

「法益論」の再検討 (一)

奈 良 俊 夫

目 次

- 一 はじめに
- 二 考察の素材の提示
  - (一) 概観
  - (二) 最決平五・一〇・二九
  - (三) 速度違反罪をめぐる理論状況
- 三 問題点の所在
  - (一) 概観
  - (二) 法益の機能
  - (三) 法益の概念

(以上 本号)

四 法益論の現代的課題

五 法益論の再構成

六 結び

一 はじめに

「法益」の概念は、古くからわが国の刑法学における基礎的概念の一つとして承認されており、違法論を中心に種々の分野で重要な役割を果たしてきた。しかし、この概念については、ドイツ刑法学から導入されて以来、その内容およびその刑法理論上の機能を統一的・総合的に説明する定説（法益論）が形成されていないように思われる。<sup>(1)</sup>伊藤教授は、「現代にいわゆる法益侵害説は、法益概念の内実を如何に捉えているかという観点からすれば、周知の利益説や状態説を筆頭とした極めて多様な立場を含むものである。同じ法益という概念を用いながら内実が異っていて主張の明確性が欠けるということ、また、内実そのものも利益とか状態とか価値とかいわずに内容稀薄な曖昧なものであること、さらには、各論者の漠然とした内実規定がそれぞれの理論中で予定された機能を現実を果たし得るものであるかどうか疑問である場合があること」<sup>(2)</sup>を指摘し、刑法理論上多用されている「法益」の再検討の必要性を強調しておられる。筆者もこうした認識に賛同し、以下に、若干の試論的法益論を提示しようと思う。

かつて、宮本博士は、「憶フニ『法益トハ何ソヤ』ノ問題ハ我邦ノ法律学ノ師範タル獨逸刑法学ノ下ニ於テ由来重要問題ノ一タリシカ如ク我邦ノ夫レノ下ニ於テモ亦重要問題タルヲ失ハス 蓋シ法益論ノ研究ハ一面ニ於テ学問上不法性ノ阻却犯罪ノ個数法規ノ競合等ニ関スル總論的諸原則ナラビニ各本条ニ於ケル各論的諸原則ノ研究ニ密接ナ

ル關係ヲ有シ同時ニ學問トシテノ刑法學全体ノ組織體ノ構成ニ關シ缺クヘカラサル基礎ヲ與フルモノナルノミナラス又一面ニ於テハ裁判上ノ刑ノ量定ノ問題ナラビニ將來ニ於ケル立法政策上ノ諸問題ニ關シテモ亦極メテ重要ナル資料ヲ供スルモノナルカ故ナリ」と論じられたが、この見解は、行為無価値の思考あるいは近時有力な所謂實質的犯罪論からの批判を考慮するとしても、基本的には支持しうろと思われる。ただし、「法益」は、学説史的にみれば、中世以来の拡張された、あいまいな犯罪概念を理論的に限定するために刑法学に導入された概念であるから、これと連動する犯罪論は、主として古典的・自然犯的犯罪を前提として構成されており、現今の行政犯罪、経済犯罪、さらに、性犯罪あるいは環境犯罪といった新しい類型に適切に対応しきれないという限界を免れ得ない。たとえば、ゴールトシュミットは、行政刑法は刑事刑法（Kriminalstrafrecht）のように法益を保護するのではなく、国家の行政利益（staatliche Verwaltungsinteresse）を保障するにすぎないという見解を示し、法益侵害説の妥当領域に制約があることを強調しているのである（この点については、後に考察する。なお、三(2)の注(12)の文献一一八頁参照）。

本稿は、法益論の系譜をたどりつつ、その発展の軌跡を再検討し、現代的な理論構成の可能性方向を模索しようとするものである。

注

(1) 戦前の文献として、宮本英脩「法益論」（京都法学会雑誌二二卷三二頁以下、木村亀二「刑法における法益の概念」宮本還歴『現代刑事法学の諸問題』一頁以下

戦後の代表的文献として、日沖憲郎「法益論」刑事法講座一卷一二五頁以下、小暮得雄「違法論の系譜と

法益論「法協八〇巻五号三九頁以下、内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開(一)(二)」都立大学法学会雑誌六巻二号二二三頁以下、同七巻一号三一九頁以下、伊東研祐『法益概念史研究』

なお、個別的な論点にかかわる詳細な文献は、以下の論述の各個所で注記する。

- (2) 伊東研祐「刑法における法益概念」刑法基本講座一巻三三三頁以下
- (3) 宮本英脩「法益論」京都法学会雑誌一二巻三三二頁

## 二 考察の素材の提示

(一) 前述の如く、宮本博士は法益論が刑法に関する総論的ならびに各論的諸原則の研究に密接な関連を有し、同時に刑法学全体の組織的構成に欠くべからざる基礎を与えると論じられたが、法益がいわゆる総論的諸原則にかかわる問題として、不法論および罪数論・犯罪競合論を特に明示しておられる<sup>(4)</sup>。筆者もこの認識の妥当性を信ずるものであるが、現今の状況は、一般に自然犯と呼ばれてきた範疇を超えた新しい性格の犯罪形態の増加に伴い、近代刑法の伝統的理論が大きな修正を必要としていることを示していると思われるので、この観点から、改めて法益論の意義を再検討してみたいと考え、その考察の素材として宮本博士が指摘された罪数問題を選んでみたのである。

右に言及した新しい犯罪形態の一つに、いわゆる行政犯があり、近時、行政法規における罰則の拡大・強化の傾向は著しいものがある<sup>(5)</sup>。ところで、行政犯については、そもそも行政犯は刑事犯とはその性質を異にするという有力な見解が古くからあり、また、その類型ないし罪質も、行政目的の作為命令に違反する不作為犯、行為のみを構成要件要素とする単純行為犯(挙動犯)、法益に対する抽象的危険の発生のみを要件とする抽象的危険犯などが

あって、罪数問題を検討するに際して考慮すべき背景は極めて複雑である。以下に、本論文の論旨を展開する端緒として、高速道路上における連続した二個の速度違反事実の罪数に関する一連の判例を採りあげてみたい。

注

(4) 前出注(3)参照

(5) たとえば、道路交通法の附則による「罰則等に関する経過措置」の流れからもこの動向の一端をうかがうことができる。また、いわゆる経済刑法の分野についても、「商法及び株式会社の監査役等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律」（平成九年二月三日施行）、「罰則の整備のための金融関係法律の一部を改正する法律」（平成九年二月三日施行）などが例として挙げられるであろう。

(6) 福田平『行政刑法（新版）』二〇一頁以下

(7) 中谷雄二郎「罪数の判断基準(上)——行政犯を中心として」判例時報一二四二号三頁以下など参照

(二) 最高裁判平成五年一〇月二十九日決定（刑集四七・八・九八）

(1) 事実の概要

被告人は、名神高速道路上を普通乗用自動車を運転中、平成元年九月二四日午後一時二分ころ、A地点において、指定最高速度八〇キロメートル毎時のところ一四五キロメートル毎時で進行したため、速度違反自動取締装置により撮影されたが、それに気付くことなく進行を続け、同日午後一時三分ころA地点より約一九・四キロ離れたB地点において、指定最高速度七〇キロメートル毎時のところ一六〇キロメートル毎時で進行し、再び自動取締装置により撮影された。その間、途中の急カーブで一〇〇キロメートル毎時ないしそれ

以下に減速したほかは、一四〇〜一六〇キロメートル毎時の速度で進行を続けた。

以上の事実のうち、A地点における速度違反につき、簡易裁判所において罰金一〇万円に処する略式命令を受け、同命令は平成二年一月五日に確定した。他方、B地点での違反につき大阪地裁に公判請求がなされた。

(2) 第一審判決(大阪地判平二・五・八)  
(判時一三四五・一六〇)

「本件公訴提起にかかる速度違反と前記二記載の速度違反(A地点における違反―筆者注)とは、……日時・場所を異にしており、また、進行速度および速度超過の程度も多少相違がみられ、さらに、被告人は途中約四キロメートルの急カーブでかなり減速して進行して……少くとも甚だしい速度違反の状態は右急カーブの地点で一旦解消されたといえるから、右各速度違反は一応別個の行為であると甚だしいと認められる。しかし、被告人の速度違反の動機は……右各地点間の全行程を通じて一貫しており、また、右各地点における進行速度差は一五キロメートル、速度超過の差も二五キロメートルに過ぎず、右各速度違反の日時・場所も、時間にして一〇分、距離にして約一九・四キロメートルと比較的接近しており、さらに、被告人は、……急カーブで前記認定の速度に減速して進行した以外は、終始時速約一四〇ないし一六〇キロメートルの高速で進行し、しかも右減速進行した理由は急カーブという自然的・物理的障害によるもので、右急カーブの地点で客観的には甚だしい速度違反の状態が一旦解消されるとはいえ、右地点で速度違反の犯意の断絶があった、すなわち、当初の速度違反の犯意が右地点で一旦解消され、右地点を過ぎる直前あるいは右地点を過ぎてから、新たに甚だしい速度違反の犯意が発生したと見るのは困難であるから、右二個の速度違反は、時間的・場所的に比較的接近した地点において、包括的犯意の下になされたものとして、包括一罪と評価するのが相当である。……従って、本件公訴事実については、包括一罪の一部につき既に確定判決があったことになるから、……刑訴法三三七条一号により、被告人に対し、免訴の言渡しをすることと

する。」

右判決の論旨は、①右各速度違反は一応別個の行為と認められる、②二個の速度違反は時間的・場所的に比較的  
 近接した地点において、包括的犯意の下になされたものとして、包括一罪として評価するのが相当である、という  
 ものであり、それぞれの根拠は、前者については、二個の速度違反は日時・場所を異にしており、また、進行速度  
 差（一五キロメートル）および超過速度差（二五キロメートル）が存在し、かつ、急カーブ通過中の減速により甚  
 だしい速度違反状態が一旦解消したことを挙げ、後者に関しては、動機の同一性、両地点における進行速度差ない  
 し超過速度差の僅少性、さらに、途中減速進行理由の自然的・物理的障害性が摘示されている。しかし、この判決  
 では、罪数評価の基準についての詳細な説明はなく、また、罪数と法益との関係に直接的な言及はない。

(3) 控訴審判決（大阪高判平三・四・一五六）

「思うに、道路交通法が公安委員会によって車両の最高速度を規制することができるとした趣旨にかんがみ  
 と、道路において車両の高速走行がもたらす危険の防止は、道路の個々具体的な状況に即して図られるべきもので  
 あるから、指定最高速度を超過して走行すればその危険が生じたものといわざるを得ない（道路交通法一条、四条参  
 照）。したがって、指定速度違反の所為は、その性質上、ある程度の時間的幅、ひいては場所的移動を伴うことを否  
 定できないとしても、いわば一時的、局所的なものとして把握されるべきものであって、車両を運転中、その走行  
 速度が指定最高速度を超えたときには、速度違反の罪が直ちに成立すると解するのが相当であり、このような運転  
 が一定時間以上継続し、あるいはその場所的移動が一定距離以上にわたることは、右罪の成立のために必ずしも必  
 要ではなく、また、他方、こうした速度違反の走行が継続する限り一罪が成立するにとどまると解するのも相当で  
 ない（なお、これらのことは、法定最高速度違反罪についても同じであると解される。）。

もっとも、こうした速度違反の走行が継続した場合に、事案によっては、これを包括して一罪として処罰する余地のあることまで否定できないにしても、道路の個々具体的な状況等に照らし、新たな危険を生ずるに至らめたと認められる場合には、犯意を新たにしていることも明らかであって、当然別罪を構成し、そのような場合にまで包括的に一罪として処罰するのは相当でない。」

「これを本件についてみるに、前示認定のように、第一現場（A地点：筆者注）と第二現場（B地点：筆者注）は同じ名神高速自動車国道本線上り線路上にあり、その間の距離も一九・四キロメートルであって、これは、高速自動車道でも決して短いものとはいえず（時間差は一〇分であるが、高速になればなるほど短縮されるので、問題とする余地は少ない）、その間にはインターチェンジ二箇所、ジャンクション一個所、トンネル二箇所のほか上り坂、下り坂、左右のカーブ、等があり、第一現場における速度規制の目的が主として吹田インターチェンジや吹田ジャンクション及びその前後における危険の防止にあるのに対し、第二現場における規制の目的が主として……トンネルに高速で進入することから生じる危険の防止にあることは見易いところであるから……第二現場における本件速度違反により、新たな危険が生じたといわなければならない。」

「前示認定のように、第一現場と第二現場の間に前示のような道路状況に加え、多くの速度規制標識、その予告板、その他の警告標識、注意看板等のほか、速度違反自動取締りの警告予告板まで設置されているのであるから、第一現場通過後、被告人において、こうした道路状況や標識等を視野に入れ、その趣旨を理解しつつ、アクセル、ブレーキ、ハンドル等を操作することによって自車を規制超過の高速で進行させ第二現場を通過したのであることは被告人の前示原審等供述に照らしても推認するに難くない。本件速度違反と別件速度違反が犯意の点でも単一であるとは到底認められず、犯意を包括して一個と評価するのも相当でない。なお、原判決が一罪評価の根拠の一つ



にしている動機の同一性は右認定判断を左右するものとはいえない。」

「以上の次第で、本件速度違反は、別件速度違反と包括して一罪と評価する余地は全くない。本件速度違反罪は、別個独立の罪として成立し、別件速度違反の罪とは併合罪の關係にあると解するのが相当である。」

本判決の論旨は、①高速走行による危険の防止は道路の個々具体的な状況に即して図られるべきであるという前提に立ち、②指定速度違反の所為は、いわば一時的・局所的な性質のものとして把握され、指定最高速度を超えたときは速度違反の罪が直ちに成立する、③道路の個々具体的な状況等に照らし、新たな危険を生じさせたと認められる場合には当然に別罪を構成する、との通則を提示したうえ、④本件においては、A地点とB地点では防止すべき危険の意味が異なる（前者ではインターチェンジ、ジャンクションおよびその前後における危険、後者ではトンネルに高速で進入することから生ずる危険）から、B地点での本件速度違反行為により新たな危険が生じており、また、両地点間の道路状況を見ると、多くの速度規制標識、自動取締りの警告予告板等が設置されているのであるから、被告人はこれらを意識しつつB地点を前記速度で運転したと推認でき、両速度違反が犯意の点でも単一であるとは認め難く、したがって、問題となっている二個の速度違反を包括して一罪と評価する余地は全くない、というものである。

右の理論構成を法益の観点からみると、速度を規制する「趣旨」は、車輛の高速走行がもたらす「危険」の防止と説明する部分に用いられている趣旨および危険の意味と法益との関係、また、複数の速度違反行為を包括評価するか否かの基準とされている「新たな危険」の基礎となる危険の内実と法益との関係、さらに、速度違反罪の性質について、この罪の成立には違反運転が一定時間以上継続し或いはその場所的移動が一定距離以上にわたることは必要でなく、他方、速度違反の走行が継続する限り一罪が成立するにとどまると解するのも相当でないと説示する

部分に用いられる「継続」——継続犯——の意義と法益の関係、の三点が問題であろう。

(4) 上告審決定

「……本件においては制限速度を超過した状態で運転を継続した二地点間の距離が約一九・四キロメートルも離れていたというのであり、前記のように道路状況等が変化していることにかんがみると、その各地点における速度違反の行為は別罪を構成し、両者は併合罪の関係にあるものと解すべきである。」

なお、藤島裁判官の補足意見は概ね以下の通りである。

「自動車の運転は、ある程度の時間的な経過と場所的な移動を必然的に伴うものである。このような自動車運転本来の性質を念頭におき、道路における危険を防止し、交通の安全と円滑を図り、道路の交通に起因する障害の防止に資することを目的とする道路交通法が具体的な道路事情に応じて最高速度を制限し、その違反を処罰するものとして、あることにかんがみると、ある二地点間を速度違反の状態に於いて最高速度を制限し、その違反を処罰するものとして、一個の社会事象と観念されるときには、一個の速度違反の罪が成立するにすぎず、その間の運転行為が全体として一個の社会事象と観念されないときには、別個の速度違反の罪が独立して成立するものと考えられる。そして、ある二地点間の運転行為が全体として一個の社会事象として観念されるかどうかは、その間の距離、道路状況の変化とこれに伴う最高速度の規制、進行速度の変更等の運転態様など、諸般の事情を総合して判断すべきである。

これを本件についてみると、(1)地点と(2)地点(A地点とB地点……筆者注)とは約一九・四キロメートルも離れており、その間、道路状況が変化し、これに伴う異なった最高速度の規制がされており、被告人も進行速度を変更するなど運転態様に変化が認められるところから、右二地点間の速度違反の行為を全体として一個の社会事象と観念することは到底できず、両地点における速度違反の各行為について別個独立の速度違反の罪が成立し、両者は併

合罪の罪数関係に立つものと考える。」

本決定は、本件の如き具体的事実関係の下における二地点の速度違反の罪数判断は、両地点間の距離および道路状況等の変化を要素としてなされるという枠組を示し、それによれば本件の各違反行為は別罪を構成する旨の結論を導いているが、この判示は、少くとも、速度違反状態が続いていた場合には一個の速度違反罪が成立するに過ぎないとする見解を否定したものと見えよう。<sup>(8)</sup>しかし、本決定は罪数判断に当たって考慮すべき要素を具体的事案に即して示したに止まり、本件の場合に、なぜ包括評価が許されないのかという理由については、触れるところがない。これは、いわゆる事例判決の限界であろうが、この点、藤島補足意見が、運転行為が全体として「一個の社会事象」と観念されるときは一個の速度違反罪が成立するにすぎないと述べているのは、まさに本決定に対する重要な補足といえよう。ただ、「諸般の事情を総合して」なされる社会事象としての一個性・複数性の判断に、法益がいかに関わっているのかは明らかでない。

注

(8) 本決定に対する判例時報のコメント参照(同誌一四七八号一五九頁)。

(三) 速度違反罪の罪数をめぐる理論状況

(1) 判例の動向

右に検討した最高裁決定の結論と同様に、ほぼ同一態様での速度違反運転が継続したとみられる事案についても複数の速度違反罪の成立を認める旨を示した最高裁判例としては、昭和四九年一月二八日の第二小法廷決定があ

る。事案は、無免許運転中にA地点で速度違反(法定最高速度六〇キロメートル毎時のところを九〇キロメートル毎時で運転)を警察官に現認されて停止を求められた被告人が、一旦は減速しながらも無免許運転の発覚をおそれ再び加速して逃走し、A地点から時間にして約六分、距離にして五〜六キロメートルのB地点(法定最高速度六〇キロメートル毎時)で追跡してきたパトロール・カーに気づき、加速して逃走しようとしたが(このとき、追尾式測定により被告人車の速度は一〇二キロメートル毎時)逃げ切れずに停止したというものであった。最高裁は、「被告人につき……二個の速度違反の罪が別個独立に成立し、これらの罪と……無免許運転の罪は、刑法四五条前段の併合罪の関係にあるとした第一審判決の判断は、正当である」と判示した(刑集二八・八・三八五)。しかし、この決定は、上記事案のような速度違反行為を別個独立の罪として評価する理由については、言及するところがない。

高裁判例としては、大阪高判平成三・一・二九が注目される。事案は、A地点で法定最高速度(一〇〇キロメートル毎時)を超える時速一三八キロメートル毎時の速度で進行したため速度違反自動取締装置によって写真撮影された被告人が、これに気づかず、A地点から時間にして約三十分、距離にして約五九・四キロメートルのB地点で指定最高速度(八〇キロメートル毎時)を超える一五一キロメートルで進行したため再び速度違反自動取締装置によって写真撮影され、B地点の速度違反に対する公判請求中にA地点の速度違反に対する略式命令が確定したというものであった。大阪高裁は、「確かに、速度違反の行為態様は時間的・場所的に広がりのある運転行為に伴なうものであって、その性質上ある程度の時間的・場所的な継続性が生じることが否定し得ないところである。しかしながら、道路交通法における速度違反の罪の規定の趣旨は、当該道路の具体的状況(直線道路かカーブか、平坦な道路か坂道か、幅員が広いか狭いか、交通事故の少ない地点か多発地点か、交通量が少ないか多いか、歩行者が少な

いか多いか、など）に依じて、その個々の道路における危険を防止することなどにあり、したがって、速度違反の罪は運転行為の継続中における一時的・局所的な行為をその対象としているものと解せられる（なお、最高裁判所昭和五〇年五月二三日第二小法廷判決・裁判集刑事一九六号四五三頁参照）。そうとすれば、原判決がいうように、速度違反の罪はその最初の違法状態が一旦解消されない限りいかにそれが長くても継続的な一つの行為と評価すべきものであるとするのは誤りであって、二個の道路地点における継続した速度違反であっても、両地点の道路が社会通念上単一の地点と評価し得る範囲を超える場合には、二個の速度違反の罪が別個独立に成立すると解するのが相当である」と判示し、原判決を破棄している（高刑集四四・一・一）。

この判決の論旨は、通則的前提の説示において先にみた大阪高判平成三・四・一六とはほぼ同様であるが、速度違反罪の単復の判断基準として、「両地点の道路が社会通念上単一の地点と評価しうる範囲を超える場合には、二個の速度違反罪が別個独立に成立する」とみるところが、新たな危険と犯意の存否を要素として罪数を判断する上記判例とはやや趣きを異にしている。

この理論構成を法益の観点からみると、地点が異なれば法益も異なるという趣旨と読めば、価値的に把握される法益が異なる實在に体化化しているかという判断を経由して、法益侵害の数、したがって、犯罪の単復を決定する主要な要素の数を論定しようとする思考との近似性が認められると言えなくもない。しかし、判示は簡易に過ぎ、その背景は必ずしも明らかでない。

右高裁判決の原審である大阪地裁の平二・五・一五判決（小島吉晴「速度違反罪の性質と連続して行われた二個の速度違反罪の罪数関係」研修五〇五号四九頁以下より引用）は、「もともと速度違反の罪においては、時間的、場所的に限定されたいわば一時的、一場所的な行為がその対象となっているが、同罪もある程度の時間的継続と場所

的移動を伴う点で継続犯であるから、速度違反の状態が継続している限りいかにそれが長くとも単純一罪であると解すべきである」とし、「速度違反の状態が一旦解消されたとしても、それは一時的なものであった」と考えられるから、両地点における速度違反は「同一の動機に基づく速度違反の包括的犯意の下に、同じ高速自動車国道でなされたもので、走行速度自体の違いも一三キロメートル毎時にどまっていることなどの事情にかんがみれば、両地点の違反を包括して一罪と評価するのが相当といふべきである」とあり、B地点での速度違反は、A地点の速度違反と「単純一罪あるいは、包括して一個の速度違反の罪を構成すべきもの」と結論づけている。

本判決の論旨の骨子は、速度違反罪の性質は違反状態が続いている限り一罪であるとする継続犯であるとの前提に立ち、それ故に、途中で一時的に違反が解消されたとしても、動機、運転方法、道路状況から推認して、前後の運転が包括的犯意の下になされたと判断されるときは、単純一罪あるいは包括一罪であるというものであろう。基本的な思考方向において本判決と前出の大阪地裁判決とは同一線上に位置づけられるが、速度違反罪の性質を継続犯と明示して一罪性を論じた点に、この判決の特色を認めうると思われる。

しかし、単純一罪と包括一罪とが簡単に並列されている点は、法益の視点からみれば、なお詳細に検討すべき問題であろう。単純一罪と包括一罪との理論構造の異同は、罪教論の重要論点の一つであり、そこに法益がいかにかわるかは、これまた、法益の機能に関する課題と思われるからである。

## (2) 学説の状況 (一)

連続走行中の速度違反の罪数問題をめぐる見解の相違は、①速度違反罪の性質(罪質)は継続犯か即成犯か、②包括一罪の範囲ないし包括評価の基準は何か、という二つの論点が交錯する場面に顕著に現われていると思われる。

たとえば、小田健司調査官は、前出（二）(三)①）最高裁昭和四十九年決定の判例解説で、「速度違反の罪は継続犯であるから、速度違反の状態が継続している限り、いかにそれが長くても一罪であることについては、疑問の余地がないであらう」とされつつ、この事案のように最初の速度違反状態が一旦解消されたことが明らかな場合に、時間的・場所的に接近した二個の速度違反行為を包括して一罪と評価しうるかどうかが問題であると指摘しておられる。その上で、同調査官は、最高裁が本件において二個の独立した速度違反罪を認め、これらを併合罪として処断した結論について、「速度違反の罪は、本来その場における違反行為を対象としており、その性質上包括的な評価に親しみにくいものであること、仮に包括的評価が可能な場合があるとしても、本件の如く……犯意を新たにして再度違反行為をした場合には、包括的な評価は困難であるとみられること、といった点が考慮されたのではないか」と推察されること<sup>9)</sup>の認識を示されている。小林充判事も上記判例の評釈において、「継続犯においては、違法状態が継続している限り単純一罪であり、これを速度違反罪についていうならば、速度違反の継続の間は、単純一罪である。しかし、速度違反という違法状態が解消し、新たに同じ違法行為がなされたならば、それは一般的には併合罪と評価されるべきであり、ただ、時間的場所的の近接性等からそれらを包括した一罪と評価できる場合もあるというべきであらう。……本件においては、一旦警察官の指示により減速徐行した後……再度違反行為をしたというのであるから犯意は別個であるとみられること、（両地点は）五〜六キロメートルはなれており（両地点における）違反速度も異なること等からみると、（両地点における）違反を包括した一罪と評価することは困難」であると述べておられる<sup>10)</sup>。前出の二つの大阪地裁判決は、ほどこうした見解（いわゆる継続犯説）と軌を一にする立場を採用したとみることができるが（特に大阪地判平二・五・二九においてこの傾向が顕著である）、これら二判決が包括一罪で処断する結論を示したことを契機として、実務上の処理における不合理性ないし困難性―たとえば、先に略式

命令が確定している場合には、より違反程度の高い後の違反行為を処罰しえず、これを回避しようとすれば、当該違反当日他の場所で速度違反を犯していないかを確認しなければならないことになる等—を實質的な理由として、速度違反罪は、無免許運転罪、酒酔い運転罪などは異なり、その性格を継続犯としてよりはむしろ即成犯として理解すべきではないかという主張が展開されるようになった。小島吉晴検事は、前記二つの大阪地裁判決をとりあげた判例研究において、「即成犯か継続犯かは、その保護法益侵害の結果との関係で分類されているものであるから、まず、速度違反罪の保護法益が何であるかを考察してみる」という前提を明示した後、道路交通法上の目的規定（同法一条）および最高速度の指定に係る諸規定の検討を経て、速度違反罪の保護法益は、「一般的な道路における危険の防止、交通の安全と円滑を図る等というのではなく、個々の道路における具体的な道路状況、交通量等に応じた当該道路における具体的な危険の防止、交通の安全と円滑を図る等というところなる」と整理し、こうした見地からは、当該地点を速度違反の状態で行進すれば、既に法益侵害の結果は発生しているのであって、速度違反罪は「継続犯ではなく、即成犯と解すべきではないかと考える」と結論づけ<sup>(1)</sup>ておられる。この考え方は、さらに、速度違反罪の本質を車輛の時間的移動である運転ではなく、その運転中における制限速度を超過して進行するという「運転方法」にあるとの認識と結びついて、制限速度を越えて運転する状態の実体を、「いわば即成犯が連続して起っているもの」とみることになる。小島検事のようにいわゆる即成犯説に立つと、前出大阪地裁の両判決は形式的には速度違反が二個成立するとの前提をとっているのだから、接統犯として二個の速度違反罪を包括評価したと理解することになるように、これまで見てきた事案の罪数決定に当たっては、次に接統犯の成立範囲を考察する順番となろう。同検事が接統犯の成立要件とみなしているものは、①構成要件の同一性、②行為の同種性、③被害法益の同一性、④包括的犯意の存在、⑤各行為の時間的・場所的接近性であるが、速度違反罪の性質を



即成犯と把える同検事の立場が特徴的に現われるのは、③、④の判断である（①については、法定最高速度違反と指定最高速度違反とは同一条文内の類型としてこれを肯定し、⑤については、自然的観察の下に社会的常識に従って判断するという）。すなわち、速度違反罪の保護法益は道路の各地点における具体的な道路の危険の防止であるとの前提に立てば、異なる地点での被害法益が同一である場合は極めて例外的であろうし、たとえ二個の違反行為が共に指定最高速度違反であっても、その道路状況によって指定されている最高速度が異っている場合（前出二）（②の大阪地裁判決の事案がこれに当たる）は、被害法益は同一でないことになり、また、即成犯説に依拠すれば、故意は道路上の各地点を定められた速度を遵守しないで進行するという認識もしくは認容であって、速度違反の状態が継続している限り、原則としてその故意は更新されていると解され、したがって、そもそも速度違反に関して犯意が単一もしくは継続しているというような包括評価は不適当だと考えるのであろう。池田茂穂論文も、<sup>12)</sup> 以上の見解には、同旨の理論を展開していると思われる。森本益之教授は、速度違反罪を継続犯と解すると、どこまでこの罪が継続するかの判断基準をめぐって混乱をきたすことになりかねず、無免許運転罪等とは明らかに性格を異にする速度違反罪は即成犯とみるのが妥当だと、<sup>13)</sup> 最高速度に違反した進行が社会通念上同一地点と評価しうる範囲を超えた場合はもはや別個の行為として評価すべきだとこの結論を導いておられる。速度違反罪を即成犯とみる見解は有力な支持を得つつあるといえよう。

しかし、一方において、いわゆる即成犯説に対する批判的立場も種々の観点から主張されている。

その一は、速度違反罪の保護法益を特定地点について考える即成犯説を採れば、現実には瞬間的な法益の侵害発生と終了を繰り返す数珠つなぎの犯罪を多くの場合に認めることになる指摘し、速度違反罪の保護法益には一定の幅をもったしきりがあるとみて、この罪を「限定的な継続犯」と性格づける池田耕平論文の立場である。<sup>14)</sup> そこで

予定されている「しきり」の枠として、守るべき速度、道路状況、交通量などが例示され、これらの変化によって保護法益をその都度異なるものになるというのである。なお、池田耕平論文は、速度違反罪を抽象的危険犯とみなしている点でも特色がある。すなわち、一般に法益侵害の状態の継続を予定して論じられてきた継続犯の意義が、ここでは法益侵害の危険の継続という意味で用いられているのである。概念の統一性という見地からも、この点は後に検討したい。その二は、速度違反罪の保護法益を「道路一般における危険の防止と交通の安全・円滑等」であるのとらえ、この罪は「即成犯としての性格と（不真正）継続犯としての性格を併せ有するもの」と理解する岡野光雄教授の見解である。同教授によると、速度違反罪は、一時的・一場所的に速度違反が認められれば直ちに成立することに異論はないが、当該道路が続く限り法益は連続して存在しており、速度違反を継続する限りそれに対する侵害が存在する―この意味で不真正な―継続犯としても把握されるべきものだと言われているのである。この見地からすると、一つの犯意で速度違反を連続して行う場合は単純一罪が成立することになり、一方、途中で速度違反の状態が解消したときは二個の違反行為が存在し、新たな犯意を認めるときは併合罪、包括的犯意の認められるときは包括一罪と解することになる<sup>15)</sup>。このような考え方は、二つの前記大阪地裁判決の認識と同一線上にあると思われるが、事実、岡野教授は、これらの判決の結論を支持しておられるのである。

以上の分析は、速度違反罪の性格（罪質）を継続犯と即成犯の対立という観点から捉えて、罪数問題についての異なる思考方向を整理しようとしたものであるが、各論者によって用いられている継続犯の概念は必ずしも統一されていないように思われる。池田<sup>16)</sup>論文が「限定的な継続犯」というときは、それは、諸種の要素により規定される（変化する）法益が同一と認められる限度で法益の侵害が続いている間は、違反行為は一罪を構成するとみているようであり、岡野教授の所説は、速度違反罪をその成立に関しては即成犯、その終了については継続犯と解してい

と思われる。この点については、速度違反罪との関連で継続犯の意味を明確に示した研究として丸山雅夫論文が参考になる。同論文は、規制速度を超えた時点でただちに速度違反罪が成立することを認めたとしても、同罪を「継続犯として把握することに何らの支障も存在しない」と主張し、この根拠を、継続犯は結果である法益侵害が発生して既遂に達した後もその状態が続く限り終了しない犯罪、いわば「既遂状態が継続する犯罪」とみることができると説明しておられる。その上で、同論文は、速度違反の状態が継続しているという範囲は、一つの行為による同一法益の侵害という要素で評価すべきだと結論づけている。<sup>(17)</sup>この立場からすれば、継続犯は単純一罪であるという命題を維持するために必要な論点は、行為（運転方法）の一個性と法益の同一性の二点に帰着することになる。同様の意味（速度違反罪の罪質の検討）で、「一定の限定的な範囲での継続犯」を提示する松原芳博論文も示唆に富むものである。同論文は、継続犯の概念には、犯罪成立に関する継続犯（犯罪成立に一定の時間的継続を必要とする）と犯罪成立後の包摂に関する継続犯の二義があるとしたうえで、本稿が素材としているような事案においては、後者が問題となるのであり、それは、一個の社会的象たる「進行」として場所的・時間的限界（範囲）をもつものと理解する方向を示している。<sup>(18)</sup>その上で、同論文は、継続犯における既遂後の包摂可能性（継続の限界）の基準を包括一罪における包括可能性の根拠と基本的には同一であるという認識に立ち、継続犯は「時間的に分断するならば、複数の同種法益侵害の連続と見ることができ、実質上、包括一罪としても理解しうる」という鈴木茂嗣教授の見解を援用しているが、連続犯と包括一罪の実質的同一視という構成は、速度違反罪の罪数を考察するうえで、なお検討を要する論点であろう。また、土本武司教授は、速度違反罪がいわゆる不真正継続犯に属することを前提とされながら、その一罪性の限界は、客観的には速度違反状態解消の事実、主観的には犯意が断絶し規範意識の覚醒があったことを基準要素として判断するという見解を示しておられるが、<sup>(20)</sup>ここにも、継続犯の意

義を具体化しようとする思考を読み取ることができるように思われる。

注

- (9) 法曹時報二七卷二号二一五頁以下
- (10) 小林充「無免許運転の所為とその運転中に行われた速度違反の所為との罪数―時間的に接近した二個の速度違反の事実が併合罪とされた事例」警察研究四六卷一―二号六三頁以下
- (11) 小島吉晴「速度違反罪の性質と連続して行われた二個の速度違反罪の罪数関係」研修五〇五号四九頁以下
- (12) 池田茂穂「速度違反罪の罪質と罪数が問題とされた事例」警察学論集四三卷八号一五〇頁以下
- (13) 森本益之「速度違反罪の罪数―時間的に近接した二個の速度違反の罪を包括一罪と解し、その一部につき略式命令が確定していることを理由として免訴が言渡された事例」判例時報一三六四号二三八頁以下
- (14) 池田耕平「連続走行中の二回の速度違反の罪数」研修五二〇号二五頁以下
- (15) 岡野光雄「速度違反罪の罪数に関する一考察」研修五三〇号三頁以下
- (16) 前注(14)の文献三二頁
- (17) 丸山雅夫「速度違反罪の罪質と連続してなされた速度違反の罪数」警察研究六三卷九号一五頁以下
- (18) 松原芳博「高速道路上を連続走行中に二箇所探知された速度違反行為の罪数」判例タイムズ八一―二号五〇頁以下
- (19) 鈴木茂嗣「罪数論」現代刑法講座三卷二九二頁
- (20) 土本武司「継続して自動車を運転した場合の二地点における速度違反行為の罪数関係」ジュリスト・平成

五年度重要判例解説一七三頁以下

(3) 学説の状況 (二)

これまでの検討は、継続犯説と即成犯説の対立という視点から速度違反罪の罪数処理にかかわる学説の動向を分析したのであるが、この罪の罪数問題にとって、右両説の対立は必ずしも決定的な意味をもつものではない。すなわち、二個の速度違反が時間的・場所的に近接して行われた場合、多くの学説は、継続犯説をとっても常に単純一罪あるいは包括一罪を解するわけではなく、併合罪の可能性を留保しており、また、即成犯説に立っても常に併合罪と解するとは限らず、包括評価の余地を残しているのであり、さらに、個々の道路の具体的な状況に応じて危険の防止を図るのが速度規制の趣旨であるとして、端的に高速道路における道路状況および規制態様という観点から速度違反罪の罪数を決定とすべきだとして、指定または法定の最高速度が異なるに至った場合には新たに犯罪が成立すると論ずる立場も存在するのである。<sup>(21)</sup>しかし、全体としてみると、速度違反罪の罪数問題は、結局のところ、包括一罪を認めることの妥当性如何という点に帰着するように思われるので、以下に、各論者の包括評価の方法について考察を加えてみたい。

小島検事、森本教授は、共に、速度違反罪を即成犯と解する立場を採ったとしても、事案の内容により、連続する速度違反を包括一罪とみる余地もありうると明言され、前者は「速度違反の場所の道路状況がほぼ同一であり、その最高速度の規制方法、規制内容も同一であり、かつ、二か所が極めて接近している場合」、後者は、「両地点の道路状況が同一であって時間的にも場所的にもきわめて接近している場合」に、例外的に包括一罪（接続犯）を認めて<sup>(22)</sup>いる。いずれの所説も行為の接近性を強調しているが、特に後説が「一回の処罰で臨むことの相当性」<sup>(23)</sup>を包括

の基準として重視している点は、包括一罪の理解にとって留意すべき指摘といえよう。

いわゆる限定的な継続犯説に立つ池田<sup>(26)</sup>論文も、継続犯の限界をなす同一法益の侵害という枠を超える二個の速度違反であっても、「数個の行為・結果の一括処罰」の意味での包括一罪の成立を認めうる場合を肯定され、その際の評価のしかたについて、「重要な要素は行為の時間的・場所的近接性である。なお、動機、認識などの主観的要素も付随的要素となり得るであろう」と説明している<sup>(27)</sup>。この立場は、前説と比較した場合単純一罪の範囲の設定の面では異なるものの(即成犯と限定的継続犯)、包括評価のしかたに関しては実質的に同一である。

不真正継続犯説の見地からは、包括評価の問題はどのように考えられているであろうか。岡野教授は、連続して測定された速度違反が前述の基準によって画される単純一罪としての継続犯の範囲を超えた場合―途中で速度違反の状態が解消したとき―は、併合罪であるが、包括的犯意が認められるときは、なお一罪(包括一罪)と解すべきだとされる<sup>(28)</sup>。継続犯としての単純一罪性が否定されても包括一罪の可能性が残るとする点で前記丸山論文もほぼ同様の見解をとっていると思われる<sup>(29)</sup>。しかし、この論文は、包括評価のための一般的要件として法益の同一性・単一性を挙げ、しかも、これを個別的・具体的レヴェルで問題にする点で、すなわち、速度違反罪に即していえば、各速度違反が同一の高速道路上のものであっても、各地点での許容最高速度が異なれば、法益の同一性・単一性は認められないとする点で、この罪の法益を一般的な道路交通の安全とみて継続犯の範囲を法益の同一性で画そうとする岡野論文とは、理論構成において隔りがある。(犯意については、行為者が自動取締装置による写真撮影に気づいていない場合などでは、その継続性は肯定しうると思われる)。上記二つの所説の対比は、当該犯罪の法益の理解如何が、罪数判断の構造に大きな影響を与えることを示しており、また、丸山論文が法益の同一性・単一性を「抽象的・一般的レヴェル」と「個別的・具体的レヴェル」に分けて考察している点は、法益の意義と機能の考察に有

益な示唆を与えるものである。また、速度違反罪を犯罪成立後の包摂に関する継続犯と性格づける前出松原論文<sup>(27)</sup>は、継続犯における包摂可能性と包括一罪における包括可能性とは根拠が基本的に同一であるとの前提に立ち、それを「社会事象としての一個性」に求め、さらに、その判断の具体的要素として、犯罪が加害行為であることから導かれる侵害法益の単一性ないし一体性、および、犯罪が意思活動の所産であることに由来する意思実現の一個性を指摘し、こうした構成は、一罪性の限界を不法・責任内容の単一性・一体性により画そうとする林幹人教授の見解<sup>(28)</sup>と同趣旨であると補足している。さらに同論文は、速度違反の取締に当たって、道路の個別状況を一々証明することは実際的でないとの見地から、法益侵害の単一性・一体性が認められる範囲を類型化してゆく方向を示唆して、先に鈴木義男教授が提案された<sup>(29)</sup>、法定または指定の最高速度が異なるに至った場合は別罪を構成するという基準の採用を支持し、意思活動の単一性の観点からは規範意識を新たに作る機会を得たか否か（取締装置による撮影に気づく、取締予告板の存在を認識する等）を基準とすることを主張している<sup>(30)</sup>。このような理論構成は、違（不）法の実質を法益侵害と把握し、かつ、法益侵害の数を想定して、これを罪数判断の基本要素の一つにしよとする思考、さらに、利益ないし生活条件として価値的に理解される法益がいかなる實在に体化しているかという判断経過を介在させることによって、法益と個数を結びつけようとする思考、と親近性を認めうるのではなからうか。

注

(21) 鈴木義男「速度違反罪の罪数」ジュリスト・平成三年度重要判例解説一五三頁以下

(22) 前出注(11)および注(13)の文献参照

(23) 前出注(13)の森本論文二四二頁

- (24) 前出注(14)池田(辨)論文三四頁
- (25) 前出注(15)岡野論文一〇頁
- (26) 前出注(17)丸山論文二六頁以下
- (27) 前出注(18)
- (28) 林幹人「罪数論」刑法理論の現代的展開二七二頁以下
- (29) 前出注(2)
- (30) 前出注(18)松原論文五四頁

### 三 問題点の所在

(一) 二の考察を通して気づくことは、罪数問題、しかも、速度違反罪の罪数という限られた分野においても、法益は各様の役割を担わせられて用いられており、さらに、用いられる「法益」の概念内容もまた、論者によって、速度違反罪の保護法益は、道路「一般における危険の防止、交通の安全・円滑等である」<sup>(1)</sup>、あるいは「個々の道路における具体的な道路状況、交通量等に応じた当該道路における危険の防止、交通の安全と円滑を図る等<sup>(2)</sup>」の<sup>(2)</sup>、と異って規定されているように、区々に理解されている事実である。詳論すれば、まず、罪数の判断に当って法益は如何なる機能を果しうるのか、果すべき機能はどのような根拠に基づいているのか、という観点の整理が必ずしも十分でなく、また、法益とはそもそも何か、という根本問題の理解に不統一さがみられるのである。特に後者の側面においては、道路における危険の防止、円滑な交通の確保などの立法目的と法益とが同視されているので



はないかという疑問が残り、加えて、道路一般と個別の道路の差が法益の違いに反映して（比喩的に表現すれば、保護されるのは、人の生命一般かA氏の生命という提示に似ている）。法益はある実在に関連してその内実が決まるとみてよいのかという迷いが生ずるのである。現今では、法益の内実について、「価値的法益概念」と「物的法益概念」の対立がみられ、あるいは、伝統的法益概念と「ヴェルツェルの意味での法益概念」の区別が提唱され、さらに、古くから、法益の内容について「利益説」、「状態説」、「法的制度説」などの見解が並立してきており、この領域での理論状況は混迷を称しうるほどである。

以下に、本論文の趣旨を示す意味で、法益論に内在する問題点を概観しておきたい。

注

- (1) 前出注(1)の小島論文五六頁
- (2) 前出注(15)の岡野論文七頁
- (3) 前出注(1)の伊東教授著書四〇九頁など
- (4) これらについては、後の考察で詳論する。

(二) 法益の機能

右に概観したように、法益概念は、その内実が不明確であり、多様な理解が可能な不安定かつ理論的根拠が整序されていない浮動的なものだと批判されながらも、刑法理論全体の中では、ほとんどの論者が、何らかの意味でこの概念を用いており、刑法理論における市民権（*Bürgerrecht in der Strafrechts dogmatik*）<sup>(1)</sup>を承認された概念とい

えよう。以下に、本稿の論旨を進めるための前提として、先に検討した素材(速度違反罪の罪数問題)と関連させながら、法益の犯罪論における機能の問題点を略述しておきたい。

(1) 二で採りあげた分野では、法益は、速度違反罪を継続犯、即成犯のいずれとみるかの区別の根拠として、さらに、包括一罪における包括評価の基準の要素として、用いられている。すなわち、法益はこの分野では、まず、ある犯罪の性質(罪質)を決める機能を果しているようにみえる。継続犯と即成犯の区別に法益がかゝわることは広く認められており、たとえば、団藤博士は、「保護法益侵害の結果との関係で、即成犯・継続犯・状態犯の三者を区別しなければならぬ。(1)即成犯とは、一定の法益侵害または侵害の危険が発生することによって犯罪事実が完成し同時に終了するものをいう(たとえば殺人罪)。継続犯とは、一定の法益侵害が継続するあいだ犯罪事実が継続するものである(たとえば監禁罪)。」と説明しておられる。<sup>(2)</sup>しかし、こうした定義に従った場合、「法益の侵害」および「犯罪事実」の継続の意味が必ずしも確定的でない。この点について、庄子邦雄博士は、構成要件上の行為の実現・完成に一定の時間的継続を必要とする犯罪を「真正継続犯」と規定し、既遂後に犯罪行為が継続する場合を「不真正継続犯」としてこれに對置しておられる。<sup>(3)</sup>前述の速度違反罪の罪質をめぐる論議のうち、継続犯説に立つ論者の多くが、こうした分析に依拠していることは明らかであろう。他方、庄子説によると、不真正継続犯と状態犯との差異は、犯罪行為終了(既遂)後における違法状態の継続を犯罪行為の継続と解しうるか否かという点に求めるべきであって、法益侵害の継続の有無に求めるべきではないとされるので、行為の完成に関する基準からは、即成犯と真正継続犯が、犯罪行為の終了に関する基準からは、即成犯と不真正継続犯が、それぞれ対応関係に立つことになり、即成犯と不真正継続犯とは、行為の完成(犯罪の成立・法益の侵害)に時間的継続を必要としない点では、共通の性質を認めることにならう。そうだとすると、速度違反罪においては、規制速度を超えて走行

する行為が、間断なく更新されているとみるか（即成犯）、どこまで継続するとみるか（継続犯）、が罪質の違いということになり、この点に関する法益の係りは、二(三)(2)で諸説が強調するほど重要ではないように思われる。

次に、先の検討で、二つの大阪地裁判決が採用し、学説もこぞって言及している包括一罪について、包括評価の基準として法益が用いられることの意味を考察しておきたい。包括一罪の概念は多義的で、学説上必ずしも統一的に理解されていないが、その要件として一般に掲げられるものは、被害法益の同一性・単一性、犯意の単一性・継続性、機会の同一性・接着性、方法（行為態様）の類似性、であり、なお、人格態度の同一性を考慮する立場も有力である。前出の検討において、岡野教授は、道路交通法その他の特別刑法の分野は特定の趣旨・目的の下で制定されているため、そこに規定されている各種違法行為は同一法益・侵害に向けられた行為と一般に解することができるとの認識の下に、通常列記される包括要件の中では、法益の同一性が特に問題であると指摘されているが、同様に包括の契機を被害法益の同一性に力点を置いて理解する論者は少くない。たとえば、中山善房教授は、包括一罪を、犯罪論としての罪数論に属する「包括的単純一罪」（結合犯・接続犯）と刑罰論としての犯罪競合論に属する「包括一罪（包括処罰犯）」とに分類されたうえ、前者は構成要件の解釈自体につき包括的な解釈・評価をする必要がある場合であり、そこでは構成要件一回充足の評価が中心であるが、後者には法的安定性と行為者の利益の調整を図る刑罰適用上の合目的性の要請から導かれる「処罰一回性」の原則が妥当し、その理由・根拠は「被害法益の一体性」に求めると説いておられるが、ここでいう法益の一体性は、ほぼ法益の同一性と同義と推測される。いわゆる包括一罪と法益との関係は包括一罪の理解のしかたの多様性にかかわらず、密接・不可分といってよいであろう。しかし、そもそも包括一罪とは何かという問題は、なお説明が不十分であり、包括一罪と法益との関係は後に改めて考察を加えたい。

ここで、より一般的に、法益概念は罪数論・犯罪競合論においてどのような機能を果しているか(さらに、果すべきか)を瞥見しておきたい。右の記述は、速度違反罪という特定の、しかもその性質が特殊な犯罪における罪数を対象としたものであるが、犯罪論全般にわたる法益の機能を確定するためには、より原理的な観点からの考察が必要だと考えられるからである。わが国では、犯罪の本質を法益(一般的には、法によって保護される利益・共同社会の維持に必要な前提条件・生活利益と理解されている)の侵害に求め、一方広い意味での罪数は、犯罪論で説かれる理論上の罪数と刑罰論で論じられる科刑上の罪数とに区別して考える方向が有力になりつつあるように思われる。こうした立場からすれば、犯罪の本質を追及する犯罪論上の罪数問題と刑罰適用上の合目的性に力点を置く罪数問題とは、それぞれ別個の指導原理に導かれることになり、法益は前者について有意義だとされるであろう。しかし、ここでは、法益の内実、法益侵害＝犯罪の本質とみる考え方の妥当性、犯罪論上の一罪性が問題となる形態の種類・範囲、一罪と数罪を区分するに必要な要素の選択基準が明確にならなければならない。なお、刑罰論上の犯罪競合論の指導原理を「処罰の一回性」の原則に求める見解をとっても、その実質的根拠を被害法益の一体性に置く理論<sup>(7)</sup>に立脚すれば、ここでも、法益は重要な機能を果していることになろうから、法益とは何かという上記の問題の解明は罪数論全般にとって不可欠である。

従来、犯罪の単複を区別する基準に関し、①行為説、②結果(法益)説、③意思説、④構成要件説が主張されてきたが、法益侵害説の立場は上記②と結びついていると思われる。こうした思考の先駆者、泉二新熊博士は、「法益侵害は実に犯罪行為の基本的要素を形成するものと言わざるべからず。故に犯罪の数を定むるには、犯人の為したる法益侵害が単一なるや否やを以て標準となさざるべからず」と自説を展開されたらうえ、①説に対し、「犯罪は行為なりというは犯罪と行為がその単位を一にす可きことを示すものに非ずして犯罪的決心が外部に表はるることを

必要とするの主意を示すに外ならず」との見地から、「この説は頗る機械的の見解たるを免れず」との批判を加えておられる。しかし、法益侵害説の論者が必然的に②説を採用しているとは限らず、リストの罪数論の構成は、犯罪は行為（人の意思に基因する外界の変動）であるから、一行為があれば一犯罪であり、立法者は例外として数行為を一罪とし、これに一個の刑を科すことができる（連続犯 Fortgesetztes Verbrechen、結合犯、集合犯、牽連犯 Mittel zur Begehung eines anderen Verbrechen）というものであり、<sup>(9)</sup>いわゆる行為説である。現代においても、法益とは、刑法によってその保護を保障された共同社会の生活利益（Lebensinteressen der Gemeinschaft）と規定し、この利益を特に危険な態様で侵害しかねない行為が刑罰により禁止されるのだと説くイエシエックも、発生結果（法益の危殆化・侵害―筆者注）の数に従った古い基準は、今日放棄されると論じているのである。<sup>(10)</sup>

罪数論における法益の機能は、法益概念の形成と変遷の過程を詳細にたどり、かつ、罪数の意味を明らかにし、改めて、考察を加えなければならないと思う。

(2) 右の検討は、法益の機能を罪数論との関連でみた場合の理論状況を略述したものであるが、法益の機能の第一は、広く承認されているように、犯罪による侵害の対象、見方を変えれば、刑罰法規によって保護されるべき客体としての機能である。木村亀二博士は、刑法的保護の客体は共通の性質を有する統一的なものとみることができるかという観点から考察される法益を「実体的・範疇的法益概念」と名づけ、これを、主として刑法の解釈方法において有する機能の側面からみた「機能的・目的論的法益概念」と対置し、前者に法益の根本的意義を認められたが、<sup>(11)</sup>この分析は、法益の機能に関する理論的基礎を提示したものといえよう。

沿革的にみると、法益（Rechtsgut）の前身である「法的な財（rechtliches Gut）」は、直接的には、犯罪を権利侵害と把握するフォイエルバッハの理論を批判する契機として「侵害（Verletzung）」の意味を検討した際に、侵害

されるものは権利ではなく、権利の対象すなわち「財」(Gut)であるという認識にもとづいて、ビルンバウムが犯罪論に導入した概念であり、一方、ビルンバウムは、これらの財を保障することが国家権力の本質であると考えている。したがって、かれによれば、事物の本性からみて犯罪とみなされるべきもの、もしくは、理性に従って国家において処罰されるものは、国家権力によってすべての人に同様に保障されるべき財に対する・人間の意思に帰責される侵害もしくは危険であると定義されることになる。<sup>(12)</sup>このような理論構成の基底には、宗教的・倫理的色彩を払拭し合理的に限界づけられた犯罪概念の確立を志向する思潮があったとみることでもできよう。その後、リストは、専ら行為を羈束すべき「規範(Norm)」の面から刑法をみるビンディングの所説に反対する立場から、刑法の任務は人間の共同生活に不可欠の条件ないし利益たる法益の保護にあるとみる見地を明らかにし、法益侵害の要素を基礎とする犯罪概念の確立を主張したが、法秩序の目的に反する法益侵害が窮極的に行為の違法性を決定するという、かれのいわゆる実質的違法論は、刑法理論における法益の意義を定着させた業績である。<sup>(13)</sup>この傾向は、法益の欠缺および優越的法益の保護の二原則によって一般的に違法性阻却を論ずるメッガーの見解などによってより深く刑法理論の中に浸透し<sup>(14)</sup>、現在でも多くの論者の支持を得ている。しかし、違法の本質理解については、ビンディングの流れを汲み、犯罪論における規範的側面を強調して、違法性を文化規範(Kultur Norm)として理解しようとするM・E・マイヤーの所説に連なる立場も有力であり、団藤博士は、犯罪を法益の侵害とするだけでは犯罪の規範的な意味は十分に明らかにされないと指摘し、「違法性とは、単に形式的にはなく実質的に、全体としての法秩序に反することである。実質的に全体としての法秩序に反するということは、法秩序の基底となっている社会倫理的な規範に反することにはかならない。M・E・マイヤーが文化規範の違反といっているのも、また、ヴェルツェルが社会的相当性の概念でこれを説明しているのも、かような意味で理解されるべきである<sup>(15)</sup>」と説いて、行為を羈

束すべき規範の面に着眼して違法性を規定する思考の流れの妥当性を強調しておられる。ビンディングもM・E・マイヤーも団藤博士も、違法の判断構造における法益侵害の契機を重視しているが（たとえば、ビンディングは、規範に対する不服従という外皮の中に財の侵害が核心として隠されていると論じている）、<sup>17</sup>しかし、この系譜に連なる論者の基本的認識は、違法を「規範」に対する違反ないし不服従と解するところにあり、生活利益（条件）として、その実在の基礎を現実の人間生活の場に持ちながらも窮極的には抽象化する法理念の「限界概念」と性格づけられる法益の侵害を違法とみる、リスト流の法益侵害説と、いわゆる規範違反説とは各々の理論上の立脚点が異なる。近時の法益論はややもすると抽象的で一般的な議論に終始する危険もあると指摘する批判があるけれども、<sup>18</sup>犯罪論の骨格を形成する原理論の考究を軽視することはできないのではないか。一例をあげれば、上記二つの立場の相違が、法益侵害を伴わない規範（法秩序の要求）違反は存在するかという問題について、法益の理解如何によつては、決定的な対立をもたらす可能性は否定できず、たとえば性刑法、環境刑法などの新しい法分野、さらには動物愛護などの新しい価値が関係する領域での罰則適用の是非をめぐる国民的合意の形成にとつて、いずれの立場がより合理的根拠を提示しうるかが問われるように思われる。

しかし、刑法的保護の客体を法益と規定し、違法性の本質（実質）を法益の侵害と理解する立場に対する根本的な批判は、独得の法益概念を前提としつつ、法益侵害に代えて行為無価値を核心に置く人的不法論を構成し、更に刑法の社会倫理的性格を強調するヴェルツェルの理論<sup>19</sup>であろう。目的的行為論を基礎とする人的不法論が結果無価値（法益侵害）に対する行為無価値の優越を主張するに及んで、法益侵害の契機は違法論の中核から追放される可能性が生じている。違法（犯罪）の実質を担うという性格をもつが故に、法益は法的概念として、同時に、各論の体系構築、構成要件の解釈、あるいは罪数などの分野に大きな影響を及ぼしたのであるが、もし、この性格を否

定されるところなら、法益には犯罪論の中でどのような機能が残されるのであろうか。前述の素材研究の部分に示した判例、学説は、暗黙の裡に法益侵害説を基底に置いているかの如くであるが、各々の立論からその根本思考を明瞭に読み取ることができないのである。

(3) 法益論の開拓者の一人であるリストは、「法律の目的論的考察」と法益との関連性を論じたのであるが、この思考は、刑法各則の体系化の基準となり構成要件に妥当な解釈を与える「立法的(規範の動機たる)保護客体 (legislatorisches (norm motivierendes) Schutzbjekt)」の概念を想定したベーリングの試み等を経由して多くの論者に引きつがれることになり、フランク、メッガー等も法益が解釈の指導原理になりうることを是認している。わが国にあっても、小野博士、武藤文雄学士が夙にこの点について鋭い指摘をされ、木村博士は、前記のように、「機能的・目的論的法益概念」の名称を付して、法益のもつこの側面をクローズ・アップしておられる。しかし、この傾向を過度に推進し、法益は犯罪の基盤 (Substat der Verbrechen) としての性質を失い、「刑法的解釈と概念構成の方法に対する指示 (Hinweis)」としての意味のみをもつものへ転換されるべきだと主張するシュヴィンゲやツィンマールの理論は、法益の有する本来的な機能を否定するものとして、伝統的な法益論の枠を超えていった点に留意する必要がある。

上述の如く法益の主たる機能をめぐる見解の対立が顕著になり、後述するように法益そのものの内実に関する理解が多様化している現在においては、法益のこの面での機能をめぐる理論は錯綜した状態にあり、改めて整理し直される時期が来ていると思われる。さらに、いわゆる「実質的犯罪論」の立場から従来の法益論に批判的な論者も、現実適合的な解釈論の展開と法益との関連に言及しているが、この点も今後の検討課題であると思う。

先に挙げた素材の中で引用した諸文献が、法益と速度違反罪の罪質(継続犯か即成犯か)とを関連させて自説の



妥当性を論証しようとしている思考も、法益の機能に関する右の分析を採用した結果とみられないこともないが、意識的な言及がなされていないだけに、この節の初めに記した罪数論に限定した法益の機能（伊東教授のいわゆる「各論的法益概念」）を念頭に置いたものか、必ずしも明らかでなく、法益の原理的機能の解明に遡って考察する必要性が痛感されるのである。

注

- (1) Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S.69.
- (2) 団藤重光『刑法綱要総論・第三版』一三一頁
- (3) 莊子邦雄『刑法総論』（第三版）一一九頁以下
- (4) 団藤・前掲書四四一頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（第三版）四七四頁など
- (5) 前出岡野論文九頁
- (6) 中山善房「第四五條〜第五五條 前注」大塚他編大コンメンタル刑法三卷一五頁以下、二六頁以下、四〇頁以下
- (7) 前出注⑥参照
- (8) 泉二新熊『改訂刑法大要論』一七八頁以下
- (9) 奈良俊夫「リストの法益論とその現代的意義(1)」法学新報八四卷一・二・三号三三三頁以下参照、Liszt・Schmid, *Strafrecht*, 25 Aufl. S. 335ff.
- (10) Jescheck・Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1996, S. 236, S. 710.

- (11) 木村亀二、前出注(1)の文献参照
- (12) Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 39ff., S. 45 ff.
- (13) Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14~15 Aufl., 1905, S. 139ff. なお、リストも『初版・ペンディングの所説の影響を受けて違法を規範違反と解していたが (Liszt, ZStW. 6, S.670)』その後、教科書第四版に至り、「すべからざる犯罪は法的に保護された利益に対する侵害を包含する。……法益自体に対する攻撃的規範が違法である」と説明を変更し (Liszt, Lehrbuch, 4 Aufl., S. 144)、『第一一・一三版において、「国家的規範に対する背反としての形式的違法」と「法的に保護された利益の侵害としての実質的違法」を対置させている (Liszt, Lehrbuch, 12~13 Aufl., S. 140)』。
- (14) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3 Aufl., 1949, S. 118ff.
- (15) M. E. Mayer, Lehrbuch, 1923, S. 180, S. 51
- (16) 団藤重光、前出注(4)一八八頁
- (17) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 3 Aufl., 1916, S. 54
- (18) 前田雅英「犯罪論の骨組み」法学セミナー四〇二号一〇七頁、木村光江『財産犯論の研究』三頁など
- (19) 伊藤研祐『法益概念史研究』二一九頁以下、アメルンクの前出注(12)の文献の§ 3の分析など参照。なお、ヴェルツェルの理論を略述したものととして、奈良俊夫「目的的行為論と法益概念」刑法雑誌二一巻三号一七頁以下
- (20) Liszt, ZStW. 3 (1886), S. 673
- (21) Bebing, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 213f.

- (22) Frank, Das Strafgesetzbuch, 18 Aufl., 1931, S. 6
- (23) Mezger, Deutsches Strafrecht, ein Grundriss, 1939, S. 23
- (24) 小野清一郎『刑法講義』八五頁
- (25) 武藤文雄『刑法における概念の規範的構成』六一頁以下
- (26) 木村亀二、前出注(1)の文献四三頁以下
- (27) 木村、前注(26)の文献四七頁以下、なま、Sina, Die Dogmengeschichte des Strafrechtlichen Begriffs, Rechtsgut, 1962, S. 130ff.
- (28) 前田雅英『刑法総論講義』七二頁で既に言及されている。

（未 完）