

論 説

法益論の根本的問題 —法益と道徳は対置されうるか—

小 島 秀 夫

【目次】

はじめに

I 刑法規範の保護目的をめぐる今日の論争

1 規範妥当保護説

2 法益保護説

II 規範妥当保護説に対する批判的考察

1 解釈論的機能としての法益

2 行動規範と制裁規範の関係

III 法益と道徳の関係

1 法益の道徳性

2 いわゆる人権と基本権の区別

おわりに

はじめに

幫助犯の諸問題を検討する際、共犯の処罰根拠論にとどまらず、刑法のメタ理論である規範論、とりわけ行動規範に立ち返る必要があり、幫助固有の行動規範の存在を認める制限的正犯者概念を出発点とすべきであるとのテーゼは、これまでの論文で明らかにしたところである⁽¹⁾。もっとも、わが国の刑法学に多大な影響を及ぼしているドイツに目を向けると、制限的正犯者概念に異論を唱える声が後を絶たない⁽²⁾。幫助固有の行動規範の存在を否定する見解はわが国においても全く存在しないわけではなく、とりわけ過失犯の領域においては一層明確である⁽³⁾。

適切にも通説は制限的正犯者概念を支持しているものの、その決め手は、現行法の規定にとどまっているように思われる⁽⁵⁾。むしろ、現行法の規定も重要な論拠の1つではあるが、法規の上で胡坐をかいているようでは、通説としてのステータスが脆弱なものになりかねない。実際、制限的正犯者概念の正当性を規範論に基づいて導出したレンツィコフスキーは、自身の論拠を古典的な法益保護説によって補強している⁽⁶⁾。一方で、承継的幫助をめぐる問題に徹底した考察を加えたレッシュは、義務犯論に立ち返ることで法益保護説に疑念を抱き、犯罪体系を再構築した上で、制限的正犯者概念が適切ではないことを論証している⁽⁷⁾。正犯者概念に対する両者の立場は異なるものの、いずれも議論の拠り所を現行法の規定に依存せず、刑法の課題（目的）と関連づけて検討しているのである。こうした現状に鑑みれば、正犯者概念をめぐる議論の背景にスポットライトを当てて、刑法の目的についても立ち入った考察を加える必要があるのではないだろうか。

刑法の目的、すなわち刑法が何を保護しているのかということについては、現在、法益保護説が通説的な見解となっている。もっとも、わが国では今なお、法益保護説と対立する見解として社会秩序維持説が挙げられており⁽⁸⁾、法益保護説＝結果無価値論、社会秩序維持説＝行為無価値論といった一種の連

想ゲームから完全には抜け出せていない状況である⁽⁹⁾。しかし、法益保護説を批判するレッシュは、社会秩序維持説ではなく規範妥当保護説とも言うべき見解を主張しており、ドイツでは、先に示した連想ゲームも見られない。本稿では、レッシュの見解を皮切りに、規範妥当保護説を法益保護説と対置させて検討を試みる⁽¹⁰⁾。

法益論をめぐる見解の対立の背景には、法益と道徳の関係をめぐる問題が絡んでいるように思われる。わが国では一部の論者によって、道徳や倫理と切り離された法益保護主義が当然に刑法の基本原則であるかのように掲げられている⁽¹¹⁾。しかし、仮に規範の保護目的を法益に求めるとしても、論者が前提としているように、法益は道徳や倫理と完全に切り離された性質を有するものなのであろうか。法益保護主義を刑法の基本原則として掲げる前に、法益と道徳との関係や道徳とは何かという基礎理論的かつ論争的問題に目を向ける必要があるだろう。実際ドイツにおいては、この点が自覚的に検討されており、法益と道徳の峻別を主張する論者が、法益保護説の立場から法益保護主義に徹底した批判を加えている。

近年、法益論に対しては、とりわけ立法論的機能への風当たりが強い。刑事立法の活性化や厳罰化の流れに直面している今こそ、法益と道徳の関係を改めて問い直す絶好の機会ではないだろうか。まずは本稿を通じて、法益と道徳の関係を議論する環境を整備したい。

I 刑法規範の保護目的をめぐる今日の論争

1 規範妥当保護説

レッシュが法益保護説を退ける背景には、法益保護説を基盤とした正犯者概念への疑念が挙げられよう。例えば、因果的な法益侵害を正犯性の指導原理とする拡張的正犯者概念は、正犯性の基礎づけを犯罪の客観的な側面に求めているにもかかわらず、学説史的には主観的正犯論と結びつき、正犯と共犯を主観的に区別している点で論理的に矛盾している⁽¹²⁾。他方で、各則に規定

された構成要件の行為支配に基づく実現、すなわち因果的な法益侵害の支配によって正犯性を根拠づける制限的正犯者概念も適切ではない。共同正犯の場合、各関与者の行為支配は自己の行為に制限され、他の関与者の遂行部分については影響を及ぼしえないため、不当にも関与者が幫助犯と評価される事例が出てきてしまう⁽¹³⁾。また、構成要件に該当する不法全体の実現に関する支配は、未終了未遂（着手未遂）の場合に欠如しているため、そのような事例においては、正犯性を認めることができない⁽¹⁴⁾。

そこでレッシュは、義務犯論に着目して正犯性を決定づけようと試みる。義務犯論のテーゼによれば、行為支配に代わって義務違反も正犯性の基準となりうる⁽¹⁵⁾。義務の発生根拠をめぐっては論者によって見解の相違が見られる⁽¹⁶⁾が、レッシュによれば、制度上の役割が挙げられている。例えば、第三者が被後見人の金庫から金銭を窃取しよう、後見人が被後見人の金庫に鍵をかけずにいた場合や、被後見人の財産を一定の方法で侵害しよう後見人が第三者に教唆する場合、後見制度における財産との関係性から後見人は背任となり、そのような関係性が正犯不法を直接根拠づけることになる⁽¹⁷⁾。こうした基準にフィットするためには、刑法の保障機能を法益ではなく規範妥当（Normgeltung）にシフトする必要がある⁽¹⁸⁾。

妥当を「当為」の意味で捉えるレッシュは、刑法における不法を次のように理解している。刑法における不法とは、抗事実的な妥当を予期するシンボルとしての当為を侵害することであり、犯行状況に向けられる規範の拘束力に関するコンセンサス違反、すなわち客観的な義務違反として構成されうる。したがって、外見のかつ因果的な法益侵害として構成されるものではない⁽¹⁹⁾。

元来、刑法規範の保護目的を法益ではなく規範妥当に置く見解は、刑罰論と連動する形で展開されてきた。規範妥当保護説の代表的論者であるヤコブスは、まず刑罰の概念を規範違反に対するリアクションと捉え、刑罰とは、行為者が受けることになる規範違反に対する抵抗であると主張する。このような意味で理解された刑罰と規範違反をつなぎとめるためには、刑罰の責務

を財侵害 (Güterverletzungen) の回避ではなく、むしろ規範妥当の確証であると考えべきであり、妥当とは「承認」の意味に換言可能であるとして⁽²⁰⁾いる。リアクションとしての刑罰をコミュニケーションの意味表現と捉えるヤコブスは、犯罪も同様に捉えられうるとして⁽²¹⁾、不法や責任を規範妥当の観点から再構成する。すなわち、不法とは規範承認の不存在であり、行為者の法忠誠に鑑みて、こうした不法を行為者の負担に帰するかどうか決定するのが責任の問題である。したがって、責任とは、行為者による規範妥当の侵害及び当該侵害の程度を別の形で表示するもので、規範妥当こそが本来の刑法的財 (Strafrechtsgut) であり、規範妥当の維持を刑法は直接的に対象としているのである。⁽²³⁾

規範妥当保護説は、法益保護説を前提とした法益論の機能に批判の矛先を向けている。法益論の機能としては、解釈論的機能 (体系内在的機能) と立法論的機能 (刑罰法規外在的・体系批判的機能) があるとされているが、国家や国際法上の組織に対する罪の予備罪を義務違反としての犯罪と捉えるクビチエールは、前者の機能に対して、次のような批判を展開している。構成要件要素を保護法益の観点から解釈しようとするならば、規範が本来の責務である法益の保護に最も素早くかつ適切に対処しうるような解釈の可能性を選択しなければならなくなり、可罰性が肥大化することになるだろう。それゆえ、責任を制限する方向での解釈基準が採用されるべきであるが、元来そのような論拠は、法益保護理論の射程外で展開されている。⁽²⁶⁾ また、法益が解釈の前提となるためには、法益概念が刑法における保護の対象をある程度正確に捕捉しうるものでなければならないが、保護の対象は内容的に不明確である。というのも、犯罪の保護法益をめぐる対立はしばしば見られ、立法者によって想定された概念も時代の制約を受けるため、アクチュアルな法的問題に対処できない場合が多いからである。法益概念は、実質的な内容が欠如しているため、保護されるべき法益が個人または共同体の権利なのか、観念的価値なのか、それとも保護に値する法益なのかを解釈者に示すことができ

ない、とクビチエールは論じている⁽²⁸⁾。

一方、立法論的機能によれば、刑法で保護すべき利益や価値のみを実質的に法益と考えることで、例えば、道徳やタブーに反する行為態様や法益を侵害しない行為態様、あるいは宗教的な感情を刑法から排除することが可能になると解されている。しかし、パヴリークは、法益保護説に批判的な立場から、そのような機能に疑問を呈している。というのも、あらゆる財は、それが法益か否かを問わず、一定の道徳性を表現しているからである。すなわち、財と道徳性は交換可能なカテゴリーであるため、法益概念と道徳違反を対置させることは、最初から失敗する運命にある、と述べている⁽²⁹⁾。

わが国でも、規範の保護目的として規範妥当保護説を支持する論者が見られるものの⁽³⁰⁾、法と道徳の区別を強調する論者は、パヴリークのような批判を展開する規範妥当保護説に対してアレルギー反応を示している⁽³¹⁾。もっとも、規範妥当保護説が法と道徳の区別を放棄する見解かどうかは、「妥当」概念が多義的であるため⁽³²⁾、慎重な検討を要するように思われる。

例えば、ヤコブスの刑罰論はルーマンによる社会学的機能主義のシステム論が基盤とされているが、そのルーマンによれば、妥当とは、あらゆる作動において働いている結合のシンボルであり、循環するシンボルであると捉えられている。すなわち、過去を振り返り、未来を先取りする中で現れる、法システムのダイナミックな安定性のシンボルである⁽³³⁾。これに対して、ディスクルス倫理学を展開するフランクフルト学派の社会哲学者ハバーマスは、あらゆる全ての関与者が合理的討議への参加者として合意しうるような行為規範こそ妥当であり、「妥当」という言葉それ自体は、道徳性と正統性の区別に無関係であると述べている。そのうえで、規範の妥当性は、理性道徳に基づきつつ、規範が事実的に万人に遵守されているという前提の下で吟味される、と主張している⁽³⁴⁾。

このような状況を踏まえて、ネオキール学派の法哲学者アレクシーは、自然法と法実証主義の立場を明らかにすべく、妥当概念を論じている。まず、

妥当概念を法概念の要素である社会学的実効性、内容的な正当性、手続規則に準拠する定立性 (Gesetztheit) に対応して、社会学的な妥当 (社会的妥当)、倫理学的な妥当 (道徳的妥当)、法律学的な妥当 (法的妥当) を区別している。そのうち、社会的妥当によれば、規範が遵守されている場合か、遵守されない場合に制裁が科される場合、規範は社会的に妥当していると言える。また、道徳的妥当は自然法や理性法を基礎とするものである。さらに、法的妥当によれば、規範体系や規範が社会的妥当性を有しない場合、そのような規範体系は法的に妥当しているとは言えない。それゆえ、法的妥当の概念は社会的妥当の要素を必然的に含むものである。そして、法的妥当の概念を社会的妥当の要素にとどめるのが法実証主義であり、道徳的妥当の要素をも含む場合には、法的妥当の非実証主義的概念が問われることになる、とアレクシーは指摘している。⁽³⁵⁾

こうしてみると、規範妥当保護説が法と道徳の区別を放棄する見解かどうかは、規範妥当の概念を社会的妥当の意味にとどめるか、道徳的妥当の意味でも捉えうるとするのか、より核心に迫るならば、非実証主義の立場に与するかどうか⁽³⁶⁾が鍵を握っていると言えよう。したがって、「規範妥当」の意味を問うことなく、規範妥当保護説が法と道徳を混同する見解であるとして退ける論法は、何ら説得力を有するものではないだろう。

いずれにしても、規範妥当保護説は、法益論の機能に疑問を投げかけ、刑罰論と連動する形で刑法規範の保護目的を規範妥当に置く見解である。この立場に依拠するならば、刑法における不法は義務違反として理解され、刑罰の機能は規範妥当の確証、すなわち積極的一般予防論を展開することになると言えよう。

2 法益保護説

これに対して、通説として確固たる地位を築いているのが、刑法規範の保護目的を法益に置く立場である。もっとも、「法益」概念も論者によって異なっ

た定義がなされている。近年のドイツにおける代表的な教科書を見ると、例えばボイルケ／ザッツガーは、法益を「生活財、社会的価値ないしは社会においてとりわけ重要であるがゆえに法的保護を受ける、法的に承認された利益⁽³⁷⁾」と定義する一方、レンギーアは「犯罪構成要件の背後にある観念的価値⁽³⁸⁾」と定義している。また、キントホイザーは「法治国家的、社会国家的に構成される民主主義的社会において個人の自由な発展に資する、人格、物、制度の属性⁽³⁹⁾」と述べているが、ロクシンは「個人の自由な発展、個人の基本権の実現、あるいはこうした目的の下で構築された国家システムを機能させるために必要不可欠な所与や目的設定⁽⁴⁰⁾」と説明している。

わが国でも、例えば内藤謙は、法益概念を「憲法の趣旨からみて刑法によって保護されるべき重要な利益ないし価値⁽⁴¹⁾」と打ち立てる一方、伊東研祐によれば「法益とは、国家として憲法に従って構成される（べき）社会の内における当該社会構成員の共同生活の存立の為に必要不可欠な条件であって、且つ、純粹規範によって保護されている（べき）因果的に変更可能な対象である⁽⁴²⁾」。さらに、嘉門優は、行為原理に立脚した物質的な「侵害・危殆化」の対象となりうるものを法益と理解し、近年では、松原芳博が、法益を「侵害可能な形で経験的に実在し、最終的に人の生存や人間らしい生活に必要とされる利益⁽⁴⁴⁾」と定義している。

こうした概念のいずれが正しいかは、普遍者ないしは抽象的概念の実在を認める概念実在論の立場に与しない限り、判定できないだろう。それゆえ、概念的な考察としては、エンゲレンダーが指摘するように、形式的法益概念と実質的法益概念を区別すれば十分であるように思われる⁽⁴⁵⁾。前者によれば、法益とは、立法者が保護に値すると評価したもの全て、すなわち行動規範の保護客体となるもの全てを指す。これに対して後者によれば、法益とは、例えば「個人の自由な発展に資する」というように、内容上の条件を満たす利益のみを指す。

形式的法益概念と実質的法益概念の区別は、法益保護説が決して一枚岩で

はないことを明らかにする重要な役割を果たしている。法益保護説の内部においては、法益論の機能を解釈論的機能に限定する立場と解釈論的機能のみならず立法論的機能をも有するとの立場で論争が繰り広げられており、前者は形式的法益概念に基づく一方、後者は実質的法益概念に基づくことになる。というのも、形式的法益概念は、法益が法律上の構成要件の解釈や体系化に向けた手段として用いられるのに対して、実質的法益概念は、正統な刑事立法の限界を明らかにする点に主眼を置いているからである。⁽⁴⁶⁾

例えば、フリッシュは、可罰性を限界づける法益概念の批判的能力に懐疑的な見方を示している。というのも、何が法益であり何が法益でないのかという問題は、そのときどきの社会や体制 (Verfaßtheit)、社会モデルやシステム状況に依存しているからである。フリッシュによれば、法益概念の機能は、価値ある状態として刑法による保護を受けている者が、それに値する価値を現実に具備しているかどうかを審査するよう促す機能しか有していない。⁽⁴⁷⁾

また、シュトゥッケンベルクも、法益概念は実定法上の価値を形式的に表しているに過ぎず、内容的には空虚なものであり、刑事立法の権能を内容的な観点から限界づけうるものではないと解している。法益として定義されなければならないものは、法益概念それ自体から導出されないからである。どのようにして価値の対象となりうるのかは不確定的であり、どのような価値基準を基礎に置くのか、誰が価値に拘束力を持たせるのか、そしてそこからどのような法的帰結が得られるのかといったことも決して自明ではない。それゆえ、立法批判的機能を持つのは法益概念ではなく、その背後に存在する—多くの場合、社会理論に立脚する—価値基準であり、その価値基準によって、法益とみなされるものや、そもそもなぜ法益のみ限定されるべきなのかといった問題が出てくるのである、とシュトゥッケンベルクは主張している。⁽⁴⁸⁾

一方、実質的法益概念によれば、立法者は実質的法益概念に属する対象を

保護しうる行動規範のみ制裁規範を設定することが許容されるが、そのように解する根拠が問われることになろう。この点、ドイツでは、前実定的な根拠を持ち出すモデルと憲法によって根拠づけるモデルが主張されている。

シューネマンは、実質的法益概念の根拠を社会契約論に求めている⁽⁴⁹⁾。シューネマンの指摘によれば、立憲国家においては社会契約論に基づく構想が前提とされており、近代刑法学の始祖とされるベッカリーアから財概念ないし法益概念を打ち出したビルンバウムまでの約80年間は、社会契約論に基づく理性法的な考察によって、立法者に自由裁量を与えない犯罪概念が展開されていた⁽⁵⁰⁾。国家の設立に関する契約を締結した各人が、個人の自由な発展に向けて不可欠な財を保護するため、必要な限りにおいてのみ国家に刑罰権を委ねていると理解するならば、シューネマンは実定法に先行する法益概念を認めていることになるだろう。

しかし、社会契約論に基づく理性法的な考察を拒否するならば、法益概念は実定法によって根拠づけられなければならないだろう。そこでロクシンは、法思想史的に見れば生命、身体、自由、財産などの法益が啓蒙主義的な国家理論によって展開された社会契約の構想から導出されうることを認めつつ、刑事立法者に優越する唯一の権威は憲法であるとして、実質的法益概念の根拠を憲法に求めている⁽⁵¹⁾。実質的法益概念を憲法によって根拠づける試みはわが国でも行われてきたが⁽⁵²⁾、それでは具体的に、憲法のいかなる部分から実質的法益概念が要請されるのであろうか。

カスパーは比例の原則に着目し、刑法は補充的な手段による法益保護のみならず、比例の原則に服する法益保護に資するものである、と主張している⁽⁵³⁾。比例の原則は、ドイツ法学において憲法上の原理として位置づけられており、今日では自由の保護を現実化する効果的な手段として理解されている⁽⁵⁴⁾。具体的には、適合性の原則、必要性の原則、相当性の原則から構成されているが、カスパーによれば、これら3つの要素のうち批判的機能を有するのは、相当性の原則である。適合性の原則とは、手段として投入される国家

的行為が目的の達成に向けて適合的な（有効な）ものでなければならないとする原則であり、⁽⁵⁵⁾ 必要性の原則とは、そうした手段を適用することが必要不可欠なもの（必要最小限度の侵害、同等またはより適切なもの）でなければならないとする原則であるが、⁽⁵⁶⁾ 一般予防を前提とした場合、これらの原則は、⁽⁵⁷⁾ 刑事罰による過剰な威嚇をもたらす可能性がある。これに対して、相当性の原則とは、国家的行為の目的が当該基本権侵害との関係で妥当ないし相当なもの⁽⁵⁸⁾ でなければならないとする原則であるが、相当性の原則から、立法者は、⁽⁵⁹⁾ 刑罰法規を制定する際、制裁規範によって侵害される利益と保護される利益を衡量しなければならないことが義務づけられる。それゆえ、体系批判的法益論の観点から古典的な問題とされる、倫理や道徳の処罰、または抽象的危険犯における過剰な禁止の正当化をめぐる問題は、憲法における本質的な議論によっても批判可能である、とカスパーは論じている。

これに対してヘルンレは、ドイツ基本法2条1項に実質的法益概念の拠りどころを求めている。⁽⁶⁰⁾ 基本法2条1項では、「各人は、他者の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」と規定されており、刑罰法規に反する行為は、基本法2条1項による保障の対象外となるからである。ヘルンレによれば、行動の自由や一般的人格権に対する制限として挙げられている「他者の権利侵害」は、刑法における重要な実質的指針である。⁽⁶¹⁾ こうした理解に基づくならば、法益とは他者の権利を意味することになるだろう。⁽⁶²⁾

冒頭で挙げたレンツィコフスキーは、まさにこのような方向性から制限的正犯者概念を基礎づけている。すなわち、個人を保護する行動規範の保護対象について、権利そのものであると明言している。この「権利」には2つの機能が見られ、1つは、ある特定の対象を自由に使用する「利用機能」であり、もう1つは、無権限者を自己の支配領域から排除する「排除機能」である。⁽⁶³⁾ こうした理解は、制限的正犯者概念を基礎づけることになるだろう。というのも、侵害犯の構成要件を実現する者とは、他者が権利として有する排

除機能を侵害する者に限られるからである。例えば、被害者を射殺する暗殺者はそのような者に該当するが、暗殺者に武器を提供したり暗殺を依頼したりする者は該当しない。また、間接正犯の事例において道具を利用する者も、被害者の権利領域をほとんど侵害しない。さらに、銀行強盗の際、顧客が騒がないよう制圧する者も、当該行為それ自体は銀行が占有する財産権を侵害するものではない。それゆえ、金を引き渡すよう窓口の店員に迫る共犯者の行為を他の共犯者に帰属させる特別の法的根拠が必要である。このように考えると、ドイツ刑法典25条1項後段に定められている間接正犯や25条2項に定められている共同正犯は帰属に関する構成的規則であり、これらの規定は、25条1項前段に挙げられているような、自らの手で構成要件を実現する正犯性を拡張するものである。幫助者や教唆者の可罰性を根拠づけるためには共犯者の行動を捕捉する特別の行動規範が必要であるとして、レンツィコフスキーは、幫助行動規範や教唆行動規範が固有の行動規範であることを示している。⁽⁶⁴⁾

以上のように、法益保護説は、その内部において法益概念をめぐる見解の相違があり、形式的法益概念を採用する立場と実質的法益概念を採用する立場に大別されうる。後者の立場は、実質的な根拠をめぐるさらに論争が繰り広げられ、前実定的な根拠を提唱する論者と、憲法を根拠とする論者に分けられる。ヘルンレやレンツィコフスキーのように、憲法でもとりわけ基本法2条1項に立ち返り、法益を権利と捉える見解は、フォイエルバッハが提唱した古典的な法益侵害説を容易に想起させるものであると言えよう。⁽⁶⁵⁾

II 規範妥当保護説に対する批判的考察

1 解釈論的機能としての法益

以上の議論を振り返ると、規範妥当保護説は、法益論の立法論的機能に批判的な点で、法益保護説における形式的法益概念と共通している。それゆえ、法益保護説にとどまるか、それとも規範妥当保護説を支持するかは、法益論

の解釈論的機能が有効であるかどうかを検討しなければならないだろう。

この点、先に述べたようにクビチエールは、法益を解釈の指針とすると客体の保護に最も適した解釈の方法を採用しなければならなくなるとして、可罰性の肥大化を懸念していた。しかし、法規解釈の方法に従うならば、そうした懸念を抱くのは勇み足であるように思われる。

法規解釈の方法としては、文理解釈、体系的解釈、歴史的解釈、目的論的解釈の4つが挙げられ、文理解釈が出発点とされている⁽⁶⁶⁾。もっとも、法益論との関係では目的論的解釈が重要であろう。目的論的解釈によれば、当該規範の意味や目的に従って解釈されるため、設定された規範の目的を追求することが前提となり、犯罪構成要件がいかなる法益を保護しているのかは、目的論的解釈にとって大きな関心事となるからである。目的論的解釈の指針としては、歴史的な立法者意思や法体系、政策的考慮などが挙げられよう⁽⁶⁷⁾。

例えば、殺人罪の規定を見てみると、199条には「人を殺した者」と定められており、殺人罪が成立するためには人の殺害が要件とされている。確かに、199条を文言通りに解釈すれば、自殺者も「人を殺した者」に含まれ、自殺に失敗した者を殺人予備罪（201条）や殺人未遂罪（203条）で処罰する余地はありうる⁽⁶⁸⁾。しかし、自殺関与罪が規定されている202条に目を向けると、その法定刑は6月以上7年以下と定められている。仮に自殺者が199条における「人」に該当するならば、自殺未遂と自殺関与罪の法定刑において体系的な矛盾が生じることになるだろう。それゆえ、法体系を指針とした目的論的解釈によれば、199条は他者の生命のみを保護し、行為者自身の生命は199条の保護法益ではないと解されよう。

また、公務執行妨害罪（95条）においては、文理解釈からすれば非権力的公務も明らかに95条の射程に入るだろう。しかし、公務執行妨害罪のほか強制執行行為妨害罪、証拠隠滅罪などの規定を設けて公権力の行使としての公務とそれ以外の業務とで異なる取り扱いをする立法趣旨や、公務執行妨害罪が歴史的に公権力に対する抵抗として捉えられてきたことなどに鑑みれば、

公務執行妨害罪における公務概念を権力的公務に限定して非権力的公務を除外することも可能である⁽⁶⁹⁾。

こうした例は、文言通りに解釈すれば、ある行為が構成要件の射程に入りうる場合でも、規範の意味や目的によって法規の適用領域から排除されうることを表している。目的論的解釈においては、行為者にとって有利な方向で行う目的論的縮小 (teleologische Reduktion) が行われているのである⁽⁷⁰⁾。それゆえ、法益保護の名の下で拡張解釈が当然に許容されるわけではなく、法益を解釈の指針としても、直ちに可罰性の肥大化を招くことにはならないだろう。

一方、法益による保護の対象が不明確であるとの批判に対しては、確かに今日もなお、例えば財物罪としての奪取罪の保護法益をめぐる論争を思い起こせば明らかなように、各刑罰法規における保護の対象は必ずしも自明ではない。しかし、規範の目的とされる法益の内容をどのように充足するかという問題は、法発見論の課題でもある⁽⁷¹⁾。そもそも、法概念 (法規概念) のような経験的概念は、たとえ既知の現象との関係でその適用可能性についての意味論的規則が厳密であっても、未知の現象との関係では決して完結的なものではなく、開放的である⁽⁷²⁾。したがって、法益保護説よりも規範妥当保護説の方がアクチュアルな問題に対応できるとは言い難く、規範妥当保護説においても規範の保護目的を充足する必要があるだろう。法益の内容が不明確であるとのクビチエールの批判は、法益保護説を退けるまでの説得力をいまだ有していないように思われる。

実際、法益論は、刑法解釈学的な諸論点について妥当な帰結を導き出している。例えば、抽象的事実の錯誤が問題となる事例において、正当にも判例や通説は、構成要件の重なり合いが認められる限度で故意犯の成立を肯定する構成要件符合説を支持している。構成要件符合説によれば、占有離脱物横領罪と窃盗罪の構成要件は重なり合うものの、死体遺棄罪と保護責任者遺棄罪の構成要件は重なり合いが認められない。重なり合いの基準が、立法

趣旨や法益、行為態様などに鑑みて不法の核心が一致する規範的な段階関係の有無に求められるのであれば、抽象的事実の錯誤を取り扱う際、法益は指針としての威力を発揮していると言えよう。⁽⁷³⁾

法益論は、被害者の同意に基づく正当化事由の適用範囲を決する基準としても有効である。⁽⁷⁴⁾ 刑法各論では、法益を基準にして個人的法益に対する犯罪、社会的法益に対する犯罪、国家的法益に対する犯罪に分類されているが、行為者は、例外的なケースを除いて個人的法益のみ処分可能であると一般的に解されているからである。例えば、被告訴者の同意を得た虚偽告訴については、172条に規定された虚偽告訴罪が成立するか、問題となっている。虚偽告訴罪の保護法益をめぐっては見解の相違が見られるものの、いずれにしても国の適正な刑事司法作用及び懲戒作用を保護法益と解するならば、被告訴者の同意を得たとしても正当化事由としては認められず、虚偽告訴罪が成立するであろう。⁽⁷⁵⁾ このように考えると、法益に基づく犯罪の体系的な分類は、極めて重要な役割を果たしているのではないだろうか。

さらに、法益論の意義は、罪数論にも見られよう。行為者が複数の犯罪構成要件を実現した場合、各構成要件がいかなる関係にあるのかによって法条競合が決められる。異なる構成要件が同一の法益を保護している場合、その全ての構成要件が適用されて行為者が処罰されるのであれば、不当な二重処罰である。⁽⁷⁶⁾ 一例を挙げると、行為者が被害者を殴打して全治2週間の傷害を負わせた場合、当該行為は、傷害罪の構成要件のみならず暴行罪の構成要件にも該当する。しかし、傷害罪と暴行罪は「傷害」以外の要素において全て重なっているため、行為者に両罪を適用することは禁止されよう。二重処罰を禁止する責任主義の観点からも、法益論の解釈論的機能は決して軽視されるべきではない。

簡潔にまとめると、解釈の指針としての法益は、内容による個別化や行為態様による段階づけの契機を提供するものであろう。それゆえ、そのような指針を持たない規範妥当保護説は、社会を自己規定する規範の妥当性を動揺

させる罪として全ての犯罪を平板化することになり、各則の犯罪類型間のみならず、既遂犯と未遂犯との間や侵害犯と危険犯との間の刑の違いも根拠を失ってしまうように思われる。⁽⁷⁷⁾

2 行動規範と制裁規範の関係

何よりも規範妥当保護説は、行動規範と制裁規範の関係に暗い影を落としている。規範妥当保護説を支持するレッシュは、各則の犯罪構成要件をプログラム化された条件付き制裁規範であると理解している。各則では、刑法の観点から見て重要だと思われるコンフリクト、すなわち期待を裏切る行動が記述されると共に、しかるべき規範的予期が定義され、類型化されている、と述べている。⁽⁷⁸⁾

こうした主張は、刑法規範の一次規範が制裁規範であることを示唆するものであろう。確かに、刑法規範の保護目的としての規範妥当保護説が刑罰論と連動する形で展開されてきたことを思い起こせば、レッシュやヤコブスらの立場は、制裁規範を一次規範と捉えることに抵抗を感じないかもしれない。実際、近年の規範論に関する議論においても、そうした規範の制裁論的構想を復活させようとする試みが見られる。⁽⁷⁹⁾

例えばホイヤーは、行動規範の概念を刑法から排除しようと努めている。ホイヤーによれば、故殺（殺人）行為の禁止を目的とする規範は、「他人を殺害してはならない」ではなく、「制裁を回避したいならば、他人を殺害しないことが必要である」と表現される。⁽⁸⁰⁾ というのも刑法は、法服従者を動機づける観点から、法秩序の趣旨に反して行動するよりもその趣旨に合致するように行動する方が法服従者にとって有利であるような状況を設定することで、法服従者の行動を制御しているからである。その際、想定されている不利益が制裁であることは明らかであろう。特定の行動態様への制裁による威嚇は、刑法に内在する本質的なものであって、放棄不可能なものである、とホイヤーは主張している。⁽⁸¹⁾

哲学者であるシュテマーも、規範の制裁論的構想を強力に推し進めている。「規範」という言葉は、ラテン語の「ノルマ」(norma) に由来し、ギリシャ語の「カノン」(kanōn) の訳語であって、直定規、尺度、基準 (Richtscheit, Maßstab, Standard) を意味する⁽⁸²⁾。こうした意味を背景に持つ規範は、実際上の必要条件という意味での必然 (Müssen) と願望 (Wollen) から成り立っており、前者は、行為を制御するための制裁によって作り出される⁽⁸³⁾。すなわち、制裁を科されたくないという願望を実現するためには、何らかの行為をしなければならない、または何らかの行為を思いとどまらなければならない。シュテマーによれば、制裁を通じて構成されない必然は規範ではないため⁽⁸⁴⁾、このような考え方に基づくならば、制裁規範は一次規範として理解されることになるだろう。

ツァツィックは、従来とは異なる視点から行動規範の概念を批判している。ツァツィックによれば、人格的不法論を徹底するためには、行動規範違反が不法の核心であると理解すべきではない。というのも、行動の制御を前提とする行動規範は、人格的自由に基づく自己規定と人格の相互承認の観点が欠落している点で、非人格的不法論に至るからである⁽⁸⁵⁾。人格は、その自己存在においてすでに常に他者と関係づけられており、こうした人格の積極的な概念の廃棄を念頭に人格的不法論が展開されるべきである⁽⁸⁶⁾。すなわち、ある者の自由領域と他者の自由領域を結合させる法関係の破壊が不法の核心であり、規範妥当への攻撃が決定的に重要な問題となる⁽⁸⁷⁾。ツァツィックが行動規範論を批判し、制裁と不法、すなわち制裁と規範を結びつけている点から考えると、こうした見解も規範の制裁論的構想を援護することになるだろう⁽⁸⁸⁾。

しかし、そうした構想は、いまだ十分な説得力を有していないように思われる。エンゲレンダーは、規範の制裁論的構想に対して徹底的な批判を加えているが、以下では、そのような構想が抱える3つの問題点を引き合いに出したい。第1に、制裁が発動されない場合に規範が存在しないという問題が挙げられよう⁽⁸⁹⁾。例えば、わが国では売春防止法3条に「何人も、売春をし、

又はその相手方となつてはならない。」と規定されているが、売春それ自体、または売春の相手方になること自体には刑罰が定められていない。それゆえ、規範の制裁論的構想に基づく場合、こうした規定は規範ではないことになるが、そのような理解が適切であるとは思われ⁽⁹⁰⁾ない。

第2に、行為者が制裁を回避したいと思っていない場合には規範が存在しないという問題が生⁽⁹¹⁾じる。ホイヤーやシュテマーは、行為者が制裁を回避したいと思っている場合を前提にして行為者の行動制御を導き出しているが、例えば罰金を覚悟しながら大幅な速度超過で自動車を運転する暴走族のように、行為者が制裁を恐れていない場合、制裁が科される行為は制御されず、すなわち禁止されず、規範的に見れば許容されることになってしまうだろう。もっとも、行動規範による行動の制御を前提としないツァツィックの見解には、こうした欠点が当てはまらないだろう。しかし、行動規範からはその受容が生まれ、行動規範の受容が自律的に決定されるものであるなら⁽⁹²⁾ば、従来の行動規範においても人格的自由の観点が考慮されていると言えよう。ツァツィックに対しては、行動規範論を批判する契機について再考を要するのではないだろうか。

第3に、授権規範の制裁論的な構成可能性が問題となる⁽⁹³⁾。シュテマーによれば、制裁を通じて構成される必然が規範を生み出すため、例えば、射殺されたくないならば暴力団組長の命令に従わなければならない、という命題も真なるものとなってしまう。そこでシュテマーは、そのような命題を否定するため、暴力団組長にはそのような権限が与えられていないとして、授権という規範的なカテゴリーを導入⁽⁹⁴⁾している。こうした論拠は、刑法各則の規定が授権規範であることを認めるものであると言えよう。かつてケルゼンも、法とは、制裁としての強制行為を違法行為者に加えることを、他の者に授権するものである、と主張⁽⁹⁵⁾していた。しかし、刑法規範が授権規範としての制裁規範であると理解するならば、その名宛人は国家機関となるはずであるにもかかわらず、シュテマーの構想によれば、授権はもっぱら制裁を構成する

命令規範や禁止規範として捉えられるため、規範の名宛人とされるのは被授權者である国家機関ではなく、授權の行使を通じて義務づけられる人、すなわち一般市民となってしまいうだろう。その結果、権力的地位やその限界について被授權者に指示する授權規範の重要な機能は、失われてしまうように思われる。

以上の問題点を考慮すると、制裁規範を一次規範とする規範の制裁論的構想には賛同しがたい。それゆえ、刑法規範の保護目的としての規範妥当保護説は、レッシュが刑法各則を制裁規範であると述べていることから明らかなように、制裁規範を一次規範として捉えることになるため、規範論の観点から決して受け入れられるものではないだろう。

もっとも、規範論の伝統的な考え方を維持し、行動規範を一次規範として理解する立場からも、刑罰の正統化原理としての規範妥当、すなわち積極的一般予防まで排斥されるかどうかは、別途検討する必要があるだろう。規範の保護目的をめぐる論争は行動規範において問題となるのに対して、刑罰の正統化原理は制裁規範において問題となるからである。この点については、法益論を主題とする本稿の特質に鑑み、改めて別稿で検討したい。

Ⅲ 法益と道徳の関係

1 法益の道徳性

いずれにせよ、刑法規範の保護目的としての規範妥当保護説は適切ではなく、法益保護説を維持すべきである。そうであるならば、法益論の機能が解釈論的機能に限定されるのか、それとも解釈論的機能と共に立法論的機能も有するのか、換言すれば形式的法益概念と実質的法益概念のいずれを採用すべきか、という問題に立ち入った考察を加えることが求められよう。

この点、法益保護説において「法益保護主義」を掲げるならば、法益論の立法論的機能を念頭に置くため、実質的法益概念を採用することになるだろう。実際、わが国で「法益保護主義」を唱える山口厚は、「他人に対して迷

惑のかからない行為」に対して国家が積極的・強制的に介入し、一定の価値観とそれに従った行動を国民に対して強制することは慎まなければならないとの観点から法益保護主義が採用される必要がある、と述べている。⁽⁹⁶⁾ また、刑法の目的として「法益保護主義」を明言する松原芳博は、法益概念がその属性として経験的な実在性および人間関係的な有用性を要求することで、純粋な道徳、裸の価値観を保護する立法を排除しうる、と述べている。⁽⁹⁷⁾

しかし、法実証主義に基づいて法と道徳の峻別を主張するエングレンダー⁽⁹⁸⁾は、法益保護説の立場に与しながらも、法益保護主義に徹底した批判を加えている。法益論に立法論的機能をも見出そうとする実質的法益概念は、シューネマンがその根拠として社会契約論を引き合いに出していることから明らかなように、自然法的ないし理性法的な視点が含まれている点で妥当ではない。⁽⁹⁹⁾ また、法益保護主義が実質的法益概念の根拠を比例の原則に求めている点にも異論を唱えている。そもそも比例の原則は、立法者が当該規定に設定した目的の追求を前提とするのであるから、形式的法益概念の意味において法益を同定するものの、実質的法益概念の意味において同定するものではない。それゆえ、憲法による限定が刑事立法にどのように働くのかという問題に対して、実質的法益概念は答えうる能力を持ち合わせていない、と批判している。⁽¹⁰⁰⁾

もっとも、松原は、法益保護主義と比例の原則の関係について次のように述べている。すなわち、刑罰権の行使は国家権力の1つであるから、国家による個人の権利・自由の制限を限界づける比例の原則に服さなければならない。刑罰の目的を法益保護に求めるならば、刑事立法が正当化されるためには、当該法益の保護のために刑罰が有効であること、刑罰よりも侵害性の小さい手段では当該法益を保護しえないこと、当該法益を保護する利益が当該行為を禁止し処罰することのコストを上回ることが必要となる。比例の原則は、法益保護主義を前提として機能するものであって、法益保護主義に代わるものではない。⁽¹⁰¹⁾

こうした主張は、法益が明確に定義されて初めて説得力を有するようと思われる。概念次第では、「法益とは立法者が保護しようとするもの全てである」とも言えるため、その場合には法益論の立法論的機能が果たされないからである。しかし、先に述べたように、真の法益概念を定義することは不可能である。実質的法益概念を支持するヘルンレも、法益論における問題の核心は「法益」の定義にあるわけではなく、法益概念を通じて立法論的機能が果たされることは不可能であると指摘している⁽¹⁰²⁾。それゆえ、法と道徳の区別を強調して法益保護主義を掲げる論者は、エングレンダーの批判に反論する必要があるだろう。

それでは、法益論における問題の核心は、一体どこにあるのだろうか。これまでの検討を踏まえると、真の問題点は、法益と道徳の関係をどのように捉えるかにあるように思われる。実質的法益概念に対するエングレンダーの批判的考察は、実証主義的な法益論の徹底が狙いであろう。法益保護説に批判的なパヴリークも、法益論の立法論的機能に対して、そもそも法益と道徳の対置が誤りであると指摘していた。実質的法益概念に基づく法益論の立法論的機能が果たされるかどうかは、法益と道徳の関係を探究しない限り、明確な回答を示せないように思われる。

法益と道徳の関係は、言い換えれば（刑）法と道徳の関係である。法と道徳の関係をどのように捉えるかについては、次のような立場が存在する。まずは、自然法論を含む非実証主義が挙げられよう。非実証主義によれば、法と道徳には必然的な関係が存在し、法の概念は道徳的要素を具備するものである。それゆえ、こうした見解は結合テーゼと呼ばれている⁽¹⁰³⁾。

結合テーゼを支持するアレクシーは、非実証主義の内部を区別することが重要であると指摘している。というのも、道徳的な不正が法的妥当性へ及ぼす効果をめぐって見解の相違が見られるからである。1つは、排他的非実証主義 (exklusiver Nichtpositivismus) と呼ばれる立場であり、いかなる道徳的欠陥でも法的妥当性は失われると主張する。その対極にある立場が、超包

含的非実証主義 (super-inklusive Nichtpositivismus) である。この立場によれば、法と道德の間には分類関係と質づけ関係があるとされ、前者の効果においては、いかなる道德的欠陥でも法的妥当性は失われない。しかし、後者の効果を考えれば、法的妥当性の喪失までは及ばないものの、法的な欠陥であるため、下級裁判所の不正義な判決を破棄する上級裁判所の義務の、または少なくとも法的権限の根拠となる。こうした超包含的非実証主義と排他的非実証主義の中間に位置づけられるのが、包含的非実証主義 (inklusive Nichtpositivismus) である。この立場は、道德的な欠陥が法的妥当性を消滅させることもあれば、消滅させないこともあると主張し、アレクシー自身はこの立場に依拠することを表明している。⁽¹⁰⁴⁾

こうした非実証主義の対立軸としては、法実証主義が挙げられよう。法実証主義によれば、実定法のみが法であると理解され、法は道德から切り離される。それゆえ、分離テーゼないし中立性テーゼと呼ばれている。もっとも、法実証主義も、実定法と社会に存在する道德的観念との間にしばしば内容上的一致が見られることについては異論を唱えていない。そのような道德的観念が法律上の規範となる根拠を形成しうることも認めている。⁽¹⁰⁵⁾ しかし、法と道德の間に概念上の必然的な関係があるわけではなく、経験上の偶然的な関係があるに過ぎない、と主張している。⁽¹⁰⁶⁾

現在の法実証主義も、内部ではさらに2つの形態に分類されうる。1つは、厳格な法実証主義である。この立場は、立法行為、司法的決定、慣習などの社会的事実を照らして同定ないし確認されうるものしか法ではないとして、道德的原理を法から排除する。それゆえ、排他的法実証主義 (exklusiver Rechtspositivismus) と呼ばれている。もう1つは、ソフトな法実証主義ないし包含的法実証主義 (inklusive Rechtspositivismus) と呼ばれる立場である。この立場によれば、道德は必然的に排除されたり包含されたりするわけではなく、道德的原理を法的妥当性の基準として組み入れる余地がありうる。⁽¹⁰⁷⁾

近年では、このような法実証主義か非実証主義かという二者択一ではなく、第三の道を模索する動きも見られる。両者の対立は、道徳的事実あるいは道徳的性質なるものが実在するか、実在するとしても認識可能なものであるか、という問題と密接に関係しているが、第三の道によれば、その考察に当たっては、存在論的レベルと認識論的レベルが区別されるべきであり、道徳的事実あるいは道徳的性質がわれわれの認識に客観的に存在すると主張する道徳的実在論には依拠しない。もっとも、認識論的レベルでは相互主観的に構成された道徳的事実ないし道徳的性質を認めることは可能であり、そのような道徳が正当性の基準となりうることを主張している⁽¹⁰⁸⁾。

法と道徳の関係をめぐるこれらの立場のうちいずれが適切かは、検討すべき多くの論点が存在するアポリアである。とはいえ、そもそも「道徳」とは何か、最低限の概念整理をしなければ、かみ合わない議論だけが積み重ねられてしまうだろう。道徳の区別をめぐっては多種多様に論じられているが⁽¹⁰⁹⁾、法益論を検討する本稿の観点からは、ハートのように実定道徳と批判道徳を区別することが最低限必要であるように思われる。

ハートによれば、実定道徳 (positive morality) とは、一定の社会的グループによって承認され、共有されている道徳であり、これに対して、批判道徳 (critical morality) とは、実定道徳も含めた実際の社会制度を批判する際に用いられる一般的な道徳的諸原理である。そのうえで、われわれが問題にしているのは、実定道徳を法によって強制することについての批判道徳の問題である、と述べている⁽¹¹⁰⁾。

フォン・デア・プフォルテンも、実定道徳と批判道徳の区別は、結合テーゼが適切であるかどうかを検討するうえで重要であると指摘している。フォン・デア・プフォルテンは、「道徳」と「倫理」を区別し、前者は実定道徳であり、後者は批判道徳を意味するとしたうえで、次のように述べている。すなわち、実際に存在する道徳的規則の意味における道徳とは、記述され、説明されうる社会的事実である。一定の社会における人々の行動や道徳的規

範は、誠実さや好意、または社会的行動という形での一般社会における制限などを通じて、経験的に確証されうる。その例としては、結婚前の性交渉や近親相姦関係の禁止や許容が挙げられよう。それゆえ、道德という規範は、われわれの行為に直接ないし一次的に影響を及ぼすものであると言える。これに対して倫理とは、必ずしも社会的事実ではなく、精神的産物や理念であり、哲学の領域でもある。倫理は、われわれの行動に直接ないし一次的に影響を及ぼすものではなく、道德、法、宗教、政策、工学、医学、慣習といった一次的規範を正当化し、あるいは批判するものなのである。⁽¹¹¹⁾

こうした実定道德と批判道德の区別に着目するならば、ハートが指摘する実定道德の法による強制の問題は、法益論の立法論的機能と重なるところがあるのではないだろうか。⁽¹¹²⁾ ある社会においてたまたま承認され、共有されている実定道德を法によって強制すべきでないとして非犯罪化されるならば、それはまさに法益論の立法論的機能が働いていると言えるだろう。むしろ、その際に実質的法益概念が基盤となっていることは、改めて指摘するまでもない。

以上のように考えると、法益保護主義を掲げる論者が、法益と道德、より正確に言えば法益と批判道德の対置を念頭に置いているならば、そうした理解は適切ではない。フォン・デア・プフォルテンが主張しているように、批判道德が法を正当化し、あるいは批判するものであるならば、法益には批判道德の意味における道德性が見られると指摘することができよう。⁽¹¹³⁾

2 いわゆる人権と基本権の区別

エンゲレンダーは、実質的法益概念を憲法によってよみがえらせることはまやかしであると手厳しく批判している。⁽¹¹⁴⁾ こうした批判は、実質的法益概念に基づきながら法と道德の区別を掲げて法益論の立法論的機能を主張する論者に警鐘を促すものである。エンゲレンダーのような法実証主義を支持する論者によれば、法益はまさに「法」益であって「非法的」益ではない以上、

法益概念には実定性が要求されよう。エングレンダーは、この実定性を要求するという意味で形式的法益概念が前提とされるべきであることを示唆しているのである。

しかし、法益の道徳性を正面から認めるならば、実質的法益概念に基づいて法益論の立法論的機能を主張することは、基礎理論的に一貫していると言えよう。エングレンダーも意識しているように、憲法学の視点から法益論の立法論的機能を検討するならば、法益の道徳性は、より一層明らかになるだろう。

憲法学においては、いわゆる「人権」と「基本権」を区別する論者が多数見られる。⁽¹¹⁵⁾例えば高乗正臣は、両者の意味の相違を次のように述べている。「人権」という語は、憲法上の権利（つまり実定法上の権利）という意味で用いられるよりも、憲法が制定される以前から成立する人間の権利という意味で用いられることが多い。つまり、全ての人間が人間である以上当然に認められるべきもの、言葉を換えれば、人間が人間として本質的に有する国家以前の生まれながらの権利（自然権）である。その意味からすれば、人権は、実際の憲法上の規定がなくても理念的に認められるものであり、それは全ての人間に等しく認められるべき権利であると言えよう。一方、「基本権」という語は、広く「憲法が国民に保障する自由及び権利」（憲法12条）の意味で用いられる。直接憲法によって認められた権利である基本権は、人間としての個人ではなく、国家の一員としての個人に属する権利であり、国家が存在してはじめて保障される権利を含むものである。⁽¹¹⁶⁾

哲学者であるヘッフェも、人権と基本権の用語法を次のように説明している。基本権は、人権と同じく前実定的、超実定的に妥当する権利要求を意味する。ただし、「単なる人権」には実定的な効力が欠けているが、基本権としての人権は実定的効力を有する。人権と基本権は、内容的に見ると同じであるが、その存在様式が異なっている。人権は、法秩序が従わなければならない倫理的基準であるが、基本権は、現に存在する法秩序によって実際に承

認められる限りでの人権である。前者においては、時間的場所的に見て普遍的であるような倫理的政治的要請が問題となっているが、後者においては、それぞれの共同体に限って実定的に妥当しているような法規範が問題となっている。⁽¹¹⁷⁾

こうした人権と基本権の区別は、個人の自由を制約する原理を検討する際に有益であるように思われる。内野正幸は、個人の自由を制約する正当化事由として、本人の客観的利益の保護や公共徳の確保などを挙げている。前者においては、例えば有害薬物吸引の禁止や青少年に対する成人向け雑誌の購入・閲覧の禁止が挙げられ、後者においては、売春や同性愛行為が問題となる。⁽¹¹⁸⁾ もっとも、内野も自覚しているように、公共徳については多くの問題性を孕んでおり、さしあたり公共徳の内容が問われることになるだろう。内野は、公共徳が実定徳と批判徳に区別されうると指摘したうえで、自由を制約する正当化事由としての徳は批判徳を指すと述べている。⁽¹¹⁹⁾

内野の主張は、先に述べた人権の性質からも受け入れられるものであろう。人権は、国家によって承認される以前から、人間が人間であるという理由だけで当然に有する普遍的な権利であり、「侵すことのできない永久の権利」(憲法11条)である。⁽¹²⁰⁾ それゆえ人権は、基本権的利益として、憲法12条を通じて実定化されたのではないだろうか。このように理解するならば、自由制約原理として挙げられる徳は、一定の社会的グループによって承認され、共有されているに過ぎない実定徳ではなく、普遍性を有する批判徳でなければならないように思われる。⁽¹²¹⁾

法益論が有する立法論的機能は、この自由制約原理を刑法学の観点から捉え直したものであると言えよう。立法論的機能によれば、法的な保護に値し、承認に値する利益のみが実質的に法益とされる。それゆえ、こうしたアプローチからすれば、そもそもいかなる利益を法益として規定するか、さらにはいかなる利益の侵害を目指す行為が禁止されるべきかという視点から、例えば「善良な性風俗」といったものが刑法で保護すべき基本的利益なのか、法益

として保護に値する利益なのか、批判的に討議される理論的な機縁が提供されることになる。⁽¹²²⁾これはまさに、憲法における自由制約原理の正当化事由をめぐる議論と一致する。内野が主張するように、批判道徳の観点から自由制約が正当化されうるならば、法益論の立法論的機能も、批判道徳の意味における法益の道徳性があることを前提にして初めて機能しうるものであろう。⁽¹²³⁾

人権と基本権の相違は、法益の道徳性を明らかにするだけではなく、刑法規範の保護目的としての法益保護説と法治国家的原理を区別する観点からも重要な意義を有する。わが国で主張されている法益保護主義に目を向けると、法益保護主義が責任主義と並ぶ刑法の基本原則や政策的原理であると説明されたり、⁽¹²⁴⁾国家の正当化根拠そのものであると説明されたりしている。⁽¹²⁵⁾

確かに、国家ないし基本権は、被害者に対する保護機能（保護権）を有している。保護機能をめぐっては、国家や立法者がいかなる手段で被害者を保護しなければならないかが問題とされ、その保護手段が過少であってはならない（過少禁止）。⁽¹²⁶⁾しかし、こうした問題は、国家や立法者による保護が必要であると認められた後に初めて取り組むべきものである。したがって、法益保護を強調して過少禁止を推し進めていくならば、重罰化や処罰の早期化を招くことになりかねない。

国家ないし基本権の機能としては、行為者に対する防御機能（防御権）も有していることを軽視してはならないだろう。⁽¹²⁷⁾防御権をめぐっては、行き過ぎた保護機能の禁止、すなわち過剰禁止が問題となる。ラゴドニーは、防御権における利益衝突について、je-desto 関係によって解決を図るべきであると主張している。⁽¹²⁸⁾この je-desto 関係とは、「憲法上の権利に対する制限が重大であればあるほど、その制限を正当化する公益は重要でなければならない」、「憲法上の権利に対する制限が重大であればあるほど、その制限を正当化する公益に対する危険が差し迫っていなければならない」という関係である。⁽¹²⁹⁾ラゴドニーは、je-desto 関係が総じて比例の原則に合致すると述べている。⁽¹³⁰⁾刑法における法治国家的原理が、罪刑法定主義や責任主義のように、国

家による刑罰権の発動を法によって理性的に制約する原理であることに鑑みれば、法治国家的原理は防御権と結びつくことになるだろう。

このように、実定化された基本権には保護権と防御権が存在し、法益保護は前者と関係を有する一方、法治国家的原理は後者に関係するものである。それゆえ、法益保護主義が刑法の基本原則であり、国家の正当化根拠そのものであるとする主張は、重罰化や処罰の早期化を一層推し進める危険性を孕んでいる。法益論の立法論的機能を十分に発揮させるためには、批判道德の意味における法益の道德性を前提に、法治国家的原理としての比例の原則の重要性を強調すべきであるように思われる。

おわりに

法益論について本稿で検討した限りでは、刑法規範の保護目的としての規範妥当保護説は、支持しがたい。それゆえ、規範妥当保護説に基づいて正犯と共犯の関係を再構築する試みは、制限的正犯者概念の妥当性を揺るがすものではないと言えよう。

もっとも、レンツィコフスキーのように古典的な法益保護説に立ち返って制限的正犯者概念を基礎づける必要があるかどうかは、慎重な検討を要する。そもそも法益保護説の内部では、法益概念をめぐる形式的法益概念と実質的法益概念の対立が見られるが、概念の相違から生じる法益論の立法論的機能に対する評価については、法益と道德の関係をどのように捉えるかが鍵を握っている。法益概念を実質的に捉え、批判道德の意味における法益の普遍的な道德性を正面から認めるならば、古典的な法益保護説に立ち返らなくても、法益論の立法論的機能は、依然として有効に機能するように思われる。

いわゆる人権と基本権の区別は、法益論の立法論的機能を明らかにするうえで重要な意義を持つ。普遍性を有する批判道德は生まれながらの権利である人権につながり、そのような人権を実定化したものが基本権である。基本権には保護権と防御権があるが、法益保護を強調して保護権を重視すれば、

行き過ぎた保護機能の禁止、すなわち過剰禁止に対する違反になる。それゆえ、防御権との調整が必要となるが、その際、比例の原則をいかに機能させるかが問われることになるだろう。こうした防御権の限界をめぐる問題は、まさに法益論の立法論的機能と一致する。

防御権に軸足を置く法益論の立法論的機能に鑑みれば、刑法の謙抑性が導かれ、共犯行動規範が正犯行動規範の存在を前提とする二次的規範であると捉える制限的正犯者概念が採用されるべきである。さらに、近年議論されている共謀罪の新設をめぐる問題については、法益論の立法論的機能から問われる処罰の早期化という観点から、批判的に検討することができるのではないだろうか。

-
- (1) 拙著『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、2015年）5頁以下参照。
 - (2) Vgl. Heiko Hartmut Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S.133; Kai Hamdorf, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, 2002, S.366f.; Wolfgang Schöberl, Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell, 2006, S.37ff.; Dennis Miller, Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht, 2007, S.229ff.; Thomas Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S.417ff.; Nikolaos Bitzilekis, Einheits-täter versus Teilnahmesystem unter Berücksichtigung von Völkerrechtsverbrechen, in: Festschrift für Helmut Fuchs, 2014, S.77ff.
 - (3) 例えば、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988年）69頁以下、金子正昭「刑法における多数関与犯の理論」第一経大論集23巻別冊（1993年）181頁以下等。
 - (4) 例えば、山中敬一『刑法総論 第3版』（成文堂、2015年）383頁、418頁、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）455頁等。
 - (5) ハンドルフも、ドイツにおける共犯体系をめぐる議論が今なお因果的な思考に拘泥しており、統一的正犯者概念が現行法の規定を拠りどころにしてのみ退けられていることを指摘している。Hamdorf, a.a.O.(Anm.2), S.268.
 - (6) Joachim Renzikowski, Pflichten und Rechte—Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 2007, S.566ff.
 - (7) Lesch, a.a.O.(Anm.2), S.160ff.
 - (8) 大谷實『刑法講義総論 新版第4版』（成文堂、2012年）4頁、山口厚『刑法総論 第3版』（有斐閣、2016年）4頁、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）15頁、日高義博『刑法総論』（成文堂、2015年）187頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）12頁以下等。
 - (9) 大谷・前掲註（8）35頁、齋野彦弥『基本講義 刑法総論』（新世社、2007年）10頁、

- 今井猛嘉／小林憲太郎／島田聡一郎／橋爪隆『LEGAL QUEST 刑法総論 第2版』(有斐閣、2012年) 11頁、184頁、大塚裕史／十河太郎／塩谷毅／豊田兼彦『基本刑法I 総論 第2版』(日本評論社、2016年) 27頁、関哲夫「危険社会における法益概念の役割」国学院法学53巻3号(2015年) 49頁以下等。
- (10) 川口浩一も、法益保護説の対立図式を社会秩序維持説ではなく規範妥当保護説に設定している。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) 20頁。
- (11) 例えば、松原・前掲註(8) 15頁、小林憲太郎『刑法総論』(新世社、2014年) 6頁等。
- (12) *Lesch*, a.a.O.(Anm.2), S.77f.
- (13) *Lesch*, a.a.O.(Anm.2), S.122.
- (14) *Lesch*, a.a.O.(Anm.2), S.124.
- (15) *Günther Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1991, S.655.
- (16) 例えば、ロクシンは、義務犯の場合、構成要件特有の特別義務に違反することで正犯性が根拠づけられ、必然的ではないにせよ、特別義務は刑法外の規定に依拠していると主張する。*Claus Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.Aufl., 2015, S.772ff. 一方、ヤコブスは、特別義務を厳格な意味で捉え、財(Gut)との関係における行為者のステータスによってポジティブに決定づけられると主張する。それゆえ、財の観点から制度的に保護されるべき配慮に対する保障人として行為者が義務づけられる犯罪は、全て義務犯に属することになる。*Jakobs*, a.a.O.(Anm.15), S.220, S.655. レッシュは、ロクシンの見解に依拠すると、制限的正犯者概念に基づいて刑法各則に規定された犯罪の主体が正犯であるとしながら、刑法外の特別義務からも正犯性が根拠づけられることになり、矛盾であると批判している。*Lesch*, a.a.O.(Anm.2), S.133.
- (17) *Lesch*, a.a.O.(Anm.2), S.269.
- (18) *Lesch*, a.a.O.(Anm.2), S.133.
- (19) *Heiko Hartmut Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, S.203f.
- (20) *Jakobs*, a.a.O.(Anm.15), S.5ff.
- (21) ギュンター・ヤコブス(川口浩一／飯島暢訳)『国家刑罰—その意義と目的—』(関西大学出版部、2013年) 87頁以下参照。
- (22) *Jakobs*, a.a.O.(Anm.15), S.482.
- (23) ギュンター・ヤコブス(川口浩一／飯島暢訳)『法益保護によって刑法は正当化できるか?』(関西大学出版部、2015年) 27頁。
- (24) Vgl. *Jörg Eisele*, in: *Adolf Schönke / Horst Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29.Aufl., 2014, S.142. 明治大学法科大学院刑法研究室編『法科大学院刑法テキスト総論 補訂版』(成文堂、2008年) 2頁以下も参照。
- (25) *Michael Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S.236ff.
- (26) 同様に指摘する論者として、*Daniela Demko*, *Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen*, 2002, S.151f. も参照。
- (27) *Kubiciel*, a.a.O.(Anm.25), S.53ff.
- (28) *Kubiciel*, a.a.O.(Anm.25), S.55f.
- (29) *Michael Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S.134; ミヒャエル・パウリック(飯島暢／川口浩一監訳)『『市民の不法』(5)』関西大学法学論集64巻2号(2014年) 261頁以下。
- (30) 川口・前掲註(10) 20頁。また、法益論の補完として規範妥当保護説に着目する論者として、松宮孝明「今日における犯罪論と刑罰論の関係」立命館法学317号(2008年) 500頁以下。
- (31) 小林憲太郎「『法益』について」立教法学85号(2012年) 483頁。

- (32) 増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2009年) 660頁、*Fabian Wittreck*, *Geltung und Anerkennung von Recht*, 2014, S.41ff. 参照。
- (33) *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S.106f.; ニクラス・ルーマン(馬場靖雄/上村隆広/江口厚仁訳)『社会の法1 新装版』(法政大学出版局、2016年) 111頁以下。
- (34) *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S.138ff.; ユルゲン・ハバーマス(河上倫逸/耳野健二訳)『事実性と妥当性 [上]』(未来社、2002年) 136頁以下。
- (35) *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 5.Aufl., 2011, S.139ff. ツィッペリウスも、「規範妥当」概念は一般的に法規範の実効性を意味していると指摘したうえで、妥当概念はそのような意味にとどまらず、道徳的妥当や社会倫理的妥当が挙げられると述べている。ツィッペリウスによれば、道徳的妥当とは規範そのものが個人の良心において行為の動機として作用することを意味し、社会倫理的妥当とは、規範が共同社会の大半から承認を得て、社会的制裁のような抵抗という形を通じても遵守されうることを意味する。*Reinhold Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, 6.Aufl., 2011, S.19ff.
- (36) 竹下賢も、法的妥当の概念規定について、実証主義と非実証主義の対立が生じていると論じている。竹下賢『法秩序の効力根拠』(成文堂、2016年) 81頁。
- (37) *Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 46.Aufl., 2016, S.3.
- (38) *Rudolf Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8.Aufl., 2016, S.8.
- (39) *Urs Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.Aufl., 2015, S.37.
- (40) *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4.Aufl., 2006, S.16.
- (41) 内藤謙『刑法理論の史的展開』(有斐閣、2007年) 122頁。
- (42) 伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂、1984年) 414頁。
- (43) 嘉門優「行為原理と法益論」立命館法学327・328号(2009年) 207頁以下。
- (44) 松原芳博「刑事違法論と法益論の現在」法律時報88巻7号(2016年) 27頁。
- (45) *Armin Engländer*, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?*, *ZStW* 2015, S.620f. 当該論文は、拙稿「アルミン・エンゲレンダー『実質的法益論を憲法によってよみがえらせることは可能か?』」大東文化大学法学研究所報37号(2017年3月掲載予定)で紹介されている。形式的法益概念と実質的法益概念の対置については、*Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.Aufl., 2016, S.6. も参照。オットーも、法益概念をめぐる対立について、方法論的・体系内在的法益概念と体系批判的・刑事政策的法益概念に区別している。*Harro Otto*, *Rechtsgutsbegriff und BVerfGE* 120, 224, JA 2016, S.364ff.
- (46) *Engländer*, a.a.O.(Anm.45), S.621. また、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) 10頁も参照。
- (47) *Wolfgang Frisch*, *Grenzen des Strafrechts*, in: *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, 1993, S.72. 北野通世「法益論の現代的課題(1)」法政論叢35号(2006年) 10頁も参照。
- (48) *Carl-Friedrich Stuckenberg*, *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre*, *GA* 2011, S.656f.
- (49) *Bernd Schünemann*, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in: *Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S.137ff.

- (50) *Schünemann*, a.a.O. (Anm.49), S.141.
- (51) *Claus Roxin*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S.577ff.
- (52) 例えば、内藤・前掲註 (41) 122頁、154頁、伊東・前掲註 (42) 414頁。
- (53) *Johannes Kasper*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S.243. カスパーがミュンヘン大学に提出した教授資格論文についての詳細は、萩原滋「(紹介と批評) ヨハネス・カスパール『予防刑法における比例性と基本権保護』」白山法学12号 (2016年) 223頁以下で紹介されている。わが国においても、法益概念を批判的に考察しつつ、比例の原則に基づいて立法論的機能を再構築する論者が見られる。上田正基『その行為、本当に処罰しますか—憲法的刑事立法論序説』(弘文堂、2016年) 57頁以下。
- (54) *Kasper*, a.a.O. (Anm.53), S.100. 増田・前掲註 (32) 170頁参照。
- (55) *Kasper*, a.a.O. (Anm.53), S.124.
- (56) *Kasper*, a.a.O. (Anm.53), S.155.
- (57) *Kasper*, a.a.O. (Anm.53), S.516.
- (58) *Kasper*, a.a.O. (Anm.53), S.166.
- (59) *Kasper*, a.a.O. (Anm.53), S.517.
- (60) *Tatjana Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S.41ff.
- (61) *Hörnle*, a.a.O. (Anm.60), S.65.
- (62) 飯島暢も、国家による普遍的な保障という観点に基づくならば、法益侵害も個々の具体的な被害者の自由の領域に対する侵害だけではなく、同時に、普遍的な保障そのものの侵害という普遍的な性格を得ることになるとして、法益侵害によって権利と法が同時に侵害されることを指摘している。飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(成文堂、2016年) 142頁。刑法における法益概念と権利との関係については、*Volker Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S.58ff. も参照。
- (63) *Renzikowski*, a.a.O. (Anm.6), S.562ff.
- (64) *Renzikowski*, a.a.O. (Anm.6), S.576f.
- (65) わが国でも、古典的な法益侵害説を再評価する論者が見られる。生田勝義『行為原理と刑事違法論』(信山社、2002年) 85頁以下。
- (66) *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5.Aufl., 2016, S.60f.
- (67) *Uwe Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3.Aufl., 2015, S.96.
- (68) 自殺を違法と評価するならば、自殺は殺人罪の構成要件に該当することになるだろう。そのように解する論者として、林幹人『刑法各論 第2版』(東京大学出版会、2007年) 26頁参照。
- (69) 松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016年) 523頁参照。
- (70) 目的論的縮小の概念については、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』(勁草書房、2008年) 131頁参照。もっとも、正当化事由においては、罪刑法定主義の観点から目的論的縮小が禁止されるべきであろう。
- (71) 法発見の概念については、増田・前掲註 (70) 121頁以下参照。
- (72) 増田・前掲註 (70) 139頁。
- (73) 増田・前掲註 (70) 269頁以下参照。
- (74) Vgl. *Volker Krey/Robert Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2016, S.4; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.a.O. (Anm.45), S.6. 松原芳博は、法益のような特定の帰属主体を持たない場合、同意による犯罪性の否定の根拠も同意権者の特定の基準も提供されないことになり、せいぜい特定の者の同意に基づく行為は国民の規範的確信がそれを犯罪視しない場合に不処罰になると説明するほかないことになるだ

- ろう、として規範妥当保護説への懸念を表明している。松原・前掲註(44) 27頁。
- (75) 判例は、被告訴者の同意が存在する場合でも虚偽告訴罪の成立に何ら影響しないとの立場を示している。大判大正元年12月20日刑録18輯1566頁。
- (76) *Murmann*, a.a.O. (Anm.67), S.20.
- (77) 松原・前掲註(44) 27頁。
- (78) *Lesch*, a.a.O. (Anm.2), S.258.
- (79) わが国でも、例えば齋野彦弥は、現実に発生してしまった事実を評価するのが犯罪論であるから、犯罪を抑止するべき行動規範そのものを論じることは意味がないとして、行動規範を一次規範と捉える従来の通説に反対している。齋野彦弥「犯罪論体系の構造とその規範理解」三井誠／中森喜彦／吉岡一男／井上正仁／堀江慎司編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2007年) 119頁以下。
- (80) *Andreas Hoyer*, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, S.48.
- (81) *Hoyer*, a.a.O. (Anm.80), S.43.
- (82) *Peter Stemmer*, *Normativität*, 2008, S.155.
- (83) *Stemmer*, a.a.O. (Anm.82), S.157.
- (84) *Stemmer*, a.a.O. (Anm.82), S.159.
- (85) *Rainer Zaczky*, *Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm*, GA 2014, S.73ff.; ライナー・ツァツィック(飯島暢訳)「行動規範の概念に関する批判的覚書」関西大学法学論集65巻2号(2015年) 122頁以下。
- (86) *Zaczky*, a.a.O. (Anm.85), S.90.
- (87) *Zaczky*, a.a.O. (Anm.85), S.84.
- (88) Vgl. *Zaczky*, a.a.O. (Anm.85), S.83.
- (89) *Armin Engländer*, *Norm und Sanktion — Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm*, *Rechtswissenschaft* 2013, S.199f. 当該論文の翻訳については、拙訳「アルミン・エングレンダー『規範と制裁—規範の制裁モデルに対する批判的考察』」大東法学25巻2号(2016年) 217頁以下を参照。
- (90) 売春防止法3条が行動規範であることを指摘する論者として、江藤隆之「刑罰法規の意味としての行為規範」桃山法学17号(2011年) 1頁以下。
- (91) *Engländer*, a.a.O. (Anm.89), S.200ff.
- (92) Vgl. *Engländer*, a.a.O. (Anm.89), S.206.
- (93) *Engländer*, a.a.O. (Anm.89), S.202f. 山中敬一『犯罪論の機能と構造』(成文堂、2010年) 95頁以下も参照。
- (94) *Stemmer*, a.a.O. (Anm.82), S.244ff.
- (95) *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2.Aufl., 1960, S.35; ハンス・ケルゼン(長尾龍一訳)『純粹法学 第2版』(岩波書店、2014年) 33頁。
- (96) 山口・前掲註(8) 4頁。
- (97) 松原・前掲註(44) 26頁。
- (98) Vgl. *Armin Engländer*, *Moralische Richtigkeit als Bedingung der Rechtsgeltung? Eine erkenntnistheoretische Kritik*, *ARSP* 2004, S.86ff.; アルミン・エングレンダー(増田豊訳)「道徳的正当性を法的妥当の条件として捉えることは可能か—認識論的批判」法律論叢83巻1号(2010年) 303頁以下; *ders.*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, S.40ff.
- (99) *Engländer*, a.a.O. (Anm.45), S.623.
- (100) *Engländer*, a.a.O. (Anm.45), S.626.
- (101) 松原・前掲註(44) 26頁。
- (102) *Hörnle*, a.a.O. (Anm.60), S.16ff.

- (103) Vgl. Alexy, a.a.O. (Anm.35), S.17.
- (104) ロバート・アレクシー (足立英彦訳) 「包摂的非実証主義」法律時報87巻3号 (2015年) 68頁以下。また、足立英彦「法と道德の関係の分類について」金沢法学58巻1号 (2015年) 107頁以下も参照。
- (105) それゆえ、法実証主義者であるヘルスターは、分離テーゼと称することに反対している。Norbert Hoerster, Was ist Recht?, 2.Aufl., 2012, S.71.
- (106) Vgl. Armin Engländer, Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S.3f.
- (107) 濱真一郎『法実証主義の現代的展開』(成文堂、2014年) 179頁以下、森村進『法哲学講義』(筑摩書房、2015年) 169頁以下参照。
- (108) 増田豊「法倫理学と道德的实在論 (続)」法律論叢82巻6号 (2010年) 28頁以下参照。
- (109) 道德に関する従来 of 区別については、田中成明『現代法理学』(有斐閣、2011年) 170頁以下参照。
- (110) Herbert Lionel Adolphus Hart, Law, Liberty, and Morality, 1963, p.20.
- (111) Dietmar von der Pfordten, Rechtsphilosophie, 2013, S.66f.
- (112) 増田豊「法倫理学における道德的制度主義の構想と道德的個別主義の問題性 (2)」法律論叢84巻4・5号 (2012年) 135頁以下も参照。
- (113) 大塚滋は、実定道德と批判道德を区別したハートの主張について、「法の道德性」という概念を用いて端的にまとめている。すなわち、法は、法的に強制することが法の道德性という観点から正当化できる場合には、一定の道德律をその中に取り込まねばならないが、逆に、正当化できない道德は、取り込んではいならない。大塚滋『説き語り法実証主義』(成文堂、2014年) 146頁。
- (114) Engländer, a.a.O. (Anm.45), S.634.
- (115) 例えば、初宿正典『憲法2基本権 第3版』(成文堂、2010年) 39頁以下、阪本昌成『憲法2基本権クラシック 第4版』(有信堂、2011年) 1頁以下、渡辺康行/宍戸常寿/松本和彦/工藤達朗『憲法I基本権』(日本評論社、2016年) 2頁以下等。また、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年) 122頁以下も参照。
- (116) 高乗正臣「人権と基本権は違うものです！」正論SP (2016年) 152頁以下。
- (117) Otfried Höffe, Politische Gerechtigkeit, 1989, S.462; オトフリード・ヘッフェ (北尾宏之/平石隆敏/望月俊孝訳) 『政治的正義』(法政大学出版会、1994年) 483頁以下。
- (118) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、1991年) 340頁以下。
- (119) 内野・前掲註 (118) 346頁以下。
- (120) 渡辺/宍戸/松本/工藤・前掲註 (115) 3頁。
- (121) さらに遠藤比呂道は、法を解釈する場面においても、批判道德が考慮されるべきであると主張している。遠藤比呂道「憲法的救済法への試み (2)」国家学会雑誌102巻7・8号 (1989年) 107頁。
- (122) 明治大学法科大学院刑法研究室編・前掲註 (24) 2頁。
- (123) 法益保護説に依拠する佐伯仁志は、刑法と道德の保護について、次のように述べている。道德の保護は刑法の任務でないとする見解は、刑法と道德が無関係であるべきだと主張しているわけではなく、法益と直接関係のない道德それ自体を保護するために刑罰を使用すべきでない、と主張しているだけである。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年) 7頁。こうした主張は法益の道德性を示唆し、刑法が実定道德と一致する批判道德と関係性を有していることを認めるものであると言えよう。
- (124) 松原・前掲註 (8) 15頁以下、山口・前掲註 (8) 3頁以下。
- (125) 小林憲太郎「刑法判例と実務—第2回 法益保護主義—」判例時報2277号 (2016年) 4頁。

- (126) Vgl. *Otto Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S.11ff., S.254ff.
- (127) Vgl. *Lagodny*, a.a.O. (Anm.126), S.6ff.
- (128) *Lagodny*, a.a.O. (Anm.126), S.225.
- (129) 小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』(尚学社、2016年) 68頁。
- (130) *Lagodny*, a.a.O. (Anm.126), S.225.