

法秩序の統一性と刑法解釈

前田 雅英

I 「日本型犯罪論」の確立

1 実質的犯罪論

第二次世界戦後の日本の刑法解釈論は、大きな流れとしてみると、形式的な犯罪論から、往きつ戻りつつも、実質的犯罪論に深化してきたよう思われる。もっと遡れば、明治期に「輸入」した欧州の刑法典の解釈理論が、現実を生起する問題への対応を迫られる中で、「日本型」にシフトしてきたといつてよいように思われる。

日本の刑法学に強い影響を与えたドイツ刑法理論が、現在に繋がる形でほぼ確立したとされる 20 世紀初頭において、その後の犯罪理論に大きく影響を与えたとされるベーリングは、構成要件や違法性、有責性を確定することなくしては、「行為が処罰に値するか否か」を論じることは不可能であると主張した。犯罪成立要素を満たすから処罰し得るのである。論理的には、可罰性によって帰納的に違法性や有責性を認識することはできるが、構成要件や違法性、有責性を、可罰性から演繹的に抽出することは不可能であるとしていたのは、当然のことのように思われる¹⁾。日本でも、ドイツ刑法学説を重視された木村亀二博

1) Beling, Die Lehre von Verbrechen, 1906, S.36 f.. さらに、林幹人「可罰的違法性と法秩序の統一性」法曹時報 46 卷 8 号 2 頁参照。違法性は可罰性に先行し、その内容は全法領域において統一的であるとされたのである。それ以前の、19 世紀ドイツの刑法学においては、可罰性と密接に結びついた違法性概念が広く用いられていた。ヘーゲルの影響などもあり、刑法で用いる違法性は民事違法とは別個のものとする学説が多かったとされる。「刑法における違法性はもっぱら可罰性によって、かつ、可罰性とともにも生まれる」「違法性とは法領域と同じ数だけの態様が存在す

士が、「罰則の有無の問題と違法性の有無の問題との論理的順序は、まず、刑罰の前提条件たる行為の違法性の有無を検討し、その結論として行為が違法であるならば、その違法な行為に対する法的効果たる罰則の有無に従って行為が可罰的であるか否かを決定しなければならないことはいうまでもない」として、「処罰に値する違法性」という議論の仕方を、厳しく批判されたのである(法セミ 1968 年 4 月号 33 頁)。

「成立要件の内実を、それによって導かれるべき『効果』と結びつけて考えることは許されない」という、一見正しい形式論が、形式的犯罪論の最も中核にあるものなのである。

しかし、正しい構成要件概念、正しい違法性は誰がどうやって決めるのであろうか。それこそが、まさに「犯罪論」と考えられてきたように見える。しかし、「正しい」といえるかには、価値判断が含まれざるを得ない。「正しい犯罪論」とは、「主張者が正しいと考える犯罪論」という面を含まざるを得ない。そして、「正しさ」は、犯罪とすることの効果の妥当性と無関係ではあり得ない。現在の日本においては、「構成要件や違法性は、刑罰を科すべき行為を選ぶ犯罪論の一要件である以上は、刑事政策的要請をも含め刑罰という効果を十分意識して構成されなければならない」という考え方が広く認められている。犯罪の成立範囲を確定する「道具」としての構成要件や違法性を考える場合には、「処罰に値する」という実質的評価・規範的価値判断こそが重要なのである²⁾。

る」等とされていたのである(前田『可罰的違法性論の研究』(1982年)348頁参照)。

- 2) 刑法解釈論で問題にする違法性は、処罰すべき行為を選別するための要件であるからこそ、刑罰という効果にその内容が規定される面がある。「結論を導く要件が、結論に規定されて変動することは許されない」というのは一見説得的であるが、「犯罪」として処罰すべき実体は微妙に変動して行くものであり、刑罰効果と無関係に全法領域で統一的に決定さるものではあり得ない。「要件(違法性)と結論(処罰範囲)の循環」が、妥当な違法性の内容を導き、妥当な処罰範囲を導くのである。

2 違法性判断の相対性と国民の規範意識

形式的な犯罪論は、違法性を全法秩序で単一のものとする違法一元論と結びつきやすい。しかし、犯罪か否かを判断する為の要件である「違法性」は、民法で用いる違法性や行政法におけるそれとは異なるといえよう。法領域ごとに違法性が異なるとする違法多元論ないし違法相対性論は、実質的に犯罪成立要件を考えるということと結びつく。そして、刑法解釈においては、「処罰に値する」という視点が重要なのである。

そしてこの「処罰に値する」という価値判断は、国民の規範意識と不可分に結びつく。形式的な論理から「価値」は出てこない。「処罰に値するか否か」は、その判断時の当該国家の国民によって決定されるのである。そして、「国民の規範意識」を如何に把握するかこそが刑法解釈論といってもよい。犯罪論は、国民性と表裏一体の関係にあると言っても過言ではない。

「日本化」の動きは、わが国の現実の問題に、まさに切実な形で直面せざるを得ない判例によって生じたといってもよい。具体的事案を前にして、「処罰すべきか否か」という決断を迫られる中で、「国民の目線」は決定的に重要なのである。「刑法理論が実質化」したということは、刑法解釈論の中での判例の地位が相対的に高まったことの言い換えだといってもよい。

3 日本の共犯論

その象徴は、昭和の末期から現在に至る「共犯論」の展開であった。学説においては、現実にはほとんど存在しない「教唆犯」を軸に共犯論が論じられてきたが、それは、共犯規定を輸入したドイツの共犯学説を真似てきたからである。ドイツにおいては、処罰根拠論など、主として教唆を念頭に置いた議論が為されてきた。そもそも、独立性・従属性という共犯本質論も、教唆に関するものといってもよい（前田雅英『刑法総論講義 7 版』（2019）329 頁参照）。

しかし、わが国の国民の共犯イメージは、それとかなり乖離していたため、判例は、学説の批判に抗しながら、「共謀共同正犯」の考え方を定着させた。そして学説の主流もそれに従わざるを得なくなったのである。そこでは、日本

的な「共犯」の考え方が決定的な意味を持った³⁾。ここに日本型の法解釈の典型が見られる。法典の「母国」とそこにおける法理論、その基礎にあるドイツ等の規範意識から出発した「近代日本の刑法解釈論」が、日本において生起する、具体的な問題処理に際して、国民の規範意識に沿った妥当な結論を探求してきた刑事司法実務によって、徐々に修正されてきたのである。日本は、英米のような判例法系ではないが、刑法解釈論の発展において、判例の果たした役割は大きい。

さらに、その「修正」は、法解釈の方法論にも及ぶ。「ドイツ型」の「理論からの演繹的解釈」を重視する「形式的犯罪論」から、具体的な事案を前提に、妥当な結論を導くための要件の調整という、いわば「帰納的な方法」が重視され、それによって実質的犯罪論が完成していったのである。

ただ、刑法解釈に関する判例にも、「動き」「揺れ」が存在してきた。もちろんそれは、社会情勢の変化を踏まえた、処罰範囲（可罰性評価）に関する変化である。当該行為が刑罰を用いても禁圧すべきであるという社会の規範的評価が高まれば、判例は処罰範囲を拡大する。それと全く逆の動きをすることもある。そして、その結論を導くのに有用であれば、「形式的犯罪論」を「利用す

3) わが国では伝統的に、正犯が犯罪の中心で共犯は従たる存在であるとされ、「直接」実行したか否かのみで正犯か否かを決定すべきでないと考えられてきた（平松義郎『江戸の罪と罰』101頁参照）。新律綱領・名例律下の共犯罪分首従も「凡共に罪を犯す者は造意一人を以て首と為し随従者は、従と為し一等を減す」と定めていた。しかし、ヨーロッパ型の共犯規定を採用した刑法典の解釈論においては、「実行行為」を全く行わない者は共同「正犯」たり得ないとされることになる。そこで、伝統的な共犯概念を加味した実務の共犯論と、西欧型の「理論」に忠実な学説の共犯論との対立が生じることになった（前田雅英『刑法総論講義7版』（2019）346-47頁参照）。そして、現代でも国民は、実行犯より命じた者の刑責を重く見ているのである（司法研究報告書57・1・86参照）。その結果、教唆のかなりの部分は、共謀共同正犯で処理されている。日本に教唆は、ほとんど存在しない。しかし、例外的に教唆が認められる特殊な犯罪類型があり、犯人蔵匿隠避罪、証拠湮滅罪、偽証罪なのである。それは、犯人（被告人）が行った場合の処罰を、刑事政策な観点も含め、排除しているので、共同「正犯」に処断できず、やむなく教唆で処理するからなのである。

る」こともあった (⇒後述 V3 参照)。しかし、「実質的に処罰に値するか否か」を探求するという意味では、判例は実質的犯罪論でしかありえないのである。

II 実質的犯罪論の原点

1 罪刑法定主義と構成要件該当性判断

刑法解釈を特色づけるものとして、罪刑法定主義が重要であるという点に関しては、異論が見られないといってよい。構成要件は、恣意的な処罰範囲が設定されることのないよう、出来る限り明確なものでなければならない。そして構成要件解釈において、実質的解釈は、可能な限り排除しなければならない。

しかし、現実には生起する具体的事案にあてはめる作業には、規範的評価を伴わざるを得ない。その意味で、誰が解釈しても必ず同じ結論に至りうるような「理想的な構成要件」は、理念の世界はともかく、現実には存在し得ない。目指す目標としての「理念型」なのである。

そして、解釈である以上、結論の具体的妥当性とのバランスが必要となる。明確性、限定性のみを探求すれば良いというのであれば容易であるが、刑罰制度は、妥当な処罰を認める必要があるから、存在するのである。

このバランスの取り方も、国により異なる。国民の規範意識が異なるからである。

ただ、罪刑法定主義との結びつきから、学説においては形式的犯罪論が優勢であった構成要件論も、実は実質化が進行せざるを得なかったのである⁴⁾。

4) もともと、構成要件解釈において、実質的価値判断が不可避であることは、認めざるを得なかった。例えば、不作為犯においては、「作為義務」を中心とした処罰範囲の確定作業が模索されていく。「不作為犯の構成要件」という概念の設定にも議論があったが、「構成要件の形式的解釈」を維持するため、「結果発生の危険のある状態で結果の発生を防止しなければならない法律上の義務を負う保証人の不作為のみが構成要件に該当する」とする保証人説が主張された。ただ、構成要件要素とするため、保証人の地位を類型化しようとしても、結局実質的考慮は入らざるを得

2 大判明治 36 年 5 月 21 日（刑録 9 輯 14 号 874 頁）

その象徴が、電気窃盗に関する日独の取り扱い差異であった。ドイツでは、ライヒ最高裁 1899 年 5 月 1 日（RGSt. 32, 165）が、窃盗は財物を窃取する罪であり、財物は、民法上有体物と既定されており、有体物でない電気については窃盗罪は成立しないとされたのである。

それに対し、日本では、その 4 年後、大判明治 36 年 5 月 21 日（刑録 9 輯 14 号 874 頁）が、電気（電流）について、窃盗罪の成立を認めた。同判決は、「人ノ所有物ヲ窃取シタル者」罰する旧刑法 366 条に関するものであったが、「他人の財物の窃取」を罰する現行刑法 235 条と基本的に同一で、ドイツ刑法典 242 条の「他人の動産（eine fremde bewegliche Sache）の奪取」とも、ほぼ重なる構成要件であった⁵⁾。

窃盗は、「物」を窃取する罪であり、民法上の物とは有体物をいうと規定されていたにもかかわらず（民法 85 条）、大審院は、電気の無断使用に窃盗罪の成立を認めたのである。

大審院は、①民法によれば、物とは有体物であることは疑いないとしつつ、②刑法 366 条の「物」は、刑法の解釈問題であり、刑法典が「物」の一般的定義を与えていない以上、目的論的に、他人の所持する物を不法に自己の所持内に移す行為である「窃取」の概念から導かれるべきであり、③人の観念の中のみ存在する無形物は、所持し得ないので窃盗の目的物たりえないが、「独立の存在を有し人力を以って所持を継続し得る『五官の作用に依り認識し得る形而下の物』」、すなわち、『可動性及び管理可能性を有するもの』は有体物では

ない。結局作為義務の有無という実質的判断が必要となったのである（団藤重光『刑法綱要総論 3 版』（1991 年）147 頁）。

- 5) 厳密には、旧刑法の「人ノ所有物」とドイツ刑法の「他人の動産」には、微妙な差があり、ドイツの方が構成要件該当性否定されやすい面がなくはないが、わが国の議論の中では、ほぼ同一の事案に関し、日独で結論が逆のものとなったと理解されてきたといつてよい。

なお、この判決後問もなく成立した現行刑法は、ドイツの立法の影響を受け、刑法 245 条に「本章ノ罪ニ付テハ電気ハ之ヲ財物ト看做ス」という規定を設けた。ただ、大判明治 36 年 5 月 21 日は、それ以前の条文を踏まえたものであった。

なくても、本罪の客足りたり得るとし、④そこで、電流は、有体物ではないが五官の作用に依り存在を認識することができ、容器に収容し蓄積して所持し場所を移転する等の可動性と管理可能性も併有しており、窃盗罪の客体たり得ると結論づけたのである⁶⁾。

6) 大審院は以下のように判示した。「物理学上物ト稱スルハ形態ヲ具フル所ノ物質ニシテ必ス固體液體氣體ノ分類中ノ一ニ属スヘキモノナルコト電流ハ形態ヲ具有セス随テ固體液體氣體ノ何レニモ属セサルヲ以テ物ニアラスシテ物以外ニ存スル一種ノカナリトスルハ物理学上動カスヘカラサルノ定説タリ又タ民法第八十五条ニ依ルトキハ民法ニ於テ物ト稱スルハ有體物ヲ謂イ無體物ハ民法上物ニアラサルヲ以テ民法上ノ物ハ物理上ノ物ト全然一致シ電流ハ無體物トシテ民法上ノ物ニアラザルコトモ亦明白ニシテ疑義ヲ容ルヘキノ余地ナキモノトス」

「刑法ニ所謂ル物ナル語ハ斯ル一定不可動ノ意義ヲ有スルモノニアラスシテ或ル場合ニ於テハ有體物ナリトノ極メテ狭キ意義ニ解シ或ル場合ニ於テハ有體タルト無體タルトヲ問ハス有形的ノ或ルモノ即チ人ノ思想ノミニ存在スル形而上ノモノニアラスシテ五官ノ作用ニ依リ直接ニ其存在ヲ認識シ得ヘキ形而下ノ物ナリト解シ或ル場合ニ於テハ其意義ヲ拡充シ權利ノ如キ人ノ理想ノミニ存在スル無形物ヲモ指稱スルコトアルヲ以テ刑法ニ於テ物ト稱スルハ果シテ如何ナルモノヲ謂フヤハ自カラ刑法ノ解釈上ノ問題ニ属シ必スシモ物理上及民法上ノ觀念ノミニ依拠スルコトヲ要セサルモノナリ依テ第三百六十六条ニ所謂ル物トハ如何ナル物ヲ意味スルヤヲ按スルニ刑法ハ一般の二物ノ定義ヲ与ヘス又タ窃盗ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ノ範圍ヲ限定セサルヲ以テ或物ニシテ苟モ窃盗罪ノ基本の要素ヲ充タシ得ヘキ特性ヲ有スルニ於テハ窃盗罪ノ目的物タルコトヲ得ヘク之ニ反シテ窃盗罪ノ觀念ト相容サル物ハ窃盗罪ノ目的タルコトヲ得サルモノト解釈セサルヘカラス換言スレバ刑法カ窃盗罪ノ基本の要素トナセル『窃取』ノ觀念ハ自カラ窃盗罪ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ノ範圍ヲ確定スルノ作用ヲ為スモノニシテ窃盗罪ノ成立ニ必要ナル窃取ノ客體タルニ適スル物ハ窃盗罪ノ目的トナリ窃取ノ客體トシテ不適當ナル物ハ窃盗罪ノ目的タルコトヲ得サルモノト解スヘキモノトス」

「而シテ刑法第三百六十六条ニ所謂ル窃取トハ他人ノ所持スル物ヲ不法ニ自己ノ所持内ニ移スノ所為ヲ意味シ人ノ理想ノミニ存スル無形物ハ之ヲ所持スルコト能ハサルモノナレバ窃盗ノ目的タルコトヲ得サルハ論ヲ待タス然レドモ所持ノ可能ナルガ為メニハ五官ノ作用ニ依リテ認識シ得ヘキ形而下ノ物タルヲ以テ足レリトシ有體物タルコトヲ必要トセス何トナレハ此種ノ物ニシテ独立ノ存在ヲ有シ人カヲ以テ任意ニ支配セラレ得ヘキ特性ヲ有スルニ於テハ之ヲ所持シ其所持ヲ継続シ移転スルヲ得ヘケレバナリ約言スレハ可動性及ヒ管理可能性ノ有無ヲ以テ窃盗罪ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ト否ラサル者トヲ區別スルノ唯一ノ標準トナスヘキモノトス而シテ電流ハ有體物ニアラサルモ五官ノ作用ニ依リテ共存在ヲ認識スルコトヲ得ヘキモノニ

3 民法とは異なる「物」概念

ほぼ同じ事案に関し同じ時期に、ドイツと全く異なる結論が採用されたことで、刑法解釈上非常に重要な意味を持つ判例であったが、両国の解釈手法や国民の規範的評価の相違まで意識して分析されることはなく、「ドイツのような方法をとるのが、罪刑法定主義の正道なのである。」と消極的に評価する学説が有力であった（平野龍一『刑法判例百選 I 総論第 2 版』（1984 年）9 頁。なお、木村亀二『刑法各論』（1959 年）105 頁、団藤重光『刑法綱要各論（3 版）』（1990 年）550 頁）参照）。たしかに、事案と条文構成同一性から、「日独いずれの解釈が正しいのか」という論じ方も、強ち誤りとまでは言えないが、構成要件該当性判断も、最終的には、具体的事案を踏まえた国民の規範意識に依拠せざるを得ないことに鑑みると、近代刑法典導入当初の時点から、日独で、「刑法解釈」に著しい差が存在してきたことを直視すべきように思われるのである。

既に明治 36 年の段階で、大審院は、ア「物」の概念は、民法の定義が存在することを踏まえつつ「刑法の解釈問題」であることを明示して、法領域間の相対的評価を前提していた。そして、イ 窃盗罪の物概念は、窃盗の罪質から、処罰目的に適ったものとすべきであり、その際には可罰性・当罰性も考慮すべきだとしていたのである。日本の実務では、近代法導入当初から、実質的解釈が、少なくともドイツに比較して、優勢だったのである⁷⁾。

シテ之ヲ容器ニ收容シテ独立ノ存在ヲ有セシムルコトヲ得ルハ勿論容器ニ蓄積シテ之ヲ所持シーノ場所ヨリ他ノ場所ニ移転スル等人力ヲ以テ任意ニ支配スルコトヲ得ヘク可動性ト管理可能性ト併有スルヲ以テ優ニ窃盗罪ノ成立ニ必要ナル窃取ノ要件ヲ充タスコトヲ得ヘシ故ニ他人ノ所持スル他人ノ電流ヲ不法ニ奪取シテ之ヲ自己ノ所持内ニ置キタル者ハ刑法第三百六十六条ニ所謂ル他人ノ所有物ヲ窃取シタルモノニシテ窃盗罪ノ犯人トシテ刑罰ノ制裁ヲ受ケサルヘカラサルヤ明ナリ。]

- 7) このような「物とは管理可能なものである」という、実質的解釈に対しては、エネルギー一般や情報まで「物」となってしまう処罰の外延が不明確であるという批判が為されてきた。そしてこれらについての窃盗罪を認めないのであれば、「物とは管理可能性のあるものである」という解釈には無理があることになり、「物とは管理可能なものである」とする解釈は誤りで、ドイツのように有体性説を採用すべきだとするのである。しかし、大審院が、電気について窃盗を認めるために「管理

4 日独の判例の結論の差

そのような観点から、日独での明治以来の解釈の差異の差が生じた争点に着目して見直すと、ドイツでは構成要件に該当しないとされ、立法による解決が図られた事案が、日本では、判例の実質的解釈により処罰が認められた場合がかなり見られる。例えば、最判昭 51・4・30 (刑集 30・3・453) が、コピーは原本と同一の意識内容を保有し、証明文書としてこれと同様の社会的機能と信用性を有するものと認められる限り、文書に含まれるとし、「写」は文書ではないとする従来の見解を修正した。これに対し、ドイツの判例は、あくまで「コピーは文書ではない」という立場を堅持した上で、立法により「コピーの偽造行為」を処罰することにした。同様の関係はクレジットカード詐欺についても見られる。ドイツでは、クレジットカード詐欺は詐欺罪を構成しないとするのに対し、日本の最高裁は詐欺罪の成立を認めるのである (最決平成 16 年 2 月 9 日刑集 58-2-89 等)。

日本の判例は、具体的妥当性を考慮した柔軟な解釈を行っている (罪刑法定主義を徹底するという視点からは、最判昭 31・4・10 刑集 10・4・520 や最判昭 31・6・27 刑集 10・6・921 等が構成要件解釈が緩すぎるとされることもあった)。このような特色は、日本の立法機関の機動性の無さに起因する面もなくはないが、それ以上に日本的規範意識の結実したものといえよう。

しかし、昭和 50 年代までの日本の刑法学説においては、「ドイツ型」の形式的解釈論が圧倒的に優位を占め、そして、それを用いて判例を批判することが、謙抑主義を旨とする刑法解釈学のあるべき姿であると考えられていた

可能性」という概念を用いたとしても、管理可能なものをすべて窃盗の客体とすべきだと主張したわけではない。あくまでも、民法の物概念を離れて、窃盗の客体を考えるとときには、「所持を奪う」と言えなければならず、そこから、少なくとも可動性・管理可能性は必要で、電気はその要件を満たし、窃盗の罪質とも適合すると考えたに過ぎない。重要なのは、不当に処罰が拡がる可能性がどれだけ存在し、それを防ぐ解釈論上の手立てが考えられないかにある。

そして、裁判規範としての「可動性・管理可能性」は、新たに生じてくる具体的事案を踏まえて、補訂されうるものなのである。

面がある。そこには、戦前への反省から、実質的解釈を認めようとしなかったという背景も存する。しかし、戦後だけでも70年以上を経過し、膨大な判例が蓄積された現在、我国の解釈論の特色を意識的に展開する必要がある。刑法理論は、具体的な問題に妥当な解決を与える営みの中で日本固有の問題状況や国民の規範意識が吸収され、それが結晶となって顕在化していくものである。裁判員裁判制度は、そのような解釈論の方向性を確定的なものとしたように思われる。

Ⅲ 日本の実質的違法論・責任論の展開

1 法秩序の単一性と多元性

形式的犯罪論は、法秩序の統一性を強調し、実質的犯罪論は、法秩序の相対性を認めて「刑法上の違法性に相応しい、刑罰に適した量（ないしは質）」を探究することになる。

この対立を、理論的に整理すれば、「刑法上の違法性と他の法領域の違法性との関係をどのように捉えるか」という争いであり、法秩序の統一性を強調すれば、違法性の有無は一元的で、他の法領域との調整は必要ないことになる。ただ、現実の解釈論においては、実質的犯罪論も、「他の法領域で違法とされていること」を考慮しないということはある得ない。その意味で、「全法秩序の視点」から、処罰に値するか否かを判断するのである。形式的犯罪論においても、法領域間で「評価」が異なることは認めざるを得ず、「他の法領域で違法とされている行為は、刑法犯解釈において正当化されることはあり得ない」という「調整」を行わざるを得ない。

違法性を「法規範・法秩序に違反すること」と説明する立場によれば、違法性は全法秩序・法領域において一元的でなければならないことになる（厳格な違法一元論）⁸⁾。演繹的理論が、どちらかと言えば優勢なドイツでは、そのよう

8) あたかも「法秩序という『風船』の、民法という部分を破っても、刑法という部分を破っても、風船が『破裂する』ことに変わりはない」からである。この立場で

な考え方が伝統的に強かったといえよう。ドイツ刑法理論が現在に繋がる形でほぼ確立したとされる 20 世紀初頭には、違法一元論が基盤として確立する⁹⁾ (→ I 1、さらに林幹人「可罰的違法性と法秩序の統一性」法曹時報 46 巻 8 号 2 頁参照。)

2 実質的違法論

わが国の刑法学説史においては、実質化は違法性や責任という、構成要件に盛り込まれる「中味・内容」において、先行して進行していた。

違法性の形式的な定義は「実定法規に違反すること」である。このような違法性の定義の仕方を、形式的違法論と読んできた。少し実質化して、「違法性とは法規範・法秩序違反である」と定義しても、「法規範・法秩序は何を禁じ何を許すのか」という問題が残らざるを得ない。そこで違法性を、「実定法規・法規範に違反すること」を超えた実質的な根拠で説明する実質的違法論が、実はドイツにおいても、古くから有力化していたのである¹⁰⁾。

行為の違法性(正当性)判断は、形式的に法定の正当化事由に該当するか否かではなく、実質的に判断されるべきだということで、ほぼ異論を見ない。そ

は、他の法領域で違法とされた行為が刑法上正当化されることはあり得ないことになる。

9) そして、「一般規範違反としての違法性」「可罰評価とは無関係の統一的違法性概念」が、20 世紀初頭の有力な学説に採用され、さらに 1930 年代に、エンギッシュの論稿により理論的な裏打ちがなされて、その後一貫した通説を形成するのである(前田雅英『可罰的違法性論の研究』352 頁以下)。戦後いち早く、可罰的違法性論批判の論陣を張られた木村博士が、『可罰的違法性論』はドイツで半世紀以上前に克服されたもの」とされたのは、まさに正鵠を射た指摘だったのである。

10) 実質的違法性論も、ドイツの学説の「承継」から始まる。まず、リストが違法性に関しそれまでの形式的な理解に加えて「社会侵害的行為」「法益侵害またはその危険」という実質的基準を提示する。他方、M. E. マイヤーが実質的違法性を「国家の承認した文化規範違反」と説明する。そして、ドイツの判例が、法規上の緊急避難では賄いきれない事案につき超法規的違法阻却事由を承認し、違法性を実質的に捉える立場が定着する。そしてこのドイツの実質的違法性論が日本にも導入されたのである。

して現在の実質的違法性の判断基準は、最大判昭和48年4月25日（刑集27・3・418）に示された「勤労者の組織的集団行動としての争議行為に際して行なわれた犯罪構成要件該当行為について刑法上の違法性阻却事由の有無を判断するにあつては、その行為が争議行為に際して行なわれたものであるという事実をも含めて、当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否かを判定しなければならない」というものであるといつてよい。

このように、判例の実質的違法性判断基準の中核は、違法の相対性論と不可分に結びついて登場したものなのである。違法一元論によれば、「労働法上違法な争議行為である以上、構成要件に該当すれば刑法上も違法であり、正当化されることはあり得ない」ということになる。しかし、後述のように、最大判昭和41年10月26日（刑集20・8・901）が「公労法上違法でも、刑法上は正当化され得る」という考え方を選択したのである。その後最高裁は、公務員の争議行為の可罰性判断を変更したが、最大判昭和41年10月26日の違法相対論は維持した。最大判昭和48年4月25日（刑集27・3・418）は「犯罪構成要件該当行為について刑法上の違法性阻却事由の有無を判断するにあつては、その行為が争議行為に際して行なわれたものであるという事実をも含めて、当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から判断するとして、具体的行為の正当化は認めなかったのである。

犯罪成立要件である違法性の内実を実質的に理解しようとするれば、どうしても、「効果」を考慮することと結びついていく。「処罰すべきか否か」という視点とは完全に切り離して、「純粹理論的に『違法の本質』を明らかにし、そこから演繹的に処罰の可否を導く」ということは、現時点の解釈論としても理念的には可能である。そして、これが「形式的違法論」の一つの核だといつてよい。

しかし、現在、刑法上の違法行為は、処罰に値する程度のものでなければならぬと理解されてきている。違法性も、刑罰を科すべき行為を選ぶ犯罪論の一要件である以上は、刑事政策的要請をも含め刑罰という効果を十分意識して

構成されなければならないからである。その意味での違法性は、民法で用いる違法性や行政法におけるそれとは異なる。例えば、民法で違法とされる緊急避難行為の一部は、刑法では正当とされる。刑法上の違法性は処罰の要否を判別する要件である以上、処罰に値する違法性のみが問題となる。わざわざ可罰的違法性という概念を用いるまでもないと言えよう。

3 実質的責任論

責任（有責性）の要素も、実質的に理解されてきた。客観的に違法な行為であり、故意・過失が認められても、すなわち、客観的・主観的構成要件に該当し違法阻却事由が存在しなくても、なお行為者が主観的に非難し得ない場合には処罰し得ない（責任主義）。

かつては、責任は、行為者の心理状態としての故意・過失として理解する心理的責任論が主張されたが、国民から見ても非難可能であるかを問題とする規範的責任論が有力となって久しい。その実質は、正しい行為を行うことが可能であったのに、犯罪行為を行ったことに非難の根拠を求める。行為者を非難するには、行為時に存在する具体的事情の下で行為者が違法行為ではなく、他の適法行為を行い得るであろうと期待し得る可能性がなければならない（期待可能性）。

期待可能性の基準・標準の関しては、伝統的な道義的責任論の立場からは、が主張される（大塚仁『刑法概説総論 4 版』（2008 年）460 頁参照）。行為の際における具体的事情の下で、当該行為者が他の適法行為を為し得る可能性を問題にしなければ、期待可能性を論じる意味がないとする。たしかに、責任評価の対象は、主観的・個人的事情を含み、その人ごとの事情を基礎とした個別的責任判断でなければならない。しかし、「その人」を基準にしたら、極論すれば全ての行為は「そうせざるを得なかったのだ」ということになりかねない。評価の基準は、現在の国民を基準とした規範的評価（当為）でなければならない。その意味で、実質的に「現代の日本社会において責任非難が可能か」を具体的に判断していかなければならないのである（実質的責任評価）。

IV 財産犯と実質的犯罪論

1 本権説と所持説

明治以来の刑法各論の最大の争点は 財産犯の保護法益に関する、本権説（所有権説）対所持説（占有説）の対立であったといつてよい。刑法各論解釈の中で、判例数のみならず論文数からいっても、財産犯が重要であることは疑いない。そして、財産犯論の最も基本的な争いである本権説対所持説の争いの基本には、民法の解釈を重視する本権説と、刑法独自の財産概念を探究する所持説の対立があったといつてよい。

本権説は、所有権その他の私法上の本権の認められる財産のみが法益だとするのに対し、所持説は事実上の支配、すなわち所持そのものがひとまず保護されるべきで、最終的に民法等の法的権原に基づかない場合でも、財産犯の成立を認める考え方である。具体的には、刑法 242 条の「他人が占有する自己の物」とは何かという解釈をめぐる争われてきた。242 条は、自己の財物であっても、「他人の占有」に属せば他人の財物として財産犯が成立する旨定めているが、本権説は、この占有を賃借権等の権原に基づくものに限るのに対し、所持説は全ての所持を含むとするのである。

この問題に関して、判例は大きく揺れ動いてきたが、その流れを俯瞰すると、所持説の方向に動いてきたといつてよいように思われる。平成以降は所持説が定着した（(香城敏磨・『最高裁判解（刑）平成元年度』227 頁）。

明治期に所持説だった判例は、大正期に入ると本権説を採用するようになる。大判大正 7 年 9 月 25 日（刑録 24・1219）は、担保に供することが禁じられている恩給年金証書を債権者に担保として渡し、それを債権者から騙取した事案に関し、「242 条は占有者が適法にその占有権をもって所有者に対抗し得る場合に限る」として詐欺罪の成立を否定したのである。

しかし、第 2 次大戦後、最高裁は、財産犯においては「社会秩序を維持する必要からして、物の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護

せられ」るべきであるとして所持説に移行する（最判昭和 24 年 2 月 15 日・刑集 3・2・175）。そして、最判昭 34 年 8 月 28 日（刑集 13・10・2906）は、大正 7 年の本権説判決とほぼ同じ事案について詐欺罪の成立を認め、最判昭 35 年 4 月 26 日（刑集 14・6・748）が窃盗罪に関しても所持説を採用して有罪を認めた。

もっとも、その後判例は、同種の事案に関して無罪を認めるようになる。ただ、不可罰の根拠が、「本権に基づく所持ではない」というのではなく、取り戻すのが正当な権利行使であるとされている点に注意を要する。かつての議論は被害者 A の占有の根拠、すなわち権原の有無のみで処罰の可否を決定してきたが、近時の判例では行為者（奪取者）の側の事情、すなわち奪取行為を行なう根拠、態様、必要性を加味して、実質的違法性の有無を判断する。特に、最決平成元年 7 月 7 日（刑集 43・7・607）が、242 条の解釈に関しては所持説を堅持することを明示した上で、「事実上の占有については絞りをかけず、違法阻却の面から妥当な結論を導こうと」したのである。その後の判例は最決平成元年判例に従っている。

2 刑法上の「他人性」

現代社会においては、裁判の結果法的根拠のないことが判明した占有でも、それを何の理由もなく侵害する行為が、原則として財産犯を構成することは否定できない。その意味で所持説が妥当である。ただ、自己の財物の取り戻しの場合、権利行使として違法性が阻却される場合が考えられるのである。

もとより、基本的には、財産関係に関する民法上の判断と財産犯の議論も統一的に理解されるべきである。ただ、法領域ごとに目的が異なることは否定できず、「処罰に値するか否か」を中心とした、刑法独自の考慮が働かざるを得ないことも否定できない。そして、各法領域ごとの独自の展開は社会の発展とともに加速されているように思われる。

例えば、長期間かかる民事裁判上の所有関係の確定を待たなければ財産犯の成否を判定できないというのは不合理である。最高裁も「他人性」は民事上の権利の有無と独立に判断すべきで、将来民事訴訟で自己の所有物とされる可能

性があっても、刑法上の他人の物といえるとしたのである（最決昭61年7月18日刑集40・5・438）

また、他の法領域の評価は、「違法」な所持も保護すべきかという形で、禁制品の奪取に関して問題とされてきた。ここでも、所持説は「処罰すべき」ということになりやすく、本権説を徹底すると、占有の法的権原を欠くから保護しなくてよいということになる。しかし、本権説も、禁制品について財産犯の成立を認め、たとえば、麻薬の所持は国に対して対抗できないが、第三者には対抗できるという説明を行う。しかし、国に対しては違法な所持であるが、第三者に対しては適法な占有であるというのは不自然であろう。ただ、いずれにせよ、このような見解も、他の法領域の評価とは異なった別個の視点から、可罰性判断を行っているのである。

民法708条は「不法の原因のため給付を為したる者はその給付したるものの返還を請求することを得ず」と定める。このように不法原因給付物は、給付者が返還請求し得ないわけで、それを奪取する行為は、民法的権原のない場合の奪取の一種となる。例えば、「通貨を偽造して儲けるから」と資金を騙取した場合や、公序良俗に反する売春行為の前金として金銭を騙し取った場合等、金銭を給付した者は返還請求できない。それでは、騙した側は詐欺罪とならないのであろうか。ここでも、本権説的な考え方を徹底すれば、その金員は法律の保護の外で給付者には法的損害なく、詐欺罪は不成立となる。しかし、詐欺罪成立説が有力なのである（最決昭33・9・1刑集12・13・2833、最決昭43・10・24刑集22・10・946）。たしかに、民法上の返還請求権がなくても刑法上は保護に値する。要保護性は禁制品の場合以上に高い。

3 法秩序の統一性を強調することの意味

不法原因給付と横領罪の成否について、「成立説は民法を含む全法秩序に矛盾する」とする学説も有力である（団藤重光『刑法綱要各論3版』637頁）。賄賂として渡すように委託された金銭を領得する行為が横領罪を構成するとすると、受託者はそれを避けるために、委託の趣旨に従って収賄者に渡すことに

なり、賄賂罪を犯すことになってしまう。しかしそのような犯罪行為を回避するとすれば委託者に返還することにならざるを得なくなるが、それは完全に民法 708 条に矛盾することになるとするのである (大塚仁『刑法概説各論 3 版増補』285 頁)。また、民法でも直接的な保護を与えていない不法原因給付物の給付者に、横領罪による保護を与えるのは全法秩序に不調和をもたらすとも指摘されている。

しかし、民法で保護しないものは、刑法上絶対に保護することができないとするのであれば、妥当でない。法領域ごとにその目的とするものは異なり、その解釈手法も異なる。さらには、個々の法ごとにも、達成すべき目的は異なりうる。そもそも、「保護する」という概念が曖昧で、法領域ごとに様々な法的効果・手法が存在することにも注意しなければならない。

この点に関連し、最判令和 4 年 4 月 18 日 (裁時 1789 号 2 頁) は、「農地の売買に際し、第三者名義を用いて農地法所定の許可を得ることや、譲受人自身が許可を得ないで農地を転用、取得することは、農地法に違反する行為である」としつつ、農地法の趣旨は、耕作者の地位の安定や農業生産の増大を図るという点を指摘し、「委託関係の成立過程に農地法違反があるということのみから刑法 252 条 1 項の横領罪の成立を否定すべきものとは解されない」とした。刑法解釈の、他の法領域からの独立性は必然なのである (前田雅英「横領罪における他人性」捜査研究 862 号 (2022 年) 47 頁)。

民事の判断と刑法解釈が最もぶつかり合ったのが、「誤振込」の事案であった。自己の口座に誤振込みがあった場合、民事上は口座名義人が銀行に対し、口座上の金額相当の普通預金債権を取得する (最判平 8・4・26 民集 50・5・1267) が、誤振込と認識してその金銭を引き出せば、銀行に対する詐欺罪が成立する (最決平成 15・3・12 刑集 57・3・322)。

民事上は、誤振込みであっても口座名義人に普通預金債権が認められないと、銀行業務が困難になるなどの事情が考えられようが、刑事上は、「誤振込分をそれと知りつつ引き出す行為が詐欺罪を構成するのか」という問題であ

り、銀行の占有する金銭を詐取したと解すべきなのである¹¹⁾。

現在、民事の判断に従えば、財産犯の妥当な処罰範囲が導かれるという議論は、意味を失ったといつてよい。全法秩序に目配せをすることは必要だが、あくまでも、刑罰を科すことが妥当かを、現在の経済秩序や国民の意識に則って判断する必要があるのである。

V 憲法的価値の変動と実質的犯罪論

1 全通東京中郵判決による「違法相対性論」

昭和の段階の犯罪論において、違法性の実質化（＝多元的違法性）が定着したのは、公務員の争議行為に関する刑事罰適用の判例の帰趨に依るところが大きい。昭和30年代から40年代にかけての刑事司法の最大の争点は、公務員などの「禁止された争議行為」ないしそれに随伴する行為について、労働組合法1条Ⅱ項（正当な争議行為につき刑法35条の適用を認める規定）を用いて正当化し得るかという点であったのである。

そして、この問題に関する下級審判例の激しい争いに決着をつけたのが松山丸事件判決（最判昭和38・3・15刑集17・2・23）であった。同判決は、争議行為が禁止されている以上、労働組合法1条Ⅱ項を適用して「正当性の限界如何を論ずる余地はない」として、現業公務員の行為を処罰したのである。ここで

11) 最決平15・3・12（刑集57・3・322）は、自己の口座に誤振込みされた預金の払戻し行為について、銀行実務上振込依頼人の申出に応じた組戻し手続がとられており、被告人に民事上の権利があろうとも、「銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に応ずるか否かを決する上で重要な事柄である」とし、受取人には誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があり、誤振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないとして、「誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たるとした。（なお、最判平20・10・10民集62・9・2361は誤振込みのような場合において、払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情があるときは、権利の濫用に当たるとする）。

は、明確に、違法性は、全法秩序で一元的なものと解されていた。

木村博士に代表される、ドイツ型の形式的違法論（→ I 1 参照）からは、違法性は、全法秩序で一元的なものである以上、労働法上違法な行為が刑法上正当化されることはありえないことになる。争議禁止が存在する以上、争議行為（と随伴行為）は、刑法上正当化され得ないという「答え」が、理論から論理的・客観的に導かれるように見えるのである。

しかし、日本の最高裁は、その結論を覆した。違法論に関する戦後最重要判例の一つである全逋東京中郵判決（前述 12 頁）が、「争議行為が労組法 1 条 I 項の目的のためでなくして政治的目的のために行なわれたような場合であるとか、暴力を伴う場合であるとか、社会の通念に照らして不当に長期に及ぶときのように国民生活に重大な障害をもたらす場合」でなければ、「公共企業体等の職員のする争議行為について労組法 1 条 II 項の適用を否定し、争議行為について正当性の限界のいかんを論ずる余地がないとした当裁判所の判例（最判昭和 38・3・15 刑集 17・2・23）は、これを変更すべき」としたのである。ここで明確に、違法の相対性論つまり、「公労法上違法でも、刑法上は正当化され得る」という考え方を採用することを宣言した。

ただ、この 1960 年代の「処罰範囲の限定の動き」は、「違法相対性論」の採用によって生じたわけではない。公共企業体の職員や現業公務員の労働基本権を尊重し、これに対する制限は必要やむを得ない最小限度にとどめるべきであるとの価値判断によって導かれていたのである。逆に言えば、それ以前の「結論」は、判例が「学説のようなドイツ型の違法一元論」を自覚的に展開することによって導かれていたわけではない。判例は、妥当な結論が得られる範囲で、違法一元論を「利用した」とも言えるのである。

そしてこの価値判断は、昭和 48 年の全農林警職法事件判決（最大判昭 48・4・25 刑集 27・4・547）、国労久留米駅事件上告審判決（最大判昭 48・4・25 刑集 27・3・418）等により覆される。判例は、公務員の労働基本権に関する評価を再び大きく修正するとともに、その刑事法的评价についても厳しい態度を示すことになったのである。

2 名古屋中郵判決と違法の相対性論

そして名古屋中郵判決（最判昭52・5・4刑集31・3・182）は、東京中郵判決の結論を覆した。全通労組の役員の勤務時間にくい込む職場大会参加を呼びかけ職場を放棄させた郵便法79条I項の共犯などについて、「公労法17条I項に違反する争議行為は、国民全体の共同利益を損なうおそれのあるものというほかないのであるから、これが罰則に触れる場合にその違法性の阻却を認めえないとすることは決して不合理ではないのである」として、東京中郵事件判決を変更した。昭和40年代末の時期に、刑事司法の世界に大きな転換、別の角度からいえば「断層」が生じたのである。

ただ、名古屋中郵判決は、「争議行為であれば、他の法領域で違法であっても刑法上必ず正当化される」ということを否定したに過ぎず、「公労法上の違法性も一つのファクターとして考慮しつつも、刑法上は正当化され得る」ことは認めている。松山丸事件判決（前述18頁）の違法一元論とは明確に一線を画しているのである。最高裁は、違法相対性論を採用しているという意味では、変化しなかったのである。

名古屋中郵判決の多数意見も、「刑罰は国家が科する最も峻厳な制裁であるから、それにふさわしい違法性の存在が要求されることは当然であろう」とした上で、その違法性の存否は、「それぞれの罰則と行為に即して検討されるべきものであって、およそ争議行為として行われたときは公労法17条I項に違反する行為であっても刑事法上の違法性を帯びることがないと断定するのは、相当でない」としているのみなのである。

違法性が法領域ごとに相対的であるとしても、刑法上の違法性判断の資料として、他の法領域で違法とされることをいっさい考慮しないというのは、もとより不合理である。ただ、刑法上の違法性は、国民の規範意識を踏まえて、処罰に値するか否かという視点を中心に判定されなければならない。違法一元論を採用するか否かという「枠組みの選択」は、実は重要ではない。国民が、公務員の争議行為をどこまで許容するか、という「実質的価値判断」が決定的なのである。東京中郵の「憲法の保障する労働基本権を尊重し、これに対する制

限は必要やむを得ない最小限度にとどめるべきであるとの見地から、争議行為禁止違反に対する制裁をしないで緩和し、刑事制裁は、正当性の限界をこえないかぎり、これを科さない趣旨であると解するのが相当である」とする価値判断と、名古屋中郵判決の、「争議禁止が、国民が重大な生活上の支障を防止するために規定されたものであつて、その禁止に違反する争議行為は、国民全体の共同利益を損なうおそれがある」という価値判断のいずれが、国民の支持を得られるかという問題なのである。

そして、名古屋中郵判決は、「公労法 17 条 I 項違反の争議行為が他の法規の罰則の構成要件を充たすことがあつても、それが同盟罷業、怠業その他単なる労務不提供のような不作為を内容とする争議行為である場合には、それを違法としながらも・・・単純参加者についてはこれを刑罰から解放して、指導的行為に出た者のみを処罰する」とした。最高裁は、条文に何の手掛かりも存在しないのに、公務員などの争議禁止に関する法規制の歴史などから、限定解釈を認めたのである。学説上は、あおりそそのかすという共犯的関与は、正犯行為より軽く評価されるべきであるという意見が強く、単純参加者を不可罰にするなら、あおりそそのかす行為も不可罰とすべきだというドイツの共犯論に強く影響された見解も多かった。しかし、共謀共同正犯におけると同様、日本では、「中心人物」を重く罰すべきだという意識が強いのである（前述 I 3 参照）。

3 二重の絞り論と日本の共犯概念

最高裁は、名古屋中郵判決においても、違法の相対性は維持し、その範囲で形式的犯罪論に戻ったわけではなかったのだが、公務員の争議行為の処罰範囲に関して、構成要件解釈の明確性を強調するという「形式的犯罪論」を採用し、処罰範囲を拡大したのが、「二重の絞り論」に関する判例である。

最高裁は、地公法に関する都教組事件判決（最大判昭 44・4・2 刑集 23・5・305）、国公法に関する全司法仙台事件判決（最大判昭 44・4・2 刑集 23・5・685）において、全逓東京中郵判決と同様に、公務員の労働基本権は十分保障されねばならず、その制限は必要最小限度のもののみが合憲となり得るとした上で、あおり

処罰につき、①あおりの対象となる「争議」は、違法性の強いものに限られ、②あおり行為自体も争議行為に通常随伴して行なわれるものは処罰対象から除外するという二重の絞り論を展開した（前田雅英『実質的犯罪論』（1992年）119頁以下参照）。

ただ、最大判昭和48年4月25日（刑集27・4・547-全農林警職法事件判決）は、このような限定解釈を、「不明確で憲法31条に違反する疑いのある解釈」として否定したのである。「国公法110条1項17号が、違法性の強い争議行為を違法性の強いまたは社会的許容性のない行為によりあおる等した場合に限ってこれに刑事制裁を科すべき趣旨であると解するとき、いうところの違法性の強弱の区別が元来はなほだ曖昧であるから刑事制裁を科しうる場合と科しえない場合との限界がすこぶる明確性を欠くこととな[る]……このように不明確な限定解釈は、かえって犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法31条に違反する疑いすら存する」としたのである。そして、岩手教組事件判決（最判昭51・5・21刑集30・5・1178）により、地公法に関しても二重の絞り論が否定された。

しかし、全農林判決も「その態様からして、実質が単なる規律違反としての評価をうけるにすぎない争議行為」は、構成要件に該当しないものとし、さらに、あおり自体に関しても「単なる機械的労務を提供したにすぎない者、またはこれに類する者」を除外しているのである。かなり実質的な判断に踏み込んだ限定解釈とも言える。その意味で、最高裁が、あおり行為処罰関する限定解釈を否定して形式的犯罪論を採用したとすること、「最高裁が形式的解釈に傾斜した」と評価することは、誤っているように思われる。

問題は、①実質が単なる規律違反にすぎない争議行為参加者と、②あおり行為をしたとしても「単なる機械的労務を提供したにすぎない者」の構成要件該当性を否定する実質的解釈の妥当性にある。

あおりそそのかすという共犯の関与は、正犯行為より軽く評価されるべきであるという立場からは、「中心となって争議行為を先導した者」などの構成要件該当性を肯定する最高裁は（最判平1・12・18判時1332・24、最判平1・12・18

判時 1332・27、最判平 2・4・17 判時 1346・4)、必要な限定解釈を行わず、不当に処罰を拡大しているように見えることになろう。

しかし、「首謀者」「中心人物」の当罰性は高いとする判例の一貫した考え方を、国民の規範意識の投影したものとして肯認するのであれば(前田雅英「判例と学説の齟齬の解消－犯人隠避罪教唆罪の成否」捜査研究 859 号(2022 年) 28 頁)、むしろ判例の限定解釈は、妥当なものといえるのである。

4 構成要件解釈の明確性 合憲的限定解釈

公務員の政治活動に関し、最判平成 24 年 12 月 7 日(刑集 66・12・1337)と最判平成 24 年 12 月 7 日(刑集 66・12・1722)において、構成要件の明確性が争われた。公務員によるピラの「配布行為」に関し、処罰範囲が不明確なので違憲ではないかが争われたのである。特に、犯罪となる行為の主要部分を、規則に「白紙委任」してよいのかが問題となった。

「国民から見て不明確な文言を含む刑罰規定は、憲法 31 条に違反し無効である」という明確性の理論は、定着した規範となっている(最大判昭和 50・9・10 刑集 29・8・489)。問題は、不明確性の基準である。最判平成 24 年 12 月 7 日は、本件罰則規定は、不明確なものではないとしたのである。

ただ最高裁は、「政治的中立性を損なう実質的なおそれのあるものに限定する『解釈の下』における本件罰則規定」が明確だとした点が重要である。政治的中立性を損なわない行為の処罰は、許されないのである。そして、処罰範囲が不当なものとならないようにするための「合憲的限定解釈」は許される。

例えば、最大判昭和 35 年 1 月 27 日(刑集 14・1・33)は、許可が必要な高周波器での治療を無許可で行った行為が、あんま師・針師及び柔道整復師法違反に問われた事案につき、同法は人の健康に害を及ぼす恐れがあるから無許可の行為を処罰するのであって、本件行為はその恐れが全くない可能性があるとして、原審に差し戻した(結局は差戻審で有罪となった)。判例は、人の健康に害を及ぼすおそれが全くない行為は、形式的に構成要件に該当するかに見えても処罰しないとしたのである。最高裁は、過度に広い処罰範囲を含むから法規

そのものが違憲無効となるか否かを吟味したというより、構成要件が予定する「処罰に値するだけの国民生活への侵害性（その危険性）」の有無を慎重に判断したのである。これを、合憲的限定解釈と呼ぶこともできよう。

合理的な（合憲的な）処罰範囲を求めて限定解釈を行えば、解釈は「実質化」せざるを得ない。「解釈」まで、「国民の誰から見ても分かりやすく明確なもの」でなければならないとするわけにはいかないのである。国民が認識することが期待される条文は明確でなければならず、その条文の解釈は、その文言から一般人が導き得ない範囲に広がってはならないが、一般人が条文から最も導き易い「明確な解釈」のみが裁判の場で許容されるわけではない。そして判例は、「不明確な条文でも解釈を加えることにより合憲だとする場合」を認めてきたことに注意しなければならない（田宮裕「刑法解釈の方法と限界」『平野古稀記念上』56頁）。

5 刑法解釈における憲法的価値衡量

そして、最判平成24年12月7日（刑集66-12-1337）は、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえない」として、配布行為は構成要件に該当しないとしたのである。そして、この解釈には、「このような程度の政治活動まで処罰するのは、憲法上からも妥当でない」という判断が入っているといえよう。

最高裁は、実質的構成要件解釈の基準として、「当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」とし、具体的な考慮要素としては、①当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位（管理職的地位）の有無、②職務の内容や権限における裁量の有無、③当該行為につき、勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、④公務員の地位の利用の有無、⑤公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、⑥公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、⑦行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等を挙げたので

ある。構成要件解釈とは、「実質的なもの」なのである。

公務員の政治的行為の禁止は、法体系全体から見た場合、様々な矛盾がある上、郵政関係公務員の政治的活動等について見れば明らかなように、時代の進展、経済的、社会的状況の変革の中で、国民の法意識も変容し、表現の自由、言論の自由の重要性に対する認識はより一層深まってきており、公務員の政治的行為についても、組織的に行われたものや、他の違法行為を伴うものを除けば、表現の自由の発現として、相当程度許容的になってきているように思われる。最近、「公務員に対する争議権の付与」まで論じられたことも考え合わせると、公務員の政治活動を刑事罰の対象とすることの当否、その範囲等を含め、新たな視座に立って検討する姿勢は必要であるように思われる。

ただ、名古屋中郵事件判決で最高裁が強調したように、「違法性の存否は、ここに繰り返すまでもなく、それぞれの罰則と行為に即して検討されるべきものであつて、およそ争議行為として行われたときは公労法 17 条 I 項に違反する行為であつても刑事法上の違法性を帯びることがないと断定するのは、相当でない」。判例は、昭和 40 年以降、比例原則に基づく具体的比較衡量を、一貫して重視してきた。そして、単純参加者の可罰性を条文の明確な根拠無く否定し、公務員のポスティング行為に関しても、実質的には、管理職の行為についてのみ構成要件該当性を認める判断をしたのである。

公務員の争議行為・政治活動の権利と、当該争議行為により被る国民の不利益（その危険性）の比較衡量は、「裸」の形で行うべきではない。「構成要件該当性」「正当化事由の有無」という器の中で、多くの、具体的事実に立脚した要素の「総合評価」として行われるべきなのである。その方法が法解釈の核心であり、存在意義である。それ故、法解釈は、実質的なものでしかあり得ないのである。

