

藤木英雄・板倉宏著「刑法案内1」勁草書房 2011年1月25日刊を読む

灰色の領域と可罰的違法性の理論

1. 犯罪類型の周辺にある非典型的、灰色のゾーンを白か黒かに振り分ける基準は、問題の行動がその犯罪類型の特徴を示す概念に当てはまる典型的事態に匹敵する程度の反社会性、処罰の必要性を帯びた行為であるか、それとも通常性、日常性を失わぬものとして社会生活上放任されてしかるべきものか、という判断によらねばならない。ある犯罪類型を定めるときには、そこで用いられている概念から論理的に導き出されるあらゆるできごとのすべてを刑罰の対象とするよう想定して立法されるとはかぎらない。灰色の限界領域を含む概念については、その概念の典型的事態に匹敵する程度の重さの実質的違法な行為、つまり、その犯罪類型が予想する実質的な違法性の最低限度の重さを備えているものだけが、処罰の対象として予想されていると考えるべきである。
2. その犯罪類型に属する典型的事態、暴行罪を例にとっていえば、なぐる、けるのごときは、形式的になぐる、けるに当てはまれば即暴行罪の予想する最低限の重さの実質的違法性ありと判断されることになるが、腕を引っぱる、押す、肩をたたくななどの非典型的動作、つまり周辺部の灰色領域のものについては、典型的暴行である、なぐる、けるのうちで、一番軽いものに匹敵する重さを備えたと認められる、押す、腕を引っぱる、肩をたたくななどの物理力の行使だけが、暴力の予想する最低限度の実質的違法性、つまり可罰的違法性を満足する行為として、暴行の構成要件に当たると解すべきである。
3. このように、概念の周辺部の灰色領域を白か黒かに振り分けるについて、その犯罪類型の予想する典型的事態、つまり真黒の事態のうちでもっとも軽いものに匹敵する程度の実質的違法性のある具体的行為だけが構成要件該当性を有すると考えることは、立法者の意図にも合致し、また、重箱のすみをほじくるような杓子定規な法解釈で生きた社会事象をすべて理詰めで割り切る態度を排し、協同生活上有害と認められる行為だけが犯罪であるという、構成要件概念構成の原点に立ち返った、常識にも合致した妥当な法理論だと考えられるのである。
4. 私〔藤木〕の主張する可罰的違法性論は、このような意味合いから、構成要件の周辺にある軽微な不法事態を構成要件から除外しようとするもので、一種の限定解釈、縮小解釈を提唱する理論だといってよい。その場合の基準としては、被害の面の軽微性、特に実害の軽微性と、その被害を惹き起こす手段が、社会倫理的な最低限の基準から逸脱する程度がきわめて弱いということの、違法論でいえば、結果無価値的要素および行為無価値的要素を総合的に判断して、典型的事

態の予想する最低限の違法性の重さに達しないと認められる非典型的、周辺の事態を、構成要件該当性の判断から除外しようというものである。

5. 学界、実務において可罰的違法性論として説かれているもののなかには、私が今述べた限定解釈型可罰的違法性論のほかに、違法性阻却事由の一種として、実質的違法性が著しく軽いことを違法性阻却(超法規的違法性阻却)事由に数えるべきだという別の主張があり、佐伯千仞博士を中心に展開されている。両者の違いについては、むしろ、違法性の実質や違法性阻却事由のところできさらに説明を加えることにしたい。

P101 ~ 103

[コメント]

45歳で急逝した藤木英雄先生の刑法入門書の再刊は喜ばしい限りだ。当時、平野龍一先生の刑法学や福田平先生の刑法学同様、藤木先生の刑法学に多大の関心を抱いていた者として、藤木先生の可罰的違法性の理論ほど納得しやすいものはなかった。今になって振り返ると、刑事司法の実務と判例は藤木理論通りと考える。社会的相当性の意味が極めてよく理解できる理論だからかと私は考える。

- 2011年5月3日林 明夫記 -