自由と安全の刑法学とは
――「戦後」から今後を考える――

生　田　勝　義*

目　　次

はじめに
Ⅰ　私見の基本にある社会病理に関する時代認識
(1)　死刑存廃を巡る法意識から読み取れるもの
(2)　人間には動物と違い理性がある
(3)「自由に対する安全の専制」とのフレーミングは正しいのか
Ⅱ　人権宣言における自由と安全とは
(1)　1793年ジャコバン憲法の人権宣言が持つ歴史的意味
(2)　自由と安全はいかに規定されたか
(3)　以上から分かること
(4)　法理論はどう応えるか
Ⅲ　日本の刑法学でも自由は語られてきたのではないか
(1)　従来の自由主義刑法理論における自由とは何か
(2)　人権である自由は日本国憲法に規定されているのか
(3)　犯罪についての社会侵害行為原則
Ⅳ「戦後」の刑法学
(1)　ポツダム宣言の受諾とそれによる「戦後改革」
(2)「戦後」の刑法学
(3)　その変容の始まり
Ⅴ　今後を考える
(1)　刑法の予防主義化について
(2)　法的関係の相対性に対応させた法的規制の多様化

*　いくた・かつよし　立命館大学名誉教授

はじめに

今、日本の刑法学も「戦後」と比べると大きく変容しつつあるように見える。刑法学は体系的な基礎理論に支えられており、時々の時代思潮に超然として展開するもののように思われているかもしれない。けれども、歴史を振り返ると、刑法理論ほどそれぞれの時代の支配的な思潮に敏感に反応しているものはないのではなかろうか。私は自由と安全という２つの人権が両立できる刑法のあり方を追究してきた。これがもつ時代的意味はなにか。差し当たり不十分ながら、時代の大きな転換点であった「戦後」から今後を考えてみることでそれを探ってみたい[1)]。

Ⅰ　私見の基本にある社会病理に関する時代認識

(1)　死刑存廃を巡る法意識から読み取れるもの

イ．死刑廃止反対意見の割合とその理由

調査年	割合（%）	応報感情	被害者の気持	凶悪な犯罪が増える	再犯の危険
1967年	70.5	24.4	7.3	43.4	20.8
1980年	62.3	36.9	10.0	46.2	23.4
1989年	66.5	**56.0**	**39.7**	**53.1**	**37.9**
1994年	73.8	51.2	40.4	48.2	33.9
1999年	79.3	49.3	48.6	48.2	45.0
2004年	81.4	54.7	50.7	53.3	45.0
2009年	**85.6**	**53.2**	**54.1**	51.5	41.7
2014年	80.3	52.9	53.4	47.2	47.4
2019年	80.8	53.6	56.6	46.3	47.4
2024年	83.1	55.5	62.2	53.4	48.6

内閣府「基本的法制度に関する世論調査」（令和６年10月）より

1)　本稿は日本刑法学会関西部会（2025年７月27日）での報告に大幅に加筆したもの。

ロ．その特徴

日本でも1980年代になると、レーガノミックスとかサッチャーリズムとか称された新自由主義が影響を持ち始めた。**刑法思想に関係するレベルで新自由主義思潮の特徴をまとめると、①「民間活力＝エコノミック・アニマル、アニマル・スピリッツ」論と②「自己決定（擬制）の自己責任」論**であると言ってよい。

上記①は、ここ数年のところで極めて顕著になっているもので**目前の利害に聡く反射的に反応する欲望・感性優位の投機的現実主義**で、**理性が持つ想像力や推論力**による**科学的真理や原理・原則、理念の追求を疎んじる**。

上記②により、**個々人が拠るべき「社会」を奪われバラバラにされて、激烈な生存競争に放り込まれる。しかもその結果として特定個人や集団への非寛容な責任追及・排除が跋扈**する。

上記①と②が結合すると「弱肉強食のジャングルの掟」⇒人間も動物と同じで痛い目に合わせないと言うことを聴かない＝厳罰主義である。厳罰主義は上記病理現象をさらに悪化させこそすれ改善するものではない。死刑存置・厳罰主義を支える意識には小手先の方策では通用しない根深いものがある[2]。

上記表を見ると1989年に新自由主義の影響による厳罰主義意識が顕著になり始めたことが分かる。2009年には「被害感情保護意識」が存置理由のトップ、「応報感情」が２位になり、2024年まで続いている。

(2)　人間には動物と違い理性がある

「理性、つまり抽象的認識を持たず、**直接的認識**（悟性・understanding）の**みを持つ人間以外の動物**は、現在目の前に現れている客観に対応して行動

2)　この論証についてはさらに生田勝義「『終身刑』論と刑法のあり方（1）」立命館法学第391号（2020年）142頁－153頁参照のこと。なお、最近の政治における「新自由主義」や「自己責任」意識の状況については橋本健二『新しい階級社会』（講談社現代新書、2025年）304頁以下も参照されたい。

をするに限定されている。

一方で**人間が理性的活動**、つまり計画的活動を行うことが出来るのは、現在にとらわれず、未来や過去といった抽象化された表象（現在以外は知覚に直接現れず、過去や未来は抽象的認識に属しているにすぎない）を考慮に入れることができるからである。」（「理性」に関するウィキペディア参照）。

チンパンジーと比較することによって人間の本質を解明しようとした研究がある。松沢哲郎・元京大霊長類研究所教授によると、目前にあるものに対する瞬間的な認知能力はチンパンジーの方が人間よりはるかに高い。しかし、目前にあるモノから目前にないものを想像して認知する能力は人間の方がはるかに高い。**人間の本質は「想像する力」**にある、と[3)]。**これこそ理性であり、人を思いやる心や人権意識さらには希望の源泉**なのである。

それは**推論**（AI における inference とは異なる人間特有の reasoning）**力、つまり分別力に止まらない創造力**であるとも言われる。今までのところコンピューターには理性的な推論（reasoning）力はない。人間に特徴的な理性は責任を根拠づける人間の自律的自由を支えるものなのか、また理性は「神話」に向かうこともできるのだが、そうでなく「科学」や人権に向かうには何が必要なのか、刑法学でも検討する価値はあろう。

⑶ 「自由に対する安全の専制」とのフレーミングは正しいのか

今日も**厳罰主義**が**重罰化と処罰の前倒しの両面**において推進されている。その様は**2000年代初頭には「自由に対する安全の専制」ともいわれる**にいたった。その言明には厳罰化への危惧や批判が込められていたと言ってよいのだが、**今日では**どうであろうか。**「安全と自由」の緊張・対立関係に無関心のまま「自由」の縮減による「安全」の拡大にますます進んでいる**ように思われる。

日本でも**2006年の公法学会で「現代における安全と自由」が統一テーマ**

3） 松沢哲郎『想像するちから――チンパンジーが教えてくれた人間の心』（岩波書店、2011年）参照。

として取り上げられた[4]。その成果をも踏まえ憲法学上の安全につき**理論的に検討したものに小山剛**「憲法学上の概念としての『安全』」慶應の法律学公法Ⅰ：慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集（2008年）325頁－359頁がある。**これは主としてドイツ法学理論を紹介し、「国家目的」論などとの関係で検討されており、「安全の基本権」論はとりあげられているが、フランスやアメリカの人権宣言、つまり人権としての安全には言及していない。**いまだドイツ刑法学の強い影響下にある日本の刑法学でも安全と自由の関係については同様の捉え方になるように思われる。**しかし、自由に加え安全を自然権の一種として明確に位置づけていたのが、それらの人権宣言である。そこでは両者は両立できるものとされていたのではないか[5]。その内容を検討することは今日における刑法のあり方を考える上でも重要であろう。**

Ⅱ　人権宣言における自由と安全とは

日本では「安全」が人権の一種であることに気づいていない人が多いのではなかろうか。

⑴　1793年ジャコバン憲法の人権宣言が持つ歴史的意味

「安全」はアメリカの1776年ヴァージニア権利章典において生来的権利（第一条）として、また「政府の目的」（第３条）として規定され、同年の独立宣言の第２段落では圧制への革命権の内容として安全が掲記された。けれども、それらでは安全が人権の体系において如何なる地位を占めるのか

---

4)　その内容は公法研究第六十九号（2007年）に200頁以上にわたり掲載されている。「研究報告 現代における安全と自由」では大沢秀介「現代社会の自由と安全」、大石眞「『安全』をめぐる憲法理論上の諸問題」などがあり、近代的な人権宣言における自由と安全についても一応の言及はあるが、全体的には主として「安全」の変遷をめぐる問題状況に重点が置かれ、人権宣言における自由の内容や位置づけについての検討はほとんどないに等しい。

5)　これを検証しているのが平野泰樹『近代フランス刑事法における自由と安全の史的展開』（現代人文社、2002年）特に35頁－39頁参照のこと。詳細な分析がなされており参考になるが、それを刑法原則としてもまとめ展開するには至っていない。

明確ではなかった。

この作業を行ったのが1789年フランスの人権宣言であり、近代的な自由主義と民主主義の理念を体系だって示した1793年のジャコバン憲法（山岳党憲法ともいう。）の人権宣言である。それらの人権宣言は両者を人権として保障する。両者が両立し得るのはなぜか。

まず**その前提**として**確認**しておきたいことがある[6]。

第 1 は、自由や安全という権利の保障にとり強制力をもつ公権力が必要なことを人権宣言も認めていたことである。

すでに1789年人権宣言は第12条で「人および市民の権利の保障は、一つの公けの強制力（une force publique）を必要とする。」としていた。

第 2 に、刑法を所管する政府の正統性根拠は、人および市民の権利保障のために設けられることにある。単なる社会秩序の維持や公安の維持のためではない。

1793年ジャコバン憲法の「人および市民の権利の宣言」第 1 条「社会の目的は、共同の幸福である。……政府は、人にその自然で消滅することのない自然権を保障するために設けられる。」

第 3 に、そこにいう自然権は、その第 2 条で「これらの権利は、平等・自由・安全・所有権である。」とされていることである。

(2) 自由と安全はいかに規定されたか

まず、**第 3 条で法の前の平等**が規定され、**その内容として第 4 条**にて「法は、保護を与える場合でも、処罰を加える場合でも、すべての者のために同一である。それは正当でかつ社会に有益であることのみを命ずることができる。それは社会に有害なことのみを禁止することができる。」とする。ここには近代国家による合法的暴力（実力＝強制力）独占原則（自力救済の原則禁止。）は封建領邦ごとでバラツキのあった合法的暴力を近代的な統一社

6） 人権宣言の引用は基本的に高木八尺、末延三次、宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫、昭和38年）による。

会により画一化し平等にするためであるという正統化が示されている。

次に、自由が規定される。すなわち

第６条 「**自由は、他人の権利を害しないすべてをなし得る人の権利である。**」それは自然を原理とし、正義を基準とし、法を擁護者とする。その道徳的限界は、「他人が自己になすことを欲しないことを他人になすな」という格律に存する。

ここで注目すべきは次のこと。すなわち、自由の限界は他人の権利であり、立憲君主制をとる1791年憲法「第一篇　憲法によって保障された基本規定」が自由の限界としてつけ加えていた「公共の安全」ではない。

続けて第７条では自由の中身として「出版等の方法で思想および意見を表明する権利、平和的集会の権利、祭祀の自由は、禁止することはできない。……」とされる。

安全は第８条で定められる。すなわち

「**安全は、社会がその構成員の各自に対し、その一身**（身体：生田）**、その権利および所有権の保全のため、保護を与えることに存する。**」

ここで注意すべきなのは、安全は個人の権利であり社会の権利ではないことである。

第８条に続いて安全に関する規定が設けられる。すなわち

第９条　法は、統治する人々の圧制に対し、公共（公衆：生田）および個人の自由を保護しなければならない。

第10条　何人も、法律の定める場合において、かつその命じた形式にしたがうのでなければ、訴追され、逮捕され、または拘禁されてはならない。

第11条　法律の定める場合以外において、かつその定める形式によるのでなく、ある人に対して行なわれた行為は、恣意的かつ暴圧的である。ある者に対し暴力によりこの行為が実行されようとしたときは、その者は、実力によりこれを撃退する権利を有する（正当防衛は個人の安全という権利とされている：生田）。

第12条　恣意的行為を請願、発令、署名、失効させる人々は犯罪者である。

第13条　犯罪者と宣告されるまでは、無罪と推定される。それに反する強制措置は法に依って峻厳に処罰されなければならない。

第14条　罪刑法定原則

第15条　法律は、厳格かつ明白に必要な刑罰のみを定めることができる。刑罰は、犯罪に釣合を有し、かつ社会に有益なものでなければならない。

以上の第９条から第15条までの規定は今日「**人身の自由**」といわれるものに関係する。つまり、人権宣言はそれを公権力の濫用から人々の安全という人権を守るためのものと位置づけていたわけである。

続けて第16条から第20条で所有権、第21条で公の救済、第21条で公による教育、第23条で社会保障、第25条で人民主権、第33条から第35条で抵抗権と革命権が規定される。

⑶　以上から分かること

ジャコバン人権宣言は同年のジロンド憲法草案を修正して1789年人権宣言に戻りつつ自然権を純化させた。同年に流産していたジロンド憲法草案では、1789年人権宣言が「人および市民の権利」としていたのと異なって「市民的・政治的自然権」とされ、社会的保障や圧制への抵抗もそのような自然権とされた。それに対し、ジャコバン権利宣言では再び、「人および市民の権利宣言」とされ、社会が政府を設ける目的は、人にその自然権を保障するためであるとされる。**そこで人の自然権は平等・自由・安全・所有権となる。**

そのように純化された人権である「安全」は、個人の自然権である。しかもその内容は諸個人の身体、権利および所有権の社会による保護とされる。安全の中身は個人の人権であり、しかも社会による保護であり、政府だけによるものではない。もっとも、強制力をもつ公権力の圧制に対し人民の自由や権利を保護するためにいわゆる「**人身の自由」を安全の一種として保障している**。ここから**近代的法治主義は国民を法に縛りつけるというよりも、法に権力を縛り付けるものであった**ことがわかる。

この「人身の自由」と最初に自然権として掲げられた自由とは区別されている。**自然権である自由は、安全と対立するものではなく、安全という人権においても社会により保護される人権として位置づけられている**わけである。しかも、安全のために用いられる公権力には適法手続によるタガがはめられ、刑罰の利用は「厳格に必要な場合」に限られ（刑法の断片性・補充性）、罪刑の均衡と社会的有益性が必要とされる。

そうすると次に、**自由を保護しつつ人の身体や所有の安全を社会が保護するにはどうすればよいのかが問われることになろう。**

少なくとも刑法以外の方法により安全を確保するにはどうすればよいのかという課題も重要になる。市民参加の陪審制や法的規制の多様なあり方（それぞれの相対性）の検討である。

また、罪刑の均衡については、犯罪の重さを計る規準が必要になるし、その前提としてそもそも犯罪とは何かを明らかにする必要がある。犯罪の他の不法との区別、つまり犯罪にある法的関係の他の不法との相対的独自性を明らかにしなければならない。法的関係の多様性である。

ちなみに、共謀の当罰性問題を考えるうえで重要な「団結の権利」が保障されるには1848年２月革命により制定され、自由･平等･友愛を基本原理とする1848年11月４日フランス共和国憲法第８条を待たざるを得なかった。

⑷　法理論はどう応えるか

１）ベッカリーアは「**犯罪の尺度は行為が社会に与えた損害である**」（同著『犯罪と刑罰』）と言っていた。上記**人権宣言第４条**も「法は、……正当でかつ社会に有益であることのみを命ずることができる。それは**社会に有害なことのみを禁止**することができる。」とする。

人権主体は個々人である。個々人同士の関係において他者を害することは自由の限界を超える。個人を害することは不法であり、それに社会は対処しなければならない。と同時に個人を害することが同時に社会に害を及ぼすことがあり、それも不法とされて、それへの対処も社会はしなければ

ならない。不法には個人間におけるものと個人と社会との関係におけるものがあるわけである。

2）**カント**はフランス革命後の混乱を見てもそれへの肯定的な関心を維持したといわれる。カントはその1797年公刊『人倫の形而上学』の「法論」において、**法と道徳の区別を外部的なものと内心的なものの区別に求めている。これは自由という自然権が他人を害しないという外部的な行為を保障するものであることにおいて同様なもの**といってよい。また、私法と公法を区別した。これは個人間における関係と個人と社会との関係におけるものとを区別するのと同様のものと言えよう。さらに、人格と人間を区別して、人格の中に存する人間を取り出し、「人間は処分可能な物件でない」と人間の尊厳をあきらかにした。上記人権宣言第18条「その一身は譲渡し得る所有物ではない。」に通じるものであろう。

3）今日重要なのはヘーゲル法哲学の位置づけである。**ヘーゲル**は目前において確立しつつあるブルジョア法を解剖した。すなわち、その法理念的存在である「抽象的法」の態様とそのブルジョア社会での現実態を矛盾において解明し、その矛盾の止揚を最高の道義態としての国家に求めようとした。ヘーゲルは「抽象的法」において「不法」を ① 無邪気な不法（unbefangenes Unrecht）、② 詐欺、③ 強制と犯罪に区別する（ヘーゲル著／藤野・赤沢訳『法の哲学Ⅰ』の「第３章不法」)。これは「権利・法そのもの」という一般性・普遍性や個別的・特殊的な個人の意思との諸関係における相対性に着目したものと言ってよい。「市民社会」においては犯罪の現実性を一個の主観的なものの侵害であるだけでなく、普遍的な事柄の侵害であるとする。行為の社会にとっての危険性という視点が生じる。欲望の体系であり偶然の支配する市民社会では福祉警察行政が肥大化することにも言及している。また「社会の一成員に対する侵害が他の全成員に対する侵害である」（ヘーゲル著／藤野・赤沢訳『法の哲学Ⅱ』§218）とも言う。この最後の見解は、上記人権宣言第34条（「社会の構成員の唯一人でも圧迫されるときは、社会統一体に対する圧制が存在する。社会統一体が圧迫されるときは、その構成員に

対する圧制が存する。」）に通じるものと言える。もっともヘーゲルは、それを人権の普遍性によってではなく、「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」と説明するにすぎない。ヘーゲルでは権利や法のそのものとしての普遍性や抽象的人格の自由は語られても、人権や人権としての自由の普遍性による説明は回避されているといわざるを得ない。ヘーゲルはフランス革命後の混乱を目前にしてその革命に懐疑的であったといわれるのだが、さらに当時のドイツにおける外見的立憲主義という政治状況が人権をも「基本権」としてしか表現することを許さなかったという事情も影響していると言えよう[7)]。

4）J. S. ミルはその『**自由論**』（1859年出版）で、「**人間の自由の固有の領域**」として「意識という内面の領域」、「**嗜好の自由**、職業の自由」とならび「個々人の間**の団結の自由・結合の自由**」を位置づけた。（『世界の名著49巻』中公バックス、1990年、228頁参照）

Ⅲ　日本の刑法学でも自由は語られてきたのではないか

⑴　従来の自由主義刑法理論における自由とは何か

従来、自由は、行為結果についての（法的）**予測可能性**とされてきたのではなかろうか。これは、罪刑法定主義の自由主義的要請説の自由概念と同じである[8)]。これは人権宣言で「安全」やその内容とされた「人身の自由」における自由と同様のものであり、せいぜいのところ「国家からの自由」である。法治国家的手続保障とか形式的適法手続とかの問題といってよい。このように行為結果についての（法的）予測可能性だとすると、「いかなる

7）　ヘーゲルの法哲学については生田勝義「犯罪と行為・社会・法益・法的関係（4・完）」立命館法学第409号（2023年）116頁－118頁も参照のこと。

8）　罪刑法定主義につき三権分立主義・心理強制主義がその存在理由ではないとしてイギリス・アメリカにおいて結晶した人権の自由・不可侵の思想が唯一の存在理由となっているとし、それは専制裁判に対する自由思想の勝利を意味するとする瀧川幸辰『刑法講義改訂版』（弘文堂書房、昭和5年）38頁－39頁のいう「自由」も同じなのである。

場所を問わず赤い衣服を着用した男性は３万円以下の罰金に処する」との法律が制定されても処罰の予測可能性はあるのでそれらの自由は侵されないことになる。刑罰法規の明確性があれば自由は保障されるということになってしまう。しかし、明確性がなければ自由は保障されないとは言えても、明確性だけでは上記した独自の人権である自由は侵されてしまうのではないか。規制の過度の広汎性を禁止する法原則が必要とされるのは、明確な法規制でも人権を制約・侵害することのあることを認めるからではないか。その人権の最たるものが独自の人権である自由なのである。

また、**自由意思論**においても自由が問題になる。これは人の内面における精神的な自律性のことである。外部的行為の自由である人権としての自由とは異なる。

自由や安全に関する日本の文献は多くあるが、それらでは、その言う「自由」が「国家からの自由」か、「内心の自由」か、それとも「独自の人権である自由」かが、明らかにされないまま論じられるのが一般的であると言ってよい。しかもそのことによって結局のところ、「独自の人権である自由」が棚上げされてしまっているのである。

もっとも、ほとんど学説上気づかれていないのだが、「違法でないものは適法である」とか「睡眠や散歩が、法的には、個人の自由権の行使」であるなどとする佐伯千仭『刑法講義総論』（有斐閣、昭和43年）163頁－165頁の叙述は、明示の言及はないが、「独自の人権である自由」つまり一般的行為の自由権を踏まえた、日本では数少ないものの一つと言えよう。

⑵　人権である自由は日本国憲法に規定されているのか

その人権である自由とは、「**他人を害しないすべてをなしうること**」である。1789年フランス人権宣言などで定式化された。今日、「**一般的行為の自由権**」といわれる。

日本国憲法第13条の「自由」は、その英文では liberty であり、「**自由**（liberty）**に対する権利**」とされている。

同12条の「自由」はfreedomsであり、freedom of expressionなどを指すもの。**同13条の自由は12条の**rights**の一種**ということになる。

13条の「自由」は「一般的行為の自由権」という独自の権利なのである[9)]。戦後憲法学は長らく同条を単に人権に関する抽象的な一般条項としてきたが、それは文理的解釈、論理的・体系的解釈からしてもまた歴史的比較法的解釈からしても誤りである[10)]。

J. S. ミルのOn Liberty にある他害原則（harm-principle）**⇒他害行為原則は、その自由の帰結なのである。**

それは**外部的な行為の自由**であり、幸福追求権説のいう「人格的存在に不可欠な利益」とは異なり区別されなければならない。このことを分かりやすく示しているのが**香川県ネット・ゲーム依存症対策条例を違憲でないとした高松地裁令和４年８月30日判決である。**すなわち

「わが子に対して家庭におけるゲームやスマートフォンの利用について自由に決めることができる権利なるもの、あるいはｅスポーツを楽しむことは、現時点ではいわば趣味**や**嗜好（**ミルはこれも自由の一つに入れていた；生田**）の問題にとどまるものといわざるを得ず、飽くまでも一般的利益に属するものであって、こうした一般的利益は、人格的生存に不可欠な利益とまでいえず、自己決定権やプライバシーにも直接関わるとはいえないから、憲法13条により基本的人権として直接保障の対象とされるものとはいえない」と。

なお、**憲法13条の幸福追求権説とJ. S. ミルのOn Liberty との違い**については次のとおりである。

「その名に値する唯一の自由は、われわれが他人から彼らの幸福を奪おう

9）　この権利を否定する憲法学者は「それだと殺人まで自由になり、人権としては広すぎる」と言う。しかしそれは誤解である。自由権には「他害」は自由でないという「限界」が内在化されているのであって、殺人はそもそも自由権に含まれない。

10）　この問題について詳しくは、生田勝義「一般的行為の自由権と侵害行為原理――実体的デュー・プロセス論による共謀罪法批判序説」立命館法学第381・382号（2019年）72頁－95頁参照のこと。

としたり、それを得ようとする彼らの努力の邪魔をせぬかぎり、われわれ自身の幸福をわれわれ自身の仕方で追求する自由である。各人は、身体的であれ、精神的、霊的であれ、彼自身の健康の本来の守護者である。人類は、各人が自分でよいと思う生き方をお互いに許し合うことによって、彼以外の他の人々がよいと思う生き方を強いることによってよりも、ずっと大きな利益をかちうるのである。[11]」

(3) 犯罪についての社会侵害行為原則

上記のような一般的行為の自由権を、刑法が保護する「安全」という人権のなかにおいても保護しようとすれば、刑法原則において犯罪は他人を害する行為である必要がある（① **侵害**原則）。また犯罪は人間に科される刑罰の対象にふさわしい害でなければならないのだから、それは人間の行為により引き起こされた害でなければならない。すなわち（侵害）② **行為**原則[12] である。しかも、社会を危うくするものでなければならいことから、③ **社会**侵害行為でなければならないのである。

日本では上記①は語られても、②に言及するものはまだ少なく、③を語るものはごく少数に止まる。

Ⅳ 「戦後」の刑法学

(1) ポツダム宣言の受諾とそれによる「戦後改革」

(i) 人権保障の憲法制定と「戦前」の天皇制治安立法（治安維持法など）の廃止

11) 『世界の名著　49』（中央公論社、第 4 版1990年）228頁。

12) この用語に言及していないが実質的に侵害行為の重要性を捉えていたものとして構成要件に罪刑法定主義の自由保障機能を求めた瀧川幸辰『犯罪論序説（改訂版）』（有斐閣、昭和22年）、同『著作集』（世界思想社、1981年初版、1991年 2 版）所収194頁－195頁参照。なお、そのような位置づけをするものとして矢田陽一「瀧川幸辰の実行行為概念と間接正犯論」國士館法學第49号（2016年）391頁以下も参照のこと。

(ii) 天皇主権から国民主権への転換に対応した刑法等の改正（天皇制保護法制改廃）

(iii) 平和主義と軍隊の放棄に対応した刑法等の改正（軍機保護法制の廃止など）

(iv) **広範かつ強大な行政警察作用を担った内務省を解体し各省庁へその権限を分散。「法の支配」確立のために国家警察を地方警察中心のものに改め、しかも警察の強制権限を厳格な司法手続きに拘束できるよう主として司法警察に限定・集中。**警察官による任意の行政警察権限行使にも個別の法的根拠を必要とする警察官職務執行法の制定

(2) 「戦後」の刑法学

刑法理論における犯罪論や刑罰論には基本的に**戦前との連続性**がある。**しかし、自由主義的刑法理論への志向にもとづく変化**も見られる。その代表例は

(i) 罪刑法定主義が持つ自由保障機能の再評価

類推解釈への否定的評価の復活　形式的構成要件の自由保障機能への着目[13)]　共謀共同正犯論への批判

(ii) 行為者刑法論から行為刑法論への比重移動

行為責任論や刑罰論での展開（行為刑法だがそれは行為原理には及ばなかった）。

(iii) 主観的違法論から客観的違法論への比重移動

「違法は客観的に、責任は主観的に」　行為規範の評価的機能を違法に、命令・禁止機能を責任に割り振るメッツガー説により「違法に振る舞う自然という怪物」という問題を解決　主観的違法要素は例外　形式的な客観的要素として「実行行為」を重視（未遂の客観的危険要件や共同正犯の「一部実行」要件に影響）

13) 戦前において未遂や共犯を刑罰拡張原因とするもの（例、瀧川・前掲書『刑法講義改訂版』142頁参照）があったが、瀧川も犯罪拡張原因説になり戦後は基本構成要件を修正する構成要件とする見解（団藤説）が優勢になる。

それらは戦前のものの発展だが、瀧川幸辰「刑法における構成要件の機能」刑法雑誌 1 巻 2 号は主観的違法要素の否定を含む客観主義違法論の徹底を主張する。この主張は中山研一により解釈論としてより精緻化されることになる。

それらは「自由」を基礎にする客観的な侵害行為原則を担保しうるものでもある。

⒤ **救済の法理としての期待可能性論や可罰的違法論**

その期待可能性論は客観的な行為事情の異常性により適法行為への動機づけの期待可能性がなければ責任を阻却するという**消極的で限定的な規範的理論**。

戦前に末川博によりナチスの本質直感的全体思考に対抗すべく展開された「違法の質と量」説を発展させた可罰的違法論[14] が有力になる。

(v) **治安維持法による団体結社処罰の反省からする個人侵害行為責任原則の反映**

任意共犯は修正構成要件（＝基本構成要件は単独正犯）　共犯の正犯従属性（独立共犯の否定）

(vi) **予防主義的な行政刑法にも司法刑法原則を適用しようとする営み**[15]

(vii) ソビエト刑法学によるブルジョア刑法学の規範主義化批判に対応しつつ規範的要素の事実的要素への還元論や過失犯の規範化への批判が一部[16] で有力に展開される。

14）　その代表である佐伯千仭説の学説史的位置づけについては生田勝義「違法性の理論について」犯罪と刑罰第18号（2008年）41頁－59頁参照のこと。

15）　井戸田侃「行政法違反と犯罪」『佐伯千仭博士還暦祝賀／犯罪と刑罰　上』（有斐閣、1968年）153頁以下、など参照。

16）　代表例として井上祐司『争議禁止と可罰的違法論』（成文堂、昭和48年）1 頁－41頁や同『行為無価値と過失犯論』（成文堂、昭和48年）参照のこと。

⑶　その変容の始まり

（i）　人間の主体性への関心の高まりと目的行為論や人格形成責任論の登場

故意などの主観的要素や行為態様の反規範的無価値性に違法の実質を求め（行為無価値論。もっとも日本では結果無価値との並存を認めるものが多かった）、責任を規範化（禁止の錯誤に関する責任説など）する。また、人格形成過程の主体性に責任を問う内容の「人格責任論」（団藤重光）が有力に展開される。主体性の重視が「行為＝客観・主観の統一体」説に繋がり、構成要件や違法の主観化を誘引する。

ⅱ　客観的違法論は「責任のない違法を認める」ものであるとの矮小化

それが、行為規範の禁止・命令機能も個人でなく社会一般に向けられたものであれば客観的だとの論理により責任だけでなく違法にも関わるものだとする見解を可能にし、違法の主観化を誘引。また、「行為規範」を「制裁規範」に先行させる規範論は犯罪要件を形式的法規とは別の実質的規範により判断する規範主義を促進させることになった。

ⅲ　期待可能性説が「責任＝非難可能性」として責任全体の規範主義化を許すものとなっていった。

ⅳ　共謀共同正犯を間接正犯類似説という個人行為責任で根拠づける理論の登場や「原因において自由な行為」論における実行行為の前倒し論が、実行行為概念そのものの前倒しを誘引。実行行為の実質化ということでその形式性を弱め規範化に道を開いていく。

ⅴ　「概念法学」批判と機能主義刑法理論の有力化

機能主義理論には機能の妥当性を判断する規準の不安定性＝ uferlos が内在した。個人主義か社会秩序維持か社会的倫理秩序維持か、機能の判断基準は正義か実務・判例かなどの争いはあるものの、**実定法規による拘束を重視しない規範主義への展開を許してしまう**。規範主義に立って実定法規を骨抜きにし、機能の判断基準を実務に役立つか否かに拠るようになると**実務規範実証主義理論**が学説上も有力になる。また、**秩序維持だと事前的予防的規制のための犯罪要件の主観主義化**につながりやすい。個人主義

によっても刑法による個人保護の拡大・強化・前倒しが可能であり、また社会的功利主義によると社会的安全優位の刑法規制の拡大も可能となる。

⑹　予防主義的な行政刑法と法的根拠の曖昧な行政警察活動の拡大

行政警察作用まで広範に刑事規制の対象にしたため予防主義的な行政刑法が拡大してしまい、そのことが法的規制の多様化を阻んでしまった。と同時に他方では、警察法第 2 条の一般的抽象的な組織目的規定を根拠にして個別の法的根拠規定のない警察活動を広範に許容してしまうことになった。警察による一般情報収集活動が「通常の業務」とされてしまう。ストーカー行為規制法に関しても法による警告でなく事実上の警告・指導が広く行われるなど。

⑺　「薬物・テロとの戦争」の刑法への影響

国際条約がその「戦争」への刑法の投入を要請。それを受け「組織『**的**』犯罪**行為**」への刑事規制を導入。団体組織規制でなく行為規制の枠組みは維持される。共謀独立処罰法（安保関係法のものも含む）の登場は共謀共同正犯論の先祖返りへの誘因となっている。

⑻　刑罰論では死刑を合憲とした最高裁大法廷昭和23年 3 月12日判決の「国民感情」論と憲法31条反対解釈論

その補充意見が死刑合憲の根拠として「国民感情」を持ち出して以来、「被害感情」や「市民感覚」により法適用の妥当性を判断する傾向がある[17]。

また、同大法廷判決が持ち出した憲法31条の反対解釈、すなわち憲法31条は法律に依りさえすれば生命権を奪う死刑を認めているとの解釈は、その後の判例のみならず憲法学や刑法学によっても死刑合憲論の実定法的根拠として受け継がれることになった[18]。

17）　この問題については、生田勝義「死刑と生命権についての一考察」立命館法学第360号（2015年）25頁－32頁にて批判的に考察した。

18）　この点も生田勝義・同上論文22頁－25頁でその誤りを批判的に考察したところであるが、その後、**憲法31条の立法過程において**同条の当初案にあった「又は刑罰を科せられることなかるべし」が「又は<u>その他の刑罰</u>を科せられない」に変更されたのは**立案者が法律により生命を奪えるのは刑罰による場合だけしかないと誤解していたことによる**という事実に

Ⅴ　今後を考える

⑴　刑法の予防主義化について

１）それは犯罪の**主観主義化と規範主義化により推進**されている。**それを支える基礎理論が、刑法＝行為規範＝禁止・命令規範論**[19]であるといえる。

刑法は形式的には制裁規範として規定されている。素直に見れば刑法は第一次的に刑罰権力を法律に縛り付け国民の安全（人身の自由）を守るためのものである。それが上述したフランス革命期の人権宣言からも明らかなように近代的な法治主義である。どのような行為であれば国家は処罰できるか、処罰してよいかを明らかにするのが法治国家的刑法論・犯罪論である。自由や他害行為原則からするとその客観的評価の対象は先ずは外部的な事象に向けられなければならない。行為者への帰責はその後にはじめて認められる[20]。法定された客観的な社会侵害行為は何か、それを帰責できるのはどのような場合か、あらかじめ法定された法的要件は何か。これらを示すのが人権ベースの法治国家的法解釈論である。それに対し上記行為規範論は刑法は国家が国民に対し命令・禁止を下し、そのことにより国民を統治するものと言わざるを得まい[21]。**中国流の依法治主義**である。その

気がついた。憲法31条の当該箇所は立法過誤によるものであり解釈による修正が必要なものなのである。

19）　実行の着手の主観化と規範化を進める佐藤拓磨の未遂犯論の基礎にもこのような理論があると言えよう。同著『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会、2016年）40頁、79頁－86頁および109頁参照。

20）　刑法＝行為規範論に立つとしても、行為規範には客観的な外部生活利益についての評価規範ないし評価機能と内心に働きかける決定規範ないし決定機能があるとの理解が少なくとも必要なのである。

21）　これらの点をすでに戦前において指摘していたのが、瀧川幸辰・前掲書『刑法講義改訂版』４頁－５頁、９頁－12頁。**最近では、通説ともいえる行為規範・制裁規範二元説に対しその行為規範の問題性を指摘・批判する見解が有力に展開**されるに至っている。高橋則夫先生古稀祝賀論文集（成文堂、2022年）所収の関連する諸論文、特に仲道祐樹「刑法学

行為規範論は民主主義と権威主義の対置論に倣えば権威主義にあたる。

近代的法治主義は18世紀のもので現代は別だとの理解もある。しかし、『危険社会論』のベックも近代は現代に続く産業社会では半分しか実現していないので再帰的近代化が改めて必要であると言っている。さらに憲法13条などの**人権**規定や国際**人権**規約は20世紀に制定され今日も妥当する法なのである。日本の戦後法学は**「人格」の尊重やその権利**（人格権）は唱えたが、**戦後価値として浮上した「人間」の尊厳やその権利**（「人権」）についてはようやく最近になってその重要性を理解するにいたったといえよう。

2）**実行の着手論**については、クロロホルム殺害事件最決平成16年 3 月22日が判断基準とした**「計画の危険」説**の批判的な検討が必要である。これを折衷説とみるものもあるが主観説そのものと言うべきである。特にその説に立って実行の着手論と不能犯論との二元的理解を肯定することになれば、主観的未遂論が意思処罰に行き着くのを避けるために不可罰の不能犯を定立せざるを得なかったことに照らしても、主観説と言わざるを得まい。行為者の計画や表象に照らしての「進捗度合」説[22)]も主観説なのである。行為者の計画や表象は、行為客体への客観的危険性を認定した上で、心理的事実の向かった客体が特定の故意の法的客体であったかを確定するために考慮するものと解すべきである（電気商でたばこの売り場に行きかけた事件に対する最決昭和40年 3 月 9 日参照のこと）。

実行行為の主観化は規範化と連動しており、実行行為の自由保障機能が弛緩させられている。

3）**共犯論**では、共謀共同正犯につき**共謀による共同は「犯罪の危険性を高める」との理論**が有力になりつつあるが、刑法は共同正犯を単独犯よ

における制裁規範」同書111頁－135頁は必読文献である。もっとも、立法論では行為規範の役割を認めるとする点は権威主義的な法規範命令説に引きずられたもの（生田・前掲論文「違法性の理論について」53頁－55頁参照のこと）で、むしろ「法的関係」にこそ目を向けるべきであろう。

22） 樋口亮介「実行の着手――最高裁第一小法廷平成30年 3 月22日判決を踏まえて――」東京大学法科大学院ローレビュー Vol. 13（2018年）56頁以下参照。

り重い犯罪とは規定していない。英米のコンスピラシーに関する「共謀」の「特殊な危険性」論との関係、結社や結合の自由と集団の「特殊な危険性」論との緊張関係、現行共謀独立処罰法の特異性、の検討が必要である[23)]。共謀まで実行行為とするのであればその証明の困難さは教唆犯以上になろう。

４）**主観主義化や規範主義化は全体として**刑事司法における事実証明や法適用上の問題につながっていないか。供述獲得のための取調べ重視や要件を緩和して証明をやりやすくする「証明の短縮」などが問題となる。また、規範主義化は法規を軽視した司法機関（裁判例や書記官解説）や行政機関（通達など）による実務規範の拡大を伴っており、学説にもその合理化を目的とするもの（**実務規範実証主義**）が増加しているように思われる。

⑵　法的関係の相対性に対応させた法的規制の多様化

すでに法的規制の多様化は、ストーカー行為規制法での警告・中止命令や経済法での課徴金、タトゥー医師法違反事件最決令和２年９月16日やその原審大阪高判平成30年11月14日の打ち出した法的規制の多様性論などにより進められている。デジタル情報空間の規制についてもその独自性に応じた規制のあり方が検討されなければなるまい。大局的に考えれば、人権ベースの再帰的近代化は国家的統制法の縮減と社会的規整（調整）法の拡大を必要としているのではなかろうか[24)]。

もっとも、そのためには解決すべき理論的課題として次のものがある。

第１は、可罰的違法論には可罰的違法を法的関係の相対性によってでなく法的制裁の相対性において捉えようとする見解（ドイツの違法一元論の影響によるもの。）が依然として有力に存在していることへの対応である。法

23）　以上は生田勝義「共謀罪法と実体的デュー・プロセス――個人（侵害）行為責任原則を中心に――」立命館法学第386号（2020年）１頁以下参照のこと。

24）　この構想は、甘利航司編『刑事政策へのいざない』（日本評論社、2025年）で示された最新の刑事政策理論の方向にも沿えるもののように思われる。詳しくは、生田勝義「『終身刑』論と刑法のあり方（２・完）」立命館法学第392号（2021年）18頁－51頁参照のこと。

秩序には法的関係の違いによる層の違いがありその層が上下左右の関係を結んで全体としての法秩序を構成している。各層毎の法的関係の相対性に目を向けることができるかという課題であるといってよい。

第 2 は、法益論は必要だが、その一面性を克服し法的関係論へと発展させることの重要性である。民法上の不法行為と刑法上の犯罪との法的関係における違いを明らかにすることが、一面的な被害者の権利論の影響もあって進んでいる刑法のプライバタイゼーションによる刑法インフレを抑制するためにも不可欠の課題なのである。[25)]

最後に、刑法に犯罪を予防する力がどの程度あるのか、その予防には何が必要なのか。重要なのは「神話」でなく刑罰権力から独立した人権ベースの科学的な研究である。

25） 以上の 2 つの課題については、法的関係の相対性についての基礎理論を展開した生田勝義「違法の質・相対性と法的関係の相対性」立命館法学第352号（2014年）29頁以下、およびそれを詐欺罪についてその明確性を確保するために展開した同「詐欺罪と法的関係の相対性（序説）」立命館法学第375・376号（2018年）22頁以下、並びに法益侵害論に止まらない、行為原理に対応する犯罪要件としての（侵害）行為の位置づけ、法的関係の相対性に対応する法的規制の相対性、犯罪の法的関係における行為の社会侵害性の重要性について展開した同「犯罪と行為・社会・法益・法的関係（1）、(2)、(3)、(4・完)」立命館法学第401号（2022年）106頁以下、第403号（2022年）152頁以下、第404号（2023年）24頁以下、第409号（2023年）77頁以下、を参照のこと。