



「博士学位申請論文概要書」

## 『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—

松原芳博

## 概要書

### 『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』

本論文は、可罰性の要件でありながら「犯罪」概念の外部に位置づけられてきた客観的処罰条件および一身の処罰阻却事由の法的性質を検討し、それを「犯罪」概念へと還元することを通じて、「犯罪」概念を可罰性の観点から見直し、「犯罪」概念の一貫性と解釈学上の機能の確保を図ろうとするものである。「可罰性」概念一般を扱った序章、客観的処罰条件に関する第一編および一身の処罰阻却事由に関する第二編から構成されている。

#### 序章 「可罰性」の概念

本章では、「可罰性」概念を形式的意義、実質的意義、体系的範疇としての意義とに分析するとともに、刑罰目的に指導される刑法理論においては「可罰性」の内容を「当罰性」と「要罰性」とに区別する合理的な根拠を見いだすがたいこと、「可罰性」に独立の範疇としての地位を与えることと違法性や責任の空洞化を招くおそれがあることを指摘し、行為が刑罰という法効果にふさわしいかどうかを問う「可罰性」の考慮は、可能なかぎり「犯罪」の実質的構成要素である違法性および責任の領域に取り込んでいく方向が望ましいことを主張する。

## 第一編 いわゆる客観的処罰条件について

本編は、客観的処罰条件とされる諸事情の法的性格を検討し、犯罪要素への還元を試みるものであり、八つの章から構成される。

第一章「『犯罪』概念と客観的処罰条件」では、まず、犯罪概念から切り離された「客観的処罰条件」概念の存在が、「犯罪とは刑を科せられる行為である」とのテーゼに反し、「犯罪」概念の説明・正当化機能、指導・規制機能、批判・形成機能を損なう一方、「客観的処罰条件」という概念そのものが明確な内包と外延を有しないことを指摘する。次に、「客観的処罰条件」という用語を分析し、それが「故意（過失）の対象とならない、事後的・外部的な事情であって、犯罪の成否とは無関係にもっぱら刑罰のみを条件づけているもの」という意味で用いられていることを指摘するとともに、「客観的処罰条件」という概念が犯罪の各構成要素との関係で消極的な形で定義されてきたことを学説史から明らかにし、「客観的処罰条件」を行為、構成要件、違法性、責任との関係において検討する」という本編の方針を述べる。

第二章「『行為』と客観的処罰条件」では、客観的処罰条件は「行為」概念に属しえないとする通説的な理解を批判し、社会的行為論ないし客観的目的的行為論を前提とするならば、客観的処罰条件にあたる事情も行為の社会的な作用に影響を及ぼす要因として「行為」概念に包摂しうると主張する。

第三章「『構成要件』と客観的処罰条件」では、客観的処罰条件概念の確立期である二〇世紀初頭における日独の学説を素材として、客観的処罰条件との関係では構成要件の故意規制機能と不法類型化機能が問題とされてきたことを明らかにするとともに、客観的処罰条件と構成要件との関係は、違法性の実質あるいは責任主義の射程といった実質的な考慮を前提とするものであり、「構成要件」概念により一義的に決定しうるものではないことを指摘する。

第四章「責任主義と客観的処罰条件」は、一九五〇年代以降のドイツにおける学説を素材として、客観的処罰条件が責任主義と整合しうるのかを検討するものである。客観的処罰条件を、すでに当罰的な行為の処罰を制限する事由として理解することで責任主義との調和を図ろうとする処罰制限事由説は、実体にそぐわない上に一種の循環論法に陥っており、他方で、客観的処罰条件の不法構成的機能を肯定しつつ責任主義の絶対性を否定したり危険責任を援用したりすることにより客観的処罰条件を正当化する見解は、責任主義そのものを形骸化する点で妥当でないことを指摘し、客観的処罰条件にあたる事情に対しても現実の故意（過失）連関を要求する方向を考慮すべきであるとする。

第五章「『犯罪』概念の実質化と客観的処罰条件」は、わが国における客観的処罰条件の還元論を検討することにより、客観的処罰条件を犯罪概念に還元する場合の「受入先」について論ずるものである。客観的処罰条件の「受入先」としては、刑事政策的観点から

実質化された「責任」、独立の犯罪成立要件としての「可罰性」なども考えられているが、法益の侵害・危険という観点から可罰的違法類型としての「構成要件」への還元の可能性を探ることがこれらの事情の実態に即するとともに解釈論上の実りある成果を期待すると主張する。

第六章「規範論と客観的処罰条件」は、結果犯における「結果」の発生が不法を構成するのかそれとも客観的処罰条件にすぎないのかという問題を検討することによって、客観的処罰条件概念と規範論ないし不法構造論との関係を探究しようとするものである。外部・偶然的な事情に左右される「結果」は命令規範違反としての不法には属しえず単なる客観的処罰条件にすぎないとする一元的人的不法論は、不法から現実性・外面性・社会性を奪う点で妥当でなく、他方で、命令規範論を前提としつつ行為無価値とともに結果（無価値）も不法に属するとする二元的人的不法論は、命令規範論との整合性を欠くとともに不法概念の内部的統一性を保持しえていないことを指摘し、客観的評価規範論に立脚し「結果」を法の防止すべき事態無価値としての不法の中核に据えるべきことを主張する。

第七章「客観的処罰条件の犯罪概念への還元への一試論」では、事前収賄罪（刑法一九七条二項）における「公務員への就任」や破産犯罪（破産法三七四条以下）における「破産宣告の確定」等の客観的処罰条件とされる諸事情を取り上げて、それらの犯罪概念への還元を具体的に論証するとともに、それに伴う解釈論上の帰結を明らかにする。事前収賄

罪においては、金品收受行為と「公務員への就任」とが相まって「公務員が不正な利益の影響下に置かれる」という事態無価値を招来すると考えられ、したがって、事態無価値を違法評価の対象とする客観的評価規範論を前提とするならば、「公務員への就任」は、法律の予定する事態無価値（可罰的な程度の法益の侵害・危殆化）を発生させるための介在事情として違法構成要件に属すると主張する。かかる理解によると事後的・外部的事情によって違法が変動することになるが、このような違法の変動は、列車の通過を利用して人を殺害する場合を考えれば明らかのように通常の結果犯においてもみられるところであり、通説的見解における違法の事後的変動への抵抗感も命令規範論に起因するものだと指摘する。違法構成要件への還元に伴う解釈論上の帰結に関しては、①発生した事態無価値の行為への客観的帰属要件として行為の時点で「公務員への就任」が客観的に予見可能であることが必要となり、②主観的帰属要件として行為者が「公務員への就任」を現に予見していたことが必要となる一方で、③金品收受時の請託に関わる職務と現に就任した職務の間に一般的職務権限の範囲での同一性が認められない場合や、請託を解除し金品を返還したのちに公務員に就任した場合には事態無価値の成立が認められないから本罪の成立を否定すべきだとする。破産犯罪もほぼ同様の構造を有し、「破産宣告の確定」は債権者に対する可罰的な程度の危険を発生させる前提事情として違法構成要件に属するが、このことは「破産宣告の確定」が行為前にあった場合を考えてみれば明白であり、行為との「事実

上の牽連関係」という要件も「破産宣告の確定」の不法構成機能を承認してはじめて根拠づけることができると説く。

第八章「判例と客観的処罰条件」では、破産犯罪を取り上げ、①行為と「破産宣告の確定」との時間的前後関係、②行為と「破産宣告の確定」との因果関係、③「破産宣告の確定」前の原状回復、④「破産宣告の確定」の可能性および「破産宣告の確定」に対する認識・予見、⑤「破産宣告の確定」と罪数、⑥公訴時効の起算点、⑦「破産宣告の確定」前の刑の変更、⑧「破産宣告の確定」の訴訟法上の取扱いの諸点について、「破産宣告の確定」を客観的処罰条件とする判例の帰結と前章で得られた帰結とを対比することによって、「破産宣告の確定」を不法構成要件に還元する立場の具体的妥当性を検証するものである。

## 第二編 いわゆる一身の処罰阻却事由について

本編は、一身の処罰阻却事由とされる諸事情の法的性格を検討し、犯罪要素への還元を試みるものであり、五つの章から構成される。

第一章「『犯罪概念』と一身の処罰阻却事由」では、主として統一的な指導原理の欠如という観点から「一身の処罰阻却事由」概念を批判するとともに、制限従属形式および規範的責任論が広く承認されるに至った現在では、「一身の処罰阻却事由」概念を維持しな

ければならない必然的な理由は見いだしたがたいことを指摘する。

第二章「機能論的・目的論的な犯罪概念と一身の処罰阻却事由」では、近時ドイツで試みられている目的合理性の観点からの犯罪概念の再構成が一身の処罰阻却事由の理解に及ぼした影響について検討し、一身の処罰阻却事由の犯罪概念への還元にとっては可罰的責任の下限を確定するための目的論的な契機を探究する必要があることを指摘する。

第三章「親族相盗例」では、その法的性質につき、形式的法的性質（「刑の免除」の場合における「犯罪」の成否）と実質的法的性質（「刑の免除」の実質的根拠）とに分けて検討する。形式的法的性質については、実務上も学説上も「刑の免除」にあたる場合は刑事司法手続きによる国家の無価値判断の宣告という機能を追求することなく、むしろその宣告を積極的に回避しようとする態度が示されており、それゆえ、親族相盗例における刑の免除は、機能上は「無罪」と等しく、「罪とならない」ものと観念されていることを指摘する。実質的法的性質については、親族関係特有の誘惑的要因により動機づけられた犯行は、事実上の反対動機の可能性が低下しているのみならず、通常の犯行ほどには反価値的な規範意識の発現とは認められないため特別予防の必要性が相対的に低下するとともに、その社会心理的な反映として法秩序の妥当性にとって脅威となる印象を与えないため一般予防の必要性も低下し、それが期待可能性判断における期待を後退せしめた結果として可罰的責任を阻却するものと解すべきことを主張する。解釈論上の帰結については、①非



親族の物を親族の物と誤信したという積極的錯誤の場合は、行為者の心理状態は現実に親族の物であった場合と同様であるから刑の免除を認めるべきであり、他方、親族の物を非親族の物と誤信したという消極的錯誤の場合は、実質的には責任の減少・阻却を認める理由はないが、罪刑法定主義の要請により刑の免除を認めるべきであり、②期待可能性という観点からは財物の所有者と占有者の双方との間に親族関係が必要であるとす。

第四章「盗品等に関する罪における親族特例」では、通説的見解が本特例の実質的根拠を期待可能性の観点に求めながら、これを一身の処罰阻却事由と解していることを批判し、実定法上の要件の根拠と解釈基準の解明という刑法理論学の任務にかんがみ、本特例はその実体に即して可罰的責任阻却事由と解すべきことを主張する。

第五章「犯人蔵匿罪および証拠隠滅罪に関する親族特例」では、前二章で述べたことに加え、本特例が「犯人又は逃走した者……の利益のために」という要件を規定していることからしても、その根拠を責任の観点に求めざるをえないと指摘する。