

刑事違法論の研究

曾根威彦 著

謹 贈

日本国・成文堂

社長 阿部 耕一

成 文 堂

著者略歴

曾根威彦（そね・たけひこ）

1944年 横浜に生まれる

1966年 早稲田大学法学部卒業

現在 早稲田大学教授 法学博士

主 著 『刑法の重要問題〔総論〕,〔各論〕補訂版』（1996年,成文堂),『刑法における正当化の理論』（1980年,成文堂),『表現の自由と刑事規則』（1985年,一粒社),『刑法における実行・危険・錯誤』（1991年,成文堂),『刑法総論〔新版補正版〕』（1996年,弘文堂),『刑法各論〔新版〕』（1995年,弘文堂),『現代刑法論争Ⅰ,Ⅱ（第二版）』（共著,1997年,勁草書房),『ドイツ刑法史綱要』（共訳,1984年,成文堂）

刑事違法論の研究

1998年7月20日 初版第1刷発行

著 者 曾 根 威 彦

発 行 者 阿 部 耕 一

162-0041 東京都新宿区早稲田鶴巻町514

発 行 所 株式会社 成 文 堂

電話 03(3203)9201(代) Fax 03(3203)9206

製版・印刷 藤原印刷

製本 佐抜製本所

©1998 T. Sone Printed in Japan

☆乱丁・落丁本はおとりかえいたします☆

ISBN 4-7923-1483-6 C3032

検印省略

定価（本体5500円＋税）

はしがき

本書は、ここ一〇年ほどの間に折々の機会に書き留めた、刑法における違法性に関する論稿を収録したものである。私は、一九八〇年に『刑法における正当化の理論』（成文堂）を著わしたが、本書は、違法性に関する論文集としてはそれに次ぐものである。旧著は、いわば搦手から違法性の本質に迫るものであったが、新著では、主として大専門から接近し、違法性の原理と論理を明らかにすることに努めた。これにより、私の刑法における違法性の研究も一応の決着をみたことになる。

本書は、一八年前のドイツにおける在外研究とも無縁ではない。私の考え方（物的不法論）は、研究先であつた故アルミン・カウフマン教授の見解（二元的人的不法論）と対極的地位に立つものであるが、論理的一貫性を追求しようとした教授の研究姿勢には共感を覚えるものがあり、私も折衷と妥協の産物である二元的人的不法論に対しては疑問を抱いている。本書を構成する各論文を通してその趣旨を汲み取っていただければ幸いである。

今回も、成文堂の阿部耕一社長には本書の出版を快くお引き受けいただき、また、本郷三好編集部次長には編集の過程で大変お世話になった。厚くお礼を申し述べたい。

一九九八年五月五日

曾 根 威 彦

論文初出一覧

第一部 基礎理論

- 1 「一元的的不法論とその問題点」福田平Ⅱ大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討 上巻』有斐閣（一九九三年）
- 2 「二元的的不法論と犯罪結果」研修五二六号（一九九二年）
- 3 「処罰条件」（改題）『刑法基本講座第二巻』法学書院（一九九四年）
- 4 「主観的違法要素」中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻『刑法の理論』成文堂（一九九七年）
- 5 「違法の統一性と相対性」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』成文堂（一九九六年）
- 6 「刑法における危険概念」刑法雑誌三三巻二号（一九九三年）

第二部 構成要件と正当化事由

- 7 「行為類型としての構成要件」法学教室一六六号（一九九四年）
- 8 「西原刑法学と犯罪実行為論」西原春夫著『犯罪実行為論』成文堂（一九九八年）
- 9 「過失犯における危険の引受け」早稻田法学七三巻二号（一九九七年）
- 10 「偶然防衛」再論」下村康正先生古稀祝賀『刑事法学の新動向 上巻』成文堂（一九九五年）
- 11 「誤想過剰防衛と刑の減免」法曹時報四九巻一号（一九九七年）
- 12 「盗犯等防止法一条一項と防衛行為の相当性」研修五六一号（一九九五年）

第三部 未遂と共犯

- 13 「未遂犯における不法」研修五三五号（一九九三年）
- 14 「中止犯における違法と責任」研修五九四号（一九九七年）
- 15 「共犯と違法の相対性」研修五一二号（一九九一年）
- 16 「共同正犯における過剰防衛の成否」判例時報二四四五号（一九九三年）

目 次

はしがき

第一部 基礎理論

1	一元的人的不法論とその問題点	3
一	はじめに(3)	
二	一元的人的不法論と規範論(5)	
三	一元的人的不法論と犯罪結果(9)	
四	一元的人的不法論の問題点(19)	
五	おわりに(27)	
2	二元的人的不法論と犯罪結果	29
一	はじめに(29)	
二	違法性と不法の分離(30)	
三	保護規範・配分規範の思想(34)	
四	おわりに(38)	
3	「処罰条件」の不法構成機能	39
一	問題の提起(39)	
二	処罰条件と人的不法論(41)	

三 不法要素としての「処罰条件」(48)

4

主観的違法要素―中・中山論争に寄せて―

一 はしがき(55) 二 目的犯における目的(56)

三 未遂犯における故意(63) 四 行為の危険性と犯罪類型(70)

5

違法の統一性と相対性

一 序論(73) 二 可罰的違法性論(76) 三 各論上の諸問題(86)

6

刑法における危険概念をめぐる問題点

はじめに(99) 一 危険概念の意義・本質(99)

二 危険判断の構造・方法(101) 三 共同研究の課題(103)

第二部 構成要件と正当化事由

7

行為類型としての構成要件

一 構成要件の意義(109) 二 構成要件の機能・役割(113)

三 構成要件と故意・過失(115) 四 構成要件概念と犯罪論(117)

8	西原刑法学と犯罪実行行為論	123
	はじめに(123)	
	一 構成要件と危険概念(125)	
	二 行為と実行行為(131)	
	三 原因において自由な行為と犯罪の実行(137)	
	四 間接正犯・共同正犯と犯罪の実行(143)	
	おわりに(149)	
9	過失犯における危険の引受け	151
	一 問題の所在(151)	
	二 危険の引受けと被害者の承諾(154)	
	三 危険の引受けと自己答責性(161)	
	四 おわりに(170)	
10	「偶然防衛」再論―自己のための偶然防衛を中心として―	173
	一 はじめに(173)	
	二 第三者のための偶然防衛(175)	
	三 自己のための偶然防衛(179)	
	四 批判と反論(186)	
	五 おわりに(192)	
11	誤想過剰防衛と刑の減免	195
	一 問題の所在(195)	
	二 誤想過剰防衛と故意の成否(198)	
	三 過剰防衛の法的性格と誤想過剰防衛(200)	
	四 三六条二項適用(準用)の可否(206)	
12	盗犯等防止法一条一項と防衛行為の相当性	219

第三部 未遂と共犯

- 一 最高裁平成六年六月三〇日決定(219) 二 従来の学説・判例(220)
- 三 「やむを得ずにした行為」と防衛行為の相当性(226)

18

未遂犯における不法―実行の着手論と不能犯論の関係―

231

- 一 はじめに(231) 二 「行為の危険性」を問題とする立場(232)
- 三 「結果としての危険」を問題とする立場(235)
- 四 「行為の危険性」と「結果としての危険」を区別する立場(238)

14

中止犯における違法と責任

243

- 一 中止犯の法的性格(243) 二 中止犯における違法性(246)
- 三 中止犯における有責性(249) 四 おわりに(252)

15

共犯と違法の相対性

255

- 一 はじめに(255) 二 共犯の処罰根拠と違法の相対性(256)
- 三 共犯の従属性と違法の相対性(259)

16

共同正犯における過剰防衛の成否

265

第一部 基礎理論

1 一元的人的不法論とその問題点

一 はじめに

わが国では、違法論ないし犯罪論全体において人的不法論（行為無価値論）と物的不法論（結果無価値論）とが厳しく対立しているが、ドイツにおいては人的不法論が圧倒的通説である。違法性の本質について、物的不法論（因果的不法論）がこれを法益の侵害ないしその危険と解するのに対し（法益侵害説）、人的不法論（目的的不法論）が違法の実質を規範違反に求めていることは（規範違反説）、物的不法論に対する次のような批判からも明らかである。すなわち、「一面的に結果無価値のみに着目する理論は、……刑法の規範が人の態度に向けられた要請であること、したがって、『規範に違反した』と言い得るためには、態度の無価値が肯定されなければならないことを看過している」⁽¹⁾とするのがそれである。たしかに、規範違反説に立てばこの批判が妥当するのであるが、物的不法論は法益侵害説をその基礎とし、また規範を問題とする際にも違法論では規範の評価機能のみを考慮するのであるから、右の指摘はすでにその前提において物的不法論とは異なっているのである。

もっとも、人的不法論も犯罪結果の取扱いをめぐってその内部でさらに見解が二つに分かれている。第一の見解は、ヴェルツェルのフィナリスムスの考え方を徹底させ、また規範のもつ命令的性格を絶対化して一元的・主観的不法概念を主張する（二元的人的不法論）。この立場は、不法は行為無価値、それも主観的な意図無価値（志向無価値）に尽きており、犯罪結果を単なる（客観的）処罰条件と理解して、不法論において結果にどのような活動の余地も与え

ないのである。これに対し、第二の見解は、刑法上の不法を、まず禁止違反の目的活動によって基礎づけられた人の行為無価値と理解し、次いで犯罪の結果の惹起に基づく因果の結果無価値と理解して不法概念を二元的に把握するのである(二元的人の不法論)。これはドイツの多数説であり、わが国の行為無価値論者もほとんどがこの立場を採用している。

筆者は、刑法上の違法性について法益論のアプローチによる物的不法論を採っており、人的不法論に与するものではない。したがって、犯罪結果は当然に不法要素であると解しているが、問題は、規範論のアプローチによる人的不法論に立脚した場合、結果が不法論においてどのように取り扱われることになるのか、ということである。⁽³⁾ 一元的人的不法論(以下、一元論ともいう)は、不法要素を行為無価値(意図無価値)に限るとともに結果を処罰条件と解しているが、問題の実践的な解決としてはたしてそれではいかという疑問があり、二元的人の不法論(以下、二元論ともいう)は、結果を行為とともに不法構成要素と解しているが、そのような帰結がはたして規範論の見地から理論的に矛盾なく説明することができるか、という問題がある。本稿は、このような視点から、右の二つの人的不法論のうち、前者の一元的人的不法論に焦点を当ててこれを批判的に検討しようとするものである。⁽⁴⁾

(1) H.J. ヒルシュ(井田良訳)「違法論をめぐる議論の現状」(福田平・宮澤浩一監訳)『ドイツ刑法学の現代的展開』(一九八七年)三一頁。

(2) Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, S. 155.

(3) 増田豊「犯罪構成における結果無価値の体系的地位と機能——シェーネの反論をめぐって——」法律論叢五〇巻四号八九頁(注5)参照。

(4) 二元的人の不法論とその問題点については、曾根威彦「二元的人の不法論と犯罪結果」研修五二六号三頁以下(本書二二九頁以下)参照。

二 一元的人的不法論と規範論

(1) 人的不法論に共通の方法論上の特色は、刑法の構成要件から意味に適って引き出される態度規範より出発し、これを(意思)決定規範ないし命令(Imperative)として理解する、という点に求められる(命令説)。もとより人的不法論も、刑法規範が評価的機能をもつこと、刑法規範に評価規範としての側面があることを否定するものではないが、その意味するところは物的不法論のそれとは異なっている。物的不法論のいう評価規範とは、外面的行動、状態、結果事態についての価値判断であり、非人的当為、すなわち Sein-Sollen あるいは es soll という形式を有する命題である。これに対し、人的不法論、特に一元的人的不法論にいう評価規範は、人間の行為だけを対象とする人的評価規範であり、人的当為、すなわち行為する主体としての人間に要求される Tun-Sollen あることは du sollst という形式を有する命題であるから、ここでは、評価規範が決定規範と同一の対象を有することになる。⁽⁵⁾そして、人的不法論は物的不法論を批判し、「評価規範(機能)と決定規範(機能)の分離・対置は、不法と責任の区別の基準としては全く役に立たないものである」と論じるに至っている。⁽⁶⁾しかも、刑法においては、自然力等による単なる結果事態に法的効果(刑罰制裁)は結び付けられないから、es soll ないし Sein-Sollen としての「非人格的評価規範」は、少なくとも刑法の領域においては独自の意義を有するものではない、とするのである。⁽⁷⁾

かくして、戦後のドイツでは、決定規範が責任論において初めて意義を有するものではなく、すでに不法論においてその機能を発揮するものと考える「決定規範論」(人的不法論が通説的地位を確保したのであるが、このような規範論に強力な理論的基礎を与えたのは一元的人的不法論者、特にヴェルツェルの目的的不法論を徹底させたアルミン・カウフマンであった。

(2) 一元論の主唱者であるカウフマンの規範論は、ヴェルツェルのそれをさらに一歩進めたものである。カウフマンによれば、ヴェルツェルは「法規範すなわち法の禁止または命令は盲目的な因果事象ではなく、将来を合目的に形成し得る行為にのみ向けられている」としたが、法規範は行為ではなく、行為の企図の目的のためにのみ人間に向けられているのであるから、ヴェルツェルの右の公式は正確とはいえない。ヴェルツェルの言わんとするところは、厳密に言うところ、「法規範は常にただ行為の可能な人間にのみ向けられており、行為の着手ないし非着手だけを目的とし得る」ということである⁽⁹⁾。

カウフマンによれば、すべての規範には一定の価値判断が先行するが、立法者の規範定立に至る第一段階を構成するのは、法的状態、すなわち法益という価値状態である。そこから価値の論理に従って法益侵害の事態無価値と法益保持の事態有価値が問題とされる(第二段階)。そして、最後に第三段階として、法益侵害行為の無価値、法益保持行為の有価値が問題とされる。ところで、規範は人間に対する拘束を本質とするから、人間を離れた第一、第二段階の物自体の状態価値を規範の内容とすることはできない。したがって、第三段階の行為有価値・無価値のみが規範の内容となり、立法者は、「法益保護」の目的の下に、法益侵害を志向する行為を禁止し、法益保持を志向する行為を命令することになるのである。以上により、カウフマンは、法益保持結果有価値は規範の目的であるが、法益侵害は規範の対象ではなく、法益侵害を志向する人間の行為だけを規範の対象と考えたのである(行動規範の思想⁽¹⁰⁾)。行動規範は一定の法益を保護するという「体系目的」を実現するために個人の行動を制御することを手段として定立された法命題である、という目的・手段の関係から、カウフマンは規範内容に関して次のような帰結を導き出す。すなわち、規範の素材(質料)ないし当為対象は、単に法益関係的に規定されなければならないだけでなく、人間に「支配可能な行動」ないし「回避可能な行動」に限定されなければならないのである⁽¹¹⁾。つまり、規範が手段

としての有効性を保持するためには、単なる結果事態ではなく、まさに人間に「支配可能・回避可能な行動」が義務づけられねばならないのである。何故なら、法益を保護するために、人間によって支配ないし回避し得ないような法益侵害事態を禁止し、またそのような法益維持事態を命令し義務づけようとしても、規範のもつ手段としての有効性を保持することができない以上、まったく意味のないことといわねばならないからである。ここに、法益保護思想と決定規範論ないし義務侵害思想との目的―手段関係が明らかとなり、また、法益保護思想の目的合理的な帰結として人的不法論が導き出されることになる、というのである。⁽¹³⁾

(3) わが国において基本的にカウフマンの見解に立脚しつつ、一元的人的不法論を採る増田教授の規範論は概ね次のとおりである。刑法規範は、刑罰法規の前段である法律要件に対応する「行動規範」(Verhaltensnorm)と、その後段である法的効果(刑罰効果)に対応する「制裁規範」(Sanktionsnorm)とに区別される。そして、規範体系としての刑法は、まず、個人に対して一定の行動を命令・禁止する行動規範の体系(二次的体系)として事前的に(ex ante)機能し、次に、この行動規範の(有責的な)侵害を前提として、刑罰効果を指示する制裁規範の体系(二次的体系)として事後的に(ex post)機能するところの「目標指向的な制御体系」である、と考える。⁽¹⁴⁾

ところで、ビンディングは、彼の有名な規範と刑罰法規の区別・分離に対応して、(有責的な)規範侵害を意味する「犯行」(Delikt)と、可罰的な犯行を意味する「犯罪」(Verbrechen)とを区別したのであったが、増田教授は、犯行と犯罪の区別を右の行動規範と制裁規範の区別に対応させている。そして、現行法が責任主義を価値論的前提とする限りで、「行為責任」すなわち「犯行」だけが処罰根拠として許容されることになるが、さらに、行為者を処罰すべきか否かは制裁規範の目的、刑罰目的によって決定される、とする。また、行為責任(犯行)は、処罰の必要条件であり、かつ唯一の処罰根拠であるが、決して処罰の十分条件ではなく、それが同時に刑事政策的に「犯罪」と認め

られることによって初めて処罰が可能となる、と考える。責任主義が前提とされている限りで、「犯行要素」(不法・責任要素)は処罰を根拠づける機能を有するが、「犯罪要素」は処罰を限界づける機能だけを有するに過ぎないことから、個々の要素が犯行要素であるか犯罪要素であるかということがきわめて重大な意味を有することになる。⁽¹⁶⁾後述のように、増田教授が犯罪結果を不法・責任の要素と解しないのも、それが処罰根拠づけ機能を有しておらず、単にその不存在が処罰を限界づけるものとして行為者に有利に作用するに過ぎないとみるからである。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

- (5) 増田 豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢四九卷五号一四〇頁以下参照。
- (6) 増田・前掲注(5)一四五頁。しかし、物的不法論は価値判断の対象の相違(外面的行動・結果事態か内面的態度か)を規範の機能の相違(評価規範か決定規範か)に対応させているのであって、右の批判は必ずしも正鵠を射たものとはいえないであろう。
- (7) 増田・前掲注(5)一四五頁。
- (8) Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 317.
- (9) E. J. Lampe, Das Personale Unrecht, 1967, S. 101.
- (10) Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 69ff. 増田「人格的不法論と責任説の規範論的基礎」法律論叢四九卷六号一四五頁以下参照。
- (11) Armin Kaufmann, a. a. O. (10), S. 102ff. リューダーセンは「禁止の内容が人間によって支配可能なものを超えてはならない」という論証は決して反論し得ないものである」とする(Lüderssen, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW 85, S. 292°).
- (12) E. Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 90f.
- (13) 規範の内容をカウフマンのように解した場合、違法(不法)と責任の区別が問題となるが、彼は、(行動)規範のもつ「義務づける機能」と「動機づける機能」とに対応させて不法と責任を考え、義務の要求する内容に適合する「義務充足能力」(行為能力)のある者が義務を充足しなかった場合が不法であり、義務によって適法(行為へと動機づけられる「義務遵守能力」)を有する者が義務を遵守しなかった場合が責任である、と論じている(Armin Kaufmann, a. a. O. (10), S. 102ff., 160ff.)。