犯

罪

犯罪行為

犯罪者とその責任

心の要素物の要素

論

/ ランス犯罪論に学ぶもの

--- 独仏犯罪論体系の比較考察 ---

沢 登 佳

moral)の三つに分ける。 (éléments constitutifs) を、法定要素(élément légal)、物の要素(élément matériel)および心の要素(élément (délinquant) および彼の刑事責任(responsabilité pénale)との、二要素に分け、次に犯罪行為の構成要素 フランス刑法学の最も普通の体系では、 犯罪(Crime ou délit)をまず、犯罪行為(infraction)と、 犯罪者

(Tatbestand)、 違法性 (Rechtswidrigkeit) および責任(Schuld)の三要素に分ける(一昔前にはこの外に行為 これに対してドイツしたがって日本の刑法学の最も普通の体系では、 犯罪 (Verbrechen) をいきなり構成要件

《Handlung》を第四の要素とする体系が多かった)。

体系の原理・プランが根本的に異るなら、各要素が体系上持つ意味も全く次元を異にするはずだから。 はドイツ(日本)のこの要素に相当する」などとあげつらうことは、全くのナンセンスと言わなければならない。 てそうであるなら、両体系でそれぞれ犯罪の要素とされているものを互いに直接に比較して「フランスのこの要素 この違いは、両体系が根本的に異る着眼点から全く違うプランに従って構成されていることを示している。そし

constitutifs)を実質的要素(élément matériel)と道徳的要素(élément moral) とに分けるのが普通である(そ T、四一~四二頁)これに対して団藤重光は、 ドイツでも「かつては犯罪の客観的要素と主観的(心理的)要素とを れぞれドイツの旧い刑法学における犯罪の客観的要素と主観的(心理的) 要素とに相当するものと解している (団 れ以外の要素をつけ加える学者もある)。」と述べ、フランス刑法学における犯罪行為の物の要素と心の要素とをそ 分けて論じることがひろく行われていたが」としてその部分への注で「フランスでは、犯罪の成立要件(éléments 物の要素を違法性に、心の要素を責任に比定しつつ「犯罪の三側面」 なるものを解説している。(平野『刑法』総論 するわけではないが、犯罪に三つの側面があることを示唆するものである。」と。 そして法定要素を構成要件に、 しかるに平野竜一は言り、フランスの犯罪行為の三構成要素とドイツの犯罪の三要素とは「内容的に正確に一致

しかしまず、物の要素と心の要素とは純記述的事実的要素だから、 規範的価値判断的要素たる今日の違法性およ 藤「刑法綱要」総論、六二~六三頁)。

近頃の法科学生は異口同意に「法律課目中刑法総論(その犯罪論)が一番わからない」と言う。そしてわからな

び責任とは全く次元を異にする概念である。 は道徳的要素ではない。フランス語の moral には「道徳的」のほかに「心の」という意味があり、élément moral 要件の その中の故意過失のみを含み、ドイツ(日本)刑法学で言う責任能力を含まない。 一たる犯罪行為の構成要素にすぎない。そしてそれ故に第三として、 次に、法定・物・心の三要素は犯罪の成立要件ではなく、犯罪の成 心の要素は主観的要素のすべてではな 従って第四に、心の要素

moral は純粋に後の意味である。

上で、 答えを出すことは本論の狙いではないが、 の夜郎自大的自己讃美が元であるらしい。 憶があるから、 観的要素と主観的要素とに分ける犯罪論体系(団藤同)」と同列に置き、従って今日のドイツ しも罪は軽いが、 とをふりかえっていただきたい。 した上で、さてどちらの体系がすぐれているかと尋ねてみたら、どういう答えが返ってくるであろうか。 ては既に克服された理論であって 参考に値しないとする結論を 必然とする点において、 平野の誤解は、 では、そういう誤った比較によらず、 これは団藤ひとりの誤解ではなく、 フランス式体系のそれを知り彼此を比較することが非常に有益であることを理解してもらうために、 日本刑法学界では昔から流布された見解だったらしく、さらにそのルーツを探るとドイツ刑法学者 団藤の誤解はフランスの体系を、「理論的な裏づけを欠く(団藤前掲、 フランス犯罪論の体系を今日のドイツ(日本)の犯罪論体系と同列に置こうとするもので、 独仏各犯罪論体系をそれぞれそれ自身に内在する固有の論理に従って理解 筆者の学生時代瀧川幸辰が講義中団藤と同趣旨の発言をしたのを聴 ただ少なくともドイツ しかしこれは前記のような誤解に基づくもの故、 (日本)式体系の意味と射程とを正確に測定する 六三頁)」ドイツ昔日の 罪は甚だ重い。 理由なき誹謗である。 (日本)の刑法学にお 今急いで 次のこ いた記 もっと まだ

のだから、使うつもりは故意の一要素にすぎずとりたてて主観的違法要素と呼ぶ必要はないと言う。どれも一々も つもりで紙幣に似たものを造る意思は通貨偽造の故意ではなく、使うつもりで造って初めて通貨偽造の故意になる ら、使うつもりが主観的違法要素なら故意そのものが主観的違法要素だと言う。又ある先生は、子供の玩具にする 意思つまり故意の一部ではなくてその意思から独立の主観的違法要素だと言う。ある先生は、両者は分かち難いか 為として違法性を阻却されるのだと言う。どっちにしろ手術は正当な行為に変わりないのに、何で議論せにゃなら う。ある先生は、医者の手術は傷害の構成要件に初めから当たらぬと言う。ある先生は、当たった上で正当業務行 議論しなけりゃいいのに、何で生死に関わる大事のように議論するのだろう、と学生の頭はますます混乱してしま ある」から、この「争いは重要でない。」と言う(平場安治「構成要件の機能」刑法講座2三九頁)。 だと言う。ある先生は存在根拠だと言う。 ある先生はどっちの説も、「多分に、同一物の看点の相違と見得るので るのにあまり適していないことを、意味しているのではないのか。例えば、ある先生は構成要件は違法の推定根拠 も言える反面どう言ってみてもすっきりしないということではないのか。つまり三概念が犯罪をすっきりと説明す 在る、と言う。 んな先生の本を読み比べると、各先生の言うことが千差万別で誰の説がよいのやらますますわからなくなることに が責任要素なのかを決めるメルクマールの見当がつかないこと、自分が頭が悪いためにわからぬのかと思っていろ 互関係がどうなっているのかさっぱりわからないこと、従って具体的に何が構成要件要素、何が違法要素そして何 い原因は、 んのかと学生は悩んでいる。ある先生は、通貨を偽造する意思は故意で責任の要素、偽造したら使うつもりはその ともなので、学生は又悩む。 そもそも構成要件、 私は思うのだが、偉い先生がこんなにまちまちのことを言っているということは、要するにどうと 以上はほんの一例にすぎない。 遠法性および責任の各概念規定が抽象的で、具体的に何を指しているのか又その相 偉い先生方の言うことが一々こんなに違っているの 重要でないのなら

ることの内容をしらべてみようと思う。

奪い取るのに最も有効である。 ぜなら試験は(特に司法試験は)それでパスするから。かくて今日の犯罪論は、犯罪の真実に迫る気慨を学生から に違う諸説がある」とわかったことを以て犯罪概念そのものがわかったことと混同し、それですませてしまう。な に、一体学生に何をわかれと言うのか。 わからないと悩む学生はまだ質のよい方で、たいていの学生は「こんな風

ずしも長所とは言えないことになる。そこで次にこの点を検討するために、フランスの犯罪論体系で論じられてい は言えないことになるし、又逆にフランス式体系の明晰判明性は深みが無く役に立たぬことの反面であるから、必 本)式体系がフランス式より深みのある且つ役に立つ理論であることの余儀ない結果であるから、必ずしも欠陥と 与ええないのではなかろうか。もしそうなら、たとえ議論が紛糾混乱していようと、そのことはむしろドイツ(日 系によるときは、犯罪の本質についての深みのある考察はできず、刑法の解釈適用に対して役に立つ指針を十分に が、フランス式体系では十分または全く取り上げられず取り扱われえないのではなかろうか。つまりフランス式体 て生じる難問は、ほとんど起る余地がないだろう、ということである。しかしその代わり、ドイツ(日本)式体系 体的事実がどれに属するかのメルクマールもはっきりしているから、前記のようなドイツ(日本)式体系に付随し 意、過失および故意過失を要せぬ違警罪における規則との抵触)は、 概念規定も客観的に明確、 相互関係も明白そして具 で議論されている 犯罪の本質をめぐる深い議論 および 法適用上解決を要する 諸難問への解答を与える仕事の多く る行為であること)、 これと比べてフランス式犯罪論体系はどうであろうか。 すぐ想像されることは、法定要素 物の要素(行為の物質的要素つまり身体の動静、その結果および両者の結びつき) (法律で犯罪とされてい および心の要素(故

フランスの通説的体系も もちろん学者によって 多少の異同はある。 しかし骨子においては ほとんど一致してお

Stefani et G. Levasseur, Droit pénal général (10° édit. 1978) に書かれた体系の概要を示すことを以て、上記の 本稿の課題にとって重要なのはその骨子 ・ 大枠組であって 細部ではないから、 本稿では その代表として C.

内容に即して段落や標題を変えた所が多いので、原書の目次とは多くの点で一致しない。)。

ステファニとルヴァスールの犯罪論体系は極く大雑把な大枠組において次のように構成される(わかり易いように

課題追求の出発点にしようと思う。

、犯罪行為(infraction)の構成要素

1 法定要素 (élément légal) 罪刑法定主義(principe de la légalité des délits et des peines)

b 法定要素の消滅—正当化事由(faits justificatifs)

0 法および法定権力の命令

æ 法の許容

(i)正当防衛(légitime défense)

(ii)緊急状態(état de nécessité)

(iii) 被害者の同意 (consentement de la victime)

物の要素(élément matériel)

2

動作 (fait ou acte)

0 作為 (action ou commission) と不作為 (omission)

3

a

意図 (故意 intention ou dol)

- œ 即成犯(acte instantané)と継続犯(acte continu)
- 0 一個の行為と数箇の行為
- 結果 (résultat)
- 未遂 (tentative)
- (i)実行の着手(commencement d'exécution)
 - (ⅱ)自らの意思による中止 (désistement volontaire)

の不存在

- 心の要素 (élément moral) (ⅱ)結果の可能性(possibilité du résultat)、不能犯(délit impossible)
- 単純故意(dol simple)と加重故意(dol aggravé)

一般的故意(dol général)と特殊故意(dol spécial)

Œ

0

- 確定故意 (dol déterminé) と不確定故意 (dol indéterminé)
- 偶発故意 (dol éventuel)
- b 落度(faute)
- T 過失(faute d'imprudence)
- Œ 法規抵触(faute contraventionnelle)
- 1 犯罪者(délinquant)と刑事責任(responsabilité pénal) 犯罪行為者(auteur)

- a 肉体人(personnes physiques)と精神人(personnes morales)
- b 単独自手犯(auteur matériel)、共同自手犯(coauteur)、指令犯(auteur intellectuel)、自手犯と見な される共犯 (complice consideré comme auteur)
- с 共犯 (complice)
- d 他人の行為についての刑事責任 (responsable pénalement du fait d'autrui ; responsabilité pénale du fait d'autrui)
- ⊕ 集団責任形態(formes de responsabilité collective)
- Œ 企業の長の刑事責任(responsabilité pénale du chef d'entreprise)
- 2 犯罪者の刑事責任 (responsabilité pénale du délinquent)
- 罪状 (culpabilité)、帰属性 (負帰性、負責 imputabilité)、責任 (応答可能性 responsabilité) の区別 責任阻却原因(causes exclusives de la responsabilité pénale)と放免有恕(excuses absolutoires)
- causes de non-imputabilité) 客観的(objectif) 責任阻却原因と主観的 (subjectif) 責任阻却原因 ないし 不帰属原因 (非負責原因
- d 不帰属原因の分類
- ① 心神喪失 (démence)
- @ 強制 (contrainte)

0

錯誤(erreur)

(i) 法の錯誤 (erreur de droit)

(ii) 事実の錯誤 (erreur de fait)

e 少年(mineurs)の無責任推定(présomption d'irresponsabilité)

最初にこの体系では、犯罪の本質についてドイツ(日本)式体系におけるような深い考察がなされえないかを、

検討してみる。

まず、違法論が存在しないということは確かに、 犯罪の客観的悪さがどこに在るか、つまり社会秩序・社会的利

罪論体系に導入することの重要性を主張する者が現れて来ている (Stefani et Levasseur, ibid. p. 106.)。 義務違反だ、 ンスの体系は犯罪の本質論において欠けた所がある。ドイツ(日本)式体系における、違法の実質は法益侵害だ、 益にとってどういう意味で悪いのかという問題を、正面から考察する場所がないということであり、その点でフラ へは盛り込めない。そこで近年フランスの学者の間にも、その欠陥の自覚から、 いや行為無価値だ、そうではない結果無価値だ、というような華々しい議論は、 違法要素(élément injuste)を犯 フランス式体系の中

込まれるので、 と規定し、犯罪者のことは全く忘れてしまったかにみえる。われわれは大学で「犯罪は行為ですよ」と頭から教え ものだからである。これに比べてドイツや日本の犯罪論は犯罪を「構成要件に該当する違法で有責な行為である」 自然で常識にかなっている。 の人の応答(responsabilité)として説明する。 主体(行為者)とに分け、 責任を犯罪行為の犯罪者人格への帰属(imputabilité) に基づくその行為についてのそ しかし、責任の本質論に関しては、話が逆であるように思われる。フランス式体系では、 もっとも普通の行為なら、人間の行為が或る個人の行為であることは言わなくてもわかっているから、 その事を疑ってもみないが、 人間の思考―言語慣習は、行為には必ず行為者を考え、「誰が何をする」と表現する 反省してみると これはずいぶんと 不自然非常識なことではあるま 犯罪を行為と行為者とに分けることは、 考えてみると大変明快で 犯罪をまず行為とその

その一振りで球は外野の塀を越えたとか言っただけでも行為の認識と言えるが、犯罪行為の認識はそれを認識した ぜなら――普通の行為はその行為だけを見て終りにすることもできるが、例えばそのしぐさはかっこがよいとか、 の行為を一般的に認識するため特に行為者に言及する必要はないかもしれない。しかし特に犯罪を認識する場合に 任論を展開する。「行為者人格の行為との結びつき」を「責任の存在論的基礎(同一九〇頁注六)」と解した点で団藤 いは、また、 が責任の事実的基礎を忘れていると論難し(同一八九~一九〇頁)、「行為との結びつきにおける行為者人格 る所の、法規範実際上は裁判官の脳裏にのみ存在する観念にすぎない。その事を見て取った団藤は、規範的責任論 は、フランス刑法学が説くような自由意思的行為の行為者人格への「根源的・本来的・存在論的」帰属とは全く異 来なかったのである。もっとも規範的責任論は、一応責任を「行為を行為者人格に結びつけて、非難を行為者に帰 行為との関係」としては把握されず、「行為の属性」 としていわば行為の中に溶解・融合した形でしか考えられて て来なかったのである。言い換えれば、行為者と彼への行為帰属とは「行為に対して独立の犯罪要素およびそれと に、行為を修飾する「有責な(schuldig)」という形容詞で表現されるものを意味し、 行為の属性としか考えられ をやってるじゃないか、と反論したくなるだろうが、困ったことにドイツ(日本)式体系における責任は、 てのその行為者の責任をも併せて一体として考察し認識するのでなければ、意味をなさない。だから責任論でそれ である。それ故犯罪現象は行為の外に、行為者およびその行為のその行為者人格への帰属に基づくその行為につい だけで終りというものではなく、その「行為」について「行為者」に責任をとうための前提としてのみ有意義なの は、行為者についての考察が欠けていることは、単に不自然と言うにとどまらず、極めて不都合なことである。な (団藤前掲一八八頁)」 としての一種の帰属 (zurechnung;imputation) と解しはした。 行為における行為者の人格態度-──が責任判断の対象となる」として(同一九○頁)いわゆる人格責 しかしこの帰属

質とする刑罰は責任の負い方としては不適当であるという反省が起こり、新社会防衛運動のように刑罰に代わる新 った理由の一端は、ここに在る。又近年フランスで、責任の本質が自由に在ることへの省察から、 歳的刑法学が、ドイツや日本でくり返し生産されたのに対し、フランスではついぞ確固たる市民権を獲得しえなか 徳漢ときめつけ、 まいにし不純にしごまかしうるものとする。犯罪者を社会の害虫、民族共同体の敵または超越的倫理規範に叛く不 者人格との区別をあいまいにすることによって、責任の実体・本質と一緒に近代刑法の根本理念・指導原理をあい するために最も端的で純粋でまぎれなき道である、と言いうる。これに反してドイツ(日本)式体系は、行為と行為 系では、 の論理を表現するためにはドイツ(日本)式体系より遙かに適していると言うことができる。加之、フランスの体 ある。この意味ではフランス犯罪論体系は、単に明快・自然・合常識的であるにとどまらず、行為責任=|客観主義 説はフランス刑法学と軌を一にする。しかしフランス刑法学がこの結びつきを「行為の行為者への」帰属と解しそ の体系は、個人の自由を存在根拠とし指導理念とする近代法=近代刑法をその本質において把え本筋に従って理解 たがって責任の存否は自由の存否すなわち行為が自由意思的になされたか否かに在るとされる。この点でフランス を行為者人格から完全に切り離してそれ単独で考察し、しかる後にその行為の行為者人格への帰属を考察するので る行為の属性としての「反規範的人格態度」と解するに至り、行為責任の枠を超えた主観主義的な人格責任論に陥 れに基づいて責任を「行為につきその行為者が負う」ものと把えるのに対し、 人格の行為への」麦われたる「人格態度」として把える結果、責任を、その人格態度に対する判断により認識され フランスの理論はこれとは全く逆に、行為責任原理を貫徹せんがために、まず行為が犯罪行為たるための要件 犯罪行為の行為者への存在論的帰属とは「犯罪行為を行為者が自由意思的になしたこと」に外ならず、 その自由と人格的尊厳性とを無視し侵害してはばかる所なき主観主義的・ナチス的ないし体制万 団藤はこの結びつきを逆に「行為者 自由の侵害を本

しい責任の負い方の摸索が盛んに行なわれるようになり、それを通じて犯罪と刑罰との本質に対する深い根本的な 式体系の方が遙かにまさっている。 り、責任と刑罰との本質について深く鋭く且つ明快な議論を展開するには、ドイツ(日本)式体系よりもフランス の本質を自由意思の中に端的に見出しにくくしており、責任が従来犯罪と刑罰とを繋ぐ紐帯と考えられて来たこと 反省が膨湃として起こって来たことの原因の一端も、ここに在る。これに比べるとドイツ(日本)式体系は、 への反省、すなわち責任がある以上刑罰を科して当然ということへの反省が起こりにくい構造になっている。

る。それは、独仏刑法典の体系構成の差の直接的な反映にすぎないのだ。 の差がどうして生じたのかを追求することが有効である。しかるに、その差が生じた直接の原因は極めて簡単であ 体的な法解釈の指針として役立つ点ではどちらがまさっているか。それを考えるためには、右のような犯罪論体系 かように、 犯罪と刑罰との本質に対する深みのある議論という点では、独仏の体系は一長一短であるが、では具

す。)。かような編別がドイツや日本の刑法典の編別と比べて著しく異る点の第一は、心神喪失・強制および少年以 し、次いで第一部で重・軽罪の刑とその効力を規定し、第二部で重・軽罪の共犯、重罪の犯人または被疑者を援助 よび放免宥恕 外の刑の滅軽 に対する刑罰およびその免除または減軽を規定する(第四部は違警罪とその刑を定めるが、 軽罪の宥恕または減刑は法律に定める場合以外には認められない旨を宣言し、そして第三部で各種犯罪とそれぞれ フランス刑法典は冒頭の通則に犯罪のクラス分け(重罪・軽罪・違警罪)、 未遂、 重罪等の防止を怠る罪、心神喪失・強制による責任阻却、少年に対する刑の滅免等を規定し且つ重罪又は (重大犯罪の未然通報など犯罪は成立するが政策的理由で刑を免除するもの)は、 ・免除の事由すなわち正当化事由 (正当防衛などの犯罪不成立事由)、 減刑宥恕(挑発などによる減刑) 刑罰の法定などについて規定 抽象的一般的な形で各則と 当面必要ないので考察から外

定している。著しく異る点の第二は、故意と過失とに関する一般規定が欠けており、故意犯と過失犯との態様がこ 減刑宥恕しないこと、夫婦間の故殺はその時自分の生命が危険に陥っていたのでない限り減刑宥恕しないことを規 た殺人・傷害および殴打の無罪または減刑を、場合を分けて具体的に規定すると共に、尊属殺は如何なる場合にも しかもそれら以外には一切認められないことである。時にはこの犯罪には宥恕事由の援用を許さないという規 に規定されてはおらず、 例えば三二一条ないし三二九条は挑発により、 各則の定める各犯罪ごとに 個々具体的に 且つ極めて 細分化された形で規定されてお 法律や官憲の命令によりおよび正当防衛としてなされ

ラン以上五○○○フラン以下の罰金に処する。《三一二条二項》」)、 これら以外の不作為犯を一切認めない (したがって不 はめて不真正不作為犯として処罰している犯罪の幾つかを、 第二部(前記)の外各則の中でも場合を分けて規定し ひき起こした」とていねいに定義されている。著しく異る点の第三は、ドイツや日本では作為犯の構成要件に当て 遵守(inobservation des règlements)の結果その意思なしに(involontairement)人を死亡させまたは人の死を 失致死罪は「へま (maladresse)・軽率 (imprudence)・不注意 (inattention)・怠慢 (négligence) または規則 れまた各犯罪ごとに具体的に事細かに場合を分けて規定されていることである。例えば、同じく故意の殺人であっ ○一五歳未満の子に故意に給養または保護を与えず その結果その健康を危くした者は、一年以上五年以下の拘禁 および 五〇〇フ 単純故意の場合は故殺(meurtre)で無期懲役、加重故意たる予謀(prêmêditation)なら謀殺(assassinat) 軽罪の準備・容易化・実行等を目的とする故殺も死刑という風に、故意の内容如何で罪に軽重がある。

規定された内容がほぼ 「犯罪行為の構成要素」 として 解説されているものに相当し、 かような編別を前記ステファニ=ルヴァスールの犯罪論体系と比較してみよう。そうすれば、 第二部に規定された内容が 通則と第三部とに

作為犯はすべて真正不作為犯で不真正不作為犯は存在しない)ことである。

相当することが、直ちに判明する。つまりフランスの通説的犯罪論体系は刑法典の構成をいとも素直になぞってい (不作為犯とその刑を定めた六二条と六三条を除き)ほぼ「 犯罪者 と刑事責任」 という 標題の下 に説明 されて いるものに

極面から個別化特殊化具体化細分化する要件であるから、ドイツ(日本)の違法阻却原因よりも遙かに、(消極的) 法阻却事由のようにあらゆる種類の犯罪に適用される一般的な違法阻却原因ではなく、各個別的犯罪類型をその消 ればいわゆる構成要件的不法に当たるものだということになる。且つこの場合正当化事由は、ドイツ(日本)の違 における違法性から区別された構成要件に比定さるべきものではなく、無理にドイツ(日本)式レッテル貼りをす その結果として その体系では、 まず正当防衛等の正当化事由が 法定要素を消滅させる原因として 位置づけられ 逆に言うと正当化事由の不存在は法定要素である。とすれば法定要素は、ドイツ(日本)の犯罪論の三要件説

構成要件要素と呼ぶにふさわしい。

ばどんどん作ってもよいように思われる。これに反して刑法典制定当時のフランス人は、罪刑法定主義は罪刑を認 は認めてはならぬ」という規定まで在るという事実は、刑法典制定当時のフランス人の罪刑法定主義の観念にどう めることにも不成立または減軽することにも、共に妥当すると考えたらしい。なぜか。 ようである。今日の普通の考えでは、罪刑法定主義は、罪を不成立ならしめる方向および刑を減免する方向へは強 やらドイツ人や日本人のそれと(そして今日のフランス刑法家のそれとも)違うものが含まれていることを示している く機能しなくてもよく、しない方がよい。だから、超法規的な犯罪または刑罰の阻却・減軽事由は、必要さえあれ ところで、フランスの正当化事由および宥恕事由が法律で定められたもの以外は認められず、中には「この場合

わが国ではこれまで「アンシャン・レジーム下の刑事司法は裁判官の罪刑専断主義であった。そして大革命の成

de procédure》)そしてなかんづく不確定期間手続なしに監禁させえた(封印書《lettre de cachet》)」ことであっ 由裁量権は、 が、チラコー(Tiraqueau)は六四を下らぬ滅軽情状を列挙している。」(同七一~七二頁)だから「当時の裁判官の自 ばどんな行為でも処罰できる自由も、その行為にどんな刑でも適用できる自由も、持ってはいなかった。 果たる罪刑法定主義により裁判官の罪刑専断が初めて克服された。」と信じられて来た。 やめさせ (各種赦免状 《lettres de grâce, de rémission, de pardon》 七二頁)」当時の人が本当に苦しみ不満を持ち怒り批判したのは裁判官の罪刑専断ではなくて、「王が随意に訴追を 故結論として、「裁判官の自由裁量(arbitraire)ということが誇張されて (恣意の意味に) 誤解されている。 た結果やなされた状況や犯罪者の悪性・動機・身分や犠牲者の身分などに応じて、 官には、 限を認めている場合に、 罰は自由裁量である』という法諺は実際は、 罪に適用しりる刑の上限とその執行様式とを定めていたのも、慣習法であった。(前掲六九∼七○頁)」「『すべての はどこでも慣習法により行なわれ、慣習法が未だ成文法化されていなかった頃以来そうであった。 ァスールは言う、「かなり流布されている見解とは逆に、 アンシャン・レジームの裁判官は反社会的と評価されれ いたのであって、「刑の段階づけはこのニュアンスへの配慮によって説明される。 そして、 (dol)が明白でない場合、裁判官はある徴憑(indices)から故意を認めうる(『推定された』故意)が、その場 (故意が明白な場合と)同じ重さの刑を適用しえない。」(同七○頁)また当時の刑法は、 被告人の責任に応じて刑に段階をつけること(graduer)が認められる。」例えば、ある犯罪において「故 | 滅軽情状の制度が今日の司法官に与えている権限をほとんど超えるものではない。 (同七二頁) 」 それ 裁判官は、宣告するのが適当な制裁を定める自由を持つことを意味する。これにより裁判 裁判規則が裁判官に対して『正規の(ordinaire)』刑を適用しない権 および特に手続廃棄状 細かく刑にニュアンスをつけて しかしステファ 加重情状も数多かった (lettre d'abolition 犯罪がひき起こし ……同様に、 犯罪認定 || 犯 刑 ヴ

明白である。例えばその「第二編重罪およびその処罰について」の「第二章個人に対する重罪」の「第一節人に対 紛う方なき構成要件要素となったのである。そのことは特に、一七九一年刑法典の宥恕事由の規定の仕方において#ボ゚ポ de pardon, lettre de Commutation(刑罰減軽状)の行使は廃止される。」と規定した。 次いで一八一〇年の刑法 利益のため頻繁に処罰に手心を加えることに導いた。かように刑法の適用が示す不平等性は活発な批判の対象とな た もしくはその他何らかの方法でなされたすべての殺人は、罪の性質および事情に応じて以下の如く名称を与えられ 故、軽卒又は怠慢、法定の《légal》行為、 法律の命令に基づく正当な権限による執行、正当な《légitime》行為お する重罪および未遂 (attentat)」は、 その第一条から第六条でまず殺人が無罪とされまたは滅軽される条件 (事 することを許されなくなったのである。そして当時の観念では正当化事由も宥恕事由の一種と考えられていたので 従って個々の犯罪につき個別的に、法定されねばならず、ドイツ(日本)におけるが如く抽象的一般的な形で規定 典すなち現行刑法典はその六五条に「法律が宥恕事由を定め又は刑の滅軽を認めた場合と状況とにおいての外は、 判の執行を妨害又は停止するすべての文書すなわち lettre de grâce, lettre de rémission, lettre d'abolition, lettre よび正当防衛)を規定し、しかる後に第七条で「前六条に定められた場合を除き、故意に且つ武器又は道具を用い 重罪または軽罪が宥恕され又は滅軽されることはない。」と規定した。その結果宥恕事由および滅軽事由は厳格に、 た一七九一年の刑法典は、その第一編第七章の一三条において「陪審員により訴追された重罪については、 (これについては後に詳説する)、正当化事由も各則中に個別化されることとなった。 かくてそれらは個々の犯罪類型 (構成要件)を他の積極的限定要素と協力して消極面から限定する要素、つまりドイツ(日本)式表現を用いれば (同七二頁)。「貴族と聖職者とが法的に恩恵を受けりるこの手続的保障および裁判上の特権は、 次いで暴力的な反作用を招き寄せた。(同七一頁)」そしてこの暴力的反作用すなわち大革命の過程で制定され 刑事裁

的な要件を定めるというやり方で、規定されており、消極的要件と積極的要件とが渾然一体となって殺人罪の要件 ずまたはより軽い罪となる場合を除外し、次にその残りについて場合を分けて、主として積極的な、 且. れて見えるが、 けて過失致死、 を構成していることが明らかである。一八一〇年刑法典では最初に各種殺人の積極的構成要件を定め、 一つ処罰される。」と定めて、第八条から第一六条まで積極的な殺人の構成要件を場合を分けて規定し、更にその中 宥恕およびその不適用と放免とを定めている。 規定の内容そのものには本質的な違いがない。 宥恕条件と不可宥恕条件と、 および正当化事由を定めているので、渾然一体性が形の上ではやや薄 つまり殺人罪は、 人を殺す行為一般の中からまず罪となら 従として消極 次に節を分

専ら積極面からの限定のみを含み、 者を分けて考察しない理由は、この規定の仕方に在る。ドイツ(日本)では、 念を体現して犯罪類型を厳格に特定する要件たる所の構成要件の本質、 た一般的抽象的 積極的構成要件に該当しただけでは行為は必ずしも違法ではない。だから構成要件該当性つまり「各則に法定され いら構成要件の本質と、 般的で各犯罪を種別化類型化する という意味で 犯罪の個別的特殊的な類型である 構成要件の要素とは 第二にフランス刑法典の如くそれ以外の消極的要件は一切認めないという規定がないので、 ランスの体系が、法定要素という言葉でドイツ(日本)の用語で言う構成要件と違法性とを一括して把え、 消極面は総則中に抽象的一般的な形で規定されるにとどまる。 という意味での法定要素の外に、どうしても違法性というもう一つの要素が必要になる。 な消極的限定も併せ読めばフランスと同じだ、と言うかもしれぬが、それは第一に余りにも抽象的 合わない。これに反してフランス刑法典の各則に規定する積極消極両面からの犯罪類型の 消極面からのそれを原則として含まない その結果ドイツ 言い換えればそれ以外の限定を許さな (例えば日本の例外:親族相盗、 各則に定める各種犯罪の構成要件は (日本) の体系では、 罪刑法定主義の 総則に 規定され 同臟物収 各則の 両

うな法律的要素を全く必要としない。かくて違法性という要素を必要とするか否かは、別段深い哲学的思想的問 なんぞではなくて、全く単純に、刑法典の犯罪類型の規定の仕方如何によることが判明した。 限定は、 定要素は行為が犯罪行為たるための必要十分条件であるから、犯罪行為となるためにはそれ以外に違法性というよ それだけで犯罪類型の全体を過不足なく充しているから、言い換えれば刑法典各則に規定された犯罪の法

る。 言うと、 準ずるいろいろな形態が論議されているのも、 又、先記ステファニらの犯罪論の一覧表で、共犯以外に共同自主犯、指令犯、自手犯と見なされる共犯など共犯に せりで、 典は多数の法律で不断に修正され補充されて来た。だから、解釈論はあっさりして物足りぬが法規定は至れり尽く 解決しようと努めるから、法学者が同じ問題をいつまでも議論し続ける必要がないのである。事実フランスの刑法 る。その点で見た所は確かに、解釈学はドイツ(日本)に比べて深味が無く物足りない感じがする。しかし正確に ンスでは刑法の解釈をめぐる思想的イデオロギー的対立、喧喧諤諤の議論はドイツや日本に比して少ないようであ 価値判断=イデオロギー従って刑法そのものの在り様を探り批判し改革を提言する道を塞いでしまう。それ故フラ 飯櫃の一つである不真正不作為犯が一切認められず、すべて立法的に解決されていることは、その代表的な例であ 但し注意すべきは、フランスの場合その規定の仕方が完全であるということは、違法性の判断が立法者に一任さ この事態はモンテスキウの理想と合致し罪刑法定主義の初心に忠実と言えるが、刑法解釈学を通して立法者の 裁判官は文字通り法律を適用する機械であり、刑法解釈学はその機械的適用の手引きにすぎないことを意味す それらの規定は、 問題はほとんどそこで解決されているのである。ドイツ(日本)刑法学の重要な論争テーマであり学者の フランスでは難しい問題は司法官・弁護士・法学者らの議論に委せないでできるだけ速やかに立法手段で 今日ドイツや日本の不真正不作為犯論で 提唱されている基準から見ても 妥当と思われる。 刑法典の各種犯罪の規定が共同的集合的犯罪について細かく場合を

区別されて、その一部は行為の自由従って責任を阻却し又は滅弱させる要素として論じられる。不帰属原因の分類

分けて詳細に規定しているためである。 その結果ドイツ (日本) よりも、 ある面では議論が繊細で行き届いて

は じ心理的要素が故意なのか主観的違法要素なのかはた又期待可能性を減少させる要素(例えば恐怖・狼狽・ 且つ違法要素であることは、各犯罪類型の個別特殊な要素として規定されていることから明々白々で議論の余地が リの解決のように思われる。一般故意も特殊故意も、ドイツ(日本)流に言えば要するに犯罪構成要件要素であり 目的犯の目的や 窃盗罪の領得の意思のように主観的違法要素か 故意の要素か 構成要件要素か が争われているもの が一括して犯罪行為の心の要素とされるから、その体系的な位置づけについて無益な議論の生じる 余地 が 成要件要素かはた又そのうちの二つ以上に兼ね属するかをめぐり大議論を招き寄せるに至った。又、 般的に一括して規定し、具体的な解釈適用は学説に一任しているが、そのことと犯罪の三要件説とがからみ合って 重大な欠陥を露呈することとなった。第一に故意過失の体系的位置づけが不明確となり、 そのことは、 各種犯罪の各構成要素の一部として、故意過失の個別特殊具体的で詳細な内容が一々規定されていて、 なのかもはっきりせず、 それをめぐって論争がくり返されている。 これに対しフランスでは、 この意味で最近流行の目的的行為論の故意過失概念は、フランス犯罪論では大昔からわかり切っていたこと イツ 般の故意に対して特殊故意と呼ばれて故意の要素中の特殊なものとされているが、これは至極自然でピッタ (日本)の共犯論は抽象的であるため哲学的で深遠のように見えるが、 これに対して期待可能性を減少させる要素は、 故意過失理論において最も特徴的に表われている。ドイツ フランスの体系では心の要素としての故意から明確に (日本)では故意過失を総則で抽象的 実際の内容は粗雑でかえって稀 責任要素か違法要素か構 前記の如く 刑法典各則中 それら 激情 同

機(moblie)とを混同するものだとして、 近時の学説はこの理由の代わりに、 正当防衛と全く同様に社会的利益 パン屋の店先から一箇のパンを盗んだ、悲惨な境遇に居る家族の母親を、無罪にしたが、この理由づけは故意と動 じられていることは、フランスでは、その心理的側面については以上の如く強制および減刑宥恕の問題として責任 うに心理の実際に即した解決をはかろうとはせず、ただ従来の体系の中での論理的なつじつま合わせにのみ苦心し 的伝統は刑法・刑法学の中にも息づいている。これと比べてドイツ(日本)の刑法・刑法学は粗野でデリケイトさ こされた行為に対する減刑宥恕の理由として、犯罪論全体から引き離され刑罰論の中で論じられる。例えば殴られ に の衡量によってその無罪を基礎づけている。「刑法は犠牲も英雄的行動も人に強いることはない」と。(L'état de 行為者に犯罪の意図(故意)が欠けていたことを理由にして、二日前から食べておらず且つ子供を哺育するために 正当化事由)で考察する。 論および刑罰論で考察し、その規範的側面は緊急状態の問題として犯罪行為論中の法定要素論(法定要素の消滅= ケイトに眺め取扱っていると言うことができる。フランス文化のモラリスト (moraliste. 人性論者。 道徳家ではない。) の中のしかるべき場所にふり分けて考察している点で、フランス刑法および刑法学は人間の心理を実に親切にデリ る情状として評価されうる。このように、行為者の心理の諸要素を、ていねいに分析して、それぞれ刑法体系全体 の恐怖の如く強制の要素でもないから、犯罪も犯罪に対する行為の責任も不成立ならしめはしないが、刑を滅軽す た人がカッとなって相手を殺傷した場合、その憤激という心理的要素は、故意の欠缺でもなく脅されてやった場合 おける強制(その中の心理的強制 (contrainte morale)) がそれである。 またその一部は、 前記のような収拾のつかぬ泥沼に陥ってしまったのである。ドイツ(日本)で期待可能性の問題として論 犯罪の心理面を一まとめに議論しようとし、 その結果生じた破綻を 取りつくろうのに、 例えば一八九八年の名高いメナール(Ménard)事件でアミアン(Amien)の法廷は、 挑発によってひき起 フランス人のよ

Histoire de la justice criminelle au seizième siècle, 1868, p. 309.)。 それ以前は 彼は一方的に裁判所

(予審官

nécessité, un fait justificatif qui n'ose pas dire son nom, Obs. Légal, Rev. sc. crim. 1969 p. 864; Stefani et Levasseur, ibid. p. 175.)期待可能性というあいまいな非科学的用語で雑多な要素を一括して論じる鈍感さに比べ ドイツや日本にまさる明快さ・繊細さそしてしばしば深さを与えている。 遙かに繊細・明晰 且つ深味ある理論構成ではあるまいか。 かようにフランスの体系は、 解釈論に対しても結

を証明する証拠を自ら提出することができ、 所により、 ければならなかったから、 ことを理想と考えた罪刑法定主義の初心に在るが、もう一つ大切な理由として、アンシャン・レジーム下の刑事手 じく故意の立証であっても、明白でなく何らかの徴憑によって推定されたにすぎぬときは、通常の刑より滅軽しな に国王大法官所 く稀にしか処罰の対象とならず、多くは損害賠償に関する民事手続で処理され、そうでないときも判決の宣告以前 続いわゆる糺問手続の立証過程における挙証責任の分配の規則の影響を看過してはならない。 別的特殊的具体的且つ詳細に規定した理由は、一つには前述の如く、裁判官をして法律を適用する機械たらしめる 過失(culpa) とは他の罪体 (corps de délit) の諸要素と共に、その存在の立証は裁判所の責任であった。過失は極 (culpabilité) (Stefani et Levasseur, ibid. p. 70.) から、故意か過失かの識別は立証上の重要問題であった。 ところでフランス刑法が、故意過失を、抽象的一般的に規定するにとどめないで、各則の各種犯罪類型ごとに個 かようにして すべての証拠が結合されて、 罪体と被訴追者がそれを実現したこととが、 すなわち罪状 が立証されると、その段階で初めて被訴追者は 防禦のために放免事実(faits justificatifs) (Chancellerie royale) 故意そのものの立証も裁判所にとり慎重を要する重要な課題であった。そしてまず裁判 から極めて容易に赦免状(lettres de rémission)をもらうことができた その証明が 認められたときにのみ 訴追を免れえた (Albéric 当時故意(dol)と 又先記の如く、

ibid. p. 312~313.)、それ以外に正当防衛、強制、年齢、精神状態(気狂い《fou》、夢遊病《somnambule》、泥酔 死のはずなのに死体に傷痕がない、不能犯である、アリビ(アリバイ alibi)がある、など犯罪そのものの不存在 されていた(Allard, ibid. p. 510.)。主張される放免事実の一部は、殺されたはずの人が生きている、傷害による て危険にさらなれない場合に、 然的に防禦の証拠に先立つべきである。」というこの不動の原理は、「自分に対してなされた手続の有罪立証によっ 証明は、裁判所により既に罪状が立証され了ったにもかかわらず処罰を免れうる事由の存在を証明する所の、被訴追 〇八頁参照。)しかしそれ故にその間追求される罪状立証の責任は、挙げて裁判所の側に在る。これに対し放免事実の との対質も裁判所の職権による罪状立証過程の一部にすぎない。(手続の全般については拙著「刑事訴訟法史」一〇四~一 《lieutenant criminel du baillage》と合議部《siège assemblée》と)の取調べの客体つまり証拠方法の一つにすぎず、 被告人側に挙証責任ありとされている(Stefani et Levasseur, Procédure pénale, 10c édit., p. 29 et 30.)。但し当 証責任のかような分配原理は、今日のフランス刑事訴訟手続においても判例法の中に脈々と生き続けている。学者 不成立または被訴追者が犯人でないこと、 すなわち 被訴追者に帰せられた罪状そのものの否認であるが (Allard 者固有の防禦権の発動であるから、その挙証責任は被訴追者の側に在る。それ故その証拠を提出しえなければ彼は 裁判所の権限と対抗する固有の防禦権を持たない。予審 (instruction) における証人の忌避 (reproche) および証人 の一部の反対にもかかわらず、判例では、正当化事由(正当防衛等)および不帰属原因(強制、心神喪失など)は 「拷問台上の尋問(interrogatoire sur la sellette)」にかけられなければならない。「請求(demande)の証拠は必 《ivresse》など)のように罪状を認めた上でなお放免を基礎づける事実があった(Allard, ibid. p. 313~323.)。挙 自分の放免の証拠を苦労して提出する必要はない。」 という偽善的な理窟で正当化

然のことながら、原告側の立証が終った後でなければそれらの事由を証明できないという制限は、今日の刑訴法に

罪行為構成要素だったのである。他方帰属性 (imputabilité) に基づく行為者の責任 (responsabilité) は、 の要素に合体させることなど、当時の立法者の想像だにしえぬ所であったろう。 それ故極く自然の成り行きであったと言えよう。故意過失を罪状=犯罪行為から外して、 と帰属性=責任とが、全く異質な犯罪要件であることは、 いては、 法上故意過失はアンシャン・レジーム以来本来的に、 裁判所が立証すべき罪状(culpabilité)すなわち犯罪行為の 者とについても現実的に明確に区別されて、その存否を論議され立証されていた。つまり当時においては故意過失 年に初めて統一的な刑法典を構成したとき、立法者がこの区別を犯罪規定の体系構築の中に持ち込んだことは、 要素であり、近代法典で正当防衛の不存在がその要素に新顔として繰り込まれる遙か以前からの、 罪状とは全く別箇に、今日の如く単に理論的観念的に区別されるだけでなく手続の時間的前後と立証責任 正当防衛が罪状を阻却する要素でなく 放免事由である点は 今日の理解と異るが、 rémission または Lettre de grâce を必要とした (Stéfani et Levasseur, ibid. p. 71.)。 明確な実在的根拠に基づいていた。 罪状の行為者への帰属性 当時は許されるために フランス人が一七九 かように手続 生え抜きの犯 昔日にお

とは、真に驚くべきことである。目的行為論はこの不自然不毛な試みを遂に断念し、異類の夫婦を悲惨な結婚の鎖 も総則に並列し、各則には純粋に各犯罪類型それ自身に固有で特殊な犯罪構成要素のみを残す。かくて不帰属原因 法典は犯罪に関する規定を総則と各則とに分かち、多数種の犯罪類型に共通に妥当する一般的抽象的規定は何も. 原因はここでも、ドイツ(日本)の刑法典の手続法を無視した特異な体系構成の伝統に在る。すなわち、ド から解き放ち、 しえなかったこの、刑事手続法と全く不整合だという意味で極めて不自然な異種間交配を試み続けて来たというこ この事と対比させて考えたとき、ドイツ(日本)の犯罪論が、目的行為論の登場まで、フランス人には想像だに 本来の家に送り帰す試みであったと言えよう。だが!なぜ?こんなことが起こりえたのか。 直接の ・イツ刑

とが必要であった。しかるに前述の如く、正当防衛などを説明するために違法性の観念が工夫され、それは主とし 罪構成要件とは別箇に、正当防衛、不帰属原因、そして故意過失を、犯罪の消極的および積極的要素として示すこ を一にする所から、ここにこの異質なものが責任という一つの語によって一括されるに至ったのである。 して、責任の語が当て用いられた。しかるに犯罪の主観的側面だという点では帰属性(責任能力)も故意過失も軌 て犯罪の客観的側面に関わることが認識された結果、それとの対比上犯罪の主観的側面に関わる要素を指すものと 総則中に規定されることになった。そしてこの法典の体系に添りて犯罪論体系を構築するためには、各則所定の犯 (責任無能力) の外に正当化事由はもちろん故意過失までが、全犯罪類型に共通の要素だという理由で括り出され

併号二九三~二九四頁)」と言うから、 Böhmer, 1704~1772) によって提唱された。彼の著書 Elementa iurisprudentiae criminalis (1732) の中には「既 P. 68~69》。)運用されていた当時の刑事手続法の構成を全く無視して、まず一八世紀にボェーマー(Johann Samue 法典』(一七六八年)が成立した。(浅田和茂「ドイツ刑法に於る限定責任能力の展開」関西大学法学論集二三巻四、五、六合 に行為、違法性、 で(当時フランスの刑事法学者や裁判官は好んでカロリナ法典に拠った (Stefani et Levasseur, Droit pénal général, 10º édit. のプロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten)の第二巻第二〇部「犯罪と 瀬川幸辰編『刑事法学辞典増補版』八二五頁。なお荘子邦雄『刑法総論』二五頁。)。」そして「 彼の影響下に 『テレジアナ 刑 (但し筆者はまだ確認していない)。 総則と各則とを分かつ刑法のドイツ式体系は、カロリナ法典に基づき前記フランスの糺問手続と殆ど同じやり方 - 責任、可罰性、共犯等の近代的概念が現われており、故意・過失もある (平場安治 「ボェーマー」、 以後この体系は ドイツ歴代各領邦および連邦の刑法典に踏襲される。一七九四年 テレジアナ刑法典も既に総則と各則とに分かつ体系を採ったと想像される

その処罰とについて(Von den Verbrechen und deren Strafen)」、フォイエルバッハ(P. J. A. von Feuerbach)

課題は特にドイツの刑法史・刑法学説史を以上の見地から再検討することである。 たのであろう。そして一八一〇年法典は更にそれを下敷きにした。しかし右は単なる推測でしかないから、今後の 年刑法典は速成の作品だから、同時に創られた刑訴法典との対応を考え直すことなく、旧来の観念を下敷きにし

ピラミッドをこしらえて、深遠で学問的な大仕事をやった満足感にうっとりしているのかもしれない。フランス人 的な民族性のせいかもしれず、中身を考えずにただ形式論理的に一般と特殊、総則と各則を分けて恰好よい概念の

は感覚的で概念や体系をあまり信用しないから、大革命以前にそんな体系は考えつかなかったし、革命中の一九七

当初の予定では、フランスの体系の特色特に長所を具体的問題についてもう少し述べ(例えば因果関係論がフラ

わが刑法学が何を学ぶべきかに言及するつもりであったが、もはや与えられた紙数が尽きた。 ンスの体系でどう巧く処理されているか、など)、 その上で本論が解明した 独仏両体系の異同長短への反省から、