

日本とドイツにおける構成要件論の異同

——小野清一郎の構成要件論を手掛かりに——

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 小野清一郎の構成要件論
- 3 解決の方向

1 問題の所在

(1) ドイツと日本との間での構成要件概念の異同

筆者は、かつて、中国・ロシアの「犯罪構成理論体系」ないし「四要件体系」と、ドイツや日本の「構成要件・違法性・責任の体系」を対比して論じたことがある¹⁾。そこでは、両者の相違は、① 刑罰法規に明文のない超法規的違法性阻却事由や超法規的責任阻却事由の余地を認めるか否か、および、② 構成要件に該当するが適法な行為に対して共犯の成立を認めず、反対に、責任ないし責任能力のない者の行為に対しては共犯の成立を認めるか否か（いわゆる「制限従属形式」）、にあると結論づけた²⁾。

この検討の際、筆者は、ドイツの犯罪体系と日本の犯罪体系を特に区別せずに論じていた。しかし、実際には、ドイツの通説的な体系と日本の通説的な体系との間には、いくつかの相違がある。本稿では、このような相

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 松宮孝明「犯罪体系を論じる意味」立命館法学335号（2011年）376頁。

2) さらに、その背後に、刑罰法規に明文のない「超法規的」阻却事由を認めることが、裁判実務の恣意的運用を招く危険が大きいと懸念されるか否か、という問題があることは、松宮・前掲立命館法学335号386頁で指摘した。

違を、とりわけ日本の通説的な構成要件概念の形成に対して最大の影響を与えた小野清一郎の構成要件論を手掛かりとして、検討したいと思う。もっとも、その前に、分析の視角となるいくつかの基本的な概念を確認しておく。

(2) 一般構成要件と特別構成要件

日本の民法709条には、不法行為と題して、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と書かれている。刑法を、これと同じように、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これに対する責任に応じた刑罰に処される。」という条文で済ませたら、どういうことになるであろうか。刑法の学習はずいぶん簡単になり、あとは、犯罪のいくつかの代表的な類型についてその成立要件を学び、また、犯罪の成立を阻却する事由、刑の種類とその量定の方法、刑法の適用範囲等について概略を学べば終わることになる。

しかし、実際の刑法は、そうはなっていない³⁾。犯罪の内容は、殺人罪や窃盗罪、強姦罪、文書偽造罪などに区別され、それに応じて、日本の刑法では、たとえば殺人罪では「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。」(刑法199条)と規定され、窃盗罪では「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」(刑法235条)と規定されている。このように、刑罰という法効果を発生させる要件が細かく類型化され、それに応じて法効果も多様に規定されているのが、刑法の特徴である。民法の不法行為の要件は、その709条で一般的に規定されているのに対し、刑法の要件は、刑法第2編

3) もっとも、かつて、ソヴィエト・ロシアには、「各別なき刑法」の草案が存在した。「クルイレンコ草案」である。その日本語による紹介として、中山 研一=上田 寛 訳・解説「クルイレンコ草案——いわゆる『各別なき刑法典』草案・1930年(1)」法律時報46巻6号(1974年)223頁、同「クルイレンコ草案——いわゆる『各別なき刑法典』草案・1930年(2)」法律時報46巻7号(1974年)98頁。

「罪」（＝刑法各則）において犯罪類型ごとに個別に（＝特別に）規定されているのである。

「構成要件」（ドイツ語で Tatbestand）という言葉は、刑法だけでなく、法律学一般では、ある法効果を生じさせる要件の総体（ないしそれに該当する事実）という意味で用いられる。現に、日本において民事訴訟法学で用いられる「要件事実」という言葉は、ドイツ語の Tatbestand を訳したものである。このような法効果発生要件の総体を「一般構成要件」という。これは、「犯罪」それ自体と同義であり⁴⁾、刑法では、刑罰効果発生要件の総体という意味で「保障構成要件」（Garantietatbestand）とも呼ばれる⁵⁾。これに対して、刑法特有の、犯罪ごとに個別化された刑罰効果発生要件を「特別構成要件」ないし「各則構成要件」という。現在、一般に「構成要件」というときは、この「特別構成要件」を意味する。

そして、このような個別化された構成要件が刑法の要件論すなわち「犯罪体系論」の第一に置かれるべきであるという見解を歴史的に初めて唱えたのが、ドイツのエルンスト・ベーリンクであり、これを日本に紹介しつつ独自に発展させたのが、小野清一郎⁶⁾と瀧川幸辰⁷⁾である。

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

4) ドイツのベーリンクは、彼が以下で述べる「特別構成要件」を端緒とした犯罪体系論を構築する以前のドイツ刑法学では、「構成要件」はこの「一般構成要件」の意味で用いられており、それは「犯罪」そのものの同義語であったと述べている。E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S.1. 加えて、この意味での構成要件には、故意、正当防衛の不存在、行為者が刑事責任年齢に達していること等、刑法総則に属するすべての要素が含まれていたとされている。E. Beling, aa.O., S.2. なお、ベーリンクの構想では、「罪体」（corpus delicti）という構成要件の刑事訴訟法的意味は考慮外であることが、明言されている。E. Beling, aa.O., S.4.

5) 町野 朔「構成要件の理論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』（日本評論社、1988年）13頁以下参照。

6) 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。

7) 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）。

あった。端的に言えば、小野は、ベ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⁸⁾。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、ベ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⁹⁾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¹⁰⁾。

(3) 同心円体系と三段階体系

町野朔は、小野の構成要件論に基づく犯罪体系を「同心円の犯罪論体系」と評する¹¹⁾。ここにいう「同心円の犯罪論体系」とは、「道義的責任」が犯罪の根本的な要素であり、その「違法な行為」はこの「道義的責任のある行為」を包含しており、さらに「構成要件該当行為」はこの「違法な行為」を包含しているという関係にある犯罪体系を意味する。そこでは、有責な行為は当然に違法な行為であり、かつ、違法な行為は当然に構

8) これに対し、瀧川は、ベ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。

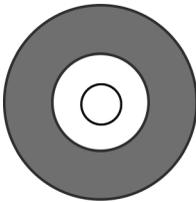
9) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』27頁参照。

10) 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。

11) 町野朔「犯罪論と刑罰論」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学3 実定法の基礎理論』(東京大学出版会、1983年)136頁。同旨、内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣、1983年)174頁。もともと、小野もまた、構成要件に該当しない違法行為の存在を、必ずしも否定するわけではない。刑法学においてそれを論ずる意義を認めないだけである。

成要件該当行為となる¹²⁾。言い換えれば、この体系では、違法だが構成要件に該当しない行為、あるいは有責だが違法でない行為というものは考えられないことになる。つまり、構成要件、違法性、責任という三つの要素は、構成要件という円の中に違法性という円が収まり、さらにその中に責任という円が収まるという意味で、「同心円的關係」に立つのである。

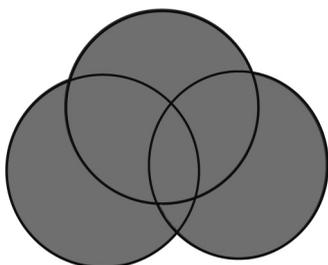
「同心円の体系」は、以下のようなイメージのものである。



これに対して、ベーリンクや、日本では佐伯千仞¹³⁾が唱えた犯罪体系では、構成要件に該当するが違法でない行為、および違法だが責任のない行為は、言うまでもなく存在すると同時に、違法だが構成要件に該当しない行為、および有責だが違法でない行為も存在する。構成要件、違法性、責任という三つの要素は、ちょうど、部分的に重なり合う三つの円のような関係に立つ。本稿では、これを、さしあたり「三段階体系」と呼ぶことにする。

12) 他方、構成要件に該当するが違法でない行為はあるし、違法だが責任のない行為もある。

13) 佐伯千仞「タートベスタント序論」同『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974年）95頁。佐伯は、それゆえ、構成要件は単なる違法類型ではなく「可罰的違法類型」とする。



(4) 訴訟法的機能と故意規制機能

すでに述べたように、小野は、構成要件を、刑事訴訟法にいう「罪となるべき事実」と同義だとする。ここにいう「罪となるべき事実」とは、日本の刑事訴訟法によれば、検察官が起訴状に記載しなければならない事実であり（刑訴法256条3項）、刑事訴訟において有罪の言渡しをする際に、証明されたものとして判決理由に示さなければならない具体的事実を意味する（刑訴法335条1項）。それは、被告人側から主張されなくても訴追側が立証しなければならない事実である¹⁴⁾。これに対して、「法律上犯罪の成立を妨げる理由」は、それが被告人側から主張されたときに限って裁判所が判断しなければならない事実であり（刑訴法335条2項）、違法性および責任の阻却事由およびその他の刑罰阻却事由を含む。

このような「罪となるべき事実」を指し示す機能を、構成要件の「訴訟法的機能」と呼ぶ。ゆえに、この中には、検察官が積極的に主張し裁判所が有罪判決の際に必ず示さなければならない故意または過失も含まれる。

これに対して、「故意規制機能」とは、故意犯において故意があったとするために必要な認識の対象を画する機能を意味する。同時に、過失犯では、過失に必要な予見可能な事実の範囲を画することになる。これは、ド

14) この意味での「訴訟法的機能」は、ヨーロッパ糾問手続において——被疑者の拷問を含む——特別糾問の要件とされた「罪体」(corpus delicti)とは異なる機能を有するものである。

イツ刑法旧59条（現16条）が、「法定の構成要件に属する事実を知らなかった者は、故意に行為するものではない。」などと規定していることに示されている。この場合は、構成要件には、故意（または過失）は含まれない。パーリンクや瀧川の構成要件は、このような「故意規制機能」を果たすものである。

(5) 小野構成要件論の通説化

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た¹⁵⁾。日本では、一時期、構成要件を違法行為の類型と解する「違法（不法）類型説」が多数説とされたこともあったが¹⁶⁾、現在では、実務家を中心に、小野流の「違法・有責類型説」が再び通説的地位を占めているようである。そこで、以下では、この小野清一郎によって提唱された構成要件論と、これに続く日本の構成要件論を、少し詳しく検討する。

2 小野清一郎の構成要件論

(1) 犯罪体系論の端緒としての「行為」と「構成要件」

パーリンク以前のドイツ刑法学、そして小野以前の日本刑法学において、犯罪体系論の冒頭に置かれていたのは、「行為」という概念であった¹⁷⁾。しかし、刑法がすでに個別化された構成要件を出発点としており、「行為」もこれに応じて特殊化すればよいのであるから、一般的な「行為」論から考え始めるのは思考の無駄である（「裸の行為論」無用論）。

他方、「行為」（Handlung）を現実の意思に基づく外界の変動と定義す

15) 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。

16) 内藤・前掲書182頁参照。

17) 今でも、不法行為法では、一般的要件の冒頭に「行為」が置かれている。

るなら(「因果的行為論」)、変動をもたらさないでおこうとする(あるいは変動すべきことを忘れた)「不作為」は「行為」に属さない。しかし、「不作為」もまた、犯罪として刑罰効果を発生させることがありうるなら、犯罪論はこのような「行為」からではなく、「不作為」をも包含しうる「所為」(Tat)ないし「構成要件」(Tatbestand)から始めたほうがよい。ベーリンクの影響下で、すでにグスタフ・ラートブルフは、そのように考えていた¹⁸⁾。犯罪論の端緒としては、「行為」は、すでに不満足なものになっていたのである。

(2) 瀧川幸辰の構成要件論

この時期にあつて、小野とほぼ同時に構成要件の理論を紹介したものに、瀧川幸辰『刑法総論』がある。そこでは、「殺人罪の構成要件は、法律上、厳密に形式化された犯罪類型¹⁹⁾」であるという一文が見られる。さらに、この理論はベーリンクおよびエム・エ・マイヤーによって大成されたもので、日本では、小野の「構成要件充足の理論」が「この問題を取扱った唯一の文献²⁰⁾」と評されている。

もっとも、瀧川は、1932年の『刑法読本』になると、構成要件を「犯罪類型と同一でもなければ、その一部分でもない。却つて犯罪類型に論理的に先行して、その方向を与える要素を示すものである。²¹⁾」とする。これは、1930年にベーリンクが『構成要件の理論』(Die Lehre vom Tatbestand)で示した考え方である。そしてそれは、1938年の『犯罪論序説』および1947年のその改訂版において、さらに詳しく紹介された。

18) 1930年の「犯罪論の体系化のために」G. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenlehre, Festgabe für Frank, Bd.I, 1930, S.158.

19) 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)238頁。

20) 瀧川・前掲書239頁以下参照。

21) 瀧川幸辰『刑法読本』(大畑書店, 1932年)団藤ほか編『瀧川幸辰刑法著作集第1巻』59頁。

(3) 小野清一郎の構成要件論概要

小野の『犯罪構成要件の理論²²⁾』には、小野の構成要件論に関する論稿がまとめられている²³⁾。本書冒頭の「犯罪構成要件の理論」は、著者の見解を集大成したものである。小野の主張の中核的内容は、小野自身による本書の「序」に、以下のように表現されている²⁴⁾。

「一 ……従来の学説は、構成要件を違法性の類型化であるとするに止まり、これを責任と対立させている。これに対して私は、構成要件は違法性の類型化であると同時に道義的責任の類型化でもあると主張しているのである。構成要件は、違法で且つ道義的に責任のある行為の類型化されたものである。この考えによると、構成要件に主観的要素が含まれていることは寧ろ当然の事理であるということになる。特別の超過主観的要素は勿論、客観的要素に相応する、いわゆる犯罪事実の認識又は意思としての犯意も亦、行為の主観面として構成要件の内容をなすものである。」

「二 構成要件は、事實的過程の類型化として記述的なものである。しかし、構成要件において捉えられた事實的過程は行為的事実である。そして、『行為』というものは、単なる自然科学的——心理的・物理的な——現象ではない。……意思の実現、意思による支配としての行為は、倫理的に道義的な、すなわち軌範的な意味に関連してのみ正しく捉えられる。構成要件において軌範的要素のあることを指摘したのはエム・エ・マイヤーであったが、私としては、ひとり構成要件に軌範的要素があるというだけでなく、凡そ構成要件というものの全体が意味的なもの、倫理的な道義的な意

22) 以下「本書」と呼ぶ。

23) 本書は、戦後に執筆された「犯罪構成要件の理論」（1～193頁）、本書で最も古い「構成要件充足の理論」（初出1928年）、「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」（初出1932年）、客観主義を鮮明にした「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」（初出1933年）、罪数論を扱い「日本法理」を鮮明に打ち出した戦中の作品「犯罪の単複と構成要件」（初出1943年）、ペーリンク以降の日独の構成要件論を振り返りつつ、その訴訟法的意義を検討した「構成要件概念の訴訟法的意義」（初出1938年）から成る。

24) 本書「序」1～3頁。なお、旧字体、旧仮名遣いは、一部現代風に改めた。

味にみちた法律上の観念形象である，ということを主張するのである。」

「三 構成要件の理論は，主として刑法総論，すなわち刑法の一般理論として考えられてきた。しかも，それは，刑法各論の『特別』構成要件をその概念的契機とすることによって刑法の総論と各論とを有機的に結合し，構成要件と違法性および道義的責任との関係を明らかにすることによって各論における構成要件の解釈に正しい指針を与えるのである。だが，構成要件概念の理論的機能は単に刑法の領域に止まらない。刑法における犯罪の構成要件は，刑事訴訟における指導形象となる。犯罪構成要件を刑事訴訟の指導形象と考えることによって，更に刑法と刑事訴訟法との有機的結合が成就されるであろう，と私は考える。」

(4) ベーリンク，マイヤーの「構成要件」論との対決

小野の構成要件論は，言うまでもなく，ベーリンクやエム・エ・マイヤーの考え方に触発されたものである。しかし，上記の引用にあるように，小野は，この両者の構成要件論とは，重要な点で異なる主張をして，両者に対決を挑んでいる。

まず，ベーリンク=マイヤーの構成要件には，およそ犯罪の主観的要素は含まれないのに対し，小野は1928年の論文から，ここに故意または過失という主観的要素が含まれるとしていた。それも，ベーリンクらが，ドイツ刑法旧59条（現16条）にある「法律上の構成要件に属する事情の存在を知らなかったときは」故意で行為するものではないという規定を根拠に，ここにいう「法律上の構成要件」を端緒として犯罪体系を構築していたこと（いわゆる「構成要件の故意規制機能」）を，半ば知りながら²⁵⁾，「ベーリング晩年の構成要件論に見られるように，殺人と傷害致死と過失致死とに共通な『指導形象』としての『法律上の』構成要件を構想するがごときは，全く無意味な概念遊戯に墮するものといわなければならない

25) 本書31頁，33頁，408頁参照。

い。²⁶⁾」とし、「私は構成要件の内容は違法で且つ責任のある行為の類型であると解するから、その中に主観的要素を含むことは当然であるとおもう²⁷⁾」と主張する。

もっとも、小野の最初の論文である「構成要件充足の理論」では、この「故意規制機能」がベーリンクらの考え方の出発点であったことは指摘されていない。単に「具体的に犯罪の構成要件として考えられる『構成要件上の』行為は、其の『意思』についても或る内容を持つものであると考えるのが寧ろ自然である。²⁸⁾」という理由が述べられているだけである。

なお、小野も、故意・過失を「原則として」構成要件の事実の全体に対する行為者の主観的態度如何によって決定されるという意味において「構成要件は故意・過失の内容を規制する。²⁹⁾」と述べる。しかし、「原則として」主観的要素を含む構成要件が、いかにして「原則として」故意規制機能を持つのか、その理由は不明である。

瀧川の『犯罪論序説』にあるように、ベーリンクは、1930年の著書では「犯罪類型」と「構成要件」を厳密に区別し、たとえば故意の対象にならない（かつ、同時のドイツの判例では過失も不要とされていた）結果的加重犯の加重結果を構成要件から追い出した。また、マイヤーは、故意（＝認識）の対象にならない主観的要素や規範的要素は、条文にあるために一見構成要件の要素のように見えるけれども（「不真正な構成要件要素」）、これらはそうではなくて違法性の要素である（「真正な違法要素」）と主張した。これは「故意規制機能」を貫いた結果であって、決して、小野の言うような「致命的修正³⁰⁾」ではない³¹⁾。もっとも、その代わりに、ベー

26) 本書31頁。

27) 本書31頁以下。

28) 本書233頁。

29) 本書438頁。

30) 本書408頁。

31) 瀧川『犯罪論序説』は、比較的若くして死んだマイヤーの後を受けて構成要件論をさらに深めたのが、ベーリンクの『構成要件の理論』であると評している。団藤ほか編『瀧

リンクは、構成要件を「犯罪類型」と同視する考え方を捨てたのである。これに対して、小野は、故意・過失も含めた「犯罪類型」という考え方を突き進もうとしたものと考えられる。

(5) 構成要件と違法性・責任との関係

また、小野は、メツガーやザウアーに代表される「新構成要件論」にも与しない。メツガーやザウアーは特殊な主観的構成要件要素や故意の対象となる規範的構成要件要素を認めるにも関わらず、そうなのである。小野は、メツガーに対して、「違法性一般と類型的違法性、又は構成要件的違法（不法）とを意識的または無意識的に混同している³²⁾」と批判する。

しかし、実はメツガーは、違法性阻却事由を消極的構成要件要素としてはいない³³⁾。そうではなくて、マイヤーが「故意規制機能」に固執し、故意の対象にならない主観的要素は、それが不法を積極的に根拠づけるものであったとしても、構成要件の要素ではなく、違法性の要素であるとしたことを批判して、それでは違法性の段階が違法性阻却事由の有無の確認で済まなくなってしまう、すなわち「構成要件の違法性推定機能」が消失してしまうと主張しているのである。ゆえに、構成要件が「違法性推定機能」を持つべきであるなら、それは「主観的違法要素」を含まなければならない。これが、「違法性の存在根拠」という言葉の意味なのである。

このように、構成要件の「故意規制機能」を堅持するか、それとも「違法性推定機能」を優先させるかという問題は、1930年ごろのドイツ刑法学にとって切実な論争点であった。ペーリンクは、主観的違法要素を認めず、これをすべて責任要素とすることで両機能の調和を試みた³⁴⁾。マイ

↘川幸辰刑法著作集第2巻』（世界思想社、1981年）63頁。

32) 本書43頁。

33) 実際、メツガーは次のように述べている。すなわち、「これ（＝違法性阻却事由）が構成要件を阻却するかのように誤解されてはならず、むしろ、それはその違法性を除去するだけなのだ」と。Mezger/Blei, Strafrecht I. Ein Studienbuch, 11. Aufl., 1965, S.111f.

34) それが、ペーリンクの1930年の著書の狙いである。なお、一般には、ペーリンクはメ

ヤーは、主観的違法要素を認めつつこれを構成要件に入れないことで、「違法性推定機能」よりも「故意規制機能」を優先させた。そしてメツガー、ザウアーらは、主観的違法要素を認め、かつ「故意規制機能」よりも「違法性推定機能」を優先させたために、構成要件概念をドイツ刑法旧59条から切り離すという「新構成要件論」に至ったのである。

しかし、主観的構成要件要素は——違法・有責類型としての——構成要件に当然存在するとする小野にとっては、それが違法（不法）要素であるか責任要素であるかは大きな関心事ではない。ゆえに、「この問題は実際的にはあまり重要でなく、「違法性及び道義的責任の判断は、もともと一つの倫理的評価の理論的分析にはかならないのであって、事実上いつも結合しているばかりでなく、理論的にもそれは構成要件において重なり合うものである」とされる³⁵⁾。せいぜい、表現犯について、その主観的要素が違法性に属するとされるのみである。結局、小野の構成要件は、「故意規制機能」も「違法性推定機能」も果たしていない。

(6) 不作為の扱い

「行為」(Handlung) に不作為が含まれるか、とくに「不真正不作為犯」をどう説明するかという、これも当時のドイツ刑法における大きな問題だったものについても、小野の説明はあっさりしている。行為は「意思の客観化³⁶⁾」であるとされる。他方で、竹田直平の見解（一種の「消極的行為概念」）を引用して「軌範による意思支配の可能なもの³⁷⁾」という。

しかし、問題は、ここにいう「意思」が、現実の意思を言うのか、それとも仮定的な意思、すなわち「結果を避けようとして決意していれば」という

↘ 「違法性推定機能」を認めない見解だと思われているが、それは、「構成要件該当性によって違法性阻却事由の不存在まで推定されるわけではない」という意味であり、違法性段階で積極的に行為の違法性を根拠づけなければならないと述べているわけではない。

35) 本書44頁参照。

36) 本書50頁、60頁。

37) 本書63頁。

現実とは異なる意思を意味するのか、その点が判然としないということにある。いわゆる「因果的行為論」は、現実の意思を原因として外界が変動する場合を「行為」と考えた。「目的的行為論」は、この「意思」に「特定の目的を実現する」という内容を与えた。しかし、いずれも現実の意思を意味しているので、「忘却犯」のような過失不作為犯では、明らかにそれは存在せず、ゆえにそれは「行為」ではないことになってしまう。

そのために、ラートブルフは「行為」(Handlung)ではなく「所為」(Tat)を犯罪体系の端緒にしようとしたし、ヴェルツェル(H. Welzel)および日本の平場安治は、故意作為のみが「行為」であり、不作為と過失は「行為」でないという二元主義で犯罪体系を作ろうとした³⁸⁾。

結局、現実の意思に基づく外界の変動を構成要件の内容とする作為犯規定を不作為に適用するための説明は、小野においては達成されていない。作為犯では現実の因果関係が必要であり、かつ、不作為犯に必要な作為義務は構成要件要素ではないという前提を変えない限り、不作為が作為犯の構成要件を実現することはない。

(7) 構成要件における「因果関係」

小野は、因果関係論においては、エンギッシュを参照しつつ、「行為・結果は構成要件的な観念形象として一体のものである。その全体を行為——広義における——といってもよい(『所為』Tat というのが一層適切である)。行為と結果との分別は、あくまでも分析であって、分割であってはならない。³⁹⁾」という指摘をしている。また、「行為には結果発生の原因となる可能性、すなわち危険性がなければならないし、結果はその危険性の現実化でなければならない。⁴⁰⁾」とする。

38) しかも、故意作為犯には限縮的正犯概念が、不作為犯と過失犯には拡張的ないし統一的正犯概念が妥当するという結論を根拠づけるためには、二元主義のほうが都合がよかった。

39) 本書77頁。

40) 本書79頁。

もっとも、「原因と条件を分かつことは、……或る価値に関係した評価的判断によるものであって、自然科学的に有力かどうかの問題ではない。⁴¹⁾」とまで断言するのであれば、それは、もはや、今日の「客観的帰属論」にまで至るものであろう。同時に、マイヤーや瀧川が因果関係の無限遡求を制限するものを「責任論」と呼ぶのも、実は「帰責論」を意味していたのかもしれない。

(8) 未遂・共犯は「刑罰拡張事由」か「構成要件の修正形式」か？

小野は、未遂・共犯を「構成要件の修正形式」とする。つまり、これは「修正された構成要件」だとするのである⁴²⁾。これに対して、マイヤーや瀧川、佐伯千仞らは「刑罰拡張事由」(Strafausdehnungsgrund)だとする。ベーリンクもまた、最終的にマイヤーの見解に与しているし、今日のドイツ刑法学でも、それが一般的である。この相違は、「構成要件」をあらゆる犯罪現象形態の「類型」と考えるのか、それとも各則の「既遂類型」として、未遂や共犯の「類型」要件の導きの糸、つまり「指導形象」と考えるのかの違いにある。

たとえば、未遂における「実行の着手」は、構成要件を「既遂類型」と考える形式的客観説によるなら、単純結果犯では構成要件該当行為に「密接する」ないし「接着する」行為が開始されたときである⁴³⁾。これに対し、未遂を「修正された構成要件」と解する形式的客観説によるなら、「実行の着手」はこの構成要件に該当する行為そのものである。ドイツではフランクが、日本では小野や団藤が、この見解の代表者である。しかし、たとえば「人を殺そうとした」行為は199条の「人を殺した」という構成要件に該当する行為ではないし、「結果の発生を因果経過に委ねた」段階で実行行為が認められるという拡張をしても、少なくとも殺意をもつ

41) 本書73頁。

42) 本書84頁、99頁、251頁。しかも、共同正犯も。

43) 強盗罪のような結合犯では、手段たる構成要件該当行為が開始されたときである。

て拳銃の狙いをつけたという着手未遂は、これには当たらない⁴⁴⁾。また、未遂を「修正された構成要件に該当する行為」とすると、その故意が既遂構成要件に該当する事実の認識・予見を含まなければならないことを、容易に説明できなくなる。小野は、修正された構成要件も観念上その基本的構成要件に従属せざるを得ないとして、「未遂犯に於てその主観的違法要素は既遂犯に於けると同一でなければならない。⁴⁵⁾」とする。しかし、それならば、「故意規制機能」を理由に構成要件は既遂犯のそれだとするペーリンクの体系のほうが一貫している。

教唆・幫助という従属共犯についても、事情は同じである。小野は、「刑罰拡張事由」と考えると、未遂や共犯は構成要件該当性をその成立の要件としないことになって矛盾であると批判する⁴⁶⁾。しかし、それはマイヤー以降のドイツ刑法学では織り込み済みのことであって、要するに、未遂や共犯では、構成要件そのものではなく、正犯の既遂構成要件から導かれた「類型」に該当することが要件とされるにすぎない。「共犯の類型性⁴⁷⁾」というのはそういう意味、つまり構成要件から作り出された共犯の積極的・類型的成立要件という意味なのである。

(9) 構成要件と科刑上一罪

さらに、小野は、構成要件の充足回数を罪数判断の基準とする見解を提唱し、観念的競合や牽連犯という「科刑上一罪」は当然数罪であると主張する⁴⁸⁾。しかしながら、その場合には、併科主義や加重主義を取るのではなく、通常の併合罪（「実在的競合」）も含めて吸収主義を採用すべきだ

44) これは、このように実行行為を拡張するフランクの見解に対するマイヤーの批判である。M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S.352.

45) 本書436頁。

46) 本書250頁。

47) この言葉を用いるのは、たとえば前田雅英『刑法総論講義[第5版]』（東大出版，2011年）460頁以下。

48) 本書333頁以下参照。

とする⁴⁹⁾。

もともと、吸収主義を採用すれば、通常の併合罪でも、同時審判なら刑が吸収されるはずなので、一事不再理効が及ぶのではないかという問題が残る。しかし、本書では、「既判力」ないし「一事不再理効」の範囲が通常の併合罪にも及ぶことにならないかという問題があることは、意識されてはいるが⁵⁰⁾、判然としない。

なお、言うまでもなく、一罪の基準となる「構成要件」は、違法性・有責性・可罰性を備えた「一般構成要件」である。なぜなら、たとえば正当防衛に当たる構成要件該当行為は、一罪とはならないからである。

(10) 構成要件と「罪となるべき事実」

「犯罪構成要件を刑事訴訟の指導形象と考える」という先に引用した小野の見解は、「構成要件該当事実」を、刑訴法335条1項（旧刑訴法360条1項）の「罪となるべき事実」と同視することに、端的に表れている。これは、刑訴法256条3項にいう「罪となるべき事実」にも妥当し、それによって特定される「公訴事実」は、検察官が審判を請求する「犯罪事実」であり、「犯罪事実とは、犯罪構成事実であり、罪となるべき事実」であって、「それは犯罪の構成要件によって捉えられた特定の事実でなければならない。」とされる⁵¹⁾。

もともと、その場合、通説では構成要件に属しないとされる「(客観的)処罰条件」が問題となる。判例では、これもまた「罪となるべき事実」に属するからである⁵²⁾。また、この矛盾を指摘する実務家もいる⁵³⁾。小野

49) 本書403頁参照。

50) 本書367頁参照。

51) 本書151頁参照。

52) 裁判例でこれを明言するのは、たとえば大判大正6・4・19刑録23輯8巻401頁。

53) 島方武夫「罪となるべき事実（二・完）」法曹會雑誌15巻2号（1937年）53頁。最近では、渡辺直行『刑事訴訟法[第2版]』（成文堂、2013年）522頁。メツガーや佐伯の「新構成要件論」は、このような処罰条件も、行為の不法性を高める要素として構成要件に属するとするところに、その特徴があった。

は、これに対して、一方では、「其は構成要件概念の訴訟法における適用上の修正と見るべきである。⁵⁴⁾」と述べるとともに、他方では、「処罰条件を具備せる事実は之を判決理由中に示すべきではあるが、其の証拠説明を為すことは必要ない⁵⁵⁾」として、処罰条件を「罪となるべき事実」から追い出そうとしている。刑訴法44条1項(旧刑訴法49条)の「裁判には、理由を附しなければならない。」という一般原則で足りるというのである⁵⁶⁾。しかし、そうになると、処罰条件は「罪となるべき事実」でもなければ「法律上犯罪の成立を妨げる理由又は刑の加重減免の理由」(刑訴法335条2項)でもないという、奇妙なことになってしまう。

(1) 誤想防衛の扱い

小野の構成要件論では、故意はすでに構成要件の要素である。ゆえに、被告人による誤想防衛の主張は、刑訴法335条1項(旧刑訴法360条1項)にいう「罪となるべき事実」の否認であり、同条2項にいう「法律上犯罪の成立を妨げる理由」の主張に該当しないということになりそうである⁵⁷⁾。しかし、小野は、これに異を唱える。すなわち「故意という道義的責任の判断は不可分なものであること勿論であるが、その判断を阻却すべき法律的原由の存する限り、其の判断は成立していないのであるから、其は法律上犯罪の成立を阻却すべき原由と考えるべき⁵⁸⁾」であるとするのである。このように、誤想防衛のような違法性阻却事由に該当する事実の誤想につき、これを一種の阻却事由とする構成は、団藤により、後に「構成要件の故意」と「責任故意」の二分説として体系化された⁵⁹⁾。小野

54) 本書433頁。

55) 本書453頁。

56) しかも、「自由な証明」で足りるとする。本書175頁参照。

57) 大判昭和2・12・12刑集6巻525頁。

58) 本書465頁。

59) 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社、1990年)134頁以下参照。最近の佐伯仁志・前掲書40頁以下も、同じように故意を二分する。

には、その萌芽が見られるのである。

しかし、注意深く見ると、これは苦しい説明である。周知のように、誤想防衛は、通説によれば、ただちに犯罪の成立を阻却するものではなく、誤想につき過失があり、かつ対応する過失犯処罰規定があれば、過失犯としてなお処罰可能である。ゆえに、誤想防衛を「犯罪の成立を阻却すべき理由」とするのは、いかにしても無理である。また、「故意という道義的責任の判断は不可分」というのであれば、それを二分すること自体が、矛盾であると言えよう。加えて、この場合、故意犯の構成要件に該当する行為でも過失犯となることがありうるのであるから、構成要件の——故意犯・過失犯を分けるという意味での——「犯罪個別化機能」も、十分には果たされていない⁶⁰⁾。なお、このような矛盾を、俗に「ブーメラン現象」と呼ぶ。

3 解決の方向

(1) 小野流構成要件論の果たす機能

以上の検討から明らかなように、小野が本書で展開した構成要件論は、ペーリンクらが重視した「故意規制機能」を持たず、メツガーらの「新構成要件論」が重視した「違法性推定機能」も十分には果たさない。また、その主張にもかかわらず、刑訴法にいう「罪となるべき事実」とも一致しないし、挙証責任の分配や「厳格な証明」の範囲を定める機能——総じて「訴訟法的機能」——も持たない。また、誤想防衛の処理から明らかなように、故意の体系的な位置づけに成功せず、かつ、「犯罪個別化機能」も果たさない。

もちろん、構成要件から始まる犯罪体系論を基礎づけたものとして、日本刑法学に対するその貢献は極めて大きかったのであるが、その構成要件に期待される機能をどのような概念が果たすべきかという問題は、総じ

60) 佐伯仁志・前掲書41頁は、この問題を見過ごしている。

て、「残された課題」なのである。以下、その方向を簡単に示してみよう。

(2) 故意規制機能は何が果たすのか？

ベーリンクらが重視した「故意規制機能」については、今日のドイツ刑法学において「錯誤構成要件」(Irrtumstatbestand) という考え方が示されている⁶¹⁾。構成要件要素のうち、故意の対象となる客観的な要素のみを集めたものである。これは、ベーリンクの言う「指導形象」としての構成要件である⁶²⁾。

(3) 「ブーメラン現象」の扱い

誤想防衛等の処理で生じる「ブーメラン現象」については、いわゆる「厳格責任説」を採用してこの錯誤を故意の外で処理するか⁶³⁾、あるいは、端的に、故意は構成要件外の責任の要素であり、構成要件該当事実の認識(「構成要件の故意」)は、その一部分にすぎないとするかのいずれかであろう。教唆犯と故意のない道具を利用する間接正犯とにまたがる錯誤を教唆犯で処理する、つまり、故意のない者に対する教唆犯を認める⁶⁴⁾のであれば、教唆の従属性の対象から故意を除く必要があるので、故意全体を構成要件から排除する後者の見解が優れているように思われる。

(4) 構成要件は「不法類型」か「違法・有责類型」か？

また、構成要件実現自体が(心理的)責任(つまり、責任そのものとしての故意・過失)を含むのか、それとも構成要件実現(故意・過失を入れる見解を含めて)に対する非難可能性が責任かという、「心理的責任論」

61) C. Roxin, Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl. 2006, 10/5.

62) 町野・前掲 6 頁参照。

63) 故意はあるとしつつ故意不法を否定する「法効果指示的責任説」というものもある。
G. Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl., 1991, 11/58; 中森義彦「錯誤論(3・完)」法学教室108号(1989年)43頁参照。

64) これは、日本の通説的な結論である。

から「規範的責任論」への発展を考慮するなら、構成要件は「不法類型」と考えておくほうがよいであろう。刑法104条が証拠隠滅罪の客体を「他人の」刑事事件に関する証拠に限っていることもまた、他人が犯人の処罰を妨害することのみを「不法類型」とするのだと考えればよい（「規範の保護範囲」の問題）。

(5) 「構成要件」は「訴訟法的機能」を果たしうるか？

前述のように、客観的処罰条件は「罪となるべき事実」に属しないとしつつ「裁判には理由を附すべし」という一般論で逃げられるとは思われない。他方、「新構成要件論」のように、これを構成要件の中に入れてしまうと、処罰条件が充足される前は「未遂」ということになり、未遂処罰規定があれば処罰条件がなくても処罰可能という矛盾に陥る。加えて、処罰条件の成就に貢献した者は共犯となりうることになってしまう。ゆえに、処罰条件は、「罪となるべき事実」には属するが、「構成要件」には含まれないと考えたほうがよいであろう。また、一罪の基準となる「構成要件」も、違法・有責・可罰性の判断を経たものでなければ意味がない。なぜなら、たとえば正当防衛行為の罪数は無意味だからである。それは、むしろ「一般構成要件」の仕事なのである。

ゆえに、構成要件はそのような「訴訟法的機能」を果たさない。つまり、「罪となるべき事実」と「構成要件該当事実」は別のものと考えたほうがよい⁶⁵⁾。

このように、構成要件に期待される機能をどう果たすかという点では、小野流構成要件論は「万能概念」たろうとして却ってすべてを失ったのだ

65) 鈴木茂嗣『犯罪論の基本構造』（成文堂、2012年）38頁、46頁は、「構成要件」を「罪となるべき事実」と同視するようであるが、以上の検討から明らかなように、それは無理である。すでにベーリンク以来、「構成要件」は訴訟法から切り離された実体法的概念として用いられているのである。もちろん、そこにいう「犯罪類型」も、実体法上の概念である。

と思われる。その意味で、平野龍一が「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⁶⁶⁾」と指摘するのは、決して誇張ではない。しかし、前述のように、本書は、構成要件から始まる犯罪体系論を基礎づけたものとして、日本刑法学に対するその貢献は極めて大きいものであった。残された課題をやり遂げるのは、これからの世代の仕事だと思われる⁶⁷⁾。

66) 平野『犯罪論の諸問題(上)総論』25頁。

67) その試みの一つとして、松宮「構成要件の概念とその機能」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣, 2012年) 23頁も参照されたい。