

Title	量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(四) : 西ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として
Sub Title	Über die verschuldeten Auswirkungen der Tat als Strafzumessungstatsachen (4) : unter besonderer Berücksichtigung der Auseinandersetzungen in der BRD
Author	井田, 良 (Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1983
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.56, No.1 (1983. 1) ,p.62- 79
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19830128-0062

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

量刑事情の範囲と

その帰責原理に関する基礎的考察(四)

——西ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として——

井 田 良

- 一 はじめに
 - 二 問題の所在
 - (一) 量刑事情の法的性格について
 - (二) 量刑事情の範囲について
 - (三) 小 括……………以上第一回(五五卷一〇号)
 - 三 量刑事情の錯誤に関する西ドイツの学説と判例
 - (一) 学説の批判的検討
 - (二) 西ドイツの判例に現われた諸事例……………以上第二回(五五卷一一号)
 - 四 非構成要件の事情の帰責根拠に関する諸見解の検討
 - (一) 問題の所在——再論——
 - (二) 犯罪競合による解決
 - (三) 構成要件あるいは行為概念による量刑事情の限定
 - 五 問題解決の試み
 - (一) 「危険状態」そのものを量刑事情とする立場
 - (二) 刑罰の Ob と Wie の区別——量刑にのみ妥当する帰責原理に依拠する解決……………以上第三回(五五卷一二号)
 - (三) 問題解決の試み
 - 六 総 括……………以上第五回・完
- (一) 構成要件の事情(『不法関係事実』)とその錯誤
 - (2) 「二重評価禁止の原則」による構成要件の量刑事情の客観的限界
 - (3) 構成要件の事情(『不法関係事実』)に関する錯誤について
 - (一) 非構成要件の事情とその主観的帰責要件
 - (1) 非構成要件の事情の法的性格……………以上第四回(未号)
 - (2) 刑罰法規の保護客体と非構成要件の量刑事情の範囲

五 問題解決の試み

前章までで、本論文の冒頭に提起した問題に対する西ドイツの諸見解を批判的に検討した。われわれの見る限り、いずれの解決も、その結論ないし理由づけにおいて満足すべきものとは言えない。しかし、反面において、それぞれの見解は妥当と解される主張を断片的ながら内包している。以下においては、これらの主張を独自の観点をもつけ加えながら体系的に整理統合し、問題の解決を試みることにしたい。⁽¹⁾

(1) 本稿が扱う問題についてのわが国の文献として、久岡「犯罪の嫌疑と刑の量定」立命館法学九五号(一九七一年)七九頁以下、同「量刑」ジュリス卜五〇〇号記念特集・判例展望(一九七二年)四五三頁がある(少なくとも過失により惹起された結果に限つて、量刑事情として考慮し得るとする)。なお、そこに掲げられたわが国の裁判例には、興味深いものが少なくないが、本稿の性質上、それらの検討は他日に譲らざるを得ない。

(一) 構成要件の事情(Ⅱ不法関係事実)とその錯誤

(1) 構成要件の事情と非構成要件の事情の区別について

前述したように、罪刑法定主義・行為主義の原則によれば、刑を基礎づけ得るのは個別行為たる不法(構成要件に該当する違法な行為)のみであつて、責任はこれを限定し得るに過ぎない。不法の存在しないところに、これとは独立した「責任」を考へることはできず、⁽²⁾ 刑量は個別行為の不法と無関係な事情により高められてはならない。従つて、量刑事情の限界を検討する際には、当該事実が行為の違法性の程度に影響するかどうかが決定的であり、その意味において「不法関係事実」かどうか考察の出発点にならなくてはならないと思われる。

前章までにおいては、西ドイツにおける一般的な用語法に従つて、構成要件的(immer)法bestandlich)事情・非構成要件

的 (auBerbestandlich) 事情の対概念を頻繁に使用した。これによれば、構成要件の事情とは、構成要件該当行為の「量的評価」に關係する諸事情であり、例えば、結果の重大さ、実行行為の態様、用いられた手段の危険性の程度の評価に關係する事実を言い、非構成要件の事情とはそれ以外の事情を指す。⁽³⁾

特に、ヘティンガーの分析によると、構成要件の量刑事情は、次の二種類の事情に分類できる。⁽⁴⁾ 第一に、構成要件要素が本質的に量的概念(程度を付し得る概念)である場合に、当該構成要件要素にあたる事實は、その具体的程度において量刑事情として考慮され得る。例えば、わが国の改正刑法草案二六一条(重傷害)における「重大な損傷」がその典型例であろうが、現行法の器物損壊罪における「損壊」、汽車顛覆罪における「破壊」、一定の時間的継続を必要とする「逮捕」「監禁」、二項詐欺・恐喝罪や背任罪などにおける「財産上の利益・損害」なども、「本質上の量的概念」として把握されるべきこととなる。また、一般に「危険」の概念も、量的概念とされる。ヘティンガーによれば、右のような量的概念としての構成要件要素は、いずれも単に一定程度以上の重大な事実のみを予定していると言うのである。第二に、それ自体は本質的に量的概念とは言えなくても——従つて、犯罪の成否を検討する際には、その具体的な「程度」が問題とはならなくても——量的に異なつた具体的評価をなし得る構成要件要素にあたる事實は、その具体的程度において量刑事情として考慮され得る。こうした観点から量刑事情となり得るのは、例えば、財物罪における財物の価値(ただし、ヘティンガーは、窃盗罪は単に形式的な法的地位を保護しているとする)、各種偽造罪における実行の規模、猥褻文書等頒布罪における頒布の範囲などである。いかなる要素について量的な具体化が可能なのかは、立法理由を考慮した、それぞれの構成要件の解釈の問題だとされるのである。以上のようなヘティンガーの分類が厳密なものであるかどうかには問題があるが、一応の参考にはなる。特に、後述するように、ヘティンガーが、右のような構成要件の事情をもつて、第一次的で最も重要な量刑事情だとする点(後出五)(3)参照)には賛成することができる。ただし、ここでは、次節に述べるように、「構成要件的」量的事情とは言つても、構成要

件要素にあたる事実が存在したことそれ自体を量刑で考慮することは許されないことに注意しなければならない(いわゆる二重評価禁止の原則)⁽⁵⁾。

ところで、右のような構成要件の事情・非構成要件の事情の対概念は、やはり捨て難いように思われる。それは、量刑事情に、罪法定主義の原則からする「構成要件的」限界が存在すること——本稿の立場からさらに言うならば、量刑判断の対象が構成要件該当行為であり、従つて、非構成要件の事情が量刑で考慮されるのは例外であること——を明確に意識させるからである。しかし、それにもかかわらず、この「構成要件的」かどうかの区別は、その用語法において必ずしも満足すべきものではない。たしかに、(異種類の)数罪が科刑上一罪の關係に立つ場合、軽い罪に属する事情を量刑事情として考慮し得るのは、まさに軽い罪についても独立に犯罪の「成立」——従つて、当該構成要件の適用——が確定されているからに他ならない⁽⁶⁾。とは言え、構成要件は違法判断に關係する事情の全てを明記してはいないのであり、罪法定主義違反を理由として、「構成要件に明記されていない事情を(刑量を基礎づけ得る)量刑事情として考慮することは一切許されない」と解するようなことは最初から問題にならない。例えば、わが刑法典の犯罪構成要件の多くは、行為の客体・結果を規定するのみで、実行の手段・態様を特定していない。それにもかかわらず、実行態様の危険性は、多くの場合、違法性の程度を高める事情(「不法關係事実」として量刑において考慮されなければならない)⁽⁸⁾。また、前述したように、他人の住居に侵入した後、退去せずに長い時間滞留した事情は、犯罪事実ではなく、「非構成要件的」事情のようにも思われるが、それは違法性に影響する事実として住居侵入罪の量刑で当然に考慮され得るのである⁽⁹⁾。もつとも、行為の態様の危険性などは、構成要件上明記されているか否かにかかわらず、構成要件該当行為の「量的評価」に關する事情であることには変わりなく、また、住居侵入罪についても、構成要件の解釈によつて、右のような事情を構成要件の事情と捉え得る、とする反論も充分可能であろう。しかし、その点を別にしても、根本的な問題は、「構成要件的—非構成要件的」という用語法によつては、区別のた

めの実質的な価値基準が全く明らかにならないところにある。そればかりではない。不法の量的評価に関係する事情には、構成要件の評価の対象、従つて、量刑判断の対象の外にある事実で、不法(そして責任)評価を加えるための資料となる事実が含まれなければならない。⁽¹⁰⁾ 実行行為時の諸状況や、さらに、例えば、正当防衛の要件を充足するには至らないが、それに類似する状況が存在したというような事情⁽¹¹⁾は、量刑判断の対象に属するものではないとしても、不法の程度に影響する事情として量刑にあたつて考慮され得る。その意味で、量刑事情は、量刑判断の対象(構成要件該当行為)の諸要素たる事情に限られないのである。

こうして、われわれとしては、やはり、「構成要件的」かどうかではなく、当該事実が行為の違法性の程度・強弱に影響するかどうかをもつて基本的な区別と見做さなければならない。そこで、以下では、「構成要件的事情」の語を、原則として、右のような「不法関係事実」の意味で用いることにする。⁽¹²⁾

- (2) 前出二(一)③参照。
- (3) 前出二(一)③(文献でいうては、その注出、11)参照。
- (4) *Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB.), 1982, S. 90 ff.
- (5) 後出五(一)②参照。
- (6) 前出四(一)②参照。
- (7) 前出四(一)②参照。
- (8) 同出 *Hertz*, Das Verhalten des Täters nach der Tat, 1973, S. 99 f.
- (9) 前出四(一)②参照。
- (10) 刑法的评价とその対象・資料に関する卓越した分析は、岡藤・刑法綱要(総論)改訂版(一九七九年)八八頁以下に見られる。
- (11) 例えば *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW Bd. 64, 1952, S. 267; *Noll*, Übergesetzliche Milderungsgründe aus verminderter Unrecht, ZStW Bd. 68, 1956, S. 184 f.; *Hettinger* (注4) S. 115 ff. 参照。
- (12) ノルマは「正当な」構成要件的不法の量的評価に関する事情(unrechtsquantifizierende Tatumsstände)と非構成要件的事情の対概念を用い、*Warda*, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, 4 Teil, Jura 1979, S.289)。

(2) 「二重評価禁止の原則」による構成要件的量刑事情の客観的境界

「構成要件的」事情とは言つても、構成要件要素としての事実それ自体の存在を量刑において考慮することは、いわゆる「二重評価禁止 (Doppelverwertungsverbot) の原則」に反することを注意しなければならない。⁽¹³⁾西ドイツ刑法四六条三項は、「すでに法律上の構成要件の要素となつている諸事情は、これを考慮してはならない」と規定する。⁽¹⁴⁾立法者が法定刑の確定にあたつて(すでに)一度考慮した事情を、法定刑の枠内での量刑に際して重ねて考慮することは、当該事情に不相当な比重を与えることになるからである。⁽¹⁵⁾本原則の趣旨は、明文の規定を欠くわが国においても尊重されるべきであろう。例えば、公務員犯罪において、行為者が公務員であるという事情を重く考慮したり、殺人罪・傷害致死罪などの、死亡結果が構成要件要素とされている犯罪の量刑で、「人の生命という最も尊重せられるべき法益を侵害した」という、当の犯罪一般に共通する事情を理由に重い刑を量定することは許されない。すでに、法定刑自体が、そうした事情を考慮して重く規定されているからである。このようにして、構成要件的的量刑事情も、無限定に考慮され得るものではなく、「客観的な限界」を持つているのである。なお、二重評価禁止の原則は、構成要件要素に限られず、立法理由となつた事情や行為の実行に通常伴う事情などについても妥当するものとされている。⁽¹⁷⁾

(13) 単純には、*Bruns, Leitfaden des Strafzumessungsrechts*, 1980, S. 108 ff. 参照。最近の研究として、*Hettinger* (注4)がある。

(14) 訳出にあつては、宮澤訳・ドイツ刑法典「一九八二年」を参照した。

(15) 同様の趣旨において、刑法五〇条も、同一の減輕事情を二重に考慮することは許されないとしている。例えば、限定責任能力を認めて刑を減輕しながら更に同一の事情を処断刑の枠内で考慮することや、未遂減輕によつて得られた処断刑の範囲内で再び未遂という事情を考慮することは許されないのである。

(16) なお、前出二(1)参照。

(17) *Bruns, Leitfaden* (注2) S. 109 ff. 参照。

(3) 構成要件の事情(不法関係事実)に関する錯誤について

構成要件の事情が、不法の程度に影響することにより刑罰を基礎づける重要な量刑事情として考慮され得ることに疑問はない。一般に「刑量は責任の程度に相応するものでなくてはならない」と言われるとき、その「責任の程度」には違法性の大小が反映していると考えべきことについては前述した。同様に、ヘティンガーも、構成要件の事情が、第一次的で最も重要な量刑事情であることを認める⁽²⁰⁾。もつとも、量刑事情としての(構成要件的)結果に、量刑の枠内でどのような比重を与えるかは、不法本質論に対する態度決定に依存するであらう。

さて、右のような不法関係事実を過失犯の量刑において考慮するためには、当該事情について予見可能性なし「過失」の存在したことが必要でありかつそれで充分であると考える。従つて、実行行為との間に条件関係しかない事実を考慮することは許されない⁽²¹⁾。責任主義は量刑をも支配するのであり、予見不可能な不法関係事実を理由として刑を重くすることは責任主義に反する⁽²²⁾。これに対して、故意犯においては、当該不法関係事実を行為者が認識していたことが必要であり、「故意」をもつて主観的帰責要件としなければならぬ。従つて、構成要件の事情に関する限り、ホルスト・シュレーダーの見解をもつて正当と解さなければならぬのである⁽²³⁾。この点については、詳しい理由づけを必要としよう。

まず、故意をもつばら違法要素とする立場に立脚したとしても、故意犯における不法は「故意の不法」でなくてはならないのであり、不法の程度についても故意が要求されるのが当然である。故意犯において、過失の不法が(より重い)刑罰を基礎づけると解することはできない⁽²⁴⁾。

さらに、わが刑法の基本原則の一つである「故意犯処罰の原則」(刑法三八条。なお、西ドイツ刑法一五、一六条)によれば、全ての「刑罰を基礎づける事情」については行為者の認識が要求されるのが原則であり、法益侵害の重さも故意のおよぶ程度に従つて行為者に帰責されると考えるべきである⁽²⁵⁾。重い不法は、対応する主観的帰責要件なしに重い刑罰を正当化するも

のではない。重大な不法をそのまま刑罰の重さに反映させるためには、「重い責任」の存在することが要求される。しかも、その場合の「重い責任」とは、——刑罰の Ob と Wie に同一の科刑原理が妥当する限り——故意犯の場合には故意の責任でなければならない。例えば、行為者が、画廊から、高価なレンブラントの絵を、それと知らずに安価な絵と考えて盗み出した場合、⁽²⁶⁾ 贓物罪の行為者が、贓物である高価な宝石を安価なイミテーションと誤信した場合、⁽²⁷⁾ 器物損壊罪において、行為者の予期しない著しい損傷が生じた場合、⁽²⁸⁾ 銀行に対する詐欺の共犯者が、他の行為者の当初より予定した重大な被害金額についての認識を欠いていた場合⁽²⁹⁾ などにおいて、客観的に生じた程度の重い不法の帰責は、相応する「故意」責任が欠けているために不可能であると考えなければならないのである。⁽³⁰⁾

故意に「質」が考えられなければならないとするのは、わが国の通説的見解である。いわゆる抽象的事実の錯誤において、認識した事実と現に発生した事実の間に「構成要件の符合」ないし「罪質の同一性」を要求するのは、まさに、故意に「質」ないし「種類」の相違が存在することを前提としている。⁽³¹⁾ 同様に、故意の「量」ないし「程度」を考えなければならないことも、責任主義の原則からして当然であるように思われる。⁽³²⁾ 加重類型として定められた犯罪において、行為者が刑の加重を基礎づける事情を認識していない場合には——結果的加重犯のような明示的な例外を除いて——重い罪の成立を肯定し得ない。このことは、故意に、「量」ないし「程度」が存在することを前提としている。このような趣旨は、構成要件要素と法的性格を同じくする、量刑事情にも当然に妥当しなければならない。それは、不法関係事実である限り——二分説の言う「実行行為に類型的に伴う危険の現実化した行為結果」を含めて——全ての量刑事情についても同様である。反対の見解は、故意責任の本質を見誤り、刑罰の Ob と Wie に異なつた科刑原理を妥当させることを前提とする点において不当と言わなければならない。

もつとも、量刑事情の帰責については、詳細な点の具体的認識まで要求することは現実的でないと思われる。犯罪の成立要件とされる故意についても、具体的犯罪事実の詳細まで認識することは要求されていない。⁽³⁵⁾ 責任主義と調和し得る見解は、おそらく次のようなものであろう。すなわち、行為者の認識した事実を前提として「相当」と考えられる範囲内の結果が生じた場合には、行為者が結果の程度について、これとは異なる具体的・確定的な認識を持たなかったことを条件として、結果の帰責は可能と考えるべきである。不法の程度を基礎づける全ての事情の具体的認識を常に要求することはできない。逆に、上述の「レンブラント窃盗」の場合や贓物をイミテーションと誤信した場合のように、行為者が結果の程度について具体的に誤信し、不法の程度を基礎づける事情を積極的に誤解したときには、認識のおよぶ限度でのみ不法が帰責されると考へるべきであらう。これに対して、特に、行為の違法性に重大な影響を与える例外的な事情を行為者が認識していなかった場合には、刑の加重は許されるべきでない。

(18) 前出二(一)(3)①参照。なお、そこで阿部の見解(特に、注53の付されている箇所参照)を批判したが、阿部が、その後の論文において「責任は常に違法に対する責任であつて、『違法なき責任』ということとはあり得ない。責任は常に違法を包含し、違法の大小は直ちに責任の程度の大小を規定する」としていること(「刑事責任と量刑の基準」〔福田・大塚編、刑法総論Ⅱ・一九八二年・八八頁以下所収〕九八頁)を知らなかつた。

(19) 最新の西ドイツの文献である *Hettinger* (注4) S. 119「最新のオーストリアの論文 *von Birgler, Grundprobleme des Strafrechts in Österreich, ZStW Bd. 94, 1982, S. 134; ders. Ausgewählte Strafrechtsfragen, Österreichische Richterzeitung, Heft 7-8, 1982, 60. Jahrgang, S. 145* (オーストリアの文献とその注IIに詳しく)も同旨である。

ちなみに、不法・責任の程度は行為者の危険性の「徴表」に過ぎないとし、場合によっては、不法の程度を超えて責任を認めるのは、*Klug, Probleme der Strafzumessung bei Diebstahl, Einbruch und Raub, in: ders. Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, Band 2, 1981, S. 303* である。しかし、このような見解は、前述したような「刑事政策に対する防壁」(前出二(一)(2)参照)を欠いてゐる。

(20) *Hettinger* (注4) S. 125, 154.

(21) 主として、故意犯における非構成要件的行為結果についてであるが、久岡「犯罪の嫌疑と刑の量定」(注1)八四頁以下は正当である。

(22) この点については、前出二(一)(3)①参照。

(23) 前出三(一)(3)参照。また、構成要件の事情に関し、西ドイツの判例もこの立場を採ると見られることについて、前出三(一)(1)参照。

- (24) 詳しくは、前出三(一)②(b)参照。
- (25) *Warda* (注21) S.289.
- (26) 前出三(一)②(b)参照。
- (27) 前出三(一)①参照。
- (28) 前出三(一)②(c)参照。
- (29) 前出三(一)②(b)参照。
- (30) ただし、軽い傷害を与えるつもりで、予期しない重い傷害の結果を生じさせたという場合(例えば、被害者を植物人間化した場合)には事情が異なる。というのは、わが刑法上、傷害罪は暴行罪の結果的加重犯でもあるとされていることからして、当該の重い結果の帰責については過失で足りるとすることが解釈論的に可能だからである。
- (31) 特に、平野・刑法総論I「一九七二年」一七八頁参照。
- (32) 進んで、中野は、(故意)責任の「量」は認めるが、「質」は認めない(中野・刑法総論概要「一九七九年」一〇九頁以下)。
- (33) 二分説については、前出三(一)②参照。
- (34) その不当性については、前出四(b)において述べた。
- (35) 因果経過の認識については *Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S. 405.*

(二) 非構成要件の事情とその主観的帰責要件

本稿の課題は、罪刑法定主義・行為責任主義を原則とする刑法において、どの範囲の事情が、如何なる理由から刑量に影響を与え得るのかを明らかにすることにある。とりわけ、問題となるのは、非構成要件の事情が果たして量刑において考慮され得るのかどうか——そして、もし考慮され得るとしたらどの限度においてか——である。本節においては、まず、非構成要件の事情の法的性格を検討し、次に、刑罰法規の保護客体を明らかにしながら、同時に、量刑において考慮され得る非構成要件の事情の範囲とその主観的帰責要件について考察することにした。

(1) 非構成要件の事情の法的性格

① 違法性判断との関係について たしかに、違法性は、個別「行為」の属性である。刑法の目的が法益の保護にあるとしても、そのために刑法が用いる手段は、一定の行為規範を定立し、規範違反に対して制裁を課することにより、規範の妥当性を維持・強化すること以外にはない⁽³⁶⁾。加えて、法益侵害結果の発生・不発生は多くの場合「偶然」に左右され、法規範は、人為のおよばない結果の不発生自体を命ずることはできず、結果を発生させる危険のある「行為」を禁ずることができ⁽³⁷⁾るに過ぎない。

しかし、このような規範論からの帰結の正当性⁽³⁸⁾にもかかわらず、いわゆる「行為の無価値」⁽³⁹⁾は、処罰範囲の明確性を害さず、刑法の法益保護目的に矛盾しない限度内で違法性の判断に意味を持つに過ぎないと考えなければならぬ⁽⁴¹⁾。従つて、法益侵害の具体的危険の生ずる以前へと不法の範囲を拡大し(従つて、実行の着手時期を繰り上げ)たり、法益侵害性の程度とは無関係な「行為態様の適切・不適切」や「心情要素」それ自体を理由として違法性の存否・強弱を決することには問題があるように思われる。アルツトが指摘するように、刑法もやはり「紛争解決のルール」に他ならず、⁽⁴²⁾刑法の行為規範性を強調することには警戒が必要である⁽⁴³⁾。

要するに、ここでは、不法の中核は保護法益の侵害ないし危険にあることを前提とすべきである。換言すれば、法益の侵害ないし危険の発生のみが刑罰を基礎づけ得、同時にそれは刑罰権発動の限界を成すと考えなければならぬ。と言うのは、このように考えることが、法益の保護という刑法の目的に最もよく調和し、また、相対的に明確な刑罰権の枠づけを可能にすると思われるからである⁽⁴⁴⁾。もつとも、不法本質論との関係では、法益侵害の危険と言う場合の「危険」が、行為時を基準として認定されるべきか、事後判断によつて認定されるべきかが極めて重要である。しかし、本稿では、態度決定を留保することが許されよう。ここでの問題は、いわゆる非構成要件の事情が行為の違法性、従つて法益侵害性に影響し得るか

にある。例えば、執拗な恐喝行為によつて被害者が自殺へと追いやられた場合や過失傷害罪の実行に伴い著しい財産的損害が惹起された場合⁽⁴⁵⁾における死亡の結果ないし財産的損害の結果のような非構成要件の事情が、それぞれの行為の法益侵害性に影響し、不法の程度・強弱を左右し得ると考えられるであらうか。

たしかに、当該刑罰法規の保護する法益以外の一定の利益が行為の違法性の判断に係る場合がないとは言えない。まさに、法律自身が、正当防衛や緊急避難などの正当化事由において、実行行為により同時に他の一定の法益が救われ得た場合には、違法性の阻却され得ることを承認している。また、法律に明示されていなくても、犯罪により何らかの望ましい結果が生じた場合には、違法性が減少すると一般に考えられている⁽⁴⁶⁾。このように考えると、同様に、当該保護法益以外の法益の侵害を理由に不法の増加する場合が認められてよいようにも思われよう⁽⁴⁷⁾。

しかしながら、その理論構成が可罰性を減少させる方向に働くか、可罰性を基礎づける方向で働くかは重大な差異である。ここでの問題は、当該刑罰法規により直接保護されていない利益の侵害を理由に、違法性が重くなることを承認してよいかにある。これを認める見解も存在する⁽⁴⁸⁾。しかし、このように、行為者に不利益な方向で、当該刑罰法規の保護する法益以外の利益の侵害を考慮し、行為の違法性の程度が強まることを認めることには、罪刑法定主義・行為責任主義の観点から疑問がある。個別的な法益侵害の程度は、不法の限界としていわば行為主義の防壁であり、これを否定するときには人格責任論に道を開き、ひいては罪刑法定主義の基礎を揺り崩すことになりかねない⁽⁴⁹⁾。さらに、もし、当該刑罰法規の保護する法益以外の一定の利益の侵害を量刑において考慮することにした場合には、その限界が全く明らかでなくなる。考慮され得るのは、およそ刑法によつて保護されている「法益」の侵害のみであるのか、それとも、法秩序全体にとつておよそ望ましいとされる利益の侵害も保護の対象となるのだろうか。このように保護法益以外の利益侵害を認めることにより、量刑事情の範囲は無限定なものとなり、刑罰法規の「守備範囲」⁽⁵⁰⁾「射程」は否定され、「間接処罰」の危険を阻止し得なくなるのであ

る。こうして、量刑において、行為者に不利益な方向に、保護法益以外の利益に対する影響を考慮することには反対しなければならぬ。また、ホルンのように、刑罰法規が一定の副次的な法益を保護している場合があるとし、これを量刑において考慮するの⁽⁵¹⁾も、余りに便宜的であり、その理由づけにおいて不⁽⁵²⁾充分、その限界において不明確だと言わなければならぬ。

もつとも、法益の種類によつては、一定の「非構成要件的」事情が行為の法益侵害性の程度を左右する重要な事情となり得る場合がある。法益を実質的に理解するならば、身体・自由・財産と言つた、いわば「手段としての価値」を本質的な内容とする法益にあつては、当該の具体的利益に結びつけられた、享受者の意図・目的に、その法益の内容を「構成」する機能を認めない訳には行かない。例えば、ピアニストの指を負傷させることにより、以後充分な演奏をすることを不可能にした場合、また、経済的困窮状態にある被害者から財物を詐取した場合など、行為者がその事情を認識している限り、行為の法益侵害性自体が通常の事例よりも重いとしなければならぬ。こうした事情を、以下では、便宜上、不⁽⁵³⁾真正の非構成要件的⁽⁵⁴⁾事情と呼び、その詳細な検討は後に行なうことにしたい。

さて、右のような事情は別にしても、非構成要件の事情が不法に影響することは、一般には否定しなければならないと思われる。しかし、それにもかかわらず、非構成要件の事情の中には、量刑事情として考慮され得る場合のあることを否定できないものがある。例えば、行為者が財物罪によつて取得した財物を現実⁽⁵⁵⁾に領得ないし損壊することにより被害者への返還を不可能ならしめたような場合、そうでない事例と比べて重い刑が量定されるべきことは当然のことのようにも思われる。しかし、その理論的根拠は明らかでない。ケルンは、行為者が盗品を返還し、損害を賠償し、侮辱行為を謝罪したような場合、——自発性の有無にかかわらず——違法性の程度が減少するとしている⁽⁵⁶⁾。不可罰的(共罰的)事後行為とされる場合には、不法の高まることを認める趣旨であろう。そして、正面からこれを肯定する見解も存在する⁽⁵⁷⁾。しかしながら、このよう

な見解には疑問がある。財物罪の保護法益は——それを基本的に本権と捉えるにせよ、占有と解するにせよ——実行行為によつて侵害され尽くしている。すなわち、占有ばかりでなく、財物を自由に使用・収益・処分する事実上の利益は、行為によつて被害者から決定的に奪われているのである。⁽⁵⁷⁾ 一度侵害された法益は、さらに一層侵害されようがない。パウマンは、正当にも、同じ法益に対する事後的な(再)侵害を理由に刑を加重することには、罪刑法定主義を空洞化する危険があることを指摘している。⁽⁵⁸⁾ 少なくとも、右のような不可罰的事後行為に属する事情を、構成要件の結果などの不法関係事実と同等の比重をもつて量刑で考慮することは、行為主義原則と相容れないと思われる。そもそも、違法性判断が事後的(s post)判断だとしても、個別行為に対する評価としての違法性判断は、犯罪の終了以後に生じた事情によつて影響されるはずがない。不法および責任の程度は行為の終了と共に確定すると考えなければならない。⁽⁵⁹⁾ もちろん、実行行為から結果発生までの間に長い時間が経過する場合も存在する。例えば、過失による交通事故から一週間後に被害者が死亡したような場合である。しかし、この場合にも行為の危険性が一定の結果に現実化するまで時間が経過し、それまでは最終的な違法判断がペンディングになつてに過ぎない。事後的に不法の程度が増加する訳ではないのである。⁽⁶⁰⁾

これに対して、ポトケは、犯罪論における不法判断の機能(例えば、正当防衛の許否を一義的に決定すること)と量刑における不法判断の機能(犯罪事象の無価値を包括的に把握すること)の相違を根拠に、量刑における不法判断に際しては、行為の既遂時までの事情を考慮するにとどめる必要はないとする⁽⁶¹⁾。しかし、このような見解は、刑罰の Ob と Wie において異なつた不法・責任概念を認める点で失当であるばかりか、不法判断においてその判断基底を(構成要件の結果発生までの)実行行為時の事情に限定することが罪刑法定主義・行為主義の帰結であり、法的安定性の要請にかなうものであることを看過してゐる。少なくとも、その無限定的・一般的な形でポトケの見解を採用することは耐え難い。たしかに、ヘルツの言うように、行為後にさらに「法益」を侵害する行為を防止し、損害の賠償を促すことは、法益保護法としての刑法の任務に属するとこ

ろだと言わなければならない。⁽⁶²⁾しかし、そのことも、こうした非構成要件の事情が不法の程度を左右することの理論的な根拠とはなり得ないのである。

それでは、不可罰的(共罰的)事後行為に属する事情を量刑において考慮することは許されるのであろうか。われわれは、こうした事情は、——たとえ、それを考慮し得る場合があるとしても——量的評価としての不法・責任判断の「評価の幅」の範囲内において、二次的な判断要素として行為の当罰性の程度に影響し得るに過ぎないと考える。不可罰的事後行為の範囲とその量刑に対する影響については、後に詳述したいと思う。⁽⁶³⁾

さて、本節で得られた結論を総括的に述べれば、いわゆる非構成要件の事情は——前に触れた「不真正の非構成要件の事情」を除いて——不法の程度を高め得るものではなく、従って、この理由から刑量に影響することを認めることはできないのである。

- (36) *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Aufl., 1977, S. 88. 参考 *Jeschek*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978, S. 205.
- (37) 例えは *Ebert/Kühl*, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, S. 234 m. w. Nachw.; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 1982, S. 27 f.
- (38) このような見地から、徹底した「一元的人格的不法論」を主張するものとして、増田「人格的不法論と責任論の規範論的基礎」法律論叢四九卷六号〔一九七七年〕一三七頁以下、特に、一四五頁以下。
- (39) 本文に述べたような「行為無価値論」の批判として、前田・可罰的違法性論の研究(一九八二年)二六四頁以下。注38に掲げた増田の見解に対する批判として、特に、野村「未遂犯における違法性」刑法雑誌二四卷三・四号〔一九八二年〕一〇〇頁以下参照。
- (40) 行為無価値・結果無価値の概念について、前田・前掲書(注39)二五三頁参照。
- (41) 詳細な検討は、本稿の枠内では不可能である。
- (42) *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, Delikte gegen die Person, LH 1, 2. Aufl., 1981, S. 13 (*Arzt*)

(43) さもなければ、いわゆる「暗数」の広範な存在は刑事司法にとって致命的であり、過失結果犯の処罰も「偶然」による不平等処罰に他ならない、というアポリアにも永久に悩み続けねばならないと思われる。もつとも、他面において、刑法の裁判規範性を徹底し、国民に適法行為と違法行為の限界を明示するという行為規範としての側面を全く無視してよいかの疑問がある(なお、不能犯に関する後出五(二)(四)注29も参照)。この両者の側面を如何に調整するか(従つて、刑法規範の名犯人を誰と考えるか)の問題が不法本質論の中核をなすと言わなければならない。しかし、この問題について、ここで詳しく考察することはできない。問題の所在を指摘することにどめたい。なお、同様に、違法性を行為規範違反として説明することに批判的なのは、前田・前掲書(注39)二七五、六頁である。

(44) わが国で、このような見解を探るものとして、特に、内藤「違法性における行為無価値論と結果無価値論」(中編、論争刑法(一九七六年)三四頁以下所収)三八頁以下、同「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開」(「刑法雑誌」二二卷一号(一九七八年)九〇頁以下参照。西ドイツにおいて、同様の見解を探るものに、Marx, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972, S. 70 ff. がある。もつとも、不法の本質が、いわゆる結果無価値に尽きるものかどうかには、なお検討の余地がある。

ただし、不法の本質をめぐる議論を混乱させている一つの原因として次のような事情が特に指摘されなければならない。立法者が構成要件を規定するにあつては、法益の侵害ないし危殆化や行為の態様ばかりでなく、規定の明確性、捜査・立証の上での便宜、一般予防の必要性なども考慮するのは当然である。こうした複雑な判断過程を通じて生み出される犯罪要素を、単純に法益との関係において説明し尽くそうとすること——あるいは、そもそも違法と責任という範疇に解消しようとすること——には無理がある。一例を挙げれば、窃盗罪に対し、器物損壊罪に比して格段に重い法定刑が規定されていること——解釈論的には、不法領得の意思の存在が格段に重い不法を基礎づけること——を行為の法益侵害性の観点から説明することは不可能である(特に、斎藤豊治「不法領得の意思」(中山・西原・藤木・宮澤編、現代刑法講座第四卷・一九八二年・二四三頁以下所収)二五二頁以下参照。なお、西ドイツにおけるこの問題についての詳細な研究として、Dyase, Die Privilegierung der Sachbeschädigung gegenüber Diebstahl und Unterschlagung, 1982, 68頁)。

(45) 前出三(一)(三)参照。

(46) Kern (註1) S. 266 f., 287 ff.; No11, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht(註1) S. 184 ff.; Bryns, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Aufl., 1974, S. 71; ders., Leitstrafen (註2) S. 35 f.; Hettlinger (註4) S. 115 ff. 参照。

(47) Vgl. Baumann, Das Verhalten des Täters nach der Tat, NJW 1962, S. 1798 I. Sp.

(48) Lang-Hirttschen, Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, Festschrift für Engisch, 1969, S. 365. 46' Baumann, Das Verhalten des Täters nach der Tat (註4) S. 1798 参照。

(49) 前出三(一)(三)参照。

(50) 前出四(一)参照。

量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(四)

七七 (七七)

量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(四)

七八 (七八)

(15) Horn in: Systematischer Kommentar zum StGB (SK), Band I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981, § 46 Rn. 69. *た前田(1)(2)(3)参照。

(16) 後田五(1)(2)(3)参照。

(17) 前田四(1)参照。

(18) Kern (註五) S. 287.

(19) 明かかてこれを肯定するは Hertz (註六) S. 97; Botke, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, S. 682 f. *た(1)(2) S. 687.

(20) 窃盗罪の保護法益をめぐる本権説・所持説の対立にもかかわらず「同罪が「事実上の利益状態」を保護するものと解する点では判例・学説が一致してゐることによつて、林(美)「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察(一)」警察研究五三巻二号(一九八二年)五〇頁以下参照。正当な「オマトーは、窃盗罪の保護法益を所有権および占有とするのは不正確であり、その法益は「物に対する事実上の支配関係」であるとする(Otto, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, hrsg. v. Müller-Dietz, 1971, S. 6)。

(21) 林(美)「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察(四・完)」警察研究五三巻七号(一九八二年)三八頁以下参照。

(22) Baumann, Das Verhalten des Täters nach der Tat (註七) S. 1797 f. *た Hertz (註六) S. 96 *参照。

(23) Bruns, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung (註八) S. 563; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 259; Zipf, Die Strafmäßigkeit, 1969, S. 92; Wahl, Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" im Strafrecht, Dissertation Heidelberg, 1966, S. 93; Horn in SK (註五) § 46 Rn. 74. *た Jeschke in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 12. Band, 1959, S. 21 r.Sp., S. 22 r.Sp. *た(1)反(2)「不法・責任の事後的委允を認めるは Hertz (註六) S. 90 ff.; Botke (註五) S. 682 f.

(24) Vgl. Hertz (註六) S. 92 f.

(25) Botke (註五) S. 682 f.

(26) Hertz (註六) S. 95.

(27) 後田五(1)(2)(3)参照。

② 責任判断との関係について 非構成要件の事情は、また、行為の責任の程度を高めることによつて、刑量に影響し得

るものでもない。前述したように、責任評価は、刑罰を独立に基礎づけ得るものではなく、不法によつて基礎づけられた刑

罰を「限定する機能」を持つに過ぎない。⁶⁴⁾従つて、非構成要件の事情が不法の程度を高め得るものでないとしたら、また独立の責任要素として刑量を高め得るものでもない。責任に対応物 (Pendant) を持たない不法を刑量に影響させることは責任主義に反し、不法に対応物を持たない責任を認めることは行為主義、従つて罪刑法定主義に反するのである。

(64) 前出二(二)②参照。