

刑法における解釈の意義について：  
逆行的・遡及的解釈と順行的・追求的解釈

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-07-07 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 足立, 昌勝 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.14945/00008958">https://doi.org/10.14945/00008958</a>

刑法における解釈の意義について

— 逆行的・遡及的解釈と順行的・追求的解釈 —

足立昌勝

- 一 はじめに
- 二 刑法解釈は誰のために行われているのか
- 三 刑法解釈における二つの方向性
- 四 刑法解釈の具体的検討
- 五 むすび

一 はじめに

一 法律は、言葉で書かれ、文章化されている。言葉や文章が一義的であれば、解釈の必要性は生じないが、言葉は、多義的であり、その意味を明らかにしなければならず、また、文章となれば、その文意を明らかにしなければならない。

刑法における解釈の意義について — 逆行的・遡及的解釈と順行的・追求的解釈 —

そこに、解釈の必要性が生じる。このことは、誰しも異論のないところである。しかし、その解釈は、それを行う主体により、さまざまに異なっている。学者の間でも解釈は異なるし、また、裁判官、検察官及び弁護人との間においても、その解釈は異なっている。

従来、解釈は、裁判の中で行われ、判決の正当化に奉仕するものであることを前提として行われていた。訴追機関である検察官は、犯罪事実を立証し、被告人の有罪を得るために法解釈を行い、被告人及び弁護人は、被告人の無罪又は有利な側面を導き出すために法解釈を行う。これに反して、裁判官は、すべての証拠に基づいて犯罪事実を明らかにし、その犯罪事実<sup>1</sup>に法を当てはめ、有罪又は無罪の結論を導き出す。その際に、法のもつ意味内容を明らかにするが、それは、判決の正当化に奉仕するものである。

このような解釈は、犯罪事実に関する事情が、主観的側面や客観的側面を問わず、すべて明らかになった後で行われている。このような解釈方法は、「解釈学」といわれる理論としての解釈の中でも行われている。すなわち、理論としての解釈は、想定されるあらゆる事情に適合できるように、事後的な解釈を行っている。その意味において、それは、従来、裁判規範としての解釈であり、論者が意識すると否とにかかわらず、客観的には判決の正当化に奉仕している。

二 このように、事後的かつ総合的に行われるもののみが解釈であるということが当然の前提とされている背景には、刑法が裁判規範であるということに関連性があるように思われる。

刑法が裁判規範であるといわれる場合、「抽象的・仮言的に定められた刑法の法律要件を具体的に充足する事態が発生した場合には、裁判を介して、これに対応した刑罰が現実<sup>1</sup>に発動され、犯人を拘束すること」を意味しているといわれるが、果たして、刑法の中に規範を見いだす必要性は存在するのであろうか。

モンテスキューのように、裁判官が判決を言い渡す道具にすぎないと考えるならば、事実が刑法の規定に合致した場

合には、裁判官は、刑法が規定する刑罰を言い渡さなければならぬというゾレンとしての裁判規範が存在する。

しかし、現行刑法は、法定刑を広く認めたことにより、裁判官に大幅な裁量を認め、どのような刑罰を言い渡すべきかというゾレンの世界から程遠いものとなってしまっている。また、罪の事実を認定したとしても、執行猶予の判断を裁判官に与えることにより、ますます、規範性を薄めてしまっている。したがって、刑法を、ザインとゾレンとの関係において、裁判規範であると理解することは、もはや不可能である。

刑法は、現実的裁判に対して、犯罪構成要件と刑罰の枠を定めたものであり、その枠からはみ出すことはできないという裁判準則と理解すべきではないか。

このように考えてみると、刑法は、裁判規範であり、行為規範であるというよりも、裁判準則であり、行為準則であるといった方が、現実にはより適していると思われる。

ところで、刑法のもつ準則性は、裁判準則や行為準則につきるものではない。刑法は、「罪となるべき事実」を解明し、「被疑事実」を確定する捜査のための準則でもある。捜査は、刑法を離れては存在しないし、犯罪を捜査するのであるから、犯罪を定めている刑法は、捜査準則であるといえることができる。

三 刑法の解釈は、それを行う主体により異なるものであるが、それぞれの準則に即して行われるものである。

では、どのような方向性で解釈は行われるものであろうか。そこには、解釈を行う主体の意識が反映されている。

裁判の中で争われる具体的事案に関して、それを定める規定の解釈は、裁判官、検察官あるいは弁護人が行うが、それぞれの主体は、その立場を反映した解釈を行う。その際の基本的視点は、裁判官にあつては、観念的には、中立的立場であり、検察官においては訴追官の立場であり、弁護人においては被告人の立場である。解釈は、それぞれの立場において、いかに説得的になされるかが問われている。

しかし、それらの解釈に、絶対性は存在しない。裁判官が抽象的・観念的には中立的立場の代表であつたとしても、その裁判官の行う解釈が、例え終局判決であつたとしても、絶対的に正しい解釈であるとは言い得ない。その解釈が正しいものであり、当事者はそれに従わなければならないということは、法によって擬制されているにすぎない。

理論としての解釈も、主体の意識を反映したものであるが、「裁判規範こそが刑法である」という意識は、捨て去られなければならない。理論が、裁判官の立場という一方当事者に偏っていたならば、それは、普遍性をもたないものとなる。理論が普遍性をもつためには、すべての立場に共通する要素をもたなければならない。

では、理論は、どのようにして、すべての立場に共通する要素をもち得るようになるのであろうか。

## 二 刑法解釈は誰のために行われているのか

一 かつて、渡辺洋三教授は、法学を総括して、三つの観点からの分類を試みた。まず第一は、方法論的な区別であり、それによれば、法学は、概念法学と非概念法学とに分類することができる。また、第二に、法学の目的ないし機能から分類すると、権力行使者に対し、その抛るべき法的基準を提供することによって、権力行使を抑制し、コントロールすることを目的とするものと、権力行使者の行動や判断を追認し、法解釈を通じて、これを理由づけ、正当化することを目的とするものに分けることができる。第三に、社会的・政治的立場からの分類では、体制派法学<sup>(2)</sup>―官僚法学、反体制派法学―民主主義法学、中間派法学―市民法学に分けることができるという<sup>(3)</sup>。

そのうち、市民法学が「戦後法律学の主流」であり、<sup>(3)</sup>「市民の自由主義的・個人主義的生活利益を防衛するという観点から、そのかぎりでは官僚法学と対立し」、「裁判官とりわけ、良心的・中間的裁判官に大きな影響を与え、戦後の判例形

成に重要な役割を果たしてきた」と言われる<sup>(4)</sup>。

この市民法学とは異なり、民主主義法学は、「国民の民主的権利の擁護という立場を自覚的に打ち出している法学であり、したがって、今日、あらゆる領域で、あらゆる形態において噴出している国民の民主的権利を護る諸運動の側に立つことを明確に打ち出している法学<sup>(5)</sup>」であるといい、民主主義法学の立場からなされた理論活動は、運動との関連において、さまざまになされたが、既成のアカデミズム学界が関心をもつような問題提起は、かなり不十分であつたとし、「とくに法律学方法論（解釈方法論）について理論的な問題提起を深める必要がある<sup>(6)</sup>」と主張している。以上、解釈方法論のレベルですぐれた業績をあげる必要がある<sup>(6)</sup>と主張している。

このことを刑法の領域から考えてみた場合、刑法理論の中で、このような民主主義法学を実践的に主張する者は、あまり多くはない。これは、渡辺教授も指摘するように、刑法では古典的な人権論が特に問題となり、「法律の留保を伴わない、前国家的・絶対的な『人権』の主張、罪刑法定主義や近代法治主義の原理とそこから導き出される論理的限界をかたくなに守ることに、それなりの理由がある<sup>(7)</sup>」からである。その意味において、刑法の領域では、市民法学が民主主義法学かという、拠つて立つ立場からの分類ではなく、権力行使を抑制するか正当化するかという、法律学の機能からの分類の方が適しているように思われる。

ところで、国家刑罰権力から市民や人民の権利を守るためには、罪刑法定原則を立法、行政、司法という三権の集合体である国家に守らせることが大切であり、もし、それを怠るならば、国家刑罰権力の自己増殖は、拡大の道をひたすらに進むことは、歴史が証明している。また、市民のもつ社会的安全を求める欲求を理由とした法益保護の早期化の動きは、法律のみならず、条例の制定をも加速し、刑罰権力の肥大化に奉仕している。したがって、渡辺教授の見解を曲解した見方によつては、罪刑法定原則を主張する刑法研究者は、すべて、市民法学の立場に立つ者であるということが

可能となつてしまう。だが、これは、非常に一面的な見方であり、我々は、そのような見方にも対抗しなければならぬ。

ところで、前述した国家刑罰権力をめぐる、このような動きに対抗するためには、刑法理論の立場から、三権の現実と在り方について厳格に監視し、それらのあるべき姿を提示することが必要不可欠である。

まず、立法権に対しては、罪刑法定原則の立場から、立法作業を厳格にチェックし、法律あるいは条例制定の是非を国民の前に明らかにすることは、民主主義運動にとつて欠くことのできないものである。

また、法を運用する行政権、とりわけ警察機関に対しても、その適正な運用の是非をチェックし、その肥大化に対して監視の目を向けることが必要である。

さらに、司法権の動きにも注意する必要がある。それは、法をゆるやかに解釈し、法のもつ意味内容を越えた処罰を正当化する傾向にある。その場合、それに対抗するためには、市民法学を越えた民主主義法学の立場から実践的な法解釈を行うことが必要となる。従来、それは、法廷において弁護人の行う弁護活動の中で実践されてきた。研究者は、弁護人の行う弁護活動の中で、例えば、弁護団会議への参加を通じて、具体的かつ実践的な法解釈を提示し、そのことにより、司法権のチェックという要請に実践的に取り組んできたといえる。すなわち、研究者は、外部からの内在的批判を展開していたことになる。

ところで、研究者の果たすべき役割として、法のもつイデオロギー批判や外在的批判だけではなく、内在的批判が重要であるとの指摘が、しばしばなされてきた。しかし、ここで注意を要することは、そのような内在的批判の強調は、没主体的かつ無自覚的な解釈の重要性の認識とともに、法律に対するイデオロギー批判が消失し、解釈論での争いに従事してしまうことになり、第二の分類からすれば、権力行使の正当化に奉仕してしまう危険性がある。そこでは、論争

する双方の者が、ともに、解釈についての自覚をもたず、無自覚的な解釈論を展開しているが故に、その解釈が市民法学と結び付くことすらない。

二 このような問題意識を受け継ぎながら、本稿では、従来の刑法解釈論が果たした役割を総括し、権力行使を抑制する民主主義法学の立場から、どのような刑法解釈が可能となるのかを概観し、そのための礎を提供したいと思う。

従来、日本では、刑法「学」といえば、刑法解釈「学」であり、論理一貫した精緻な犯罪論体系の樹立こそが解釈であると理解されてきたきらいがある。そこには、極論した場合、刑法の解釈を行わない者は学者にあらずとの思想が、その根底にあるように思われてならない。

従来の刑法に関する教科書をみた場合、同一著者の筆にかかるものでありながら、総論の教科書と各論の教科書との間のギャップには、はなはだしいものがある。総論の中では、罪刑法定原則を肯定的に理解し、その原則に基づいて、犯罪論の体系化を試みている。しかし、各論の教科書になると、罪刑法定原則に基づく総論に依拠した思考は影を潜め、犯罪行為類型における言葉の解釈に終始し、自己の独自の見解を示すことなく、その際の最高の判断基準を判例に求められている。

本来、刑法総論は、各犯罪行為類型に共通する要素を体系的に説明するために存在するものであり、刑法各論のためにこそ存在している。したがって、総論での思考は、そのまま各論にこそ当てはめられなければならない。そこでは、総論での判断基準である罪刑法定原則から、各犯罪行為類型における言葉の解釈が展開されてしかるべきである。

ところで、刑法の解釈を問題とする場合、解釈者の主体性が特に問題となる。解釈者自らが、自己の立場を鮮明にしないで、解釈している場合においては、それらの者同士が論争した場合、価値相対性の下においては、一向にかみ合った議論とはならない。

先に述べたように、解釈者が拠つて立つ基盤には、幾つかのものが考えられる。しかし、それに限定される必要はない。論争者同士が同じ基盤に立たなければ、かみ合つた議論は存在しないし、議論の進化もあり得ないことになる。

ところで、裁判と同様な基盤に基づいて法の解釈を行う者は、判決の客観性という神話を信じているのではないか。判決は、すべての事情が明らかになつた後に行われるものであり、そこに、判決の客観性を主張する根拠が存在する。

しかし、判決は、裁判官の主観的判断に基づいて行われるものであつて、それは、客観性を有していない。もし、判決の客観性を認めるとするならば、それは、法による擬制にすぎない。

三　そこで、解釈は、誰のために存在するのであろうか、について考察してみよう。それは、究極的には、裁判の正当性をチェックするためにある。しかし、判決で得られた言葉の解釈は、その後の法運用を規定し、行為準則の側面においては、国民の行為の在り方を規制することになる。

判例で認められた言葉の解釈は、実務の中では判例法として定着し、その後における刑法の運用を規制することになる。また、それは、刑法における言葉を解釈したものであるから、行為準則の中に含まれ、行為準則としての機能をもつことになるであろう。しかし、判例は、法律とは異なり、公布されることはない。したがつて、行為者は、この判例の内容を知る由もない。行為者の行う言葉の解釈は、刑法に現れた言葉の解釈であり、刑法三八条三項から判断する限り、行為者が知ることを擬制されているのは法律に限られており、法律の枠に止まるものである。これに対して、判例による言葉の解釈は、当該事件に関するものであり、また、それは公的には国民には知らされていないので、行為者には認識不能なものであるといわざるを得ない。

このような判例に奉仕し、あるいは判例に依拠して行われる解釈が行為者の立場には立っていないことは、明白である。また、言葉の解釈が、単に、裁判の正当化のみに奉仕するものであるならば、それは、学説の裁判への追隨であり、

従属である。

もし、解釈がこのようなものであるならば、学者が解釈を行う必要性は、もはや存在しないといえる。極端な話として、この側面だけが強調されるならば、解釈は、裁判官、弁護士及び検察官にゆだねておけばよい。

そこでは、それらの者によつて、事案に即した実践的な法の解釈が行われ、有罪・無罪が争われる。そこには、それぞれの主体性が反映されている。理論としての解釈は、その普遍性を主張する限りにおいて、これらの主体性を満たすものとならなければならないはずである。

ところで、法律は、国民主権の下においては、国民のものであつて、裁判官のものではない。したがつて、解釈者が自己の主体性をこの国民主権に求めた場合には、国民の行為準則として役に立つものである必要がある。

### 三 刑法解釈における二つの方向性

一 解釈の在り方については、解釈を行う時点に関して、二通りのものが存在する。一つは、行為の流れにしたがつた解釈であり、他の一つは、すべての事実が明らかになつたときに、行為の流れに逆らつて行われる解釈である。ここでは、前者を順行的・追求的解釈と名付け、後者を逆行的・遡及的解釈と名付けることとする。

逆行的・遡及的解釈は、時系列に逆らつて、犯罪に関してすべてが明らかになつたときに、すべての事情、すなわち主観的事情及び客観的事情を考慮の対象として解釈するものであり、総合的解釈と呼び得るものである。一般的に解釈といわれているものはこれであり、裁判官の行う解釈や「解釈学」すなわち理論としての解釈といわれるものはこれである。

しかし、裁判官の行う解釈と理論としての解釈を同一のレベルで考えることはできない。何故ならば、裁判官の行う解釈は、事案を処理するためのものであり、事案との関連においてのみ行われるものであり、裁判の正当化のための解釈である。これに反して、理論としての解釈は、抽象的・観念的な法言語を、自らの体系の中で矛盾なく説明しようとするものであり、事案の処理とは無関係なものであるからである。

したがって、裁判官の行う解釈が逆行的・遡及的解釈であることは、当然のことであるが、理論としての解釈が逆行的・遡及的解釈であらねばならない必然性は、客観的にはどこにも存在しない。その必然性は、論者の主観すなわち思い込みの中のみ存在するだけである。

ところで、このような逆行的・遡及的解釈が有効な場合が存在する。いまだ実行行為が存在せず、予備のように、前段階の行為類型が何らの社会的害悪を惹起していない場合や、「原因において自由な行為」や「不真正不作為犯のように、実行行為は存在するが、それ以前の段階での行為者の主観が犯罪の成否に大きな影響を与える場合である。これらに共通して言えることは、前段階の行為においては、いまだ社会的害悪を惹起しておらず、外部的には、何も見ることができない。したがって、その段階での捜査は行われず、すべてが明らかになった段階において、溯って、当時の行為者の主観を問題にし、法的側面において、妥当な解決を図ろうとするものである。

例えば、予備罪においては、既遂罪を行う目的が必要とされるが、その目的が客観的に観察することができる場合を除いて、その目的を客観的に判断することはできない。したがって、通常の場合には、予備罪は、そのものとしては存在せず、何らかの犯罪の中で明らかになった予備罪が、逆行的・遡及的解釈に基づいて、総合的判断の中で、犯罪と認定されるのである。

また、「原因において自由な行為」の理論は、実行行為に基づく実行の着手や結果発生が先に明らかになり、その時に、

実行行為者が責任無能力者であった場合に、その者を処罰するために考え出された理論であつて、順行的・追及的解釈にはなじまない。したがつて、その理論において、「実行の着手時期はいつか」というような議論をすることは、逆行的・遡及的解釈の中に順行的・追求的解釈を持ち込むものであり、議論のための議論であつて、自己満足にすぎない。

二 これに対して、順行的・追求的解釈は、時系列にしたがつた解釈であつて、解釈を行うときに、いまだ行為者の主観は明らかではなく、客観的に存在するものだけを対象として解釈するものである。捜査機関が行う解釈はこれである。捜査機関は、現に存在する客観的なものだけに依拠して、捜査を開始する。その捜査の端緒として、道路に放置された変死体の存在の場合を考えてみよう。その場合、捜査機関は、変死体を惹起した原因となつた行為を特定しなければならぬ。ここでは、故意又は過失によつて「死を惹起した犯罪」がすべて考えられる。捜査機関は、変死体に現れた証拠に基づいて、被疑事実を推定し、捜査を開始する。捜査機関が被疑者を特定し、その者に対する逮捕状を請求する場合、あるいは、特定の証拠を捜索し、差し押さえをするために捜索令状や差押令状を請求する場合には、刑事訴訟規則一四二条一項二号又は一五五条一項四号により、その請求書には、「罪名及び被疑事実の要旨」又は「罪名及び犯罪事実の要旨」を記載しなければならない。すなわち、捜査機関は、罪名及び被疑事実（犯罪事実）を特定しなければならないが、ここでは、まだ行為者の主観は全く見え、ただ外部的に現れた客観的事実のみが判断の対象となるにすぎない。

このように、捜査機関は、客観的事実を構成要件に当てはめ、罪名を特定することになる。そこでの構成要件解釈は、客観的事実から出発するものであり、主観的事実とは一切無関係である。故意・過失のような主観的事実については、被疑者から得られた供述により、既に確定された被疑事実を主観的側面から補強することになる。

このことを論理的に考えると、犯罪結果から出発し、原因行為を推定し、被疑者を特定することになる。これは、客

観的な構成要件該当性を確定し、次いで、犯罪の主観的側面である責任へと進むことを意味している。このことは、犯罪捜査の基本は物証であり、それを補充するものとして供述証拠が存在することと符合するものである。

次に、行為者の側面から考えてみよう。犯罪行為者は、自らの主観と客観が総合されたものとして犯罪行為を行う。それに対して、違法な侵害行為から、自己又は他人の法益を守るために行つた行為は正当防衛になるが、その場合、防衛行為者は、何を基準に侵害行為の違法性を判断するのであるか。防衛行為者は、侵害行為者の主観を知る由もない。防衛行為者は、侵害行為の客観的な側面だけを觀察して、防衛行為を行うのである。すなわち、正当防衛が成立するためには、防衛行為者に、構成要件に該当する違法な行為の認識が必要とされている。したがって、構成要件は、防衛行為者から認識することのできる客観的なものでなければならない。

三 このように考えてみると、刑法の解釈には、これらの二通りのものが併存していることが分かる。しかし、従来、これら二通りの解釈は、理論としての解釈において、意識されることなく混同され、解釈理論の中に無用な混乱をもたらしてきた。それは、これらの解釈が解釈者の主観的判断あるいは恣意によつて用いられ、又は用いられずにきたことに起因している。

この二通りの解釈を合理的な基準に基づいて使用する場合において、初めて、妥当な刑法解釈が生まれるのではないであろうか。今は、仮説の段階であるので、すべてを詳細に検討することはできないが、少なくとも、すべての犯罪に共通する要素である構成要件については、順行的解釈・追求的解釈から判断されることが適当であり、それによつてすべての事象を完結的に説明することができるようになるであろう。したがって、構成要件には、行為者の主観を含めることはできない。

#### 四 刑法解釈の具体的検討

##### (一) 構成要件論について

構成要件には、個別化機能があるといわれる。この個別化機能を強調し、構成要件は、違法類型であるとともに、責任類型であると主張され、故意又は過失も構成要件要素であるといわれる。果たして、この個別化機能は、人権保障にとって有益なものであるのだろうか。すべての事象、すなわち、行為の客観的側面と主観的側面が明らかになった後に行われる逆行的・遡及的解釈においては、どれかの罪の責任が問われているのであり、特定された罪だけが問題となっている。そこでは、構成要件に個別化機能があることは、当然であろう。

しかし、順行的・追求的解釈においては、どうであろうか。行為者や捜査機関の立場では、客観的存在だけを観察することができるのであり、見ることができないものを見なければならぬということとはできない。見えないものを見るように強制することは、不可能を強いることになり、行為者には、期待可能性が存在しなくなり、処罰不能に陥ってしまう。

そこで、今一度、古典的な構成要件論に立ち返り、ベールリンクの構成要件を振り返ってみよう。

まず、ベールリンクは、「構成要件は、犯罪類型の型として定義づけられなければならない。構成要件は、まず最初に、可罰的行為にしっかりとした刻印を与える。構成要件なくしては、犯罪ではない。非定型的なものは、犯罪の性質をもっていない」として、類型説の立場に立っている。<sup>(8)</sup>

そこで、ベールリンクは、「構成要件は、その回りに他の犯罪要素が集まってくる犯罪概念の中核を形成する」とした上

で、「構成要件は、独立した意味をもたない純粋な概念」であり、すべての犯罪方法にとって考慮されるものである。したがって、それは、「もちろん明確に、個別的構成要件から区別されなければならない」といい、また、それは、概念的統一体であるという。

そこでは、いわゆる「具体的」構成要件は、「概念的」構成要件とは、全く別のものであるとされ、「構成要件の実現を確定しようとする者は、概念的構成要件を回避することは不可能である。包含されるべき概念を知らない者は、人間生活を包含することができない。構成要件の実現は、それゆえに、概念的構成要件に属する注意深さが認められた後に始めて、話題とされなければならない」という。

さらに、ベールリンクは、「構成要件の本質は、したがって、単なる犯罪類型の身体的枠である。それは、純粹に記述的であり、規範的規定がそれに結び付けられている」にすぎないと主張する<sup>(9)</sup>。

したがって、構成要件は、現実の社会には属さず、法律にのみ属している。それゆえに、「構成要件は、構成要件に該当する行為から厳格に区別されることを望んでいる」<sup>(10)</sup>として、客観的事実に限定した構成要件を考え、それに生の要素が加えられた構成要件該当性とは、厳格に区別している。

そのように、ベールリンクにおいては、構成要件の個別化機能は重視されておらず、構成要件を概念的類型と把握しているにすぎない。

では、構成要件要素は、どのようなものから成り立っているのであろうか。

構成要件を行為準則や捜査準則としてみた場合、その要素は、誰が見ても明らかかなものでなければならず、ベールリンクの主張するように、客観的・記述的なものでなければならぬ。もし、構成要件に主観的要素を認めた場合には、順行的・追求的解釈においては、行為者の主観的側面を誰も判断することはできず、無意味な主張となってしまう。

このことは、行為無価値論と結果無価値論との対立においても、反映されている。

行為無価値論の立場から、構成要件要素として、構成要件の故意及び構成要件の過失の存在が主張されている。構成要件が犯罪個別化機能を持ち、この機能を強調するならば、故意犯と過失犯は、構造的に異なることとなり、構成要件的にも異なるものとなる。したがって、個別化機能を強調する立場からは、当然の帰結のように主張されている。しかし、防衛行為者には認識し得ないにもかかわらず、事後的判断を行うことにより、認識し得たものと判断する。それは、虚構であり、現実ではない。

しかし、構成要件は行為準則であるとする立場からみれば、第三者からは、行為者の主観的側面を見ることはできない。正当防衛にしろ、一般人による現行犯逮捕にしろ、行為者の主観的側面までをも判断して、そのような行為に出るものではない。そこでは、目に見える事実、すなわち客観的事実から違法性の存在を判断し、そのような行為に出るのである。

したがって、構成要件要素は、客観的・外部的事実に限定されなければならない。それによって、構成要件を外部的に目に見えるものとし、構成要件から行為者の主観を排除することになる。このような構成要件は、行為の準則であり、捜査の準則であることを可能とし、その結果、構成要件を捜査の準則として理解することにより、捜査の基本としての物証中心主義を貫徹する根拠が生まれることになる。

ところで、このような構成要件の理解において考えておかなければならないのは、構成要件における主観的違法要素の存在である。通貨偽造罪のような目的犯が刑法に存在する以上、このことは、避けて通ることができない問題である。例えば、通貨偽造罪において、すべての通貨偽造行為が違法ではなく、行使の目的をもった通貨偽造行為が違法なのである。このように、「行使の目的」という主観的要素を違法判断の対象とするならば、順行的・追求的解釈は成立不

能となつてしまふ。

そこで、「行使の目的をもつて、通貨を偽造する」とは、「行使に値する通貨偽造行為」を行うと理解し、目的の客観化を図ることにより、目的を行為の一部とすることができる。そのことにより、目的も故意の内容として理解することが可能となり、違法性における客観的判断が可能となる。

ここでは、判断の目安として、質と量から考えなければならぬ。すなわち、行使に値する質と量をもつた通貨偽造行為が問題なのであり、それに当てはまらないものは、通貨偽造罪の対象ではないと言ひ得る。

従来、主観的違法要素と言われるものも、このように解釈することにより、客観的構成要件に含めることが可能となり、また、構成要件を外部的行為に限定することにより、行為を客観的に観察することができる。

## （二） 正当防衛

正当防衛は、急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛する場合に成立する。つまり、正当防衛と認められるためには、防衛行為者は、不正の侵害が存在することを認識していなければならない。行為が不正の侵害といえるためには、その行為が構成要件に該当し、違法な行為であることが必要である。したがって、防衛行為者は、侵害行為が構成要件に該当し、違法なものであることの認識をもっていなければならない。

ところで、逆行的・遡及的解釈において、構成要件の故意や構成要件の過失を認める立場においては、そのような故意又は過失がなければ、構成要件該当性すら否定している。このような結論には論理的矛盾がある。構成要件の故意のない侵害行為は、犯罪成立の第一要素である構成要件該当性が否定され、犯罪とはならないのであるが、侵害行為により自己又は他人の権利が侵害されたものは、その者に対して、正当防衛が認められなければならない。しかし、事後的

判断に基づいて、客観的な違法侵害行為に対しての正当防衛は認めている。そのような解釈は事後的解釈であり、すべてが明らかになつてゐるから、防衛行為者の認識も、侵害行為者の故意又は過失も問題とならないのである。

このような見解は、果たして現実的なものであるうか。現に侵害行為が発生している場合に、防衛行為者は、何を判断基準として正当防衛を行えばよいのであろうか。防衛行為者にとっては、侵害行為者の主観的側面を知る余地もなく、どのような事情によつて侵害行為に出ているかは、不明である。侵害行為の主観的側面は、防衛行為者にとっては全く判断不能であり、それが侵害行為に該当するか否かは、客観的事実に基づき解釈することとなる。

防衛行為は、急迫・不正の侵害が存在する場合には許されると考えることに、異論を唱える者はいない。しかし、行為無価値論は、そのこととは別に、独立して構成要件要素を考察し、自己完結的な構成要件論を展開している。

防衛行為に出た者からみて、侵害行為が故意、過失又は無過失によつて引き起こされたかは、全く不明なことである。そのような主観をからませた理論に依拠して防衛行為に出るものではない。防衛行為者は、侵害行為があつたときに、その違法性をとつさに認識し、それに対して防衛行為に出るのである。それこそが、正当防衛が、違法性を阻却される根拠ではないのか。

## 五　むすび

一　ペーリンクは、構成要件を犯罪類型の枠といった。しかし、このことは、同義反復であつて、意味不明のことである。犯罪とは、既に法的価値判断が加えられたものであり、いまだ法的価値判断が加えられていない、無色透明な構成要件を犯罪類型と称することはできない。したがつて、ペーリンクの主張する構成要件の意味で理解するならば、構成

要件は、行為類型でなければならぬ。

また、「犯罪とは、構成要件に該当し、違法で、有責な行為である」という定義は、一般的に承認されているが、その第一要件である構成要件該当性を、もし犯罪類型該当性に変えてしまったら、まだ認められていない犯罪概念を、犯罪成立の第二要件に用いることになり、何らの意味をもたないことになる。

さて、このように考えてくると、構成要件は、行為と違法性を指導するものであって、責任を指導するものではない。また、構成要件は、ベールリンクが主張するように、外部的、客観的なものであり、法的価値判断が加えられていないものでなければならぬ。

戦後の刑法においては、刑法の規範化がいつそう進展し、理論としての解釈においても、行為無価値論が大幅に主張されている。ここでは、構成要件は、違法・有責類型と理解され、基本的には、構成要件該当性で犯罪が成立することになる。これは、裁判官の行う事実認定が最初に有罪か無罪かの心証の下で進められるといわれることと符合する。

これは、刑法の規範化や、それに伴う治安強化の方向性に適合したものであり、われわれの立場からするならば、そのような傾向に強く対峙し、権力行使を抑制する刑法理論の樹立を目指さなければならない。

二 前述した支配的な刑法解釈論への疑問は、裁判準則としての刑法解釈を否定するものではない。刑法を解釈する場合、時系列にしたがった順行的・追求的解釈も必要であるし、時系列に逆らった逆行的・遡及的解釈も必要である。そのどちらか一つの解釈しか行わないものは、偏った解釈を行っており、一面的な解釈を行っている。既に述べたように、このような一面的解釈は、現実社会から遊離したものであり、廃棄されるべきものである。

上述した二つの解釈方法は、相互に、対立・矛盾関係にあるものではなく、相互補完関係にある。したがって、刑法を解釈する場合には、これら二つの解釈方法を駆使して合理的で、妥当な解釈がなされなければならない。

- (1) 大塚仁『刑法概説(総論) 改訂版』昭和六一年、有斐閣、三頁以下。
- (2) 渡辺洋三「日本現代法学の総括」法の科学1号(一九七三年)二三頁以下。
- (3) 渡辺・前掲論文、四六頁。
- (4) 渡辺・前掲論文、四八頁。
- (5) 渡辺・前掲論文、五三頁。
- (6) 渡辺・前掲論文、五七頁注(5)。
- (7) 渡辺・前掲論文、五二頁注(9)。
- (8) Ernst Beimg, *Die Lehre vom Verbrechen*, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Aalen 1964, S. 110. なお、一般的に「リンクの種類説は、ヘーリンク自らが名付けたものと主張されているが、そうではなく、ヘーリンクによれば、それは、そのように名付けられたものである」という。Vgl., E. Beimg, a.a.O., S. 17.
- (9) E. Beimg, a.a.O., S. 111f.
- (10) E. Beimg, a.a.O., S. 113.