

## 消極的構成要件要素の理論

— その理論史的研究(一) —

## 中 義 勝

## 一 序 論

二 メルケルにおける消極的構成要件要素の理論(以上本号)

## 一 序 論

一 一)に消極的構成要件要素 (negative Tatbestandselemente, negative Tatbestandsmerkmale oder negative Tatumstände) とは、その不存在が構成要件の要素たる諸行為事情、換言すれば、それが存在するならばある行為の構成要件該当性を妨げしめるような諸行為事情を指称するものである。この意味では、消極的構成要件要素とは、またこれを構成要件阻却事由と呼び換えてもいささかも支障なきものである。例えば、正当防衛を成り立たせるために必要とされるもろもろの行為事情がこれに属する。そこで、いわゆる消極的構成要件要素の実質的内容とその法的性質とを含めて一般的に定義することにすれば、消極的構成要件要素とは、正当化事由を組成する事実的前提 (tatsächliche Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe) たる諸行為事情であつて、もつこの事情が存在す

るならば一定行為の構成要件該当性を喪失せしめるようなものであり、この意味では、特定の構成要件該当性を肯定するためにはむしろその不存在が要求される諸行為事情がこれである、となすことができる。そして、構成要件の要素につき、その存在が必要とされる諸行為事情（積極的構成要件要素）と並べてその不存在が必要とされる諸行為事情（消極的構成要件要素）を全く平等の権利を以て認める見解を、学説上、消極的構成要件要素の理論（Die Theorie [od. Lehre] von den negativen Tatbestandsmerkmalen）と称する。本稿において消極的構成要件要素乃至は消極的構成要件要素の理論と称するもの、全く上記の内容のものに外ならぬ。

二 ところで、消極的構成要件要素認否如何の問題は犯罪理論上如何なる実質的価値をもつものであろうか。固より、消極的構成要件要素が構成要件の組成分子である以上、積極的構成要件要素と相俟つて、構成要件が犯罪理論上に機能を發揮する場面に参与してその消長を生ぜしむべきものであることはいうまでもない。然るに、消極的構成要件要素の理論によつて構想されている構成要件の内容は、通説的な構成要件概念を更に制限して掌握するものである。つまり、例えば、正当防衛による反撃的殺人の場合においては、通説では一応この行為の殺人構成要件への該当性を肯定しつつ、他面、ただその違法性が阻却されるにすぎぬと考えるに對し、この理論によれば、右の行為は当初から殺人構成要件に該当するものでないとし、かく構成要件該当性の妥当領域を通説に比し縮小、制限するものなのである。且つ、右によつても窺い知られる如く、その縮小の原理は、およそ可罰的違法性を阻却せしめる事由あるときにはこれに構成要件該当性を妥當せしめないという点にあるのであるから、その構想にかかる構成要件の内容は可罰的違法行為類型そのものとして把握されているといわねばならぬ。通説が、その犯罪理論の構築にあつて、まず、ある行為に對する構成要件該当性の判断を施し、ついで、かくして得られた構成要件該当の行為の違法性を吟味し、

右の内、構成要件該当にして違法と考えられる行為のみをとりあげて自後の刑法的考察の対象を制限するという過程を踐むのに対し、この理論によれば、右の構成要件該当の判断と違法性のそれとは構成要件該当の判断だけで一挙にしてなしとげられることになるのである。そこで、冒頭の問題は、行為に対する構成要件該当性・違法性・可責性なる三層的判断を以て構成される通説的犯罪論体系に比し、消極的構成要件要素の理論を支持する見解では、行為に対する構成要件該当性（或いは、構成要件該当的違法性乃至可罰的違法性）・可責性なる二層的判断を以て犯罪概念を構成することになり、まず、この点において右の理論の認否如何が犯罪論体系上重大な差異を生ぜしめることになる。ところで、行為に対する三層の犯罪論体系と二層の犯罪論体系とが、それぞれに自己矛盾なく成立可能なものであるとすれば、むしろ後者の簡明に若くはないであろう。けれども、この点に関する両者間の争いは、或いは、構成要件の内容を組成する行為事情と違法性阻却に役立つ行為事情とは、共に行為事情であるというその外面的類似性にもかかわらず、それぞれ異なる目標(概念)の統制を受けてその地位を与えられているものであるから、かく異なる概念の形成に参与する行為事情を敢て結合し、且つこの結合によつて与えられる第三の概念を捏造することは、許すべからざる異質物の強制結婚であり、分裂の矛盾を含んだ概念の虚構であるとし、或いは、構成要件の内容を終局的に確定するためには、違法性の判断に積極的・消極的に役立つ行為事情の参与を俟たずしては不可能であり、違法性の判断と絶縁して独歩し得る独立の構成要件概念を思惟することは論理的に不可能であるとする点にある。両者の争いは、この点において、最も尖鋭化した理論的相剋の相貌を呈しているようである。両者の間にはいささかも妥協の余地がなく、論理上寸毫も両立・併存の許されざるこれかあれかの択一関係のみが残される。もつとも、両者の対立をかくまで尖鋭化せしめたのは最近のことに属し、以前には、ある行為事情を消極的構成要件要素と名づけるか、それ

とも正当化事由と呼ぶかはもつぱら用語の問題であつて、孰れに従うも本質的差異は存しないとする見解も存したものである。けれども、右の対立そのものがかかる微温的見解の存在余地を疑うところから出発するものであることは明かであり、いやしくも消極的構成要件要素の理論につき考察する者にとつてはこの対立と対決することは回避できない課題であるといわねばならぬ。

次に、右にみられた構成要件該当性の妥当領域の縮小的把握をめぐる対立的見解は牽いて、構成要件が犯罪論体系上に果す個々の機能にも消長を及ぼさずしてはやまないであろう。ところが、構成要件は全犯罪理論の指導形象として、その限々にまで滲透して機能するものであるとすれば、その影響するところは単に一、二にとどまらない筈である。けれども、通説的構成要件が違法性と相合して機能する限りにおいては、構成要件該当性の妥当領域を広狭執れに解するも法令の解釈・適用上に差異を生ぜしめない。例えば、共犯の質的従属性にいわゆる正犯資格が、通説上、制限従属性と極端従属性との両者に限つて争われているのであるが、その孰れに従うも右によつては特別の問題を生ぜしめない。蓋し、両者とも、最少限度において、構成要件該当にして違法な行為を正犯資格として要求するからである。罪数論また然りといわねばならぬ。けれども、故意論、従つてまたその裏面たる錯誤論においては、構成要件該当性の妥当領域の広狭をめぐる争いは、最も深刻にその相貌を露呈せずしてはおかないものがある。即ち、まず、故意とは法定の構成要件に内属する行為事情の認識であり、これが不知見（錯誤）につき過失あり、且つ過失を罰する法規あるときに限つて過失犯が成立するということについては学説上全く異論をみない。ところが、故意の予見対象であり、過失の可能的予見対象である構成要件に内属する行為事情の範囲につき、もつぱら積極的行為事情のみに限つてそれと認める見解と、消極的行為事情をも含めてこれを觀念する見解の対立が存するときには、牽いて、故意又

は過失の成立範域にも重大な相違を招来せざるを得ない。具体的には、例えば、誤想防衛につき過失が認められる場合の処遇につき、兩陣営において顯著なる帰結の相違が見られる。即ち、消極的構成要件要素の理論を否認する立場にあつては、正当防衛の要件たる諸行為事情は違法阻却事由（従つて、消極的違法要素）であつても構成要件阻却事由（従つて、消極的構成要件要素）ではないのであるから、これが錯誤はいささかも故意犯の成立を左右しないのに対し、然らざる見解では、これが錯誤は構成要件要素（消極的）の錯誤であり、従つて、故意の成立を阻却して、ただその錯誤に過失あり且つ過失を罰する法規あるときに限つて過失犯の成立を認めるにすぎない。もつとも、前説においては、右の錯誤は違法性の錯誤（この場合は違法性の過失）であると考えられているのであるが、かかる見解内部において、更に、違法性の過失は故意を阻却して過失の成立のみを認めるとする説、違法性の過失は法律の過失犯として故意犯に準じて罰すべきだとする説、及び右に示した故意犯の成立を左右しないとする説等々の諸説が屹立していることであるから、問題ははかく簡単にはすまされない。いずれこれらの諸説についても更めて論究する予定であるが、ここでは煩を避けて、ただその典型的な対立意見を摘示したにすぎぬということを了承されたい。してみると、消極的構成要件要素認否如何の問題は、啻に理論的関心からのみならず、また実務的関心からしても到底無視しておくことのできない課題を提出するものであるといわねばならぬ。

三 かくして、以上の如き問題をはらむ消極的構成要件要素の理論は、その認否をめぐつて、現にドイツ刑法学界における最も関心深き問題の一つとなつてゐる。殊に、かかる関心を馴致するにいたつた有力な原因は、故意を構成要件の故意（*Tatbestandsvorsatz*）と不法故意（*Unrechtsvorsatz*）に分ち、これと対応して錯誤を構成要件の錯誤（*Tatbestandsirrtum*）と禁止の錯誤（*Verbotsirrtum*）に区分し、且つそれぞれに相異なる体系的意義と効力を付与す

ることが次第に一般的傾向となつてきたところに胚胎するものと思う。ここに、構成要件の故意とは構成要件に内属する諸行為事情の認識であり、構成要件の錯誤とはその不認識を意味する。また、不法故意とは、右に構成要件の故意によつて表象された行為の違法性の認識であり、禁止の錯誤とはその不認識を指称するものである。且つ、右のそれぞれに如何なる体系的意義と効力を付与するかは諸家の包懐する故意乃至責任の理論によつて必ずしも齊一たることを得ず、頗る多岐にわたる議論が行われている<sup>1)</sup>。けれども、ここに関係ある限度において重要なことは、故意乃至責任の理論をめぐる現下における最も典型的対立たる故意説 (Vorsatztheorie) 及び責任説 (Schuldtheorie) の両説を通じて、上記の如き内容をもつ構成要件の錯誤及び禁止の錯誤なる錯誤一対が認められているということ、及び構成要件の錯誤には常に故意阻却の効力が付与されているということ、これである。その理論的意義は、従来、その錯誤をともしれば無自覚のうちに事実の錯誤としてこれに故意阻却を認めるならいになつていた正当化事由の事実的前提の体系的地位如何に関する反省をうながした点にある。即ち、構成要件の錯誤とは、上記の如く、構成要件に内属する行為事情の不知見であり、これ以外に存する行為事情 (事実) の知見・不知見とはかかわりなく存立するのであつたわけであるから、齊しく行為事情 (事実) に関する錯誤であつても、それが構成要件に内属するものであるか否かにより、故意の成否は全く逆転する。且つ、然るが故にこそ、正当化事由の事実的前提たる諸行為事情が果して構成要件の (消極的) 要素であるか否かが焦眉の問題となつて解決を強いることになるのである。殊に、正当化事由の事実的前提に関する錯誤を故意を阻却する事実の錯誤だとする従来の通説は、他面において、消極的構成要件要素の理論を否認する傾向にあつたから、今や、構成要件の錯誤なる概念が一般に採用されるにいたるや、かかる自己矛盾的態度は到底維持されなくなる。蓋し、もし、正当化事由の事実的前提が消極的構成要件要素でないとするれば

これが錯誤は構成要件の故意を阻却し得ず、然らずして構成要件の故意を阻却すべきものであるとすれば、その錯誤の対象は構成要件に内属するもの、即ち、消極的構成要件要素であらねばならぬからである。<sup>3)</sup>かようにして、従来の通説内に仮睡していた二律背反の見解は、今や、構成要件の故意乃至構成要件の錯誤なる自覚的概念の光に照らされて、概念必然的に消極的構成要件要素の理論との対決を余儀なくされ来つたのである。

されば、この問題をめぐる戦後ドイツの論争にはまさに刮目すべきものがある。その詳細にわたる論究はいずれこれを他の機会にゆずるとして、ここでは、ただ、その肯背をめぐる両陣營の陣容を摘示し、以てそれが如何に熾烈なものであるかを窺う一助に資したいと考える。まず、消極的構成要件要素の理論を是認する学者には、メツガー<sup>4)</sup>、シユレーダー<sup>5)</sup>、ウェーバー<sup>6)</sup>、ブツシュ<sup>7)</sup>、エンギツシュ<sup>8)</sup>、アルツール・カウフマン<sup>9)</sup>、ランゲ<sup>10)</sup>、シャフシュタイン等がありこれを否認する学者にはウエルツェル<sup>12)</sup>、ハルツンク<sup>13)</sup>、マウラツハ<sup>14)</sup>、ニーゼ<sup>15)</sup>、ガラス<sup>16)</sup>、アルミン・カウフマン<sup>17)</sup>等がある。そして、ここに注目すべきことは、元来、事実の錯誤・法律の錯誤なる旧錯誤一対に代えて構成要件の錯誤・禁止の錯誤なる新錯誤一対を採用すべしと説き、ドイツの連邦裁判所が旧ライヒ裁判所以来頑強に墨守し来つた前者を棄てて後者に依拠したことを自派の勝利であると謳歌した筈のウエルツェル一派の責任説内部においてすら、なお前説にくみする者の数を少なしとせぬ点である。学者は、かく責任説内部においてなお消極的構成要件要素の理論を承認する見解を制限責任説 (eingeschränkte Schuldtheorie) と呼び、然るに<sup>18)</sup>単純責任説 (Einheitschuldtheorie) に対置している。つまり、制限責任説は、禁止の錯誤の取扱いについては故意説と対立して単純責任説と同調しながら、消極的構成要件要素の理論に関しては故意説と同調し、逆に単純責任説と袂別する。従つて、違法阻却事由の錯誤の内、正当化事由の規範的前提 (normative Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe) の錯誤を禁止の

錯誤と解する制限責任説は、この錯誤については単純責任説と歩調を同じくしつつ、共に故意説に対立し、正当化事由の事実的前提の錯誤は、これを構成要件の錯誤と解するから、然らずしてこれを禁止の錯誤と解する単純責任説と対立する。且つ、消極的構成要件要素の理論をめぐる上記三様の立場が存在するということは、三者の孰れにおいても右の理論がもはや無視乃至傍観することを許さぬものとなつてゐることを物語るものに外ならない。そして、さきに責任説の採用を宣言した連邦裁判所が、あたかもその直後に、右の制限責任説に依拠する判示をなすことにより、この問題に対する関心を一段とあふりたてる結果となつた。事実、上記の諸家の内、この判例を機会に消極的構成要件要素の理論に対する自己の立場を明かにした者も少くないのである。即ち、連邦裁判所は、懲戒権の事実的前提に関する錯誤・正当防衛の事実的前提に関する錯誤・自由剝奪を正当化する事実的前提の錯誤等において、いずれもこれに構成要件の故意阻却効を認め、これが当否をめぐつて烈しい応酬が行われたのである。にもかかわらず、同裁判所は、墮胎に対する超法規的正当化事由の事実的前提の錯誤については、これを禁止の錯誤に配したので、一層の紛糾を醸成することになつた。かくして、この問題は故意犯の成否にかかわる重大問題であるにもかかわらず、今なお論争の渦中にあるものといわねばならぬ。

註(1) 構成要件の錯誤及び禁止の錯誤の概念内容、それぞれの故意に対する意義、並びに事実の錯誤・法律の錯誤に対する異同等について、拙著『最近錯誤理論の問題点』三頁以下、八頁以下を参照されたい。

(2) Busch, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbostrittum (Festschrift für Edmund Mezger) S. 167.

例えは、責任説をめぐつてはワルントマン (Welzel, Das deutsche Strafrecht, 5. Aufl., S. 138 ff.)、故意説をめぐつてはメツカ ー (Mezger, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW, 1953, S. 5 ff.) などとこの新錯誤概念を用ひしもの。

(3) この点については、私は、メツカールの旧説 (Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., S. 319 ff.; Ders. Strafrecht, Ein





- (5) Niese, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, DRiZ. 1953, S. 22. (原典下新論<sup>6</sup>)
- (6) Gallas, ZStW. Bd. 67, S. 29.
- (7) Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, SS. 138 ff., 248 ff.; Ders. JZ. 1955, S. 39. (ふたつ<sup>7</sup> Fukuda, a. a. O. 44頁引用<sup>8</sup>)
- (8) 例えはマウラッハは厳格責任説 (strenge Schuldtheorie) に対して制限責任説 (Allg. Teil, S. 405 ff.)、メッガーは責任説 I 又は單純責任説に対して責任説 II 又は責任段階説 (Schuldstufentheorie) (NJW. 1953, S. 5; L-K. S. 500 ff.)、ミンヤン・ケ・シュニーターは責任説に対して制限責任説 (3. Aufl., S. 321) をそれぞれ対置している。
- (9) BGHSt. Bd. 3, S. 107.
- (10) BGHSt. Bd. 3, S. 194.
- (11) BGHSt. Bd. 3, S. 357.
- (12) BGHSt. Bd. 3, S. 8.

四 ところで、消極的構成要件要素の理論は、固より、戦後卒然として生じたものではない。その理論史的系譜は一八八九年のアドルフ・メルケル<sup>1)</sup>の教科書に遡り、その後、フランク<sup>2)</sup>においてその代表的主張者を得ることになった次第は既に周知のことに属する。けれども、消極的構成要件要素の理論はその揺籃期においても決して平坦な前途を展望し得なかつた。即ち、コールラウシュ<sup>3)</sup>、ベーリンク<sup>4)</sup>、リスト<sup>5)</sup>、ドーナ<sup>6)</sup>等の諸家は挙つて消極的構成要件要素の理論に反対し、殊に、コールラウシュがフランクの所説内部に含まれていた理論的矛盾を烈しく衝いたとき、殆んどそれは致命的な影響を与えたのである<sup>7)</sup>。けれども、かかる批判を蒙ることにより、この理論は、自説に含まれていた矛盾の夾雑物を拭い去り、その真に妥当な内容を獲得するにいたつた。とはいへ、フランク、バウムガルテン<sup>8)</sup>等の健闘も空しく、かつてこの理論に付せられた矛盾の命題を含むものであるとの印象は容易に払拭されず、諸他の理論的関心の陰にかくれて久しく忘却される運命を担わねばならなかつたのである。そして、その後は、正当化事由の事

前提の錯誤は故意を阻却する事実の錯誤であるという形を借りてわずかに余命をたもち、やがて時いたつて再びよみがえることになり、今や時代の脚光を浴びて犯罪理論の舞台表に登場することになった理由と次第については右に略述のとおりである<sup>9)</sup>。

以上によれば、消極的構成要件要素の理論が辿つた固有の運命は、大きくは一九〇〇年を中心とする前後約二〇年間にわたる論争期と今次大戦後におけるそれとに分つて考察することができる。しかも、前者は、フランクのコメンタール二版に示された見解及びこれをめぐる論争期と、同三―四版に前説を全く改めて打出された見解及びこれをめぐる論争期とに区分することができるであろう。もつとも、メルケルの教科書は、消極的構成要件要素にはじめて関説したものとして一瞥の価値があるものと思う。

ところで、私は、さきに拙著『輓近錯誤理論の問題点』において、消極的構成要件要素の理論を支持すべきだとする立場を明かにした<sup>10)</sup>。けれども、この理論に対する現下の我が国における関心は、一部にこれを是認すべしとする少数の学者がある外では、一般にこれに対して否定的でなければ無関心であるといつてよい。しかも、その否認または無関心の理由は、敢ていうことを許されるならば、この理論に対する深刻な反省を重ねた上でのそれであるとはいひきれないものがあると思う。不幸にして、もし然りとすれば、その認否は論外として、ともかくもこの理論と真正面から対決することが不可避的に要請されねばならぬ。蓋し、もしこれを否認するとしても、その根柢からする批判を通じてこそ真に明確なる根柢を具えることになるからである。いわんやこれを是認せんとするときには、反対説の批判に堪え得る確乎たる理由に拠るべきことは、いうまでもないであろう。かくして、私には、消極的構成要件要素をめぐる過去及び現在にわたる各種の見解をその全貌において涉獵・考察することはいささか意義あることのように思

わづらひのいふ。本稿に於ては、此の理論上の考察をなすに於て本稿がたゞの点に於てある。

註(1) Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, S. 82.

(2) Frank, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 1901, SS. 78 ff., 97; Ders. 3~4. Aufl., 1903, S. 83; Ders. Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 15 ff.

(3) Kohlausch, Irrtum und Schuldbeginn im Strafrecht, 1903, S. 59 ff.

(4) Belling, Die Lehre von Verbrechen 1906, SS. 33, 166.

(5) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12. Aufl., 1903, § 26. (原典に於ては)

(9) Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905, S. 33. (原典に於ては)。  
この外、消極的構成要件要素の理論に反対する者は、以てこの説を認めず。v. Bar, Gesetz und Schuld, Bd. 2, S. 418; Oetker, GS. Bd. 72, S. 161; Finger, GA. Bd. 50, S. 37.

(7) フリントは、最初、『違法性を構成要件メンションしなむが、その不在は消極的構成要件メンションしなむ』と云ふ命題をかかた。 (2. Aufl.)。フーレンマンの批判は、この命題に内在する二律背反を鋭く衝いたものにして、

(8) Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenstheorie, 1913, S. 221 ff. なる、消極的構成要件要素の理論を認めざるに於ては、右に註記した諸家より、つぎの如く挙げれば、以ての人々がこれを屬する模様である。Gugenheimer, Der Irrtum des Täters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, 1883, S. 20; Heitz, Das Wesen des Vorsatzes im heutigen gemeinen deutschen Strafrecht (Strassb. Diss. 1885), SS. 17 ff., 36 ff.; Braun, Die Putativnotwehr (Erlang. Diss. 1900), S. 34 ff.; Löffler in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 20 (1893), S. 774; Miricka, Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903, S. 132 ff.

(6) Mezger, NJW. 1953, S. 6; Ders. L.-K. 8. Aufl., SS. 10, 489; Maurach, Allg. Teil, S. 263, 264 及び 265 以下の理論が、今や新たな光を照らされ、再び蘇生 (Wiedererweckung) するに至つたものとす。

(10) 拙著、上掲七〇頁以下。

(11) 植田『違法阻却原因の錯誤』法学論集三卷一頁五頁以下、同『刑法要説』総論九〇頁以下、一六三頁以下、同『錯誤理論の考察』法学論集 (創立七〇周年記念特輯) 一三三頁、宮本『犯罪の基準類型』法学論叢四三卷五三四頁、竹田『ペーリント

の構成要件の理論』近畿大学・法学六卷一四〇頁以下。

## 二 二 メルケルにおける消極的構成要件要素の理論

一 既述の如く、消極的構成要件要素という言葉を最初に用い、且つこれが錯誤に故意(今日の用語でいえば構成要件の故意)阻却的効力を付与したものは、学説史上、アドルフ・メルケルの刑法教科書(Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889)を以て嚆矢とする、とされている<sup>1)</sup>。それでは、彼のいう消極的構成要件要素とは果して如何なる内容をもつものであろうか。また、これを認めるにいたつた理論的根拠は果して奈辺に存するのであろうか。これがまず確定さるべき第一の問題であらう。然るに、これについては、彼は『行為者がその不存在が成法上の構成要件に属する諸事情(消極的構成要件要素[negative Thatbestandsmerkmale])に従つて、例えば、もしそれが存在するのであるうるときには行為は正当防衛(連邦刑法典五三条)によつて正当化されると考えしめるような諸事情を仮想する(voraussetzt)』『場合には故意があるとはいひ得ない』<sup>2)</sup>と語るにすぎない。且つ、我々は、彼の教科書の他の箇所においては竟に再び消極的構成要件要素という言葉をみいだし得ないものように思う。そこで、さしあつて、右の簡単な説明に限つて上記の問題を考察することにすれば、まず、彼のいわゆる消極的構成要件要素の概念内容及びその故意に対する関係は、今日この概念につき考えられているそれと全く相背しいものであるといつて支障なきもの<sup>3)</sup>である。この意味では、彼に消極的構成要件要素の理論の創唱者たる栄冠を賦与することは充分理由のあることとせねばならぬ。殊に、後来、この理論の代表的主張者と目されるにいたつたフランクが、後述詳論の如く、当初はその概念内容として救うべからざる矛盾的命題をかかげていたが、結局、メルケルが与えた概念内容に還らねば

ならなくなつた事情を想えば一入にこの感の深いものがある。即ち、右メルケルの説くところによれば、消極的構成要件要素とは、その不存在が構成要件に属する諸事情 (Verhältnisse)、例えば、正当防衛における正当化的諸事情がこれであるとされているが、その内容は本稿冒頭に示したそれと全く相蔽うものであることは明かである。また、これが錯誤に対して故意阻却の効力を与える点でも同様である。ところが、それでは何故にかかる觀念を定立するにいたつたかの理由については別に詳論されているわけではない。むしろ、故意とは構成要件に内属する諸事情の認識である以上、その消極的要素の錯誤は当然故意を阻却するということがあたかも自明のもの如く前提されているもののようにみえる。たしかに、このことは特説を必要とせぬ自明の事理ではある。けれども、メルケルにおいて、正当化事由の事実的前提たる諸行為事情を特に消極的構成要件要素として示すにいたつた本旨が、これが誤認は、實質的考察上、故意を阻却すべきものであるからとの理由で、形式上もこれを故意の定義と調和せしめるための必要上にもとづくものなのか、それとも、故意の認識対象たる構成要件に内属する諸行為事情につき實質的考察を払つた結果形式論理的処理を以て故意の成否に関する問題解決を容易ならしめる必要上にいであつたものなのか、の点はいまだ明白ではない。そこで、以下、この点についての考察に従うことにしたい。

註(1) 上記一四註(8)によれば、グゲンハイマー、ハイツが、既にそれぞれ一八八三年及び一八八五年にこの理論に触れている由であるが、通常はメルケルを以てこの理論の創始者だとしている。なお、他日、この点についても確かめてみたいと思つてい

No.  
② Merkel, a. a. O., S. 82; Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S. 106. 後者で、メルケルの右教科書を基本にしなが、著者が他に発表した論文の趣旨をも汲み、且つリープマンの序文をつけて出版されたものであつて、前者の総論の部分を含むものである。その内容は前著を多少増補したにとどまり、内容はほとんど同一である。

(3) 従つて、フランクの二版に含まれていた命題を痛烈に批判したコルラウシュも、メルケルの命題に対しては、特にかかる

批判を免れるものであるとして (Kohlrusch, Irrtum, S. 69. Anm. 1)。

二 上記の如く、ドイツ刑法五九条は成法上の構成要件に内属する諸行為事情の不知見に故意阻却効を帰している。従つて、積極的には、故意は成法上の構成要件に内属する諸行為事情の認識を含まねばならぬことは、右の条文から論理必然的に導きだされる命題であるといわねばならぬ。且つ、故意に対するかような形式的定義についてはかつて争いが存しない。争いは、むしろ、そのいわゆる構成要件に内属する行為事情の内容・範囲に関して存する。即ち、個々の事例に対する故意の成否をめぐる一切の対立的意見にもかかわらず、右の形式的定義そのものは絶対にかせないものだとすれば、それぞれの帰結の相違は、また、それぞれに右の定義に調和せしめた上でのものでなければならぬ。あたかも、正当化事由を組成する諸行為事情の誤認に故意の成立を否認しもしくは是認する最近の対立的見解が、それぞれに消極的構成要件要素の理論をめぐる対立をつづけているという事情自体がこのことを物語るものに外ならぬ。もつとも、或いは、第五九条は構成要件に内属する諸行為事情の『不知見』、即ち消極的錯誤について述べているにとどまり、積極的錯誤については何事をも語るものではないから、誤想防衛の如き積極的錯誤は故意を阻却せしめ得るものではないと考えられるかも知れない。けれども、消極的構成要件要素の理論によれば、構成要件に内属する行為事情とは、積極・消極両行為事情によつて合成されるものであり、後者、即ちその不存在が要件たる要素の存在は、牽いて全構成要件要素の存在を否定せしめることになるのであるから、後者の存在の誤認は結局構成要件に内属する行為事情の不知見であるということに帰する。つまり、誤想防衛等における錯誤は、なるほど正当化事由の事実的前提に関する限りでは積極的錯誤であるが、この錯誤によつて自己の表象内容が全構成要件要素の実現に向けられているものでないとの錯誤を誘発するものであり、この意味では、全構成要件要素に関する限りで

は消極的錯誤たるのである。ところで、メルケルは、故意を定義して『故意はその諸罪との関係においては、刑罰法規に記述されている諸行為中の一つを行うことへと意思が向けられていることである。従つて、或る罪の故意的犯行とはその構成要件要素の意欲された実現である。詳しくいへば、この場合、これに属する内部的事情 (innere Zustände) が故意的に導来されることを要せず、その外部的構成要件要素 (äußere Thatbestandsmerkmale) が然るのである』<sup>1)</sup>としてゐる。ここに、内部的事情云々とする部分についてはしばらく括弧にくくつておくとしよう。然るときは、彼の構想する故意の定義も、上記に与えた形式的定義と同一内容のものであると確定して大過あるまいと思ふ。してみると、問題は、何故にメルケルにおいて正当化事由の事実的前提の錯誤が(消極的)構成要件要素の錯誤としてかく故意の形式的定義と調和せしめられるにいたつたかに関する実質的理由を探究することにしぼられる。

然るに、遺憾ながら、我々は右の点に関する実質的考察を直接メルケルから窺い得ないもののように思ふ。けれども、敢てこれを探すならば、彼のいう『帰属の概念』(Begriff der Zurechnung)の中にその実質的考察が潜在的に含まれていると解せられぬこともない。ここに、帰属とは、その所為が彼のものとして行為者の意思に特徴的に還元せしめられるということにとつての因果的判断 (kausales Urteil) 及びこの出来事の意義、その積極的又は消極的価値が右の因果関係に基づいて行為者に帰属されるということ、即ち、将来その功績又は罪責として彼に結びつけられることになるといふ分配的判断 (distributives Urteil) を含むものである。<sup>2)</sup>そして、右の価値基準が法的なものであるとき、それはすなわち責任 (Schuld) である。<sup>3)</sup>ところで、かような二重の判断が可能であるためには以下のことが必要である。まず、行為者の意思がメカニシユな強制下に立たしめられていることなく、自主的な活動をなしていること、次に、行為者に義務的動機の通常の発動ある場合、この所為がなされずにとどまらしめられたであらう



ということ、且つ、後者が可能であるためには、更に、行為者が自己の態度が構成要件要素の実現へと導き得るということ、及び、これを顧慮して自己の態度が義務違反的なものと考えられ得るといふことが必要である<sup>4)</sup>。そこで、私見によれば、メルケルにおいては、構成要件とは一応価値に無関係なもの、価値中性的なものと考えられているのではなく、また、価値関係的なものであるとしてもそれは原則として違法だとされるにとどまり例外的に適法たる場合もあるとする原則・例外的考察がとられているのではなく、まさしく違法価値そのものを具えるものとして把握されているのではないかと考えられるのである。蓋し、もし、さもなければ、構成要件実現の認識あるだけでは、いまだ行為者にこれを思いとどまらしむべき義務的意思の発動を期待することが不可能であると思われるからである。例えば、現に違法な攻撃を受けている他人を救助するために正当防衛による反撃的殺人をなした者は、自己の行為につきいささかも規範的障壁に遭遇することはないのである。即ち、ここでは、自己の行為を思いとどまらしむべき義務的意思の発動は毫もみられず、むしろこれを促進すべき義務的動機の発動があつたわけである。してみると、メルケルにおいては、右の抑制的な義務的動機発動の前提たる構成要件実現とはまさしく違法価値そのものであると解せられていると考えて支障ないのではなからうか。つまり、固より明確な自覚をもつてではないにしても、構成要件を違法性(可罰的違法性)の實在根拠(ratio essendi)とする考え方がメルケルにおいて暗黙の裡に予定されているのではなからうか。もし、かく解して妨げないものとすれば、彼が消極的構成要件要素の理論を創唱したことはむしろ当然のことであるといわねばならぬ。

但し、右によれば、メルケルが消極的構成要件要素を認めるにいたつた理論的根拠は、もっぱら構成要件の価値的性質を可罰的違法と定めることの必然的結果であつて、正当化事由の事実的前提の錯誤が故意責任に備するものであ

るか否かに關する實質的考察に由来するものではないと考えられるかも知れない。固より、上記の如く、彼からこの後者の点についての直接的説明を窺うことはできない。けれども、彼が、例えば、誤想防衛につき故意責任を否定することは確實なのであるから、その實質的理由は、仮令、誤想防衛につき直接明かにされていなくとも、これをその一般的な責任理論の中から窺い得るとすることもまた確實でなくてはならぬ。然るに、この点につき、メルケルは、故意の表象内容（即ち、構成要件の実現）はこれに対する抑制的な義務的意思を誘発するものたることを前提にしているのであるから、表象内容たる構成要件実現はまさにかかる抑制的な反対動機を誘発するにふさわしい価値、即ち違法価値を帶有するものであらねばならぬとされているであらうことは当然のこととせねばならぬ。従つてまた、彼が誤想防衛につき故意責任を否定する理由も、その表象にかかる誤想意思内容は、即自的には正当防衛にあるのであるから、少くとも直接的には誤想者に抑制的な反対動機を誘発せしめるよすがたり得るものではないという、右の一般的な責任理論の具体的な適用であるにすぎぬと考えることができる。幸いにして、もしかく考えて誤りがないとすれば、メルケルが構成要件の価値的性質を可罰的違法性そのものと考え、従つて、消極的構成要件要素の理論を唱えるにいたつた實質的理由は、まず、彼の包懐する責任理論に照して正当化事由の事実的前提に關する錯誤の場合にはこれに故意責任を歸し得ないとの實質的考察に由来するものと推定することができるであらう。

ところで、右においては、仮りに、メルケルは構成要件を違法性の実在根拠とする見解を説くものとしておいたが、固より、現代的意義における構成要件の概念は、ベールリンク以来のものであり、またいわゆる実在根拠説もこれを前提としてその後において出現した学説であつたわけである。それ故、右の仮定は、勿論、厳密にいつて正確なものであるとはいえない。それでは、彼は構成要件に如何なる内容を与えていたものであらうか。また、その概念内容と違法

性との関係は如何なるものとして把握されていたのであろうか。更に、彼が、実質上、實在根拠説の先駆者的見解に到達するものとして、その理論的根拠は、右の責任理論から遡つて構成要件概念を強制的にかく規制するものたる外に、これと離れて構成要件理論として独自にかく解せらるべき根拠があり、その帰結がたまたま責任理論とも調和し、ともに相補つてかかる帰結に達せしめたものであろうか。これが問わるべき次の問題である。

註(1) Merkel, a. a. O., SS. 80~81; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 104.

(2) Merkel, a. a. O., S. 66; Merkel-Liepmann, a. a. O., SS. 80~81.

(3) Merkel, a. a. O., S. 70; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 85.

(4) Merkel, a. a. O., S. 66; Merkel-Liepmann, a. a. O., SS. 81~82.

三 ドイツ刑法五九条が成法上の構成要件なる概念を採用していることは周知のとおりである。そこで、そのいわゆる構成要件の概念内容が現代的意義を具備するにいたつたのが、ベーリンク以来であるにしても、その以前においても、それに解釈上、何がしかの内容が与えられていたであろうことは推察に難くない。それでは、メルケルは、この概念に果して如何なる内容を盛り上げていたのであろうか。

メルケルは、その教科書第一二節を特に犯罪の成法上の構成要件 (Der gesetzliche Thatbestand der Delikte) と題し、これについての説明を試みて<sup>1)</sup>いる。そこで、煩をいとわず、以下にその内容を窺うことにしたい。

『1 何がしかある行為は、法規の内容によつて可罰的だと説かれて<sup>2)</sup>いる限り(連邦刑法典二条)、従つて、それが我々の立法の諸犯罪概念中の一つに服属せしめられる限り、それは現行法によつてのみ可罰的である。

2 これがために決定的な行為要素 (Thatmerkmale) は「犯罪の成法上の構成要件」を構成する。連邦刑法典(五九条)における表現はこの意味において適用され、且つ以下の如く用いられる。

3 構成要件メルクマールは、内部的行為側面 (innere Thatseite) に属するものと、外部的行為側面 (äußere Thatseite) に属するものとに分たしめられる。前者は犯罪の主観的乃至内部的構成要件 (subjektiver oder innerer Thatbestand der Delikte) を、後者は犯罪の客観的乃至外部的構成要件 (objektiver oder äußerer Thatbestand der Delikte) を形成する。

4 このメルクマールは、更に、諸種の罪に共通のものと、個々の罪種に固有のものとに区別せしめられる。前者は犯罪の一般構成要件 (allgemeiner Thatbestand) を、後者は当該の罪種の特別構成要件 (Besonderer Thatbestand) を形成する。前者には、例えば、その所為は少くとも一二人の個人によつて犯されたとか、それはメカニズムに強制されなかつたとか等のことが属する。謀殺の特別構成要件には、例えば、その行為によつて人が殺されたという事、及びその殺人が故意的に且つ熟慮を以て実行されたということが属する。

この区別されたメルクマールは事実上同価値である。一定種類の罪の存在は特別構成要件メルクマールに依拠すると同じ意味において一般構成要件メルクマールに依拠する。一定のメルクマールが他の罪と共通のものであるか否かということ、このメルクマールの事実的意義の問題に関係があるのではない。然らずして、該犯罪メルクマールに關して妥当すべきことが如何にして最も合目的に表現されるか、即ち、特別の罪種を処理する際に表明されるか、それとも、ただ一度だけ総則に然るかの問題に関係があるにすぎない。されば、人もし、一般構成要件メルクマールにおいて単に抽象又は法律的判断のみ見いだそうとするならば (リスト)、それは誤解にもとづくものである。

5 我々は構成要件メルクマールを第一に刑罰法規から抽き出す。即ち、一般構成要件メルクマールを特に連邦刑法典の総則から、特別構成要件メルクマールをすぐれて当該の罪種の成法上の定義から然る。にもかかわらず、刑事

立法はこのメルクマールレに関して多くの補充を他の法域の内容の中に見いだす。そして、しばしば、みずからかような補充を指示する。

もし、刑事立法がその定義中に違法性なるメルクマールレを採用するならば、それはこれに属する。かくして、それは、他の法域に詳しく規定されている行為事情を示し、且つこれが記述をこの指示にもとづいて省略する。例えば、連邦刑法典三〇三条の毀棄罪が他人物の故意的にして違法な毀損又は破壊として定義されているとすれば、「違法に」ということは財産法が我々に手渡す一連の行為事情を現わす。そして、刑法典上にこれを記述することは余計なことと考えられる。

刑罰法規なるものは、一般に、刑罰法規とは関係なく根拠づけられ刑罰法規によつて威嚇されている行為の違法性を前提にするとの見解が主張されている（規範説「Normentheorie」、参照、上述第六節）。従つて、これによれば、常に「違法に」ということが刑罰法規上の定義中に総括されている行為事情につけ加えて考えられるとされている。けれども、このことは決して肯綮に該らない。刑罰法規がこれによつて記述されている行為に刑を科しているということにおいて、直ちにそれはこの行為を暗々裡に禁ぜられたもの、従つて、違法なものだと宣しているのである。これが左様な威嚇とは無関係にも違法であるか否かは、即目的には、刑罰法規の解釈と適用にとつてどうでもよいことである。このことは、上記の意味における刑を科せられている行為の記述にさいして、他の法律規定を省略的に参照することが可能であるか否かの問題において考察に上るにすぎない。

6 刑罰法規によつて前提されるメルクマールレのみが構成要件メルクマールレに属する。それが刑罰法規によつて禁ぜられ且つ刑を科せられているという事情は然らず。されば、例えば、暴力罪（Wucher）の構成要件には連邦刑法

典三〇二条 a に与えられている行為要素が属する。然し、それが禁ぜられ且つ刑を科せられているという事情は然らず。

7 更に、所為そのものの外部に存するこれが可罰性の諸条件 (Bedingungen ihrer Strafbarkeit)、例えば、いわゆる親告罪における告訴者たるの地位の如きは構成要件メルクマーレから区別される。これについては、以下の第八五節以下をみよ。

8 構成要件メルクマーレの成法上の規定及び限界づけにさいしては、時には技術的性質の様々の顧慮が行われらる。個々の事例における当該のメルクマーレの立証可能性に関する顧慮、成法上の定義と区分の理解に関するそれ、前者の確実にして同程度の適用の諸条件に関するそれ、及びその他、が然り。それは、処罰にとつて基準たる心理的モメントを原則として直接に構成要件メルクマーレに表明しない、ということに導く。立法者はこれと必然的に又は原則として結びつけられる諸事情を総括することだけで満足する。時として、その成法上の定義は当該の罪の直接の攻撃客体を一度も挙げないことがある。されば、例えば、偽証罪の定義はこの客体を直接には知らしめない。それが裁判上における宣誓形式の証明力の保護に対する利益であつて、例えば、あざからしめられた宗教的利益とか、個々の事例においてこの罪によつて毀損された私益とかではないかということのはかの定義からは即目的には抽出されない。そして、かの利益の侵害は、よしんば、その処罰にとつて基準となるものであろうとも、決してこの罪においては構成要件メルクマーレを形成するものではない。かような関係を正しく把握することは、この法域の多数の規定の理解にとつて甚だ重要なことである。』。

そこで、以上の説明を中心としてメルケルにおける構成要件概念を整理すれば、これを以下の如く把握することが

できるものと思われる。まず、可罰性を根拠づける一切の要件は、現行法上罪刑法定主義が妥当する限り（ドイツ刑法二条）、成法上の犯罪概念の組成要素であらねばならぬ。そして、この内の行為要素のみが成法上の構成要件である。従つて、いわゆる客観的処罰条件とか、ある行為が刑罰法規によつて禁ぜられ且つ刑を科せられているとかいつた事情は構成要件には属しない。蓋し、前者も可罰性を根拠づけるための一条件ではあるが犯罪行為とは関係なく、その外部に存する客観的事情であり、後者は犯罪行為を組成する要素ではなく、むしろその効果たる事情であるからである。但し、前者につき、メルケルは、今日客観的処罰条件と呼ばれているものの外に、いわゆる訴訟条件と称せられているものをも無分別に包容して考察しているようであるが、この点の詮索は省略することにしよう。ところで、メルケルは、構成要件メルクマールを、更に、それが内部的行為側面に属するか外部的行為側面に然るかによつて區別し、それぞれこれを主観的乃至内部的構成要件及び客観的乃至外部的構成要件と名づけている。そして、前者には、具体的に、如何なるものが属するかを窺わしめるものとして、別にメルケルは、犯罪の内部的行為側面に關説する規定として五九・五六・五八条等の規定を挙げているから、故意・過失・責任能力等がこれに属するものと考えられている模様を知ることができる。<sup>2)</sup>のみならず、彼の教科書における叙述の体裁中、第四章外部的行為側面に対する内部的行為側面を説いた箇所を探せば第二章可罰的行為の主体・第三章帰属と責任の両章であるが、ここで、それぞれ責任能力・故意・過失が論ぜられているのであるから、右の如く断定してもさしつかえないものと信ぜられる。また、右の外部的行為側面として論ぜられているものをみるに、行為とその結果・既遂・未遂等が述べられているのであるから、これらの事情が外部的構成要件に属するものと解して大過ないであろう。<sup>6)</sup>次に、メルケルは、或る構成要件メルクマールが各種の罪に共通のものであるか、それとも個々の罪に固有のものであるかという基準に拠つて、これを

一般構成要件と特別構成要件に分つ。それぞれに如何なるものが属するかは、右にメルケル自身が述べているところによつて明かである。但し、前者に属するものとされている責任年齢<sup>7)</sup>や、行為がメカニツシュに強制されていないことは、いずれも責任を理由づけるために必要とされる事情であることに注意せねばならぬ。

以上によれば、メルケルによつて構想されている『成法上の構成要件』とは、いわゆる客観的処罰条件を除いて、およそ可罰性を理由づける一切の事情からなるものと解することができる。従つて、違法要素も責任要素もすべて構成要件要素であり、逆に、可罰性を阻却する事情は、それが違法性を阻却するものであると責任を然るものであるとを問わず、みな『消極的構成要件要素』であると解せられている趣旨を察することができる。もつとも、責任阻却事由を消極的構成要件要素となす旨の明言があるわけではないが、このことは、右に彼が『行為がメカニツシュに強制されていないこと』という消極的な責任の要件を一般構成要件に属せしめていふことによつて肯定することができると思う。但し、これは、メルケルの構成要件概念に対する分析的考察上かく考えることができるというまでのことである。固より彼自身が右の術語を責任阻却事由に妥当せしめていたとするわけではない。けれども、彼が正当化事由の事実的前提を消極的構成要件要素として示した次第は上記の如く確実であり、且つその理由は右によつても窺い得るとなすことができるであろう。我々はこの点につきなおそばくかの考察に従いたいと思う。

右にメルケルによつて引用されている限りにおけるビンディングの規範説によれば、刑罰法規による威嚇の客体たる行為は常に『違法に』という価値修飾を施されねばならぬ。そして、このことは、右の行為だけではいまだ直ちにその違法性を確定し得るものではないとの見解を推測せしめるものである。メルケルはこれに反対して、その非なる理由を『刑罰法規が、みずからによつて記述されている行為に刑を科しているということにおいて、直ちにそれはこ



の行為を暗々裡に禁ぜられたもの、従つて違法なものだと宣している』との点に求める。たしかに、科刑の前提たる行為は違法でなくてはならぬであろう。然し、同時に有責でもなくては真に科刑に値しないであろう。そこで、右の刑罰法規による威嚇の客体たる行為の客観的価値が真に違法たるためには、彼において、いわゆる客観的違法論が採用されていることが要求されねばならぬ。ところで、メルケルは、別に、責任無能力者の侵害に対しても正当防衛は成立するとしているから、<sup>8)</sup>彼は客観的違法論を採るものだとすも支障ないものと思う。<sup>9)</sup>そうすると、上記に、刑罰法規に記述されている行為は、これに対する刑罰威嚇があるということによつて直ちに違法だとの価値を具備するとの見解も、これを、責任評価とは関係なく肯定されるものと解して妨げないであろう。けれども、メルケルのいわゆる法定の構成要件の客観的実現が直ちに違法であるためには、その外部的構成要件中には、違法性を阻却する諸行為事情が消極的要素として含まれていなければならぬ。然るに、かかる諸事情は、各種の罪に固有な要素ではなく、諸罪に共通な要素である。そこで、さきの一般構成要件には、違法性を阻却する諸事情が消極的要素として予定されているものと考えることができる。現に、彼は、一般構成要件のもとで、責任を根拠づける積極的・消極的な一般的要素を例示しているが（上述）、彼の構想する法定の構成要件自体が相集つて可罰性を理由づけるべき諸行為要素であるとされているのであるから、右の一般的構成要件も啻に責任を根拠づけるために必要な一般的（積極的・消極的）要素を以て構成されるにとどまらず、違法性を根拠づけるために役立つそれにも妥当すべきことわりである。然るに、違法性を根拠づける要素は、積極的には各種の特別構成要件に記述されている行為事情と、消極的には各種の罪に共通の違法阻却事由の外には存しないと考えられる。だから、違法性に関する限りではその一般構成要件要素とは、いわゆる消極的構成要件要素が予定されているものと解して支障ないものといわねばならぬ。それ故、彼が『或る種の

特別メルクマールを具備する行為、例えば、故意に且つ熟慮を以て他人の死を実行し、以て謀殺（連邦刑法典二二一条）の特別メルクマールを出来せしめる如き行為は、様々の事情を顧慮するときには適法もしくは無責であり得る。何がかような事情であるかということは、一部は刑罰法規、特に刑法典の総則から、一部はその他の法から取り出される。いやしくも、ある行為が有効な法規により命ぜられ、もしくは許されたものと示されている場合には、直ちに、これを刑罰法規上違法にして可罰的なりとして取扱う可能性はなくなる<sup>10)</sup>とする説明においても、以下のことが注意されねばならぬ。即ち、特別構成要件メルクマールを実現しても常に必ずしも刑法でないのは、総則等から取り出される消極的構成要件要素（一般）が同時に実現される場合があるからである。然るに、法定の構成要件とは、元来、一般・特別両構成要件から成るものであるから、これが実現は消極的構成要件要素の不存在の場合にのみ肯定されるわけであり、その故にこそ、外部的構成要件の実現は常に違法だということにもなるのである<sup>11)</sup>。

かようにして、メルケルが、正当化事由の事実的前提を消極的構成要件要素として認めるにいたつた今一つの根拠は、そのいわゆる客観的乃至外部的構成要件が具える価値的性格を、彼が暗黙の裡に、違法性の实在根拠として把握していた点に求めることができると思う。しかも、この外部的構成要件こそ、まさに故意がこれに向けらるべき認識対象であつたわけであるから（上述）、消極的構成要件要素の認識の如きは全く形式論理的に故意を阻却せしめ得るものとなる。且つ、故意を外部的構成要件に対応する内部的構成要件に属せしめることはよいとして、前者も右の如く特別並びに一般構成要件要素を含んで成立するものであるから、これに対応するものとしての故意を特別構成要件に属するものと確定することは、厳密にいつて、なお正当であるとはいえぬであらう。けれども、かような不備にもかかわらず、彼のいう外部的構成要件の概念は、やがて、今日の实在根拠説が包懐する外部的構成要件（故意の認識

対象たる構成要件)の概念へと発展すべき素養を充分に含みものであることができた。

註(1) Merkel, a. a. O., SS. 34~36; Merkel-Liepmann, a. a. O., SS. 42~45.

(2) Merkel, a. a. O., SS. 67~68; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 83. 五九条が故意・過失に関する規定であることは説くまでもないとして、五六条や五八条は、かつては、自己によつて犯された行為の可罰性を認識するために必要な分別をもたぬ少年や啞者の不可罰性を宣言したものであったのである。限定責任能力に関する規定であつたわけであるが、内部的構成要件から責任能力を排除する趣旨でこれを引用したものでないことは説明を要しないであらう。なお、故意が内部的構成要件要素とされている次第は、例えば、『犯罪の未遂は、故意がその構成要件に属するような罪に限つて存するとうら關係に立つ』(Merkel, a. a. O., S. 119; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 141.)と同じく明らかである。

(3) Merkel, a. a. O., S. 95 ff.; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 118 ff.

(4) Merkel, a. a. O., S. 49 ff.; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 64 ff.

(5) Merkel, a. a. O., S. 65 ff.; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 80 ff.

(6) 未遂や共犯が、メルケルにおいて、構成要件拡張原因又は修正された構成要件として把握されていたか否かを確定することは、かような問題意識をもたなかつた当時の事情を想えば、固より不可能である。然し、彼においても、未遂や共犯を既遂・正犯から限界つけるための要点は構成要件に求められていた模様はこれを知ることができる。即ち、未遂については、積極的には、その実行著手は、決意が当該の犯罪概念に合致する主要行為(Haupthandlung)又はこれが一部をなすものに向けられること、消極的には、成法上の構成要件の不足が必要であると主張する(Merkel, a. a. O., S. 118; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 140.)。ここに主要行為とは、今日の言葉でいえば、構成要件該当の行為といふことになり、また、右に予定されている構成要件とは既遂の構成要件を意味することになるであらう。また、狭義の共犯については、共犯は必ず他の正犯を前提とするものであり、正犯なきところでは共犯も存しなうとしてゐるが(Merkel, a. a. O., S. 146; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 167.)、その正犯とは、みづから成法上の全犯罪メルクワールを実現するものであると主張する(Merkel, a. a. O., S. 139; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 161.)。今日の言葉でいえば、極端従属形式が基本に置かれてゐるといつても可いであらう。ここでは、構成要件とはもつぱら単独犯を中心として考えられているわけである。してみると、メルケル自身の明言はないにしても、構成要件とは既遂の単独犯として把握されていると考えて支障なく、未遂や共犯が罰せられるのは、それぞれ

修正された構成要件を充足するから然りであるとする思想はメルケルの見解と調和し得るものであるといふことができる。

(7) 当時のドイツ刑法五五条では二十才以上を以て責任年齢と定めていたのである。

(8) Merkel, a. a. O., S. 163; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 184.

(9) アドルフ・メルケルがはじめ主観的違法論の主張者であつたことは周知の事実である (Vgl. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, I, 1867, S. 42ff.)。けれども、『主観的違法説を最初に提称したアドルフ・メルケルは「教科書」を書くに際してその主観説を抛棄した』(竹田『刑罰法規と法規範』刑法雑誌四卷二七五頁)ことも明かな事実である。なお、竹田教授は、一八八九年のメルケルの教科書を示された上、『本書において責任無能力者の行為も正当防衛の対象となる不法の攻撃であり得るとなし、主観的違法説を放棄した』と註記されている(竹田・上掲三七九頁註9)。但し、主観的違法論と消極的構成要件要素の理論とが相互に相容れないものであるか否かはまた別の問題であつて、これについては他の機会に述べることになるであらう。

(10) Merkel, a. a. O., S. 156; Merkel-Liepmann, a. a. O., S. 177.

(11) それ故、M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915, S. 175 Anm. 5. が、メルケル及びフラーは消極的行為事情の概念を錯誤理論においてのみ利用するとしてゐるが、実は、既に、構成要件の価値的性質の考察においても暗黙の裡にこの概念が併せ考えられていたとすることができると思う。

四 以上によれば、メルケルにおける消極的構成要件要素の理論は、一面において、外部的構成要件を可罰的違法性の実在根拠として把握し、他面、正当化事由の事実的前提の錯誤ある場合を故意責任に値しないとすゝる両見解に胚胎するものであり、両々相俟つて右の理論の創唱へと導いたものであると解することができる。固より、その実質的考察には必ずしも詳細にわたるものがあるとはいはず、筆者においてその意を測つて補述したものも多い。それ故、測らざるの誤解の上に立つて彼の見解を恣意的に再構成しているのでないかの畏れなきわけではない。この点は、筆者においても特に留意したつもりであるが、なお、大方の御叱正を仰ぎ得るならば幸甚これに過ぎるものはない。ま

た、もし、幸いにして、メルケルにおける消極的構成要件要素の理論が、大綱において、右に指摘した如き理論的根拠に由来するものであるとすれば、その概念内容とその果たす機能、及びこれを理由づける理論的根拠は、ことごとく現代的意義における右の理論と同趣旨のものであるとすることが可能であり、従つて、メルケル説の死生は後者の存廢とその運命を共にするものであるといわねばならぬ。

(未完)