
論 説

ベルギー刑法学における 犯罪の主観的成立要素

末 道 康 之

- I はじめに
- II 犯罪論における〈élément moral〉の概念
- III 刑法典総則改正草案・法案における犯罪の主観的要素 (élément fautif)
- IV おわりに

I はじめに

わが国では、一般的に、犯罪を、構成要件に該当し、違法で、有責な行為と定義し、犯罪の成立要件としては、構成要件該当性、違法性、責任という三分体系をとっている。このような犯罪論体系はヨーロッパにおいてはドイツ語圏の刑法学において採用されているが、フランスを中心とするフランス語圏の刑法学においてはこのような三分体系がとられているわけではない¹⁾。フランスやベルギーの刑法学においては、犯罪成立要件として、客観的要素 (élément matériel) と主観的要素 (élément moral) に区別して分析する考え方が一般的であるといってもよい状況にあった²⁾。フランスでは、客観的要素と主観的要素のほかに、法律的要素 (élément légal) が必要であるという見解が従来から主張されており³⁾、現在でも有力説として支持されているが、最近の学説では、法律的要素は罪刑法定主義のような犯罪論の基本概念

に關係するものであつて、犯罪成立要件の前提を構成するものであり、犯罪成立要件の一つではないとする見解が有力化しつつある⁴⁾。ベルギーにおいても、法律的要素を犯罪の成立要件の一つとする見解が主張はされているが⁵⁾、そこでは罪刑法定主義を反映して犯罪行為と刑罰は法律で定められなければならないことから法律的要素は犯罪の成立要件の一つであることと、客観的正当化事由などが議論されており、法律上認められる客観的正当化事由としての正当行為(刑法70条)及び正当防衛(同416条・417条)、判例・学説上認められる客観的正当化事由としての緊急避難及び権限の濫用に対する正当な抵抗等が認められれば、法律的要素は無効化するやむを阻却され、犯罪そのものが存在しなくなると説明されている⁶⁾。客観的要素として、作為と不作為、因果關係、未遂犯と既遂犯等が検討される。

犯罪の主観的成立要件をめぐつて、同じフランス語圏に属するフランスとベルギーでも、主観的要素(élément moral)の概念について、その内容には差異が見られる。フランスでは、刑法121-3条が犯罪の主観的成立要件について規定する。同121-3条は、1項で故意犯処罰の原則を規定し、2項で故意犯と過失犯の中間に位置するいわゆる未必的な故意の概念を規定する。3項で法律に特別の規定がある場合には過失犯を処罰すること、4項で直接損害を惹起していないが損害の実現を許すような事態を創出し創出に寄与した者が、法令上の慎重に行動すべき義務に違反し、他人を危険にさらす重大な過失を犯した場合の刑事責任を規定する。5項で不可抗力の場合には違警罪は成立しないことを規定する⁷⁾。一方、ベルギーでは、犯罪の主観的要素についての明文の規定は存在していないが、法律で処罰される行為について行為者に責任を問うためには故意または過失が存在しなければならないとして、犯罪が成立するためには客観的要素のほかに主観的要素が必要であることを判例・学説が認めている⁸⁾。さらに、最近、ベルギー破毀院は、処罰されている行為を客観的に犯したことのみを理由として犯罪行為について有罪判決を下したことは違法であると判断し、犯罪が成立するためには主観的要素が必要であることを明示した⁹⁾。主観的責任の原則は責任主義から導か

れる大原則であり、判例においてその点が明示されたといえるであろう。なお、ベルギー刑法典総則改正草案及び改正法案においては、これまでの判例・学説の見解を整理し、犯罪の成立には客観的要素と主観的要素が必要であることを規定し（草案6条・法案5条）、主観的要素に関する規定（草案8条・法案7条）では、犯罪の成立には行為者の主観的要素の存在が必要であるとすし、主観的要素として、特別故意、処罰される行為を行ったことについての認識と意思、正当な理由なく処罰の対象となる行為を行うことが行為者の遵守すべき一般的秩序違反につながる事、予見または注意の著しい欠如、の4種類を挙げている¹⁰⁾。

本稿では、ベルギー刑法学における犯罪成立要件としての主観的要素 (*élément moral ou subjectif*) の概念について検討し、フランス刑法学との比較法的な視点も踏まえ、刑法典総則改正法案における故意等の主観的要素にも焦点をあてて、犯罪論体系における主観的要素の位置づけやその内容について分析を加えたいと考える。

注

- 1) この点については、末道康之『フランス刑法の現状と欧州刑法の展望』（成文堂・2012）14頁以下を参照。最近、フランスでも、犯罪論について、構成要件該当性 (*un fait typique*)、違法性 (*un fait illicite*)、責任 (*l'imputation de l'infraction*) という体系を支持する見解も主張されている (X. Pin, *Droit pénal général*, 9^e éd., 2018, pp. 160 et s.)。
- 2) 末道・前掲書 15頁以下を参照。
- 3) この点については、R. Bernardini, *Droit criminel, Vol. II – L'infraction et la responsabilité*, 3^e éd., 2017, pp. 53 et s. を参照。
- 4) このような見解に立つものとしては、Bernardini, *op. cit.*, pp. 58 et s.; B. Bouloc, *Droit pénal général*, 24^e éd., 2015, pp. 211 et s.
- 5) 例えば、N. Colette-Basecqz et N. Blaise, *Manuel de droit pénal général*, 3^e éd., 2016, pp. 221 et s. を参照。
- 6) Colette-Basecqz et Blaise, *op. cit.*, p. 222 et s.
- 7) フランス刑法 121-3条については、J.-Y. Maréchal, *Élément moral de l'infraction*, Art. 121-3: fasc. 20, *Juris-classeur pénal*, 2015 を参照。
- 8) F. Kuty, *Principes généraux du droit pénal belge T. 2: l'infraction pénale*, Larcier,

2010, n° 855, pp.66 et s.

- 9) Cass., 27 sept. 2005, *Pasicrise*, 2005, p. 1751, *R.C.J.B.*, 2009, p. 203, note F. Kutu, cité par Kutu, *op. cit.*, p.67.
- 10) ベルギー刑法改正草案については、末道康之「ベルギー刑法改正の動向—刑法改正草案第1編の検討(1)」南山法学41巻1号(2017)121頁以下, 157頁以下を参照。改正法案に関する解説書として, Ch. Guillain et D. Scalia, *La réforme du Livre 1^{er} du Code pénal belge*, Larcier, 2018がある。

II 犯罪論における〈élément moral〉の概念

1 犯罪論体系における〈élément moral〉の概念

ベルギー刑法において、〈élément moral〉すなわち主観的要素は犯罪構成要素の一つであることは異論なく承認されている。ベルギー破毀院も、犯罪が成立するためには客観的要素と主観的要素が必要であることを認めており¹¹⁾、2017年の刑法典総則改正法案においても、この点が確認されている¹²⁾。

〈élément moral〉が犯罪の主観的成立要件であることについて異論はないが、犯罪論体系において、〈élément moral〉をどのように位置づけるのかということについては、比較的最近公刊された代表的な刑法総論の体系書を参照しても、見解が対立している。犯罪論体系として、可罰的行為 (le fait incriminé) と行為の行為者への帰責性 (l'imputabilité du fait à l'agent) とに区別し、心理的帰責性 (imputabilité psychique) の中で、責任阻却事由としての責任能力と主観的要素 (élément moral) としての故意・過失を論じる見解¹³⁾、犯罪論体系として、刑法の大原則である罪刑法定主義と責任主義に対応して、罪刑法定主義に対応する犯罪の客観面と、責任主義に対応する犯罪の主観面とに分け、犯罪の客観的要素 (élément matériel de l'infraction) と犯罪の主観的要素 (élément moral de l'infraction) に区別する二分体系をとる見解¹⁴⁾、フランス刑法学の伝統的な見解に従い、犯罪行為の成立要件として、法律的要素 (正当化事由)、客観的要素、主観的要素を検討し、犯罪行為の物理的帰責性 (正

犯と共犯)、犯罪行為の心理的帰責性(責任能力、刑事未成年、強制、錯誤)に区別する見解¹⁵⁾、等がある。犯罪体系論としてどのような立場に立つかにかかわりなく、〈élément moral〉の概念として、故意・過失という主観的要素が含まれること(狭義の〈élément moral〉の概念)には異論はないが、責任論全体を含んだ概念ととらえるかという点については、見解が対立しているといつてよいであろう。責任主義に対応するものとして主観的要素(élément moral)を位置づける見解は、違法論と責任論とを合わせた概念として主観的要素(élément moral)をとらえており、このような概念を広義の〈élément moral〉の概念と考えることができるであろう。

なお、フランス刑法学においてと同様に、フランス語圏のベルギー刑法学において、違法論に該当する部分を犯罪論の中で独立して論じているものは少なく、違法性を含めて違法行為として構成要件該当性に該当する部分(犯罪行為論)で論じられるか、違法性と責任とを合わせて責任論の部分で論じられるか、に大別できるように思われる。なお、ベルギーでもオランダ語圏の刑法学においては違法論が独立して論じられていることが指摘されているが¹⁶⁾、ベルギーのフランス語圏の犯罪論においては、違法論は独立して論じられてはいない。法律が犯罪として処罰している行為は形式的には刑法が保護している法益を侵害する違法行為であり、犯罪成立要素を具備すれば違法性が推定されることになるので、形式的違法性を議論する意味はない。違法性が犯罪成立要件であるとすれば、行為の違法性を検討し、違法性が欠如した場合には、犯罪不成立として被告人を無罪としなければならないはずであるが、裁判実務において、違法性が欠如していることを理由として、裁判所が被告人を無罪とすることは行われてはいない¹⁷⁾。

2 犯罪の主観的要素としての〈élément moral〉の概念

故意や過失といった犯罪の主観的成立要素としての〈élément moral〉の概念(狭義の〈élément moral〉の概念)については、学説は対立しており、大別す

れば二つの見解が主張されている。具体的には、古典学派の見解とブリュッセル自由大学学派の見解である。

(1) 古典学派の〈élément moral〉概念

古典学派の主張は、Haus の学説及び 1867 年刑法典の注釈にその根拠が求められる。すなわち、「故意または犯罪の決意は、最も広く承認されているところによれば、犯罪であることを知っている行為を実行する決意または罪を犯す意思である。このように、最も広い意味において、認識と意思が故意の構成要素である。」¹⁸⁾、「故意または犯罪の決意は、重罪及び軽罪の構成要素である。この故意犯処罰の原則は、重罪については絶対的であるが、軽罪については例外も認められ、法律が明示的で特別な規定をもっていわゆる過失犯を処罰している場合も多くはないが存在している。しかし、違警罪が問題となるときには、法律は、行為者がわざとまたは意図的に行動したのか、軽率にまたは不注意で行動したのか、を調査することなく、行為者に同一の刑を科しているという意味において、過失は故意と同視され¹⁹⁾、さらに、「法律が単なる過失を明示的で特別な規定をもって処罰している場合を除いて、犯罪意思はすべての重罪及びすべての軽罪の構成要素である」²⁰⁾。このような見解に従えば、法律が過失犯を処罰している場合を除いて、故意は刑法典で処罰されている重罪及び軽罪の成立要件である。現行刑法典では主観的要素に関する定義規定がないため、故意を要求していると解釈されることになるが、このことは、立法者が、故意による実行かまたは過失による実行かによって同一の行為を異なる罪名で 2 回処罰することができることを排除しないことにもなりうる、と指摘されている²¹⁾。

古典学派による故意の定義に従えば、故意とは、行為者が意識的かつ意図的に法律が禁止した行為を実現することである。意識的にとは、行為者が自らの行為の可罰性とすべての客観的要素が実現されたすなわち犯罪が実行されたという事実を認識しつつ行動することを求めることである。意図的にとは、犯罪の客観的要素すなわち禁止された作為または不作為を実現する意思

があるということである。したがって、行為者が事情を知って禁止された作為または不作為を実現する意思と違法な結果を実現する意思が、故意と定義されることになる²²⁾。古典学派によれば、違警罪の場合は、犯罪の主観的要素として故意が常に要求されるわけではなく、犯罪事実についての認識さえあれば認容がない認識ある過失と分類されるような場合も故意とみなしてきた²³⁾。

(2) ブリュッセル自由大学学派の〈élément moral〉概念

ブリュッセル自由大学学派は、Legros の教授請求論文「犯罪における主観的要素」²⁴⁾において展開された見解を基礎としている。Legros の見解では、重罪、軽罪及び違警罪において主観的要素を区別することはなく、また、刑法典で処罰される犯罪か特別法で処罰される犯罪かで主観的要素を区別することもない。あらゆる犯罪行為は、法律上、明示的または黙示的に意図的要素または過失を求めている場合と行為者に正当化事由が認められる場合を除いて、客観的に実現されれば処罰が可能である。行為者が具体的に正当化できない、法律によって処罰される作為または不作為を、任意に実行しその認識があれば刑事責任を認めることができることになる²⁵⁾。Legros は、古典学派が、重罪・軽罪と違警罪とを区別して、犯罪の主観的要素をとらえてきたことを批判し、重罪か軽罪か違警罪か、刑法犯か特別刑法犯かを問わず、主観的要件はすべてに共通する概念であることを明確にした。さらに、Legros は、主観的要件は、故意犯に要求される故意、過失犯に要求される過失、法律が定める場合は特別な故意（いわゆる特殊的主観的構成要件要素に相当する概念）の3種類に区別されると主張し、この見解は現在でも支持されている²⁶⁾。

この点について、ベルギー刑法典制定当時の国会司法委員会の報告者であった Pirmez は、「犯罪行為は、一般的な法則として、行為者が認識と意欲をもって犯罪行為を実行しなければ、処罰されることはない。認識と意欲というこの二つの要素は有責性を基礎づける要素であり故意を構成するもの

である。法律が別に定めることがなければ、刑罰が適用されるために、故意は必要かつ十分な条件である。この原則が認められているので、法規において、犯罪行為は意図的に実行されなければならないという指示は、この射程範囲を変更しないという表明であり、それゆえに、意味のないものとして削除されなければならないことは明らかである。法律は、二つの異なった意味において、すなわち、認識と意欲のほかに特別な主観的要素（特別な故意）を要求していること、不注意または軽率といった過失による行為を処罰していることから、故意犯処罰の原則から離れたのである。』²⁷⁾と説明していることから、古典学派の故意の概念や犯罪の主観的要素に与えられた意味は、ブリュッセル自由大学学派の主観的要件を三分類する見解と非常に類似しているといっても過言ではなく、対立するものではなく、両立しうるものであるとの指摘がある²⁸⁾。

(3) 主観的要素に関する現在の理解

犯罪が成立するためには客観的要素が必要であり、破毀院は、客観的要素とは保護法益を明らかに侵害するまたはその危険をもたらすとされる行動であると定義する²⁹⁾。しかし、犯罪が成立するためには、客観的要素のみでは十分ではなく、故意または過失という主観的要素が存在しなければならない。破毀院は、主観的要素とは無関係に、客観的要素のみを理由として犯罪が成立することはないことを明示している³⁰⁾。犯罪処罰規定において主観的要素が明示的に規定されていなくとも、故意または過失という主観的要素の存在が必要である。すなわち、主観的責任の原則が維持されている³¹⁾。行為主体が自然人であっても法人であっても、この原則が適用される。ベルギー刑法典において、主観的要素が不要な犯罪行為は存在せず、無過失責任を認めてはいない³²⁾。

20世紀初頭に、破毀院は、刑法の一般的な原則として、行為者に客観的な行為を帰責するためには主観的な連関が必要であると判断していた³³⁾。1987年のDavid事件判決で、破毀院は、法律上の定義において故意も過失も問題

とはなっていない犯罪は、処罰されている行為が客観的に実行されたという認識があれば処罰される、と裁判官が法律上決定することはできないと判断した³⁴⁾。したがって、主観的要素の要否について法律が何も触れていないことは、主観的要素が要求されていないことを意味するのではない。さらに、破毀院は、刑罰の個別化という権利の一般原則は反証できない法律上の有責性の推定に基づきまたは責任のない犯罪について行為者を処罰することはできないことを示しており、故意・過失が存在しないときには、被告人に有罪を言い渡すことを禁止することを明確に示している³⁵⁾。

したがって、刑事責任は有責な行為の存在を前提としている。この原則は刑法典には規定されていなくとも、破毀院はこの原則を刑法の一般原則として認めるに至った³⁶⁾。行為者に有罪判決を言い渡すためには、行為者に犯罪行為を帰責できることを証明することが必要であり、客観的に処罰されている行為を行ったことのみを理由に責任を負わせることは違法となる。

3 〈élément moral〉としての故意・過失

刑罰法規によって処罰される作為または不作為が行為者に帰せられるとしても、必ずしも刑事責任を問われるわけではない。刑事責任を問われるためには、行為者の行動が故意または過失に基づくことが必要である。法律が犯罪の成立に故意または過失を要求していないときには、行為者は正当化事由等の恩恵を主張することができないので刑事責任を問われることになると考えられる。法律上、故意または過失が犯罪成立要件と明示されていない（いわゆる秩序違反犯とされる）犯罪の場合は、犯罪の客観的要素が充足されれば、犯罪は可罰的となる。但し、ベルギー刑法においても、主観的要素を不要とする純粋な実質犯（*infraction purement matérielle*）は存在しないと考えられているので、犯罪を任意にかつ認識して実行し行為者が主張することのできる正当化事由が存在しなければ、主観的要素を充足していることになる³⁷⁾。検察官は客観的要素を立証すれば主観的要素について立証責任は求められてお

らず、正当化事由を主張する行為者側に主観的要素が存在しないことを立証する責任がある³⁸⁾。後述する刑法典総則改正法案においては、犯罪の主観的要素として、故意、過失と並び秩序違反犯の主観的要素についても規定し、この問題を法律上解決している。

(1) 故意 (dol général)

ベルギー刑法における故意に関する古典的な学説によれば、刑法典に規定されている重罪または軽罪は、法律が過失犯処罰を認めている場合を除き、原則として故意犯である。したがって、故意は犯罪の成立要件の一つである。違警罪については、法律が故意を要求している場合を除き、原則として故意は犯罪成立要件ではない。この見解は、ベルギー破毀院においても承認されている³⁹⁾。このような見解は、Hausによって主張されていたものであり⁴⁰⁾、「法律が明示的で特別な規定によって単なる過失を処罰するとしている場合を除き、故意はすべての重罪または軽罪の成立要件である。一方、違警罪においては、法律が明示的に故意犯であることを求めているときは、過失が故意とみなされ、単なる懈怠または単なる不注意から結果が生じた場合でも処罰される」⁴¹⁾ことになる。したがって、大部分の違警罪については、過失がその主観的成立要件とされることになる。

古典学派は、故意とは、わざと意図的に犯罪構成要素を実現すること、犯罪であることを知ってその行為を行うこと、犯罪の実現を意図するまたは認容することにあると説明する⁴²⁾。また、同様に、法益を侵害することについての認識も必要であるとする⁴³⁾。すなわち、故意とは、刑罰法規が禁止する行為を行いまは刑罰法規が命令していることを行わないという意味であり、そのような態度から生じる結果を認識していることと定義することができる。このような説明からは、故意の成立要件としては、犯罪事実を認識するという認識的・知的要素と犯罪実現への肯定的な態度という意図的要素が必要であることになろう⁴⁴⁾。

Haus は、故意の成立要件として、認識と意思が必要であるとし、犯罪行為を実行したいという意思が存在し（意思的要素）かつ犯罪事実を認識し犯罪行為が違法であるということの認識（認識的要素）がある場合が故意犯であるとしている⁴⁵⁾。したがって、故意とは、犯罪であることを認識している行為を実行する意思と定義される⁴⁶⁾。

判例では、必ずしも、犯罪行為を構成する行動を実現しようとする直接的または主たる意思によって故意が構成されると判断されているわけではなく、単純に、任意にかつ事情を知って、意図的に任意にかつわざと、意図的に任意にかつ意識的に、法律で処罰される作為または不作為の犯罪行為を実現すること、と判断していた。犯罪行為とは、行為者の任意かつ意識的な意欲の産物である。判例では、行為者が自らの行為から違法な結果を実現する意思をもって行動しなかったとき、または、行為者が、犯罪行為を実行することによって起こりうることを受け入れたのであれば、自らの行動が犯罪を構成することを認識または認識するべきであれば、犯罪行為を実行することを考慮していないときでも、故意が存在するとしている。このような故意の概念については、これでは事実上、正当化事情がない場合及び過失と混同しているのではないかという批判が加えられていた⁴⁷⁾。

破毀院は、近年の判例で、故意を定義しようと試みている。すなわち、法律によって禁止された行為をわざと（*sciement*）かつ意図的（*volontairement*）に実行すること⁴⁸⁾、違法な行為を実行する意欲（*volonté*）⁴⁹⁾、禁止された行為をわざと（*sciement*）かつ意図的（*volontairement*）に遂行する意思（*intention*）または義務づけられた行為をわざとかつ意図的に行わない意思⁵⁰⁾、事情を知りつつ法律によって禁止された行為を実現する意欲⁵¹⁾等と故意を定義している。破毀院 1999 年 11 月 23 日判決では、「わざとかつ意図的に」という文言について定義しており、「わざと（*sciement*）」とは、行為者が自らの行動の可罰性及びすべての客観的要素が実現されたこと、すなわち、犯罪が実行されたことを認識して行動することを求めていることであり、「意図的に（*volontaire-*

ment)』とは、行為者が犯罪の客観的要素、具体的には、禁止された行為または禁止された不作為を実現する意思を有することであると判断した⁵²⁾。ここから、故意とは、禁止された作為または不作為を、その違法性とすべての客観的要素が実現されたことを認識しつつ実現する意思にあると理解することができる⁵³⁾。

故意についてはその内容に応じて、直接的故意 (dol direct), 間接的故意 (dol indirect) 及び未必の故意 (dol éventuel) に分類される。直接的故意とは、行為者が自らの行為から生じる結果を直接的に追求する場合に認められ、間接的故意とは、行為者が自らの行為から生じる結果を直接的には追求しないが、生じる結果を受け入れる場合に認められる。未必の故意とは、行為者が自らの行為から生じる結果が蓋然的であるかもしれないがそれを受け入れる場合に認められる。フランス刑法では、未必の故意に分類される形態を故意犯と過失犯の中間の独立の形態として位置づけているが⁵⁴⁾、ベルギー刑法では、未遂犯の場合を除いて、未必の故意を直接的故意とみなす取扱いがなされている⁵⁵⁾。

(a) 故意の成立要件—事実の認識

故意の成立要件として、行為者には、自由な意思に基づき行動するという認識のほかに、自分が行った行動が犯罪の客観的構成要素を実現するという認識すなわち法律で禁止されたことを遵守しないという認識が必要である。換言すれば、客観的構成要件に該当する犯罪事実についての認識が必要であるということである⁵⁶⁾。この点については、現行刑法典の準備草案の段階で、「犯罪構成事実の認識がなければ、故意責任は問えない」ことが明確に認識されていた⁵⁷⁾。故意が認定されるためには、行為者が犯罪事実について認識していることが必要であり、行為者が、自ら行う行為が刑罰法規に違反していることを認識しながら、その行為を敢えて行うということが、故意責任を問うための基礎となるのである⁵⁸⁾。

「認識」という文言については、刑罰法規を認識しているという意味と、

犯罪事実、すなわち、その行為が犯罪となる事情を認識しているという意味が含まれている。破毀院は、行為者を故意犯に問うためには、行為者には、自らの行為が可罰性を有しているという認識と、客観的犯罪構成要素を実現するという認識が必要であると判断している⁵⁹⁾。この点について、憲法院も破毀院の判断を支持しているといってよい。刑法 324 条の 3 で処罰される犯罪組織への関与の罪は、犯罪の実現を隠蔽または援助するために、犯罪組織が、脅迫、暴行、詐欺的行為などの手段を用いたときには、犯罪組織に意図的かつ自発的に関与した者を処罰しているが、憲法院は、『意図的かつ自発的に』という文言は、訴追を行う者が被告人は事情を知りつつ積極的な態度であったことを証明しなければならない」と判断している⁶⁰⁾。したがって、意図的かつ自発的に行動するという事は、事情を認識しつつ行動するという事を意味することであり、犯罪事実を認識して行動することに他ならないのである。

(b) 故意の成立要件——結果を発生させる意欲 (volonté du résultat)

故意の成立要件として、犯罪事実の認識のほかに、結果を発生させる意欲が必要である。この点について、破毀院は、結果を発生させる意欲を「事実を成し遂げかつ結果を実現するという意欲」と定義している⁶¹⁾。結果を発生させる意欲とは、結果犯においても危険犯においても、事情を知りつつ、法律によって禁止されている行動とその行動から生じるかもしれない違法な結果を実現するという任意かつ認識ある意欲であるとされる。結果犯においては、法益を侵害するという意欲または法益を侵害することの認容が求められる。

具体的には、他人に危害を加える罪 (刑法 392 条) における「人に危害を加える意図 (dessein d'attenter à la personne)」, 強制わいせつ罪 (同 373 条) における「羞恥心を害する意思 (intention d'attenter à la pudeur)」, 故殺罪 (同 392 条) における「人を殺害する意思 (intention de donner la mort)」, 墮胎罪 (同 348 条) における「墮胎の意思」, 放火罪 (同 510 条以下) における「放火して焼損する意

思」，犯罪組織結成罪（同322条以下）における「犯罪組織に関与する意思」などであり，条文上は，意図的に（volontairement ou intentionnellement）という文言が用いられている。

結果を発生させる意欲は，確定的故意及び不確定的故意の概念と関連する。確定的故意と不確定的故意の定義については，わが国で用いられるそれぞれの概念の定義と変わるところはない。不確定的故意の概念は，行為者がその犯罪行為から違法な結果が生じることを確定的には認識していなかった場合に，行為者に故意責任を問うために用いられてきた。古典学派によれば，不確定的故意を確定的故意とみなすことは，立法によって認められた原則であった。

故意と過失との境界は，古典学派の見解に従えば，未必の故意と認識ある過失との区別にあるといつてよい。未必の故意とは，行為者が結果の発生を追求するまたはそれを望むということではなく，その行為から必然的に結果が生じるまたは単に結果が生じるかもしれないという意識状態であると定義できる。行為者は犯罪を実行する意図で犯罪を実行し，その行為から生じうる結果を予期し，生じうる結果の発生を受け入れている。したがって，その行為から通常であれば生じうる結果の発生については刑事責任を負うことになる。

（2）特別故意（dol spécial）

特別故意とは，故意とは別の主観的要素であり，他者を害する意思（intention de nuire），詐欺の意思（intention frauduleuse），悪意（intention méchante）などをいう。すなわち，主観的違法要素（主観的構成要件要素）に該当する概念であり，法律によって「不法に（frauduleusement）」，「悪意をもって（méchamment）」などと明示的に規定されているときに，特別故意があるとされる。

法律上明確に規定されている場合として，窃盗罪（刑法461条1項「他人の物を不法に領得した者は窃盗罪で処罰する。」）における不法領得の意思，売却する商

品の産地を偽る罪（同 498 条）における営利目的（*esprit de lucre*）、敵方を利するために戦時において国民の国王及び国家への忠誠心を敵方が操作することに参加する罪（同 118 条の 2）における敵意（*intention méchante*）、害する意図（*dessein de nuire* 同 121 条の 2）、司法を欺く意思（*intention de tromper la justice*）、計画的意図（*intention réfléchie ou préméditée* 同 349 条 2 項・394 条・398 条 2 項・399 条 2 項・400 条 2 項・401 条 2 項・518 条）、テロ犯罪の意思（*intention terroriste* 同 137 条 1 項）、一時使用の目的で権利者を排除する意思（使用窃盗・同 461 条 2 項「一時使用の目的で他人の物を不法に領得する行為は窃盗とみなす」）、名誉を毀損または侮辱する意思（同 275 条・276 条）、性別、性的趣向、民事的身分、生まれ、財産、年齢、宗教的もしくは哲学的確信、健康状態、障害または身体的特徴を理由として差別、憎悪または暴力に向かわせる意思（差別との闘いに向けられた 2003 年 2 月 25 日法 6 条 1 項 1 号）、危険を生じさせる方法で交通を妨害する意思、他人の情熱を満足させる意思（淫行または売春のために成人を雇う罪・同 380 条）、敵を支援する意思（敵を支援する意思で物を放火または損壊する罪・同 122 条）、政治的秩序または国家の政治体制を侵害する意思、不当な失業手当を獲得する意思、破産宣告を遅らせる意思、不正な利益を上げる意思、親書の秘密を暴露する意思、弁護士資格を有していると信じさせる意思、支払不能を企てる意思、役職、職業または栄誉を有していると信じさせる意思、国家的、民族的、種族的または宗教的集団を全部もしくは一部壊滅させる意思などが挙げられる。

特別故意は故意すなわち結果実現への意欲と混同されてはいけない。いわゆる故意の内容としては、犯罪事実を認識し、最終結果が生じることについての認容が必要ではあるが、特別故意にはこのような結果への意欲は要求されていない。例えば、文書偽造罪（同 193 条）が成立するためには、法律によって保護されている文書の真正を偽造するという意思（すなわち犯罪結果を惹起する意欲）だけでなく、詐害の意思（*intention frauduleuse*）または害する意図（*dessein de nuire*）をもって行動する必要がある、このような意思が特別故意とされる。また、窃盗罪が成立するためには、窃盗犯人には、所有者の

意思に反して他人の物を領得する意思だけではなく、盗んだ物を所有者として振る舞い自由に処分するという意思、それを自らが所有するという意思またはそれを所有者には返却しないという意思などによって特徴づけられる不法領得の意思（許害の意思）が必要である。

一般的に、故意の成否には動機は関係することはないとされており、動機はそれがいかなるものであれ、犯罪成立要件の一つではない。破毀院も、犯罪の成否について行為者の動機を考慮することはないとしており、動機は量刑判断において考慮されるにすぎない。ただ、動機が犯罪成立要件の中に特別故意として規定されているような場合には、一般的な原則が適用されるわけではなく、動機をその内容として取り込んだ特別故意が犯罪の成否に影響することは明確である。

行為者が結果を惹起させる意思すなわち故意とより特別な意思をもって行動することによって始めて、法益に対する侵害または侵害の危険が認められる場合があることを法律が明確にしているのであって、特別故意は法益に対する侵害またはその危険性を高めるという意味において、行為の違法性に影響する要素としてとらえられていると考えるべきであろう⁶²⁾。

(3) 過失 (faute)

過失 (faute)⁶³⁾とは、非故意犯の主観的要素であり、一般的には違警罪及び法律が明示的に定めるときに一定の軽罪、具体的には過失致死傷罪（刑法418条以下）等、について求められる要素である。過失は、懈怠、予見及び注意の欠如によって、結果を回避することができたにもかかわらず、結果回避措置をとらなかったため、刑法によって保護された利益の故意によらない侵害を惹起させたことと定義される。破毀院は、「過失犯は、行為者は自由に行動したが、意図的ではない結果を生じさせたという事実において認められる」⁶⁴⁾と判断している。

過失は、認識ある過失と認識なき過失に区別できる。認識ある過失と未必の故意は、結果発生の認識があるという点では共通しているが、結果発生を

認容したか否かで区別される。認識ある過失においては、行為者は結果発生を認容していない。認識なき過失とは、行為者が危険を考慮に入れずに行動したが、より慎重に行動していたならば、危険を考慮に入れて行動すべきであり行動することも可能であった場合である。実務的には、認識ある過失と認識なき過失の区別は有責性の評価については意味をもたない。認識なき過失があれば、過失犯の主観的要件としては十分である。

刑法定制当時、過失は個々の行為者ごとに評価されるという行為者基準説の考え方が主流であった。過失は、行為当時の一般人の立場から評価されるのではなく、行為当時の行為者を基準に評価されていた。ところが、1877年に破毀院が、刑事過失と民事過失の統一性の原則を肯定したために⁶⁵⁾、刑事過失においても、民事過失と同様に、行為当時に同じ状況に置かれた通常一般人によって評価されることになり、その評価は抽象的に行われることが承認された⁶⁶⁾。

注

- 11) Cass., 13 décembre 1994, RG P.94.0736. N, *Pas.*, 1994, n° 553.
- 12) 末道・前掲論文 121 頁, 156 頁以下参照。改正草案では、(élément fautif) という文言が用いられている。
- 13) Ch. Hennau et J. Verhaegen, *Droit pénal général 3^e éd.*, mise en jour avec le concours de D. Spielmann et A. Bruyndonckx, Bruylant, 2003, pp.300 et s.
Hennau et Verhaegen は、可罰的行為の部分では、危険犯の概念、予備と未遂犯、正当化事由、訴追及び公判への法律上の障害(時効や恩赦等)を論じる。この見解は、構成要件該当性と違法性に該当する部分を「可罰的行為」として検討していると考えてよいであろう。帰責性(責任)の部分では、物理的帰責性として、正犯、共犯、法人の刑事責任を論じ、心理的帰責性として、責任能力と故意・過失を論じる。したがって、行為と責任との二分体系に相当する見解であると評価できる。
- 14) Kutý, *op. cit.*, pp.63 et s. Kutý は、罪刑法定主義に対応するものが客観的要素であり、責任主義に対応するものが主観的要素であるとの説明を加えている。Kutý の見解では、主観的要素として、違法性と責任に該当する部分が論じられている。Kutý の見解の概要については、末道康之「フランス刑法と違法性の概念」南山法学

39 卷 3・4 号 (2016) 239 頁以下を参照。

- 15) Colette-Basecqz et Blaise, *op. cit.*, pp. 191 et s.
この見解は、構成要件該当性と違法性とを犯罪成立要件の部分で検討し、責任論の部分で責任阻却事由を検討する二分体系と分類してよいと思われる。
- 16) この点については、Kuty, *op. cit.*, n^{os} 790 et s., pp. 25 et s. を参照。Kuty の見解については、末道・前掲「フランス刑法と違法性の概念」240 頁以下も参照。
- 17) この点については、Kuty, *op. cit.*, n^{os} 791 et s., pp. 26 et s. の分析、末道・前掲「フランス刑法と違法性の概念」241 頁を参照。
- 18) J. J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3^e éd., T. 1, 1879, n^o 298, p. 212.
- 19) Kuty, *op. cit.*, n^o 1082, pp. 210 et s.
- 20) *ibid.*
- 21) Kuty, *op. cit.*, n^o 1082, p. 211.
- 22) L. Kennes, Les éléments constitutifs et aggravants des infractions: un projet de loi plus pragmatique? in Ch. Guillain et D. Scalia, *La réforme du Livre 1^{er} du Code pénal belge, préc.*, p. 31.
- 23) Kennes, *op. cit.*, p. 32.
- 24) R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, Desoer-Sirey, 1952.
- 25) Kuty, *op. cit.*, n^o 1083, p. 212.
- 26) 例えば, Kuty, *op. cit.*, n^o 1083, pp. 211 et s.
- 27) Kuty, *op. cit.*, n^o 1083, p. 212.
- 28) *ibid.*
- 29) Cass., 2 nov. 1993, *Pas.*, 1993, 1, p. 915, cité par Kuty, *op. cit.*, p. 73.
- 30) Cass., 12 mai 1987, *R.D.P.C.*, 1988, p. 711.
- 31) Colette-Basecqz et Blaise, *op. cit.*, p. 258.
- 32) *ibid.*
- 33) Cass., 5 avril 1932, *Pas.*, 1932, 1, p. 237.
- 34) Cass., 12 mai 1987, *Pas.*, 1987, 1, p. 1056; Colette-Basecqz et Blaise, *op. cit.*, pp. 259 et s.
- 35) Cass., 12 sept. 2006, *Pas.*, 2006, p. 1715.
- 36) Cass., 27 sept. 2005, *Pas.*, 2005, p. 1751.
- 37) Kuty, *op. cit.*, n^o 1100, p. 224 et s. Kuty はこの主観的要素を〈faute infraccionnelle〉と定義している。Kuty は Legros の見解を継承し、主観的要素として、〈faute intentionnelle〉, 〈faute antérieur〉, 〈faute infraccionnelle〉に区別する。
- 38) Guillain et Scalia, *op. cit.*, p. 34.
- 39) Cass., 13 mai 1946, *Pas.*, 1946, 1, p. 194.
- 40) Haus, *op. cit.*, pp. 212 et s.

- 41) Kutu, *op. cit.*, pp. 230 et s.
- 42) Kutu, *op. cit.*, p. 231.
- 43) J.-P. Doucet, *Précis de droit pénal général*, 1976, p. 77.
- 44) Haus, *op. cit.*, p. 219.
- 45) Haus, *op. cit.*, p. 212.
- 46) Haus, *op. cit.*, p. 213.
- 47) R. Legros, *L'élément moral dans les infractions, préc.*, n° 163 et n°s 1141 et s.
- 48) Cass., 5 déc. 2006, *Pas.*, 2006, p. 2554.
- 49) Cass., 29 mars 1988, *Pas.*, 1999, 1, p. 909.
- 50) Cass., 21 sep. 1999, *Pas.*, 1999, 1, p. 1174.
- 51) Cass., 11 mai 1999, *Pas.*, 1999, 1, p. 672.
- 52) Cass., 23 nov. 1999, *Pas.*, 1999, 1, p. 1550.
- 53) Kutu, *op. cit.*, p. 244.
- 54) ベルギーの刑法学者も同様な指摘をしている。例えば, Hennau et Verhaegen, *Droit pénal général 3^e éd.*, mise à jour avec le concours de D. Spielmann et A. Bruyn-donckx *préc.*, p. 323 を参照。
- 55) Hennau et Verhaegen, *op. cit.*, p. 322.
- 56) Kutu, *op. cit.*, p. 252.
- 57) *ibid.*
- 58) Haus, *op. cit.*, p. 92.
- 59) Cass., 23 nov. 1999, *Pas.*, 1999, 1, p. 1550.
- 60) C.A., 11 mai 2005, n° 92/05, C.A.-A., 2005, p. 1179.
- 61) Cass., 24 février 1976, *Pas.*, 1976, 1, p. 700.
- 62) Kutu, *op. cit.*, n° 1150, p. 273.
- 63) 基本的にブリュッセル自由大学学派の見解を継承し支持している Kutu は、〈faute antérieur〉という用語を用いて過失概念を表現している。この点については, Kutu, *op. cit.*, n°s 1158 et s., pp. 281 et s. を参照。
- 64) Ass., 25 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2649; Kutu, *op. cit.*, p. 282.
- 65) Cass., 1^{er} février 1877, *Pas.*, 1877, 1, p. 92.
- 66) Colette-Basecqz et Blaise, *op. cit.*, pp. 284 et s.

III 刑法典総則改正草案・法案における 犯罪の主観的要素 (élément fautif)

刑法典総則改正草案・法案⁶⁷⁾では、犯罪の主観的成立要件を意味する文言として、従来の〈élément moral〉ではなく、〈élément fautif〉が用いられている⁶⁸⁾。〈élément moral〉という概念については、前述したように、古典学派とブリュッセル自由大学学派との学派の対立があり、〈élément moral〉の概念を定義することには難しい問題があった。そこで、草案起草者は、従来の〈élément moral〉という文言を用いるのではなく、〈élément fautif〉という新たな文言を用いることによって、犯罪の主観的成立要件を定義しようと試みたと評価できる。

あらゆる犯罪の成立要件として主観的要素 (faute) は必要ではあるが、すべての犯罪に共通する主観的要素を定義することは有益ではない。犯罪の主観的要素は、個々の犯罪によって異なった形態をとることになるので、犯罪ごとに主観的要件を定義する必要がある。そこで、改正草案の起草者は、すべての犯罪に共通する主観的要素を定義するのではなく、犯罪に応じて4類型の主観的要素を設けることとした⁶⁹⁾。

従来のベルギー刑法学説では、犯罪の主観的成立要件と責任阻却事由(無答責事由)との関係性について、様々な見解が主張されてきた。改正草案・法案では、この点を明確に位置づけ、故意・過失という主観的要件は犯罪構成要素論(わが国の構成要件該当性論に相当する要件)に位置づけ、責任論に相当する有責性阻却事由(草案20条・法案22条)(不可抗力による強制[草案21条・法案23条]、避けることのできない錯誤[草案22条・法案24条])や無答責事由(草案23条・法案25条)(精神の障害[草案24条・法案26条]、刑事未成年[草案25条・法案27条])とは区別している⁷⁰⁾。

犯罪の主観的要素については改正法案7条に規定される⁷¹⁾。主観的要素は次のように規定される。

改正法案7条 主観的要素

- 1項 犯罪の成立には行為者の主観的要素の存在が必要である。
- 2項 法律が定める場合に依じて、主観的要素は、
 - 1号 特別故意
 - 2号 処罰される行為を行ったことについての意思と認識
 - 3号 予見または注意の著しい欠如
 - 4号 正当な理由なく処罰の対象となる行為を行うことが行為者の遵守すべき一般的秩序違反につながることからなる。
- 3項 自由な行為を特徴づける単純な意思及び単純な認識は、正当な理由が認められるまでは、無答責または有責性阻却と推定される。

刑法上の可罰的な行為は客観的要素と主観的要素から構成されることは改正法案5条にも規定されるところであり⁷²⁾、その成立には客観的要素 (élément matériel ou objectif) のみならず、主観的要素 (élément moral ou subjectif) が必要である。したがって、主観的要件を含まない純客観的な行為は刑法上の可罰的行為には該当しない。犯罪が成立するためには主観的要素が必要であり (改正法案7条1項)、主観的要素の種類として、故意及び過失に関する4類型を挙げている (同2項)。第1類型は特別故意である。第2類型は一般的故意であり、いわゆる犯罪事実の認識・認容である。第3類型は予見義務・注意義務違反 (過失犯) の類型である。第4類型は一般的秩序違反の類型である。

1 特別故意 (intention spéciale)

第1類型の特別故意とは、従来から *dol spécial* といわれていた主観的要素であり、現行刑法典においても法律で規定されている主観的要素である。特

別故意とは、いわゆる一般の故意すなわち犯罪事実の認識・認容とは異なつた、一定の結果を追求する意思、行為者を支配する特別な精神状態等であり、具体的には、人道に対する罪における民族等の全部または一部を壊滅させる意思（刑法136条の2）、テロ犯罪の意思（同137条1項）、殺人罪における人の死を惹起させる意思（同393条）、窃盗罪における不法領得の意思（同461条）等である。特別故意は、条文に明記される必要があるが、例外として、隠匿罪（recel）について、違法な由来をもつ物の所持を開始した時点で、その物が違法な由来をもっていることを認識したという *faute* を犯したことになるので、犯罪に由来する物であることを認識すること（わが国でいう知情の認識）が必要であることになる⁷³）。

用語の問題は別として、ベルギー刑法における特別故意の概念は、わが国における主観的違法要素（主観的構成要件要素）に相当する概念であると理解してよいと思われる。

犯罪の立証の面では、行為者に特別故意が存在していることを訴追当事者が証明する必要がある。特別故意が立証できなければ、当該犯罪は成立しない。

2 一般の故意

第2類型は、いわゆる故意（*dol général*）を定義したものである。犯罪事実についての認識・認容であり、認識の要素と意思の要素から構成される。ベルギー破毀院は、故意とは、「法律によって禁止された行為をわざと（*sciemment*）かつ意図的（*volontairement*）に実行すること」と定義し⁷⁴）、破毀院1999年11月23日判決では、「わざとかつ意図的に」という文言について定義しており、「わざと（*sciemment*）」とは、行為者が自らの行動の可罰性及びすべての客観的要素が実現されたこと、すなわち、犯罪が実行されたことを認識して行動することを求めていることであり、「意図的に（*volontairement*）」とは、行為者が犯罪の客観的要素、具体的には、禁止された行為または禁止さ

れた不作為を実現する意思を有することであると判断した⁷⁵⁾。

検察官は、行為者が事情を知って行動したことを証明することによって故意を立証することができる。

故意の成立要件としての認識の内容については、「処罰される行為を行ったことについての意思と認識」という概念は、犯罪事実の認識と認容という故意における認識的要素と意図的要素を意味している。すなわち、犯罪行為の客観的要素と行為の違法性を認識しながら（事情を知りつつ）行動したという事実があれば故意が認められることになる。犯罪事実の認識・認容があり行為の違法性の認識ももちうる場合には、「法の不知は恕さず」という原則は適用されないことになり⁷⁶⁾、違法性の意識不要説の立場はとらないことは明らかである。したがって、錯誤が避けられた場合でも、行為者が事情を知らずに行動すれば、主観的要素が阻却され犯罪は成立しないことになる⁷⁷⁾。但し、法律の存在を知りながら、法律の適用について調査をせずに行動した場合には、行為者は事情を知って行動したことに他ならないので、故意は認定できることになる。立法理由書の説明では、刑罰法規の調査を意図的に無視したような場合には、行為者には故意が認定されることになるので、主観的要素を充足することになる⁷⁸⁾。法律の内容を調査することを拒否することは、違法であるかもしれない行動をとる危険を受け入れることになるので、事情を知って行動したこととなり、故意が認定されることになる⁷⁹⁾。

故意の認識内容について、犯罪事実の認識・認容のほか、違法性の認識そのものが必要なのかについては、法律の規定上は明確ではないが、立法理由書の説明からは、行為の違法性について認識していない場合でも、刑罰法規の調査をすれば違法であることを認識しえたとすれば（錯誤したことについて相当の理由が認められないような場合には）、故意が認められることになるので、少なくとも違法性の意識の可能性必要説の立場に立っていることは明らかであろう。

3 過 失

第3類型の予見または注意の著しい欠如とは一般的な過失の形態であるが、従来の不注意または懈怠という形態の軽微な過失ではなく、予見義務・注意義務違反等が著しい場合に限定している。軽微な過失が問題となる場合、刑法の謙抑性の原則に従い、刑事制裁は最後の手段としてまずは民事責任を問うことが考えられる。刑事手続を選択することが正当化されるとすれば、過失行為者に刑罰を加えるという意思よりも、被害者への損害賠償のために証拠を収集するという配慮からであると考えられる⁸⁰⁾。ただ、周知の通り、刑事裁判における証明の程度は合理的な疑いを超える程度でなければならないが、民事裁判においては証拠の優越の程度で足りるということもあり、刑事手続を選択することは必ずしも被害者に有利になるとはいえない。このような事情を配慮して、改正草案では著しい予見義務・注意義務等の違反を過失ととらえていると考えられ⁸¹⁾、法案においても同様の立場に立っている⁸²⁾。重大な過失のみを刑法上の過失ととらえることは、過失致死傷罪に関してこれまで判例によって承認されてきた刑事過失と民事過失の同一性の原則⁸³⁾を認めないことにつながる点で重要な意味をもつ。刑事過失と民事過失の同一性の原則に従えば、刑事裁判において過失の証明に失敗した場合には、民事裁判においても過失責任が認められないということになり、被害者にとっては不利な状態になることもある⁸⁴⁾。同一性原則を認めなければ、刑事過失が認定できない場合においても、民事過失が認定され損害賠償を負わせることは可能となる。学説でも、刑事過失と民事過失の二元性を主張し、刑事責任を認めるためには重大な過失が必要であり、民事責任を認めるためには軽度な過失で足りるとする見解が有力であり⁸⁵⁾、フランスやオランダでも刑事過失と民事過失の同一性の原則はもはや維持されているわけではない⁸⁶⁾。フランスでは、刑事裁判官が過失責任の存在を否定して被告人に無罪を言い渡したときには、民事責任におけるフォート (faute civile) の存在が

立証されれば（民法 1383 条）、刑法上の過失責任が認められなくとも、民事裁判所に訴権を行使することができる（刑訴法 4-1 条⁸⁷⁾。過失行為と損害結果との間に直接的因果関係がある場合は単純な過失があればよいが、過失行為と損害結果との間に間接的な因果関係があり過失行為が危険を創出したような場合には、過失に一定の重大性が求められている（刑法 121-3 条 4 項）。オランダでも、懈怠や不注意が重大であるような、重大な過失が求められている⁸⁸⁾。改正草案及び法案では、比較法的な視点、判例・学説の進展が考慮されたと考えられる。

予見義務や注意義務の違反が重大である場合には、重大な過失と認められる。過失の重大性は、関係する分野の規則や被告人の現実的な可能性に対応して決定されることになる。被告人の置かれた状況に応じて、同一の行為であっても、軽微な過失と認定されたり、重大な過失と認定されたりすることはありうる。

4 秩序違反犯の主観的要素

第 4 類型は、いわゆる秩序違反犯（*infration réglementaire*）の主観的要素⁸⁹⁾の類型である。秩序違反犯は特別法に違反する犯罪類型であるが、犯罪構成要件として客観的成立要件のみ記述され、主観的成立要件については特別な言及はない。この犯罪類型においても主観的要件は犯罪の成立には必要である。主観的要件として求められることは法律要件（*prescrit légal*）を遵守しなかったことであり、正当な理由なく、法律要件（*prescrit légal*）を遵守しなかったことが証明されれば、主観的要件が存在することになる⁹⁰⁾。主観的要件の立証に関して、訴追側としては、法律要件（*prescrit légal*）を遵守しなかったことを証明すれば足りる。正当な理由があるかという点については行為者側が立証する責任を負うことになる。なお、不可抗力、避けられない錯誤、有責性を阻却するその他の事由が証明されたときには、行為者は無罪とされる⁹¹⁾。

具体的な例として、赤信号無視や制限速度違反等が挙げられる。検察官は、違反者が、赤信号を無視して行動したこと、制限速度を超えて運転したこと、という客観的な事実を立証すれば、有責性が認められ、主観的要素は存在していると認定される⁹²⁾。違反者が、信号または制限速度を遵守しなかったという認識をもつかもたないかという事実にかかわらず、合理的に、正当化事由または無答責事由の存在を提起した場合には、その限りではない。秩序違反犯については、故意に実行されるか、過失の結果、実行されることがあるが、犯罪の成立要件として、故意や過失といった主観的要素の立証は求められていない⁹³⁾。

秩序違反犯の主観的要素については、法律に明示的または黙示的に記述される必要はない。「法の不知は恕さず」という原則を厳格に適用することが問題となる。秩序違反犯という概念は古典学派によるものであるが、今回の改正法案では、秩序違反犯の主観的要素を明示した。なお、国務院 (Conseil d'Etat) は、各犯罪がどの主観的要素を必要とするかを明示すべきであると意見を付したが⁹⁴⁾、法案作成者は、各犯罪の主観的成立要件については立法者に決定する責任があると回答している⁹⁵⁾。

注

- 67) 刑典改正法案の解説については、Guillain et Scalia, *La réforme du Livre 1^{er} du Code pénal belge préc.* を参照。
- 68) Kennes, Les éléments constitutifs et aggravants des infractions: un projet de loi plus pragmatique in Guillain et Scalia, *La réforme du livre 1^{er} du Code pénal belge préc.*, pp.27 et s.
- 69) Kennes, *op. cit.*, p. 37.
- 70) *ibid.*
- 71) 当初の改正草案では、主観的要素は8条に規定されていたが(末道・前掲「ベルギー刑法改正の動向—刑法改正草案第1編の検討(1)」121頁以下を参照)、その後、修正が加えられ、条文の番号等も若干の変更が加えられている。最新版は2017年11月24日に公表されたものである(Guillain et Scalia, *op. cit.*, p.8注(1)を参照)。
- 72) 当初は改正草案6条(犯罪の構成要素)、7条(客観的要素)として規定されていた。改正法案5条(犯罪の構成要素)、6条(客観的要素)については、Guillain et Scalia, *op. cit.*, pp.25 et s. を参照。

- 73) Kennes, *op. cit.*, p. 39.
- 74) Cass., 5 déc. 2006, *Pas.*, 2006, p. 2554.
- 75) Cass., 23 nov. 1999, *Pas.*, 1999, 1, p. 1550.
- 76) Kennes, *op. cit.*, p. 42.
- 77) この点については, Kennes, *op. cit.*, p. 42 を参照。なお, 草案 20 条・法案 22 条 (有責性阻却事由), 草案 22 条・法案 24 条 (避けることのできない錯誤) の規定に従えば, 事実の錯誤または法律の錯誤が避けられなかった場合には, 有責性が阻却され, 刑事責任を負わないとされている。末道・前掲「ベルギー刑法改正の動向—刑法改正草案第 1 編の検討 (1)」171 頁以下, N. Colette-Basecqz et F. Vansillette, *Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal in Ch. Guillain et D. Scalia, La réforme du livre 1^{er} du Code pénal belge préc.*, pp. 59 et s. を参照。
- 78) Kennes, *op. cit.*, p. 42.
- 79) *ibid.*
- 80) Kennes, *op. cit.*, p. 46.
- 81) *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal préc.*, p. 48. 末道・前掲「ベルギー刑法改正の動向—刑法改正草案第 1 編の検討 (1)」158 頁参照。
- 82) Kennes, *op. cit.*, p. 46.
- 83) Cass., 1^{er} février 1877, *Pas.*, 1877, 1, p. 92; *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal préc.*, p. 48.
- 84) Kennes, *op. cit.*, p. 47.
- 85) *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal préc.*, p. 48. 末道・前掲「ベルギー刑法改正の動向—刑法改正草案第 1 編の検討 (1)」159 頁参照。
- 86) *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal préc.*, p. 49. 末道・同上論文 159 頁参照。
- 87) Kennes, *op. cit.*, p. 48.
- 88) *ibid.*
- 89) 前述したように, Kuty は, この類型を〈faute infractionnelle〉と分類している。Kuty, *op. cit.*, n^{os} 1170 et s., pp. 292 et s. 〈faute infractionnelle〉は, 行為者が自由な意思と認識をもつこと, かつ, 行為者に行動を正当化する事情がないことを前提としている。
- 90) 末道・前掲「ベルギー刑法改正の動向—刑法改正草案第 1 編の検討 (1)」158 頁参照。
- 91) Kennes, *op. cit.*, p. 49.

- 92) *ibid.*
- 93) *ibid.*
- 94) Avis Conseil d'Etat, n° 47.1, Kennes, *op. cit.*, p. 50.
- 95) Kennes, *op. cit.*, p. 50.

IV おわりに

現行刑法典では、故意や過失という犯罪の主観的成立要件に関する一般的な定義規定が存在していないことから、学説や判例によって解釈が積み上げられてきた。刑法の大原則である罪刑法定主義に従えば、個々の概念について明確な定義規定が置かれることが望ましいと考えられる。欧米諸国の刑法典においては、刑罰法規は明確かつ詳細に規定されているので、今回の刑法典総則改正法案においても、犯罪成立の主観的要件に関する一般規定が設けられている。

主観的要件としては、故意、特別故意、過失、秩序違反犯の主観的要件の4類型を規定しており、これまでの学説や判例を踏まえた規定内容になっている。各犯罪が、どの主観的要素を必要とするかという点については、法律に定めるとされていることから、刑法典各則の犯罪構成要件の規定に委ねられることになる。

また、犯罪論における主観的犯罪要素の位置づけについては、改正草案・法案では犯罪構成要素として客観的要素 (*élément objectif*) と主観的要素 (*élément fautif*) が規定されていることから、犯罪構成要素論 (いわゆる構成要件該当性) の中に位置づけられており、責任阻却事由を規定する責任論の中に位置づけられていないと考えられる。フランス語圏のベルギー刑法学では、構成要件該当性という概念を用いることは一般的ではないが、改正草案・法案では、犯罪論を、犯罪(行為)と犯罪行為者とに区別して、犯罪の客観的要素・主観的要素、正当化事由等は犯罪行為論の中に位置づけられ、責任阻却事由や無答責事由等は犯罪行為者論の中に位置づけられているので、故意や

過失等の主観的要素はいわゆる主観的構成要件要素に該当するものと考えてよいであろう。ベルギーやフランスの刑法学では、構成要件概念が用いられていないので、犯罪体系論について単純に比較することはできないが、ベルギー刑法典総則改正法案における犯罪体系論に関する起草者の見解を比較法的な視点で分析すれば、犯罪構成要素を充足すれば（構成要件該当性が認められれば）、行為の違法性と有責性が推定され、正当化事由や有責性阻却事由・無答責事由が認められれば、違法性・責任が阻却されるという犯罪体系論に類似する考え方に従っていると評価することも可能であろう。