

〔翻 訳〕

ビンディングの刑法理論（5）

飯島 暢・川口浩一（監訳）

飯島 暢（訳）

目 次

〈監訳者前書き〉

- | | | |
|----|---------------------|------------|
| 1 | ビンディングとヘーゲル主義 | (以上、72巻2号) |
| 2 | ビンディングとメルケル | (以上、72巻4号) |
| 3 | ビンディングの法実証主義 | (以上、72巻5号) |
| 4 | ビンディングと刑罰論 | (以上、73巻1号) |
| 5 | ビンディングと法益論 | (以上、本号) |
| 6 | ビンディングの故意過失論 | |
| 7 | ビンディングの規範論と現代刑法学 | |
| 8 | 刑法学に対するビンディングの影響 | |
| 9 | 今日の刑法学におけるビンディングの意義 | |
| 10 | ビンディングと安楽死問題 | |

5 ビンディングと法益論

ヴォルフガング・ヴォーラーズ（飯島暢訳）「カール・ビンディングと法益論」

「刑法は、法益を保護する任務を有する。全ての刑法規範の根底には、共同体における人間の共同生活にとり不可欠であり、それ故に公の刑罰を手段とする国家の強制権限を通じて保護される必要がある生活財（Lebensgüter）に関する積極的な価値判断がある」¹⁾。

ここでイエシェックとヴァイгентによって述べられている立場、つまり、刑法規範は法益保護に資する場合に——そしてその限りにおいてのみ！——正当であるとの立場は、今日のドイツ語圏刑法学において完全に支配的なものとして主張されている²⁾。い

1) *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 7. *Gössel*, in: FS für Dietrich Oehler, 1985, S. 99 f. も参照。

2) *Hassemmer/Neumann*, in: Kindhäuser u. a. (Hrsg.), Nomos Kommentar StGB, ↗

ずれにせよ確認されるべきであるのは、定冠詞付きの法益論（*die Rechtsgutstheorie*）について語ることは、おそらくは誤りであるということである。實際上、多くの種々のバリエーションがあり、それらは大まかに言って2つのグループに分類される³⁾。一方にあるのが、いわゆる体系内在的法益論であり、その際に専ら重要となるのは、法益を実定法の解釈及び適用の枠内でのトポスとして生産的に活用することである。他方にはいわゆる体系批判的法益論があり、最近では立法批判的との形容詞を伴う形で用いられながら⁴⁾、次のような要求を掲げるのである。

「刑事立法者に対し、その者の決定に関してもっともな内容を有しながら適用可能である基準を付与し、同時に当該の決定の正義性に関する外在的な検証基準を探索すること」⁵⁾である。

体系批判的法益論の主張者の見解は次のようなものである。つまり、何ら法益を保護しない刑罰法規は「不当である（*illegitim*）」として格付けされるべきとなり⁶⁾、またいくらかかりか先鋭化させて、ヴァインフリート・ハッセマーの言葉で表現すると、「法益に依拠しない、態度の禁止は国家によるテロともなり得る」⁷⁾のである。

この威勢のいい文言から一体何が具体的に導き出されるのかについては、いずれにせよ全く不明確である。連邦憲法裁判所は、その近親相姦事件の判決において次のような国家理論的に自明のことを強調した。つまり、刑法的に保護されるべき関心事の拘束的な確定は権力分立的な民主主義においては立法者によってなされなければならないと⁸⁾。

↘Band 1, 4. Aufl. 2013, Vor § 1 Rn. 108 ff.; *Roxin*, in: FS für Winfried Hassemer, 2010, S. 573 ff.; *ders.*, GA 2013, 433 ff.; *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1 ff.; *Rudolphi*, in: FS für Richard Honig, 1970, S. 151, 154; *Rudolphi/Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), SK-StGB, 8. Aufl., Loseblattsig. (144. Lfg., August 2014), Vor § 1 Rn. 1 ff. だけを参照。

3) *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 19 ff.; *Wohlens*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - Zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 218 ff. m. w. N. *Gössel* (Fn. 1), S. 101も参照。

4) *Roxin*, FS Hassemer (Fn. 2), S. 575 ff.; *ders.*, GA 2013, 433 ff.

5) *Hassemer/Neumann* (Fn. 2), NK-StGB, Vor § 1 Rn. 115.

6) *Sternberg-Lieben*, in: FS für Hans-Ullrich Paeffgen, 2015, S. 31.

7) *Hassemer*, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 64; *ders.*, in: FS für Nikolaos Androulakis, 2003, S. 223.

8) BVerfGE 120, 224, 241 f. また *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 368, 388; *Amelung*, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 156 及び¹⁶³ f.も参照。

これにより、法益論は立法者にとり、それが憲法的に拘束的なものとして示され得る場合に、そしてその限りにおいてのみ拘束的なものとなり得る⁹⁾。そこで、いくらばかりか驚かせてくれる刑法学は一方で法益論の憲法解釈学的な接続可能性の確立に注力している¹⁰⁾。他方で益々強調されているのは、法益保護に資さない刑罰規範の不当性は第一に刑事政策上の意義を有するべきということである¹¹⁾。何故ならば、ロクシンがそのように述べているのだが、「自明なことに、立法者に対しては、学者の意見によってではなく、憲法を通じてのみ法的に拘束的な限界が設定され得る」¹²⁾からである。

法益論の構想は、19世紀の前半に主要な見解であったフォイエルバッハの権利侵害説¹³⁾との論争が同世紀の後半においてなされていく中で成立したものである。確かに、

9) BVerfGE 120, 224, 241 f. 及び 250. また *Appel* (Fn. 8) S. 206 f. 並びに *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 f. と連邦憲法裁判所における諸判例のそれぞれで挙げられている文献を参照。法益論を憲法の一部として解釈する試みに対する異議については、*Engländer*, ZStW 127 (2015), 616, 628 ff. を参照。

10) この点については特に *Stuckenberg*, GA 2011, 654 ff. 並びに *Androulakis*, in: FS für Winfried Hassemer, 2010, S. 277 ff.; *Botke*, in: FS für Klaus Volk, 2009, S. 95 ff., 108 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 205 ff., 特に S. 211 ff.; *Roxin*, FS Hassemer (Fn. 2), S. 586; *Sternberg-Lieben* (Fn. 6), S. 37 ff. を参照。また——連邦憲法裁判所の判例よりも以前に既に述べられていたものであるが——*Appel* (Fn. 8), S. 171 ff., 576 ff.; *Böse*, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 89 ff.; *Bunzel*, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 96 ff., 特に S. 109 ff.; *Hassemer*, Rechtsgut (Fn. 7), S. 60 f.; *ders.*, FS Androulakis (Fn. 7), S. 217 ff.; *ders.*, in: von Hirsch u. a. (Hrsg.), Mediating Principles, 2006, S. 121 ff.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 83 ff.; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 22 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 164 ff., 287 ff. und passim; *ders.*, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 83 ff.; *Neumann*, in: von Hirsch u. a. (Hrsg.), Mediating Principles, 2006, S. 128 ff. も参照。法益論の接続可能性について懐疑的なのは、*Appel* (Fn. 8), S. 387 ff.; *ders.*, KritV 1999, 278, 286 ff.; *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616, 628 ff.; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331, 352.

11) *Roxin*, FS Hassemer (Fn. 2), S. 584 ff.; *ders.*, GA 2013, 433, 448 ff.

12) *Roxin*, GA 2013, 433, 449.

13) *Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, § 23 及び §§ 26 ff. 並びにこの点に関する *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 28 ff.; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, Basel 1962, S. 9 ff.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 26 f. 参照。

カール・ビンディングは法益について言及した最初の人物ではなかった¹⁴⁾。しかし、彼は、——アルミン・カウフマンの言葉を借りれば——法益思想に「刑法解釈学における市民権」を付与した者なのである¹⁵⁾。ビンディング自身もそのように見ていたのではあるが¹⁶⁾、彼は確かにビルンバウムに明確に依拠していた¹⁷⁾。しかし、——クヌート・アーメルンクによる適切な判断に従えば——彼はビルンバウムの構想¹⁸⁾からは最終的には「財」という文言だけを受容したにすぎないのである¹⁹⁾。イエシェックとヴァイгентがビルンバウムを「法益に関する新たな理論の創設者」として表示するのであれば²⁰⁾、これは現実における解釈学史の展開を適切に再現したものではない。事実上、おそらくのところここで我々が直面せざるを得ないのは、解釈学的な1つの制度の発明を具体的な人物に帰せしめることができる諸事例の1つなのである。——そして、この人物とは、我々にとり今日重要となる形態での法益論に関係させて言えば、明白に

14) しかし、そのように主張するのは、*Hassemer* (Fn. 3), S. 42; *Sina* (Fn. 13), S. 41. 法益について主張を行った、ビンディングと同時代の論者については、*von Hippel*, *Deutsches Strafrecht*, Band 1, Neudruck der Ausgabe Berlin 1925, 1971, S. 11 Fn. 5 f.を参照。

15) *Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 69. また *Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Aufl., Bern 2011, § 3 Rn. 7も参照。

16) *Amelung* (Fn. 13), S. 73 における叙述、*Sina* (Fn. 13), S. 41 f. Fn. 14 を参照。ここでは、1916年公刊の『規範論』第3版の第1巻の S. 329 Anm. 18 においてビンディングが、彼を通じて「法益の概念がドイツの理論と実務により深く浸透し」、そして「ほぼ全ての側面で受容」された点を指し示していたこと（既に1890年刊行の第2版の S. 329 Anm. 18 において同様のことが述べられていた）が言及されている。

17) *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung, Erster Band: Normen und Strafgesetze*, 1. Aufl. 1872, S. 189 Fn. 312; *ders.*, *Die Normen und ihre Übertretung, Erster Band: Normen und Strafgesetze*, 2. Aufl. 1890, S. 328 f.

18) *Birnbaum*, *Neues Archiv des Criminalrechts* 13 (1834), 149 ff., neu abgedruckt in: Guzmán Dalbora/Vormbaum (Hrsg.), *Zwei Aufsätze*, 2011 及びこれに関する *Amelung* (Fn. 13), S. 43 ff.; *Sina* (Fn. 13), S. 19 ff.; *Wohlers*, GA 2012, 600 ff.を参照。

19) *Amelung* (Fn. 8), S. 160. これに対し、ビルンバウムの業績の意義について明確により肯定的であるのは、*Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 28.

20) *Jeschek/Weigend* (Fn. 1), S. 257. *Hirsch*, in: FS für Dionysios Spinellis, 2001, S. 427 並びに *Rudolphi* (Fn. 2), S. 151 も参照。ビルンバウムを通じてその概念は形成されたとする。

カール・ビンディングなのである²¹⁾。

ビンディングによって基礎づけられた法益論は、——この点をビンディング自身も誇らしげに指摘しているが——迅速に「ほぼ全ての面で受容」されたのであり²²⁾、この法益論は20世紀の最後の数十年において實際上ドイツ刑法学の基本ドクトリンに発展したのである。いずれにせよビンディングは、彼のアプローチ方法につき既に早い時期に反論、特に——もうそのように言ってしまうたいのではあるが、自明なことに——フランツ・フォン・リストによる反論に直面していた。現代刑法学においてビンディングとフォン・リストとの間での正当な法益論を巡る論争は、——いずれにせよおそらくは不当なことに——法益論の体系内在的及び体系批判的な機能に関する議論の先取りとして位置づけられていた。ビンディングによって主張された法益論は、純粹に実証主義的であり、それにより既にアプローチ方法としては専ら体系内在的な法益構想であるとされて古典的な消極的事例として扱われた。同構想には、確かに現存の刑法規範の解釈と適用の枠内で広く認められた機能が帰せられるが、しかし、体系批判的な機能は欠けているのであり、これにより既に同構想の意図からすると、今日体系批判的な法益論と結び付いた要求、つまり立法者に対し拘束的な限界を設定するという要求を満たし得ないとされたのである。

以下の叙述においては、ビンディング的な法益論が実際には体系批判的な要求を掲げていないが、しかしながら一定の批判的なポテンシャルを確実に示すものであり、それは詳細に考察してみると背景の中に奥深く留まるものではなく、体系批判的な法益論という今日主要な見解が表すものに他ならない点をまず示してみよう（後述Ⅱ. 参照）。更に、実定法解釈の枠内でビンディングによる法益概念の——アーメルンクによれば²³⁾——「天才的な発見」にはどのような意義があるのかという問いに取り組むことにする（後述Ⅲ. 参照）。しかしながら、最初にビンディングの法益論とその作用史（Wirkungsgeschichte）が明らかにされるべきである（これについては、以下のⅠ.）。

Ⅰ. ビンディングの法益論

既に言及したように、ビンディングは法益論に「刑法解釈学における市民権」を付与

21) *Amelung* (Fn. 8), S. 160 もそのように主張する。

22) *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Erster Band: Normen und Strafgesetze, 3. Aufl. 1916, S. 329 Anm. 18.

23) *Amelung* (Fn. 8), S. 158.

した人物である²⁴⁾。犯罪論の基本ドクトリンとしての法益思考に今日帰せられる意義に鑑みると、法益論の「発見者」としてビンディングには多大な関心が向けられることが予想されるであろう。驚くべきことではあるが、そうなのではなく、イエシエックとヴァイгентが適切にも断言したように、ビンディングは法益概念を「付随的に扱っただけ」なのである²⁵⁾。実際にビンディングは——彼の論争相手であるフォン・リストと異なることなく²⁶⁾——法益概念についてはどちらかと言うと片手間に言及していたにすぎない。『ハンドブック』においても『規範論』においてもビンディングは専ら例示的に解説するだけの定義の叙述に限定しており、あるものが法益へと生成するための諸前提や更には法益思考から導かれる或いは導かれるべきである解釈学的及び法政策的な諸帰結はせいぜいのところ示唆されているにすぎない。

1. ビンディングにおける法益の概念と機能

『規範論』においては、法益に対する攻撃が「全ての犯罪の共通のメルクマール」を表すことが強調されている²⁷⁾。法益の保護が重要となることは、ビンディングによれば惹起の禁止と危殆化の禁止の両方に当てはまる²⁸⁾。『刑法ハンドブック』ではビンディングは、法益とは「立法者から見て法秩序のために価値があり、それ故に妨害されずにそれを維持することが立法者によって規範を通じて確実になされなければならないものの全て」²⁹⁾であると述べている。『規範論』には次のような定義がある。つまり、法益全般とは

「それ自身は法ではないが、立法者の視点においては法共同体の健全な生活の条件として共同共同体にとり価値があるものであり、変更されず、そして妨害されずにそれを維持することが立法者の立場からすればその関心の対象となり、それ故にその規範を通じ

24) 前掲注15)参照。法益論については、既にそのように主張していた *Amelung* (Fn. 13), S. 73 ff.; *Hassemer* (Fn. 3), S. 42 ff.; *Sina* (Fn. 13), S. 44 ff.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 29 f.も参照。

25) *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), S. 257.

26) *Frommel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987, S. 116 参照。

27) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Erster Band: Normen und Strafgesetze, Neudruck der 4. Aufl. 1922, 1965, S. 338.

28) *Ebd.*, S. 340.

29) *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Erster Band, 1885, S. 169.

て望まれない侵害或いは危殆化からの保護が立法者によって追求されるものである」³⁰⁾。

『ハンドブック』と『規範論』のどちらにおいても法益が例示的に列挙されている。それらは実定法の刑罰規範の根底にあり、我々が今日個人的法益と呼ぶもの（生命、身体の不可侵性、自由、名誉その他）がまずあるが、神（及び更には死者）に対する「敬虔感情」や「動物への共感」も認められており、更には「婚姻秩序の一夫一妻制的な性質」や「血縁上の近親者の間及び同性者の間での交渉に性的要素がないこと」までもが含まれている³¹⁾。また刑法各論の教科書も何が法益であり得て、何がそうではないのかが問題となる際に、ピンディングが内容的な限界については何も言及していないことを示している。そこでは例えば、「性的名誉（Geschlechtsehre）」という法益は3つの観点から説明されている。

「法及び道徳（Sitte）の枠内での固有の性生活の規則の下にあり、更には他者の性的欲望の客体または道具としても用いられてはならないという点にあり、最後になるが、性的衝動の発生、増大、満足を目的にして他人の性的名誉を侵害してはならないという点にある」³²⁾。

安息を乱す騒音の犯罪構成要件は安息への欲求に対する攻撃を、甚だしい狼藉の犯罪構成要件は感情生活（Empfindungsleben）に対する攻撃を処罰すべきものとされており³³⁾、所有権及び財産に対する罪の本質は、

「——変則的な事例というごくわずかの例外を除けば——主観的で、大抵は個人的であり、稀に公的なものである財産権に対するいわゆる侵害に、たとえこの侵害が法益の側面からのみ生じるとしても、（ある）」³⁴⁾とされる。

——リストの言葉によれば「いくらか騒然とした形での」³⁵⁾——実定法における在庫（Güterkapital）の列挙は最終的には以下のように帰結する。つまり、実際のところ法益はピンディングによれば「国家の服従権の外部にある、犯罪的攻撃の客体を構成する」³⁶⁾

30) *Binding*, Normen (Fn. 27), S. 353 ff.

31) *Binding*, Handbuch (Fn. 29), S. 169 並びに詳細な Normen (Fn. 27), S. 346 ff.

32) *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Aufl. 1902, S. 194.

33) *Ebd.*, S. 190 f.

34) *Ebd.*, S. 237. その際には『規範論』への参照がなされている。

35) *von Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Erster Band, 1905, S. 226. また *ders.*, ZStW 8 (1888), 133, 141も参照。

36) *Binding*, Handbuch (Fn. 29), S. 169.

もの全てであり、その際に法益の共通分母は「それが現実的に侵害され得ること、つまり、破壊され得るか攻撃を通じてその財の価値について減弱され得ること」³⁷⁾に見いだされる。ビンディングは可能な限り具体的に輪郭づけられた法益を要求している。特に彼は「詳細な考察の下では使用不可能な集合概念として表される見せかけの法益」を批判しており、その際にはその種の見せかけの法益の例として「公の秩序の概念」³⁸⁾、「公的平和の概念」³⁹⁾、「人倫という見せかけの財」⁴⁰⁾を挙げている。

——その限りではビルンバウムと一致するのであるが——ビンディングにとりまず重要であったのは、法益侵害をフォイエルバッハの意味での権利侵害から引きはがすことである⁴¹⁾。更にビンディングは繰り返し、財は次のことが認められる場合にのみ、そして次のことを理由にしてのみ法益となることを強調していた。つまり、それが侵害されないことに

「単にこの者やかの者ではなく、全体の生きた共同体が重点を置いている（…）」ことであり、「ここで個人主義的な考察の種類を用いて、例えば個人の財を社会及び国家の財から厳格に峻別しようとする以上以上の誤りはないのである」⁴²⁾。

更に次のように述べられている。「個別的な価値判断の対象については、専ら社会的で法的な財として法的保護が認められるのであり、決して個人的な財としてではないのである」⁴³⁾。そして、ここから「法益とは、見かけ上はいまだ個人的なものであるかもしれないが、常に全体の法益なのである」⁴⁴⁾と結論づけられている。その際には、ビンディングからしても、個人の個別的な維持する意思が当該財に向けられることを条件にして、或いはその限りでのみ、全体がある財を要保護的であると宣言することは排除されない⁴⁵⁾。例えば、猥褻犯罪は確かに「行為者及びあり得るその直接的な被害者を考慮して処罰され

37) Ebd., S. 170.

38) *Binding*, Normen (Fn. 27), S. 351.

39) Ebd., S. 352 参照。

40) Ebd., S. 353.

41) *Binding*, Normen (Fn. 27), S. 342 ff. また *ders.*, Normen 1. Aufl. (Fn. 17), S. 190 ff.; *ders.*, Handbuch (Fn. 29), S. 169 も参照。この点については既に触れていた *Amelung* (Fn. 13), S. 74 f.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 27 も参照。

42) *Binding*, Normen (Fn. 27), S. 340 f. この点については既に触れていた *Amelung* (Fn. 13), S. 81 も参照。

43) *Binding*, Normen (Fn. 27), S. 360.

44) Ebd., S. 358.

45) Ebd., S. 358.

る」ものではあるが、同時に「性的名誉という法益には、それは見かけ上はまだ個人的なものであるかもしれないが、常に全体の法益であるという命題が妥当する」⁴⁶⁾のである。

法益概念はビンディングにおいては純粋に実定・法的な (positiv-rechtlich) 性質を有している⁴⁷⁾。ビンディングは、法益の構成について基準となる立法者の価値判断が「立法者的な法的保護の唯一の動機」であることに固執している⁴⁸⁾。「法益の創出及びその保護規範の定立」の際の立法者に対する拘束はビンディングからすれば、次のような意味でのみ生じる。つまり、「法源はその固有の考慮及び論理を通じてのみ制限」されるということである⁴⁹⁾。具体的にこの点から導き出されるべきとなるのは、立法者は何らかの「侵害され得ないものを侵害され得るものとして承認」することはできないということである⁵⁰⁾。刑事立法者の権力の制限に関する更なる事例或いは基準についてビンディングは何も述べていない⁵¹⁾。更に、侵害され得ないことの基準の実践的意義も次の点を通じて疑問に置かれる。つまり、ビンディングはそれ自体としての感情生活⁵²⁾及び特定の感情⁵³⁾を法益として承認することに何の疑念も有していなかっただけでなく、犯罪構成要件の保護客体をその規制領域のパラフレーズ化を通じて規定するまでに至っているからである。従って、例えば姦通の犯罪構成要件は「無辜の側の者に属する、婚姻における誠実さを求める権利の侵害として」⁵⁴⁾理解され、重婚の犯罪構成要件は「一夫一妻制の婚姻秩序」⁵⁵⁾という侵害客体を保護することになり、近親姦殺の犯罪構成要件は民族の繁栄を保護することと並んで、「その他の家族的な交渉全体における性的な関係の完全な排除という性生活を婚姻に厳格に局限化することに」⁵⁶⁾に資するとされるのである。

ビンディング的な法益論の価値はまず次の点に認められる。つまり、保護された法益

46) *Binding*, Lehrbuch (Fn. 32), S. 213. その際には『規範論』への参照がなされている。

47) *Binding*, Normen 1. Aufl. (Fn. 17), S. 190. *Frommel* (Fn. 26), S. 117 も参照。

48) *Binding*, Normen (Fn. 27), S. 357.

49) *Ebd.*, S. 340.

50) *Amelung* (Fn. 13), S. 74.

51) *Frommel* (Fn. 26), S. 117.

52) *Binding*, Lehrbuch (Fn. 32), S. 177 参照。

53) 前掲注33)で挙げた箇所を参照。

54) *Binding*, Lehrbuch (Fn. 32), S. 220.

55) *Ebd.*, S. 224.

56) *Ebd.*, S. 228.

の価値及び侵害犯、危険犯、形式犯というそれぞれの性格に基づいて種々の犯罪の段階づけを可能にする点である⁵⁷⁾。更に法益については、「個々の犯罪構成要件の実体に即した把握及びその適正な解釈並びにその内的な関係性の理解」に関する意義が強調される⁵⁸⁾。だが、「不服従の装いの中に財侵害が含まれている」⁵⁹⁾というような定式化も、ビンディング的な法益概念においては、本来的な内容を有することなく、そのような内容によって充足されなければならない概念が問題になる点を放置するものでしかない⁶⁰⁾。法益と呼ばれ、それにより解釈学的な考察の中心点とされ得るものは法益の概念的な輪郭づけに左右されるのである。いずれにせよこのような文脈との関係ではビンディングは次の2つの観点を提示するだけである。法益は侵害され得るものでなければならない、法益は可能な限り具体的に把握されなければならないと。しかし、これによって生じる批判的なポテンシャルについては、ビンディングがこれを更に徹底化することはなく、当該のポテンシャルは、ビンディングにおける法益概念の内容的な不明確さという背景の下では実践的には存在しないものとして格づけされざるを得ないのである。

2. 作用史

a) ビンディングとフォン・リストとの間での論争

既に導入部において言及したように、現在の議論においてビンディングの見解は、立法者に対して何ら制限を設定していないことを特に理由にして批判されている。「実定主義」であるというこのような批判は、ビンディング自身はおそらくは批判として認めていなかったものかもしれないが、同時代における——特に——フランツ・フォン・リストとの論争においてはまだ何の役割も果たさなかった。何故ならば、今日流布している洗練された神話とは異なり、フォン・リストとその弟子達は法益概念について立法者を拘束する——今日用語法で言うところの体系批判的な——機能を何も認めていなかったからである⁶¹⁾。そこで、フォン・ヒッペルは例えば次のように述べていた。

「法益という言葉は、法秩序によって保護された人間的な生活利益があるということ語るだけでしかない。いつ法秩序がそのような保護を認め、これにより生活財を法益

57) *Amelung* (Fn. 13), S. 76.

58) *von Hippel* (Fn. 14), S. 14 f.

59) *Binding, Normen* (Fn. 27), S. 365.

60) *Frommel* (Fn. 26), S. 117.

61) *Frommel* (Fn. 26), S. 115 f.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 31 f.参照。

へと高めるのかについては、この文言は何も語らない。このことを決定するのは実定法であり、或いは将来については立法者であり、双方とも考慮の対象となる公の利益と私的な利益の衡量の下で（…）それを行う。理論は、国家がどのような目的を権利保護の他に追求しなければならないのか、そもそもそのような追求をする必要があるのかについて何も言及しない。理論は権利保護それ自体の意義を特徴づけたいだけなのである」⁶²⁾。

従って、ビンディングとフォン・リストとの間での——通常そうであるように、極めて攻撃的になされた——論争においては、立法者の裁量の限界が問題となったのではなく、フォン・リストがビンディングに対し法益と行為客体の混同を非難した点⁶³⁾が問題だったのである。他方でビンディングはフォン・リスト⁶⁴⁾によって宣伝された、法益と利益の同置を批判した⁶⁵⁾。正当にもクヌート・アーメルンクは、ビンディングが「具体的な刑法規範の保護客体を規定する際に定まりがないことは稀ではなく、全く別種の対象を同一の構成要件の法益であると称している」ことを強調している。——アーメルンクによれば——この点についてフォン・リストは「より精密に考察し、その洞察から法益と行為客体の分離を展開」⁶⁶⁾したのである。フォン・リストによれば、ビンディングにおける法益概念は「仮象概念、つまりは内容のない言葉」であるか、「各人が自分にまさに適した内容を与えることができる白紙委任状」である⁶⁷⁾。そして、再度激しい言い方であるが、次のように述べる。「ビンディングの法益はそもそも概念ではなく、空虚な言葉であり、その意味は絶え間なく変転する。今は抽象化であっても、次には感性界の対象が来るのであり、今は状態であっても、次の瞬間には人格或いは物が来る」⁶⁸⁾。一般に認められているように、フォン・リストについては、彼が今日我々にとり自明である法益と行為客体の分離⁶⁹⁾をビンディングよりも明確に首尾一貫させ

62) *von Hippel* (Fn. 14), S. 12 f.

63) *von Liszt* (Fn. 35), S. 225 ff.; *ders.*, ZStW 8 (1888), 133, 151 ff. *von Hippel* (Fn. 14), S. 12 における簡明的確な叙述も参照。フォン・リストの批判に対するビンディングの対応については、前掲注30)で示した *Binding, Normen* (Fn. 27), S. 355 を参照。

64) *von Liszt* (Fn. 35), S. 223. また *von Hippel* (Fn. 14), S. 10 ff. も参照。

65) *Binding, Normen* (Fn. 27), S. 356 ff. また *Amelung* (Fn. 13), S. 75 f. も参照。

66) *Amelung* (Fn. 13), S. 82.

67) *von Liszt* (Fn. 35), S. 224.

68) *von Liszt* (Fn. 35), S. 230.

69) *Hassemmer/Neumann* (Fn. 2), NK-StGB, Vor § 1 Rn. 121; *Hefendehl*, in: ↗

て遂行した事情が斟酌されるべきである。しかし、同じように確定され得るのは、フォン・リストもまた立法者を拘束する前実定的な法益概念を主張しなかった⁷⁰⁾ことであり、更には、利益と法益の同置に対するビンディングの批判も同様に適切であったことが参照され得るのである。何故ならば、法益は利益ではなく、利益の対象、つまりは利益が関係する「あるもの (Etwas)」だからである⁷¹⁾。

b) ビンディングにおいて法益概念が開かれていること

今日の議論において、ビンディングの法益論に対する批判的関心の前景にあるのは、不十分なものとして捉えられている、法益概念の概念上の限界づけである。但し、ジーナは適切にも次の点を強調する。「権利という明確に規定可能な概念に対する財概念の開放性と無規定性」⁷²⁾は確信的な実証主義者であるビンディングからすれば必然的なものであり、その理由は、「立法者の任意の評価を通じて初めて、任意の人、物、状態が法益の性格を獲得すべき」⁷³⁾だからである。法益の実体的概念を断念したビンディングからすれば⁷⁴⁾、法益の保護は、行為を禁止する動機にしかすぎなかったのであり、彼にとって最終的に本質的であったのは、「服従を求める国家の権利に対する形式的な違反だけ」⁷⁵⁾であったとする。これに対し、アーメルンクは次のように強調する。つまり、ビンディングにおいては、「全ての刑罰規範は規範侵害を超える法益侵害結果の阻止に資する」のであり、このことは、決して法益と無関係な犯罪が問題となるわけではない、いわゆる形式犯にも妥当すると。何故ならば、ビンディングからすれば「このような刑罰規範のグループも財危殆化の阻止に資する」⁷⁶⁾からである。アーメルンクも、ビンディングは実定

↘ Hefendehl u. a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 119; Jescheck/Weigend (Fn. 1), S. 259 f.; Wohlers (Fn. 3), S. 223 m. w. N.

70) Frommel (Fn. 26), S. 120 f.; Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 133; Schünemann, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 142 f. もそのように主張する。Amelung (Fn. 8), S. 160も参照。

71) Stratenwerth, in: FS für Theodor Lenckner, 1998, S. 380; Wohlers (Fn. 3), S. 219 f. 参照。

72) Sina (Fn. 13), S. 46. 無規定性は Amelung (Fn. 13), S. 78 によっても強調される。

73) Sina (Fn. 13), S. 46.

74) Ebd., S. 46.

75) Sina (Fn. 13), S. 47. 見解が異なるのは, Hassemer (Fn. 3), S. 44 ff. であり、形式主義という批判は適切ではないとする。

76) Amelung (Fn. 13), S. 80.

法の理論家として立法者に対しては何も規則を設定しなくなかった点を確定している⁷⁷⁾。処罰化に対する賛否の決定は、ビンディングにおいては「立法者の評価の対象」なのであり、このことから「政治的な意思活動、政治的な決定」⁷⁸⁾となるのである。

これに対してハッセマーが強調するのは、ビンディングが法益という装置の「体系的な能力」だけを認めていたのではなく、法益によって犯罪の実質的内容を探求していたということである。その際にハッセマーはその本質的な証拠としてビンディングの「不服従の殻の中には、その核として財侵害が含まれている」⁷⁹⁾との主張を参照する。ハッセマーはビンディングの法益論において「実質的犯罪論を展開する（…）試み」を見ているのである⁸⁰⁾。法益概念は犯罪を規定する際の中心点になるとされる。何故ならば、態度の禁止は専ら「一般的或いは典型的に法益を危殆化する行為の禁止として」正当化され得るからであるとされる⁸¹⁾。これによりビンディングは——ハッセマーはそのように主張するのであるが——法益概念を用いて「刑法典を批判するための法典外の基礎を構築」⁸²⁾したとする。ビンディングはその法律実証主義により「体系批判的な法益論の意味での帰結を導き出すこと」⁸³⁾が妨げられていただけなのであり、それ故に、刑法体系を批判するための能力を全く有していた彼の構想は、結局のところ体系において内在し続けていたものであるとされている⁸⁴⁾。ビンディングの見解に対するこのような解釈は納得のできるものでは全くない。ハッセマーは、法益論に関するビンディングの主張が存している同時代的で作用的な連関を無視している。ハッセマーの解釈は、ビンディングがどのように彼の法益論を理解していたのかを示すものではなく、ハッセマーが『規範論』を執筆していた場合に、同書がどのように理解されなければならないのかについて述べるものでしかない。ビンディングをここで体系批判的な法益論の先駆者として突然変異させ、彼は残念ながらその誤った実証主義的な基本理解により、彼の立場を首尾一貫させて考え抜くことを妨げられていただけであるとするのは、——私の推測によれば——ビンディングの決定的な反論に直面するものであり、ビンディングの法

77) Ebd., S. 77.

78) Ebd., S. 78.

79) *Hassemer* (Fn. 3), S. 42 f.

80) Ebd., S. 43.

81) Ebd., S. 45.

82) Ebd., S. 47.

83) Ebd., S. 47.

84) Ebd., S. 47 f.

益論を非歴史的にゆがめられた形で描いているのである。

ビンディングの理論に適切に向き合いたいのであれば、おそらくは以下の点に固執しなければならないであろう。つまり、同理論が行きつくのは、立法者は自身から見て「法共同体の健全な生活の条件として同共同体にとり価値がある」全てのものを原則的に法益として宣言できるということである。しかし、既にビンディング的な理論の叙述の際に言及したように、ビンディングは少なくともいくつかの制限枠を設定しようとしていた。つまり、立法者が法益へと高めようとする「あるもの」は侵害可能なものでなければならず、無規定の一般的なもの（Allgemeinheit）に関する仮象法益では許されないのである。ビンディング自身がこの制限枠の批判的な能力をより深く究明したのかというと、立法者はその「固有の考慮と論理によって制限」される点への指示と同様に、そうではない。この点は確認しておくべきである。論理による制限枠を参照していることについては、更に次のように解釈できるであろう。つまり、立法者は、問題となっている態度が経験的に見て念頭にある法益をそもそも侵害し得るものであるのか否かに方向づけられなければならないということである。「固有の考慮」という制限枠への参照については、今日の視点からすれば、次のように理解できるのかもしれない。立法者は体系一貫性の観点に拘束されるべきであると。しかし、この解釈により、ビンディングに対して、彼自身が全く考えていなかったものを再び要求することにおそらくのところなってしまうであろう。そうではなくて、むしろビンディング的なアプローチの枠内にあるのは、既にギュンター・ヤコブスも指示していた次のような観点である。

「ある法益が在るべきとされるのであれば、法律が何らかの事態を『健全な生活』にとり有益なものとして既に見て取らなければならない。法律が行為態様を規定するも、その成果が何らかのものについて価値があるのではなく、それ自体のために1つの価値である場合、特に法律が道徳的な態度をそれ自体のために規定する場合には、この点が欠けているのである」⁸⁵⁾

しかし、引き続き注意しなければならないのは、ビンディング自身にとっては、「婚姻秩序の一夫一妻制的な性質」と「血縁上の近親者の間及び同性者の間での交渉に性的要素がないこと」のどちらも議論の余地なく適切な（tauglich）法益であったということである。従って、一般的に考察する限りでは、次の点に留まり続けなければならない。ビンディング的な法益論は全く通説的な見解によって正当にも実証主義的な理論として

85) *Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 2/12.*

分類されるのであり、同理論は立法者に対してせいぜいのところマージナルな限界を設定し、——その他の点、立法者が当該の限界を超えた場合に、その結果が何であるのかについては言及するものではないのである。

II. 法益論の体系批判的な内容

法益論の解釈学史上の展開の総括が示すのは、法益論のベンディング的なバリエーションにおいては実際のところ実証主義的なアプローチが問題になっており、この実証主義的なものを法益理論の体系内在的なバリエーションとして分類することは正当であるということである。これは現実的にも意外なものではない。何故ならば、自らを体系批判的或いは立法批判的なものとして定義する法益理論はそもそも1945年よりも以降の時代になって初めて参照され得たものだからである⁸⁶⁾。おそらくはその最初となるのが、1957年に公刊されたヘルベルト・イエーガーの著作である『風俗犯における刑事立法と法益保護』であり、それに1973年公刊のハッセマーの著作『犯罪の理論と社会学——実務に方向づけられた法益論へのアプローチ』が続き、後者は人的法益論⁸⁷⁾という強い影響力を有する彼の構想の展開の出発となるものであった。

現代の法益理論の展開が風俗刑法の除去を巡り上首尾に終わった尽力と共に生じたということは、次の点の原因の1つと言い得るであろう。つまり、法益理論には今日においては多くの者から本来的にリベラルであるという内容が付与されていることである⁸⁸⁾。このことは、自ら自身をリベラルであると位置づけて、体系批判的な法益理論

86) *Roxin*, FS Hassemer (Fn. 2), S. 576 もそのように主張する。

87) その基礎として、*Hassemer*, in: Kaufmann u. a. (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, S. 85 ff. また *Hassemer/Neumann* (Fn. 2), NK-StGB, Vor § 1 Rn. 131 ff.; *Hohmann*, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991, S. 179 ff.; *Müller-Tuckfeld*, in: Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, S. 461 ff. も参照。人的法益論の批判については、*Krüger*, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, 2000, S. 74 ff.; *Wohlens* (Fn. 3), S. 91 ff.; *ders.*, GA 2002, 15, 16 を参照。

88) *Hassemer*, in: Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, S. 283 f.; *ders.*, in: FS für E. A. Wolff, 1998, S. 110; *Roxin*, GA 2013, 433, 436 f.; *Vogel*, ZStW 128 (2016), 139, 146. 制限的なものとして、*Amelung* (Fn. 8), S. 160. 異なる見解として、*Frisch*, in: FS für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 72 f.; *ders.*, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 218; *Jakobs* (Fn. 85), 2/18 Fn. 32; *Wohlens* (Fn. 3), S. 227 f.; *ders.*, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 281; *ders.*, in: FS für Knut Amelung, ↗

を主張する者には当てはまるのかもしれない⁸⁹⁾。しかし、法益理論の始祖との関係で言えば、むしろ疑わしいものである。ビンディングもビルンバウムも自己の理論を啓蒙期の刑法理論家と結び付けて構想したわけではない⁹⁰⁾。むしろ法益理論は、彼らによって誤りであると見なされた、フォイエルバッハの権利侵害説との対決の結果なのである⁹¹⁾。しかしながら、これら全ての事柄により以下の点が変更されることには結局のところならない。そのアクチュアルな体系乃至は立法批判的なバリエーションにおける法益理論はその主張者の自己認識 (Selbstwahrnehmung) ではリベラルな内容を有する一理論なのであり、その本質的な機能は立法者の裁量に限界を設定する点にあるということである⁹²⁾。それにもかかわらず、未確定のままであり得るのは、風俗犯に関する刑法の除去が法益理論の1つの結果であるのか、或いは、そうではなく法益概念の批判的な能力は問題となる道徳観念が壊れて初めて結実するのではないのか、ということである⁹³⁾。決定的な問いとなるのは、体系批判的な法益理論は次のような固有の要求に適切に対応できるのか否かである。つまり、同理論は正当な刑法の限界を規定することに成功するのか？そして、そのような限界があるとして、同理論は当該の限界を立法者にとって拘束的なものとして示し得るのか？

↘2009, S. 131; *ders.*, in: Simester u. a. (Hrsg.), *Criminal Liberal Theory*, 2014, S. 255 f.

89) 例 えば、*Rudolphi* (Fn. 2), S. 154 ff.; *Schünemann*, in: FS für Rolf Dietrich Herzberg, S. 47; *ders.* (Fn. 70), S. 138 ff.; *Steinberg*, in: FS für Hinrich Rüping, 2008, S. 95 ff.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 25 を参照。そこでは、法益理論の本来的にリベラルな内容が同理論の現実的な始祖として位置づけられた、啓蒙期の刑法理論家への依拠の下で主張されている。

90) ビルンバウムの財保護論の内容がリベラルさについてはせいぜいのところ制限的なものでしかなく、むしろ復古的なものである点については、*Amelung* (Fn. 13), S. 45 ff. を参照。異なる見解としては、*Schünemann* (Fn. 70), S. 140 及び決然とビンディングはビルンバウムの理論の本来的にリベラルな内容を劣化させたと主張する *Guzmán Dalbora* (Fn. 18), S. 77 f. おそらくは再びアーメルンクの方方向性に従うのは *Vormbaum* (Fn. 18), S. 111. ビルンバウムの財保護論にはせいぜい制限的な体系批判的な能力しかない点については、既にまた *Wohlers*, GA 2012, 600, 603 ff.

91) *Birnbaum* (Fn. 18), S. 7 ff.; *Binding*, Normen (Fn. 27), S. 342 ff. この点については *Pawlik* (Fn. 70), S. 128 ff. 及びそこで挙げられている更なる文献を参照。

92) *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635, 641; *Roxin*, FS Hassemer (Fn. 2), S. 577 もそのように主張する。

93) *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635, 644; *Pawlik* (Fn. 70), S. 135 f. 参照。

本稿においてはこの点の詳細を詰めることはできないが⁹⁴⁾、次のことが確定され得るし、確定しておかなければならない。立法者に対して、どのような行為態様を彼が処罰することができ、どのようなものがそうではないのかについて拘束的な基準を提示し得るという要求を伴った体系批判的な法益理論は失敗しているのであり、この失敗には結局のところ3つのファクターが寄与していたということである。まず、法益理論の主張者達は何十年にも渡る努力にもかかわらず、何が刑法の保護に値する法益であり得て、何がそうではないのかという中心となる問いについてコンセンサスを得られる回答に接近することすら全くなかったのである⁹⁵⁾。明白に一致が見られたとしても以下の点だけである。保護されるべき「あるもの」はそれ自体を理由とする単なる道徳観念或いは価値観念であることは許されないということである⁹⁶⁾。しかし、このような限界も次の場合にはその明確な性格を喪失する。つまり、それ自体を理由とする純粋な道徳或いは価値観念の保護だけが不当なものとして位置づけられるのであり、社会的な諸制度が機能し得るのに重要であるか、規範的な社会的な了解の構成要素となる価値観念の保護はそうではないということが認識される場合である⁹⁷⁾。極めつけに更に次の点が付け加わる。実践的には、全ての犯罪構成要件は——いざというときには複数の媒介を経ることにより——それ自体について見れば正当なものである法益に還元され得るということである⁹⁸⁾。社会的な了解にとり重要となる基本的な価値の正当な保護から純粋な道

94) 法益理論に批判的な能力が欠如している点について、既に言及していた *Amelung* (Fn. 13), S. 208 ff.; *ders.* (Fn. 8), S. 160 f.; *Androulakis* (Fn. 10), S. 271 f.; *Appel*, *KritV* 1999, 278, 282 ff.; *ders.* (Fn. 8), S. 344 ff.; *Frisch*, *NStZ* 2016, 16, 22 f.; *ders.* (Fn. 88), S. 216 ff.; *Hörnle* (Fn. 10), S. 14 ff.; *Stratenwerth* (Fn. 71), S. 377 ff.; *Stuckenberg*, *GA* 2011, 652, 656 f.; *Wohlers*, *GA* 2002, 15 ff.; *ders.*, in: *FS für Knut Amelung*, S. 129 f.; *ders.*, *GA* 2012, 600 f.も参照。

95) *Wohlers* (Fn. 3), S. 219 f.; *ders.*, *GA* 2002, 15 f. ——種々の定義提案の例示的なりすとをそれぞれ伴った——*Jakobs* (Fn. 85), 2/15 及び *Stratenwerth* (Fn. 71), S. 378 も参照。

96) *Hefendehl* (Fn. 10), S. 51 f.; *Roxin*, *JuS* 1966, 377, 383; *ders.*, *FS Hassemer* (Fn. 2), S. 579 ff.; *ders.*, *AT I* (Fn. 2), § 2 Rn. 17 ff., 26; *Sternberg-Lieben* (Fn. 6), S. 34 及び 40 ff.; *Vogel*, *ZStW* 128 (2016), 139, 145 参照。感情と道徳観念の刑法的保護については、包括的なものとして *Hörnle*, in: *Hefendehl u. a.* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 268 ff.; *dies.* (Fn. 10), *passim* を参照。

97) *Appel* (Fn. 8), S. 355 f.; *Pawlik* (Fn. 70), S. 133 ff.; *Stratenwerth*, *Leitprinzipien der Strafrechtsreform*, 1970, S. 25 ff.; *Wohlers* (Fn. 3), S. 250 f.

98) *Stratenwerth*, in: von Hirsch u. a. (Hrsg.), *Mediating Principles*, 2006, S. 162.

徳観念の許されない保護を限界づけることも、どの程度まで法益保護は実際の侵害の前領域へと拡張され得るのかという問いも、法益理論からは回答され得ない。むしろ必要となるのは、外部から法益理論へと持ち込まれなければならない基準である⁹⁹⁾。それ故に、ヴォルフガング・フリッシュは全く正当にも次の点を指摘したのである。法益理論への刑法学の固定化は、實際上重要な問いが全く定立されないことへと至るのであると¹⁰⁰⁾。

更なる問題が生じる。体系批判的な法益理論の主張者も、——彼ら自身の主張からしても——例えば動物虐待の犯罪構成要件のように法益の考慮を通じては正当化され得ない、一定の現行法上有効な刑罰規範を正当なものとして承認しているからである¹⁰¹⁾。しかし、法益構想に反することが必然的で正当なものとして承認されるのであれば、これにより、刑罰規範は法益保護に資するときのみ正当なものであるべきという要求が放棄されてしまう。そこで、何故その種の違反がこれらの場合には正当であるのに、他の場合ではそうではないのかが問われることになる。何故、動物虐待の処罰を「被造物的連帯性 (kreatürliche Solidarität)」の観点¹⁰²⁾に依拠させることは、それ自体を理由とする道徳及び価値観念が刑法の正当な（保護）対象ではないことに同時に固執するときには正当なのであろうか？¹⁰³⁾

体系批判的な法益理論に対する最後の——実践的に見ればおそらくは決定的な——異議は、立法者を拘束するという要求にまで向けられる。既にこれまで個々の論者が刑法学に影響を残さないまま、法益論の憲法解釈学的な裏打ちの必然性を催促していたが¹⁰⁴⁾、その後この観点は連邦憲法裁判所の近親相姦判決により明白に注目的となった¹⁰⁵⁾。この判決に依拠して、体系乃至は立法批判的な法益理論の主張者もまた「立法

99) *Frisch*, NStZ 2016, 16, 22 f.; *Wohlers* (Fn. 3), S. 229 ff., 241 ff., 279 f.; *ders.*, GA 2012, 15, 17; *ders.*, Die Tagung (Fn. 88), S. 281.

100) *Frisch*, NStZ 2016, 16, 22 f.

101) *Hassemer/Neumann* (Fn. 2), NK-StGB, Vor § 1 Rn. 119e; *Roxin*, FS Hassemer (Fn. 2), S. 596; *ders.*, AT I (Fn. 2), § 2 Rn. 55 f. しかし、また——いずれにせよ体系内在的な法益概念に基づいた——*Hirsch* (Fn. 20), S. 442 も参照。「ドイツ動物保護法により同法によって保護された動物それ自身が法益へと高められたのであり、それ故に動物それ自体の侵害の中に法益侵害が存する」とされている。

102) *Roxin*, JuS 1966, 377, 383 Fn. 20; *ders.*, FS Hassemer (Fn. 2), S. 596.

103) 前掲注96)で挙げた文献を参照。

104) 特に*Appel* (Fn. 8); *Lagodny* (Fn. 10); *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998 を参照。

105) BVerfGE 120, 224, 241 f.

者には学説（Professorenmeinungen）によってではなく、憲法を通じてのみ法的に拘束的な限界が設定され得ることを認めるようになるのであれば¹⁰⁶⁾、ビンディングの法益論との違いは結局のところ、立法者は自分に対して憲法を通じて設定された制限枠を配慮しなければならないという点だけでしかないことになる¹⁰⁷⁾。

法益理論の憲法解釈学的な接続可能性が確立される際の基礎となるのは、普及した見解によれば比例原則ではあるが、但し、同原則は連邦憲法裁判所によって立法者に認められた広い評価特権に基づいて大幅に無力化されてしまっている¹⁰⁸⁾。同様のことが当てはまるのが、基本法103条2項によって保障される、法的に明確な規定の要請（明確性の要請¹⁰⁹⁾、類推の禁止¹¹⁰⁾）である¹¹¹⁾。しかし、憲法的に基礎づけられた、立法者の拘束に対して貫徹能力を付与することが成功しないのだとすると、体系批判的な法益理論の機能は、立法者はある保護財に名前を付けなければならないという点に尽きてしまう¹¹²⁾。しかし、正確に言えば、このことは、多くの論者によって既に指摘されているように¹¹³⁾、ビンディング的な法益論によって達成されているのであり、——もしかするとビンディング自身によって主張されていたバリエーションではそうではないのかもしれないが、その純化された（憲法実証主義的な）バリエーションにおいてはそう

106) *Roxin*, GA 2013, 433, 449.

107) 既にそのように主張していたものとして、*Appel*, KritV 1999, 278, 311; *ders.* (Fn. 8), S. 390. *Rudolphi/Jäger* (Fn. 2), SK-StGB, Vor § 1 Rn. 14 も参照。

108) *Fateh-Moghadam*, MedR 2016, 717, 718; *Krauß*, in: FS für Winfried Hassemer, 2010, S. 424 f. 及び 432 ff.; *Roxin*, StV 2009, 544 f.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 45 ff. 参照。

109) *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331, 362; *Wohlers*, ZStW 123 (2011), 791, 805; *ders.*, in: FS für Peter Nobel, 2015, S. 130 f.

110) *Wohlers*, ZStW 123 (2011), 791, 804.

111) 連邦憲法裁判所がその限りで非常に緩い自らの原則を厳格化することはいずれにせよ必要であろう。*Wohlers*, ZStW 123 (2011), 791, 803 を参照。*Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969, 976 及び *Hirsch* (Fn. 20), S. 434 ff. も参照。

112) 立法者をその固有の価値決定の論理乃至は体系性に固定化させ得るときに生じる更なる拘束については、*Gaede*, Der Steuerbetrug, 2016, S. 245 ff.; *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969, 974; *Wohlers*, RW 2016, 416, 436 及びそれぞれで挙げられている更なる文献を参照。

113) *Amelung* (Fn. 8), S. 161; *Frisch*, in: Eser u. a. (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 194; *Hefendehl* (Fn. 69), S. 132; *Pawlik* (Fn. 70), S. 136; *Schünemann* (Fn. 70), S. 134; *Wohlers*, GA 2002, 15, 20; *ders.*, Die Tagung (Fn. 88), S. 282 参照。

言ってよいであろう。そして、立法者に対して、処罰化を伴った自由の制限の比例性を確証できる形で基礎づけることを強制することが成功するべきであるとするならば、このことも専ら次の点を改めて明らかにするだけなのである。つまり、刑罰規範の正当性は、どのような「あるもの」がどのような手段により保護されてよいのかに依存しており、——これは、法益理論が回答を付与できる問いではなく、外部から法益論へと持ち込まれる必要がある諸基準が問題となっている問いなのである¹¹⁴⁾。

全体的に見れば、以下の点を銘記すべきである。高い要求を伴ってスタートした体系或いは立法批判的法益理論はその自己設定した的を完全に外すものであった。体系批判的な法益理論の批判的ポテンシャルは詳細に考察してもせいぜいのところ、全くの侮蔑的な意図の下で「実証主義的な」ものとして分類されたビンディングの見解をマージナルに超えるだけである。体系批判的な法益理論の機能は、結局のところ、現にある刑法或いは予定された刑法の刑事政策的な批判のための道具を提供する点に尽きるのである¹¹⁵⁾。しかしそうすると、法益理論の法解釈学的な価値は体系批判的なポテンシャルではなく、以下で私に取り組むことにする、その体系内在的な機能にしかないことになる¹¹⁶⁾。

Ⅲ. 法益概念の体系内在的機能

法益概念の体系内在的機能に対する注目度は、過去数十年の間では、体系批判的（とされている）機能と比べて明白に低いものであった。その理由は、体系内在的機能が言

114) *Frisch*, NStZ 2016, 16, 22 f. また *ders.* (Fn. 113), S. 194 f.; *Jakobs* (Fn. 85), 2/24; *Wohlers* (Fn. 3), S. 229 ff., 241 ff., 279 f., 305 ff. も参照。

115) 次のように述べる *Roxin*, GA 2013, 433, 448 f. も参照。「立法批判的法益概念の擁護者は（…）第1に立法者に向かって刑事政策的な要請を提示するが、そのような提案については（…）全ての場合において憲法的な拘束性を求めようとはしない」。この点について言及しておくこと、もしそうであるとする、立法批判的法益理論の主張者はその都度、どのような意味要求を伴って彼らは論拠づけているのかを明確にしなければならないし、そうすべきであるはずなのである。このことは、著者の印象では、実践に置き換えるという点ではこれまで全くなされてこなかった。通常は、刑事政策的な要請が学問的な正当性の要求を伴って提案されるだけである。

116) しかし、*Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635, 650 ff. も参照。同論文は、いくらばかりか不明確なやり方で次のことから出発している。学説上広く主張されている法益概念には「体系超越的な機能とそれによる批判的な能力が認められる」のであり (S. 652)、「その正当さ、限界、帰結については確かに個別の事案では争い得るが、しかし、このことは他の法的な基本想定から法益概念を区別しない」のである (S. 652 f.)。

わば無制限に認められてきたことにあるのかもしれない。しかし、これは残念なことである。何故ならば、まずまさにこの点にこそペンディングの「天才的な発見」¹¹⁷⁾の本来の機能があるからであり、当該の機能は些細なものではないし、——詳細に考察する限りでは——問題がないわけでもないからである。

1. 法益概念の体系化機能

法益概念の第1の機能は法益概念の体系化機能の中に見受けられる。つまり、——ハンス・クートリッヒがアウグスブルクで開催された刑法学会議での報告において明示したように——「我々の刑法典の各則は『法益』という基準値を通じて少なくとも本質的には全く概観できるように構造化されている」¹¹⁸⁾という点についてである。既に、フォン・リストは「刑法の各則の体系は（法益という：著者記す）概念の有用性に係る証拠である」と指摘していた¹¹⁹⁾。しかし、他の立法者が法益理論がなかったとして同様の構造化を達成していること¹²⁰⁾、もたらされた体系化の成果は過大評価されるべきでもないことを度外視したとしても、整理に役立つという機能は、法益論が当該の体系化機能に限定されるときに体系内在的な観点からしても認められるであろうその意義と比べると明らかに釣り合いがとれていないのである。

2. 法益概念の解釈を導く機能

そこで、法益概念の本来的な体系内在的機能はその体系化機能にあるとされるのではなく、解釈を導く機能において認められるべきである。法益概念は、「目的論的解釈の定冠詞付きの（das）基準」¹²¹⁾であるとされるのであり、原則的には——イエシェックとヴァイгентがそう主張するのであるが——「法益は構成要件の中心概念であり、こ

117) *Amelung* (Fn. 8), S. 158.

118) *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635, 637.

119) *von Liszt*, ZStW 8 (1888), 133, 141.

120) 注目すべきことに、ペンディング自身も各則の体系化との関係で確かに法益について言及していたのではあるが、しかし、その際には同時に特に規範という制度への指示を行っていたのである。Lehrbuch (Fn. 32), S. 5 f参照。

121) *Rudolphi* (Fn. 2), S. 151. *Rudolphi/Jäger* (Fn. 2), SK-StGB, § 1 Rn. 33; *Satzger*, in: *Satzger u. a.* (Hrsg.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1. Aufl., 2009, § 1 Rn. 43; *Amelung* (Fn. 8), S. 156 も参照。また、処罰を制限する書かれざる構成要件メルクマールとして法益を活用しようとする *Gössel* (Fn. 1), S. 104 ffも参照。目的論的解釈に対して基本的に批判的であるのは、*Herzberg*, NJW 1990, 2525 ff.

れにより客観的及び主観的メルクマールの全てが規定され得るのである」¹²²⁾。但し、このような関係において認められるべきであるのが、全体的な犯罪メルクマールの解釈を導く基準として法益を表すことは問題がないわけではないということである。確実なことに、立法者が刑罰規範でもって「あるもの」を保護しようとしているという事情は重要でなくはない重みを有している¹²³⁾。しかし、クートリッヒは正当にも、「法益への指示が処罰に関するスーパー論拠になる」ことは許されない点を指摘したのである¹²⁴⁾。この点について違った見方をしてしまうと、——法益理論家の視点からしても——おそらくは次のような非生産的な効果が生じることになるだろう。つまり、現実の法益侵害の前領域へ刑法の保護を前倒しすることは批判されるのではなく、法益保護という追求された効果性との関係ではまさに促進されなければならないであろうということである¹²⁵⁾。真正の或いはそのように感じられる処罰の間隙を目的論的に——つまりは、法益保護に着目して——要請されるように思われる解釈を通じて埋めることが問題となる場合に、刑罰規範の文言と体系性が簡単に崩壊する危険が実際にあることは、まさに各則の犯罪構成要件の「正当な」解釈に関する論争によって露わにされたのである¹²⁶⁾。

保護法益は疑いなく、犯罪メルクマールがより広く理解されるべきなのか或いはむしろ狭く理解されるべきなのかが問題となるときに考慮されるべき1つのトピクスである。しかし、同時に異なる諸観点も配慮されるべきである¹²⁷⁾。そこで、例えばドルフィー/イエーガーは、法益を保護するという刑法の任務には彼らによって解釈の王様と表される目的論的解釈の枠内で決定的な重要性が帰せられるべき旨を指摘したのであ

122) *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), S. 259. *Gössel* (Fn. 1), S. 102 も参照。

123) *Dannecker*, in: *Laufhütte u. a.* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, Band 1, 12. Aufl., 2007, § 1 Rn. 319; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014 § 1 Rn. 48; *Maurach/Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8. Aufl., 1992, § 9 Rn. 21. 「目的論的解釈にとり特に決定的であるのは、その都度の犯罪構成要件によって保護されている法益をその解釈の際に作り上げることである」。

124) *Kudlich*, *ZStW* 127 (2015), 635, 638. *Vogel*, *ZStW* 128 (2016), 139, 159 も参照。

125) *Jakobs*, in: *FS für Seiji Saito*, 2003, S. 27; *Pawlik* (Fn. 70), S. 139 f.; *Schünemann*, in: *FS für Hans Joachim Faller*, 1984, S. 357 ff. 参照。

126) 「危険な道具」を例にしてこの点を非常に強調するものとして、*Sickor*, *ZStW* 125 (2014), 788 ff.

127) 既に *Amelung* (Fn. 8), S. 156; *Satzger* (Fn. 121), *Kommentar StGB*, § 1 Rn. 43 f.; *Schünemann*, in: *FS für Paul Bockelmann*, 1979, S. 129 ff. もそのように主張していた。

るが、そのすぐ後で次のようにも述べたのである。「保護された法益のどのような侵害を法律は捉えるのか、特に僅かの侵害だけでも十分とするのか否かが」解明されなければならない。そして更に次の点を確認されている。つまり、「法律は法益を包括的に全ての攻撃から保護するのか、或いは特定の特に危険な攻撃のみから保護するのか」ということである。さもないと、——ルドルフィー/イエーガーはそのように言うのであるが——「専ら保護法益に方向づけられた解釈の手助けにより、特定の攻撃への法律的な限定が除去される危険」¹²⁸⁾が生じるというのである。以上から次のように言える。立法理由(ratio legis)と保護法益の同置は、ここでの問題の複雑性には不適切な一元的な考察へと至ってしまうであろう¹²⁹⁾。目的の設定は同時に常にまた限定を含むものなのであるから、規範の「目的」への依拠は、対抗的或いは制限的な目的の諸設定を——ヘルツベルクが明示したように——「重要ではないとして片づけるか、より適切であるのかも示れないが、黙殺」しなければならないという犠牲を払ってのみ得られるのである¹³⁰⁾。

ここに更なる問題が付け加わる。目的論的解釈の枠内では、規範の解釈をその意味と目的に——つまりは立法理由に方向づけることが重要となる。犯罪構成要件の解釈が問題となる限りでは、この枠内で自明なことに、当該の規範によって何が實際上保護されるべきなのかについても問われなければならない。しかし、正確にはここで再びどのような問題も生じてくる。つまり、一体何が立法者によって保護が与えられる「あるもの」なのかにつきまず一度探求がなされなければならないという問題である。既に何度も言及した、法益概念の不明確さはこれにより解釈の枠内においても重大な問題となる¹³¹⁾。更に次の点について決定がなされなければならない。この文脈においては、主観的目的論的解釈の主張者が支持するように¹³²⁾、立法者の表象に依拠しなければならないのか、或いは客観的目的論的な手法の主張者と共に「どのような法益を刑法は今日において理性的なやり方で保護するのか」¹³³⁾を問わなければならないのか、ということ

128) *Rudolphi/Jäger* (Fn. 2), SK-StGB, Vor § 1 Rn. 33.

129) *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 473.

130) *Herzberg*, NJW 1990, 2525, 2526 ff.; *Hirsch* (Fn. 20), S. 473 参照。

131) この点について既に言及していた *Wohlers*, Criminal Liability (Fn. 88), S. 254 f. を参照。

132) *Dannecker* (Fn. 123), LK-StGB, § 1 Rn. 317; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 3. Aufl., 2017, § 1 Rn. 93.

133) *Rudolphi/Jäger* (Fn. 2), SK-StGB, Vor § 1 Rn. 33.

である。体系批判的な法益論の主張者にとって自明である事柄には、多かれ少なかれ独断的に支配権を持って、何が刑法による保護に値して何がそうではないのかを規定することの方がおそらくは合致するのかもしれない。これに対して、本稿では主観的目的論的解釈の主張者に依拠して、いくらばかりかより控えめであること、そして目的論的解釈の枠内においても立法者意思に優先性を認めることが支持される。これは、刑罰規範の解釈においては社会的な発展を考慮してはならないことを意味するものではない。しかし、刑罰規範の解釈が、立法者が規範を創出したときに想定した範囲内にあるということをもはや説明できない場合には、許された解釈の限界に到達したことを意味する¹³⁴⁾。以上とは異なる全ての事柄は、可罰的であることの限界をどこに引くのかについての決定は刑法学の任務ではなく、立法者のそれであるという原則に合致しないのである。

最後に次の点にも注意すべきである。ビンディング自身はこのように今日では前面に出されている、解釈を導く法益概念の機能を認識していなかった。それ故に、例えば『ハンドブック』では解釈に関する記述の際に、法はその目的から解明されるべき旨が指摘されており¹³⁵⁾、——その際には法益の概念については一度たりとも言及されていないのである。そして、各論に関する教科書でも同概念は事項索引に全く登場していないだけでなく、——今日の視点から考察すれば——この点が期待されるであろう箇所においても触れられていない。同概念が時折テキストの中で登場したとしても¹³⁶⁾、その叙述は、法益概念というトポスとの関連づけにより解釈を制御するという目的に資するものではない。結論として、今日支配的な見解によって強調される解釈を導くという法益の機能についても次のように確定されなければならない。法益思考の下にあるこのような機能は、ビンディング自身が単に意図していなかっただけでなく、おそらくは全く認識していなかったものなのである。

IV. 刑罰規範の理解に関する消失点または中心点としての法益

法益概念の体系批判的及び体系内在的機能に関するこれまでの分析を振り返ってみると、最終的には次の2つの観点が残ることになる。まず、保護される「あるもの」の短い言い替えとしての法益は、1つのトポスであり、これは解釈の枠内で配慮されるべき

134) *Dannecker* (Fn. 123), LK-StGB, § 1 Rn. 318 も参照。

135) *Binding, Handbuch* (Fn. 29), S. 467 ff. 参照。

136) 例えば *Binding, Lehrbuch* (Fn. 32), S. 55, 194, 237 を参照。

ものとなる。他方で法益は、問題となる構成要件の構造を認識するための消失点または中心点を形成するのである。特定の犯罪構成要件において結果犯が、或いは危険犯が問題となるのかは、どの点に保護される法益が見受けられるのかに依存する。この認識は刑罰規範の解釈に関してだけでなく、その正当性を判断する際にも意義を有している¹³⁷⁾。——そしてその限りにおいて、(憲法)実証主義的な法益論にも一定の体系批判的な残余機能が備わっていることを現実に語り得るのである。何かを保護するために刑罰規範を創出することを、立法者が強制されるのだとすると、刑法による保護は刑罰規範の背景にある「あるもの」に依拠しなければならない。つまりは、刑罰規範が自己目的であることは不可能なのである¹³⁸⁾。更に、法益は、問題となる社会の規範的な自己理解の下で保護に値する「あるもの」でなければならない。「あるもの」との関係づけからは、どのような犯罪構造が刑罰規範の根底にあるのかも最終的には導き出されるのであり、この点は、問題となる規範の正当性を評価し得るための基礎を改めて形成するのである。

しかし、次のことも確定されるべきである。つまり、「あるもの」の刑法的要保護性の規定も、保護される「あるもの」の現実の侵害の前領域における特定の行為態様に対する反応としての刑法的強制の投入の適切性も法益概念を通じては規定され得ないということである。この点で實際上必要となる諸基準は、それ自体で法益概念を通じて規定されるか或いは限定されるものではなく、外部から法益理論へと持ち込まなければならないもの、その非常に多くの部分については刑法解釈学的ではなく刑事政策的な内実を有するものなのである。ペンディングが立法者の自由はその「固有の考慮及び論理を通じて」のみ「制限」されるとしたとき¹³⁹⁾、以上のことを主張していたのであれば、この観点は、立法者に対する拘束性の点で詳細に明らかにされているわけではない法益論のリベラルとされる内容をお手軽に参照するという今日広くなされている主張よりも明らかにより説得的なものであろう。シュトラーターテンヴェルトと共に、刑罰規範を可能な限り合理的に基礎づけることが最終的には重要となるということに固執したいのであれば、法益論の価値を過大評価すべきではないであろうし、刑法学の基本ドクトリンとしての法益論に対する批判を西欧の没落の始まりとして捉えるべきではなかろう。法益理論の空疎な言葉を断念することを理由にして、刑罰規範に対する批判が沈黙する必要

137) 既に *Schünemann* (Fn. 70), S. 134 もそのように主張していた。

138) *Amelung* (Fn. 8), S. 169.

139) *Binding, Normen* (Fn. 27), S. 340.

ビンディングの刑法理論（５）

がない点は、例えば既に次のことから明らかとなる。近親相姦に関する刑罰規範に対する——本稿の筆者の視点からすれば——正当な批判¹⁴⁰⁾は、法益思考による紋切り型の発想への依拠を断念したとしても、それによつては何も影響を受けないということである¹⁴¹⁾。

140) Hörnle, NJW 2008, 2085 ff.; Roxin, StV 2009, 544, 546 ff.; Zabel, JR 2008, 453, 454 ff.; Ziethen, NStZ 2008, 617 f. 参照。

141) Androulakis (Fn. 10), S. 275; Krauß (Fn. 108), S. 437 もそのように主張する。