

《論説》

いわゆる機能主義刑法学について
——機能主義刑法学の検討(2)——

関
哲
夫

〔目次〕

序 本稿の課題

第一節 従来の刑法学における機能的考察

第二節 いわゆる機能主義刑法学について

はしがき

一 前提思考

二 意義

三 思想的・方法論的基礎

(1) 経験主義的認識論

いわゆる機能主義刑法学について(関)

- (2) 社会統制の手段としての刑法
- (3) 社会工学論 (以上、国士館法学二二号一五一頁以下)
- (4) いわゆる目的論的概念構成
- (5) 価値相対主義

第三節 いわゆる機能主義刑法学の検討

一 評価

二 疑問点・批判点

三 若干の検討——私見——

第二節 いわゆる機能主義刑法学について(承前)

三 思想的・方法論的基礎(承前)

(4) いわゆる目的論的概念構成 機能主義刑法学が、社会統制手段としての刑法の機能的な有効性を探究すると同時に、その機能の適切な限界の設定をも視野にいれているということは、とりもなおさず、機能主義刑法学が、そこに「実質的合理性」を指向する目的論的概念構成を導入していることを意味している。すなわち、反形而上学的視点から反証可能性を要求し、しかも、社会学的考察方法を採用することと相俟って、機能主義刑法学は、刑法解釈の方法として「目的論的解釈」を採るのである。その場合、機能主義刑法学は、「社会統制の手段としての刑法は、それ自体のなかに実質的な限定原理を内包している」という基本命題に立脚している。この点は、平野龍一氏の次の

記述にはっきりと看取することができる。

「刑法および刑罰にも、それ自体の実質的な限定の原理があるのではないか。刑罰は、個人の生命・自由・財産に対する重大な侵害である。……したがって、刑法を適用し刑罰を加えることは、できるだけ避けなければならない。刑法および刑罰は、『最後の手段』(ultima ratio)でなければならない。そしてこれを科する場合には、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ないし、また、他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ない。刑法には機能的・実質的な限界がある。⁽³⁸⁾」

このような認識は、実体的デュー・プロセスの理論を機能的考察方法を用いて基礎づける芝原邦爾氏にも見られる。『実体的デュー・プロセス(substantive due process)の理論』とは、憲法に規定された適正手続条項は、刑事手続の適正のみならず、刑事立法の実体的内容の合理性をも憲法上の要請として要求し、その内容が刑罰法規としての合理性がない場合は、デュー・プロセス違反として憲法違反となるという理論である。そしてこの理論の根底にあるものは、『刑罰法規の内容の適正が刑事制裁の限界を画す』⁽³⁹⁾という主張である。

このような「実質的合理性」を指向する目的論的概念構成の導入は、一方で、解釈論の領域にとどまらず立法論の領域をも指導する統一的な原理の探究を可能にする。この点は、「刑法の機能的考察は、解釈論と立法論とを一貫して考察し、両者を通じた批判的な原理を求めようとするのである⁽⁴⁰⁾」という平野龍一氏の言葉に表れているし、さらに、「刑事制裁の機能論」で得られた「結論は直接政策的提案として立法論へとつながっていく」が、しかし、「このような刑事実体法の内容の妥当性に関する立法論的主張も、可能なかぎり実定法の解釈論において生かさなければな

いわゆる機能主義刑法学について(関)

らない。そしてこの『政策論』と『解釈論』との間隙を埋め、両者をつなぐパイプとなるのが、実体的デュー・プロセスの理論に他ならない⁽⁴¹⁾』という芝原邦爾氏の言葉によく表れている。

また、「実質的合理性」を指向する目的論的な概念構成の導入は、他方で、法解釈の形式的な限界づけの（とりわけ、形式的な罪刑法定主義の）相対的な地位低下をもたらすことになる。この点は、平野龍一氏の次の記述に看取することができる。

「法典の用語は多かれ少なかれ不明確で、いくつかの意味を持ちうるものである。裁判官は『解釈』という形でそのどれかを選ばざるをえない⁽⁴²⁾。」その意味で、「実質的にいって、刑法でも法の解釈が裁判官の選択であり決断であるという事実は否定できない⁽⁴³⁾。」「どれを選ぶべきかは『ことば』自体のせんさくだけで済むものではない。結局は、それがもっとも合理的かという判断によって済む。目的論的解釈と呼ばれるものがそれである。……ただ刑法の場合、目的とは、単に犯罪の抑止という目的だけではなく、罪刑法定主義の根底にある二つの原理（民主主義・自由主義——括弧内引用者）、これにもとづく人権の保障、さらには刑法の謙抑性をも考慮に入れた、いわば刑法独自の高次の合目的性でなければならない⁽⁴⁴⁾。」したがって、「罪刑法定主義もまた、刑法の解釈にあたって、刑法が最後の手段であることを考慮して、謙抑的な解釈をしなければならないという政策的原理なのであって、刑法の規定の内容があらかじめすみずみまで定まっているという『神話』を肯定するものではない⁽⁴⁵⁾」のである。つまり、罪刑法定主義は「裁判官の選択行動を前提とし、これを一定の方向ないし枠内にコントロールしようとする技術なのであり、そのための『理論』にはかならないのである⁽⁴⁶⁾。」

いわゆる機能主義刑法学の主張するところによれば、法解釈の形式的な限界づけを設定しようとしても無益であり、罪刑法定主義の形式的保障の面はせいぜいのところ「刑法の解釈は厳格でなければならない」という解釈制約的なスローガンの意義を有するにすぎないのであって、むしろ、形式的な罪刑法定主義の根底にある実質的原理を考慮にいられた目的論的解釈によってはじめて、解釈者（ないし裁判官）の選択行動の合理性が判定される、ということになる。したがって、重要なのは、あくまで「刑法独自の高次の合目的性」に指導された目的論的解釈であり、形式的に理解された罪刑法定主義ではないということになる。

この点に関し、「今日の機能主義は、罪刑法定主義に一定の敬意を払う⁽⁴⁷⁾」という指摘がなされているが、それは、実質的な原理としての意味を込めた場合のことであって、論理的帰結として、機能主義刑法学において罪刑法定主義の地位が相対的に低下していることは、やはり否定できない⁽⁴⁸⁾。

(5) 価値相対主義 機能主義刑法学を唱える平野龍一氏が価値相対主義に立っていることは、つとに指摘されているところである。平野龍一氏は、次のように論述している。

「価値判断が相対的なものであることは、多少とも批判的な哲学の洗礼を受けた者にとっては、認めざるをえないことであるはずである。ただ現実の社会では、とくに基本的な価値観は事実上共有されており、あたかも客観的に存在するかのように見えることがあるだけのことである。むしろ現代は多元的な価値観が併存する時代であり、相互にトレラントなくつかの倫理が共存する点にその特色があるとさえいえることができる。」したがって、「『正しい解釈』はただ一つで、それ以外の解釈にもとづく判決はすべて『誤判』だといってみたところで、なにが『正し

い解釈』かは結局各人の主観的な判断にすぎず、絶対的に確定できるものではない以上、あまり意味のあることではない。⁽⁴⁹⁾」

この価値相対主義に関連して、碧海純一氏は、「現代情緒説（または「相対主義」）」が示唆する実践的意義について、次のように指摘している。

「第一は価値に関する多元論である。」「法的価値に関しては、法、特に近代民主制の法体制、のもつ最大の特長が、多元的に対立する価値観を平和的に統合・調整し、実行可能な政策を決定・実行すると同時に、ひとたび決定された政策を絶対のものとして、実行の経験に照らして修正して行くための、決して完全ではないがともかくワーカブルであり、しかもそれ自体が継続的に修正・改良可能であるところの社会技術を提供しているという点が、とりわけ重要である。」「現代情緒説が示唆する第二の点は、あらゆるタブーや権威から自由な合理的論議と批判の重要性である。このことはさらに二つの含蓄をもっている。第一に、複数の究極価値の認容は、それぞれの擁護者が相互に他の価値観を批判することの自由の必要であり、第二は、共通に設定された目的の達成のための手段の適合性——あらゆる手段に不可避であるところの『コスト』の面、すなわち、好ましからざる副作用の面、をもふくめて——についての、事実に立脚する論議の必要である。」「現代情緒説が正義論の面で与える第三の示唆は、我々は倫理的決定における主体的責任を原理上免かれえない、という結論である。このことは、論理分析や経験的探究の活用によって倫理的論議における合理性の射程を可能なかぎり大きくすべしという情緒説の立場と表裏一体をなす思想」である。⁽⁵⁰⁾

この点に関連して、所一彦氏は、「自己の選択する価値を明確に打ち出し、その価値の実現のために何が必要であるかを明らかにして行く態度もまた、機能主義者のとりうる一つの態度だということができる⁽⁵¹⁾」と論述しているが、これは正に、碧海純一氏の指摘する実践的意義へと連なるものであり、それと同趣旨のものであろう。

ところで、機能主義刑法学と価値相対主義との論理的関係について一言触れておきたい。機能主義刑法学は、もちろん、一つの思想的基盤に裏打ちされた理論体系をもって主張されている。しかし、それを（刑法）解釈学の次元で捉え直すなら、それは「一つの解釈方法論」と考えることができる。すなわち、機能主義刑法学の提唱する方法論と、それが依って立つところの思想的基盤や価値観とは、直接の論理的関連性を有しない。ただ、価値相対主義に立脚した場合、自己の相対的な言明ないしテーゼの合理性を「説得する」ために機能主義的な考察方法を採用するのが「有益である」という意味での関連性は存在するであろう。しかし、そうした関連性もただそれだけにとどまっており、それ以上でもそれ以下でもない。

(38) 平野龍一・注2文献・四頁。

(39) 芝原邦爾・注17文献・一頁。

(40) 平野龍一・注2文献・五頁。

(41) 芝原邦爾・注17文献・一二頁。

(42) 平野龍一・刑法総論Ⅰ（一九七二年）七六頁。

(43) 平野龍一・注1文献・二二八頁。

(44) 平野龍一・注42文献・七六一七七頁。

- (45) 平野龍一・注2文献・五頁。
- (46) 平野龍一・注1文献・二二八頁。
- (47) 所一彦・注22文献・一二〇頁。
- (48) 福井厚・注3文献・九〇頁、村井敏邦・注3文献（一橋論叢七五卷四号）四五八頁参照。なお、「座談会」これからの刑事法学」（ジュリスト六五五号・一九七八年・一九二頁以下）二〇〇頁における福井厚氏の発言も参照。
- (49) 平野龍一・注1文献・一〇九、二三七頁。
- (50) 碧海純一・注19文献・三〇八―三〇九頁。
- (51) 所一彦・注22文献・一二二頁。

第三節 いわゆる機能主義刑法学の検討

以下では、いわゆる機能主義刑法学に対する各論者の評価、および、提起された疑問点・批判点について概観し、さらに、私見として若干の検討を行うことにしたい。

一 評価

(1) 総括的评价 三井誠氏は、戦後日本の刑法学説史をほぼ五年単位で時期区分した上で、「第五期（昭和四〇年代前半）」の最大の特徴として、刑法研究の方法論、具体的には「刑法を一つの社会統制手段と自覚的にとらえ、果たすべき役割とその限界を経験的・機能的に分析しようとする」方法論が正面から展開されはじめたことを挙げ、

「以後、刑法学はどのような問題についても、機能的考察を離れては事を論じ得ないことを意識するようになった」と評している。⁽¹⁾

このように、一九六五年以後、次第に刑法解釈学の領域に浸透していった機能主義刑法学の方法論は、既に「意義」の項で述べたように、従来の伝統的刑法学のもつ内在的・外在的限界を指摘するものであり、その意味で、従来の刑法学にとって重要な意義を有していた。この点に関連して、機能主義刑法学に対して下された積極的な評価のいくつかを次に引用しておこう。

・「刑法の機能的考察は、伝統的刑法学の自己目的性と閉鎖的完結性のドグマを打ち破るといふ積極的な側面をもっている。それは犯罪学や刑事政策学の合目的的観点を固有の刑法学の分野に貫徹してゆくことを意味し、具体的には犯罪論優位の構成ではなく、刑罰論の側から見た犯罪論の再構成を促進することになると思われる。その結果、刑法におけるカテゴリカルな対立や世界観的な学派の対立という発想は消えて、合目的な有効性という量的問題の経験科学的説明が目ざされることになるであろう。⁽²⁾」

・「伝統的刑法学のとってきた体系整合的思考方法、秩序維持的刑法目的観、憲法その他の法律との関連性を断った刑法独自論、規範の正当な意味を認識するのが刑法の解釈であるとする考え等々に対して、機能的、問題点思考、個人法益保護の刑法目的観、他の法律との関連性、共通性を認める開かれた刑法観、解釈とは裁判官の価値判断であるという考え等々を対置して、刑法体系の上で安住している伝統的刑法学に攻撃をしかけた。⁽³⁾」

・「経験的・機能的な分析方法論」は、「動きが激しく価値観の多様化した社会における刑法の機能は何かといった

いわゆる機能主義刑法学について(関)

根本問題の再省察を促すと共に、処遇論の重要性を教え、それが刑法の解釈論にも微妙な影響を及ぼした。また、これが功利主義を重視する英米法的思考と結び付いていたため、戦後あまり影響を受けることのなかった英米刑法（同時に法学全般に広がりつつあった『経験法学』）に刑法学の目を向けさせる契機ともなった。⁽⁴⁾

(2) 個別的評価 機能主義刑法学に対してなされた積極的評価は、次のように要約することができよう。

① 伝統的刑法学の内在的・外在的限界の克服 既に「意義」の項でも論述したように、この点は正に機能主義刑法学が意図したところである。多くの論者が指摘しており、また、先の引用でもうかがえるところなので、これ以上の言及は不要であろう。

② 犯罪学・刑事政策学、その他の領域・法分野と刑法との架橋 機能主義刑法学は、社会統制の手段としての刑法、しかも、個人の生命・自由・財産に対する重大な侵害である「刑罰」を内容とする刑法、という視点で問題を考究していくので、自ずと、その重点は「犯罪論」ではなく「刑罰論」に置かれることになる。そして、機能主義刑法学は、発動された刑罰が現実の社会の中でどのような機能・役割を演じているかについての現実認識を踏まえ、刑罰をどの分野に、どの程度発動するのが「合目的」であり、「合理的」であるのかを探究しようとする。したがって、機能主義刑法学の主要な関心事は、犯罪学・刑事政策学のそれと重なり合っており、その方法論上の同質性——つまり、社会学的考察方法——と相俟って、犯罪学・刑事政策学および刑法学に対し、「合理的な社会統制」觀念によって指導された共通基盤を提供するのである。他方、機能主義刑法学は、（刑法を含めた）法を社会統制の手段と解し、「他の手段たとえば慣習的、道徳的な制裁、地域社会のインフォーマルなコントロールや民事的なコン

トロールが十分でないときに、はじめて刑法が発動する」という「刑法の補充性」を重視する。⁽⁵⁾ここでは、刑事的制裁（刑罰）も民事的制裁もその他の日常的な制裁（叱責や道徳的非難等）も、共に「社会統制の手段」として括ることが可能であって、場合によっては相互に代替可能であるという意味で、制裁の側の「同質性」が前提とされていると同時に、逆に、犯罪も民事的紛争もその他の「事件」も、共に「（フォーマル・インフォーマルな）社会統制手段」に服することが可能であるという意味で、事件の側の「同質性」が前提とされているのである。したがって、刑法は開かれた領域として、他の法領域と関連し、他の社会統制手段と連携すべき存在ということになる。

結局、機能主義刑法学においては、刑事的制裁（刑罰）、民事的制裁、その他の日常的な制裁の間に質的な差異を認めず、各々の制裁間に効果の点で強弱が存在するという量的な差異を認めるにすぎないことになる。しかも、この同質性の点は、犯罪、民事的紛争および日常生活で生じるその他の「事件」に関しても前提とされているのである。

③ 刑法研究の方法論の提示 この点を象徴するのが、例の「体系的思考から問題（解決）的思考へ」という表現である。この問題（解決）的思考は、当然の結果として、研究対象の個別化を要請する。というのは、「犯罪」一般および「刑事制裁（刑罰）」一般を論じても、それほど説得力ある理論が導き出せるとは思えず、反って反証可能性の損なわれた「空虚な公式」に陥る危険性があるからである。この点は、芝原邦爾氏の次のような記述に明確にうかがうことができる。

「刑法の機能的考察には、それぞれの犯罪類型の分野での実態があきらかにされなければならないという意味で、研究対象の個別化が不可欠である。」「刑法の社会的機能についての説得力ある理論が生まれるとすれば、それは各

いわゆる機能主義刑法学について(関)

犯罪類型ごとの研究の積み重ねによってであろう。⁽⁶⁾」

④ 実質的原理の探究 この点は、既に「思想的・方法論的基礎」の中の「いわゆる目的論的概念構成」の項で論述したので、これ以上の言及を避けたい。

二 疑問点・批判点

次に、機能主義刑法学に対して、各論者から提起された疑問点・批判点について概観してみたい。

(1) 機能的考察方法について 機能主義刑法学は、現代社会において刑法の果たすべき機能を考究しようとする。そこで、まず第一に、「機能」概念の中味が問題となるが、既に述べたとおり、これには二つの相が存在する。すなわち、現実的な機能概念の相と理想的な機能概念の相である。この点、機能主義刑法学は、「どういう役割をもつべきか」、「いかなる機能を持つべきであるか」あるいは「どのような機能をいとなむべきであるか」という叙述からうかがえるように、二つの相のうち理想的・理想的な機能を重視している。⁽⁷⁾他方で、機能主義刑法学は、社会学的な考察方法を用い、刑法あるいは刑罰が現実によどのような役割や機能を営んでいるかという事実認識をも尊重する。そこで、両者の関係が問題となるが、現実的な機能概念は、「合理的な」理想的・理想的機能概念を究明するための前提認識としての性格をもつものと考えられる。つまり、機能主義刑法学にとってあくまで探究すべきなのは、刑法の「営むべき機能」であって、刑法の「営んでいる機能」は「営むべき機能」を確定するための判断資料なのである。いずれにしても、現実的な機能概念と理想的な機能概念は、厳格に区別されなければならない。しかし、両概念は

往々にして混同されやすい。この点に関し、機能主義刑法学に対し、次のような危惧が表明されている。

「そうなる(両概念が混同されると)括弧引用者)、現実を理想化して、法の定立や運用をいかに有効にこの『現実』に適用させるかということのみが問題となって、現実に対する批判的研究がおろそかになりかねない。このような『機能的』観点が刑法解釈論に持ち込まれた場合の危険性は、目的論的方法の危険性の比ではない。⁽⁸⁾」

第二に、機能主義刑法学が、思想的基盤として価値相対主義に立脚していることと関連して、次のような疑問が提起されている。

価値相対主義の立場では、どの価値も最終的には根拠づけられないのであるから、「価値判断基準の設定の回避という傾向が生ぜざるをえない。」「この価値判断基準設定の回避の傾向は、法則概念の追放あるいはそこから必然性・因果性の契機の追放と相関関係にある法概念からの規範性の軽視の傾向とあいまって、国家の法形成活動の社会的評価の可能性を排除し、事実上『国家権力の担い手への決定権の委譲』を促進する機能を果すといわねばならない……⁽⁹⁾」しかも、価値相対主義は、「価値判断の対抗する現実生活の中で、いわば価値判断基準の設定を回避し、体制側が圧倒的情報メカニズムを駆使して国民のイデオロギー操作をしている中で、イデオロギー上の『中立性』にとどまることにより、体制追従の傾向をもたらすものと言わざるをえません。⁽¹⁰⁾」すなわち、機能的考察方法は、「積み重ねられてきた刑事実務(判例)の現状肯定」に傾き、保守的な面を有している。⁽¹¹⁾そのため、機能的考察方法の課題として、次のような指摘がなされている。

「機能的考察方法が、歴史的な、さらには階級的な考察方法を排除するとすれば、それは新たな危険を生むことに

なるであろう。機能的考察方法の方法論を問題にする中で、その『限界』を自覚しつつ機能的方法を導入し、実践的に検証してゆくことが必要であると思われる。⁽¹²⁾

(2) 形式的保障原理の軽視について 機能主義刑法学は、社会統制の手段としての刑法が果たすべき「実質的に合理的な」機能を指向し、いわば目的論的な概念構成を導入する。それは、解釈論と立法論との双方を貫徹する統一的な指導原理の探究を可能にするが、同時に、それは、形式的な保障原理の相対的な地位低下をもたらさざるをえない。確かに、平野龍一氏は、刑法の発動を限界づけるものとして「刑法の謙抑性」を考慮し、また、刑法の解釈という裁判官の選択行動を一定の方向ないし枠内にコントロールする技術として「罪刑法定主義」を承認し、刑法上の原則としている。しかし、それは、刑法の解釈にあたって、「刑法の謙抑性」をも考慮に入れた「刑法独自の高次の合目的性」に指導された解釈がなされなければならないことを保障する「政策的原理」としてである。平野龍一氏が、類推解釈と拡張解釈の実質的な相違に疑問を提起していることを考え合わせると、やはり、形式的な保障原理の地位が相対的に低下していると言わざるをえないであろう。

そもそも機能主義刑法学に対しては、「機能的考察ということと罪刑法定主義のような刑法上の原則とがどのような論理的関係にあるのか、必ずしも明確でない⁽¹³⁾」という疑問が提起されているが、さらに進んで、次のような危険性も指摘されている。

「わたくしは結論として、一方において日本の刑法および刑法学の近代合理化とそのための機能的考察方法の多くのものに賛成であるが、同時に他方それが『原則』とくに形式的保障をほりくずす危険があること、つまりそれだけではなお将来の刑法を見通すことができないのではないかと考えている。⁽¹⁴⁾」

結局は、機能主義刑法学の指向する「実質的合理性」をいかに担保するのが問われることになるが、次の指摘はこの点についてきわめて示唆的である。

「問題は、現代において刑法解釈の『合理性』を担保する制度的保証如何にある。そして、それは、国民の立法権への参加と司法への国民主権の貫徹によってこそ究極的に保障されうるものであり、そのような条件を欠いているかぎり、罪刑法定主義の形式的保障の側面を軽視することには、なお危険が伴わざるをえないのである。⁽¹⁵⁾」

(3) 刑法観について 周知の通り、機能主義刑法学は、刑法を社会統制の手段とし、刑法の目的は、国家自身の保護や倫理秩序の維持にあるのではなく、個人の生命、身体、自由、財産を保護することであり、その目的実現を通じて「市民的安全の要求」あるいは「市民的保护の要求」に応えることにあると解している。この点について、まず、次のような疑問が提起されている。

「刑法の『社会統制の手段』としての『機能』を論じながら、社会秩序の維持を目的として掲げず、また、秩序維持機能を刑法の機能から排除して考えることができるかは、疑問である。⁽¹⁶⁾」

また、重層性・双指向性を有する統制作用の主体に関し、次のような批判がなされている。

「第一次統制において統制される客体は、社会生活(民衆の行動)であるのに、第二次統制(「コントロール」)における統制の主体は、『民衆の利益のための』司法(裁判官)であり、民衆は国家権力(司法)の自己抑制に自ら委ねるほかないとされている。したがって、ここでは、国民の権利擁護闘争が持っている『第二次

統制』(「コントロールのコントロール」)の機能は無視され、裁判官法へと傾斜していかざるをえない。⁽¹⁷⁾」

平野龍一氏は、確かに、社会統制手段としての刑法において、社会生活をコントロールする主体は裁判官であると解しているが、その裁判官をコントロールする主体については明言していない。「学説の役割は、裁判官にはたつきかけて法をつくらせることにある。いいかえると、学説とは裁判官を説得しようとする努力にほかならないのである」とか、「法律解釈学は、この裁判官を説得してその行動をさらにコントロールするものである⁽¹⁸⁾」とかの記述からすると、法律解釈者(多くは学者ということになるか)をその主体と解されているようである。

さらに、「市民的保護の要求」に応えることを目的とする刑法が「個人間の利益の調節の手段としての性格をもつ」という理解に対しては、次のような批判がなされている。

「いかに『市民的安全保護』のためとはいえ、刑法を純粹に『個人間の利益調節の手段』として理解し、だから『刑法がいくらか積極的になってきてもよい』とすのは、果たして妥当であろうか。」というのは、「刑法は、民法とは明らかに基本的性格を異にする。刑法上の罪のほとんどについて、被害者の意思にかかわりなく、強大な国家権力を背景にして捜査が開始され、起訴、不起訴が決定され、刑罰という強力な制裁が科される」からであり、「しかも、刑罰という制裁手段は、利益調整機能を営むにはあまりに不適當であり、あまりに加害者の人権に深いかかわりがあり過ぎる」からである。⁽¹⁹⁾

(4) 社会観・国家観について 碧海純一氏は、「社会統合」過程が決して靜的な統合過程ではなく、安定と変化・発展の可能性との両立を特色とする動的な統合過程である、と特徴づけている。⁽²⁰⁾しかしながら、「社会統合」は、「社

会化」(「価値志向パタンの内面化」と「役割志向の状況的特定化」)と、これを補強する「社会統制」(「逸脱行動の統御」)とによって行われると解されている。したがって、ここでは、「社会統制」の前提として、基本的社会秩序の原則的な維持が指向され、社会は均衡と安全を保つものとして把握されていると考えられる。⁽²¹⁾この点に関連して、次のような危険性も指摘されている。

「ソーシャル・コントロールといっても現在の刑法では、そのソサエティの背後には当然国家があるわけですが、その点、何のためのソーシャル・コントロールなのかという点についての徹底的な追求というものが充分に行われていない。……意識的にか無意識的にか、この点はずしてしまっている。そのために、現状肯定という政治的役割りを果たすという危険性があるように思います。⁽²²⁾」

こうした機能主義刑法学の傾向は、それが背景に現代福祉国家論の国家観を抱えていることに起因するとの指摘がなされている。

「平野教授が、市民的安全の保護に関して、刑法や保安処分(教授は、市民的安全の要求は、保安処分の要求ともなってあらわれるとして、保安処分の導入を主張される)の積極的な役割を期待される基盤には、現代福祉国家論の国家観があると思われる。けだし、現代福祉国家論にあっては、国家はすでに市民の自由と権利に対立するものではなく、まさにその『保護者』として立ちあらわれる。このような国家観に立脚するかぎり、古典的な国家と個人の緊張関係は止揚され、国家の市民生活への干渉(それが刑罰であれ保安処分であれ)は、『保護』として積極的に是認されることになる。⁽²³⁾」

平野龍一氏は、機能主義刑法学と福祉国家論との関連性については言及していないが、碧海純一氏の次の記述は注目される。

「自由主義的諸国家に共通の発展趨勢」は、標語的に言うならば、「『夜警国家から福祉国家への』転換であり、国家機能の拡大・積極化であり、『私法の公法化』であり、そしてこの転換は国民の法生活の各分野においてさまざまな形で顕在化しつつあるところである。……国家機能の拡大は、そのままに放置されるならば、当然、『自由権的基本権』への重大な脅威に通ぜざるをえない。ここで、拡大された国家権力による『第一次統制』……に対し、いかにして有効な『第二次統制』を加えうるかという福祉国家の将来にとって最も根本的な問題が生ずる。⁽²⁴⁾」さらに、機能主義刑法学が、国家権力の分析を射程外に置くことによって、国家権力の刑罰による社会統制を「市民的安全の保護」という形で正当化してしまう楽観主義に対しても疑問が提起されている。

「何よりも刑法は権力としての国家刑罰権を合法化するものであり、国家権力のあり方に大きく左右されるものである。したがって、国家権力の分析を通じてはじめて、刑法の機能の分析に進むことも可能になるといえよう。この点、機能主義刑法学という『法益保護』および『自由保障』は国家刑罰権力の抑制原理ないし社会的安全の保障原理であるにとどまり、国家権力そのものの分析道具とはなりえない⁽²⁵⁾」どころか、「国家の階級的性格がますます明白になりつつある現状においては、その主張は、個人の生命、身体、自由、財産の刑法的保護の領域においてもまた、刑罰法規を運用する主体は典型的な階級抑圧の手段である治安立法を運用するのと同じの性格の主体であることを隠蔽する役割を果たすことになるものと思われる。⁽²⁶⁾」

多分にイデオロギー的な右のような疑問・批判に対して、平野龍一氏は、(一般論としてであろうが)次のように反論している。

「解釈法学万能的傾向(罪刑法定主義万能論も含めて)を維持することがすべてであるかのような考えが現状維持的であることはいうまでもないが、観念的な、イデオロギー的な批判も、一見親革新的であるかのように見えるが、実際には現状維持的なのである。⁽²⁷⁾」

三 若干の検討——私見——

(1) 機能主義刑法学の特徴　ここで、本稿の課題である「機能主義的法益概念」の問題にひきつけて、機能主義刑法学に関する私見を述べておきたい。

① 背景としての実益論の浸透　機能主義刑法学は、解釈方法論として、ある特定の解釈が社会に及ぼすべき効果あるいは実益をまず検討し、その後その理論構成を考究していく解釈方法を確立・浸透させるのに寄与した。そして、それを促したのは、いわゆる「法解釈論争」以降、「法解釈(特に、判決形成)においては価値判断が理論構成に先行している」という認識の定着であった。例えば、「要するに、判決の一部分たる……『解釈論的説明』は、その『理論』(客観的事実としての意味の探究)らしい外観にもかかわらず、実は『理論』ではない。それは、その本来の性質においては、裁判の結論の正当性の説得のためにつくられた『理論構成』、『理論の外観』をもつ言語的表現にすぎないのである⁽²⁸⁾」という記述や、「刑事裁判官の刑罰法規の適用の過程を論理的に分析してみると、「本質的

には、むしろ認定された事実から直接に結論が導き出され、その中間の論理過程ははっきり意識されない、という形をとるように思われる⁽²⁹⁾という指摘は、そうした背景の存在をうかがわせるものである。

このように、刑法あるいは刑罰の効果・実益の面における合理性・妥当性を重視する解釈傾向を背景にもつ機能主義刑法学は、一方では、体系的な理論構成を優先させ論理からの演繹的な処理を重要視する伝統的な刑法解釈学に対して疑問を提起するとともに、より広く、刑法解釈における理論構成の有用性やその位置づけに関し再検討を迫るものであった。この点を象徴するのが、例の『体系的思考から問題（解決）的思考へ』という標語であった。この傾向が刑法各論の領域に留まるものでないことは、例えば、「最近、刑法総論の分野において、理論上の諸論点を体系的にまとめ、論理的な整合性を競い合うという『体系的思考』の限界に挑戦し、個々の問題の内含する論点を検討し直すという『問題的思考』をかかげ、既存の概念を洗い直すという努力が示されている⁽³⁰⁾」という指摘からもうかがうことができる。

機能主義的法益概念を念頭においたとき、背景としての実益論の浸透は歓迎すべき傾向である。法益概念の二つの相（すなわち、利益概念と法的要保護性概念）に即して論述するなら、社会的現実生活において、利益概念はどのような役割・機能を有しているのか、あるいは、社会成員はどうして一定の利益を承認しようとするのか、そして、一定の利益が法的要保護性を付与されることは社会的現実生活にどのような効果・実益をもたらすのか、を考究する解釈方法を得ることは、機能主義的法益概念にとってきわめて重要な意味をもっているからである。それは、従来ともすると抽象的な議論に終始しがちであった法益論にとって、実り多い方法論と考えられるのである。

② 解釈方法論 他方、機能主義刑法学が展開したのは、解釈の（価値的）原理論ないし基準論ではなく、むしろ、解釈の方法論であったことを確認しておかなければならない。すなわち、ほぼ時期を同じくして唱えられた民法におけるいわゆる「利益衡量論⁽³¹⁾」がそうであったように、機能主義刑法学も一つの解釈方法論であって、法解釈の価値基準を問題にしたものではなかった。むしろ、解釈の方法論と基準論とを峻別したところに機能主義刑法学の特徴が表れているともいえるのである。

この点については、既に紹介したように「価値判断の基準の設定を回避するという白紙委任的な解釈傾向によって生じる危険性」が指摘されている。しかし、その危険性は、「解釈方法論」としての機能主義刑法学そのものに帰せられるべきものではないであろう。解釈方法論としての機能主義刑法学それ自体は、判例や学説が対立・錯綜している問題について、それぞれの理論やその結論がもたらす社会的な効果や役割を摘示し、これによって論争の対立点を整理し、その社会的意味を論者に明らかにする役割を果たす。仮に罪刑法定主義を形式的に理解するにしても、刑罰法規に解釈の幅が存在し、複数の解釈余地が存在することは否定できない。その場合、当該刑罰法規の規定に関する自己の解釈を「罪刑法定主義に適う」と主張したところで、水掛け論になるばかりで益がない。このような状況を打開する方法論として機能的考察方法が位置づけられるわけである。その意味で、機能主義刑法学は、理論的な論争問題が文字通り観念的な理論構成の対立に終始するのを回避し、理論的な対立に決着をつける有効な解釈道具を提供しており、いわば「論争解決的思考方法」と特徴づけることもできるのである⁽³²⁾。

後述するように、機能主義的考察方法という一種の社会学的考察方法により得られるのは、規範的「事実」であっ

て規範的「価値」ではない。しかし、機能主義的考察方法は両者の往復運動、相互作用の捕捉を可能にする。その役割を担う中心概念が、社会的「機能」概念である。機能主義刑法学と同様、機能主義的法益概念にとっても、この社会的「機能」概念は重要である。

③ 社会学的考察方法の具体的位置づけ さらに、機能主義刑法学が社会学的考察方法を刑法解釈学の中に導入し、具体的な位置づけを与えたことをあげなければならない。誤解を恐れずに述べるなら、確かに、社会学的考察方法それ自体から得られるのは、規範的「事実」の言明であって、規範的「価値」の言明ではない。しかも、規範的「事実」そのものからは規範的「価値」は生まれない。しかし、社会学的考察方法によって得られた規範的「事実」は、規範的「価値」の選択を適正に行うための事実的資料になるはずである。既に紹介した通り、碧海純一氏は、「社会学的解釈においては、文理上可能な複数の解釈が及ぼすべき社会的効果の予測とその目的論的考量が指導原理となる」と論じていた。しかし、私見によれば、「社会学的解釈」は、選択された規範的「価値」が社会的現実生活の中で規範的「事実」にどのような作用を及ぼすのかという側面だけでなく、逆に、社会的現実生活の中で新たに生じた規範的「事実」が規範的「価値」の範囲やその選択行動にどのような作用を及ぼすのかという側面をも捕捉するための方法論を提示していると思われる。換言すれば、「社会学的解釈」を標榜する機能主義刑法学は、法的現実と社会的現実の相互作用を捕捉する方法論を提示していると考えられるのである。

(2) 機能主義刑法学の限界

① 「体系的思考」の意義

機能主義刑法学は、「体系的思考」に対する「問題的思考」の重要性を強調したが、

これは、「体系的思考」の意義に関し新たな論点を生じさせた。すなわち、犯罪論の体系にはどのような意義があるのかという問題である。単純に図式化すると、「体系的思考」は、刑法の「体系的整合性」を重視するため、「演繹的」推論を前提とした裁判官の「受動性」を期待し、結論もたらす「平均的」正義による「法的安定性」を意図し、結論に対するいわば「体系的責任」を問題にする。これに対して、「問題的思考」は、刑法の「実践的合理性」を重視するため、「帰納的」推論を前提とした裁判官の「能動性」を期待し、結論もたらす「個別的」正義による「具体的妥当性」を意図し、結論に対するいわば「主体的責任」を問題にする。

機能主義刑法学は、後者の「問題的思考」を徹底して「体系的思考」を完全に排斥するわけではない。「体系的思考」に対しては「裁判官の思考を整理し、その判断を統制するための手段として」⁽³³⁾の意義を認めるようである。つまり、犯罪論の体系には「統制の統制のための手段」という限度で、その意義を認めるのである。しかし、「体系的思考」の意義はそれのみに止まるのであろうか。首尾一貫した犯罪論の体系は、判断者の認定を容易にするとともに恣意的解釈を排除し、慎重かつ精確な犯罪の認定を可能にする。⁽³⁴⁾これは、一方で、刑法の公平かつ安定的な適用の要求を満足させるとともに、他方で、判断者（とりわけ、裁判官）のくだす結論への予測可能性を高め、人権への萎縮効果を低減させる。その意味で、刑法における「犯罪論体系の重視」は基本的な要請と考えるべきである。⁽³⁵⁾しかし、ここで構築された犯罪論の体系は、唯一正しい絶対的な体系と考えるべきではないし、また、自己完結した閉じた体系と考えるべきでもない。すなわち、犯罪論の体系は、他の価値観にもとづく体系からの批判につねに開かれていなければならぬし、また、現実に生起する新たな問題状況からの要求にもつねに開かれていなければならない。⁽³⁶⁾比喩的

にえば、犯罪論の体系はつねに「生成途上の存在」なのであり、「帰納的探究」による補充を不可欠とする「演繹的体系」であり、「問題的思考」による反省を不可避とする「体系的思考」の産物なのである。

② 「形式的保障原理」の意義 既に明らかなように、いわゆる機能主義刑法学は、「社会統制の一手段としての刑法は、それ自体のなかに機能的・実質的な限定原理を内包している」という基本命題に立脚している。そして、その機能的・実質的な原理の内容をなすのは「刑法独自の高次の合目的性による実質的合理性」であり、これは「社会学的解释にもとづく目的論的解释」によって探究することができるとされている。その意味で、機能主義刑法学は、刑法の営むべき機能の「実質的合理性」の範囲を探究するための方法論であるということが出来る。いずれにしても、機能主義刑法学にとって、刑法の営むべき機能の限界を画するのは「実質的合理性」という実体的原理であって、決して形式的原理ではない。またそうであればこそ、「解释論と立法論とを貫徹する批判的な実質的原理」を探究することも可能なわけである。機能主義刑法学が立法論（刑法改正論議）に多大の影響を与えた理由の一つがここにある。そこで、機能主義刑法学のいう「実質的保障原理」——「実質的合理性」にもとづく保障原理——と、罪刑法定主義の「形式的保障原理」としての側面との関係が問題になる。この点については理論的に四つの立場がありうる。第一は、実質的保障原理の絶対的優位性を認めて、形式的保障原理の存在を全く否定し、機能的考察方法から得られた「刑法独自の高次の合目的性による実質的合理性」規準のみで刑法の機能的限界を画そうとする立場であり、これは、形式的保障原理としての罪刑法定主義を無用とする立場である。第二は、実質的保障原理の相対的優位性を認め、実質的保障原理の内容的合理性を担保するために必要な限りで、一つの構成原理として形式的保障原理を考慮するとい

う立場であり、これは、形式的保障原理としての罪刑法定主義を一つの政策原理として実質的保障原理の中に取り込む立場である。第三は、逆に形式的保障原理としての罪刑法定主義の相対的優位性を認め、形式的保障原理の枠内で適正さを実現するために実質的保障原理を考慮するという立場であり、これは、形式的保障原理としての罪刑法定主義の器に適正な内容を盛り込むための原理として実質的保障原理を用いる立場である。第四は、実質的保障原理と形式的保障原理とは互いに機能する領域が異なるとし、両原理を統合する上位原理が存在するという立場であり、これには、第一に、罪刑法定主義を実体的な上位原理として再構成し、形式的保障原理と実質的保障原理とを罪刑法定主義のいわば「内在的」原理として措定するやり方と、第二に、罪刑法定主義を形式的保障原理として維持しながら、罪刑法定主義の「外在的」原理として実質的原理を立て、両原理を統合する新たな上位原理を措定するやり方の二つがありうる。⁽³⁷⁾

既に紹介したところからもうかがえるように、機能主義刑法学の論理構造からすれば、本来、形式的保障原理は無いはずである。なぜなら、どの解釈を選ぶべきかは、結局のところ、どの解釈がもつとも「実質的な合理性」を有しているかによって決まるべきものだからである。裁判官が刑罰法規を広げて解釈したとき、機能主義刑法学にとっては、広く解釈したこと自体で「不当」とされるわけではなく、その解釈がもたらす社会的な効果・弊害、他の社会統制手段の有効性などを機能的に考量し、「刑法独自の高次の合目的性による実質的合理性」を有しているかによって、その解釈の「正当性」が判断されることになるはずだからである。そこには、形式的保障原理が作用する余地などなく、反って形式的保障原理は、機能主義刑法学にとって「実質的合理性」の判断を停止させてしまう桎梏の存在

となつてしまいかねない。こうした第一の立場へ行つてしまふ危険が存在するからこそ、機能主義刑法学に対して形式的保障原理を軽視するものであるという批判が出されたのであり、「機能的アプローチ」という方法論そのものには、こうした点（人権保障を弱めるといふ点―括弧内引用者）についての歯止めはない⁽³⁸⁾という危険性が指摘されているのである。したがつて、機能的考察方法の有益性は認めるとしても、右の第一、第二の立場を採るのは妥当ではない。

③ 「正当性」の規準 戦後の「法解釈論争」において一つの共通した認識となつていたのは、法解釈の性質について、それが実践的な行動であり、主体的な価値判断であるということである。機能主義刑法学は、（価値相対主義と相俟つて）多元的な価値観の併存を前提にして、主体的な価値判断である法解釈において唯一「正しい」解釈、およびそれを判断する客観的な価値規準など存在しないがゆえに、相互に自由な議論と批判を介して「実質的に合理的な」結論に到達することが重要である、と説く。したがつて、解釈者は、自由な議論と批判を可能にするために、考え方の筋道と論拠を明示して他の解釈者を説得すべき「主体的責任」を負っている⁽³⁹⁾。こうした主体的責任に適い、かつ、強い説得力を有する解釈が、「正当な」（正確には、「適切な」）解釈ということになる。したがつて、「体系的にいくらか不斉合であり、各要素の限界が明確でないものであつても、考え方の筋みちを明らかにするものであれば、そのほうがすぐれていることもありうる」し、さらに、「具体的事件に接してその持つニュアンスを十分に汲みつくした後に、適切な結論を考えるほうがいい場合もある⁽⁴⁰⁾」というのは、機能主義刑法学にとって当然の帰結であろう。こうした機能主義刑法学の主張はきわめて説得的であり、その意味で「適切な」見解であるが、若干の疑問もある。第一に、「技術的に最も合理的かつ有効な態様で、しかも、出来るかぎり摩擦の少ない態様で刑罰を用いる」範囲を

探究する機能的考察方法そのものが、当該解釈の正当性を根拠づける方法となつてしまふ危険性がある。すなわち、規範的「事実」発見の方法論それ自体が、規範的「価値」言明の正当化過程と混同される危険性があるのである。機能的考察方法は、一定の目的を有する刑罰法規の「最も合理的かつ有効な」適用範囲を確定するための判断資料を提示する方法論であつて、その判断資料をもとに、（形式的保障原理を逸脱しない範囲で）当該刑罰法規の最も合理的かつ有効な適用範囲を確定する判断はまた別次元の価値判断として解釈者に課せられているのである。もちろん、先の危険性は、機能的考察方法を用いる者が留意すべきものであつて、機能的考察方法そのものの欠陥というわけではない。第二に、機能主義刑法学は、犯罪論の体系的思考を批判して、「具体的事件に接してその持つニュアンスを十分に汲みつくした後に、適切な結論を考えるほうがいい場合もある」と指摘する。しかし、ある犯罪論の体系が事実の微妙なニュアンスを十分に汲みつくすことができないとしたら、それは、その体系の限界を示すものであつて、犯罪論体系一般を否定する根拠にはならないはずである。第三に、機能主義刑法学の提唱する「機能的考察方法」や「問題的思考」は、現行刑罰法体系にその解決を組み入れることができるかどうかを考慮せずに、まず望ましい解決を探究しようとするために、解釈者（裁判官）に対する法律の拘束力を弛緩させ、「在るべき刑罰法規による解決」を「現行刑罰法規による適正な解決」として押しつける危険がある。しかも、第四に、機能主義刑法学の場合、強い説得力を有する解釈が「適切な」解釈とされ、正当化される傾向を有するために、便宜主義に陥る危険もある⁽⁴¹⁾。また、第五に、機能主義刑法学は解釈の説得力を重視するために、刑法解釈学を「説得技法の学問」にし、さらに、刑法解釈学および裁判の法廷を「説得の場」とすることになるように思われる。

(3) 機能主義刑法学と機能主義的法益概念

機能主義刑法学の提唱する「機能的考察方法」・「問題的思考」はきわめて示唆に富み、機能主義的法益概念を構築する際にも多くの収穫を約束してくれる方法論であると考えられる。しかし、それを法益論の中で全面的に受容して、「法益」概念の中の「利益」概念の次元においても「法的要保護性」概念の次元においても区別なく採用する、いわば「最広義の機能主義的法益概念」を唱えることには疑問がある。なぜなら、それは、刑罰法規が保護している「法益」概念そのものを突き崩して、「法益概念不要論」に至る危険があるばかりでなく、そこまで行かなくとも、「法益」概念を、ある解釈がもたらす社会的利益・不利益、社会的効果・弊害等を調整する概念にしてしまう危険があるからである。したがって、立法論としてならともかく、解釈論としては、まず刑罰法規が保護している法益から出発して、それが社会的現実生活の中でどのような役割や機能を果たしているのか、そして、それが社会的現実生活の中でどのような機能変容を被っているのかを検討し、当該法益概念の内容と範囲を画定すべきであろう。その意味で、法益概念を構成する二つの概念のうち、属性としての「法的要保護性」概念の次元で機能主義的アプローチを採り、「法的要保護性」概念の中に「機能」概念を取り込む、いわば「広義の機能主義的法益概念」を基本的に妥当と考える。立法事実を前提にするという意味では、機能主義的法益概念は「現状肯定的」であり「保守的」かもしれない。しかし、それは解釈論としては当然の前提である。

(1) 三井誠「刑法学説史(二) 日本・戦後」(中山研一||西原春夫||藤木英雄||宮澤浩一編・現代刑法講座第一巻・一九七七年)一六三―一六四頁参照。

年)一六三―一六四頁参照。

- (2) 中山研一「刑法における機能的考察方法とその問題点」(同・現代刑法学の課題・一九七〇年)一一四頁。
- (3) 村井敏邦「刑法各論の方法論序説」(一橋論叢七五巻四号・一九七六年)四四七頁。
- (4) 三井誠・注1文献・一六四頁。
- (5) 平野龍一「現代における刑法の機能」(同・刑法の基礎・一九六六年)一一五頁。
- (6) 芝原邦爾・刑法の社会的機能(一九七三年)二五―二六頁。
- (7) 村井敏邦・注3文献・四五五頁参照。
- (8) 村井敏邦・注3文献・四五六頁参照。
- (9) 伊藤護也「論理実証主義批判」(マルクス主義法学講座第七巻・一九七七年)二四四頁。同旨、福井厚「刑法学の方法論の動向」(中山研一編・現代刑法入門・一九七七年)八八―八九頁。なお、(法的)価値基準に関する平野龍一氏の考え方については、平野龍一・注5文献・二四四頁参照。
- (10) 渡辺洋三||稲本洋之助||利谷信義||長谷川正安||福島正夫||藤田勇「〈討論〉現代日本の法思想」(渡辺洋三||利谷信義編・現代日本の法思想・一九七二年・二二二頁以下)二三二頁における藤田勇氏の報告。
- (11) 三井誠・注1文献・一六四頁参照。
- (12) 中山研一・注2文献・一一五頁。
- (13) 村井敏邦・注3文献・四五七頁。
- (14) 中山研一・注2文献・一三七頁。なお、三井誠・注1文献・一六四頁も参照。
- (15) 福井厚・注9文献・九〇頁。
- (16) 村井敏邦・注3文献・四五二頁。
- (17) 福井厚・注9文献・八六―八七頁。

いわゆる機能主義刑法学について(関)

- (18) 平野龍一・注5文献・二四三、二四六頁。
- (19) 村井敏邦・注3文献・四五三頁。
- (20) 碧海純一・新版法哲学概論(全訂第一版・一九七三年)七三頁参照。
- (21) 福井厚・注9文献・八一頁。
- (22) 吉川経夫Ⅱ木田純一Ⅱ沢登俊雄Ⅱ中山研一「〈討論〉現代刑法の思想」(渡辺洋三Ⅱ利谷信義編・現代日本の法思想・一九七二年)二七七頁における吉川経夫氏の発言。
- (23) 福井厚・注9文献・八四―八五頁。なお、注22文献・二八〇頁以下、中山研一・注2文献・一二〇頁以下参照。
- (24) 碧海純一・注20文献・九四―九五頁。
- (25) 刑法理論研究会・現代刑法学原論〔総論〕(改訂版・一九八七年)一二頁。
- (26) 福井厚・注9文献・八三―八四頁。
- (27) 平野龍一「刑法の機能的考察」(同・刑法の機能的考察・一九八四年)二五四頁。
- (28) 川島武宜・科学としての法律学(新版・一九七四年)一九六頁。
- (29) 中野次雄「刑事裁判官と刑法の理論」ジュリスト三二三号(一九六五年)二四頁。
- (30) 宮澤浩一Ⅱ大谷実編・刑法総論(一九七六年)「はしがき」iii頁。
- (31) 加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」(岩波講座現代法第一五巻・一九六六年・二五頁以下――同・民法における論理と利益衡量・一九七四年・三頁以下に収録)、星野英一「民法解釈論序説」(日本法哲学会編・法の解釈と運用・一九六七年・七五頁以下――同・民法論集第一巻・一九七〇年・一頁以下に収録)等参照。
- (32) この点を具体的事例で指摘しているのは、小田中聰樹Ⅱ所一彦Ⅱ中山研一Ⅱ西原春夫Ⅱ松尾浩也「刑事法における法の解釈」(ジュリスト増刊・法の解釈・一九七二年)二二〇頁における西原春夫氏の発言である。
- (33) 平野龍一・刑法総論Ⅰ(一九七二年)八八頁。
- (34) 西原春夫・刑法総論(一九七七年)六二頁、内藤謙・刑法講義総論上(一九八三年)一三九頁、前田雅英・刑法総論講義(一九八八年)九六頁。
- (35) 前田雅英・注34文献・九六頁。
- (36) 井田良「体系的思考と問題的思考」法学教室一〇二号八三頁参照。だからといって、「場合によっては違った体系で見ることによって、事物の持つ種々の側面が明らかになることもある」(平野龍一・注33文献・八八頁)というような便宜主義を認めるわけにはいかないであろう。むしろ、それは従来の体系がその役割を終えようとしていることを物語るものである。
- (37) 理論的にはもちろん、第五に、形式的保障原理の絶対的優位性を認めて、実質的保障原理の存在を全く否定する立場が、ありうるが、実体的デュー・プロセスの理論の趣旨が承認されている現在では、この立場は存在しえない。第四の立場のうち第一の考え方が現在の通説である。例えば、団藤重光・刑法綱要総論(第三版・一九九〇年)四七頁以下、大塚仁・刑法概説(総論)(改訂版・一九八六年)五三頁以下、中山研一・刑法総論(一九八二年)七〇頁以下、内藤謙・注34文献・上・一九頁以下、曾根威彦・刑法総論(一九八七年)一四頁以下、野村稔・刑法総論(一九九〇年)四二頁以下。
- (38) 団藤重光・注37文献・九六頁。
- (39) 棚瀬孝雄「法社会学的分析と法解釈学」法学教室一〇〇号八八頁以下、江口三角「体系的思考と問題的思考」法学教室一〇〇号八四頁以下参照。
- (40) 平野龍一・注33文献・八八頁。
- (41) 団藤重光・注37文献・九六頁。