

可罰的違法性の理論について

三 浦 道 夫

目 次

- 一 はじめに
- 二 可罰的違法性の理論の歴史的概観
- (1) 一厘事件と宮本英脩博士の理論
- (2) 超法規的運用に関する理論と三友炭坑事件
- (3) 佐伯千仞博士の理論とその批判
- (4) 労働事件及び公安事件の分野における可罰的違法性の理論の適用
- 三 結語にかえて —— 藤本英雄博士による可罰的違法性の理論の定義 ——

一 はじめに

刑罰は、国家が国民に科す最も峻厳な制裁手段である。日本刑法の原点ともいふべき、ドイツにおける刑法学者、ペーリン

グは、「刑法の保障機能の具体化の役割を構成要件理論に期待し」¹⁾構成要件を記述的概念によって定立される純粋な行為類型として捉えたのである。いいかえれば、構成要件に当てはまる行為がなければ犯罪ではない、とする罪刑法定主義の考え方が、我国の刑罰についての理論体系の根幹をなしているといえる。かくして、ある人の行為が、構成要件に該当し、違法性を有し、かつ有責性をもつ場合に、犯罪が成立するとした三分説が、伝統的な犯罪論の基本体系をなしているのである。

しかし、この伝統的構成要件理論は、工業化・都市化が未だ進んでいなかった前近代的社会以来のものであり、殺人、放火、強窃盜等、何人も違法を疑わない原始的犯罪を念頭に置いて形成されたものである。ところで、未だ工業化の進まない田園的、静止的な社会においては、犯罪構成要件に該当する行為が存するかぎり、違法性は当然のこととして肯定され、ただ違法性阻却の事由の存否を判断すれば足りるとされたが、社会の

急速な発展に応じ、生活の複雑化・流動化、そして価値の多元化が進むにつれて、行為の違法性の実体を見究めようとする実質的違法性論が登場してくることとなるのである。即ち、公益侵害という結果無価値と共に、この公益侵害を惹き起す行為態様としての行為無価値が等しく重視され、形式上、犯罪構成要件に該当し正当防衛、緊急避難ないし正当行為の要件を充たさない行為であっても実質的な違法性を否定されるケースが生じてきた。⁽³⁾

即ち、実質的違法性が可罰的な程度に至らぬ微弱であることと理由として、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すべき場合があることを主張する可罰的違法性の理論がそれである。⁽⁴⁾

藤木英雄博士は、この可罰的違法性の理論を「刑罰法規の構成要件に該当する形式・外観を呈する行為について、その行為が当該構成要件が予想する可罰的程度の実質的違法性を欠くということを根拠に、その構成要件該当性を否定すべき場合を肯定する理論である」と定義されている。

(注)

- (1) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』二二頁。
- (2) 同三四頁。
- (3) 同四五頁。
- (4) 同二〇頁。
- (5) 同三頁。

二 可罰的違法性の理論の歴史的概観

(1) 一厘事件と宮本英脩博士の理論

この理論の萌芽は、すでに明治四三年の「一厘事件」の大審院判決の中に見られるのである。この事件は、ある葉煙草耕作者が、政府へ納入すべき葉煙草（価格に換算して一厘相当分）を自ら費消し、旧煙草専売法に違反するとして起訴され、第一審、第二審の有罪判決を被告人の上告により、大審院は、明治四三年一〇月一日、原判決を破棄して被告人に無罪をいい渡したものである。

判旨の要点を抜すいと次のとおりである。

「……抑モ刑罰法ハ共同生活ノ条件ヲ規定シタル法規ニシテ国家ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ唯一ノ目的トス果シテ然ラハ之ヲ解釈スルニ当リテモ亦主トシテ其国ニ於テ發現セル共同生活上ノ觀念ヲ照準トスヘク単ニ物理学上ノ觀念ノミニ依ルコトヲ得ス而シテ零細ナル反法行為ハ犯人ニ危険性アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り共同生活上ノ觀念ニ於テ刑罰の制裁ヲ加フルノ必要ナク立法ノ趣旨モ亦此点ニ存スルモノト謂ハサルヲ得ス……」⁽¹⁾

これは「一罰百戒主義」を旨とする明治時代の官僚主義的な法解釈の世代における注目すべき判決であり、刑法の謙抑主義に基づく可罰的違法性の法理と見ることが出来る。即ち、この

よるような零細な反法行為は、「たとえ犯罪の構成要件に該当する形式・外観を具えるもので、しかも違法であっても、この構成要件が予定する刑罰という制裁に値する違法性——『可罰的違法性』——を具備するものではないので犯罪は成立しないという法理である。」⁽²⁾

さて、この「一厘事件」の判決を高く評価され、その理論化を進められたのが、宮本英脩博士である。博士の理論を要約すれば、右記のような零細な反法行為は、一般規範上、違法であるが可罰的違法ではない⁽³⁾。いいかえれば「被害法益の価値が極めて軽微である」という可罰類型阻却事由の介在により可罰類型該当性はないということである。

しかし、この萌芽的存在であった可罰的違法性の法理は、当時の学会においては未だ時期尚早の感があり、また一厘事件以後、同様の判例も見あたらないまま、戦後まで推移するのである。

(2) 超法規的運用に関する理論と三友炭坑事件

宮本博士は「一厘事件」判決に際して「此刑法解釈ニ関スル判例ノ根本的態度ハ一切ノ類型ニ亘リテ淪ルヘカサルモノト信ス」⁽⁵⁾として、その所論をさらに一般化されたが、その高弟、佐伯千仞博士は、この見解を支持し、可罰的違法性を中心とした犯罪論体系を整理された。

佐伯博士の「各個の犯罪類型（構成事件の意）は、それぞれ

一つの可罰的違法類型を定めているのであって、ある行為が犯罪たるためには、単に条文に外面的に当嵌るだけでなく、さらに実質的にその類型が予想する程度の違法性を具備していなければならぬ」とする見解は、明らかに可罰的違法性の理論の骨子をなしていると思われる。また、博士は実質的違法論に立てば違法性の軽重という認識が生ずべきことを明らかにされ、「違法性は程度を付し得る観念である」という思考方法を理論の前提とされた。しかし戦後、学界に広く受け入れられた佐伯博士の可罰的違法性論も、戦前は未だ広く行きわたらず、判例にも見るべきものがなかったことは前述のとおりである。

それでは戦後、この可罰的違法性の理論は、どのように発展していったのであろうか。

戦後の可罰的違法性の理論の展開も、刑事司法の実務として、判例から始まるのであるが、実体刑法の場で、超法規的運用に関する理論として、期待可能性の理論（超法規的責任阻却事由の理論）、超法規的違法阻却事由の理論と共に、可罰的違法性の理論が登場するのである。⁽⁷⁾

この期待可能性の理論は、二十世紀初頭、ドイツ刑法学において、規範的責任論への発展段階で展開されたもので、我国では、昭和初期に、木村亀二博士によって批判的に紹介され、佐伯博士によって学界に広く紹介されたもので、期待可能性の不存在を理由に超法規的責任阻却を認め、刑事責任を否定する理論である。

つづいて登場する超法規的違法阻却事由の理論は、刑法理論としては、実質的違法性の理論の展開と違法性阻却事由としての正当行為（刑法三五条）の拡大解釈の普遍化と見ることが出来るが、戦後の憲法改正に伴う国民の基本的人権保障の確立による国民の個人的権利あるいは労働権等と刑法が保障せんとする法益との衝突による正当行為の表われと見ることが出来る。

この二つの理論は「法規を形式的に適用する限りにおいては、刑事上の責任を問わざるを得ないが、実質的には刑事責任を問うに値しない、あるいは問うべきではないと思われる事案について、刑事責任を否定するための手段ないし論拠を提供しようとするもの」であり、これ等の理論の適用により、当時、下級審においては無罪判決が続出したにも拘らず、最高裁においては消極的であった。

しかし、期待可能性の理論でもなく、また超法規的違法阻却事由の理論でもない第三の理論、即ち、可罰的違法性の理論に基づく法理が、最高裁判決に見られるに至ったのである。それは、三友炭坑事件に関する最高裁判決（最判昭三一・一二・一一刑集一〇・一二・一六〇五）である。

この事実関係は次のとおりである。

（事実関係） 三友炭坑労働組合は、劣悪な労働条件を改善するため、昭和二年九月一三日から同盟罷業にはいった。ところが、Yほか二〇数名の経営者側に縁故のある者が生産同志

会を結成し、組合大会の決定を無視して生産活動に従事することとなったので、罷業派組合員は極度に憤慨していた。たまたま同年一〇月七日午前八時過ぎごろ、生産同志会メンバーであるKらが貯炭場から炭車を運転して石炭を出荷しようとしていることが判明し、昂奮していた多数の婦人組合員らは、炭車の進行を阻止するべくその場にかけてけ前方線路に立ちふさがり……その場に來合わせた被告人もこれら組合員に加わり「ここを通るなら自分たちを轢き殺して通れ」と怒号し線路に立ちふさがり、Kらをして炭車の運転を断念させた。

被告人は、右行為が威力業務妨害罪に該るとして起訴されたが、第一審は、生産同志会の行為は争議権に対する一方的な侵害行為であって、これを組合が……阻止する行為は、争議行為の正当な範囲に属し刑法三五条の正当行為に該当する、として無罪の判断を示した（福岡地飯塚支判昭和二三・三・二二最刑集一〇・一二・一六二二）。これに対して原審は、一審の無罪の結論を支持したが、その理由は、本件のような事情・雰囲気のもとで、被告人に対し本件のような所為に出ないことを「期待することは、一般的通念よりして可能なりとは認め難い」とするものであった（福岡高判昭和二四・三・一七最刑集一〇・一二・一六二六）。検察官は、原審の採用したこの期待可能性の理論ならびに前提事実を争って上告した。

（判旨） 「このような経過から考えてみると被告人の判示所為はいわば同組合内部の出来事であり、しかもすでに多数組

合員が判示Kらの炭車運轉行為を阻止している際、あとからこれに参加して炭車の前方線路上に赴き判示のように怒号し、炭車の運轉を妨害したというに止まるのであるから、かかる情況のもとに行われた被告人の判示所為は、いまだ違法に刑法二三四条にいう威力を用いて人の業務を妨害したものとように足りず、それゆゑ被告人の所為について罪責なしとして無罪の言渡しをした原判決は、結局において正当である……。」

要するに、「それは違法であるが、唯それが刑法二三四条の予想する可罰違法性の程度に達していないため、結局、無罪とされたものということができる」のであって、理論構成としては、単に結果軽微なものとの判断に基づくもので、一厘事件と同様の範疇に属するものといえよう。

(3) 佐伯千仞博士の理論とその批判

佐伯博士はその論文「可罰的違法序説」において「可罰的違法性」という觀念を次の様に明確化している。すなわち「犯罪は違法の行為である。しかし違法な行為のすべてが犯罪となるわけではない」。「ある違法行為が犯罪であるためには、それが法律所定の犯罪類型（犯罪構成要件）のいずれかに該当しなければならぬ。逆にいえば、犯罪類型（構成要件）は刑罰に値する違法行為—可罰的違法—の類型化されたもの（可罰的違法類型）ということになる」。

この論文のサブタイトルにも付されているように、このような

明確化は刑法の解釈運用が形式化して刑罰権の濫用に陥るのを防ぐためと思われる。博士が、このように可罰的違法性の觀念を実践的志向に向けられた点と可罰的違法論を量の問題と質の問題に分けて展開された点に注目したいと思う。

先ず量の問題としては、先に述べた一厘事件、三友炭坑事件の夫々の判決において「違法性が軽微で、法の予定している程度のものでない時は、犯罪は成立しない」とする主張に表わされている。

また、質の問題としては、先の違法性の軽微とは関係なしに、その違法の質が可罰的違法性を阻む場合として、重大な違法行為でありながら、刑罰になじまない行為として、近親姦や姦通の問題を挙げている。

これと同様な考え方で、質を異にする刑事犯と行政犯の関係にも及ぼし、争議を禁止されている公務員や公共企業体職員との争議行為と公務員法または事業法の罰則との関係において「これらの者の争議行為が仮りにそれらの犯罪類型に該当しても、それが争議行為本来の枠内にとどまるものである限り、可罰的違法性を欠くところの単なる違法行為として刑罰を科せられることはない」と解しなければならぬ」と佐伯博士は述べられている。

同博士の可罰的違法性論は、人權保障の見地からの刑罰権の不当な拡大の抑止を考え、刑法の形式的運用を抑え、超法規的に運用する法理論を目ざしたのであり、さらに実践的使命とし

て適用領域も労働刑事事件へ拡大を果したのである。

博士は、またこの理論を、体系上主として違法性判断の段階で問題とされたのに比し、後述する藤木英雄博士は、この理論を構成要件の段階で捉えたという意味で、可罰的違法性論内部の対立を見せている。

ここで、代表的な批判として木村亀二博士の所説を検討してみたい。

木村博士の可罰的違法性論に対する批判のうち重要なものは次の二点である。即ち、第一点は「違法性の統一性を承認するかぎり、絶対に可罰的違法性ということとは否定されざるを得ない」と主張し、「違法性の統一性の理論」と「可罰的違法性の理論」とは、絶対に相容れない」とするものである。

これに対し、佐伯博士は可罰的違法性の観念は、あくまで違法性の統一性の理論の上に立脚し、その上で違法性は程度を付し得る観念であることを認め、かつまた違法性の概念の相対性を承認するものとして反論されている。⁽¹⁵⁾

第二点は「可罰的違法性論の根本的誤謬は、それが犯罪に対する法的効果たる、法律上規定せられた刑罰を科し得ること、すなわち可罰性をもって、その可罰性の前提条件たる犯罪そのものの成立要件の一たる違法性を制限しようとするることによって、法的条件とその効果との論理関係を逆転・混同する点にある⁽¹⁷⁾」との批判である。

これに対しても、佐伯博士は強力な反論を展開される。即

ち、「存在の世界を把える原因・結果の範疇と、価値的・目的論的な構造をもつ法規範の世界に属する法律要件……と法律効果……のそれとでは、問題は質的に異なることが注意されねばならない。後者にあつては、いわゆる目的論的概念構成が支配し、法律要件はそのそもそもの成立からして法律効果（目的）に向けられ、それを志向するものとして構成されているのである。刑罰という法律効果を伴う法律要件である犯罪の場合も同様で、それは違法で有責な無数の非行のなから、立法者によって刑罰に値すると考えられたもののみが選び出され類型化されたもの——可罰類型・犯罪類型あるいは構成要件——である。可罰的違法性の理論は、この実定法上の所与である可罰類型、すなわち法がそれに該当する行為をなした者には刑罰を科すると定めている違法行為の類型について、それが予想している違法性の実質、内容はどのようなものであるか、特にそれと他の不可罰的な違法行為との間にはどのような異同があるかを確めようとしているのである。法が現に刑を科し罰すべきものとしている違法だから、可罰的違法というのであつて、それはすでに実定法として与えられているものの理解と明確化への努力である⁽¹⁸⁾」と述べているのである。

以上のように木村博士の批判が形式的、概念的であつたために、却つて佐伯博士の反批判によって、従来の伝統的な可罰的違法性の理論がより一層明確なものになつたとさえ云えるのである。

(4) 労働事件及び公安事件の分野における可罰的違法性の理論の適用

戦後、官公労働事件が多発した中で、いわゆる悪名高い三一五判決と云われる国労松山丸事件判例は、その時代における学説の谷間と云えるものであろうか。昭和三八年三月一日最高裁第二小法廷は「公企業体職員は争議行為を禁止され、争議権自体を否認されている以上、その争議行為について正当性の限界如何を論ずる余地はなく、したがって、労働組合法一条二項の適用はないものと解するのが相当である」と判示したのである。この考え方は、公労法違反の争議行為は、たとえ公労法自体に罰則がなくとも、それぞれの事業法の罰則に当てはまれば、当然に処罰されるという違法の相対性を否定した違法一元論に基づいているのである。

昭和二〇年代後半から三〇年代における下級審の判例のうち、行為の違法性を問題とする事例の多くは、憲法上、保障された基本的人権に対する官憲等の侵害行為に対して、侵害の回復・予防を目的となされた行為につき、超法規的に違法性を阻却するかどうか争われたものである。

その代表的判例として、東大ポポロ事件の第一審（東京地判二九・五・一一）及び控訴審判決、並びに舞鶴事件第一審判決（東京地判三一・五・一四）を挙げる事が出来る。

先ず、東大ポポロ事件とは、昭和二七年二月二〇日東大構内

で行われた同大学公認学内団体劇団ポポロ演劇発表会に、情報収集の目的で入場した私服警官に対する学生の暴行に対して、暴力行為処罰法一条一項違反として起訴されたものである。第一審はその暴行により侵害された警察官の個人的法益の価値と被告人の自由権擁護行為のもつ国法上の価値ならびにその行為によってもたらされる憲法的秩序保全という国家的国民的利益とを比較すると、後者の価値の重さは被告人の暴行による違法性を阻却するに十分なものがあるとして無罪を言い渡し、東京高裁も同様の趣旨で控訴を棄却したのである。¹⁹⁾

この判決の重点は、法益の優越性におかれており、この大学自治保全の法的価値と警官の個人的法益の価値を比較衡量した法益衡量説を基礎とする超法規的違法性阻却事由の理論の立場をとっているといえる。

一方、舞鶴事件は、昭和二八年五月一七日舞鶴引揚援護局寮内で行われた引揚者による帰国大会に、援護局職員Aが退場せずに傍聴を続けたことに対して、被告人がAを監禁した事件であるが、これは帰国者の集会、思想、表現の自由に対する職員Aの侵害を防止するため、寮内に抑留監禁したもので、第一審判決は、被告人の行為は監禁罪の構成要件に該当するが、Aに対する質問も暴力的でない点で目的において正当であり、手段、方法も相当と認められるとして、²⁰⁾社会的相当説の立場から超法規的違法阻却を基礎づけたのである。

昭和三五年ないし四一年頃における最高裁は、超法規的違法

性阻却事由の理論についての正当化の要件として、緊急性ないし補充性を厳格に要求しており、それは先述の東大ポボロ事件第一次上告審大法廷判決（昭和三八年五月二二日刑集一七・四・三七〇）と共に、舞鶴事件最高裁決定（昭和三九年一月三日刑集一八・一〇・六九八）に表われている。

しかし、この年代の下級審判例においては、官公労働事件を中心として、可罰的違法性の理論が超法規的違法性阻却事由の理論にとって代り、可罰的違法性の不存在を理由に構成要件に該当しないとする方向が多く見られるようになったことは否めない。

次に、可罰的違法性の理論が最も隆盛を極めた昭和四〇年代の官公労働事件のうち、昭和四一年一月二六日の全通中郵便事件最高裁大法廷判決（刑集二〇・八・九〇一）につき概観してみたい。

（法律関係および事実関係）²¹ 郵便法七九条一項前段は、「郵便の業務に従事する者がことさらに郵便の取扱いをしないときは、一年以下の懲役又は二万円以下の罰金に処する」と規定するが、全通労組の役員である被告人らは、三三年の春闘を有利に展開するため、東京中央郵便局において多数の郵便物取扱従業員に対し、勤務時間内に食い込む職場大会に参加しよう説得して職場離脱による郵便物取扱いを教唆し、よってその職場を離脱させて郵便物の取扱いをなさしめなかった。

（判旨）²² 「公労法一七条一項に違反して争議行為をした者

に対する刑事制裁について見るに、……現行の公労法は特別の罰則を設けていない。このことは、公労法そのものとしては、争議行為禁止の違反について、刑事制裁はこれを科さない趣旨であると解するのが相当である。公労法三条で、刑事免責に関する労組法一条二項の適用を排除することなく、これを争議行為にも適用することとしているのは、この趣旨を裏づけるものということができる。」

「公労法三条が労組法一条二項の適用があるものとしているのは、争議行為が労組法一条一項の目的を達成するためのものであり、かつ、たんなる罷業または怠業等の不作為が存在するにとどまり、暴力の行使その他の不当性を伴わない場合には、刑事制裁の対象とはならないと解するのが相当である。」

「争議行為が労組法一条一項の目的のためであり、暴力の行使その他の不当性を伴わないときは、……正当な争議行為として刑事制裁を科せられないものであり、労組法一条二項が明らかにしているとおおり、郵便法の罰則は適用されないこととなる。」

本判決のような公労法違反事件については行為の構成要件該当性を否定出来ず、違法ではあるがその違法性が可罰的程度に達していないために無罪とする構成をとっているのである。可罰的違法性の理論に基づいた最高裁判決としての意義は、出来るだけ合憲的に限定解釈を試みたことと、法域間の「違法の相

対性」を考え方の基礎とした点にあるのである。⁽²³⁾

この全通中郵判決は、さらに、昭和四四年四月二日の都教組勤評反対闘争事件および全司法仙台台事件に対する最高裁大法廷判決によって、判例理論を決定的とし、これを契機として、官公労働事件のみならず、一般労働事件、公安事件、さらに一般刑事事件にも影響を与えることになる。

しかし、昭和四八年四月二五日の労働三判決（国労久留米駅事件、全農林警職法事件、同長崎統計事務所事件）は、原審無罪判決を破棄し、刑法上の犯罪としての可罰性を肯定し、いわゆる「久留米駅事件方式」と呼ばれる見解が明らかにされ、その後の最高裁および高裁の多くの判例に違法性の判断方式を提供することとなった。すなわち、争議行為に際して行われた個々の犯罪構成要件該当行為につき、違法性阻却事由の有無を判断する一般的基準として「その行為が争議行為に際して行われたものであるという事実をも含めて、当該行為の具体的状況、その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきであるか否かを判定しなければならぬ」とするものである。

全通中郵判決から都教組判決への理論的根拠となっていた違法性の強弱による可罰的範囲の限定理論は、昭和五二年五月四日の名古屋中郵事件最高裁大法廷判決によって、変更を余儀なくされることとなる。

即ち、全通中郵事件判決と対比される本判決の相違点は、公

労法一七条一項違反の争議行為には、労組法一条二項の適用はないと断定した点にある。⁽²⁵⁾

かくして、争議付随行為に關し、受けつがれてきた可罰的違法性の理論の適用は、非常に限定的になってきたのである。しかしながら、最高裁は可罰的違法性の理論を採用しないと明言しているわけではなく、一厘事件、三友炭坑事件に連なる結果輕微型、絶対的輕微型の可罰的違法性論に限定して認めているに過ぎないように見える。また、最高裁の少数意見としてはあるが、この理論は着実に受けつがれているのは確かである。

(注)

- (1) 垣口克彦「可罰的違法性論の展開過程」阪南論集一一卷二号一八四頁
- (2) 同一八八頁。
- (3) 宮本英倫「刑法学綱要」四二五頁。
- (4) 同四二五頁。
- (5) 宮本英倫「刑法大綱」一三五頁。
- (6) 佐伯千仞「刑法犯と警察犯」刑法における違法性の理論」三〇三頁。
- (7) 垣口前掲二二二頁参照。
- (8) 藤木英雄「刑法の超法規的運用」ジュリ五〇〇号三八九頁。
- (9) 曾根威彦「可罰的違法性」西原他編「判例刑法研究二卷」二四一～二頁。
- (10) 同二四二頁。
- (11) 佐伯千仞「刑法における違法性の理論」一九頁。
- (12) 同一六頁。
- (13) 垣口前掲 二二〇頁。
- (14) 佐伯前掲（注11）二三頁。
- (15) 木村龜二「可罰的違法性論の学説史的意義」法セ一四三号四二頁以下。同「わが刑法における可罰的違法性論」法学セミナー一四四号及び「違法性の統一性の理論」法学セミナー一五六号参照。
- (16) 垣口前掲 二四三頁。

- (17) 木村前掲「違法性の統一性の理論」四八頁。
 (18) 佐伯前掲〔注1〕三八六～三八七頁。
 (19) 曾根前掲『判例刑法研究』二四五頁。
 (20) 同二五一～二五二頁参照。
 (21) 同二五八頁。
 (22) 同二五九頁。
 (23) 同二五九～二六〇頁。
 (24) 同二七一頁。
 (25) 同二八〇頁。

三 結論にかえて —— 藤木英雄博士による可罰的違法性の理論の定義 ——

最後に佐伯博士によって体系化された可罰的違法性論を集大成された藤木博士についての所論を展望することによって本稿の結論としたい。

藤木博士による可罰的違法性の理論の定義は先に述べた通りであるが、藤木博士は「ある行為について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、違法性の阻却でなく、行為の構成要件該当性そのものを否定すべき場合がある⁽¹⁾と主張され、「確立された構成要件該当性——違法性——有責性という犯罪論体系の根幹を維持しつつも、ただ犯罪の種類によっては、構成要件該当性すなわち行為の類型性の判断にあたり、行為の実質的違法性に関する評価を完全に排除することが出来ず、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定

し得るものがあるという基本的な認識に立脚して、そのような種類の犯罪について、当該犯罪構成要件を定めた刑罰法規の法益保護の目的に於て、社会生活上看過されて然るべきほどに処罰に値しない程度の軽微な違法性を有するに止まる行為は、当該構成要件にあたる行為として処罰を予想されたものではないとして、その構成要件該当性を否定すべき旨を主張するに止まる⁽²⁾と述べている。

したがって従来から犯罪論体系として確定されている構成要件該当性——違法性——有責性を否定するのではなく、実質的違法性の判断を構成要件該当性の判断に先行させるだけとしており、実質的違法性（構成要件の予想する程度の可罰性を帯びた違法性）——構成要件該当性——違法性（違法性阻却事由の存否）——有責性という思惟過程を経るべき場合を示している。

また、社会的相当性の限界内にある法益侵害について構成要件該当性を否定すべきものとするヴェルツェルの理論（一度はこの理論を放棄し、後に復帰した）に影響を受けていることは見逃せないのであって、正常なルールによるスポーツ事故や適切かつ相応な治療による医療事故等に見られる「社会的相当行為」に伴う法益侵害について、「構成要件に該当する疑いのある事例について、まず、その行為が社会的相当性の限界を逸脱したものかどうかを検討し、社会的相当性の限界を逸脱したものでない限り、はじめて通常の場合と同様に構成要件該当性——違法性——有責性の各段階について刑事責任の存否を論ずべきもの

とすることが妥当であり、理論的に矛盾しないということが出来る」と述べているのである。

藤木博士は、可罰的違法性の理論は、「刑法理論上の他の問題と比較したとき、ひとつの基本原理体系から演繹されたものでなく、理論以前に刑事司法実務における直観的思考の集積として、ひとつの潜在的体系としての実体を有したものである」とは大きな特色である」と共に「形成途上にある未完成の理論である」とも述べている。

確かに可罰的違法性の理論は、刑事司法実務と刑法学会（ないし学説）の双方から育成されてきたものである。

近代刑法学の目ざす処は、国家の刑罰権の不当な拡大を抑止して、国民の基本的人権を保障することにある。この刑法の謙抑主義は、ローマの法諺「*De minimis non curat praetor*」（法官は些事を取り上げず）と相通するものであるが、構成要件の実質化、規範化によって刑法の保障機能を危くし、法に対する国民の尊敬・信頼を失わせることのないように、裁判官の法解釈に全幅の信頼を委ね、合理的限度において法規の実質的運用を是認するのが相当であるとする藤木博士の見解は、最も妥当な考え方といえるのではなからうか。

〔注〕

(1) 藤木前掲『可罰的違法性の理論』二〇頁。

(2) 同二二頁。

(3) 同二七～二八頁。

(4) 同七〇頁。
(5) 同『はしがき』より。

本稿は、昭和五七・五八年度法学研究科社会人講座において、二年間にわたる石堂功卓教授のご指導により執筆したものである。