

英米刑法における「利益侵害論」

——エーザーの見解を中心として——

奈 良 俊 夫

目 次

序

- I 英米刑法学における「犯罪の本質論」の系譜
- II アメリカ判例にみる「利益侵害」の理論
- III 英米刑法学における「利益侵害論」の新しい動向
 - 1. ホールの理論が登場する背景
(以上 本号)
 - 2. ホール以降の新しい「利益侵害論」
- IV 英米刑法学における「利益侵害論」とドイツ刑法学における「法益侵害論」の対比
結び

序

日本およびドイツ法系の刑法学において、法益 (Rechtsgut) の概念は、「違法の実質は法益侵害である」という命題の支柱として刑法理論の中に深く根を下しており、近時、いわゆる行為無価値の理論からする厳しい批判を受けながらも、なお、犯罪の本質を規定する中核的な要素としての地位を維持していることができる。

しかし、英米刑法にあっては、この概念が刑法理論の場に登場してくることはほとんどなかったといってよいと思われる。ジェローム・ホールなどと共に、英米刑法学における利益侵害 (harm) の概念を重視する立場の代表的論客とされるミュラーは、「利益侵害の原理は、われわれの刑法の中で最も末発達の概

念である¹⁾」と卒直に認めており、本稿の基礎となる論文「犯罪概念における利益侵害の原理—法益の比較法的分析²⁾」の著者エーザーもまた、多くの近代ヨーロッパ刑法学とは対照的に、英米刑法学は法益侵害の理論に注意を払ってこなかったと述べている。たしかに、小暮教授が指摘されるように³⁾、固有の意義における違法性の理論がドイツ刑法学を主流とする特殊近代的な犯罪論の所産である以上、法系を異にし、そもそも理論的・体系的の研究に対する関心が希薄な英米刑法学⁴⁾が、本来の意味での違法論を持たないことは首肯できるのであるが、しかし、違法論が、学説史的には、犯罪の本質をめぐる論義が体系的に整序されて発展してきたものであるとすれば⁵⁾、英米法にあっても、犯罪の本質を何に求めるかという考察の中で、ある行為を犯罪たらしめる中核的要素に関する論議の系譜が存在しているに相違ない。犯罪と刑罰に関する理論と実践が各国の伝統的な実定法解釈論の枠を越え広く国際的な視野で普遍的に考究されねばならぬ時期にきている現今の情勢⁶⁾を念頭においたときに、ドイツ法、英米法という二大法系がその根底にどのような犯罪観をもっているのかを比較しつつ将来にわたって共通の認識を醸成することの可能性を探求してゆく研究は、困難であるが意義深い努力ではなからうか。

右のような問題意識に立脚して、両法系の犯罪概念をほぼ近代法の発展過程の軌跡にそって対照的に検討しようとした場合、基本的な視角の設定と分析の

-
- 1) Gerhard O. W. Mueller, *Criminal Theory : An Appraisal of Jerome Hall's STUDIES IN JURISPRUDENCE AND CRIMINAL THEORY*, 34 Ind. L. J. 220 (1951).
 - 2) Albin Eser, *The Principle of "HARM" in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests*, 4 *Duquensne Univ. Law Rev.* 345 (1966). 以下、Eser として引用。
 - 3) 小暮得雄「違法論の系譜と法益論」法学協会雑誌80巻5号(昭和39年)65頁。
 - 4) Eser, pp. 346—347.
 - 5) 小暮・前掲論文, 62頁, なおフオイエルバッハの「権利侵害論」からビルンバオムの「法的な財侵害論」を経て, リストが「法益侵害論」を実質的違法論の中核に置くまでの発展過程につき, Peter Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*. (1962) S. 9 ff., 内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開」都立大学法学会雑誌6巻2号49頁以下を参照。
 - 6) 刑法の国際化の傾向を鋭意研究されている森下忠教授の論策「国際刑法の新動向(国際刑法研究1)」(成文堂)は、この認識を根底に置いていると思われる。

手法について多くの示唆を与えてくれる先駆的研究として、われわれは前記エーザーの論文に注目する必要があると思われる。本稿はこの論策の紹介を兼ねながら、これに若干のコメントを補充する形式で、英米刑法の中にもドイツ刑法がその理論構成の骨格の一つとしてきた「法益侵害=犯罪の実質」とする思考に類似あるいは近接したものが認められるのではないかという観点からの考察の手がかりを探ろうとするものである。

I 英米刑法における「犯罪の本質論」の系譜

1. コモン・ロー上の犯罪に関する理論は、犯罪の本質をめぐる論議を体系上は違法論に収斂させ、違法の実質を法的に保護された利益としての法益を侵害することに求めつつ、なお、何が刑法による保護に値するかという観点から法益概念を緻密に分析してきたドイツ刑法学の基本的な発展過程⁷⁾と、ほとんど没交渉であったといわれており⁸⁾、近代イギリス刑法学における指導的な名著「刑法大綱 (Outlines of Criminal Law)」を公にしたケニーが犯罪の本質 (The Nature of a Crime) と題する章の下で私法上の不法行為 (tort) との区別という視点から犯罪の核心に迫ろうとしながらも、犯罪と不法行為とがしばしば同一の害悪の異なった側面として成りたちうるかぎり、行為それ自体の中に両者を区別する本質的契機を見出すことは困難であるとの結論に達し、両者は行為それ自体の性質によってではなく当該行為の服すべき法的手続 (legal proceedings) の差異のうちに求めなければならないとして、「犯罪は、それに対する制裁 (sanction) が懲罰的で、一般に王権 (Crown) によって赦免される場合のほか私人によっては宥恕されえない悪 (wrong) である」と定義した⁹⁾ 事実が示すように、英米刑法学においては、犯罪の概念は形式的に把握されるのが一般的な傾向であると指摘されている¹⁰⁾。実定法もまた、犯罪の定義を示す

7) ドイツにおける法益論の展開に関しては、前掲 Sina の論文のほか、Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (1972) が詳細に説明している。

8) Eser, p. 345.

場合には、ニューヨーク州刑法典にみられるように、「犯罪とは、法によって禁ぜられ、死刑・懲役刑……によって処罰されうる作為 (act) または不作為 (omission) である¹¹⁾」と極めて形式的に規定するに止まり、犯罪の実質的基礎を明かにしようとする配慮を示していない。こうした現象は、英米法がもつ強固な功利主義的伝統 (pragmatic tradition) と理論的・抽象的考察を必ずしも重視しない経験主義的思考方法を反映したものであると説明されているが¹²⁾、エーザーによれば、ブラックストン以来、英米刑法学の中にも犯罪の実質を、しかもドイツ刑法学が発展させてきた法益侵害論と極めて近似する「利益侵害 (harm)」の理論を採って、追及しようとする一つの底流が潜在していたとされる。伝統的なコモン・ローの犯罪論の中に利益侵害 (harm) の原理を導入したジェローム・ホール (Jerome Hall) の理論構成¹³⁾は上記の底流が顕在化した典型的な場合であり、また、近時、米判例において、行政法的な取締規定の著しい増加に伴い、当該法規に違反したとされる行為がはたして処罰に値するか否かを改めて判断しなおすケースが目立つようになっているが、この判断の構造は、何が一定の行為を処罰する根拠たりうるか、当該法規の予定する保護法益は何か、という問題の解決と軌を一にするものであって、ここにも、着実に培われてきた利益侵害思考の現われを見出しうるとエーザーは強調しているのである¹⁴⁾。

9) *Outlines of Criminal Law* (An entirely new edition. 1952) p. 539, ここでは、犯罪は刑法の侵犯であると定義づけた Austin の見解を不十分とはしながらも、結局、"Crimes are wrongs whose sanction is punitive, and is no way remissible by any private person, but is remissible by the Crown alone, if remissible at all". と修正 (modify) することしかできないと述べられている。

10) Eser, pp. 352—353

11) Section 2, *New York Penal Code*

12) Eser., pp. 346—347, 小暮・前掲論文65頁。

13) ホールの構想によれば刑法の基本原理は以下の7個の根本的な概念により成立しているとされる。すなわち、(1)メンズ・レア (mens rea), (2)行為 (act (effort)), (3)メンズ・レアと行為の結合 (同時存在), (4)侵害の結果 (harm) (5)因果関係 (causation) (6)処罰, (7)罪刑の法定 (legality), Jerome Hall, *General Principle of Criminal Law*, (2d ed.), 1960, p.18, 以下 Hall として引用。

14) Eser, p. 355, p. 395.

2. ブラックストーン (William Blackstone) は、私法上の不法行為と犯罪の差異を論ずるにあたって、私法、公法のいずれを侵犯するかという適用法による形式的な区別、私的権利、公的権利のいずれを侵害するかという各々の侵害結果の性質による区別、および、個人的損失の損害賠償による回復か公的な害悪 (public wrong) に対する処罰かという各法領域の目的による区別、の三方向から考察を行い、第一の観点から、犯罪は一定の行為を禁じ又は命じている公法 (public Law) を作為または不作為で侵犯することと定義したのであるが、第二、第三の観点から、すべての犯罪は個人にとって害悪 (private wrong) であるがしかしそれ以上のものであり、社会 (the community) にも影響を与えるのだと述べ、さらに、法は権利の確立とともに悪害の禁圧を目的とするものだという説明を補足している¹⁵⁾。ブラックストーンが明らかにした上記第一の観点からする定義はその後多くの学者によって引用され、犯罪を法の侵犯という形式的・抽象的な範疇として理解する英米刑法学の伝統をより一層強固なものにする契機となったのであるが¹⁶⁾、ホールやエーザーによれば、第二および第三の観点からの分析においてブラックストーンが導入した「害悪 (wrong)」の概念の背後には、犯罪の実質的基礎を追及しようとしたかれの思考方向が認められるということになる¹⁷⁾。犯罪は“private wrong”であると同時に“public wrong”であるという認識および“wrong”を損害ないし侵害 (injury) と同義に用いている概念規定のしかた¹⁸⁾から推定すれば、ブラックストーンには、犯罪を形式的な法の侵害としてのみではなく現実の共同体の生活に生ずる

15) Hall, pp. 240—241.

16) Eser, pp. 352—353. ここで例証として挙げられているのは、James Fitzjames Stephen, A General View of the Criminal Law of England 1 (1863) “A crime is an act of disobedience to a Law forbidden under pain of punishment”, McClain, Criminal Law 4 (1897) “A crime is an act or omission punishable as an offence against the state”, から、Burdick, Law of crime §70 (1946) “Crime is the commission...of any act, in violation of a public law either prohibiting or commanding it, and which is punishable by the offended government...” までの多くの学者の定義である。Wharton, Austin, Miller 等については、この注では省略した。

17) Hall, p. 241, Eser, p. 352.

18) Hall, p. 241.

侵害の結果を包摂するものとして理解しようとした傾向が存在したことを認めようであろう。

しかし、このようなブラックストーンの認識はその後の刑法学にほとんど採りいられることなく、犯罪を形式的に定義づける傾向が主流として現在まで継続することになったのであり、たとえば、オースチンは「犯罪は刑法の侵犯である¹⁹⁾」と述べ、比較的新しくはミラーが「犯罪は法が刑罰を科すという威嚇の下に禁じ又は命じている行為を作為または不作為でなすことである²⁰⁾」と、バーディックが「犯罪は当該行為を禁じ又は命じている公法の侵犯であり、かつ、公権力によって処罰されうるもの²¹⁾」だと説明している。犯罪の実質に迫ろうとしたケニーさえも、結局において前述のような定義に止まらざるをえなかったのである²²⁾。

3. 上述のような一般的趨勢にもかかわらず、犯罪を実質的に把握しようとする思考の流れが幾筋か着実に存在し続けたとエーザーは強調している。かれの分析によれば、これらはスティーブン (Henry John Stephen)、ビショップ (Joel Prentiss Bishop) を先駆とし、ジェローム・ホール、ミュラー (Gerhard O. W. Mueller) さらにはスナイダー (Orvill C. Snyder) に至る、伝統的なコモン・ロー理論の中で犯罪の実質を探求する方法をとってきた流れ²³⁾、社会学派 (sociological school) の系統に属し、ブラソール (Brasol) やパーキンス (Rollin M. Perkins) に代表されるように、法における形式主義の排斥と社会的アプローチの重視を主張する立場から、ある行為の社会に及ぼす危険性に着目して犯罪の概念を規定しようとする流れ²⁴⁾、さらに、刑法固有の観点よりむしろ憲法上の基本原理からの要請という見地から、必ずしも十分な根拠を認

19) Austin, "Crime is a violation of criminal law", Eser, p. 353 note 26より引用

20) Miller, *On Criminal Law*, p.16, (1934) "crime is the commission or omission of an act which the law forbids or commands under pain of punishment to be imposed by the state by a proceeding in its own name".

21) 前出 (注) 16を参照。

22) 前出 (注) 9を参照。

23) Eser, pp. 353—354.

24) Eser, pp. 353—354.

め難い処罰規定の増大に対する制約の論理として、刑罰を科すに値する（刑罰が有効な抑止力となりうる）行為はいかなる性質のものであるかを確定する方向から犯罪の実質に迫ろうとする、——たとえばスコット (Scott) のように、いわゆる「有用性の原理 (utility principle)」を基礎とする——流れ²⁵⁾、の三者に大別され、各々その源を異にしながらも、三者は全体として一つの大きな底流を形成しているということになる。

まず、第一の流れを追ってみると、犯罪を社会一般に対する有害な傾向 (evil tendency) という視点のもとにとらえられた権利の侵犯 (violation of right) と理解したスティーブンの立場²⁶⁾が注目される。小暮教授が指摘された如く²⁷⁾、こうした見解は、フォイエルバッハ流の権利侵害説に社会的な見地を加味したものであり、そこに大陸法的な犯罪の本質論—違法論へとつながる一つの契機を見いだすことが可能であろう。また、ビショップは、ある行為が犯罪として告発されるためには、当該行為が、個人とは区別された社会一般にとって侵害的 (injurious) なものでなければならず、あるいは、社会が関心をもたざるをえないような性質の害悪を個人に与えるものでなければならぬと論じ、犯罪における侵害的要素の重要性を力説しているが²⁸⁾、このような構想は、公共の財 (Gemeingut) ないし国家によってすべての人に同様に保障されるべき財 (Gut) の侵害のうちに犯罪の実質を見いだそうとしたビルンバオムの理論構成²⁹⁾と相当に近似した内容をもっており、イギリス刑法学における実質的犯罪概念の形成過程がドイツ刑法学の展開の軌跡 (フォイエルバッハ流の権利侵害説からビルンバオム流の初期法益侵害説への推移³⁰⁾) と年代的にも段階的にもほぼ対応

25) Eser, pp. 354—355.

26) Stephen, 4 New Commentaries on the Laws of England, p. 77 (4th ed. 1858)
“A Crime is a violation of a right; when considered in reference to the evil tendency of such violation, as regards the community at large.”

27) 小暮・前掲論文67頁。

28) Eser, p. 353, から引用。なお、出典についてエーザーは注で Bishop, Commentaries on the Criminal Law § 232, (5th ed. 1872) を挙げている。

29) Sina, a. a. O., S. 19 ff., Amelung, a. a. O., S. 39 ff.

30) 内藤・前掲論文66頁以下、なお、奈良俊夫「目的的行为論と法益概念」刑法雑誌21巻3号20頁以下、同「リストの法益論とその現代的意義」・法学新報84巻1・2・3号68頁以下。

する形をとっている事実は、最も根源的な問題に関しては法体系の相異を超越した共通の認識が存在しうることを示すものとして、多大の興味をひくものである。ジェローム・ホールは、この傾向をより論理的・哲学的な基礎に立脚して伸展させ、利益侵害 (harm) を犯罪に関する一般原理の一つと位置づけることによって、伝統的なコモン・ローの法理と融合した実質的な犯罪概念の定立を志向し³¹⁾、ほぼこれに成功したといえよう。ホールによれば、経験的・規範的な (empirical-normative) 認識方法によって諒解される「価値の損失 (loss of value)」が刑法学上の“harm”であり³²⁾、これがメンズ・レア、行為、行為とメンズ・レアとの結合、因果関係と共に犯罪の本質的要素を構成し、しかも、この“harm”は、犯罪的行為 (criminal conduct) すなわちメンズ・レアを実現する行為と刑罰による制裁との間の支点 (fulcrum) としての意義を有するのだと解説されているが³³⁾、かかる思考は、客観的に認識しうる価値を法益とみなし (法益は具体的・物的に把握しうる性質の対象とは截然と区別されている)、国家的規範に対する違反という形式的メルクマールではなく、この法益を侵害することに犯罪の本質を求め、なお、「法益侵害が犯罪であり、犯罪による侵害から法益を保護しその維持・促進を保障する手段が刑罰であるとするならば、法益は刑法上の最終的な二概念たる犯罪と刑罰の結合を可能にする」ものだという考え方を骨子とするリストの法益侵害説(実質的違法説の原型)³⁴⁾とかなり広い範囲で重なり合うのではなからうか。英米法における実質的な犯罪概念把握の流れの帰結をホールの理論構成に求めたエーザーの評価³⁵⁾は正鵠をえたものであると思われる。近時、ホールの見解はスナイダー、ミュラー

31) Eser, p. 354, p. 370.

32) Hall, p. 217.

33) Hall, p. 213.

34) リストが、いわゆる行為の客体 (Handlungsobjekt) と保護の客体 (Schutzobjekt) すなわち法益 (Rechtsgut) とを論理的に区別しようとした点につき、Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW. 6 (1886), S. 672 ff. Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, ZStW. 8 (1888), S. 151, 法益が犯罪と刑罰を結びつける統合概念だとみる点につき、ZStW. 6, S. 673.

35) Eser, p. 370.

によって強力に支持されるようになって³⁶⁾。

社会学的方法論を重視する立場から“harm”の概念を犯罪論に導入し、犯罪を実質的に規定しようとする傾向は、20世紀に入ってから注目されるようになったといわれているが、この立場をとる論者は、たとえばパーキンスが、犯罪を法によって限定され可罰的とされる社会的侵害の惹起と定義したように³⁷⁾、行為者に対する帰責可能性との関連で侵害 (social harm) の意味をとらえ、客観的な侵害結果そのものよりも、行為によって実証された犯罪者の危険性に力点を置いて犯罪を理解しようとする。パーキンスによれば、責任能力のない者あるいは宥恕すべき特殊な環境に置かれた者の行為は、たとえ侵害的な結果を発生させても、犯罪とはならず、一方、違法行為の予謀をなし又は他人に闘争をけしかけるとなことは、目的が達成されなくても、社会にとって侵害的 (socially harmful) であるということになる³⁸⁾。しかし、この系統は、社会学派の方法論に対する批判とあいまって、英米刑法の中にそれ程強くは浸透しなかったようにみえる。

前述の分類に従って大別した第三の流れ、すなわち、憲法的観点から無用・不合理な処罰規定の立法化と適用を制限しようとする志向の下に犯罪の実質的根拠を探究する理論は、後に検討するように、アメリカの判例の中に採用される場合が多い。スコットは、神経質になりすぎた立法者が憲法上の限界を超えないように配慮すること、特に、安易で根拠薄弱な刑事立法が不断に増大しつつある状況に制約を加えることが緊急の課題であるという問題意識に立ち、こうした法規を無効と宣言するためには従来 of 伝統的理論は不十分であるとして、犯罪における利益侵害の側面を大きくクローズアップさせ、有用性の原理 (utility principle) の刑法学における適用を通して犯罪の実質に迫ろうとした³⁹⁾

36) Mueller の見解は前出 (注1) の論文に端的に示されている。なお、Mueller, On Common Law Mens Rea, 42 Minn. L. Rev. 1043 (1958) を参照すべきだとエーザーは指摘している。Snyder, An Introduction into Criminal Justice (1953).

37) Perkins, Criminal Law (1957), p. 8.

38) Perkins, *ibid.*, pp. 5—8.

39) Scott, Constitutional Limitations on Substantive Criminal Law 29 Rocky Mt. L. Rev. p. 275, pp. 280—83 (1957)., ここでは Eser の指摘として引用 (Eser, p. 354, note 40).

と解されている。スコットが自説を支える重要な根拠とした判例の動向とその理論構成に関し、ミュラーは、判例が問題となった法規の有効性を否定した論拠は単に有用性の原理のみでなく同時に平等原理違反 (lack of equal protection) ないし適正手続条項違反の観点が含まれていると指摘し⁴⁰⁾、スコットの所説を批判しているが、価値的考察によって法的に保護される利益 (criminally protected interest) の憲法的基礎を究明しつつ、刑罰を科すに値する行為 (同時にそれは刑罰が有効な抑止力となりうる行為) はいかなる性質のものであるかを確定していこうとするスコットの見解は、コモン・ローの中に利益侵害という実質的要素が着実に浸透している一つの徴候 (symptom) と評価しうるであろう⁴¹⁾。ドイツ刑法学における法益侵害説 (実質的違法論) との関連でいえば、スコットに代表される上記の論理構成は、法益侵害の中に立法者の評価から独立した違法の実質を見出し、何が法益であるかを考究する論理が立法者に対する制限原理となりうることを示唆したリストの思考⁴²⁾と一脈通ずるところがあり、また、何を可罰的行為として刑法体系の中にとりこむべきかの決定を立法者の自由裁量に委ね、立法者による保護客体 (Schutzobjekt) の選択過程に対し何らの批判的機能をも担いえない形式的論理を排斥し、実体刑罰法規の定立による保護客体 (保護法益) の選択自体の正当性を批判しうるものとして法益および法益侵害の概念を強調したハッセマー (Winfried Hassemer) の構想⁴³⁾との親近性が認められ、さらに、憲法的な価値秩序と法秩序の関連を意識的に展開するザックスの見解⁴⁴⁾にも一部相通ずるものがある。

近時アメリカにおいて相当の影響をもつようになっている理論構成が、主として第一および第三の流れの発展であり、これらが、ドイツで成長し日本に移入された法益侵害思考と交錯する側面をみせることは、今後の検討に当って多

40) Mueller, *supra* note, at pp. 224—225., p. 225.

41) Eser, p. 355.

42) 奈良俊夫「リストの法益論とその現代的意義(一)」法学新報84巻1・2・3号53頁以下参照。

43) Hassemer, *Theorie and Soziologie des Verbreschens*, 1973, S. 19 ff.

44) Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in *Bettermann-Nipperdey-Scheuner*, 3 (2) *Die Grundrechte* (1959).

大の興味をひく点である。

Ⅱ アメリカ判例にみる「利益侵害」の理論

1. 学説の中にいわゆる「利益侵害」の理論を基礎に犯罪を実質的に規定してゆこうとする傾向が有力な思潮として存在していることは前記考察の通りであるが、ユーザーによれば、こうした傾向はむしろアメリカの判例の中で着実に、しかも強力に推進されてきているという。もちろん、判例が扱う事案は種々の問題点を重層的に含んでおり、したがって有罪・無罪の判断が必ずしも刑法に固有の理論のみでなされている訳ではなく、むしろ、平等原則、適正手続条項などの憲法的観点からの評価が重要な論拠となっている場合が数多くみられるのではあるが、根本的には刑法によって保護されるべき一定の利益の侵害が存在しないという価値判断に基づいて当該行為の犯罪性（可罰性）を否定したと諒解しうる例もまた相当数にのぼるのである。以下に、主としてユーザーの挙げる判例を参考に、ある程度の分類を行いながらアメリカの実践面における動向を追ってみたい。

2. 先ず、判例が、実定法規の形式的な適用を否定し、当該法規が保護しようとする利益の侵害の有無を考慮して行為の犯罪性（可罰性）を実質的に判断する傾向を示している例証として、ユーザーやミュラーが挙げるものの中から、対照的な2個のケースを紹介してみる。雑誌の発行者、編集者らが、大きな帽子をかぶり、サングラスをかけた若い女性が局部を布切れで覆っただけの裸体でいる姿をさし絵として雑誌に掲載したが、その布切れがアメリカの国旗であることが一見して明かであったので、国旗に対する侮辱を禁ずる州の法規に違反するとして起訴されたケースについて、イリノイ州最高裁は、当該法規の目的は国旗の侮辱によって公共の平穩という州の（ひいては連邦の）利益が害されることを禁ずるにあると解すべきところ、証拠によれば被告人らの行為によって公共の平穩が害されたとは認め難いから、被告人らの行為は犯罪を構成しないという趣旨の判示をし、有罪を言い渡した原審判決を破棄している⁴⁵⁾。この判旨は、裁判所が、国旗の尊厳ではなく公共の平穩を当該法規の保護利益と

みていること、および、保護利益の侵害がなければ犯罪は成立しないという前提をとっていることを示したものといえよう。一方、在日米空軍基地のクラブ支配人が、正規の業務に使用すると詐って輸入業者にウイスキーを納入させ、これを日本のブラック・マーケットに横流しした事件において、裁判所は、業者には何らの金銭上の損失がなかったにもかかわらず、被告人の所為を欺罔による盗取罪 (larceny by false pretence) に問擬している⁴⁵⁾。これは、裁判所が、金銭的な利益のみでなく広く財産上の利益を当該処罰規定の保護利益とみなしていること、および、特定の免許規則に反する売買によって免許を取り消される危険性を相手方業者に生じさせた被告人の行為は、上記の意味でとらえられた保護利益を侵害すると評価したことを示している。裁判所が、利益侵害の要素の重要性を意識して犯罪の成否を論ずるという犯罪観を採用している傾向を窺うことができよう。

次に、特定の法規が刑罰を科す根拠としては不必要ないし無用であるという観点から、当該法規に違反する行為の犯罪性(可罰性)を否定した判例の集積を概観してみたい。職業写真家は道徳的に善良な性格の持ち主であることが条件の一つになっている免許を受けねばならないという法規に反し、被告人が無免許で写真撮影業を行ったとして起訴された事件について、裁判所が、「法規は……公衆の健康、道徳、秩序、安全もしくは福祉一般に合理的、現実的かつ重大な関係をもたねばならず、また、公共の利益の促進と社会的侵害の防止にとって十分な必要性をもつ (reasonably necessary) ものでなければならない」という一般的基準を示した上で、免許を与える前に写真家の情緒的・道徳的資質を検査することは、一般の道徳的秩序の維持または公衆の道徳心の向上にとって不心要かつ無用と判示したケース⁴⁷⁾がまず注目される。この判決は、「立法は特定階層 (particular class) の利益ではなく全体としての市民の利益を目的としなければならない」という説示を含む点で、既得権者の独占的利益が法的

45) *People v. Rosen*, 13 Ill. 2d 68, 147 N. E. 2d 327 (1958).

46) *United States v. Rubinstein*, 7 U. S. C. M. A. 523, 22 C. M. R. 313 (1957), Eser, p. 401 note 253より引用。

47) *State v. Ballance*, 229 N. C. 764, 51 S. E. 2d 731 (1949).

な保護に値するか否かの問題を同時に包含するものではあるが⁴⁸⁾、いわゆる有用性の原理 (principle of utility) に立脚した理論構成の一典型と位置づけられよう。同様の系譜に属すると思われるものには、たとえば、青少年犯罪の抑制を目的として制定された未成年者夜間外出禁止条例違反を無罪とした判決⁴⁹⁾、公共の安全保持のためとして武器を隠し持っているとか常習的な法侵犯者だという評判のある者を処罰する法規の適用を否定した判決⁵⁰⁾などを挙げることができる。窃盗や売春をしている者だと評判のあることを知りながらこれらの者と交際することを禁ずる規定⁵¹⁾、教師が伝統的でない言語を教授することを禁ずる規定⁵²⁾は、社会的な侵害を防止するために必要かつ適当な手段として刑罰を用いることにならないと判断して当該法規の有効性を否定した諸判決もこのグループに加えてよかろう。いずれも、刑罰法規による処罰は、それが一定の侵害を禁圧するために必要かつ有効であるかという評価を経由して科せられるべきだという認識を基にしていると思われる。

3. 視点を変えて、立法者が刑罰法規を制定して保護しようとした一定の利益が、憲法の予定する基本的な価値体系の中で評価すると刑法上の保護利益にはなりえないとして、問題となった行為の利益侵害性を否定したケースをいくつかの類型に分けて検討してみよう。

エーザーの指摘によれば、刑事立法権の濫用 (legislative abuse of police power) を根拠に裁判所が当該取締法規の適用を拒否したと考えられる一連の判決の系統を見いだすことができるという⁵³⁾。たとえば、人が賃金を得るために雇用されているあらゆる合法的な事業ないし企業に損害を与え、干渉し、妨害を加え又は、これらの活動を停滞させようとする行為はすべて処罰するとい

48) “the legislation must have in view the good of the citizen as a whole rather than the interests of a particular class.”

49) *Alves v. Justice’s Court*, 148 Cal. App. 2d 419, 306 P. 2d 601 (1957).

50) *People v. Belcastro*, 356 Ill. 144, 190 N. E. 301 (1934).

51) *St. Luis v. Fitz*, 53 Mo. 582 (1873).

52) *Meyer v. Nebraska*, 326 U. S. 390 (1923).

53) *Eser*, p. 404.

54) *Carter v. State*, 243 Ala. 575, 1180. 2d 766 (1943).

う法規を無効とした例⁵⁴⁾、あるいは、あらゆるパンフレットの配布は市の免許を得て行わねばならないという市条例の適用を拒否した例⁵⁵⁾、さらに、白人と黒人、モンゴル系人種、マレーシア系人種との結婚を禁ずる規定は、何らの有益な目的を持たずに市民から結婚の自由を奪うものだと理由で、当該法規違反行為の犯罪性（可罰性）を否定した例⁵⁶⁾などがこの類型に属するといえよう。

次に、立法者の予定した保護利益がそれ自身としては刑法上の保護利益たりうる性質のものだとしても（この点で上記の諸判例の事案とやや趣きを異にする）、それらが関連する他のより高次の利益との対比において、結局は刑罰的な強制による保護には適しないと判断した判決のグループをみておきたい。ここでは、両親を処罰することで児童・生徒に国旗に対する敬礼を強要する州法の規定は、自己の宗教上の信念からこの強要を不当と考える者には強制されないとした判決⁵⁷⁾、宗教上の教義、信条等は公衆の道徳ないし健康にすぐれた指導的意義をもつと考えられる場合にのみ刑罰法規の中で考慮されるという観点から、日曜日の労働を禁ずる規則に違反したとされた被告人の行為を、人の一般的な活動の自由が宗教上の教義に優越するという根拠で無罪とした判決⁵⁸⁾などを挙げることができる。なお、このグループの中では、モルモン教の教義に従い一夫多妻の形態で結婚をしようとした被告人に対し、一夫一婦制は基本的な社会制度であり最も重要な社会道徳の眼目であるからこの制度は宗教上の信念に反する場合でも保護されるべきであるとして、重婚を禁ずる規定の適用を肯定した判決⁵⁹⁾に注意しておく必要がある。判決によっては、利益較量という観点から、犯罪性（可罰性）を積極的に根拠づける方向にも用いられる場合があるようにみえる。

さらに、立法者が予定した一定の保護利益がその性質上は刑罰的な保護に値するとしても、その利益がすべての人に対してではなく、特定の集団ないし階

55) Lovell v. City of Griffin, 303 U. S. 444 (1938).

56) Perez v. Lippold, 32 Cal. 2d 711, 198 p. 2d 17 (1948).

57) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624 (1943).

58) Henderson v. Antonacci, 62 So. 2d 5 (Fla. 1952).

59) Reynolds v. United States, 98 U. S. 145 (1878).

英米刑法における「利益侵害論」

層に属する人にものみ保障される場合には、憲法上の平等原則に反するものとして、このような利益の保護を目的とする法規の適用は排除されるべきだとする判決のパターンがある。たとえば、観光ガイドとして免許を受けるためにはその前に2年間ニューヨークに居住していなければならないという規定は、何らの合理的根拠なく、したがってその適用は否定されるべきだとした判決⁶⁰⁾、看板類の大きさと道路からの距離がガソリン小売業者のみに強制されていることは、特定の階層に属する者にものみ不当な差別を強要するものだから排除すべきだとした判決⁶¹⁾などを引用することができる。なお、白人と黒人、モンゴル系人種、マレーシア系人種との結婚を禁ずる規定は何ら有益な目的を包含しないのみならず、特定の人種に対する非合理的な差別を意味するとした判決⁶²⁾なども、不合理な差別による処罰を否認したという意味では、ここに分類されると思われる。

以上のように一応分類してみた諸判決は、ユーザーの見解によれば⁶³⁾、一定の行為によって生じた社会的な侵害 (social harm) が存在するという事実のみでは、当該行為に対する刑法上の制裁を正当化するに十分ではなく、個人的ないし社会的利益が憲法上の価値体系の中で評価され、それがより高次の諸価値と矛盾・抵触しないと判断された場合に限り刑法による保護を受けるに足る利益とみなされるのであり、したがってまた、そのような利益を侵害する行為に対してのみ刑罰が科されうると裁判所が考えている何よりの証拠だということになる。

III 英米刑法における「利益侵害論」

1. 前述のように、学説・判例の中には、犯罪は単なる法規違反としてのみ理解すべきではなく何らかの侵害 (harm) が発生しているという実質的な基礎を

60) *People v. Bowen*, 175 N. Y. S. 2d125 (1958).

61) *State v. Blackburn*, 104 So. 2d 19 (Fla. 1958).

62) 前出の注 (56)

63) *Eser*, pp. 406—407.

有するものとして把握する必要があるという認識が一つの流れとして存在していたと考えることができるのであるが、ホールの理論が現われるまで、いわゆる利益侵害論が英米刑法の領域で意識的に構成・展開されなかった理由は何であったのか、この問題を若干検討しておきたい。この前提的考察は、ホール理論の登場の背景およびその独自性を際立せることになるのではなかろうか。

英米刑法の理論が、ドイツ刑法理論と異なり、法的に保護された利益の侵害という概念構成をとって犯罪の核心を追及する方向を採らなかったのは、犯罪論における実質的要素の重要性を全く等閑視してきたからではなく、伝統的な理論の中にドイツ流の法益 (Rechtsgut) と同様の機能を担いうと考えられた概念が存在したためではなかったか、これがホーやエーザーが等しく指摘する点である⁶⁴⁾。たとえば英米刑法において犯罪の必須要件とされるアクトゥス・レウス (actus reus) の概念内容と用法が問題となる。actus reus をケニーは行為の結果として理解している。かれの定義によれば、これは「犯罪的行為それ自体の自然的な結果 (natural consequences of the criminal acts themselves)⁶⁵⁾」と説明される。この「結果」の中に、因果的な経過の到達点として物的な対象に生じた変化（たとえば、人の脈搏と呼吸の停止＝人の死亡）のみではなく、人の生命の滅失という価値的な侵害を包摂しうるとすれば、actus reus は「法益侵害」と同様の意味をもつことが不可能ではない。また、基本的にはケニーの犯罪論を継承しつつ種々の分野で独特の見解を展開したターナーは、actus reus を「法が防止しようとするような行為結果 (such result of human conduct as the Law seeks to prevent)⁶⁶⁾」と規定しているが、法が防止しようとする結果が正に法益侵害なのであるから、ターナーの定義によれば、ケニーの場合より更に容易に、犯罪概念の中に利益侵害という実質的な契機を取り込むことができる。さらに、ミュラーが指摘するように⁶⁷⁾、actus reus は刑罰制裁を科すに値する不法行為 (outlawed act) の意義を内包しており、“actus” は法の

64) Hall, pp. 222—228, Eser, pp. 386—388.

65) Hall, p. 222から引用。

66) Hall, p. 223, Eser, p. 386 から引用。

67) Eser, p. 387 から引用。

英米刑法における「利益侵害論」

禁ずる結果を発生させたときのみ“*reus*”と解しうるとすれば、*actus reus*・*mens rea*は犯罪の客観的要素のすべてを結合するもの、すなわち、主観的なメンズ・レア (*mens rea*) とは区別された形式的・実質的違法を構成する要素として機能することが可能である。ウィリアムズの如く⁶⁸⁾、なお一層この概念の巾を拡大し、行為、侵害の結果、因果関係が *actus reus* の本質的要素だと規定しても、侵害の結果の理解如何によっては、そこに違法性を基礎づける客観的要素を混入させて考えることができる。*actus reus*・*mens rea*が、理論的に整理されないままではあるが、因果的な結果と価値的な利益侵害とを含んで用いられる傾向の存在した事実を否定できないように思われる。しかし、ホールは、こうした状況にもかかわらず、*actus reus* はその傾動的な用法に従っても、また、その概念の理論的構成からしても、犯罪の実質を特徴づける根本的な要素としては不適切ないし不十分であるとして、後述するように、独自の“*harm*”理論を展開するに至るのである。

一方、判例の中には、形式的に刑罰の法規に違反していても、実質的な評価によって当該行為の犯罪性を否定するという思考、就中、特定法規が刑法上保護に値する利益を含んでいないという根拠でその適用を排除する論理に対して、司法権の限界を謙虚に守ろうという立場からの抑制ないし批判が有力であった事実を看過する訳にはゆかない。たとえば、不必要で効果のない刑罰法規を排除することは司法権の機能ではないとか、あるいは立法の必要性、妥当性の検証など本来は立法者に固有の権能とされる領域に裁判所が立ち入ることは否定すべきだというような見解を表示した判決⁶⁹⁾の存在が注目されるのである。

こうした動向は、利益侵害の不存在のゆえに当該行為の犯罪性を否定するという理論の進展にとって大きなブレーキとなっていたといえよう。

利益侵害の観点から犯罪を把握する考え方が英米刑法学の中で指導的な地位を占めるに至らなかった直接的な原因の主たるものは、上記二つの点にあったのではなからうか。

68) Hall, p. 224, Eser, p. 387.

69) 最近でもなおこうした傾向を示すものとして、たとえば *United States v. Kissinger*, 250 F. 2d 940 (3d Cir. 1958), *People v. Adler*, 177 N. Y. S. 2d 361 (1958).