

## 学位論文の要約

### 法益論—刑法における意義と役割—

嘉門 優

本書は、修士論文以来取り組んできた法益論研究に関する既刊論文に加えて、新たに各論的検討を行った原稿をまとめたものである。研究当初より、謙抑主義—刑罰という峻厳な強制力を行使するにあたっては必要最小限にとどめ、過剰な処罰は抑制されるべきことが要求される原則—をいかにして刑法上理論化していくのかということに関心を持ってきた。従来、法益論は「法益なければ犯罪・刑罰なし」という標語にもとづいて、立法論においては、保護法益の明確化によって刑事立法を批判的に検討し、解釈においては、犯罪の実質として法益侵害・危険を要求することで処罰限定的な機能を担っているとされてきた。しかし、筆者が研究を始めた2000年ごろには、ドイツ刑法学の影響を受けて、法益論には理論的な問題点が存在するとの指摘が数多くなされるに至っていた。つまり、現在に至るまで、保護法益の内容の明確化には成功しておらず、また、形式犯や抽象的危険犯規定の氾濫に見られるように、法益論は処罰を限定する機能を持っていないと批判されてきたのである。

法益論に関する著名な先行研究として、1960–70年代における内藤謙による法益論研究（『刑法理論の史的展開』（有斐閣、2007年）所収）がある。本書では、ドイツの研究を踏まえて、法益概念は、啓蒙主義における権利侵害説の自由主義的側面を受け継いで、実定法以前に所与の内実が存在しているとの見解が主張された。この見解は多くの支持を集め、法益論の処罰制約的機能の根拠とされてきた。しかし、伊東研祐による『法益概念史研究』（成文堂、1984年）において、内藤説において前提とされている法益概念の自由主義的性格は当然のものとはいいがたく、ドイツの法益概念史から見れば、むしろ、法益概念自体の刑事政策的な中立性・無関係性が導かれるべきだと主張された。

伊東説が述べるように、たしかに法益概念は歴史的にみると、むしろ新しい処罰規定を説明するために利用されたという経緯があり、法益概念そのものによって処罰を限定することは難しい。そのため、最近に至るまで、法益論の処罰限定機能に対する懐疑的な見解が多く主張されている。しかし、これらの批判的見解において、法益論に代わって処罰限定を行いうるような理論が提示されることはなかった。はしがきでも述べたように、法益論の理論的不備を強調するあまり、刑法上の諸原則の意義を否定し、現状肯定的な議論に終始するのでは、刑法学の役割を放棄したといっても過言ではないと考える。そこで、本書では、とくに近年厳しい批判が向けられてきた法益論の、刑法学におけるその意義と役割の再検討を目的とすることとした。

私見の骨子は、法益概念には、犯罪の実質として「法益に対する侵害・危殆化」を把握するための侵害対象としての、犯罪論における重要な役割が存在するという点である。これまでの刑法学において、処罰規定の正当化の問題は、一般的に「正当な法益の探求」と等置されてきた。しかし、処罰の限界を見出すためには、保護法益の探究だけではなく、「どのような範囲で、どのような攻撃態様に対して、刑法が介入すべきなのか」という「侵害・危険」の問題へと視点を移行させなければならないと考える。法益概念は侵害対象として、法益に対する侵害・危険の内実を把握させるという重要な役割を負っている点に再度注目されなければならない。

具体的には、第一に、抽象的危険犯の限定解釈について検討した。刑法には、殺人罪のように人の生命という法益を「侵害」する犯罪から、遺棄罪のように人の生命を「危険」にさらす犯罪が存在する。近年、後者の危険犯について、より早期の段階で犯罪を予防するためと称して、抽象的・潜在的な危険しかない段階で処罰を認める傾向が拡大してきている。そこで、本書ではまず既存の抽象的危険犯規定において前提となっている「抽象的危険」を分析・分類する作業を行った。その分類に従って、実際の適用段階においてその危険が現実的に存在しない場合には、「法益侵害・危険なければ犯罪・刑罰なし」の原則に従って不処罰とされるべきとした。

第二に、性犯罪について、性行為自体は同意の下での行為も含むという意味で中立性を有するため、「被害者の意思に反するかどうか」が決定的な要素とならざるをえない。しかし、被害者が望まない性行為というだけでは処罰範囲は無限定なものとなりかねない。そこで、性犯罪において前提とされるべき重大な性的侵害性について、判例分析を行うことで明らかにすることを試みた。性犯罪のように、個人の意思侵害の背後にある、実質的な「法益侵害」を把握することが適正な処罰範囲を判断する一助になると思われる。

以上の検討から、法益論の現代的な意義はいまだ残されていると結論づけた。もちろん、法益論によって処罰範囲がすべて明らかになるわけではなく、その意味で、法益論には限界がある。しかし、法益論に代替しうる有効な方策が現状では見いだせない以上、本書で提案した検討方法を充実化させることが有益であると思われる。今後さらに研究を進めていく予定である。