けれども、残念ながら、そう言い切るためには、現在の様々な罰則の予定する「法益」はあまりにも多様である。つまり、一般的な「法益」概念を定義して、それを刑事立法の限界とすることは、もはや不可能に近いのである³⁶⁾。

「法益」の一般的な定義という問題を棚上げにして、処罰対象を比較的明確な「法益」に対する他害行為に限るとしても、矛盾は解消しない。たとえば、健康の増進のために、自宅での喫煙を含めて一切の喫煙を禁止し、

タバコの製造・販売・喫煙器具の販売等をも禁止して、それらの違反に対し懲役刑をも含む刑罰を科すような立法は、タバコの副流煙で健康を害するおそれのある「他人の健康」という、その正当性に疑問のない「法益」を守るためのものである。しかし、そのような立法は、やはり妥当とは思われない。というのも、私的な空間での喫煙も、その手助けとなるタバコの製造・販売・喫煙器具の販売等もすべて禁止するのは、有害とはいえタバコの毒性の麻薬や毒ガス等と比較した弱さや、喫煙という習慣の社会への定着の度合いを考慮すれば、刑法があまりにも個人の私的領域に介入しすぎるように思われるからである。したがって、ここに、「刑法は個人の私的領域には介入するべきでない」という刑事立法の限界基準がみえてくる。

しかしながら、問題は、このような限界基準は、「法益保護の原則」そのものからは出てこないということにある。なぜなら、タバコの煙、とりわけ副流煙は、他者の健康にとって有害なので、私的領域においても健康を危険にさらされる他者が存在しうる限り、喫煙を禁止し、かつ、喫煙を助長するような行為も禁止しておくほうが、他者の健康という「法益」保護にとってたとえその効果はわずかであっても好ましいからである³⁷⁾。

したがって、このような過剰な刑事立法に対して歯止めとならない「法益保護の原則」は、刑事立法を限界づけることもできないし正当化することもできない。むしろ、刑法の正当化問題は、常に、社会の具体的な形態規定つまり、その社会で建前とされている規範、その社会のアイデンティティーを規定している規範の問題なのである³⁸⁾。そして、ここにいる「規範」には、「刑法は個人の私的領域には介入するべきでない」という刑罰権発動に関する規範も含まれる。

5. 「敵味方刑法」(Feindstrafrecht) と 「市民刑法」(Bürgerstrafrecht)

ここからみえてくるのは、刑法は、市民の遵法意識（Rechtstreue）を規範的に期待して、その社会の既存の規範を確認するものだということである。そのためには、違反された規範は当該社会にすでに存在するものであることが必要である。まだ存在しない規範の遵守は、国家が市民に期待できるものでないからである。しかし、ここにひとつ厄介な問題がある。それは、刑法はまだ社会に定着していない規範を定着させるためにも使ってよいかという問題である。ヴェルツェルなどがいう「刑法の規範形成機能」のことだと理解してもよいであろう³⁹⁾。

たとえば、臓器売買禁止に関する規範が社会に十分に定着していない場合に、臓器売買に対する罰則によってこの規範の定着をはかるということが可能かつ妥当なのかどうかという問題が出てくる。同じような問題は、経済と法のグローバリゼーションによって、以前は禁止されていなかった取引方法を禁止する新たな経済刑法が制定される場合にも起こる。さらに、国際人道法の発展によって設立された「国際刑事裁判所」(ICC)によって裁かれる「人道に対する罪」が、ある国ではそれまで合法であった行為を対象にする場合にも起こるであろう。

その場合に考えておかなければならないことは、これらの罰則によって、その社会では標準的な遵法精神を持っている人物も処罰されることがあるということである。つまり、一般的にみて「悪い人」ではないのに、規範の定着を促進するためにその人を刑務所に入れることが妥当かという問題が出てくるということである。そのような場合に予想される社会の反応には、二種類のものがある。第一は、刑罰の発動はできるだけ控えて、刑罰以外のソフトな対応（行政指導その他の行政的・民事的規制など）で政策目的を追求し規範の定着を待つという方法である。つまり、ここでは、

刑法は、現に妥当している法という意味ではその制定より遅れて実定法化されるのである。第二は、当該規範の定着をはかるために刑罰権の発動を強行する方法である。しかし、この方法には、もちろんその政策自体が時の社会において合理性をもっているということと、担保される規範に対する社会的支持があるということが必要である。それがないと、そもそも訴追自体が不活発となるか、あるいは訴追されても裁判の場で、限定解釈や「違法性の錯誤が回避不可能」といった理由で無罪とされるか、さらには有罪判決が出ても、膨大な「暗数」の違反行為が繰り返されるかのいずれかになるであろう⁴⁰⁾。

ドイツのギンター・ヤコブスは、このような刑法を「敵味方刑法」(Feindstrafrecht)と呼んだ⁴¹⁾。これは、犯罪者を社会の担い手である市民として扱う「市民刑法」(Bürgerstrafrecht)と反対の概念で、犯罪者を刑法が前提とする規範を共有しない「敵」(Feind)として排除する刑法のことである。そのような「敵味方刑法」は、実際には、「市民」によって構成される社会の統合を強化するのではなく、むしろ社会解体的に作用するであろう。というのも、「犯罪」の範囲を広げそれによって把握される「犯罪者」を「敵」とみなせばみなすほど、社会の「味方」は減少し「敵」は増大するからである。しかし、問題は、ヤコブスが、そのような刑法は本来の「法」ではなく、また、それは「市民」によって構成される社会の統合を強化するものではないとしつつも、今日の、とりわけ2001年「9・11」以降の社会においては、我々はこの傾向に対する有効な対案をもたないとしていることである⁴²⁾。これは、筆者には、刑法の現状に対するヤコブスの嘆息のように聞こえる⁴³⁾。

ともかくも、「敵味方刑法」を前提とした刑罰論は、筆者がこれまで述べてきた「市民刑法」における刑罰論とは相当に異なったものになるであろう。アメリカ合衆国の「隔離」中心の刑罰論は、すでに、それに近いものかもしれない。それに伴い、犯罪論もまた、相当に異なったものになると思われる。その分析は、今後の課題として残されている。

しかしながら、「敵味方刑法」が刑法の主流となるような社会は、すでに解体途上にある社会である。我々は、そのような状況に至る前に、これにしっかりと歯止めをかけておかなければならないように思われる。

- 1) 本稿は、2005年11月21日に北京の中国人民大学で行った講演に加筆・修正をしたものである。筆者をお招きいただき、さらに翻訳の労をとっていただいた人民大学の馮軍教授には、この場を借りてお礼申し上げる。
- 2) 数少ない文献の中で、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（2005年）は、日本において「義務犯」に関する理論を本格的に扱った著作である。
- 3) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）15頁参照。
- 4) たとえば、山口厚『刑法総論』（2001年）55頁は、「相当因果関係の要件は、過剰な処罰を避け、一般予防の必要性の限界を考慮するという謙抑性の思想に、その根拠があると解される」と述べる。ここにいう「一般予防」とは、山口・前掲2頁によれば、「一般の国民による犯罪の遂行を抑止すること」をいう。つまり、消極的一般予防である。
- 5) 佐伯仁志「因果関係論」山口厚 = 井田良 = 佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（2001年）13頁。
- 6) 鈴木左斗志「因果関係の相当性について 結果帰責判断を規定してきたいくつかの視点の検討」刑法雑誌43巻2号（2004年）241頁。
- 7) Vgl. A. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954.
- 8) ここにいう「相当な条件」というのは、現に起きた結果を行為者に帰属させる因果関係の中で論じられる「相当性」というより、不能犯論の裏返しとしての「結果発生の可能性」あるいは、エンギッシュのいう「広義の相当性」である。
- 9) にもかかわらず、学説には、このように主張するものが多い。たとえば、町野朔『刑法総論講義案〔改訂版〕』（1995年）164頁以下、山口・前掲55頁、林幹人『刑法総論』（2000年）134頁、高山佳奈子「死因と因果関係」成城法学63号（2000年）185頁以下、井田・前掲54頁以下等。
- 10) 日本刑法261条は「前3条に規定するもののほか、他人の物を損壊し、又は傷害した者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは料料に処する。」と規定する。未遂処罰規定はない。
- 11) 井田・前掲15頁参照。
- 12) 山口・前掲55頁参照。
- 13) 山口・前掲55頁参照。
- 14) なお、殺人未遂等の未遂犯についても行為者が狙った客体以外の客体に対する故意の「法定的符合」を認めるとするならば、そのためには、現実生じた「未遂」という出来事 = 「結果」を考慮しないわけにはいかない。それを端的に示しているのは、強盗殺人未遂について故意の「法定的符合」を認めた最判昭和53・7・28刑集32巻5号1068頁が、狙わなかった客体への傷害結果の発生およびそれと挙動との間の因果関係に言及し、「現実

発生した事実」との法定的符合を論じているという事実である。

- 15) G. Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992. ギュンター・ヤコブス(上田健二=浅田和茂訳)「刑法上の行為概念」立命館法学227号(1993年)98頁以下は、このような帰属論的行為概念を提唱する。なお、ヘーゲル学派に属するベルナー以降の行為概念の理論史については、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(2003年)57頁以下を参照されたい。ベルナーはすでに、「行為」(Handlung)を、犯罪主体の意思と客観的な犯行(Tat)とを媒介するものと定義している。Vgl. A. F. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857, § 90, S. 138f.
- 16) 「マタイによる福音書」5.27-28日本聖書協会『新約聖書』(1992年)7頁。
- 17) 平場安治=平野龍一編『刑法改正の研究2各則』(1973年)8頁(平場安治)。
- 18) G. Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, ZStW 107 (1995), S. 843. ギュンター・ヤコブス(松宮孝明=金尚均訳)「機能主義と古きヨーロッパの原則思考の狭間に立つ刑法 はたまた『古きヨーロッパ』刑法との決別か?」立命館法学247号(1996年)433頁参照。さらに, G. Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (Herg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47ff. 松宮孝明「ギュンター・ヤコブス『現代の挑戦を前にした刑法学の自己理解』」立命館法学280号(2002年)1684頁では、「財の安全と犯罪の予防は、刑罰にとって、その機能を貫徹するには、あまりにも融通無碍な関係にある。むしろ、刑罰は、規範的な意味において犯罪をマージナルなものにすると解されるべきであり、かつ、それによって社会の規範状態が不変であることを確認するものと解されるべきである。」と述べられている。
- 19) 類似した新しい応報刑論を提唱するものとして, M. Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004.
- 20) 思想におけるその推進役の一つは, ミシェル・フーコーの『監視と処罰 監獄の誕生』M. Foucault, Surveiller et Punir-Naissance de la Prison, 1975 であろう。Vgl., D. Garland, Punishment and Modern Society, 1990, pp. 153. なお, フランスの拘禁施設をめぐる近年の研究動向については, 赤池一将「拘禁施設をめぐるフランス犯罪社会学の研究動向」犯罪社会学研究29号(2004年)133頁以下参照。
- 21) たとえば, 1980年から83年にかけて, 刑法の一般予防効果についての研究を行ったドイツのハイントツ・シェヒは, 犯罪の予防のためにも, 一般の人々の間での刑法の妥当性の維持のためにも, さらに, 人々の間にある犯罪に対する不安を小さくするためにも, 重罰化は不要である, と結論づけている。すなわち, 「大多数の犯罪, とりわけ, いわゆる大衆犯罪ないし万人犯罪に関しては, 一般予防的な重罰化は 責任の幅の範囲内であっても 経験的な犯罪学の従来の知見や本研究の結論と矛盾する。規範違反を白日の下にさらけ出す刑罰は, みな, 刑法の一般予防的任務を果たすのに適している。刑法の行為を操縦し内心態度に働きかける効果は相当に強力なのであり, その結果, 裁判官の量刑実務の水準がさらに下がり, 原理的な可罰性を背景にして 個別化された制裁戦略やディ

ヴァージョン戦略の余地が広げられることが可能なのである。それも、刑事司法に対する人々の期待を裏切ることなく、かつ、刑法の一般予防効果を損なうことなしに」と。ここでシェヒが前提としている「一般予防」とは、規範に対する人々の信頼を維持するという意味での「積極的一般予防」である。Vgl. H. Schöch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Festschrift für H. H. Jescheck, 1985, S. 1081ff. この論文については、本庄武「刑罰の積極的一般予防効果に関する心理学的研究」法と心理2巻1号（2002年）76頁以下が詳しく紹介している。

- 22) したがって、「短期自由刑の弊害」というものも、より正確には、自由刑そのものに随伴する弊害であって、ただ、短期自由刑の場合には、それを財産刑に置き換えても規範維持がはかれるので、財産刑への代替が困難な長期自由刑に比べて、その弊害がクローズアップされやすいだけのことである。
- 23) 吉岡一男『刑事学（新版）』（1996年）202頁参照。
- 24) カール・ルートヴィヒ・クントツ（葛原力三訳）「ポスト・モダンの刑事政策」刑法雑誌41巻3号250頁以下参照。
- 25) 一般には、「社会復帰」思想が退潮した後の合衆国の刑罰思想は「正当な応報」（just desert）であると考えられているが、むしろ、再犯を理由とする刑の加重が著しいところからみて、「隔離」中心の思想であると考えたほうがよい。これについては、松原英世「連邦量刑ガイドラインと量刑思想の変化」前野育三ほか編『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀論文集』（2005年）84頁以下参照。もっとも、2005年11月の中国山東大学でのシンポジウムの折に、量刑ガイドラインの策定に関わったポール・H・ロビンソンから聞いたところでは、重罰化の責任は量刑ガイドラインのみのせいではなく、むしろこのガイドラインは、裁判官ごとの著しい量刑格差を是正することを主たる目的としていたとのことであった。
- 26) 同意殺人（刑法202条後段）のように、被害者が同意していても処罰される行為はある。このように、被害者の意に反してでも被害者を保護しようとする考え方を「パターナリズム」と呼ぶ。しかし、パターナリズムによっても、被害者自身を罰して被害者を保護することまでは、おそらく、正当化されない。
- 27) 厚生省保健医療局長「臓器のあっせん業の許可等について」平成9年10月13日健医発1353号参照。なお、1991年のWHO「ヒト臓器移植に関する指針5」では、「人体及びその一部は商取引の対象となり得ない。したがって、臓器に対する代価の授受（金銭以外の補償や謝礼を含む）は禁止されるべきである。」とする。中山研一＝福岡誠之編『臓器移植法ハンドブック』（1998年）257頁〔訳・中谷瑾子〕参照。
- 28) このように批判するのは、たとえば、クヌト・アメルンク（日高義博訳）「ドイツ刑法学における法益保護論の現状」（K. Amelung, Zum heutigen Stand der Lehre vom Rechtsgüterschutz in der deutschen Strafrechtswissenschaft: Vortrag in Siracusa, 1981）: 日高義博『違法性の基礎理論』（2005年）199頁以下（218頁以下）。
- 29) 町野朔「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」法学教室247号（2001年）86頁以下（89頁）によれば、クローン産生禁止の保護法益は「人間の尊厳」に求められる。しかし、「人間の尊厳」を「法益」とする場合でも、殺人罪がそうであるように、あらゆる

る犯罪は「人間の尊厳」を害すると主張することができるので、「法益」の立法批判的機能は失われる。

- 30) WHO「ヒト臓器移植に関する指針8」も、臓器移植に関わる個人または施設が「サービス提供に対する正当な料金以上のいかなる報酬」を受けることを禁止するだけである。中山＝福岡・前掲257頁〔訳・中谷〕参照。
- 31) Vgl. J. Isensee, Grundrechtsschutz nach dem Hirntod, in: H.-J. Firnkorn (Hrsg.), Hirntod als Todeskriterium, 2000, S. 69 (74). つまり、臓器売買禁止という規範意識は、さほどコンセンサスを得ているものではないということである。
- 32) たとえば、佐久間修「臓器『提供』における被害者の意思 ドイツ臓器移植法に関する議論を素材として」内藤謙ほか編『刑事法学の課題と展望・香川達夫博士古稀祝賀』(1996年)235頁参照。
- 33) ちなみに、アメリカ合衆国では、移植医療機関の制限も独占禁止政策に反するとして、代わりに、医療の消費者たる一般市民に対して、各医療機関の治療実績を公表することにして、消費者に情報を開示して、その責任で事業者を選択させるということである。
- 34) 日本の健康増進法2条には、「国民は、健康な生活習慣の重要性に対する関心と理解を深め、生涯にわたって、自らの健康状態を自覚するとともに、健康の増進に努めなければならない。」という規定がある。もちろん、今のところ、罰則はない。
- 35) 健康増進法2条参照。
- 36) ドイツ・ゲッティンゲン大学のハンス・ルートヴィヒ・シュライバーは、2002年の龍谷大学におけるシンポジウムの中で、「これまでドイツの刑法の改革の動きの中で、法益という考え方をを用いることによって可罰性というものを制限できる、そして刑法の役割をある程度抑えることができるというように考えられた時期があったと思うのですけれども、これが実は失敗に終わったのです。破綻したのです。なぜかということ、法益というものを結局正確に定義できなかったのです。」と指摘し、「この法益という概念というのは、何かを制限するような定義として役に立たないのではないか」と述べている。龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編『遺伝子工学時代における生命倫理と法』(2003年)54頁参照。筆者もまた、「現在の社会において比較的異論の少ない刑罰法規のもつ『保護法益』の多様性に鑑みれば、『法益』というものの属性をア・プリオリに規定して刑事立法の当否を判断することは不可能であるし、また、そのようなことは誰も現実にはしていないと考えざるをえない。」と述べたことがある。松宮『刑事立法と犯罪体系』41頁参照。
- 37) ヤコブスは、法益保護原理をして、「この原理は、法益概念によってポジティブな関係に置かれることのできるすべてのものの正統化に対する信仰を呼び起こす」のであり、それゆえに、この原理だけに依拠するなら、法益保護の早期化・前倒しは際限のないものになると警告している。Vgl. G. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), S. 752f. 松宮『刑事立法と犯罪体系』34頁以下も参照されたい。
- 38) Vgl. B. J. A. Müssig, Entmaterialisierung des Rechtsguts und der Kriminalpolitik. Zu Perspektiven und Fundamenten der Rechtsgutslehre als Legitimationstheorie des Strafrechts, S. 27.
- 39) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 3 は、刑法を「市民の社会倫理的

判断を形成し、既存の法に従う心情を強化するもの」とするし、H. Mayer, Strafrecht AT, 1953, S. 21 は、「刑罰は、本質的に、社会倫理の基本姿勢の形成に關与するもの」とする。

- 40) 規制自体に合理性がなかった例としては、日本の「生類憐みの令」やアメリカ合衆国の禁酒法が挙げられる。なお、中山研一＝神山敏雄＝斉藤豊治編著『経済刑法入門（第3版）』（1999年）44頁以下〔松宮孝明〕、松宮孝明「刑事立法の新動向とその検討」刑法雑誌43巻2号（2004年）282頁以下も参照されたい。
- 41) Vgl., Jakobs, Das Selbstverständnis, S. 51f., 54.
- 42) Vgl., G. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. ギュンター・ヤコブス（松宮孝明序，平山幹子訳）「市民刑法と敵味方刑法」立命館法学291号（2004年）459頁以下参照。さらに，Vgl., G. Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004.
- 43) 実際，2001年の短期留学の際に筆者は，この言葉をヤコブス教授から溜め息混じりに聞いたのである。