

《資料》

主観的違法要素の再検討

宮崎 万壽夫

本稿は、主観的違法要素の許否、更にはその範囲や具体的内容、犯罪論体系における位置づけ等について、適宜、参考となる裁判例を検討するなどして再検討し、私見・提言を述べるものである。

第1 問題意識

- 1 主観的違法要素 (subjektive Unrechtselemente) とは、行為者の主観的な要素でありながら、違法性の存否強弱に影響を与える要素である。一般には、① 目的犯における目的、② 表現犯における心理的状态、③ 傾向犯における主観的傾向がその例とされている。しかし、これに止まらず、故意 (未遂故意、既遂故意) 過失といった一般的要素についても許否が激しく議論されてきている。議論の根底には、主観的違法論・客観的違法論の対立や、行為無価値論・結果無価値論の対立といった基本問題、すなわち、違法性と責任の関係、構成要件と違法性・責任との関係、犯罪成否にかかる違法観、犯罪論体系の機能役割等の基礎理論があるかと思われる。
- 2 しかし、いわばこうした従来からの思想的理論的な状況とは別に、犯罪論が現在受けている状況変化が、実体法である刑法のいろいろの場面で新たな課題を課されているように思われる。筆者が感じているこうした外的要因は次の3つである。
 - ① 刑法改正作業での対立挫折を経ての立法ラッシュ
 - ② 裁判員裁判制度—訴訟法 (公判手続) からする実体法への変容要請

- ③ 法制審議会における諮問第 97 号に対する答申—訴訟法（捜査手続）からする実体法への変容要請

- 3 こうした中、刑法は今大きく変動しようとしているのではないか。もとよりこうした壮大な課題は到底筆者の関与できる世界ではないが、その中でも、いわば旧来型の古典的論点を振り返ってみることも意味があるのではないか、その一つとして、主観的違法要素の問題を取り上げ、視点としては関係裁判例をいくつか検討するという手法で主観的違法要素の許否、その範囲、さらには犯罪論体系等について、日頃考えている事項を自分なりに整理検討しようとするものである。

第 2 総論的検討

1 分析検討の手順

主観的違法要素を検討するに際しては、他の問題領域にも増して、そのよって立つ視点が総論として前提となると思われる。端的に言えば、犯罪体系において、違法性の領域には、どのような要素が属するか、これは客観的な要素に限られるか、それとも主観的要素も認められるか、認められるとしても、その具体的内容、範囲はどうか、というのが問題設定である。すると、その総論的課題として、違法性の実質は何か、どのような違法観か、また、違法性と責任の関係はどうか、違法性と構成要件の関係はどうか、など際限なく問題は拡がりうるであろう。

2 基本的視点

しかし、こうした根元的問題については、到底、拙稿で扱い得るものではないので、以下に検討する個別の検討に必要な限りで、総論的な結論を述べたいと思う。

(1) 構成要件

構成要件とは、一般に刑罰本条によって規定された犯罪類型であると理解されていると思われる。しかし、講学上の技術的な概念であるの

で、これにどのような機能を要求するかなどを巡って、その具体的内容に差異が発生すると思われる。ここでは深入りしないが、犯罪とは、結局は、処罰が必要とされる「悪い行為」であるから、その中核は違法性にあると思われる。しかし、何が「処罰が必要とされる悪い行為」であるか、その違法性の判断を明確にするため、罪刑法定主義の要請から具体的な処罰の法文として規定することになる。そうすると、構成要件は処罰法文そのものではないにしても、これを出発点として解釈によって主観・客観の構成要素を抽出した概念道具と考えるのが簡明であると思われる。

(2) 原則と例外の関係

「処罰が必要とされる悪い行為」である以上、それは原則として違法、責任の要件を充たす犯罪類型であろう。そうであれば、違法類型であるから違法性推定機能があり、阻却事由を考えれば足りる。また、責任類型であるから責任推定機能があり、阻却事由を考えれば足りることになる。原則型を考えて、個別に例外としての阻却を検討する手順は思考の合理性があり、安定的な判断が期待できるであろう。

(3) 構成要件の要素

では、その構成要素は何か。

① 主体、② 客体、③ 行為（更に結果を含む。なお、「行為」については狭義の行為（身体の動静）、のほか、故意過失と身体の動静を併せた広義の行為（いわゆる所為）とに分類する考えがある。しかし、行為とは主観客観の統合体であるとしても、用語として広狭を使い分けることは混乱してしまうのであまり適当とは思えない。）④ 故意過失、⑤ 主観的超過要素が基本と考えたい。そして、構成要件は違法類型で、かつ、責任類型とし、その結果、違法性推定機能、責任推定機能があるので、消極的判断としては、違法性阻却、責任阻却がある。

(4) 違法性に関する基本原則……「違法は客観的に、責任は主観的に」の原則、主観的違法性論・客観的違法性論

「違法は客観的に、責任は主観的に」の原則については、理解はいろいろあるであろうが、その意味するところは、違法判断は行為者の人的状況（認識、属性等）を離れた外形の状況（行為、結果）を対象とし、責任判断は、逆に、外形の状況（行為、結果）を離れて行為者の人的状況（認識、属性等）を対象とすると考えたい。しかし、それは判断対象となる要素まで決定するものではない。具体的には、違法性には、主観的違法要素（故意過失、主観的超過要素）、客観的違法要素（行為結果）があり、責任には、主観的責任要素（責任能力、期待可能性、違法性の意識）、客観的責任要素（刑事未成年）が属すると構成するのが適当と考える。

次に、主観的違法性論・客観的違法性論についても、理解は多様であろうが、現在では、むしろ学説史的な価値を重視して、違法性と責任の論理的な判断順序（法規範の機能としての評価機能、決定機能）の問題と割り切ることとしたいのである。そうすると、主観的違法要素を許容したとしても、客観的違法論と矛盾するものでもなく、主観的違法論に与するものともならないであろう。

(5) 違法性の要素……主観的違法要素の許否についての一般論

総論的にいえば、否認説の論拠は、次のとおりに思われる。すなわち①「違法は客観的に、責任は主観的に」の原則に沿う。②違法判断に主観的要素を認めると判断が不明確不安定で不适当である。③実体法としては、違法判断の段階で、刑法が行為者の内心に介入する結果となって不当である。④訴訟法としても、主観的違法要素を要件とするとこれを自認する内容の自白を強要する結果となって不当である。⑤主観的違法要素を否認しても、行為ないし行為状況等における客観的要素に還元して解釈構成することで解決できる、というのである。

しかし、以下、個別の各論的検討でも述べるように、①前記原則は違法と責任の分離に関する原則と位置づけるべきである、②判断要素の中に客観的要素だけでなく、主観的要素を認めるとしても、それだけ

で不適當とは断定できない, ③主観的違法要素を要件として加えることで, 個別の犯罪の成否においては, 違法判断を拡張する場面もあれば, 違法判断を制限する場面もあり, 一律に機能するわけでない, ④実体法である刑法における解釈論であるので, 訴訟法的な立証論とは切り離して考えることも可能である, などの反論が可能と思われる。

さて, このような総論的検討から進んで, 以下, 各論的検討をしてみよう。

第3 各論的検討その1……目的犯, 傾向犯, 表現犯

1 目的犯(Absichtsdelikte)

- (1) 目的犯とは, 犯罪の構成要件上で, 故意のほかに一定の目的の存在を必要とする犯罪をいう。

これからすると, 目的犯の概念は一義的で明白にも思えるし, ちなみに「目的」の国語的な意味内容を調べると, たとえば手元にある国語辞典によれば, 「得ようとしてねらうもの。到達したい状態として意図し, 行動を方向づけるもの。めあて。」とされている。しかし, 目的犯の中には次に述べるように相当に異質な内容のものが混在していると思われる。特別刑法をひとまず措くとしても, 刑法典の法文において「目的」という文言が使用されているものは, 非常に多くある。しかし, これらは必ずしも全部が「目的犯」であるわけでもない。

まず, 「目的」の中身をみると, 当該行為者にとっての主観的要素であることは当然としても, その心理的内実としては, 犯罪事実の認識のほか, 動機, 目標等が混在していると思われる。そこで, こうした視点を踏まえて, 以下, 具体的に検討してみたい。

(2) 目的犯における類型論

一般に, 目的犯は, 2つの類型に分類するのが一般的のようである。すなわち, ①「後の行為を目的とする犯罪」, ②「結果を目的とする犯罪」である。しかし, ①は, 例として通貨偽造罪(148条)などがあるが,

その実質を検討してみると予備罪であると解すべきであるし、また、用語としても「後の行為を目的とする」というのも不自然である。また、②は、例として虚偽告訴罪等(172条)などがあるが、これも一定の結果を狙いとして原因関係たる犯罪を内容とするものであって、分類としてどれだけ有用かは疑問である。そこで、以下では、筆者なりに分析検討した5つ類型に分けて、順に検討を進めてみたい。

(2-1) その1 「目的」とあるが、その実質は予備であるもの

最初の類型は、その実質は予備罪であるものが、本来犯罪に昇華した類型である。

典型例として、各種偽造罪における「行使の目的」をあげることができる。

まず、「行使の目的」についての裁判例をみてみよう。

通貨偽造罪(148条)での「行使の目的」に関して、東京高判和29・3・25高集7・3・323は、「行使の目的とは、偽貨(偽造変造による通貨)を真貨として流通に置く目的である」という。また、最判昭和34・6・30刑集13・6・985は、「行使の目的は自己が行使する場合に限らず他人をして真正の通貨として流通に置かせる目的でもよいのであって、判示事実によればかかる目的が認められるので原判決の判断は正当である。」という。

また、公文書偽造罪(155条)での「行使の目的」に関して、行使の目的とは、人をして偽造文書を真正な文書と誤信させ、又は偽造文書を内容の真実な文書と誤信させようとする目的をいうと学説ではされているが、最判昭和28・12・25裁判集90・478は「行使目的は、……確定的に行使を意図する場合だけでなく、未必的な目的がある場合や、他人が行使することを認識している場合も含む」という。

更に、有価証券偽造罪(162条)について、最決平成3・4・5刑集45・4・171は「行使とは、偽造・変造又は虚偽記入に係る有価証券を、その用法に従って、真正な又は内容が真実である有価証券として使用す

ることである」という。

さて、こうした「行使の目的」が主観的違法要素であるかについて、学説では、まず積極説は「行使の目的」により、通貨偽造罪の保護法益である通貨の真正に対する公共の信用を害する危険があるので主観的違法要素である、とする。これに反して、消極説は、違法要素ではなく責任要素である、違法性の中に主観的要素を認めると、訴訟法的な効果として、その主観的要素に対応する証拠が必要になるが、それは自白を追及することになり好ましくない、というにある。

そこで検討すると、偽造された通貨が、市場等で流通する事態となれば自由主義経済は大きな混乱に陥り、結果的には国家崩壊の可能性すらありうる。そこで、刑法の果たすべき役割としては、こうした通貨体制を保護するため、偽造通貨の行使を犯罪として規定することが第一義となる。しかし、すべて犯罪にはその前段階における準備行為が想定できる。そこで、こうした準備行為それ自体についても法益侵害の危険性が大きければ違法評価して、犯罪として規定することになる。このように通貨の偽造行為は、これだけでは違法評価は受けないとしても、これに「行使の目的」が付加する場合には、行使に至る危険性が大きく違法評価を受けるのである。これはまさしく、「行使の目的」が行為の違法評価を基礎づけるものであるから主観的違法要素である。ただ、こうした構造は、より一般化すれば、本来犯罪と予備の関係にあるといえる。しかし、予備罪では、黙示的には「準備行為から更に進んで犯罪の実行行為をしようとする目的」が要求されているであろう。しかし、通常はこうした目的を取って観念しなくても、客観的な予備行為とこれに対する故意(いわば予備故意)の存在だけでその違法評価ができるだけである。従って、「行使の目的」なく、戯れに通貨を偽造したとしても、違法評価をうけることもないし、この「行使の目的」は構成要件要素に昇華して明文で規定されているから、構成要件該当性もないことになる。ここでも、「行使の目的」がない場

合、これはそもそも「偽造」に該当しないとか、逆に、構成要件に該当するけれども違法性が阻却されるなどと構成して、その犯罪不成立の結論を導き出す必要はないであろう。消極説は、実体法の解釈の問題であるのを訴訟法の問題に置き換えているものであって不適当である。また、違法要素であろうと責任要素であろうと、訴訟法的効果は変わらないのである。逆に、責任要素であるとする、逆に違法評価の成立する範囲が広がってしまい不適当でもある。

なお刑法典で規定している予備罪として殺人予備(201条)、強盗予備(237条)、放火予備(113条)があるが、法文ではいずれも、「……の目的」と規定されているのが特徴的である。

(2-2) その2 「目的」とあるが、65条2項の身分に該当し、責任要素であるもの

次の類型は、「目的」は65条2項の身分に該当し、責任要素であるものである。すなわち、本体的には基本となる犯罪aがあるところ、一定の「目的」であるbが付加されることによって、a+bの違法加重評価となっているものである。

たとえば、一連の薬物犯罪をあげることができる。刑法典では、あへんの罪が規定されているのみであるが、その後制定された特別刑法(覚せい剤取締法、麻薬および向精神薬取締法等)における「営利の目的」である。これらは、いずれも対象薬物の使用(施用)、所持、輸入の罪が規定されているだけでなく、「営利の目的」がある場合には、一定の加重した法定刑が規定されている。

これに関する裁判例をみると次のとおりである。

まず、65条に規定する身分の意義については、最判昭和27・9・19刑集6・8・1083は「身分とは、男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員である資格のような関係のみでなく、すべて一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊な地位又は状態をいう」という。そして、麻薬取締法に規定する麻薬輸入の罪における「営利の目

的をもつ者」について、最判昭和42・3・7刑集21・2・417は、「同条は、同じように同法12条1項の規定に違反して麻薬を輸入した者に対しても、犯人が営利の目的をもっていか否かという犯人の特殊な状態の差異によって、各犯人に科すべき刑に軽重の区別をしているものであって、刑法65条2項にいう「身分ニ因り特ニ刑ノ軽重アルトキ」に当るものと解するのが相当である。」というのである。また、覚せい剤取締法41条の2第2項にいう「営利の目的」の意義につき、最決昭和57・6・28刑集36・5・68は「犯人がみずから財産上の利益を得、又は第三者に得させることを動機・目的とする場合をいう」としている。

以上からすると、判例は、「営利の目的」を65条2項に該当するとしているので、いわゆる1項の違法身分ではなく、2項の責任身分の観念を前提とすれば、主観的違法要素ではなく主観的責任要素であると解しているといえよう。

そこで検討すると、「営利の目的」は、当該行為者が後に予定しているのは、他に売却すること等であり、心理的要素ではあるが、目的というよりも動機というほうが適切であろう。また、「非営利の目的」の場合と対比すれば、これは当該行為者がどう思っていたか、という属人的な要素である。判例が観念する「身分」概念からすれば、「犯人の人的関係」であるので「営利の目的」もまた「身分」ということになり、主観的違法要素とするのが適当と思われる。

(2-3) その3 「目的」が行為の動機であって主観的責任要素の場合

次に、「目的」とあるけれども、行為の動機であって主観的責任要素であるものがある。

たとえば、背任罪(247条)では、「自己若しくは第三者の利益を図る目的又は本人に損害を加える目的」と規定されているが、前者の「自己の利益を図る目的」(自己図利目的)と、後者の「他人に損害を加える目的」(第三者加害目的)をあげることができる。

この背任罪における目的につき、大判大正3・10・16録20・1867は、「自己の社会的地位、信用、面目、経営権等を保全・維持することなどの身分上の利益、本人の面目を失墜させる損害等、すべての利益、損害が含まれる」という。また、最決昭和63・11・21刑集42・9・125は「図利加害目的を肯定するには、図利加害の点につき、必ずしも意欲ないし積極的容認までは要しないと解するのが相当であるから、銀行の支店長が回収不能のおそれがあるのに、あえて顧客の当座預金口座決済資金の立替払を長期間連続的に行い、しかも、その目的が銀行の利益を図るためではなかった場合は、図利加害の目的の存在を認めることができる」としている。

そこで検討すると、以上の裁判例からすると、意欲までは不要であるとしても、結果の実現に向けた動機は必要とされているので、主観的違法要素ではなく、むしろ、主観的責任要素であると解しているといえよう。

(2-4) その4 「目的」とあるが、その実質は故意にすぎないもの

次に、「目的」とあるが、その実質は故意にすぎないものがある。

たとえば、虚偽告訴罪（172条）「人に刑事又は制裁の処分を受けさせる目的」をあげることができる。

この点については、目的といっても積極的な意欲が必要か否か、が論点となっているが、大判昭和8・2・14刑集12・114は意欲まで不要で未必的認識で足りるという。

そこで検討すると、ここでは、当該告訴の行為がどのような法律効果を招くのか、その内容として刑事又は制裁の処分を発生させる危険の蓋然性に対する認識にほかならないと思われる。従って、主観的違法要素ではなく、故意にすぎないと解する。

(2-5) その5 「目的」と一括されているが場合分けが必要なもの

次に、法文では「目的」と一括されているが、これを分析検討してみると、いくつかの種類の異なる場合分けが必要なものがある。

たとえば、営利目的等拐取罪(225条)における「営利、わいせつ、結婚又は生命もしくは身体に対する加害の目的」をあげることができよう。

この点についてに裁判例をみてみよう。

誘拐の罪について、東京高判和31・9・27判タ63・62は「刑法第225条にいわゆる「営利の目的」とは、ひろく自己又は第三者のために財産上の利益を得ることを行為の動機としている場合の総てをいうものではなく、被誘拐者を利用し、その自由の侵害を手段として、自己又は第三者のために財産上の利益を得ようとする場合に限るものと解すべく、ただそれは被誘拐者を利用するものである限り、必ずしも誘拐行為自体によって利益を取得する場合をも包含するものと解するを相当とする。」という。

また、最判昭和37・11・21刑集16・11・1570は、「なお、刑法第225条所定の営利誘拐罪にいわゆる「営利の目的」とは、誘拐行為によって財産上の利益を得ることを動機とする場合をいうものであり、その利益は、必ずしも被誘拐者自身の負担によって得られるものに限らず、誘拐行為に対して第三者から報酬として受ける財産上の利益をも包含するものと解するを相当とする。」という。

そこで検討すると、法文では「目的」と一括されているが、これを分析検討してみると、いくつかの種類の異なる場合分けが必要と思われる。

- ①「営利の目的」これについては、単純誘拐罪と対比するとより違法性が強く処罰されるものであるが、しかし、それ以上に営利目的は、65条2項の身分に該当するので、責任要素であると思われる。
- ②「わいせつの目的」これについては、強制わいせつ罪、強姦罪等の予備犯罪類型であると思われる。
- ③「結婚の目的」これについては、結婚それ自体には可罰性はなく犯罪として規定されていない。二重の結婚として重婚罪は予定してい

主観的違法要素の再検討（宮崎）

ないであろう。これも実際には、わいせつの目的と理解される。ただ、「結婚」を事実婚であると解釈しても、わいせつ目的でカバーできるし、また、法律婚であると解釈すれば、その立法趣旨には疑問があり、将来的には廃止も検討されるべきと思われる。

- ④ 「生命もしくは身体に対する加害の目的」 これについては、その後の身体に対する攻撃行動を予定しており予備犯罪類型である。ただ、予定する犯罪は相当に広範囲（殺人、傷害、暴行等）である。わいせつは性的自由を保護法益とするが、これも生命もしくは身体に対する加害の行為と理解することも可能である。

(3) 目的犯における小括

以上から「目的犯」について小括すると、法文で「目的」と規定されている罪は数多くあるけれども、その実質を分析検討してみると、主観的違法要素であると考ええるものは、各種の偽造罪などだけであって、その多くはこれに当たらないものというべきである。

2 表現犯 (Ansdrucksdelikte)

- (1) 表現犯とは、行為者が自己の内心を一定の外部的行為によって表現し、又は法の要求する表現を懈怠することによって成立する犯罪をいう。

例として偽証罪（169条）が挙げられている。同条の規定するところによれば、「法律によって宣誓した証人」は公判廷において供述をすることになるが、その際に「虚偽の供述」をすることによって成立すると規定されている。では、この「虚偽の陳述」とは何か。証人の主観的認識内容との相反をいうか（主観説）、それとも証人の主観を離れた客観的真実との相反をいうのか（客観説）、ということである。

- (2) 裁判例としては、古く大判明治42・6・8刑録15・735は「証人が自己の認識記憶するところと異なった陳述をすることを要するのであり、それが客観的な真実に符合していても偽証罪の成立を妨げない。」との判断を示している。最高裁ではこの点について判示したものはないよ

うであるが、既に判例上は主観説にて確定していると思われる。

ここでも、「虚偽」とは、①証人が内心で認識記憶した内容、と、②証人が現実供述した内容との相反であるとするれば、そこにおける前記①は、正に行為者が、自己の内心という主観的要素が、これを「宣誓した上での供述」という外部的行為によって表現することによって初めて違法性が基礎づけられることになるので、主観的違法要素となり、偽証罪は表現犯という位置づけになる。

- (3) さて、翻って考えてみると、偽証罪の保護法益は、適正な刑事司法作用の確保にあると思われるから、証人の供述が、その内容において真実であることが要請されるので、むしろ客観説に正当性が与えられそうにも思われる。しかし、証人にとっては、何が真実であるかは神のみぞ知るところであって、これを強制することはできない。そこで、自己が体験したことで記憶認識した内容をそのまま述べることで、そのような場合には偽証の制裁から免れるとしたと考えられないであろうか。そうすると、ここでは、「虚偽」とはやはり客観的真実に相反したことであり、これによって構成要件に該当するが、ただ、その供述内容が結果として真実ではなかったとしても、自己の認識記憶した内容と合致していれば、これによって違法性が阻却されると解釈できる余地もあるように思われる。

いずれにしても、判例の立場としては、ここでは主観的違法要素として許容し、かつ、「主観説」を採用することによって、構成要件要素に昇華しているものと思われる。

その他、偽証罪以外にも表現犯として考え得る犯罪類型としては、名誉毀損罪(230条)、侮辱罪(231条)があると思われるが、紙幅の関係で検討は省略したい。

3 傾向犯(Tendenzdelikte)

- (1) 傾向犯とは、行為者の主観的傾向が犯罪の成立に必要とされるものをいう。

主観的違法要素の再検討(宮崎)

例として挙げられのは強制わいせつ罪(176条)などである。

しかし、ここでの「行為者の主観的傾向」なる概念は多義的であつて論者によっては必ずしも同じ内容となっていないように思われる。たとえば、一般に「傾向」というとき、その語義としては、行為者の性癖、つまり、特定の犯罪類型において親和性が高く、これに対する規範意識が減退していることによって反復継続した犯罪傾向にある状態をさすのではないかと思われる。端的にいえば、常習犯罪といえよう。具体的な罪名としては、常習累犯窃盗罪、常習賭博罪などであるが、これらは通常、行為ではなく、行為者の属人的要素であるので、違法要素ではなく、むしろ責任要素であろう。しかし、傾向犯として説明され、また、裁判例にあるのは強制わいせつ罪のような類型である。

- (2) そこで、主観的違法要素とされている「行為者の主観的傾向」として、著名な裁判例である昭和45年判決(最判昭和45・1・29刑集24・1・1)を検討してみよう。

本件は、被告人が自分の内縁の妻とともに、23歳の女性をアパートの自室に呼び込んで、同女に対する恨みを晴らす目的で、同女を全裸にしてその写真を撮影したという事案であるが、原審が強制わいせつ罪の成立を認めたのに対し、「婦女を脅迫して裸にして写真を撮影する行為であっても、それがもっぱら婦女に報復または侮辱虐待する目的に出た場合は強要罪その他の罪を構成することはあっても、強制わいせつ罪には当たらない」と判示して原審を破棄して差し戻したものである(なお、本件では意見が3対2と割れていることが特徴的である)。

この判断によれば、強制わいせつ罪では、故意に止まらず、「性的な意図目的」が必要とされ、これは行為の違法性を基礎づけるものであるから主観的違法要素である。しかし、本件では、このような「性的な意図目的」はなく、もっぱら「報復ないし侮辱虐待の目的」しかな

いので違法性を基礎づけることはできない、という論理と理解できる。しかし、この判例に対しては、学説からは立場の違いを超えて反対論が強いようである。

私見としても、判旨反対であるが、その要点は、入江裁判官が示された反対意見に尽きると思われるので、これを敷衍してみると、

- ① まず、形式論として、176条の法文においては、目的犯において通例規定されているような「……の目的」というような明文規定がないにも拘わらず、「性的意図」のような主観的要件を解釈論として持ち出している。
 - ② 次に実質論としても、本件犯罪での主観的要素として故意を検討すると、これに対応する犯罪事実の認識認容とは、行為者が「相手方の性的自由を侵害する自己のわいせつ行為」を認識認容していることである。しかし、強制わいせつ罪の保護法益を考えれば、行為の違法性を基礎づけるに足りる行為者の主観的要素としては、故意で必要十分というべきである。「性的意図」という主観的違法要素を明文もなく解釈でつくりだし、これによって犯罪の成立を制限抑制しなければならない論理必要性は全くないというべきである。
 - ③ 更に、前記のような解釈は、結果の妥当性に欠ける。すなわち、強制わいせつ罪は親告罪であるので告訴が必要である(180条)。しかし、前記のような解釈では、強制わいせつ罪ではなく強要罪(223条)の成立が考え得るのであるから、被親告罪として被害者の処罰意思やプライバシーが侵害され、かつ、その法定刑も、強制わいせつ罪では6月以上10年以下の懲役となるべきところ、3年以下の懲役と不当に低くなってしまっているのである。
 - ④ 要するに、強制わいせつ罪では、犯罪の成立に必要となる主観的要素としては故意だけで十分であって、これに加えて、更に「性的意図」のような主観的違法要素を要求すべき根拠は認めがたいと思われる。
- (3) さて、こうした不具合を考慮してか、その後の裁判例では、前記45

年判決に従ったと思われるものには接しないし、逆に、これに相反する消極の裁判例がある。東京地判昭和 62・9・16 判タ 670・254 がそれである。

本件は、女性下着販売業を営む被告人が、下着を着用するなどして顧客に営業活動することなどを内容とする女性従業員を確保しようとして犯行に及んだという事案である。同判決では、「たしかに、本件犯行の際、被告人には、右 A を全裸にしてその姿態を写真撮影することによって、同女を被告人が営む女性下着販売業の従業員として働かせようという目的があったことは一応肯認することができる。……しかし一方、……被告人が、右のように右 A を働かせるという目的とともに、同女に対する強制わいせつの意図をも有して本件犯行に及んだことも十分肯認できるというべきである。……してみると右 A を全裸にしその写真を撮る行為は、本件においては、同女を男性の性的興味の対象として扱い、同女に性的羞恥心を与えるという明らかに性的に意味のある行為、すなわちわいせつ行為であり、かつ、被告人は、そのようなわいせつ行為であることを認識しながら、換言すれば、自らを男性として性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であることを認識しながら、あえてそのような行為をしようと企て、判示暴行に及んだものであることを優に認めることができる。」として強制わいせつ罪の成立を認めた。

私見は判旨賛成である。同判決は、「働かせる目的」と「強制わいせつの意図」との併存を認定しているが、端的に強制わいせつ行為に対する認識があるので故意を認定でき、かつ、それで足りるという趣旨と思われる。同判決は上告なく確定したようであるが、実質的には前記昭和 45 年判例に相反する内容である。その後、当該論点についての最高裁判例はあらわれていない。推測するに、その後の実務では「性的意図」のような主観的違法要素を必要としない判断で運用されているものと思われる。もはや、前記 45 年判決は、現在では形式的には

「生きている判例」ではあるが実質的には「変更された判例」となったと言っても過言ではないと思われる。

- (4) こうして検討してみると、強制わいせつ罪に典型的にみられるように、行為者の主観的傾向が犯罪の成立に必要とされるものとして、特に傾向犯(Tendenzdelikte)という犯罪類型を観念すること自体にどの程度意味があるか疑問がある。よくされる説例として、医師が患者である婦人を診察するケースなどがもちだされるが、傾向犯の観念を持ち出して構成要件該当性を否定するのではなく、強制わいせつ罪の構成要件に該当するとしても、正当な医療行為であれば、法令又は正当な業務による行為(35条)に該当して違法性阻却事由があるので犯罪不成立とするのがむしろ簡明と思われる。

第4 各論的検討その2……共通的な主観的違法要素

以上は、主観的違法要素として、その存在を指摘されてきた犯罪類型(目的犯、表現犯、傾向犯)に沿って検討したのである。そこで更に検討を進め、犯罪の成立要件として、個別の犯罪類型を離れて、より共通的な要素についてみてみよう。

1 故意過失

- (1) まずは故意過失である。故意過失は、主観的違法要素の許容論における主戦場であろう。違法性の本質論にみられるように峻厳な対立があり、とりわけ未遂故意、既遂故意を巡って議論が錯綜している。これについて明示的な判断を示したと思われる裁判例も、事柄の性質上、見いだせない。
- (2) まず私見の結論を述べれば、故意過失は主観的違法要素として位置づけるのが相当である。そして、構成要件は違法類型であるから、主観的違法要素である故意過失もまた、構成要件要素に昇華していると考ええるのが相当である。これは故意でいえば、未遂故意であっても既遂故意であっても異ならないし、また、過失であっても、故意と別異と

扱われるものではないと考える。以下、このように考える理由を述べてみよう。

第1は、故意過失の本来的な内容からの理解である。すなわち、ここでまず、故意とは犯罪事実に対する認識ないし認容と、過失とは犯罪事実に対する認識の欠如であり、その欠如の由来が法的な注意義務違反である、と観念してみよう。すると、ここでいう犯罪事実とは、それ自体、行為者の主観的認識の如何に関係なく、一定の法的に保護すべき利益を侵害するもの、あるいは、侵害に至らないまでも侵害に至る蓋然性がある具体的なし抽象的危険性があるものである。そして、これを法益侵害の面に注目して結果無価値判断をするか、あるいは、規範違反の面に注目して行為無価値判断するかは格別、いずれにしても、刑事的制裁を法的効果とする原因行為であって、違法評価を与えられるものである。そうであるとすれば、認識対象が違法評価されるものである以上、これに対する認識不認識である故意過失もまた違法性に属する要素と位置づけるのが適当と考えるものである。これは故意についていえば、未遂故意であっても既遂故意であっても異ならないと言うべきである。故意一般では主観的違法要素を排斥するが未遂故意に限って認容する見解もある。しかし、時系列で考えても、犯罪行為が終了して、未だ結果不発生の段階では未遂故意として違法要素として位置づけながら、その後、事態が進行して結果が発生してしまうと、既遂故意として、今度は責任要素として位置づけるというのはあまりに技巧的と思われる。

第2は、原則命題の理解の仕方にある。具体的には、「違法は客観的に、責任は主観的に」との命題をどのように理解するか、主観的違法性論・客観的違法性論をどのように理解するか、である。これも、その実質的な内容をどのように理解するかにある。違法性は、行為者の主観的認識を離れて、行為者の身体の動静といった外形的事象に限定するとの違法観があると思われる。しかし、その当否は暫く措くとし

でも、違法性とはそのような内実であったとして、そのことから、これを構成する要素、すなわち、違法要素がどのようなものか、は論理的に導かれないと思われる。行為者の身体の動静について法的な無価値判断をするに際して、客観的要素だけに限定する必要性はないし、むしろ、客観的要素とともに主観的要素も併せて含ませることが適当であろう。論者によって主張されているように、客観的違法性論とは、違法性と責任の関係に関する思想、あるいは、規範の構造論に関する思想であると理解するのが適当であって、判断対象の要素が客観的にものに限定されるということを意味するものではないであろう。

第3は、思考の合理性である。犯罪体系論の存在する根拠は、結局、すべての犯罪を通じて共通的な成立要件を確立しようとするところにあると思われる。そして、これを導く指導原理は、論理性、判断の安定性であると思われる。いずれの犯罪体系が「正しい」とか「誤っている」という場面はないといってもよいのであって、できるだけ、犯罪の成否が論理的に、しかも、その判断がぶれないで安定的に結論が導かれることが重要である。そうであるとすれば、その体系はできるだけシンプルであることが良い。同じ概念が、構成要件、違法性、責任の段階で散在してしまうことは混乱するだけである、また、原則と例外の関係を重視することも必要である。構成要件は違法類型であり、かつ、責任類型であるとして、これを原則型に据えること、その上で例外事象については、違法性阻却、責任阻却として位置づけることが簡明であると思われる。こうしてみると、故意過失は、本来的には責任要素であるが、構成要件がもつ犯罪個別化の機能（当該行為がどの刑罰法規のどの条文で規定している犯罪行為で擬律されるかを明確にする、という意味）からすれば、違法要素に昇華し、更に、構成要件要素に昇華して、その後には残存しないということが思考として簡明と思われる。構成要件の故意過失を認めながら、なお、違法故意過失、更には責任故意過失と3段階に分散させる見解もあるが、その論理性

は別として議論は混乱するであろう。

第4に、消極的な論拠ではあるが、結果として故意過失を主観的違法要素であると解したとしても、格別の不具合もないと思われるからである。否認論では、①故意過失を主観的違法要素とすると、違法判断という客観的判断に主観を混在させるもので論理矛盾である、②訴訟法の場面でみても、故意過失という主観的要素を違法判断に介入させると、いきおい自白に依存する危険性がある、ということではないかと思われる。しかし、①違法判断が客観的であることは、その判断要素まで客観的なものに限定されなければならない必然性はないと思われるし、②実体法の場面において故意過失を犯罪論体系のどこで位置づけるべきかの問題と、訴訟法の場面における自白依存の問題とは直ちに関連性があるものでもないと思われるのである。

第5に、故意過失を主観的違法要素とし、更に、構成要件要素とする位置づけは、明示的な裁判例の存在は別としても、これまで永続している捜査および裁判の実務によって採用されていると思われる。これは、故意過失が決まらなければ、違法評価ができず、構成要件該当性すら判断困難となるからである。

- (3) なお、この関係で付言すると、故意過失が主観的違法要素か否か、の問題と、①いわゆる故意の客観化、また、②認定における客観的要素の存在、とはむろん、別論であることである。すなわち、①故意過失は、それ自体は主観的要素であることは自明であり、その客観化とは、これを主観的要素から客観的要素への転換を目指すものでもなく、判断枠組みの客観化を意味すると理解すべきである。また②故意の認定は訴訟法の問題であって、たとえば、殺人罪の故意(殺意)の認定に際して、どのような間接事実(ここでは客観的要素が当然に中心的である)があり、それがどのような重きにおいて推認できるか、といった実証的研究があるが、これは認定論の問題であって、故意が主観的違法要素か否かとは別論であると思われる。

- (4) また、推定機能の関係でいうと、故意過失を主観的違法要素とし、これが昇華して構成要件要素と位置づけるとして、構成要件該当性をもつ違法性推定機能と平行に、故意にも推定機能があるとの議論があるかもしれない。つまり、客観面で構成要件該当行為があれば、これに対応する主観面である故意、すなわち犯罪事実に対する認識ないし認容が存在するものと推定できるか、故意は推定されるものであり、阻却事由がない以上は存在する、との思考である。極端な思考と思われるが、責任主義からすれば、故意はそれ自体が存在するか存在しないかであって、客観的要素としての身体の動静があったとしても、これに対応する故意について推定は及ばないものと考えるべきである。

2 違法性固有の領域における主観的違法要素

構成要件は違法行為を類型化したものであり、従って、構成要件に該当する結果、当該行為は違法なものと推定される。そこで、この推定を阻却するものがあるか否かという消極的判断が、違法判断の内容となる。そうすると、この違法性阻却事由の有無に関し、その成立要件を構成する要素には客観的要素と、主観的要素の双方があるので、この後者が違法性固有の領域における主観的違法要素として位置づけられると思われる(違法阻却となるので、主観的な正当化要素という表現もできよう)。では、以下、こうした要素の主なものを検討してみよう。

(1) 急迫性、積極的加害意思(正当防衛36条)

まず最判和46・11・16刑集25・8・9は、「急迫とは、法益の侵害が現に存在しているか、または、間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきでない。」とし、最判昭和52・7・21刑集31・4・747は、更に、「刑法36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期

されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。」としている。更には、最決平成 20・5・20 刑集 62・6・1786 は、「A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく越えるものでないなどの本件の実事関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」としている。

そこで検討すると、思うに、36 条の法文にある「急迫不正の侵害」で解釈できる「急迫性」要件は、その語義からすると、相手方の侵害行為についての時間的視点からする評価概念であって、客観的要素と解釈できる。しかし、以上の裁判例に示されたところによれば、客観的違法要素である「急迫性」要件であっても、その内実は、相手方の侵害行為と、これに対する当該行為者の反撃行為との時間的な相関関係で決められるとする理解となり、その結果、相手方の侵害行為に対する認識、予期の観念が生まれ、更には、予期の程度はどうかということから、「積極的加害意思」という主観的違法要素によって、客観的違法要素である「急迫性」要件は消極方向に働くという解釈が生まれたものと思われる。

（2）防衛の意思

正当防衛の成立要件で、これも従前から議論されているのが、「防衛の意思」の要否、また、その具体的内容は如何ということがある。これについては、裁判例は従前から積極的判断を示し、例えば、最判昭和

46・11・16 刑集 25・8・9 は、「本条の防衛行為は、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、相手の加害行為に対して憤激又は逆上して反撃を加えたからといって、直ちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」とし、更に、最判昭和 50・11・28 刑集 29・10・983 は「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛とは認められないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではない。」としているのである。

思うに、ここでは法文にある「防衛するため」との文言が解釈上の手がかりとなるが、「……ため」といっても「防衛の目的」まで意味するものではなく、相手方の侵害行為に対する認識を意味することが必要で、しかし、それで十分と解すべきであろう。なぜなら、侵害行為への認識さえ存在すれば、これだけで反撃行為にでる動機形成が生じるに十分となるからである。こうして「防衛の意思」もまた主観的違法要素として位置づけうる。

(3) 正当防衛状況

ところが、以上の (1) (2) とは別に、裁判例としては、主観的要素を排除して、いわゆる「正当防衛委状況」なる、一見、客観的な要素を観念しているかの如きものもある。著名な最判平成 20・5・20 刑集 62・6・786 がこれであって、ここでは「相手方の攻撃に対して被告人が反撃行為を行った場合であっても、相手の攻撃が、被告人が相手方に対して先に加えた暴行に触発された、その直後における近接した場所での、一連、一体の事態といえることができるときには、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、相手方の攻撃が被告人の暴行の程度を大きく越えるものでない事実関係の下においては、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況にあるとはいえず、正当防衛は成立しない」とした。本件はもとより事例判例であると思われるが、これまで蓄積されてきた正当防衛の成

立要件の解釈論においてどのように位置づけるべきか、私見はなお留保したいが、正当化判断における客観的要素と主観的要素の混在する困難な問題が提起されていることを指摘しておこう。

（4）違法性の意識

違法性の意識とは、当該行為が違法であるとの認識である。当該行為者について故意があれば、客観的要素である犯罪行為（身体の動静）に対して認識がある、そして、こうした身体の動静は、違法評価を受ける犯罪類型であるので、当該行為が違法であるとの認識が当然に随伴する。そこで、「違法性の意識」は、いわば、故意と違法評価が分離する場面の問題となる。

こうした「違法性の意識」を犯罪成立要件として必要とするか否か、必要としてもその具体的内容はどのようなもので、また、犯罪論ではどのように位置づけられるか、など激しい対立が続いているのは周知である。

そこで、裁判例を検討すると、一般には、最判昭和26・11・15刑集5・12・2354に見られるように不要説とされているものの、その後の最判昭和53・6・29刑集32・4・967、最決昭和62・7・16刑集41・7・16は少なくとも不要と明示はしていないし、また、必要性を判示している下級審裁判例も存在しているところである。

こうしてみると、違法性の意識を不要とすれば格別、これを必要とした立場にたてば、これもまた主観的違法要素と数えうる余地が生まれる。ただ、私見では、違法性の意識は故意とは別個の要素であり、主観的責任要素として位置づけるのが相当と思われる。

第5 各論的検討その3……個別犯罪における主観的違法要素

以上のほか、更に視点を変えると、個別犯罪においても、その成立要件の解釈に際して、①明文で規定されている文言の解釈をとおして、あるいは、②明文での規定はないものの、これに必要であるとして解

積上の要請をとおして、その犯罪を構成する主観的要素が違法性を基礎づけるものがある。以下、これらの検討に移ろう。

1 住居侵入罪(130条)

前記①の場合の典型例として、住居侵入罪を挙げることができる。すなわち、130条では「正当な理由がないのに」と規定されているが、これがどのような場合をさすのかの解釈が、住居侵入罪の保護法益論とも連動して、以前から論じられていた。ここで裁判例をみてみると、大判昭和14・2・22刑集18・265を挙げることができる。この事実は、夫の出征中にその妻と情交する目的で夫の不在中である住居に立ち至ったというものであるが、「行為の違法性の判断は所論の如く純客観的に為すべきに非ずして、主観的違法要素を考慮に入れるに依りて全きを得べく、住居侵入罪に関する幾多の判例、皆この趣旨に出づるを見る」として。これは、すなわち、「情交の目的」という主観的要素を挙げて違法判断を基礎づけたものであって、判例が主観的違法要素の存在を明示的に認めたものと言える。

2 不法領得の意思

(1) 次に、前記②の場合の典型例として、一連の領得罪における「不法領得の意思」を挙げることができる。もとより、領得罪の観念は講学上のものであるから、これを観念するか否か、観念するとしても、その具体的内容として、どのような内容を求めるかは専ら解釈論によることになる。

(2) そこで、個別の領得罪について順次、裁判例を検討してみよう。

① 窃盗罪(235条) 最判昭和26・7・13刑集5・8・1437は、「権利者を排除して他人の所有物を自己の所有物としてその経済的用法に従い、これを利用若しくは処分するの意思」としており、窃盗罪では「不法領得の意思」が必要であり、その内容についての規範を示している。また、その後のものとして、最決昭和55・10・30刑集34・5・357は、他人の乗用車を、午前5時には返還するつも

りで、結果としては、午前0時から午前4時10分ころまで、数キロ離れたところまで運転したという事案において、「たとえ、使用後に、これを元の場所に戻しておくともりであったとしても、被告人には右自動車に対する不法領得の意思があったというべきである。」としている。更に、最決平成16・11・30刑集58・8・1005は、やや特殊な事案ではあるが、「……このように、郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、破棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならないと解するのが相当である。」として消極判断を示しているのが注目される。事案判例ではあるが、「不法領得の意思」の内容として必要である具体的判断枠組みを示して、事案への当てはめ解釈を示しているものである。

② 強盗罪(236条) 窃盗罪でのように、一時使用、損壊隠匿との限界例はあまり実例としては想定しにくいものの、たとえば、最判昭和38・7・9刑集17・6・579は、捜査として密かに写真撮影していた警察官から、カメラに装てんされたフィルムを抜き取ることを目的としてカメラを強取し、カメラについてはフィルムを抜き取った上で10日後に返却した事案について、暴行脅迫によりカメラをその所有者から自己の支配下に移して勝手にフィルムを取り出すことは所有者でなければできない使用処分行為であるとして、不法領得の意思を肯定している。

③ 詐欺罪(246条) 一時使用、損壊隠匿との限界例が問題となり、大判昭和8・6・26刑集12・963は「不法領得の意思」を肯定するが、更に、事例判断を示したものとしては、積極事例(最決昭和30・11・18刑集9・12・2470)、消極事例(最決平成16・11・30刑集58・8・1005)がある。

④ 恐喝罪(249条) ここでも「不法領得の意思」は一般に肯定されている。

⑤ 横領罪(252条) 最判昭和24・3・8判決刑集3・3・276は「不法領得の意思」を肯定するが、ただ、その内容としては、「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき、権限がないのに所有者でなければならないような処分をする意思」としており、窃盗罪におけるものとは若干相違している。横領罪においては、窃盗罪とは異なり、同じく領得行為ではあっても、既に当該行為者において物を占有していることから、窃盗罪における場合と異なり、「その経済的用法に従い」が除外されて、より広い範囲で観念されている。また、最判平成13・11・5刑集55・6・646は、A社の取締役経理部長であった被告人が、株買い占め工作の妨害等の工作資金としてA社の資金を流用しようと企て、業務上保管中のA社の現金を相手方に交付したという事案につき、「本件交付における被告人の意図は専らAのためにするところにはなかったと判断して、本件交付につき被告人の不法領得の意思を認めた原判決の結論は、正当として是認することができる。」とした。事例判例かと思われるが、これからすると、行為者の主観的認識として、「もっぱら本人のためにする意思」が認定できる場合には、「不法領得の意思」は排斥関係にあるとの判断を示唆するものと思われる。背任罪では、前記のとおり、「自己図利目的」「第三者加害目的」の2類型があり、その反面解釈として、「本人図利目的」であれば、これを排斥関係にあると思われるが、横領罪においてもこれと整合的な解釈が妥当と思われる。

(3) 以上のとおり、「不法領得の意思」の要否という場面は、少なくとも裁判例では解決済みといってよく、その内容は、客観的要素である行為に対応する故意からはみ出し、主観的超過要素として位置づけられるし、いずれの領得罪であっても、その存在によって違法性を基礎づけるものであるから主観的違法要素である。

3 偽造通貨取得後知情行使罪(152条)

更に個別犯罪では、やや特殊な主観的要素が存在する。その例として、偽造通貨知情後行使罪を挙げることができよう。すなわち、基本形ともいべき偽造通貨行使罪と異なり、当該罪においては、取得時では偽造通貨に対する認識はなく、行使時において認識がある場合に成立する構造なので、いわば、「取得時における偽造通貨に対する認識の不存在」という消極的な主観的要素があれば、違法性を減少させ、すくなくとも責任を減少させるものといえる。

4 事前収賄罪(197条2項)

また、主観的要素が、故意に超過するものでなく、行為の主体に影響するものとして、事前収賄罪を挙げることができよう。一般には、「公務員になったこと」を条件として犯罪が成立するので、これは客観的処罰条件とされている。しかし、当該行為者は、賄賂の收受時を基準にすれば、「非公務員」であることだけでなく、かつ、「公務員になろうとする意思」も必要であると解釈すべきであろう。「公務員になろうとする意思」がない「非公務員」が、賄賂を收受したとしても、それは法的には賄賂でもないし、構成要件要素である犯罪主体の要件には該当しないというべきであろう。これからして、「公務員になろうとする意思」は事前収賄罪における違法性を基礎づけるものとして、主観的違法要素というべきであろう。

5 事後強盗罪(238条)

「財物を得てこれを取りかえされることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために」と規定されている。ここでは、「目的」とは規定されていないが、「ために」とは「目的」の趣旨であって、つまりは、①「財物を得てこれを取りかえされることを防ぐ目的」、②「逮捕を免れる目的」、③「罪跡を隠滅する目的」と解釈できる。ここでの「目的」は、いわゆる典型的な「目的犯」とは異なり、動機と理解すべきであり、窃盗+暴行脅迫の行為を犯罪類型として強盗として扱うための状

況設定と解すべきである。

6 以上取り急ぎ、個別犯罪のいつくかにおいて主観的違法要素を検討した。これら以外でも多くの個別犯罪で主観的違法要素と解すべきものがあるが、これについては省略したい。

第6 まとめ

以上の検討によれば、主観的違法要素として議論されてきた、いわば3類型、①目的犯、②表現犯、③傾向犯においては、これを観念して認めるとしても、その範囲はそれほど広範ではないと思われる。むしろ、主観的違法要素の主戦場は、一般的要素、すなわち、総論分野では故意過失、違法性阻却事由を構成する成立要件（主観的正当化要素）であり、また、各論分野では、各本条における法文を出発点として客観的な構成要件要素をどのように解釈するか、その判断枠組みにおける主観的要素の働く範囲、といった点にあるものと思われる。また、犯罪成立要件である「主観的な成立要件ないし要素」に客観的なものが入り込み、他方、「客観的な成立要件ないし要素」に主観的なものが入り込んでいる。違法性という客観的なものに、主観的要素が入り込み、更に、その中で客観的なものが入り込むという、いわば主観と客観が相互に入り込む多重構造があるように思われる。

こうした主観的違法要素のもつ多重構造を更に分析検討し個別犯罪を越えた統一的な規範解釈を提示することが必要であるが、これについては拙稿のなせるものではなく他日を期すほかない。しかし、解釈の方向性としては、既に主観的違法要素は十分に是認されている段階にあり、個別犯罪の要件における解釈の判断枠組みの蓄積によって、その具体的内容、範囲を整合的に解釈する課題が残されていると思われる。それは、客観的違法性論に立脚するものであって、決して「主観的違法論と紙一重」となっているものではないというべきであろう。

主観的違法要素の再検討 (宮崎)

筆者が敬愛する芹沢斉教授は 2015 年 3 月をもって青山学院大学をご退職と伺っています。筆者は機会があって、青山学院大学大学院法務研究科において芹沢教授と職場を同じくし、さまざまな場面において、貴重なご指導を受ける機会に恵まれました。甚だ拙い小稿ですが、ご退職記念号となる青山法学論集にてこれを先生に捧げます。芹沢教授におかれては、ご健勝にて、今後益々のご活躍を祈念いたしますとともに、引き続きご指導ご鞭撻のほどお願い申し上げます。先生、ありがとうございました。

参考文献

本稿を作成するに際しては、一般的な概説書のほか、主として次の文献を参照した。

- 1 学説史として主観的違法論・客観的違法論につき、宮本英修「刑法大綱」、佐伯千仞「刑法における違法性の理論」を参照した。
- 2 主観的違法要素について、これまでの裁判例・学説に関する総括的な分析研究として、大コンメンタール刑法(第2期)第2巻(大塚仁)166頁、前田雅英編「条解刑法」第3版、「注釈刑法 第1巻」(西田典之)261頁、(今井猛嘉)325頁のほか、曾根威彦「違法論」ジュリスト1348号(特集刑法典の百年)19頁、振津隆行「主観的違法要素」ジュリスト刑法の争点26頁を参照した。
- 3 主観的違法要素に関して、ドイツにおける状況を伝える邦語翻訳文献として、西原春夫監訳・イエシエック・ヴィンゲント「ドイツ刑法総論」第5版174頁、239頁、町田朔・吉田宣之監訳「ロクシン刑法総論」第1巻(第3版)「翻訳第1分冊」322頁を参照した。
- 4 いわゆる構成要件論については、実務からの提言として、金山薫「構成要件論の終焉」小林・佐藤古稀祝賀刑事裁判論集(上)2頁、安原浩「裁判実務からみた犯罪体系論の意義」法律時報1042・54を参照した。また、最近の論説として、松宮孝明「構成要件の概念とその機能」23頁(三井誠先生古稀祝賀論文集)を参照した。
- 5 主観的違法要素について、一貫して否認説を主張する中山研一の一連のものについては、中山研一「違法性の判断とその時期」井上正治追悼記念論集15頁、中山研一「主観的違法要素の再検討(1)(2)」法学教室99号52頁、100号130頁、「刑法各論における行為無価値論と結果無価値論」法学教室49号37頁、曾根威彦「主観的違法要素」中山研一古稀記念論文集139頁、振津隆行「主観的不法要素全面的否認説の検討」同157頁、葛原力三「結果無価値と行為無価値」犯罪と刑罰第22号(特集中山刑法学をふりかえって)103頁を参照した。

- 6 故意についての古典的文献として平野龍一「故意について(一)(二)」法協67(3・34)226, 67(4・63)351, その後の平野龍一「構成要件という概念をめぐって」法学教室5号~7号(犯罪論の諸問題(上)収録)を参照した。
- 7 故意の体系的地位について, 大塚仁「故意の体系的地位」香川達夫博士古稀祝賀「刑事法学の課題と展望」17頁を参照した。
- 8 薬物犯罪における「営利の目的」について香城敏磨「注解特別刑法5 覚せい剤取締法」を参照したが, 同書では「営利の目的」は責任要素である以上に違法要素と解すべきであり, 65条2項の加重身分であっても矛盾しないし, 「自利目的」「他利目的」の双方を含む, 単なる認識だけでなく動機を内容とする概念であるとする。
- 9 裁判員裁判, 刑事手続の改革からする刑法への課題については, 佐伯仁志「新時代の刑法解釈について」司法研修所論集123・135, 高山佳奈子「実体刑法の改革」法律時報1062・48を参照した。