

行為原理と法益論

嘉 門 優*

目 次

- 第一章 刑法的介入の限界
- 第二章 社会侵害性と法益論
- 第三章 法益概念の処罰制約機能
- 第四章 侵害対象としての法益

第一章 刑法的介入の限界

すでに「刑事立法の活性化，ないしは，氾濫状況」と称されて久しい今日において，「いかなる行為が犯罪に値し，いかなる行為がそうでないのか。あるいは，いかなる場合に刑罰を用いてよいのか」という問題が，今まさに問われる時代になっている¹⁾。このような刑法学上重要な課題に取り組んでこられたのが生田勝義先生である。先生はその著書において，「刑法の肥大化が，刑法への過剰な期待からなされているのであれば，それは，国民の人権の危機であるとともに，刑法自体の危機でもある²⁾と述べられており，生田説の根底には常に，刑法の「介入主義」化への批判的態度が存在しているといつてよい。特にその著書において，処罰規定の正当化原理としての「行為原理」，すなわち，「外部的・客観的行為が社会に損害を与えてはじめて刑法はそれを犯罪とすることができるという原理³⁾」が

* かもん・ゆう 國學院大學准教授

1) 生田勝義「行為原理と刑法」同『行為原理と刑事違法論』（信山社，2002年）54頁。

2) 生田・前掲注（1）54頁。

3) 生田・前掲注（1）53頁。

詳細に検討されている。この行為原理は、現在における刑法の肥大化傾向を社会の側から批判し克服する原理として、きわめて現代的な意義を有していると位置づけられている⁴⁾。

このような行為原理による処罰の限界づけは、従来刑法理論においては、特に法益論を通じてなされてきた。特に「被害者なき犯罪」の非犯罪化の主張につながったといわれている⁵⁾。しかし最近では、法益論にはそのような処罰限定機能は存在しないのではないかという主張が有力になっている。たしかに法益論に対し、過大な期待をすることはできないかもしれない。けれども前述のように、刑法への期待が高まるなか、処罰限定を可能とする、他の有益な方法論は見出されていない状況にある以上、法益論による限定を断念してしまうことはできないのではないだろうか。

そのような観点から、本稿では法益論による処罰制約機能の見直し、特に行為原理との関係で「侵害対象としての法益」という観点から考察してみたい。また最終章では、以上の検討を踏まえ、判例・学説上「みせかけの法益」として認められていると思われる具体例を批判的に検討することとする。

第二章 社会侵害性と法益論

第一節 現代の刑事立法と行為原理

一 最近では、実務家の一部から市民の刑法的な保護の必要性という観点から、現代の犯罪化と重罰化の傾向が支持されている。このような見解によれば、刑罰規定はもはや市民の利益にとって有害なものではなく、むしろ「保護手段」なのである⁶⁾。この意味で立法者に対する「期待」市

4) 生田・前掲注(1)88頁。

5) 平野龍一『刑法総論』(有斐閣,1972年)44頁以下。

6) 小野正博「犯罪予防の法理のために」渥美東洋編『犯罪予防の法理』(成文堂,2008年)130頁以下。

民のための刑事立法 が現在では高まっているといえる。

このような現代の刑事立法の主な特徴として以下のものを挙げることができる。第一が被害者とその遺族に関係する刑事立法である。たとえば、重大な交通事故の被害者やその遺族によって、自動車運転の際に発生した過失致死傷の重罰化が要求され、2007年に刑法典の改正として実現した。第二に、特定の行為を「犯罪」として特徴づけることが期待されている。その例として、環境刑法やクローン規制法を挙げることができる。これらの立法はいわゆる「象徴的立法」、すなわち、これらは実際には意味のない立法であり、社会政策的なシンボルであることは立法者にははじめからわかっているとも評されている⁷⁾。第三に、犯罪増加に対する国民の不安感を解消することが期待されている。たとえば、組織犯罪処罰法は、人々は実際の抑止効果にはほとんど関心を示しておらず、むしろ立法化それ自体に不安感の解消を見出しているとの指摘がなされている⁸⁾。第四に、国際的な要求に合わせるという立法者の目的を挙げることができる。例として、治安対策としての組織犯罪対策立法、サイバー犯罪対策立法などを挙げることができ、また最近では共謀罪の導入も検討されているところである。第五に、犯罪化そのものによって、新たなルール形成という効果が期待される傾向にある。すなわち、刑事立法によって、行為規範(たとえば、喫煙禁止やポイ捨て禁止)を妥当させようとするのが期待されているのである。第六として、刑事立法が、警察に対する強い信頼を基盤としていることが挙げられる。最近では、私的生活における争い(たとえば、ストーカー行為、家庭内暴力、児童虐待)に介入することが期待されている。

二 このような「期待」を背景とした刑事立法の限界を検討するに当たり、確認されなければならないのは、刑罰威嚇による行為規制の力を過大評価

7) Hans Joachim Hirsch, Aktuelle Probleme rechtsstaatlicher Strafgesetzgebung, in: Hans Lilie (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme, Band 2, 2009, S. 40 f.

8) 松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号(2008年)71頁以下。

してはならないということである。特に、刑罰は社会の紛争処理や、市民の間で広まっている考え方に作用を及ぼす万能薬ではない⁹⁾。また、「元来犯罪は到底これを根絶しうべきものにあらず。強いてこれを根絶せんと欲すれば、かえて妄りに個人の利益を侵害し、社会文化の発達を妨げるに至る」¹⁰⁾のである。したがって、あくまでも刑罰威嚇は肯定的に評価されるべきものではなく、その正当化根拠が慎重に吟味され、できうことならば、刑罰の使用は控えられるべきである。そのため、刑事立法の限界の追究が最も重要な課題であることに疑いの余地はない。

これまで、刑事立法の限界について、「特殊刑罰については、それに見合う、あるいは、それ以上の利益が予想される場合でなければならぬし、また、ほかにより侵害性の少ない方法があれば、それによらなければならぬ」¹¹⁾といわれてきた。たしかに、刑罰により生じる「利益と損失の比較」を前提とした検討が重要であることは否定できないが、刑事立法批判としては必ずしも有効ではない場合がある。その理由として、前提とされる刑事立法の効果について実証的には解明されておらず、さらに、立法者が前提としている効果が非常にあいまいなものが多いため（特に、市民の犯罪不安を解消するといった効果や、規範形成力を前提として議論がなされる場合、合理的な議論は困難である）、その効果の単純な比較は困難といわざるをえない。また、刑罰としての罰金と行政罰としての過料を比較する場合、課せられた側の「損失」を単純には測定しえない。

そもそも、刑法による介入が「効果的」と考えられる場合、それによってのみ処罰規定が正当化されるわけではない。なぜなら、仮に刑罰が効果的であったとしても、劇薬であるといわれる刑罰は同時に有害な副作用をも有しているのである。そのため、「有効性」は処罰規定の必要条件では

9) Peter-Alexis Albrecht, Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaats, KriV, 79, 1996, S. 330.

10) 宮本英脩『刑法学綱要』（成文堂、1926年）79頁以下。

11) 平野龍一「刑法の機能的考察」同『刑法の機能的考察』（有斐閣、1984年）4頁。

あるが、けっして十分条件ではないのである。さらなる正当化根拠が要求されなければならない。

三 これまで、処罰規定の正当化原理として「行為原理(ないしは侵害原理)」が認められてきた。最近の教科書において、行為原理は「思想や性格は犯罪ではない」という標語のレベルにとどまっているのが一般的であるように思われる¹²⁾。それに対し、生田説によれば、行為原理はより実質的な意味を有し、「外部的・客観的行為が社会に損害を与えてはじめて刑法はそれを犯罪とすることができるという原理」¹³⁾と定義されている。単に犯罪は行為であるというにとどまらず、社会に損害を与える行為のみが犯罪であるというのである¹⁴⁾。これは、主に、ベッカリアの犯罪の唯一正しい基準は社会にくわえられた損害の中にあるという「社会侵害性原理」を基盤とし、「人権主体である個人によって構成される社会を侵害する行為でなければ犯罪にできないという原則」¹⁵⁾であるといわれる。また他にも、個人の内面生活に関する国家の干渉を、たとえ法の名によっても排除しようとする志向は、論理必然的に、法的規制の対象を市民の行為、社会侵害的な行為に限定しようという態度に結びつくとの理解も示されている¹⁶⁾。このような考え方によれば、行為原理においては、単なる行為の感覚的把握可能性が問題とされているのではなく、実質的な侵害性が問われることになる¹⁷⁾。

さらに梅崎説によれば、「単に思想の不処罰や害的行為の処罰を求める

12) たとえば、大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第3版、2009年)100頁、前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会、第4版、2006年)109頁以下。

13) 生田・前掲注(1)53頁。

14) 生田・前掲注(1)56頁。

15) 生田・前掲注(1)41頁。

16) 横山晃一郎「罪刑法定主義概念の再構成」団藤重光ほか編『犯罪と刑罰(上)』(有斐閣、1962年)92頁。

17) 梅崎進哉「侵害原理の『論理構造』」内田博文ほか編『市民社会と刑事法の交錯』(成文堂、1997年)29頁。

だけの原理ではなく、外的行為の犯罪性をあくまでもその行為によって惹き起こされた現実的侵害によって決することを求める原理¹⁸⁾であると定義づけられている。そして、この行為原理の背景として、「自由な行動を求める主体的存在としての人間本性」があるとされる。つまり、この主体的人間存在に対し、自律に働きかけるのではなく、他律的「禁止」を課する法の正当化根拠は、その行為の「社会に対する（あるいはより正確には、社会的人間存在に対する）侵害性」しかないというのである。そのため、とりわけ、違反者から切実な利益を現実には奪う刑罰法規を正当化する根拠は「現実的侵害性」しかありえず、「侵害の印象」や「有害仮説」であってはならないというのである¹⁹⁾。

第二節 前実定的法益概念

一 啓蒙期において、「社会的な有害性がない場合は、国家は処罰権を有しない」という行為原理によって可罰性を「社会的侵害」に限定することで、特に、宗教犯罪や風俗犯罪の量刑の軽減につながるとされる²⁰⁾。このような啓蒙主義理論を刑法解釈論に導入した者の一人としてフォイエルバッハを挙げることができる²¹⁾。フォイエルバッハが犯罪を権利の侵害と把握したことは、中世以来の拡張された・あいまいな犯罪概念を実質的に限定する意味をもっていたとし、国家権力の恣意と刑法の不安定に対して、個人の市民的自由を保護しようとする意図をもつものであったと評されている²²⁾。

18) 梅崎・前掲注(17)49頁。

19) 梅崎・前掲注(17)48頁以下。

20) Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 24. 参照。甲斐克則訳「クヌート・アメルンク著『法益保護と社会の保護』(一)」九大法学第45号(1983年)210頁。

21) P. J. Anselm Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, mit Anmerkungen und herausgegeben von Mihermaier, 14. Ausgabe, 1847, S. 45.

22) 内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開」同『刑法理論の史的展開』(有斐閣, 2007年)73頁。

法益概念の原型としてのビルンバウムの「法的な財」²³⁾の概念は、このようなフォイエルバッハの権利侵害説の批判・修正をもとに形成されたと理解されている。従来、権利侵害説が有する「歴史的・自由主義的内容」を法益侵害説も歴史的に継受しているといわれ²⁴⁾、このような「歴史的・自由主義的内容」を有する、いわゆる前実定的法益概念は、刑事立法者に合理的で使用可能な判断基準を提供し、さらにその判断の正当性に対し、外から証明基準をもたらすとされたことから支持者を増やし、立法者の判断基準となるだけの内実追究が続けられてきた。その定義の例として、たとえば、「利益 (Interesse) 』²⁵⁾、「客体 (Objekt) 』²⁶⁾、「状態 (Zustand) 』²⁷⁾、「所与 (Gegebenheit) 』²⁸⁾といったものを挙げるができる。また、前実定的な法益概念の内実を「人間」あるいは「個人」から導出する見解があり、マルクスの「国家や法秩序、経済秩序などが奉仕しうる目的は人間であり、それらは人間に奉仕する場合にのみ法益の性質をもちうる」²⁹⁾という主張や、ハッセマーの、個人的法益と普遍的法益を「一元的に」解する「人格的法益論」、つまり、法益を人格から理解し、普遍的法益は個人の人格的な発展に役立つ場合に限り認める見解を挙げるができる。

二 しかし、以上のように啓蒙自由主義的な内容を継受しているとされた法益論について、アメルンクから異議が唱えられた。すなわち、法益論は

23) J.M.F. Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Bd. 15, 1834, S. 149 ff.

24) Peter Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 1962, S. 27.
内藤・前掲注(22) 88頁以下。

25) Franz v. Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindungschen Handbuche, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 212 ff.

26) Michael Marx, Zur Defenition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972, S. 62

27) Herbert Jäger, Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 1957, S. 13.

28) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4 Aufl. 2006, S. 16.

29) Marx・前掲注(26) S. 81.

権利侵害説からの啓蒙自由主義的な内容を受け継いではおらず、むしろ、
穏健な実証主義的な傾向を有しているというのである。具体的には、公
共財概念の創造、国家目的拡張、犯罪客体論の人間の共存のための諸条
件の理論からの演繹の放棄という点で、権利侵害説とは区別されるとい
うのである³⁰⁾。

さらに、法益概念の内実を前実定的に導こうとする方法論についても、
これまで厳しい批判がなされてきた。特に、マルクスやハッセマーのよう
に法益概念の前実定的な内容を「個人や人格」から導出する人格的法益論
に対し、厳しい批判がなされてきた。この人格的法益論は共同体ではなく、
その発展こそが世界の最終目的となる「個人」によって決定されることが
特徴であるが、アメルンクによれば「刑法は人間の共同生活を保障する場
合、必ず社会システムの考慮がなされるべきであり、人格が出発点となる
わけではな³¹⁾」いと批判される。また、ヤコブスも同様に「個人や人格」
からの法益理解に否定的な見解を示しており、社会契約概念を使ってより
具体的に批判する。つまり、社会契約概念にしたがえば、契約を締結した
個人は、契約の締結に不可欠な「教養」を兼ね備えていることが想定され
ることになる。この教養を、個人は個人としてではなく、「社会化」のプ
ロセスに基づいて身につけざるをえないのである。この点について以下の
ような例を用いて説明する（著者はありそうにない例ではあるが、個人
的・一元的法益論の原理的な誤りを証明するためだけの例として使用する
としている）。たとえば、この社会化のプロセスが、国家的な協力なく
「大家族」においてのみなされると仮定する。このような条件において、
個人の発展条件が大家族の存続条件より優先されるということはある得な
い。なぜなら、このような優先がなされた場合、さらなる社会化を行うた

30) Amelung・前掲注(20)S. 49. 甲斐訳・前掲注(20)218頁。また、伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂、1984年)40頁参照。

31) Amelung・前掲注(20)S. 390. 甲斐克則訳「クヌート・アメルンク著『法益保護と社会の保護』(三)」九大法学第47号(1984年)297頁。

めの条件が失われてしまい、社会の終結へと至ってしまうからである。つまり、個人は社会それ自体を必要としているというのである³²⁾。

このような理論的な問題だけではなく、実際の帰結としても、人格的法益論には問題が多いとされ、第一に、人格的法益概念のある程度の抽象化は認めざるを得ないため(例えば、ハッセマーは人格的法益論から諸制度の保護 公務の純潔性や、司法の公正性などを認める³³⁾)、「個人や人格」からどの程度まで抽象化しうるのかが問われることになる。第二に、強引な個人法益への還元が、侵害概念の希薄化あるいは観念化をもたらすことになるのではないかという疑問が示されている³⁴⁾。

第三節 法益論に対する疑問

一 以上のように法益概念の前実定的な内実を定義することが非常に困難であることから、最近ではドイツ・日本両国において、法益論は処罰限定機能を有さないということが有力に主張されるようになってきている。そのため、法益論からは内在的に刑事立法を制約する基準は導き出しえないため、外在的な制約原理によって立法批判を行うべきとの主張がみられる。金尚均説によれば、「例えば、法益を侵害する行為のみが社会侵害的と評価され、立法段階で、個別の社会侵害的行為が刑罰規定で示されると考えたでしょう。ここではまず、『法益先にありき』の発想がある。しかし、そのような理解は、法益論に社会侵害性と補充性原則を混在させている。国家の存在基盤とそこでの刑法の補充性原則を大前提とすることによって刑法における法益を限定するのであり、そして、生活利益が見いだされた場合

32) Günther Jakobs, Sozialschaden? in: Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 41 f.

33) Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, Nomos Kommentar StGB Band 1, 2. Aufl., 2005, S. 106.

34) 梅崎進哉「個人の保護と社会法益の構造」刑法雑誌第35号第2号(1995年)22頁。内田博文「『超個人的法益』に対する罪の一考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第3巻』(成文堂, 1998年)305頁以下を参照。

には、その後は、刑法で規制すべきか否かの予防論などの法益論外在的議論になっていくのである³⁵⁾という。

また、法益論枠組み自体を肯定的に評価する一方で、例外的に、法益を保護していない規定の正当化を認める見解がある。伊東説によれば、臓器売買罪・同斡旋罪やヒト・クローニング罪のような生命倫理関連刑罰法規範には、その正統性の論証を法益保護論という枠組みの中では果たせない場合が少なくないとする。そのような例外についていかなる場合に正当化されるのかについて、「当該規範の現実的に果たす社会的機能の妥当性・効率性」ということが規準の一つに加えられるべきとする³⁶⁾。また、保護法益としての「競争秩序」についての論考においても、「法益保護思想の適用をその巧く機能し得る領域に限定しつつ、巧く機能し得ない領域では、刑罰の発動が現行法規範体系下で正統化/正当化し得るか、また、実効的で合理的か、ということ正面から個別的に検討する行き方が探られるべき³⁷⁾」とされている。もともと伊東説においては、法益と並んで、規範の妥当状態の保護が肯定されていた³⁸⁾。この「規範の妥当状態」の刑罰的保護の肯定がまさに各論的にも実践されているといえるだろう。

ドイツにおいてもヘーフェンデルが同様の例外的な正当化を認めている。ヘーフェンデルは、自然保護法の刑罰規定について、現代国家の現行法において法益思想を通じて正当化されえない犯罪が存在するとし、それらの犯罪を「絶対的な例外」としての「態度犯罪（Verhaltensdelikte）」と名付けている。そして、それらは「深く根付いた文化的信念に対する違反（Verstößen gegen tief verwurzelte Kulturüberzeugungen）」であると説

35) 金尚均「刑法における法益論のダイヴァージョン機能」龍谷法学39巻4号（2007年）583頁。

36) 伊東研祐「生命倫理関連刑罰法規範の正統性と社会的効果」渥美東洋ほか編『刑事法学の現実と展開 齊藤誠二先生古稀記念』（信山社、2003年）525頁。

37) 伊東研祐「法益保護としての『競争秩序』（再論） 防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に」慶應法学第14号（2009年）75頁。

38) 伊東・前掲注（30）413頁。

明している³⁹⁾。

さらにドイツでは、ヘーフェンデルの考え方をさらに進めて、態度犯罪は例外カテゴリーではなく、むしろ、態度犯罪以外の犯罪は存在しないという考え方をとる者もいる。シュトラテンベルトによれば、文化的な伝統と結びつき、さらに、時代的・場所的に偶然的な規範や価値や、社会の規範的な基本同意の一部であり、それ自体保護に値するという⁴⁰⁾。また、ヘーフェンデルとは異なり、刑法的な保護について、特に深く内在しているか、根ざしている信念が問題になる必要はなく、特定の行為態様が許されるかということについて一致が存在すれば十分であるとする。たとえば動物虐待についてわれわれは一致して許されないと考えており、結局、そのような是認による正当化以外にはありえないというのである⁴¹⁾。

二 以上のように法益論の処罰限定機能に対する批判は有力である。しかし、現在においても法益論の枠組みは放棄されておらず、むしろ刑法学において、法益保護は刑法の課題であるという命題はほとんど疑われていない状況にある。その理由はいかなるものであろうか。まず、シュトラテンベルトの見解に対しては、ポーラスにより以下のような疑問が提起されている。シュトラテンベルトが基盤とする「信念」について、その「信念」がそこに存在すればすべて「よい」として刑法的保護に値すると仮定されるのであれば別だが、信念がそこにあるというだけでは保護に値するとは認められえない。また、価値を有しているために保護すべきだと

39) Roland Hefendehl, Die Strafvorschriften im Naturschutzrecht, Natur und Recht, 2001, Heft 9, S. 504.

40) Günter Stratenwerth, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsguttheorie, 2003, S. 256 ff.

41) Günter Stratenwerth, Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, 2006, S. 162. ほかにも、Günther Jakobs, Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung? 渥美東洋ほか編『刑事法学の現実と展開 齊藤誠二先生古稀記念』(信山社, 2003年)25頁以下, 松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂, 第4版, 2009年)16頁。

いうテーゼも、「存在と当為」についての誤った推論に基づいているという。なぜ、当該行為態様が特定の価値観と相いれないというだけで当罰的といえるのか、また、法益ドグマから離れて、刑法規範を合理的に根拠づける要求から解放されてしまってもよいのだろうかということが問題とされなければならない。立法者が刑罰的保護の決定を下すとすると、最終的には、「権力の操作レバーを握る集団の秩序観念が、公共を拘束する表章と誤解されてしまい、批判可能性がなくなる」という事態に至りうるのである⁴²⁾。

また、法益論の枠組みを維持するとしても、前述の伊東説やヘーフェンデル説のように例外的なカテゴリーを肯定すべきかが問題となる。例外カテゴリーを肯定する場合には、第一に、原則としての法益論の枠組みとの関係、さらに、例外カテゴリー独自の正当化根拠が慎重に検討されなければならない。まず、ヘーフェンデルによれば、態度犯罪は「絶対的な例外」と位置づけられている。そして、刑罰的な保護に値すると認められるのは「行為信念が『社会的な支配性 (soziale Dominanz)』を有する場合」であるとされる。しかし、その具体例は明確には示されていない⁴³⁾。また、刑法上保護に値すると認められた「深く根差した価値観」は元々存在しているものとして確認されえず、むしろ、規範的に決定されるか、ないしは、刑法上保護に値すると認められる文化的信念を立法者に決定させるしかないということにならざるをえない。つまり、可罰性を立法者が決定することになってしまいかねないという点に問題がある⁴⁴⁾。

一方、伊東説においてまず問題となるのが、法益保護と規範の妥当状態の保護のいずれが原則なのか、例外なのか不明である点である。おそらく法益保護が原則であると思われるが、伊東説において「法益保護思想の

42) Wolfgang Wohlers, Verhaltensdelikte in: Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 137 f.

43) Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 57.

44) Wohlers・前掲注(42) S. 136.

適用が巧く機能し得る領域」と「巧く機能し得ない領域」の区別がどのようになされるのかが問題となる。そもそも、なぜシュトラーターテンベルトのように「規範の妥当状態の保護」が原則とされえないのだろうか。その点について「法益概念の代替物が見出されていない現状において、近代的法益保護思想を実質的に廃棄しつつ試行錯誤することは……現実の法解釈・適用の観点からすれば、明確性・予測可能性を欠いて戦略的に疑問」⁴⁵⁾とだけ述べられるにとどまっている。さらなる問題点として、おそらく例外と位置づけられる「規範の妥当状態の保護」の限界について、伊東説のように「当該規範の現実的に果たす社会的機能の妥当性・効率性」⁴⁶⁾、「刑罰の発動が実効的で合理的か」⁴⁷⁾を基準にした場合、第一章にて既述のとおり、「効果」を基盤とした処罰限定機能には疑問の余地がある。これでは、法益との関連性を要求するカテゴリーと同様の刑法的な介入を根拠づけ得ないのではないだろうか。

たしかに法益論による処罰制約機能を過大評価することはできない。そこで、外在的な制約原理による検討が必要となることはまちがいないだろう。しかし、法益論自体には処罰制約機能はまったく期待されえないのだろうか。この点について次章にて最近の議論状況を踏まえ、検討していくことにする。

第三章 法益概念の処罰制約機能

第一節 前実定的法益概念から実定的法益概念へ

一 前章でみたとおり、実定法に前置された実質的な内容を規定する試み 前実定的法益概念規定 は失敗したと評価された。そのため、法益論という枠組みを維持する以上、実定法上、当該犯罪構成要件の解釈を

45) 伊東・前掲注(37)75頁。

46) 伊東・前掲注(36)525頁。

47) 伊東・前掲注(37)75頁。

通じて、法益概念を明らかにせざるをえない（＝実定的法益概念）。法益論の機能は二つに分けられ、その一つが立法批判的機能（体系超越的、あるいは体系批判的機能とも称される）、つまり、当罰性の基準を立法者に明示することである。もう一つは体系内在的機能であり、刑法典各則の解釈や、同意、正当防衛の限界づけなどに使用される。これまで一般的に、実定的法益概念をとる場合には、前者の立法者に対する批判的機能は断念せざるを得ないと考えられてきた。つまり、実定法の解釈を前提とする場合、法益は内容のない純粋に形式的な概念とならざるをえず、立法者の恣意的な処罰規定さえも正当化されうると懸念されたのである。しかし、私見として、前実定的法益概念規定の失敗から端的に法益論の立法批判機能の否定につながるわけではないと考える。

二 ルドルフィーは、1970年の段階で、刑法解釈（特に実質的不法論）の領域に関し、前実定的な自由主義的法益概念も、法益の内実を「立法目的」とする方法論的・目的論的法益概念も両者ともに非生産的であるとして、以下のような問題提起を行っていた。つまり、法益概念のこの両側面を再び何らかの方法で結合しえないのか、そして、この方法で法益概念の内容を充足し、法的に拘束的な（単に法政策的なものではない）法益概念が得られないかというのである⁴⁸⁾。

ルドルフィーによれば、純粋形式的に考えれば、法益とはまさしく「法的に保護された財」であり、実定的な法秩序の価値判断が常に法益の基本となるとする。そして、立法者が財を法的に保護するかを決定し、それが法益に高められるとする。したがって、法益概念は、その限りで実定法上の概念なのである⁴⁹⁾。しかし、立法者は何を刑法規範の保護財とするかについて自由に判断できるわけではなく、その制約は憲法から導かれるとす

48) Hans-Joachim Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 158.

49) Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil, 2Aufl. 1977, Vor § 1 Rdnr. 4.

る。つまり、ルドルフィーは、法治国家は人格的、政治的な市民の自由、ならびに、すべての公権力行使の抑制と拘束に具体化されるという考えにしたがい、刑罰規範は、人格の自由に基づく社会の生活条件の維持と保護のために必要であり、同時にだれからも合理的とみられうる場合にのみ正当化されるとする⁵⁰⁾。したがって、法益概念は、基本法にしたがい、純粋な道德違反を刑罰威嚇の客体から排除する、あるいは、より積極的に規定すれば、個人の自由と責任に基づいた、有益な社会生活のための条件を侵害し、危殆化する行為のみが刑罰威嚇の客体であるという点に原則的な価値判断を置いているとするのである⁵¹⁾。ルドルフィーはこのように法益概念の実質を基本法から導いているが、このように憲法上の価値より法益概念を定義する見解は日本でも多数みられるところである⁵²⁾。ただし、憲法からの法益概念の限界を導出しようとする試みに対しては、あまり多くのことは期待できないという見解も最近では見られる⁵³⁾。

また、ルドルフィーは「人間の行動により侵害される」、「有益な社会生活のための条件を侵害し、危殆化する」という属性を法益概念に要求していることから、一種の物質的法益概念を採ろうとしていると評されている⁵⁴⁾。また、「社会の現実において有害な効果を導かない」純粋に道徳的な観念の不軽視との区別の必要性についても述べている⁵⁵⁾。

三 最近では、クリューガーが法益の二つの機能のうち、体系内在的な側面に着目し、実定的法益概念によっても処罰制約が可能ではないかとの見解を示した。その方法論は当該犯罪構成要件の解釈において法益概念の明確な構成を行うというものである。たとえば、当該の犯罪構成要件の解釈

50) Rudolphi・前掲注(48)S. 159 f.

51) Rudolphi・前掲注(48)S. 160 f.

52) たとえば、内藤・前掲注(22)122頁以下、伊東・前掲注(30)414頁など。

53) Wohlers・前掲注(42)S. 136.

54) 伊東・前掲注(30)363頁。

55) Rudolphi・前掲注(48)S. 160 f.

から、その構成要件が普遍的法益を保護しているということが明らかになれば、法益概念の観点のもとで批判されえないことになる。それに対し、超個人的な財の保護が単に主張されるだけで、法的な構成要件によってまったく保障されないという場合には、この規範的法益たりえないというのである⁵⁶⁾。このような観点から、法益概念に処罰制限的機能を付与するために、法益概念は十分に明確に構成される必要があり、特に、侵害犯と危険犯との間の境界線が明確に引かれなければならないとする。たとえば、ドイツ刑法316条の酩酊運転の構成要件について、「道路交通の安全性」という超個人的法益を肯定する通説を批判し、「現実の損害」という観点からより詳細に検討されなければならないとする⁵⁷⁾。また、同265条bの信用取引詐欺の構成要件について、「信用経済の機能」という法益は侵害されえないことから保護に値せず、同処罰規定は削除されるべきことも提案されている⁵⁸⁾。このように、クリューガーの見解において、実定的な観点による法益の非物質化傾向への批判がなされている。

第二節 法益論と行為原理の結びつき

一 ルドルフィーやクリューガーが法益概念の実質として共通して要求するのが、「侵害・危殆化」という要件である。このような「侵害・危殆化」という要素を要求する物質的法益概念は、これまでにも主張されてきたところである。ただし一般的に、法益は「行為客体」と区別されており、たとえば、窃盗罪の場合、行為客体は他人の物であるのに対し、法益は本権ないしは占有であると区別される。したがって、法益とは「具体的な何か」ではなく、何かに具現化された（materialisieren）一般的な利益が問題になっているのだといわれている⁵⁹⁾。それに対し、法益が非物質的、あ

56) Matthias Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 106.

57) Krüger・前掲注(56) S. 109 ff.

58) Krüger・前掲注(56) S. 142.

59) Hassemer/Neumann・前掲注(33) S. 103.

るいは、精神的なものと理解される場合、すべての犯罪に共通の実質的な不法の中核を示すことができず、立法者に対する限界を示すこともできないため、問題視されることとなる⁶⁰⁾。そのような内容のない法益概念の代表例として、ホーニツヒによって主張された方法論的・目的論的法益概念がある。方法論的・目的論的法益概念とは、保護法益を「個々の刑法命題において、立法者によって認められている目的」⁶¹⁾と解する立場で、法益概念からあらゆる実質的な内容を取り去ってしまっていたのである。

そのため、前述の前実定的法益概念の主張者は「因果的変更可能性」の要件を法益の内容の一つとして要求してきた。たとえば、イエーガーは「侵害の現実的因果性 (realen Verletzungskausalität)」⁶²⁾という要件を示し、性刑法を批判的に検討した。また、ホーマンはイエーガーの研究を踏まえ、「侵害の現実的因果性」の要件を、法益概念の批判的能力の一つとして重要視しており、特に環境刑法に関し、水質を悪化させる場合には、人間の生命や生活への「危殆化」が存在する場合のみ処罰対象となるという帰結を導いている⁶³⁾。日本においても同様に、前実定的法益概念をとる内藤説によれば、「犯罪による侵害の対象となりうる現実的・事実に基礎」⁶⁴⁾を法益概念に要求している。さらに、甲斐説によれば、「法益とは、国民の眼からみて、各人相互の実質的な共存条件確保のために不可欠の、明確にして因果的に変更可能な生活財である」⁶⁵⁾と定義され、法益概念に、犯罪の「対象」となりうる現実的・事実に基礎を求めている。

しかし、このような「侵害の現実的因果性」、「因果的変更可能性」という要素は、前実定的な法益概念主張者のみによって主張されてきたもので

60) Rudolphi・前掲注(48)S. 154.

61) Richard Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, S. 94.

62) Jäger, 前掲注(27)S. 17.

63) Olaf Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 1990, S. 141 f. S. 196 ff.

64) 内藤謙「法益論の一考察」同『刑法理論の史的展開』(有斐閣, 2007年)154頁以下。

65) 甲斐克則「法益論の基本的視座」大國仁他編『海事法の諸問題 伊藤寧先生退職記念論集』(中央法規出版, 1985年)95頁。

はない。たとえば、前実定的法益概念を否定する伊東説においても、方法論的・目的論的法益概念のように内容のない法益概念を問題視しており、「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こと」⁶⁶⁾を自身の一般的法益概念規定の一内容としているのである。また、前述のとおり、ルドルフィーや、実定的法益概念による処罰の制約をめざすクリューガーも同様に「侵害・危殆化」に着目している。さらに、ポラーヌも前実定的な法益概念に対する批判を踏まえ、特に、法益侵害説の「侵害」の点、つまり、法益「侵害・危殆化」という法益関連性の分析 犯罪構造の分析 がなされなければならないと主張しているのである⁶⁷⁾。

二 このように「侵害・危殆化」は、前実定的法益概念、実定的法益概念どちらにおいても着目されていた法益概念の実質的内容であった⁶⁸⁾。元々この点について、法益論の原初形態である財侵害説を唱えたビルンバウムも、「侵害の最も自然な概念」、「侵害・危殆化」という表現を用いていた⁶⁹⁾。ビルンバウムは権利という観念的要素の強い概念に代えて、経験的・実証的要素の濃い「財（Gut）」という概念を犯罪の客体理論の中に導入したと評されている⁷⁰⁾。たしかに、前述のとおり、ビルンバウムの法的財説は、穏健な実証主義的な傾向を有しており、公共財概念の創造、国家目的拡張、犯罪客体論の人間の共存のための諸条件の理論からの演繹の放棄という点で、権利侵害説とは区別されなければならない。しかし、その反面で、犯罪の客体として少なくとも「侵害・危殆化される財」と理解したこと自体に、可罰性を「社会的侵害」に限定しようとする行為原理と

66) 伊東・前掲注(30)414頁。

67) Wolfgang Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 278 f.

68) 法益を因果的に構成することに対する批判として、宗岡嗣郎「法益の因果的構成についての覚書」久留米大学法学第18号(1995年)17頁以下参照。

69) Birnbaum・前掲注(23)S. 150, 179.

70) 内藤・前掲注(22)87頁。

のつながりを見ることができないのではないだろうか。

もちろん、ビルンバウムの侵害概念に関するテーゼに対し、特にビルンバウムが「宗教的・倫理的観念の総体」をも「公共財」と呼んでいる点から過大評価できないとの批判がなされている⁷¹⁾。また、ビルンバウム以降の法益論も「侵害要件」を要求しながら、法益概念の非物質化が肯定される傾向にあるという問題を抱えている⁷²⁾。特に現代においては生命身体、財産などの他に、名誉、信用、健康、安全、さらには環境、情報などの観念的な財保護の必要性や、個人的法益から超個人的法益の保護の必要性が唱えられているところである⁷³⁾。したがって、侵害要件により処罰を限定することに過大な期待をすることはたしかに困難であるようにも見える。

第四章では、以上のような侵害対象としての法益という観点から立法批判や処罰限定を果たしうるのかという点について、いくつかの例をもとに具体的に検討していくことにする。

第四章 侵害対象としての法益

第一節 住居侵入罪の法益

最高裁は、住居侵入罪における侵入概念に関して意思侵害説を採用することを明示しており(最判昭和58年4月8日刑集37巻3号215頁)、そのことから、一般的に住居権説を採用していると解されている。当然のことながら、法益概念理解にしたがって130条の解釈がなされなければならない。

判例は130条前段の客体の解釈に際し、建物の囲繞地も含むとしている(最判昭和25年9月27日刑集4巻9号1783頁)。住居権説にしたがえば、客体が建造物の場合には管理権が保護法益と解されるため、通常、囲繞地に

71) 伊東・前掲注(30)39頁。さらに、Amelung・前掲注(20)S. 51。甲斐訳・前掲注(20)218頁参照。

72) Krüger・前掲注(56)S. 15。

73) 堀内捷三「刑法における重点の変遷」芝原邦爾他編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(有斐閣、1998年)64頁参照。

も建物の管理者の管理権が及んでいれば、当然に「建造物」に含まれると解されることになりそうにも思われる。しかし、管理権が及んでいるかという形式的な基準だけでは、軽犯罪法1条32号前段の罪にいう「入ることを禁じた場所」との区別はできず、130条前段の客体を確定することは困難であるといわざるをえない。そのため、最高裁はかつて「建造物自体への侵入若しくはこれに準ずる程度に建造物利用の平穩が害され又は脅かされる」と判示し、圍繞地が「建造物」として認められる実質的な趣旨を明らかにした（最一小判昭和51年3月4日刑集30巻2号79頁）。そこで示された「平穩侵害」の具体的な判断基準として、学説上、当該圍繞地が、建物と一体であること、周囲に物的困障設備が設置されていること（ただし、門塀等、通常の歩行では越えることが困難なものであることを要する）が挙げられてきた⁷⁴⁾。ただし、困障設備がめぐらされ、その内部に建物があるだけで常に圍繞地となるわけではなく、さらに、当該困障設備が何のためのものか、すなわち、建物保護が主眼なのか、土地保護が主眼なのかという点から判断すべきともいわれている⁷⁵⁾。最近の判決においても最高裁は、事案で問題になった塀は「本件庁舎建物とその敷地を他から明確に画するとともに、外部からの干渉を排除する作用を果たしており、まさに本件庁舎建物の利用のために供されている工作物であって、『建造物』の一部を構成するもの」と述べており、形式的な管理権侵害のみによって、客体としての建造物を判断しているわけではないことを確認した（最決平成21年7月13日裁時1487号19頁）⁷⁶⁾。

したがって、130条前段の客体の解釈に際しては、少なくとも形式的な管理権侵害のみによって判断することはできず、より実質的な「平穩侵害」という観点から判断がなされるべきことが認められてきたのである。

74) 毛利晴光「住居を侵す罪」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』（青林書院、第2版、2000年）282頁以下。

75) 河上和雄「建造物侵入罪・不退去罪について（二）」捜査研究341号（1980年）15頁。

76) 嘉門優「批判」法学教室353号別冊判例セレクト2009〔 〕33頁。

そうすると、意思侵害説を採用し、法益については住居権説を採用するのが一般的であると解される判例との間に矛盾が生じているのではないかが問題となりうる。しかしその点に関し、最高裁判例解説において、「法益の内容は、住居（管理）権者が、その住居（建造物）内を意思どおりに自由に管理支配することであり、その法益の内容を『平穩』と表現するにしても、その『平穩』とは、つきつめると、住居（管理）権者の意思どおりに管理支配されている状態ということになるべきである。そのことが、住居（管理）権者にとって最も価値のあることだからである。もっとも、その限りでは、保護法益を自由権又は住居権というか住居権等の平穩というかは、表現の違いにすぎない⁷⁷⁾」といわれており、実務上もそのような理解が支配的であると考えられる⁷⁸⁾。

たしかに、一見するとそのような理解に合理性があるようにも思われる。しかし、私見によれば、判例は事案に応じて法益の内実についての理解を変えているといわざるをえない。最高裁は、盗撮目的で一般の利用客と同様の態様で銀行支店出張所に立入った行為について建造物侵入罪を認めた最近の事例において、「被告人らは、現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中に立ち入ったものであり、そのような立入りが同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、建造物侵入罪が成立するものというべき（最決平成19年7月2日刑集61巻5号379頁）」との判断を示した。

本決定について、学説上、「本件決定の特色は、被告人らの『立入りの外観』が一般の利用客のそれと変わらず、したがって、管理権者が立入りを許容しないであろう目的を立ち入る者が有していることが外観上わからない場合であっても、建造物侵入罪が成立すると明言していることであ

77) 森岡茂「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和58年度）71頁。

78) 伊藤栄二「判批」研修712号（2007年）20頁。

り」、「このような理解によれば、たとえば、万引きやスリの目的でパートやスーパーに立ち入った場合、立入り後何もせずに退出したとしても、当初の立入り目的が立証可能であれば、管理権者の意思に反する立入りがあったとして、建造物侵入罪の成立を肯定できることになる⁷⁹⁾」との評価もなされている。同様に実務上も、「立入りの外観が通常の利用客と特段異ならないという事案にあって、事後的に判明した盗撮目的での立入りが管理権者の意思に反することを理由に建造物侵入罪の成立を肯定したものであり、大きな意義を有する、実務的には……『管理権者の意思』の認定が極めて重要となる⁸⁰⁾」と評されている。

このような理解を支える学説として、住居権説の中でも特に「誰の立入りを認めるかの自由」に着目した見解が存在する⁸¹⁾。さらに、最近では、このような見解をより純化させた形、背後の実質的利益とは関係なく、住居等への立入りを承諾するか否かについての自由・利益、すなわち、「許諾権」そのものが保護されるのだと主張する見解も存在する（許諾権説⁸²⁾。しかし、このように法益を許諾権と解し、形式的な意思侵害が侵入に当てはまるとする場合、ここで前提とされている法益理解と、130条前段の客体の解釈におけるより実質的な法益理解との間には齟齬があるように思われる⁸³⁾。条文解釈に当たっては、保護法益論から整合性のとれた解釈がなされなければならない。つまり、侵入概念の解釈に当たっても、130条前段の客体の解釈の場合と同様に、より実質的な観点から、刑法上の処罰に値するといえる程度の法益侵害が認定されなければならないのである⁸⁴⁾。

79) 山口厚「刑事法探求・最近の刑法判例を追う」NBL 871号（2007年）10頁。

80) 伊藤・前掲注（78）23頁以下。

81) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法セミ1972年9月号（1972年）68頁。

82) 山口厚『問題探求刑法各論』（有斐閣、1999年）66頁。

83) 松宮孝明「校庭への立ち入りと建造物侵入罪」立命館法学239号（1995年）162頁以下参照。

84) 実際に判例は「保護法益論の重要な応用場面においては、学説の主張するような住居権説から距離をおいている」との評価もなされており（井田良「住居侵入罪」法教215号

加えて、法益の実質の観点、すなわち、「侵害対象としての法益」という観点からは、許諾権そのものを法益と見ることはできない。なぜ、当該住居等への立入りを承諾するか否かについての自由・利益が保護されるのか、その背景にある実質的な財がさらに追究されねばならず、その利益が害されてはじめて社会侵害的といえるのである⁸⁵⁾。以上のように解することで法益論による処罰限定が可能となるのである。

第三節 資源ごみリサイクル条例の法益

一 最近では市民のリサイクル意識が高まったことから、ごみは分別され、資源ごみである古紙は決められた日に決められた路上の集積場所に排出され、それを行政が回収し、再利用がなされるのが一般的なものとなってきている。しかし最近社会問題化しているのが、そのように集積場所に排出された資源ごみを行政による回収の前に、民間の回収業者等が持ち去る行為である。そこでたとえば、世田谷区では平成11年12月に「循環型社会の形成並びに生活環境の保全及び公衆衛生の向上」という観点から、廃棄物の減量のために廃棄物の発生および排出を抑制し、再利用を促進することを目的とする本条例を定めた。そして、平成15年の改正によって追加された31条の2第2項において、区長が指定する者以外の者が、所定の場所に出された資源ごみを勝手に持ち去る行為に対し、区長は禁止命令を出すことができるとした。また、禁止命令の実効性を担保するために、79条1号において禁止命令違反に対し20万円以下の罰金に処することとした(間接

(1998年)11頁)、また、管理権者の意思に反するか否かの判断に当たっても、具体的な侵入の態様を考慮している、つまり、「該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立入りの目的を総合的に判断」しており、より「平穏性を重視」しているという評価もなされていた(木村光江「住居侵入罪と住居権者・管理権者の意思」現代刑事法6巻1号(2004年)94頁以下)。この点を踏まえれば、侵入の解釈に際し、判例も形式的な許諾権だけを問題にすることはできず、より実質的な考慮をせざるをえないことを暗黙のうちに前提にしてきたといえる。

85) 住居侵入罪の法益についての詳細は、嘉門優「住居侵入罪における侵入概念について意思侵害説の批判的検討」大阪市立大学法学雑誌55巻1号(2008年)144頁以下参照。

罰方式）

本規定の保護法益に関し、仮に、民間の業者が資源ごみを回収したとしても、どのみちリサイクル業者に売却され、リサイクルされることから、資源ごみの持ち去り行為が地球環境悪化につながるということはない。たしかに、古紙価格の上昇にともない、集積所からの持ち去りが増加し、市民から持ち去りに対する苦情が多数寄せられたことがあったようであるが⁸⁶⁾、それ自体は本規定の合理性の根拠とはなりえない。そこで、本条例の保護対象として、区直営の資源ごみの回収に対する区民の信頼、区のリサイクル行政についての区民との協力関係の維持等を保護する必要性から、「資源ごみの行政回収制度」そのものを保護の対象と解すべきとする見解が示されている⁸⁷⁾。

二 しかし、このような行政により設計された「制度」を保護法益と解し得るかという点については疑問の余地がある。立法者によって策定された制度そのものを端的に保護法益と解し得るとすれば、立法者に対する批判は困難とならざるを得ない。また、たとえば、「信頼」・「公正」・「健全性」といった抽象的な法益についても同様に、侵害対象といえるだけのより実質的な内容の検証が必要となってくる。つまり、当該制度が現実の社会においていかなる利益保護につながるものなのかについてより実質的に検討される必要があり、その内容こそが侵害対象としての法益として認められるものなのである。したがって、刑罰の正当化根拠としては、単なる行政上課せられた義務違反というだけでは足りず、実質的な法益侵害・危殆化が明示されなければならないのである。

このような法益論の観点からの検討に加えて、行政により設計された制度を維持・保護するために刑罰を使うことの妥当性が問われなければならない。わが国ではほとんどあらゆる行政法規において、その実効性を担保

86) 山本耕平「古紙持ち去り禁止条例」自治体法務研究3号（2005年）44頁以下参照。

87) 岡部雅人「判批」刑事法ジャーナル14号（2009年）124頁。

するために違反に対して刑事罰の規定が置かれており、行政刑罰法規の氾濫状態として以前より問題視されてきている。そして、一般的に刑事罰はあまり活用されない傾向にあり、適用されたとすれば濫用的に適用される可能性があると考えられる。また、仮に刑事罰が活発に適用されたとしても、今度は刑罰インフレに陥り、制裁としての感銘力が薄れ、一般予防効果がなくなるといった側面も指摘されている⁸⁸⁾。そのため、非犯罪化、非刑罰化が進められるべきとの提言も示されているところ⁸⁹⁾、資源ごみの持ち去り行為禁止規定の策定に当たっても、最終手段である刑罰をもって臨む合理的理由、必要性が認められるかについては慎重に検討される必要があった。下級審において、資源ごみ持ち去り事件について無罪判決が下されているが(東京簡判平成19年3月26日判タ1258号89頁)、そこに指摘されているように、制裁として秩序罰を科すというほかの選択肢をとることも考慮されるべきであった⁹⁰⁾。さらに、この「行政回収制度」は民間回収業者の営業の自由(憲法22条1項)を侵害するのではないかという疑いもある。古紙回収業者のような中小零細企業を排除することにつながる規制についてはより慎重な検討がなされるべきであった⁹¹⁾。したがって、資源ごみ持ち去り行為処罰規定は廃止されるべきと考える。

第三節 展 望

可罰性を「社会的侵害」に限定しようとする行為原理は、侵害対象として法益概念を把握することを通じて、現代においても処罰限定、ならびに

88) 井戸田侃「行政法規違反と犯罪」団藤重光他編『犯罪と刑罰(上)』(有斐閣, 1968年)162頁, 浅田和茂「行政と刑法」中山研一編『現代刑法入門』(法律文化社, 1977年)324頁以下, 市橋克哉「行政罰」公法研究58号(1996年)234頁, 小林奉文「行政の実効性確保に関する諸問題」レファレンス2005年2月号(2005年)13頁。

89) 佐伯仁志「制裁」『岩波講座現代の法4』(岩波書店, 1998年)219頁以下。

90) 本条例の資源ごみ持ち去り規定を合憲とした決定として、最決平成20年7月17日裁集刑294号869頁。なお、嘉門優「判批」法セミ増刊速報判例解説5号(2009年)163頁以下参照。

91) 植木淳「判批」法セミ増刊速報判例解説4号(2009年)13頁以下参照。

立法批判機能を果たしうると考える。当該刑罰規範が、現実的に果たす機能の妥当性・効率性、刑罰の実効性の分析・検討は不可欠であり、これらを欠く場合は刑罰の使用は当然控えられるべきである。しかし、仮にこれらの存在が肯定された場合であっても、それだけで刑罰的介入が正当化されるわけではない。さらに、行為原理による正当化、すなわち、法益侵害、危殆化が要求されねばならないのである。もちろん、法益が侵害対象として把握されうる物質性を備えていればどのようなものでもよいというわけではない。この点は日本国憲法の観点から、人間の共同生活のために必要な条件であるかどうかの検討が必要となる⁹²⁾。このような実質的法益概念に対して、たしかに過大な期待をすることはできないかもしれない。しかし、本章において論じてきたように、現行法上、侵害対象とはいえないような非物質的な法益にもとづいて法益侵害・危殆化が認められている状況があると思われ、それらの分析に際し、法益論ははまだ処罰制約的な機能を果たしうると考える。今後も、他のみせかけの法益を明らかにしていく必要があり、今後の課題とするつもりである。

それに対し、最近、ドイツ連邦憲法裁判所が刑法173条2項（兄妹・姉弟間の近親姦の処罰規定）について合憲性判断を行ったことを踏まえ、法益の立法批判的機能を疑問視する意見も示されている⁹³⁾。つまり、この規定が近親姦は悪いことだという道徳観念を保護するものにすぎず、そう考えざるをえない以上、ドイツでは法益とは認められないものを保護する規定を正当化しているといわざるをえないというのである。この問題に対し、少なくとも法益論の枠組みを維持すると考える場合には、一部の論者のように例外的なカテゴリーの肯定によって対応することになる。前述のように、例外カテゴリーを肯定する場合には、第一に、原則としての法益論の枠組みとの関係、第二に、例外カテゴリー独自の正当化根拠が慎重に検討

92) たとえば、環境刑法に関して、嘉門優「法益論の現代的意義（2・完）」大阪市立大学法学雑誌51巻1号（2004年）105頁以下参照。

93) 島田総一郎「2008年ドイツ刑事司法二題」法学教室339号（2008年）7頁以下。

されなければならない。しかし、現在のところ、前述のように、立法を批判に検討しうるだけの判断枠組みが示されている状況ではない。この点についての詳細な検討は次稿に譲ることにしたい。