九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

# 主観的違法要素と客観的要素の関係について（1）

平尾, 遼海
九州大学大学院法学府：博士後期課程

https://doi.org/10.15017/2559051

出版情報：九大法学. 118, pp.57-100, 2020-03-13. 九大法学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

# 主観的違法要素と客観的要素の関係について（1）

平　尾　遼　海

導入

第１部　主観的違法要素の存在について
　第１章　ドイツにおける主観的違法要素
　　第１節　特殊主観的違法要素
　　第２節　一般主観的違法要素
　　第３節　主観的違法要素否定説
　　第４節　小括
　第２章　日本における主観的違法要素
　　第１節　結果反価値と行為反価値
　　第２節　結果反価値における主観的違法要素
　　第３節　行為反価値における主観的違法要素
　　第４節　主観的違法要素否定説
　　第５節　小括
　第３章　検討
　　第１節　一般主観的要素
　　第２節　特殊主観的要素
　　第３節　小括　（以上、本号）

第２部　主観的違法要素と客観的行為の関係について
　第１章　純粋主観的違法要素の否定
　第２章　ナチスの意思刑法
　第３章　検討
　第４章　各則への還元

結語

## 導入

Ernst Beling が構成要件、違法性、責任という犯罪の基本的な構造を示して[(1)]以来、それぞれの段階が持つ内容について盛んに議論がなされてきた。伝統的には構成要件と違法性という行為の違法性を検討する段階では犯罪の客観的要素が検討され、責任段階において行為者の故意や過失と言った主観的要素が検討されると理解された。こうした理解は、主観的要素を検討する前提として犯罪の客観的要素の存在を要求する点において、「内心は処罰されない」という行為主義からの要請に鑑みて好ましいものであるように思える。

しかし、本稿第１部第１章及び第２章で述べるように、犯罪論において主観的違法要素の存在が主張されることで、犯罪の違法性が外部的に客観的要素のみによって評価されるわけではないことは、現在多くの論者によって是認されている。もっとも、それによって、行為主義にとって看過し難い事態が生じている可能性がある。その事態とは、犯罪の違法性が主観的要素に過度に依存してしまうということである。

例えば、わが国の刑法典にはいくつかの予備罪規定（113条放火予備罪、201条殺人予備罪、237条強盗予備罪など）が存在するが、その「予備」という包括的であいまいな概念によって客観的に価値中立的な行為がそれぞれの条文が予定する目的によって犯罪とされてしまう恐れがある。実際、タクシー運転手に強盗をする目的でタクシーに乗った行為が強盗予備罪にあたるとした裁判例が存在する[(2)]。このような客観的に価値中立的な行為まで予備罪とされてしまうならば、犯罪実行目的のみを理由に予備罪が無限定に成立しかねないであろう。

また、行為者の主観的要素が犯罪の成否に影響を与える典型例として、従前、強制わいせつ罪が挙げられてきた。この点につき、平成29年の最高裁大法廷は「行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和45年判例

の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い[(3)]」と述べている。もっとも、同時に同判決は行為そのものが持つ性的意味が不明確であるような場合に具体的事例に即して行為者の性的意図を考慮され得ることと述べたことにも注意が必要である。すなわち、同判例は性的意図を強制わいせつ罪の構成要件要素として一律に要求することを否定したに過ぎない。

しかし、行為の持つ性的意味が不明確な場合に行為者の性的意図を考慮し得るということに対しては重大な疑義が呈されている。その疑義というのは、外形的行為に性的意味がおよそ認められないような行為でさえも行為者の性的意図のみによって強制わいせつ罪によって処罰されてしまうのではないか、というものである[(4)]。確かに、たとえ暴行または脅迫という犯罪行為の存在が前提になっている場合でも、およそ性的意味のない行為[(5)]を行為者の性的意図のみで強制わいせつ罪を肯定することは行為主義の観点から見て大きな疑問をはらむと言える。

以上の予備罪及び強制わいせつ罪の例では、犯罪の客観面が不明確であるゆえに、犯罪成立範囲が実質的に行為者の主観面に依存してしまう危険が生じている。確かに、本来、主観的要素は処罰範囲を限定する機能があると言われることもある[(6)]。しかし、行為主義の観点からすれば、処罰範囲はまずもって客観的要素によって限定されなければならない[(7)]。この点、客観的構成要件が不明確であると客観的要素による限定は困難になり、主観的要件に限定機能を過度に担わせる結果、全体として適切な処罰範囲の限定が図れないことになるであろう。

したがって、主観的要件によってある程度構成要件が限定されていても、客観的要素がそれ自体として不明確であるところでは、それは明確化されなければならない。しかし、ここでさらにその客観的要素がどのように明確化されなければならないかが問題となる。先に挙げた予備罪と強制わいせつ罪の例は次のような疑問を提示する。すなわち、客観的

に価値中立的な行為をも行為者の一定の主観面のみを理由に処罰してもよいのかという疑問、それから外形的行為が仮に何らかの犯罪的な性質（暴行や脅迫など）を備えているとしても行為者の主観面のみを理由により高い違法性を認めてよいのか（例えば、殴る蹴ると言いった単なる暴行を性的意図のみによって強制わいせつ罪としてよいのか）、という疑問である。

したがって、客観的要素は違法性を構成する主観的要素との関係の中で明確化されなければならない。言い換えれば、主観的要素が違法性を構成する際に、必要とされるような客観的要素が追及されなければならない。そのためには、主観的違法要素が客観的要素とどのような関係に立っているのかが明らかにされなければならない。

以上のような問題を検討する上で、本稿は以下のような順序を踏んでいく。まず、古典的なテーマでもある、主観的違法要素の存在がどこで肯定されるべきかという問題を、本稿の問題関心との関係で必要かつ可能な限りで、取り扱う（第１部）。この議論には次のような意味がある。すなわち、主観的違法要素をどこまで肯定するのかという議論は、主観的違法要素と客観的要素との関係性を検討するための前提となり、また、主観的要素を違法要素に位置付ける理解の背景をなす違法性の内容理解を示すことができる。この第１部での検討成果をもとに、主観的違法要素と客観的要素との関係を明らかにする（第２部）。そして、最後にこの主観的違法要素と客観的要素の関係がどのような解釈論上の意義を有するのかを、いくつかの犯罪類型を例に挙げて、明らかにしていく。

## 第１部　主観的違法要素の存在について

導入で述べたように、ここでは主観的違法要素の存在がどこにおいて肯定されるべきかという問題を検討する。この問題は20世紀初頭のドイツにおいて提起され、その後の日本でも盛んに議論されてきた。したがっ

て、まずドイツにおける主観的違法要素の議論を（第１章）、その次に日本における主観的違法要素の議論を（第２章）参照していく。そして、その上で第１章及び第２章で得た知見をもとに主観的違法要素の存在とその根拠について私見を述べる（第３章）。

## 第１章　ドイツにおける主観的違法要素

本章ではドイツにおける主観的違法要素の議論を参照していく。具体的には、まず第１節で特殊主観的違法要素（特定の各則規定に定められた主観的違法要素）の展開を見た後に、第２節において一般主観的違法要素（すべての犯罪に認められる主観的違法要素、ここでは故意または過失を指す）の展開を見ていく。そして第３節において主観的違法要素に反対する見解を紹介する。

### 第１節　特殊主観的違法要素

行為者の一定の主観面が構成要件該当性に影響を及ぼしうるかという問題はすでに18世紀の普通法時代から議論されていた[8]。しかし、本格的に主観的違法要素の存在を理論づけられたのは20世紀初頭からである。

最初に主観的違法要素の存在を明確に指摘したのは民事法学者のFischer である。彼は BGB が客観的違法論に立脚していることを明らかにしつつも[9]、同時に違法性と有責性が常に分離されているとは限らないという[10]。例えば、BGB226条におけるシカーネ禁止条項（「他人に損害を加えることのみを目的となしうる権利行使はこれを許さない。」）では行為者の内心の状態に違法性の有無が依存しているのであり、行為者が非難すべき目的を持っている場合に行為が違法となるのである。また例えば、BGB227条における正当防衛（「正当防衛によりなされた行為はこれを不法としない。正当防衛とは自己または第三者を現在の不法な侵害から免れさせるために必要な防衛を言う。」）においては防衛の意思の有無が行為の違法性に影響を与えるのである。さらに例えば、他人物を無権限に占有する際、

その占有が悪意に基づいていた場合にのみ違法となるのである。最後に、給付不能（Unmöglichkeit der Leistung）は過失ある場合にのみ違法となる。[11] このように、Fischer は行為者の一定の主観面も違法性の決定に影響を及ぼす場合があることを主張した。

そして、その直後に刑事法の分野でも主観的違法要素の存在が議論され始めた。当時の通説に従えば、法益を侵害または危殆化する行為こそが違法性の本質であって、それゆえ、客観的要素が違法性を構成することとなる。[12] 他方で、そのような理解を原則と位置づけつつ、例外的に行為者の主観的要素もまた違法要素になり得るとの見解も主張されるようになった。

まず、そのような主観的違法要素の代表例とされたのは超過的内心傾向（überschießende Innertendenz）である。そこでは、犯罪の客観面と対応した故意とは違い、主観面が客観面を超過するとされたのである。そして、そのような犯罪に属するとされたのは第一に何らかの目的が要件となった目的犯である。これはさらに、構成要件で予定されている行為が目的とされた結果を直接的に引き起こす原因となるような犯罪（断絶された結果犯 :kupiertes Erfolgsverbrechen）と構成要件で予定された行為が目的とされたのちの行為の手段となる犯罪（減縮された二行為犯罪 : verkümmertes zweiaktiges Verbrechen）に分類される。[13]

前者の例としてよく挙げられるのは RStGB257 条（犯人援助罪）、RStGB253 条（恐喝罪）、RStGB263 条（詐欺罪）である。[14] また、後者の例として引き合いに出されるのが、RStGB146 条（通貨偽造罪）、RStGB265 条（保険悪用罪）、RStGB234 条（略取誘拐罪）、RStGB87 条外患誘致罪、RStGB202条決闘申込罪や RStGB242条（窃盗罪）である。[15] さらに、StGB43 条未遂犯も以上の目的犯と同様の構造を持つとして、そこにおける既遂への意思が違法要素とされた。[16]

なお、以上のような超過的内心傾向でなくても、行為者の特別な主観的傾向性を前提とする犯罪も主観的違法要素のある犯罪とされた。例え

ば、RStGB176条強制わいせつ罪における行為者の性的意図、RStGB180条売春仲介罪における常習性や利己心などがこのような主観的傾向であるとされた[17]。このような主観的傾向を持つ犯罪を Mezger は傾向犯と呼んだ。さらに、一定の心理的状況の表現が問題となる犯罪も主観的違法要素がある犯罪とされた。例として挙げられるのは RStGB153条偽証罪及び138条重大犯罪不告知である[18]。このような犯罪を Mezger は表現犯と呼ぶ。

また、主観的正当化要素という形で、違法性の阻却に関わる主観的要素の存在も議論され始めた。主観的正当化要素の必要性が問題となったのは、医療行為や教育行為、その他の法令行為や職務行為、それから正当防衛などの緊急行為である。医療行為は医師による医療目的での侵襲こそが正当化されるべきであり、実験目的での侵襲は正当化されるべきでないとされた[19]。また、教育行為も教育目的での懲戒のみが正当化され、例えば復讐目的でこれを行えば違法性は阻却されないとされた[20]。さらに、法令行為や職務行為で主観的正当化要素が問題となったのは、客観的行為が詳細に定められている羈束処分ではなく、詳細に客観的行為が定められていない裁量処分においてである。というのも、法がそのような裁量を与えているのは裁量行為を行う者が適切な目的を有していることへの信頼であるからである[21]。さらに、正当防衛においても、正当防衛という概念から当然に防衛の意思が必要であると主張された[22]。

こうして、原則的に客観的要素によって構成されるべき違法性にも一定の行為者の主観的要素も影響を与えうることが承認されていった。もっとも、特殊主観的違法要素の存在を肯定する見解における違法論はそもそも外形的行為にのみ焦点を当てるような構造にはなっていない。その違法論の中核にあるのは法益侵害またはその危殆化である。そこでは、多くの場合において客観的要素のみで違法性が構成されるが、主観的要素もこの法益侵害または危殆化と関係する限りで違法要素となり得るのである[23]。したがって、主観的違法要素の存在を承認することは、決して

彼らの違法論と矛盾するものではなかった。

当時において主観的違法要素の要否を議論する実益は次のところにあったとされる。すなわち、特に共犯論において、正犯と共犯の区別について主観説を否定しながらも、主観的違法要素を基準として正犯と共犯を区別することができたのである。これによって外部的には従属的な役割しか担っていなくても主観的違法要素の存在が認められれば正犯になり得るのであり、逆にその違法性にとって決定的な意味を持つ主観的違法要素を持つ者しか正犯になりえないとされた[24]。例えば、A が自身で領得する目的で B に他人の物を盗んでくるように教唆した場合には、A にしか不法領得の意思がないため A が間接正犯となるのである。また、主観的違法要素は制限従属性説によれば正犯者に存在しなければそれに対する従属共犯は成立しないとされた[25]。

### 第２節　一般主観的違法要素

第１節では故意及び過失以外の犯罪の主観的要素に関する議論を紹介したが、同時期に、故意及び過失という一般主観的要素も犯罪の違法性を基礎づけるのではないかという主張が現れた。それまでの理解では、故意及び過失は主観的違法要素に含まれないとされてきたが、それは、違法性を法益侵害またはその危険と理解することの帰結として、故意及び過失が法益侵害性や社会侵害性と何らかかわりを持たないからである。ところが、この時期に違法性の本質を法益侵害に求める方法に疑問を呈する傾向が生じ、その影響により、故意及び過失を主観的違法要素に含めるとの理解が登場した。本節では、こうした一般主観的違法要素論の展開について見ていく。

まずは、Wolf の見解から見ていく。Wolf によれば構成要件とは、単に不法行為を類型化したものではなく、有責性要素をも類型化した－ Beling が言うところの－犯罪類型（Deliktstypen）[26]と同じものである[27]。というのも、構成要件は類型化された人間による行為（Handlung）であるが、こ

の行為は行為者の主観的側面を本質的に類型化しており、それゆえ構成要件は行為類型であると同時に行為者類型でもあるからである[28]。そして、Wolf は構成要件におけるあらゆる行為の基本要素のひとつとして、意思決定（Willensentschulß）を挙げた[29]。

この意思決定というものは、故意及び過失のみならず本章第 1 節で挙げられた特殊主観的違法要素をも含むあらゆる行為者の主観面を指している[30]。そして、Wolf は特に故意及び過失を典型的意思傾向による意思決定（Willensentschluß mit typischer Willenstendenz）と名付けた。この故意及び過失は責任類型を形成するものとして構成要件要素に数えられた[31]。

しかし、同時に Wolf は故意を違法要素としても数えていると考えられる。Wolf によれば、法益侵害またはその危険性のみが社会侵害性と評価されるのではなく、行為者の人格が荒廃すること自体も社会侵害的であると評価されるのである。そして、むしろそのような人格の荒廃にこそ不法性の実質が存在するのである。そのような不法論の上で、Wolf は故意も行為者の人格的な危険性を示しているとしている。したがって、Wolf にとって故意は不法性に関係する要素であることが分かるのである[32]。

また、Weber も故意及び過失を一般主観的違法要素として数えた論者である。Weber の主張の特徴は諸々の構成要件を言語論的に分析し、因果的概念によって構成された構成要件と目的的に構成された構成要件に分類する点に存在する[33]。因果的概念によって構成された構成要件には因果的に構築された動詞（因果的動詞 :kausales Tätigkeitswort）が記述されており、それは予定された結果にとり原因的であるとされたものである一方で、目的論的概念によって構成された構成要件には当該結果の意欲によって導かれた動詞（目的的動詞 :finales Tätigkeitswort、例えば unternehmen や versuchen など）が記述されているとされる[34]。

このように Weber は構成要件解釈のためにそこで使われている動詞の言語的意味を重視する。その理由につき、Weber は次のように語る。「規範の生成において、言語による表現方法が立法者に限界をもたらすので

ある。我々の思考を表現する手段が言語であるならば、言語は他方で、我々が常に意識しているよりも高い程度において、概念によって我々の思考を強制的に方向づけている。我々の思考は必然的に概念によってあらかじめ記述されたレールの上を進んでいる」[35]と。

このような考えは、未遂犯の理解にも資する。未遂犯においては、結果に対する意欲を不可欠の要素とする目的的動詞（ここでは「試みる」（versuchen））が使われている。したがって、未遂犯の構成要件にとって結果に対する意欲（Weber はここでは「故意」と表記する）は欠くことのできない必須の要件となるのであり、未遂を客観的要素のみで定めようとするような未遂論は否定されなければならない[36]。このように未遂犯において、故意は違法要素に数えられることになる。そして、Weber によれば、未遂犯において故意が違法要素となった以上、未遂から既遂に至った場合でも故意は違法要素として数えられることになる[37]。

また、Weber は過失における注意義務違反も違法要素とした。Weber によれば、過失は行為者に結果を防止する注意義務とその義務を履行する能力によって構成される。この注意義務に違反することが故意によらない結果犯にとって欠くことのできない要素となるというのである。もっとも、Weber は義務を履行する能力を責任要素であるとする[38]。

さらに、Welzel も故意及び過失を一般主観的違法要素とする論者である。彼はいわゆる目的的行為論の提唱者であり、故意及び過失を行為論において区別し、故意行為と過失行為を存在論的異なったものとして体系を組み立てた論者として有名である。

まず、Welzel は刑法的価値評価が依拠するところの存在についての描写をしていく。刑法学が対象とするのは行為である。したがって、Welzel はその行為の構造を解明していく。Welzel によれば、故意行為と過失行為の間には構造上の差異が存在する。例えば、故意犯と過失犯では条文上で用いられている動詞が異なっており、単なる事実的な差異以上の違いが存在するという。また、身分犯などにおける正犯者が単に結果を惹

起した者と定義づけることができないことなどから、Welzel は正犯者となるためには行為（Tat）と行為者との人的な紐帯が必要であるとした。そして、故意はその行為と行為者を結びつける紐帯であるとして、正犯基準においても故意犯と過失犯の違いを見出すことができることを説いたのである[39]。

Welzel は故意犯と過失犯の構造上の違いを具体的に次のように述べる。すなわち、前者は「目的を実現すること、つまり、外界における因果的要因を、ある特定の結果を目標として実現化させる手段となすこと」であり、「これは人間的行為の本質的特殊性であり、その本質的特殊性によってその行為は原理的にすべての単なる因果経過を超越するものなのである」とする[40]。このように因果関係を認識したうえで、何かを意欲して行為した場合、その行為は一つの意味統一体としてその他の因果的事象から区別されるという[41]。これに対して、過失犯はそのような意味統一体としての性質は失われ、単なる盲目的な因果経過に過ぎなくなるとされるのである[42]。

以上のように、Welzel は、故意及び過失が単に有責性の区別ではなく、それ以前の刑法上の行為構造の区別において現れるとした。それゆえ、必然的に故意及び過失が構成要件段階において考慮されることになり、故意による行為は過失による行為よりも違法性が高いとされたのである[43]。このように故意及び過失も違法要素とする Welzel の見解の背景には人的不法論が存在する。すなわち、法益侵害性のみが違法性にとって決定的になるのではなく、どのような目的設定を行い、どのような気持から行為を行ったか、どのような義務が行為者に存在したかなどの人的要素も違法性を決定する要素となるのである。Welzel にとってはむしろ法益侵害性は違法性の人的な構成要素の一部分としての意味しか持たないとされた[44]。

これまで、故意及び過失を一般主観的違法要素として位置づける諸見解を見てきた。これらの見解が故意及び過失を違法要素とする根拠は一

様ではなかったと言えるであろう。しかし、これらの見解に共通して言えることは違法性を単に法益侵害性のみによって理解していなかったということである。

### 第３節　主観的違法要素否定説

これまででは主観的違法要素論の発展の歴史を概観してきたが、ここで違法の客観性をまさに行為の外部的側面と解して主観的違法要素を全面的に否定する見解が存在したということに注意が必要である。特に、日本において主観的違法要素否定説は一定数の論者が有力に支持しているのであるから[(45)]、ドイツにおいて主観的違法要素否定説がいかにして主観的違法要素論に抵抗したのかを見ていく。

まず主観的違法要素否定説の論者はすべて客観的なものを違法へ、そしてすべて主観的なものを責任へ配置するという体系を取ることで共通している[(46)]。しかし、主観的違法要素として違法性に関わるとされた主観的要素の取り扱い方に違いがみられる。

例えば、Zimmerl は、目的犯を真正目的犯（echte Absichtsdelikte）と不真正目的犯（unechte Absichtsdelikte）に分けて議論をしている。後者から説明すると、この犯罪においては RStGB236条及び237条結婚目的誘拐罪や RStGB263条詐欺罪 RStGB343条供述の強要罪などが挙げられているが、これらの犯罪は法秩序にとっての本来的な害悪が目的となっているわけではない犯罪である。つまり、結婚目的誘拐における結婚は本来害悪ではなく、詐欺罪でも財産的利益を得ようとする意思が必要であるが、ここでも財産的利益を得ること自体は何も害悪ではないのである。このような犯罪では、行為者を特徴づける意思が規定されているだけで、これは責任を加重する要素であるとするのである[(47)]。

他方、真正目的犯においては、法秩序にとって本来的に有害である内容の目的が規定されている。例えば、RStGB87条外患誘致罪（外国政府をしてドイツライヒに対して開戦させるため…）や RStGB229条毒物混入罪（他

人の健康を害するため…）がこれにあたるとされる。ここにおいては、目的そのものではなく目的の内容が構成要件（拡張された構成要件：der erweiterte Tatbestand）に属することになる。もっとも、ここでの構成要件とは既遂刑が科される条件として挙げられた要素（狭義の構成要件）という意味ではない。この拡張された構成要件という概念によって Zimmerl は目的犯における目的を客観的要素に転換しようと試みるのである。おそらくここではその目的内容である事象を発生させる客観的な傾向や危険性こそが構成要件として違法性を形成すると言っているのであろう[48]。

また、傾向犯においては、Zimmerl によれば、そこで要求されている主観的要素の一部は責任要素となり、一部は真正目的犯として客観的要素へと転換される。例えば、RStGB180条売春仲介罪における「利己心から」という文言は責任を加重する要素として解釈されるし、RStGB298条（船員契約破棄罪）[49]も真正目的犯としてその客観的行為の一般的傾向を違法要素にすればよいとするのである[50]。

このように、Zimmerl は主観的違法要素をなるべく客観化して違法要素に還元しようという努力をする傾向にあると言える。これに対して、「違法なき責任」の存在を認めてこうした主観的要素を責任要素として語る見解も存在する。例えば、Goldschmidt は不能犯において、何らの違法行為は存在しないとしつつも、行為者の犯罪的決意という責任が存在するため可罰的であるとする[51]。そして、この「違法なき責任」の発想はナチス時代において意思刑法の発想とも結びついた。すなわち、Kadečka は、主観的違法要素を肯定することは客観的な法秩序に影響を与えない、つまり、違法でない行為の中に可罰性を見出すことに他ならず[52]、犯罪は不法でなくても不法を目指したという責任があれば成立するものとして理解するべきとしたのである。また、Nowakowski も Goldschmidt や Kadečka と同じ見解である。すなわち、主観的違法要素は現行法上において肯定しえないのであり、違法性は行為の客観的側面のみを把握すべきであるとする。その上で、目的犯においては、違法な何かに向けられ

た意思は有責的であるが違法でないとするのである[53]。また、不能犯の処罰においてもこの「違法なき責任」の考え方を適用している[54]。

さらに、主観的違法要素として語られたものは違法性要素ではないものの、違法性の前提となるという見解が現れた[55]。その代表例が Oehler である。Oehler によれば、例えば文書偽造や窃盗においては、目的犯という形をとることによって、その目的の実現、すなわち法益侵害発生前の実行行為を既遂としている。確かに、一定の目的の中でその実行行為を行うことでその犯罪の既遂となるのであるが、Oehler はこうした犯罪の実行行為の中に、法益を直接侵害する第二行為に至る危険性が存在すると主張する。すなわち、法定された客観的実行行為の中にすでにその後に発生するであろう法益侵害結果発生の危険性が読み込まれているのである。このことをさらに詳しく言うなら、例えば誰かが他人の物を占有移転させたなら、その中にすでに他人の物を領得するという類型的危険が示されているのであり[56]、誰かが文書を偽造したとすれば、その客観的行為の中にすでに偽造文書が行使される類型的危険性が示されているのである[57]。

しかし、その類型的危険性というのは抽象的なものであって、具体的事例においてはこの類型性が否定されることがあると Oehler は言う。すなわち、窃盗であれば、不法領得の意思が欠ければ右類型性は否定されるのであって、窃盗罪の構成要件は完成しなくなるのである。この際の不法領得の意思は不法構成要件には属さず（むしろ責任要素である[58]）、単に危険性の類型性を定めるために要求されるにすぎないのである。それは違法性を構成しないまでもその目的の欠如が不法を否定するという消極的な意義しか持たないとされるのである[59]。このように、Oehler は目的犯の目的等を、違法性を構成する要素としてではなく、違法性が存在するための条件（類型性要素）として数えるのである。

### 第４節　小括

以上で見てきたように、ドイツにおいて主観的違法要素論は違法性論全体とリンクして展開されてきた。特殊主観的違法要素の存在のみを肯定する見解（第１節）は違法性の本質を法益侵害またはその危険性と理解した上で、ある主観的要素が法益侵害性と関連する限りにおいて、その主観的要素を違法要素とした。これに対して、故意及び過失を一般主観的違法要素とする見解（第２節）は違法性の本質を法益侵害性のみに尽きないと理解した上で、法益侵害性と関連しない故意及び過失を違法要素とした。最後に、主観的違法要素を否定する見解（第３節）は違法性を犯罪の外部的側面のみに関連させ、行為者の主観面が違法性を構成することを全面的に否定する。以上がドイツの主観的違法要素論である。次章ではドイツの議論を受けて日本の主観的違法要素論がどのように展開されたのかを見ていく。

## 第２章　日本における主観的違法要素

本章では、日本における主観的違法要素論の展開を追っていく。日本の主観的違法要素論はいわゆる結果反価値と行為反価値の対立と関連して展開された。そこで、まずこの結果反価値と行為反価値がそれぞれどのような内容を持つのかを明らかにする（第１節）。その次に、結果反価値からの主観的違法要素論の展開を参照し（第２節）、その上で、行為反価値からの主観的違法要素論を参照する（第３節）。そして、最後に日本で主張されている主観的違法要素を否定する見解を取り上げる（第４節）。

### 第１節　結果反価値と行為反価値

前章のドイツにおける議論において、主観的違法要素論の発展と違法論の発展はまさに連動してきたことが分かったが、日本においても、違法性論の違いが主観的違法要素論に大きく影響している。日本における違法性論の大きな対立軸は、結果反価値と行為反価値の対立である。もっ

とも、結果反価値と行為反価値がそれぞれどのような内容を持つのかについてはあいまいな部分が多い。したがって、まずここでは、結果反価値、行為反価値それぞれの内容を明らかにしていくことにする。

まず、結果反価値は違法性の本質を「法益侵害・危険の惹起」[60]とする見解であると言ってよい。その判断方法において主観的要素を含むか含まないかの争いは存在するが、結果反価値を主張する論者は共通して違法性の中核を法益侵害性としている[61]。これに対して、行為反価値を社会倫理規範違反性から導く論者がいる[62]。しかし、だからと言って社会倫理規範違反性を行為反価値の特徴として直ちに一般化できるものではない。例えば、井田良氏は行為反価値を「行為が刑法の設定した行為規範（行為準則）に違反したことを理由とする否定的評価」[63]としているが、ここでの行為規範というのも社会倫理規範とは別個のものとする。むしろ、井田氏は「刑法と道徳・倫理とを分離する立場に基づき、行為規範論（行為準則論）を基礎として行為無価値論（違法二元論）を支持すべき」[64]とされるのである。さらに、高橋則夫氏によれば、「刑法の任務を法益保護に求める立場から行為無価値論を展開することは可能である」[65]としているのである。したがって、行為反価値＝社会倫理規範違反と定義づけるのは不適当である。

むしろ、社会倫理規範違反性を拒否する行為反価値論者によれば、行為反価値の特徴的な部分は違法性判断の中に決定規範違反性（人の意思に働きかけて、その人の行動を決定する規範）[66]を入れ込むことである[67]。実際、行為反価値と社会倫理規範違反性を関連させていた大谷氏も決定規範が違法性に作用することを認めていること[68]からも、行為反価値の特徴として決定規範違反性を取り上げることは妥当であろう。すると、これに対応して、結果反価値は違法性を法の命令または禁止の内容を定める評価規範としての側面に違反することに尽きるとする見解と言うことができる。法益侵害性はこの評価規範違反に基づいているのである。

## 第２節　結果反価値における主観的違法要素

前節において、結果反価値は法益侵害性という意味での評価規範違反性のみを違法性とする見解であるとした。そこでは、原則的に決定規範違反要素としての故意及び過失は違法論から排除されることになるであろう。したがって、主観的違法要素否定説に立たない限り、違法要素として肯定される行為者の主観面は特殊主観的違法要素である。

その中でも、「減縮された二行為犯罪」における目的が違法要素になるということはほぼ肯定されている。すなわち、そこでの目的はまさに法益侵害への危険性を基礎づけているゆえに違法要素とされている[(69)]。その他方で、「断絶された結果犯」における目的については、それを全面的に違法要素としない見解が有力に主張されている。というのも、そこでは目的実現への危険性が十分に客観化可能であり、それゆえその目的というのをこうした危険性への故意へと還元できるからである[(70)]。

いわゆる傾向犯においては、わが国ではよく刑法176条強制わいせつ罪が引き合いに出されている。というのも「わいせつ」という概念が「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反することをいうもの」[(71)]とされ、この「徒に性欲を興奮又は刺戟せしめ」という部分から「わいせつ」行為を行うためには行為者に性的意図が必要ではないかと問われてきたからである。判例も昭和45年に強制わいせつ罪の要件として性的意図を要求した[(72)]。しかし、特殊主観的違法要素の可能性を肯定しつつも強制わいせつ罪においては客観的な行為の性的性質とそれに対応する故意があればよいとする学説も有力であった[(73)]。また、強制わいせつ罪以外にも傾向犯としては刑法197条以下の収賄罪における賄賂性の認識を主観的違法要素とする見解もある[(74)]。

表現犯に関して、よく引き合いに出されるのは刑法169条偽証罪と爆発物取締罰則７条及び８条に規定してある不申告罪である。偽証罪においては、条文上の「虚偽の陳述」という文言の解釈で争いがある。主観説

は同文言を自己の主観的確信と相反する陳述であるとし[75]、客観説は客観的事実に反する陳述が「虚偽の陳述」なのであり、あとは故意の問題によって解決を図るべきとする[76]。不親告罪に関しては、ほぼ爆発物やそれに関連する犯罪の認識が主観的違法要素になることで一致している[77]。

最後に未遂犯については、少なくとも着手未遂犯は「減縮された二行為犯罪」と同様に考えられている。すなわち、着手未遂犯の場合、結果発生のためにまだするべき客観的行為が存在するため、その客観的行為を目的としなければ、着手未遂犯としての危険性が存在し得ないのである[78]。例えば、ピストルを構える際、引き金を引いて人を殺害する目的がある場合に初めて殺人未遂としての危険性が生じるのである。また、実行未遂においても、いかなる危険性が発生したのかは、行為者の故意を基準に考えざるを得ないとされる。例えば、射手が放った矢（弾丸）が人と動物の間を通り抜けた場合、その射手の故意がどちらに狙いを定めていたのかによって発生した危険性が異なるとされるのである[79]。

ここで、違法性を評価規範違反に尽きると解しながらも、一般主観的違法要素として故意を論じる論者も例外的に存在する。例えば、中氏は違法性を評価規範違反であるとしつつ[80]、未遂犯で故意を主観的違法要素にする以上、すべての犯罪において故意を主観的違法要素にするべきとする。また、中氏は、目的意識的になされた行為の方が不注意でなされた行為よりも侵害性が具備されるとも言う[81]。

### 第３節　行為反価値における主観的違法要素

行為反価値は違法性判断の中に決定規範違反性を考慮するものであるが、その決定規範違反性はまさに故意及び過失によって描写される。それゆえ、行為反価値を違法性の中核に据える場合、故意及び過失は当然主観的違法要素となる。そこでは、故意行為の方が過失行為よりも規範違反の程度が大きいとされる[82]。

そこでの規範違反とは具体的に行為規範違反のことである。すなわち、

行為者は刑法の各罰条に違反するのではなく、その罰条から導かれる行為規範に違反するのである。各罰条それ自体は裁判規範として裁判官に向けられた規範に過ぎない。つまり、その各罰条はその要件を満たした者を処罰せよと裁判官に命令するだけなのである(83)。したがって、行為者が違反するのはそのような裁判官のみに向けられた規範とは区別された、行為者に向けられた行為規範なのである。法はそのような行為規範によって法益が侵害されることを未然に防ぐことを試みるのである。すなわち、行為規範は人の意思に働きかけることによってその人の行動を統制し、目的を達成しようとするのである(84)。

このような理解によれば、まさに違法性はこのような行為規範違反、すなわち行為者が訴えかけられた規範にもかかわらず行為したことになるのである。そこでは、違法性の中核をなすものが法益侵害結果ではなく、故意または過失による行為ということになる。したがって、故意及び過失が行為反価値をなし、それゆえ違法の中心概念になるのは当然のことになるであろう(85)。

では、このような立場からすれば、特殊主観的違法要素にはどのような性質が与えられるであろうか。戦前のドイツにおける議論では、このような特殊主観的違法要素は外部的行為に一定の新しい意味を付与するものであると理解されてきた。日本の行為反価値論者はこのように伝統的に主観的違法要素ではなかろうかと考えられてきた行為者主観の違法要素性を基本的には肯定していると言ってよい(86)。

しかし、論者の中には、特殊主観的違法要素が行為反価値・結果反価値のいずれに結びつけられるかについて、説明の相違が見られる。例えば、井田氏は、特殊主観的違法要素が法益侵害性（結果反価値）を基礎づけると説明するの(87)に対して、高橋氏は特殊主観的要素が法益侵害性ではなく、行為の態様、行為の性質、行為の類型、行為の意味に影響するとしている(88)。すなわち、高橋氏は特殊主観的違法要素は故意及び過失と同様に行為規範違反性を高めるものとしてこれらと同列に扱うのである(89)。

## 第４節　主観的違法要素否定説

かつてドイツにも存在したように、日本にも主観的違法要素を全面的に否定する見解が有力に存在する。この見解は「違法は客観的に」という命題を最も忠実に堅持しているのであり、それゆえ行為者の主観面が法益侵害性に影響することはないと主張するのである。前述の通り（第１部第１章第３節参照）、ドイツでも様々な種類の全面否定説が存在したが、日本でも実は複数の種類の全面否定説が存在する。以下では、(1) 犯罪の客観面を違法要素に、主観面を責任要素に分類する単純な否定説、(2) 主観的要素を客観的要素に置き換える否定説、(3) 主観的要素を違法要素とはしないが、類型化要素とする否定説に分けて参照していく。

(1) まずは、もっとも単純な否定説から見ていく。この説の論者である神山氏は、例えば目的犯の目的をそのまま、客観的要素に還元もせずに、責任要素とする[(90)]。神山氏は直後に見る (2) の否定説について目的といった主観的要素を無理に客観化して曖昧にすることに反対する。というのも、主観的要件は刑法の自由保障機能の観点から行為者に有利に働くものであるからである。そして、むしろ責任の段階で具体的にその主観的要素の存在が証明されない限り責任が阻却されるとするのが論理的に明快であるとされるのである[(91)]。

(2) これに対して、主観的要素を客観的要素に置き換える否定説も存在する。この種の全面否定説が主観的違法要素を客観化する理由は、特に超過的内心傾向は客観的な要素と対応しない部分があるため、それをそのまま責任要素とすることは責任が違法を超過することになってしまうからである。このような主張の特徴は特に「減縮された二行為犯罪」の解釈において現れている。そこでは、目的は目的実現の客観的可能性として構成要件に位置付けられる。そして、この客観的可能性というのは単に法定された行為のみで達成されるものではない。目的の存在を推測させるような客観的で具体的な行為事情が必要であるとされるのである[(92)]。具体的には、例えば、刑法148条１項通貨偽造罪においては、その偽

造の方法・場所・規模などの客観的事情から偽造通貨が行使される危険性判断がなされるとされ、学校の教材、芝居の小道具にするために通貨に似たものを作る場合[93]や、グラフィックの練習のために一万円札を印刷している場合[94]にはこの危険性がないとされ、倉庫に印刷機を備えて大量に一万円札を印刷している場合にはこの危険があるとされる[95]。このように、(2) の否定説は法定の客観的行為に加えてそれが行われた具体的客観事情を加味して、目的の存在が外部世界に表現されているかを問い、そのような外部的事情と客観的行為を合わせて違法要素とするのである。

(3) 最後に主観的要素を類型化要素として扱う否定説について見ていく。(3) の否定説に分類されるのは山中氏である。山中氏は構成要件を客観的構成要件と主観的構成要件に分類し、前者を不法構成要件とした。したがって、不法類型要素は行為の主体、行為、因果関係、結果、行為事情などといった客観的要素に尽きるとされたのである[96]。これに対して、主観的構成要件は、主として、それぞれの客観的構成要件を主観的に反映する要素であるとして、不法を根拠づけたり、不法の強弱に影響を与えたりするものではないとされる。そして、山中氏はこの主観的構成要件の中には故意及び目的犯の目的が属するという。故意は違法行為類型を輪郭づけるものとして犯罪を個別化するが、目的も違法性を根拠づけ、あるいは強弱を左右するものではなく、客観的構成要件における書かれざる構成要件要素としての「行為の危険性」を反映する認識に過ぎず、犯罪類型を明確化する機能をもつにすぎないとされるのである[97]。

### 第５節　小括

これまで、日本における主観的違法要素の議論を見てきた。ドイツと同様、主観的要素のうちどこまでを違法要素とするかという議論は違法性そのものをどのように考えるのかという議論と密接に結びついてきたと言ってよい。すなわち、違法性を評価規範違反のみならず、決定規範違反の観点から観察する場合、一般主観的違法要素の余地が生まれるで

あろう。そして違法性を評価規範のみの観点から観察する場合でも、その法益侵害性をより実質的に観察するならば、行為者の主観面をも考慮して行為の危険性を評価することになるであろう。逆に、法益侵害性を事物的な意味での客観性の中でのみとらえるならば、主観的違法要素は全面的に否定されることになる。

## 第３章　検討

以上、ドイツおよび日本における主観的違法要素論の展開を追ってきた。本章では第１章及び第２章で得られた知見をもとに、主観的違法要素の存在がどこにおいて肯定されるべきかを検討していく。その際、第一に一般主観的違法要素として故意及び過失が違法要素となるのかを検討すると同時に、故意及び過失を違法要素と解する背景に存在する違法論（行為反価値）の妥当性についても言及する（第１節）。その後に、それぞれの特殊主観的要素が違法要素であるかについて議論をする（第２節）。

### 第１節　一般主観的要素

違法性論において、法益侵害性のみならず、法が発する命令や禁止に反抗するという意味で決定規範違反をも考慮するならば、故意及び過失も一般主観的違法要素として違法要素に数えられる。こうした違法論において、決定規範違反は中心的な役割を果たすのであった[98]。それゆえ、決定規範違反なき行為、つまり無過失の行為に違法性は存在しなくなるであろう。

このような見解からは以下のような帰結が導かれる。行為規範違反を違法性の中核に置いた場合、無過失の者には行為規範違反が存在しないため、無過失の者に対する刑法36条１項正当防衛ができなくなり、刑法37条１項による緊急避難の問題となる[99]。そうすると、防衛者は侵害者が無過失であるのかを常に気にしながら防衛しなければならない。これに

対して、大谷氏は正当防衛の要件である「不正の侵害」における侵害の不正性が欠けていたとしても、他の要件を満たしていれば、正当防衛に準じた超法規的違法性阻却の可能性を認めている[100]。また、大塚氏は刑法36条１項で言う「不正」とは違法とは異なるとして、「不正」を防衛行為の対象となるべき侵害の性格を規定する観念であって行為者の犯罪性の要件としての違法性に関するものではないと主張する[101]。しかし、違法でない行為に対して正当防衛が認められるならば、正当防衛として実力行使される範囲が際限なく広がりかねないであろう。

また、共犯論においても、故意及び過失を違法要素とする見解には不都合が生じるであろう。例えば、過失により自主犯の（客観的）構成要件に該当する行為を行った者（直接行為者）に関与した者（背後者）について考えてみる（無免許運転（道路交通法117条の２の２第１号）を唆す場合などが考えられるであろう）。故意及び過失を違法要素として構成要件段階に位置付けた場合、直接行為者は故意を有しないので、構成要件に該当しないことになる。それゆえ、最小従属性であっても背後者に従属共犯の成立を認めることができなくなるであろう[102]。さらに、自主犯は自ら犯罪を実行しなければならないので、間接正犯の成立を考えることもできない。

以上の帰結を踏まえると、故意及び過失を違法要素として構成要件段階に位置付けることは現行刑法の解釈において合理的でないと言える。そもそも、本来責任で論じるはずの決定規範違反の一部を違法性で論じることが可能であるのか。決定規範とは、Merkel がそれを「精神的実力」（geistige Macht）と言ったように[103]、規範が個々人の精神に訴えかけてその規範を遵守するように個々人を統制する力のことである。それゆえ、決定規範違反が存在するためには規範を意識している、または少なくとも規範を意識する可能性が存在しなければならないはずである。そして規範を意識する可能性を論じるためには責任能力は最低限必要である。したがって、故意及び過失を責任能力から切り離して違法論の中で決定規

範違反要素と見ることは不可能である。故意及び過失は責任能力の存在を前提として責任段階に位置付けられるべきである。

## 第２節　特殊主観的要素

第１節では、違法性判断の中で決定規範違反性を考慮することを否定し、一般主観的違法要素として故意及び過失を違法要素とはしないとした。したがって、違法性を法益侵害性の観点から捉え、以下では各則で特別に予定されている特殊主観的違法要素の可能性を論じなければならない。

### ⑴　目的犯

#### ⑴－１.「減縮された二行為犯罪」

「減縮された二行為犯罪」においては、まさに規定されている目的が法益侵害への危険性にとって重要となる。というのも、その目的こそが行為者の将来の行為を法益侵害へと規定するからである。これに対して、主観的違法要素否定説はそこでの目的も客観的な法益侵害への危険性へと還元するように主張する。しかし、そのような客観化は結局のところ当該目的の存在を立証するような客観的要素を要求しているにほかならず、事実上法益侵害の危険性を目的の有無によって判断していることへと至るのである。さらに、明らかに主観的要件である目的を客観的要素に読み替えることは条文に反する解釈となってしまう[104]。

そして、何よりもこの場合で客観的要素のみで違法性を判断すると、共犯の事例において不当な結論へと至ることになる。すなわち、例えば刑法148条１項通貨偽造罪において、「行使の目的」はないが客観的に見て行使の危険のあると判断される偽造行為を行った者に第三者が関わった場合、全面否定説からすればこの第三者は通貨偽造罪に対する共犯者になるであろう。しかし、この場合明らかに法益侵害への危険性は実質的に存在しないのであるから、この場合を共犯と処罰することは、法益

への危険性なくして処罰するに等しいであろう。

なお Oehler のようにこの場合の目的を違法条件と見る場合は以上のような批判を回避できるであろう。しかし、違法条件であるが違法要素でないということはあり得ない。違法を構成する条件であると言うことは違法要素である。違法条件説は実質的に主観的違法要素を肯定しているのである。

⑴－２．断絶された結果犯

これは法定されている客観的行為から発生することが蓋然的であるところの結果を目的とするような犯罪である。その例として挙げられるのは、刑法77条内乱罪である。本罪は「国の統治機構を破壊し、又はその領土において国権を排除して権力を行使し、その他憲法に定める当地の基本秩序を破壊することを目的として」とあり、形式的には目的犯的な記述のされ方をしている。

その他方で、内乱罪が定める「暴動」とは刑法106条騒乱罪が定める「暴動」より高い程度のものが要求されるのであり、その意味で内乱罪が予定する「目的」内容は同罪が予定する「暴行」から蓋然的に発生すると言ってよく、その意味ではこの目的は客観的行為の中に客観化されていると言えるであろう[105]。この意味で特に内乱罪において主観的違法要素の存在を確認する必要はないように見える。

しかし、よく見ると、本罪の「「暴行」とは、⑴ 多数人が結合して、⑵ 暴行・脅迫を行い、⑶ その地方の平穏を害する程度になること」[106]とされている。つまり、本罪の「暴行」と言うためには、多数人の結合が必要なのである。まさに、その結合のつなぎとしての役割を果たすのが内乱罪で要求されるところの「目的」なのである。したがって、内乱罪は主観的違法要素が存在する犯罪である。

その他にも「断絶された結果犯」に分類できる犯罪類型は数多く存在する。「断絶された結果犯」における客観的行為は目的の内容である結果

発生の直接的な要因とみられるのであり、その危険性は客観化可能なものであろう[107]。しかし、常に「断絶された結果犯」の目的が違法要素とならないと決断してしまうことには疑問が残る。例えば、強制執行を受けそうである場合には泥棒から高価な財産を守るためにその財産を屋根裏や床下に隠す行為すらも刑法96条の２の１号強制執行妨害目的財産隠匿罪によって禁止されているのであろうか。いずれにせよ、「断絶された結果犯」の目的が違法要素となるのか、責任要素となるのかは、各則ごとにその犯罪の性質に即して検討されるべきである。本稿は未だその検討を終えることができていないため、今後の課題としたい。

### （1）－３．窃盗罪

刑法235条窃盗罪には不法領得の意思が主観的要素として必要であると言われている。不法領得の意思は「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思[108]」であるとされている。一般に、「権利者を排除し他人の物を自己の所有物として」扱う意思は権利者排除意思と呼ばれ、「経済的用法に従い利用し処分する意思」は利用処分意思と呼ばれている。

権利者排除意思は窃盗罪における可罰的違法性を基礎づけるとされ、使用窃盗と区別する機能がある。それゆえ、一般的には権利者排除意思は違法要素であると理解される[109]。これに対して、窃盗の可罰的違法性を窃取行為後の客観的事情や被害者の客観的な被害状況から判断する見解も存在し、この見解は権利者排除意思をそもそも窃盗の構成要件とはしない[110]。それゆえ、権利者排除意思を否定する見解においては、占有移転完了後においても窃盗が既遂に至らないと言うことも考えられるであろう。

しかし、権利者排除意思を否定してしまえば、占有移転が完了したにもかかわらず、窃盗が既遂にならない可能性があり、構成要件が不明確なものにならざるを得ない。また、「窃取した」という刑法235条の文言

上、占有移転の完了を既遂時期にするのが素直であるように思える。それゆえ、権利者排除意思の必要性は否定されないであろう。むしろ、権利者排除意思があることによって客体である財物の権利者の本権または占有に対してより高い危険が生じていると解されるところ、窃盗罪における権利者排除意思は主観的違法要素として要求されるべきである。

不法領得の意思のうちの利用処分意思については、いまだ私の検討が不十分なところが多い。それゆえ、利用処分意思の体系的位置づけについては今後の課題としたい[111]。また、詐欺罪や横領罪などにおける不法領得の意思も今後の検討課題とする。

⑵ 傾向犯

⑵－１．強制わいせつ罪

従前、強制わいせつ罪においては、性的意図の要否について争われてきており、性的意図を強制わいせつ罪の構成要件にとって不要であるという見解は有力であった。その理由としては強制わいせつ罪の保護法益である性的自由の侵害に性的意図は関係しないと言うことが挙げられた[112]。

しかし、そこでいう性的自由という概念がなお不明確であることが否めず、本当に性的意図が性的自由と無関係と言ってよいのかは疑わしい。さらに、京都地判平成18年12月18日 LEX/DB28135092の事例のように、医者による検査それ自体は適切であっても、インフォームドコンセントを取り忘れていたために、違法性が阻却されないような場合においては性的意図を有しない医者について強制わいせつ罪を否定するべきではなかろうか[113]。それゆえ、強制わいせつ罪の保護法益である性的自由の内容を明らかにしたうえで性的意図が本当に不要であるのかを検討しなければならないのである。

従前、性的自由は「その意に反して性的羞恥心を害されない権利」と解されることもあった[114]。しかし、これでは乳幼児等の性的羞恥心を観念できない者は強制わいせつ罪の被害者になり得ないことになってしまうであろ

う[115]。このような従来の性的自由概念対して、近年異なった性的自由概念が主張されている。例えば、井田氏は性的自由を「他人にアクセスされることを欲せず、他人のそれにアクセスすることも欲しない身体的領域」（身体的内密領域）を保護する防御権という意味での性的自己決定権[116]とする。また、松宮氏は性的自由を「「いつ、どこで、誰と、どのように性行為をしたり性欲を刺激したりされたりするか、あるいはそれを拒否するのか」についての自己決定権[117]」であると解している。これに対して山中氏はそもそも強制わいせつ罪の保護法益を性的自己決定権とは解さずに、「性的自己決定の可能・不可能を問わず、すべてに共通する「性的不可侵性」[118]」を保護法益にするべきとする。

山中氏の「性的不可侵性」とは「外部的性的刺激から人が自由であること」と解されている[119]。しかし、京都地判平成18年12月18日 LEX/DB28135092の事例において、被害者は性的刺激を与えられているので、山中氏の見解では当事案の医師を不処罰にすることができないのではなかろうか。

これに対して、井田氏と松宮氏の見解は、性的自己決定権としての側面を重視している。この性的自己決定の侵害とは、井田氏の見解によれば、被害者が犯人との関係で身体的内密領域の解放とその領域の相互体験を強いられることとなる[120]。そして、井田氏の見解を支持する成瀬氏によれば、この相互体験があったと言えるためには、「行為者と被害者が……それぞれ当該行為を主観的に性的行為、すなわち身体的内密領域に踏み込み・踏み込まれる行為と意味付けていることが必要」であるとし、その上で「身体的内密領域に踏み込むというのは……「人をその意思に反して性的衝動・性的欲求の対象として扱う」こと……を意味する[121]」のである。この点、松宮氏の「「いつ、どこで、誰と、どのように性行為をしたり性欲を刺激したりされたりするか、あるいはそれを拒否するのか」についての自己決定権」という見解も同様の発想に立っていると言えるであろう。

そうすると、強制わいせつ罪における実行行為は、行為者が被害者を性的衝動や性的欲求の対象と扱うことになる。このような観点からであると、性的羞恥心を感じ得ない幼児等も何者かの性的衝動、性的欲求の対象にされた客体として強制わいせつ罪の被害者と見ることができる。強制わいせつ罪の実行行為を被害者を性的対象として扱う行為と理解するなら、その構成要件には性的意図が主観的違法要素として要求されることになる。なお、この性的意図は行為者が自身の性的欲求を満たす目的だけではなく、行為者が第三者の性的欲求を満たす目的でもよい[122]。

⑵－２．収賄罪

収賄罪で問題とすべき主観的要素は収受側の賄賂性の認識と職務執行の意思である。前者は、すなわち、公務員が「収受等した賄賂について、それが職務執行と対価関係に立つものであることの認識」である。後者は、すなわち、「賄賂と対価関係に立つ職務行為を行う意思」である[123]。

賄賂性の認識と職務執行の意思の体系的位置づけもまた収賄罪の保護法益と関連させて理解されるべきである。収賄罪の保護法益については、「公務の不可買収性」（不可買収性説[124]）とする見解、「職務の公正とこれに対する社会一般の信頼」（信頼保護説[125]）とする見解、職務の公正（純粋性説[126]）のみとする見解に分かれている。まず、不可買収性説、信頼保護説、純粋性説のうち、いずれを採用するかが問題となる。しかし、現時点で十分な検討ができていないので、収賄罪の保護法益及びその法益と賄賂性の認識と職務執行との関係ついては今後の検討課題としたい。

⑶　表現犯

表現犯として代表的に挙げられる例は刑法169条偽証罪である。本罪においては、客観的真実と異なる証言をしたことをもって不法が完成するという見解[127]も有力である。しかし、刑事訴訟規則118条２項によれば、宣誓証人は「良心に従って、真実を述べ何事も隠さず、又何事も附け加え」

てはならないとしており、本罪の違法性が証言内容と客観的事実との食い違いにのみ存在するとは考えられにくい。

すると、証言内容と客観的事実の食い違いのみをもって本罪の不法を構成するべきではなく、まさに証人が良心に反して（自己の記憶に反して）証言することも本罪の不法内容を構成すべきである。もっとも、審判過程の適正のみを保護法益として証人が記憶に反する証言をしたことのみをもって「虚偽の陳述」とすることは、過度の主観主義に陥る恐れがあるため妥当ではない[128]。むしろ、本罪の保護法益は審判過程の適正と共に、審判結果の適正もまた保護法益になっているものと考えるべきであり[129]、それにしたがって、「虚偽の陳述」というためには、証人が記憶に反する陳述を行うだけでなく、それが客観的事実と異なっているときに初めて本罪の不法が完成されると解するべきである（折衷説[130]）。

表現犯の例としてさらに、爆発物取締罰則７条及び８条における不申告罪がある。これらの罪において、一定の犯罪等の認識が申告という作為義務を基礎づけており[131]、したがってこの認識は主観的違法要素と言われている。確かに、条文上で認識することが明確に要求されており、この認識が作為義務を基礎づけていると解するのは自然な解釈であって妥当である。

⑷　未遂犯

未遂犯においては故意が主観的違法要素と言われている。この当否を検討しなければならないが、未遂犯と言っても周知のとおり着手未遂と実行未遂が存在する。この２つの構造的な違いに応じて、主観的違法要素の存在を論じなければならない。

⑷－１．着手未遂

着手未遂の構造はいわゆる「減縮された二行為犯罪」の構造と同じである。つまり、着手未遂においても実行の着手はあるが、さらに結果発

生のために必要な将来行為が目的として予定されておかなければならない。したがって、「断絶された二行為犯罪」において目的が主観的違法要素であるなら、ここでも、例えば上のピストルを構えた事例では、引き金を引く目的があって初めてピストルを構えるという行為に危険性が発生するのである。着手未遂の構造上、常に結果発生に必要とされる将来行為の目的が主観的違法要素のために必要になっていると言わなければならない。

ここで注意が必要であることは、着手未遂犯に必要な主観的違法要素は厳密な意味での故意ではなく、客観的に見て結果発生の危険性を生じさせる行為を行う目的であるということである[132]。例えば、実弾銃をエアガンと誤信して、その引き金を引く目的で誰かに向けた場合がこれである。この場合故意は存在しないが違法性を基礎づける目的は存在する（ただし、故意が存在しないため結果が発生しない限り不可罰である）。

(4)－２．実行未遂

実行未遂犯において、主観的違法要素としての故意が要求される際、援用される事例は以下のようなものである。(a) 人が動物を連れて歩いている。行為者が矢（弾丸）を放ったが、この人と動物の間を通り抜けた[133]。(b) 行為者が引き金を引いて弾丸を発射したが、弾が人の頭の上10cmのところを通過した[134]。

故意を未遂犯の主観的違法要素とする見解（佐伯氏、中氏、平野氏）は、(a) の場合において、行為者が人を狙っていた（殺人の故意を有していた）場合には殺人未遂罪が成立し、動物を狙っていた（器物損壊の故意を有していた）場合には器物損壊未遂（不可罰）になるという[135]。また、(b) についても、行為者が殺人の故意を有するのか、傷害の故意を有するのか、脅迫の故意を有するのかに応じて、殺人未遂罪、障害未遂罪、脅迫罪が成立するとされる[136]。

以上の場合で、主観的違法要素としての故意を未遂犯に要求する見解

はいかなる根拠を持っているのか。平野氏によれば、(b) の事案において「客観的な行為自体で判断せよというのだと、銃口は人の頭の上一〇センチの方向を向いていたことが明らかになったのですから殺人の危険性はなかった」と判断せざるを得なくなり、このような結論は常識に反するという[137]。また、中氏も未遂行為の危険性判断を行為時に存在していたすべての事情から判断すれば純客観的には危険性は存在しなかったことになるとして、このような結論を現行法の趣旨を無視するものであるとしている[138]。すなわち、平野氏と中氏は純粋客観的には未遂犯の危険性を基礎づけることができないから、行為者の主観面でこの危険性を補おうとしたのである。

しかし、客観面から危険性が基礎づけられないからと言って、行為者の故意によって危険性を基礎づけてよいことにはならない。そもそも、先ほどの (a) と (b) の事案で本当に行為者の故意によって行為の危険性を基礎づける必要があるのであろうか。たしかに、行為時に存在していたすべての事情から観察すればいかなる未遂にも危険性は認められなくなる。しかし、だからといって故意を主観的違法要素にしなければならないという結論は導かれないであろう。佐伯氏、中氏、平野氏は未遂犯と不能犯の区別において具体的危険説を採用する[139]。具体的危険説とは、行為時に一般人が認識し得た事情と行為者が特に認識していた事情を基礎として、一般人の観点から、結果発生の可能性を判断する見解である[140]。

そして、その観点から (a) 及び (b) の事案を検討してみると (a)、(b) ともに行為者に故意がなければ、一般人が危険と感じ得ないとまでは言えないであろう。(a) において、たとえ行為者が動物を狙っていたとしても、その人と動物との距離や移動するスピード、行為者からの距離等々の客観的な事情から危険と判断される余地は十分にあるのではなかろうか。(b) においても同様である。銃口の方向や行為者と客体との距離等から行為の危険性は客観的に判断され得るのであって、必ずしも行為者の故意がなければ危険と判断できないわけではないであろう。

もっとも、(a) において行為者が実際に人を狙った、(b) において人の頭を狙ったという行為者の主観的事実が危険性判断に影響を及ぼすことがあることは排除できないかもしれない。しかし、行為者の故意が一般的に未遂犯において要求されるわけではないと理解するべきである。本稿では、未遂犯の危険性判断においてどのような見解に立つかについては立ち入らないが、少なくとも、実行未遂犯における危険性判断に必ずしも行為者の故意が必要ではなく、行為者の故意は責任段階ではじめて問われればよいものと解する。

### 第３節　小括

本章では、これまでの主観的違法要素論の展開を踏まえて、どの犯罪において主観的違法要素の存在が肯定されるべきかについて議論をしてきた。さしあたって、第１部の結論は以下のようになる。まず、違法性は法益侵害性の観点から判断されるべきであり、決定規範違反性を考慮するべきではない。それゆえ、故意及び過失を一般主観的違法要素として構成要件に位置付けるべきではない。その上で、特殊主観的要素に関しては法益侵害性と関わる範囲で違法要素としてきた。本稿で違法要素として肯定したのは、「減縮された二行為犯罪」における目的、刑法77条１項内乱罪における「国の統治機構を破壊し、又はその領土において国権を排除して権力を行使し、その他憲法に定める当地の基本秩序を破壊する……目的」、刑法235条窃盗罪における権利者排除意思、刑法176条強制わいせつ罪における性的意図、刑法169条における証人の記憶、着手未遂犯における、結果発生のために必要な将来行為の目的である。第２部では、これらの主観的違法要素と客観的行為の関係性を求めていくことにする。

### 注

（１）　Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 7.

（2）　東京高判昭和32年５月31日高刑特４巻11=12号289頁。

（3）　最大判平成29年11月29日刑集71巻９号467頁。

（4）　佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判例タイムズ708号（1989年）66頁、佐藤陽子「強制わいせつ罪におけるわいせつ概念について」法律時報88巻11号（2016年）64頁以下、松宮孝明「平成29年11月29日大法廷判決の意味するもの」季刊刑事弁護94号（2018年）78頁以下、成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察（下・完）── その主観的要件を中心に ── 」法学82巻６号（2019年）27頁、伊藤亮吉「強制わいせつ罪における性的意図」名城法学69巻１＝２号（2019年）55頁、66頁、仲道祐樹「強制わいせつ罪の成否と行為者の性的意図の要否」論究ジュリスト28号（2019年）193頁など。

（5）　例えば、青森地判平成18年３月16日 LEX/DB28115159における事例では、性的意図で女性を嘔吐させる行為が問題となっている。佐藤・前掲註（4）65頁、松宮・前掲註（4）79頁、仲道・前掲註（4）193頁などはこうした行為を性的意図のみによって強制わいせつ罪とすることに反対している。これに対して、園田寿「強制わいせつ罪における「性的意図」の要否」新・判例解説 Watch：速報判例解説23巻（2018年）169頁は性的意図の存在を理由に嘔吐させる行為を強制わいせつ罪であると評価する。

（6）　団藤重光『刑法』（弘文堂、1954年）39頁。

（7）　伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、2017年）143頁。

（8）　Vgl., Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, S. 69, Christoph Carl Stübel, Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten, 1805, S. 5f.

（9）　Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911, S. 117ff.

(10)　Fischer, a. a. O. (Anm. 9), S. 137.

(11)　Fischer, a. a. O. (Anm. 9), S. 138f.

(12)　August Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW., Bd. 36, 1914, S. 23ff.（以下、Hegler, Merkmale と省略）, ders., Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festgabe, Bd. 1, 1930, S. 270ff.（以下、Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente と省略）, Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS., Bd. 89, 1924, S. 248ff., Wilhelm Sauer, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, 1921, S. 275ff.,

S. 346, Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Auf., bearbeitet von Eberhard Schmidt, 1932, S. 176., Rudolf Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrecchtselementen, 1934, S. 121ff.

（13）　Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 276, S. 312ff., Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926, S. 20ff., Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 140ff.

（14）　Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 277, 312ff., Mezger, a. a. O.（Anm. 13）, S. 21, Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 146f. なお、その他にもこれらの犯 罪の一部または全部における目的を違法要素とするものとして、Sauer, a. a. O.（Anm. 12）, S. 344, Liszt-Schmidt, a. a. O.（Anm. 12）, S. 184, Max Grünhut, Literaturbericht, Strafrecht, Allgemeinerteil, ZStW., Bd. 50, S. 287, Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 192. など。

（15）　Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 277, Mezger, a. a. O.（Anm. 13）, S. 21, Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 147ff. なお、その他にもこれらの犯罪の一部または全部における目的を違法要素とするものとして、Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 188, Sauer, a. a. O.（Anm. 12）, S. 344,　Frank, a. a. O.（Anm. 14）, S. 192, Liszt-Schmidt, a. a. O.（Anm. 12）, S. 184 など。もっとも、Hegler は Augsut Hegler, Die Systematik der Vermögensdelikte, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 9, 1915/1916, S.280f. において、窃盗罪における不法領得の意思は超過的内心傾向ではなく、しかし、多義的な意味を持つ客観的態様の有する意味を確定する機能を持つとする。したがって、不法領得の意思は客観面を超過しないにもかかわらず、行為の反社会性に関わる要素として主観的違法要素に属することになるのである。後に、Hegler はこうした客観面を超過しないにもかかわらず、行為の反社会性に影響を与える目的を「意味を付与する目的」（die sinngebende Absicht）と呼んだ（Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 309f.）。

（16）　Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 313f., 317, Mezger, a. a. O.（Anm. 13）, S. 23, Sieverts, a, a, O.（Anm. 12）, S. 158ff, Liszt-Schmidt, a. a. O.（Anm. 12）, S. 301, Karl Engisch, Untersuchung über Vorsatz und Farlässigkeit im Strafrecht, 1930, 62f.

（17）　Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 308f., Mezger, a. a. O.（Anm. 13）, S. 18f. 同様にわいせつ関連の犯罪において性的意図を違法要素としたものとして Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 155ff., Grünhut, a. a. O.（Anm. 14）, S. 287など。

（18）　Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 308f., Mezger,

a. a. O.（Anm. 13）, S. 16ff., Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S.162ff. など。

（19）　Mayer, a. a. O.（Anm. 15）, S. 12, Mezger, a. a. O.（Anm. 12）, S. 285f. これに対して Eberhard Schmidt, Das Reichsgericht und der »übergesetzliche Notstand«, ZStW., Bd. 49, 1929, S. 396f. は客観的に医療目的に資する行為であれば、違法性を阻却するべきとし、Mezger も後に医療目的に関しては医療目的不要説に立つようになった（Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1933, S. 245.）。

（20）　Mayer, a. a. O.（Anm. 15）, S. 186, Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 207., 反対説として Sauer, a. a. O.（Anm. 12）, S. 347, Liszt-Schmidt, a. a. O.（Anm. 12）, S. 212, Anm. 3.

（21）　Mezger, a. a. O.（Anm. 12）, S. 299f., 反対説として Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 203ff.

（22）　Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 209ff., Liszt-Schmidt, a. a. O.（Anm. 12）, S. 198, Engisch, a. a. O.（Anm. 16）, S. 62, Frank, a. a. O.（Anm. 14）, S. 162, 反対説として Mezger, a. a. O.（Anm. 12）, S. 308f., Hegler, Merkmale（Anm. 12）, S. 36f., Anm. 45, ders., Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 258f.

（23）　Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 302ff.,　同旨 Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 115ff.

（24）　Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 318ff., Mezger, a. a. O.（Anm. 13）, S. 24, Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 178ff., Liszt-Schmidt, a. a. O.（Anm. 12）, S. 336, なお、Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 190ff. と Liszt-Schmidt, a. a. O.（Anm. 12）, S. 336 においては、主観的違法要素があるだけで、客観的に実行行為を行っていない者に対して正犯を肯定することはできないとして、Hegler と Mezger を批判する。もっとも Hegler も結果目的犯（切り詰められた結果犯）においては、その目的が客観化されるべきことを理由に正犯者は客観的に実行行為に関与していなければならないとする（Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 322.）。

（25）　Sieverts, a. a. O.（Anm. 12）, S. 193f. Sieverts は客観的に実行行為を行っている者に主観的違法要素が存在せず、そこに教唆または幇助的な態様で関わっている者にのみ主観的違法要素が存在した場合において、客観的に実行行為を行っている者は主観的違法要素の欠落によって自身の行為を行う意思（animus auctoris）を欠くために正犯になり得ないとする。逆にそのような意思はもう一方の関与者に存在するため、その者が間接正犯になるとするのである。

（26）　Ernst Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930, S. 1ff. によれば、「犯罪類型」とは違法要素だけでなく、責任要素によっても構成される人間の態様の類

型である。それゆえ、「犯罪類型」の中には当然行為者の主観面も含まれる。これに対して、Beling の「構成要件」は客観的要素から構成される（S. 11）。

（27）　Erik Wolf, Die Typen der Tatbestandsmässigkeit, Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts, 1931, S. 5, Anm. 3.

（28）　Wolf, a. a. O.（Anm. 27）, S. 6ff.

（29）　Wolf, a. a. O.（Anm. 27）, S. 7.

（30）　Wolf, a. a. O.（Anm. 27）, S. 19ff.

（31）　Wolf, a. a. O.（Anm. 27）, S. 38f.

（32）　Wolf, a. a. O.（Anm. 27）, S. 23.

（33）　Hellmuth von Weber, Grundriss der tschechoslowakischen Strafrechtes, 1929, S. 14.

（34）　Weber, a. a. O.（Anm. 33）, S. 14ff., ders., Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, 8f.（以下、Weber, Aufbau と省略）, ders., Grundriss des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948, S. 54f.

（35）　Weber, Aufbau（Anm. 34）, S. 8.

（36）　Weber, Aufbau（Anm. 34）, S. 12f.

（37）　Weber, Aufbau（Anm. 34）, S. 9ff. なお彼の下で博士論文を書いた Rolf Schudt は Weber 同様に目的的動詞と因果的動詞に区別する体系論を支持し、各々の構成要件に用いられる表現を言語論的に精密に区分していくが、同時に人間の行為は何らかの目的に担われていれば足りるとしてその目的の中身を充実化させた故意そのものを構成要件には位置付けず責任に位置付ける（Rolf Schudt, Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung, Diss. München, 1951, S. 121ff.）。

（38）　Weber, Aufbau（Anm. 34）, S. 15., ders., Die garantierende Funktion der Strafgesetze, Deutsche Juristen-Zeitung, 36. Jahrg., Heft 10, 1931, S. 666f.

（39）　Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW., Bd. 58, 1939, S. 499ff.

（40）　Welzel, a. a. O.（Anm. 39）, S. 502.

（41）　Hans Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW., Bd. 51, 1931, S. 718.

（42）　Welzel, a. a. O.（Anm. 39）, S. 502.

（43）　Welzel, a. a. O.（Anm. 39）, S. 518f.

（44）　Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 62.

（45）　本稿第 1 部第 2 章第 3 節参照。

（46）　Theodor Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., 1954, S. 63ff., 121ff., James Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913, S. 17, S. 16ff.（以下、Goldschmidt, Notstand と省略）, ders., Normativer Schuldbegriff,

Frank-Festgabe, Bd. 1, 1930, S. 458ff., Ferdinand Kadečka, Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW., Bd.59, 1940, S. 6, S. 10f., Beling, a. a. O.（Anm. 26）, S. 11f.

（47）　Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 38ff. なお、厳密にはZimmerl はいくつかの犯罪において主観的違法要素の存在を肯定している。例えば、RStGB103条 a 外国国章等損壊等や同135条ドイツ国国章等損壊等においては「悪意」が主観的違法要素になることは否定できないとし（Zimmerl, a. a. O., S. 47. ）、Mezger が表現犯としたものについては主観的違法要素が必要であることに全面的に賛成するのである（Zimmerl, a. a. O., S. 49.）。

（48）　Zimmerl, a. a. O.（Anm. 47）, S. 40.

（49）「受命した任務を免れるために、給与を持って逃走し、または身を隠した船員は、その行為が国内または国外において行われたのかという区別なしに１年以下の軽懲役に処する。」

（50）　Zimmerl, a. a. O.（Anm. 47）, S. 45ff.

（51）　Goldschmidt, Notstand（Anm. 46）, S. 18f., ders., Der Prozeß als Rechtslage, eine Kritik des Prozessualen Denkens, 1925, S. 235, Anm. 1287.

（52）　Kadečka, a. a. O.（Anm. 46）, S. 12.

（53）　Friedrich Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW., Bd.63, 1951, S. 316.

（54）　Friedrich Nowakowski, Zu Welzels Lehre von der Fahrläßigkeit, JZ., 1958, S. 336.

（55）　Vgl., Beling, a. a. O.（Anm. 26）, S. 12, Anm. 1, なお、Beling は1906年時点では BGB226条シカーネ禁止は悪意によって行為が違法になるとし、鎮圧目的か予防目的かで警察官の逮捕行為（StPO127条）の適否が異なるものとし、さらに MStGB47条によれば違法な命令に従った者はその命令が犯罪となることを知っていた場合には違法となるとして主観的違法要素ないし主観的正当化要素を肯定していた（Beling, a. a. O.（Anm. 1）, S. 142.）。

（56）　Dietrich Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 79ff.

（57）　Oehler, a. a. O.（Anm. 56）, S. 106f.

（58）　Oehler, a. a. O.（Anm. 56）, S. 92.

（59）　Oehler, a. a. O.（Anm. 56）, S. 84.

（60）　山口厚『刑法総論（第３版）』（有斐閣、2016年）105頁。

（61）　浅田和茂『刑法総論（第２版）』（成文堂、2019年）177頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）51頁、西田典之著、橋爪隆補訂『刑法総論（第３版）』（弘文堂、2019年）134頁、内藤謙『刑法理論の史的展開』

（有斐閣、2007年）172頁など。

(62)　大谷實『刑法講義総論（新版第５版）』（成文堂、2019年）235頁以下。

(63)　井田良『講義刑法学・総論（第２版）』（有斐閣、2018年）259頁。

(64)　井田・前掲註（63）259頁。

(65)　高橋則夫『刑法総論（第４版）』（成文堂、2018年）251頁。

(66)　Vgl., Mezger, a. a. O.（Anm. 12）, 239ff.

(67)　高橋・前掲註（65）251頁、井田・前掲註（63）256頁以下。また、行為反価値の立場からの違法論を詳細に検討した増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2009年）においても、34頁以下及び60頁以下で決定規範違反が違法性に影響を与えると述べている。もっとも、増田氏は違法性に関連する決定規範は「義務充足能力」に対応するという。この「義務充足能力」とは、規範による「動機づける能力」（義務充足能力）とは無関係に、義務内容を遂行する能力を指す。

(68)　大谷・前掲註（62）231頁。

(69)　佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974年）269頁以下、平野・前掲註（61）124頁以下、中義勝『刑法上の諸問題』（関西大学出版部、1991年）36頁以下、日高義博『違法性の基礎理論』（成文堂、2005年）62頁以下、宮﨑万壽夫「主観的違法要素の再検討」青山法学論集56巻４号（2015年）260頁以下。

(70)　佐伯・前掲註（69）268頁以下、中・前掲註（69）35頁、日高・前掲註（69）61頁以下。ただし、平野・前掲註（61）125頁以下では刑法175条わいせつ物陳列罪においては芸術目的で陳列すれば犯罪が成立しないと考えれば、この犯罪において目的が違法を構成し得るのではないかとされている。

(71)　名古屋高判金沢支昭和36年５月２日下刑集３巻５＝６号399頁。

(72)　最判昭和45年１月29日刑集24巻１号１頁。

(73)　平野・前掲註（61）127頁以下、山口・前掲註（60）101頁。これに対して、日高・前掲註（69）62頁は、強制わいせつ罪は個人の性的自由のほかに性風俗環境の維持という社会的法益も保護法益となっており、それゆえ主観的な性的意図も法益侵害性に影響を与えるとしている。

(74)　佐伯・前掲註（69）266頁以下、松宮孝明『刑法総論講義（第５版補訂版）』（成文堂、2018年）253頁。

(75)　佐伯・前掲註（69）262頁以下。

(76)　平野・前掲註（61）126頁以下。同様に日高・前掲註（69）62頁も偽証罪について客観説を採用する。

(77)　佐伯・前掲註（69）263頁以下、中・前掲註（69）42頁以下。

(78)　平野龍一「結果無価値と行為無価値」法学教室37号（1983年）29頁以下、

中・前掲註（69）39頁以下。ただし、これに対して日高・前掲註（69）61頁は未遂犯における主観的違法要素を否定する。

(79)　佐伯・前掲註（69）271頁、中・前掲註（69）40頁以下。

(80)　中義勝『刑法総論』（有斐閣、1971年）77頁以下。

(81)　中・前掲註（80）98頁以下、同「故意の体系的地位」平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学〈上〉（1977年）156頁以下。

(82)　大塚仁『刑法概説（総論）〔第４版〕』（有斐閣、2008年）363頁、井田・前掲註（63）118頁以下、高橋・前掲註（65）171頁、大谷・前掲註（62）114頁。

(83)　高橋・前掲註（65）10頁。

(84)　高橋・前掲註（65）11頁、井田・前掲註（63）118頁以下、福田平『全訂刑法総論（第５版）』（有斐閣、2011年）４頁脚注１、大塚・前掲註（82）５頁。

(85)　井田・前掲註（63）90頁以下、186頁以下、高橋・前掲註（65）11頁。

(86)　大塚・前掲註（82）361頁以下、福田・前掲註（84）82頁以下、井田・前掲註（63）115頁以下、高橋・前掲註（65）95頁以下、ただし大谷・前掲註（62）115頁は傾向犯の概念を否定する。

(87)　井田・前掲註（63）116頁以下。

(88)　高橋『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）53頁。

(89)　高橋・前掲註（88）53頁以下。

(90)　神山敏雄「主観的違法要素」Law schoo l23号（1980年）32頁以下。同旨として瀧川幸辰「刑法における構成要件の機能」刑法雑誌１巻２号（1950年）19頁以下参照。

(91)　神山・前掲註（90）33頁以下。

(92)　中山研一『刑法総論の基本問題』（成文堂、1974年）69頁以下、同「主観的違法要素の再検討（1）」法学教室99号（1988年）60頁、62頁脚注16、同『刑法の論争問題』（成文堂、1991年）40頁以下（以下中山『論争問題』と省略）、内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣、1983年）217頁。同旨生田勝義「違法性の理論について」犯罪と刑罰18号（2008年）47頁、振津隆行『刑事不法論の再構成』（成文堂、2015年）116頁、なお振津氏はかつて「減縮された二行為犯罪」においては目的を違法要素にせざるを得ないと述べていた（同「主観的不法要素全面否認説の検討」中山研一先生古稀祝賀論文集第３巻『刑法の理論』（1997年）161頁）。

(93)　内藤・前掲註（92）217頁。

(94)　浅田・前掲註（61）125頁。

(95)　浅田・前掲註（61）125頁。

(96)　山中敬一『刑法総論（第３版）』（成文堂、2015年）166頁。

(97)　山中・前掲註（96）167頁。
(98)　第１部第２章第３節参照
(99)　井田・前掲註（63）303頁以下。また、その他の行為反価値論者は無過失の者に対する正当防衛をどのように扱うかについて直接述べていない。しかし、高橋・前掲註（65）282頁以下、福田・前掲註（84）156頁脚注６では対物防衛においてその物の所有者が無過失である場合には、刑法37条１項緊急避難で対処するべきとしている。
(100) 大谷・前掲註（62）276頁。
(101) 大塚・前掲註（82）360頁脚注10、383頁以下。
(102) この事例において、背後者に共犯を検討するにあたって、共犯成立にとって正犯者の故意が必要か否かという問題を検討しなければならないであろう。この問題に対する解答に厳密な根拠づけを行うことは、詳細な考察を必要とするものであるから、今後の検討課題としたい。さしあたり、本稿では、刑法62条及び63条において正犯の故意行為が明文で要求されていないことから、正犯者の故意を不要とする見解に立っておく。なお、故意及び過失を違法要素という立場に立ちながら、過失行為者に対する共犯を肯定する見解も存在する。高橋・前掲註（65）493頁は故意行為を教唆したところ、被教唆者が過失行為を遂行した場合には、過失行為は違法であるから、それに対する教唆犯が成立することになるとしている。高橋氏によれば「共犯にとって正犯者は結果無価値のみが存在すれば足りる」のである（高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988年）206頁）。
(103) Adolf Merkel, Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner rechtlichen Folgen, Kriminalistische Abhandlung, Bd. I., 1867, S. 46.
(104) Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente (Anm. 12), S. 287.
(105) 佐伯・前掲註（69）269頁、団藤重光『注釈刑法（3）』（有斐閣、1965年）11頁。
(106) 団藤・前掲註（105）11頁。
(107) Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente (Anm. 12), S. 313f.
(108) 最判昭和26年７月13日刑集５巻８号1437頁。
(109) 佐伯仁志「不法領得の意思」法学教室366号（2011年）83頁以下、塩見淳「奪取罪における不法領得の意思」法学教室390号（2013年）78頁以下、橋爪隆「窃盗罪における不法領得の意思について」法学教室28号（2016年）75頁以下、品田智史「不法領得の意思」法学教室453号（2018年）31頁以下、林幹人『刑法各論（第２版）』（東京大学出版会、2007年）193頁、山口厚『刑法各論（第２版）』（有斐閣、2010年）199頁以下、伊藤・前掲註（7）224頁。
(110) 大塚仁『刑法概説（各論）〔第３版増補版〕』（有斐閣、2005年）201頁、

伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011年）145頁。

（111）利用処分意思を責任要素とする見解について、佐伯・前掲註（109）84頁、橋爪・前掲註（109）80頁、林・前掲註（109）195頁、山口・前掲註（109）203頁、穴沢大輔「不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（3）」明治学院大学法学研究96巻272頁以下。これに対して、利用処分意思を違法要素と解する見解については、塩見・前掲註（109）78頁、伊藤・前掲註（109）227頁以下、中森喜彦『刑法各論（第４版）』（有斐閣、2015年）115頁。さらに、毀棄または隠匿の目的をも利用処分意思の中に含めるものとして木村亀二『刑法（各論）』（青林書院新社、1962年）81頁、団藤重光『刑法要綱各論（第３版）』（創文社、1990年）563頁。

（112）団藤・前掲註（111）491頁脚注（3）、大谷實『刑法講義各論（新版第５版）』（成文堂、2019年）123頁、西田典之著、橋爪隆補訂『刑法各論（第７版）』（弘文堂、2018年）100頁（もっとも、橋爪氏が補訂した箇所（100頁以下）では、最大判平成29年11月29日刑集71巻９号467頁についての検討の中で、次のように指摘されている。すなわち、性的な意味を帯びるが、客観的には性的意味が必ずしも強くない行為においては、行為者の性的意図及びその他の主観的事情も考慮される余地が残っている。）、山口・前掲註（109）108頁、林・前掲註（109）90頁、中森・前掲註（111）66頁、浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール 刑法（第２版）』387頁〔島岡まな〕（日本評論社、2017年）、伊藤・前掲註（4）66頁。

（113）このことを指摘する文献として、松宮孝明「現代刑法の理論と実務 ── 各論［第４回］強制わいせつの罪、住居・秘密を侵す罪」法学セミナー780号（2020年）86頁以下。

（114）最判昭和45年１月29日刑集24巻１号１頁（入江俊郎裁判官反対意見）、大谷・前掲註（112）118頁、山口・前掲註（109）105頁、西田＝橋爪・前掲註（112）98頁以下。

（115）中森・前掲註（111）65頁脚注38。

（116）井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号（2015年）７頁以下。これに賛同する見解として成瀬・前掲註（4）25頁。

（117）松宮・前掲註（4）78頁。

（118）山中敬一「強制わいせつ罪の保護法益について」研修817号（2016年）10頁。

（119）山中・前掲註（118）９頁。

（120）井田・前掲註（116）７頁。

（121）成瀬・前掲註（4）29頁。

（122）松宮・前掲註（113）88頁、成瀬・前掲註（4）30頁。

（123）山口・前掲註（109）622頁。

（124）平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）29頁、山中敬一『刑法各論（第３版）』（成文堂、2015年）835頁、松宮孝明『刑法各論講義（第５版）』（成文堂、2018年）491頁。

（125）最大判平成７年２月22日刑集49巻２号１頁、団藤・前掲註（111）129頁、中森・前掲註（111）306頁、前田雅英『刑法各論講義（第７版）』（東京大学出版会、2020年）500頁、西田＝橋爪・前掲註（112）515頁、斎藤信治『刑法各論（第４版）』（有斐閣、2014年）291頁。さらに不可買収性と純粋性を合わせて、社会一般の信頼とする見解として井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）587頁。

（126）山口・前掲註（109）611頁以下、伊東・前掲註（110）406頁以下、林・前掲註（109）442頁以下。

（127）浅田・前掲註（61）126頁、中山『論争問題』（註92）52頁、西田＝橋爪・前掲註（112）498頁。これに対して、主観説を支持する論者として、十河太郎「偽証罪の保護法益と危険概念」現代刑事法５巻10号（2003年）12頁、大谷・前掲註（112）627頁以下、団藤・前掲註（111）100頁以下。

（128）平野龍一「偽証罪における客観説と主観説」判例時報1557号（1996年）７頁以下によれば、主観説はナチス時期に意思刑法の理論と共に歓迎された歴史を持つ。それを踏まえて、平野氏は主観説をナチス的であるという（９頁）。

（129）松原芳博「司法作用に対する罪・その２」法学セミナー719号（2014年）94頁。

（130）高橋・前掲註（65）97頁、曽根威彦『刑事違法論の展開』（成文堂、2013年）63頁以下、福山道義「偽証罪における主観説と客観説」北海学園大学法学研究10巻１号（1974年）171頁以下。

（131）伊藤榮樹＝小野慶二＝荘子邦雄編『注釈特別刑法 第七巻公害法・危険物法編』334頁〔坪内利彦〕（立花書房、1987年）によれば、爆発物取締罰則７条は「爆発物発見者に告知義務を課し」ており、336頁によれば、８条は「犯罪を認知した者に告知義務を課し」ている。

（132）Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente（Anm. 12）, S. 285, S. 283f., Anm. 3.

（133）中・前掲註（69）40頁以下、佐伯・前掲註（69）271頁。

（134）平野・前掲註（78）30頁。

（135）佐伯・前掲註（69）271頁。

（136）平野・前掲註（78）30頁。

（137）平野・前掲註（78）30頁。

（138）中・前掲書（69）82頁。

（139）佐伯千仞『刑法講義 総論（４訂版）』（有斐閣、1981年）319頁、中・前

掲註（69）83頁、平野・前掲註（78）30頁。

（140）野村稔『刑法総論（補訂版）』（成文堂、1998年）344頁、大谷・前掲註（62）374頁等。