

外国文献紹介

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」

Erich Samson, Das Verhältnis von Erfolgswert
und Handlungswert im Strafrecht, Festschrift
für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999.

松原芳博

1 はじめに

ドイツの通説であり、日本でも有力な二元的行為無価値論(違法二元論)は、命令規範に対する違反としての行為無価値とともに、現実が発生した結果(無価値)もまた犯行の不法を決定づけるとする。しかし、この見解に対しては、一元的行為無価値論と結果無価値論の双方から、理論的一貫性を欠いていると批判されてきた。すなわち、二元的行為無価値論の前提とする命令規範論ないし行為規範論からすると、行為遂行後の事情である結果の発生を不法の構成要素とするのは論理的に矛盾ではないのか、行為者の義務違反としての行為無価値と、外界における客観的事態としての結果無価値という全く異質な二つの要因を一つの不法概念に統合することはいかにして可能なのであろうか、といった批判である⁽¹⁾。これに対して、二元的行為無価値論者は、実定法の規定や犯罪の社会的性格といった観点から結果無価値の意義を説明するにとどまり⁽²⁾、規範論理的な観点から結果無価値を不法概念の内部へと統合する方策は示されないままであった。そのような中で、二元的行為無価値論の見地から結果無価値の規範論理的な意味を積極的に論証しようとしたザムゾンの注目すべき論文「刑法における結果無価値と行為無価値との関係」が発表された。本論文は、遂行された行為の性格は結果(無価値)の発生いかに依存するという理由によって、結果(無価値)を行為無価値の内部に統合しようとするものであるが、その説明の中には、結果無価値論の見地から結果の意義を考えるに際しても示唆的なものが含まれているように思われる。そこで、ここに本論文の内容を紹介するとともに若干の検討を加えることにしたい。

2 ザムゾン論文の内容

不法論における行為無価値の地位が確立された現在では、不法論の基本問題は、むしろ結果無価値の地位にある。すなわち、結果無価値は、責任の基礎としての不法から完全に排除され、もっぱら客観的処罰条件としての機能のみを担うべきではないのかという問題である。通説的見解は、行為無価値とならんで結果無価値もまた既遂不法の構成要素であるとし、反対説は、結果無価値を単なる処罰条件と解する。しかし、この点に関する対立は、もっぱら体系的な次元のものであり、実質的には大きな相違はないように見受けられる。通説的見解が結果無価値を不法に位置づける理由は、結果が発生した場合には、社会心理学的にみて公衆に処罰欲求が生ずるとか、より強度の価値意識の動揺が引き起こされるので価値意識の維持のためにはいっそう強度の制裁が必要であるとかいった点に求められる。しかし、これらの理由づけは、反対説が結果無価値を処罰条件として説明する際の理由づけと同じである。一方、行為無価値については、通説的見解も、反対説と同様に規範論理的な観点から説明している。すなわち、もっぱら人間を受命者とする規範は、人間の認識能力の限界ゆえに、受命者の認識可能性を前提としてその対象を画定しなければならないとするのである。

本稿では、このような結果不法と行為不法の二元的な導出によって重大な体系的分裂がもたらされること、および結果不法と行為不法の間には従来考えられてきたような断絶は存在しないということを明らかにするとともに、結果不法というものに行為不法の量定にとっての決定的な機能を付与することによって、結果不法と行為不法との架橋を図ることにしたい。

A 結果無価値の体系内問題

I 結果不法と形式的既遂

従来の議論は、殺人や過失致死といった単純な構造の犯罪のみを念頭になされてきたために、異なる内容をもつ概念を同一視するという問題をかかえていた。既遂と未遂との区別は、法益侵害の発生の有無と同一ではない。この当然の前提からすれば、結果不法の意義を法益侵害と関連づけて論証しようとする議論は少なくとも不十分である。

1 結果不法と法益侵害 既遂と未遂は、もっぱら各構成要件の構成に依存する形式的な範疇である。危険犯の既遂が法益侵害の発生と無関係であることは明白であろう。媒介物が炎々と燃え上がったとしても、建造物の本質的部分であ

る梁が独立燃焼するに至っていない限りは、ドイツ刑法306条 a の放火罪は未遂にとどまり、行為不法しか認められないのである。たしかに、殺人罪において、人の死が生じた場合に、より大きな不法が認められるというのはもっともなことのよう聞こえるかもしれない。しかし、放火罪における公衆の不安が、なにゆえ媒介物の燃焼により生ずるのではなく、複雑な科学的認定によって消火の数分前に独立燃焼の状態に至っていたことが判明した場合にのみ認められるのかは、自明ではない。一般予防の必要性などその他の結果無価値の意義との関係でも、同様のことがいえよう。

こうして、不法にとっての結果無価値の意義を探究するためには、まず第一に、結果不法の意義を法益侵害の観点から開放しなければならない。この要請は、構成要件の結果に客観的処罰条件としての機能を与える一元的行為無価値論にも妥当する。

2 時点の議論(das Zeitpunktargument) 従来、既遂と未遂の区別は、遂行された行為に後続する結果の発生いかんの問題だと考えられてきた。しかし、結果不法を、行為によって惹起された結果に限定するのは、視野を不当に狭めるものである。既遂とは全ての構成要件要素を具備している場合を指し、そのうち一つでも欠ければ未遂となるのだから、結果不法の問題は必ずしも時間的な次元の問題ではない。しばしば構成要件には、行為に先行する客観的状況が規定されている。たとえば、強制執行の切迫という行為状況が必要とされる強制執行妨害罪では、隠匿が成功しなかった場合のみならず、隠匿は「完成した」ものの実は強制執行が切迫していない状況であったという場合にも、結果不法は否定されるのである。

こうして、第二に、結果無価値が既遂犯の不法にとって重要性を有する理由、または一元的行為無価値論の立場から結果無価値に対応する客観的処罰条件が規定されている理由を探究するためには、形式的な意味での結果の発生だけでなく、なにゆえ付随的な行為事情の存否も重要であるのかを解明しなければならない。

II 規範の対象と結果無価値

行為無価値は禁止規範の観点から論じられるが、この禁止規範は法益保護を目標として内容規定されるのが通例である。これに対して、結果無価値は、その体系的な位置づけのいかんを問わず、法共同体構成員の意識における結果発生という理由によって正当化される。しかし、このような二元的な正当化からは、広範な体系的な問題が生ずることになる。

行為無価値の統合的構成要素である故意は、構成要件該当事実の実現に向けられていなければならない、禁止された行為、したがって規範の対象は、行為者の故

意または少なくとも認識可能性の基準を用いて画定されなければならないから、結果無価値の個々の要素は、行為無価値の要素としての故意の及ぶべき要素と完全に一致する。一方、禁止規範の対象は、少なくともその規範論的な導出過程においては法益ないし法益侵害と密接に結びついているから、いかなる行為を禁止するのが有意義かということは、それなりに合理的に論じることができる。

このような有意義な禁止の対象という観点からは、たとえば因果関係におけるコンディティオ公式ないし合法則的条件説にいう法則の適用対象としては徹底的に具体化された結果は問題とならないという帰結が導かれる。死の迫った人を病室から他の場所に移動させたといったような、死の結果の発生場所を変えただけの者は、殺人の禁止規範に違反したとはいえない。有意義な規範対象という観点からは、また、行為者の行為がなくとも他の因果連鎖によって同一の結果が発生したであろうという仮定的因果経過の事案においても、当該行為の禁止は、被害者の生命という法益にとっては何ら役に立たないのであって、この場合に因果関係を肯定するとすれば法益侵害の回避以外の点に禁止規範の目的を求めるほかないのである。

これに対して、結果無価値の観点からこれらの問題を論じようとするれば、その出発点の脆弱さが明らかになろう。結果無価値を必要とする内在的根拠が社会心理的な処罰要求にあるとするならば、結果無価値の個々の要素、したがって全ての客観的構成要件は、制裁賦課要件としての機能の観点から構成され、上述したような因果関係や客観的帰属の要件は、全て「憤激した国民感情」といった社会心理的基準によって論定されることになるはずである。また、このような観点からは、規範対象として規範の射程を画定する客観的構成要件要素と、結果無価値を指示する客観的構成要件要素とが一致するというのは、奇蹟的な偶然といわねばならない。また、結果の具体化、仮定的因果経過、救助的因果経過の遮断、重畳の因果関係といった下位問題を含んだ、専門家にも完全には理解し難い精緻な因果関係をめぐる概念構成は、禁止規範の観点のもとでのみ合理的に議論しうるのであって、制裁要件としての結果無価値の意義からは導きえないであろう。

以上のように、結果無価値と行為無価値とは全く異なった根拠から導き出されているが、このような出発点の異質性は、結果無価値と行為無価値とが個々の要素において一致していることからすると奇妙なことである。行為無価値と結果無価値との間には、密接な関連があるはずである。行為無価値を構成するのは、全て意図された結果無価値にほかならないからである。

B 行為無価値にとっての結果無価値の意義

アルミン・カウフマンは、行為者態度の規範違反性を意味する行為無価値は行為開始の時点で実現されているのに対して、結果無価値はその後の時点で実現するものであって、このような時間的な懸隔ゆえに結果無価値は行為無価値に対して何ら影響を及ぼしえないと論じる。しかし、このような考え方は、カウフマンの規範形成に関する理解の欠陥に基づくものである。

I 侵害犯における規範の形成過程

立法者がある利益を肯定的に評価して法益を形成した場合には、そこから論理必然的に、その法益に対する侵害という事態に対して否定的な評価が下される。さらに、このような事態無価値に対する否定的評価からは、この事態無価値を引き起こす因果経過を阻止するという任務が立法者に課せられる。規範は人間に対してのみ働きかけることができるから、立法者は事態無価値を惹起する人間の態度のみを阻止しようとすることができる。

ここまでの論証では、もっぱら法益侵害を現実には惹起した行為、すなわち結果を支配していた(erfolgsmächtig)行為を禁止する必要性が示されているだけで、結果を支配していなかった行為を禁止することの正当性は示されていないことに注意すべきである。ところで、ここで正当化された侵害惹起行為の禁止を定式化するにあたっては、以下のような困難な問題に遭遇する。まず、禁止規範は、受命者の態度に影響を及ぼすべきものであるから、侵害結果のような行為遂行後に初めて発生する事情を用いて禁止対象を記述してはならない。さらに、規範は受命者の動機づけに対して作用すべきものであるから、受命者にとって認識不可能な事情を用いて禁止対象を記述してはならない。

このうち事後的な出来事である侵害結果の発生は規範成立の条件とはなりえないのではないかと、という「時差の問題」(Zeitproblem)は、理論的には容易に解消することができる。侵害結果が発生するか否かを決定づける全事情は、行為の遂行に先立って既に存在している。それゆえ、時差の問題は、侵害結果の現実の発生に代えて、侵害結果の発生のための全条件を用いて禁止対象を記述することで克服しうる。しかし、人間の認識能力の限界から、通常、行為者は結果発生を決定づける全条件を認識することはできない。こうして、時差の問題に代えて、「認識の問題」が生ずることになる。この問題は、行為者または平均人による予測(Prognose)を用いて禁止対象を輪郭づけることによってしか克服しえない(以下では、議論を単純化するため、予測の主体を行為者として議論を進めたい)。

この場合には、禁止対象は行為者の故意によって画定されることになる。こうして行為者自身が法益侵害を惹起するであろうと考えた行為が全て禁止の対象となるとすれば、そこには法益の保全という本来の目的には直接は結び付かない規範が成立する。この規範の禁止対象には、性質を異にする二つの行為類型が含ま

れることになる。第一は、現実存在していた全事情および因果法則的な結合関係に照らして確実に法益侵害を惹起するであろう行為である(A類型)。この種の行為の禁止は、法益の保全という目的から直接に正当化される。第二は、行為の時点で法益侵害結果を惹起しないことが確定している行為である(B類型)。この種の行為の禁止は、法益の保全という規範形成過程に関する論拠から直接に正当化することはできず、人間の認識能力の不完全性という点から間接的に正当化するほかない。

こうして規範は、所与の事情の下で法益保護の観点から本来禁止する必要のある範囲を超えて禁止しているのであり、これによって規範受命者の一般的自由は、純粋な事後的判断から必要とされる範囲を超えて制限されることになる。不法をもつばら規範違反として特徴づける論者は、このような過度の禁止による自由の制限の問題性を過小評価している。彼らは、いったん認識能力の限界という理由によって事態無価値から規範対象への飛躍に成功した後は、こうして定式化された規範のみに注目し、結局、不法の特質を社会倫理的な心情価値に対する違背に見いだすことになるのである。これでは、不法はその出発点である法益保護から大きく乖離してしまう。

とはいえ、前述の理由から規範の対象を主観的な方法によって画定せざるをえないことも否定しえない。それゆえ、規範違反の存否(das Ob)は事後的判断には全く依存しない。しかし、不法の量は、法益を危殆化したにとどまったのか実際に侵害したのかということに依存する。ここで前述のA類型とB類型という分類に目を向ければ、事後的に判断される侵害結果の発生は、具体的に遂行された行為がいずれの行為類型に属するのかを決するものと考えられる。ここでは、結果の発生いかんによって行為に対する評価も同時になされている。行為者が現実に結果支配力ある行為を行ったのか、それとも人間の認識能力の限界を理由に禁止せざるをえない行為を行ったにすぎないのかが事後的に判断されるのである。

一元的行為無価値論者は、禁止される行為はもつばら行為遂行時点における行為企図のみによって記述されうるという命題に依拠する。けれども、このような行為不法の考察方法がもつばら人間の認識能力の限界に基づくものであり、決して法益保護にとって望ましい帰結ではないことに思い至れば、結果不法に対する新たな視点が切り開かれるはずである。

結果不法は、行為者によって遂行された行為が、法益保護の観点から直接に禁止されるべきものであったことの証明である。結果が発生しなかった場合には、遂行された行為は結果支配力を有すると誤解されていた行為(B類型)であり、それゆえ、その行為不法は事後的にであれ副次的なものと評価される。少なくとも未遂の段階に達した以上は、主観的な観点からは完全な行為不法を示している

が、この行為不法は、結果支配力を有していたか否かという、さらなる評価に服するのである。侵害結果が実際に発生した場合に初めて、行為者の遂行した行為が法益保護のために必然的に禁止されなければならなかったということが明らかになる。そもそも、刑法上の禁止規範が法益保護を目的として定立されるのだとすれば、このような場合の処罰は不可避である。これに対して、行為者の遂行した行為が結果支配力を有していなかったことが事後的に判明した場合には、法益保護の観点からすると禁止は本来不要であって、もっぱら行為の状況について十分な情報を得ることができなかつたという理由から、行為者の一般的自由が制限されざるをえないのである。このようなB類型の行為を処罰する必要があるかどうかは、A類型の行為ほど自明ではない。その処罰の必要性は、事後的に結果支配力がなかつたと判明した行為の処罰を放棄した場合に国民の規範に対する忠誠心が浸食されてしまう危険があるかどうか依存するが、その判断は立法者の刑事政策的な決定に委ねられている。

II 非一侵害犯における結果無価値と行為無価値との関係

客観的構成要件の実現が有する意味は、侵害犯についてだけでなく、抽象的危険犯や具体的危険犯についても探究されなければならない。ここでも、問題の解決は規範定立過程に求められる。

たとえば、人身を危殆化する放火罪(ドイツ刑法306条a)の構成要件を規定しようとする場合、立法者は、生命侵害という事態無価値から、さらに前置化された事態無価値を導き出す。この事態無価値は、それに対する否定的評価が法益保護に役立ち得るといえるものでなければならない。しかし、いったん法益保護の観点からこのような外部的事態が導き出された後には、そこには禁止規範の対象となりうる事態無価値を見いだすことができる。たとえば、人身を危殆化する放火罪において立法者が建造物の燃焼を客観的構成要件の対象にすると決定した場合に、この事態無価値を回避するための方法は、やはりこの否定的に評価された事態を惹起する行為を禁止する態度規範の定立しかない。しかし、ここでも規範受命者の認識の限界という問題に遭遇する。本来は事後判断によって事態無価値を確実に惹起するといえる行為のみを禁止すべきであろうが、実際には行為者の認識内容によって禁止対象を記述することで満足するほかない。けれども、遂行された行為が事態無価値を惹起するものであるか否かは、実は行為遂行の時点で既に確定しているのである。こうして、ここでも結果無価値は、結果支配力のある行為(A類型)を遂行したのか、結果支配力があると誤解された行為(B類型)を遂行したにすぎないのかという行為無価値の程度の指標をなしている。

拳闘犯や行為状況を伴った犯罪についても同様のことがいえる。たとえば、偽証罪の未遂と既遂は、客観説に立脚すると、結果的に証言の内容が客観的に真実

に合致していたか否かによって区別される。証言が真実に合致していた場合に未遂犯の成立にとどまる理由は、そのような行為(B類型)を禁止するのは立法者の目的に照らして余計なことであったという認識に事後的に達したからである。こうして、結果無価値は、行為無価値の過度に広範な評価に対する事後的な修正として機能するのである。

III 結果無価値にとっての諸帰結

結果無価値の重要性をめぐる議論には、体系的次元と実体的次元がある。結果無価値が現実に行為無価値に属するのか、行為無価値の量に対する認識手段にとどまるのか、という体系的問題については、本稿のモデルによって決着がついたとはいえないかもしれない。しかし、結果無価値が可罰性にとって一定の意味を持っているのはいかなる理由によるのかという実体的問題については、一定の解決を示したといえよう。結果無価値の発生は、社会心理的な処罰要求を基礎づけるものではなく、行為者によって遂行された行為が禁止規範定立の出発点に照らして必然的に禁止されるべきものであったか否かを決するものである。規範の対象と結果無価値の同一性は、決して偶然ではなく、このような結果無価値の機能からの必然的な帰結にはかならない。それゆえ、結果無価値の具体的な内容は禁止規範の要請に従って構成されなければならない。たとえば因果関係の問題は、決して科学的な意味における惹起といった問題ではなく、禁止の目的を達成するためには、どのように禁止規範を定式化すべきかという問題である。コンディティオ理論の真の理由は、この点にあるといってよい。禁止された行為を差し控えれば結果無価値は発生しなかったであろうといえる場合にのみ、遂行された行為は結果支配力を有する行為(A類型)に属し、それを禁止することが法益保護の観点から直接に正当化されるのである。

3 検 討

1 以上のようにザムゾン³⁾は、結果(無価値)の発生を行為無価値の事後的ないし遡及的な修正として、すなわち遂行された行為が現実の結果支配力を有する行為であったか否か、それゆえ法益保護目的に照らして真に禁止されなければならないものであったか否かを決する要因として、不法概念の内部へと規範論理的に統合しようとした⁴⁾。

結果の発生が禁止の必然性を根拠づけるという発想は、不必要な自由の制限を避けるという意味できわめて正当なものである。しかし、事後的判断たる結果無価値と、行為者(または一般人)の認識を基準とする(修正前の)行為無価値とが異質なものであることは否定できないところであり、ザムゾンの説明が不法概念にお

ける内部分裂の弊を完全に免れているかどうかは疑問である。さらに、この内部分裂の反映として、事後的判断は規範違反の存否には全く関係なく、その程度のみに関わるとする点や、結果支配力のあった行為(A類型)と結果支配力のなかった行為(B類型)とで全く異なった禁止の正当化がなされている点も問題となろう。ザムゾンのいう結果無価値ないし事態無価値は、あくまで命令・禁止の前提なのであって、意思決定規範としての命令・禁止そのものとは、明確に区別しておく必要があるのではなかろうか。

2 そもそも事態無価値の存在が命令・禁止の必要性・正当性を保障するという発想は、メツガーらによって提唱された客観的評価規範論⁽⁴⁾の思考方法にほかならない。客観的評価規範論の見地からは、法は、命令規範ないし意思決定規範として機能するのに先立って、まず評価規範として機能する。この評価規範は、法益の侵害・脅威という客観的価値秩序との矛盾に対して否定的な評価を下す。このような否定的評価が下されて初めて、行為者の意思に対する働きかけを使命とする命令規範を論ずることができる。犯罪論体系上は、評価規範との矛盾は違法性に対応し、命令規範に対する違反は責任に対応する。こうして、客観的評価規範論は、客観的に不都合な事態の存在を命令規範違反の論理的前提として要求することによって、犯罪概念的事實的・客観的基盤を確保し、不必要な自由の制限を排除しようとするものにほかならない⁽⁵⁾。

ザムゾンの理論は、客観的評価規範論という評価規範違反と命令規範違反(の一部)を共に違法論の段階に位置づけたものとみることでもできよう。しかし、両者を違法論と責任論とに分属させず、違法論の内部で並立させたため、客観的評価規範違反である事態無価値の存在は違法性を肯定するための必要条件ではなくなってしまった。そのため、ザムゾンの見解においては、未遂犯の不法は、もっぱら行為者(ないし一般人)の主観を前提とした事前判断に基づくものとされ、既遂犯の不法とは異なる原理によって根拠づけられることにならざるをえない。しかし、それでは未遂不法から客観的・事實的基盤が失われてしまう。未遂不法に関しても、危険犯の不法と同様に、前置化された事態無価値⁽⁶⁾の存在が前提とされるべきではなかろうか⁽⁷⁾。

こうして、命令・禁止の前提としての事態無価値は、意思決定規範という意味での命令・禁止そのものから切り離し、その独立した地位を確保しておくことが必要であるように思われる。

3 ところで、ザムゾンは、行為の「結果支配力」に着目することによって、一元的人的不法論の主要な論拠である意思決定時と事態無価値発生時との「時間的な懸隔」という問題を克服しようとした。たしかに、行為の対外的な意味はその行為がもたらしたものによって決まるという認識は、正当なものといえよう。

侵害結果をもたらした行為は、結局のところ侵害行為にほかならず、それゆえ（より強く）否認されるべき根拠を有しているのである⁽⁸⁾⁽⁹⁾。しかし、ザムゾンが、結果無価値を行為無価値の「指標」(Indikation)、「証拠」(Beweis)、「事後的(遡及的)な修正」として説明しているところは、なお行為時における評価に拘泥したものとわねばならない。彼は、あくまで命令規範論ないし行為規範論の枠内で結果の意義を探究しようとしたために、結果を行為時に投影ないし還元することを通じてのみ不法と関係づけえたのである。だが、結果の発生を行為不法の徴表ないし証明手段とみるのは結果を不法概念から排除する一元的行為無価値論の立場にほかならない⁽¹⁰⁾なのであって、結果の不法構成機能の論証としては不十分であろう。

かくして、行為の意味はそれが生じさせた結果の観点から論定されるべきだとするザムゾンの発想は実体論としては正当であるにもかかわらず、それを命令規範論ないし行為規範論の内部で論じようとした点で体系論として無理があったといわねばならない。これに対して、評価規範を命令規範そのものから分離する客観的評価規範論の見地からは、あえて遡及的構成や徴表的構成を採ることなく、結果を不法概念の内部に位置づけることができる。行為に対する無価値評価はもっぱら行為が外界にもたらした有害な作用(法益の侵害・危殆化)としての事態無価値によって決定される。発生した事態に対する否認は、それを惹起した行為に対する否認に直結するのであって、両者の間に徴表関係といった媒介物を挿入する必要はない。客観的評価規範論は、行われた行為が現実には有していた侵害作用ないし危殆化作用を問題にしようとするものにほかならない。

4 ザムゾンの見解が一元的行為無価値論や従来の二元的行為無価値論と決定的に異なる点は、結果(無価値)の規範論上の地位にある。一元的行為無価値論と従来の二元的行為無価値論とが——体系的な違いはあっても——いずれも結果(無価値)をもっぱら制裁規範レベルの要請としているのに対して、ザムゾンは、命令・禁止の必然性という観点からの要請と解するのである。たしかに、ザムゾンのいうように、結果無価値は、単に制裁規範レベルの要請ではなく、命令・禁止の前提として理解すべきであろう。しかし、結果無価値の存在が命令・禁止の必然性・正当性を裏づけるというのは、まさに客観的評価規範論の発想にほかならない。客観的評価規範論における評価規範とは、単に制裁規範の次元において刑罰必要性を決定するものではなく、それ以前に命令・禁止の前提として法的否認の対象を画するものとして機能するのである。

一元的行為無価値論と(従来の)二元的行為無価値論とが前提とする命令規範論の発想は、まず初めに事前的な命令規範違反の観点から法的否認の対象を画した上で、次に制裁規範の次元で結果無価値によって処罰を限定するというものであ

る⁽¹¹⁾。しかし、これでは、命令規範違反としての法的否認は、もっぱら事前的・主観的な観点から画定されることになり、事実的基盤を喪失するおそれがある。他方で、何を禁圧すべきかという視点を離れた制裁規範の次元における処罰の限定は、国民の処罰感情といった非合理的な観点に従属することを免れないであろう⁽¹²⁾。かくして、命令規範論における行為無価値と結果無価値による相互限定には、合理的な処罰範囲の画定にとって多くを期待しえないように思われる。

これに対して、結果無価値論の前提とする客観的評価規範論の発想は、まず初めに法益の侵害・危殆化という観点から客観的・事後的に法的否認の対象を画した上で、次に主観的・事前的観点から命令規範違反の有無を問うという思考順序をたどるものである。ここでは、結果無価値の内実は、法的に禁圧すべき事態は何かという法益保護思想から導かれる。一方、責任論では、行為者の個別的事情に照らして、現実事態無価値を惹起した行為の回避を行為者に要求しえたかどうかが問題となる。こうして、客観的評価規範論は、評価規範を命令規範に先行させることによって、外界に対して悪しき作用を及ぼした行為のみが禁止されるべきだとする侵害原理を担保するとともに、現実が発生した事態無価値に対する責任連関を要求することによって、責任主義を貫徹しようとするものにほかならない。

既遂不法に関する限りでは、結果無価値を命令・禁止の前提として捉えるザムゾンの発想は、——両者をともに違法論に位置づける点で体系論的には異なるものの——まさに客観的評価規範論の思考プロセスと同じであるといえよう。ザムゾンの二元的人的不法論からの結果無価値の根拠づけは、実は客観的評価規範論の正当性を裏付けているように思われるのである。

- (1) 一元的人的不法論からの批判として、たとえば、増田豊「現代ドイツ刑法学における人格的不法論の展開 I」明治大学大学院紀要12集(1) [法学編] (1974年) 140頁以下、Reinhold Zippelius, Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht? NJW 1957, S. 1707. 結果無価値論からの批判として、曾根成彦「二元的人的不法論と犯罪結果」『刑事違法論の研究』(1998年) 29頁以下〔初出・研修526号(1992年)〕、松原芳博『犯罪概念と可罰性』(1997年) 209頁以下〔初出・九州国際大学法学論集2巻1号(1995年)〕。
- (2) Vgl., Detlef Krauß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964), S. 65; Günter Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag (1975), S. 186. なお、違法二元論における違法概念の二元性を、予防と応報という刑罰概念の二元性から説明しようとするものとして、井田良「結果無価値と行為無価値」現代刑事法1号(1999年) 87頁。
- (3) それゆえ、ザムゾンの見解では、既遂犯と未遂犯とは、行為無価値(行為規範違反性)の程度においてすでに異なるということになる。これに対して、従来の二元的人的不法

論からは、行為規範の事前的性格からして、既遂犯と未遂犯とで行為無価値の程度は異ならないと考えることになろう。

- (4) Vgl., Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), 207ff. 佐伯千仞「主観的違法と客観的違法」『刑法における違法性の理論』(1974年) 55頁以下〔初出・法学論叢27巻1号(1932年)〕など参照。
- (5) 松原・前掲注(1) 219頁参照。
- (6) 危険犯の未遂では、二重に前置化された事態無価値となるが、その場合でも法益に対して可罰的な程度に危険な事態がその内容に含まれていなければならない。
- (7) もっとも、不能未遂の可罰性を前提とするドイツ刑法23条3項を前提とする限りは、未遂犯において客観的な事態無価値を要求するのが困難であることは否定できないが、まさにこのドイツ刑法の前提に問題があるといわねばならない。
- (8) この点については、危険概念に関して同時進行的判断の問題性を指摘し、事後的・回顧的な危険判断を提唱する齋野彦弥「危険概念の認識論的構造——実行の着手時期の問題を契機として——」『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』(1994年) 55頁以下が示唆的である。さらに、山中敬一『刑法総論II』(1999年) 681頁も参照。
- (9) 一元的行為無価値論のように、結果の発生が命令・禁止の作用した後の事態であるという「時間的な懸隔」を理由にこれを不法から排除するというのであれば、そもそも行為の外部的遂行としての身体運動も不法に属しえないことになろう。なぜなら、身体運動も——神経細胞間の情報伝達およびそれに基づく筋肉の収縮に時間がかかる以上——厳密にいえば意思決定の後の出来事であり、意思決定を原因とする結果にほかならないからである。
- (10) 増田・前掲注(1) 144頁参照。Vgl., Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff (1973), S. 207ff.
- (11) 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頁以下参照。
- (12) ザムゾンは、因果関係論等を例に挙げて結果無価値的観点からの解決の問題性と禁止規範の観点からの解決の優越性を説いているが、彼のいう結果無価値論的観点とは、もっぱら制裁規範の次元での国民の処罰要求等の考慮を指し、禁止規範の観点とは法的に禁圧されるべき事態とは何か、という禁止の前提の問題にほかならない。しかし、結果無価値をもっぱら制裁規範の次元で考慮するというのは行為無価値論の発想を前提としたものである。客観的評価規範論の立場からは、まさに法的に禁圧されるべき事態こそが結果無価値の内容をなすのであるから、まさに結果無価値的観点こそが合理的な議論の基盤を提供するものといえよう。