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 (四·完)
Sub Title	Offene Tatbestände und Rechtspfllichtmerkmale (4)
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.12 (1961. 12) ,p.31- 84
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19611215-0031

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（四・完）

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觀……以上本誌三三卷一一號
二　ウェルツェルにおける構成要件概念の變遷……以上前々號
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……以上前號
六　立法の問題としての法義務のメルクマール……以下本號
1　總説
2　ドイツにおける諸刑法改正草案中の職務行爲の適法性に關する規定
3　一九五九年案審議と適法性のメルクマールをめぐる爭點
4　一九五九年案の適法性規定に對する批判をめぐつて
5　一九六〇年案における規定とその立法理由について
七　日本法における適用
1　總説
2　公務執行妨害罪における職務執行行爲の適法性
3　社會相當行爲概説
4　一般刑法上の問題としての社會相當行爲
5　勞働刑法上の問題としての社會相當行爲
むすび

六　立法の問題としての法義務のメルクマール

1　總　說

I　法義務のメルクマールに關する論議は、先般のドイツ刑法改正大委員會に提出せられた報告書[1]にも、第一讀會[2]、第二讀會[3]の審議の中にも現われている。それは主として、錯誤に關する問題[4]と客觀的處罰條件に關する問題[5]と關聯して論じられたことであつた。

メツガー教授の報告書[6]の中に次の如き發言がある。「（いわゆる法義務のメルクマールを故意の中に關聯づけることにつき）ウェルツェルはこれらを實定法上の行爲事情とは考えず、それに對する錯誤を〝禁止の錯誤〟として扱おうとする。個々の構成要件から、そのような法義務のメルクマールを分離する試みは可能ではなく、あの事實の錯誤と法律の錯誤というすでに克服せられた對立に後退することにもなろう。それに、二四二條のいわゆる〝他人のもの〟という文言も、法義務のメルクマールとなろう。何故なら、この文言も事物に對するすべての禁じられた作用を抑制するからである（民法九〇三條）。これに對して、全體の違法性と關聯するものはすべて、法律が〝違法な〟等を個々の規定の中にとり入れている場合でも、〝禁止の錯誤〟に屬する。……すべてのいわゆる法義務のメルクマールは行爲事情についての原則に服する。[7]」と。

故意と錯誤の問題につき報告した今一人の委員、ウェルツェル教授は報告書の中では特殊な違法性の要素が總則の問題ではなく、各則の或る種の構成要件の問題であるとするのである。[8]その報告書の附錄では、正當化事由についての錯誤を禁止の錯誤としているものと責任阻却事由に對する錯誤を論じているものをそれぞれあげ、錯誤につき次の如き提案をした。[9]

a條　行爲事情に對する錯誤

I行爲者が行爲に當つて法定の構成要件の行爲事情に對して錯誤をしたときは、その構成要件を故意に實現したことにより處罰されること

はない。

Ⅱ錯誤が過失にもとづくときは過失行爲に對する規定が適用される。

Ⅲ行爲者が輕い刑罰規定の法定の構成要件に屬する行爲事情を誤まつて認めたときは、輕い規定によつて處罰される。

b條　違法性、正當化事由、責任阻却事由に對する錯誤

Ⅰ行爲者が自己の行爲の違法性につき錯誤をしたときは、その錯誤が免責しうる場合には罪とならない。その錯誤が責めに歸すべきときは刑罰はx條により輕減することができる。責任が特に輕いときは刑を免除することができる。

Ⅱ行爲者がその行爲を正當化し又は免責する事情を、錯誤によつて誤認したときもまた同じ。

Ⅱ　故意と錯誤に關する討論

は第一四回會議（一九五五年二月一日）[10]でなされた。

ウェルツェル教授の報告の中、法義務のメルクマールに關する發言をみてみる。[11]

ウェルツェルは或る種の困難な理論上の問題解決、特に一一三條の〝適法な〟、一五三條の〝權限ある〟といつた概念の取り扱いに當り、法義務のメルクマールなる概念を用いて、實務を助けようと試みたが、聯邦裁判所はこれの有用性を認めず、かえつて〝法律に對する恣意〟[12]とか、〝結果から得られた構成〟[13]とかいつて非難した學說上の疑念に組みした。[14]

こういつた非難は實證できないものであるが、その誤解は概念に對する名づけ方にもその責任はある。しかし、問題なのは、名稱ではなくて、實體にある。それらのいわゆる法義務のメルクマールは決して法定の行爲事情ではなくて、違法性の要素なのである。ただ、固有の名稱を與えることによつて、行爲事情との差異を明らかにしようとしたにすぎない、と。

この報告の內容は、ウェルツェルが他の機會に發表した議論をむし返えしているにすぎない。[15]すでに述べた債權者が債權を滿足せしめようとして金時計をうばう例、その債權者に代つて、執行吏を置けばどうかといつた例が語られるのである。

ここにおいても、「法という事柄の中には、我々が創造するのではなく、發見するにすぎない實質的關係、合法則性が存す

る」という確信が表明されている。

更に論じて、ハムの上級ラント裁判所の判例[16]によると、三六〇條一項八號（履歴申告の拒否）にある〝權限ある〟という概念は一一三條の例と異ならない。この事案では、警察官が全く私的な爭いにまきこまれ、當事者の一人にその履歴を尋ねたところ、彼がそれを拒んだので、警官が彼を交番に連行した。この場合、重要なことは、氏名をたしかめるという公務員の國家高權についての問題である。公務員の要請が正當であれば、市民は履歴を申告する義務を負う。要請が正當でなければ、市民は拒否する權利を有し、公務員がなおも干渉すれば正當防衛權を有するにいたる。ここにも一方で正當化の、他方では違法性の間に嚴格な關係がある。

一九二七年案[17]の一八九條にある宣誓の罪につき、國家權力の代表者が眞理の無條件な保持を要求する權利を有する場合にのみ、市民は眞理に義務づけられるのである。

一八九條では、僞證の場合に、その面前で證言がなされた官廳が宣誓の上聽取し、又は宣誓に代る保障を受ける權限を有する場合に限つて可罰性があると規定しているのは正しいが、「行爲は……の場合に限つて違法である」とした方がよい、と批判する。

このように論じて、「違法性のメルクマールによつて投げかけられた問題は理論的なものであり、立法上のものではないのであり、又、いずれにせよ總則に關するものではないことが以上の論述から充分示されたであろう。立法者は、構成要件の錯誤と禁止の錯誤とがいかなる法律効果をもつべきかを規制しえ、また規制しなければならないが、刑罰規定の個々のメルクマールが如何なるときに行爲事情であり、いつ違法要素であるかについての一般規定を發見することはできない。これは立法者の權限を超える問題であり、事實できるものではない。又、何が客觀的處罰條件であるかを總則に規定するという考えもとることはできない。各則の構成要件で、これらは詳細に論じられるべきである」と。

續いて立つたメツガー教授の發言[18]の中では「法義務のメルクマールにつき報告書の中で意見を書いた。そこでは、適法性、權限、資格等につきウェルツェルの議論に對してなしたのであり、いささか一般原則を餘りにも早く推測しすぎた觀がある。さきほどのウェルツェルの話では、彼も總則に規定することは考えていないことを知つた。問題はこのような個々のメルクマールが行爲の全體的違法性とどう關聯するか、眞の禁止の錯誤がそれらとどこで關係するのかが重要であり、これは判例にゆずることができる。私も報告書でこれを總則における一般的な例外規定として置くことを拒んだので、この點ではウェルツェルと一致する。

問題はそのような法義務のメルクマールをとり出し、それらを他の個々の場合の眞のメルクマールとは異なつた扱いをするならば、限界が維持できなくなるという點である。二四二條の〝他人の〟というメルクマールに對する錯誤も、眞の禁止の錯誤とみなされうるということになる。何故なら、〝他人の〟とは、物を處分するについて資格のないこと以外の何物も意味しないからである。……そのような個々のメルクマールの中に、どの程度、事實上、全體的行爲に對する判斷がひそみうるかについての吟味は將來の判例の課題であろう。立法者としての態度決定は、ここでは必要はないと思う」という議論が、法義務のメルクマールについては目につく程度である。

法義務のメルクマールは錯誤についての議論の中には、その後現われないで終つた。

2　ドイツにおける諸刑法改正草案中の職務行爲の適法性に關する規定

法義務のメルクマールは、客觀的處罰條件を論じた第五五回[19]、五六回會議[20]の論議の中にもこれを見ることができる。その議論の多くは、一一三條の職務執行行爲の適法性を中心として討論されたことであつた。したがつて、ここでは過去の諸草案において、職務行爲の適法性がどういう形でとりあげられたかを見て、然る後に一九五九年案成立までの論議をそ

の報告書、議事錄につき檢討し、一九六〇年案の理由書と併せてこれを論じ、若干の批判の聲をも聞いてみたいと考える。

周知の如く、一九五四年に始まつたドイツ刑法改正事業は、過去に多くの先達の殘した諸草案をバックにしている。[21] それらの諸草案で〝適法性〟がいかに扱われていたかといえば、一九一三年案、[22] 一九二二年案、[23] 一九二五年案、[24] 一九二七年案、[25] 一九三〇年案[26] では客觀的處罰條件とされ、一九一九年案[27] では構成要件のメルクマールであるとされた。

その文言はそれぞれ次の通りである。

一九一三年第一九一條[28]

Ⅰ以下に掲げる者は、三年以下の禁錮、輕い事情の場合には一年以下の禁錮若くは罰金に處す。

1　暴力若くは暴力を用いた威嚇により、官廳又は公務員を職務行爲へと强要し、若くはその職務行爲を妨げ、支援のために招聘された者のその行爲を妨げた者。

二號三號及び第二項略

Ⅲ職務行爲又は勤務行爲の妨害若くは攻擊は、職務行爲又は勤務行爲が適法である場合に限つて罪となる。

一九二五年案一四一條[29]

Ⅰ暴力若くは危險な威嚇により、官廳、公務員又は兵士を職務行爲又は勤務行爲へと强要し若くは職務行爲若くは勤務行爲を妨害したる者は……

第二項略

Ⅲ職務行爲、勤務行爲の妨害若くは攻擊は、職務行爲、勤務行爲が適法である場合に限つて罪となる。

一九二七年案一四九條同文。[30]

一九三〇年案一四九條[31]は一九二五年案一四一條、一九二七年案一四九條と同文。

一四九條a第三項

職務行爲又は勤務行爲が、その性質上、官廳、公務員又は兵士の職務又は勤務の範圍に屬さないとき又は實定法上の規定の適用において重大な衝突を含まない場合には罰することはできない。

これに對して、構成要件のメルクマールであるとした一九一九年案[32]には次のような規定がある。

一八四條

Ⅰ暴力若くは暴力を用うる威嚇によつて官廳又は公務員又は武裝した軍隊の兵員を職務行爲又は勤務行爲へと强要した者若くは適法な職務行爲又は勤務行爲を妨害した者は……

Ⅱ公務員又は武裝した軍隊の兵隊を職務又は勤務の適法な執行中に、攻擊をした者又同じ。

一八五條

Ⅰ暴力若くは暴力を用いた威嚇により、官廳又は公務員又は武裝した軍隊の兵員に對し、錯誤により、その職務行爲又は勤務行爲が適法でないと誤認して、適法な職務行爲又は勤務行爲を妨害した者は……

Ⅱ錯誤が免責しうる場合には處罰されない。

この一九一九年案の規定につき、理由書[33]では次のようにいつている。

一八四條の規定と並んで本案は、公務員がその職務を適法に行使してはいないと錯誤により考えて公務員に對して抵抗したという事案に對して、特別な規定を設けている。このような誤認があると、判例が現行法に與えている解釋により、刑法一一三條にもとづく處罰から行爲者を保護することはできない。故意につき本草案が有する規定によれば、それに相應する一八四條の解釋はそのようなことにはならない。今日の判例の基礎には、健全な思想があるということは看過されてはならない。その職務を適法に行使する公務員が刑法上の保護を享受するか否かは、他人が職務行使の適法性に對してもつ全く根據のない、支持しえない表象によつてはならない。一九一三年の委員會草案は職務行爲の適法性を客觀的處罰條件とすることによつて困難さを除去しようとした。本案は別の道を選んだ。それによれば、一八四條の職務行爲の適法性は構成要件のメルクマールであつて、一八四條により處罰せられるときは行爲者の故意がその事情を包括しなければなら

ない。行爲者が錯誤により職務行爲は適法てないと考えたときは、一八四條は適用されず、一八五條の規定が適用される。

一九二五年案の理由書[34]では、「官廳等が妨害せられ、その職務の行使中に公務員等が攻撃を受けた場合、その職務行爲は……抵抗に基づく處罰をなすためには、適法でなければならないことは一般に認められている。現行法上爭いがあるのは、適法性が故意に包括せられるべきか否かという點にある。ライヒ裁判所の判例はこれを消極に解する。本草案はこの說に從い、一四一條三項で、これを客觀的處罰條件とする」と說明している。

ヘップラーは一九二五年案批判[35]の中で諸草案の變遷をあとづけ、二五年案が一三年案の線にもどつたことは正當であり、刑事政策的にもすぐれ、法律運用を可能にするものであり、一九年案よりも民衆からより理解され、正しいと感じられるであろうといつている。

ただ、職務行爲への强要の場合に、適法性の問題を全く排除したのは滿足できない。保護の客體は國家權力の權威である。若し公務員が適法な職務行爲を貫徹することを力を用いて强制された場合に、この攻擊は決して國家權力の權威に向けられているものではないのであつて、公務員はまさにそれに奉仕しうるのである。ただ、目的を達するために用いられた手段が可罰的たるにとどまる、という。

彼は、適法な職務行爲をしないように强要すること及び違法な職務行爲を行うことへの强要を處罰する規定[36]が缺けていることをも非難している。

3　一九五九年案審議と適法性のメルクマールをめぐる爭點

I　一九五四年にはじまつた刑法改正案の審議で、この職務行爲の適法性がどう扱われるべきかについて、客觀的處罰條件を扱つた第五五、五六回會議に先立ち、報告を擔當したボッケルマン教授は報告書を提出したが、その中で、法義務のメ

ルクマールについては次の如き點が指摘されている。[37]

ウェルツェル理論は構成要件の實現に屬するような行爲を記述するという意味のみを有する本來の構成要件のメルクマールと行爲の違法性を基礎づける要素とに區別し、兩者は通常結合するが、いわゆる開かれた構成要件では分離する。ここでは、構成要件の充足がいまだ違法を基礎づけず、違法性のメルクマールを充足することは構成要件の實現をはたすものではない。このように要素を分けると違法のメルクマール、法義務のメルクマールがとりのぞかれて殘るメルクマール、すなわち法定の構成要件のそれにのみ行爲者の故意は及べばよろしいという結果になる。こうなれば、そのような違法性のメルクマールの存在についての行爲者の錯誤があるからといつて、抵抗の故意が排除されるという結果にはならないし、逆に、客觀的處罰條件のように、そのような錯誤が全く考慮の餘地なしとされることにはならないであろう。つまり、禁止の錯誤の一般理論によつて扱われ、責任非難を輕減される場合もあり、全く排除される場合もあることになる。

これに對して、ボッケルマンは一見魅力的であるが、同意できないという。[38] その理由は、構成要件のメルクマールと違法性のメルクマールを區別することが支持できない。狹義の構成要件のメルクマールも行爲の不法を基礎づける意義を有し、したがつて、特殊な法義務のメルクマールと同樣に違法性にとつて構成的であり、どうすれば正しくその區別をなしうるやを洞察することは困難である。ウェルツェルが本來の構成要件のメルクマールとみなさしめようとするメルクマールのみが、〃禁止の素材〃を記述する使命を有するということも妥當でない。彼のいわゆる違法性のメルクマールも禁止の素材を記述することがある。更に、私人たる債權者が自救權を行使する場合に抵抗するのと國家の執行命令を實現する執行吏に抵抗するのとは同一ではなく、兩者の態度の間の相違は決して行爲の違法性のみに關聯するのではない。前者は後者とは別の構成要件を充足しているのである。二四〇條と一一三條とは同一の禁止の素材ではなく、異なつたものである。本來の構成要件のメルクマールを法義務のメルクマールから區別することは恣意的であるという論難は正當である。この理論は記述的

構成要件のメルクマールと規範的構成要件のメルクマールとの間に一般的に區別をすることになつてしまい、遂にはライヒ裁判所の行爲の錯誤と法律の錯誤という區別を再びとり入れかねない、と批判するのである。

ボッケルマンは、刑法典の根本原則である責任主義を完徹しようとするならば、行爲者の故意の及ばない客觀的處罰條件という例外を認めることは矛盾するという[39]立場をとる。

司法省の專門委員案[40]も、大體これと同じ趣旨の報告を提出した。

Ⅱ　一九五七年一〇月二九日の第五五回會議[41]でボッケルマンは報告者としてウェルツェルの理論を否定し、職務行爲の適法性を構成要件のメルクマールと認めるように提案した。

そして、執行吏を保護するというさし迫つた必要に對して、特別な錯誤規定を置くことにより、別途の配慮をすることを論じ、最近の立法例として、防衛刑法二二條の中に、不服從、服從の拒否、命令に輕率に從わない諸場合につき特別な錯誤規定を置いていることをあげている[42]。

ついでながら、ボッケルマンは國家權力に對する抵抗の構成要件を故意の構成要件と過失の構成要件に分け、前者では職務行爲の適法性というメルクマールに關して故意を要求し、後者では過失で足るとし、前者を後者より重く罰することを提案している[43]。

一〇月三〇日の五六回會議での司法省參事官ラックナーの發言には次の如きものが見えている[44]。

報告者の議論の決定的な點は、要するに客觀的處罰條件が構成要件の構造上、不法の素材に屬する限り、法律上あまり實り多いものではないという結論のようである。私はそのような性質をもつたメルクマールでは、客觀的處罰條件か法義務のメルクマールか構成要件のメルクマールかといつた法律論上の爭いに關與したくない。立法者にとつては、これ迄判例で客觀的處罰條件とされ、同時に不法の素材に屬していたものが、將來の刑法典にはもはや實り多くはないと認めることが重要である。……

現行法一一三條の職務行爲の適法性について。このメルクマールを形成するにつき、學說上如何に性質づけるかという問題はそのままにしておけとするボッケルマンの說に同意する。それが客觀的處罰條件であろうと、法義務のメルクマールであろうと、構成要件のメルクマールであろうと、要するにどうでもよいことである。立法者にとつては實際上の結果が決定的なのである。それを達するのに職務行爲の適法性についての錯誤がいかに扱われるべきかについて言明しなければならない。この問題を特別規定によつて解決しようとすれば、理論的整理はどうでもよく、學者さんが議論すればよいことである。

彼は更に職務行爲の適法性についての錯誤を如何に特別に規制されるべきかを實質的に議論している。同日午後の會議で討論したガラス教授の發言の中に、次の如き注目すべき個所がある。(45)

ウェルツェルの職務行爲の適法性に對する提案と對決しようとするには、全構成要件論について態度決定をしなければならない。……ここでは私が以前考慮したところから結論だけ引用する。それによれば、我が體系中にはそのような獨立の違法性のメルクマールは存しえない。なぜなら、それらは實は構成要件のメルクマールであるからである。行爲をその不法の內容で積極的に決定するものは、私が構成要件と名づけるものであり、ここで形式的に考えず、實質的に考える限り、たとえ構成要件とはいわなくとも、故意がそれと關聯するものに屬するのである。したがつて、この積極的な違法性のメルクマールの方法により、構成要件の錯誤が問題とされるところで禁止の錯誤の利益を利用しうるとは考えない。なぜなら、行爲をその積極的な內容でもつて特色づけるメルクマールとそれに對する錯誤は關係しているからである。これをここで個々に論ずることはむずかしく、立法者が直ちに決斷することのできない原則的、學問的問題が關聯している。獨立の違法性のメルクマールという道が通れないとすれば、ウェルツェルの努力の成果を、〝職務行爲の適法性は構成要件にはしないが、その違法性を正當化事由とする〟ことによつて達しえないかどうかを問題としうる。たしかに、このような構造は考えうるが、正當化事由を誤まつて認めるという規定の適用可能性を結果として招來し、法政策的に疑問な程度にまで不可罰性をもたらすことになろう。むしろ逃げ道は、ウェルツェルの考えに從いつつ、職務行爲が適法であるということのみに正當化を依據せしめず、更に、行爲者がそれを適時に中止しなかつたということにもかからしめれば、錯誤規定の適用可能性を再び制限することができる。

Ⅲ　このような審議を經て生れた公務執行妨害罪に關する一九五九年案の規定[46]は次の通りである。

四二四條（抵抗）

Ⅰ官廳、公務擔當者または軍人を、暴力をもつてまたは危險な脅迫によつて、職務行爲を行わないよう强要した者、または暴力をもつて職務行爲を阻止した者は、五年以下の輕懲役または拘留に處する……。

Ⅱ未遂犯はこれを罰する。

Ⅲ職務行爲中の公務擔當者または軍人に對し、手を下して攻擊を加えた者も、第一項によつてこれを罰する。

Ⅳ職務行爲が適法でない場合には、この所爲は、これを抵抗として罰しない。行爲者が誤まつて、その職務行爲は適法であると信じた場合にも、このことは妥當する。

Ⅴ行爲者が誤まつてその職務行爲は適法でないと信じ、かつこの錯誤について非難しえないときは、裁判所は、その裁量によつてその刑を減輕しまたは刑を免除することができる。

4　一九五九年案の適法性規定に對する批判をめぐつて

この一九五九年案に對して、いろいろ批判が加えられたが、一九五九年五月二一日にエルランゲンで開催されたドイツ刑法學者會議での研究報告で、シュミットホイザー[47]とシュトラーテンウェルト[48]が批判をなしている。客觀的處罰條件の本質については、私は稿を改めて研究することとし、ここでは法義務のメルクマールと關聯する範圍で兩者の論述と對決したいと思う。

シュミットホイザーは客觀的處罰條件を認め、一九五九年案の職務行爲の適法性に對する規定を肯定する立場に立つ[49]。彼は「行爲者が適法性につき故意をもつ必要がないとすれば、責任原則が害せられ、單なる結果責任に墮しはしないか」という疑問に對して、客觀的處罰條件とされる事情は構成要件的不法に屬するものでなく、それ故に、故意、したがつて、

責任がこの事情と關係する必要はないという點を指摘し、客觀的處罰條件と不法および責任との區別、訴訟條件との區別、更には人的處罰阻却事由との區別等が試みられる。

結論をあげれば、客觀的條件は刑法効果についての裁判所の判決の前提とされた事情を特色づけ、この事情は不法と責任という犯罪類型的要素の外に存在する。その欠缺は行爲と直接的な關係にあり、行爲者の不可罰性を終局的に結果するように、不法な行爲に結びつけられた事情である、ということになる。

客觀的條件の直接的機能は、構成要件的に類型化された不法、有責な行爲からみて、客觀的處罰條件は行爲の可罰性を限定する。ただ、可罰性は恣意的に制限せられてはならず、制限は國家の刑罰目的と關聯する。その制限の根據は刑事政策上の利益の欠缺であり、例としては執行吏の違法な職務行爲に對する抵抗に見られる。國家自身が公務員の行爲により、何人かを抵抗へといざなえば、國家は抵抗を不可罰にしなければならない。そして、執行官吏の當該の不遜さを防ぐ必要もあるのである。かくして、職務行爲に對する抵抗を責任原則の枠内でいかにすべきかという點から考え併せてゆけば、行爲者の責任が職務行爲の適法性に對する意識により、その程度を異にするような立法的解決がはかられる限り妥當であり、職務行爲の適法性を純粋に客觀化することとは矛盾しないというべきであろう。

共同報告者であるシュトラーテンウェルトは否定的である。[50] 抵抗に對する規定には疑問があり、職務行爲が適法でなければ行爲は可罰性がないとすると、不可罰性は行爲者が職務行爲は適法なりと錯誤した場合にも妥當する。この規定によれば、適法性は特殊な違法性のメルクマールなのか客觀的處罰條件なのかにつきそれぞれの意味づけを許す。ただ、四二四條五項により、責任原則と衝突しないようにはかられ、これによつて學說との妥協ができなくなる。すなわち、職務行爲の適法性についての回避不能な不知の場合にも、行爲者が罰せられることになり、客觀的處罰條件と解する可能性しか殘らなくなる。……

これは、四二四條の禁止の素材から理論上區別され、職務行爲に對するすべての抵抗は禁ぜられるべきである。職務行爲中に存する主權行爲の無効性（これが違法性であるが）は正當化事由を形成するのである。

處罰は職務行爲の適法性が行爲者に知られていることを前提とし、これと異なる規制は責任原則と矛盾する、と批判している。

5　一九六〇年案における規定とその立法理由について

およそ立法は妥協である。ことに學說上、決着のつかない問題に對して立法者が介入して一方のみを肯定することは非常に好ましくない。適法性をめぐる論爭についても、草案は學說の間の妥協をはかつたようである。

右の一九五九年案四二四條は、一九六〇年案四一九條[51]に見えている。

その理由書にも、現行法で爭われている點に態度決定をせず、刑事政策上の考慮を前景に出したといつている。[52]

立法者は、その理由書からうかがえる限りでは、適法性について「不適法な國家の行爲を法的に非難の餘地のないものと同じように、區別しないで刑法上保護することは、法治國の原則とは合致しない」という立場から、ことに處したように見受けられる。その根本的な起草の態度は「適法な國家權力の充分な保護の必要性と責任刑法との要求の間に、事物に卽した妥協をつくること」[53]にあつた。

草案は、一方では個々の場合に責任に卽した刑罰を認める可能性を殘し、他面、官廳、公務員、兵士を充分保護するため、將來に一つの試みを殘している。つまり、職務行爲が適法であること明らかなとき、行爲者が錯誤により違法であると信じ、錯誤自體行爲者に非難せられないときでも、必ずしも不可罰とはならないからである。[54]

ともあれ、草案は結果においては、職務行爲の適法性を構成要件のメルクマールとして扱い、責めに歸すべき錯誤の場合

には刑罰を輕減して課することのある過失の構成要件を規制しようとする說にも配慮を加えた態度がうかがえる。

これまで考察したことによつて、一九五四年にはじまつた戰後の西獨における刑法改正案審議で、法義務のメルクマールがいかに論じられたかを見た。

なるほど、法案の中には、はつきりした形で法義務のメルクマールに關するウェルツェルの學說がとり入れられたことをうかがわせるものはない。しかし、その錯誤論との關聯で、學說上の爭いが充分考慮されていることは否定できない。殊に、錯誤論について、ライヒ裁判所の傳統的立場を破つて、禁止の錯誤を肯定した實務の動きからみて、なるほど適法性というメルクマールをどう考えるかには依然として、確立した判例に從つてこれを客觀的處罰條件と考える連邦裁判所の立場もあるけれども、實務上、更に分析、發展してゆくこともまた、否定できないと思われる。

しかし、あらゆる問題の根本的な出發點は我々が依つて立つ法治國家の理念であり、權力對個人の對立抗爭であり、秩序を守る立場の國家權力の側の正しさと權力を受ける側の主觀的判斷にどこまで法は顧慮の餘地を殘すかといつた問題である。これら、究明せられるべき諸點は、今後の判例および學說に委ねられている。我々もその展開に注目を拂いつつ、今後、錯誤論と併せて、その究明に寄與をしたいと考える。

(1) Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission. 2. Bd. (1958) Anhang Nr. 1. S. 1 ff. bes. S. 5 Nr. 2. S. 6 ff. bes S. 7 f.

(2) Niederschriften. Bd. 2 S. 16. 23. 41. Bd. 5. S. 86. 87. 92. 110.

(3) Niederschriften. Bd. 13 S. 376. 第二讀會の國家權力に對する反抗についての審議に先立ち、ボッケルマンが修正案を提出した。それは附錄にある。Anhang Nr. 6. S. 613. 615. 617 f.

(4) 14. Sitzung 1. Feb. 1955.

(5) 55. Sitzung 29. Okt. 1957. 56. Sitzung 30. Okt. 1957

(6) Umdruck R 16 Leitsätze zum Thema Vorsatz und Irrtum von Prof. Dr. Dr. h.c. Mezger, in Niederschriften. Bd.

2. Anhang Nr. 2. S. 6 ff. bes. S. 9.

（7）メッガーは補足報告書でも、同じ趣旨で法義務のメルクマールにつき、それを禁止の錯誤とすることにつき反對を表明している。Anhang Nr. 3. S. 11 ff. bes. S. 13.

（8）Umdruck R 30 Leitsätze zum Thema Vorsatz und Irrtum von Prof. Dr. Welzel, in Niederschriften. Bd. 2. Anhang Nr. 1. S. 1 ff. bes. S. 5

（9）福田平、西ドイツにおける刑法改正のうごき——ウェルツェルの改正意見について——法律時報二七卷六號九〇頁以下、これは H. Welzel; Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken?, in Materialien zur Strafrechtsreform. 1. Bd. S. 45 ff. によつたものであるが、委員會に提出したウェルツェルの提案は殆んど同じ內容である。

（10）Niederschriften. Bd. 2. S. 5 ff. 司法大臣ノイマイヤーが議長となり、書記二名を含めて三七名が出席した。學界からは、ボッケルマン、ガラス、イェシェック、ランゲ、メッガー、シュミット、ジーバーツ、ウェルツェルが名を連ねている。

（11）Niederschriften. Bd. 2. S. 17 f.

（12）Mezger; Strafrecht. Bes. Teil (Studienbuch) 6. Aufl. S. 245. 265.

（13）Engisch; Die normative Tatbestandsmerkmale S. 159, in Mezger-Festschrift. S. 158

（14）BGH. St. Bd. 4. S. 161 ff. bes. S. 163 f. Bd. 5. S. 245 ff. bes. S. 251 f.

（15）本誌三三卷一一號六一頁以下參照。

（16）NJW. 1954. S. 212 ff.

（17）Materialien zur Strafrechtsreform. Bd. 4. S. 17. なお、この規定は、一九二七年案に見られるとのみ擧げるものがあるが〔例えば、熊倉武、刑法各論（下）七四七頁〕、このような規定は、一九三〇年案一四九條aにも見られ、遡れば、一九一三年案、二二年案、二五年案にも見られるのである。もつとも、ドイツの判例でも一九二七年草案しか言及していないものがある。Vgl. BGH. Bd. 4. S. 163. 詳しくは後述。

（18）Niederschriften. Bd. 2. S. 19 ff. bes. S. 23.

（19）55. Sitzung 29. Okt. '57. ノイマイヤー司法大臣が議長となり、委員二八名が出席、內一名は書記である。學界からはボッケルマン、ガラス、イェシェック、シュミット、ジーバーツ、ウェルツェルが名を連ねている。五五回會議は懲役と禁錮の問題、刑罰範圍の統

一的な形成の問題、特に重い場合と軽い場合の取扱い、各論の刑罰規定を創る場合に觀念的競合がどう影響するかといつた問題が論じられて、客觀的處罰條件はボックルマン教授の報告の一部にとどまつた。Vgl. Niederschriften. Bd. 5 S. 60 ff. bes. S. 84.

(20) 56. Sitzung 30. Okt. '57. メンベーの構成は同數、主として客觀的處罰條件が論じられた。

(21) 宮澤浩一、不眞正不作爲犯と西獨刑法改正草案(一)、本誌三三卷一號一二三頁、一二九頁。

(22) Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. 1920

(23) Gustav Radbruchs Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches (1952) §. 141. S. 18. 中谷・宮澤譯、ラートブルッフ刑法草案及び理由書、本誌二八卷八號三四頁。

(24) Materialien zur Strafrechtsreform. Bd. 3.

(25) Materialien zur Strafrechtsreform. Bd. 4.

(26) Materialien zur Strafrechtsreform. Bd. 5.

(27) Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch.

(28) Entwürfe. (Entwurf 1913) S. 51.

(29) Materialien. Bd. 3. S. 17 f.

(30) Materialien. Bd. 4. S. 17.

(31) Materialien. Bd. 5. S. 16.

(32) Entwürfe (Entwurf 1919) S. 45.

(33) Entwürfe (3. Teil. Denkschrift zu dem Entwurf von 1919) S. 151 ff.

(34) Materialien. Bd. 3. S. 78.

(35) Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. (1926) Abschnitt 7 bis 10. von Generalprokurator Dr. E. Höpler S. 252 ff. bes. 260 f.

(36) この規定については、すでにM・E・マイヤーが示唆したことであつた(M. E. Mayer; Widerstand gegen die Staatsgewalt, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonder Teil. Bd. 1. S. 349 ff. bes. S. 498.) オーストリア刑法豫備草案一五六條、一五七條に規定されている。

(37) Bockelmann, in Niederschriften. Bd. 5. S. 237 ff. なお、ウェルツェルは第四回研究會(4. Arbeitstagung)で自説の正しさ

を強調したということである。ebenda, S. 86. Vgl. Dreher ; Bericht über die 4. Arbeitstagung, in Z. St. W. Bd. 67. S. 428 ff.

(38) a. a. O. S. 239.

(39) しかし、必ずしもこういえないのではなかろうか。なぜなら、客觀的處罰條件の直接的機能は、構成要件的に類型化された不法有責の行爲の可罰性を限定する意味をもつのであるから、責任刑法の基礎と必ずしも矛盾するというわけにはゆかないであろう。同旨 Schmidthäuser ; Objektive Strafbarkeitsbedingungen, in Z. St. W. Bd. 71. S. 561

(40) Niederschriften. Bd. 5. S. 242 f.

(41) a. a. O. S. 84 ff. bes. S. 86.

(42) 防衛刑法二二條は、不服從、服從の拒否、命令に輕率に從わない等の諸場合につき特別な錯誤規定を置いている。「この命令に拘束力がなければ、部下は違法に行爲したことにならない。」（二二條一項一號）二項により、部下が錯誤により、命令が拘束力があると考えてもなお妥當とされる。第一項の規定から、立法者が獨立の違法性のメルクマールの理論を認めたという推測が成り立ちうる。それが肯定されると、拒否した命令の拘束力を錯誤によつてあるものと考えていた部下の不可罰性は自明であり、部下は幻覺犯であるということになろう。立法者が命令の拘束性を構成要件のメルクマールと考えていたならば、錯誤によつてこれを認めた者は一般原則によつて未遂となる。これらの問題につき Dreher ; Das Wehrstrafgesetz. JZ. (1957) S. 393 ff. 參照。なお、Dreher-Lackner ; Wehrstrafrecht (1958) S. 181 ff. H. Arndt ; Wehrstrafrecht (1958) S. 67 f. 90 f. 98 f. 161 f.

(43) Niederschriften. a. a. O. S. 87 f.

(44) a. a. O. S. 92.

(45) a. a. O. S. 110.

(46) 一九五九年ドイツ刑法各則草案、齋藤金作譯、早稻田大學比較法研究所紀要一三號一四〇頁。

(47) E. Schmidthäuser ; Objektive Strafbarkeitsbedingungen, in Z. St. W. 71 (1959) S. 545 ff.

(48) G. Stratenwerth ; Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959., in Z. St. W. Bd. 71 (1959) S. 565 ff.

(49) Schmidthäuser ; a. a. O. 546 f.

不法及び責任に對する區別は五四七頁以下でなしている。その存在の證明は、刑罰の條件として〝客觀的に〟存在すれば足りるのであって、行爲者がこの事情を表象しうるか否か、表象しえたか否か、責任がこの事情と關係するものではないのだということを證明すれば

足りる、とする。具體例として一一三條の公務執行妨害罪をあげ、現行法制度の下では、警察國家の機關の手段を選ばない權力の使用と法治國家の執行吏の違法な職務行爲とは同列に置いて論じられないとして、兩者の差異は、今日の法意識からして、國家機關の間違った行爲に對して正當防衛を許すべきか否かが區別の要件であるという。結局、職務行爲の適法性は、行爲の不法に屬せず、從ってまた、責任によって包括される必要はない。不法と責任に對するメルクマールの實質的な特性を問題とする限り、適法性のメルクマールは客觀的處罰條件である、とする。

訴訟條件との區別は五五〇頁以下でなされている。

(50) Stratenwerth; a. a. O. S. 577 f.

(51) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960 mit Begründung. Bundesrat Drucksache 270/60 S. 78.

(52) a. a. O. S. 563.

(53) a. a. O. S. 564

(54) 法治國の立前をとるところでは、國家機關が職務行爲の適法性をまず注意して吟味し、少くとも國家機關の側に職務行爲の違法性が確實に成立する可能性がないのたということから出發すべきである、と强調しているが、これは正しい態度であるといわねばならない。又、場合によっては抵抗が行爲者にとってその錯誤につき回避しえない場合であっても、行爲者に非難を負わせることがありうるとしている。抵抗する者の側で、自己責任を負擔する機因があれば、これ又、やむをえないであろう。草案が、非難しえない錯誤の場合に刑罰を免除しうる可能性を規定したことは、具體的事案における妥當な解決を裁判官にゆだねる趣旨であり、このような態度こそは、抵抗の事案が、非常に複雜な形相をもっていることを示すものである。

七　日本法における適用

1　總　說

これまでは、主としてドイツの判例、學說を中心として、開かれた構成要件と法義務のメルクマールにつき、多角的に論じてきた。

本章においては、その成果を日本刑法につき若干考察してみたいと考える。

ただ、關係あるテーマすべてを論じつくすことは、著しく繁雜になるおそれがあるから、對象を限定してかからなければならない。

まず、この理論の出發點が、故意の作爲犯の中の或る種のものに、開かれた構成要件と名づけるべきカテゴリーの存在を主張したウェルツェルにならつて、我が刑法九五條の公務執行妨害罪につき、公務の適法性の問題をとりあげたいと思う。この問題については、國家權力に對する抵抗をめぐつて、學說上[1]、判例上[2]、かなり議論のあるところである。

私は、問題を警察官の行爲が職務質問の適法性の限界を超えたと判示されたケースを中心として考えてみたいと考える。

これを論ずるに當つて、我々の學んだ根本的な態度は、公務執行の保護と、本罪の行爲者たる個人の保護とを、刑法がいかにして事案に卽しつつ解決し、實現すべきであるかという點の配慮に置くものである。

對立する國家的利益と個人的利益の比較に當つて、中心となるのは公務執行行爲のあり方である。ウェルツェルも說くように、「公務員の執行行爲が適法であれば、それに對する行爲者の抵抗は違法となる。職務行爲が適法でなければ、執行を受ける者は正當防衞をすることができる[3]」のである。

職務行爲の適法性こそが、行爲者の抵抗行爲の違法性を決める重大なポイントである。

裁判官による、獨立の、愼重な補足的評價が加わらなければ、行爲者の違法性は確定せられないという意味では、公務執行妨害罪の構成要件は〝開かれ〟ている。

このように範疇づけることで、逆に、裁判官に對して、その違法性の認定に愼重さを要求し、併せて、これまで無意識的に公務執行の「適法性」に對して行つてきた判例のかなり嚴格な態度に、理論的な筋を通すことになり、このこと自體、意味のあることであるといわなければならない。

ウェルツェルのあげる開かれた構成要件の例として、この他に、不眞正不作爲犯と過失犯がある。前者については、私は

すでにかなり詳細に論じ、西獨刑法改正案の審議を檢討したところで、本構成要件の法義務のメルクマールとされている「保障人の地位」につき論じたことであつた。[4] したがつて、ここではその論文の該當個所を指摘するにとどめる。

後者、すなわち過失犯は、開かれた構成要件を代表する今一つの重大な犯罪類型である。

これについては、多くの非常にすぐれた論稿[5]があり、私自身これと對決する準備もすすめているので、ここでは私見の一端を披瀝して、他日を期したいと考える。

私も、過失犯を單に責任の面でとらえるのではなく、獨立した犯罪類型と考え、構成要件該當性、違法、責任に分けて論ずべきであると考える。

たしかに、過失犯においては、特に現代に特有な過失犯においては、發生した結果の重大さに目をうばわれると過失を安易に認めてしまう危險が大である。そして、一たん過失の構成要件該當性が肯定されると、故意犯におけるごとき、違法判斷、責任判斷は、その阻却事由のせんさくさえ滿足に行われないおそれが大である。しかし、過失犯に重大なことは、法益侵害の大小ではなくて、行爲者の態度、ことにその人格的あり方が問題とされるのである。なるほど、結果の發生なくして過失が論じられることは殆んど考えられない。過失は結果の發生を出發點とし、しかもその發生した結果がすべて過失犯を構成するものではないことの認識がその第一歩となる。

行爲者に投げ與えられた「取引上要求された客觀的注意義務」を彼がどう受けとつたか、それをどのように遵守したかにつき、法秩序は重大な關心を有するのである。

ここで私は、過失犯につき二つの點を强調したいと考える。その二つに共通することは、過失犯を現代社會の中でとらえるということである。その一つは、過失犯の中心が近代的交通手段の發達により、交通事故に移つたということである。[6] したがつて、この點から考えるならば、現代の過失犯を論ずるに當つては、その視點を單なる規範倫理的な價値判斷に依據せ

しめることは不充分であり、むしろ倫理的には無色な交通法規違反、つまり技術的な規範違反としての面がかなり強くうち出されるべきであると考える。すなわち、近代交通手段を機能的に運用するための交通法規、相手方が守るであろうと相互に期待し合う交通上の相互信頼の原則等[7]が、特に考慮せられて然るべきであろう。

その二は、現代的な産業社會に必然的に附隨する許されたる危險[8]の問題がある。この問題は單に過失にとどまらず、故意犯にも認められるという點についてはここでは深く論じない[9]。ここでいえることは、法は法益に對して著しく危險を及ぼすおそれのある一切の行爲を禁ずるのではなくて、躍動し、發展する社會を豫定しているということである。活氣のない、死の世界は博物館の陳列棚の世界であつて、法の對象とはなりえない[10]。法は、結果發生を回避する義務、回避するための作爲を行爲者が行つたか否か、一定の安全、豫防手段がとられたか、過度の危險を除去する配慮を行つたかという點を重視し[11]、その努力以上の何物をも行爲者から期待していないという現實に注目しなければならない。

以上のような根本的な態度に立脚して、過失犯をみる場合に、結果發生につきまず、過失犯の責めを負わせるためには、過失犯の構成要件該當性を肯定しなければならない。それは、客觀的注意義務を行爲者がいかに遵守したかということになるのであるが、この客觀的注意義務には違法要素の面と責任要素の面とが複雜にからみ合つて、全部で一體となつていると考えるものである。すなわち、客觀的注意義務は過失犯の違法要素である結果回避義務と責任要素である豫見可能性があつてはじめて肯定せられるのである。そのいずれか一方が缺けても、客觀的注意義務ありといいうるものではない。豫見可能性が責任の要素であるとして、次に責任非難の根據若くは段階が問題となるが、これは回避可能性という、期待可能性の一型態を認めなければなるまい。過失犯の責任能力としては、作爲能力（注意力、疲勞、視力、聽力といった肉體的能力）を認めることができよう。

これを要するに、現代の過失犯は現代という文化環境の中でとらえなければならないということなのである。許された危

險と併せて、人間の作爲能力が如何に評價せられるべきかについて深く思いを致さねばならない。

殘る問題は、社會相當行爲[12]である。

なるほど、ウェルツェルの定義によれば、社會相當行爲は閉じられた構成要件につき認められるものであつて、開かれた構成要件につき論じられるものではない。しかし、社會相當行爲についても、裁判官は獨自の價値判斷によつて、構成要件該當の態度につき、その行爲が構成要件の豫定する類型に當てはまるか否かを檢討し、更にその行爲は社會的に許容されるか否かの判斷をまつているものといわなければならない。

このような、裁判官の獨立の判斷をまつているという點には、共通の基礎をもつものと考えられる。

ただ、法義務のメルクマールが違法性を肯定するための要素であるのに對して、社會相當性は行爲者の可罰性を輕減若くは阻却するものである點に、兩者の本質的差異がある。

しかし、社會相當行爲でなければ構成要件に該當し、違法な態度である、つまり社會不相當な行爲であると認定すれば、行爲に違法性を與えるというように、よみかえれば、社會相當行爲は構成要件該當行爲を正當化する或は、その違法性を阻却するという論理から導き出すことは容易である。

この意味で、私は社會相當行爲につき、いささかの考察を加えたい[13]。

我が刑法上、構成要件該當性が充足されて、それで以つて直ちに違法性を徵表せず、單なる阻却事由の不存在ということのみで、違法性が認められるに至らない種類の構成要件としては、住居侵入罪、信書開披罪、逮捕監禁罪等における〝不法ニ〟又は〝故ナク〟行爲をなす者につき可罰性を認めているものがある。

これに對して、これらの規定を解釋するに當つては、構成要件の豫定する行爲が正當な行爲として行われる場合が少くないことによる注意規定[14]であるとか、語感からするものであつて特別な意味があるわけではない[15]と通說的說明はしている。私

は、これらもまた開かれた構成要件であると考える。

これらにつき、一般刑法上の諸メルクマールを検討してから、現在非常に爭われている勞働刑法につき、社會相當行爲の概念をいかに適用しうべきかを檢討したい。

このような諸點を檢討して、ウェルツェルのいわゆる開かれた構成要件の理論が日本刑法にも通用しうるや否やにつき、論證したいと考える。

2　公務執行妨害罪における職務執行行爲の適法性

我が刑法においては、公務執行妨害罪につき、〃適法性〃の要件はかかげられていないが、これを必要とするという點は問題とする餘地がない程自明であるとされている。(16)

しかし、本罪においては、公務執行の保護と本罪の行爲者たる個人の權利とが、はげしく對立する可能性が極めて高いところから、個人の權利、自由を不當に侵さないためにも、職務行爲が、刑法によつて保護するに價する程度の要件を備えていることが必要とされるのである。

殊に考えなければならないことは、通常の犯罪においては、我が刑事訴訟法が起訴便宜主義の立て前をとる關係からして、裁判所の判斷すべき事件は、比較的違法性の高いものが起訴され、違法性の度合いの少い犯罪の多くは、起訴猶豫になる可能性が大である。したがつて、よくよくの事件でない限りは、裁判官が特に事をわけて違法性を吟味することはむしろ、例外の事例に屬するともいえるのである。

しかし、公務執行妨害罪にあつては、攻擊の相手方が、主として檢察、警察、拘禁者看守の任に當る公務員である關係で、違法の度合が通常の犯罪に比して、比較的低いものでも起訴される可能性が多いといわなければならない。したがつ

て、この點でも、裁判官は構成要件に該當する行爲の違法性を論定するに當つては、「公務員の行爲ならば、一應適法である」といつた立場からではなく、事案に卽して、實質的な違法判斷を加えなければならない。

たしかに、公務執行の適法性をめぐつて、學說も、判例も、公務が適法であるといいうるための要件を究明し、一應適法な公務の執行であるために備えるべき外見及び內容を求めてやまないのである。

しかし他方、學說、判例の一部には、公務執行妨害を認めるについて、公務に緩く、私人にきびしいものも散見されるのである。

通常逮捕に關する一判例[17]についてみる。これは、急を要しない場合であるにも拘らず、逮捕狀を所持しないで逮捕した事案であるが、その判決文の中に「本件逮捕は違法である。しかし、これは一個人の私的行爲と見るべきでなく、違法ではあるが、やはり職務行爲と解すべきである。そして前述のような事實關係のもとでは、職務行爲として刑法上保護するのが相當である」と判示している。

しかしながら、逮捕狀を所持しない逮捕は、それが緊急逮捕の場合でなければ、職務行爲としての本質的な法式に適合しているということはできず、逮捕狀の呈示のない逮捕は自由權的基本權の保障に反するものであるといわざるをえない。

個人による逮捕と警察官による逮捕とでは、職務執行の意思をもつか否か、逮捕という抽象的權限をもつか否かによつて異なるとはいえ、逮捕される側にとつては、自由權が侵害される點に相違はない。我々は憲法によつて保障された自由權を有する。たしかに、この自由權には公共の福祉の範圍內で行使すべき限界が與えられているが、だからといつて公共の福祉は一方的に强調されてはならない。したがつて、抽象的權限のある職務にもとづく行爲であるからという點にウェイトを置く態度は許されないと解する。[18]

客觀的に判斷して、違法な逮捕であれば、不法に逮捕されることなしとする個人の基本的人權の侵害から自己または他人

を防衛することが可能となつて然るべきであろう。

逮捕について、同様な批判をまぬがれない判例[19]がある。

本件は朝鮮人の密造酒製造所を急襲した事案である。

ここでは、逮捕狀は所持していたが、逮捕狀が出ている旨告げたにとどまり、逮捕狀を示さず、また被疑事實の要旨も告げなかつた。原審は、當該職務行爲は客觀的に適正な公務の執行であるとの評價を受けることはできず、不當な實力行使であり、公務の執行として無効である。したがつて、その後における出來事はすべて逮捕行爲という公務の執行と關係がないとした。

第二審裁判所はこれを否定したが、その判決理由で次の點を强調している。

公權力を行使する側における法規の不遵守を保護するため、これによつて誘發された國民の側の法規不遵守に對して刑罰を科するのは近代國家の理念に反する。

國家權力意思を强制し、國民の基本的人權と正面から衝突する場合には、適法性の要件は嚴格に解さなければならない。このような場合の職務執行行爲は公務員の一般的または抽象的權限に屬すること、具體的權限を有し、法律上重要な手續の形式を履んでいることを要するとし、當該事案は人權と重大な關係をもつ嚴格規定であるのに照して、その方式をふまないで逮捕しようとしたのであるから、本條の保護に價しない。したがつて、執行者に對し暴行脅迫を加えても正當防衛であり、傷害の發生があつても相當性を有するときは傷害罪が成立しない、とする。しかし、當該事案で逮捕しようとした警察官の顏面を薪でなぐつた朴某の行爲は「自己の身體を防衛しようとするための正當防衛行爲であると考えられるが、防衛の程度を超えたものであるから、一應公務執行妨害ならびに傷害罪が成立するが、諸般の情狀により、原判決のとおり刑を免除するを相當とする」とする。

ここで批判すべきは、判旨の中で明確に一旦違法な執行行爲とされたものが過剰防衛に遭遇するやたちまちにして保護に價する適法行爲となると考えているのではないかと讀める點である。執行者とそれを受ける者の力關係、國家と個人の拮抗關係にこそ本罪の本質があるのであり公務執行妨害罪という刑法規範のプリズムを通して、保護するべきはいずれであるかを比較考慮することが必要であり、その對象は、あくまでも公務の執行という名に價する國家行爲についてであることを忘れてはならないのである。

我が九五條は適法性を要件として掲げていないが、學說上はわずかな例外[20]を除き、殆んど一致して、本條にいわゆる職務は適法なものであることを要するとし、適法な公務といえるための定義にわずかなニューアンスの差が持たされているにすぎない。

ただ問題は、どのような場合に刑法規範の見地から保護に價する職務行爲というべきかが問われるべきである。その考察の中心は國家的利益と個人的利益との比較考慮であり、權力を背景とした者と弱い個人との對立という形姿である。

このように考えれば、「苟くも警察官が異常な行動、その他周圍の事情から、合理的に判斷して警察官職務執行法第二條所定の質問事由あるものと認め、質問のため追跡に出たかぎり、それは客觀的にみるとなお適法な職務執行といわなければならないであろう。これを實際に徵するも、職務質問の場合、最初から刑法等に規定する犯行を眞に演じたもの乃至刑訴法に規定する逮捕の要件を具備していることは、むしろ稀でなければ少いのであり、職務質問を受ける者の中には、犯罪と全然關係ないものも少くないのである。しかしこれらの者と雖も、警察官においてなんらかの法に定める質問をなすべき事由を認めるかぎり、これをなさないにおいては眞實のものを見逃す危險を生じてくる。これそもそも職務質問の許される所以であつて、要するに一定の合理的な根據により警察官が質問の事由を認め、質問權行使の繼續行動に出た限り、よしんばそれが後に、そのような事由のないことが判明するに至つたとしても、その職務行爲の適法性を否定し得ない[21]」とすること

は、國家權力の側の必要性が一方的に強調され、個人の自由權が不當に壓迫される可能性をはらんでいることを考慮しないものと評せざるを得ない。

以下、職務質問に關して具體的な事案に與えた判決[22]を通じて、歸納的に、實務が適法性を如何に把握しているかを考えてみる。

いずれも第一審である名古屋地裁で警察官の行爲が行きすぎであるとして公務執行妨害の成立を否定したのに對して、これを肯定したのであつて、審理した裁判官は同一人であつたことは、裁判官の意識を研究するには恰好の資料であるといえよう。[23]

まず應答ないし同行を峻拒して立去ろうとする者を追跡することも正當な職務行爲であるとした事案[24]である。

事案は夜間、警ら中の警官から擧動不審者として職務質問を受けたものであるが、この嫌疑は被告人の所持品が女物のハンドバッグらしく感ぜられたからである。その應答中にやにわに逃走したのでこれを追跡し、轉倒した際追いついた巡査が更に職務質問をしようとしたところ、巡査を足蹴にしたという。第一審は警官の職務質問は警職法第二條に照して、一應正當なものであるが、刑訴法に相當な根據がない限り、答辯を强要しえないはずである。本件では、被告人等が質問に峻拒したので質問をうち切るべきであつたのに、被告人が逃走したからといつて追跡し、被告人が轉倒すると更に質問を續行し、暗に答辯を强要したとして、職務行爲を逸脫するものとした。

これに對して控訴審では、このような警察官に疑いを抱かせるような擧動に出れば、これを停止せしめて質問することはその職責であり、疑いをもつた被告人が逃走したからといつて質問をうち切り、漫然と拱手するといつたことは忠實な職務遂行とはいえない。追跡という手段も最も通常の手段であり、追跡行動は强制ではない。轉倒したのも偶然事であり、警官の期待した出來事でもなく、その打擊に由來するものでもない。これらの理由から、答辯を强要したと認められないとして、

職務行爲は適法であるとした。

次には、擧動不審者として駐在所に連行された者がすきを見て逃げ出したのを、居合わせた警察官が一三〇米追いかけ、同人を引きとめようとして體に手をかけたという事案[25]である。

第一審は、すでになされていた職務質問で氏名、年齢、住所等が明らかになつており、現行犯人または緊急逮捕を要する理由もないのに實力行使をした逮捕的行爲をして、違法な公務の執行であるとした。

これに對して第二審は、巡査の行爲は極めて妥當であり、被告人がなんら疚しいところがなければ進んで所持品を開披するのが相當であるのに拒否に出たのは極めて遺憾である。疑念のある者が逃走した場合これを停止せしめて質問をすることは却て忠實な職務の遂行であるとし、停止の手段は適切なものを選ぶべきで、暴行に亘るべき態度ではいけないがその手段方法の限度では多少の實力を加えることも正當性ある職務執行行爲であるとした。

この判例はあまりにも職務行爲の適法性につきルーズに考えすぎているのではなかろうか。[26]

當初の職務質問に關係のない別の巡査がとつた態度を「警察官の良識と叡智を傾け、臨機適宜の方法により或は注意を與え或は飜意せしめて本來の職責を忠實に遂行する爲の努力を拂うのが寧ろ警察官の職務である」と擁護する態度は、まことに不可解至極である。

職務質問にその適法性の限界を否定した判例として注目すべきものをあげておく。

事案の一はパチンコの景品買いを職務質問したところこれを拒絶し、同行の途中警察官の手にかみついたものである。[27]

認定した事實によると、被疑者であつた被告人が同行に應じないので無理にそれを求めようとして一〇〇米ほど手を引つ張り、チューインガムの箱を片づけるといいながら地上に坐り込み立とうとしないので、A巡査が手を後に捩じ上げ、B巡査が胸元を摑んで引つぱろうとしたので、被告人は苦しさを感じ、强制力の行使を排除するため嚙みついたというのである。

判示は「同行を求めて被告人の拒絶にあつたときは、場合によつては多少の實力の行使は許されるが、できるだけ穏便に說得し、納得させた上同行を承諾さすべきであつたのに、被告人がチューインガムの箱を整理してから行くというのに、その機會を與えようとせず、性急に同行を求めて實力を行使したことは明らかに警職法第二條に定むる範圍を逸脫したものといわなければならない」[28]としている。

今一つの事案は警ら中の巡査から擧動不審者として職務質問を受けた際逃走し、追いつめられて同巡査に暴行を加え、その後應援にかけつけた二巡査から公務執行妨害の準現行犯として逮捕されることを免れようとして、切出ナイフで切りつけたものである。[29]

判示は、第一の公訴事實につき警職法の規定からみて「その場で質問することが本人に對し不利であり、または交通の妨害になると認められる場合」には當らないので、派出所に同行を求めることは違法である。それにもかかわらずA巡査は被告人に對し派出所へ同行を求めたのみならず、その襟元を摑んだまま離さなかつた。この行爲は、重要な法律上の要件を缺いていること明白であるから、違法なものといわなければならない。

第二の公訴事實である準現行犯として逮捕しようとした三人の行爲について、應援に行つた二巡査は被告人がいかなる罪を行い終つた者であるかを明確に認識していたかは極めて疑わしい。三名の逮捕行爲は違法なものであり、公務執行妨害罪による保護に價しないとした。

ここで注目しておくことは、警職法にいわゆる「停止」權につき或る程度の實力行使、肩に手をかけて立ち止らせる程度はこれに含まれるとする判例が多いのに、本判例では「停止させて」質問することができるというのは、停止を命ずることができるという趣旨にすぎず、相手方はこれに應ずる義務はない、とした點である。

いずれにせよ、これらの判例を通じて、我々は、職務行使の適法性をいかに解するべきであり、現實には如何に解されて

いるかを考えかつ知つた。職務の適法性はあくまでも職務として適法なものであるかを中心に考えなければならない。

職務の適法性については、裁判官はまずこれを積極的に肯定しなければならない。それが肯定されてはじめてその次の問題として行爲者の行爲の違法性が考えられるのである。行爲者の行爲が違法であるということから立論するのは、まさに逆である。

3　社會相當行爲概說

ウェルツェルの提唱にかかる「社會相當行爲」の理論はひとり刑法の領域にとどまることなく、民法、勞働法の分野にその共鳴者を見出している[30]一方、これを攻撃する聲もかなり大である。なるほど、本來嚴格なるべきはずの刑法の世界に、一般條項を導入するのは不當であるとするラレンツの批判も聞くべきものをもつており[31]、社會相當行爲という、どちらかといえば超實定法的原理の必然的に伴う不確定性、不安定性に基づく疑念も、理由なしとしない。マイヤーもいうように[32]、何が社會相當行爲であるかは結局慣習法がこれを教えるのであるから、若しこれがすべての構成要件の超實定法的メルクマールになると、構成要件の實定法上の確定性が拋棄されることになり、罪刑法定主義の原則に支障を來たすおそれがあるかの如く見える。

しかし、良く考えてみれば社會相當行爲というのはそれを裁判官が法適用に際して用いる場合、可罰性を限定する機能のみこれに歸屬し、可罰性を擴張する機能はない。

慣習法的、超法規的な構成要件の制限は決して罪刑法定主義の原則とは矛盾しない[33]。

しばしば用いられる目的論的解釋は構成要件の文言をめぐつてなされるのであるが、これと、類推がしばしば許容しうる擴張解釋か許容しえない類推かという論議で、その限界を設定することの困難さを歎ぜしめていることとを考え併せると、

一概に、社會相當行爲の存在を論ずることのみが非難されるのは不當であろう。

社會相當行爲とは一體何か。これについては、周知の通り、ウェルツェルの發言には大きな改說が見られる。

エンギッシュは「社會相當行爲についてのウェルツェルの當を得た理論が、理論上の理由から修正せられたことは全く遺憾である」[34]と歎じ、シャフスタインもこれに贊意を表している。[35]

修正をされた點というのはどこかといえば、社會相當行爲とされるものは舊說によれば構成要件該當性阻却をされていたのに對して、最近の立場では慣習法的正當化事由であるとされた點である。

舊說が主張された時は、法益侵害說を批判する武器として「社會相當行爲」が用いられたのであつた。[36]すなわち、法益というものを單に存在するものとしてではなく、作用しながら存在するものとして、機能していること、社會的結合性の中で作用を營んでいるということの中にとらえようとするのであつた。

從つて、法益を侵害するものすべてを禁ずるのではなく、法の意義は不可侵とされた法益をあらゆる侵害的攻擊から守ることにあるのではなく、法益が作用している無數の機能から、獨立した秩序ある共同生活にとつて堪え難いものを選んで、これを禁ずることの中に、すなわち、必然的に前提とされる侵害の程度を超え、一定の性質づけのなされた侵害に對してのみ考えうるとされたのである。かくして、歷史的に形成せられた社會倫理的な、國民の共同生活の秩序內で機能的に活動する行爲すべてが、不法概念から區別され、これらの行爲が標語的に「社會相當行爲」とよばれたのである。[37]

この理論の機能は、形式的および用語的にあまりにも廣くとられた構成要件の文言に對し、行爲の構成要件該當性を一般に限定する使命を有したのであつた。

新しい「社會相當行爲」の概念は、構成要件論の改說によつて、いわばまきぞえを食わされたものであるが、この理論の修正は、體系的立脚點の單なる變更以上のものがあり、ウェルツェルの方法上の出發點である。「法の世界を〝意義ある、意

味に充ちた世界〃とする考え方」を部分的に抛棄したものであるとさえいえる。

その新しく説くところによれば、法秩序は規範（禁止と命令）および許容から成り、法的許容は必ずしも固定化を要せず、それらは歴史的に形成せられた社會秩序の性格から明らかとなるのであつて、「共同社會の社會倫理的秩序に根ざす、（慣習法的な）構成要件該當性ある態度の正當化事由である」[38]とされるに至つた。

我が學界では、舊説に從われる有力な學説が多いが、私は新説に從う。[39] その理由は、さきにあげた通り、ラレンツ、H・マイヤーの疑問にもある通り、このように莫然とした實體をもつ概念を、抽象的に當てはめる段階であつて、具體的、個別的な内容に立ち入らない構成要件該當性判斷の面で、すなわち抽象的定型的な評價の場で用いることは好ましくないと考えるからである。むしろこれは、違法性判斷という、より具體的な、實體に即した、そして相對的に變動する社會意識と密接に關聯する評價の場で、當該事案につき、社會的歴史的な當爲規範を見出して、具體的正義を實現しようとする裁判官の具體的法判斷定立の場に用いたいと考える。

社會的に正常な態様でなされる限りは、たとえ形式的に構成要件に該當しても、可罰性がないということから、それらではまず具體的に相當性を論じ、當該構成要件の豫定する程度に達した違法な行爲についてのみ構成要件該當性ありとすることは、構成要件該當性判斷に過分なものを要求することになりはしないであろうか。[40]

なるほど、私も構成要件は違法性を類型化したものであり、同時に責任を類型化したものであるとする考えを持つている。しかし、この場合の違法、責任はあくまでも生命、身體、自由等に對する侵害行爲を態様としてとらえている意味で抽象的、概念的な思考形式である。當該行爲が社會的に相當かどうかという判斷は、より具體的な個別的判斷であつて、そのことは、行爲の客體および行爲自體と相關的に判斷せられるべき段階で行われる評價である。

社會相當行爲の限界にあるかそれを逸脱しているかの判斷は、まさに違法判斷の内容たるものである。構成要件と違法性

とを論理的に區別しておいて、社會相當性を構成要件の中にもち込むことは思考上の混亂である。

4　一般刑法上の問題としての社會相當行爲

我が刑法において、外見上構成要件該當の態度であつて、しかも直ちに違法性を徵表するとはいえず、單なる違法性阻却事由の不存在を確定するだけでは、違法性を認めるに至らないとされる種類の構成要件としては、證人威迫罪（一〇五條ノ二）、住居侵入罪（一三〇條）、信書開披罪（一三三條）、秘密漏泄罪（一三四條）の〃故ナク〃、逮捕監禁罪（二二〇條）の〃不法ニ〃犯罪行爲をなす場合が可罰的とされ、今般發表された改正刑法準備草案では〃故ナク〃が〃正當な理由がないのに〃とされ、以上のほかに、面會强要罪を新設した。

これらの規定につき通說は、構成要件の豫定する行爲が正當な行爲として行われる場合が少くないことによる注意規定であるとか、語感からするもので特別な意味があるわけではないとする。[41]

又、最近では、これらの構成要件においては、所定の行爲がなされただけではいまだ構成要件的違法ありとするには足りず、當該行爲の中、通常の社會生活關係において正當と認められた限界を逸脫したもののみが構成要件的違法性ありとされ、構成要件該當性を認められると解するのが適切であるとの主張[42]が有力になされている。これらは、法文上明規されていないものでも、解釋上、ある一定の强度の違法性を帶びた行爲のみが構成要件に該當するとなし、脅迫罪における脅迫、暴行罪における暴行、威力業務妨害罪における威力、詐欺罪における欺罔、恐喝罪における恐喝、背任罪における任務違背等についても、これらの行爲類型に屬する行爲が直ちに各罪の構成要件を充足するのではなく、一定の程度の違法性を帶びたもの、通常の社會生活關係において正當と認められる限界を逸脫したもののみが構成要件を充足すると解す[43]のである。

この說は構成要件該當性を決定するためには、行爲が形式的に構成要件の豫定する定型にあてはまることを認めるだけで

は足りず、行爲の行われる際の諸般の情況を考慮して、その行爲が、同種の行爲が反覆される通常の社會生活關係において、社會的常規に屬するかどうかを判斷することが必要であるとし、社會相當性の思想が構成要件の解釋に一つの基準を賦與するものと認める[44]のである。

しかし、私はこの說を認めることはできない。私はこの種の構成要件においても、違法性を肯定するために、社會的不相當行爲であるとの裁判官の判斷と併せて考えるべき構成要件該當性をまず認めなければならないと考えるのである。違法性ありや否やの判斷は、構成要件該當性ある所爲についてなされるということが論理的プリウスであるからである。論者はおそらく、その判斷を定型的な違法性の有無を論ずる段階で行うのであるというのであろう。

これでは、いずれをとるかということになれば結局は罪刑法定主義をもち出して、いずれの立て前がこの原則にかなうかという議論にでも還元しなければ結着がつくまい。

おそらく、右の構成要件的違法の立場は、違法性は價値判斷の問題であるから、實際問題として、その存否について裁判官の主觀的恣意がはいる餘地があるとするのではないかと思われる。若しその抗議をするならば、直ちに、構成要件の豫定した違法であるか否かという考え方は、構成要件の解釋に裁判官の恣意を入れる態度と評さなければならない[45]。

又、論者は社會通念を云々するところから、柔道、ボクシング、レスリング或は手術等が相當なものである限りは、そもそも構成要件に當らないのであり、これらが一應構成要件に該當するという考え方は、これらが正常な態樣でなされる限りは可罰性がないという明白な社會通念に照せば、おかしいと主張するかも知れない。

しかしながら、手術にしろ、ボクシングにしろ、或はプロレス等においては、非常な危險が伴っているのである。成功の見込みが半分々々なのに、萬一の僥倖をたのんで手術をする醫師に全く殺人の故意なしといえるのであろうか。彼が自分の技術を過信した場合はどうか。試合中にカッとなつて、ルールの範圍内で相手を痛めつけても刑法上の問題は起らないか、

體の調子が悪いことを知りつつ、ファイトマネーの關係で無理に試合をさせた場合にマネージャー、セコンドになんらの責任はないか。これらの問題は、およそ構成要件該當性判斷の段階で考えられるような容易な問題ではなく、より具體的な判斷を必要とする。

結局、社會相當行爲を構成要件該當性阻却の面で用いようとする場合の立論は、あまりにも特殊なケースを以つてする、いわゆる特稱肯定の論理操作がなされているといわざるを得ない。

しかし問題は、社會相當行爲の理論を體系上、どこに置くかという問題は、結局、それぞれの刑法體系についての立場により異なる。右の立場と私見とでは、構成要件という同じ言葉を用いていても、表象する內容が異なれば論理がかみ合わないのは同じ理由である。

問題は、社會相當行爲が犯罪の成立を阻却する機能を營むという共通の分母に立つことであり、それが構成要件該當性を認める場合、或は違法性を認める場合に、裁判官の判斷に愼重さを求める我々の意思の反映であれば、結果においては同じである。

ただ、社會相當行爲の判斷を構成要件的違法判斷のところで用いてしまうと、それが肯定された場合に、違法判斷で更にチェックをするときに、個別的、具體的な判斷の基準として、ことに行爲者の違法性を阻却する事由として何を援用するのかという點で、行爲者に有力な救濟の論理となりうるかどうか。

これを違法阻却事由と解すれば、これまでに列擧された多くの阻却事由を更に超えて、正當行爲、正當業務行爲といつたもの以上の行爲者擁護が期待できるのではなかろうか。

5　勞働刑法上の問題としての社會相當行爲

社會相當行爲と認められるものが、勞働法原理を規整するものとして、特にその勞働爭議行爲であるが故の正當化の規整原理として如何に機能するか、殊に爭議行爲から派生した具體的事件が、從來刑法上犯罪視されている行爲類型に當てはまる場合に一體それをどう刑法がとりあげるかについて爭いがある。

一說によれば、正當な爭議行爲といえども、市民刑法の評價對象であつて、刑法三五條の正當行爲の一つとして、違法性阻却の機能を有するものとする違法性阻却說[46]が唱えられ、他は、單なる違法性阻却の機能をもつにとどまるのではなくて、構成要件該當性そのものを、はじめから排除する機能をもつとするいわゆる構成要件該當性阻却說、或は構成要件非該當說を主張する[47]。

後者のうち勞働刑事事件に對し、いわゆる勞働刑法的評價を市民法的評價に先行せしめるとする急進的な說はここでは論ずる必要はない。

問題は、市民法秩序の中で勞働法秩序をいかに評價すべきかという點である。

勞働爭議行爲として、その正當性が一般に承認されているものが、社會的相當行爲の中にとり入れうるか否かについては、はげしい應酬がある。

一說は勞働爭議行爲の正當性は、純然たる市民法秩序の完全な枠內において許容される行爲という意味で承認されるものではなく、市民法秩序とは異質的な秩序（勞働法秩序）の角度から與えられるものであるから、これを、市民刑法秩序の完全な枠內において行動し、そこで、社會倫理的秩序により許容される行爲としての「社會的相當行爲」の枠內に包攝することはできないとするのである。

これに對して、右の考え方は〝歷史的に形成されてきた社會倫理的な共同社會生活秩序〟を純粹な形態における市民法秩序と斷定されている非を批判し、勞働爭議行爲の正當性は市民法秩序の觀點から賦與されないとするのは獨斷的であると

し、勞働基本權の保障が財産權の保障と並んで人の生命を確保する二大支柱の一つをなすことが新憲法によつて、國是として確認された以上、現行の法秩序は市民法秩序に止まるものでも、市民法秩序と勞働法秩序が二元的に併存するものではなく、市民法秩序が勞働法的理念をうけ入れ、自らの中に浸透せしめることによつて變容發展をとげたものであり、社會相當性の判斷となる法理念は、そのような變容をとげた法理念でなければならないという。

しかし、忘れてならないことが一つある。それは、刑法はそれの立脚する社會秩序を形成する階級の理念が端的に反映しているということである。市民法秩序は社會法秩序によつて變容したのではなく、勞働法秩序が市民法秩序に入りよいように變容をとげてとり入れられているのであつて、市民法秩序がその評價を變えなければならないいわれは更にないのである。市民法秩序と勞働法秩序の底流をなすイデオロギーの差異は、本質的に異なつている。(48)

又、勞働爭議行爲の故をもつて、市民刑法秩序の評價が後退するというようなことがあつてはならない。勞働爭議行爲の故に市民刑法秩序がこれを壓迫することがあつてはならないと同じように、勞働爭議行爲なるが故に、市民刑法秩序の評價が緩やかになつてはならないと思う。

論爭の起因は、刑法が異なれるイデオロギーを背景とした事象に對して、いかに對處すべきかといつた問題にあり、その各人のもつ國家觀、法律觀によつて、全く相反する結論に至つているようであるが、論爭を提起した側に、その原因の一半があるようである。

それは、このようなイデオロギー的對立を含んだ勞働爭議行爲についての議論と、手術、スポーツ等の全くイデオロギー抜きに考えられるものの議論とを、同一の平面で論じ、そこでこのような結論であるからここでもこうなるといつた論理の運びが、必要以上に論爭の種をまいたもののようである。(49)

次に、社會倫理的秩序によつて許容されるということと、その社會倫理的秩序が定型化した違法の類型たる構成要件とい

うものとの關係について、問題がありそうである。

ストライキが「經濟取引に關しての合法的な、社會的・經濟的勢力」と認められるに至つているから、威力、脅迫の構成要件の解釋に當つては、構成要件該當性そのものを阻却するとする論に對しては、そのような勢力がたとえ合法的なものと法秩序が認めたとしても、それが現實に行う行爲に對しては、法秩序は自からの立場から判斷を下すことは否定すべくもないのであつて、その場合に構成要件的判斷の基準は、あくまでも「威力」「脅迫」という、現行刑法上の違法行爲を定型化した構成要件の文言が中心になる。

一般犯罪ならばこの程度は「威力」であるが、「勞働爭議」ならば、「威力」にならないという具合に、適用上手心が加えられるのであつては困るのである。

特にいましめなければならないことは次の點であろう。行爲が「暴行罪・脅迫罪・威力業務妨害罪等の構成要件に當るか否かは、當該行爲の行われる際の諸般の情況に照し、そこで社會通念上、正當な爭議行爲として容認される限界を逸脱したものであるか否かによつて判斷すべきものである」ここまではよい。しかし、「概していえば、集團行動としての必然性から、集團行動に通常ともなうものとして受認される程度の粗野な言動は、直ちに刑法の暴行罪、脅迫罪、威力業務妨害罪等を構成するものではないといい得よう。例えば、團體交渉の際に多少亂暴な言辭を用いたとしても必ずしも脅迫罪を構成するとはいいえないし、またピケラインをめぐつて多少の押し合いが行われても直ちにこれを暴行罪を構成するものとはいえず、さらに、平和的手段で、非組合員に對して爭議に對する協力を呼びかけることは、事實上それが集團の勢威を背景とし、且つ非組合員に對して心理的壓迫を加えることになつても、直ちに威力業務妨害罪を構成するものとはいい得ないのである。」[50]（傍點筆者）とするのはいかがなものであろうか。

いかに、勞働爭議行爲中とはいえども、相手方に對して、多少の物理的な力、侮辱的言辭がなされてよいというわけには

いかない。事柄は爭議行爲なるが故にというのではなく、相手方を考えて檢討されるべきであろう。

勞働爭議という、大衆行動に對して、ともすれば、大目に見る傾向が實務上も、また學說上も散見できるが、支配層に對して嚴しく、勞働爭議に甘く判斷を下すことで、進步を氣取ることはいましめなければならない。我々は、いやしくも人間の尊嚴を害するごとき行爲に對しては、いかなる階級に屬しているとを問わず、これを拒むだけの潔癖感を持つていたいものである。

以上の論議から、私は通常の勞働爭議行爲については、三五條の正當行爲にてこれを規律すれば充分であると考えるし、社會相當行爲を構成要件該當性阻却事由とは考えない立場をとるが、勞働爭議行爲の一部をその中に入れてもよいと考える。

その兩者の區別の基準としては、爭議行爲の手段として、不作爲でこれをなすもの、例えばストライキの手段としての坐り込み、サボタージュ等は、それが正當な爭議行爲でありその行爲が、當該情況に照して、社會通念上容認されれば、社會相當行爲として、通常の爭議行爲の場合に比し、より容易に違法性阻却されると考えてよいのではなかろうか。

作爲による爭議行爲については、具體的に事案に卽して判斷せられ、相當性を肯定せられるべきであると考える。

いずれの場合であつても、社會的に不相當であると判斷されてはじめて、構成要件に該當する行爲に違法性が肯定せられるわけである。

（1）　公務執行妨害罪、その適法性の問題について、特に最近論じられることが多いようである。谷口正孝判事と莊子敎授との間に見られる見解の相違は、實務家と理論家の相違もあるのであろうが、法秩序と個人との把握の仕方について、考えさせるものがある。私は大體において、莊子敎授の立場を肯定し、私も實務家よりも、一層リベラルな立場をとりたいと考えるものであるが、ただ、公務執行妨害というような公權力に對す國民の側の抵抗の問題を考えるに當つて、ただ無闇に權力者の側を非難するということのみをこととするつもりはない點だけは强調したい。公權力を執行する者にも人權があることは、理の當然である。そのようなことをわきまえたうえで、なお言

えることは、權力が背景になつた場合には、人はしばしば自己を何か別なもの、力のある者というように誤解しがちであることであり、また、權力ある者の前に立たされた者の側には、權力に對する恐怖とそれの裏がえしのコンプレックスである劣等感が生じ、これらが望みなき抵抗にもかり立てるということである。

國家權力に對する抵抗の實體をつかむためには、條文の操作もさることながら、これらの人間の置かれた狀況と、人間の持つ精神的な働きについて、深い洞察が必要とされる。人間の現象を見つめる目が、人間的でなければ、正しい結論は生れうるはずがない。權力に抵抗した者が權力機構の犠牲者であることは勿論であるが、權力に對する抵抗を誘發せしめた者も、實は、權力機構の犠牲者であること（制度的性格をつくつたという意味で）をも認識の基礎としたい。

文献としては、伊達秋雄、公務執行妨害罪における職務行爲の適法性、法律時報二四卷一一號（一九五二年）二一頁以下、谷口正孝、公務執行に對する抵抗、ジュリスト一一六號（一九五六年）二五頁以下、公務執行の適法性――公務執行妨害罪における――判例評論八號（一九五七年）三頁以下、莊子邦雄、公務執行妨害罪における職務行爲の適法性――刑事法學の基本問題（下）（一九五八年）七八一頁以下。

(2) 吉川經夫、公務執行妨害罪における職務行爲、總合判例研究叢書・刑法(5)（一九五六年）七三頁以下に集大成されていて便利である。私は「天皇の官吏」から「國民の公僕」になつた公務員の概念の變遷につれて、裁判官の意識の中で、公務執行妨害についてなんらかの變化が見られるかを究明したいと考えているが、判例上は、あまり目立つた相違はないようである。裁判官がそのイメージを變えないのか、國民の側に依然として「おかみ」という意識があつて、これが裁判官の法意識に反映しているのか、今後の研究にまつ。

(3) Welzel; Das deutsche Strafrecht. 7. Aufl. S. 427.

(4) 宮澤浩一、不眞正不作爲犯と西獨刑法改正草案、本誌三三卷一號二二頁以下、特に三八頁以下、三號一三頁以下、特に一五頁以下。

(5) 不破武夫、刑事責任論（一九四八年）一四五頁以下、平野龍一、過失についての覺書、警察研究二四卷（一九四九年）三號二七頁以下、木村龜二、過失犯の構造、現代刑法學の課題（一九五〇年）五七九頁以下、藤木英雄、過失犯の考察、法學協會雜誌七四卷（一九五七年）一號一頁以下、三號二二頁以下、四號一八頁以下、井上正治、過失犯の構造（一九五八年）（本書は井上教授が一九五〇年以來發表された一連の過失についての研究の集大成である）、井上正治、判例にあらわれた過失犯の理論（一九五九年）――なお、井上教授にはこの他、過失における注意義務、法政研究二〇卷（一九五二年）一號一頁以下がある。この論文は秋山哲治、刑法における過失責任の特質と本質、同志社法學一一號四二頁以下に對する反論として書かれたものである。

(6) 我が刑法學會（一九五九年一〇月）で交通事故をめぐつて共同研究がなされた（刑法雜誌一〇卷二號がその特輯號である）西ドイツ

でも丁度同じ頃（一九五九年一〇月二日より四日まで）、チュービンゲン大學で開催された第一〇回犯罪生物學協會で「交通犯罪の刑事學」というテーマが論じられた。Kriminalbiologische Gegenwartsfragen. Heft 4. Vorträge bei der X. Tagung der Kriminalbiologischen Gesellschaft vom 2. bis 4. Oktober 1959 in Tübingen (1960)

報告者とテーマは次の通りである。

Prof. Dr. K. Mierke (Kiel); Die Konzentrationsfähigkeit und ihre Grenzen im Strassenverkehr.

Prof. Dr. F. Schwarz (Zürich); Die medizinische Begutachtung von Motorfahrzeugführern in der Schweiz.

Dr. H. Lewrenz (Hamburg); Charakterologische Aspekte bei der Begutachtung von Kraftfahrern.

Dr. Dr. K. Mayer (Tübingen); Zur Psychologie des Unfällers.

Prof. Dr. Hiltmann (Freiburg in Br.); Neurose und Verkehrsunfall.

Prof. Dr. J. Hirschmann (Tübingen); Fahrerflucht: Schreck- nnd Panikreaktion.

Staatsanwalt Dr. K. Lehmann (Freiburg in Br.); Zur Typologie der Verkehrsunfälle.

Dr. Dr. H. Goppinger (Stuttgart); Der Verkehrssünder als krimineller Typus.

Dozent Dr. D. Lagen (Tübingen): Verkehrsunfall und Lebensalter.

Prof. Dr. J. Baumann (Tübingen); Probleme der Fahrlässigkeit bei Strassenverkehrunfällen.

（7） 西原春夫「西ドイツにおける過失交通事犯」前掲刑法雜誌一〇卷二號三七頁以下、Floegel-Hartung; Strassenverkehrsrecht. 12. Aufl. (1959) S. 28 ff. Müller; Strassenverkehrsrecht. 21. Aufl. S. 723.

（8） 許された危險の問題について、その法心理學の立場から獨特の考察を展開されるものとして、西村克彦、許された危險、警察研究三〇卷（一九五九年）一一號がある。

（9） Schaffstein; Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, in Z. St. W. Bd. 72. 3/4 Heft. S. 373. Anm. 11.

シャフスタインは故意犯を考慮に入れて、"許された危險"にも意味を歸しうる點がしばしば看過されている。例えば、アルプス大トンネルを建造するに當つてそこに働く勞働者の何人かが死亡したことは今日まで、經驗的事實である。從つて、そのようなトンネル工事を企てる者はいわば、"危險な企業をたすこと"によつても、勞働者を就業せしめることによつても違法な殺人を犯すわけではない。このことは、たとえ、彼が人の死を望ましくはないが、自分の企業のとにかく確かな、或は蓋然性の非常に高い結果として計算に入れ、かつこの結果を甘受したとしても、殺人を犯したわけではない。この事案では、勿論故意の問題に入る、としている。通說である"同意說"に

基づいても故意は阻却されない、という。本論文につき、A. Molar, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Ann. IV. (1961) p. 453 ff.

(10) Welzel; Studien zum System des Strafrechts, in Z. St. W. Bd. 58 (1938) S. 514 ff.

(11) ウェルツェルの過失論批判、本誌三三卷七號六五頁參照。

(12) 社會相當行爲について、後にしばしばふれるシャフスタインの近業が參照するに足る文献である。この論文は、ゲッチンゲン大學に提出されたドクター論文（印刷されない）につきしばしばふれている。Gerhard Hoppe; Die soziale Adäquanz im Strafrecht (1959). ここにおいては、ウェルツェルの社會相當行爲の先驅者である學說（v・バール等）や判例を概觀しているとのことである。

社會相當行爲については、いろいろ問題が多い。最近には、バウマンがその體系書の中で社會相當行爲の理論を批判し「存在するものを當爲づけられたものへと高める（das Seiende zum Gesollten zu erheben）危險がある」とし、「社會相當性というものを〝社會論理的〟或は〝秩序〟といったメルクマールによる評價が必要とされるものと解するならば、この評價は實は更に全體的法秩序からすなわち社會的に當爲づけられたものから得られ、社會的に存在するものからは得られうるものではない。そうであるとするならば、社會相當性というのは、實質的違法性についての別の表現以上のものではない」といっている。J. Baumann; Strafrecht. Allg. Teil. (1960) S. 213. 詳細にわたって反對しているものにマウラッハがいる。そのそもそもの立場は、「社會相當行爲は不法を包括する構成要件に對し、又、正當化事由に對し全く一定しない限界線を伴うのであってこれが有用な規制をもたらすのであるかが實は問題である。特に、戰場での殺害は殆んど數え切れない現象形式があるので、このことがいえる」という發言に集約されている。Maurach; Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. 2. Aufl. (1958) S. 229. 過失犯については四三三頁以下。

社會相當行爲は、それが論じられて間もなく、强力な批判をうけた。「（これらのウェルツェルのいう社會相當行爲において）構成要件に該當する行爲を認めることをおそれるのは、一見したところ根治しえないような誤解すなわち、〝構成要件該當性を肯定することとそのように性質づけられた行爲のなんらかの非難とが結びつくのではないか〟とする誤解によるのである」とドーナはいう。G. zu Dohna: Literaturbericht in Z. St. W. Bd. 60 (1941) S. 292.

(13) 藤木助教授は（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）社會的相當行爲に屬する行爲に關して、ウェルツェルは閉ざされた構成要件について論じていると正しく指摘されておきながら（同書三三頁）、直後にそれを開かれた構成要件について構成要件の解釋の規整原理をなす（三四頁）といい、その後はこの概念の嚴密な使用は見られない。開かれた構成要件の考え方の中にとり入れるためには、本文のような、はっきりした論理的區別をしてからなされることが大切なのではあるまいか。さもなければ、

開かれた構成要件の理論と、社會相當行爲との關係が、ただ便宜上同じ平面で扱われるという誤解を招くおそれがある。

(14) 小野、刑法講義各論、昭和二四年、二〇頁、同、犯罪構成要件の理論、三五頁、宮内裕、刑法各論、六四頁、福田平、刑法各論・一八二頁、二〇三頁。

(15) 木村龜二、刑法各論、六七頁、瀧川幸辰、刑法各論、七三頁。

(16) 小野等、刑法、ポケットコンメンタール、一九六頁。一應適法な職務の執行と認められるものであることを要する。……かりに、その假疵のために行爲が客觀的には無効となる場合であつても、その有効無効が後日、權威ある機關の判斷をまつてはじめて確定さるべき性質のものであつて、行爲の際は一應その公務員の認定または裁量によらざることをえないような場合には、その公務員として當時の狀況上注意義務を盡して合理的に判斷し適法なものとしてなした行爲は本條によつて一應保護さるべきものと解す。

井上、刑法各論、二四六頁。不適法な職務執行まで刑法によつて保護する必要はない。ドイツ刑法一一三條はその旨を明らかに規定している。わが刑法にはこの種の規定はないが、解釋上は同一である。

熊倉武、日本刑法各論、七三五頁以下。我が刑法が諸外國の立法例のように、立法的抑制、構成要件的制約をしないで適法な强制的行使に對する攻擊ないし反抗に限定しないのは、我が國の資本主義的發展の特異性、その基盤のうえに構成された支配的政治權力の特異性であるとする立場から、適法な職務執行に限定されるべき旨を論じている。

柏木千秋、刑法各論、七四頁、「職務の執行は、それ自體として完全に適法かつ有効でない限り刑法的に保護されえないのだというようなわけのものではない。しかしさりとて、それじたいにおいて全く不完全なものを刑法が保護することもありえないのであるから、それは完全に適法かつ有効でないにしても、ともかくも刑法によつて保護されるに値する程度の要件は具えていることを要する。」

植松、刑法概論、各論、一六頁。適法な權限内において、適法な手續をもつてなされるものであること。

福田平、刑法各論、二四頁。不適法な職務執行まで保護する必要なし。……適法か否かは行爲自體に内在する性質による。

瀧川幸辰、刑法各論。適法を要件とする。權限ある公務員が法上の形式に從つて行う職務行爲（二六六頁）。

宮内裕、刑法各論、三七三頁。いかなる要件が具備すれば職務行爲として公務執行妨害罪による保護に價するか。具體的には職務行爲、とくに强制處分が違法な攻擊として市民の正當防衛を許容するか。若し具體的な權限、すなわち具體的事實が公務員の執行しうる要件を具備することを要するとすると犯人を誤認して逮捕する場合などは公務員の執行行爲は違法となり、公務員の危險において國家作用が營まれることになつて不當である、等々。

木村、刑法各論。適法の職務たるを要することはいうまでもない（三三〇頁）。

牧野、刑法各論、二六頁。不適法な行爲は公務員の行爲としてその効力を有すべきものでない。これに對して、職務執行妨害罪の成立すべきはすはない。

小野、刑法各論、二〇頁の發言については問題かある。『學說は職務執行の適法なることを條件としている。私は本罪の構成要件上それが「職務の執行」であることを必要とし、且つ其を以て十分であると解する。其のためには、公務員の一般權限内の行爲であり、且つ當該場合において「職務の執行」と認めるに必要なだけの形式的條件を具へた行爲でなければならぬ。其の限度において職務の執行としての概念要素を具備したものでなければならぬであろう。而して此の概念要素を具備しているかどうかは之を客觀的に論定すべきものである。しかし、其が行政行爲又は訴訟行爲として有効であるために必要な一切の法律的條件を具へること（適法性）又は其の行爲が實質的に法秩序一般から見て正當であること（合法性）は必要でないと思ふ。苟くも公務員の職務執行行爲と認むべきものかあれば、その行爲はすでに本條の保護に値するものである。』これを、職務行爲の適法性必要說に對する「有力な反對說」としてあげるものに吉川經夫、前掲書八一頁がある。伊達、公務執行妨害罪、刑事法講座五卷六七四頁は、積極說、消極說にわけて後者に屬せしめている。莊子教授は吉川教授の立言を強く批判している。前掲書七九〇頁、註一七。

問題は、「苟しくも公務員の職務執行行爲と認むべきものがあれば」という點である。ここのところのとり方一つで、公務員の方に重點を置くか否かが分れる。問題は、公務執行行爲自體の在り方がポイントである點にある。適法な職務執行でなければ、本條の保護に價しないという強い態度で事案を見つめることがより主要なのである。

(17) 東京高裁昭・25・12・19、特報15・51。

(18) 同旨、莊子、前掲書八一〇頁。

(19) 高裁刑集一〇卷六號二五一頁以下、最判・昭32・5・28、最刑集、11・5・1548。

(20) 吉田常次郎、公務執行妨害罪における職務行爲の適法性、法曹會雜誌九卷二號四頁。「吾刑法第九十五條は單に公務員の職務を執行するに當り云々と規定するのみて、職務の適法性に付ては特に明定して居らぬ。而して苟も公務として成立する以上假令不適法で、それが裁判又は行政處分に依り無効と宣言せられ又は取消さるべき運命にある場合に於ても其の無効とせられ又は取消さるゝまては公務として保護する必要あるものと解す……」

(21) 安平政吉、公務執行妨害罪、刑法演習各論、九頁以下。

(22) 名古屋地裁・昭28・5・6（判例時報一號一九頁以下）、名古屋高裁・昭28・9・2（判例時報一一號一七頁以下）、最高刑集八卷七號一一三七頁以下。名古屋高裁昭28・12・7（判例時報一八號二四頁以下）、最高刑集九卷九號一九〇八頁以下――第一審判決は一九一

四頁以下に收錄――。京都地裁昭29・9・3（判例時報三五號二六頁以下）。靜岡地裁昭35・12・26（判例時報二五一號三二頁以下）。

(23) 註21にかかげた判例を眺めてみても分ることは、第一審の裁判官よりも、上級審である高等裁判所の方が、公務に重點を置いている。事件から時間的にそう離れていない第一審裁判所の判事が、被告人に有利な判斷をなし、或る程度冷靜になつているはずの第二審が不利に解しているのは興味のある態度であるといわなければならない。名古屋高裁の中に、地裁のいわゆる進步的判斷に對する反感があつたというべきか。昭和二八年という時期について社會學的に究明すれば、裁判官の心證形成を行う場合の、人格的な研究資料になりそうである。この點について、註18にあげた大阪高裁の判例につき、被告人の朝鮮人の側に、相當反感を感じせしめる暴力行爲があつて、私の指摘したような、論理的にみて正當とは思われない判示があつたのかも知れない。しかし、若し、單に人種による偏見だけであれば、そのことはまた、一つの問題となるであろう。

(24) 前掲最高刑集九・九・一九一四、名古屋地裁昭28・3・3。

(25) 前掲最高刑集八・七・一一四一、名古屋地裁昭28・5・6。

(26) 吉川、前掲書一二四頁同旨。職務執行法が被質問者は答辯を強要されることはなくまた意に反して連行されることはないと保障しているにもかかわらず、被質問者が警察官に滿足のゆく答辯を與えぬことがあたかも不當な態度でもあるかのような口吻をもらしたり、警察官の執拗な態度を擁護激勵したりする如きは、公共の福祉の名のもとに、個人の基本的人權を侵害する危險が濃厚であるとする。

(27) 前掲京都地裁昭29・9・30（判例時報三五號二六頁以下）

(28) 前掲二七頁、第一審において正當性の限界を嚴格に解しようとする傾向の强いことを示すものとされる（吉川、前掲書一二五頁）。

(29) 前掲・靜岡地裁沼津支部昭35・12・26（判例時報二五一號三二頁以下）

(30) BGH. Grosser Senat für Z. S. Beschluss v. 4. 3 1957 (JZ. 1957. S. 543 ff. NJW 1957. S. 785 ff.) BGH. Z. Bd. 24. S. 21. この判例をめぐつて非常に多くの見解が現われた。これをアルファベット順に整理してみると次の通りである。但し＊印は披見できなかつた。

Baumann; Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung, MDR. 1957. S. 464 ff., Bettermann; Urteilsanmerkung in NJW 1957. S. 986., ＊Bode in DAR 1957. S. 173, Boennecke; Schliesst das verkehrsrichtige Verhalten des Verkehrsteilnehmers die Rechtswidrigkeit aus? in NJW 1960. S. 1188, Dunz; Das verkehrsrichtige Verhalten, in NJW 1960. S. 507, Haase; Urteilsanmerkung in NJW 1957. S. 1315, ＊Hauss; in Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk der Entscheidungen des BGH. S. 831 BGB E Nr. 2, May; Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfer-

tigungsgrund, in NJW 1958. S. 1262 ff., Nipperdey; Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, in NJW 1957. S. 1777 ff., * Quade in DRiZ 1957. S. 139., Richter; Schuld im Zivilrecht, in NJW. 1958. S. 1171, R. Schmidt; Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht, in NJW 1958. S. 488 ff., Stoll; Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, in JZ 1958. S. 137 ff. Wieacker; Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht, in JZ 1957. S. 535 ff., Wussow; Zur Lehre von der Sozialadäquanz, in NJW 1958. S. 891 ff.

體系書としては、Enneccerus-Nipperdey; Allg. Teil des Bürg. Rechts. II. §. 209 VB. (1959). これの一四版に對する批判としては、Niese; Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, in JZ 1956. S. 457 ff. 紹介・中谷・宮澤、現代刑法理論と民法、本誌三〇卷七號四九頁、八號六一頁。一般的な紹介、批判として、藪重夫、現代刑法理論（目的的行爲論）と民法における違法・責任理論、北大法學部十周年記念號八三頁以下。

民法學者の側からの批判としては、Enneccerus-Lehmann; Recet der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. §. 231 III. 6, 234 I. 1. b, Lehmann; Allg. Teil des BGB. 12. Aufl. S. 328 f.

ウェルツェルは、右の判決を社會相當行爲に有利なものとして引用しているが、實はこの判決では一般的社會相當行爲によるのではなくて、交通上正しい態度を新しい正當化事由とした點を注意しなければならない。たしかに、ウェルツェルの社會相當行爲に言及しているが、必ずしも全面的に承認したわけてはない。

勞働法の分野については、やはりニッパーダイが強力な推進者である。Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante BVG geführten Zeitungsstreik vom 27.-29. 5. 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten von Nipperdey, 1953. S. 39 f. ここではウェルツェルの舊說をひき、構成要件該當性阻却說をとる。民法總則一九五五年版の九一八頁もこの系列に屬する。後になつて、ウェルツェルの改說にならい、正當化事由として今日に及んでいる。Hück-Nipperdey; Lehrbuch des Arbeitsrechts. 2. Bd. (6. Aufl. bearb. von Nipperdey 1955) S. 640. Anm. 36.

レーマンの批判はそのエンネクツェルス民法論、債權法一九五八年九三三頁にある。勞働法については、特に九四一頁以下の批判參照。

ドイツ勞働法における社會的相當性については佐藤昭夫、ピケット權の研究、第六章・ドイツにおける平和的說得論とストライキの社會的相當性、一六九頁以下、特に一七八頁以下參照。

藤木英雄、勞働刑法における違法性の概念（法律時報三〇巻九號）、勞働爭議行爲と違法性、總合判例研究叢書刑法(8)、「社會的相當行爲」理論の勞働刑法への適用について、警察研究三一巻一號。
莊子邦雄、勞働刑法、法律學全集42、書評・藪重夫、北海道大學法學會論集一〇巻合併號二二七頁以下。

(31) K. Larenz; Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. II. (1956) S. 336.
(32) H. Mayer; Strafrecht. 1953. S. 108
(33) Schaffstein; Soziale Adäquanz und Tatfestandslehre, in Z. St. W. Bd. 72. 1960. S. 376 も同様の發言をしている。
(34) Engisch; Der Irrtum bei Rechtfertigungsgründen, in Z. St. W. Bd. 71. 1959. S. 592
(35) Schaffstein; a. a. O. S. 369.
(36) Welzel; Studien zum System des Strafrechts, in Z. St. W. Bd. 58. S. 502 ff. 506 ff. Ders.; Das deutsche Strafrecht 2. Aufl. (1949) S. 36 f. シャフスタイン、前掲論文三七〇頁以下にこの舊説を手ぎわよくまとめたものがある。
(37) Schaffstein; a. a. O. S. 371.
(38) Welzel; Das deutsche Strafrecht. 7. Aufl. S. 76.
(39) 團藤、刑法綱要、一四一頁、一四三頁註3、藤木氏、前掲諸論文。
(40) 正當性が何人も疑わない程明らかな爭議行爲について構成要件該當性が阻却されるという點について、かりに一歩ゆずつてこれを認めうるとしよう。だが、それでは、社會的類型としてその合法性が必ずしも明確に承認されるにいたつていない行爲は一體どこで評價をうけるのか。社會相當行爲の考え方を、違法性の場合に、今一度正當化事由の一つとして考えないとするならば、たかだか責任の面で期待可能性あたりを用いて免責的論理を展開しなければなるまい。そうだとすれば、もつと實質まで立ち入つて判斷できる違法性の面にこの理論を持ち込んでおく方がよいのではないか。違法性吟味の問題として裁判官と彼が行使する法、特に法律を超える法の問題がある。我々は、いつかはこの法の窮極の問題と對決しなければなるまい。Würtenberger; Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, in Rittler-Festschrift, S. 129 ff., G. Less; Vom Wesen und Wert des Richter-rechts. (1954) S. 34 ff.
(41) これらにつき、主觀的違法要素であるとする説も近來有力になりつつある。團藤、刑法（昭和三五年）三三五頁、「正當な理由なしに侵入することである。行爲者の目的がその重要な要素になる（主觀的違法要素）」。井上正治、刑法各論、九五頁、「行爲の違法性の判斷は純客觀的になすべきではなく、主觀的違法要素を考慮に入れなくてはならない。……法律が「故ナク」と規定することはこれを意味

する。それ故承諾または推定的承諾の存するときは構成要件を缺くにいたる。」八九頁にも次の如くいっておられる。「……〝不法ニ〟逮捕、監禁した場合のみその行爲は違法となるのである。「不法ニ」というのは、たんに語感のみからではない。逮捕、監禁罪の違法性も一般原則にしたがつて決すべきであるが行爲論において通說的立場をとる學說も、少くとも本罪においては故意を行爲要素とすべきことを規定したものである」と。

(42) 團藤、前掲書一四一頁がその先驅であり、藤木、警察研究三一卷一號三六頁以下がこれを更に展開した。

(43) 藤木、前掲三七頁。しかしながら、この社會通念というもの（藤木氏はここでは社會生活問題において正當と認められる、という）は、かなり明確を缺く抽象概念であつて、判斷をする場合には、どうにでも動くものである。このような無限定なものを基準として「構成要件該當性」の面で操作できるものであろうか。藪重夫助教授も前掲の書評で同じような疑問を表明しておられる。北大法學論集十卷合併號二四二頁。

(44) 藤木、前掲三八頁。

(45) 團藤、名譽毀損罪と事實の眞實性（刑法と刑事訴訟法との交錯所收）八四頁。ここで、違法性は價値判斷の問題であるから、實際問題として、その存否の判斷について裁判官の恣意がはいつて來る餘地がある。名譽毀損罪について法定の要件が具備するばあいに、事實の眞實が犯罪の成立を阻却するというのは、言論の自由を保障する見地に立つものであるから、その限界についてかように裁判官の恣意の入り込む餘地をみとめるのは不當である。眞實であるかぎり、つねに犯罪の成立が阻却されるものと解しなければならない、とされる。この考え方に、私は問題解決の一方向をみとめる。しかし、違法性阻却と構成要件該當性阻却とでは、裁判官の恣意の介入の程度は、そうはつきりと相違があるかどうかは問題であり、特に、主觀的要素、規範的要素を實定法の中により多くもり込むような近時の立法傾何からみれば、この點は特に問題がある。

(46) 莊子、勞働刑法、三七頁、正當性については四一頁以下。

(47) 學說の對立の整理は、藤木、前掲二六頁以下、莊子、前掲二五頁以下。

(48) 藪助教授は前掲書評の中で、「市民法秩序自體も、勞働基本權の保障という價値體系を自らのうちに浸透せしめることによつて變容をとげているとみるべきであり、したがつて市民法秩序と勞働法秩序とを相互に異質的なものとして對立併存させることは考え方として必ずしも妥當でなく、それ故にまた爭議行爲が單に自救行爲的性格のものとして市民法秩序に受け入れられるとみることも妥當でない」として、藤木說を支持する。前掲二四〇頁。

しかし、莊子說は、市民刑法規範と勞働法規範とが次元を異にすることを認め、しかも市民刑法上の構成要件該當の問題は市民刑法規

範から判斷すべきであるというのである。自救行爲云々は藤木、前掲二九頁にもあるが、莊子教授はそこまで考えてはおられないと思う。

(49) 莊子、前掲四七・八頁。

(50) 藤木、前掲四〇・一頁。

むすび

開かれた構成要件と法義務のメルクマールにつき、一應の考察を終えたわけである。論じられたのが比較的新しい理論であるだけに、誤解も多いことであつたし、又、今なお變動中であつたことも、この研究を動搖せしめ、把握することに困難を與えたことであつた。私は、以上の考察の中では、開かれた構成要件をめぐる諸問題を、客觀的にとらえることを心掛けてきたつもりであるが、もとより、全體として一體をなしている體系から、特にその一部分をとり出して批判することには危險が伴うことは充分承知している。全體的體系を理解してかからなければ、批判が正鵠を射ないからである。

ウェルツェルに對する批判の多くは、彼の體系の中での內在的矛盾をつくというよりは、超越的批判に始終しているのであるが、これはウェルツェルにとつてはあまり効果的な打擊とは受けとれるものではない。

私はウェルツェルの學說展開を通じて、すなわち、その構成要件論の變容の契機として、この問題をとらえてみたことであつた。

結論として、次の如き點をあげることができるのではないかと思う。

1　ウェルツェル自身で、開かれた構成要件をめぐる構想は、いまだ動搖しているのであるから、確定的な批判をすることは冒險であるかも知れないが、これまで、單純な性格をもつた構成要件から、一面的にのみ構成されていた構成要件論に反省を加え、裁判官の獨立した積極的判斷と併せて、はじめて構成要件該當性ある行爲につき、違法性が肯定される種類の

構成要件を性質づけたことが、その眼目であつた。

2　このような性質をもつた構成要件としては、從來、不眞正不作爲犯、過失犯につき右のような考え方は別段新しいものではなかつたが、しかし、犯罪定型を立證の基礎とすることを心掛ける者には、その定型性の點で把握の困難であつた二者に理論づけをすることを可能にした。しかし、この理論の提唱されたときに我々の注目をひいたのは、故意の作爲犯のある種のものについても、裁判官による獨立の、積極的評價、判斷をまつてはじめて違法性が肯定するものが存すること、換言すれば、故意の作爲犯の構成要件の中に、必ずしも構成要件該當行爲が違法性を徵表するものではないものが存することを指摘したその立論であつたのである。

3　その結果として、構成要件は、それに該當することで直ちに違法性を徵表するものと、該當しただけで直ちに違法性を徵表しないものに分れ、構成要件論として一本の形にまとめるためには、それを抽象的に概念構成せざるをえなくなつたのであつた。

4　このような努力は、一九五二年を中心としてなされ、この時點で、ウェルツェルの構成要件論は極めて大きな變容を示した。この年に發表された論文の多くは、錯誤についてなされたものであり、ウェルツェルがその中でしばしば禁止の錯誤の適用をうたつたことの結果として、彼の新しい理論は、その錯誤論を効果あらしめるために造られた、「結果から得られた構成」であり、「ためにする目的でなされた構成」であると批判される浮目をみた。

5　その結果としてウェルツェルの新しい理論は、單にその反對者である〝通說の學者〟からのみならず、〝フィナリスト〟からもはげしく攻擊されるに至つたのであつた。

6　法義務のメルクマールという名稱が、その實體を適切に表わしていないことが、誤解を招いたことも事實であるが、この種のメルクマールの性質づけにつき、あまりにも錯誤論と關聯した上で有用ならしめようとする意圖が先行したこと

も、批判を一層強めた原因であつた。

7　當初（一九五二年頃）、錯誤の問題と並んで、これらのメルクマールが存在するのに、存在しないと思つて行爲した場合、或は、存在しないのに存在すると思つて行爲した場合に、未遂、或は幻覺犯として處罰されるか否かを論じ、これが實定法上の未遂規定を手がかりとして、事態に卽した解決であると誇りえたが、一九五三年八月四日の第三次刑法改正法律により、その手がかりとした未遂規定の多くが削除され、ために、實定法上の立脚點を失うに到つたのはこの理論にとつて相當な痛手であつた。

8　この理論は、一見したところ、ウェルツェルの提唱する概念、人的不法概念、禁止の素材たる構成要件という定義づけと矛盾するように見える。しかし、形式的な批判は、若しこの理論が實益のある寄與を誇りうる場合には色あせる。しからば、その實益如何。私はそれを、法治國の根本を流れている思想、すなわち、裁判官の良心への信頼としかもなお我々の心の中にある願望、すなわち違法判斷に際しては愼重な態度であれという願望、實定法の形をとつた構成要件の違法徵表機能を抑制することの中に、法實證主義を超えた、「正しき法」「正しき法判斷」「解決の矩にかなつた法判斷」を求める道を見出したいと考える。

なるほど、我々は裁判官が正しい法感覺をもち、あるべき法に對する意識をもち合わせているかどうかを立ち入つて吟味することは不可能である。しかし、事案につき實體に卽した考慮を綿密にしてほしいと唱えることによつて「法の意志」を嚴格かつ公平にとらえ、實現して欲しいと願うのである。又、現實に我々の裁判官は、我々の期待を裏切つていないようである。

しかし、人間には、間違いはあるものである。その間違いの起りやすい事態を、あらかじめ特に範疇づけて、注意を喚起する意味で、我々はその種の犯罪類型に對して「開かれた構成要件」という性質づけをしたいのである。ただ、何でもかで

もこれに入るというわけのものではない。ウェルツェルの理論は、この意味で當初提唱されたものが、著しくその數を整理されていることを見うるのであるが、この間の事情はもつと檢討してよいのではなかろうか。

9　私が本論文中にしばしば引用もし、問題の整理に當つて、大いに利用することの多かつたロクシンの同じ名前の著書には、たしかに極めて多くの有用な分析、集大成がなされ、參考とする點が多々あつた。

しかし、ロクシンの研究で、開かれた構成要件が否定され、法義務のメルクマールのみ認められていることは、贊成できない。なるほど、ロクシンは錯誤の問題として、法義務のメルクマールを大きくとりあげているが、これは、實は附隨的な問題なのであり、この兩者は不可分の關係にあるのである。錯誤の問題であるならば、何も開かれた構成要件は問題とならず、それは構成要件の要素の錯誤とすれば足りる。そうではなくて、構成要件中に、特殊な違法判斷と、その判斷のメルクマールである若干の特徴的な構成要件要素があるという點こそ、我々が問題とする點なのである。ロクシンは幹を見ないで枝葉の問題にとびつきすぎた感がある。

10　私はこのように變動極まりない新しい概念をたずね、一應概念を確定し、利用しうるものを日本法に適用しようと試みたわけである。この理論が、將來どのように展開されるかは豫測の限りではないが、おそらくは立法の問題としては出て來ることはないであろう。

學說上の問題として、更には、無意識的に正しい解決をしていた判例に、理論の支柱を與えるという形で生き續けるであろうと期待しているのである。

11　この論文は、ウェルツェルの體系の展開の中で跡づけをしたという意味では、中論文を一層展開したわけであり、構成要件の違法性推定機能という點でとりあげた團藤說を整理したものであり、社會相當行爲につき藤木論文が說明不充分であつたところを、より明確にした。特に、本來閉じられた構成要件の場合に論じられた「社會相當行爲」の理論を、ここで

併せて論じた點について、藤木論文で説明の足りないところを補いえたと思つている。

12　法義務のメルクマールについては、私はこれを必ずしも客觀的處罰條件、構成要件のメルクマールと異なる第三の範疇をなすものとは考えない。この兩者を折衷した形をとつている西獨一九六〇年草案の解決の線で充分ではなかろうか。

ともあれ、不完全ながらも一應の考察を終えることにするけれども、論ずべくして論じなかつたもの、論じ終えなかつたものがあまりにも多い。

特に、法義務のメルクマールに對する錯誤は一體どう扱われるべきであるかについては、錯誤理論の研究をまつて解決すべきところであつて、ここでは詳論しなかつた。

客觀的處罰條件の性質についても、別稿の形で檢討すべきことが殘されている。

附隨的に論じた結果として、更に想をねらなければならないものとして、心情のメルクマールも殘されている。

社會的相當行爲についても、その本質をめぐつて相當程度つつ込んだ研究を必要とするであろう。

多くの問題は本論文によつてすべて摘示されたにすぎないのである。つまり、私はこの論文によつて、對決しなければならない問題をすべて出しつくしてみたまでのことである。

論じ終えたということは、これから歩んでゆく道を荒野の中に拓いたということを意味するにすぎない。これを平坦にし、歩みよくするためには、刈り殘したものをつみとることから始めなければならない。

その仕事にとりかかる前に、一とまず筆をおいて他日を期する。

（一九六一年一〇月一二日稿了）