

行為無価値について (1)

畑 山 聡*

Handlungsunwert (1)

Satoshi HATAYAMA*

Key words : 一般予防主義
行為規範
裁判規範

Theorie der Generalprävention
Handlungsnorm
Entscheidungsnorm

一. はじめに

違法性の本質にかかわる行為無価値論については、拙稿「原因において自由な行為について」¹⁾において私見を初めて表明し、続いて拙稿「結果無価値と行為無価値」²⁾および拙著³⁾において私見の全容を明らかにした。私見は違法二元論における行為無価値論である。ところが、わが国の刑法学説においては、1970年代に始まる論争を経た結果、結果無価値論が圧倒的な多数を占めることになり、私見である行為無価値論を採る者は極めて少数でしかない。一方、ハンス・ヴェルツェルに代表される行為無価値論はドイツの現在の定説的な地位を占めており結果無価値論を採る者は皆無である⁴⁾。本稿では、違法二元論の今日的な意義を明らかにし、行為無価値論の理論的正当性を明らかにしたい。

二. 違法二元論

我が国の違法性論においては、今日、違法性と責任を区別して別個の犯罪成立要件とする客観的違法性論を採用する点では争いはない。客観的違法性論は、法を評価規範と決定規範に分けて、評価規範に客観的に違反することが違法であり、決定規範に主観的に違反することが責任であると考えた立場である。この立場は、故意や過失、そして責任能力という行為者の主観的能力と無関係に

客観的に法秩序に反する事態が発生すれば違法であるとするため、責任無能力者に対する正当防衛を肯定するばかりか、動物や自然の力による侵害も違法であるとするものである。

違法性の実質を法益侵害とその危険に求める法益侵害説は、外形的・客観的な法益侵害とその危険によって違法性を判断するので、客観的違法性論との理論的親近性が強く、違法性判断の客観性と判断対象の客観性を要請することになる。これが因果的違法論ないし物的違法論としての結果無価値論の立場であるが、その中で、違法判断の対象に主観的事情を一切認めないとする純結果無価値論と、目的犯における目的など主観的違法要素の存在を例外的に肯定して違法性判断の対象に主観的事情も含める修正された結果無価値論がある⁵⁾。このように、後者の見解は、その限りで行為無価値を考慮しており、後述するように、違法判断を客観的要素のみで判断すべきであるとする立場と対立矛盾している点が問題となる。

一方、違法二元論の立場は、客観的違法論を基礎としつつ、第一に、結果無価値とともに行為無価値を併せて考慮するという点、第二に、法規範は人間の行為のみを対象とし、法の評価規範と決定規範は違法性と責任の両場面で二重に作用・機能すると解する新客観的違法論である点、それゆえ第三に、客観的違法性は違法性判断基準の客観性を意味すると解する点、そして第四に、人的違法論を採用する点で、ほぼ共通の理解を有してい

* 東北女子大学

る。

ところが、違法二元論の内部で、違法性の実質および責任の実質についての捉え方が論者により一様ではないため、結果無価値と行為無価値との関係の理解が異なってくる。わが国の違法二元論は、およそ次の3つの立場に分類できるように思われる。すなわち、違法二元論は、違法性の実質について、①社会倫理規範違反と捉える規範違反説、②社会倫理に違反する法益の侵害の惹起と捉える二元説、③結果無価値に影響を与える限度で行為無価値を考慮する二元的人的不法説である。それに対応して責任の実質については、①規範的違反説は道義的責任論⁶⁾を、②二元説は修正された道義的責任論⁷⁾を、③二元的人的不法説は法的責任論⁸⁾を、それぞれ採用している。

規範違反説は、「法益侵害なければ違法性なし」という法益侵害不可欠の原則を必ずしも前提とせず、刑法における違法性、責任および刑罰は社会倫理を基礎とすべきであると考え、刑法の任務を社会倫理の維持に求めるため、具体的な法益侵害がなくても社会倫理規範違反それ自体を処罰対象とすることになる。

二元説は、法益侵害を大前提とするため、結果無価値論とその限りで共通する。結果無価値を前提として、侵害された利益とそれによって守られた利益の比較衡量、行為の主観的要素や行為態様等を総合して、その法益侵害が社会倫理規範に違反する場合に実質的違法性があると解するものである。二元説が結果無価値に加えて行為無価値を考慮する必要性を説く根拠は、第一に、例えば殺人罪と過失致死罪では法益侵害は同一でも違法性の程度では故意犯の方が過失犯より重いこと、第二に、刑罰という道義的非難を具体化する苦痛を通じて刑法は法益侵害を防止するから、全ての法益侵害の事態を違法として刑罰的評価の対象とすべきではない、それゆえ第三に、社会倫理規範と法益侵害とを融合して社会倫理秩序の枠内にある社会的相当性を逸脱した法益侵害・危険を実質的違法性の内容と解すべきこと、第四に、故意・過失、行為の目的等の主観的要素も行為の法益侵

害性・社会的相当性の判断に影響を与えるので違法要素となる、という点に求められる。このように二元説の特徴は、実質的違法性を社会倫理規範に違反する法益侵害行為と解する点にある。

二元的人的不法説は、行為者の主観に裏付けられた外形的な身体的動静が法的意味を有し、故意・過失は法益侵害としての結果発生の実度に重要な差異をもたらすのであり、結果にどのような影響を及ぼすかという意味で主観の事情を考慮する必要があるとする⁹⁾。

二元的人的不法説と二元説との相違は、前者が違法論から「社会倫理規範」の要素を排除していること、主観の事情は結果無価値の判断に影響を与えると考え、行為の規範違反性に影響を与えるとは考えないこと、刑法上の責任を道義的責任ではなく法秩序としては認された価値の秩序を破壊する法益侵害・危険という違法行為を理由に責任を問う法的責任論を採用しているところである。

三. 違法二元論批判

行為無価値論に対しては結果無価値論の立場から以下のような批判がなされている。

第一に、違法性を命令・決定規範違反中心に判断すると判断基準は事前的になり、判断対象には広く主観の事情を含み社会倫理的価値基準が導入されやすくなって責任判断と紙一重になるので、違法性論に決定規範（命令規範）の要素を入れると主観的違法論に近くなる。第二に、故意・過失等の主観の事情が法益侵害性に影響を与えることはありえず、既遂犯の故意一般を違法要素と解するのは行為無価値論そのものである。第三に、行為態様は、法益侵害の強さやその特定的手段として結果無価値に解消される。第四に、行為の関与者の性質、目的、心構え、義務違反等の「行為者関係の人的要素」はすべて違法性に影響を与えるから違法要素となるとする点で、人的違法論は結果無価値論と矛盾し、人的違法論を徹底すれば人的違法のみが違法性の実質となり法益侵害は客観的処罰条件としての意味しかもたず罪刑法定主義に反する。

第一の批判に対しては、評価規範と決定規範（命令規範）とが違法性と責任の両場面で二重に作用するという理由は、刑法の第一次規範性は行為規範であり、法規範は行為規範として客観的に法秩序に違反すると評価される行為を示す点で評価規範であるが、さらに行為者の人格や個別的な意思決定とは別に社会の一般人に対して評価規範違反の行為を抽象的に命令・禁止していると言えるからである。一般人を命令・禁止の名宛人とする点で、命令規範は客観的となる。そして、行為者の意思に向けられた個別的な命令・禁止に主観的に違反する場合が責任であると解される。それゆえ、違法性段階では一般人を基準とするから、責任無能力者の侵害行為でもその段階では違法非難の対象となりうるものであり、これに対する正当防衛は当然に可能となるのである。これは正に「違法性は客観的に、責任は主観的に」判断することを意味し、違法性は責任から区別できるから、主観的違法論とは基本的に異なることを意味するのである。

第二の批判に対しては、例えば人を死なせたような場合、法益侵害説の立場は故意でも過失でも（あるいは不可抗力による場合でも）人が殺された点で違法性は同じであり、責任が異なるから刑の重さが違うと説明する。しかし、故意の場合と過失の場合では、意図的に結果を惹起しようとする前者の場合の方が後者の場合よりも法益侵害の危険性が高まることは明らかであり、刑法は行為規範であるから、故意の規範違反性は典型的に過失より重大であって禁圧すべき程度は高い。それゆえ、法益保護の観点からも故意を違法要素と考えるべきなのである¹⁰⁾。

第三の批判に対しては、違法二元論からは、例えば、窃盗罪（刑 235 条）や詐欺罪（刑 246 条）そして恐喝罪（刑 249 条）などの区別は行為無価値的な観点に基づく犯罪の種別であると説明することになる。ところが、結果無価値論は、これらは法益侵害の態様の区別であり、行為無価値は結果無価値に解消されるとする。つまり、これらの行為態様は禁圧すべき法益侵害を特定するための

「手段」であると説明するのである。たしかに、これらの罪は侵害法益と法定刑が同じであり、行為態様の相違は法益侵害を特定するために働くともいえる。しかし、これらの罪を過失で犯した場合は、法益侵害の程度は故意の場合と同じでも処罰されないが、その理由は、結果無価値のみでは説明困難である。また、刑法は、暴行罪（刑 208 条）の他に特別公務員の暴行罪（刑 195 条）を規定して後者を重く罰しているが、法益侵害・危険という点では同じであるにもかかわらず、後者の場合は特別公務員という身分による行為の規範違反性がより重視されていると言えるのである。

第四の批判に対しては、一元的な人的違法論であれば、たしかに問題があるが、違法二元論の立場では法益侵害ないしその危険に影響を与える行為者の人的要素は法益保護の観点からも考慮されるべきなのである。不真正身分犯の場合に身分者の行為と非身分者の行為との刑法上の取り扱いが異なるが、例えば単純遺棄罪（刑 217 条）と保護責任者遺棄罪（刑 218 条）とで後者を前者よりも重く罰するのは、保護の必要な児童を遺棄した場合に、その児童の生命の危険は親が遺棄した場合と他人が遺棄した場合で変わらないが、親が遺棄した方が責任が重いという前に、法は要保護者の生命の安全を支配できる立場にある保護責任者に対し要扶助者の保護を特に義務づけ法益保護の見地から違法性が重いとみなしていると考えられるのである。

四. 法益保護と社会倫理

結果無価値論は、行為無価値を重視する対場が社会倫理主義に陥り刑法の倫理化を招くと批判して法益保護主義を強調する。これに対して違法二元論の立場の中には、刑法の任務は法益保護にあり、違法論からモラリズムを排斥する見解も現れた¹¹⁾。それでは法益保護主義を前提とした場合、違法論からモラリズムの要素を完全に排除すべきなのであろうか。この問題は、刑法の機能や責任の実質とも関連している事に留意する必要がある。

結果無価値論者は、刑法理論の形而上学的思考

を排除し、個人主義的自由主義の社会においては、科学的・合理主義に基づく方法論により、応報刑を否定して目的刑論を唱え、道義的責任論を否定して実質的責任論を展開して、刑法から一切の社会倫理規範違反の要素を排除し、徹頭徹尾、刑法の任務を法益の保護に限定すべきであるとする¹²⁾。

しかし、人間の行動は科学的に説明困難な非合理的・非決定的要素を含み、相対的自由意思（相対的意思自由論）に基づき行われること。また、長い人間の歴史の中で社会生活秩序を基盤に形成されてきた社会倫理に基づき、悪い行いに対して悪反動としての刑罰を科すべきであるという道義的応報の観念があることから、この観念を基礎として法益保護の目的を達成する必要があると考えられる。

刑罰の効果が発揮されるには刑罰が社会倫理的基礎を有する適正さがあり、その意味で自由と責任の意識を前提とする行為主義に立脚した道義的責任観念を否定できないとして、規範的責任論（修正された道義的責任論）を採用すれば、違法論においても社会倫理を考慮する必要がある。なぜなら、修正された道義的責任論を採用する以上、単なる法益侵害だけではなく、道義的非難に値する行為の反倫理性は無視しえないからである。そして、ここで社会倫理とは、社会に対する行為あるいは社会の構成員の行為を相互に規律するものとして、社会において一般に承認されている人間の良心に基づく社会規範を意味する。これは、社会生活上の社会常識という意味であって、社会倫理主義を重視する立場とは異なる。このように道義的責任論に立つ限り刑法と社会倫理は無縁ではありえないのである。

五. おわりにかえて

結果無価値論は刑法を裁判規範であるとするものである。行為無価値を考慮する立場は裁判規範にとどまらず、行為規範でもあると考える。もっとも、法益保護主義によれば論理必然的に結果無価値論となる訳ではない。例えば川端教授は、「法益侵害を事前に防止するために、法秩序は一

定の行為を禁止ないし命令するのである」¹³⁾とされる。法益を保護するためには、刑法は行為規範でもなければならないとする主張である。確かに、刑法は行為規範でもなければならないと考えるが、法益保護主義の観点のみで、行為規範性を導き出す事は果たして正当な論理であろうか。行為規範性が意味を持ち機能するのは、一般の国民がある行為を反倫理的、反道徳的と考えるからであろう。誰も法益の事など考えないはずである。このように行為規範性を認めるためには社会倫理規範性の助けが必要になるのである。

行為規範性を認めないのであれば刑法の一般予防的機能を否定するしかない。結果無価値論者は、それで本当に良いと考えているのであろうか¹⁴⁾。

注

- 1) 畑山聡「原因において自由な行為について」『刑法雑誌』第43巻第2号255頁（日本刑法学会、2004年）
- 2) 畑山聡「結果無価値と行為無価値」青森法政論叢第7号39頁以下（青森法学会、2006年）。
- 3) 畑山聡『刑法総論—犯罪論の基本構造—』信山社62頁以下（2007年）
- 4) 拙稿前掲「結果無価値と行為無価値」注(2)47頁参照。
- 5) 曾根威彦『刑法総論』88頁（弘文堂、1996年）
- 6) 団藤重光『刑法綱要総論』258頁（創文社、1989年）
- 7) 福田平『全訂刑法総論〔第三版〕』180頁（有斐閣、1996年）
- 8) 内藤謙『刑法講義(下) I』742頁（有斐閣、1991年）
- 9) 川端博『刑法総論講義』276頁以下、381頁以下（成文堂、1995年）
- 10) 井田良『刑法総論の理論構造』13頁以下、（成文堂、2005年）
- 11) 川端・前掲『刑法総論講義』279頁、井田良『ケーススタディ』1頁以下（日本評論社、1997年）
- 12) 前田雅英『刑法総論講義〔第2版〕』2頁以下（東京大学出版会、1994年）
- 13) 川端博『刑法講義総論』291頁以下（1994年）同「実質的違法性論」『刑法理論の現代的展開』109頁以下（日本評論社、1987年）
- 14) 井田『刑法総論の理論構造』10頁以下、（成文堂、2005年）