

資料

〔外国文献紹介〕

サンティアゴ・ミル・プーチ
「評価、規範および刑法違反性」

松原芳博

1 紹介にあたって

刑法上の違法性を意思決定規範（命令規範）に対する違反と見るか、客観的評価規範に対する矛盾と見るかは、かつては主観的違法論と客観的違法論との対立として争われ、近時は、いわゆる行為無価値論と結果無価値論との対立の規範論的な基礎をなすものとして議論されてきた。とりわけ、一元的人的不法論は、規範論をその構想の中心に据え、刑法の決定規範性ないし命令規範性からの帰結として、犯罪結果を違法評価の対象から排除し、行為無価値のみに不法の実体を見出したのであった。⁽¹⁾

ミル・プーチも、かつては決定規範の事前的性格を理由として一元的人的不法論を採用していたが、近時、論文「評価、規範および刑法違反性」において、刑法上の違法性を決定規範違反ではなく、評価規範違反として理解する立場に転じるに至った。この改説の理由を尋ねることは、決定規範論の問題性と評価規範違反としての違法性の意義を明らかにするために有益であると考えられることから、ここに同論文を紹介し、若干の検討を加えることとした。⁽²⁾⁽³⁾

2 ミル・プーチ論文の概要

1 規範と法益⁽⁴⁾

現行法の規範的内容は、その文言だけから完全に把握できるものではない。そこで、通説は、構成要件該当行為を禁止する不文の第一次規範を前提とする。一方、実定法の背後に存する評価と原理も実定法の意味を理解するのに役立つ。法制度の実質的な把握をめざす法解釈学にとって、それを基礎づけている評価と原理の探求を避けて通ることはできない。刑法上の重要な評価は、保護法益として

現れる。この法益という形での評価は、立法理由として刑法規定の解釈に資するとともに、犯罪の分類や刑の重さの指針としても機能する。

犯罪論において保護法益と行為規範のいずれに重要性を認めるかは、法治国家的な立場に立つか権威主義的な立場に立つか、権利と義務のいずれに優位を与えるのかによって決まってくる。フランス革命が人権と市民の権利を旗印としたことに示されるように、権利は全体に対する個人の優位を体現しているのに対して、義務は他人のために個人に課せられる負担を意味している。刑法においては、権利は保護法益の視点に、義務は禁止・命令規範の視点に対応するのである。

したがって、法益概念を放棄し、規範の妥当性を刑法の保護対象とするヤコブスの提案には賛成できない。論者の意図はともあれ、規範の妥当性は、それ自体として権威的な存在となり得るからである。法益概念は、刑法規範の正当性を、保護に値する価値の擁護に役立つか否かによって判定する。これに対して、ヤコブスの見解によると、規範は、目的によって正当化される手段から、それ自体として正当化される目的へと転化する。法益概念の不明確さは、この見解を正当化する理由とならない。何が刑法上保護に値する法益であるかについて争いがあるという事実は、かえって、それを議論することの必要性を示すものといえよう。

II 構成要件と違法性

犯罪論の各段階は、各々異なった評価や原理によって初めて基礎づけられるのであって、行為規範違反の観点だけでは把握し得ない。行為規範違反の観点は、完全な規範違反の前段階に存在する構成要件等の中間的な段階づけの有用性を説明し得ないし、刑法上の答責性を基礎づけるにも十分でない。

まず、構成要件該当性と違法性との区別は、第一次規範に対する違反という観点からは説明できない。この第一次規範は、一定の名宛人に対して一定の状況下で一定の行動を命じたり禁じたりする意思決定規範であるところ、このような決定規範に対する違反はあるかないかであって、部分的に存在するとか、暫定的に存在したものが後に確定するとか、さしあたり抽象的に存在したものが後に具体化するとかいったことは考えられない。客観的構成要件も客観的・主観的構成要件の全体も、刑法規範に対する違反を意味するものではない。

これに対して、禁止内容は構成要件に尽きており、たとえ正当化事由が存在しても構成要件に該当すれば行為規範に対する違反が認められるとする目的的行為論者の主張は誤っている。構成要件と正当化事由の区別や刑法典上の位置の違いは、もっぱら立法上の経済性を理由とする。仮に刑法典に一つの犯罪類型しか規定されていなかったとしたら、構成要件と正当化事由とは書き分けられていなか

ったにちがいない。しかし、実際の刑法典上には数多くの犯罪類型が規定されているので、無用の重複を避けるために、正当化事由は、未遂や共犯の規定と共に総則に規定されることになったにすぎない。

正当化事由が構成要件実現行為を許容するということを認めながら、正当化事由は行為者の規範違反性を阻却しないと述べることは、許容された行為を同時に禁止されたものとする矛盾を犯している。許容規範という観念を認めるとしても、それは、すでに存在する禁止を止揚するとか事後的に遮断するとかいったような自律的な規範ではなく、刑法典が規定している禁止規範そのものを限界づけるものでしかあり得ない。第一次規範も許容規範も刑法典に明示されたものではなく、刑法規定の趣旨から実質的な解釈により導出されるものであるとすれば、最終的な規範の禁止内容もこれらの諸規定の包括的な解釈の帰結として導かれなければならない。

しかし、このように構成要件該当性だけでは何ら規範違反を意味しないということになると、規範違反性から区別された構成要件という体系段階の独自性を説明するために何かほかの基準が必要となる。その基準がないとすれば、規範違反性の一部を別個の範疇として区別することは不必要であるばかりか混乱を招くだけであるから、消極的構成要件要素の理論が正当であるということになろう。しかし、各体系段階は、それぞれに対応する異なった評価によって区別することができる。正当化された構成要件該当行為と構成要件該当性を欠く行為とでは異なる評価が妥当するし、客観的構成要件の実現は、主観的構成要件の充足いかんにかかわらず、それだけで特別な評価を可能とする。このような価値的相違こそが、犯罪論の各段階の区別を正当化する。

この評価は、実定法による評価であって、刑法規範によって保護された法益に由来する。法益という積極的な評価は、法益侵害という消極的な評価として具体化される。この法益侵害が何らかの犯罪の客観的構成要件に該当するとき、結果を惹起した危険な行為に対する否定的評価と侵害結果に対する否定的評価とが下される。侵害結果が構成要件該当行為に客観的に帰属されないとき（病気や偶然の事故による死など）であっても、一定の法的無価値は発生している（そうでなければ、法が健康維持システムを規定したり、偶然の事故について民事・行政法上の責任を負わせたりしている理由を説明できない）。これに対して、このような侵害結果が特定の犯罪行為に客観的に帰属されるときには、結果無価値に加えて客観的行為無価値という特殊刑法的評価が下され、さらに構成要件の主観面が充たされるとき、主観的行為無価値という評価が下される。

これらの評価は、すべて法益の侵害に由来する否定的な評価であるが、法益侵害という評価だけでは、なぜ構成要件に該当する法益侵害のみが刑法上の無価値

と評価されるのか、また、なぜ客観的帰属のみが認められる行為と主観的帰属まで認められる行為とで異なる無価値評価が妥当するのかを説明し得ない。そこで、法益の侵害またはその可能性を意味する「侵害性無価値 (Schädlichkeitsunwert)」に加えて、それと人間の態度との結びつきを意味する「帰属無価値 (Zurechnungsunwert)」というものを観念すべきである。この二つの評価の組み合わせによって、客観的構成要件、主観的構成要件、全体構成要件の区別が導かれる。

このように構成要件該当性の内部における各帰属段階がそれぞれ独自の法的評価を伴うからこそ、客観的帰属（その内部における危険創出と危険実現）と主観的帰属という区別や順序が意味をもつ。法解釈学の任務が法概念の価値的内容を理解することにあるというのは新カント学派の指摘したとおりであるが、犯罪論の各段階を基礎づけ、その要件を決定するのも、この価値的内容にはかならない。それゆえ、構成要件の客観面と主観面との区別は、各要件の属性によるのではなく、それぞれに対応する評価にもとづく。客観的帰属についていえば、すべての客観的な事実ではなく、行為者の特別知識をも含めた行為者の立場に置かれた人間にとって認識し得た事実を基礎とすべきである。

これに対して、正当化事由は、構成要件——すなわち客観的・主観的に帰属可能な法益侵害・危殆化——の無価値性を消し去るものではなく、その無価値性を前提とする。たとえば、緊急避難においては、侵害された法益よりも価値の高い利益が保全されている。正当防衛において、それ自体としては価値の優越する法益の侵害が許されるのは、双方の法益に内在する価値のみならず、不正の侵害者が法に敵対しているのに対して防衛者が法を擁護している点が考慮されるからである。一部の犯罪について被害者の同意を構成要件該当性阻却事由ではなく正当化事由と解する見解は、人格の自由な展開を侵害法益よりも高次の法益とみなしている。このように、正当化事由は、まさに構成要件該当行為の無価値性が存在して初めて必要とされるものであり、その無価値の大小によって正当化に必要とされる積極的価値の大小も決まってくるのである。

III 規範違反と違法性

通説は、刑法上の違法性を第一次規範に対する違反と解するとともに、この第一次規範を——少なくとも部分的には——決定規範として理解してきた。わたくしも、市民に向けられた刑法規範を決定規範と解することについては意見を同じくする。かつては、それに加えて、違法性と決定規範違反とは一致すべきだと考えていた。しかし、その帰結として、①結果惹起は違法評価の対象とならない、②行為者による規範認識の可能性が違法性の前提をなす、という一般に支持され

ない帰結を導いていた。

これらの帰結は、名宛人を動機づけて行動に影響を及ぼすという決定規範の作用の仕組みと限界から導かれる。

第一に、規範は、名宛人の意思に働きかけることによってのみ行為に影響を及ぼし得るものであるから、もっぱら事前的に（意思の完全な展開に先立って）作用し、事後的には作用し得ない。したがって、違法性を決定規範違反と解する限り、意思に基づく行為のみが違法たり得るのであって、結果は違法たり得ない。

第二に、規範は、それを知っている者に対してしか作用し得ない。コミュニケーション理論の観点からみると、規範は、発信者、内容、媒体、受容者というすべての特徴を備えたコミュニケーション的伝達といえる。受容なくしてコミュニケーションは成立し得ない。刑法規範がそれを知らない者をも動機づけ得るのはナンセンスであろう。動物が規範の対象たり得ないのは、まさに規範の受容可能性がないからにほかならない。それと同様の理由から、幼児や高度の精神障害者、禁止規範にアクセスできない状況にある者も規範の対象たり得ない。決定規範が受容可能な名宛人を必要とするというのは、規範の現実の適用に内在する要請なのである。

このように規範の名宛人たり得ない者は、それに含まれている禁止の名宛人にもなり得ない。規範を認識し得ない者は、規範による禁止を破ったとはいえないのである。かくして、違法性を決定規範違反と解する限り、規範認識の可能性を違法性の前提とせざるを得ず、責任無能力や回避不可能な禁止の錯誤は違法性を阻却することになるはずである。

通説がこれらの帰結を承認しないのは、違法性を決定規範違反と解する前提と矛盾する。わたくしも、現在、結果は不法構成要件に属し、責任無能力者も違法たり得ると考えるに至ったけれども、この帰結は、違法性を決定規範違反と解する前提を放棄して初めて採用できるものといえる。しかし、そうなると、刑法上の違法性の概念を維持するために何かほかの拠り所が必要になる。その拠り所は、命令に関する領域にではなく、評価に関する領域に求められる。構成要件と違法性との区別が各段階の価値的意味によって初めて適切に根拠づけられたのと同様、刑法上の不法の意義も、規範違反ではなく評価の中に見出されなければならない。

この評価は、正当化されざる構成要件該当行為に対する否定的評価にほかならない。構成要件は、行為に客観的・主観的に帰属可能な法益の侵害・危殆化に対して無価値評価を下す。一方、正当化事由の不存在は、少なくとも客観的・主観的に帰属可能な他の優越的な法益の保全という高次の価値の不存在を示す。このように、行為に対する消極的評価は、規範命令に対する敵対関係を内容とするも

のではなく、優越的利益の保全によって正当化されることのなかった被侵害法益に対する敵対関係を意味するのである。

違法性を法益に対する敵対関係と解する立場は、規範に対する不服従と解する立場に比べて、より法治国家的であり、非権威主義的であるといえよう。謙抑的な刑法においては、第一次規範および第二次規範は、市民の生活条件としての法益の保護のために要請される。リベラルな刑法が阻止すべきものは、唯一、正当化されざる法益の侵害・危殆化のみである。この法益の侵害・危殆化こそが、唯一、刑法上望ましくないもの、刑法の目的と矛盾するものとして、刑法違反の実体を構成し得るのである。このような実質的な違法性は、刑法上の禁止の客観的な根拠をなす。行為者に対して個人的に禁止を向けたり問責したりするための条件である人的帰属を検討するに先立って、まず初めに、この禁止の根拠である法益の侵害・危殆化こそが問われなければならない。一方、禁止の認識またはその可能性は、行為者の第一次規範に対する内心的不服従の条件として理解されるべきではない。なぜなら、良心の自由を尊重する法体系においては、このような内心的不服従は禁止の内容となし得ないからである。こうして、規範の認識可能性は、法益に対して敵対する行為を行為者に人的に帰属させるための条件としてのみ意味をもつと考えられる。

これに対して、規範の権威の維持を目的とする刑法においては、禁止の実質的な理由は規範命令に対する反抗に求められる。この見地からすれば、刑法規範に対する不服従こそが刑法違反の無価値内容をなすのであるから、意識的な不服従としての有責な規範違反に先立って、違法性といった範疇を別個に用意する必要はないであろう。このような立場からは、「悪いがゆえに禁止される」のではなく、「禁止されているがゆえに悪い」ということになって、立法者は、刑法上の禁止を所為の社会侵害性によって正当化するという責務から解放されてしまう。

決定規範は受容可能な名宛人を前提とするという本稿の理解に対しては、違法性の段階では当該行為者の具体的な行為ではなく抽象的な行為が問題とされるから、行為者に関する諸条件を考慮する必要はないという反論がなされてきた。しかし、どこまでが抽象的な所為の事情に属し、どこからが行為者の個人的な事情に属するのかの区別は明らかではない。構成要件該当事実の認識が抽象的な所為の事情を構成するといのであれば、なにゆえ、かつては故意の要素とされた違法性の認識についても同様のことがいえないのであろうか。問題は、特定の内心的状態が抽象的な所為に属するか否かではなく、いかなる内心的状態が法的帰属の評価に特有の評価に影響を及ぼし、いかなる内心的状態が人的帰属の評価にとってのみ意義を有するのかということである。

この基準からすれば、責任能力や規範認識の可能性は、行為の保護法益に対す

る関係とは無縁であるから、違法性にとって意味をもたない。たとえば、意図的に財物を壊した子供は、侵害された客体に対して成人と同様の客観的・主観的關係を示したといえる。これに対して、身分犯における行為者の属性は、法益侵害に影響を及ぼすがゆえに、所為不法との関係で重要性をもつ。

違法な所為と決定規範によって禁止された所為とは部分的にしか重なり合わない。前者は行為によって生じた結果を含むのに対して、後者はそれを含まない。前者は規範受容可能性を前提としないのに対して、後者はそれを前提とする。それでもなお、両者の間には根本的な内的関連性が存在する。すなわち、所為の違法を構成する事実は、まさに第一次規範によって避けようとした事実であって、禁止の本質的な根拠をなすのである。

行為を禁止するあらゆる規範は、その対象に対する否定的な評価を前提とする。法益侵害の回避をめざす法益指向的な刑法においては、禁止された行為に対する否定的な評価は、それが引き起こした侵害結果に対する否定的な評価に由来するものでなければならない。このようなモデルにおいては、禁止の認識は、所為を不法と性格づけるための要件とはならない。なぜなら、阻止されなければならないのは、規範に対する主観的な不服従ではなく、規範の存在を正当化している法益の侵害だからである。規範は、それ自体が目的なのではなく、あくまで法益保護のための手段にすぎないのである。

3 若干の検討

1 以上のように、ミル・プーチは、刑法が市民に対する関係では意思決定規範として機能することを認めつつ、犯罪論上の違法性に関してはこれを決定規範違反性から切り離し、法益を基準とした否定的な評価と解すべきことを説いている。これは、基本的に、メツガーらの提唱した客観的評価規範論⁽⁵⁾の主張に沿うものといえよう。ミル・プーチが決定規範論から客観的評価規範論へと改説した理由は、さしあたり理念的な理由と体系的な理由とに分けることができる。

2 理念的な理由としては、リベラルな刑法観から導かれる法益保護思想にとっては決定規範論よりも評価規範論の方が親和的といえることが指摘されている。もっとも、ミル・プーチ自身も認めているように、最終的な刑法の目的と規範の構造とは論理必然的に結びつくわけではない。最近の日本における学説状況をみても、刑法の目的を法益の保護に求めつつ、違法性の実質を行為規範違反としての行為無価値に見出す見解が有力となっている⁽⁶⁾。

たしかに、決定規範論を採用しても、決定規範を、法益を侵害・危殆化しようとする行為を禁止するものとして措定する限りでは、リベラルな刑法観とも調和

し得るかもしれない。しかし、決定規範論では、法益保護の要請は体系外在的なものであって、規範のひとり歩きを阻止するための体系論理的保障は存在しない。違法性を行為者の意思に向けられた決定規範に対する違反とみる決定規範論は、規範による操縦可能性の要請、ひいては責任原理の保障を体系内在化させたものといえるが、それに加えて、法益保護の要請、さらには侵害原理の保障を体系内に組み込む必要もあるのではなかろうか。評価規範論は、違法性を法益の侵害・危殆化に対する否定的評価と解することによって、法益関連性を有しない禁止の貫徹を体系論理的に阻止し、侵害原理を体系内在的要請として取り込もうとするものにほかならない（なお、評価規範論においては、規範による操縦可能性の要請と責任原理は、「責任」概念の内容として体系内在化されることになる）。かくして、理念的な理由づけは体系的な理由づけ（特に「結果の体系的地位」および「違法性と責任の関係」と結びつくのである）。

3 体系的理由としては、(1)構成要件と違法性（ないし正当化事由）の関係、(2)結果の体系的地位ならびに(3)違法性と責任の関係があげられている。

(1) 第一の構成要件と違法性の関係については、決定規範違反という観点から、この二つの体系段階を区別し得るかどうかが問題となる。まさに、井田良教授は、「行為の時点で違法・適法の限界を明らかにするという行為規範による提示・告知機能」からすると、違法阻却事由も構成要件と共に行動基準を示すものであり、「社会行動の⁽⁷⁾規制の具体的場面で見ると、禁止規範と許容命題とは一体のものとして機能する」と述べて、行為規範論からの必然的帰結として消極的構成要件要素の理論を導かれたのであった。

これに対して、消極的構成要件要素の理論を採用せず、構成要件と違法性（ないし正当化事由）との体系的区別を堅持しようとする論者は、両者の関係を、抽象的・類型的判断と具体的・個別的判断、あるいは、原則と例外として性格づける。しかし、抽象的か具体的かは程度問題であって、どの程度の抽象性をもって構成要件の要素とするかの基準はない。実際、わいせつ物頒布罪（刑法175条）における「わいせつ」性のようにきわめて具体的・個別的な判断を要する構成要件要素がある一方で、競馬法による勝馬投票券売買の許容のように高度に定型化され抽象的・形式的な判断で足りる正当化事由もある。また、原則-例外という区別も何をもって「原則」とするのかの基準がない。事実上の頻度を基準とする限り、たとえば墮胎罪の構成要件に該当する行為については母体保護法14条によって正当化される方が圧倒的に多数であって、墮胎罪の構成要件が原則として違法な行為を規定しているとはいえないであろう。

そのほか、行為規範論を採りつつ構成要件と違法性を区別する方法としては、構成要件を価値中立的な行為類型と解するという途も考えられる。実際、構成要

件概念の創始者であるベーリングは、不文の行為規範を基軸とするビンディングの規範論を前提としつつ、構成要件を価値中立的なものと理解することによって、違法性に対する構成要件の独自性を示したのであった。しかし、そもそも構成要件を価値中立的に把握する見解は、構成要件の解釈基準を失わせ、不文の構成要件要素の存在を否定するものであって支持し得ないのみならず、行為規範論の意図が実定法による行為規範の提示という点にあるのだとすれば、構成要件を価値中立的に理解し、その行為規範提示機能を否定することは行為規範論の目的とも調和しないであろう。

かくして、構成要件と正当化事由とを実体に即して区別するためには、ミル・プーチの指摘するとおり、法益を基準とした評価方向の相違によるほかない。構成要件が法益の侵害・危殆化という否定的評価を基礎づける事実の記述であるのに対して、正当化事由は、一定の法益の侵害・危殆化を前提とした、別個の法益の保全・救済という肯定的な評価を基礎づける事実の記述と考えられるのである。⁽⁹⁾

(2) 第二の結果の体系的地位は、不法構造論の中核をなす問題として、一元的人的不法論と二元的人的不法論との間で激しく争われてきた。一元的人的不法論は、意思に対するコントロールを任務とする決定規範はもっぱら事前的に作用するから、行為後の偶然の事情に左右される結果の発生は決定規範違反としての不法には属し得ないとする。これに対して、二元的人的不法論は、基本的には決定規範論に立脚しつつも、その法的・社会的な重要性から結果をも不法要素に含めている。

しかし、いずれにせよ決定規範論は、結果の説明をめぐるジレンマに陥らざるをえない。二元的人的不法論は、決定規範論との整合性および不法概念の内部的統一性について重大な疑義がある。他方で、一元的人的不法論は、実定法上も社会生活上もきわめて重要であるはずの結果の意義を適切に説明し得ない。この点、一元的人的不法論者は、結果を客観的処罰条件として説明しようとする。しかし、結果が客観的処罰条件であるとするならば、それに対する客観的・主観的帰属連関は問題となり得ない。また、未遂処罰規定がある犯罪では、客観的処罰条件である結果によって刑の軽重が決定されるということになり不合理であろう。さらに、決定規範が行為者の意思に働きかけることを任務とするのであれば、その対象はあくまで行為者の意思決定のみであって、行為の外部的な遂行すら不法に属し得ないという帰結に至るのではないだろうか。⁽¹⁰⁾

そもそも、刑法の目的が法益の保護にあるとすれば、法益の侵害・危殆化こそが刑法の目的に反する事態であって、このような事態が発生して初めて刑法上の禁止が正当化される。したがって、法益の侵害・危殆化という結果は、決定規範

違反を前提として政策的理由からその処罰を制限する客観的処罰条件ではなく、(責任論で問題とされるべき)意思決定規範を投入する論理的な前提として、まさに不法要素に位置づけられるべきである。こうして、評価規範違反としての違法性は、刑罰的介入の正当性を法益の観点から限界づけ、侵害原理を体系論理的に保障しようとするものにはほかならない。⁽¹¹⁾

(3) 第三の違法性と責任の区別は、かつて、主観的違法論と客観的違法論の対立の中心的なテーマであった。主観的違法論は、決定規範論(命令説)を前提に、決定規範は規範命令を理解しそれに従い得る者のみに向けられているから、決定規範違反としての違法は責任を前提とすると主張して、違法と責任との区別を否定した。⁽¹²⁾これに対して、客観的違法論は、違法性を評価規範に対する矛盾とし、責任を決定規範に対する違反と解することによって、両者の区別を堅持しようとした。⁽¹³⁾ミル・ブーチは、コミュニケーション理論を援用しつつ、再び、決定規範論から違法性と責任の区別が可能かどうかを問うているのである。

この点につき、日本では、違法性と責任とを一般人基準の決定規範違反と行為者基準の決定規範違反とで区別する見解が有力である。⁽¹⁴⁾しかし、一般人を基準とした決定規範は、行為者の意思に対する働きかけを断念するものであって、決定規範としての意義を失っている。違法段階では意思への働きかけを必要としないというのであれば、法益を基準とした客観的評価規範を拒絶する理由も失われるのではないだろうか。また、一般人を基準とした決定規範違反としての違法性は、行為者を基準とした決定規範違反としての責任を認定するための予備的な存在として、せいぜい責任の推定に資するものにすぎず、実質的な犯罪構成要素としての独立の意義をもち得ない。これでは、主観的違法論との相違は、名目的なものにすぎないであろう。

一方、ドイツでは、違法性と責任との区別を義務充足能力と義務遵守能力との区別によって説明する見解が有力である。⁽¹⁵⁾しかし、義務充足能力と義務遵守能力との区別が必ずしも明確ではないことに加えて、義務充足能力のみでは行為者の意思に対する決定規範の働きかけは機能し得ないのであるから、義務充足能力も結局のところ義務遵守可能性をも含めた決定規範違反性を認定するためのひとつの前提にすぎず、違法性に(最終的な)決定規範違反性としての責任の部分的意義を超えた独立の価値論的な意義を与えることはできないであろう。とりわけ、刑法の目的を規範の妥当性の維持という点に求める場合には、まさに責任の存在を前提とした意識的な規範に対する不服従こそが法的否認の対象となるのではないだろうか。

かくして、違法性と責任とを実体に即して截然と区別するためには、客観的評価規範を採用することが要請される。客観的評価規範論は、法益の侵害・危殆化

に対する否認を内容とする評価規範との矛盾としての違法性に侵害原理の保障を担わせる一方、法益侵害を避けるよう意思決定すべきことを命ずる決定規範に対する違反としての責任に責任原理の保障を担わせることによって、犯罪論体系を確固たる価値論的基盤の上に構築しようとするものといえることができる。

- (1) Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* (1954), S. 69ff.; Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff* (1973), S. 1ff. 増田豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢49巻5号(1977年)122頁など。
- (2) Santiago Mir Puig, *Die Funktion der Strafe und die Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW95* (1983), S. 433ff.; ders., *Über das Objektive und Subjektive im Unrechtstatbestand, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (1989), S. 253 ff.; ders., *Die „ex ante-Betrachtung“ im Strafrecht, Festschrift für Jescheck* (1985), S. 337 ff.
- (3) Santiago Mir Puig, *Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit, GA2003*, S. 863ff. なお、ders., *Objektive Rechtswidrigkeit und Normwidrigkeit im Strafrecht, ZStW108* (1998), S. 759ff. も基本的に同様の方向を示している。
- (4) なお、紹介中の I、II、III の見出しは紹介者が便宜的に付したものである。
- (5) Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente, GS89* (1924), S. 207ff. 佐伯千代「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)55頁以下など。なお、紹介者も基本的にこの立場を支持している(松原芳博「犯罪結果と刑法規範」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(2002年)319頁以下、同『犯罪概念と可罰性』(1997年)218頁以下)。
- (6) 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頁など。
- (7) 井田良「違法阻却の構造とその実質的原理」山口厚他『理論刑法学の最前線』(2001年)58-9頁。
- (8) 井田良「犯罪論体系と構成要件概念」同『犯罪論の現在と目的的行為論』(1995年)70頁以下、松原芳博「犯罪論における『構成要件』概念について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』(1998年)48頁以下参照。
- (9) 松原・前掲註(8)55頁参照。
- (10) 宮本博士は、命令規範論を徹底すれば、「真ニ違法ナルモノハ意思ノミニシテ、身体挙止動静トシテノ行為モ亦違法ト謂フヘカラサルニ至ル」とされている(宮本英脩『刑法学粹』(1931年)215頁)。
- (11) 松原・前掲註(5)「犯罪結果と刑法規範」329頁以下参照。
- (12) Vgl., Alexander Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit, Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Bd. 1* (1903), S. 387.
- (13) Vgl., Mezger, a. a. O. (Anm. 5), S. 207ff. 佐伯・前掲註(5)80頁以下参照。
- (14) 日沖憲郎「違法と責任」『刑法講座2巻』(1963年)100頁以下、大塚仁『刑法概説総論〔第3版〕』(1997年)342頁など。
- (15) Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 1), S. 160ff. 日本では、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)139頁以下など。