

《論 說》

# 日本における結果無価値論・行為無価値論の 対立の行方

関 哲 夫

## 01 はじめに

### (1) 基本的視座をめぐる主な対立

刑法解釈学は、刑法の法文解釈という作業を通じて刑法の意味内容を明らかにする学問であるが、そこには、解釈者の基本的な思考傾向を規定するとともに、刑法解釈の帰結を方向づける基本的な視座が潜在している。その意味で、それは刑法解釈における「導きの星」ともいえよう。

本稿における中心課題である結果無価値論・行為無価値論についての考察に入る前に、日本の刑法解釈学における基本的視座をめぐる対立を概観しておきたい<sup>(1)</sup>。というのは、これによって、結果無価値論・行為無価値論の対立の意味がより鮮明になるのではないかと期待できるからである。

日本の刑法解釈学において、基本的視座をめぐる対立として重要なのは、戦前に議論された、いわゆる学派の争いにおける客観主義・主観主義の対立、戦後提起された体系的思考・問題的思考の対立、戦後大きな論争点となり、今なお続いている結果無価値論・行為無価値論の対立、形式的違法性論・実質的違法性論の対立の延長線上にあると考えられる形式的犯罪理論・実質的犯罪理論の対立、そして、新たな対立軸となりつつある事後処理型刑法観・事前予防型刑法観の対立である。

ここではまず、客観主義・主観主義の対立、体系的思考・問題的思考の対立、形式的犯罪理論・実質的犯罪理論の対立を概観しておきたい。

## (2) 客観主義・主観主義

刑法解釈学において、犯罪・犯罪者と刑罰についての基本的な理解をめぐる論争が、ドイツでは1890年代から、日本では1900年代から、なされた<sup>(2)</sup>。一般に、「学派の争い」と呼ばれる客観主義・主観主義の対立は、犯罪を構成する事実を何に求めるのかをめぐる争いと解することができる。

### ① 対立の内容

客観主義は、犯罪を構成する事実を外界に生じた具体的な行為・結果という客観的な事実を求める見解であり、古典学派（旧派）の視座である。その主張の要点をまとめると、次のようになる。

- ① 人間は、自由意思を有する理性的な存在である〔理性的人間像・意思自由論〕。
- ② 犯罪行為については、自由意思の発現として客観面に現実化した具体的な行為・結果が重視されるべきである〔客観主義・現実主義〕。
- ③ 科刑の対象は、行為者が行った現実の行為及びその行為がもたらした結果である〔行為主義〕。
- ④ 責任とは、自由な意思によりあえて違法行為を行うよう意思決定し、選択したことに対する道義的な非難である〔道義的責任論〕。
- ⑤ 責任能力とは、道義的な非難の前提として、自由に意思決定をなす能力である〔意思決定能力〕。
- ⑥ 刑罰とは、道義的責任ある犯罪行為に対して加えられる国家社会秩序からの害悪的な反動である〔応報刑論〕。
- ⑦ 刑罰は、それが法律に規定され、現実科せられることによって、社会一般人を戒め、犯罪から遠ざける機能を有する〔一般予防論〕。
- ⑧ 刑罰は責任（非難）を前提とし、保安処分は危険性を前提とするもので、両者はその性質が異なる〔二元主義〕。

これに対し、主観主義は、犯罪を構成する事実を行為者の反社会的な性格・動機などの主観的な事実を求める見解で、近代学派（新派）の視座である。その主張の要点をまとめると、次のようになる。

- ① a 人間は、素質と環境によって宿命づけられた存在である〔自然科学的人間像・意思決定論〕。
- ① b 犯罪行為については、行為者の主観面に存在し、犯罪行為に徴表された反社会的で危険な性格・動機が重視されるべきである〔主観主義・徴表主義〕。
- ① c 科刑の対象は、犯罪行為を行った危険な性格を有する行為者である〔行為者主義〕。
- ① d 責任とは、反社会的で危険な性格を有する者が社会防衛のための刑罰を受忍すべき地位である〔社会的責任論〕。
- ① e 責任能力とは、社会防衛処分としての刑罰によって教育・改善しうる能力である〔刑罰適応能力〕。
- ① f 刑罰とは、行為者の反社会的性格を改善・教育し、社会復帰を実現するための手段である〔目的刑論〕。
- ① g 刑罰は、個々の犯罪者を教育・改善し、犯罪者の再犯を防止する機能を有する〔特別予防〕。
- ① h 刑罰も保安処分も行為者の危険性を前提とし、行為者の教育・改善を目的とする点で同質である〔一元主義〕。

## ② 対立の現状

周知のように、近代学派の見解に対しては、それは罪刑法定原則を形骸化し、自由・人権を侵害してしまうという問題点が指摘され、現在では、戦後の新しい日本国憲法の理念にも合致するというのもあって、古典学派による客観主義の知見が基調となっている。

ただ、例えば、行為者の危険性に着目した保安処分の導入が議論され、短期自由刑を制限して罰金刑を拡充し、あるいは執行猶予・仮釈放の制度

を導入しているのは、近代学派の知見が一部導入されていることを意味する。また、意思の自由の問題について、非決定論から相対的意思自由論が主張され、決定論から柔らかな決定論が主張されているのは、両学派の歩み寄りと解することもできる。

### (3) 体系的思考・問題的思考

日本の刑法解釈学は、周知のように、ドイツの精緻な理論刑法学の影響を受けながらその理論を発展させてきており、現在もその傾向を残している。そのためもあって、日本の刑法解釈学は、理論的精緻性や体系的整合性を重視する傾向をもっている。「構成要件該当性・違法性・有責性」、「行為・違法性・有責性」あるいは「行為・構成要件該当性・違法性・有責性」という犯罪論体系は、外部から内部へ、客観から主観へ、抽象・一般から具体・個別へという犯罪の認定を実現するための理論体系である。この体系は、その基礎に、分析的で精確な判断こそが公正な犯罪認定を実現する必須の前提であるという信念が横たわっており、感情的・直感的な犯罪認定を抑制し、理性的・分析的な犯罪認定を可能にするとともに、他の国家機関からの干渉を排除し、犯罪を取り巻く社会状況や世論によって犯罪の認定がゆがめられることがないようにしたいという主旨で案出された人間の英知ともいえる。こうした体系的思考は、一方で、解釈者（裁判官）に対して刑法解釈の枠組み・限界を意識させ、他方で、社会成員に対して犯罪と処罰の予測可能性を提供するという利点を有している。

#### ① 対立の内容

しかし、こうした体系的思考にも留意しなければならない点がある。まず第1に、体系的思考は、堅固な理論体系を隠れ蓑にして、主観的な価値判断である法解釈の性質を隠蔽する手段となる危険がある。第2に、体系的思考は、抽象的・観念的・形式的な性質を色濃く持っているため、社会の現実生活から遊離した思考に陥り、現実の具体的状況に必ずしも適合し

ない帰結をもたらす危険がある。

こうした体系的思考の問題点を克服する方法として提唱されたのが問題的思考<sup>(3)</sup>であり、これを提起した論者は、次のように主張したのであった。すなわち、刑法解釈学の存在意義は、現実には生じた具体的な問題について妥当な結論を導き出すことにある、犯罪論体系に拘泥して体系的思考に偏りすぎるのは、体系のための体系に陥るものである、犯罪理論の体系はそれ自体に意味があるわけではないし、それ自体が目的なのではない、具体的な事件を眼前にしてその社会的意味を明らかにし、具体的な結論をもたらす社会的な影響を予測することによって、妥当かつ合理的な結論を採求することこそが肝要である、そのためには、犯罪理論・犯罪論体系に矛盾することがあっても、妥当な結論を導き出さなければならない場合もあるのだ、と。

## ② 対立の現状

問題的思考は、体系的思考の抱える欠陥を指摘し、傾聴に値する問題提起をしたことは否定できない。それほどに、日本の刑法学は体系的思考の傾向が強かったということでもある。しかし、問題的思考はアドホックで分裂的な思考方法を採用のものであり、便宜的な結論を容認しかねないという批判が加えられた。

結局のところ、体系的思考を完全に否定し去り、問題的思考を隔々にまで貫徹すべきであるという見解は、学説において支配的とはならなかった。むしろ、体系的思考を基礎としながら、問題的思考を必要に応じて採り入れていこうというのが、現在の学説の支配的な考え方といえる。

ただ、指摘おきたいのは、犯罪論体系及びそれに基づく体系的思考は、決して完結した閉鎖的なものではなく、常に社会の現実に関われ、他の体系論へも開かれた開放的な存在であるし、またそうでなければならないということである。体系的思考は、社会が提起する新たな課題に敏感に対応し、そのための新たな解決視点を提供するために問題的思考を活用すべき

である。刑法解釈学は、理論体系を前提にもちながらも、価値判断・価値体系を明らかにするとともに、それを絶えず批判的に検証する視座を内にもっている必要がある。犯罪論体系が現代の具体的な刑法問題を解決する給付力を持ち続けたいのならば、体系的思考と問題的思考は対立・矛盾するものと考えべきではなく、問題的思考を「取水口」にして体系的思考を常に「補正・補強していく」必要がある。

#### (4) 形式的犯罪理論・実質的犯罪理論

近時の犯罪理論を特徴づけるものの1つとして、従来の形式的・類型的な犯罪理論に代わって、実質的・価値的な犯罪理論が浸透しつつあることをあげることができる<sup>(4)</sup>。この対立は、違法性の本質をめぐる形式的違法性論・実質的違法性論の対立が、論争の場を移して、犯罪の認定に関わる理論的な対立へと拡大していったもの、その限りで、形式的違法性論・実質的違法性論の対立の「延長戦」ともいえるものである。

##### ① 対立の内容

形式的犯罪理論は、犯罪の認定に当たって形式的合理性を優先させ、刑罰法規の文言の文理的意味から導き出される形式的な枠・型を重視し、具体的な問題について、その枠・型の範囲の中で実質的妥当性を追求しようとする。つまり、この見解においては、形式的妥当性の枠内で実質的妥当性が追求されており、まさに形式的妥当性を中核とする形式的合理性を第一義とする見解といえる。

これに対し、実質的犯罪理論は、犯罪の認定に当たって実質的合理性を優先させ、刑罰法規の文言の文理的意味に拘泥しない実質的な価値判断を重視し、具体的な問題について、形式的な枠・型を超えて実質的妥当性を追求しようとする。つまり、この見解においては、形式的妥当性を犠牲にして実質的妥当性が追求されており、まさに実質的妥当性を中核とする実質的合理性を第一義とする見解といえる。

## ② 対立の現状

形式的犯罪理論・実質的犯罪理論との対立が端的に表れる場面として、例えば、罪刑法定原則における類推解釈の禁止の射程範囲の問題がある。形式的犯罪理論は、基本的に形式的合理性を担保する形式的な解釈、つまり文理解釈を重視するのであるが、この理論を支持する論者であっても、許される解釈の限界・枠について異なる見解が主張されている。例えば、各本条の予想する法的な犯罪定型・犯罪類型という構成要件の枠組みを基準にして許される解釈の範囲を画定しようとする見解<sup>(5)</sup>がある一方で、成文の言葉の可能な意味の範囲や、行為の時点で社会に通用している言葉の意味の限界という言語学的意味の枠組みを基準にして、許される解釈の範囲を画定しようとする見解<sup>(6)</sup>が主張されているのである。

これに対し、実質的犯罪理論は、基本的に実質的合理性を担保する実質的な解釈を重視するのであるが、この理論を支持する論者であっても、許される解釈の限界・枠について異なる見解が主張されている。例えば、国民の予測可能性の枠組みを基準にして許される解釈の範囲を画定しようとする見解<sup>(7)</sup>が存在する一方で、法文の言葉の本来の意味からの距離と処罰の必要性との比較衡量により、許される解釈の範囲を画定しようとする見解<sup>(8)</sup>も主張されているのである。

形式的犯罪理論・実質的犯罪理論の対立は、ほかに、実行行為の概念<sup>(9)</sup>、正犯の概念<sup>(10)</sup>、共謀共同正犯の理論の肯否<sup>(11)</sup>などをめぐって顕在化している。

## 02 違法性の諸側面

さて、結果無価値論・行為無価値論についての考察に入る前に、この議論の前提となる違法性の本質をめぐる議論を確認しておきたい。違法性の本質をめぐっては、次元の異なるいくつかの問題が存在するが、重要なのは、①主観的違法性論・客観的違法性論の対立、②形式的違法性論・実質

的違法性論の対立、そして、③結果無価値論・行為無価値論の対立である。

ここでは、①主観的違法性論・客観的違法性論の対立、及び、②形式的違法性論・実質的違法性論の対立について、少し観点を変えて考察してみたい。

### (1) 主観的違法性論・客観的違法性論

主観的違法性論・客観的違法性論の対立は、「刑法規範は誰に向けられているか」〔刑法の名宛人〕をめぐる争いと解することができる。

#### ① 対立の内容

「刑法規範は誰に向けられているか」という問いに対して、主観的違法性論<sup>(12)</sup>は、「刑法規範は、命令・禁令に従って行動できる者にだけ向けられている」と答え、命令・禁令を理解し、命令・禁令に従って意思決定することができる者だけが違法な行為を行うことができると解する。この説によると、命令・禁令を理解でき、それに従って行動できる者、つまり責任能力のある者の行為だけが違法性判断の対象となるので、違法性と有責性の射程範囲は一致することになる。

他方、客観的違法性論は、「刑法規範は誰に向けられているか」という問いに対して、「刑法規範は、森羅万象すべての事象に向けられている」と答え、刑法規範はあらゆる事象を対象としている、あるいは、「刑法規範は、すべての人に向けられている」と答え、刑法規範はすべての者、すべての人に向けられていると解し、違法性にとって、行為者の責任能力などの主観的能力や故意・過失などの主観要素は問題とならないと解する。この説によると、違法性は、行為者の責任能力、故意・過失と関係なく客観的に判断されるので、違法性と有責性の射程範囲は異なることになる。

## ② 対立の現状

犯罪行為に対する評価である違法性は客観的に、犯罪行為者に対する評価である有責性は主観的にという考え方は、一般に、「違法性は客観的に、有責性は主観的に」と表現される。この命題は、現在の学説において1つの原則として承認されており、客観的違法性論が支配的となっている。しかし、客観的違法性論の内部で、違法性判断の射程範囲をあらゆる事象にまで広げるのか、それとも人間の行為に限定するのかをめぐっては、今なお対立が存在する。

㉑違法性判断の対象は、自然現象・動物など森羅万象あらゆる事象における法益の侵害・危殆化の状態が含まれるとするのが、物的客観的違法性論<sup>(13)</sup>である。この説は、違法性判断は刑法規範にとって許容しがたい法益の侵害・危殆化の状態をいい、人間の行為に限定する必然性はないこと、刑法規範にとって許容しがたい事態を違法と評価するとき、それには人間の行為に係る「違法な行為」と、それ以外の事態に係る「違法な状態」とが存在しうること、違法性の対象に違法な状態を包摂したとしても、有責性の判断によって、違法な行為を行った有責な行為者に絞られることになるので問題はないことなどを根拠とする。そして、人的客観的違法性論に対しては、「不正」の範囲が限定されるため危険・危難に遭遇している者に酷な結果となると批判する。

これに対し、㉒違法性判断の対象は人間の行為に限られるとするのが、人的客観的違法性論<sup>(14)</sup>である。この説は、違法性判断は人間の行為を対象とするものであり、自然現象・動物に違法性の評価を加えても意味がないこと、犯罪の成否を判断する一環として「違法な行為」だけが問題となるのであって、「違法な状態」は問題とならないこと、違法性・有責性の刑法的評価は人間の行為を軸に行われるべきで、人間の行為を違法と評価し、その行為を行った行為者を有責と評価することが求められていることを根拠とする。そして、物的客観的違法性論に対しては、「不正」(36条)と「危難」(37条)の区別が曖昧になり、正当防衛と緊急避難の相違が没

却されると批判する。

現在、日本の学説は、「違法性は客観的に、有責性は主観的に」の命題を維持しており、客観的違法性論を基調としている。そして、客観的違法性論のうち、人的客観的違法性論がやや優勢で、それに対抗するのが物的客観的違法性論という状況にある。そして、いわゆる行為無価値論を主張する論者の多くは人的客観的違法性論を支持し、結果無価値論を主張する論者の多くは物的客観的違法性論を支持する傾向にある。

## (2) 形式的違法性論・実質的違法性論

形式的違法性論・実質的違法性論の対立は、「違法性に関する基盤を何に求めるか」〔違法性の基盤〕をめぐる争いと解することができる。

### ① 対立の内容

「違法性に関する基盤を何に求めるか」という問いに対して、形式的違法性論は、「実定刑罰法規に求める」と答える。例えば、「他人の財物を盗むのはなぜ違法なのか」という質問に対して、「それは、刑法 235 条に該当し、刑罰法規に違反するからだ」と答えるにとどまる。すなわち、行為が違法とされるのは、それが形式的に刑罰法規に違反しているからであると答えるにとどまるのである。この説によると、違法性とは行為が形式的に実定刑罰法規に違反することが要点となるため、違法性に量的な要素を包含させることができず、違法性には有無の判断しか存在しないことになる。

これに対し、「違法性に関する基盤を何に求めるか」という問いに対して、実質的違法性論は、「実定刑罰法規の依って立つ実質的な基盤に求める」と答える。例えば、「他人の財物を盗むのはなぜ違法なのか」という質問に対して、「それは、刑法 235 条の基礎にある実質的基盤に違反し、それを侵害・危殆化するからだ」と答える。すなわち、行為が違法とされるのは、それが実定刑罰法規の依って立つ実質的基盤を侵害し、危殆化する

るからであると答えるのである。そして、この実質的基盤をどのように解するかが、結果無価値論・行為無価値論の対立に反映されることになる。実質的違法性論によると、違法性とは行為が実質的に刑罰法規の基礎にある理念・原理に違反することであり、行為が実定刑罰法規を支えている実質的な基盤を侵害・危殆化していることが要点となるため、違法性に量的な要素を含ませることができ、違法性は有無だけでなく質量・程度の判断も可能となるのである。

## ② 対立の現状

「他人の財物を盗むのはなぜ違法なのか」という質問に対して、「それは刑法 235 条に反するからだ」という答えがなされると、そのような形式的な応答に対しては、さらに、「では、なぜ刑法 235 条は他人の財物を盗むことを違法として処罰しているのか」と問いたくなるはずである。その点、形式的違法性論は、違法性の形式的意味を答えるにとどまっており、「なぜ」という疑問に答えるものとなっていない。結局のところ、違法性判断の実質的基盤が問われることになるのは論理必然であり、現在では、実質的違法性論が基調となっている。

しかし、形式的違法性論が完全に排斥されたわけではない。刑罰法規においては罪刑法定原則が妥当している以上、国家刑罰権を刑罰法規の規定する範囲に限定する形式的違法性の概念は、あたかもこぼれ落ちる液体を容れる容器のように、重要な機能を果たしている。そして、形式的違法性論・実質的違法性論の対立は、その根底には、違法性の本質をめぐって形式的合理性を重視するか、実質的合理性を重視するかの対立が横たわっているが、この点は、犯罪の認定に当たって形式的合理性を優先させる形式的犯罪理論と、実質的合理性を優先させる実質的犯罪理論との対立と相通じるものが存在している。

### ③ 実質的違法性の意義

では、実質的違法性を探究する意味はどこにあるのか。実質的違法性の概念は、既に明らかにされているように、第1に、形式的な実定刑罰法規違反の判断の基礎にある実質的な基盤を提供してくれるが、それは同時に、違法性の判断に有無・程度の判断があることを明らかにし<sup>(15)</sup>、各刑罰法規は処罰に値するだけの違法性の質・量を前提に規定されているという可罰的違法性の理論を根拠づけることができる。また第2に、実質的違法性の概念は、違法性の実質的原理を提供してくれるので、その裏面として、正当化（違法性阻却）の一般原理を示唆してくれる。したがって、実定刑罰法規の規定に限定されない超法規的な正当化（違法性阻却）原理を明らかにしてくれ、超法規的正当化事由（違法性阻却事由）の存在を示してくれるのである。

## 03 結果無価値論・行為無価値論の対立

既に明らかのように、結果無価値論・行為無価値論の対立は、客観的違法性論に立脚したうえで、それでは、「違法性に関する基盤を何に求めるか」という問いに対して、「刑罰法規の基礎にある実質的な基盤（理念・原理）に求める」と答える実質的違法性論を前提とした議論であり、その意味で、「刑罰法規の基礎にある実質的な基盤（理念・原理）を何に求めるのか」をめぐる対立ということができる。

既に指摘されているように、1970年代、特にその後半から、日本で本格的に議論されるようになった結果無価値論・行為無価値論は、大別して、3つの見解に分けることができる。すなわち、結果無価値論、純粹行為無価値論、そして（二元的）行為無価値論である。

結果無価値論

（二元的）行為無価値論

純粹行為無価値論

## (1) 結果無価値論

### ① 概要

「刑罰法規の基礎にある実質的な基盤（理念・原理）を何に求めるのか」という問いに対して、「保護法益に求める」と答えるのが、結果無価値論である。

この見解は、法益論的アプローチにより、法益を基軸にして実質的違法性を構成する法益侵害説を採用し、違法性の実質を法益の侵害・危殆化という結果無価値に求め、当該行為は法益を侵害ないし危殆化したから違法であると説明する。ここでは、当該行為の法益侵害・危殆化の質量が重視され、かりに行為の態様が考慮されることがあっても、それがもつ法益侵害の一般的危険性の観点から考慮されるにすぎない。

この見解が、刑法の本質的機能について、法益保護機能を第一義に上げ、実質的違法性の裏面としての正当化（違法性阻却）の一般原理について法益衡量説・利益衡量説を基調とするのは、論理必然といえる。

（要点） 実質的違法性） 結果無価値：法益侵害説——法益論的アプローチ  
違法性阻却の一般原理） 法益衡量説・利益衡量説  
行為の態様） それらがもつ法益侵害の一般的危険性の観点から考慮するのみ

### ② 論者の主張

結果無価値論を主張する内藤謙氏は、次のように論述している。

#### ① 刑法と倫理の峻別

「刑法の社会倫理的機能を強調することは、歴史的・社会的存在としての法と倫理がそれぞれ独自の領域と機能をもたなければならないことを軽視している。近代社会は、法と倫理の区別をその一つの前提としており、近代法とその一部門としての刑法は、人間の重要な生活利益を保護するために存在するのであって、社会倫理を教えるために存在するのではない。

これに対して、近代社会における倫理は、もともと、人の内心を問題にするのであり、刑法の領域よりは高次元の、刑罰によって強制すべきではない領域のものである。」<sup>(16)</sup>

#### ⑥ 刑法の任務

「結果無価値論が違法の実質を法益の侵害・危険という客観的要素に求めるのは、刑法の機能・任務は人間の生活利益（法によって保護されるにいたった段階をみれば、『法益』といてよい）の保護にあるとする立場を基礎にしている。刑法は、社会倫理違反があったとき介入するのではなく、他人の生活利益の侵害・危険が発生したときはじめて介入することができるのである。」<sup>(17)</sup>

### (2) 純粹行為無価値論

#### ① 概要

これに対し、「刑罰法規の基礎にある実質的な基盤（理念・原理）を何に求めるのか」という問いに対して、「刑法規範ないし社会相当性に求める」と答えるのが、行為無価値論である。

この見解は、規範論的アプローチにより、刑法規範・社会相当性を基軸にして実質的違法性を構成する規範違反説を採用し、違法性の実質を行為の規範違反性ないし社会相当性からの逸脱という行為の無価値に求め、当該行為はその目的・態様等からみて社会規範・社会相当性の準則に違反したから違法であると説明する。そこでは、当該行為の規範違反の質量が重視され、かりに法益の侵害・危殆化が考慮されることがあっても、それがもつ規範違反の一般的危険性の観点から考慮されるにすぎない。

この見解が、刑法の本質的機能について、規制機能、秩序維持機能を第一義的に上げるのは必然といえる。それゆえ、実質的違法性の裏面としての正当化（違法性阻却）の一般原理についても、目的説・社会倫理説・社会相当性説を基調とすることになる。

(要点) 実質的違法性) 行為無価値：規範違反説——規範論的アプローチ  
 違法性阻却の一般原理) 目的説・社会相当性説  
 主観要素) それがもつ社会倫理秩序違反、社会相当性逸脱の観点  
 から

## ② 論者の主張

日本の学説において、純粹行為無価値論を主張する論者<sup>(18)</sup>も存在する。しかし、ここでは、ドイツにおいて、純粹行為無価値論を強力に主張した H.Welzel 氏の論述を紹介しておきたい。

### ① 行為無価値

「不法は、行為者人格から内容的に切り離された結果惹起（法益侵害）に尽きるものではなく、行為は一定の行為者の作品（Werk）としてのみ違法なのである。すなわち、行為者がいかなる目標設定（Zielsetzung）を目的活動的にその客観的な行為に与えたのか、行為者がいかなる心構え（Einstellung）からその行為を行ったのか、その際にいかなる義務が行為者に存在していたのか。これらのすべてが、生じるかもしれない法益侵害（Rechtsgüterverletzung）とともに、行為の不法（Unrecht）を規定する基準なのである。違法性とは、常に、一定の行為者に關係づけられた行為の否認である。不法は、行為者關係的な『人的』な行為不法（Unrecht ist täterbezogenes, “personales” Handlungsunrecht.）である。」したがって、「法益侵害（結果無価値 Erfolgsunwert）は、刑法上、人的に違法な行為（行為無価値 Handlungsunwert）の内部でのみ意味を有する。人的行為無価値はすべての刑法上の犯罪の一般的な無価値（der generelle Unwert aller strafrechtlichen Delikte）である。事態無価値（Sachverhaltsunwert——侵害された、あるいは危殆化された法益）は、数多くの犯罪（結果犯と危険犯）における非独立の要素である。具体的な場合において、行為無価値は無くなることはないが、事態無価値が欠けることがある。例えば、不能未遂がそうである。」<sup>(19)</sup>

## ⑥ 刑法の任務

「刑法の任務は、基本的な社会倫理的心情（行為）価値の保護（der Schutz der elementaren soziaethischen Gesinnungs-（Handlungs-）werte）にあり、基本的な社会倫理的な行為価値を保護することによる法益の保護（der Rechtsgüterschutz durch den Schutz elementaren soziaethischen Handlungsunwerte）である。」<sup>(20)</sup>

純粹行為無価値論によると、人的に行為不法をなす人的行為無価値は、刑法上のすべての犯罪の一般的な無価値であり、この人的行為無価値の要素をなすのは、主観要素（内心の要素）、すなわち目標設定、心構えなどの目的性であり、法益の侵害・危殆化という事態無価値（結果無価値）は、多数の犯罪における非独立の要素、人的に違法な行為の部分要素にすぎず、事態無価値が欠けても行為無価値は欠けることはないという。

## (3) (二元的) 行為無価値論

### ① 概要

現在の日本の学説においては、結果無価値と行為無価値とを総合した二元的な見解が有力であり、通常、この見解を行為無価値論という。この二元的な見解は、一般に、実質的な違法性とは社会相当性の範囲を逸脱した法益の侵害・危険化であると定義することからも明らかなように、むしろ二元的行為無価値論、総合的行為無価値論と呼ぶのが適当であるが、慣例に従って、以下、この見解を行為無価値論と呼ぶことにする<sup>(21)</sup>。

この見解が主張されるのは、純粹行為無価値論が社会倫理的秩序・社会倫理的規範を過度に重視することに対して、学説の中にアレルギーや警戒感があるからである。この見解は、刑法の本質的機能として規制機能、秩序維持機能を主張するが、実質的違法性の概念について、倫理的色彩を払拭した規範違反、行為準則違反、社会相当性からの逸脱を強調する傾向が強い。

(要点) 実質的違法性) 結果無価値+行為無価値: 規範違反説——規範論的アプローチ  
 違法性阻却の一般原理) 社会相当性説  
 主観要素) それがつ規範違反性、社会相当性逸脱の観点ないし  
 法益侵害の危険性の観点から

## ② 論者の主張

この行為無価値論を主張する板倉宏氏は、次のように論述している。

### ① 刑法と社会規範の関連

「法は生活利益を保護するためにあるのであるから、法益保護こそ刑法の基本原則であるということから、結果無価値論に徹するのも、一面的な考え方ではあるまいか。たとい、法は社会倫理を教えるために存在するものではないとしても、やはり、社会生活上のルールとして客観化された社会規範を強制するための手段であるという役割をもっていることも否定できない。生活利益を保護するためにもこのような社会規範は必要なのである。」「法益を侵害しても社会規範上是認される行為はしばしばあるのではあるまいか。社会規範をはなれて行為の違法性を論ずることはできないのであり、生活利益の侵害という面だけでなく、行為の社会的相当性からの逸脱という行為無価値面も考慮して違法性を論ずるとするのは、法益の保護・社会規範の維持という刑法の機能からも、基礎づけることができるのではあるまいか。」<sup>(22)</sup>

### ② 実質的違法性

「社会生活の複雑化にともない、各種の法益が複雑に交錯し、場合によっては法益相互の衝突が生じている現代においては、法益の侵害という結果の無価値のみによっては、実質的違法性を論ずることはできない」のであり、「社会相当性を欠いた法益侵害が実質的違法性の実体をなすとするとらえ方は、こうした現代の社会生活関係の実態にマッチしたものなのである。刑法の基本原則を法益保護であるとし結果無価値論を徹底させることは、違法性を実定法違反としてとらえたかつての形式的違法論——価

値観や生活利益（法益）の対立が比較的ゆるやかであった古典的田園の社会においては妥当しえた思考方式——に逆行することになるのではあるまいか。」<sup>(23)</sup>

#### （4）判例の傾向

判例の傾向について一言触れておくと、偽装心中事件につき、1958年（昭和33年）の最高裁判決<sup>(24)</sup>は、「本件被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する」と判示している。

また、保険金目的同意傷害事件につき、1980年（昭和55年）の最高裁判決<sup>(25)</sup>は、「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものであるが、本件のように、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって、被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであつて、これによつて当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である。」と判示している。

これらの判例からも、判例が行為無価値論の立場に立っているのは明らかであろう<sup>(26)</sup>。

## 04 若干の考察

結果無価値論と行為無価値論（二元的行為無価値論）の対立は、刑法の本質的機能の問題から刑法総論・刑法各論における諸問題に至る広範な論

点について、その帰結を方向づけている。

## (1) 刑法総論・刑法各論の主な論点

### ① 刑法総論の主な論点

刑法総論における主な論点について、結果無価値論と行為無価値論の見解を対比すると、以下のようになる。

	結果無価値論	行為無価値論
刑法の本質的機能	法益保護機能	規制機能・秩序維持機能
実質的違法性	刑法の保護する生活利益の侵害・危殆化〔法益侵害説〕	社会相当性を逸脱した法益の侵害・危殆化〔規範違反説〕
正当化の一般原理 判断思考	法益衡量説（優越的利益説） 法益論的アプローチ	社会的相当性説 規範論的アプローチ
主観的違法要素	否定する傾向 ただし、目的犯の目的、未遂犯（着手未遂）の故意について肯定説あり	肯定する傾向
主観的正当化要素	否定	肯定
過失犯	旧過失論（予見可能性が中心）	新過失論（新新過失論）（結果回避義務が中心）
未遂犯・不能犯	客観的危険説・具体的危険説	抽象的危険説・具体的危険説
共犯	因果的共犯論・惹起説	不法共犯論・責任共犯論
可罰的違法性	法益侵害の（絶対的・相対的）軽微性	法益侵害の軽微性＋社会的相当性からの逸脱の軽微性

### ② 刑法各論の主な論点

刑法各論における論点について、結果無価値論・行為無価値論の対立がどのように反映されるかに関する議論は、必ずしも深まってははいない。それは、刑法各論における各論点には、その論点固有の特殊事情が存在するため、結果無価値論・行為無価値論の対立が必ずしも直截に反映されるとは限らないからである。

例えば、偽装心中につき、殺人罪（199条）が成立する<sup>(27)</sup>のか、それとも自殺関与・同意殺人罪（202条）の成立にとどまる<sup>(28)</sup>のか、また、偽証罪における陳述の虚偽性につき、主観説を支持する<sup>(29)</sup>のか、客観説を支持する<sup>(30)</sup>のかの議論では、結果無価値論・行為無価値論の対立が反映されていると考えることができる。他方、例えば、公務執行妨害罪における職務行為の適法性の判断基準につき、行為時標準の客観説を妥当とする<sup>(31)</sup>のか、それとも裁判時標準の純客観説を妥当とする<sup>(32)</sup>のかの議論は、論者の結果無価値論・行為無価値論の立場を直接反映したものとはなっておらず、錯綜した議論状況となっている。その原因は、職務執行という国家的法益と個人の権利・自由という個人的法益とをどのように比較衡量したらよいか、より具体的には、行為時の事情を前提にしたときには適法とされた職務が、事後的・客観的には適法性を根拠づける事情・要件を欠如していたがゆえに違法とされる場合をどのように処理すべきなのかという、公務執行妨害罪固有の特殊事情を考慮した結果が、論者の見解に反映されているからだと考えられるのである。

## (2) 若干の考察

ここで、結果無価値論・行為無価値論の対立において議論された論点のうち、主観要素と「違法性は客観的に」の命題との関係、及び、主観要素と実質的違法性との関係について、若干の考察を加えておきたい。

### ① 主観要素と違法の客観性

現在の支配的見解のように、客観的違法性論の立場に立ち、「違法性は客観的に」の命題を承認するにもかかわらず、違法性の判断に当たって、目的・意図・故意などの主観要素を考慮するのは、客観的違法性論の立場と矛盾するのではないかという批判が加えられる。

この批判に対して、行為無価値論は、3点にわたって反論する。第1点は、判断基準の客観性による反論である。すなわち、「違法性は客観的に」

にという命題は、違法性の判断基準が客観的であるべきことを要請するものであって、たとえ違法性判断の資料として主観要素が考慮されたとしても、違法性判断の基準が客観的である限り、客観的違法性論と矛盾するものではないと反論するのである。次に、第2点は、主観要素の二面性による反論である。すなわち、例えば、故意という主観要素は主観面に存在する要素であるが、法益の侵害・危殆化という結果無価値あるいは規範違反性という行為無価値に色づけを与える主観的違法要素であるとともに、直接的な反規範的人格態度を徴表する責任要素でもあり、違法性の判断においても有責性の判断においても考慮されるべきは当然であって、それを違法要素として考慮したからといって客観的違法性論に矛盾するわけではない<sup>(33)</sup>と反論するのである。そして、第3点は、判断次元の相違による反論である。すなわち、主観的違法性論・客観的違法性論の対立で明らかのように、違法性が主観的か客観的かは、違法性と有責性との関係に関わる問題であるのに対し、結果無価値論・行為無価値論の対立は実質的違法性の判断対象に関わる問題であって、主観的違法性論・客観的違法性論の対立とは次元が異なるのであり、したがって、行為無価値論を採ったからといって、責任能力までも違法性判断の対象とするわけではないので、客観的違法性論と矛盾するものではないと反論するのである。

他方、結果無価値論はその点は一貫しており、違法性判断の客観性は法益の侵害・危殆化という結果無価値を徹底することによって実現されるのであり、この点に影響を及ぼさない主観要素は違法性からできるだけ排除することによって担保される、その意味で、違法性判断の基準も対象も客観的であるべきで、違法性の判断において主観要素・行為態様等を考慮するのは客観的違法性論に矛盾するものであって妥当ではないと主張する<sup>(34)</sup>。ただし、結果無価値論に立つ論者の中にも、一部、主観的違法要素を肯定するものもある。例えば、平野龍一氏は、通貨偽造罪（148条）における行使目的、窃盗罪（235条）等における不法領得意思、さらには着手未遂における故意など、「後の行為を目的とする犯罪」における主観要素を主

観的違法要素として承認するのである<sup>(35)</sup>。

## ② 主観要素と実質的違法性

行為無価値論が、違法性の判断において主観要素を考慮すべきであると主張するとき、そこには3つの異なる見解が存在しているように思われる<sup>(36)</sup>。第1は、違法性に影響を与える主観要素は、法益の侵害・危殆化という法益侵害性に影響を与えるものではなく、規範違反性・社会相当性の逸脱それ自体に影響を与えるがゆえに考慮されるとする見解<sup>(37)</sup>であり、この見解を「規範違反規定説」と呼んでおく。第2は、違法性に影響を与える主観要素には、法益の侵害・危殆化という法益侵害性に影響を与えるものと、法益侵害性には影響を与えず規範違反性・社会相当性の逸脱に影響を与えるものがあるとする見解<sup>(38)</sup>であり、この見解を「二分説」と呼んでおく。さらに第3は、違法性に影響を与える主観要素は、法益の侵害・危殆化という法益侵害性にも影響を与えるものであり、その意味で、主観的違法要素は法益侵害の危険性を構成する要素であるとする見解<sup>(39)</sup>であり、この見解を「法益侵害規定説」と呼んでおく。

近時、行為無価値論の論者の中に、刑法の任務は法益保護にあるとする立場から、法益保護を十全に担保する趣旨から、また一般予防の観点からも、法益侵害の危険性を有する行為を広く処罰する必要があることを強調する見解が有力となりつつある<sup>(40)</sup>。換言すれば、実質的違法性をめぐる議論の主戦場は、法益侵害の危険性の判断に移っており、どのような事情を考慮し、どの時点を基準に、どのような規準を用いて、行為の危険性を判断するのが議論の焦点となっているのである。したがって、各論者の見解が、依然として行為無価値論であるのか、それとも、もはや行為無価値論ではなく結果無価値論であるのかは、ラベリングの問題、仮象問題にすぎなくなっているのである。

## 05 結果無価値論・行為無価値論の対立の行方

### (1) 個別論点への移行

結果無価値論・行為無価値論の対立については、以前に比べて沈静化してはいるけれども、しかし、一方の立場が他方の立場を圧倒して終結したというような状況にはなく、なお若干の個別の論点において激しい対立が存在しているという認識が共有されつつある<sup>(41)</sup>。

結果無価値論・行為無価値論は、実質的違法性の意義・対象、その要素、判断の問題を「入口」にして、根本的には刑法の任務（本質的機能）、具体的には刑法総論・刑法各論の各論点について、刑法解釈者に対し論理一貫性を迫るものであり、その限りで、刑法解釈者の思考傾向、解釈帰結の方向を規定する基本的な視座を提供している。そのため、論者は、この基本的視座を意識して解釈するときには、常にその視座との論理一貫性を意識しながら、しかも、各論点固有の特殊事情をどう考慮するのかの問いを突きつけられながら解釈しなければならないのである。より具体的に言えば、結果無価値論・行為無価値論の立場を一貫すると、論者の見解は「A説」になるはずなのに、それと異なる「B説」を主張しているのは、「論理一貫性に欠けるではないか」との批判を受けて改説を迫られるか、それとも、「当該論点固有のこの特殊事情を重視したからこそB説を主張しているのだ」との論証を迫られるかの、いずれかの状況に置かれることを意味する。これは、論者にとって、相当につらい作業を強いられることになる。

「結果無価値論・行為無価値論の対立が沈静化した」遠因には、このような事情があるのではないかと考えられる。しかも、結果無価値論・行為無価値論の対立は、過度に単純化された二項対立的な構図であることもあって、択一的な観点で各論点を検討することに、論者が「飽きた」「疲れた」ということではないかとも考えられる。

上述したように、各論者の見解が、結果無価値論であるのか、それとも行為無価値論であるのかは、ラベリングの問題、仮象問題にすぎなくなっている。そして、実質的違法性をめぐる議論の主戦場は、法益侵害の危険性の判断、つまり行為の危険性をどこまで刑法の射程範囲として捕捉するかに移っている。

## (2) 危険性の判断軸

こうして、刑法の任務（本質的機能）は法益保護にあることを前提としながらも、では、どのような規準を用いて、どのような事情を考慮し、どの時点判断時点にして、行為の危険性を判断するのかに議論の焦点が移っているのである。

こうした点についての現在の議論状況を考慮したとき、具体的な判断軸は、次のように分類することができよう。

- ① 実質的違法性、その裏面としての正当化（違法性阻却）はどのような基盤に立って判断すべきか——実質的違法性の実質基盤
  - Ⓐ 「法益の侵害・危殆化」のみ
  - Ⓑ 「法益の侵害・危殆化」重視で、「社会規範違反、社会ルール違反」を付加
  - Ⓒ 「法益の侵害・危殆化」と「社会規範違反、社会ルール違反」の並立
  - Ⓓ 「社会規範違反、社会ルール違反」重視で、「法益の侵害・危殆化」を付加
  
- ② 実質的違法性、その裏面としての正当化（違法性阻却）はどのような規準を用いて判断すべきか——実質的違法性の判断基準
  - Ⓐ 科学法則・自然法則
  - Ⓑ 科学的一般人

- ③ 裁判官・解釈者
- ④ 通常一般人

③ 実質的違法性、その裏面としての正当化（違法性阻却）はどのような事情を考慮して判断すべきか——実質的違法性の判断資料

- ① 「法益の侵害・危殆化」に影響を与える客観事情のみ
- ② 「法益の侵害・危殆化」に影響を与える主観事情・客観事情の両方
- ③ 「法益の侵害・危殆化」・「社会規範違反・社会的ルール違反」の双方に影響を与える主観事情・客観事情の両方
- ④ 「社会規範違反・社会的ルール違反」に影響を与える主観事情・客観事情の両方

④ 実質的違法性、その裏面としての正当化（違法性阻却）はどの時点で立って判断すべきか——実質的違法性の判断時点

- ① 事後判断のみ——事後的な裁判官の立場に立って、行為後に発生した事情や判明した事情をすべて考慮する
- ② 事後判断基本+事前判断加味
- ③ 事前判断基本+事後判断加味
- ④ 事前判断のみ——行為時の行為者の立場に立って、行為時に存在した事情や行為時に予見・認識できた事情を考慮する

(2) 事前予防型刑法観の台頭

以上のような、行為の危険性をめぐる具体的な対立軸を考慮すると、結果無価値論・行為無価値論の対立が、実は、犯罪という紛争の処理のために刑法をどのように活用していくべきかという問題と相通じていることが明らかとなる。

この点は、以下のように理論モデル化することができよう。

### ① 事後処理型刑法観から事前予防型刑法観へ

上記①から④の判断軸について、③説への志向が強い見解は、刑法の規範内容を行為時に固定することを拒絶し、刑法を「裁判規範」として機能させ、「事後に刑事紛争を処理するために刑法を用いる」という刑法観、すなわち、「刑事紛争の事後処理のためのツールとしての刑法」という事後処理型刑法観に基礎を置くものといえる。

これに対し、上記①から④の判断軸について、④説への志向が強い見解は、刑法の規範内容を行為時に固定しようとし、刑法を国民に行為ルール・行為準則を提示する「行為規範」として機能させ、「事前に刑事紛争を予防するために刑法を用いる」という刑法観、すなわち、「刑事紛争の事前防止のためのツールとしての刑法」という事前予防型刑法観に基礎を置くものといえる。そして、近時、この事前予防型刑法観が台頭しているのである。

事後処理型刑法観・事前予防型刑法観の対立は、各論者に未だ十分に認識されてはいないけれども、既に指摘したように、例えば、刑法規範について行為規範と裁判規範（・制裁規範）のいずれの面を重視するかにも関連している。刑法の行為規範としての面を重視し、刑法は一般の社会成員を名宛人とする行為準則を定めた規範であると解するならば、事前処理法としての刑法観に近づくことになる。これに対し、刑法の裁判規範としての面を重視し、刑法は裁判所（裁判官）を名宛人とする裁判準則を定めた規範であると解するならば、事後処理法としての刑法観に近づくことになる<sup>(42)</sup>。そして、この事後処理型刑法観・事前予防型刑法観の対立は、いわば「小さな政府」・「大きな政府」の政府観と連動していることは、言うまでもない。

## ② 危険社会へ

現代社会は「危険社会」といわれる<sup>(43)</sup>。科学技術の高度化・専門化、社会制度の複雑化・多層化、経済活動の集約化・分業化が進展し、危険はますます高度化・累積化・不可視化している。他方、従来の共同体は解体が進み、危険を管理・統制する力を失っている。しかも、人間関係は稀薄化し、個々の社会成員が孤立化しているため、社会成員は安全感・安心感を渴望し、危険除去・危険管理への関心を強め、危険の除去・管理を法的規制・法的制裁、特に刑事制裁による公的介入に委ねることに躊躇しない状況がある。というよりも、むしろそれを期待し、希望している傾向さえうかがえる。そのため、刑法の分野においても、保護法益の稀薄化による処罰の拡散<sup>(44)</sup>という現象が生じている。具体的には、①単純行為犯処罰規定、すなわち、実体的な個別法益ではなく法制度・法手続それ自体を保護法益とし、それに違背する単純な違反行為を処罰する規定<sup>(45)</sup>、②予備・陰謀処罰規定、すなわち、現実的危険性を有する実行行為よりも前の段階の準備行為・謀議行為を処罰する規定<sup>(46)</sup>、③抽象的危険犯処罰規定、すなわち、保護法益の危殆化の有無・程度を立証する必要のない抽象的危険犯を処罰する規定<sup>(47)</sup>、④未遂・既遂同視規定、すなわち、未遂犯を既遂犯と同じように処罰する規定<sup>(48)</sup>、⑤共犯独立処罰規定、すなわち、犯罪を教唆したり、幫助したりする行為を独立に処罰する規定<sup>(49)</sup>などが多く見られるようになってきているのである<sup>(50)</sup>。

このように、現代日本の社会における刑法は、立法段階においても、解釈段階においても、事後処理型刑法から事前処理型刑法へとその重点を移行しつつあるように思われる<sup>(51)</sup>。この現象は、法益の侵害・危殆化についての事後処理を基調としていた刑法に代わって、もっぱら一般予防を企図した予防刑法を設計しようとするものである。それは、一見、刑法を危険回避・危険除去のために有効に活用しようとの発想に基づいているように見えるけれども、実は、社会成員の自由・権利を「担保」にしたものであることに留意する必要がある。

あらゆる国家、あらゆる社会に普遍的に妥当する刑法を想定することなど困難であり、それは観念の世界にのみ存在するにすぎない。刑法もまたその国の社会状況、犯罪状況により規定されるものであり、当該国家固有の特殊事情を体現して発展するものであるとすると、結果無価値論・行為無価値論の対立や、事後処理型刑法観・事前予防型刑法観の対立も、当該国家・社会の要請に応じて内容も議論状況も異なるのは当然ということになる。その意味で、刑法もまさにその国の時代状況を反映した歴史的所産の一つといえよう。

## 06 結 び

結果無価値論・行為無価値論をめぐる日本の議論状況をできるだけ客観的に紹介してきたが、最後に、結果無価値論を支持する論者の中でも議論のある問題、すなわち、「目的犯における目的は、法益の侵害・危殆化という法益侵害性に影響を与えるか」という問いについて、私見を開陳して「結び」としたい。

既に紹介したように、結果無価値論に立つ平野龍一氏は、通貨偽造罪(148条)における行使目的は「後の行為を目的」とするもので、「行使の目的があることによってはじめて、偽造行為に法益侵害の危険性が生まれる」のであり、「客観的要素だけで流通におかれる危険のある偽造とそうでない偽造とを識別することはむずかしいであろう」<sup>(52)</sup>と論述している。この趣旨を承けて、松原芳博氏も、本罪の場合、「通貨に対する公共の信用」という「法益侵害に直結するのは『行使』といった『後の行為』であるが、その法益の重要性等を考慮して、一段階前の『偽造』といった準備行為にまで処罰が前倒しされている」のであり、「この準備行為(通貨偽造行為——括弧内引用者)の危険は、本来の法益侵害行為(偽造通貨行使——括弧内引用者)が遂行される可能性に依存」しており、その意味で、「法益侵害の危険が人の意思に依存することになる」のである<sup>(53)</sup>と論

述している。

しかし、行為のもつ法益侵害の危険性は、行為者の行使目的という主観要素それ自体によって左右されるものではなく、主観要素は必ず客観事情による検証を経ないと、その客観的な危険性に対する意味は明らかとならない。その意味で、客観的な危険性を規定するのは、主観事情ではなく客観事情である。したがって、通貨偽造罪における行使目的を主観的違法要素とするのは、妥当ではないのである。

この点を、以下の事例で考察してみたい。

【事例 01-1】 映画製作会社の社員 X は、印刷工 Y に対し、「映画撮影のために使うので、本物の 1 万円札に似せた紙幣を千枚作って欲しい。撮影が終了したら、全部君に返却するから。」と依頼した。Y は、X のその言を信じて同人の依頼を引き受け、本物に似せた 1 万円札を千枚作成し、X に渡した。後日、X は、撮影が終了した後、その紙幣を全部 Y に返却したので、Y は、それらを焼却処分にした。

事例 01-1 の場合、先の論者は、通貨偽造罪（刑法 148 条 1 項）につき、X にも印刷工 Y にも通貨偽造行為について行使目的がなく、法益侵害の危険性が存在しないので、本罪は成立しないと説明するのであろう。X 及び Y は本罪の罪責を負わないとする結論に異存はないが、しかし、それは、Y の通貨偽造行為に法益侵害の危険性がおよそ認められないからではなく、客観的な危険性は認められるけれども、行為者に行使目的がないので、その客観状況から見て危険性が間接的で稀薄である、あるいは刑罰をもって非難すべき有責性がないからだと考えられる。

【事例 01-2】 映画製作会社の社員 X は、印刷工 Y に対し、「映画撮影のために使うので、本物の 1 万円札に似せた紙幣を千枚作って欲しい。撮影が終了したら、全部君に返却するから。」と依頼した。Y は、X のその言を信じて同人の依頼を引き受け、本物に似せた 1 万円札を千枚作成し、X に渡した。ところ

が、Xは、Yに依頼する当初から、Yを騙して、印刷された紙幣を使って禁制薬物を購入する意図であった。しかも、Xは、Yからその紙幣を受け取った後、犯行が露見しないようにYを殺害するとともに、その紙幣を全部本物の紙幣として禁制薬物の購入に使った。

事例01-2の場合、「目的なき故意ある道具」の事案として、Xには、通貨偽造罪につき、行使目的のない印刷工Y（本罪につき無罪）を一方的に利用した本罪の間接正犯の成立が認められるのが通常である。この点、先の論者も同様であろうが、通貨偽造行為の危険性について、先の論者は、Yの通貨偽造行為それ自体は同人に行使目的が欠けるので危険性は認められないが、Yの行為はXによって一方的に道具のように利用されているので、それ自体Xの行為と見ることができ、行使目的を有するXの行為として、危険性を具備すると説明するのであろうか。

しかし、この場合、通貨偽造罪につき、印刷工Yの通貨偽造行為は、同人に行使目的がないので法益侵害の危険性は認められないが、利用者Xの利用行為は、同人に行使目的があるので危険性が認められるとすれば、それは、客観的に認定されるべき危険概念を行為者により相対化する人的危険概念、ひいては人的違法概念を肯定するものであり、妥当ではないであろう。

【事例02-1】 高額のカラコピー機を購入したXは、同機がどれくらいの性能を有するのかを確かめるために、1万円札を両面複写してみたところ、真正の1万円札がかなり精巧に複写されたことを認識した。そこで、Xは、その複写紙幣を使ってみたくなり、「これを真正の紙幣のように使っても見破られないかもしれない」と考えて、スーパーで買い物をし、その複写紙幣を使ってみたところ、レジの店員はそのことに気づかずに、釣銭をくれた。

事例02-1の場合、先の論者は、通貨偽造罪につき、Xが複写行為をす

るとき同人には行使目的が欠けるので法益侵害の危険性が存在せず、本罪は成立しないと説明するのであろう。そして、その後、Xが行使目的を抱き、その複写紙幣を行使する段階に至って、それまで存在しなかった法益侵害の危険性が発生したと認定できるから、新たに偽造通貨行使罪（刑法148条2項）が成立すると説明するのであろうか。

しかし、この場合、Xの複写行為にはもともと客観的な危険性が存在したのであるが、同人が行使目的を抱いて行使する段階に至って、その複写紙幣が流通過程に持ち込まれたことによって、行為の危険性が現実化したのであり、それが偽造通貨行使罪が成立する根拠であると考えべきであろう。

【事例 02-2】 高額のカラコピー機を購入したXは、同機がどれくらいの性能を有するのかを確かめるために、1万円札を両面複写してみたところ、真正の1万円札がかなり精巧に複写されたことを認識した。そこで、Xは、自分が購入したコピー機を友人Yに見せて自慢したくなり、Yを自宅に呼んで、同人の前で、さらに1万円札を両面複写して、2枚（合計3枚）の複写1万円札を作成した。Yは、Xがコピー機を自慢し、1万円札を2枚両面複写する行為をしているときから、それらの複写紙幣を使ってみようと思っていた。そこで、Yは、Xに対し、「その1万円札を親に見せて、僕もカラコピー機を買って欲しいと頼みたいので、その複写した紙幣を3枚とも僕に譲ってくれないか」と頼んだところ、Xはそれら3枚の複写紙幣を渡してくれたので、Yは、後日その3枚を別々の機会にスーパーで使ってみたところ、いずれもレジの店員はそのことに気づかずに、釣銭をくれた。

事例 02-2 の場合、行使目的が法益侵害の危険性に影響すると考える先の論者は、Xとの関係では、1枚目・2枚目・3枚目を複写する行為はいずれも、通貨偽造罪についての客観的な危険性は認められないが、Yとの

関係では、1枚目を複写する行為は、通貨偽造罪についての客観的な危険性は認められないが、2枚目・3枚目を複写する行為は、通貨偽造罪についての客観的な危険性は認められるとするのであろうか、それとも、Yとの関係でも、1枚目を複写する行為も2枚目・3枚目を複写する行為もいずれも通貨偽造罪の客観的な危険性は認められず、Yが複写紙幣を行使する段階に至って初めて新たな危険性が発生したと認定できるので、別に偽造通貨行使罪がYに成立すると説明するのであろうか。

しかし、この場合、Xとの関係でもYとの関係でも、Xが1枚目を複写する行為も、2枚目・3枚目を複写する行為も、行使目的の有無にかかわらず、いずれも客観的な危険性は存在していると考えざるをえないのである<sup>(54)</sup>。

#### 〈注〉

- (1) 以下、主に日本の刑法解釈学を念頭において考察する。
- (2) 例えば、古典学派は、刑法の解釈については嚴格解釈、不能犯については客観的危険性、未遂と既遂については未遂と既遂の峻別、期待可能性については行為者標準説、過失犯については主観的注意義務、共同正犯・共犯の本質については犯罪共同説、共同正犯・共犯の従属性については共犯従属性説を主張する傾向にある。これに対し、近代学派は、刑法の解釈については自由法論、不能犯については主観的危険性、未遂と既遂については未遂と既遂の同視、期待可能性については一般人標準説、過失犯については客観的注意義務、共同正犯・共犯の本質については行為共同説、共同正犯・共犯の従属性については共犯独立性説を主張する傾向にある。
- (3) 平野龍一『刑法の基礎』（1966年）93頁以下、平野龍一『刑法の機能的考察』（1984年）1頁以下参照。なお、伊東研祐=松宮孝明編『リーディングス刑法』（2015年）1頁以下〔伊東研祐「刑法基礎原理論」〕も参照。
- (4) 一部の学説で、「形式的犯罪理論・実質的犯罪理論」の対立ではなく「形式的犯罪論・実質的犯罪論」の対立が指摘されている。前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』（1992年）21頁以下、大谷實=前田雅英『エキサイティング刑法総論』（1999年）12頁以下、大谷實『刑法講義総論』（新版第4版・2012年）83-84頁、前田雅英『刑法総論講義』（第6版・2015年）22頁参照。しかし、「形式的犯罪理論・実質的犯罪理論」の対立は、「形式的犯罪論・実質的犯罪論」の対立を包含しつつ、より広範な射程範囲を包括する議

論であると考える。

- (5) 団藤重光『刑法綱要総論』（第3版・1990年）58頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（第4版・2008年）66頁参照。
- (6) 曾根威彦『刑法総論』（第4版・2008年）18頁、林幹人『刑法総論』（第2版・2008年）51頁、松宮孝明『刑法総論講義』（第4版・2009年）23頁参照。
- (7) 町野朔『刑法総論講義案』（第2版・1995年）73頁、大谷實『刑法講義総論』（新版第4版・2012年）68頁参照。ここでいう「国民の予測可能性」は、「言葉の可能な意味の範囲」とは異なる。
- (8) 前田雅英『刑法総論講義』（第6版・2015年）60頁以下参照。
- (9) 実行の着手の概念について、形式的犯罪理論は、「基本的構成要件に該当する行為ないしそれに近接する行為を開始したとき」と論述するように、基本的構成要件の枠組・類型を規準とするのに対し、実質的犯罪理論は、「犯罪結果を惹起する具体的・現実的な危険性を有する行為を開始したとき」と論述するように、結果発生 of 具体的・現実的な危険性を規準とする。
- (10) 正犯性の概念について、形式的犯罪理論は、「基本的構成要件に該当する行為を自ら実行する者」と論述するように、基本的構成要件に該当する行為を規準とするのに対し、実質的犯罪理論は、「犯罪実現を自ら主導する者」、「犯罪実現について重要な役割を果たした者」と論述するように、犯罪実現の主導性、重要な役割を規準とする。
- (11) 共謀共同正犯の理論について、形式的犯罪理論は、正犯とは「基本的構成要件に該当する行為を自ら実行する者」を意味するがゆえに、実行行為を分担しない単なる共謀者は共同正犯とはなりえないと解し、共謀共同正犯の理論を否定する傾向があるのに対し、実質的犯罪理論は、正犯とは「犯罪実現を自ら主導する者」、「犯罪実現について重要な役割を果たした者」を意味するがゆえに、実行行為を分担しない単なる共謀者であっても、背後の黒幕など重要な役割を果たした者を共同正犯としうると解する。
- (12) 宮本英脩『刑法大綱』（1935年）69頁参照。
- (13) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）305頁、曾根威彦『刑法総論』（第4版・2008年）83頁参照。
- (14) 西原春夫『刑法総論上巻』（改訂版・1998年）125頁、佐久間修『刑法総論』（2009年）162頁、大谷實『刑法講義総論』（新版第4版・2012年）68頁参照。
- (15) 違法性の質として、例えば、「民法では違法でも、刑法では違法でない」ということがある（例：姦通）し、違法性の量として、例えば、「100円の窃盗と1億円の窃盗では、実質的違法性に程度の差がある」と説明されるこ

とがある。

- (16) 内藤謙「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中義勝編『論争刑法』(1976年)38-39頁〔この論文は、内藤謙『刑法理論の史的展開』(2007年)169頁以下に収録された。〕。
- (17) 内藤謙「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中義勝編『論争刑法』(1976年)39頁〔注16参照〕。
- (18) 例えば、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(2009年)83頁以下、123頁以下〔初出は、明治大学・法律論叢49巻4号(1977年)、法律論叢50巻4号(1977年)である。〕参照。
- (19) H.Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 62 参照。
- (20) H.Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 4 参照。
- (21) 一般に、この見解を「行為無価値論」と呼ぶのは、この見解の基盤がもともと行為無価値論にあるからであり、また、結果無価値論に対抗する見解だということを際立たせたいからでもある。このような二元的行為無価値論を理論的に精緻化した見解として、野村稔『未遂犯の研究』(1984年)129頁以下、143頁以下、野村稔『刑法総論』(補訂版・1998年)151頁以下、井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)13頁以下、野村稔『刑法研究上巻』(2016年)1頁以下、83頁以下、101頁以下(各論文の初出については本書の「初出一覧」を参照。)を参照。
- (22) 板倉宏「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中義勝編『論争刑法』(1976年)26頁〔この論文は、板倉宏『現代型犯罪と刑法の論点』(1990年)52頁以下に収録された。〕。
- (23) 板倉宏「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中義勝編『論争刑法』(1976年)27頁〔注22参照〕。
- (24) 最判1958(昭和33)・11・21刑集12・15・3519、判例時報169・28。
- (25) 最決1980(昭和55)・11・13刑集34・6・396、判例時報991・53、判例タイムズ433・93。
- (26) さらに、久留米駅事件・最大判1973(昭和48)・04・25刑集27・3・418、判例時報699・107、判例タイムズ292・199も参照。
- (27) 最判1958(昭和33)・11・21刑集12・15・3519、判例時報169・28、大塚仁『刑法概説(各論)』(第3版増補版・2005年)19-20頁、大谷實『刑法講義各論』(新版第4版補訂版・2015年)19頁など参照。
- (28) 山口厚『刑法各論』(第2版・2010年)15-16頁、西田典之『刑法各論』(第6版・2012年)17頁、松原芳博『刑法各論』(2016年)18頁など参照。
- (29) 大塚仁『刑法概説(各論)』(第3版増補版・2005年)609頁、大谷實『刑法講義各論』(新版第4版補訂版・2015年)615頁参照。

- (30) 山口厚『刑法各論』（第2版・2010年）596頁、西田典之『刑法各論』（第6版・2012年）472頁、松原芳博『刑法各論』（2016年）576頁参照。
- (31) 山口厚『刑法各論』（第2版・2010年）546頁、西田典之『刑法各論』（第6版・2012年）426頁、大谷實『刑法講義各論』（新版第4版補訂版・2015年）569頁、松原芳博『刑法各論』（2016年）528頁参照。
- (32) 大塚仁『刑法概説（各論）』（第3版増補版・2005年）567頁、曾根威彦『刑法各論』（第5版・2008年）289頁、高橋則夫『刑法各論』（第2版・2014年）605頁参照。
- (33) これは、構成要件を違法行為類型であるとともに責任行為類型でもあるとする立場からの反論である。
- (34) 内藤謙『刑法講義（上）』（1983年）215頁以下、内藤謙『刑法講義（中）』（1986年）317頁以下、中山研一『新版口述刑法総論』（補訂版・2005年）113頁、曾根威彦『刑法総論』（第4版・2008年）84頁以下参照。なお、結果無価値論・行為無価値論に関する文献として、内藤謙『刑法理論の史的展開』（2007年）169頁以下が重要である。
- (35) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（1972年）122頁以下、314頁以下、333頁（中止犯の法的性格につき違法性減少・消滅説を採用）参照。松原芳博『刑法総論』（2013年）103頁以下も同旨。
- (36) 以下の3つの見解は理論的に可能な見解であると考えてもらいたい。というのは、各論者はこの点を必ずしも明らかにしていないだけでなく、自らその点を意識して論述をしているとは限らない場合があるからである。したがって、以下の論者の分類は、論者自身の認識とは異なるかもしれず、その意味で、外在的な分類であることをお断りしておく。
- (37) 板倉宏氏の見解はこれに分類できよう。板倉宏「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中義勝編『論争刑法』（1976年）25頁以下参照〔注22参照〕。
- (38) 大塚仁『刑法概説（総論）』（第4版・2008年）360頁以下、佐久間修『刑法総論』（2009年）165頁以下、大谷實『刑法講義総論』（新版第4版・2013年）233頁以下は、ここに分類できよう。この見解にあっても、必ずしも結論は一致しないが、目的犯における目的は法益侵害性に影響を与える要素とするのに対し、故意（・過失）は規範違反性・社会的相当性のみ影響を与える要素とすることが多い。この点、目的犯の目的、予備罪・未遂犯における故意、不法領得の意思等は法益侵害の危険性の存否・高低という結果無価値の評価に重要な意味もっているので主観的違法要素となっているが、故意・過失は、法益保護の見地から、故意行為を禁止する行為準則（行為規範）と過失行為を禁止する行為準則（行為規範）とは、刑法規範として区別

されるべきで、したがって構成要件が異なると解する方が、刑法の一般予防目的に照らしてより合理的であるとする井田良『講義刑法学・総論』（2010年）107頁以下も、ここに分類できよう。

- (39) 西原春夫『刑法総論上巻』（改訂版・1998年）134頁、福田平『全訂刑法総論』（第5版・2011年）145頁は、ここに分類できよう。
- (40) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）13頁以下、井田良『講義刑法学・総論』（2010年）15頁以下、234頁参照。
- (41) 橋爪隆「違法論」法律時報81巻6号（2009年）19頁以下、仲道祐樹「論争の終わらせ方」高橋則夫ほか『理論刑法学入門』（2007年）332頁参照。
- (42) 規範論を採る論者の多くが、裁判規範（・制裁規範）は行為規範を担保するために存在し、行為規範は裁判規範なしには実効性をもたず、刑法規範は行為規範と裁判規範の両方の性質を有すると解している。西原春夫『刑法総論上巻』（改訂版・1998年）5頁、野村稔『刑法総論』（補訂版・1998年）39頁、高橋則夫『刑法総論』（第2版・2013年）10頁、井田良『講義刑法学・総論』（2010年）50頁、大谷實『刑法講義総論』（新版第4版・2013年）6頁を参照。刑法（刑法規範）を行為規範と裁判規範（・制裁規範）に分けて説明することがしばしばなされるが、私見によれば、これは分かりやすく説明するための用語であって、「規範」の語を使って説明することに重要な意味はないと考える。つまり、刑法をあえて規範論で説明するのは無用であり、刑法を評価規範と意思決定規範に分析するのは、議論を分かりにくくするだけであって、取り立てて重要な意味はない。
- (43) ウルリヒ・ベック／東廉＝伊藤美登里訳『危険社会』（1998年）、金尚均『危険社会と刑法』（2001年）5頁以下、265頁以下参照。なお、関哲夫「危険社会における法益概念の役割」國學院大學・國學院法學53巻3号（2015年）49頁以下も参照。
- (44) 「危険社会」における刑法は「法益保護の早期化による処罰の前置化」を特徴とするとされるのが一般的である。確かに、これは刑法的介入の早期化を指摘する点で妥当であるが、現代社会における刑法の特徴の一部を指摘するにとどまっている。むしろ、刑法が事後処理型刑法から事前処理型刑法へと変質していることを指摘する方が精確である。
- (45) 例えば、「犯罪による収益の移転防止に関する法律」（2007年・平成19年法律第22号）25条以下、「大麻取締法」（1948年・昭和23年法律第124号）26条や、「酒税法」（1953年・昭和28年法律第6号）50条の2、58条1項12号などの各種届出義務違反罪、「質屋営業法」（1950年・昭和25年法律第158号）5条、30条など各種無許可営業罪など、特別刑法の分野に多い。
- (46) 刑法典では内乱予備・陰謀罪（78条）、私戦予備・陰謀罪（93条）、殺人

- 予備罪（201条）など、特別刑法では「破壊活動防止法」（1952年・昭和27年法律第240号）39条、40条、「郵便法」（1947年・昭和22年法律第165号）86条2項など、近時では、「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」（1999年・平成11年法律第128号）11条、12条1号など。
- (47) 刑法典では現住建造物等放火罪（108条）、他人所有非現住建造物等放火罪（109条1項）、名誉毀損罪（230条）など、特別刑法では「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」（1970年・昭和45年法律第142号）2条、3条、「大麻取締法」（1948年・昭和23年法律第124号）24条1項、24条の2第1項、「覚せい剤取締法」（1951年・昭和26年法律第252号）41条1項、41条の2第1項など、最近では、「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」（1999年・平成11年法律第136号）1条、9条～11条など。
- (48) 特別刑法では「鳥獣の保護及び管理並びに狩猟の適正化に関する法律」（2002年・平成14年法律第88号）83条2項、84条2項、「消費税法」（1988年・昭和63年法律第108号）64条2項、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」（1930年・昭和5年法律第9号）2条など。
- (49) 刑法典では自殺関与罪（202条前段）、特別刑法では「国家公務員法」（1947年・昭和22年法律第120号）110条17号、「地方公務員法」61条4号、62条など、近時では、「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」（1999年・平成11年法律第128号）12条2号など。
- (50) これらの現象が、被害者感情を梃子にした刑事立法の重罰化にとどまらず、刑法解釈論とも連動して展開されている点に、現代の事前予防型刑法観の特徴を看取することができる。被害者感情を梃子にした刑事立法の重罰化でいうと、例えば、「悪質かつ危険な運転行為により人を死傷させた者に対する罰則を強化する」ために新設された危険運転致死傷罪（刑法旧208条の2／2001年・平成13年法律第138号）は、2004年・平成16年（法律第156号）によって法定刑が加重され、さらに、2007年・平成19年（法律第54号）によって、「四輪以上の自動車」が「自動車」に改正されて対象が拡大されるとともに、自動車運転過失致死傷罪（旧211条2項）が新設された。そして、「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」（2013年・平成25年法律第86号）が制定されたことに伴い、刑法典にあった208条の2（危険運転致死傷）と211条2項（自動車運転過失致死傷罪）が削除された。また、例えば、2000年・平成12年の少年法の一部改正法（法律第142号）において、刑事処分可能年齢を16歳から14歳に引き下げる（20条1項）などの少年法における年齢区分の見直し、犯行時16歳以上の少年が故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件について、保

護処分を適当と認める場合を除き、検察官送致決定（20条2項）を原則とするなどの凶悪重大犯罪を犯した少年に対する処分の見直しなどをあげることができる。

- (51) このような現象は、事後処理型刑法から事前予防型刑法への移行、事後介入型刑法から事前介入型刑法への移行と特徴づけることができる。
- (52) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（1972年）125頁。
- (53) 松原芳博『刑法総論』（2013年）103～104頁参照。
- (54) 通貨偽造罪（刑法148条1項）における「偽造」と「通貨及証券模造取締法」（1895年・明治28年法律第28号）における「模造」との区別が問題となるが、判例・通説は、偽造とは真貨に似せて通貨の外観を有する物を作ることを行い、一般人をして真正の通貨と誤信させる程度のもをいうと解し、不用意にこれを見つけた場合に真正な通貨と誤認する程度のものであれば足り（最判1950・昭和25・02・28裁判集刑事16・663参照）、その程度に達しない場合が「模造」であると解している。

#### 【註記】

國士館大学法学部に11年間奉職させていただいた者として、國士館大学法学部創設50周年に祝意を表させていただくとともに、これを祝す記念論文集に寄稿させていただく機会をいただき、感謝申し上げます。

なお、本稿は、2015年7月に、中華人民共和国長春市にある吉林大学で開催された『現代における違法性の変化に関する中国、日本及び韓国の刑法シンポジウム』における私の報告（「日本における結果無価値・行為無価値の議論状況」）がもとになっているが、それを改題し、加筆・修正したものである。