

論 説

人的不法論における行為無価値と結果無価値 ——ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ「行為無価値、事態 無価値および結果無価値」の検討を通じて——

松 原 芳 博

- 1 「行為無価値」概念の多様性と不明確性
- 2 ヒルシュ論文の内容
- 3 検 討

1 「行為無価値」概念の多様性と不明確性

行為規範論ないし決定規範論を前提とする人的不法論ないし行為無価値論は、「行為無価値」を不法の中核的要素とする。しかし、「行為無価値」の内実、ならびに、「行為無価値」と「結果無価値」との関係については、行為無価値論者の間でも必ずしも見解の一致を見ているわけではなく、また、必ずしも十分には説明されていない点を多く残しているようにも思われる。

「行為無価値」の内実に関する問題は、さらに、①行為無価値（さらに不法全体）の評価をいかなる観点から行うかという評価基準の問題と、②行為無価値評価の対象ないし基体（サブスタンス）の構造と範囲をどのように考えるのかという評価対象の問題とに分けることができる。この2つの問題は、「対象の評価」と「評価の対象」として一定の関連性をもちつつも、さしあたり独立の問題領域をなすものと考えられる。前者が行為「無価値」の内容を問うのに対して、後者は「行為」無価値の内容を問うものといえよう。

①の評価基準については、国家的道義⁽¹⁾、社会倫理規範⁽²⁾、公序良俗⁽³⁾あるいは社会的相当性⁽⁴⁾といった法益とは別個の観点に求めるのか、法益侵害⁽⁵⁾（一般的）危険性⁽⁵⁾、法益侵害への（主観的）志向性⁽⁶⁾、法益尊重要請に対する⁽⁷⁾違背⁽⁷⁾、法益の安全に対する社会的信頼⁽⁸⁾の動揺⁽⁸⁾といった法益関係的な観点に求めるのか、ということが問題となる。もっとも、この点については、今日、刑法の目的を法益保護に求めるという方向でコンセンサスが形成され、法益関係的な評価基準が支配的になっている⁽⁹⁾。それゆえ、行為無価値論に対する従来の批判は、それが評価基準の倫理主義的性格に向けられる限度で妥当しなくなったといえよう。

②の不法評価の基体については、④行為者の内心における決意ないし意思方向、⑤意思表示動としての外部的な行為遂行（狭義の行為）、⑥意思実現としての結果まで含めた広義の行為のいずれを行為無価値の評価対象とするのかが問題となる。そこからは、また、行為の客観的遂行態様や危険性といったものが行為無価値に属するのか結果無価値に属するのか、という問題も派生する。規範による行為者の意思に対する働きかけという観点から出発する決定規範論は、行為無価値の内容を主観化する方向へと向かった。アルミン・カウフマンやツィーリンスキに代表される一元的・主観的人的不法論は、外部的行為に出ることは必要としていたものの、その行為の意味はもっぱら行為者が主観的に意図したところによって決まるとして⁽¹⁰⁾いたのであって、主観的な意思方向を評価対象とするものといえよう。しかし、このような一元的・主観的人的不法論は、——それが法益侵害への志向性を問題とする点で処罰目的における倫理主義的性格は免れているものの——内心における意思方向ないし志向性を処罰根拠とする点でなお刑法の介入段階における倫理主義的性格が問題となりうるように思われる⁽¹¹⁾。他方、行為無価値の基体を客観化していく方向に対しては、行為者の意思に対する働きかけを本質とする決定規範論との理論的整合性が問われることになる⁽¹²⁾。

「行為無価値」と「結果無価値」との関係については、まず、「結果無

価値」を「行為無価値」とともに不法概念の内部に位置づけるのか、それとも不法概念から放逐するのが問題となる。この点につき、ツィーリンスキ等の一元的・主観的的人的不法論は、結果（無価値）の発生は行為後の事情であって命令規範の内容に属しえないのみならず、偶然の事情に左右される結果（無価値）の発生に不法を懸からしめるのは責任原理に反するという理由から、結果（無価値）を不法の外部にある客観的処罰条件として理解する。⁽¹³⁾

これに対して、行為無価値論内部での多数説である二元的的人的不法論は、結果無価値もなお不法の構成部分であるとするが、そこにいう結果無価値は、行為無価値概念の内部における非独立的な要素⁽¹⁴⁾なのであろうか、それとも、行為無価値と並列される別個の要素⁽¹⁵⁾なのであろうか。前者であるとすれば、結果無価値を包摂するための行為概念とその妥当性が問われねばならず、後者であるとすれば、行為無価値と結果無価値という異質な存在を1つの不法概念に統合するための原理を提示することが求められよう。⁽¹⁶⁾

こうして、「行為無価値」概念の内実、ならびに、「行為無価値」と「結果無価値」との関係を分析的に解明していくことは、いわゆる行為無価値論者にとって重要な課題であるが、同時に、いわゆる結果無価値論者にとっても、行為無価値論者に対して論理的に検証可能な批判を加え、あるいは行為無価値論者との間で理論学上の対話を展開していくための必要不可欠な前提をなすものといえよう。というのも、違法性の実質に関する従来の議論では、概念内容を明確化することなく、単なる「言葉のイメージ」をめぐる争いに終始してきたために、生産性のある理論学的対話が成立しえなかったからである。

ところで、ドイツの代表的な目的的行為論者であるハンス・ヨアヒム・ヒルシュは、『モイラー教授追悼論集』（2002年）に寄せた論文「行為無価値、事態無価値および結果無価値⁽¹⁷⁾」において、結果の行為無価値概念への包摂可能性を詳細に論証しようとしている。そこで、以下では、同論文

を紹介・検討することを通じて、人的不法論における「行為無価値」概念の内実、ならびに「行為無価値」と「結果無価値」との関係について解明するための手掛かりを得ることにしたい。

- (1) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(1948年) 84頁。
- (2) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年) 192頁。
- (3) 牧野英一『重訂日本刑法上巻』(1937年) 342頁。
- (4) 藤木英雄『刑法講義総論』(1975年) 78頁、福田平『全訂刑法総論〔第3版増補〕』(2001年) 141頁。
- (5) 野村稔『刑法総論〔補訂版〕』(1998年) 147頁。ただし、野村教授は、行為者の設定した目標や行為者の負担していた義務など、法益侵害の危険性に還元できない行為無価値の要素もあるとされる。
- (6) 増田豊「人格的不法論と責任説の規範論的基礎」法律論叢49巻6号(1977年) 145頁以下。
- (7) Eberhard Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, Festschrift für Karl Engisch (1969), S.433ff.
- (8) 塩見淳「違法性・違法性阻却の一般原理(下)」法学教室266号(2002年) 106頁。
- (9) 行為規範論者の中で刑法の目的を法益保護に求めるものとして、井田良「結果無価値と行為無価値」現代刑事法1号(1999年) 84頁以下、川端博『刑法総論講義』(1995年) 279頁、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』(1997年) 32頁注(2)、野村・前掲注(5) 154頁、福田・前掲注(4) 142頁、振津隆之『刑事不法論の研究』(1996年) 41頁以下〔初出：関西大学法学論集26巻1号、2号(1976年)〕、増田豊「規範論による行為無価値の目的論的・比例的縮小——比例の原則と不能犯・抽象的危険犯・過失犯の構造——」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(2002年) 287頁以下など。
- (10) Armin Kaufmann, Zur Stande der Lehre von personalen Unrecht, Festschrift für Hans Welzel (1974), S. 403〔邦訳：川端博訳「不法論の現代的展開——人的不法論による犯罪理論の新構成——」同訳『刑法の基本問題』(1983年) 42頁〕；Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff (1973), S. 144；増田・前掲注(6) 145頁以下(もっとも、同・前掲注(9) 287頁以下)。
- (11) 川端博・曾根威彦・日高義博「鼎談・結果無価値論と行為無価値論」現代刑事法3号(1999年) 14頁〔曾根発言〕参照。
- (12) 曾根威彦「二元的人的不法論と犯罪結果」『刑事違法論の研究』(1998年) 30頁〔初出：研修256号(1992年)〕、松原芳博『犯罪概念と可罰性——客観的処罰条件と一身の処罰阻却事由について——』(1997年) 211頁以下〔初出：九州国際大学法学

論集 2 卷 1 号（1995年））、同「犯罪結果と刑法規範」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（2002年）325頁以下参照。

- (13) Zielinski, a. a. O. (Anm. 10), S. 128ff.; 増田・前掲注（6）145頁以下。
- (14) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl. (1969), S. 62.
- (15) Hans-Joachim Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Reinhart Maurach (1972), S. 51ff.; 野村稔「刑法規範の動態論——刑法規範の一つのデッサン——」研修495号（1989年）8頁等。
- (16) 松原『犯罪概念と可罰性』前掲注（12）212頁以下参照。
- (17) Hans Joachim Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, Gedachtnisschrift für Dieter Meurer (2002). なお、本テーマと関連するヒルシュの論文としては、ders., Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil I, II), ZStW 93 (1981), S. 831ff., ZStW 94 (1982), S. 239ff.; ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ（井田良訳）「違法論をめぐる議論の状況」ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ（福田平・宮澤浩一監訳）『ドイツ刑法学の現代的展開』（1987年）29頁以下がある。

2 ヒルシュ論文の内容

I 導 入

ヴェルツェルがはじめて「行為無価値」と「結果無価値」ないし「事態無価値」という対概念を用いたのは、自然主義の時代に誕生した因果的不法概念のように結果（客観的事態）の単なる惹起で不法を説明することはできず、行為者人格と結果との関係を成立させるためには意思的（Willentlich）な実現行為を必要とする、ということを明らかにするためであった。彼は、事態無価値（法益の侵害と危殆化）を行為無価値の「非独立の要素」と特徴づけることによって、事態無価値が行為無価値に属するという考えを示していた。行為を目的的な実現行為としていたことも、それを裏づける。彼の意図は、結果を行為から切り離すことではなく、客観面とともに、それに向けられた実現意思の重要性を示すことにあったのである。それゆえ、彼によれば、犯罪とは、単なる悪しき意思ではなく、犯罪事実¹に実現された悪しき意思なのであり、すべての犯罪の現実的基礎は外

部的な犯罪事実への意思の客観化にある。たしかに、事態無価値が存在しない場合でも行為無価値は存在しうるが、それは事態無価値を引き起こした場合と同様の行為無価値ではなく、未遂犯であれば未遂行為に関する行為無価値、抽象的危険犯であれば前置化された行為に関する行為無価値なのである。

しかし、現在の支配的な見解においては、アルミン・カウフマンとルドルフィーの影響の下に、「行為無価値」概念と「結果無価値」ないし「事態無価値」概念とは完全に切り離されてしまっている。すなわち、結果犯の行為無価値は、結果無価値を追求しようとする態度に尽き、行為者が結果実現のために必要なすべてを為し終えたと考えたことによって完全に存在するとされるのである。このような主観的な行為無価値概念からは、結果犯の既遂不法をもっぱら上述の意味での行為無価値に見いだし、結果を一種の処罰条件と考える一元的-主観的不法論と、主観的に理解された行為無価値と客観的な結果無価値とが結合することによって構成要件的不法が形成されると考える二元的-主観的不法論という2つの方向が導かれることとなった。

ちなみに、ヴェルツェルが法益侵害の意味に限定して用いていた「結果無価値」という用語は、現在では危険犯における結果を含めてすべての構成要件の結果に拡大されるばかりでなく、付随的な所為事情や行為手段といったすべての客観的構成要件要素を含むものとして用いられるに至っている。ここでは、「事態無価値」という概念は放棄され、「行為無価値」と「結果無価値」のみが対概念として用いられているのである。⁽¹⁸⁾

II 故意犯における問題性

1. まず、構成要件的不法を主観的行為無価値(志向無価値)に限定し、偶然性に依存する結果無価値を社会心理的な処罰の必要性という観点から規定された処罰条件として理解する一元的-主観的不法論には、以下の点で問題がある。

志向無価値のみが構成要件的不法の内容であるとする、行為者は、単

に決意の表動について非難されるのであって、彼が引き起こしたことに
いて非難されるわけではないということになる。また、世界中の刑法で中
心的地位を占める結果犯の結果要件をもっぱら社会心理学的な処罰要求か
らしか説明しえないというのは、現実を看過した発想である。殺人という
ものは、そもそも死の結果をぬきにしては観念しえないであろう。さら
に、結果無価値が社会心理学的な処罰要求という点に内在的根拠を有する
ものだとすれば、結果無価値ないし事態無価値の個々の要素、それゆえす
べての客観的構成要件要素は社会心理学的観点から解釈されるべきことにな
るはずであるが、現実にはそのような解釈は行われていない。

構成要件該当的な不法の内容は、構成要件の結果を生じさせたか、未遂
段階にとどまったか、あるいは危険性を欠いた不能未遂のように単に犯罪
事実の存在を誤想したにすぎないかによって異なってくる。このことは、
試験、スポーツ、救助活動といった望ましい行為に対する評価が、その成
果によって異なるのと同じである。

偶然性の論拠も説得力を欠く。他人を狙って発砲した場合に、死の結果
が偶然であるとはいえないであろう。この結果は、むしろ意欲された帰結
にほかならない。これに対して、たとえば銃撃の被害者がたまたま近くに
いた医師の手当を受けることができたために未遂にとどまったという場合
のように、幸運な偶然はありうるであろう。にもかかわらず、この場合の
不法を既遂の不法と同視することは許されない。なぜなら、行為者は、い
かなる理由からであれ意図した死の結果の実現に成功してはいないからで
ある。もっとも、未遂の大多数は、結果阻害要因を排除するために十分な
精力と注意を傾けなかったことによるものであって、偶然によるものとは
いえないであろう。

こうして、責任は終了未遂の時点までしか及びえないという主張は支持
できない。むしろ、結果の惹起は、意欲され操縦された行為者の仕業であ
るがゆえに、彼に対して負責されうるのである。

一元的-主観的不法論は、挙動無価値（Aktunwert）への一面的な執着

に基づいている。行為無価値論に影響を及ぼしたニコライ・ハルトマンの『倫理学』によれば、挙動価値は、事態価値への一定の依存性にもかかわらず、完全に独立した価値特質を有している。なぜなら、挙動価値は、追求された事柄の価値ではなく、追求すること自体の価値だからである。しかし、このようなハルトマンの考察は、道德に関するものであって、法に関するものではない。アルミン・カウフマンらは、規範論という思考実験を経ることによって、刑法の基本原則の一つを見失うこととなった。それは、行為原則 (Tatprinzip) である。法は、外部的な出来事を出発点とするのであって、それは刑法においても変わりはない。刑法は、法益の侵害・危殆化、あるいは、それに向けられた行為を罰することによって法益の保護を図るものであって、国民の道徳的心情の維持を任務とするものではない。

大多数の国で (事前的にみて) 客観的な危険性を欠く未遂を不可罰としているのは、心情刑法に陥らないためであって、合理的な理由があるものといえよう。にもかかわらず、一元的-主観的不法論は、(主観的未遂論の意味での) 不能犯の (主観的にみた) 終了未遂を故意犯の「基本型 (Prototype)」と見なすのである。さらに、この見地を一貫させれば、すべての犯罪について未遂処罰規定を設けるべきことになるが、それは必要性を欠いた著しい処罰の拡大を意味するであろう。⁽¹⁹⁾

2. 次に、通説的な地位を占める二元的-主観的不法論に対しては、結果無価値に不法構成的な意義を認めた場合にもなお、志向無価値という主観的な行為無価値概念を維持しうるのかということが問題となる。主観的な志向性という見地からは、志向に合致した現実の行為と、単に誤想した行為との区別は失われてしまう。現実の行為は、純粹に主観的な観点から説明しうるものではなく、意思内容を客観的な現実へと移すことを必要とするのである。不法の構成要素として結果無価値を導入しても、行為無価値の純主観的な内容規定の不当さが変わるわけではない。行為無価値と結果無価値との単なる加算的な並列では、両概念の実質的な結び付きが失わ

(20)
れてしまうからである。

3. ガラスは、行為無価値は志向無価値に尽きるものではなく、これに結果実現の「現実的な可能性 (reale Chance)」が付加されることを要し、結果発生の可能性を有する未遂であってはじめて完全な行為無価値を認めようとする。それゆえ、客観的な行為要素や付随事情等の存在または少なくとも存在可能性が要求されることになる。一方、結果無価値は、行為無価値の外部に位置する結果不法を構成するにすぎないとされる。

しかし、第一に、このようなガラス流の二元的不法論もまた行為無価値概念の内容を不当に縮減している。この見解によれば、故意結果犯の行為無価値は、終了未遂の時点における、結果発生に適した行為者の意思操縦活動によって完全に認められることになる。しかし、挙動の終了によって完全な行為無価値が備わるとすれば、(終了) 未遂行為と既遂行為との区別は失われてしまうであろう。この区別は、犯罪評価の相違に関わる以前に行為の次元における相違なのである。

第二に、行為者は未遂の終了をもって事象を手放し、いわば運を天に任せたという論拠は、本説でも有効でない。なぜなら、未遂の終了から結果の発生に至るまでの因果経過は、行為者によって意欲されたものであって、行為者の操縦に基づくからである。先行する事柄はすべて、結果に至るまでの計画どおりの因果経過を始動させることに奉仕するものにすぎない。さらに、間接正犯や共同正犯などのように、行為者の挙動に第三者の行為態様が付加されることを要する場合も少なくない。間接正犯者が被利用者を殺人へと赴かせただけでは完全な殺人行為は存在しないし、窃盗の共同正犯者の一人が彼の行為分担を履行したからといって、必ずしも窃取行為が認められることにはならないであろう。

いずれにせよ、もっぱら終了未遂に注目する見解は、行為後に生ずる結果のみを視野に入れたものといえる。しかし、行為者がその挙動を通じて影響を及ぼすことのできない行為時の客観的な付随状況が意味をもつ犯罪類型もある。たとえば、公然性の要求される犯罪では行為者が自ら多数人

を集めてくる必要はなく、行為時に公然といえる状況が存在するか否かだけが問題となる。しかし、このような付随状況は、行為者の故意に包摂されることによって、行為要素としての特質を付与されるのである。犯行手段についても、行為者の挙動のみならず、銃の性能といった行為者による影響を受けない客観的な前提が問題となる。かくして、行為後に生ずる結果のみに注目することは、現実を不当に縮減するものといえよう。

さらに、行為無価値と結果無価値とを区別するために、禁止規範は終了未遂の時点までしか効果を及ぼしえないという論拠もあげられる。たしかに、この時点以降は、積極的な中止行為によってしか結果を回避することはできない。しかし、意図した結果へと実現していく過程は、すべて規範違反たる不法の既遂への発展過程にほかならない。終了未遂の前後で不法を分断する見解は、法秩序が禁止規範を定立するのは法益保護のためであって第一次的には既遂の阻止を目的としていることを看過している。それゆえ、意図された結果は決して禁止規範の外部にあるものと解すべきではなく、むしろ、意思的な結果惹起行為の禁止を問題とすべきである。特に、意図した結果を積極的な阻止行為によって回避する可能性がまだ残されているという場合には、行為（作為）無価値、不作為無価値、結果無価値という3つの独立した無価値形態を論ずるのではなく、むしろ、行為が結果にまで及んでいるがゆえに全体を一括して1つの行為無価値を問題とすべきなのである。

行為は、「遂行 (Leistung)」とも性格づけられる。それは、人間が意思に従って因果経過を操縦することによって、その意図するところを実現するという意味である。行為者が意図した結果を達成しなかった場合には、その遂行は失敗している。なぜなら、行為者は、自らの実現意思の現実化に必要な程度に因果事象を支配していたとはいえないからである。この場合、意図された行為は単に試みられたにすぎない。こうして、故意結果犯における結果無価値は、行為無価値と並列される基本概念ではなく、行為⁽²¹⁾無価値の内容的な完成を意味するのである。

4. 行為無価値の概念は、行為の内容と範囲から切り離して規定しうるものではない。既遂行為は意図した客觀的事實の意思的な實現にほかなら
いから、行為無価値の範囲は、意思への包摂を要する客觀的構成要件要素
の範囲によって決まる。したがって、故意犯の行為無価値は、当該構成要
件の既遂にまで及ぶ。行為無価値の内容は、構成要件の内容に応じて相対
化されるのである。未遂の行為無価値は、このような既遂の行為無価値と
は異なるものであって、意図された實現行為の部分無価値にすぎない。

このような構成要件關係的な行為無価値の相対性からは、同時に、故意
に包摂されたすべての客觀的構成要件要素が行為無価値の不法内容を共同
決定するということが明らかになる。行為の無価値内容は、志向性や客觀
的適性だけではなく、むしろ、實現意思の現實への転化（Umsetzung）の
範囲によって決まるのである。⁽²²⁾

III 過失犯における問題性

これに対して、過失犯では意思に包摂された構成要件の結果は存在しな
い。けれども、注意義務違反を構成する行為はやはり意思的行為でなけれ
ばならない。その意思内容は、注意義務違反の内容と程度を決定するもの
として、過失犯の不法にとって重要性を有する。たとえば、意識的かつ意
欲的に反対車線を走行していたのか、反対車線であることに気づかずに意
思的に走行していたのかで、過失致死の違法性は異なってくるであろう。
こうして、過失結果犯においてもまた、禁止規範に違反した意思的行為に
行為無価値を見いだすことができる。

それでは、過失犯の構成要件の結果は一種の処罰条件ということになる
のであろうか。しかし、過失犯にあっても、やはり、結果発生を単に社会
心理学的な意義や法治国家的明確性の要請のみから説明するのは妥当でな
い。刑法は法益を侵害から保護すべきものであって、禁止はこの目的を達
成するための手段にすぎないことを想起すべきである。たしかに、規範命
令は、思惟必然的に、意思的行為に対してしか向けることはできない。し
かし、このことは、禁止された行為の遂行から生じた予見可能な結果を行

為者に不法として帰属させることを排除するものではない。このような過失犯における予見可能な結果の不法は、意思的に惹起された直接的不法との対比で、間接的不法 (mittelbares Unrecht) と称することができる。この場合、禁止された行為と発生した結果とは、客観的予見可能性と義務違反連関によって結び付けられるのである。

故意犯とは異なり過失犯では、偶然性の論拠を直ちに否定することはできない。たとえば交通事故をみると結果の発生に至った場合が特に過失の程度において重大であったとはいえないであろう。しかし、法益保護を目的とする行為主義刑法 (Tatstrafrecht) の観点からは、行為者が実際に実現したことに意味を認めるべきである。行為主義刑法においては、過失行為のみならず、まさに法秩序がその回避を目的としている結果の発生も重要となる。過失行為に基づく結果が——予見可能な間接的不法として——注意義務に違反した行為者に帰属されるということは、まったく明白であろう。結果は、行為者が犯した注意義務違反の予見可能な客観的現実化なのである。一方、結果が偶然にも不発生に終わったという場合には、注意義務違反としての行為無価値性は完全に認められるものの、行為者に帰属されるべき結果が存在しない。法秩序は、実現された行為のみならず、引き起こされた予見可能な結果をも考慮して所為を評価する。この結果は、不法の程度のみならず責任の範囲にも関係する。責任は、(意思的な) 規範違反行為の有責な遂行のみに尽きるものではなく、間接的不法にも及ぶのである。

このような二元的な不法観は、故意犯に関する論述と矛盾するものではない。なぜなら、故意犯でも間接的不法は量刑において意味をもちうるからである。傷害行為に起因する長期間の休業や死の危険のように、故意犯は、構成要件実現を超えて広範な作用を及ぼすことがある。間接的不法は、故意犯では構成要件的不法の外部にあって量刑ではじめて意味をもつ⁽²³⁾のに対して、過失犯では構成要件的不法の一部をなすのである。

IV 正当化事由における問題性

正当化事情を誤信した場合には、行為無価値性が欠けるので故意犯の構成要件該当性が否定されるとする見解もある。しかし、「行為無価値」概念から必然的にそのような帰結が導かれるわけではない。なぜなら、構成要件と正当化事由とを別個の評価段階として区別する前提に立つならば、正当化事情の誤信は当該構成要件の行為無価値性を失わせるものではないからである。⁽²⁴⁾

(18) Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, a.a.O. (Anm.17), S.4-6.

(19) Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, a.a.O. (Anm.17), S.7-10.

(20) Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, a.a.O. (Anm.17), S.10.

(21) Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, a.a.O. (Anm.17), S.11-4.

(22) Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, a.a.O. (Anm.17), S.14-5.

(23) Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, a.a.O. (Anm.17), S.16-9.

(24) Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, a.a.O. (Anm.17), S.19-20.

3 検 討

1. 目的的行为論を基礎とする人的不法論は、一方で、命令規範の作用の対象である実現意思に注目することによって、行為無価値の内容を主観化し、構成要件の結果の発生をはじめとする客観的事情を行為無価値（さらには不法概念）から切り離すという方向へと向かっていった。これに対して、ヒルシュは、同じく目的的行为論を前提としつつ、むしろ意思実現に注目することによって、行為無価値概念に客観的性格を付与し、特に故意犯における構成要件の結果を行為無価値の内容に含めるべきことを主張した。このようなヒルシュの見解は、故意結果犯における既遂処罰の要件として実定法に規定されている構成要件の結果を行為無価値と結び付けることによって不法概念の内部に統合しようとした点で理論的な意義があるばかりでなく、結果をはじめとする犯罪の客観的側面の重要性に光を当てることによって、犯罪の現実的基盤を確保し、行為原則（Tatprinzip）の

(25)
要請に応えようとした点で実践的な意義も認められる。

2. 行為原則は、意思ないし思想による処罰を禁止し、外部的・現実的な犯罪事実に基づく処罰を要請する。しかも、近代学派の犯罪徴表説が行為原則に反するとされることに示されるように、行為原則の要求する外部的な犯罪事実、犯意の外部的な「表動」ないし「表現」としてではなく、まさに社会的外界における「作用」として捉えられなければならない。⁽²⁶⁾ 一元的・主観的人的不法論は、犯意を外部的に「表動する」ことは必要としていたものの、不能未遂を犯罪の基本型とすることに示されるように、あくまで行為者の意思方向に処罰根拠を求めている点で行為原則に反するものといわねばならない。

これに対して、ヒルシュが行為原則の観点から、「行為者が実際に実現したこと」、特に「法秩序がその回避を目的としている結果の発生」を不法の要素に含めたことは、きわめて正当であるといえよう。

しかし、このような行為原則の要請にとって、ヒルシュを含めた人的不法論者の前提とする意思決定規範論は、必ずしも適合的ではないように思われる。人の意思への働きかけを本質的な機能とする決定規範にとって、外界に惹起された悪しき作用としての事態無価値は本質的ではなく、したがって、行為原則は規範論理とは別個の外在的制約として要求されるにすぎないからである。もっとも、ヒルシュは、決定規範の対象を、結果をも含めた意思実現に求めることによって、行為原則の要請を決定規範の内容に折り込むことに成功しているようにもみえる。しかし、少なくとも過失犯においては、ヒルシュの見解からも行為原則を外在的制約と解するほかないであろう。なぜなら、過失犯において結果が偶然にも不発生に終わったという場合には、決定規範違反としての行為無価値は完全に認められるのであって、その不可罰性は別個の観点から説明せざるをえないからである。

行為原則の要請からすれば、行為はまさにそれが引き起こした社会的作用という観点から評価されなければならない。それゆえ、行為原則にとっ

ては、法秩序がその回避を目的とする事態無価値の惹起を違法評価の対象とする客観的評価規範論の方が適合的であるといえよう。客観的評価規範論とは、行為者の意思に対する働きかけを問題とする決定規範を論ずるに先立って、法的介入を正当化するような客観的な事実の存在を要求することによって、犯罪の外部的・事實的基盤を確保し、不必要な自由の制限を回避しようとするものにほかならない。⁽²⁸⁾

なお、「刑法は外部的な出来事を出発点とする」という行為原則にとっては、意思を出発点として、その結果への実現を考えるという、目的的行為論に代表される志向論的な行為説明よりも、むしろ、外界における結果から遡って、その原因としての意思への帰属を考えるという因果論的な行為説明の方が親和的であるといえよう。現に、過失犯に関するヒルシュの説明は、「法秩序がその回避を目的としている結果の発生」にまず注目し、この結果の行為への帰属を論じているのであって、実質的には因果論的な行為説明によっているように思われる。

3. ところで、人的不法論にとって最大の理論的な課題は、不法構造内部における結果無価値ないし事態無価値⁽²⁹⁾の地位ないし機能をいかに説明するかという点にある。

この点について、二元的人的不法論は、行為無価値と結果無価値とを切り離し、決定規範違反の内実としての行為無価値は既遂犯と未遂犯に共通のものであって、これに結果無価値が付加されて既遂犯の不法が形成されると考えてきた。ここでは、結果無価値の意義は、規範違反性とは別個の⁽³⁰⁾応報の要請や処罰範囲の明確化といった観点に求められる。それゆえ、結果無価値の根拠に関しては、一元的人的不法論と二元的人的不法論との間に⁽³¹⁾実質的な相違はない。

これに対して、ヒルシュが、故意犯の構成要件の結果を行為の構成部分と解することによって規範違反の内実へと還元したことは、結果（無価値）を、社会心理学的な処罰感情の観点から開放し、法益保護の要請から説明しようとした点で評価することができよう。⁽³²⁾

もつとも、ヒルシュは、行為を意思実現として理解したために、過失犯の構成要件的结果については行為概念へと還元することはできず、規範違反の外部に位置づけざるをえなかった。にもかかわらず、過失犯における結果は、法益保護目的の観点から「法秩序がその回避を目的としている結果」であるがゆえに間接的不法を構成するものとされるのである。

しかし、この「間接的不法」という觀念の理論的な意味内容は必ずしも明らかではなく、このような説明がヒルシュの前提とする目的的行為論や決定規範論と整合性を有するのかについても疑問の残るところである。また、過失犯の結果を規範内容から排除しつつ不法概念の内部に組み込むことは、不法概念の内部的分裂という、ヒルシュ自身がグドルフィーらの二元的人的不法論に対して向けている批判を免れないようにも思われる。一方、過失致死罪における人の死といった過失犯の構成要件的结果が「法秩序がその回避を目的としている結果」を意味するものであるとすれば、それは過失致死罪等の構成要件的不法にとって本質的なものであって、これを単に間接的不法として説明するのでは不十分ではないだろうか。過失致死罪における不法評価の基体たる行為を「わき見運転」や「高速運転」といった意識的部分のみに縮減することは、もっぱら行為者の視点から見た行為の個人的意味づけのみに注目するものであって、社会的視点から見れば、むしろ、死の結果をも含めた「致死行為」というものを觀念する方が実体に即しているといえよう。

過失犯の結果に関するヒルシュの説明も、結局のところ、予見可能な範囲内における社会的現実への作用を問題とするものであって、間接的不法の基体としては社会的行為論を採用するものと見ることができる。また、決定規範の内容に含まれない過失結果に対して間接的不法として無価値評価を下すためには、決定規範に先行する客観的評価規範を独立に觀念せざるをえないように思われる。

4. このような問題性にもかかわらず、ヒルシュが少なくとも故意犯において結果無価値と行為無価値を一体として捉えたことは示唆に富むもの

といえよう。

従来の学説は、(狭義の) 行為と結果とが独立の評価対象として区別し、
うことを当然の前提として、いずれが違法評価の対象であるのか、ある
いは、この2つの評価をどのように関係づけるのか、といったことを議論
してきた。しかし、そもそも行為は、その外部的作用から切り離して意味
づけうるものではない。一般に挙動犯に分類される道路交通法上の制限速
度違反罪も、アクセルを踏むという挙動のみで成立するわけではなく、ア
クセルを踏むことによって複雑なメカニズムを経てタイヤの回転数の増加
が惹起され、さらにタイヤとアスファルトとの摩擦力によって現に制限速
度を超過するに至ってはじめて成立する。アクセルを踏むことによって、
行為者が為すべきことは為し終えたとしても、その段階では「アクセルを
踏む」行為——それ自体すでに「作用」を含んだ行為の内容規定である
——が認められるだけで、「制限速度を超過して走行する」行為は存在し
ない。殺人罪等の結果犯についても、挙動と作用との時間的懸隔が相対的
に大きいだけで、これと理論的に異なるところはない。銃を発射しただけ
では、発砲行為、あるいは生命に危険を及ぼす行為が存在するにすぎない
のであって、殺害行為は人の死を惹起してはじめて認められるのである。
かくして、刑法上有意義な無価値評価の基体は、行為者の挙動(狭義の行
為)ではなく、つねに、外部的作用を含んだ広義の行為でなければならない。
これは、前述のように行為原則からの要請でもある。さらに、このよ
うな広義の行為を基体とする不法評価の基準は、刑法の目的から導かれな
なければならない。したがって、刑法の目的を法益保護に求める見地から
は、広義の行為は、それが有していた法益侵害性の観点から評価されるべ
きことになる。

このようにもっぱら行為の作用に着眼するならば、行為無価値とは、ま
さに行為が現実にもたらした法益侵害または危険を根拠とする無価値評価
であって、行為無価値と結果無価値とは表裏一体のものとして把握される
ことにもなるであろう。

- (25) なお、行為原則に関するヒルシュの論文として、Hans Joachim Hirsch, Tatstrafrecht — ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?, Festschrift für Klaus Lüderssen (2002), S. 253ff. がある。
- (26) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』(2002年) 53頁以下〔初出：立命館法学 231・232号 (1994年)〕、梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』(2001年) 1 頁以下、中山研一『刑法総論』(1982年) 74頁以下参照。
- (27) Vgl., Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), S. 239ff. 佐伯千仞「主観的違法と客観的違法」同『刑法における違法性の理論』(1974年) 80頁以下〔初出：法学論叢27巻1号 (1932年)〕参照。
- (28) 松原「犯罪結果と刑法規範」前掲注 (12) 329頁以下参照。
- (29) ヒルシュ自身は、「結果無価値」と「事態無価値」を次のように使い分けることを提唱する。「結果無価値」とは、結果犯における構成要件の結果を意味する。これは、具体的危険犯の結果も含むものであって、必ずしも法益侵害と一致するわけではない。これに対して、「事態無価値」は、より広い概念であって、結果のほか付随事情や行為手段など、構成要件該当的な不法のすべての客観的な所為事情を包摂する (Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, a. a. O. (Anm. 17), S. 21)。
- (30) 井田・前掲注 (9) 87頁参照。
- (31) Vgl., Erich Samson, Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, Festschrift für Gerald Grünwald (1999), S. 586 [紹介：松原芳博「エーリッヒ・ザムゾン『刑法における結果無価値と行為無価値との関係』」早稲田法学78巻1号 (2002年) 221頁以下]。
- (32) このほか行為の有していた現実の結果支配力という観点から結果 (無価値) を行為無価値の内部へと還元しようとするものとして、Samson, a. a. O. (Anm. 31), S. 585ff.