

犯罪体系論の歴史に関する予備的考察

市川 啓*

目次

はじめに

I. 世紀転換期の議論——糾問訴訟に依拠した犯罪体系論

II. *corpus delicti* の実体法化と犯罪体系論

(1) *Feuerbach* の犯罪体系論

(2) *Stübel* による二段階の犯罪体系論

III. *Abegg* の行為論と構成要件論

(1) 犯罪的行為 = 構成要件の体系

(2) 帰属について

(3) *Abegg* 説の意義と問題点

IV. *Luden* の構成要件論

(1) 構成要件の外に置かれた帰責能力と可罰性

(2) 故意・過失の位置づけ

(3) 違法性について

(4) 構成要件メルクマールの論理的順序

おわりに

はじめに

犯罪とは、構成要件に該当し、違法で有責な行為である。このような犯罪の定義は、法学部1年生（もしくは法律学に触れたことのある高校生）でも知っているほど通俗的なものである。我が国では、構成要件該当性・違法性・有責性を要件とする三段階体系を採用すべきかという点につき激しい

* いちかわ・はじめ 立命館大学衣笠総合研究機構専門研究員

議論を交わしてきた中国¹⁾と異なり、三段階体系について——故意・過失の体系的地位などを巡って争いはあるものの²⁾——基本的な正当性が認められ、これを基礎として総論・各論ともに数多くの理論が蓄積されてきた。

かの *Feuerbach* によれば、諸認識の寄せ集めは学問の名に値せず³⁾、学問は体系的に展開されなければならないとされる⁴⁾。しかし、なぜ構成要件該当性・違法性・有責性という体系でなければならないのか。この問いに対して、実務における安定的運用⁵⁾や「事案審査の簡便化」⁶⁾、教育的意義といった答えを出す者も少なくないであろうし、「みながそうするから」と答える者もいるであろう⁷⁾。確かに、三段階の犯罪体系論によって議論の共通基盤が形成されることで法的判断は安定するであろうし、法の発展的形成の扉も開かれるであろう⁸⁾。しかし、フランス刑法における犯罪の「物的要素」や「心的要素」、「法的要素」という要素の集積であるとか、英米法における *actus reus* と *mens rea* という各種の抗弁の組み合わせ

1) 中国の犯罪体系論に関する最近の研究として、孫文「中華民国時代の犯罪体系」立命館法学377号247頁以下、同「中華人民共和国の犯罪体系の起源」立命館法学378号(2018年)668頁以下を参照されたい。

2) さしあたり、松宮孝明「構成要件の概念とその機能」井上正仁・酒巻匡(編)『三井誠先生古稀祝賀論文集——現代刑事法学の到達点』(有斐閣・2012年)23頁以下を参照されたい。

3) Vgl. *Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Theil, 1799, S. 183. 以下では、*Feuerbach*, Revision I と記す。

4) Vgl. *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Zweiter Theil, 1800, S. 246.

5) 平野龍一『刑法総論II』(有斐閣・1975年)87頁。

6) *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen·Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006, 7/42, S. 213 f. 以下では、*Roxin*, Strafrecht I と記す。

7) 例えば、島田聡一郎・小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第2版〕』(有斐閣・2011年)3頁以下〔執筆：小林〕は、客観的構成要件要素から主観的構成要件要素という順で認定しなければならない理由は、「そうした方がわかりやすく、安定した判断が可能である」からであり、なぜ分かりやすく安定しているのかと言えば、それは「ただ法律家集団のみながそうしているから」であり、ほかに理由は一切ないと述べている。

8) *Roxin*, Strafrecht I, S. 213 f.

など諸外国の議論を一瞥すれば分かる通り⁹⁾、別の犯罪体系を採ったとしても法の発展が直ちに阻害されたりするわけではないであろう。少なくとも、三段階の体系を維持しておくことが法的安定性に資すると言えるかもしれないが、「いかなる科学もその目的は解明であり、またいかなる解明も多かれ少なかれ通念を混乱させるもの」¹⁰⁾という言明が真であるならば、三段階の犯罪体系の意義を省察した帰結が混乱を生じさせる可能性があるからといって、その課題に取り組まないのは「科学」として不合理ではなからうか。

もっとも、構成要件該当性・違法性・有責性という三段階の犯罪体系の理論的意義を説明できないわけではない。この点について、例えば、いわゆる責任なき違法を認めることで、(制限従属形式を通した)責任なき者に対する共犯の成立が可能になると主張される¹¹⁾。確かに、制限従属形式は、いわゆる間接正犯と教唆犯との間の錯誤の問題を解決するため、20世紀初頭のドイツで登場したものであるが¹²⁾、制限従属形式を採らねばならないから三段階の犯罪体系が主張されていたわけではないし、かの体系は *Liszt* や *Beling* より前に19世紀中葉に *Luden* によって提示されていたのである¹³⁾。それゆえ、制限従属形式の歴史的・理論的意義はひとまず正当であるとしても、三段階の犯罪体系論がいかに生成されたのかという点について歴史的に検証する余地はまだ残されていると考えられる。*Pawlik*

9) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂・2003年）57頁参照。さらに、井上宣裕「フランスの犯罪体系論」法律時報84巻1号（2012年）34頁以下、星周一郎「英米の犯罪体系論」法律時報84巻1号（2012年）49頁以下も参照されたい。

10) *Emile Durkheim* 著／菊谷和宏訳『社会学的方法の規準』（講談社学術文庫、2018年）18頁。

11) 松宮「犯罪体系を論じる意味」立命館法学335号（2011年）379頁以下、佐川友佳子・金子博「犯罪体系と共犯体系」立命館法学335号（2011年）412頁以下。

12) 詳しくは、拙稿「間接正犯論の歴史的考察（2）——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——」立命館法学367号（2016年）751頁以下を参照。

13) Vgl. *Hans-Heinrich Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil, 1969, S. 139; siehe auch *Jürgen Baumann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 8. Aufl., 1977, S. 179 Fn. 6.

が指摘する通り¹⁴⁾、体系論は、これまであまり深い考察の対象とされることなく、いとも簡単に受容され、しばしば暗黙のうちに前提とされ、通常それ以上探索されることはなかったのである¹⁵⁾。

以上のような問題意識の下、本稿では19世紀ドイツにおける三段階の犯罪体系論の生成過程を歴史的に考察する。とりわけ、19世紀中葉に *Luden* が示した三段階体系はいかにして登場したのかという点につき、*Feuerbach* や *Stübel* の見解やヘーゲル学派の *Abegg* の見解との関係を見ながら検討していくことにしたい。その際、「正犯論は犯罪体系論の試金石」¹⁶⁾である点に鑑み、当時の関与形態論との関係にも着目している。

I. 世紀転換期の議論——糾問訴訟に依拠した犯罪体系論

18世紀末から19世紀初頭にかけての世紀転換期、いわゆる *corpus delicti* (罪体) という訴訟法上の概念と同置する形で構成要件 (Thatbestand) と

14) *Michael Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre*, S.9. 本書の該当ページの翻訳として、*Pawlik* 著／飯島暢・川口浩一訳『ミヒャエル・パヴリック『市民の不法』(2)』関西大学法学論集63巻4号(2013年)1135頁以下も参照されたい。

15) 我が国における代表的な先行研究としては、例えば、佐伯千仞「タートベスタント序論——いわゆる構成要件の理論のために」『違法性と犯罪類型、共犯論〔佐伯千仞著作選集第2巻〕』(信山社・2015年)1頁以下(以下では、佐伯・タートベスタントと記す)、同「*Corpus delicti* について」『刑事法の歴史と思想、陪審制〔佐伯千仞著作選集第4巻〕』(信山社・2015年)267頁以下を挙げることができるが、前者は3頁の注(2)にある通り *Hermann Bruns*, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932(以下では、*Bruns*, *Kritik* と記す)、後者は268頁の注(1)にある通り *Karl Alfred Hall*, *Die Lehre vom corpus delicti: eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, 1933(以下では、*Hall*, *Corpus delicti* と記す)に依拠したものである。また、佐久間基「ドイツ犯罪論体系の形成期(遺稿)」大阪経済法科大学法学論集32巻(1994年)15頁以下(以下では、佐久間・犯罪論体系と記す)もあるが、*Feuerbach* と *Luden* の見解の検討にとどまっている。そのほか、山中敬一『近代刑法の史的展開』(信山社・2017年)179頁以下(以下では、山中・近代刑法)も手短ながら犯罪体系論の歴史を検討している。

16) *Hans Welzel*, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58, 1939, S.537.

いう用語を初めて使用したのは、ハレ大学教授の *Klein* であった¹⁷⁾。*Klein*によれば、総合的に特定の犯罪の種類を決定するところの犯行事実を意味する構成要件 (*corpus delicti*) に属するのは、1) 犯罪の惹起が存するところの作用と 2) そのような作用を惹起するところの恣意的な行為であり、単なる作用が構成要件を根拠づけるのは、先行する自由な人間的行為からのみ説明可能な場合であるとされる¹⁸⁾。

これに対して、*Kleinschrod* は、客観面だけを見て *corpus delicti* を定義するのは不十分であると指摘するが¹⁹⁾、*Klein* は *corpus delicti* の主観面にも言及していた。すなわち、構成要件に属するのは外部的作用の惹起のみではなく、許されない行為の性質は行為者の意図に従って決定されなければならないとしたうえで²⁰⁾、意思の誤りのみが帰責されるどころ、故意とは、許されない作用を惹起するもしくは要求された作用を惹起しないという決意を前提とするものであるのに対し、過失とは、法律に反した行為を回避するために要求される能力と注意を養成するもしくは働かせるという良き意図の欠如であるとされる²¹⁾。

いずれにしても、世間の評判に基づいて裁判官が罰すべきか否かを自由

17) *Klein* は1794年のプロイセン一般ラント法の法典編纂委員会のメンバーであり、刑法部分の起草に携わった人物である。プロイセン一般ラント法の立法過程について詳しくは、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造：プロイセン一般ラント法の成立』（有斐閣・1969年）を参照。

18) *Ernst Ferdinand Klein*, Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, 1. Ausg., 1796, § 68 (S. 54). 以下では、*Klein*, Grundsätze と記す。

19) Vgl. *Gallus Aloys Kleinschrod*, Etwas über die Lehre vom corpus delicti, Archiv des Criminalrechts, Bd. 3., St. 1., 1800, S. 38. 以下では、*Kleinschrod*, corpus delicti と記す。付言すれば、*Kleinschrod* は、*Klein* のほか *Grolman* も *corpus delicti* の客観面を重視する人物として挙げている。確かに *Karl Ludwig Wilhelm von Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft: nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, 1798, § 181 では、「客観的に見れば特定の犯罪の概念に属するものの総体が、犯罪の構成要件 (*corpus delicti*) である」とされる。

20) *Klein*, Grundsätze, § 116 (S. 89).

21) *Klein*, Grundsätze, § 120 (S. 91).

に決定していた中世の罪刑専断主義に対する反動を背景として、*Klein* は訴訟における犯罪の証明に方向づけられる形で *corpus delicti* 概念を打ち立てた²²⁾。しかし、いまだ実体的な犯罪体系論は打ち立てられていなかった。

Klein と同時期、ヴュルツブルク大学教授の *Kleinschrod* は、*corpus delicti* 概念のさらなる展開を目指した。*Kleinschrod* は、普通法上の糾問訴訟²³⁾における一般糾問(そもそも犯罪が行われたかどうかを認定する手続)と特別糾問(一般糾問の後に開始される、特定の犯人に対する手続き)の手続的区別に対応する形で、客観的 *corpus delicti* と主観的 *corpus delicti* を区分した²⁴⁾。すなわち、どんな犯罪であっても権利として行われることもあれば、偶然によって起きることもあるし、帰責を完全に止揚する事由が存在する場合もあるのであるから、*corpus delicti* を客観的にのみ理解すれば、それは存在しなくなってしまう。ゆえに、犯行を示すところの事情が通常は犯罪になるものであったとしても、それをもってして必然的にかつ何時も犯罪が存在し、*corpus delicti* があるとは言えないと論じ、*corpus delicti* の主観面に注目することの必要性を説いた²⁵⁾。

他方で、主観的な意味で *corpus delicti* は、それを通して違法性 (*Gesetzwidrigkeit*)²⁶⁾ それ自体や犯罪者の故意・過失が明らかにされる事情の存在であり、犯人の責任が初めて行為を違法かつ可罰的ならしめる²⁷⁾。そして、客観的 *corpus delicti* と主観的 *corpus delicti* という二つの概念が合わさることで、一般的には犯罪の概念に必要な、個別具体的には犯罪の

22) Vgl. *Bruns*, Kritik, S. 10 f.

23) 普通法における糾問訴訟に関して詳しくは、*Heinrich Mitteis* u. *Heinz Lieberich* 著/世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説〔改訂版〕』(創文社・1971年) 426頁を参照されたい。

24) Vgl. *Kleinschrod*, *corpus delicti*, S. 40.

25) Vgl. *Kleinschrod*, *corpus delicti*, S. 38 f.

26) 付言すれば、*Kleinschrod*, *corpus delicti*, S. 39 で「犯人の責任が初めて行為を違法かつ可罰的ならしめる」と叙述されている通り、*Gesetzwidrigkeit* という用語は責任に関連づけられており、今日でいう *Rechtswidrigkeit* とは意味内容が異なると考えられる。Dagegen, *Hall*, *Corpus delicti* S. 124.

27) Vgl. *Kleinschrod*, *corpus delicti*, S. 39.

違法性に必要な事柄が存在するとされる²⁸⁾。

ただし、一般糾問と特別糾問との手続的区分は厳格に貫徹されないことが留保される。すなわち、発起者なくして行為は考えられない以上、裁判官は犯行の存在を明らかにする際、必然的にその発起者にも配慮するため、客観的 corpus delicti を扱う一般糾問において犯人に関する証明が取り扱われることもあるという²⁹⁾。また、一般糾問において客観的 corpus delicti が完全には明らかにならない場合には特別糾問において引き続き審問されるといい、本来的な性犯罪（den eigentlichen fleischlichen Vergehungen）を一例に、主観的 corpus delicti と客観的 corpus delicti が同時かつ一緒に審理されなければならない犯罪も存在することを指摘する³⁰⁾。

それゆえ、*Kleinschrod* の見解については、訴訟法的な思考と実体法的思考との調和的な共同作用を看取することができるとする評価³¹⁾もあるが、後述の *Feuerbach* らの見解と比較する限り、*Kleinschrod* は基本的には *Klein* と同様、普通法の糾問訴訟における手続的区分に依拠する形で corpus delicti 論を提示していたにすぎず、実体的な corpus delicti 概念の登場は後の時代に託されたと見られる。

II. corpus delicti の実体法化と犯罪体系論

(1) *Feuerbach* の犯罪体系論

1813年バイエルン刑法典の制定が進められる中で、*Kleinschrod* の草案は *Feuerbach* から厳しい批判を受け、彼に起草作業の担当を奪われることとなった³²⁾。実際、以下で見る通り、*Feuerbach* は、同時代の他の論者と比

28) Vgl. *Kleinschrod*, corpus delicti, S. 39 f.

29) Vgl. *Kleinschrod*, corpus delicti, S. 40 f.

30) Vgl. *Kleinschrod*, corpus delicti, S. 41.

31) Vgl. *Hall*, Corpus delicti, S. 123.

32) Vgl. *Michael Kubiciel*, Von Dunkel ins Licht?, Die bayerische Strafrechtsreform und Feuerbachs Strafgesetzbuch, in: *Arnd Koch*, u. a. (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches* ↗

べて理論的に精緻で、より実体法的な犯罪概念を示そうと苦心していた³³⁾。

Feuerbach によれば、権利侵害³⁴⁾を基礎とした犯罪概念において、刑罰の賦課は絶対的可罰性³⁵⁾の諸事由に左右される。その諸事由はさらに客観的なものと主観的なものに区分され³⁶⁾、前者のみが構成要件 (*corpus delicti*) を意味する³⁷⁾。すなわち、構成要件とは、特定の態様の違法な行為という法律上の概念に含まれる、具体的な行為もしくは犯行事実の諸メルクマールの総体であるとされる³⁸⁾。この点、構成要件という言葉と *corpus delicti* は同置されていたが、*Thatbestand* は旧来の理解のように、

↘Strafgesetzbuch: die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, 2013, S. 6 ff. 以下では、*Kubiciel*, *Von Dunkel ins Licht?* と記す。

- 33) *Feuerbach* の見解は、当時の他の学者と異なり、意思決定論であったことを付記しておく。 *Feuerbach* は、意思の自由という概念は道徳に属するものであり、それを刑法に持ち込むことは法と道徳の混同であると考えた。というのも、彼は理論理性と実践理性を峻別する *Kant* の二元論的な考え方から出発し、一方で「感性界」における人間は「理論的判断」からの帰結として「不変の因果律に支配」された「自然的存在」であり、他方で「叡智界」すなわち「道徳の世界」における人間は「実践的判断」からの帰結として「自然の因果律」に支配されない「理性的存在者」であると考えたからである。それゆえ、自由を問題にし得るのは、後者の叡智界における因果律に左右されない人間の場合のみとなり、学としての刑法学は理論的研究を為さなければならない以上、刑法の領域における人間については、理論的に考察可能な自然的存在者 (= 獣) としての側面のみが考察の対象とされた。

さらに、*Feuerbach* が意思自由を刑法学上排斥しようと試みた理由としては、行為者の意思の自由を裁判官に判断させることは彼らに過度に広汎な裁量を与えてしまうことを危惧したからだとも説明される。以上につき、高橋直人「意思の自由と裁判官の恣意——ドイツ近代刑法成立史の再検討のために——」立命館法学307号(2006年)575頁および608頁以下を参照されたい。

- 34) Vgl. *Feuerbach*, Revision I, S. 26. もっとも、刑罰法規に服した権利侵害を通して、市民が自らと国家との間の双務契約に違反した際に初めて、犯罪という概念は国家の中で可能になるのであり、あらゆる刑罰法規は必然的に統治者たる国家を前提とするとする。Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, § 26 (S. 21 ff.). 以下では、*Feuerbach*, Lehrbuch と記す。
- 35) 付言すれば、絶対的可罰性の対義語たる相対的可罰性においては、刑の加重と減輕が論じられている。Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, § 99 ff. (S. 78 ff.).
- 36) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 87 (S. 67).
- 37) Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, § 90 (S. 69 f. Anm.***).
- 38) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 89 (S. 68).

1) 犯罪がそれによって行われたところの道具や、2) そこから特定の犯罪の存在を推定する客体もしくは犯行事実（例えば謀殺罪における血のついた服）、3) 犯行が行われる対象である客体、4) 犯罪という違法な効果を作り出す犯行事実の単なる総体として理解されてはならないと述べられており³⁹⁾、*Feuerbach* は *Klein* の頃より理論的に前進しようと試みていたと見られる。とりわけ、犯罪類型の相違に鑑みて構成要件論を打ち立てたことがその証跡であろう。すなわち、窃盗罪の成立に必要な *animus lucri facienti*（現在でいう不法領得の意思）や故殺罪の成立にとって必要となる情動といった主観的事由も例外的に構成要件に含められ、また、故意でしか実行しえない犯罪において故意は構成要件に属するとされ⁴⁰⁾、その限りでは故意の個別化機能を認めているようにも読める。

もっとも、絶対的可罰性に関する客観的な諸事由だけでは、もちろん行為者は処罰されない。すなわち、刑罰法規は威嚇を目的とする⁴¹⁾以上、その違反者を処罰するためには、彼が威嚇されて自らの犯行を差し控えることが出来たという心情状態、つまり帰責性は処罰の条件である⁴²⁾としたうえで、故意・過失や帰責能力、強制的脅迫などが論じられている⁴³⁾。このように帰責性が構成要件の外に置かれ、構成要件と帰責性は基本的に対置されているという点では、後の *Luden* 説との近似性が指摘できるかもしれない。

いずれにせよ、*Feuerbach* の犯罪概念（もしくは構成要件論）の背景には、体系的で合理的な学問体系を構築することによって、従来の実務における耐え難い刑法適用の不確実性を克服しようという彼の意図があったのである⁴⁴⁾。

39) Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, § 89 (S. 68 Anm.**).

40) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 90 Anm.***) (S. 69 f).

41) *Feuerbach* の刑罰論について詳しくは、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(3)」立命館法学343号（2012年）1603頁以下を参照されたい。

42) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 92 (S. 72 f).

43) Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch, § 94 u. 95 (S. 73 ff.), § 96 (S. 75 f.), § 97 (S. 76 f).

44) Vgl. *Feuerbach*, Revision I, S. XV. まさに1813年バイエルン刑法典の起草作業が開始

もっとも、*Feuerbach* の体系では、行為主体や結果、因果関係、正当防衛などを論じた後に、「刑罰法規の性格とその適用」というタイトルの下で構成要件論が論じられており、その点を指して山中⁴⁵⁾は、*Feuerbach* の「構成要件」は「罪となるべき事実」に近いと評している。しかし、*Feuerbach* は、従前のような訴訟手続的な *corpus delicti* 概念から離れて⁴⁶⁾、犯罪類型の特色を踏まえて犯罪概念もしくは構成要件を定立しようとしていたという点を看過してはならない。それゆえ、*Feuerbach* の見解において実体的な *corpus delicti* 概念への第一歩が踏み出されたと見られよう⁴⁷⁾。

しかし、*Feuerbach* の見解は *Birnbaum* や *Mittermaier* などから批判を受けることとなった。すなわち、構成要件という概念をそもそも絶対的可罰性の客観的事由の下で持ち出したにもかかわらず、犯罪の構成要件には外部的な行為の一定のメルクマールだけでなく、しばしば主観的な事由も含まれるとするのは、あらゆる健全な論理に対する荒っぽい違反であると批判されたのである⁴⁸⁾。しかし、*Feuerbach* の意図するところは、一定

↘されたのは、マクシミリアン・ヨーゼフが、フランスよりも劣った国家と法の体制に起因する国内の法の分散状態を自身の統治権との関係で危惧したからであった。Vgl. *Kubiciel, Von Dunkel ins Licht?*, S. 5. さらに、佐久間・犯罪論体系20頁以下も参照されたい。

45) 山中・近代刑法182頁。

46) Siehe *Feuerbach*, Lehrbuch, § 89 Anm. **) (S. 68).

47) Ähnlich *Bruns*, Kritik, S. 13; *Hall*, Corpus delicti, S. 134.

48) Vgl. *Johann Michael Franz Birnbaum*, Beitrag zur Feststellung des Begriffs von Thatbestand in criminalrechtlichem und criminalprocessualischem Sinne, Archiv des Criminalrechts Neue Folge, Bd. 26., St. 4., 1845, S. 493 ff., 498 f.; *Feuerbach* u. *Carl Joseph Anton Mittermaier* (Hrsg.), Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, § 81 Note IV (S. 151); siehe auch *Carl Georg von Wächter*, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts: Erster Theil, 1825, § 46 (S. 79). これに対して、*Luden* は *Feuerbach* を擁護する。すなわち、*Feuerbach* は構成要件という表現を犯罪の客観的メルクマールを記すためにだけに用いているわけではなく、主観的事由もそこに属する場合があるところの構成要件の存在は、絶対的可罰性の客観的事由であると述べているにすぎないと。それゆえに構成要件の存在は、たとえそれが明らかに主観的であるメルクマールから成るものであっても、客観的と呼ばれうるものであるという点で *Feuerbach* ↗

の犯罪類型では特定の主観的要素を考慮しなければ、行為者に帰せしめるべき客観的な犯罪事実を認めることができないということであろう。その限りでは、現代の主観的違法要素の理論との近接性を見出すこともできるかもしれない（この点は、後述の *Stübel* の見解でも検討する）。

(2) *Stübel* による二段階の犯罪体系論

Stübel は、すでに1798年の博士論文⁴⁹⁾で特別予防論から出発した構成要件の理論を示したものの、威嚇予防論を主張する *Feuerbach* から批判を受けて自らの見解を変更するに至ったとされる⁵⁰⁾。もっとも、*Stübel* の博士論文を日本では入手できなかったため、本稿では1805年の著作を主たる対象にして彼の見解を概観・検討する。

Stübel によれば、構成要件とは、それに基づいて刑罰法規における一定の刑罰が発生するところのすべて事実であり、そのような事実は帰責能力 (*Zurechnungsfähigkeit*) に含まれないものの総体を言う⁵¹⁾。その際、帰責能力とは、現代的な意味での責任能力ではなく、犯罪の発起者の側での可罰性を根拠づけるところの主観的可罰性に関する決定＝帰責を意味するものであり⁵²⁾、これと構成要件が対置されている。

↘はまったく正しいと論評した。Vgl. *Heinrich Luden*, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, Bd. 2: Ueber den Thatbestand des Verbrechen nach gemeinem teutschen Recht, 1840, S. 102 Fn. 1. 以下では、*Luden*, *Abhandlungen II* と記す。

49) *Christoph Carl Stübel*, *De perversa interpretatione legum criminalium in constituendo quorundam delictorum corpore*, 1798.

50) Vgl. *Max Grünhut*, *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, 1922, S. 32, 55 f.; siehe auch *Bruns*, *Kritik*, S. 12; *Hall*, *Corpus delicti*, S. 137.

51) *Christoph Carl Stübel*, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, 1805, § 1 (S. 3). 以下では、*Stübel*, *Thatbestand* と記す。

52) Vgl. *Stübel*, *Thatbestand*, § 1 (S. 2 f). 付言すれば、帰責とは、犯罪者はしかるべき認識と必要な自己決定を伴って行為した、つまり違反された刑罰法規は行為者の側で作

そのうえで構成要件は、犯罪類型の特色に応じた様々に区分される。第一に、刑罰で処罰されるべき行為は様々であるのと同様、犯罪の構成要件も様々であるということから、例外なくすべての行為において前提とされる行為の一定の質 (Qualitäten) を指し、それなくして犯罪は成立しえないところの一般構成要件と、犯罪の一定の種と属においてのみ必要とされるところの特別構成要件が区分される⁵³⁾。一般的構成要件に関しては、あらゆる犯罪は権利侵害を自らに含んでおり、権利侵害が人間の行為を通して惹起されたことが必要である⁵⁴⁾と述べられていることからすれば、一般的構成要件はすべての犯罪に共通するものであり⁵⁵⁾、これに対して特別構成要件は個々の犯罪類型の特色を踏まえたものと解される⁵⁶⁾。

これに次いで、法律上犯罪のために必要とされる犯行事実は特定の作用や行為においてのみならず、帰責能力を根拠づけられない限りで一定の人的関係性や身分にも存するということから⁵⁷⁾、事実的構成要件 (der reale Thatbestand) と人的構成要件 (der personale Thatbestand) が区分される⁵⁸⁾。換言すれば、構成要件の内実は、犯行のあらゆる客観的メルクマール (もしくは外部的に認識可能な権利侵害) に汲み尽くされるわけではないのであ

↘用しえたということが認められるところの判断が、法的帰責であると定義される。Vgl. *Stübel*, Grundsätze zu der Vorlesung über den allgemeinen Theil des Deutschen und Chursächsischen Criminalrechts, nebst einer Einleitung und Uebersicht der ganzen Criminalrechtswissenschaft, 1803, § 146 (S. 114).

53) Vgl. *Stübel*, Thatbestand, § 3 (S. 6).

54) Ebenda.

55) 付言すれば、*Stübel*, Thatbestand, § 19 (S. 25) では、例えば、穀物庫の放火がそこにあった干し草の自然発火で起こったのか、それとも人間の手によって起きたのかという検討は、構成要件に属するものであり、それが人間の手によるものだということが確実となった場合、一般的構成要件は正当性を有すると述べられている。

56) もっとも、*Stübel* の見解では、Thatbestand と Zurechnung ははっきり対置されるため、彼が言うところの一般構成要件と特別構成要件が現代的な意味に相応すると断言するにはやや躊躇を覚える。

57) Siehe auch *Stübel*, Thatbestand, § 1 (S. 2 f.).

58) Vgl. *Stübel*, Thatbestand, § 4 (S. 7).

る。この点 *Stübel* によれば、例えば、尊属殺における親戚関係や窃盗・強盗・強盗殺人における領得目的など⁵⁹⁾、特定の個人的属性や主観的事実が特定の犯罪の本質ないしは性格に属するものであり、それらを欠く場合にはそのような犯罪は存在しない⁶⁰⁾。それゆえに、このような主観的事実は、その一部は行為の不法性や犯罪の程度 (*Größe*) を変更して客観的可罰性に影響を与え、また一部は個々の犯罪等級の線引きを為すという限りで、構成要件に位置づけられるとされるのである⁶¹⁾。*Stübel* は、このように犯罪類型の特色に鑑み、現代で言うところの主観的違法要素を認めたと見るならば、*Mezger* の見解⁶²⁾ を彷彿させるものであり、*Stübel* の見解は現代的な不法構成要件の原型であると評価される⁶³⁾。ただし当時は、もちろん現代的な意味での故意 (*Vorsatz*) と目的 (*Absicht*) は未区別であり、一括りに *dolus* として理解されていたという点には注意が必要であろう。

総じて見れば、*Stübel* の犯罪体系論においては、構成要件と帰責の基本の対置が重要な出発点となっており⁶⁴⁾、それは関与形態論の文脈では、

59) さらに、*Stübel*, *Thatbestand*, § 18 (S. 24) も併せて読むと、誘拐における性的意図、侮辱における名誉を傷つける意図のほか、近親相姦における犯罪者の血縁関係が挙げられている。また、別の著作では、未遂犯における行為者の意図も犯行それ自体の帰属で考慮せざるをえないとされている点も看過できない。Vgl. *Stübel*, *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen: Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze*, 1828, § 13 (S. 13 f.)。以下では、*Stübel*, *Theilnahme* と記す。

60) Vgl. *Stübel*, *Thatbestand*, § 2 Anm. c) (S. 5).

61) *Ebenda*.

62) *Mezger* は、原則、法と不法が客観的に区別されることは、個別事例において行為者の人格に基づいた精神的なメルクマールが決定的となりうるということを妨げないとして、傾向犯および目的犯、表現犯を区分して主観的違法要素を論じた。Vgl. *Edmund Mezger*, *Strafrecht: Ein Lehrbuch*, 3 Aufl., 1949, S. 172 ff.

63) Vgl. *Eckhart von Bubnoff*, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelsschule*, 1966, S. 31; auch *Sabine Mattasch*, *Der Tatbestand des Verbrechens bei Heinrich Luden*, 2005, S. 59; ähnlich *Bruns*, *Kritik*, S. 14. 以下では、最初の文献を *Bubnoff*, *Entwicklung*、第二の文献を *Mattasch*, *Tatbestand* と記す。

64) *RoBhirt* は、構成要件を帰責と対置させ、またドイツ刑法学の立場に完璧に一致するメ

犯行の帰属 (Zurechnung der That; imputatio facti) と刑罰への犯行の帰属 (Zurechnung der That zur Strafe; imputatio iuris) の区別という形で示される⁶⁵⁾。すなわち、犯行の帰属とは、構成要件の検討に対応し、特定の主体が権利侵害を生じさせる行為を行ったという客観的判断であるところ、目的犯などの例外を除き⁶⁶⁾、基本的には行為者の意思が犯行に向けられているのかどうかは顧慮されることなく、犯行と行為との間の因果関係が発起者 (もしくは彼の言葉では Thäter) の判断にとって決定的であり⁶⁷⁾、故意や過失を含む主観的要素は刑罰への犯行の帰属の段階で初めて検討される⁶⁸⁾。このような二段階の体系論の下で Stübel は、犯罪の発起者を定義するに際して行為者の意図や故意を要求する通説を imputatio facti と imputatio iuris の混同であると批判し、犯行の帰属を根拠づける者こそ犯罪の発起者 (彼の言葉では Thäter) であると主張したのである⁶⁹⁾。従って、このように見れば、Stübel の犯罪体系論はまさに関与形態論にとっても重要な意義を持つものだったのである。

Ⅲ. Abegg の行為論と構成要件論

(1) 犯罪的行為＝構成要件の体系

先に見た通り、Feuerbach や Stübel が (現代の不法構成要件との近似性も見られる) 実体的な犯罪体系論を定立していたにもかかわらず、通説化しなかった一因は、ヘーゲル学派の行為論が台頭したことにあると分析され

↘概念領域を創出したことで、事物に正当で確固たる地位を与えたという功績が Stübel に与えられてしかるべきであると述べた。Vgl. Conrad Franz Roßhirt, Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts, 1828, S. 292.

65) Stübel, Thatbestand, § 19 (S. 26).

66) Stübel, Theilnahme, § 13 (S. 13 f.).

67) Stübel, Theilnahme, § 13 (S. 11 f.).

68) Stübel, Theilnahme, § 13 (S. 12) u. § 18 (S. 22 f.).

69) Stübel, Theilnahme, § 27 (S. 41).

る⁷⁰⁾。就中、行為概念の使用に対する関心をもたらしたのは、*Abegg* であったと言われる⁷¹⁾。

Abegg は、自らの犯罪体系論を展開するにあたり、従来の構成要件の区分を批判する。すなわち、一般的構成要件と特別構成要件、主観的構成要件と客観的構成要件、事実的構成要件と人的構成要件などの区分は恣意的であるし、主観的構成要件と客観的構成要件の区別でも、特定の一身的关系性を前提とする犯罪においては一貫して分け隔てられていないと⁷²⁾。

そのうえで、*Abegg* は、犯罪はその本質において行為 (*Handlung*) なのであるから、行為のメルクマールは構成要件の諸要件でもあると理解し⁷³⁾、1) 個人、2) その認識と意欲、3) それ (認識と意欲) を通して決定され表明された活動、を行為の要件とする⁷⁴⁾。つまり、自らの活動において理性的に思考する者として振舞う人間⁷⁵⁾が主体として意思を外部に表明するという点に行為が見出されるのであり、その限りで行為は意思と所為 (*That*) との媒介的統一⁷⁶⁾であると捉えられているのである。もっとも、ここでいう行為は故意犯だけを前提とするものではなく、過失犯をも含む趣旨⁷⁷⁾

70) 佐伯・タートベスタント12頁参照。

71) Vgl. *Gustav Radbruch*, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem: zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, 1904, S. 94. 以下では、*Radbruch*, *Handlungsbegriff* と記す。

72) Vgl. *Julius Friedrich Heinrich Abegg*, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, 1836, § 69 (S. 104). 以下では、*Abegg*, *Lehrbuch* と記す。

73) Vgl. *Abegg*, *System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen über das gemeine und preussische Criminal-Recht*, 1826, § 68 (S. 35). 以下では、*Abegg*, *System* と記す。

74) *Abegg*, *Lehrbuch*, § 69 (S. 104).

75) Vgl. *Abegg*, *Lehrbuch*, § 78 (S. 122).

76) ヘーゲル哲学において「媒介」は、「直接性 (Unmittelbarkeit)」の対義語であり、「第一のものから出て、第二ものへ移っていること」である。この場合、第一のものが直接的なもの、第二のものが第一のものによって媒介されていると考える。例えば、子どもの存在は両親に媒介されている。加藤尚武ほか編『縮刷版ヘーゲル辞典』(弘文堂・2014年) 387頁参照。

77) Vgl. *Abegg*, *Lehrbuch*, § 79 (S. 124).

であり、目的的行為論とは異なるという点に注意を要する。

さらに、行為が犯罪的行為となるためには、4) 違法性と 5) 可罰性という性格が——新たなモーメントとして外から行為に入り込むものではなく、直接に行為の中に存在してそれを特徴づけるものとして⁷⁸⁾——要求される⁷⁹⁾。すなわち、「良き行為も、意思と認識、そしてその表明という要件の下にあるが、犯罪的行為の場合は客体を通して与えられた修正が生じる。すなわち、認識と意欲が違法であること、そして、行為が可罰的であることの意識が要求される」という⁸⁰⁾。換言すれば、一般的な行為では意思が要求されるが、さらに犯罪的行為では不法の意識が要求されるのであり、その際、法律に違反するところの主体は可罰的と知るものもしくは知るべきものを意欲しており、それを通して活動という外部的現象は法に矛盾するという性格を受け取ると考えられているのである⁸¹⁾。

付言すれば、可罰性に関する文脈においては、行為が犯罪であるためには、違法性だけでなく、さらに刑事的違法でなければならないとされる。すなわち、刑罰法規を通して犯罪であると表明される違法行為、もしくはその違反に刑罰が必然的な結果として結び付けられる違法行為だけが犯罪であるとされるのである⁸²⁾。

78) Vgl. *Abegg*, Lehrbuch, § 69 (S. 104). 付言すると、*Radbruch* によれば、一方で主体・意思・犯行というメルクマール、他方で違法性・可罰性というメルクマールは、互いに同格のものと理解されるものではなく、後者は前者に関係して理解されるという点で従属的に理解される。Vgl. *Radbruch*, Handlungsbegriff, S. 93 f.

79) *Abegg*, Lehrbuch, § 69 (S. 104).

80) Vgl. *Abegg*, Lehrbuch, § 79 (S. 125). 付言すれば、*ders.*, System, § 93 (S. 51) でも、意図は行為一般に属するものであり、悪しき意図は犯罪的行為に属するものであると述べられている。

81) Vgl. *Abegg*, Lehrbuch, § 99 (S. 158).

82) Vgl. *Abegg*, Lehrbuch, § 110 (S. 172). 単なる違法性と可罰性との限界については、vgl. *ders.*, Lehrbuch, § 49 (S. 73 f.) u. § 99 (S. 158).

(2) 帰属について

こうした（犯罪）行為メルクマールは、例えば、意思は法に反するものであり、その表明はまさに現象において違法であるといった形で、相互に前提にし合って存在する⁸³⁾。すなわち、より具体的に言えば、「その能力を有する主体の認識と意欲から始まり（Ursprung）——意思を外界という現実に移すところの活動による意思表示——既存の法（das bestehende Recht）や一般的な法的意思に対する有責的な違背（Entgegentreten）および法の否定それ自体としての違法性——そして可罰性」という形で「綿密な連関」が認められる⁸⁴⁾。

そのような綿密な連関の下にあるメルクマールの総体として行為が理解され、行為概念こそが帰属を意味するとされる⁸⁵⁾。すなわち、Abeggによれば、帰属とは、外部に惹起された結果がある人間の行為の作用である、つまり、それが違法な現象に当てはまると認めることであり、また、そのような行為が主体の認識と意欲にその根拠を有する、つまり、主体は単なる Thäter や Ursacherde でなく Schuldige であるという判断なのである⁸⁶⁾。もっとも、行為が主体の認識と意欲を通して決定されたと判断されない場合、その所為は行為とは認められないし、また主体の認識と意欲が所為を通して特定の挙動を外界・現象へともたらしたと判定されない場合、その意図は単なる思惟にすぎないと考えられるのである⁸⁷⁾。

(3) Abegg 説の意義と問題点

従って、Abegg の見解では、Stübel の見解のような imputatio facti と imputatio juris の区別はされず、帰属は意思と所為との関係や意思と結果

83) Vgl. Abegg, Lehrbuch, § 69 (S. 105).

84) Vgl. Abegg, System, § 68 (S. 36).

85) Abegg, Lehrbuch, § 78 (S. 123) によれば、「行為という概念の中に必然的に帰属が含まれている」。

86) Abegg, Lehrbuch, § 79 (S. 124).

87) Abegg, Lehrbuch, § 78 (S. 123).

との関係、意思と法・法律との関係を常に把握するものなのである⁸⁸⁾。それゆえ、*Abegg* は哲学的な観点から *Feuerbach* や *Stübel* の見解とは異なる犯罪体系を打ち立てたのであり、とりわけ違法性メルクマールを含む構成要件を観念したという点では、後述の *Luden* 説に大きな影響を与えるものであった。

既に見た通り、*Abegg* によれば、主体・意思・所為という3つの一般的な行為メルクマールに加えて、犯罪的行為については違法性と可罰性というメルクマールが追加で要求される。この点で *Abegg* 説では、行為と犯罪的行為の区分は実際には貫徹されていないと批判される⁸⁹⁾。しかしながら、犯罪体系（構成要件）において違法性というメルクマールを打ち立てたという点は——後の *Luden* 説との関係で見ても——彼の功績として認めるべきであると思われる。すなわち、違法性は、既存の法や一般的な法的意思に対する有責的な違背および法の否定として理解され⁹⁰⁾、違法性というタイトルの下で自己侵害や拘束的命令、自力救済、緊急避難、正当防衛が論じられたのである⁹¹⁾。もっとも、「違法性は行為の客観面である」⁹²⁾とされながらも、そこで違法と責任がはっきり区別されたわけではなく、違法性は責任モーメントを含んだものであったという点には注意が必要である⁹³⁾。

88) *Abegg*, Lehrbuch, § 79 (S. 125).

89) *Bubnoff*, Entwicklung, S. 55 によれば、*Abegg* の見解において帰属は、一方で意思と結果との関係に関連し、また他方で違法性にも関連するため、帰属は行為の領域にも関係するし、犯罪行為の領域にも関係するということから、論理的に行為と犯罪的行為の区別は不可能となっており、その結果、犯罪の体系化において行為概念に意味を与えることはできないと批判される。Siehe auch *Radbruch*, Handlungsbegriff, S. 94.

90) Vgl. *Abegg*, System, § 68 (S. 36). 付言すれば、*ders.*, Lehrbuch § 100 (S. 159) では、違反の対象となる個別の法が種類や範囲の相違を有することから違法性の質や量を認めているようにも読める。

91) Vgl. *Abegg*, System, § 95 ff. (S. 52 ff.): siehe auch *ders.*, Lehrbuch § 101 (S. 160 ff.).

92) Vgl. *Abegg*, Lehrbuch § 99 (S. 158).

93) Vgl. *Bubnoff*, Entwicklung, S. 54. 付言すれば、*Abegg*, Lehrbuch § 100 (S. 158) では、「行為の違法性は法の客観性との矛盾を明らかにするところの性格であり、それゆえ、主体の違背的意思に根拠づけられる行為は侵害もしくは違反を含む」とされていることか

さらに、最後に付言しておく、ヘーゲル学派の行為論は間接正犯論の誕生、つまり知的発起者から教唆犯と間接正犯が分化したことに対して決定的な影響を及ぼすものであった。というのも、彼らの行為論からすれば、直接行為者に「行為」が認められない場合、そこに発起者を認めることはできず、背後者のみを発起者と捉えることになるからである。このような思考は、後の時代 *Köstlin* や *Berner* の見解で見られることになる⁹⁴⁾。もっとも、このことは *Abegg* の関与形態論でははっきりとは言及されておらず、委任や命令、強要、錯誤などによって他人に犯罪を実行するよう意図的に働きかけたり、実行の手段として利用したりする場合、背後者は常に知的発起者であるとされるにとどまってお⁹⁵⁾、間接正犯論の誕生は *Köstlin* や *Berner* の頃まで待たねばならなかった。

IV. *Luden* の構成要件論

これまで見てきた通り、*Feuerbach* や *Stübel* の見解では、実体的な犯

ゝらも、*Abegg* の見解における違法と責任の未区分が窺えよう。

- 94) 詳しくは、拙稿「間接正犯の淵源に関する一考察（2）——19世紀のドイツにおける学説と立法を中心に——」立命館法学362号（2015年）1166頁以下を参照されたいが、*Köstlin* によれば、教唆の概念には、教唆者が自由因たる他人の現実の行為を自己の手段としているということが含まれるため、その他人に主観的に帰属能力がない場合やその他人が錯誤に陥っている場合、また暴行によって所為を強いられた場合、背後者は「みせかけの教唆」であり、唯一の物理的発起者となる。Vgl. *Christian Reinhold Köstlin*, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, § 140 (S. 510). また、*Berner* も、行為論の帰結から、従来は知的発起者の事例とされてきたものの一部（例えば、強要や *vis absoluta* によって犯行を誘致する事例や、被欺罔者にとって有責的でない錯誤が利用される事例）で背後者は知的発起者ではなく「直接発起者」であると結論づけた。Vgl. *Albert Friedrich Berner*, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, 1847 S. 283, S. 289 f.
- 95) Vgl. *Abegg*, *Lehrbuch* § 73 (S. 113). ただし、知的発起者と直接発起者（直接行為者）が常に同じレベルの可罰性に置かれるわけではなく、例えば、後者が命令に従わなければならなかったという場合、彼には何ら答責されないこともありうるという。Siehe *ders.*, *Lehrbuch* § 73 (S. 113 f.).

罪体系論もしくは構成要件論の定立が試みられていたものの、*Feuerbach* の見解における正当化事由の位置づけや *Stübel* の見解における *imputatio facti* と *imputatio juris* の区別に現れている通り、いまだ完全に *corpus delicti* 概念から脱却できたわけではなかった。これに対して *Abegg* は、ヘーゲル哲学の影響から、主体と意思と所為、さらに違法性と可罰性を犯罪的行為（つまり、構成要件）のメルクマールと捉える新たな立場を主張していた。

このような議論状況の中⁹⁶⁾、1840年、*Luden* は *corpus delicti* の歴史を重視しつつ、手続的な *corpus delicti* ではなく、狭義の刑法における *corpus delicti* に意味を付与しなければならないと考え、犯罪の一般的概念を含むという意味での一般的構成要件を三段階で捉える一方で、帰責能力や可罰性を構成要件の外に置くべきと主張した。

(1) 構成要件の外に置かれた帰責能力と可罰性

まずもって注目されるのは、*Luden* が *corpus delicti* に関する歴史的叙述に基づき、「*corpus delicti* とは、違法な、故意もしくは過失の行為を通して惹起された犯罪的現象である」⁹⁷⁾と定義しつつも、そこから帰責能力を除外したことである。ここでキーとなるのは、帰責されるもの（帰責の対象）と帰責能力の区別である。*Luden* によれば、違法な、故意もしくは過失の行為を通して惹起された犯罪的現象は帰責対象であるが、被告人に帰責能力が帰属されるとは言えないため⁹⁸⁾、違法な、故意もしくは過失の行為によって惹起された現象こそが一般的な形での犯罪、つまり、一般的構成要件であるとされる⁹⁹⁾。また、すべての各則の犯罪において特定の形式や形態で再び現れる構成要素もしくはメルクマールだけが一般的構成要

96) 当時の時代背景については、佐久間・犯罪論体系38頁以下を参照されたい。

97) *Luden*, *Abhandlungen* II, S. 61 f., siehe auch S. 56, 78, 79, 101.

98) *Luden*, *Abhandlungen* II, S. 78 f.

99) *Luden*, *Abhandlungen* II, S. 79.

件に属しうるところ、帰責能力はそのようなメルクマールではないというのである¹⁰⁰⁾。それに加えて、犯罪の外部的現象や違法性、故意・過失は個別の犯罪において異なった形で現れうるのに対して、帰責能力は犯罪を行う場合でも許された行為を行う場合でも変わらず、ある人間の状態にほかならず、犯罪に犯罪としての性格を付与することに役立たないことも指摘する¹⁰¹⁾。もっとも、そうであるからと言って、*Luden* が責任主義を放棄するわけではなく、あくまで帰責能力はあらゆる処罰にとって必要不可欠の条件であると捉えられていた¹⁰²⁾。

それゆえ、*Luden* によれば、犯罪を犯罪として性格づけるものの総体が一般的構成要件と理解される以上、どんな場合でも故意・過失は帰責能力より先に判断されてはならないし、故意・過失が帰責能力とともに一般的構成要件という名の全体に纏められてはならないのである¹⁰³⁾。この点に関連して *Luden* は、帰責能力を故意・過失の基礎ないし根源と捉えた *Abegg* 説を批判する。すなわち、故意もしくは過失による行為が存在し、そのような行為が帰責能力ある状態で行われたのかどうか問題となる場合に初めて、帰責の判断に関する最初の契機が存在するのであるから、帰責能力に関する判断という意味での帰責が故意・過失の基礎ないし根源でないことは明らかであると。また、ある者が故意・過失の行為を実行したということが確認されただけで、すでに帰責能力は決定されているであろうし、帰責という特別な判断をすることは余計であろうから、*Abegg* が用いたと思われる意味においても帰責は故意・過失の基礎ないし根源でないことと非難する¹⁰⁴⁾。

そして、*Luden* は犯罪の構成要件に帰責能力が含まれないという理解から敷衍して、従来の見解では、帰責能力を欠くがゆえの不可罰性とそも

100) *Luden*, Abhandlungen II, S. 79, siehe auch S. 72 f., 73.

101) *Luden*, Abhandlungen II, S. 79 f.

102) *Luden*, Abhandlungen II, S. 81 f.

103) *Luden*, Abhandlungen II, S. 82 f.

104) *Luden*, Abhandlungen II, S. 87.

そも犯罪がないことを理由とする不可罰性が混同されていたと批判する。例えば、ある者が外部から暴力を受けた結果、違法な現象を惹起する手段になった場合¹⁰⁵⁾や、ある者が拘束的な命令を受けて行為した場合、緊急状況において行為した場合、さらには免責可能な錯誤で行為したという場合、帰責能力が止揚されるからではなく、ただそこには帰責されるものが何もないから不可罰となるという。これに対して、帰責欠如の事由が問題となるのは、帰責されうるものは何かしらそれ自体として存在するが、その帰責が阻却されるという場合に限られるという。その結果、犯罪の存在や可能性が排斥される事由のすべてについて、法的に帰責欠如の事由と見做すことはできないと主張する¹⁰⁶⁾。

このような混同が生じる理由は、(例えば、*Stübel* の見解で示されていたような) *imputatio facti* と *imputatio juris* の従来の区分に見出されるといえる。すなわち、両者は——*imputatio* という同じ表現を用いても——全く異なる判断であり¹⁰⁷⁾、本来的な意味での帰責は *imputatio juris* だけであり、その条件であり基礎であるところの帰責能力は犯罪の構成要件に属さないことが強調される¹⁰⁸⁾。そのうえで *imputatio juris* の前提となる *imputatio facti* の基礎は犯罪の構成要件であるため、一般的構成要件に属するメルクマールのひとつが欠ける場合には *imputatio juris* ではなく、*imputatio facti* が問題になると主張したのである¹⁰⁹⁾。

敷衍すれば、以上の通り、帰責能力の欠如ゆえの不可罰性と犯罪不成立を理由とする不可罰性を区別することによって、従来の知的発起者事例か

105) とくに *vis absoluta* の取り扱いについては、一般には帰責無能力の事由に位置づけられているが、他人の掌中の単なる道具である者は、彼に帰責されうるのであることは何も行っておらず、それゆえ彼の帰責能力は問題とはならないからであると強調されている。

Vgl. *Luden*, *Abhandlungen* II, S. 89 f. Fn. 2).

106) *Luden*, *Abhandlungen* II, S. 89 f.

107) Vgl. *Luden*, *Abhandlungen* II, S. 92.

108) *Luden*, *Abhandlungen* II, S. 91.

109) *Luden*, *Abhandlungen* II, S. 92.

ら共犯の事例と非共犯（単独発起者）の事例が区別され、誤解を恐れずに言えば、間接正犯の萌芽が形成されるに至ったと見られる。すなわち、*Luden* によれば、従来の学説が知的発起者を認める事例のうち、背後者の命令¹¹⁰⁾や脅迫¹¹¹⁾、錯誤¹¹²⁾によって直接行為者が犯罪を惹起したという場合、確かに直接行為者の活動がなければ当該結果は発生しなかったであろうが、彼らの活動は何ら犯罪的ではない（つまり、帰責されるものが何もない）ため、背後者が単独で発起者であると見做されたのである¹¹³⁾。このように見れば、帰責能力の欠如事由と犯罪不成立の事由の区別は、*Luden* の関与形態論¹¹⁴⁾との関係でも重要な意義を有するのである。

さらに、帰責能力と同様、可罰性というメルクマールも犯罪概念に属するものではなく、一般的構成要件の構成要素を形成しないとされる。というのも、犯罪は人間の作為もしくは不作為やそこから惹起された作用によってのみ生じるものであり、そのことだけがその人間に彼の責任として帰せしめられると考えられるからである¹¹⁵⁾。すなわち、*Luden*によれば、立法者がその行為には刑罰威嚇が必要と思って可罰的だと表明したのであるから¹¹⁶⁾、刑罰法規の中に表明された可罰性それ自体は、可罰性の理由（つまり、犯罪メルクマールの総体）には属しえないのである。むしろ、刑罰法規がなければ犯罪はありえないということや、犯罪は可罰的な行為もしくは不作為であるということは正しいけれども、それは、立法者が刑罰法規に記された行為以外を犯罪であるとは思っておらず、それゆえ可罰的で

110) 例えば、裁判官の形式上正しい命令に基づいて無罪の者ないしは嫌疑のない者を投獄する裁判所の職員は、違法な投獄という犯罪の共犯と見做されるのか問われる。

111) 例えば、命の危険に晒されて、強盗犯に金銭に辿り着きうる経路を示す出納係は強盗の共犯とみなされるのか問われる。

112) 例えば、虚偽の証言に基づき、ある者に死刑判決を言い渡す裁判官は殺害の共犯者とみなされるのか問われる。

113) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 335, siehe auch S. 333 f.

114) 詳しくは、拙稿・前掲注(94) 1161頁以下を参照されたい。

115) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 83.

116) Ebenda.

あるとも思っていないという意味にすぎないという¹¹⁷⁾。より手短かに言えば、立法者にとっては、犯罪メルクマールの総体のうちに刑罰威嚇や可罰性を表明する理由が存するため、立法者がある行為を可罰的であると宣言するよりも前に、その行為はすでに犯罪であるか、少なくとも、その総体が犯罪を形成するところのメルクマールのすべてを担っていると捉えられるのである¹¹⁸⁾。

(2) 故意・過失の位置づけ

このようにして *Luden* は、犯罪の構成要件の定義から帰責能力と可罰性を除外しつつも、故意・過失については構成要件のメルクマールであるとした。この点で *Luden* は、例えば *Feuerbach* が故意でのみ実行しうる犯罪に関しては故意を構成要件に含ませたことや、*Feuerbach* や *Stübel* が窃盗罪における *animus lucri faciendi* のように当該犯罪それ自体を決定的に特徴づける故意を構成要件に位置づけたことに対して、「いくつかの犯罪では故意は本質的なメルクマールとして構成要件に必要なだが、それ以外の犯罪では構成要件に属さないとは言えない」¹¹⁹⁾と批判した。というのも、*Luden* からすれば、故意犯か過失犯かのいずれかが存在し、それゆえ故意もしくは過失がすべての犯罪に属する以上¹²⁰⁾、故意・過失は犯罪的意思決定が現れる必要不可欠の態様として（選択的な形で）本質的であり、両者は同程度に一般的構成要件に属すると考えられたからである¹²¹⁾。従って、故意・過失は、犯罪概念や構成要件を全体的に止揚するか変革することなしには他にところで据えられないというほど、すべての犯罪において本質的メルクマールであるとされた¹²²⁾。

117) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 84.

118) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 84 f.

119) *Luden*, Abhandlungen II, S. 104.

120) *Luden*, Abhandlungen II, S. 103.

121) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 104.

122) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 105.

このようにして *Luden* は、窃盗罪など特定の犯罪においてのみ故意を構成要件に位置づける見解を批判したのだが、それは、当時はまだ現代的な意味での故意 (*Vorsatz*) と目的 (*Absicht*) が区別されていなかったことに起因すると考えられる。

(3) 違法性について

第三に、*Luden* の見解は、*Abegg* が初めて打ち立てた違法性というメルクマールを一般構成要件の中に取り入れたという点でも特徴的である。そこでは、刑罰法規に当たるのは違法な行為だけであることが出発点となる¹²³⁾。すなわち、行為の違法性とは、立法者がその行為に刑罰を決定しようと考えた原因なのであり、そうでなければ、刑罰を行為の法的効果として語ることはできず、単なる権力と恣意の発露と見做されてしまうという。つまり、国家の実定法によれば違法と考えられない行為は、どんな場合でも犯罪と見做されないのである¹²⁴⁾。従って、違法な行為とは、制定法の刑罰威嚇によって認知されなければならないものであり¹²⁵⁾、それゆえに違法性というメルクマールは、それが欠ければ全く犯罪ではなく、審問に対する契機も存在しないであろうという理由から *corpus delicti* にとって必要不可欠な構成要素と考えられるのである¹²⁶⁾。もっとも、例えば、正当防衛によって人を殺害する事例¹²⁷⁾ や絞首刑吏が判決を執行するにあたり人の命を奪う事例のように、行為に対する特別な正当化がある場合、*corpus delicti* は語り得ないのであるから、特別な正当化の欠如は *corpus delicti* に属すると主張される¹²⁸⁾。それゆえ、*Luden* にとって行為の違法性は「行為が現れた現象に対して行われなければならない反対証明の間

123) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 59.

124) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 60.

125) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 127.

126) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 61.

127) Siehe *Luden*, Abhandlungen II, S. 60 Fn. 2.

128) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 61 Fn. 1.

題」¹²⁹⁾であり、まさにこの点で違法性の消極的性格が知られているのである¹³⁰⁾。

また、*Abegg* は違法性という構成要件メルクマールを打ち立てたが、彼の行為論の帰結として違法性と責任ははっきり区分されず、その限りで違法性メルクマールに独自の意義は認められなかったのに対して、*Luden* の見解では構成要件の定義から帰責能力は除外される一方で、違法性は構成要件メルクマールとされたのである。それゆえ、違法性と帰責能力は区別され、違法性メルクマールは犯罪体系における独自の意味を獲得したと評価されるのである¹³¹⁾。また、*Luden* の犯罪体系論に従えば、*Abegg* 説と異なり、帰責能力なき者でも犯罪を實行しうることになるのである¹³²⁾。

(4) 構成要件メルクマールの論理的順序

最後に、このような特徴を有する *Luden* の犯罪体系論では、各メルクマールの論理的順序が示されていたことを指摘しておかなければならない。すなわち、構成要件とは「違法な、故意もしくは過失の行為を通して惹起された犯罪的現象」¹³³⁾であると定義する *Luden* によれば、犯罪とはこの3つの要件がまさに同時に存在することで産出される不可分統一体であるが、そうであるからと言って、これらのメルクマールが必然的に同時に考察されなければならないとか、体系的叙述における順序が恣意に委ね

129) *Luden*, Abhandlungen II, S. 404.

130) より詳しく言えば、ある行為が違法であるのは、行為者がそのような行為を實行する権利を有しない場合か、それを差し控える法的義務を有する場合であり、反対に、ある行為が違法となりえないのは、その実行に対してある人間に権利が認められる場合や、それを控える義務が行為者にない場合——より積極的な形で表現するならば、他者の権利や公序良俗に従った行為のすべてに鑑みて彼にそのような権利があった場合であるとされる。

Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 396 f., 400.

131) Vgl. *Mattasch*, Tatbestand, S. 100.

132) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 203.

133) *Luden*, Abhandlungen II, S. 61 f.

られるわけではない¹³⁴⁾。むしろ、論理的法則に従って、他のものの存在にとって必要不可欠な前提を形成するメルクマールが常に先に置かれ、反対に、その存在の前提として他のメルクマールの存在を必要とするところのメルクマールが後に置かれるのである¹³⁵⁾。すなわち、人間の死や火災といった単なる現象それ自体ではなく、それは人間の行為を通して惹起されたという限りで刑法的関心事となり、犯罪を成立させるメルクマールとなる¹³⁶⁾。また、行為が違法であることは、そのような行為を通して生じた現象からまず明らかとなるものであるし、そもそも行為が存在しなければ、どんな場合でも違法性は問題になりえない。さらに、もし行為が違法でなければ、もしくは行為が犯罪的現象に至っていなければ、その行為は故意でも過失でもないため、故意・過失は犯罪的現象と違法性というメルクマールの存在を必要不可欠の前提とするのである¹³⁷⁾。

おわりに

本稿では、三段階の犯罪体系論を初めて提示した *Luden* の見解に至るまでの理論史を検討してきた。ここでは、理論史の検討を通して得られた帰結と今後の課題を手短かに示しておくことにしたい。

世紀転換期の論者は、普通法の糾問訴訟に依拠した *corpus delicti* 概念を示していたにすぎないが、19世紀初頭に *Feuerbach* や *Stübel* は訴訟法的な *corpus delicti* 概念から離れ、実体法的な *corpus delicti* 概念もしくは構成要件論を打ち立てようと苦心した。すなわち、構成要件は行為者に帰せしめうるところの客観的な犯罪事実を指すものであり、基本的には帰責と対置されていた (*Feuerbach* の見解では絶対的可罰性の客観的事由と主観的

134) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 109.

135) Vgl. *Luden*, Abhandlungen II, S. 110.

136) *Luden*, Abhandlungen II, S. 110 f.

137) *Luden*, Abhandlungen II, S. 111.

事由の区別、*Stübel*の見解では構成要件と帰責能力(帰責)の対置、もしくは犯行の帰属と刑罰への犯行の帰属の対置)が、犯罪類型の特色に目を向け、*animus lucri faciendi*(現代的に言えば、不法領得の意思)を必要とする窃盗罪などでは故意は構成要件に含まれると主張されていた。つまり、一定の犯罪類型では特定の主観的要素を考慮しなければ、行為者に帰せしめるべき客観的な犯罪事実を認めることができず、発起者などの関与形態も判断しえないということが示唆されていたのである。その点で、彼らの見解に現代的な不法構成要件論の萌芽を見出しうるかもしれないが、当時の他の論者には受け入れてもらえず、客観面で主観的要素を検討することは矛盾であると非難されてしまった。

そのように批判した論者の一人であった *Abegg* は、ヘーゲル哲学の影響の下、主体・意思・所為・違法性・可罰性という5つのメルクマールの媒介的統一体が犯罪的行為(*Handlung*)であり、それこそが犯罪の構成要件であると主張した。そのような *Abegg* の見解は、行為者に帰せしめるべき犯罪事実としての構成要件と帰責を区分する従来の見解とは異なるものであった。とくに、*Abegg* 説で初めて構成要件の中に違法性というメルクマールが入れられ、しかもその中で同意や正当防衛、緊急避難などの違法性阻却事由が論じられたという点は特筆すべきことである(この点は、構成要件の前に正当防衛などを論じていた *Feuerbach* の見解とは大きく異なる)。もっとも、*Abegg* の見解では(その行為論ゆえに)違法性は帰属の構成要素にすぎず、違法と責任は未分化であった。

このような歴史的意義を持つ *Abegg* の主張に次いで違法性メルクマールを構成要件に属せしめたのは、*Luden* であった。しかも彼は、帰責能力や可罰性を犯罪および構成要件のメルクマールとは捉えず、その一方で故意・過失は一般的に構成要件に含まれるとしたうえで、第一に人間の行為を通して惹起された犯罪的な現象、第二に行為の違法性、第三に故意・過失を論じるべきであるという犯罪構成要件の論理的順序を理論史上初めて示したのであった。その際、*Luden* の主たる関心事は、狭義の刑法に

おける犯罪概念、しかもあらゆる犯罪に共通する一般的な、総論的な犯罪概念の定立であり、それは当時の各領邦国家で必死に進められていた法典編纂の動向を背景とするものであったと推察される¹³⁸⁾。いずれにせよ、*Luden* の見解によれば、*Abegg* 説と異なり、帰責能力なき者でも犯罪を實行しうることになったという点では、両見解の間に客観的違法論と主観的違法論の潜在的な対立を見ることができるかもしれない。

付言すれば、*Luden* が犯罪不成立を理由とする不可罰事由と帰責能力の欠如ゆえのそれを混同してはならないと主張した点との関係で、錯誤や強要を理由として直接行為者において犯罪が不成立となる場合の背後者は（共犯者ではなく）単独発起者であるとされる。このような理解は、従来は知的発起者とされた事例が教唆犯と間接正犯に分化していく動向の一端にあったと言えよう。そのことを踏まえるならば、やはり正犯・共犯論は体系論の試金石なのである。もっとも、ヘーゲル学派の *Abegg* からすれば、直接の実行者に行為が認められない場合は、背後者を物理的もしくは直接的発起者とすることも可能であったにもかかわらず、そのような叙述がないのは時期的な理由なのか¹³⁹⁾、それとも単なる彼の関心外だったのか明らかではないが、ヘーゲル学派における間接正犯論の萌芽は、*Köstlin* や *Berner* まで待たねばならなかった。

以上の通り、本稿では、三段階の犯罪体系論の生成に関する理論史を——関与形態論にも若干触れながら——検討してきた。歴史的に見れば、構成要件・違法・有責という犯罪体系は所与のもしくは当然のものではなかったことが理解されるであろう。もっとも、*Luden* の見解の後、*Liszt*

138) 佐久間・犯罪論体系58頁以下も、構成要件概念の変化も各ラント国家の分裂状態と無関係ではないように思われるとし、ルーデンの一般的構成要件は原理上手続と切り離されて分裂している各個別犯罪類型を統一するものであったと分析する。

139) この点、1851年のプロイセン刑法典草案における教唆犯規定から、「他人を重罪のために利用した」形態が除外されたのは、1845年草案であった。拙稿「間接正犯の淵源に関する一考察（3・完）——19世紀のドイツにおける学説と立法を中心に——」立命館法学365号（2015年）142頁以下。

や *Beling* の理論が登場するまでの間、犯罪体系論についてどのような議論が交わされたのかという点は今後の課題としたい。