

アルミン・エングレンダー

「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？」

小島 秀夫

1. 紹介にあたって

わが国では、刑法の目的について、法益保護主義が刑法の基本原則であり、通説であると説明されている⁽¹⁾。その前提には、法益保護主義が社会倫理主義と対置され、社会倫理主義と結びつく行為無価値論は⁽²⁾、道徳や倫理を刑法における保護の対象とするため妥当ではない、とする一種の偏見が残っているように思われる。

こうした状況に対して、ドイツでは、そもそも法益保護主義が道徳や倫理を保護の対象とすることにつながるのではないか、との批判的な見方が出ている⁽³⁾。2016年5月14日から17日までの4日間、ドイツ語による刑法教員学会がアウクスブルク大学で開かれたが、その2日目に行われた共同研究「近代立憲国家における法益論の重要性」において、アルミン・エングレンダーは、「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？」と題して、法益保護主義に対する批判的所見を報告した。その報告内容は、法（刑法）と道徳・倫理との関係や、道徳・倫理とは何かという問題を敬遠して法益保護主義を掲げるわが国の刑法学にとって、重要な意義を有しているように思われる。

また、近年わが国では、憲法と刑法の交錯を意識した刑事立法論の研究が行われている⁽⁴⁾。以下で紹介するエングレンダー論文は、自身が先の学会において報告した内容をまとめたものであるが⁽⁵⁾、憲法、とりわけ比例の原則と刑法との関係を検討する上でも、参考になるものと考えられる。

2. エングレンダー論文の概要

I. ドイツ刑法における法益保護主義をめぐる議論

ロクシンは、ハッセマーの記念論文集に寄稿した「法益論の新たな展開について」と題する論文において、20年ほど前から再びインテンスィヴに展開されている法益をめぐる議論のいわば「中間結果」を示した。立法批判的な法益思考、言い換えれば「体系超越的な」、「体系批判的な」あるいは「実質的な」法益思考の目的は、許容される刑事立法の限界を確定づけると共に、立法者に法的な、あるいは法的とは言えないまでも刑事政策的な基準を示すことにある。こうした思考の核心は、規範的原理や概念的要件に見られる。以下で法益保護主義と称する規範的原理によれば、可罰的な行動規範が正統であるとみなされるためには、少なくとも法益を侵害や危険から保護しなければならない。そして、概念的要件によれば、法益なく保護する行動規範が存在することは、少なくとも概念的に可能である。

このような構想を支持する論者たちは、法益なく保護する、すなわち法益保護主義の要請を満たしていない刑事法が実際に多く存在し、少なくともそのような刑事法が存在しうること指摘している。例えば、近親相姦のような単なるタブー違反や姦通のような純粋なモラル違反、公衆の面前で性的行為を遂行したりホロコーストの存在を否定したりするような感情を害するに過ぎないもの、あるいは、故意による自傷行為や自傷行為への関与者と並んで、目下、刑事政策的にインテンスィヴに議論されている自殺関与を処罰することは、法益保護主義の要請を満たしていない。それゆえ、立法批判的な法益思考の性質は、肥大化する傾向にある刑事法にブレーキをかけるような印象を与えているのである。

このような構想に対する批判は、2つのレベルにおいて向けられよう。第1に、批判的能力、すなわち法益保護主義の機能に疑問が向けられている。結局のところ、刑罰法規によって保護される法益というものは、各刑罰法規の下で同定されう。さらに、論理的に見れば、保護思想は決して可罰性を限界づけるものではなく、むしろ可罰性を拡大する方向に働くであろう。というのも、法益を保護しようとするほど、より早い段階で刑罰が投入され、より広範囲に刑罰が科せられるからである。第2に、法益保護主義の規範的拘束力に疑問が向けられている。例えば、連邦憲法裁判所は、近親相姦事件をめぐる決定の中で、法的に拘束される刑事立法の基準は、憲法からのみ生じるのであって、刑法における法益論から生じるものではない、と判示した。民主主義的な立法者の本分は、憲法の枠内で、刑法において保護されるべきものは何かを確定することにあるのではないか。

立法批判的な法益思考を支持する多くの論者たちは、なるほど一瞥すると、法益保護主義に刑事政策的な意味のみが付与されていると理解することで、先の2つの批判を免れようと試みている。すなわち、法益保護主義においては、合理的な刑事政策の要請が単に問題となっているに過ぎない。それと同時に、法益論を援用せずに刑法の合憲性を決定づけられ

ないことも主張している。法益は必要不可欠な、つまり憲法上も支持されうる法定刑の根拠を形成する、と。

このような状況に鑑みて、以下では、立法批判的法益論の検討、とりわけ、批判的能力に関する問題と規範的拘束力に関する問題に取り組みたい。

II. 概念的レベル

法益保護主義に関する議論のほとんどは、純粋に概念的なレベルで行われている。学説を見ると、法益概念について多くの定義が見られる。一部を列挙すると、「法的に保護される利益」、「法が侵害から守ろうとしている望ましい社会的状態」、「犯罪構成要件の背後にある観念的価値」、「社会秩序という法的に保護される抽象的価値」、「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」、「価値を有する社会的な機能統一性」、「保護に値する自由領域」、「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」、「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」といった具合である。

しかし、本稿の目的からすると、2つの基礎的な法益概念を区別すれば十分であろう。すなわち、形式的法益概念と実質的法益概念である。形式的法益概念によれば、立法者が保護に値すると評価し、保護機能を有する行動規範の対象となるもの全てが法益とされる。これに対して実質的法益概念は、例えば個人の自由な発展に資するというような、さらに少なくとも内容上の条件を満たす物や能力、状態のみを法益と呼ぶ。立法批判的な法益思考の主張者たちは、実質的法益概念を標榜しなければならないであろう。そうでなければ、法益保護主義は、空虚なものになってしまうからである。

2つの法益概念のいずれが優れているかは、概念的な考察によって決定づけられるものではない。というのも、「真の」法益概念など存在しないからである。適切な概念という考え方は、支持し難い概念实在論や概念本質論へと至るだろう。それゆえ、立法批判的な法益思考は、次のような批判に反論することはできない。すなわち、概念次第で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、法益保護主義は批判的能力を有さない、との批判には反論しえない。

概念を形成するに当たっては、合目的性が問題となる。形式的法益概念は、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、実質的法益概念の目的は、法益保護主義のコンテキストにおいて正統な刑事立法の限界を明らかにする点に見いだされる。実質的法益概念は、正統にも行動規範の保護目的となる対象とならない対象を容易に区別しようとされている。それゆえ、概念の形成は、実質的法益概念がこうした機能を適切に果たす場合にのみ、説得力を有すると思われる。とはいえ、それを実質的法益概念が行うことは、概念自体によって根拠づけられるものではない。というのも、例えばタブーや宗教的な感情といったものが実質的法益概念に属さないという事情から、そのようなものが可罰的な行動規範の保護対象とされてはならないことが直ちに導かれるわけではないからである。そのような禁止は、実質的法益概念が正統な刑事立法の限界を明らかにする場合にのみ生じる。しかし、それは概念的な問題ではなく、規範的な問題である。

III. 規範的レベル

したがって、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処罰の対象としなければならない、と解する論拠が求められよう。以下では、立法批判的な法益思考の論者たちが主張する前実定的なアプローチや憲法によるアプローチを見ていきたい。

1. 前実定的な根拠モデル

例えばシューネマンは、社会契約の理念へ立ち返ることで、前実定的に捉えている。社会契約においては、契約を締結した者たちが国家に刑罰権を委ねているが、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、刑罰権を委ねているのである。それゆえ、実質的法益概念は、国家哲学における契約主義の構想に直接の根拠が求められる、とシューネマンは解している。

しかし、そのような社会契約の理念との唐突な関連づけは、いくつかの点で問題を孕んでいるように思われる。第1に、社会契約という名の下では、国家への刑罰権を限定的に委ねるわけではない全く異なる考え方も含まれている。さらに、多くの社会契約論者によれば、社会契約においては実際の契約が問題となるのではなく、思考実験が問題となっているに過ぎない。しかし、人為的に作られた原初状態にある自然人の契約は、それ自体、真の人間に対して拘束力を有するものではない。拘束力があることを根拠づけるためには、仮定的な契約が、一例えば人間の本質や理性を通じて承認されるような一上位の枠内で論じられなければならない。結局のところ、社会契約の理念が立法者や憲法制定者を前実定的に拘束するような法的な基準であると理解される限り、そこには自然法的ないし理性法的な視点が含まれており、私見によれば、存在論的観点においても認識論的観点においても決定的な批判にさらされることになるだろう。

2. 憲法による根拠モデル

自然法という疑わしい考え方に立ち返らないのであれば、実質的法益概念と法益保護主義の法的拘束力は、実定法によって根拠づける道を選択しなければならない。その道においては、もっぱら現行憲法が問題となる。例えばハッセマーによれば、法益保護主義は、憲法における過剰禁止の原則に「うまく」合致すると主張している。

しかし、法益保護主義と実質的法益概念の憲法による根拠づけとは一体どのようなものなのだろうか。実質的法益概念と憲法の単なる一致だけでは、根拠として十分ではない。それゆえ、ここでは問題となる2つの可能性のみ取り上げたい。1つは、実質的法益概念が憲法から導出されることを、憲法上の根拠によって理解しようとするものである。その機能は、憲法の指導原理に基づく可罰的な行動規範を通じて保護されるべき保護客体が概念によって示されうる、という点に見られる。このような意味においてヘルンレは、背後に潜む憲法的考察の「スローガン」を実質的法益概念に見いだしている。もう1つの可能性によれば、実質的法益概念それ自体は、書かれざる憲法上の原理とされる憲法的要請であり、刑法はその要請に応えなければならない。これは、ロクシンやシューネマンの見解である。

a) 憲法的要請からの帰結としての実質的法益概念

差し当たり第1の対案、すなわち、憲法からの帰結としての実質的法益概念を検討してみたい。なるほど確かに、基本法が刑事立法に対していかなる優位性を具体的に示しているのか、いまや激しく争われている。この点、連邦憲法裁判所は、一刑事訴訟法の領域とは異なり—どちらかといえば慎重な態度を示している。連邦憲法裁判所は、前憲法的に存在する、全ての者に「共通する利益」が原則的に保護の対象として問題になることを、明確に否定しているわけではない。こうした立場によれば、立法者に著しい裁量の余地を与える比例の原則によって保護の対象となりうる限界線が引かれよう。もっとも、裁判所はいまだかつて、犯罪構成要件を憲法違反として判断したことがない。これに対して、ヘルンレは、比例の原則にのみフォーカスを合わせるのではなく、基本法2条1項に規定された3つの制限に立ち返ることで保護客体を限定づけようと試みている。刑法は主として侵害にさらされている他人の権利を守るためにのみ許容される、と主張しているのである。こうした見解は、フォイエルバッハの古典的な法益侵害説を容易に想起させると言えよう。他方でカスパーは、確かに比例性を検討することが重要であるとする連邦憲法裁判所の見解に賛同しているものの、その検討が今なお不十分であると捉えている。例えば、一般的には個人の基本権の中でとりわけ重要なもの、特に個人の生活形成における核心部分が処罰の限界として厳格に考慮されるべきである。そしてさらに、個人の基本権や民主主義原理、法治国家原理に基づく原則のように、問題となる保護の対象を選び出す際に制限をかける原則が、しっかりと強調されるべきではないか、とカスパーは考えている。

しかし、このような理解は、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、独自の解決策を提示しているわけではない。形成された法益概念が—例えば、法益の範囲を狭く捉えることによって—一憲法の基準と合致しないことが立証されれば、法益概念は、修正を余儀なくされよう。例を挙げると、刑法典183条a（公の不快感の惹起）、基本法130条3項（ホロコーストの否定）、動物保護法17条（動物虐待）といった刑罰規定が、適切にも必要かつ相当な方法で憲法的にも正当な目的に資するにもかかわらず、法益なく保護していることが実質的法益概念から導出されるならば、これらの犯罪構成要件は不当であるとまでは言えないものの、実質的法益概念が誤って形成したために修正の必要がある、と理解されることになる。

それでもなお、ヘルンレは、こうした理解を基にして法益概念の意義を過大評価している。すなわち、ドイツ刑法学では法益概念に着目することで、実際に重要な規範的問題を回避することができるかと捉えている。そしてカスパーは、基本的には立法批判的な法益論にシンパシーを感じているにもかかわらず、憲法上の観点から法益概念は放棄可能であることを容認しているのである。

b) 憲法的要請の構成要素としての実質的法益概念

しかしながら、法益保護主義が憲法からの帰結に過ぎないのではなく、書かれざる憲法原理そのものとして、刑事立法に向けられた憲法的要請であるならば、状況は異なるかもしれない。もっとも、立法批判的な法益論を主張する多くの論者が唱えている論拠、すなわち、憲法上求められる比例性の検討は、実質的法益概念なくしていわば宙に浮いた状態であるため、必然的に実質的法益概念を視座としなければならないという論拠からも、法益保護主義を根拠づけることはできない。というのも、比例性の検討は、それぞれに委ねられた立法者の目的との観点で行われうるからである。それゆえ、立法者が当該規定に設定された何らかの目的を追求することのみが前提とされよう。それはすなわち、次のようなことを意味している。確かに、比例性の検討は、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。

しかし、ロクシンやシューネマンはさらなる考察をしており、法益保護主義は刑事立法への憲法的要請の構成要素として論証されうると主張している。ロクシンやシューネマンは、実質的法益概念が啓蒙哲学の国家論的な観念、正確に述べれば、思想的には基本法の基礎をなしている社会契約論に由来するものであると論じている。実質的法益概念を導出す

るに当たって、これは差し当たり、すでに論究したシューネマンの前実定的な論拠と合致する。しかし、憲法思想史的な由来を引き合いに出すことで、もはや法益概念の自然法的な効力は主張されていない。そうではなく、国家哲学の前実定的な理念から導き出さる実質的法益概念が、啓蒙思想を基本法に法典化する際に組み込まれたことが示唆されている。それゆえ、実質的法益概念は、刑事立法への憲法的要請を判断する際に当然考慮しなければならない実定的効力をもった現行憲法の本質原理を構成している、と主張しているのである。

このような、立法批判的な法益論に反対する論者から今なお十分に検討されていない考察をいかに評価すべきであろうか。立ち入った検討を加えると、3つの問題につながる。その3つとは、識別に関する問題、根拠に関する問題、そして中立性に関する問題である。

aa) 識別に関する問題

すでに言及したように、国家論的な契約主義との関連づけは、内容豊かな前憲法的な法益概念を導出する根拠を探るに当たって、特段優れているわけではない。たびたび引き合いに出される自然モデルないし原初モデルを基礎に置く人間像に依拠するならば、社会契約論に基づく国家的秩序の構想からは完全にかけ離れてしまう。立法批判的な法益論の主張者は、前実定的な実質的法益概念が導き出され、その導出過程を追体験できる形で契約主義的（もしくはその他の国家哲学的な）アプローチを詳細に明らかにしなければならない。このような具体化がなされない限り、前提とされる実質的法益概念は、いわば宙に浮いたままであると言えよう。

bb) 根拠に関する問題

さらに、前実定的な実質的法益概念を基礎づけるとされる国家論的な啓蒙哲学の観念は、思想史的に基本法を形成するに当たっても実際に影響を及ぼしているはずである。しかし、啓蒙思想が具体的に見てどのように憲法に影響を与えているのかを立証することは、容易ではない。確かに、議会評議会の審議において、西欧の伝統的な憲法は重要な役割を果たした。一般的には、まさに人間の尊厳を保障する議論や基本権をめぐる議論の際、自然法的な根拠がたびたび論じられた。もっとも、こうした自然法との明確な関連づけは特段優れているわけではなく、根拠づけをめぐるさまざまな見解や、それらの見解の方法論的ないし内容上の相違にはこれ以上立ち入らない。一部の学説によれば、哲学的なルーツに基づく考察は明確に否定すらなされている。こうして見ると、憲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だろうか。いずれにせよ、憲法の生みの親が憲法論議の際に一例えばカントのような一特異な考え方に目を向けたはずだという主張は、根拠のない資料に基づくものであると言えよう。

cc) 中立性に関する問題

最後に、前実定的な実質的法益概念を啓蒙主義という国家哲学的な理念から展開し、そのような理念が現行憲法に与えた影響について論証されうる場合でも、実質的法益概念の考え方が憲法を解釈する際に問題なく援用されうることを意味するわけではない。

確かに、文理解釈や体系的解釈と共に歴史的解釈は、承認されている解釈方法論の1つである。しかし、啓蒙主義的な理念や論拠を用いた憲法の解釈は、それ自体方法論的に異議を唱えることができずとも、そこから直ちに別の憲法的ないし民主主義的な検討が、そうした憲法の解釈と対立しえないことを意味するわけではない。多くの場面において、宗教的あるいは（その他の）形而上学的観念が基礎に置かれている。例えば、ロックのように、神によって創造された秩序において前国家的に考えられる個人権に根拠を求めたり、カントのように、自律的な実践理性という形而上学的観念から法原理を導出したりする場合は挙げられよう。

宗教的ないし形而上学的観念への立ち返りに対しては、基本法の世界観的中立性と矛盾するとの反論が、憲法論的に成り立ちうる。そのうえ、世界観的中立性については、法哲学においても、認識論的、民主主義的な根拠が引き合いに出されうる。少なくとも認識論的には、論理や数学を超えた形而上学的信念が相互主観的に検討可能な人間の認識対象を構成するとの理解は、疑わしいように思われる。いずれにせよ、現在の認識論の多くは、アприオリな総合判断を否定している。こうした背景を見ると、憲法を解釈するに当たって、場合によっては受け入れられないことが示されるような根拠づけの要請に拘泥することは、好ましくないのではないだろうか。

さらに、民主主義の理論によれば、形而上学的に根拠づけるアプローチを根本的に懐疑するか否かにかかわらず、少なくとも多元論的社会においては「最後の問い」でさえも一致しないことが前提とされている。適切にもロールズは、次のように述べている。「近代民主主義社会において見られる宗教的、哲学的、道徳的教義の多様性は、間もなく消滅するかもしれない歴史的所与性に過ぎないものではなく、民主主義の公共的文化に内在する永続的なメルクマールなのである」。それゆえ、「理性的な多元論という事実」は、自由主義社会の本質を成すメルクマールの1つである。このような事情を考慮するため、ロールズによれば、「自由裁量的な考え方」を展開することが重要なのである。

思想史的に見ると基本法は前実定的な実質的法益概念を内包しているとのテーゼは、以上の理由から、論拠に重大な問

題を抱えている。それゆえ、立法批判的な法益概念の主張者は、大きな挑戦状を突きつけられている。論述した3つの問題を解決することに成功した場合にのみ、法益保護主義は、憲法が刑事立法に要請する固有の構成要素として示されよう。むしろ、こうした課題を見事に克服することは、現在のところ明らかに疑わしいように思われる。

IV. 結論

要約は以下の通りである。(1.) 法益保護主義をめぐる議論は、単に概念的なレベルではなく、規範的レベルで行われなければならない。(2.) 法益保護主義と法益保護主義に基づく実質的法益概念の法的妥当性は、もっぱら実定法的に、すなわち憲法によって根拠づけられよう。(3.) こうした関係の中で実質的法益概念を単に憲法からの帰結として捉えるならば、憲法的考察の結果は、1つのスローガンにまとめられよう。これに対して、そのような理解によれば、法益概念は、刑事立法の憲法上の限界をどこに設定するかという問題に、もはや固有の解決をもたらすことはできない。さらに、憲法による限界づけを採用すれば、法益概念が事実的なものであるかのような危険に陥る。法的に見て重要な基準であるかのように法益概念を捉えることによって、刑法学は、憲法において固有の意義を有する発展が遂げられなくなってしまうだろう。(4.) 思想史を引き合いに、実質的法益概念は憲法が刑事立法に要請する固有の要素であると理解するならば、論拠に重大な問題を抱えることになる。この問題を克服することは、疑わしいように思われる。(5.) それゆえ、立法批判的な法益論が憲法によってよみがえるとの期待は、見せかけに過ぎないであろう。

3. 若干のコメント

以上のように、エングレンダーは、法益論における問題の核心が概念的レベルではなく規範的レベルにあるとして、法益保護主義が前実定的な理念に基づいていることを指摘した上で、これに強く反対している。そもそもエングレンダーは、非実証主義法理論を一括して法道徳主義あるいは自然法論と称して退ける法実証主義者として、法哲学の分野においても重厚な論文を発表している⁽⁶⁾。当該論文においては、形式的法益概念に基づくべきであることが示唆されているが、そうしたエングレンダーの立場からすれば、法益はまさに「法」益であって「非法的」益ではない以上、法益概念に実定性が要求されることになる。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と考えられよう。

結局のところ、法益論を検討するに当たっては、法と道徳の関係を論じなければならないように思われる。わが国で主張されている法益保護主義に目を向けると、法と道徳の区別が当然の前提とされているが⁽⁷⁾、法と道徳の関係を全く論じないでこうしたテーゼを掲げても、その説得力は期待できない。また、近年わが国では、いわゆる感情の保護やクローン規制などの価値観の対立が見られるものをめぐる刑事規制について議論が行われているが⁽⁸⁾、その議論においても法と道徳の関係をめぐる問題はまだまだ等閑にされている。法益論の立法批判的機能については、その有効性に疑問が投げかけられているが、こうした状況は、法益論における問題の核心、すなわち法（法益）と道徳の関係をめぐる問題に向き合っていないことが要因ではないだろうか。

法と道徳の関係をめぐっては、従来、自然法論を含む非実証主義と法実証主義の対立が見られる。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と理解される。それゆえ、こうした見解は結合テーゼと呼ばれている⁽⁹⁾。一方、法実証主義によれば、実定法のみが法であると理解され、法は道徳から切り離される。それゆえ、こうした見解は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徳的観念との間にしばしば内容上の一致が見られることについては異論を唱えておらず、そのような道徳的観念が法律上の規範となる根拠を形成しうることにも認めている。しかし、法と道徳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⁽¹⁰⁾。

近年では、このような非実証主義か法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、また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⁽¹¹⁾。

本稿ではこれ以上深く立ち入らないが、このように、法益論では法と道徳の関係を論究することが重要であるとしても、その関係を論じるだけでなく、さらにそこで述べられる「道徳」とは何か、ということについても、問題意識を持たなければならないように思われる。例えば、生命、身体、自由、財産、名誉などは、どのような文化においても道徳的利益ないし価値であるならば、法益の道徳性が問題となるだろう。ハートは、一定の社会的グループによって承認され、共有されている実定道徳と、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批判道徳を区別した上で、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が問題とされるべきである、と主張している⁽¹²⁾。批判道徳がいわば上位の道徳であることに鑑みれば、エングレンダーの主張の当否を検討する際には、法益が上位の道徳的性質を有す

るものであることを認めるかどうかを鍵を握っていると言えるのではないだろうか。

さらに、同様のことは、いわゆる人権と基本権の区別についても生じよう。「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⁽¹³⁾。法益論における立法批判的機能の実定的根拠を憲法に求めるのであれば、こうした人権と基本権の相違にも立ち入った考察を加える必要があるだろう。

いずれにしても、刑法による過度な法益保護に陥らないためには、法益概念の本質に目を向けた基礎理論的、法哲学的な考察が求められているのである⁽¹⁴⁾。

⁽¹⁾ 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。

⁽²⁾ 法益保護主義が結果無価値論と結びつき、社会倫理主義が行為無価値論と結びつくと連想する論者として、大谷實『刑法講義総論 新版第4版』（成文堂、2012年）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／十河太朗／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 卷 3 号（2015年）49頁以下等。

⁽³⁾ 例えばパウリクは、法益概念と道徳違反を対置することは、最初から失敗する運命にある、と述べている。Vgl. Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S.134; ミヒャエル・パウリク（飯島暢／川口浩一監訳）『「市民の不法」(5)』関西大学法学論集 64 卷 2 号（2014年）261頁以下。

⁽⁴⁾ 新倉修「憲法と刑法の交錯」青山法務研究論集 10 号（2015年）17頁以下、上田正基「その行為、本当に処罰しますか」（弘文堂、2016年）1頁以下等。

⁽⁵⁾ Armin Engländer, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 2015, S.616ff.

⁽⁶⁾ Vgl. Armin Engländer, Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S.1ff.; ders., Moralische Richtigkeit als Bedingung der Rechtsgeltung? Eine erkenntnistheoretische Kritik, ARSP 2004, S.86ff.

⁽⁷⁾ 山口・前掲註(1) 4頁以下、松原芳博「刑事違法論と法益論の現在」法律時報 88 卷 7 号（2016年）26頁、小林憲太郎『刑法総論』（新世社、2014年）6頁等。

⁽⁸⁾ 例えば、感情の保護については、高山佳奈子「『感情』法益の問題性」高山佳奈子／島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）1頁以下、小林憲太郎「『法益』について」立教法学 85 号（2012年）472頁等を参照。なお、内海朋子「感情の刑罰的保護について 序論」横浜法学 22 卷 3 号（2014年）216頁以下では、感情侵害と道徳の関係について触れられており、感情の保護法益性を否定していたショルの見解が紹介されている。ショルによれば、感情の法益性が否定される最大の根拠として、感情のための規定と考えられている刑法規定は、実は道徳秩序、すなわち倫理という法益を保護しているとする思考が挙げられる、と内海は指摘している。また、クローン規制については、甲斐克則「生殖医療と刑法」（成文堂、2010年）183頁以下、町野朔「生と死、そして法律学」（信山社、2014年）53頁以下等を参照。

⁽⁹⁾ Vgl. Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 5.Aufl., 2011, S.17.

⁽¹⁰⁾ Vgl. Engländer, Diskurs, a.a.O.(Anm.6), S.3f.

⁽¹¹⁾ 増田豊「法倫理学と道徳的实在論(続)」法律論叢 82 卷 6 号（2010年）28頁以下参照。

⁽¹²⁾ Herbert Lionel Adolphus Hart, Law, Liberty, and Morality, 1963, p.20.

⁽¹³⁾ 高乘正臣「人権と基本権は違うものです！」正論 SP（2016年）152頁以下。また、Otfried Höffe, Politische Gerechtigkeit, 1989, S.462; オトフリート・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頁以下も参照。

⁽¹⁴⁾ 本稿は、2017年1月11日に行われた大東文化大学法学研究所第70回研究会において紹介・報告した内容の一部である。法益論をめぐる問題の詳細な検討については、拙稿「法益論の根本的問題—法益と道徳は対置されるか—」大東法学 26 卷 2 号（2017年3月掲載予定）を参照。