慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察 (五・ 完) : 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 (5. Teil, Ende) : 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.2 (1983. 2) ,p.60- 92
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19830228-0060

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（五・完）

――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（五五巻一〇号）
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（五五巻一一号）
四　非構成要件的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
(四)　「危険状態」そのものを量刑事情とする立場
(五)　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（五五巻一二号）
五　問題解決の試み
(一)　構成要件的事情（〝不法関係事実）とその錯誤
(二)　非構成要件的事情とその主観的帰責要件
(1)　非構成要件的事情の法的性格……以上第四回（五六巻一号）
(2)　刑罰法規の保護客体と非構成要件的量刑事情の範囲
六　総　括……以上第五回・完（本号）

(2) 刑罰法規の保護客体と非構成要件的量刑事情の範囲

行為に対する刑法的評価が違法判断と責任判断に尽きるとするなら、少なくとも行為者に不利益となる方向においては、非構成要件的事情を量刑事情として考慮することは許されない、と言うのが以上の考察から導かれる結論である。[1] 当該刑罰法規の保護する法益の侵害ないし危険のみが刑罰を基礎づけると解するべきであり、それが刑罰権の限界であるべきである。[2] 従つて、不法に関係しない非構成要件的事情は、行為に対する評価とも無関係で、せいぜい予防的考慮のための資料として量刑事情に数えられることが有り得るのに過ぎない。もつとも、これまでの考察の途上において、「非構成要件的事情は行為の評価とは関係しない」という、原則的には正しい命題にも一定の留保が必要であることも明らかとなつた。ここでは、量刑との関連で、刑罰法規の保護客体（＝法益）を具体的に解明しながら、例外的に考慮され得る非構成要件的事情の範囲を明らかにすることが必要である。

（1） *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 250 f.

（2） これに対し、阿部「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）一〇一頁は、有責性を肯定し得る限り、構成要件外の結果も考慮し得るとするが、その理由は明らかでない。ちなみに、久岡は、「ある犯罪の刑の量定に際し他の犯罪の要素の一部でもある事実を参酌して刑を重く量定することは、実質的にはその犯罪の嫌疑を前提にして刑を重くするものである疑が極めて濃い」（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〕八六頁）とする（もつとも、久岡は、非構成要件的事情のうちで、行為の結果については帰責要件として過失を要求し、結果以外の客観的要素に関しては認識を要求するにとどまるようである）。

① 量刑における法益概念

(イ) 法益の意義　法益の概念は、多義的に用いられている。[3]

まず、法益（Rechtsgut）は、現実の世界に存在する個々の利益（Einzelinteresse）とは区別された、生命・身体・自由・名

誉・財産といつた観念的・抽象的な価値そのものを意味し、行為者によつて直接に侵害されることは有り得ないという見解がある。[4] このような見解によれば、犯罪はその抽象的な性質として法益の侵害に向けられたものに過ぎず、犯罪の法益侵害性は刑罰法規の「規制目的」ないし「立法理由」に他ならないことにもなる。[5] それとともに、法益の侵害ないし危殆化が刑罰権発動のための前提条件を成すという命題も無意味なものとなり、まして、行為の法益侵害性を量的に評価することなどは全く考えられないことになろう。しかしながら、こうした見解は、刑法の解釈論において法益概念の有する重要な規制機能を無視するものとして不当だと言わなければならない。[6]

たしかに、法益が価値判断を離れた可視的な「事実」として明白一義的な形で存在すると考えるのは余りにナイーブである。[7] 法益概念の内容は、何を保護すべきかに関する価値判断により決定される。[8] 社会の「道徳秩序」や「倫理感情」といつた利益が社会的「法益」となり得ない、という結論は、一定の価値判断を前提とせずに演繹することはできない。[9] また、何らかの法益を刑法的に保護することは、常に、他のある利益を犠牲にすることを伴つている。法益の保護は、利益の衡量を前提とし、そのための学問的な基準をわれわれはまだ持たない。[10] その意味で、法益の内容の具体的規定は理論的になお充分解明されていない問題と言わざるを得ないのである。[11] しかし、他方、法益概念が、立法論・解釈論において、――特に、憲法に含まれる価値判断を前提としながら[12]――刑法的評価を規制する一定の重要な機能を有することも否定できない。[13] 何よりも、法益の侵害ないし危険が当該行為を犯罪とすることの理由（＝処罰根拠）だとするならば、それは、ある具体的な行為を処罰する場合にも、原則として、現実に確定されなくてはならないと解される。[14] 解釈論においては、特に、正当化事由の要件が充足されているかどうかを検討する場面や未遂犯の違法性を確定する場面において、法益概念の機能は決定的である。充分な規制機能を営むためには、法益概念は、――実定刑罰法規の立法理由を説明する概念にとどまらないことを前提に[15]――（できる限り）実質的内容と現実的・事実的な基礎を持つものでなければならない。[16] 例えば、法益を、侵害することが不

可能な観念的価値それ自体として捉える限り、解釈論上重要な意味を有する「危険判断」もなし得ないことになる。すなわち、「行為という因果連鎖との可能的連接点として法益を据えることなくして、因果経過に関する蓋然性判断たる危険判断は不可能」[17]だからである。要するに、観念的な価値そのものとして把握された法益概念は、なかんずく、刑法の解釈・適用の場面で規制概念として役に立たない点においてこれを承認することができない。[18]

もつとも、「名誉」という法益や国家的・社会的法益の多くは、観念的・抽象的であり、有形的・物理的に把握することはできないという異論もあろう。[19] しかし、右のような法益についても、それが現実に侵害された「事態」を想定することは決して不可能ではない。「名誉」という法益についてでさえ、「これを低下させるに適した事実、または、これに疑いを生じさせるに適した事実が、不特定・多数人に告知され、その内容が『諒知』されることによつて『侵害』される」とする見解もある。[20] 少なくとも、被害者の社会生活に何らかの支障が生ずるに至れば、法益が今なお現実に侵害されていないと言うのは強弁に過ぎるであろう。また、例えば、偽証の結果、誤判に至れば、国家の適正な審判作用は害されたと言い得るのは極めて明らかではなかろうか。本稿は、法益を観念的な価値（ないしその妥当性）そのものとしてではなく、右のように、現実に侵害可能な具体的利益として把握すべきことを主張しているのに過ぎないのである。

なお、法益の観念性・抽象性を前提とする見解の中には、法益は直接には侵害され得ないが、行為の客体への攻撃を通して「間接的には」侵害され得るとする見解もある。[21] 例えば、ヘルツは、「生命・財産などの一般的な不可侵性に対する違反が量的にどの程度であるかは、現実に発生した損害の程度と客体に対する攻撃の強度によつて評価される」[22]とする。その趣旨は必ずしも明らかではないが、法益の観念性・抽象性を前提に、具体的な損害の程度をいわば法益侵害の程度の「徴表」として用い、従つて、刑量は具体的な損害の程度を基準に定めようとするものであろうか。[23] ほぼ同様に、イェシェックも

「行為の結果無価値は、行為客体を現実に侵害したことに存する。これに対して、法益は、観念的な価値として、行為によつて直接に侵害されることはない」と説く。[24] これらの見解には、法益「侵害」と行為客体の侵害（＝結果無価値）の関係が明らかでないという決定的な疑問があるが、[25] 一定程度の説得力のあることも否定できない。たしかに、一般に説かれるように、「法益＝保護の客体」と「行為の客体」は概念的に異なる。[26] また、具体的な損害を「徴表」として行為の法益侵害性を確定するのは、前述したように――特に、国家的・社会的法益に対する罪の場合には――必要不可欠のことでもある。[27] しかし、それは、法益を観念的・抽象的な価値そのものとして捉えるべきことの決定的な根拠にはならない。伊東が正当にも述べるように、「概念としての法益＝保護客体と物としての『行為の客体』という区別は……実質的には、法益概念の精神化へと導いたものとして非難されるべきもの」なのである。[28] むしろ、「法益」と具体的な被害者の有する利益をなるべく一致させて解釈し、[29]「法益もまた因果法則の支配領域に存するものとすることが、本来的意味での『法益保護』の理論に適合する」と考えなければならない。[30] 刑法が観念的・抽象的な価値自体の不可侵性を一般的に保障しているにとどまるとするばかりでなく、進んで、具体的生活場面に置かれた個別的な利益をも直接に保護していると解することは、決して非理論的ではなく、むしろより現実的でさえある。また、法益概念により具体的・実質的内容を与えるためには、このような見解の方が望ましいと言わなければならない。[31][32] しかも、このように解したからと言つて、法益と行為客体の概念的な区別を不可能にするものではないのである。

すなわち、行為客体とは、実行行為の向けられた対象である人または物であり、法益（保護客体）とは、要保護的という意味づけを与えられた（現実に侵害され得る）一定の客体ないし事態と解することができる。例えば、窃盗罪その他の財物罪の行為客体は「財物」であるが、保護法益は、当該の財物が所有者その他の本権者ないし占有者に与える、使用・収益・処分などの具体的可能性である。[33] 殺人罪、傷害罪、暴行罪、逮捕・監禁罪、脅迫罪などの行為客体はいずれも「人」であるが、

保護法益は、人の如何なる具体的属性との関係で「要保護性」を考えるかによつて異なる。また、通貨偽造罪における行為の客体は「貨幣、紙幣または銀行券」（刑法一四八条）であるが、[34] 法益は、通貨一般の真正に対する公共の信用性が確保され、円滑な経済取引が行なわれている状態である。要するに、法益を具体的に理解したとしても、法益（保護客体）と行為客体の概念的区別は不可能にならないのである。

さて、右の考察から直ちに導かれるのは、量刑事情の範囲の画定にあたつて、当該の個別的な事情の下で刑罰法規の保護する具体的な生活利益に着目することが必要であるということである。例えば、行為者が幼い子供を殺害し、その母親がショックの余り強度の神経障害を被つたというような場合、[35] 抽象的に観察しておよそ他人の身体に対する影響の防止が殺人罪の構成要件の保護するところかどうかを問題とすべきではない。具体的事例に即して見たとき、刑罰法規の保護目的は直接的な法益侵害結果の発生防止に制限され、[36] 母親に対する影響は刑罰法規の保護の範囲外にあると解されるならば、その事情は、量刑において不法関係事実として考慮することが許されないと言わなければならないのである。同様のことは、妻以外の女性と恋愛関係を続けていた行為者が、交通事故によつてその女性に重い身体傷害を与え、同時に事故を機縁として恋愛関係を知つた妻がショックにより神経障害を被つたというような事案[37]についても妥当するであろう。

（3）法益概念に関する綿密な学説史的研究として、伊東「法益概念史の再検討——方法論的・目的論的法益概念の登場まで」金沢法学二三巻一・二号〔一九八一年〕一二三頁以下、同「現代法益論の系譜と刑事不法論の課題」法学協会雑誌九八巻〔一九八一年〕七号六六頁、八号一頁、九号五一頁、一一号一一七頁、九九巻〔一九八二年〕一号一頁、三号一頁以下がある。

（4）*Kohlrausch/Lange*, StGB, 43. Aufl., 1961, Systematische Vorbem. Ⅲ1, S. 13; *Blei*, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Aufl., 1977, S.102; *Jescheck*, in:Leipziger Kommentar (LK), 10. Aufl., 14. Lieferung, 1979, Vorbem. 6 vor § 13; *Lenckner* in : Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 21. Aufl., 1982, Vorbem.9 vor § 13 ff. なお、*Baumann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S. 137 f.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Aufl., 1977, S.280 参照。また、後出注21に掲げる文献も参照。

(5) このような「方法論的・目的論的」法益概念に対して批判的なものに、*Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Festschrift für Honig, 1970, S.153 f.; *Marx*, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972, S.20; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S.49 などがある。

(6) *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs (注5) S. 153 f. なお、*Maurach/Zipf* (注4) S.280; *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978, S.206 も参照。

(7) 特に、*Amelung*, Buchbesprechung, ZStW Bd.84, 1972, S. 1019 ff. 参照。

(8) 換言すれば、「『法益』というのは概念として、それを用いる者の定義によってその内実を付与されるものである。法益概念固有の内実というものはない。定義する者の意図に応じて、極言すれば、法益概念は幾らでも反自由主義的・反個人主義的内実を付与され得る」（伊東「現代法益概念の系譜（五）」〔注3〕法学協会雑誌九九巻一号一一頁）のである。また、特に、リストに関連して、伊東「法益概念史の再検討」（注3）一八〇頁、ショヴィンクの見解、そしていわゆる「共同体関係的法益概念」について、同「現代法益概念の系譜（一）」（注3）法学協会雑誌九八巻七号一〇七頁以下、一一一頁以下、メッガーについて、同「現代法益概念の系譜（二）」（注3）法学協会雑誌九八巻八号二頁以下、ガイガー、イェーガーについて、同「現代法益概念の系譜（四）」（注3）法学協会雑誌九八巻一一号一五六頁、一六四頁以下が興味深い。

(9) *Roxin*, Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen, JA 1980, S.546. また、*Jescheck*, Lehrbuch (注6) S.206 参照。なお、学説史的には、フォイエルバッハ、ビルンバウム、ビンディングについて、伊東「法益概念史の再検討」（注3）一三七頁、一四五頁以下、一六二頁以下参照。

(10) *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 1: Delikte gegen die Person, 2. Aufl. 1981, S.3 (*Arzt*). なお、*Amelung*, Buchbesprechung, ZStW Bd.87, 1975, S.141 f. も極めて示唆に富む。

(11) *Roxin*, Zur Entwicklung der Kriminalpolitik (注9) S.546 f.; *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 1 (注10) S.3 f. (*Arzt*); *Arzt*, Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens, Kriminalistik, 35. Jahrgang, 1981, S. 117 f. なお、*Hassemer* (注5) S.12 ff.; *Noll*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1981, S. 23 (「ほとんど何も語らない空虚な形式」) も参照。

(12) *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs (注5) S.158 ff.; ders. in: Systematischer Kommentar zum StGB (SK), Band I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981, Vorbem. 5 vor § 1; *Otto*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Systemkategorien?, Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S.55 f.; 内藤「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(一)」刑法雑誌二二巻一号（一九七八年）九六頁以下など参照。

(13) 法益概念の機能については、*Maurach/Zipf*（注4）S.177; *Jescheck*, Lehrbuch（注6）S.207 f.; ders. in: LK（注4）Vorbem. 8 vor § 13 など参照。

(14) 山口・危険犯の研究〔一九八二年〕二〇七頁参照。

(15) ハッセマーは、同様の趣旨で、実定刑法の保護する客体の集合名称ないし上位概念として構想された法益概念を「体系内在的」と呼び、実定刑法の批判と改正を可能とする「体系超越的な」法益概念に対比させた。*Hassemer*（注5）S. 19 ff.

(16) *Marx*（注5）S. 17; 内藤「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(二)」（注12）九五頁、同「構成要件の構造」法学教室一九八一年一二月号五六頁。なお、*Hassemer*（注5）S.59も参照（「法益概念が包括的に把握されればされるほど、その解釈論における機能は弱まる」）。ちなみに、法益が具体的・個別的利益から機能ないし制度の保護を内容とする抽象概念に変質する（立法の）傾向に対して訴訟法の観点から批判的なものとして、*Volk*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß, 1980, S. 29 f.

(17) 伊東「法益概念史の再検討」（注3）一八五頁、同「現代法益概念の系譜(一)」（注3）九八巻七号一〇二頁。

(18) 同様に、法益を抽象的な価値から生ずる観念的な「尊重の要求（Achtungsanspruch）」として理解し、こうした「尊重の要求」に反する意思で行動した場合（「目的無価値」）にはすでに法益が侵害されたものとするシュミットホイザーの見解（*Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., 1975, 2/30, S.36 f.; 8/28 ff., S. 205 f. その法益概念についての紹介として、曽根・刑法における正当化の理論〔一九八〇年〕二四〇頁以下）も否定されなければならない（批判的なのは、例えば、*Marx*〔注5〕S.68 f.）。こうした見解は、結果無価値を行為無価値の中に解消し（「行為無価値としての法益侵害」）、刑法を過度に「主観化」するものとして危険である。未遂犯と既遂犯はすでに不法の程度において差があると考えるべきであり、また、未遂犯の成立要件には、「目的無価値」のみではなく、結果発生の具体的危険をも要求するべきである（もつとも、シュミットホイザーも、当罰性の要素として危険性の要件が付加されなければならないとする。A.a.O., 15/8, S.594）。

(19) *Hassemer*（注5）S. 61.

(20) 内田・刑法各論・上巻〔一九七九年〕二二二頁。

(21) *Hertz*, Das Verhalten des Täters nach der Tat, 1973, S.94. その他、*Jescheck*, Lehrbuch（注6）S.205 ff. bes. 208; ders. in: LK（注4）Vorbem.11 vor § 13. また、内田・刑法Ⅰ（総論）〔一九七七年〕二〇頁以下もこれに近い。さらに、*Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, S.683 Fußn.18 も参照。リストもこのような見解を採るものであろう（伊東「法益概念史の再検討」〔注3〕一八三頁以下参照）。

(22) *Hertz*（注21）S. 94.

(23) ちなみに、エーリク・ヴォルフは、「具象的客体の基体上の損傷は、法益侵害を徴表するに過ぎぬ所謂『行為客体』の変更である」とした（伊東「現代法益概念の系譜(二)」〔注3〕法学協会雑誌九八巻八号二七頁に拠る）。

(24) *Jescheck*, Lehrbuch（注6）S. 208. なお、S.6 も参照。

(25) 伊東「現代法益概念の系譜(四)」（注3）法学協会雑誌九八巻一一号一三七頁、一四五頁参照。

(26) *Maurach/Zipf*（注4）S.281；*Baumann*, Strafrecht（注4）S.137；*Jescheck*, Lehrbuch（注6）S. 208；団藤・刑法綱要(総論)改訂版〔一九七九年〕一一四頁など参照。

(27) 前出四(四)、後出五(二)(2)①(ロ)参照。

(28) 伊東「法益概念史の再検討」（注3）一八三頁。

(29) このような見解を採れば、客観的に判断して現実に侵害されるべき客体が存在しなかつた場合には、不能犯を肯定すべきだとする「客観的危険説」の立場（大谷「不能犯」〔中編、論争刑法・一九七六年・一三一頁以下所収〕一四六頁以下、同「不能犯(再論)」同志社法学三〇巻二・三号〔一九七八年〕四二頁以下、奥村「不能犯論の予備的考察」同志社法学三三巻五号〔一九八一年〕一〇四頁注（12）、一四〇頁以下、山口・前掲書〔注14〕一六〇頁以下など）が最も説得的だとも考えられよう。しかし、問題は、違法判断の「事後性」を徹底して、刑法規範の行為規範としての側面を無視してよいのか、従つて、行動の原理における危険性（中野・刑法総論概要〔一九七九年〕七九頁以下）を一切考慮しなくてよいのか（なお、野村「未遂犯における違法性」刑法雑誌二四巻三・四号〔一九八二年〕九七頁、一一六頁参照）の点に存する。前に、結果の発生・不発生は、しばしば行為者にとつて「偶然」に他ならない、と述べた(前出五(二)(1)①)。既遂と未遂の区別が「偶然的」に決せられるなら、同様に未遂か不能犯かも「偶然的に」決せられてよいとするのが客観的危険説の立場なのである（この点につき、山口・前掲書〔注14〕一〇九頁以下参照）。さらに、刑法が現実に存在する個々の客体を保護しているとするならば、やはり刑法規範は「行為規範」として把握すべきだとするのが論理的ではないかという疑問がある。また、客観的危険説のように現実に侵害された具体的客体にのみ注目する限り、実行態様の一般的危険性などは、既遂犯の不法評価と無関係と考えざるを得ないであろう。

もつとも、「具体的危険説」を維持するためには、刑罰規範の保護客体を、有り得べき法益、さらには当該法益を一般的に保護する「刑法規範の妥当性」という利益にまで抽象化することが要請されよう（この点について、特に、荘子・刑法総論〔新版〕〔一九八一年〕三八九頁以下参照）。たしかに、未遂犯の場合にこのように処罰根拠を抽象化することは、政策的決断として不可能なことではないと解されるが、それは未遂犯の処罰根拠が純然たる結果無価値に留まらないことを意味することになるように思われる。

(30) 特に、伊東「法益概念史の再検討」（注3）一八五頁、同「現代法益概念の系譜(一)」（注3）法学協会雑誌九八巻七号一〇三頁、同「現代法益概念の系譜（六・完）」（注3）法学協会雑誌九九巻三号三八頁以下、アメルンク（日高訳）「ドイツ刑法学における法益保護理論の現状」ジュリスト七七〇号〔一九八二年〕九五頁以下参照。なお、同旨、小暮「違法論の系譜と法益論」法学協会雑誌八〇巻五号〔一九六四年〕四一頁、山口・前掲書〔注14〕一八〇頁注（214）。

(31) 本文と同じく、法益を、侵害することの可能な客体ないし事態として把握するのは、*H.Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, S. 10 ff. bes. S 13（「法益とは、人間の行為によつて変化を与え得るが故に、刑法的規制によつてそのような変化が

ら保護することもできる、価値のある状態である」〔傍点筆者〕; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, 1966, in: ders. Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S.13 など。なお、後出注42に掲げる見解も参照。

(32) ちなみに、ツィップは、量刑独自のカテゴリーとして、不法の程度とは区別された、(有責的な) 法侵害の程度 (Ausmaß der Rechtsstörung) ないし行為結果の程度を挙げ、それは、損害賠償その他の事後的な事情によつて可変的であるとする (*Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969, S.34, 67 f., 87 ff., 105, 201 f., 237)

(33) 前出五(一)(1)①注56参照。これに対し、本権 (例えば、所有権) そのものが窃盗によつて侵害されることは有り得ない。本権が法的に消滅するのは、客体が滅失したか、即時取得 (民法一九二条) により他人に (新たな) 所有権が発生した場合 (もつとも、一九三条の特則に注意) などに限られるからである。

(34) 西原・刑法総論 (一九七七年) 一四六頁参照。

(35) 前出三(一)(1)②ⓒ参照。

(36) 前出三(一)(1)②ⓒ注33に掲げたロクシンの論文を参照。

(37) Vgl. *Zipf* in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5.Aufl., 1978, S.437 (=ders. Die Strafzumessung, 1977, S. 32 f.).

(ロ) 法益概念の具体性と抽象性　以上述べたように、法益を具体的な生活利益と解することが正しいとしても、われわれが通常想定する法益、特に個人法益は、孤立的に観察された「静的」な利益だと言つてよい。アルツトの言うように、それは、一九世紀における個人生活の一般的な安定の産物であり、[38] 複雑化した人間社会において具体的に機能する生活利益の真の姿を捉えたものではない。現実の生活利益は、その上に様々な人間関係・社会関係が積み重ねられ、その財の有する「固有の価値」のみに還元できない意味を付与されながら、まさに「機能」している。正当にも、ルドルフィーは、「個人にとつての法益の意味は、その静的な現存在に尽きるものではなく……個人に一定の活動の可能性を与えるところにある」として、法益を社会的な「機能単位 (Funktionseinheit)」として捉えるべきことを主張し、[39] オットーは、法益の実質が個人と客体との「事実的な関係」に存すると述べ、[40] 同様の趣旨で、ミヒアエル・マルクスも、「諸々の対象は、抽象的にそれ自体としてではなく、享受者との関係においてのみ、財となり、法秩序にとつて保護に値するものとなるのである」と説く。[41]

現代刑法が一定の具体的利益をとりまく生活関係自体を保護の対象にすると即断することは行き過ぎであるとしても、孤立的に観察された法益概念によつては、社会において機能している法益の全体的な姿は捉えられないと言つても過言ではない。最近の西ドイツにおける、法益概念に関する理論的分析も、右と同様の趣旨において、人間と生活利益との具体的な関わり合いに着目し、法益をその機能において把握することに意を払う傾向にあるのである。(42)

右に述べたことが特に妥当するのは、生命などの「自己目的」と見做される法益とは区別された、いわば「手段としての価値」をその本質的内容とする法益の場合である。その典型的な例は、財産的利益に見られるが、同様のことは自由・身体といつた個人的法益についても一般的にはあてはまるように思われる。例えば、財産を自己目的として保持する者はいない。財産は、衣食住といつた生活の基盤を確保し、娯楽・趣味・余暇の享受を可能にし、ある場合には医療費などの形で生命や心身の健康という基本的な利益を守る不可欠の手段となり得る。所有権は、民法により、物を「自由ニ……使用、収益及ヒ処分」する権利として定義されている（二〇六条）。従つて、個人がその目的に従つて自由に利用できない「所有権」は所有権ではない。所有権は、いわば、本質的に、権利者の生活関係ないし主観的な利用目的によつてその具体的内容自体を規定されるのである。(43) このような法益の実体を無視して、財物の市場価額ないし金銭的な交換価値にのみ着目した見解は、しばしば非現実的な結論を導かざるを得ない。コンサート直前の音楽家の楽器を隠匿し、新聞社のカメラマンの取材時にカメラを損壊するような行為(44)の法益侵害性を財物の市場価額のみを基準として評価するのは必ずしも適切ではない。当該の物を所持することによつて得られる具体的な利益に着目するならば、財物の価値を「客観的」に（あるいは、「一般的＝抽象的」に）把握することなど不可能なのである。(45) 財物罪の対象たる物の「財物性」の要件として、交換価値の存在は必ずしも必要でなく、保有者にとつて何らかの利用価値（あるいは、他人の手に渡らないことに対する消極的価値）があれば足りるとされるのは、(46) まさに右に述べたことを前提としている。入学試験問題の持ち出しは藁半紙数枚の窃盗であり、(47) 他人の想い出のラ

ブレターを破り棄てた者は、ほとんど無価値な紙数枚を毀棄したに過ぎないと考えることはできない。財物の価値を経済的な交換価値で評価するならば、例えば、年金生活者から金銭を奪い自殺に追いやつた行為者は、[48]富裕な者から同額の金銭を詐取した場合と同じに罰せられなければならないことになろうし、にわか雨に際して、高価なドレスを着た婦人は、緊急避難として、質素な身なりをした娘から、適法に雨傘を奪い取れることになろう。[49]このような捉え方は、財物罪の法益の本質を見誤つたものであり、不当だと思われるのである。右に述べたと同様の趣旨において、西原は、財物罪の違法性の大小の評価に際しては、被害者にとつてその物が有する主観的価値を基準とすべきことを明らかにした。[50]すぐ後に述べるように理論構成の当否については疑問があるが、その基本的発想において賛成しなければならない。[51]

同様のことは、身体・自由などの個人的法益にも妥当する。[52]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、重要な就職試験の直前に自由を拘束（例えば、監禁）することにより、適切な職場への就職の機会を失わせた場合などには、そうした特殊の事情のない場合に比べて行為の法益侵害性の程度自体が重いとしなければならない。何故なら、身体・自由という法益も、一定の目的達成のために、享受主体が自由に利用し、ひいては「処分」し得る法益（＝「手段としての価値」を本質とする法益）の典型だからである。まさに、この「処分権限」自体が法益の実体に属すると言つても過言ではない。[53][54]そのために、これらの法益については、被害者の同意によつて――原則として――法益侵害自体が存在しないことになる。[55]また、逆に、例えば、同意を得ない専断的な治療行為が傷害罪を構成し得るのは、まさに、処分権限が同罪の保護法益の本質的な内容に属するからに他ならない。[56]

このようにして、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、当該法益と結びつけられた享受主体の個人的な意図・目的にも、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。[57]従つて、当該刑罰法規によつて直接に保護されていない一定の生活利益の侵害も、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と言わなければならない。換言すれば、法益侵害の二次的な結果としての一定の利益侵害も、その法益が手段ないし前提となつて当該利益が享受されるべき関係にある場合には、「不法関係事実」として違法性の程度に影響すると考えることができる。それらは、いわば不真正な「非構成要件的」行為結果であり、法益侵害性の程度に直接に影響するものとして刑量を規定し得るのである。たしかに、右のような事情に量刑においてどの程度の比重を与え得るかは厳密に規定し得るものではない。しかし、当該刑罰法規の保護法益の侵害の内容として考慮する程度を超えて、これを独立の量刑要素として考慮することが許されないのは当然である。

さて、以上のように、法益が具体的に観察されなければならない場合があるとしても、反面において、法益の抽象性はまさに必然的である。

第一に、法益、従つて具体的な生活利益が、右に見たように、無限に多様な生活関係の中でその「固有の価値」に還元できない複雑な機能を営むとしても、それをそのまま法的評価に反映させることは、斉一な判断を不可能にし法的安定性を損なう危険を伴う。法益概念が、立法論上・解釈論上、刑罰権行使の限界を設定し、刑法的評価を規制する機能を有するべきだとすれば、法益侵害の存否・程度の判断にあたつては、判断基底を単純化・類型化し、なるべく客観的な評価基準を構成するように努めなければならない。その意味で、通常の場合、法益の内容を、普通人にとつての一般的な利益内容として把握することは妥当である。これに対して、――前述のように――西原は、財産罪の違法性の大小を算定する際には、被害者にとつてその客体が有する主観的価値を原則的な基準とすべきことを主張している。[58] しかし、財物罪の被害の量的評価にあたつては、その金銭的な交換価値ないし具体的な損害額（＝客観的価値）を基準とすることが、原則として正しいと言うことができよう。[59] 換言すれば、財の持つ一般的・平均的利益が原則的な保護の客体である。さもなければ、被害者が、盗難にあ

つた物について全く価値を認めていなかつたことが事後的に判明した場合には、保護されるべき法益が存在していなかつたことにもなる。このような事情によつて法的評価を左右させるのは適切でない。逆に、西ドイツの連邦裁判所の判例には、詐欺により被害者が特に大きい不利益を被つた場合、行為者が、原因となつた被害者の経済状況を個々的に認識していなかつたとしても、重く処罰することが可能だとしたものがある。[60] だが、こうした例外的事情を、行為者の不認識にもかかわらず量刑で考慮することは、偶然による刑量の差異を認めることであり、責任主義の原則から疑問がある。要するに、量刑における法益の侵害・危険の程度の量的評価にあたつては、法益を具体的な生活利益として捉えるべきだとしても、過度の具体化的・個別化的思考に陥つて法的安定性を害する結果とならないように警戒する必要があるのである。この点は、後に、非構成要件的事情の主観的帰責要件を検討する際に再び言及することにしたい。

第二に、法益概念の抽象性は、様々な法原則の要請である場合がある。一定の法益については、享受する主体の相違に従つて価値に差異を設けることが、平等原則に反し禁じられる。このような観点からすると、例えば、名誉毀損罪の法益については、困難な問題がある。通説は、同罪をもつて、個人に対する社会的評価を保護するものとするが、それが評価される個人によつて様々に異なり得る以上、保護法益としての適性に疑問がある。高い社会的地位を有する者はその名誉をより厚く保護されると見るべきではない。この点からすれば、名誉毀損罪の保護法益を「名誉感情」とする見解[61]や、「社会的情報状態ないし情報環境」の侵害を名誉毀損とする見解[62]は説得的である。また、ライヒ裁判所の判例には、性犯罪（児童との猥褻行為）において被害者がすでに性的に「乱れた」少女であつたという事情を刑を軽くする方向で考慮したものがあつたが、[63] その趣旨を「性的自由」を保護法益とする犯罪にまで及ぼすことは、もちろん正しくない。性的自由のような法益は、性的経験の多少に関わりなく平等に帰属すると考えるべきなのである。[64] このように、各人の有する価値に差をつけたり、当該法益の実体に照らし全く重要でない事情の存在したことを理由にして、行為の法益侵害性に差異を設けることは常に許されな

いが、特に問題の多いのは、「生命」という法益の場合である。例えば、客体の相違を理由として殺人行為の法益侵害性の程度に差異を設けることは、平等原則に反し許されてはならない。[65] 殺人罪の量刑において、被害者が社会的に「重要な」人物であつたという事情やその年齢が若かつたという事情を、法益侵害の重大性を理由に刑を重くする方向で考慮するとすれば、それは「生命の価値」を理由とする（逆）差別的取り扱いとせざるを得ないであろう。[66] 緊急避難における法益衡量の場合にも、生命という法益同士の衝突が問題となつているときには、その他の具体的事情を考慮せず、価値は同等としなければならない。要するに、生命のように、いわば「自己目的」であり、他の様々な生活利益の「手段」としては考えられないような（例外的な）法益[67]にあつては、当該法益の侵害により他の諸利益に二次的な損害が生じたとしても（例えば、幼い子供を失つた母親がショックで強度の神経障害を被つたとか、世帯主を失つたことにより遺族の生活が困窮したという事情）、それを生命という法益自体の侵害の内容として考えることは不当である。[68] この点に、「自己目的」としての法益と「手段としての価値」を本質的内容とする法益との差異が存する。ちなみに、前述したように、殺人罪の被害者たる少年が両親にとつて唯一の子供だつたという事情や被害者が多くの子供を持つ父親だつたという事情は、当該事情を客体自体の性質と捉えれば構成要件的事情に属することになろうが、遺族に対する影響を非構成要件的事情と捉えることもできる。[69] しかし、生命という法益が、法益が帰属する主体の相違に従つて異なつた価値を認めることを許さないとすれば、右の事情などは非構成要件的事情と解さざるを得なくなろう。

もつとも、客体の価値そのものの評価と、それを侵害する行為の評価とは区別しなければならない。生命が他の法益との比較衡量を許さないのは、その「自己目的」としての性格のためだと思われる。従つて、平等原則は、複数の人間を殺害した場合に一人の人間を殺害した場合よりも行為の違法性の程度が重いとすることまでも禁ずるものではなかろう。複数の被害者を出した行為は、やはり法秩序に対する侵害の程度――換言すれば、殺人禁止の規範の妥当性に対する侵害の程度――

がより重いとしなければならない。そのように考えることは、不法の実質を具体的生活利益としての法益侵害と把握することの例外をなすが、法益の自己目的性に反するものではないのである。

従つて、また、生命という法益が客体の相違によつて異なつて評価されることは許されないとしても、殺人による被害者の遺族への影響というような非構成要件的事情は、行為の「当罰性」に影響を及ぼすものとして、限られた範囲内においては量刑事情としての意味を認めることが可能であるように思われる。前述のように、行為の当罰性判断を数量化することは、法定刑を通して行なわれる。法定刑は、連続的な当罰性の尺度を成しており、当該犯罪をその「重さ」に従つて——「極めて軽微」「軽微」「中程度」「やや重大」「重大」「極めて重大」というように——法定刑の幅の一箇所に位置づけることにより、当罰性判断の数量化を可能にする。[70] 右のような非構成要件的事情は、殺人罪の構成要件が生命という法益を保護することに伴う反射的利益の侵害と解されるのであり、量刑において、不法・責任要素に劣位する二次的な判断要素として考慮することは刑罰法規の保護目的に背反するものではないと考えられるのである。[71] 不法・責任の程度の量的評価にあたつては、数学的な厳密性を期待し得ないのは当然である。一定の「評価の幅」の範囲内で、二次的な要素を考慮することは、許されてよいと思われる。[72]

第三に、法益は、その性質上、観念的・抽象的である場合がある。こうした場合には、実行行為から生じた一定の事情が、行為の法益侵害性の有無・程度を推認させる「徴表」として考慮されてよいと思われる。例えば、通説に従つて、名誉毀損罪を個人の社会的評価に対する抽象的危険犯と解した場合、[73] 犯行によつて被害者がその職を辞さざるを得なくなつたという事情などは、名誉が現実に侵害された事態を推認させる資料として実行行為を重く評価させるのに充分である。さらに、一般的に言つて、国家的・社会的法益においては、保護されるべき法益が観念的・抽象的である。このように本性上抽象的な法益は、その侵害の確定でさえ困難であるために、抽象的危険犯の構成要件によつて保護されているのである。たし

かに、危険犯として規定されている犯罪において侵害結果が生じた場合には、当該侵害結果について特別の構成要件が設けられていないことを条件として、その結果を危険犯の量刑における量刑事情として考慮することが許されよう。[74] しかし、国家的・社会的法益が侵害された状態を具体的に指し示すことは、多くの場合困難である。ましてや、その侵害の量的評価は実際上不可能と言わざるを得ない。従つて、法益侵害の有無・程度を推認させる一定の資料を用いることによつて、実行行為の法益侵害性を確定することは不可欠とも言える。そこで、例えば、名誉毀損罪において被害者が職を辞さざるを得なくなつたというような事情、通貨・文書偽造罪において犯行を原因として生じた財産的損害（もつとも、同時に財産罪が成立する場合が多いだろう）、偽証罪・誣告罪において、誤判による諸々の不利益、関係者の受けた自由の拘束などの非構成要件的事情には、法益侵害の有無・程度を具体的に推認させる「徴表」ないし資料としての意味を認めることのできる場合があろう。これらの犯罪においては、具体的な個人の利益の侵害が処罰根拠となつている訳ではないが、個人的利益も、副次的ないし反射的利益としてそれぞれの刑罰法規の保護の範囲に含まれると解することも可能である。[75] 刑罰法規が、右に挙げたような結果の防止を直接の目的とするものではないとすれば、それらの事情を過大視することは妥当でない――特に、偶然的に生じた結果を重視することは不当である――が、外部的実害を徴表ないし評価資料として犯罪による法益侵害の有無・程度を推し測ることは、唯一可能で適切な判断方法であろうと思われるのである。なお、同様の判断方法が、執拗な恐喝行為により被害者が自殺に追いやられたような場合にも応用し得ることは前述した。[76]

もつとも、右に述べた点については、犯罪類型ごとのきめ細かな検討が必要であることは言うまでもない。特に、前述したように法益を具体的利益と解するならば、国家的・社会的法益に対する罪にあつても、一定の事情を、行為の法益侵害性に直接に影響するものとして不法関係事実と把握することが可能である。例えば、被告人の（虚偽の）陳述が有力な証拠となつて誤判の結果が生じたという事情などは、それが構成要件的結果ではないとしても、不法関係事実として量刑に考慮す

ることができよう。[77] また、誣告罪の個人的法益に対する罪としての性格を強調する見解[78]によれば、誣告罪により被害者の受けた自由拘束などの不利益も、当然不法の程度に影響する事情だと言うことになろう。さらに、放火罪は、公共危険罪とされ、不特定または多数人の生命・身体および財産に対する抽象的危険犯（刑法一〇九条二項、一一〇条などを除く）として規定されているけれども、多数人の生命・身体に具体的な危険を発生させたとか、重大な財産的損害の結果を生じさせたというような事情は、――構成要件的結果とされていないにもかかわらず――行為の法益侵害性を直接に高める事情（不法関係事実）と考えられよう。[79] ただし、前述したところから、これらの不法関係事実については、原則として行為者の認識が要求されると言わなければならない。[80] 少なくとも、行為者にとり偶然的な事情による被害の拡大をそのまま行為者に帰責することは許されないと解したい。

(38) *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 1 (注10) S. 16 (*Arzt*).

(39) *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs (注5) S. 162 ff.

(40) *Otto*, Rechtsgutsbegriff und Delikttatbestand, in: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (hrsg. v. Müller-Dietz), 1971, S. 5 ff.

(41) *Marx* (注5) S. 64. もっとも、犯罪によって侵害され得るのは、法益それ自体ではなく、その処分可能性（Verfügbarkeit）だとする。*Marx*, S. 69 参照。

(42) 簡単には、*Jeschech*, Lehrbuch (注6) S. 206、詳しくは、*Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs (注5) S. 162 ff.; ders. in: SK (注12) Vorbem. 8 ff. vor § 1; *Marx* (注5) S. 40 ff. bes. 62 ff.; *Otto*, Rechtsgutsbegriff und Delikttatbestand (注40) S. 5 ff.; ders. Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit (注12) S. 55; *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 1981, Rn. 210, S.83 参照。

(43) Vgl. *Arzt*, Strafrecht, Besonderer Teil, Vermögensdelikte (Kernbereich), LH 3, 1978, S. 10（物に対する不利益の客観的な評価は不可能だとする）。なお、「財産」の概念について、*Arzt*, S. 125 f., 143 ff. も参照。また、正当にも、*Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs (注5) S. 164 は、所有権という法益の実体は、所有権者との関係で財物に認められる機能に他ならない、とする。同旨、*Marx* (注5) S. 64.　正当にも、オットーは、窃盗罪の構成要件は、他人の物に対する「事実上の支配関係」を保護するものだとしている。*Otto*,

Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand（注40）S. 6.

(44) 例は、*Arzt*, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 3（注43）S. 12 から得た。

(45) 内田・刑法各論・上巻（注20）二三六頁注（5）は、ラブレターについても「客観的」価値があるとするが、その趣旨は『客観的に刑法的な保護に値する』ということだと思われる。

(46) 団藤・注釈刑法(6)各則(4)〔一九六六年〕四頁以下、大塚・刑法概説（各論）・増補二版〔一九八〇年〕一四八頁、藤木・刑法講義各論〔一九七六年〕二七一頁、小野・中野・植松・伊達、ポケット注釈全書・刑法（第三版）〔一九八〇年〕五三〇頁など参照。

(47) いわゆる早稲田大学入試問題漏洩事件の控訴審判決は、「本件入試問題用紙は、そのものの性質上、入学試験時までの秘密保持が絶対的に必要とされるもので、その印刷過程においても、終始大学側の担当教職員が立ち会うなど、極めて厳重な管理体制のもとで印刷されるという機密性の高い重要な文書であつて、本来経済的な取引の対象となるものではないから、客観的な取引価格などはあり得ないものであるが、入学試験以前にこれを知りたいと欲する者の中には、多額の金員を支払つてでも、これを入手したいというものがあり、現に本件においては、被告人等が入学試験以前に、本件入試問題用紙のコピーをその模範解答とともに、依頼を受けた入学希望者に渡すことによつて、これらの者一人につき一〇〇〇万円前後の対価を得たのであるから、本件入試問題用紙が窃盗の客体たる財物に該当することは明白であるといわなければならない」とする（東京高判昭和五六年八月二五日〔確定〕判例タイムズ四五五号〔一九八二年〕一五八頁）。しかし、問題用紙が特定の者の間では金銭的価値を有するとしても、そのことは所有者（大学）にとつて全く重要ではないのであつて、判旨はその理由づけにおいて正当でない。むしろ、第一審判決のように（判例タイムズ四五五号一五九頁参照）、所有者にとつての主観的（消極的）な価値を問題とするべきであつたと考える。

(48) *Arzt*, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS 1972, S. 520; ders. Strafrecht, Besonderer Teil, LH 3（注43）S. 65. また、*Baumann*, Strafrecht（注4）S. 665 も参照。

(49) ヴェルツェルによる「雨傘の事例」である。*Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 2. Aufl., 1949, S. 54; *Noll*, Schweizerisches Strafrecht（注11）S. 108, 110 参照。もつとも、わが刑法の緊急避難の規定（三七条）の下では、本事例を法益同価値の場合と解したとしても、緊急避難の他の要件をみたす限り、――少なくとも、通説の立場では――違法性を阻却する緊急避難が認められざるを得ないであろう（なお、法益同価値の場合の緊急避難の法的性格に関する学説の状況は、中山「法益同価値の緊急避難」Law School 四〇号〔一九八一年〕五六頁以下に詳しい）。それとも、被害者における健康侵害の危険、さらには人格権的利益の侵害も併せ考慮すべきなのであろうか。

(50) 西原「刑法における財産の保護」（中山・西原・藤木・宮澤編、現代刑法講座第四巻〔一九八二年〕二〇九頁以下所収）二一九頁以下。同様に、大谷も、「所有者と物との主観的関係を基礎とし、客観的にみて金銭的に評価しうる物が財物」だとする（大谷・刑法各論・上〔一九八二年〕一八三頁）。

(51) 利益・財概念の客観的側面と主観的側面については、川原「刑法における被害者の同意(一)」北大法学論集三一巻一号〔一九八〇年〕二一三頁以下が示唆に富む。

(52) 「自由」について、*Marx*（注5）S. 57 f.

(53) 「身体」について、*Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 1（注10）S. 105（*Weber*）参照。もつとも、生体の維持に影響するような重大部分についての処分権限の有無に関しては疑問の余地があろう。

(54) この点について、川原「刑法における被害者の同意(一)」（注51）二三〇頁以下参照。

(55) 犯罪論体系における同意の取り扱いについては問題がある。この点については、曽根・前掲書（注18）二二五頁以下、川原「刑法における被害者の同意(二・完)」北大法学論集三一巻二号〔一九八〇年〕三八〇頁以下参照。

(56) この点について、特に、町野「刑法解釈論からみた治療行為(二)」法学協会雑誌八八巻九・一〇号〔一九七一年〕二八頁以下参照。反対するのは、曽根・前掲書（注18）二五二頁。

(57) これに対して、団藤は、「法益の帰属主体からみた主観的価値」を法益の内容に属するものとして考慮することはできないと理解するようである（団藤・前掲書〔注26〕二二九頁注14参照）。

(58) 西原「刑法における財産の保護」（注50）二一九頁以下参照。

(59) もちろん、この場合の経済的な価値（＝物の客観的価値）を確定するためには、客体を自然主義的ないし物質的に捉えてはならない。例えば、債権証書や預金通帳などの価値は、それぞれ、債権額、預金額により決せられるべきである（債権証書について、西原「刑法における財産の保護」〔注50〕二二四頁参照）。

もつとも、会社の機密書類を同社所有の複写機を使つてコピーし、これを社外に持ち出した事例について、「全体的にみて、単なる感光紙の窃取でなく、同社所有の複写した」機密書類の窃取だとした裁判例（東京地判昭和四〇年六月二六日下刑集七巻六号一三一九頁〔特に、一三三七頁〕）は行き過ぎだと解する。

(60) BGH 4 StR 358/70（*Brins*, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Aufl., 1974, S. 420 に拠る）。

(61) 平野「刑法各論の諸問題」法学セミナー二〇三号〔一九七二年〕七七頁以下参照。

(62) 平川「刑法における名誉の概念」名古屋大学法政論集七〇号〔一九七七年〕九二頁以下参照。

(63) RG JW 1939, S. 752 1. Sp. 前出三(二)(2)参照。

(64) 連邦裁判所は、強制猥褻罪および傷害罪の量刑において、被害者が売春婦だつたという事情を考慮して刑を軽くすることは許されないとした（BGH MDR 1971, S. 895）が、当然のことながら正当である。

(65) 前出三(二)(1)参照。また、特に、内田・刑法各論・上巻（注20）一二頁注（3）参照。

(66) 前出三(二)(1)参照。

(67) この点について、吉田（宣）「違法性における結果無価値一元論の批判」法学新報八五巻一〇・一一・一二号〔一九七九年〕一四八頁以下参照。

(68) もつとも、*Stree* in: Schönke/Schröder（注4）§ 46 Rn. 19 は、「被害者の社会的に重要な特性に基づいて生じた損害」を理由に、行為の法益侵害性の程度が大きいとすることは平等原則に反するものではない、とする。ここでは、遺族や職業上の関係者などに対する影響が考えられていると解される（vgl. BayObLG NJW 1954, S. 1211 f.; OLG Frankfurt, Beschluß v. 20. 9. 1979, Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf—und Strafverfahrensrecht, § 46 StGB S. 25 f.）。本文に述べるように、不法評価が犯罪の「客体」に対する評価でなく、犯罪「行為」そのものの評価であるとしても、右のような事情を行為の不法に関係する事情と考えてよいかには、なお疑問がある。

(69) 前出三(二)(2)参照。

(70) 前出二(一)(2)参照（その注46に掲げた文献のほか、*Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen〔§§ 46 Abs. 3, 50 StGB〕, 1982, S. 128 ff.〔文献も詳しい〕がある。なお、オーストリアにおいても、このような見解が一般的であることにつき、*Burgstaller*, Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich, ZStW Bd. 94, 1982, S. 147参照）。こうした見解の根底にあるのは、量刑が、立法者の——とりわけ、法定刑の定め方に示された——当罰性判断を具体化することを目的とする、法により拘束された作業（＝法の適用）に他ならないという重要な認識である。そして、「量刑が、その構造上、法の適用である」というのが、「量刑法の新しい中心的なテーゼ」（*Bruns*, Grundprobleme des Strafzumessungsrechts, ZStW Bd. 94, 1982, S. 113）なのである。

(71) 犯罪後の事情を加重的に考慮する場合について同様の見解を採るのは、*Bottke*（注21）S. 687 である。もつとも、前出五(二)(1)①の注61の付されている箇所を参照。しかし、一方において、不法の程度自体に影響するとしながら、他方で、「責任の幅」の枠内でのみ考慮し得るとするのは——本稿の立場からは——理論的に矛盾であるように思われる。

(72) 前出四(三)(1)②注41に掲げたシュペンデルの見解参照。

(73) もつとも、通説に対する批判として、特に、平川・前掲論文（注62）九三頁以下が重要である。

(74) この点について、*Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat, GA 1972, S. 334 f.; *Pallin*, Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht, 1982, S. 24 を参照されたい。

(75) なお、*Marx*（注5）S. 79 ff. は、進んで、いわゆる「国家的・社会的法益」は、個人の「自己実現」に必要であるが故に、そしてその限度で法益として承認され得るとする。

(76) 前述四(四)参照。

(77) なお、保護法益との関係で偽証罪の構成要件を実質的に解釈しようとする試みとして、福山「危険概念と偽証罪」法学三七巻三・四号〔一九七四年〕二九頁以下、内田・刑法各論・下巻〔一九八一年〕六六四頁、山口・前掲書（注14）二三八頁など。

(78) 特に、田宮・注釈刑法(4)各則(2)〔一九六五年〕二六五頁、平野・刑法概説〔一九七七年〕二九〇頁、内田・刑法各論・下巻（注77）六六七頁など。

(79) なお、放火罪の構成要件の実質的解釈の試みとして、岡本「『抽象的危殆犯』の問題性」法学三八巻二号〔一九七四年〕一二五頁以下、内田・刑法各

論・下巻（注77）四四二頁以下、山口・前掲書（注14）二三九頁以下など参照。

（80）前出五(一)(3)参照。

② 実行行為から生じた「違法状態」に関する事情　犯罪によつては、実行行為から一定の違法な状態が生ずる場合がある。このような違法状態が犯罪事実の内容を成す場合（いわゆる継続犯の場合）には、この違法状態に関する事情を量刑において考慮し得るのは当然である。これに対して、違法状態がそれ自体犯罪事実の内容を成すものではなく、行為の違法性に影響するものではない場合にも、こうした違法状態を通して、犯罪によつて侵害されまたは侵害の危険にさらされた具体的な生活利益が、更に一層侵害され、またははじめて決定的に侵害され、あるいは、逆に侵害を治癒・回復され、または決定的な侵害から救われることがある。たしかに、こうした違法状態は、特殊刑法的な意味で「不法」ではないが、それが法秩序にとつて望ましくない状態であることは変わらない。そこで、この違法状態に事後的に影響を与えることがおよそ不可能である場合は別として、違法状態の継続・悪化を阻止し、損害の回復を促すことが刑法の法益保護目的にかなうことは当然である。従つて、行為者の犯罪後の行動が、このような、法秩序にとつて除去することの望ましい（しかも除去することが可能な）状態の変更に関係する場合には、それが犯罪事実の内容を成すものではなく行為の不法評価に影響するものでないとしても、[81]一定の限度で刑の量定にあたり考慮することが許される可能性が認められなければなるまい。[82]いわゆる不可罰的（共罰的）事後行為は、まさに、このような事後的な違法状態の変更に関係する事情に他ならない。[83]前述したように、構成要件は、企図から終了に至る犯罪遂行段階の一部を――刑事政策的考慮と刑罰権の法治主義的枠づけの観点から――特に「選択」して記述しているのに過ぎない。[84]犯罪が形式的に既遂に達したからと言つて、法益に対するその後の影響について刑罰法規は無関心では有り得ないのではなかろうか。以下では、主としてベーリングにならつて、[85]このような違法状態に関係する量刑事情の範囲を明らかにしたいと思う。

第一に、犯罪から、何らかの違法状態が生じたことが必要である。従つて、行為そのものを不法評価の対象とする単純行為犯においては、行為後の事情が、「行為の評価」にあたつて考慮されてはならない。ベーリングによれば、スピード違反がその一例である。[86]

第二に、犯罪によつて生じた状態が不変的でおよそ影響を与えることが不可能である場合には量刑事情から除かれる。従つて、殺人罪の場合、犯罪後の事情は、死体損壊罪など別罪を構成することがあるのは別として、刑を重くする方向で量刑において考慮することは許されない。器物損壊罪の場合にも、事後に損害を賠償したとしても、それは行為の評価としての当罰性判断とは無関係である。損害賠償が法益保護という刑法の目的にかなうものであり、[87]刑量に重要な影響を与え得ることは認めなければならないが、それは別の根拠から要請されるものであり、行為の評価に関係し得るものでは有り得ない。

第三に、先行する犯罪によつて侵害され、または危険にさらされた具体的利益（＝法益）が更に一層侵害され、またはは じめて決定的に侵害される（あるいは、逆に侵害が治癒される）ことが必要である。例えば、行為者が財物罪によつて取得した財物を売却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場合などがその典型的な場合であろう。

第四に、行為が、当該違法状態の範囲を超えて新たな法益を害し別個の構成要件によつて独自に評価されるべきものであるときは、不可罰的（共罰的）事後行為の範囲を逸脱し、――成立した両罪が科刑上一罪の関係に立つことが有り得るのは格別――これを前の犯罪の量刑事情として考慮することは許されない。[88]

さて、問題は、量刑において、右のような犯罪後の事情にどの程度の重要性を与え得るかにある。それらが、行為の不法評価とは無関係とされる「真正」の非構成要件的事情である以上――たとえ、量刑事情になり得るとしても――やはり不法・責任評価の「幅」の中での二次的な判断要素として考慮するにとどめるべきだと思われる。学説の中には、不可罰的事後行

為も独立の犯罪であるが、科刑上（＝処分上）一罪として取り扱われるに過ぎない、とする見解も有力である。[89] しかし、それが、不可罰的事後行為にあたる事情も、先行する犯罪の刑により「併せて処罰し得る」と言う趣旨であるならば不当である。バウマンの言うように、いわば「同じ法益に対する（再）侵害」を理由に刑を加重することには、明らかな「二重評価」のおそれがあり、罪刑法定主義を空洞化する危険を伴うからである。[90] 従つて、量刑事情として考慮し得る事情も、単に、盗んだ財物を用法に従つて消費するとか、権利者に返還しないというようなものであつてはならないであろう。そこで、盗んだ多額の金銭を一日で費消したというような事情を量刑事情として考慮することは許されないと解する。少なくとも、被害品、特に、非代替性の強い物を故意に損壊したり、[91] 売却することにより被害者の追求を困難にし、または所有権を失わせたというような特に重い事情に限られると解するべきである。これに対して、盗んだ財物を所有者に返還したというような事情は、刑をかなりの程度に軽くする量刑事情として考慮することが許されるであろう。

ちなみに、前にも触れたように、被害者に対する謝罪・損害賠償というような事情は、行為の評価としての当罰性判断に影響すると考えるべきでない。これらの事情は、異なつた根拠から刑量に影響すると解すべきであり、別のカテゴリーを設けて分析を進めることが適切である。しかし、この点についての検討は、別の機会に譲らざるを得ない。

(81) 前出五(一)(1)①参照。

(82) 例えば、*Gössel* in: Maurach/Gössel/Zipf（注37）S.340.

(83) もつとも、窃盗犯人が盗品を消費したような場合は不可罰的事後行為にもならないとする見解が有力である（村崎「刑法における法条競合論」金沢大学法文学部論集・法学編14（一九六六年）九一頁、山火「法条競合の諸問題(一)」神奈川法学七巻二号（一九七二年）三〇頁、高田・注釈刑法(2)のⅡ・総則(3)（一九六九年）五六六頁以下、鈴木（茂）「罪数論」中山・西原・藤木・宮澤編、現代刑法講座第三巻（一九七九年）二九二頁など）。これに反対するのは、阿部「不可罰的事後行為」（西原・宮澤・阿部・板倉・大谷・芝原編、判例刑法研究第四巻（一九八一年）二四三頁以下所収）二四八頁。

(84) 前出四㈢(2)の冒頭を参照。
(85) *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S.254 ff.
(86) *Beling*（注85）S. 255.
(87) 損害賠償の刑事政策的意味については、*Zipf*, Kriminalpolitik, 1980, S.187 ff. が詳しい。
(88) 不可罰的事後行為の要件については、山火「法条競合の諸問題㈡」（注83）二四頁以下、阿部「不可罰的事後行為」（注83）二六〇頁以下など参照。なお、*Gössel* in: Maurach/Gössel/Zipf（注37）S.338 ff. も詳しい。
(89) 平野・刑法総論Ⅱ〔一九七五年〕四一一頁以下、阿部「不可罰的事後行為」（注83）二四六頁。
(90) 前出五㈡(1)①の注58参照。なお、神山・法学教室一九八二年一一月号一一五頁も参照。
(91) イェシェックは、進んで、この場合には、器物損壊罪として独立に処罰すべきだとする。*Jescheck*, Lehrbuch（注6）S.603 Fußn. 27.

③　非構成要件的事情の範囲とその主観的帰責要件——本節のまとめにかえて——

(イ)非構成要件的事情の範囲　冒頭において明らかにしたように、本稿は、量刑事情の全てを取り扱うものではない。広範な量刑事情のうちで、行為から生じた諸結果の検討を中心として考察を進めてきた。このような行為結果のうちで、非構成要件的事情として行為の違法性の程度に影響しないと解される事情が、どの範囲で行為の評価に意味を持ち得るかを明らかにすることが本節の課題であつた。以上述べてきたことを総括すれば次のようになろう。

まず、刑罰法規の保護する法益以外の一定の利益を侵害したことを理由に不法の程度が高まると考えることは許されない。しかし、特に「手段としての価値」をその本質的な内容とする法益にあつては、二次的な利益の侵害も当該法益自体の侵害と見做し得る場合がある。このような場合には、二次的な侵害は、不真正な非構成要件的事情であり、行為の法益侵害性自体を高め得る。

こうした不真正の非構成要件的事情を除けば、非構成要件的事情は、限られた場合にのみ量刑事情として刑量に影響し得るに過ぎない。まず、生命のように自己目的とされる法益にあつては、その侵害による被害者の遺族に対する影響といつた

事情は、行為の不法・責任判断の評価の幅の枠内において二次的に考慮し得るにとどまる。同様に、犯罪によつて生じた違法状態の変更に関する事情も、限られた一定の場合に二次的な判断要素として利用され得る。次に、特に国家的・社会的法益においては、法益自体が抽象的であるためにその侵害の確定と量的な評価が困難なことが多いので、犯罪によつて生じた具体的な被害などの非構成要件的事情を、「徴表」ないし資料として法益侵害性の有無・程度を推認することが許される。

(ロ)非構成要件的事情の主観的帰責要件　それでは、非構成要件的事情に対する主観的な帰責要件は、どのようなものでなければならないだろうか。

真正の非構成要件的事情は、不法の程度に影響するものでなく、二次的判断要素として行為の当罰性に影響するか、法益侵害性の「徴表」として利用されるに過ぎないのであるから、行為者の責任とは無関係な事情だと解することができる。ただし、不可罰的（共罰的）事後行為とされる事情については、前述したように特別に「重い」事情のみが考慮されるべきであり、従つて、量刑事情と認められるのは故意的ないし意図的な行為により惹起された結果に限られると解する。

例えば、行為者が、詐取した車を、過失により惹起した事故で損壊した場合[92]、当該結果を詐欺罪の量刑において考慮することには疑問がある。たしかに、事故により、所有者は車の返還を受ける機会を失つたことになるが、このような結果は先行する違法行為との関連性が稀薄であり、いわば「偶然」による被害の拡大に過ぎない。財産罪の構成要件がこのような事情まで評価の対象として予想しているかは疑問であろう。さらに、現行法上、器物損壊は他の財産罪に比べて軽く罰せられているにとどまり、当然過失による器物損壊は罪とされていない。そこで、右の事例において過失による損壊結果の惹起まで量刑事情として考慮することは、実定法とも調和しないと言わざるを得ない。

不真正の非構成要件的事情は、当該事情を行為者が特に認識していたか、当然認識すべきであつた場合に限つて、量刑事情として考慮することができると考える[93]。これに対して、連邦裁判所は、被害者の経済状況を原因として詐欺により被害者

が特に大きい不利益を被つた場合、行為者が、原因となつた被害者の経済状況を個々的に認識していなかつたとしても、重く処罰することが可能だとした。(94) しかし、このような事情は、行為の法益侵害性に影響を及ぼす例外的な事情であり、責任主義の原則から認識を要求するのが当然である。前述したように、「法益の抽象性」は法的安定性の要求であり、行為者の不認識にもかかわらず、右のような事情を考慮するのは、偶然により刑量に差異を設ける結果となり許されない。

(92) 前出三(一)(1)②(c)、四(一)(2)参照。

(93) 行為者は大金持ちから窃盗をするつもりであつたが、実際の被害者が貧しい年金生活者だつたという場合について、*Horn* in: SK（注12）§ 46 Rn.65は、正当にも、行為者の認識を基準として量刑すべきだとする。

(94) 前出注60参照。

〈補論〉　不法関係事実としての「主観的量刑事情」は認められるか

本稿が考察の対象として来たのは、客観的な量刑事情の範囲とその主観的な帰責要件の問題であつた。しかし、以上検討した諸事例とは逆の場合も考えることができる。すなわち、行為者が一定の不法関係事実を表象していたが、それに対応する事実が現実には存在しなかつたという場合である。行為者が高価な名画だと思つて盗み出したところが、それが二束三文のイミテーションであつたというような事例がその典型例であろう。この問題は、西ドイツにおいても「未だ解明されていない」とされ、(95) 参照すべき文献もまた少ない。(96) 以下では、本稿の立場から簡単な検討を加えておこう。

右のような、現実世界に対応物を持たない主観的な行為者の意図をどの程度「主観的量刑事情」として考慮し得るか、の問題は、おそらく犯罪論における未遂犯の要件を参考にしながら検討されるべきであろう。(97)

まず、未遂犯の処罰規定が存在しない犯罪については、右のような主観的事情は量刑事情として考慮されてはならないと

解する。例えば、器物損壊罪において、行為者が客体を極めて高価な物と誤信していた場合や、危険な手段を用いて重大な被害を発生させようとしたが、偶然の事情から、行為者が予期したような損害が生じなかつたような場合にも、行為者の意図ないし被害発生の危険性を量刑事情として考慮することは許されないのである。

さらに、未遂犯に関して、いわゆる具体的危険説を正当とする限り、客観的事情を超過する主観的事情が「主観的量刑事情」として考慮されるのは、客体の属性に対する行為者の誤信（例えば、それが高価な名画だという誤信）が行為状況から一応もつともなものとされる場合[98]、ないし、実行行為が行為者の認識に対応する結果を生じさせる具体的な危険を有していた場合に限られよう。このように考えるならば、右のような場合には、実行行為自体が結果発生の具体的危険性を持ち、その危険性を基礎づける事情を行為者が認識していたが故に、その実行行為の危険性が量刑事情として考慮されることになるのである[99]。従つて、決して純然たる主観的要素としての行為者の意図そのものが独立に量刑事情とされる訳ではないことに注意しなければならない。

これに対し、ツィップは、量刑責任を規定するのは「結果」と「行為態様」の評価であり、結果の面については現実に実現されたところが、行為態様の面については行為者の主観的な認識が決定的である、という基本的な立場から、本問題については――重い結果の発生する可能性如何にかかわらず――行為者の認識が行為態様の評価、従つて量刑に影響すると主張する[100]。しかし、未遂犯について主観的傾向の強い立場が採られる西ドイツ[101]においてならばともかく、わが国においては、法益侵害結果の発生の具体的危険とは無関係な、純然たる主観的超過要素を科刑にあたつて考慮することは適当でないと思われる。

(95) *Bruns*, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980, S.138.

(96) 例えば、*Zipf*, Die Strafmaßrevision (注32) S.101; ders. in: Maurach/Gössel/Zipf (注37) S.440 f. (=ders. Die Strafzumessung〔注37〕S.36) 参照。

(97) *Zipf* in: Maurach/Gössel/Zipf（注37）S.440（=ders. Die Strafzumessung〔注37〕S.36）参照。

(98) もつとも、客観的危険説（前出注29参照）を前提とすれば、このような場合にも（重い）法益侵害の危険が存在しないことになるのであるから、行為者の意図を量刑事情として考慮することは理論的な基礎を欠くということになるだろう。

(99) なお、量刑事情としての「危険状態」については、前出四(四)参照。

(100) *Zipf*, Die Strafmaßrevision（注32）S.101; ders. in:Maurach/Gössel/Zipf（注37）S.440 f.（=ders. Die Strafzumessung〔注37〕S.36). なお、*Zipf*, Dogmatische und kriminalpolitische Fragen bei § 243 Abs.2 StGB, Festschrift für Dreher, 1977, S.396 ff.

(101) 例えば、*Eser* in : Schönke/Schröder（注4）§ 22 Rn. 60 ff. を参照。

六　総　括

以上の考察の結果を総括的に要約すれば次のようになろう。

(1) 問題の所在——客観的に帰責可能な量刑事情の範囲と量刑事情の主観的帰責要件

(1) 罪刑法定主義の原則は、個々の犯罪の成立要件とこれに対する相対的な刑の法定のみを要請するに留まると考えることはできない。量刑においては、犯罪構成要件に記述され、行為者によつて実行された具体的な「行為」が判断の対象・客体でなければならない（前出二(一)(2)）。ここから、量刑事情を個別行為の諸要素に限定することが論理的であるように思われる。そのような事情は、一般に「構成要件的事情」と呼ばれ、構成要件該当行為の「量的評価」に関係する事情を意味するものとされている。しかしながら、西ドイツにおいては——そして、おそらくわが国においても——量刑事情を、こうした構成要件的事情に限定することなく、それ以外の「非構成要件的事情」も刑量を基礎づけ得るとする見解が支配的である。果たしてそれが理論的に可能であるのかを検討することが本研究の中心的な課題であつた（前出二(一)(3)）。

(2) 責任主義が量刑にも妥当するとしても、量刑事情に関して、客観的事情と行為者の認識との間に齟齬のある場合（量刑事情の錯誤）に、いずれを基準として刑を求めるべきかは決して自明のことではない。こうして、量刑事情の主観的帰責要件を明らかにすることが本研究の第二の課題であった（前出二(一)(3)）。

(2) 量刑事情の錯誤に関する西ドイツの諸学説の検討

西ドイツの多数説は、行為から生じた諸結果を量刑事情として考慮するためには、その予見可能性が肯定されれば充分だとしている。しかし、この見解は、結果的加重犯に関する例外的な法理を量刑事情一般に適用する点で不当であるばかりか、故意犯において「過失の不法」が刑を基礎づけ得るとするところに理論的な難点がある。加えて、多数説が量刑において非構成要件的事情まで考慮に入れるとき、一つの犯罪を「きつかけ」として犯罪の途中・前後における何らかの――刑罰法規には明定されていない――「悪しき結果の惹起」を間接的に処罰する危険が生ずるのである（前出三(一)(1)）。有力に主張される二分説も、多数説の諸欠陥を克服し得ておらず、その二元的な取り扱いを充分合理的に理由づけることができない（前出三(一)(2)）。さらに、故意犯においては全ての量刑事情について故意を要求する少数説は、正当な認識から出発しながら、非構成要件的事情の帰責根拠を明らかにしていない点で不充分である（前出三(一)(3)）。以上の見解全てに共通して見られる欠点は、錯誤問題の前提となる、客観的な量刑事情の範囲に関する充分な考察を欠いていることである。

(3) 非構成要件的事情の帰責根拠に関する本稿の基本的立場と諸見解の批判的検討

(1) 行為が量刑判断の対象・客体だと言う場合、その行為とは、法的（＝構成要件的）制約を受けない「自然的」行為であつてはならない。換言すれば、構成要件により――実質的には、当該刑罰法規の保護客体を考慮することにより――量刑判断

の対象は限界づけられ、判断対象の要素である量刑事情も範囲を画定されなければならないのである。そこに、量刑における罪刑法定主義の意義も存し、実定法上科刑上一罪の制度の存在することも、この見解の正当性を例証している（前出四(一)(2)）。

(2)　犯罪競合の理論によつて解決可能な事例（前出四(一)）を問題の射程から除外すれば、非構成要件的事情の帰責根拠を明らかにしようとするいずれの見解も、刑罰法規の保護客体に関する実質的な考察を欠いており、不充分と見做さざるを得ない（前出四(三)―(五)）。特に、犯罪の成否の場面と量刑の場面に異なつた帰責原理を妥当させようとする見解は、最も根本的な問題の解決を可能とするが、法理論的に正当化し得ない（前出四(五)）。

(4)　問題解決の試み

(1)　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」かどうかの区別が考察の出発点にならなくてはならない。「構成要件的」かどうかの区別は、量刑事情の「構成要件的」制約を意識させる点で捨て難いが、その用語法において必ずしも満足すべきものではない（前出五(一)(1)）。

(2)　構成要件的事情（＝不法関係事実）が量刑において考慮され得るのは当然であるが、その主観的帰責要件としては、故意犯に関する限り、「故意」を要求すべきである。反対の見解は、故意責任の本質を見誤り、犯罪論と量刑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だと言わなければならない（前出五(一)(3)）。

(3)　非構成要件的事情は行為の違法性と無関係であり、少なくとも非構成要件的事情を行為者の不利益となる方向において量刑事情として考慮することは許されないとするのが原則である（前出五(一)(1)）。しかし、特に「手段としての価値」をそ

の本質的な内容とする法益にあつては、二次的な侵害も当該法益自体の侵害と見做し得る場合がある（前出五㈠(2)①）。こうした二次的侵害は、いわば不真正な非構成要件的事情であり、行為の法益侵害性自体に影響し得る。このような事情については、行為者が特に認識していた場合に限つて、量刑事情として考慮し得るとするのが当然である（前出五㈠(2)③）。

右の不真正の非構成要件的事情を除けば、非構成要件的事情は、限られた場合にのみ例外的に量刑事情として考慮され得るに過ぎない。例えば、生命のように自己目的とされる法益において、その保護の反射的利益の侵害と見られる事情や、犯罪によつて生じた「違法状態」の変更に関する事情（いわゆる不可罰的事後行為）は、行為の不法・責任判断の評価の幅の枠内において二次的な判断要素として考慮し得るに留まる。また、特に、国家的・社会的法益に対する罪においては、一定の具体的被害を、行為の法益侵害性を推認する資料として考慮し得る場合がある。これらの諸事情については、一般的な主観的帰責要件を定立することは不可能であり、個別的な考察が必要とされる（前出五㈠(2)①、②、③）。

以上で本稿を閉じることにするが、要約すれば、本研究は、刑法の基本原則とされる罪刑法定主義・行為主義・責任主義が量刑において持つ意味を、できる限り具体化することを意図するものであつた。概念の機械的な操作を避け、量刑の特殊性をも考慮するように留意したつもりであるが、なお方法論的な問題点が残るかも知れないと反省している。ただし、筆者にとつては、導かれた結論が「唯一正しい解決」かどうかが問題なのではない。重要なことは、本稿が、刑法の諸々の基本原則の下における量刑解釈論の一つのモデルを提示しようと試みたことであり、そして、少なくとも筆者にとつては基本的な点でこれに相違する――しかも、同様に「説得的」な――別種のモデルを構想することが容易でないように思われることなのである。

しかし、本稿が、日本の量刑実務への提言を欠き、参照した文献も西ドイツのそれを中心とした――しかも筆者から見て

重要な部分に限定した――ことは、本稿が当為としての量刑（特に、佐伯「刑の量定の基準」刑法講座第一巻〔一九六三年〕一一八頁参照）の理論的分析を目的とするものであったことを勘案しても不完全のそしりを免れないであろう。つまり、本研究は、理論研究としても比較法研究としても中途半端なものであることを否定できないのである。そのような瑕疵にもかかわらず、以上の考察によって、この分野における問題のありかが些かなりとも明らかにされたとするならば、筆者の目的は充分に達せられたと言ってよいであろう。本稿で詳しく検討できなかった論点の究明は挙げて将来の課題としたい。