

資料紹介

法益論—刑事政策における批判的基準となりうるか？

(ミュンヘン大学法学部教授)

アルミン・エンゲレンダー^{*}

訳：小島秀夫

目次

- I はじめに
- II 形式的法益概念と実質的法益概念
- III 方法論的法益保護テーゼと立法批判的法益保護テーゼ
- IV 実質的法益論が要求する制約 (Verbindlichkeitsanspruch)
- V 人格的法益論と規範的個人主義
- VI おわりに

I はじめに

法益論の発展は、ドイツ刑法学における最も重要な功績の1つとされています。ドイツにおける刑法学者の間では、そのように理解する立場が依然として通説です。もっとも、近年では、こうした評価に異議を唱える批判的な声が高まってきました。法益論の意義や説得力に疑問を呈したり相対化したりする見解や、さらにはそれを全否定する見解も多く見られます。ドイツ連邦憲法裁判所も、親族との性交を処罰するドイツ刑法典173条の合憲性に関する決定において、法益論の意義や説得力に懐疑的な立場に与したことで、先の批判的見解は決して無視しえないものとなりました。ドイツ連邦憲法裁判所によれば、刑事立法に対する法的拘束力は、もっぱら基本法から生じるのであって、刑法上の法益論から生じるものではない、と判示しています。

むろん、法益論を支持する論者たちは、この判例について、自らの立場をより積極的に主張し、増加する批判論者に対抗する契機としてしか見ておりません。こうした状況は、集中的な議論のリバイバルにつながりましたが、その議論の決着はまだついていません。

法益論の中心的な理念は、一見すると極めて明快であるかのように思われます。その理念によれば、刑法の責務は法益の保護にあるとされているからです。こうした主張は、法益保護テーゼと称されております。しかし、詳細に検討すると、法益保護テーゼによって示される内容は、決して明らかではありません。この点については、法益論を支持する論者の中でも、見解が分かれています。それどころか、基本的な点でも争いが見られます。まずは、法益という概念をめぐる論争が挙げられるでしょう。すなわち、法益概念をいかにして適切に定義することができるのか、法益とみなすためにどのような要素を満たさなければならないのか、議論されています。次に、法益保護テーゼの位置づけをめぐる論争が挙げられるでしょう。しばしば法益保護テーゼは、もっぱら現行法の解釈や体系化においてのみ重要とされる、純然たる方法論的原理の1つとして捉えられています。他方で、法益保護テーゼには、その意義にとどまらず、既存の犯罪構成要件や提唱される犯罪構成要件を批判的に評価する際に示される法政策的な規範的原理が内在しています。もっとも、以下で示されるように、この2つの基本的な論点—法益概念と法益保護テーゼの性質—は、明らかに特殊な形で関連しているように思われます。

II 形式的法益概念と実質的法益概念

法益思考をめぐる議論は、単なる概念的レベルにとどまっている場合が少なくありません。ドイツ語圏の文献を見渡すと、法益概念については、いつしか数えきれないほどのさまざまな定義が主張されています。しかし、今日の講演の目的からすると、2つの基本的な法益概念を区別すれば十分で

しょう。それは、形式的法益概念と実質的法益概念です。形式的法益概念によれば、保護に値すると立法者が評価し、処罰に値する行動規範の対象となるもの全てが法益であるとされます。これに対して実質的法益概念は、さらに少なくとも内容上の条件を満たすような物、能力、状態のみを法益と捉えます。例えば、法益が個々人の自由な発展に資するものでなければならないというように、実質的法益概念は、しばしば何らかの条件を要求するので

す。通説には反しますが、この2つの法益概念のうち、どちらがより適切かを概念的な考察によって決定することは、不可能なように思われます。したがって、単なる概念的なレベルにとどまった議論は、甚だ不十分ではないでしょうか。「真の」法益概念など、存在しません。概念の形成は、合目的性の問題なのです。それゆえ、形式的法益概念、実質的法益概念がいかに適切であるのかは、それぞれの概念が用いられる目的次第です。しかし、この点は、法益保護テーゼが正確にはどのようなことを述べているのかという問題へとつながります。

Ⅲ 方法論的法益保護テーゼと立法批判的法益保護テーゼ

先に述べましたように、法益論に関する1つの潮流は、法益保護テーゼをもっぱら方法論的意味で理解するものです。そのような理解によれば、保護法益をめぐる問題は、何よりも法を解釈する際に重要となるでしょう。方法論的意味における法益保護テーゼは、法を適用する者に対して、考慮に値するいくつかの解釈から、立法者によってピックアップされた保護対象を最も適切に保護しうるものを採用するよう、要請しています。また、そのような法益保護テーゼは、実定法上の犯罪構成要件を体系化することも可能にします。例えば、保護法益を基にして、それぞれの犯罪構成要件を、生命の保護に対する犯罪、身体の完全性の保護に対する犯罪、所有権の保護に対する犯罪、財産の保護に対する犯罪などといったように、いくつかの犯罪グループ

にまとめることができます。その他、保護法益を手掛かりに、侵害犯、具体的危険犯、抽象的危険犯に分類することもできるでしょう。このようなもっぱら方法論的な目的をねらいとするならば、形式的法益概念が整合します。形式的法益概念には、立法者が犯罪構成要件を作り出すことで人間の行為による侵害から保護しようとする、あらゆる客体、状態、能力、価値、観念が包摂されます。こうしたアプローチは、「方法論的」ないし「体系内在的」法益論とも称されています。

こうした目的とは別の流れを追求するのは、いわゆる「実質的」・「立法批判的」・「体系外在的」法益論を支持する論者たちです。この論者たちは、法益保護テーゼを通じて、許容されうる刑事立法の限界を決定づけ、刑事立法者に法的ないし少なくとも刑事政策的な指針を与えようとしています。それゆえ論者らは、法益保護テーゼを法政策的かつ規範的原理の意味において理解しています。このような原理を、以下では法益保護主義と呼ぶことにしましょう。法益保護主義によれば、刑事立法者は、法益をその侵害や危険から保護しうる法律上の行動規範のみ刑罰の対象とすることが許される、と主張されます。ここで明らかなのは、可罰的とされる行動規範の保護対象全てが法益概念に属するわけではない、ということです。そうでなければ、法益保護主義は、刑事立法に対する批判的基準として無用なものとなり、刑事立法の限界を設定しえなくなってしまうでしょう。したがって、こうした点には、実質的法益概念のみが整合します。

さて、実質的法益論を支持する論者は、実質的意味における法益でないものを保護し、それゆえ法益保護主義の要請を満たしていない一連の刑事立法が実際多く存在し、少なくともそのように考えられうる刑事立法を挙げています。例えば、次のような場合を処罰する規定です。

—兄弟姉妹間における近親相姦のような単なるタブー違反

—姦通のような単なる道徳違反

—公衆の面前における性的行為の遂行やホロコーストの否定などといった

単なる感情侵害

—故意による自己侵害、および自由答責的な自殺関与のような自己侵害への関与

こうした一とどまることのない——覧が示すところによれば、立法批判的法益思考は、合理的な刑事政策のために適切な基準を形成し、度を越えた刑事立法に歯止めをかけることができる、とされているのです。

もっとも、詳細に見ますと、実質的法益論を支持する論者の間では、法益とみなされるために保護客体が厳密にはどのような諸条件を充足していなければならないか、実際に議論されています。実質的法益論における法益保護をめぐる議論は、根本に据える法哲学、国家論、憲法論、社会理論に関する態度決定と結びついています。現在、立法批判的法益思考の論者たちでポピュラーな見解によれば、何らかの方法で個人の自由な発展に資するような物、能力、状態のみが法益として考慮されているように思われます。

IV 実質的法益論が要求する制約 (Verbindlichkeitsanspruch)

問題となるのは、どのような制約が実質的法益論から要求されるのか、という点です。というのも、実質的法益論が法益保護主義を通じて刑事立法者に設定しようとする限界は、法的な制限として捉えることもできれば、単なる倫理的ないし刑事政策的制限として捉えることもできるからです。残念ながら、実質的法益論の立場から立法批判的法益思考を唱える論者たちの見解は、全く明快ではありません。一方では、法益保護主義には単に刑事政策的な意味が付与されているに過ぎないとされています。すなわち、法益保護主義の下では、合理的な刑事政策が求められるに過ぎない、と主張されています。このように主張する論者が、他方では、刑罰法規の合憲性をめぐる決定について、法益論から「転用された」ことを指摘しています。すなわち法益は、「必然的であり」「憲法に基礎をおく」科刑の根拠を構築する、と述べられています。したがって、法益論は、単に刑事政策的な方針を定める機能を

要求するものではなく、一連邦憲法裁判所の立場に反することになりますが、一法益保護主義という法律上の制約を要求するものである、とも考えられているのです。

より強いテーゼは、法益論によって法的な制約が求められることを明確に主張しています。そこで、差し当たりそのようなテーゼを論究したいと思います。ここで問題となるのは、刑事立法者に対する法益保護主義との法的な結びつきがどのような論拠に基づいて主張されているのか、という点です。第一に考えられるのは、前実定的に根拠づけるアプローチです。これは、ベルント・シューネマンによって主張されています。もっとも、前実定的な根拠づけは、自然法論の立場を前提とすることになります。しかし、自然法論によって根拠づける構想は、私見のみならず、存在論的観点や認識論的観点からも、激しい批判にさらされることになるでしょう。時間的な制約から、この点については、これ以上立ち入らないことにします。哲学的な基本問題に重きを置かない他の構想としては、憲法によって根拠づける戦略が考慮に値するでしょう。このような戦略は、今日、実質的法益論を支持する論者において非常に好評を博しています。例えば、ヴィンフリード・ハッセマーは、法益保護主義が憲法における過剰禁止と「ぴったり」合致する、と述べています。過剰禁止に基づく刑法の再構築は、法益保護主義なくして全く不可能である、と指摘しているのです。また、クラウス・ロクシンも、法益保護主義が現行憲法に由来するものであると考えています。

もっとも、憲法に依拠するアイデアをどのように理解すべきかが問われることになるでしょう。1つには、法益保護主義が憲法から導かれると考えられています。法益保護主義の機能は、基本法の指針に基づいた、処罰に値する行動規範によって保護されるべき保護客体を法益概念に取り込む点にあると主張されています。しかし、そのような理解に基づくと、実質的法益論は、別の観点から根拠づけられる憲法上の考察結果をまとめたに過ぎないことになってしまうでしょう。さらに、刑事立法を憲法の観点から限界づける

固有の働きかけもなされなくなるように思われます。いずれにせよ、法益保護主義は、刑罰の限界を根拠づけることについて放棄していると言えるでしょう。タチャーナ・ヘルンレが指摘しているように、法益保護主義については、背後に置かれる憲法上の考察に対する単なる「スローガン」が問題になっているに過ぎないこととなります。もっとも、こうした実質的法益論の「慎ましやかな」理解は、実質的法益論を支持する論者の意図をくみ取っているとは言い難いように思われます。論者たちは、明らかにさらなる要求を実質的法益論と結びつけています。

それによりますと、憲法に依拠するのは、法益保護主義それ自体が、書かれざる憲法上の原理として、刑罰法規が合致しなければならない憲法上の要求だからであるとされています。この点、実質的法益論を支持する論者たちは、2つの論拠、すなわち審査手法に関わる論拠と思想史に関わる論拠を提出しています。

まずは、審査手法に関わる論拠を見てみましょう。憲法上要求される比例原則による審査の際、法益が評価の基準として必要とされるだろうと主張されています。つまり、刑罰法規がどのような法益を保護すべきかを明らかにして初めて、刑罰法規が適合性、必要性、相当性を有しているかを検討することができると述べられているのです。しかし、このような論拠によって、法益保護主義を根拠づけることはできないように思われます。というのも、比例原則による審査は、その都度任意に設定される立法趣旨の観点において行われるからです。そこでは、立法者が当該規定を通じておよそ何らかの目的を追求することが、単に前提とされているに過ぎません。そうであるとすれば、次のようなことが言えるでしょう。比例原則による審査は、形式的法益概念の意味における法益と同一であることが要求されますが、決して実質的法益概念の意味における法益と同一であることが要求されるわけではないのです。

そこで次に、思想史に関わる論拠を見てみましょう。ハッセマー、ロクシ

ン、シューネマンは、実質的法益論が憲法上重要であることを根拠づけるに当たって、法益保護主義が啓蒙哲学の国家論的観念から導かれるとも述べています。もっとも、こうした主張は、思想的に見ればドイツ基本法に基礎を置いていることが分かります。それゆえ、ドイツ憲法に啓蒙思想が取り込まれて法典化されたことによって、立法批判的法益論も憲法に取り入れられたとする考察が見て取れるのです。こうした理解によれば、実質的法益概念は、刑事立法の際に当然考慮されるべき、実定的な現行憲法の書かれざる原理をなすものであると言えます。

しかし、このように根拠づける戦略も、説得力があるとは言えません。そもそも、そのように主張する論者たちは、これまでのところ、法益保護主義を根拠づけるに当たって一全く性質の異なる一啓蒙哲学を十把一絡げに参照することで論拠を示しているにとどまっています。いずれにせよ、その中どの思想から導入されたのかを明らかにするような説明は、いまだなされていないのが現状です。さらに、一部で認められているように、どのような啓蒙思想が具体的な形で憲法に影響を与えているのか、証明することは極めて困難です。要するに、基本法を具体的に形成するに当たって啓蒙哲学が与えた影響は、むしろ間接的なものに過ぎなかったのではないのでしょうか。それゆえ、思想史の観点から深く根ざしているとの主張が一般的に裏付けられるかどうかは、極めて疑わしいように思われます。そして最後に、宗教的もしくは（その他の）形而上学的前提に大きく依拠する国家哲学的観念への立ち返りは、基本法の世界観的中立性に反すると言えるでしょう。

結局のところ、立法者が法益保護主義と法的に結びつくとの主張は、否定されるべきです。それゆえ、実質的法益論は、合理的な刑事立法政策の指導原理として理解される可能性があるに過ぎません。むしろ、そのためには、支持されるような実質的法益概念を構築する価値基準といったものを提供する刑事政策的ないし法倫理的構想が必要となります。というのも、そのような基盤がなければ、法益保護主義はいわば宙に浮いたものになってしまうか

らです。実質的法益思考は、必要とされる価値基準を自ら根拠づけることができないように思われます。

V 人格的法益論と規範的個人主義

実質的法益思考を現在の政治哲学や倫理と結びつけようとするのは、言うまでもなく、ヴィンフリード・ハッセマーやウルフリート・ノイマンによって主張されている人格的法益論です。人格的法益論は、人格的な法益保護主義が規範的個人主義、ひいては支持されうる法哲学的、道德哲学的基礎によって裏付けられると主張しています。人格的法益論によれば、「刑法による保護を必要とする人間の利益」のみが、法益として考慮されます。それゆえ、人格的法益論は、法益概念を個人的利益と結びつけるのです。こうした見解は、ハッセマーやノイマンによれば、正統な刑罰の限界づけに大きな影響を及ぼしています。例えば、集团的法益を認める場合が挙げられます。人格的法益論によれば、集团的法益を認める場合とは、それが間接的な派生的利益として理解されうる場合に限られるでしょう。つまり、集团的法益が個人的利益に立ち返ることができるか、または集团的法益の保護が個人的法益の保護にも役立つ場合にのみ、集团的法益が認められることとなります。したがって、例えば「固有の価値」に基づいて環境を集团的財として刑法上保護するようなことは、認められません。集团的財は、「人間の生活条件に合致する組み合わせ」としてのみ法益となりうると主張されているのです。こうした法益概念の個人的法益との結びつきは、法益の価値的階層構造を生み出すことになるでしょう。普遍的法益の重要性は、間接的な保護につながる個人的法益の価値に依存するように思われます。

しかし、詳細な検討を加えると、人格的法益論は、その要求を果たすことができないと考えられます。というのも、規範的個人主義という基本原理に基づいて全ての法益が個人的利益に還元されなければならないとするならば、保護に値する集团的財が個人に関わる願望、目的、好みと無関係な固有

の価値を有するとして正当化されることは、確かに否定されるでしょう。そして、個人的利益と無関係な集团的主体—国家、国民、市民、社会—の利益への立ち返りも、正統化の構想から排除されるでしょう。しかし、集团的財が個人の目的を追求する手段となる限り、常に個人がその集团的財に対する利益を持ちうるわけでは決してありません。例を挙げますと、筋金入りの環境保護者が環境の清浄性を維持しようとする理由は、その清浄性に健康な生活の前提を見いだしているだけではなく、人間の生存と関係なく清浄な環境というものを目的そのものとして捉えているからでもあります。同様に、信仰深い人たちは、特定の宗教的価値を崇めることを保護に値する価値あるものとして評価しようとするでしょう。さらに、特定の社会的タブーを維持するに当たっても、その手段としては認められない利益が存在しえます。基本的には、次のようなことが言えるでしょう。すなわち、個人的利益は、原則的にどのような事態にも向けられうることになります。それ自体人格的法益の対象となりえない客体や属性、状態、出来事など存在しないのではないのでしょうか。その他、実質的法益論が法益保護主義違反の例として必ずと言っていいほど引き合いに出す、感情の保護といったものも同様のことが当てはまります。それゆえ、感情の保護に対する不当性は、人格的利益に基本的には当てはまらないという論拠によって根拠づけられるものではないのです。

以上の点から、詳細な考察を踏まえると、人格的法益保護主義は、特定の主観的な利益をはじめから保護に値しないものとして排除していることがうかがえます。そうであるとすれば、個人的利益を評価したり選択したりする際、ひそかに規範的基準が取り込まれているのではないのでしょうか。もちろん、この規範的基準は規範的個人主義の原理から自ずと生じるわけではなく、固有の根拠づけが必要とされます。ハッセマーは、規範的個人主義の立場から、「規範的社会的な合意」という考え方を持ち出してきました。その考え方によれば、「社会的な価値経験」や—変遷しうる—「文化的歴史的な文脈」が、法益を作り出す枠組みを構築するとされています。この点、ハッセマー

は主に2つの論拠から根拠づけています。1つは、立法者が、文化的歴史的な文脈を超越した立場にいるのではなく、その文脈の中で必ず行っているという点です。もう1つは、社会内部の価値経験を無視した刑事政策は、摩擦を生み出すことになるか、そのような摩擦が生じないように、より厳しい政策によって解決することになるだろうと主張されています。

しかし、「規範的社会的な合意」という掴みどころのない、記述と規範の間を行ったり来たりするような考え方は、求められている根拠づけをなしうるためには適切でないように思われます。まず、ある特定の文化的歴史的な文脈の中で各立法が制定され、それと共に法益が作り出される状態は、単に社会的事実を表しているに過ぎず、社会的事実から規範的基準が出てくるわけではありません。「規範的社会的な合意」という考え方は、立法者が法益を作り出す際、一立法者にとって可能であるとすれば一どの程度「社会的な価値経験」や「文化的歴史的な文脈」を反映したり裏づけたり、あるいは変更したり全く過去のものとしたりするのかわからず、全く何一つ示していません。それと関連して、社会の「価値経験」からかけ離れた刑罰法規が摩擦を生み出す可能性に関する指摘は、規定の実効性や規範の名宛人による受容を考慮するよう、立法者へ勧告するものではないと思われます。それにもかかわらず、とりわけハッセマーは、「規範的社会的な合意」という実際の状態が、人格的法益論の立場をどの程度示唆するものなのか、明らかにしていません。こうした理由から、現在の「社会的な価値経験」が規範的個人主義の基本原則と合致するとの主張は、十分ではないと考えます。したがって、人格的法益論を支持する論者は、人格的法益保護主義を根拠づける責任について、なお負っていると言えましょう。それはもちろん、人格的法益論を最終的に否定するものではありません。ここで示した批判から、規範的個人主義に基づいた人格的法益論の基本方針を根拠づけることが原理的に不可能であるとまでは言い切れません。しかし、ここで示した批判は、目下その根拠づけに欠陥が見られることを明らかにしています。それでもなお、人格的法益論を主張

する論者が自らの立場を維持しようとするのであれば、先に示した欠陥を埋められるのか、埋められるとしたらどのように埋めるのか、論者らは説明しなければなりません。それが成功するか否かは、もちろん未解決なままです。

VI おわりに

以上から、結論は懐疑的なものとなります。なるほど確かに、保護法益をめぐる問題は、犯罪構成要件の解釈や体系化に重要な機能をもたらしています。それゆえ、基本的には、方法論的法益保護テーゼが適切であると考えます。しかし、立法批判的法益思考は支持されがたいように思われます。憲法上、実質的法益保護主義は重要ではありません。さらに、刑事政策的指針としての役割といった観点から見ると、実質的法益保護主義は、必要とされる価値基準を自ら根拠づけることができないのです。しかし、いまだ実質的法益論を支持する論者は、十分に考察された政治哲学と刑事立法を結びつけることができていません。したがって、法益思考は、正統な刑法の限界をどこに引くかという問題に、少なくとも現在のところ、十分な回答を示していないと言えるでしょう。

*本稿は、2018年9月1日に大東文化大学大学院法学研究科講演会として、また、2018年9月5日に龍谷大学法学会研究会において実施された講演を翻訳したものである。本講演の基となった論稿ならびに参考文献については、拙訳：アルミン・エングレンダー「ドイツ刑法学における法益論—批判的一考察—」伊東研祐=小島秀夫=中空壽雅=松原芳博編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法 増田豊先生古稀祝賀論文集』（勁草書房、2018年）1頁以下を参照されたい。

講演会当日は、フロアとの活発な質疑応答がなされた。その一部を紹介すると、ドイツでは、2015年に施行されたドイツ刑法典217条、すなわち業としての自殺援助罪に対して、学説から多くの批判が向けられているが、エングレンダー教授は法益論の観点から業としての自殺援助罪をどのように考えるか、との質問が出された。これに対して、エングレンダー教授は、仮に自身がドイツ連邦議会議員であれば、業としての自殺援助

罪の新設に関する採決の場で反対票を投じたであろう、と述べられた。しかし、講演でも指摘したように、法益論は解釈論的機能を有するものの、立法批判的機能を有していないため、法益論の観点から業としての自殺援助罪を批判することは適切でなく、民主主義に基づくプロセスを通じて批判すべきである、との見解を示された。

むろん、こうした回答が、法実証主義的立場から出されていることに留意すべきだろう（エンゲレンダー教授の学問的方向性については、アルミン・エンゲレンダー〔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〕325頁以下を参照）。法実証主義に依拠する論者にとって、法益とはまさに「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。この実定性を要求するという意味が、形式的法益概念における「形式的」という形容詞に込められている。エンゲレンダー教授は、法と道徳の関係を法哲学的に考察したうえで、法益論の立法論的（立法批判的）機能を懐疑的に捉えているのである。

現在、わが国ではカジノを解禁する動きが高まっているが、例えば賭博罪（185条）の非犯罪化についても、法益論の機能をどのように捉えるかによって、アプローチが異なると言えよう。法益論の解釈論的機能のみならず立法論的機能も認める立場からは、賭博罪における「健全な勤労の美風」という法益が刑法で保護すべき法益ではないとして、批判的な議論を提起することができよう。これに対して、エンゲレンダー教授の立場からは、法益論によって賭博罪の非犯罪化を主張することは適切でなく、民主主義的プロセスによって賭博罪の非犯罪化を目指すことになるだろう。

最後に、本講演を快く引き受けて下さったエンゲレンダー教授はもちろん、フロアとのディスカッションにおいて通訳を快諾いただいた川口浩一教授（明治大学法学部教授）、ならびに龍谷大学法学会研究会を企画して下さい下さった玄守道教授（龍谷大学法学部教授）に、この場を借りて心より御礼を申し上げたい。