慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	開かれた構成要件と法義務のメルクマール (一)
Sub Title	Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale (1)
Author	宮澤, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.11 (1960. 11) ,p.47- 83
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19601115-0047

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

開かれた構成要件と法義務のメルクマール（一）

宮澤浩一

序說
一　開かれた構成要件と法義務のメルクマールに關する理論の概要とその批判の概觀
1　總說
2　一般的法義務のメルクマール
3　特殊的法義務のメルクマール
a　適法性（Rechtsmäßigkeit）
b　有効性（Rechtsgültigkeit）
c　權限（Zuständigkeit）
d　行爲者のメルクマール
e　社會的相當性
f　不眞正不作爲犯における保障人義務
g　過失犯における客觀的注意義務
4　ドイツ聯邦裁判所判例概觀
5　ドイツにおける學說の概觀
a　ウェルツェルの立場に贊成の說
b　ウェルツェルの立場に反對の說
6　日本における學說の概觀
7　私見……以上本號
二　ウェルツェルにおける構成要件概念の變遷
三　構成要件の諸機能と開かれた構成要件
四　法義務のメルクマールの問題點
五　法義務のメルクマールと構成要件の諸メルクマールとの區別
六　立法の問題としての法義務のメルクマール
七　日本法における適用
むすび

序說

開かれた構成要件と法義務のメルクマールというテーマは、比較的新しく我々の關心を喚起したものである。[1] その主唱者

は、今日、ドイツ刑法學界の颱風の眼と目されているハンス・ウェルツェルであり、更にその弟子のアルミン・カウフマン[2]、近くは同じく、ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ[3]といつた論客の名もあげることが出來よう。

もつとも、このテーマは、目的的行爲論を主張することの必然的結果ではなくて、目的的行爲論を中核としながら、その人達の構成要件概念がいかなるものであるかの相違から由來するのである。

從つて、同じく、目的的行爲論に左袒する學者の中でも、ブッシュ[4]、ガラス[5]、V・ウェーバー[6]からは、はげしく非難され、マウラッハ[7]からは、開かれた構成要件について贊同は得つつも、法義務のメルクマールについては、全く否定されている。同じく、H・J・ブルンス[8]も否定の言葉を投げかけている。「目的的行爲論を原則的に承認する者といえども、最終的な言葉はまだ發しえない」という留保の言葉がそれである。

構成要件論と、行爲論とが、刑法體系の基礎を構成するについて二者擇一的關係にあるという[9]ことは、周知の事實であり、多くの先學が、それぞれについて、立派な業績[10]をあげておられる今日、改めてこの兩者を詳細に論ずる必要はあるまい。ただ、刑法體系を構成する問題は、その可能性が豐かであり、論者の世界觀と密接な關係があるのであつて、一つの體系が排他的に妥當するということはありえない[11]。理論の世界には、唯一の可能な體系というものはありえず、すべて理論家は實體關係を明瞭にし、明確に解明された概念で、確實な研究を可能にするための體系を求めてやまないのである。

そして、多くの併存する體系については、正しいか、間違つているかではなくて、實體を解明するにはいずれが適しているか否かをたかだか論定しうるにすぎない[12]。

實體の解明は、ノヴァコフスキーもいうように、體系上の爭いとはしばしば無關係な問題なのである[13]。

私は、以下において、ウェルツェル一派の主張とそれに對する反對說とを、資料に基づいて比較檢討し、最後に私の言葉を語りたいと思う。

このテーマを論ずるに當つても、ウェルツェルの根本的態度は、法というものの中には、創造するのではなく、發見するにすぎないもの、[14] 立法者といえどもそれを無視することのできない存在論的・實體論理的根本構造があるのだとする彼の自然法的主張[15]がその基礎にある。しかし、このような、〃實體論理的根本構造〃を援用したところで、一定の體系が他の體系を排斥することは不可能である。

問題はむしろ、理論的にも、又、實務の上でも、その正當性を證明できるかどうかにかかつてくるのであり、又、それを希求して構成をしたのが、實はウェルツェルの新しい理論なのである。[16]

もつとも、後にも說くように、開かれた構成要件と法義務のメルクマール（特殊な違法性のメルクマールともいう）の間には、密接な關係がある。というのは、開かれた構成要件とは、構成要件の中に、特に裁判官によつて積極的な規範的價値判斷の下される部分を留保してあるものがあるという意味で〃開かれて〃いるという表現をとり、その積極的に評價されるべきメルクマールを法義務のメルクマールと名付けたわけである。

從つて兩者の關係は、まず開かれた構成要件の正體が解明されて、次いで法義務のメルクマールの實體の性質づけがなされるか、或は少くとも同時に解明される必要性がある筈である。

然るに、ウェルツェルの思索の跡を資料からうかがうと、はじめに法義務のメルクマールの特性が分析され、しばらくしてから、開かれた構成要件の理論がうち出され、この兩者を體系化したのは、更に、時間的に遲れている。[17] 人、或は、ウェルツェルの法義務のメルクマールという概念を、結果から考えた構成であるとか、[18] 他の目的のための構成である〃ad-hoc Konstruktion〃[19] と非難するが、これはまさに當つているといわねばならない。つまり、法義務のメルクマールというものを特にとり立てて論ずるウェルツェルの眞意というものは、ドイツ刑法五九條の錯誤の規定の中にある〃法定の構成要件に屬する行爲事情〃というものからそれをはずすことによつて、禁止の錯誤の適用の場所を作り、これによつて、構成要件の

錯誤と禁止の錯誤の區別を機能的ならしめ、以つて故意の體系的地位を確保しようとする態度がうかがわれるわけである。[20]

我々は、はたしてこのような技巧的なことをする實益があるかどうかを疑うものであるが、しかしなお、開かれた構成要件という考え方の中に、構成要件を中核概念とする體系に立つ者として、非常に教えられるものが少くないということを確信するものである。

ウェルツェルが、このような新しい思索をなした起因の一つには、これ迄の構成要件記述（Tatbestandsbeschreibung）が、違法性を直ちに徴表する種類の犯罪から、構成要件概念をあまりにも一面的にとり出してきたのではないかということに對する反省を出發點としている。[21]

ここでは、まず、構成要件と違法性の關係を論定して、その上で解明の手がかりを得なければならない。

ウェルツェルによれば、[22] 刑法規範が法命令の形で宣言しているのは、禁止、命令の規範化されたものであるということができる。ドイツ刑法二二三條に、〝故意で他人の身體を虐待し、又は健康を侵害してはならない〟という規範がある。この規範の内容又は素材は〝故意の身體的虐待〟であり、〝他人の健康侵害〟であり、禁じられた態度はこの言葉でいいつくされている。ところで、ウェルツェルは構成要件を定義づけて〝構成要件とは禁じられた態度の具體的記述である〟とか、〝刑法規範の禁止の素材である。[23]〟といつている。今これを、前掲の二二三條についてみれば、この構成要件を充足する者、禁止の素材によつて記述された態度をとる者、すなわち〝他人を故意に身體的に虐待した者〟は常に規範に違反する。しかし、それが直ちに違法行爲をしたとはいえない。規範違反イコール違法というためには、法秩序が規範からのみなるということを前提としなければならない。しかし、特殊な場合には、規範に違反する態度は、認容、許可によつて許される場合がある。例えば、正當防衛の例がこれを示す。

構成要件に該當するということは、規範に違反する違法な行爲であり、全體としての法秩序に矛盾するものであるが、認

容される場合、すなわち正當化事由がなければ、違法である。從つて、構成要件該當性を認めた裁判官は、違法性の有無を吟味するに當つては、消極的方法で行えばよい。規範違反性から違法性を推論するには、それ以上のメルクマールを求める必要はなく、許容の不存在を求めることだけに限られる。この場合、構成要件該當性は違法性を徵表する。この關係をウェルツェルは〃閉じられた〃構成要件とよぶ。すなわち、ここでは積極的な、不法を徵表するメルクマールの範圍が遺漏なく構成要件化され、從つてその構成要件は閉じられている。

これ迄の通說が、刑法典中のすべての故意犯は、この性質をもつとし、不眞正不作爲犯の極く一部が、その構成要件に不法徵表機能を缺くとし、過失犯にも同樣な事態を認めることができるとしていた。[24]

これに對して、ウェルツェルは、故意の作爲犯にも、單に〃閉じられた〃構成要件のみでなく、禁止の素材が構成要件中に、實質的・對象的メルクマールで全面的には規制されていないものがある、というのである。これの指摘は、一九五二年のはじめ頃の小論文の中でなされて、爾來、體系書中に組み込まれている。

これが、いわゆる〃開かれた〃構成要件であつて、ここにおいては、禁じられた態度が實質的・對象的記述によつて特徵づけられていないところから、構成要件該當性は、直ちに違法性を徵表することができない。

裁判官は、〃閉じられた〃構成要件では、消極的方法をとつたのに對して、〃開かれた〃構成要件では、積極的な確定を必要とする。すなわち、ここでは〃法義務のメルクマール〃を積極的に確定してはじめて、違法性が肯定されるのである。[25] 前にのべた通り、[26] 一九五二年に發表された一連の小論文の第四番目、卽ち、判例批評の中ではじめて、この開かれた構成要件が語られたのである。もつとも、ウェルツェルは、これらの概念は何もとり立てて新しい發見だと自負しているのではなくて、目的的行爲論を一定の複雜な構成要件の中に首尾一貫して適用することであるという。

このように、ウェルツェルの思考の變遷の中で比較的最近になつて展開した成果であるだけに、我が國でこれを綜合的に

分析檢討をすすめたものが少い。

殊に指摘したい點は、ドイツの學界でのこの概念に對する評價が過酷であるのに對して、我が學界では大へん好意的な態度が示されている。これは、彼我の構成要件に對する考え方の相違によるものであろうか。

我が學界の中で、この問題については、特に最近、若い二人の學者、中義勝助教授[27]と、藤木英雄助教授[28]によつて、考察が加えられるにいたつている。

前者はウェルツェルの構成要件について、詳細な研究をされ、その中で隨所に、本稿のテーマに論及されている。しかし、私見によれば、中論文は、ウェルツェルの現在の構成要件論を詳細に檢討されておられる點に功績があり、これに反してその變遷、特に、錯誤論を考慮して改說した點[29]と舊說との相違の解明がほとんどなされておらない。

藤木論文は、社會的相當性を中心として論及されたものであり、同氏の舊稿が、社會的相當性を抽象的段階でとらえていたのに對し、新稿では、抽象的、一般的段階を超えたもののうち、なお、社會的相當の範圍にある行爲につき、開かれた構成要件の理論を適用しようとされたものであつて、誠にすぐれた論說といわなければならない。

私自身、このテーマについては、ハイデルベルク留學中、シュミット、ガラス、アルトゥール・カウフマン等の諸先生と議論した想い出もあり、歸國直前に發刊されたロクシン[30]の作品に指唆を受けつつ、集めた資料をも併せ檢討を重ねてきた結果、開かれた構成要件なる概念は、多くの批判にもかかわらず、なお、支持することが可能であるという考え（ロクシンは否定する）をますます確信するにいたつた。ただ、法義務のメルクマールについては、これを敢て理論構成するウェルツェルの論理には、なお懷疑を抱いているものである。

以下私は、まず、㈠ウェルツェルについて、この考えを概說し、特に法義務のメルクマールにつき、その考えを一應總まとめをし、聯邦裁判所の判例、學說上の賛否兩論をあげ、併せて日本學界の評價につき一べつを通じてみたい。

そして、これを終つてからは、㈡ウェルツェルにおける構成要件概念の變遷につき考察を加え、次に㈢構成要件の諸機能と開かれた構成要件について考察を加える。

法義務のメルクマールに關しては、㈣それの問題點を指摘した後、㈤客觀的處罰條件、規範的構成要件要素、その他の構成要件のメルクマールと比較考察してみる。

次に、㈥一九五七年に行われた、西獨刑法大改正委員會の議論[31]を通じて、立法の問題としての法義務のメルクマールを論述した後、㈦これ迄の成果を日本法において吟味してみたい。それの一例として、私は特に、公務執行の適法性の問題をとりあげたいと考える。ここで、併せてこのテーマが最も實り多い寄與をなす期待を寄せうる問題として、構成要件化の比較的稀薄な、不眞正不作爲犯、過失犯についてその實益を論證して、なんらかの學問的成果をあげたいと考えている。

本テーマは、すでに私が明示した通り[32]、年來心に溫めてきたテーマであり、これ迄に二つ程、判例批評の形で中間報告をしてきた[23]。

同學の諸先生方の御批判を期待して、本論に移る。

(1) Hans Welzel; Der Irrtum über die Rechtsmäßigkeit der Amtsausübung, in JZ. 1952. S. 19-20. が最初の論文であり、その後二、三の小論文を經て Ders.; Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, in ZStW. Bd. 67. 1955. の附錄で特殊な違法性のメルクマールとして比較的詳細な議論がなされた。その間、刑法教科書第三版五九頁に體系化の第一歩が見られる。しかし、何といっても、一九五三年の判例批評の中で、〝開かれた〟構成要件についての第一聲があつたという事實は注目に價するといえる。Vgl. JZ. 1953. S. 117, bes. 119.

(2) Armin Kaufmann; Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik. 1954. 特に 97ff.（職務上の命令）、134ff.（行爲者のメルクマール）、157ff.（不作爲犯）、257f.（適法性）につき法義務のメルクマールを論ずる。不眞正不作爲犯については Ders.; Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. 1960. 特に〝開かれた〟構成要件については S. 282, S. 307ff. 法義務のメルクマールについては S. 9, S. 11, S. 15, S. 135, S. 174, S. 306ff. を參照。

（3）Hans Joachim Hirsch; Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund (1960). ヒルシュは〝開かれた〟構成要件につき、社會相當性との關係を二八三頁以下で展開し、個々の特殊な違法性のメルクマールについては二九六頁以下で論じている。

（4）Richard Busch; Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, in Festschrift für E. Mezger 1954. bes. S. 175.

（5）Wilhelm Gallas; Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. 1955. 24ff. 犯罪論の研究、早稻田大學比較法研究所紀要第一二號、三五頁以下、特に三八頁以下。

（6）Helmut von Weber; Vom Subsumtionsirrtum, in GA. 1953. Heft 6. S. 161ff. bes. S. 164. Ders.; Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Besonderen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken? Materialien zur Strafrechtsreform. 1954. S. 279.

（7）Reinhart Maurach; Deutsches Strafrecht. Allg. Teil 2. Aufl. 1958. S. 228ff.（〝開かれた〟構成要件について）、S. 383f.（違法性のメルクマールについて）Ders.; Deutsches Strafrecht. Bes. Teil 1960. S. 101, S. 105.（强要罪につき開かれた構成要件を肯定する）S. 533ff.（公務執行の違法性につき法義務のメルクマールを否定し、客觀的處罰條件とする）etc.

（8）Hans Jurgen Bruns; Literaturbericht zu Welzels Deutsches Strafrecht. 3. Aufl. in JZ. 1954. Heft 22, S. 713ff. ここで、ウェルツェルの法義務のメルクマールに疑問を投じていたが、後に Ders.; Der Untaugliche Täter im Strafrecht. 1955. S. 32ff. 特に三四頁で、構成要件に關係のない特殊な法義務のメルクマールを認める餘地はない、という。

（9）構成要件を中核概念とする體系に對し、犯罪說明のための一つの方法にすぎないことを强調するのは、下村康正・犯罪論の基本的思想・二一四頁。

（10）小野清一郎・犯罪構成要件の理論、瀧川幸辰・刑法に於ける構成要件の機能・刑法雜誌一卷二號、團藤重光・刑法綱要、大塚仁・刑法總論第二分册、木村龜二・刑法總論（目的的行爲論を基礎としつつも、なお構成要件論につき詳細な議論が展開されている）、平場安治・構成要件理論の再構成（瀧川先生還曆祝賀論文集）等。

（11）Friedrich Nowakowski; Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, in JZ. 1958. S. 391. 法學研究三三卷七號八一頁。

（12）Nowakowski; a. a. O. 法學研究前揭。

（13）Ders.; a. a. O. S. 394.

(14) Welzel; Die Regelung von Vorsatz und Irrtum usw. in ZStW. 67. Bd. 1955. S. 227.

(15) Welzel; Naturrecht und die materielle Gerechtigkeit. 2. Aufl. 1955. S. 197. 內藤謙・目的的行爲理論の法思想史的背景・刑法雜誌九卷二號三號、特に二號一七三頁以下、別して一八一頁以下參照。內藤論文は資料を豐富に驅使した立派な業績である。ただ、おしむらくは、N・ハルトマンの哲學と正面から對決することを避けている。ハルトマンの範疇論における Finalität と對決することを私は次の課題として留保している。內藤論文で、讀後感として心に一抹の隙間風を感じるのは、この邊にあるのではあるまいか。

(16) Welzel; Der Irrtum über die Rechtsmäßigkeit der Amtsausübung, in JZ. 1952. S. 19f.

(17) 註16の論文につづいて、Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, in JZ. 1952. S. 133-136. Der Irrtum über die Amtspflicht, in JZ. 1952. S. 208-209. の中で、ウェルツェルは專ら、法義務のメルクマールを明確にし、他のメルクマールと區別しようと試みた。〝開かれた〟構成要件については、Anmerkungen zum Beschluß des Großen Senats des BGH. vom 18. 3. 1952. zur Frage des Verbotsirrtum, in JZ. 1952. S. 340-344. 特に S. 343. そしてこの問題は、ウェルツェルの新しい理論構成に對するBGHの判旨中の言葉に反論し、Anmerkungen zu zwei Urteilen des BGH. zum Irrtum über Rechtfertigungsgründe, in JZ. 1953. S. 119-121 に詳細に論じられている。

(18) Karl Engisch; Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in Festschrift für E. Mezger 1954. S. 158.

(19) v. Weber; Vom Subsumtionsirrtum, in GA. S. 164.

(20) この點は、前掲ウェルツェルの各論文がこれを明言している。なお註18、19にあげた者の他、例えば Bemmann; Zur Frage der objektiven bedingungen der Strafbarkeit. 1957. S. 17f. は次の如くいう。「ウェルツェルが一定の不法のメルクマールを構成要件に屬さないものとする理由は、このメルクマールに對する錯誤を刑法第五九條からはずすことにある。すなわち、このメルクマールに對する錯誤は、構成要件の錯誤ではなくて、禁止の錯誤であるとする。何故なら、周知の通り、構成要件の錯誤は故意を阻却し、從って、構成要件の錯誤で行爲する行爲者は、故意行爲の故には罰せられず、過失の故に罰するには、當該の過失につき構成要件がある場合に限られる。ところが、禁止の錯誤なら故意と關係がなく、違法性の意識を阻却するにすぎないからである。」と。

(21) Welzel; Urteilsanmerkung, in JZ. 1952. S. 343. では、「殺人、竊盜、强姦等のプリミティブな犯罪から表象していたこれまでの理論」にとつては、裁判官による積極的な違法確定を附加された構成要件などという考え方は一般的ではなかつたとされる。

(22) Welzel; Deutsches Strafrecht. 6. Aufl. 1958. S. 45ff. を要約すればこのようなことになる。なお Claus Roxin; Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale. 1959 が、第一部で手際よくまとめている。

(23) Welzel; a. a. O. S. 46, ebenso; 3. Aufl. S. 40 もすでにこう定義づけている。

(24) 註21の文献の三四三頁にいう。

(25) ベンマン前掲書一六頁に曰く、「立法者は（法義務という）事實を特色づけるために、一般的に認められた表現を用い、從つて、立法者は一般的公式によつて、概略的ではあるが、認識しうるようにまとめあげた個々の事態の決定を、裁判官に委ねた。ウェルツェルの法義務のメルクマールは他の行爲事情とともに、禁止の素材に屬し、他の行爲事情、特に規範的行爲事情は禁ぜられた行爲を止めるための行爲者の義務を決定する」と。權限（Zuständigkeit）を例にとつて、註131では、「立法者は一般的記述の形で、嚴格に決定することの可能な使命の範圍内で、宣誓に代る保障を行わせる權限ある官廳の一群を包括した。立法者は、やろうと思えば、それぞれに即した使命の範圍を伴つた官廳を個々的に列擧することもできた筈である。例えば稅の確定手續についての稅務所、婚姻能力を證明する手續についての民事局の如し。しかし、簡單にするために、立法者はこのような列擧をやめて、一般的な〝權限ある〟官廳とした。しかし、これによつても、構成要件の内容は少しも變らない。官廳の權限と同じく、その他の法義務のメルクマールも、實質的・對象的内容を有する」という。

(26) 註16を參照。體系書の一つとして、一九五二年に刑法の新形相の第二版が出ている。これは、いつ頃發表されたか、明らかではない。しかし、一九頁の法曹新聞の自分の論文引用のところをみると、一九五二年一九頁、一三三頁、二四三頁――これは引用の誤まりである。この個所にウェルツェルの作品はない。三四三頁の判例批評の引用頁數のことをミスプリントしたもの――とある。このことから、本書 Das neue Bild des Strafrechtssystems は、一九五二年の年末に發表されたものとみることが正しい。

(27) 中義勝・ウェルツェルの構成要件論・法學論集第七卷三號（昭和三二年一一月）一五頁以下、四號（昭和三三年二月）二六頁以下、特に四號三四頁以下參照。

(28) 藤木英雄・「社會相當行爲」理論の勞働刑法への適用について・警察研究第三十一卷一號（昭和三十五年一月）特に三三頁。

(29) Schweickert; Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling. 1952. bes. 104 ff. 114 ff.

(30) Claus Roxin: Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale. 1959.

(31) ドイツ刑法大改正委員會第一讀會の第五五回會議（一九五七年一〇月二九日）第五六回會議に、客觀的處罰條件が討論された。本稿のテーマは、ここで大いに論じられた。Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. 5. Bd. S. 86ff. に議事が、附錄二三七頁にボッケルマン教授、二四二頁に司法省委員の報告書がある。

(32) 私の論文「不眞正不作爲犯と西獨刑法改正草案」（二完）法學研究三三卷三號五七頁、註14

(33) 行爲者のメルクマールの一例として、「刑法二一八條の〝病者ヲ保護スヘキ責任アル者〟にあたる事例」を法學研究三三卷四號六五頁以下、特に六八頁以下、過失犯の場合の客觀的注意義務として「無謀操縦の際、重過失致死傷を犯した場合の罪數」同七號、八九頁以下、特に九二頁以下を書いた。

一　開かれた構成要件と法義務のメルクマールに關する理論の概要とその批判の概觀

1　總　說

法律學の講學上、我が國では、Tatbestand というドイツ語は、分野によつて、或は「法律要件」と譯出され、又或る場合には「構成要件」と譯しわけられ、それぞれ特殊な意味を持たされている。ドイツにおいては、このような、特殊な意味づけのための特別な配慮はなされず、たかだか「刑法上の」又は「民法上の」という形容詞を附して區別しているが、實質的にはかなりの差異が認められる。ことを簡單化するために、民事と刑事を例にひいてみると、民法上、特にとり立てて、「法律要件論」を論ずることは殆んどないようである。著名な、エンネクツェルス＝ニッパーダイ[1]の民法教科書第一卷で、法律要件に關する論述は、わずかに四ヵ所を數えるのみである。すなわちいう「法秩序が權利の發生をそれに結びつけている全法律要件が存在すれば、直ちに權利は發生する[2]」「法秩序、すなわち抽象的法規が法律的効果、すなわち法律關係の發生、消滅、變更を結びつけている全體的要件を我々はこの法律的効果の法律要件とよぶ。法律要件と法律効果の間には、原因と結果の論理的關係が存在する[3]」「法律要件という言葉は刑法學によつて創られ（犯罪の構成要件）、民法理論によつて承繼された云々」等々。

ところが、右の引用中にもあるとおり、刑法では、「構成要件論」が刑法體系の中心に置かれ、近代刑法學は、この概念を中心として展開してきたといつて過言ではない。

それというのも實は、民事における法律要件は、損害賠償の要件にすぎず、評價の基礎ではなく、損害賠償請求權はむしろ、損害の範圍に從つて評量され、行爲の不法という特殊な性質（その類型化としての法律要件）などは、どうでもよく、起りうべき事態が法律要件的、具體的に規定されることを要しないのである。[4] 物權の法定主義は例外であるにせよ、債權契約においては、大幅に私的自治が認められ、契約の形式、內容、要件は、公序良俗に反しない限り、當事者の意思に委ねられているのである。[5]

これに反して、刑法においては、國家權力の側からする罪刑の專斷的適用を排除しなければ、法治國としての要請に應えることができないとする罪刑法定主義の影響の下に、刑法は定型を無視した意思刑法でありえず、あらゆる反社會的態度（禁止の素材）は構成要件化されるという、いわゆる定型刑法[6]が、現代刑法學に至る刑法學發展の結實となつた。

禁ぜられたものを、嚴密に明示すること、禁止の素材を確定的に記述するという、構成要件の機能[7]は、なるほど、構成要件の保障的機能を滿足する。しかし、一たん決定されるということは、固定化、硬直化を招く。多種多樣な形で存在する現實、その現實に生起する現象を、個別化する機能が麻痺する。[8]

ここに、構成要件に二つの矛盾した要請の對立、抗爭が明らかとなる。ベーリングによつて、極端なまでに追及された構成要件の沒價値化は、構成要件から、違法判斷、規範的價値判斷を除き、よつて、裁判官による規範的（主觀的）判斷の餘地を刑法の中に殘さないようにという考慮がかくれている。違法判斷も、判斷者の主觀に左右される可能性を殘すという意味で、ラディカルに構成要件から除かれたが、主觀的違法要素が、或る種の構成要件では、事件の個別化に資するところ大であるという批判には堪えられなかつた。

〃開かれた〃構成要件という思想も、實はこのような、裁判官の手から奪つていた評價の機會を、改めて再び裁判官の手にもどそうとする努力の一つである。これというのも、實は、裁判官の理性に對する信仰の裏づけがなければ、ありえない現

象であり、擴大する官僚の魔手から、人權を守つてもらう一つの逃げ道として、比較的公正な立場を堅持してくれるであろう裁判官に、すべてを託するという法治國民の安心感にある。

開かれた構成要件の大半が、定型性の少い犯罪と官僚制の介入する餘地のある制度の下での犯罪にほぼ限定されるという事實がこの間の事情を物語る。

2　一般的法義務のメルクマール

ウェルツェルはその例として、獨刑法二四〇條（強要罪）における〝違法に〟というメルクマールをあげる。ウェルツェルが例示した具體例[9]を援用して、本テーマ解明の手がかりとする。

債權者が、その債務の履行を遲滯した債務者のところに行き、金錢の返濟、又は少くとも自分の債權のための擔保を得ようとしたとする。債務者が、又もや支拂の意思を示さず、擔保の提供もしなかつたので、債權者は彼を押しのけて、机の戸棚をこじあけ、金時計を擔保に持ち去ろうとした。これに對して、債務者が防衛し、力ずくで債權者を家から押し出した。この場合、債權者も債務者も、一連の構成要件に該當する行爲をしている。債權者は住居侵入、器物損壞、強要。債務者は強要。ここで事態にとつて決定的な問題は違法性と關係する。若し、債權者に正當化事由がなければ、彼は構成要件を違法に實現し、債務者の抵抗は正當防衛として是認される。債權者が自救という要件、例えば債務者がまさに夜逃げをしようとしていた場合には、彼の構成要件該當行爲は正當化され、債務者の抵抗は強要であり、違法である。これは、ドイツ刑法第二四〇條Ⅱの〝求める目的のために、暴力を使用し又は害惡をもつて脅迫することが非難すべきものと認められるときは、行爲は違法となる〟という規定によるのである。かつてこの二項が存在しない當時になされた判例[10]は〝立法者は強要の構成要件の限界を非常に廣くひいたので、從つて強要が甚だしい害惡を以つてする脅迫であつても、なお自然的法感情によれば

適法であり、この適法性が特殊な正當化のための反對規範からは由來せしめえない無數の日常生活の諸場合をも包括〃する缺陷があると指摘した。[11] ウェルツェル[12]は、このような場合、強要手段と強要の目的との結合に對し、社會的價値判斷により、行爲の違法性を究明する使命を裁判官にもたせたのであり、二四〇條を〃開かれた構成要件〃とみ、そこにいう〃違法に〃という文言を一般的法義務のメルクマールと考えたのであつた。[13] 後に、第三次刑法改正（一九五三年八月四日）法律案により、前記第二項が附加され、立法上の解決が示された。

要するに、右の例でも分るように、常に一方の違法性が他方の適法性に相應じ、又その逆の關係が存する。後例の場合、債務者が債權者はいかなる場合にも自分の家に入つてはならず、自分の物を奪取してはならないと考えていれば、彼は禁止の錯誤にあり、この錯誤は責任を阻却しうる場合に限つて、強要に基づく處罰を免れしめる。

3　特殊的法義務のメルクマール

a　適法性（Rechtsmäßigkeit）

ウェルツェルは右の〃違法に〃の如き一般的法義務のメルクマールに對して、一連の構成要件の中で、〃特殊な法義務のメルクマール〃を指摘している。具體例によつて究明しよう。

右の設例の債權者の代りに、執行吏を置いてみるとどうであろうか。債務者が右設例と同じ行爲をしたとする。ここでも違法性の問題が決定的問題である。執行吏の處分行爲が、強制執行行爲の適法性の要件によつてカバーされれば、彼の構成要件該當行爲は適法であり、債務者の抵抗は公務執行妨害で違法である。ここでは二四〇條の特殊な場合である一一三條により處罰されること勿論である。

これに對して、執行吏の處分が公務員法によつてカバーされなければ、彼の構成要件の實現（住居侵入、器物損壞、強要）は

違法であり、債務者の抵抗は正當防衛として適法である。ここでも、一方の違法性は、他方の適法性と關聯している。執行吏の處分が正當化されれば、債務者の抵抗は違法であり、逆に處分行爲が違法であれば、抵抗は適法となる。一一三條で、公務執行の適法という言葉を强調することは、從つて本來ならば全く必要のない筈である。何故なら、一一三條で〝執行吏に對し、その職務行爲の行使に際して抵抗した者は〟と規定しても、抵抗行爲は公務員の債務者に對する處分が正當化される場合にだけ違法となるからである。一一三條は違法な侵害に對する正當防衛權を排除しようとするものではなく、又排除しうるものではありえない。一一三條に〝適法〟という言葉を入れたのは、五三條の正當防衛の規定により自明とされる要件、卽ち防衛は、公務員の侵害が公務員法により正當化される場合に限り、違法となるという點を强調するにすぎないのである。

このように說いて、ウェルツェルは、一一三條の職務行爲の適法性は、構成要件上の行爲事情ではなくて、執行吏の行爲の法的評價であつて、債務者によつてなされた抵抗の違法性の存在がそれにかかつているとする。

このようにして、一一三條の〝適法な〟というメルクマールは〝法義務のメルクマール〟と名付けられ、構成要件の行爲事情には入れられない。そしてウェルツェルは、このような思考過程は〝結果から得られたもの〟ではなくて、自分達の理論からの不可避的な歸結であるという。(14)

しかし、後にも述べるように、實務上も、聯邦裁判所の判例は、ウェルツェルのこの考え方をはげしく非難し、學說もきびしい批判を向けている。その批判をウェルツェルは誤解だというのであり、その誤解は、〝法義務のメルクマール〟という名のつけ方に由來し、その意味で自分にも責任があると告白する。そして、端的に、〝特殊な違法性の要素〟ということの方がよいかも知れないというが、ウェルツェルのいうように、(15)實は問題は命名の巧拙にあるのではなくて、事柄が重要なのである。

ウェルツェルのこの新しい概念は、資料から推して、彼の錯誤論、更には故意の體系的地位を證明し、その證明をより實効あらしめるための布石であるという點を私はすでに指摘した。[16] これについて多くの學者からの批判がある。この批判に對して、ウェルツェルは「法の中には、我々が創造するのではなくて、ただ發見するにすぎない實質的關係や法則性がある。結果が人を納得しうるほど正しければ、その事は、事柄が偶然に一致したのだとか全くの恣意が附加したのだということの證明に用いられるべきではなくて、それらの間には內的な實質的關係があり、たとえ發見されなくとも、發見につとめるに價するものと言えよう」と自己辯護をしている。[17]

まず、法義務とはどういうものかについてウェルツェルの發言をみよう。一九五二年に發表された第一論文「公務執行の適法性に關する錯誤」[18]では、〃適法性〃という要件が、客觀的處罰條件でも、構成要件に屬する行爲事情（構成要件のメルクマール）でもなくて、〃これまでに知られていなかった第三のメルクマール〃[19]であることの立證につとめている。

b　有効性（Rechtsgültigkeit）

〃行爲者の法義務の一要素〃として、一一〇條の命令の有効性（Rechtsgültigkeit）がある。これを說明して、「〃効力がある〃とは〃義務づけること〃をいう。有効な法律のみが服從を義務づける。規範が無効であれば、義務づけることはなく、それが有効であるとする行爲者の錯誤は、その當該規範を有効にすることは出來ない。一一〇條にいわゆる規範の有効性に對する行爲者の錯誤は、從つて法義務に對する錯誤であり、從つて法義務侵害に對する錯誤でもある。これは禁止の錯誤の明らかな一事例であつて、その諸原則に從つて取扱われるべきである」[20]という。

c　權限（Zuständigkeit）

その簡單な說明は、第二論文〃官廳の權限についての錯誤〃[21]で更に詳細に論じられている。「この第三のメルクマール（法義務のメルクマール）は、行爲者の構成要件的行爲を記述するのではなくて、單にその法義務を特色づけ、それの錯誤は禁止

の錯誤として扱われる。……權限とは、或る官廳の一定の事件で活動する權利であり、義務である。當事者からみれば、官廳の處分を尊重する義務、例えば三六〇條八號では〝所轄の官廳又は公務員に對して自己の氏名等を正しく申告する義務〟、一三七條では〝所轄の官廳又は公務員が差押えた物に留意すること〟、一五三條では〝裁判所……尋問する權限をもつその他の官廳の面前で眞實に從つて述べる〟義務がある。……これら、當該官廳の權限は純粹な法義務のメルクマールであつて、構成要件的行爲の違法性につき前提とされる。しかも、これが實定法の規定の中で明示されていない場合（一三六條、三六一條七號）でも同樣である。……權限ということが構成要件のメルクマールでも、客觀的處罰條件でもなく、禁止の錯誤の原則に服する純粹の法義務のメルクマールであるという見解から、官廳の權限は、行爲の違法性にとつて規定の中に明示的であろうと默示的であろうとを問わず、錯誤の問題につき明確な統一的解決がはかられる」と結論する。この限りにおいては、ウェルツェルの論理は、首尾一貫しているかのように思われる。

以上は錯誤論についての問題であつたが、未遂論について、右にあげた論文の最後で、若干ずつふれている。すなわち第二論文で「逆の錯誤、すなわち、存在しない權限を間違つて認めれば、その認識が事實に基づいていようと、法律に基づいていようと、いずれも全く存在しない法義務に對する錯誤である。行爲者が法義務を誤つて信じたことは、未遂の處罰についても、客觀的に要件とされる法義務を創るものではない。單なる幻覺犯があるにすぎない」（一三四頁）という。第三論文の二〇九頁も同じ。聯邦裁判所は一九五二年一〇月二八日の判決中[22]で「可罰性のない幻覺犯とするウェルツェルの見解にはくみし得ない」と判示したが、ウェルツェルはこれについての判例批評[23]で自說の正しさを主張してやまない。刑法總論三版一四三頁以來、六版一六〇頁に至る迄、この主張は變らない。

共犯論についても問題はある。正犯の可罰性のみならず、共犯の可罰性も、構成要件の錯誤があるか、禁止の錯誤があるかという問題の判斷に依據する。未遂犯への加功は可罰性があるが、幻覺犯への共犯は可罰性がない。この問題は、たしか

に重要ではあるが、一應二次的問題であるからこれを一應措き、まず錯誤論と未遂論にスポットライトを向けて、問題を解明しよう。

これまでは一般的法義務のメルクマールとしての強要、特殊な法義務のメルクマールとしての〝適法性〟、〝有効性〟、〝權限〟について概觀した。

以下では、〝行爲者のメルクマール〟〝社會的相當性〟〝不眞正不作爲犯における保障人義務〟〝過失犯における客觀的注意義務〟について簡單に論じよう。

通說、判例がどのような立場をとつているかについては、ここでは必要な限度にとどめ、四、五で詳論する。

d　行爲者のメルクマール

大多數の犯罪はすべての人によつて犯されうるが、若干の犯罪は、特定の義務に結びつけられた者に限定されている。公務員、證人、辯護人等。ウェルツェルの學說においても、變遷がみられる。公務員というメルクマールは、公務員の特性の基礎となる事情と共に行爲の記述には屬さず、特殊な義務、すなわち一般市民よりも高められた純粹な法義務のメルクマールである。[24] これは單に客觀的要件が存在するのみでは足りず、[25] 行爲者が義務を基礎づける生活關係、公務の地位を認識していれば、その公的性格を意識しえた筈である。從つて、行爲者に知られている場合にこの義務は生ずる。公務員性の實質的要件は現實的意識たる故意を含む構成要件のメルクマールではなくて、違法性の要素であつて、それが行爲者に知られている場合に法義務が基礎づけられる。法義務を基礎づける生活關係の認識は、構成要件實現ではないが、法義務の成立と違法性の要件である。このように第四版では論じていた。[26] 後には、[27] 行爲者のメルクマールを客觀的構成要件に再び入れた。從つて、現在の立場では法義務發生の要件ではなくて、主觀的構成要件の要素であるという。A・カウフマンは、身分犯の構成要件は〝開かれて〟いて、行爲者メルクマールは違法性の構成部分であるというテーゼを一貫して主張している。[28]

ウェルツェルの舊說によれば法義務、公務員の特性は客觀的に公務員であるといつた事情に依據するのみならず、義務の基礎たる生活關係の認識が存しなければならない。その要件の錯誤は法義務の成立を阻却する。新說によれば法義務の成立は阻却されず、主觀的構成要件の充足を阻却する。公務員がその地位から生ずる公務上の義務を誤認した場合にのみ存する。

e　社會的相當性

表見的には刑法規範に觸れるような人間行爲であつても、その實體が歷史的に形成された社會倫理的な共同社會生活の範圍內において活動し、許容されているもの、例えば近代工業、交通手段の如きにあつては、當該構成要件（例えば停車驛まで乘客を下車せしめないこと、鑛毒事件）に徵表された違法性が同意若くは正當化事由によつて阻却されるのではなくて、それがその行爲の社會的相當性の故に、はじめから構成要件該當性自身を缺くとされた。もつとも、最近の說では、違法性の阻却のみが考えられている。いずれにせよ、裁判官はこの場合においては、正當化事由を追及する前に、行爲が歷史的に生成した社會生活の秩序から生じたか否かを吟味しなければならない。[29] その限りでは、〃開かれた〃構成要件の思想の延長の上にあるといつても過言ではない。

判例、學說はこの問題と對決していないがそれは、社會的相當性の思想自體が否定されていることからもいえよう。[30] しかし、ブッシュはこれに對する錯誤にふれて、一層深く究明することを要すると述べている。

f　不眞正不作爲犯における保障人義務

この問題について私はすでに詳細な研究を發表したことであつた。[31] ここでは、ウェルツェルの說を簡單に述べて、本テーマ追及の布石としたい。

不眞正不作爲犯の解明に當つて、現在では保障人說がドイツ刑法學界で通說的地位を占めている。ウェルツェルの思索で

は、この保障人の地位の體系的立脚點について改說がある。

當初において、[32] ウェルツェルは故意の不眞正不作爲犯の客觀的構成要件實現のためには、構成要件的に記述された結果の回避およびその可能性が必要であると解していた。主觀的構成要件は、發生のおそれある結果の豫見、回避可能性の認識および實現の意思を前提とする。現實的意識又は保障人の地位の認識等も構成要件充足につき存在することは必要とされていなかつた。勿論、行爲者が具體的事例において、彼に結果回避義務を課する保障人の地位を取得した場合にのみ彼の行爲は違法行爲である。保障人の地位の根據たるメルクマールが客觀的に存することのみでは足りず、法的義務の成立については、〃保障人の地位の外部的要件〃の認識を必要とする。

この保障人の地位から生ずる結果回避義務は、純粋な違法要素であり、故意にも、行爲者の認識にも包括されることを要しない。

かくして、不眞正不作爲犯はすべて〃開かれた〃構成要件の典型例であつて、構成要件該當性が確定されても、違法性はいまだ徵表されず、行爲者が保障人の地位を取得したかどうかを積極的に吟味することを要する。

ウェルツェルはこの立場を最近は拋棄して、[33] 開かれた構成要件の中に不作爲犯をあげなくなつた。そして、保障人の地位はその要件とともに、客觀的構成要件に後退し、行爲時の現實的意識としての故意からは區別される保障人の地位の認識は主觀的構成要件に屬するとされるにいたつた。

しかし舊說では、結果回避義務の錯誤は禁止の錯誤として扱われず、法義務とその要件とに區別され、行爲が作爲の構成要件の意味で違法であるためには、行爲者が保障人の地位について明瞭に意識していなければならず、その地位の基礎たる事實は、たとえ現實に意識していなくとも、行爲の際に行爲者に知られていることを要する。從つて、その存否を間違えば、錯誤は構成要件の充足を阻却はしないが、違法性および過失行爲に基づく處罰の可能性を阻却する。禁止の錯誤が存す

るのは、行爲者が保障人の地位の根據たる事情を認識する際に、彼に結果回避義務のあることを知らない場合に限られる。[34]

新說によれば、保障人の要件は故意の中に包括される必要はないが、行爲者は主觀的構成要件が充足されるべきであれば、保障人の地位の要件を認識していなければならない。行爲者が保障人の地位の要件を知らない場合には、過失行爲による處罰の可能性を留保する通常の構成要件の錯誤は存在せず、結果回避義務の要件が缺けているということになる。

他の學說、判例については**七**で詳細に論ずる豫定である。

g　過失犯における客觀的注意義務

人間態度は、目的的な方向づけを奪われた因果的な進行作用（Weiterwirken）の中で、たとえ良い意思でも、非常な注意を拂つても、回避しえない法益侵害を招來することがありうる。從つて、單なる因果的な法益侵害は、いまだそれだけで違法性が認められることにはならない。この意味で過失犯の構成要件は開かれている。ここでは違法性の徵表は行爲者が〝社會生活において法益侵害の回避のために命じられた、目的的方向づけの程度を嚴守しない場合〟[35]、換言すれば、客觀的に命じられた注意を怠れば、そこにはじめて生ずる。この注意義務は違法性の要素であり、裁判官はその侵害を個々の正當化事由を吟味する前に確定する必要がある。違法性の範圍內で究明された客觀的注意の侵害が行爲者につき非難されうるかどうかが責任の問題について殘る。

過失が純粹に違法の問題なのか、それともウェルツェルによつて强力に推進されたように、違法性の範圍で吟味されるべき客觀的注意義務の侵害であるかは、理論上大へん重大な問題であり、我が刑法學界でも、一つの大きな研究テーマとなりつつある。[36] これについても詳細は**七**にゆずる。

以上、ウェルツェルの論述から、本稿のテーマに關する彼自身の言葉を語らせた。次には、判例、および學說が如何なる態度で接しているかを示そう。

4　ドイツ聯邦裁判所判例概觀

ドイツ連邦裁判所判例集において、本テーマと關係ある判例について拾つてみると、〃開かれた〃構成要件を扱つたものは見出しえなかつた。しかし、錯誤論との關係で、法義務のメルクマールについて、ウェルツェルの理論と對決しているものが可成りある。〃强要〃に關して、そこに規定されている〃違法に〃というメルクマールを、法定の構成要件に屬する行爲事情、構成要件のメルクマールを記述せず、一般的犯罪のメルクマールだとする一九五二年三月一八日の判例[37]、ライヒ裁判所第二卷一九四頁の判例以來、一貫して〃客觀的處罰條件〃として考え、學說上〃構成要件のメルクマール〃だとしてビンディング以來、激しく批判されているのに、依然としてライヒ裁判所の判例を堅持する〃適法性〃に關する一九五三年三月三一日と一〇月二日の二判例[38]、〃權限〃を法定の構成要件の行爲事情だとする一九五二年一〇月二八日の判例[39]、不眞正不作爲犯につき、特殊な法義務は構成要件に屬するのであつて、違法性に屬するのではないとする一九五二年七月三日の判例[40]をあげることができる。

〃適法性〃の問題については、特に、五で客觀的處罰條件か、構成要件のメルクマールかという問題を、ドイツ刑法上の沿革史から解明することにして、ここでは一應措き、右の諸判例の中で、特に、法義務のメルクマールと眞向から對決し、詳細に論難している〃權限〃に關する判例の所說を紹介したいと考える。

事案はジプシーの夫婦の戰時損害賠償事件に關する。兩名はジプシーであるという理由で、一九四四年三月から一九四五年四月迄、各所の强制收容所に抑留された。兩名は一九四七年以來、くり返えし損害回復の請求をなしていた。この際、兩名は意識して、一九四三年三月から一九四五年四月迄、つまり二年以上强制收容所にいたと眞實に反した申告をなした。兩名は同じ趣旨のことを〃ハイルブロン地區損害賠償局〃（öffentlicher Anwalt für die Wiedergutmachung in Heilbronn）た

るH簡易裁判所において、宣誓の上聽聞された。賠償局は一九四七年以來彼等に補助金を認め、一九五〇年に拘留期間損害補償請求を確定した。夫については二五ヵ月分、妻については二四ヵ月分の賠償を認めた。

（地方裁判所は兩名を〝賠償詐欺〟（バーデン・ヴュルテンベルク地方特別立法）と牽連する僞證罪として有罪の宣告をした。）

判決理由の中で〝權限〟について聯邦裁判所の立場が明らかになつている。

「裁判所の權限は法定の構成要件の外に存する客觀的處罰條件ではない。若し、客觀的處罰條件だとするならば、僞證による處罰は權限を包括する行爲者の故意を要求せず、逆に未遂による處罰は、故意に虚僞の宣誓をした者が誤つて權限を認めた場合には、不可能となるからである。……刑事部は學說上主張されている〝宣誓を受ける官署の權限は構成要件の外にある純粹な法義務のメルクマールであり、從つて行爲者によつてなされる權限の誤まつた否認は禁止の錯誤の原則に從つて判斷されるべきであり、誤まつて肯定した場合、この行爲は可罰性のない幻覺犯である〟という見解には從いえない。官署の權限が尋問されたものに宣誓して眞實を語る義務を基礎づけるということはたしかに正しい。しかし、いかなる態度が法的に命じられ、禁じられているかは、特別な正當化事由が存しない限り、個々の刑法の中に記述されているメルクマールから原則として明らかとなる。このメルクマールは刑法五九條の意味で、法定の構成要件に屬する行爲事情であり、それが法的性質のものであろうと、事實的性質のものであろうと、差異はない。ウェルツェルの見解はそれを首尾一貫すれば、竊盜又は横領の場合に法的領域に屬する物の他人性というメルクマールは純粹な、故意には包括されない〝法義務のメルクマール〟とみなすということになる筈である。この結論は認めえず、どこでも主張することはできない。ライヒ裁判所と共に、一五四條の官署の權限は法定の構成要件に屬する行爲事情であるということに固執すべきである。それ故、このメルクマールを間違つて存在するものと考えた行爲者は、一五四條のその他の要件が存在する限り、僞證の未遂により處罰すべきである。〝宣誓をなさしめる官公署の權限に對する行爲者の表象は行爲者が罰せられるべき場合には如何なる性質であるべきか

の問題については……權限ある官署の概念内容を形成する事實を行爲者が認識しているということ以上の何物も必要としない。この要件の下でのみ、權限なき官公署でなされた宣誓に代る保障は一五六條により未遂犯として可罰性がありうる〟とする見解を判例は主張している。[42] 若しこの見解が正しければ、逆に、權限ある官署の前で意欲を以つて虚偽の宣誓に代る保障をなした行爲者は、彼がその事實を知りつつも、官署の權限については納得していなかつた場合でも、一五六條の構成要件を故意に實現したことになろう。しかし、この說には從うことはできない。この說はここで論じたような、事實的・記述的性質ではなく、法律的・評價的性質の構成要件のメルクマールの本質を充分には考慮していない。最後の設例中で、裁判官が一定の方法で評價する事實についての認識は五九條にいわゆる行爲事情の認識ではない。というわけは、行爲の外部的形相が行爲者の内心に完全に反映している場合にのみ故意を論ずることができるとすれば、前例では、法律に準據する評價、メツガーのいわゆる行爲者の素人圈におけるパラレルな評價は故意に屬することになる。……物の他人性に關係する故意は行爲者が事實を知つているということの中にすでに存する――この事實は他人の所有權が法律上明らかになる事實であつて、不當に評價する行爲者の表象によるのではない――という主張は判例、學說とも主張されたことはない」と。[43]

この判例はエンギッシュも支持し、ウェルツェル批判の論據に用いられているが、反對批判もウェルツェルから開かれる。[44] 詳細は後にゆずる。

5　ドイツにおける學說の概觀

以下において、開かれた構成要件と法義務のメルクマールに關する學說のうち、主要なものをあげる。詳細な論爭について、又私の立場については、二以下で扱うこととして、ここでは各論者の根本的な態度の指摘にとどめる。けだし、この章では、後の論述を生かすための資料の蒐集と分類がその主たる目的とされるからである。

學說の大半は、こぞつてウェルツェルの立場に批判的であつて、我が日本の學界と好對照を示しているものと評することが出來よう。

a　ウェルツェルの立場に贊成の說

これは、實務家に多くみられる。

ハルトゥング[45]　〝禁止の錯誤に關する聯邦裁判所の判決〟についての論文の中で〝刑法に固有な、刑法の構成要件を形成するために利用される法概念が行爲者に知られているということは、ライヒ裁判所のいうように反論のしようがない程推定されるのではなくて、行爲者について個々の場合において指摘されねばならない〟という。これは開かれた構成要件の概念と同じ思考方法である。更に又、〝構成要件の中で、刑罰規定により、「違法に」又は「法律に反して」という言葉が用いられているが、この場合は態度の違法性が法定の構成要件のメルクマールに高められているのではない。この言葉の附加は、むしろ、立法者が行爲の禁ぜられていることを吟味する必要性を特に指摘しようとしたものにすぎない〟〝一一三條の國家權力に對する抵抗の場合の如く、職務行爲の適法性が可罰性の要件にされている場合には、これはウェルツェルの指摘するごとく、法律が「違法な」抵抗を刑罰の下に置くということ以外の何物も意味しない。公務員が適法な行爲をしていないのだと誤認して抵抗をした行爲者は、その錯誤が不可避な場合に限り免責し、その他の場合には禁止の錯誤の原則に從つて處罰されるべきである。爭點はかくの如くして容易かつ明瞭に解決される〟という。

ハイツァー[46]　〝國家に對する犯罪における責任概念〟に關する論文の中で、禁止の錯誤について論じ、〝實務上、違法性のみに關係し、構成要件該當性とは關係のないこの錯誤が特別な役割を演ずる特殊領域は、國家權力に對して向けられた種類の可罰行爲により形成される。執行吏に對する抵抗（一一三條）、森林官に對する抵抗（一一七條）、法律、命令に對する不服從（一一〇條）等がこれである。ここでは職務行爲の適法性、法律の有効性は五九條の行爲事情ではなくて、職務の行使又

は法律の概念に内在する特殊性であつて、それを特に強調することを立法者が必要と考えたものである。錯誤で違法性又は有効性を認めなかつた者は、職務行爲への干渉に際して、又不服從への要請に際して、違法性の意識をもたない。このことは、回避可能な不知が責任のないことを認めるために五一條二項、四四條を類推的に適用して、減輕して、加罰することになり、その免責可能な不認識は責任を否定し、從つて無罪に至らしめざるをえないことを意味する〃として、責任說の理論的實益を論ずる。

ヒルシュ[47]　彼の立場は〃虛僞の宣誓に代る保障の未遂はなお可罰性があるか〃という小論の中に表明された。〃通說は「權限ある」という法義務のメルクマールを認めず、構成要件のメルクマールとみた――客觀的處罰條件とみなかつたことは正しい――故に、宣誓に代る保障をなさしめる權限ある官署を誤認した者を未遂として處罰しなければならなくなる〃〃しかし「權限ある」ということは法義務のメルクマールであるから、この種の錯誤にあつては可罰性のない幻覺犯が問題となる〃と。

これは後に、同じ筆者の詳細な研究において、多方面にわたつて吟味された。[48] 同じウェルツェルの弟子のアルミン・カウフマンについては、すでに一言した。後に、兩者をも併せて批判する。

ヤーグッシュ　彼の立場はライプチガー・コンメンタールに見ることができる。ここではしかし、七版と八版で評價の言葉を異にする點に注意しなければならない。

すなわち七版[49]でヤーグッシュは官廳の權限につき責任を阻却する構成要件のメルクマールに屬するとしつつも、〃（それを）構成要件の「前提」とするメッガー、特に責任阻却の「法義務のメルクマール」とするウェルツェルの展開は、非常に敎えるところが多く、興味がある〃という。[50] 八版では[51]〃（ウェルツェルのように）禁止の錯誤を事實的な領域に押し進めることは疑問の餘地なしとしない〃という。

マウラッハ　彼において注目すべきは、開かれた構成要件を認めつつも、法義務のメルクマールについてはこれをすべて否定していて、[52] 或る場合には客觀的處罰條件（適法性）、構成要件のメルクマール（權限）を認める。

開かれた構成要件についてはウェルツェルに從いつつも、より詳細な論議がなされている。

b　ウェルツェルの立場に反對の說

すでに述べたように、開かれた構成要件と法義務のメルクマールという概念は、必ずしも目的的行爲論の論理的歸結ではない。それが證據には、次の如く、目的的行爲論者として自他ともに許す人々といえども、ウェルツェルの右の概念にはきびしい批判を向けているからである。

ブルンス[53]　彼については、すでに若干ふれた。その發言はまず、ウェルツェルの教科書第三版についての書評の中に見られたが、より包括的な批判は、不能犯の論文中で行爲者のメルクマールについて併せ論じられている。ブルンスは右の試み（ウェルツェルとカウフマンの論述を對象とする）を〝聰明な方法〟としつつも〝危險なやり方〟であると批判する。〝いわゆる法義務のメルクマールは原則としてその他の構成要件から全然區別されていない。すべての構成要件は、行爲者の法的義務を決定し、限定することによって、同時に法義務のメルクマールでもある。特別な何物かの附加によって違法な態度を詳細に記述するところでは、法義務のメルクマールは同時に構成要件のメルクマールでもある。構成要件とは關係なく、法義務のメルクマールを認めることには……何等の餘地もない。その區別につき何等有用な基準はなく、ウェルツェルもこれをしていない。……公務員の特性は、法義務のメルクマールであり、同時に構成要件のメルクマールである。〟〝客觀的處罰條件と五九條の行爲事情と並んで、なお何等かの性質のある第三のカテゴリーのメルクマールをとり出し、それを禁止の錯誤の原則によって扱うという傾向を行爲者の特性について貫徹してほしくないものである〟と。

ブッシュ[54]　〝（公務執行の適法性につき）禁止の錯誤の原則の適用を考えて――何故ならここでは構成要件のメルクマール

ではなくて、單なる違法性の要素である特殊な法義務のメルクマールが問題であるから――責任のない錯誤の場合にのみ行爲者を處罰しないというロバート・フォン・ヒッペルと同じ結論に達した。しかし、この理由づけは贊成できない。適法性、有効性というメルクマールは、不法を基礎づける機能に關しては他の行爲メルクマールからは明瞭に區別されない〃という。

ガラス[55]　ウェルツェルのあげる法義務のメルクマールにつき、これらは〃刑罰を基礎づける諸要素であるから、これらの要素は若し構成要件に屬さないとすれば、犯罪構成の他の箇所にみずからの場所を發見せざるを得ない。ウェルツェルは、それらを構成要件と並んで行爲の犯罪性を決定する特別の違法要素と考えることにより、それらに對して、上述したような場所を提供している。〃だがこの理論はガラスの主張と對立する。その理由は、〃構成要件を犯罪種自體を構成する要素の總體であるとするならば、構成要件のほかに不法を基礎づける要素を考慮する餘地はまったくなく、違法性に對する問題は、むしろ、ただ消極的な意味において提起されるにすぎない。〃と。

V・ウェーバー[56]　V・ウェーバーのこの問題に對する發言は、包攝の錯誤に關する論文の中に見られるが、その出發點はドイツ法月刊誌に發表された判例批評[57]にすでに見られる。判示事實は宣誓に代る保障についてであるが、ニーゼがこの場合、官署の權限を客觀的處罰條件と考えたのに對し[58]、問題は故意の內容を考えなければならないという。〃通常、行爲者は宣誓に代る保障をなさしめる官署の權限につき何等考えないものである。從つて、彼がいかなる官署の前に立ち、いかなる手續の中で保障をなしたかを知つていることで（故意にとつては）充分である。權限を考え併せることは〃權限ある官署〃という構成要件のメルクマールに從屬せしめる。これに對するなんらかの錯誤は、包攝の錯誤の形をとつた禁止の錯誤である、とした。この立場がパラフレーズされたものとしてその後に註56の文獻が發表された。

本來、目的的行爲論に對し批判者として立論して來た人々が、この問題についても、はげしくウェルツェルの理論を攻擊

している。この問題については、實に多くの學者が反論しているので、これを個々的にあげることは煩瑣であるから、簡單に摘示してみよう。

簡單な發言をしている者としては、バウマン[59]、アルトゥール・カウフマン[60]、シュミット[61]がある。問題を細かく分析している者としては、ベンマン[62]、エンギッシュ[63]、ランゲ[64]、ラング＝ヒンリクセン[65]、メッガー[66]、ノバコウスキー[67]、ザックス[68]、シュレーダー[69]、シュワイッケルト[70]の名をあげることができる（詳細は註記してある）。

反論の趣旨は、すでに述べたそれに類似するが、〝全く恣意的であり、法律に反する〟とか、〝何等內的理由がない〟とか〝個々の構成要件のメルクマールを、その不法を決定する性格の故に解消することは、構成要件を恣意的に分解する〟とか〝結果から立論するようなものだ〟と散々な悪評をしている。

これを要するに、ウェルツェルの新しい理論は、ドイツ刑法學界では總スカンの態であるといつてもよかろう。

6　日本における學說の概觀

これに對して、我が日本刑法學界では、これが比較的好意的に受けとられている。特に、開かれた構成要件の理論が法義務のメルクマールから切り離して受け入れられることを注目しなければならない。しかも、ウェルツェルでは兩者の關係は不可分とされていた筈である。それは、錯誤に關する規定が、ドイツ刑法五九條の如き體裁をとつていないことによるのであろう。

團藤教授は〝構成要件の違法推定機能〟を說かれるに當たつて[71]、住居侵入、逮捕監禁罪を例にひかれ、とくに「故なく」「不法に」などの要素をあげて、これらは外見上同種の行爲が社會生活上正常に行われることがありえ、違法な場合に限つて、犯罪類型を認める趣旨を明らかにしたものであり、特にそのような修飾語のない構成要件中にも、同性質のものがあり

うるとして、ウェルツェルの開かれた構成要件を引用されている。ここでは、これら構成要件につき、違法性の存否を併せて考えなければ、構成要件該當の有無を論定することはできないのであり、不眞正不作爲犯についても、あらゆる人に作爲義務を認めるのではなくて、まず行爲が違法であるか否かを吟味した上で、しかも、違法性が當該構成要件の豫想する程度に達していてはじめて、構成要件該當性を肯定するという考えでおられる。[72] これはウェルツェルの舊說に近い。

大塚教授の刑法總論にもこのテーマにつき言及があるが、單なる紹介に終っている。[73]

井上教授は〝過失犯の構造〟の中でほぼ同じ趣旨の發言をされ、「開かれた定型」[74]とよんでおられる。

開かれた構成要件と法義務のメルクマールの關係につき、詳論されたのは中助教授をもってはじめとするが、そこでは、ウェルツェルの最近の立場の素描に終っている。[75]

藤木助教授はウェルツェルの說に示唆をうけつつ、社會相當性の理論に應用されている。すなわち、〝行爲の社會的相當性が、單に違法性阻却事由たるに止まらず、その構成要件該當性を、元來、問題とするに足りない場合があると信ずる〟といわれる。これも又、ウェルツェルの舊說に立脚されている。[76]

7　私　見

しかし、ここで開かれた構成要件の理論を強力に推進する態度は全く正しいと評さないわけにはゆかない。ここに反省する點といえば、はたして開かれた構成要件というものを認めて、なんらかの實益があるか、構成要件論の展開といかなる關係をもつか、一體開かれた構成要件などはあるのか、觀點を變えてみれば、あらゆる構成要件は開かれているのではないか等につき充分の考慮を加えなければならない。

しかし、私自身は、このウェルツェルの新しい概念が實り多いものを約束しているという確信をもつているのであり、

今、それについての包括的な研究をする所以も又ここに存する。

法義務のメルクマールという考え方に對しては、實旨法を異にする彼我の關心の濃淡にはそれ相應な理由がある。私は、この問題が立法論の形でも亦實益があると考える。しかしこの理論は解釋論としても寄與を約束する。それというのも、現行刑法上、公務執行妨害につき〝適法な〟という文言はなくとも、〝適法性〟は學說上認められている。しかし、その理由づけははなはだ不明確である。法義務のメルクマールという概念を採用の餘地は多分にある。

ところで、今般發表された刑法改正準備草案の一九條に、〝犯すときその重い事情を知らなかったものは〟とある。この事情とは〝重い罪となるべき〟事實、すなわち構成要件に屬する事實をいうのである。現行法の〝罪本重カルヘクシテ犯ストキコレヲ知ラサル者ハ〟の規定も同趣旨ではあったが、構成要件の文言はドイツ刑法五九條の規定に近くなった。

從って、この〝行爲事情〟の性質についても、やがては論爭が期待されよう。

ここに〝法義務のメルクマール〟の所屬場所を究明する實益はあるといわねばならない。

開かれた構成要件の理論の實益についてはすでにふれた。

次章では、ウェルツェルの構成要件の變遷を、特に錯誤論との關係で追及し、これによって、開かれた構成要件の實體解明の第一歩としたい。法義務のメルクマールについては、〝開かれた〟構成要件に對する考察を終えてから、詳細に批判を加えたい。

(1) Enneccerus-Kipp-Wolf; Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band. Allg. Teil, neubearbeitet von Hans Carl Nipperdey 1960.

(2) a. a. O. §82. I. S .471f. (1. Halbband)

(3) a. a. O. §136. S. 858f. (2. Halbband)

(4) Welzel; Deutsches Strafrecht 3. Aufl. 1949. S. 34f. 6. Aufl. 46f.

(5) Engisch; Einführung in das juristische Denken. 2. Aufl. 1959. S. 33f.
(6) Rittler; Lehrbuch des Osterreichischen Strafrechts 2. Aufl. S. 63.
(7) Bemmann; Zur Frage der objektiven bedingungen der Strafbarkeit. S. 12. Welzel; a. a. O. 6. Aufl. S. 46.
(8) 下村・前掲書五二頁以下、特に六六頁以下参照。
(9) Welzel; Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht usw. in ZStW. 67. Bd. 1955. bes. S. 225f.
(10) Entscheidungen des BGH. Bd. 2. S. 195f.
(11) この判例の考え方はウェルツェルの開かれた構成要件に非常に類似している。Roxin; Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale. S. 18.
(12) Welzel; Anmerkung zum Beschluß des Großen Senats des BGH. vom 18. 3. 1952. zur Frage des Verbotsirrtums, in JZ. 1952. S. 343.
(13) これと類似したものとしては、構造において等しい恐喝の構成要件（二五三條）、更には、選擧妨害、選擧干渉に關する一〇八條の規定がある。この規定は、二四〇條Ⅱ、二五三條Ⅱの如き〝違法性の原則〟を有しないが、ウェルツェルは教科書第六版四〇〇頁で、右に妥當する原則を類推適用しようとしている。
(14) Engisch; Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, in Mezger-Festschrift S. 158 の批判を充分意識した反論の言葉である。註9の論文、二二六頁にある。
(15) Welzel; a. a. O. S. 224.
(16) 本稿四九、五〇頁。
(17) a. a. O. S. 227.
(18) 序説、註16参照。
(19) 序説、註17の中の最初の論文の一三四頁。
(20) 註18の論文二〇頁。
(21) 註19の論文一三四頁。
(22) Entscheidungen des BGH. Bd. 3. 253f.
(23) 註12の文献、特に一一九頁以下。

(24) JZ. 1952. 208f. Lehrbuch, 4. Aufl. 396.
(25)(26) Lehrbuch, 4. Aufl. S. 422.
(27) Lehrbuch, 5. Aufl. S. 442. 6. Aufl. S. 463.
(28) A. Kaufmann; Lebendiges und Totes usw. S. 159. Amm. 227. かくして、構成要件を充足するには行爲者のメルクマールの存在は必要ではない。違法性を基礎づけるにはそれが客觀的に存在することで充分である。自己の義務的地位（公務員、後見人）の意識、又はそれの基礎たる生活關係の認識さえも故意については重要ではない。
(29) 註12の文献三四三頁、Deutsches Strafrecht 3. Aufl. 36f. 6. Aufl. S. 73f. この兩者を比べれば改説が明らかとなろう。
(30) Maurach; Deutsches Strafrecht. 2. Aufl. 1958. S. 228f. ははつきりと拒否の態度をうち出している。
(31) 序説、註32
(32) Welzel; Deutsches Strafrecht. 4. Aufl. S. 420ff. に重要な説明（犯罪論構成の圖式）がある。
(33) これに對して、6. Aufl. S. 458ff. が改説後の立場を鮮明にしている。
(34) 誤つて、保障人の地位の要件があるものと認めた場合、どうなるかについてウェルツェルは何も發言しない。行爲事情を間違つて表象することが未遂の根據となるという彼の立場及び不行爲の未遂を論ずる場合に何も表明しないこと等を綜合して、幻覺犯による不可罰となると推論することが許されよう。
(35) Welzel; a. a. O. 6. Aufl. S. 114. ウェルツェルの過失論批判については法學研究三三卷七號五七頁以下のノバコウスキー論文紹介を參照のこと。
(36) 井上教授により立派な成果が發表された。その萌芽は故不破博士にある。又、藤木助教授のこの分野での寄與も特記しなければなるまい。藤木英雄「過失犯の考察」法學協會雜誌七四卷一號二號。
(37) Entscheidungen des BGH. Bd. 2. S. 194.
(38) BGH. Bd. 4. S. 161ff. bes. 163.
(39) BGH. Bd. 5. S. 245ff. bes. 251f.
(40) BGH. Bd. 3. S. 248ff. bes. S. 253.
(41) BGH. Bd. 3. S. 82ff. bes. S. 89f.
(42) BGH. Bd. 1. S. 13.

(43) Engisch; a. a. O. S. 158.

(44) 註40に對する判例批評 JZ. 1953. bes. S. 119ff.

(45) Hartung; Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Frage des Verbotsirrtums, in NJW. 1952. S. 761–765.

(46) Heitzer; Der Schuldbegrif bei Delikten gegen den Staat, in NJW. 1952. 729–730.

(47) Hirsch; Ist die versuchte falsche eidesstattliche Versicherung noch strafbar? in JZ. 1955. S. 234–235.

(48) Ders.; Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. 1960.

(49) Jagusch; Leipziger Kommentar zum StGB. 7. Aufl. S. 194.

(50) 若し立法者が、外部的構成要件該當行爲を官署に權限なき場合には刑法上重要でないと宣明すれば、獨特な性質をもつた法政策的限界づけ機能を持たせることになる、という。

(51) L.K. 8. Aufl. S. 221.

(52) Maurach; Deutsches Strafrecht. Allg. Teil 2. Aufl. (1958) S. 383ff. Besonder Teil 3. Aufl. 1960. S. 553. S. 602 etc.

(53) Bruns; Besprechung der 3. Aufl. von Welzel, in JZ. 1954. S. 713–715. Ders.; Der untaugliche Täter im Strafrecht. 1955. bes. S. 32f.

(54) Busch; Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, in Mezger-Festschrift 1954. S. 165–181. bes. S. 174ff.

(55) Gallas; Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen 1955. bes. S. 24ff. 序說註4所載の邦譯三八・九頁。

(56) 序說、註6、19參照、「構成要件のメルクマールから區別された〝法義務のメルクマール〟というためにする構成は餘計なものである」GA. 1953. S. 164. これが刑法改正資料で更にはつきりと主張されている。同所二七九頁を參照。

(57) MDR. 1950. S. 119f.

(58) Niese; Wahnverbrechen oder untauglicher Versuch bei falschen eidesstattlichen Versicherungen vor unzuständigen Behörden, in NJW. 1949. S. 812ff. 本論文の中でニーゼは、戰後の混亂、特に戰火により司法制度等が灰燼に歸した結果、あらゆる社會的な制約がルーズになり、この種の犯罪が激增したことを說明し、〝權限〟の性質につき判例でも、又フランクの學說等でもこれら構成要件の要素を處罰條件としてきたことを强調する。そして、學說上、職務行爲の違法性が構成要件のメルクマールか客觀的處罰條件であるかにつき爭があるとしつつも、自己の立場は〝實質的不法內容にとつて本質的でないこのような要素は、處罰條件と解さ

れるべきである〃と明言する。その理由は〃僞證罪の不法內容をなすものは、官廳の前で不眞實を、おごそかに宣誓して、語ることにその本質がある。證言と宣誓との間の關係は、僞誓者の犯罪的意思が及ぶ本來の對象である。宣誓が嚴格な形式をとり儀式的な方法で訴訟の中で課せられているということは、權限の問題が宣誓者にとつて何等の役割をはたさない程自明なことである。このような、眞實を求める司法の重大な留保に對する法的保護は、一九二七年草案のなしたように、純粹客觀的にその本來の權限領域に限定されるべきである〃と。(八一四頁)

(59) J. Baumann; Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht? in AZP. Bd. 155. 1956. Heft 6. S. 495ff. bes. S. 507. 〃同意〃という構成要件のメルクマールをあげ、〃誘拐の場合の同意についての錯誤は行爲事情の錯誤であり、故意を阻却する。消極的行爲事情のメルクマールである同意を誤まつて認めることは、事態の錯誤(Sachverhaltsirrtum)がある場合に限つて故意を阻却する。從つてここでは法律の文言に非常に多くの意義が歸せられる。〃次に、正當化事由が構成要件に明示されているかどうかの問題に言及し、「二一二條の構成要件が〃正當防衛を行うのではなくて人を殺した者は罪となる〃となつていれば、正當防衛に對する錯誤は正當防衛權の範圍についてであろうと、事實上の事情についてであろうと、故意を阻却する行爲事情の錯誤である筈である。あらゆる場合に事實を法定化すること(Tatbestandsfassung)從つて正當化事由を取り入れることは重要でないという點を指摘しようとする試みは成功したものということは出來ない」としてウェルツェルの說を批判している。

(60) Arthur Kaufmann; Tatbestand, Rechtfertigungsgründe, Irrtum, in JZ. 1956 Nr. 12. S. 353-358. bes. S. 356. 〃禁止の素材が成文の法のメルクマールによつてか、又は不文の法のメルクマールによつて形成されているかどうかは意味がない(〃法定の構成要件〃とは形式的な意味での法的ということではない)。これは一つのメルクマールの性質を構成要件のメルクマールとすることについて、それが或る犯罪の不法內容を一般的に記述するか或はそれを詳細に區別するかという問題はどうでもよい〃として、ウェルツェルの〃特殊な違法性のメルクマール〃の理論からは身を遠ざけるという。

(61) Schmidt; Besprechung des Werkes von Maurach. Deutsches Strafrecht 1. Aufl. Allg. Teil in JZ. 1956 S. 188-190. bes. 189. 〃ウェルツェルの法義務のメルクマールという考え方に對するマウラッハの疑問に私も同意する〃と。

(62) 註7の文獻、これには實に詳細な論述があり、四、五、を論ずるについて大いに利用しうる內容をもつ。ベンマンは、構成要件が類型化された不法を示すものであり、構成要件のメルクマールは不法のメルクマールであるという基本的立場から、前者の態度を類型的な不法として性格づけるすべてのメルクマールを構成要件に屬するものとする。ウェルツェルは〃法義務のメルクマール、或る種の要素は行爲の不法に影響があつても構成要件には屬さない、何故ならそれらは實質的對象的に行爲又は行爲客體を記述せず、行爲者に禁ぜられ

た行爲をやめる義務のみを示している〃とするが、このような純粋な法義務のメルクマールは存在しない。何故なら、行爲者がやめる義務を負う行爲は禁じられた行爲であらねばならず、行爲が禁じられた行為となるには、いわゆる法義務のメルクマールが他の行爲事情に加わることによってはじめて可能である、という（一六頁、個々のメルクマールについては三二頁以下、特に適法性について）。

（63）註14參照。

（64）Kohlrausch-Lange; Strafgesetzbuch. 42. Aufl. S. 229. 個々の構成要件が違法性についての一般的指示を有する限り、自己の行爲を錯誤により適法なりと評價することは、單なる禁止の錯誤であつて、構成要件の中にその旨規定していることで故意を阻却することにはならない。……權限、有効性、適法性の如き法的に性格づけられた個々的なメルクマールを構成要件からとり出し、一般的な違法判斷にあて、それによつて、これに對する錯誤は故意と關係しないとすることは出來ない。……このようなことは、構成要件の意義、選擇機能、法治國的な保護機能と相容れない。自己の權限又は他人の權限に對する錯誤は、或る場合には構成要件の錯誤であり、又或る場合には禁止の錯誤である、と。このランゲの見解は Ders.; Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, in JZ. 1953. S. 9–15. Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, in JZ. 1956. S. 74–79. に見られる。

（65）Lang-Hinrichsen; Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, in JR. 1952. 184–192. Ders.; Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, in JR. 1952 S. 302–307. 356–358. Ders.; Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in JZ. 1953. S. 362–367.

（66）Mezger; Strafrecht. Studienbuch. Allg. Teil. 8. Aufl. S. 178ff. bes. 184. Besonder Teil 6. Aufl. S. 245, S. 245f. これは、ライプチガー・コンメンタール八版四七七頁でもこれを批判し、ウェルツェルの試みは内的理由なく、法義務のメルクマールは五九條のいわゆる規範的行爲事情である、という。

（67）Nowakowski; Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, in JZ. 1958. S. 335ff. S. 388ff. 法學研究三三卷七號八〇頁參照。

（68）Sax; Der Verbotsirrtum als strafrechtsdogmatisches Problem, in Annales Universitas Saraviensis 1955. S. 415ff. bes. S. 421f. ウェルツェルが構成要件の機能を外部的な行爲の出來事に限定する場合、彼は〃沒價値的故意〃についてのテーゼを體系的に首尾一貫してカバーしうるようにみえるが、同時に、不法類型としての內容をもつ構成要件を危險に陷れる。……若し構成要件のすべてのメルクマールが當該行爲の禁止されていること（Verbotensein）を決定し、記述するならば、構成要件と禁止を一貫して分離する可能性はなくなる〃という。

(69) Schönke-Schröder; Strafgesetzbuch. 9. Aufl. 1959. S. 343. 〃沒價値的、實質的不法判斷から解放された構成要件の立場を主張すると如何なる構成に逃げ場を求めねばならないかを示すのは、ウェルツェルにより展開された構成要件の法義務のメルクマールの理論である。この試みの背後には、構成要件の錯誤と禁止の錯誤の間の區別を實用化しようとする希望がある。〃と。シュレーダーの立場は Ders.; Die Irrtumsrechtsprechung des BGH. in ZStW. 65. Bd. 1953. S. 178-209. にある。非常に教えられるところ多く、以下で詳細に對決したい。

(70) Schweickert; Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling. 1957. bes. S. 117f. ウェルツェルの構成要件論の變遷をたくみに說明しつつ、法義務のメルクマールの理論を批判している。

(71) 團藤重光・刑法綱要一四〇頁以下。

(72) 團藤・前揭書九九頁以下。

(73) 大塚仁・刑法總論第二分册・一八八頁。

(74) 井上正治〃過失犯の構造〃〃故意犯に於てはいかに重要な結果を意圖しようが、そして又その意圖どおりに結果を惹き起そうが、定型からはずれた行爲は法的評價の對象とならない。一方、過失犯では、結果を惹起した行爲が、相當な原因とみられさえすれば、注意義務を侵害したことになる。だから、過失犯においては、かりに課せられた枠組があるにしても甚だ弱い。むしろ「開かれた」定型とでもよんでおく方がぴったりしよう〃と。

(75) 中義勝・ウェルツェルの構成要件論・法學論集七卷三號一五頁以下、四號二六頁以下、特に同號三四頁以下五五頁以下參照。

(76) 藤木英雄・社會的相當行爲理論の勞働刑法への適用について・警察研究三一卷一號二五頁以下、特に三三頁以下參照。

(一九六〇・一〇・二〇)