

# 刑法における主観主義の意義と展開

西 台 満

## The Meaning and Development of the Subjectivism in Criminal Law

Michiru NISHIDA

- 一 序—主観主義の意義
- 二 主観主義と刑事訴訟
- 三 無罪の推定
- 四 結び

### 第一章 序—主観主義の意義

「刑法には体系がない」と言われる。極めて大雑把に言えば、刑法解釈は客観主義で貫ぬくというのが刑法学界の大勢であるが<sup>(1)</sup>、この客観主義なる概念の意味がはっきりしておらず、従って刑法解釈上ぶつかる個々の論点で何らかの指針を与えてくれるかと言うと、全くそれを期待することはできないのである<sup>(2)</sup>。一例を挙げれば、偽証罪における「虚偽の陳述」の意義について、陳述内容と証人の記憶との比較によって決するとする主観説と、真実と一致するか否かであるとする客観説とが対立しているのであるが、「客観主義の立場に立つのなら客観説」というように単純にはゆかない。判例は一貫して主観説を採用し、学説でもどちらかという主観説の方が優勢なようである。

他方、違法性においては、客観説が圧倒的に支持されている。その

説によれば、違法性は行為者の内心とは無関係になし得る否定的評価である。そうすると、川を氾濫させる大雨や稲を枯死させる晴天なども当然、好ましくないという意味で違法と評価されることになるはずであるが、そこまで論理一貫させる客観説はむしろ稀である。大多数は、違法評価の対象を「人間の行為」に限定するのであるが、人間と自然現象の決定的な相違点は精神の有無であろう。

更に一例を挙げるなら、共同正犯の成立に不可欠の要素としての「意思の連絡」ないし「共同実行の意思」がある。行為者の内心にこの要素があるか否かで、外部的に同じ行為をしても共同正犯にされたりされなかったりする。それは、他人の惹き越こした結果にまで責任を負わされるかどうかという問題であるから、内心の状態如何が極めて重要になってくる。

このように、客観主義が我国の刑法学の基底を成していると言われながらも、随所に主観的要素が顔を出し、しかもそれが犯罪成立の決定的因子とされていることが多い。客観主義によって刑法を統一的に理解できないことが既に自明ならば、今度は逆に主観主義による統一的解釈を試みてはどうだろうか、というのが本稿の問題提起である。

そこで最初に、これまで客観主義が正当として殆ど疑いをもたれなかつた理由を考えておく必要がある。客観主義は、刑法を解釈し犯罪者に適用していく上で根本的な原理を何か指し示すものとして機能していたように思われる。そうでなければ、今日までこれ程の支持を得て生き長らえてきたことの説明がつかないであろう。そして、主観主義がそうした何らかの原理を否定するものであるならば、人権に目ざめた近代社会に適合しない、旧時代の遺物として捨て去られるのも已むを得ない。しかし、もしそうでないならば、即ち近代市民社会における刑事原理を何ら否定するものでなく、それを承認しそれを前提とした上での体系的見解であるにも拘らず、ただその「主観」という名称の故に近代刑法とは調和しない立場であるとの汚名を着せられて顧みられていないのだとすれば、無実の罪でシャトー・ディフに幽閉されたエドモン・ダンテスに匹敵する境遇と言わねばならないであろう。それ故今一度、この点を検証しておく必要があると私は考える。

大塚によれば、「客観主義とは、刑事責任の基礎をもっぱら外部的に表現された犯人の行為に求める立場をいい、主観主義とは、犯人の反社会的性格、すなわち、犯罪行為を反復する犯人の危険性ないし社会的危険性にそれを見出そうとする立場をいう<sup>③</sup>」。もしこのような理解が正しいとすれば、客観主義は近代刑法においては排斥されるべき過去の遺物と言わねばならない。なぜなら、外部に現われた行為に刑事責任の根拠を求めるのは、結果責任の考え方だからである。「古い時代の刑法では…責任は、単に、客観的な法益侵害の結果のみについて論ぜられた。ローマにおいては、初期には、客観的責任の色彩が濃かつたが、後にギリシャの倫理学に影響され、Dolus(悪意)の觀念が採用されるにいたつた。これが、今日の主観的責任の考えの濫觴である<sup>④</sup>」。そして、更に遅れて culpa(過失)の觀念も導入されて、近代的な責任主義へと完成していったのであった。

責任主義刑法では刑罰の有無と量は、外部的な行為だけでは決まらない。必らずその行為を行なつた者の主観が考慮される。故意も過失もなしに行爲したのであれば、客観的にどれ程重大な結果を惹起した行為であっても無罪とされ、刑罰は科されない。刑の量について言えば、客観的には全く同じ結果が発生しているとしても、故意に発生させた者は重い刑、過失で発生させた者には軽い刑が科されるのである。この事実を徴すれば、客観主義はもはや成り立たないことが明らかである。行為—それによって発生した結果を含む—だけでは、処罰の有無・重さが決まらないからである。更に、心理的要素が問題とされねばならない。それが明らかになって初めて、どのように処罰されるべきかが確定する。そういう犯罪構成を主張するのが責任主義であるから、責任主義は結果責任を否定するものではなく、止揚するものだと見えよう。

もし責任主義が、客観的な結果によってではなく、行為者の心理状態によって、そのみを理由として、処罰すべしとの主張であれば、結果責任に対するアンチテーゼとして、客観主義を否定するものとなる。しかし、実際はそうではなくて、結果だけでなく心理も考慮すべしとの主張なのであるから、客観主義を否定せず、むしろそれを土台にして成り立っており、その意味では客観主義を包摂し発展させている。

客観主義と対立する主観主義が、以上述べたような責任主義、即ち「あらゆる犯罪は、客観的側面と主観的側面をもつ。犯罪行為をする人間は、物質的・精神的な二重存在である。それ故に人間の挙動も…常に、外部的な、感覚による知覚の可能な側面と、内部的・精神的な側面をもつ<sup>⑤</sup>」ことを前提に、その二つの側面から犯罪を見てゆこうとする立場を表明するものであるならば、主観主義は決して否定されるべきものでなく、むしろ近代刑法に不可欠な根本原理だと言わな

ればならない。本来ならば客観・主観主義と呼ぶべきところ、簡略化のためあるいは客観主義との相違強調のため、単に「主観主義」と称したことが誤解の元となって、学界での支持が少なかったであろうと推測される。

主観主義によれば、刑事責任の基礎となるのは犯人の反社会的性格あるいは悪性と呼ばれる主観である。これに対しては「外部的行為を越えて行為の奥にひそむ行為者の危険性に着眼（するこの立場）を徹底するときは、ともすれば、犯罪の概念はいまいとなり、行為者の自由を侵害する虞も少なくない<sup>(6)</sup>」との懸念が表明されるのが常である。しかし、この懸念は、先程述べたような主観主義の真意を理解せず、悪性は刑事責任そのものではなく、その内容であることを看過したところから生ずる。犯罪は主観・客観の二側面をもち、このうちの主観的側面を我々は責任と呼ぶのである。それ故、責任を反社会的な性格と把握したからと言って、犯罪の客観的側面が無視されたり消滅したりするわけでないことは言うまでもない。現に、反社会的性格に着眼すると言う場合に、何人のそれであってもよいとはせずに、必ず「犯人の」と限定が付く。この場合の犯人とは、犯罪の客観的側面―我々はこれを構成要件と呼ぶ―を実現した者を意味する。犯罪の客観面に関与しない者は、内心どのように反社会的なことを考えていようと、あるいは世間に対しそれを吹聴しさえしても、罰せられることはない。「人の思想（人格・性格・心情など…を含めて）はそれ自体として処罰されることなく、『行為』として外界に現われた場合にはじめて処罰の対象となりうる<sup>(7)</sup>」のであり、この原則を通常「行為主義」あるいは「現実主義」と呼んでいる。「行為主義によって、犯罪の概念は明確になり、国民にとっては犯罪から遠ざかることで刑を科される可能性がなくなるわけであるから、国家からの自由が保障される。そして同時に、その明確化された犯罪概念は行為規範となって犯罪を抑

制するので、犯罪からの自由をも国民に保障することになる。このように行為主義は、責任主義と並んで近代刑法に欠くべからざる原理となっている。だから、これまで客観主義がしばしば力説されてきたし、学界での思考の基調を成してきたことにも納得がゆくのである。

しかし、客観主義ではまだ犯罪の半分しか説明したことにならないこと、繰り返し述べた。客観面は、いわば犯罪の表面であって、表面には必ず「裏面」が附随する。犯罪行為の裏には、行為者の反社会的な人格ないし性格が潜む。「人の身体の動静がその背後においてその者の主体的な人格態度と結びつけられ、その者の人格の主体的現実化とみとめられるばあい―そのようならば―いかにきぎって―これを行為と解<sup>(8)</sup>」し、刑法的評価の対象とするから、犯罪にとってこの裏面は重要である。

客観主義と異なり、主観主義は犯罪の両側面を考慮に入れる。しかし、その名称は、恰も主観だけを根拠に処罰せよと主張するかの如くである。全く誤解を招きやすい名称であるが、両側面の相互関係を考える時には、やはりそうならざるを得ないように思われる。と言うのは、人間の内心は不可視であり「現代科学の水準では、犯人の内面の危険性は、外部に表明された行為を介して認識しうるにとどまる<sup>(9)</sup>」からである。従って、国民の自由保障のためには、危険性が行為となって外部に現われるのを待たねばならない。なぜ行為によって危険性を認定してよいかと言えば、犯罪徴表説が明らかにしたように、「行為者の行為（は）その内面的危険性の徴表されたもの<sup>(10)</sup>」だからである。両者には結果と原因という密接な関係がある。それ故、行為は「現実化された人格」なのであり、客観化された危険性あるいは実証可能になった主観、と表現することもできよう。道徳は内面を重視するのに対し、法律は外面を問題にすると区別されるのが通常であるが<sup>(11)</sup>、刑法という法律において内面が要件とされれば、そこでは内面は

内面に止まることができない。もし外面と切離された内面が法律要件として認められれば、刑法は道徳に格上げされ、刑罰を伴う道徳として実際には国民にとって恐しいものとなるであろう。内容が恐しいのではなくて、法の適用における恐しさである。それ故、犯罪における二つの側面の関係は原因と結果、あるいは手段と目的といういわば縦に繋がる関係であって、相互に切り離されて独立する横の関係ではない。「微表主義は、犯罪行為には、行為者の危険性を認識する手段として以上の意味を見出さない。」と言葉の上では批判できても、実際にはそのような位置づけにこそ客観主義の意義が凝集する。逆に、二側面に不可分の関連を認めなければ、「犯罪行為自体に固有の意義を認める。」どころか、それを刑罰評価の域外に放擲することになる。なぜなら「行為者人格の主體的現実化とみとめられ(ない)単なる反射運動や絶対的強制による動作は、刑法における行為としてははじめから問題にならない。」からである。

犯罪の客観的要素つまり広い意味での行為は、行為者の主観内容を知らずの手掛かり、手段である。目的は、あくまで行為を惹起した原因である「意思」の究明にある。故意なのか過失なのか、それとも過失すらない不可抗力なのか。それによって刑を科すべきか否か、科すとするほどの程度か、が決まってくる。誠に、刑事責任の基礎は行為の主観的側面であるが故に、主観主義こそが犯罪の本質を捉えた理論、と言わねばならない。もう一度繰り返して言えば、主観と客観は同一次元に並存してはいないので、主観を目的と解することが「意思をことさら強調し、行為の客観的・外部的な契機を過小に評価する」ということにはならないのである。二つの構成分子が対等であれば、一方の肥大・膨張は他方を圧迫し、他方の縮小・反発を招くであろう。しかし、ここでは二分子は相互に依存・補完し合う関係にあるので、主観の強調は同時に客観への注目を喚起することにもなる。相

互依存とは、原因なければ結果が生じ得ず、あるいは逆に、目的によって手段が選択され決定する、といった互に他を不可欠なものとして要求する関係である。

例えば、目的犯における目的は主観的違法要素であると同時に主観的構成要件要素であると言われているが、構成要件に入った以上は純然たる「主観」的要素ではあり得ない。なぜなら「目的は他の事実から推認せざるをえないし、また事実推認できる。」<sup>(13)</sup>からである。だから、目的犯では内心に一定の目的が存したことが証明されなければ刑事責任は生じない——と主張される時、それは行為がそういう目的をもってなされたに違いないと確信できるような客観的状況の存在を法が要求する、ということに他ならない。犯罪微表説を是とする主観主義の立場では、犯罪の客観的要件はすべて主観的要件を証明する手段と位置づけられ、両者が互に切り離されて並置されることはないのだから、構成要件は客観的要件のみから成るといえるのがその帰結である。

構成要件に客観的な裏付けのない主観的要素を混入することは、犯罪の認定において「官憲の恣意を招くとともに、国民の自由な活動を萎縮させる。」<sup>(14)</sup>であろう。それだけでない。行為時の内心について自白させようと、捜査に当る官憲は常に被疑者を拷問する誘惑に駆られることにもなる。<sup>(15)</sup>

刑事責任を根拠づける主観即ち故意又は過失は、必ず法定の客観的事実、即ち構成要件によって証明されねばならず、主観的事実はもちろん、客観的事実であっても法定外のものは全くそれに関する証明力を有しない、と解するのが主観主義である。こう解することによって初めて、構成要件は罪刑法定主義の中心概念となり、国民の自由を保障する砦となる。この連関を見逃がせば、構成要件は恐らく、前法律的に社会倫理的非難に値すると思われる無数の類型の中から立法者が取捨選択した「法的な可罰行為の定型」<sup>(16)</sup>、換言すれば「特別の事由

がないかぎり：違法性を帯びる（更に、責任もある）ものと推定される<sup>(7)</sup>」行為概念として、捜査の端緒となるにすぎないものになつてしまふであらう。つまり、この定型は犯罪の主要部分からなるが、そのすべてではない。だから、行為が定型に完全に当てはまつたとしても、まだ行為者の可罰性は肯定できない。更に客観・主観両面に互る<sup>わた</sup>個別的・具体的な審査を経て初めてそれが肯定される。従つて、構成要件は、原則として犯罪になる行為ではあるが、完全に適法な行為をそこに含む。そのために、構成要件は国民にとつて何ら行動の指針とはなり得ず、自由保障機能は客観主義では説明できないのである。

例えば、業務上過失致死傷という犯罪の圧倒的多数は車両の運転に關係するが、だからと言つて、「車を運転するのは悪であり、そういう行為からできるだけ遠ざからねばならない」という規範が成り立つわけではない。逆に行為の側から見ても、一定の行為に有罪判決を受ける例が多いからと言つて、同種の適法行為を回避すべき義務は生じないのである。例えば、覚醒剤の所持はまず例外なく覚醒剤取締法に觸れ、原則として犯罪なのであるが、知事の指定を受けた研究者や病院の医師までもが所持すべきでないということにはならない。要は、行為の法的性質であつて、量ではない。犯罪となる例が原則的か例外的か、従つて可罰性が推定されるか否か、は事実に関する量的觀察であつて重要でなく、構成要件該当性は遂には犯罪成立要件の一つたる地位を失うに至るであらう。再び例に戻れば、自動車が通行人をはねて死なせた、という行為は通常は業務上過失致死罪の成立を推定させる。しかし取り調べの結果、意外な事実即ち交通事故を装つた保険金目当ての殺人であつたことが判明したとする。外見上は典型的な業過致死事件で、殺人罪の定型には当てはまらないにも拘らず、個別的・具体的な考察によつて殺人罪の違法性及び責任が認められるに至つた時は、やはり殺人罪として訴追され処罰されることになる。つまり、

構成要件がさまざまな犯行形態から共通要素を抽出して形成される法的犯罪定型で、法定の刑事責任の成立を予測させるにすぎないものならば、犯罪成立要件としては違法性と責任で足りてしまふのである。

罪刑法定主義とは、いかなる要素の集積によつて犯罪が構築されるかを成文法によつて予め国民に明示しておくという原則であるが、それぞれの犯罪の主要部分だけを構成要件として示す、というのでは自由保障の機能を果たすことができない。犯罪を構成するあらゆる要素を明示し、それ以外は「たとえ主要部分を充足するとしても」適法であり無罪とするのでなければならぬ。自由保障機能、換言すると国家の刑罰権発動を制限する機能が「恰も刑法上の型そのものから：由来するが如（く）主張せられては居るが、実は：制限的機能は型そのものの本質から来るのではなく、罪刑法定主義の原則から来て居ることを認めねばならぬ」との木村による定型説批判は、正鵠を得たものと言えよう。犯罪を成立させるあらゆる要素の集合体が構成要件であるから、その構成要件に該当することが犯罪の成立のための必要条件となるのである。従つて、従来違法性のところで考慮された違法阻却事由は、その不存在が犯罪成立に不可欠である以上、当然構成要件要素でなければならぬ。違法阻却事由を、通常とは逆に犯罪の成立を否定する方向に作用するものでありながら、なおかつ構成要件要素であるとする、所謂「消極的構成要件の理論」を正当とする<sup>(8)</sup>。

#### 註

(1) 「客観主義の犯罪論：は、行為主義と構成要件論、客観的違法論と罪刑の均衡原則などにおいて共通性を示すことによつて、通説的存在を占めていられるように思われる」中山研一、刑法の基本思想、二二七―二八頁。

(2) 主観主義を拒否すると言つても、その場合の主観主義が「何を意味するかを具体的かつ個別的に論定すべきであつて、形式一律的アプローチには決

- 定的な限界がある」中山、同右、二二七頁。
- (3) 大塚仁、刑法概説総論「改訂版」(以後、大塚と略す)、四〇—一頁。
- (4) 大塚、三七九—八〇頁。
- (5) Hermann Bieri, *Strafrecht I Allgemeiner Teil* 17 Aufl. S. 53.  
「われわれは、人間の行為が主観—客観の全体構造をもつものであるとする認識から出発」しなければならぬ。福田平、全訂刑法総論、二〇頁。
- 同旨、莊子邦雄、刑法の基礎理論、四六頁。
- (6) 大塚、四五頁。
- (7) 内藤謙、刑法講義総論(上)、一四五頁。
- (8) 団藤重光、刑法綱要総論「改訂版」(以後、団藤と略す)、九二頁。
- (9) 大塚、四一頁。
- (10) 違反した場合に、直接有形的な(material) 報いを受けるのが法規範で、そうでないのが道徳規範という区別の仕方も、同類と言えよう。Paul Vinogradoff, *Common Sense in Law* 21 (Oxford in Asia College Texts, 3rd ed., 1961)
- (11) 団藤、九一頁。
- (12) 莊子、前掲、四六頁。
- (13) 田宮裕、注釈刑法(4)(団藤重光編)、二二六九頁。
- (14) 団藤、四七頁。「現代の刑法は、裁判官の恣意から個人の権利を保障するところ」その大きな目的がある」から、「一つの理論が証明に適當であるか否かはまず第一に考えられなくてはならない問題である」。井上正治「刑法における主観的要素の証明」現代刑法学の課題(下)(平場安治編)、四五—一頁。
- (15) 行為者の内心的な判断まで訴追者に立証を要求すれば「行為者の供述をまつ以外に方法はなくなる。これは得てして強制的幣を招く」。井上、同右、四六九頁。
- (16) 団藤、一〇五頁。
- (17) 団藤、一八二頁(丸括弧内—筆者)。

(18) 構成要件は全不法構成要件(Gesamt-Unrechtstatbestand)であり、「犯罪類型の要素のみならず違法性に関するあらゆる要素をも包含することによって、具体的場合ごとに違法と適法の境界を最終的に決定する」から、正当化事情もその不在という形で既に構成要件に属するのである。

Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* 19 Aufl. (1978), S. 123.

## 第二章 主観主義と刑法訴訟

刑事訴訟との関連で説明するなら、犯罪成立要件を、それぞれ客観的要素のみに関係する構成要件該当性と違法性の二つとし(Dichotomy—二分法)、主観を論ずる責任を成立要件から除外するのは、証拠裁判主義に基づく。刑事訴訟法(以下、刑訴法と略す)三二七条は「事実の認定は、証拠による」と規定しているが、これは「犯罪事実を証明するには必ず客観的に認識可能な証拠を必要とする、との趣旨である。それで例えば、裁判官が直感により「被告人は犯人である」との確信に達したとしても、個人的な直感是他の何人にも経験不可能なため、客観的証拠に基づく判断とは言えないのである。

通説によれば、「まず、抽象的・一般的な犯罪要素から始め、次に、具体的・特殊な犯罪要素の検討にいたる。」<sup>19)</sup>順序が思考経済に合致するとの立場から、客観面では定型的・形式的な構成要件該当性判断を違法性判断に先行させ、違法性と責任とでは、「主観的要素は不明確であるだけに、主観的認識の対象である客観的・結果的要素を、まず、確認する必要がある。」<sup>20)</sup>というところで、責任を後にする。従って通説も、主観的要素を主観的なままで認定することはできないということに、ある程度は気づいていると言える。犯罪成立要件という点で等しいのであるから、非難の原因(行為)について言えることは、非難の

前提（責任要素）についても妥当するはずである。責任要素についても、その「認定は、証拠による」のでなければならぬ。それ故、外形の明確なものから内容に互る不明確なものへ、という基準は成り立たない。外部的事実を扱う客観面と言っても、決して明確ではない。なぜなら、それは永久に再現できない過去の事実だからである。過去の出来事の痕跡を集めて、それがどうであつたかを推測する困難さは、外部から感覚することのできない心理的側面の立証の困難さと、殆ど変わらないと言える。犯罪の立証において、純粹に主観的要素から成る段階というのは、証拠裁判主義に反するが故に、従来の犯罪論での「責任」という要件は排除せざるを得ない。責任は、先に何度も述べたように、犯罪を立証する手段ではなくて、その目的であるから、結局犯罪と同義ということになる。従つて、行為者に刑事責任が成立するか否かは、証拠により構成要件該当性及び違法性を証明できるかどうかにかかるといふのが、犯罪成立要件に関する説明でなければならぬ。

次に、構成要件該当性という段階を刑事手続の過程で位置づけることすれば、捜査機関において犯罪の嫌疑が十分に固まつた段階と言えよう。嫌疑が固まるとは、公訴を提起すれば有罪判決を得られるとの見通しが立つことである。わが刑法は、この場合必ずしも起訴すべしとする起訴法定主義を採らず、起訴するかしないかにつき検察官の裁量を許す起訴便宜主義を採っているのであるが（二四八条）、犯罪の嫌疑の存することは有罪判決を得るための、換言すると犯罪が成立するための、必要条件である。通説のように構成要件を違法類型と解した場合は、構成要件該当性は必ずしも犯罪成立に不可欠の条件と言えなくなつてくる。類型は法律が選択・規定したものであることから、罪刑法定主義が根拠にされるであらうことは確実だが、「違法性」は全体としての法秩序違反とされ、この法秩序に刑法も含まれるのであるか

ら、違法性判断において罪刑法定主義は貫徹される。これが、先に引用した「人権保障は類型によつてもたらされるのではない」との木村の批判を正当と考える理由である。

構成要件には犯罪成立に必要なあらゆる要素が含まれるから、ある行為が構成要件に完全に該当すれば、それで犯罪は成立する。しかしながら、所謂「構成要件該当性」というのは、犯罪が成立しているとの検察官の判断ないし主張であつて、まだ裁判所の判断ではない。裁判所が構成要件に該当したと認定するのでなければ、被告人はまだ犯罪者ではない。「構成要件該当性」は当事者の一方の主張にすぎないから、有罪判決に至るのに不可欠な段階即ち成立要件であるとは言へ、まだもう一方の当事者の言い分を聞く必要がある。その、被告人の弁解を聞く段階が、「違法性」である。

小野清一郎は我国の刑法学界の中では、犯罪論を常に刑事訴訟との関連において考えようとした数少ない学者の一人である。そのため、私とかなり類似した思考を示している。曰く、現実には一定の「事実が発生したとき、其の事實は、少くとも部分的に、『構成要件該当』であると謂ふことが出来る。更に進んで其の『構成要件該当』が完全なる場合、即ち一の構成要件のあらゆる概念要素に当嵌まる事實を生じた場合に於て、私は『構成要件の充足』ありと謂ふのである<sup>(1)</sup>」——と。しかし、残念ながらもまだ構成要件理論の創唱者ベールリングの影響を強く受けすぎていて、「刑法における犯罪成立の条件全部即ち其の総論的及び各論的条件の全部が『構成条件』の中に含まれる」との用法を排し、そのうちの各論的条件と呼ばれるものの全部「即ち普通に犯罪の『特別』構成要件と称するもの<sup>(2)</sup>」を構成要件と解した。こうして、構成要件該当と區別される「構成要件充足」が認められる時、換言すると特別「構成要件の一部に該当するを以ては足らぬ。其の全部に該当するとき…初めて犯罪成立の第一の条件が備はるのである<sup>(3)</sup>」

としたのであった。

私が構成要件そのものと、構成要件該当性を區別したように、該当と充足を分けて考えようとしたことは正当と言わねばならないが、消極的構成要件を否定したために、やはり構成条件充足が犯罪成立要件であることの論証には失敗している。なぜなら、充足にしても、まだ犯罪を構成する全要素の一部を充たすにすぎないからである。総論的条件が全く不問のままに残されている。もし充足が独立の犯罪成立要件たり得るなら、同じ資格で「該当」もまた成立要件であると主張できるであろう。充足の場合より更に細分された要素であるとは言え、全犯罪要素の一部を充たす点では充足と些かも異らないからである。

捜査機関が捜査を行ない、検察官において犯罪の嫌疑があり且つ処罰の必要もあるとの結論に達した場合に、その結論を「構成要件該当性」と呼ぶ。捜査においても、もちろん「違法阻却事由」「責任阻却事由」の有無は考慮の対象となる。被害者が犯罪行為を行なった者であることあるいは上記阻却事由が存在しないことにつき疑いがあったて確信に至らなければ、不起訴処分という形で捜査は終結する。それ故、「構成要件該当性」は、公訴提起と対応する概念であると言える。有罪判決を得るのに必要不可欠の手続きが、実体法においては犯罪成立要件となる。公訴提起がなされると、それまでの被疑者は被告人となり、勾留あるいは召喚等によって身体的自由が制限される他、「経済的、心理的な負担や国家公務員法七九条等による休職処分などの法律上の不利益」<sup>(25)</sup>を受けるため、「構成要件該当性」があるかないかは、国民の人権にとって非常に重要な意味をもつてくるのである<sup>(26)</sup>。通説では、それは訴訟において思考経済上最初に来るべき検討課題にすぎない<sup>(27)</sup>。構成要件には自由保障機能があるとしながら、その内容は実際には空虚である。更に、その検討に当たったての分析の仕方にも問題があ

る。

通説によれば、「構成要件該当性および違法性の判断が行為を行為そのものとして対象とするのに対して、責任判断は、行為を行為者人格との結びつきにおいて対象とする」<sup>(28)</sup>。しかし、このような區別は刑事手続きの実情と全く合わないし、また人権保障上何の力にもなり得ない、と批判しなければならぬ。なぜなら、刑事事件において最も重要なのは、「誰の行為なのか」という問題だろうからである<sup>(29)</sup>。無実の者を有罪として処罰する冤罪こそが、人権蹂躪の最たるものと言えよう。従って、刑事手続きにおいて先ず取り上げるべきは、行為に該当する犯罪類型があるか、あるとすればそれは何かという法律問題ではなくて、行為が本当に被疑者若しくは被告人のものであるか否か、即ち「行為と行為者人格の結びつき」でなければならぬ。この事実関係こそが、最初に且つ最大の注意をもって検討されねばならない問題である。「しばらく行為者人格との結びつきを切り離して、行為を行為そのものとして評価する」<sup>(30)</sup>のであれば、それは行為者抜きでできることで、刑法法が「被告人が公判期日に出頭しないときは、開廷することはできない」(二八六条)と定めていることと調和しない。行為と行為者との結びつきは、通説によれば「責任」という最後の段階まで取って置かれるのであるが、行為が構成要件に該当ししかも法上許されないものであることが、いかに厳格に証明されようとも、その行為が被告人のものでないとなれば、それまでの手続すべてが無駄になり、「思考および判断の経済」<sup>(31)</sup>という面からも不都合と言わなければならない。

他方、もし構成要件該当性つまり捜査において既に行為者人格が考慮に入れられるならば、それだけ早い段階で被疑者が刑事手続から解放される可能性が高くなる。仮に誤って起訴されても、違法性つまり訴訟において、人格の問題が最後へ後回しにされることなく、ここで



も最初から人格を含めて審理されるので、早期に手続の終結を見ることのできるのである。行為に関する非難の帰属先を確定しておいてから、非難の程度の検討に入るので、訴訟経済上無駄がないのである。

以上のような立場からは、福田が人的不法論<sup>(32)</sup>の示唆を受けて通説に反対し、「行為を主観客観の全体構造をもつものとして把握する以上、構成要件要素としての行為から、その主観的側面を排除する理由がないばかりでなく、故意・過失が構成要件(犯罪)の個別化の機能をもつものであることに注意しなければならない<sup>(33)</sup>」と主張したこと高く評価できる。

「行為者は誰か」という問題は、行為を「人格が主体的に現実化されたもの<sup>(34)</sup>」と定義し、それを構成要件要素とする以上、当然構成要件該当性という最初の段階で検討される<sup>(35)</sup>との反論があるかも知れない。しかし、通説では「ある行為が構成要件にあたるという判断をするためには、行為を行為としてみれば足りるので、行為者人格との結びつきを考える必要はない」と繰り返し強調されており、被告人という特定の人格は考慮される余地がない。「具体的な有責性は具体的な行為者人格との結びつきにおいてのみ考えられるが、有責行為類型(構成要件―筆者註)については定型的な行為者人格一般が予想されているにすぎず、ここでは具体的な個々の行為者人格との結びつきは問題にならないからである<sup>(35)</sup>」。従って例えば、人の死体が発見された場合、一般にこれを自殺行為によるものと見るべきか、それとも故意の殺人あるいは過失致死行為によるものと見るべきか、が構成要件該当性における検討課題なのである。そして、違法性の段階に至っても、まだ具体的な行為者が問題とならないこと言うまでもない。人格と切り離して行為だけを取り上げ、法上許されるべきものか否かを論ずるからである。個々の特殊な人格は存在しても、人格一般が行為することとはあり得ないのであるから、通説の場合、行為を「人格の主体的現

実化」と定義するのは正確でなく、むしろ「人間の身体的動静」と定義すべきであろう。なぜなら、人格と切り離された行為などというのは、「単なる『因果的』事象<sup>(36)</sup>」にすぎなくなるだろうからである。

## 註

(19) 大塚、一〇六頁。

(20) 内藤、前掲、一四〇頁。

(21) 小野、犯罪構成要件の理論、二二〇―二二一頁(傍点筆者)。

(22) 同右、二一九頁。

(23) 同右、二二〇頁。

(24) 同右、二二二頁。

(25) 佐藤勲平、刑事訴訟法Ⅰ(田宮裕編著)、四五―二頁。

(26) 公訴権行使の重要性に鑑み、民衆の判断を仰ぐ制度が、アメリカの大陪審(起訴陪審)である。我国でも檢察審査会を設けて、不十分ながら公訴権の運用を監視している。

(27) 「刑事裁判における犯罪認定の具体的過程にも沿う」体系である。大塚、一〇八頁(傍点筆者)。捜査段階でも同じ順序で検討されるとすれば、三要件が二度つつ検討されるわけだから、六元的犯罪論となる。

(28) 団藤、二四六―四七頁。

(29) 英米法系諸国での陪審制度は、法律適用前の事実認定を国民の手に留保することで「個人の自由と民主主義とに必須のもの」と喝采された。ジェローム・フランク(古賀正義訳)、裁かれる裁判所(上)、一七五頁。参照、田中和夫、英米法概説、二二五頁。

(30) 団藤、一七八頁。

(31) 大塚、一〇六頁。

(32) 「一定の行為者と結びついている行為を非難するのが、違法性である。不法は、行為者関係の、『人格的』行為不法なのである」Hans Welzel, Das

Deutsche Strafrecht 7 Aufl. (1960), S. 56.

(33) 福田平、全訂刑法総論、八二頁。但し、主観と客観の関係を考慮しなかつた点に問題がある。

(34) 団藤、九三頁。

(35) 団藤、八七頁。

(36) Weizel, a. a. O., S. 28.

### 第三章 無罪の推定

犯罪論と刑事訴訟の関連として、最後に「無罪の推定」に触れておきたい。通説によれば、「構成要件とは、刑罰法規に規定された個別的な犯罪の類型である」から、「構成要件に該当することは、違法性および責任の存在を推定させる<sup>(37)</sup>」。即ち、構成要件のこの徴表的機能と呼ばれるものの実体は、「有罪の推定」機能に他ならず、「近代法における共通の原則としての地位をかちえた<sup>(38)</sup>」とされる「無罪の推定」に背馳することになる。

もっとも、両者は同一次元の問題ではない、との反論があるかも知れない。即ち、「一般的事実が証明されたときは、特別な事実の不存在は原則として事実上推定される(如く)；構成要件にあたる事実があるかぎり、違法性と責任の具備が事実上推定される<sup>(39)</sup>」。これに対し、「無罪の推定」は法律上の推定に属し、そのうちの「可動推定中最も主要なものの一つとされている。不可動推定が反証を許さない推定；であるのに対し、可動推定は反証を許す推定すなわちある事実をくつがえす証拠の提出せられるまで効力を有するに過ぎず、その推定された事実に対する一応の証明を与えるに過ぎない推定である<sup>(40)</sup>」。

しかし、そのような反論は矛盾を孕む。両者はどのように違うかと言えば、「法律上推定をくつがえすためには、積極的に反対の事実を証

明する必要がある」のに対し、「事実上の推定は、積極的に反対の事実を証明するまでもなく、裁判官の心証を動揺させるだけで破られるのである<sup>(41)</sup>」。そこで、仮に構成要件該当の行為をしたと証明された被告人があるとして、裁判官の心証を動揺させるだけの証拠を提出できなかった、あるいは提出したが動揺させるに至らなかったとすると、構成要件の事実上推定力によって被告人は有罪とされる。これは、法律上推定と事実上推定が同一の次元で衝突することを表わしており、しかもその場合覆すのがより困難とされる法律上推定の方が弱いという倒錯が生じている。事実上推定によって有罪が証明されてしまえば、もはや「無罪の推定」の出る幕はないのであるから、実際には事実上推定の方が遥かに重要である。そして事実上の有罪推定は犯罪立証の第一段階で早くも生ずるとする点に、通説の糾問主義的性格が明らかになる。無罪推定は「被告人の保護ということに何よりもまず考慮を払って<sup>(42)</sup>」形成されたものであるから、このような見地と相容れないこと言うまでもない。無罪推定は第一段階までではなく最後の段階まで、即ち「合理的な疑問を容れる余地なく有罪を立証する証拠によって覆されるまでこの推定は存続する<sup>(43)</sup>」と考えるべきである。そして、法律上推定は事実上推定より元来強いもので、それに対してさまざまな枠を形成し、その枠の中でのみ裁判官による事実上推定が許されると考えるのが、成文法優越の法秩序においては妥当であろう。

この論理的な法的思考を忘れて、感覚・感情に流される時、被告人の人權の砦となるべき「無罪の推定」が、実際には無きに等しくなる。「被告人として訴えられた者に対しては世間ではややもすればこれを白眼視して時には犯罪人扱いをし；しかも大部分の場合検察官において公訴の維持が可能なりと確信をもって起訴している以上、被告人はむしろ有罪である場合の方が蓋然性が多く、結果的にみても有罪の言渡を受けている者が大多数である<sup>(44)</sup>」。そこで例えば、「構成要件

は違法行為の定型である(から)：特別の事由がないかぎり、(構成要件に該当する) 事実は違法性を帯びる<sup>(45)</sup>」とか「各犯罪類型は、行為がそれに当て嵌れば、犯罪が成立するとの『一応の推定』を受けるという意味で、犯罪の原則型ということができ、これに対して：正当防衛等は、そのような一応の推定を破る例外事情の類型化であるから、これを例外型と呼ぶ<sup>(46)</sup>」といった通説による構成要件の特徴づけは、まさに、上記引用の中で指摘されているような刑事裁判の実情及びそれに基づく世人の偏見を理論化したものと言える。確定裁判を受ける者のうち無罪となるのは例年〇・〇―〇％にも達しないという現実を見れば<sup>(47)</sup>、有罪推定は構成要件該当の証明を待つまでもなく、公訴提起によって生ずるとした方が、実情にはもっと適合するのである。従って、経験則で言うならば、構成要件に該当するか否かの判断に至る前に、既に「有罪の推定」が機能し始めている、というのが通説の帰結でなければならぬ。

被告人の有罪・無罪についての心証形成が無批判に経験に基づく事実上推定に委ねられる時には、「疑わしきは被告人の不利に<sup>(48)</sup>」へと逆転さえする、とは夙に青木も警告したところであった。曰く、裁判官が意識的にはじめから終りまで、検察官の証拠に疑問を持たないと、「被告人の有罪は、はじめから決定されている」といってよい。：検察官が起訴する以上、被告人に有罪の嫌疑をかける証拠はあるはずだからである」。裁判官は「疑わしきは被告人の利益に」という法に拘束されるはずであるが、「この法は、人の心情に反するもの、つまり理性にもとづくものであるから、それに従うことに抵抗を伴うことは、大いにありうる：しかも、この法によって裁判官が拘束されるといっても、それは裁判官の意識の問題であり、裁判官自身がそれを自分に対して強制しうるかどうかにかかっているのである。この法に従って裁判したといいながら、実際にはそれを否定することも十分可能である」。公

判初期に被告人に不利益な先入観を抱くのは、裁判官も人間である以上仕方ないにしても、絶えず自分自身を反省し、検察官側の証拠に矛盾が現れた場合には、直ちに心証形成の組直しのできる心理的柔軟さを有しているかどうか、事実認定における根本問題である<sup>(48)</sup>。

「裁判(は)筋道を立てて話す論理の世界<sup>(49)</sup>」である。それ故、「有罪の推定」を肯定するばかりか、それを構成要件に関連づけることにすら失敗する通説を捨て去って、既に近代刑事裁判において確立している「無罪の推定」を、論理的に説明できる構成要件論を求めなければならぬ。前述のように、私見によれば構成要件該当性は、犯罪構成要素をすべて充足している、つまり構成要件に該当する、との検察官の一方的な主張にすぎない。周知の如く、現行刑法は当事者主義を基本としているから、訴訟は検察官と被告人という二人の「当事者の攻撃・防御によって進行<sup>(50)</sup>」することになっている。従って、検察官側の主張だけでは、第三者的審判者たる裁判所としては、まだ何ら心証形成するに至らない。陪審裁判で、裁判官が陪審員に「被告人が起訴されたという単なる事実、彼を有罪とする証拠にはならない<sup>(51)</sup>」と説示するのが慣例になっているのも、そのことを物語る。また、我国の刑事訴訟においても「裁判所の心証形成は、当事者双方の公判廷における主張と立証に基づいて行なわれる」べきであるから、それまでは「裁判官は事件について予断をいだくことなく、白紙の状態<sup>(52)</sup>で審理に臨むべきだ」とされることも符合するであろう。構成要件該当性は、裁判官ではなく検察官がその心証において有罪との確信に至ったことを意味し、具体的には公訴提起という訴訟行為によって現れる<sup>(53)</sup>。

公訴提起によって訴訟係属が生じ、証拠調べが行なわれる。当事者双方が本証・反証を出し合う攻防の中で、裁判官は心証を形成してゆくわけであるが、「無罪の推定」とは、「全く白紙の状態」から出発す

ると共に、その後も常に本証に対し批判的な態度を維持することまで含む、と解したい。それはつまり、一つ一つの証拠につき白紙の状態で臨むということである。例えば、構成要件該当性、違法性について検察官が緻密に証拠を積み上げて、論駁の余地がない程に立証してくれば、もはや責任阻却事由の些細な証拠を被告人が出してきても、存在することの稀な阻却事由は当該事件においても存在しないもの…と無視したくなるのが裁判官を含む誰しもの人情であろう。証拠調べに細心の注意を払い、神経をすり減らしてきた良心的な裁判官であればあるだけ、それまでの努力を水泡に帰するような事由はもう出てきてほしくない、と心の中で願うはずである。なぜそうなるかと言えば、心証形成は個々の証拠調べごとに積み重ねられてゆく量的増大過程と一般には受取られているからである。検察官のもつ被告人に不利な証拠と、被告人のもつ自己に有利なそれを比較すれば、通常は前者の方が圧倒的に多いであろう。被告人の提出する証拠は、量的にわずかであるのみか、既に有罪の心証を抱いた裁判官によって調べられることになってしまふのである。

裁判官が白紙の状態で公判に臨むようにするための制度的保障として、刑訴法二五六条六項は「起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添附し、又はその内容を引用してはならない」と定める。「起訴状一本主義」と呼ばれる原則である。ところで、審理開始に当たって被告人の有罪を予断しなければ、両当事者特に被告人にとって「公平な裁判所」(憲法三七条一項)は実現するのであるか。佐伯によれば、答は否である。「一度公判手続に入れば、裁判官はいやでも証拠に接し、事件についての心証を抱くことになるのである。もし起訴状一本主義が、このように裁判官がいずれ抱くことになる心証を、一時遅らすだけの意味しかもたないものであるならば、実質的には大した価値はない<sup>(64)</sup>」。従って、我々としては、起

訴状一本主義の意義ないし機能を、ただ単に公判前における予断排除に尽きるものと考えすることはできないのである。私見によれば、その主義は「無罪の推定」あるいはもっと一般的に言えば「公平な裁判所」という理念の、刑事訴訟手続の一段階における発現にすぎない。その理念は、手続全体を通じて貫かれるべきものである、と考える。

例えば、起訴状一本主義が防止しようとする予断について考えよう。「裁判官が、公判前に検察官側のみの一方的説得を受けることによって、事件について偏ったししかもおそらく被告人にとって不利益な—先入観あるいは予断を抱かせられ(ると)：裁判官も人間であるから：後でそれと両立しないような事実が現われても、それによって自己の予断を訂正することは容易でなく、むしろその新事実の方を無視もしくは黙殺しようとすることになり易い<sup>(65)</sup>」。他方、検察官提出の証拠を調べてゆく過程において、有罪の心証が徐々に高まってゆく…と考える場合、その心証もまた結論を出す前の判断つまり予断であることには些かの違いもないのである。その場合の有罪の心証は、偏見のない白紙の状態からできあがっているもので、その分誤っている確率は少ないであろうが、一度誤った心証であった場合には、証拠能力ある証拠を反対尋問にさらした上で形成した心証だけに、訂正を阻止しようとする度合いは起訴状の余事記載等で生じた偏見の比ではないであろう、という違いが推測できるだけである。公判前か証拠調べの過程かを問わず、一旦有罪のようだと予断してしまうと、「事実を否認する被告人を…黒を白といいくるめる嘘つきだと思いがちで、公平な気持でその言い分に耳をかし、虚心に自分の先入観を訂正して行くこと(が)難しくなり、弁護人の提出する証拠もすぐ眉唾ものだと受取り易く<sup>(66)</sup>」なってくる。つまり、予断を抱いた時点で、裁判官は「公平」でなくなるわけである。結局、「起訴状一本主義は、単に公訴提起の方式たるにとどまらず、むしろ裁判官を予断と偏見から守り、これを終

始公平な裁判官たらしめるために、刑事訴訟の全過程を貫通している法原則の現われとして、これを捉える必要があるといわなければならない<sup>(57)</sup>」。

以上のことから、従来のように心証形成を「動態的な過程」と捉えるのは「無罪の推定」と相容れない、との結論に至る。動態的な過程とは、裁判官が証拠を取調べるごとに「証拠価値を自由に選択し、事実につきまとった疑問を逐次排除していき、事実の存在について高度の蓋然性を確め、そして確信に到達する<sup>(58)</sup>」ことを言う。私は被告人が有罪か否かという心証については、むしろ証拠が出尽くす最終段階まで「静態的」でなければならぬ、と考える。「形成」という言葉が前記のような「判断の動的な発展」を意味するのなら、心証形成という表現は不適當である。心証は、証拠調べが終った段階での訴因に關する肯定証拠と反対証拠の清算の結果でなければならぬから、動的過程はあくまで心証形成に向けての準備に止まる、と考えるべきである。判断が段階的に固まってゆくという誤解を避けるためには、「心証準備」と言う方がより適確であろう。

証拠調べについても、「証拠方法を取り調べてその証拠法的内容を感得し心証を形成する行為」と定義するのは妥當でなく、「証拠方法を取り調べてその内容を感得することが証拠法的に許容されるか否か、許容されるとすればどの程度感得すべきかを評価する訴訟行為」とすべきである。つまり、証拠の証拠能力と証明力を取り調べるのであって、心証形成はこのような意味での証拠調べがすべて終了してからのことである。こう解することによって、すべての証拠が有罪ではないか、あるいは逆に無罪ではないかとの偏見の下に見られることを免れ、ありのままの姿で裁判官の面前に現れることができるのである。

平野によれば、「日本の裁判官は、その公平さに疑いをもたれないようにするため、なるべく心証を外に現わすまいとする人が多い<sup>(59)</sup>」。も

し、証拠調べの過程で既に心証を作り上げておきながら、中立に見せかけるため表面だけそのようにしているのなら、唾棄すべき欺瞞である。心証を作ってしまったえば、もはやその裁判官は中立ではあり得ない。ところが、そうではなくて、心情的に一方の当事者の主張を信用したという衝動を感じながら、「いや、まだそう決めつけるのは早い」と理性によって最後まで逆転の可能性を追求し続けている姿なのだと思えば、話しは逆である。アメリカでは事実認定の上訴は許さないそうであるが、法廷では「状況が刻々にうつりかわるにしたがって、裁判官はその心証を外に現わし」、「当事者もこれを認めざるをえない状態のもとで判決されるということもその一つの理由ではなからうかと思われる<sup>(60)</sup>」。この場合の心証が、裁判官が個々の証拠に対してどのように評価したかを意味するのならば、この指摘は誠に正鵠を得たものと言えよう。どの証拠にどれ位の証明力を認めようとしているのか、結論に至る過程が公判廷で明らかにされないのであれば、「公開裁判」(憲法三七条一項)の意義が没却されてしまう。この場合「心証を外に現わすまいとする」ことは、直接主義の形骸化に他ならず、日本の裁判官の猛省を促したい。

繰り返して言えば、証拠調べの過程では実体に関する心証を形成してはならず、従って実体的には白紙の状態で個々の証拠の証拠法的価値の評価に止め、事実的実体形成はすべての証拠の取調べが終わった時点で、それまでに感得した証拠資料を総合して行なう、というのが「無罪の推定」の要請するところであると解する。日本の裁判官のように、裁判官が個々の証拠にどういう印象を抱いたのか不明なまま進行するのではなく、証拠ごとに当事者と裁判官が審理を尽くし、それら取り調べられた証拠の集合が自ずから結論を語る…というのが望ましい姿である。平野が「心証をとるのは、はたして裁判官なのだろうか、そうではなくむしろ法廷そのものが心証をとるのではなからうか」と

問題提起し、心証を形成する時点については「法廷で何人もそうだと  
いわざるをえない状態になったとき、はじめて裁判官は心証をとって  
よいのではなからうか<sup>(61)</sup>」と言うのは、上記のような趣旨だと解した  
い。英米法で「合理的疑い (reasonable doubt)」とは、抽象的には  
「証拠又は証拠の欠如から生じる、理性に基づく疑念<sup>(62)</sup>」であるとされ  
ているが、その疑念をもっと具体的に言うなら、証拠調べの結果とし  
て得られた証拠資料を最終的に総合した場合に残る、証拠資料間の  
「論理的矛盾」なのである。

## 註

- (37) 大塚、一一〇及び一一一頁。  
(38) 松尾浩也、「挙証責任および推定」刑事訴訟法講座一巻、一一五頁。  
(39) 団藤、新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕(以後、団藤刑訴と略す)、二二七頁。  
(40) 柳原嘉藤、「無罪の推定の法理についての一考察」司法研修所創立十周年記  
念論文集(下)(以後、柳原と略す)、三〇五頁。  
(41) 団藤刑訴、二二六―二七頁。  
(42) 柳原、二八七頁。  
(43) 柳原、二八八―九頁(傍点筆者)。  
(44) 柳原、二八八頁。  
(45) 団藤、一八二頁(傍点筆者)。  
(46) 佐伯千仞、三訂刑法講義(総論)、一二二頁。  
(47) 昭五二―五六年の五年間では、〇・〇二%に達したのは昭五四年のみであ  
る。昭和五七年版犯罪白書、一五四頁。  
(48) 青木英五郎、「事実認定に関する一試論」佐伯還曆祝賀―犯罪と刑罰(下)、三  
三八―三五二頁。  
(49) 青木、同右、三四六頁。  
(50) 団藤刑訴、八六―七頁。

(61) W. R. LaFare & A. W. Scott, Jr., Handbook on Criminal Law 53  
(1972).

(62) 庭山英雄、刑事訴訟法、九九、九八頁。「第一回の公判期日には裁判所は全  
く白紙の状態でのぞむたてまえになっている」団藤刑訴、八九頁。

(63) 「公訴の提起、あるいは起訴状というものは、もともと、検察官の当該  
被告事件についての主張を明らかにするものにすぎない」佐伯、「起訴状―  
本主義」刑事訴訟法講座二巻、二頁。

(64) 佐伯、同右、六頁。

(65) 佐伯、同右。

(66) 佐伯、同右、六一―七頁。

(67) 佐伯、同右、八頁。

(68) 鴨良弼、「自由心証主義」刑事訴訟法講座三巻、一〇二頁。

(69) 平野龍一、裁判と上訴(刑事法研究五巻)、二三頁。

(70) 平野、同右、二三、二二頁。

(71) 平野、同右、二〇、三頁。

(72) H. C. Black, Black's Law Dictionary 1138 (5th ed. 1979).

## 第四章 結び

主観主義においては、構成要件該当性は、有罪であるとの検察官の  
主観的確信を意味する。それに基づいて公訴を提起されない限り犯罪  
の成立はないのであるから、構成要件に該当することは犯罪成立要件  
である。そして次の段階の違法性もまた、裁判官の、公平なという意  
味で客観的であることが期待されてはいるもののやはり主観的な確信  
である<sup>(63)</sup>。便宜上、構成要件は犯罪の外枠であるとか客観的要素のみ  
から成るとか私は表現しているが、実は行為とか行為事情とかの客観  
的要素も、裁判官によって主観的にその存在が認められなければ存在

したことにならない点で「主観的」なのであり、刑事訴訟法を研究することに於いても、主観主義の正当性を認識することができるわけである。

裁判官が有罪を確信するに至ることを「違法性」と呼び、ここに於いて初めて犯罪が成立するから、違法性は第二の、そして最後の犯罪成立要件である(二分法)<sup>(64)</sup>。我国でも刑事訴訟では、証明の対象につき、犯罪の客観的側面だけを考へる「罪体と被告人がその責任のある行為者であること」<sup>(65)</sup>の二つとする二分法的考へ方が見られる。

構成要件は、積極的か消極的かを問わず、犯罪のあらゆる客観的要素から成る<sup>(66)</sup>。捜査機関においても、消極的構成要件要素の存否を調べ、その存在を認めざるを得ない時は不起訴処分とするから、主観主義に基づく犯罪二分法は国民の人権擁護に役立ち、また、実務とも一致する。

主観主義は、客観的事実は主観的事実を原因として生ずる結果、と見る。客観的要素から成る構成要件は、主観的要素即ち故意・過失を立証するための手段であつて、行為者の心理こそが犯罪の原因であり本質である、と考へる<sup>(67)</sup>。客観・主観という犯罪の両側面を、通説のように並列的ではなく、原因―結果と因果的に捉へるので、犯罪の客観的要素に比べて「主観的要素は、一般に証明が困難である」<sup>(68)</sup>というような差異を認めない。無から有は決して生じず、両者は不可分であるから、客観的要素と切り離された主観的要素の存在など考へることができないのである<sup>(69)</sup>。外部に表われ出た事実と関係なしには、故意あるいは過失を認定することを許さないが故に、「個人の基本的人權の保障」を全う(「刑訴法一条」)するといふ意味で、そして他方、主観的要素の証明の困難さを利用して罪を免がれようとする被告人の企てを防ぐが故に、「公共の福祉の維持」(同右)にも貢献するといふ意味で、主観主義こそが真の「客観主義」であると言へるのである。

## 註

(63) 刑訴法三一八条は、「証拠の価値評価は、いさゝか裁判官の裁量によるとする」自由心証主義を定める。参照、鴨、前掲、一〇一頁。

(64) 英米法においても、二分法が採用されている。「伝統的に、心理的要素をメンス・リア、(犯罪の)その他の要素をアクタス・リアスと呼ぶ」Smith & Hogan, *Criminal Law* 30 (5th ed., 1983)。

(65) 団藤刑訴、二二〇頁。

(66) もっとも消極的要素には、被告人から存在の証拠が提出された時のみ構成要件要素になる、という特殊性が認められる。

(67) 「客観的要素は、固有の主観的要素を伴つてのみ、犯罪となる」。従つて、法益を侵害する行為であっても、故意・過失を欠く場合は処罰されない。

Cf. Smith & Hogan, *op. cit.* 30.

(68) 団藤刑訴、二二二頁註(二)。主観的要素が被告人の供述を主たる証明手段とするものならば、その認定は、被告人を単なる証拠方法と見ない当事者主義の採用によつて「著しく困難とならざるをえない」(平野、裁判と上訴、二五頁)から、当事者主義に反対せざるを得ないし、また、自白偏重の傾向を温存することにならう。

(69) 刑訴法でこれと関連のある規定を探せば、自白のみで有罪とすることはできない(三一九条二項)というのがある。主観主義の立場からは当然、「故意・過失その他の犯罪の主観的条件は(補強証拠なしに)自白だけで認定してさしつかえない」(団藤刑訴、二八八―九頁)との見解には疑問をもたざるを得ない。