

資料

〔外国文献紹介〕

クラウド・ロクシン
「法益保護と個人の自由との狭間における刑事不法」

松原芳博

1 紹介にあたって

ドイツでは、ヴェルツェルの目的的行為論以来、人的不法論ないし行為無価値論が有力化し、不法概念をめぐる議論の現状はもっぱら人的不法論内部の争いという様相を呈している。

そのような中で、クラウド・ロクシンは、イエシエックの90歳の祝賀に捧げられた全刑法雑誌116巻4号(2004年)に寄稿した論文「法益保護と個人の自由との狭間における刑事不法」⁽¹⁾において、刑法の目的を法益保護に求める見地から、不法の実質を法益の侵害・危殆化に求める構想を展開している。そこでは、法益保護原則からの帰結として法益の侵害・危殆化を不法の中核に据えつつ、国民の自由という観点から「許されざる危険」等を内容とする客観的帰属論によって責任を限定すべきことが説かれている。その主張は、結果無価値論的な傾向の強い日本の刑法学にいっそう親和性の強いものであって、参考となる点が多々あると思われる。

また、同論文は、ヴェルツェル、ヒルシュらの⁽²⁾穏健な目的的不法論、アルミン・カウフマン、ツィーリンスキらの⁽³⁾一元的-主観的不法論、ヤコブスの⁽⁴⁾規範妥当否認論という現代ドイツを代表する三つの潮流に対して綿密な検討を加えており、ドイツにおける不法論の現状を知るためにも有益であるといえよう。

2 ロクシン論文の概要

1 法益保護原則と刑事不法⁽⁵⁾

法益は、構成要件の構造および解釈の基礎である。法益概念をいかに定義すべきか、法益概念は刑事政策的要請を実現する手段として立法批判的に援用するこ

とができるのか、保護法益なき構成要件もあり得るのか、といった問題については留保しておこう。しかし、少なくとも通常の場合、刑法上の不法は法益の侵害または危殆化として現れる。刑法各則の規定方法も、原則として保護法益の相違に基づいている。にもかかわらず、今日、不法を行為無価値あるいは規範妥当の否認に見出す見解の台頭によって、刑法上の不法を法益侵害に見出すという理解が揺らいできている。

私は、法益保護の原則からは、一定の必然性をもって客観的帰属論が導かれると考えている。なぜなら、刑法が人間による侵害から法益を保護しようとする場合、その目的は、法益の存立に対する許されざる危険の創出を禁止し、その危険が法益侵害という形で具体化することを不法と評価するという方法によってのみ達成し得るからである。構成要件該当行為は、人間によって創出された危険の実現としての法益侵害にほかならない。

II 法益保護原則と客観的帰属論

このように、客観的帰属論は、法益保護原則を、不法論という理論学的ないし体系論的な範疇へと変換する。のみならず、客観的帰属論は、法治国家的刑法における最大の課題、すなわち安全という国家的利益と自由という個人的利益との調和を実現する。安全の利益が優越するときは、許されざる危険が認められ、それが実現されたならば構成要件的结果の帰属が肯定される。自由の利益が優越するときは、危険は許されたものとなり、それが実現されても結果の帰属は排除される。たとえば、自動車交通は、生命等に対する危険を含む反面、それを禁止すると現代人の移動の自由や生活の質は著しく制限される。そこで、この二つの利益を衡量した結果、確立した交通準則を遵守した場合に生ずる程度までの危険に対しては個人の自由に関する利益が優越する一方、この限界を超えた危険の創出は禁止され、そこから生じた法益侵害結果は行為者に帰属される。また、精神科医が他害の危険の高い患者に監視なしの退院を許可した後に、その患者が複数の殺人を犯したという連邦通常裁判所の事案⁽⁶⁾では、公共の安全という利益と患者の治療の要請とが客観的帰属の基準の下に衡量された結果、患者による殺人は医師に過失致死として帰属されることになったのである。

このように、刑法上の不法の中心は、結果の惹起でも行為の目的性でもなく、許されざる危険の実現である。因果性は、刑事不法の必要条件ではあるが十分条件ではない。一方、目的性は、故意不法の要素にすぎず、不法一般の要素ではない。

不法を許されざる危険の実現による法益侵害と解することは、同時に、存在の世界から規範の世界への転換をもたらす。因果性も目的性も共に存在の世界の力

テゴリーであり、これらを基礎とする見解では、何が殺人であるかといったことはもっぱら存在の世界のカテゴリーによって決せられる。これに対して、客観的帰属論では、死の惹起が殺人行為となるかどうかは、許された危険を超過したかどうかによって規範的に決定されるのである。

このような規範化は、価値衡量による許された危険の画定においてのみならず、この危険の実現においても見出される。危険の実現は、単なる事実的な経過ではなく、注意規範の保護目的に依存するからである。たとえば、自動車運転者が、いったんは法定速度を著しく超過して走行したものの、その後、法定速度にまで減速して走行していた時に突然飛び出してきた子供をはねたという場合、それは不運であって、過失致死行為とは認められない。たしかに、運転者は許された危険から逸脱した。また、この逸脱がなければ、子供が飛び出した時刻には事故現場に到達していなかったのだから、事故は生じなかったであろう。しかし、速度制限規範の保護目的は、事故の時刻に現場に至ることの防止ではなく、高速走行に伴う危険の防止に求められるところ、本事例では、このような危険の実現は認められないから、死の結果の帰属が否定され、過失致死の客観的構成要件が充足されないのである。

このように、客観的帰属論は、法益保護原則から直接導かれるものであって、法益保護の程度を精緻な規則群によって可視化し、社会的に必要な範囲に限定する点で、因果性や目的性といった価値盲目的な存在論的カテゴリーよりもはるかに実り多いものといえよう。客観的帰属論は、因果的不法論や目的的不法論をその内部に包摂しつつも、刑事不法論に新たな次元を付け加えるものである。

刑法上の不法は、法益の侵害または危殆化を前提とする。これを基礎として、客観的帰属論は、個々の場合における保護の利益と自由の利益との衡量により禁止の範囲を画定する。以下では、他の不法論の検討を通じて、このことをさらに明らかにしたい。

III 穏健な目的的行為論

目的的行為論の創始者ヴェルツェルに始まり、ヒルシュによって展開されてきた穏健な目的的行為論は、行為者の目的的な目標設定に刑事不法上の特別の重要性を付与したとはいえ、法益概念を堅持し、行為無価値と結果無価値（すなわち法益侵害）の双方を不法の要件とした。たしかに、ヴェルツェルは、社会倫理的行為価値を維持することによって法益保護はいつそう徹底すると述べている。しかし、ここでの行為無価値の強調は表面的なものといえよう。なぜなら、彼にとって、特定の目的的行為の禁止は、つねに法益保護という目的のための手段にすぎないからである。

しかし、ヴェルツェル学派は、行為無価値と結果無価値とを实体に即して結びつけること、そして、不法の社会的な側面を明らかにし、法益保護の範囲を許されざる危険を創出した場合に限定することに成功していない。ヴェルツェルは、当初、この後者の問題に対して、社会的相当性の概念によって対処しようとしていた。彼は、記述的要素も含めてすべての構成要件上の概念は、法益侵害といった因果的な概念ではなく、社会全体における機能から意味内容を獲得する概念であると述べ、従来の学説が構成要件該当行為を因果的な惹起へと縮減し違法性の段階で初めて法的-社会的意味の世界に立ち入ることを批判していたのである。

このような前提から、初期のヴェルツェルは、許された危険にあたる事案を社会的に相当なものとして構成要件から排除した。もっとも、保護の利益と自由の利益との緊張関係を不法論の内部へと統合するためには、社会的相当性という曖昧な概念から客観的帰属という精緻な基準へと移行することが必要であった。実際、社会的相当行為の多くは、客観的帰属が否定される事案としても特徴づけられるのである。

しかしながら、戦後、ヴェルツェルは、このような「社会的」目的的行為論の方向を放棄し、因果経過に関する価値中立的な被覆決定のみを内容とする「存在法則的」目的的行為論の方向へと転換した。彼は、目的性は因果性とと同じく存在論的な概念であり、人類が初めて道具を用いた時点においてすでに目的的行為論の展開の基礎は出揃った、と述べるに至ったのである。ここでは、客観的構成要件から社会という視点が欠落している。そのため、彼の体系において、社会的相当性は、10年の間、違法阻却事由にすぎないとされ、構成要件に再編入された後も重要な役割を果たし得なかったのである。

ヴェルツェルは、雷に撃たれることを期待して人を森に行かせたという事例について、殺人罪の——単なる因果性に縮減された——客観的構成要件は充足されるとしつつ、行為者には希望ないし願望があるだけで実現意思は認められないから故意が阻却されるという。しかし、本事例では、初期のヴェルツェル自身が主張していたように、むしろ、行為の社会的相当性ゆえに客観的構成要件を充足しないと考える方がより適切であろう。もっと正確にいうならば、本件の行為者は法的に重要な危険を創出していないため、発生した結果を彼に帰属することはできないのである。

ヴェルツェルは、許された危険の問題に気づきながらも、客観的構成要件を因果性へと縮減したために、それを理論的に深化することはできなかった。彼は、あらゆる法益は社会生活の中に機能的に組み込まれており、そのため一定の限度で危険にさらされざるを得ないから、刑法による法益の保護は絶対的ではないという。これ自体は、正当な認識といえる。しかし、この認識は、客観的帰属論に

よって初めて法律学的概念へと変換され得るのである。

ヒルシュは、近時、過失犯における客観的帰属論の有用性を承認するに至ったが、故意犯に関してはなお客観的帰属論を拒否している。彼は、前述の雷事例について、行為は因果事象の支配を必要とするから、具体的な結果の発生を行為者の操縦の及ばない偶然にゆだねた場合にはそもそも結果実現に向けられた行為が認められないという理由により、未遂行為の存在を否定する。しかし、このような操縦可能性の欠如は、目的性が欠けることからの帰結ではなく、行為の客観的危険性が小さいことからの帰結であって、結果の客観的帰属を否定する事情にはかならない。

かくして、穏健な目的的行為論は、あらゆる禁止の基礎にある社会的な利益調整の視点を受容し、それを客観的帰属論という形で解釈学的に加工することによって初めて、実り多い不法論を展開することができる。その端緒は少なからず見られたものの、存在論的な目的構造に目を奪われて十分な発展を遂げることができなかった。ここに、目的的行為論の衰退の決定的な原因がある。

IV 一元的-主観的目的的行為論

アルミン・カウフマンに端を発し、ツィーリンスキやサンシネッティに引き継がれていった一元的-主観的目的的行為論は、刑法上の不法をもっぱら行為無価値の点に見出し、法益侵害結果の発生というものに不法論上の意義を認めない。故意犯は終了未遂によって完結し、過失犯の不法は注意義務違反のみによって基礎づけられる。結果の発生は、構成要件や違法性の要素ではなく処罰条件にすぎない。この立場は、目的的行為論により見出された行為無価値を唯一の不法の基体とすることによって目的的行為論を徹底したものであり、本稿の主張と対極に位置する。一元的-主観的目的的行為論によれば、犯罪は、法益侵害としてではなく、規範違反として理解される。また、そもそもいかなる結果の帰属も問題となり得ないから、客観的帰属の理論は無用となるのである。

一元的-主観的不法論は、第一に、法は行為のみを禁止し得るのであって結果は禁止し得ないこと、第二に、行為者の手を離れた結果を基準とするのは偶然責任の肯定に至ることを理由とする。たしかに、純粹に因果的な事象としての結果の発生は禁止し得ないけれども、許されざる危険の実現としての結果であれば禁止し得るであろう。殺人をめざす行為や死を引き起こすのに適した行為のみならず、まさに、人を殺すこと（Tötung）を禁止するというのは日常用語にも合致する。また、結果も、客観的帰属の要件を充たす限り、決して偶然ではなく、行為者の仕業ということができよう。

一元的-主観的不法論に対する決定的な批判は、刑法上の不法をもっぱら行為

者の表象の世界へと移行させたため、保護の利益と自由の利益の調整を含めた不法の社会的側面が完全に欠落している点に向けられる。もし、結果発生に至らなかった過失犯をすべて結果発生に至った場合と同様に扱うとすれば、社会的に必要な程度を超えて国民の自由を制限することになるであろう。また、終了未遂についても既遂と同等に処罰しなければならないわけではなく、刑の任意的減軽が認められてしかるべきである（ドイツ刑法23条2項）。なぜなら、終了未遂が結果不発生に終わったのは、しばしば既遂に至った場合よりも犯罪に向けたエネルギーが小さかったことに起因するからである。さらに、結果の発生に至ったか否かで、犯行の社会的影響も著しく異なってくる。行為は、社会的領域において社会的な意味に照らして初めて刑法的評価の対象となり得る。重要なのは、行為の個人的な意味ではなく、社会的な意味であるが、それは行為者の主観から読み取ることではできない。

一元的-主観的不法論者のサンシネッティも、比例性の原則および刑法の最終手段性から、過失犯の処罰を結果の発生にかからしめるべきだと述べている。彼によれば、結果を要求しないと、国家は、国民の不注意な態度すべてについて捜査権を及ぼし得るような行き過ぎた介入権限をもつに至ってしまう。そこで、国家が日常生活上の無数の行為について捜査することによって市民を抑圧するのを防止するために、可罰性の範囲を結果が発生した場合に限定するというのである。

しかし、このサンシネッティの説明は、法益の保護と個人の自由との対立を基礎とするものであって、彼の前提と調和しない。彼は、過失犯の結果に「構成」機能ではなく、「選別」機能のみを与えることによって、一元的-主観的不法論を堅持しようとしているが、実は、法益侵害性を無視した不法論が貫徹し得ないことを自ら示しているのである。一元的-主観的不法論は、また、結果を客観的処罰条件と解することによって維持できるわけでもない。なぜなら、結果は、いずれにせよ殺人既遂といった構成要件該当行為として行為者に帰属され得るものでなければならないが、この帰属という考慮は不法という体系段階でのみ可能となるからである。

V 規範妥当否認論

これに対して、ヤコプスの見解は、結果を不法に編入する点のみならず、行為と結果を客観的帰属の基準に従って結びつける点や、行為の社会的な意義に注目する点で本稿の主張に近い。しかし、そのような不法論がヤコプスの刑罰論と整合性を有するかどうかは疑問である。彼の刑罰論によれば、刑法は法益を保護するのではなく、規範の妥当性を保護するものである。このように犯罪の実体を行

為者が規範を否認したことに見出すならば、むしろ、不法は行為無価値に尽きると考えるのが自然であろう。それゆえ、ヤコブスの刑罰目的論を一貫させれば、一元的-主観的不法論に至るべきではないだろうか。法益侵害の理論を否定して規範否認の理論を採用しながら、同時に、法益客体の侵害を既遂不法の要件とするのは不可解である。

この矛盾は、ヤコブスの以下の論述からも看取できる。彼によれば、規範妥当の不承認こそが、刑法の対応すべき対象であり、特殊刑法的な意味での結果にほかならない。この規範妥当の不承認は、外部的結果の発生を待たずして完結している。結果無価値および行為無価値に言及することは、人間の意味表現による規範妥当の不承認を把握するには不適切である、というのである。

ヤコブスは、この矛盾を免れるために、犯罪を構成する規範妥当の否認に関して重要性 (Signifikanz) という意味での「客観化」を要求している。彼によれば、規範妥当の不承認は、コミュニケーションの過程として一定の客観化を必要とする。この客観化とは、規範違反にとって重要な出来事を意味するところ、既遂犯は、法益侵害の事実ゆえに、未遂犯よりも大きな重要性をもつ。そもそも不法が外部的側面を有している以上、法益侵害という事情が不法にとって意味をもってはならないという理由はない、というのである。

しかし、このような説明が、法益の保護ではなく規範の保護を目的とするヤコブスの出発点と両立するであろうか。いうまでもなく、純粋に内心の事情としての規範の否認は、刑法上の重要性をもち得ない。しかし、行為無価値は、すでに客観化された存在であって、それが規範違反として存在している以上、規範の否認という観点からは、それだけで完全な不法を認め得るということになるのではないか。他方で、法益侵害が規範違反にとって重要な出来事であるというのであれば、実際には、不法は法益侵害を根拠としているのであって、刑法は「法益」ではなく「規範妥当」を保護するという主張は、言葉の上のものにすぎないことになろう。

法益侵害という観点の欠落は、ヤコブスの未遂犯の理解にも表れている。彼によれば、未遂犯の処罰根拠は「規範違反の表出」である。犯罪が法益侵害の惹起ではなく規範妥当の侵害であるとすれば、未遂犯もまた法益の危殆化ではなく規範妥当の侵害を内容とする。それゆえ、未遂犯と既遂犯は、まったく同じ処罰根拠に基づくものであって、等しく「規範妥当に対する完全な侵害」を意味するのである。

これに対して、法益侵害を不法の中核とみる本稿の立場からすると、未遂犯の処罰根拠は、第一次的には法益の危殆化に見出される。このように法益と関係づけることによって初めて、予備、未遂、既遂という段階づけを、不法の程度の違

いとして理解し得るのであって、各段階の不法を規範違反の表出として同一視する前提からはその刑の相違を説明し得ないであろう。ヤコブスは、未遂を「表出的で構成要件に近接した規範違反」と特徴づけるが、この構成要件近接性とは、実質的にみると、法益の差し迫った危殆化にほかならず、単なる規範違反の表出を超えるものである。

このような——法益侵害の緩和形態としての——法益危殆化の原則によって、不能未遂も説明することができる。なぜなら、不能未遂も事前判断によれば通常は危険だからである。ドイツ刑法のように、これを超えてまったく危険でない未遂まで処罰する法は、法益保護原則に合致しないものとして改正されるべきである。

不法を法益侵害と解するか否かは、いわゆる特別知識の問題にも影響を及ぼす。たとえば、生物学部の学生がアルバイトでレストランのウェイターをしていた際に、大学で学んだ専門知識のおかげでサラダに有毒な果物が入っていることに気づいたが、そのまま客に提供し、それを食べた客が死亡したという場合に、この学生に殺人罪は成立するであろうか。刑法の任務を法益保護に見出す立場からは、殺人罪の成立に疑いの余地はない。この学生は、毒の入ったサラダを提供することによって客の生命に対する決定的な危険を創出し、その危険が結果へと実現したからである。これに対して、ヤコブスは、規範妥当に対する侵害は社会的な役割への要求に違反した場合にのみ認められるとし、本件の学生はウェイターとして行動しているから学生としての知識を仕事に投入する必要はないという理由で殺人罪の成立を否定する。しかし、生命の保護は刑法の第一の任務であるところ、容易に回避し得る完全に無価値な故意の殺人を許すことにはいかなる利益があるのであろうか。

VI おわりに

法益の保護は、刑法の任務であるだけでなく、不法論の体系化を指導するものでもある。刑法は、構成要件の射程内において許されざる危険から法益を保護する。それゆえ、法益保護と客観的帰属とは、社会的な衡量プロセスを含んだ禁止素材の不可分の構成要素である。本稿で批判した諸見解も、このような理解に対して重大な譲歩を余儀なくされたが、それでもなお多くの点で不十分であるといわざるを得ない。

3 若干のコメント

以上のように、ロクシンは、刑法の目的を法益保護に求める見地から、刑事不

法の実質を法益の侵害または危殆化に見出すとともに、客観的帰属論によってその結果の帰属を限界づけることを通じて国民の自由を確保すべきことを主張した。このような法益侵害性の重視は、不能未遂の可罰性を認めるドイツ刑法の態度を批判し、不能未遂のうち法益に対する危殆化をまったく欠いたものを不可罰とすべきことを主張した点にも象徴的に示されている。

たしかに、客観的帰属の中核をなす「許されざる危険の創出」は、行為時を基準として判断される。しかし、それは独立した行為無価値性を基礎づける要素としてではなく、あくまで法益の侵害・危殆化といった結果を行為に帰属させるために要求されるものにすぎない。ロクシンにあっては、法益の侵害・危殆化という結果の帰属する行為、すなわち、法的な意味において結果を引き起こしたといえる行為こそが違法とされるのである。行為時の「許されざる危険」を仮に行為無価値と呼ぶとしても、それは結果の帰属原理であるにとどまり、処罰根拠はあくまで法益の侵害・危殆化にあると考えられる。それゆえ、ヴェルツェルが「結果無価値は行為無価値の非独立的な要素である」と述べたのとは反対に、ロクシンの立場からは、「行為無価値は結果無価値の非独立的な要素である」ということもできるであろう⁽⁸⁾。こうして、不法概念の統一は、法益の侵害・危殆化を機軸とすることによって可能となるのである。

これに対して、不法の中核を意思決定規範違反に求める人的不法論は、結果の位置づけをめぐる困難な問題に直面する。

一方で、二元的行為無価値論の見地から、結果を決定規範違反の要素と解するならば、事前的に行為者に働きかけるべき決定規範の内容が、事後的な結果の発生によって変動するという矛盾が生じる。また、不法概念の内部で、行為無価値を決定規範違反と解しつつ、結果無価値を制裁規範違反として説明するならば⁽⁹⁾、不法概念はまったく異質な二つの要素を抱え込むことになり、その内部的な統一性を保持し得ないであろう。

他方で、一元的-主観的行為無価値論は、結果を初めとする行為の客観面を不法概念から排除することにより社会性を喪失してしまう。実定法上も社会生活上も重要な意味をもつ結果を考慮せずして刑法上の不法概念を構想することは困難であろう。これに対して、結果を客観的処罰条件として説明するのは、表面的であり、実体に反している。結果が客観的処罰条件にすぎないのであれば、結果と行為との間の客観的・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場合、客観的処罰条件である結果の有無によって刑の軽重が決まるというのも不合理であろう。

ヤコブスの規範妥当否認論も、法益の侵害・危殆化という結果の意義を適切に説明し得ず、また、「規範のひとり歩き」を許す点で問題を含んでいる。規範の

妥当性の不承認という観点からは、「規範を守らない」と宣言することも「規範違反の意味的表出」となりかねない。このような単なる宣言ないし意思表示を刑事不法の範囲から除外するためには、法益の侵害・危殆化という観点が不可欠であるといえよう。

かくして、刑罰による介入を法益保護のために必要な範囲に限定し、「規範のひとり歩き」による不必要な処罰を回避するためにも、法益の侵害・危殆化を中核とした不法概念の構築が望まれるのである。⁽¹¹⁾

- (1) Claus Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004), S. 929ff.
- (2) Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), S. 1ff.; Hans Joachim Hirsch, Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, Festschrift für Lenckner (1998), S. 119ff.; ders., Die akute Diskussion über den Rechtsgutsbegriff, Festschrift für Spinellis (2001), S. 425ff.; ders., Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, Festschrift für Lampe (2003), S. 515 ff.; ders., Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, Gedächtnisschrift für Meuer (2002), S. 3ff., S. [紹介として、松原芳博「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—」早稲田法学78巻3号(2003年)263頁以下]。
- (3) Armin Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für Welzel (1974), S. 393ff.; Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff (1973), S. 1ff.; Marcelo A. Sancinetti, Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt von Versuch (1995), S. 1ff.; ders., Dogmatik der Straftat und Strafgesetz (2003), S. 1ff.
- (4) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1991), 7/35ff.; ders., Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung? Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Seiji Saito (2003), S. [17] ff. [『刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古稀記念—』(2003年)]。
- (5) I、II…の見出しは、紹介者が便宜上付加したものである。
- (6) BGH StV 2004, 484.
- (7) 同様の方向を示すものとして、Hans Joachim Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, Festschrift für Roxin (2001), S. 711ff.
- (8) 曾根教授は、「行為無価値は、結果無価値との関係でのみ意義を有する形式的・非独立的違法要素といえることができる」とされる(曾根威彦『刑法総論[第3版]』(2000年)100頁)。
- (9) 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。このほか、行為無価値を行為規範によって基礎づける一方、結果無価値を保障規範によって基礎づけるものとして、Wilhelm Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für Paul Bockelmann (1979), S. 155ff.
- (10) 通例、「規範のひとり歩き」は処罰拡大の方向で問題とされるが、本文中のウエイターの事例は処罰縮小方向での「規範のひとり歩き」として興味深い。
- (11) 決定規範ないし行為規範に独立の意義を認めるという意味での規範主義と、事実の記述に還元し得ない法的価値の次元における議論という意味での規範的考慮とは、まったく別個のもの

のである。両者の混同によるのであろうか、日本では、むしろ法益侵害を重視する見解ほど後者の意味での規範的考慮に対しても否定的な態度をとっている。しかし、法益の選別からして価値にもとづくことは否定し得ない。そもそも、刑法解釈学におけるあらゆる判断が処罰の正当性に関する言明を必然的に伴っていることからすれば、法的な価値への言及は避けて通れないものといわねばならない。