
犯罪論の諸問題(上)

総論

刑事法研究 第2巻-I

平野龍一著



有斐閣

犯罪論の諸問題(上)

総 論

刑事法研究 第2巻-I

平 野 龍 一 著



有 斐 閣

著者紹介

1920年9月29日熊本市に生まれる。

1942年 東京大学法学部法律学科卒業。

1948年 東京大学法学部助教授。

1957年 東京大学法学部教授（1981年3月退官）。

1981年4月東京大学総長。

著書：刑事訴訟法（法律学講座）（1954年 弘文堂）

刑事訴訟法（法律学全集）（1958年 有斐閣）

刑事訴訟法の基礎理論（1964年 日本評論社）

刑法の基礎（1966年 東京大学出版会）

刑事訴訟法概説（1968年 同上）

日本の犯罪学 1～4（共編）（1969～70年 同上）

刑法改正の研究 1, 2（共編）（1969～70年 同上）

刑法（総論）1, 2（1975年 有斐閣）

刑法概説（1977年 東京大学出版会）

刑事訴訟法教材（共著）（1977年 同上）

刑法教材（各論）（1980年 同上）

犯罪論の諸問題（下）（刑事法研究2巻-II）（1981年 有斐閣）

捜査と人権（刑事法研究3巻）（1981年 同上）

訴因と証拠（刑事法研究4巻）（1981年 同上）

犯罪者処遇法の諸問題（増補版）（刑事法研究6巻）（1982年 同上）



犯罪論の諸問題（上）総論 刑事法研究第2巻-I

昭和56年12月15日 初版第1刷発行

昭和58年4月10日 初版第3刷発行

定価2,300円

著者 平野 龍一

発行者 江草 忠允

東京都千代田区神田神保町2-17

発行所 株式会社 有斐閣

電話 東京 (264) 1311 (大代表)

郵便番号 101 振替口座東京 6-370 番

京都支店 606 左京区田中門前町44

印刷 株式会社 精興社 製本 株式会社 明泉堂

© 1981, 平野龍一. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取り替えます。

ISBN4-641-04059-1

はしがき

本巻に収めた論文は、主として刑法の解釈論に関するものである。二、三のものを除けば、比較的最近に書いたものが多い。それだけに、はしがきとしてとくに付け加えることはない。ただ、一つ一つの論文を書いているうちに、刑法の解釈論は、すでに論じ尽くされているように見えるが、まだ論じられていないものが多いこと、そして考えれば考えるほど、むずかしい問題が出てくることを痛感した。本書に収めた論文も試論にすぎない。

なお、かなり多くの論文にいくらか手を加えたが、いずれも読みやすくするためのもので、内容は雑誌等に発表したときと同じである。

本巻は、はじめは全一冊のものとして公刊するつもりだったが、少し厚くなりすぎるので上・下二冊に分けることにした。

昭和五六年一月三日

目次

一	構成要件という概念をめぐって	一
二	因果関係について	三
三	可罰的違法性	四
四	公労法一七条一項違反の争議行為と 郵便法七九条一項（いわゆる名古屋中郵便事件）	四
五	正当防衛における防衛の意思	五
六	過失の過剰防衛	六
七	方法の錯誤	七
八	具体的法定符合説について	七
九	過失についての覚書	九
一〇	過失犯の構造について	九

一一	旅客の整理誘導などを取り扱う駅員の注意義務	一〇五
一二	結果的加重犯について	一〇
一三	正犯と実行	一七
一四	心神耗弱と原因において自由な行為	一三八
一五	中止犯	一四三
一六	中止未遂の法的性格	一六三
	——香川達夫『中止未遂の法的性格』——	
一七	責任共犯論と因果共犯論	一六七
一八	いわゆる間接幫助の可罰性	一六八
一九	「刑法二三五条の罪」にその従犯も含まれるか	一八〇
	——常習犯と既判力の範囲——	
二〇	必要的共犯について	一八四
二一	酒酔い運転と業務上過失致死との罪数	二〇一
二二	無免許運転と酒酔い運転との罪数	二〇九
二三	無免許運転と整備不良車運転との罪数	二二三

二四	救護義務違反と報告義務違反との罪数	二四
二五	競合犯の科刑	二三
二六	没収ノート	三六

一 構成要件という概念をめぐる

構成要件という概念は、刑法解釈学の基本的な概念の一つである。現在の刑法学説の多くは、犯罪とは「構成要件に該当する違法で有責な行為である」と定義している。それにもかかわらず、この構成要件とは何かについては議論が分かれており、かなりの混乱さえ生じている。それで、次には、混乱を少なくするために、構成要件という概念について若干の検討を加え、整理を試みることにしよう。

一 一般構成要件と特別構成要件

構成要件という語は、ドイツ語のタートベシュタント (Tatbestand) という語の訳である。このタートベシュタントという語は、ドイツでは法律一般について以前から用いられてきたものであり、わが国でも以前から構成要件あるいは法律要件と訳されてきた。それは、一定の法律効果が発生するための法律上の要件をいう。刑法については、刑罰という法律効果が発生するための法律要件をいうことになる。刑罰を加えるための要件は犯罪が成立することであるから、犯罪成立の要件が犯罪構成要件だということになる。逆にいえば、構成要件に該当するということは犯罪が成立するということである。

このような意味の構成要件と区別して、犯罪成立の要件のうちの「一つの要件」として、構成要件という概念を用

いたのはベールリングである。ベールリングはこれを「特別構成要件」と呼び、犯罪成立要件である構成要件を「一般構成要件」と呼んで両者を区別した。しかし、ともに構成要件ということばで呼ばれるため、二つの概念の間に混乱をひきおこすことになったのである。

二 故意を規制する構成要件

ベールリングが構成要件という語を右のような特別構成要件という意味に用いたのは、刑法典で用いられていることばを根拠としたものであった。ドイツ刑法の旧五九条一項は、「法定の構成要件に属する事実又は刑を加重する事実の存在を知らなかったときは、この事實は帰責できない」と規定していた。そこでこの「法定の構成要件」とは何か、同条の解釈として問題になるわけである。これに反して、わが国の刑法典には、構成要件ということばは使われていない。構成要件ということばは刑法学説上の用語である。したがって、構成要件ということばにどのような内容を盛るかは、極端に言えば、このことばを使う人の自由である。わが国で、構成要件ということばの使い方にドイツよりも一段と大きな混乱があるのも、このような事情が一つの原因となっている。

ベールリングが構成要件という概念の内容を定義したとき、彼は、ドイツ刑法五九条一項により、故意があるといいうるために認識していなければならない事実は何か、という観点から出発していた。故意という主観的要素の認識の対象になるのは、客観的な事実である。したがって構成要件は客観的なものでなければならぬ。犯罪成立の要件の一つである客観的要素、しかも故意の犯罪が成立するためにその認識を必要とする要素が構成要件だということになる。したがって、主観的要素は構成要件には属しない。主観的要素をさらに認識するということは、無意味なことであり、少なくとも犯罪の成立を論ずる場合には問題にならないことだからである。また客観的要素であっても何らか

の理由で認識を必要としないと解すべき事實は、構成要件には属しない。例として出されるのは、破産犯罪である。債務者が破産を予想して自分の財産を隠したときは、破産宣告が確定した場合にはじめて犯罪が成立するが、この場合、「破産宣告の確定」という事実の認識は必要でない。これらの事實は客観的処罰条件と呼ばれる。そして、このような故意の認識の対象は何か、という観点から定義された構成要件は、「故意を規制する構成要件」と呼ばれる。逆の面からいえば、構成要件の「故意を規制する機能」と呼ぶこともできる。

三 犯罪を個別化する構成要件

ところで刑法五九条により故意の認識の対象となるのは個々の犯罪事実である。すなわち「何か」悪いことをやろうと思っただけでは、「その」犯罪についての故意があるとはいえない。したがって、構成要件も、たとえば殺人とか窃盗とかいうような、個々の犯罪に特有な要素を持つものでなければならないことになる。そこで、個々の犯罪に特有の客観的な要件を構成要件と呼ぶ、とすることもできる。これを「犯罪を個別化する構成要件」、逆の面からみて、構成要件の「犯罪を個別化する機能」と呼ぶ。

この「犯罪を個別化する構成要件」は、ほぼ「故意を規制する構成要件」と一致する。ただし、客観的処罰条件は、「故意を規制する構成要件」には属しないが、「犯罪を個別化する構成要件」には含まれることになる。「故意を規制する構成要件」と「犯罪を個別化する構成要件」とを一致させようとする人は、客観的処罰条件は、「処罰条件」にすぎず犯罪成立の要件ではないから、「犯罪」を個別化する構成要件には属しないとす。しかし、客観的処罰条件が欠けているときは、無罪の判決が言い渡されるのであって、(有罪判決をした上で)刑だけを免除するわけではないから、客観的処罰条件も犯罪成立要件の一部だといわなければならない。とくに、最近主張されているように、客観的

処罰条件についても（あるいは少なくともその一部である不真正客観的処罰条件については）、過失が必要だとすると、客観的処罰条件も（少なくとも不真正客観的処罰条件は）、犯罪成立の要件であることがはっきりしてくる。もともと、立法者は、「犯罪を個別化する構成要件」の一部については故意が必要であるが他の部分については過失で足りるという犯罪を作ってもいいわけである。したがって、「犯罪を個別化する構成要件」は、必ず「故意を規制する構成要件」と一致しなければならないわけではない。ただ、原則としては両者は一致すべきであり、一部は過失で足りるのは、わが国の刑法の三八条一項但書にあるように「特別の規定がある場合」に限られなければならないであろう。ただし、客観的処罰条件のように当該要件の性質上、「明文」がなくとも特別の規定があるものと解釈すべき場合もあるというにとどまるのである。

なお、わが国には、構成要件の犯罪を個別化する機能をもう一步徹底させて、殺人か傷害致死か過失致死かを個別化するの、構成要件であり、したがって、構成要件には、殺人・傷害の故意あるいは死亡・傷害についての過失も含む、とする見解もある。この点については後に述べることにしよう。

四 違法行為の種類

ベールリングは構成要件に該当することが犯罪成立の一つの要件とした。そしてベールリングの構成要件概念の特色は、彼が構成要件を、客観的かつ「記述的なもの」であって、主観的なものを含まないだけでなく、違法かどうかという価値判断をも含まないものとした点にある。これは、ベールリングの構成要件の概念が故意を規制する構成要件に主眼をおいたためであるが、同時に、その犯罪概念の分析方法が、客観的・記述的なもの（構成要件）、客観的・評価的なもの（違法性）、主観的なもの（責任）というように、対象そのものの持つ性質、気体・液体・固体というような

いわば自然的なカテゴリーのちがいによって分けるのが妥当であるという、形式的な分析方法、あるいは自然科学的な要素への分析という方法を採用したためでもある。それと同時に、構成要件を客観的・記述的なものだとすると、その限界が、比較的明確であり、罪刑法定主義という観点からみて、裁判官の恣意的な解釈を防止する効果が大きいと考えたためでもあると思われる。

しかし、その後、ドイツの刑法学界は、実質的・機能的な考えをするようになった。ただ犯罪とはこういうものだと分析するだけでなく、何故そういうものとするのが実質的に妥当なのか、という問が発せられるようになったのである。そこで刑法五九条一項が、構成要件に該当する事実を認識していなければ故意はないとしたのは「何故か」が問われることになる。ただ一定の事実を認識していたというだけでは、故意があるとして非難するための決め手にはならないはずである。故意があるというために認識が必要とされるのは、それが「違法な事実」だからであろう。そうだとすると、構成要件は「単なる行為の類型」ではなく「違法行為の類型」だと考えるのが妥当だということになる。このようにして、「構成要件とは違法行為の類型である」という考えが主張されるようになり、ドイツ刑法学では現在に至るまでほぼ通説となっている。この場合の構成要件は、これを「違法性を基礎づける構成要件」と呼ぶことができる。

このように考えると、主観的要素であっても、違法要素であるもの（いわゆる主観的違法要素）は構成要件に属することになり、また構成要件には規範的な要素も含みうることになる。また客観的処罰条件（少なくとも不真正客観的処罰条件と呼ばれるもの）も、それによって違法性が増大し、それが具わることによって始めて犯罪とされるのであるから、構成要件に属することになる。

このように、構成要件が違法行為の類型だとした場合、構成要件と違法性との関係はどうなるのかが問題になる。

そしてこの点に関して、いくつかの問題が提起され、また、いくつかの概念が用いられ、それをめぐって賛否の議論が展開されている。以下には、そのうちのいくつかをとりあげて検討してみることにしよう。

五 認識根拠と存在根拠

ペーリングは構成要件を違法性とは別個の犯罪成立の一つの要件としたが、しかし構成要件に該当すれば原則として違法だということは認めていた。ただ、構成要件はあくまで違法性とは別個のものであることを貫こうとした結果、構成要件は違法性の「認識根拠」にすぎず、違法性の「存在根拠」ではない、としたのであった。認識根拠、存在根拠というような概念を用いると、何か哲学的な臭いのするむずかしいことになってくるが、認識根拠だというのは、構成要件は違法性とは別個のものであるが、それにもかかわらず構成要件に該当すれば原則として違法である、ということである。しかし、構成要件が違法性とは別個のものだとすると、なぜ構成要件が違法性の認識根拠になりうるのか明らかでない。これに対して、構成要件が、違法行為の類型であるとする、構成要件に該当する行為がなされれば、その行為は原則として違法であるということになる。いいかえると構成要件は違法性の存在根拠だということになる。ただし、例外的には、正当防衛とか緊急避難とかいう事由があれば、違法でないこともある。したがって構成要件は違法性の「一応の」存在根拠だということになる。これらの例外的な事由は違法阻却事由と呼ばれる。

六 消極的構成要件

ところで、誤って違法阻却事由があると思った場合、すなわち誤想防衛や誤想避難などの場合に、生じた結果（たとえば殺人）について故意の責任を問うことができるか、という問題がおこる。ドイツで違法阻却事由の錯誤があっ

ても故意の責任を問うことができる」と主張する人（厳格責任説と呼ばれる）のなかには、その条文上の根拠を刑法五九条一項に求め、五九条一項は、「構成要件に該当する事実を認識しなかったとき」には故意がないと規定しているにすぎないから、その反対解釈として、違法阻却事由の認識・不認識は故意とは無関係であり、違法阻却事由があると誤想しても故意犯が成立する、とする者もある。そこで、これと反対の結論をとろうとする人（制限責任説と呼ばれる）のなかには、違法阻却事由を「消極的構成要件」だと考えることによって、違法阻却事由についても五九条一項の規定の適用を認めようとする者もある。

しかし消極的構成要件ということばは、ことばとしては必ずしも適当とはいえないであろう。なぜかといえば、積極的構成要件と消極的構成要件とが、対等の地位にあり、両者をあわせて構成要件がつくりあげられているという意味にとられやすいからである。例えば殺人の構成要件とは、「正当防衛でもなく、緊急避難でもなく、正当行為でもなく、人を殺した者は」という内容のものだということになる。そうだとすると、構成要件と違法阻却事由とが原則と例外という関係にあることが全く無視されてしまう。

ところで構成要件と違法阻却事由と一応別個のものだとすると、ドイツ刑法五九条一項は、構成要件に該当する事項についてしか規定していないから、違法阻却事由に該当する事実について認識が必要かどうかは、解釈に委ねられていることになる。したがって厳格責任説も条文上は不可能でないことになる。しかし実質的にみて、故意の責任を問いうるために認識を必要とする事実は何かという観点からいえば、原則的・類型的事実であるか、例外的・具体的事実であるかではなく、違法性を基礎づける事実であるかどうかが問題になるはずであるから、構成要件と違法阻却事由との間に差異を認めるべきではなく、ともに認識を必要とするといふべきであろう。この観点から見たときは、違法阻却事由は、実質上は消極的構成要件といってもいいようなものだ、ということとはできる。

この消極的構成要件という概念と区別しなければならないのは、「消極的に規定された構成要件要素」である。たとえば「検視ヲ經スシテ変死者ヲ葬リタル者」を処罰する規定では、検視を経ないという消極的な要素が構成要件の要素になっている。この場合は、規定の形式は消極的な形をとっているが、これらの要件が具わったとき、はじめて構成要件に該当することになる。したがって積極的な形で規定された構成要件要素と変りはないのである。

七 構成要件阻却

わが国には「構成要件阻却」ということばを使う人がある。しかし、このことばは適當でないとと思われる。

「違法性が阻却される」ということは「違法でない」ということである。ただ、構成要件には該当するが違法ではないという意味で「阻却」ということばが使われるだけのことである。構成要件阻却ということばを、これと同じように使うとすると、「何か」には該当するが、構成要件には該当しないということになるはずである。しかし、この場合その「何か」というものは存在しないのである。強いていえば、「一応の構成要件」には該当するが、「最終的な構成要件」には該当しない、ということになるであろう。そうだとすると犯罪とは「一応の構成要件に該当し、最終的な構成要件に該当する違法で有責な行為である」といわなければならないことになる。しかし、構成要件阻却といわれる場合は、要するに構成要件に該当しないということなのである。

構成要件阻却ということばが用いられる場合の一つは、名誉毀損に関してである。二三〇条ノ二の三項は、摘示した事実が公務員に関する事実に係るときは事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときはこれを罰しないとしている。通説はこれを違法阻却事由だとしている。これに対し、団藤博士は、構成要件阻却事由だとされる。では、とくに構成要件阻却事由とすることの意味はどこにあるであろうか。

議論は公務員に関する事実のうち、公共の利害に関係のない全く私的な事実、たとえば身体的欠陥を摘示したときも、事実の証明を許し、真実であることの証明があったときは処罰しないとすべきか、という問題をめぐって展開された。このような場合に、事実の証明を認めないとする、「公務員に関する事実」という法文の文言を縮小解釈（行為者の処罰を拡げる点では拡張解釈）することになる。違法阻却説をとると、違法性の有無は「違法であるか」という一般的あるいは実質的な原理に従って判断されるのであるから、身体的欠陥の摘示は違法であるというのであれば、右のような縮小解釈（拡張解釈）も許されることになるが、構成要件阻却だとすれば、罪刑法定主義上、右のような解釈は許されないことになる、というのである。

問題を一般化すれば、構成要件と違法阻却事由とは、解釈の原理がことなるのか、さらにいえば、罪刑法定主義は構成要件についてだけ妥当するものであって、違法阻却事由には妥当しないのかという問題だということになる。たしかに、構成要件は、違法な行為のなから、処罰すべき行為類型を切りとるものであるから、その限界は、多かれ少なかれ類型的・形式的なものでなければならず、実質的な考慮にもとづいてこれを拡大することには慎重でなければならぬ。罪刑法定主義は主として構成要件について妥当するものであることもまた疑いをいれない。これに反して違法性は、実質的なものであるから、違法阻却事由の規定がある場合にも、この実質的な原理に照して解釈すべきである。たとえば正当防衛の場合、法は「やむをえない」という要件を掲げているが、多くの学説はこれに加えて「相当性」とくに、法益のある程度の均衡が必要であるとする。これは、処罰の範囲をひろげる点では、拡張解釈であり、しかも明文の根拠のないわば超法規的な結論である。小野博士は「やむをえない」ということばのなかに、は、「必要な」という要件だけではなく、「相当な」という意味も含まれているとされるが、これは、右のように超法規的に結論を出すことを避け、法文に根拠を求めようとされたものである（もっとも盗犯等防止法では「やむをえない」と

いうことではないから、「相当性」を要求しようとすると、右のような解釈でもまかないきれない。たしかに、違法阻却の場合は、実質的な判断が重要である。そして法律に規定がなくとも、実質的に違法でない場合は違法阻却を認めることができるという点では、実質的違法論が妥当である。しかし逆に形式上、法律が違法阻却事由を認めている場合は、そう簡単に実質的に違法であるから違法阻却は認められない、とすることはできない。罪刑法定主義は違法阻却事由についても妥当するのである。他方、構成要件も、単なる類型ではなく、違法行為の類型であるから、その解釈にあたっては、実質的なもの、とくに保護しようとする法益が何であるかが重要な意味をもつ。構成要件と違法阻却事由の解釈方法のちがいは、せいぜい量的なものであって、質的なものではない。現に団藤博士も、さきに述べた名誉毀損の場合、構成要件阻却事由としながら、身体的欠陥を摘示した場合は含まれないとしておられる。そうだとすると、とくに構成要件阻却という語を用いる必要もないわけである。

構成要件阻却という概念は、刑法三五条との関連で用いられることもある。多くの学説は刑法三五条は、違法阻却事由を定めたものだとするが、団藤博士は、構成要件阻却事由をも定めたものだとされる。そして全く違法でない場合は、構成要件にもあたらないとされる。たとえば医師が盲腸の手術として患者の腹を切るのは、全く違法でないから、傷害の構成要件にもあたらない、ということになるであろう。しかしこの場合も、刑法二〇四条の傷害罪の規定の文言にはあたるが、刑法三五条によって構成要件が阻却されるわけではない。もし、刑法三五条によってはじめて構成要件にあたらぬことになるのだとすると、刑法二〇四条は、構成要件を定めたものではないことになる。せいぜい「一応の構成要件」を定めたにすぎないということになるであろう。これは、刑法各則は構成要件を定めたものだということ自体を崩してしまうことになる。

さらにいえば、構成要件には該当しない、あるいは構成要件該当性を阻却するということは、なお違法ではありう