

資料

〔外国文献紹介〕

クラウス・ロクシン
「刑法の任務としての法益保護」

松原芳博

I 紹介にあたって

1970年代以降、日本の刑法学は、違法の実質をめぐる法益侵害説と規範違反説との対立（結果無価値-行為無価値論争）を軸として展開されてきた⁽¹⁾。

この対立は、当初、解釈論のみならず立法論をも視野に入れたものであった。すなわち、この論争を提起した平野龍一博士は、規範違反説が刑法の目的を社会倫理の維持という点に求める社会倫理主義からの帰結であるのに対して、法益侵害説は刑法の目的を法益の保護に求める法益保護主義からの帰結であると整理した上で、後者の見地から、改正刑法草案の社会倫理主義的傾向を批判し、一部の犯罪類型に関する非犯罪化を要求したのであった。ここでは、法益概念の立法批判機能に対する全幅の信頼がみられた。また、法益保護主義は、具体的・事実的な対象である法益の現実の保護という経験的・実証的な次元における効果によって刑法を正当化しようとする点で、機能主義の刑法学上の表れでもあった⁽³⁾。

しかし、その後、改正刑法草案をもとにした刑法の全面改正が断念されると、結果無価値-行為無価値論争は、立法論的な関心の希薄化に伴い、もっぱら解釈論的ないし体系理論的な問題へと純化していった。その一方で、価値観の次元では刑法の脱倫理化という方向が支持を広げ、理念としての法益保護主義は、違法論に関する立場の違いを超えて共通の前提となっていた⁽⁴⁾。規範違反説の論者にあっても、行為規範は法益保護を実現するための手段であって、違法性判断は法益侵害を志向する行為⁽⁶⁾ないし法益侵害の危険を含む行為⁽⁷⁾を規範違反として否認するものとされるのである。こうして、刑法の目的ないし機能をめぐる争いと違法性の実質をめぐる対立とは切り離されることとなった。

しかし、1990年代に始まった「刑事立法の活性化」を契機として、再び法益概念の立法批判機能が問題とされるに至っている。いわゆる危険社会論を背景とし⁽⁸⁾

た現代の刑事立法は、いわゆる公共の平穩やシステムに対する信頼を保護する規定にみられるような保護法益の内容自体の拡散⁽⁹⁾と、犯罪の道具となりうる物の所持を罰する規定に示されるような処罰の早期化⁽¹⁰⁾を特徴とするが、これらの立法の過程やその正当性の検証において法益概念が有効に機能しうるのかが疑問視されているのである⁽¹¹⁾。

ドイツでも、日本にやや先行する形で「保護法益の拡散」と「処罰の早期化」を特徴とする一連の刑事立法がなされるとともに、もともとと行為規範論が有力であることもあってか、より積極的に法益概念や法益保護主義に対する批判が展開されている⁽¹²⁾。

このような状況下で、1966年の対案作成等を通じて法益保護思想と目的刑論による刑法の世俗化・脱倫理化を主導してきたクラウス・ロクシンが、2005年に論文「刑法の任務としての法益保護」⁽¹³⁾を公表した。本論文は、「法益概念の危機」ともいわれる現在の問題状況を踏まえつつ、法益保護主義の意義と法益概念の有用性を再確認しようとするものであって、日本における議論にとっても参考になるものと考えられる。

II ロクシン論文の概要

1 法益保護主義をめぐる議論の経緯と現状

たとえ民主的に正統性を付与されているとしても、立法者は、単に気にくわないからという理由のみで、一定の行為に対して刑罰を科することは許されない。歴史上、政府を批判することや異教を信仰することなどを処罰した例もあるが、現在の価値基準からすれば、処罰は、より合理的な理由によって正当化されるものでなければならない。

ドイツ刑法学は、戦後、法益保護主義によって刑罰的介入の限界づけを試みってきた。刑法は、具体的な法益のみを保護すべきであって、政治的・道徳的な確信、宗教上の教義、世界観に関するイデオロギー、単なる感情などを保護するものではないというのがその根本思想であった。たとえば、1966年対案 2 条 1 項は、「刑罰と処分は、もっぱら法益の保護および行為者の再社会化のために奉仕する」と宣言した。立法者は、この綱領を採用しなかったものの、法益保護思想の下に性犯罪の規定を全面的に改正した。その際、章名は「倫理に対する罪」から「性的自己決定に対する罪」に改められ、成人間における同性愛や動物との性交等は、単なる「倫理」を保護するものとして非犯罪化された。

この性犯罪の改正により、法益保護主義への信奉は最高潮に達した。たしかに、法益保護主義に批判的な論者からは、同性愛の非犯罪化は、法益侵害が認め

られないことの帰結ではなく、反倫理的なものとみられなくなったことの帰結であるとする見方も示されている。実際、今日のドイツでは、同性愛は、倫理的に無色な性的嗜好とみられている。しかし、この意識の変化は、どちらかといえば非犯罪化の結果であって原因ではない。また、本改正は、法益保護主義に立脚した1968年の「性犯罪」に関する対案を模範としていたことも見逃してはならない。今日でも反倫理的とみなされている動物との性交といった行為が非犯罪化された事実も、法益保護主義によってはじめて説明することができる。

本改正後、法益概念は、長らく注目されなかったが、近時、法益保護主義に批判的な見地から再び注目されている。

たとえば、ヒルシュは、立法に先置される法益概念は存在せず、法益概念は刑罰権を制限するための有効な手段となりえないと主張した。また、シュトラーター・ヴェルトは、現在主張されている多種多様な法益概念を包括しうる実質的法益概念を定義するのは不可能だと指摘するとともに、構成要件を創設する根拠は、法益の保護ではなく、態度が望ましくないこと（Unerwünschtheit）なのであって、ある規範を堅持したいとか、理屈ぬきにある態度を望まないとかいった社会一般の意識が決定的であるとした。最後に、ヤコブスは、そもそも刑法の任務を法益の保護ではなく規範の確証に求めた。彼によれば、犯罪は行為者による規範の否認であり、刑罰は、この行為者の主張が権威をもたず、当該規範が依然として妥当し続けているという意味を表現するものである。

これに対して、法益保護思想の熱心な擁護者であるハッセマーは、法益を理由としない処罰は国家テロであって、そのような自由への介入は正当性をもたないとし、シューネマンは、法益保護主義の批判力を放棄することは啓蒙時代以前への後戻りにほかならないとした。

2 法益保護主義と法益概念

刑法の介入権限の限界は、刑法の社会的な任務から導かれなければならない。刑法の目的は、より侵害性の少ない手段によって達成しえない場合に、市民に平和で自由で安全な状態を保障することにある。社会契約論によれば、国家権力の担い手としての市民は、自由で平和な共同生活を実現するために必要な限りにおいてのみ、しかも、この目的がより穏健な手段では達成できない限りにおいてのみ、刑法による介入権限を立法者に委譲したのである。それゆえ、個人には必要な限りの国家的保護と、可能な限りの個人的な自由を保障するという形で、国家の介入権限と個人の自由との均衡が図られなければならない。

このような前提の下で規範による保護が正当化される対象が、法益と称せられる。これは、侵害の対象となりえない理念的な意味媒体ではなく、生命、身体

完全性、財産の処分権能といった現実の所与である。もっとも、法益は、必ずしも物質的な現実性を有している必要はない。たとえば、財物の処分可能性や意思実現の自由は、有形的な客体ではないが、それでもやはり経験的な現実の一部といえる。人格の自由な発展や表現の自由といった基本権ないし人権も、その侵害が社会生活上の現実的な不都合をもたらすという点で法益といえる。同様に、司法や通貨制度などの公共法益も、有形的な客体ではないけれども、生活上必要な現実的存在であって、その侵害は社会の活動能力と市民の生活を損なうものである。

かくして、法益とは、個人のすべての人権と市民権を保障する安全で自由な社会生活にとって、または、この目標設定の下に設立された国家制度にとって必要な所与ないし目的設定である、と定義することができる。ここにいう所与と目的設定とは、立法者に先置される法益と立法者によって創設される法益とに対応する。

この法益概念は、⁽¹⁴⁾ ルドルフィ、マルクス、ハッセマーによって展開された人格的法益概念に属するものである。この法益概念は、個人法益のみならず公共法益をも包含するが、公共法益は、最終的に個々の市民に役立つといえる場合にのみ正当化される。たとえば、司法作用や通貨の真正さは、個人の自由な社会生活にとって必要であるから保護されるのである。このような人格的法益概念は、リベラルな法治国家を適切に体現したものにほかならない。

この法益概念は、さらに、立法者に対して正当な処罰の限界を明示するという目的を担った立法批判的法益概念であるといえる。これに対して、法益をもつばら立法理由として理解する方法論的法益概念は、目的論的解釈の必要性という当然のことを述べているだけであって、支持しえない。

3 法益概念の立法批判機能

このような人格的法益概念は、立法者に対していかなる制約を課すのであろうか。

第一に、純粹にイデオロギーを動機とする刑法規範や、基本的人権を侵害する刑法規範は認められない。体制批判的な言論を処罰することは表現の自由に反するし、異なる民族との結婚を処罰することは法の下での平等に反する。

第二に、立法目的の言い換えにすぎないものは、法益とはなりえない。自己使用目的での大麻入手の処罰（麻薬取締法⁽¹⁵⁾29条）は「薬物が蔓延していない社会」を保護法益とし、移植目的での臓器売買の処罰（臓器移植法⁽¹⁶⁾17条、18条）は、「臓器提供における商業主義の排除」を保護法益とするとされるが、いずれも立法者が望んでいることを述べるものにとどまり、当該規定を正当化しうるものではない。

い。

第三に、単なる倫理違背は刑罰法規を正当化しない。何人の自由も安全も害しないのであれば、法益侵害は認められない。

第四に、人間の尊厳に対する違背も、それだけでは法益侵害とはいえない。立法者は、ヒトの生殖細胞の遺伝子情報に変更を加えることを、人間の尊厳に反するという理由で犯罪化した（胚保護法5条⁽¹⁷⁾）。しかし、本罪の法益侵害は、もっぱら、生まれてきた子供が、人為的操作から自由であるべき発達可能性を侵害されたという点に求めるべきである。重大な遺伝性疾患を回避するために遺伝子操作が行われた場合には、生まれてきた子供にとって発達可能性が向上したのであるから、法益侵害は存在しない。

第五に、感情のなかでは、恐怖心からの保護のみが認められる。不安のない社会生活を保障することは国家の任務であるから、住民の一部に対する憎悪や暴力行動、軽蔑の扇動を処罰すること（刑法130条1項、2項⁽¹⁸⁾）は正当である。露出行為（刑法183条⁽¹⁹⁾）の処罰は、その場にいる女性が襲われるのではないかという恐怖心を抱くような状況下で行われた場合に限り正当化される。その他の感情は、刑法によって保護されるべきものではない。現代の多元社会は、自分の価値観に反する態度に対する寛容を前提として成り立っているからである。それゆえ、公然の性的行為により憤激を誘発すること（刑法183条a⁽²⁰⁾）や要求していない者に対してポルノグラフを送りつけること（刑法184条1項6号⁽²¹⁾）を罰する現行法は広すぎる。このような単なる感情侵害の場合には、目を逸らしたり廃棄したりすることによって自分で問題を解決することができるのであって、自由で安全な共同生活を毀損するとはいえないから、刑罰によるのは過剰反応である。

第六に、法益保護とは他人の法益の保護であって自分自身からの保護ではないから、意識的な自損行為やそれに対する関与は刑罰を根拠づけない。国家によるパートナーリズムは、年少者や精神障害者等の自律能力が不十分な者に対してのみ認められる。自殺関与は、自殺者が自己答責的に決意している限り、現行法どおり不可罰とされるべきである。これは、オイタナジーとの関係で重要である。危険なスポーツでの事故に関しても、被害者自身がその危険を認識している限り、主催者等は責任を負わない。自己使用のための少量の麻薬等の入手も、この文脈に位置づけられる。

第七に、象徴的な刑罰法規は、法益保護に資するものとはいえない。象徴的な刑罰法規とは、平和な共同生活の保障にとって必要なものではなく、むしろ、有権者の感情の宥和や国家の自己演出といった刑法外の目的を追求するための刑罰法規を指す。たとえば、現行法は、ナチス体制下での大量殺戮の事実を否定する言動を罰している（刑法130条3項⁽²²⁾）が、この歴史的事実を否定する言動は、現在

生きている人々の共同生活を毀損するものではない。本規定の真の目的は、現在のドイツを、ヒトラー時代の犯罪に沈黙することのない生まれ変わった国家として演出することにある。この目的設定は承認しうるとしても、法益保護とは異なるものであって、刑法の投入を正当化することはできない。

第八に、タブーも法益と呼べるものではないので、刑法による保護の対象とはならない。親族間の性交(刑法173条⁽²³⁾)は、成人同士が合意の下に行う限り、法益を侵害するものではないから、その処罰は正当化されない。遺伝上の欠陥のある子供の誕生を防止するという理由は説得力をもたない。なぜなら、親族間では子供をもうけないのが通例であるのみならず、子供に遺伝的欠陥が生ずるのもきわめて稀であるし、遺伝的欠陥を回避するために国家が刑罰法規を投入することは私的領域の尊重に反するからである。

第九に、あまりに抽象的な保護対象も法益として承認することはできない。「公の平穩を害するのに適した態様で」(刑法130条、166条⁽²⁴⁾)といった規定形式は、何ら具体的な法益を記述するものではない。

以上の例は、本稿の法益概念が可罰性の限界づけにとって使用可能な基準となりうることを示すのに十分なものである。これらの犯罪類型の当罰性については、以前から疑問が投げかけられてきたが、その論拠は、いずれも明示的または默示的に法益保護主義に由来している。

これまで憲法裁判所が、法益保護主義との適合性を基準として刑罰法規の合憲性を判断したことはない。しかし、同裁判所が刑事介入の許容性を比例性の原則に照らして判断していることは、法益保護主義を憲法に取り込む端緒となるであろう。何ら法益を保護しない刑罰法規は、市民の自由に対する過剰な介入として無効になるからである。

もっとも、法益保護主義が刑罰法規の正当性に関する唯一の基準であるわけではない。近時、刑事介入の早期化の傾向が法治国家原則と調和しうるかどうかが激しく争われている。たとえば、酒酔い運転(刑法316条⁽²⁵⁾)は、事故が起きなくても処罰されるし、保険詐欺(刑法265条)は、保険会社に虚偽の盗難届けを出す目的で己の財物を隠匿した場合、その時点で既遂に達する。前者が生命・身体等の保護に役立ち、後者が保険会社の財産の保護に役立つことは否定しえない。これらの規定の問題性は、処罰の対象となる行為が本来の法益侵害から著しく隔たっているという点にあるが、法益保護主義からは、せいぜい、なぜ法益の効果的な保護のためにこのような著しい処罰の前置化が必要であるのかについて特別の理由づけが要求されるにすぎない。

4 法益概念批判に対する反論

最後に、法益構想に批判的な論者の見解に対して反論しておきたい。

(1) ヒルシュは、社会契約から導かれる人格的法益概念の可能性を認めるものの、それが立法者に対して拘束力を有することを否定する。公共法益については、法益の性質によって刑事罰に適するものと適さないものとを区別することはできないし、個人法益についても、使用窃盗の場合のように刑法は全面的な法益の保護を求めているというのである。

しかし、法益侵害の存在は、処罰が可能であることを意味するにすぎず、処罰が必要であることを意味するものではない。民事法的不いし行政法的措置といった、より穏健な手段で対処しえない場合に限って刑罰を規定することが許されるとする補充性原則 (Subsidiaritätsprinzip) も、法益保護原則と同格の地位にある。刑法は、法益保護⁽²⁶⁾の補充的な手段なのである。

ヒルシュは、また、法益構想は、法一般にとって重要でないものを除外するものにすぎず、特殊刑法的な問題ではないという。

しかし、法益侵害の欠如を理由に可罰性を否定することは、疑いなく刑法的問題ではないだろうか。法益侵害の欠如により同時に他の法領域における介入も否定されるとしても、このことは変わるものではない。また、法益侵害の存在しない場合に、行政法的措置によって一定の文化水準を維持することがまったく許されないとはいえないであろう。たとえば、北欧の人が南欧の海岸で全裸になったり、住宅地域を水着で徘徊したりするような場合、当該行為は刑罰の対象とはならないが、住人はそれを受忍しなければならないわけではなく、行政法的な規制を設けて、それを非刑罰的な制裁によって貫徹することは認められてしかるべきである。刑罰という峻厳な国家介入については補充的な法益保護という要請に拘束されるとしても、非刑罰的方法によって公共における文化的な行為規則の維持を図ることは、それが憲法の枠内にあって民主的統制に服している限り、社会契約の理念に合致している。

(2) シュトラーターテンヴェルト⁽²⁷⁾は、たとえ法益侵害を伴わなくとも「文化的に形成されたタブー」や「一定の基本的な行為規範」は、刑罰によって保護されるべきであるとする。さもなくば、公的な場所における性的行為や成人による親族間の性交の処罰を説明しえないというのである。たしかに、これらの犯罪が法益保護主義に抵触するというはそのとおりだが、当該規定の存在からその正当性を導き出すことはできないであろう。

さらに、シュトラーターテンヴェルトは、その最新の見解では、何かを「望まない」という社会的に承認された「基本的態度」も刑罰構成要件を定立する理由になりうるとしている⁽²⁸⁾。しかし、議会に対して強い影響力をもつ社会集団が健康に

有害な喫煙や飲酒、危険なスポーツ、ポルノグラフィー、好色等を「望まない」ことに一定の理由を認めうるとしても、自由主義国家においては、それだけで十分な処罰根拠とはなりえない。

もっとも、動物の保護や未来世代の生存基盤の保護は、シュトラーターテンヴェルトのいうとおり、刑法の任務に取り込むべきである。たしかに、動物虐待や種の根絶、地球環境の破壊等は現在生きている人間の平和的な生存を損なうものではないから、それを処罰するのは法益保護主義に抵触するようにも思われる。しかし、これは、社会契約の主体の範囲を現在生きている人間から、その他の同胞や未来世代に拡張することによって説明しうるのであって、法益保護主義を放棄する必要はない。このことは、数年前に新設されたドイツ基本法20条 a が「国は、未来世代に対する責任として、自然的な生活環境と諸動物を保護しなければならない」と規定した⁽²⁹⁾ことから理解することができる。

(3) ヤコブスは、刑法の任務を法益の保護ではなく、規範の妥当性の維持に求める。この見地からは、刑罰目的は、刑罰の執行により常に達成されることになる。社会の構造がこれにより確証されるのである。この見解は、社会学的な理論構成であり、刑罰を「法の否定の否定」とみるヘーゲルの理論との類似性を特徴とする。

しかし、社会システムは、それ自体のためにではなく、そこで生きている人間のために維持されるべきものである。また、仮にシステム自体の維持を考えると、システムは、意味の帰属によってではなく、その統制手段の現実的な有効性によってはじめて維持しうるものといえよう。

そもそも、規範というものは、市民の服従のみを目的とするのではなく、何らかの作為または不作為、それゆえ、一定の状態を招来することに向けられたものである。この招来されるべき状態とは、法治国家的民主主義のもとでは、社会構成員の平和で自由な共生にほかならない。これに対して、ヤコブスは、規範内容の正当性の問題を非学問的なものとして回避する。しかし、立法者の恣意を制約するためにも、刑罰法規の内容の限界づけの具体化は、法学における学問的な課題といえるべきである。

次に、ヤコブスは、枉法の罪（刑法339条）⁽³⁰⁾のような義務犯は、法益侵害に還元しえないことを指摘する。

しかし、司法作用が法益たりうることは争いのないところであり、裁判官が意識的に誤った判決を下した場合には、この司法作用という法益が著しく侵害されるのである。これに対して、義務違反の点は、正犯性のメルクマールにすぎない。教唆者や幫助者は、裁判官以外であっても本罪によって処罰されるのである。もし、本罪の処罰根拠が法益侵害ではなく義務違反にあるとすれば、このよ

うな非身分者たる共犯者の処罰を説明しえないであろう。

さらに、ヤコブスは、法益概念は必ずしもリベラルな内容を有するわけではないと指摘する。たとえば、プロイセンの軍隊のように男性により構成される階級組織では、この階級を乱す性的関係は社会侵害的に作用するがゆえに、同性愛の処罰も法益保護に資するものであったといえるし、かつては親族間の性交も、明瞭な家族構造という法益を侵害するものであったというのである。たしかに、法益は、自然法的な恒久性を有するものではなく、憲法的基盤や社会状態の変遷に伴って変化する。しかし、本稿の法益構想は、もっぱら法治国家的な議会制民主主義体制における現在の刑法を前提としたものであり、現在において同性愛や親族間の性交の保護対象が法益とはいえないこと、そして、その非犯罪化が望ましく感じられることは、ヤコブスも認めているところである。また、当初から正当な機能を有していなかった刑罰構成要件があることも指摘できる。

III 若干のコメント

1 以上のように、ロクシンは、いわゆる人格的法益概念の見地から、ドイツ法の諸規定を取り上げて法益概念の立法批判機能を具体的に例証するとともに、近時の法益論批判に対して反論することを通じて、法益概念ないし法益保護主義の意義を再評価しようとしている。⁽³¹⁾以下では、法益概念の内容、法益概念の批判的機能、ならびに規範確証説に対する批判について、簡単にコメントしたい。

2 法益概念に関しては、経験的現実性および人間関連性によって内容的限定が図られている。

まず、法益といえるためには、物質性ないし有体性を備える必要はないけれども、その侵害が社会生活上の現実の不都合をもたらすという意味において経験的現実性が必要であるとされる。この経験的現実性の要請は、その限界がなお不明瞭であるとしても、法益概念に侵害対象としての具体性を付与し、法益の観念化に歯止めをかけるものとして、基本的に支持しうるものといえよう。

次に、法益といえるためには、最終的に個々の人間にとって役立つという意味で人間との結びつきが不可欠であるとされる。法益の価値的な正当性は、もっぱらこの人間関連性に由来するのである。法益 (Rechtsgut) という概念は、それが「財」(Gut) に由来していることにも示されるとおり、財産ないし所有のアナロジーとして観念されてきた。「所有」が、財物一使用・収益・処分権能一所有者という関係から成り立っているのと同様に、法益一般も、法益客体一受益関係一法益主体という機能的な結びつきから成り立っているといえる。特に日本における議論では、法益客体のみが注目されてきたが、法益主体との結びつきもこれ

に劣らず重要である。法益の明確性ないし可視性という要請も、法益客体の明確性ということのみならず、人との結びつきの明確性をも含むものと理解しなければならない。

なお、この法益の担い手を未来の人間にまで拡張することは支持しうるとしても、動物にまで拡張することには疑問が残るように思われる。

3 法益概念の批判的機能については、今日の問題状況に照らして、「尊厳」、「感情」ならびに「平穩」の保護に関する指摘が特に注目される。

「尊厳の時代」といわれる今日、「尊厳」という言葉はきわめて魅惑的な響きをもっている。しかし、「尊厳」は、その高度の抽象性・観念性ゆえに、経験的な検証や批判に服さないのみならず、その崇高さゆえに、価値的な検証や批判も受け付けない点で、その使用に格別の注意を要するといえよう。日本のクローン規制法(2001年施行)は、「人の尊厳の保持、人の生命及び身体の安全の確保並びに社会秩序の維持」を目的として掲げ、人クローン胚の移植を刑罰の対象としたが(同法3条、16条)、同罪の保護法益が、生み出された個体のアイデンティティーであるのか、種としての人間遺伝子の多様性であるのか、生命誕生に関する人々の信仰・信条であるのかは、必ずしも明らかではない。

また、現代は「感情の時代」ともいえるが、感情は、人によって千差万別であるのみならず、本来、感情を抱く者自身においてコントロールすべきものであって、刑法的保護にはなじみにくい。わいせつ物頒布・販売罪の保護法益を見たくない者の感情に求める見解も有力であるが、なにゆえ、わいせつ物に限って見たくない者の感情が尊重されるのかは明らかではない。感情を法益とする余地がまったくないかどうかは、なお検討を要するであろうが、少なくとも不快原理を全面的に承認することはできないであろう。

さらに、現代の「危険社会」は、現実の客観的な危険そのものよりも人々が主観的に抱く不安感の方が政治的・社会的な動因となっているという意味で、むしろ「不安社会」とでもいうべき様相を呈している。犯罪と刑罰をめぐっても、犯罪の激増・凶悪化といった必ずしも事実に即していない神話⁽³²⁾が形成され、それが世論を動かしているという状況がみられる。このような「不安社会」を背景に、近時、日本では、無差別殺人団体規制法(1999年施行)、組織犯罪処罰法(1999年施行)、テロ資金提供処罰法(2002年施行)といった一連の組織犯罪対策立法や、ストーカー規制法(2000年施行)、各都道府県の迷惑防止条例等が「国民の生活の平穩」の保護を主要な立法理由として制定された。しかし、ここにいう「国民生活の平穩」が不特定多数人の生命・身体・自由等の危険に還元されない「安心感」であるとすれば、その法益としての適格性は疑わしく、これを保護しようとする法律は象徴立法に墮するおそれがある。

4 ところで、最近まで、法益侵害説であれ規範違反説であれ、刑法の目的が最終的には法益の保護にあることについては見解の一致を見ていた。これに対して、ヤコブス等の規範確証説は、社会の規範的アイデンティティー自体を保護することが刑法の目的であるとする点で根本的な視座の転換をめざすものといえる。

この規範確証説に対するロクシンの批判は、規範は法益保護の手段として機能することによってはじめて正当化されるとするものである。目的刑論によれば、刑罰の正当性は、それが現実の社会にもたらす効果に由来する。ところが、ヤコブスのいうように、規範妥当の確証という刑罰目的が「処罰によって常に達成される」ものだとすれば、このような効果指向はすでに放棄されており、いかなる経験的・実証的な検証・批判をも原理的に免れることになる。規範確証説からは、少なくとも刑罰との関係では、規範システムは行為への働きかけという目的を有しない自己目的的存在となってしまう。他方で、ヤコブスは、規範内容の正当性の問題を学問的課題ではなく政治的課題であるとして刑法学の領域から排除するが、そのことによって刑罰法規は価値的な検証・批判からも解放されることになる。刑法規範が正当な価値を体现しているか否かは、少なくとも刑法学上は問題とならない。規範確証説は、このような刑法規範の二重の自己目的化により、その一人歩きに対する歯止めを失ってしまう点で問題があるように思われる。

- (1) 内藤謙「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開（一）（二）」刑法雑誌21巻4号（1977年）381頁以下、22巻1号（1978年）58頁以下参照。
- (2) 平野龍一「現代における刑法の機能」『刑法の基礎』（1966年）93頁以下。
- (3) 松澤伸「機能的刑法解釈論の方法に関する一考察」刑法雑誌43巻3号（2004年）364頁以下参照。
- (4) もっとも、大谷實『刑法講義総論（新版第2版）』（2007年）41頁は、「社会倫理規範を離れて犯罪の本質を把握する法益保護主義は妥当でなく、法益保護主義は社会倫理主義によって修正されるべきである」とする。なお、橋本正博「刑法における違法性と社会的相当性」一橋大学法学部創立50周年記念論文集『変動期における法と国際関係』（2001年）252頁は、「刑法の保護対象は、ある事態そのものであり、法による保護の必要性の根拠が道徳的価値基準によって与えられる」とする。
- (5) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）8頁以下参照。
- (6) たとえば、増田豊「人格的不法論と責任説の規範論的基礎」法律論叢49巻6号（1977年）145頁以下。
- (7) たとえば、野村稔『刑法総論（補訂版）』（1998年）147頁。
- (8) 危険社会論と刑法との関係を論じたものとして、金尚均『危険社会と刑法』（2001年）、堀内捷三「刑法における重点の変遷」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・上巻』（1998年）45頁以下、伊藤康一郎「リスク社会」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集・第一巻』（2000年）135頁以下、

小田直樹「危険社会」法学教室264号(2002年)65頁以下等。

- (9) 最近の刑事立法と法益論との関係を論じたものとして、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)7頁以下、曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」阿部純二先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的課題』(2004年)43頁以下、嘉門優「法益論の現代的意義—環境刑法を題材として—(一)(二)」大阪市立大学法学雑誌50巻4号(2004年)934頁以下、51巻1号(2004年)96頁以下、北野通世「法益論の現代的課題(一)」山形大学法政論叢35号(2006年)1頁以下、金尚均「刑法における法益論のダイバーション機能」龍谷法学39巻4号(2007年)1頁以下等。なお、伊東研祐『法益概念史研究』(1984年)は、一連の刑事立法以前のものではあるが、すでに法益概念の危機を的確に予測し、「法益という概念に纏わるプラス・イメージに安んじているこのような状況を打破すること」(2頁)の必要性を説いていた。
- (10) 最近の刑事立法における処罰の早期化を論じたものとして、新谷一幸「法益保護の早期化傾向について—ヤコプスの所説に關して—」修道法学11巻1号(1989年)73頁以下、浅田和茂「刑法的介入の早期化と刑法の役割」井戸田侃先生古稀祝賀論文集『転換期の刑事法学』(1999年)723頁以下、金尚均「現代社会における刑法の機能」刑法雑誌40巻2号(2001年)33頁以下、高橋則夫「刑法的保護の早期化と刑法の限界」法律時報75巻2号(2003年)15頁以下等。
- (11) 松宮孝明「『積極的一般予防』と刑事立法の限界」『刑事立法と犯罪体系』(2003年)41頁以下〔初出：『光藤景皎先生古稀祝賀論文集』(2001年)〕、同「日本の刑法学とその課題」立命館法学304号(2006年)304頁以下等。
- (12) ドイツの議論状況については、さしあたり、Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie (2003) 参照。
- (13) Claus Roxin, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Roland Hefendehl Hrsg., Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann Zum 60. Geburtstag (2005), S. 135ff. なお、以下の紹介における1、2……という節の分けとそれぞれの見出しは紹介者によるものである。また、原文における文献の注記については、特に重要と思われるもの限り、紹介においても注記した。
- (14) Hans-Joachim Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Richard M. Honig (1970), S. 151ff.; Michael Marx, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut (1972); Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens — Ansatz zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre (1973).
- (15) 麻薬法29条1項1号 許可なく麻薬を栽培し、製造し、もしくは取り引きし、または取引以外の方法でこれを輸入し、輸出し、譲渡し、交付し、その他の方法で市場に流通させ、または、これを買い取り、もしくはその他の方法で入手した者は、5年以下の自由刑または罰金に処する。
- (16) 臓器移植法17条1項 治療行為に用いることを目的とする臓器を取り引きしてはならない。ただし、以下の場合は1項1文は適用されない。
- 1 治療行為の目的を達成するために必要な処置、とくに臓器の摘出、保存、感染予防措置を含む調整、保管および輸送に対する相当な報酬の供与または收受、ならびに
 - 2 臓器を原料としてまたは利用して製造された医薬品であって、薬事法の認可もしくは登録に関する規定に服するものまたは法規命令により認可もしくは登録を免除されたもの
- 2項 1項1文により禁止されている取引の対象である臓器を、他人に移植し、または、自

分に移植させるために摘出してはならない。

18条1項 17条1項1文に違反して臓器の取引を行い、または17条2項に違反して臓器を摘出し、移植し、もしくは移植させた者は、5年以下の自由刑または罰金に処する。

2項 1項の行為を職業的に行った者は、1年以上5年以下の自由刑に処する。

3項 未遂も罰する。

4項 裁判所は、禁止されている取引の対象物である臓器の提供者または臓器受容者については、1項の刑を免除し、または裁量により軽減することができる（刑法49条2項）。

（なお、訳出に当たっては、川口浩一「臓器移植法の日独比較—同意規定と臓器売買の禁止に関して—」奈良法学会雑誌10巻2号（1997年）56頁以下、長井圓訳「ドイツ臓器移植法」神奈川法学32巻2号（1998年）66頁以下を参考にした。）

(17) 胚保護法5条〔人の生殖系細胞の人為的変更〕

1項 人の生殖系細胞の遺伝形質を人為的に変更した者は、5年以下の自由刑または罰金に処する。

2項 人為的に変更された遺伝形質を含んだ人の胚細胞を受精に用いた者も、同様である。

3項 未遂も罰する。

4項 1項は以下の場合には適用されない。

1 体外にある胚細胞の遺伝形質を人為的に変更する場合で、これが受精に利用されない場合

2 死亡した胎児、人、もしくは死亡した者から入手される体内の生殖系細胞の遺伝形質を人為的に変更する場合で、a) この生殖系細胞が胚、胎児および人間に移植されることがない場合、もしくは、b) この生殖系細胞から新しい胚細胞が生成することがない場合

3 生殖系細胞の遺伝形質の変更の意図を伴わない接種、放射線治療、化学療法もしくはその他の治療の場合

（なお、訳出に当たっては、川口浩一・葛原力三「ドイツにおける胚子保護法の成立について」奈良法学会雑誌4巻2号（1991年）79頁以下を参照した。）

(18) 刑法130条1項 公共の平穩を害するのに適した態様で、①住民の一部に対する憎悪をかきたて、もしくは、彼らに対する暴力的行動もしくは恣意的行動を扇動し、または、②住民の一部を侮辱し、悪意で軽蔑し、もしくは誹謗することによって、他人が有する人間の尊厳を侵害した者は、3月以上5年以下の懲役に処する。

(19) 刑法183条1項 露出行為によって、他人を不快にした男子は、1年以下の自由刑または罰金に処する。〔2項以下省略〕

(20) 刑法183条a 公然と性的行為を行うことによって、意図的にまたは情を知りつつ憤激を誘発した者は、その行為が183条にあたらなときでも、1年以下の自由刑または罰金に処する。

(21) 刑法184条1項 ボルノグラフ（刑法11条3号）を、……⑥要求されないのに他人に送りつけた……者は、1年以下の自由刑または罰金に処する。〔1項1-5号、7-9号および2-4項省略〕

(22) 刑法130条3項 ナチス支配下で行われた刑事国際法典6条1項〔民族謀殺〕に掲げられた種類の行為を、公共の平穩を害するような態様で、公然と、もしくは、集会において是認し、その存在を否定し、または、無害のものごとく述べた者は、5年以下の自由刑または罰金に処する。

- (23) 刑法173条1項 血族である実の卑属と性交を行った者は、3年以下の自由刑または罰金に処する。
- 2項 血族である実の尊属と性交を行った者は、2年以下の自由刑または罰金に処する。血族関係が消滅した場合であっても同じである。互いに性交を行った兄弟姉妹も同じである。
- 3項 卑属および兄弟姉妹は、行為の時に18歳未満であったときは罰しない。
- (24) 刑法166条1項 公然と、または、文書(11条3号)の配布によって、他人の宗教上または世界観上の信条の内容を、公共の平穏を害する態様で冒瀆した者は、3年以下の自由刑または罰金に処する。
- 2項 公然と、または、文書(11条3号)の配布によって、国内の教会その他の宗教団体もしくは世界観の団体、または、それらの制度もしくは慣例を、公共の平穏を害する態様で冒瀆した者も前項と同様の刑罰に処する。
- (25) 刑法316条1項 交通(315条-315条b)において、アルコール飲料その他の酩酊性薬剤の摂取のため、乗物を安全に運転することができない状態であるにもかかわらず、これを運転した者は、315条aまたは315条cに当たらない場合には、1年以下の自由刑または罰金に処する。
- 2項 過失によってその行為を行った者も、1項により罰する。
- (26) Hans Joachim Hirsch, Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff, in: Festschrift für Dionysios Spinellis (2001), S. 425ff.
- (27) Günter Stratenwerth, Zum begriff des Rechtsgutes, in: Festschrift für Theodor Lenckner (1998), S. 377ff.
- (28) Günter Stratenwerth, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie (2003), S. 299f.
- (29) Günther Jakobs, Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, in: Festschrift für Seiji Saito (2003), S.17ff.
- (30) 刑法339条 裁判官、他の公務員または仲裁人が、訴訟事件の指揮または裁判において、当事者の一方の利益または不利益に法を枉げる罪を犯したときは、1年以上5年以下の自由刑に処する。
- (31) 法益保護主義と刑事違法論との関係を扱った近時のロクシンの文献として、Claus Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW116 (2004), S. 929ff. (紹介: 松原芳博「クラウス・ロクシン『法益保護と個人の自由との狭間における刑事不法』」早稲田法学80巻4号(2005年)259頁以下)。
- (32) 浜井浩一「日本の治安悪化神話はいかにつくられたか」犯罪社会学研究29号(2004年)10頁以下参照。
- (33) 松原芳博「国民の意識が生み出す犯罪と刑罰」世界761号(2007年)53頁以下参照。