

保護法益論(Rechtsgutstheorie)の行方と展望

上田正和

| | | |
|-----|-----------------------------------|----|
| I | はじめに..... | 6 |
| II | 伝統的な刑法犯における保護法益論..... | 7 |
| III | 現代型犯罪(経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪)における保護法益論 | 13 |
| IV | 保護法益論の意義と展望 — 行動ルールの形成とシステムの安全・保護 | 21 |
| V | おわりに..... | 26 |

I はじめに

刑罰法規(刑法典に限らず特別刑罰法規を含む。)の具体的な適用とそのあり方の検討、そして犯罪と刑罰に関する研究の際には、「その犯罪(刑罰法規)の保護法益(Rechtsgut)は〇〇〇〇〇である。」という議論がこれまでは当然の前提として行われてきた。刑法典の犯罪の分類も保護法益の観点から行われており⁽¹⁾、被疑者・被告人の具体的な行為が特定の犯罪構成要件に該当するものであるか否かが条文の文言から一義的に明らかでない場合には、当該犯罪(構成要件)の保護法益(あるいは立法目的)を援用することによって、刑事処罰の可否をめぐる問題の具体的な解決が図られてきた(法益概念の解釈規制機能)。このような意味で、保護法益論(Rechtsgutstheorie)は、具体的な刑事処罰の限界を画する重要な概念であり議論の対象でもある。また、被害者の同意(承諾)や錯誤論という刑法総論における重要テーマにおいても、保護法益は大きな意味を有してきた。

このように、従来の刑事法の実践と研究において極めて重要な位置付けを与えられてきた保護法益に関する議論が、昨今、改めて盛んになりつつある⁽²⁾。その大きな理由は、科学技術の著しい進歩(高度化と複雑化)とそれに伴う社会状況の変化、それらにより影響を受ける人間の行動様式や意識の変化によって、従来よりも遥かに多くの行為が、従来から存在する刑罰法規の柔軟な解釈適用によって、あるいは、特別刑罰法規の改正や制定が次々と行われることによって(「刑事立法の活性化」現象といわれている⁽³⁾)、新たに犯罪化されるという状況によるものである。そして、「〇〇〇〇〇〇という利益は現代社会においては重要な利益であるからそれを侵害した(危殆化した)場合には刑事処罰という劇薬を用いることが正当化される。」という議論は、刑事立法の活性化による刑事処罰の積極化傾向(処罰の拡大化と早期化)⁽⁴⁾と軌を一にするものである。

本稿においては、私なりに、不十分な検討と考察に過ぎないであろうが、保護法益論という刑事法における壮大で奥の深いテーマについて、刑事処罰の拡大化傾向の中で保護法益が果たす意義と役割について、実際の事件に対して判例や実務の場において行われている法解釈の姿を踏まえながら、つまり、法実務という法適用の現場を多少なりとも踏まえながら、若干の検討と問題提起を行ってみたい。本稿では、(1)伝統的な犯罪(刑法犯)において、保護法益論がどのような形で具体的な事件の解決において用いられてきたのかを判例を中心に改めて確認し、次に、(2)保護法益論との関係で問題点ないし検討課題を含んでいるとされることが多い現代型犯罪(経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪(サイバー犯罪))における保護法益論に言及した上で⁽⁵⁾、(3)保護法益論の

意義と今後の展望について若干の方向性の提起を行う、という順序で論じ進めることにしたい。保護法益論については、その歴史や比較法的な検討を含む優れた研究成果は既に数多くあり⁶⁾、私の考察はそれらに到底及ぶものではないが、刑事処罰が我が国における現実の事件の解決において果たしている役割や実務的な考察を僅かながら意識してみたい。本稿を手始めにして、今後さらに検討を深めていきたいと考えている。

保護法益論の意義と今後の展望に関する私の考え(現時点での大まかな考え方の方向性)の要点をあらかじめ簡単にまとめると、①保護法益は刑事処罰の範囲(対象と限界)を画するための有用な概念であることは否定できないが、②刑事処罰の範囲、つまり刑事処罰の発動によって守られるべき利益は、社会状況を背景にした国民意識抜きには考えられず、③国民が刑事処罰に期待を寄せ現実に刑事処罰が担っている役割として、国民1人ひとりに遵守を要求する行動ルールを形成する機能があり、保護法益は行為規範化という機能によって国民の利益に仕えるものであること、そしてこの傾向は今後さらに強まるであろうこと、④今後の刑事法の役割として、「システム(制度)の安全と保護」という面が期待されること、である。以下において、これらについて述べていきたい。

II 伝統的な刑法犯における保護法益論

1 保護法益が語られる場面

刑法犯の保護法益は3つに分類されている。個人的法益に対する罪、社会的法益に対する罪、国家的法益に対する罪である。この内、個人的法益に対する罪はその多くが侵害犯であり⁷⁾、保護法益に言及されることはあっても、保護法益が刑事処罰の対象と限界に関わる判例・実務に直ちに結び付けられることは絶対的に多いとまではいえない。その必要性が比較的少なかったともいえるであろう。

判例や実務における具体的な事件の解決において保護法益について言及されるのは、具体的な行為が特定の構成要件に該当するものとして処罰の対象になるか否かという場面であるが、このことは、危険犯(危険犯的な性格を有する犯罪)である社会的法益に対する罪や国家的法益に対する罪において、とりわけ顕著である。

2 判例において保護法益からの構成要件の解釈が明示的に行われた例

(1) 文書偽造罪

文書偽造罪の保護法益は、文書に対する公共的信用であり、写真コピーの公文書性が問題とされたケースについて、「公文書偽造罪は、公文書に対する公共的信用を保護

法益とし、公文書が証明手段としてもつ社会的機能を保護し、社会生活の安定を図ろうとするものであるから、公文書偽造罪の客体となる文書は、これを原本たる公文書そのものに限る根拠はなく、たとえ原本の写であっても、原本と同一の意識内容を保有し、証明文書としてこれと同様の社会的機能と信用性を有するものと認められる限り、これに含まれるものと解するのが相当である。…右のような公文書の写真コピーの性質とその社会的機能に照らすときは、右コピーは、文書本来の性質上写真コピーが原本と同様の機能と信用性を有しえない場合を除き、公文書偽造罪の客体たりうるものであって」とされているのが典型である⁽⁸⁾。

また、偽造された運転免許証の携帯と偽造公文書行使罪が問題とされたケースについて、「偽造公文書行使罪は公文書の真正に対する公共の信用が具体的に侵害されることを防止しようとするものであるから、同罪にいう行使にあたるためには、文書を真正に成立したのものとして他人に交付、提示等して、その閲覧に供し、その内容を認識させまたはこれを認識しうる状態におくことを要するのである。したがって、たとい自動車を運転する際に運転免許証を携帯し、一定の場合にこれを提示すべき義務が法令上定められているとしても、自動車を運転する際に偽造にかかる運転免許証を携帯しているに止まる場合には、未だこれを他人の閲覧に供しその内容を認識しうる状態においたものというには足りず、偽造公文書行使罪にあたらぬと解すべきである。」とされている⁽⁹⁾。これは、保護法益を踏まえて構成要件の解釈を(拡大ではなく)限定しようとしたものである。

さらに、文書の性質論から文書の名義人と作成者の間の人格の同一性の有無を論じている一連の判例⁽¹⁰⁾も、文書に対する公共的信用という保護法益を踏まえているといつてよい。

(2) 賄賂罪(贈収賄罪)

賄賂罪(贈収賄罪)においては、構成要件要素を充たすか否かについての実質的な判断が問題になることが少なくないが、判例は、保護法益について信頼保護説に立つことを明らかにしており⁽¹¹⁾、これによって、「職務に関し」(職務権限)を実質化して緩やかに解釈適用する傾向を示している(これにより、職務密接関連行為という範疇は不要となる)。

最判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁〔ロッキード事件丸紅ルート〕は、「賄賂罪は、公務員の職務の公正とこれに対する社会一般の信頼を保護法益とするものであるから、賄賂と対価関係に立つ行為は、法令上公務員の一般的職務権限に属する行為で

あれば足り、公務員が具体的事情の下においてその行為を適法に行うことができたかどうかは、問うところではない。けだし、公務員が右のような行為の対価として金品を收受することは、それ自体、職務の公正に対する社会一般の信頼を害するからである。」として、信頼保護説に立つことを示した上で、運輸大臣による民間航空会社の航空機選定に対する勸奨行為が運輸大臣の職務権限に属するとし、さらに内閣総理大臣の運輸大臣に対する働き掛けが内閣総理大臣の職務権限に属するとしたのである。

(3) 犯人隠避罪

犯人隠避罪に関して、犯人が既に逮捕勾留されている場合に他の者を犯人の身代わりとして警察署に出頭させて、現に逮捕勾留されている者の身体の拘束を免れさせようとした行為について、「刑法103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する者を処罰しようとする趣旨の規定であって…同条にいう『罪ヲ犯シタル者』には、犯人として逮捕勾留されている者も含まれ、かかる者をして現になされている身柄の拘束を免れさせるような性質の行為も同条にいう『隠避』に当たると解すべきである。そうすると、犯人が殺人未遂事件で逮捕勾留された後、被告人が他の者を教唆して右事件の身代り犯人として警察署に出頭させ、自己が犯人である旨の虚偽の陳述をさせた行為を犯人隠避教唆罪に当たるとした原判断は、正当である。」とされているが¹²⁾、ここでは保護法益からの構成要件解釈が行われている。ちなみに、この事件の第1審判決(福岡地小倉支部判昭和61年8月5日判時1253号143頁)は、「刑法103条にいう『隠避せしめた』とは、官憲から本犯の身柄を隠避させることを意味するものと解されるから、ある行為があっても、その結果が、捜査官憲による本犯特定等の捜査に手間を取らせたという程度にとどまり、本犯の嫌疑によりすでに逮捕勾留されている者のその身柄拘束状態に変化を及ぼさなかった以上、その場合をも本犯を『隠避せしめた』ことになるというのは、刑法103条にいう『隠避せしめた』ということばの解釈上無理があると考えられる」として反対の立場を示している。

3 個人的法益に対する罪における保護法益と構成要件解釈の例

(1) 監禁罪

監禁罪の成否が問題になる場面として、部屋で寝ている人に対して外から鍵を掛ける行為や、自宅まで送ると見せかけて自動車に乗せる行為がある。これらについては、監禁罪の保護法益を現実的自由であると考えれば監禁罪の成立は否定され、保護法益をより広くとらえて可能的自由であるとして危険犯的に考えれば監禁罪の成立が肯定されることになる¹³⁾。

ここでは、保護法益のとらえ方が監禁罪の罪質(侵害犯か(一種の)危険犯か)にも影響を与えることになるが、身体活動の自由という保護法益の重要性をどのように考えるのかという問題でもある。

(2) 詐欺罪

刑法典における詐欺罪の構成要件(246条)の文言は非常に簡潔であるが、解釈によって構成要件の内容が大幅に補充されることによって、多種多様な詐欺的行為への適用が議論されてきた。そして、詐欺罪は「他人をだます」という点に本質があり、現代社会における多くの経済犯罪・企業犯罪を考察する際の基本となる犯罪でもある⁽¹⁴⁾。

詐欺罪については、最近、多くの注目すべき判例が出されている⁽¹⁵⁾。これらの内の主なものについて、保護法益という観点から簡単にコメントを行っておく。

(ア) 誤振込金の引出し

最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁は、自己名義の銀行預金口座に誤って振込みがなされたことを知った上で、そのことを告げることなく銀行窓口で誤振込金を引き出した行為について、誤振込金に対する預金債権の存在を認めつつも⁽¹⁶⁾ 詐欺罪の成立を肯定した理由として、「受取人の立場から見れば、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然というべきである。」としている。

本決定においては、銀行預金取引における信義則や社会生活上の条理ということが受取人の詐欺罪を認める実質的な論拠とされている。銀行預金取引における銀行と預金者の間の取引上のルール遵守が詐欺罪の成否において考えられているのである。

(イ) 他人名義のクレジットカードの利用

最決平成16年2月9日刑集58巻2号89頁は、クレジットカードの名義人からカード利用の許可を得ていて代金の決済が名義人によってなされるという事情があったとしても、カードの名義人本人を装ってガソリンの給油を受けた行為について詐欺罪が成立するとした理由として、「本件クレジットカードの会員規約上、クレジットカードは、会員である名義人のみが利用でき、他人に同カードを譲渡、貸与、質入れ等する

ことが禁じられている。また、加盟店規約上、加盟店は、クレジットカードの利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することなどが定められている。…被告人は、本件クレジットカードの名義人本人に成り済まし、同カードの正当な利用権限がないのにこれがあるように装い、その旨従業員を誤信させてガソリンの交付を受けたことが認められるから、被告人の行為は詐欺罪を構成する。仮に、被告人が、本件クレジットカードの名義人から同カードの使用を許されており、かつ、自らの使用に係る同カードの利用代金が会員規約に従い名義人において決済されるものと誤信していたという事情があったとしても、本件詐欺罪の成立は左右されない。」としている。

本決定においては、クレジットカードが会員である名義人のみが利用できること、そして、クレジットカードの譲与や貸与等が禁止されていることが明らかにされている。名義人からクレジットカードの利用が許されており名義人によって利用代金の決済が行われる場合には、他人によるクレジットカードの利用によって現実の財産的な被害は発生しないといえるが、そのような場合であっても、信用を確認された上で正規にクレジットカードの発行を受けた名義人本人のみによる利用が予定された取引システムである、という点が決定的に重要である。クレジットカード取引における取引上のルールへの遵守ということが、ここでは重視されているのである。

(ウ) 預金通帳の不正な受領

最決平成14年10月21日刑集56巻8号670頁は、不正に入手した他人の国民健康保険被保険者証を使用してその他人に成り済まして同人名義の銀行預金口座を開設して預金通帳の交付を受けた行為について、詐欺罪の成立を認めている。

また、最決平成19年7月17日刑集61巻5号521頁は、預金通帳とキャッシュカードを他人に譲渡する意図を隠して自己名義の銀行預金口座を開設し、これによって自己名義の預金通帳とキャッシュカードの交付を受けた行為について、詐欺罪の成立を認めたが、その理由として、「各銀行においては、いずれもA又はBによる各預金口座開設等の申込み当時、契約者に対して、総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させるなどすることを禁止していた。また、A又はBに対応した各行員は、第三者に譲渡する目的で預金口座の開設や預金通帳、キャッシュカードの交付を申し込んでいることが分かれば、預金口座の開設や、預金通帳及びキャッシュカードの交付に応じることはなかった。…銀行支店の行員に対し預金口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意

思であることを表しているというべきであるから、預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡する意図であるのにこれを秘して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これにより預金通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成することは明らかである。」としている。

これらの最高裁決定においては、預金通帳やキャッシュカードが財物であることに重点が置かれているわけではない。詐欺行為によって現実の財産的な被害を生じさせたということではなく、実質的には、銀行に対して「名義人の同一性」について詐欺行為を行ったというものである。銀行取引を中心とする現在の金融社会においては、銀行口座を利用する各種の不正行為(マネー・ロンダリングのような複雑かつ巧妙な不正行為に限らず、振り込め詐欺のように一般人が容易に巻き込まれ得る不正行為を含む。)への対応が急務として求められており、銀行取引、とりわけ取引開始時における「名義人の同一性」は銀行(さらには、その背後にいて日常的に銀行を利用する多くの国民や企業)にとって重大な関心事であり、詐欺罪による法的保護に値する利益であるといつてよい。

(エ) 航空機搭乗券の不正な受領

最決平成22年7月29日裁判所時報1513号1頁は、不法入国を企てている他人に渡す意図を隠して航空機搭乗券の交付を受けた行為について、「搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによりその交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成することは明らかである。」としている。

本決定は、上記(ウ)の判例の延長線上に位置付けることができるが、現実の財産的な被害という点よりも、国際線航空機への搭乗者についての厳重な本人確認手続とその必要性を偽ったという点に重点が置かれているといつてよい。国際線航空機に、所定の手続を経た正規の乗客本人以外の者が搭乗していないということは、現在の国際社会における安全性や安定性という点で重要な利益であると考えることができ、詐欺罪による法的保護に値する利益であるといつてよい⁽¹⁷⁾。

(オ) 詐欺罪についてのまとめ

(ア)~(エ)の判例や最近のその他の判例の傾向を見ると、詐欺罪は財産犯であることを否定することはできないとしても、「現代社会における取引(ないし取引類似)の場面における信義誠実の原則」を危殆化する犯罪である、という側面を無視することはで

きないであろう⁽¹⁸⁾。詐欺罪は、窃盗罪や強盗罪と異なり、相手方との取引ないし取引類似の場面において成立する相互性のある犯罪であり、相手方との取引関係の具体的な内容と態様を踏まえた解釈が求められる。そこにおいて刑法上の保護が要請される相手方の取引上の利益は社会状況や取引形態によって異なり得るが、自由主義経済と大幅な規制緩和と社会の下、自由かつ活発な取引行為が行われる現代社会においては、詐欺罪によって保護されるために必要な水準は相当程度に緩和されているといえよう⁽¹⁹⁾。詐欺罪の保護法益や処罰範囲を考えるに当たっては、このような点に注目する必要があると考えられるが、経済犯罪の基本型としても位置付けられる詐欺罪についてのこのような理解が、他の多くの経済犯罪の解釈論にも影響を及ぼすことにもなる。

III 現代型犯罪(経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪)における保護法益論

1 現代型犯罪における保護法益論の意義

科学技術の高度化・複雑化やそれに伴う社会状況の変化を背景とする現代型の犯罪に対しては、多種多様な方法・手段による様々な利益の侵害ないし危殆化という特徴があり(攻撃方法の多種多様化が被侵害利益の多種多様化をもたらすともいえる)、これに対しては、従来から存在する刑罰法規(構成要件)の解釈適用による処理には限界があり、多くの特別刑罰法規が制定されるようになってきている⁽²⁰⁾。

本稿では、現代型犯罪の代表として紹介され議論されることが多く、処罰の正当性や限界が保護法益と関連付けられて議論されることが多いものとして、(1)経済犯罪、(2)環境犯罪、(3)ハイテク犯罪(サイバー犯罪)について、代表的な犯罪類型や最近のいくつかの判例を見ながら、処罰範囲や保護法益についての若干の検討を行いたい。なお、現代型犯罪の中では、特に経済犯罪の範疇(何をもちいて経済犯罪ととらえるのか)をめぐって議論の余地があり、刑法典の詐欺罪や横領罪や背任罪等の財産犯や各種の偽造罪や贈収賄罪等も、経済取引ないし経済活動に伴って行われることから、広い意味では経済犯罪の一種であるといえるが、以下においては、主として特別刑罰法規違反(特別刑法の領域)について取り上げる。

2 経済犯罪

経済犯罪は、企業活動と経済取引に関係する犯罪全般を意味するが、新自由主義社会における大幅な規制緩和を背景とする市場参入と経済活動の競争激化に伴う「副作用」として、最近、大きな注目を浴びている法分野である⁽²¹⁾。そして、経済犯罪や企業犯罪に関する刑事法の議論が、企業社会における不祥事対応(危機管理)のあり方に

も影響を与えることになる。

本稿では、経済犯罪の中でも実務上多く問題となり判例の検討が比較的多くなされているものとして、株式会社の取締役等の特別背任罪(会社法960条)や金融商品取引法(旧証券取引法)のインサイダー取引等を例にして、保護法益という観点から検討を行うことにする。

(1) 特別背任罪

最決平成21年11月9日刑集63巻9号1117頁〔北海道拓殖銀行事件〕は、都市銀行の代表取締役頭取が実質倒産状態にあるグループ企業に対して実質無担保での追加融資を行った行為について、任務違背行為であるとして特別背任罪の成立を認めたが、銀行の取締役と経営判断の原則の関係について、「銀行の取締役が負うべき注意義務については、一般の株式会社取締役と同様に、受任者の善管注意義務(民法644条)及び忠実義務(平成17年法律第87号による改正前の商法254条の3、会社法355条)を基本としつつも、いわゆる経営判断の原則が適用される余地がある。しかし、銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること、銀行の取締役は金融取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されていること、万一銀行経営が破たんし、あるいは危機にひんした場合には預金者及び融資先を始めとして社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせること等を考慮すれば、融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解され、所論がいう経営判断の原則が適用される余地はそれだけ限定的なものにとどまるといわざるを得ない。」としている。

特別背任罪における任務違背行為の成否については、経営判断の尊重による刑事処罰の限定が問題となるが、本決定においては、銀行の取締役についても経営判断の原則が適用され得るものの、それは限定的であるとされ、銀行業が他の会社とは異なるものであることや、預金者や融資先を含めた社会一般への影響の大きさが指摘されている。

会社法の特別背任罪(会社法960条以下)は、一般的には刑法の背任罪の加重類型であると理解されており、そうであれば、本人である株式会社に財産的損害を与える財産犯ということになる。たしかに、株式会社の取締役は会社の受任者としての立場にあり、株主の利益のために行動すべきことは当然である。しかし、それに加えて、資本主義が高度に進展した現代の経済社会においては、株式会社に期待される役割は、株主や従業員の利益を超えて社会公共的な要素を含んでいる。そのため、会社法その

他の法令は、会社経営や組織の自由度を高める一方で、内部統制システムや各種の情報開示について積極的な規制を行っているのである。このような株式会社の役割とそれに対する法規制の要請に照らすと、株式会社の経営の任に当たる取締役は、国民が当該株式会社に対して期待する役割や当該株式会社の社会的使命に沿うような行動に出ることが求められることになり、従って、取締役の会社に対する裏切り行為は社会公共の利益を危殆化するものといえる。

本決定においては、銀行業の特殊性について述べられているが、特別背任罪の罪質についての以上のような理解とも整合するものといえるであろう。そして、このような理解は、特別背任罪の罪質が、財産犯である刑法の背任罪とは異なり、社会公共的なものであるということの意味する⁽²²⁾。

(2) インサイダー取引の罪

インサイダー取引は、金融商品取引法によって刑事処罰の対象とされているが、法定刑は次第に引き上げられている(197条の2)。

インサイダー取引の構成要件(166条、167条)の中には、「業務執行を決定する機関」や「業務等に関する重要事実」等のように、意味内容が法文からは明確でないものが少なくないが、これらを解釈するに当たって、判例は、インサイダー取引を規制する理由となる保護法益を抽象化してとらえることによって、インサイダー取引の該当性に関する個々の要件を柔軟に解釈適用するという方法を採用している⁽²³⁾。

最判平成11年6月10日刑集53巻5号415頁〔日本織物加工事件〕は、インサイダー取引規制の要件である「業務執行を決定する機関」について、「商法所定の決定権限のある機関には限られず、実質的に会社の意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関であれば足りると解される」とし、「株式の発行を行うことについての決定をした」について、「株式の発行それ自体や株式の発行に向けた作業等を会社の業務として行う旨を決定したことをいうものであり、決定をしたというためには右機関において株式の発行の実現を意図して行ったことを要するが、当該株式の発行が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しないと解するのが相当である。」としている⁽²⁴⁾。「証券市場の公正性、健全性に対する一般投資家の信頼を確保するという法の目的」ということを理由として述べており、このような「一般投資家にとっての(外観への)信頼」をインサイダー取引規制の保護法益としてとらえることによって、包括条項(バスケット条項)の積極的な活用と合わせて⁽²⁵⁾、個別・具体的な諸事情を踏まえた刑事処罰を行うことが可能となっている。

(3) 相場操縦罪

相場操縦とは、証券市場における価格の形成(相場)を人為的に操作する行為であり、金融商品取引法によって規制され刑事処罰の対象とされているが(159条、197条)、その処罰根拠は、証券市場に対する一般投資家の信頼を害する点にあるとされており、インサイダー取引規制と同様の保護法益を有している。

従って、規制対象行為の要件の解釈に当たっては、インサイダー取引規制と同様に、保護法益を踏まえた実質的な判断が行われることになる⁽²⁶⁾。

3 環境犯罪

科学技術の高度化・複雑化がもたらした負の側面(副作用)として、環境破壊の問題(公害問題)が登場して久しく、その後の国民の環境問題に対する意識の高まりもあって、環境の積極的な保護が主張されるようになってきている。「公害問題から環境問題へ」という流れでもある。環境問題への対応は、行政上の措置や民事法の損害賠償や差止めによって対応される問題でもあるが、現在では、刑事規制によってより一層積極的に環境を保護していくべきことが主張されている⁽²⁷⁾。その際に問題となるのは、刑事処罰の発動によって守られるべき環境とは一体何であるのか、そして、どの程度の侵害ないし危険を生じさせたときに刑事処罰の対象とすることができるのか、ということである。

環境犯罪の保護法益については、大きくは、(i)生態系自体(水、空気、土壌、動物、植物等)であり、環境犯罪を抽象的危険犯としてとらえようとする考え方と、(ii)個々の人間の生命や身体や健康の保護であるとする考え方(人間中心主義)がある⁽²⁸⁾。法とりわけ刑事法における保護法益に関する伝統的な考え方と整合するのは、(ii)の考え方であるとされ、(i)の考え方を採用して生態系ないし環境それ自体を保護法益とすることは、刑事処罰の対象や限界が極めて曖昧で不明確となってしまう可能性が少なくないといわれている。もっとも、(ii)の考え方のように人間中心に保護法益を理解するとしても、現代世代の人間に限らず将来の人間(次世代)をも保護の対象として考えれば、(i)の考え方に近づくことになり、環境犯罪は抽象的危険犯化する。つまり、「環境」の理解に当たっては、その性質上、時間的な流れを考える必要があり、現在の環境はこれまでの(過去の)環境の上に成り立っており、将来の環境の保護も現時点において考慮する必要がある、ということである。いずれにしても、環境犯罪の保護法益は漠然としたものとならざるを得ず、(抽象的)危険犯としての性格付けを否定することはできない。従って、環境犯罪の構成要件の具体的な解釈適用において、保護法益ないし立法目的からのアプローチを行う場合には、構成要件(条文)の文言の解釈が実質的な見

地から相当程度に柔軟に行われることになる。

現在、環境犯罪の事件数は著しい増加傾向を示しているが、中でも圧倒的に数が多い「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」(一般的な呼称は、廃棄物処理法)違反に関する最近の判例においても、以上に述べた方向性が示されている。以下において、紹介と若干の検討を行う。

(1) 産業廃棄物の処理の委託

最決平成18年1月16日刑集60巻1号1頁は、産業廃棄物の処分を他人に委託することに関して、『第12条第3項(中略)の規定に違反して、産業廃棄物の処理を他人に委託した』とは、上記12条3項所定の者に自ら委託する場合以外の、当該処理を目的とするすべての委託行為を含むと解するのが相当であるから、その他人自らが処分を行うように委託する場合のみならず、更に他の者に処分を行うように再委託することを委託する場合も含み、再委託先についての指示いかんを問わないというべきである。」として、自らが処分業者に産業廃棄物の処分を委託しなければならないことを明らかにした。

本決定によると、収集運搬業者を経由して現実には正規の処分業者によって産業廃棄物の処分が行われた場合であっても、自ら処分業者に委託していない限り、廃棄物処理法違反となってしまうが、実質的な法益侵害がなくても産業廃棄物の処理についての手順が適正でないという、いわばルール違反をもって刑事処罰の対象になるとしているのである。

(2) 廃棄物を捨てる行為(不法投棄)

廃棄物処理法16条は、「何人も、みだりに廃棄物を捨ててはならない。」と規定しており、これに違反した場合には刑事処罰の対象となる。

最決平成18年2月20日刑集60巻2号182頁は、産業廃棄物を自社の工場敷地内の穴に埋め立てることを前提に、その近くに野積みした行為について、「態様、期間等に照らしても、仮置きなどとは認められず、不要物としてその管理を放棄したものというほかはないから、これを本件穴に投入し最終的には覆土するなどして埋め立てることを予定していたとしても、法16条にいう『廃棄物を捨て』る行為に当たるといべきである。また、産業廃棄物を野積みした本件各行為は、それが被告会社の保有する工場敷地内で行われていたとしても、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図るといふ法の趣旨に照らし、社会的に許容されるものと見る余地はない。したがって、本件各行為は、同条が禁止する『みだりに』廃棄物を捨てる行為として同条違反の罪に当たるとは明らかであり」としている。

本決定は、「廃棄物を捨てる」という行為について、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図るとする法の趣旨(廃棄物処理法1条参照)を上げることによって、物理的に捨てることに限られないという柔軟な解釈適用を行ったのである。ただ、「捨てる」という文言自体から形式的には隔たりがあることは否定できない。

また、最決平成18年2月28日刑集60巻2号269頁は、一般廃棄物と産業廃棄物の混合物(の大半)を一般廃棄物であると装って一般廃棄物用の処理施設に搬入した行為について、「Xの従業員は、一般廃棄物以外の廃棄物の搬入が許されていない本件施設へ一般廃棄物たるし尿を含む汚泥を搬入するように装い、一般廃棄物たる汚泥と産業廃棄物たる汚泥を混合させた廃棄物を上記受入口から投入したものであるから、その混合物全量について、法16条にいう『みだりに廃棄物を捨て』る行為を行ったものと認められ、不法投棄罪が成立するというべきである。」としている。本決定においては、保護法益ないし刑事規制の目的が明らかにされているわけではないが、上記の最決平成18年2月20日で示された規制の趣旨が前提とされていると考えることができる(1審判決は、このような法の趣旨を明示している)。

(3) 判例から窺われること

平成18年の3件の最高裁決定は、環境犯罪の分野において実務上も重要な判例であるとされるが⁽²⁹⁾、環境を守っていくことの重要性を前提に、曖昧で抽象性を有する保護法益ないし立法目的を根拠にして、環境に対して危険を生じさせる行為に対しては幅広く早期に刑事規制を行おうという方向性を示している点で、共通している。これは、環境を危殆化させるような行為に出てはならないというルール⁽³⁰⁾の遵守を求めようとするものである。そして、このような傾向は、環境犯罪をめぐる他の裁判例においても見られるが、今後、さらに強まっていくことが予想される。

4 ハイテク犯罪(サイバー犯罪)

科学技術の著しい高度化と広範な普及によって登場しているのが、インターネットを初めとする高度情報通信ネットワーク等を利用(悪用)するハイテク犯罪(サイバー犯罪)である。インターネットに代表される高度情報通信システムは、現代の我々の日常生活においては必要不可欠なインフラとなっているが、様々な情報を瞬時にして多数の人に正確に伝えることを可能にするという特徴を有している。他方で、情報もたらす影響力は非常に大きく、情報の伝達によって一旦損なわれた利益の回復は著しく困難(事実上は不可能)である。このため、悪質な行為に対する刑事規制の必要性は少なくないとされている⁽³⁰⁾。

ハイテク犯罪の類型としては、①電子計算機使用詐欺罪(刑法246条の2)等のコンピュータや電磁的記録対象犯罪、②インターネット・オークションを利用した詐欺罪等のネットワーク犯罪、③コンピュータへの不正アクセス行為(不正アクセス禁止法違反)があるが、この内、最近特に著しい増加傾向を示しているのは③不正アクセス禁止法違反である⁽³¹⁾。以下において、これらについて、具体的事例を含めて紹介と若干の検討を行う。

(1) 電子計算機使用詐欺罪

最決平成18年2月14日刑集60巻2号165頁は、他人のクレジットカードの名義人氏名や番号等を無断でインターネットを介して電子計算機に入力送信することによって電子マネーの購入を申し込み、電子計算機に接続されているハードディスクにクレジットカード名義人が電子マネーを購入したとする電磁的記録を作り、電子マネーを取得した行為について、「被告人は、本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たものというべきであるから、被告人につき、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた原判断は正当である。」としているが、電子計算機使用詐欺罪の要件である「虚偽の情報」について、「財産権の得喪若しくは変更に関わる情報を広く含む」という解釈を示したものである。

ちなみに、本決定の原審判決(大阪高判平成17年6月16日)は、「実際の利用者である被告人が、電子マネーの購入に当たり、自分名義のクレジットカードではなく、他人であるC名義のクレジットカードを冒用して、同カード記載の名義人名等の情報をBあてに入力、送信することは、『実際の利用者』と『カード名義人』の人格の不一致を生じさせることとなり、明らかに本来のシステムが予定していない『虚偽の情報』を与える行為と認めることができる。したがって、たとえ所論のように、被告人が入力、送信した情報がC名義のクレジットカード上に記載された情報そのものであっても、被告人の当該行為は、本件Bを介した事務処理においては、『虚偽の情報』を与える行為に該当するというべきである。」としている。ここでは、クレジットカードのシステム(制度)の保護を指摘している点が注目される⁽³²⁾。

(2) わいせつ画像公然陳列罪

最決平成13年7月16日刑集55巻5号317頁は、パソコンネットのホストコンピュータのハードディスクにわいせつ画像を記憶・蔵置させ、不特定多数の会員が電話回線によってアクセスしてわいせつ画像データをダウンロードし、パソコン画面で閲覧できるようにした行為について、「わいせつ物を『公然と陳列した』とは、その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことをいい、その物のわいせつな内容を特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態にするまでのことは必ずしも要しないものと解される。被告人が開設し、運営していたパソコンネットにおいて、そのホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置させたわいせつな画像データを再生して現実に関覧するためには、会員が、自己のパソコンを使用して、ホストコンピュータのハードディスクから画像データをダウンロードした上、画像表示ソフトを使用して、画像を再生閲覧する操作が必要であるが、そのような操作は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置された画像データを再生閲覧するために通常必要とされる簡単な操作にすぎず、会員は、比較的容易にわいせつな画像を再生閲覧することが可能であった。そうすると、被告人の行為は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置された画像データを不特定多数の者が認識できる状態に置いたものというべきであり、わいせつ物を『公然と陳列した』ことに当たると解される」としている。

本決定は、「わいせつ物」について有体物であるという立場を採りつつ⁽³³⁾、「公然と陳列した」の意味を、わいせつな内容を「不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことである」として、わいせつな内容を認識することの可能性をもって善良な性風俗という保護法益が侵害されるという考え方に立っているが、インターネットを初めとする高度情報通信ネットワークが著しく進展した現在の日本社会においては、善良な性風俗という保護法益は正に一瞬にして危険にさらされ(侵害され)、それは回復不可能なものとなる。ここにおいては、法益が危険に晒された(侵害された)ということ(いわば「結果」)よりも、「わいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置かない(置いてはならない)」というルール(行為規範)の遵守に重点を置かざるを得ないのである。

これと同様のことは、インターネット上の名誉毀損行為についても当てはまる(最決平成22年3月15日判時2075号160頁)。

(3) 不正アクセス禁止法違反

不正アクセス禁止法(正式名は、「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」)³⁴⁾違反によって検挙される事件数は、年々増加している。不正アクセス行為が行われる動機としては、「不正にお金を獲得するため」というものが大半を占めているが、これは不正アクセス禁止法の立法目的(刑事規制の対象とされる理由)と密接に関係している。

不正アクセス禁止法は、コンピュータ・ネットワークを利用するためのIDやパスワード等のアクセス制御機能に対する社会的信頼を害する行為を取り締まることによって、ネットワーク社会における不正な行為(詐欺、名誉毀損、違法薬物の取引等)を防止し、高度情報通信社会の健全な発展を実現させることに目的がある(1条参照)。現在は、インターネットによって無数の人間が瞬時に結ばれることによって、現実社会とは異なるネットワーク社会が形成されるが、そこにおいては、現実社会と同様の各種の社会的活動や経済活動(取引行為)が行われる。他人の識別情報を無断で入力する「成り済まし行為」は、ネットワーク社会への不正な方法による参加であり、各種の不正な行為の出発点であり温床である。

この意味で、不正アクセス行為は、ネットワーク社会における不正な行為の予備的な行為であるといえる。もっとも、本来の予備罪は、一定の限られた重大犯罪の準備行為に限って処罰の対象とするものであるが、不正アクセス行為は、特定の重大犯罪の準備行為であることの危険性に着目して処罰の対象とされるものではない。準備行為というよりも一層広く、アクセス制御機能に対する社会的信頼を害する行為という危険性に着目して処罰されるのである。不正アクセス行為については、保護法益(の外延)が必ずしも明確ではなく、また、ネットワーク社会における予定された不正行為の前提としてのアクセス行為自体を処罰の対象とするものであるから、刑事処罰の早期化の典型的な場面である。もっとも、現代社会においては、無数に存在するネットワーク社会への参加を多数の国民が日々活発に行っており、そこにおいて瞬時に行われる重大な加害行為を事前に刑事規制の対象にしようとするものの立法事実は十分に備わっていると考えられる。

IV 保護法益論の意義と展望 — 行動ルールの形成とシステムの安全・保護

1 刑事処罰の範囲(対象と限界)を画するための法益概念

これまで見てきたところからも明らかなように、当該犯罪の保護法益が何であるのかが検討され議論されるのは、結局のところ、ある行為についての構成要件該当性の

判断の場面であり、それは刑事処罰の範囲(対象と限界)を明らかにする場面に他ならない。これは、第1次的には当該事案への適用が考えられる刑罰法規の構成要件の解釈論として行われるが、刑罰法規の解釈による対応が困難ないし不可能な場合には立法論として現れることになり、実際にも、現在では数多くの特別刑罰法規の制定として具体化している(現在は、「刑事立法の時代」といわれる)。

2 刑事処罰の範囲(対象と限界)を実質的に画するもの

刑事法の解釈適用に関して議論の対象とされる犯罪類型(構成要件)、あるいは注目判例であるとして多くの判例評釈がなされる事案というのは、定型的な法解釈による解決には馴染みにくい場面であり限界事例であることが多い。これらの事案の解決に当たっては、その時々々の社会状況や犯罪動向、そして国民の意識を抜きにすることができないのが実情である。つまり、刑事処罰の範囲(対象と限界)を探るための手掛かりとされてきた保護法益は、その当時の社会状況や国民の一般的な意識と無関係ではあり得ない。ある特定の時点における具体的な人間社会において、「何を、どのような攻撃行為から、いかなる程度において保護すべきか(守られるべきか)」は、所与のものではなく、社会の状況や国民の意識によって具体的・実質的に形成されるものである。そして、それが刑事処罰によってでも保護されるべき利益であるか否かについても、同様である。

結局のところ、刑事法における保護法益は、当該の犯罪類型(構成要件)の性質論等の刑事法上の抽象的な議論だけから演繹的に導き出すことができるものではなく、その当時の社会状況や国民の行動様式や意識を踏まえた具体的な人間社会における個別事件の具体的な司法的解決の中で示される結果と内容を分析することによって、その詳しい内実が真に明らかになるものと考えられる。つまり、保護法益というものは、科学技術の高度化・複雑化とそれに伴う社会状況の変化、それらにより影響を受ける人間の行動様式や意識の変化によって大きく変動し得るものであり(法益の侵害や危殆化は人間社会の「副作用」である)、また、保護法益は人間社会の中で新しく形成されるものでもある(他方で、保護法益性が消滅していくものもある⁽³⁵⁾)。憲法における「新しい人権」の議論も同様のものである。生命や身体に対する罪の法定刑が重い方向へと変更され、あるいは、具体的な量刑が重くなっているのは、生命や身体という利益の重要性が社会において高まっていることを意味するものである。さらに、生命や身体に対する過失犯の成立が積極的に認められるようになってきているということは⁽³⁶⁾、生命や身体に対する過失による攻撃行為を危険犯的に理解して生命や身体を手厚く保

護しようということでもある。つまり、保護法益は、保護の要否や保護の程度(重要性)が変動し得るものであり、決して固定的に考えることはできない。ある犯罪が侵害犯であるのか危険犯であるのかも、その犯罪の保護法益をどのように考えるのかによって変わってくる。

我が国の刑罰法規の基本法である刑法典は、法文が簡潔で解釈の余地を多く残している。そして、刑法典は基本法であるが故に政治的な思惑も影響して、これまでは大きな法改正は少なかったものの、具体的な事件内容(侵害された利益の内容や侵害行為の態様等)を踏まえた上での法文の柔軟な解釈適用や幅の広い法定刑を活用して、個々の事件については概ね適切妥当な解決が行われてきたといえるであろう。他方で、国民を取り巻く社会状況の変化を受けて、国民にとって重要な利益を脅かすものとして明確な否定的判断を示すべきであるとされる攻撃行為については、特別刑罰法規の制定によって対応が行われてきた(その例は多いが、組織的犯罪処罰法、不正アクセス禁止法、児童買春・児童ポルノ処罰法、ストーカー規制法、配偶者暴力防止法等がある)。そして、一般的に、これらの特別刑罰法規には、重罰化、処罰の拡大化と早期化の傾向が見られる。

伝統的な犯罪に関しては、その保護法益が何であるのかは比較的明確であるが、最近の新しい特別刑罰法規に対しては、保護法益が明確でない、抽象的で曖昧である等の指摘がなされている⁹⁷⁾。現代の社会において、このような性格の利益であっても国民にとっては「刑事規制を手段とする保護に値する」との評価を行うことができるか否かについては、いうまでもなく不断の実証的な検証が必要である。日々数多くの具体的な事件の処理を行う捜査機関や司法機関、そしてこれに関わる者は、日常の事件処理を行う中で刑事法上の保護に値するか否かの見極めを行い、それを立法機関(あるいは、法律案を作成する行政機関)に伝えることによって、適切な刑事処罰の範囲(対象と限界)を探っていくことが求められる。

このような意味で、従来型のややもすれば抽象的で演繹的な保護法益論のみによって刑事処罰の範囲を画していくというアプローチ方法には限界があり、上記のⅡとⅢで概観した判例においてもこのことを窺い知ることができる。

3 保護法益と行動ルールの形成

現代社会においては、従来型の抽象的な保護法益論によって刑事処罰の範囲を画することには、刑法犯においてすら、詐欺罪の例を見れば分かるように、自ずと限界があること、そして、経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪に代表される現代型犯罪にお

いては、保護法益自体が抽象的で曖昧性を有し漠然とした広がりをも備えたものであり、そこから効果的な法解釈を行うことは必ずしも容易でないことを踏まえる必要がある。

保護法益が拡散化(希薄化)することは、保護法益ないし侵害原理の側からの刑事処罰の議論がもはや困難になっていることを意味するが、抽象的で曖昧性を有しつつも、国民の側から刑事法による保護が期待されている利益、例えば、〇〇〇〇〇の平穩、△△△△△というシステムに対する信頼、というものが増えているという現実、裏返せば、〇〇〇〇〇の平穩、△△△△△というシステムを危うくする行為がなされないことを国民は強く期待している、ということであろう。刑事法によって保護されるべき(保護が強く期待される)利益が現実に極めて多様な広がりを見せつつある今日の社会では、その利益の内実(刑事法による保護の是非と程度)を不断に検証して明らかにするだけでなく、国民の側にそのような利益を尊重するために遵守することが要請される行動ルールの形成と呈示(行為規範化)へと視点の転換を行うことが必要ではなからうか。この意味で、従来の保護法益論は、国民に遵守することを要求する行動ルールを形成してこれを明らかにしていく、という形へと軸足を移していく(あるいは、視点を転換する)ことになると考える。

現代社会においては、国民は多くの(漠然としたものを含めた)不安を抱えているといわれる(危険社会)。自分自身の、あるいは自分を取り巻く社会の重要な利益を守るために、「刑事処罰という(安全のための)保護手段」に期待するところがかなり大きいと考えられる。それは、他の諸制度(行政上の救済、民事法の損害賠償や差止め等)が十分な機能を果たし得ないというところにも理由があるろうが³⁸⁾、刑事処罰が実効性を備えることによって、〇〇〇〇〇ということは行ってはならない、という強固な行動ルールが機能することになり、ここに刑事法に対する国民の期待の実質的な根拠があるといってもよいであろう。また、現代社会は、通信や交通手段が著しく発達し、国内外を問わず人の移動や交流が盛んである。価値観が全く異なる他人と接することは珍しくない。そうなると、遵守が求められるルールに大きく違反した行為者に対する効果的な制裁に裏打ちされた行動ルールの形成という機能の重要性は、さらに増すことになり、それを支えるものとしての実証的な保護法益論ということがいえるであろう。さらにいえば、国民が遵守を求められる行動ルールこそが刑事法の領域における(究極の)保護法益であるということができるといえるであろう。

そして、先に検討した最近の判例も、このような方向性を示しているように思われる。伝統的な刑法犯である詐欺罪について、他人名義のクレジットカードの利用や預金通帳の不正な受領等のケースについて、財産犯という側面よりも、相手方との取引

ないし取引類似の場面において、○○○○○という財物との関係で△△△△△という行動に出ることは「取引上の信義則に違反する重大なルール違反である。」という点を実質的な根拠にしての詐欺罪成立、という説明が行われているようにも思われる。また、経済犯罪であるインサイダー取引についていえば、「証券市場の公正性、健全性に対する一般投資家の信頼を裏切るような実質的なルール違反行為」に当たるか否か、環境犯罪である廃棄物処理法違反についていえば、生活環境の保全及び公衆衛生の向上という観点から、「他人に迷惑をかけることのないように所定の手順に従って廃棄物を処理するというルール」を守っているか否か、という点に着目しているように思われる。これらの判例においては、侵害原理よりもルール違反という行為規範違反からのアプローチが採られているのである。

従って、今日における保護法益論の意義についていえば、国民のために刑事法上の保護が求められる利益であるか否かの検証を具体的・実質的に行い(実証的な保護法益論のアプローチ)、国民にとって重要な利益を危険に晒すことがないように国民に遵守を求める行動ルールを形成して呈示することにあると考える(「国民が遵守すべき行動ルールの形成機能」)。そして、重大なルール違反行為については、重大な結果を具体的に・現実的に引き起こす可能性があるとして、早い段階からの刑事処罰が正当化されるであろう。

以上のような過程を経ることによって、伝統的な保護法益論は「行動ルールの遵守という行為規範化」という形となって展開されることになる。違法性論における結果無価値論(結果不法)と行為無価値論(行為不法)は、刑事法分野における諸問題や具体的事例の解決において接近を強めていることも、これと整合するものである。

これらの点で、ドイツの刑法学者であるギュンター・ヤコブスが主張する、刑法の任務が法益の保護にあることを否定して社会における規範の妥当性の維持・確証にあるとする見解(規範確証説)には傾聴すべき点があると思われるが、法益の保護を排除することについては、なお検討を要するであろう³⁹⁾。

4 刑事法によるシステム(制度)の安全と保護

このように、従来の保護法益論は、「国民が遵守すべき行動ルールの形成機能」という形で新たに展開していくことが期待されるが、このことは、科学技術の著しい進歩(高度化と複雑化)とそれに伴う社会状況の変化、それらにより影響を受ける人間の行動様式や意識の変化、さらには多くの国民の移動の活発化と相互の接触ないし交流の増大という現実に照らせば、個々の国民が遵守すべき行動ルールの分厚い積み重ね又

は行動ルールの大きな束ともいえる、現在の多くの国民の具体的な日常生活の基盤となっている様々なシステム(制度)の安全と保護のために、刑事法が一定の役割を果たすこと、そして、そのことが国民が刑事法に対して期待しているものであること、を意味することになる⁽⁴⁰⁾。今日の国民の日常生活の基盤となっている様々なシステム(制度)は、それに関わる全ての者が期待された行動に出ることによって十分な機能が発揮されるものであって、それにより国民の安全と保護が真に実現されるといってよい。

ここでいうシステム(制度)は、個々の国民の利益を離れた抽象的な性格を有する社会公共的な利益というものではなく、全体主義的な国家的利益でもない。国民1人ひとりの日々の重要な具体的な利益に直結し、あるいはその前提となるものであって、単なる普遍的法益(Universalrechtsgüter)とは異なるものである。例えば、①日常生活場面では、銀行取引やクレジットカード取引が安全に機能し信頼を寄せ得るものであること、②証券取引の場面では、証券市場の公正性と健全性が保たれており、一般投資家が安心して証券市場に参加できるものであること、というものである。そして、既に刑法典においても、支払用カード電磁的記録に関する罪(163条の2以下)として具体化されているのである。

なお、刑事法上の保護の対象となるシステム(制度)についても、当然ながら、社会状況の変化による影響はあり得る。今後の刑事法実務と刑事法学の課題は、「いかなるシステム(制度)について、どのような攻撃から、いかなる程度において保護されるべきか(守られるべきか)」を、実証的に検証していくことにあると考えられる。そして、この萌芽は、本稿のII3(2)で検討を行った詐欺罪に関する最近の最高裁判例の中に既に存在している。

今日の刑事法の役割ないし機能をこのように理解することは、刑事処罰(刑事制裁)について政策的な要素を相当程度認めることになるが、刑法理論上の大きな問題はないと考える。

V おわりに

保護法益という歴史性があり根本的な概念について、現代型犯罪と関連させながらの議論が盛んになされつつある。そして、最近の保護法益論に関する論考を見ると、保護の範囲が不明確であることを理由として、経済犯罪や環境犯罪における処罰範囲の拡大傾向や最近の特別刑罰法規の増大に対して批判的なものが少なくないように見受けられる。また、保護法益論と直接関連付けられているわけではないが、最近の詐欺罪の解釈適用の拡大化に対する批判的な論考は少なくない。

そのような中で、本稿では、科学技術の著しい進歩(高度化と複雑化)とそれに伴う社会状況の変化等を前提として、詐欺罪、そして経済犯罪や環境犯罪等の現代型犯罪について、刑事処罰の積極化に賛成する立場から、若干の検討を行ってみた。私の能力の限界もあり、保護法益論における基礎的で根底に存在する問題点についての十分な検討には至らなかったが、その代わり、限られた範囲ではあるが、保護法益論が最近の判例の中でどのように用いられているのかを明らかにしようとしてみた。そして、私自身の考え方の方向性として、①保護法益は刑事処罰の範囲(対象と限界)を明らかにするという面においては、刑事処罰の発動によって守られるべき利益は、社会状況の変化や国民の意識を基に具体的・実質的に考えられるべきものであること(実証的な保護法益論)、②伝統的な保護法益論は、「国民が遵守すべき行動ルールの形成機能」として展開されるものであること(行為規範化)、③刑事法によるシステム(制度)の安全と保護が積極的に期待されること、を最近の最高裁判例の傾向と関連付けながら論じてみた。

もとより、私自身の理解の不十分さ由来する誤解部分や、基礎理論に支えられていない脆弱な立論である等の批判は覚悟しているが、拙いなりにも若干の問題提起につながれば幸いである。

保護法益論という壮大かつ深遠なテーマについて無謀にも挑戦を行った本稿を1つのきっかけとして、刑事立法の増加や重罰化等の議論を含めて、さらなる研究を深めていきたい。その際には、①刑事処罰と行政や民事法による救済との関係ないし役割分担、②刑事法の利用者であり最大の利害関係者である「国民」にとって「目が届く」「理解できる」「納得し信頼を寄せる」刑事司法の実現という発想が不可欠であると思われる。

【註】(1) 個人的法益に対する罪、社会的法益に対する罪、国家的法益に対する罪に分ける3分説が一般的である。この内、現在では個人的法益に対する罪が最も重視されている。これに対して、生活領域別に刑罰法規の機能面に着目した犯罪の分類を行うものとして、平川宗信『刑法各論』(1995年)。

(2) 保護法益に関する最近の論考の例として、嘉門優「法益論の現代的展開 — 法益論と犯罪構造 —」國學院法学44巻4号(2007年)97頁以下、松宮孝明「法益論の意義と限界を論ずる意味 — 問題提起に代えて —」刑法雑誌47巻1号(2007年)1頁以下、嘉門優「法益論の現代的意義」刑法雑誌47巻1号(2007年)36頁以下、嘉門優「行為原理と法益論」立命館法學2009年5・6号(2010年)192頁以下。さらに、日本刑法学会第88回大会(2010年)研究報告の嘉門優「法益論の現代的意義」。

(3) 最近の刑事立法の動向について検討を行ったものとして、井田良「最近の刑事立法をめぐる方法論的諸問題」と松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号(2008年)54頁以下。

(4) 処罰の拡大化・早期化の例として、不正電磁的記録カード所持罪(刑法163条の3)、特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律(ピッキング防止法)、金融機関等による顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律(その後、犯罪による収益の移転防止に関する法律に引き継がれている。)等がある。処罰の早期化を含む刑罰積極主義について述べたものとして、井田良『変革の時代における理論刑法学』(2007年)11頁以下(第1章 社会の変化と刑法)。

(5) 経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪は、歴史的に新しい犯罪形態であり、特別刑罰法規の改正や新設、法定刑の変更が頻繁に行われており、刑事処罰の範囲や程度が安定していない領域であり、解釈論上の視点として保護法益論がどのような機能を持ち得るのかが問題とされる犯罪形態である。

(6) 前掲(2)に上げた最近の論考以外の保護法益に関する論考の例として、伊東研祐『法益概念史研究』(1984年)、甲斐克則「刑事立法と法益概念の機能」法律時報75巻2号(2003年)7頁以下、高橋則夫「刑法的保護の早期化と刑法の限界」法律時報75巻2号(2003年)15頁以下、曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』(2004年)43頁以下。

(7) 個人的法益に対する罪の多くは、殺人罪や傷害罪や窃盗罪を初めとして、侵害犯である。危険犯は、遺棄罪や名誉毀損罪等に限られている。

(8) 最判昭和51年4月30日刑集30巻3号453頁。さらに、ファクシミリが受信して印字した文書について文書性を肯定した広島高岡山支判決平成8年5月22日高刑集49巻2号246頁。

(9) 最判昭和44年6月18日刑集23巻7号950頁。

(10) 最決和56年4月8日刑集35巻3号57頁(交通事件原票中の供述書)、最判昭和59年2月17日刑集38巻3号336頁(再入国許可申請書)、最決平成11年12月20日刑集53巻9号1495頁(顔写真を貼り付けた履歴書)、最決平成15年10月6日刑集57巻9号987頁(国際運転免許証に酷似した書面)等。

(11) 学説においても通説であるとされる。なお、信頼保護説によると、職務の公正に信頼を寄せる国民の側からは、当該公務員が職務として影響を与えるように感じられるか、という点が重要な要素となるであろう。

(12) 最決平成元年5月1日刑集43巻5号405頁。

(13) 判例はこの問題について明確な立場を示していないが、関係する判例として、最判昭和33年3月19日刑集12巻4号636頁(親の所へ連れて行くと騙して車に乗せたケース)、最決昭和38年4月18日刑集17巻3号248頁(強姦目的を隠して原動機付自転車荷台に乗せたケース)。

(14) 大型の経済事犯の多くは最終的には詐欺罪の適用を受けることが多く、詐欺事件は経済刑法の主要な領域であるとされている。神山敏雄他編『新経済刑法入門』(2008年)16頁。

(15) 詐欺罪に関する最近の最高裁判例について、主として財産的損害という視点から検討を行ったものとして、上罵一高「詐欺罪の課題と最近の最高裁判例」刑事法ジャーナル13号(2008年)61頁以下。

(16) 最高裁民事判例(最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁)が明らかにしている。この民事判例に対する理解の仕方が、誤振込金の引出しに関する刑事法の解釈論に影響を与えている。財産犯の分野における民事法と刑事法の関係という問題でもある。

(17) 最高裁決定に対して批判的なものとして、門田成人「最新判例演習室 — 詐欺罪の限定解釈におけるループホール」法セミ2010年10月号(2010年)139頁は、詐欺罪はセキュリティ保護の罪ではないとしている。

(18) 詐欺罪の保護法益として社会的法益を含めようとするものとして、長島敦『刑法における実存と法解釈』(1986年)117頁以下。

(19) 木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」法曹時報60巻4号(2008年)1頁以下は、詐欺罪に関する最近の判例の検討を通して、消費者保護の強化、騙す側の行為の悪質性の高さ、一般人により見抜けない欺罔行為の高度化を上げて、詐欺罪の処罰範囲は拡大せざるを得ないとしている。

(20) 例として、臓器移植法(1997年)、組織的犯罪処罰法(1999年)、不正アクセス禁止法(1999年)、児童買春・児童ポルノ処罰法(1999年)、クローン技術等規制法(2000年)、あっせん利得処罰法(2000年)、ストーカー規制法(2000年)、配偶者暴力防止法等(2001年)。

(21) 経済刑法に関する本格的な研究書として、芝原邦爾『経済刑法研究 上・下』(2005年)。経済刑法の分野における諸問題を網羅的に取り上げたものの例として、前掲(14)『新経済刑法入門』。経済刑法に関するこれまでの議論を振り返ると共に今後を展望するものとして、島田聡一郎「経済刑法」ジュリスト1348号特集「刑法典の百年」(2008年)94頁以下、川崎友巳「経済刑法」法律時報81巻6号(2009年)74頁以下。経済刑法の分野の判例を網羅的に収録したのものとして、芝原邦爾他『ケースブック経済刑法〔第3版〕』(2010年)。さらに、「特集 経済活動と刑法」刑法雑誌47巻2号(2008年)234頁以下(日本刑法学会第85回大会(2007年)共同研究)。

(22) 伊東研祐「会社法罰則と背任罪(刑法247条)解釈の視座」刑事法ジャーナル17号(2009年)47頁以下は、特別背任罪は、資本主義市場経済の持続及び健全な展開・発展状況、そのための円滑な経済活動秩序の維持という社会法益を保護する罪であるとする。これと同趣旨のものとして、上田正和「対向的取引と特別背任罪の共犯」大宮ローレビュー3号(2007年)20頁。

(23) インサイダー取引の保護法益について、判例は、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保であるとしている。この他に、証券市場の公正性と健全性それ自体であるとする説(金融商品取引法1条の規定に忠実な考え方)、証券市場の公正性と健全性と共にそれらに対する一般投資家の信頼の確保とする説がある。

(24) さらに、東京高判平成21年2月3日高刑集62巻1号1頁〔村上ファンド控訴審判決〕は、「証券取引法167条2項の『決定』に該当するといえるためには、決定に係る内容(公開買付け等、本件でいえば、大量株券買集め行為)が確実に行われるという予測が成り立つことまでは要しないが、その決定にはそれ相応の実現可能性が必要であると解される。」としている。

(25) 包括条項(バスケット条項)の適用を行った判例として、最判平成11年2月16日刑集53巻2号1頁〔日本商事事件〕、東京地判平成4年9月25日判時1438号151頁〔マクロス事件〕。

(26) 相場操縦に関する主な判例として、最決平成6年7月20日刑集48巻5号201頁〔協同飼料事件〕、最決平成19年7月12日刑集61巻5号456頁〔大阪証券取引所オプション取引事件〕。

(27) 環境犯罪(環境刑法)に関する研究書の例として、伊東研祐『環境刑法研究序説』(2003年)、町野朔編『環境刑法の総合的研究』(2003年)、中山研一他編著『環境刑法概説』(2003年)。

(28) 環境犯罪の保護法益について整理したものとして、町野編・前掲(27) 80頁以下、中山他・前掲(27) 11頁以下、西田典之『環境犯罪と証券犯罪』(2009年) 67頁以下。

(29) 3判例について総合的な検討を行ったものとして、小名木明宏「廃棄物の処理及び清掃に関する法律違反3事件」刑事法ジャーナル10号(2008年) 157頁以下。

(30) 「特集・インターネット犯罪対策の現状と課題」刑事法ジャーナル15号(2009年) 2頁以下。ハイテク犯罪への対応について、犯罪捜査という観点から詳細に検討したものとして、大橋充直『図解・実例からのアプローチ ハイテク犯罪捜査入門 — 基礎編 —』(2004年)。

(31) ハイテク犯罪の現状について、『平成21年版 犯罪白書』(2009年) 34頁以下、『平成22年版 警察白書』(2010年) 74頁以下。

(32) 電子計算機使用詐欺罪について、システム(制度)そのものを保護の対象にすることに批判的な見解として、鈴木左斗志「電子マネーの取得」『刑法判例百選II各論[第6版]』(2008年) 116頁以下。

(33) これに対して、情報としてのわいせつ画像データがわいせつ図画に当たるとしたものとして、岡山地判平成9年12月15日判時1641号158頁。

(34) 同法についての逐条解説書として、『逐条 不正アクセス行為の禁止等に関する法律〔補訂第2版〕』(2008年)。

(35) 刑法典を初めとする刑罰法規から削除された犯罪(構成要件)は、刑事処罰によって保護されるべき利益が消滅したものといえる。

(36) 過失犯の注意義務に関する安全体制確立義務の考え方を示すものとして、最判平成3年11月14日刑集45巻8号221頁〔大洋デパート事件〕や最決平成5年11月25日刑集47巻9号242頁〔ホテルニュージャパン事件〕がある。

また、欠陥製品による人身被害についての刑事責任を認めた例として、横浜地判平成19年12月13日判タ1285号300頁とその控訴審である東京高判平成21年2月2日公刊物未搭載〔三菱自動車事件〕や東京地判平成22年5月11日公刊物未搭載〔パロマ事件〕がある。

(37) 「普遍的法益」であるとしてその問題性を指摘するものとして、松宮・前掲(2)、嘉門・前掲(2)「法益論の現代的展開」、曾根威彦・二本樹誠「企業犯罪と保護法益」『企業活動と刑事規制』(2008年) 25頁以下。

(38) 刑事制裁のみならず、行政制裁や民事制裁をも含めて制裁制度を詳細にかつ総合的に比較し検討するものとして、佐伯仁志『制裁論』(2009年)。

(39) 法益保護主義に関するドイツの議論状況を紹介するものとして、川口浩一「ドイツにおける法益保護主義批判とそれに対する反論」刑法雑誌47巻1号(2007年) 15頁以下。

(40) 松澤伸「企業犯罪の現状と企業刑法の構想」『刑法は企業活動に介入すべきか』(2010年) 46頁は、企業犯罪の多発という現実に対して、刑法は社会統制機能を発揮しなければならないとする。企業活動に起因して発生した事故について、直接行為者ではない企業の経営者に過失犯を成立させ

よととする最近の判例・実務は、過失犯における注意義務論(監督過失や管理過失)を通して事実上同様の効果をもたらすものである。

システム(制度)の安全と保護ということに対して否定的な見方を示すものとして、曾根・二本榎・前掲(37) 28頁。

