

# 消極的構成要件要素の理論

——その予備的研究 (二)——

## 中 義 勝

- 一 序 論
- 二 支持説の支持根拠類別
  - 一 立法技術論
  - 二 並行関係論
  - 三 事態の錯誤論
  - 四 評価の客体論(以上、本誌一〇卷六号)
  - 五 『特別の』消極的構成要件要素との対比論
  - 六 違法性を基礎づける行為事情の不知見とこれを阻却する行為事情の誤認との論理的同一性論
  - 七 人的不法概念論
  - 八 法忠実論(以上、本号)
  - 九 違法性に関する幻覚的表象との競合論
  - 一〇 正当化前提に関する裏返された錯誤事例の処理論
    - 一一 同意の一元性論
    - 一二 正当化事由の事実的前提の体系的地位論
    - 一三 同語反復論

消極的構成要件要素の理論

一四 要 約

三 反対説の反対根拠類別

- 一 循環論法論
- 二 心理的不可能性論
- 三 正当化事由の客観的前提を誤認する者も自己が何をなすものであるかを知悉し且つ意欲するものである

四 構成要件の故意の規範的意識に対する機能的意義論

五 要 約

四 総 括

五 『特別の』消極的構成要件要素との対比論

一 ここに『特別の』消極的構成要件要素との対比論とは以下の趣旨においてこれを呼ぶものである。

いわゆる特別構成要件、即ち、刑法各本条において類別化されている禁止行為の概念形象中には、例えば、『介添人なき』決斗(二〇八条)、『両親の同意なき』誘拐(二三七条)、『婚姻外の』性交(一七二条二号、一七七条)、『反自然的な』淫行(一七五条b)、『汚名なき』少女(一八二条)等、一定の消極的事項を要件として内含するものが少くない。<sup>(1)</sup>

且つ、これらの事項は、もしこれに該る事態が存在するならば夫々の構成要件該当性を成立せしめず、その不存在が要件たる事項であり、また、一般の決斗・誘拐・性交等から夫々の内容を限定する要件である。その存否が各個の構成要件該当性の成立を左右するという意味で、これらも、当然、構成要件要素であり、且つ、特にその不存在が各個の特別構成要件該当性の要件たる事情だという意味で『特別の』消極的構成要件要素(Besondere negative Tatbestandselemente)である。これらが構成要件要素であるということは以下のことから容易に窺われる。つまり、こ

これらの『消極的』要件は、いささかもその実質を変ずることなく『積極的』要件としても表現可能である。例えば、『一八歳未満の者』（一四三条）は積極的表現を以て『児童及び少年』と言い換えることができる。<sup>(3)</sup>さらに、『それ自体としては義務違反ならざる行為』（三三一条）という如き表現も積極的内容を二重否定によって再現するものである。そして、これらはすべて実質的変更を伴うことなくその表現方法を変更し得ることを示す一例であり、ある事項が積極的に表現されるときには構成要件要素であるが、消極的に表現されるときには疑いの余地がないであろう。とこ  
ろで、これらの要件と正当化事由の前提的要件とを比較する場合、両者の間に如何なる異同を認め得るであろうか。  
なるほど、後者の主要なものは、各個の構成要件におしなべて妥当せしめらるべきものとして総則に規定されてい  
る。けれども、例えば、『官庁の免許なくして』（九三条）、『許可なくして』（二八四条・二八六条）、『権限なくして』  
（二七条・一三二条・一三二条b・二九六条a・三五三条b・c）等、各本条に規定されている正当化事由も少くない。そ  
して、これらの正当化事由がその成法上の位置をたがえるのはひとえに立法技術上の便宜に由るものであり、これに  
よってにわかにその法的性質を変ずるものでないことはいうまでもないであろう。従って、この点によってさきの諸  
事項と正当化事由との実質的差異を説くことは誤りであるといわねばならぬ。のみならず、特別の消極的構成要件要  
素が各個の構成要件の行為の主体・客体・手段等を限定し、その存否が所要の主体・客体・手段たることを妨げるこ  
とにより構成要件該当性を阻却することが多いのに対し、正当化事由の前提的要件の存在が行為の構成要件該当性を  
全体として阻却するものだとその差異も両者の実質的差異を証する論拠にはならない。蓋し、両者は、個々の要素の阻  
却を通じて構成要件該当性を阻却するか、全体としての行為の構成要件該当性を阻却するかの差異はあっても、とも

にその存在が行為の構成要件該当性を阻却するとの法的性質については差異はなく、前者の差異は実質的な法的同質性内部に存する無視して支障なき事実上の差異に外ならないからである。それ故、前者を（特別の消極的）構成要件要素とすることには疑いがないにもかかわらず、ひとり後者だけを（一般的な消極的）構成要件要素と解することに異を樹てることは、その理由がないといわねばならぬ。

この議論は、つとに、キッツィンガー<sup>(4)</sup>、ラートブルッフ<sup>(5)</sup>によって述べられ、『特別の消極的構成要件要素』なる名称も実は後者の命名するところだったのである。けれども、今日では、特にウェーバーによって詳論されていることは周知のところであろう。<sup>(6)</sup>

ところで、その存在が特定の構成要件該当性を妨げる事情が各個の構成要件に消極的な形で含まれていることには争いがないであろう。ウェルツェルのいわゆる『消極的な形で規定されている構成要件要素』(negativ gefasste Tatbestandsmerkmale)も同一のものに対する別名だと考えて支障ないと思われる。<sup>(7)</sup>しかし、仮令、このことに異論がなくても、右の議論は、まさに論証せんとする事項をその証明の具に供しているものであることは一見明白である。蓋し、もし正当化事由が行為の構成要件該当性を全体として阻却すべきものであるとすれば、わざわざ右の諸事項を引用してその特別の消極的構成要件要素たることの比論をなすまでもなく、直接に構成要件阻却事由として消極的構成要件要素たることを結論できる筈だからである。けれども、『正当化事由は行為の構成要件該当性を阻却する』との命題こそまさしく論証さるべき当面の課題だったのである。それ故、右の議論は消極的構成要件要素の理論を支持する根拠としてははじめから問題にならない。

(1) Weber, Mezger-Festschrift, S. 184 ff. この種の特別の消極的構成要件要素をおよそ三〇の多きにわたって数えている。

- (3) Weber, Mezege-Festschrift, S. 185.
- (3) Weber, Mezege-Festschrift, S. 185.
- (4) Kitzinger, a. a. O. S. 46.
- (5) Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in Festgabe für Reinhard v. Frank, Bd. I, S. 165.
- (6) Weber, Mezege-Festschrift, S. 183 ff.
- (7) Welzel, 7. Aufl., S. 74.

二 但し、右にいわゆる特別の消極的構成要件要素に対する批判の中には爾後の考察にとってかなり重要と思われるものがあるから、この機会にこれらの批判につき一瞥し、その問題点を確めておくことも無意義ではあるまいと思う。

まず、第一に、特別の消極的構成要件要素が構成要件の成立範囲をその制限的機能によって限定するという点において積極的構成要件要素から区分さるべきか否かの問題を取りあげてみよう。しかし、例えば、財産的法益の侵害において無限定の一切の侵害が各個の財産罪の構成要件を実現するものでないことはいうまでもないであろう。<sup>(1)</sup>『暴行又は脅迫により』『欺罔して』等の侵害態様における限定があつてはじめて強盗又は詐欺の構成要件が成立する。窃盗罪の客体といえども、ドイツ刑法上は、『動産』に限定されている。しかも、これらの限定者はいずれも積極的要素であることは明かである。のみならず、根本的には、構成要件とは共同生活に妥当している社会倫理的秩序からみだす一定の態度の概念的記述である。『それは、社会倫理的に非難さるべき何事をもなすなどの一般的禁止を、その都度毎に、一定の禁止された態度——殺人・窃盗・姦通等——に限定するものである』<sup>(2)</sup>。それ故、構成要件のすべての要素が相俟つて構成要件の内容を限定するものだというべきであり、ひとり消極的要素のみが制限的機能をもち

他は然らずとすることは適當ではなく、従つて、この点によつて両要素の特性を強調せんとすることは妥當でないといわねばならぬ。<sup>(3)</sup>

第二の批判はもつと重要な問題を含んでいる。それは消極的構成要件要素と故意の問題とに関連するものである。周知の如く、通常の構成要件要素は故意によつてその存在を認識されることを要すとされている。然るに、消極的構成要件要素の理論を採る諸家によれば、正当化事由の事実的前提の如きは、その不存在を認識することを要せず、却つて、その誤認が故意を阻却するにすぎない。そうだとすれば、事情は特別の消極的構成要件要素についても同様であらねばならないであろう。これによれば、例えば、文書偽造罪の故意には文書の不真正たることの意義が、ドイツ刑法二二七条の故意には両親の同意の欠如の知見が、加重的決斗罪の故意には介添人の不存在の認識が夫々不要であることになる。殊に最後のものについては、決斗罪の基本的構成要件と加重的構成要件の両者にとっては、しかく構成要件は夫々別個のものとしてせられつつ、その構成要件の故意は同一のものとされねばならないであろう。いわんや、特別の消極的構成要件要素は随意に積極的にも表現可能なものであるとすれば、それがたまたま積極的要素として採用されているときにはその認識が故意にとつて必要であり、消極的要素として規定されているときにはその不存在の認識は故意のために不要であるとの帰結を甘受せねばならぬ。これは明かに矛盾であり、到底維持できない見解である。それ故、この点に関してウェーバーが、消極的構成要件要素については、故意の行為者は反対の事情 (Gegensatz)、例えば、介添人を伴う決闘が行われているということ表象してないことが必要であつて、これを超えて、かような事実が欠けているということを意識する必要はない、と述べるときは、右の点についての不調和を看過するものといわねばならぬ。もし、また、特別の消極的構成要件要素に限つてその不存在の認識を故意のために必要であると

するならば、この見解はまた別の困難に遭遇せねばならないであろう。蓋し、一般的及び特別の消極的構成要件要素が実質上同一の法的性質を具備するものであるとすれば、構成要件の故意に対する関係においても同一の取扱いがなされるべきであり、前者についてのみその不存在の認識を故意に必要でないとしつつ、ひとり後者については全く別異の処遇をなすことは理由がないからである。<sup>(6)</sup>

なお、この点に關し、アルツール・カウフマン<sup>(6)</sup>の以下の見解を検討することも無駄ではあるまい。彼もまた『介添人なき』決斗、『両親の同意なき』誘拐等のメルクマールに注意を払う。しかし、彼は、これを『消極的内容をもつ積極的構成要件要素』(positive Tatbestandsmerkmale mit negativem Inhalt)と称し、故意に關しても諸他の積極的構成要件要素と全く同一の処遇をする。つまり、故意にはこれらの要素(介添人の不存在)を表象することが必要である。ところで、彼は、誘惑罪における『一六歳未満の汚名なき(undeschieltene)』少女というメルクマールに關し、ウェルツェル<sup>(7)</sup>が、ここでは故意は少女を汚名あり、且つ、一六歳以上だと積極的に認めることよつてのみ阻却される、と明言しているのをとらえ、かくては、ウェルツェルも消極的構成要件要素を少くともこの個所では承認するものであると指摘する。彼によれば、もしこれに反する見解をとるときは、本罪の故意は誘惑行為のときに少女の汚名なきこととその正確な年齢を表象することを要し、ドイツ刑法一八二条を実質上空文化せしめる非現実的帰結に達せねばならぬ。このさい、彼は、カイゼルスラウテルン地方裁判所の判例をも引用し、上記の異説が如何なる苦境に立たねばならぬかの次第を叙述する。本件では、被告人は一四歳の少女をくりかえし性交へと誘惑した。同裁判所の見解によれば、被告人は初回の關係の故を以てしては罰せられ得ない。蓋し、当時彼が少女の正確な年齢を知っていたということは証明されなかつたからである。ところが、少女の正確な年齢を知った上での次回以後の關係につい

ては、今度は、少女の汚名なきことが問題になって処罰を困難にさせる。かくして、右の異説によれば、被告人は無罪とされるの外ないことになるであろう。けれども、カウフマンの見解によれば、被告人は初回の関係において既に当然罰せられる。蓋し、彼は少女の年齢を一六歳乃至それ以上であると正確に知っていたわけではなく、従って、彼の故意は阻却されないからである。

しかし、右のアルツール・カウフマンの見解は、一部の諸家も指摘している如く、『一六歳未満』とか『汚名なきこと』等の事情は必ずしも確定的故意を以て認識されることを要せず、未必的故意による表象でも足りるということをおぼれたものといわねばならぬ<sup>(9)</sup>。行為者が、行為にさいし、少女の年齢の一六歳未満であることにつき寸分の疑いでももっているときには彼には本罪の未必的故意があるとして支障ない。『汚名なきこと』についても事理は全く同様である。かくして、一八二条によって、仮令、この個所に限ってであるにせよ、消極的構成要件要素の理論を認めねばならぬとする主張は充分理由あるものとはいえないことになる。

- (1) Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S.49~59.
- (2) Hirsch, a. a. O. S. 256.
- (3) Hirsch, a. a. O. S. 256.
- (4) Weber, Mezger-Festschrift, S. 185.
- (5) Vgl., Hirsch, a. a. O. S. 256~257.
- (6) Arthur Kaufmann, JZ 1956, S. 357~358.
- (7) Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, S. 38; Ders., 7. Aufl., S. 373.
- (8) JZ 1957, S. 182.



(9) Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, in ZStW., Bd. 70, S. 80; Hirsch, a. a. O. S. 257 Anm. 97.

三 以上によれば、特別の消極的構成要件要素なるものは存在しない。従って、これとの対比において一般的な消極的構成要件要素を論ずることも適当ではない。いわんや、この対比において、まさしく論証さるべき事項を証明の具に供するの誤りをおかしているのであるから、右の比論ははじめから問題にならない。但し、消極的構成要件要素に対して故意が如何様に関係すべきであるかという問題については、対立する両陣営においてなお多少の意見の交換がある。我々は以下においてその模様をみるであらう。

#### 六 違法性を基礎づける行為事情の不知見とこれを阻却する行為事情の誤認

##### との論理的同一性論

一 ここに、違法性を基礎づける行為事情とは、通説的意義における構成要件に内属する諸行為事情の意味において用いられる。かような事情の不知見が構成要件の故意を阻却するものであることについては異論はない。それ故、標題の命題は、構成要件に内属する諸行為事情の不知見も、違法性を阻却する諸行為事情（正当化事由の事実的前提）の誤認も、ともに構成要件の故意を阻却するという点では同一であるとの趣旨のものと解することができる。<sup>(1)</sup>

けれども、一部の批判も<sup>(2)</sup>如く、後半の命題こそまさしく論証さるべき事項そのものであらう。蓋し、もし正当化事態の誤認が構成要件の故意を阻却すべきものであるとすれば、正当化事由の事実的前提は、体系上、当然、消極的構成要件要素として位置づけされることになるが、後者の帰結を形式論理的に抽きだすためには前者の証明が不可欠だからである。それ故、この議論が右の命題を証明しないままに当然の事理として前提するものだとすれば、未証明の事理を用いてする論証であるとのそしりを免れるものではない。もしまた、正当化事由の事実的前提は、体系

上、消極的構成要件要素に配せらるべきであるということをも理由として右の命題を主張するものだとすれば、それは明かに倒錯した議論である。かくして、右の命題はそのものとして消極的構成要件要素の理論を支持する根拠であり得ず、むしろ、実質的な論証を以て達せらるべき帰結たることは明白である。但し、以上の批判は、いまだ、かような実質的証明が不可能であるか否かに触れるものではない。これこそ、消極的構成要件要素の理論が各種の視点から検討し、反対説との間に応酬を交わしている議論であるとせねばならぬ。

- (1) Frank, StGB, 18. Aufl., III 2 zu § 59; Lang-Hirrichsen, JZ, 1953, S. 363 ff. メッガーは違法性を基礎づける行為事情及びこれを阻却する行為事情の代りに夫々刑を基礎づける行為事情及びこれを阻却する行為事情 (Strafgrundende u. strafsachliegende Tatumsände) なる言葉を用い、<sup>1)</sup> 同趣旨の説明をしようとする (Mezger, LehrB, 2. Aufl., S. 319 ff., StNB, I, 8. Aufl., S. 175 ff.)。Vgl. Hirsch, a. a. O. S. 239 ff.

(2) Welzel, Anmerkung zu BGHSt 3, 105 u. 194, in JZ, 1952, S. 518 Anm.; Hirsch, a. a. O. S. 239.

二 なる、右の議論が不法事由 (Unrechtsbegründung) と不法阻却 (Unrechtsausschluss) とを対立させていることに關して、かくては論旨はむしろ反対説に武器を与える結果になるとの一部の批判がある。<sup>(1)</sup>

これによれば、さきにも触れた如く、違法性判断の前提的要件はただに構成要件に該当する事態の存在のみではなくされず、正当化事態の同時的不存在をも必要とするものである。その意味において、違法性を基礎づける行為事情のもとに構成要件に内属する諸行為事情のみを理解することは、まず、用語として適當ではない、次に、この点を無視するとしても、違法性の基礎づけに奉仕する諸行為事情と違法性の阻却に役立つ諸行為事情とを對置することは、前者、即ち、構成要件を組成する全要素から成る行為の刑法的重要性の承認を意味する。つまり、前者の実現は一般的・抽象的に違法性を基礎づけ、後者の同時的不存在を俟って行為は具体的にも違法と評価されるとの思考方法が認

められる。けれども、かような思考方法こそ、まさしく、反対説の用いるものではなかったか。かくして、右の議論は、みずからも気付かないうちに、反対説の思考方法を承認し、構成要件実現を刑法上重要なものとする前提に立ちながら、換言すれば、その規範違反的態度たることを認めながら、同時に、これを構成要件なき行為、即ち、刑法上重要ならざる行為と同視せんとの誤りをおかすものといわなければならない。蓋し、消極的構成要件要素の理論によれば、ある行為が特定の構成要件を実現することだけではいまだ刑法上無意義であり、もしその行為が正当化されるようなときには、はじめから構成要件に該当しない行為と価値的に同視されるとするからである。

右の批判は、構成要件に該当する行為と、はじめからこれに該当しない行為とは、刑法的考察上、既に無視し得ざる価値的差異を示すものであるという見解を前提とする。且つ、この見解は、消極的構成要件要素の理論に反対する諸家によりその反対の根拠としてしばしば提示されるところのものである。蓋し、消極的構成要件要素の理論にくみする有力な諸家によれば、<sup>(3)</sup> 両行為の具える価値的差異は否認乃至無視されるからである。それ故、かような見解に立ちながら、なお、構成要件に該当する行為を、抽象的にであるにせよ、違法性を基礎づけるものだと解する右の議論は、まさしく反対説に武器を与えるものであるという外はない。但し、構成要件に該当する行為とはじめからこれに該当せざる行為との間に、いうところの刑法上重要な価値的差異なるものが果して存するの否か、次に、これが肯定されるときには消極的構成要件要素の理論はもはや存立不可能なものであるのか否か、等の考察については、なお、あらためて論ずる機会があるであろう。

- (1) Hirsch, a. a. O. S. 240 ff.
- (2) Z. B. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl., S. 54 ff.; Ders., Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen

der finale Handlungslehre, S. 14, 17, Ders., ZStW, Bd. 67, S. 210 ff.; Fukuda, Das Problem des Irrtums über Rechtserfüllungsgründe, in JZ 1958, S. 144.

(3) Z. B. Weber, JZ 1951, S. 262; Ders., Meger-Festschrift, S. 188.

三 以上によれば、違法性を基礎づけるために役立つ諸行為事情の不知見はこれが阻却に奉仕する行為事情の誤認と論理的に同一視されるとの見解は、実質的考察を以て論証さるべき課題であり、消極的構成要件要素の理論の帰結を示すだけで、その論拠を提供するものではないといわねばならぬ。

#### 七 人的不法概念論

一 ここに人的不法概念論というのは、人的不法概念 (personaler Unrechtsbegriff) を以て消極的構成要件要素の理論を根拠づけようとする見解のことである。従つて、その内容をたしかめるにあつては、人的不法概念自体の内容につき何ほどか知るところがなければならぬ。それ故、以下しばらく、この点に関するウエルツェルの見解を窺うことにしたい。

彼によれば、行為者 (Täterperson) から内容的に解放された結果惹起 (法益侵害) が不法 (Unrecht) をつくすのではなくして、行為は、一定の行為者の所業としてのみ違法である。即ち、彼がその客観的行為に如何なる目標設定を与えたか、彼が如何なる見地からこれをなしたか、そのさい如何なる義務が彼に課せられていたか、これらすべてがその都度毎の法益侵害と並んで所為の不法を決定するのである。違法性とは、常に、一定の行為者に関係づけられたる所為の不当視であり、不法とは行為者に関係づけられた『人的な』行為の不法である。法益侵害 (結果の反価値 Erfolgswert) は、刑法上は、人的に違法な行為の内部で (行為の反価値の内部で innerhalb des Handlungs-

unverts) のみ意義をもつ<sup>(1)</sup>。過失犯にあつても、その刑法上本質的な部分は有意行為によつて惹起された結果、即ち、結果の反価値、の中に存するのではなく、欠陥ある行為 (fehlerhafte Handlung)、即ち、行為の反価値、の中に存するのである<sup>(2)</sup>。過失犯の決定的不法内容は、現実に企行された行為の、取引上必要な注意にもとづいて保持されねばならなかつたような態度に対する不当関係、即ち、行為の反価値、の中に存する<sup>(3)</sup>。

右の人的不法概念がいわゆる目的々行為論の成果のひとつとして主張されていることは人の知るところであらう。但し、前者が後者とのみ論理的不可分關係に立ち、他の立場からは人的不法概念を主張し得ないか否かはまた別論としよう<sup>(4)</sup>、蓋し、ここで問題となつてゐる人的不法概念論の主張者はいずれも目的々行為論者であり、その立場から人的不法概念を支持することにより、逆に、消極的構成要件要素の理論に関するウエルツェルの見解に反対してゐるからである。

それでは、人的不法概念を採るときには、何故に一体消極的構成要件要素の理論に達せねばならぬというのであろうか。上記の如く、人的不法概念によれば、ある行為の不法は単なる法益侵害(結果の反価値)のみではつくされず、すぐれて行為の反価値を具えることを必要とする。且つ、この行為の反価値の内容をなす主要なものは、故意犯に限つて考察することにすれば、構成要件の実現に向けられた目的々意思である。然りとすれば、ある行為の正当化も単なる正当化事態の客観的存在(結果の価値)のみではつくされず、これにみあう目的々実現意思(行為の価値の中核)の存在を必要とする筈である。事実、ウエルツェルも、単に客観的な防衛の事実のみでは正当防衛は成立せず、現在の侵害を知つた上で、これに対する防衛意思(Verteidigungswille)を以てする防衛にはじめて行為は正当化される旨を説き、且つ、これを、行為を動機づける同意の認識(die die Handlung motivierende Kenntnis der Einwil-

(Iigung)とともに主観的正当化要素 (subjektives Rechtfertigungselement) と名づけている。<sup>6)</sup>これを要するに、人的不法概念にとっては、通説的意義における客観的構成要件要素は積極的・客観的不法要素であり、構成要件の故意を中核とする主観的構成要件要素は積極的・主観的不法要素となり、また、客観的な正当化要素は消極的・客観的不法要素で、右にいわゆる主観的正当化要素は消極的・主観的不法要素であると解されることになる。故に、前両者の存在を前提的に仮定する場合においても、後両者中前者が存して後者が存しなければ、結果の反価値につき一部欠けるところがあるとはいえず、行為の反価値にはいささかも影響するところがない。さらに、同一の仮定のもとに、後両者中前者が不存であっても、即ち、結果の反価値には欠けるところがなくても、後者が存在するときは行為の反価値はいまだ完全には自己を貫徹し得るものとはいえない。例えば、故殺の不法を完全に具えるものとはいえない。且つ、正当化事由の事実的前提の錯誤による実現意思が故意の不法の成立を妨げるものとすれば、かかる実現意思は構成要件の故意の成立を妨害するものであるといわねばならぬ。蓋し、ある行為が構成要件としては故意のそれに該当しながら、違法性としては故意のそれを具備しないとすることは体系矛盾であるからである。逆にまた、故意の不法を具えぬ行為は、構成要件としても故意のそれに該当せぬものと考えねばならぬ。

これに対しては、まず、以下の如き批判がある。右の議論によれば、客観的な正当化事態 (A) が存在しても主観的な正当化要素 (B) が存在しなければ正当化 (C) は達せられないのであるから、前者が不存でも後者さえ存在するならばなお行為は正当化される、ということになる。これは、 $A + \text{non}B \# C$  を理由として、 $\text{non}A + B = C$  なる命題を導こうとするもので、その論理的に誤りであることは一見明白である。あたかも、水素は酸素の付加なくしては水とならないのであるから、酸素は水素の存在なくしても水になると主張するにひとしい。前者の命題からは、た

だ、主観的正当化要素が存在しても客観的正当化事態が欠けるならば行為は正当化されぬという命題のみが抽きださるべきである。<sup>(8)</sup>

しかし、右の批判は、さきの主張の真意を理解するにつき、いささか蔽にすぎるものといふべきである。さきの主張は、行為の不法はただに結果の反価値から成るのみでなく、すぐれて行為の反価値から構成されるものであり、且つ両者は夫々、積極的乃至消極的な客観的要素(A、B)と同主観的要素(C、D)を含むものであるから、消極的・客観的要素が不存であっても消極的・主観的要素が存在するならば、行為の反価値はいまだ充分に具わるものとはいえず、ひいては、所定の(故意の)不法に達しない旨を説くものと理解すべきである。いま、さきの例にならつて、以上の関係を公式化すれば、それは  $A + \text{non}B + C + \text{non}D = E$  を前提として  $A + \text{non}B + C + D \neq E$  を帰結するものであるにすぎない。且つ、この限りにおいては、右の見解には論理的矛盾は存しない。

尤も、右に、行為は故殺の不法に達しないとする趣旨は、事情によってはそれが過失致死の不法を具えるものたることを妨げるものではない。換言すれば、正当化事態の誤認(消極的・主観的不法要素の存在)により故意の行為の反価値に欠けるところがあつても、過失のそれを具える場合のあることを否定するものではない。それ故、右の見解は、一面において、行為の反価値の欠如を説きながら、他面、行為の反価値の存在を認めるものであり、行為の反価値が欠けるが故に故意は存しないとしつつ、同じく行為の反価値が存在するから過失が認められるとする矛盾した言説をなすものであると批判するときは、この批判もまた右の見解の真意を察せぬものといふべきである。同一の行為の反価値なる概念の内部で、故意行為のそれと過失行為のそれとを区分することは、ウェルツェルにおいてもみられるところであつたのである。<sup>(9)</sup>

第三の批判は一層重要である。蓋し、それは人的不法概念論を正確に理解した上で、なおかつこれが不当な前提にもとづくとする批判であるからである。これによれば、人的不法概念論は、行為並びに結果の反価値において、もっぱら具体的なそののみを理解し、抽象的なそのの蔽存することに一顧をも払わず、もしくはその重要性に関心を示さないものである。即ち、この見解は、消極的構成要件要素の理論にいわゆる不法構成要件の全積極的要素の存在と全消極的要素の不存在とを併せて全所為（行為及び結果）の価値・反価値を観念しようとするものであり、消極的構成要件要素の理論を前提とし、これを基準として行為乃至結果の反価値を理解しようとするものに外ならない。けれども、行為乃至結果の反価値を、かく具体的なそのの意義に限って理解するときは、大抵の正当化事由において要求される『必要性』なる要件の存在理由につき明確な説明をすることが困難になるであろう。例えば、防衛的反撃行為は、仮りに諸他の要件をことごとく具備する場合といえども、無制限に許されるものではない。さような反撃をすることが必要であり、且つ、それが相当な程度を保持して行われてはじめて行為は正当化される。正当化のためにかような限定的要件が存在するということ自体、右の防衛的反撃を刑法上何ほどか重要なもの、換言すれば、抽象的には反価値なものと考えていることを物語らねばならぬ。かくして、人的不法概念論にいわゆる行為乃至結果の反価値はこの点についての法的要求にも調和し得ない。<sup>(4)</sup>

ところで、私見によれば、右に抽象的な行為乃至結果の反価値とは別に、具体的なそれを説くことは、それ自体としては充分可能なものである。現に、抽象的な違法性とは別に、具体的なそれを説くことは、広く一般に行われているところである。のみならず、ウェルツェルの人的不法概念の内容そのものも、必ずしも前者の意義に限ってこれを理解せねばならぬほどの明確性をもつものではない。<sup>(5)</sup> それ故、両者とも可能な見解であるといわねばならぬ。<sup>(6)</sup> 問題



は、抽象的な行為乃至結果の反価値なる概念を認めるとして、それが刑法上の実質的考察、特に構成要件の故意の成否に関連して、如何なる意義をもつかという点に在る。且つ、その検討は、刑法上重要な行為の概念形象としての構成要件概念の承認のもとに、なおかつ消極的構成要件要素の理論を主張することが可能か否かという問題に集約されるであろう。従つて、この限りでは、人的不法概念論は、それだけでは消極的構成要件要素の理論を根拠づけるに足らぬものであり、その当否の命運を右の問題の解決にゆだねるものであるといわねばならぬ。

最後に、人的不法概念論は目的々行為論による故意概念と調和し得ないとの批判がある。これは、人的不法概念論の主張者たるウェーバー及びビュッシュタインがともに目的々行為論者であることにより、彼等の体系内部の破綻を衝く趣旨にいでた批判であろう。目的々行為論によれば、故意とは一定行為の目的々実現意思である。従つて、この立場から消極的構成要件要素の理論を導きだそうとするときには、正当化事由の客観的前提も故意行為の目的性の対象である旨の論証をせねばならぬ。然るときは、行為にさいして、思惟可能な一切の正当化事由の客観的前提の不存在を確認するという心理的に不可能な要求を認めねばならぬことになるであろう。蓋し、正当化事由の存在を現認し、これを実現する意思は毫も故意ではないからである。けれども、消極的構成要件要素の理論を説く諸家といえども、一般にかような不可能事を要求するものではない。むしろ、彼等は、故意のためには正当化事由の客観的前提の単なる不知見のみで充分であるとし、これを積極的に認識した場合にのみ故意が阻却されると説く。しかし、行為の目的性が、たとえ部分的にもせよ、不知見、即ち、意思の欠如から成るということは不可能である。然らずとすれば、目的性なるものは、その現実的存否にかかわらず認識されざる一切の事項にも志向されることになり、その限定的特性を喪失するにいたる。尤も、故意としては通説的構成要件の客観的要素の目的々実現意思とし、これとは別に、正

当化的実現意思なるものを認めて正当化前提の存することを知りながらする行為（例えば、正当防衛による殺人）の目的々実現意思をこれに配し、後者の存するときには故意が欠けるとすることも可能なようにみえる。けれども、然るときは、同一の殺人意思が前者の場合には故意であるのに後者の場合には故意でないという矛盾した主張をなさねばならぬことになるであろう。それ故、ウェーバーやシャフシュタインが目的々行為論を採りながら、この立場から消極的構成要件要素の理論を説くことは体系上相容れない主張を同時にするものだというの外はない。<sup>(64)</sup>

右の批判が人的不法概念と直接関係あるものでないことはいうまでもないであろう。その限りでは、ここでこれに對する論評を加えることもとを得たものでないともいえよう。しかし、この機会に、右の批判から爾後の考察に對しての問題点をひろい上げること、あなたがちに無意義なことではないであろう。まず目的々行為論を採りながら消極的構成要件要素の理論を説こうとするときは、思惟可能な限りの正当化事由の客觀的前提の不存在を認識せねばならず、これは心理的に不可能なことを強いるものだとする見解については、以下の点に注意せねばならぬ。即ち、この心理的不可能説は、目的々行為論との結合如何にかかわらず、一般に消極的構成要件要素の理論に對して向けられる常套的批判であるということである。ところで、消極的構成要件要素の理論を採る諸家の内には、この心理的不可能説を認めた上で自説を救済する方法に苦慮する者の外、該説自体を誤解による誇張的主張だとする者があり、これに對する態度も一様ではない。我々は、以下において、この点につき考察するであろう。次に、正当化事由の客觀的前提の認識が（誤認をも含めて）故意を阻却するとの主張が、右の内、前者の態度に属するものであることは明白である。これに對しては、ドイツ刑法五九条の文言と一致するか否かの問題があり、これをも含めてさきの考察において検討することが適當であろう。

- (1) Welzel, 7. Aufl., S. 56 ff.
- (2) Welzel, 7. Aufl., S. 36.
- (3) Welzel, 7. Aufl., S. 113.
- (4) 例えば、田藤教授は必ずしも目的々行為論を支持されるわけではないが、『刑法綱要』総論六九頁以下)、それだからといって人的不法概念を否定されるものではない(同九〇頁)。最近、故意を構成要件乃至違法性の主観的要素であるとする見解が次第に支配的になってきているが、かような見解と目的々行為論とが論理的に不可分の関係にあることを要しないことは、目的々行為論に反対する立場からも右の見解が是認されていることによつて理解される。
- (5) Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, S. 17; Ders., Mezger-Festschrift, S. 191; Schaffstein, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, in MDR 1951, S. 196 ff.
- (6) Welzel, 7. Aufl., S. 79.
- (7) Welzel, 7. Aufl., S. 88.
- (8) Hirsch, a. a. O. S. 246.
- (9) Hirsch, a. a. O. S. 246 u. Anm. 75.
- (10) Welzel, 7. Aufl., S. 113.
- (11) Hirsch, a. a. O. S. 247 ff.
- (12) ヒルシヒによれば、ウエルツェルにおいても構成要件該当性と行為の反価値とが相互にどのような関係づけられるかの説明は必ずしも明白ではなからず。即ち、ウエルツェルがその教科書(6. Aufl., S. 57)で行為の反価値を説明するときには具体的個人的違法性を見える場合にはこれが与えられると解釈してよい余地を許しているようにみえることと、Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl., S. 55 Anm. 243に於て反価値の見解を明言するものではないこと(Hirsch, a. a. O. S. 248 Anm. 77)。
- (13) ヒルシヒ自身も、行為の価値・反価値なる概念は、その評価の観点の異なるに依りて、相異なる内容のものが並立可能である

としている。彼によれば、故意構成要件に該当する行為には既に行為の反価値が具備されているというときには、故意問題と關係ある行為の反価値が与えられているというまでのもので、これとは別に、全違法性に關係ある行為の反価値 (Rechtswidrigkeitshandlungswert) が存することを否定するものではない (Hirsch, a. a. O. S. 250 u. Anm. 81.)。けれども、私見によれば、何故に故意問題が前者にのみ關係づけられねばならぬかがまず論証されるべき問題であつて、これを証明することなくして議論をすめることは不当前提論に外ならない。まさしく、この前提問題が論争の中心であることを忘るべきではない。

(4) Hirsch, a. a. O. S. 249 ff.

二 以上によれば、人的不法概念論は、それだけでは反対説をしりぞけて消極的構成要件要素の理論を確定的に根拠づけるものではなく、その成果を刑法上重要な行為の概念形象としての構成要件概念の認否如何の問題、及びこれが承認されるにもかかわらず構成要件の客観的要素の実現意思が犯罪論体系上の諸問題と矛盾なく調和し得る故意としての性格をもつものであるか否かの問題にからしめるものである。

#### 八 法 忠 実 論

一 ここに法忠実論とは以下の趣旨においてこれを名づけるものである。

正当化事由の客観的前提を誤認する者は、行為の一般的違法性につき錯誤する者に反し、『即自的には法に忠実』(an sich rechistreu)である。即ち、彼は、法秩序により是認されている何事かの実現を欲するものである。これに反し、行為の一般的違法性につき錯誤する者は、法秩序によって禁止されている何事かの実現を欲するものであり、ただ、彼ひとりその実現を許されているものと信じているにすぎない。後者が、何を禁止されているかを知りながら、その禁止性(違法性)そのものにつき錯誤するものであるに反し、前者は禁止されている事項そのものにつき錯誤するものである。<sup>(4)</sup>

これに対しては、まず、以下の如き批判がある。即ち、正当化事由の客観的前提を誤認して何がしかの侵害行為をなす者、例えば、誤想防衛により殺人する者は、事情によっては過失致死のかどを以て罰せられる。このことは、消極的構成要件要素の理論を説く論者自身によって主張されているところである。けれども、誤想防衛による殺人者が、真に『法忠実』であるべきだとすれば、にもかかわらず、たとえ過失致死としてであるにしても、これを罰することは法に忠実な者を法が不当視するという矛盾した帰結を認めることになる。<sup>(3)</sup>

しかし、この批判は、右の主張が『即自的には』法に忠実であるとする点を看過するものであるといわねばならぬ。右の主張といえども、誤想防衛による殺人者が、『対自的には』法の是認せぬ行為の実現を欲するものであることを否定するわけではない、このことは、構成要件の錯誤として異論なく認められている事例についても妥当する。例えば、人影を野獣と誤認して射殺した者は殺人構成要件により客観的に(対自的に)禁止されている事項を知らずして実現するものである。彼の表象内容は、(即自的には)禁止されている何事かに向けられているものではない。にもかかわらず、彼は事情により、過失致死のかどを以て罰せられる。その理由は、彼によって表象・意欲された行為が客観的には(対自的には)義務に違反する態度であったという点に在る。かくいえば、禁止の錯誤として一般に異論なき事例にあつても、行為者は『即自的には』法に忠実に行為するものであるとの反論が提出されるでもあろう。且つ、この反論は、消極的構成要件要素の理論を支持するシュレーダー<sup>(4)</sup>及びランク・ヒンリクセン<sup>(5)</sup>によつても提出されているという意味で、特に重要である。

これによれば、正当化事由の客観的前提を誤認する者は、誤認にかかる表象内容をそのままに前提してその意思内容を評価すれば、即自的には法に忠実である。けれども、同一のことは、禁止の錯誤として異論なき事例についても

妥当する。例えば、隣家の子を適当に懲戒することは許されていると信ずる者は、その錯誤をそのままに前提して彼の意思内容を考察するときは、毫も違法性の意識を以て行為する者ではなく、却って、即自的には法に忠実に振舞うものである。しかし、この批判は以下の点において適当ではない。即ち、両者とも行為者の錯誤内容をそのままに前提するとはいえ、前者においては評価(違法性評価)の客体たる行為自体に関する錯誤を前提するに反し、後者については客体(行為)に対する行為者自身の主観的评价(違法性の錯誤)をそのままに前提する。かく、両者において、ひとしく行為者の錯誤をそのままに前提するとはいえ、既にその前提たる錯誤の関係客体を異にする以上、これに対する『即自的には法に忠実』なる評価自体もそれぞれ意義を異にするものであることを知らねばならぬ。つまり、前者においては、くりかえし述べているように、行為者の表象内容をそのままに仮定し、これを違法性評価なる視点から眺めるときには、その意思は毫も法秩序上否認されている何事かに向けられたものではない。この思考方法を後者に適用するときは、両者の相違は一目瞭然である。即ち、後者にあつては、行為者には自己が何事をなすものであるかについての事実表象には何らの錯誤も存しない。錯誤はこの事実表象に対する彼自身の評価に在る。それ故、彼自身の表象を前提としてその実現意思を評価すれば、彼自身が恣意的にこれを許していると信じていたとはいえ、なお法秩序上禁止されている何事かに向けられた意思であり、この意味では毫も『即自的には法に忠実』であるとはいえない。かくして、第二の批判は、前提とされる錯誤が評価の客体に関するものであるか、それとも評価自体に関するものであるかの検討を怠つて帰結を急ぐものというべきであり、従つてその帰結は是認できない。<sup>(6)</sup>

最後に、以上の点を度外視するとしても、例えば、攻撃の『違法性』とか反撃の『必要性』とかの規範的要素に関する法律の錯誤にある者も真に『即自的には法に忠実』といえるかとの批判がある。論者はこの批判を根拠づけた

めに、例えば、今や構成要件の錯誤と解することに異論なき『物の他人性』に関する法律の錯誤を引用する。その趣旨は、かような法律の錯誤にある者も明かに法忠実に行為するものではないという点に在る。<sup>(5)</sup>けれども、ここでも、『即目的には法に忠実』という言葉の理解についての混乱が指摘されるであろう。なるほど、法律の錯誤があったという限りでは、行為者は法規の要求する法律概念の概念内容につき理解を全うしたものとはいえず、この意味では法に忠実ではなかったとも称し得よう。しかし、行為者の実現意思はいかなるかも他人の物の侵害に向けられていたわけではなく、逆に、法秩序によって是認されている事項に志向されていたのであり、この意味では彼は『即目的には法に忠実』だったわけである。ここでも、我々は、右の法忠実論は、行為の一般的違法性に関するものではなく、また、規範的要素に関する法律の錯誤によってその認否が左右されるものでないことを知らなければならぬ。

- (3) Löffler, Besprechung der 5. Aufl. des Lehrbuches von Franz von Liszt, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 20, S. 776; Stooss, Schw. Z. Bd. 10, S. 364; Denkschrift z. Entw. 1919, S. 24 ff.; Denkschrift z. Entw. 1927, S. 17; Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. III, S. 550; Ders., Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 339; BGHSt., Bd. 3, S. 106 ff.; Lange, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, in JZ 1953, S. 12; Frank, StGB, 8./10. Aufl. und. 11./14. Aufl., III 2 zu § 59; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in ZStW., Bd. 67, S. 46 Anm. 89; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1950, S. 179; Weber, JZ 1951, S. 262; Ders., Mezger-Festschrift, S. 191; Jescheck, Sitzungsniederschr. d. GStRKomm. II, AT., S. 41; Roxin, Offene Tatbestände und Rechspflichtenmerkmale, SS. 112 ff., 120; Englisch, Tatbestandsirrtum und Verbotirrtum bei Rechtfertigungsgründen, in ZStW., Bd. 70, S. 599 ff. Vgl., Hirsch, a. a. O. S. 234 ff.

- (2) Hirsch, a. a. O. S. 234.
- (3) Schröder, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH, in MDR 1953, S. 71.
- (4) Lang-Hinrichsen, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in JZ 1953, S. 364 Anm. 18.
- (5) 本誌「ウホルトン」(JZ 1952, S. 598 Anm. 1.)及び「トウマン」(Deutsches Strafrecht, AT, 2. Aufl., S. 372) において論拠として法忠実論を批判している。
- (6) ヒルシュ自身も、以下の本文で述べる正当化事由の規範的要素に関する法律の錯誤の場合を除いて、「一応これを認めるように」たえ (Hirsch, a. a. O. S. 235)。
- (7) Hirsch, a. a. O. S. 235.

二 けれども、再思すれば、最後の批判にはなお重大な問題がかくされていることを看過すべきではない。即ちある攻撃を違法だと思ひ、これに対する反撃を必要且つ相当だと判断することは、とりもなおさず、自己の行為を適法だと信ずること、つまり、自己の行為の一般的違法性につき錯誤することに外ならない。かような場合、右の一般的違法性に関する錯誤との区分において、この一般的違法性評価の客体に関する錯誤を独立して説くことは果して可能であるか。この問題は、消極的構成要件要素の理論の反対者によって提出される深刻なる疑問である。従つて、その詳細についてはさらさらためて考察しなければならぬ。しかし、ここでは、以下のことだけをあらかじめ記しておこう。即ち、不真正不作為犯において、もし作為義務の存在が不可欠の構成要件要素であるとすれば、これが知見は当然に構成要件要素に属し、にもかかわらざる不作為意思は必然的に義務違反の意識を含むものである。然るときは、不真正不作為犯においては、構成要件の故意と不法故意(違法性の意識)とは不可分離的なものと解されるの外はないこととなるであろう。にもかかわらず、少くとも責任説を採る論者においては、両者は截然と分割されている



し、また、分割されなければ自説の破滅である。そこで、彼等は、必ずしも作為義務そのものをでなく、この義務を組成する前提的諸要件、例えば、保証者たるの地位 (Garantenstellung) を構成要件要素に数えることを通例としている。然るときは、同様の考察を攻撃の『違法性』とか反撃の『必要性』とかに適用できないものであろうか。ここでは、攻撃の『違法性』を基礎づける前提的諸要件、反撃の『必要性』を判断せしめるための攻撃・防禦の事実的程度等が考えられることになる。もしこの考察が正しいものだとすれば、攻撃の『違法性』・反撃の『必要性』そのものにつき錯誤した者は禁止の錯誤をおかすものであり、これらの前提的諸条件につき錯誤する者は、禁止性 (違法性) 評価の前提的客体につき錯誤するものと解されて支障なきこととなる。つまり、前者が行為の一般的違法性に関する錯誤であるに対し、後者はこの一般的違法性評価の客体に関する錯誤であり、この錯誤をそのままに前提する限り、行為者の実現意思はいささかも法秩序によって禁止されている事項に向けられているものではなく、この意味では『即自的には法に忠実』だということになるであろう。ともあれ、この委細はなおあらためて詳論さるべきである。ここでは、我々は、右の疑問も、法忠実論にとって必ずしも致命的なものであるとはいい難いとすることで満足することにした。

三 以上によれば、法忠実論に対する批判は、最後の疑問を保留することにすれば、ことごとく妥当でない。

(未完)