

## 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——

垣 口 克 彦

目 次

は し が き

### 一、可罰的違法性論の萌芽——「一厘事件」判決と宮本英脩博士による理論化——

1. 「一厘事件」判決
2. 「一厘事件」判決の法理と宮本英脩博士による理論化
3. 当時の学説の概観と「一厘事件」判決以降の判例

### 二、佐伯千仞博士による伝統的な可罰的違法性論の集大成

1. 戦前における発展の過程
  2. 戦後における発展と集大成の過程
    - (1) 刑法の超法規的運用と可罰的違法性論に基づく判例の登場
    - (2) 佐伯千仞博士による可罰的違法性論の確立
    - (3) 全通東京中郵事件に関する最高裁判所判決
    - (4) 木村亀二博士の批判と佐伯千仞博士の反批判
    - (5) 江家義男博士の不作為犯論ならびに宮内裕博士の労働刑法理論と可罰的違法性論
- むすびにかえて

は し が き

可罰的違法性の理論は、未だ生成中のものであって、形成途上にある未完成の理論であるといえる。しかし、むしろ未完成の理論であるが故に、

却って、本当に生きて動き、実務に積極的に働きかけることができるだけの、潑刺とした若さを備えているといえよう<sup>1)</sup>。

さて、この理論は、論者によって若干その理解のしかたが違っているが、可罰的違法性とは、犯罪が成立するためには、当該行為が単になんらかの意味で違法であるというだけでは足りず、その犯罪として刑罰を加えるに適し、かつ刑罰を加えるに足りる程度の違法性を具備することを要する、という考え方<sup>2)</sup>を基本とするものである。このような可罰的違法性の理論がわが刑法学において大いに論議されるようになったのは、佐伯千仞博士の「可罰的違法序説<sup>3)</sup>」(昭和37年)という論文を契機としてであろう。そして、その論議に拍車をかけたのが、藤木英雄教授の「可罰的違法性の理論<sup>4)</sup>」(昭和41年)という論文である。もちろん、このような学界の動向は、刑事司法実務において自ずから展開されてきた「可罰的違法性」という問題意識または思想を、刑法学者が何とカ理論化し、体系化しようと企てたことによるものである、ということを見過してはならない<sup>5)</sup>。このようにして可罰的違法性の理論が刑法理論の世界で大いに問題とされるようになってから、早くもおよそ十年を経たことになるが、その間、この理論は刑事司法実務に極めて大きな影響を及ぼし、また学界においても、重要問題の一つとして絶えず論議されてきた<sup>6)</sup>。新しく公刊された教科書の大抵のものがこの理論に言及し<sup>7)</sup>、数多くの論文が直接にそれを取り上げている程である<sup>8)</sup>。また、この理論をめぐる新しい問題が次から次へと提起されてきている。このように、可罰的違法性の理論は常に刑法学における現代的課題でありつづけている。

そして、最近学界における可罰的違法性論の一方の主唱者である佐伯博士が、先に触れた論文「可罰的違法序説」を巻頭論文とし、この理論に関する他の重要な論文を収録した論文集『刑法における違法性の理論』(昭和49年)を公刊され、この理論の他方の主唱者である藤木教授が、先に触れた論文を収録した論文集『可罰的違法性の理論』(昭和42年)を基礎と

し、その後のこの理論の問題領域の展開をにらみながら、もう少し視野を広げてこの問題を再び論じることを主たるねらいとして、『可罰的違法性』(昭和50年)という著作を公にされるに至った。そこで、本稿は右の事実を契機として、わが刑法学における可罰的違法性論の展開過程を考察しようとするものである。そうすることによって、この理論の本質と意義を明らかにしようとするのであるが、この試みがわずかなりとも成功し、可罰的違法性論がわが刑法学においてより確実な地歩を獲得し、更に発展するための礎石を準備することができれば幸いであると考えている。

さて、先にも少し触れ、後にまた本論においても触れることがあるが、可罰的違法性の理論は、「刑法理論上の他の問題と比較したとき、ひとつの基本原則、体系から演繹されたものではなく、理論以前に刑事司法実務における直観的思考の集積として、ひとつの潜在的な体系としての実体を有したものであるということに、大きな特色がある<sup>9)</sup>」といえる。したがって、可罰的違法性論の展開過程という場合には、この理論に関する判例の総合的な分析が必要であるといえるが、本稿においては、そのように実務において集積された問題意識および思考を刑法学界ないし刑法学者がどのように受けとめ、いかにして理論化し、体系化しようと試みてきたかということに焦点をあて、それと直接関係する限度で重要な判例を取り上げるにとどめることにしたい。

なお、右に述べたような意図から当然のこととして、この研究では、藤木教授による可罰的違法性論の新展開はもとより、最近のこの理論をめぐる諸見解ないし新しい動向をも、考察の対象として取り上げようとするのであるが、本稿では、とりあえず、佐伯博士によって伝統的な可罰的違法性論が集大成されるに至るまでの展開過程を検討することにする。この点を予めお断わりしておきたい。

## 註

1) 佐伯博士は、およそ理論というものは、それが理論として完成したときは、も

- う動かなくなり、死滅していく運命をもつもので、本当に生きて動き、実務に働きかけることができる理論というものは、いつも未完成のものである、とされ、未完成のものが自己を完成していこうとするところに理論の発展があり、また理論と実務との交互作用による法の発展がある、とされているが、まことに正当な見解であると思う。佐伯千仞「可罰的違法性の理論と実例」昭和44年度日弁連特別研修叢書下巻(昭和44年)、252頁。
- 2) 平野竜一「可罰的違法性」ジュリスト313号(昭和40年)、64頁、中山研一『刑法総論の基本問題』(第一分冊)(昭和46年)、67頁参照。
  - 3) 佐伯千仞「可罰的違法序説」末川先生古稀記念『権利の濫用』上巻(昭和37年)221頁以下。この論文は、本文でも触れたように、『刑法における違法性の理論』(昭和49年)1頁以下に収録されている。本稿では後者により引用する。
  - 4) 藤木英雄「可罰的違法性の理論」法学協会雑誌83巻7・8合併号(昭和41年)62頁以下。この論文は、本文でも触れたように、『可罰的違法性の理論』(昭和42年)1頁以下に収録されている。本稿では、後者により引用する。
  - 5) 佐伯・前掲「可罰的違法性の理論と実例」251頁参照。
  - 6) 藤木『可罰的違法性』(法学選書)(昭和50年)1頁参照。
  - 7) 莊子邦雄『刑法総論』現代法律学全集25(昭和44年)、中義勝『刑法総論』(昭和46年)、吉川経夫『改訂刑法総論』(昭和47年)等。
  - 8) 井上祐司『争議禁止と可罰違法論』(昭和48年)、竜岡資久「刑法からみた『法官は些事を取り上げず』の原則」佐伯博士還暦祝賀『犯罪と刑罰』(上)(昭和43年)、板倉宏「非当罰的不問行為の概念」同上、大野平吉「いわゆる可罰的違法性の理論について」同上、伊達秋雄「三友炭鉱事件判決の法理」同上、木村亀二「可罰的違法性論の学説史的意義」法学セミナー143号(昭和43年)、同「わが刑法における可罰的違法性論」法学セミナー144-146号(昭和43年)、同「可罰的違法性論と判例」法学セミナー147-150号(昭和43年)、大野平吉「可罰的違法性の理論について」(1)-(11)判例タイムズ228、235、248、260、266、267、274、280、285、286、310号(昭和44年-昭和49年)、平野・前掲「可罰的違法性」等。
  - 9) 藤木・前掲『可罰的違法性の理論』はしがき。

一 可罰的違法性論の萌芽——「一厘事件」判決と宮本英脩博士による理論化——

1. 「一厘事件」判決

冒頭において、可罰的違法性の理論は潑刺とした若さを備えていると述べた。この理論が、最近の十年の間に、刑法学界において重要問題の一つとして大いに論議され、また刑事司法実務に大きな影響を及ぼしてきたという意味において、確かにそのように言ってもよいと考えられる。しかし、他面において、この理論は相当な伝統を有している。つまり、この理論の萌芽は、すでに遠く明治43年の「一厘事件」の大審院判決のなかにみられるのである。これは、ある煙草耕作者が、政府に納めるべき葉煙草七分、価格にして一厘（一円の千分の一の単位であった）のものを手刻みとして消費してしまったという事件であって、それが、旧煙草専売法（この法律は昭和24年の、たばこ専売法の改正により廃止）に違反するとして起訴されたのである。この事件においては、一厘の葉煙草を消費した事実については争いはなかったのであって、問題はそのような僅少量についての形式犯に可罰性があるかどうか法律論として争われたのである。東京控訴院（第一審は宇都宮地方裁判所）は、右の事実を認め、明治43年6月20日に有罪の判決を下したが、被告人側から上告し、大審院は明治43年10月11日これにつき原判決を破棄し被告人に無罪を言い渡した<sup>1)</sup>。判旨は次のように述べる。すなわち、

「依テ按スルニ凡ソ純然タル物理学上ノ原則ニ從ヒ判断ヲ下スヘキ物界ノ現象トシテ事物ヲ觀察スルトキハ其有無ノ間ニハ人意ヲ以テ動カスコトヲ得サル截然タル分界アリ秋毫ノ末ト雖モ苟クモ實在セルモノナル以上ハ常ニ必ス之ヲ有的ノモノトナスコトヲ要シ事ノ零細ニ渉ルカ為メニ無的ノモノトシテ之ヲ閑却スルコトヲ許サスト雖モ國民共同ノ生活關係上ヨリ事物ヲ觀察スルニ當リテハ常ニ必シモ物理的觀念ノミニ準拠スルコトヲ得ス而シテ此見地ヨリスルトキハ人類非行

ノ零細ナルモノハ悪性ノ特ニ認ムヘキモノナキ限りハ其人生ニ及ホス害悪極メテ僅少ナルヲ以テ之ヲ計算外ニ置キテ全然不問ニ付スルヲ常態トスル所ナリ是レレトナシ此種ノ非行ハ之ヲ問フノ必要ナク又之ヲ問フニ因リテ被ムル損失ハ之ヲ問ハサルカ為ニ生スル害悪ニ比シテ遙カニ大ナルモノアレハナリ是レ國民ノ共同生活上ニ於テ一般ニ認メラルル所ノ觀念ナリトス刑法其他ノ刑罰法ヲ解釈スルニ當リテハ物理学上ノ觀念ノミニ從フヘキヤ若クハ共同生活上ノ觀念ニ依ルヘキヤ若シ夫レ單ニ前者ノミニ從フヘシトスルトキハ一粒ノ粟一滴ノ水ト雖モ尚刑罰法ニ於テ之ヲ侵害スルコトヲ禁スル法益タルニ妨ケナク之ヲ侵害シタル者アルニ當リテハ場合ノ如何ニ拘ラス之ニ對シテ當該法規ヲ適用シ刑罰ヲ當行シテ寸毫モ仮借スル所ナキニ至ルヘシ然レトモ刑罰法ハ斯ル場合ヲ予想シテ制裁ヲ設ケタルモノニアラサルハ何人ト雖モ之ヲ争フコトヲ得サル所ナリ抑モ刑罰法ハ共同生活上ノ条件ヲ規定シタル法規ニシテ國家ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ唯一ノ目的トス果シテ然ラハ之ヲ解釈スルニ當リテモ亦主トシテ其國ニ於テ發現セル共同生活上ノ觀念ヲ照準トスヘク單ニ物理学上ノ觀念ノミニ依ルコトヲ得ス而シテ零細ナル反法行為ハ犯人ニ危険性アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り共同生活上ノ觀念ニ於テ刑罰ノ制裁ノ下ニ法律ノ保護ヲ要求スヘキ法益ノ侵害ト認メサル以上ハ之ニ臨ムニ刑罰法ヲ以テシ刑罰ノ制裁ヲ加フルノ必要ナク立法ノ趣旨モ亦此点ニ存スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ共同生活上ニ危害ヲ及ホサル零細ナル不法行為ヲ不問ニ付スルハ犯罪ノ檢挙ニ関スル問題ニアラスシテ刑罰法ノ解釈ニ関スル問題ニ屬シ之ヲ問ハサルヲ以テ立法ノ精神ニ適シ解釈法ノ原理ニ合スルモノトス從テ此種ノ反法行為ハ刑罰法條ニ規定スル物的条件ヲ具フルモ罪ヲ構成セサルモノト断定スヘク其行為ノ零細ニシテ而モ危険性ヲ有セサルカ為メ犯罪ヲ構成セサルヤ否ヤハ法律上ノ問題ニシテ其分界ハ物理的ニ之ヲ設クルコトヲ得ス健全ナル共同生活上ノ觀念ヲ標準トシテ之ヲ決スルノ外ナシトス而シテ原院ノ認メタル事實ニ依レハ被告カ政府ニ對シテ怠納シタル葉煙草ハ僅僅七分ニ過キサル零細ノモノニシテ費用ト手数トヲ顧ミスシテ之ヲ誅求スルハ却テ税法ノ精神ニ背戾シ寧ろ之ヲ不問ニ付スルノ勝レルニ如カサルノミナラス被告ノ所為ハ零細ナル葉煙草ノ納付ヲ怠リタルノ外特ニ之ヲ危険視スヘキ何等ノ状況存セザリシコトハ原判文明白ナレハ被告ノ所為ハ罪ヲ構成セサルモノナルニ原院カ之ニ對シテ刑ヲ言渡シタルハ失當ニシテ上告論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レサルモノトス既ニ此点ヲ以テ原判決ヲ破毀シ被告ヲ無罪トスヘキモノナル以上ハ他ノ上告論旨ニ對シテハ一一説明ヲ為スノ用ナシ<sup>2)</sup>」

と。

この判決については、現在においても、「明治時代の官僚主義的な法解

釈の世代において、ヒューマニズムの臭いのする一厘事件の判決がたことは、当時としては、まことに注目すべきものであった<sup>3)</sup>と評せられているように、当時、大いに法学者の注意を惹起し<sup>4)</sup>、学界において、この判決の是非をめぐって盛んに論議されたとのことである<sup>5)</sup>。

さて、この判決は、当然のこととして、当時多数の新聞紙上において常識に適合するものとして近年稀に見る好判例であると賞揚されたのであるが<sup>6)</sup>、他方、この判決にはこれまた当時より幾多の異論があったのである<sup>7)</sup>。その代表的なものとして、当時の有力な刑法学者であり、また民法学者でもあった富井政章博士の「一厘事件ノ判決ニ就テ<sup>8)</sup>」を挙げることができる<sup>9)</sup>。富井博士は、まず「法律ノ解釈ハ字句ノ末ニ拘泥セスシテ立法ノ趣旨ヲ究明シ實際ノ生活状態ニ適合センコトヲ期セサルヘカラサルハ言ヲ俟タス」とされて、この点においては全くこの判決の賛成者と同意見である<sup>10)</sup>、と述べられ、「従来我裁判所カ往々ニシテ此解釈法ヲ採ラサリシコトヲ遺憾トスル者ナリ」とされている<sup>11)</sup>。しかしながら、富井博士は、つぎに「本件ニ対スル判決ノ如キハ正反対ノ極ニ失シ炳然日星ノ如キ法理ヲ無視シタルノ感ナキコト能ハス」と考えられて<sup>12)</sup>、この判決は、「一厘ト云フ如キ僅少ノ価格ヲ有スル物ハ犯罪ノ目的物タルヲ得サルモノト見タルコト」および「煙草専売法ノ本旨ニ悖戾スルコト」の二点において誤謬を犯すものと論じられている<sup>13)</sup>。

すなわち、第一点については、本来価格の多少は相対的に定まるものであって、たとえ一厘といえども法律上これを無視すべきではないと論じられ、もし大審院のように一厘の価格あるものが犯罪の物体たることを得ずとすれば「世間幾多ノ店ニ在ル雜菓子果物類ノ或一二ヲ奪ヒ去ルモ窃盗罪ニ問フコトヲ得ズ貧民乞食輩ハ其範囲内ニ於テ恰モ窃盗免許ノ鑑札ヲ有シ公然路上ニ横行スルコトヲ得ル結果トナルヘシ」と述べられている<sup>14)</sup>。

つぎに第二点については、犯罪の種類によっては、僅少な価格に関する罪を不問に付するのが適當である場合も少なくないが、「本件ノ如キハ煙草

専売法ノ適用ニ関シ假令實際ニ押取セル現在品ハ僅々一厘ノ価格ヲ超エサルニモセヨ其影響スル所ハ重大ニシテ若シ之ヲ不問ニ附センカ刑罰法ノ主眼トスル一般及ヒ特別予防ノ目的ハ全ク之ヲ達スルコトヲ得サルナリ」とされ、もしも価格僅少という理由で罰すべきでないとするならば、将来同一の行為を反復する者が生じ、立法の趣旨が貫徹されないこととなる、と論じられている<sup>15)</sup>。

このような富井博士の「一厘事件」判決に対する批判は、後に述べる宮本英脩博士の「刑法の謙抑主義」に基づく、この判決の捉え方と真向から対立するものであり、社会防衛の観点を極めて重視し、いわゆる「一罰百戒主義」による法秩序の維持を前面に押し出した考え方であって、明治時代の官僚主義的な法解釈の一面を窺うことができよう<sup>16)</sup>。それだけに、このように当時の有力な学者が右にみたような論陣を張りうる状況のもとで、それとは真向から対立する、ヒューマニズムの臭いのする判決を打ち出した、当時の大審院の秀れた法律感覚に敬服するものである。

これに対して、大正年代に入るが、この「一厘事件」判決に賛意を表せられた最も有力なものの一つとして、わが国の刑法学を代表する刑法学者である牧野英一博士の『法律ニ於ケル進化ト進歩』に収録された「一厘事件の回想<sup>17)</sup>」を挙げることができる<sup>18)</sup>。しかし、われわれにとって、より重要なのは、宮本英脩博士によるこの判決の捉え方である。そこで、「一厘事件」判決に現われた「可罰的違法性の法理」を分析しながら、宮本博士によるその理論化の過程を検討して行きたい。

## 註

- 1) 宮原三男「一厘事件」判例百選<第2版>(昭和40年)144頁参照。ここに、「一厘事件」の事実の概要が詳しく述べられている。
- 2) 大判明治43年10月11日刑録16輯1620頁以下。
- 3) 宮原・前掲「一厘事件」144頁。
- 4) 富井政章「一厘事件ノ判決ニ就テ」法学協会雑誌29巻1号(明治44年)31頁参照。

- 5) 牧野英一「一厘事件の回想」『法律ニ於ケル進化ト進歩』(大正13年)254頁参照。
- 6) 富井・前掲「一厘事件ノ判決ニ就テ」33頁参照。
- 7) 宮原・前掲「一厘事件」144頁は、「一厘事件の大審院判決が妥当であることは、学界に反対者がみられないことによっても明らかである」とするが、必ずしもそうではない。当時の反対論としては、富井・前掲「一厘事件ノ判決ニ就テ」、泉二新熊『日本刑法論上巻総論』(第43版)(昭和8年)274-275頁を挙げることができ、また現在のそれとしては、内田文昭「可罰的違法性論」下村康正・八木国之共編『刑法総論』(法学演習講座8)(昭和45年)169頁を挙げることができる。なお、莊子・前掲『刑法総論』426頁は、「一厘事件について「およそ有罪の余地はないと考えることは、行きすぎである」とする。
- 8) 富井・法学協会雑誌29巻1号,31頁以下。
- 9) 不破武夫「零細なる反法行為——刑事法判例抄(3)——」法政研究13巻3号(昭和19年)96頁参照。
- 10)-13) 富井・前掲「一厘事件ノ判決ニ就テ」34頁。
- 14) 富井・前掲「一厘事件ノ判決ニ就テ」35頁。
- 15) 富井・前掲「一厘事件ノ判決ニ就テ」36頁。なお、不破・前掲「零細なる反法行為」96-98頁参照。
- 16) 富井博士の刑法理論については、佐伯千仞・小林好信共著「刑法学史」講座日本近代法発達史11巻(昭和42年),229頁以下参照。
- 17) 牧野『法律ニ於ケル進化ト進歩』253頁以下。
- 18) 不破・前掲「零細なる反法行為」98頁参照。

## 2. 「一厘事件」判決の法理と宮本英脩博士による理論化

— 「一厘事件」判決の要点とするところは、次のとおりである。すなわち、(1) 刑罰法を解釈するに当たっては、主として国民の共同生活上の観念を照準とすべきであって、単に物理学上の観念のみによることは妥当でない。(2) 本件のような零細な反法行為は、犯人の危険性を認めるべき特殊な状況の下において決行されたものでない限り、共同生活上の観念において刑罰という制裁を加えてまで法律上の保護を要求するほどの法益侵害と認められない以上は、これに刑罰という制裁をもって臨む必要はない。このように、(3) 零細な反法行為を不問に付すのは、犯罪の検挙に関する

問題ではなく、刑罰法の解釈に関する問題である。したがって、(4) のような反法行為は刑罰法条に規定された物的条件を具えていても、犯罪を構成しないものと断定すべきである。その際、犯罪を構成しないか否かは、健全な共同生活上の観念を標準として決定されなければならない。

まず、(1) の箇所は、大審院が刑罰法規の解釈の基本姿勢を示したところであって、われわれは、ここに電気窃盗事件に関する大審院の判例(大判明治36年5月21日刑録9輯14巻874頁)を想起しうる<sup>1)</sup>。ここに展開された法解釈の基本姿勢、つまり「法律上の概念は、その概念の基礎となっている厳格な物理学的・科学的概念規定によって厳密に定義されるべきものではなく、その法規の法益保護の目的に照らし、社会通念・生活観念上の観念によって目的論的に画定されるべきもの<sup>2)</sup>」である、とする考え方<sup>3)</sup>が、この判決にあらわれた可罰的違法性の法理を支える一つの有力な根拠となっているといえるであろう<sup>4)</sup>。

つぎに、(2)~(4)の箇所に展開された法理の中に、われわれは、可罰的違法性の理論の萌芽をみい出すことができるのであって<sup>5)</sup>、ここに、この理論の基礎をなす思考方式が端的に表わされているといえる<sup>6)</sup>。つまり、本件のような「零細な反法行為」は、たとえ、それが煙草専売法の罪の構成要件に該当する形式・外観を具えるものであって、しかも違法であるとしても、右の構成要件が予定する刑罰という制裁に値するだけの違法性—「可罰的違法性」—を具備するものではないので、犯罪は成立しない、という法理を、大審院が宣言したものと受け取ることができる<sup>7)</sup>。

従来より、ここに展開されたこの判決の法理をめぐる、特に(4)において、大審院が「犯罪ヲ構成セサル」ものとした点をめぐって、種々の見解が唱えられてきた。すなわち、本件の行為が犯罪を構成しない理由として、財物の価値が零細であり、このような物はもはや財物とはいえず、したがって構成要件要素が脱落し、構成要件該当性を欠くとする説、零細な反法行為であるが故に、違法性を欠くとする説、または、構成要件該当性

が欠如するからともいえるが、期待可能性の理論のもとにいわれる微罪の責任阻却事由としても理解できるとする説などである<sup>8)</sup>。しかしながら、可罰的違法性の観点をぬきにして、この判決の趣旨を十分に理解することは困難であろう<sup>9)10)</sup>。一厘事件をどう処理するかについて、可罰的違法性を認めない立場では、「これを無罪にすることは不可能に近いと思われる<sup>11)</sup>」といっても決して過言ではなからう。そうかといって本来有罪とすべきであったなどというものはなほだ問題である<sup>12)</sup>。

さらに、(2)の箇所における「犯人ニ危険性アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り」という制限は、これを主観主義刑法理論の犯罪徴表説の立場よりする主観的な絞りとして理解することができるが、この点にも注意する必要がある<sup>13)14)</sup>。この主観的な絞りは、後にみるように、宮本博士によってもその理論化に際して採用されることとなる。また、現在の実質的違法性に関する論争（結果無価値か行為無価値か）を念頭において考えれば、「ここにすでに行為無価値論からのアプローチの契機が存在すると見られる<sup>15)</sup>」ということもできる<sup>16)</sup>。

最後に、(3)の箇所に関しては、判決の当時、これは、犯罪の成否の問題と微罪不検挙の問題を混同したものであるとする批判があったようである<sup>17)</sup>。しかし、大審院が、刑罰法規の目的より見て、本件のような零細なる反法行為はもはや刑罰を要求する犯罪行為ではないと、実体法的に問題を解決したところに、この判決の意義があるといえるのである<sup>18)</sup>。この点について、この判決の趣旨は、「それが犯罪の検挙の問題としての性質を有することを否定する意味ではなく、犯罪検挙の問題に止まらず、それを超える実体法的な問題のレベルに高められる、ということなのである<sup>19)</sup>」という指摘がなされている。現在新しい問題として論議されるようになってきた、可罰的違法性論をめぐる訴訟法的課題が、すでにこの「一厘事件」判決によって提起されていた、というように理解することもできよう<sup>20)</sup>。

以上において検討してきたように、「一厘事件」判決には、端的に、可

罰的違法性の法理が表明されているのであって、現在争われている可罰的違法性論に関する重要問題のいくつかのものの原型がすでにこの判決において示されているといつてよいと考えられる。

二 さて、この「一厘事件」判決を極めて高く評価されて、その一般化・理論化を試みられたのが、宮本博士である<sup>21)</sup>。そこで、われわれは宮本博士による理論化の過程を検討しなければならない。

宮本博士は、その最初の体系書である『刑法学綱要』（昭和2年）において、先に検討した「一厘事件」判決の重要性を指摘されて、この判決は「本件ノ行為ハ一般規範上反法行為ナルモ、刑法上処罰セストスル趣旨ノモノナリ<sup>22)</sup>」と評され、つづいて「予ハ此刑法解釈ニ関スル判例ノ根本的態度ハ一切ノ類型ニ亘リテ渝ルヘカラサルモノト信ス<sup>23)</sup>」と述べられている。そして、博士は、この「一厘事件」の判例を一般化されて、「被害法益ノ価値カ極メテ輕微ナル場合」を、博士のいわれる「可罰類型又ハ犯罪類型阻却原因<sup>24)</sup>」の一つに挙げられたのである<sup>25)</sup>。この点について、博士は「例ヘハ、散歩ノ際他人ノ生籬ノ花一輪ヲ摘ミ、又ハ効外ノ畠ニ於テ麦一穂ヲ抜クカ如キハ、其行為ハ他人ノ所有権ニ対スル侵害ニシテ一般規範上違法ナルモ、刑法上窃盗罪ヲ構成セス。所謂使用窃盗カ罪トナラサルモ同理ナリ<sup>26)</sup>」と説明されている。

このほかに、宮本博士は、その完成された犯罪論体系を世に問われた『刑法大綱<sup>27)</sup>』（昭和7年）においては、「例えば金銭債務の不履行の場合の如く、法益侵害の程度と事情の如何に拘らず、その行為が処罰すべく余りに普通の事実であること、即ち行為の通常性ともいふべき事情」は、「犯情の輕微と見るべき一般的な場合」であって、これも、可罰類型阻却原因の一種であるとされている<sup>28)</sup>。この「行為の通常性」という考え方は、現在ドイツおよびわが国において論議されている社会的相当性の理論と一脈相通じる思考方式であって<sup>29)</sup>、注目に値すると考えられる。

なにはともあれ、以上のような宮本博士の見解は、まさしくわれわれが

問題にしている可罰的違法性論の原型をなす考え方である。「一厘事件」判決に現われた可罰的違法性の法理が、宮本博士によって、その刑法体系のうちに取り入れられるに至ったといつてよいであろう<sup>30)</sup>。ただ、博士の場合には、「一厘事件」判決と同様に、被害法益の軽微という点について、主観的な絞りかたが採用されていて<sup>31)</sup>、「被害法益の軽微といふことは、そのこと自体が直ちに客観的に見て意味を有するのではなく、軽微な法益をさやうなもの意識して軽視するといふ主観的事情に意味があることであつて、刑法はそれだけの意思では未だ可罰的なものと見るに足らないとしてゐるのである<sup>32)</sup>」と述べられている。これは、博士の主観主義刑法理論および独自の主観的違法論の立場からして、当然のことではあるが、注意を要するであろう<sup>33)</sup>。

さて、われわれは、つぎに右にみた宮本博士の可罰的違法性論の背骨をなす根本主義―「刑法の謙抑主義」―について考察し、さらに、博士のいわれる「可罰類型阻却原因」の意味するところを、その犯罪論体系との関連において検討することによって、博士の見解に対するわれわれの理解を更に深めたいと思う。

宮本博士の可罰的違法性論の基礎になっている思考方式が、「刑法の謙抑主義」であるということは、これを改めて指摘するまでもないが<sup>34)</sup>、博士はこの原則を刑法学上の根本主義の一つとして特に強調されて、次のように述べられている。すなわち、「根本主義の一として謙抑主義とも称すべきものがある。それは刑法は有らゆる違法な行為に対して刑罰を以て臨まんとするが如き、謂はば不遜な態度を採るものでないといふことである」と。そして、博士はその理由として「既に刑法が改善の標準を通常人に置く以上、吾々の社会生活に於ては刑を科すべく余りに一般的な違法行為もあり、又た初めから全然不問に附して差支のない程度の軽微なものもあるからである」ということを挙げられ、さらに、「刑法上の要求が度外視すべからざる伝統的な社会感情やその他の直接な国家政策上の必要に因

つて譲歩を強いられるが如き場合も亦固より少くないのである。それにも拘らず、これ等の場合に強いて刑罰を以て臨むとせんか、却て社会民衆の現実生活にとつて好ましからぬ結果をもたらすであろう」と論じられている<sup>35)</sup>。

このような「刑法の謙抑主義」という原則は、<De minimis non curat praetor.> (法官は些事を取り上げず) という古いローマの法諺<sup>36)</sup>に、その源流をもとめることができるものであつて、近世においては、ベンサム<sup>37)</sup>やジョン・スチュアート・ミル<sup>38)</sup>といったイギリスの功利主義の思想家の刑罰理論にも、明瞭に現われているところである。また、19世紀ドイツの最大の法学者の一人であるイェーリングも「刑は兩刃の剣の如し」と説き、功利的な立場から、右の原則を提唱しているといえよう<sup>39)</sup>。わが国の刑法学者としては、宮本博士が最初に先に紹介したような形で、これを取り入れられたわけである<sup>40)</sup>。その後、宮本博士の主張を直接に継承された佐伯博士がこの原則を唱えられていることはもとより<sup>41)</sup>、最近では、大塚仁教授が主張されることとなり<sup>42)</sup>、また平野竜一教授は刑法を機能主義的に把握する立場より、刑法の「謙抑性」・「自己抑制<sup>43)</sup>」として、この原則を採用されている。また、この原則は刑法の第二次性・補充性の問題として、取り上げられることもあり<sup>44)</sup>、今や刑法学の共有財産となつていてよいであろう<sup>45)</sup>。

ただ、宮本博士の場合には、この原則が、刑罰は社会の自己保全の必要に基づく特別の政策的政策的反動である、とする目的刑主義に基づくものであり<sup>46)</sup>、その点において、いわば国家功利主義に根ざすものであるということに、またそれと同時に、この原則も、さらに根本に遡つて、「社会人生ノ活動ハ愛(人類愛)ヲ以テ基調トス」とする博士の「愛の刑法観<sup>47)</sup>」に基づくということに<sup>48)</sup>、注意を要するであろう。

さて、右にみたような「刑法の謙抑主義」を刑法学上の根本主義の一つに挙げられる宮本博士の刑法理論、特にその犯罪論体系において、「可罰類

型性」および「可罰類型阻却原因」が、どのように捉えられているのであろうか。これが次の問題である。

宮本博士の犯罪論体系は、『刑法学綱要』、『刑法学粹』と『刑法大綱』との間で若干の相違がある<sup>49)</sup>。われわれが、今問題にしている可罰類型性および可罰類型阻却原因に関しては、その相違はそれほど影響せず、上記三つの著書において一貫して説かれているところであるが、博士の完成された犯罪論体系が世に問われた『刑法大綱』について、この問題を考へて行きたい。この場合、つまり宮本博士の刑法理論を問題とする場合には、「博士がビンディングにしたがって規範と刑法とを区別し、刑法は行為が規範に違反したこと（すなわち違法行為）を理由としてこれを処罰するものであること、並にかく刑法の前提となる違法性について、いわゆる主観的違法説をとられたこと<sup>50)</sup>」を常に念頭において考えなければならない。

宮本博士は、行為性、違法性、可罰性をもって犯罪理論を組み立てられているが<sup>51)</sup>、われわれにとって重要なのは、最後の可罰性という要件である。宮本博士にあっては、前二者、すなわち行為性、違法性においてそれぞれ能力性と類型性が要件とされているのと同様に、この可罰性においても、可罰能力性と可罰類型性が要件とされる。可罰能力性はひとまずおくとして、可罰類型性が博士にあっては犯罪の最後の一般要件となるわけである。この点について、博士は「一般規範上違法な行為は刑法上能力的であつても、それだけでは未だ犯罪とはならない。それが犯罪となるには、更に刑法上典型的であること（殺人罪とか窃盗罪とか刑法に定むる夫れ夫れの特殊類型の一つに適合すること）を要する。即ち可罰類型性は犯罪の最後の一般要件である（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、刑法に斯かる類型に関する規定を缺くから、たとへ、それが可罰能力者の行為であつても罪にはならない<sup>52)</sup>」とされ、刑法が右の範囲内の行為のみを犯罪として罰するに止めたのは、「謙抑主義」の結果であると述べられている<sup>53)</sup>。つづいて、博士は「可罰類型」の意義については次のように説明さ

れている。すなわち「可罰類型といふのは、正確にいへば、可罰的特殊類型といふことであつて、窃盗とか殺人とかの個々の犯罪が、概念上他の個々の犯罪から区別される特徴をいふのである。従つて可罰類型は犯罪の中の『如何なる犯罪か』の間に答へる観念であるから、一般に共通な違法性や能力性の問題は当然この観念から除外される<sup>54)</sup>」と。

そして、博士は右の可罰類型性との関連において、「可罰類型阻却原因」を説かれている。博士によれば「刑法上一般的に観察して一定の可罰類型に該当する行為であつても、事情に因つて刑を科しないことが適當である場合もあるわけであつて、刑法は又た斯やうな場合をも規定することを忘れてはならない」のであつて、このような場合のその特殊な事情を、博士は「可罰類型阻却原因（または刑罰阻却原因）」と称されているわけである<sup>55)</sup>。この場合、注意を要するのは、それらは「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である」ということである<sup>56)</sup>。

先に述べたように、宮本博士は、この「可罰類型阻却原因」の一つに「被害法益の価値が極めて軽微なる場合」を挙げられたのであるが、博士の見解に対するわれわれの理解を深めるために、博士がこれに属するとされているものを列挙してみると、(1) 天皇のように政治上の理由に基づく免責、(2) 親族間における犯人蔵匿、証憑湮滅や親族相盗、親族間の贓物行為等のように親族間の情誼を理由とする不処罰または刑の免除、(3) 自殺未遂や同意傷害のような直接被害者の意思を理由とする不処罰、(4) その他の情状を理由とするものとして、(イ) 過剰防衛、過剰避難、未遂罪（中止未遂）、放火予備罪、殺人予備罪の刑の免除、(ロ) 状態犯（例、領得罪における領得後の領得行為）、(ハ) 「被害法益の価値が極めて軽微なる場合」、(ニ) 強要不当性（あるいは期待不可能性）、という如くである<sup>57)</sup>。博士はこれらの中で、「被害法益の価値が極めて軽微なる場合」をつとに重要視されていたと考えられる<sup>58)</sup>。



以上が、「可罰類型性」および「可罰類型阻却原因」について、宮本博士の説かれるところであるが、周知のように、博士の用語は特有のものである。「可罰類型」とは、一応佐伯千仞博士の「犯罪類型」に相当するものであり、さらに現在の通説の「構成要件」にあたるものといってよいと思われる。したがって「可罰類型性」とは通説のいう「構成要件該当性」の問題であることになる。このことは、宮本博士がドイツ語の Tatbestandsmäßigkeit を犯罪類型性または可罰類型性とされていることから窺われる<sup>59)</sup>。ただ、博士の体系においては、通説の体系と較べて思考の順序が全く逆になっていて、この構成要件該当性の問題が犯罪成立の最後の要件として論じられているということに注意しなければならない<sup>60)</sup>。

右のような宮本博士の刑法理論に関する理解を前提として、われわれの当面の問題、すなわち、宮本博士が「一厘事件」判決をどのように一般化・理論化されたか、という問題を考えるとすれば、次のようになる。すなわち、宮本博士によれば、「一厘事件」におけるような零細な反法行為は、一般規範上違法であることは否定し得ない。しかし、行為が一般規範上違法であり、さらに刑法上能力的であったとしても、それだけでは犯罪は成立しないのであって、最後の要件として当該行為が可罰類型性（現在の通説のいう構成要件該当性）を有することが必要である。これは、「刑法の謙抑主義」が要請するところである。この場合、当該行為が一定の可罰類型（現在の通説のいう構成要件）に該当すれば（正確には、「可罰類型に該当する形式・外観を呈するならば」とすべきであろう<sup>61)</sup>）、それで可罰類型性が認められるかといえば、そうではない。「可罰類型阻却原因」が介在するか否かを吟味する必要がある。これもまた、「刑法の謙抑主義」の当然の結果である。そこで、「一厘事件」におけるような零細な反法行為について、この点を吟味すると、それは「可罰類型阻却原因」の一つとしての「被害法益の価値が極めて軽微な場合」に当はまるので、可罰類型性（構成要件該当性）が存在しないこととなる。したがって、この場合犯罪は成立しない。た

だし、この場合、可罰類型阻却原因が介在することにより、当該行為の可罰類型性のみが阻却されるのであるから、その行為が依然として違法であることにはかわりはない、ということに注意を要する。

右に要約したところが、宮本博士による「一厘事件」判決の一般化・理論化である。この一般化・理論化の過程を、宮本博士が、零細な反法行為は違法ではあるが（一般規範上違法ではあるが）、可罰的違法ではない（被害法益の価値が極めて軽微な場合）という可罰類型阻却原因の介在により可罰類型性が阻却されると主張された<sup>62)</sup>のであると理解するのが最もよく博士の主張の本旨に適うところであろう。

しかし、われわれとしては、宮本博士にあっては、ついに「可罰的違法性」という用語の使用は認められず、「違法性には可罰的なものと不可罰的なものが区別せられる」とする構想や、「刑罰に値する質と量をもった違法性<sup>63)</sup>」という構想は、それほど明確ではない、という点に注意しなければならない。もっとも、この点は、当時のわが国における違法論の発展状況からいって、やむをえないことかもしれない。また、宮本博士が「刑法ハ反規範性ノ極メテ軽微ナル場合又ハ刑ヲ科スルニ不適當ナル場合ハ之ヲ犯罪ト為ササルヲ以テ、刑法ニ於テハ違法性ノ問題以外ニ更ニ可罰類型性ノ問題ヲ生スルモノトス<sup>64)</sup>」と述べられていることとも関連して、われわれの当面の問題である「被害法益の価値が極めて軽微な場合」の処理を、博士は一般規範的違法、すなわち違法論のレベルよりも、むしろ可罰類型性、すなわち構成要件論のレベルで問題とされている点も重要である。しかも、これは、博士の独自の犯罪論体系、すなわち、現在の通説のいう構成要件該当性にあたる可罰類型性が犯罪成立の最後の要件とされていること、と深くかかわるところであって、非常に困難な問題であるが、宮本博士の場合には、この可罰類型性（構成要件該当性）を阻却する事由として、先にも紹介したように、今問題にしている「被害法益の価値が極めて軽微な場合」の他に、政治上の理由に基づく免責（例えば天皇）から始まって、

期待不可能性をも挙げられているということがある。これらの可罰類型阻却原因が、そのまま現在の通説にいう構成要件該当性を阻却する事由となり得ないことはいうまでもない。したがって、逆に宮本博士の可罰類型性と現在の通説の構成要件該当性をイコールで結ぶということが、妥当でないということにもなる。

このように、宮本博士の犯罪論体系の独自性の故に、博士の先に述べた見解についても、それが「零細な反法行為は、違法ではあるが、可罰的違法ではない」とされたものと理解する他に、様々な理解の仕方が可能であるかもしれない。例えば、それが「零細な反法行為は、違法ではあるが、当該構成要件該当行為としての定型性を欠く」というように述べられたものと理解することもできるのではなかろうか。つまり、現在の通説的な犯罪論体系においては、違法性判断を経るまでもなく、当該行為が全体として構成要件該当行為としての定型性を欠くが故に、構成要件該当性のレベルでおちて行く場合であっても、博士の体系においては、違法性判断（一般規範的違法の判断）が構成要件該当性（可罰類型性）の判断に先行するが故に、まず行為の違法性が確定することとなる、ということではないか、というように考えることもできるであろう。このように考えれば、宮本博士は、被害法益の価値が極めて軽微な場合は、「可罰的違法性」という実質的な違法性判断によるまでもなく、構成要件該当性のレベルで、その定型性の有無を論じれば足るものとされた、つまり被害法益の価値の軽微性が構成要件該当行為としての定型性を奪うものとされた、ということになる。

宮本博士の見解をどのように理解し得るかという可能性の問題はさておき、実際に、右に述べたような捉え方に非常に近いと思われる理解の仕方がなされている。すなわち、宮本博士は（「一厘事件」判決も）、「犯罪構成要件は刑罰という峻厳な法律効果を伴うのだから、前提たる構成要件もある程度の高さをもった、つまり可罰の程度の法益侵害（結果）のみを捕捉するものと解すべきだとの立場」に立たれて、被害法益の軽微な場合には「結

果の軽微性により構成要件該当性が否定される」と主張された<sup>65)</sup>、という捉え方がこれである。この捉え方は、構成要件と違法性の区別を「法益侵害」と「法益衝突」に求める立場<sup>66)</sup>から、なされたものであって、注目に値すると思われる。しかしながら、宮本博士の見解の捉え方としては疑問が残る。というのは、宮本博士の「可罰類型」が、今日の通説の「構成要件」であるとし、さらにそれを「法益侵害」の問題であると断定することは、必ずしも妥当ではないからである。宮本博士の可罰類型には、それを単に「法益侵害」の問題としては捕捉しえないほどに複雑な構造があると考えられる。もっとも、「一厘事件」判決については、右のような理解の仕方が十分に可能であるということができ、それを理論化された宮本博士の見解についても、そのように理解し得るといえるのかもしれない。

以上のように、宮本博士による「一厘事件」判決の一般化・理論化については、まだまだ究明すべき問題点も残されているが、先にも触れたように、博士は、当該行為が零細な反法行為ともいえるべきものであって、被害法益の価値が極めて軽微な場合には、それは「違法ではあるが、可罰的違法行為ではない<sup>67)</sup>」とされたものと、さらに端的に「違法ではあるが、可罰的違法ではない<sup>68)</sup>」とされたものと理解することが、最も適切であり、そうすることが博士の本旨に適うものといえるであろう。

ただ、宮本博士にあっては、前述のように、「可罰的違法性」という用語の使用が認められず、「可罰的違法性」という観念の採用も明確ではないという問題が残るが、それについては以下のように考えるべきであろう。

宮本博士は、先にも触れたように、まず「規範」と「刑法」を分離することから出発される<sup>69)</sup>。したがって、博士にあっては、違法性という「規範的評価」と違法行為に可罰的価値があるか否かという「可罰的評価」とは決して混同されてはならないものであり、体系的には、まず一般規範上の違法性が確定されてから、ついで可罰的評価が問題となる。そして、この可罰的評価は、犯罪成立要件の最後の「可罰性」（そして、これは

可罰能力性と可罰類型性とに分析される)において集約的に問題とされる<sup>70)</sup>。したがって、一般規範上の違法性に関する評価の段階で、「可罰的違法性」ということが考えられないのは当然のことである。「可罰性」の段階で、違法行為の中の可罰的なものと不可罰的なものとが区別せられることになるのである。それ故に宮本博士の場合には、「違法性には可罰的なものと不可罰的なものが区別せられる」とする構想や、「可罰的違法性」という観念が生まれる余地がなかったものと考えられるのではなからうか。

右のような制約があるとはいえ、宮本博士の所説は、まさしく、われわれが問題としている「可罰的違法性論」の萌芽形態であり、その出発点であるといつてよいであろう。可罰的違法性論の展開過程において、宮本博士の果たした役割は特筆に値する<sup>71)</sup>。しかし、この段階では、未だ可罰的違法性論が一個の理論として成立したとはいえず、そのためには、宮本博士の所説を承継され、更に発展せしめられた佐伯千似博士の理論の登場を待たねばならなかった。

## 註

- 1) 牧野・前掲「一厘事件の回想」255頁、藤木・前掲『可罰的違法性』46頁参照。なお、日沖憲郎「電気は物か」刑法判例百選(昭和39年)12頁参照。
- 2) 藤木・前掲『可罰的違法性』46頁。
- 3) 牧野・前掲「一厘事件の回想」255頁以下参照。
- 4) 藤木・前掲『可罰的違法性』46頁参照。なお、藤木教授は、本文(1)の箇所において、大審院が刑罰法規の解釈と同時に事実認定についての基本的考え方を示したものと受け取っておられる(46頁)。
- 5) 藤木・前掲『可罰的違法性』30頁参照。
- 6) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」17頁、同「可罰的違法性」『法曹と人権感覚』(昭和45年)200頁(なお、この論文は法学教室<第一期>4号(昭和37年)に発表されたものであり、右書に収録されている)、藤木・前掲「可罰的違法性の理論」12頁。
- 7) 「一厘事件」判決が、本件行為は可罰的違法性を欠くが故に犯罪不成立とした、というように理解する場合、この判決が、本件行為は可罰的違法性を欠くために構成要件にも該当しないとされたのか、それとも、本件行為の構成要件該

当性を認め、可罰的違法性の欠如を違法論のレベルで考えようとしたのか、という現在争われている、体系的な位置づけに関する問題が存する。この点について佐伯博士は、本判決が、本件行為の構成要件該当性を認めたとき(佐伯「可罰的違法性の理論の擁護」『刑法における違法性の理論』394頁〔なお、この論文は法学セミナー昭和45年3～5号に発表されたものであり、右書に収録されている〕)、藤木教授は、本判決が「犯罪不成立を構成要件の段階で問題とする方向性を示している」とされる(藤木「刑法の超法規的運用」ジュリスト『判例展望』(昭和47年)393頁)。その他、井上祐司教授は、本判決が構成要件該当性を否定したものと理解され(井上・前掲『争議禁止と可罰違法論』167頁)、阿部純二教授は、可罰的違法性論を用いれば「一厘事件は、その構成要件が予想する程度の可罰的違法性を有しなかった場合として、構成要件該当性阻却の見地から説明することが容易であろう」とされる(木村亀二編『判例による刑法入門』(昭和47年)182頁)。

- 8) 宮原・前掲「一厘事件」145頁参照。なお、宮原博士は「私見としては違法性阻却説をとるものであるが、単に物の経済的無価値性だけでなく、その行為全体の反規範性のない場合に違法性を阻却するものと解するのであって、その点において、一厘事件の判決が全体としての行為の危険なきことを理由として犯罪の不成立を論じているのは正しい」とされる(145頁)。また、日沖「財物の概念」刑事法講座第4巻(昭和27年)845頁参照。なお、日沖博士は、財物の価値が零細であって、国家的保護に値しないとき、これが犯罪を構成しない理由としては、このような物は最早財物といえないからという見地に立ち、構成要件該当性を欠くが故に無罪となるとする説を執るべきである、とされる(845頁)。さらに、井上・前掲『争議禁止と可罰違法論』33頁も参照。
 

なお、本文で述べた学説については、後に、本文3の一において詳しく触れることにする。
- 9) 木村亀二博士は、可罰的違法性論を否定する立場から、この「一厘事件」判決を可罰的違法性論の見地から理解することを批判されて、この判決は「本件の事実をもって、違法性がなく、犯罪不成立であり、したがって、無罪としたものと解すべきである」とされている。これに対して、佐伯博士は、可罰的違法性論を擁護する立場から、右の木村博士の批判に対して反批判をなされて、この判決は「違法は違法だが刑罰に値する違法——可罰的違法——でないとしたものとしか理解できない」とされている。木村・前掲「可罰的違法性論と判例」法学セミナー147号70頁以下、佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」397頁以下参照。なお、可罰的違法性論をめぐる木村・佐伯論争については、第二章2の(4)参照。

## 可罰的違法性論の展開過程

201

- 10) 阿部教授は、「従来の通説的な構成要件なり違法性の考え方では、違法行為の零細性、軽微性のゆえに構成要件該当性や違法性が阻却されるということをやうまく説明することができない。ここに登場するのが可罰的違法論である」とされる(木村亀二編・前掲『判例による刑法入門』182頁)。これに対し、庄子教授は「一厘事件を無罪とするには、刑法35条にもとづく違法阻却を考えるべきである」とされる(庄子・前掲『刑法総論』428頁)。
- 11) 内田・前掲「可罰的違法性論」168-169頁。
- 12) 佐伯「可罰的違法性」『刑法における違法性の理論』444頁参照。
- 13) 佐伯「刑法犯と警察犯」『刑法における違法性の理論』304頁、同頁註(5)(なお、この論文は、牧野教授還暦祝賀『刑事論集』(昭和13年)に発表されたものである)、同・前掲「可罰的違法性序説」18頁参照。前者において、佐伯博士は、「判例の制限は牧野博士の犯罪徴表説の思想的影響を受けたものであろうか」とされている。
- 14) 犯罪徴表説を採られる牧野博士は、当然のこととして、判例のこの制限を重要視される。牧野・前掲「一厘事件の回想」257-258頁、259頁参照。
- 15) 中山・前掲『刑法総論の基本問題』70頁。
- 16) 藤木教授は、一厘事件判決について「判旨において、微罪性と犯人の危険性の欠如の二点を不可罰の根拠としていることは、法益侵害の軽微性と侵害行為の逸脱の程度の軽微性とのふたつの要素から可罰的違法性の存否を判断しようとする現時の可罰的違法性の理論の先駆的思想が鮮明に表明されているものとして高く評価すべきである」とされている(藤木・前掲「刑法の超法規的運用」393頁)。
- 17) 法学協会雑誌40巻12号(大正11年)に連載されている「裁判実例記事」(元大審院判事横田秀雄博士の「一厘事件に付て」と題する講演の要旨)152頁参照。
- 18) 前掲「裁判実例記事」152頁参照。
- 19) 藤木・前掲『可罰的違法性』206頁。
- 20) 藤木「可罰的違法性の理論の訴訟法的課題」佐伯千悳博士還暦祝賀『犯罪と刑罰』(下)(昭和43年)189頁参照。
- 21) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」16頁、同・前掲「刑法犯と警察犯」303頁参照。
- 22) 宮本英脩『刑法学綱要』(昭和2年)425頁。
- 23) 宮本・前掲「刑法学綱要」425頁。
- 24) 宮本博士は、これを通例、「刑罰阻却原因」(Strafausschließungsgründe)という、と述べられている。宮本・前掲『刑法学綱要』420頁。
- 25) 宮本・前掲『刑法学綱要』420頁、423頁、同『刑法学粹』(昭和4年)351頁、353頁、同『刑法大綱』(昭和7年)121頁、126頁参照。なお、佐伯・前掲「可

202

阪南論集 第11巻第2号

- 罰的違法性序説」16-17頁、藤木・前掲『可罰的違法性』94頁参照。
- 26) 宮本・前掲『刑法学綱要』423頁。
  - 27) 宮本博士の犯罪論体系は、後に本文でも触れるように、『刑法学綱要』、『刑法学粹』と『刑法大綱』との間で若干の相違がある。植田重正「宮本博士の犯罪論体系」法学教室<第一期>4号、59頁参照。  
また、いま問題にしている可罰類型阻却原因の主なものとして列挙されるものも、三つの著書で若干、異なるところがある。つぎに本文で述べる「行為の通常性」ということは、『刑法大綱』で始めて取り上げられた「強要不当性」との関連で、論じられている。宮本・前掲『刑法大綱』序および127頁以下参照。
  - 28) 宮本・前掲『刑法大綱』134頁。なお、佐伯・前掲「可罰的違法性序説」17頁、同・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」885頁が、つとにこの点を強調する。
  - 29) 大野平吉「可罰的違法性の理論について」(11)判例タイムズ310号(昭和49年)41頁参照。
  - 30) 吉川・前掲『改訂刑法総論』123頁参照。
  - 31) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」304頁、同頁註(5)、同・前掲「可罰的違法性序説」18頁参照。
  - 32) 宮本・前掲『刑法大綱』126頁。
  - 33) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」17頁参照。
  - 34) 木村静子「可罰的違法性」福田平・大塚仁編『演習刑法総論』(演習法律学大系13)69頁参照。
  - 35) 宮本・前掲『刑法大綱』16頁。なお、同書106頁、120-121頁、同・前掲『刑法学綱要』79-80頁、同・前掲『刑法学粹』65-66頁、同「規範的評価と可罰的評価」牧野教授還暦祝賀『刑事論集』(昭和13年)11-12頁参照。
  - 36) 竜岡・前掲「刑法からみた『法官は些事を取り上げず』の原則」103頁以下参照。
  - 37) 山下重一訳・ベンサム「道徳および立法の諸原理序説」世界の名著38、69頁以下、特に206-207頁参照。
  - 38) 早坂忠訳・ジョン・スチュアート・ミル「自由論」世界の名著38、211頁以下、特に224-225頁参照。なお、藤木・前掲『可罰的違法性』41-42頁参照。
  - 39) 牧野「目的刑論とイェーリング永逝50年」刑法研究13巻(昭和25年)287頁以下、同『日本刑法(重訂版)上巻総論』(昭和12年)83頁註(2)参照。
  - 40) 竜岡・前掲「刑法からみた『法官は些事を取り上げず』の原則」106頁、佐伯「刑法講義(総論)」(昭和43年)82頁註(2)参照。  
宮本博士は、<Minima non curat praetor>を「刑法の謙抑主義」と意識

されたようである。宮本・前掲『刑法学粹』66頁，350頁参照。

なお，牧野博士は，「刑法の謙抑主義」という語は，宮本博士の創意にかか  
るものである，とされつつ，牧野博士自身が同じ趣旨のことを古くから説い  
ていた，と述べられている。牧野「刑事政策の謙抑主義」刑法研究13巻（昭  
和25年）82頁参照。

- 41) 佐伯『刑法総論』（昭和19年）103頁，同『刑法総論』（昭和27年）20頁，同・  
前掲『刑法講義（総論）』81頁参照。なお，佐伯博士の場合には，後にもるよ  
うに，この原則を「刑罰権の濫用阻止」ということと結びつけて考えられて  
いる。
- 42) 大塚『刑法概説（総論）』（昭和38年）6頁参照。
- 43) 平野「現代における刑法の機能」『刑法の基礎』（昭和41年）115頁以下，同  
「日本刑法の特色」『刑法の基礎』148頁以下参照。なお，田宮「過失に対する  
刑法の機能」日沖憲郎博士還暦祝賀『過失犯』（1）（昭和41年）345頁以下参  
照。
- 44) 中義勝『刑法総論』（昭和46年）16頁，75頁，同『刑法読本』（昭和47年）3  
頁以下参照。
- 45) この点に関する注目に値する文献として，西原春夫訳・イエシュック「ドイ  
ツ刑法草案の批判と将来」刑法雑誌15巻1号（昭和41年）がある。27-28頁  
参照。  
なお，この原則に対して消極的なものとして，泉二・前掲『日本刑法論上  
巻総論』274頁以下。
- 46) 井上・前掲『争議禁止と可罰違法論』33頁。
- 47) 宮本・前掲『刑法学綱要』48-50頁参照。
- 48) 佐伯千仞・小林好信共著前掲「刑法学史」65頁参照。
- 49) 植田・前掲「宮本博士の犯罪論体系」59頁参照。宮本博士は，『刑法学綱要』，  
『刑法学粹』では，行為，違法，有責，可罰類型性をもって犯罪論体系を構築  
されているが，『刑法大綱』では，行為性，違法性，可罰性の三つの要件を上  
げられている。
- 50) 植田・前掲「宮本博士の犯罪論体系」59頁。
- 51) 植田・前掲「宮本博士の犯罪論体系」59頁参照。
- 52) 宮本・前掲『刑法大綱』120頁。
- 53)-54) 宮本・前掲『刑法大綱』121頁。
- 55) 宮本・前掲『刑法大綱』122頁。なお，宮本博士は，「阻却原因」ということ  
の意義について「たとえ可罰類型阻却原因といつても，現に何等かの類型に  
該当し当然犯罪と見られる行為が，これに依つて犯罪にあらざる行為に必ず

るのではない。即ち可罰類型阻却原因はこれあるに依つて，初めから犯罪の  
成立が妨げられる事情であつて，畢竟この種の事情の爲めに犯罪要件は初め  
から不備な状態にある」と述べられている。この点にも注意を要する。宮本・  
前掲『刑法大綱』123頁。

- 56) 宮本・前掲『刑法大綱』124頁。
- 57) 宮本・前掲『刑法大綱』124-135頁。なお佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の  
擁護」384頁参照。列举されているものも，『刑法学綱要』，『刑法学粹』，『刑  
法大綱』で若干相違する。ここでは『刑法大綱』のものを掲げた。『刑法学綱  
要』422-424頁，『刑法学粹』352頁-354頁参照。
- 58) 宮本博士は，強要不当性（期待不可能性）をも重要視されていたようである  
が，ここでは問題としない。
- 59) 宮本・前掲『刑法学粹』157頁参照。なお，夏目文雄『犯罪論の一般理論』（昭  
和44年）149頁註(3)は，宮本博士の可罰類型（犯罪類型）を構成要件と解し  
ている。
- 60) 植田・前掲「宮本博士の犯罪論体系」59頁参照。
- 61) 大野・前掲「可罰的違法性の理論について」（11）42頁註(59)参照。
- 62) 佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」383-384頁参照。
- 63) 佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」387頁参照。
- 64) 宮本・前掲『刑法学粹』220頁。
- 65) 井上・前掲『争議禁止と可罰違法論』167頁，なお133頁参照。
- 66) 井上・前掲『争議禁止と可罰違法論』1頁以下，29頁以下参照。
- 67) 大野・前掲「可罰的違法性の理論について」（11）42頁註(60)。
- 68) 佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」383-384頁。
- 69) 宮本・前掲「規範的評価と可罰的評価」3頁以下参照。
- 70) 宮本・前掲『刑法大綱』79頁参照。
- 71) われわれは，以上において，宮本博士の所説を，博士が「被害法益の価値が  
極めて軽微なる場合」の問題をいかに法理論的に解決されたか，ということ  
に焦点をあてて考察し，それが，まさしく萌芽的形態における可罰的違法性  
論（とくに可罰的違法性の「量」の問題）であることを示したわけであるが，  
宮本博士は，「違法性の相対性」の問題についても傾聴に値する見解を述べら  
れていたのであるから，それをここで取り上げておきたい。つまり，博士は  
「法律上の観念は，……凡べてが法律的な（即ち規範的な）価値の衣を纏つた  
ものである。換言すれば，凡べての素材を一定の法律的規範に照らして適法  
（正価値的）か又は違法（反価値的）かといふ点から価値的に見た相対的な観  
念なのである。さればこそ素材としては単一の意思表示動であつても，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疊的に考へられるのであつて、それは恰も一個の骸子が六個の面を有するが如きものである。(規範関係又は法律上の行為の相対性)(例へば或人が散歩をしてゐる態度を素材として考へる場合には、散歩、公道を歩むこと、何れも適法な行為であるが、その時に右側を通行してゐるとすれば、その点は違法な行為である。もし又彼がその日通勤先を無断欠勤して散歩してゐるものとすれば、その点では義務不履行といふ違法行為であるが、序に知人の家に立寄つて借金を返す積りであるとなれば、その点では適法行為であるといふことになるのである。かの無免許医業が一方に適法行為であると同時に他方に犯罪となる理由も、さては又事実の共同に拘らず共犯行為を独立に見るのも、皆この相対性の理論によつて初めて理解し得るのである)とされて、法律上の観念に関する相対性の理論を提唱され、その中で「違法性の相対性」に言及されていたわけである。この宮本博士の見解は、可罰的違法性の「質」の問題の基礎となる思考方式であつて、注目に値するものである。宮本・前掲『刑法大綱』55-56頁。なお、宮本博士が右に例として示された無免許医業の問題は、後に、佐伯博士によつて可罰的違法性の「質」の問題として取り上げられ、藤木教授によつて違法性の相対性の問題として論じられるようになるわけである。佐伯・前掲「可罰的違法性序説」21頁、藤木『刑法』(法律学講座双書)(昭和46年)65頁参照。なお、右の問題につき、藤木・前掲『可罰的違法性』107頁以下参照。

### 3. 当時の学説の概観と「一厘事件」判決以降の判例

一 先に考察した宮本博士の所説は、非常に優れた独創的なものであり、現在、その萌芽の形態における可罰的違法性論は博士の最も大きな学問的遺産の一つと目すべきものと考えられているにもかかわらず、当時の学界においては、それほど注目されるには至らなかったようである<sup>1)</sup>。そこで、当時の学説が「被害法益の価値が極めて軽微な場合」について、どのように考えていたのかを概観することにしたい。

まず、宮本博士の考え方と共通する思考方式を有するものとして、滝川幸辰博士の見解が挙げられる。滝川博士は、『刑法総論』(現代法学全集第10巻、昭和4年)において、「違法な態度が悉く犯罪となるのではない、それ

が法益を害することの大きいため、刑罰を以て対抗する必要ありと認められる場合に犯罪となる。刑法二三五条は『他人ノ財物ヲ窃取シタル者ハ窃盗ノ罪ト為シ、十年以下ノ懲役ニ処ス』と規定して居る。隣家の生垣の花一輪を盗むことは違法であり、二三五条の構成要件に該当する。また刑法二五三条は『業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ、十年以下ノ懲役ニ処ス』と定めてある。判事が判決書の作成に使用すべき裁判用紙を以て、私信を書くことは違法であり、二五三条の構成要件に該当する。しかし、上の例について窃盗罪、または業務上横領罪の成立を認めることは出来ない<sup>2)</sup>とされ、その理由として「違法は違法であるが、『罰すべき』違法性を備へて居るといひ得ないからである。果して、『罰すべき』違法性があるか否かの問題も、時代と社会と文化に委ねられた問題である<sup>3)</sup>」と述べられている。

ここに展開された法理は、まさしく可罰的違法性論の先駆的表現であるといえる<sup>4)</sup>。たしかに、博士は「可罰的違法性」という用語を使用されてはいないが、「罰すべき」違法性、あるいは「罰すべき」程度の違法性(『刑法講義(改訂版)』(昭和5年))という考え方は、まさに「可罰的違法性」の観念の展開に他ならず、また博士が通説的犯罪論体系を採用されて、被害法益の価値が極めて軽微な場合にも、構成要件該当性を認められ、犯罪不成立の根拠を「罰すべき」違法性の欠如に求められていることから考えれば、滝川博士の所説は、伝統的な可罰的違法性論の原型であり、この点において、可罰的違法性論の萌芽としては、宮本博士の所説に優るとも劣らないものといえる。つまり、滝川博士の見解の方が、後に検討する、佐伯博士によつて集大成されるに至る伝統的な可罰的違法性論に更に一層近接する距離にあるといつてよいかと思われる。もっとも、宮本博士によつて作成された可罰的違法性論の代表的なシュール・バイシュピール(「他人ノ生籬ノ花一輪ヲ摘ム」という事例)が滝川博士によつても採用されているということからも、滝川博士に、宮本博士の理論的影響が認められるといえ

るのかもしれない。

さて、その他の学説であるが、この場合、「一厘事件」判決を各論者がどのように扱ったか、ということが参考になる。このことは、先に「一厘事件」判決の理論構成のところでも少し触れたが、まず、小野清一郎博士は、財産犯罪にいわゆる「財物」であるためには、「社会観念上財産的又は感情的価値あるものとして刑法の保護に値する物なることを要し、然らざる物は財産に対する罪の構成要件に於ける『財物』の観念には該当せざるものと解する」と述べられて、「一厘事件が回想さるべきである<sup>5)</sup>」とされている。つぎに、牧野英一博士は「一厘事件ノ判決カ零細ナル反法行為ヲ以テ罪ト為ラサルモノトシタルハ、要スルニ、其ノ反法行為ノ零細ナルカ為ニ、煙草専売法違反事件トシテハ行為カ違法性ヲ缺クニ因ルモノトス<sup>6)</sup>」と述べられている。また、佐瀬昌三元判事は、「一厘事件」判決について、「惟ふに、之は財物としての構成要件該当性の欠如の問題として理解すべく、而して尚期待可能性の責任理論の下に所謂微罪の責任性阻却事由としてもその無罪たるべきを理解され得るところである<sup>7)</sup>」とされている。さらに、不破武夫博士は、右判決につき、「本件の如き場合は、解釈上、煙草専売法第四八条に所謂、『政府ニ納付スヘキ葉煙草ヲ消費』する場合に該当しない、と謂ふのであつて、おそらく専売法違反としての定型性を缺くといふ意味である<sup>8)</sup>」と論じられている。

このように、例えば「一厘事件」におけるような「被害法益の価値が極めて軽微な場合」に犯罪は成立しないとする際の理論構成については、各論者によって様々であるが、宮本・滝川両博士以外には、可罰的違法性論と共通する思考方式は当時の学界には存しなかったようである。

また、当時、刑事司法実務に対して終始大きな指導力を発揮し、多大の影響を及ぼした元大審院長泉二新熊博士<sup>9)</sup>は、まず、「一厘事件」判決については、それが刑の減免の事由となる反法行為の情状をもって、犯罪の不成立を導びいたのは、解釈論として失当である<sup>10)</sup>、とされ、ついで「零

細な反法行為」、例えば「他人ノインキ瓶ニペンヲ浸ス場合」または「他人ノ邸内ニ於テ数個ノ小石ヲ拾取り之ヲ邸外ノ野犬ニ放抛スル場合」については、「此等ノ些事ハ何人モ介意セサルヲ例トシ従テ行為者亦所有者ノ暗黙承諾ヲ予想スルヲ普通トスルカ故ニ犯意ノ存在（従テ犯罪ノ成立）ヲ否定スルヲ通例トスルニ過キス若シ所有者ノ拒ムニ拘ラス暴行脅迫ヲ以テ此種ノ行為ヲ為スモノトセハ強盗タルヲ免レサル可シ<sup>11)</sup>」と述べられて、零細な反法行為につき犯罪が成立しない根拠を、行為者が所有者の「承諾」を予想するが故に「犯意」が存在しないことに求められている<sup>12)</sup>。宮本博士自身が指摘されているように、当時の学界においては、「路傍の花を摘むやうな場合（財産的侵害）に在つては、その行為が違法性を有しないと、或は被害者の意思に反しないとかの理由に依つて、罪とならずと説く見解が普通で」あったようである<sup>13)</sup>。

このようにして、当時の学界にあっては、萌芽的形態における可罰的違法性の法理は、未だ一般的な承認を受けず、宮本、滝川両博士がそれぞれの立場から主張されていたに止まるものであった。また、右の事情からして当然のことではあるが、萌芽的形態における可罰的違法性論に対する、正面からの批判も存せず、それを取り上げた批評もなかったようである。例えば、牧野博士は宮本博士の「刑法の謙抑主義」には注目されながらも、「同教授（宮本博士一筆者）ハ、此ノ理論ニ基キ、軽微ナル法益ハ犯罪ノ客体ト為ルコトナシトセラル<sup>14)</sup>」というように理解されていたに止まる<sup>15)</sup>。

二 さて、判例についても、あれほど注目を集めた「一厘事件」判決の後、それと同一方向の判例は見あたらないようである。むしろ、見方によっては、「一厘事件」判決の法理を否定すると思われるような判例が現われている。例えば、大審院は、被告人が県道を修理する為、一塊の石を窃取したという、いわゆる「一塊の石事件」において、「一塊ノ石ト雖モ苟モ他人ノ所有ニ属スル以上ハ其經濟的価値ノ如何ヲ問ハス刑法ニ所謂財物トシテ法ノ保護スル目的タルコトヲ失ハス故ニ原判決ノ認定セル如キ他

人ノ所有ニ属スル石塊（価格二銭位）ヲ奪取シタル行為ハ当然窃盗罪ヲ以テ論スヘキモノトス<sup>16)</sup>」と述べて、窃盗罪の成立を認めている。また、被告人が神社の本社内に安置してある木像一体と石塊一個を窃取したという事案について、「物ノ経済的価値カ寡少ナリトスルモ苟モ財産権ノ目的ト為リ得ルニ於テハ窃盗罪ノ目的タルニ妨ナク従テ贓額ノ多寡ハ窃盗罪ノ成立ニ影響ナキコト勿論ナレハ零細ノ物件ヲ窃取セル行為ト雖モ之ヲ処罰スルニ於テ毫モ違法アルコトナシ盗罪ノ如キハ其贓額ノ零細ナルカ故ニ其行為自体ヲ以テ犯人ノ危険性ヲ推測スルニ足ラスト論シ其無罪ヲ主張スルハ蓋シ当ラス<sup>17)</sup>」として、「一厘事件」判決を援用した上告を斥けている。この判例において、「一厘事件」判決の論旨を理由とした上告が斥けられていることには注意を要する。その他、消印済の収入印紙のように財産的価値を問題とするに足りない程の物についても財産性が肯定され、窃盗罪の成立が認められている<sup>18)</sup>。

もっとも、大審院が、先の「一塊の石事件」にあっては、侵害行為の態様、手段の面において、他人の住居に侵入して持ち帰ったという点を重視して、「其経済的価値ノ如何ヲ問ハス」処罰しうるものとしたというようにも考えられる<sup>19)</sup>、また後の事案においては、客体の金銭的に見積られた価値が低くても、それが礼拝等の対象物であることを重視し、また消印済の収入印紙の場合にはそれが権利の証明等につき重要な意味を有すると考え、零細な反法行為として看過せない違法性が存するものと判断したというようにも考えられる<sup>20)</sup>。このように考えれば、大審院が「一厘事件」判決の法理を放棄したとみなす必要もないことになる<sup>21)</sup>。しかしながら、「一厘事件」判決の後、判例の態度がかなり大きく動揺していたことは否定しえず、必ずしも「零細な反法行為」は不問に付すべきだとする原則が根本において維持せられ続けたというようにには考えられないのではなからうかと思われる<sup>22)</sup>。

このように、大審院時代には、「一厘事件」判決で展開された可罰的違

法性の法理が、その後の判例において積極的に継承され、更に発展せしめられるということはなく、右判決に続く、可罰的違法性論に基づく判例の登場は、後に検討するように、戦後の最高裁判所の判例まで待たねばならなかったのである。

## 註

- 1) 佐伯・前掲「可罰的違法性の理論と実例」253頁参照。
- 2) 滝川幸辰『刑法総論』（現代法学全集第10巻、昭和4年）91頁。同『刑法講義（改訂版）』（昭和5年）83頁も同旨。
- 3) 滝川・前掲『刑法総論』91頁。同・前掲『刑法講義（改訂版）』83頁。なお、滝川博士は、「軽微な財物の窃取は罰せられない」とする法理は「使用窃盗その他の利益窃盗の場合にも認められねばならない」とされ、「例へば、無断で、他人の電話を使用すること、自転車を乗り回すこと、手拭を携へて銭湯に行くことなどは、概して軽微な財産上の利益の取得に過ぎないから罰せられない」とされている。滝川『刑法各論』（現代法学全集第27巻、昭和5年）442頁。
- 4) 佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」383頁、木村静子・前掲「可罰的違法性」68頁参照。
- 5) 小野清一郎『刑法講義全』（昭和7年）549頁、550頁註(3)。
- 6) 牧野『日本刑法（重訂版）下巻各論』（昭和13年）330頁註(2)。
- 7) 佐瀬昌三『刑法大意（増訂版）』第2分冊（昭和16年）312頁註(2)。
- 8) 不破・前掲「零細なる反法行為」96頁。
- 9) 佐伯・小林・前掲「刑法学史」258頁参照。
- 10) 泉二・前掲『日本刑法論上巻総論』274-275頁。
- 11) 泉二・前掲『日本刑法論上巻総論』275-276頁、註。
- 12) 最近の学説にも、「他人の生垣の花一輪を摘み取る行為」や「インク瓶のインク数滴」を使う行為は、「たんに被害法益の軽微性のゆえでは」なく、「生活上暗黙に行なわれている一般的承諾の範囲内にあるとみてよいから」窃盗罪の構成要件からはとされる、とするものがある。内田・前掲「可罰的違法性論」165-166頁。
- 13) 宮本・前掲『刑法大綱』127頁。なお、宮本博士は「予は法益の軽微を可罰類型阻却事由と見るが故に、たとへその行為が被害者の意思に反し違法であつても、尚ほ罪とならずと解する」とされている。
- 14) 牧野・前掲『日本刑法（重訂版）上巻総論』83頁註(2)。なお、同・前掲『日



本刑法（重訂版）下巻各論。330頁註(2)参照。

- 15) したがって、また牧野、小野博士が可罰的違法性論を否定されるものと断定することも早計である。木村亀二・前掲「わが刑法における可罰的違法性論」53頁参照。なお、この点については、後出第二章2の(4)註(7)参照。
- 16) 大判大正元年11月25日刑録18輯1421頁。
- 17) 大判大正4年6月22日刑録21輯879頁。
- 18) 大判明治44年8月5日刑録17輯1488頁・昭和4年7月4日刑集8巻386頁。なお、佐伯・前掲「可罰的違法性論」25頁註(6)、藤木・前掲『可罰的違法性』207頁参照。
- 19) 莊子・前掲「刑法総論」427頁参照。
- 20)-21) 佐伯・前掲「可罰的違法性論」25頁註(6)参照。
- 22) 佐伯・前掲「可罰的違法性論」18頁参照。なお、佐伯博士は、「零細な反法行為」は不問に付すべきだという判例の態度は、根本において維持せられ、最高裁の判例にまで連っている、とされている。

## 二 佐伯千仞博士による伝統的な可罰的違法性論の集大成

### 1. 戦前における発展の過程

宮本博士が「一厘事件」判決を一般化・理論化することによって展開された萌芽的形態における可罰的違法性論の後、しばらくの間は、滝川博士の所説以外には、この理論の展開過程において重要な位置を占めるような注目すべき見解はついに現われなかった。

当時の学界は、可罰的違法性論について一般的に右のような状況にあったのであるが、その間であって、宮本博士によって提起された可罰的違法性論の問題の重要性を正当に認識されて、この理論を宮本博士より承継され、更に発展せしめられたのが、博士の高弟佐伯千仞博士である。そして、伝統的な可罰的違法性論はこの佐伯博士によって集大成されるに至るわけである。そこで本章においては、佐伯博士が可罰的違法性論を集大成されるに至る過程を中心に検討して行くことになるが、あわせて、右の過程においてこの理論の発展にとって看過され得ない位置を占めた諸見解につい

ても検討を加えることにする。

一 はしがきにおいても触れたように、佐伯博士の可罰的違法性論が学界において注目され、大いに論議されるようになったのは、戦後のことであり、それも昭和30年代に入ってからのものであるといつてよいであろう。しかし、博士はすでに戦前よりこの理論を展開されていたのである。われわれはこの点にも注意しなければならない。

さて、佐伯博士が、宮本博士によって提唱された萌芽的形態における可罰的違法性論の根本的見地に従われることを自ら表明されたのは、昭和13年の『刑法犯と警察犯<sup>1)</sup>』（牧野教授還暦祝賀『刑事論集』）においてであった。博士は、この論文において「刑法典の規定する犯罪類型と警察犯処罰令の規定する犯罪類型との類型的関係<sup>2)</sup>」を研究されたのであるが、「刑法犯と警察犯の関連の分析」の後に、「若干の一般論」を展開されている。

その「若干の一般論」として、佐伯博士は、まず「違法性を単に形式的に法規範に対する違反と解するかぎり、それに軽重の差等のあること等を認める余地はないが、これを実質的に観察するときは」「違法の観念は軽重大小の段階を付しうるものであるという」「認識は当然の結果として生ずるはずである<sup>3)</sup>」と述べられて、実質的違法論に立てば当然のこととして、違法性の軽重という認識が生ずることを明らかにされ、ついで、そのような主張が是認される場合には、違法性の軽重が、単に処罰の軽重の区別に影響を及ぼすだけではなく、さらに一步進んで、処罰不処罰の区別にも決定的に重要な影響を及ぼすのではないかという問題が生ずる旨を指摘されている<sup>4)</sup>。

佐伯博士は、右の問題を考えるに当たって、われわれが先に検討した「一厘事件」判決の法理およびそれを一般化・理論化された宮本博士の萌芽的形態における可罰的違法性論を考慮された後<sup>5)</sup>、博士もまた宮本博士の所説の根本的見地に従おうとされるものであることを表明されて、次のように説かれている。すなわち、「私もまたこの根本的見地に従おうと欲する

ものであるが、より一般的にそれぞれの犯罪類型の予想する程度の違法性に達しないことをもって一つの刑罰阻却事由であるとした。すなわち各個の犯罪類型はそれぞれ一つの可罰的違法類型を定めているのであって、ある行為が犯罪たるためには単に条文に外面的に当嵌るだけでなく、さらに実質的にその類型が予想する程度の違法性を具備していなければならぬのである。おそらくわれわれは違法阻却事由のほかには違法減少事由という範疇を樹立すべきであろう」と。そして右の点に関する例を挙げられて、「同意傷害など原則として違法性を失わないが、それが通常罰されぬのは可罰的違法性がないためである。また刑法二四四条が親族相盗の刑を免除するのもその行為を適法だとするのではなく、ただ窃盗として罰すべき程度の違法性が欠けているのである」と説かれている<sup>9)</sup>。

ここに表明された佐伯博士の所説、すなわち犯罪類型を可罰的違法類型として捉え、犯罪が成立するためには、ある行為が単に形式的・外面的に条文に当嵌るだけでは足りず、さらに実質的に右のそれぞれの犯罪類型が予想する罰すべき程度の違法性を具備することを要するとする見解は、正しく可罰的違法性論の根幹をなすものであり、すでにこの論文の段階において、今日論議されている右理論の基本的な部分が明瞭にされていたといえる。

佐伯博士の右の所説は、博士の最初の体系書『刑法総論』(昭昭19年)に受けつがれ、更に体系的に整理されることとなった。博士は、右の著書において、まず「各個の犯罪類型はこれを違法性の見地から見るときは、其の一つ一つがそれぞれ一つの刑罰を科せられるべき違法行為の類型をなしているのである<sup>7)</sup>」とされ、違法性の方面からは、犯罪類型は「可罰的違法類型」として把握されなければならないと述べられ、犯罪が成立するためには、行為が何らかの意味で違法だというのでは十分でなく、それが右のような犯罪類型に該当するという意味において違法でなければならない旨を指摘されている<sup>8)</sup>。

ついで、可罰的違法類型の許す違法性の一応の推定を破る例外型としての「違法阻却原因」について、博士は、この違法阻却原因という範疇のみでは、未だ如実なる違法論を樹てることは不可能であるから、行為の違法性を全く阻却するものではないが、それをして当該の犯罪類型の予想する違法性の程度に及ぼさざるものたらしめる「違法減輕事由」の観念を認める必要があることを強調されている<sup>9)</sup>。そして、その理由として「可罰的違法類型はそれぞれの犯罪として刑罰を科せられるべき程度の違法性を備へた行為の類型であるから、行為が違法性を全く阻却されなくても、其の可罰的なる程度に達せざる場合には、或ひは全く刑罰を免れ、或ひはより軽き刑罰を科せられるべき他の犯罪を成立せしむることとなる<sup>10)</sup>」ということを挙げられている<sup>11)</sup>。

二 そこで、われわれは、宮本博士の所説を承継された佐伯博士が右の論文および著書において、それをいかに発展せしめられたかを検討しなければならない。

先にも触れたように、佐伯博士によって、すでに先の論文「刑法犯と警察犯」の段階において、可罰的違法性論は、今日論議されているこの理論の基本的な部分が明確にされる程にまで発展せしめられたといえるのであるが、この場合、次の諸点に注意しなければならない。

まず第一に、佐伯博士は、右の論文において「可罰的違法性」という用語を公に用いられるようになり<sup>12)</sup>、宮本博士にあっては必ずしも鮮明ではなかった「可罰的違法性」の概念も「罰すべき程度の違法性」として、より一層明確なものとなるに至った。ただし、右の論文および昭和19年の体系書においては、可罰的違法性の「量」の問題に限られているようである。

つぎに第二に、佐伯博士は、宮本博士の所説(萌芽的形態における可罰的違法性論)を更に一般化・理論化されたといえる。宮本博士は、先に検討したように、「一厘事件」判決について、「此刑法解釈ニ関スル判例ノ根本的

態度ハ一切ノ類型ニ亘リテ淪ルヘカラサルモノト信ス」とされて、その一般化を試みられたのであるが、その際に、「被害法益ノ価値カ極メテ輕微ナル場合」を博士のいわゆる「可罰類型又ハ犯罪類型阻却原因」の一つに挙げられていたのである。佐伯博士はこの見解を基本的に支持されながらも、それを更に一般化することを企図されて、「それぞれの犯罪類型の予想する程度の違法性に達しないこと」を「刑罰阻却事由」として捉えられ、さらに違法阻却原因のほかに、「違法減少事由」あるいは「違法減輕事由」というものを提唱されるに至ったわけである。

さらに第三に、右の点とも関連するのであるが、可罰的違法性論をめぐる体系上の問題が佐伯博士によって解決され、体系的な整理がなされたといえる。もちろん、宮本博士の可罰的違法性論も、博士の犯罪論体系に見事に組み入れられていた。しかしながら、宮本博士の犯罪論体系は、この点も先に触れたように、極めて独創的なものであり、その用語も特有のものである。そこで宮本博士の見解を、通説的な犯罪論体系を前提として考えた場合に、どのように理解すればよいのかという問題が生じることになるわけである。宮本博士の所説が卓越した見解であったにもかかわらず、広く学界に受け入れられなかった要因の一つがここにあるといえるのかもしれない。その点、佐伯博士の場合には、通説的な犯罪論体系を前提として、可罰的違法性論を展開されたのである。博士はまず犯罪類型（構成要件）を「可罰的違法類型」として捉えられ、つぎに違法阻却原因に関しては、この外に「違法減輕事由」の観念を認める必要性を説かれているのである。そして、この「可罰的違法類型」と「違法阻却および減輕事由」との関係、原則型＝例外型の問題として把握されている。このように佐伯博士にあっては、可罰的違法性論は、犯罪類型の段階と違法阻却および減輕事由の段階において、それぞれ正当な位置を与えられているといえる。逆に、博士の体系、とくに構成要件と違法性との関係は、可罰的違法性の理論によって導びかれているといつてよいであろう。

最後にこの点が最も重要といえるかもしれない。宮本博士の所説は主観的違法論を基礎にするものであったが、佐伯博士によって可罰的違法性論は客観的違法論の立場から主張されるようになったのである。この点について、佐伯博士は、可罰的違法性論を展開するにあたっての博士の出発点はもちろん宮本博士のそれであったにもかかわらず、到達したところが宮本博士とはかなり違ったものとなったのは、「私が恩師の主観的違法論について行けず、逆に客観的違法論の立場を選んだからである<sup>13)</sup>」と述べられている。ここでは主観的違法と客観的違法の問題をめぐる宮本博士と佐伯博士の論争を詳しく検討する余裕がないので、佐伯博士が客観的違法論に立たれるに至った経緯だけを極めて簡略に述べておきたい。

さて、佐伯博士は、最初は主観的違法論の絶対的信仰者であったことを自ら述べられている。ところが、末川博博士とメツガーの論文に接するに及んで、主観的違法論に対する決定的な疑惑をいだかれるようになり、ついに昭和7年に助手論文「主観的違法と客観的違法<sup>14)</sup>」を発表されて、恩師の理論と訣別されるに至ったということである<sup>15)</sup>。佐伯博士は、右の論文において、「師説に対して末川博士と同じ立場から、法規範には命令規範としての機能の外に、更にそれに先行して評価規範としての機能があるといふこと、更に刑法の違法論はこの評価規範の作用と結合し、責任論は命令規範の作用に結びつくといふことを論証しよう<sup>16)</sup>」されたわけである。佐伯博士は、師説たる主観的違法論を排斥し、客観的違法論に与せざるを得ないのは、「評価は論理上命令に先行する」という命題が揺ぎなきものであるからである、と述べられている<sup>17)</sup>。この佐伯博士の論文を契機として、わが刑法学は、自然発生的な客観的違法論から自覚的な客観的違法論への道を歩むようになったわけである<sup>18)</sup>。

さて、宮本博士の主観的違法論に基づく可罰的違法性論は、整然たる主観的違法論の刑法体系に裏打ちされたものであるだけに、客観的違法論を通説とする当時の学界に広く受け入れられるに至らなかったという側面が

## 可罰的違法性論の展開過程

217

存在したのではなからうか。そのような意味において、佐伯博士が客観的違法論の立場から、可罰的違法性論を主張されるに至って、この理論が一層発展しうる礎石がここに準備されるようになったといえるのではなからうか、と思われる。

ところで、このように客観的違法論の立場から可罰的違法性論を説く場合には、先に指摘したような「一厘事件」判決や宮本博士の所説にみられた、被害法益の軽微性を判断するにあたっての「主観的な絞り」の問題をどのように解決するか、ということが問われるようになる。佐伯博士は、「刑法犯と警察犯」においては、「一厘事件」判決にみられる主観的な絞りについて、これは「文字的には犯罪徴表説を採用するだけのことのようにある」とされて、この点は別段、客観的違法論の立場からする可罰的違法性論の妨げにはならない、と考えられ、その理由として「危険性ありと認めるべき特殊な状況とは、結局のところ、行為の方法や行為の行なわれたさいの諸事情等の特殊性を指すことになり、しかもそれらは……行為の違法性を左右する諸事情であろうからである」と述べられている<sup>19)</sup>。また後に触れる戦後の論文では、「一厘事件」判決や宮本博士の主観的な絞りは、「これを客観化して、その行為そのものを危険なものと考えさせるような特殊な状況がない限りはというように解釈し直すべきこと」となるというように説かれている<sup>20)</sup>。このようにして、佐伯博士にあっては、当然のこととして主観的な絞りそのものは排除されるに至る<sup>21)</sup>。

三 以上において、われわれは戦前における、佐伯博士による可罰的違法性論の展開の過程を検討してきたのであるが、最後に、この間におけるわが国の法学界全般における（特に民法における）違法論の発展を一瞥しておきたい。そのためには、佐伯博士の「刑法犯と警察犯」と同じ年に発表された末川博博士の「違法の段階と種別<sup>22)</sup>」（牧野教授還暦祝賀『法理論集』）が参考になる。この論文は、その標題が示すように、可罰的違法性論を問題とする場合に多くの示唆を示えてくれると思われるからである。

218

阪南論集 第11巻第2号

さて、本稿の冒頭において示したように、可罰的違法性とは、犯罪が成立するためには、当該行為が単になんらかの意味で違法であるというだけでは足りず、その犯罪として刑罰を加えるに適し、かつ刑罰を加えるに足りる程度の違法性を具備することを要するという考え方である。したがって、それは「違法性とは程度を付しうる観念である<sup>23)</sup>」ということの当然のこととしてその前提にしている<sup>24)</sup>。この違法性に程度があるということは、今日でこそ学界の常識になっているが、戦前においては、このこと自体が大きな問題とされたのである。そこで、佐伯博士も、先に紹介したように、「刑法犯と警察犯」において、この前提となる問題、すなわち「違法の観念は軽重大小の段階を付しうるものである<sup>25)</sup>」ということを綿密に論証された上で、このことが「幸いにして是認されるならば<sup>26)</sup>」というように極めて慎重な態度で前述の論理を展開されたわけである。

末川博士の右の論文は、そのような問題を正面にすえて論じたものである。この論文において、博士はまず、違法という概念は「公私いづれの法の領域においてもその隅々まで滲透する」ものであり、その意味において全ての法律を通じて「一元的」に理解されなければならないとされる<sup>27)</sup>。しかしそれと同時に、違法の概念を「それぞれの法の領域においてその体系ないし個々の法規に現われた形態に即して規定することが考えられることを要する<sup>28)</sup>」とされて、「例へば、刑法上の違法は民法上の違法と異なりまた同じく民法上の違法でも不法行為についていふ違法は債務不履行についていふ違法とは異なるといふ風にも考へ得る<sup>29)</sup>」と述べられている。ところが、この場合にも「更に遡つて法全体の観点からすれば、これらの違法にはすべてに通ずる一元的なものが貫流してゐることを認めねばならぬ<sup>30)</sup>」とされて、「法の諸体系はそれぞれ限定された意味において法の目的を定立してゐるのであるから一即ち相対的ではあるがなほ各々独自の世界を有するものであるから、そこに散開されてゐる違法といふやうな概念も各々の体系の担ふ目的に即して特殊性をもつて規定されることを要す

ると共に、他面、それは、更に一段広い意味における目的を定立してゐる法の体系ないし全般的意味において目的を定立してゐる法全体の立場からする普遍性をもつて制約せられざるを得ないのである<sup>31)</sup>と説かれている。博士はこのような基本的な考え方にに基づき、民法上の考察を基点として違法性の段階と種別につき考察され、そのまとめとして、「違法に実質的なものと形式的なものとを認め、そしてその間に段階をつけた種別を分つ。垂直的に更に水平的に違法を区切つて考へる。そのことの当否が今や問題となつてゐる。あらゆる法の領域にわたつて違法の再検討が要求されてゐるのではあるまいか<sup>32)</sup>」と述べられている<sup>33)</sup>。

このようにして、「違法性は程度を付しうる観念である」という思考方法は有力な支持を受けることとなり、このような認識がその後学界に広く行きわたるようになったわけである。このことは、可罰的違法性論にとって極めて重要なことであり、この理論が前提とする思考方式がようやく承認を受けるに至ったことを意味するのである。なお、牧野博士も、不作為犯との関連において、この「違法性の段階」という考え方に理解を示されていたことを付け加えておきたい<sup>34)</sup>。

以上のように、すでに戦前において、伝統的な可罰的違法性論は、理論的・体系的に、今日論議されているこの理論にかなり近いところまで、佐伯博士によって発展せしめられ、また一般の法理論（違法論）も、可罰的違法性論の前提をなす思考方式を提供するに至っていた。ところが、戦前においては、右の佐伯博士の可罰的違法性論も、広く学界に受け入れられるに至るところには行かず、また判例にも特にめぼしいものはなかった。そういう意味において、可罰的違法性論は地道な発展を続けたのであって、華々しい展開はなかったのである。やはり、可罰的違法性論が日の目をみだすようになり、更に大きく開花するためには戦後を待たねばならなかった。

## 註

- 1) この論文は、佐伯・前掲『刑法における違法性の理論』275頁以下に収録されている。本稿におけるこの論文の引用は右論文集によっている。前出第一章の2註(13)参照。
- 2) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」275頁。
- 3) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」301頁。
- 4) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」302頁参照。
- 5) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」302-303頁参照。
- 6) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」303-304頁。
- 7) 佐伯・前掲『刑法総論』(昭和19年)159-160頁。
- 8) 佐伯・前掲『刑法総論』(昭和19年)159頁参照。
- 9) 佐伯・前掲『刑法総論』(昭和19年)161頁, 175頁参照。
- 10) 佐伯・前掲『刑法総論』(昭和19年)175頁。
- 11) 佐伯博士は「違法減輕事由としては、(イ)……被害者の同意がまづ考へられる。同意は或ひは違法性を阻却し、或ひは減少せしめるのが普通であつて、例へば刑法第二〇二条の同意殺人及び自殺関与及び第二一三条乃至第二一五条の墮胎罪に於ける囑託、承諾は違法性の減少に基く犯罪類型の特殊化である。(ロ)更に又第二四四条の親族相盗に於ける刑の免除は、親族関係が親族相互間の窃盜行為の違法性を減少せしめ、結局、窃盜罪としての可罰的違法性に達せざるものたらしめる場合である。(ハ)更に「他人ノ田野、園圃ニ於テ菜果ヲ採摘シ又ハ花卉ヲ採折シタル者」に対し拘留又は科料を科したる警察犯処罰令第二条第二九号と、三年以下の懲役又は千円以下の罰金(特殊の場合には五年以下又は五千円以下)に処せられる森林窃盜、十年以下の懲役に処せられる普通刑法の窃盜罪、或ひは無期又は三年以上の懲役に当る戦時窃盜(例へば燈火管制中の窃盜)といふ區別は行為の違法性の段階を反映してゐるのである」とされている。佐伯・前掲『刑法総論』(昭和19年)197-198頁。なお、同・前掲『刑法講義(総論)』(昭和43年)221-222頁参照。
- 12) 藤木教授は、佐伯博士が「可罰的違法性」という言葉を最初に用いられたのは、末川博士の古稀論文集『権利の濫用』(昭和38年)に寄稿された「可罰的違法序説」においてであつた、とされるが(藤木・前掲『可罰的違法性』10頁)、本文において指摘したように、すでに「刑法犯と警察犯」(昭和13年)において、この用語を用いられていた。
- 13) 佐伯・前掲『刑法における違法性の理論』はしがき、2頁。
- 14) 法学論叢27巻1号(昭和7年)77頁以下。なお、『刑法における違法性の理論』55頁以下に収録されている。

- 15) 佐伯『刑法に於ける期待可能性の思想』(昭和22年)284頁,同『刑法における違法性の理論』はしがき,2-3頁参照。なお,大野・前掲「可罰的違法性の理論について」(11),44頁註(71)参照。
- 16) 佐伯・前掲『刑法に於ける期待可能性の思想』284頁。なお,大野・前掲「可罰的違法性の理論について」(11),43頁参照。
- 17) 佐伯・前掲『刑法に於ける期待可能性の思想』285頁,同・前掲『刑法における違法性の理論』はしがき,3頁参照。
- 18) 佐伯・前掲『刑法に於ける期待可能性の思想』283頁,大野・前掲「可罰的違法性の理論について」(11),43頁参照。
- 19) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」304頁。
- 20) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」18頁。
- 21) 後出2の(2)註(14)参照。
- 22) 末川博士のこの論文は,その後,末川『所有権契約その他の研究』という論文集に収録されている。本稿での引用は右論文集による。
- 23) 平野・前掲「可罰的違法性」64頁。
- 24) 中山・前掲『刑法総論の基本問題』67頁,大野・前掲「可罰的違法性の理論について」(11),32頁註(1)参照。
- 25) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」301頁。
- 26) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」302頁。
- 27) 末川「違法の段階と種別」『所有権契約その他の研究』323頁。
- 28) 末川・前掲「違法の段階と種別」324-325頁。
- 29)-31) 末川・前掲「違法の段階と種別」325頁。
- 32) 末川・前掲「違法の段階と種別」340頁。
- 33) 牧野「不作為犯と違法性の段階」刑法研究第8巻,68-69頁,70頁以下参照(なお,牧野博士のこの論文は,始め国家試験昭和13年8月1日号に発表されたものである)。
- 34) 牧野・前掲「不作為犯と違法性の段階」63頁以下参照。牧野博士は,この論文で,佐伯博士の「刑法犯と警察犯」および末川博士の「違法の段階と種別」を取り上げて論じられている。なお,大野・前掲「可罰的違法性の理論について」(11),32頁,33頁註(9),42頁参照。

## 2. 戦後における発展と集大成の過程

(1) 刑法の超法規的運用と可罰的違法性論に基づく判例の登場

一 われわれは,つぎに,戦後における可罰的違法性論の発展の過程を

検討することとなるが,この場合,まず戦後のわが刑事司法における刑法の超法規的運用<sup>1)</sup>への動きについて一言しておく必要がある。

刑法の超法規的運用に関する法理論としては,超法規的違法阻却事由の理論,期待可能性の理論(超法規的責任阻却事由の理論)と,われわれが取り上げている可罰的違法性論とが,実体刑法の理論として考えられる<sup>2)</sup>。これらの中で,戦後,最初に展開されたのが期待可能性の理論である。周知の如く,この理論は,20世紀の初頭にドイツの学者によって構成され,第一次大戦後の社会的,経済的困乱期に実務においても展開されるようになったものである<sup>3)</sup>。この理論は,わが国にも昭和初期に導入されたと考えられていて,その後学界の広い支持を得るようになったのであるが,その際,パイオニアの役を演じられたのは,われわれが取り上げている可罰的違法性論の提唱者佐伯博士であった<sup>4)</sup>。わが国においても,すでに戦前の判例にこの理論を肯定したと解しうるものが存在するが<sup>5)</sup>,期待可能性の不存在を理由として無罪を言い渡した判例が登場するのは戦後のことである。これは,敗戦後の混乱した社会・経済情勢を背景とするものであって,そのような情勢下でなされた犯罪に対して法を形式的に適用することから生ずる苛酷な結果を回避するために,期待可能性の不存在を理由として無罪を言い渡す判決が下級審に続出したわけである<sup>6)</sup>。

この期待可能性の理論について戦後の刑事司法に登場したのが,超法規的違法阻却事由の理論である<sup>7)</sup>。この理論が,戦後脚光を浴びるに至ったのは,「憲法改正にともなう国民の基本的的人権の保障の確立,政治的行動の自由の大幅な拡大に対応して,刑法が保護せんとする国家的・公共的あるいは個人的法益と,国民の政治的基本権,あるいは労働権の主張の方法とが衝突・抵触する場面が拡大し,正当行為の主張が拡大したこと<sup>8)</sup>」によるのであり,そしてその背景には,実質的違法性の理論の発展と刑法35条の拡大解釈の普遍化という刑法理論自体の動向があった,というように説明されている<sup>9)</sup>。この理論を採用した判例としては,東大ポロ劇団

事件第一・二審判決<sup>10)</sup>と舞鶴事件第一審判決<sup>11)</sup>とが有名である。

これらの理論（期待可能性の理論と超法規的違法阻却事由の理論）は、両者ともに「法規を形式的に適用するかぎりにおいては刑事上の責任を問われざるを得ないが実質的には刑事責任を問うに値しない、あるいは問うべきではない、と思われる事案について、刑事責任を否定するための手段ないし論拠を提供しようとするもの<sup>12)</sup>」なのである。「阻却事由」という方向において、つまり犯罪成立を妨げるという方向において、実質的観点を導入する点で、両者は共通しているのであって、これは、処罰しない方向にはできるだけ緩やかに考えて行こうとする戦後の時代思潮の反映であるというように把握することが可能であろう<sup>13)</sup>。

ところが、このように犯罪不成立の方向で実質的観点を導入し、刑法を超法規的に運用して行こうとする動向の中で、裁判所（とくに最高裁判所）は必ずしも積極的ではなかった。まず、期待可能性の理論については、先にも触れたように期待可能性の不存在を理由とする無罪判決が下級審に続出したにもかかわらず、最高裁判所はこの問題を正面から取り上げようとはしなかった<sup>14)</sup>。つぎに、超法規的違法阻却事由の理論については、先に挙げた東大ポポロ劇団事件と舞鶴事件は両者とも上級審でくつがえされるに至った<sup>15)</sup>。もっとも、最高裁判所も理論上超法規的違法阻却事由を認めるべきではないとしたのではなく、ただその認定には法定の違法阻却事由よりも一段と厳格な要件（とくに、行為の緊急性と補充性）が必要であるとしたのにとどまる<sup>16)</sup>、ともいえる。しかし、これもまた裁判所がこの理論に消極的であることの一つの現れとも考えられよう<sup>17)</sup>。

二 さて、以上のような状況の下で、先に言及した二つの理論と同様に、刑法の超法規的な運用に関する法理論としての側面を持つ可罰的違法性論が判例に登場することとなる。戦後における可罰的違法性論の展開もまた、判例より出発することとなったわけである。そこで、戦後の最高裁判所の可罰的違法性関係判例の中から代表的なものを次に掲げることとする。

① 野荒しと窃盗罪に関する判決（最判昭26・3・15刑集5・4・512）

右判決において、最高裁判所は、旧警察犯処罰令2条29号の「野荒し」と窃盗罪との関係について、次のような見解を示した。すなわち、「この警察犯処罰令の規定は軽微な犯罪を対象とし、被害法益の零細軽微なものに対し警察的取締りをすることを目的とするものであることは、前記本条の字句に照しても亦立法の沿革に徴しても明白である。窃盗罪との区別は被害法益の大小軽重に依つて決すべきものとするのが妥当である。その被害法益が『財物』として保護さるべき程度に達するときは窃盗罪を構成し、然らざるときは警察犯としての野荒しとなるのである。結局は社会通念に従つて裁判官が判定すべき事柄である」と。

このように、最高裁判所は両者（野荒しと窃盗罪）の区別は被害法益の大小軽重によって決すべきものとするという見解を示し、ここに可罰的違法性の考え方を採用することを明らかにしたのである<sup>18)</sup>。もちろん、この判決は可罰的違法性論を採用することによって刑法を超法規的に運用して無罪を言い渡したものではない。しかしながら、最高裁判所が「一厘事件」判決以来のわが刑事司法の伝統に従って、まず財産犯罪の領域で可罰的違法性の法理を採用することを明らかにしたという意味において重要な判決である。

② 三友炭鉱事件に関する判決（最判昭31・12・11刑集10・12・1605）

三友炭鉱事件とは、北九州の小炭鉱での争議中、組合の婦人部長が、闘争から離脱して就業を開始した一部組合員の行動に憤慨し、すでに大勢の組合員によって線路上のすわり込み等による炭車運転阻止が行なわれているところからあとから参加して、他の組合員とともに、「ここを通るなら自分たちを轢き殺して通れ」などと怒号して、炭車の運転を妨害したことが威力業務妨害罪として起訴されたものである<sup>19)</sup>。第一審（福岡地裁飯塚支部）は、当該行為は労働組合法第1条第2項、刑法第35条に該当するものとして無罪とし、第二審（福岡高裁）は、被告人の行為は違法ではあるが、期待

可能性がなく責任を阻却するものとして無罪を言い渡した。これに対して検察官から上告がなされたのであるが、最高裁判所は、事件の背景、被告人の行為をとりまく諸般の事情を十分に考慮して「かかる情況のもとに行なわれた被告人の判示行為は、いまだ違法に刑法二三四条にいう威力を用いて人の業務を妨害したものである」と述べ、原審の無罪判決を結論的に維持したのである。そして、垂水裁判官の補足意見は、その理由として「右所為は同盟罷業中の組合員が同じ事業場の仲間組合員に対してしたものであり、かつ、被告人の軌道上に赴いてからの右所為は極めて短時分の間に行なわれたという原判決の認定と解することができ、結局軽微のものともみられる」ということを挙げている。

この補足意見を参考にして、右判決を読めば、本判決が、被告人の行為は可罰的違法性を欠くものと判断して、無罪という結論を導き出したことは明らかである<sup>20)</sup>。このようにして、可罰的違法性論に基づく判例が最高裁判所に登場したわけであるが、この判例は、戦後における可罰的違法性論の展開にとって極めて重要なものである。というのは、まず第一に、わが国の刑事司法は大審院の当時から財産犯罪の領域で右の法理を採用していたのであって、最高裁判所も先の判決においてその法理を採用することを確認したわけであるが、この三友炭鉱事件の判決によって、最高裁が労働刑事事件の領域に右の法理を適用するということが示されたからである。つぎに第二に、右判決によって、最高裁が、刑法の超法規的運用に関する法理論として、期待可能性の理論でもなく、また超法規的違法阻却事由の理論でもなく、第三の理論、すなわち可罰的違法性の理論を積極的に採用するという方向を打ち出したからである。

③ 旅館たばこ買い置き事件に関する判決（最判昭32・3・28刑集11・3・1275）

これは、旅館業を営む者が、宿泊客のために予めたたばこを購入しておき、客の依頼のある都度、小売価格で客に交付したことが、たばこ専売法違反

に問われた事件である<sup>21)</sup>。最高裁判所は右判決において、「当裁判所は、右のごとき交付又は所持は、たばこ専売法制定の趣旨、目的に反するものではなく、社会共同生活の上において許容さるべき行為であると考え。従って、同法二九条二項にいわゆる販売又は同法七一条五号後段にいわゆる販売の準備に当るものとは解することができない」と述べて、無罪を言い渡している。

この判決を可罰的違法性関係判例として掲げることには疑問があるかもしれない<sup>22)</sup>。しかしながら、少なくとも、可罰的違法性論と共通する思考がこの判決の底流に存するということが可能であり、最高裁判所の態度を把握する上で参考になるであろう<sup>23)</sup>。

## 註

- 1) 藤木・前掲「刑法の超法規的運用」388頁以下参照。
- 2) 藤木・前掲「刑法の超法規的運用」389頁参照。
- 3) 藤木・前掲「可罰的違法性の理論」3頁、同・前掲『可罰的違法性』14頁参照。
- 4) 佐伯・前掲『刑法に於ける期待可能性の思想』、本書は期待可能性についての最も重要な文献とされている。
- 5) 第五柏島丸事件（大判昭和8年11月21日刑集12巻2072頁）。もっとも、これは期待可能性の少ないことを理由に責任の軽減を認めたものである。
- 6) 藤木・前掲「刑法の超法規的運用」389頁、同・前掲『可罰的違法性』15頁参照。
- 7) この超法規的違法阻却事由の理論については、「これは、主として、暴行脅迫を内容とする実力行動の性格をおびた行為が、法規を厳格に適用するかぎり、構成要件に該当し、違法、かつ有責であり、法律所定の違法阻却事由、例えば、正当防衛、緊急避難、正当行為、各種の特別法における除外例に該当せず、刑事責任を免れ得ないようではあるが、それにもかかわらず、超法規的、実質的な観点から違法性が阻却され、罪とならないものとするものであって、期待可能性の欠如による超法規的責任阻却の理論とくらべると、積極的にその行為が正当であること、現行法秩序に矛盾しないものであることを根拠づけようとするところに、期待可能性論に比較してこの理論のいちじるしい特色が見うけられる」と説明されている。藤木・前掲「可罰的違法性の理論」5頁。



- 8) 藤木・前掲「刑法の超法規的運用」389頁。
- 9) 藤木・前掲「刑法の超法規的運用」389頁参照。
- 10) 第一審（東京地判昭和29年5月1日判例時報26号3頁）。第二審（東京高判昭和31年5月8日高刑集9巻5号425頁）。
- 11) 東京地判昭和31年5月14日判例時報76号2頁。
- 12) 藤木・前掲「刑法の超法規的運用」389頁。
- 13) <討論>「現代刑法の思想」福島正夫先生還暦記念『現代日本の法思想』270頁参照。ただし、ここでは、期待可能性の理論と可罰的違法性論とが取り上げられている。
- 14) 中・前掲『刑法総論』174頁註(1)、藤木・前掲『可罰的違法性』16頁参照。
- 15) (東大ポポロ劇団事件) 最判昭和38年5月22日(大法廷) 刑集17巻4号370頁。(舞鶴事件) 東京高判昭和35年12月27日下級刑集2巻11=12号1375頁。最決昭和39年12月3日刑集18巻10号698頁。
- 16) 中・前掲『刑法総論』151頁参照。
- 17) 藤木・前掲『可罰的違法性』24-25頁参照。
- 18) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」19-20頁参照。なお竹田直平「刑法における財物の概念」総合判例研究叢書刑法(4)(昭和31年)66頁参照。
- 19) 藤木・前掲「可罰的違法性の理論」8頁以下、佐伯・前掲「可罰的違法性序説」18頁以下参照。なお、伊達・前掲「三友炭鉱事件判決の法理」289頁以下参照。
- 20) 藤木・前掲「可罰的違法性の理論」9頁、佐伯・前掲「可罰的違法性序説」19頁参照。
- 21) 藤木・前掲『可罰的違法性』29-30頁、植松正「旅客に対する旅館業者のタバコの分売」刑法判例百選(新版)(昭和45年)8-9頁、中「旅客に対する旅館業者のタバコ分売」法学セミナー-240号(昭和50年)53頁以下参照。
- 22) 佐伯博士は、この事件の場合には、行為の違法性は完全に阻却されているのであり、その摘発検挙は税法罰則の濫用の適例である、とされる。佐伯・前掲「可罰的違法性序説」24頁註(4)。
- 23) 藤木教授は、この判決は可罰的違法性の理論を実質的に認めたものといってよい、とされている。藤木・前掲『可罰的違法性』30頁。なお、中教授は、本件判決は「これらの行為を違法だがなお可罰的とするに足るだけの違法性がないとする趣旨ではなく、すでに完全に適法視されるべき行為だと解していることは明らかである」とされつつ、「学説上いわゆる社会相当行為として採用される例はもとよりのこと、可罰的違法性の理論も、……その趣旨・精神においては本件判旨と同一水脈に属するものであるから、同理論が援用される判例は多かれ少なかれ本件判旨と同根のものであるといえよう」と述べ

られている。中・前掲「旅客に対する旅館業者のタバコ分売」55頁。

## (2) 佐伯千俣博士による可罰的違法性論の確立

さて、戦後、昭和27年に『刑法総論』を公刊されて、戦前の体系書(昭和19年)で世に問われた刑法理論ないし犯罪論体系を基本的に維持する方向を示され、また同年に発表された論文「違法性の理論<sup>1)</sup>」を通じて、可罰的違法性論を提唱され続けておられた佐伯博士は、戦後の刑事司法の先に言及したような状況の下で、可罰的違法性の法理を一つの理論として一挙に確立しようと企図されて、「可罰的違法性序説<sup>2)</sup>」(昭和37年)と「可罰的違法性<sup>3)</sup>」(同年)という二つの論文を公にされたわけである。そこで、可罰的違法性論の確立について先駆的役割を果たしたと評されている<sup>4)</sup> 右の二論文に従って、佐伯博士の所説を紹介し、博士が、この可罰的違法性の理論をいかに総合的に理論化・体系化されたかを検討することにした。

まず、佐伯博士は「可罰的違法性」という観念を明確にするために次のように述べられている。すなわち「犯罪は違法の行為である。しかし、違法な行為のすべてが、犯罪となるわけではない。犯罪となるのは、違法な行為のうちごく一部にすぎない。」「ある違法行為が犯罪であるためには、それが法律所定の犯罪類型(あるいは犯罪構成要件)のいずれかに該当しなければならない。逆にいえば、犯罪類型(構成要件)は、刑罰に値する違法行為—可罰的違法—の類型化されたもの(可罰的違法類型)ということになる<sup>5)</sup>」と。博士がここに表明された見解、つまり「犯罪類型を違法の側面から眺めた場合に、それが可罰的違法行為の類型—可罰的違法類型—として現れる<sup>6)</sup>」という考え方は、博士がすでに戦前の論文および体系書で公にされ、戦後も主張され続けてきたものである<sup>7)</sup>。

つづいて博士は、「犯罪類型が、刑罰に値する違法行為の類型化であり、それに該当しない限りどんなに重大な違法でも犯罪となることはないとせられる以上、犯罪の違法そのものがすでに刑罰的特性を帯びているはずで

あって、単に何らかの意味で違法だといえよというものではない。我が可罰的違法性というのは、このことを指すのである<sup>8)</sup>とされ、ここで『可罰的』違法という場合には、「犯罪すなわち刑罰を科せられる違法行為と、そうでない違法行為との間には、違法性自体において違いがあるのではないかということ、問題にしている<sup>9)</sup>」ということを指摘されて、さらに、可罰的違法性という観念は「違法性というものが、根本においては、法秩序全体に通ずる統一的なものでありながら一したがって民法上は適法であるが、刑法上は違法だというようなことは認められない—その現象形態においては、様々な種別があり、さらにまた軽重の段階がある—しかも量の変化もまた、それがあつた程度に達すると質の変化となる(量より質への転化)—という認識に立つものである<sup>10)</sup>」と述べられている。そして、このような可罰的違法性の観念を提唱するのは、「犯罪の理解が一したがってまた刑法の解釈運用が一形式的なものとなり、刑罰権の濫用に陥るのを防ぐため<sup>11)</sup>」にであり、つまり「違法概念の形式化による刑罰権濫用阻止<sup>12)</sup>」というすぐれて実践的な問題意識に支えられてのことであるという点を強調されている。

このようにして、可罰的違法性の観念は、佐伯博士により極めて明確なものとされたのであるが、この観念の基礎となっているのは、博士が戦前の「刑法犯と警察犯」において明らかにされた「違法性は程度を付しうる観念である」とする考え方である。博士は更にその上に末川博士の「違法の段階と種別」に関する所説を積み上げられ、それらを基礎にして、右のような見解を展開されているわけである。この可罰的違法性の観念に関して一つ注意しておかなければならないことがある。それは、可罰的違法性の観念は決して違法性の統一性を破壊するものではなく、むしろあくまでも違法性の統一性の理論に立脚し、その上で違法性は程度を付しうる観念であることを認め、かつまた、違法性の概念の相対性を承認するものなのである、ということである。このことは当然のことであつて、右にみたよ

うに佐伯博士も明言されているし、更に遡って可罰的違法性の観念の基礎となる見解を述べられた末川博士も強調されていたところなのである。

右に紹介した佐伯博士の可罰的違法性の観念を、この理論の展開過程という観点からみた場合、次のことが注目される。第一に、この段階になつて、可罰的違法性の質の問題が明確にされた点である。以前の佐伯博士の著書・論文においては、違法性の軽重大小という「段階」ないし「程度」の問題に、つまり「量」の問題に重点が置かれていたようにも思えるのであるが、それと共に違法性の「種別」の問題、つまり「質」の問題が明確に取り上げられるようになったわけである。第二に、一この点が重要なのであるが一先にも触れたように、可罰的違法性の観念がすぐれて実践的なものを志向する形で提唱されるようになったことである。この点は後に再び取り上げることにする。

さて、佐伯博士は、右に検討した如き可罰的違法性の観念、要するに「可罰的違法性とは、行為の違法性が、刑罰という強力な対策を必要とし、かつまたそれに適するような質と量をもっているということである<sup>13)</sup>」とする考え方に基づかれて、可罰的違法性論を量の問題と質の問題とに分つて、その展開をなされている。

まず「量」の問題に関しては、博士は、われわれが先に考察した「一厘事件」に関する大審院判決、それを一般化・理論化された宮本博士の所説、および三友炭鉱事件に関する最高裁判決等を検討されて、「それぞれの犯罪には、一定の重さの違法性が予定されており、仮りに形式上行為がある罰条に当嵌るようみえても、その違法性がきわめて軽微で法の予定している程度のものでないときには、犯罪は成立しない」という主張を展開されている<sup>14)</sup>。

つぎに「質」の問題であるが、博士は「これは、違法性の軽微とは関係なしに、その違法の質が可罰的違法性を阻む場合である<sup>15)</sup>」と述べられ、その例として近親姦や姦通の問題を挙げられて、これらは「重大な違法で

あることが明らかであるにも拘らず、刑罰に親しまない行為の領域<sup>16)</sup>に属するのであって、そのためにわが刑法典は近親姦に対する刑罰規定を設けず、また戦後姦通罪が廃止されたのである、と説かれている<sup>17)</sup>。ついで、右と同様のことが、質を異にするといわれる刑事犯と行政犯の関係についても考えられるのであって、可罰的違法性論がこの問題の解決に対しても大きな指針を与えるものであることを示され<sup>18)</sup>、最後に、さらに重要なこととして、争議を禁止されている公務員や公共企業体職員の禁止違反の争議行為と、公務員法または事業法の罰則との関係についても、可罰的違法性の「質」が問題となることを指摘されて、「これらの者の争議行為が、仮りにそれらの犯罪類型に該当しても、それが争議行為本来の枠内にとどまるものである限り、可罰的違法性を欠くところの単なる違法行為として、刑罰を科せられることはないと解しなければならぬ<sup>19)</sup>」と主張されている<sup>20)</sup>。

以上で、佐伯博士の可罰的違法性論を概観し得たと思われるので、この理論の展開過程という見地から、博士の右の所説について、次の二点を指摘しておきたい。

まず第一に、佐伯博士が、戦後弁護士をかねられることになったこととも関連して、可罰的違法性論に「刑罰権の不当な拡大の抑止」というすぐれて実践的な使命を託そうとされるようになったことである<sup>21)</sup>。もっとも、刑罰法規の形式的運用により刑罰権が不当に拡大されることを戒めようとする実践的意図は、「一厘事件」判決以来、可罰的違法性論に認められてきたものであるといえるかもしれない。しかしながら、博士が明確にこの理論に刑罰権濫用に対する人権保障の思想を結びつけられたことは<sup>22)</sup>、この理論の展開過程において極めて重要なことである。このことは、また戦後の時代思潮とも関連することであろう。かくして、可罰的違法性論は、人権保障の見地より、刑罰法規の形式的運用より生ずる不当な刑罰権の拡大を抑止するために、刑法を超法規的に運用することに関する法理論とし

ての実を示すようになったのである。

つぎに第二に、右のような実践的な使命を託された可罰的違法性論は、その適用領域を飛躍的に拡大するようになったことである。とくに労働刑事事件に対してこの理論が適用されるに至ったことは重要である。この場合にも、その先鞭をつけたのは判例であった。つまり三友炭鉱事件に関する最高裁判決である。この判例が、先にも触れたように佐伯博士によって追認された形となり、労働刑事事件もまた、可罰的違法性論の問題領域に含ましめられることとなったのである。右の三友炭鉱事件に関する判決は可罰的違法性の「量」に関する問題であったが、争議禁止と刑事責任の問題が佐伯博士によって可罰的違法性の「質」の問題として取り上げられるに至ったことは、より一層重要である。博士は、すでに先の二論文（「可罰的違法性序説」と「可罰的違法性」）を発表される前年に法律時報<sup>23)</sup>誌上において、『禁止規定』（たとえば、公労法第17条、国家公務員法第98条第5項、スト規制法等）に違反するストライキにはいわゆる刑事免責（労組法1条2項）は認められないかどうか』という問題を考えるにあたっては、単なる法文の形式論理的な操作のみをこととすることなく、可罰的違法性論をもって免責を認めるべきことを示唆されていたのであるが<sup>24)25)</sup>、先の二論文において、この問題を明確に可罰的違法性の「質」の問題として位置づけられ、この場合におけるいわゆる刑事免責の正当性を強調されるに至ったわけである。

このように、可罰的違法性論は労働刑法の分野にも適用されるようになった他、行政刑法の領域でも重要な役割を果たすことが指摘されるようになって、当初の「一厘事件」や、花一輪麦一穂の摘拔や使用窃盗の問題に較べて、その適用領域を飛躍的に拡大するに至ったのである。

さて、可罰的違法性論の体系化は、先に考察したように、すでに戦前の段階でほぼ成し遂げられていたのであるが、一応の確立をみるに至った佐伯博士の伝統的な可罰的違法性論に関する体系上の問題をここで取り上げておくことにしたい。佐伯博士は、この点について、可罰的違法性論の立場

からは、「全法秩序の立場から統一的に理解される違法性が全然存在しない正当化事由—従来のいわゆる違法阻却事由—のほかに、違法性を全然なくするのではないが、その程度（量）を逡減し、結局可罰的な違法でないものとする違法減輕事由、あるいは違法の質を異ならしめる狭義の可罰的違法阻却事由（たとえば手術行為が無免許医師のそれであるという違法性は、その手術の傷害罪としての違法性ではない）」という観念を認めなければならないことになる<sup>26)</sup>、と述べられている。このように、佐伯博士の可罰的違法性論は、体系上、主として違法性判断の段階で問題となるものである。ただし、佐伯博士が、可罰的違法性の欠如のために構成要件該当性が阻却される場合をも肯定されて、可罰的違法性の欠如が構成要件該当性を阻却するか否かは、その構成要件を規定している罰条解釈の問題であるとされている点にも注意を要するであろう<sup>27)</sup>。

このようにして、伝統的な可罰的違法性論の体系問題もまた、佐伯博士によって十分に解決されるに至ったのであるが、右の佐伯博士の見解には、体系問題の処理としてはかなり複雑な一面があるといえよう。また、後に藤木教授が独自の立場から可罰的違法性論の新展開を試みられるに及んで、この理論をもっぱら構成要件の問題として捉えられる藤木教授の見解<sup>28)</sup>と右の佐伯博士の見解とが可罰的違法性論の内部において鋭く対立するに至るわけである。

## 註

- 1) 佐伯「違法性の理論」刑事法講座1巻（昭和27年）189頁以下。なお、この論文は『刑法における違法性の理論』に収録されている。
- 2) 木川先生古稀記念『権利の濫用』上巻（昭和37年）221頁以下。なお、この論文は、『刑法における違法性の理論』に収録されている。本稿では後者により引用している。前出はしがき註(3)参照。
- 3) 法学教室〈第一期〉4号（昭和37年）56頁以下。なお、この論文は『法曹と人権感覚』に収録されている。本稿では後者により引用している。前出第一章の2註(6)参照。

- 4) 伊達・前掲「三友炭鉱事件判決の法理」289頁参照。
- 5) 佐伯・前掲「可罰的違法性」198頁。
- 6) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」16頁。
- 7) 佐伯博士は、博士にあっては、犯罪類型は「刑罰を科するに値するという法的評価を表明するところの違法にして有責なる行為の類型である」ということを、強調されて、そして、「唯、その理解に当っては、それをまず違法の方面から可罰的違法類型として考察し、次いで責任の方面から可罰的責任類型として眺めるというまでである」とされている。われわれは、この点にも注意を要するであろう。佐伯・前掲「可罰的違法性序説」15頁註(1)参照。
- 8)-9) 佐伯・前掲「可罰的違法性」199頁。
- 10)-11) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」16頁。
- 12) これは、「可罰的違法性序説」のサブタイトルである。
- 13) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」16頁。
- 14) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」18頁。  
なお、ここで、「一厘事件」判決や宮本博士の所説にみられた、被害法益の軽微性を判断するにあたっての「主観的な絞り」が、佐伯博士にあっては排除されるに至るという問題を取り上げておきたい。佐伯博士は、この点について、「主観的違法論をとらず、客観的違法論に従うわれわれの立場からは、率直に、被害法益の軽微性そのものが、行為の可罰的違法性を失わせるのだと考えてよいであろう」とされ、また、先に触れたように右のような主観的な絞りは「これを客観化して、その行為そのものを危険なものと考えさせるような特殊な情況がない限りはというように解釈し直すべきこと」となるというように述べられている（佐伯・前掲「可罰的違法性序説」17頁、18頁）。このようにして客観的違法論に従われる佐伯博士にあっては、当然のこととして、主観的な絞りそのものは排除されるに至るのであるが、この点は、すでに戦前の段階で解決されていた問題であるので、ここでは註において取り上げるにとどめる。1の2参照。
- 15) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」20頁。
- 16) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」21頁。
- 17) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」20-21頁参照。

更に、佐伯博士は、「刑罰を科せられる行為相互の間においても、可罰的違法性の質の相違が問題となる場合が少なくない」とされ、「例えば無免許医業は、医師法三一条一号により二年以下の懲役または二万円以下の罰金に処せられる犯罪であるが、それは医師でなくて医業を営んだという点に関する違法であって、この違法があるからといって、その行った医療行為が—仮りに身体

を切開するような行為で傷害の犯罪類型に当嵌るようにみえても——傷害罪としての可罰的違法性をもつわけではないのである」と述べられている(21頁)。

- 18) 佐伯・前掲「可罰的違法性」204-205頁, 同・前掲「可罰的違法性序説」21-22頁, 同・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」393頁参照。
- 19) 佐伯・前掲「可罰的違法性序説」23頁。
- 20) 佐伯・前掲「可罰的違法性」203-204頁, 同・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」393頁参照。
- 21) 吉川「刑事法学の動き——佐伯千似『可罰的違法性の理論の擁護』」法律時報43巻10号(昭和46年)124頁参照。
- 22) 井上・前掲『争議禁止と可罰違法論』33頁参照。
- 23) 法律時報30巻9号(昭和36年)23頁以下に、「『労働刑法』について」というアンケートに対する諸学者の解答が掲載されている。佐伯博士はそこに本文で述べた質問に対する解答を寄せられている(29-30頁)。なお、この解答は、『法曹と人権感覚』に収録されている。
- 24) 佐伯「禁止規定に違反するストライキにはいわゆる刑事免責は認められないかどうか」『法曹と人権感覚』193頁以下参照。
- 25) 吉川・前掲「刑事法学の動き」124頁参照。
- 26) 佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」396頁。なお、同・前掲『刑法講義(総論)』221頁以下参照。ここに、可罰的違法阻却事由と違法減輕事由が詳細に説明されている。
- 27) 佐伯・前掲『刑法講義(総論)』180頁註(3)参照。
- 28) 藤木教授は、「可罰的違法性の理論とは、刑罰法規の構成要件に該当する形式、外觀を呈する行為についてその行為が当該構成要件が予想する可罰的程度の実質的違法性を欠くということを根拠にその構成要件該当性を否定すべき場合を肯定する理論である」というように、この理論を定義づけられている。この定義づけから明らかなように、藤木教授の可罰的違法性論は、もっぱら構成要件の問題であるといえる。藤木・前掲「可罰的違法性の理論」3頁参照。

### (3) 全通東京中郵事件に関する最高裁判所判決

全通東京中郵事件最高裁判決(昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁)【は、公共企業体職員の争議行為に対する刑事免責の有無に関する最高裁判所の判断を示すものとして、極めて重要な判例であるが、この判決は、刑法理

論上においても、可罰的違法性論を明確に取り入れたものとして、極めて大きな意味をもつといえるのである<sup>1)</sup>。そこで、この理論が、裁判の実際との交渉のなかでどのように展開されていったかという経過を示すために、この判決を取り上げることにしたい。

さて、公労法17条1項は公共企業体職員およびその組合に一切の争議行為を禁止し、同18条はその違反に対して解雇の制裁を定めている。そこで、公労法17条に違反する争議行為が刑法その他の刑罰法規所定の構成要件に該当した場合であっても、もし同条がなかったとしたならば本来正当なものと認められる範囲内のものであるかぎり、なお労組法1条2項の適用があり、刑法35条によって刑事上の免責が認められるのか、それとも、それが公労法17条に違反するものであるという一事をもって当然に刑事上の免責を失うのかについて、解釈上の争いが存するわけである<sup>2)</sup>。それ故、学説・判例も、免責説と非免責説とが対立していた(もちろん学説においては免責説が圧倒的に優勢ではあった)。

ところが、昭和38年3月15日の最高裁第二小法廷判決<sup>3)</sup>は、「公共企業体等の職員は争議行為を禁止され、争議権自体を否定されている以上、その争議行為について正当性の限界如何を論ずる余地はなく、したがって労組法一条二項の適用はない」と判示し、争議行為を禁止されている以上刑事免責を認める余地はないという結論を示した。そして、この判決は実務に大きな影響を及ぼし、全通東京中郵事件控訴審がこの判決を援用して原判決を破棄差戻したのははじめ多くの判決がこれに追随したのである<sup>4)</sup>。

こういった問題状況を背景として、全通東京中郵事件最高裁判決は、悪名高い3・15判決をはっきりと変更し、これまでの対立について大法廷において終止符をうったわけである<sup>5)</sup>。ここに本件判決が「画期的」な意味を有する判決であるとされる一つの理由があるといえる<sup>6)</sup>。そこで本件判決にみられる論理の展開を検討してみなければならない(なお、判決理由は長文にわたるので、直接に関係する部分のみを引用することを予めお断わりして

きたい)。

大法院判決多数意見は、公労法17条1項に違反して争議行為をなした者に対する刑事制裁について、労働基本権制限の具体的態様の検討を前提として、「争議行為禁止の違反に対する制裁はしだいに緩和される方向をとり、現行の公労法は特別の罰則を設けていない。このことは、公労法そのものとしては、争議行為禁止の違反について、刑事制裁はこれを科さない趣旨であると解するのが相当である。公労法三条で、刑事免責に関する労組法一条二項の適用を排除することなく、これを争議行為にも適用することとしているのは、この趣旨を裏づけるものといえることができる」と明示し、前述のように、3・15判決をはっきりと変更したわけである。

そして、右の論理の展開を基礎づけるがために、その前提として明らかに可罰的違法性の思想を打ち出しているということが、とりわけ重要なことである。すなわち、多数意見は、「労働基本権の制限違反に伴う法律効果、すなわち、違反者に対して課せられる不利益については、必要な限度をこえないように、十分な配慮がなされなければならない。とくに、勤労者の争議行為等に対して刑事制裁を科することは、必要やむを得ない場合に限られるべきであり、同盟罷業、怠業のような単純な不作為を刑罰の対象とするについては、特別に慎重でなければならない。けだし、現行法上、契約上の債務の単なる不履行は、債務不履行の問題として、これに契約の解除、損害賠償責任等の民事的法律効果が伴うにとどまり、刑事上の問題としてこれに刑罰が科せられないのが原則である。このことは、人権尊重の近代的思想からも、刑事制裁は反社会性の強いもののみを対象とすべきであるとの刑事政策の理想からも、当然のことにほかならない。それは債務が雇傭契約ないし労働契約上のものである場合でも異なるところがなく、労務者がたんに労務を供給せず(罷業)もしくは不完全にしか供給しない(怠業)ことがあっても、それだけでは、一般的にあって、刑事制裁をもってこれに臨むべき筋合ではない」と述べているわけである。

つぎに、可罰的違法性論との関係においては、松田裁判官の補足意見もまた極めて重要である。すなわち、「労働法規が争議行為を禁止してこれを違法として解雇などの不利益な効果を与えているからといって、そのことから直ちに、その争議行為が刑罰法規における違法性、すなわちいわゆる可罰的違法性までも帯びているということとはできない。ことに、刑罰がこれを科せられる者に対し強烈な苦痛すら伴う最も不利益な法的効果をもたらす性質上、刑罰法規の要求する違法性は他の法域におけるそれよりも一般に高度の反社会性を帯びたものであるべきである」として、『可罰的違法性』の観念が明確に表明されているのである。

さて、右のような多数意見および補足意見の法理をより一層明確にするために、つぎに、それらと真向から対立する反対意見(奥野、草鹿、石田裁判官)をうかがうことにする。反対意見は「苟もある法律によって一切の争議行為が禁止せられ、違法なものとされている以上、他の法域において、それが適法であるということは許されない。けだし行為の違法性はすべての法域を通じて一義的に決せらるべきものであり、公労法上違法とされた行為が刑事法上違法性を欠くということがときは理論上あり得ないからである。そして、その禁止に違反する行為につき何ら制裁規定を設けていない場合であると……刑事上の制裁を科している場合であると、将又……民事上の解雇の制裁のみを定めている場合であるとを問わず、すべての法域において、等しく違法、不当であることには変りはない」とし、したがって「公共企業体等の職員は、その争議行為が禁止され、争議権自体法律上否定されている以上、これに違反してなす争議行為につき、労組法一条二項の刑事上の免責規定の適用の余地はない」と述べている。

右の反対意見は「違法性の統一性」ということを前面に押し出すことによって、先の3・15判決をより精緻に展開したものであり、この「違法性の統一性」を武器に、多数意見の可罰的違法性の思想を攻撃しようとしている。しかしながら、可罰的違法性論は決して違法性の統一性と対立するも

のではない。この理論はあくまでも違法性の統一性を基礎としつつ、そのうえに違法性の段階、種別を認めようとするものなのである。そのような意味において、反対意見は的外れな非難といわざるをえない。

ところが、反外意見には、形式的な文言に忠実であり論理的にも一貫しているかのように見えるという一面があり<sup>7)</sup>、またそれはまことに簡明直截な論理でもある<sup>8)</sup>。ここに、反対意見が強力に主張される理由が存するのかもしれない。しかしながら、このような形式的な刑罰法規の運用が、処罰範囲の無原則的な一律的拡大をもたらすことは明らかである<sup>9)</sup>。反対意見はこのような苛酷な結果を看過するか、または容認するものと思われる。ここに反対意見や3・15判決の大きな問題がある。これに対して、多数意見を基礎づける可罰的違法性論は、「違法性といえはすべてこれを一律平等に考え、その間に存する質量の差異を度外視する見解を戒め<sup>10)</sup>」、そうすることによって、刑罰権の濫用を阻止せんとするものなのである。

以上、本稿における問題と直接に関係する部分についてはあるが、兩期的な意味を有する判決の概観を試みたわけである。

さて、このように最高裁が公共企業体職員の禁止違反の争議行為と刑事免責の問題についても可罰的違法性の法理を明確に取り入れるに至ったのは、やはり、右の法理が「一厘事件」判決以来わが刑事司法において自ずから形成され展開されてきた問題意識ないし思想を背景とするものであるからであろう<sup>11)</sup>。たしかにそうであるが、それと共にその間に、先に検討したように佐伯博士によってそのような問題意識ないし思想が理論化され、体系化されて、一つの理論として確立されるまでに至っていたということが、そのために与って力が有ったということも今更指摘するまでもないことである。

第一に、佐伯博士が、「禁止規定違反の争議行為と刑事免責」の問題を適確に可罰的違法性の質の問題として捉えられ、刑事免責を主張されたことは前述したとおりである。

第二に、博士は、「公共企業体職員等の争議行為に関する最高裁判決について一三・一五判決批判<sup>12)</sup>」において、前記3・15判決を強力に批判されていたのであるが、本件(中郵事件)の上告審にはみずから弁護人として参加され、「違法の相対性<sup>13)</sup>」と題して可罰的違法性の不存在を理由とする無罪論を展開されているのである<sup>14)</sup>。すなわち、博士は、右の弁論要旨において、まず「控訴判決の論理は、犯罪の違法性と構成要件とをバラバラに切り離し、一方に何らかの意味における違法があり、他方に何らかの構成要件該当性があれば、それだけですぐに犯罪が成立するかのように考える誤った論理に立つものである<sup>15)</sup>」と、控訴判決を批判され、つづいて「だが、ある犯罪を成立させるためには、違法性は正しくその犯罪において予想されるところの質と量を備えた違法でなければならず、構成要件と違法との結びつきは、けっしてかく疎速で遇然的なものではないのである。仮りに違法性があり、構成要件該当性があっても、それらがこのように相即し相応する関係になれば、犯罪の成立はあり得ないのである<sup>16)</sup>」というように、「違法性の相対性」の問題を可罰的違法性の法理の見地から述べられている。そして、本件行為は仮りにそれが郵便法第79条の構成要件に形式上該当し、かつ公労法第17条で禁止された違法行為であっても、可罰的違法性を具備するものではないということを、現在の法秩序の全体的関連、敗戦後のこの問題に関する立法の沿革、および最高裁判所の判例を検討することを通じて、強力に主張されているわけである<sup>17)</sup>。このような弁論が、本件判決に非常に大きな影響を与えることになったことは改めて指摘するまでもないであろう。

この画期的な大法院判決がその後の判例の動向に指針を与えることとなり<sup>18)</sup>、労働事件および公安事件の分野で可罰的違法性論を採用する判例が枚挙にいとまがないほど続出するに至るわけである<sup>19)</sup>。この判決を契機として、可罰的違法性論が判例においてより一層確実な地歩を獲得したと云ってよいであろう。

## 註

- 1) 井戸田侃「全通東京中郵事件」続刑法判例百選（昭和46年）24頁参照。
- 2) 吉川「公労法17条違反の争議行為と刑事免責」刑事訴訟法判例百選付特別刑法（昭和40年）190頁参照。
- 3) 最判昭和38年3月15日刑集17巻2号23頁（楡山丸事件）。
- 4) この間のことにつき、吉川・前掲「公労法17条違反の争議行為と刑事免責」190-191頁参照。
- 5) 井戸田・前掲「全通東京中郵事件」25頁参照。
- 6) 中山和久「全通中郵判決の法理と意義」法学セミナー130号（昭和42年）41頁参照。
- 7) 中山研一「公務員の争議行為と刑事罰」判例タイムズ234号（昭和44年）14頁参照。
- 8) 植松正「違法で正当な争議行為」時の法令588号（昭和41年）18頁参照。
- 9) 中山・前掲「公務員の争議行為と刑事罰」14頁参照。
- 10) 中「可罰的違法性——全通東京中郵事件——」刑法判例百選（新版）（昭和45年）29頁。
- 11) 佐伯・前掲「可罰的違法性の理論と実例」251頁参照。
- 12) 『法曹と人権感覚』206頁以下（なお、この論文は、始め労働法律旬報（昭和38年4月）に発表されたものである）。
- 13) これは、東京中郵事件上告審弁論（昭和40年4月7日）の要旨であって、『法曹と人権感覚』213頁以下に収録されている。
- 14) 吉川・前掲「刑事法学の動き」124頁参照。
- 15)-16) 佐伯「違法の相対性」『法曹と人権感覚』214頁参照。
- 17) 佐伯・前掲「違法の相対性」215頁以下参照。
- 18) 中「公安条例違反事件に対する可罰的違法性の理論の適用」昭和46年度重要判例解説（昭和47年）121頁参照。
- 19) 可罰的違法性論を採用した多数の判例の中で、労働刑事事件の分野では、都教組動評反対闘争事件に関する最高裁判決（最判（大法廷）昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁）が、中郵判決について重要なものである。しかし本稿では、リーディングケースとしての性格をもつ中郵判決のみを重点的に取り上げ、右の都教組判決その他はとくにこれを取り上げることとはしなかった。

## (4) 木村亀二博士の批判と佐伯千似博士の反批判

「一厘事件」判決そのものに対して当時強力な批判が展開されたことは

前述のとおりである。ところが、それを一般化・理論化された宮本博士の萌芽的形態における可罰的違法性論ならびに宮本博士の理論を承継されてすでに戦前より主張されていた佐伯博士の可罰的違法性論に対しては、根本的な批判が展開されることはなかった。根本的な批判がなかったというよりも、むしろそのような批判がなされるほどに注目をあびなかったという方が正確かもしれない。

ところが、先に述べたように、主に佐伯博士の努力により伝統的な可罰的違法性論が集大成され、そしてまた、この可罰的違法性論が戦後の時代思潮に適応する一面を備えていたこともあって、この理論が判例・学説の場でようやく日の目をみだすようになるに至って、この理論に対する原則的な批判が登場することとなった<sup>1)</sup>。それは木村亀二博士によるものであり、木村博士の批判は、佐伯博士によって集大成された伝統的な可罰的違法性論はもとより、その後独自の立場よりこの理論の新展開を試みられた藤木教授の理論にも及ぶものである。このように木村博士が包括的に可罰的違法性論に批判を展開されていることからすると、その順序として、藤木教授の理論を検討した後に、この批判を取り上げる方がより望ましいことかもしれない。しかし、佐伯博士が木村博士の批判をうけて、その反批判を試みられ、木村・佐伯論争が展開されることとなったこともあるので、本稿ではここで木村博士の批判を取り上げることとする。

したがって、以下において、木村博士による伝統的な可罰的違法性論の批判と佐伯博士によるその反批判を検討して行くことにしたい。木村博士の批判は、可罰的違法性論の学説史的意義を考えるとドイツ刑法学ではこの可罰的違法性論というような観念はすでに半世紀余以前に批判克服されたものであり、今日その意義を喪失している<sup>2)</sup>、ということからはじまり、種々の点に及ぶものであるが、その中で可罰的違法性論の展開過程という観点からみて重要なものは、次の二点であろう。

第一に、木村博士は、違法性をもって法秩序全体に共通で統一的なもの



とする「違法性の統一性の理論」と可罰的違法性論とは絶対に相容れないものであり、いわば二律背反の関係にあるものと考えられ、違法性の統一性を承認するかぎり、絶対に可罰的違法性ということは否定されざるを得ないと主張されている<sup>3)</sup>。木村博士によれば、違法性の統一性の理論は可罰的違法性論の批判・克服の結論として展開せられているということになる<sup>4)</sup>。そして、木村博士は、わが刑法学において牧野、小野、滝川博士が違法性の統一性に論及されていることから、右の三博士が可罰的違法性を否定されたものと述べられている<sup>5)</sup>。

しかしながら、木村博士による可罰的違法性の観念のこのような理解の仕方は、全く博士の根本的な誤解にもとづくものである。われわれは、ここで伝統的に理解されてきた可罰的違法性の観念は決して違法性の統一性を否定するものでないことを再認識しなければならないであろう。可罰的違法性の観念は、あくまでも違法性の統一性の理論の上に立脚し、その上で違法性は程度を付し得る観念であることを認め、かつまた違法性の概念の相対性を承認するものなのである。この点は、前述のように佐伯博士が繰り返し強調されてきたところである。伝統的な可罰的違法性論を説く者はすべて違法性の統一性ということを極めて重要視しているのである。可罰的違法性論が違法性の統一性を否定するとの誤解は完全に払拭されねばならない<sup>6)</sup>。したがって、牧野、小野、滝川博士が、違法性の統一性を説かれたからといって、可罰的違法性を否定されたものと断定することはできない<sup>7)</sup>。

第二に、木村博士は、「可罰的違法性論の根本的な誤謬は、それが、犯罪に対する法的効果たる法律上規定せられた刑罰を科しうることに、すなわち、可罰性をもって、その可罰性の前提条件たる犯罪そのものの成立要件の一たる違法性を制限しようとすることによって、法的条件とその効果との論理関係を逆転・混同する点にある<sup>8)</sup>」という批判を提出されている。これは、たしかに可罰的違法性論に対する真正面からの批判のようにもみ

え、木村博士自身によっても、この批判が最も有力な攻撃と考えられているようであって<sup>9)</sup>、宮本、佐伯両博士、さらに藤木教授というように、可罰的違法性論の主たる提唱者の見解のすべてについて右の批判が向けられている<sup>10)</sup>。したがって、これを木村博士による「可罰的違法性論」批判の中心点として捉えることができよう。それは、可罰的違法性論が前提とする思考方式に向けられたものであって、この理論が展開され続けるためには必ず克服されねばならない批判という性格をもつものである。

さて、右の批判に対して強力な反批判を展開されて、可罰的違法性論を擁護されたのも佐伯博士である。博士は次のように述べられている。すなわち、「存在の世界を把える原因・結果の範疇と、価値的で目的論的な構造をもつ法規範の世界に属する法律要件……と法律効果……のそれとは、問題は質的に異なることが注意されねばならない。後者にあるは、いわゆる目的論的概念構成が支配し、法律要件はそのそもそもの成立からして法律効果(目的)に向けられ、それを志向するものとして構成されているのである。刑罰という法律効果を伴う法律要件である犯罪の場合も同様で、それは違法で有責な無数の非行のなかから、立法者にとって刑罰に値すると考えられたもののみが選び出され類型化されたもの—可罰類型・犯罪類型あるいは構成要件—である。可罰的違法性の理論は、この実定法上の所与である可罰類型、すなわち法がそれに該当する行為をなした者には刑罰を科すると定めている違法行為の類型について、それが予想している違法性の実質、内容はどのようなものであるか、特にそれと他の不可罰的な違法行為との間にはどのような異同があるかを確かめようとしているのである。法が現に刑を科し罰すべきものとしている違法だから、可罰的違法性というのであって、それはすでに実定法として与えられているものの理解と明確化への努力である<sup>11)</sup>」と。

この佐伯博士の反批判を妥当としなければならないであろう。木村博士の批判は、佐伯博士が指摘されているように、法規範の世界では、そこに

属する法律要件と法律効果という範疇について、目的論的構成が支配する、という法律学の共有財産となっている思考法までを否定するかの如く思われるものであって、とうてい与することのできないものである。また、木村博士はあまりにも形式主義に墮した分類的な思考法を前提とされているように思われる。ここにおいて、われわれは目的論的な思考法を再認識することの重要性を感じざるをえない。犯罪の成立要件としての一般的メルクマールは、やはり、刑罰という法律効果を目ざして確定されなければならないのであり、この点において目的論的であって、またそのためには、刑罰という法律効果が犯罪の成立要件の場においても機能上重要な働きをするのである。刑罰を加えるに適し、かつ刑罰を加えるに足りる程度の違法性という考え方は、何ら論理的に矛盾するものではない。

以上の二点が木村博士の批判の中で重要なものであるが、木村博士はそれ以外にも様々な観点から批判をなされ、そしてそれらに対しても佐伯博士が逐一詳細な反批判を展開されている。

それでは、この木村博士の批判と佐伯博士の反批判とが、可罰的違法性論の展開過程においてどのような意味をもつのであろうか。この木村・佐伯論争を、戦後日本の刑法学論争としては、もっとも本格的なものと評価する論者もあり<sup>13)</sup>、たしかに可罰的違法性論という問題の性格上、そのような本格的論争となる可能性はあったであろう。しかしながら、純粹に理論的な面からみると、木村博士の批判が形式的、概念的なものにとどまったために、佐伯博士の反批判も比較的平板なものとなり、あらたな理論の展開はみられなかったといえる<sup>14)</sup>。しかし、たしかにそのように積極的な理論の新展開はみられなかったけれども、佐伯博士の反批判を通じて、従来の伝統的な可罰的違法性論がより一層明確なものとなったと考えることができよう。木村博士の批判が完全に克服されて、この理論の擁護という佐伯博士の目的は十分に達成されたのである。したがって、木村博士の主観的意図とは逆に、わが刑法学において可罰的違法性論はより安定した地歩

を獲得しうるようになったのである。このように消極的にはあるが、この論争は意義を有するといえる。また、この論争が可罰的違法性論という問題を学界においてクローズアップさせる役割を果たしたともいえる。木村・佐伯論争については、以上のように評価できるであろう。

## 註

- 1) もっとも、木村亀二博士は、後にみるように、法学セミナー誌上に、可罰的違法性論に対する原則的な批判を発表される以前より、可罰的違法性の観念に対する批判を述べられてきていた。すなわち「可罰性は刑法上の違法行為がさらに有責である場合に原則として科せられる刑法的に特殊な法的効果としての刑罰に関連するものであり、これに対して刑法上の違法行為はもちろん、その違法行為を違法行為たらしめる違法性は可罰性の前提条件に関するものであって、可罰性を制約するものではあれ、可罰性によって制約されるものではない。従って、可罰的違法と可罰的違法性ということは概念的混同であって妥当ではない」と。木村亀二『刑法総論』（昭和34年）237頁。なお、同『犯罪論の新構造（上）』（昭和41年）222頁参照。右の批判を更に発展せしめられた木村博士の批判とそれに対する佐伯博士の反批判は、後に本文で取り上げることにする。なお、佐伯・前掲『刑法講義（総論）』176頁参照。
- 2) 木村・前掲「可罰的違法性論の学説史的意義」42頁以下、とくに45頁、同・前掲「わが刑法における可罰的違法性論」法学セミナー144号53頁参照。
- 3) 木村・前掲「可罰的違法性論の学説史的意義」42頁以下、同・前掲「わが刑法における可罰的違法性論」法学セミナー144号53頁以下、同「違法性の統一性の理論」法学セミナー156号（昭和44年）48頁以下参照。
- 4) 木村・前掲「違法性の統一性の理論」48頁参照。
- 5) 木村・前掲「わが刑法における可罰的違法性論」法学セミナー143号53頁参照。  
さらに、木村博士は、団藤博士と大塚教授が違法性の統一性に論及されつつも可罰的違法性の観念を承認されることに対しても、その意味が明確でないとは非難されている（木村・前掲「わが刑法における可罰的違法性論」56-57頁）。しかし、後に本文で述べるように、右の非難もまた、木村博士の可罰的違法性の観念に対する根本的な誤解にもとづくものである。
- 6) 中教授の「可罰的違法性論とは、違法性を法秩序全体に通じる統一的なものとみることには反対するものではないが……、違法性といえずすべてこれを一律平等に考え、その間に存する質量の差異を度外視する見解を戒めようとするものであって、とくに刑罰法規の予定する違法性はまさしくそれが罰す

るに足るだけの——つまり可罰的な——違法性をもつてなければならぬということを主張しようとするものである」という見解は、この点を明確に指摘している。中・前掲「可罰的違法性——全通東京中郵事件——」29頁。

- 7) これらの三博士のうち、滝川博士が、明確に可罰的違法性論を展開されており、滝川博士の所説が伝統的な可罰的違法性論の原型であることは、前述のとおりである（第一章の3の一参照）。

つぎに、小野博士は、「構成要件に該当する行為があっても、その行為に違法性がないか又は行為者に道義的責任が認められないならば、これを処罰しない。但し、その違法性の阻却又は道義的責任の阻却は絶対的なものであることを必要としない。ただ構成要件において類型化された方向および程度において（相対的に）違法性又は道義的責任を阻却することで足りるのである」（小野『犯罪構成要件の理論』（昭和28年）30頁）と述べられているのであるから、むしろ違法性の概念の相対性を承認せられているといえるのではなかろうか（大野・前掲「再び可罰的違法性の理論について」（2）判例タイムズ235号30頁参照）。この点からしても、小野博士が可罰的違法性の概念を否定されたものと断定することは疑問である。さらに、小野博士は、「名誉に対する罪」日本刑法学会編『刑法演習〔各論〕』（昭和30年）76頁において、明確に「可罰的な違法性」という観念を採用されるに至っている。われわれはこの点にも注意を要するであろう。なお、佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」388頁註(1)参照。

最後に、牧野博士は、右の両博士ほどに明確には可罰的違法性の観念を採用されるにまでは至っていないが、後に述べるように、「不作為犯と違法性の段階」という問題を通じて、可罰的違法性の考え方の前提をなす「違法性の段階」について理解を示されていたといえるのである。第二章2の(5)の一参照。なお、1の三参照。

- 8) 木村・前掲「違法性の統一性の理論」48頁。  
 9) 佐伯・前掲・「可罰的違法性の理論の擁護」386頁参照。  
 10) 木村・前掲「わが刑法における可罰的違法性論」法学セミナー144号56頁、145号74頁、146号33頁参照。  
 11) 佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」386-387頁。  
 12) 木村・前掲「可罰的違法性論の学説史的意義」、同・前掲「わが刑法における可罰的違法性論」、同・前掲「可罰的違法性論と判例」、佐伯・前掲「可罰的違法性の理論の擁護」369-414頁参照。  
 13) 木田純一『戦後日本の刑法学』（昭和47年）183頁参照。  
 14) 吉川・前掲「刑事法学の動き」125-126頁参照。

- (5) 江家義男博士の不作為犯論ならびに宮内裕博士の労働刑法理論と可罰的違法性論

前述のように、伝統的な可罰的違法性論は、宮本博士の理論を承継された佐伯博士によって集大成されるに至ったのである。しかし、それ以前にも若干の学者によって、この理論を個別分野へ応用するという試みが為されていた。われわれは可罰的違法性論の展開過程を考察するにあたって、この点もまた看過してはならないであろう。そこでつぎに、江家義男博士によるこの理論の不作為犯論への応用と、宮内裕博士による労働刑法の分野でのこの理論の展開という問題を取り上げることにした。

一 江家博士は、まず『刑法講義総則篇』（昭和24年）において、構成要件該当性と違法性との関係につき、「刑法各本条に規定せらるる行為は、社会生活の一般的事情の下に於て、既に違法なる各種の行為を、法律が抽象し定型化したものである。従て構成要件は『違法類型』（Unrechtstyp）に外ならない。然しそれは、違法行為の総てを包含するものではなくして、違法行為のうち、刑罰を以て禁止するに足るべき違法性、即ち可罰的違法性を有するもののみを包含する。従て構成要件は『可罰的違法類型』であると謂ひ得るのである<sup>1)</sup>」と述べられて、明確に可罰的違法性の観念を採用されている。

右の点も重要であるが、われわれにとってより重要なのは、博士が構成要件該当性と違法性との関係について右のように理解された上で、不真正不作為犯との関係において可罰的違法性論の意義を指摘された<sup>2)</sup>ことである。すなわち、博士は、「不作為犯」（刑事法講座第1巻（昭和27年））において、「不真正不作為犯は、法律が作為による成立を標準にして刑罰を定めている犯罪が不作為によって成立するのであるから、不真正不作為犯を成立せしめ得る不作為は、作為と同程度の可罰的違法性（反社会性）を有しなければならない。いいかえれば、不真正不作為犯の成立は、不作為の因果関係と違法性だけでは決定され得ないのであって、さらに、違法性の強度性

(違法性の段階)が考察されなければならないのである。この意味において、不純正不作為犯の問題は、究極的には構成要件該当性の問題であり、構成要件の解釈問題であるが、その構成要件該当性を決定するについては、違法性の段階を考察せねばならない点において、違法性の問題であるといえるのである<sup>3)</sup>と説かれて、違法不作為の構成要件該当性を判断するにあたっては、可罰的違法性論が応用されるべきことを指摘されたのである<sup>4)</sup>。

さて、不作為犯の可罰的違法性については、すでに戦前に宮本博士が警察犯との関連において、その問題の所在を示され<sup>5)</sup>、また佐伯博士は、先の「刑法犯と警察犯」において、「警察犯と刑法犯との類型的関連の分析から得たところの違法性に軽重大小の段階があるという認識は、この不作為の実行行為性の問題において最も明らかに現われているということができる<sup>6)</sup>」と述べられていた。さらに、牧野博士は、この「不作為犯と違法性の段階<sup>7)</sup>」という問題を通じて、可罰的違法性論の前提をなす「違法性の段階」という考え方について理解を示されていたといえる<sup>8)</sup>。

右の江家博士の見解は、これらの問題意識を受け継ぐものであり、そしてまた、それが、われわれが先に検討してきた伝統的な可罰的違法性論の延長線上にあるものであることはいうまでもないが、不作為犯の領域においてもこの理論が重要な役割を演じることを明確にした点において注目し得るものである。したがって、それは不真正不作為犯を問題とする場合に重要な見解の一つといえよう。不真正不作為犯の領域においては、違法な不作為が、ある犯罪の予想する可罰的違法行為(実行行為)といえるかどうかということが極めて大切な問題なのである<sup>9)</sup>。

二 つぎに、宮内博士は、「争議権と刑罰権の若干の問題<sup>10)</sup>」(昭和30年)において、「不当な争議行為が可罰的であるか否か」という問題につき、「それは必ずしも可罰的とならざるは限らない」ということを指摘され<sup>11)</sup>、その理由として次のように述べられている。すなわち「それは一般論とし

ては、刑罰的=可罰的違法と非刑罰法規的違法は質が異なり、同時に前者は類型的違法であって、非刑罰法規的違法と可罰的違法とは必然的な関係がないことからして明らかなことである<sup>12)</sup>」と。このように宮内博士は、一般論として、可罰的違法性の「質」の問題が存在することを指摘され、その問題が労働刑法の分野では、つまり「不当な争議行為が可罰的であるか否か」ということを考えるにあたっては、極めて重要であるということに言及されていたわけである。

右の論文では、それ以上の説明はないが、宮内博士は、つぎの「労働争議と刑事責任<sup>13)</sup>」(昭和32年)において、より詳細にその論理を展開されている。博士は、ここでも、まず一般論として、「刑罰法規は、非刑罰法規に対する第二次的規範であり、あるいは補充的機能をいとなむ」ということ、すなわち「第一次規範である非刑罰法規の法益を、第二次的・補充的に保障する機能を、刑罰法規はいとなむ」ということを指摘され<sup>14)</sup>、「したがって、第一次規範において不法であり、法益を侵害する行為についてのみ、刑罰法規はこれを違法とし、可罰的とするのであるが(法秩序の統一性)、反面第一次規範において不法であるからといって、そのすべてが刑法で可罰的とされるのではない。刑法は、当罰的であり可罰的である行為のみを処罰するのである。刑法における不法性は、一般規範における不法性と異なる可罰的違法性であり、また構成要件的に類型化された違法性である<sup>15)</sup>」と説かれている。つづいて博士は、右の一般論としての可罰的違法性の法理が労働刑法の分野に適用される場合について、「労働法に対しても、刑罰法規は第二次的規範の位置にあることはいうまでもない。したがって、法秩序の統一性の要請は、可罰的違法性を考える前提として、第一次的違法性を確定することを要求する。第一次規範的違法性は、刑罰法規にとって先決問題であり、いわば可罰的違法性は第一次的違法性に依存し、これにより修正せられるのである<sup>16)</sup>」とされ、労働争議と刑事責任を考える場合には、「まず労働法上の合法性(正当性)が問題となり、労働法上違

法となった場合、そこで刑事責任の存否が出発するのである。刑罰法規から労働争議の正当性を求めるのではなく、労働法から正当性を求めねばならぬことというまでもない。裁判の現実でも、労働刑事事件において常に争議行為の正当性が争われているのは、このような論理を反映してのことである<sup>17)</sup>と述べられている。

このように、宮内博士は、まず一般論として、刑法の第二次性または補充性<sup>18)</sup>ということから出発されて、非刑罰法規と刑罰法規との関係を「第一次規範=第二次規範」として捉えられ、そこから可罰的違法性の法理に、とくに第一次規範における不法性と可罰的違法性との質的相違ということに論及されていたのであり、そして右の法理が労働争議と刑事責任という問題の領域においても重要な役割を演じることを指摘されていたわけである<sup>19)</sup>。この労働刑事事件と可罰的違法性の「質」という問題は、一前述のように一その後佐伯博士によって可罰的違法性論における最重要課題の一つとして取り上げられ、現在、この理論の中心問題として論議されているところである。宮内博士は、このような問題を考えるにあたっての基礎理論をすでに論じられていたのである。このような意味において、宮内博士の見解は、可罰的違法性論の展開過程を検討する上で看過しえない重要なものであるといえる<sup>20)</sup>。

以上のように、江家、宮内両博士は、それぞれ不真正不作為犯あるいは労働刑法の分野で、まことに注目に値する見解を表明されていたのであるが、その他にも、植田重正<sup>21)</sup>、井上正治<sup>22)</sup>、冨藤重光<sup>23)</sup>博士、平場安治<sup>24)</sup>、大塚仁<sup>25)</sup>教授等が従来より可罰的違法性の観念を認めるということを表明されてきている。このように、可罰的違法性の観念は決して一学派に特有なものであるのではないが、右の諸論者の見解もまた、すべて「一厘事件」判決以来の伝統的な可罰的違法性論の延長線上にあり、佐伯博士がこの理論を集大成される過程において、少なからぬ影響を与えつつ、その中に取り入れられていったものとみることができるであろう。

## 註

- 1) 江家義男『刑法講義総則篇』(昭和24年〔初版昭和15年〕)196-197頁。同「不作為犯」刑事法講座第1巻(昭和27年)171頁参照。
- 2) 藤木・前掲『刑法』61頁参照。
- 3) 江家・前掲「不作為犯」171-172頁。
- 4) 江家博士には、不作為犯に関する戦前の論文として「不純正不作為犯の理論構成」があるが、ここでは、可罰的違法性の法理の展開はみられない。その後、博士は註(1)にあげた論文において、可罰的違法性論を導入されることにより、博士の不作為犯論を理論的により一層発展せしめられるに至ったわけである。江家「不純正不作為犯の理論構成」早稲田法学19巻(昭和15年)1頁以下、とくに44頁以下参照。
- 5) 宮本・前掲『刑法学粹』711頁参照。
- 6) 佐伯・前掲「刑法犯と警察犯」307頁。
- 7) 牧野・前掲「不作為犯と違法性の段階」63頁以下参照。
- 8) 大野・前掲「可罰的違法性の理論について」(11)42頁参照。
- 9) 佐伯・前掲『刑法講義(総論)』193頁参照。
- 10) 宮内裕「争議権と刑罰権の若干の問題」季刊労働法15号(昭和30年)1頁以下。
- 11) 宮内・前掲「争議権と刑罰権の若干の問題」11頁。
- 12) 宮内・前掲「争議権と刑罰権の若干の問題」12頁。
- 13) 宮内「労働争議と刑事責任」労働法講座第3巻(昭和32年)551頁以下。
- 14) 宮内・前掲「労働争議と刑事責任」571頁。
- 15) 宮内・前掲「労働争議と刑事責任」571-572頁。
- 16) 宮内・前掲「労働争議と刑事責任」572頁。
- 17) 宮内・前掲「労働争議と刑事責任」573頁。
- 18) この刑法の第二次性・補充性に関しては、第一章2の二本文および註(44)参照。
- 19) 拙稿「労働争議行為の刑罰的意義——その序論的一考察(2)・完」阪南論集10巻1号(昭和49年)18頁以下参照。
- 20) 宮内博士には残念ながら体系書がない。しかし、滝川春雄・宮内裕・平場安治共著『刑法理論学総論』(昭和25年)101頁以下によって、博士の犯罪論体系の一部を知ることができる(本書では分担部分が明記されていて、宮内博士は、犯罪論のうち犯罪概念から責任論までを分担されている)。宮内博士は本書において、構成要件を、佐伯博士に従って、「可罰的違法類型」として捉えられ(同書131頁、143頁)、また違法論において可罰的違法性の観念を採用

されている（同書124頁以下，とくに139頁以下）。しかしながら，右書はあくまでも共著であるということもあるので，本稿では註で取り上げるとどめる。なお，木田・前掲『戦後日本の刑法学』296頁以下，とくに302頁参照。

- 21) 植田博士は「犯罪は違法たることを要件とするが，しかし一切の違法行為が凡て犯罪とされるわけではない。例へば単純な金銭債務不履行の如き，或は各種の過失行為や予備行為の如きは，原則として違法行為であるが犯罪ではない。犯罪とせられるのは，この違法行為の中で，国家が特に刑罰という制裁方法を以て対抗すべきものとする特定の違法行為に限られるのである。この意味に於て，この種の特定の違法行為は，これをその他の諸々の違法行為に対して，可罰的違法行為（或は可罰的違法類型若くは略して可罰類型）と呼ぶことが出来る」とされて，「可罰的違法行為」の観念を提唱せられてきている。植田『刑法要説総論』（昭和24年）93頁。なお，同『刑法要説総論（全訂版）』（昭和39年）59頁，72頁以下参照。
- 22) 井上正治博士は「行為の違法性は単に規範的にみて違法というだけでなく，可罰的な意味で違法と認められなくてはならぬ。即ち行為が可罰的違法類型たる構成要件に該当して，はじめてその行為の可罰的違法性が一応肯定されることとなる。かように，構成要件とは，行為の可罰的違法性を規制すべき『違法類型』である」とされて，江家博士の場合と同様に行為の可罰的違法性を構成要件該当性との関連で論じられている。さらに博士は「一切の違法なる行為が犯罪となるのではない。法秩序の立場からする無価値判断は，更に可罰的評価に立脚して，処罰に値する程度にまで高められなくてはならない。可罰的な意味で違法なる行為のみが犯罪である。これに対し，法秩序の立場から，可罰的評価をはなれて純粹に規範的に考察したる違法判断は，行為を犯罪たらしめない。即ち，犯罪は違法行為であるというときには，それは，可罰的に違法なる行為を意味する」と述べられている。井上正治『刑法学（総則）』（昭和26年）34頁，60頁。
- 23) 団藤博士は「たとえば委託関係が不法であるため民法第708条により委託者が返還請求権を有しないようなばあいには，受託者がその物を領得したときは，横領罪を構成するであろうか」という問題を提出されて，「このばあいは，おそらく横領罪の構成要件該当性そのものを欠くものと考えられるが，少くとも可罰的違法性を欠くものというべきであろう」とされている。さらに博士は「違法性は法秩序の全体を基礎として考えられなければならないが，しかも法域によって目的論的な相対性がみとめられる。不法行為法と刑法とは目的を異にし，ちがう原理に支配される。たとえば刑法のみとめる緊急避難と民法のみとめる緊急避難（民720条）とは範囲が異り，刑法で緊急避難として

- 犯罪の成立が否定されるばあいにも民法上は不法行為の責任を免かれないことがあるのである」とされて，違法性の相対性について言及されている。団藤『刑法綱要総論』（昭和32年）136頁註(2)。
- 24) 平場教授は「ある行為が違法であるというだけでは未だ犯罪としては充分ではない。それが刑法所定の何れかの犯罪類型に該当するとき始めて処罰されるものになる。故に刑法上違法とは可罰的違法をいうと解しなければならない。可罰的に違法な行為は罪刑法定主義の要請上類型化されている」と述べられている。さらに教授は，「人の行為がその進む方向において社会を益するよりは害すると考えられるばあいそれを違法行為と呼ぶ。その際行為をば行為者と相手方との一個の関係と考えてはならない。それは多くは，多角的な複雑な関係を構成している。従って一個の関係だけを切り離して考えたばあいには適法であっても他との関係を総合的に判断すればそれを違法だといえることがあるのである」とされて，違法性の相対性について言及されている。平場『刑法総論講義』（昭和27年）63頁，59-60頁。
- 25) 先の註(23)の団藤博士の可罰的違法性の観念はそれほど明確であるとはいえないが，団藤博士の見解を，継承・発展せしめられたといわれる大塚教授は，可罰的違法性の観念を明瞭に展開されている。すなわち，「刑法において，構成要件に該当する行為が違法性を具備し，または，それを阻却するというばあいの違法性は，具体的に処罰に値する（strafbar）違法性であり，また，刑法上考慮されるべき違法性の程度は，処罰に値する違法性の程度に関するものであって，全法秩序の観点から違法性のみとめられるものの中，量的に一定の程度以上の重さを有し，かつ，質的に刑罰的制裁を適當とするものだけがとりあげられているのである。」「したがって，刑法上違法性をみとめられる行為は，民法その他の分野においても違法であるが，逆に，民法その他の分野において違法とされる行為が，刑法においても，当然に違法性をみとめられるとはかぎらないのである。この意味における刑法上の違法性を，可罰的違法性と称することができよう」と。大塚・前掲『刑法概説（総論）』225頁。

### むすびにかえて

ここで，以上に述べてきた可罰的違法性論の展開過程を一応まとめておくことにしたい。可罰的違法性論の展開過程となると，当然のこととして，その後の藤木教授によるこの理論の新展開はもとより，最近の動向もまた，

これを含めしめるべきであるから、ここでの「まとめ」は、このような展開過程の全体からみてあくまでも中間的な総括という性格をもつものである。

すでにローマ法にもあらわれていた <Minima non curat praetor> の思想、宮本博士等のいわれる「刑法の謙抑主義」、さらに「刑法の第二次性または補充性」、このような刑法の解釈における基本原則を導きの星として、わが刑事司法実務と刑法学界は伝統的な可罰的違法性の理論を育ててきたといえる。先に検討してきたように、この理論の出発点は、大審院の「一厘事件」判決であり、それを宮本博士が一般化・理論化されたのであって、佐伯博士もすでに戦前よりこれを継承されていた。戦後になって、最高裁判所が三友炭鉱事件に関する判決等でこの理論を採用し、佐伯博士が戦前よりの理論的發展、および刑事司法実務の動向を踏まえて、この法理を一つの理論として確立されたわけである。そして、「一厘事件」判決以降の刑事司法実務における伝統と佐伯博士による理論化の完成が、あの全通東京中郵事件に関する最高裁の画期的な判決を生み出したといえよう。このように、可罰的違法性論の展開過程においては、実務と学界との見事な協同作業が認められるのであって、共謀共同正犯の理論とはまさしく対照的である。

本稿において考察の重点をおいた可罰的違法性の法理の理論化・体系化の過程に関しては、宮本博士の理論から佐伯博士の理論への発展がその本流をなすものであることは改めて指摘するまでもない。しかしその間にあって、滝川、江家、宮内博士等の諸見解もまた右の本流へと注ぎ込むに至ったのであって、そういう経過をも経て、その流れは一つの大河となりえたということも忘れてはならない。そして、この佐伯博士によって集大成された伝統的な可罰的違法性論については、それはまさしく近代刑法学の嫡出子としての性格を持つものであるといえることができよう。なぜなら、この理論は、人権保障の見地から、「違法概念の形式化による刑罰権濫用

阻止」というすぐれて実践的な役割を担うのであり、一方、国家の刑罰権の不当な拡大を抑止して国民の基本的な人権を保障することこそ近代刑法学の目ざすところであるからである。したがって、この可罰的違法性の理論を育ててきたという点に限って言えば、わが刑事司法実務も、刑法学界も極めて健全な歩みを続けてきたといえよう。

さて、このように伝統的な可罰的違法性論は、それに相応しい伝統を有しながらも、決して学説史という博物館に眠っているわけではなく、本稿の冒頭において述べたように、本当に生きて動き、実務に積極的に働きかけることができるだけの潑刺とした若さを備えているのである。したがって、理論的にも、佐伯博士によって集大成された後に、今度は藤木教授によって独自の展開が試みられ、またその後、幾多の論者が、この理論に関して注目に値する見解を表明している。本稿においてその検討をなしえなかった藤木教授の理論以降現在に至るこの理論の展開過程については、次の機会にこれを取り上げたいと思っている。

——完——