

特別寄稿

# 日本の犯罪体系論について<sup>1)</sup>

松 宮 孝 明

## 1. 序

本日は、「犯罪体系」をテーマとする山東大学の国際会議にご招待いただき、光栄に存じます。刑法については、日本は1200年以上前の律令の時代に中国から多くのことを学んだのですが、19世紀後半の明治維新以来、刑法については欧米の、とりわけ20世紀に入ってからドイツの圧倒的な影響下にありました。しかし、本日の国際会議のような機会を契機として、韓国を含む東アジア諸国が、刑法についても相互に交流を深めていくことができる時代となったことは、極めて喜ばしいことです。そこで、ここでは、私の目から見た日本の犯罪体系論の現状をご報告し、議論の素材を提供したいと思います。

## 2. 「犯罪の体系」を論じる意味

さて、犯罪の体系を論じる前に、それを論じる意味を確認しておかなければなりません。一言でいえば、「犯罪の体系」は刑法の総則を作り出し、そしてそれを改良していくために存在します。犯罪の一般的な構造ないし犯罪の成立要素を抽出してそれを深く分析していくという作業は、刑法に総則が存在しなければ意味をもちません。したがって、「犯罪の体系」を論じる意味を理解するためには、刑法に総則があるということの意味を知

らなければなりません。

### 3. 「総則」の意味

そこで、試みに、総則のない刑法というものを考えてみましょう。たとえば殺人罪規定の場合ですが、それが適用できるためには、まずその適用範囲を決めておかなければなりません。そこで、現在の日本刑法199条の「人を殺した者は……」という規定の後に、「前条は、日本国内において殺人罪を犯したすべての者に適用する。日本国外にある日本船舶又は日本航空機内において殺人罪を犯した者についても同様とする。」という規定を置かなければならなくなります。さらに、国民の国外犯も処罰するためには、その後、「殺人罪規定は、日本国外においてこの罪を犯した日本国民に適用する。」という規定まで設けることが必要です。これに、被害者が日本国民である場合の国外犯処罰規定（「消極的属人主義」）が続きます。続いて、外国判決の効力に関する規定、刑の変更に関する規定、死刑や無期懲役・有期懲役の定義規定、没収の定義と要件、刑の執行猶予の規定、仮釈放の要件、刑の時効期間、正当行為や正当防衛・緊急避難の場合の正当化や免責の規定、故意の定義、共犯の規定、余罪がある場合の扱い等、殺人罪ひとつに対して現在総則にあるような規定をほとんどすべて設けておかなければなりません。それが、200近くある刑法上の罪すべてについて必要とされるのです。その結果、現在の日本の刑法典は264条までしかありませんが、このように総則がない場合は、刑法の条文数は軽く5000を超えと思います。

したがって、多くの犯罪に共通する要件は総則にまとめておいて、規定を整理することは、膨大な条文に埋もれて適用罰条（「適条」）がわかりにくいという弊害を避けるのに有益なのです。同時に、それは犯罪の成立・不成立の要件を、順を追って検討していくという思考の指針にもなります。

#### 4. 可罰性阻却事由が二種類ある意味

ところが、日本では、刑法の総論において「犯罪」の体系を論ずる意味は、たとえば元東大総長の平野龍一によると、「具体的事件にまつわる多様な事情のなかから重要なものとそうでないものを選び分けることができるようになる」ことや、「理論的な体系をあらかじめつづけておく」ことによって、「裁判官は個々の事件の処理にあたって、感情や事件の特殊性にとらわれず、適正で斉一な裁判をすることができるようになる」ことに求められています<sup>2)</sup>。つまり、「犯罪論の体系は、右のような目的に役立つ限度で意味を持つ」のであり、「裁判官の思考を整理し、その判断を統制するための手段として存在する」にすぎないというのです<sup>3)</sup>。

しかし、それだけの意味なら、犯罪体系は、犯罪成立の一般的要件とその不成立の一般的理由を扱えばそれで足りるはずで。現に、現行刑法はそのような体系を採用していたようなのです。というのも、日本刑法35条以下の「犯罪の不成立及び刑の減免」の章では、「正当行為」や「正当防衛」に当たる行為にも「心神喪失」者の行為にも、単に「罰しない」という効果しか記述されていません。どうやら、これはドイツの1909年刑法予備草案と同じく、犯罪成立の積極的条件と可罰性阻却事由の二段階体系を採用したためなのでしょう。この場合には、「犯罪の体系」は、個々の犯罪の具体的な成立要素を分析的に明らかにし、同時に特別の犯罪阻却事由ないし抗弁を明確にしておくもので足りる。フランス刑法で用いられている犯罪の「物的要素」「心的要素」「法的要素」という要素の集積でもよいし、英米法で用いられている *actus reus* と *mens rea* および各種の抗弁という組み合わせでもよいはずなのです。

ところが、日本の現在の犯罪体系は、どの教科書をもみても、「行為」または「構成要件」という犯罪成立要件を扱う部分と、「違法」(厳密には「違法阻却」)および「責任」(厳密には「責任阻却」)という犯罪不成立の

理由を扱う部分とからなっています。つまり、犯罪不成立の部分は、「違法」と「責任」という二つの部分に分けられているのです。そこで、たとえば、刑法では同じく「罰しない」と書かれているにもかかわらず、「正当防衛」（日本刑法36条1項）と「心神喪失」（日本刑法39条1項）とではその意味は異なり、前者は「違法性阻却事由」とされ、後者は「責任阻却事由」とされています。

このように可罰性阻却事由が2種類ある理由は、わが国の刑法学が模範としたドイツの刑法および刑法学にあります。この点については、ドイツのクラウス・ロクシンの教科書の記述が参考になるでしょう。「犯罪体系」の意味に関し、ロクシンの説明には、日本の平野の見解と比較して、以下の点で相違がみられます。まず、ロクシンもまた体系的思考の長所として、「事案審査の簡便化」による適正で斉一な裁判の担保と思考経済を挙げます。次いで、体系的な視点によって法的に等しいものは等しく異なるものは異なって扱うことができるとします。しかし同時に、ロクシンは、注目すべきことに、体系的思考が総則規定の整備による法の単純化と裁判官による操作性の向上をもたらすことを挙げ、さらに法的素材を体系化することで個々の法規範の内在的関連性への洞察と法規範の目的論的基礎が提示され、それによって創造的な、法の発展的形が可能となるという点を挙げているのです<sup>4)</sup>。

ここに示されているのは、先ほども述べたように、犯罪論の体系化は、ひとり裁判官の思考の整理のためにあるだけでなく、むしろ新しい解釈論ないし体系論の発展を基礎に総則規定を整備することによって、より単純かつ操作性の高い使いやすい刑法を作ることに資すること、つまり立法者にも奉仕するものであるということです。

さらに、ロクシンは、次のように述べます。すなわち、たとえば、強盗に襲われた人物は正当防衛を理由に、必要であれば強盗を射殺することも許されるけれども、銃弾が無関係な第三者に当たった場合には、彼は決して正当化されず、ドイツ刑法35条の免責的緊急避難によって免責されるだ

けです。このことは、第三者は侵害者（つまり強盗犯人）と異なり、被侵害者の行為に対して正当防衛を理由に被侵害者を害してよいということを意味します。このように、正当化つまり違法性阻却事由と免責つまり責任阻却事由とを体系的に位置づけることによって、刑事政策的に満足できる、そして各事案における諸利益の多様性を考慮した決断を伴う事案処理が可能となるのです。もし我々が体系をもっていなかったなら、考えられるすべての緊急状況について、いちいち、その要件と効果を定める個別規定が必要になっていたでしょう。そうなるとおびただしい規定が必要になりますし、見渡すことができないほど膨大だけれども指導的な体系的原理を伴わない不均衡で欠陥の多い条文の塊を生み出してしまうことになるのだというのです<sup>5)</sup>。

その上で彼は、法的素材を体系化することで法の創造的な発展形成が可能になるとし、その歴史적으로よく知られている例として、ドイツ民法228条と904条の緊急避難規定を手がかりに、「法秩序の統一性」に依拠した「実質的違法性（より正確には、実質的な違法性阻却）」の考え方による「超法規的正当化的緊急避難」を認めた1927年3月11日のライヒ裁判所判決（RGSt 61, 242）を挙げ、それが判例によって「超法規的」緊急避難としてすべての生活領域に急速に拡大され、精密化された形で1975年改正ドイツ刑法34条の正当化的緊急避難の規定に結実したことを指摘します<sup>6)</sup>。かくして、「ひとつの指導的理念のもとに一連の判例を位置づけるという特殊体系的な作業が、この領域における法の発展を決定的に促進したのである<sup>7)</sup>。」とするのです。

ここには、正当化緊急避難と免責的緊急避難というふたつの可罰性阻却事由が、これに当たる行為に対する正当防衛の可否という法効果の相違を伴うものとして説明されています。要するに、可罰性阻却事由を二種類に分けるという考え方には、同じように「罰しない」とされる行為であっても、違法性阻却事由に当たる行為に対して正当防衛はできないが、責任阻却事由に当たる行為に対しては正当防衛が可能であるという一般化された

ルールが表現されているのです。

同じように、違法性阻却と責任阻却とで法効果が異なるものとしては、共犯の成否があります。教唆犯や従犯といった共犯は　さらには共同正犯も　他人による正犯行為が存在しなければ成立しません。そのような「正犯行為」について、たとえば日本刑法41条では刑事未成年とされる12歳の少年の行為に対しても共犯の成立は可能であるとして<sup>8)</sup>、共犯の成立に関し厳密な意味での責任能力は不要であると解すると（いわゆる「制限従属形式」）、これを説明する理論が必要になります。それは、共犯の成立には「正犯行為」( Tat ) は必要だが「正犯行為者」( Täter ) は不要であるという形で、「行為」( Tat ) を中心とする犯罪体系を展開するものになります。そこでは、「正犯行為」とは、ある犯罪の構成要件に該当する違法な行為であることを意味するけれども、責任要素は「行為者」の要素なので、行為者に責任能力などの責任要素が備わっていることは共犯の成立にとって必要でないという説明がなされることになります。

なお、12歳の刑事未成年者との共犯の成否については、それは刑事未成年者を利用する間接正犯となるのではないかという疑問もあるかと思えますので、ここでこの疑問に触れておきます。要するに、問題は、背後の共犯者が少年の年齢について、刑事責任を問うことができる14歳以上であると錯誤していた場合、つまり「背後者による直接行為者の責任能力の誤想」の場合に生じるのです。この場合には、背後者は少年の刑事未成年状態を知らないので、これを利用した間接正犯として処理することは不可能です。そのため、極端従属形式では、この場合、間接正犯も共犯も成立しないという「処罰の間隙」が生じることになります。「制限従属形式」による従属性の緩和は、このような「処罰の間隙」を埋めるために考案されたものです。実際、ドイツには、このような事案で背後者に間接正犯も共犯も否定した裁判例があります<sup>9)</sup>。

## 5. 「刑罰の体系」と「犯罪の体系」

ところで、現在の日本の刑法典は、刑罰権の発生とその消滅・拡張・加重という順序で、つまり刑罰を中心に作られています。刑法典第1編の総則では、第1章が「通則」、第2章が「刑」、第3章が「期間計算」、第4章が「刑の執行猶予」、第5章が「仮釈放」、第6章が「刑の時効及び刑の消滅」というタイトルです。第7章になってようやく、正当防衛や緊急避難など犯罪論総論で扱う条項を含んだ「犯罪の不成立及び刑の減免」が出てきますが、それは42条の「自首」と一緒にされています。その後は、第8章「未遂」、第9章「併合罪」と続きますが、第10章では「累犯」が規定されていて、共犯の規定はその後の第11章になってしまいます。その後に、第12章「酌量減輕」、第13章「加重減輕の方法」と続いて総則は終わります。つまり、現行日本刑法の総則は、犯罪の成立・不成立に関するルールや未遂・共犯に関するルールをも、あくまで刑の消滅ないし加重減輕という法効果の視点から規定しているのです。

しかし、刑罰権発生要件である「犯罪」の一般的ないし総論的ルールは、論理的にみて、法効果である刑罰について規定する前に定めておくべきでしょう。それも、「より単純かつ操作性の高い使いやすい刑法を作ること」を目指すべきなら、犯罪の成否に関するルールをすべて各則に委ねるべきではなく、すべての、または多くの犯罪に共通するルールは可能な限り総則に定めておくほうがよいということになります。とりわけ、先ほど触れた正当防衛の可否や共犯成立の可否に関わる違法性阻却と責任阻却に関するルールは重要です。このような理由で、ドイツおよび日本の刑法学は、可罰性阻却事由を二分する犯罪体系論を展開してきたのだといえます。

もっとも、「構成要件」を含めたこのような「三段階体系」が立法にも反映されるようになったのは、比較的最近のことです。ドイツが可罰性阻却事由を二種類に分けて「違法でない」場合と「責任がない」場合とを明

記するようになったのは、緊急避難を二種類に分けた規定をもつ1927年刑法草案のときからで、実際に改正されて施行されたのは1975年の総則からです。日本の場合はもっと遅れていて、1974年の改正刑法草案でも、可罰性阻却事由は二分されていません。かろうじて、刑罰に関する章の前に「犯罪」と「未遂犯」、「共犯」に関する章を置いたのが進歩といえる程度でしょう。

## 6. 「全構成要件の理論」と「三段階体系」

総則の「犯罪体系」に以上のような意味を持たせる場合、たとえば責任能力を犯罪の不可欠の前提とする体系は、その機能をうまく果たせないこととなります。というのも、この体系では、「犯罪」は「責任能力者の行為」に限られることになり、「犯罪」への関与を意味する共犯は、責任無能力者の違法行為、日本の少年法2条では、これを「触法行為」と呼びますが、これに対しては成立しないことになるからです。したがって、この問題を回避するために、「行為者」的要素は「行為」の前提ではない、つまり、責任能力などは刑事責任の前提ではなく、「構成要件」「違法性」「責任」から成る「三段階体系」の中の「責任」の要素にすぎないとする責任要素説が展開されることとなります。

ドイツ刑法学がこの結論にたどり着くまでには、紆余曲折がありました。1871年のドイツ帝国刑法典制定前後に有力だった「ヘーゲル学派」では、責任能力は「行為」の前提とされていました。反対に、「背後者による直接行為者の責任能力の誤想」が「処罰の間隙」を生み出すことが理解された後には、1909年刑法予備草案などで、正当防衛を含むすべての可罰性阻却事由を共犯の従属対象から除外する、今日でいう「最小従属形式」が主張されました。つまり、この時期の立法者は、可罰性阻却事由を違法性阻却事由と責任阻却事由に二分するという立法技術を、まだ知らなかったのです。ドイツの立法者がこの立法技術にたどり着いたのは、前述のように、

1927年草案のときです。

日本の現行刑法35条以下の「犯罪の不成立及び刑の減免」の章において、「正当行為」や「正当防衛」に当たる行為にも「心神喪失」者の行為にも、単に「罰しない」という効果しか記述されていない理由も、ここにあります。なぜなら、現行刑法の成立は1907年であり、この時期は、ドイツの立法者ですら、可罰性阻却事由を二分するという立法技術を知らなかったからです。

旧ソヴィエトのいわゆる「全構成要件の理論」も、私のみるところでは、ドイツの「ヘーゲル学派」体系と同じ弱点をもっているように思います。それは、犯罪成立の要素を「犯罪の客体」、「犯罪の客観的側面」、「犯罪の主体」、「犯罪の主観的側面」に分けて分析する点では、とりわけ罪名の確定(qualification)にとって優れたものですが、これらはすべて「構成要件」ないし「犯罪類型<sup>10)</sup>」に属するものであって、この体系では、正当防衛の可否や共犯の成否を左右する可罰性阻却事由の位置づけが明らかではありません。そのため、責任能力も「犯罪の主体」に属することになるとは思いますが、そうなると、「ヘーゲル学派」と同じく、責任能力のない者の違法行為に対する共犯の成立が否定されてしまいます。このような結論を回避しようとするれば、各則ないし総則に共犯の成立を認める例外的な規定を設けざるをえなくなります。しかし、それは、実質的には、「三段階体系」を前提とした制限従属形式の採用にほかならないのです。

## 7. 二元的正犯概念

もっとも、「三段階体系」の中でも、矛盾は出てきます。とりわけ問題となるのは、「故意正犯の背後の過失正犯」の成否という問題です。ドイツにあった事件ですが、被告人が自分の愛人に毒薬を渡したところ、その愛人は彼の妻を殺害するためにその毒薬を使ってしまった。しかし、毒薬を渡した被告人は、自分に別れるつもりがないという決意の強さをアピー

ルするためにそうしたのであって、まさかそれを殺人に使うとは思っていなかったという事例があります。検察官は被告人を殺人罪の幫助で起訴したのですが、ドイツライヒ裁判所は、被告人に故意が認められないことを理由にこれを否定し、代わりに過失致死罪を認めました<sup>11)</sup>。さらに、今日の日本では「管理過失」と呼ばれる事案に属しますが、ある工場経営者らが、火災が発生したときに脱出が不可能な屋根裏部屋に従業員一家を住まわせていたところ、火災によってその一家全員が焼死したという事案について、たとえこれが殺人の故意をもった者による放火であったとしても、この工場経営者らは過失致死罪の罪責を免れないと述べた判決もあります<sup>12)</sup>。

ドイツでは、これらの判例を契機として、殺人の故意の正犯が存在し、被告人らはせいぜい幫助の役割を過失で果たしたにすぎないのに、それでも過失致死罪の「正犯」となりうるのはなぜかという問題が浮上しました。というのも、それまでの犯罪体系では、故意や過失は「行為者」の要素として責任に属するものであり、殺人罪と過失致死罪とで構成要件と違法性は同じであると考えられていたからです。この場合には、故意があっても幫助にとどまる行為は、過失であっても幫助にすぎません。つまり、故意正犯の背後には結果に関する正犯としての責任は遡及しないのです（「遡及禁止論」）。しかも、ドイツでも日本でも、幫助は故意のある場合に限りて処罰されるものと考えられています。したがって、これらの事件では、被告人らはいずれも無罪とされるべきでした。

ところが、ライヒ裁判所は無罪という結論には従わず、故意正犯の背後にも過失正犯が成立すると述べたわけですから、ドイツ刑法学は大混乱に陥りました。そして、この混乱の中から出てきたのが、一方では、エバハルト・シュミットに代表される「拡張的正犯概念」であり、他方ではハンズ・ヴェルツェルに代表される「目的的行為論」、およびこれに基づく「二元的正犯概念」なのです。前者は、教唆や幫助という共犯（Teilnehmer）も本来は正犯なのであり、したがって何らかの理由で共犯が成立しないと

きは、不可罰なのではなくて、正犯として処罰されるのだと主張します。つまり、教唆や幫助の処罰が故意のある場合に限られているようにみえるのは、過失的教唆や過失的幫助を正犯として処罰する趣旨だからだということです<sup>13)</sup>。後者の目的的行為論では、そもそも、「正犯」と「共犯」の区別は「目的的行為」つまり故意の作為にしかありえないのであって、過失的な結果の惹起は、どのような態様のものであったとしても、すべて「正犯」として処罰されるのだと主張します<sup>14)</sup>。そして、後者によって初めて、ドイツ刑法学は故意を責任の要素から構成要件の要素に引き上げる体系を展開することになりました<sup>15)</sup>。

もっとも、この体系も矛盾は避けられませんでした。周知のように、戦後のドイツ刑法学では、ヴェルツェルの目的的行為論のほうが拡張的正犯概念よりも優勢でした。ところが、過失正犯について「遡及禁止」を否定するヴェルツェルのような体系では、たとえば被告人がうっかり拳銃を放置していたところ自殺願望の恋人がその拳銃で自殺してしまったという過失的自殺幫助の場合<sup>16)</sup>に、日本と異なり、ドイツでは、故意の自殺幫助も不可罰です。二元的正犯概念では過失的な自殺「幫助」だから無罪だという論理が使えなくなるのです。というのも、過失的な結果惹起は、すべて、過失の「正犯」ですから。また、このような明確な自殺意思に基づくものでなくても、被害者の無謀な行為（自己危殆化行為）によって死傷結果が発生した場合には、これに過失的に条件を与えた者は過失的な自己危殆化に対する過失的な幫助として不可罰とすべきではないかという主張が有力になってきます<sup>17)</sup>。さらには、過失犯にも共同正犯のような共犯現象を認めるべき場合があるのではないかと<sup>18)</sup>、客観的にみて犯罪を促進するという意味をもたない中立的・日常的な行為については、共犯を含めて故意犯も過失犯も成立しないのではないかと<sup>19)</sup>といった主張が続き、ドイツ刑法学は「客観的帰属論」の時代に入っていきます。そこでは、過失致死罪と殺人罪の客観的構成要件は同じであって、両者には同じように「遡及禁止」ないし「限縮的正犯概念」のルールが妥当するのだとする

見解も主張されるようになってきました<sup>20)</sup>。

今のところ、どのような「犯罪体系」が勝利を収めるのか、それはわかりません。しかし、理論史の簡単なスケッチから明らかになることは、第一に「共犯論は体系論の試金石である」(ヴェルツェル)ということであり、第二に、「『刑法体系』は『刑事法現象』によって規定された<sup>21)</sup>」ということ。つまり、「犯罪体系」は共犯論をめぐる現実の必要によって変遷するのであり、歴史と社会を超えた不動の「犯罪体系」というものは存在しないのです。

## 8. 「体系的思考」と「問題的思考」

したがって、「不動の体系」を前提にした硬直的体系的思考は危険です。たとえば、近年の多数説である責任説に従って違法性の認識は故意と無関係であるから、一般に周知されていない特別法の刑罰規定に触れることを知らなかった行為者が、違法性の錯誤つまりドイツ刑法17条にいう禁止の錯誤の回避可能性があったなら常に故意犯として、意識的に法に違反した者と同等に処罰されるというのは行き過ぎであるように思います。また、体系的硬直的思考によると、刑事政策的にみて正当化できない体系的帰結が導かれることがあります。たとえば、故意を構成要件の要素とし、正犯の故意がない場合には共犯は成立しないと決め付けることです。具体的には、共犯者が正犯者に傷害の故意があるものと誤想して関与した場合に、故意を責任要素とする体系では共犯が成立しますが、故意を構成要件に位置づける目的的行為論の体系およびそれを受け入れたドイツ刑法26条、27条では傷害罪の共犯も間接正犯も成立しないため無罪とならざるをえません。しかし、それは刑事政策的にみて妥当な結論とはいえないように思います。というのも、正犯者に故意があれば共犯者は疑いもなく共犯として処罰されるのであり、正犯者に故意がなければ背後者の関与の客観的な重要性は増しこそすれ減ることはないのに、これが突如として無罪となるの

は、体系にとらわれずに考察すれば、まったく説明のつかないことだからです<sup>22)</sup>。

もっとも、残念ながら、日本の刑法学者は、この体系的硬直性の指摘をほとんど意識していません。そこでは、たとえば、一方で、教唆犯は正犯に犯罪の故意を引き起こしたことが必要であるとされながら、他方で、正犯に故意を引き起こしたと誤想したが実は故意を生じずに結果を引き起こした場合に、「教唆犯の限度で処罰される」ことが認められてしまっているのです<sup>23)</sup>。ここでは、体系的矛盾自体が自覚されていないといわざるをえません。

しかし、硬直的な体系的思考の危険性はあるにしても、これをして「個別事案における結論の具体的妥当性が第一で体系的―貫性は二の次である」と考えるのは誤りです。むしろ、そのような主張に対しては、ロクシンのいうように、「たしかに一定の体系的な手法の欠陥は個別事案において修正されるが、それは体系の無視という犠牲を払わなければならない、それによって体系のメリットをも犠牲にすることになる<sup>24)</sup>。」と批判すべきでしょう。体系的思考の欠陥は、妥当な結論に見合った体系を模索することで克服されるべきです<sup>25)</sup>。日本では、平野龍一が、ドイツのトーマス・ヴェルテンベルガーの言葉を借りて、「体系的思考から問題的思考へ」というスローガンを唱えましたが<sup>26)</sup>、私は「問題的思考から体系的思考へ」というスローガンを提唱しています<sup>27)</sup>。その意味は、ここで述べたように、矛盾が露呈したら古い体系に拘泥するのではなくて、解決すべき問題に適した体系を作り上げるべきだということです。

残念ながら、日本の現在の刑法学は、まだ硬直的体系的思考に囚われています。そのために、犯罪体系論が立法論に反映されていません。たとえば、不真正不作為犯に関する「保障人説」に基づくドイツ刑法13条のような規定や、回避不可能な違法性の錯誤に関する不処罰規定など、学説上争いの少ない部分についてすら、総則規定を改正するという動きはないのです。これらの問題は、個別の裁判で、裁判官に委ねられた解釈によって処

理されればよいと考えられているかのようです。ましてや、1907年の現行刑法立法者が未解決にした違法性阻却事由と責任阻却事由への緊急避難の二分<sup>28)</sup>や構成的身分犯（日本刑法65条1項）と加減的身分犯（日本刑法65条2項）の間にある処断刑の不均衡の、ドイツ刑法28条1項、2項のような形での是正<sup>29)</sup>については、その意味の理解すら十分であるとはいえません。「体系的思考」と「問題的思考」の分裂を象徴するようなこのような日本刑法学の動きは、「犯罪体系」の意味を真摯に考える本国際会議の参加者には、残念ながら「反面教師」として受け止められることになるのかもしれない。

- 1) 本稿は、中国山東大学で行われた犯罪体系論をテーマとする国際シンポジウムの中で、2005年11月19日に筆者が行った報告の原稿である。
- 2) 平野龍一『刑法総論』（1972年）87頁。
- 3) 平野・前掲書87頁以下。
- 4) C. Roxin, Strafrecht AT, 3. Aufl., 1997, 7/36, S. 161.
- 5) Roxin, a. a. O., 7/34, S. 159f.
- 6) Roxin, a. a. O., 7/36, S. 160f.
- 7) Roxin, a. a. O., 7/36, S. 161. なお、この「超法規的緊急避難」と「法秩序の統一性」との関係を検討したものとして、松宮孝明「法秩序の統一性と違法阻却」立命館法学238号（1995年）75頁（同『刑事立法と犯罪体系』（2003年）123頁以下所収）。
- 8) 日本の最高裁は、2001年になってようやく、この結論を正式に認めた。最決平成13・10・25刑集55巻6号519頁。
- 9) RGSt 11, 56. 反対に、日本では、1952年に下級審判例で、このような場合に共犯規定の適用を認めたものがある。仙台高判昭和27・2・29判特25巻31頁。これは、実質的には制限従属形式を採用したものであるが、この判例は当時あまり注目されていなかった。なお、松宮『刑事立法と犯罪体系』223頁以下も参照されたい。
- 10) 日本では、とりわけ故意を構成要件の要素とすべきか否かをめぐる争いがあるので、ここでは、故意を構成要件から除外する体系のために、構成要件と故意とを併せた犯罪の積極的な成立条件を総称するものとして「犯罪類型」という言葉を用いる。
- 11) RGSt 64, 370.
- 12) RGSt 61, 318.
- 13) Eb. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für R. v. Frank, 1930, S. 106.
- 14) H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 120, 160.
- 15) 日本では、第二次世界大戦前から、故意を構成要件の要素として位置づける「構成要件の故意」という考え方が主張されていた。しかし、この体系は、「誤想防衛」の場合に故

意犯の成立を否定するその結論と矛盾するという問題を抱えていた。

- 16) これは, BGHSt 24, 342 の事案である。
- 17) 被害者の自己危殆化問題については, 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(2004年) 171頁以下を参照されたい。
- 18) 1990年の「皮革スプレー事件」判決 (BGHSt 37, 106) が, この論争の嚆矢となった。
- 19) Vgl. H. Schumann, Strafrechtliche Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986.
- 20) J. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997. 筆者も, まったく同じ考え方である。松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(2004年) 3頁以下, 43頁以下, 245頁以下, 265頁以下を参照されたい。
- 21) 松宮・前掲書41頁参照。
- 22) 松宮『刑事立法と犯罪体系』223頁以下を参照されたい。ドイツのロクシンも, まったく同じ指摘をしている。Vgl. Roxin, a. a. O., 7/42ff. S. 163f.
- 23) その代表として, 団藤重光『刑法綱要総論 (第3版)』(1990年) 429頁を挙げておこう。
- 24) Vgl. Roxin, a. a. O., 7/52, S. 168.
- 25) したがって, 正犯の故意を誤想した場合に妥当な結論を保障するためには, 故意を, 共犯の従属対象である構成要件の要素とすることはできないといわなければならない。
- 26) 平野龍一『刑法総論』(1972年)「はしがき」頁参照。
- 27) 松宮孝明『刑法総論講義 (第3版)』(2004年) 300頁を参照されたい。
- 28) 日本刑法の緊急避難規定成立過程については, 松宮『刑事立法と犯罪体系』135頁以下を参照されたい。
- 29) ドイツ刑法28条1項では, 構成的身分犯に対しては非身分者は共同正犯にはなりえず, かつ, その刑は必要的に軽減される。なお, 身分犯の共犯をめぐる議論状況については, 松宮『刑事立法と犯罪体系』265頁以下, 291頁以下を参照されたい。