

経済犯罪（あるいは犯罪一般）の 実質的違法性ないし「社会侵害性」について

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 「法益」と「社会侵害性」
 - (1) 日本の「社会侵害性」論
 - (2) 「社会侵害性」思想のルーツ
 - (3) 「法益」論の意義と限界
 - (4) 解釈における好ましくない機能
 - (5) アーメルンクの見解
 - (6) 「存在する規範」の確証
- 3 経済犯罪と「社会侵害性」
 - (1) 「競争刑法」の保護「法益」
 - (2) 刑罰対象行為を選別する基礎としての「存在する規範」
 - (3) 相反する世界観
 - (4) 完全禁止と条件付許容
- 4 結びに代えて

1 問題の所在

かつて筆者は、自身が代表を務める「経済刑法研究会」を中心として刊行された『経済刑法入門』（成文堂、1992年）の「経済刑法と刑法の諸原則」という章において、次のように述べたことがある¹⁾。すなわち、私的

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科特任教授 立命館大学名誉教授

1) 中山研一ほか編集代表『経済刑法入門』（成文堂、1992年）145頁以下〔松宮孝明〕。同書は、現在、執筆者や執筆分担を改めて、新版の第3版まで刊行されている。齊藤豊治

独占や不当な取引制限、あるいはインサイダー取引のような、「自由競争システム」の機能ないしその前提を侵害する行為の違法性は、必ずしも、不特定・多数の消費者などの財産的損害の発生によって説明できるものではなく、また、仮に「自由競争」そのものを「法益」と解しても、「経済刑法」上の具体的な行為と「法益」との関係は、間接的・抽象的なものにならざるをえない。したがって、その「法益」をいかに解しても、究極目的——それは、一応、「人々の経済的利益と国民経済の発展²⁾」と解されよう——との関係では、それをどのような手段で達成するかについて、いくつかの選択肢がありうるのであり、そのうちのどれを選択するかは、合理的な裏付けのある法政策的判断にゆだねられている。ところで、一定の「ルール」を刑罰で担保するには、そのルールのめざす政策（たとえば「自由競争」）の究極目的との関係での合理性、政策目的達成のためのそのルールの有効性、さらに、その政策とルールについての民主的な合意形成が前提となるが、その際、ルールそのものは、刑事犯・自然犯と比較して、その社会の歴史的諸条件に左右され安いものとならざるをえない。たとえば、資本家が育っておらず、資本の蓄積も十分でない社会では、国家が産業の育成につとめるという政策（殖産興業）をとる場合が多い。この場合には、「自由競争市場」は形成されておらず、守るべき「競争機能」も存在しない。国家は、法以前の直接的介入を行うこともしばしばである。ここでの「経済刑法」は、必然的に、統制（あるいは計画）経済的なものになる。しかしこれを、現代の「自由市場経済」の立場から見て、誤りと

↘ほか編『新経済刑法入門〔第3版〕』（成文堂、2020年）参照。

2) 「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（＝独禁法）1条は「この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、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ことを目的とする。」（下線筆者）と定める。

経済犯罪（あるいは犯罪一般）の実質的違法性ないし「社会侵害性」について（松宮）

することはできない。つまり、「自由競争」を、歴史貫通的に、「経済刑法」の保護「法益」とするわけにはゆかないのである、と。

当時、筆者は、このように述べることで、「自由競争」を担保する「経済刑法」の対象となる行為の実質的違法性が持つ歴史的品格を指摘することを意図した。なお、ここにいる経済「刑法」とは、ドイツにおいて秩序違反法と区別される「狭義の刑法」ではなく、日本国憲法39条³⁾の「事後法の禁止」、「一事不再理」、「二重処罰・二重訴追の禁止」の保障がおよぶ「広義の刑法」ないし「実質の意味での刑法」を意味する⁴⁾。

本稿では、それから約30年を経て、改めて経済犯罪の実質的違法性を、「社会侵害性 (Sozialschädlichkeit)」 (= 「社会危害性」) という観点から、考察してみたいと思う。

2 「法益」と「社会侵害性」

(1) 日本の「社会侵害性」論

「社会侵害性」という概念は、中華人民共和国刑法13条では、「社会危害性」という名で、犯罪の実質的定義に用いられている⁵⁾。筆者の手元にあるロシア共和国刑法では、その第7条に類似の規定がある⁶⁾。その両者では、一方で「社会に危害を及ぼす行為」が法律で刑を定められたときに「犯罪」となるとされ、他方で、軽微なため社会的危険性を示さないもの

3) 日本国憲法39条は「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」と定める。

4) 欧州人権条約や欧州基本権憲章との関係では、「刑法」がここにいる「広義の刑法」を意味することについて、*Helmut Satzger, Was ist eigentlich „Strafrecht“? – Ein Begriff im europäischen Wandel, Festschrift für R. Streinz, 2023, S. 763.*

5) 少し古い資料であるが、甲斐克則＝劉建利『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011年）77頁。

6) 同じく少し古い資料であるが、法務大臣官房司法法制調査部『法務資料442号 ロシア共和国刑法典』（1982年）7頁。

は犯罪としないといった形で、「微罪」不処罰の根拠にも用いられている。

以上の「社会侵害性」概念の果たす役割には、二つのものがある。ひとつは、刑事法による規制の対象となる行為を選別する役割である。つまり、「社会侵害性」のある行為は法律で「犯罪」とすることができるが、「社会侵害性」のない行為は法律で「犯罪」とすることはできないといった「刑事立法の限界」を画する役割である。たとえば、欧米において1970年代から1980年代にかけて、同性愛、猥褻などの（時代遅れの）性道徳に反する罪が廃止されていった。これらは、以下で検討する「法益」保護の考え方を有力な基盤としてではあるが、このような（時代遅れの）性道徳に反する行為は、現代の社会では「社会侵害性」がないと考えられたものと思われる⁷⁾。もうひとつは、形式的には法律の「構成要件」に該当するようにみえても、些細な、あるいはありふれていて皆が問題としない行為は「社会侵害性」がない、または軽微であるとして、微罪を個別事件において不処罰とする、または「社会的に相当な行為」を除外する根拠となるという役割である。

日本においても、ときおり、このような意味での「社会侵害性」概念が用いられることがある。しかし、その意味は、圧倒的に、「法益」に対する侵害・危険と同義である。それは「法益（の侵害または危殆化）なければ犯罪なし」というスローガンに収められるものである⁸⁾。

7) 中村悠人「法益論と社会侵害性について」浅田和茂ほか編『生田勝義先生古稀祝賀論文集 自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）27頁（33頁）は、いくつかのドイツ語文献を基に「このような性犯罪の非犯罪化が法益論によって、あるいは法と道徳の限界づけによってもたらされたということには疑問が残る。」とし、「例えば、姦通行為の禁止については、『婚姻の脱経済化、困窮や高齢による危険への対策の集団での取り組み、そして特に子供の血筋を証明する確実な手段の発展によってはじめて、イメージが変化して姦通に対する刑罰規範が社会的な説得力を失った』というように、社会的な枠組み条件の変化こそが根拠と考えられる」として、ミヒャエル・パヴリックの見解を参照させている。Vgl. Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre, 2012, S. 135. 飯島暢ほか訳「ミヒャエル・パヴリック『市民の不法』（5）」関大法学64巻2号（2014年）263頁も参照。

8) 浅田和茂『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2024年）11頁は、「社会侵害的な外部的メ

経済犯罪（あるいは犯罪一般）の実質的違法性ないし「社会侵害性」について（松宮）

もっとも、近年では、「法益」論単体では「犯罪」ないし刑事立法を限界づけるものとしては不十分であり、憲法原理としての「比例原理」による補完が必要であるとする主張が展開されている⁹⁾。しかし、それもまた、「法益」論を「国家が追求することが正当とされる目的はどのようなものかに関する議論領域」とするものであって、「法益」の侵害ないし危殆化に「社会侵害性」の一翼を担わせている。

(2) 「社会侵害性」思想のルーツ

「社会侵害性」という概念は、ドイツのフランツ・フォン・リスト以前の刑法学においては、犯罪を構成する要素のうちの「客体」の侵害と考えられてきた。ベルナーなどでは、それは「権利＝法」(Recht) に対する攻撃と考えられていたもので¹⁰⁾、ベルナーなどが属する刑法におけるヘーゲル学派からさらに遡り、ヘーゲルの『法の哲学』§ 218 のテーゼにまで至り得る。そこでは、ヘーゲルは次のように述べている。すなわち、「所有と人格性は、市民社会では法律上承認されて法律上の妥当性をもっているから、犯罪はもはや、一個の主観的に無限なもの（＝個別的人格）の侵害であるだけでなく、一つの内的に堅固で強力な現存在をもって顕現している普遍的なことがらの侵害である。したがって行為の社会にとっての危険性という視点が生じる。¹¹⁾」と。ここにいう「社会にとっての危険性」が、本稿にいう「社会侵害性」である。前述のように、この「社会侵害性」という概念は、その後、ソビエト刑法を経て現在の中華人民共和国刑法13条に流入した。

↘ 行為・結果がなければ処罰されない」とする「行為原理」を「侵害原理」と同視する。ここにいう「侵害原理」は、法益の侵害・危殆化と同義であると考えられる。

9) 代表して、仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断——刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察——」比較法学53巻1号（2019年）66頁。

10) *Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1857, S. 118ff.

11) ヘーゲル〔藤野渉・赤沢正敏訳〕『法の哲学Ⅱ〔第4版〕』（中央公論社、2016年）§ 218、160頁。

他方で、ドイツでは、後に述べるクヌート・アーメルンクが、刑法および刑法が担保する規範は人間の共存のための諸条件を担保するためのものであるという啓蒙思想を前提に、「法益」論とは異なる「社会侵害性」論を展開しようとした¹²⁾。そして、この試みは、後述するように、ギュンター・ヤコブスによって受け継がれている。

(3) 「法益」論の意義と限界

さて、日本においては、このように、「犯罪」の範囲を画し刑事立法の正当化と限界設定を担う「社会侵害性」は、すぐれて「法益」という概念によって担われてきた。そこでは、① 妥当な犯罪化、② 過剰な犯罪化、③ 懈怠されている犯罪化、④ 懈怠されている非犯罪化をどうやって区別するのか、その際、「法益」は立法正当化・制約原理として働いているか、といった問題が浮上する¹³⁾。そして「法益論」は、歴史的には、欧米諸国とくにドイツにおいて、時代遅れとみなされつつあった成人間の同性愛や獣姦を「被害者なき犯罪」として「非犯罪化」することに貢献した¹⁴⁾。

しかし、人がこれらの性道徳に対する罪を超えて一般的に犯罪化・非犯罪化の指導原理として「法益」を機能させようとするれば、まず、そもそも「法益」とは何かという一般的法益概念がうまく定義できないという問題が浮上する（問題点1）。なぜなら、環境刑法、医事刑法、そしてほかなら

12) *Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens, 1972, S. 1.*

13) 筆者は、この問題を、かつて2006年1月29日に開催された日本刑法学会関西支部会共同研究「法益論の意義と限界」において扱ったことがある。松宮孝明「法益論の意義と限界——問題提起に代えて——」刑法雑誌47巻1号（2007年）1頁。

14) しかし、前述のように、それもまた、「法益」論そのものの功績というのではなく、社会的な枠組み条件の変化のために、これらの行為を禁止する規範の妥当性が、すでに失われつつあったといった事情のほうが大きいであろう。言い換えれば、社会は、これらの禁止規範を妥当させなくても維持できるものになったのである。中村・前掲注 7) 33頁、*Pawlik, Fn. 7, S. 135.*

ぬ経済刑法の分野などにおいては、「環境」それ自体や「競争秩序」ないし「競争制度の機能¹⁵⁾」、「人間の尊厳¹⁶⁾」といった極めて一般的で観念的なものまでもが「法益」と呼ばれているからである。さらに、ドイツのロクシンは、「法益とは、個人の自由な発展、基本権の実現およびこのような目標観念の上に構築された国家システムの機能のために必要なあらゆる所与および目的設定¹⁷⁾」と解している。その際、「所与および目的設定」としたのは、法益概念が、法によってすでに存在するものとされた状態ばかりでなく、法によって創設された——たとえば、納税義務のような——規範遵守義務を含むからだとされる¹⁸⁾。しかし、納税義務が「法益」たりうるのなら、一般的に法遵守義務自身も「法益」たりうるであろう。これでは、シャッフシュタインなどのキール学派が1930年代に主張した「義務違反としての犯罪」¹⁹⁾という構想と大差ない。このような法益概念は、刑事立法の限界設定には無力である。つまり、「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

15) 独占禁止法のような「競争刑法」の保護法益を「競争制度の機能」にみるのは、たとえば京藤哲久「経済刑法の構成要件とその合目的解釈」刑法雑誌30巻1号（1989年）90頁以下。

16) 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——日本初の生命倫理法——」法学教室247号（2001年）86頁以下。

17) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. 2006, S. 16. この定義は、ルイス・グレコによって補訂されてからも変わっていない。Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl. 2020, S. 26.

18) Vgl., Roxin, aa.O., S. 16; Roxin/Greco, aa.O., S. 26.

19) Vgl. Friedlich Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935. ちなみに、シャッフシュタインらの構想は、すべての犯罪を国家に対する行為者の背信行為と捉え、その中核を客観的な行為ではなく行為者の意思に求める「意思刑法」を唱える主観的不法構想（しかも、責任能力は除外するという中途半端なもの）であった。このような構想は、現に人が殺されたことによって初めて「汝、殺すなかれ」という規範が破れたと考える客観主義的規範違反構想とは正反対のものである。なお、佐伯千仞「刑法におけるキール学派について」『佐伯千仞著作選集第4巻 刑事法の歴史と思想、陪審制』（信山社、2015年）24頁以下参照。

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。²⁰⁾」のである²¹⁾。

次に、「法益論」の一部をなすと考えられている「法益保護思想」に関しては、それ自体が刑法的介入の早期化を後押ししているという看過できない指摘がある(問題点2)。たとえば、性犯罪や家庭内暴力(DV)等を含む諸行為の犯罪化・重罰化を推進する「ジェンダー論」、臓器売買・クローン産生等を規制する「生命倫理」は、たしかに従来犯罪とされていなかった行為の犯罪化を進めている——その点では、部分的には、刑法の「規範形成機能」が期待されている——が、その背景にあるのは、それらの行為によって危険にさらされるものを「法益」と定義し、その効率的な保護を要請する考え方である。その特徴は、これらの行為者をすべて、法益——ないし被害者——に対する「敵」とみる考え方である²²⁾。

この、「法益保護思想」による刑事的介入の早期化は、ふたつの態様で現れる。第一は、抽象的危険犯の多用である。クレジットカード情報のス

20) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003年) 41頁。

21) 伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂、1984年)は、法益概念の歴史をたどることで「法益概念の全能化・神格化」の問題を指摘している。法益は「静的な有体物を越えた、動的な社会的機能状態との関連における把握の必要性」(同書414頁)があるとするのである。もっとも、そう考えると、立法限界としては、もはや「法益」という言葉に依拠しなくてよいのではないかという疑問も浮上する。嘉門優『法益論——刑法における意義と役割——』(成文堂、2019年)は、法益を「保護対象」として論ずるのみでなく、「侵害対象」として、「どのような範囲で、そしてどのような攻撃態様に対して、刑法が介入すべきなのか」へと視点を移行させなければならないとする(同書270頁)。そこでは、侵害か危殆化かが区別できるような「法益」概念が要求されるのである。しかし、そうなると、文書偽造罪などでの「公共の信用」や私的独占の罪での「自由競争」などは、もはや「法益」とは呼べなくなる。しかし、これらの罪の非犯罪化を主張しないのであれば、これらの罪は「法益なき犯罪」として、別途その正当化が求められることになってしまう。また、「どのような攻撃態様に対して」刑法が介入すべきかを論じるのであれば、端的に、その攻撃態様の禁止が社会規範として根づいているか否かを検討した方がよい。

22) このような刑法を「敵味方刑法」(Feindstrafrecht)と呼ぶ。Vgl., Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsverletzung, ZStW 97 (1985) Heft 4, S. 751-785. なお、松宮・前掲注20) 17頁以下も参照されたい。

キミングを含むカード偽造の準備罪など、各種の予備の犯罪化から共謀罪の新設にまで至るこのタイプの早期化の具体例は、自ずと明らかであろう。そして第二は、法益自体の早期化・前倒しである。その具体例は、「公共の信用」を保護法益とする各種偽造罪などである。カード偽造罪自体がその象徴であるが、とくに文書偽造罪は、偽造文書の行使によって害される法益の前段階法益として、「公共の信用」（publica fides）を作り出した²³⁾。

もちろん、筆者は、これらの犯罪化がすべて過剰だなどというつもりはない。しかしながら、問題は、「法益論」自体からは、一般的法益概念が定義できないために、その当否を判断する基準が出てこないことにある。それどころか、「法益保護」のためなら、そのような立法はほとんどすべて好ましいという結論さえも可能になるのである。ところが、我々には、現在、このような抽象的危険犯としての早期化や法益自体の前倒しによる早期化の当否を判断する有効な物差しを、「法益」論内在的なものとしては持っていない。

このような、立法批判ないし立法指導機能における「法益」論の限界を認めつつ、「法益論を補うものとして、刑事立法の判断枠組の憲法化の方向性が妥当であること」を示そうとする主張がある²⁴⁾。この見解は、「法益」論に加えて英米法の「侵害原理」についても、「それ単体ではもはや立法批判機能は果たしえ²⁵⁾」ないことを認めた上で、しかし、「法益論は全く排除されるわけではなく、（〈より良き立法〉を目指す）〈討議の場〉において、刑法学の側からの対案形成のツールとしての地位が与えられる²⁶⁾」とする。しかし、そこにいう「対案形成のツールとしての地位」

23) ただし、「公共の信用」は仮の法益であって保護したいのは偽造文書の行使で危殆化される財産などの実質的法益であるから、偽造罪には「行使の目的」（日本刑法）あるいは「取引において欺罔する目的」（ドイツ刑法）といった目的が必要とされる。

24) 仲道・前掲注 9）27頁以下。

25) 仲道・前掲注 9）66頁。

26) 仲道・前掲注 9）67頁。

については、何も述べられていない。それどころか、「〈より良き立法〉とはむしろ、より良き立法を志向し続ける永続的な営為そのもののことである²⁷⁾」という、意味不明な言葉が結論とされているのである。

(4) 解釈における好ましくない機能

加えて、日本では、「法益」論から派生した「法益保護の原理」が、刑法解釈論においても好ましくない機能を果たしている。というのも、「法益保護の原理」は、本来は、「法益にとって無害な行為は処罰してはならない」という要請を意味していたが、これを逆転させて、「法益にとって有害な行為は処罰しなければならない」とし、それを犯罪成立要件の解釈にまで持ち込む類推の手法が、日本では多々見受けられるからである。

たとえば刑法124条にいう陸路の「閉塞」につき、これを「往来の不能または危険を生じさせること」と解し、「設けられた障害物が通路を部分的に遮断するにすぎない場合であっても」これに当たるとした1984(昭和59)年4月12日の最高裁決定²⁸⁾、刑法126条2項の艦船の「破壊」につき、座礁させることによって艦船の航行能力を失わせた場合は「艦船自体に破損が生じていなくても」これに当たるとした1980(昭和55)年12月9日の最高裁決定²⁹⁾、刑法103条にいう「隠避」につき、本条は「捜査、審判及び刑の執行等広義における刑事司法の作用を妨害しようとする趣旨の規定」であるから、身代り犯人を警察に出頭させた以上、犯人が釈放されなくても犯人隠避教唆罪に当たるとした1989(平成元)年5月1日の最高裁決定³⁰⁾は、いずれも、構成要件要素の解釈において、各罰条の保護法益ないし立法趣旨を援用し、そこから直接に各構成要件要素の拡大解釈——な

27) 仲道・前掲注 9) 69頁。

28) 刑集38巻6号2107頁。

29) 刑集34巻7号513頁。

30) 刑集43巻5号405頁。さらに、最決平成 29・3・27 刑集71巻3号183頁も同旨。これに疑問を呈するのは、豊田兼彦「判批」法学セミナー749号(2017年)97頁、永井善之「判批」『速報判例解説 vol.23 新・判例解説 Watch』(2018年)173頁以下。

いし類推——を導いている。

しかし、「逆は真ならず」は論理学のイロハである。刑法108条以下の放火罪が公共危険犯であることから、放火の未遂も公共にとって危険であるので既遂の構成要件に該当するという解釈がありえないのと同じように、ある構成要件の保護法益がこうであるからその法益を害する、ないしその危険のある行為はすべてその構成要件に該当するという論法もありえない。つまり、「構成要件から法益を引き出す」ことはありえても、「法益から構成要件要素を解釈する」ことは、少なくとも構成要件要素の概念を拡張する方向ではありえないのである³¹⁾。

なお、ここで例に挙げたものが、「往來の安全」や「公共の安全」、「司法作用」というように——すべて「抽象的・普遍的法益」であることにも注意が必要である。言い換えれば、具体的ないし物理的な「法益」の場合には、「法益」を手掛かりとする目的論的縮小解釈にも正当化と制限の機能が認められるが、「抽象的・普遍的法益」の場合にはそれはほとんど解釈の拠り所とならず、むしろ条文そのもの、ないしその背後にある行為規範や、直截に立法当時の提案理由に立ち返ったほうがよいということである。たとえば、刑法103条の犯人隠避罪では、日常用語の意味において「犯人を隠避させた」ことが規範違反であって、その際、ある行為が刑事司法に対して抽象的危険を生じさせたか否かは決め手にならないのである。

他方で、「抽象的・普遍的法益」の限りでも、立法と司法の権力分立を前提とする憲法原理の下では、解釈において立法の領域に踏み込んでならない。したがって、その限りで、立法者が選択した「法益」は尊重されるべきである。それにもかかわらず、「覚醒剤と麻薬の錯誤」では、覚醒剤取締法1条の「覚醒剤の濫用による保健衛生上の危害を防止するため」

31) これに対して、法益ないし立法趣旨から構成要件要素を限定的に解したり、あるいは、公務執行妨害罪における「職務行為の適法性」のように、「書かれざる構成要件要素」を引き出すことはありうる。

から読み取れる「覚醒剤の濫用によって危殆化される人々の健康」という法益と、麻薬及び向精神薬取締法 1 条の「麻薬及び向精神薬の濫用による保健衛生上の危害を防止し」から読み取れる「麻薬及び向精神薬の濫用によって危殆化される人々の健康」という法益とを解釈者が勝手に合成して「これらの薬物類の濫用によって危殆化される人々の健康」という法益を作り出し、そこから——法定刑が異なるにもかかわらず——「これらの薬物類を所持した者は」という類の「共通構成要件³²⁾」を想定して、麻薬を所持していない人物に——麻薬と誤信して覚醒剤を所持していたからといって——麻薬所持罪を認める見解がある³³⁾。

同様に、真正身分犯とすることで「監護者が18歳未満の者に対し、その影響力があることに乗じて行うわいせつ行為や性交等によって害される性的自己決定」がその「法益」であると解される監護者わいせつ・性交等罪(刑法179条)の法益を、勝手に「監護者の影響力があることに乗じて万人が行うわいせつ行為や性交等によって害される性的自己決定」に変更してはならない。それにもかかわらず、監護者が性交していない場合に監護者性交罪を認める裁判例がある³⁴⁾。

これらは、立法限界を示す機能は期待できない「法益」に立法者の選択・決断という形で唯一残されていた解釈限界を示す機能をも否定するも

32) 山口厚『刑法総論 [第3版]』(有斐閣、2016年) 239頁。ちなみに、窃盗罪と遺失物等横領罪とにまたがる錯誤では、立法者の意思を無視するのではなく尊重して、254条にいう「占有を離れた」を「みせかけの構成要件要素」と捉えるべきである。これにつき、松宮孝明『先端刑法総論』(日本評論社、2019年) 117頁以下参照。さらに、このような解釈方法を示唆するサヴィニーの解釈方法につき、耳野健二『サヴィニーの法思考——ドイツ近代法学における体系の概念』(未来社、1998年) 218頁参照。

33) 最決昭和 61・6・9 刑集40巻 4 号269頁。

34) 広島高松江支判令和 6・5・31 LEX/DB25620060 は、監護者でない者が監護者と共謀のうえ18歳未満の被監護者と性交した場合に、監護者性交等罪の成立を認めた。しかし、同罪の背後にある禁止規範は「監護者は、被監護者と性交等をしてはならない。」というものでしかない。この点で、原判決(松江地判令和 5・9・27 判時2593号87頁)に対する判例時報2593号(2024年) 88頁の匿名解説が「本件事案においては禁止規範に違反することは明らか」とするのは、明らかな誤謬である。

のである。

（5）アーメルンクの見解

ドイツのアーメルンクは、啓蒙主義の下で発生した「刑法は人間の共存の諸条件を担保するという任務を負う」という思想に立ち帰り、この「共存の諸条件」を人間の相互作用システムとしての社会を担保する規範に求めるとともに、この規範の妥当を揺るがす行為が「社会侵害的」であり、かつ、「社会侵害的な行為のみが処罰されるべきである」という考えを展開した³⁵⁾。そこでは、刑法の任務の基礎となる社会契約論は、世俗の課題のみが国家の任務であると考ええるものであり、国家は、それを創立した人間の平和的共存を保障するために作られているのであって、刑罰もまた、究極的にはこの目的に資するものだとするのである。

その際、社会契約は、社会侵害的な行為によって侵害されるものについても記述しているという。個人の「権利＝法（Recht）」および社会が個人の権利を保護するために設けた国家の「権利＝法（Recht）」を害することによって、社会契約によって秩序付けられた社会を破壊する行為が社会侵害的だということである³⁶⁾。

その中には、社会の存続にとっておよそ放棄することのできない社会的および——間接的に——国家的諸制度を動揺させる行為も含まれる。その際、具体的社会において何が具体的に社会侵害的であるかは、基盤となる構造決定（fundamentale Strukturentscheidungen）を顧慮して、つまり具体的社会において基盤的なシステム問題がどのように解決されているのかを顧慮してのみ、解答できるのであるとする。その際、基盤的なシステム問題の解決方法は、実定的な、すなわち変遷し得る法規範が存在するところで

35) Amelung, Fn. 12, S. 350ff. なお、法益論との比較においてアーメルンクの社会侵害性論の意義を検討したものに、中村・前掲注 7) 27頁がある。

36) アーメルンクの思想を知るには、さしあたり、「クヌト・アメルンク〔日高義博訳〕『法益侵害と社会侵害性』（Knut Amelung, Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit）」日高義博『違法性の基礎理論』（イウス出版、2005年）226頁以下が有益である。

は、政治的な決定の問題であり³⁷⁾、何がある社会にとって社会侵害的とみなされなければならないかは、恣意的に決められるものではなく、それに先行する構造決定を顧慮して相対的にしか、解答できないのだとするのである³⁸⁾。

これに依拠すれば、現在の日本において経済刑法の中のたとえば自由競争を担保する「競争刑法」が確証するものは、以下に述べるような時代と領域によって条件づけられた「公正且つ自由な競争」を担保する規範ということになる。

(6) 「存在する規範」の確証

アーメルンクの示唆を受けて、ヤコブスは次のように述べている。すなわち、「刑法の働きは、社会のアイデンティティーを規定している規範に異議を唱えることに対して、刑法の側で異議を唱える点に存する³⁹⁾」と。ここでは、「刑法は、社会のアイデンティティーを確証する」ものだというのである。言い換えれば、社会は違反された規範を堅持し続けるのであり、その規範の妥当を動揺させられることで新たに自己を概念化し直されることを拒絶するのである。すなわち、「社会侵害性」とは、その内容は時代と分野に応じて変遷することがあり得るが、その意味は、その社会に「存在する（＝現に妥当している）規範」の妥当を揺るがすことである。

37) それをアーメルンクは、現在のドイツ社会ではドイツ基本法に求める。日本では、現行の日本国憲法とこれを頂点とする実定的法規範に求めることになるう。

38) Vgl. *Amelung*, Fn. 12, S. 368.

39) *Günther Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts? ZStW 107 (1995), S.843-876. 松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集 [第2巻] 刑法と刑罰の機能』(成文堂、2020年) 37頁。なお、以下の文献も参照されたい。*Günther Jakobs*, Sozialschaden – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem, Festschrift für K. Amelung, 2009 S. 37. 松宮編訳・同103頁。

3 経済犯罪と「社会侵害性」

(1) 「競争刑法」の保護「法益」

以下では、このような「社会侵害性」の考え方に従って、経済犯罪の実質的違法性を検討する。もっとも、本稿では、検討の対象を私的独占や不当な取引制限、あるいはインサイダー取引のような、「自由競争システム」の機能ないしその前提を侵害する行為に絞る。なぜなら、これらの行為こそが最も経済犯罪らしい行為であり、その処罰規定の保護「法益」をめぐって激しい議論があるからである。

これらの「自由競争システム」の機能ないしその前提を確保する刑罰法規は、「競争刑法」と呼ばれることがある。「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（以下、「独禁法」と記す。）では、その目的は「公正且つ自由な競争を促進」することを通じて「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」（同法1条）ことであり⁴⁰⁾、金融商品取引法（以下、「金商法」と記す。）では、その目的は「資本市場の機能の十全な発揮による金融商品等の公正な価格形成等を図り、もって国民経済の健全な発展及び投資者の保護に資する」（同法1条）ことである⁴¹⁾。これらの「競争刑法」の「保護法益」については、これを「不特定多数の消費者の経済的利益」ないし「市民の経済生活」と解する見解⁴²⁾と、「市場における競争の機能」と解する見解⁴³⁾がある。

40) 独禁法1条は、前掲注2)を参照されたい。

41) 金商法1条は、「この法律は、企業内容等の開示の制度を整備するとともに、金融商品取引業を行う者に関し必要な事項を定め、金融商品取引所の適切な運営を確保すること等により、有価証券の発行及び金融商品等の取引等を公正にし、有価証券の流通を円滑にするほか、資本市場の機能の十全な発揮による金融商品等の公正な価格形成等を図り、もって国民経済の健全な発展及び投資者の保護に資することを目的とする。」と定める。

42) 神山敏雄『経済犯罪の研究 第1巻』（成文堂、1991年）、同『[新版]日本の経済犯罪の実情と法的対応』（日本評論社、2001年）20頁等。

43) 京藤・前掲注15) 99頁。

前者では、たとえばカルテルや売り惜しみ等によって商品不足が生じ、その結果、経済パニックが生じて国民生活を現実に侵害するような場合が「経済犯罪」として処罰に値するものとなり、それに至らない単なる経済制度・経済秩序の侵害は「経済秩序違反」として行政処分の対象とすべきものとされる。もっとも、パニックを生じなくても、「不特定多数の消費者」の利益への抽象的危険はないわけではない。限定解釈は、独占禁止法などの「経済法」が違法とする行為のうち、違法の一定の質と量とを備えたものだけが「可罰的」なものであるとする理解（「可罰的違法性の理論」⁴⁴⁾）を前提にするものといえよう。

これに対し後者では、「競争刑法」は、究極的には国民の経済的利益に資するものであるとされつつも、刑罰権の発動に、消費者の具体的な利益の侵害は不要であるとされる。たとえば、新規業者の参入防止のための不当な低価格を維持するカルテル等は、競争機能を害するが、それだけでは、消費者の具体的利益を害するものではない。それにもかかわらず、場合によっては、このような行為をも処罰する必要性はある、と考えるのである。もちろん、このような「取引制限」行為は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものでなければならず、かつ、「公共の利益」に反するものでなければならない（独禁法2条5項参照）。その意味で、この見解は、単なる経済秩序・経済制度を保護法益と解するものではない。

これらふたつの見解は、究極的には一般消費者の利益を確保するために、その手段として「自由競争機能」を確保するという点で、大きな違いはない。問題は、民事的・行政的規制手段をも考慮した、刑罰権の発動要

44) ここにいう「可罰的違法性の理論」とは、違法な行為のすべてが刑事罰の対象となるわけではなく、違法性の一定の「質」と「量」を備えた行為だけが刑罰による制裁に値するという考え方をいう。刑法・民法などの法分野による違法の相対性を前提とするのではなく、法秩序全体を通じた違法の一元性を前提にして、最終的には罰条ごとに「可罰的違法性」の質と量は異なるとする考え方である。佐伯千仞「違法性の理論」および「可罰的違法性序説」『佐伯千仞著作選集第2巻 違法性と犯罪類型、共犯論』（信山社、2015年）381頁および409頁参照。

件にある。「消費者の実害」を重視するか、「競争機能の実質的阻害」に着目するかである。

しかし、何を法益と解するにせよ、「経済刑法」上の具体的な行為と法益との関係は、間接的・抽象的なものにならざるをえない。一般消費者の利益とカルテルとの関係は、通常、「市場価格」を仮定した間接的なものにならざるをえないし、「競争機能の実質的な阻害」といっても、競争を阻害する要因はたくさんあるので、一般消費者の利益との関係は抽象的なものになる。同じことは、「ネズミ講」の禁止にも当てはまる。そこでは、特定の会員が損をするか得をするかは、様々な偶然的要因と彼の会員獲得能力に左右される。「悪徳商法」に対する「特定商取引に関する法律」などの行為規制違反の場合も、実害の発生との関係は間接的・抽象的である。そのため、これらの法律において何が罪とされているかは、これらの抽象的な目的の阻害行為という形では定義できない。

したがって、法益をいかに解しても、究極目的をどのような手段で達成するかについて、いくつかの選択肢がありうる。たとえば、同じような破綻の必然性をもちながら、一方で「ネズミ講」は全面的に禁止され、他方で「マルチ商法」は行為規制にとどまるという選択が可能であるように。

(2) 刑罰対象行為を選別する基礎としての「存在する規範」

このような選択肢は、立法者が恣意的に決定できるものではない。そうではなくて、すでにその社会に、当該行為が良くないものでやってはいけないという行為規範が存在していなければならない（「存在する規範」⁴⁵⁾。

45) 佐伯・前掲注19) 62頁が「ある犯罪類型が立法者により法定されるのは実は既に刑罰手段を以て干渉せねばならぬと国家に感じせしめるような非行が実際存在するからであって、立法者の作る犯罪類型は謂わばこの先法律的な社会的非行類型を、或いはその俚の形で、或いは多少変形して法的類型に高めたものに過ぎぬことが多い……」と指摘するのも、社会にすでに存在する行為規範とその違反を指摘したものであろう。なお、筆者は、「先法律的」とは「前実定的」という意味とは異なるものと考え。制定法にはなっていないけれども、すでに社会の中に「不文の法」として定着しているものは「実定法」で

そして、現代の日本社会では、「自由競争」政策を取引社会に妥当させる基盤が、資本の蓄積や市場の拡大、取引の国際化などにより、以前よりも拡大している。独占禁止法や金融商品取引法などの「競争刑法」の機能が、1990年代以降、しだいに重視されてきたのは、——矛盾を露呈した新自由主義政策によるところも多いのであるが——そのような背景に基づくものである。その結果として、競争機能を害するカルテルあるいは入札談合などの行為を違法視する行為規範も、より強固になってきたと考えられる。

最近の裁判例からは、たとえば JR 東海という鉄道に関わる私企業が発注する工事について、JR 東海は民間企業である以上いかなる発注方法を採用するかは自由であり、本件工事についても自らの判断で特定の建設業者を指定することが法的に妨げられていなかったことを前提としつつも、同社の判断として一貫してコストダウン追求を重視していたこと、あるいは先行見積について価格原理が働いていないとの疑義を持った上で、指名競争見積が採用された経緯があったことを理由に、対象工事に競争性があり、したがって受注予定業者を決定することなどを内容とする合意をした工事会社らに、この合意によって競争の実質的制限が生じたことを認めて独禁法の「不当な取引制限」の罪を認めた裁判例がある⁴⁶⁾。

他方、その結果として、自由競争を阻害するような法規制が憲法違反とされることもある。古い例であるが、1975年4月30日に最高裁は、薬局の競争激化による不良医薬品の供給の危険または医薬品乱用の助長の弊害は、薬局等の設置場所の地域的制限の必要性和合理性を肯定するに足りず、薬局開設許可基準の1つとして地域的制限を定めた薬事法（「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」）規定は憲法22条1項に違反し無効であるとした⁴⁷⁾。薬事法は、その目的として医薬品等の

↘あって、それを尊重することは「法実証主義」に属するからである。

46) 東京高判令和5・3・2公正取引委員会審決集69集315頁。

47) 最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁。これは、スーパーマーケットを経営するメ

経済犯罪（あるいは犯罪一般）の実質的違法性ないし「社会侵害性」について（松宮）

「品質、有効性及び安全性の確保並びにこれらの使用による保健衛生上の危害の発生及び拡大の防止のために必要な規制を行う」ことなどによって「保健衛生の向上を図ることを目的とする。」ものであるにもかかわらず、薬局の競争を阻害してまで薬局開設を地域的に制限する必要性と合理性を認めなかったのである。

(3) 相反する世界観

京都の花街のお茶屋さんでは、今も「一見さんお断り」を貫いているといわれている。それはお茶屋遊びの花代、飲食費、交通費など、すべての料金を客に替わってお茶屋が立て替えて払うシステムだからであり、信頼関係のない初見客を受け入れないのは当然の話なのである。したがって、そのようなお店に全く関わりのない初めての人は入店を断られる場合がある。これは、言い換えればお得意さんを大事にするシステムであり、「公正且つ自由な競争」とは正反対のものといえる。このようなシステムは、比較的閉鎖的な市場の場合に機能する。

上記の薬事法規制にあるような「保健衛生の向上」も、このように信用のある主体に取引を制限する理由とされることがある。日本では、心臓・肝臓・腎臓などの重要臓器の移植が可能な施設は、移植関係学会合同委員会によって選定されている⁴⁸⁾。これは、リスクの高い移植医療では一定の質の「保健衛生」ないし医療を保障するためには、——アメリカ合衆国と

㍷ 上告人が、その店舗内での医薬品の一般販売業の許可を申請したが、被上告人知事が本件不許可処分を下したところ、上告人が本件処分の取消しを求め、原審では本件不許可処分を適法としたところ、これを不服として上告人が上告した事案において、薬局等の設置場所の地域的制限の必要性と合理性を裏付ける理由として被上告人の指摘する薬局等の偏在——競争激化——一部薬局等の経営の不安定——不良医薬品の供給の危険または医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによって右の必要性と合理性を肯定するに足りず、薬局開設許可基準の1つとして地域的制限を定めた薬事法6条2項、4項は憲法22条1項に違反し無効であるとして、原判決を破棄し、上告人の訴えを認めた裁判例である。

48) 「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針（ガイドライン）参照。

異なり——自由競争よりも専門家の委員会による選定に委ねた方がよいという判断によるものと思われる⁴⁹⁾。

これに対して、海外の業者の参入にも開かれた市場では、規制を緩和して、「公正且つ自由な競争」を、場合によっては刑罰も用いて担保するのである。ここには、時代と分野によって相反する世界観と相反する規範が妥当していることが明らかである。

その際、注意すべきは、「存在する規範」は法律や政令・省令といった制定法すなわち「成文の法」に限定されないということである。そうではなくて、そこには、現に社会に妥当している慣習法的ルール、すなわち「不文の法」も含まれる。それどころか、時には「成文の法」と「不文の法」が矛盾することもある。たとえば、西欧諸国でかつて妥当していた成人間の同性愛行為禁止と処罰は、遅くとも1980年代初めにはその妥当性を失っていた。しかし、なおしばらく、それを禁止し処罰する「成文の法」は残っており、これを合法とする「不文の法」との間に葛藤が生じたのである。この葛藤は、時の経過と共に後者の勝利に終わった。それを象徴するのが、2008年12月の国際連合総会における「性的指向と性自認に基づく差別の撤廃と人権保護の促進を求める」旨の声明である⁵⁰⁾。

(4) 完全禁止と条件付許容

話を「競争刑法」に戻そう。「公正且つ自由な競争」のためには、その

49) もっとも、本稿執筆時、厚生労働省は、同省が2023年、1年間の移植手術の実施状況を調べたところ、手術の対象に選ばれたものの医療機関側の体制が整わないことを理由に手術を見送られた患者が25の医療機関で延べ509人いたことがわかったとして、手術ができる医療機関を増やすことを暗に示唆している。NHK「医療体制が理由の移植手術見送り1年間に延べ500人余 厚労省」(<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20240924/k10014590911000.html#:~:text=%E8%84%B3%E6%AD%BB%E3%81%8B%E3%82%89%E3%81%AE%E8%87%93%E5%99%A8%E6%8F%90%E4%BE%9B%E3%81%8C> 2024年9月25日確認) 参照。

50) 本声明につき、<https://www.hrw.org/ja/news/2008/12/11/235075> (2024年6月23日確認)。

前提として、競争参加者に情報へのアクセスが平等に可能でなければならない。そのためには、「情報開示」が必要となる。これは、「競争刑法」に限られるものではない。消費者に不適切な情報を与え、または適切な情報を与えないで取引に引き込むという点で、多くの「悪徳商法」（投機性の強いものが多いことに注意）には共通性があるが、これもまた、「正しいシュペクリーレン〔spekulieren 思いめぐらす、投機する〕」をさせないという点で「自由競争」を阻害するものといえる。そこで、「経済刑法」の領域では、この「自由競争」の前提条件の確保が直接の目的とされることも多い。

「情報開示」に基づく取引機会の公平性は、まさにインサイダー取引処罰の根拠である。「自由競争」が成り立ち「取引所が人倫の最高の殿堂」となるためには、競争者がみな平等に情報にアクセスできなければならないからである。

個人を販売員として勧誘し、更にその個人に次の販売員の勧誘をさせるという形で、販売組織を連鎖的に拡大して行う商品（権利）・役務の取引である連鎖販売取引（「マルチ商法」）では、「特定商取引に関する法律」33条以下が、業者に契約上の重要事項を記載した書面の交付を義務づけ（同法37条）、重要事項に関する不告知・不実告知を処罰している（同法34条、70条）。これは、消費者を、情報において業者との「武器対等」の立場に引き上げて冷静な判断の余地を与え、それによって「自由競争」を確保する趣旨とみることができよう。

これに対して、商品販売の自由競争という側面を持たない無限連鎖講（「ネズミ講」）は、似たような組織形態を取るにもかかわらず、「無限連鎖講の防止に関する法律」によって、その開設、運営、加入勧誘のすべてが刑罰で禁止されている。

4 結びに代えて

以上の分析から、「競争刑法」においては、個別具体的な消費者の利益を保護「法益」とすることばかりでなく、「不特定多数の消費者の経済的利益」を保護「法益」とすることも困難であることが明らかとなった。たとえば、前述した新規業者の参入防止のための不当な低価格を維持するカルテルの場合、低価格維持カルテルは、少なくともその存続する期間中は、「不特定多数の消費者の経済的利益」に資する。しかし、それは、新規参入者の出現を抑制し、長期的には個々の消費者の利益にとっても経済の発展にとっても有害である。

むしろ、「競争刑法」は、時代と分野に条件づけられた限られた領域で妥当する「公正且つ自由な競争」の重要性を背景に、その社会に「存在する規範」を確認するものと考えた方がよい。言い換えれば、そのような規範の妥当を動揺させることが、「競争刑法」の対象とする行為の「社会侵害性」だということである⁵¹⁾。

51) 大阪地判令和6・5・8 LEX/DB25599425 は、同居の弟名義の ETC カードを利用して有料道路を通行した被告人らに電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた。しかし、このように、一般市民も何ら不当と感じていない、つまり「社会侵害性」のない行為を犯罪とするのは、それ自体、社会侵害的である。本判決については、筆者の「判批」z18817009-00-072062459_tkc.pdf (lawlibrary.jp) も参照されたい。