

平成 21 年 6 月 15 日現在

研究種目：若手研究 (B)

研究期間：2007～2008

課題番号：19730059

研究課題名 (和文) 法益論の再検討と犯罪構造の分析

研究課題名 (英文) Review of Legal Good (Rechtsgut) Theory and Structural Analysis of Crime

研究代表者

嘉門 優 (KAMON YUU)

國學院大學・法学部・准教授

研究者番号：40407169

研究成果の概要：現在、刑事立法が活発化している状況にあり、刑事立法の限界が問われなければならない。最終手段である刑法は、他の民法などの手段と比較してどちらが有効かといった効果の観点ではなく、特別な正当化基準が要求されなければならない。つまり、法益に対する侵害強度によって正当化されなければならないのである。刑事立法化にふさわしい侵害強度とは、現行法の規定、特に抽象的危険犯や形式犯の詳細な分析から、危険の種類・程度を分析・整理することにより導かれる。

交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2007 年度	500,000	0	500,000
2008 年度	200,000	60,000	260,000
年度			
年度			
年度			
総計	700,000	60,000	760,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学・刑法

キーワード：刑事立法 法益論 危険犯 犯罪構造

## 1. 研究開始当初の背景

本研究開始当時より、刑事立法が活性化している状況にある中、その限界はどこにあるのかが問題となっていた。これまでは刑事立法の基準とされてきたのが法益論であったが、この法益論からは立法の基準は導き出せず、最近の刑事立法を限界づける基準とはならないとの主張が有力化していた。そのため、刑事立法を限界づけることはできず、論者によっては、立法裁量に任せるべきとの主張すらなされるに至っていた。

## 2. 研究の目的

従来、刑法は人権侵害的な側面を有するこ

とから、謙抑的に使用されるべきことが当然の前提とされており、現代においてもこの謙抑主義は当然に妥当する。そうである以上、立法者に対し、刑事立法の基準を明示し、刑事立法の使用が限界づけられなければならない。そこで、本研究では従来なされてこなかった「刑事立法についての総合的な理論的検討」を目的とした。

## 3. 研究の方法

本研究では、刑事立法論構築のための第一歩として、刑事立法のために基準とされるべきものは何かについて検討を行う。そして、これまで立法の基準となるとされてきた法

益論の見直し、侵害・危険概念の再検討を行うことを目指すこととした。そして、特に「抽象的危険犯」のカテゴリーの整理・分析を通じて、犯罪構造の整理を行うこと、さらに、各論分野を具体的な検討課題とすることにより、刑事立法の基準の検討の第一歩とする。

#### 4. 研究成果

##### (1) 刑事立法の活性化状況

これまで謙抑主義の内容として、刑法は、あらゆる違法な行為に対して刑罰をもって臨もうとするような思い上がった態度をとるものではないとされた。また、平野龍一は謙抑主義について、刑法の補充性、断片性、寛容性の総称であると述べている。そのうち、特に補充性については、平野は、市民的安全についても、他の手段たとえば慣習的、道徳的な制裁、地域社会のインフォーマルなコントロールや民事的なコントロールが十分でないときに、はじめて刑法が発動すると解している。

しかし、後に述べるように、(場合によってはみせかけの)立法事実が提示され、謙抑主義の精神に反して、刑罰の使用が積極的に認められてしまっている現状にある。また、学説上も、以上のような「立法批判的な補充性原則」に対して疑問が提起されている。たとえば、ある行為を抑止するのに刑罰が必要か否かの問題は、原則的には立法者の裁量に委ねるべきである、あるいは、謙抑性原則は立法段階ではなく、法執行段階においてのみ考慮されるべきだということである。そのような主張においては、これまでの補充性原則からは、刑罰は「最終手段だ」、「謙抑的に使用されるべきだ」といった大まかな基準しか導き出されず、立法の実際的な基準とはならず、必ずしも立法批判的な効果を有さなかったことが問題視されている。たしかにそういう意味では、従来のままの最終手段性原則を維持することは困難であるといわざるをえないだろう。現在の刑事立法の氾濫状況を見る限り、補充性原則はすでに無意味な原則となってしまったようにも思える。

##### (2) 現代における最終手段性原則

日本において、立法機関は刑事立法に対する謙抑的な態度を従来は有してきた。それが最近になって、「刑事立法の活性化状況、ないしは、氾濫状況」ともいえる状況になっている。日本における最近の刑事立法の特徴として、被害者・遺族感情、国民の不安感、国際的な要請にもとづいてなされていることが挙げられる。最近の刑事立法を挙げていけば、枚挙に暇がないほどである。このような

刑事立法の活性化状況を見る限り、日本において最終手段性原則が堅持されているとはいいがたく、すでに刑事立法は *ultima ratio* ではなく、*prima ratio* となっているとの評価を下すことができるだろう。

このような刑事立法の背後には、実務家らによる犯罪予防の必要性の主張が存在する。特に、刑事立法が、国民を「制約」という位置づけから、むしろ、国民の権利を「保護」するために刑事立法が制定されるべきだという論調がみられるところである。

##### (3) 刑事立法において想定されている「効果」

以上のような論調において前提とされている、刑法ないしは刑罰に期待されている「効果」には多種多様なものが含まれている。以下では三つに分けてその効果をより詳細にみていくことにする。

第一は「科刑による効果」である。具体的には、刑罰を科することにより、犯罪者としての「スティグマ」を付することが「効果」として想定されていることが挙げられる。これは行政罰との大きな違いであると考えられている。

第二が「犯罪化そのものによる効果」である。すなわち、(必ずしも実証されていない)犯罪増加に対する国民の不安感を解消する効果が刑事立法に期待される傾向にある。具体的には、組織犯罪処罰法などでは、人々は実際の抑止効果にはほとんど関心を示しておらず、むしろ立法化それ自体に不安感の解消を見出しているとの指摘がなされている。

また、犯罪化そのものによって、新たなルール形成という効果が期待される傾向にある。特に環境刑法の分野において、刑事制裁の規範形成機能が是認され、刑法自体がルールを定立するのに共働せねばならないとの指摘がなされていた。このような、刑法によって規範形成が期待された例として、古くは戦時中の統制経済刑法を挙げることができる。当時の政府は、経済統制制度を国民に遵守させるために刑罰を使用したのである。刑事法学者からもこのような処罰規定に対し、肯定的な態度が表明された。その意図は、そのような統制経済刑法をも刑事犯とすることで、刑法総則の適用を認めようとしたことにある。

しかしそのことは、行政機関が作ったルールを国民に守らせるためには、罰則規定を置くことが有効であることを認めることにつながった。そして現在の日本では、ほとんどの行政違反について、何の顧慮もなく、刑罰

が科せられている状況にあり、行政刑罰法規の氾濫につながっている。経済刑法の分野では、市場における公正・自由な競争を守るために刑罰を使用することが、望ましいとする指摘も見られる。

さらに最近では、軽微なマナー違反を犯罪化することにより、国民の道徳感情を形成することも目的とされる場合が多い。特に、地方レベルで条例が制定される傾向にあり、具体的には、生活安全条例や迷惑防止条例を挙げることができる。それらの条例においては、ゴミのポイ捨てや路上喫煙の禁止といった、市民が守るべきマナー違反を処罰する規定が多く見られるようになってきている。

第三に、刑事立法により、警察を介入させることにより問題解決を図ろうとすることを挙げることができる。特に企業の場合であれば、罰金と過料を比較した場合、金額的にはあまり大差ないが、罰金の場合には、刑事事件化することによるダメージが大きいことがいわれている。このことが一定の抑止効果があるというのである。

また、従来避けられる傾向にあった、市民の私生活保護のために警察が介入することへの期待が高まっていることも挙げられる（例として、ストーカー行為規制法）。

#### （４）刑法における効果志向の問題性

平野龍一は、刑法学が主に犯罪論の理論構成に関心が向けていたことを問題視し、「刑法そのものの機能、すなわち、刑法が社会統制の手段としてどういう役割をもつべきか」という観点から議論するべきだと主張した。また、藤木英雄は、特に財産犯罪に関し、社会コントロール手段の一つとしての刑法という視点を強調した。

特に最近では、市民を保護するために、刑法を機能的な社会統制手段として積極的に利用することについて、肯定的評価が多く示されるようになってきている。このような刑法学における問題解決的思考は、前述の、刑法の「効果」に対する強い期待を背景とし、刑事立法の活性化状況を支えているといっていよう。

問題解決的思考のもとでは、制裁システム全体の中で、刑法が社会コントロール手段の一つとして果たしうる「機能」が問われることになる。たとえば、経済犯罪対策を考える際に、経済法規の実効性を高めるためには、機能不全に陥っている刑罰よりは、行政制裁を積極的に活用すべきといわれている。このように、犯罪の性質などに応じた「適材適所な制裁配置」が考慮されることになるのであ

る。

しかし、このような問題解決的思考に基づいて、刑法の「役割」や「有効性」を検討するという視点には、常に処罰拡大の危険性が伴うことは以前より指摘されていた。場合によっては、他の手段よりも刑罰を優先的に使用すべきという結論にも至りうる、

そのため、特殊刑罰については、それに見合う、あるいは、それ以上の利益が予想される場合でなければならぬし、また、ほかにより侵害性の少ない方法があれば、それによらなければならないということがいわれてきた。立法者は、立法によって解決しようとした問題を現実的に解決できるか、その他により有効な手段がないか、立法がもたらす影響が問題となっている事象以外の部分にどの程度及ぼされ、それが立法のある場合とない場合とで社会に対して利害得失をどのようにもたらすかなどを、立法作業としては事前に調査することが不可欠となるというのである。

だが、現状をみるかぎり、ここで想定されているような限界づけの効果は必ずしも発揮されてこなかったといわざるをえない。その原因は、ここで前提とされている「効果測定」にあると考えられる。すなわち、最終手段たる刑法を使用するにあたり、他の手段との「比較」が必要となるのだが、その比較のために「効果」が基準とされる。

この「効果測定」に対する疑問の第一は、比較可能性である。つまり、他の民事的な手段などと比較して、いかなる場合に他の手段が「有効」であるといえるのか、あるいは、いかなる場合に刑罰が「効果がない」といえるのが問題となる。「効果」について、必ずしも実証的に証明されているわけではない。そのような効果を比較するということが實際上可能なのだろうか。特に、前述のような、「国民の不安感の解消」といった効果が立法事実として挙げられる傾向にあるが、本来であれば立法者がこの効果の存在を証明する責任を負うはずだが、必ずしもなされていない。そもそも、国民感情のレベルでの「効果」が本当に存在するのかということを実証的に検討することは困難であり、刑罰をめぐる合理的な議論の基盤が失われてしまうとわざるをえない。したがって、「効果測定」の前提とはならず、立法事実として認めることはできない。

また、前述のとおり、行政刑罰制度の氾濫状況にあるが、この背景には、刑法の規範形成力に対する期待がある。しかし、刑法の規範形成機能に対しては疑問が提起されてい

るところである。また、行政法学者からはこれらの規定の機能不全が指摘されている。つまり、よほど悪質な事案でないかぎり起訴されないことや、刑罰が軽いことであまり威嚇力がないことから、実際の運用では活用されていない場合が多く、「錆び付いて、めったに抜かれない伝家の宝刀」と化しているのである。

#### (5) 刑事立法の基準としての法益論

以上のように、刑法と他の手段を「効果」によって比較することは困難である。実証し得ない「効果」は刑法を正当化する方向にのみ働く傾向にあり、限界づけることはできない。このような補充性原則の前提となっているのは、一般的には「行為コントロールの手段としての、刑法の目的合理的な理解」であるが、この点にも疑問の余地がある。刑法は社会問題を解決する万能薬ではなく、強いて使用する場合には、かえって個人の利益を侵害し、社会文化の発達を妨げることがあるため、刑罰の使用には限度が存在する。そうである以上、刑法の使用について、「社会問題の解決にとって有効かどうか」という、他の手段と同じ基準は妥当せず、何らかの異なる基準が妥当せねばならない。

つまり、最終手段性が意味するのは、立法者が法益を保護するために刑法を使用する際には他の手段とは異なり、さらなる要件が必要となるということなのである。そのさらなる要件こそが、刑法の使用を特別に正当化するものである。刑法の介入が正当化されるのは、行為が社会にとって有害であり、耐え難い場合であり、それに対し、マナー違反といった単なる迷惑行為の範疇にあれば、他の手段を使用すべきという要請が高まることになる。

このような社会侵害性の具体化として、これまで、どの法益が、最も厳しい国家的な強制手段である刑罰による保護に値するのかが決定されてきた。これがいわゆる法益論である。たしかに、最近有力に主張されているように、従来の法益論からは、何が刑事立法によって保護されるべきなのかは明示できず、立法者に対し基準を示すことができなかった。

しかし、だからといって、法益論が完全に放棄されるべきということにはならない。なぜなら、「侵害」の度合いを測るためには、「害」の対象が観念される必要があり、犯罪類型を分析するにあたっては、その基準点としての役割を担う「法益概念」が必要とならざるをえないのである（学説上は、「規範妥

当」といった対案も提示されているが、いかなる場合に「妥当」しており、いかなる場合に規範が「害された」といえるのかは、法益侵害以上に不明瞭だといわざるをえないだろう）。

したがって、第一に、法益概念のさらなる明確化が求められる。特に、集合的法益のより詳細な構造分析がなされなければならない。その分析の前提として、侵害犯、危険犯の区別を可能にするために、法益が物的に構成されているか、さらに、個人という観点から法益が導き出されているかという観点から、法益の正当性が検討されるべきである。そして、それぞれのグループごとに、法益の正当化基準が詳細に検討されることになる。それにより、まず、いわゆる「みせかけの法益」は排除される。そして、ここでえられた集合的法益の詳細な構造分析は、法益関連性の検討の際に生かされ、犯罪類型の分析・分類がより精密になされることになる。

この点についての、各論的な検討として、まず、ドイツにおいて最近成立したストーカー規制法における保護法益を検討した。特に最近では、不安感といった心情面を保護することが強調される傾向にあり、こういった心情的なものが保護に値するののかという問題についてのドイツの議論状況を検討した。

また、こういった不安感といった意思的側面の保護が強く現れる分野として、さらに住居侵入罪を取り上げた。住居侵入罪では住居権という権利の保護が主張されているが、実質的には、侵入概念としての意思侵害説とのつながりにより、居住者の意思保護が強調され、一部では処罰拡大に結びついている。「不安感」や「嫌悪感」といった感情は、法益としては認めることはできず、また、これらの侵害のみでは刑法の処罰対象とされるべきではないことを拙著にて主張した。他にも経済刑法における法益論に関しても、拙稿において検討した。

第二に、どのような態様の侵害行為が刑法上の犯罪として規定されるべきか、および、現に刑法上の犯罪とされていない侵害行為のうちで、刑法の犯罪類型とすべきものがあるかどうかという点の検討が必要となる。したがって、補充性原則に基づいて、他の手段との比較をする際の基準となるものは「効果」ではなく、法益に対する「侵害強度」、すなわち、「法益関連性」の度合なのである。

そこで、犯罪を保護法益とその侵害態様によって詳細に整理し、グループ分けを行うことが必要となる。その分類方法であるが、ドイツにおける見解によれば、従来抽象的危険

犯とされてきたカテゴリーを、より詳細に、具体的危険性犯、蓄積犯、予備的犯罪という3つに分類することができる。第一の具体的危険性犯は、法益客体が行為者の作用領域には存在しないために、具体的な危険や害が存在しない行為態様を処罰する規定である。第二として挙げられる「蓄積犯」のカテゴリーは、確かに、それだけを見ると、法的に保護されている利益を侵害できないが、同じ方向に向けられた他の行為態様との共同作用によって重大な侵害をみちびきうる行為態様が属している。第三が、「予備的犯罪」のグループである。これは、行為者自身か他人のどちらかが、問題となっている「先行行為」の結果を継承しうるということに、その潜在的な危険性が存在している行為であると定義されている。

また、最近ではさらなるグループの存在も明らかにされており、詳細な分析がドイツでは進められている。そのようなグループ化により、犯罪の実質とするにはふさわしくない類型の非犯罪化が唱えられており、考察に値する。ドイツにおけるこれらのグループ分けをより精緻化し、我が国における犯罪類型へ適用することが今後の検討課題となる。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計5件)

- ①嘉門 優「法益論の意義と限界——法益論の現代的意義」刑法雑誌 47 巻 1 号 36 頁～48 頁、2008 年、査読無
- ②嘉門 優「住居侵入罪における侵入概念について——意思侵害説の批判的検討——」大阪市立大学法学雑誌 55 巻 1 号、144 頁～182 頁、2008 年、査読無
- ③嘉門 優「ドイツにおけるストーカー行為処罰規定の新設について」國學院法学 45 巻 4 号、67 頁～100 頁、2008 年、査読無
- ④嘉門 優「世田谷区清掃・リサイクル条例 31 条の 2、79 条 1 号は犯罪構成要件として明確であるとされた事例」速報判例解説 TKC ローライブラリー刑法 No. 32〔Web 版〕、1 頁～8 頁、2009 年、査読無
- ⑤嘉門 優「覚せい剤取締法の覚せい剤輸入罪および関税法の禁制品輸入罪の実行の着手が否定された事例」國學院法学 46 巻 4 号 185 頁～205 頁、2009 年、査読無

[図書] (計1件)

- ①嘉門 優「経済刑法と刑法の諸原則」神山敏雄ほか編『新経済刑法入門』(成文堂、2008 年) 43 頁～55 頁

#### 6. 研究組織

(1) 研究代表者 嘉門 優  
(國學院大學法学部准教授)

研究者番号：40407169