

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 (1)——

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

一 「機能」概念の諸相

二 木村龜二の「機能」概念

三 団藤重光の「機能」概念

四 従来の刑法学における「機能」概念

五 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

いわゆる機能主義刑法学について(関)

- 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
 - (2) 社会統制の手段としての刑法
 - (3) 社会工学論(以上、本号)
 - (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——

序 本稿の課題

本稿は、刑法における「機能主義的法益概念」研究の一環として、いわゆる機能主義刑法学を検討しようとするものである。

(1) 「機能主義的法益概念」の用語 まず最初に、「機能主義的法益概念」という用語について、一言述べておかなければならない。「機能主義的法益概念」を考察するに当たっては、現代社会学において多くの社会学者の関心を引画定された範囲、および、明確化された内容について、論者の間に相互理解が存在すべきことを前提としながらも、結局は、便宜的な産物であるとも言える。それゆえ、本稿で「機能主義的法益概念」の用語を用いることも許されよう。

(2) 「機能主義的法益概念」の意義 確かに、刑法解釈学において機能的考察方法を採用すること自体は、目新しいことではない。しかし、法益論において機能的考察方法を採用「機能主義的法益概念」は比較的新しい試みである。そのため、必ずしも論者の間に共通の認識が存在しているとは言い難い。そこで、議論の前提として、その概念の対象を特定し、範囲を画定し、内容を明確にするために、ここでその概念を(暫定的ではあるが)定義しておくのが有益であろう。

「機能主義的法益概念」とは、最も広い意味では、社会学的「機能」概念を用いて規定された法益概念である。換言すれば、機能主義的アプローチを用いて獲得された法益概念である(「最広義の機能主義的法益概念」)。

(3) 「機能主義的法益概念」の諸相 既に別稿⁽¹⁾において指摘したように、法益概念は、中核としての「利益」概念と、これに対して付与される「法的要保護性」概念とに分析することができる。前者は実体概念であり、後者は属性概念である。

法益概念がいわば思考の次元を異にする二つの概念の統合の産物であることから、「機能主義的法益概念」の規定

方法についても、当然、二つのアプローチが存在する。すなわち、第一は、実体としての「利益」概念の次元で機能主義的アプローチを採り、「利益」概念の中に「機能」概念を取り込むものである。これに対して、第二は、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」概念を取り込むものである。第一の相を「狭義の機能主義的法益概念」と規定し、第二の相を「広義の機能主義的法益概念」と規定することにする。

(1) 拙稿「社会的価値秩序原理の一考察——『法益の優越的要保護性』をめぐって——」早稲田大学・法研論集二〇号（一九七九年）一三四—一三五頁参照。

第一節 従来の刑法学における機能的考察

一 「機能」概念の諸相

「機能」という語は、通常、「物のはたらき」ないし「物の作用」の意味で用いられるが、これもさらに二つの相に分析することができる。第一の相は、ある物が現実にとどのようなはたらきないし作用を営んでいるのかという観点から捕捉される「機能」の概念である。このレベルでは、現実的な *Sein* としての機能概念が問題とされ、したがって、事実認識の側面が重視されることになる。これに対して、第二の相は、ある物がどのようなはたらきないし作用を営むべきかという観点から捕捉される「機能」の概念である。このレベルでは、理念的な *Sollen* としての機能概

念が問題とされ、したがって、目的認識の側面が重視されることになる。

二 木村龜二の「機能」概念

従来、刑法学において「機能」の語は、理念的な *Sollen* としての性格を強く持っていた。

例えば、木村龜二氏は、①『刑法総論』（一九五九年）において、次のように論述している。

「ここで刑法規範の機能というのは刑法規範の論理構造の結論として成立する法的機能であって、その機能はこれを三つに区別することを得る。その一は保障的機能であり、その二は保護的機能であり、その三は規律的機能である。⁽¹⁾」（傍点引用者）「刑法規範の保障的機能と保護的機能と規律的機能の三つは刑法規範の論理的構造から由来するところの本質的機能であって、相互に不可分的に関連し、刑法規範の機能を形造っている。⁽²⁾」（傍点引用者）さらに、木村龜二氏は、②「刑法の目的と機能」⁽³⁾（一九六三年）という論文の中で、次のように論述している。

「刑法の目的は、法の理念の三つの要素たる正義と法的安定性と公共の福祉の刑法における結論として、刑罰の目的と個人自由の保障の目的と法益保護の目的という三つの目的を基本的なものと解すべきである。そして、刑法の機能もまた基本的には右の三つの目的に関連して理解せられねばならない。⁽⁴⁾」まず、第一の刑罰の目的は、「正義の実現であり、正義は法の理念であると同時に広く社会関係における道徳・倫理の理念でもあるから……、刑法の機能は、まず第一に、社会倫理的機能であるといわねばならない。⁽⁵⁾」つぎに、刑法の機能の第二は、法の理念の一としての法的安定性を基礎とする罪刑法定主義の結論たる個人自由の保障の目的に対応するものであって、……刑法の保障的機能である。⁽⁶⁾」最後に、第三の刑法の機能は、……刑法の保護的機能であって、これは法の理念の要素の

「たる公共の福祉を基礎とする刑法の法益保護の目的に対応する機能である。」⁽⁷⁾

木村龜二氏にあっては、①文献と②文献では、刑法規範の具体的機能の内容と序列に関して若干の変化がみられる。⁽⁸⁾しかし、刑法の機能については、①文献において、「刑法の論理構造の結論」として成立する「本質的機能」と性格づけており、正に、理念的な *Sollen* としての機能概念が観念されていることが窺われる。⁽⁹⁾この点は、木村龜二氏が、②文献において、刑法の機能は「法の理念」から帰結する「刑法の目的」を基礎として理解されるべきものであるという性格づけを行っていることから明らかである。

このように、木村龜二氏においては、法の理念および刑法規範の論理構造から生ずる基本的目的を基礎とし、それに対応して刑法の営むべきはたらき・作用という意味で「機能」の語が用いられている。そして、木村龜二氏において理念的な *Sollen* としての機能概念が強調される所以は、正に氏の次のような方法論と無縁ではないのである。

条文によって表示せられたところの刑法の「規範的意味を認識することが刑法解釈学の任務である。ところが、意味の認識ということは、もと意味ということが時間的・空間的制約を離れたものであるから、……これを外部から客観的に認識することは不可能であって、その内部から内面的に認識せねばならない。」⁽¹⁰⁾

三 団藤重光の「機能」概念

また、団藤重光氏は、『刑法綱要総論』(一九五七年)において、次のように論述している。

「法は規範である。それは自然法則のような法則と区別される。法則は必然性の関係であるが、規範は当為の関係である。」「刑法としては、犯罪に対する規範的評価をあきらかにして、これに対して適正な刑罰を定めるのが、第

一次的な任務である。刑法のこのような機能を規制的功能……、あるいは社会倫理的機能……と呼ぶことができよう。」⁽¹¹⁾(傍点引用者)

団藤重光氏も、木村龜二氏と同じように、刑法の「機能」の語を刑法の営むべき任務という意味で用いている。したがって、そこでも、理念的な *Sollen* としての機能概念が重視されている。ただ、団藤重光氏が、刑法の機能を明らかにするには犯罪現象の実情の認識が前提となること、実体法としての刑法は訴訟法との有機的な関連のもとに機能するものであること、および、いわゆる学派の対立の問題は世界観の問題であるとともに社会的地盤を離れて理解することは不可能であること等々、を強調している点からすると、理念的な *Sollen* としての機能概念の内容を規定するに当たって、事実認識の側面も重視していることが窺える。この点は、次のような『刑法綱要各論』(一九六四年)の論述にも示されている。

「ところで、犯罪の法律的定型は、いわば犯罪学的類型を法的なものに取り上げたものであり、一方では合理的・合目的・政策的考慮がそこに働いていると同時に、他方では過去に形成されて来た事實的・歴史的なものを根底にもっている。したがって、各論は、総論よりも理論的・体系的性格が弱く、それぞれの罪の定型を論定するについても、論理的よりも事實的・歴史的な考察が重視されなければならないことがすくなくない。この関係で、とくに重要な役割りを演じるのが判例である。……各論では各個の構成要件の定型的内容が判例の集積によって具体的に形成されることに重要な意味があるのである。」⁽¹³⁾

それにもかかわらず、団藤重光氏のこの点を過大評価することはできない。というのは、団藤重光氏はまた、「わ

たくしは総論における判例の機能ないし意味を決して軽視するものではないが、総論には一貫した理論体系がとくに強く要請され、これを強調することが刑法の保障機能に役立つものと考える。⁽¹⁴⁾と論述し、刑法規範の論理体系のもつ形式的な保障機能も重要視し、法実証主義的な傾向も示しているからである。⁽¹⁵⁾

従来、罪刑法定主義を前提にして刑法規範の論理体系の構築を主眼とする「Sollenの学問」としての刑法解釈学に対して、犯罪現象および犯罪原因を前提に犯罪防止のための国家的機関の施策を探究する犯罪学ないし刑事政策学が「Seinの学問」として存在していた。そして、刑法解釈学と犯罪学・刑事政策学とは画然と分離され、方法的にも、刑法解釈学においては規範的論理学としての方法論が、犯罪学・刑事政策学においては社会的事実学としての方法論が優勢であり、刑法解釈学において社会学的方法を採用することは罪刑法定主義にとってきわめて危険なことと考えられていた。団藤重光氏の認識は、従来のそうした認識を反映するものと思われる。

四 従来の刑法学における「機能」概念

このように、従来の刑法解釈学において、刑法の「機能」の語は、(一定の規範目的との関連において)刑法の営むべき任務という意味で用いられていた。しかも、ここでは、理念的な *Sollen* としての性格の強い概念が用いられていたのである。

思考のモデルとして、「理念的な本質・目的から概念構築へ」向かう思考方法を「下向き思考」と特徴づけ、「社会的現実から概念構築へ」向かう思考方法を「上向き思考」と特徴づけるなら、従来の刑法解釈学においては、もっぱら下向き思考の方法が採られていたということができる。ここでは、理論体系の整合性、概念分析の精密性に関心が

注がれていたのである。

この点は、「刑罰の機能」が論じられる場合も同様であった。すなわち、まず、基本理念として刑罰の「本質」が学派の争いとの関連で論究され、次に、その本質に対応する刑罰の「機能」が検討されており、ここでは、刑罰の本質から生ずる基本的な理念ないし目的を基礎にし、それに対応して刑罰の営むべき任務という意味で刑罰の「機能」が論じられていたのである。

五 従来の刑法学における機能的考察

以上、要するに、規範的論理学としての刑法解釈学にあつて、刑法ないし刑罰の「機能」が語られる場合に、第一に、刑法ないし刑罰が現実にとのようにはたらきないし作用を営んでいるのかという観点からよりも、刑法ないし刑罰がどのようなはたらきないし作用を営むべきかという観点から論議されていたのであり、第二に、その場合、重点は事実認識の側面ではなく目的認識の側面におかれ、理念的な機能概念が前面に出っていたのであり、第三に、そこで採られた思考方法は、刑法ないし刑罰の理念的な本質・目的から演繹される機能概念を提示する下向きの思考方法が採られていたのである。

(1) 木村龜二・刑法総論(一九五九年)八六頁。

(2) 木村龜二・注1文献・八九頁。

(3) 木村龜二「刑法の目的と機能」(刑法講座第一卷・一九六三年)一頁以下。

(4) 木村龜二・注3文献・二〇頁。

- (5) 木村龜二・注3文献・二三頁。
- (6) 木村龜二・注3文献・二五頁。
- (7) 木村龜二・注3文献・二六頁。
- (8) すなわち、刑法規範の法的機能として、注1の文献においては、保障的機能(「刑法規範が国家の刑罰権の発動を制限して個人自由の保障をするという機能」)、保護的機能(「刑法規範が犯罪を条件としてこれに対する法的効果として刑罰を規定していることが犯罪によって侵害又は脅威を与えられる法的に保護せられた価値又は利益を保護するという機能」)、および、規律的機能(「刑法が持っている国民の行為の規律としての機能」)を挙げている(木村龜二・注1文献・八六―八八頁参照)のに対して、注3の文献においては、社会倫理的機能(「犯罪に対する法的効果として刑法規範の内容とせられるところの刑罰が正義の理念に合致して行なわれ実現せられること」)、保障的機能(「犯罪と刑罰との関係を規定した刑法規範を原則として法律をもって規定し、犯罪については明確に輪郭づけられた構成要件を規定し、刑罰についてはその種類と内容を明確に規定し、一定の犯罪がなければ刑罰を科さず、刑罰を科する場合にはその前提たる一定の犯罪に対して規定せられた刑罰以外の刑罰を科さないこととし、刑法によって国家の刑罰権の発動を制限し、個人の自由と安全とを保障すること」と)、および、保護的機能(「法益の侵害とその侵害の危険を意味する犯罪に対して刑罰を科する旨を法律上規定し、さらに、なされたる犯罪に対して現実に刑罰を加えることによって、犯罪的危険と累犯の危険とに対して法益を保護するところの刑法の機能」)を挙げているのである(木村龜二・注3文献・二三―二六頁参照)。
- (9) なお、木村龜二・全訂新刑法読本(一九六七年)一三頁以下も参照。
- (10) 木村龜二・注1文献・一七頁。なお、木村龜二氏が詳細な解釈方法を展開したものととして、木村龜二「刑法解釋の本質」(東北大学・法学一四卷二号・一九五〇年)一頁以下、特に、二四頁以下参照。
- (11) 団藤重光・刑法綱要総論(一九五七年)九、一〇頁(同・改訂版・一九七九年・二二、一三頁)。
- (12) 団藤重光・注11文献・六頁以下(同・改訂版・六頁以下)参照。

(13) 団藤重光・刑法綱要各論(一九六四年)三一―四頁。

(14) 団藤重光・注13文献・四頁。

(15) 団藤重光氏の場合、刑法総論で要請される「一貫した理論体系に基づく刑法の保障機能」と、刑法各論で重要な「事実的・歴史的な考察に基づく判例の法形成機能」との関係が問われることになるが、団藤重光氏は、後に、次のような記述を加えることによって、この点を明確にした。

「けだし、個々の具体的事案に即して裁判所の下だす判断の集積によって、はじめて犯罪定型の具体的内容が形成されて行くのである。判例にこのような意味における法形成的機能をみとめることは、個々の構成要件の規定に必要なしほりをはかることになるかぎりにおいて、罪刑法定主義に反するものでないばかりか、むしろ罪刑法定主義を補充強化するものといふべきである。」(同・刑法綱要各論・改訂版・一九八五年・四頁)。

第二節 いわゆる機能主義刑法学について

はしがき

右のような傾向を持った刑法解釈学に対して重要な問題提起をしたのが、いわゆる機能主義刑法学であった。

周知のように、いわゆる機能主義刑法学の方法論を最初に提唱したのは、平野龍一編『現代法と刑罰』(岩波講座現代法第一一巻・一九六五年)の巻頭を飾る論稿、平野龍一「現代における刑法の機能」⁽¹⁾であった。⁽²⁾

本節では、いわゆる機能主義刑法学を「前提思考」、「意義」、および、「思想的・方法論的基礎」という項目に分けて内容を概観していきたい。⁽³⁾

一 前提思考

まず、いわゆる機能主義刑法学の前提となっている思考観点であるが、平野龍一氏の論述するところによれば、「刑法そのものの機能、すなわち、刑法が社会統制の手段としてどういう役割をもつべきか」(傍点引用者)⁽⁴⁾の観点、換言すれば、「現代のわが国において、刑法はいかなる機能を持つべきであるか、現代社会において刑法の持つべき役割はいかなるものであるべきか」(傍点引用者)⁽⁵⁾の観点を問題考察の中心に据える思考方法といえることができる。⁽⁶⁾

ここでまず第一に注意しなければならないのは、いわゆる機能主義刑法学がすでに刑法を「社会統制の手段」と規定していることである。この点については、刑法を機能的に考察することと刑法を社会統制の手段とすることの間には論理的な飛躍はないのか、逆に、両者を結びつける論理的必然性はあるのか、当然、問われなければならない。この点は、後に、「思想的・方法論的基礎」の項で触れることにしたい。第二に注意しなければならないのは、「機能」概念の諸相について、従来の刑法学と同様、理念的な *Sollen* としての機能概念が中心に据えられていることである。しかし、この点では、従来の刑法学とは異なる重要な方法論を内包しており、検討すべき点があるが、後に「いわゆる機能主義刑法学の検討」の項で考察したい。

二 意義

それでは、いわゆる機能主義刑法学は、従来の刑法学に対してどのような意義を有しているのであろうか。

(1) 従来の刑法解釈学のもつ内在的限界の指摘 まず、第一に指摘しなければならないのは、いわゆる機能主義刑

法学が、理論体系的な整合性を重視する従来の刑法学に対して重要な問題提起をしたことである。すなわち、主に犯罪論の理論構成に関心を向ける従来の刑法解釈学のもつ内在的限界を指摘したことである。この点は、平野龍一氏の次の言葉に窺うことができる。

「従来刑法学では、刑法の解釈とくに犯罪論の理論構成に力がそそがれてきた。この刑法の解釈や犯罪論の理論構成も、もともとは刑法のもつべき社会的機能いかんという観点からなされるべきであろうが、ともすれば理論がひとり歩きし、理論の精密さ、その体系的整合に関心が傾きがちであった。⁽⁷⁾」

この点は、従来の刑法学の「体系的思考」に対する「問題(解決)的思考」という対抗軸を提示する次の論述において一層明確となっている。

「昭和二十年代から三十年代にかけて、わが国の刑法学をほぼ独占していたのは、刑法解釈学であった。しかもその刑法解釈学の関心は、ほとんどもっぱら犯罪論の理論構成にむけられていた。その理論構成の中核をなしていたのは、構成要件という概念であった。そして構成要件とは何か、構成要件と違法要素、責任要素との関係はどういうものであるかなどが、学界の、議論の中心をなしていた。そして、これらの諸概念・諸要素の関係について新しい体系を考察することが学者の任務であり、功績であるかのように考えられていた。すなわち、いわゆる『体系的思考』が支配していたのである。社会が提供している問題をどう解決したらいいかという『問題(解決)的思考』はほとんど見られなかったといえる。⁽⁸⁾」

(2) 従来の刑法解釈学のもつ外在的限界の指摘 第二に指摘しなければならないのは、(第一の点と関連すること

いわゆる機能主義刑法学について(関)

であるが) いわゆる機能主義刑法学が刑法改正論議に対して重要な役割を果たしたことである。すなわち、主に観念的な概念に基礎を置く従来の法実証主義的な刑法解釈学のもつ外在的な限界を指摘したことである。この点は、平野龍一氏の次の言葉に端的に表れている。

「わが国でもいま刑法の改正が議題にのぼっている。刑法を改正する場合には、当然、刑法の果たすべき役割はなにかが問題になるはずである。ところが、わが国では、この点についての十分な反省のうえに立って刑法改正の事業が行なわれているか、かなり疑わしい。会議の席上でも、こういう条文を作るとどういふ効果があるか、それは適当であるかという議論のしかたではなく、こういう条文を作るとどういふ解釈になるか、という議論がたたかわれることが多い。機能の面は、せいぜい訴訟上立証が困難であるかどうかという議論くらいにとどまっているのである。」⁽⁹⁾

以上の二点を捉えて、福井厚氏は、刑法の社会的機能に対する関心が戦後の日本において高まった背景を次のように分析している。

「戦後、治安維持法等が廃止され、日本国憲法が制定されるとともに、罪刑法定主義が強調され、法規への拘束が重視されるようになると、戦前の新派(社会学派)の果たした役割が厳しく批判されることになった。その反面、罪刑法定主義を強調する旧派が高く評価されるようになり、戦後の刑法学の主流は、形而上学的な意思自由論を基礎とする旧派の立場から、ドグマティック内部の体系の構築に主要なエネルギーを注いできたのである。」「このような戦後日本の刑法学の状態に対して、刑法の社会的機能に対する関心を呼びおこしたのは、刑法改正問題であった

と思われる。けだし、形而上学的意思自由論を基礎とする旧派の立場からは、刑法改正問題に対してはせいぜい形式主義的な(ドグマティック内部からの)内在的な批判しか展開することができず、刑法改正がどのような社会的効果を現実に生じるのか、それは妥当か、というような刑法の社会的機能を分析することが十分にはできなかったからだと思われる。こうして、刑法改正問題が、刑法を改正するとどのような社会的効果が生ずるのか、それは妥当であるかどうか、すなわち、刑法の社会的機能に対する関心を呼びおこしたものと思われる。⁽¹⁰⁾

三 思想的・方法論的基礎

それでは、いわゆる機能主義刑法学は、どのような思想的・方法論的な基礎ないし特徴を有しているのであろうか。⁽¹¹⁾

(1) 経験主義的認識論 いわゆる機能主義刑法学を主張する平野龍一氏が経験法学の立場に立っていることは、既に多くの論者の指摘するところである。⁽¹²⁾ この点について、松尾浩也氏は、機能主義刑法学の底流には「ヨーロッパ大陸の成文法国で育った自由法運動と英米のような判例法国での法思想との合流」が存在していることを指摘する。そして、次のように述べて、それが機能主義刑法学にとどまらず、戦後の刑法思想の底流にもなっていることを示唆する。

「戦後の思想は、英米法の影響を相当強く受けているので、単なる自由法運動というよりは、むしろ司法過程の重視という方向へ、より経験法学的な方向へと動いているように思われます。⁽¹³⁾

① 反形而上学的視点 機能主義刑法学が経験主義的認識論の立場に立っているということは、第一に、それが正

いわゆる機能主義刑法学について(関)

に反形而上学的な視点に立脚していることを意味している。

碧海純一氏は、「形而上学的文章」について次のように論難している。

「形而上学的文章とは『真正な命題を表現すると称しながら、実は、タウトロギーをも経験的仮説をも表現していない文章』であると定義される。古来多くの哲学者は、経験的検証によらない思弁の認識能力を過大に評価し、また言語の機能を十分に理解せずに、ほしのままに仮象問題をみずからつくりあげ、それへの解答と称して、検証不可能な命題をつぎつぎとたて、経験科学の分野に不当な越境をこころみ⁽¹⁴⁾た。」

平野龍一氏は、「意思の自由と刑事責任」を論じた論稿の中で、次のように述べて反形而上学的立場を明らかにしている。

「決定論はしばしば、『すべてのことは決定されている』とアプリアリにきめてかかるものであるかのように考えられている。そのために、それは科学『主義』であり一つの形而上学であると批判されることもある。たしかに、それはわれわれが自己矛盾におちいらないために、最小限度必要な主義であり約束であるといってもいいであろう。しかし、この『すべてのことは決定されている』という命題は、すでに多くの学者が指摘しているように、正しいものではあるが無意味なものである。⁽¹⁵⁾」

② 社会学的考察方法の採用 機能主義刑法学が経験主義的認識論の立場に立っているということは、第二に、それが経験的事実の探究にあたって社会学的考察方法を重視することを意味している。「経験科学としての法律学」を唱えた川島武宜氏の次の記述に、既にこのことが指摘されている。

「従来の伝統的な形而上学的ないし教義学的法律学（法解釈学）が、その性質上、法社会学さらに一般の社会諸科学から超絶的に分離していたのに対し、……経験法学の実用法学は、法社会学さらには一般社会科学と理論的に連なるのであり、したがって相互にその成果の摂取が可能となるのである。⁽¹⁶⁾」

そして、機能主義刑法学が「刑法の果たすべき社会的機能」を問題考察の中心に据える以上、その不可欠の前提として「刑法が現実に果たしている機能」に関する事実認識が要請されるのであり、そのため、社会学的考察方法が求められることになるのである。この点は、芝原邦爾氏の次のような記述にはっきりと窺うことができる。

「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、それは各犯罪類型ごとの研究の積み重ねによってである⁽¹⁷⁾。」その場合の「各犯罪類型は、社会学的類型、すなわち、その時代の社会的条件に制約されて成立しているものである。⁽¹⁸⁾」

機能主義刑法学のこうした方法論は、碧海純一氏の述べる「社会学的解釈」を我々に想起させる。碧海純一氏は、「社会学的解釈」の意義を次のように論述している。

「自由法論以後の法解釈学においては、法を社会統制の技術とし、したがって法解釈学を社会統制のための実用学とする見地から、法による統制の対象としての社会生活関係についての知識を法の解釈において活用しようとする傾向が生じてきた。社会生活関係についての知識にもとづく法解釈を『社会学的解釈』とよぶならば、今日の進んだ法解釈学が社会学的解釈に依存する程度は次第に高まりつつあると言えよう。⁽¹⁹⁾」

そして、碧海純一氏は、「体系的解釈」と対比して、「社会学的解釈」の特徴を次のように指摘している。

いわゆる機能主義刑法学について(関)

「社会学的解釈は体系的解釈と同じように、与えられた法文の文理解釈上可能な意味をさらに限定し、明晰にする操作である。ただ体系的解釈のばあいには、限定操作が法的文脈への考慮によって指導されるのに対し、社会学的解釈においては、文理上可能な複数の解釈（もしその法文の現実の有権的適用において採用されたならば）が及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、というところに両者の差異がみとめられる⁽²⁰⁾。」

③ 反証可能性の要求 機能主義刑法学が経験主義的認識論の立場に立っているということは、第三に、それがあらゆる言明に対し経験的事実による反証可能性を要求することを意味している。すなわち、「すべての科学上の主張は、それに対して反証となるべき事実の生起が少なくとも論理的には可能であるようなものでなければならぬ。この意味での反証可能性が高ければ高いほど、その主張は実在世界について多くの情報をふくんでいると考えられる。法則的仮説の反証可能性（したがって経験内容）はその一般性に正比例する⁽²¹⁾。」ということである。この点を捉えて、所一彦氏は、次のように論述している。

「機能主義という『機能』は、……単なる観念的な『機能』を含まず、経験的事実によって検証されうるような現実的な機能を意味している。」「今日の機能主義は、単に検証可能なテーゼを用いるというに止まらず、実際に検証の努力をする。まただからこそ、検証可能なテーゼの使用という原則が厳格に貫かれるのである⁽²²⁾。」

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は、この理論の根底にある「刑罰法規の内容の適正が刑事制裁の限界を画す⁽²³⁾」という基本テーゼを論証するに当たって、次のように論述して「実証的研究」の必要性を説いている。

「このような実体的デュー・プロセスの理論のもとでは、第一に、その前提として『適正な刑罰法規の内容とは何か』という問題の解決が刑事実体法の個々の領域において果されなければならず、それはそれぞれの個別的な領域における『刑事制裁の機能と限界』の実証的研究を要請することとなる⁽²⁴⁾。」

(2) 社会統制の手段としての刑法 「前提思考」の項で述べたように、機能主義刑法学は、社会統制の手段としての刑法の機能的考察を強調する。換言すれば、機能主義刑法学は、「現代社会において刑法の果たすべき役割・機能」を探究するにあたって「社会統制の手段としての刑法」という観念を前提にしている。

碧海純一氏の論述を手がかりに、この「社会統制の手段としての刑法」の観念の中味を少しく探究してみたい。

① 「社会統制」の意義とその位置づけ まず、「社会統制」概念の意義であるが、碧海純一氏は、この概念を次のように定義している。

『社会統制』というのは、『なんらかの制裁によって個人の行動を一定の期待された型に合致させる過程』である、と解してほしい。この過程において用いられる手段を、『社会統制手段』とよぶ⁽²⁵⁾。」

そして、碧海純一氏は、「社会統制」概念を次のように位置づけている。

「およそいかなる社会も、存続するためには、基本的な秩序の維持を必要とする。このことは、換言すれば、社会集団の各成員の行動が一定のパターンに従って調整され、方向づけられなければならないことを意味する。この過程を便宜上『社会統合』(social integration)と称する」ならば、この「社会統合」は、まず、「社会の要求する基本的な『価値志向パターン』の個人人格への『内面化』(第一段階の社会化)」、および、その基礎の上に、「多様に変

化する状況に応じて、みずからの行動を役割期待に合致させる『役割志向の状況的特定化』（第二段階の社会化）」という二段階の「社会化」過程、さらに、逸脱行動の統御によって「社会化」過程を補強する「社会統制」過程によって実現される。⁽²⁶⁾つまり、「大体において、社会秩序の維持にとって基本的、第一次的に重要なのは社会化であって、社会統制のほうは、いわば補充的、第二次的であると考えられる」⁽²⁷⁾。

碧海純一氏にあっては、「社会統制」とは、「社会統合」（社会集団の各成員の行動を一定のパターンに従って調整し、方向づける）過程を実現するために、逸脱行動を統御することであり、同時にそれは、二段階の「社会化」（「価値志向パターンの内面化」・「役割志向の状況的特定化」）過程を補充・補強する過程を意味する。他方、平野龍一氏にあっては、確かに、「社会統制」概念が定義されているわけではないし、「社会統制」過程に関し用語の点でも碧海純一氏と異なるけれども、両者の見解はきわめて近似していると考えられる。というのは、例えば、次に引用する平野龍一氏の記述における「学習」の語を「社会化」に読み変えるならば、それが碧海純一氏の提示する基本構造ときわめて近似していることに気づくからである。

「社会は個人に対して、一定の基準に従って行動することを期待する。個人は、この基準を学習によって習得する。学習の基本的な過程は、快楽苦痛の原則によって支配される。基準に従った行動をとったときは賞讃などの快が与えられ、基準に違反したときは、叱責その他の苦痛が与えられる。このような過程が反覆されるに従って、基準は、快苦との直接のむすびつきがなくとも、行動の規範として感ぜられるようになる。いいかえると、社会の期待が個人の心理へ内面化し、独立の規範であるかのようになる。」そして、「社会は、その成員の基準から逸脱した

行動を統制するためにもやはりこの学習の過程を利用する。近隣親戚の非難、地域社会の排斥、社会的地位のはくだつ、社会的な運動儀式、マス・コミュニケーションの批判など。刑罰もまたその一つの手段である」⁽²⁸⁾。

② 社会統制の手段としての刑法 次に、「社会統制の手段としての刑法」の意義であるが、まず、碧海純一氏が「社会統制の手段としての法」について論述しているところを見てみたい。

法は、この「社会統制のための特殊な一手段」として、自覚的・意識的であり、制度的であり、政治権力によって原則的に担保されており、かつ、統制活動そのものの統制——つまり、「統制の統制」——が可能である、という点において、道徳、宗教、習俗などによる社会統制と区別される。⁽²⁹⁾そして、近代市民法体制のもっとも重要な特色は、「その統制作用の重層性・双指向性」、とりわけ、「第一次統制（国家権力による民衆の行動の統制）」に対する「第二次統制（民衆の利益のための国家権力の統制）」の第一次的重要性にある。その際、「解釈という操作が法の統制作用、特にその第二次統制作用、において特別に大きな重要性をもつということは、近代法体制の大きな特色のひとつであり、その理由はこの体制のもとでの社会統制が、……重層的構造をもち、複数の段階を通じておこなわれるという点に存する」⁽³⁰⁾。

機能主義刑法学は、碧海純一氏が正に「社会統制の手段としての法」として言及している構造を刑法の領域において具体的に展開したものといえよう。「統制の統制」について、平野龍一氏は次のように述べている。

「裁判官は法を適用することによって社会生活をコントロールしようとするのであり、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。法律学が、『コントロールのコントロール』であると

いわれ、また、法解釈学は科学ではなく技術であるといわれるのも、このような意味である⁽³¹⁾。

さて、前述した疑問、すなわち、刑法を機能的に考察することと刑法を社会統制の手段とすることの間には論理的な飛躍はないのか、逆に、両者を結びつける論理的必然性はあるのか、という疑問に一言触れておきたい。刑法の機能に関しては、例えば、規制的機能、抑止的機能、秩序維持機能、保護的機能、および、保障的機能が挙げられる⁽³²⁾。この点、機能主義刑法学は、刑法の機能を探究する前提として、刑法を社会統制のための一手段と解する立場を採っている⁽³³⁾。そして、刑法の（主たる）目的は個人の生命、身体、自由、財産という「社会の重要な利益」の保護であり、刑法は、この目的のために「苦痛をその概念的な要素とする」刑罰を科し、社会成員の基準から逸脱した行動を抑止し、もって社会を統制するのである、と解している。機能主義刑法学にとって、刑法は犯罪たる逸脱行動を統制するために採られる特殊な政策・技術なのである。すなわち、機能主義刑法学においては、「社会統制手段としての刑法」と「機能的考察」とが、あたかも車の両輪のように分かち難く結びつき、しかも、「社会統制手段」を統括概念として、刑法の諸機能（特に、法益保護機能、抑止的機能）が多段階的に配置され、重層的に統一されようとしているように思われる。

(3) 社会工学論 いわゆる機能主義刑法学は、「刑法は、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ことによって、社会的要請を充足しようとするものである」という考え方、すなわち、社会工学論的アプローチ⁽³⁴⁾を採っている。

碧海純一氏は、今日の先進諸国においては、「フォーマルな統制技術としての法の役割がいろいろな面で増大せざるをえない」とし、その背景を次のように分析している。

「まず第一に、法は、伝統的な、インフォーマルな統制手段の衰退によって生じた空白を埋める役目を負わされる。第二に、法は、近代・現代の産業社会における分業体制の巨大化・複雑化に応じて、それ自体が大規模で複雑・精緻な統制技術の体系として発展することを要求される。」⁽³⁵⁾「第三に、このような多方面にわたる法の役割の増大は、そのままにしておけば、どうしても国家的統制の過剰とそこから生ずる市民の個人生活への圧迫をもたらすが、こうした副作用に対する対策それ自体が、やはり新しい法技術を要求するということも、また見逃せないところである。」⁽³⁶⁾

また、平野龍一氏は、これまで「わが国で市民的安全の要求が弱かった」ことの事情を分析した後、次のように述べている。

「しかしこれらの事情は変化しはじめている。第一に、刑法の目的が市民生活の保護にあるという点は、今後さらに確認されてゆくであろう。第二に、社会の都市化にもなって地域社会の統制力はしだいに弱まりつつある。」⁽³⁷⁾「第三に、国民生活の向上と安定にともない、被害感受性は増大し、市民的安全保護の要求は強くなってくる。しばしば応報感情は中産階級のイデオロギーであるといわれるが、国民全体が中産階級化するにつれて、応報感情も強化されてくるのである。」⁽³⁸⁾

このように、いずれも、社会統制の手段として刑法の機能が増大することが予定されている。そのため、機能主義刑法学にとって、刑法の果たすべき機能の有効性の探究が重要であると同時に、逆に、その機能の適切な限界の設定

もまた重要な課題とされることになる。この点を、平野龍一氏は、次のように記述している。

「市民的安全の保護の要求の強大化自体は無視できない要素である。これを無視することは、個人という価値への無関心を示すことである。ここでは刑法は、弾圧の手段としてではなく、個人間の利益の調節の手段としての性格をもつ。したがって、治安刑法や倫理秩序維持の場合と異なり、刑法がいくらか積極的になってきてもよいのである。今後は、これらの要求をいかに調和し、いかにして刑法の適当な限界を発見し、いかにして副作用を避けつつ本来の効果を発揮させることができるか等々の問題を解決してゆくことが重要である。それがまさに社会統制の技術の学問としての刑法学の任務にはかならない。」(傍点引用者)⁽³⁷⁾

- (1) 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・九三頁以下——初出は、岩波講座現代法第一巻・一九六五年・三頁以下)。
- (2) 平野龍一氏は、自ら提唱した刑法の機能的考察の意義を後に再検討している。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・一頁以下)参照。
- (3) もちろん、いわゆる機能主義刑法学の全体像を捉えるためには、その主唱者である平野龍一氏の刑法学を分析する必要があるが、本稿は、機能主義的法益概念を研究する視点からいわゆる機能主義刑法学を検討するものであり、平野刑法学の全体像の分析は射程外に置かざるをえない。平野龍一氏の刑法学を分析したものととして、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・一〇六頁以下)、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・二六三頁以下)二七六頁以下、木田純一「平野(竜)理論」(同・戦後日本の刑法学・一九七二年・二二四頁以下)、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・四四二頁以下)、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・七八頁以下)、中山研一「平野教授の刑法思想」(同・刑法の基本思想・一九七九年・一六六頁以下)参照。

- (4) 平野龍一・注1文献・九三頁。
- (5) 平野龍一・注2文献・一頁。
- (6) 平野龍一氏は、「機能主義」的考察の語を使わなかった理由を次のように説明している。「ここで、『刑法の機能的考察』ということばを用い、『機能主義』ということばを用いなかっただけのも……『機能主義』という用語、よく機能を営むことそれ自体が望ましいことだという考えであるかのようにとられがちだからである。」(平野龍一・注2文献・五頁注1)。

- (7) 平野龍一・注1文献・九三頁。なお、同・二四七頁参照。
- (8) 平野龍一・注2文献・二頁。
- (9) 平野龍一・注1文献・九四頁。
- (10) 福井厚・注3文献(中山研一編・現代刑法入門)七九—八〇頁。
- (11) 以下の分析に当たっては、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)二三七頁以下が参考になった。

- (12) 例えば、中山研一氏は、次のように指摘している。

「戦後初期における平野刑法学の出発点は、目的的行為論への傾倒によって方向づけられるかに見えたのであるが、これを受けた他の論者による継受と目的的行為論の興隆にもかかわらず、平野刑法学は刑事政策と経験法学を土台として大きく転回し、刑罰論を経て最終的にあらわれた犯罪論は、かつての見解とは基本的に異なったものとして定着したのである。」(中山研一・注3文献(同・刑法の基本思想)一九四頁)また、中山研一・注3文献(同・現代刑法学の課題)一二四頁、木田純一・注3文献(同・戦後日本の刑法学)二一九頁以下参照。

- (13) 小田中聡樹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・一八五頁以下) 二二九頁。

- (14) 碧海純一・法哲学論集(一九八一年) 五九頁。
- (15) 平野龍一・注1文献・一四一―一五頁。なお、同書・一八頁注8も参照。
- (16) 川島武宜編・経験法学の研究(一九六六年)・「まえがき」二―三頁。
- (17) 芝原邦爾・刑法の社会的機能(一九七三年) 二六頁。
- (18) 芝原邦爾・注17文献・二七頁。
- (19) 碧海純一・新版法哲学概論(全訂第一版・一九七三年) 一四八―一四九頁。
- (20) 碧海純一・注19文献・一五二頁。
- (21) 碧海純一・注19文献・二五六頁。
- (22) 所一彦「刑法における機能的考察方法とは何か」(ジュリスト別冊法学教室〈第二期〉一九七三年) 一二〇頁。
- (23) 芝原邦爾・注17文献・一頁。
- (24) 芝原邦爾・注17文献・六頁。
- (25) 碧海純一・法と社会(一九六七年) 六三頁。
- (26) 碧海純一・注19文献・七二―七五頁参照。碧海純一氏は、「社会化」過程の分析に当たって、主にパーソンズに依拠して
いる。
- (27) 碧海純一・注25文献・六四頁。
- (28) 平野龍一・矯正保護法(一九六三年) 六、七頁。
- (29) 碧海純一・注19文献・七五―七七頁参照。
- (30) 碧海純一・注19文献・九〇頁。なお、同・八七―九一頁参照。また、碧海純一・注25文献・六三―七八頁、一一三頁以下、
特に、一二三頁以下参照。

(31) 平野龍一・注1文献・二四六頁。

(32) 西原春夫・刑法総論(一九七七年) 八一―一〇頁、同「刑法の意義と役割」(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) 一〇―一三頁参照。

(33) したがって、平野龍一氏は、「刑法そのものの機能」を直ちに「刑法が社会統制の手段としてもつべき役割」と言い換え
るのみで、刑法を機能的に考察することと、刑法を社会統制の手段とすることとの間の論理的関係については言及していな
い。なお、碧海純一氏も同じ様に、『法の社会的機能』と題する章において、「社会統制手段としての法」という観念を説明
抜きで前提としている。碧海純一・注19文献・七二頁以下、同・注25文献・一一三頁以下参照。

(34) 碧海純一・注25文献・一一九頁参照。

(35) 碧海純一・注25文献・一一七頁。

(36) 平野龍一・注1文献・一二〇頁。なお、同・一五四頁も参照。

(37) 平野龍一・注1文献・一二一―一二二頁。