

クラウス・ロクシン 『刑法総論』第一卷（第一版）〔五〕

吉田 宣之

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷（第一版）の翻訳は、桐蔭法学の発刊を記念して、ロクシン教授の特別の御許可をいただき、連載を開始し、今回で第五回目となった。その間、私は、DAAD（ドイツ学術交流協会）の奨学金をいただき、一九九六年一〇月から二月までルードウィヒ・マクシミリアン大学に留学し、親しくロクシン教授と議論する機会にも恵まれ、いままで以上にロクシン教授の刑法理論を理解できるようになったと思う。又、この連続翻訳は、東京大学刑事判例研究会でお世話になっている平野龍一名誉教授の「早く翻訳出版してはどうか」とのお勧めにより、新たな展開を迎えることとなった。

現在準備されている『第三版』を信山社から完全翻訳として出版することとし、「私の無謀な試み」が私の親しくさせていただいている先生方と、町野朔教授とのお仲間の先生方の協力を得て、現実化されるはこびとなった。したがって、これからは準備のできた原稿から桐蔭法学及びその他の学会誌上に掲載されることになる。一巻一号よりお読みいただいている方々には御不便をおかけすることになるかもしれないが、可能な限り近い将来に完全な形でお読みいただけるよう努力することを誓い、お許しいただきたいと思う。

第三章 構成要件

第十節 構成要件論

文献・省略

I 体系構成要件、保障構成要件、錯誤構成要件

すべての刑法の基本概念がそうであるように、Being によって導入された「構成要件」という概念も多種多様な意味の光を放っている。けれども、刑法にとって本質的な区別は、構成要件が充足しなければならない三つの任務に還元することができる。即ち、構成要件は、体系的、刑事政策的及び解釈学的機能を持っている。体系的意義として、構成要件によって包括されるのは、類型的に如何なる犯罪が問題になっているかを明らかにする要素の総体である。それ故、§ 303 StGB にとっては、他人の物の損壊、が、§ 211 StGB にとっては、人の殺害、が等々というように。

Being はこれらの要素の総体を「構成要件」と名付けることによって、犯罪論総論のために、「行為」と「違法性」の間に挿入される新しい範疇を獲得したのである。それ以前、犯罪は、大抵、「違法、有責で、刑罰の科せられた行為」と定義されていた。構成要件該当性は、「刑罰の科せられた」という言い回しの中に隠されていた。Being は、この形式的表現を、正当にも、刑罰が科せられるためには行為がどのような性質を持たなければならないかを認識させ得ないという理由で、「漠然としている」といつている。これに対して、構成要件という新しい範疇は、多くの、これまで犯罪論総論で所在無く「さまよっていた要素」、例えば、「行為の結果、因果関係、行為の客体、不作為犯の内容についての学説等々」に確定的な、体系的地歩を割り当てることを可能にしたのである。

体系的意味に加えて、更に、Art. 103 II GG によって要求されている「保障機能」に根拠を持つ、構成要件の刑事政策的意味がある。禁止された行為が構成要件によって厳格に記述されている刑法のみが、「*nullum crimen sine lege*」という原則（この点については、§5）に完全に一致する。我々の刑法が構成要件の刑法であって、心情的それではないと、或は、刑法が専ら行為刑法であって、行為者刑法ではない（この点について詳しくかつ分類しているのは、§6）という場合、そのような標語的な使用の背後には、構成要件の刑事政策的意味の援用がある。

この一般的、体系的機能とは異なる、構成要件の独自の解釈学的任務は、結局のところ、その要素の不知が故意を阻却するような要素を記述する点にある。このような任務は、§16 I 1 が「行為を行う際に法律構成要件に属する事情を知らない者は、故意に行為しているのではない」としているものであるから、法律自体によって構成要件に書き加えられているのである。故意を阻却する構成要件の錯誤 (§16) と任意的に責任を阻却することのあるに過ぎない禁止の錯誤 (§17) との区別は、現行法によれば、刑法解釈学の中心的基礎に属するものである。

Being は、構成要件に体系的な任務を割り当てただけではなく、保障機能及び故意を規制する意味をも、既に、明

示的に認めているのである。しかし、彼は、後の支配的見解もそうであったように、同一の内容を持つ要素がこれ等三つの任務の全てを同時に満たし得るのであるから、構成要件という単一概念があればよいとの仮定に立っている。けれども、詳細に見てみれば、体系構成要件、保障構成要件及び錯誤構成要件が区別されなければならない。というのは、*nullum-crimen* の命題が構成要件の体系的範疇の創出を促すものであるとするならば、この命題は、構成要件の要素のみならず、責任及び刑罰阻却事由と、事情によつては、更に、一定の訴訟条件をも Art. 103 II GG の下に置くのである(詳しくは、§ 5, Rn. 40 ff.) から、その範疇の域を越えているからである。それ故、*nullum-crimen* の命題が関係する事情の総体としての保障構成要件は、体系構成要件よりも多くの要素を包括するのである。

同様に、錯誤構成要件も又、必ずしも体系構成要件と一致するものではない。支配的見解に一致するように、構成要件の故意、それ故、客観的構成要件のすべての要素の知と意欲を構成要件の主観的部分として体系的に構成要件自体に分類するならば (Rn. 61) 、この故意自体は、恐らく構成要件の錯誤の対象とはなり得ないであろう。これは、その場合、体系的構成要件に属しはするが、錯誤構成要件には属しない。他方、判例と有力説は、正当化事由の事実的条件を、それを誤って認めることが故意を阻却するものと考えることによつて(詳しくは、§ 14, Rn. 53 ff.) 、故意の対象と見なしている。体系的意味における構成要件に、大抵は、このような正当化要素を数え入れることはないのであるから、その場合には、錯誤構成要件が体系的意味における構成要件よりも広く客観的要素を包括するのである。

それによれば、体系構成要件、保障構成要件及び錯誤構成要件を混同することが誤解に導き得ることは、明白である。目的論的体系にあつては、範疇は、その目的からのみ解釈され得るのであるから、異なつた目的は、又、概念的区別に到達せざるを得ない。以下の叙述は、直接的には、体系構成要件に関するものである。保障構成要件は、既に、詳細に取り扱われている(上記、§ 5)。錯誤構成要件は、正当化事由に関連して説明されるが (§ 14, Rn. 51 ff.) 、体系

構成要件としばしば関連するために、又、体系構成要件に影響を与えるものであるために、体系構成要件の記述の際にも念頭に置かれなければならない。

II 体系的範疇としての構成要件の発展について

1 Beingの客観的及び没価値的構成要件

Beingの構成要件は、特に、二つの要素に、その特徴がある。即ち、彼の構成要件は、「客観的」かつ「没価値的」である。客観性は、まとめて責任に割り当てられる、あらゆる主観的、内心的過程を構成要件から切り離すことを意味する。この点は、Beingも基礎づけに参与した「古典的」体系の主たる特徴の内の一つであると指摘しておいた（S. 7, Rn. 12, 17）。「没価値性」の下では、構成要件が構成要件該当行為の違法性を指示する、法的な評価を含んでいないことが理解されなければならない。構成要件は、Beingにとっては、「あらゆる違法要素から純粹」で、その中に「法的な意味を認識することのできない」ものである。「構成要件を充足したことの確認自体は、何人に責任を負わせるものでもない。構成要件性を調べることは、厳格に中立的な基礎に立っているのである。構成要件は、評価の純粹な客体であるのに対し、客体の評価は、先ず、違法性の範疇の範囲でなされるものである。

2 主観的構成要件の発見

構成要件の客観性の理論は、まもなく動揺することになった。H. A. Fischer, Hegler, Max Ernst Mayer, Mezgerは、多くの事案において、責任からではなく、既に、行為の不法が行為者の意思方向に—それ故、主観的、内心的要

素に—依存していることを発見している。この問題は、先ずは、専ら、正当化事由との関連で論究され、即ち、一定の主観的正当化要素(例えば、正当防衛における防衛の意思)が必要であるとされた。しかし、ほどなく、(Hegler によって)、構成要件にとつても、もしそれを *Being* 流にどの犯罪が類型的に問題になつてゐるのかを明らかにする要素を包括するものでなければならぬとするならば、主観的基準は、必ずしも、常に、放棄され得るわけではないということが明らかにした。密猟者は、もしも彼が撃ち取る意思を持つていない場合には、客観的にも、猟獣を追いかけているとはいえない (§ 292)。性的(以前の法律では: 猥褻な)行為 (§§ 174 ff.) は、それが主観的に—情欲に駆られてなされたものでなければ、そのような行為とはいえない。又、錯誤によつてなされた他人の物の奪取及び財物の損壊も、違法な領得或は利得の意図がなければ、§§ 242, 263 によつて基礎づけられた犯罪類型に該当することにはならない。従つて、主観的構成要件の理論は、既に一九三〇年頃には(個別的には多くの争点があつたものの)、一般にあまねく認められていた。今日、この理論は、ドイツ刑法では、全く争われてはいない(詳しくは、Rn. 70 ff.)。これに続いて、まもなく、目的的行為論が客観的行為事情の実現に向けられた故意の全体を構成要件の主観面に分類し(この点については、§ 7, Rn. 15)、「この方向を更に進めたのである。この行為論は、先ず、その行為の構想によつて、そうせざるを得なかつたのではある (§ 7, Rn. 15, 19)。しかし、主観的構成要件要素と構成要件の故意の近さが、全体として、この理論に推進力を与えたのである。このことから、この理論が、行為論自体としては、今日、時代遅れのものといわなければならぬにもかかわらず(詳しくは、§ 8, Rn. 18 ff.)、最近の体系において、大体認められているという説明ができる(詳しくは、§ 7, Rn. 20 ff.)。即ち、構成要件の犯罪類型(例えば、過失致死、§ 222 に対する故殺、§ 212 の)は、故意によつて本質的に規定されている。既に、このような論拠から、構成要件の故意が主観面として構成要件に帰属するという仮定が導かれる。それ故、構成要件の客観性という *Being* の命題は、最近の理論に

よつて、完全に捨て去られている。

3 不法構成要件としての体系構成要件の認識

構成要件の没価値性という構想も同様の運命をたどつたのである。Belingの理論の再検討に動機を与えたのは、この場合には、Max Ernst Mayerによる規範的構成要件要素の発見であつた。とはいえ、Mayerは、原則的には、未だ、構成要件の没価値性から出発してゐた。なるほど構成要件の充足は違法性の徴表ではあるが、両者の関係は、火に対する煙のような関係にある。煙は、決して火ではなく、又、火を含んではいない。しかし、反対の証拠に対し火の存在を推論させるのである。Mayerによれば、構成要件は、違法性の *ratio cognoscendi*、即ち、徴表的間接証拠に過ぎず、その構成要素ではないのである。彼にとつて、構成要件の没価値性は、構成要件要素が「記述的」、それ故、「五感の知覚」に親しみ得る記述（「人」、*物*、「建物」のような）であつて、違法性の範疇によつて初めて生ずるような構成要件要素の評価ではない、ということによつて保障されるのである。ところが、例えば § 223 の物の「他人性」のような、「規範的」（＝価値決定的）構成要件要素の場合は、事情が異なる。この要素は、何等かの対象を記述しているのでも、それ故、行為者の行為と因果的關係に立つものでもなく、むしろ、違法性を部分的に先取りするような評価を含んでいるのである。「他人の」物を奪う者は、そうすること他人の所有権を侵害しているのであり、そして、この所有権侵害に窃盗罪の不法の本質的要素があるのである。かくして、規範的構成要件要素は、違法性の「真正な要素である。というのは、違法性を徴表するのではなく、基礎づける事情は、それ故、*ratio cognoscendi*ではなく、*ratio essendi*であつて、違法性に属する、即ち、このような事情は違法性の構成要素であるからである。「他方、とはいえ、このような要素は、同時に、法律がそれを故意の対象にしているために (§ 16)、（不真正な）構成要件要素とも

いわれる。構成要件概念の内部においてのみ、その特殊性を尊重することが許される。“それ故、規範的構成要件要素は、二重の立場を持つている。即ち、それは、“一つの先端を法律構成要件に、他を違法性に固定した鏗と比較可能”である。それ故に、構成要件の没価値性は、重要な領域で放棄されているのである。

規範的構成要件要素の発見は、急速に、地歩を固めるに至った。その際、規範的要素の数が当初認められていたものよりも、遙かに多いことが明らかにされた。この発展は、Erik Wolf の、純粹に記述的概念であると思われる“人”或は“物”という概念でさえも限界領域にあつては規範的である、即ち、違法性に方向づけられた裁判官による評価を要求するとの証明によつて、その頂点に達した。これは、実際、正当である(詳しくは、Rn. 59 f.)。どの時点から、例えば、“胎児”であるといえるのかは、没価値的な記述の問題ではない。むしろ、§ 219 d の妊娠中絶の法文上の定義によつて、“子宮に受精卵が着床した”時と定められているが、それは、立法者がこの時期になつて初めて侵害を違法と評価し、刑法的保護を与えようとしているからである。或人を(既に或は未だ)“人”と評価するか否かという判断でさえも、限界(従つて、出産と同様に死の際の)についての法律的評価の結果なのである。例えば、民法は、人の存在を、先ず、“出産の終了から”と仮定している (§ 1 BGB)。これに対して、刑法にとっては、§ 217 によつて認識できる様に、既に、出産の開始から“人”であるが、これは、刑法が出産の過程での傷害或は殺害をも(故意或は過失の) 身体傷害或は故殺と評価できるようにしようとしているからである。

従つて、構成要件は、徹頭徹尾規範的な形象、“価値要素と存在要素の止揚不可能な組み合わせ構造”なのである。そして、このことから明らかになつたのは、もはや構成要件の没価値性に、一般的に、固執することはできないということである。Mezger は、既に一九二六年に、次のように説明していた。即ち、“立法者に依る構成要件の創造行為は…直接的に違法性の宣言、特殊類型化された不法としての不法の基礎づけを含んでいる。立法者は、構成要件を形

成することで特殊化された違法性を創っている。行為の構成要件該当性は、決して（特別の）違法性の単なる認識根拠ではなく、真正な存在根拠なのである。構成要件該当性は、行為を違法な行為とするが、それは、明らかに、その該当性自体によってではなく、特別な不法阻却事由の不存在と結合してのみである。∴。暫定的不法判断としてのこのような構成要件理論は、新カント主義の「価値関係的思考」（S7, Rn. 18 参照）によって決定的に後押しされ、今日の刑法学においても、なお、優勢に主張されている。けれども、構成要件の規範性の認識は、構成要件が違法性に対する独立の、体系的範疇として、およそ、維持できるものであるか、という問いに至るのである。この問いは、以下、特別に取り扱う必要がある。

III 構成要件と違法性との関係

1 消極的構成要件要素論

既に、構成要件が不法の観点の下における評価を述べるものであるとの認識がなされたことから、何故構成要件が不法を規定する事情の一部のみを含み、それ以外の部分は、反対に、違法性の範疇に留保されているのかとの問いが生じた。構成要件の不法を基礎づける要素と正当化事由の不法を阻却する要素とは、それ等が共同で、しかも、相互補充的であって、初めて、行為の不法に対する最終的な判断を許すものである限りにおいて、同一の機能を持つのであるから、正当化事由の条件を構成要件の中に入れることで、それ等を犯罪の範疇へと総合把握することは当然のことと思われる。

この点についての構成上の可能性は、既に、Adolf Merkelによって立てられた消極的構成要件要素論が提案してい

る。この、色々と議論されていたが、後に種々に採用されることになった見解によると、正当化条件は、単に法技術的理由から—その条件を各々の刑罰規定で繰り返す必要の無いようにと—各則の構成要件から切り離され、括弧で括られたのである。このことは、実際的には、この条件をその意味に従って個別構成要件に持ち込まなければならず、そうすること、例えば、§ 223 が次のように解釈されることになるであろうことに、何等変更を加えるものではない。即ち、他人の身体に暴行を加え、或は、健康を損なわせた者は、その行為が現在の、違法な侵害を防衛するために、本質的に優越する利益を侵害する、生命、身体、自由、名誉、財産、或は、その他の法益に対する危険から護るために、自己の子供に対する教育的理由から、等によって、要請されている場合は、別として、…で処罰される」と。この例にあるように、正当防衛 (§ 32)、正当化的緊急避難 (§ 34) 及び両親の懲戒権 (§ 1626 BGB: 親権) という正当化事由を取り込み、その他、すべての思考可能な正当化事情によって補充されることもあり得るような形式化は、正当化要素を、その要素の不存在が構成要件の充足の前提条件であるという限りで、消極的構成要素とする。各則の犯罪の記述に含まれている要素は、構成要件が充足されるべきであるとするならば、例外なく (しかし、Rn. 30-32 参照)、積極的に確定されなければならないが、他方、正当化事情の場合には、逆に、正に、その存在が構成要件を阻却するが、その否定 (正当防衛、緊急避難等は存在しない) は構成要件の実現を肯定することになるのである。

この理論は、正当化事由は、先ず、違法性をではなく、既に、構成要件を阻却することの結論に到達することになる。構成要件と違法性は、不法判断にとつて本質的な全要素 (積極的及び消極的、記述的及び非記述的、作為犯及び不作為犯に重要な) を内包している不法—全構成要件 (Lang-Hirrichsen) へと融合する。行為の三つの本質的属性 (構成要件該当性、違法性、責任) を考慮する場合、三段階的犯罪構造に言及されるのであるが、一方、消極的構成要件要素論は、二段階的犯罪体系、即ち、行為が存在する場合、構成要件該当的不法と責任のみが更に区別され、必要とあ

れば、不法という統括的犯罪範疇の範囲内で積極的な、不法を基礎づける構成要件と、消極的な不法を阻却する「反対構成要件」が区別されることになるという犯罪体系に至るのである。

2 二段階的¹或は三段階的犯罪構造？

二段階的犯罪構造は、戦後においても、多くの支持者が見受けられる。この犯罪構造は、論理的に貫徹可能であるばかりか、目的論的視点から見ても多くの長所を持っている。というのは、不法の存在根拠としての構成要件の観点においては、構成要件から不法にとって本質的な要素の一部を奪う理由がないからである。又、ある事情が不法を基礎づけるものとして、既に、構成要件に分類されるか、或は、不法を阻却するものとして、先ずは、違法性に分類されるか、という問題は、しばしば、法律の文言についての偶然な、文体上の問題である（更に、Rn. 24f. 43ff参照）。

そのように、例えば、強要罪 (§240 II) の「非難性」が生ずる事情は、専ら、不法を基礎づけるものとして、構成要件に振り分けられている。正当にも、その理由は、社会的に、完全に規則にかなっているとされている悪（例えば、訴えの提起）が類型的に当罰的な不法を具現していないからである。正当防衛の中で強要が行われるという頻発する事案の場合、非難性が欠如するために、既に、構成要件が充足されておらず、その結果、さもなければ、先ず、違法性が重要となる事情が、ここでは、既に、構成要件で検討されなければならないことになるのである。同様に、正当化的緊急避難の条件の下に他人の物を領得した場合、既に、窃盗罪の主観的構成要件に属する「違法な領得の意図」という要素が否定されなければならず、その結果、ここでも、又、正当化状況が、既に、構成要件を阻却するのである。更に、§145は、緊急通報の濫用に刑を科しているが、とはいえ、正当化的緊急避難の場合には、既に、「濫用」という要素が、又、それによって構成要件が阻却されるのである。他方、強姦罪 (§177) のような構成要件は、正当

化を考えることが、およそ、できないのであるから、そこでは、それ故に、構成要件と不法が、実際的には、同時に脱落するのである。

そのような、要素の交換可能性は、不法の基礎づけと不法阻却とが高次元の単一性の単なる一部分に過ぎないことを指示している。これを体系的に二つの範疇を統合して表現するとすれば、構成要件は、暫定的のみならず、無条件的な無価値判断として、法律の文言の偶然性から解き放たれた形式を得るのであり、そうすることで、初めて、その語本来の意味での違法性の存在根拠となる、といえようか。更に、このような構成要件は、正当化事情を誤って仮定した、非常に議論されている問題について、この場合を直接的に故意を阻却する錯誤と理解すること、及び、そうすることで法感情にとつて判り易い結論を構造にとらわれることのない形式で基礎づけることを許す限りで、支配的見解に近いのである。

それにもかかわらず、犯罪類型（即ち、その時々々の犯罪に固有の不法要素）という意味での構成要件を違法性とは独立の範疇として維持することに組する圧倒的な理由がある。というのは、構成要件と違法性は不法の探索について意味があるだけではなく、体系的にも考慮されることがなければ、失われる危険のある、特殊な刑事政策的機能をも持っているからである（既出、§7, Rn. 54 ff. 参照）。

構成要件は、先ず、不法判断とは違つて、その時々々の犯罪の種類の内容を基礎づけるような事情を統合するのである。それ故、構成要件は、例えば、窃盗を窃盗に、詐欺を詐欺にするすべての要素を含んでいる。これは、抽象的な、すべての人に認識されるようにと設定された禁止標識の種類に従つて、一般的に禁止されている行為態様の図表を画くものであるし、又、一般的な法意識に影響を与え、場合によっては、威嚇することによつて、一般予防的機能を持つのである。それ故に、構成要件要素は、最も厳格な意味で、*nullum crimen, nulla poena sine lege* 原則

に服しているのである（詳しくは、§ 5, Rn. 2 参照）。構成要件から、それに続く評価の段階で考慮されなければならない正当化事由が、不法に対する「消極的」意味による場合を除いて、二重の意味で区別される。先ず、この事由は、その時々々の犯罪類型を越え、すべての構成要件、さもなければ、その多数に妥当し、それ故に、その規定は、犯罪類型的な生活の一断面の記述ではなく、社会の秩序原理（利益衡量原則、自己保護の原則等々）の定立に関するものである。この指導的原則への包摂は、構成要件要素への包摂のようにではなく、法発見的になされるのであり、法の素材に沿って具体的に展開されなければならないのである。それ故に、*nullum-crimen* 原則に対応する解釈は、正当化事情にあつては、文言の限界ではなく、その時々々の正当化事由に内在する秩序原則のみ拘束されるのであるから、刑法外の正当化事由も、その領域に特殊な解釈結果を含めて、刑法の中に取り込まれるのであり（§ 5, Rn. 42 参照）、又、社会的発展が、構成要件上、比較的「固い」とされる刑法に影響を与えることができるのである。

次に、不法判断は、一構成要件に対して正当化事由はかなり抽象的であるにもかかわらず常に、個別的事案における行為者の行為に対する消極的評価を含んでいる。この判断は、犯罪類型ではなく、一回的事象の具体的な社会的有害性に関係し、対立している、法的に保護されている利益の衡量の結果なのである。このような衡量は、「低級なもの」の侵害が、「高級なもの」の保護にとつて具体的に「必要」である場合には、その時々々の正当化事由の状況においてより高く評価された利益を低く評価された利益に優先するという基準に従つてなされる。そこから帰結される、正当化事由の構造上の特殊性は、構成要件に、それと対応するものを見出せないが、法的効果の領域に実践的作用を営むものである。というのは、正当化された行為は、法秩序によつて許容され、当事者によつて原則的に甘受されなければならないものであるのに対して、構成要件に該当しない行為は、必ずしも許容されているわけではなく、「法的に自由な領域」（この点については、§ 14, Rn. 25 ff.）に定住させ得るか、或は、むしろ違法でさえあり得るものなのであ

る。従つて、例えば、単なる使用のための他人の物の奪取は、原則的には、構成要件に該当せず、それ故に、無罪である。しかし、この行為は、それにもかかわらず、禁止された自力救済 (§ 858 BGB) としては、違法であり、当事者の正当防衛権を発動させるが、他方、例外的に構成要件に該当する使用窃盗 (例えば、他人の自動車の使用、248b) も、もしも、それが正当化事由でカバーされる場合には (例えば、車が人命を救助するために必要である限度で、§ 904 BGB によつて)、一般的な忍受義務を基礎づけるのである。

構成要件の充足の否定と違法性の否定との間には、それ故、内容的に、*nullum-crimen* 命題の観点にあつては、構造の点においても、又、法的効果の点においても、差があるが、これは、二段階的犯罪体系の観点から、正当化された行為のすべてを構成要件に該当しないと考える場合には、均等化されるのである。

このような発見は、構成要件と違法性が、体系的には、分離されていなければならないものの、不法という観点の下においては、それにもかかわらず、*全構成要件* へと統合され得るといふ結論に至る。それ故、*不法* を、刑法上の禁止の基準となる事情を行為者に刑法上責任を負わせるのに重要な要素の総和としての答責性から際立たせることによつて、構成要件と違法性の高次元での統一としての答責性に対置させることは、全く正しいのである。これは別の、固有の犯罪範疇としての構成要件と違法性の独立性は、不法の (その限りでは非独立の) 部分としての性質からではなくて、それらが次のような他の評価的観点の下で区別されていることから生ずるのである。即ち、閉ざされた刑法固有の犯罪類型と、一般的な刑法を越える社会の秩序原則によつて構築された正当化事由としての、又、*nullum-crimen* 命題の厳密な適用の対象と、上位の基準を具体的に展開する場としての、更には、暫定的な無価値判断と、具体的な個別事案における不法評価としての、あるいは可罰性を否定する場合における法的に無関係な構成要件不該当性と、法的に許された忍受を要求する正当化としての違いである。違法性から区別されるべき構成要件という

体系的な概念は、それ故、不法構成要件ではあるが、不法と一致するものではない。Gallas が詳細に公式化したように、*ratio essendi* は行為の不法類型への帰属性に関するものであるのに対して、*ratio cognoscendi* は具体的な事例における行為の違法性に関するものなのである。このような見解は、今日の—詳しくは、多くのニュアンスがあるが—支配的見解に一致する。

このような見解は、多くの刑罰規定では構成要件と不法とがほとんど区別されないという認識によって、相対化されることはあっても、論破されることはない（Rn. 17 参照）。理由は色々あり得るし、更に、モノグラフによる一挙の解決が待たれる。時として、犯罪類型は重要な対立利益を受け入れないような種類のものである（強姦罪についての議論）。又、時として、犯罪類型は、表現上の理由からこれが必要とされている場合であれ（規則正しい使用からは犯罪類型は生まれないが故に、警察等への電話通報の濫用についての議論）、侵害されれば不法を肯定せざるを得ないような権利が保護されているような場合であれ、不法と関係して初めて構築可能なのである。時には、立法者が、不器用にも、犯罪類型を記述することができず、強要罪におけるように、構成要件という「回り道」をしないで、直接に不法を示唆するのである（この点について詳しくは、Rn. 43 ff.）。このことから、唯一、侵害権が問題にならなければ、この類型を決定する評価段階は無意味であることになるとの結論が導かれ得る。犯罪類型が正当化事由を計算に入れて、初めて、存在するという、かなり頻繁にある事例では、その体系的な特殊性は、既に、構成要件において考慮されている。その場合、不法—全構成要件の統一性は、体系的差異を覆い隠しはするが、止揚するものではない。

その様な特殊性が内的調和を乱していると思なされるのは、犯罪の範疇が引出—モデル（§7, Rn. 76）によって具象化された場合に限られるのである。それは、具象化によって、ある要素が、同時に、こことあそこに属することが不可能となり、構成要件と不法は、家の階層のように、相互に完結している二つの欄を形成することになるためである。

これに対して、評価的観点は、ここではこの点から出発しているのが、個別事案にあつて、その特殊性自体が疑問視されるなどということもなく、交錯し得るし、或は、重なり得るものでもある。逆に、正に、そうすることに よつて種々の刑罰規定の構造の違いが明らかにされる。それどころか、その他の点では、不法と答責性の体系的独自性に異論が唱えられるなどということもなく、責任要素が初めて犯罪類型を構成することもあるし、或は、一定の事情が、一部は、構成要件の観点の下で、一部は、責任の観点の下で重要になる(詳しくは、Rn. 78-82)ということもあるのである。

このような構成要件の構想からは、錯誤論には何も導かれぬ。むしろ、錯誤構成要件は、体系構成要件から独立に、その構成要件要素の中で、定められるべきである(Rn. 5 参照)。錯誤の評価にとつて、ある要素が不法について持つ意味が決定的であるので、後に (§14, Rn. 51 ff.) 明らかにされるが、その限りで、構成要件要素の誤認と、正当化条件の錯誤に基づく仮定は、同様に、故意を阻却するものとして取り扱われなければならない。その結果、その点で、構成要件と違法性との「高次元での統一」は法的効果にとつて決定的になるのである。

3 特別な見解

最近の構成要件論における二、三の特別な展開は、構成要件を不法類型とする見解に対抗し得るものではない。

(a) Welzel は、中間期において、完全に社会的日常性の範囲内でなされる(道路交通或は空の交通への参加のような)行為をも、問題のない態度であるにもかかわらず、その行為から損害が発生した場合には、構成要件に該当すると、そして、「社会的相当性」によつてのみ正当化されると見なすことによつて、Being 流の価値から解放された構成要件に、再度、接近した。彼は、それ以外にも、又、所謂開かれた、不法を推定しない構成要件を認めている。例えば、

手痛い害悪—およそ、正当な告訴による脅迫のような—を手段とする脅迫は、§240 II が必要としている強要の、非難性は、先ず、違法性の段階で検討されるべきであるとされているのであるから、強要罪 (§240) の構成要件を充足すべきであるというのである。構成要件の価値中立性への、このような傾向は、行為論から導かれ、存在論的に基礎づけられた目的的行為論の故意 (§7, Rn. 15; §8, Rn. 16 ff.) に、違法性の要素から可能な限り純化された関係客体を保障しようとの努力によって支えられているのである。しかし、それによって、Weizel によっても支持されていた、一般的禁止と例外的な許容としての、構成要件と正当化の区別が、当然に、最初から適切で、禁止されていない行為を、既に、構成要件に該当しないものと判断すべきであるとする点が誤認されている。Weizel は、しかも、又、後の段階で、支配的見解に回帰しているのである。社会的相当性と開かれた構成要件についての詳細は、Rn. 33 ff., 43 f.

(b) Schmidhäuser は、なるほど「不法構成要件」から出発しているが、法益の侵害が惹起されさえすれば、たとえ行為者の行為が社会規範と完全に一致し、それ故、抽象的にも、一般的にも禁止されていないような場合であっても、この構成要件が充足されていると見ている。従って、例えば、死亡自動車事故の場合、（全く問題のない）自動車の製造者も又、殺人罪の構成要件を、或は、正当な告訴でさえも、強要罪 (§240) の構成要件を、常に、充足するということになる。単に、許された危険というよりは、正当な利益の擁護を理由にした正当化が可能になるというのである。かくして、不法類型としての構成要件は放棄される。これは、法益が刑法上、先天的に絶対的ではなく、社会の共同生活の必然性に関係づけられた社会的束縛の中で保護されているものであるが故に、受け入れることができな。欠点のない交通機関、建築物、道具等の生産は、それによって法的に重要な危険を作出してはいないのであるから、爾後、損害と因果関係がある場合であっても、故殺行為、傷害行為、毀損行為ではなく、それ故に、構成要件該当的で

もあり得ないのである(詳しくは、§ 11, Rn. 43 ff.)。そして、意思決定及び意思活動の自由は、無制約的恣意という意味では、同様に保護されなければならない、その他の人々の自由と到底共存することができないのであるから、保護法益たり得ない。

(c) 最後に、S. 26 は、「法定構成要件」を「価値中立的な形成物」と見なし、全構成要件要素は、憲法的理由から(正当にも!) 国家の刑罰威嚇の正当化にとつて必要であると彼の考えた「当罰的法益侵害の類型」が存在しなくても、充足され得るとしている。それ故に、彼は、「規範の保護目的による責任の制限を理由とする構成要件阻却の可能性」を導入しようとし、このような場合を「構成要件要素の欠如を理由とする構成要件阻却」と共に、新たに構築されるべき「法益侵害の欠如を理由とする構成要件の阻却」の範疇の下に概念的に従属させようとしている。これは、意図としては、肯定されるべき価値のあるものであるが、このような事柄を既に考慮している支配的見解の構成要件概念をあまりにも狭く解釈している。支配的見解の概念は、最初から、価値中立的ではなく、常に、構成要件を不法類型と解釈し、従って、責任の制限を追加することは、原則として、必要とされないものである。けれども、法律の文言を解釈する場合には、何時でも、支配的見解が、ずっと以前から、「社会的相当性」という構成要件阻却の基準で試みて来た、「当罰的法益侵害の類型」の存在に意を用いなければならない(詳しくは、Rn. 33 ff. 参照)。又、客観的構成要件への帰属の際には、規範の保護目的は、一貫して、構成要件を制限する作用をも営むのである(詳しくは、§ 11, Rn. 85 ff.)。

4 刑罰法規における違法性の指示、消極的に把握された構成要件要素

構成要件の犯罪類型、即ち、抽象的禁止の全条件の総体としての理解から、ある要素が各則の刑罰規定の文言に含まれているからといって、未だ、構成要件に属するものではないことが判る。従って、旧条文の本文には、まだ、見受けられた (§§ 303, 123, 239)、「違法な (rechtswidrig)」、「不法の (widerrechtlich)」、「という言葉は、構成要件要素ではなく、(それ自体としては、余計な)違法性という一般的犯罪要素の、或は、せいぜい、ここで主張した見解によれば、勿論、構成要件の充足を阻却してしまうのであるが(詳しくは、§ 13, Rn. 12 ff.)」そのような法益の担い手の同意の可能性 (§ 303 c) の指示に過ぎないのである。これに対して、「違法な」という語は、個々の構成要件要素の特徴を詳しく示しているところでは(例えば、§ 242 の領得及び § 263 の利得の違法性)、違法性判断の条件は不法類型の構成要素であり、構成要件に属する(詳しくは、Rn. 70 ff.)。又、「権限無し」という語は、原則として、「違法な」と同じ様に読むべきであり、それ故、構成要件要素を意味するのではない (§§ 123, 168, 201 ff., 290, 296 a, 353 b)。これに対して、§ 107 a の「権限無し」という文言は、「選挙権無し」という意味であり、又、§ 132 のものは、「公職に就かないで」の意である。ここでは、消極的な行為者要素が重要である。この消極的要素は、構成要件に属する。というのは、不法類型は、選挙或は職権執行それ自体によって、既に、実現されているのではなく、相応の身分のない者が行った場合に、初めて、実現されるからである。

最後の二つの例から、不存在が確定されなければならない消極的要素が、必ずしも、違法性に属するものではないことが判る。確かに、原則的には、構成要件が積極的な、不法を基礎づける要素を含んでいるのに対し、他方、一定の許容状況の不存在は、先ず、違法性に関するものではある (Rn. 14 参照)。しかし、「消極的に把握された構成要件要素」、即ち、それを採し当てること不法類型に属する要素もある。従って、TierSchG の § 17 Nr. 1 によれば、「合理的な理由なしに」脊椎動物を殺害した者は、可罰的である。ここでは、「合理的理由」が、先ず、食肉業者という職

業が恒常的な構成要件の充足を構成する要素でもあるかのように、正当化するのではなく、その不存在が、既に、構成要件充足の条件なのである。

官庁の許可のない行為が処罰されている場合は、次のように区別されなければならない。自動車の運転は、運転免許証によって、初めて、正当化されるものではない。むしろ、運転免許証のない運転は、およそ、§ 21 StVG の構成要件に該当し、そのために、運転免許証と、それに伴う公の許可の欠缺は、消極的に把握された構成要件要素であることになる。同様に、医師の行使についての許可 (§ 5 HeilpraktikerG) は、医師の権限ある行使は、当然に、いかなる犯罪類型にもならないのであるから、消極的に把握された構成要件要素である。これに対して、例えば、公営賭博は、§ 284 の処罰根拠を、— 真に正当であるが —、住民は賭博の情熱を利用した搾取から保護されるべきであるという点に見る場合には、常に、構成要件該当的である。ここでは、官庁による許可は、例外的場合に限って、優越的な国庫上の理由から、禁止を放棄しているものであり、それ故、構成要件阻却的ではなく、正当化的に作用するのである。従って、官庁の許可の欠缺が、構成要件要素なのか違法要素なのかは、許可の留保が濫用に対する一般の相当行為を統制するためだけなのであるか、あるいは、犯罪類型的行為を例外的に許しているのかにかかっているのである。正当化事由としての官庁の許可について詳しくは、§ 17, Rn. 42 ff. 参照。

IV 社会的相当性と構成要件阻却

文献・省略

社会的相当性の理論は、もともとは Weizel によって展開されたものである。この理論の基本思想は、『共同生活の歴史的に形成された社会倫理的秩序の内部での活動』である、それ故、『社会的相当な』行為は、たとえ文言的には包摂可能であつたとしても、構成要件に該当することはないというものである。従つて、例えば、鉄道、鉱山、工場等での合法的な操業の際に生じた傷害及び殺害は、最初から、§§ 212, 223 ff. の構成要件を充足すべきではない。通常の、一寸した新年の贈り物を郵便配達人に渡すことは、一般に是認されているので、§ 331 の贈賄とは見なされない等々。このことは、本来は、『構成要件は刑法上の不法の類型化』であり、それ故、社会的相当行為を記述することなどできないという（適切な）考慮によつて基礎づけられていたのである。

この理論は、今日まで、多くの関心を持たれたが、その歴史は変転極まり無いものであつた。Weizel 自身は、部分的に変更を加えた構成要件理解に基づいて、社会的相当性を、一時期、慣習法上の正当化事由と把握していたが (Rn. 25 参照)、後には、構成要件の制限としての説明に戻つた。しかも、この法的形象に与えた例も、年と共に、種々様々に変えられたのである。文献は、今日、適用範囲の限界の設定には非常に様々なものがあるが、社会的相当性を、一部は、構成要件阻却の事実と、一部は、正当化事由或はそれどころか責任阻却事由と見なしているのである。多くのものは、これを、その基準の不明確性を理由にして、法的安定性を危うくするものであるとして、又、既に認められている解釈方法論との関係で余分なものであるとして拒否しているか、或は、せいぜい一般的解釈原理として用いようとしている。更に、Dahn の規範的行為者類型 (§ 6, Rn. 11 参照)、Sax によつて展開された構成要件上での『規範の保護目的による責任の限界づけ』の理論 (Rn. 29 参照) のような独自の構想があるが、これらは、社会的相当性の理論類似の目的を類似の方法で追求するものである。

又、判例にあつても、社会的相当性の原則は、その体系的な位置づけも明らかにされていないというのに、影響を与

えている。BGHSt 23, 226 (228) のなかで、 \ddot{U} 、社会的相当性、の理論によれば、普通に行われている、一般によって肯定された、しかも、それ故に、刑法的観点からしても、社会生活上全く疑いの余地の無い行為は、社会的な行為の自由の領域にある行為であるから、構成要件に該当することはないし、或は、少なくとも違法でもあり得ない \ddot{U} と述べられている。BGHの民事大部 (BGHZ 24, 21, 26) は、正しい通行の正当化事由を認めた際に、 \ddot{U} 、このような結果については、所謂社会的相当性という法思想が適用される特殊な場合が問題となっているか否かは決定せずにおいてよい \ddot{U} と述べている。連邦労働裁判所 (BAG, 1, 300) は、ストライキとロックアウトを労働争議の社会的相当な手段であると明示的に認めている。又、OLG München NSZ 1985, 549 は、社会的相当性の理論に言及して、その理論は \ddot{U} 構成要件における制限的作用 \ddot{U} を持つとしている。

批判的な判断の出発点は、社会的相当性の原則が構成要件論にとって重要な認識を含んでいるという点である。即ち、それは、例外的に個別の場合についてのみならず、最初から、しかも、一般的に是認されている行為は、犯罪類型及び不法類型を具体化し得るものでもないし、それ故、構成要件に該当し得るものでもないという考えである。社会的相当行為の構成要件不該当性は、それ故、ここで主張された構成要件論の必然的な帰結である。社会的相当性を正当化事由或は責任阻却事由として分類する場合には、このような中心的な認識を誤解することになる。これを違法性に振り分けることは、 \ddot{U} 、没価値的な \ddot{U} 構成要件という観点からのみ可能であるが、それでは構成要件の持つ特別の機能を破壊してしまう。責任阻却事由と仮定することは、社会的相当行為を違法と見なし、それに対する正当防衛を許すことを前提にすることになるが、これは、否認され、禁止された行為としての不法の性質と一致しない。なるほど、社会的に相当な危険の結果として生ずるかもしれない損害を、必ずしも甘受する必要はないし、しかも、それを防御することは正当防衛の問題ではなく、正当化的緊急避難の問題なのである。

社会的相当行為が構成要件に該当しないという認識は、しかしながら、構成要件を不法類型と理解しなければならぬとの見解を本質的に超えるものではない。このような認識は、単に、不法に内在し、その実体的基礎を形成する社会的無価値を指摘しているに過ぎない（詳しくは、§2参照）。それ故、社会的不相当性は、構成要件を全体的に（不法類型として）性格づけるのであって、例えば、個別の構成要件的特徴ではない。その結果、又、構成要件に該当する行為を誤って社会的に相当であると評価した場合には、故意を阻却する構成要件の錯誤 (§10) ではなく、単なる禁止の錯誤 (§17) が存在するのである。それ故に、社会的不相当性は、高々、構成要件解釈の原理として利用され得るに過ぎないのである。即ち、構成要件は、社会的不相当行為のみが包摂されるように解釈されるべきなのである。しかし、又、解釈学的基準としての社会的（不）相当性判断の価値は、我々にこの観点の下で取り扱われる事案についての精確な解釈のための便法を提供することによって、相対化されるのである。即ち、多くの（そして個々の点では異なっている）、社会的相当行為とされる例を綿密に調べるならば、これを二類型に大別可能であることが確認できる。

第一の類型は、法的に重要でないか、或は、許された危険の場合である。即ち、鉄道輸送、道路交通或は航空輸送、

工場設備の稼働、スポーツ競技への参加等は、それに適用される規則に注意を払っている場合には、運行上通常の、一般的に許された危険の範囲内にあるのであり、しかも、にもかかわらず、例え、結果が発生したような場合であっても、侵害犯の構成要件を充足することはない。その理由は、結果の客観的構成要件への帰属は、原則的に、結果が行為者によって作出された、一般的に許されていない危険を表示していること（この点について詳しくは、§11, Rn. 41, 43ff.）を前提としているからである。それ故、社会的相当性は、既に一般的帰属の基準によって脱落するのであるから、構成要件充足を阻却するためには必要でない。再三再四議論された講壇事例である、甥が、そうしている時に一予想通りにそうなった——雷に打たれるかもしれないとの期待を抱いて、遺産を残してくれそうな金持ちの叔父を雨の

中散歩に行くように説得したというような場合には、甥は叔父の生命に対してなんら法的に重要な危険を生じさせなかったのだから、既に、殺人犯にはあたらない。一般的帰属理論は、そのような場合、責任の限界づけについて、甥の行為が「社会的に相当な」ものであるかと問うよりは、はるかに厳密な規則を獲得可能にする。

同様のことは、判例(これを取り上げているのは、§ 11, Rn. 55 ff.)からの多数の例についてもいえる。即ち、例えば、飲食店法によって設定された限界内で (BGHSt 19, 152) アルコールを提供することは許された危険の範囲内であるため、そこから生じた結果は、既に、そのような理由を根拠に帰属不可能なのである。もちろん、許された危険を定める際には、しばしば、詳細に述べられた安全規定の中に表わされているような、行為の社会的負担可能性についての慎重な衡量が必要である。しかし、このような社会的価値評価は、本来、結果の帰属の問題なのであって、大抵は漠然とした、しかも、議論の余地の在る社会的相当性判断による事後的な調整措置を経て、初めて、再び切り離される必要はないのである。

第二の類型は、取るに足らない、社会的に容認される行為を構成要件から切り離す点に関係する。これに属するのは、上述の、郵便配達人への新年の一寸した贈り物の場合であるが、これは法律の厳格な文言にもかかわらず、社会的相当性を理由に、§ 323i の構成要件に属すべきではないのである。更に、小額の賭け金での賭博は、§ 284 によつたのでは不可罰とされるべきである。極内輪の家族の間で馴れ合いのためなされた侮辱的表現は、侮辱罪の構成要件 (§§ 185 ff.) から切り離される。危険ではあるが、規定通りの業務の遂行である経済行為は、§ 266 には包摂されない等。このような、多くの比較可能な事例にあつては、該当構成要件は充足されないと結論は、同意を得られる。けれども、この事が記述された行為態様の社会的相当性に基づいているとの理由付けは、あまりにも一般的過ぎる。むしろ、種々の規定によって保護された法益がわれわれの例によっては侵害されていない、それ故に、行為を禁止に違反する

ものとは見なさないというのである。郵便配達人への少しばかりの贈り物は、§ 321 が保護しようとしている、公務員の完全性に対する公的信頼を危殆化してはいない。極めて小額の賭け金によつては、§ 284 が予防しようとしている、賭博熱の刺激による国民の搾取には至らない。家族という内輪での内々の表現は、§ 185 ff. で問題となつてゐる、当事者の社会的尊重要請を侵害してはいない。規定通りの危険な職務は、§ 320 が阻止すべきである墮落の表現ではない。

それ故、正しい解決は、何時も、保護法益に方向付けられた、制限的解釈から生ずるのである。このような手続の方が、これら行為の社会的相当性に一律によるよりは、好ましいのである。というのは、決定が単なる感情によつて下されるといふ、或は、およそ一般に広まつてゐるに過ぎない濫用が構成要件に該当しないと説明されるという危険を予防できるからである。又、法益に強く結び付けられた、その時々々の不法類型を直指す解釈のみが、何故取るに足らないものが、一部は、構成要件に該当しないとされ、しばしば、既に、法律の文言によつて切り離されるのか、又、一部は、たとえば軽微窃盗のように、疑いもなく構成要件を充足するのか、を明らかにするのである。即ち、所有権も占有も軽微な対象を窃盗することによつて、既に、犯されているのに対して、他の場合には、法益が、それに対する関与の程度が一定の強さになつて、初めて、侵害されることになるからである。

それ故に、総括して言へば、社会的相当性の理論は、特殊不法類型に一致しない行為態様を構成要件から排除するという正しい目的を追求するものではあるが、構成要件を阻却する、特別な「要素」を示すものでもないし、又、解釈原理としても、より精確な基準に代えられるべきなのである。それ故、この「方向性」としては正しい——理論は、今日、もはや、特別の、解釈上の意味を主張し得ないのである。

V 開かれた構成要件と全行為評価要素

文献・省略

1 開かれた構成要件

Welzel によって基礎づけられた理論によれば、構成要件は、原則として、不法を基礎づける全要素を明確に規定するのであるから、違法性の領域においては、単に、不法阻却事由の欠缺をのみ検討すべきなのである。このような「開かれた」、不法類型を完全に叙述している構成要件に対して、Welzel によれば、「開かれた」構成要件も存在すべきであるとされる。即ち、開かれた構成要件とは、禁止の対象があらゆる方面から、余すところ無く記述されているものではなく、したがって、ここでは、構成要件が不法を未だ懲憑していないとされなければならないのである。むしろ、この不法は、違法性の観点の下に、「特殊な違法要素」（以前は、「法義務要素」）を積極的に確定することによって、初めて、求められるべきなのである。主要な例としては、Welzel が § 240 I の条件によって充足されたと見なしていた強要罪の構成要件がある。他人を身にこたえるような害悪によって脅迫し、行為をさせた者は、それによって、常に、強要罪の構成要件を充足していることになる。それは、例えば、債権者が債務者を、全く適切な、さもなければ彼は新しい注文を全く出せない、との通告によって納品させた場合でも、変わることはない。§ 240 II の強要の「非難性」は、常に、単純な違法性の問題であるべきであるから、したがって構成要件は不法を基礎づける要素を不完全に記述していることになる。先ず、非難性の要素を積極的に確定して、初めて、不法が基礎づけられるのである。そのような開かれた構成要件は、社会的相当性による構成要件の充足と全く同じで、数は少ないといつてよい。というのは、構成要件は、それが犯罪類型と、暫定的な無価値判断と考えられている場合、不法との関係で、価値中立的ではあり得ないのである。むしろ、正しくは、立法者が、§ 240 について、犯罪を記述的な、事実に具体的な要素

によって十分に記述することに成功しなかったのである。即ち、身にこたえる害悪による強要は、社会的な経過は、一定の限度で、圧力と抵抗によって機能していると指摘されているのであるから、未だ十分に成型されていない犯罪類型である。不法は、「目指された目的への害悪による脅迫が非難すべきであると見なされる」（§240 II）場合に、初めて、積極的に基礎づけられるのである。したがって、非難性の判断を基礎づける、あらゆる事情は、§240 I の構成要件の断面を補足する行為事情と評価しなければならない。このような事情が、「非難性」という規範的基準に基づいて、判例と学問によって、先ず、得られなければならないからといって、それが違法性要素とされるわけではない。M. E. Mayer (Rn. 10) 以来、規範的事情は、法的無価値判断と関係するにもかかわらず、構成要件要素である。

2 全行為評価的要素

もつとも、すべての非難性を基礎づける事情を構成要件に割り振ることによって、他の構成要件要素と非難性の基準とを区別する特殊性が際立たせられる。「全行為評価的要素」は、強要する行為者の行為の非難性が類型的不法のみならず、同時に個別事例の強要行為の具体的な不法を表わしている限りで、問題なのである。他人を非難すべき手段によって強要した者は、それ故、構成要件に該当する行為を行っていただけではなく、それ自体で (eo ipso)、§240 の意味での違法に行為しているのである。正当化事由の出番はない。というのは、法律上の強制権限、正当防衛或は正当化的緊急避難状況を根拠に、人を強要した場合には、その行為は、既に、非難にあたるものでもなければ、構成要件に該当するのでもないからである。立法者が全行為評価的事情を用いているところでは、それ故、構成要件要素とそれとは異なる不法要素とは区別できないのである。このことから、又、このような事例が、丁度、二段階的犯罪構造の支持者によって、構成要件と違法性の階層を区別することの不可能性のための証拠として持ち出されることの説

明がつく (Rn. 16-18 参照)。

とはいえ、それによって構成要件が独立した犯罪の階層として不要になったというのではなく、単に、立法者が、個別的に、抽象的な犯罪類型の記述を広範に放棄し、可罰性を実体的違法性、即ち、耐えることのできない社会的有害性の裁判官による確定に依るとしていることが証明されたに過ぎないのである。立法者は、理論的には、窃盗罪或は詐欺罪の犯罪類型を詳細に記述することに代えて、非難にあたる奪取或は財産上の損害を処罰することもできるし、それに必要な実体的要素を明確にすることを判例に任せることもできるであろう。立法者は、それらの犯罪について、そのようにしているわけでもなければ、当然、強要罪についてもである。というのは、§ 240 II の、目指された目的に達するための害悪による脅迫が非難に値するとみなされるのでなければならぬという必要条件は、不法論の中で展開された「目的説」、即ち、不法或はその否定を行為者の行為に認識できる手段・目的関係の不相当性或は相当性に還元する説 (詳しくは、§ 14, Rn. 38 参照) から導かれたものに過ぎない。

それ故、「非難に値する」という言葉は、構成要件を記述するものではなく、高々耐えられない程社会的に有害な、「実体的に違法な」ということを意味しているに過ぎない。この言葉は、そこで、あたかも「違法な」という要素が端的に用いられている場合であるかのように、最終的な、全行為に関係する不法評価を含んでいるのである。従って、「非難性」自体は、「違法性」のように、構成要件にはほとんど必要ないものである。他の犯罪にあつては、不法類型を基礎づける事実的事情は構成要件に数え入れられるのに対し、不法を阻却する要素及び具体的不法の確定は違法性の範疇に留保されているのであるが、全行為評価的要素を持った構成要件の場合には、違法性の評価にとって重要な、事実的全事情 (正当化条件の欠缺を含む) は「全構成要件」の要素なのである。最終的な評価 (例えば、「非難に値する」という言葉によって) のみは、違法性に分類されなければならない。同様なことは、「警察等への緊急通報の濫用」

についてもいえる（Rn.17）。この“濫用”を排除する、すべての事情は構成要件の充足を阻害する。それに対して、濫用・判断自体は不法要素である。

それ故、全行為評価的要素は、次のように、分析されなければならない。即ち、全行為評価の前提条件のすべて（積極的と同様に消極的も）のものは、構成要件に属するのに対し、包括的な評価自体は“違法な”という要素に対応する。それ故に、全行為評価的要素を持った規定は、“開かれた”構成要件ではなく、思考可能な、“最も閉じられた”構成要件なのである。この、Welzelに始まった発見について、“不法類型”としての構成要件論を否定したことは、正しい。ただ、その様な構成要件の価値自由性（開かれた性質）に立ち返ってではなく、体系的三段階性の例外的な均等化として解決されるべきである。

全行為評価的要素を持った犯罪は、法治国家的に比較的仕上げの加えられていない特別刑法にも、度々見られるのである。例えば、§17 Nr. 1 TierSchGによれば、“合理的な理由なく脊椎動物を殺した者”は処罰されるのであるが、その場合、“合理的な理由なく”、言い回しは全行為評価的要素である。“合理的な理由”の全てが構成要件を阻却する（Rn. 31参照）。この理由には、一般的な正当化事由も属する（特に、§§ 228 BGB, 34 StGB）。脊椎動物殺害の“合理性”を基礎づける全事情は、従って、構成要件要素である。それに対して、非合理性・判断自体は不法評価と一致し、それ故に、違法性の問題である。

全行為評価的事情は、とりわけ、錯誤論にとって実践的意味を持つのである。体系的構成要件の客観的要素の錯誤は§16によって故意を阻却するのであるから、例えば、強要罪の非難性、緊急電話通報の濫用、或は、動物殺害の非合理性を解消するような事情を誤って仮定したような場合は、例えそれが正当化事情の前提条件に関係しているような場合であっても、直接§16によって取り扱われるべき構成要件の錯誤である。これに対して、行為者が行為の事実

的前提条件を全て認識してはいるが、誤った法的な評価をしたために、彼の脅迫を「非難に値する」とは、その緊急電話通報の利用を「濫用である」とは、或は、その動物の殺害を「合理的である」とは評価しない場合、行為者は、回避可能な場合には故意行為として処罰されることになる、§17 による禁止の錯誤の状態にあるのである(詳しくは、§12, Rn. 89 ff.)。

全行為評価的要素を持った構成要件は、我々の刑法の中にあつては、不法の全体的評価のために犯罪類型を明らかに際立たせることを断念させるものである限りにおいて、異質体なのである。しかし、このような構成要件は、不法に対して独立の犯罪範疇としての構成要件の必要性に反対の論拠を提出するものではなく、むしろ賛成するものである。というのは、二つの、叙述された例、即ち、§240 StGB と §17 TierSch の例(そして少し緩和された形態ではある §145 の場合も)が、正に、示しているように、可罰的行為の領域が明確に記述されず、二つの(構成要件と不法―訳者挿入―)範疇を均等化して、「実体的違法性」という概念のパラフレーズとしての印象を与えるに過ぎない一般条項によって提示される場合には、そうすることで、それがどれほど法治国家に損失を与えることになるかが示されているのである。現状の形式での強要罪の構成要件の合憲性は、既に、いつも論争されている。TierSchG については、保護法益(高等動物の生命と健康)の非日常性のみを理由に、それ以外の一般的な法治国家的基準に依ることを断念することができると思はれていた。

もちろん、明確に輪郭を書かれた構成要件は、論理的な要請ではなく、Art. 103 II GG から導かれた価値論的要請である。けれども、それは、法治国家的刑法に対する構成要件の意義を減ずるものではない。それ故に、立法者は、三段階性の体系的例外を作る一般条項的な、全行為評価的要素を放棄すべきであろう。全行為評価的要素が、唯一、問題にならないのは、その内容が法秩序のコンテキストから疑いもなく演繹できるところである。従つて、例えば、「違法

な領得の意図（§ 242）、及び、全不法判断を先取りしているような主観的構成要件における類似の要素の場合についていえる。というのは、ここでは、常に、「違法性」が支払期限に達した説明の必要のない権利の要求と一般的正当化事由によって阻却され、その結果、構成要件と違法性の噛み合わせが不法類型を実体的に疑問視させないからなのである。

VI 客観的構成要件と主観的構成要件

文献・省略

主観的構成要件要素の発見と承認 (Ri. 8) 以来、客観的構成要件と主観的構成要件の分離は、一般的に、ドイツの学問においては、確固たる地位を築いている。この教科書も、それを基礎にしている。しかしながら、構成要件的行为が内的要素と外的要素の統一をなしていることは明らかにしておかなければならない。その統一を引き裂くことは許されないが、個々の要素（客観的も主観的も同様に）をその特殊性に注目して把握することはできる。その場合、純粹に客観的な構成要件要素（「物」、他人の「の様な」と、純粹に主観的な構成要件要素（「違法な利得の意図」、法律上の取り引きにおいて欺罔するため「の様な」）だけではなく、客観的要素と主観的要素が言語上不可分的により合わされている、その他の構成要件要素（既に Ri. 8 に示されている例を参照）もあることがわかる。即ち、このような要素には、§ 263 の意味での「本物であるかのような見せかけ」というものがあるが、これは外的な行為ではあっても、本来、主観的な欺罔の意識なしには、思考不可能なものなのである。このような要素を客観的構成要件に整序するか

主観的な構成要件にかをめぐっての争いは、無駄なことである。内部と外部の分離は、外面的な秩序づけに奉仕するだけであつて、それがあつた概念の意義に反する場合には、無意味になるのである。

1 客観的構成要件

(a) 客観的構成要件の構造と内容

客観的構成要件には、常に、犯罪主体と構成要件的行为とが示され、更に、原則的に、禁止された結果が記述されている。特に簡単な構造を持った構成要件である § 323 (「誰かが…他人の物を損傷あるいは破壊する」) によれば、単なる「誰か」という言葉が犯罪主体を示し、それに対して、行為と結果は一定の行為客體(ここでは、他人の物)の損傷或は損壊として規定されている。誰でも犯罪主体になりうるのか否か(「誰か」で始まる構成要件の場合のように)、或は、正犯が一定の人的グループに限定されているか否か (§ 331 ff. の職務犯罪の場合のように) によって、一般犯と身分犯に区別される。構成要件的行为から切り離された結果が要求されているところでは、結果犯といわれる。このような結果が欠落している場合には (§ 123 の住居侵入罪の場合のように)、所謂單純拳動犯が存在する。構成要件上前提とされている結果が行為客體の侵害とされているのか危殆化とされているのかによって、侵害犯と危険犯とが区別される。これ等及びそれ以外の区別は、客観的構成要件の構造的相違から得られるもので、「構成要件の種類」(Rn. 102 ff.) の箇所詳述される。

個々の構成要件の解釈は、各則の問題である。客観的構成要件が総則に対して負っている最も重要な法律的任務は、結果犯における構成要件的行为に妥当する、犯罪に固有でない原則を明確にすることにあり。即ち、総則では、犯罪主体と結果の関係が、結果を行為の結果として行為者に帰属させ得るには、どのようななければならないかを明らかに

にしなければならぬ。§303の例に留まるとすれば、この構成要件の充足には一定の行為をしている人間と破損した物の存在では足りない。むしろ、結果が行為者の仕事であることが確定されなければならない。加えて、作爲犯の場合には、先ず、行為者の行為と結果との間に因果関係が必要である。しかし、これでも十分ではない。さもなければ、例えば、後に他人によって破損された物の製造者も、それを製造することによって結果の一条件を作っているのであるから、§303を充足するのでなければならぬとでもいうことになるからである。むしろ、結果に因果関係のある行為態様の中から器物損壊行為として通用しうるものを法的価値基準に従って選択することも必要なのである。結果を一定の行為者の仕事と見なし得るための条件を確定することが、客観的構成要件への帰属と呼ばれているのである。この帰属の理論は、因果関係論を内包するものであるが、特別の取り扱いが必要であり、次の節(§11)の対象とされる。その実体に従えば、帰属論は、客観的構成要件の一部に属する。

犯罪主体、結果及びこれ等両者の間に必要な帰属関係に加えて、構成要件には、更に、行為者の行為を詳細に特徴づけるための、種々の、犯罪に固有な要素が属している。というのは、非常に少数の場合においてのみ、法益が、例えば人の生命のような(§212)、あらゆる任意の、帰属可能な侵害に対して、刑法的に保護されているに過ぎないからである。例えば、他人の財産の侵害は、そのみで可罰的であるわけではない。むしろ、可罰的であるのは、その侵害が一定の方法で（例えば、§263の場合には、偽りの事実を真実と見せかけたり、或は、真実を歪めたり又は隠匿することによって、§266の場合であれば、特殊な財産に対する監督義務に違反して）生じた場合に限るのである。これ等すべての行為の条件は、その他の、種々の構成要件要素同様、各則の素材なのであるから、以下ではあまり詳しくは説明しない。けれども、一般的認識として、解釈の方向性が決定づけられる構成要件の保護領域は、その時々法益によってのみならず、場合によっては、同じ様に、特殊な行為の条件によっても決定されているとの認識は堅

持されるべきであろう。それ故、刑法における目的論的解釈は、大概がそうであるように、保護法益に従った解釈としてではなく、その時々々の構成要件の保護領域に従った解釈と理解されるべきであろう。

(b) 記述的構成要件要素と規範的構成要件要素

すべての構成要件に関係し、それ故に総則に属する、特に客観的構成要件にとって重要な区別は、記述的要素と規範的要素の分離である。これは、構成要件と違法性との限界設定、構成要件を不法類型であるとする今日の支配的見解の発展にとって、重要な意味を持っていたのである (Rn. 10 ff. 参照)。又、故意論にとっても、この区別は、記述的要素が感覚的知覚を必要とし、規範的なものは精神的な理解を必要とするという理由で、重要なのである (詳しくは、§ 12, Rn. 84 ff.)。更に、それを超えて、規範的構成要件要素は、その中に大概の場合には前提とされている法的評価の故に、StGB (§§ 16, 17) の要求する構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別があらゆる場合に純粹に貫徹可能であるか否か (詳しくは、§ 12, Rn. 89 ff.) とどう問いついて重要な役割をするのである。

記述的要素と規範的要素の限界設定と区分は、個別的に、非常に争われている。伝統的に、記述的 (描写的) 要素は、一定の肉体的、精神的所与或は事象を再現し、裁判官によって認識され (認識論的に)、確定されるものと理解されている。これに対して、規範的とは、評価を前提にして存在する、すべての要素である。それ故、例えば、*「建造物」* (§ 306) 或は *「奪取する」* (§ 242) のような概念は記述的で、*「侮辱」* (§ 185) 或は *「他人の」* (§§ 242, 246, 303) のような言葉は規範的である。規範的要素の場合、更に、特に、法的評価を伴った要素 (*「他人の」*、§ 242, *「公務員」*、§§ 331 ff., *「公文書」*、§ 348) と、文化的評価を伴った要素 (*「一定程度の性的行為」* § 184 c) が区別できる。又、概念が法の適用者に特に広い評価の余地を与えている、*「価値の補充を必要とする」*ものであるかどうか (例えば、§ 226 a の

「善良の風俗」、§240 II の「非難すべき」、或は、例えば、民法上所有権制度に関係する「他人性」の概念のように、評価が裁判官に、完全にか或は広範に、前もって定められているか否か（「価値の充足された概念」）によっても、区別できる。当然、その時々々の論証との関係で必要であれば、更に、概念的な区分を試みることもできる。

しかしながら、記述的要素と規範的要素の通常の場合といえども、純粹に記述的事情或は純粹に規範的事情というのは、ほとんど起り得ないのである。というのも、一見記述的と見える「奪取する」或は「建造物」のような要素も、疑わしい場合には、その時々々の罰則の保護目的に従って、同時に、規範的基準に従って解釈されなければならないからである。既に、「人間」或は「物」のような概念でさえも法的評価の助けを借りることなしには決定し得ないことが知られている (Rn. 11)。ということは、その限りにおいて、あらゆる要素（おそらく、純粹な度量概念の例外はあるとしても）が規範的であるともいえよう。他方、規範的概念も、大概、純粹の評価（例えば、「他人の」、「善良な風俗に反して」のような）と見なされるのではなく、むしろ、記述的基体をもっているのである。それ故、侮辱は、社会的価値判断の共感的理解として認識可能だけでなく、又、聴覚の事象或は対象の特定を認識論的に確定することを要求する。「文書」 (§267) は、その法的意味内容によって存在するだけでなく、常に五感で感じ得る物質的な基礎等をも持っている。それ故、このような観点の下では、記述的要素と規範的要素の（ほとんど可能性のない）分離は、すべての構成要件要素を規範的要素と記述的要素の混合と理解し、ある時は前者のファクターが、ある時は後者のファクターが優越するとする見解よりも重要性に乏しい。

これに対して、術語上の理由から、規範的要素と記述的要素の実用性のある区分に固執したい場合には、Engisch のように、「およそ規範を論理的前提として表象可能で、思考可能である」ような要素のみを規範的と特徴づけることを勧める。それによって、「他人の」、「善良な風俗」、「非難すべき」、「文書」、「侮辱」等は、法的な或は社会的な規範体

系を前提にするために、規範的であるのに対して、“人間”、“物”、“建造物”、“奪取する”というような概念は、規範的関連性なしに存在し得るので、記述的と呼ぶことができる。もちろん、そのような概念の入れ替えによって実体問題が変えられるわけではない。それは、記述的要素の中に規範的要素が混入しているが、その区別が重要である(R. 57) するような関係にある時は、それを考慮するよう要請されているからである。

2 主観的構成要件

もともとは、構成要件には客観的要素のみが属するとする見解が支配的であったが (§7, Rn. 12 参照)、今日では、主観的構成要件もあり、それは故意及び場合によれば故意に更に追加される主観的構成要件要素によって構成されているとの見解が一般化している (§7, Rn. 21 参照)。歴史的に見れば、先ず、主観的不法要素が構成要件の構成要素として認められた。本来は、純粹の責任形式とされていた故意が構成要件に分類されたのは、後の目的的行為論の影響の下に、初めてなされたのである(この発展については、Rn. 8 f. 参照)。それにもかかわらず、体系的に、故意は主観的構成要件の一般的要素として、必ずしもすべての構成要件にあるわけではなく、しかも、種々の形態で現れる、特別の主観的構成要件に先置されなければならない。

(a) 構成要件の故意

構成要件の故意とは、慣用の短縮形によれば、客観的構成要件要素の知識と意欲であると理解されている。それ故、自分の物と間違えて、他人の物を奪取した者は、§242 の客観的構成要件に含まれている“他人の”という要素の知識無しに行為しているのである。彼には故意が (§16) 欠け、その結果、窃盜として処罰されることはない。助手席に乗っ

ている者の警告にもかかわらず、その運転技術を信頼して、事故を回避できると信じていたために、軽率に迫り越しをした者は、何かが起こるかもしれないということを知ってはいたが、それを法的な意味で「意欲」してはいない。それ故に、それにもかかわらず、人間に傷害を負わせたような場合には、故意の傷害としてではなく、過失の傷害として処罰され得るに過ぎない。勿論、個別的には、「知識」と「意欲」にどのような要求を設定すべきか、意欲的故意の要素（意欲）がおおよそ認められ得るのかどうか、どのような事象経過を故意に（さらに）帰属させられ得るのかについて、非常に争われている。これ等の問題の詳細は、我々の叙述によれば、§12で取り扱われる。暫定的に、我々の短縮形によって作られた事前的理解によることとするが、この理解も、体系的問題の取り扱いに十分な見通しを与えるものである。

構成要件的故意（以下では、短縮して「故意」と示す）の主観的構成要件への帰属性（厳格には、構成要件の評価的観点の下での、その意味）は、今日、ドイツ刑法学においては（未だ国際的ではないが）、一般に認められている。それを基礎づける決定的理由は以下のようである。

(1) 構成要件に、その時々々の犯罪の当罰的内容を類型化するという任務が割り当てられているとすると (§7, Rn. 54 参照)、犯罪類型の輪郭を明確にするには故意を諦めるわけにはいかない。故意の器物損壊は、このような観点からすると、（不可罰の）過失的器物損壊とは、いささか本質を異にしている。又、構成要件該当的行為者を記述する正犯の形式 (§23) は、故意の構成要件行為に向けて整序されているのであるから、それなしには形式としての意味を失ってしまふ。

(2) 構成要件充足の未遂は、故意を前提にしている。レボルバーで撃ったが、誰にも当たらなかつた者は、未遂の故意の構成要件を充足しているのか、又、未遂の傷害の構成要件か、未遂の器物損壊の構成要件か、或は、いかなる構

成要件も充足していないのかとの判断は、行為者の故意が何処に向けられているのかを考慮した場合にのみ、可能である。しかし、故意が、未遂犯の場合に、構成要件に属するとするならば―既遂行為の場合に、故意を専ら責任形式と判断する者もこれを認めるのであるが―、故意が、既遂犯の場合には、責任の観点の下で、初めて重要となるとの議論は、納得がいかない。従って、しばしば、次のようにマトメられている。即ち、故意は、未遂段階では、いずれにしろ構成要件に属するし、すべての犯罪がこの段階を経過するとするならば、故意は、既遂になった瞬間に、忽然と構成要件から消えるはずがない。これに対しては、未遂は刑罰拡張事由として追加の不法要素（故意）を必要とするが、既遂行為の場合にはこれを断念することができる。反論されることがある。けれども、これは、論理的には可能な立論ではあるが、目的論的には説得力のあるものではない。というのは、犯罪類型のパターン化には、程度は低いかもされないが、既遂犯の場合においてもなお (Rn. 62) 必要とされるからである。正当にも一般に、未遂の不法は既遂の不法に「吸収される」、その中に含まれるといわれるとすれば、未遂の不法を独立の要素で基礎づけることはできない。又、未遂が結果の欠如によってのみ既遂から区別されるということも、自然的観察方法に一致するのである。

(3)更に、故意を構成要件要素とする見解には、大抵の犯罪行為が立法者によって目的的に把握された動詞によって記述されているという論拠が挙げられる。「鳥獣を追う」 (§ 292)、「反抗する」及び「行為によって侵害する」 (§ 113)、「又、本物のように見せかける」 (§ 293)、「欺罔する」 (§ 264)、「強要する」 (§ 240)、「領得する」 (§ 246)、「性的行為を行う」 (§§ 174 ff.)等は、これ等積極的行為を意味する言葉に隠された目的を知識と意欲を持って実現しようとする努力することなくしては、不可能である。それ故、その限りで、主観的要素を、客観的な事象の記述から排除することはできないのである。なるほど、これらの要素は、大抵は、更に多くの条件に依っている構成要件の故意とは一致するも

のではない（鳥獸を追う者は、必ずしも常に、他人の狩猟権を侵害して、行為しているのではないし、本物のように見せかける者が、常に、他人の財産を侵害しているわけでもない）。しかし、目的的な行為を示す言葉によって、構成要件の中心に故意の一部要素が押し出されていることに争いがないのであれば、その結果として、個々の罰則の文言の様式とは独立に、故意を端的に構成要件の構成要素と承認せざるを得ないのである。

(4)最後に、客観的構成要件の記述に収まらない、しかも、故意を純粹の責任問題と考える論者によってもその存在を否定することのできない主観的構成要件要素も構成要件の故意の承認へと導く。というのは、これ等主観的構成要件要素 (§242の「違法な領得の意図」及び§263の「違法に利得する意図」の様な)の多くは、故意と全体的に一致するわけでも、部分的に一致するわけでもなく、故意と並んで独立に存在するものであるからである。というよりも、むしろ、これ等要素は、故意を前提にするものなのである。即ち、窃盜の故意を持っていない者は、彼によって奪取された物を違法に領得しようと思欲できない。又、欺罔の故意なしに、§263の客観的構成要件を充足した者は、自己又は他人を違法に利得させようとの意図を持ち得ない。従って、構成要件要素の必然的前提たるものは、自らも構成要件に属するものでなければならない。

(5)これに対して、行為概念は、故意が構成要件に属するとするための如何なる根拠をも提供するものではない。なるほど、目的主義は、目的性が行為の本質的要素であると言明し、—初期の段階では—これを故意と同置することによって(詳しくは、§7, Rn. 15; §8, Rn. 16)、故意を構成要件の一部であると承認する決定的動因を与えたのである。しかし、このような基礎づけこそ、行為を肯定しても構成要件の充足と構成要件の故意について何も述べられていないのであるから(詳しくは、§8, Rn. 24)、支持できない。けれども、目的主義者は、最初から、故意が構成要件に属するとすることを支持するために他の論拠も主張したのであるから、その行為論は一般に賛同されることはなかった。

けれども、この中心的命題を貫徹したことは明らかである。それ故、目的的行爲論は、一勿論故意の作爲犯の場合についてのみであるが—目的的構成要件論へと変容し、そのような形でのみ、支配的見解によって受け入れられたのである。その際、目的主義者の本来の存在論的・目的性概念は、目的性の価値関係的、存在論的・規範的理解へと展開しなければならなかったのである。というのは、構成要件の故意は、決して、構成要件該当の結果への因果経過の操縦にのみあるのではなく、そのすべての要素の規範的意味内容の把握 (Rn. 57 ff. 参照) を前提にしているからである。

これに対して、構成要件の故意を純粹の責任要素とする主張の論拠は、決定的ではない。例えば、§ 16 I の構成要件は故意の対象ではないといわれる。それ故に、この構成要件は、故意が関係する客体の構成要素ではないというのである。けれども、これは、§ 16 が構成要件の体系的概念とは一致しない錯誤構成要件を記述しているという、既に、当初から展開されている見解に反する (Rn. 1-6 参照)。

更に、旧理論を受け継いで、故意と過失の間には、可罰性と処罰範囲に現れる、故意と過失を責任形式であるとする責任の差があると指摘される。このような責任の差は、実際、否定できない。しかし、この責任の差は、高い不法は、その他の責任条件が存在する場合には、常に、又、高い責任を導くものであるから、構成要件の故意を不法に分類することに反対するものではない。その限りで、すべての不法要素は、狭義の責任要素ではあり得ないが、間接的に責任にとっても又重要なのである。この責任に対する重要性の故に、故意と過失を分ける際には、責任の検討も入り込む必要はないのかという問題は別の問題である(この点について、詳しくは、§ 12, Rn. 25 f.)。上述したように (§ 7, Rn. 76)、犯罪の範疇を空間の形成物のように相互に隔離することは、方法論的誤謬である。不法に対する故意の意味は、故意が責任の価値的視点のもとでも重要になり、内容の形成の際にも影響を与えるということによって、減少するものでもない。

(b) 主観的構成要件要素とその責任要素との限界設定

既に以前から (Rn. 8 参照)、そして今日においても又、依然としておよそ争われることのない、他の主観的要素の構成要件への分類は、とりわけ、構成要件を犯罪類型及び不法類型とする理解から帰結されている。他人の動産を違法な領得の意図なしに奪取した者は、正に類型的な窃盗の不法を実現しているのではなく、原則的に不処罰である占有の侵奪を犯しているのである。違法な利得の意図なしに他人の財産を欺罔によって侵害した者は (例えば、彼に悪戯をするために)、利得罪としての詐欺の犯罪類型には当たらない (§ 263 参照)。文書を使って法律上の取り引きを欺くことなく偽造した者は、証明取り引きの純粋性を、それを侵害すれば文書偽造 (§ 267) の不法が存在することになるのであるが、侵害してはいないのである。等々。

主観的構成要件要素の本来の問題は、今日、その存在にあるのではなく、むしろ、特殊な、主観的責任要素との限界設定にあるのである。主観的要素そのものを、それが「行為についての社会的な無価値判断を基礎づけたり、或は、強めたりする」という理由づけで、構成要件に分類することはできない。というのは、社会的無価値判断は不法と責任とを区別しないからである。例えば、この無価値判断は、責任阻却の緊急避難状況の存在によっても (§ 35) 本質的に緩和されたり、或は、阻却されたりするのである。それ故、社会的無価値判断への事情の影響は、不法への分類を証明するものではない。むしろ、限界設定のための指導理念は、主観的要素を不法へ体系的に分類するのに決定的な事情でなければならぬ。即ち、犯罪類型への関係がそれである。主観的要素は、保護法益に関係づけられることによって、不法類型を性格づけることができるのである。しかも、犯罪類型の決定には、その類型が構成要件上の行為客体、侵害の態様或は不法にとつて重要な志向性を性格づけていることが、役立つのである。これに対して、ある要

素が犯罪類型に関係づけられず、それとは独立の（原則的には刑罰加重的な）動機、感情及び心情を記述しているところでは、責任要素が問題なのである。

例えば、§242 の「違法な領得の意図」の場合に、行為者の意図は、領得、即ち、所有者からの奪取と奪取した物の自己への利得に向けられているのである。領得の意図の奪取という構成要素は、直接、（占有と並んで）§242 で保護されている法益である所有権を目的としている。利得という構成要素は、所有権と占有侵害に尽きることなく、自己の財産に加えるという意思をも不可欠の前提としている、犯罪類型の他の側面を示しているのである。それ故、領得の意図の二つの構成要素は、相互補充的に、犯罪類型の主要な要素を書き示しているのであつて、それは一義的に主観的構成要件として体系的に整理される。同様の関係にあるのが、詐欺 (§263) の利得の意図である。支配的見解によれば、利得とは被害者の利益奪取でなければならず、それ故、第三者の負担であることは許されないものであるから、犠牲者の財産（それ故、保護法益）との関係が存在する。更に、この利得の要素は、財産侵害犯としてではなく、正に利得犯と予定されている詐欺の犯罪類型をも同様に性格づけている。全く同じ様に、完全に種類の異なる例を示すとすれば、§223 a の襲撃の「ずるがしこさ」が、主観的構成要件要素である。というのは、もしも支配的見解に従つて、ずるがしこさに行為者の真の意図が隠されていると理解するならば、—例えば、誰かが他人に外面的には無害の火を貸してくれるように頼みながら近づき、その上で、その親切な犠牲者を突然殴り倒す場合—この要素は、行為が基本の構成要件 (§223) との関係で特に危険に見え、しかも、それによつて犯罪類型を更に厳しい刑罰を必要とするような形式へと変更する侵害の態様を示しているのである。

これに対して、「貪欲」（又、その他では、§211 のすべての「低劣な動機」も同様に）という謀殺の基準は、責任要素である。というのは、行為者の利益追求の努力は、保護法益（「人間の生命」）とは独立しているからである。この

努力は、特殊な侵害の種類（例えば、「社会的危険性のある手段によって」のような）を示しているのでもなければ、又、その他、犯罪類型の性格づけに寄与するものでもない。というのは、謀殺は、それ以外の要素が示しているように、利得犯ではないのである。貪欲という動機は、単に、故殺の責任を高めているだけで、それ故に、主観的構成要件要素ではなく、高められた刑法的答責性の一端緒に過ぎないのである。

この例は、「利得の意図」のような一定の要素を抽象的に不法要素或は責任要素として区別することが誤りであるといえる、と教えている。むしろ、個々の構成要件について個別的に決定されるべきで、その結果、§203の、そのような基準は、犯罪類型を示しているのだから、主観的構成要件要素で、§211の（貪欲の高められた形式、即ち、あらゆるものを犠牲にする利益追求の努力の）基準は、単なる責任要素なのである。同様の手法を用いれば、§220a（民族謀殺）の「国家的、人種的、宗教的或は民族性によって規定された集団を破壊するという意図」は、保護法益に関係し、犯罪類型にとつて構成的であるのであるから、主観的構成要件要素であり、他方、§221の範囲にある「低劣な動機」という同様の意図は、単なる責任を高める要素にすぎない。又、責任には、「他の犯罪行為を可能にし或は隠蔽するため」という謀殺の要素も属する。というのは、ここで挙げられている「他の犯罪行為」は、他人の生命を否定するという犯罪類型の外に在るのであるから、それに向けられた意図は不法をではなく、責任のみを高めるからである。

これ等の例が示すように、主観的要素を、外界の結果を目標している場合には、何時も常に不法に分類し、例えば、謀殺における「低劣な動機」である嫉妬のように、「純粹に内面的」であるに過ぎない要素のみを責任に留保するのは正しくないといえよう。決定的なのは、外界の結果ではなく、不法類型に関係があるか否かなのである。同様に、「目的」、「動機」、「意図」、「原動力」、「動因」、「感情」、「心情」等の概念を用い、これ等を不法か責任に分類し、それ等

に個々の主観的要素を包摂するとの手法は勧められない。というのは、これ等概念の内容は(例えば、「意図」という言葉を用いる場合の法律の用語法も)、厳格な定義によって不法と責任の限界設定に相応しい術語上の方法論を作り出すことがおよそできない程、動揺しており、しかも、一致してもいないのである。更に、その様な概念を用いる場合には、同一の術語が、種々の関係の中で、体系的に異なった機能を獲得しようという見解さえも、安易に、その地歩を失ってしまうことになるのである。

それ故、犯罪類型との関係は、主観的不法要素と責任要素との限界設定にとつての指導的基準であるのである。その場合、明らかに、多くの困難が生じてくる。というのは、先ず、犯罪類型の射程について、すべての構成要件で一致されているわけではないからであり、次には、分類が、主観的要素にどのような具体的内容を付与するか本質的に依存しているためである。これ等、二つの任務は、各則の構成要件と要素の解釈に関するもので、ここでは詳しくは触れられない。総則の対象は、単に、基準となる原則を設定し、精選された例によって、それを明らかにすることにある。原則を詳細に展開するには、各則の個別規定の分析が待たなければならない。

限界設定は重要であるが、それは、理論的体系的理由からだけではなく、その実践的効果の故なのである。このことは、特に、主観的不法要素ではなくて、主観的責任要素が §28 の意味での「特別の、個人的要素」と見なされなければならない共犯論についていえる。例えば、もしも、自らは謀殺の要素を満たすことなく、他人に貪欲さから行われた故殺を教唆した場合には、彼は、§28 II により、「貪欲」が責任要素と見なされる限りで、故殺 (§212) の教唆で処罰されなければならない。これに対して、もしも、自己に領得する意図なしに、他人を窃盗 (§242) に仕向けた者は、§26 によって、行為者と同じ刑が科せられる。というのは、主観的不法要素には、有力説によれば、§28 は関係せず、その結果、それ以外であれば引用されるはずである、この規定の一項も、教唆者の刑の減輕には役立たない

のである。

(c) 心情要素

所謂心情要素は、不法或は責任への分類に際して特別の困難を提供するもので、独立して取り扱う必要がある。このような要素（「悪意で」、「一人よがりの」、「残酷な」、「粗野な」のような）は、具体的な行為事情における行為についての行為者の、道徳的に非難に値する内心的態度を記述している。このような要素は、犯罪類型に付け加わえられるべき内心的状態を示す限りにおいては、責任要素である。このことは、例えば、§§90 a, 130 Nr. 3, 223 b の「悪意で」（「敵意をはらんだ、劣悪な心情から」）について、又、§315 c I Nr. 2 の「一人よがりの」（「利己的な動機から」）についていえる。犯罪類型は、ここでは、当該構成要件に記述された外面的行為によって明瞭に描かれている。けれども、立法者は、可罰性を付加的な責任前提に係らせている。例であげられたような、そのような「真正の」心情要素が処罰を基礎づける働きをすることで、それら要素は、可罰性を裁判上容易に確定できない内心的態度に対する裁判官の評価に結び付けるために、法治国家上問題なしとはしない。ここには、心情刑法が潜入してくるための決定的に危険な場所がある。「それ故に、正当にも、立法者は、以前 §170 c 及び d に含まれていた「良心を欠く」という要素を削除し、「悪意で」という言葉を少なくとも §134 から遠ざけ、旧 §170 a を除去した。

このような「真正の」心情要素と並んで、又、大変争われているが、しかし、正当な見解によれば、一部は不法に、一部は責任に属する「不真正の」ものもある。このような例としては、§211 の「残酷な」という要素が挙げられる。判例 (BGHSt 3, 180) によれば、残酷に殺すとは、「犠牲者を非情に、心の暖かみを全く感じさせない心情から（これは、決して一般的行為者の特性である必要はないのであるが）、特別な痛みや苦しみを加える者」である。これに従え

ば、痛み或は苦しみを加えることが構成要件の前提となっている。というのは、それが死の惹起の態様に当たり、その惹起をいわば高められた重大な殺害にしているからである。それに対して、「非情に、心の暖かみを全く感じさせない心情」は、その態様等と必ずしも必然的に結び付くわけではなく、むしろ、独立の要素として付け加えられなければならない場合には、責任の構成要素である。

このように、この区別は、非常に繊細に作用するのである。この区別は、理論の遊びではなく、重要な実践的意味を持つていのである。§28 が責任の側面に妥当し、不法の側面に妥当しないことは (Rt. 77 参照)、共犯論についてのみならず、錯誤論についても意味があるのである。誰かが非情な心情から他人に特別の痛みを加えようとしているが、被害者は既に意識がなく、それについて何も感じなかったという事例を考えるとすれば、「残酷性」とそれによる謀殺は、内心的態度だけが重要で、それ故、その要素を純粹の責任要素として取り扱うような場合にのみ肯定されようか。

同様のことは、確定判例 (BGHSt 9, 385 参照) によって「敵対的な意思方向」に基く「被害者の悪意のなさ」と無防備さの利用」と定義されている、「姦計」という謀殺の要素にもいえる。その利用の場合は、不法要素であり、意思方向は責任に属する。同様に、判例 (BGHSt 25, 277) は、§223b の「粗野な」虐待について、「重要な行為結果」（不法要素）と「非情な心情」（責任要素）とを要求している。

従って、心情要素も区別されなければならない。この要素は、不法にのみ属するのでもなければ、すべてを純粹な責任要素と考えることも許されない。むしろ、責任にのみ属する（例えば、悪意で、一人よがりの、低劣な動機）真正の心情要素と、一部は不法に、一部は責任に帰属させられるべき（残酷な、姦計による、粗野な）不真正の（正確には、半分の）要素がある。不真正の心情要素では、構成要件と責任が、構成要件と違法性が全行為評価的要素を鑑

にして留められている (Rn. 45 ff.) のと類似の（必ずしも同じではない！）方法を用いて留められているのである。更に、実際には、およそ心情ではなく、単に、侵害の種類を表わしているに過ぎず、それ故に、純粹の不法要素である、見せかけの心情要素（「ずるがしこい」というような、Rn. 72 参照）も存在する。

(d) 主観的要素を持った構成要件の体系化のために

主観的要素を持った構成要件を更に分類して体系化しようという試みが種々なされている。最も知られているのは、Mezger にまで遡ることのできる、意図犯、傾向犯及び表現犯の区分である。

意図犯に数えられる構成要件は、例えば、窃盜 (§ 242) における領得、文書偽造 (§ 267) の場合における法的取り引きの欺罔、或は、毒物投与 (§ 229) における健康の侵害のような、行為者の主観的意図が客観的構成要件を超えて、その先の結果に向けられていなければならない。大変沢山ある、この種の構成要件を超過的內心的傾向犯ということがある。更に又、この類型は、不完全な二行為犯と、分断された結果犯とに細分化される。不完全な、二行為犯では、付随的結果が新たな行為によって惹起されなければならない（例えば、§ 146 のお金を流通経路に置くこと、或は、§ 267 の法的取り引きの欺罔）。これに対して、分断された結果犯では、第一の結果に続く、第二の結果が付随的な第二の行為によらず、構成要件的行為自体によって引き起こされなければならない（例えば、§ 229 では、毒物投与が健康の侵害を引き起こさなければならず、§ 288 の財産の対象の隠匿は、当然、債権者の満足を妨害するものでなければならぬ）。

その他のすべての主観的構成要件要素は、大体において、少し漠然とした傾向犯という範疇で把握されるのである。それは、主観的な傾向が構成要件要素に加えられていたり、或は、犯罪類型を共同で決定するような犯罪である。第

一の種類の例としては、情欲的傾向が行為者の外的行為に性的性格を与える性犯罪、及び、「目的的行為用語」（「追跡する」、「見せかける」等）が一定の意思方向を構成要件の構成要素としていたる犯罪が挙げられる。正確にいえば、ここでは、混合された客観的・主観的な要素（Rn. 853 参照）が問題なのである。第二の種類には、とりわけ、§ 181 a I Nr. 2 の「彼の財産的利益の故に」という言葉、或は、§ 274 I Nr. 1 の不利益を加える意図によって示されているような、一定の意図が所属する。これ等を本来の意図犯から区別するのは、容易ではないが、実際の重要性はない。

表現犯で理解される構成要件は、行為が行為者の内的過程を表出しているものである。主たる例となるのは、§ 153 II の偽証と、犯罪の通報の不作為 (§ 138) であるが、それは、前者が、客観的な正或は不正ではなく、証言が証人の内的確信から逸脱している否かを虚偽性の基準と見なしている（主観説）限りにおいてであり、後者は、計画された犯罪の認識を前提にしているためである。

すべての主観的要素がこれ等の類型にわけなく整序されるわけではない。例えば、一定の侵害の種類（「巧妙な」と不真正な心情要素の不法構成要素（Rn. 79—82）には、本来、更に、「主観的に示された客観的所与」という新たな類型が必要であろう。又、原則的に、他の視点からなされる区分も思考可能である。けれども、この可能性は、これ以上区別することが法適用にとつて無意味であるために、追求されるべきではない。結論的には、常に、主観的要素が不法に或は責任に帰属するのかどうか、するとして、どの程度かという問いだけが重要なのである。

VII 構成要件における行為無価値と結果無価値

文献・省略

今日、不法において（特に、又、不法類型以前の構成要件において）行為無価値と結果無価値が区別されるのが通例である。構成要件の故意とその他の主観的要素を構成要件の構成要素と見なす場合、この故意は、古典的犯罪構造の時代に（§7, Rn. 12）仮定されていたように、結果無価値、即ち、法的に否定された状態の惹起に尽きないのであって、目的性、及び、その他の特性、更には、主観的傾向性を持った行為者の行為と同様に、しばしば刑罰規定によって要求される、それ以上の意図も不法を構成するのである。侵害犯の結果無価値は実現されず、行為無価値が存在する場合には、未遂犯である。逆に、侵害犯の結果無価値があるのに、行為無価値が確定できない場合には、不法が欠け、不可罰性となる。しかしながら、故意犯の行為無価値が欠如する場合でも、更に、過失行為の（許されざる危険の創出にある）行為無価値が認められ得る。これも否定されれば、結論は不処罰である。今日の見解に従えば、構成要件の充足は、例外なく、行為無価値と結果無価値を前提にする。確かに、行為無価値は、具体的事案に要求される形式によって、故意と過失、行為の傾向性と行為の性質と種々であり得るし、結果無価値も既遂と未遂、侵害と危殆によって、様々に形成されている。けれども、不法は、常に、これら二つの無価値の結合の中にある。住居侵入（§123）のような所謂単純挙動犯（Rn. 103ff. 参照）でさえも、行為によって代替できない場合には、外的結果が存在する。

行為無価値論は、特に、目的主義によって推し進められたのである。この主義の構想によれば、結果に向けられた目的性は、既に、行為の構成要素であるから（§8, Rn. 16 参照）、構成要件と不法にとつても同様に、中心的意味を持たなければならぬ。現在支配的な、行為無価値を取り込んだ見解は、*“人的不法論”*といわれている。又、この概念は、目的的行為論に刻印されており、古典的な定式化は、*Welzel*に見られる。即ち、*“不法は、行為者人格から内容的に切り離された結果の惹起（法益の侵害）に尽きるのではなく、行為は、特定の行為者の仕業としてのみ、違法な*

である。彼が、客観的行為に目的活動的に、どのような目的設定をしたのか、どのように考えてその行為を行ったのか、その際、どのような義務が彼に課せられていたのか、これらすべてが基準となつて、何等かの法益侵害に加え、行為の不法を決定するのである。違法性は、常に、一定の行為者に関係づけられた行為の否定である。不法は、行為者関係的な、人的、行為不法である。“このような見解は、目的的行為論自体の承認とは別に、広く行き渡つた。この見解は、既に、故意と主観的構成要件要素が構成要件に属することから帰結されるのであるし、行為論の理由づけとは異なる理由に基づくものである (Rn. 67, 70 参照)。

構成要件該当の違法な行為を人的不法と把握すべきか、或は、純粋な法益侵害と把握すべきかの問いは、もつとも、その実体は、目的的行為論よりもはるかに古く、現代の刑法体系をめぐり努力に当初から随伴していたものなのである。この問いは、本来、不法と責任の分離の観点の下に、説明されて来た。というのは、人的不法要素の承認によつて責任(純粋に人的な基準として)は不法の構成要素にならなければならないと信じられ、他方、逆に、この二つの範疇の分離に賛成の者は、不法を結果無価値に還元することによつてのみ範疇の階層を区別できると考えた。この論争の核心は、刑法規範がどのような内容を持ち、誰に向けられているのかの点にある。この所謂規範論理の問題は、多少形を変えてではあるが、構成要件における行為と結果の意味をめぐり現代の議論を、なお規定しているために、その発展を理解するためには、少し理論史を振り返っておくことが必要である。

この議論は、Adolf Merkel に始まる。彼は、不法を法の侵害と、そしてこの侵害を法の精神的力に対する反抗と定義した。そのような、精神的力としての法との衝突は、人間の責任能力を前提にするために、Merkel の理論によれば、刑罰法規は、最初から、責任能力者のみに向けられている。不法を犯し得るのは、有責な者に限られる。不法と責任は不可分である。これに、Thering は、—民法に限つてではあるが—違法性の客観的概念(例えば、他人の物の

善意の占有の場合）を対置させた。彼は、責任のない不法を承認することによって、刑法においても、二つの範疇を分離する先駆者となった（刑法については、彼自身は、不法と責任の統一にまだ固執していたけれど）。次の一步を記したのが、Thonの命令説である。Thonにとって、全法は、命令の複合体以外の何者でもないのである。しかし、この命令は、彼の見解によれば、責任無能力者にも向けられているので（無能力者の行為も法的効果を発動させるために）、Thonも、Jhering同様、責任のない不法を承認するに至った。けれども、このような客観的非法論も、まもなく、Hold v. FenneckがMerkelの端緒に依りつつ、新たに、法の命令は責任能力者のみに向けられ得ると主張して、動揺させられることとなった。もしも、責任能力が動機による通常の決定可能性にあるとすれば、命令は、それによって決定できない、それに従うことのできない者を名宛人とすることは不可能であろう。このように、Holdは、再び、不法と責任の完全な一致に戻ったのである。

その後、Nagler、Goldschmidt及びMezgerの助けによって、初めて、客観的非法説が二、三十年の間、一般に認められることになった。Naglerは、命令説と戦い、法を、その秩序機能から、専ら、客観的な、社会的生活秩序及び人間の共同生活の外的規定と、そしてそれを乱すことが違法性の判断を下すことになると理解したのである。そのように、彼は、すべての主観的なものを無視し、むしろ、自然現象を違法状態の惹起者と見なしたのである。Goldschmidtは、再び、命令説を弁護したが、基本的には、不法を「法規範」に対する違反、責任をそれとは別の「義務規範」の侵害とすることによって、厳格な不法と責任の分離に至った。「法規範が結果を禁止し、というよりはむしろ、命令し、そうすることで客観的不法を基礎づける一方で、所謂義務規範は、法的動機づけを命じ、そうして責任を基礎づける。」最後に、Mezgerは、不法を名宛人のいない、客観的評価規範と見なし、先ず、そこから、責任の基礎にあり、個々の法的臣民に向けられた、主観的決定規範を導いたのである。

これらすべての理論は、今日確かなものとして通用し、立法者によってさえも承認されている、不法と責任の分離可能性を対象としている限りで、時代遅れのものである。けれども、人的不法論によって再三取り上げられ、その現代的価値を減ずることのない、行為者に関係づけられた不法の問題に取り組んでいる限りにおいて、時代遅れではない。今日の支配的見解は、Mezger が主張したのとは異なって、既に、不法の基礎にある規範を命令、即ち、人間の意思に向けられ、個々人に何をなすべきか、又、なさざるべきかを述べる決定規範と見なしている。とはいえ、この決定規範は、—以前の主観的違法性論とは異なり—それにもかかわらず、不法と責任を分離しているのであるが、それは、決定規範が責任能力者にも、又、責任無能力者（子供、少年、精神病者）にも同時に向けられ、更に又、個々人には知られていなくとも、客観的に認識可能であればよい（その結果、禁止の錯誤は不法の問題ではなく、責任の問題なのである）との仮定に立っているからである。このような見解は、責任無能力者も、原則として、法規範によって動機づけられ得る（例えば、子供に対して継続して指示を与えれば、大抵は、指示に従う）こと、法規範の違反は責任無能力者の場合にも、刑罰ではないにしても、他の刑法上重要な結果（保安処分等を科すこと、被害者の正当防衛権）を招来することになることに正当化の根拠を見出している。これに加え、現在の有力説によれば、不法の基礎には、違法な構成要件の充足はあるべからざるものとして法によって否認されるのであるから、評価規範も置かれる。従って、決定規範の違反が行為無価値を基礎づけ、それに尽きるのに対して、評価規範は、補充的に、結果をも包括し、そのため、既遂犯は単なる未遂よりも重い不法を現すことになる。

これに対して、新しい傾向は、以前の結果に方向づけられた理論とは正反対に、刑法的不法を、従って、又、構成要件を、専ら、行為無価値によって基礎づけようとし、結果無価値から不法の基礎づけのための独立の意味を奪おうとしている。この理論は、特に、二つの論拠によって支えられている。第一の論拠は、行為のみが禁止の対象になり

うるのであって、結果ではないとする点にある。法秩序が、例えば、人間の殺害を阻止しようとする、（故意犯の場合）人間の殺害に向けられた行為態様を、或は、（過失行為の場合）人間の生命に危険なそれを禁止してこそ可能であるとする。結果は、禁止の外に、それ故に、又、構成要件と不法の外にあるとする。第二は、結果は、不法にとつて、その発生或は不発生が大幅に偶然に依存しているために、重要であり得ないとする。例えば、二人の人間が第三者を殺害の意図を持って撃ち、その内一つの弾丸が命中して死んだが、他の弾丸は外れたとしよう、その場合、この理論によれば、二人共、同じ不法を実現したことになり、同じ責任を負うことになる。

刑事政策的に、その様な不法についての見解は、それを徹底すれば、必然的に大変重要な結論を導くことになる。（§23に反し）既遂行為と未遂行為（或は、少なくとも、行為者が行為を終了した実行未遂）を処罰上等しいとしなければならぬことになる。そして、過失の場合には、可罰性は、結果の発生によることは許されず、単なる注意義務違反に結び付けられなければならないことになってしまう（例えば、具体的に、法益侵害を引き起こさなくても）。当然、この理論の主張者は、現行法が、処罰の必要性を種々の形で法益侵害の存在に係らせているために、結果の発生に、故意行為の場合と同様に過失行為の場合にも、可罰性に関する本質的意味を認めていることは争わない。しかし、そうであったとしても、このような、処罰の必要性について立法者によって重要であるとされた要素は、いずれにしても、構成要件と不法の外にあるのである。それらは、可罰性の客観的条件として、或は、訴追条件と判断され得るのである。

けれども、そのような、不法からの結果の追放については、異議を唱えなければならない。行為のみが禁止され、結果は禁止されないという命題は、結果が人間の行為から独立して禁止されることはなく、行為の単に偶然的・不測の効果は禁止されないという限りにおいて、正しい。自然現象或は不可避の偶然を禁止しようとしても、無意味である。

それ故、刑法では、行為無価値のない結果無価値は存在しない。勿論、可罰的行為の計画的な実現或は注意義務違反の相応の結末として生じた結果は、禁止し得るのである。

A が B の頭を考えた末に撃った場合、殺害の結果をむしろ殺害行為の構成要素と見なし、それを含めて殺害禁止の対象としなければならないであろう。A が目的を外した場合、それは、殺害行為ではなく、殺害未遂行為なのである。

それ故、殺害行為は、行為無価値と結果無価値によって構成されており、そこで、両無価値は、相互に、帰属理論で詳しく特徴を示しておいたような関係に立たなければならない。構成要件的行為は、内的及び外的要素(結果を含め)の統一として、不法の基礎にある決定規範と評価規範の客体なのである。勿論、立法者は、殺害未遂行為をも同様に、禁止の対象にすることができる。しかし、その行為は、構成要件該当的殺害行為の不法とは異なる不法を実現しており、それ故に、立法者は、全く自由に、その行為の可罰性を、法的平和の侵害が、構成要件の結果を欠き、結果として「何も生じなかった」場合には、本質的に少ないのであるから、異なつて規定し、減刑して処罰できるのである。

不法を、結果の発生が偶然によつていることを理由に、行為者の志向(例えば、許されない危険の創出)のみによつて支えなければならないとの仮定も、正当ではない。むしろ、(この点について詳しくは、§§ 11, 12) 具体的な法益侵害を行為者の仕業と思わせるような結果は、最初から、帰属されるのである。帰属論の目的は、行為に「所属する」ものではない結果(それ故、偶然の結果惹起)を除こうとする点にある。結果は、帰属可能な場合に、そこに、行為無価値がはつきりと示されるという限りで、決して偶然的ではない、正に、必然的な不法の主要部分である。客観的に侵害された住居の平穩という外界の結果のない住居の平穩侵害行為がおよそ存在しないように、帰属可能な死の結果のない殺害行為も存在しない。行為と帰属可能な作用との時間的場所的隔たりは、帰属によつて調停された、行為と結果の法的統一には関係しない。偶然に生じた結果は、決して構成要件に該当することはないので、結果の発生で

はなく、結果の不発生が、高々、例えば、計画が予想もしなかった事情によって阻まれた場合に、偶然的であり得るのである。多くの事案では、結果の不発生は、決して偶然ではなく、行為者の犯罪的エネルギーの少なさに原因がある。しかし、そうでない場合には、未遂として表現された客観的な当罰性の内容が、出来事の持つ法を動揺させる作用が小さいために、しばしば、少しなのである。

行為と結果の分離と、不法からの結果の追放も、刑法的不法は、外的な結果がなければ、そもそもなんらかの現象形式を持ち得ないものであるために、不可能である。又、未遂は、結果（実行の着手）を前提にし（さもなければ、それは、未遂行為ではなく、高々、予備行為であるに過ぎない）、この結果も、例えば、行為が予測できない事情のために予備段階で立ち往生している場合には、最終結果同様に、偶然であることになるのである。けれども、中間（未遂の）結果の発生を、未遂段階にたまたま偶然に到達できなかったことに不快の念を覚えることもなく、なにも考えないで不法の前提にする場合には、何故最終（既遂の）結果の場合には、事情を異にしなければならぬのが理解できないのである。最終的に、不法をすべての外的「結果」を無視し、主観的志向価値のみによって支えようとする理論は、不能未遂の限界事例を不法の典型にしなければならぬばかりか、更に、不能未遂自体（迷信犯とは反対に）も刑法上重要な「結果」を示しているのであるから、既に、規範に反する行為決意に刑法的不法があると見なさなければならぬであろう。だが、これでは、結局心情刑法になってしまう。

特に、構成要件を支配する刑事政策的価値基準に従っても、構成要件から結果無価値を奪うことは、誤りである。というのは、ここで問題になっている (§7, Rn. 54 参照) 抽象的処罰の必要性判断は、結果の発生或は不発生によって本質的に影響されるからである。軽率さが結果なしであるか、或は、重大な事故を引き起こすかは、勿論、行為者の責任には関係しない。しかし、構成要件の解釈の際にも、既に考慮されるべき (§7, Rn. 55) 予防的処罰の必要性は、

結果に本質的に依存しているのである。「何も生じない」場合、多くの場合、法的平和の紊乱が欠けているか、或は、大変少ないので、刑事法上の反作用を放棄することができる。道路交通や、一般に、社会的危険性のある犯罪 (§§ 305 ff.) のような、特に危険な生活領域に限っては、事情は異なる。ここでは、予防の必要性の程度によって、抽象的危険と具体的危険とに照準を合わせてある危険犯に出会うことになる。これ等すべての相違をフェードダウンさせてしまふような構成要件の理解は誤りである。

行為無価値に数えられるものに、故意と並んで、争いのないところで、主観的構成要件要素がある。多くの構成要件によって要求される、犯行の行為態様 (例えば、§ 223 a の武器或は巧妙な奇襲) 及び客観的「正犯的要素」(例えば、§§ 331 ff. の公務の担い手の資格) も、これに属するのかは争われている。ここで主張された立場からすれば、結果自身が行為無価値によって、主観的「客観的意味統一体」として把握され、そのような行為無価値の概念が、行為を共同して構成している (例えば、行為者に公務の担い手の資格がなければ、§§ 331 ff. の意味での公務行為は存在し得ない) 客観的「正犯的要素」をも内含しなければならないのであるから、その限りで、その点に、問題はないのである。これに対して、故意犯の行為無価値を純主観的な志向無価値として把握する場合には、犯行や正犯に関係する客観的要素は、部外者とならざるを得ない。その場合に、このような要素を結果無価値に加えるか、或は、独立の、第三の「無価値」の範疇に加えるかは、定義の問題である。

VIII 構成要件の種類

1 結果犯と挙動犯

結果犯として理解されるのは、結果が行為者の行為から場所的にも、時間的にも離れた侵害作用或は危殆化作用にある構成要件である。結果犯といえ、例えば、故殺がある。行為（例えば、レボルバーの引き金を引くこと）と結果（被害者の死）の間に、時間的、空間的隔たりがある。それから、欺罔に財産的損害が続く詐欺（§233）も、知ることが、行為者の行為に対する独立の、しかも、構成要件の充足にとつて必要な事象である侮辱（§185）或は公の不快感の惹起（§183a）さえも、結果犯である。

これに対して、単純拳動犯は、構成要件の充足が最終の積極的行為と重なり、それ故、それから分離可能な結果が発生しないようなものである。従つて、侵入することで構成要件が充足される住居侵入（§123）、偽りの宣誓以上の結果を要求しない偽証（§154）、或は又、行為の無価値を内含し、可罰性のためにそれ以上の結果を前提としない性行為（§§173, 174, 176）である。この区別の実践的意味は、特に、作為犯の場合に、客観的構成要件への帰属に大きな意味を持つている（§11, Rn. 3ff.）因果関係論が結果犯についてののみ機能するという点にある。それ故、単純拳動犯の場合には、既遂の確定には、行為者の行為のみを検討しさえすればよいのである。又、この拳動犯の場合、実行未遂（それ故、行為者が結果惹起に必要なものをすべて行つたという要素）とこの種の犯罪の既遂とは重なる。

もつとも、区別は、ここで記述された意味でのみ利用することが許される。さもなければ、誤解のきつかけを与えてしまうことになる。というのは、一方で、すべての犯罪は結果を持つてゐる。単純拳動犯の場合、構成要件の充足とされている行為者の行為自体に結果があるのである（Rn. 88 参照）。他方、結果犯の場合も、帰属論の意味での結果が構成要件の行為によって包括されていると見なされなければならず（Rn. 96 参照）、そのため、その分離が相対的な意味を持つに過ぎないのである。それに加えて、すべての構成要件が一義的に結果犯或は拳動犯に分類されるわけではなく、しばしば、ケースバイケースで区別されなければならないということも明らかにしておかなければならない。

従って、身体傷害 (§223) は、平手打ちによって引き起こされる場合には、単純拳動犯であるが、投石による場合は結果犯である。

2 継続犯と状態犯

継続犯は、犯罪が構成要件の実現で終了せず、行為者の持続的犯罪意思によって、彼によって創られた違法状態が存在する限り、維持される行為である。継続犯には、例えば、住居侵入 (§123) がある。既に、行為者の侵入によって、既遂行為は存在するが、行為者がその保護された領域に居続ける限り、既遂行為は継続している。同様のことは、被害者を解き放つ、もしくは、解放するまで現在のであり続ける自由剥奪 (§239)、或は、運転の開始と共に、既に、既遂犯として可罰的であるにもかかわらず、酩酊運転が続いている限り、行為が終了することのない運転中の酩酊 (§316) についてもいえる。継続犯の大部分は、単純拳動犯である。けれども、一定の結果が違法な状態の継続によって、新たに実現されるとすれば、結果犯でもあり得る。従って、例えば、BGHSt 22, 67(71) は、§ 315 c I Nr. 1 a の道路交通の危殆化を、構成要件該当の危殆化という結果が運行能力のない状態によって、常に繰り返されているとして、継続的行為であるとしている。

これに対して、状態犯とされるのは、一定の状態の惹起(原則的には、結果犯の意味での結果の)によって終了し、それ故、行為者にそれを維持する能力もなければ、必要でもないような行為である。古典的な例には、殺害犯 (§§ 211 ff.)、しかも、又、身体傷害 (§§ 223 ff.) 及び器物損壊 (§ 303) がある。又、状態犯には、重婚 (§ 171) 或は身分詐称 (§ 169) のような構成要件も数え入れられなければならない。ここでは、行為者は、彼の行為によって創られた状態を更に利用しているにもかかわらず、絶えず繰り返される重婚にあたる婚姻締結、及び、大抵の場合、一度既遂に

達した身分の詐称が反復されることはない。

この区別が、実践的に十分意味を持つのは、先ず、正犯と共犯、及び、種々の可罰的行為との集合理論についてである。継続犯にあつては、既遂になつた後にも、全体的な継続が続いている限り、未だ、共同正犯 (§25) も従犯 (§27) も、例えば、後になつて自由剝奪に荷担した場合のように、可能である。これと反対に、状態犯の場合には、行為の既遂後、原則的に、犯人蔵匿 (§257) と刑罰免脱 (§258) のみが、更に、関連犯罪として考慮され得るに過ぎないのである。その他に、可罰的行為の集合理論に、継続犯と状態犯とが時間的に重なる、例えば、行為者が、住居侵入或は自由剝奪の間に、身体傷害或は殺害を犯した場合(競合論について詳しくは、Band II 参照)には、特別の問題が生ずる。

3 結果的加重犯

(a) 規則と法政策的評価

結果的加重犯は、特別な法定刑の範囲におかれた、犯行後に更に重い結果を招くことになる故意の犯罪行為である。古典的な例は、§226 I が提供する。『身体傷害が原因となつて被害者の死が惹起された場合、三年以上の自由刑が認められる。』§18によれば、その重い結果は、『少なくとも過失で』惹起されなければならず、その結果、それ故、§226 は故意の身体傷害と過失致死とによつて構成されていることになる。そのような故意・過失の組み合わせを創つた立法者の理由は、§§223, 223 a, 222 を遙かに凌ぐ法定刑の範囲にある。このように法定刑の範囲を上げる根拠は、§226 の不法がこの条文に組み合わされている個々の構成要件のどれと比較しても、本質的に、高まっている点にある。というのは、過失致死の基礎には、最初から、死の結果の危険を内蔵している故意の犯罪があるからである。

多くの結果的加重犯が、このような故意・過失の組み合わせである。即ち、§§ 221 III, 224, 226, 229 II, 239 II, III, 307 Nr. 1, 309, 312, 314, 318 II, 319, 320, 340 II。又、立法者は、重い結果の惹起を過失の重い形式、即ち、軽率さに大変よく結び付けているのである。即ち、§§ 176 IV, 177 III, 178 III, 239 a II, 251, 316 c II。軽率さとしては、大抵、重大な過失が理解されている。既に、§ 18 の「少なくとも」という言葉でさえも、故意・重大な過失の組み合わせを暗示している。しかし、それどころか、故意・故意の組み合わせが、結果的加重犯として現れてもいる。従って、§ 224 には、重大な身体傷害の過失的惹起のみならず、単に故意的な、少なくとも未必の故意による惹起も包摂されなければならない。というのは、重大な結果の意図的(即ち、努力された)惹起が § 225 によって、過失的作用による場合が、いずれにせよ § 224 によって加重されて可罰的であるとすれば、努力されてはいないとしても、それ以外で故意的に重大な身体傷害を惹起した場合を §§ 223, 223 a のみによって処罰したのでは、辻褄が合わないことになってしまうであろうと思われるからである。

法政策的に、結果的加重犯は争われている。この犯罪を廃止しよう主張する批判者は、特に、非常に「高い」法定刑の範囲を、部分的に責任主義或は平等原則に違反し、それ故に、憲法に違反すると非難する。これ等の論者は、競合規則 (§§ 52 ff.) の助けを借りて、このような行為の不法内容を正しく評価できるとの立論から出発している。死の結果的加重犯の場合、例えば、単純な過失による死の惹起に、そこに法定刑として規定されている終身自由刑が科せられるのは(理論的には、§§ 229 II, 307 Nr. 1, 312, 319 によって可能である)、憲法違反なのではないかというのである。というのは、終身刑は、とにかく単純過失致死にとつては、行為の責任内容との関係で不均衡であるし、種々様々な責任の程度を同一に取り扱うのは平等原則にも違反するからであるという。ここでは、憲法に一致する解釈、即ち、重大な、故意に匹敵するような軽率さの場合だけを終身刑と考えることが必要である。責任主義には、§§ 229 II,

307 Nr. 1, 312, 319 が単純過失に予定している10年の刑の下限も違反するのである。憲法に一致する解釈になるためには、ここでは少なくとも軽率な致死が要求されなければならない。更に、平等原則に違反するのは、毒物を用いた故意の故殺が §§ 212, 213 によって、§ 229 II による過失致死の結果を伴った毒物混入よりも軽い刑罰に処せられる場合と、遺棄による子供の故意殺が § 217 によって、遺棄による子供の過失殺 (§ 221 III) よりも軽く処罰できる場合である。ここでは、Art. 3 GG に対する違反を回避するために、軽い法定刑の範囲を類推適用しなければならない。

このような異議は、結果的加重犯をすべて放棄することを迫るものではなく、重大な結果を軽率にも惹起した場合に徹底して限定することを勧めるのである。このような形式で、矢面に立っている死の結果的加重犯の場合には、故殺と単純過失致死の中間段階を意味し、特別の法定刑の範囲を正当化するような、高度に生命の危険のある行為のみが故意の基本犯と把握されればよからう。けれども、平等原則によって命ぜられている二、三の法定刑の範囲の適正化は、なお必要ではなからうか。

(b) 基本犯と結果との関連性

§ 18 の文言によれば、故意の基本犯が重い結果を、少なくとも過失的に惹起すれば、十分であるという。これに対して、BGHは、数々の判例の中で、結果が更に、直接、故意の基本犯によって惹起されなければならないと要求している。従って、§ 226 は、虐待から逃れた女性がバルコニーから墜落して死亡したという事例にあっては、否定された (BGH NJW 1971, 152 ff.)。§ 226 は、身体傷害に付随する、加重結果の発生という特殊な危険を阻止すべきであるとする。第三者の侵害或は犠牲者自身の行為によって直接、初めて生じたような結末にあっては、だが、もはや基本的構成要件に…特有の危険が表わされていない」とする。同様に、§ 307 Nr. 1 は、犠牲者の死が火災によって

直接にはなく、行為者によって：使用されていた起爆薬(ガソリン)の爆発による建物の崩壊によって惹起された場合 (BGHSt 20, 230) には適用されるべきではない。又、死の結果を伴う強盗 (§ 251) は、犠牲者が暴行をした際に直接死んだのではなく、強盗を追跡した際に墜落し、死亡した場合 (BGHSt 22, 362) には、除外されるべきであるとする。

他方、BGH は、この直接性の要求を、時折、おろそかにしたり、或は、明示的に拒否したりもしている。立間の事例 (BGHSt 31, 96) において、森の立間を犠牲者諸共倒した行為者を、犠牲者がそれ自体死に至ることのない踝の骨折を負ったに過ぎず、しかも、その後に行われた医者処置の誤りによって死んだにもかかわらず、§ 226 によって処罰した。BGHSt 33, 322 によれば、死の結果を伴う人質 (§ 239 d II) は、人質が監禁された事情からではなく、解放しようとした際に警察の弾丸に当たって死んだような場合にも、認められている。そこで、直接性が、死の結果を伴った人質の場合に、行為者の結果責任に限界を設定するのに有用な基準を提供する…、基準ではない… (BGHSt 33) と明示的に強調している。

徐々にではあるが、BGH の責任を限定する方向性が賛同を得ている。というのは、すべての犯罪(およそ窃盗も又)が、非典型的な、重い結果(例えば、追跡の際の墜落死)に至り得るのであり、しかも、立法者は、一定の犯罪についてのみ、その持つ、重い結果惹起の一般的傾向性の故に、結果的加重を命じているのであるから、構成要件を基本犯の類型的危険から生じた結果にのみ適用することは法律の目的に合致しているためである。そのような結果のみが結果的加重犯の保護目的によって把握される。けれども、直接性の基準がこのような保護目的との関連を持つ限りで、この基準は、過失に並立する要素ではもはやなく、結果的加重犯とは独立に考慮されるべき、過失の帰属の要素である(詳しくは、§ 11, Rn. 68 ff., 85 ff.)。又、BGHSt 33, 323 は、保護目的との関連性が、常に、同様に直接性によつ

て示され得るのではなく、むしろ、その時々々の構成要件の分析によってのみ得られるものであることを正しいと認めている。結果的加重の射程は、*「考察される構成要件の各々について：種々異なつた評価」*によって捜し出されなければならぬ。

文献にあつては、一致しているとはほど遠い状態である。個々の結果的加重犯の保護目的が、抽象的に、内容の確定した要素によつて確定可能ではなく、各則の規定の個別的解釈によつてのみ推論可能であるとすると、ここでも、又、普遍的に妥当する解釈を展開することはできない。だが、とにかく実務上最も重要な事例である§226におつて、構成要件が充足されたと見なされるのは、基本犯によつて加えられた傷害が死に導いた（所謂致死（命）率説）とされる場合に限るといわれているのであるから、十分であろう。というのは、この構成要件に―そして、これのみに―特有な危険は、加えられた傷害が致命的であると証明される点にある。なるほど、身体傷害から逃げた者が墜落死するということ（BGH NJW 1971, 152 f.）は、生活経験外のことでもない。しかし、このことは、結果的加重の予定されていない強要や或は他の犯罪から逃走する場合にも起り得ることである。それ故、それは、構成要件に固有なものではなく、§226によつて把握されるべきではないといえよう。同様のことは、追跡の際の死についても妥当する（こゝや§251のBGHSt 22, 362で扱われた事例につき）。

それに対して、立間の事例（BGHSt 31, 96）は、ここでは身体傷害の危険ではなく、医師の誤つた行為が死を惹起しているのであるから、正しくはない。BGHSt 14, 110も、殴打の武器として予定していたピストルが暴発して死の結果が発生した場合に§226を認めたために、賛同を得ていない。というのは、不注意な発砲は、例えば、§244の場合でも（武器を持った窃盜）、結果的加重になることなく、死に導き得るからである。

しかも、自由剝奪（§239）、人質を取ること（§239 b）及び類似の犯罪の構成要件では、他の基本命題が示されてい

るのである。自由剝奪自体(重大な身体傷害とは異なつて)は、生命の危険はないので、これ等の構成要件における結果的加重の目的は、ただ、監禁の持つ特に危険な「付随する一切の事柄」、即ち、強制的に閉じこめることから間接的に生ずる典型的な危殆化を把握する点にあるに過ぎない。これには、死、例えば、監禁した際の暴行によって、扶養を怠つたため、或は、身柄を確保するための危険な方法によって惹起された死のみならず、解放しようとする際に犠牲者自身或は警察によって生ぜしめられた死に至る不測の事故も属している。それ故に、BGHSt 19, 382 (386 f.) は、適切にも、車中に拘束された少女が走行中の車から飛び出して死んだという場合について、§ 239 III を受け入れている。同様に、BGHSt 33, 322 及び § 239 b II によって結果的加重を、警察の解放のための発砲が人質を取っている者にはなく、人質に当たつて死んだ場合に、肯定しているのは賛成できる。「そのような強制状態を排除するための對抗措置から生じた人質の生命に対する危険は、基本的構成要件の実現に類型的に随伴する構成要件固有の危険に属する(a.o., 324)。何故、警察官が銀行強盗と見なした、逃走車の車内にいる人質を射撃した場合に、異なつた適用がなされなければならないのか(a.o., 325)、全く判らない。

(c) 類似の構成要件の形式

類似の構成要件の形式には、狭義の結果的加重犯に近い、三種類のものがあり、その結果、真の結果的加重の際に適用された多くのものが、これらの解釈にも有効に用いられ得るのである。第一に、加重結果が「原則的に」のみ、より厳しい法定刑の範囲に服せしめられる「原則的結果的加重例」が重要である。即ち、§§ 310 b III 2; 311 III; 311 a III 2; 311 e III 2; 330 IV 2 Nr. 2 が、それである。第二に、重い侵害によるのではなく、既に「そのような侵害の具体的危険によって重い処罰に至る」危険結果的加重犯「というものも見られる。即ち、§§ 316 i. V. n. 315 a I Nr. 1, III Nr.

1 oder 315 c I Nr. 1a, III Nr. 1; 330 I Nr. 1, V; 250 I Nr. 3 である。第三に、法律は、第一と第二の類型の結合を意味する『原則的危険結果の加重例』と云うのも知つてゐる。即ち、§§ 113 II 2 Nr. 2; 121 III 2 Nr. 3; 125 a S. 2 Nr. 3; 330 IV 2 Nr. 1 u. a. である。

危険結果の加重犯にあつては、支配的見解に従えば、§ 18 は適用されなう (BGHSt 26, 180 ff., 240 f.) と云う点で、尊重されなければならない。BGH は、その結論を、危険が、言語上、行為の『結果』と示され得なう (aaO, 181) にとであると理由づけている。これは、具体的危険も又一つの結果であるので (以下の § 11, Rn. 114 ff. 参照)、必ずしも完全に適切であるわけではない。けれども、BGH のお気に入り、発生史及び法律の関連性による解決から生ずるのである。実践的には、刑罰を加重するような危険の惹起は、故意によつて惹起されなければならないことを意味している。

一定の結果が可罰性を高めるのではなく、およそ初めてそれを基礎づけるような構成要件は、全く異なつた原則によつて取り扱われなければならない (例えば、§ 227 の死或は重い身体傷害、又は、§ 323 a の違法行為)。ここでは、§ 18 は、その文言によれば、適用不可能であり、そのために、重い結果は、支配的見解によれば、行為者の責任では包括されない、客観的な処罰条件と見なされている (けれども、以下、§ 23, Rn. 7 ff. 参照)。行為の故意的部分が独立して可罰的ではなく、過失の結果と組み合わさつて初めて可罰的となるような場合には (例えば、§ 315 c III Nr. 1)、結果的加重は欠落する。

(d) 歴史について

歴史的に、結果的加重犯は、教会法によつて展開された所謂 *versari in re illicita* (不正な状態に置かれていること)

から発生したもので、それによれば、責任はなくとも、禁止された行為から生じたすべての結果について責任があるというのである。それ故、S.C.B.に含まれている結果的加重犯は、本来、禁止された基本犯が結果に対して原因となっていればよく、有責である必要はないという前提に立っている。このような責任主義に対する違反は、文献によって、特別の帰属を構築することで緩和或は一掃しようとしてされているが、1953年8月4日の第三次刑法改正法に至って、初めて、現行規則である§18の意味で、排除されたのである。もちろん、このような手段によっても、すべての憲法上の疑いを巧く取り除くことはできない (Rn. 110 f. 参照)。

4 侵害犯と危険犯

構成要件の行為客体が侵害されたか、或は、その完全性が危殆化されているに過ぎないかによって、侵害犯と危険犯とが区別される。構成要件の多数をなす侵害犯にあつては、既遂犯となるためには、行為客体が現実に侵害されなければならない。そうなっているのは、殺害犯 (§§ 211 ff.)、傷害罪 (§§ 223 ff.)、器物損壊罪 (§ 303) 等である。他方、危険犯にあつては、行為は、多かれ少なかれ、行為客体に対する強い危険の切迫を表現するものであれば足りる。ここでは、具体的危険犯と抽象的危険犯との区別が最も重要である。

具体的危険犯では(詳しくは、§ 11, Rn. 114 ff.)、構成要件の充足は、行為客体が個別事例ごとに現実に危険と見なされ、それ故、結果が発生しないのはたまたま偶然のことに過ぎないことを前提にしている。最も重要な例は、道路交通危険 (§ 315 c) が提供してくれる。これによれば、行為者が、他人の身体或は生命、又は、価値のある他人の物を危殆化することが要求されている。他の事例は、§ 221 の場合で、ここでは、支配的見解によれば、§ 310 a 及び § 311 ff. と同様であるが、生命の危殆化が必要であるとされている。これに反して、抽象的危険犯の場合には(詳しく

は、§ 11, Rn. 119 ff.）、行為の類型的危険が、個別の場合の可罰性が危険の現実的発生によることなく、処罰の原因となるのである。古典的な例は § 306（重大な放火）及び § 316（交通における酩酊）が提供するし、しかも、又、§§ 326-328, 329 I、及び、§§ 186 f., 229 の「独立犯」もこれに属する。これに加えて、混合形式、近似類型及び更なる細分化もできる。その時々に必要な危険をどのような基準で決定すべきかという問いは、危険犯の持つ意味が高まったことをうけて、帰属の範囲で特別の取り扱いを必要とする程に争われている（§ 11, Rn. 113 ff. 参照）。

5 企画構成要件

既遂と未遂 (§§ 22 ff.) が、立法者によって、種々区別して取り扱われる一方で、未遂と既遂を等しく位置づける (§ 11 I Nr. 6) の企画犯における構成要件が重要である。例を提供するのは、§§ 81, 82, 184 I Nr. 4, 310 b, 311 a, 316 a である。これ等の実践的意味は、そこにあつては未遂の減輕 (§ 23 II) が脱落し、自由意思による中止の刑の免除作用 (§ 24) も妥当しないことである。その代わりに、個別事例における「積極的後悔」の場合には、特別規定によって刑の減輕、或は、刑の免除が許される (§ 83 a, 311 c, 316 a II)。その他の未遂規定のどの範囲が、及び、どの構成要件が企画犯に援用可能なかは激しく争われており、未遂との関連で更に説明する必要がある (Band II)。

6 単純犯と複合犯

単純犯は、単に一つの法益を保護するに過ぎないが、複合犯は、複数の法益を保護する。単純犯は、例えば、殺害 (§ 211 ff.)、身体傷害 (§§ 223 ff.)、及び器物損壊 (§ 303) である。複合犯には、とりわけ所有権と占有に向けられてゐる窃盜 (§ 242) と、それに更に第三の法益として意思決定及び意思活動の自由が加えられている強盜 (§ 249) があ

る。この概念構築の実践的意義は、複合犯にあつては、種々の法益が解釈にとって有効であり、その犯罪の意味を明らかにするのに、場合によっては、法益を相互に衡量しなければならぬ。例えば、誣告 (§164) の理解にとって、この構成要件を、保護法益は国家の内部的法律上の地位（「法律地位説」）であると見なすか、或は、嫌疑を受けた者の煩わされないこと（「個人法益説」）であると見なすかは別として、単純犯として把握するか否か、或は、二つの法益を組み合わせ、そうすることで §164 を複合犯として把握するかが、重要なのである。第二の事例の場合には、更に、二つの法益が重疊的に侵害されるべきなのか、或は、択一的に、構成要件の充足にとって一方の法益の侵害で足りるのか、或は、他の法益の侵害で足りるのか（これが支配的見解）という問題が生ずる。

7 単一行為犯と複数行為犯

単一行為犯は、一つの行為を要求し、複数行為犯は、二つ或はそれ以上の行為を要求する。例えば、器物損壊 (§303) は、単一行為であるのに対し、強盗 (§249) は、複数犯として叙述されている。というのは、最初の行為（暴行或は脅迫）に、第二の行為である奪取が続かなければならない。同様に、例えば、強姦 (§177) は、二行為犯（強要と姦淫）である。特に意味のある行為の区別は、強盗的窃盗 (§252) の場合に見られる。

不完全な、二行為犯と、分断された結果犯という特別の類型は、既に、主観的構成要件の所で話した (Rn. 84 参照)。更に、理論的に、多くの行為が重疊的ではなく、択一的に構成要件を充足する択一的複合的構成要件も知られている。そのような例外を構成するものに、四つの行為態様がそれぞれ、それ自体として犯罪を実現する危険な身体傷害 (§223 a) がある。

8 一般犯と身分犯

一般犯とは、誰でも犯すことのできる犯罪である。これは、大概、しかし、必ずしも必然的ではないが（§211参照）、*“誰でも（wert）”*という言葉で始まっている。このことは、誰でもすべての構成要件の行為を実行できなければならないといっているわけではない。例えば、婦女の強姦の場合、他の婦女（§177）には*“誰でも”*と書かれている（*ノ*）は、例えば、構成要件上必要な脅迫が彼女によってなされている場合に、行為者たり得るのである。これに対して、身分犯の場合には、行為者は、一定の性質（*“行為者の資格”*）を示している場合にのみ、行為者たりうる。原則的に、このような性質は、刑法外の義務的立場に存在するもので、そのために、ここでは、むしろ*“義務犯”*といったほうがよからう。このような義務犯には、例えば、公務における犯罪（§§331ff.）があり、そこで行為者たり得るのは、公的立場から生じた、特別の義務の違反者だけであり、又、職務に固有の守秘義務違反が行為者性を基礎づけるよう作用する§203もある。更に、義務犯であるのは、（*“誰でも”*という言葉にもかかわらず）背任（§266）の構成要件である。それは、そこで特殊な財産管理義務の違反が正犯の前提となっているからである。

更に、真正身分犯と不真正身分犯とが区別される（例えば、義務犯）。真正身分犯の場合には、特別の行為者要素が刑罰を基礎づける作用をする。例えば、法の歪曲は、一般に、§336に挙げられている人々についてのみ可罰的である。これに対して、不真正身分犯の場合には、行為者要素は、刑の加重としてのみ作用する。例えば、公務における身体傷害（§340）は、一般犯としての身体傷害（§223）を基にして構築されている。それ故、公務の担い手としての性質は、§340にあつては、刑を基礎づける作用をしてはいるが、身体傷害の構成要件を考慮する時には、刑の加重として作用しているに過ぎない。

身分犯の実践的意味は、とりわけ、正犯と共犯の限界設定の領域、と同様に、*“特別の人的要素”*が§28に従って適

用され得る法定刑の範囲について持つ作用の点にある(詳しくは、Band II 参照)。又、正犯を基礎づける義務的地位を誤って仮定した場合には、未遂論に、その特殊性が現れる (Band II 参照)。

9 基本犯、構成要件の変型、独立犯

立法者は、度々、最も単純な形式の犯罪類型を基本犯として作成し、それに関連して、更に要素を追加することによって、構成要件の変型を作るといふやり方をする。その場合、変型は、基本犯に予定された法的効果を加重(加重構成要件)或は減輕(特権構成要件)するのである。例えば、§ 242 は窃盜の基本的構成要件、§ 244 は加重構成要件、§§ 247, 248 a は特権構成要件である(そこでの、緩和とは、法定刑を下げるのではなく、告訴を必要としたことである)。身体傷害の場合、§ 223 が基本的構成要件で、§§ 223 a, 224-226 は加重されている。支配説によれば、殺害犯の場合、要素の少ない故殺 (§ 212) が基本犯であるのに対して、謀殺 (§ 211) は加重されており、囑託殺 (§ 216) と嬰兒殺 (§ 217) は特権化されている。

基本的構成要件と構成要件の変型が相互依存関係にあることは、基本的構成要件が加重の場合も特権の場合も不変で、同じ解釈が繰り返されることで証明される。これに対して、犯罪を重罪と軽罪 (§ 12) に区別すること(上記、§ 9 参照)は、構成要件の変型に影響を与えない。基本的構成要件が重罪(例えば、§ 212)で、構成要件の変型が軽罪(例えば、§ 216)ということも十分あり得るし、その逆もあり得る (§ 153 の § 154 に対する関係のように)。構成要件の変型が存在する場合、変型構成要件が特別法 (lex specialis) として有罪判決が下される。基本犯は、法律競合の過程で退く(詳しくは、Band II)。特別の規定を要請するのは、加重と恩典とが同時に存在する場合である。そこでは、二つの構成要件が、それ等の法的効果が一致し得る限りにおいて、並列的に適用可能である。それ故、例えば、

家族共同体内で武器を用いて窃盗を犯し、その結果、§§ 244, 247 が同時に充足された場合、行為は親告罪である。そして、告訴がなされた場合、行為者は § 244 で処罰されなければならない。これに対して、加重と恩典の法的効果とが相互に排斥し合う場合、恩典構成要件が優先する。それ故、母親が彼女の未婚の子供を出産直後に、残忍な方法で殺した場合には、§ 217 によって処罰されるべきであつて、§ 211 によるべきではない。

構成要件の変型と、立法者が「特に重い事例」（例えば、§§ 263 III, 266 II, 267 III）、「さほど重くはない事例」（例えば、§§ 177 II, 217 II, 249 II）として数多く作っている、単なる量刑規定とは区別されるべきである。この規定は、構成要件論にはなく、量刑論に関係する。これは、行為の犯罪的性格を重罪か軽罪かに変更するものではない（詳しくは、上記 § 9, Rn. II）。量刑事由と構成要件の変型との過渡的形式をなしているのは、特に重い場合を原則的事例によって例示している場合である（例えば、§§ 125 a, 243, 302 a II）。実践的に最も重要なのは、窃盗の特別重い事例 (§ 243) である。立法者は、七号まで「原則として」特に重い場合となる事態を列举している。しかし、裁判官は、原則的事例の存在にもかかわらず、個別的に、特に重い場合を仮定できるとし、又、全く逆に、原則的事例が存在しないにもかかわらず、特に重い場合を肯定できるとしている。このような方法論の長所は、不可避的な欠陥、或は、厳格な加重の決疑論の不正義を避けるという点にある。しかも、他方で、裁判官は、特別に重い場合を仮定する際に、具体的な支点に立つて方向を決定できる点にもある。他面、原則的事例の非拘束性が法的安定性の獲得をかなり難しくしている。原則的事例は、裁判官を加重された法定刑の範囲での有罪判決へと強制しないので、そこでは構成要件の加重ではなくて、量刑規定が重要となる。けれども、これ等が構成要件の変型に近似している点は、原則的事例が多く、観点の下に（例えば、錯誤論及び競合論）構成要件要素と同様に取り扱われるという点に現わされている。

又、加重及び恩典と区別されるべきものに、所謂独立犯がある。これは、他の犯罪のすべての要素を内含してはい

るが、この他の犯罪の加重された、或は、減輕された事例ではなく、固有の不法類型を持った独立の構成要件である。(それ故に、この種の犯罪について、加重及び恩典の場合である非独立の構成要件の変型に対比して、独立の構成要件の変型というのも、又、誤解である。)独立犯 (*delictum sui generis*) は、例えば、窃盜 (§ 242) 及び強要 (§ 240) との関係での強盜 (§ 239) である。この犯罪は、二つの構成要件の要素は内含しているが、それ等を組み合わせることで新たな、独立の不法類型となっている。独立犯の場合には、基本的構成要件に立ち戻ることができないので、その中に含まれている他の構成要件の加重及び恩典も、それに適用できないのである。例えば、§§ 247 と 248 a は、強盜には適用できない。同様のことは、窃盜に対する独立犯と見なされている強盜的窃盜 (§ 252) にもいえる。それ故に、刑罰規定は、先行する窃盜が § 247 に該当し、刑事告訴がなされなかった場合にも、有効である。

独立犯の概念は、種々の批判にあっている。批判は、独立犯と加重構成要件を限界づける普遍的基準が存在せず、独立性を仮定することから概念法学的方法によって、一定の法的効果を單純に演繹することは許されないとする限りで、正当である。二つの構成要件の相関関係が問題になっているところでは、むしろ、再三再四、新たに目的志向的な解釈によって、それらの間に関係があるのか否か、又、あるとすれば依存関係か独立関係かという問いが探られなければならない。このような方法によって、広範な独立性があるという結論に到達して初めて、いままで考慮されることのなかった状況について結論を先取りすることなく、構成要件を *delictum sui generis* と表示することができよう。それ故、解釈論的価値を、独立犯とする表示は、持っていない。

(よしだ のぶゆき・本学法学部教授)