

## 構成要件該当性の内容について

井上, 祐司  
九州大学法学部 : 助教授

<https://doi.org/10.15017/1323>

---

出版情報 : 法政研究. 24 (3), pp.15-36, 1957-12-20. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 構成要件該当性の内容について

井上祐司

はしがき

一、ベールリンクの「構成要件該当性」の内容

二、M・E・マイヤーの「構成要件該当性」の内容

むすび

はしがき

近代刑法学において「犯罪とは構成要件該当の違法・有責の行為である」とされる。この犯罪概念の規定は、ベールリンクの「犯罪論」(一九〇六年)によって完成されたものである。それまでは、構成要件が一般法学上の意味

——一般構成要件(可罰条件の総体)——に理解されて、犯罪は構成要件と同視されていた。ところがベールリンクは、刑罰法規の各本条における各種犯罪——特別構成要件——に当る行為のみが犯罪たりうるという罪刑法定主義の思想をば、犯罪概念に徹底的に表現せねばならぬとして、当初のような規定を与えたのである。そして、ベールリンクのこの一般構成要件から特別構成要件への転換は、極めて積極的に評価されてきたのである。<sup>(一)</sup>

ところが、ソヴェト・東独の刑法学<sup>(二)</sup>においては、この転換を徹底的に否定的に評価し、ベールリンクをもって「帝国主義イデオログ」の筆頭にかかげた。<sup>(三)</sup>このことは我々に甚だ唐突な印象を与えた。しかもその批判は十分な説

得力を欠ぐものがあつた。そこで、この轉換の意味をさぐることは我々じしんに課せられた問題といふべきであらう。

しかしこの課題は、刑法理論の全領域にまたがる問題であるため、容易な仕事ではない。そこで、ここにおいては、さしあたり、その第一歩として、ベーリンクとM・E・マイヤーの構成要件該当性という判断の構造を確定するということに限って稿をまとめることにした。一般構成要件から特別構成要件への轉換の歴史的な位置づけは、違法論と規範的責任論の検討をぬきにしては不可能であるが、その予備として、構成要件該当性の判断構造を確めることが必要であつたからである。

(一) 滝川・犯罪論序説(昭二七)、五二頁、小野・犯罪構成要件の理論、二〇一頁。ドイツ刑法学全体の社会経済的背景・イデオロギー的基礎については、小野・犯罪構成要件の理論(昭二八)、二九二―三二一頁、平場・構成要件欠陥の理論・法学論叢・五三卷(昭二二)、二七〇頁、及び註一三参照。しかし、井上教授は、規範主義刑法理論が独占金融資本主義のイデオロギーであることをつとに指摘された。刑法学総則(昭二六)、一一六頁。

(二) ソヴェトの構成要件論が理論的系譜として「古い」構成要件に連なることについて、木田純一・犯罪構成要件理論の現代的展開、刑法雑誌六卷(昭三一)、二号、二三八頁、田藤・刑法学の新しい展開、法律時報、二八卷(昭三一)、一八頁、同・刑法綱要(昭三二)、六三頁、註三、七七頁註五)。

(三) Prof. Dr. Gerats, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit in der DDR, 1952, S. 58―60. 構成要件を客観的側面に限定し、違法・責任という裁判官の評価によって犯罪の成否を左右することで、古い構成要件のもつ形式的合法性を破壊した、というにある。しかし、この点を主張するためには、違法論と責任論との批判をぬきにしても、規範的構成要件要素、一般に法の解釈・適用における「評価」の問題を解決せねばならないであらう。

一 ベーリンクの「構成要件該当性」の内容

一 ベーリンクは、自らその構成要件の理論を「類型説」とよんだ。<sup>(二)</sup> 彼は、構成要件・構成要件メルクマール・構成要件該当性をそれぞれに規定したであろうか。

「この論作も『構成要件』のもとに、いかなる犯罪が類型的に問題なのかということを示すメルクマールの総体を理解している。つまり、刑法典三〇三条にとっては『他人の物の損壊』、刑法典二二一条にとっては『人を殺す』等々」<sup>(三)</sup>

「すべての法定類型は互にまたさまざまなものであるが、ある一つの共通のものをもっている。即ち、それぞれの類型は次の意味で外部的な所謂客観的、行為側面、輪郭を示している。即ち、この指標はただに直接客観的に実現されねばならぬというのみならず、内的なもの、行為者の精神的なもの、所謂主観的行為側面（責任）は、その指標について示されねばならぬ……という意味において……」<sup>(四)</sup>

それぞれの類型の概念的要点をなす指標が「法定の標成要件」である（ある行為の可罰性の全条件を把握するところのいわゆる一般的犯罪標成要件に対して「特別構成要件」、「技術的意味における構成要件」、我々はそれを個々の犯罪種類を特徴づけている外面的行為形象と定義づけることができる。それは行為者の内部的なものの領域にもまた（責任にとっても）意味があるという限りで」<sup>(五)</sup>。

二 ここにおいて、構成要件とは、行為の外部的輪郭を示すメルクマールの総体であると規定されている。それでは、これらの外部的メルクマールは具体的にどのように規定されているのであろうか。

「行為の構成要件該当的なものと、非類型的なものへの分割は、当然に特定のメルクマールの附加によってのみ行うことができる。しかし、諸構成要件はいろいろあって、それはまず、単に、身体運動ないし、身体抑止したいを注視して、その時間的・場所的・その他の特長的メルクマールを与えているが、その行為から出てくる因果の鎖には何も言及していない場合と、さもなく

ば、行為から生ずる結果と共に、行為を注視し、それゆえ、行為のある特定の種の結果が特長的色合いを与え、そして、行為はその結果の原因として、当該類型を形成しているか、の何れかである<sup>(六)</sup>」  
 ここで構成要件の内容として、身体的動静・時間・場所・結果についてのそれぞれの規定性があげられている。  
 これと同様の趣旨が教科書に次のようにまとめられている。

「すべての法定構成要件は、内容的には、特定の生活過程の抽象的な形象を輪郭づけており、人間行為の吟味にあたって、それがこの形象に照応するかどうかと可能にする。この形象の特徴は、理論的にはつぎのものから得られる。

(一) 身体的態度の特徴（例えば「行く」）又は、運動の観念的な意味（例えば「要請」「威嚇」）

(二) そこで身体運動が行なわれる時間的・場所的な環境（例えば八九条の「闘争中」……）

(三) 時間的に身体運動の後にくる結果、結果としての状態の共存（例えば人の死〔物理的〕、立服の惹起、認識到達〔精神的〕<sup>(七)</sup>」。

ついで、彼は侵害犯においては、侵害の客体が構成要件に属するとする。更に、彼の構成要件の内容について特に注意しなければならぬのは、後代において、社会的・文化的評価を必要とするところの「規範的要素」と考えられたものについてである。この点は彼が構成要件を「純粋に記述的なもの<sup>(八)</sup>」としたことと関連して特に注目し値する点であるからである。

「刑罰法規における類型は、時たま、刑法典一八五条の誹毀のように定義的に厳格に書きおろされていないという事情は、犯罪類型が違法性契機をその中に含まぬという命題に決して矛盾するものではない。ここでは正に構成要件への科学的突入が必要であり、その探求の後に、そして、ある具体的な場合における構成要件の存在の後に、常のように違法性が吟味される。

例えば、我々が誹毀のもとに、ある人の社会的地位に関して、その人の品位を落すことだということを理解するならば、具体的にかかる品位を落すことが存在しているという確定によっては、なおその行為の犯罪性は肯定されない。違法な誹毀と違法でない誹毀とがあるからである、人が「誹毀」という言葉を、正にただ構成要件的のみうけとる限り……<sup>(九)</sup>」

刑法三六〇条の狼藉についても、同様に「ある人についての特定されない範囲の面倒」<sup>(二〇)</sup>をかけることとしてい  
る。いわゆる規範的要素を解釈によって事実的メルクマールに分解し、構成要件の厳格な枠づけを貫徹しようとし  
ているのである。<sup>(二一)</sup>

三 かくして、次に、構成要件該当性という判断はどのような仕組で把握されているかを検討せねばならない。

「そこから構成要件が概念的につみかさねられるところの個々の要素（刑法典二四二条においては、物・物の他人性と動産性・  
奪取）が構成要件メルクマールである。ある行為が構成要件の下におかれねばならないとすれば具体的生活過程は、これらメル  
クマールに包摂されるものでなければならない」<sup>(二二)</sup>

つまり具体的行為の中にこれらのメルクマールが存在するときその行為は構成要件該当性があるとされている。  
この当嵌めの手続とは一体どういうことであろうか。

かれは、構成要件該当性が因果関係とは別個の問題であることを強調して次のようにのべている。

「以上のことから、実現行為とは、構成要件該当的結果の「原因」であり、「予備」「附随」行為とは、その「条件」である、と  
いうような新しい因果関係が主張されていると思つたら誤りである。

支配的因果関係論—*conditio sine qua non* にあるものは相互にその因果的意味において同等であること—は、私には従来か  
ら否定されないものだと思つている。結果にたいする原因としては、予備行為も、附随行為も同じである。その区別は因果の領  
域にあるのではなくして構成要件の領域にある。問題なのは *conditio sine qua non* がその因果力に関して区別されるべきかど  
うかではなくして、それらのものが固有の構成要件に属するか、その局外圏に属するかにある……」<sup>(二三)</sup>

ベーリンクは実行行為を構成要件の核心としてとらえ、予備・附随・事後行為をその核心のそばにある局外圏と  
する。この実行と局外圏とを区別する概念的基準について次のようにのべている。

「例えばある人の毒殺、抑留、窃盗の見張りが実行行為に入るのか局外圈に入るのかを何に基いて認識するか。その答は次のようなものであるのみありうる。実行とは、その行為について、その他の有責な行為をみとめることなくしても、それが構成要件を充足している（少くともその開始を説明する）ということ、それが「死を齎す」「奪取する」等々を意味する、ということが言われうるということである。局外圈に属する行為とは、補完的有責行為（補充的行為）と一緒にあってのみ構成要件の色合いをもち、従って、補完的必要なものであり、それじしんとしては構成要件の実現として現れないものである」<sup>(一四)</sup>。

また、未遂・既遂に関連して、

「構成要件それじたいは、その実現の差異——構成要件の実現開始と、構成要件の実現終了——によって影響されない。「死を齎す」という類型は、未遂でも既遂でも同様に問題になる。しかし、類型はその上に、ある部分的（そして端著的）実現という概念が完全な実現に対比して適用しうるように形成されている。その実現は類型上の差異を齎すことなしに、強度のものであったり、より強度の少いものだったりすることがある。「構成要件該当的」であるのは、たんに、既遂行為のみならず、未遂行為もそうである」<sup>(一五)</sup>

既遂は類型の完全な実現であり、未遂は類型の部分的実現として、共に、構成要件該当的であるとされる。しかし、これは、甚だあいまいな性格づけと言はねばなるまい。既遂と未遂とは、結果という構成要件要素を欠ぐという点においてのみ異なるだけであり、行為そのものの特徴としては、同一のものであるべきだからである。構成要件要素がいろいろの性格をもったものの統一体でありながら、自らその間に役割の相異がある。結果はメルクマー<sup>(一)</sup>ルとしては構成要件の結果であり、その存否は既遂・未遂を決定する。中核たるメルクマー<sup>(一)</sup>ルの法的特徴づけであり、不能犯と未遂・予備と未遂・正犯と共犯の区別にとって決定的である。この重要な後者の問題において、いはば同義語反覆的な説明を与えているにすぎない。

四 従って、構成要件該当性の判断は、さしあたっては、被告人の具体的な行為の中に構成要件の内容を形成し

ている個々のメルクマールがあるかないかという形で問題とされるであろう。そして、すべての構成要件メルクマールの存在が確定されたとき、構成要件該当性ありと判断されるであろう。

しかし、攻撃の客体、結果、場所的・時間的規定性といったメルクマールの存否は、割合容易に判断出来るであろうが、問題は、構成要件要素の中核たる外部的行為そのものの規定性、「死を齎す」「奪取する」等々、いはば構成要件の動詞、の存否である。しかも、この核心のメルクマールの存否については、以上のように同義語反覆的説明に終わっている。しかし、彼はこの点について、一つの手がかりを与えている。

彼は正犯を基礎づけるため、従来の学説が因果関係における原因と条件との区別を基礎としたことを非難した個所でこの点にふれて次のように注目すべき見解をのべている。

「これらの理論は通常でない（とっぴな）因果系列にたいする法的責任をやらげられるための努力である。それゆえ実際には、これらの理論は、因果論の領域にあるのではなく、すべての結果惹起が、それとも、特定種類の結果惹起が、答責性を生ぜしめるかどうか、という問題である。この二つの問題を混同したために、因果関係の中に価値的契機をひきいれる誤りをおかした。

これらの理論の争いを検討するに当って注意すべきは、法的性質をもった結論をひき出すのに、前法律的「アプリオリ的領域」にはいっているということである。方法論的にあやまっている。今問題にしているこの問題は、「因果性」の問題そのものではなくして、個々の法定構成要件の内容の指摘である。実際に解決すべき問題は、Aが「ある人を殺した」か、「他人の財物を奪取したか」等々である。法定構成要件は展開されるべき行為をしっているので、それは行為者の活動と結果との間のある条件関係を勿論要求している。だが構成要件は、原因概念の科学的確定に關係して、いるのではなくして、単純な日常用語例に、即ち、我々が「殺人行為」「奪取行為」等々を耳にしたときに、我々に生ずるところの表象形式に關係している。

この日常用語例は、しかしながら、結果の因果的に同等な条件の間ただ特定の中心的活動のみが「殺人行為」「奪取行為」



としてのみあらわれ、その周辺のものでしかも共働したところの活動（予備・附随行為）は、構成要件の表象形式の外側にあ  
る、という意味で区別する。……行為の因果的価値は、法定構成要件の要点を形成しないということは、結果が何らの役割を  
も演じない構成要件があることがこれを示している。<sup>（二六）</sup>

このように、核心となる構成要件的動詞の吟味に当って、「日常用語例」との一致ということに基礎をおいたの  
である。正犯の行為―実行行為―の存否は、結果との相当因果関係の存否によるのではなく、端的に行為そのもの  
の相当性、常識的意味との一致で満足したのである。<sup>（二七）</sup>

〔五〕 以上のベールリンクの理論を要約すると次のように言うことができよう。

- （一） 構成要件（類型）とは行為の外部的輪郭を示すメルクマールの総体である。
- （二） これらのメルクマールには、行為そのものの特徴づけ・場所的・時間的規定性・結果・攻撃の客体が属する。
- （三） 犯罪の第一の規定性たる構成要件該当性という行為の特徴は、さしあたりこれら構成要件メルクマールが当  
該の具体的行為に存在するかどうか、存在するとき、その行為は構成要件詳当性ありと言はれる。論理的には包摂  
の操作である。

（四） 構成要件メルクマールの中核たる行為そのもの特徴の吟味に当っては、端的に日常用語例との一致によっ  
て解決する。

六 このベールリンクの理論は、一九三〇年の「構成要件の理論」においてどのように変化したであろうか。周知  
のところであるが、彼は、構成要件と犯罪類型の概念を区別した。

「すべての犯罪類型は、いろいろの要素が一緒になった全体を形成している。しかしこれら多くの、そして、種を異にするこ  
ろのものでありうるこれら諸要素は、さし当り独立的犯罪類型においては、なお、全体として、一つの観念形象を引合いに出し

ている。この觀念形象はこの犯罪類型の統一を基礎づけており、それなしにはこれら要素は、この類型のメルクマールとしての意味を失うであろう。この觀念形象がこの犯罪類型にとっての「法定の構成要件」である<sup>(二八)</sup>。

即ち、犯罪類型とは、法定の客観的・主観的メルクマールの総体である。そして、客観的メルクマールの中には、構成要件メルクマール（不法類型メルクマール）の外に、裸の附加的な客観的メルクマール（破産宣告・傷害致死罪の死の結果等）が属すると同時に、主観的メルクマールの中には責任類型メルクマール（構成要件メルクマール）不法類型メルクマールの主観的反映）の外に、裸の附加的な主観的メルクマール（目的犯の目的・謀殺における予謀）がある、とする<sup>(二九)</sup>。従って、構成要件メルクマールは客観面にも主観面にも関連する——これは「犯罪論」でも同じであった<sup>(三〇)</sup>——が、犯罪類型はこれらのメルクマールのほかに、客観的にはみ出すもの、主観的にはみ出すものも含むものとして把握されるに至った。そしてこの犯罪類型の概念には、実は、彼が否定し去ろうとした一般構成要件の概念の思想があることは否定できないであろう<sup>(三一)</sup>。

七 しかば、次に、構成要件該当性という特徴はどのように把握するのであろうか。

「構成要件該当」とは構成要件の客観的実現をいみする<sup>(三二)</sup>。

「当該の行為がその客観的側面において、この法定構成要件を充足するかどうかという問題が最初の問題として生ずる」<sup>(三三)</sup>。

「その行為が当該犯罪類型の法定構成要件に客観的に厳格に照応する、即ち、構成要件該当的であって……」<sup>(三四)</sup>。

即ち、構成要件該当性とは、当該行為が犯罪類型の核心をなしている不法類型メルクマールを充足することである。犯罪類型の客観的メルクマールとの一致ではない。また、次のようにも説明している。

「構成要件実現が存在するというのは次の場合である。

その行為が、その身体的特徴、その事前<sup>||</sup>同時情況及びその結果、従って、「行為事情」からして、完成な構成要件的形象を示

しているとき、即ち、「人を殺す」であり、「他人の動産を奪取する」等々である場合である。この種の行為が構成要件の「実行」〔完全なる実行〕とよばれる<sup>(二五)</sup>

〔特定の身体的運動が「構成要件該当的」であるかどうかという問題、例えば形式犯においては、その身体的運動が「ある耕地への立入」といえるかどうかという問題は、たやすく答えられる。

〔実質犯では因果関係が問題となる。〕<sup>(二六)</sup>

として、既遂を認めるためには条件関係で十分であるが正犯については、因果関係論は役にたたないと原著と同様の立論を展開している。正犯行為の日常用語例との一致を更に具体的に次のように説明している。

「……既に日常生活において、「子供を生む」ということは、子供の誕生の過程へのすべての条件設定がそれで意味されている（父もまた子を生んだ）という具合には決して考えることができないように、あるいはまた、ある帝國裁判所の判決が下ったということは、それでその判決の到来への一切の条件設定が意味される（当事者や検事も共に「判決した」とか、審理や評議もまた「判決」過程であるとか）と考えることができないように、同様に、法規の意味において、「殺す」ということから、死への何でもの条件の措定を考えたり、また、刀をとぐことを「殺人」行為であると主張したりすることもできない。」<sup>(二七)</sup>

従って、ここにおいても、構成要件該当性の判断に関する限りは基本的には変更されていないと言はねばならない。<sup>(二八)</sup>

## 八 最後に彼の「類型」の意味について検討してみよう。

彼は「類型」「類型性」という言葉を使って構成要件該当性の意味を説明しようとしている。しかし、その意味には、いくつかの異った内容が含まれているように思はれる。第一に、彼は、犯罪が今日では実定法規でその種類が限定されている、という意味において、犯罪は構成要件該当的である、典型的である、としている。例えば、

「すべてこの違法行為がそれだけで直ちに刑罰威嚇に服するという時代はすぎ去っている。……厳格に輪廓づけられた犯罪類型のみが刑罰威嚇の下におちることができ……犯罪類型の輪廓を列挙的にくみ尽して与えているのは、実定法的に与えられている諸構成要件である。自然法犯罪は今日は存在しない。この意味で、構成要件該当でない行為は違法・有責な行為であっても犯罪とはされない（例えば使用窃盗等）。……」<sup>(二九)</sup>

「今日、犯罪とは、とちられた括弧することのできぬ数のものとして刑法各則に列挙された諸構成要件に照応する行為、即ち類型的な、構成要件該当的な行為のみである」<sup>(三〇)</sup>。

このことについては、彼が犯罪概念（総論）と諸構成要件（各論）における構成要件該当性の意味を区別し、総論にけるそれは、諸構成要件のグループと非構成要件のグループを対置して、その前者の領域におちること（何かあるものに当嵌まること）を意味し、あれかこれかの構成要件に当嵌まることが各論のそれだとしたことが思いあわされる。そして、私が第一の意味と特徴づけた「類型性」の内容は、この「総論」の意味におけるそれである訳である。

第二に、彼は類型性でもって各種犯罪行為そのものの「類型性」を主張する。例えば、

「『すべての無頼漢は処罰さるべし』という条文……があったとしても、それは自らの中にとちられたものとしての特定の犯罪類型への枠をもっていないので……刑法典二条に違反することになるであろう」<sup>(三一)</sup>。

ここには、構成要件が類型であるという意味は、単に犯罪の種類として法規にかかげられているということ、第一の意味の類型性、の意味以上の、実質的内容が語られていると言っよいであろう。この「行為そのものの類型性」の意味は、前述の一―七までに分析してきた「構成要件該当性」の内容において、「日常用語例との一致」という思想に連なるものであろう。また、彼が構成要件の欠缺に関して、法規に、実行手段の特定のメルクマールのない場合（それが殆んどの場合であるが）についても、

「何らかの絶対的に不<sub>レ</sub>適<sub>レ</sub>当<sub>レ</sub>でない手段の存在が正に構成要件要素である」<sup>(三三)</sup>

と、主張していることにも顯れていると言えよう。そして、この意味での「類型性」の思想が、後年の「指導形象」としての構成要件の思想に連なるものと推測することも許されるであろう。

更に、第三に、これもまた、構成要件の欠缺に關してであるが、客体の欠缺（執行吏でない者に対する暴行と刑法一一一条）、法定の実行手段の欠缺、主体の欠缺（内国人と刑法典一九六〇条）、時間的場所的關係の欠缺（戦争終結後の武器搬入と刑法八八条）がそれぞれ法定のメルクマールを欠ぐことによって、「類型性を失う」とされる場合である。<sup>(三三)</sup>この場合は、実はその行為がその法条に當<sub>レ</sub>嵌<sub>レ</sub>め<sub>レ</sub>られ<sub>レ</sub>ない<sub>レ</sub>ということであって、「類型性」とは當<sub>レ</sub>嵌<sub>レ</sub>め<sub>レ</sub>じしんを意味し、内容的な意味をもっていない。

以上の第一、第二、第三、と、異った意味で類型性が用いられていると考えられるのであるが、第三の場合は、類型説の固有の意味とは無関係であると言えないであろうか。何故なら、類型説をとると否とにかかわらず、従って、一般構成要件の理論においても、ある法定のメルクマールが欠<sub>レ</sub>げ<sub>レ</sub>ることによってその法条えの當<sub>レ</sub>嵌<sub>レ</sub>め<sub>レ</sub>が不可能になるといふ事情は、一般であるからである。類型説の固有の意味は、これら必須のメルクマールが存在<sub>レ</sub>して<sub>レ</sub>いても、なお且、類型的行為と非類型的行為とをより分けるところにあるはずである。例えば、執行吏でさえあればどんな種類の攻撃でも當<sub>レ</sub>嵌<sub>レ</sub>め<sub>レ</sub>得<sub>レ</sub>るのか、戦争中でさえあれば、いかなるものでも武器の搬入と言<sub>レ</sub>えるものなのか、ということこそ類型説は解決しようとするものであるはずであろう。この問題は、第二の意味における「類型性」、実行行為そのものの定型性の問題であろう。従って、第二の意味に、類型説の固有の内容を見ることができ

る。

第一の意味について、これも果して、類型説固有の内容をなすものであろうか。次の一般構成要件論者の主張と

比較してみよう。

「いかなる刑罰法規の下にもたない行為は、外部的な法律の法廷においては、可罰性をもたない。しかし、ある行為が可罰法規の下にたつということは、その行為が、法効果としての刑罰を法規がそれに結びつけているところの行為の概念の中に含まれる諸メルクマールを自らの中にもっている場合においてのみである」<sup>(三四)</sup>。

「学問は、個々の犯罪の構成要件を事物の本性にしたがって引きだすことができようが、立法者は、構成要件を正確に確定するという、裁判官の恣意に対する保障の要求を断乎として要求する。それゆえ、我々は、法的定義、法定構成要件という。

法的定義は、刑法解釈学の核心を形成する。実定法の与える理論的叙述は、自己創造的定義から出発すべきではなくして、法的定義を厳格に固執せねばならぬし、そこから構成要件を展開せねばならぬ」<sup>(三五)</sup>。

この思想は罪刑法定主義の思想そのものであった。第一の意味は、罪刑法定主義の上に立つ理論に共通の内容をなすものであった。従って、これも、類型説の固有の内容とすることはできないように思う。

(一) ベーリンクの構成要件について固有にとりあげているわが文献だけでも相当数にのぼる。主なものは、小野・犯罪構成要件の理論(昭二八)、佐伯・タートベスタント序論、法学論叢二九卷二・三号(昭八)、滝川・刑法における構成要件の機能、刑法雑誌一卷二号(昭二五)、下村康正、ベーリンクの構成要件論、刑法雑誌三卷三号(昭二八)、平場・構成要件論の再構成(現代刑法学の課題・下・昭三〇)、佐伯・ベーリンクといわゆる構成要件の理論(一)、立命館法学第一五号・第一八号(昭三一)、竹田・ベーリンクの構成要件の理論、法学(近畿大学)六卷一号(昭三二)、夏目文雄・犯罪構成要件構造論、愛知大学十周年記念論文集・法政篇・昭三一)これら構成要件論の研究は、ベーリンクの没価値的記述の類型から、マイヤーを経てメッガーに至る違法類型への発展を基礎づけている。また、違法性と構成要件との関係については、竹田・違法判断—違法判断の基準、法と経済、七卷(昭一二)、五・六号、同・構成要件と違法の判断、法と経済八卷(昭一二)、六号、同・違法阻却と違法の判断、法と経済九卷(昭一三)、四号佐伯・主観的違法と客観的違法、法学論叢(昭七)、

二七卷、一号がある。本稿の問題点にとって特に注目したいのは、竹田教授が、小野博士の立場を「一般法学上の構成要件」の觀念に外ならぬとされる（法学、六卷一号四八頁）点である。

(一) *Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, Vorwort*, ベーリンクが構成要件を類型とするに至った理論的系譜はあきらかではない。社会科学一般に特に法学に「類型」概念がどのようにしてとり入れるに至ったか、独立のテーマとして考えねばならないであろう。小野博士は、構成要件を「定型」と規定される。社会学上の類型を基本にして法目的にてらして加工された型であるから、と（小野・犯罪構成要件の理論、二五九頁）。ベーリンクの類型にかかる前法律的な社会的実体があるかどうか詳らかでない。木村博士は構成要件を平均型とされる。個別概念に対して、一般概念は類概念と型概念であるが、型には価値型・理念型・平均型がある。ザウエルも平均型としてしていると指摘される。類概念の機能が「包摂」であるのに対して、平均型のそれは「類推」にあるとされる。罪刑法定主義者は、「型」概念（構成要件）の中に「類推解釈の禁止」を「密輸入」したのだとされる（木村・構成要件と型概念、法学、一二卷三四五頁以下）。莊子教授は、刑法が平均人を予定していることに基いて、構成要件を平均型とされている（刑法演習・総論・不能犯（昭三〇年）、三九頁）。

法学一般の問題として型概念をとりあつた文献として、恒藤恭・型による認識（昭二五）、一頁―二四頁。同・法の基本問題（昭一一）、第二篇、法の本質とその把握方法、四六頁―一一九頁。自然科学―文化科学の認識方法として、類概念―型概念を対立してとかれる。社会現象の認識は型による認識である、ということから、構成要件の型的性格までには相当のひらきがある。型判断にもなう「主体的了解」という非合理的要素は、犯罪の認定に不適當である。社会現象を対象とする限り「主体的了解」の方法しかあり得ないのかどうか。「評価」の問題と共に検討の必要がある。唯物論の立場からこの点をとりあげて横写説を展開された文献として、秋沢修二・実存主義とマックス・ウェーバー、法経論集（静岡短大）一九五四年一号、一七三―一七五頁参照。しかし、ベーリンクの「類型」は、これらの平面とは関係がない。

(三) *Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 3.*

- (四) (五) *Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1925, ⅔ Aufl. S. 17—S. 18.*
- (六) *Beling, Verbrechen, S. 144—145.*
- (七) *Beling, Grundzüge, ⅔ Aufl. S. 23.* メッガーは、ヘーリングがここで(精神的結果という心理的契機を構成要件要素とした)と(いふ)と(ある)か) 客観的記述的構成要件の思想を変更したとする (Mezger, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926. S. 9*) が、シユミットは、メッガーの誤解だとする (Liszt = Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1927, 25 Aufl. S. 167 Anm. 1*)。
- (八) *Beling, Verbrechen, S. 112.*
- (九) (一〇) *Beling, Verbrechen, S. 155—156.*
- (一一) この規範的要素への「科学的突入」ということは、構成要件を出来るだけ「評価」から遠ざけようとする時、必要となってくる。規範的要素の問題は、一般構成要件から特別構成要件への転換の歴史的評価の一つの焦点をなす。ヘーリングのこの思想は導きの糸となるべきである。
- (一二) *Beling, Verbrechen, S. 112.*
- (一三) *Beling, Verbrechen, S. 250.*
- (一四) *Beling, Verbrechen, S. 250—251.*
- (一五) *Beling, Verbrechen, S. 261.*
- (一六) *Beling, Grundzüge, ⅔ Aufl. S. 28—29.*
- (一七) 小野博士は、ヘーリングのこの点を、「最も重要な場合において、構成要件の内容を決するに「自然的語義」又は「単純なる生活上の用語例」の問題に過ぎずとすることは、到底同意し難い。」(小野・犯罪構成要件の理論、二二六頁)と云われる。



- (一八) Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930, S. 3; Beling, Grundzüge, des Strafrechts, 11 Aufl. (1930) S. 21ff. S. 24—25.
- (一九) Beling, Tatbestand, S. 3—4, ; Grundzüge (11 Aufl.) S. 24, 25.
- (二〇) Beling, Verbrechen, S. 82.
- (二一) ドーナは、指導形象と区別された犯罪類型について、それが一般構成要件とひどくしていると批判したと佐伯博士は指摘されている。佐伯・タートベスト序論、(一)法学論叢、二九卷二〇八頁註。
- (二二) (二三) Beling, Tatbestand, S. 18, S. 20.
- (二四) Beling, Grundzüge, (11 Aufl.) S. 33.
- (二五) (二六) Beling, Grundzüge, (11 Aufl.) S. 33.
- (二七) Beling, Grundzüge, S. 37.
- (二八) ベーリンクの「日常用語例」との一致ということは、結果犯の「構成要件該当性」についてのみ妥当するのか、形式犯にもそうなのか明らかではない。彼が「構成要件の欠缺」に関連し、攻撃客体のない犯罪については、不能客体の未遂は問題にならないとして次の実例をあげる。即ち、証人が誰も信じないようなやり方で不真実の事実をつげる、その額にウンと書かれているような偽証であっても、未遂ではなく既遂だとする (Beling, Verbrecher, S. 330)。客体の不能ということからみれば、形式犯には問題は生じないであろうが、手段の相当性ということでは形式犯にも不能犯は考えてよいのではなからうか。形式犯については、「手段」(実行の方法)は問題にならないとするのであろうか。手段の不能に関しては、実質犯についてしか言及していない (Beling, a. a. O., S. 330)。
- (二九) Beling, Verbrechen, S. 21.
- (三〇) Beling, Verbrechen, S. 24.

(三二) Beling, Verbrechen, S. 22.

(三三) Beling, Verbrechen, S. 330. ベーリンクの不能犯について、西山富夫・不能犯の理論、法政研究、二二卷(昭二九)一号、七三—七四頁。平場・前掲、法学論叢、五四卷、三九—四〇頁参照。

(三四) Beling, Verbrechen, S. 330—331.

(三五) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1847, § 80, S. 150.

(三六) Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16 Aufl. 1891, S. 67.

## 二、M・E・マイヤーの「構成要件該当性」の内容

一 次にマイヤー<sup>(二)</sup>は以上の諸点をどのように考えたであろうか。

「刑罰法規の最初の部分には、ある行為が直観的幅員においてではなく、概念的な鋭さにおいて記述されている。この概念形象を抽象的な、正確には、法定の、構成要件という。その行為が可罰的たるために構成されねばならぬところの、この概念メルクマールの総体として、法定構成要件は、事実的構成要件から(抽象的なものが具体的なものから)區別される。場所と時間において現れる出来事は、それが人間の仕事である限り、事実的構成要件である。例えば言及・旅行・爆弾謀殺。しかし、地震は行為ではない、それゆえ構成要件ではない<sup>(三)</sup>」。

ここでは、構成要件は、古い構成要件概念の意味にとられている。この点は構成要件要素についてのべた次の個所において更にはっきりする。

「我々がこのような名目的な定義で満足せねばならぬのは、法定構成要件の要素が、即物的に、しかも同時にすべてを把握するような概念構成が行えない程に、極めて種々雑多なものであるからである<sup>(三)</sup>」。

「我々が法定構成要件の実質的定義をどこにも見出さない——この概念の上にその体系を構成したベーリンクにおいても、また

この第一章においても——という奇妙な現象は、法定構成要件要素がひどく内容的に異ったものをその中に一緒に把握していることから説明される。特に一般的に認められている客観的・主観的構成要件の区別は、行為の構成部分にとってのみ当たっているが、その制約のゆえに不完全である。したがって我々は、ある概要で満足せねばならぬ。即ち、法定構成要件に属するものは、

(一) 行為の様式及びそれ以外の行為の関係  
(二) 行為の構成部分

(a) 内心的要素（責任メルクマール）

(b) 外部的要素

(c) 規範的要素<sup>(四)</sup>。

ここでマイヤーが行為の様式・行為の関係といっているのは次のようなメルクマールである。

「それぞれの法定構成要件の核心は……ある人間態度の正確な記述によって形成されている。しかし立法者は刑罰乃至刑罰の高さを行為をとり入れることに依存せしめることでもって常に十分に満足することはできず、屢々彼は、違法性と責任とはしばらくおくとして、なお、あれこれの行為の関係を刑罰前提条件にかからしめざるを得ない。種々雑多な種類のこのような関係の中で行為の様式があるとされた領域を形成している」<sup>(五)</sup>。

として、行為の関係——特にその一部としての行為の様式——の例として、行為の時間的・場所的な法規上の要求、行為の主体や客体に関係した法規上の要求をそれぞれあげている。

「行為の構成部分と行為の関係、特に様式との間には、はっきりした区別がある。後者は独立の刑罰前提条件として行為に附せられている。当然のことながら行為者という人に関係している前提条件は行為のメルクマールとは考えられない（親族性とか教師とかいう特徴）。行為の舞台と時点も同様である。……しかし、ここでは、本質的な点においては如何なる区別もないことが強調されねばならない。即ち、行為の様式は、その構成部分と全く同様に法定構成要件の要素である」<sup>(六)</sup>。

二 以上のように、マイヤーの構成要件、構成要件要素の理論は、その本質において、古い構成要件概念——行為の可罰性に必要な要素の総体——と軌を一にすると行ってよいと思う。

しからば次に、マイヤーは構成要件該当性という行為の性質を、これら構成要件要素が具体的な行為の中に存在する場合だとするのであろうか。然りそして否である。彼は次のように説明している。

「以上に区別された二つの構成要件（法定構成要件と事後的構成要件）が相互に照応するとき、例えば、その言辞が侮辱的である、その旅が逃亡である 第一の重要な刑罰前提条件が充足される。そして、法定構成要件のすべてのメルクマールが現実の事情の中に見出されるとき、両者は互に照応する。この関係が確定されるところのこの論理操作は、抽象の操作であり、包摂の操作である。我々は概念的構成要件に比べて重要でないところの（常に内容豊かな）事後的構成要件の諸事情を度外視する。例えば、その言辞が四時になされたこと、フランスが逃亡者の行先地であること、等々を度外視する。この確定の結果に対して、我々は構成要件該当性という概念を用いる。それは最初の刑罰前提条件がそこにおいてその充足を見出すところの行為の特徴である」<sup>(七)</sup>

ここでは構成要件該当性とは、一応、法定構成要件のすべてのメルクマールの存在が概念されていることになっている。ところが、彼は直ちに、責任メルクマールを該当性の判断から排除するのである。

「我々は犯罪の責任の側面を内部的構成要件とみることは困難である。責任の特徴は、主観的構成要件該当性ということによつては、劣ってしか表現されていないし、その重要性はこの種概念によっては……然るべき方向にむけられていない。加うるに、内的外的構成要件該当性という区別はきれいでなくぎこちない。このような理由から、我々は、構成要件該当性の概念を行為の、外部的側面の法定構成要件の客観的メルクマールとの一致ということに限定し、<sup>(八)</sup> 帰責可能性を構成要件該当性に並列しよう。帰責可能性は第二の刑罰前提条件がその充足を見出す行為の特徴である。」

かくて、今や、構成要件該当性は、構成要件の客観的メルクマールの問題としてのみ限定されている。同時に、

構成要件要素たる規範的要素（物の他人性とかことからの不真実性）も排除される。この点についてマイヤーは次のように説くのである。

「(一)規範的構成要素は………いわばその一端を法定構成要件の中に、その他方の端を違法性の中にうちこまれているカスガイに  
対照されるのであって、二重の性格をもっている。………それは意志活動と因果関係にはたっていないところの結果の構成部  
分である。奪取された物が他人の物であるということは、窃盜によって惹起されるものではない。不真実の事実の流布は、誹謗  
者の仕わざであるが、事がらの不真実性はそうではない。これらの刑罰前提条件が外部的（客觀的）構成要件に向っているとい  
うことは正しくない。というのは、それらのメルクマールはなる程結果構成部分ではあるが、感覺的に知覚されるものではな  
い。その実現は外界の中に現れるものではなくして、徹底的に法の世界の中にある。………」

他方において、規範的構成要件要素は、単なる違法要素ではない。何故ならそれは、五九条の行為事情の中に入るとは疑い  
のないことであるから。………それでもこの要素が法定構成要件の中で異物であるということを指摘するために、我々はそれを  
不真正の構成要件要素であるとゆおう。その本質からすれば、それは、違法性のメルクマールに属する。従ってそれは (二)真正  
の違法要素である。何故なら違法性を指示しないで基礎づける事情は、従って、認識根拠ではなく存在根拠である事情は、違法  
性に属する。その要素は、違法性の構成部分である。………奪取の中には違法なる領得の憑徴があるが、物の他人性は、違法性の  
構成部分である。奪取が欠ければ窃盜の構成要件がなくなるが、他人性が欠げると領得の違法性がなくなる………」<sup>(九)</sup>

かくて、構成要件該当性は最初規定された可罰性の前提条件の総体が具体的行為の中に存在するという命題か  
ら、責任メルクマールと違法メルクマールをふるい落とし、結局は、ベーリンクと同様の概念内容に帰着するに至る  
のである。

三 さらに、マイヤーもまた、ベーリンクと同様に、客觀的メルクマールの中心をなす行為そのものを特徴つけ  
るメルクマールの存否には、やはり相当性判断をゆるしているのである。彼は不能犯の問題について、客體の不能

については客体について法規の特定があるので当嵌めは簡単であるが、手段については問題があるとする。手段（実行方法）を特定していないのが原則であるから。そこでこの点について彼は次のようにのべる。

「……しかし、限定していない場合においては、一見概念的不能の場合もふくまれているように見える。しかし、これはあやまっている。完成の手段はその適性において、自然的限界をもって、それ以外の方法は完成にみちびかない。犯罪の実行の着手をもたらす能力をもった手段のみに拡張される<sup>(二〇)</sup>」。

刑罰拡張原由たる未遂は、実行の方法が法規で特定されていない場合においても、なお、『自然的限界』があるとする。このことは、実行行為が、実行行為として相当のものであることを指摘したことになるであろう。<sup>(二一)</sup>

かくして、マイヤーの以上の所説を要約すれば、

(一) 構成要件とは可罰性の前提条件の総体である（一般構成要件の思想）。

(二) しかし、規範的要素は違法要素であり、肉心的要素は責任要素である。従って、構成要件要素は外部的行為メルクマール及び行為の關係（様式）メルクマールのみである。

(三) 構成要件該当性とはこれら構成要件メルクマールが具体的行為に存在していることである。

(四) しかし、手段について法規が特に何事も限界づけていない場合においても、「手段の適性についての自然的限界」がある。相当の行為のみが該当しうる。

(一) マイヤーの構成要件論を固有にとりあげた文献もベールリンクのそれと同じく数多い。ベールリンクにあげた文献もマイヤーの理論を殆んどとりあげているが、特に、下村康正・エム・エー・マイヤーの構成要件論、法学新報、六〇巻（昭二八）、二〇五頁以下。本稿の立場からは、特に参照すべくして利用し得なかった文献として、島田・タートベスタントの批判、法学新報四三巻（昭八）、一一号、島方・罪となるべき事実、法曹会雑誌一五巻（昭一二）、一・二号がある。他日の研究にまたねばならぬ。

- (一) M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Aufl. 2. 1923, S. 3.  
 (二) M. E. Mayer, a. a. O., S. 3. Anm. 2. (四) M. E. Mayer, a. a. O., S. 90. Anm. 3.  
 (三) M. E. Mayer, a. a. O., S. 89. (六) M. E. Mayer, a. a. O., S. 90.  
 (七) M. E. Mayer, a. a. O., S. 3—4. (八) M. E. Mayer, a. a. O., S. 8.  
 (九) M. E. Mayer, a. a. O., S. 184—185. (一〇) M. E. Mayer, a. a. O., S. 359.  
 (一一) マイヤーは「類型」という表現を自分は用いないとする (Mayer, a. a. O., S. 4. Anm. 4.) が、実質的には類型説  
 という (団藤・刑法綱要・総論 (昭三二) 三〇頁参照) のは、この点をとらえてであろう。平場・前掲論文・法学論  
 叢、五四卷、五一頁も、ここに一般化、相当性の判断があることを指摘しておられる。しかし、この立論は、彼が因果関係  
 論について相当性説を排し (Mayer, a. a. O., S. 144ff, S. 148) また不能犯においても、客観説を純粹につらぬくと一般  
 化的考察方法をとることになり、どの程度まで一般化・抽象化して危険を判断するかという新しい困難が生じるので、不能  
 犯の問題は相当性の判断でなく、嵌めの問題で解釈すべきだとする (Mayer, a. a. O., S. 357—358.) 彼の不能犯の一般的  
 立場とどうして一貫しうるか問題であろう。あるいは、「手段の自然的限界」というのは、ベーリンクの「相当性」の判断  
 〔日常用語例〕との一致、「絶対的に不適當でない手段」と異って、理解する必要があるのだろうか。

む す び

ベーリンク＝マイヤーの構成要件相当性の判断の内容を分析した。構成要件は客観的メルクマールの中核たる「行為」の  
 該当性とはそれらメルクマールが具体的行為に存在することである。しかし、メルクマールの中核たる「行為」の  
 メルクマールの存否の問題については、「相当性」という判断が窮極的に結びつけられていることを指摘した。

これらの「相当性」の判断内容をいかに評価するかということが、一般構成要件から特別構成要件への轉換の歴  
 史的意味を確定する一つのポイントとなるであろう。この点はまた後日の研究にゆづらねばならない。