

違法の質・相対性と法的関係の相対性(序説)

——刑法理論の進化と発展のために——

生 田 勝 義*

目 次

- はじめに……問題提起
- 1 違法の実質論と違法の質・相対性の関係
- 2 法的関係の相対性に関する末川説
- 3 従来の可罰的違法性論と法的関係の相対性
- 4 法的関係相対性の諸類型
- 5 重層的保護客体論……行為原理と社会侵害性
- おわりに……残された課題

はじめに……問題提起

(1) 刑法の問題状況

刑法には罪刑法定主義という原則がある。その重要な派生原則として、「刑罰法規の明確性」や「被告人に不利益な類推解釈の禁止」を挙げることができる。これらからすると刑法の解釈は、刑法の法文の枠内に厳格にとどまりつつ、犯罪の成立要件を明確に示すものでなければならない。ところが、現下日本の刑事実務では、治安の維持とか被害感情の満足とかの要請に応えるとして、刑法を柔軟に拡大運用しようとする動きが目につく。

また、そのような要請に応えるためとして厳罰化立法が拡大している。そこでは、「刑罰は厳格かつ明白に必要なものでなければならない」という近代市民革命期人権宣言（フランスの1789年「人および市民の権利宣

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

言」8条参照) 以来の原則が棚上げされているかのごとき様相を呈している。それは、行政法などに対し刑法が有すべきとされてきた限界を流動化し、曖昧にする動きでもある。まさに厳罰化や犯罪化に際限がない(uferlos)かのごときなのである。

刑罰に犯罪を予防する効果はあまりない。古くから言われてきたように、刑罰威嚇で交通事故などの過失犯を防ぐことはできない。それでは、殺人や強姦、強盗などの故意犯についてはどうか。故意犯の犯意形成過程に刑罰威嚇は抑制的に働くのではないかと考える人が多い。刑法の行為規範性を当然視ないし重視する刑法理論にもそのような考えが基礎にあるといつてよい。けれども、別稿で論証したように故意犯に対しても刑罰威嚇の抑止力には大きな限界がある¹⁾。さらに、合理性が支配しそれゆえ行政刑法が有効なように思われがちな経済事犯についても次のような指摘がある。「刑事罰が、行政法規の違反の制裁の中核になることは、以下に示す通り、刑法の謙抑性、責任主義、効率性・適切性(違反行為の抑止にとって、好ましい要件で好ましい手段が選択されているか)、実際に立件されることがまれであることからくる実効性の欠如、別件逮捕を含め濫用的な捜査・訴追を呼びかねない等、枚挙にいとまがないほどの様々な問題を含み、……比較法的にもこれほど広汎な刑事罰を規定する立法例は異例である。早急に刑事罰の範囲を縮減し、行政の裁量的制裁金を中心とする法体系に改める必要がある。²⁾」

そのように効果は限られているのに対し、刑罰がもつ否定的な側面は多大である。犯罪と同じく、刑罰も害悪の一種であることに変わりはない。いかに正統性を繕うとも、刑罰には人間を獣のように扱う側面のあることを否定することはできない。刑罰が人間の首根っこを掴まえて現行法秩序

1) 刑罰威嚇の効果については、生田勝義『人間の安全と刑法』(法律文化社・2011年) 63頁～83頁参照のこと。

2) 越知保見『独禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』(成文堂・2013年) 429頁。もっとも、行政の裁量的制裁金については手続的保障などの点でなお検討すべき問題が残されているといえよう。

に無理矢理従わせようとするものであることに変わりはないからである。犯罪者も人間の尊厳の享有主体であることには変わりはないはずだ。また、そのように人間の中に獣と同じように扱ってよい存在を肯定することは、例えば無差別殺人を犯そうとする者が自己の行為を合理化しようとするときに抱く心情と同じ土俵に乗ることである。このようなことで犯罪を減らすことはできない。

それにもかかわらず、「等価」交換の経済・社会関係によって基本的に規定されている現在の人類にとり、害悪に対する害悪による反動をいかに「等価」的とはいえ、なくすことはできまい。そのようなことをすればモラル・パニックをきたすことになろう。その意味において、今日の段階で、刑罰なしに法秩序を保つことができないことも確かである。そのような人類の到達点との関係で、刑罰はせいぜいのところやむを得ない必要悪として認めるしかないものなのである。それなのに、刑罰への依存がますます強まり拡大している。そのように拡大強化せざるをえないこと自体、刑罰威嚇が抑止効果のないことを証明しているのだが、それに気づく人は少ない。

そのような事態に刑法学はいかに対処すべきなのか。

(2) 要素論を基礎に法的関係論への展開

この課題につき、いわゆる犯罪論に限って言えば³⁾、これまで私はまず、犯罪成立要件の明確性を確保するためには犯罪構成要素を明確にする必要がある。その意味において（犯罪）要素論が重要だと考えてきた。犯罪の成立要件が一般的、抽象的な文言で示されるのでは、個別、具体的にどのような行為が犯罪になるかを明確に知ることはできない。明確にする

3) 当然のことながら、犯罪論だけで現状を変えることはできない。今日の厳罰主義や刑罰依存症候群が新自由主義政策により形成された社会関係に根差すものであることから、そのような政策や社会関係を変えて連帯と寛容による包容的な社会関係を築く必要のあること、そしてそのための刑法や法はいかにあるべきかを明らかにしたのが、生田・前掲書『人間の安全と刑法』である。

ためには、成立要件を構成要素に分解し、要素ごとに明確さを確保しなければならない。そのためにはまた、規範的要素を出来るだけ事実的要素に分解して示す必要もある。刑法の自由保障機能や法的安定性は、要素論を深めることにより確保できると考えてきたわけである⁴⁾。

ところが、上記した昨今の刑法状況を前にすると、要素論だけでは転換期にある時代の激流に棹をさせないまま流されてしまうと思うようになってきた。今日では、個々の要素を規定する基盤である犯罪概念そのものが揺らぎつつある。刑法そのものが揺らぎつつあるといってもよい。要素論は引き続き重要だが、それだけでは砂上の楼閣になりかねない。

今必要なのは、要素論に加え、犯罪や刑法とはいかなるものであり、またいかなるものであるべきかを明らかにできる理論枠組みを構築することではないか。そのためには、刑法は民法や行政法などといった他の法分野に比べどのような特徴を持っているのかという問題を解明する必要がある。この問題は従来、刑法の相対的独自性の問題として捉えられてきたのだが、そこでは主として、法的効果である刑罰の他の法的制裁に対する相対的独自性が念頭に置かれてきたといってよい。

しかし、刑法の相対的独自性は、刑法が対象とする法的関係の相対的独自性を意味するはずである。そうすると、それは、刑罰だけでなく、その法的要件である犯罪を構成する法的関係の相対的独自性を含むものといわなければなるまい。この犯罪にある法的関係の相対的独自性を明らかにすることにより、際限なきがごとき犯罪化の流れにも棹さすことができるのではないか。「法的関係の相対的独自性」を本稿では「法的関係の相対性⁵⁾」と呼ぶことにしたい。

4) 同様の見解は、刑法理論研究会『現代刑法学原論〔総論〕改訂版（第8刷）』（三省堂・1994年）の「第3編 第2章 犯罪の構成要素」や同「第3章 犯罪体系論」にも見られたように思う（特に同342頁参照のこと）。

5) 「相対的」とは、「物事が他との比較においてそうであるさま。」（広辞苑第6版）。「相対」とは、「(哲) (the relative) 他に対してあるもの。他との関係において在るもの。一定の関係、一定の状況においてだけ妥当するもの。自己同一性をもたないもの。相対

実は、法的関係の相対的独自性やその相対性⁶⁾ということは、多くの法現象の中に様々なレベルで見られるものである。しかも、そのことを自覚すれば、これまで難解であった犯罪論上の諸問題についても纏れた糸がほどけるように解決の道筋が見えるようになる。それなのに、違法の相対性や責任の個別性は語られても、そこからさらに突き進んで法的関係の相対性にまで注意を向けることはあまりなかったのではなかろうか。

本稿は、刑法や犯罪の限界を明らかにしつつ、それにとどまらずさらに犯罪論上の纏れた糸を解きほぐす一助になることを願って、違法の実質をめぐる問題を出発点として法的関係の相対性につき序論的に考察するものである。

1 違法の実質論と違法の質・相対性の関係

従来、違法の実質につき、法益侵害・危険説と規範背反説（行為規範違反説）との基本的な対立があった。前者は、結果無（反）価値論、後者は、行為無（反）価値論ともいわれる。

(1) 法益侵害・危険説との関係

法益侵害・危険説からすると、例えば財産や身体の安全などのように量のある法益については、違法に量や程度があることは当たり前のことになる。1万円の時計と100万円の時計では、その財産侵害の量や程度に差がある。この財産法益侵害の差はその窃盗の違法の重さの差につながる。同じことは、人に負わせたのが軽傷か重傷かという違いのある場合について

↘者、⇔絶対」（広辞苑第6版）。それらを受け、本稿では相対性という言葉を用いて、「他との関係において在り、一定の関係、一定の状況においてだけ妥当するという性質。」との意味で使用する。

6) 法的関係の相対性はその独立性ではないことに注意すべきである。それゆえ、いわゆる刑法の独自性論とも区別する必要がある。この独自性論は絶対的独自性論ともいうべきものになっている。そうではなく、相対的独自性というのであれば拙論と同じであろう。

も言える。

この説からするとまた、保護法益ごとに違法があることになる。生命法益に対する罪である殺人罪と財産法益に対する罪である窃盗罪とでは違法に違いがある。また、無免許医業は医師法違反として処罰されるが、だからといってその手術がただちに傷害罪として違法だというわけではない⁷⁾。すなわち、違法には質や相対性があることになる。

このように、違法の実質を生命、身体の安全、自由、財産、公共の安全などといった個別法益の侵害・危険に求めると、法益の質や相対性に対応して違法には質や相対性があることは論理的にも当然のこととなる。

法益侵害・危険説には、法益 (Rechtsgut) という一応事実的な個別要素によって法的評価の安定性を確保しようとするねらいがある。ところが、そのような個別法益を基礎にするだけであると、人に重傷を負わせる行為があったとき、民法では不法行為とされ、刑法では犯罪とされるのだが、同じ法益を侵害したわけであるから、両者の違法に違いはないことになってしまう。損害賠償と刑罰という法的効果の違いをその法的要件である不法行為や犯罪における違法性によって区別することができない。

けれども、法益侵害・危険説の論者も、不法行為と犯罪では違法に質の違いや相対性のあることをみとめるものが多い。なぜ、そうならざるをえないのかについては後に検討することにして、ここではまず、その論理はどのようなものか見ておこう。

不法行為と犯罪の違法性における区別は、結局のところ、それぞれに対する制裁の種類やその強度の違いに求めざるをえなくなる。また、そこからは、刑罰の峻厳さを理由にした刑法の謙抑性とか断片性とかは出てくるが、刑法の第二次規範性や担保法的性格は論理的には出てこない。

そのように制裁の特徴に区別の規準を求める見解だと、刑法は社会コン

7) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』(有斐閣・1975年) 219頁参照。なお、同所ではさらに、「違法性が法益の侵害だと考えると、どの法益の侵害として違法であるかが問題なのであるから、当然相対的になる。ことさらに相対性という必要もないほどである。」とある。

トロールのための法的道具の一種であるにすぎないとの見解と親和的になる。機能主義（Functionalism）や道具主義（Instrumentalism）では、刑法の第二次法性や担保法性という独自性は意識されず、刑法や民法、行政法、警察法、経済法との境界は流動化させられてしまう。法益保護思想は刑法の限界喪失を推進してしまったのだが、法益侵害思想もその歯止めになりえなかった理由はそこにある。

もっとも、法益概念を放棄すべきだと言っているのではない。むしろ法の安定性という点からもその維持が重要である。問題は、以下で明らかにしていくように、法益論に止まることの理論的狭さ、浅さにある。

（2）規範背反説（行為規範違反説）との関係

違法の実質を法益侵害・危険という結果にではなくそのような結果をもたらそうとする行為態様の規範背反性にもとめるのが規範背反説（行為規範違反説）である。罪刑法定主義の下でその行為規範は殺人罪とか窃盗罪とかの個別犯罪類型に対応する形で存在する。すなわち、「人を殺すなかれ」とか「他人の物を盗むなかれ」という形である。

そのような個別の行為規範に反する行為は、違法か違法でないかのどちらかであって、それに強弱・大小の違いはないということもできようが、規範逸脱の程度には強弱・大小がありうるとなると、違法にも程度や量があるということになる。

また、この説からしても、規範違反は個別規範ごとにあるわけだから、規範違反である違法も規範ごとに異なるということが出来る。違法は個々の規範ごとに相対的だとか、質の違いがあるということである。違法の相対性は、違法の実質に関する行為無価値論の行為態様規範逸脱説をベースにして、違法の内容は行為態様の違反する規範の種類・内容によって規定されるのであるから、違法は規範ごとに相対的であるという形で取り入れることができるというわけである⁸⁾。さらに、人的不法論からも、違法の

8) 法益侵害・危険とあわせ社会的常軌逸脱の相対性を論じるのが、藤木英雄『可罰的違

内容は行為者の行為無価値にあることから、個々の行為者の行為ごとに判断され、異なることになる。責任同様、違法も行為者ごとに個別的に判断されるわけである。

けれども、規範を「他人の物を盗むなかれ」などというふうに抽象的に類型化された行為の禁止・命令規範であるとしたうえで、それに反することが違法だとすることになると、民法上の不法行為と刑法上の犯罪とで違反される行為規範に違いはなくなってしまうのではないか。それにもかかわらず、規範背反説の論者からも、不法行為と犯罪との間で違法の相対性を認めることができるとされる。それは、なぜなのか。この問題についても後に検討したい。

もっとも、個別規範違反論に立っても、刑法を制裁規範としつつ、その前提となる行為規範を含めて刑法規範であると解すると、そのような行為規範が第1次規範、それとの関係で刑法規範が第2次規範や担保規範という位置づけが出てくる。しかし、ここでも、1次規範と2次規範の関係は、規範の規制対象や規範の実体的内容において同一性あるものとされ、規制対象にある法的関係の相対性は無視されてしまう⁹⁾。

それらは、いずれも、保護法益と規範という違いはあるが、行為とそれら（保護法益あるいは規範）との一方向的関係、すなわち、ある行為とそれにより侵害・危殆化される当該法益との関係、あるいは、ある行為とそれが違反する当該規範との関係、を問題にする傾向にあったといえる。

↘法性』(学陽書房・1975年)107頁～108頁、および同『可罰的違法性の理論』(有信堂・1967年)30頁～32頁参照。

9) vgl., Hans-Ludwig Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Carl Heymanns Verlag KG, 1983, S. 13-21. ここでギュンターは違法概念の単一性論がそれらの第2次規範性などの概念と関係があったことを明らかにしている。

2 法的関係の相対性に関する末川説

それらに対し、刑法学において可罰的違法論を展開した佐伯千仞が参考にしたと思われる末川博の違法論では、形式的法律について法の体系がもたらす違法の種別を考察する中で、法的関係の相対性に言及されていた。

末川は、戦前の1938年に公表された「違法の段階と種別」という論文¹⁰⁾において、次のように述べていた。

まず、例えば殺人と窃盗では「違法について軽重の質的な差異が——多くは侵害される個々の法益の大小によって——画されているのであるが、しかし、刑法的法規によって罰せられるという意味においてその違法には質的な差異は見出されぬ……。……。刑罰を科するに値するということは、……。実に刑法の全体を貫く科刑の目的論的見地からする評価にほかならないからである。すなわち、刑法上の可罰的違法性は、刑法という法の体系によって全般的な意味をもって与えられている……。」

「警察犯その他の行政犯についていう違法はその目的による制約を内在せしめているのであって、その限りにおいては、刑法上の犯罪についていう、いずれの構成要件をも充足する場合には、いわゆる法条競合のごときを認むべきではなくて、それぞれ別異の立場において処断せらるべきこととなる。」(568頁)とする。

その上で、さらに民法上の不法行為と債務不履行とについてその違法の違いを単なる法益というだけでなく法的関係の違いに求めている。すなわち、「そしてその特異性は、例えば不法行為にあっては、生じた損害の填補をなさしめるについて損害を生ぜしめた行為が広く一般社会において法的に非難せられるというところに重点をおいて認められるのであって、それは不法行為制度の期する損害賠償が被害者個人の立場を考慮すると共に

10) この論文は、『牧野教授還暦祝賀法理論集』（昭和13年）に掲載され、後に末川博『権利侵害と権利濫用』（岩波書店・1970年）559頁～572頁に収録。

全体社会の立場から損害をめぐる生活関係の衡平をはかるという意味を有するのに基づく。これと異なって、債務不履行にあつては、同じく損害賠償をなさしむることを目的とするにしても、まず債権者と債務者が対立する当事者間の関係を眼中においてその間に存する既存の義務の違反を問題とするのであるから、債務不履行についていう違法は個人的な色彩を帯びることが多い特異性を有する。」(568頁～569頁)。その特異性から両者は「同一の行為によって同時に成立し得る」のであり、また、違法に関連して考えられる故意過失などの主観的要件についても(下線は生田)「時にちがったものを認めねばならないことがある。」(570頁)(→法的関係の相対性は責任にも関係する：生田)。

末川はすでにそこで「可罰的違法性」という言葉を使っていた。しかもそれを違法の量ないし程度の問題というにとどまらず違法の種別ないし質の問題との関係においてもとらえていたのである。刑法学において違法の質ないし相対性が自覚的に展開され始めるのが戦後しばらくしてからであることを思うと、刑法学者からは見過ごされることが多いのではあるが、改めてその先駆性に注目すべきであろう。

違法の質ないし相対性の問題は違法の「種別」の問題とされ、刑法上の犯罪と警察犯や行政犯との間には違法の程度にとどまらず「刑法の全体を貫く科刑の目的論的見地からする評価」による種別の違いのあることが指摘される。この「科刑の目的論的見地からする評価」が何を意味するのかはあいまいでその後の理論展開を待たねばならなかったが、続いて民法上の不法行為と債務不履行における違法の種別を論じるころでは、その種別が法的関係の相対的独自性によるものであることが明らかにされている。

また、この論文は、ナチスの具体的秩序思想と並んで優勢になりつつあった形式的違法に対する実質的違法の優位論や一般条項への逃避傾向を批判し、それへの対抗理論を示そうとしたものであり、現在が当時と時代状況の形態的な現象面で類似した様相を示しつつあることに鑑みると、改めて検討に値するものといえよう。

末川説が、民法の違法と刑法の違法の違いを、法的効果である制裁の違いではなく、その前提となる法的関係の違いに明確に求めたのが1953年に公表された「不法行為の違法と犯罪の違法」¹¹⁾ においてである。そこでは次のように言われた。

「民法上の不法行為制度は、違法の行為による損害の発生という事実を契機として生じた汝と我といったような個対個の関係を全体の法秩序の上から調整しようとするものであり、刑法上の刑事責任制度は、違法の行為による全体の利益（法秩序）の侵害を契機として生じた全体対個の関係を全体の立場で規律しようとするものであるから制度において違法というものの中には、全体の法秩序からすれば共通の評価をふくみながらも、なお、そこにはそれぞれの制度の特異性に基づく制約があることを知らなければならぬ。従ってまた、不法行為の成否は、犯罪の成否とは切り離して別に判断せられることを要するのである。」（580頁）。

すなわち、民法上の不法行為では、行為により損害を生じさせた個とそれにより損害を被った個との個対個という法的関係。刑法上の犯罪では、行為により全体の利益（法秩序）を侵害した個と侵害された全体との個対全体という法的関係。それらが全体の法秩序の観点から調整されるというのである。そこではまさに違法の個別性と統一性がともに示されているのだが、違法の個別性が法的関係の相対性として示されているところにも注目すべきであろう。

3 従来の可罰的違法性論と法的関係の相対性

(1) 問題の所在

従来の可罰的違法性論は、違法の質ないし相対性の存在を指摘していたのであるが、違法の実質に関する法益や規範のとらえ方が上述したように

11) この論文は、民商法雑誌28巻4号（昭和28年4月）に掲載され、後に末川・前掲書『権利侵害と権利濫用』573頁～581頁に収録。

抽象的・形式的であったため、法領域を異にする場合の違法の質や相対性を理論的に論証するという点では弱点を孕んでいた。それは、従来の違法性の実質論が違法性概念の単一性論に引きずられ、全法領域を通じて一律の違法性という考えにとらわれていたからであるといえる。個々の法益や個々の行為規範というレベルではそれらの違いが明らかなので、同じ法領域内では違法性の質ないし相対性を違法の実質論と論理矛盾を起こすことなく展開できた。けれども、法領域を異にする場合については、従来の違法性の実質論は抽象的・一面的で射程範囲が短いため、法領域ごとの違法性の相対性を違法性の実質論から論理的に導き出すことはできなかった。そこで結局のところ法的効果である制裁の違いに質や相対性の根拠を求めることになってしまったわけであろう。

けれども、法が法領域ごとに違って現象しているという実定法の現実態を見ると、そこに法的関係の相対性が存在することを否定することはできない。それゆえ、違法性の質や相対性の論証過程では、法的関係の相対性にも不十分ながら言及されていた。なぜ不十分というのか。それは、違法の実質論と法的関係の相対性論の関係が未整理のまま、違法性論として展開されていたからである。

その様を、戦後における可罰的違法性論の先駆的な代表的論者である佐伯千仞を例にとり見てみよう。

(2) 佐伯理論に見る法的関係の相対性

佐伯は、昭和27年の論文「違法性の理論¹²⁾」において民法と刑法、行政法における違法性の違いを明らかにしていた。

まず、刑法上の犯罪と民法上の不法行為の違いにつき、リストの見解、すなわち国家が違法な行為に対し刑罰を用いるのは民法その他の回復作用のみでは不十分なことがあるからであるとしていたことを「現象面の羅列

12) この論文は、『刑事法講座第一巻』（1952年）に掲載され、後に佐伯『刑法における違法性の理論』（有斐閣・1974年）27頁～54頁に収録。

に終わっている」と批判した上で、次のように述べていた。

「両者の区別はもっと深いところに根を張っているのである。それは不法行為の場合には加害者と被害者との私人相互間の関係が問題であって、行為もおおむね被害者の満足を目的とする損害賠償義務の原因として注目されるのであるから、そこで重んぜられるのは、行為によって生じた私人相互間の財産関係の不均衡の是正、回復であるのに対して、犯罪の場合には、刑罰を科する国家権力と国民（犯罪者）との関係が重視せられ、行為も犯罪者自身に対してその責任を自覚させ法の権威を承認せしめようとする刑罰権の原因として考えられるのであるから、ここでは国家と犯人との間のむしろ精神的関係が問題とされるということである。つまり、そこでは、民事上単に損害賠償または原状回復の義務を負わせ、あるいは行政上一旦与えた免許、許可を取消しまたは過料を科するだけでは足りず、まさに刑罰という強烈な処置を加える必要があり、しかもそれに適するような違法性——それを可罰的違法性という——をその行為が備えているかどうか問われるのである。……特に重要なことは、刑罰を科するということは国民の権利と自由とに対して極めて重大な侵害を科することであるから、その利用には最大の慎重さが要求せられ、特に刑罰を用いる必要が明かな場合でなければ犯罪類型にまで高められるべきではないということである（刑法の謙抑主義）。犯罪類型が社会的有害行為の中から抽出され再構成せられるときには、実は右のような刑法特有の評価（可罰的评价）が働いているのであって、実定法の規定する犯罪類型は正しく可罰的違法をもった行為の法的類型にはかならないのである。¹³⁾」（下線は生田。）

そこでは、不法行為の場合には、加害者と被害者との私人相互間の関係であるのに対し、犯罪の場合は、刑罰を科する国家権力と国民（犯罪者）との関係が重視されるという形で、法的関係の区別、相対性が示されている。

もっとも、前記した末川のとらえ方に比べると2つの点において特徴がある。末川は次のように述べていた。「民法上の不法行為制度は、違法の行為による損害の発生という事実を契機として生じた汝と我といったような個対個の関係を全体の法秩序の上から調整しようとするものであり、刑

13) 佐伯・前掲書『刑法における違法性の理論』40頁～41頁。

法上の刑事責任制度は、違法の行為による全体の利益（法秩序）の侵害を契機として生じた全体対個の関係を全体の立場で規律しようとするものである」と。

すなわち、1つは、末川では「損害の発生という事実を契機として生じた汝と我といったような個対個の関係」と「全体の利益（法秩序）の侵害を契機として生じた全体対個の関係」との対比においてとりわけ犯罪の場合は「全体の利益（法秩序）」や「全体対個」とされているのに対し、佐伯説では「国家権力と国民（犯罪者）」とか「国家と犯人」とあるように「国家」が強調されている点である。「全体」だとその概念には「社会」も含まれるとの理解も可能だが、「国家」となると社会とは別個の存在であると、すなわち国家と社会の2分説で国家を理解することになるのではなからうか。これでは、法的関係の相対性は、単に個対個か個対国家かというレベルのものとなり、とくに個対国家の関係では刑法だけでなく行政法にあらわれる関係でもあることから、その法的関係の相対性だけでは犯罪と行政違反との区別を導き出すことは困難になる。

もっとも、佐伯は、「可罰的違法序説」¹⁴⁾において、行政違反と刑法犯との区別につき次のように述べていた。

「行政犯に関する最も重大な問題は、それに対する制裁がいかなるものであるべきかということである。……刑事犯と本質的に異なるものであるならば、……当然、それに対する制裁もまた、刑罰以外のもっとその行政違反の本質に適合した別個の有効なものが工夫されてしかるべきである。行政違反に対して、刑罰を科すべきかどうかは、それが果たして刑罰に適した刑罰を必要とする可罰的違法性を有するかに依存するのである。私は、いわゆる行政犯のうちの多くのものは、刑罰に適しないもの——すなわち可罰的違法性のないもの——であって、それらについては、……刑罰以外のもっと有効でしかも侵害性の少ないものが、その手続規定とともに、真剣に研究実施されるべき段階にきていると考えるものである。」(21頁～22頁)

14) この論文は、末川先生古稀記念『権利の濫用 上巻』(1962年)に掲載され、後に佐伯・前掲書『刑法における違法性の理論』1頁～26頁に収録。

けれども、ここでは両者が本質的に異なるものであるとの指摘はあるが、それぞれの本質が何かについての佐伯自身の見解は示されないままであった。

2つ目は、末川では、それぞれの「関係」が「損害の発生という事実を契機として生じた」とか「全体の利益（法秩序）の侵害を契機として生じた」とされ、「全体の法秩序の上から調整」とか「全体の立場で調整」とされているのに対し、佐伯では「損害賠償」とか「刑罰」という法的効果に示された制度目的からそれらの違いを説明しようとしている点である。末川では、法的要件である不法行為や犯罪のレベルで法的関係の相対性を説明しようとしているのに対し、佐伯ではそれを法的効果である刑罰などから説明することになっている。

この2つの特徴は可罰的違法性の説明に連動して、「まさに刑罰という強烈な処置を加える必要があり、しかもそれに適するような違法性——それを可罰的違法性という」という定義に行き着くわけである。また、刑罰目的による論証過程では、可罰的責任とも融合した「可罰性」による「可罰的違法性」の論証が違法と責任の区別をあいまいにしたまま行われることになっている。

なお、法的効果から法的要件の性質を論じることに関しては「可罰的違法性の理論の擁護」¹⁵⁾にて次のように述べている。

「価値的で目的論的な構造をもつ法規範の世界」では、「いわゆる目的論的概念構成が支配し、法律要件はそもそもの成立からして法律効果（目的）に向けられ、それを志向するものとして構成されているのである。刑罰という法律効果を伴う法律要件である犯罪の場合も同様で、それは違法で有責な無数の非行のなかから、立法者にとって刑罰に値すると考えられたもののみが選び出され類型化されたもの——可罰類型・犯罪類型・あるいは構成要件——である。可罰的違法性の理論は、この実定法上の所与である可罰類型、すなわち法がそれに該当する行為をなした者には刑罰を科すると定めている

15) この論文は、法学セミナー1970年3～5号に掲載され、後に佐伯・前掲書『刑法における違法性の理論』369頁～414頁に収録。

違法行為（以上386頁）の類型について、それが予想している違法性の実質、内容はどのようなものであるか、特にそれと他の不可罰的な違法行為との間にはどのような異同があるかを確かめようとしているのである。（以上387頁）」。

しかし、刑罰目的による犯罪の論証においては、犯罪の違法性と有責性のどちらにかかわるものかが明確に示されず、結局のところ犯罪とは何かの説明に曖昧さを残すことになってしまう。犯罪に見る法的関係の特徴の分析も不十分になってしまうといわざるをえない。

以上のように、法的関係の相対性を視野に入れながら、結局のところその問題を深めることのできなかつた理由は、その実質的違法論にもあるように思われる。実質的違法につき、次のように述べていた。

「すべての法秩序はみな歴史的・社会的制約に服しているのである。実質的違法の問題はまさしくこの法秩序の歴史的・社会的制約の問題なのである。……違法の実質を反社会性……、法益の侵害脅威であるとしても、……結局それらはそれぞれの法秩序が体现する現実の具体的な（以上34頁）個々の国家の有する歴史的・社会的構造によって根本的に規定されていると考えざるをえない……。……違法性の実質の問題の究明もまたそれぞれの国家の具体的な歴史的・社会的性格の究明にまで下降せざるをえないのである。すなわちある生活利益は現存する国家がそれを自己の存立発展に必要な有益であると見るところと矛盾せず、あるいは積極的にそれを助長すると見るときに、法益、すなわち法の保護に値する生活利益とされるのである。また社会侵害性ということも、単に人類社会の永久的利益に反するという抽象的な意味でなく、むしろそれがそれぞれの具体的、歴史的な現実の国家秩序にまとめ上げられた特定社会のあり方と矛盾するという意味においてはじめて違法の実質をなすのである。実質的違法とは、このようにそれぞれの国家自身の存立・発展を、または国家の承認した団体または個人の生活利益（すなわち法益）を侵害脅威することであるということができらるであろう。」（35頁）

ここでは、法益侵害にとどまらず、社会侵害性までありうることに言及しながらも、違法性の実質が現存する国家の有する歴史的・社会的構造によって根本的に規定されることと、その具体的な現存国家により承認された生活利益（法益）を侵害脅威することにあるとの従来型の説明に収束さ

せられてしまっている。社会関係の重層構造に対応する重層的保益論でなく、法益間に優劣の違いがあることは認めつつもそれら法益の並立性しかとらえない法益論の枠内にとどまったからだと言ってよい¹⁶⁾。それは従来型の法益侵害・危険説の弱点でもあった。それだと、「生命という個人法益の侵害を通して社会を侵害するのが殺人罪だ」との命題は出てこない。

末川が「違法の行為による全体の利益（法秩序）の侵害を契機として生じた全体対個の関係」と述べて、違法行為による個別法益の侵害と全体利益の侵害の両者を「契機」という言葉によってであるが関係づけていたことと比べてみれば、その間の違いは明らかであろう。

4 法的関係相対性の諸類型

つぎに、法的関係の相対性はどのようなものか、まず具体例を挙げて考えてみよう。それはいくつかの類型に整理できるのだが、ここではとりあえず次の3つに整理しておこう。

(1) 第1の類型

第1は、従来の違法性の実質論からでも理論的に説明できたもので、個別法益間、個別規範間の違いによる法的関係の相対性とそれに対応する違法性の相対性である。

例としては、従来多くのものが挙げられてきている。窃盗と殺人との関係、戸別訪問と住居侵入との関係、無免許医業と傷害罪の関係などであ

16) なお、「生活関係」という概念を用いる論者もあるが、結局のところそれも並列的法益論にとどまったというべきであろう。例として、「法秩序の上で違法効果がどのように生ずるかは、それぞれの生活関係を規律する法規に従い個別的に理解すべきものであり、一つの法規により違法であるとされたことによって、同じ生活関係を規律する別個の法律の上でも同様に不法として不利益な効果が発生するものというわけではない。」（藤木・前掲書『可罰的違法性』121頁）。

る。行政犯と刑法上の犯罪との関係は一般的にここに属するといつてよい。

組織犯罪対策立法による銀行口座不正利用処罰と口座通帳詐欺罪の成否、あるいは暴力団対策立法による規制違反と詐欺罪の成否、という最近の問題も、この第1類型に属するものであり、本来は両者に法的関係の相対性があるとして扱われなくてはならないものである。

(2) 第2の類型

第2は、問題となる法主体間の関係につき、法主体A対法主体Bと法主体C対法主体Dとでは法主体間の関係の異なることは明らかだが、そのA対BとA対Cとの間、あるいはA対Bの関係に対するCの関係なども異なるのであって、そこにも法的関係の相対性、違法性の相対性の問題が出てくるということである。

例としては、不動産の二重売買や不可罰的事後行為ないし共罰的事後行為と共犯の成否、同一の死の結果に対する罪数評価、同一事態が不正の侵害か現在の危難になりうることなどがある。

1) 例1……不動産の二重売買

Xは、自己の所有する不動産をAに売却したが、所有権移転登記を済ませていないのをよいことにもっと高値を付けてきたBにそれを売却し所有権移転登記も行った。XのBへの売却は民法上有効なのに、Xは刑法上、横領罪になるとされている。民法上有効な行為をしたXがなぜ刑法で処罰されるのか。法秩序の統一性に照らし問題ではないか。また、Xが横領罪に問われるのであれば、それに加功したBはその共犯になるのではないか。これらの疑問は一見するともっともらしく思えるかもしれない。

しかしながら、その事案における法的関係を分析すれば、それらの疑問は誤解に基づくものであることが明らかになる。

その事案の構造を分析すれば、そこには、法主体Xと法主体Aとの間の

意思関係と法主体Xと法主体Bとの間の意思関係という2つの法的関係が存在し、それぞれが相対的に独自性を持っていることが分かる。Xの責任はそれぞれの法的関係ごとに検討する必要があるとともに、それで足りる。不動産取引の第三者に対する対抗要件は登記であり、その第三者の善意・悪意に依らないとされるところでは、XとBの法的関係は民法上有効として保護され、刑法上も犯罪とはされない。けれども、XとAとの法的関係においては、XによるBへの民法上有効な売却によりAは民法上の権利を侵害されている。刑法はXによるAの財産権に対する侵害行為を犯罪にする。民法上有効な行為でなく、民法上も違法な行為を犯罪にしているにすぎない。また、BがXによる横領罪の共犯になるかという問題については、B対Xの法的関係においても、B対Aの法的関係においても、Bは民法上対抗要件を備えていることから保護され違法とされないのであるから、刑法上犯罪とされることもない。共犯とされることもないわけである。それでは、Bが背信的悪意者であったときはどうか。その場合、BはAに対抗できず、買取りが民法上違法とされるのであれば、Xによる横領罪の共犯になりうるといえよう。

2) 例2……不可罰的事後行為ないし共罰的事後行為と共犯の成否

XがAから窃取した物をその後には損壊した場合、その器物損壊は不可罰だが、その物を第3者であるYが損壊した場合、Yは器物損壊罪になる。ここでは、XとAとの間の法的関係ではXの行為によるAの財産権侵害が先行行為である窃盗に包摂されるとか包括されるとかされるが、YとAの関係については別個の評価がなされ、Yに器物損壊罪が成立するとされるわけである。ここでは、行為や被害法益の違いないし個数でなく、法主体であるX、YおよびA間の法的関係の違いないし個数が判断基準になっていることに注意する必要がある。

3) 例 3 ……同一の死の結果に対する罪数評価

XがAを自動車で轢いて重傷を負わせた後、助けるべく自車に乗せ病院に向かう途中、気が変わって遺棄した結果、Aが死亡した。この場合、自動車運転過失致傷罪と不作为による殺人罪の併合罪とされる。

それに対し、医師Xが誤った注射薬の処方をした後、看護師Yがその誤りに不注意で気付かないまま患者Bに注射し死なせてしまった場合、XおよびYに業務上過失致死罪が成立する。すなわち、Bに対する2つの致死罪が成立するとされる。

上記の差は、行為や被害法益の個数でなく、法主体間の関係、つまり法的関係が1つか2つかによる。前者は法主体X対法主体Aの関係、つまり法的関係は1つであるのに対し、後者では法主体X対法主体Bの関係と法主体Y対法主体Bという2つの法的関係がある。後者ではそれぞれの法的関係ごとに犯罪の成否が検討されることから、Bの死という結果がそれぞれの法的関係において評価対象になるわけである。

4) 例 4 ……同一事態が不正侵害と現在の危難に

① XがYに理由なく突然棒でもって殴りかかった。Yは身を守るためにやむなく持っていたステッキでXに反撃しXに軽傷を負わせてしまった。② XがYに理由なく突然棒でもって殴りかかった。Yはそれを避けて身を守るためにやむなく傍らにいたZを突き飛ばしZに軽傷を負わせてしまった。上記①と②における「XがYに理由なく突然棒でもって殴りかかった」という同一の事態が、XとYの関係においては「不正の侵害」となり、YとZの関係では「現在の危難」となる。

このように両者には法的関係の相対性があることに鑑みると、正当防衛と緊急避難とで法的性質の違いを認め、正当防衛を正当化事由と解するのに対し、緊急避難を可罰的違法阻却事由と解する見解も、ありうるのではなかろうか¹⁷⁾。

17) このような見解を詳論したものとしては、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信ノ

5) 例5……誤振込と財産犯の成否

誤振込と財産犯の成否にかかわって、民事判例である最高裁平成8年4月26日判決（民集50巻5号1267頁）による誤振込有効説と刑事判例である最高裁平成15年3月12日決定（刑集57巻3号322頁）による誤振込金銭引出行為財産犯説とには一見すると矛盾する法的評価が見られる。

しかし、その点については、民事判例の事案が、誤振込の直接の利害関係者間の関係にとどまるものでなく、誤振込を受けた者の債権者による差押えを有効とするかが問題となったものであったことが決定的だったというべきである。すなわち、誤振込の直接の利害関係者間の関係とその外にいる善意者との関係には法的関係の相対性がみられるのであるから、後者については善意者の信頼保護を根拠として有効。また直接の利害関係者間にも、仕向け・被仕向け銀行と誤振込当事者との関係と、誤振込当事者間の関係とは区別でき相対性が認められるので、それぞれにふさわしい処理を加えることができる。詳しくは別項に譲らざるをえないが、法的関係の相対性論によればすくなくとも纏れた糸はほどけるということである。

なお、この第2類型にはさらに次の事例も検討課題として含めることができよう。すなわち、(1) ① 構成要件該当行為レベルの被害者（ないし結果）対行為者の関係と② 行為者の構成要件該当行為と行為者がその行為に関係して他方において担った権利や法益という関係とは区別できることから、構成要件レベルの法的関係と違法性レベルにおける法的関係とでは相対性が見られるとか、(2) またそれと関係して、「他人の正当防衛行為を利用した間接正犯」という問題における防衛行為者と被害者の関係と利用者と被害者との関係にも法的関係の相対性が見られるとか、また、正当防衛行為として共同して暴行を加えていた者の一部が過剰行為に及んだ場合にも法的関係の相対性を見てとれるのではないとか、などが検討課題となりうる。（これらについてはなお詰めるべき問題もかなりあるので詳論

↘山社・2002年）273頁～298頁参照のこと。

は別項に譲らざるをえない。)

もっとも、法的関係の相対性と共犯の関係については、常に念頭に置くべき注意点もある。第1は、相対性論だと因果的共犯論や行為共同説につながりやすいのであるが、他方で共犯には侵害行為原理からする共犯の正犯への従属性という大原則が存在するのであって、相対性と正犯への従属性は統一的にとらえられなければならないということである。第2は、「関係」論だと、物理的ないし心理的なつながり、つまり因果性の必要なところにまで単に「立場」や「地位」があれば足りるとされてしまいやすいので、このことへの警戒が必要なことである。そのことは特に規範主義理論と結びつくと生じやすい。その悪い典型例がいわゆるスワット拳銃所持事件最高裁平成15年5月1日決定（刑集57巻5号507頁）である。

(3) 第3の類型

第3は、個別法益・規範レベルにおいても、また法主体A対法主体Bという個別法主体レベルにおいても、それらのレベルでの法的関係は同じであるといえるのだが、個別法益・規範を超えた、あるいはそれらの基礎にあるもっと大きい社会関係が異なることにより法的関係が相対的になり、違法性も相対的になるものである。

この例として、単なる債務不履行不可罰の原則や、民法上の不法行為と刑法上の犯罪との関係があげられる。なお詰めるべき点も残るが、末川が挙げていた、不法行為と債務不履行とが同時に問題となる事案もここに属すといえよう。

1) 例1……債務不履行不可罰の原則

単なる債務不履行は不可罰とする原則がある。債務不履行は、民法上違法であり、損害賠償責任も生じる。しかし、それだけでは犯罪にできないということである。個人対個人の負担の公平な分担を図る民法と、個人対社会の関係において社会侵害行為を犯罪とする刑法との違いからくる帰結

である。偶然の支配する市場経済社会において債務不履行は社会生活上不可避的に生起する通常の行為と言わざるをえない。当該社会につきものの行為をもって社会侵害性のある行為とはできまい。債務不履行による損害の公平な負担をはかるために民事上は不法とするが、刑法上は社会的相当行為とせざるをえないのである。

なお、背任罪の要件である「他人のためにその事務を処理する者」の「その」事務＝＜その他人の事務＞は債務不履行不可罰の原則と抵触しないようにするための要件である。「他人のために」事務を処理する者というだけであれば、単なる債務者もそれにあたることになってしまうからである。

2) 例2……民法上の不法行為と刑法上の犯罪との関係

XはAに殴りかかり重傷を負わせた。Xの行為は、XとAという個対個の関係においては民法上の不法行為になる。Aの身体の安全を侵害した上さらにそれを通じて社会を侵害脅威にするというAを包摂した社会全体と行為者Xとの関係において刑法上の犯罪が別に問題となるわけである。

5 重層的保護客体論……行為原理と社会侵害性¹⁸⁾

(1) 犯罪にある保護客体重層構造

上記第3類型では保護客体重層構造が見られる。なぜなら、生命、身体、自由ないし財産などの個人的法益に対する罪や公衆の安全という社会的法益に対する罪では個人ないし不特定多数人の権利ないし法益侵害脅威をとおして、また政府ないし国家の存立とか作用を保護する国家的法益に対する罪では国家機構や個々の国家作用に対する侵害脅威を通して、さら

18) 行為原理や社会侵害性については、すでに生田・前掲書『行為原理と刑事違法論』や同・前掲書『人間の安全と刑法』において論じてきたところである。本稿はそれを踏まえつつ、さらに発展させようとするものである。

に社会を侵害脅威する必要があるからである。すなわち、犯罪では、個別の権利ないし法益とそれを一部として包摂し維持しようとする社会という保護客体の重層構造が見られるのである。犯罪の本質は、個別の権利ないし法益の侵害にとどまらずそれを突き通して社会全体を侵害脅威することにある。ある行為を犯罪とするにはその行為に社会侵害性がなくてはならない。

なお、ここにいう社会侵害性の意味は個々の権利や法益とは切り離された社会システムの侵害脅威ではない。そのような社会システム論は人間疎外以外の何物でもなく、人権と民主主義による刑法の正当化ないし正統化に耐えられないものだからである。

(2) 犯罪の本質と行為原理

そのような保護客体の重層構造に対応するのが、いわゆる行為原理 (Tat-prinzip) である。侵害行為原理ともいわれる。

行為原理とは、社会に損害を与えた行為のみを犯罪にできるというものである。歴史的には、ベッカリアの『犯罪と刑罰』(「犯罪の唯一の尺度は、行為が社会に与えた損害である。」) やフランス革命期の人権宣言(たとえば1789年権利宣言第5条)がこの原理を体現した典型例といえる。

今日、法益侵害原理とか他害性原理, harm-principle という概念の方がよく使われるが、それらは、被害の側面だけをとらえがちだという意味において、行為原理の一面をとらえるにすぎない。(ちなみに英米法では act-principle が行為原理に当たるといえよう)。行為原理は、① 違法の実質に関する結果無価値論、② 作為犯原則・不作為犯例外、③ 正犯と共犯の区別、共犯従属性、④ 犯罪の実質に関する社会侵害性論に直結する、きわめて重要な近代刑法原理なのである。

行為原理ないし行為主義を刑法原理として掲げる教科書が増えつつある¹⁹⁾。

19) 例えば、刑法理論研究会『現代刑法原論〔総論〕改訂版』(三省堂・1987年) 141頁

しかし、それらのうちにはまだ、行為原理と侵害原理が別建てにされており、行為と侵害の結合は棚上げされているものがかなりある。それだと Tat でなく、むしろヘーゲリアーナーの影響を受けた、主観と客観の統一である Handlung に近づくことになってしまう。もっとも、竹田直平におけるように、行為が、「体素」として、「心素」と「結果」を媒介するものとされ、3者の因果関係が必要とされるのであれば、行為の外部性は明らかとなるが、心素が原因とされることにより体素は不作為で足りるとされやすい²⁰⁾。

第1に、それらでは侵害原理が法益侵害・危険というレベルだけで捉えられることになってしまい、身体の動きによるその惹起という面が軽視される。それに対し、身体の動きによる結果の惹起という形で身体の動きと結果の惹起を統一的に捉えることができれば、結果だけでは捉えきれない行為と結果によって形成される法的関係を顕在化できる。個人行為責任の原則は、単に個人の責任というにとどまらず個人の行為に対する個人の責任を要求するものである。個人行為による結果の惹起という側面は、その行為による法益侵害・危険という結果惹起のレベル（不法）に止まらずその個々の行為者の行為が他面において担う利益の違いをも取り上げることができる。このことから、責任にとどまらず違法性においても他の者の行為による結果の惹起との間で相対的になりうることが明らかになる。

また、第2に、前述した従来の法益論の弱点であるが、そこでは法益という民事とも共通する侵害客体を採り上げるだけで社会侵害性が考慮されていない。たとえば交通事故で人に重傷を負わせた場合、身体の安全とい

↘頁～145頁、松宮孝明『刑法総論講義 [第4版]』（成文堂・2009年）13頁、松原芳博『刑法総論』（日本評論社・2013年）20頁～21頁、浅田和茂『刑法総論 [補正版]』（成文堂・2007年）44頁・45頁、中山研一『新版口述総論 [補訂版]』（成文堂・2005年）17頁～18頁、大谷實『新版第4版刑法講義総論』（成文堂・2012年）41頁、74頁、鈴木茂嗣『刑法総論 [第2版]』（成文堂・2011年）7頁、など。

20) 本稿の見解とは異なるが竹田の行為論を詳細に分析し前向きに評価するものとして、三上正隆「竹田直平の規範理論」早稲田法学会誌60巻2号（2010年）342頁参照。

う法益の侵害は民事の不法行為でも過失致傷罪でも同じく存在する。その結果、両者における法的関係の違いが意識されず、単に制裁の強度の違いにより説明されることが多い。

第3に、行政罰と刑事罰との区別につき、後者が道義的責任を問うものであり、道義的非難に値するものでなければならないのに対し、前者は行政目的からする合目的な答責で足りるとされるのだが、そこには、さらに前提として責任や答責の対象となる法的関係の相対性があるというべきであろう。刑法では、行為の社会侵害性が直接根拠となることから、社会の存立にとって必要不可欠な行政機構の存立そのものやその機能への直接的な侵害・危険が介入の根拠となるのに対し、行政罰則では、社会統制装置である行政による目的達成という社会にとってのプラス α の機能や効率性への阻害行為が根拠となるにすぎない。今日の行政法学では行政法とは何かの定義ができないのではないかといわれるぐらいの混迷状況にあるようだが、少なくとも上述した区別は今日でもできるというべきであろう。

刑法は社会そのものとかかわるのだが、行政法は、社会の管理面にかかわるだけで、社会侵害という点では極めて間接的なのである。

(3) 実定法批判の原理になりうる理由

行為原理は、単なる解釈原理にとどまらず実定法批判の原理でもある。それはなぜか。行為原理が犯罪成立要件として客観的他害性を要求するからなのか。

たしかに、法規範に反する意思や人格に支配への危険性を見て取り、支配秩序動揺の事前的予防に刑罰を利用しようとする衝動が、権力者につきまといがちだという経験を前にすると、意思や人格の危険性をもって処罰してはならないという原理は不断に立法批判原理になりうるというよい。

しかし、行為原理は、そのような他害性といういわば形式的要件におい

て批判原理に実際上なるというにとどまらない。行為原理は、いかなる人間関係、いかなる利益をその侵害から刑法によって保護すべきなのかという、その意味においてもっと実質的なところで実定法を批判的に検証できる原理なのである。それが可能になるのは、行為原理には「社会侵害性」概念が含まれ、しかもその「社会」概念が事実的なものと価値的・規範的なもの（人権）との統一においてとらえられているからである。すなわち、その「社会」は、生身の人間が日々生活している現実の様々な矛盾に満ちた社会であると同時に、その社会の中で社会侵害になるとして保護の対象になるのは生まれながらにして尊厳をそなえた平等な人間の社会といえる部分ないし層であると解すべきだとされるからである。このことによって、その社会侵害性概念は現実社会の様々な矛盾やそれを無反省に保護しようとする国家や法を批判できるものになるわけである。

(4) 刑法の正当化根拠と社会侵害性

そのような社会侵害性のとらえ方は、近代以降の国家や法の正当化根拠ともかかわっている。

人々は生来的に自由、平等で独立した存在であり、その生来的自由や権利を守るために社会を作りその不可欠な管理機構として政府ないし国家を作った。それゆえ、そこにおける人間関係の基本的ルールは、社会を作った人々の意思を体現したものでなければならず、また、その社会を作った意味を台無しにしてしまう行為つまり社会侵害行為は社会に敵対する行為として最も強く禁圧しなければならない²¹⁾。社会を作った最大公約数的な意味は、人々の生存に必要な不可欠な生来的な自由と権利を守ることにあったはずである。それゆえ、そのような自由と権利である生命、身体、行動の自由、生存財産の安全を侵害（・危険に）する行為とか、それらを守

21) 「社会契約によって秩序づけられた社会を破壊する行為は、社会侵害的なのである。」として啓蒙期の社会侵害性論と社会契約説との関係を指摘するのが、クヌト・アメルンク「法益侵害と社会侵害性」日高義博『違法性の基礎理論』（成文堂・2005年）所収226頁。

るために必要不可欠な政府・国家装置の存立や作用とかを侵害(・危険に)する行為は、社会を作った意味を台無しにしてしまう社会侵害行為となる。そのような侵害行為であってはじめて犯罪に値し、最も峻厳な制裁である刑罰に値するというわけである。

国家や法、さらには刑法の正当化根拠は、時代により、場所により異なってきた。けれども、人権尊重や民主主義を最高の価値理念とする国家・社会において刑法の正当化根拠を明らかにしようとするれば、上記した理由に行きつかざるをえないはずである。

ところが、そのような説明に対しては、その規準を充たす刑法では狭すぎるとか、近代原理では複雑に発達した現代に通用しないとの批判がなされることがある。

前者の批判に対しては、狭すぎることの実証的根拠が示されていないとの反論が可能である。すなわち刑法による「犯罪」抑止力についての実証なしに、抑止力があるとの思い込みで議論されているくらいがあるからである。前述したように、実際にはその抑止力は極めて限られたものであるにすぎない。後者の批判に対しては、現代型の問題への刑法による対応が果たして所期の目的を達成できているのかの検証がここでも不十分だという反論が可能である。さらに、両者に共通する反論として、それらの論者は現代における刑法の肥大化現象を本当の意味で、つまり普遍的人権や民主主義との関係において、正当化できるのかということが挙げられよう。

(5) 社会侵害性と一般性・普遍性

このようにして社会侵害性とは、社会構成員すべての人権を侵害する性質があるということの意味する。これは、現実の不平等や支配従属を糊塗してしまふ抽象化された人格の抽象化された権利でなく、具体的に生存している生身の人間すべてに共通する権利や利益の侵害を意味することになる。このことの重要性は、刑法を被害者対行為者という狭い 2 項対立でとらえがちな傾向にある最近の「被害者の権利」論に対する反省の中から改

めて自覚されるようになってきている。すなわち、法益を侵害ないし危殆化する挙動が「我々すべてにとって重要な」（von Bedeutung für „uns alle“ ist）場合にのみ当罰的なのだとの理解²²⁾である。一部の特権者の利益を侵害するに過ぎない行為は社会侵害性を有しない。侵害が犯罪とされ刑法によって保護される「社会」はここでは一般性・普遍性、ヘーゲルの言う Allgemeinheit のレベルでとらえられる。まさに、特殊性の中に普遍性があり、普遍性の中に特殊性があるという関係である。

個々の犯罪規定は実際の機能においてどの範囲の社会構成員のどのような利益を保護するものか、それは普遍性をもちえているか、一部の者の利益のために刑法や警察を利用するものではないのか。公共性の私物化でないのか。かかる規準で立法の適否が判断される。たとえば、「ワン切り」の犯罪化や、営業秘密保護のための情報窃盗罪。前者は、電信電話会社の技術的改良で対応すべきもの。警察を使うのは税金の無駄使い（官金私消費）。後者の情報は、盗まれても人類の共通財としてのその使用価値は侵害されず、むしろ拡大するもの。根拠として主張されるのが、競争上の利益。けれども、そのような「他人を出し抜く利益」というものを社会侵害性ありとして刑法によって保護してよいのだろうか。

お わ り に……残された課題

法的関係相対性の第1類型と第2類型は現行刑法解釈の纏れた糸を解きほぐす上で有効な指針となろう。また第3類型は、行為原理や社会侵害性論と結合できれば、止まるところを知らないがごとき刑法の有害無益な肥大化現象を食い止め、正常化するための有効な指針となるであろう。

もっとも、第2類型と第3類型については、議論が緒に就いたばかりなので、なお究明・整理しなければならない点も多く残されている。けれど

22) Kindhäuser, Neuman und Paeffgen (hrsg.), Strafgesetzbuch Band 1, 4. Auflage, Nomos-Kommentar, 2013, S. 104-105.

も、本稿はそれらの序説として検討作業の手掛かりと方向性は示すことができたのではないかと思う。

本稿で示した行為原理や社会侵害性概念による刑法は、市民刑法の理念型、つまり核心刑法に近いものになるであろう。人権や民主主義という価値理念に照らして正当化できる刑法はそのようなものなのだが、現実には理念通りにはいかないとの批判が予想される。

しかし、その批判は実証された根拠のない思い込みであるにすぎないことは前述したとおりである。

もっとも、肥大化した刑法は不要でも、現状では核心刑法だけで社会秩序を維持できないことも確かである。

そこで、私は、広範だが穏やかな介入法や連帯による包容型の法政策(単なる刑事政策ではない!)、コミュニティづくりの必要性を提唱してきた²³⁾。これらの方がはるかに犯罪予防効果が大きい。しかも、人間の尊厳を尊重する方向でもある。

世界的にも、刑罰インフレーションによる過剰拘禁対策という意味もあるが、施設内拘禁処遇から非拘禁的処遇への転換、コミュニティ制裁(community-sanction)への転換が人間の尊厳を出来るだけ尊重する処遇として追求されるにいたっている²⁴⁾。行刑レベルでは厳罰への反省が進んでいるのに、他方では犯罪化の拡大や厳罰化のための立法がこれでもかこれでもかというほど進められている。このこと自体、犯罪化の拡大や厳罰化によっては犯罪を防止できないことを示しているのであるが。

このような状況を前にすると、刑法に関しても今一度、木だけでなく森を見なければならぬ段階に来ているように思われるのである。

23) 生田・前掲書『人間の安全と刑法』参照。

24) もっとも、「拘禁でなければよい」との単純な問題ではないこと、コミュニティ制裁にも人権との関係で解決しなければならない問題が種々残っていることについては、Dirk van Zyl Smit, Community Sanctions and European Human Rights Law, in: Lucia Zedner and Jurian V Roverts (ed.), Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice, Essays in Honour of Andrew Ashworth, Oxford, 2012, 191-208. 参照のこと。