

フランツ・フォン・リストにおける 法益概念の刑事政策的含意

朴 普 錫*

目 次

まえがき

第一節. 法益概念の形成過程

一. 近代ドイツ刑事法学のあり方

イ. 啓蒙後期自然法思想

ロ. 刑事法学における「穏健な実証主義的傾向」

ハ. 刑法学におけるヘーゲル哲学の影響

ニ. 刑法における実証主義

二. 法益概念の形成とその刑事政策的な意味合い

イ. ビルンバウムの「財 (Gut)」保護思想

ロ. ビンディングの「法益論」とその形式性

第二節. リストにおける「抽象化する法律的論理の限界概念」

としての「法益」

一. リストの「法益論」

イ. ビンディング法益論に対するリストの批判

ロ. 法益概念の内容的実質性

二. 法益概念による刑事政策上の制限の脆弱化

む す び

ま え が き

リストの学問観，すなわち，刑事法学の学問としてのあり方に関する彼

* バク・ボソク 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程修了

の考えを、筆者のこれまでの研究に基づいて簡単にまとめると¹⁾、「目的思想」と「発展思想」をその指導原理とする「目的開放的刑事司法」ないし「時代相応的な刑事法学」の確立であると言える。リストはそのような自身の学問観を具体化するために、いわゆる「全刑法学」の名の下で、刑事法学に関係する諸学問分野の統合をはかろうと努力したのである。「全刑法学」という言葉で、リストが表現しようとしたのは、「単なるドグマティックではなくて、法律的な性質と刑事学的な性質との異質な知識を含む」²⁾ことであったと言える。このような関係で、とくに注目に値するのがリストの法益概念である。というのも、リストにとって、概念論理的・体系的学問としての刑法解釈学と社会の安全を守るために用いられる刑罰ないし刑事政策とは分離して考えることのできる事柄ではないのであり、したがって、学的方法を異にするそれらの分野を有機的に矛盾なく説明できるために、法益概念が必要であったからである。

リストによれば、刑法実務家にとって最も重要なのは、構成要件に結び付けられている法律効果を宣言することであり、したがって、彼らはそのような関係を確定している法規を知らなければならない³⁾。こうした前提のもと、リストは、法を解釈する際には、法技術学的考察が必要であるとし、これを刑罰論ないし刑事政策における社会的・自然科学的考察に対置させる⁴⁾。前者は法命題の理論的な考察を意味する。すなわち、それは法

1) 拙著「フランツ・フォン・リストにおける学問観——「ドイツ近代刑法史」の再考のために——」(『立命館法学』第362号(2015年))、「刑法における発展思想(1)」(『立命館法学』第373号(2017年 第3号))、「刑法における発展思想(2・完)」(『立命館法学』第374号(2017年 第4号))を参照されたい。

2) Luis Jiménez de Asúa, „Corsi e ricorsi“ Die Wiederkehr Franz von Liszt, in: ZStW, 81. S. 691.

3) Liszt, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, in: A.u.V II, S. 285 (リストの講演論文集である『Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge』は Bd. I と Bd. II の2巻構成となっており、以下において、この作品からの引用は、A.u.V.I あるいは A.u.V.II と表記する)。

4) Liszt, aa.O. (Anm. 3), S. 285ff.

命題を対象とする論理学であり、その使命は諸概念の論理的な統合ないしは体系化をすることである⁵⁾。このような純形式論理的解釈学によって、刑法はいわば市民的自由の防波堤のような役割を果たし、刑事裁判官を拘束することになる⁶⁾。しかし、リストは既述のように、時代相応的な刑事法学の確立を目指したのであり、それゆえ、そのような純形式論理的な解釈学だけでは、彼の試みは成功し得ない。というのも、法命題の規範論理的な取扱いだけでは、犯罪の実質的な内容を確定する際に必要となる前実定的な要素が排除されることになるからである。したがって、リストにとって、前実定的な要素を必要に応じて法規範に取り上げることのできる変幻自在な概念を刑法ドグマティクにおいて設定することが必要となる。リストはそのような要請を充足させるために、自身の法益論を展開したのである。そうすることで、リストは自由主義的でかつ時代相応的な刑法が統合的に獲得できると考えたであろう。

しかしながら、のちに検討するように、リストにおける法益概念はその前実定的要素として、社会的・歴史的な諸状況によっても改変されることのない普遍妥当性をその前提とするフォイエルバッハの意味における主観的な権利ではなくて、人間の「生活利益」を想定している⁷⁾。したがって、犯罪を立法の側面から断言された（konstatierte）社会の生活利益の危殆化であると考えるリストにとって⁸⁾、彼の唱える法益概念は立法者の評価に対していかなる批判的な機能も有しないことになる⁹⁾。それで時代状況に適宜相応できるような刑法は獲得できるかもしれないが、それだけに刑法の自由保障的機能は縮小されてしまいかねないことになろう。仮

5) Liszt, Ueber den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf Grundbegriffe des Strafrechts, in: A.u.V.II, S. 77f.

6) Liszt, Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität, in: A.u.V.II, S. 435.

7) Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Aufl., S. 49., ders, ZStW Bd. 8, S. 140.

8) Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., S. 97.

9) Susanne Ehret, Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip, Frankfurt am Main, S. 168.

に、リストの理論がそのように結論付けられるとすれば、それはドイツ帝国の権威的・階層的社會構成を反映したに過ぎないものになってしまうだろう。これでは自由主義的でかつ時代相応的な刑法を求めたリストの努力は空転することになる。

しかしながら、既述の彼の学問観からすると、そのような理解は一面的な考察であると言わざるを得ない。リストの刑法理論には、言うまでもなく、彼の学問観が反映されている。したがって、リストの法益論の有する本来の意味合いを把握するためには、学問観という観点からの考察が必要となる。そうすることで、リストの法益論の本来の姿が見えてくるはずである。そこで、以下においては、その都度の時代的な諸状況を反映しながら形成されていった法益概念がリストに至るまでどのように変化してきたのかを概観したのち、彼の法益論が自身の学問観のなかでどのような意味合いをもつのかを考察する。それは、ドイツ近代刑法学という歴史的な文脈において、歴史的人物であるリストを再評価するためには、欠かせない作業である。

第一節. 法益概念の形成過程

一. 近代ドイツ刑事法学¹⁰⁾のあり方

刑事法学の役割というのは、その都度の時代的な状況および思想的な背景を充分考慮して、より安定的な刑法理論の構築およびその発展のために努力する必要があるだけでなく、刑事司法ないし刑法実務における問題状

10) 学問観という切り口を用いて、リストという人物をドイツ近代刑法学という歴史的な文脈のなかで再評価しようとする本稿において、「近代」という言葉の定義づけは非常に重要な作業ではあるが、それは、今後の課題として残しておき、ここではさしあたりリストとビンディングまでの刑法学のあり方を考察の対象にする。刑法における時代区分については、高橋直人「ドイツ近代刑法史研究の現在」(『法制史研究』61号、2011年) 171頁以下を参照されたい(なお、Tomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3 Aufl., 2013. S. 5ff. も参照されたい)。

況の解決に役立つような実質的な方法論をも追究しなければならない。近代ドイツ刑事法学の発展というのも、その都度時代の諸要求を刑事法学のなかに取り入れながら、当時の問題状況を克服しようと努力した結果の産物であるといえる。刑法ドグマティクにおける法益論の刑事政策的な含意を読み取ろうとする場合にも、そのような一連の歴史的な流れを理解しなければならない。したがって、そのためには、まず、一八世紀後半以降から二十世紀初頭にかけての社会政治的・思想的な変化にともなうドイツ刑法学および刑事司法における傾向性を概観しておく必要がある。

イ．啓蒙後期自然法思想

一六世紀前半に成立したカロリナ刑法典（*Constitutio Criminalis Carolina*）は一八世紀後半に達しても帝国の法律としてその影響力を有していたのであり、いわゆる普通刑法の基礎をなしていたのである¹¹⁾。ところで、一八世紀後半のドイツ刑事司法は、啓蒙主義思想の強い影響のもとに入ることになり、立法、法理論そして法実務において、啓蒙思想の影響はますます具体化されるようになる。このような状況の下、一八世紀後半のドイツ刑事司法は、きわめて不安定な状態になる。それというのも、啓蒙後期自然法思想の影響のもとで、とりわけ、過酷な刑罰は避けるべきこととして認識されたのであり、啓蒙思想に影響された裁判官はそのような過酷な刑罰を避けるために、実定法ではない自然法としての理性法にその根拠を求めるようになったが、このような刑事実務のあり方によって、法的安定性を阻害することになる¹²⁾。刑事司法における不安定な状態は、各ラントにおける啓蒙主義の刑事立法によってある程度除去されるようになるが、それがなされていないラントにおいては、刑事司法における法的安定性の欠如

11) E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., S. 133 und 222.

12) E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 11), S. 222f. 内藤謙『刑法理論の史的展開』、有斐閣、2007年、69頁。

ないし矛盾は残ったままであった¹³⁾。

一八世紀後半の刑事司法における不安定と矛盾的な状況に対する啓蒙主義刑法学者からの改革の試みが、主に、「拷問と残虐な刑罰などの個別的な問題」に向けられていたとすれば、一九世紀にはいると、刑法改革の動きは、フォイエルバッハをはじめとする新しい世代の学者によって、ドイツ刑法学の体系の上にも具体化されるようになる¹⁴⁾¹⁵⁾。すなわち、「一八世紀末葉から一九世紀初頭にかけての啓蒙後期におけるドイツ自然法思想は、カントの批判哲学と結びついて、刑法の全体系の基本原理をみいだそうと試みる」のであり、そのような刑法の基本原理の探求は一八世紀以来の刑事司法の矛盾と不安定な状態を克服するために刑法典の立法を行わなければならないという実際的な要請から生じたのである¹⁶⁾。このような試みに、さらに、当時の後進的なドイツ市民層において形成しつつあった政治的な自由主義に導かれた個人の市民的自由の保障の要求も反映されるようになったのであり、たとえば、犯罪を権利の侵害と把握するフォイエルバッハの理論は、彼の唱える罪刑法定主義と並んで、国家権力の恣意と刑法および刑事司法の不安定に対する市民個々人の自由の保護という意図をもっており、刑法学における自由主義の萌芽として理解されるのである¹⁷⁾。要するに、当時を代表するフォイエルバッハの理論は「啓蒙後期自然法思想と政治的自由主義のひとつの表現」であるということが出来る¹⁸⁾。

13) E. Schmidt, aa.O. (Anm. 11), S. 222 und 247.

14) Leoning, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, ZStW. Bd. 3, S. 278.

15) 内藤, 前掲書(注12), 70頁以下。もっとも、彼らが刑法の基本原理を理性に基づいて探求するのであり、そこに自然法ないし理性法の概念が重要な意味をもっているという点においては、共通点を有するとしても、彼らの見解はその結論においてはおおくの差異があったということには注意を払うべきであろう。

16) E. Schmidt, aa.O. (Anm. 11), S. 222f. 「ここに、刑法学と哲学との密接な関係が生まれたのである」(内藤, 前掲書(注12), 71頁)。

17) E. Schmidt, aa.O. (Anm. 11), S. 239.

18) 内藤, 前掲書(注12), 73頁。

ロ. 刑事法学における「穏健な実証主義的傾向

(die gemässigtepositivistischeRichtung)」¹⁹⁾

一九世紀初頭以来のドイツ刑法学においても刑法学と哲学との間の密接な関係性は維持される。当時、ドイツ普通刑法はその影響力を失っていくが、啓蒙思想に立脚して制定された各ラントの刑法典といえども、その原則の点においては、互いに差異があり、したがって、刑法学が哲学に寄り所を求めることは消えることはなかった²⁰⁾。とはいえ、理性法が哲学的命題形式をとって展開されたとしても、その命題が必ずしも実定法と一致することはなく、そのような状況の下では、裁判官は実務において実定法の確実性を失うことになる²¹⁾。それに、さらに、ロマン主義からの批判啓蒙主義への批判がなされるようになり、刑法における歴史的な考察の必要性が強調されるようになるのである²²⁾。このようにして、「哲学のみによっては、統一的な刑法を生みだすことができず、また市民的自由を実質的に現実化することができないという意識が、刑法の実証的・歴史的研究への関心となってあらわれたのである」²³⁾。このように、一八二〇年から一八四〇年にかけてのドイツ刑法学の傾向は、啓蒙後期自然法思想の哲学的傾向に対する批判、不確実な実務への考慮そして歴史的な考察の重要性にその主眼をおくこととなる²⁴⁾。刑法学におけるこのような傾向は、「穏健な実証主義的傾向」といわれており、このような動きがドイツ資本主義成立期における市民層の刑法に対する要求に対応するものであると考えられたのである。

19) Leoning, a.a.O. (Anm. 14), S. 335., E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 11), S. 283, Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 9), S. 157.

20) E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 11), S. 283.

21) Leoning, a.a.O. (Anm. 14), S. 330.

22) E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 11), S. 285f.

23) 内藤, 前掲書(注12), 81頁以下。

24) E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 11), S. 285f., Leoning, a.a.O. (Anm. 14), S. 342f., 内藤, 前掲書(注12), 80頁。

ハ、刑法学におけるヘーゲル哲学の影響

ところで、一八四〇年代に入ると、ドイツ刑法学はヘーゲル哲学の影響のもとに、再び、観念的・思弁的傾向を示し始めるようになる。このような傾向はヘーゲル学派という名の下で、一八七〇年に至るまでドイツ刑法学の主流を占めることになる。ヘーゲル学派の刑法学が注目されるようになった社会的背景には、「ドイツの統一と自由を要求するナショナリズムの動き」があったのであり、すなわち、「ながいあいだ政治的分裂と先進諸国の干渉圧迫に苦しんだドイツでは、個人の自由を求める運動は、民族の独立、国土の統一の要求と結びついておこらざるをえなかった」のであり、そこで「ドイツ自由主義は、国民的自由主義とよばれる特殊な性格を帯びていたのであり、個人の自由は、民族共同体と結びついてのみ考えられていた」のである²⁵⁾。「とくに、一八四〇年代に入ると、進行しつつある産業革命の背景に、ドイツの市民階級は、政治的変革と同時に、分裂されているドイツの国土が統一的な国内市場へまとめられることを、つよくのぞむにいたった」のである²⁶⁾。このような社会経済的な背景のもとに、「国家と理念としての自由との総合をもとめるヘーゲル哲学が、刑法学のうえに、つよい影響をおよぼしたのであった」²⁷⁾。なお、一八四〇年を前後して、刑事法学を支配していたと言えるのは、諸邦において刑法典が成立することで、ドイツ刑法学は諸邦の刑法典に共通するものを新しい普通法として探し求めようとする動きであり、このような新しい普通法をみいだすためにも、哲学に拠り所を求めるしかなく、そこに刑事法学とヘーゲル哲学との結びつきが生じたのである²⁸⁾。

25) 内藤、前掲書(注12)、94頁。

26) 内藤、前掲書(注12)、94頁以下。

27) 内藤、前掲書(注12)、95頁。

28) E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 11), S. 294.; Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, S. 340f.

二．刑法における実証主義

十九世紀後半における自然科学と科学技術の目覚ましい発展によって、ドイツ社会において形而上学的な思弁を拒否し認識の出発点を経験的な事実を求めるような思潮がますます強くなり、そのような状況の下、人間活動の全般における実証主義の傾向が市民権を得るようになったと言える。それには、ドイツ資本主義の発展という社会的な背景も作用していると言える。というのも、さまざまな面において後進国であったドイツ社会は、自然科学および科学技術の発展の影響下で、産業革命の進展を経験するようになったのであり、そのような産業革命の進展によって、ドイツ資本主義社会がヨーロッパ世界の前面に浮上するまでの発展を遂げるようになったからである。実証主義の傾向は、やがて法学の分野においてもその影響を及ぼすことになる。それは、すなわち、ドイツの資本主義の急激な発展が国家による上からの育成及び保護によって促進されたという事実が、法学にもそのまま反映されるということである。

周知のように、ドイツ資本主義を牽引したドイツのブルジョアジーは貴族・ユンカーの保守派との妥協のなかでその社会的・経済的・政治的な力を強めたのである。そのような過程のなかで成長してきたドイツ市民階級は、ドイツ帝国の成立をきっかけとして、法分野における法的安定性・予測可能性・形式合理性を備えた法律を求めるようになる²⁹⁾。それは言ってみれば、市民階層の自由主義的・民主主義的な法律制度の要請そのものであり、実証主義の傾向はそのような事実を法理論に反映することになる。しかしながら、他方で、ドイツ資本主義の目覚ましい発展およびドイツ帝国の成立を可能にした背後には国家権力が存在していたという事実、つまり、国家による上からのドイツ資本主義の発展の保護という特殊なドイツ的性格から、実証主義の傾向は、国家権力の有する権威主義的な側面をも法学に反映する必要があったのである。

29) 森本益之「ドイツ実証主義刑法学における法益概念」、『島大法学』第14号、(1968年)46頁以下。

ところで、そもそも自由主義と権威主義というのは互いに拮抗するものであり、とりわけ、刑事法学における実証主義は上述の要請をいかにして法理論のなかにうまく調和させることができるのかという課題状況下におかれることになったのである。当時の多くの刑法学者がそのような課題状況に取り組んだが、とりわけ注目に値するのが刑法学における実証主義の傾向を代表するビンディングとリストの刑法理論であった。

彼らがその理論構成における視角と方法論を異にしていたとしても、実証主義の名の下で、その都度の社会的・時代的諸状況を自身の理論のなかに取り入れようと努力したということは明確である。というのも、例えば、ビンディングが、実証主義の影響のもと、「規範論理的な法実証主義をその基本的立場として、規範論以外の評価の介入を否定しつつ、実定法規の分析から、その刑法理論を構成した」が³⁰⁾、それは、彼が「ドイツ帝国刑法が成立し、その意味で法の形式化・合理化の過程が進展した」³¹⁾という事実をそのまま自身の刑法理論に反映しただけのことであり、さらに、彼の刑法理論が、その中核である「規範」を基礎づけるものとして国家権力を前提としているのも³²⁾、「新ドイツ帝国の権威主義的＝階層的な社会構成」³³⁾という時代的な要請に応えるためのものであったと言えるからである。ましてや、リストについては、存在から存在当為的なものを導き出し³⁴⁾、「目的開放的でかつ時代相応的な刑法」を目指していた彼の学的試みを考慮すれば³⁵⁾、もはやこれ以上の付言は必要とされないだろう。

これまで見てきたように、リスト時代に至るまでのドイツ近代刑法学のあり方とは、それぞれの時代的・社会的な諸状況のなかで生じてくる刑法

30) E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 11), S. 304f.

31) 内藤、前掲書(注12)、102頁。

32) Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, 1. Band., 1885, S. 161.

33) 内藤、前掲書(注12)、102頁。松田智雄著、『近代の史的構造論』(1948年)、319頁以下。

34) Liszt, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung, in: ZStW 26, 1906, S. 553ff.

35) それは、既述のように、「目的」の状況による改変可能性、そしてそれを正当化する彼の進歩的發展思想で説明できる。

上の問題ないしは課題状況を解決しようと努力することであった。法益（Rechtsgut）という概念が刑事法学における重要な地位を占めるようになったのも、そのようなドイツ近代刑法学のあり方の成果であると言える。

二．法益概念の形成とその刑事政策的な意味合い

『法益』というのは犯罪の客体や刑罰規範の保護客体或いは目的等々を示す為に刑法学を中心に用いられてきた概念であり、そうである限りにおいて、法益という概念は、「それを用いる者によって全く自由に内実を与え得る、或いは定義し得るものであって、一般的な本質・内実・内在的性格とかいうものは存しない」と言わなければならない³⁶⁾。したがって、これから検討するリストに至るまでのいわゆる「法的財」および「法益」という概念の形成過程を考察する際には、法益概念が、それぞれの論者の主張のなかで、内実な規定としてどのように定式化されているのかということよりも、刑事法学上の課題状況の解決という時代的要請との関係でどのような意味合いをもつのかということに注目する必要がある。というのも、リストにおける法益概念を、「目的思想」と「発展思想」をその指導原理とする目的開放的刑事司法ないし「時代相応的な刑事法学」の確立という彼の学問観を具体化のための学的試みと認識している本稿の関心から、法益概念をドイツ刑法史という歴史的な文脈において考察することで始めてリストの唱える法益概念の真相に迫ることができると思うからである。

イ．ビルンバウムの「財（Gut）」³⁷⁾保護思想

法益概念の形成は犯罪を権利の侵害として把握したフォイエルバッハの

36) 伊東研祐著、『法益概念史研究』、成文堂、昭和59年、10頁。

37) 彼が「財」の概念だけを述べており、いわゆる「法益（Rechtsgut）」という用語は用いてはいないが、「法的に帰属する財」ないし「法規によって保護されるべき財」というような表現を使っていることから（Birnbaum, Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff

権利侵害論に対する批判とその修正としてはじまった³⁸⁾。フォイエルバッハの権利侵害論への批判の背景には、刑法学における変化、つまり自然法思想の理性法的・哲学的傾向から「穏健な実証主義的傾向」への変化がある³⁹⁾。それは、既述のように、刑法学における哲学的傾向による実務上の弊害に対する批判、啓蒙主義に対するロマン主義からの批判そして刑法学上の歴史的研究の重要性への喚起などによって生まれたものであると言える。刑法学における啓蒙後期自然法思想および哲学的傾向は、そのような時代的・思想的変化に影響されつつ、徐々に排除されるようになり、社会契約説に基づく国家論のもと、前実定的な原理を用いて犯罪概念を実質的に限定しようとしたフォイエルバッハの権利侵害論も刑法学におけるその影響力を失うようになる。

フォイエルバッハの権利侵害論への批判はミッターマイヤーに端を発している⁴⁰⁾。彼は権利侵害という基準を一般的な犯罪のメルクマールと考えておらず、フォイエルバッハの権利侵害論の厳格な適用から生ずる刑事政策上の帰結を承認しなかったである⁴¹⁾。というのも、フォイエルバッハの権利侵害論が犯罪概念を権利侵害に限定することで、権利侵害を含まないとしても可罰的であると評される行為を犯罪としないのであり、そのようなことは社会的・倫理的な観点から見ても許容されないという認識に基づいているからであろう。それは、すなわち、法と道徳を分離し、国家の不当

↘der Ehrenkränkung, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1843, S. 172 und 176.), 「法的財 (rechtliches Gut)」という概念が「法益」という概念とほとんど同じ意味で用いられているということである。ビルンバウムこそ「法的財」の概念を犯罪の実質的概念に導入し、「それに犯罪の客体としての地位を明確にあたえた」と言える (内藤, 前掲書(注12), 86頁)。

38) 内藤, 前掲書(注12), 69頁。

39) Eb. Schmidt, aa.O. (Anm. 11), S. 282 f.

40) Susanne Ehret, aa.O (Anm. 9), S. 152.

41) Ebenda. なお、ここでの刑事政策上の帰結というのは、いわゆる違警罪 (Polizeivergehen) が処罰には値するが、権利侵害を含まないということで犯罪とは取り扱われないということである。

な市民生活への介入を防ごうとしたフォイエルバッハの刑法理論の進歩性は、ミッターマイヤーにとって、罰されるべき行動様式を刑罰で処罰できないことを意味するのであり、それが市民のモラルを破壊するような危険を孕んでいるかのように思われたということなのである⁴²⁾。さらに、フォイエルバッハの権利侵害論は、論理的な整合性を欠いているとも批判される。というのも、フォイエルバッハが、狭義の犯罪を刑罰法規によって国家の意思表示から独立している権利の侵害と定式化する一方で、権利侵害を含まない、つまり本来であれば犯罪とは取り扱われないものを違警罪（Polizeivergehen）と称して、それらを広義の犯罪概念に取り入れたからである⁴³⁾。

ミッターマイヤーにとって、権利侵害を含まないとしても、処罰に値する行為を犯罪としないのは倫理的な観点から許容されないものであり、国家が明確な市民の意見を無視するのは適切ではないと思われたのである。そのような批判は、フォイエルバッハの権利侵害論における犯罪概念が市民的自由の保障という面で優れていたとしても、当時においては少数説であつたにすぎず、多くの刑法学者がそのような見解に疑問を呈していたという状況と⁴⁴⁾、そして、さらに、既述のような刑法学における「穏健な実証主義的傾向」の拡張という現象の下で行われ、犯罪の実質的な概念に関する議論へと続けられるようになる。

ビルンバウムは、このようなミッターマイヤーのフォイエルバッハへの批判に同調したと言える。彼も、それまでの諸法律において確立されていた宗教犯および風俗犯の可罰性を考慮して、権利侵害だけが刑法上の犯罪の対象ではないと唱えている⁴⁵⁾。このようなビルンバウムの見解から読み

42) Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 9), S 152f.

43) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, herausgegeben von Mittermaier, 14. Aufl., S. 46. なお、内藤、前掲書(注12)72頁以下と82頁も参照されたい。

44) 内藤、前掲書(注12)、82頁。

45) Birnbaum, a.a.O (Anm. 37), S 149 und 159ff.; Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S 153. ↗

取れるのは、方法論上、犯罪の概念を前実定的諸原則から権利の概念を演繹的に把握するのではなくて、諸法律から帰納的に把握しているということである。ビルンバウムは、犯罪の一般的要素としての権利侵害を考察する際に、「侵害」という概念をその出発点とする。すなわち、それは「人 (Person) ないし物 (Sache)」そして、我々に属するものと考えられる「財 (Gut)」——これは他人の行為によって奪いとられるか減少され得る——に関係させるのが侵害という概念の最も自然的な考察であるということであり⁴⁶⁾、したがって、立法者が侵害の概念について避けるべきは「近代哲学の抽象的な概念から法律上の言葉の用法に移行したような」表現であるということになる⁴⁷⁾。このように、ビルンバウムは実証的・帰納的な方法を用いて、犯罪を「財」の侵害と観念している⁴⁸⁾。犯罪を実証的・帰納的な方法でもって考察するビルンバウムにとって、フォイエルバッハにおける既述のような犯罪の概念は実質性を有しないものであり、したがって、そこから、いわば、フォイエルバッハの理論における論理的な整合性の欠如、つまり諸法律の「ドグマティック上の整合性 (dogmatische Legitimierung)」⁴⁹⁾という問題が生ずることになる。

とはいえ、ビルンバウムはもっぱら実証主義的な立場を取るわけではない。というのも、彼が、「国家のうちに生きるすべての人に対して、人間に自然から与えられたものであり、もしくは、正に人間の社会的発展と市民的結合であるある種の財の享受を同じく保障することこそ、国家権力の本質に属する」とし、「財——すべての人に同様に保障されるべき、国家における財の享受に、各人の権利の領域は関係している——は、一部分は

↘ビルンバウムのそのような結論は、フォイエルバッハのように国家哲学的な原理からではなくて、歴史的な産物である法素材 (Rechtsstoff) から導き出されている (Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1972, S. 41.)。

46) Birmbaum, aa.O (Anm. 37), S 150.

47) Ebd.

48) 内藤, 前掲書(注12), 83頁。

49) Susanne Ehret, aa.O (Anm. 9), S 153.

自然によって人間に与えられており、また一部分は人間の社会的発展の収獲であることは、疑えない」とするだけでなく⁵⁰⁾、犯罪の概念を「理性に従って (vernunftgemäß)」ないし「事物の本性に従って (nach der Natur der Sache)」把握することを要求しているからである⁵¹⁾。そのような発言は、ビルンバウムが犯罪の概念を前実定的に把握することを諦めていない証拠であり、「かれの思想の基礎に啓蒙後期自然法思想の伝統が存在していた」ことを示しているものであると言える⁵²⁾。

ビルンバウムの刑事法学におけるそのような啓蒙後期自然法思想の伝統と実証主義の立場との共存は、彼の唱える「財」の概念にも見られる。ビルンバウムが「侵害」の概念を既述のように抽象的に用いることを避け、侵害の本質を「有形的なもの (körperlich Sache)」の破壊に求めているが⁵³⁾、他方で、「財」を権利の対象として理解し、その例として「生命、人間の諸力、名誉、人格的自由、財産」などを取り上げていること⁵⁴⁾、さらに、宗教的・倫理的な観念すべてを「公共の財 (Gemeingut)」と呼んでいることから分かるように⁵⁵⁾、彼の「財」の概念において、その内容の面で啓蒙後期自然法思想の伝統と実証主義の立場の共存は明確である。それは、彼が「財」の概念を「立法者もしくは社会通念によって生みだされるものとしてのみ理解しなかった」⁵⁶⁾ということを明確に表すことであると言える。

ところで、ここで刑事政策的な意味合いで考慮すべきは「公共の財」という概念である。前述のように、彼が「財」の概念を形式的に理解しな

50) Birmbaum, aa.O (Anm. 37), S. 177.

51) Birmbaum, aa.O (Anm. 37), S. 179.

52) 内藤、前掲書(注12), 82頁。なお、同様の見解をとっているものとして、Moos, Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, Bonn 1968, S. 213f.

53) Birmbaum, aa.O (Anm. 37), S. 172.

54) Ebd.

55) Birmbaum, aa.O (Anm. 37), S. 178.

56) 内藤、前掲書(注12), 86頁。

かったとしても、「公共の財」という概念だけですでに、ビルンバウムの犯罪論が個人主義的な犯罪論と比べて拡張傾向を示すと言わなければならない。彼が宗教犯および風俗犯を犯罪のカテゴリーに含めることから分かるように、「公共の財」という概念を通じて、社会という集団に対する攻撃もいわば公共の利益を害する犯罪として把握することになる。すなわち、「公共の財」という概念でもって、不信心・不道德な行為を犯罪として包括するという刑事政策上の目的が達成されることが可能になるということである⁵⁷⁾。これは、財侵害説が国家目的の拡大をもたらす契機となり、したがって、刑法上の犯罪概念の拡張を意味することであろう⁵⁸⁾。ビルンバウムが、「財」の一部分はすでに自然によって人間に与えられたものであるとしており⁵⁹⁾、前述のように、彼が「財」の概念を単に形式的にしか理解してはいなかったとしても、彼が「財」の概念について明確な定義を与えず⁶⁰⁾、「公共の財」という概念に明確な制限を与えていない限りにおいて、そこにおいて刑罰保護の対象の主観化が生じ得ると言わなければならない⁶¹⁾。

「穏健な実証主義的傾向」の時代的背景は、産業革命期を經過して成立したドイツ資本主義社会である。ドイツ資本主義の発展にともない、「ドイツ市民層は、外圧または上からの改革に対応してこれを受け入れるとともに、統治者・官僚・裁判官の恣意を抑制して、法的安定性を得ることを望んだ」のであり、「そしてまた、啓蒙後期自然法思想によって得られた市民的自由の理念を実現しようとした」⁶²⁾。ビルンバウムは、そのような時代的要請に応えるべく、「財侵害論」を唱えたと評することができよう。もしかすると、法益論の形成過程を探究する人がビルンバウムにみられる啓蒙後期自然法思想だけに影響され、彼の「財侵害説」に内在する政策的

57) Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 9), S. 155.

58) Amelung, a.a.O. (Anm. 45), S. 46.

59) Birmbaum, a.a.O. (Anm. 37), S. 177.

60) 内藤, 前掲書(注12), 85頁。

61) Amelung, a.a.O. (Anm. 45), S. 48.

62) 内藤, 前掲書(注12), 81頁。

目的への適合性を看過するかもしれない。しかしながら、我々は「ビルンバウムが、財＝保護客体の決定を評価主体（例えば、立法者）の政治的恣意に委ねることに反対しつつも、社会契約説・権利侵害説の人間の共存のための諸条件の保護というような理論的な基礎づけを放棄したことによって、とくに一八七〇年以降の法実証主義のもとで顕著になるように、評価主体の（政治的）価値判断を法益概念の要素に取り込むための途を開いたことも、ビンディングの見解に象徴されるように、また明らかである」⁶³⁾ということに注意を払う必要がある。「我々は、この実証主義への連続性という点において、財侵害説を位置付ける」ことができるのである⁶⁴⁾。

ロ. ビンディングの「法益論」とその形式性

既述のように、「ドイツの統一と自由を要求するナショナリズムの動き」を契機として、刑事法学とヘーゲル哲学との結びつきが生じた。いわゆる刑法におけるヘーゲル学派が、世間に認められるようになり、いわゆる「穏健な実証主義的傾向」に引き続く。ドイツ刑法学には思弁的・観念的傾向が再度進むなか、「法的財」の概念は、ビルンバウムにおけるような重要性が失われることになり、それにはただ単に副次的な意味だけが与えられるようになったのである。このようなドイツ刑法学における思弁的傾向はしばらく続くが、やがて刑法における実証主義の影響が強くなり、「法的財」の概念はビンディングを通じて「法益論」として現れたのである⁶⁵⁾。

これからビンディングの法益論を考察するが、その際に、前提として、彼の刑法理論の二重の性格を理解する必要がある。というのも、そのような二重の性格は彼の「法益論」にもそのまま反映されるからである⁶⁶⁾。そ

63) 伊東、前掲書(注36)、40頁。

64) 伊東、前掲書(注36)、40頁。同様の見解として、Susanne Ehret, aa.O (Anm. 9), S 156f. も参照されたい。

65) これは刑法ドグマティクにおける「市民権」の獲得といわれる (Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bidings Normetheorie, S. 69.)。

66) 内藤、前掲書(注12)、103頁。

れは、すなわち、一方で、彼が実証主義に影響された「規範論理的実証主義をその基本的な立場として、規範論理外の評価の介入を否定しつつ、実定法規の分析から、その刑法理論を構成した」のであり⁶⁷⁾、そのようなことがドイツ帝国刑法の成立に伴う法の形式化と合理化の過程の進展を背景としているという意味で、自由主義的な側面をもっていたということである⁶⁸⁾。そして、他方で、彼が、自身の刑法理論の中核概念である「規範(Norm)」が服従要求権を有する国家の権利に基礎付けられると唱えていること⁶⁹⁾、そのような「規範」の属性として上下関係を重視すること⁷⁰⁾、そして「規範」の根拠を国家権力に求めることから⁷¹⁾、彼の理論の権威主義的な側面が認められるということである。

ビンディングが犯罪概念を確定するために出発点としたのは、「刑罰で威嚇される規範侵害が犯罪である」⁷²⁾とする純形式的な犯罪概念であり、そのような犯罪の対象となるのが国家の主観的支配権なのである⁷³⁾。彼は、そのような犯罪概念の基礎に「規範」、すなわち市民の行動義務を基礎づける国家的命令と禁止を据える⁷⁴⁾。その都度の規範によって基礎づけられる行動義務に相応するのが「国家の主観的服従要求権 (ein subjektives Recht des Staates auf Gehorsam)」なのである⁷⁵⁾。したがって、刑法典上の命令および禁止を侵害することで、人間の行為、つまり国家の権利に対する不服従が刑法上の犯罪となるのである。しかし、彼が有責の人間の行為に

67) 内藤、前掲書(注12)、102頁。

68) E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 11), S 304f.

69) Binding, a.a.O (Anm. 32), S 142.

70) Binding, a.a.O (Anm. 32), S. 186.

71) Binding, a.a.O (Anm. 32), S. 161.

72) Binding, a.a.O (Anm. 32), S. 499.

73) Binding, Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 2. Aufl., S. 299 und 308.

74) Binding, a.a.O (Anm. 73), S. 7 und 96.

75) Binding, a.a.O (Anm. 73), S. 97. 行動義務が法定刑のもとに置かれると、当該の刑罰構成要件の前提条件が満たされていたらすぐに、国家の服従要求権は刑罰権に変わるようになる (Binding, Normen I, 2. Aufl., S. 425.)

よる将来の侵害に対して「法的財」の完全性を確保するための手段として「規範」を取り上げているとしても⁷⁶⁾、不服従の観点からなる犯罪概念がもたらす国家の主観的支配権に対する形式的な違反に制限されるとの批判は避けられないと言える⁷⁷⁾。とはいうものの、ビンディングはそのような形式性にとどまてはいない。彼は、「不服従という甲羅のなかには、財の侵害が核心として隠れている」としつつ、「規範に対する服従は法的な財をその完全性において維持するための手段にすぎないものであるべきである。財の侵害は、個々の場合に、法が規範をもって追及する目的を挫折させる。不服従はそのための忌むべき手段にすぎないのである」というのである⁷⁸⁾。このようにして、ビンディングは犯罪を単なる国家の主観的服従要求権の侵害としてだけでなく、法益侵害としても理解することによって、彼の犯罪概念に対する批判、つまりその形式性を避けようとしたのである⁷⁹⁾。ここで、ビンディングの法益概念の内容が果たして実際的な内容をもつものであるかを検討する必要がある。

彼は自身の法益観を次のように示している。「法益とは、むしろ、実定法がその観点から変更されることなく、そして乱されることなく保持される利益を有するのであり、したがって、規範によって望まれない侵害または危殆化から守ろうと努力しなければならないすべてのものである」⁸⁰⁾とし、さらに、法益を「国家の服従要求権の外部で犯行的攻撃の客体を形成するすべてである」⁸¹⁾とする。そして、最終的に、「法益というのは、それ

76) Binding, Normen und ihre Übertretung, Bd. 1. Aufl., S. 54.

77) Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S. 158. なお、内藤、前掲書(注12)、104頁以下も参照されたい。

78) Binding, a.a.O (Anm. 76), S. 365.

79) ビンディングは、単なる不服従に尽きる犯罪と「攻撃犯」とをわけ、前者を「純粹に形式的な不法 (rein formelles Unrecht)」と、後者を「実質的－形式的な不法 (materiell-formelles Unrecht)」と呼んでいる。これについては、内藤、前掲書(注12)、105頁以下を参照されたい。

80) Binding, a.a.O (Anm. 76), S. 193.

81) Binding, a.a.O (Anm. 32), S. 169.

自体は権利ではないが、立法者の目には法共同体の健全な生活条件としてそれにとって価値があり、その変更されず乱されることなく保持されることに法共同体が立法者の明から見て利益を有し、それゆえ、立法者がその規範によりそれを望まない侵害または危殆化から保護しようと努力する必要のあるすべてのものである⁸²⁾と定義する。このような定義から明らかになるのは、刑法上保護に値する法益として見なされることになるものを決定するための中心的な要素がほかでもない立法者の見解であるということである⁸³⁾。立法者は、その立法活動において、自らの論理及び考慮だけに制限されることになるのである⁸⁴⁾。刑法の対象とその妥当範囲を決定するのはもっぱら立法者の価値判断なのであり、したがって、そこに前実定的な原理という考えは何の役割を果たさないのである⁸⁵⁾。それは、ビンディング自身「前実定の犯罪」を探し求めるときに「我々の法学者に残っているのは諦めだけである」と言っていることから明らかなことである⁸⁶⁾。

このような考えの帰結として考えられるのは、犯罪の客体が立法上の評価の産物、すなわちその都度の支配的な政策的な見解の結果に制限されるということであり、したがって、そこにおいては、刑法ないしは刑事法学において立てられていた啓蒙思想に依拠した自由主義的思考に基づくような諸条件は最小限度に縮小されてしまう結果が生じることになる⁸⁷⁾。このような見解を裏付けるのは、ビンディングが法益を定式化する際に用いた「法共同体の健全な生活条件」という共同体を強調する傾向性であると言える⁸⁸⁾。それは、立法者が立法の際に考慮すべきは法共同体にとって重要

82) Binding, a.a.O (Anm. 73), S. 353f.

83) Binding, a.a.O (Anm. 32) S. 390f.

84) Binding, a.a.O (Anm. 73), S. 340.

85) Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S. 159.

86) Binding, Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, 2. Aufl., S. 159f., Binding, a.a.O (Anm. 76), S. 159ff. なお、それは、「実質的な法益概念をさらに実質的な違法性を求めることの不可能を、ビンディングが自ら認める言葉」でもある（内藤、前掲書(注12), 108頁）。

87) Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S. 159.

88) Amelung, a.a.O (Anm. 45), S. 81.

であると認められる諸々の素材であり、したがって、ビンディングの唱える法益というのは、立法者によって承認された公共の保護対象であり、したがって、社会的価値によって決められることになるのである⁸⁹⁾。それで法益の個人主義的な考察は明らかに拒否されていると言える⁹⁰⁾。立法機関は、後述のように、内容的な明確性を有しないビンディングの法益論を通じて、法律を起草することができるのであり、規範論理的な法実証主義に立脚している彼の刑法理論からすれば、国家的介入は記述された刑法に拘束されるにすぎないだろう。そうであるとすれば、刑罰法律主義は、いまや、刑法の形式化に供することになる⁹¹⁾。「法共同体に対する社会的有用性に従って法益を確定することは、刑法をその都度の政策的必要性に方向付けることのできる、国家の手中にある道具に変えるのである」⁹²⁾。

そのようにして、ビンディングは立法者を超法規的な諸原則から解放させるだけでなく、そこからもう一歩進んで、法律主義原則の「暴政 (Tyrannei)」⁹³⁾について語ることで、裁判官をも厳格な法律への拘束からも解放させようとしたのである。それは法の類推禁止に関する議論において明らかになる。ビンディングは類推を許容するが、それというのも、彼がそれを「潜在している法をさらけ出す手段」と考えているからである⁹⁴⁾。彼は類推を許容する理由として、犯罪者の生活の多様性を取り上げている。ビンディングによれば、立法者が可罰的行為すべてを把握することができず、それゆえ適切な法律が不備のままであるとしても、立法者の代表としての裁判官がその隙間を埋めなければならないのであり、その方

89) Binding, a.a.O (Anm. 73), S. 340.

90) Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S 160.

91) Ebenda. なお, Naucke, Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit, in: Inst. f. Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrgs.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 483ff. も参照されたい。

92) Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S 161.

93) Binding, a.a.O (Anm. 32), S. 17.

94) Binding, a.a.O (Anm. 32), S. 28.

法として類推が必要となるのである⁹⁵⁾。それが立法者の排他的権限を損なうことになると思われるかもしれないが、国家の道具としての柔軟な刑法ということを考慮に入れるのであれば、矛盾的ではないだろう⁹⁶⁾。所与の社会的条件に適合するような柔軟な刑事司法という観点からすれば、法律への厳格な拘束はあまり好ましくない。法益論を用いることで、そのような拘束は内容的にも、類推の許容によって実践的にも緩められるようになる。したがって、ビンディングの法益論の下では、「刑罰法規はもっぱら社会的功利主義の影響下に置かれる」との理解が可能となると言える⁹⁷⁾。

第二節. リストにおける「抽象化する法律的論理の限界概念 (der Grenzbegriff der abstrahierenden juristischen Logik)」⁹⁸⁾ としての「法益」

これまで見てきたように、法益概念は基本的にはその都度の時代的な要請に応えようとする法律学者たちの学的試みから形成されてきたものである。法益概念は、そのような過程を経てビンディングおよびリストによってドイツ刑法学における重要な地位を得ることになる⁹⁹⁾。とはいえ、ビンディングの法益概念にそのような地位を与えることができるとしても、彼が法益概念を強調することで、自身に向けられていた形式主義という非難を避けようとしても¹⁰⁰⁾、ビンディングにとって、犯罪において本質的なものは「あくまで、服従を求める国家の権利に対する形式的な侵害であっ

95) Binding, a.a.O (Anm. 32), S. 28.

96) Naucke, a.a.O (Anm. 91), S. 483ff.; Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S. 161.

97) Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S. 161.

98) Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes, ZStW 8. Bd. S. 138., ders., A.u.V.I, S. 222.

99) 伊東, 前掲書(注36), 79頁。

100) ビンディングは、法を解釈する際に、立法者の主観的な意志ではなくて、法意思が重要であるとの認識をもっている。すなわち、法規の発布の動機となった立法者の個人的な見解よりも理性根拠が重要であるということである (Binding, Handbuch, a.a.O. (Anm. 32), S. 456f.). なお、これについては、伊東, 前掲書(注36), 82頁以下を参照されたい。

た」のである¹⁰¹⁾。したがって、ビンディングの法益概念はその権威主義的な側面によって、「法益概念がその形成過程において『法的な財』の概念としてもっていた機能は、その多くが失われるほかなかった」¹⁰²⁾と言える。

その一方で、リストの法益論は、「そのプログラムとしての意義」は高く評価できると言われるだけでなく¹⁰³⁾、リストが「法益の内容を、実定法以前に存在するものに求め、それをまとめるためにこそ法規範が必要であることをあきらかにした」と評して、彼の法益概念は、「法益概念がその形成過程において『法的な財』としてもっていた歴史的な機能、すなわち実質的な要素として犯罪概念を限定するという機能を有していた」とも言われている¹⁰⁴⁾。もっとも、リスト時代のドイツ刑事法学は、市民階層の自由主義的・民主主義的な法律制度の要請に応える必要があっただけでなく、国家による上からのドイツ資本主義の発展の保護という特殊なドイツの性格から、国家権力の有する権威主義的な側面をも法学に反映する必要があったという課題状況によって、いわば、「自由主義」と「権威主義」という相反する考え方の両立を容認できるような理論構成に迫られていたと言える。相反する価値は、妥協によって調整されない限り、両立できるものではない。したがって、学的試みにおいてそのような調整をはかる場合には、調整に関する絶対的な基準がない限り、学者個々人の学問観がその基準となるしかない。したがって、リストの法益論を考察する際には、彼の学問観とそのような相反する側面の両立を要求する時代的課題状況との関係を考慮に入れる必要がある。そうすることで、リストの法益論の真の姿が見えてくるはずである。

101) 内藤、前掲書(注12)、108頁。

102) 内藤、前掲書(注12)、109頁。

103) 伊東、前掲書(注36)、82頁。

104) 内藤、前掲書(注12)、117頁。

一. リストの「法益論」

イ. ビンディング法益論に対するリストの批判

ビンディングとリストはともに実証主義の影響を受けるが、前者はドイツ統一という時代状況の背景にして形式的な合法性、つまり規範論理的法実証主義に立脚する刑法理論を、後者は、全刑法学という構想でもって、ドイツ資本主義の発展がもたらした新しい状況のもので激増しつつあった犯罪に対して適切に対応できるような「実質的内容をもつ刑法理論」を追求した¹⁰⁵⁾。このような学問上の方向性の違いは、そのまま、法益論において反映されることになる。リストはそのような異なる方向性から犯罪を規範違反として理解するビンディングの理論を用いては法益の意味を正しく理解することはできないとし、ビンディングの理論の形式性を批判する¹⁰⁶⁾。

リストは法律学がすぐれて体系的な学問であるとしても、実際の学問でもあると考える。それは、法律学というのは抽象的な概念において市民の法生活を把握しなければならないということの意味する。つまり、慣行ないし法規において表明される法命題それ自体は、法生活の経験からの概念的な抽象の産物であるにすぎず、法律学というのは事実から生み出され、この事実と関係を有する概念を研究の対象としなければならないということである。したがって、「法律的概念構成の価値、概念体系の有する学問的意義は、概念構成及び体系が法命題を法生活の事実へ適用することを容易かつ確実にするという点にある」と言えるのである¹⁰⁷⁾。刑法上の学的構想を実生活の考察から行おうとするリストにとって、犯罪をもっぱら規範違反と理解しているビンディングの理論は、まさに規範と規範違反

105) 内藤、前掲書(注12)、113頁。

106) Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingshchen Handbuche, in: A.u.V.I, S. 212ff.

107) Liszt, aa.O (Anm. 106), S. 217f.

というのが我々の思惟の抽象に過ぎないものであることを見逃しているだけでなく、それがこの根底にある事実から我々がくみとった概念であるということをも見逃しているのである¹⁰⁸⁾。したがって、ビンディングの理論は、リストにとって、犯罪概念が把握されるのは犯罪概念に現実的なものとして自然を支配する自然法則にしたがう変化においてだけであるということを見逃しているように思われるのである¹⁰⁹⁾。このような論拠でもって、リストはビンディングの規範論を「法律的論理の抽象から築き上げられた形式主義」であると批判しているのである¹¹⁰⁾。リストにとって明確なのは、「目的思想が、法益保護思想でもって、法理論（Rechtslehre）の領域に侵入するということ」であり、「権利の目的論的考察が始まることで、形式論理的な考察はその終焉を告げる」ことになるということである¹¹¹⁾。

リストは、さらに、ビンディングの法益概念が内容的に空虚なものであるとも批判する。「ビンディングの法益概念は見せかけの概念（Scheinbegriff）、つまり空虚な言葉（ein Wort ohne Inhalt）であり、彼の唱える法益概念はどのような形態も受け入れることのできるもの（Proteus）であり、今日と明日とで完全に異なる意味を持つもの、まさに白紙の委任状である」とつつ¹¹²⁾、ビンディングが法益概念を語る際に、一度は抽象、別のときには現象界の対象を、そして、さらに、一度は状態、別のときには人もしくは物を用いることで、学的体系の崩壊を生じさせるとし、ビンディングの法益概念の不明確性を批判する¹¹³⁾。それは、すなわち、このようなビンディングの空虚な法益概念を用いては実質的な犯罪概念の確定はできないということを意味するのであり、それでもって、それが立法者

108) Liszt, aa.O (Anm. 106), S. 221.

109) Liszt, aa.O (Anm. 106), S. 221f.

110) Liszt, aa.O (Anm. 106), S. 212f.

111) Liszt, aa.O (Anm. 106), S. 223.

112) Liszt, aa.O (Anm. 106), S. 224.

113) Liszt, aa.O (Anm. 106), S. 230.

の立法活動の際の制限原理としても適切ではないということを意味する。では、リストは法益概念に内容的に明確な基準を与えることが出来たのか。

ロ. 法益概念の内容的実質性

周知のように、リストは刑罰を目的思想によって基礎づける。すなわち、社会の盲目的・合本能的・衝動的な、目的観念によって規定されることのない反動である原始的刑罰が刑罰の客観化、つまり、事件に直接の関係のある集団から、事件との関係のない冷静に争点を審査できる機関に移されることによって、刑罰の合目的性というものが理解されるようになる、ということである¹¹⁴⁾。このような目的思想の支配において、刑罰は目的を意識した「法的に守られる利益 (Interesse)」¹¹⁵⁾と理解された「法益」を守ることになる。さらに、リストはそれを刑法の二つの大黒柱である犯罪と刑罰を仲介するものとして理解し、次のように語る。すなわち、「このような事実に、このような、まさにこのような法的効果がなぜ結ばれるのか。これに答えを与えるのが法益という概念である。この概念が我々に表すのは、あらゆる法は人間のために存在するということであり、人間の諸利益、つまり個々人の利益および全体の利益が法の諸規約 (Satzungen) を通じて守られ促進されるべきであるということである。我々はこのような法的に守られる諸利益を法益と命名する」という¹¹⁶⁾。リストはこのような法益概念を明確にするために、「法益の侵害または危殆化については、転義された意味において (in übertragenem Sinne) のみ語

114) Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: A.u.V.I, S. 132.

115) Liszt, aa.O (Anm. 114), S. 147.

116) Liszt, aa.O (Anm. 106), S.223. リストの考え方は、イエーリングに類似している。イエーリングは『犯罪とは立法の側面から確定された、刑罰によってのみ防御すべき社会の生活条件の危殆化である』として、実質的犯罪概念を定式化した。したがって、「イエーリングにおけるこの生活条件というのは、啓蒙期におけるような『人間共存のための前提条』とは異なる」のである (伊東, 前掲書(注36), 70頁)。

り得る」¹¹⁷⁾とする。というのも、行為としての犯罪はつねに感覚的に知覚され得る対象、つまり人あるいは物 (Sache) に起きるからであり、したがって、リストにおける法的に守られる利益の「明白な化体 (die sinnfällige Verkörperung)」の対象は人ないし物なのである¹¹⁸⁾。

しかしながら、法益を法的に守られる利益として確定することで、「法益の内容を実定法以前に存在するものにもとめ、それをまもるためにこそ法規範が必要であることを明らかにした」としても¹¹⁹⁾、ビンディングに比べて内容的な鋭さが獲得されているわけではない。というのも、リストが「明確な化体の対象」として人ないし物を捉え、ビンディングにおける「概念と物、観念と観念されたものとの混同」¹²⁰⁾を克服したといえども¹²¹⁾、リストの法益論における生活条件および生活利益がどのようなものなのか、「如何なる条件の下に国家共同体はその生活条件を具体的に刑法秩序の中で定義するのか、総ての保護法益が法的にも生活条件であるのか否か、については何の説明のないままに留まっている」¹²²⁾と言えるからである。

さらに、「利益という概念は関係性、つまり主体の対象との関係を表現する」のであり、「このような相対性、相互関係性に直面して、法益という概念は犯罪の内容的確定、そしてそれでもって立法者の制限に適していない」と言えるからである¹²³⁾。したがって、保護すべき価値のあるその都度の利益が何であるかは、客観的に予見可能で確定できることなく、国家の制度による確定の結果として確定されると言える¹²⁴⁾。これで

117) Liszt, aa.O (Anm. 106), S. 225.

118) Liszt, ZStW Bd. 8, S. 151f.

119) 内藤, 前掲書(注12), 117頁。なお, Amelung, aa.O (Anm. 45), S. 85. も参照されたい。

120) Liszt, aa.O, (Anm. 106), S. 224.

121) 伊東, 前掲書(注36), 84頁。

122) 伊東, 前掲書(注36), 82頁。

123) Susanne Ehret, aa.O (Anm. 9), S. 163.

124) Ebenda. さらに, リストは国家行政に対する罪を規定する際に, きわめて雑多な犯罪類型がそれに含まれると考えており (Liszt, Lehrbuch., 21/22 Aufl. S. 573f.), それは, ✕

は、リストがビンディングの唱える法益概念を見せかけの概念、つまり空虚な言葉であるとし、リストが批判したところの、ビンディングが法益として理解したものの不明確さに、リスト自身の法益概念もかなり近づくことになる。それは、リスト自身、個々人および全体の数えきれない生活の諸利益、そしてそれゆえに難雑な無秩序状態で同じくらいの数えきれない法益が、最も重要に取り扱われる法益から最も低劣な法益に至るまで、存在するかどうかについて考慮することで、法的に守られる諸利益という概念の際限のなさを認めていることから、歴然としているといえよう¹²⁵⁾。リストの法益概念は、彼が個々人の感情をも法益にまで高めることで、ますます不明確性を増すことになる。というのも、彼が個々人の道徳的な感情も宗教的感情も法益として評価するからである¹²⁶⁾。個々人の諸感情が法益にまで高められるということは、その最終的な帰結として、支配的モラルに対するあらゆる種類の違反はそのまま刑法上の事柄になってしまいかねないことになる¹²⁷⁾。それで、刑罰保護の明確な拡張が生ずるのは明らかであり、そこから法益概念の明確性が得られることはないだろう。

二. 法益概念による刑事政策上の制限の脆弱化

リストは、「マールブルク綱領」において、自身の法益論を展開する際に、目的思想に裏付けられた刑罰論において法益概念を導き出した。彼は法益となるのが、「国家共同体とそれに含まれている個々人の生活条件が認識できる」ようになり、「そのような生活条件が特定され、互い較量される」ことを通じて、「一般的な命令によって宣言される」ものであるとして¹²⁸⁾、

↘ 刑罰各本条に示されてさえすれば、そのすべてが法益侵害になってしまうような結果を生じさせることになると言える（伊東、前掲書(注36)、82頁。なお、Amelung, aa.O. (Anm. 45), S.87f. も参照されたい）。

125) Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes, ZStW 8. Bd. S. 133 und S. 140.

126) Liszt, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 20, Anm. 2 und S. 378.

127) Amelung, aa.O (Anm. 45), S. 89.

128) Liszt, aa.O. (Anm. 114), S. 147.

法益概念を定式化した。とはいえ、この段階においては、法益概念が詳細に分析されたとは言えない。彼は、のちに、「あらゆる法は人間のために存在するのであり、人間の諸利益、つまり個々人の利益および全体の利益が法の諸規約を通じて守られ促進されるべきである。我々はこのような法的に守られる諸利益を法益と命名する」と定式化しており、法益こそ人間の利益であるとされ、法秩序ではない生活がそのような利益をもたらすとする¹²⁹⁾。それは、すなわち、法あるいは法秩序による財ではなくて（この点において、ペンディングとリストは明確に拮抗する）、法によって承認され保護される人間の財ということを意味しており、したがって、人間存在こそ法益なのであるということを意味するのである¹³⁰⁾。確かに、法秩序の前に存在する人間存在への結びつきでもってリストは前実定的利益概念を定式化したと言える¹³¹⁾。そして、このような根拠に基づき、すなわち、リストにおける法益概念の前実定的な原理を想定することで、啓蒙の刑法理論における主観的権利という概念と同様に、リストの法益概念には裁判官を制限する自由主義的内容が当然与えられるとの評価がなされているだけでなく¹³²⁾、それどころか刑法上の実証主義の克服をリストに求める評価もある¹³³⁾。

しかしながら、リストが法益概念を人間存在に向けることでペンディング流の純形式規範論理的な考察方法から離れており、したがって、彼が、何が刑罰保護の対象であるべきか、あるいは、そうではいけないのかとの評価を立法者の権限に委ねようとしただけではないと理解することが、我々にとって間違った理解ではないとしても、法的に守られることではじめて法益となるとする彼の法益概念の定式からすれば、それは人間生活・

129) Liszt, a.a.O. (Anm. 106), S. 223.; ders, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 20.

130) Liszt, a.a.O (Anm. 98), S. 141f.

131) Amelung, a.a.O. (Anm. 45), S. 85. なお、内藤、前掲書(注12), 117頁。

132) Sina, Dogmengeschichte, S. 53.

133) Wedel, Franz von Liszts geschichtliche Bedeutung, in: SchwZ f. StrR 47, S. 324f., Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S 164.

人間存在における諸利益の法益への具体化を意味するのであり、したがって、法益の具体的な内容の確定はそれの実定化に左右されることに立ち戻ってしまうことに注意すべきである¹³⁴⁾。そして、さらに、経験的な人間存在というのはそもそも多様性をもつものでもあり、社会的・歴史的諸条件が変わるや否や、それにしたがって変わるものでもあるので、犯罪概念また、人間存在のそのような所与性への結合によって、相対的なものにならざるを得ないのである¹³⁵⁾。こうなると、実質的な不法とはその都度の国家あるいは諸個人の諸利益に逆らうものと理解され得るのであり、その都度の利益の観念が変わるとそれに相応して法益の数およびその種類も変わることになるのである¹³⁶⁾。この点、リストの法益概念が「変幻自在の利益という概念を用いたに過ぎない」¹³⁷⁾のものであると批判されるところでもある。

ところで、それは、言ってみれば、刑法上の構成要件の内容が、法益という観点のもと、可罰性との関係性によって影響されることを意味するのであり、したがって、それが、刑法を刑事政策の乗り越えることのできない柵、つまり、犯罪者のマグナ・カルタとして理解していたリストの学的構想と、どのような関係性をもつものであるかということが問われる必要

134) Susanne Ehret, aa.O (Anm. 9), S 164. 人間存在を優先させることだけでは、初期自由主義刑法の前実定的で主観的権利と同一の効果を及ぼすことはできないのである。例えば、フォイエルバッハの意味における主観的な権利とは、社会的・歴史的な諸状況によっても改変されることのない普遍妥当性をその前提としており、フォイエルバッハにおいてそのような普遍妥当性が、正に権利侵害論の有する自由創設の力であると言えるのである。さらに、それは、「ヴァールベルクにおいてもリストにおいても、保護客体の選択・範囲の妥当性の決定は、最終的には、その時々国民の法意識・社会倫理という漠然としたものに委ねられてしまい、立法者の選択などについて規制的に働くものは明確化されていない。民族・国民の法意識、社会倫理ではなく、正に、現実の生活関係における必要性、刑罰的保護の必要性などの観点を盛り込んだ規制原理が示されねばならない」(伊東、前掲書(注36)、73頁)。

135) Susanne Ehret, aa.O (Anm. 9), S 165.

136) Liszt, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 20.

137) 伊東、前掲書(注36)、84頁。

があろう。結論を先取りして言うと、それは、リストが刑法を犯行の記述、つまり刑法における自由主義の保障としての刑罰法規以上のことを意味しないということである。それを理解するためには、技術法律学的考察としての刑法ドグマティクと自然科学的考察としての刑罰論ないし刑事政策をつなぎ合わせると理解されているリストの法益概念、つまり「抽象化する法律学論理の限界概念」としての法益概念を把握し比較する必要がある。

既述のように、人間の利益としての法益を侵害することが犯罪の本質であるとするれば、それが利益概念の相対性を意味するがゆえに、いわゆる権利侵害思想において獲得されているような刑事政策上の制限は、その機能を果たせなくなるのである。そのような法益思想から導き出せるのは、犯罪の確定というのは立法者に委ねられているということであり、したがって、リストにおける刑法というのは一定の任意的利益に相応し得ることを含意していると言える。リストは法益概念を、既述のように、「抽象化する法律学論理の限界概念」と理解しており、それはあくまで学問領域からほかの学問領域へ導くという意味での限界概念、すなわち、刑法における最高の概念である犯罪と刑罰とを結びつける概念なのである。犯罪を克服するためには合目的な処罰を用いるべきであるとするリストの全刑法学的構想において、法技術的論理的探求と自然科学的探究というのは融合的に取り扱われるべきであって、刑事政策の側面と法技術的な側面がそれぞれ一人歩きすることはできない。したがって、その都度の人間生活にかかわる諸条件の変化にしたがって、犯罪の内容および種類も、そしてそのような犯罪を克服するための刑罰ないしは刑事政策も変わるべきなのである。リストの法益概念こそ「抽象化する法律的論理の限界概念」として、そのような両領域をつなぎ合わせるに適しているものなのである¹³⁸⁾。リストの人間生活における利益という概念から導き出される相対性、そし

138) Liszt, aa.O (Anm. 98), S. 139f.

てそこからもたらされる法益概念は、リストの志向するその都度の状況に
 相応するような柔軟な、開放的な刑法に相応しい概念なのである。このよ
 うな意味で、リストの法益概念は内容的な明確性を有しないと言える。

さらに、リストの目的開放的刑法の指導理念である「目的思想」から
 も、リストの法益概念の内容の空虚さが導かれると言える。というのも、
 国家は合目的的な考慮を通じて法定刑を設けるので¹³⁹⁾、刑罰法規の正当
 性はその目的によって担保されなければならない、したがって、刑法上の規
 範の内容というのもその前提とされている諸目的を範とすべきであるから
 である¹⁴⁰⁾。そして、そのような目的というのは国家形態の変化にともな
 い、そしてその結果としてもたらされる国家の課題状況に沿って変わるの
 であり、それにしたがって諸利益の内容も変わるのであると言わなければ
 ならず、それゆえ、法益概念を明確に確定することもまた客観的には不可
 能であると言わなければならないだろう。したがって、利益の相対性およ
 び「目的思想」による改変可能性によってリストにおける法益概念も内容
 的空虚さを避けることはできないと言える¹⁴¹⁾。とはいえ、リストの学的
 構想を理解するためには、そのような法益概念の内容的空虚さによって導
 き出される効果を確認しておく必要がある。

リストの法益概念は、すなわち、時代相応的な刑法のための理論構成を
 探し求めるリストの学的構想において、「目的思想」と「発展思想」をそ
 の指導原理として刑事政策的な介入の必要性ないしはその正当性を基礎付
 けるために必要であるということである。というのも、「社会政策的ない
 し刑事政策的介入の必要性から生ずる新しい構成要件の基礎付けと国家的
 処罰の要求とを相互に結びつける」¹⁴²⁾ためには、逆に、不明確な法益概念
 が有利に作用すると言えるからである。それは、リストが「犯罪とは立法

139) Liszt, Lehrbuch, 2. Aufl., S. 96; 5. Aufl., S. 121.

140) 社会の発展の分析、したがって社会的必要の発展から刑事立法の対象が導き出されてい
 るのである (Liszt, Das richtige Recht, in: ZStW 26. Bd und 27. Bd.)。

141) Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S 163.

142) Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S 166.

の側面から確かめられた社会の生活利益の危殆化である¹⁴³⁾とすることからも明らかなように、彼の法益概念はいわゆる立法者の評価による恣意的立法活動を制御する内在的な原理としての機能をもつものではなく、その都度の諸状況に合うような基準としての刑法の実際を実定法によって整理しようとする際の中心的な要素となるのである。このような観点からすると、既述したように、刑事政策の乗り越えることのできない柵としての刑法というのは、ただ単に刑罰法規の集約と同一視され得るのである。つまり、法的に守られる利益としての法益という概念によって確立された法と政策との間の結合によって、「刑罰法規が政策的に動機づけ得られた多様な内容に近づきやすくなっており、その結果、刑法というのは相対性および不測性に特徴づけ得られる刑法命題の集合体になった」ということである¹⁴⁴⁾。リストが「生活利益への規範的保護の付与を法益概念の基準としていることは明らかであり、従って、その限りで立法者の価値判断・政策決定の介入を肯定せざるを得ない」のである¹⁴⁵⁾。刑事政策の乗り越えることの出来ない柵としての刑法は、その限りで、形式的なものであるに過ぎないのである。

む す び

これまで検討してきたリストの法益論から結論として言えるのは次のようなことである。すなわち、彼の法益論は、前実定的なアプリオリなものである刑事政策上の基本思想からではない、利益の保護として、法益を捉えており、そのような考え方からすれば、罰すべきであると見なされる行為様式を法定するのは、むしろ、立法者であるということである。立法者によって法益が決められるということは、法規範を設定することで、正当

143) Liszt, Lehrbuch, 2. Aufl., S. 97.

144) Susanne Ehret, a.a.O (Anm. 9), S 167.

145) 伊東, 前掲書(注36), 81頁。

な利益とそうではない利益を区分する権限が立法者にあるということである¹⁴⁶⁾。したがって、リストにおける法益というのは「生活の財」ではなくて、結局、「法の財」となるのである。それは、既述のように、刑法を相対性および不測性に特徴づけられる刑法命題の集合体にさせてしまい、立法者をいかなる内容的な基準にも結び付けることができないということの意味するだけでなく、ドグマーティクの観点からも、刑法における法律への拘束という考えは刑法を純形式的な制限にとどまらせることにもなるのである¹⁴⁷⁾。

このような理論構成からは、フォイエルバッハに見られるような市民の自由を保障するという意味でも刑法はその役割を失ってしまい、つまるところ、それが権力の担い手の利益と信念、そして彼らの構想する社会秩序に服従しない人に対する制裁の手段として用いられることにつながってしまうのである。リストの考える刑法の課題とは、社会に適応できない一定の犯罪者類型の撲滅であり、最高の法益である法秩序に逆らう犯罪者に対する法秩序の確証なのである¹⁴⁸⁾。とはいえ、国家によって設けられた法秩序が最も高い法益として見なされるということは、立法者の政策的な基準に逆らう者が国家権力による支配権の直接の対象になるということの意味するのであり、したがって、そうすることで、刑法は刑事政策のための道具に変わってしまうと言えるのである¹⁴⁹⁾。このような国家実証主義的な観点からは、刑事政策上の制限というのは成功し得ない。リストは人間の生活利益を取り上げることで、法益概念を前実定的に基礎づけようとしたが、それが結局法秩序によって承認されるものとされることで多様な内容を含み得るという点で不明確性を持つものであり、さらに、彼の唱える

146) Liszt, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 20.

147) Susanne Ehret, aa.O (Anm. 9), S 167.

148) Liszt, Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, in: A.u.V.II, S. 170 und S. 191. これについては, Baurmann, Kriminalpolitik ohne Maß, in: Liszt der Vernunft, Krminalsoziologiesche Bibliographie 1984, Heft 42., Susanne Ehret, aa.O (Anm. 9), S 169.

149) Susanne Ehret, aa.O (Anm. 9), S 169.

法益というのが、法によって守られるとする限りにおいて、法益概念の形式化を避けることは出来なかったと言える。

リストの法益論に対するそのような批判は適切であるといえよう。しかしながら、リストという歴史的人物をドイツ刑法史という歴史の文脈のなかで考察し、いわゆる「学問観」という切り口で、彼を再評価しようとする筆者の見解からすれば、忘れてはいけないのは、彼が志向している刑法学のあり方が、時代相応的な刑法ないしは目的開放的な刑法を裏付けるためのものであるということであり、さらに、彼のあらゆる学的構成が、彼の学問観ないしは刑法学における全刑法学的アプローチを支えている「目的思想」と「発展思想」、そしてこれらに基づく楽観主義によって成り立っているということである。というのも、そのような観点に立たない限り、リストの目指している刑法学のあり方が明瞭には理解できないからである。そして、この見解からすれば、リストの法益論に見られる限界、つまり、人間の生活利益という前実定的な要素が、法益が法的に守られる利益と定式化されることで、立法者の恣意的な判断によって形式化され得るというその内在的限界は、リスト法益論の形式論理的な理解による限界であるに過ぎないと言える。

以上をふまえ、これまで筆者がテーマとして取り扱ってきたリストの目指している刑法学のあり方、ないしは彼の学問観という観点から彼の法益論を評価すれば、次のことが言える。すなわち、法益概念の相対性や「目的思想」などによる市民の生活への政策的介入のための理論的基礎付けというのは、結局、その都度の社会秩序ないし犯罪克服のためには必要な作業であり、さらに、リストの法益概念の形式化の傾向を否定することはできないとしても、楽観主義をその学問の一つのベースとしている彼にとって、立法者はその都度の時代的な要請に適合するような立法を行うはずであり、その限りで、彼の唱える法益概念の前実定的な内容は、実践的には、立法者の価値判断を制約する実質的な内容をもつものであるということにもなる。このような見解に立つと、リストの法益概念こそどのような

時代的な状況にも相応するような刑法ないし刑法学を目指していた彼の学問観を明確に具現するものであると考えられるのであり、したがって、特定の視点のみでは容易にとらえることのできない彼の大きな学的構想の中心核であると言える。