

可罰的違法性論に関する一考察

三 枝 有

目次

はじめに

一 可罰的違法性論の検討

(一) 可罰的違法性論肯定説

(二) 可罰的違法性論否定説

二 違法性の実質と可罰的違法性論

三 可罰的違法性論と社会的相当性論

おわりに — 可罰的違法性論の展望

はじめに

近年の最高裁判例ならびに諸学説は、可罰的違法性論に対し次第に消極的、否定的態度を採る傾向にあるように思

われる。このような現状は、可罰的違法性論肯定説内における可罰的違法性概念の把握の相違そのものから生ずるのみならず、可罰的違法性の判断基準自体の曖昧性にもその原因があるといえよう。このような視点のもとに、本稿では、今まであまり強調されなかった可罰的違法性論における構成要件の機能をあえて強調し、これを明確化すること、構成要件ならびに違法の二段階において広く機能する可罰的違法性論に、一つの確固たる指針を付与し、再構成し直そうとするものである。

なお、本稿脱稿直前に、東京大学出版会より前田雅英助教授の『可罰的違法性論の研究』が出版された。ここで前田助教授は、可罰的違法性は、単なる言葉の問題にすぎず、その実体は、実質的構成要件解釈と実質的違法阻却事由に解消されるとされ、問題は、処罰範囲の確定と、その為の判断基準の明確化にあるとされている。なるほど処罰範囲の確定化、判断基準の明確化は不可欠のものである。しかしながら、可罰的違法性は、阻却構成を二段階にとらえ、かつ違法性が一定程度まで減少した際に、それをもって可罰的な程度の違法性程度に至っていないとして、刑罰法規の対象の外に当該行為を置き放つ基準であり、所謂違法性とは全く異なった性質をもつものとして、極めて重要なものである。それ故に、以下では、前記のような現状にある可罰的違法性論をいかに再構成すべきであるかを検討してみる次第である。

一 可罰的違法性論の検討

(一) 可罰的違法性論肯定説

かつては、端的に被害法益の軽微な場合（絶対的軽微）が可罰的違法性論の問題対象であったが、可罰的違法性論に、刑罰権濫用に対する人権保障の思想たる謙抑主義を積極的に結びつけた時、被害法益の侵害の軽微性をのりこ

え、衝突する法益相互の衡量の上での「軽微」（相対的軽微）の観念へと可罰的違法性を導くこととなったのである。このような法益衝突における価値衡量を要求する違法段階への可罰的違法性論の展開は、諸学者の違法性の実質に関する把握や構成要件と違法との関連性についての把握の相違を反映して、可罰的違法性の存否につき、複雑に様々の主張を乱立させ、対立させることとなったのである。

すでに戦前から、可罰的違法性論は、刑法の謙抑性・人權の擁護という側面から説かれていた。⁽¹⁾ その代表は、宮本博士の可罰類型阻却原因（被害法益の軽微・行為の通常性・強要不当性に基づく犯情の軽微な行為）による謙抑主義の具体化の可罰性論であった。こうして主観主義刑法のもとではあるが、刑法の謙抑主義を背景とした可罰性の理論を先駆として、戦後には、価値観の分裂化の中で犯罪実体そのものの把握方法の対立——伝統的法益論から結果無価値とみるか、それとも行為自体の規範もしくは秩序違反性に着目する行為無価値とみるか——を直接に反映した可罰的違法性論、すなわち「可罰的違法性論」を代表する佐伯博士と藤木博士との二所説が登場、対峙するに至るのである。

佐伯博士は、「刑法は、あらゆる違法な行為に対して刑罰をもって臨もうとするような思い上った態度をとるものではない」との謙抑主義を刑法の根本とされ、違法かつ有責な行為であっても、その違法性または有責性が軽微な場合や行為が一般的な場合には、刑罰に適しないことがあるとされた。そして「犯罪類型は、刑罰に値いする違法行為の類型化されたもの（可罰的違法類型）ということになる。違法は、このように可罰的違法として、刑法的特殊性をおびてくるのである。」⁽²⁾として構成要件（犯罪類型）——違法の関係を把握された上で、法益に対する侵害または脅威として違法の実質を結果無価値にとらえつつ、違法性は「根本においては法秩序全体に通ずる統一的なものでありながら……、その発現形式においては、さまざまな種別があり、また軽重がある」と認識される。⁽³⁾ 以上のような構

成要件ならびに違法の理解のもとに、博士は、「可罰的違法性とは、行為の違法性が、刑罰という強力な対策を必要とし、かつまた、それに適するような質と量をもっていることである。」と把握される。そして博士は可罰的な程度に達しない軽微な違法行為は、構成要件該当性（犯罪類型該当性）が否定される場合もあるし、また構成要件該当性はあるが、例外型としての違法減輕事由あるいは可罰的違法阻却事由により可罰的違法性が阻却される場合もあるとされるのである。そして博士の所説では、違法段階に可罰的違法性の主たる機能があるのである。

他方、藤木博士の理論は、可罰的違法性を行為無価値に重点を置き、構成要件を違法類型にとらえた上で、社会的相当性と関連させつつ構成要件段階のみで機能させるものである。博士は「刑法を社会統制手段の一つとしてとらえ、他の社会統制手段に委ねることでは足りず刑罰が果たすべき役割を考察し、……刑罰権の発動を要請される不法とは何かを考え」た上で、刑罰の謙抑主義の立場にたつて可罰的違法性論を構築される。すなわち、「可罰的違法性の理論は、構成要件は、その犯罪類型につき当然一定程度の重さの違法性を予定しているものという前提から、それが類型的に予想している最低基準に満たない程度の違法性をそなえているにすぎない、あるいはまったく違法性をもち合わせていない行為を構成要件のらち、外に置こうとするもので、実質的には、構成要件概念の縮小解釈を行なおうとするものである。」とされ、しかも可罰的違法性判断基準に、法益侵害ないし実害の軽微性（結果無価値性）だけでなく、「被害惹起行為が社会的相当性から逸脱する度合が軽微である」（傍点——引用者）との行為無価値判断を取り込み、「両者の総合判断」により決するとされている。このような可罰的違法性判断基準への社会的相当性の導入により、「社会的相当性の理論と可罰的違法性の理論とは、その基礎を共通にし、かつ、表裏一体の關係に立つもの」と解されることとなる。かくして、行為無価値にもとづく社会的相当性の理論の上に構築された可罰的違法性こそが藤木理論の最大の特徴となる。以上の如き藤木説は、西原教授における刑法規範は二重の構造をもち、正当事由

(前段)と構成要件(後段)の両者から認識され、構成要件該当性を違法性の一要素にすぎないとされる見解に近似するものといえよう。しかし、より理論的に考えるならば、構成要件の価値化・機能拡大を押し進めて、構成要件の故意規制機能を徹底することで、中教授の主張される消極的構成要件要素論¹⁷⁾にいたるか、植田博士の如く、¹⁸⁾可罰的違法阻却原因と違法阻却原因とが共に「保護法益の不存在」であるとされて、はじめから類型性を欠如するとの見解に行きつのが妥当ではなからうか。

〔注〕

- (1) 滝川幸辰『刑法講義(改訂版)』(昭和五年)、佐伯千仞『刑法総論』(昭和一九年)等。
- (2) 宮本英脩『刑法大綱』(昭和一〇年)一二六頁以下、『刑法学粹』(昭和六年)六六頁。宮本博士は、被害法益の軽微を意識的に軽視するという主観的事情に重きをおかれた。ここでの「可罰性」とは違法性からなれた当罰性に近いものである。なお博士は、謙抑主義を犯罪における可罰性の前提とされる(『刑法大綱』一六頁)。
- (3) ここでは、宮本博士は阻却原因を具体化して結果無価値ならびに行為無価値の双方からの考察方法を取り込まれているようである。
- (4) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(昭和四九年)九九頁、一一二頁。
- (5) このような考えにもとづく可罰的違法性論の発生以前にも、江家義男『刑法(総論)』(昭和二七年)一一三頁以下、大森英太郎「不作為の可罰的違法」(同『刑法哲学研究』(昭和二六年)九七頁以下)がある。
- (6) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年)一七六頁。
- (7) 佐伯『刑法における違法性の理論』三九二頁。
- (8) 佐伯『四訂刑法講義(総論)』一七七頁。
- (9) 佐伯、同右一七九頁。同旨、中山『口述刑法総論』(昭和五三年)一二九頁以下、一三四頁。
- (10) 佐伯、同右一九六、二二二頁。
- (11) 藤木英雄『可罰的違法性』三四頁。

(12) 構成要件の解釈面で行為の正当性を反映させることで、不当に犯罪視する危険を免れ得る(同旨、藤木英雄『可罰的違法性の理論』(昭和四二年)四九頁以下、一〇九頁)し、問題を構成要件で処理する方が、裁判官に心理的抵抗なく受け入れられるとする。

(13) 藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年)二九頁。労働法学者のうちには、違法性阻却説は、争議行為を一般に違法視する意識を温存する虞れが高いと考へ構成要件該当性阻却説により争議行為を説明される方が多い。平川亮一「可罰的違法性の理論と労働刑事事件」三重法経二三号五一頁以下を参照。

(14) 藤木英雄『刑法講義総論』二二頁。

(15) 藤木『可罰的違法性の理論』二八頁。同・前掲一二七頁以下。ここでは可罰的違法性と社会的相当性との相違は、社会的相当性ある行為の範囲より広く包括的なもの(可罰的違法性)であるか、社会的・事実的面に重点を置いた社会的相当行為の形態をとる(社会的相当性)かによるのである。

(16) 西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)一三三頁、一三八頁以下。

(17) 中義勝『誤想防衛論』一頁以下、同『講述犯罪論』(昭和五五年)九〇頁以下。

(18) 植田重正『刑法要説総論』(昭和四四年)九三頁以下、一一三頁以下。

(二) 可罰的違法性論否定説

実務家による可罰的違法性否定論は、可罰的違法性論の適用限界の不明確さ、濫用の危険性を主要な論拠とし、可罰的違法性論は、学問的理論としては成立しうるが、実際の事件への適用は弊害を生ずる可能性が高いとされる。^①そして、可罰的違法性論を否定するかわりに緊急行為的超法規的違法阻却事由の存在を承認するのである。^②しかしながら、刑罰に適した実質的違法性の程度に至らない場合を、たとえ要件が明白だからといって緊急行為に類似した場合に限定することは、何らの合理性もないのみならず、違法段階での可罰的違法性が、法定の違法阻却事由に当該行為が該当しない場合にはじめて機能するという段階的阻却機能を無視したもので妥当性を欠くのである。^③また、可罰的

違法性は、「当罰性」の問題であるとの主張⁽⁷⁾については、可罰的違法性は、行為が刑罰を加えるに足る犯罪類型が予定した程度の違法性をそなえなければ、当該行為は犯罪とはならないとの主張であるから、違法・責任確定後の客観的処罰条件や一身の刑罰阻却事由の問題である「当罰性」とは異なるものとの批判が可能である。

次に、可罰的違法性論の代表的学説を検討してみる。まず第一に、構成要件非該当説たる藤木説⁽⁸⁾では、「実質的な違法性が、可罰的な程度に至らぬほど微弱であるということ」を理由として、違法性の阻却ではなく、行為の構成要件該当性そのものを否定⁽⁹⁾するが、その限りで従来の構成要件—違法—責任という体系を否定するとの批判がある⁽¹⁰⁾。第二に、藤木説では、当然に形式的類型的判断段階たる構成要件該当性判断段階に実質的な価値的要素が入りこむ。しかも藤木説が、特に行為無価値を構成要件該当性判断において重視する限り、より過度に、実質的価値判断がもち込まれることとなり、構成要件自体の形式的な保障機能を失わせることになるとの批判がある⁽¹¹⁾。

第一の批判に対しては、藤木博士自ら主張されるように「実質的違法性に関する判断にある程度まで立ち入ってはじめて行為の類型性、構成要件該当性を確立し得る」⁽¹²⁾であり、「ここでいう実質的違法性の判断は、正当防衛、緊急避難等の違法性阻却事由の不存在までも含めた、およそ違法性の存否一般に及ぶものではなく、……」⁽¹³⁾当該構成要件が予定している最低程度の違法性の有無の実質的違法性判断であるとされる。たしかに、構成要件での可罰的違法性の機能を「最低基準に満たない程度の違法性」⁽¹⁴⁾判断とすれば、一応違法論に実質的違法性判断の多くを留保し、構成要件—違法の段階的思考体系を維持しうるかみえる。しかしながら、上記「最低基準」については何らの規準も定められておらず、またもし行為無価値的に最低基準を設定するならば、構成要件に社会通念・倫理をもち込むこととなり妥当性を欠く。さらに、藤木説では、違法論において実質的違法性判断をなしうる場合を正当業務行為⁽¹⁵⁾の場合のほかには、緊急行為的超法規的違法阻却事由にしか認めず、実質的違法性判断の大半は構成要件段階に移すので

ある。ここでは、構成要件—違法の段階的思考体系は、大幅にその機能を減じられ、メツガーの違法類型論同様、構成要件—違法となるのである。

第二の批判は、前述の如く構成要件そのものに違法性判断の大半が流れ込んだために、構成要件が価値化されるとともに、違法性を結果無価値のみならずより行為無価値的に、しかも構成要件段階と違法段階とで区別（法益侵害と法益衡量の如く）することなく違法判断を行なうために、構成要件該当性判断は極めて過大な価値判断となるところなのである。本来、構成要件は、一般的・抽象的類型であるから、或る行為の構成要件該当性から生じる違法性も、当然に類型的思维一般に附随する限界を超え得ないものである。⁽¹⁹⁾それ故に、構成要件該当段階で、一応の、可罰的違法性が肯定されたとしても、それは単に形式類型的法益侵害の存在を認定したにすぎず、実質的違法性は確定されるにいたらず、違法段階において、法定違法阻却事由のみならず、可罰的違法阻却事由、違法減輕事由に該当するか否かの具体的法益（価値）衡量を経ることではじめて違法が確定するのである。このような認識を欠いた構成要件の過度の価値化は、構成要件段階で機能する可罰的違法性と社会的相当行為との区別さえ困難にするのである。すなわち、藤木説では、社会的相当性ある行為と可罰的違法性のない行為との相違が、「日常性・通常性のゆえに、社会倫理的にも非難を受けない不法性をともなわない行為」であるか、それより広く「マイナス評価をともなうにもかかわらず、刑罰を用いることなく我慢できる程度のもの」⁽²⁰⁾かの判断により可能となるとするが、藤木説では可罰的違法性も社会的相当行為もともに行為の社会的相当性をその判断基準としており、その類型性、程度に少々の差があるとしても、その限界は全く不明確なものとなるのである。藤木説における構成要件の機能の拡大化の限界による理論的困難性は、博士自身承認されているように違法段階にもちこまれてくる。博士は正当行為において「正当性の限界をこえ、しかも実害の点では必ずしも軽微といえない場合には、可罰的違法性の理論を適用して構成要件該当性を否定す

る余地はない。このような場合には、過剰防衛、過剰避難の規定を類推適用して刑の減輕免除を認めうるとする⁽¹⁷⁾と述べられている。このことはすでに、構成要件段階にのみ可罰的違法性論をとじ込め限定させて機能させること自体に無理があることを示しているのである。違法段階における法益衡量のうえにさらに可罰的違法性が消滅しうるかどうかを検討することにより、違法段階での二段階の阻却構造を維持してはじめて、より一層慎重な謙抑主義的判断がなしうるのである。またもし博士の見解が、情状が軽微であるとして犯罪は成立するが刑は科さないとするだけのものならば、⁽¹⁸⁾可罰的違法性論は、単に処罰(当罰性)の問題にすぎなく、単なる政策論にとどまることとなる。

以上の検討のごとく、藤木説には多くの重大な問題点が存在する。にもかかわらず、佐伯博士が可罰的違法性論の構成要件段階での機能の解明に力を傾注されなかったのに対して、構成要件段階での機能に着目し、可罰的違法性と構成要件との関連の重要性ならびに可罰的違法性と社会的相当行為との関連性を問題とされたことは、高く評価されねばならないのである。⁽¹⁹⁾

もっとも最近の学説の中には、可罰的違法性論の存在そのものに懐疑的なものがかなりある。⁽²⁰⁾ベーリング流の構成要件論に立って、構成要件における可罰的違法性の機能を否定し、すべてを違法論の問題であると主張する説(内田(文)教授、佐藤教授、西台講師)⁽²¹⁾や超法規的原理としての「正当行為」の思想に基づき違法性を阻却する説(植松教授)⁽²²⁾あるいは刑法三五条の拡張解釈で足りるとする説などがみられるのが現状である。

佐伯博士は、可罰的違法性論を展開されるにあたり、構成要件段階と違法段階における可罰的違法性との機能面の相違にさほど注目されなかった。すなわち、構成要件該当性阻却の場合と構成要件該当後可罰的違法性阻却の場合との区別は、当該罰条の解釈問題とされるにすぎなかったのである。ここでは構成要件と違法とが、刑法における段階的考察において各々独自の役割を担っており、それ故当然に、各段階での可罰的違法性には、その性質・機能におい

て差異が生ずるとの意識は存在しなかつたのである。このことは、中山教授が「佐伯博士の場合、上のような構成要件間の形式的比較から明らかな場合を除いては原則型でなく例外型で、つまり可罰的違法阻却として処理されるのではないか²¹⁾」とされていることから明白である。このように佐伯説では、可罰的違法性は、違法論での可罰的違法阻却事由としての存在意義が大半であって、構成要件段階における存在意義は、大きく減殺されており、構成要件と違法はある程度明確に区別して構成要件を独自に構成する思考体系下での可罰的違法性論としては妥当性を欠くものである。

さらに、構成要件への実質的違法性判断を過度になだれ込ますことのない佐伯説でも、次のような違法論上の問題がある。すなわち正当化事由（刑法三五条以下の本来の違法阻却事由）と可罰的違法性阻却事由との関係ならびに一般的違法性と可罰的違法性との関係が不明であるとの主張である²²⁾。

前者の問題点につき佐伯博士によれば、全く違法性のないものとするのが正当化事由であるのに対し、違法阻却事由（正当化事由）が存在しないとしても、さらにその上に可罰的違法性阻却事由（違法減輕事由）の有無を確認することを要求し、可罰的違法性阻却事由は、なお違法性は存在するが、その違法性の質や量を減弱することで、可罰的程度を下まわることを意味するとされるのである²³⁾。ここでは、可罰的違法性論は、正当化事由とともにこれと並行して、阻却論を段階論的に展開してゆくものとして把握されているのである。

後者の問題点において藤木博士は、「実質的違法性が軽微であるということは、全法秩序的に言えば違法性はあるということであることを認めるのであって、違法性のある、実質的な不法性のある行為が違法性を阻却される正当行為つまり完全な白の行為とされるのは筋が通らない²⁴⁾」とされて、可罰的違法性の不存在、実質的違法性の軽微性を超法規的違法阻却事由と解することに反対される。しかしながら、藤木博士の批判に対しては、以下の如き反論が可能である。

まず、平野博士によれば、可罰的違法性の問題は、実質的違法論の考え方が、形式的違法論の枠を突破し、法令の根拠がないにもかかわらず、実際的に違法でないとして、違法阻却を認めることができるかという「超法規的違法阻却」の問題であるとされ、違法阻却の一般原則は法益の衡量にあるとの観点から違法阻却事由の周辺のな場合にこそ、可罰的違法性の主要な適用場面があるとされ、「超法規的違法阻却のなかには、厳密に言えば、全く違法でない場合と、可罰的な違法でない場合とがある。」⁽²⁶⁾と主張されている。また中山教授は、可罰的違法阻却とは、「違法であるにもかかわらずその程度が減弱になることによって可罰的な程度を下まわること、つまり可罰的な違法がなくなるといふ意味なのである。それは正確には超法規的な違法減輕事由の一つ」⁽²⁶⁾なのであると主張されている。さらに私見によれば、犯罪とは構成要件が予定した違法類型であるが故に、この予定された最低程度の違法性の具備が常に必要であり、この類型的法益侵害の存在確定のうちに、結果無価値的法益衡量を行ない残存した違法性が構成要件に予定された違法性に達しきらない場合には、刑法的違法性は結果無価値的には零になる（正確にはそのレベルに達しなくなる）ため、完全に無垢の行為となるのである。前記佐伯博士の主張については、既に述べた如く、可罰的違法性の違法段階での機能を重視するあまり、構成要件段階での機能を正当に評価していないきらいがある。つまり、違法性判断は法益侵害（構成要件）と法益衡量（違法）の二面でなされることを無視しているのである。違法性判断はすべて違法段階でなされると考えるのではなく、形式的類型的思惟判断たる構成要件該当性判断と違法段階での法益衡量を通して後の構成要件の違法性判断によってはじめて当該行為の違法が確定されると考えるものである。各違法行為類型が予定する法益侵害に、当該行為が形式的に該当するだけの違法性をもっているという意味において構成要件上の違法性が判断され、該当性により推定される（違法性推定機能）のである。それ故に、構成要件段階で、全く類型的法益侵害に該当しない場合（絶対的輕微）が存在する⁽²⁷⁾という意味において、前述の藤木博士の主張は妥当なものといえよう。

以上述べてきた如く、藤木説および佐伯説には、様々の問題点が存在するが、基本的には、佐伯説のように構成要件と違法との二段階において、可罰的違法性を機能させるとともに、藤木説のように、構成要件での可罰的違法性の機能を、構成要件と違法との相互の関連性の中で、明確に把握してゆくことが妥当である。その際に注意することは、あくまでも違法性は結果無価値的に考察することと、可罰的違法性判断は、構成要件・違法のいずれの段階でも、構成要件が予定した類型的違法性をその基準として一定レベルの法益侵害性を常に具備しているかを判断しなければならぬのである。

〔注〕

(1) 実務家からの批判点を記した主たる文献には、河上和雄「いわゆる可罰的違法性論について——その七つの罪」警察学論集二七巻六号八七頁以下、白井滋夫「『可罰的違法性論』に対する批判的検討」警察学論集三〇巻九号一頁以下、武安将光「可罰的違法性論、多数暴力犯罪等について」ジュリスト三九五号九三頁以下がある。これらの学説については、板倉教授、中山教授らにより反批判が加えられている。

(2) 八木眸「超法規的違法阻却事由」木村博士還暦祝賀『刑事法学の基本問題(上)』(昭和三三年)二八五頁以下、前野育三「可罰的違法性」判例と学説7刑法1〔総論〕(昭和五二年)七六頁以下。

(3) 緊急行為として超法規的違法阻却事由の要件を構成することに批判的な主張には、井上祐司『争議禁止と可罰違法論』(昭和四八年)一七〇頁、曾根威彦「超法規的違法阻却事由」中山他編『現代刑法講座二巻』(昭和四四年)九一頁。

(4) 同旨、大野平吉「再び可罰的違法性の理論について」判タ二二八号一〇頁以下。もっとも大野教授は可罰的違法性の理論については肯定的ではある。

(5) 藤木説への批判を検討する前に注意を要することがある。それは、藤木博士は構成要件該当性阻却として機能する可罰的違法性理論の適用領域を限定していることである。すなわち伝統型犯罪には適用がなく、「規範的構成要件要素を含み、実害ないし危険発生の面で程度をつけることのできる概念が構成要件の結果として予想されている場合、あるいは、被害惹起の手段

が規範的要素を含んでいるため、典型的な手段のほか、非典型的限界的手段を多く含みうるような形式になっている場合である。」(藤木英雄『刑法講義総論』一二二頁) もっとも、行為無価値を重視し、社会的相当性を大幅にとり込む藤木説では、このような限定がさほど有効とは思えない。

(6) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』二〇頁。

(7) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』一八〇頁、内田文昭『刑法Ⅰ(総論)』(昭和五三年)一七五頁。

(8) 福田平『新版刑法総論』(昭和五二年)一一〇頁、井上祐司『争議禁止と可罰違法論』一七一頁。また、中山教授は構成要件の価値化は拡張解釈の危険をまねくおそれがあるとされる。中山研一・大谷実「刑法」法律時報三九卷一四号一三頁。

(9) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』二二頁、同『刑法講義総論』一一九頁以下。同旨、福田平『新版刑法総論』二二頁、西台満「可罰的違法論について——構成要件論序説——」秋田大学教育学部研究紀要二九集二〇頁注八。もっとも板倉教授のように可罰的違法性の構成要件段階での機能を肯定しつつ、藤木博士の説明にいまひとつ得心できず、むしろ「犯罪論体系は、なにも法律で定められた絶対的なものではなく、それじたいは、一つの理論体系であるのにすぎず、それが実践的な機能を果たしえない場面では、それを若干修正することは不合理なことではない。」(板倉宏「可罰的違法性の理論(肯定論)」Law School 三号一〇頁、同「可罰的違法性の理論の新局面」警察学論集二九卷七号七一—二頁)との主張もある。

(10) 藤木英雄『刑法講義総論』一一九頁。

(11) 藤木、同右一八四頁—一五頁では、正当行為も場合によっては可罰的違法性なしとして構成要件該当性なしとされる。

(12) 参照、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』一八三—一四頁、大野平吉「再び可罰的違法性の理論について(四)」判タ二六〇号一三頁。

(13) 藤木、前掲一二八頁。

(14) 藤木、同右一八五頁。

(15) 訴訟法的な意味については、平野龍一『刑法総論Ⅰ』(昭和四七年)九一—二頁参照。

(16) 藤木英雄『可罰的違法性』一三四頁からはそのように解されているようにうかがわれる。

(17) 判例の中にも藤木博士の明快な可罰的違法性論に影響をうけたと思われるものが幾つかみられる。すなわち、福岡高判昭四二・三・六判時四八七・六六、高松高判昭四三・四・三〇高刑集二一・二・二〇七などがある。

- (18) 香川達夫『刑法講義(総論)』(昭和五五年)一四九頁以下、内田文昭「可罰的違法性論」下村康正・八木國之編『法学演習講座⑧刑法総論』(昭和四五年)一六〇頁以下。
- (19) 内田文昭『刑法Ⅰ(総論)』一七四頁以下は「当罰的違法性の理論」を主張される。佐藤芳男「可罰的違法性」亜細亜法学八巻一号四七頁以下、西台満、前掲一九頁以下。
- (20) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(昭和四九年)一八七頁以下。
- (21) 中山研一『口述刑法総論』一三〇頁、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』一七九頁。
- (22) 内田、前掲一七五頁、阿部純二「可罰的違法性」ジュリスト増刊『刑法の争点』(昭和五二年)三〇頁。
- (23) 佐伯、前掲一九六頁。中山、前掲一三四頁、一五一頁以下。
- (24) 藤木英雄『可罰的違法性』一三三頁。藤木理論においては、当該構成要件の予想する可罰的程度の違法性を欠くために、構成要件該当性が否定される場合が可罰的違法性論であるのに対し、超法規的違法阻却論は、構成要件に該当する行為につき、超法規的に違法性が完全に阻却されるものであるとされている(同『可罰的違法性』一三二頁以下、同『可罰的違法性の理論』三頁以下)。
- (25) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』二二一頁以下、二二〇—一頁。
- (26) 中山研一「最近の可罰的違法性論批判—白井論文の批判的検討—」同志社法学三〇巻二・三号一九四頁。
- (27) 同旨、前田雅英『可罰的違法性論の研究』(昭和五七年)四五二頁以下。

二 違法性の実質と可罰的違法性論

可罰的違法性論の問題は、その根底にある違法性の実質に対する理解の仕方の相違が、如実に反映されているのである。すなわち、まず違法性を量的に把握できるものと考ええる。そしてさらに違法性を結果無価値的にあるいは行為無価値的に把握するかにより、可罰的違法性判断基準に大きな差異をもたらすのである。

刑法が犯罪成立に要求する程度に違法であるかどうかの問題は違法性の「質」と「量」の程度の問題に還元しう

る。それ故、違法性の「質」ならびに「量」は単に解釈上の問題にはとどまらない。たしかに、違法性の「質」ならびに「量」は、立法政策上の動機や理由の問題と深くかかわっていることは事実ではあるが、それが単に刑法文言の解釈にあたって斟酌すればよいだけのものであるならば、刑法は立法期の古い違法法観にもとづいてのみ解釈され、しかも文言の解釈にとどまる限り、いかに目的論的に解釈されたとしても違法性がそこに直接的に反映されることはないといえるのである。なるほど文言上、また立法趣旨により刑法自体が拘束されるのは事実であるとしても、実定法自体が、その社会的存在性を認識せずに適用されるとすれば、法の社会統制（調整）機能は著しく害されることとなる。それ故に刑罰に適さない行為については、構成要件が予定した法益侵害としての類型的違法性を具備しているか否かが検討されねばならない。そして少なくとも構成要件が違法類型である以上は、やはり単なる文言上の解釈にとどまらずより直接的に違法性の「質」と「量」の影響をうけることとなる。

可罰的違法性における「質」の問題は、本来違法性の軽微とは関係なしに、その違法性の質が可罰的違法性を阻む場合である。姦通行為の如く、民事上は違法でも刑法上は可罰的違法ではない場合や逆に詐欺や猥褻物販売行為の如く、刑法上は可罰的違法だが、民法上は取消や解除でもなされない限り有効である場合などは、違法性の質が構成要件の定立に際して重要な意義をもち、この「質」的相違が、当該行為の構成要件該当性判断ならびに刑法文言自体の解釈に際して重大な役割を担い³ひいては違法性の「量」的判断にも影響を及ぼすことを示している。

また可罰的違法性の「量」の問題は、刑法上の違法性の量的軽微性に関するものであり、所謂狭義の可罰的違法性として、実際上最も問題とされてきたのである。それは、端的に被害法益が軽微な場合を構成要件該当性段階で扱う場合と被害法益の侵害は軽微とはいえないが、侵害行為により保全される法益との衡量から法益侵害程度が比較的軽微といえる違法段階で扱う場合とにわけて考えられてきたのである。⁴「量」の問題は、可罰的違法性の有無を判断す

る場合に極めて重要な要素となるが、違法性の「量」の問題が全く「質」の問題と結びつかないわけではない。すなわち、「量の変化もまた、それがある程度に達すると質の変化となる（量より質への転化）」⁽⁵⁾のであり、違法段階における具体的な法益衡量をまっしてはじめて質的に変化するものもある。その際に、最終的に質的变化を認め得るか否かの判断基準は構成要件が予定した類型的違法性の程度に今だに至っているか否かである。

可罰的違法性論において、可罰的違法性の有無の判断基準がどのように設定されるかは極めて重要な問題である。この問題は、結局違法性の実質をいかに理解するかによって決まるのである。違法性の実質については、行為無価値論と結果無価値論とが対立している。

ヴェルツェルは、「刑法は法的心情価値の実際の背反を罰すること、その行為価値がかかわる法益を保護する」とし、法益侵害（結果無価値）は、刑法上は人的に違法な行為（行為無価値）のみ意義をもち、人的行為無価値が刑法上のあらゆる犯罪の一般的無価値であると主張する。このようなヴェルツェルの所説は、わが国の学説にも少なからぬ影響を与えた。しかしながら、わが国の行為無価値を強調する見解では、少なくとも結果無価値は抹殺されることなく、行為無価値と並列的に、相互に関連・補完し合うものとしてとらえられている。他方、結果無価値論の主張者においても、結果無価値のみを問題とするのではなく、行為の方法・態様をも法益の侵害・危険の側面から結果無価値的に考慮されている。⁽¹¹⁾このように実際の行為無価値論と結果無価値論とは、一見、さほど相互に掛け離れた、相容れないものとは思われない。しかしながら、このように行為無価値を中心に結果無価値を総合的に取り込むわが国の学説には、以下のような問題点がある。

まず第一に、行為無価値と結果無価値の相互を並列的に、あるいは補完的に理解するといっても、その相互関係はなお不明確であり、また行為態様を違法判断で考慮する際に、いかなる対象をいかなる基準で考慮するかは、全く不

明である。⁽¹²⁾ 第二に、行為無価値は反社会倫理性の観点に立ち、法益侵害・危険の観点からは把握されない主観的（心情的）要素をもひろく含むのである。⁽¹³⁾ これに対し、結果無価値では、行為の方法・態様などの行為無価値的要素を法益の侵害・危険との関係においてのみ考慮するのであり、行為無価値性、反社会倫理性をそのまま違法判断において考慮に入れるわけではないのである。⁽¹⁴⁾ ここでは、現代社会においては歴史的・社会的存在としての法と倫理とは、それぞれに独自の機能をもつのであって、法は個人に「社会倫理を教えるために存在するのではない」⁽¹⁵⁾ との基本的認識が存在するのである。このような考え方が、刑法の基本的任務は、社会倫理性から切り離された法益（利益）保護であるとして、刑罰自体が望ましくない最後の手段であり、他の社会統制手段では足りない場合にのみ発動する刑法の謙抑性⁽¹⁶⁾の主張と結合する時に、最もよく刑法の客観主義・自由主義的機能を果たしうるのである。

行為無価値論は、違法判断における行為の方法・態様等のもつ重要性を明白にした点で意義を有したが、行為無価値を歴史的に形成された社会倫理秩序違反（社会的相当性逸脱）⁽¹⁷⁾と解し、被害法益の軽微性よりむしろ行為者の目的・行為者の意思状態等の主観的要素・行為の態様の倫理的・情緒的無価値とそれに対する処罰感情などのような主観的違法要素以上に認定困難なものを犯罪認定に要求し、恣意的判断を刑法にもち込むのである。⁽¹⁸⁾ このように心理的要素を広くとり込む時、その判断基準ならびに内容の不明確性ゆえに、心情刑法への傾斜のおそれのみならず、違法性判断の過程の客観的な分析・検証を困難におとし入れ、刑法の保障機能を軽視することとなるのである。それ故たえ、行為の方法・態様等を限定的に違法性判断にとりこむとしても、それはあくまで結果無価値論を前提にしての限定的導入であり、決して行為無価値論を前提とはなしえないのである。すなわち、結果無価値論と行為無価値論とは、その根本原理において全く異なり、二つの理論の存在形式は、二者択一でこそあれ決して「どちらにウェイトを置くべきか」⁽¹⁹⁾の問題には決してならないことを銘記すべきである。

結果無価値を中心に刑法の機能は法益保護だと考えれば、違法阻却を考へる場合も法益の衡量が基本となる。⁽²⁰⁾ 法益衡量については、憲法をはじめ実定法を手掛りとする価値規準、法定刑の大小を手掛りとする価値規準により、絶対的ではないまでもある程度の法益の価値の高低を計りうる。またたとえ明白な体系規準がなくて価値選択の「決断」を要する時でも「どのような価値観にもとづき結論を下したか」という判断の経路を明らかに⁽²¹⁾ できる点で結果無価値論は行為無価値論よりすぐれているといえる。そして行為無価値論が正当にも主張した行為の方法・態様の考慮の必要性については、それらが、法益侵害の危険性つまりは結果無価値におき換えうる限度でのみ、違法性判断に取り入れることができるのである。このように違法の実質を法益を中心にとらえていくことは、刑法理論的に優れているのみならず、戦後の国家主義的価値観から個人主義的価値観への価値転換にも十分に対応しうるものである。すなわち、刑法の任務たる法益保護における「法益」概念は、現行憲法を基礎とする法の全構造を考慮して、憲法的、実質的法益概念を形成しており、そのため個人の生命、身体、自由、財産こそ最も優先的に刑法により保護すべきものとなる。それ故に、刑法の任務のひとつたる国家的法益や社会的法益の保護は、すべて個人の生命、身体、自由、財産を保護することに還元しうるか、そのための機能としてのみ保護されるのであり、個人を越えた自己目的的存在として保護されるのではないのである。⁽²²⁾

以上の検討から明白なように結果無価値論による違法性の実質の把握が妥当であるといえよう。結果無価値論は、法益衡量を基本とする違法阻却論を前提とするから、すべての法益侵害を容認するのではなく、法益侵害が存在しても、違法でないとする場合を、行為無価値論のような社会的相当性ではなく、社会生活の実態に即した利益衡量に求めるのである。⁽²³⁾ もっとも、衡量の結果違法性が減少したとしてもそのことからただちに可罰的違法性が阻却されるのではなく、さらに可罰的違法性が阻却されるか否かについては、構成要件が予定した類型的違法性にいたらぬ程度

にまで実質的違法性が減少しているかの判断が必要となる。加えて結果無価値論にもつき可罰的違法性論を構成することは、違法性を法益的にとらえるため、違法性は程度のある概念となるし、どの法益の侵害として違法法であるかが問題となるため、当然に相対的となるのである。²⁴⁾

〔注〕

- (1) 木村亀二「わが刑法における可罰的違法性論」法学セミナー一四五号七四頁、西台満「可罰的違法性について——構成要件序説——」秋田大学教育学部研究紀要二九集二〇頁以下。
- (2) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』一七〇頁以下参照。また藤木博士が『刑法講義総論』二九頁で、「縮小解釈」に限定して、単なる解釈問題のごとくに扱っていることも妥当性を欠いた表現である。
- (3) 最判昭和三三年七月一〇日刑集一二卷一二号二四七一頁、最判昭和三三年九月一九日刑集一二卷一三号三二二七頁。これらとともに違法の相対性にもつき構成要件該当性を阻却するとしている。
- (4) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』二二〇頁。
- (5) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』一六頁。その例として、最判昭和二六年三月一五日刑集五卷四号五一二頁、最判昭和三九年一月二四日刑集一八卷九号六一〇頁がある。
- (6) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, II, Aufl., 1969, S. 3f.
- (7) Welzel, a. a. O., S. 62.
- (8) わが国における行為無価値論の代表的主張者（藤木博士、福田教授、板倉教授等）たちの見解は、ヴェルツェルのような徹底した行為無価値論をとるのではなく、結果無価値的要素を多分に違法性判断において考慮しており、ただ程度の問題として行為無価値が優越しているといえる。
- (9) Welzel, a. a. O., S. 26. ヴェルツェルでは不能未遂の場合には結果無価値がなくなるとしている。
- (10) 木村亀二『刑法総論』（昭和三四年）一六四頁、藤木英雄『刑法講義総論』七五頁以下、西原春夫『刑法総論』一一四頁以下、伊東研祐「現代法益概念の系譜と刑事不法論の課題（一）」法学協会雑誌九八巻七号九八頁以下。

- (11) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』一七四頁以下、同『刑法における違法性の理論』一三頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅰ』三六頁、内田文昭『刑法Ⅰ(総論)』二二頁では、「行為無価値」とは人倫的見地から許されない行為という性質のものとしてとらえられてはならず、法益侵害の危険性をもつ行為としてとらえられるべきだとされている。
- (12) 同旨、真鍋毅「行為無価値と結果無価値」中山他編『現代刑法講座二卷』二三頁。
- (13) 藤木英雄『刑法講義総論』七七頁。
- (14) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』五一頁。
- (15) 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』(昭和五一年)四一―二頁。
- (16) 平野、前掲四七頁以下、佐伯、前掲八二頁。
- (17) 福田平『新版刑法総論』一〇八頁以下。
- (18) 生田勝義「可罰的違法性と社会的相当性」中山他編『現代刑法講座二卷』三六頁参照。
- (19) 藤木、前掲書七六頁。
- (20) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』二二三頁、佐伯、前掲書一九七頁。
- (21) 平野、前掲二三八頁。
- (22) 平野龍一『刑法の基礎』(昭和四一年)一〇〇頁。
- (23) 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』四一―二頁。
- (24) 平野、前掲二一三、二二七、二一九頁。同、「刑法の基礎(一四)」法学セミナー一二三号四六頁以下。

三 可罰的違法性論と社会的相当性の理論

違法性の実質は、法益侵害である。そして「違法論」における固有の問題は、法益衝突(法益衡量)を通しての法益侵害性のレベル(違法性の量)の確定にある。それは場合によっては法益侵害性のレベルが零になる場合(違法阻却事由への該当)もあれば、違法性が減少する場合も存在する。他方、構成要件が少なくとも違法類型である以上、

構成要件段階での本質的問題は、形式的（類型的）法益侵害の存在の有無たる構成要件該当性そのものであり、実質的違法性のレベ^レルの問題ではないのである。そしてこのような構成要件—違法の関係は、再三にわたり述べてきたように構成要件と違法のそれぞれにおける可罰的違法性の機能にも相違を生じさせるのである。すなわち、違法論においては、法定の例外的違法阻却事由の存在が否定された後に、違法論の本質たる法益衡量をなした上で、その結果として刑法が犯罪として構成要件に予定した程度の形式的法益侵害程度にまで違法性が達しているかどうかを再度判断するという二度のフィルターを通すことで、刑法上の違法性が確定されるのである。他方、構成要件においてはたとえ刑法文言上の縮小解釈を行なったとしても純粹に形式的にみれば構成要件該当性があるとしうる行為につき、当該法益侵害自体が、絶対的に「輕微」であり、構成要件が要求する程度の形式的類型的違法性にいたっていない場合には、そもそも法益侵害がなく構成要件に該当しないとされるものである。

このような可罰的違法性論に対して、法益侵害が存在するにもかかわらずなおも違法ではないとして構成要件該当性もしくは違法性がなくなるとする社会的相当性の理論が存在する。この理論は、「社会的相当性」の概念把握そのものが主張者により様々であり、さらに「社会的相当性」の有無についての具体的判断基準についても不明瞭であるし、その適用場面においては、どこまでの限度で構成要件阻却または解釈原理として、あるいは違法阻却として、機能するのか不明である。このことは、同一事例につき社会的相当性論者のうちでも様々な主張者の主観を反映して見解が乱立し結論が異なるおそれを内包しているのである。この点につきH・マイヤーが「何が社会的相当な行為であるかは、慣習法だけが教えるのだから、もし社会的相当性をすべての構成要件の超法規的要素とするなら、構成要件の実定法的明確性を犠牲にすることとなる」として罪刑法定主義の原則に反することほもっともである。但し、この主張に対しては、社会的相当性を裁判官が法適用に際して用いる場合には、可罰性を縮小する機能を

もつものであり、何ら拡大機能をもたないから、慣習法的、超法規的な構成要件の制限は、決して罪刑法定主義の原則とは矛盾しないとの反論的主張がある。⁽⁴⁾しかしながら、社会的相当性という不明確な概念の使用により、構成要件該当性が阻却される時には、構成要件の限界そのものが不明確になり、恣意的判断にながれやすくなる。さらに、たとえ可罰的違法性を限定する機能としてのみ社会的相当性が作用するとしても、法的安定性と予測可能性が失われ、個々のケース間に不合理な差異を生じさせるおそれがある。

このように「社会的相当性」は本質的に極めて抽象的概念であり、それ故に安易に裁判に導入される時には、その抽象性・曖昧性のために、判断経路が明確にされず、法的安定性を欠き、判決に対する民衆の支持を失うおそれが十分にある。以下ではヴェルツェルの社会的相当性の理論を中心により具体的に検討してゆくこととする。

ヴェルツェルは、社会的相当性と構成要件との関係につき、「構成要件は、歴史的に生成された社会生活秩序を著しく逸脱する行為形式を示す。」⁽⁵⁾と述べ、さらに「社会的相当行為——おそらく因果的観点からは——構成要件になお該当しうる場合でも、構成要件から排除される。」⁽⁶⁾としている。ヴェルツェルが、社会的相当性ありとする社会的放任行為のうちには、単なる因果関係の問題にすぎないものも一部にはあるが、⁽⁷⁾軽微な身体傷害、軽微な自由制限、わずかな額の賭け、慣習化した軽微な新年のおくりもの、単なる無作法またはあつかましさは、各々の構成要件（傷害罪、監禁罪、賭博罪、猥褻罪等）には該当しないとされている。⁽⁸⁾それ故にただ単なる因果関係論ではかたづけられない問題であることは明白である。そしてまた、ヴェルツェルの社会的相当性の概念が、歴史的に形成された社会生活の社会倫理秩序の立場からの事実的性格の強い判断であるとの主張について、⁽⁹⁾前記例示からもわかるように、社会規範的な性格はぬぐい去れず、ある程度の漠然性・主観性はまぬがれないものとなる。⁽¹⁰⁾このことは、法益侵害性を離れ行為無価値的色彩に大きく傾くヴェルツェルの理論においては不可避の問題となっているのである。

わが国でも、「社会的相当性」は、ヴェルツェル¹⁶⁾におけるように歴史的・社会倫理的に定まる行為に対する価値判断として構成要件不該当事由であると主張される学者もいる。¹⁸⁾

ヴェルツェルの影響を強くうけ、違法性の実質につき行為無価値論を重視される藤木博士は、違法類型たる構成要件を限定・明確化するために、社会的に相当である行為を構成要件から排除してゆく方法として、社会的相当性論と可罰的違法性論を取り入れられた。そこでは、可罰的違法性と社会的相当性との差異は、「日常性・通常性のゆえに、社会倫理的にも非難を受けない不法性をともなわない行為」(社会的相当行為)であるか、「社会倫理的な判断、道徳、礼節のレベルでの判断としてはマイナス評価をともなうにもかかわらず、刑罰を用いることなく我慢できる程度のもの」¹⁹⁾(可罰的違法性を欠く場合)であるかにすぎず、特にヴェルツェルにおける社会的相当性の「歴史性」が欠如するため、両者の結合は有機的かつ直接的な形となつてあらわれるのである。それ故に、実質的には可罰的違法性を欠く場合と社会的相当性ある場合との区別は全くつけえないのである。

以上のことは、藤木博士同様に、行為無価値を重視される福田教授も容認される所である。教授は、社会的相当性の判断にあたり、その規準となる社会倫理秩序は、歴史的に形成されるため、決して固定的ではなく、時代とともに流動する動的・発展的性格を担うものであり、正確な認識は困難であるとされ、社会的相当性は漠然とした内容の抽象的概念であり、社会的相当性の判断は具体的・個別的な判断であつて、違法阻却の統一的原理ならびに構成要件要素の解釈原理¹⁶⁾としてのみ機能すると解されるのである。¹⁷⁾しかしながら、考察をより一層おしすすめてゆけば、たとえ解釈原理としての機能のみに社会的相当性を限定したとしても、社会的相当性の思想と構成要件とは無関係なものとはされず、一定型的に、社会的に相当な行為は、構成要件該当性を阻止する¹⁸⁾とされる限度において、藤木博士に対するのと同様の批判を甘受せねばならなくなる。さらに、違法阻却の統一的原理と解しても、違法論における社会的

相当性の程度ならびに判断基準は全く不明瞭なものであることには変化がないのである。

以上の如く、社会的相当性の理論は、一般人の常識的感覚の尊重を前面に押し出すことで、法の社会統制機能の民主化を担保しようとしたのであるが、その行為無価値論的構成のために、適用基準ならびにその限度につき具体的規準を設定できず、理論としての不明確性・曖昧性を本質的に内包することとなった。そしてこの故に社会的相当性の理論は、刑法上の理論としては支持しえないものである。しかしながら、社会的に相当な行為を、刑法の謙抑主義の見地から、構成要件該当性阻却（もしくは非該当）とする見解には、具体的妥当性より以上に訴訟法上のすぐれたメリットがあることは無視できない。すなわち、社会相当行為の疑いある事実の令状ならびに起訴状への具体的記載による司法抑制、刑訴法三三九条一項二号による公訴棄却¹⁹⁾による実質的な無罪者の迅速な解放に役立つことである。²⁰⁾

それ故に、違法性を結果無価値的に構成し、その延長上に構成要件を把握する立場から、ある程度制限的ではあるが、構成要件段階での社会的相当性の理論を結果無価値論的に把握しなおせる限度でのみ、構成要件該当性判断事由として導入することを許容すべきであろう。²¹⁾ このことは、行為無価値論を基礎とする社会的相当性を直截に結果無価値に置き換えることを意味するものではなく、即ち、行為者の心情など法益侵害の観点からは把握されないものは当然除外され、法益侵害性に直接的関連性をもつ限度でのみ把握され最終的に構成要件という形式的違法類型が予定した法益侵害に、当該行為の確定された違法性が達しているかどうかを結果無価値的に検討するという可罰的違法性判断なのである。

以上のような理解のもとに、抽象的・一般的判断から社会的相当性ありとされた行為につき、第一に「社会的相当性」が構成要件の解釈原理もしくは該当性阻却事由として機能する場合は、結果無価値的観点から、法益侵害の欠缺（それは本来の法益の欠缺の場合以外に、結果無価値的にみて絶対的軽微であるとして可罰的違法に達せず法益侵害

なしとされる場合をも含む)により、第二には違法性阻却の統一原理として「社会的相当性」が機能する場合には、法益衝突における優越的利益の保護を結果無価値的にとらえ、さらに違法類型たる構成要件に二度のフィルターとしての機能をはたかせ可罰的違法性なしとすることにより代替しうるのである。

第一の場合の如く、「社会的相当性」が構成要件で機能する場合には、法益侵害の純然たる欠缺である「被害者の承諾」と結果無価値的に絶対的軽微な場合における可罰的違法性の欠缺による法益侵害の欠缺とに分けて考察しうるのである。

[注]

(1) 中山教授も同様に阻却論を段階的にとらえている。(中山研一『口述刑法総論』一二二、一三四頁)。

(2) わが国で特に社会的相当性に構成要件阻却機能を積極的に承認している見解としては、藤木博士(藤木英雄『可罰的違法性の理論』五一頁以下。なお藤木博士と類似した主張をツイップが展開している、ハインツ・ツイップ「刑法における法に適合した態度と社会的に相当な態度」中義勝・垣口克彦、関大法学二巻五号七六頁以下)、仲地助教授(仲地哲哉「規範的構成要件要素と社会的相当性」(一)愛知学院大学論叢法学研究六巻九号五一頁以下、九巻二号五七頁以下)、青柳教授(青柳文雄「社会相当性についての実務的考察」法学研究三五巻十二号一頁以下)がある。上記の各所説をみてもわかるように、「社会的相当性」の内容は様々なので、本稿では可罰的違法性との関係上、特に藤木博士の所説を中心に検討することにした。しかしながら、同様の問題性は各所説に共通するものである。

(3) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 108. 宮澤教授はH・マイヤーの指摘を支持された上で、社会的相当性判断はすべて違法判断の内容たるべきもので、構成要件該当性判断としてはふさわしくないとされる(宮澤浩一『刑法の思考と論理』(昭和五〇年)三〇五頁以下)。しかしながら、宮澤教授も構成要件を違法有責類型とされる以上、侵害態様たる構成要件が予定した類型的違法性に全く達しえない場合には、なんらかの理由によって構成要件該当性を欠くとされるのが理論的であるように思われる。

- (4) 仲地哲哉「規範的構成要件要素と社会的相当性(一)」愛知学院大学論叢法學研究六卷二号六〇頁、中義勝「行為の社会相当性と構成要件該当性」関大法學論集一三卷一号一七頁。
- (5) 前田助教教授は、ヴェルツェル以前における法益衡量中心の許された危険の法理が彼により行為無価値的に修正されたときとされているが、それまで支配的な結果無価値中心の違法論から許された危険の法理の導入へとむかうその過程こそがまさしく行為無価値への第一歩ではないかと思われる。(前田雅英『可罰的違法性論の研究』二一九頁以下参照)。
- (6) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, II. Aufl, 1969, S. 55.
- (7) Welzel, a. a. O., S. 57.
- (8) その意味においてのみ、武安将光検事がヴェルツェルの理論につき「社会的相当性の理論を概念的な因果関係論の適用によって一般の社会常識に反する結果の生じるのを防止する趣旨にすぎないように思われる。」(同、「可罰的違法性論、多数暴力犯罪の処罰等について」ジュリスト三九五号九五頁)と述べられることは妥当である。
- (9) Welzel, a. a. O., S. 56. Vgl. Welzel, a. a. O., S. 431, 539.
- (10) 大野平吉「可罰的違法性の理論について」(『判例タイムズ二八〇号三五頁)。
- (11) それ故に、社会的相当性を純粹に事実的概念であるとして積極的機能を認めない時には、「社会的相当行為は、教壇的設例を除外すれば、刑事事件においてほとんど考え得ないであろう。」(庄子邦雄『刑法総論(新版)』(昭和五六年)一九五頁)となるだろう。
- (12) ヴェルツェルの十一版にいたるまでの変説については、西山雅明「社会的相当性の理論」西南学院大学法學論集一卷一号二六五頁以下、宮澤浩一『刑法の思考と論理』一四一頁以下を参照。
- (13) 阿部純二「社会的相当行為と構成要件」ジュリスト増刊『刑法の争点』三一頁。
- (14) 藤木英雄『刑法講義総論』三八頁。
- (15) 福田平『新版刑法総論』一〇八頁注(二)。西原教授はさらに一步進めて、「いわゆる『社会的相当行為の行為定型』というものがそもそも可能か」と疑問視されている。(西原春夫「構成要件の価値的性格——犯罪論における定型的思考の限界・その二——」早稲田法學四一巻一号一七四—一七五頁)。
- (16) ヴェルツェル自身もまた「社会的相当性は一般的解釈原理である」として語る(Welzel, a. a. O., S. 57)。キーンナップルも

またM・E・マイヤー流の構成要件論に立ち、社会的相当性を構成要件の解釈原理としている（庭山英雄「D・キーンアプフェル著『体罰と社会的相当性』」一橋論叢四九卷六号九三頁以下、井上祐司「キーナッペル『刑法における許された危険』」法政研究三四卷二号二〇一―一頁）。

(17) 福田平『新版刑法総論』二三頁、同「社会的相当性」『刑法講座二』（昭和二六年）三頁以下。

(18) 福田平「社会的相当性」同右一二〇頁。

(19) 参考、アメリカ法律協会模範刑法典第二・一二条微罪（De Minimis Infraction）は「被告人の行為が（一）日常生活上許容または我慢される限度内にあり、利益を害された者により明白に否定されておらず、その罪を規定した法律の目的とも相容れないものでない場合、（二）その犯罪を規定した法律が防止する侵害または侵害の危険性を実際には生じさせないか実際に生じさせた侵害またはその危険性の程度があまりに軽微なため有罪認定の非難が許されない場合」には、公訴棄却（*dismis a prosecution*）しなければならないと規定している。

(20) 青柳文雄「社会相当性についての実務的考察」法政研究三五卷一二号一二頁以下。

(21) 佐伯博士が「行為反価値は、結果反価値を惹起する危険があるからこそ反価値とされるのであって、実は先取された結果反価値（あるいは結果発生の危険のある行為）ということに帰着するのである。」（佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』一七五頁）とされるように、多くの場合は結果無価値に解消しうるが、すべてが無制限に結果無価値に移行できるわけではない。

おわりに ―― 可罰的違法性論の展望

本稿において検討してきたように、違法論における立場の相違が様々な基準や概念の可罰的違法性論を創出させたのであるが、基本的には、結果無価値的に違法性を把握するとともに、違法類型たる構成要件段階ならびに違法段階の双方にわたって可罰的違法性を機能させることが妥当であろう。可罰的違法性は、当罰性の問題でもなければ、単純に実質的違法性に還元しうる問題でもないのである。それは、違法類型たる構成要件が予定した形式的類型的違法性が、構成要件―違法の各段階で最低限度充足されていることを罪刑法定主義が要請するものであるとの認識にもと

づいてゐる。すなわち、当該行為がまず第一に構成要件が予定した違法性さえ充足していない、所謂法益侵害の不存在（法益侵害が存在しないという点から被害者の承諾も構成要件段階の問題である）、法益侵害の絶対的軽微性が構成要件該当性段階で検討される。次に、絶対的軽微とはいえず、構成要件に該当し一応の類型的違法性ありとされた行為は、さらに様々な法益衡量の場たる違法段階において、結果無価値的にのみ考察される。ここにおいてはじめて実質的違法性の「量」が確定されるにおよぶ。そしてこの確定された違法性につき再度構成要件が予定した類型的違法性のレベルに達しているかを検討し、もはや類型的違法性レベルにまでも達していなければ、まさしく可罰的違法性なしとして阻却されるのである。このように構成要件の予定した類型的違法性を基準として可罰的違法性を構成要件、違法の両段階でとらえてゆくことは、罪刑法定主義に合致するのみならず、可罰的違法性に常に一定の明確なる基準をあたえることになるのである。構成要件が予定する類型的違法性の確定は、違法論におけるように各学者の立場の相違を積極的に反映することなく、むしろ判例の客観的分析による阻却レベル確定を可能にするものである。

以上の如く、可罰的違法性論は、近年の最高裁判例や諸学説の否定的態度にもかかわらず、その存在意義は決して薄らいだわけではなく、むしろ構成要件での機能を中心に再構成されるべき状態にある。そして今後は、可罰的違法性により明確な基準を付与するため、構成要件における絶対的軽微事例の分析および起訴猶予による暗数部分の分析をなすことが必要となってくるのである。