

Title	開かれた構成要件と法義務のメルクマール (三)
Sub Title	Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale (3)
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.11 (1961. 11) ,p.34- 84
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19611115-0034">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19611115-0034</a>

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 (三)

宮澤浩一

## 序説

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観

……以上本誌三三卷一號

二 ウェルツェルにおける構成要件概念の變遷

……以上前號

三 構成要件の諸機能と開かれた構成要件

1 最近の構成要件論について

2 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

1 序説

2 規範的構成要件のメルクマール(規範的

行爲事情)との區別

3 主觀的(違法)構成要件要素との區別

4 心情(情操)のメルクマールとの區別

……以上本號

六 立法の問題としての法義務のメルクマール

……以下次號

七 日本法における適用

むすび

## 三 構成要件の諸機能と開かれた構成要件

### 1 最近の構成要件論について

構成要件と違法性との關係につき、これまでの論述によつて、ほぼ論すべきものはつくしたと考える。本項では、構成要件の中、特に「開かれた」構成要件につき、それが構成要件の諸機能といかにからみ合うか、ならんかの不都合は生じないかを究明したいと考える。それと併せて、「開かれた」構成要件なる概念は、ウェルツェルの主張する多くの體系上の諸歸結と調和するかどうかの點にもふれてみたい。

論議は、しかし、まず構成要件に關する學說を若干整理することから始めなければならぬ。なぜなら、刑法上の構成要件は實に複雑な形姿をもち、これに關する構成要件論自體も、錯綜した様相を呈しているからである。本項では、その主題の性質からして、構成要件の機能を如何に範疇づけるかという視點から、問題の整理に當つてみたい。

およそ法律上の概念構成を心掛ける者は、抽象的・普遍的な概念を用い、この概念を論理的に體系化することからまず始める<sup>(1)</sup>。しかし、存在の多様性を正しくとらえるためにはこのような抽象的概念、概念の論理的體系化ではこと足りない結果として、**類型**という思考形式が用いられる。多くの學問は、その意味こそ異なれ、このような**類型**思考形式を好むと好まざるとに拘らず用いるに至つた。ハンス・J・ポルフ<sup>(2)</sup>によれば、法學では少くとも四種類の異なつた類型の適用が見られる、という。(1)一般國家學、歴史法學、比較法學の類型、(2)一般法學上の、狹義における法律的類型、(3)刑法上の類型、(4)税法上の類型がこれである。ラレンツはこれに加えて、體系化に役立ち、狹義における法科學的類型を認めようとし、その「法學方法論」は一般法學的法律的類型的研究<sup>(3)</sup>がその主題であるが、ここではこれ以上立ち入らない。エンギッシュも、「法および法學における具體化の理念」という著書の中で類型の問題を論じていることを併せて指摘しておく<sup>(4)</sup>。

ポルフの指摘をまつまでもなく、刑法上の構成要件は抽象的、概念的な思考形相として、刑法的評價の出發點を形成するのである。實に現代の法治國の刑法は、構成要件に關係づけられた刑法であつて、構成要件こそは一方で國家の刑罰權の限界づけをなし(保障機能)、他方では犯罪の基礎をなす(基礎づけ機能 Fundamentalfunktion)<sup>(5)</sup>。このような構成要件の有する

使命は、起りうべき不法に對して最上限及び最下限を畫する機能<sup>(6)</sup>を有するのである。それというのも、およそ發生する可能性のある不法の態様は無限であるが、これに對處する構成要件は有限の能力しか持ち合わせない立法者の意思にかかり、しかもその數は有限である。したがつて立法者は構成要件という形をとつて、特に類型的な、危険な違法行爲をふるいわけするといふ意圖の下に、指導形相、類型的な發現形體の中に、これらの行爲を輪廓づけようと試みるのである。

このようにして行われた輪廓と刑罰とが結びつけられ、このようにして構成された違法行爲は、構成要件に該當する、可罰的な不法となるのである。ただ、このような輪廓づけ、視點の強調は、すべて類型化といふものがもつ宿命の通り、必然的に圖式化し、現象に對する素描にすぎないのである。<sup>(7)</sup>

ともあれ、構成要件を實現するということが、犯罪構造における一つの獨立した機能であることは間違いないところである。かくして、裁判官はその包攝活動に際して、違法性の問題を吟味する前に、まず構成要件該當性を確定しなければならぬといふことが要請せられるのである。<sup>(8)</sup>

ただ問題は、個々の場合に當つて、構成要件該當性と違法性の間に嚴格な區別をひくことは大へん困難な問題であり、これは特に規範的構成要件のメルクマールについていえることである。ここにおいては、その解釋に當つてまず違法性吟味といふ問題に態度決定をする必要が出てくるのである。

規範的構成要件のメルクマールについては、後に項を改めて検討しなければならないが、このことの中に、立法者は裁判官に對し價値判斷をその使命として與え、立法者自身が企てることができず、又企てようとはしなかつた彼自身の評價の一部を、個別事件につき各自がこれをなすといふ課題を裁判官に與えたのである。近來、この種の規範的構成要件のメルクマールの數は著しく増加しているが、このことは、拘束力のある前提的評價に對して、立法者の能力に懷疑が向けられていることの表明であらう。<sup>(9)</sup>

エンギッシェはこの規範的構成要件のメルクマールとウエルツェルの特殊な違法性のメルクマールとが同じ性質をもつものであることを示唆していることをここで一應指摘しておく。

すでに述べた如く、構成要件理論は、非常に多様な論述がこれに捧げられている。ただ、最近では構成要件を論ずるに當つて、これを諸々の機能との關係において區別して論ずる注目すべき傾向が現われはじめた。そこで、これらを検討してみた。

まず、第一に検討すべきはD・ラング<sup>(10)</sup>とヒンリクセンの論述である。彼は全體構成要件と保障構成要件に區別し、前者は違法性の存在根據を形成するメルクマールの全體であつて、不文の構成要件補充のメルクマール（不真正不作爲犯の）作爲義務のメルクマール、消極的構成要件のメルクマールをもこれに包括する。後者は全體的構成要件の一部にすぎず、罪刑法定主義が妥當するメルクマールを包括する。<sup>(12)</sup>

メツガーは構成要件を三つに分けて、(1)一般法理論の構成要件（これは一定の法律効果がその存在に結びつけられているすべての要件の全體であり、刑法では客觀的處罰條件もこれに屬する）、(2)行爲・構成要件（違法性と責任を區別しない。主觀的構成要件要素と規範的構成要件要素はこれに包括されるが、客觀的處罰條件は排除せられる）、(3)刑法五九條の不法構成要件（不法を類型化したものであつて行爲者の責任が關聯をもつような構成要件の部分をいう）とする。<sup>(13)</sup>

エンギッシェはこれらの議論をまとめて次の如き五つの構成要件を區別する。

- (1)法理論の意味での構成要件。（これは「法律効果」に關する相關概念であり、特に刑法上は「刑罰威嚇」についての相關概念である。單なる刑罰訴追條件を除き刑罰威嚇の實質的要件の總體である。）
- (2)犯罪構成要件。（刑罰を加重する効果、主觀的構成要件を形成する責任のメルクマール等もこれに屬す。）
- (3)（それよりも狭い）保障構成要件。（罪刑法定主義の原則により、實定法による固定化を必要とするものであつて、慣習法からも、また類推によつても得られない犯罪のメルクマールを包括するもの。正當化事由としての超法律的緊急避難

は消極的メルクマールとして犯罪構成要件には屬するが、保障構成要件のメルクマールではない。) (4) 不法構成要件。(犯罪の實質的不法内容を包括し、この形で違法性の存在根拠をなす犯罪のメルクマールの總體がこれである。不法構成要件のメルクマールがすべて具體的に存在すれば違法性判断が基礎づけられ、責任の問題への道が開かれる。責任判断の一部は快樂の意圖といった主觀的要素における違法性判断の如くこれらの要素にも基礎が置かれるが、責任のメルクマール自體は不法構成要件には屬さない。) (5) (不法構成要件から區別するものとして五九條の) 『法律上の構成要件』。(これはベーリングのいわゆる『指導形相』である。これは、構成要件の故意、構成要件の過失が論じられるとき、故意および過失が關聯しなければならぬ不法構成要件の部分<sup>(14)</sup>をいう。)

我々の主題は、構成要件の機能をまず確定しておくことであつた。構成要件論が、右のように整理されたところで、それぞれに割り當てられるべき機能は一體何であらうか。

エンギッシュの區別に應じて考えてみれば、(1)と(2)の構成要件は體系構成上の機能をもつ。(3)は保障機能がこれに歸屬することは明らかである。(4)は違法性徵表機能がこれに當てられ、(5)には錯誤規制機能が對應するであらう。

構成要件の右の各機能と開かれた構成要件の理論がいかに調和するか、これが次なるテーマである。

## 2 構成要件の諸機能と開かれた構成要件

構成要件はその中に法秩序を視點とする判断が累積しているものであつて、人間行爲を刑法上評價するための不可缺の基礎であり、禁ぜられた態度を特色づけるために用いられ、立法者によつて創造された法治國に不可缺な道具である。<sup>(15)</sup>

行爲および行爲者に對する法律上の判断を處罰のための唯一の基礎とすることによつて、構成要件は法治國の法的安定性の要求を充たすのであり、實に法治國の理想はここに存する。すなわち、價值判断を構成要件中に類型化することの中に、明白な効果としての法的評價を記述的要件に結びつけることにある。

この點からすれば構成要件はまず第一に保障構成要件でなければならぬ。この構成要件の機能は、犯罪者に對して、一定の個人的利益を保障することの中にある。つまり、法律が規定している場合に、その規定した限りでのみ行為者が罰せられるという點にある。<sup>(16)</sup>これを標語的に「犯人のマグナ・カルタ」とする所以である。<sup>(17)</sup>

開かれた構成要件は保障機能を有するか。これは疑いもなく肯定される問題である。なぜなら、開かれた構成要件といえども行為者に對する刑罰豫告、行為者の側からすれば豫測可能性をもちうるだけの内容は備わつていとみてよい。事實、ウエルツェルが特にこの點について慎重な考慮を拂つてきたことは、すでに指摘したところである。<sup>(18)</sup>

ここで検討しておくことは、開かれた構成要件なる概念が、ウエルツェルの構成要件概念と一致するか否かという點、および、構成要件は禁止の素材であるという定義と矛盾しないかどうかという二點である。いずれも、構成要件の保障機能と關聯づけて考察する。

ウエルツェルによれば、構成要件とは法的に重要でない一連の行為に對して、法的に重要で、適法、違法を問わず、刑法的評價に服する行為をとり出すことがその使命であるとされる。<sup>(19)</sup>これは、構成要件該當性が存在すれば、すでに行爲に對する第一の實質的、刑法的重要性が確定され、それらが社會生活の秩序から重大な程度にはずれると<sup>(20)</sup>いう推定と等しい。

この構成要件の概念は、違法性を自からは徴表せず、法的に重要でない行為を記述する性質の開かれた構成要件の理論とは明らかに矛盾する、とロクシン<sup>(21)</sup>は批判する。

この批判は當つているのであるか。ウエルツェルの開かれた構成要件は、なるほどそれ自體いまだ違法性を徴表せず、裁判官による積極的な違法性判断を待つていものであるにせよ、決して「法的に重要でない出來事を記述する性質」のものではない。これは重大な誤解である。<sup>(22)</sup>したがつて、このような間違つた前提に立つ批判は、説得力がない。

ここで裁判官による積極的な評價という問題についても見ておこう。<sup>(23)</sup>

閉じられた構成要件では、裁判官は構成要件該當性を肯定した後は、違法性を吟味するに當たつて『正當化事由なし』と  
いうことだけ確定すればよい。ところが、開かれた構成要件にあつては積極的な判断によつて違法性が究明されなければ  
ならない。

このような消極的方法に對して積極的方法を對置することでもつて、開かれた構成要件を閉じられた構成要件から確固と  
した限界づけを伴つて特色づけることはできるであらうか。

すでに見たように、ウェルツェルのいわゆる法義務のメルクマールの一連のものは、消極的性格をもっている。例えば、  
『資格なく (unbefugt)』、『明示の授權なく (ohne ausdrückliche Ermächtigung)』<sup>(24)</sup> 等。ここにおいては、構成要件の充足あ  
る場合に、裁判官は『行爲は資格なく行われた』等を確定してはじめて、違法性が肯定される。この點で疑義があるのは、  
緊急避難の場合に『現在の違法な攻撃はなかつた』という確定といかに區別されるのかという問題である。

ロクシンの批判は「違法性は……資格の欠缺 (—) を指摘することによつて、積極的に (—) 究明されねばならない」と<sup>(25)</sup>  
いうウェルツェルの表現を問題とする。一體、裁判官の積極性はどこに向けられるべきであるのか。ロクシンの批判の矢は、  
積極性、消極性という區別は、實は視點を變えれば必ずから變るのではないか、という點にある。

例えば、過失犯において行爲者が客觀的注意義務を侵害したか (積極的) またはこれを顧慮しなかつたか (消極的)、二四〇  
條強要罪で違法性の究明について行爲が社會的に堪えうるか (消極的)、社會的に非難しうるか (積極的) といった判断は實は  
いずれも同じことである。ただ、有効性、適法性、權限等については積極的判斷を必要とするが、それだからといつて開か  
れた構成要件、閉じられた構成要件の區別はできないと。

なるほど、閉じられた構成要件では、その構成要件的記述により、本來禁ぜられたもの以上の事例がこれに含まれる。こ  
のような構成要件が充足された場合には、それに加えて違法性を積極的に基礎づける事情は求める必要がなく、例外的に、



それ等が阻却されるかどうか、つまり構成要件によつて包括された無数の事例から、違法性を缺くものが取り除かれるか否かを吟味しなければならない。

開かれた構成要件でも、同じなのであつて、禁止の素材が充分記述しつくされていないからといつて、この關係は少しも違わない。この點は、ウエルツェルも最近では否定していない。<sup>(26)</sup>しかし、「性質の違いこそあれ、開かれた構成要件にも、閉じられた構成要件にもその中には禁ぜられた態度を含むのみならず、更に禁ぜられないものをも又包含する」というロクシンの批判は如何なものであろうか。

彼は正當化事由に當る正當防衛の場合の殺人と違法な職務行爲に對する適法な抵抗の例を考えていると思うが、はたしてこの兩者は性質上等しいものであろうか。

彼がいうように、開かれた構成要件、閉じられた構成要件につき、違法性の吟味に當つて裁判官は適法な構成要件の實現の場合が存在しないことを確定しなければならないというのは一應正しい。

しかし、違法性が開かれた構成要件では、閉じられた構成要件におけるとは違つた方法で究明されるかの如き印象は行爲主體から行爲の客體に視點を移すことによつて生ずるのだとする彼の批判は、はたして當つてゐるであらうか。彼はいう。

「閉じられた構成要件にあつては違法性の究明に當り、行爲者に視點を向けて、彼には正當化事由は存しない」と消極的に確定し、開かれた構成要件にあつては、行爲の客體、例えば法律(有効性)、公務員(適法性)、裁判所(權限)に視點が向けられ、積極的に確定する。若し行爲者に視點を合わせれば、閉じられた構成要件におけると同様に消極的確定をしなければならない筈である。抵抗をなした者は正當防衛により正當化されない。證人は偽證をしてはならない等。」

かくてロクシンは、行爲者が違法性を確定する命題の主體となるならば、二つの構成要件はいずれも消極的判斷をする。行爲の客體を命題の主體にするならば、積極的判斷が下されるのだと主張する。<sup>(28)</sup>

この批判は妥當でない。なぜなら、ここにいう積極的、消極的という表現は、行爲の主體、客體との關係でいうのではなくて、裁判官の判断の方向が積極的であるか消極的であるか、つまり、積極的に違法性を肯定する努力を必要とする構成要件なのか、それとも、積極的に違法性を立證しなくとも、違法阻却事由の不存在を確證することで充分な構成要件なのかという、それだけを意味する。ロクシンの批判は意味がない。

最後に検討すべきは、開かれた構成要件と禁止の素材の關係である。

構成要件と違法性との區別は、禁止の素材と禁止、評價の客體と客體の評價、不法判断の對象と不法判断という論理的・實質的對立からひき出されるが、開かれた構成要件はたしてこの區別に資するところがあるであろうか。

禁止の素材または禁止の對象はウエルツェルの言葉をかりれば「構成要件の中に、實質的、對象的に記述された態様」である。彼のいわゆる法義務のメルクマールは、こうした行爲の記述に寄與するというのであるからには、それ等が禁止の素材に屬することになろう。

一見したところでは開かれた構成要件に該當するというだけではいまだ評價の對象としては不充分で、ウエルツェルが、わざわざ構成要件からはずした、他の不法を基礎づける法義務のメルクマールが存するかどうかをまず確定してかからなければならぬということになりそうである。

ところが、ウエルツェルによれば、禁止の素材は、裁判官、國民にいかなる態度が禁じられているかを示すものであつたはずである。<sup>(30)</sup>であるとすれば、構成要件の態度として禁止の對象を特色づけるためにも開かれた構成要件は不充分であるということになりそうである。

はたしてそうであろうか。この點は、構成要件の違法徵表機能をみる時にゆずるとして、ここでいえることは、開かれた構成要件といえども、禁止の素材を記述していることは明らかであるということである。例えば一三條では、公務員に對

する抵抗が記述され、一五三條では裁判所その他の官廳の面前で眞實に反して述べることが記述されている。これらが禁じられた態度であることには異論はない。ただ、これらの行爲が違法であるには、適法な職務の執行に對して行われ、權限ある官廳の前で行われたことを要するのである。

構成要件の機能の中に、保護的機能をあげる者もないではないが、これは保障的機能と表裏一體の關係にあるものであつて、ここで特にこれを扱うことは必要ではない。

我々は次に違法推定機能につき論じる。<sup>(32)</sup>

まず、違法徵表機能と開かれた構成要件とはどう關係するのか。ウエルツェルも構成要件に關して「徵表」という表現を用いるが、これは暫時のものであるにせよ、不法評價がこれによつて結びつけられると解しえないのではあるまいか。むしろ、「構成要件の充足によつて違法性が徵表される」とは構成要件に該當する行爲は違法でもありうるということを意味するにすぎない。「開かれた構成要件には違法徵表機能が欠缺している」ということは、構成要件の充足からは原則として違法性は出てこないということ意味する。<sup>(34)</sup>

例えば、一一三條で「適法な職務の執行中」という文言があるが、若しこの文言が缺けていれば違法に行爲する公務員に抵抗した者は正當防衛の規定で救われる。これは逆にいえば「適法な職務行使」であることが肯定されれば、抵抗の違法性が確定することを意味するのである。公務であればすべて適法であると推定されないためには、どうしても「適法性」についての要件を嚴格におきたいものである。一一三條の違法推定機能に一應の制限を求める根據は、ここにある。

ウエルツェルは構成要件を價値に充ちた實體と考えていたが、違法性との關係では没價値的とみなしていた。そのいわゆる價値性は、社會生活の現實であつて、社會的に有意味なものという意味で價值的である。<sup>(35)</sup> 行爲者の故意は對象や經過等の感覺的に知覺しうる要素のみならず、精神的にのみ了解しうるもの、それ故に少なからず現實的な内容をも包括する。「行

爲者による行爲事情に對する社會的評價は法律による法的評價とパラレルに進まなければならない」と。<sup>(36)</sup>

ウェルツェルの見解を検討してみると構成要件は違法性に關しては沒價値的であり、構成要件の規範的内容に關しては價値に充ちているように思われる。

ただ、開かれた構成要件においては、すでに指摘したように、その法義務のメルクマールは行爲者の故意がそれに及ぶものではない。したがつて、この意味では立法者が當該行爲に法的な價値の性格を與えた、事物または出來事の社會的空間における意義を理解するに當つて、右の立法者の意圖に意識的かつ意欲的に反すれば、故意ある行爲とされるのであり、構成要件の行爲事情を認識する行爲者は、行爲の社會的侵害性、その實質的違法性を意識している筈である。なぜなら、故意行爲の要件として、ウェルツェルもいうように、出來事の經過が行爲者の意識の中でパラレルな評價を経験するからである。<sup>(37)</sup>

したがつて、故意の及ばないメルクマールを伴う開かれた構成要件は、この意味でも價値中性的であつて、行爲者の意識の中でパラレルな評價に依據しないが故に、構成要件の價値充實性というウェルツェルの理論とは、この點で矛盾していると思われる。

更に大きな問題は、開かれた構成要件は、彼のいわゆる人的違法概念<sup>(38)</sup>と矛盾するのではないかという點である。しかし、その反面の利益として、違法論の主觀化に對し、防波堤の役割をも演ずるといふ點<sup>(39)</sup>である。

周知の如く、不法の本質を單なる法益侵害にのみ求めず、法益侵害に向けられた行爲者の内心的立場の中に存する反價値の中に認めようとするのが、人的違法概念である。

すなわち、不法の核心は法的行爲の根本的價値からの脱落の中に存在する。行爲は意思の内容によつて行爲に刻印づける行爲者の仕事としてのみ違法性をもつ。

この理論は開かれた構成要件の概念と一致しないように思われる。目的的行爲論によれば、不法の實現は、多くの場合、

客觀的行爲面に存する行爲事情が行爲者に知られている限りで、行爲者の内心的地位に依據するのである。そして主觀的要素はそれが構成要件の中に、すなわち評價の客體の中に含まれていた場合にのみ不法の概念の中に入る。だから、人的違法概念は、開かれた構成要件に該當する行爲事情の認識が目的活動的な目的設定、行爲者の立場を明らかならしむるよう形成せられているならば、開かれた構成要件についても確證せられようが、まさにこのことこそ開かれた構成要件では問題にならない。ここにおいては不法との關係が缺けているから、意識的な實現により、心情になつた行爲反價值は決して構成要件的に現われないのである。

この點につきウェルツェルは、例えば身分犯における義務を基礎づける生活關係の認識は違法性の要件であり、不真正不正爲犯にあつては保障人の地位を知つていれば違法性があるというような點からして、人的不法概念と矛盾せず、開かれた構成要件の構成との間の調整もこれによつてはかられようと考へた。

しかし、このような試みは行爲者のメルクマール、保障人義務を基礎づける事情は構成要件に屬するという、ウェルツェルの本來の意圖とは逆の方向においても達せられることである。

行爲者の故意には包括されない法義務のメルクマールを伴つた開かれた構成要件は、このように見てくると、人的違法概念の主張と衝突し、それを避けようとすれば、それらのメルクマールを故意に包括せしめなければならないというジレンマが待ちかまえている。

このようにして、開かれた構成要件は必然的に違法の客觀化へ、違法と責任の峻別の道へと近づかなければならなくなる。

違法性の要素を構成要件のメルクマールであるとして、これを刑罰規定の下におけば、これに對する錯誤はもはや禁止の錯誤とはいへなくなる。

若しこのような立場を一貫せしめれば、違法論に關して、違法性の意識が刑法上の不法の要件となる。例えば一一三條で公務員の行爲について適法性ありと認識していることが、構成要件の主觀的部分に屬するとすれば、それと不可分の結びついた違法性の意識も構成要件に屬する。それが缺ければ、構成要件は充足されず、刑法上の不法、すなわち構成要件に該當する違法な態度は存在しない。不法が、不法の意識に依據するというのは非常に極端な主觀主義である。

従來、職務行爲の適法性を「疑もなく構成要件のメルクマール」とみなしていたウエルツェルが、今、この事情を他の法義務のメルクマールと共に構成要件からはずした理由は、よく分る。不法は、職務行爲の適法性、權限、資格等についての行爲者の表象とは關係がない。このようにして、ウエルツェルの責任論も、違法論も、主觀化が行きすぎたという非難に堪えることが出来る。<sup>(41)</sup>

以上考察したところにより、開かれた構成要件の理論は、構成要件の不法徵表機能との間に不調和を示す。しかし、これはまさに當然のことである。なぜなら、開かれた構成要件こそは、その實現が直ちに違法性を徵表するものではなく、したがつてそれ自體としては、違法性を徵表する機能が停止しているのである。論者<sup>(42)</sup>これを違法性推定機能の停止とよぶが、問題に對する正しいアプローチを示すものとして高く評價できる。

構成要件の體系的機能（或は體系規制機能）と開かれた構成要件とは調和するものであろうかという問題が、最後に残された検討すべきテーマである。

およそ體系というものは、それ自體を目的として存在するものではなく、技術的な補助手段であり、複雑な構造をもつた出來事の本質的要素を明確ならしめ、實際上の運用に當つてその展開を容易ならしむるべく選ばれたものである。<sup>(43)</sup>

したがつて、或る構成要件が、犯罪構造の要素としての機能にかなうのみならず、例えば故意の關聯點を形成する使命を充たし、未遂を不能犯からはつきり區別する可能性を提供するといったことがいえれば、それこそ體系的概念としてその有

用性が論證しえたといつてよいであろう。

刑法上考察される行爲のすべては構成要件という共通の基礎に還元され、構成要件によつて刑法上本質的な出來事として考察の中にとり入れられる。<sup>(44)</sup>

前者を犯罪構造の基本要素と稱するが、開かれた構成要件はこの要素として適當であらうか。

これに對してロクシンは否定的見解を表明している。「ウェルツェルが構成要件に該當するとみなした、多様な行爲に本質的な共通性はどこにあるかが明らかでない。構成要件概念に内容的な意義を與え、構成要件に該當する行爲を社會的秩序からはなはだしく逸脱する態度であると記述する努力は、まさに開かれた構成要件において水泡に歸する。なぜなら、社會相當行爲および不法を徵表する作用を缺く行爲は、社會秩序の中に動き、しかも構成要件に該當するからである」<sup>(45)</sup>と。

彼は、開かれた構成要件と閉じられた構成要件を内容的に一つの分母に通分することが不可能であり、開かれた構成要件という概念を導入した後は、構成要件概念に共通の基礎が缺けている、と批判する。

しかし、この批判も妥當であるとはいえない。なるほど、ロクシンのいうことにも一理ある。しかし、論理の糸をたぐつてみれば、争點は一つであると思われる。それは、ロクシンの立場が、新構成要件論に立脚しているという點がこれである。<sup>(46)</sup>構成要件即違法類型という立場をとる者からすれば、たしかに、開かれた構成要件は、極めて不十分な形姿を呈しているであろう。しかし、構成要件の實體は、ウェルツェルもいうように、單調の色合いをもつたプリミティブな犯罪類型の集合體なのではないのである。<sup>(47)</sup>ここに問題の本質があり、ここに概念構成の困難さがある。しかし、開かれた構成要件といえども、よし違法性の徵表作用を缺くことはあつても、社會的秩序にとつて堪え難い行爲の記述であるという根本的な使命をはたしていることは否定できない事實である。刑法上重要なものとして考察される行爲が、そこには具體的に記述しつくされていると見ないわけにはゆかないのである。

すでに述べたところであるが、構成要件に認められる「限界要素」としての使命が「基本要素」に對置される。刑法上の考察にとつての絶對的下限を畫するものは行爲概念であるが、構成要件は、行爲の領域から、刑法上重要な態度を區別する。

ウエルツェルはこの限界要素としての構成要件の機能を「法的に重要なものの領域を法的にどうでもよいものの領域から區別する<sup>(49)</sup>」ということの中に見る。刑法上の重要さの故に、構成要件に該當する行爲は例外的にのみ正當化せられるという彼の見解は開かれた構成要件に妥當するであろうか。開かれた構成要件は違法性を直ちに徴表しない。その意味では開かれた構成要件には妥當しないように見える。しかし、ロクシンのいうように、「刑法上の重要性がどこにあるかが明らかでない、開かれた構成要件は刑法上重要な行爲を刑法上重要でない行爲から區別することはできない<sup>(51)</sup>」ということは、甚だしい誤解である。

ついでながら、ロクシンは開かれた構成要件の中に「社會相當行爲」を入れて考えているが、ウエルツェルはこれを「閉じられた構成要件」の中において論じており、これも大きな誤解である。<sup>(52)</sup>

以上を綜合して考えれば、ロクシンのように、開かれた構成要件は構成要件の統一性を破壊し、包括的な力を與えるよりは體系を爆發する力をもつものであり、構成要件が形式的カテゴリーになつたとする批判<sup>(63)</sup>に同意することはできない。

體系的統一性を強調するの餘り、多彩な内容の構成要件を單調なそれewith統一することは、むしろその體系を崩壊せしめる原因を内包する。このような體系を爆發する力こそ、實は開かれた構成要件に與えられた使命である。

ウエルツェルの「構成要件は禁ぜられた態度を實質的・對象的に記述しつくすものである」という定義こそ、二つの構成要件に共通の分母である。

我々は、この開かれた構成要件のもつ法治國的な裁判官の良心への信仰、違法性判斷を慎重に加えて欲しいという要求、



實際問題としては、構成要件の違法性徴表機能の抑制の中に、法實證主義を超える「正しき法」、「正しき法判断」への道を求めるものである。

構成要件の機能の中の今一つのもの、すなわち錯誤規制機能は、我が刑法にドイツ刑法五九條に當る條文がない關係で、ここでは論ずることなく、後に項を改めて、法義務のメルクマールと錯誤の關係を論ずる際にこの問題につき、簡単にふれたい。

- (1) Karl Larenz; Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960) S. 333 ff.
- (2) Hans J. Wolff; Studium Generale, Bd. V, S. 195.
- (3) Larenz; a. a. O. S. 322 ff. bes. S. 327, S. 333 ff.
- (4) Karl Engisch; Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl. (1959) S. 237 ff.
- (5) R. Maurach; Deutsches Strafrecht, 2. Aufl. S. 180.
- (6) D. Oehler; Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtsnormen, in Sauer-Festschrift, S. 270.
- (7) Maurach; a. a. O. S. 228.
- (8) T. Württemberg; Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, in Rittler-Festschrift (1957) S. 128.
- (9) Schöнке-Schröder; Strafgesetzbuch, 9. Aufl. (1959) S. 19 f.
- (10) Engisch; Die normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, in Mezger-Festschrift, S. 157.
- (11) Dietrich Lang-Hinrichsen; Tatbestandslehre und Verbotstittum, in JR. (1952) S. 302 ff. Ders.; Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in JZ. (1953) S. 363 ff. Mezger; Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, in NJW. (1953) S. 2 ff. Engisch; a. a. O. S. 127 ff.
- (12) Lang-Hinrichsen; a. a. O. (JR) S. 307. (JZ) S. 363.
- (13) Mezger; a. a. O. S. 2.

- (14) Engisch; a. a. O. S. 130 f.
- (15) Schönke-Schröder; Strafgesetzbuch. 9. Aufl. S. 19.
- (16) Württemberg; a. a. O. S. 128.
- (17) 木村博士は「リスト、およびその追隨者が、犯人のマグナ・カルタであるということのみ強調して、善良な國民のマグナ・カルタである點を怠つた不正確さをついておられる(木村、刑法總論、八七頁註1)。そう言うことは正しい。しかし、この面は博士のあげられている保護的機能にその體現を見出しうるのではないか。「犯人のマグナ・カルタ」という主張は、その當時の刑法學界の大勢との關係で評價されるべきである。リストといえども、國民のためのマグナ・カルタであることは決して忘れていたわけではなく、むしろこれは當然の話であつて、罪刑法定主義を否定しない者では、自明な論理的プリウスである。むしろ、「犯人のマグナ・カルタ」という表現こそ、新しいヒューマニズムがあつた。
- (18) Vgl. Welzel; a. a. O. S. 22, S. 46 f., S. 51. 本誌前號(二)總說註を參照。
- (19) Welzel; Die Regelung von Vorsatz und Irrtum, in Z. St.W. Bd. 67. S. 211. Anm. 30. Ders.; a. a. O. S. 50.
- (20) Welzel; Das neue Bild. 2. Aufl. S. 55. Anm. 1.
- (21) Roxin; Offene Tatbestände. S. 97.
- (22) ロクシンは開かれた構成要件は原則に對する例外と考へたところで、例外というには開かれた構成要件の數は多すぎるし、構成要件の本質を記述する定義は例外を許さない。その機能があるが故にこそ構成要件が本來的に存在するような機能を充たさないような形相はもはや構成要件とはいえない、<sup>1)</sup> という(九八頁)。
- (23) Roxin; a. a. O. S. 55 ff.
- (24) Welzel; a. a. O. 6. Aufl. S. 72 f.
- (25) Welzel; a. a. O. S. 73 にみられる。しかし、第七版の當該個所である七四・五頁にはこの言葉はもはやない。ロクシンの批判を受け入れたとみるべきか。新形相、第四版に至つてはこれが大幅に削除された。第三版二二頁以下と第四版二四頁以下を比べれば、その差異の大部分は驚く。
- (26) Welzel; a. a. O. 7. Aufl. S. 74 f. Ders.; Das neue Bild. 4. Aufl. S. 24 f.
- (27) Roxin; a. a. O. S. 57.
- (28) Roxin; a. a. O.

(29) 構成要件は評價の對象であつて、對象の評價としての違法性、責任と區別することを主張する者がいる(木村、刑法總論、一三四頁以下、二〇二頁以下等)。この考え方は、グラーフ・ツォー・ドーナの分類を無批判にとり入れ、これに盲從した間違ひを犯すものである。構成要件が規範であり、規範による評價の面をもつてゐることを忘れてゐる。そして違法および責任につき、規範的評價の面を忘れて、事實の面を度外視してゐる。團藤、刑法綱要、六四頁以下参照。

(30) Welzel; a. a. O. 7. Aufl. S. 46.

(31) 木村、前掲八七頁。

(32) シュマンはこの點について消極的見解を示す。G. Baumann; Strafrecht. Allgemeiner Teil (1960) S. 212. 「多くの構成要件では構成要件の充足がいまだ違法性の徴表の價値を有しないという認識が開かれた構成要件と閉じられた構成要件の理論に導いた。ウエルツェルのこの理論は、二四〇條の如き構成要件を開かれた構成要件とし、違法性の原則により高度に補充を必要とする構成要件と名づけた。私見によれば、開かれた構成要件と閉じられた構成要件との間に明らかな限界づけを見出すことはできない。結局、この意味での「開かれた」とは、あらゆる構成要件がそうである。なぜなら構成要件は一般的普遍性も、絶對的妥當性も要求しえない。各則の構成要件は刑法の全體、全法秩序の中であらう」と。

(33) Welzel; a. a. O. 7. Aufl. S. 73.

(34) Roxin; a. a. O. S. 54.

(35) Welzel; a. a. O. S. 68. 自然主義的な考え方とは異なり、ウエルツェルにあつては、構成要件に記述された出來事においては、自然科學の沒意味的現實ではなくて、意味特徴によつて完徹された社會生活の意味に充ちた現實こそが重要である、と強調されている。

(36) Welzel; a. a. O. S. 68 f.

(37) Welzel; Der Parteiverrat und die Irrtumslehre, in JZ. (1954) S. 276 ff. bes. S. 279.

(38) Welzel; a. a. O. 7. Aufl. S. 56 f. Ders.; Das neue Bild. 4. Aufl. S. 29 f. 人的違法概念は一九四九年の刑法理論で最も詳細に究明された。その後次第に寡黙になつた。人的違法概念に對する批判としては Meißner; Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, in Rittler-Festschrift. S. 141 ff. T. Wirtzberger; Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft (1957) S. 47 ff. があつて、反批判としては福田平「違法要素としての故意」過失——人的違法觀の考察——神戸法學雜誌九卷一・二號、一四八頁以下がある。

(39) Roxin; a. a. O. S. 102.

- (40) Welzel; Deutsches Strafrecht in seinen Grundzügen (1949) S. 231.
- (41) Roxin; a. a. O. S. 102.
- (42) 團藤 前掲一四〇頁以下。
- (43) Roxin; a. a. O. S. 167.
- (44) Roxin; a. a. O. S. 168.
- (45) Roxin; a. a. O.
- (46) ウェルツェルはギサブアー・メツガー流の新構成要件論の立場を拒否している。これについては、彼の構成要件論の歴史を述べるとこ  
ろに詳細に論じられている。Welzel; a. a. O. 7. Aufl. S. 49 ff.
- (47) 本誌前掲五六頁、なぞ、三三卷一一號五五頁註21参照。
- (48) Maihofer; Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem (1953) S. 9.
- (49) Welzel; a. a. O., in Z. St. W. Bd. 67 (1955) S. 211.
- (50) Welzel; Das neue Bild. 2. Aufl. S. 55. Anm. 1.
- (51) Roxin; a. a. O. S. 169.
- (52) Welzel; a. a. O. 7. Aufl. S. 76.
- (53) Roxin; a. a. O. S. 170.

#### 四 法義務のメルクマールの問題點

開かれた構成要件および法義務のメルクマールについて、ウェルツェルの立論に對してはげしい批判が加えられ、その批判の根本原因は、法義務のメルクマールという、よく分らない名稱に由来すること、この點にかんがみて、ウェルツェルが後には「特殊な違法性のメルクマール<sup>(1)</sup>」という名稱を用いていること等については、すでに論じた。<sup>(2)</sup>

私は、法義務のメルクマールという名稱を用いたいと考える。それは、後にも検討するように、彼のいわゆる「特殊な違

法性のメルクマール」という名稱では、その下に包括せられる一連のメルクマールが、講學上いわゆる「客觀的處罰條件」と「法律上の構成要件に屬する行爲事情」若くは「構成要件のメルクマール」というものとは違つた、第三の性質をもつた概念であるという點を強調しようとするならばその點に不充分なうらみがあるからである（私は第三のカテゴリーであるとすることには疑問をもつている、後述五参照）。

では、その内容如何。この點についても、すでに指摘したが、ウェルツェルは「適法性」「權限」といつたメルクマールに關する論稿では、比較的簡單にふれ、法律、命令の「有効性」を論ずるところで、「法義務」とは何かについて概念規定をしている。

法義務のメルクマールとは何かという點については、それらの個所で論じたことであつたから、ここでは、何が故にウェルツェルは、この第三のカテゴリーを生んだのであるかという點に視點を集中することにする。

法義務のメルクマールといわれるものには、非常に數が多い。そこで、本項では、古くから、學說判例の對立している重大なもの、特に「適法性」についてこれを検討し、問題の所在を究明したいと考える。

公務員の職務行爲の「適法性」の性質をめぐる判例と學說の對立は非常にはげしいものがある。この對立の根底には、國家と國民の間の不變の鬭爭關係、服従と取調權能、拘束的な命令と法律の實質的効力の限界、更に深くは秩序と自由についての、深刻な世界觀的對立が見られる。今これを、絶對主義的世界觀と自由主義的世界觀の對立とよんでおく。前者の立場をとると「適法性」というメルクマールは客觀的處罰條件であるとされ、個人の故意とは關係がないものとされる。後者によれば、行爲者の故意の範圍が職務行爲の適法性の認識と重大なる相關關係を有することになるのである。啓蒙的警察國家では、職務行使は職務行使である故保護されるということが自明の理であるとせられた。國家權力の擔い手に對する抵抗はすべて絶對に違法であるとされ、「かくも多くの、かくも有名な學者達が無條件の服従の義務に賛意を表しているの

は、ドイツ以外の國にはない<sup>(4)</sup>という皮肉がこの時代の特色を示している。

このようなプロシア的な思考が表われ、「適法性」について、これを客觀的處罰條件であるとするのは、遠く一八八〇年一月五日のライヒ裁判所の判決であつて、これはライヒ裁判所判例集二卷四二三頁以下にある。

ドイツ刑法五九條によれば「可罰行爲を犯すに際して……行爲事情の存在を知らなかつた者には、この事情はその者の責めに歸せられることはない」とされている。判例はこれに對して「一定の可罰行爲に際して、立法者が上述の原則を適用しえないものと宣明することを排斥するものではない。更に、立法者の意思としてこの原則の不適用を明示的に表明しなくともそれが明らかになる場合には、やはり適用されない。後者は一一三條につき、公務員の行爲の適法性についての知、意識が問題とされる場合に肯定される」とする。その理由として、一一三條をめぐる立法上の沿革史<sup>(5)</sup>、法律規定の特殊な性格及び規定自身からひき出されるのである、という。

刑法草案一一一條（現行獨刑法一一三條）は暴力若くは暴力を用いる威嚇により加えられた抵抗および攻撃が、公務員に對しその「職務の行使中に」行われたものを處罰しようと試みた。

北ドイツ連邦のライヒ參議院の草案第二讀會でプランク（Planck）議員は「職務の行使中に」という文言を「その権限内で行われた職務行爲中に」という文言をもつて置きかえるよう提案した<sup>(6)</sup>。第二讀會はこれを採擇し、フリース（Fries）議員の「職務行爲を合法的に行う間に」という修正案は否決された。

ところで、公務員がその権限の範圍内でない、或は法律の基盤の上でない職務行爲は刑法による保護を請求すべきであるかという點が検討を必要とする。審議に際して、マイヤー（Mayer）議員は「この點で、國民は公務員の違法な攻撃に對して、どの程度身を守る権利があるべきかが問題である。公務員が適法な處置をした場合には、あらゆる抵抗が可罰性をもつという點に争はない。争がはじまるのは、公務員がなんらかの形で法律の限界を超えたときである」と發言したとのことで

ある。

ところで、抵抗の際の「職務の適法な行使中」という文言は、實は第三讀會でラスカー (Laster) 議員の提出した修正動議によるものであるが、その理由は、一八六九年七月一日の團體租税法 (Verainszolgesetz) 中に、<sup>(7)</sup> 税官吏に對する抵抗につき選ばれた文言およびそれによつて表明せられた原則が引用されているにすぎない。ライヒ裁判所判例集三卷一四頁以下でも「あまり議論を重ねることなく、團體租税法の同じ文言を指摘することによつてよしとされた」といつている。

ライヒ裁判所の立場が非常に權威的なことは、次の判旨からして明らかであろう。

「職務行使の適法性は客觀的には抵抗および攻撃の可罰性の要件ではあるが、可罰性は適法性に對する行爲者の判断の下には置かれず、したがつて可罰性は適法性に對する行爲者の意識からも獨立であり、不適法であると考へたことによつても排除せられない。國家の權威というものは、當事者が適法な職務の行使に無條件に従うことを要求している。<sup>(8)</sup> 當事者は公務員およびその背後にある法律に對して、自己の判断を加へ、その判断から、行われるべき職務行爲に妨害的に干渉することは許されない。適法な職務行爲を行わしめるといふ國家への服従の義務が課せられる」とし、當事者が行爲の適法性を吟味するに當り、自己の推斷につき自己責任を負わなければならないと説く。このように當事者に歸せられる自己責任の故に、職務行爲の適法性は刑法一一三條に對する犯罪の法律上の構成要件に屬する事情ではないとし、刑法五九條はこれを適用しえないという。

この判例、更には判例の引用した北ドイツ連邦議會での議論は、プロシア上級裁判所の判決からの影響なしとしない。<sup>(9)</sup>

「何人といへども、職務の行使中にある公務員に抵抗してはならない」といふことは國家の秩序が原理的に要求する。これによつて公務員は保護されねばならない」「職務の行使中にある公務員に對する攻撃が法律によつて許容されているのはどこにもない。ただこの行使が適法な行使でない場合にのみ可罰性なしと宣告される<sup>(10)</sup>」と。それから一年後の同裁判所の判決

にも「公務員がその職務の適法な行使に當つて、第三者の主觀的考えから獨立しているべきである」ということを法律は表明もしなかつたし又意圖しうることも出来なかつた。なぜなら、若しそうでなければ、公務員に保護もなく、法律もないといった状態が導入され、これは最大の無秩序に至らざるをえないからである」と判示された。<sup>(11)</sup> これらの判例を一貫して流れている思想は、法治國の規範というよりは、絶對主義的國家觀にもとづく規範意識である。

このような判例の立場は、最近に至るまで變らず一貫して<sup>(12)</sup>いる。

しかしながら、若し「適法性」が客觀的處罰條件であるなら、一一三條は違法な職務行使を含むすべての職務行爲に對する抵抗を禁じていなければならぬはずであるし、ただその職務行使が適法であつたという「客觀的」條件の下でのみ可罰性をもつということになる。

學説の多くは、ライヒ裁判所に反對して「適法性」を構成要件のメルクマールであるとした。その中には、M・E・マイヤー、フランク、リスト、シュミット等の有力な學者の名が並んでいる。<sup>(13)</sup>

これらの論述はいずれも貴重なものであるが、この問題について、最も詳細に對決した者は、實にビンディングであつた。彼によつてこの派に屬する者の論陣をうかがつてみる。ここで注意しておくことは、このような考察方法の背後に、フランス革命の初期の興奮が作用していた點である。絶對王制を誇つたときには、公務員に對する攻撃が直ちに主權に對する抵抗と考えられたのが、爾來、適法に職務を行う國家權力の代行者に對する攻撃がはじめて、違法性をもつと考えられるに至つた。一七九一年の革命憲法によれば法益とは「その機能の秩序内で法的に動く公權力」と定義した。一八一〇年のフランス刑法は抵抗權について明確な宣明を繼承せず、革命フランス刑法の例がおらずと模倣された。ドイツにおける刑法草案審議においてはプロシアの判例に固執し、フランス革命の所産である自由主義的思想の洗禮を受けなかつたが、學説の多くは、このような時代の流れを敏感に感じとつていたのである。



ビンディングはこの問題の争点を「抵抗者が可罰性をうるためには、公務員が適法に行爲しているということを知らねばならないか、この意識は故意については本質的ではないのか、換言すれば規範は國家權力の受託者に對し、その委任の現實的行使または外見的行使につきあらゆる抵抗を禁じているのか、それとも、法律の執行の意思に全面的に即應する職務行爲に對する抵抗のみを禁じているのであろうか」という問題の形にまとめる。<sup>14)</sup>

ビンディングは規範の中、絶對主義國家に即するものと法治國家に即するものに分け、現行法は後者であるとする立場から、公務員に對する抵抗は「職務の適法な行使中にあるもの」のみが禁ぜられるとする。この立場からみれば、プロシヤ上級裁判所の判例は満足すべき解答とはいえず、抵抗が向けられた職務行爲の違法性に關する抵抗者の確信は抵抗の故意を阻却するものではないとするその歸結に對してはげしい批判の矢を向けるのである。

抵抗の根底にある禁止についてのプロシヤ上級裁判所の見解はドイツの全公法と甚だしく矛盾する、と彼はいう。

ドイツ公法によつて禁止の中に職務行爲の適法性の要請を入れ、故意はあらゆる犯罪のメルクマールにおける、犯罪の意識的意欲以外の何物でもないということを知っている者ならば、抵抗に際しての故意は公務員の側で公權力を適法に行使しているのに自分は抵抗を行っているのだとする意識的な意思と同一であるという點にもはや疑いを抱くことすらないのである。<sup>15)</sup>

このように論じて、外見上職務行使と思われるものの違法性について確信したことは抵抗の故意を無條件に排除する。よし、たとえ職務行爲が適法であり、抵抗者の錯誤が全く免責しえないものであろうとも。勿論、抵抗性の故意のみがこのように考へることで排除せられる。ただ、抵抗者が若し必要な防衛の程度を故意に超えれば、一一三條ではなく、強要若くは傷害により處罰されるとする。

ビンディングは更に論じて、抵抗をした者が、職務行爲の適法性についてだけ疑問をもち、これに抵抗したところが現實

には職務行為が適法であれば故意をどのように扱うべきであろうかという問題に向かう。適法性についての意識を抵抗の故意の要請であると非難する人の論理は、「故意のメルクマールを認めることによつて、職務の適法な行使にある公務員を保護する規範の權威或は刑法の權威が職務行為に抵抗した者の批判から獨立する」という。

しかし、刑法が犯人の意識から獨立しているということは、あらゆる場合に刑罰威嚇が故意犯に結びつけられている場合には等しく存在する。なぜなら、故意があるかないかを決定するものは、行為者が自分の行為に對してもつ考えによるのである。

公務員を保護する規範は、自分に抵抗する者の錯誤により、なんらその權威につき損失を受けるものではない。執行機關の全強制力は善意で抵抗する者に對してさえ、適法に行爲する公務員に歸屬する<sup>(16)</sup>。

職務行為の適法性は抵抗犯についての必須條件であるが、それが存在することは、判断せられるべき者(抵抗者)の側での瑕疵ある故意に代るに充分ではない。國家權力は善意の抵抗を打ち破る状態につねにあるであろう。しかし、それを處罰するには現行法にはなんらの法的理由は存しない<sup>(17)</sup>、とビンディングは批判し、「故意は常に被告人につき立證せられねばならず、無實の證明が成功してはじめて無罪宣告がもたらされるのではなく、有責の證明が不成功でも、すでに無罪宣告をもらすのであるから、無罪の宣告は行為者が職務行使の違法性につき確信をもつていたことが確定されてはじめて行われるのではなく、職務行為の適法性について行為者の知を證明することに成功しなかつた場合にすでに無罪とされざるをえない<sup>(18)</sup>」と論じて、彼の規範の分析により得られた故意の内容についての見解をとじる。

このビンディングの説は完全に納得せしめるものであろうか。適法性が若し構成要件のメルクマールであるということになると、行為者の故意はそれを包括することになり、したがつて行為者の輕率な錯誤でも、處罰を免れるということになりかねない。つまり、公務員が不法に行爲したと行為者が信ずることで、誤想防衛の成立する可能性が出て来る。マウラッハ

のいわゆる「運を天に任せた」、行爲者の輕率、輕薄な錯誤でさえも無罪になり、私人が職務行爲の適法性を吟味する權利をもつようになる<sup>(19)</sup>。といったことになりかねない。ここにおいて、刑法という武器、執行權力の無能、無力化が心配の種になる。このようなことは直接國家機構に投影するのである。つまり、執行がさらされる危険が公務員に移るのである。保護を奪われた公務員は裁量行爲を怠り、自分に與えられた命令を吟味する權利を要求し、ついには純粹な自由主義制度が破産してしまうのである。

そこで第三の解決がはかられるわけであるが、これをまず暗示したのがロバート・フォン・ヒッベル<sup>(20)</sup>である。

ただ彼の發言は一九三二年という最も悪しき時代に、しかも簡單な論述の中に見られたので、顧みられることがなかつた。

彼によれば<sup>(21)</sup>、職務行爲の適法性が構成要件のメルクマールであるとすゝる通説の見解は理論的に必然的なものではなく、實際上は、危険に陥つた執行官吏に全く不十分な保護を意味する。かくして、責任なき法の錯誤の場合に一般原則に従つて(ウエルツェルはこれを禁止の錯誤の理論であると解する)無罪が生ずべきである、という。その理由としては、若し「適法な」という文言が構成要件中になければ、法律の意義と目的から考へて、なお「適法な(義務にかなつた)」職務行爲が保護されるのである。特にこれを強調することは、單に訴訟上の意義をもつにすぎない、と。

ヒッベルは一三三條の「適法な」という文言は構成要件のメルクマールではなく、抵抗行爲の違法性を特色づけ、その他の文言、例えば一二三條、二二九條、三〇三條等の「違法な」という文言の強調と同様に餘計なものであると考へていたことは明らかである。このような議論はすでに、フォン・シュトライト、ビンディングも行つており、この言葉がなくとも五三條に基づき違法な職務行使に對する抵抗は許されると明言していた<sup>(22)</sup>。

ウエルツェルは右のヒッベルの立場によりつつ、解釋論として一二三條四項の未遂の規定を手がかりとする<sup>(23)</sup>。

公務員が實際は違法な行爲をなし、抵抗をした者がこれを知らず、公務員は適法行爲をしていると信じていたとすれば、法律状態はどうであるか。抵抗が實は適法であるのに、違法であると間違えて信じていたわけである。行爲を違法なりと誤信したからといって、行爲を現實に不法たらしめることはできない。ウエルツェルはこれを幻覺犯(Wahnverbrechen)であるとす。職務行爲の適法性についての錯誤は、實は抵抗の違法性についての錯誤と異なるものではない。適法性という言葉を附言したことは、抵抗の違法性という自明の要請を強調したものであり、一一三條の構成要件は別段實質的變更を加えることなく、「公務員に對し、その職務行爲中違法に抵抗をなしたものは」とも表現しうる。すでに指摘した通り、ビンディングもヒッペルもともに適法性を強調することは餘計であるといわんとしている。抵抗はそれが違法である限りでのみ禁じられ、公務員が適法に行爲する場合にのみ違法性がある。

したがつて、職務行爲の適法性の意識と違法性の意識についての錯誤とは同一ではなく、禁止の錯誤の原則に従つて處置される。一一三條における行爲者故意は、自分が公務員の職務行爲に抵抗しているという意識を包括しなければならず、故意の抵抗は公務員が適法に行爲をする場合に違法である。行爲者が持つところの自分の抵抗行爲の違法性についての意識は、一般原則上、責任の要素或は故意の抵抗の「非難可能性」の要素にすぎない。抵抗は行爲者がその違法性を知つていた場合にもすでに非難可能であるが、後者の場合は五一條二項を類推して、免責しうる禁止の錯誤の場合には輕減して罰することが出来、全く責任のない禁止の錯誤の場合に限つて可罰性がない。

以上の論述で、ウエルツェルは理論的にも正しく、また實務上も満足すべき解決に達するとする。すなわち、執行官の活動に必要な刑法上の保護と責任原則の侵害の回避がはかられるという。ビンディング一派の説では公務員の保護に缺けるところがあつた一方、ライヒ裁判所の立場では、免責しうる禁止の錯誤の場合にも行爲者に刑罰を加えることによつて、公務員の保護を擴張しすぎたのであつた。<sup>(25)</sup> この第三の解決こそは國家に對し個人に向つて自己の權力を無制限に妥當せしめると

いう態度を抑制し、個人にとつては、その者の不知、意識的な知ろうとしない態度に對して適法な權能はこれを完徹せしめ、全體的秩序を持續的に維持せしめようとする努力が見られるのである。これは、全體のための奉仕者である公務員に國家の保護を背後に感ぜしめると同時に、この信頼を裏切れば、危険は自からが負擔するという自覺をも與えることになるであらう。

このような第三の解決がウエルツェルの自負する責任説の成果の一つであることは疑う餘地がない。

しかし、一見したところ矛盾のないように思われるこの見解も、基本的立場を肯定しない限り、その妥當性を全面的に主張することは出来ない。構成要件の錯誤と禁止の錯誤に分ける新しい錯誤論は納得しうるものであらうか。違法性の意識を故意から分けて、責任の要素とするという立て前は、はたして正しいであらうか。構成要件の故意を事實的故意に限り、これを責任から獨立させるといふ考え方は不合理ではないか、故意を責任から完全に驅逐するといふ立て前自體に矛盾はないか等々、検討すべき點は多いが、これらを論ずることは本稿の限界を超える。

本項では、法義務のメルクマールがいかなる論理をもち學説、判例の争いの中から生まれ、その中に位置を占めているかについての指摘をその任務とする。したがつて、詳細な論點の分析は次項以下に譲られなければならない。

- (1) Welzel; Deutsches Strafrecht. 7. Aufl. S. 75. 151 u.s.w.
- (2) 本論文(一)、本誌三三卷一號六二頁以下。
- (3) 本論文(一)、本誌三三卷一號六〇頁以下。
- (4) Mohl; Geschichte der Staatswissenschaft (1855) I, S. 381. Maurach; Deutsches Strafrecht (Bes. Teil) 3. Aufl. S. 551 以下。
- (5) ベンディンクは刑法五九條が一一三條に適用されないという點についてのライヒ裁判所の立證過程は極めて不當であり、「これについての證據はライヒ參議院での一一三條の沿革史を非常に恣意的に解釋することで行わんとした」と非難し (Die Normen und ihre Übertretungen. Bd. II. S. 1131. Anm. 6) フランクは「ライヒ裁判所は職務行使の適法性を處罰條件と考えている。しかしこの見

- 解は、刑事政策上の考慮および沿革史からなされる考慮を理由とする」とはいふこと」(Frank: St. G. B. 17. Aufl. S. 282) とする。
- (9) Stenografische Berichte, Session 1870. S. 428. R. G. St. Bd. II. S. 424 以下。
- (7) 「職務の適法な行使で善なり」という文言は團體租税法草案 (S. 19. der Anlagen zu den Verhandlungen des deutschen Parlaments vom Jahre 1869 in § 160. jetzt § 161—R. G. St. Bd. II. S. 424 以下) の中に用いられた。しかし、理由書と會議中の討論でもこの文言は論議の對象とならなかつた。
- (8) R. G. St. Bd. III. S. 18 以下の點について批判的である。ライヒ參議院での審議からして「國民は國家に服従する義務があるが、服従の義務は無條件のものではなく、草案の立脚點は警察國家のそれである。法治國の要諦は、その服従が法律の範圍内であつて、公務員の行爲に對する抵抗は、國家を代表する機關が適法な職務の行使にある場合に限つて處罰される……」と判示している。この判決は、しかし「處罰條件」を認め、故意の中に存在する可罰性の要件は問題とならなると判示している。
- (9) プロシヤの實務では、プロシヤ刑法典八七條、八九條は、抵抗が向けられた公務員の行爲が明らかに違法であり、更に公務員犯罪であつた場合にも適用をされたという事情も考へ併せなければならぬ。コンディンクは、プロシヤ刑法八九條を適用した判例の根底には總對主義的な規範があり、これはすなはちローマ法で明らかになされた法治國の規範と對置されるべきものであると非難している (Binding: a. a. O. S. 1129. Anm. 3)。更には、草案作製者が、力點を個々の國民の主觀的評價にかからしめてはならぬという點に置いたこととを指摘している。Vgl. R. G. St. Bd. III. S. 19.
- (2) Erk. v. 28. Feb. 1872 (O. Entsch. XIII. S. 181, 182) コンキテント前掲書一一二九、一三〇頁より引用。
- (11) Erk. v. 9. Juli 1873 (O. Entsch. XIV. S. 488 ff.) このやうな考え方はガッセラー (Gessler: GS. 1868. S. 224)、『ノルムン (Rüdorff: Strafgesetzbuch zu § 113, n. 10) の「個人の單なる主觀的な見解は——三條の適用可能性につき」判斷してはならぬ」とは自明である」という説明から示唆を受けたことである。コンキテント「前掲一一三三頁註一〇より引用。
- (21) R. G. St. Bd. 2. 423, 3. 14, 22. 301, 47. 270, 55. 166, 60. 342. BGH. St. Bd. 4. 161 ff. 5. 245 ff.
- (22) M. E. Mayer; VD. Bes. Teil. I. S. 434 ff. bes. S. 443 ff. Frank: a. a. O. S. 282. Liszt: Lehrbuch d. deut. St. R. 21. 22. Aufl. (1919) S. 554. Liszt-Schmidt; a. a. O. 25. Aufl. S. 792.
- (7) Binding; a. a. O. S. 1128 ff.
- (21) a. a. O. S. 1130 ff.
- (21) a. a. O. S. 1133 ff.

(17) ビンディングは本書の初版五九一頁では、立法論としてその者を處罰するなんらの機因なく、現行法にはなんらの法的理由なし、としていた。これを二版では訂正しているが、過失によつて抵抗した者を處罰することは好ましくないといつてゐる。二版では、現行法の解釋に限定して論じてゐることは注目に價する。

(18) a. a. O. S. 1134f.

(19) Maurach : Deutsches Strafrecht, 3. Aufl. S. 522.

(20) Robert v. Hippel : Lehrbuch d. deut. St. R. (1932)

(21) a. a. O. S. 297, Anm. 5.

(22) Binding : Lehrbuch d. gemein. deutschen St. R. Bes. Teil, Bd. II (1904) S. 765, Anm. 1.

(23) Strafrechtsgleichungs-VO. vom 29. Mai 1943 (RG. Bl. I. 339) に「ヨリ入れられたが一九五三年八月四日の第三次刑法改正法律第二條一六號 (BG. Bl., S. 735) がこの第四項をナチスの意思刑法の過度の強調であるとして削除した。この點についてポツクルマンは「行為者人格の特殊な關係とその根據を有する義務ではなくて、特別な狀況から生ずる義務が問題である。これに關する最も重要な例はもはや現實性をもたない。これは、外見上適法と思われる職務行為に對する抵抗、宣誓に代る保證を受けとるについての官廳の權限を誤まつて認めることに關係した。法律の現在の規定はもはや未遂について規定がない。したがつてこれらの場合には意味がなくなつた。」(Bockelmann : Zur Reform des Versuchsstrafrechts, in „Strafrechtliche Untersuchungen“ (1957) S. 150 ff. bes. S. 169 ff.)

(24) 以下は Welzel ; Der Irrtum über die Rechtsmässigkeit der Amtsausübung, in JZ. 1952. S. 19 を抄譯して批判したものを採る。

(25) Welzel ; a. a. O. S. 20.

## 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

### 1 序 説

前項において、いわゆる法義務のメルクマールが客觀的處罰條件<sup>(1)</sup>でもなく、また、構成要件のメルクマールでもなく、第

三の性質を有するものであつて、それに關する錯誤は禁止の錯誤の原則によつて判断せられるべきであるという問題點を、ウエルツェルの論理を追つてみてきたことであつた。

本項では、法義務のメルクマールといわれるものが、その性質上、構成要件の諸多のメルクマールからいかにして區別されるのかという點についてみてゆきたいと考える。

客觀的處罰條件については、これは法が政策的理由から認めたものであつて、本來、行爲および行爲者に對する規範的價値判断と關聯するいわゆる犯罪の一般成立要件たる構成要件、違法性、責任の問題とは別個に考察されるべき筋合のものである。<sup>(2)</sup>したがつて、これについては六にゆずることにする。

そこで、構成要件の要素、或はメルクマールといわれるものについて、それぞれ法義務のメルクマールとの相違を論究してみることにする。

いわゆる法義務のメルクマールといわれているものはその性質上、構成要件の規範的メルクマールに類似している。したがつてこれとの區別が非常に重要である。

次に、主觀的違法要素、または主觀的構成要件要素と稱せられているものとの區別についても考えられてしかるべきであらう。

最後に、近時、ドイツで唱えられるに至つた心情のメルクマール(情操のメルクマールともいう)との區別についても簡単にふれてみたいと考える。

法義務のメルクマールは構成要件化されてはいるが、それが構成要件に屬する行爲事情であるという意味で積極的な存在理由をもつものではなくて、餘計なものでありそれ自體として違法性を附與するものではなく、違法性を肯定するに當つて、裁判官が構成要件該當性判断に併せてその存在を積極的に肯定するものであつて、違法性にとつては別段なくともよい



ものであるというのは、ウエルツェルがしばしば論じていたところである。この意味からすれば、ドイツ刑法五九條にいわゆる法定の構成要件に属する行爲事情ではなく、したがつて、故意の對象たりえない。しかし、このような形式的な性質づけでは、事柄の實質に迫る分析は得られない。

右の諸メルクマールには、それぞれに相當な歴史的展開の跡づけを必要とするが、本稿では主題の分析に必要な限度で學說の引用をとどめておくことにする。

## 2 規範的構成要件のメルクマール（規範的行爲事情）との區別

法義務のメルクマールはその性質上規範的構成要件のメルクマールに一番類似している。現にメツガーはこれらについて、「特にとりたてて新しいものない真正規範的行爲事情である」ときめつけ、「最近になつてはじめて、その一見したところ特殊性ありげなことに注意が向けられた行爲事情」がウエルツェルの一連の研究により「構成要件にとつて重要な特別な法律状態と關聯する」行爲事情として考えられ、これらは五九條の適用をはずされ、いわゆる禁止の錯誤の例だとされたけれども、ウエルツェルの論據にはなんらの内的理由はないのであると非難した。

メツガーによれば、これらのいわゆる特殊な違法性のメルクマールと考えられたものにあつては、「規範的要素が特別の方向に向いて動いているのであるが、だからといつて、原則として異なつた取扱いが肯定されるわけではない」といふのである。

このような考え方は、聯邦裁判所の判例にも現われており、これに對するウエルツェルの反批判も出ていることであるから、この兩者の議論を検討し、然る後にいささか規範的メルクマールについての私見を述べることにする。

判例は、ウエルツェルの法義務のメルクマールをはげしく攻撃し、これを認めれば窃盜、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も、純粋な、故意には包括されない「法義務のメルクマール」とみなすという結論になりはしないかというのである。判旨は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ではないとし、「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だけ、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圏におけるパラレルな評價は故意に屬することになる。この評價が缺けているならば、行爲者は五九條により故意行爲の故に處罰されえない。しかし、逆にこれがあれば、法律が事態をそのように評價しなくとも、他の要件が存する場合であつても、未遂による處罰を妨げるものではない。これは、窃盜、横領における物の他人性のような、他の法規定中に現われる法的性質をもつた構成要件のメルクマールにおいては争われたことはないし、また争いえない。逆に、行爲者が物は他人に屬するということは知つているものの、それから法的事實がらひき出される諸事實についての觀念をなんらもつていない場合には、故意の存在を認めることにつき何等疑問とはされない<sup>(6)</sup>」と明言するのである。

このような法義務(特殊な違法性)のメルクマールは規範的メルクマールとして不法構成要件の中に入れておくか、それともウェルツェルのように構成要件からとり出すべきであるかについては争いがある。エンギッシュは「構成要件を單に評價の客體としてでなく、不法評價の基礎と考えれば、右のメルクマールは多くの構成要件がなすのとは違つた方法で、違法性判断を基礎づけるであろうか」という疑問を提出し、「ウェルツェルは原因と結果を同一視している」と非難し、有名な「結果から得た構成である」ときめつけて、聯邦裁判所の判例を支持する立場を明らかにした<sup>(7)</sup>。

ウェルツェルはこの「はじめて、規範的」行爲事情に立場を明らかにした「聯邦裁判所の判例に對し鋭く反撃をする。

「これまでの自然主義的時代相を受けた考えは、五九條の行爲事情の概念を、感覺的に知覺しうる事實」と解していた。これは一九〇六年にベールリングが近代的な構成要件論を展開し、純粋に記述的であつて、規範的規定は構成要件に結びつく

にすぎない<sup>(8)</sup>”として、構成要件該當性を違法性から嚴密に區別し、構成要件該當性が存在するかどうかという、その後の問題にとつての連結を可能ならしめるにすぎないものと解した立場と比較すれば、一つの前進である。もつとも、マイヤーはそのいわゆる規範的構成要件のメルクマールは不眞正構成要件メルクマールであり、眞正違法性のメルクマールであると信じていた<sup>(9)</sup>。だがしかし、本當は「他人の」、「文書」等の規範的メルクマールは「人間」、「財物」、「身體」等の記述的メルクマールと同様に、多少とも違法性と關聯をもたなければならぬ。「マイヤーの規範的構成要件メルクマールは違法性のメルクマールではなくて、構成要件の意味構成部分であり、人間行爲の社會的世界は意味をもつた現實 (Wirklichkeit) であつて、意味と無關係な自然科学的現實 (Realität) ではないことの表われであつて、その限りでは構成要件は決して「没價值」ではない。なぜなら、すべての構成要件は社會的人間の生活の意味ある世界の一斷片であるからである。<sup>(10)</sup>」

このような立場からみれば、自然科学的な意味でとらえうるもののみを現實的なものとする自然主義的思考の跡をとどめているマイヤーは、たしかに規範的行爲事情の解明に大きな貢獻をしたことは事實であるが、客觀的行爲事情をなお「感覺的知覺に親しむ」ものと定義をしているのであつて、批判の餘地は充分にあると言わなければならない。<sup>(11)</sup>

右の自然主義的考え方によれば、「文書」、「公務員」等の規範的概念も「事實的」および「法律的」構成部分に分解され、かくして文書、公務員等の概念の内容をなす事實を行爲者が知つてゐることで、故意につき充分であつた。右の分解が事實の錯誤、法律の錯誤の區別に對應し、違法性の意識の不存在が故意を阻却するのではなく責任を阻却するのであるとするいわゆる責任説の立場から非難的になることは明らかであろう。

法の基礎にある現實は、實踐的行爲の中に存する社會生活の現實であつて、それは自然科学のような没意味的なザインではなくて、意味關聯によつて充ちた意味ある現實なのである。文書の現實體は繪畫がキャンバスと色から成つてゐるような具合に、單に紙とインキのような構成部分から成るのではなくて、それらの中に化體され、感覺的には知覺されず、精神的に

のみ了解せられる意義内容こそが重要なのである。書かれた一片の紙を破つた者はたとえ文書につき何が感覺的に知覚する事實であるかをすべて知つていても、文書を破棄するという故意はいまだ有しない。取引きにつき證據として重要な意義をそれに認識してはじめて、五九條について必要な行爲事情たる文書の認識をもつのである。<sup>(12)</sup>

人間の行爲はすべて、若干の構成部分が感覺的に知覚しえ、他は單に精神的に了解しうるにすぎない意味をもつた世界の中で實現せられるのである。『行爲事情』をどのくらい感覺的に知覚しえ（記述的）、どのくらい精神的に了解しうるか（規範的）は、行爲事情の概念にとつては全く重要ではない。隣人の『名譽』は隣人の『財物』と同様にドイツ刑法の行爲事情である。法律が精神的に了解しうる行爲事情を規定對象とする場合、行爲者が行爲事情の意味的意義（Bedeutungssinn）を社會生活の中で把握したことが行爲者の侵害故意にとつて本質的なのである。文書毀損の故意をもつ者とは、當該文書の證據上重要な機能を知り、破棄しようとする者をいう。『規範的』行爲事情の精神的行爲にもとづく把握は、素人圏内でのパラレルな評價を意味する。行爲者がこのような認識をしている場合には、行爲者がそれ以上に法律上、この文書が『文書』と名付けられていることを知つていのかどうかは重要ではない。<sup>(13)</sup>これに對する錯誤と非常に類似し、限界づけの困難なものはいざしばひき合いに出される包攝の錯誤であつて、行爲者によつて實現可能で、かつ實現された素人圏内でのパラレルな評價の彼岸に明示される、いわゆる包攝の錯誤である。<sup>(14)</sup>

このように論じてから、物の他人性というメルクマールを類推して法義務のメルクマールを否定する聯邦裁判所の判示に對して、類推による推論は推論の中で最も弱い、Aというメルクマールはxという結果を有しない、なぜならBというメルクマールがyという結果を有することが明らかだからといつてみたところで、AがBと同じ性質を有するということが確證されなければ立證力はない、という。『權限』が『他人性』という規範的行爲事情ではないといつたところで、『他人の』という規範的構成要件のメルクマールとは別の結果を有するのだとするテーゼを反論しうるわけではない。

實定法上のメルクマールの性質に疑點がある場合、故意により包括せられる行爲事情に屬するといふ推測がまずなされる。これを争うものは反對證據をあげなければならない。

その反論としては、五九條が萬能ではないといふことであり、刑法規定中に列擧された一連のメルクマールが行爲事情からはずされていることを見れば分る。訴追條件、客觀的處罰條件、更には違法、責任の如き一般的犯罪のメルクマール等。このことからみれば法義務のメルクマールを排除することも異常ではない。

では「權限」といふ法義務のメルクマールは規範的行爲事情であるかどうか。聯邦裁判所の「他人性」と比較して考えてみると、「他人の」とは行爲客體を實質的に特性づける事情である。これは當該の財物が他人に包括的にかつ法的に歸屬することを示す。この歸屬性によつて、この者は財物を任意に處分することが許される。財物が他人に屬する故に、それを奪取することは許されない。

これに對して、「權限」といふメルクマールは、當該官廳が行爲に權限を有し、當事者は逆に官廳に對して、行爲受忍の義務づけを負うことでその意義はつきてゐる。「權限ある」といふメルクマールについての行爲者の意識内容は「この官署に對して眞實を告げること(一五三條以下)」、「名前を正しく告知すること(三六〇條八號)」を義務づけられてゐるという觀念以上のものは包括されえない。官廳の權限についての意識内容は、官廳に對する特殊な法的義務づけの中につきてゐる。故に、權限はその内容上純粹な法義務のメルクマールであつて、實質的な行爲事情ではない。それ故にこそ、多くの構成要件中(一三六條、三六一條七號、一五三條等)にこのメルクマールにつき言及がないが、これらでは權限が重要でないとはいえない。これに對して、不文の行爲事情は稀である。これに對して、法義務のメルクマール、そればかりでなく違法性の不記入(weglassen)はしばしば見られるところであるとして反論をとじる。<sup>(15)</sup>

以上のウェルツェルの論述は人を納得せしめるであらうか。規範的構成要件のメルクマールといふものの性質を中心にし

て考えてみたい。たしかに、立法者は行爲、行爲者、活動、行爲の結果につき詳しく記述し、可罰性の範圍を個々に確定することは、罪刑法定主義の要請からみても、極めて望ましいことではあるが、その場合にも、立法者の處分に供せられ、或はその時間的空間的な有限性の故に、すべての要件を固定しえないことも見ておかなければならない。立法者は處罰の基礎たるものを、日常語を用いて『記述的に』要件化するが、同時に、その他の判断、評價をえてはじめて終結する種類の關係を『規範的に』暗示することがある。ここにおいては、判断は裁判官の認識活動に委ねられるのであるが、彼はその場合、すぐ依據できるような外部的出來事、状態の單なる記述ではなくて、裁判官自身による詳しい判断評價を、或は裁量により、或は習俗、禮儀、取引上の慣行といった他の規範から受けることによつて確定する必要に迫られる。

この意味でこれらのメルクマールは充足を必要とするメルクマールとよばれるのである。<sup>(16)</sup>

このような規範的構成要件のメルクマールに對して、記述的構成要件のメルクマールという、裁判官の評價から獨立した事態から直ちに讀みとることのできるものもあるとされているが、法律の解釋が抽象的法規を具體的個別事件に適用するという創造的活動であるという性質から考えて、ここにも評價的要素を認めないわけにはゆかない。<sup>(17)</sup> 可罰的行爲は全體としても、また個々のにも『意味のある』出來事なのである。エリーク・ポルフが一見したところ明らかに『自然主義的』に用いられた現行法の文言(犬、建造物、物)は刑法の構成要件中では『規範的(價值充足を必要とする)』外装を有していると正當にも指摘をしたことであつた。<sup>(18)</sup>

このような性質をもつた規範的構成要件のメルクマール(行爲事情)は五九條の要求する行爲事情の知といかなる關聯をもつてであろうか。ここでいう知は單なる事實の知ではなく、意味の知であることはウェルツェルの分析にも見られたところである。メツガーのいわゆる行爲者の素人圏でのパラレルな評價、<sup>(19)</sup> ビンディングによれば素人風のやり方での評價、<sup>(20)</sup> ウェルツェルの行爲者の意識におけるパラレルな評價<sup>(21)</sup>がここでは意味をもつてくる。規範的行爲事情と、それと性質の類似する(メ

ツガーによれば、それに従属する)法義務のメルクマールの間ほどの程度、パラレルな評價の意味で法律的評價が故意につき必要なのか、逆に行爲者の側に重要でない包攝があるのかという困難な問題が生じる。この限界づけは非常にむずかしい。

物の他人性のような人口に膾炙した法的概念では前者が認められ、特殊な法領域と關係する「適法性」のような概念では後者が認められるべきであるというのがメツガーの説である。

なるほど、財物が他人のものであるかどうかということ、執行行爲が適法であるかどうか、宣誓している官廳が権限を有しているかどうかといった事情には、そのような性質上の差異はあるかも知れない。後二者の方が前者よりも、行爲者の側での判断はより困難であるかも知れない。それならば、自己の行爲が許されていることについての確信、いわゆる違法性の意識乃至はその可能性は、規範的構成要件のメルクマールに對するよりも少いといわなければならない。この意味からすれば、端的に故意を阻却するという理論構成をとることも可能である。ウェルツェル流に考えれば、これを禁止の錯誤の一適用場面であるとし、免責しうる場合には責任がなく、有責な場合には違法性の意識の可能性の程度により、輕減して處罰されることにならう。

問題はしかし、いずれも裁判官の評價をまつ、いわゆる充足を必要とするメルクマールであるのに、何故に一方は故意の包括するメルクマールであり、これに對する錯誤は構成要件の錯誤とされるのであろうか。

ウェルツェルは物の「他人性」につき、それは行爲客體を實質的に特色づけるものであるという。これに對して、例えば「權限」は官廳等にある行爲についての權限を興え、行爲者には受忍の義務を興えることでその意義はつきるといふ。しかし、これは程度の差ではあるまいか。彼の論理を利用して反證をあげてみる。物についてはこれは感覺的に知覺しうるが「他人性」については精神的にのみ了解しうる。適法性については、抵抗の相手方が公務員であることは感覺的に知覺しうるが、公務員の行爲であるからといって一應適法の推定は受けようが、はたして具體的に適法であるか否かは精神的にのみ

了解しうる。権限についても同じである。事物管轄のない簡易裁判所で宣誓をする者は、とにかく裁判所であることについての知覚は、感覺的にできるであろうが、自己の事件がその裁判所に係属するか否かについては精神的了解の問題であり、場合によってはその能力を超える問題であるかも知れない。

錯誤の面から考えてみても、他人の物と思つて自己の物を窃取した場合、自己の物と思つて他人の物を持ち去つた場合が、「適法」な職務行爲を違法と思つたり、またはその逆の認識をしたりして抵抗することと、一體どこに差異があるかはなほだしく疑問である。

権限についても同じことがいえる。法が保護しようとすることは、行爲者が事實に即した發言を聴取することであり、當事者が一定の方式により、一定の公の場所で發言の機會を與えられているという意識があれば、その發言を受領することについての権限の有無によつて違法評價が異なることはない。

このように見てくると、禁止の錯誤のためのカテゴリーとして法義務のメルクマールを考へ出したのではないかという疑問は氷解しないどころか、ますます深まつてゆく。

我々は、メツガーとともに、ウェルツェルのいわゆる法義務のメルクマールというものは、規範的構成要件の一種であるという説に同意せざるを得ない。ただ、規範的要素が特別の方向に向いているということを示すために、特別な名稱をつけるのなら、その限度でさしつかえなからうと考へる。

規範的構成要件のメルクマールとの相違がないということを證明すれば、本項の目的は一應終るが、他の主觀的構成要件要素、心情のメルクマールとも一應限界づけをしてみる。

### 3 主觀的(違法)構成要件要素との區別



構成要件を客觀的要素と主觀的要素に分け、それぞれ違法性、責任を區別し、客觀的なものは違法性に、主觀的なものは責任に歸屬するという考え方はすでに久しく通說的地位を占めていた。

更に、構成要件に關しても、その内容は行爲の外部的な面を記述したものであるということが、特にベールリングの努力で一應論證せられた。しかし、この考え方に對して、構成要件の要素の中には「規範的要素」が存在することを指摘したのは、前項に述べた如く、M・E・マイヤー<sup>(22)</sup>である。窃盜罪の構成要件における窃取行爲の客體である財物が他人のものである場合、その財物の「他人性」がそれであり、白衣をつけた外科醫が婦人の腰に手をふれる行爲にあつては、猥褻の意圖があるか否かは、治療行爲との區別につき重要であるとした。これらをマイヤーは本來は眞正違法要素なのであつて、構成要件要素としては不眞正な要素であるとした。

他人のものという性質は窃盜行爲によつてひき出されるものではなく、行爲者の意思行爲とはなんらの關係もない結果の構成部分でありその實現は外部的世界ではなく法的世界で成立するもので、しかも價値を決定する意義をもっているのである。しかもこれは構成要件の中でのみその特殊性が評價せられるところから構成要件の中で考慮せられねばならない。マイヤーは構成要件を外部的客觀的面に關するものであるとするベールリングの説の影響下にあつたので、構成要件においては異質物であり、この意味で不眞正の要素である。しかし、それは違法性を指示し、それを認識させるいわゆる違法性の認識根據ではなく、それ自體違法性を構成するものであるから、眞正違法性要素であるとした。

これに對してメツガー<sup>(23)</sup>が、構成要件の規範的要素とは評價に關するものではなく、評價せられた客體を意味し、したがつて窃盜罪の構成要件の要素である財物の他人性は、所有權の有無を決定する民法的評價によつて他人のものとして決定された要素、つまり、刑法以外の「法的評價を伴つた要素」であり、そのような要素を構成要件の規範的要素であるとして、違法性評價とは全く區別せられるべき構成要件の要素と解すべきことを明らかにした。

このようにして、構成要件の要素には、單に外部的、記述的、客觀的なものとどまらずして、規範的なもの、更には主觀的なものがあるという見解がゆきわたるようになったのであつた。

このような學說の推移は違法性という概念に對する反省から生まれたものといつてよい。なるほど違法性は反價值判斷であり、消極的價值判斷を意味するものであつて、刑法上は、構成要件に類型化せられた範圍内で構成要件該當の行爲につき加えられるべき評價であることは、つとに認識されていた。このような違法性の價值判斷または評價は、評價の對象となる行爲の主體のもつ性質、能力とは關係がなく、この意味では客觀的に行爲が法秩序違反たるの性質を有するとする結論が生じた。このようにして、違法性の評價の本質を對象となる行爲の主體の性質・能力により制約されるのであるとするいかわゆる主觀的違法論を徹底的に批判したのは、メツガーの評價規範と決定規範の分析によるものである。<sup>(24)</sup>

かくして、違法性は價值判斷または評價そのものとしては客觀的なものと解せられることが通説となつた。

更に、從來、違法性とは行爲の外部的・客觀的な面に限られるとされてきたことを反省し、これは違法性の評價、判斷そのものについてではなくて、判斷、評價の對象についていわれたものであることを認め、このことから、對象の評價としての違法性の判斷は、評價の對象を必ずしも行爲の外部的、客觀的な面に限る必要は全くないのであつて、行爲の内部的、心理的な、したがつて主觀的な要素をも評價、判斷の對象となしうとしたのであつた。<sup>(25)</sup> かくして、主觀的要素も違法性という評價の對象たりえ、客觀的評價としての違法性とその評價の對象である主觀的要素とは少しも矛盾するものではないことが確認された。このようにして認められた評價の對象である主觀的要素が構成要件の主觀的要素であるが、これが評價の主體となるときには主觀的違法要素とされるのである。

その主觀的違法要素となるものには、例えば、目的犯における目的がある。この種の主觀的違法要素が定型化されて構成要件の中に入れられると、これは主觀的構成要件要素となること<sup>(26)</sup>についてはすでに述べた通りである。その理由は、主觀的

違法要素といわれるものは、個々の犯罪の特殊性を決定するものであり、これこそは、構成要件の個別化機能の一場面であるからである。

このような主観的違法要素の例としては、行爲者の主観的傾向の現われとみられる行爲が罪となる傾向犯（例えば強制猥褻罪がそうである。全く客観的に同じ行爲でも、醫療行爲として行われれば猥褻性は無い。猥褻物「頒布」「販賣」も同じ性質があり、これらは本来は不特定または多數人に對する讓渡、交付ではあるが、反覆の意圖をもつてする限りは一人に對する一回限りの讓渡、交付も頒布、販賣になる〔大判大六・五・一九〕。これは一種の主観的違法要素をもつものといつてよからう）や行爲者の心理的経緯または状態の現われとみられる行爲が罪とされる表現犯（偽證罪がこれに當る。これは、宣誓した證人が虚偽の陳述をする罪であつて、ここに虚偽とは本人の記憶に反することであると解せられる。つまり、行爲者の主観的な心理状態によつて違法性が左右されるのである）があげられる。<sup>(27)</sup> これらは行爲を行爲者の人格およびその在り方から切り離して、行爲自體として評價したものである。目的犯および傾向犯における主観的要素は違法要素でなく、責任要素であるという有力な説もあるが、責任要素である前にまず違法要素であると解する。<sup>(28)</sup>

したがつてこれらは、定型化されて構成要件化されている限りは主観的構成要件要素である。この意味で、故意、過失も構成要件の定型化に資する限り、その面がらみれば構成要件の主観的要素であり、主観的違法要素である。しかし、故意、過失の本籍は責任の領域にあることもまた、疑うことはできない。

このような性質をもつ主観的構成要件要素といわゆる法義務のメルクマールはいかに區別せられるであらうか。

主観的違法要素につき、或る論者は注目すべき發言をしている。<sup>(29)</sup> 曰く「主観的違法要素という言葉、言葉通りに解するとこの言葉は違法性という價值判断・評價そのものを構成する主観的要素を意味するかに解せられないではない。しかしそのように解すべきではなく、主観的違法要素とは、違法性の判断・評價それ自體ではなく、違法性の判断・評價の對象であり、

したがつて、體系的には、構成要件に屬する要素を意味するにほかならない。したがつて、主觀的違法要素という言葉における違法というのは違法性の評價の對象となるというだけの意味であつて、正確には構成要件の主觀的要素であることを看過してはならない」として、この觀念は構成要件の内容を外部的・客觀的側面に限るとした從來の説を破つたこと、行爲者の内心的・心理的な意味での主觀的要素をすべて責任に屬するとした古い思想を打破したことに意味があるとしている。

しかし、これはすでに指摘したことであるが、<sup>30)</sup>構成要件と違法性につき、評價の客體と客體の評價という區別に固執した考え方によるものである。構成要件には評價の客體である面と自から評價を行う面とがあることを忘れてはなるまい。

主觀的違法要素の例として、例えばふざけて他人名義の文書を作製してみたところで別段違法な行爲ではない。文書偽造罪は行使の目的をもつて他人名義の文書を偽造してはじめて違法性が生じる。行使の意圖なく、たわむれに他人名義の文書を作つたとして、その後誰か第三者がそれを悪用する可能性が全くないわけではなく、その意味からすれば違法性があるうが、現行法上は處罰に價する程度の違法性がないと考えられるのである。

この點からみれば「行使の目的」という主觀的構成要件要素は、行爲の違法性を實質的に規制していると考えてよい。その他猥褻にしても、營利の目的にしても、これらの主觀的構成要件要素が備わつてはじめて、具體的行爲は違法性を帯びるのである。

法義務のメルクマールは規範的構成要件のメルクマールを論じたところでも明らかにした如く、このものとはその實質においては嚴密な區別はできないものであり、その違法評價の方向を異にするにすぎないものである。

主觀的違法要素は、構成要件要素の中、行爲者の心理的、内的な要素を違法性の要素とするものである。この意味で、行爲についての客觀的評價を主とする法義務のメルクマールとは全く區別せられる。

主觀的違法要素というものは行爲に違法性の色合いを與える主觀的な要素、つまり行爲に違法性を與え、またその違法性

を強める主観的な要素であるから、行爲者の行爲への法的義務づけを行う法義務のメルクマイルとは全く色合いを異にする。

#### 4 心情(情操)のメルクマイルとの區別

心情のメルクマイル (Gesinnungsmerkmal) というものは、近時特に強調され、ハルドウィッヒ、シュミットホイザーといった若い學者によつて詳細に論じられた。<sup>(31)</sup>

このメルクマイルはナチス刑法學にいわゆる意志刑法、心情刑法といわれたものと類似しているので、きらわれる表現ではあるが、いわゆる行爲者刑法とよばれるものの思想的延長線上にある。<sup>(32)</sup> しかし、これは、いわゆるナチス刑法の再生と早のみこみをしてはならない。刑法的評價の對象として、行爲を客觀的に評價するのみではなく、行爲者の性格、人格をも評價の對象とすることは、今日もなお内外の有力な學者の心掛けているところである。<sup>(33)</sup>

ここに「心情(または情操)のメルクマイル」を特にとり立てて考へるのは、心情という極めて精神的、心理的な問題、そのあり方に對して、刑法が關心をもつて示している。つまり、心情の要素を刑法がとり立てて構成要件化していることは、行爲者の心のあり方、その心情に對して、倫理的な價值判斷を加えているのであつて、<sup>(34)</sup> その意味でも、「日常生活の倫理」が尺度とされており、これは刑法自體がこれを以前よりもはつきりとうち出している。しかしこれは間違つた風紀化と混同してはならない。<sup>(35)</sup>

刑法自體も「責任の程度に應じた刑罰」という言葉を用いるが、ここにいう責任というものは行爲者の道徳的に非難しうる精神的状態をいうのである。裁判官はこれらのメルクマイルでは、他の多くのメルクマイルにおけるとは違つて、直接に、行爲の道徳的評價値に向かわなければならないのである。

心情のメルクマールの例としてどのようなものがあるかという問題であるが、これは我が日本刑法にはその例が極めて少い。

ドイツ刑法における例をあげてみると次のようなものが目につくのである。<sup>(36)</sup>

殺人の構成要件(二二一條)にある一連のメルクマール(物慾から(aus Habgier)、低劣な動機、狡猾に(heimtückisch)、殘酷に(二七條a、一三三條二項の利慾(Gewinnsucht)、動物保護法一條、九條一項の荒々しく(roh)、一七〇條cの良心なく、經濟刑法三條一項二號の無責任に(verantwortungslos)、刑法三二五條aの無思慮、一七〇條aの甚だしい利慾心から(aus grobem Egoismus)、二〇條の破廉恥な心情(ehrlose Gesinnung)等々がある。

日本刑法の例としては、二五條二項或は六六條の情狀特ニ憫諒ス可キモノ、一七八條の抗拒不能ニ乗ジ、一八二條の淫行ハ常習ナキ婦女ヲ勸誘シテ、一八六條の常習トシテ、一八八條の不敬、二四八條の知慮淺薄……ニ乗ジテ、輕犯罪法の毆打し、酷使し……などの仕方で虐待し、等を強いてあげることができらざらざらであらう。

規範的構成要件のメルクマールも、主觀的違法要素も、そしていわゆる法義務のメルクマールも、ともに専ら違法性と關聯する構成要件要素であつたが、これらと心情の要素は明らかに區別されるべき性質をもつてゐる。

それは、心情のメルクマールというものの中には、違法判断と責任判断が微妙に交錯し合ひ、これらのメルクマールは違法要素であるよりはむしろ、責任判断の對象となるのである。違法要素の色合ひももつてゐるという理由は、これらのメルクマールが行爲者の行爲の態様を示すものとして、その在り方が客觀的な違法評價の對象であるが、むしろそのメルクマールはその行爲の中に行爲者の惡しき心情が端的に表われ、責任の程度を加重するメルクマールとなつてゐる點により重大な意味をもつ。<sup>(37)</sup>これらのメルクマールは、責任の有無ではなく、責任の輕重と關聯するのである。すなわち、法秩序の中の行爲のあり方として違法判断に服しつつ、行爲者の情操という精神的、心理的あり方として責任の要素を構成する。例えば

殘虐にというメルクマールは行爲の違法性を色づけるが、殘虐でなくとも人を殺すことは違法である。しかし、責任の點からいえば、單純な殺人よりも非難の度合いは大である。

というのは、責任とは人の道徳的に反價值的な精神的態度と解せられるべきであつて、これは個々の不法行爲と關聯し、不法な心情とはその心情の方向の價値に従つて特色づけられた、道徳的・反價值的な個別的心情以外の何物でもないからである。<sup>(38)</sup>

責任について單に主觀的な歸責性が問われるだけにとどまらず、非難可能な心情の表われについても評價の餘地がある。ケルンは違法性に段階を附しうるとしたが、<sup>(39)</sup>責任についてはその程度に段階を附しうることが通例である。いわゆる心情のメルクマールを伴う構成要件にあつては、このような責任の量が犯罪類型化に資するところが大である。この意味で、これらの要素は主觀的な不法要素というよりは、責任の要素であると考えられよう。<sup>(40)</sup>

このような、主觀的、心理的、精神的なモメントを含む心情のメルクマールと法義務のメルクマールとは、それが主觀的な違法要素と相違する以上に異質であつて、全く性質を異にする點については多言を要しない。

(1) *Bemman; Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit* (1957) S. 32 ff. は適法性のメルクマールを、構成要件のメルクマールであるとしている。本書においてベンマンは、客觀的處罰條件を構成要件、違法、責任につきその區別をなしてから、いわゆる客觀的處罰條件とよばれているものが、實は構成要件のメルクマール、若くは訴訟條件であることを論證し、そもそも客觀的處罰條件というものが存在しないと斷定している。彼によれば、外交關係の相互保障(一〇四條a)は訴追條件であり(二八頁以下)、適法性(一一三條)は構成要件のメルクマールであり(三二頁以下)、婚姻の解消(一七〇條、一七二條)は訴訟條件であり、決闘の行われること(二一〇條)は構成要件のメルクマールであり、死の發生または重い傷害の發生(二二七條)は構成要件のメルクマールであり、支拂停止、破産決定(破産法二三九條以下)は構成要件のメルクマールであるという。

(2) 團藤 刑法綱要、三九八頁、木村、刑法總論、一二七・八頁。このような立場に對して、グリーンマン(Staatsrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, 1932) キンマー( Zur Lehre vom Verbrechen, 1926. S. 24 ff.) がこれを構成要件該當性、違法性

責任をそれぞれ還元すべきであり、また還元しうると説いている。我が佐伯博士もこの説に左袒しておられる。

その理由としては、理論體系の冒頭で犯罪とは具體的刑罰權を法律効果とする法律要件であつて、その實體は可罰類型に該當する違法有責なる行爲であると説きつつ、突如として行爲の犯罪性(類型性、違法、責任)となら關係なく、しかも刑罰權の存在を決定する條件を認めるのは、一貫性を生命とする理論體系にとつては自殺に等しい矛盾であるからであるとし、單なる訴訟條件ではなく、實體法上の刑罰權の條件なりとすれば、必ずや犯罪の實質、すなわち行爲の違法性が責任性と密接な關係を有するものと考へなければならぬとして、これらは違法または責任と無關係ではなく、そのいずれかの要素に還元せられるとされる。それによれば破産宣告の確定は行爲者の行爲の帯びていた違法性の特別な重さを徴表するものとされる。ついでながら、一身の刑罰阻却事由についても、これを期待可能性を缺くものとして責任阻却事由の中に解消せしめんとされる(刑法總論、昭和十九年、一六七頁以下、同、二六一頁以下)。しかし、すべての主觀的處罰條件を構成要件の一般的要素に解消することは困難である。

(c) Mezger, in Leipziger Kommentar, 8. Aufl. S. 417 f.

(4) BGH. St. vom 28. 10. 1952. 1. St. R. 450/52 Lfg. Heilbron, in JZ. 1953. S. 117 f. BGH. St. Bd. 3. S. 248 ff. bes. S. 253 ff.

(5) Welzel; Anmerkung zur Entsch. vom 28. 10. 1952, in JZ. a. a. O. S. 119 f. 以下は本論文(六八頁以下参照)。

(6) BGH. St. Bd. 3. S. 254 f.

(7) Englisch; Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in Mezger-Festschrift. S. 158 f. その例として、職務行爲の適法性は職務行爲に對する抵抗の違法性の根據ではあるが、その違法性と同一ではない。このことはちょうど、財物の「他人性」が窃盜の違法性の基礎ではあつても、違法性と同意義でないのと同様である」としている。

(8) Belling; Die Lehre vom Verbrechen. S. 112.

(9) Mayer; Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts (1923) S. 182 ff.

(10) Welzel; a. a. O. S. 120. Anm. 4 a. 木村博士が構成要件の規範的要素とどう表現を否定し、意味的要素という表現を提唱しておられる出典はこの邊にあるらしい。木村「刑法總論」一四〇頁以下、同「刑法總論入門、法學セミナー、一九六〇年一二號一五頁以下。

(11) Mayer, a. a. O. S. 7. 以下の實定法の構成要件は二つの部分から成るとし、その實現が外界で行われるもの、すなわち感覺的に知覺しうるものと、行爲者の内心で實現されるもの、したがつて彼の自由または彼の態度から推考して結論されるものとし、窃盜の場合の物の他人性、侮辱の場合の不眞實の傳播等は、客觀的構成要件に屬するのではなくて、これらのメルクマールは、たしかに結果の構



成部分ではあつても、感覺的知覺には親しまないからであるとしてゐる(一八三頁)。そして彼もこのような事情の感覺的知覺性というのが基準となることについては疑問をもつてゐる。或る事情が状況であるか規範的構成要件のメルクマールかは個々の疑問の餘地があるとして、一八二條で客體の狀況決定性となれてゐる誘惑の場合の乙女の純潔性を後者に入れてゐる。

(21) この判例批評の中にある議論は、その後 *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre* (1953)

S. 12 頁に *Das deutsche Strafrecht* 7. Aufl. S. 68 を用ひられてゐる。Vgl.; Englisch; a. a. O. S. 149.

(22) *Welzel; a. a. O. 7. Aufl. S. 68, 150.* ウェルツェルにおいてはこのような規範的行為事情の錯誤は物、身體、因果性等の事實に對する錯誤と並んで、構成要件の錯誤であるとされる。

(14) *Welzel; a. a. O. S. 157.* 構成要件の錯誤と包攝の錯誤の分岐線はライヒ裁判所のように、『事實』の誤認と事實からの間違つた推斷という區別では得られず、事情に對する錯誤と法概念に對する錯誤の區別にある。ライヒ裁判所は特に規範的構成要件のメルクマールにおいて構成要件の故意の範圍を餘りにも狭く、包攝の錯誤の範圍を餘りにも廣くひき、更に、包攝の錯誤を全く注目に價しないものと判示したことであつた。規範的行為事情の故意には事實の基礎の知では充分でなく、法律上の判斷とパラレルに動く行為事情の實質的内容を行爲者によつて認識することが故意に屬する。行爲者が社會生活における行為事情の實質的意味内容を意識していなければ行爲者は構成要件の故意が缺け、この知の彼岸にはじめて包攝の錯誤があらわれる。

(15) *Welzel; Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, in JZ. (1952) S. 134.* ヴルツェル論議が結果に於いては正當であることを論證するために、權限が若し行為事情であるならば、それと分らなかつた一見手續風に思われるところで(簡易裁判所の司法官候補が同僚に對する『扶養料裁判』で嬰兒の母親を證人として聴取するという惡戯をした場合)『偽りの宣誓』をした行爲者は、偽證の未遂によつて處罰されるをえない。しかし、この處罰はいかなる裁判所もこれをとりあげないであろう。ところが、このメルクマールが若し法義務のメルクマールであれば、この場合には可罰性のない幻覺犯である、という。

右のウェルツェルのレフエンダーの例によつて、ボッケルマンは未遂の處罰と關聯して疑問を投じてゐる。Bockelmann; a. a. O. S. 169 ff. 未遂の刑罰は實は法益の直接的な保護に向けられてゐるのではなくて、法的な心情の價値の保護に向けられてゐるからである、とする。ボッケルマンは主觀的未遂論に立つて、聯邦裁判所の判例を支持してゐる。

右の例に對し、V・ウェーバーは納得出来ない、とする。レフエンダーの惡戯に對してなした宣誓は當罰性がないように思われる。その理由はそこには幻覺犯が犯されてゐるのではなくて、そのようなことは、笑うべきことであるから (V. Weber; Vom Substantionsirrtum, in GA. (1955) Heft 3. S. 164. Anm. 13.)。

(9) Mezger: *Strafrecht* (Studienbuch) 8. Aufl. S. 96. 補充を必要とするという言い方は、「開かれた構成要件」についてもいわたれたことを補記した。

(17) Mezger: *L. K.* 8. Aufl. S. 476.

(19) Erik Wolf; *Der Sachbegriff im Strafrecht*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* 5. Bd. (1929) S. 55/56. Englisch; a. a. O. S. 138 f. Kunert; *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände* (1958) S. 41 ff.

(21) Mezger; *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, S. 41. Anm. 2. Ders.; *Jur. Wo.* (1927) S. 2006, Nr. 19. Ders.; *Lehrbuch d. deut. Strafrechts*, S. 328. Ders. Anmerkung zum Urteil d. BGH. St. v. 5. 1. 1951.—2 St. R. 29/50 JZ. (1951) 179 f.

(20) Binding; *Normen* Bd. III. S. 148 f. 行爲者の包攝と裁判官の包攝の區別を論じて「行爲者の包攝または包攝に非ざるものは素人のやり方で行われる」として「行爲者にはこれ以上のものは要求せられえず、それと違つたものは期待せられえないとする。そして、素人にとつては犯罪相互、法概念相互の限界づけが非常に不明確であることがままあり、この兩者の區別の度合いでは素人は學問的にも法律的にも完全な素養のある立法者のはるか背後であるのであり、法律がなすよりはるかに一般的な觀念でことごときたるものが當然である」  
2419。

(12) Weizel; *Das deutsche Strafrecht*. 8. Aufl. S. 69. Ders.; in *JZ*. 1954, S. 279. Vgl. BGH. St. Bd. 4. S. 352.

(23) Mayer; a. a. O. S. 182 ff. S. 365.

(25) Mezger; *Die subjektive Unrechtselemente*, in *Gerichtssaal*. Bd. 89 (1924). Ders.; *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für Traeger* (1926) 25—27 主觀的違法要素の研究は一應の完成をみた。

(24) 決定規範としての法は評價規範としての法なくしては考へることができない。評價規範としての法は決定規範としての法の論理的前提である。或る人を何かに決定しようとする者はまず彼を何に決定しようかを知らねばならない。その何かを一定の積極的な意味で評價をしなければならぬ。決定規範としての法の論理的プリウスは評價規範としての「客觀的生活秩序としての法である」という有名な命題がそれである。Mezger; a. a. O., in *GS*. S. 240 f. このメモカールの命題について Englisch; *Einführung in das juristische Denken* (1959) S. 27 ff.

(25) メモカールは違法とていう價値判断はその判断の前提「對象として」ある種の主觀的な「換言すれば行爲者心理的要素を含んでも」

- なお客観的なものである (Liszt-Schmidt; Lehrbuch. 26. Aufl. S. 175. Anm. 3) とし、ドーナは「客観的違法性とは、評價の對象を「純客観的事實に限るわけではなく、主観的違法要素を認め、更には主観的要素のすべてが必ずしも責任に属するわけではなく、主観的違法要素を認めただからといって、違法と責任を混同するわけではない (Graf zu Dohna; Der Aufbau der Verbrechenlehre. 3. Aufl. S. 28) とした。
- (28) 團藤、前掲八八頁。
- (27) Mezer; Studienbuch. 8. Aufl. S. 87 以下。
- (28) 小野博士は主観的要素をもつ三種の構成要件の中、表現犯についてはその主観的要素が違法性そのものに属するとされつつ傾向犯および目的犯におけるそれは道義的責任に属するものとされる (犯罪構成要件の理論、四四・五頁)。又、瀧川博士は「主観的要素を否定することに進まれるようである (刑法における構成要件の機能、刑法雜誌一巻二號一六四頁以下)。
- (29) 木村、刑法總論入門、法學セミナー一九六一年五月號二二頁。なお、構成要件とその規範的要素については同一一九六〇年五月號一一頁に、構成要件と違法性の關係については同一一九六〇年一二月號一五頁にそれぞれ同じ論理が見られる。
- (30) 本論文三、註29 (前出五一頁) 團藤、前掲六四頁以下同旨。
- (31) W. Hardwig; Die Gestaltungsmerkmale im Strafrecht. Z.St. W. Bd. 68 (1956) Heft 1. S. 14 ff. E. Schmidhäuser; Gestaltungsmerkmale im Strafrecht (1958)。
- (32) Schmidhäuser; a. a. O. S. 112 ff. ケントの新刑法改正と行為者刑法については、Bockelmann; Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken? in Materialien Bd. I. S. 29 ff. 木村康正、マケルマンの行為者刑法理論とドイツ刑法改正、刑事法學の基本問題 (上) 九三頁以下。
- (33) 例として E. Schmidt; Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in Materialien zur Strafrechtsreform. Bd. I. S. 9 ff. bes. 26 が言うのであるし、ヴェルヘルムも早くから責任と人格を論じていることであるし、團藤教授、井上教授等の人格責任の理論も忘れることはできない。
- (34) Welzel; a. a. O. 8. Aufl. S. 72. 主観的違法要素の理論の形成以來、行為についての特別な社會倫理的な反價值内容を特色づけるところの「廣範な」故意を超えたる心情のモメントが現われたとしてゐる。
- (35) Schmidhäuser; a. a. O. S. 268 f.
- (36) Schmidhäuser; a. a. O. S. 223 ff.

(37) Gallas: *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*. (1955) S. 29. ガラスはこれについては、不法と責任に關する詳細な限界づけが前提とされるということから、問題をこれ以上追及することを止め、その暗示にとどまっていた。ガラスの弟子であったシュミットホイザーは、不法と責任について詳細な研究(一五六頁以下)を加えて、前述の立派なモノグラフィイを書いたことであつた。

ただ、ガラスは、あくまでも心情の要素を責任の要素、その段階づけの要素と解し、立法者が非難可能性の等級と程度とを類型化したものである(前掲四六頁)とする。これらは態度に對する行為反價值ではなく、法的に非難された心情を顧慮してなされる非難可能性であるというのがガラスの結論である。

(38) Schmidhäuser: a. a. O. S. 192.

(39) E. Kern: *Grade der Rechtswidrigkeit*, in *Z. St. W.* (1952) S. 255 ff.

(40) ウエルツェルは責任を行為意思の非難可能性と解する立場から、非難可能性と行為に對しての人格的歸責任の特別な程度をもつばら特色づけるメルクマールのみを特殊な責任のメルクマールとし、『良心なく』、『無責任に』、『淺薄に』等のメルクマールをあげ、これに對して、『殺人の嗜好』、『性慾の満足』、『物慾』等を特別な精神的動機若くは目的であるが、行為に對しての人格的歸責任の特別な程度を現わすものではないとしている。それだから特別な心情のメルクマールを伴つた責任無能力者も行為しうるといふ。ウエルツェルは、これらのメルクマールを行為に對する社會的反價值判断を根據づけ若くは強める主觀的違法要素であるといふのである。

私としては、この見解にも見るべきものがあると考へるが、詳細な研究は今後にゆずり、一應本文のように解しておく。