

# 犯罪と行為・社会・法益・法的関係（４・完）

——タトゥー事件最高裁決定を受けて犯罪類型の相対性を考える——

生 田 勝 義\*

## 目 次

### 問 題 提 起

- I タトゥー事件最高裁決定の持つ刑法理論的意味  
——その前進面と残された問題性
    - 1 最高裁新判例の検討
    - 2 辰井論文の趣旨とその持つ意味
    - 3 小 括  
——最高裁決定と辰井論文から見える理論的課題
  - II 社会的有用行為態様をも類型化することの重要性
    - 1 医療関連性を医行為の要素とすることの意味
    - 2 従来の理解との異同  
——犯罪類型（構成要件）論と行為や行為態様の位置づけ
    - 3 行為類型の個別的な特定性が必要——明確性の原則
    - 4 行政通知でなく法令による個別性・特定性の明確化が必要（以上、401号）
  - III 法的規制手段の多様性と法的関係の相対性
    - 1 タトゥー事件最高裁令和２年決定の持つ意味の再確認
    - 2 法的規制と法的関係の相対性
    - 3 医行為に対する刑事規制と法的関係の相対性（以上、403号）
    - 4 法政策論・立法論における法的関係相対性論の重要性
    - 5 小 括（以上、404号）
  - IV 行為の社会侵害性の意味とその体系的位置づけ
    - 1 「社会の受け止め方」と社会的相当性論
    - 2 「社会の受け止め方」論と社会秩序無価値説
    - 3 社会的危険性と実質的犯罪概念
    - 4 社会侵害行為論と実質的犯罪概念
- おわりに（以上、本号）

---

\* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

## Ⅳ 行為の社会侵害性の意味とその体系的位置づけ

### 1 「社会の受け止め方」と社会的相当性論

#### (1) 「社会の受け止め方」と最高裁判例

##### 1) 最高裁大法廷平成29年判決

「社会の一般的な受け止め方」論は強制わいせつ罪に関する最高裁大法廷平成29年11月29日判決<sup>126)</sup>にも登場していた。同大法廷の菅野博之裁判官はタトゥー事件最決に参与した3裁判官の一人である。刑法学者の山口厚もいた。その判示は次のとおりである。

「現行刑法が制定されてから現在に至るまで、法文上強制わいせつ罪の成立要件として性的意図といった故意以外の行為者の主観的事情を求める趣旨の文言が規定されたことはなく、強制わいせつ罪について、行為者自身の性欲を刺激興奮させたか否かは何ら同罪の成立に影響を及ぼすものではないとの有力な見解も従前から主張されていた。」

「元来、性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には、社会の受け止め方を踏まえなければ、処罰対象を適切に決することができないという特質があると考えられる」。昭和45年(1970年)以降の諸外国(とくにドイツ)における立法の動向や日本における平成16年と平成29年の刑法一部改正の動きは、「性的な被害に係る犯罪規定がその時代の各国における性的な被害の実態とそれに対する社会の意識の変化に対応していることを示すものといえる。……また、刑法一部改正の内容からすると「これらの法改正が、被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化を反映したものであることは明らかである」。

「以上を踏まえると、今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和

---

126) 刑集71巻9号467頁。

45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い。「もっとも、……強姦罪に連なる行為のように、行為そのものが持つ性的性質が明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められるため、直ちにわいせつな行為と評価できる行為がある一方、行為そのものが持つ性的性質が不明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れなければ当該行為に性的な意味があるかどうかの評価し難いような行為もある。その上、同条の法定刑の重さに照らすと、性的な意味を帯びているとみられる行為の全てが同条にいうわいせつな行為として処罰に値すると評価すべきものではない。そして、いかなる行為に性的な意味があり、同条による処罰に値する行為とみるべきかは、規範的评价として、その時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断されるべき事柄であると考えられる。そうすると、刑法176条にいうわいせつな行為に当たるか否かの判断を行うためには、行為そのものが持つ性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、事案によっては、当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし、その行為に性的な意味があるといえるか否かや、その性的な意味合いの強さを個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて判断せざるを得ないことになる。」（下線は生田。本稿でも特記なき限り、以下同じ）。

## 2) その検討

以上の判示について指摘しておくべきことの第1は、強制わいせつ罪の法文上、その「成立要件として性的意図といった故意以外の行為者の主観的事情を求める趣旨の文言が規定されたことはなく」などとして明文規定に反するものではないことを前提にするものだということである<sup>127)</sup>。

---

127) もっとも、それは、確定した最高裁判例を変更し変更前の判例であれば不可罰となりうる行為を可罰的として処罰するもの、つまり判例を被告人にとり不利益に変更し処罰するものであり、遡及処罰禁止に反するという「問題」をはらむものであった。

第2は、わいせつ概念は、「徒に性欲を興奮または刺激せしめ、かつ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」(最判昭和26年5月10日刑集5巻6号1026頁)という内容で基本的に維持されるのか、それとも学説による保護法益論の転換、つまり性風俗から性的自由への転換をわいせつの定義に反映させるべきなのかという問題には真正面から切り込んでいない。もっとも、ドイツにおける立法動向への言及や「被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっている」とするところからは、保護法益の転換を「わいせつ」の定義にも一定限度及ぼす必要性を認めているものとも解することができる。

第3は、そういう問題があるものの、従来のわいせつ概念が残ったうえでの「わいせつ」という観念は社会風俗に関係するところが大きいことから「社会の受け止め方」という基準が用いられやすかったのではないかということである。社会風俗に関係するという点ではタトゥーについても同様である。この意味において、「社会の受け止め方」が本件タトゥー事件最高裁決定にも登場したことは自然な流れであったといえよう。問題はそれ以上の広がりを持つ観念かということにある。今日優勢になりつつある規範主義刑法理論との関わりについても検討しておく必要があるのではなかろうか。

第4に、本大法廷判決は、「性的な意味」につき、①「行為そのものが持つ性的性質が明確」な場合と「行為そのものが持つ性的性質が不明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れないならば当該行為に性的な意味があるかどうかの評価し難いような行為」の場合に区別し、しかも②「同条の法定刑の重さに照らすと、性的な意味を帯びているとみられる行為の全てが同条にいうわいせつな行為として処罰に値すると評価すべきものではない」として法定刑の重さが行為の可罰性の有無にまで影響することを認めている。そのうえで、「規範的評価として、その

時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断されるべき事柄である」としていることに注意する必要がある。また、「当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし、その行為に性的な意味があるといえるか否かや、その性的な意味合いの強さを個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて判断せざるを得ない」のは、「事案によっては」なのである。

第4に、以上から、本大法廷判決は、「その時代の……社会の一般的な受け止め方」を考慮しつつなされる「規範的評価」にあっては、法律の「法文」や「行為そのものが持つ法的性質」を踏まえ、その行為をめぐる日本における立法の動向や内容を参照しつつ、「事案によっては」、「当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし……個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて」判断するものといえよう。ここにはタトゥー事件最決以上に安易な規範主義による恣意的判断への警戒が窺われる。

## (2) 「社会の受け止め方」と社会的相当性論

### 1) 問題の発端

この「社会の受け止め方」論をヴェルツェルの社会的相当性論にかかわらせて検討したのがタトゥー事件大阪高裁判決についての松宮判例評釈<sup>128)</sup>である。大阪高裁判決自体は「社会の受け止め方」といった観念的な社会意識状況というより、むしろ人間の社会的営みの有様を事実として分析し医療関連性を認め得るものかということと判定するものであったといえる。それに対して、その評釈では、大阪高裁判決のいう『医療関連性』の正体は、社会において『医師の仕事』と受け止められているということなのである。」（下線は、生田。）と指摘したうえで、「ヴェルツェが『社会的相当性』により構成要件該当性を否定しようとした観点に通じる

---

128) 松宮孝明・前掲論文「タトゥー事件大阪高裁判決に対する刑事法学からの検討」季刊刑事弁護99号（2019年）91頁-92頁参照。

ものであろう。<sup>129)</sup>」と述べていたのである。もっとも、本件大阪高裁への弁護人控訴趣意では、医師法17条の「医行為」というためには、① 社会通念上、医療関連性のある行為で、② 医師が行うのであれば保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為であることが必要であるとされている。この脈絡での「社会通念」は「社会の受け止め方」と同様のものであるといつてよいであろう。残る問題は、受け止められる内容が「医療関連性」と「医師の仕事」とで差異があるかという点である。

タトゥー事件最高裁令和2年決定は、大阪高裁判決よりも踏み込んで「社会の受け止め方」という判断基準によることを明言した。

刑法解釈論の中には、自己の法解釈論を展開するにあたり、それが一般の国民に受け入れられるかということを常に考慮しておかなければならないとする（もっとも同時に、ポピュリズムに組することへの懸念の表明をも付加するのであるが）もの<sup>130)</sup>がかなりあるように思われる。そこには「社会の受け止め方」論と同様のものがあるといえよう。そのような意味において「社会の受け止め方」論は刑法解釈論において重要な位置にあり、理論的に検討し深めておく必要のあるものといえるのではなからうか。

まずは、「社会の受け止め方」と社会的相当性論の関係を検討しておこう。

## 2) 「社会的相当性」論との関係

社会的相当性はそれがあれば犯罪構成要件不該当ないし犯罪を不成立にするものといつてよい。社会的相当性が犯罪不成立と結びつくと解するにとどまらず、その逆の社会的不相当性が犯罪構成要件該当に直結するとする見解もある。しかしながら、社会的に不相当であってもそれだけでは刑法以外の法領域では違法といえても刑法上の犯罪とするに足りないと思解することもできよう。社会的相当性論は基本的に犯罪不成立か否かについて

---

129) 同上、92頁脚注12)。

130) 例えば、佐久間修『犯罪概念の基底』（成文堂、2022年）87頁参照。

の「社会の受け止め方」を示すものではないのか、が問題となる。

ヴェルツェルの社会的相当性論と「社会の受け止め方」論が関係することを指摘しつつ「社会的相当性」の内容を明らかにしようとしたすぐれた論説<sup>131)</sup>がある。ヴェルツェル理論をその教科書での変遷を辿ることによって、それは社会倫理を除いて行為の社会的通常性や行為自由による構成要件不該当を認める見解であり、行為の社会的通常性とは社会がそのように受け取ることであるとする。本稿のテーマとも関係するので検討してみたい。

### 3) 安達論文による分析とその検討

まず、「社会」の意味につき次のように述べる。

「犯罪の実質の解明は、刑法学や犯罪学にとつての永遠の課題」（同論文20頁）としつつ、「犯罪現象に対する社会の受け止め方を規範として反映できるような刑事立法、刑法解釈論こそが求められる……けっして、一部の権力を持つ者の意思を市民に一方的に押し付けることを正当化する刑法学であってはならない。」(21頁)

ここでは、「社会の受け止め方」が「一部の権力を持つ者の意思」に対置されている。つまり、「社会の受け止め方」とは個々の市民の集合意思ないし一般意思であるということであろうか。

次に、「犯罪の実質」と「社会的受容性」について

「犯罪の実質について考えるとき、それは概念的には、社会にとって耐えがたい侵害行為として理解することができよう。……社会的に受容された行為についてはたとえ物的、形式的な意味での侵害が存在するとしても、最終的に社会侵害性は否定されることになると思われる。(21頁)」  
「社会的受容性が社会侵害性の裏返しに位置付けられるとすれば、端的に

---

131) 安達光治「社会的相当性の意義に関する小稿——ヴェルツェルを中心に——」立命館法学第327・328号（2010年）20頁－56頁参照。

社会的受容性を示すことで、社会侵害性を否定することができるはずである。このような社会的受容性とも関係する犯罪論上の概念として、かねてより社会的相当性の妥当性を主張する見解も有力である。……規範学としての刑法学において、犯罪の実質を明らかにする上で、その裏返しとも言えるこの概念の分析は、避けて通れない」。(22頁)

犯罪の実質を「社会にとって耐えがたい侵害行為」として理解し、「社会侵害性」に関係することを認めているといえよう。「社会的受容性が社会侵害性の裏返しに位置付けられるとすれば、端的に社会的受容性を示すことで、社会侵害性を否定することができるはずである。」とされる点は、社会的受容性が犯罪の実質である社会侵害性の裏返しに位置づけられるほどの質・量をもつものと理解されているのであればそのとおりである。けれども、そのような社会的受容性が「社会的相当性」と等置できるかについては、上述したようになお検討が必要なように思われる。

そのうえでヴェルツェルの社会的相当性論を初期、中期、後期に整理・検討し、次のように言う。

「後期には、社会倫理的視点を外し、行為の通常性ないしは行為自由をその本質に据えた。そして、社会倫理という評価的視点が外されることで、この概念は再び構成要件と関係づけられるに至ったと考えられる」(同上41頁)と。

ヴェルツェルが、社会的相当性から倫理の要素を取り除いた理由は犯罪論体系の論理的整合性だけでなく性刑法の改正などで論じられた倫理・道徳と刑法との相対性やその延長線上にある「行為自由」の重要性を認めたからであるというべきであろう。その行為自由は人格的自律でなく「一般的行為の自由」という近代的人権を指している。これを「自己の判断で任意に振る舞える」というレベルで捉えるだけであると、殺人まで自由つまり人権だと言えることになるとの曲解を許すことになってしまう。一般的



行為の自由という人権は、フランス革命期の人権宣言が定式化しドイツ基本法第2条にも引き継がれたと解されている「他人を害しないすべてをなすことができる」という自由である。この自由には「他害」は自由でないとする限界が内在するだけでなく他の人権と衝突する場合の「公共の福祉」による制約が存在することに注意すべきであろう<sup>132)</sup>。この自由から他害性原理を導いたのが J. S. ミルなのである。

そのようにまとめた上で、4つの論点に分けて検討する。

第1は、「社会倫理と犯罪論」である。社会倫理を持ち込むことは、刑法のモラル化につながり、「謙抑性の原則」からは、刑法は社会にとって耐えがたい侵害行為のみを処罰すれば足りるのであり、可罰性の論証において倫理違反の規準を持ち出すことは、我々の社会において何が侵害されているかを見えにくくしてしまいかねない。」として保険金詐欺目的で相手方の承諾を得て傷害を負わせるという例を挙げる。（同上42頁）。

刑法のモラル化が問題であるとか、謙抑性の原則からの帰結として社会にとり耐えがたい侵害行為を処罰すれば足りるとか、とされる点については、日本ではなぜかほとんど言及されないのであるがその基礎に、自由という人権（「他人を害しないすべてをなし得ること」）や社会害悪行為のみを禁止できるという近代的な法原則があり、さらにそれらから社会侵害行為原則という刑法原則が導き出されていること、を指摘しておきたい。また、「倫理違反の規準を持ち出すことは、我々の社会において何が侵害されているかを見えにくくしてしまいかねない」とされる点については、侵害行為原則に加え、本拙稿においてすでに述べたように、個々の犯罪規定の明確性を保障するためには個々の犯罪類型ごとにある「法的関係の相対性」の解明が必要であることから、的確な指摘であるといえる。

---

132) この自由の限界と制約については、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）91頁－95頁参照のこと。

第 2 に、「社会的通常性の規準」につき次のように述べる。

社会的通常性の視点を犯罪の成否の判断に持ち込むと世間で行われている悪習をそのまま是認することにつながりかねないという批判がある。「これは、『通常性』を単純に『頻度』を(ママ)置き換えることからくる誤解である……社会的通常性とは、当該種類の態度の現れる頻度というよりも、それに対する社会の受け止め方と関係している。……『通常性』とは、その種の態度を、我々の社会が普通のこととして受け入れているという事実を意味している。それゆえ、この概念は社会的受容という意味で規範的性格を帯びている。しかし、それは、先に見たように、事の善悪という意味での倫理性とは切り離して考えるべきである。」(44頁) それでは、内面的事情が不当なものである場合をどうするか。「社会的通常性は、行為の対象、態様やその状況を踏まえ、それが行われる文脈により決定されるものというべきである。(46頁)」として医師が診察する際にみだらな感情を抱くケースを挙げる。(47頁)

社会的通常性は、外部に現れた客観的な社会的行為態様の通常性としてでなく、社会の受け止め方、すなわち社会が普通のこととして受け入れているという事実として捉えられている。この「事実」は社会的意識が存在するという意味で事実とされているのであって、観念的なものであることに変わりはない。その意味で規範的な性格を帯びるのは当然であろう。と同時に、行き過ぎた規範主義への批判、つまり「法は裁判官の頭の中にある」を避けるために、「社会的通常性は、行為の対象、態様やその状況を踏まえ、それが行われる文脈により決定されるもの」とか「文脈から切り離された行為者の内面的態度は決定的とはいえない。」(47頁)とされている。このことにより、「外部に現れた客観的な社会的行為態様」の通常性と同様のものが捕捉されるものといえるのではなかろうか。単に観念的な存在であるにすぎない「社会の受け止め方」ではないのである。

第 3 に、「構成要件と違法性の関係」につき、「社会的相当性はあくま

で、社会的現実<sup>1</sup>に即した個別の構成要件解釈において前提とされる図式として理解されるべきである。」(51頁)とされるのだが、これについては改めて後述したい。

第4は、「構成要件の解釈図式としての社会的相当性」の射程範囲についてである。

一般的原理とすることへの対応はすでに示したとおりであるが、それに加え、法益論による解決案（たとえば、郵便配達員に対する新年のささやかなお礼の贈り物のケースにおいて、その程度の贈り物であれば公務の公正さに対する社会的信頼というわいろ罪の保護法益は侵害されないからだとする批判）に対し、そのような判断を支えるのは、その贈り物の通常性なのであると反論する。また、「経済取引上の交渉事として社会的に容認される範囲を超えない限り」、事務処理者が本人に対し背任罪の罪責を問われる場合にも、共犯者は共同正犯の責任を問われることはないという北國銀行事件の差戻審無罪判決（名古屋高判平成17年10月28日高等裁判所刑事裁判速報集平成17年度285頁）はこのことを端的に物語っているとす。態度の社会的通常性という意味での社会的相当性は、一定の解釈図式として意義を有することが分かると言う。

そこで問題は、このような図式を犯罪概念においてどのように位置付けるかにあるとして、因果的にのみ基礎付けられた犯罪概念には、もはやこれを受け入れる用意はないとする。たしかに、わいろ罪などでは、保護法益から説明する余地は残されているかもしれない。しかし、北國銀行事件のような財産犯罪で、単純にそのようなロジックに依拠することは困難であろう。しかも、この事例では、共同正犯者である被告人の側から、事務処理者の側に交渉を——強く要請する形で——持ち掛けていることから、相当因果関係も明白なのである。そうすると、結局、社会的相当性そのものを図式として援用しつつ行為者に対する背任罪（の共犯）としての帰責を否定することを可能にする体系が求められよう。この場合、可罰的違法性が否定されることから、可罰的違法類型としての構成要件に該当しない

とすることもできよう。しかしながら、なぜ、「なぜ可罰性が否定されるのか」と問われるとき、このようなケースでは、結局、行為者の態度の社会的受容性すなわち社会的相当性に帰ってこざるを得ないと思われるとされる。

もっとも、ヴェルツェルによる解決も、なお未整理なものを含んでいるとして、彼が、「行為自由」の文脈で取り上げた2つのBGH判例のケースを例に出す。1つは、妻が自殺する危険性がある場合に、半ば見殺しにして同居関係を解消しようとする夫の態度、もう1つが、飲食店のドライバーに対する酒類の提供である。それらが、「相手方や第三者の生命、身体を毀損する危険性がある場合、単純にその自由に依拠することは許されない。……各人にはそれぞれ自由領域が存在……そこで生じた結果について原則的にその者が責任を負うことを意味する。このような答責原理を根底に据えてはじめて、『行為自由』による構成要件不該当を論じることが許される。これは、たとえば、危険なスポーツを自らの意思と責任で行うケースからも明らかのように、行為そのものの通常性という社会的相当性とは区別される。」(55頁)と言う。

最初の段落での批判に対する反論は、そのとおりであろう。

その次の段落は、因果主義犯罪論に対する規範主義からの批判であろう。「因果主義」という言葉は違法の実質を法益侵害に求める犯罪論に貼られたレッテルと言ってよい。実は「法益」自体、「法によって保護された利益」という規範的概念であり、しかも法益侵害説も、違法性判断において法秩序からする利益衡量や価値判断、つまり規範的評価を認めるものだからである。因果主義批判はむしろ、法規実証主義と揶揄された法規による形式的拘束性に対するものであったというべきように思われる。すなわち、法規による形式的拘束性への要請が変化する社会的必要性に合わせて柔軟に法解釈・適用することを妨げていることから、その縛りを緩めることができるように法規以外の規範（文化規範や社会ないし民族の「具体的秩序」）を解釈規準にすべくなされたものというべきなのではあるまいか。

その縛りの緩和は可罰性を減らしたり増したりの両方に働くことになる。それに対し、行為やそれを限定するためにも必要な客体・法益侵害、行為と結果との因果関係などの事実は、社会に害を与えた行為があったかを明確に判断するうえで必要不可欠な犯罪要素である。規範的判断は価値判断であり、刑事司法において最終的に強行されるのは権力保有者による特定の価値判断であることを看過するべきではない。その恣意性を防ぐためには誰もがその真偽を検証できる事実的要素を第一次的な犯罪要素にしておく必要がある。法益侵害行為という枠組みは犯罪構成要素の土台をなすものとして、かつそれ抜きに犯罪は成立しないものとして、今日でも堅持すべきなのである。そのうえで二次的になされうるのが規範的評価なのである。有名な「期待可能性の理論」はそのようなものとして評価できるのである。また、北國銀行事件の処理については、「なぜ可罰性が否定されるのか」と問えば、「結局、行為者の態度の社会的受容性すなわち社会的相当性に帰ってこざるを得ない」とされる。しかしながら、背任罪という可罰的違法類型に該当しないのは、問題となった行為は「経済取引上の交渉事として社会的に容認される範囲を超えない限り」、社会を揺るがし台無しにするほどのもの、つまり犯罪の実質である「行為の社会侵害性」がなかったからではないのか。「社会的受容性」や「社会的相当性」という規準には、様々な程度が考えられる。民法レベル、行政法レベル、労働法レベルなどではそのような受容性や相当性はないが犯罪とするのに必要な「社会侵害性」があるとはいえないので不可罰にするという判断も可能なのではなかろうか。

最後の「行為自由」の位置づけについて検討したい。ヴェルツェルが社会的相当性に行為自由の場合を含めたのは当時のドイツでは行為自由が「社会生活の秩序の枠内」のものになっていると考えたからであろう。その秩序の枠内に完全にあるものは社会的に相当であり、構成要件に該当しない。「秩序」の意味については、「社会的に相当な態度はけっして社会の模範である必要はない」として社会的相当性から倫理の要素を取り除（37

頁) き、これをノーマルな行為自由とも関連付けたわけである。上述したように、行為自由には「限界」があり、また他の人権との衝突による「制約」がある。上記した妻に対する夫の行為や酔っ払いに対する酒屋の例は、後者の制約の問題として位置づけることもできる。確かに、「自由には責任を伴う」という古くからの言説には答責原理が似合う。しかしながら、人権や民主主義をベースにした犯罪論の構築という現代的視点からは、義務や責任という前に人権で説明できるのであればそうすべきように思われる。

同じことは、社会的相当性論にもあてはまるように思われる。後期の教科書第9版になると、構成要件の機能は、禁止された態度の「範型(Muster)」を示すことにあるとされ、刑法の社会的で、歴史的な性格のために、構成要件は「歴史的に形成された社会生活の秩序から著しく逸脱した態度」を提示することになるとされる。構成要件は、社会生活の秩序から「著しく」逸脱した態度を提示するものだから、可罰行為類型にふさわしいものとなる。もっとも、「秩序から著しく逸脱した」というだけでは、秩序概念の抽象的な曖昧さと広汎性、一律規律性に加え、「著しく」の程度如何という問題が残ってしまう。それよりは、後述するような、人権と民主主義ベースの社会侵害行為論の方がベターだといえるのではなかろうか。

## 2 「社会の受け止め方」論と社会秩序無価値説

### (1) 中野正剛「社会秩序無価値説」の基本観念について

社会的害悪とか社会的効用の侵害をもって犯罪の特徴と考えるものにフランス刑法学があげられる。日本においてこの社会的害悪論の影響を受けつつ、侵害の対象となる「社会」の中身につき「社会秩序無価値」説として検討するのが、中野正剛である<sup>133)</sup>。彼は、『未遂犯論の基礎』(成文堂、

---

133) 中野正剛「社会秩序無価値説の構想」沖繩法学第51号(2023年)5頁-15頁参照。

2014年)を上梓するなど未遂犯論を中心にしつつ犯罪体系論の再構築をめざし精力的に研究成果を世に問うている。その基礎に置くのがフランスの新古典学派を代表するオルトランの刑法理論である。オルトランはその講義録の中で「可罰性の礎として社会的害悪 (mal social) という観念<sup>134)</sup>を使用」し、これをさらに直接的害悪 (un mal direct) と間接的害悪 (un mal indirect) に分ける。中野によると、前者は今日通常言われる「法益の侵害」に対応し、後者は効用 (utilité) を含意し社会秩序の変動を意味し、そこでは民衆による政府の犯罪統制活動への信頼の確保も含まれているとされる。そのうえで、「そこから、……社会秩序無価値説へとつながる構想をえた」として次のように述べる。

それは、「刑法における実質的違法性論における……考え方である。これは、伝統的な、法益侵害説、規範違反説の枠組みとはやや異なり、利益衡量説とも言うべき所論である。……オルトランの社会功利主義 (折衷主義) という概念を基礎に置く。」(7頁)と。

次いで、「犯罪評価と違法性の実質についての管見」を表明する。すな

---

134) 社会的害悪論が日本で言われる法益侵害説とは異なることについてはつとに青木人志「ボアソナード刑法思想における『道徳的悪』と『社会的悪』の概念」一橋論叢第105巻第1号(1991年)31頁-42頁参照が明らかにしていた。そこでは、佐伯千仞・小林好信「刑法学史(学史)」「講座日本近代法発達史11」(1967年)226頁を参照して、ボアソナード刑法思想における「道徳的悪」と「社会的悪」という概念の「実質的内容に初めて言及したのは、佐伯千仞・小林好信両氏の研究(『刑法学史(学史)』)であった」とし、同研究によると「社会的悪とは、今日の言葉で言えば法益の侵害すなわち違法であり、道徳的悪とは道義的責任を意味」とされ、「この図式的な見解は、近年の研究でも原則的に承認されている」とする。(以上31頁)。それに対し青木は、ボアソナードの *Projet Révisé de Code Pénal pour L'Empire du Japon accompagné d'un Commentaire, 1886.* に拠って詳細に検討し、次のように結論する。「道徳的悪」とは、行為者(主観面)および行為(客観面)の道徳律違反であり、道義的責任という概念とは異なる(41頁)。「社会的悪」とは、行為の客観的な社会的害悪であり、その存否強弱の判断においては、有形・無形の侵害、危険、社会に与える不安、派生的悪効果、遂行容易性、事後的な発覚困難性、累犯可能性、発生頻度、防御コスト等が考慮される(41頁)ことから、「違法性(法益侵害)」と等置することはできない、(42頁)と。

わち、

従来の犯罪論では、「違法性の実質とは行為やそこから生じた結果（危険性）じたいにアプリアリに備わっているもの……その意味で評価者（刑法）の主観と無関係に存在する、非違性を『発見する』ことだと考えられ」（7頁）ではこなかったであろうか。「この出発点には疑問がある。……犯罪の無価値性という評価は、乙そのものが本来備えている性質ではなく、乙の甲に対する存在論的關係性の中に存在すると解するわけである。」（9頁）とする。

最後の点は、その限りではそのとおりである。「犯罪」は人間が対象に対して付した否定的な価値判断、つまり人間の作り出した「物語」の1つだといえるからである。ただ、法益侵害説も法によって保護された利益の侵害とするのであって、侵害の対象についての法的評価が当然の前提にされている。法益侵害説の問題点はむしろ、対象となる利益（生命や財産など）を他の諸利益や社会的な諸関係から切り離し抽象化して個別化してしまうことにある。危険犯とされる放火罪では要となる法益（公共安全）に対する侵害はなくても既遂になりうるのだが、そのためには建造物等の焼損という財産への侵害は必要とされており、その未遂犯では少なくともその焼損に直結するほどの危険な行為が必要とされる。そこでは、公共安全や財産という法益に含まれる法的評価が如何なる行為を犯罪とするかを決める一要因となっていることに疑いはなかろう。また、正当防衛が正当化されるのは防衛行為によって侵害された法益が防衛行為によって担われた法益との関係で「法益が侵害されたとはいえない」との法的評価が下されるからである。ここでも、法益に含まれる法的評価が、特定の行為を犯罪とするかを決める一要因にされている。問題はそれらはあくまで一要因だということである。法秩序は上下左右の様々な法的関係から成り立っている（憲法と諸法律などとのまた法律と命令との上下の関係、刑法と民法や行政法などとの左右の関係を見よ）。しかも、それぞれの法領域にはそれ独自



の法的関係がある。そのような法的関係も物語の一つなのだが、特定の類型に整理された規範的な社会意識や制度として存在する。これは個々人の主観の外に客観的に存在する。この意味においてその法的関係は人間の意識の外に存在する客観的なものであり、主観的価値判断の前提になるものとして認識の対象になりうるといわざるをえまい。また、この意味における人と人との法的関係は認識されるべき「そのものが本来備えている性質」といえるのではなかろうか。行き過ぎた規範主義に対する批判として、「それでは違法や責任は裁判官の頭の中にあることになってしまう」というものがあつた。日本の現状では裁判になる前の捜査段階に多くの問題が生じていることに照らすと、さらに「警察や検察の頭の中にある」とすることが重要であろう。そのようにならないためには、規範の内容についても法適用者の頭を拘束できるだけの客観性を有するものにしていかなければならないのである。もっとも、中野説が「犯罪の無価値性は……乙の甲に対する存在論的關係性の中に存在する」というのは、実は中野説も犯罪の無価値性が社会的意識として客観的に存在しそれは認識の対象になりうることは認めているのだといえるのではなかろうか。

確かに刑法や犯罪概念は人間が社会を特定の価値観に基づき統治するために生み出した観念形象であり、その意味において規範は観念的な存在、約束事である。重要なのは、規範が観念的存在であるということと、その規範内容の明確性や反証可能性を確保するために客観性のある事実的要素で規範を構成すべきだとすることは矛盾しないということである。むしろ自由保障という規範的要請からすればそれが必要だといふべきなのである。オルトランが直接的結果の存在することを前提にしてさらに間接的結果が必要であるとしたのは、上述したような規範主義の危うさを自覚していたからではなかろうか。

## (2) 「犯罪評価での注意点」について

そのうえで、「犯罪評価にあたり注意しなければならないこと」が指摘

される。すなわち、

「犯罪とするのかしないのかは、刑法（評価者）の価値観にある。たまたま刑法の価値観と衝突する場合は犯罪であるにすぎない。……犯罪評価とは、ある具体的な状況を前提として、行為者の価値観（9頁）と刑法の価値観が矛盾することにすぎない。この場合、……後者が前者に優越するのではない。」（10頁）と。

しかしながら、後者が権力的に強制されることに変わりはない。刑法は刑罰権として暴力を合法化するものだという事実の認識も重要なのではないか。

次いで、「違法評価の局面について重要な事柄」を指摘する。すなわち、

「刑法は社会秩序の維持を任務とし、犯罪は社会秩序に違反する行為である。憲法の構想する個人主義社会の下では、社会秩序は社会生活における個人的利益の安全が確保されている状況であるから、犯罪評価の原点として礎は、社会生活における個人的利益の侵害（以下、一般の用語例に従い実害と呼ぶ）に置かれる。」（10頁）

憲法の構想する個人主義社会と関係づけて犯罪評価の礎を定めることは望まれることであろう。しかしながら、「個人的利益の安全の確保」と「社会秩序の維持」との異同についても留意すべきように思われる。「社会秩序の維持」は行政法等の任務でもある。刑法にも関係はするがそれを特徴づける任務ではない。日本では秩序罰という概念があるのだが、その意味は、「行政罰の一つ。法令上の義務違反者に、制裁として国または公共団体が科する過料。」。その前提となる「秩序」とは「社会などの規則だった関係。『安寧秩序』。」。「秩序立つ」とは、「順序正しく整然とする。」（以上、広辞苑第六版）とある。また、秩序違反だけであれば犯罪とするに値しないとの考えも有力であり、ドイツでは刑法と区別した秩序違反法がある。さらに、日本の政権与党である自由民主党の「憲法改正草案」が個人

主義を批判し、人権相互の調整原理とされた「公共の福祉」を「公益と公の秩序」（公の秩序とはその「Q&A」によると「平穏な社会生活のこと」とされている。）に変えようとしていることを鑑みると、「社会秩序」でなく後述するように人権やそれを組み込んだ社会像・国家像の近代的な正統性を体现できる概念でなければならないのではなかろうか。加えて、「原点」や「礎」とは犯罪とするにはさらにそれにプラスするものが必要ということではないのか。中野説ではそれが犯罪の要件そのものを構成するものとはされていないように見受けられる。「憲法の構想する個人主義社会」を刑法で保護するには「社会秩序」という整然とした状態を意味するものではなく自由による多様で動的なものを許容する概念による必要がある。社会秩序というだけでは行政法レベルの保護対象であるにすぎない。そのような秩序が少々揺らいでも社会そのものが揺らぐわけではない<sup>135)</sup>。副作用の大きい刑法によるのではなく「広範だが緩やかな介入法」で対応できる範囲のものといえよう。

### (3) 「行為の放任の危険」や「社会感情満足治癒効果」について

その問題性を増加させるというべきなのが次の位置づけである。すなわち、

「実害発生に対して2つの要請が生じる。……一方は一般的予防効果であり、他方は社会感情（治安感情と応報感情）を満足治癒させる効果である。」（11頁）

「一般的犯罪予防効果を発揮させることが刑法の任務として重要であるとするならば……実害を生じさせる危険性を持った行為を一般に犯罪として規制する必要が生まれる。すなわち、実害の生じる危険性のある行為が

---

135) 中野も別稿「オルトランの未遂犯論の基本構造」沖繩法学第43号（2014年）11頁参照においては、不能犯を論じるに際し、オルトランは国民の治安感情の高まりと官憲に対する不信感を比較考量し、「犯罪の放置が社会を崩壊せしめる結果をもたらしうる危険も犯罪結果に含めている。」としていた。

一般に放任された場合に予想される社会秩序は、既に社会秩序の維持された状態とはいえないからである。」(11頁)

この「一般的犯罪予防効果」論につき、第一に、「行為がもたらしうる危険」でなく「行為の放任」の危険とするところに問題が残されている。これでは結果に対して間接的であることから抽象的で遠い危険性まで包摂することになってしまい、判断の不安定さや恣意性を招きかねない。もっとも、実害を生じさせる危険性を明白に持った行為の放任であれば社会秩序の維持された状態とは言えないことはそのとおりであろう。なお、オルトランの未遂犯論では「それ自体で、他の間接的な挙動を挟まずに、直接に、犯罪の有害な結果(直接的結果)を発生させる性質を伴った行為の開始をもって、実行の着手であるとする。」(同5頁)とか未遂犯は「犯罪の開始(commencement)」である(同上10頁)とかされ、またその不能犯論では「結果発生につながる直接的危険源(原因)が行為の中に存在していたか否かを中心において」いた(同11頁)とされる<sup>136)</sup>のだが、それは生田の言う「(侵害)行為原理」と同様の発想である<sup>137)</sup>ように思われる。第2の問題は、上述したような社会秩序はそのような実害の危険性を持つにいたっていない行為によっても混乱させられることがあるとされかねないということである。例えば、政治批判のためにする数万人が参加するデモ行進や集会、多数人に呼びかける署名活動なども、それらを「放任」すれば「社会秩序」を脅かしかねないとされるおそれがある<sup>138)</sup>。中野の間接的結果論はそのおそれを排除できていないのではないか。

加えて特に、社会感情を満足・治癒させることを刑法の「重要な任務」

---

136) 中野正剛・前掲論文「オルトランの未遂犯論の基本構造」1頁-13頁参照。

137) オルトランにとどまらず、犯罪には「実行の着手」が必要だとの理論を説明するには、「侵害原理」だけでは不十分であり、「(侵害)行為原理」が必要なのだといわざるをえない。中野が「侵害原理」や「法益侵害説」の不十分さを批判するのはそのとおりであるが、「侵害行為原理」の重要性にも目を向けた方がよいように思われる。

138) なお、それに対し、「禁止」すれば少なくとも短期的には「社会秩序」を維持できるから、両者を比較考量する場合でも前者が違法とされることになってしまう。

とするのであれば、感情保護に刑法を動員するののかという重大問題に行き当たる。刑法による感情保護の必要性を唱える見解も被害者保護やハラスメントなどの規制に関し有力になりつつあるが、それが果たして刑法論として正しいのかを冷静に検討する必要がある<sup>139)</sup>。感情の自由を保障することと感情を刑罰でもって保護することの間には雲泥の差がある。思考は感情や感覚から始まるのだが、思考による政策判断には、世論調査や意識調査の結果がそのまま取り入れられるのではなく、そのような意識がなぜ生じているのかを客観的な資料を事前に検討した上での熟議が必要なのである。このことは最近有力に主張されつつある「くじ引き民主主義」でも当然のこととされている。ナチス期の「健全な民族感情」保護論が果たした役割とか、最近の中国において問題になっている「治安管理处罰法」改正案が「中華民族の精神に悪影響を与えたり、感情を傷つけたりする」服装の着用や公の言論を「10日以上15日以下の拘留」や「5千元（日本円で約10万円）以下の罰金」に処するとするにいたり刑法学や憲法学の研究者からも批判がでていたといった事態がある。それらを他山の石として検討する必要がある。

その社会感情満足治癒論はオルトランの次のような間接的結果論に構想をえたものであろう。すなわち、

オルトランにおいては、「権利の侵害（直接的結果）それ自体だけでなく、それを通して、法律や国家機関の活動に対する人々の信頼の喪失（間接的結果）」をも重視している。ここから、オルトランの社会秩序観の一端

---

139) 刑法や処罰には事実上人々の感情を満足させる機能があるということ、なぜ刑法や刑罰が無理やり強制できる実力（＝行使される者からすれば暴力である。）であるにもかかわらず正統化できるのかという問題とは厳密に区別して論ずべきである。正統化できない暴力を合法とするのでは法理論と言えないのではないか。政治学や社会学に対する法学の相対的独自性の問題である。被害感情をベースにした厳罰化の問題については生田勝義「『終身刑』論と刑法のあり方（1）——国家的統制法の縮減と社会的調整（規整）法の展開 Control から regulation へ——」立命館法学第391号（2020年）142頁-153頁にて詳論しておいたので参照のこと。

を伺い知る契機を得られるのではないだろうか。すなわち、オルトランの描いた、社会秩序とは、個々の犯罪に対する公権力の発動の直接的効果によって維持されるということと並んで、犯罪が公権力の作用により取り締まられ、公衆の生活の安全が保障されているという、人々の安心感が維持されている社会状態に依拠<sup>140)</sup>している、と思われる。<sup>141)</sup>」と。

そこでは未だ、オルトランにおいては「直接的結果と間接的結果とがともに考慮すべき、犯罪事実を構成する「結果」として観念」(同26頁)されているなどとされていた。その後の社会秩序無価値説では、「間接的結果」の一人歩きが始まっているのではなかろうか。

「安心感」については検討が必要であろう。人々が「安全」かどうかは客観的的外部的な事実として検証可能である。人々の「安心感」も「意識についての世論調査」により容易に検証できると言えよう。ところがこの間行われてきた「安全と安心」に関する研究<sup>142)</sup>によると、客観的な事実としては凶悪犯罪が増加しておらずむしろ減少しているのに、意識調査では凶悪犯罪が増加しており治安が悪化しているとされることが多いということが明らかになっている。また、意識レベルでの世論は政府広報やマスメディアの情報の出し方に大きく影響されるということも明らかになっている。合法的暴力である刑罰権力を規範的に正当化する刑法にあっては、移ろいやすく操作されやすい「意識」を基礎にするのではなく、確かな客観的事実に基づく検討が重要なのではなかろうか。

---

140) より直截に「犯罪が公権力によって取り締まれ、我々の生活の安全が保障されているという公衆の安心感が維持されている/いないという社会状態をいう。」とするのが中野正剛「オルトランの未遂犯論」刑法雑誌55巻2号(2016年)39頁。

141) 中野正剛「オルトラン(フランス新古典学派)の犯罪論」沖繩法学第42号(2013年)26頁。

142) 特に死刑の存廃に関する意識調査から明らかにされる「安全と安心」に関する結果が重要であろう。多くの研究成果が出されているが、生田勝義『人間の安全と刑法』(法律文化社、2010年)34頁-40頁、同「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、および同・前掲論文「『終身刑』と刑法のあり方(1)」142頁-153頁参照のこと。

#### (4) 「社会秩序無価値」の判断基準について

最後に、「こうした発想は、オルトランの間接的結果（un mal indirect）からえられたものである。」として「社会秩序無価値」の判断基準が提言される。すなわち、

刑法が、『その種の行為状況の下で一般に人は如何に行為すべきか』を評価する際の判断の内容は、『その種の行為が一般に許容された場合に生じるであろうと予想される社会秩序』と『その種の行為が一般に禁止された場合に生じるであろうと予想される社会秩序』とのコスト・ベネフィットを比較考量して、どちらが憲法の想定する個人主義社会の維持存続にとり、すなわち個人の尊重にとり価値的か、ということである。そのため、刑法にとり無価値であるのは、個々の行為から現実が生じる個々の結果、すなわち法益侵害の結果そのものにあるのではなく、その種の行為が一般に惹起する社会秩序である。法益侵害は犯罪評価の原点であることに疑いはないが、個々の行為から「現実が生じた法益侵害の結果そのものを結果無価値として説明するのはやや窮屈であろう。」（11頁）。

上記で「個人の尊重にとり価値的か」とされている点は刑法の守備範囲が特定の道徳を奨励することではなく「個人主義社会」を侵害・危険にする行為を処罰することにあるのだから、「無価値的か」ないし「反価値的か」とすべきではなかろうか。もっとも、これより後ろの方では、「社会秩序の状態よりも、悪い状態か否かを基準にして、悪い状態なら違法、変わらないかまたは良い状態ならば適法と評価する」とする。この表現の方が適切であろう。

「無価値」か否かの基準は、「憲法の想定する個人主義社会の維持存続にとり、すなわち個人の尊重」にとり、無価値かにあるとされる。このように憲法の定める基本的価値から基準を定立していこうとすることは妥当であろう。しかしながら、そのように抽象的で一般的な価値にとどまれば、この間の厳罰化現象が「自由に対する安全の専制」といわれながら実際に

は「自由に対する安心感の専制」として展開され、「市民的治安立法」だとの批判まで生み出してしまったという事態も「価値的」としてしまいかねない。このような不安定な両面性を避けるためには個人主義社会や個人の尊重を具体的に支える個別的な人権を基準にしていく必要がある。

この点につき日本で重要なのは、憲法13条の理解である。これを一般条項に留まるとか幸福追求権条項だとかする見解が支配的だが、そのことにより「生命に対する権利」や「自由に対する権利」（一般的行為の自由権）が独立した個別の基本的人権であることが見落とされている。そのため、死刑が生命権に反すとか、団体責任という名において課される構成員の連帯責任は個人行為責任に反すとか、の議論が棚上げされてしまっている。とりわけ日本において、一般的行為の自由権が未確立であることが、「同調圧力」だという形で自己責任に転嫁されることが多いのだが「自粛警察」などを蔓延させるなど、人権後進国日本の基礎にあることに留意する必要がある。「個人の尊重」も一般的行為の自由権が保障され「自立した個人」となれなければ絵に描いた餅になってしまうのである。身の回りの困りごとさえ自分たちの手で解決できず、「お上に」しかも国家刑罰にまで頼らなければならないような状態では「個人の尊重」というよりパターンリズムそのものなのではないか。

また、上述したことであるが「社会ないし社会関係」と社会「秩序」との異同にも注意すべきではないか。社会侵害性にとり法益侵害は重要な構成要素になるのだが、「秩序無価値」だと法益侵害性は構成要素でなくてもよくなる。法益侵害の位置付けとしていわれる「原点」とは単に発想の出発点というだけのものにされていないか。それでは実際上棚上げすることになってしまう。法益侵害性がなければ犯罪にならないとするのが原則であり、原則としてそれを前提要件として間接的結果が考慮されるとするのでなければオルトランとは異なるのではないか。中野説はここでは例外を原則にしているように思われる。

さらに、法益侵害そのものを違法の実質としない理由を補足して次のよ



うに述べている。すなわち、

「それならば、なぜ刑法上、既遂犯、侵害犯、実質犯の処罰が原則的、未遂犯、危険犯、形式犯の処罰が例外的なのであろうか。その第一の理由は、社会感情の満足が一般的犯罪予防効果と並んで刑罰の重要な機能、したがってその存在根拠とされていることにあると考える。つまり、実害が生じた場合に初めて社会感情の満足が事後に要求されるからである。……そして第2の理由は、刑法の謙抑性にもとめられるべきであらう。犯罪は実際上構成要件の結果の発生を契機に発覚することが多い。過失犯は特にそうであらう。またたとえ発覚しても、未遂犯、危険犯、一定の挙動で終わったものについて、現実には明確な被害が生じていなければ当事者も処罰をそれほど望まないし、政策上特に重大な場合以外は黙過したほうがよいと思われる。」（12頁）

しかしながら、そのように「既遂犯、侵害犯、実質犯の処罰が原則的」であることを社会感情で根拠づけることには問題がある。社会感情は地域により時代により多様であり、しかも移ろいやすく操作されやすいものである。そのようなもので法的な原則と例外を根拠づけるのが相当でないことは法的安定性を鑑みただけでも明らかなのではなかろうか。上記した原則・例外の関係が作られた基礎には自由という近代的な人権があるというべきなのである。つまり、その現象の基礎にあるのが「他人を害しないすべてをなしうることにある」（フランス1789年権利宣言4条）という一般的行為の自由権（日本では未だ見過ごされることが多いのだが、これは日本国憲法13条にも「自由に対する権利」として規定されている。）であり、さらにそこから出てくるのが（侵害）行為原理という近代刑法原則なのである。フランス革命期の人権宣言では、上記した自由の定義に加え、ベッカリーアの「犯罪の尺度は社会に与えた損害」論をうけた「法は社会に有害な行為でなければ禁止する権利を持たない」（フランス1789年権利宣言5条）との法原則も規定された。これがフランスの社会的効用侵害論に影響を与えている。上

記された原則と例外の関係はそのようなフランス革命期に定式化された近代的な人権や法律観に基づくものであるというべきなのである。刑法の謙抑性もそのような人権や法律観に基づくことに注意すべきであろう<sup>143)</sup>。

「故意過失は違法要素かという問題」につき次のように述べる。すなわち、

「故意犯と過失犯とは、予想される社会秩序の無価値性に格段の差があるから、故意過失は違法要素に含められるべきである。」(12頁)と。

この点については、社会関係を根こそぎ侵害できるのは社会関係を築ける人間だけであり、故意がそのような侵害性をもたらすことから、故意と過失とは社会侵害性において雲泥の差があるというべきであろう。しかし、そうだからと言って、犯罪の第一次的要件は外的で客観的な行為が社会侵害性をもつことであり、主観的な社会侵害性は第2次的なものにすぎないということを曖昧にしてしまうことは許されない。

#### (5) 法の一般性について

まとめて法の一般性につき次のように言う。すなわち、

刑法規範は同じ種類に属するすべての行為に対し常に同じ型態で一般化的に妥当しなければならぬ。……評価がまちまちになれば、……万人の順守すべき行為の基準としては役に立たない(からである)。……かくて、刑法は、行為の違法適法を評価するに際し、その行為から直接生じる結果が法益侵害に当たるか否かを基準にするのではなく、その行為と同種の行為を一般に放任するとしたら生じるであろう社会秩序状態が、その行為と同種の(13頁)行為を一般に禁止したといたら生じるであろう社会秩序の状態よりも、悪い状態か否かを基準にして、悪い状態なら違法、変わらな

---

143) フランス革命期の人権宣言と刑法原則との関係については折に触れ言及してきたところであるが差し当たりは、生田勝義・前掲論文「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批判序説——」70頁-105頁参照のこと。

いかまたは良い状態ならば適法と評価するのである。そして、同じ違法でも、両社会秩序の良さ悪さが著しく異なる場合には違法性が大きく、それほど差がないときには小さく、評価する。……それゆえ、違法性の有無大小は、その行為から生じる個別の結果のもたらす法益侵害の大小とは必ずしも対応しない。（14頁）

ここに「同種の行為を一般に」とあるのは立法に当たっての基準なのか、それとも個別の法適用に際しての基準なのか。最後の表現からすると後者のようにも思えるが、それでは個別行為の社会侵害性を捉えることなく行為の一般的性質だけで個別行為の実質的違法性を判定することになってしまいかねない。やはり、その行為から直接生じる結果が法益侵害に当たるか否かを第一の基準とすべきではなかろうか。「同種の行為を一般に」捉え規定するとの基準は立法の基準としては当然であろう。それには行為の類型化が必要になるのだが、類型化は抽象化を伴うからその類型化はできるだけ事実的なものにより明確に危険性のある行為によりすべきである。類型化に当たってもまたそれを具体的な事実に対し適用するにあっても、抽象性、曖昧さ、流動性のある秩序概念に依ること、とりわけ秩序を社会感情に照らし判断することは避けなければならない。社会感情による判断を認めることは不能犯で具体的危険説を批判していた<sup>144)</sup>ことと矛盾するのではないか。

また、法の一般性は刑法だけの性質ではないのだが、同時に法には行政法、刑法、民法など個々の法領域ごとにその法的関係に相対性があることにも注意する必要がある。そのような法的関係の相対性に応じて違法性には大小の程度だけでなく上下左右の質的な相対性もある。それを明確にすることは法規の明確性を保障するためにも必要不可欠なのである。この点についてはすでに本稿の「Ⅲ 法的規制手段の多様性と法的関係の相対性」にて論じたところである。暴力団対策に財産犯罪である詐欺

---

144) 中野正剛・前掲論文「オルトランの未遂犯論」34頁参照。

罪を適用することの法治国家原則上の問題性については別稿<sup>145)</sup>でも指摘した。

## (6) 小 括

以上をまとめると次のようになろう。社会秩序無価値説が、単なる法益侵害説の窮屈さを批判し、「社会」に目を向けることの必要性を詳細に論証しようとしたことは、日本の刑法学の現状に重要な一石を投じたものと評価できよう。しかも、最近の日本でも有力になっている規範主義刑法理論や社会感情保護論などの主張するところを「社会秩序」概念によって柔軟に包摂できるようにしたものであり、理論的にも相当の影響力をもちうるものと思われる。

しかしながら、法益侵害説に対するその批判にはやはり逆の窮屈さがあるように思われる。その説の基礎にあるとされる「侵害原理」の狭さ、一面性に引きずられると、既遂と未遂、侵害犯と危険犯などの区別を客観的な行為の位置づけと関係させられなくなる。「犯罪は行為である」のに、法益侵害説は行為を棚上げしている。そこから中野は法益侵害の位置づけそのものをも棚に上げてしまったように思われる。ところが、中野説が参考にしたフランスの新古典学派刑法理論には未遂犯や不能犯に関し「犯罪結果を発生させる行為 (fait)」が問題とされていた。これは確かに侵害原理だけでは説明できない。侵害行為原理とすることが必要になる。この原理だと法益侵害も行為も包摂できる。自由という人権との関係も明確になる。近代的な自由は単なる人格の自律性ではないことも明らかになる。フランスの新古典学派刑法理論の構想を人権思想の発達した現代に生かすためには、改めて「侵害行為原理」や「社会に有害な行為」論に立ち返ってみる必要があるのではなかろうか<sup>146)</sup>。

---

145) 生田勝義「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義——法的関係の相対性からする検証——」立命館法学第369・370号(2017年)1頁-29頁参照のこと。

146) 「行為原理」が「侵害原理」の狭さ・一面さに規定された従来の犯罪論上の問題をど

さらに、「社会の受け止め方」論との関係であるが、社会秩序無価値説は「社会感情」という形で示される「社会の受け止め方」に規定されつつも「犯罪とするのかしないのかは、刑法（評価者）の価値観にある。たまたま刑法の価値と衝突する場合は犯罪であるにすぎない。」（9頁）とされることから最終的には「刑法（国家）の受け止め方」により「無価値」判断がなされるものといえよう。いずれにせよ、「社会秩序無価値」説は無価値の客観的存在たる実体というより社会や国家・刑法の「受け取り方」という観念を判断基準として重視するものといえよう。

### 3 社会的危険性と実質的犯罪概念

#### (1) ヘーゲル法哲学とソビエト刑法理論

社会との関係で犯罪の実質を捉えようとしたものに、ヘーゲルの法哲学が有名である。ヘーゲルは1821年発行の『法哲学綱要』において、「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持っているから、犯罪はもはや、一個の主観的に無限な侵害であるだけでなく、1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もある。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。……市民社会にとっての危険性ということが、犯罪の大きさの一規定でもあるし、また犯罪の質的諸規定の一つでもある<sup>147)</sup>」と述べていた。ドイツではヘーゲル学派がそれを引き継いだのだが、法的関係の相対性を度外視した平面的な法益保護論や法秩序単一性論などに押され20世紀初頭になると影響力を失った。

それに対し、ヘーゲルの約1世紀後に実質的犯罪規定を行為の社会的危険性に求めたものとして有名なのが、ソビエト刑法理論である。

---

↘のように克服できるかについて解明したものとして、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）54頁－56頁参照のこと。なお、行為原理と刑法の関係については41頁－48頁および53頁－89頁参照のこと。

147) ヘーゲル著、藤野渉・赤沢正敏訳『法の哲学Ⅱ』（中央公論新社、2001年）§ 218、160頁－161頁。

このソビエト時代の社会的危険性論<sup>148)</sup>を分かりやすくかなり詳細に紹介してくれているのが、ベ・ア・クリーフ、直川誠蔵訳「ソビエト刑法の基本的特色<sup>149)</sup>」である。それを要約しつつ検討してみよう。

## (2) ソビエト刑法の社会的危険性論

### 1) ソビエト刑法における「社会的危険性」論の歴史的位置づけ

「ソビエト国家は、発足の当初から労働者階級と勤労農民の利益にとって危険な行為（作為・不作為）を犯罪として表明した。」(83頁)

「現在、ソビエト刑事立法において与えられている犯罪概念は、ソビエト社会のすべての勤労者の社会主義的法意識と完全に合致している。このことは、社会主義社会が友好的諸階級、すなわち労働者階級と農民から成っていることによって条件づけられている。歴史上はじめてわが国において、敵対階級に分裂しておらず、根本的利益の同一と目的の共通性によって一つに融（83頁）合している新しい社会が発生した。このようにして、ソビエト刑法で与えられている犯罪概念はソビエト全人民の法の見解を反映する。したがって、社会主義社会における犯罪はことばの完全な意味において社会的危険行為なのである。」(84頁)

### 2) 社会的危険行為の法定原則と犯罪構成要件の意味

1958年の「ソ連邦および構成共和国刑事立法の基礎」第3条には「刑事責任を問われ、及び刑罰を科せられる者は、犯罪の実行について責任のある者、すなわち、刑法によって規定された社会的危険行為を故意または過失によって実行した者に限られる。刑罰は、裁判所の判決によってのみ適用される。」(81頁)

「立法者が……あれこれの社会的危険行為を一定の種類<sup>148)</sup>の犯罪として規

---

148) ソビエト刑法理論に特徴的な「構成要件と社会的危険性の理論」については、上田寛、上野達彦『未完の刑法』（成文堂、2008年）87頁-105頁（上野執筆）、など参照。

149) 早稲田大学比較法学 Vol. 12, no. 2, (1978年) 81頁-93頁参照のこと。1977年5月31日早稲田大学比較法研究所での講演を再現したもの。

定しもしくは性格づけるところの諸特徴の総体は、ソビエト刑法において犯罪構成要件という名称を受け取っている。」（82頁）

### 3) 「犯罪のメルクマール」について

「犯罪は社会的危険行為（作為・不作為）である」として次のように説明される。

ロシア共和国刑法典第7条「犯罪と認められるものは、ソビエトの社会または国家体制、社会主義経済制度、社会主義的所有、市民の人格、政治上、労働上、財産上およびその他の諸権利を侵害する社会的危険行為（作為又は不作為）ならびに社会主義的法秩序を侵害する社会的危険行為であって刑法によって規定されているものである。」（84頁）

「この犯罪規定においては、社会的危険性が犯罪概念の基本的メルクマールの一つであることが強調されている。

このメルクマールが指示されていることは原理的に重要である。というのは、なにゆえにソビエト国家が人々のあれこれのおこないを犯罪的であり刑罰を科しうるものとして表明するかという疑問に対して解答を与えているからである。犯罪概念のこのような規定は、刑法学上実質的犯罪規定という名称を与えられている。

……この危険性の程度は個別の犯罪において様々であるということである。……重大さの程度にしたがって、特別重大犯罪、重大犯罪、大なる社会的危険性を示さない犯罪および軽微な犯罪を区別する」（84頁）

「犯罪の社会的危険性の度合は、まず第一に客体の性格、すなわち、犯人が侵害を加える財物・利益の性格・価値に依存する。そこで、ソ連邦の国家的独立、領土の不可侵および軍事力といった重要な客体を侵害する特別に重要な国家犯罪（祖国叛逆、スパイ行為、破壊活動、妨害活動、テロ行為等）が特別重大犯罪と認められる。また重大な犯罪に属するものとして人の生命、健康に対する侵害、国家的・公共的財産の窃取およびその他の犯罪がある。殺人、重傷害、〔社会主義財産〕の窃取の高度の社会的危険

性は、同様に、犯人の侵害する客体（人の生命、健康、社会主義的所有）の特別な価値によって条件づけられている」（84頁）る。（85頁）

犯罪の社会的危険性の度合は、行為（作為・不作為）それ自体の性格にもよる。国家的または公共的財産に対する故意の破壊は、放火などの一般にひろく危険を及ぼす方法により実行される場合、また、故意殺人が多数の人命にとって危険な方法で実行される場合は重くなる。

また、もたらされた有害の結果の重大性によっても規定される。

その危険性の度合は、また、「犯人の主観的態度いかんにも依存している。」故意殺人は過失によるものより一層危険な犯罪とみなされている。

また、犯罪の実行にあたり主体がそれによって導かれるところの動機と目的によっても規定される。（以上85頁）ロシア共和国刑法典第38条第5号において、被害者の不法行為によって引き起された激しい興奮による犯罪の実行は責任減輕事情と認められているのに反して、利欲またはその他の低劣な衝動からする犯罪の遂行は責任加重事情と認められる（同典第39条第3号）。

加えて、各則でもそれらに重要な意義を付与している。国家財産の故意破壊が反ソ的目的によると特別に危険な国家犯罪（破壊活動）になる。その目的がなければ98条の社会主義的所有に対する犯罪として認められる。（以上86頁）。

### (3) それへの評価と課題

#### 1) その「社会的危険性」の理解は時代により変わったのか

上記「(2)1)」では、革命初期には社会的危険性はソビエト刑法の階級性を示すものとされたが、20世紀後半になると階級対立がなくなり根本的利益の同一と目的の共通性によって一つの融合している新しい社会が発生したこと、およびそのことにより、その犯罪概念は全人民の法の見解を反映することから、その犯罪はことばの完全な意味において社会的危険行為なのであるとされる。この「社会」はヘーゲルの言う“das Allgemeine”、一般性・普遍性を意味しているのであろうか。刑法の「階級性」を誇示し



つつその刑法が犯罪と規定する行為をもって一般性・普遍性も必要な「社会」への危険行為であるとなぜ言えたのであろうか。また、その社会と「新しい社会」にいう「社会」は同じ意味なのであろうか。ソビエト崩壊後、「全人類の価値の優位を承認する立場への移行」をする中での「社会」はどうなのだろうか<sup>150)</sup>。その社会評価が正しかったのか、上田寛による批判的研究<sup>151)</sup>があるのだが、「社会的危険性」についての根本的な理論研究はなされてきたのであろうか。かつてソビエト刑法理論の強い影響下に出版された東ドイツの刑法教科書には、「ドイツ民主主義共和国における労働者・農民の権力が、刑法において諸行為を犯罪と宣明するのは唯々それらが社会的に危険だからである。すなわち、それらが存続する社会的諸関係を攻撃、侵害することによって、ドイツ民主主義共和国における社会的な発展過程を妨害または阻止するように影響を及ぼすからである。<sup>152)</sup>」と記された。社会的な発展過程（発展法則?）に逆らうから、現時点では「労働者・農民階級」という支配階級の利益への危険であっても人民総体から成るべき「社会」に危険だというのであろうか。

## 2) 「社会」の階級性と普遍性・一般性

上記「(2)3)」では、刑事責任の法定原則に加え、社会的危険性を基本的メルクマールの一つとする犯罪概念が実質的犯罪規定であり、「このメルクマールが……原理的に重要である」とされている。それではそのように重要な社会的危険性とは如何なるものなのだろうか。まず、上記ロシア共和国刑法典第7条では、「ソビエトの社会または国家体制、社会主義経

---

150) 「この『社会的危険性』の意義について、詰められた議論はない。」との評価を紹介する  
のが、上田寛、上野達彦・前掲書『未完の刑法』17頁（上田執筆）。

151) 上田寛、上野達彦・前掲書『未完の刑法』3頁-23頁および106頁-122頁（上田執筆）  
参照のこと。

152) LEHRBUCH DES STRAFRECHTS DER DEUTSCHEN DEMOKRATISCHEN  
REPUBLIK, ALLGEMEINER TEIL, VEB DEUTSCHER ZENTRALVERLAG, BERLIN,  
1959, S. 265.

济制度、社会主義的所有、市民の人格、」等を侵害する社会的危険行為とされている点が問題となる。掲記された国家体制等という客体を侵害すればそれが社会的危険行為になる。つまりその客体の侵害は社会的危険性を体現するものなのか。社会的危険性という一般的で抽象的な概念のあいまいさをそのような客体の侵害とすることで行為の特定性を確保し、法定原則に適うようにしたということはできよう。そうだとすれば、それら個別の客体が総体であるはずの「社会」を如何にして体現できるのかが問われなくてはなるまい。「一つに融合している新しい社会」という「現状評価」を持ち出すだけで正統化できるのであろうか。初期のソビエト刑法の「社会的危険性」の「社会」は社会の階級性における特定の階級の利益の保護という部分性を維持する。社会に生活する各人に共通する普遍性を有しない。労働者・農民の利益は、そのレベルの捉え方であれば「第3階級とは何か。すべてである。<sup>153)</sup>」(シエイエス)からの後退である。さらに、上記「3)」に示される「犯罪のメルクマール」が実質的犯罪概念の基本をなす社会的危険性を体現するものなのであれば、個人の人間の尊厳や普遍の人権を基礎にすることによる普遍性でなく個人を超越する社会を肯定してしまうことになっているのではないかという問題がある。

加えて、「社会主義的法秩序を侵害する」行為までが社会的危険行為とされていることも問題となろう。そのように抽象的かつ漠然としたものをもって犯罪の実質を規定できるのかという、「社会秩序無価値」につき先述した問題につながるからである。

### 3) 主観的態度と社会的危険性

上記「犯罪のメルクマール」では、社会的危険性が主観的態度いかににも依存している<sup>154)</sup>とされていることに注意する必要がある。故意が過失

---

153) シエイエス著、大岩誠訳『第三階級とは何か』(岩波文庫、1950年)29頁。

154) ヘーゲルも同様であった。生田勝義・前掲書『行為原理と刑事違法論』60頁-61頁参照。

より重大なのは責任というよりその社会侵害性の大きさにあるということである。社会侵害意思が客観的行為の社会侵害性をさらに確かなものにすることは、社会を揺るがすことのできるのは社会を構成する人間だけであることから明らかであろう。しかしながら、恣意的な刑法適用を防ぐためには、犯罪の実質につき基本となり第一次的に重要なのは客観的な社会侵害行為であることを刑法原則として確立しておく必要がある。ところがソビエト刑法の構成要件論にはそのような位置づけがない。それだと主観の危険性を重視して客観的な危険性の存在の弱さをカバーしてしまうおそれがある。動機と目的については責任減輕や責任加重の事情になるとされ、「利欲その他の低劣な衝動からする犯罪の遂行は」責任加重事情になるとする総則規定がある。「目的」については各則により重要な位置が与えられており、反社会的目的があることにより特別に危険な国家犯罪に格上げされることが認められている。「反社会的」（そのような方法によってソビエト国家を弱体化する目的）という抽象的・広範であいまいな主観の事情が特別の危険性を基礎づけることには問題があろう。

#### 4) 犯罪阻却事由としての社会的危険性の軽微性

「〔なお〕」としてではあるが、「ロシア共和国刑法典第7条第2項に含まれる命題は、行為の社会的危険性の概念と内容を解明するために重要な意義をもっている。そこには次のように記されている。『形式的には何らかの、刑法によって規定された行為の標識を含んでいるものの、軽微さゆえに社会的危険を示さない作為または不作為は犯罪ではない。』」（87頁）との説明は、軽微さによる犯罪構成要件該当阻却を認めることを明文化したものと見て注目し得る。その軽微性は犯罪のメルクマールとされる客体や行為、結果、主観の要素に体现されるものとして認定されることになる。ここでも「社会」につき上述したことが問題とならざるをえまい。

## 5) 実質的責任関係理論と社会侵害性論

実質的責任関係理論<sup>155)</sup>につき付言しておく、そこではソビエト刑法が資本主義刑法に対し道義的優越性を誇りえたはずだとされる。そのような道義的優越性は、犯罪の実質が行為の社会侵害性にあるとする理論(社会侵害性論)においてこそ実現できるものというべきであろう。社会侵害性論はその論理的帰結として次のようになるからである。すなわち、

「犯罪行為の社会侵害性に対し社会の側からする刑罰が等価関係に立つことができるには何が必要かが問われることになる。社会の側からする刑罰は、リンチ(私刑)ではなく公刑罰であり、かつ正義でなければならない。そして正義であるためには、少なくとも社会の側に社会の有り様についての公権力としての道徳的責務が果たされていないなければならない。刑罰権力がそのような責務が果たされているかについての自己省察なしに上から目線で犯罪者の自己責任だけを問うことは公平でなく正義でない。<sup>156)</sup>」

これは「責任」にとどまらず「刑法」そのものとして、道義的優越性を持つために必要なものといえよう。

## 4 社会侵害行為論と実質的犯罪概念

### (1) 社会の受け止め方に見る観念と客観的な実体

社会の受け止め方は社会意識であり観念的な存在である。しかしながら、意識や観念だけでは不安定であり往々にして客観的な社会的事実・実体とは齟齬することもある。犯罪の実質は誰もが真偽を検証可能な客観性を持つ事実により説明されなければなるまい。上述してきた社会的相当性、社会秩序無価値および行為の社会的危険性はそれぞれ客観的な社会的

---

155) 上田寛、上野達彦・前掲書『未完の刑法』18頁-19頁(上田執筆)参照のこと。

156) 生田勝義「死刑は合憲か——最高裁大法廷判例を改めて憲法13条(生命権)から考える——」立命館法学第405・406号(2023年)36頁-37頁。

事実とどのように関係していたであろうか。前2者は結局のところ観念的存在のレベルで捉えられていた。実在する客観的な社会関係を捕捉しようとしていたのは最後の概念であったといえよう。もっとも、「社会の受け止め方」を示すにあたり、その受け止める内容を具体的な客観的事実（社会的な行為態様を含む。）を明らかにするのであれば、結局のところ言語表現の仕方の問題に過ぎないともいえるかもしれない。「社会の受け止め方」について注意すべきなのは、前述したように、たんなる観念的な評価にとどまらず、評価の対象となる実体が重要なことである。上記したように強制わいせつ罪に関する最高裁大法廷判決平成29年11月29日はそのような実体を詳細に示す方法をとっていた。

タトゥー事件最高裁令和2年決定も、その前提として「実情」を挙げ具体的なその検討も行っている。すなわち、

「(3) 以上にに基づき本件について検討すると、被告人の行為は、彫り師である被告人が相手方の依頼に基づいて行ったタトゥー施術行為であるところ、タトゥー施術行為は、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗として受け止められてきたものであって、医療及び保健指導に属する行為とは考えられてこなかったものである。また、タトゥー施術行為は、医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得過程等でこれらの知識及び技能を習得することは予定されておらず、歴史的にも、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきた実情があり、医師が独占して行う事態は想定し難い。このような事情の下では、被告人の行為は、社会通念に照らして、医療及び保健指導に属する行為であるとは認め難く、医行為には当たらないというべきである。」と。

加えて、社会の受け止め方には、たんなる観念的な評価にとどまらず、評価の対象となる実体があるのだが、その実体を行為レベルで捉えるのか、それとも行為の主体レベルでかという問題もある。次のような見解も

あるからである。すなわち、

「『医療関連性』の正体は、社会における『医師の仕事』と受け止められているということなのである。……医師の業務と他の、一定の保健衛生上の危険を伴う業務との『歴史的に形成されてきた社会秩序』の中での棲み分けの尊重という発想である。……この歴史的発想は、時代や社会の変化を尊重するものである。したがって、仮にタトゥー施術業に伴う保健衛生上の危険性が大きくなり医師による対処を要するものとなった場合には、医師法17条の適用もありうると思われる。<sup>157)</sup>」

タトゥーと医師法の関係を解明するに当たっては医療関連性でよいし、それで足りる。装飾目的としては同じであるタトゥーとアートメイクを区別するには美術性、象徴性などの違いによる社会の受け止め方の違いによる必要がある。松宮は、医師という行為主体の属性についての「社会の受け止め方」を捉えているようだが、それではかつての通説・判例のように「医師が行うのでなければ公衆衛生に危険な行為」という定義にとどまってしまう。「公衆衛生」という保護法益との関係は捉えられるが個々の犯罪類型の相対性を体現し犯罪類型の明確性を保障するには行為の態様や性質が明確にされている必要がある。やはり医師のなす「行為」という行為の属性、つまり仕事という行為の中身において「社会の受け止め方」の対象となる実体を捉えるべきように思われる。<sup>158)</sup>この方が行為刑法という原則に照らしても妥当なのではなかろうか。

---

157) 松宮孝明・前掲論文「タトゥー事件大阪高裁判決に対する刑事法学からの検討」92頁。

158) タトゥーとアートメイクの異同という問題につき、この点の重要性を依然として理解していないようなのが、厚生労働科学研究費補助金の厚生労働科学特別研究「タトゥー施術等の安全管理体制の構築に向けた研究」における分担研究報告書「タトゥー行為をめぐる最高裁判決を踏まえた医師法第17条の運用等に関する検討/佐伯仁志、米村滋人」(公開日 2023 - 07 - 04) <https://mhlw-grants.niph.go.jp/project/161632> (Retrieved on 9. 28. 2023.)

## (2) 「実体」としての「社会的危険性」とは何か

### 1) 実体としての「社会」と個人の関係

「社会的危険性」の実体<sup>159)</sup>を明らかにするにはその危険の向けられる「社会」とは何かという問題に答えなければなるまい。ところで、「社会の受け止め方」が「社会通念」と同様のものとして理解されていることからしても、その「社会」は国民や住民などといった関係する「みんな」という形で捉えられた存在である<sup>160)</sup>ということができよう。それでは、社会的危険性にそのような「みんな」性に関係するものがあるのであろうか。ソビエト刑法は初期には「労働者階級と勤労農民の利益」が「社会」であったが、1970年代では「敵対階級に分裂していない」根本的利益と目的の共通性によって「一つに融合している全人民」が「社会」になるということであろう。しかしながら、その「全人民」の社会という概念は「個人として尊重され」独立した個人により構成される社会を意味するのかという疑問もある。ソビエト時代の刑法では個々人の尊厳や人権より「社会主義社会」を優位させていたのではないかという問題が見られるからである。「全体」と「個人」との関係をどのように考えるかという問題である。

それに関する分かりやすい話がある。「高橋源一郎さん新刊『ぼくらの戦争なんだぜ』」と題したインタビュー記事<sup>161)</sup>である。

編集委員・塩倉裕が問いかける。「本書は『ぼくらの戦争なんだぜ』と題されている。教科書が生徒に呼びかけるときに語られる『みんな』と、高橋さんの『ぼくら』はどう違うのだろう。」と。それに対し高橋が答える。「『ぼくら』は『ぼく』の集合です。独立した個人がまずあり、それが集まって『ぼくら』ができる。教科書の『みんな一緒に』は対照的に集合

---

159) これを「具体的に刑法によって保護された客体に損害を及ぼすもしくは及ぼしうという意味」であるとするものもある。上田寛、上野達彦『白夜の刑法——ソビエト刑法とその周辺——』（成文堂、2017年）215頁（上田執筆）。

160) もっとも、「社会通念」になると、その概念を肯定的に使用する者の、対象事実に対する妥当であるという肯定的評価が含まれるという違いがあるといえよう。

161) 朝日新聞夕刊2022年9月21日大阪本社4版2面。

がメインで、それは『ほく』をなくす装置なのだと思います」と。

個との関係における「全体」は、「ほくら」ないし「私たち」として捉えるべきだということであろう。それは人権をベースに普遍性 (das Allgemeine) を捉えていく考え方に通じるのではなかろうか。それは個々人の人権にある普遍性、つまり人権は私たち各人が等しく享受できる権利であるということをも基礎にして社会の普遍性を捉える考え方である。

## 2) ヘーゲル理論

今村健一郎「ヘーゲルの刑罰論」<sup>162)</sup>は、『法の哲学』第1部抽象的法第3章不法C強制と犯罪 §95<sup>163)</sup>の叙述を受け次のように述べる。

「犯罪者もその犯罪の被害者も、共に同じく自由な存在であり、犯罪者はその共同の自由を、犯罪をつうじて具体的な仕方では侵害しているのである。ヘーゲルにおいては自由ないし自由の具体的なあり方こそがレヒトなのだから、自由の侵害はレヒトの侵害とも言い換えられる。犯罪が共同の自由ないしレヒトに対する侵害であるということは、それが被害者だけでなく全ての自由な権利主体に対する侵害であるということの意味する。それはさらに犯罪が自由な権利主体としての犯罪者自身に対する侵害であるということをも意味する。以上を要するに、犯罪とは個別特殊なレヒトの侵害であるだけでなく、それは同時に共同のレヒトを、つまりレヒトそれ自体を侵害する暴力なのである。<sup>164)</sup>」と。

さらに私が付言したいのは、ヘーゲルは「抽象的法」においてだけでなく、「第3部倫理第2章市民社会(ブルジョア社会)B司法b法律の現存在(定在)」という、より実質的で具体的なものに関しても次のように述べて

---

162) 今村健一郎「ヘーゲルの刑罰論」愛知教育大学研究報告、人文・社会科学編第66輯(2017年)49頁以下参照。

163) Siehe G. W. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, ein Ullstein Buch, 1972, S. 92-93.

164) 今村・前掲論文「ヘーゲルの刑罰論」52頁。



いたことである。

「§ 218 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。……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ということ……<sup>165)</sup>」。

以上のことから、ヘーゲルは犯罪概念において普遍的なものの侵害というだけでなくそこには被害者や加害者の自由をも含むものと考えていたことが分かるであろう。

### 3) ヘーゲル理論の問題点

もっとも、ヘーゲルのいう普遍的なものが何なのかが問題になる。彼は、人はみんな自由な存在として同じであるということを前提にする。ところが、自由を体現するはずの所有と人格が市民社会で普遍的とされるのは「法律上承認され法律上の妥当性を持っているから」だとされる。そうすると、この「自由」は近代ブルジョア法に特徴的な抽象的で形式的な自由であるにすぎない。それでみんなが自由な存在として現実に同じだと言えるのであろうか。彼自身もブルジョア社会は「欲望の体系であり、自由は司法による所有の保護であり、偶然の支配する社会である」と述べる。それだと、その社会における人の多くは実際には自由でないのではなからうか。それなのに「犯罪は共同の自由に対する侵害である」とか、また「普遍的なことがらの侵害である」となぜ言えるのであろうか。

それを可能にするには、「自由」を社会や法の正統性を基礎づけることのできる価値、理念として位置づけ、それにより現実の社会や法を批判し改革していける規範的存在にする必要があるように思われる。ヘーゲルは

---

165) ヘーゲル著、藤野渉・赤沢正敏訳・前掲書『法の哲学Ⅱ』§ 218、160頁-161頁。

市民社会の矛盾を止揚する道を最高の道義態としての国家に求めた。その国家は個人に対する生殺与奪権をもち、個人を超越する存在とされる。個々人が不可侵の人間の尊厳を享受する主体だとする今日の理念とは程遠いと言わざるをえない。今日においてそのような理念に応じた規範的存在になりうるのは、「人が人たることにおいて享受できる生来的権利」であり、それゆえにすべての人に普遍的とされる「基本的人権」である。さらに人の社会やその管理装置である国家・法を普遍的なものとして正統化するにはそのような人権の主体による約束(社会契約)を根拠に据えなければならぬ。ところが、ヘーゲルには当時のドイツにおける時代的制約<sup>166)</sup>もあり人権論や社会契約論はない。ソビエト刑法理論にもそのような人権論はなかったといつてよい。

これまでの社会的危険性論の弱点を克服するには、人権や社会契約的な構成による社会・国家・法の根拠づけが重要になっている。普遍性と個別性を統一するには、人の生来的権利とされる人権というものの普遍性から人間関係・社会関係の普遍性をも導き出すことが必要なのではないか。犯罪についても、個々人の人権を守るために社会を作った、その社会を台無しにするのが犯罪だとすることが重要なのではなからうか。

### (3) 実在する社会と社会の規範的正統性との矛盾と止揚

#### 1) 犯罪にある保護客体の重層構造

刑法では保護客体の重層構造が見られる<sup>167)</sup>。なぜなら、①生命、身

---

166) ヘーゲルにおける人権概念の欠落は19世紀ドイツ憲法が人権を「基本権」としてしか規定しなかった事情と関係しているといえる。この事情については、中村睦夫・佐々木雅寿・寺島壽一編著『世界の人権保障』(三省堂、2017年)94頁(寺島壽一・齊藤正彰執筆)参照。なお、阿部輝哉編『比較憲法入門』(有斐閣、1994年)283頁-294頁以下(初宿政則執筆)参照。さらにそのことによるヘーゲルの国家論の問題点については、生田勝義「『終身刑』論と刑法のあり方(2・完)——国家的統制法の縮減と社会的調整(規整)法の展開 Control から regulation へ」立命館法学第392号(2021年)28頁-30頁も参照のこと。

167) 生田勝義「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」

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通して、② 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のである。

そのような保護客体の重層構造に対応する刑法原理が、いわゆる行為原理（Tat-prinzip）である。社会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、被害の側面だけを捉えがちだという意味において、行為原理の一面を捉えるにすぎない。

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) 一人の人権に対する侵害が同時に社会を侵害

なぜ一人の人権を侵害することが社会侵害行為であるとされるのか。それは、① 被害者個人の人権のなかに社会を構成するすべての人と同じ人権という普遍的価値のあることを認めているからであり、また、② 一人

---

「のために——」立命館法学第352号（2014年）51頁－57頁参照のこと。

の人権であってもそれを侵害することは社会を作った意味を台無しにしてしまうことだとするからである<sup>168)</sup>。一人の人権の侵害によって同時に社会が侵害されるということには、それら①と②の両者の意味が含まれている。

そのような社会侵害性の捉え方は、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、その生来的な自由と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<sup>169)</sup>。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つたはずである。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。

犯罪にある社会侵害性が犯罪を民事上の不法、つまり私事における不法と区別する。社会侵害行為に対し社会を回復・防衛するための制裁である

---

168) この社会侵害性論については、生田・前掲論文「違法の質・相対性と法的関係の相対性（序説）」51頁-58頁、および同・前掲論文「『終身刑』論と刑法のあり方（2・完）」22頁-30頁参照のこと。このような社会と個人に関する捉え方は、ソビエト経済などの研究を踏まえ、「自立した諸個人の平等なアソシエーション（協同）」の今日的な重要性を唱える芦田文夫「『資本』に対抗する民主主義——市場経済の制御と『アソシエーション』」（本の泉社、2021年）とも共鳴するものと言えよう。

169) 「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ものに、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）がある。

ことにおいて刑罰は、私人間における私的損害につき負担の公平をはかる損害賠償とは異なる。ここにおいて、犯罪と刑罰が「公的次元のもの」であることが明らかになる。また、そのことにより刑罰権が合法的に人を生殺与奪できるという強大な権力まで持ち得てきた理由が明らかになる。さらには、刑罰権力の強大さということからその権力と対峙させられる容疑者などの人権保障の重要性が帰結される。

### 3) なぜ社会契約による構成か

以上のような社会・国家観に対しては古くから、それは社会契約説と同じではないか。社会契約は擬制であるにすぎず、社会契約説は空論であるとする批判がある。

このような批判に対しては同じく古くから次のような反論がなされてきた。すなわち、生来的な人権を基礎にそれを守るために人々が自らの意思により合意して社会や国家を作ったのだとの論理構成が今日の社会や国家の正統性論拠として必要だという知恵である。つまり、人権や民主主義は今日でも我々人間の生存やその福祉にとり不可欠なものであるとの価値判断であり、歴史と現状を見ると今日でもそれらのさらなる普遍化を追求することは生存や福祉にとり必要であるという認識である。上述した社会や国家の正統性根拠論は人間が幸福になるために汗と涙と血を流しつつ手に入れた知恵なのである。

## (4) 社会侵害行為論からする無免許医業罪の問題

### 1) 無免許医業罪（抽象的危険犯）は犯罪にふさわしいのか

業法である医事法の無免許医業が犯罪とされているが、公衆衛生への抽象的危険をもって犯罪とすることに問題はないのだろうか。

行為原理は、「不作為による作為犯の例外性を明らかにするとともに、警察協力義務違反の範ちゅうを犯罪から追放する。無免許・無許可行為の可罰性・当罰性も、無免許・無許可であるというだけで導き出せるわけで

はない。……警察の取締や行政の便宜をはかるにすぎない場合も許されない。行為そのものが社会に損害を惹起するものでなければならない。無免許・無許可という事実は、そのような危険を判断する上で明確性・安定性を確保するための要件として意味を持つにすぎない。<sup>170)</sup>」

業法である医事法では無免許医業が犯罪とされているが、公衆衛生への抽象的危険をもって一律に犯罪とすることに問題はないのだろうか。傷害の罪によることで足りるのではないか<sup>171)</sup>。

## 2) 無免許医業に対する規制のあり方

医師法31条の無資格医業罪の犯罪類型は非医師による患者に対する医行為を業として行うという行為類型である。しかも、その行為類型は、医師の医業独占を正統化するに足るものでなければならないことから、公衆衛生を増進させる医療関連性のある医行為であることに加え、医行為としての生命身体への危険性を回避・防止するための高度な専門技術性を必要とする行為でなければならない。すなわち、行為の社会侵害性の類型化に加え、行為の社会的有用性の類型化が合わさって、当該犯罪行為類型が構成されているわけである。無資格・無免許行為を犯罪にする場合にはそのような構造を備える必要がある。医師法17条の医行為を狭義の医行為としそのうちで特定医行為を別個の業法により規制していると解するのが通説判例といえるが、少なくとも医師法17条の狭義の医行為を高度なものに限定し、広義の医行為の中から技術や危険性の高度さの程度に応じて医行為を特定しそれぞれに対応する業法として構成すべきであろう。立法論としては、無資格医療行為をもって犯罪となるのは生命・身体を安全を害する結果を生じさせたり具体的危険を生じさせた場合に限るとするのが望ましい。

---

170) 生田勝義・前掲書『行為原理と刑事違法論』83頁。

171) この問題については、生田勝義「犯罪と行為・社会・法益・法的関係(3)」立命館法学第404号(2023年)34頁-42頁でも論じておいたところである。

そうすると、無資格医療行為に対する規制手段においても、刑罰にこだわる必要はなく、監督官公庁による一般的に危険性のある行為の公表による一般への注意喚起、行為者への警告、氏名公表、中止命令、中止命令違反に対する行政罰ないし刑罰といった「広範だが緩やかな介入法」の展開が可能になろう。

## (5) 社会侵害行為の立法批判機能とその体系的位置づけ

### 1) 社会侵害行為の立法批判機能

その批判機能には立法促進機能と立法抑制機能がある。刑法にはウルティマ・ラチオ原則や罪刑法定原則があるので、どちらの機能もそれらの原則に拘束されるのは当然である。問題は、社会問題解決のために刑法を動員するという形での立法推進機能である。熟した社会的規範意識が存在する場合にそれを受けた立法推進論は許されるが、社会的規範意識涵養のために刑法を利用することは思想・信条の自由に強権的に介入することであり許されない。それはウルティマ・ラチオたるべき刑法の役割を超える。また、人権ベースに社会と国家の民主化を進めるという再帰的近代化の課題、また、その現代法的課題である「国家的統制法の縮減と社会的調整法の展開」という課題にも逆行するからである。

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）との統一において捉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。

## 2) 犯罪体系上の位置づけ

行為原理に関する生田説につき、<生田勝義『行為原理と刑事違法論』(2002年)53頁以下にいう行為原理は、現在における刑法の肥大化傾向を社会の側から批判し克服する原理として、現代的な意味を有するとしている。>「その趣旨には賛成であるが、同氏が、それを犯罪論体系における行為論において顧慮すべきであるとする点には、疑問がある(⇒106頁)。(浅田和茂『刑法総論[第2版]』(成文堂、2019年)44頁)。また、「行為とは社会的に意味のある人の外部的態度であると定義するのが、最も適切であるように思われる。」としたうえで、「社会に有害な人の外部的動作(身体の動静)」とする生田の主張につき、「『社会に有害な』というところまで行為に取り込むのは、違法論を先取りするもので、行為論に過大な負担を負わせるものといわざるをえない。」(同上106頁)とする。

他方、社会的相当性論もヴェルツェルの後期のものになると構成要件不該当事由、つまり構成要件より前にある犯罪不成立事由との位置づけだけといえる。安達・前掲論文(51頁)のように、一般条項とすることには問題があるとしつつも、「はじめから社会的に受容される行為を形式上処罰の対象に含めるような考え方こそ、市民に対し無用の萎縮的作用をもたらすというべきである。」とするものもある。

行為原理は実定法の正統性を支える法原理である。犯罪論が単なる実定法に定められた犯罪成立要件についての解釈論・認定論に留まるのであれば「行為」は無内容なもので足りるであろう。しかし、犯罪の実質にまで立ち入る犯罪理論であるのであればそれだけでは不十分であろう。それは当然に立法批判原理にもならざるをえないのであって、そうであれば行為原理は認定論的な犯罪要件に前置されなければならないと思う次第である。



### 3) 社会侵害性の行為類型化による形式的一般的判断と実質的個別判断

前述したように、違法阻却事由に当たるかの判断基準は行為が実際に行われた後にその具体的行為を実質的に判断する際のものだと一般に解されているが、自由保障の基準として重要なのは当該事由が一般化され形式化された行為類型として行為前に法令上に示されていることである<sup>172)</sup>。そのように示されるのであれば、法的性質が違法性阻却事由であっても犯罪類型不該当事由であってもかまわないのである。事前に一般化され形式化された行為類型として正当行為を犯罪類型要件化したとしても、実際になされた具体的行為を事後的に法秩序全体に照らし実質的に評価することは可能であるし、許されることである。

## おわりに

医事刑法においても国家的統制法の縮減と社会的調整法の拡大が重要になっている。樋口範雄が早くから主張してきたところであるし、今次タトゥー事件大阪高裁判決や同最高裁決定が示した方向でもあろう。法的規制が必要なら刑法でまずはカバーしてみようとするのはウルティマ・ラチオであるべき刑法をプリマ・ラチオにしてしまうことである。そのように国家刑罰権力を不当に国民生活に介入させることは、刑法に過重な負担をかけることにより刑法の機能不全を招来させてしまうものであるとともに、人々の創意工夫や自主的取組みを萎えさせ社会を衰退させてしまう道でもある。

刑法理論は法益論だけでなく法的関係論にも視野を広げなければなるまい。法益論だけでは違法論が平板になり、刑法と民法や行政法との違いを

---

172) この問題を提起していたのが、平林勝政「医行為をめぐる法制度論的問題状況」年報医事法学19号（2004年）68頁以下参照のこと。この点は、生田勝義「犯罪と行為、社会、法益、法的関係（1）」立命館法学第401号133頁、136頁-139頁でも論じたので参照のこと。

明らかにできなくなる。また、理念と現実との乖離を埋めようとする人権ベースの刑法理論には社会侵害行為原則が不可欠なことにも注意すべきであろう。原理・原則を忘れた規範主義や機能主義は大海で舵を失った舟のようになり、しかもそのことに気づかなくなってしまうからである。

現行の無免許医業罪について、免許制で保護しようとする医療行為の技術的社会的な重要性とその行為に伴う危険性が一体をなすものとして類型構築がなされていることを明らかにすることができた。社会的有用行為が同時に他方において他害行為に当たることがあるという状況がサイバーセキュリティの領域でも問題になっている。ウィニー事件はその一例である。本稿が検討した無免許医業罪の犯罪類型の構造分析はそのような問題を検討するうえでも参考になる。

AIによる社会監視システム<sup>173)</sup>が拡大し高度化することにより危険行動を事前に探知し抑止することが可能になりつつある。この事態を捉え、「犯罪が不可能」になりつつあるのではないかと、刑法に何が残るのかと問う刑法理論が登場している。これは「核心刑法と広範だが緩やかな介入法」が差し迫った法課題にもなってきていることを示しているのではなかろうか。刑法理論や実務も人権を踏まえたものにパラダイム転換するよう迫られているのだと思われる。

---

173) このあり方については、生田勝義・前掲論文「『終身刑』論と刑法のあり方(2・完)」38頁-43頁、特に39頁参照のこと。