

構成要件と犯罪体系

松 宮 孝 明*

目 次

1. 問題の所在
 - (1) 途中から過剰となった防衛行為
 - (2) 全体的評価の問題点
 - (3) 罪責の対象は「構成要件」で決まるか？
 - (4) 構成要件に該当するが違法でない行為と「一罪」
2. 「構成要件」「違法性」「責任」という体系
 - (1) その特徴と実益
 - (2) 「刑罰」という法効果からみた体系
3. 要素の体系
 - (1) 「ヘーゲル学派」の体系
 - (2) リストの「段階的体系」
4. 「段階的体系」v「要素の体系」
 - (1) 中国における体系論争
 - (2) ドイツにおける「段階的体系」批判
5. 日本における犯罪体系
 - (1) 日本におけるベルナー体系からリスト体系への転換とその契機
 - (2) 「保安処分」のない「段階的体系」
 - (3) 「構成要件」論の導入
 - (4) 日本的「段階的体系」の問題点
 - (5) ドイツの「段階的体系」の問題点
6. 犯罪体系を論じる意味
 - (1) 刑法上の「構成要件」と刑訴法上の「罪となるべき事実」
 - (2) 「二元主義」か「刑罰一元主義」か

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1. 問題の所在

(1) 途中から過剰となった防衛行為¹⁾

急迫不正の侵害に対する防衛行為としての暴行（刑法208条）が当初は正当防衛（刑法36条1項）の程度を超えていなかったが、途中からその程度を超えて過剰となり、かつ、当初の正当な防衛行為によって相手方が死亡したという場合、この連続した防衛行為を全体として過剰防衛（刑法36条2項）に当たるとし、防衛者を傷害致死罪（刑法205条）で有罪としてよいであろうか²⁾。

この問題に関し、最高裁は、一方で、侵害者がすでに攻撃能力を失っていることを知りながら暴行を続けたが、致命傷は正当防衛行為によって生じたという事案につき、正当防衛による致死には罪責を認めず、被告人を傷害罪（204条）のみで有罪とした³⁾。後半の暴行はもはや防衛行為ではないので、全体を包括して傷害致死罪とすべきではないという理由からである⁴⁾。また、防衛行為を行った者のうちの一部の者が過剰な暴行に及んだ場合に、これを傍観してただけの者については、正当防衛と過剰な暴行

1) この問題に関しては、すでに拙稿「途中から過剰となった防衛行為と『罪を犯す意思』」立命館法学381=382号（2019年）2002頁で論じている。本稿では、この問題を嚆矢として、一般構成要件を基礎とする要素の体系と、特別構成要件を基礎とする段階的体系との、犯罪体系としての機能的な相違を明らかにしたいと思う。

2) すでに下級審では、特別構成要件では適法行為である正当防衛行為も後の過剰防衛行為も「一連の行為」として一個の——構成要件に包括評価される——行為であることを理由に、適法行為から生じた死傷結果については罪責を問えないことや、この行為については原則として故意（刑法38条1項にいう「罪を犯す意思」）がまだないことといった問題を無視した裁判例（名古屋地判平成31・2・18 公刊物未登載、控訴）が出てきている。それだけに、この問題の解明は喫緊の課題なのである。

3) 最決平成20・6・25 刑集62巻6号1859頁。

4) 他方、防衛者が、侵害者が攻撃能力をすでに失ったことを知らなかった場合には、侵害終了後の時間的過剰行為について過剰防衛を認めた裁判例もある（最判昭和34・2・5 刑集13巻1号1頁）。

とを分けて、過剰であるがゆえに違法な暴行について共謀が認められない限り、正当防衛が成立して無罪となると述べている⁵⁾。

他方で、最高裁は、前半の正当防衛行為によって侵害者を負傷させ、なお過剰な暴行を行ったが後半の防衛行為によっては侵害者を負傷させなかった事案については、全体が一連一体の暴行であって「同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり」、傷害結果が前半の正当防衛行為によって生じたという点は「有利な情状として考慮すれば足りる」と述べて傷害罪の成立を認めた⁶⁾。もちろん、過剰防衛を理由とする刑の減輕を認めてではあるが。

後者の判例については、暴行罪とすべきではないかとする疑問の声も有力である。なぜなら、傷害結果は適法行為からの結果なので、本来であれば、それについて防衛者が罪責を負ういわれはないからである。しかし、傷害罪の法定刑の下限は1万円の罰金であり(204条参照)、これを減輕すれば半額の5千円にまで下げられるので、暴行罪としないで傷害罪の量刑の中で「有利な情状として考慮」しても、防衛者にさほど大きな負担を強いるものではない。

しかし、前半の正当防衛行為によって侵害者に致命傷が生じたが、後半の過剰行為の時点でもなお侵害者は攻撃の可能性を有していたという事案については、最高裁は明確な判断を示していない。そこで、この場合にも全体を包括して評価すべきである(=「全体的評価」というのであれば、防衛者には傷害致死罪や、殺人の未必の故意があれば殺人罪が成立することになる。その場合、酌量減輕と刑の免除を度外視すれば、傷害致死罪では1年6月以上の懲役、殺人罪では2年6月以上の懲役が言い渡されることとなる。後半の暴行罪ないし傷害罪のみでの有罪であれば1万円を下回る罰金にまで下げられるにもかかわらず、である。

5) 最判平成6・12・6刑集48巻8号509頁。

6) 最決平成21・2・24刑集63巻2号1頁。

（2）全体的評価の問題点

この問題につき、「複数の暴行を加えた事案でも、その全体が1個の傷害罪の構成要件に当たるのであれば、その該当性を認めた上、次の違法性の判断の段階で、その全体が正当防衛に当たるか、過剰防衛に当たるか等を判断するのが論理的に一貫している⁷⁾」とする考え方がある。これを「全体的評価」と呼ぶ。その背景にあるのは、罪責の対象を、違法性や責任を考慮せずに構成要件だけで切り取ろうとする考え方である。そうすると、前半の行為と後半の行為とを分けずに全体として行為の構成要件該当性を判断することになる。

その結果、前半の正当防衛によって侵害者に致命傷を与えたが、連続している後の過剰行為からは傷害結果しか生じなかった場合、傷害致死罪(205条)あるいは殺人罪(199条)となり、——酌量減輕(66条)を別にすれば——過剰防衛を理由として刑を減輕しても1年6月以上または2年6月以上の懲役にならざるを得ない。

加えて、「誤想防衛」の場合は「罪を犯す意思」(38条1項)(=故意)がないので故意犯にならないとする判例・通説からは、前半の正当防衛行為には「罪を犯す意思」がなく、故意は過剰行為をする時点で初めて生ずる⁸⁾にもかかわらず、侵害者の死亡結果を「傷害致死罪」で、殺人の未必の故意があれば殺人罪で処断することになる。つまり、防衛者は、まだ犯罪の故意がない時点での行為を理由として、致死罪の罪責を負わされることになるのである。

（3）罪責の対象は「構成要件」で決まるか？

たしかに、一般には、「一罪」ないし「一個の行為」の範囲は一個の構

7) 松田俊哉「判解」『最高裁判所調査官解説刑事篇〔平成21年度〕』（法曹会、2013年）9頁。

8) 厳密に言えば、最初から過剰な暴行をする意思であれば、防衛の程度を超えていない時点では、暴行罪の故意はある。しかし、この時点では、不可罰の暴行未遂である。

成要件に包括できる範囲によって決まると考えられている。ある事実が「一つの構成要件によって一回的に評価されるものであるときは一罪⁹⁾」なのである。これを、罪数における「構成要件標準説」という。

その結果、たとえば連続した暴行が暴行罪の「一つの構成要件によって一回的に評価されるものであるときは」、暴行罪「一罪である」ことになり、この一連の暴行のうちのいずれかの動作によって被害者に傷害が生じたのであれば、どの動作によってこれが生じたかに関わらず、傷害罪「一罪である」。

もっとも、このような考え方は、「ある事実が……構成要件を充足し、かつ違法性・責任の要件を具備するとき、犯罪が成立する¹⁰⁾」ことを条件としている。その上で、「どのような犯罪が成立するか」といえば、「その事実が充足する構成要件の罪が成立する¹¹⁾」のである。決して、違法性・責任の要件を具備しない動作までもが「一罪」に含まれるわけではない。

(4) 構成要件に該当するが違法でない行為と「一罪」

したがって、構成要件に該当するが違法でない行為ないし動作は、「一罪」に含めてはならない。このことは、現代に至る構成要件論の創始者とされるドイツのエルンスト・ベーリンクも述べていることである。すなわち、彼は、包括して一個の類型となる複数の構成要件該当的行為は一罪となるが、「それは、これらの行為のいずれもが違法でもあった場合に限られる¹²⁾」と明言している。なぜなら、犯罪は違法な行為でなければならないので、「一罪」となる行為もまた、「違法性を充たしていない行為を混入することによって汚染されてはならないからである」というのである。

9) 団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』(創文社, 1990年) 437頁。

10) 団藤・前掲注 9) 435頁。

11) 団藤・前掲注 9) 435頁。

12) E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 351.

ここに至れば、結論は明らかである。すなわち、一連の行為、たとえば一連の暴行として構成要件的には一個の行為に包括されるものであっても、そのうちの一部に適法なものがあれば、「一個の犯罪」を構成するのはそれを除いた行為、すなわち正当防衛にならない暴行である。ゆえに、その暴行によって侵害者に致命傷が生じたのではないのであれば、防衛者を傷害致死罪や殺人罪で処罰することは許されない。これは、「犯罪」が「違法で有責な構成要件該当行為」である以上、当然のことなのである。それにもかかわらず、なぜ、「全体的評価」という考え方が出てきたのであろうか。本稿で検討するのは、この問題である。

2. 「構成要件」「違法性」「責任」という体系

(1) その特徴と実益

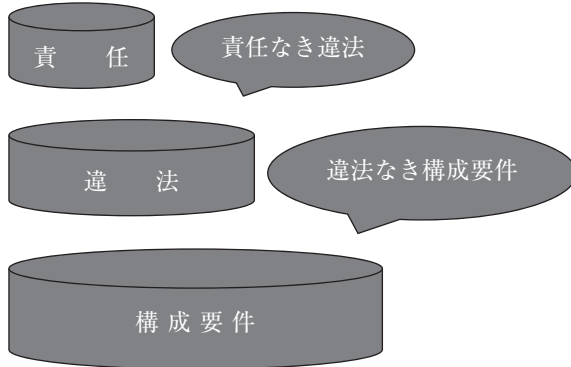
現代日本の犯罪体系論における通説は、「構成要件」「違法性」「責任」という三段階の体系を採用している。この考え方は、1906年にドイツのエルンスト・ベーリンクが唱えたものである。その前には、ベーリンクの師に当たるフランツ・フォン・リストの「行為」「違法性」「責任」（および「可罰性」）という体系がある。これらを「段階的体系」と呼ぶことにしよう。

「段階的体系」の特徴は、犯罪を各段階の要素の積み重ねと考えるところにある（図1参照）。その結果、「行為」あるいは「構成要件該当行為」のうち、「違法」でないものがあることになる。また、「違法な行為」ないし「構成要件に該当する違法な行為」のうち、「責任」のないものがあることにもなる。いわゆる「責任なき違法」である。

ところで、「違法でない構成要件該当行為」や「責任なき違法」を認める実益はどこにあるのであろうか。というのも、犯罪体系論が刑罰という法効果のための要件を明らかにするものであるなら、「違法でない構成要件該当行為」や「責任なき違法」といった、刑罰という法効果を生み出さ

ない領域を認めることに実益はないからである。

(図1)



たしかに、「構成要件標準説」が違法や責任という段階を経ずに「構成要件」だけで「一罪」を決めるべきでものであるなら、「違法なき構成要件」を認める実益はある。しかし、これは、先にみたように、ベールリンク自身によっても否定されている。責任のないまたは適法な構成要件該当行為も「一罪」を構成するということはあるからである。

他方、「責任なき違法」については、共犯の従属対象となる正犯行為は「構成要件に該当し違法な行為」で足り責任は不要だとする「制限従属形式」によるなら、これを認める実益はあることになる。しかし、これに対しても、責任(=有責性)のないものを共犯の対象となる「犯罪」といってよいかという問題がある。参考までに、刑法60条以下の共犯の規定をみてみよう。共同正犯(60条)の共同の対象も、教唆犯(61条1項)の対象も「犯罪」である。従犯(62条1項)が対象とする「正犯」もまた、「犯罪」を実行した者(60条)である。

(2) 「刑罰」という法効果からみた体系

「刑法」は、「刑罰」発生の要件と「刑罰」という効果を定める法であ

る。そこで、「犯罪」が「刑罰」の要件であるなら、犯罪体系論では、その「犯罪」の「主体」「客体」「行為」を論じるのが合目的的である。そうになると、その体系は、「犯罪」の「主体」から始まることになる。

実際、民法総則は、その「通則」の次に「人」「法人」といった「主体」の規定を置き、その次に「客体」である「物」を、そして「法律行為」を置いている。以下、確認のため、民法総則の体系を示しておく。

*** 民法総則の体系**

第一編 総則

第一章 通則（第一条・第二条）

第二章 人

第一節 権利能力（第三条）、第二節 行為能力（第四条—第二十一条）、

第三節 住所（第二十二條—第二十四條）、

第四節 不在者の財産の管理及び失踪そうの宣告（第二十五條—第三十二條）

第五節 同時死亡の推定（第三十二條の二）

第三章 法人（第三十三條—第八十四條）

第四章 物（第八十五條—第八十九條）

第五章 法律行為

第一節 総則（第九十條—第九十二條）、

第二節 意思表示（第九十三條—第九十八條の二）

第三節 代理（第九十九條—第一百八條）

第四節 無効及び取消し（第一百九條—第一百二十六條）

第五節 条件及び期限（第二百七條—第三百七條）

第六章 期間の計算（第三十八條—第四百三條）

第七章 時効

第一節 総則（第四百四條—第一百六十一條）

第二節 取得時効（第一百六十二條—第一百六十五條）

第三節 消滅時効（第一百六十六條—第一百七十四條の二）

ところで、刑法において「刑罰」という法効果を発生させる「犯罪」の要素を論じるなら、それは「犯罪」によって攻撃される「客体」と、その「犯罪」の「主体」から体系を立てることになる。そしてその主体は、

——法人の犯罪能力を別にすれば——「責任能力のある自然人」ということになる。そこにいう「客体」は、「犯罪」が攻撃する「法」＝「権利」(Recht)であり、その上で、犯罪となる「行為」が論じられる。

これは、民法が「人」の中で「権利能力」と「行為能力」を最初に論じ、その上で権利の客体である「物」を経て「法律行為」を論じていることと対応している。

3. 要素の体系

(1) 「ヘーゲル学派」の体系

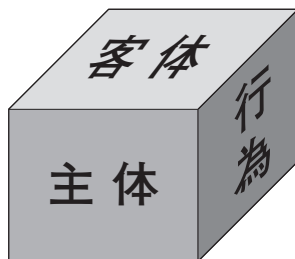
事実、このような「主体」「客体」「行為」から成る犯罪体系は、19世紀半ばのドイツにおける「ヘーゲル学派」によって主張されていた。ここでは、1857年の教科書でアルベルト・フリードリッヒ・ベルナーが示した体系¹³⁾を、その代表として紹介する。そこでは、「構成要件」は刑罰という法効果を発生させる要件の総体とされており、その上で、それが「主体」「客体」「手段」、そしてそれらを媒介する「犯罪行為」に分けられていた。その「主体」では行為者の責任能力が扱われ、「客体」では不能犯や違法性阻却事由が扱われており、そして「犯罪行為」では、故意と過失、既遂と未遂が扱われていた。

ここで注目すべきことは、①「構成要件」が、今日の違法性や責任と並ぶ犯罪の一要素ではなく、刑罰効果を発生させる要件の総体と捉えられていたことと、②犯罪体系が「主体」の責任能力から始まっていたこと、③違法性阻却事由は犯罪の「客体」の不存在と考えられていたこと、そして、④「犯罪」とはこれらの要素の総体であって、段階を追って積み重なっていくものとは考えられていなかったことである。つまり、これらの要素は、同一物の異なった側面を意味するのである。これを「要素の体

13) Vgl., *Albert Friedrich Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1857.

系」と呼ぶことにする（図2参照）。

（図2）



したがって、この体系では、「違法なき構成要件」や「責任なき違法」は存在しない。また、「構成要件に該当する適法行為」が「構成要件に該当する違法行為」と相まって「一罪」を成すこともない。「犯罪」とは、あくまで、責任能力があるという意味で「自由な」人格の「違法かつ有責な」行為なのである。

（2）リストの「段階的体系」

これに対して、「責任なき違法」を認める「段階的体系」を主張したのが、19世紀末に活躍したドイツのフランツ・フォン・リストであった。そのリストの考え方は、刑罰は「犯罪者」の将来の犯罪を予防するためのもの（「特別予防」）で、罰せられるべきは「犯罪」ではなく「犯罪者」であるというものであり、そのために、犯罪行為ではなく「犯罪者」に応じた刑罰を主張するものであった。それは、極端に言えば、「刑務所を病院に代える」ものであったと言ってもよい。なぜなら、リストにとって「犯罪者」は、将来の犯罪を予防するために威嚇・改善されるべきものであるか、あるいは、改善不能であれば社会に害をなさないように「無害化」されるべきものであったからである。

もちろん、その背景には、産業革命によって都市に流入した労働者が恐

慌によって失業するなどして都市がスラム化し、窃盗・強盗を中心とする犯罪が激増していたという事情がある。これに対しては、なされた犯罪に対する応報としての刑罰（「応報刑」）を中心とする伝統的な刑法学は、一方で初犯者をも刑務所に送り込むことによって過剰収容と悪風感染¹⁴⁾を招くのみで有効な対策を示し得なかった。

そのような中でリストは、刑法と刑罰を犯罪予防に役立つものとする「予防刑論」を携えて颯爽と登場した（1882年の「刑法における目的思想」＝「マルブルク綱領」）。そこでは、刑罰は行為者の責任を前提にするとされている。しかし、リストは、刑罰に加えて行為者の責任能力を必ずしも前提としない「保安処分」を併存する「二元主義」につき、「予防刑論」を宣言した「マルブルク綱領」がこれによって実現されるのだと評している¹⁵⁾。つまり、「予防刑論」にとって本質的なのは「犯罪者」が犯罪を繰り返す危険性であって、すでに行ってしまった犯罪に対する責任ではないのである。実際、このような考え方は、後に、リストによって始まった「近代学派」ないし「社会学派」の一部によって「処分一元主義」として主張された。

しかし、犯罪体系論にとって重要なのは、次のことであろう。つまり、「予防刑論」にとっては、「犯罪」は何よりも「法益」を害する行為であって、そのための犯罪体系の出発点は、「責任能力ある自然人」としての「主体」ではなく、「法益」を害する違法な行為なのである。そして、「保安処分」をも規定する刑法においては、「犯罪」はもはや刑罰という法効果を生み出す要件の総体ではなく、「保安処分」の契機ともなるものでなければならぬということである。

ゆえに、筆者は、「責任なき違法」を認める「段階的犯罪論」は、——それだけが唯一の理由であるかどうかはともかく——「保安処分」をもそ

14) 少年などの犯罪の初心者が刑務所内でベテラン犯罪者から熟練した犯行の手口を教わったり犯罪者仲間となったりするなどして本格的な犯罪者となること。

15) *Franz v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* 21. und 22. Aufl. 1919, S. 26.

の法効果に取り込んだ「二元主義」刑法のためにあるものと考えている¹⁶⁾。

4. 「段階的体系」 v 「要素の体系」

(1) 中国における体系論争

さて、ここで、現代の刑法学における「段階的体系」と「要素の体系」の争いに目を転じてみよう。ここでは、一方で中国における犯罪体系をめぐる論争が注目される。ここでは、「要素の体系」から「段階的体系」への転換が、有力に主張されている。

他方で注目されるのは、現代ドイツにおける犯罪体系をめぐる論争である。そこでは、中国とは反対に、「段階的体系」に対する新たな批判が有力に展開されている。

まず、中国における体系論争を紹介しておこう。現代中国の犯罪体系は、中華人民共和国成立後の1950年に、ソビエト刑法の教科書が中国語に翻訳され、ソビエトから刑法学者が中国にやってきてこれを教えたことから始まる。その体系では、「構成要件」が犯罪成立の要件の総体であり、そしてこの「構成要件」は、「客体」「客観的要素」「主体」「主観的要素」の四つの要素から成るとされる。これを「四要素体系」あるいは「四要件体系」という。この点は、ソビエト刑法学およびその後のロシア刑法学の犯罪体系と同じである。

注意すべきなのは、同じ「構成要件」という言葉が、現代のドイツや日本でのそれとは異なった意味で用いられていることである。現代のドイツや日本では、「構成要件」とは、各則にある「犯罪」成立のための積極的要素のみの類型であって、違法性や責任の要素を含まない。これは、正確には「特別構成要件」とか「各則構成要件」と呼ばれるものである。これに対して、ソビエト・ロシアや中国では、「構成要件」は刑罰という法効

16) もう一つの理由としては、民法典作成の中で議論された緊急避難規定をめぐる「法秩序の統一性」＝「違法の一元性」の承認が挙げられる。

果を発生させる要件の総体であって、違法性や責任の要素を含む「一般構成要件」ないし「総則構成要件」と「特別構成要件」の総体なのである¹⁷⁾。

注意深い方は、ここで、この刑罰という法効果を発生させる要件の総体という考え方が、ドイツ19世紀のヘーゲル学派、ベルナーの体系でもあったことに気づかれるであろう。事実、大まかに言えば、ソビエト・ロシアや中国の犯罪体系は、このベルナーの体系に由来するものなのである。この体系は、1930年代前半まではリスト流の「社会学派」が優勢であったソビエト刑法において、スターリンの大粛清の後、1938年に「厳格な構成要件」を強調する考え方が採用したものである¹⁸⁾。

しかし、ドイツや日本、中国では最近までそれに気づいた人はほとんどいなかった。そのため、特に中国では、現代の日本やドイツに留学した刑法学者が増えてきたことから、改革開放経済の進展にあわせて、ドイツ・日本流の「三段階体系」に代えるべきだとする主張が、1990年代末ごろから有力になった。つまり、「経済が資本主義化すれば犯罪体系もドイツ流にすべきだ」というのである。その結果、中国の司法試験は、「三段階体系」による出題に変わったという。

(2) ドイツにおける「段階的体系」批判

ところが、これに対して近年のドイツでは、「刑法」であるのに「責任なき違法」を認めたり、社会との関連を遮断した「法益侵害説」に依拠したりすることに対して、特に「ヘーゲル哲学」ないし「ヘーゲル学派」を再評価する立場から、鋭い批判が提起されている。「刑罰」が自由な人格による「犯罪」に対する法効果であるなら、まずは自由な人格であるその「主体」を前提とすべきだとするのである。また、「犯罪」の本質も、単な

17) 以上の点につき、詳細は、拙稿「中国と日本の犯罪体系論——ある比較法の試み——」法学雑誌64巻4号(2019年)132頁を参照されたい。

18) これを概観するものとして、孫文「中華人民共和国の犯罪体系の起源」立命館法学378号(2018年)80頁がある。

る法益侵害ではなく、社会のアイデンティティを構成する規範を動揺させるという意味での「社会侵害性」にあり、「刑罰」はそのような「犯罪」を否定することで規範の動揺を鎮静化させ規範を防衛するものだとする。このような主張の中心にいるのは、筆者の留学時の師であるギュンター・ヤコブス¹⁹⁾と、その弟子のミヒャエル・パヴリーク²⁰⁾である。

このような動きの結果、パヴリークに聞いたところでは、中国の刑法学者との共同研究において、中国の若手が「四要件体系」に依拠して「社会侵害性」論を批判したのに対して、パヴリークは逆に「法益侵害説」の内容の空疎さを批判するコメントをしたところ、中国の伝統派の学者がこれを大いに喜んだという。

5. 日本における犯罪体系

(1) 日本におけるベルナー体系からリスト体系への転換とその契機

日本でも、明治時代に、ベルナー流の体系からリスト流の体系への転換が起きていた。明治13年に制定された旧刑法は、主にフランス新古典派の流れに属するポアソナードの主導の下に作られたものであったが、緊急避難や共犯などの条文をみると、ドイツやそれ以外のヨーロッパ諸国の刑法典ないし改正草案の影響がみられる。また、旧刑法の全面改正作業中の1886年には、ドイツのベルナーに条文全体に及ぶ意見書を作成してもらっている²¹⁾。さらに、1893年には、ベルナーから大きな影響を受けた江木衷による刑法総論の教科書が出版されている²²⁾。この江木衷という人物は、

19) Vgl., G. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012.

20) Vgl., M. Pawlik, Unrecht des Bürgers, 2012, S. 258. 本書は、飯島暢＝川口浩一編〔翻訳〕「ミヒャエル・パヴリック『市民の不法』」として、関西大学法学論集63巻2号から同68巻3号まで21回にわたって翻訳・紹介されている。

21) ベルナー『日本刑法ニ関スル意見書』1886年（内田文昭ほか編『刑法(1)〔明治40年〕日本立法資料全集20』（信山社、1999年）475頁以下・資料25参照）。

22) 江木衷『刑法（汎論之部）』（東京法学院、1893年）。

中央大学の創立に加わり、明治期の司法省や内務省で活躍した人物である。

ところが、明治40年制定の現行刑法が施行された1908(明治41)年には、東大教授の岡田朝太郎を校閲者とするリストの教科書の総論と各論が相次いで翻訳される。この岡田は、リストの下に留学したリスト学派である。そしてまた、明治40年現行刑法の施行に伴う、執行猶予制度の採用と仮釈放の拡大によって、日本の刑務所人口が大幅に減少したのである。これは、初犯者の多くはリストがいう「機会犯罪人」であって、有罪判決によって威嚇すれば十分であるとする考え方によって執行猶予が活用されたことによる。

この点につき執行猶予制度採用に関する現行刑法の提案理由をみると「報復主義を採る刑法は既に数世紀前の遺物」とされており、現行刑法は、報復主義すなわち応報刑論を廃し目的刑論を採っていることがわかる。しかも、そこにいう目的は、「社会団体の秩序を維持する」こととされており、それゆえに、「秩序維持に必要な限度以外に犯人に痛苦を与えんとするに在らず……秩序の維持上罰せざる可からざる犯人のみを罰する」としているのである。その上で、提案理由では、初犯の短期囚は「一時の欲情に誘惑せられて」罪を犯すものであり、短期の自由刑を執行しても秩序維持²³⁾に何等の効果もなく、かえって犯行を為す習性を助長するだけであり、また常習犯から犯行の手口の指導を受けることによって犯行が巧妙になると述べている²⁴⁾。「悪風感染」などによる短期自由刑の弊害除去がその理由であったとわかる説明である。

リスト流の刑法理論への転換は、まさにこのような立法政策をバックアップするためであったと考えられる。

23) おそらく、ここにいう秩序維持は、現実に犯人や社会の人々の犯行を防止するという意味ではなく、当該社会において「罪を犯してはならない」とする行為規範が大筋で維持できていることをいうのだと思われる。

24) 「刑法改正政府提案理由書」倉富勇三郎ほか監修、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』(信山社、1990年)2135頁参照。

(2) 「保安処分」のない「段階的体系」

もっとも、リストのもう一つの主張、つまり危険な常習犯罪人に対する「無害化」のための予防刑ないし「保安処分」は、現行刑法の受け入れるところとならなかった。その理由は、財政難のゆえに、明治政府に公立の精神施設を作る余裕がなかったことにある。事実、明治35年の第16回帝国議会までは、刑法草案の中に精神障害者に対する「監置の処分」が規定されていたが、これが明治39年の草案では削除されている²⁵⁾。これにより、日本の現行刑法は、「刑罰」と「保安処分」との双方を法効果とする「二元主義」を採らないまま、リスト流の「段階的体系」を採用する方向に進むこととなった。

とはいえ、実際には、没収・追徴という付加刑は、将来の犯罪の危険性を除去するという保安処分的な意味で用いられることがある。たとえば、覚せい剤を麻薬であるコカインと誤認して所持した事案につき、最決昭和61・6・9刑集40巻4号269頁は、被告人に法定刑の軽い麻薬所持罪を認めつつ、所持していた覚せい剤の没収については、「この行為は、客観的には覚せい剤取締法41条の2第1項1号、14条1項に当たるのであるし、このような薬物の没収が目的物から生ずる社会的危険を防止するという保安処分的性格を有することをも考慮」して、覚せい剤取締法の規定を適用している。ここには「責任なき違法」を認める実益が認められている。

(3) 「構成要件」論の導入

もっとも、ベーリンクの重視した特別構成要件を出発点とする「構成要件」論が日本に導入されるのは、昭和3（1928）年を待たなければならない。

特別構成要件を犯罪体系の基礎に置くベーリンクの「段階的体系」は、

25) 以上の点につき、浅田和茂『限定責任能力の研究 下巻』（成文堂、1999年）41頁以下、51頁以下参照。

小野清一郎²⁶⁾と瀧川幸辰²⁷⁾によって、ほぼ同時に日本に持ち込まれた。しかし、小野と瀧川とでは、その主張する構成要件には微妙な相違があった。端的に言えば、小野は、パーリンクの見解を紹介しつつもこれに満足せず、構成要件を「違法・有責な行為の類型」とする独自の構成要件論(=「違法・有責類型説」)を唱えたのである²⁸⁾。その際、小野は、構成要件を、単なる実体刑法上の概念にとどめず、刑事訴訟法にいう「罪となるべき事実」を意味するものとした。その結果、パーリンクや瀧川では構成要件に属さないものとされた故意および過失が、構成要件の要素とされることになった。さらに、小野は、違法性阻却事由や責任阻却事由を「消極的構成要件(要素)」と解することもできるとする²⁹⁾などして、構成要件の中に犯罪成立の一般的要件をすべて盛り込む傾向を示していた。その結果、小野の主張する構成要件は、「一般構成要件」に近いものとなったのである³⁰⁾。

(4) 日本的「段階的体系」の問題点

小野の構成要件論は、その後、若干の修正は伴いつつも、団藤重光、大塚仁などの刑法学者に受け継がれて通説化した³¹⁾。しかし、「構成要件」を刑訴法上の「罪となるべき事実」(刑訴法335条1項：有罪の言渡をするに

26) 1928年の論文「構成要件充足の理論」小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(有斐閣、1953年)195頁以下所収。

27) 瀧川幸辰『刑法総論』(日本評論社、1929年：団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集第1巻』(世界思想社、1981年)より引用)。

28) これに対し、瀧川は、パーリンクの見解に比較的忠実に従った「違法類型説」を主張した。

29) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』27頁参照。

30) 平野龍一は、それを指摘して、「小野博士の構成要件論は、実は構成要件崩壊の理論だといってよい」と評している。平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』(有斐閣、1981年)25頁。

31) 最近では、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)43頁も、「構成要件を違法・責任類型として理解し、故意・過失も責任類型としての構成要件に含める」という見解に従っている。

は、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない。）と同視することには無理があった。というのも、事前収賄罪（刑法197条2項）における「公務員となったとき」のような「客観的処罰条件」は、「罪となるべき事実」に属するけれども「構成要件」の要素ではないからである。もしも、「公務員となったとき」も「構成要件」の要素であったなら、公職の候補者が事前に賄賂を受け取ったことを知りながらこの人物に投票して当選させた人物は、事前収賄罪の成立に手を貸したことになるので、同罪の共犯として処罰されるべきことになってしまうであろう。

加えて、「誤想防衛」や「間接正犯と教唆犯とにまたがる錯誤」の処理にも問題を生じる。「誤想防衛」の場合には、いったん、傷害罪や殺人罪の故意があるのでこれらの罪の「構成要件」該当性が認められるとしておきながら、正当防衛に当たる事実しか認識していないことを理由に、すでに認められたはずの故意が阻却されるという矛盾が生じる。

これを修正し、故意を「構成要件の故意」と「責任故意」に分けた団藤重光の体系も、「構成要件の故意」によっていったん故意犯の「構成要件」に該当するとされた行為が、「誤想防衛」を理由に「責任故意」を否定されるだけでなく、誤想したことに過失があれば過失犯が成立するという。これによって、この体系は、「構成要件の故意・過失」による故意犯と過失犯との区別を不可能にするのである。

加えて、「毒入り牛乳を飲ませて被害者を殺せ」と教唆したつもりが、単に被害者に普通の牛乳を飲ませろと聞いてしまった直接行為者の誤解によって故意が生じず、しかも毒入り牛乳で被害者を死亡させてしまったという「間接正犯と教唆犯とにまたがる錯誤」の場合には、通説は背後者に殺人罪の教唆犯を認める。しかし、この教唆犯は正犯の故意を前提にしない。つまり、ここでは、「構成要件の故意」すらないために故意犯の「構成要件」に該当しない行為に対しても、故意犯の教唆犯が成立することになってしまうのである。この結論は、教唆・幫助の処罰には最低限度でも正犯の「構成要件」該当行為が必要だとする「共犯の要素従属性」の要請

を全く無視するものである。

これらの議論の混乱は、すべて、刑法上の「構成要件」と刑訴法上の「罪となるべき事実」を混同したことに由来する。

(5) ドイツの「段階的体系」の問題点

類似の問題は、ドイツでも生じている。もっとも、その解決策は、日本よりも明快である。まず、「誤想防衛」については、故意を「構成要件の故意」に限定する「厳格故意説」に立ちつつ、「誤想防衛」では故意犯の不法性はないとして法効果の段階で過失犯の規定を類推する「法効果指示説」や、故意には違法な構成要件該当行為をする意思を要するとする「制限責任説」に立ち故意を「違法性」の段階の後に検討する見解などが主張されている。

「間接正犯と教唆犯とにまたがる錯誤」については、ドイツ刑法の教唆犯・従犯の規定には明文で正犯の故意を要すると書いてしまっているもので、これらの共犯の成立は諦めるのである。もっとも、この結論に不満のある刑法学者は、端的に、共犯規定の改正を主張している（ロクシンなど）。

つまり、いずれの場合も、故意犯の成否を「構成要件」段階に位置づけないで、「責任」段階まで総合して問題の解決を図ろうとしているのである。ゆえに、日本の通説の結論を説明するためには、古典的な体系に戻って、故意と過失を「責任」の段階に位置づけ、かつ、「要素従属性」に関しては正犯の「責任」は不要とする「制限従属形式」を採用することもまた適切な選択肢となる。

6. 犯罪体系を論じる意味

(1) 刑法上の「構成要件」と刑訴法上の「罪となるべき事実」

このように述べると、中には、①殺人罪の「構成要件」と傷害致死罪

や過失致死罪の「構成要件」は同じなのとか、② そうすると「責任」の段階に至って初めて故意を検討することになるので、それまでは、判決理由などに「殺人罪、傷害致死罪、過失致死罪共通の構成要件に該当する」と書かなければならないのかという疑問を抱く人も出てくるであろう。

しかし、これもまた、刑法上の「構成要件」と刑訴法上の「罪となるべき事実」を混同したことに由来する誤解である。そもそも、事案からみて違法性や責任の阻却事由が問題にならないことが明らかな場合には、「構成要件」の要素を認定した後すぐに故意や過失の検討に移って結論を出せばよい。なぜなら、この場合、故意や過失は刑訴法上の「罪となるべき事実」に属するからである。

また、「誤想防衛」のような違法性阻却事由に関する錯誤が問題となる場合でも、先に、故意や過失の不可欠の構成要素として、「構成要件の故意」や「構成要件の過失」を検討しておけばよいのである。ただし、それはあくまで故意・過失の必要条件にすぎないのであって、それだけで故意・過失が認定できるものではないことを忘れなければよい。

(2) 「二元主義」か「刑罰一元主義」か

言い換えれば、犯罪体系論は、刑訴法において犯罪を認定する順序を決めるためのものではないのである。認定順序の体系なら、「構成要件」「違法性」「責任」ではなくて、「罪となるべき事実」と「犯罪の成立を阻却する事情」で十分である（刑訴法335条1項、2項参照）。

むしろ、犯罪体系論が取り組むべき課題は、共犯の成立要件をどのようにすべきかや「保安処分」的な法効果を刑法に取り込むべきかといった問題であり、それを総合すれば、刑法の総則規定をどのように形成すべきかというものである。ここで、「責任なき違法」にも共犯は成立するとし、また、「責任なき違法」でも没収などの「保安処分」的な法効果は発生するとするのであれば、「段階的な体系」を採用すべきであろう。

そうではなくて、刑法はあくまで「刑罰」という法効果発生のためのルールを定める法であり、そして「刑罰」を科したり共犯を認めたりするためには行為者の「責任」が必要だとするのであれば、このような「責任刑法」には「要素の体系」のほうが相応しいかもしれない。