

英米刑法における「利益侵害論」(2—完)

—エーザーの見解を中心として—

奈良俊夫

目次

序

- I 英米刑法学における「犯罪の本質論」の系譜
 - II アメリカ判例にみる「利益侵害」の理論
 - III 英米刑法学における「利益侵害論」の新しい動向
 - 1 ホールの理論が登場する背景(以上13号)
 - 2 ホール以降の新しい「利益侵害論」
 - (1) ホールの理論(「利益侵害論」の原型)
 - (2) 「利益侵害論」に対するエーザーの評価
 - (3) 「利益侵害論」の進展
 - IV 英米刑法学における「利益侵害論」とドイツ刑法学における「法益侵害論」との対比
- 結 び (以上 本号)

2 ホール以降の新しい「利益侵害論」

(1) ホールの理論(「利益侵害論」の原型)

伝統的なコモン・ローの法理の中に利益侵害(harm)の概念を導入し、犯罪は“harm”をもたらす行為であるという形で、これを犯罪論における基本原理の一つ(principle of harm)として確立したのは、ジェローム・ホールであると、エーザーが位置づけたことは前述の通りであり⁷⁰⁾、ミュラーも、アメリカ

刑法学が大陸の刑法学に比肩しうる原理をもつに至ったのは、ホール以降のことであると指摘して、この点に関するホールの業績を評価しているが⁷¹⁾、「利益侵害の原則」が明確な理論構成をもって登場してくる以前にも、これと内実を同じくする考え方が刑法学のいくつかの領域で意識的に用いられていたことに注目する必要がある。これらの諸領域⁷²⁾のうち、特に重要だと思われるものは、刑法の目的をめぐる論議と未遂の処罰根拠の問題である。前者について、国家は道徳的な制度ではなく、市民を不法な権利・利益侵害から保護する制度であるという観点から、政府は国民の内面的（道徳的）欠陥を矯正するためではなく、国民の生命・自由・財産の保護にその権力行使を厳格に制限すべきであり、外部にあらわれた権利・利益の侵害を伴わない、単なる規範への不服従は、刑罰的強制を十分に理由づけることができないという認識が、アメリカ刑法学の中に存在していた事実をエーザーは示唆し⁷³⁾、その代表的な見解として、判例に示されたホームズ判事の立場、すなわち、「刑法の目的は、道徳上または宗教上の罪（sin）を罰することではなく、一定の外部的結果（external result）を防止するところにある」という説明⁷⁴⁾を引用している。このような認識は、「刑法は、社会にとって侵害的な結果をもたらす行為（conducts harmful to society）の抑圧を、主たる目的とする」と主張するウィリアムズの所説⁷⁵⁾など有力な学者の記述の中に明らかに継承されており、さらに、模範刑法典は、刑法の目的に関する規定を設け、個人または公共の利益に対し実質的な侵害（substantial harm）をもたらす行為を禁止し防止することが刑法の目的であると明文化している⁷⁶⁾。ホールが、“harm”の概念を構想し、これを犯罪の実質的理解のための要素として、したがってまた、刑法と倫理を区別する根本的な契機として用いようとした背景には、こうした考え方の流れがあったとみる

70) 獨協法学13号36頁。

71) Mueller, 34 Ind. L. J. 213—214 (1951)

72) コンスピラシー（conspiracy）、偽証罪の可罰性の根拠など。cf. Hall, pp. 217—218.

73) Eser, p. 366.

74) Commonwealth v. Kennedy, 170 Mass. 18, 20, 48 N. E. 770 (1897)

75) Glanville Williams, Criminal Law, The General Part, p. 17, (2d ed. 1961)

76) Model Penal Code, Section 1.02 (Tent. Draft No. 2, 1954)

ことができよう。

一方、未遂の処罰根拠に関する論議からホールの理論構成が影響を受けていることは、かれみずからが認めるところである⁷⁷⁾。コモン・ローの解釈論としては、古くはオースティンが、未遂は完全に無害 (innocuous) であるが、行為者が犯罪を実現しようとした事実に関して処罰されるのだと説いたように⁷⁸⁾、外部的な侵害ないし損害 (injury, damage) の故ではなく、行為者の内面的悪性 (moral guilt) によって未遂は処罰されるとみる見解が有力であったが (1930年代においても、たとえば、ワートンは、未遂によっては個人も社会も何らの侵害を受けておらず、したがって、そこには償われるべき損害は存在しないと説明している)⁷⁹⁾、近時は、未遂もまた客観的な側面からみて侵害的である (harmful in a substantive sense) とする理解が大勢を占めるようになっていたと言われている⁸⁰⁾。行為者の主観面ではなく、行為の客観的性質に着目して未遂の可罰性を論じようとする立場は、さらに未遂を、物理的侵害あるいは財産的損害の惹起としてではなく、たとえば、社会的秩序の攪乱とか重大な結果発生の可能性を増大する危険な状態の醸成というような、価値的観点から把握することになるが⁸¹⁾、ここから、結果犯のみならずすべての犯罪 (未遂犯、形式犯などを含む) に共通する実質的基礎であり、価値関係的な考察によって理解すべきであるとされるホールの “harm” 概念が影響を受けていることは、極めて自然な帰結である。

さて、ホールは、前述のように、“harm” を犯罪行為 (criminal conduct) と刑事制裁 (punitive sanction) を結びつける支点であると規定し、刑法学の原則的任務がこの両者の相互関係を合理的に説明するところにあるとの認識を明らかにしているが⁸²⁾、この概念が刑法理論上で有意義な機能を担いうる場面が

77) Hall, p. 218.

78) Austin, *Lectures on Jurisprudence*, p. 523 (4th ed. 1879), Hall, p. 218 から引用

79) Wharton, *Criminal Law*, p. 307 (12th ed. 1932), Hall, p. 218, Note 18 から引用

80) Hall, p. 218.

81) Sears and Weihofen, *May's Law of Crimes* p. 191 (4th ed. 1938), Hall, p. 218.

82) Hall, p. 213. この点について、独協法学13号40頁参照

広範にわたって存在することを強調し、以下のように具体的な分析を提示している⁸³⁾。すなわち、

① 刑法と倫理、換言すれば、刑罰政策 (penal policy) と純粹倫理の要請との区別にとって本質的な契機となる。

② 刑罰は“harm”の重大性に一般的に比例するという意味で、それは、刑罰を科すべき行為の範囲と科せられる刑罰の質的・量的差異に対する理論的な根拠を提供する。

また、犯罪者の危険性は、予定される“harm”との関連を考慮して決定されるという意味で、それは、矯正上の処遇においても重要な基準となる。

③ 行為、結果、および両者を結びつける因果関係、を概念的に精密に区別するという機能を果たす。

④ 刑罰法規の条文の解釈、さらには、刑事司法上の諸問題（たとえば、double jeopardy）の解決に必要である。

⑤ 最も重要な機能として、犯罪論の体系構築にとって不可欠の要素となる（利益侵害と関連しない行為、因果関係などは、犯罪論上まったく無意味である）。

それでは、上記のような諸機能を担う“harm”の内容はどう考えられたのであろうか。まず、ホールは、これを、外部的な結果すなわち視覚によって確認しうる物理的・身体的侵害とは厳密に区別されるべき「価値の損失」(loss of value)として基本的に性格づけ、従来コモン・ローの中で犯罪の基礎として論じられてきた結果 (effect) の概念を、有体的なものから価値的なものへと転換させている⁸⁴⁾。こうした転換の意味を、かれは、「名誉毀損罪、幼児誘拐罪、偽証罪、各種の風俗犯罪や取締法規違反罪においては、物理的・身体的侵害は存在せず、強姦罪においてすら、身体的侵害は本質的な要素ではないのであって、……これらの犯罪によって侵害されるものは、社会的名誉、公共の安全、各種制度 (の機能)、婦人の性的自律性などのような、実在的でない (intang-

83) Hall, pp. 221—222, Hall, *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, p. 248 (1958).

84) Hall, p. 215. たとえば、ターナーは“actual bodily harm”というように用いていた。Outlines of Criminal Law, p. 156.

ible) 一定の価値である」⁸⁵⁾と理解することの妥当性を強調する手法で説明している。こうした理解は、未遂の可罰性を根拠づけるときに、とりわけ有用であるとホールは敷衍し、未遂が物理的・身体的侵害を生じていないにもかかわらず犯罪行為として処罰されるのは、それが、現実的な侵害発生の可能性を実質的に増大させるような危険な状態を作り出したこと、すなわち、重大な侵害を蒙ることなく日常の社会生活が営まれる「あるべき状態」(natural conditions)を欠落させたという否定的評価(disvalue)——“harm”の存在——の故であると述べている⁸⁶⁾。「犯罪」の骨格を行為と“harm”で構成し、両者を手段・原因一目的・結果(means-end)の関係としてとらえるホールの理論からすれば⁸⁷⁾、すべての犯罪に共通の要素たる結果でありうるものは、上記のような価値的性格をもつものになるであろう。

しかし、ホールが用いる価値(value)の意義は、必ずしも明確でない。いかなる観点から刑法学上の価値を論ずるかに関し、かれは、基本的な価値は、①理論的(theoretical)、②経済的(economic)、③美的(aesthetic)、④社会的(social)、⑤政治的(political)、⑥宗教的(religious)の類型に分かれうると指摘しつつ⁸⁸⁾、しかも、社会的利益(social interest、ホールは、“value”とinterestを同義に用いているようにみえる)⁸⁹⁾を、生命、自由、名誉、財産に区分したイエーリングの見解⁹⁰⁾、あるいは、これを、安全、社会的・家族的・宗教的制度、一般的道徳、社会的資産、社会の進歩、個人の生命と分析したパウンドの所説⁹¹⁾、を引用し、さらに、対象の価値は大衆が評価するのであ

85) Hall, p. 217.

86) Hall, p. 218, p. 215.

87) Hall, p. 228.

88) Mukerjee, *The Social Structure of Values*, p. 78 (n. d. London) としてホールは引用している (Hall, p. 215)。

89) たとえば、harmの内容を説明する部分で、同一頁の中でも、valueとinterestは交互に用いられている (Hall, p. 215)。

90) ホールは、イエーリングの所説について出典を明示していない。Jhering, *Der Zweck im Recht* (Bd 1. 1877)を念頭においたのであろう。この書の邦訳としては、和田小次郎訳「イエーリング・法律目的論」(早稲田法学別冊第二巻、同六巻)がある。なお、イエーリングの目的論とドイツの法益論との関連につき、奈良・「リストの法益論とその現代的意義(-)」法学新報84巻1・2・3号、53頁以下参照。

て、対象そのものの中に存在するのではないと述べているが⁹²⁾、この点から推測すると、ホールは、自己の理論を支える価値を社会的な見地から理解しているように思われる。“harm”を論ずるにあたって当面問題となる無価値 (dis-value) は、現実主義と社会学の見地 (perspectives of realism and sociology) から観察すればよいとする記述も⁹³⁾、このことを裏づけているといえよう。次に、社会的価値をどの程度まで細分化してとらえるかに関しては、少数の非常に包括的な——たとえば、正義、秩序のような——範疇に整理するか、それとも詳細なカタログを予定するところまで分類するか、という問題意識を示し⁹⁴⁾、パーソンズ等の方法論——①身体、②財産、③知識、④美、⑤思想、⑥家族、⑦性、⑧扶助、⑨支配力 (power over others)、⑩名誉、⑪立法、⑫扶養・看護、⑬地位、⑭社会的組織、に分ける⁹⁵⁾——を引用したのち、無価値の分類は犯罪の分類に対応すると述べているが⁹⁶⁾、これは、ホールが価値をある程度まで細分化することを予定している証左といえよう。ところで、各犯罪に対応する“harm”が上記の分類の標準に基づく程度の価値の否定として考えられているとすれば、ホールの理論は、たとえば、財産罪を財産制度一般に対する侵害ととらえる可能性をもつほど包括的に過ぎるとするユーザーの批判⁹⁷⁾が妥当する余地があることになる。しかし、“harm”は、被害者あるいは社会に及ぼす外部的な効果の差に応じてその重大さが異なると述べ、暴行は死よりも明らかに軽い侵害だという例を挙げているところ⁹⁸⁾からみると、たとえば身体的価値の侵害を、暴行・傷害・死というように更に段階づけをして把握する意図を読みとることも可能である。

以上の考察から、われわれは、ホールの“harm”概念の中核をなす価値の意味をほぼ理解しうるのであるが、かれの用いる“harm”は、単に価値の侵害と

91) Pund, A Theory of Social Interests, p.15.

92) Hall, p.217.

93) Hall, p.216.

94) Hall, p.215.

95) Parsons and Shils, Toward a General Theory of Action, pp.463—464.

96) Hall, p.216.

97) Eser, p.379.

98) Hall, p.217.

いう要素のみではなく、それを惹起した行為者の内面的要素 (mens rea) を包摂して構成されている点に注目しなければならない。「それは行為者の内面的要素の表現である行為との関連で規定される必要がある」⁹⁹⁾とかれは説明しているが、この趣旨は、運転上の過失によって生じた死は十分に計画された殺人による死に比べて重大性の低い結果であるとする解説¹⁰⁰⁾が示すように、“harm”の有無および程度は行為者の内面的態度に依拠する (mens rea との相関関係によって決定される) ことを述べていると思われる。犯罪の本質的な部分が人的関係を含んで想定されているところに、ドイツにおける人的不法論との親近性をうかがわせるものがあり (周知のように、ヴェルツェルは、「不法は行為者から内容的にきりはなされた法益侵害につきるものではなく、行為は、一定の行為者のしわざとしてのみ違法なのである。行為者がいかなる目標設定を……その客観的行為に与えたか、行為者がどのような気持からその行為をなしたか、その場合、いかなる義務が行為者に存していたか、これらすべてが、生ずるかもしれない法益侵害と共に、行為の不法を決定するのである。違法性とは、つねに、一定の行為者に関係づけられた行為の非認である。不法は行為者関係的な『人的』不法である」と主張していた¹⁰¹⁾。)、ホールが、伝統的なコモン・ロー理論上の概念である“actus reus” (客観的事実としての犯罪行為と結果) と “mens rea” (行為者の主観的な非難要素) の関係も、前者は後者を包含する (imply) と説明している点¹⁰²⁾と合わせて、興味をひく考え方である。

なお、ホールは、自己の展開する「利益侵害の原理」の妥当性ないし合理性を、従来のコモン・ロー上の諸概念がいずれも犯罪の実質的的確に把握するための要素としては不十分であると論証することによって、強調している。すなわち、“harm” と、①アクトゥス・レウス、②罪体 (corpus delicti)、③正当化事由、④宥恕 (excuse)、⑤状況 (circumstances)、および、⑥民事法上の不

99) “Penal harm must be defined in relation to conduct expressing mentes reae.” (Hall, p. 217)

100) Hall, p. 217.

101) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems. 4 Aufl. S. 29 f. 福田平・大塚仁訳『目的的行為論序説』40頁。

102) Hall, p. 227, この点につき、後出125頁以下。

法行為 (tort) との対比を通して、後の六個の概念あるいはこれらの組み合わせに対する前者の優越性を示そうとしているのである¹⁰³⁾。まず、①について、かれは、この概念が、今世紀に入ってからケニーによって刑法理論に導入されて以来、つねに内容が多義的で不安定であったことを指摘している。ケニーは、これを「犯罪的行為それ自体の自然的な結果」と説明したが¹⁰⁴⁾、その教科書の継承者であるターナーは、当初これを「法が防止しようとするような結果(行為に基づく)」と規定したものの、後に至って、「結果を発生させた行為(activity)」も含むものへと説明を変更しており¹⁰⁵⁾、ウイリアムズは、これに「内心的要素を除く犯罪の全ての定義的要素」の意味を与えている¹⁰⁶⁾。ホールの分析によると、アクトゥス・レウスは主として行為の意義に用いられ、その内容として結果が含まれる場合も、結果は物理的侵害とみなされるのが大勢であったということになるらしい。このようなアクトゥス・レウスの概念では、すべての犯罪に共通の本質を説明しきれないとホールが考えたのは、これまでの検討からみて当然といえよう。ついで②について、かれは、この概念が本来的に訴訟法の領域において有効であるにとどまり、実体刑法の理論の構成要素としては不適切であるとしている。罪体は、たしかに、犯罪のすべての実質的要素であるというように用いられる場合もあるが、その内実は、第一に、特定の侵害または損失が生じた事実、第二に、当該侵害または損失が何者かによって惹起された犯罪的結果であること(偶然の出来事でない)、を意味するのであって、そこに用いられる侵害・損失は、たとえば殺人罪においては、「人の死亡(a person deceased)」というように物的世界での変化としてとらえられており、こうした“corpus delicti”の概念は、犯罪の本質を統一的に説明する概念とはなりえないとホールは考えている¹⁰⁷⁾。さらに、その目的は、自白の重

103) Hall, pp.222—246.

104) Kenny, *Outlines of Criminal Law*, p.9, (12th ed. 1926) としてホールは引用している。

105) Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, p.15 (17th ed. 1958)

106) Williams, *Criminal Law*, p.17, (1953).

107) Hall, pp.225—228, なお, corpus delicti の通説的な定義として, Wigmore, *Evidence*, p.401 (3rd ed. 1940) を引用している。

みをできるだけ減少させ、有罪立証の客観的証拠を増強するところにあると、ホールは位置づける。したがって、かれによれば異なる原理が妥当する領域で機能する二つの概念は同一化されえないのであるから¹⁰⁸⁾、罪体と利益侵害とは方法論の次元でも区別され、前者は実体法上の犯罪の要素を構成する概念とはなりえないことになる。③の正当化事由(justification)は、a) 官憲による逮捕、捜索・押収、刑の執行のような法令に基づく行為、b) 正当防衛、c) 緊急避難、d) 強制下の行為、e) 被害者の同意のある行為などに適用され、これらの場合には、当該侵害の発生を正当化する特定の状況が存在するために犯罪が行われなかった(no crime was committed)ことになる、とホールは説明している¹⁰⁹⁾。すなわち、正当化事由にあたる行為は、相手方にとっては害悪である点を除けば、慈善のために寄付する行為と同様に、刑法上のどの条文にも該当しない行為とみなされるのである。正当化事由の論理は、“nullum crimen sine lege”の原則の影響の下に、特定の状況においてなされた、他人に害悪を与える行為を、合法的なものとして刑法の枠外に置く働きをするにとどまり、犯罪の実質を説明するものにはなりえないということになるのであって、むしろ、正当化事由にあたる行為によって生じた侵害的結果は“harm”ではないという意味で、それは利益侵害の原理の一適用と考えられているように思われる¹¹⁰⁾。④の宥恕は、歴史的な、あるいは訴訟法上の用法から、犯罪は成立するが一定の事情(責任無能力、刑事未成年など)の故に行為者は刑事責任を免除されるといように用いられる傾向があると、ホールはみているらしい¹¹¹⁾。“Excuse”がこのような意味で使われるならば、それは犯罪の要素としての機能を担いえないことは明らかである。かれによれば、行為者に内心的な非難の要素が欠ける場合は、当該行為によって利益侵害は発生していないのであって、したがってまた、犯罪は存在しない、と説明するのが論理的だということになる¹¹²⁾。⑤の状況(circumstance)は、直接証拠に対する状況証拠を構成するも

108) Hall, p. 227, Note, 54.

109) Hall, p. 232.

110) Hall, p. 233.

111) Hall, p. 232.

112) Hall, p. 236.

のとして訴訟法の領域では極めて重要な意味をもっているが、実体法上でも、犯罪の客観面を示す一要素として用いられており、たとえば、重傷害罪における武器の使用、偽証罪では、行為者が証人であったことが、それぞれ当該犯罪における状況であるとされる¹¹³⁾。スマスは、実体法上の状況を、利益侵害の結果を発生させる状況 (consequential circumstances) と犯罪の定義のために必要な状況 (pure circumstances) に二分し、特に前者を未遂の可罰性を論ずるための有効な概念とするなど、状況が犯罪論上で重要な役割を果たすことを強調しているが¹¹⁴⁾、ホールによれば、状況は、一面において利益侵害に、他面において行為あるいは因果関係の概念に吸収されてしかるべきものであり、犯罪の本質的な要素ではないことになる¹¹⁵⁾。⑥では、ホールは、民事法上の不法行為 (tort) と “harm” の根本的な差異を論じ、犯罪の本質規定に関する利益侵害原理の妥当性を主張している。かれは、犯罪と不法行為の区別についての近代的な論議がブラックストーンによってその端緒を与えられたことを指摘しつつ、その後の傾向が、オースティン、スティーブソン、ケニー等の影響の下に、両者の截然とした区別を断念してきた点を批判して、不法行為が特定人に対する現実的な損害 (damage) を中核とするのに反し、犯罪は行為者の内面的非難可能性を内包する利益侵害 (社会的見地からみても) が核心であるという対比の正当さを力説するのである¹¹⁶⁾。ホールによると、不法行為は、問題となる損害を金銭に換算して評価し、また、単純な過失 (negligence) に基づく責任あるいは無過失責任 (strict liability) をもその前提として許容するが、犯罪は、経済的評価を離れてその結果を論じ、行為者の意識的な (voluntary) 行動についてのみ責任を追及する点で、前者と決定的に異なることになる¹¹⁷⁾ (ここでいう「意識的な」とされるのは、結果を指向するか、少なくとも結果発生の危険を意識したとみられる内心の状態を意味し、したがって、“recklessness” までは

113) Hall, p. 238.

114) Smith, J. C., Two Problems in Criminal Attempts, 70, Harv. L. Rev. pp. 424—425. (1957)

115) Hall, p. 238.

116) Hall, pp. 240—242.

117) Hall, pp. 242—243.

刑事責任の基礎となるが、行為者が「注意深く行動することができた」だけの“negligence”は、人間にとって極めて重大な効果である刑罰の基礎とはなりえないとされる¹¹⁸⁾。この点で、ホールの見解は特色があり、通説と大きな隔りがある)。実定法上で犯罪が不法行為と明確に区別される例証として、かれは、まず、一定の社会的利益の侵害が犯罪として規定されうるとしても、それは不法行為とはなりえないことを指摘し、また、詐欺罪は、被欺罔者に財産的損害が生じなくても、真意に反して財物を交付させれば成立しうるが、この場合に不法行為は認めがたいことを挙げ、さらに、身体傷害について被害者の同意がある場合、不法行為は成立しないが傷害罪の成立する可能性があることに言及している¹¹⁹⁾。

以上のように、従来の諸概念はいずれも犯罪の本質を規定する機能を果しえず、“harm”によってはじめて、よく犯罪を正当に把握しようというのが、ホールの結論である。

(2) 「利益侵害論」に対するエーザーの評価

前述のようにホールの利益侵害論を概観したあとで、この理論を英米刑法学における犯罪論の進展の中でどのように評価したらよいかを、エーザーの見解を中心としながら、次に検討してみたい。

エーザーは、コモン・ローの伝統的な犯罪論にホールの利益侵害論が投じた大きな波紋は、①すべての犯罪が、単なる法規違反につきるものではなく、一定の結果を発生させるものとして、実質的に把握されるべきことを明らかにした点、②この「結果」を“harm”の概念で説明し、その内実を利益ないし価値の侵害・毀損として構成することにより、価値的考察方法を犯罪論に導入した点、③上記の利益ないし価値を社会的評価によって決定されるものとし、犯罪論の概念構成に規範的・経験的要素(normative-empirical element)を採用した点、にあると総括し、なお、④従来ひろく用いられてきた犯罪論上の諸概念

118) Hall, p. 3.

119) Hall, pp. 244—245.

を、“harm”との関連で再検討する端緒を与え、これら諸概念の内容を精密化するとともに、その機能範囲を明確にしようとする動きをもたらした点、をも高く評価している¹²⁰⁾。上に指摘した諸諸点のうち、①については、すでにくりかえし言及したところであり、特に、結果犯のみでなく、形式犯あるいは法定犯、未遂犯の可罰性をも統一的に説明しうる理論を提供したことは、体系的な構築を必ずしも重視しない英米刑法学にとって、画期的な成果であろう。しかし、こうしたホールの見解は、ミュラー¹²¹⁾、スナイダー¹²²⁾、ウインガスキー¹²³⁾などによって継承されているものの、なお一般的な認知を受けていないらしく、代表的な刑法教科書の一つとされるウィリアムズの“Textbook of Kliminal Law” (1978) では全く触れられていない。

すべての犯罪に共通の結果である“harm”を利益ないし価値の侵害と構成したとき、そこでいう「利益」、「価値」をどのようにホールが理解したかについて、エーザーは、英米刑法学における規範的・価値関係的考察方法の生成・発展およびそれと大陸刑法学(主としてドイツ刑法学)との関連という見地から、詳細な検討を行っている。まず、犯罪が結果(result, consequence)を必要とするというとき、コモン・ローの理論は、これを物理的・身体的侵害(physical injury)ととらえ、行為とならんで結果犯の“actus reus”をなす要素と位置づけることが多いのに対し、ホールが、このような意味での結果は一定の外部的侵害の発生を前提とする特定の犯罪の成立要件にすぎないとして、犯罪によって侵害される本来の対象を一定の利益・価値と理解しようとした方向は、ドイツ刑法学が犯罪の本質を追及する論議の中で、刑法的な保護の客体としての「法益」と犯罪的行為によって物理的変化を受ける「行為の客体」とを区別してきた経緯と、極めて類似している事実であるとエーザーはみている¹²⁴⁾。ホ

120) Eser, p. 376.

121) Mueller, *Criminal Theory; An Appraisal of Jerome Hall's Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, 34 Ind. L. J. 206 (1959)

122) Snyder, *An Introduction to Criminal Justice*, pp. 112—115, pp. 759—764. (1953), *Preface to Jurisprudence*, pp. 521—524 (1954).

123) Wingersky, Clark & Marshall's *On the Law of Crime*, pp. 14—15, p. 79, p. 89 (6th ed. 1958).

ーニツとは、ホールの“harm”概念が、法による保護の客体に限定されず、行為の客体 (physical object of the perpetrator's action) の侵害としても用いられていると指摘しており¹²⁵⁾、たしかに、ホールが因果関係を行為と“harm”を結びつけるものとみている面のあることは認めうるけれども、かれが再三にわたり物理的侵害と価値の侵害ないし否定 (loss of value, disvalue) の区別を強調し、後者をもって“harm”の中核となしてきた点からおしはかると、上記のエーザーの観察は正当なものであろう。強姦罪の本質は、女性の身体的侵襲にではなく、性的自律性の侵害にあるという例示は、ホールの意図するところを如実に表現していると考えられ、そこに英米刑法理論にとっての新しさ (novelty)¹²⁶⁾を認めうると思われる。

ついで、ホールの用いる利益ないし価値がいかなる観点から理解され、その理解が英米刑法学の流れの中でどのように位置づけられるのかを検討してみたい。かれが、社会的観点から利益ないし価値を理解していることは前述の指摘の通りであるが、同じく社会的利益を論じながら、これを純粹に社会学的に把握したビューテルの立場とは際立った対立を示し、むしろ観念的にとらえようとしたところにホールの特色を見出しうるとエーザーは述べている。ビューテルは、経験法学の方法論に立脚し、刑法の対象を哲学的、法理論の所与としてではなく、社会的実在として捕捉すべきだと主張しており、法規を制定する前提となる利益も、個人あるいは社会の現実の要求 (demands)、欲求 (desires)、必要 (needs) であると断じているが¹²⁷⁾、一方、ホールは、何が利益であるかは社会的評価 (social evaluation) に依存するとはしながらも、たとえば、利益侵害とは何か善いもの (something good) が害され失われることだと説明しているように、個人または社会のその時点における現実的・具体的要求ないし必要性を必ずしも重視することなく、かくあるべきだという状態の確保を利益とみなしているようにみえる。エーザーが、ホールの利益概念を観念的 (idea

124) Eser, p. 370.

125) Honig, *Criminal Law Systematized*, 54 J. Crim. L., C. & P.S., p. 276 (1963)

126) 前出113頁参照。

127) Beutel, *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence As A New Branch of Social Science*, pp. 37—45 としてエーザーは引用している。

listic) に過ぎると評し、それが倫理的な色彩を帯びることと内容を国家ないし社会一般の利益という希薄なものに転化することの危険性を指摘したのは¹²⁸⁾、けだし正鵠をえたものといえよう。ビューテルが法の対象を社会学的に基礎づけようとするあまり、法的評価ないし法秩序による承認という観点を重視しなかったことは、法による保護の客体としての利益の本質を見誤ったといえるとしても、逆に、ホールの利益概念は、それが社会的な合意に基づくからこそ法的保護を受けるのだという実質的な側面を過少評価しているといわねばならない。しかし、ビューテルの見解はほとんど支持を受けていないといわれており¹²⁹⁾、その後の展開をみるとホールの立場はミュラーにも引き継がれているのであって、アメリカ刑法学においては、利益侵害論は、理念的な価値をベースにして構成されるという傾向を示しているといえよう。なお、同じく犯罪を利益侵害ととらえながら、利益の事実的側面 (factual side) を強調するスナイダーの立場も、ホールの理論の特色を浮きぼりにする意味で、注目すべきだとエーザーは述べている。すなわち、スナイダーは、利益を理論的に把握しうる性格のもの、あるいは、精神的に了解すべきものではなく、事実として存在するものとみなし、したがって、利益侵害は生命、自由、財産が奪われた事実と説明しており¹³⁰⁾、利益そのものとその基礎をなす事実的なものとを区別して理解するホールとは極めて対照的な見地に立っているのである。しかも、利益が何に由来するかという点に関しては、スナイダーは、憲法によって明示される諸権利が保障されている事実の状態を利益とみる立場をとっており¹³¹⁾、ホールが社会倫理的な観点に傾斜するのに対し、憲法的秩序を基礎に利益を考えているという相違をみせている。こうした憲法的秩序をもとに利益を論ずる思考は、前述したとおりアメリカ判例の理論の中に顕著にあらわれており、個人的ないし社会的利益が憲法上の価値体系の中で評価され、それが他のより高次

128) Eser, p. 371, pp. 376—377.

129) Cavers, 10 J. Legal Ed. p. 162 (1957) の批判をエーザーは挙げている (Eser, p. 737, note, 124)。

130) Snyder, Preface to Jurisprudence, p. 520, Eser, p. 374.

131) スナイダーによると、デュー・プロセス条項によらないで憲法上の諸権利が侵害された事実が “harm” とされる。

の価値と矛盾・抵触しないと判断された場合に限り刑法による保護を受けるに足る利益とみなされるのであり、したがってまた、そのような利益を侵害する行為に対してのみ刑罰が科されうるとする越旨を示す判例の流れが存在していることは、すでに指摘したところである¹³²⁾。ホールの理論は、この点では、実務に大きな影響を与えていない。

なお、エーザーの評価と異なり、ミュラーが、判例を全体としてみると、“harm”の概念のもつ重要性を看過している場合が多いとみていることは¹³³⁾、注意を要するであろう。エーザーもまた、判例にあらわれた、いわゆる有用性の原理 (principle of utility) の適用場面は、かならずしも利益侵害論の本来的意義に則したものとはいえないという留保を示しており¹³⁴⁾、英米刑法における利益侵害論の浸透度は、慎重に見きわめねばならないであろう。

(3) 「利益侵害論」の進展

ホールの構想した利益侵害の原理は、その後、アメリカ刑法学の中で若干の学者によって継承され、犯罪の実質を説明し、犯罪論を体系化する概念として機能させられているが、以下に、エーザーが言及している二三の論者の見解を概観し、利益侵害論の動向をうかがう端緒としたい。なお、イギリスではこの時期に「有害な傾向」(mischievous tendency)をもつ行為を犯罪とみる立場が有力に主張されており¹³⁵⁾、そこでは、いわゆる利益侵害の要素は犯罪の本質規定の面から除外されている。

まずホールの基本的な考え方を受け継いだとされるミュラーは、利益侵害 (harm) を三段階に抽象化し、各レベルでの概念内容を次のように説明している。すなわち、①最も一般的な意味で、すべての犯罪は利益侵害を含む。単なる法規違反も、命令に対する不服従として主権にとっては利益の侵害である (harmful to the sovereign)。②中間的な次元に位置づけられる利益侵害は、

132) 獨協法学13号46以下頁参照。

133) Mueller, 前掲論文 222 頁。

134) Eser, p.410.

135) Willams, Criminal Law-The General Part, p.17 (1953).

特定の犯罪の定義あるいはその犯罪を規定する法規の文理解釈から認められるものである。それは法的に保護された利益 (legally protected interest) として類型化された広い包摂範囲をもつ利益 (たとえば、生命、身体の完全性、財産、名誉、など) の侵害と考えられる。③利益侵害は、さらに、刑罰法規が保護しようとする特殊化された利益の侵害として、すなわち、上に位置づけられる一般的な利益侵害を越えて、法規が意図する個別化された特定の利益 (たとえば、詐欺罪においては、個人の財産的利益、特に所有、という一般的利益のみでなく、欺罔によって所有が侵されないという特定の利益が保護されるとみる) を侵す場合としてもあらわれる¹³⁶⁾。このようなミュラーの分析のうち、第一の意味でのものは、いわゆる形式的違法の考え方を示すもので、かれが本来的に意図する “harm” の用法ではない。かれの理論構成の特色は、第三の意味での利益侵害を犯罪の要素として重視することにより、ホールが利益侵害を抽象化しすぎる傾向をみせる点を是正しようとしたところにあるといえよう。ミュラーはこの趣旨を詳説するために、被害者に1セントの経済的損失が生じていなくても、欺罔行為がなければその処分をしなかったであろうとみられる場合に詐欺罪の成立を認めた判例¹³⁷⁾、あるいは、国旗に対する侮辱を禁ずる法規は国旗に対する侮辱行為によって公共の平穏が害されることを防止する目的をもつものであるから、単に国旗を卑猥な行為の手段として用いたのみで、何ら社会の平穏が害されたとは認められない場合には、当該法規違反の故に有罪とすることはできないとした判例¹³⁸⁾、などを挙げ、抽象的・一般的利益 (前者のケースについては、個人的財産、後者では国家の主権の尊厳) のみでなく、特殊化され具体化された利益を犯罪の要素として理解する思考が広く承認されていると主張するが、しかし、立法目的それ自体が直ちに法益になるのではないと慎重に留保している¹³⁹⁾。この点、かつてドイツにおいて、いわゆる法

136) Mueller, 前掲論文 220 頁。

137) United States v. Rubinstein, 7 U. S. C. M. A. 523, 22 C. M. R. 313 (1957), この判例については、獨協法学13号44頁参照。

138) People v. Rosen, 13 Ill. 2d 68, 147, N. E. 2d 327 (1958), この判例については、獨協法学13号43頁以下参照。

139) Mueller, 前掲論文 221 頁。

益概念の精神化と称される立場が、「保護客体の概念は、法律的思惟が個々の刑罰法規の意味および目的を圧縮した形式の下に把握するために用いられる範疇的綜合にほかならない」とし、何が法益であるのかとの問いは結局何が刑罰法規の目的であるから問うことにほかならないと主張した場合¹⁴⁰⁾とは異なり、犯罪を実質的に限定するという法益の意義を没却しないようにする配慮を読みとることができる。そのうえ、ミュラーは、ある法規の特殊的保護法益が裁判所の恣意的判断に委ねられ、法的安定性一罪刑法定主義の要請が軽視される結果を生ずること警戒しており、当該法規から明白に認識しうる限りで、しかも、それが被告人に有利である限度で、特殊的法益侵害を犯罪の要素に組み入れようとしている¹⁴¹⁾。かれの見解は、利益侵害の概念を、根本的には刑罰権の制約として性格づけるものといえよう。

スナイダーもまた、ホールの利益侵害論の系譜に属しつつ、なお独特の理論を展開している。かれは、刑事責任の追及すなわち刑罰賦科の問題は、利益較量の問題だという基本的な認識に立ち、刑罰法規制定は、種々の利益の比較衡量により真に保護に値する利益を侵害する行為の禁止を目的とすべきだとみている¹⁴²⁾。スナイダーが、利益の基礎を憲法的な諸権利が保障される事実状態に求めたことは前述のとおりであるが、利益の比較に関しては、公共の利益を個人的利益に優越させる立場を採用していると思われる。こうした見解は、社会的利益 (social interest)、国民全体の福祉 (good of the citizen as a whole) を個人あるいは特定の階層の利益に優先させる必要性を明らかにした判例の中にも一連の流れとして存在しており¹⁴³⁾、アメリカの刑事法理論としてはかな

140) Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, S. 93 f.

141) Mueller, 前掲論文 221 頁。

142) Snyder, Preface to Jurisprudence, p. 521.

143) State v. Ballance, 229 N. C. 764, 51 S. E. 2 d 731 (1949), ここでは, “the legislation must have in view the good of the citizen as a whole rather than the interests of a particular class.” と述べられている。なお、同様の趣旨を含む判例として、エーザーは、Cantwell v. Conn., 310 U. S. 296 (1940), People v. Pacific Health Corp., 12 Cal. 2 d 156, 82 P. 2 d 429 (1938), State v. Mitchell, 217 N. C. 244, 7 S. E. 2 d 567, 571 (1940), などを挙げている (Eser, p. 396, note 234)。

り有力であるが、ホールが利益の比較ないし序列化を必ずしも十分に論じなかった態度にくらべると、極めて実践的な色彩が濃いといえよう。ただ、スナイダーが、刑事立法を根拠づける保護利益の基礎を、憲法の具体的規定ではなく、全体としての憲法の本質にまで拡大して理解するところに、刑罰権の適用を制約しようとした利益侵害論の意味を希薄化する危険がありはしないかという疑問が生ずる。エーザーの指摘によると、憲法的精神 (constitutional spirit) に対する違背を刑罰の射程範囲にとり込むとする理論はミリオンなどによっても主張され、たとえば、自然的、生来的 (天賦の)、不可譲の、普遍的な、確立された、権利とみなされるものを侵害する行為も犯罪となりうると説かれたようであるが¹⁴⁴⁾、判例においても、いわゆる公共の福祉に反する行為の処罰を肯定する方向が、各種刑事立法の合憲性を上記の諸権利保護の必要を論拠にして認める形で、かなり早期から存在してきたといわれている。たとえば、健康な生活を営む権利を保護するために、狭い (面積の割に居住者数が多過ぎる) アパートの賃貸を禁じ、健全な道徳を維持する権利のために売春婦との交際を禁ずる等々の法規が判例によって承認されている¹⁴⁵⁾。必ずしも理論的に整理されないまま、公共の利益 (public good) を広く刑罰法規の保護客体にする考え方が、かなり定着していた事実は、近時の利益侵害論を検討する場合に留意すべき点であると思われる。

Ⅳ 英米刑法学における「利益侵害論」とドイツ刑法学における「法益侵害論」との対比

(1) これまでにみてきた英米刑法学における「利益侵害論」は、我国の刑法学に深甚な影響を与えてきたドイツの「法益侵害論」とどのような関連をもつものかを、次に若干検討してみたい。エーザーは、両者を自由主義国家の市民法原理の一環としての性格を共有するものとして、犯罪概念の実質的把握を志

144) Million, Limitations on the Enforceability of Criminal Sanctions, 28 Geo. L. J. 464 (1940) として、エーザーは引用している。

145) Eser, p. 403, なお、詳細については、11 Am. Jur. Constitutional Law § 270 (1937) を参照と指示されている。

向する普遍的な動向のあらわれと位置づけているが¹⁴⁶⁾、この認識は妥当なものと考えられる。たとえば、フランス刑法学においては、通常、犯罪を法定要素 (élémen légal)、自然的要素 (élément matériel)、心理的要素 (élément moral) に三分して論じ、自然的要素については、犯罪が存在するためには行為がつねに必要であるが、その行為が物理的痕跡を残したとか、有害な結果を必じさせたとかは必要でないとしているが¹⁴⁷⁾、学説の中には、社会学派あるいは社会防衛論の立場からはもとより、伝統的な立場からも、ブゾーのように、犯罪を社会的秩序、平穩、安全に対する攻撃として外部的にあらわれた作為・不作為とみる見解も主張されており¹⁴⁸⁾、犯罪の基礎を探求する傾向が看取されると、エーザーは指摘している。イタリア刑法学にあっても、犯罪の形式的定義と実質的定義の区別は意識されているらしい。しかし、伝統的な刑法理論は、犯罪を主観的要素と客観的要素に分けて論じ、しかも、犯罪を義務の遂行あるいは権利の実行として正当化されない行為によって惹起される刑罰を科せられる侵害的状态というように形式的に把握するのが一般で¹⁴⁹⁾、ドイツ刑法の影響の下に法的に保護されるべき利益の侵害という観念を問題とするベッティオールなどの立場は (犯罪を行為、違法、責任に分けて論ずる立場でもある¹⁵⁰⁾)、なお、少数派をなすに止まっているとされる。それにもかかわらず、エーザーは、後者の主張が犯罪論の分野で浸透してゆく可能性を秘めているとみている¹⁵¹⁾。その他、ギリシャにおいても、マンガキスなどが、緊急避難の成立要件という限定された領域ながら、そこで法的利益の比較衡量の見地から、犯罪の成否についての価値的考慮を採用しているとされており¹⁵²⁾、前記のよ

146) Eser, p. 355.

147) 沢登俊雄他訳『フランス刑事法 (刑法総論)』140頁。

148) Pierre Bouzat, Traite théorique et pratique de droit pénal, No.57 (1951) としてエーザーは引用している (Eser, p. 356)。

149) Eser, p. 356

150) Bettiol の理論については、Das Problem des Rechtsguts in der Gegenwart, ZStW. 72 (1960), S. 276 ff. 参照。

151) Eser, p. 356. なお、1981年のイタリア刑法学会のテーマは、「法益とイタリア刑法典各則の改正」であったといわれる。日高義博訳「ドイツ刑法学における法益侵害論の現状」ジュリスト 770号88頁、訳者の前がき。

152) Eser, p. 357.

うな世界的傾向は除々に進行しつつあるとみることができよう。

だが、法益侵害 (Rechtsgutsverletzung) の概念を中核とし、精緻な理論構成で犯罪の実質的把握を推進しているのは、ドイツ刑法の特筆すべき成果である。現代の法益侵害論は、専ら行為を羈束すべき規範 (Norm) の面から刑法をみるビンディングに対し刑法の任務は人間の共同生活に不可欠の条件ないし利益の保護にあるとみる立場を明らかにし、国家的規範に対する違反として形式的・抽象的に理解される犯罪概念にかえて法益侵害という要素を基礎とする犯罪概念の確立を主張した、リストの思考をその母体としている¹⁵³⁾。規範に対する不服従にではなく、不可欠の生活利益の侵害に犯罪の本質を求めようした考え方は、法規範定立者の恣意的評価による犯罪の拡大化を阻止し、国家的目的の貫徹あるいは現体制の秩序維持のために刑罰権適用範囲が無限定に広がる危険を排除するという要請を支える理論的根拠を提供するものとして、民族に対する義務違反を強調するナチス刑法学からの攻撃を経験した後では¹⁵⁴⁾、なお一層その正当性が承認されているのである。すでにみた、ホールに代表される「利益侵害論」もまた、基本的には、こうした思考の流れに沿って生成されたものといえよう。単なる法規違反の行為ではなく、客観的に了解しうる一定の利益を侵害する行為に犯罪の核心を求める点では、両者は同一の認識に立つからである。

(2) しかし、細部にわたって比較してみると、利益侵害論と法益侵害論とは、極めて類似し又は重複させしている面と著しく異なる面とをもつことに気づく。

まず、法益侵害論が、すべての犯罪は結果としての法益侵害を必然的前提とするとき、そこでいう結果は、価値関係的考察方法を用いて諒解すべき利益の侵害であり、それは構成要件の行為によって攻撃を受け、構成要件の中に含まれそこから認識される物的対象に生じた変化ではないとし、法益と行為の客体

153) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1. 3 Aufl. 1916, S. 54, S. 353 ff. Liszt, ZStW. 6 (1886), S. 668~669, S. 671~673, ZStW. 8 (1888), S. 140~141, ZStW. 3 (1883), S. 19.

154) ナチス時代の法益論に対する批判、攻撃について、Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut" (1962), S. 84 ff.

を截然と区別することを前提としているのと同様、権利侵害論もまた、“harm”の内実をなすものは物理的侵害ではなく価値の毀損であるとしている点で、全く等しい。それにもかかわらず、前者について、古くはビンディングが法益にたとえば財産法上の目的物を包含させ¹⁵⁵⁾、近時ヴェルツェルが財産を法益だとしながら、そこに財物、財産上の利益、財産制度、所有権までを包括し、結局において、法益侵害自体が因果的事象であり、「法益侵害説は因果的思考の違法論におけるコレラートに過ぎない」と批判したように¹⁵⁶⁾、利益と物的存在とが、あるいは、利益と権利や諸制度とが、十分に区分されないまま法益が論じられてきたが、後者にあっても、ホールは行為と利益侵害との因果関係を問題にしており¹⁵⁷⁾、いずれも、利益の意味の一義的確定がなされていないという混乱を内包しながら、理論が展開されている。

つぎに、利益を窮極的にだれの利益とみるかをめぐる論議の分岐も、両者にはほぼ共通の現象を呈している。法益侵害論の内部で、リストは法益を最終的には人間の存在 (menschliches Dasein) にかかわらしめて総合し¹⁵⁸⁾、ケスラーは一層極端に、厳密には (または事物の性質上) 利益は生きた個人の利益以外にありえないと強調して、国家の利益は構成員たる各個人の利益を表示するための法律的抽象化にすぎないと論じたが¹⁵⁹⁾、これに対し、ビンディングは、法益はすべて社会的価値をもっていて常に全体の法益であると指摘し、「個人主義的観察方法を用い、個人の法益を社会および国家の法益から厳格に区別しようとすると考えほど誤ったものはない」と断じており¹⁶⁰⁾、フランクもまた、法益は結局において国家的利益だと主張するなど¹⁶¹⁾、法益を個人と全体のいず

155) Normen, I. では、保護の客体たる利益を感覚の次元から認識の領域にまで高めることの必要性を指摘しているが、しかし、Handbuch des Strafrechts, (1855), S. 393 では、社会的法益として「公共の給炭所、税関、境界標……」をあげている。

156) Welzel, ZStW. 8 (1939), S. 511, S. 509.

157) たとえば、ある行為は利益侵害と関係することによって刑法上重要な意味をもつとされるが、その際、行為は、内心の傾向を実現し、外界の変動を生ずるからだと言明されている (Hall, P. 220)。なお、ホールの因果関係論につき、西村克彦「刑法と因果関係」警察研究30巻7, 9号参照。

158) Liszt, ZStW. 8, S. 141.

159) Keßler, G. S. 39 (1887), S. 111 ff.

れに力点を置いて把握するかに関する基本思想のちがいは明らかである。この基本思想の相異は、刑法改正に際して、各則規定の配列を個人的法益に対する罪と国家的法益に対する罪のいずれを優先するかという問題で鋭い対立をみせるなど、刑法学の種々の領域で重要な結論の差をもたらしている¹⁶²⁾。利益侵害論においても、スナイダーは全体的利益と個人的利益の優越性の比較を論じ¹⁶³⁾、アメリカの判例もまた同様の検討を行う場合が多いとされるように¹⁶⁴⁾、利益を論ずる以上、個人と全体の対立のありうることを予想しなければならず、その際いずれを決定的なものとするかの問題を避けられないとする認識が存在しているようにみえる。ただ、戦後ドイツの法益侵害論が、法益概念のもつ個人主義的性格を再確認することによって、個人的法益の優越を肯定する方向をとりつつあるとき¹⁶⁵⁾、アメリカで展開されている利益侵害論は、たとえば、スナイダーが詐欺罪を財産的損害のみでなくむしろ欺罔行為に着目して理解しようとし¹⁶⁶⁾、パーキンズが「個人に対する犯罪」という伝統的なラベルを、「個人的利益の侵害の形式をとる社会に対する犯罪」(offense against the

160) ビンディングは、すべての法益は社会的価値 (Sozial-Wert) をもっており、それが侵害されないことについては、全体 (共同体) が重要性を認めるのだとし、個人的利益はそれが社会的価値判断と一致するかぎりで保護されるのだと説いた (Binding, Die Normen, I, S. 340, S. 358, S. 360)。この考え方は、結局、法益を国家的利益 (Staatliches Interesse) とみなすことになろう。

161) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 6.

162) 戦後西ドイツの刑法改正に関連して、マウラッハは「新刑法典各則の体系論」をあらわし、そこで、法益の序列についての自己の見解および各立法例を説明している (佐伯千仞編『ドイツにおける刑法改正論—刑法学者の意見集—』182頁以下に邦訳がある)。

わが国の論議については、平場・平野編『刑法改正の研究2各則』(序論—平場安治, 社会の変化と刑法各則の改正—平野竜一, 比較法的にみた日本刑法各則の特色—沢登俊雄, 保護法益, 性質・分類・順序—内藤謙) に詳細な説明がある。

163) Snyder, Preface to Jurisprudence, p. 521.

164) Eser, p. 394 以下 (The Value Aspect of the Legal Interests の章) に判例の分析が詳しく展開されている。

165) 前出 (注 162) のマウラッハ論文および、前出 (注 154) のジナの論文 (特に, 89頁以下) 参照。

166) Snyder, False Pretenses, 24 Brooklyn L. Rev. (1957) p. 34, p. 38 (Eser, p. 401 から引用)

state in form of harm to the person) とつけかえることを示唆し、利益侵害を結局において社会的利益の侵害 (every invasion of any social interest) とみるなど¹⁶⁷⁾、法による保護の対象を個人から社会へと移す傾向が認められる。ホールも、社会倫理的価値の要素を利益概念に含ませる点で、また、利益を理念的にとらえる点で——この立場によれば、個人の財産的利益の保護は、結局、財産制度の維持という社会的利益の保護に転化される可能性もある——上記の傾向をあらわしている。アメリカの利益侵害論は、利害を調整して摩擦を除き、人間関係を整序することを法の使命とみる、いわゆる「社会学」的法律観に立ちながら「利益の系列」さらに「社会的利益の理論」を構成し、個人的利益も社会がこれに対してもつ利益に還元してその意味をとらえようとするパウンド¹⁶⁸⁾の影響を受けているといえよう。法が問題とする利益を、実定法概念たる権利としてのみ形式的にとらえることなく、また、自然法の形而上学的真空の中から導き出された絶対的価値とみることなく、これを社会的現実の中から抽出された相対的価値 (社会の生活条件) として理解する点で、パウンドもドイツの法益論も、等しくイエーリングの影響を受けていることは明らかであるが、法益侵害論の主流は、生活条件が相互に衡量され法的に保護される利益にまで高められたものを法益と定義し、法益は人間的存在にとって不可欠なものと理解するなかで、この人間的存在の核心を「個人」としての存在に求め、したがって、個人的法益に力点を置いた法益の序列化を予定したのであって、「公共の平穩」、「公序良俗」、さらには「取引の安全」といった概念を用いることにより「社会的」ないし「全体的」法益を拡大し、これらに個人的法益に対する優越的地位を与えることは、むしろ避けようとしてきたといつてよく、利益侵害論と法益侵害論の基本的な動向には、大きな隔りがあるように思われる。

(3) つぎに、利益侵害論の各主張者の見解を、ドイツにおける法益侵害論の流れの中で対照的にみておきたい。

167) Perkins, *Criminal Law* (1957), p. 653

168) 早川武夫、『アメリカ法学の展開』16頁以下、小野清一郎「ジェローム・ホルの刑法学と法理学」『刑罰の本質について』411頁など参照。

ここで注目をひくのは、ホールとミュラーが、共に行為者の主観的要素 (mens rea) と利益侵害 (harm) との相互依存関係を前提として犯罪の本質を説明している点である。犯罪は違法な (法益を侵害する) 行為であるばかりでなく、その行為をなした者に責任を問いうる場合でなければならないとするのは、ドイツの通説的な理論構成であるが、ホールの見解は、主観的要素 (責任) を利益侵害の必須条件 (necessary prerequisite of penal harm) とみなし、「責任がなければ、利益侵害は存在しない」¹⁶⁹⁾と主張するところに、ドイツの通説的理論との決定的な相異がある。ホールは、たとえば、責任無能力者の殺人行為が処罰されないのは、犯罪は成立するが責任能力の欠如の故に宥恕される (excused) のではなく、犯罪そのものが存在しないためであると説明し、この点でコモン・ローの法理論の中で特色ある見解を示しているが、犯罪の不存在は、行為者に責任がないという理由によるのではなく、殺人罪の予定する利益侵害が認められないためだと強調しているのである¹⁷⁰⁾。責任を規範的観点 (objective ethical meaning) からとらえつつ、上記のように論ずるホールの立場は、法の本質を行為者の意識に一定の動機を設定する「精神的な力」に求め、法規範の要求が向けられた義務者の行為にのみ違法を考へるとする、いわゆる主観的違法論の立場と極めて類似するといえよう。代表的な主観的違法論者の一人であるメルケルは、法を、一定の共同利益を侵害する行為の内容・範囲を指示し、それに該当する行為を禁止・命令する共同意思の表現として理解し、したがって、違法は、主観的には、すなわち形式においては共同意思の否定であり、客観的には、すなわち、実質においては共同利益の侵害の惹起とみなしたうえで、法規範の命令・禁止はその実効性を期待するものであるかぎり、当然にその名宛人 (義務者) の能力について考慮を払わねばならないという見地から、法は責任能力ある人間にのみ向けられ、責任能力者の意思の働きに帰しえない人間行動の結果について不法は問題となりえないと論じており¹⁷¹⁾、同様の立場をとるヘルシュナーもまた、法は道義的な力 (sittliche

169) Hall, p. 236.

170) Hall, p. 237.

171) メルケルの理論の要約については、竹田直平『法規範とその違反』254頁以下参照。

Macht) であり、それは人間の意思に義務を課するものであって、意思のみが法に対して違反しうると述べ、不法はあらゆる場合においてただ責任を帰しうる意思表示の形式においてのみ発見しうるのであるから、法益の侵害はそれ自体としては、その原因を人間の任意の意思行動に帰しえないかぎり、不法ではないとみなしている¹⁷²⁾。違法の観念を行為者の主観的關係との必須的相互依存のなかでとらえようとする思考において、ホールとドイツで展開された主観的違法論は共通の認識に立っている。しかし、ホールの理論は、違法(harm)の観念が責任の本質を規定するという非常に特色ある構成を示すことに注目する必要がある。すなわち、責任(mens rea)は、社会的な利益の侵害を意識的に惹起しようとする行為者の内面的状態(menetal state)に対する規範的評価の総体であるとされながら¹⁷³⁾、さらに、現実が生じた利益侵害(actual harm)とそれを意識的に惹起した行為者の内面的状態の二つの要素が責任の意義を決定すると説かれているのである¹⁷⁴⁾。主観的違法論の主張者が法益侵害と責任との相関関係を論ずる趣旨は、たとえばフェルネックによると、法益は法によってその保護を約束され保障されることによって成立する概念であり、その法的保護は、一定の利益を一定の範囲で尊重し保全すべき法的義務者を設定する以外の意味をもつものではなく、法的義務は法の命令・禁止に適応した態度をとりうる者に限られるのであって、したがって、法益侵害の観念も義務違反なしには概念的に成立しえないとする点にあるとされるが、ホールが利益侵害を責任の要素として位置づける意図は、責任を道徳の面にとらえてきた従来の傾向から脱却し、行為者の良心の問題ではなく客観化された倫理の面から責任を理解しなおそうとすることにあっただのであろうか¹⁷⁵⁾。すなわち、刑法上の責任は、行為者の反道徳的心情ではなく、意識的に利益侵害を惹起する内面的態度であることを強調しようとするあまり、客観的な利益侵害を責任の要素に組み入れてしまったとみるべきなのであろうか。この点に関し、エーザーは、犯罪的行為の客観的要素たる利益侵害と、主観的要素たる責任との概念的混同を

172) 竹田・前掲書 257 頁以下参照。

173) Hall, p. 146.

174) Hall, p. 72.

175) Hall, pp. 146—170.

指摘して、ホールの理論構成を批判している¹⁷⁶⁾。

また、ホールが利益侵害の契機を刑罰法規の条文解釈の問題と関連づけようとした点も¹⁷⁷⁾、ドイツにおける法益論の側面と類似していると思われる。周知のように、メツガーが、構成要件の実質的解釈は個々の法規の予定する法益保護の目的によるべきだと説き¹⁷⁸⁾、シュヴィンゲも、刑罰法規の内容を明白にするためには、いかなる法益が当該法規の保護の対象であるかを考察する必要があるとし、法益を指導的選択原理とすることによって刑法各則の概念構成が成就されると強調したように¹⁷⁹⁾、法益は違法の本質を規定するとともに、各構成要件の妥当な解釈を可能にするための指標であるとみなされているが、上記のホールの指摘は、こうしたドイツの法益論の認識と符合するといつてよからう。

ついで、何が法的に保護される利益たりうるかの問題を、憲法的な価値秩序との合致という観点から考察したスナイダーの見解とドイツの法益論の展開との関連に注目したい。スナイダーは、一定の行為を可罰的と規定する立法者の権能を制限する原理として利益侵害の概念を論じているが、いかなる利益を侵害することが可罰的たりうるかという点について、その判断の基礎を憲法に表示された価値に置いている¹⁸⁰⁾。そもそも、何が法益たりうるかの問題は、従来法益論が必ずしも十分に解明しないまま残してきた課題であって、リストが共同社会における価値判断によって決定される生活条件を法益と規定して以来¹⁸¹⁾、ユーザーに至るまで¹⁸²⁾、社会的に承認された利益を法益とみる理解が有力であり、一方、ビンディングに代表されるような、立法者ないし法秩序によって承認された利益ととらえる見解の流れも認められ¹⁸³⁾、さらに、戦後は

176) Eser, p. 394.

177) 前出106頁参照。

178) Mezger, Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss, 1938, S. 23.

179) 木村亀二「刑法に於る法益の概念」(宮本還歴祝賀・昭19) 48頁以下参照。

180) Snyder, An Introduction to Criminal Justice (1953), p. 760.

181) Liszt, ZStw. 3, S. 19.

182) ユーザーの法益理解については、伊藤研裕「現代法益概念の系譜と刑事不法論の課題(五)」法協99巻1号24頁以下参照。

183) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1. 3 Aufl. 1916, S. 353 ff.

連邦最高裁判所が自然法的価値秩序からする評価を法益の基礎にした例もある¹⁸⁴⁾。こうした状況にあって、ザックスは、すべての国家活動、特に、強制と結びつけられた法すなわち刑罰法は、それが基本法上の価値判断と一致する限りにおいて、合憲であると主張し、刑事立法の対象たる保護法益は、基本法上の価値判断と一致すべきだと説いたが¹⁸⁵⁾、この認識は、かれに先立って展開されていたスナイダーの見地と非常に似ている。しかも、ザックスが、基本法上の価値と刑法的価値（法益）は相異なる作用平面に属するものとして両者を区別し、法益を最終的な基本価値（基本的人権の保障）を実現するための「中間価値」と位置づける（したがって、生命・身体・自由・名誉・所有権のような諸価値に関しては両者は一致するが、たとえば、国家の安全、司法の運営、善良の風俗などは、法益であっても、基本法上の価値ではないとされる）ことと照応するように、スナイダーも、法的な保護の対象となる利益は、憲法上に明示された特定の権利ではなく、憲法の本質全体と合致するものだと解している¹⁸⁶⁾。すでにみた通り、アメリカの判例は、刑事立法の規制原理の一つとしてスナイダーと同様の立場をとっているが¹⁸⁷⁾、スナイダー、ザックスの理論が今後の利益侵害論および法益論に与える影響を注目したい。

結 び

日本の刑法学徒の扱う外国法の研究領域を拡げる必要性が、優れた先達たちによって指摘されるようになってきたとき、目についた論文が、1966年に公表されたエーザーの「犯罪概念における利益侵害の原理、刑法的に保護された利益の比較法的分析」と題する研究であった。犯罪の実質を法益侵害ととらえるドイツの伝統的な理論と極めて類似する思考の流れが、英米刑法とくにアメリカ

184) Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, S. 33 / 34.

185) Sax, Grundsätze des Strafrechtspflege, in : Bettermann / Nipperdey / Scheuner (Hrsg.) Die Grundrechte. Bd. 3, 1959, S. 909 ff.

186) Eser, p. 400 より引用。

187) 獨協法学13号, 45頁以下参照。

カ刑法の理論の中にも認めうることを示したこの論文は、従来ほとんど没交渉であるかみえていたドイツとアメリカの刑法理論が、その最も根源的な部分で共通の認識をもちうることを示唆した点で、非常に新鮮でかつ含蓄の深いものに思われた。これまで、英米刑法学は犯罪の概念を形式的に把握するのが一般だとされてきたことと対比してみたときに、なお小数説にとどまっているとはいえ、利益侵害という要素を中核に置いた犯罪の理解が一つの学説を形成しており、しかも、その思考が判例の中にも浸透している事実が論証されたことは、刑法学の比較法的考察を志向する者にとって、前途に光明を見出す思いがした。

本論文は、前記エーザーの研究を整理しつつ、かれが主要な関心を寄せたホルの理論を若干ではあるが独自に検討し、今後の進展の方向を探ろうとしたものであるが、その過程で最も困難に逢着した点は、ドイツおよびアメリカの刑法学が用いる「利益」概念の多様さであった¹⁸⁸⁾。この点の的確な理解なしには、犯罪の本質をめぐる両国の理論を対置することが、そもそも不可能であると思われる。法益概念の基礎とされてきた「財 (Gut)」、「利益 (Interesse)」、「価値 (Wert)」の解明が進まないために中断していた本論文を¹⁸⁹⁾、ホルの用いる“harm”を「利益侵害」と訳してよいのかさえ確信がもてないまま (小野博士は、前掲論文で「危害」と訳され、これは外部的な結果すなわちわれわれの刑法学において構成要件上の結果とするものにあたる」と述べておられる。)、出射教授のご退職を記念して発刊される本号に掲載させていただくのは、まことに恥かしい限りである。今後の精進をお約束してお許しただけたらと願っている。

188) この点についての示唆に富む論文として、吉田宣之「利益概念の包括性について——Heckの利益法学を媒介にして——」法学新報95巻5、6号75頁以下。

189) 法益概念を詳細に分析した近時の論文として、伊藤研祐「現代法益概念の系譜と刑事不法論の課題(一)～(六)」法協雑誌98巻7、8、9、11号、99巻1、3号。