

構成要件の価値的性格

——犯罪論における定型的思考の限界・その二——

西原春夫

犯罪論における定型的思考の限界

その一・学説史的考察（『齊藤金作先生選暦祝賀論文集』登載）

その二・構成要件の価値的性格（本誌本号登載）

はしがき

一 構成要件の記述的要素と規範的要素

二 社会的相当行為と構成要件該当性

三 不作為犯と構成要件該当性

四 過失犯と構成要件該当性

あとがき

（以下別稿）

その三・構成要件の機能

その四・刑法解釈学の特質と定型的思考

はしがき

構成要件論の祖国ドイツにおける学説の展開過程をふりかえつてみて、そこに見出されるものが実は構成要件論発

構成要件の価値的性格

展の歴史ではなく、その崩壊の歴史であつたことを感ずるのは、筆者のみであらうか。本来価値から自由なものとして把握された構成要件概念が、ますます多く価値を担い、主観的規範的兩要素をいよいよ多く包含し、従つて本来違法性から独立した機能を営むと考えられていた構成要件が、違法性との関連をいよいよ深め、遂には違法性の中に埋没してしまう歴史をみると、そこにはもはや光輝ある繁榮の姿を見出すことはできないのである。構成要件の概念がその内容を豊富にしていくことは、とりもなおさず構成要件論の繁榮、発展とみられていたわけであるが、その発展の終局に見出されるものは、実はあまりにも内容豊富で価値を担いすぎたが故に、かえつて価値の中に没入し、無内容となり、それ自体の固有の機能を失つた構成要件にほかならなかつた。ここにいたつて、構成要件論発展の歴史は、実に同時に構成要件論崩壊の歴史だつたということに気づくのである。

筆者は、ドイツ滞在中、ドイツにおけるこのような構成要件の歴史をあとづけ、『犯罪論における定型的思考の限界』と題する論文を草した。^(二)筆者としては、構成要件論のこのような展開過程が実は構成要件の概念そのものに内在する価値的性格に由来するものであり、そのかぎりにおいて、その宿命的な成行きであつたことを強く意識したのである。そこで、筆者は、本稿において、これに引き続き、現段階におけるわが国の構成要件論を対象とし、とくに構成要件該当性と違法性との関連に注目しつつ、構成要件概念の価値的性格を見きわめようと思う。構成要件論の発展が、とりもなおさずその崩壊を意味するとすれば、われわれとしては、次に登場すべき刑法学方法論の建設に従事しなければならない。本稿は、展開の現段階における構成要件論の分析から、それに対する何らかの示唆を得ようとするものである。

(一) 拙稿、犯罪論における定型的思考の限界(昭和三八年)『斎藤金作先生選慶祝賀論文集』一五九頁以下。

一 構成要件の記述的要素と規範的要素

一 構成要件は、一般に、記述的要素から成るものと規範的要素から成るものとに分かれるとされ、^(一) 記述的要素から成る構成要件については、その該当性は違法性から独立に確定しようが、規範的要素を含む構成要件については、その該当性は違法判断の援けをかりなければ確定しえないと考えられている。^(二) そして、構成要件論は、その発見のはじめにおいては、構成要件をもつばら記述的要素からのみ成ると考え、それ故にこそ、構成要件該当性に、違法性から独立した固有の犯罪要素としての地位を認めえたわけである。しかし、その後、規範的要素を含む構成要件のあることが発見されることによつて、構成要件該当性は違法性に歩み寄りはじめ、やがて、規範的要素を含む構成要件がもはや例外として扱ひえないことに気付くにいたつて、違法類型論が展開されるようになった。^(三)

構成要件が規範的要素を含むことは、今日ではまつたく例外なく認められている。住居侵入罪や逮捕・監禁罪などにおける『故なく』『不法に』という要件の性格については争いもあるが、それが一般的な違法法阻却事由を意味せず、社会生活上頻繁に行なわれるそれらの行為のうち、可罰的なものをはじめから類型的に限定するための、注意的な性格を持つものと解する点では、学説もほぼ一致している。そこで、住居侵入罪や逮捕・監禁罪の場合には、単に外形上住居侵入あるいは逮捕・監禁の行為があつただけでは構成要件該当性も違法性も確定されず、『正当な理由なく』^(四) 住居に侵入しまたは人を逮捕・監禁した場合にはじめてそれが確定する。ところで、このような『故なく』『不法に』

という要素が、外部的に決定しえない評価的な要素、つまり規範的構成要件要素であることは、いうまでもない。

また、『陵虐』『賄賂』『健康』『不敬』『猥褻』『名譽』『侮辱』『秘密』『業務妨害』『危険を生ぜしめる』などの構成要件要素についてみると、なるほど一般的にはそれぞれに一定の定義を与えることはできようが、具体的なこの行為の事実がそれらにあたるかどうかの確定は、単なる事実認識によつて一律に行ないうるものではない。つまり、これらの場合、構成要件該当性は、四囲の情況や被害者の受けとり方、行為者の意図などを斟酌し、当時における一般の国民感情に照らして個別的・具体的に決定するほかはない。いいかえれば、この行為はおよそ刑法の禁止するところであるか、という、一般的な違法性の判断をまずには、およそ構成要件該当性は確定しえないわけである。

二 それでは、以上のような規範的要素を含まない構成要件については、違法性の判断をまずにその該当性を確定することができるであろうか。答えは、否である。なるほど、記述的要素の場合には、仮にその解釈が一定になりえたとすれば、あとは単なる事実認識のみで構成要件該当性を確定することができる。その点において、規範的要素とはやはり概念上区別しうるのである。しかし、記述的要素と考えられている構成要件要素についても、実は、違法判断をはなれて構成要件該当性の確定できないものは数多い。

第一は、いわゆる社会的相当行為の場合である。たとえば死刑執行人の死刑執行(殺人)、肩叩き(暴行)、ボクシングや相撲(暴行)、争議行為としてのストライキ(威力業務妨害)などについては、現在では構成要件該当性を否定しようとする努力がみられるようになった。従来のように、構成要件に該当するが違法性が阻却される、という論理過程を経るよりは、端的に構成要件該当性がない、と考える方が自然の感覚にもかなうし、またそれなりの実質的理由も

存するからである。^(五)しかし、そのような結論を導き出すためには、構成要件該当性は行為の社会的相当性、つまり、適法性の判断を経てはじめて決定されると考えるほかはない。ところが、適法性の判断は違法性の判断の裏側であるから、この場合にも、構成要件該当性は違法性の判断を前提とせざるをえないこととなる。

第二は、不作為犯の場合である。不作為犯が成立するためには、特定の作為義務に違反することが必要であるが、その作為義務違反は、従来も認められていたように、とりもなおさず違法性の問題であり、しかも、それは、不作為犯の構成要件該当性の前提である。親が子に乳をやらず餓死させたという場合、その親の子に対する監護義務にもとづく作為義務を予定せずには、『人を殺した』かどうかを確定することはできない。かくして、記述的要素のみから成る犯罪についても、それが不作為によつて犯される場合、その構成要件該当性は、違法判断を経ずには確定することができないわけである。^(六)

三 以上のように、記述的要素のみから成る構成要件についても、社会的相当行為および不作為犯の場合には、構成要件該当性は違法判断を経てはじめて確定できるのであるが、これについては、後節で詳細に論ずることにしよう。ところで、このような社会的相当行為や不作為犯の場合を度外視しても、なおこの点については問題が残る。たとえば、車船顛覆罪における汽車・電車は、通常は記述的要素と解しうるが、はたして当該構成要件にいう汽車・電車は、日常用語的な意味におけるそれに限定されるであろうか。それとも、ガソリンカーやケーブルカーを含むものとして解すべきであろうか。あるいは、車船顛覆罪における行為の客体は制限列举的に記述されていると解すべきであろうか。それとも、それは例示的に記述されており、ガソリンカーやケーブルカーもこれに付加されていると解すべきで

あろうか。判例は、この点に関し、一二九条における汽車はガソリンカーを含むものと解した^(七)。このように、ガソリンカーが『汽車』に含まれるかどうかを別問題とすれば、学説も、ガソリンカーを一二九条の行為の客体と考える点では判例を支持し、類推解釈を許容する立場^(八)はもちろん、類推解釈一般、あるいは被告人に不利益な類推解釈のみを禁止し、拡張解釈のみを許容する見解も、^(九)だいたいにおいて、軌を一にしている。けだし、ガソリンカーは動力の点で汽車・電車と概念を異にするだけであり、軌道上を走り一時に多数の乗客を運輸する箱型の運輸機関である点では汽車・電車と性格を同じくし、その社会的機能も酷似している。従つて、刑法制定当時もしガソリンカーが存在していたならば、当然一二九条の中に規定されていたであろうと考えることには、ほとんど無理がない。このように考えてみると、記述的構成要件要素も、いわれるように裁判官の一義的な解釈によつて劃一的に確定しうるものではなく、社会生活の変遷に応じて拡張解釈される余地を含むものであり、従つて、この場合の『定型』なるものは、その文理から理解される観念像ではなく、解釈によつて拡張された、あるいは将来拡張されるであろうところの柔軟な観念像を意味するとみなければならぬ。

反対に、『定型』は文理よりも縮小解釈された観念像である場合もありうる。たとえば国家公務員法、地方公務員法は、公務員による争議行為、怠業行為を禁止しているが（国公法九八条二項、地公法三七条一項）、これに対する処罰規定を欠き、ただ争議行為、怠業行為を共謀し、そそのかし、あおり、または企てる行為のみを処罰している（国公法一一〇条一項一七号、地公法六一一条四号）。ところで、これらの処罰規定を仮にそれだけ切りはなして解釈することができる。とすれば、まさにこれらの構成要件要素に関する一般刑法的な用語例がそのまま適用されることになるであろう。

ところが、憲法や公務員法全体との関連においてこの処罰規定をみると、その許されないことが明らかに。ただし、公務員や公共企業体職員による争議行為、怠業行為などが行なわれる場合には、通常、それに先行して各職場集會が開催され、その決定にもとづいて代議員による臨時大会が開かれ、その決議（多数決）によつて争議行為などが行なわれるのであるから、もし『共謀』『企て』などの概念が通常の用語例に従つて理解されるならば、これら代議員の行動は各職場集會の決議に拘束されるものであるにもかかわらず、争議行為、怠業行為に対する刑事責任は、これら代議員（¹⁰）ら代議員全員、または少なくとも賛成投票者全員におよぶほかはないであろう。また、『あおり』の概念が通常の意味に理解されるならば、機関の決定にもとづく機関構成員たる幹部の通常の業務に属する指令、伝達、説得、懲連（¹¹）というような行為が、すべてこれにあたるといわざるをえない。そのような解釈は、公務員の争議行為、怠業行為そのものを処罰の外においた公務員法の精神と合致しないのであつて、下級審判決の中には、正面から公務員法におけるこのような処罰規定そのものを違憲とするものもあるが、その他のいくつかの下級審判決は、これを一応合憲としながら、この処罰規定の適用を狭い範囲に限定しようとしている。（¹²）これら下級審判例の努力からも明らかにならぬ、公務員法における『共謀』『そそのかし』『あおり』『企て』などは、少なくとも処罰されない争議行為、怠業行為そのものよりも道義違反の程度の高いもの、たとえば『争議行為の主体となる職員の団体の構成員以外の者が争議行為の遂行を煽動した場合』『職員の団体の決定に従わずまたは職員の団体の決定から離れて職員が争議行為の遂行を煽動した場合』あるいは『争議行為に通常随伴して行われる以上に職員が激越な煽動行為を行つた場合』（¹⁴）などに限定されなければならない。従つて、たとえば『あおり』行為にあたるかどうかという構成要件該当性の判断は、憲

法の精神から出発し、法秩序全体との関連において、まさに公務員法の禁止するあおる行為にあたるかどうかという判断でなければならないのである。

四 以上のように、記述的要素からのみ成り立っていて、その構成要件該当性が違法性から独立に一義的に確定しうるように考えられていた犯罪についても、意外に事はそのように運ばず、結局、この行為はそもそも刑法の禁止するところであるか、という違法性の判断を経ずには構成要件該当性が決定できない場合の多いことが明らかになった。このような観点からみると、記述的要素と規範的要素とは、概念上は区別しうるが、構成要件該当性の判断という点ではほとんど相違がなく、いずれの場合にも評価的な違法性の判断が必要であると考えられてくる。

(一) たとえば団藤、刑法綱要総論(昭和三二年)八一頁、大塚、刑法概説(総論)(昭和三八年)九六頁、吉川、刑法総論(昭和三八年)八四頁。なお、木村、刑法総論(昭和三四年)一四一頁が、認識的要素と意味的要素に分類するのも、同趣旨と思われる。

(二) ヴェルツェルが、閉じられた構成要件(*geschlossene Tatbestände*)と開かれた構成要件(*offene Tatbestände*)とに分けるの⁶⁶ (Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 8. Aufl., 1963, S. 75.) は同趣旨と思われる。

(三) 以上の経緯については、拙稿、犯罪論における定型的思考の限界、上掲参照。

(四) 住居侵入罪の場合には、住居権者の意思に反する場合はこれにあたり、且つこれに限られる。

(五) この点に関しては、後段第二節参照。

(六) この点に関しては、後段第三節参照。

(七) 昭和一五年八月二日大審院第二刑事部判決(大審刑集一九卷五四〇頁)。

(八) 江家、刑法(総論)(昭和三〇年)六九頁、植松、刑法概論(昭和三十一年)八頁以下、八四頁以下。

(九) 団藤、前掲四一頁、木村、前掲二六頁、大塚、前掲五八頁。

(一〇) この点につき指導的なのは、昭和三七年二月二日最高裁大法廷判決(最高刑集一六卷二号一〇七頁)である。同判決はいう『煽動とは、同条項に掲げた所為のいづれかを実行させる目的で文書若しくは図画または言動によつて、他人に対しその行為を実行する決意を生ぜしめるような、または既に生じている決意を助長させるような勢のある刺戟を与えることをいう』と(一一三頁)。

(一一) 以上については、野村平爾、労働組合運動と教唆・煽動・共謀等(昭和四〇年)法律時報三七卷二号五〇頁以下によつた。

(一二) たとえば、昭和三九年三月三〇日大阪地裁第三刑事部判決(労働法律旬報五二八号別冊)

(一三) たとえば、昭和三七年四月一八日東京地裁刑事四部判決(判例時報三〇四号四頁)、昭和三八年四月一九日東京地裁刑事二部判決(判例時報三三八号八頁)。

(一四) 前掲昭和三七年四月一八日東京地裁判決、上掲、一六頁。

二 社会的相当行為と構成要件該当性

一 以上のことは、さらに、最近いわゆる『社会的相当行為』の類型が明らかにされることによつて、いつそ明瞭になつてきた。つまり、以前の構成要件論においては、一方、違法性の本質は法益の侵害または危殆化という点に求められ、他方、構成要件は違法類型として把握されていたから、構成要件は、単に法益を侵害しまたは危殆化する行為の類型として考えられていたのである。^(一)つまり、いわゆる結果無価値が違法性を特徴づけるとともに、構成要件

の性格をも決定していたのであつた。これに反し、最近、違法性についていわゆる『行為無価値』の面が重視されるようになり、その結果、違法性は単に法益侵害または危殆化という点に尽きるものではなく、むしろ行為そのものの社会倫理違反という点に求められるようになってきた。^(二)従つて、違法類型としての構成要件も、法益を侵害しまたはこれを危殆化する行為の類型、というよりは、むしろ社会倫理的に許されない態度の類型、というように考えられるようになってきたのである。その結果、法益侵害または危殆化を伴つても社会倫理的観点から刑法上許容される行為は、本来的に構成要件該当性の外に放逐されることになり、構成要件該当性は認められるがその違法性は阻却されるような、一般の違法阻却事由に該当する行為からは區別して考えられるようになった。このような、法益の侵害または危殆化を伴つても社会倫理的観点から刑法上許容されるような行為、これが『社会的相当行為』^(三)である。

このような社会的相当行為は、しかし、いづれにせよ、以前の見解に立つても違法性の存しないものであつた。従つて以前のように一応構成要件該当性を認めた上でその推定された違法性が阻却されると考えても、最近の学説のように構成要件該当性そのものがないと考えると、結論自体にはほぼ変りがないといえる。それ故、この争いは、一見、違法性の本質を結果無価値の点にみるか行為無価値の点に求めるかの見解の相違に帰着し、実益のない議論として看過しうるようにも見受けられる。しかし、たとえばボクシングで殴りあう行為や、親の肩を叩く行為が暴行罪、医師の外科手術が傷害罪、墓地の移転が墳墓発掘罪の構成要件にそれぞれ該当し、違法性を推定されるが、ただ違法阻却事由によりその違法性が阻却されるという理論構成は、前述のように自然の感覚に合致しない。また、警察官の犯人逮捕や検証、死刑執行人の死刑執行などの法令による適法行為が、構成要件該当性を認められることによつて一

応なりとも違法性を推定されるというものも、不可解である。さらに、労働争議、とくにストライキのように、憲法において権利行為として保証されているような行為は、正当性の範囲を逸脱しないかぎり刑法上も適法とすべきことはいうまでもないが、そのような結論にいたる過程として、争議行為は構成要件に該当し従つて違法性が推定されるが、労働組合法一条二項、刑法三五条によつてその推定された違法性が阻却されると考えることも、また、適当でない。何故なら、(1)形式論理の上からいつても、憲法に保証された権利行為は、刑法上も『違法性を推定される』性格のものであつてはならないし、また、(2)実質的にみても、労働争議行為のように特殊な社会的原理に導かれる現象については、そもそも通常の、いわば市民法的原理の支配可能な現象におけると同じ可罰性の判断を加えてはならないものであるにもかかわらず、右のような思惟過程を認めると、争議行為の際にたとえ暴力団による業務妨害や侮辱、暴行などと同じ程度の行為があれば正当性の範囲を逸脱したものととしてこれに違法性の刻印を押す、というような理論構成に親しみやすい。

二 以上考察したように、法益の侵害または危殆化を伴うことがあつても、社会倫理的観点から刑法上許容される行為については、違法阻却を論ずるより以前に構成要件該当性を否定しようという見解が生じたことには、単に学説史的、あるいは理論体系的意義が存するばかりでなく、ある程度の実際の意義も見出される。ところで、わが国においてはじめてこのような問題を意識的にとりあげたのは、おそらく江家博士であろう。博士は、犯罪論体系上の問題として違法性を構成要件該当性に先行させた結果、常態的適法行為(今日の社会的相当行為)は違法性の段階ですでに犯罪概念から除外され、構成要件該当性を論ずる余地のないような体系構成をとられた。^(四)しかし、違法性を構成要

件該当性の前に論ずることの理由づけがその所説において必ずしも明らかでなく、その体系構成があまりに唐突に思えたからであろうか、当時はほとんど傾聴されることなく時代が経過した。

行為無価値を本体とする人格的違法論と結合して社会的相当行為の概念が脚光を浴びるようになったのは、ヴェルツェルの目的的行為論がわが国に紹介されはじめたところである。ヴェルツェルは、その初期の見解においては、社会的相当行為は構成要件に含まれない、という立場をとっていたが、^(五)のち説を改め、^(六)社会的相当性は慣習法的な正当化事由であつて、社会的相当行為は構成要件に該当するが、一般の違法阻却事由をまつまでもなく適法とされる、という趣旨を主張するようになった。^(七)

このようなヴェルツェルの所説に触発されて、わが国でも社会的相当行為の体系的地位が論ぜられるようになった。第一の立場は、構成要件該当性阻却説であつて、平場教授^(八)、藤木助教^(九)の認めるところである。ただし、藤木助教は、社会的相当行為が定型というものをあらかじめ予定し、この定型に該当する行為は適法性を推定され、構成要件該当性の問題を生じない、という思惟過程を経た上でこの結論に到達する。第二の見解は、団藤教授^(一〇)のところであつて、社会的相当行為は構成要件該当性を有するが、その社会的相当性の故に違法性推定機能が失われる、とす。第三の意見は、福田教授^(一一)の認めるものであつて、社会的相当性は一律に構成要件該当性を阻却するものでもなくまた違法阻却事由に属するものでもないが、その思想は違法阻却の規整原理であり、また構成要件の解釈原理としての機能を持つ、と解する。

三 さて、社会的相当行為については、どのように考えるべきであろうか。構成要件を違法類型として把握する場

合に、正当防衛、緊急避難といった、ほとんどすべての犯罪に共通な違法阻却事由を構成要件から除外することは当然としても、個々の犯罪の違法性をまさに『定型的に』決定する標識は、すべて構成要件に属するとみななければならぬであろう。(二二)

この点について参考になるのは、前出の、住居侵入や逮捕・監禁の構成要件における『故なく』『不法に』という要素である。これらの要素の性格については争いもあるが、通説の解するように注意的なものであるとしても、前述のように、それは住居侵入や逮捕・監禁それぞれに特有な正当化事由のみを示すものであつて、すべての犯罪に共通な違法阻却事由、たとえば正当防衛・緊急避難をなしうる事態の存在などは、これに含まれないと解すべきであろう。これは、各則の性格上当然といわなければならない。しかし、このように、各個の犯罪の違法性を決定する特殊な正当化事由は、これら『故なく』『不法に』などの要素を含む構成要件のみに存し、その他の構成要件には存在しないとみるべきであろうか。違法な『暴行』を特徴づけるためには、これに広く、人の身体に対する有形力の行使という定義を与えなければならぬとしても、そのような有形力行使をすべて構成要件該当行為とみることは、自然の感情に反する。たとえば、老母の肩を叩き、友人と相撲をとるとき、何人が刑法二〇八条を予想するであろうか。このような行為を構成要件該当性の外に放逐する点にこそ、構成要件を違法類型として把握する見解の学説的意義が存するのである。一方において構成要件を違法類型としてとらえ、他方において社会的相当行為を通常の違法阻却事由のある場合から区別しながら、社会的相当行為を構成要件の中に含め、ただ違法性推定機能を持たないものだとする見解は、このような意味において、妥当でない。社会的相当行為は、はじめから構成要件に含まれていないという意味において適法であると解すべきである。

ところで、社会的相当行為は構成要件該当性を有しないという結論を導くにあたって、藤木助教の説くように社会的相当行為は一定の行為定型(社会的相当行為類型)に該当するから適法性が推定されその結果構成要件該当性が失われる、という思惟過程を経由する必要があるかどうかを検討しておかなくてはならない。この点につき、藤木説に提起したい第一の疑問は、そのいわゆる『社会的相当行為の行為定型』というものがそもそも可能か、ということである。まず、それが社会倫理的に許容される行為一般を対象としたものであることになると、そのような定型は生活上のすべての適法行為を網羅せざるをえない。しかし、そのような適法行為一般は、ほとんど無限に近い種類・態様を持ち、およそ類型化などということには親しまないものといわなければならない。次に、もしそれが法益を侵害し、または法益侵害の疑いのある行為であつて社会倫理的に許容されるものの類型を意味するとすれば、そのような行為の範囲は相当限定されるけれども、それでもなお、類型化は困難である。たとえば、住居侵入、逮捕・監禁、秘密漏泄などが『故なく』『不法に』でなく行なわれた場合、それらの行為は社会的相当行為とみられるが、それらの場合をすべて網羅して類型化することがおよそ可能かどうかを一考してみれば、このことは明らかであろう。

第二に、社会的相当行為の類型化が、ちようど違法阻却事由と同じように可能であつたとしても、それが何故に構成要件の解釈問題、従つて刑法各論の任務でなく、総論の体系的問題とされるかが明らかでない。構成要件を違法類型と解し、他方違法性を社会的非相当性と解するならば、社会的相当行為が構成要件の中に含まれないのは、本来当然のことであつて、それは個々の構成要件の解釈から明らかになる。そして、それは刑法各論の任務であり、総論の問題としては、社会的相当行為に構成要件該当性を認めてはならぬ、という注意喚起程度の意味しかなく、体系的意

味はほとんどないというべきであろう。まして、そのいわゆる社会的相当行為のほとんどすべてが、通常感覚からは違法性はもちろんのこと構成要件該当性を疑われないような日常的行為であつてみれば、『社会的相当行為の定型に該当する行為は適法性を推定される』という思惟は、ますます体系的意義を失うのである。

四 以上すべてを通過してみると、いわゆる社会的相当行為は、構成要件該当性の認めらるべきものでないこと、従つて、構成要件該当性の確定を経てはじめて問題となる違法阻却事由の一種と解すべきものでもなく、また、構成要件該当性はあるが違法推定機能の失われるものでもないこと、さらに、社会的相当行為類型に該当するから適法だというような体系的論理過程を経ずに、単に構成要件の解釈としてその該当性の否定されるべきものであること、が明らかになつた。そうであれば、構成要件そのものの価値的性格は、いよいよ明瞭になつてきたわけである。

(一) 標準的なのは、Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3. Aufl., 1948, S. 162 ff. わが国では、滝川幸辰、改訂犯罪論序説(昭和二七年)八〇頁以下。

(二) 標準的なのは、Weizel, *Das deutsche Strafrecht*, 8. Aufl., 1963, S. 54 ff. わが国でも、目的的行為論を採用した平橋教授、木村教授、福田教授などばかりでなく、構成要件論に立脚する団藤教授、大塚教授、藤木助教などにも、このような傾向は見受けられる。

(三) 社会的相当行為ならし社会的相当性の概念は、サハルンソンの唱導による。Weizel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW Bd. 58, 1938 S. 517. 彼の註解のドイツ語は、Schaffstein, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, 1960, ZStW 72, S. 369 ff., Klug, *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, 1961, Festschrift für E. Schmidt, S. 249 ff.; Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, 1962, ZStW 74, S. 78 ff. ケーニヒとオスターの理論の賛

否の現状については、Hirsch, a. a. O. S. 78 Anm. 5 参照。わが國の文献としては、藤木、社会的相当行為雜考（昭和三年）警察研究二八卷一四四頁以下、同、「社会的相当行為」理論の労働刑法への適用について（昭和三五年）警察研究三一卷一五二頁以下、福田、社会的相当性（昭和三八年）刑法講座二卷一〇六頁以下。

(四) 江家、刑法（総論）（昭和三〇年）九四頁以下。

(五) Welzel, a. a. O. S. 514 ff.; Ders., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3. Aufl., 1944, S. 50 f.

(六) その変説は、彼の構成要件概念の把握の変化による。すなわち、彼は以前は構成要件を違法類型と考えていたが、のち、一種の行為類型と把握する見解に転じ、これを違法性から切りはなして、禁止された態度を対象的に記述したものと解するようになった。

(七) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 4. Aufl., 1954, S. 62; 8. Aufl., 1963, S. 76.

(八) 平場、刑法総論講義（昭和二七年）七四頁。

(九) 藤木、社会的相当行為雜考、上掲五八頁以下。

(一〇) 団藤、刑法綱要総論、一四一頁。

(一一) 福田、前掲一一四頁以下。

(一二) 福田教授は、社会的相当行為を構成要件に含ませない見解に対し、それは『構成要件の保障機能を弱めるものであり、罪刑法定主義、法治国思想の見地からみて、大いに疑問である』とはげしく批判しつつも（前掲一一四頁）、結局は、『違法行為の類型である構成要件は社会的に相当でない行為の類型』であり、『典型的に、社会的に相当な行為は、構成要件該定性を阻却するものといわなければならない』と説く（前掲一二〇頁）。これは、みづから批判した理論構成を實質的に肯定

することを意味するのではなからうか。このような逡巡は、構成要件の体系的意義についてヴェルツェルと異なる違法類型論をとりながら、ヴェルツェルと同じ社会的相当性の理論を展開しようとすることに由来するのではないかと思われる。

三 不作為犯と構成要件該当性

一 構成要件該当性と違法性との関係につき、さらに問題となるのは不作為犯である。不作為犯の場合には、身体運動そのものが刑法上違法とされるのではなく、一定の身体運動をしないことが違法とされるのであるから、ある態度が違法であるかどうかを判断するに際して、身体運動そのものの態様を検討すれば足りる作爲犯よりも、事はいつも困難である。

不作為犯の違法性を確定するに際しては、まず、行為者に刑法上の『作爲義務』が発生したかどうかを確定しなければならぬ。いわゆる純正不作為犯の場合には、作爲義務は当該構成要件に予定されているから、その確定は比較的簡単である。これに反して、いわゆる不純正不作為犯の場合には、法律は作爲義務の内容、範囲などについてまったくふれていないから、行為者に刑法上の作爲義務が発生したかどうかの確定は、容易でない。通常、それは法令、法律行為、事務管理、公序良俗にもとづいて発生するといわれており、このうちとくに最後の、公序良俗にもとづく刑法上の作爲義務については、従来ある程度の類型化が試みられているが、それはしばらく措くことにしよう。いずれにせよ、刑法上の作爲義務は道義上の作爲義務のうち刑罰をもつて強制されたものであつて、両者は同一線上に重なりあうが、ただその範囲を異にするということができるであらう。そして、その範囲の違いは、結局、義務に違反し

た者の反道義性が強度で刑罰を科するに価いかどうかという、道義的な価値判断に委ねられるほかはない。

このように、刑法上の作為義務の発生根拠が一義的でないのに加えて、その発生する条件もまた、劃一的なものとはいえない。たとえば、水中で溺れている子を親が殺意をもつて放置したという場合、その親に『救助すべき』作為義務が生ずることは、民法八二〇条(親権者の監護・教育すべき権利・義務)に照らして疑いないとしても、どのような条件のもとにそのような作為義務が生ずるかは、なお不明である。この点について考えられる第一の条件は、結果発生危険が切迫しているか、あるいは行為者の作為がなければ結果発生危険が生ずることである。前例でいえば、子が水中で溺れていて、そのまま放置すれば溺死してしまう危険が切迫していなければならない。条件の第二は、作為義務者の作為があればその結果発生危険を防止しうることである。前例でいえば、親が救助すれば溺死を免れるという情況がなくてはならない。^(二)条件の第三は、作為に出ないことにつき反規範的な心理的態度、つまり故意または過失が必要である。この場合、過失不作為が認められるかどうか、また、故意犯についても単純な故意以上の『既発の危険を利用する意思』^(三)といった主観的違法要素がさらに必要かどうかは、争いの存するところであるが、とにかく、不作為犯も犯罪である以上、少なくとも無過失の不作為は可罰性の外におかれる。

以上から明らかのように、ある特定人に作為義務が発生したかどうかを確定するためには、二重の評価が必要である。第一は、一般道義上の作為義務でなく、まさに刑法上の作為義務、つまりその違反に対し刑罰をもつてのぞむに価いするような重大な程度の作為義務が発生したかどうかの評価、第二は、情況上その特定人に対し作為義務が発生したかどうかの評価、がこれである。いずれも、刑法上の命令規範が行為者に向けられたかどうかの評価、つまり行

為者がその命令の内容たる作為に出ない場合にその態度を規範違反とみる評価、すなわち違法判断にほかならない。作為義務違反が違法性の問題であることは、ここからも明らかである。

二 以上のような、『作為義務に違反する態度』の実体は、当然、作為義務の内容をなす作為に出なかつたという、『不作为』である。ところで従来、かの作為義務違反は違法性の問題であり、この不作为のみが構成要件該当性の問題であると考えられてきたが、最近になつて、^(五)作為義務違反もまた構成要件該当性の問題であるとされるようになった。^(六)ただし、ある不作为が『殺す』という構成要件に該当するかどうかを判断するにあつては、当然、その不作为が、単なる一般道義上の作為義務でなく刑法上の作為義務に違反するところの不作为であるかどうかを確定しなければならぬ。むしろ、作為義務を予定せずには、そもそもある態度が構成要件に該当する不作为であるかどうかを決定することもできない。何故なら、不作为とは、一定の身体運動を標準としてこれに合しない態度のことをいうのであり、刑法上の不作为にあつては、標準とされる身体運動は、作為義務の内容たる作為にほかならないからである。しかし、このように作為義務違反が構成要件該当性の問題ということになると、従来の構成要件論、つまり構成要件該当性の判断は違法性の判断に論理的に先行すると考える見解にとつては、体系的な不都合が生じたことになる。構成要件論は、この点をどのように回避しようとしていようであろうか。

第一の考え方は、作為義務のある者を一種の構成要件の身分とみるものであつて、まず作為義務を、犯罪を實現させないよう保証すべき義務として把握し、そのような義務を負う者は、構成要件上、保証人たる地位を有すると解する。^(七)しかし、このような立場に立つても、保証人たる地位が一義的に明らかになるわけではなく、裁判官の違法評価

によつて確定されるべき不文の規範的構成要件要素であることに變りはない。それにもかかわらず、不作為犯の場合に構成要件該当性の判断を違法性の判断に論理的に先行させることは、およそ、無意味である。

第二の考え方は、不作為犯の場合にだけ例外的に違法性の判断を構成要件該当性の判断に先行させるものである。わが国で、団藤教授の認められるところである。^(八)このような体系は、不作為犯についてはなるほど妥当な結論を導くが、詳細に分析してみると、不作為犯の場合のみに限られるいわれはない。後述するように、過失犯における注意義務違反の場合にも、事は同様であり、さらに、いわゆる社会的相当行為の場合にも、また、その他およそ規範的構成要件要素が問題となるすべての犯罪の場合にも、違法性は構成要件該当性に論理的に先行して確定されなければならないことがわかる。従つて、不作為犯についてこのような例外を認めることは、構成要件該当性・違法性・責任という体系構成全体の破産を意味するものではなからうか。

三 刑法上の行為が作為と不作為から成り立つては、ほぼ異論がないことと思ふ。^(九)他方、各個の構成要件は一定の行為を記述しているのであつて、それが作為と不作為の両方を含むことはいうまでもない。ただ、構成要件の背後にある規範が禁令であるか命令であるかの区別により、構成要件の原則的に予定する行為態様が作為であつたり不作為であつたりする差異が生ずるのみで、この場合にも、命令が作為で犯され、禁令が不作為で犯されることを排斥するものではない。とくに禁令を内容とする構成要件は、その禁令に正面から違反する作為のみならず、特定の命令に違反することにより当該禁令に違反する不作為によつても実現される。殺人の構成要件は、本来、ナイフで胸を刺すという作為のみならず、乳児に授乳しないという不作為をも予定したものである。

不作為に構成要件該当性を認めるためには、しかし、前述のように、一般道義上の作為義務から區別された刑法上の作為義務が行為者に発生し、そして行為者がその義務に違反したという事情が認定されなければならない。ここでは、構成要件該当性は違法性そのものであつて、後者が前者に論理的時間的に先行することはありえても、前者が後者に先行することはありえない。ということは、不作為をも予定するあらゆる構成要件が、その限度において価値的な性格を有し、解釈者の価値判断を予定していることを意味するものである。

(一) たとえば、江家、不作為犯（昭和二十七年）刑事法講座一巻一六七頁以下。

(二) この場合標準となるのは一般人の能力であり、行為者個人の特殊な無能力は、『作為に出ることができたにもかかわらず出なかつた』という意味で、責任の問題となる。

(三) たとえば、不作為の放火に関し、『既発の火力を利用する意思』を要求する大正七年一月一日第三刑事部判決（大審刑録二四輯一五五八頁）、既発の『危険を利用する意思』を求める昭和十三年三月一日第三刑事部判決（大審刑集一七巻二三七頁）、『既発の火力により右建物が焼燬せられるべきことを認容する意思』を問う昭和三十三年九月九日三小廷判決（最高刑集一二巻一三三二八八二頁）。

(四) 刑法改正準備草案一一条は、不作為犯の成立につき『ことさらに』という要件をそえ、このような主観的違法要素の必要であることを明らかにした。

(五) Bebing, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 163 ff.; M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S. 199 f.

(六) 後段参照。

構成要件の価値的性格

(七) Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, Gerichtssaal Bd. 111, 1938, S. 51 ff.; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 8. Aufl., S. 184 ff. などにより展開され、わが国でも、木村、刑法総論、一九六頁、大塚、刑法概説 (総論)、一二七頁などにより採用されるようになった。

(八) 団藤、刑法綱要総論、九九頁。

(九) この点からも、行為の概念が単に物理的、因果的なものではないことがわかる。私見によれば、両者の区別は行為の社会的意義における区別であつて、刑法的価値判断以前にすでに社会生活の中で行なわれているものであると考へる。筆者の社会的な行為概念の展開は、別稿に譲る。

四 過失犯と構成要件該当性

一 構成要件該当性と違法性との関係につき、最後に問題となるのは過失犯である。前述のように、違法性の本質がもつばら結果無価値の点に、すなわち法益侵害または危殆化の点に求められていた時代には、結果惹起に対する心理的態度は責任の問題であり、違法性の判断には関係しないものと考へられていた。従つて、その時代には、過失犯の構成要件は被害法益の種類によつて分かれ、構成要件該当性は、論理的には違法性から独立に、しかも違法性の判断に先行して確定しうるものと考へられていた。

しかし、構成要件による犯罪の個別化を徹底すると、過失致死罪の構成要件は一方において故意の殺人罪から、他方において過失傷害罪から区別されなければならない。後者との関係については、侵害された法益が種類を異にする

からそれぞれ別個の構成要件に属すると考えることは可能であるが、前者との関係においては、侵害された法益は同一であるから、どこに故意の殺人と異なる過失致死の構成要件的特徴であるかを明らかにしなければならぬ。そこで、両者の相違は、まず死の結果を故意で惹起したか過失で惹起したかの点にあるということが自覚され、かくして、故意・過失は責任の問題でなく、構成要件該当性の判断の際にすでに顧慮されるべきものであるという主張が強まってきた。

ところで、このように故意・過失が構成要件の要素であることになると、構成要件を違法類型と解するかぎり、故意・過失は違法性そのものの本質にも影響を及ぼさざるをえない。つまり、形式的考察からしても、たとえば故意の殺人と過失致死とは構成要件を異にする以上、両者は性質を異にする別個の違法行為といわざるをえず、従つて両者を分かつ標識である故意・過失は違法性をも決定する要素となつてくる。また、過失犯についてこのことを実質的に考察しても、同様な結論が導かれる。すなわち、過失とは、従来客観的注意義務違反と主観的注意能力とから成るとされていた。このうち、主観的な注意能力は『結果を予見しえた』にもかかわらず予見しなかつた、という意味に於ける非難可能性の要素であり、従つて責任の領域に残りうるが、客観的注意義務違反は『結果を予見すべきであつた』にもかかわらず予見しなかつた、という無価値判断を意味するから、それはちようど不作為犯における作為義務違反と同様に、違法性の問題でなければならぬ。このようにして、過失は法益侵害と並ぶ違法性の要素と考えられることになつた。

ところが、さらに分析してみると、結果を惹起したものは行為者の故意・過失といった心理的態度ではなく、故

意・過失を担つたところの行為者の外部的態度（行為）である。何が刑法上禁止されているかといえ、故意または過失で法益侵害を若起するような態度に出ることである。このように考えてくると、違法性の本質は、単に法益侵害に尽きるものでなく、またその法益侵害が故意・過失で惹起されたことにあるのでもなく、故意の態度、または過失の態度により法益侵害を惹起することにある。このようにして、過失犯についても行為の側面が重視されるようになる、結果を惹起すべきでないのにした、という結果無価値に加えて、結果を惹起するような態度をとるべきでないのに、誤つてそのような態度に出た、という行為無価値が違法性の本質を決定するものと考えられるようになった。^(一)

二 さて、以上が現在までの学説発展の状況であるが、もちろんすべての学説がこのような主張をなしているわけではない。しかし、相当多くの有力な見解が、少なくとも構成要件該当性および違法性の判断の際に過失の有無を顧慮していることは事実であろう。^(二)そこで、このような学説の現状から出発して、過失犯の構成要件の価値的性格を論ずるのが、本節の目的である。

まず最初に検討すべきは、過失の実体である。過失の実体は、従来、不注意という概念をもつて説明されてきたが、現在では、これをさらに、注意義務違反としてとらえるのが一般である。そして、最近では、注意義務の内容をさらに分析し、結果予見義務と結果回避義務^(三)、あるいはこれに加えて『予見にもとづいて、結果を回避するために相当地な、一定の作為または不作為に動機づけを与える義務』^(四)などに分かれるものと考えられるようになった、これら注意義務の内容をなす諸義務のうちどれが違法要素に属し、どれが責任要素に属するかについては争いがあるが、その当否はひとまず措くこととし、本稿では、過失の実体が注意義務違反であるという点から出発したいと思う。^(五)

第一に問題となるのは、過失犯における注意義務違反と、不作为犯における作為義務違反とが、ともに違法性を決定する点で同性質とみられるべきかどうかである。不作为犯における作為義務違反は、以前から違法性の問題とされてきたが、このことは、違法性が行為の客観的・外部的側面に関する無価値判断であるとする点からは認められてきたものと思われる^(六)。けだし、不作为犯における作為義務は一定の身体運動に出るべき義務であり、行為の外部的側面を規制する義務だからである。このような立場に立つとき、過失犯における注意義務違反は、違法性の問題ではなく、責任の問題ということになるであろう。何故なら、過失犯における注意義務は結果発生を予見すべき義務であり、従つて、行為の外部的側面ではなく、行為者の内部的側面を規制する義務だからである。

ところが、最近では、客観的なものは違法に、主観的なものは責任に、という基準は崩れた。違法性は単に行為の外部的側面に関する無価値判断にとどまらず、行為者の内部的側面に関するそれをも包括するものと考えられてきた。それ故に、狭義の主観的違法要素はもちろん、故意・過失も違法要素と考えられるようになったのである。すると、違法性は一定の心理的態度をもつてある外部的態度に出たことに対する無価値判断を意味することになり、従つて、不作为犯における作為義務違反も、過失犯における注意義務違反も、ともに違法性の問題ということになる。このことは、注意義務のうち結果回避義務に違反することが過失犯の違法性だとする見解はもちろんのこと、結果予見義務あるいは作為・不作为へ動機づける義務に違反することが違法性の問題だとする見解にも妥当することはいうまでもない。

作為義務違反と注意義務違反とがともに違法性を決定するということは、両者は体系上違法性に関して同じとり扱

いを受けることを意味する。ところが、団藤教授は、前述のように、不作為犯については構成要件該当性の判断に先行して違法性の判断が行なわれることが必要であり、作為義務違反の確定は不作為犯の構成要件該当性にとつて論理的に前提となる旨を説かれている。^(七) 私見によれば、前述のようにこのような体系構成は必要と思われぬが、少なくとも団藤教授の立場からは、過失犯についても、^(八) 同じような体系構成がとられるべきであろう。

第二に問題となるのは、過失犯における構成要件該当性と違法性との関係である。前にもふれたように、構成要件を違法類型と解する立場に立つならば、故意の殺人と過失致死とは構成要件的に区別されなければならない。従つて兩者を区別する標識たる故意・過失は、それぞれの構成要件に属さなければならない。ところで、他方、過失の実体をなす注意義務違反は、前述のように違法性の要素であるから、違法類型としての構成要件は、当然、過失をその要素として包摂しなければならない。その結果、過失は構成要件要素であるとともに違法要素であるという帰結が導かれてくる。

三 以上考察したように、過失犯の構成要件は、すべて、過失すなわち注意義務違反という規範的要素を含むのであつて、構成要件該当性を確定するためには、注意義務を尽くしたかどうかという違法性の判断が論理的にも時間的にも先行しなければならないわけである。構成要件の価値的性格は、ここでも明瞭となつた。

(一) 過失犯論の發展過程に関する簡明な紹介として、拙稿、過失犯論の動向(昭和三五年)綜合法学一八号四九頁以下。詳細は、井上、過失犯の構造(昭和三三年)、とくに五〇頁以下、藤木、過失犯の考察(一)(昭和三二年)法学協會雜誌七四巻一号一頁以下。

(二) 不破、刑法上の過失について(昭和一八年)『官本博士還曆祝賀・現代刑法学の諸問題』一八一頁以下、井上、前掲、
藤、刑法綱要総論、二五〇頁、木村、過失犯の構造(昭和三〇年)『滝川先生還曆記念・現代刑法学の課題下』五九〇頁、
同、刑法総論、二四六頁、平野、過失についての覚書(昭和二八年)警察研究二四卷三号二七頁、藤木、前掲、大塚、刑法
概説(総論)、一一三頁以下など。

(三) 前掲註(一)の諸文献参照。

(四) 大塚、前掲一六三頁。

(五) この論争の紹介としては、拙稿、前掲。

(六) 前段第三節参照。

(七) 団藤、前掲九九頁。

(八) そして、実は過失犯についてのみならず、構成要件該当性について違法判断を必要とするすべての構成要件についても、
そのような体系構成とならねばならないことについては、前述した。

あとがき

一 以上を簡単に総括してみると、以下のようになる。(1)通常、構成要件は記述的要素と規範的要素から成つ
ており、規範的要素を包含する構成要件については、構成要件該当性は違法性の判断をまつてはじめて確定される
が、記述的要素のみから成る構成要件については、構成要件該当性は違法性から独立に、しかもそれに先行して確定
しうる、と説かれている。しかし、記述的要素についても、縮小解釈または拡張解釈すべき要請は常に潜在的に存す

るのであつて、その場合には、規範的要素とまつたく同様に、違法性の判断を経なければ構成要件該当性を確定することはできない。(2) いわゆる社会的相当行為については、構成要件該当性を否定するので妥当であり、そのためには構成要件該当性の判断は違法性の判断を前提とする。(3) 不作為犯、とくに不純正不作為犯の場合、構成要件該当性を確定するためには、作為義務違反の判断、つまり違法性の判断が必要である。(4) 同様に、過失犯についても、構成要件該当性を確定するためには、注意義務違反の判断、つまり違法性の判断が必要である。

以上の考察は、構成要件の多くが価値的性格を持ち、その該当性を確定するためには違法性の判断を必要とするものであることを明らかにするためであつた。この結論は、現在におけるわが国の構成要件論の体系構成にどのような評価を与えるであろうか。

二 行為論と対比した意味での構成要件論の特徴をなすのは、犯罪概念の第一要素を構成要件該当性に求める点にある。(一) 従つて、この基本的体系構成を動かすことは、構成要件論にとつて自殺行為に等しく、その理論の崩壊を意味するものといわなければならない。しかも、構成要件論にとつては、構成要件該当性という犯罪要素が、その他の犯罪要素に対して独自の機能を営みるのでなければならぬ。何故なら、もしこれが独自の機能を持たず、他の犯罪要素、とくに違法性と表裏の関係にあるとしたら、構成要件該当性は必ずしも他の犯罪要素、とくに違法性に論理的に先行するものとならず、ひいて、犯罪概念の第一要素たりえないことになつてしまふからである。それ故にこそ、この理論の創唱者たるベーリングは、構成要件を純記述的没価値的なものとして把握し、違法性や責任からまつたく独立した機能をこれに認めようとしたし、エム・ニー・マイヤーも、構成要件該当性と違法性とのある程度の相

関関係は認めながらも、両者を煙と火の関係にたとえ、前者は後者の認識根拠であるとして、一応その独自の地位を守つたのであつた。しかし、ドイツにおけるその後の構成要件論の展開過程からもわかるように、また、本稿における分析からも明らかのように、構成要件から価値的性格を拭い去ることはまったく不可能であり、構成要件該当性は本来的に違法性を前提とするか、さもなければ違法性と表裏の関係に立たなければならぬのである。

このような認識は、しかし、すでにわが国の構成要件論者にもおそらく徹底していると思われる。さればこそ、わが国の構成要件論は、一般に違法類型論、すなわち構成要件を違法類型として把握する見解に帰着したのである。構成要件概念の把握自体は、それで正しいものと思う。しかし、それならばそれで、もつとしかるべき体系構成の方法があるのではなからうか。

わが国の構成要件論は、前述のように一般に違法類型論をとりながら、犯罪概念を、構成要件（または構成要件該当性）、違法性、責任の三要素に分ち、構成要件に該当する行為は違法性を推定されるが、特殊な違法阻却事由が存在する場合にはその推定された違法性が阻却される、という説明を用いている。問題は、この体系構成にある。

三 以上のような犯罪概念の三分類は、違法類型論をとるかぎり、いずれの意味においても不当である。

まず第一に、犯罪概念の第二要素たる違法性について、その消極的側面（違法阻却事由）のみならず、積極的側面をも考える立場がありうる。かつての構成要件論は、構成要件該当性という犯罪要素に、違法性から独立した機能を認めるものと考えていたから、そのような理解からすれば、右のような立場は可能であつたろう。しかし、本稿で考察したように、構成要件はその多くが価値的性格を持ち、違法性の判断がなければその該当性を確定することはでき

ない。むしろ、構成要件該当性と違法性とは同じものの二つの側面であり、そこに、違法類型論の意味が存するのである。^(三)ところで、団藤教授は、前述のように、不作為犯について、違法性の判断を例外的に構成要件該当性の判断に先行させている。これは、第二要素たる違法性が、消極的に違法性を阻却する要素のみならず、積極的に違法性を構成する要素をも含むものであることを示している。私見によれば、前述のように、団藤教授が不作為犯の場合だけを別扱いにしたことは、体系的な不整合を意味すると信ずるものであるが、それはそれとして、第二要素たる違法性を本来の積極的な違法性と考えるにもかかわらず構成要件該当性をそれから独立させ、しかもそれに論理的に先行させることは、本稿に詳述したように、およそ不可能であるのみならず、団藤教授の基本的立場である違法類型論と完全に合致しない。

第二に、以上と異なり、犯罪概念の第二要素たる違法性について積極的側面は考えず、消極的側面、つまり違法阻却事由のみを考える立場がありうる。この立場は、第二要素の標題を『違法性』でなく『違法阻却』とするならば、前述の非難は一応回避しうるであらう。しかし、この立場によると、まず第一に、犯罪をして犯罪たらしめる違法という性格が犯罪概念要素から消え去ることになり、妥当でない。構成要件該当性は、もちろん違法判断を前提とするが、それ自体は道義的な無価値判断ではなく、技術的なあてはめにしかすぎない。ある行為が犯罪として特徴づけられるのは、構成要件に該当するからではなくて、違法だからである。その重大な積極的違法性を犯罪概念要素から放逐せざるをえないような見解は、体系論として採用に値いしない。また、第二に、この立場に対しては、次のような不満が残る。すなわち、積極的に違法性を基礎づける事由も、消極的に違法性を阻却する事由も、実は同一の原理か

ら発しているのであり、^(四)両者はともに同じ違法性の下位の分類として論じられなければならない。違法類型論をとる以上、構成要件該当性も違法阻却事由該当性も、ともに違法論の一分野として論じられるべきものであるが、右の立場は、構成要件該当性を第一要素とする見解に執着するあまり、本来のとるべき体系化を怠つていっているといふべきではあるまいか。

四 構成要件論を批判するにあつては、なお種々の重要な問題が残されている。その詳細を解明するのは、次稿以下の課題であるが、まず、われわれは、同じく第二次世界大戦を敗戦国として経験し、同じく軍国主義的立法に悩んだ日本とドイツとが、戦後、まったく相反する刑法理論上の反動を示した、ということに着目しなければならぬ。両者はともに人權の保障を目的としながら、わが国ではその保障を実定法そのものに求め、概念法学的方法を重視し、構成要件論の繁栄を促した。これに反して、ドイツでは、実定法の不信ということから出発して人權の保障をむしろ自然法に求め、構成要件論の没落を促し、存在論的な刑法理論を發展させた。^(五)もちろん、両国は類似の運命をたどつたとはいへ、詳細にみればその体験にはかなりのへだたりがあるから、戦後の日本の刑法学方法論がドイツのそれのようにあるべきだなどと主張するものではないが、ドイツの示した反動から学ぶことが、少なくともひとつはある。それは、構成要件論はいわゆる悪法に対して力がない、という認識である。構成要件論の意義を論ずるにあつては、このことを忘れてはならない。

しかし、構成要件論は、人權保障の手段として実定法という一応の枠を示すことにより、戦後の時代精神をよく反映するものであつた。そのような認識からすれば、構成要件の価値的性格を強調し、構成要件該当性を違法性の中に

解消させ、むしろ実質的正義を追及しようとする私見は、一見、人権保障の弱体化を促進するかのようにもみられるかもしれない。しかし、私見によれば、成文法の文言というものは、本来、人権侵害の意図の前にはさほど力あるものではなく、信ずるほどにそれ自体で人権保障の役割を演じうるものではない。むしろ、人権の侵害は、形式的に罪刑法定主義を装った悪しき立法、および法の悪しき運用から導かれることが多く、人権保障の政策は、むしろ、その方向に向けられるべきであろう。以上のことは、前述のような公務員法における争議関与者の処罰規定が端的にこれを物語っている。そこで人権保障の役割を演じうるのは、成文法の文言でもなく、構成要件でもなく、まさに全体的法秩序との関連における実質的正義の観点であろう。

さて、構成要件論を軟化させた場合における人権保障策としてひとつの参考になるのは、判例法主義をとる国々におけるそれである。わが国は、もちろん一応成文法主義の国に属し、完結した成文法の体系を持つている。しかし、たとえば刑法典の条文数や各条文の構造、あるいは法定刑の幅をみてもわかるとおり、成文法は規範の大枠を示すのみで、下位規範の発見は大幅に裁判実務に委ねられているのである。そこには、成文法の大枠の内部でおのずから判例法主義的な原理も働いているとみるべきであつて、判例の権威は、たとえば成文法主義国の典型であるドイツなどより、はるかに注目すべきものがあると思う。実体法理論としての構成要件論、とくにその人権保障機能を論ずるにあつては、この点にも着目すべきであろう。

五 本稿は、いわゆる構成要件論をその一側面から批判したものである。それは、構成要件論によらない犯罪論を展開させるための出発点であり、他方、刑法学方法論への思索のための礎石であつた。続稿では、刑法解釈学におい

て構成要件概念のはたしうる役割とその限界とを追求してみることにしたい。

(一) 私見によれば、この体系構成自体に問題があり、犯罪概念の第一要素は『行為』または『態度』の概念でなければならぬと信ずるものであるが、その理由は別稿で示すことにしたい。

(二) 拙稿、犯罪論における定型的思考の限界、上掲参照。

(三) 大塚、刑法概説（総論）、一〇四頁は、構成要件を違法（・有責）行為の類型として把握しながら、構成要件該当性は違法性および責任の認識根拠にとどまるとし、これを実在根拠と理解することに反対している。構成要件該当性が違法性の認識根拠だということは、違法判断について白紙の状態にしたまま一応構成要件該当性の判断が可能だということを示すものであるが、それは構成要件が違法類型であることをむしろ否定するものではあるまいか。構成要件が違法類型であれば、まさにメツガーのいうように、構成要件該当性は（違法阻却事由の不存在を留保した上で）違法性そのものでなければならぬ。違法な行為が構成要件に類型化されているということは、違法性と構成要件該当性が表裏の関係にあることを示すものであつて、決して構成要件該当性が違法性から独立に、しかも論理的に先行して確定しうることを意味するのではない。

また、大塚、前掲二二六頁は、構成要件該当性の判断は抽象的・定型的判断であるのに対し、違法性の判断は具体的・非定型的な判断であることを主張している。なるほど両者の間に概念的な相違が存することはいうまでもない。しかし、この殺人行為は殺人罪の構成要件に該当する、という判断と、違法である、という判断とは表裏の関係に立つ。何故なら、構成要件をはなれた違法性はありえないからである。違法性の軽重は、構成要件に記述された規範自体の重要性、および規範違反の態様の重要性に対する評価から導かれるのであつて、両者の表裏関係を否定するものではないと思う。もつとも、これらの点について詳細な分析を試みるのは、次稿の課題である。

(四) 両者は、ともに刑法規範の本質から来るものであつて、私見によれば、刑法上の規範は、単に『人を殺すなかれ』という

ようなものではなく、『正当な理由なくして人を殺すなかれ』という重層的構造を有するものと考える。ヴェルツェルは、構成要件は規範違反の行為を記述したものであり、従つて構成要件に該当する行為は『規範違反』であるが、特殊な許容命題が妥当する場合には『違法』でない¹⁾としつゝ、(Welzel, Das deutsche Strafrecht, 8. Aufl., S. 47)²⁾それは、右のような意味で妥当でない。ヴェルツェルの主張からは、許容命題の存在する理由、および何故違法性を阻却するかの理由が明らかでなくなつてしまふ。

- (五) たとえば、Welzel, *Naturrecht und materielle Gerechtigkeit*, 1951 (なお、内藤、目的的行為論の法思想的考察(二)・昭和三十三年・刑法雑誌九卷二二号一七三頁以下参照)；E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre, Versuch einer Orientierung*, 2. Aufl., 1959；Arthur Kaufmann, *Gesetz und Recht*, in "Existenz und Ordnung," *Festschrift für E. Wolf zum 60. Geburtstag*, 1962, S. 357 ff；Ders., *Die ontologische Struktur des Rechts*；なおカウマンの前著³⁾は、宮沢助教授の訳(綜合法学・昭和三八年・六卷七一―二二号)⁴⁾後著には、宮沢・原両氏の訳(法学研究・昭和三八年・三六卷六号七一頁以下)がある。

- (六) 刑法学方法論に法社会学的考察方法を導入することは、人權保障との関係で中々困難であるが、本文のような立場からは比較的容易となる。刑法学へ科学的実証主義の思想をさらに盛りこむためには、現在の構成要件論を反省しなければならぬ。