

宮本英脩の規範理論Ⅱ

——一般規範の法源について——

三 上 正 隆

序

第一章 成文法

第一節 刑法

第一款 刑法の法源性

第二款 意義と問題点

第二節 刑法以外の成文法

第一款 刑法以外の成文法の法源性

第二款 意義と問題点

第二章 不文法

第一節 不文法の法源性

第二節 意義と問題点

結語

序

違法の統一性と相対性の問題は、犯罪の成立要件である違法性の領域における可罰的違法性概念の有用性を判断する際に重要な意味を有する。⁽¹⁾さらに、「奪取罪の保護法益における本権説と占有説の争い」「不法原因給付と横領」「公務執行妨害罪における職務行為の適法性の内容」などの刑法解釈論における個別論点の結論を左右するものでもある。⁽²⁾このような違法の統一性と相対性の問題は、違法性で前提とされる規範が如何なるものであるかという問題をその前提としており、規範理論と密接な関係を持つ。⁽³⁾かくして、規範理論は違法の統一性と相対性の問題と関係性を有しながら、刑法解釈論に大きな影響を及ぼすものであると言うことができる。しかしながら、刑法解釈論において用いられる行為規範や評価規範といった規範の概念は一義的に明らかとなっていないものとは言い難く、これを明確にするためには規範概念それ自体の考察が要請される。⁽⁴⁾その一助とすべく、筆者は以前、宮本英脩が構築した規範理論を規範の目的・名宛人という観点から考察し、その現代的意義を探った。⁽⁵⁾本稿では、この考察に引き続いて、宮本が用いる一般規範は如何なる形式において存在するのか、という一般規範の法源の問題を明らかにして、刑法上の規範概念の明確化に努めたい。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

第一章 成文法

法源は大別して成文法と不文法とに分けられる。本章では、前者の成文法に焦点を当て、宮本が一般規範の法源として成文法を如何に考えていたのかを考察していく。

第一節 刑法

宮本は犯罪論体系を規範的評価と可罰的評価に対応させる形で違法性と可罰性とに大きく二分し、違法性は一般規範の問題であり、可罰性は刑法の問題であるとする。⁽⁹⁾そこで本節では、成文法の中でも刑法を考察の対象とし、宮本の規範理論において刑法が一般規範の法源たり得るか、という問題を検討する。

第一款 刑法の法源性

かつて、ビンディングは規範(Norm)と刑罰法規(Strafgesetz)とを分離・対置した。⁽¹⁰⁾他方、宮本も「法律的規範ハ之ヲ其法益ニ対スル關係ヨリ見ルトキハ、自ラ二種ニ別ル。一ハ一般的法律規範(一般規範)即チ狹義ノ法律的規範ニシテ他ノ法律的規範ニ關係ナク、独立ノ當為トシテ第一次ニ法益ヲ保護ス。〔中略〕其ニハ一般規範ノ違反ヲ条件トシテ之ニ対シ一定ノ結果ヲ付与スヘキコトヲ定ム。〔中略〕斯カル制裁ヲ定ムル法ハ、〔中略〕之ニ由リテ一般規範ノ拘束力ヲ確保スル作用ヲ有スルモノニシテ、一般規範ヲ第一次法(Primäres Recht)ト謂フニ対シテ之ヲ制裁法、又ハ第二次法(Sanktionelles od. sekundäres Recht)ト謂フ。刑法ハ此制裁法中ノ最モ有力ナルモノナリ。此意味ニ於テ刑法ノ特質ハ通常其保護セラルル法益ノ特殊ナル点ニ存在セスシテ、一般規範ノ保護スル各種ノ法益ニ対シ第二次の二作用スル保護ノ方法ノ特殊ナル点ニ存ストシテ理解セラル」〔括弧内及び傍点原著〕として、ビンディングの見解に倣い、一般規範と制裁法(刑法)とを分離・対置している。⁽¹²⁾そして、両者は、共に法益保護を目的とし、この目的達成のための手段として、第一次的に機能する法律的規範が一般規範であり、第二次的に機能する法律的規範が制裁法(刑法)であるとしている。

このように、宮本にあっては一般規範と制裁法(刑法)とが共通の目的を有するものの、分離・対置されている。

それではこの場合、刑法が一般規範の法源たり得るのであるのか。この問題につき、宮本は「一般規範は法文に表面から規定してあることもあるが、寧ろ制裁法その他の法令を通じて暗黙に示されてゐるか、又は単に社会觀念として成立するに過ぎぬ場合が多いのであつて、例へば刑法には『人ヲ殺シタル者ハ云々ニ処ス』といふ制裁規定はあるが表面から『人ヲ殺スベカラズ』といふ規定はない。然しかやうな場合には、その裏面にかかる一般規範が示されているのである⁽¹³⁾」と述べ、一般規範が刑法を法源とすることを認めている。

その理論的根拠は法源に対する宮本の考えから窺い知ることができる。宮本は法源につき、「私の考へでは、法文即ち法ではないから、単一の法が数個の淵源を有して妨なきが如く、一個の法源は又数個の法の淵源たるを妨げぬものと思ふ。蓋し法源は畢竟法の発見のための資料たるに外ならぬからである。さうすれば、刑法その他の法から発見し得る禁令又は命令はその者として独立の法であつて、これを刑法から同時に発見し得る刑法自体と区別するについて、毫も支障のあるべき理由はない⁽¹⁴⁾」と述べている。このような法源の理解を基礎に宮本は、刑法という「一個の法源⁽¹⁵⁾」が、制裁法としての刑法の「淵源」であるのと同時に、一般規範の「淵源」であることをも認めているのである。それでは、一般規範は刑法に規定された違法阻却原因（違法性阻却事由）をもその法源としてしているのであるか。この点につき宮本は『刑法講義』において、「此の定型（違法行為の要件としての基準類型）は法律に於て多く一応その輪郭が示されてゐる（例へば人を殺すこと、他人の財物を窃取すること）。然しその輪郭は単に直線的な素描であつて、正確な型は之に削正が加へられて初めて完成するものであつて、此の加工の關係を學問上違法阻却（予の所謂違法類型阻却）といふ。但し違法阻却といつても右の如く違法行為そのものの本来の定型が削正されるのではなく、削正された結果が違法行為の本来の定型を示す關係に由来するのであるから、違法阻却とは畢竟便宜上の考へ方に過ぎない⁽¹⁶⁾」（『亀甲内筆者、丸括弧内原著』）としている。ここから宮本が一般規範を導く「違法行為の本来の定型」は違法

阻却原因をもその内実として構成されると考えていた、と理解することができる。したがって、宮本の見解においては、違法阻却原因を定める規定も一般規範の法源であると言うことができる。⁽¹⁷⁾ その結果として、一般規範は「違法阻却原因」を取り込んだ形式、例えば「正当な理由なく人を殺すな」という形式で表され、正当防衛行為はかかる形式での一般規範には違反せず、そもそも初めから禁止されていない行為であるということになる。このように考える帰結として、宮本は「違法（類型）阻却原因（中略）」たる事実がないに拘らず、これありと誤信した場合は、「中略」故意を阻却する。例へば正当防衛又は緊急避難の場合に於て、急迫不正の侵害又は現在の危難がないに拘らずこれありと誤信し「中略」た場合の如きがそれである」〔括弧内原著〕として、誤想防衛・誤想避難はいずれも故意を阻却すると解するのである。⁽¹⁸⁾

以上のようにして、宮本は一般規範と制裁法としての刑法とを分離・対置するものの、刑法が一般規範の法源たり得ることを認め、さらに違法阻却原因もそこに含まれると解していたと結論づけることができる。

第二款 意義と問題点

第一款で明らかになったとおり、宮本は一般規範と制裁法としての刑法とを分離しつつ、一般規範の法源として刑法を認めていた。それではなぜ宮本は一般規範と制裁法としての刑法とを分離したのであるか。またそこには如何なる問題点があるのだろうか。さらには、宮本が刑法を一般規範の法源とした意義はどこにあり、問題点は如何なるものであろうか。

(一) 一般規範と制裁法としての刑法とを分離する意義と問題点

第一に、宮本が一般規範と制裁法としての刑法とを分離する意義は規範的責任主義という考え方に関係する。ここ

に規範的責任主義とは「刑事責任は一般規範（中略）即ち法の命令又は禁令に違反し規範的に違法と判断された行為の中についてのみこれに対して認められるといふ考へ方」⁽¹⁹⁾であり、言い換えれば「刑法が或る行為を犯罪とするについては、その前提としてその行為が一般規範に違反した違法行為でなければならぬ」⁽²⁰⁾とする主義である。宮本は規範的責任主義という概念を用い、行為を犯罪とするにはその前提として一般規範違反が不可欠であるとの考えを示したのであった。この規範的責任主義は刑罰の目的と密接な関連を持つ。宮本はいわゆる主観主義刑法理論を採用し、刑罰の目的につき「特定の犯人に対して犯罪の反復を防止する効果に重きを置く」特別予防主義を採用している。⁽²²⁾かかる特別予防の効果は、犯人に「価値を感銘せしめて規範意識を覚醒させる」こと、すなわち感銘と改善を通じて得られるとし、さらに「刑罰の感銘力は即ち当然にこの判断（違法判断）の告知を前提とするものである」⁽²⁴⁾（括弧内筆者）とする。こうして、刑罰によって行為者の眠れる規範意識の覚醒を実現するためには、その前提として一般規範違反という意味での違法が要求されるのである。このようにして、刑罰を科す制裁法としての刑法の発動にはこれと分離された一般規範に対する違反が不可欠の前提となるのであるが、このことはまた一般規範が制裁法としての刑法とは独立した意義を有することを意味する。その独立の意義とは、一般規範が行為規範・評価規範として果たす役割である。すなわち、一般規範は、行為前において行為規範として行為者の意思に働きかけてその行為をコントロールし、もって法益の保護を図るという役割を有する。さらに、かかる行為規範が破られ行為者が犯罪行為に出た後には、行為規範は評価規範に転化し、一般規範は評価規範として当該行為に違法評価を下す。ここでの違法は「行為に対する単純な判断でなくして、規範の作用として、動的には、何時でも行為者に対してその判断を告知して反省を求めこれを啓発するための目的的反動」⁽²⁵⁾である。したがって、評価規範は違法評価をなすことで行為者の眠れる規範意識を覚醒させ、事後の再犯を防止するという役割を果たすのである。⁽²⁶⁾このように、一般規範は行為規範・評価規範という形を

とつて法益を保護する役割を担う。かかる一般規範の役割を認めるためには一般規範が制裁法としての刑法から分離されて独立の規範として認められる必要があったのである。逆に言えば、一般規範と制裁法としての刑法が分かれず、後者だけが存在すると考えた場合には、行為規範による行為コントロールや評価規範による規範意識の覚醒を通じて法益を保護することができなくなってしまうのである。こうして、一般規範と制裁法としての刑法とを分離する第一の意義は、規範的責任主義を前提とする行為規範・評価規範による法益保護コンセプトを可能ならしめる点にあると言える。

この点に対しては、違法と責任との区別が失われるという問題点を指摘し得る。すなわち、規範的責任主義は一般規範違反という違法を刑罰の前提とするが、ここでいう違法は「畢竟一定の能力及び意思を前提とする主観的違法」ということになる。⁽²⁹⁾より詳しく言うならば、違法は行為者の規範的責任能力及び故意・過失を内容とする意思をその要件とする。その結果、宮本の規範的責任主義を前提とすると、違法と責任との区別が失われることになってしまうのである。確かに、行為規範による行為コントロールや評価規範による規範意識の覚醒に実効性を持たせるという観点からは名宛人に対し規範的責任能力を要求することに大きな意義があり、この点において違法と責任を一致させる必要があるとも言える。しかし他面、違法と責任との区別⁽³⁰⁾は犯罪の分析的把握に資し、かつ侵害原理と責任原理とを十全に保障するといった役割をも担うと解することもでき、このような区別の意義を如何にして補うかが宮本の見解においては問題となろう。

第二に、一般規範と制裁法としての刑法とを分離する意義は謙抑主義と関連する。⁽³²⁾宮本は「刑法は必ずしもその力を過信して犯罪の予防の必要性を強調し、毫もその要求を曲げざるが如き不遜な態度を学ぶものではなく、吾々の実際生活における諸般の事情を考慮して、罰すべきや否やの限界を立て、違法行為⁽³¹⁾中特に所謂可罰的価値のあるものだ

けを、而も必要なる限度において選り抜いてこれを罰する。刑法の斯かる態度」を謙抑主義と呼んでいる。⁽³³⁾ このような謙抑主義はその定義からも明らかな通り、可罰的評価（可罰性）が規範的評価（違法性）を限定するという構成において具体化されている。^{(34) (35)} 例えば「単純な債務不履行や過失に因る他人の物の毀棄といふが如きは、（一般規範違反として違法であつても）刑法に斯かる可罰類型に関する規定を缺くから、たとへそれが可罰的能力者の行為であつても罪にはならない」（括弧内筆者）という例や⁽³⁶⁾「散歩の際路傍の生垣の花一輪を摘むが如きことは、他人の所有権に対する侵害であつて一般規範上違法ではあつても、刑法上窃盜罪を構成しない」という例は⁽³⁷⁾このような構成の表れと言えよう。このように可罰的評価が規範的評価を限定するという構成は、一般規範と制裁法としての刑法とを分離し、それぞれに規範的評価と可罰的評価とを対応させることによつて初めて可能となるものである。ここから、一般規範と制裁法としての刑法とを分離させる第二の意義は刑法理論において謙抑主義を具体化する点にあつたと考えることができる。

これに対しては、可罰的評価が規範的評価を限定するという構成は、結局初めから可罰的評価だけで評価を行った場合と処罰範囲は変わらないのであり、このような構成を取るからといって謙抑主義が実現されるとは必ずしも言えないのではないか、との問題が提起されよう。また、宮本の謙抑主義が処罰を限定するという点において機能するとしても、一般規範による行動統制を抑制するという点において機能するのにかについては疑問の余地がある。先述したように、宮本の構成に従えば、刑法上規定されていない過失器物損壊行為までもが一般規範により禁止される余地がある。かかる結論は、法益をより十全に保護するという見地からは過失器物損壊行為をも国家による行為統制の下に置くのが望ましいとも言え、支持することも可能である。しかし反面、このような軽微な行為がすべて一般規範により禁じられることは、市民の行動の自由が過度に制約されることにつながりかねない。宮本が一般規範と制裁法とし

ての刑法とを分離することによって実現しようとする謙抑主義はこの点に対する配慮を欠いているのではないであらうか。謙抑主義は処罰が謙抑的であるほかに、規範による市民の行動統制が謙抑的であるとされるときに、初めて実現されるものと思われる。一般規範による禁止・命令が向けられる行為の範囲を決する際には、法益保護の実現という観点のほかに市民の行動の自由の確保という観点をも考慮の対象に含める必要がある。⁽³⁸⁾

第三に、一般規範と制裁法としての刑法とを分離する意義は実際上の理由に基づく。ある行為が可罰性を欠き犯罪が成立しない場合、仮に一般規範と刑法とを分離せず制裁法としての刑法だけしか存在しないと考えた場合には、刑罰が科されない以上、法はこの行為に対してなんら関与できないことになる。これに対して、一般規範と制裁法としての刑法とを分離したときには、可罰性を欠き犯罪が成立しない場合であつてもなお一般規範違反が認められることになる。その結果として、事前に一般規範は行為規範として当該行為を禁止することができ、かつ事後には評価規範として行為者の規範意識を覚醒させるという役割を果たすことができる。このことを具体例により見てみよう。宮本の見解において可罰性の欠如は可罰性の要件たる可罰能力性および可罰類型性のいずれかを具備しないときに認められるが、⁽³⁹⁾後者の可罰類型性を欠く場合は二つある。可罰類型性を欠く第一の場合には、刑法上可罰類型に関する規定を欠く場合である。「例へば単純な債務不履行や過失に因る他人の物の毀棄といふが如きは、刑法に斯かる可罰類型に関する規定を缺くから、たとへそれが可罰的能力者の行為であつても罪にはならない」⁽⁴⁰⁾ことになる。もつともこの場合、一般規範違反は認められるから、⁽⁴¹⁾一般規範（行為規範）によりかかる行為は禁じられており、さらにこの禁令が破られた場合には一般規範（評価規範）により違法評価が下され、それにより行為者の眠れる規範意識が覚醒されることになるのである。他方、可罰類型性を欠く第二の場合には、刑法上可罰類型に関する規定はあるものの、可罰類型阻却原因が存在するために、可罰類型性を欠くとされる場合である。可罰類型阻却原因には種々あるが、ここでは「被害

法益の価値が極めて軽微なる場合⁽⁴²⁾」を例に取る。宮本は「散歩の際路傍の生垣の花一輪を摘むが如きことは、他人の所有権に対する侵害であつて一般規範上違法ではあつても、刑法上窃盗罪を構成しない」という事例を挙げている。⁽⁴³⁾

この場合、刑法上窃盗罪という可罰類型に関する規定（刑法二三五条）は存在するものの、被害法益が「花一輪」と極めて軽微であるため、可罰類型阻却原因が認められ「刑法上窃盗罪を構成しない」。その結果、刑罰による規範意識の覚醒は望めない。しかしながら、刑罰が科されなくても「一般規範上違法」であり、このことは、行為前には一般規範（行為規範）により路傍の生垣の花一輪を摘む行為が禁止され、行為後には一般規範（評価規範）によりこの行為が違法であると評価され、行為者の規範意識が覚醒され得ることを意味する。こうして「路傍の生垣の花一輪」は制裁法としての刑法によつて保護されないものの、一般規範によつて保護されることになる。一般規範を制裁法としての刑法から分離させることは、このように価値が極めて軽微である法益をも法による保護の下に置くことを可能ならしめる点で意義を有する。さらに、価値が極めて軽微な法益に対する侵害行為は一般規範に違反して違法であることになり、このような行為が「不正な侵害」（刑法三六条一項）と認められ、これに対する正当防衛行為が可能となる。宮本が、可罰類型阻却原因は「何れも可罰類型性のみを阻却するものであるから、行為が根本に於て違法である限り、これ等の原因の存するに拘らず、その行為は依然として違法たるを免れない」として、可罰類型阻却原因が存在する場合であつてもなお該行為が違法であることを強調していることは、宮本が右で述べた一般規範と制裁法としての刑法との分離の意義を重視していたという事実を有力に証拠立てるものであると言ひ得る。

このように一般規範と制裁法としての刑法との分離を認め、可罰性はないものの違法性（一般規範違反）は存在すると構成する宮本の見解に対しては、前田雅英から「違法な行為ではあるが処罰に値するほどの違法行為ではない」という、違法性判断の二重構造を堅持することが妥当なのだろうか。〔中略〕端的に、それが『違法性を欠く』と構

成すれば足りたように思われる」⁽⁴⁴⁾との批判がなされている。確かに、犯罪の成否ないし処罰の可否を決するという点に着目するならば、前田の言うとおり、可罰的違法性だけを認め、違法段階で処罰に値するか否かを検討する方がより直截で思考経済に適っているであろう。また、このような前田の見解に与する場合には、路傍の生垣の花一輪を摘むといった法益侵害の程度が軽微な行為は可罰的違法性を欠くため法的介入を受けないことになり、法が市民の行動の自由を制約する程度が少なくなると言える。もつとも、前述の通り、如何なる行為が一般規範により禁止・命令を受けるのかという問題は、市民の行動の自由の確保と法益保護の実現とを調和させた形で決せられなければならない。まず、法益保護の実現の見地から「路傍の生垣の花一輪」を摘む行為をも違法行為とすべきであるとの価値判断を下すことも十分に可能である。仮にこのように解する場合には、可罰的違法性論を否定し、一般規範と制裁法としての刑法とを分離して「違法性はあるが、可罰性がない」という理論構成を取る必要がある、この点においてなお宮本の構成にも一定の意義を認めることができる⁽⁴⁵⁾。

最後に、一般規範と制裁法としての刑法とを分離することの意義は法律上の規定に基づく。宮本は一般規範による違法評価の意義を「法律上特別の形式」が定めている場合があると⁽⁴⁶⁾する。それは旧刑事訴訟法三七〇条であり、本条によれば「裁判長は無罪の言渡を為した場合にもなほ訓諭を為し得ることになつてゐる。このことは行為が罪とならざるもなほ違法な場合に特に意義を有する」と宮本は述べている。⁽⁴⁷⁾無罪の言渡しがなされる場合に、同時にその行為が違法でないといわれるならば、その行為に対して訓諭をする根拠がなくなるであろう。当該行為が違法であるからこそ、訓諭をなす根拠が存するのであり、ここでは一般規範（評価規範）による違法評価が法律上の意義を有していると言える。

もつともこのような理解に対しては、そもそも無罪の言渡をなす場合に訓諭をなして良いのかという問題が残る。

（二） 刑法を一般規範の法源とする意義と問題点

次に、刑法を一般規範の法源とする意義と問題点を検討しよう。刑法を一般規範の法源とする意義は、ある行為を罰する規定が刑法以外の成文法上にはなくとも刑法上にあれば、それを根拠にその行為を禁止することができるという点にある。ここでは現住建造物に火を放つてこれを焼損させる目的で、ガソリンなどの放火の材料を用意したといったような現住建造物等放火罪の予備行為を例に取ろう。かかる行為は民法上不法行為（民法七〇九条）とはされず民法を法源とする一般規範により禁じられていると解することはできない。この行為を禁じる一般規範は刑法の規定、すなわち放火予備罪（刑法一一三条）を法源とすることによって初めてこれを認めることができるのである。このようにして、一般規範が刑法を法源とするときには、現住建造物等放火罪の予備行為など他の成文法では禁止することができない行為を禁止することができるという意義がある。

もつとも宮本はさらに進んで、人に暴行を加えるために竹刀を入手したといったような暴行罪の予備行為は暴行罪の既遂規定（刑法二〇八条）を法源とする一般規範により禁じられていると解する。すなわち宮本は「予備を罰する規定がないから、予備は制限又は禁止を受けぬ」とする判例⁽⁴⁸⁾に対し「予備が罪とならなくとも、或る一定の行為が罪とされてゐる以上、その前提たる規範がその予備をも禁止していることは当然であつて、このことは予備が共に罪とされてゐるといふ点と関係なき事柄である」⁽⁴⁹⁾と述べ、宮本はたとえ当該予備行為を罰する規定が刑法上なくても、その既遂行為を罰する規定があれば、それにより当該予備行為を禁止することが可能となるとする。しかし、このような構成に対しては、刑法が予備罪と既遂罪を区別して規定していることを無視するものであり、このことは一般規範の法源を刑法とすることと矛盾するのではないかという疑義が提出されよう。刑法を一般規範の法源と考えるときには、予備行為を禁止する一般規範は予備罪の規定から、既遂行為を禁止する一般規範は既遂罪の規定から、それぞれ

別個に導く構成になると思われる。⁽⁵⁰⁾

第二節 刑法以外の成文法

前節では宮本が一般規範と制裁法としての刑法とを分離しつつ、一般規範の法源として刑法を認めていることを明らかにし、その意義と問題点を検討した。本節では続いて刑法以外の成文法（民法・行政法など）の法源性について検討を加える。

第一款 刑法以外の成文法の法源性

宮本は刑法以外の成文法を一般規範の法源として認めていたのであるうか。この点について宮本は「違法性については、これを一般の違法と刑法上の違法とに分ける者が少くない」（傍点原著）と指摘し、「これにあつては刑法がその処罰規定の背後に含んでゐる禁止規定に違反する場合は、刑法上の違法であり、民法商法といふが如き刑法以外の法の禁止の趣旨に違反する場合は、一般の違法である」とする見解を「違法二元論」と呼んでいる。⁽⁵²⁾ このような違法二元論が規範概念を認めるとき、刑法規範とそれ以外の法規範との二つが認められることになる。しかしながら、宮本はこのような違法二元論には与しない。宮本は「予の解する所では、たとへ関係ある法源は如何に多数であつても、同趣旨の法は同一国家に在つては唯だ一つである。それは宛かも一元的な観世音菩薩が三十三体に示現するといふのと同様に、一つの法が多数の法令に現はれてゐるに過ぎない。斯やうに考へれば、違法は総て一元的のものであることが明かになるだらうと思ふ」⁽⁵³⁾として、違法判断は法秩序全体で一元的なものであると解する違法一元論に立つ。さらに「刑法によつて（又は刑法と共に他の法によつても）示される禁令又は命令を独立の規範と解する。〔中略〕犯

罪は規範に違反することによつて刑法に該当するものであるから、刑法は規範を前提とすれ、規範は決して刑法を前提とするものではない⁽⁵⁴⁾」「括弧内原著」とし、一般規範は刑法とは独立した規範であるとした上で、このような独立性から刑法以外の成文法をもその法源とすることを宮本は認めている。

このように一般規範は刑法および刑法以外の成文法をもその法源としてしていると解するときには、刑法と刑法以外の成文法がどのような関係に立ち法源として成り立っているかという点が問題となる。この問題につき宮本は「民法の規定は刑法の規定する禁止規範の内容を全般的に制約するものであつて、刑法の予定する禁止規範は民法を離れて独立してゐるものではないのである。つまり窃盜の意義と窃盜を違法とする趣旨は民法、刑法等を土台として始めて完全に現はされてゐるのである⁽⁵⁵⁾」と述べている。つまり、「禁止規範」（一般規範）は、刑法を法源とするもさらに民法をもその法源とし、民法が刑法を補充することを通じて、完全な法形式として存在することになる。また、一般規範が刑法以外の成文法のみを法源とすることも可能とされている。例えば、宮本は前述の通り刑法上処罰規定のない單純な債務不履行行為も一般規範により禁止される可能性を認めているのである⁽⁵⁶⁾。

次に、このように宮本が一般規範の法源を刑法と共に刑法以外の成文法と解した具体的帰結を見てみよう。右で述べた通り、一般規範の法源を刑法以外の成文法にまで広げることは違法一元論を意味することになる。その結果として、「刑法第三五条の意義については、〔中略〕ただ各本条に含まれている当然の事理を一層一般的に明白にしたものに過ぎぬ⁽⁵⁷⁾」ということになる。すなわち、法令行為が罰せられないのは違法一元論の下で法秩序を統一的に解した結果であつて、三五条はこのことを確認した注意規定であるにすぎないと捉えられることになる。また法律に関する錯誤について宮本は、「法律の錯誤を刑罰法の錯誤と非刑罰法の錯誤とに區別し、前者は故意を阻却しないが後者は畢竟事實の錯誤であるから故意を阻却する見解」を否定する。宮本においては違法一元論を採用する結果として「民法が

所有權を認めてこれを保護するのと刑法が窃盜を禁止するのとは、本質上決して別個の事柄ではない。即ち、民法の規定は刑法の禁止規範の内容を全般的に亘つて制約してゐるものであつて、刑法の禁止規範は民法を離れて全然独立してゐるものではないのである。つまり窃盜の意義と窃盜を違法とする趣旨とは民法及び刑法によつて（或は民法及び刑法に通してといつてもよい）、初めて完全に表はされているのである。従つて刑罰法と非刑罰法とを区別するといふことは、単に器械的に法源の區別を試みたにすぎないものであつて、法その者の論理的區別ではない。又た従つて理論上の問題としてこの二種の錯誤（刑罰法の錯誤と非刑罰法の錯誤）を區別するのは不可能なことなのである」〔亀甲内筆者、丸括弧内原著〕と述べ、刑罰法の錯誤と非刑罰法の錯誤を統一的に扱っている。さらに、不法原因給付と横領の問題については、「この種の物（不法原因給付物）は占有者に於て全然返還義務のないものであるから、これを領得することは本来違法ではない」〔括弧内筆者〕とし、横領罪の成立を否定している。かかる結論は、民法上保護されない利益は刑法上も保護すべきではないという、違法一元論が指向する法秩序の統一性からの要請と一致しう。

第二款 意義と問題点

それでは、以上のように一般規範の法源を刑法以外の成文法とすることの意義と問題点は如何なるものであろうか。

まず意義としては法秩序の統一性が実現されるという点を指摘することができる。一般規範の法源性を刑法及び民法以外の成文法にも認めることによつて、違法が一元的に判断されることになり法秩序を統一的に理解することが可能となる。その結果として「国家意思は本来一個のものであるべきである以上、同一の事実について、異なる法律の

目的ないし観点から、違法判断が相対的になることがあつてはならない⁽⁶¹⁾という要請に応えることができる。さらに、一般規範の法源を刑法以外の成文法にも求めることによって、規範矛盾といった事態を回避することができる。先述したように、一般規範は事前には行為規範として行為者の行為をコントロールし、もつて法益を保護する機能を営む。一般規範（行為規範）がこのような役割を実現するためには、ある行為が民法では適法行為として許容され、刑法ではこれが違法行為として禁じられるといった規範矛盾があつてはならない。この点、違法一元論に立ち法秩序の統一性を実現するとき、行為の適法・違法は法分野ごとの規範により決せられることなく一般規範だけにより一元的に判断されるため、市民に対して為すべき行為または為すべきでない行為を統一的に命じることが可能となり、右に述べた要請に応えることができる。一般規範に命令・禁令をなす行為規範としての機能を適切に果たさせるためには、一般規範の法源として刑法以外の成文法を認めることが不可欠であると解し得よう。⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾

このようにして、一般規範に刑法以外の成文法を取り入れる宮本の見解には意義が認められるものの、次のような問題点もまた指摘することが可能である。

まず、宮本は「規範関係又は法律上の行為の相対性」という理論（以下「法律上の行為の相対性の理論」と略す）を認めている。⁽⁶⁴⁾この理論が、一般規範の法源として刑法以外の成文法を認め違法一元論に立つ宮本自身の立場と矛盾する余地があり、この点に関する検討が必要となる。ここに「法律上の行為の相対性の理論」とは「単一の意思表動であつても、これに対する価値的な観察の標準が数次に適用される場合には、法律上の行為もその適用の数だけ重層的に考へられる」とする理論であり、「それは恰も一個の骰子が六個の面を有するが如きもの」であるとする⁽⁶⁵⁾。この理論が導かれる根拠は、法律上の観念がすべての素材を一定の法律的規範に照らして適法か違法かという観点から価値的に見た相対的な観念であることに求められている。⁽⁶⁶⁾「法律上の行為の相対性の理論」の適用例としては、「医療は

これを業とする場合に免許を受けずして行つたときには、犯罪となるが（例、医師法一一）、これは無免許医業の關係のみの問題であつて、これに依つて医療行為自体が違法となるのではない」（括弧内原著）とし、無免許医業としての医療行為が医師法上は違法であるが刑法上は違法ではないという例が挙げられている。⁽⁶⁷⁾

このような「法律上の行為の相対性の理論」に対して、前田は、宮本が与する違法一元論の立場からすると、違法性判断は法秩序全体で一元的なものであるから、無免許医業としての医療行為が医師法上犯罪となる場合には刑法上も違法となるはずであり、その結果として「法律上の行為の相対性の理論」は違法一元論と矛盾する可能性が出てくる、と分析する。⁽⁶⁸⁾さらに前田は「法律上の行為の相対性の理論」の一般化を進めると「各法規範毎に違法性判断を行うことになり、違法多元論に接近することになると指摘する。⁽⁶⁹⁾確かに、宮本の言う「価値的な觀察の標準」がそれぞれの法律を意味するとすれば、同一の行為がある法律によつては適法とされ別の法律によつて違法とされる余地が出てくるのであり、それを押し進めると、法分野ごとに違法が觀念でき、違法多元論へと接近することになる。このことは、法秩序の統一性を指向する違法一元論の一貫性を突き崩すものと言え、宮本にとつて大きな問題となるものと思われる。もつとも、法秩序の統一性は「同一の事実について、異なる法律の目的ないし観点から、違法判断が相対的になることはあつてはならない」ということを要請するのみであり、⁽⁷⁰⁾法律ごとに着目する事実の側面が異なることとまでを否定するものではない。着目する事実の側面が異なれば、それに対する違法判断が異なってくることは、法秩序の統一性の見地に立つても、当然に認められよう。このように、法律ごとに着目する事実の側面が異なることを宮本は「法律上の行為の相対性の理論」という言葉で表現したに過ぎないとも解することができ、この理論が直ちに宮本の与する違法一元論と矛盾するとは言い切れない。⁽⁷¹⁾前述の医師法の事例において宮本が「法律上の行為の相対性の理論」により無免許医業としての医療行為が医師法上は違法、刑法上は適法という結論を導いたことも、それ

は両者が着目する事実の側面を異にするが故である⁽⁷²⁾と説明することができる。

次に、一般規範の法源を刑法以外の成文法とすることによって、一般規範（行為規範）による禁止・命令の程度を問題とすることができなくなるという問題点を指摘し得る。一般規範が刑法以外の成文法をその法源とするときには、一般規範が刑罰と関係性を有さないことになる。このことは刑罰の重さに比例して一般規範による禁止・命令の程度を決することができることを意味する。仮に一般規範が刑罰との関連性を有するとすれば、例えば刑の上限を死刑とする殺人罪（刑法一九九条）に該当する行為とそれを拘留にとどめる侮辱罪（刑法二三一条）の行為とでは、両罪の刑罰の比較から、前者が後者より強く法によって禁止されていると解し得よう。しかしながら、一般規範と刑罰との関連性を遮断するときにはこのような理解が成り立たず、両行為は禁止の程度において差がなくなることになる。市民の行動の自由は法による禁止・命令の程度が弱ければ弱いほどより広く確保されると考えたとき、禁止・命令の程度を観念できない宮本の見解においては、市民の行動の自由が過度に制約される危険が生じることとなる。

最後に、一般規範の法源に刑法のほか刑法以外の成文法を含めた場合、一般規範の内容が不明確になるとの問題点も指摘し得る。この場合、複数の法が統合して一つの一般規範を形成することになるため、一般規範の法源を刑法のみであるとし一般規範が単一の刑法からのみ構成されると解する場合よりも、一般規範の内容が不明確になってしまいうおそれがある。一般規範の不明確性は、法によって如何なる行為が許容されまたは禁止されているかを市民が把握し難くなるという状況を生み出すことになる。その結果として、市民の行動の自由に対して萎縮効果をもたらす危険が生じ得よう。一般規範の法源に刑法以外の成文法を含めることは、法秩序の統一性を広い範囲で実現し法による統一的な命令・禁止を可能ならしめる反面で、それは一般規範の内容を不明確なものとし、市民の行動を萎縮させる危

険性を孕むのである。

第二章 不文法

前章では、宮本の見解において成文法が一般規範の法源として如何に理解されているかを考察した。法源は成文法のほかに不文法が考えられる。そこで、本章では宮本が一般規範の法源として不文法を如何に考えていたのかを明かにしていくことにする。

第一節 不文法の法源性

宮本が不文法を一般規範の法源と解していたのかという問題を考察するに当たっては、まず宮本の法の解釈に対する理解を押さえる必要がある。宮本は「法の解釈とは、法の認識といふことである。詳言すれば、法の実在形式を備へた具体的な拘束意思の内容を一定の材料（淵源）に依つて現実に認識する方法を広義に於いて法の解釈といふ」（「括弧内原著」とし、続けて「法の解釈とは、〔中略〕材料の意味を解釈して現実の法を発見することである。而して法の解釈に於て、その材料となるものは主として法文または判例若くは慣習であつて、それが慣習に含まれると否とに拘らず、宗教、道徳、風俗、儀礼等に基づく社会的規範、社会観念、公序良俗といふが如きものも亦た同時に解釈の参考材料となるのである」としている。⁽⁷³⁾ この記述から明らかたとおり、宮本は「法文」（成文法）のほか、「判例」や「慣習」といった不文法もまた法を認識する際の材料（淵源）であると解している。より直接的には「一切の法は成文法、慣習法、公序良俗、条理その他何たるに拘らず、第一次的に働く限りは一般規範に外ならない」として、宮本は「一般規範」の法源が「成文法」のほか、「慣習法」「公序良俗」「条理」であることを認めているのである。

もつとも、ここで注意しなければならないのは一般規範とされる公序良俗・条理が法の一種であるということである。この点については、宮本がいわゆる文化規範説に対し異見を述べているので、この説との対比において考察していきたい。文化規範説において違法で問題とされる規範は文化規範（Kulturnormen）である。⁽⁷⁵⁾ この文化規範は社会的慣習（soziale Gewohnheit）である⁽⁷⁶⁾とされ、これは道德律（Sittengesetz）⁽⁷⁷⁾、善良の風俗（gute Site）⁽⁷⁸⁾、社会通念（herrschende Anschauung）といった概念と同義のものであり、法規範と対立して把握されている。これに対し宮本は「法以外二特二条理ナル規範ノ存在ヲ想定スルノ要アリヤハ疑ナキニ能ハス。要スルニ、予ヲ以テ見レハ、条理ハ法以外二在リテ法ト対立スル別個ノ規範ニアラス」として、⁽⁷⁹⁾ 条理と法とを一致させ、法の外に条理や文化規範といったものが存在しないと解している。⁽⁸⁰⁾ 文化規範説と宮本の見解は、規範に公序良俗や条理を含めることでは共通しているが、文化規範説はこれらを含んだ規範を前法的な文化規範であると理解するのに対し、宮本はそれを法の一種たる一般規範であると把握する点で異なっているのである。

このようにして宮本は慣習や公序良俗、条理は法の一種として一般規範の法源であることを認めるのであるが、あらゆる慣習や公序良俗、条理といった社会的規範が一般規範の法源となるわけではない。それでは如何にして社会的規範は一般規範の法源となるのであろうか。以下では慣習を例に取って、この点を説明していくことにする。宮本は単純な慣習と慣習法とを截然と区別する。⁽⁸¹⁾ ここに単純なる慣習とは「或る社会の全部又は一部の人々の行為を支配する蓋然的法則即ち客観的秩序」である。これに対し、「慣習法」は「法である限り、その法則の普遍妥当といふことが要求せられ、これによつて吾々の行為の価値や効果が判断されるといふことが必要である」とされ、「換言すれば慣習法も法としては、社会の中心勢力によつて自他共に服膺すべきものとして新に定められたものと同じ性格を有し、かつこれを意識する者からは、共同生活の共同意識によつて、その妥当性が承認されなければならないのである。し

かもその新に制定するをまたず、既に社会に於ける或る程度の共同意識を根底として、しかるべきものとして考へられつゝある觀念上の法則なのであるから、それが法たるためには、たゞその規範が社会の中心勢力の要求と結びつくといふことだけで足るとしななければならない。それについて別段特別な事情が必要なわけでもなく、たゞ社会の中心勢力が、現に吾々の社会生活を規定する或る客観的秩序に対して、これに対立する或る規範が規範として効力を及ぼしつゝある事実を認知すれば十分なのであつて、それを以てその規範はいはゆる慣習法となることが能きる」とする。⁽⁸²⁾⁽⁸³⁾このように宮本は、慣習はそのままでは法になることはできず、あくまで「社会の中心勢力によつて要求」されること、言い換えれば、かかる勢力によつて「認知」を受けることにより初めて法たる資格を獲得し慣習法（不文法）として一般規範の法源となる、とするのである。⁽⁸⁴⁾

以上、慣習の例から分かるように、宮本によれば、「社会の中心勢力が認知した以上は、社会的規範は―道德規範は姑く別として―そのまゝ、法なのである」。⁽⁸⁵⁾さらに、ここで「認知するといふのはたゞ知ることである。事実上知ればそれでよいのであつて、それを法として宣言するとか、適用するとかいふことは全く必要でない」ということになる。⁽⁸⁶⁾こうして、慣習・条理・公序良俗といった社会的規範は、社会の中心勢力がこれを認知すること（ただ知ること）によつて、法たる資格を獲得し不文法として、一般規範の法源となるのである。宮本の見解においては、不文法が一般規範の法源として認められるとしても、この不文法にあらゆる社会的規範が含まれる訳ではないことに注意を要する。

第二節 意義と問題点

第一節で明らかになった通り、宮本は「社会の中心勢力による認知」があれば慣習や条理といった社会的規範も不

文法として一般規範の法源となると考えていたのであるが、それではこのような理解の意義と問題点は如何なるものであろうか。

まず、一般規範の法源を不文法とする意義は、成文法のみを法源とする場合と比べて、より広く法秩序の統一性を實現し、かつ一般規範（行為規範）による禁止・命令の方向の統一性をより良く確保することができる、という点である。なぜなら、一般規範の法源を成文法ほか不文法と解することにより、成文法と成文法の間の規範矛盾のほか、成文法と不文法の間の規範矛盾、さらには不文法と不文法の間の規範矛盾を解消することが可能となるからである。

これに対して、一般規範の法源を成文法のほか不文法とする宮本の見解には以下のような問題点も存しよう。

まず、前述の通り宮本の見解では、社会的規範は社会の中心勢力が認知することによって、法たる資格を獲得することになるが、ここでの「社会の中心勢力」が国家の統治機関である場合も存在する。⁽⁸⁷⁾このような場合には、社会的規範が法たる資格を獲得して一般規範の法源となるかは結局国家の裁量にゆだねられることになり、ときにあらゆる社会的規範が一般規範に転化するおそれが出てくる。一般規範が市民に対する命令・禁令であり市民の行動を統制する機能を備えていることからすると、その結果として、過度に市民の行動の自由が制限される危険が生じる可能性がある。また「社会の中心勢力」が世論である場合には、多数派が認知した社会的規範が法たる資格を獲得して一般規範となり、その結果少数派の行動の自由が不当に制限される危険もある。

次に、上述したとおり宮本は「社会の中心勢力による認知」における「認知」の意味を「たゞ知ること」と解している。したがって、社会の中心勢力が「知る」だけで、社会的規範は一般規範の法源となるのであるが、この「知る」の内実が明らかにされていない。何をもって「知った」と言えるのかその基準が明かでない、既存の社会的規範と法たる一般規範との区別が曖昧となってしまう。それに加えて、不文の社会的規範は、成文化されている規範と比べ、

その内容が不明確である。その結果として、一般規範の不明確性は刑法以外の成文法を一般規範に取り入れた場合よりさらに強まることとなり、市民の行動の自由に対する萎縮効果がより増強する危険が生じる。

最後に、一般規範の法源を成文法ほか不文法とする問題点を罪刑法定主義との関係で考えてみたい。右で述べた一般規範の不明確性は罪刑法定主義との関係で問題を孕む余地がある。一般に罪刑法定主義の内容の一つとして刑罰法規の明確性が考えられており、罪刑法定主義は制裁法（ないしは刑罰法規）と関連する原則であるとされている。しかしながら、市民の行動の自由を保障するという見地からは、行為規範の明確性もが罪刑法定主義から要請されるときに、罪刑法定主義は一般規範（行為規範）と関連する原則である、と解することも可能である。⁽⁸⁸⁾ かく解するときには、一般規範の不明確性が罪刑法定主義に抵触するおそれが出てくる。もつとも、宮本は一般規範と制裁法としての刑法とを切り離し、罪刑法定主義は後者に関連する原則であると解するので、罪刑法定主義との抵触の問題は生じないと解することも十分に可能である。しかしながら、形式的には罪刑法定主義に抵触しなくても、罪刑法定主義が要請すると考えられる市民の行動の自由の保障との関係で、一般規範の不明確性は大きな問題を孕むものと思われる。

結語

以上から明らかなとおり、宮本英脩は一般規範と制裁法としての刑法とを明確に分離し、一般規範を独立の法規範として把握していた。この一般規範の法源は刑法のほか、刑法以外の成文法、さらには、慣習法や条理といった不文法であると結論づけられる。このように宮本が解することの意義と問題点は様々であったが、そこから規範理論的に重要であるものをまとめると次のようになるであらう。

まず、一般規範と制裁法としての刑法との分離は、一般規範（行為規範と評価規範）による法益保護コンセプトを

実効あらしめるという意義を有した。また一般規範が、刑法のほか、刑法以外の成文法や不文法の形式でも存在すると解することは、法秩序の統一性を広く認め、一般規範（行為規範）による命令・禁令を統一することにつながり、その結果として一般規範（行為規範）による法益保護の実効性が確保されることになった。このように、宮本の一般規範の法源に対する理解は、一般規範（行為規範と評価規範）による法益保護コンセプトに収斂されると評することができる。

これに対して問題点は、宮本のように一般規範の法源を広く認めることが、市民の行動の自由を過度に制限し、さらにこれに対して萎縮効果をもたらす危険を生じさせることにつながるという点であった。

こうして、宮本の一般規範の法源に対する理解は、一方で一般規範（行為規範と評価規範）による法益保護の実現につながり、他方で、市民の行動の自由の制約につながるものであると言える。一般規範による法益保護をより良く実現しようとすればするほど、市民の行動の自由に対する制限は大きくなるのであり、このような相克状況を如何に克服するかが、宮本英脩から後に刑法学を研究する者に対して残された一つの大きな課題と言えよう。規範による行為統制を考える場合には、それを如何に効果的に実現していくかを考えなければならないのと同時に、他面それによつて制約される関係にある市民の行動の自由を如何に確保するかを考えて行かなければならない。このような考慮を前提として初めて、違法の統一性と相対性の問題に起因する様々な刑法解釈上の論点を適切に考察することが可能となるものと考ええる。

本稿では、宮本が用いる一般規範の法源を探ってきたが、一般規範という概念をより明らかなものとするためには、一般規範がどのような要素によつて構成されるのか、裏を返せば一般規範違反はいかなる要素を備えた場合に認められるかが明らかにされなければならない。この点については引き続き考察を進めることとしたい。

(1) 違法の統一性と相対性の問題と、可罰的違法性概念との関係については、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(有斐閣、一九七四年)三六九頁以下、藤木英雄『可罰的違法性』(学陽書房、一九七五年)一〇七頁以下、生田勝義『可罰的違法性と社会的相当性』『現代刑法講座 第二卷 違法と責任』(成文堂、一九七九年)三三頁以下、前田雅英『可罰的違法性論の研究』(東京大学出版会、一九八二年)一頁以下が、これを詳細に検討する。

(2) 解釈論上の問題点を違法の統一性と相対性の観点から考察した論攷として、林幹人『可罰的違法性と法秩序の統一性』同『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、一九九五年)三七頁以下〔初出、法曹時報四六卷八号(一九九四年)〕、曾根威彦『違法の統一性と相対性』同『刑事違法論の研究』(成文堂、一九九八年)七三頁以下〔初出、香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』(成文堂、一九九六年)〕、同『刑法学の基礎』(成文堂、二〇〇一年)一九九頁以下がある。

(3) 井田良は、違法の統一性を指向する違法一元論の前提には行為規範論がある、と指摘する(井田良『違法性阻却の構造とその実質的原理』山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店、二〇〇一年)七三頁)。

(4) 規範概念の考察にあたってはその限界を意識する必要がある。この点、法益概念を緻密に分析した伊東研祐が示す概念分析の限界が参考になる。伊東は概念の本質を明らかにすることは不可能であり「概念は、極端な言い方をすれば、それを用いる者によつて全く自由に内実を与え得る、或いは定義しうるものであつて、一般的な本質・内実・内在的性格とかいうものは存しない。それを問うことは、無意味であるのみならず不可能を要求することである。逆に、可能なのは、『法益』という語・概念の定義の問題である」とし、法益概念の場合には『法益』という語・概念に如何なる対象を指示させることが最も妥当であるか」という問いに留まるべきであるとする(伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂、一九八四年)一〇頁)。これを規範概念に引きつけて考えるならば、規範概念の考察に当たつて立てられるべき問いは、刑法解釈学という価値的観点から最も妥当な「規範」の定義とは何か、というものにならう。換言すれば「規範」という概念にいかなる対象を指示させることが刑法解釈学的見地から最も妥当であるか、という問いになるものと思われる。

(5) 三上正隆「宮本英脩の規範理論」早稲田大学大学院法研論集一一六号(二〇〇五年)一二五頁以下。

(6) 法源という概念は複数の意味を持つが、ここでは「法の存在形式」(『新法律学事典(第三版)』(有斐閣、一九八九年)一二八五頁)の意味で用いることとする。宮本によれば、一般規範も法の一形式であり(本稿第二章第一節参照)、一般規範の存在形式はこれを法源と呼ぶことができる。

(7) 宮本は本文冒頭で述べた可罰的違法性概念の先鞭をつけたと言われており(垣口克彦『可罰的違法性論の展開過程—伝統的な可罰的違法性論の確立』阪南論集一一卷二号(一九七五年)一八三頁以下、前田・前掲(註一)五八頁以下)、宮本の規範理論を分析することは可罰的違法性概念を考察する上において特に大きな意義を有するものと考える。

(8) 本稿では、宮本の代表的な体系書と言われる『刑法大綱』(弘文堂書房、第四版、一九三五年)の覆刻版『宮本英脩著作集 第三卷 刑法大綱』(成文堂、一九八四年)(以下『刑法大綱』と略す)を主たる分析対象とし、これを補完するものとして他の体系書及び諸論文を参照した。

- (9) 規範的評価と可罰的評価の両概念については、宮本「規範的評価と可罰的評価」『宮本英倫著作集 第六卷 刑事法論文集(一)』(成文堂、一九九〇年)一四四頁以下〔初出、『牧野教授還暦祝賀 刑事論集』(有斐閣、一九三八年)を参照。『規範的評価と可罰的評価』という評価枠組みは宮本の体系書ごとに少しずつ洗練されてきている。『刑法學粹』(『宮本英倫著作集 第二卷 刑法學粹』(原著『刑法學粹』(弘文堂書房、第五版、一九三五年))以下、『刑法學粹』と略す)において、犯罪要件は「行為」「違法」「有責」「可罰類型」であったのに対し(同一五三頁以下)、『刑法大綱』にあつては、「違法性(違法行為性)」「可罰能力性(可罰性)」(「可罰類型性(可罰性)」)となり(同六八頁以下)、要件が違法性(規範的評価)と可罰性(可罰的評価)に収斂されて来ている。さらに、「宮本の生涯をかけた思索の到達点を示す」(鈴木茂嗣『宮本英倫の刑事法理論』(宮本英倫著作集 補巻) (成文堂、一九九五年) 二七頁〔初出、古川経夫ほか編『刑法理論史の総合研究』(日本評論社、一九九四年) 四一五頁以下(前半部分は「宮本英倫の刑法理論」として法時五・卷三号(一九七九年)一三六頁以下に掲載))と言われる『刑法講義』(『宮本英倫著作集 第四卷 刑法講義』(原著『刑法講義』(洛文社、新版、一九四二年))以下、『刑法講義』と略す)においては、より直截に犯罪要件を規範的評価と可罰的評価に対応する形で「違法行為としての犯罪要件」と「犯罪としての要件」とに分けている(同二二頁以下)。なお、鈴木茂嗣『刑法総論(犯罪論)』(成文堂、二〇〇一年)は、このような宮本の規範的評価と可罰的評価という評価枠組みを基本的に踏襲し、犯罪論体系を構築する。
- (10) Vgl. Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, 1.Bd., 1885; ders., Die Normen und ihre Übertretung, 1.Bd., 4.Aufl., 1922; 2.Bd., 1.Hälfte 2.Aufl., 1914, 2.Hälfte 2.Aufl., 1916; 3.Bd., 1918; 4.Bd., 1919. 竹田直平「法規範とその違反」(有斐閣、一九六二年)七〇頁以下。
- (11) 『刑法學粹』一〇九頁・一一〇頁。このような理解は『刑法大綱』さらには『刑法講義』に至るまで一貫している(『刑法大綱』五二頁、『刑法講義』五頁)。
- (12) 宮本は「私の考方がその(ビンディングの規範説の)範に則つたものである」(「括弧内筆者」として、規範と刑法とを分離するという自らの考えはビンディングの規範説を参考にしたものであると述べている(宮本・前掲〔註9〕「規範的評価と可罰的評価」一四四頁)。もっとも、ビンディングの見解と宮本の見解は完全には一致していない。ビンディングが規範を刑法の背後にある独立の不文法と解したのに対し(竹田・前掲〔註10〕八一頁以下)、宮本は「規範は少なくともそれが刑法に依つて認識し得べき限り成文法である。この点においてビンディングが成文刑法を通して知り得る不文法であると説いたのは誤である」としている(宮本・前掲〔註9〕「規範的評価と可罰的評価」一四六頁)。もっとも、宮本は規範が成文法の形式のみならず不文法の形式でも存在することを認めていたと考えられる(本稿第二章第一節を参照)。なお、ビンディングの見解と宮本の見解との相違については、竹田・前掲〔註10〕九五頁以下が詳しい。
- (13) 『刑法大綱』二〇頁。
- (14) 宮本・前掲〔註9〕「規範的評価と可罰的評価」一四六頁。
- (15) もっとも成文法のうち一般規範の法源となるものは刑法だけではない。この点については本稿第一章第二節で敷衍する。
- (16) 『刑法講義』六〇頁。『刑法大綱』でも「違法阻却原因は唯だ考へ方の便宜から斯やうに呼ばれるだけであつて、客観的に違法な事実がこれに

依つて新に違法でないものに変ずるのではない。法律上の觀察に於ては、斯かる原因ある場合の行為は本質上初めから違法でないものである」として、同趣旨のことを述べている（同八一頁）。

- (17) 井田は「国民にとりそれぞれの行為状況において行為の指針となり得るように行為規範の内容を具体化しようとするとき、行為規範の内容には違法性阻却事由も含まれると考えざるを得ない」とし（井田・前掲（註3）五八頁）、また「社会行動の規制の具体的場面でみると、禁止規範と許容命題は一体のものとして機能するのである」とするが（同五九頁）、かような行為規範の内容に対する理解は本文で述べた宮本の一般規範の内容に対する理解と一致するものであると言えよう。

- (18) 『刑法大綱』一六九頁。

- (19) 『刑法大綱』一四頁。

- (20) 『刑法大綱』五一頁。

- (21) 規範的責任主義という概念は心理的責任論と対置されて用いられる規範的責任論とは異なる概念であることに注意を要する（『刑法大綱』一四頁、一二七頁以下を参照）。この規範的責任主義は当初社会的責任主義と対置される概念として用いられていたが（『刑法大綱』一四頁）、後に宮本は道徳的責任と社会的責任との競合を認め、規範的責任主義に代えて「重責任主義」という考え方を取っている（宮本英脩『刑法講義』一八頁、「刑法の根本主義」『宮本英脩著作集 第六卷 刑事法論文集（一）』一一九頁以下〔初出、法学論叢四六卷一号一頁以下、二一六〇頁以下（一九四二年）〕）。

- (22) 『刑法大綱』九頁、一四頁。宮本の刑罰論につき詳細は、宮本英脩『刑罰とは何ぞや』『宮本英脩著作集 第六卷 刑事法論文集（一）』六二頁以下〔初出、法学論叢七卷七号（一九三二年）一頁以下、八卷一号（一九三二年）四六頁以下〕を参照。

- (23) 『刑法大綱』一二二頁。

- (24) 『刑法大綱』一五頁。

- (25) 『刑法大綱』一五頁。

- (26) 宮本は評価規範の目的を「行為規範の要求に対して無頓着なりし者に対して、更に特定の具体的にその要求を反復し、これを相手方の意識に訴へ、相手方をしてその要求を承認せしむることによつて、繰返し将来の行為の可能に對して一条件を加へんとすることにある」としている（宮本英脩『法の錯誤に就て』『宮本英脩著作集 第六卷 刑事法論文集（一）』二八九頁〔初出、法学論叢一四卷六号（一九二五年）二八九頁・二九〇頁〕。評価規範が果たす役割につき詳細は、三上前掲（註5）一三四頁以下を参照。

- (27) 『刑法大綱』七〇頁。

- (28) 規範的責任能力とは「行為者の具体的意思を違法のものたらしめるに付いての前提たる意思の素質と作用」である（『刑法大綱』一一四頁）。

- (29) 『刑法大綱』七六頁以下。

- (30) 行為規範・評価規範の目的と規範的責任能力との関係につき詳細は、三上前掲（註5）二二九頁以下及び二三六頁以下を参照。

- (31) 違法と責任との区別の実益につき、松原芳博は「不法と責任という体系的区別は、侵害原理と責任原理とを相互に侵食し合わないようにしつつ十全に保障しようとするためのものである」とする（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』（成文堂、二〇〇二年）三三四頁以下）。
- (32) 宮本の謙抑主義については、吉岡一男「応報刑と謙抑主義」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第二巻』（有斐閣、一九九九年）五一五頁以下が詳細に分析を加えている。
- (33) 宮本・前掲（註9）「規範的評価と可罰的評価」一五〇頁。かかる謙抑主義は①「刑法は政策によつて動くべきものとすれば、刑法は先づ犯罪予防の手段としての刑罰自身の力を反省しなければならない」②「刑罰に伴ふ各般の有害なる副作用の吟味が必要である」③「刑罰の歴史における種々なる力強き伝統や、現実的な国家政策上の重大な要求の前に、その主張について譲歩を強いられる場合がある」という三つの根拠により導かれている（同・一五〇頁）。
- (34) 『刑法大綱』二二〇頁・二二二頁。中山研・「宮本刑法学説の一考察」『宮本英脩著作集 補巻』（成文堂、一九九五年）一四九頁註（六）はこの点を明確に述べる。
- (35) もっとも、宮本が錯誤の処理において採用するいわゆる可罰的符合説は、可罰的評価が処罰範囲を拡大する方向で機能していると評されている（鈴木・前掲（註9）「宮本英脩の刑事法理論」三三頁、山中敬一「刑法総論Ⅰ」（成文堂、一九九九年）三二六頁・三二七頁、川端博「抽象的事実の錯誤と可罰的符合説の検討」『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』（第一法規、二〇〇四年）二三三頁）。
- (36) 『刑法大綱』二二〇頁。宮本は単純な債務不履行や過失による器物損壊行為を一般規範違反行為であると明言はしていない。しかし、これらの行為が犯罪とならない理由を可罰類型性の欠如に求めていることからすると、宮本はこれらの行為に対して可罰類型性の前提たる「一般規範違反を認めていたと考えることができる」。
- (37) 『刑法大綱』一二六頁。
- (38) 如何なる行為が「一般規範（行為規範）」による統制を受けるのかという問題を決める具体的な判断基準については、今後の検討課題としたい。なお、増田豊は「いかなる条件のもとで行動規範が正統化され、その規範内容がいかに規定されるべきか、という問題」を解決する際には、「市民の『行為の自由』を制約することになる国家的行為を『目的合理性』および『価値合理性』の観点から制御する（広義の）『比例の原則』（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）」（括弧内原著）が考慮されるべきであると述べており（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』（成文堂、二〇〇二年）二九〇頁）、示唆に富む。
- (39) 『刑法大綱』一〇五頁以下。
- (40) 『刑法大綱』一二〇頁。
- (41) 単純な債務不履行や過失による器物損壊行為が、一般規範違反になるという理解については、（註36）を参照。
- (42) 『刑法大綱』一二六頁。

(43) 『刑法大綱』 一二六頁。

(44) 前田・前掲(註1) 七九頁。

(45) もつとも、檢察官が行為者の規範意識を覚醒させるべく極めて軽微な法益に対する侵害行為を起訴するということが実務上行われるか疑問なしとしない。

(46) 宮本・前掲(註9) 「規範的評価と可罰的評価」 一四八頁。

(47) 宮本・前掲(註9) 「規範的評価と可罰的評価」 一四八頁。

(48) 大判昭和二年三月三日大刑集一六卷一九三頁。

(49) 宮本・前掲(註9) 「規範的評価と可罰的評価」 一四七頁。

(50) 同様の問題点は過失による器物損壊行為を禁止する一般規範を故意による器物損壊罪の規定から導く宮本の構成にも当てはまる。宮本は過失による器物損壊行為を一般規範に違反する行為であると捉えていると思われるが(註36参照)、ここでの一般規範は故意の器物損壊罪の規定から導かれるものであると考えることができる。しかしこのことは刑法が故意犯と過失犯を別個独立に規定していることを無視するものであり、一般規範の法源を刑法であるとする理解と矛盾しよう。刑法を一般規範の法源とするとき、過失行為を禁止する規定は過失犯の規定から導かれるべきであり、故意犯の規定から導かれるべきではないと思われる。特に、宮本は主観主義刑法理論に立ち意思を重視する立場に与する以上、宮本にとって故意・過失の質的差異は見過し得ないものであり、過失犯と故意犯の区別は重要であると思われる。

(51) 『刑法大綱』 七九頁。

(52) 『刑法大綱』 七九頁・八〇頁。

(53) 『刑法大綱』 八〇頁。

(54) 宮本・前掲(註9) 「規範的評価と可罰的評価」 一四七頁。

(55) 『刑法講義』 一二四頁。

(56) 『刑法大綱』 一二〇頁。(註36) も参照。

(57) 『刑法大綱』 八九頁。

(58) 違法一元論と刑法三五条との関係については、松宮孝明「法秩序の統一性と違法阻却」立命二三八号七五頁以下を参照。

(59) 『刑法大綱』 一七〇頁・一七一頁。

(60) 『刑法大綱』 三八二頁(註)。

(61) 林・前掲(註2) 五二頁。

(62) 井田は「違法一元論の前提にあるのは行為規範論である。法は行為規範、すなわち行動のルールであり、人の行為に向けられた要請である。法秩序は、国民にとっての行動基準を明らかにするため、なすべきでない行為(またはなすべき行為)を一義的に示さなければならない」(括

弧内原著）（井田・前掲（註3）七三頁）と述べ、法秩序が示す行動基準に統一性を持たせ規範矛盾を回避するために、違法一元論が要請されるとする。

(63) これに対し京藤哲久は「人は、規範間の矛盾のなかで、それなりに自らの行為を選択してきているのではないだろうか」とし、「規範矛盾は、たとえ法が意思に働きかけることを前提にしても、存在論的に排除されるものとまではいえないであろう」（京藤哲久「法秩序の統一性と違法判断の相対性」『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、一九九〇年）二〇四頁）と述べ、違法の相対性（違法判断の相対性）を認める。

(64) 『刑法大綱』五五頁。

(65) 『刑法大綱』五五頁。

(66) 『刑法大綱』五五頁。

(67) 『刑法大綱』九〇頁。

(68) 前田・前掲（註1）六六頁。

(69) 前田・前掲（註1）六六頁。

(70) 林・前掲（註2）五二頁。

(71) ここで、宮本の違法の統一性についての考え方が、現在の分類に従えばどれに属するかを見ておきたい。違法の統一性についての考え方は一般に、違法の一元論と相対性論（多元論）とに区別され、さらに違法一元論は厳格な違法一元論とやわらかな違法一元論とに分けられている。ここで、(一) 厳格な違法一元論とは、違法性は全法秩序において単一であり、一つの法領域で違法とされた行為が他の法領域で正当とされることは絶対にあり得ないとする立場である。これに対し、(二) やわらかな違法一元論とは、違法性は全法秩序において統一的であるとしつつも、その発現形式には種々の種別及び軽重の段階があるとし、他の法領域で違法とされても、当該領域における法的効果の発動に適した質・量の違法性が欠ける場合を認める立場である。また、(三) 違法の相対性論（多元論）とは、法領域ごとに独立に、そして目的論的に違法性の有無を判断すべきだとする立場である（前田・前掲（註1）三四一頁）。この点、宮本は違法の統一性を指向しており、かつ「法律上の行為の相対性の理論」が法律ごとに着目する事実の側面が異なることを述べたに過ぎないものであるとすれば、宮本の見解は厳格な違法一元論の系譜に連なるものであると解することができる。仮に、「法律上の行為の相対性の理論」が違法の相対性を意味するものであるとしても、これをもつて直ちに、違法多元論を採用しているとはまでは言えない。宮本はあくまでもこの理論を限定的に用いており、その一般化を避けているからである（『刑法大綱』五八頁、七三頁、七九頁、八六頁、九〇頁、一九九頁、一四三頁、一五六頁、一五七頁、一九三頁、一九四頁、二〇三頁、二〇九頁を参照）。さらに、宮本がやわらかな違法一元論を採用していることと速断することもできない。やわらかな違法一元論は確かに宮本と同じように法秩序の統一性を重視し、一般の違法という概念を認めるが、これと同時に処罰に値する質と量を持った違法性すなわち可罰的違法性という概念を認める（佐伯千仞『刑法講義（総論）（四訂）』（有斐閣、一九八一年）一六二頁以下）。これに対し、宮本はあくまで処罰に値する質と量が存在するかという判断は違法性ではなく可罰性の領域で行っているものであり、違法性と可罰性とを結合した可罰的違法性という概念を認め

ていない。違法性（規範的評価）と可罰性（可罰的評価）の違いは単なる形式的な違いではなく、規範的な考慮が行われるか刑事政策的な考慮が行われるかという実質的な違いがある。このような違いを無視して、可罰的違法性という違法性と可罰性とを結びつけた概念を認めることは、宮本の刑法理論からは受け入れ難いものであると思われる。宮本の見解は謙抑主義の思想をその背景に持つ可罰的違法性の萌芽であっても、可罰的違法性そのものを認めた見解ではないことに留意する必要がある。安易に違法性と可罰性とを結合した可罰的違法性概念を認め、宮本が意を用いた違法性と可罰性との間に存する質的差異を矮小化することは厳に慎まなければならない。

(72) 具体的には、無免許医業としての医療行為という、一個の事実において、医師法は無免許医業という事実の側面に着目し、刑法は医療行為という事実に着目していると言うことができる。

(73) 『刑法大綱』一八頁。

(74) 『刑法大綱』三二頁。

(75) 『刑法學粹』八九頁以下。文化規範説については、Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, 2.Aufl., 1923 S.37ff., S.173ff. を参照した。

(76) Mayer, aa.O. (Anm. 75), S.173ff.

(77) Mayer, aa.O. (Anm. 75), S.26f., S.37f.

(78) Mayer, aa.O. (Anm. 75), S.44. なお、マイヤーによれば、法規範は国家による文化規範の選択、形成、保護の過程を通じて法規範となる(S.45ff.)。

(79) 『刑法學粹』九二頁。

(80) 宮本の見解をこのように分析するものとして、草野約一郎「宮本英脩氏著『刑法學粹』を読む」『宮本英脩著作集 補卷』四五頁〔初出 法時二卷二号三六頁以下（一九三〇年）〕。

(81) 宮本英脩「法及び法の解釈」『宮本英脩著作集 第六卷 刑法論文集（一）』二八頁以下〔初出、法学論叢一一卷六号二九頁、一二卷一号三〇頁、一二卷三号三八頁（一九二四年）〕。

(82) 宮本・前掲（註81）二九頁。

(83) ここで「社会の中心勢力」とは「必ずしも主権者とか国家の統治機関とかいふのではない。さういふ法律上の概念でなくして、現に社会上政治上又は経済上の優者として、社会に重きを為す分子又はそれらの階級を言ふ」とする。その具体例として「主権者とか統治機関とかその他の權力を擁する人々は、大多数の場合に中心勢力に属し、『中略』またこれ等のものと事実上密接な関係を保ちつゝ、互に利用し合つてその有利な地位を維持する有産階級知識階級などが事実上中心勢力であることもある」とし、さらに「稀に世論によつて在る問題が決められるやうな場合には、その問題については世論の中心が社会の中心勢力であることがあるであらう」としている（宮本・前掲（註81）四〇頁・四二頁）。

(84) 宮本は「成文法と慣習法との区別は、たゞ前者には特にこれを明示する有権的な文字の形式があるが、後者にはこれを欠くといふ一事に過ぎ

ない」と理解している（宮本・前掲（註81）三〇頁）。なお、判例法については「その判例の文言が中心勢力によつて有権的のものと考へられる限り、理論上は成文法だといふことにもなるであらう」として、理論上は成文法の一様である可能性を認めている（宮本・前掲（註81）三〇頁）。

(85) 宮本・前掲（註81）二九頁。

(86) 宮本・前掲（註81）二九頁。

(87) 「社会の中心勢力」の意義につき、（註83）を参照。

(88) このような理解を示す見解として、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、二〇〇五年）一一頁。