

ウエルツェルの構成要件理論 (二)

中 義 勝

- 一 はしがき
- 二 ウエルツェルの犯罪論における構成要件の體系的地位
- 三 ウエルツェルの構成要件概念(以上三號)
- 四 ウエルツェルの構成要件と違法性との關係 [一]
- 五 ウエルツェルの構成要件とメツガーの行爲構成要件
- 六 ウエルツェルの構成要件と違法性との關係 [二] (以上本號)

四 ウエルツェルの構成要件と違法性との關係 (一)

一 さて、既述の如く、ウエルツェルにあつては構成要件とは規範の實質・内容に矛盾する態度のことであつた。それ故、構成要件實現は常に必ず規範の要請に反する、即ち規範違反(normwidrig)である。けれども、これは直ちに違法(rechtswidrig)と同一ことと同一ではない。蓋し、彼によれば、違法とは或る態度の全體としての法秩序に矛盾することを意味し、且つ全體としての法秩序は啻に規範のみから成るものではなく、許容規定(Erlaubnissätzen)をも含めた全體によつて構成されるものであるから、ある態度がたまたま前者に矛盾するものであつても、同時に後

者に合する内容を見えるものであるときには、なお全體としての法秩序に矛盾するものとはならないからである。而して、所謂許容規定とは正當防衛としての法益侵害を許す規定の如きものがこれである。¹⁾

ところで、この構成要件を規範の實質（正確には、既述の如く、規範の要請に矛盾する態度）だとする考え方はその系譜をビンディングに承けるもののものである。周知の如く、ビンディングにおいては、刑法の前提とする規範は、刑法各本條の構成要件の規定から導かれるものであり、その構成要件と同一内容・範囲の行爲を禁止又は命令對象とする規範であるから、従つて、それは刑法の構成要件の數と内容とに相應する『分化された個別的規範 (detailierende Einzelnormen)』であると考えられていたのである。そこで、彼にあつても、構成要件に該當する行爲は常に必ず規範違反であるということになる。²⁾ 然るに、彼が規範に違反する行爲は直ちに違法であると翻案するところにウェルツェルとの相違がある。而も、このウェルツェルの見解はペーリングの教えを踏襲した跡が濃厚である。即ち、ペーリングによれば、もしビンディングの如く、構成要件該當の行爲即規範違反・違法の行爲だということになれば、刑法上違法阻却原因が認められているような場合にも、實定法に反して、元來適法な行爲を違法だと認めねばならぬ不當な結果を甘受せねばならなくなるから、ビンディング説は現行法上不通の議論だということに歸する。けれども、ペーリングにおいても、規範違反即違法という關係は保持された。そこで、かような關係を保持しつつ、なお構成要件該當性は常に必ずしも違法ではないという今一つの命題を維持するためには、所謂規範の内容をビンディングとは相異なるものとして把握せねばならない。そこで、ペーリングは、規範を個々の構成要件に對應する分化された個別的規範と解することなく、『全體としての法秩序』の精神、又は全法秩序を貫流する『國家の規範的意思』として認識される抽象的な一般規範としてこれを扱えた。³⁾ これによれば、例えば、正當防衛としての殺人の如きは、成程『人を殺

した』もの、即ち殺人の構成要件に該當する行爲ではあるが、正當防衛を許す法の趣旨からみれば未だ全體としての法秩序に矛盾するものではなく、従つて、それは規範に違反する行爲ではないから違法でもないということになる。

今、右記兩者とウエルツェルの見解との異同を、構成要件・規範及び違法性の三者の關係について眺めるならば、構成要件實現即規範違反と解する點ではウエルツェル説はビンディング説と同一であり、共にベーリング説と對立している。次に、構成要件實現は常に必ずしも違法ではないとする點ではウエルツェル説はベーリング説と符合し、共にビンディング説に對立するものである。最後に、規範違反即違法と考える點ではビンディング説はベーリング説と歩調を共通にし、共にウエルツェル説と對立する。

それでは、何故にウエルツェルがかく構成要件實現を常に規範違反と考へつつ、同時に必ずしも違法ではないと考へるにいたつたかの理由を探つてみることにしよう。既述の如く、ウエルツェルにあつてはその犯罪論の構成の出發點は行爲であつた。不作爲と雖も一定内容の行爲の不企行として、常に行爲に關係づけることなくしてはその内容を確定し得ない。この事情は眞正不作爲犯の文言をみれば明瞭である。然るに、かような行爲は、故意の作爲犯や眞正不作爲犯の場合なら格別、就中不眞正不作爲犯の場合には直接文理的に與えられていない。従つてまた、その否定態たる不作爲も直接文理上明かにされてはいない。尤も、例えば『人を殺したる者は云々の刑に處する』という法規の文言から、殺人へと向けられた目的的行爲を禁ずるとする法の趣旨と共に、人の死の回避へと向けられる目的的行爲を命ずる法の趣旨をも読み取り得ると考へることもできるであらう。けれども、これは既に規範論理的な操作の然らしめるところである。それ故、不作爲が前提とする一定内容の行爲(従つてまた、その否定態たる不作爲のもの)を確定するためには、その據り所を規範に求めねばならぬということは不可避の前提である。かような考へが、ウエルツ

エルをして規範の實質を構成要件と考えしめた理由でないかと思われる。然るに、彼が、常に必ず規範違反たる構成要件實現が同時に違法とは限らぬとしたのは、上記の如く、それが許容規定（違法阻却原因）に合する内容を具備する、即ち、全體としての法秩序に違反せぬ場合があり得ると考えたからである。これによつてみるに、ウエルツェルにあつては、上記の規範は、一應人間の規範的意思に訴えて一定の作爲を禁止不作爲を命ずるものとされながら、實質的には毫もかかる規範的意思の拘束性を含む命題ではなかつたものと解せられる。蓋し、法的拘束意思に矛盾する態度は必ず違法であるべき筈のところ、規範違反は直ちに違法とは同一でないとするウエルツェルによつて構想されている規範とは、毫もかかる規範的意思への拘束性を保持するものではないと解する外に理由は存しないからである。例えば、彼によれば、正當防衛としての殺人は、殺人の構成要件を實現するもの、即ち殺すべからずという禁止規範に反するものではあるが、なお全體としての法秩序に矛盾しないから違法ではないとせられる。この際、右の行爲が眞に法的禁止に反するものならば、重ねて全體としての法規に矛盾するかどうかを問うといつた迂路をくぐることなく、直截にその違法性が肯定されてよい筈である。にもかかわらず、然らずとされる所以は、右の禁止規範が眞に實質上その行爲を禁止するものではないと解する外に理解の途はない。それでは、全體としての法秩序とは果して如何なるものであろうか。ウエルツェルによつても所謂超法規的違法阻却原因（*übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*）なるものが認められ、かかる事情下における緊急行爲を適法視する趣旨に徴するならば、それは、結局、究極的な法の規範的意思、即ち實質的な命令・禁止意思であると解することができると思う。違法阻却原因の事實的前提を具備する行爲が違法だとはされないのも、畢竟、かかる法の規範的意思に矛盾するものではないからに外ならぬ。然りとすれば、ウエルツェルも亦違法性の根據を規範違反性に求めるものであり、この點ではビンディングやペーリングと

同一の見解に立つものとしなければならぬ。しかも、ここに規範というときは、全體としての法秩序に貫流する法的意思という意味のそれであることは明白であり、従つて、今、假りに、上記の個別化的意義における禁止又は命令規範なるものを捨象して考えるならば、その説くところはベーリングの見解と全く同曲のものであることが知られるのである。ウエルツェルの見解がその系譜をピンディングに承けながら、これを修正して考案されたベーリングのそれと同一歸結に辿りついた理由も、その考察方法を實質上ベーリングと共にしたからであると考えられる。けれども、かかる一般的な法の意思に對する矛盾を違法性認否の根據とする立場からは、一般的な適法性に對する一般的な違法性を區別し得るのみで、違法性内部においてみられる大小・輕重の區別を付し得るものではないのではなからうか。尤も、この點については、既にベーリングが、違法評價の對象としての構成要件が殺人・傷害・窃盜等に個別化されているわけであるから、夫々の行爲の侵害性の質量はこれによつて獲得可能であり、従つてこれに對する違法評價にも輕重の目盛・重さの段階を付することができる⁵⁾と答えている。而して、この點は、ウエルツェルにあつては、故の構成要件と過失のそれを區分し、不可罰的な豫備・未遂・共犯及び過失行爲の構成要件なるものを否認しているのであるから、一入の具體性を以て違法性の輕重を説き得る如きである。けれども、正當防衛による殺人をも含めた殺人一般、即ち殺人の構成要件實現が、そのものとしては未だ違法とも適法ともきまらぬものであり、これを決定するものが全體としての法秩序であるとすれば、その與える違法評價は全體としての法的規範意思に矛盾するものだと評價、即ち、違法性内部の輕重を知らぬ一律平等の違法評價を措いて他に存しない。もしまだ、個々の構成要件に應じた程度の違法性が與えられるものだと説くとすれば、既に、違法性の判定基準が一律平坦なものたり得ず、既に各種の起伏と濃淡の色調を體した規範意思が豫想されているものとせねばならぬ。つまり、各種の構成要件實現態様が、

これに應ずる違法性の質量を決定するための資料になるべきだとすれば、違法性の認定基準そのものが各個の構成要件に應ずる質量を以て個別化されていることを必要とするわけであり、このことは牽いて、上記ビンディングの『分化された個別的規範』に還ることになるわけである⁸⁾。しかも、かような個別的規範が、真にその規範的要請を堅持するものであるとすれば、違法阻却原因の事實的前提を具えるような場合には、もはやその規範的要請を維持するものでなく、従つて、かような場合には始めから一定内容の行爲を命じ又は禁ずるものではないと解せねばならぬ。然りとすれば、規範の實質(規範的要請に矛盾する態度)を構成要件と解する立場からは、違法阻却原因の事實的前提の存在は構成要件實現を確定するためにむしろ支障となる事情であり、所謂消極的構成要件要素(negative Tatbestandsmerkmale)なるものも是認されねばならぬ筈である。けれども、これはウェルツェル説に對する批判であつて、なお後述・詳論さるべきところである。我々は今しばらく構成要件と違法性との關係についてのウェルツェルの見解を追究して行くことにしよう。

註(1) Welzel, Strafrecht, SS. 42~3.

(2) Binding, Handbuch des Strafrechts, I, 1885, S. 155 ff. (竹田『ヤーリングの構成要件の理論』二二~二頁)

(3) Beising, L. v. V., S. 118 ff.

(4) Welzel, Strafrecht, S. 74 ff.

(5) Beising, L. v. V., S. 128.

(6) 同説、竹田『ヤーリングの構成要件の理論』三五頁以下。

二 それでは、ウェルツェルにおける構成要件は違法性なる規範的評價と全く無縁・沒交渉のものであろうか。彼によれば、構成要件は遍滿せる社會的諸行爲の内、刑法的重要性を具えるものを探り上げたものであり、後程、違法・

適法を決するための對象的基盤を提供するものである。この意味では、構成要件は決して價値に對して厳正中立のもの (wertneutral) ではなくして、價値と關係あるもの (wertdifferent) なのである。¹⁾ 彼をしていわしむれば、評價の客體 (Objekt der Wertung) と、客體の評價 (Wertung des Objekt) たる違法性とを混同することは、許すべからざる論理法則の違反だということになるのもあろう。我々としても、固よりこの論理法則の侵すべからざるものであることを忘れてゐるわけではない。ただ、この不可疑的に前提せらるべき論理法則のこの場合における適用の是非を疑うのである。即ち、構成要件が刑法上重要な行爲の類型であるとするとウエルツェルの見解を認めるとしても、既に、それは、刑法的視點から重要なものと評價された行爲の類型とすることに歸し、構成要件はその限りにおける客體 (行爲) の評價たる性質を擔うものであるといわねばならぬ。のみならず、かかる重要性の究極的な決定は違法評價の助けを借りずしては竟に不可能ではないか。この點の吟味は後述にゆずるとして、これを肯定するものがメツガー、ザウエル流の見解であり、構成要件を違法性の實在根據とする立場である。²⁾ 幸に、ウエルツェルはこの實在根據說に對して手厳しい批判を試みてその採るべからざる所以を説明している。そこで、この批判を省みることになれば、彼自身の本旨も一入に明かになし得ることと思う。

ウエルツェルは構成要件を類型化された違法性 (vertyppte oder typisierte Rechtswidrigkeit) とみる所謂實在根據說を批判して、かような構成要件はもはや禁ぜられた態度を事實的に記述することにより違法判断の基盤を提供するという任務を果し得ないとし、その理由を以下のように述べる。『蓋し』これによれば『構成要件該當性はもはや違法性の前提ではなくして、逆に違法性が構成要件該當性の前提であるからだ。違法な構成要件充足のみが存すべきであるとすれば、或る態度の構成要件該當性はその違法性を確定したときに始めて肯定される。即ち、正當化原

由の介在はその態度の構成要件該當性を免れしめる。けれども、正當化原由の吟味が、豫め少くとも或る態度の構成要件該當性を確定したときに始めて可能だとすれば、全説は一ケの循環論法 (circulus vitiosus) 上を流れる。即ち、構成要件該當性は違法性の確定後はじめて肯定され得る、逆に、違法性は構成要件該當性の確定後はじめて達せられる³⁾と。けれども、右に循環論法とせられる命題はいささか分析的考察を必要とする。即ち、或る態度が特定の構成要件に該當するとの確定的判断は、それが一定質量の規範的意思に反するものであるか否かの吟味を経た後はじめて獲得されるとする見解は、實在根據説にとつては構成要件と規範、従つてまたその違反たる違法性との間の論理的先後關係について論ぜられているものであるに反し、或る態度につき正當化原由の存否を問題にするときはこの態度が刑法上重要なものでなければその意義がないわけであるから、先ずこの態度の構成要件該當性の確定後はじめて正當化原由の存否、即ち違法か適法かの吟味が俎上に載せられると説く際には、それは單に事實的・便宜的な考察の順序を示すものに外ならない。だから、右の批判は、一方において論理的先後關係を論じながら、他方、論理的には後續するものを事實上先行せしめる便宜的な考察方法と結びつけ、以てその循環論法たる所以を證せんとするもので、元來結びつかざる兩者を強いてつなぎ合せた上その循環性を虚構するものといふべきであり、到底支持することができな⁴⁾。

なお、ウエルツェルは所謂消極的構成要件要素否認の立場を明かにしているが、その理由は以上によつて充分知られるところである。この際、彼は、刑罰法規の文言と構成要件との混同すべからざることを嚴に警戒し、賭博罪や富籤開催罪等が法規上『官の許可を受けないで』とされている場合にあつても(獨刑二八四條、二八六條)、それは構成要件の(消極的)要素ではなく、違法阻却原因であるにすぎないとしている⁴⁾。彼の立場からは固より當然のことであ

らう。

- 註① Welzel, Strafrecht, SS. 45~6.
② Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 2. Aufl., S. 56; Mezger, Strafrecht, Allg. Teil, S. 90.
③ Welzel, Strafrecht, S. 46.
④ Welzel, Strafrecht, SS. 66~7.

三 以上の如き見解に基づいて、ウエルツェルは、或る行為の構成要件該當性からその違法性を導き出す簡単な公式が獲得されるものとする。即ち、規範違反たる構成要件實現の確定にして果されるならば、積極的にその違法評價に勞を費さずとも、許容規定の存否をたずねるといふ消極的操作を施すことにより、もしこれが右の場合につき不存のものとなれば、直ちにその違法性を確認し得る、とするのがこれである。但し、かような公式の妥當し得るのは、禁止の實質が残る限なく事實的・對象的メルクマールによつて記述しつくされているような場合に限る。これが所謂『閉ざされた構成要件 (geschlossene Tatbestände)』と稱せられるものであり、『開かれた構成要件 (Offene Tatbestände)』に對立するものである。後者の適例は強要罪(獨刑二四〇條)の構成要件である。これは、暴行又は著しい害悪を以てする脅迫による強要をその内容とするものであるが、これを以てしても禁止の實質は記述しつくされたものとはいえない。蓋し、社會生活上、かような内容を具える強要にして、特別の許容規定がなくとも、なお適法視されるべきものが澤山存するからである。同條第二項が『求める目的のために、暴力を使用し又は害悪を以て脅迫することが非難すべきものと認められるときは、行為は違法となる』と規定した趣旨もかかる事情を豫定した上でのことであると思われる。従つて、裁判官は、かような場合には、構成要件該當の行為につき更に積極的に違法性の

評價に努めねばならぬ。同じことが同一の構造をもつ恐喝罪(獨刑二五三條)にもそのまま妥當する。更に、例えば、法令不從順勸誘罪(同一〇條)における『有效性』とか、公務執行妨害罪(同一三條)における『適法性』、不解散罪(同一六條)や偽誓罪(同一五四條)等における『權限』の如き文言は、決して行爲乃至行爲の客體を事實的・對象的に記述するものではなく、行爲者の法的義務を付與するものである。従つて、かかる法的義務の存否を行爲者につき確定する操作は、彼の行爲の事實的確定ということを越えたその行爲の法的價值、即ち適法・違法を確かめる作業である。そこで、ウエルツェルはかような要素を法的義務要素(Rechtspflichtmerkmale)と呼び、且つその助けを借りて違法性が確定されるような構成要件をも『開かれた構成要件』に配屬せしめてゐる。

然るに、ウエルツェルによれば、上記の『閉ざされた構成要件』にあつても、特別の法的許容が存在せぬ場合には構成要件該當性はその行爲の違法性を徵表する、という命題は無制限に妥當するものではない。例えば、我々の政治觀において前提されている人間の人權的地位とはその自由であるとすれば、自由剝奪はみな原則として違法たるべき筈である。それ故、特別の法的許容規定がある場合にのみ自由剝奪が正當化されるべきことになる。にもかかわらず、これなき場合でも、社會生活上お多くの適法な自由剝奪が存するという事實も否定されない。その由來するところは、この種の行爲を歴史的に生成し來つた我々の社會倫理的秩序が許すものと考へざるを得ない。例えば、鐵道・市電・バス等が特定の停車場にしかとまらないということは乗客にとつて自由の制限たることを喪わぬが、特定の法的許容がなくても、なお社會倫理的秩序の枠外にはみ出る行爲ではないとして是認されている。ウエルツェルはこれを、行爲の社會相當性(soziale Adäquanz)と名づけ、構成要件に該當する行爲に對する社會倫理的秩序に根ざす正當化原由であるとしてゐる。従つて、行爲の社會相當性はその構成要件該當性を免れしめる事由ではなく、ただそ

の違法性を阻却するものであるにすぎない。然るに、これはウエルツェルとしては自説の訂正だったのである。即ち、曾て、彼は『社會秩序の枠内で行われる行爲は決して犯罪構成要件に含まれない』とし、上例の場合をはじめ、相手方の死を待望して夫々鐵道旅行・石切場への就職乃至登山を勧め、且つ事故によつて相手方が死亡するというような結果をみた場合にも、行爲者は決して構成要件該當の殺人を犯すものではない、と説いていたのである。³⁾つまり、行爲の社會相當性はその構成要件該當性を免れしめる事由と考えられていたのであり、然る限りにおける消極的構成要件要素を是認していたものと解せられるのである。ウエルツェルはかかる舊説を訂正して、かような場合にも依然構成要件該當性を肯定したのは、むしろその包懷する理論を一層忠實に貫徹する所以であり、自説の純化を一步進めたものと評することができよう。但し、この新説が他人の死を待望して鐵道旅行を勧める等の場合をも含めて述べられているとすれば、その構成要件(殺人)該當性を認めるためには勧誘行爲に他人の死に對する行爲支配ありとするのでなければ不可なる筈であるが、その維持すべからざることは論を俟たぬであらう。

註(1) Welzel, *Strafrecht*, S. 67 ff.

(2) Welzel, *Strafrecht*, SS. 68~9.

(3) Welzel, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 2. Aufl., S. 36 ff.

四 然るに、ウエルツェルによれば、右の『開かれた構成要件』は一層高度に過失犯に妥當するとされる。即ち、過失の作爲犯にあつては構成要件は非故意的行爲による法益侵害を記述するのみにとどまる。けれども、かかる態様による法益侵害のすべてが違法とされるわけではない。その違法性を確定するためには、裁判官が積極的に行爲者につき特別の法的義務の存否をたずねねばならぬ¹⁾。即ち、過失の作爲犯における構成要件要素たる法益侵害は必ず非故

意的行爲によつて惹起されねばならないのであるが、その非故意的行爲の内容については構成要件上何事も記述されていない。だから、過失作爲犯の構成要件は任意の一切の非故意的行爲による法益侵害ということに歸し、偶然的事故もその構成要件に該當することを妨げるものではない。然るに、かかる態様における一切の法益侵害が悉く違法であるとするのは、畢竟、現實の社會生活を死の靜寂に導くことなくしては不可能である。蓋し、かかる不法を避けしめるためには一切の非故意的行爲をなす勿れと禁ずる以外には方法はなく、このことは刑法上重要ならざる一切の行爲を禁ずることに外ならぬものであつて、牽いては社會生活上のすべての活動を靜止せしめることに歸するからである。だから、法規範は、一切の非故意的行爲を禁ずるものではなく、却つて、それによつて發生可能な法益侵害を避けしめる如く、しかくそのなさんとする非故意的行爲を操縱すべく命ずるものであるにすぎない。然るに、或る行爲者にかかる命令、換言すれば義務、が妥當してゐるとなし得るためには、所與の事情下において相當注意深い人がその行爲から法益侵害が生じ得るとの豫見をなし得、従つてこれを避けるように該行爲を操縱し得るのでなければ不可能である。且つ、かような検討は事實的・對象的記述を越えた彼岸において裁判官によつてなされる義務の存否に關するものであり、これが過失の作爲犯の構成要件を『開かれた構成要件』となす所以である。

右によれば、致死罪の構成要件と致傷罪のそれとの、孰れの構成要件に對する確定的該當があるかの判断は、孰れの意味における違法性が肯定されるかの検討を俟たずしては終局的にはきまらぬとすることは上記したところである。而して、かかる不確定性を避けるためには、非故意的行爲をなすに當つて、通常ならよつて一定の法益侵害が生ずるかも知れぬという豫見が可能であり、従つてまたこれを回避し得たでもあらうとの潜在的事情下における法益侵害を過失犯の構成要件たらしむべしとすることは殆んど必須の要求である。且つ、この點についても右記したところ

である。然るに、過失犯における結果回避義務發生の事實的前提は、ウエルツェルも認める如く、右の潜在的事情を措いて他に存するものではない。そうすると、この意味における過失構成要件の實現は常に結果回避義務に對する客觀的矛盾であることになり、過失構成要件は違法性の實在根據であるといわねばならなくなるであらう。

註(一) Welzel, Strafrecht, S. 68.

(二) 同註(一) Welzel, Strafrecht, SS. 104~6.

五 眞正不作爲犯における作爲義務發生の根據は、例えば、犯罪計畫の知見という如き、構成要件の事情の知見に存する。そこで、義務づけられている行爲の不作爲により、即ち不作爲の構成要件實現によつてこの義務が違反される。この限りでは、構成要件實現は常に義務違反であり、違法であるとされているかみえる。然るに、ウエルツェルによれば、その違法性は右の作爲義務に對立するより高度の乃至は同價値の義務又は諸他の正當化原由によつて阻却されると説かれている。¹⁾この點については、不眞正不作爲犯に關する同趣旨の説明と共に、後に批判的考察をなしたいと思う。

次に、既述の如く、不眞正不作爲犯の主體は何人であつてもよいというわけではない。所與の事情下に在る一定の法益保證的地位に立つ者によつてのみそれが侵される。一種の身分犯である。然るに、保證すべき法益が危殆に瀕しているときにはじめて右の保證者たる地位にある者に對して、具體的にこの法益侵害を回避すべき作爲義務が發生するものだとすれば、にもかかわらざる不作爲、即ちその構成要件實現は常に作爲義務違反、つまり違法であると考えらるべき筈である。ところが、ここでもウエルツェルは、その違法性はより高度の乃至は同價値の法的義務の對立的存在により又は諸他の正當化原由により阻却されると説くことにより、構成要件實現即違法とする見解をしりぞけて

520。

註(1) Welzel, Strafrecht, S. 166.

註(2) Welzel, Strafrecht, SS. 173~4.

五 ウェルツェルの構成要件とメツガーの行爲構成要件

一 以上によつて、ウェルツェルの構成要件概念とその價值的性質、特に違法性との關係についての所論の要はつくされたものと考えられる。そこで、これに對する批判的考察をなすに先立つて、これがメツガーによつて新たに唱えられる行爲構成要件と如何ばかりその内容を共通にするか、換言すれば、元來、存在論的考察方法を基調とするウェルツェルの犯罪論によつて構想されている構成要件概念が、この考察方法を端的に構成要件概念の樹立に資したと稱せられるメツガーの行爲構成要件へと論理必然的に發展せねばならぬものであるか否か、の模様を觀察してみたと思う。而して、かかる觀察は、ウェルツェルの行爲論を原理的に承認・採用される平場教授が、最近、メツガーによる行爲構成要件をも採用されたという事實に徴するならば、一入の不可避性を以てその一瞥を強いるものがあるように解せられる。

二 メツガーが行爲構成要件とその年來の主張にかかる不法構成要件を分つたための論理的・認識論的基礎とするものは、刑法上の概念の存在論的構成分子 (ontologische, seinsmäßige Bestandteile) と規範的構成分子 (normative, sollensmäßige Bestandteile) 間に存する基本的差異である。前者は規範的評價の向けられる客體であつて、後者はかかる評價作用そのものである。兩者の間には『評價の客體』と『客體の評價』という混淆すべから

らざる論理的差異が存する。そして、ある事態を如何様に評價すべきであるかということは、時代思潮や國民的道義感情等により相違し得べき事項であつて、立法者は、既往にあつては適法視され來つた事態を將來に向つて不法と規定し、又はその逆を規定することも可能である。けれども、かかる評價の客體をなす事態の存在論的構造そのものは、前法律的な社會的生活内容そのものであつて、立法者と雖も恣意的に變更を加えることはできない。彼は遍滿せる社會的生活内容中、刑法的重要性 (strafrechtliche Erheblichkeit) を具備し得るようなものを豫め選抜・記述し、後程付せらるべき規範的評價の對象を限定し得るにすぎない。そして、かく選抜せられた事態は、既にその意味で第一次的な法的吟味を蒙つたものである。殊に、その選抜のための基準たる刑法的重要性なるものは、將來における違法評價を確保せんがための必要上に出でたものであるから、かくして選抜せられた事態は深く不法價值に關係づけられたものであることは疑いない。けれども、刑法的重要性なる視點によつて選抜された生活内容は、固よりその存在論的構造を毀損されたものでなく、これを保持しつゝ刑法的考察の關係客體として採用されたものであり、また不法價值に關係づけられた客體が未だ直ちに不法評價を付せられたそれでないことも論を俟たない。

かくして、メツガーによれば、立法者により選抜・法定された、そのものとしては未だ前法律的な、然し法定されることによりはじめて法律的領域に登場することになつた社會的生活内容こそがその所謂行爲構成要件であり、それは各個の刑罰法規の前件を形成する行爲類型としての構成要件である。これに對して、その所謂不法構成要件とは、不法に關係づけて選ばれたものであるが、未だ不法という確定的評價を體せざる行爲構成要件に、今や不法なる確定的評價を與えたものとしての構成要件、不法類型としての構成要件を意味する。それは不法と評價された行爲類型であり、右の行爲構成要件に對する不法評價を含むと共に、それ自體また責任評價の客體でもある。¹⁾

右の如きものとしての行爲構成要件が犯罪論上に果す機能的役割には二面のあるとされる。その消極面においては當罰的行爲の範圍を限定することがこれである。構成要件に該當せざる行爲は、違法性の吟味を拂うまでもなく、當初から刑法的關心の外に出されてしまう。例えば、幻覺犯とか、不可罰的豫備・結果發生前の過失行爲等の如き前構成要件的行爲は初めから刑法的關心の圈外に立たされる。かくしてこそ、始めて法的安定性、罪刑法定主義の要請は満足される。裁判官の裁量もこれを越えることができない。その積極的機能は、種々なる犯罪現象の形態を區分し整序するための足場を提供することである。それは、未遂を豫備・既遂から區分し、正犯と共犯を分ち、犯罪の單複・競合・時と場所を決するための標尺として奉仕する機能を有する。²⁾

註(1) 以上、Mezger, NJW., 1953, S. 3.

(2) 以下、Mezger, L. K., 8. Aufl., S. 322.

三 以上がメツガーによる行爲構成要件の概要である。而して、これが、その立論の出發點を、存在論的・對象的部分とこれに對する評價的部分との峻別に求めた點、にもかかわらず、右の評價の對象をなす部分は、既に刑法的重要性という觀點に基づいて選拔されたものであり、その限りにおける價值關係的なものたらざるを得なかつた點、は共にウエルツェルの構成要件における概念原理と頗る酷似するものであることが知られると思う。ところで、私見によれば、構成要件が具えるべきものとされる存在論的特性という面を強調すれば、行爲の社會相當性という如きものはいささかも構成要件該當性を阻却せしむべき事由となり得ず、同様に、既述の如く、行爲の事實面を超過する目的や行爲者が具うべき特定の身分又は一定の行爲の狀況等も毫もその存在論的性質を左右すべきものでなく、その存否にかかわらず齊しく構成要件該當性に消長を來すべきものではないと考へねばならぬ。けれども、その刑法的重要性

ということに重點を置いて考えるならば、事情はまたおのずから異つてくる筈である。而して、行爲の存在論的構造の差が各種の構成要件を區別せしめるのも、夫々の行爲が刑法的重要性を具えるという前提内部において行われることであるべき筈であるから、刑法的重要性を顧慮せず専らその存在論的特性をのみ獨走せしめることは本來の趣旨に反する結果を招くことになるであろう。私見によれば、この立場において構想される構成要件概念をして、その理論的並に實務的有用性を喪わしめざらんがためには、刑法的重要性内部において事實的・對象的に記述されたる行爲（従つてまたその不作爲）の具える存在論的構造の差異ということに據つて構成要件を區分すべきであり、従つて、目的犯における目的、加減的身分犯における身分、諸他の行爲手段や行爲の狀況等も對象的に記述し得られるものであり、且つこれらの有無によつて法規がその處遇を異にしている場合には、擧げてこれを構成要件の要素に數うべきものと考ええる。この限りでは、所謂存在論的行爲構成要件の實質もウエルツェルの構成要件と同一の内容を具えるものであることになるであろう。事實、メツガーの行爲構成要件とウエルツェルの構成要件とは、その間にみるべき差異は存しないように思われる。けれども、メツガーと平場教授とはかなりの相違が認められ、その由來するところは右の存在論的特性を如何なる枠内に限定して考慮するかかかもの点にかかるといふのである。殊に、この相違は以下の第二點において著しいものがあるが、それに先立つて行爲の社會相當性をめぐる兩者の見解の相違を檢討してみた。

ウエルツェルが、かつて、行爲の社會相當性を以て構成要件該當性を阻却せしめる事由であるとし、後、これを訂正した模様は既述の如くである。メツガーの批判はこの舊説に向けられたものであり、平場教授の再批判はこの舊説を擁護せんとするものである。従つて、結果的には、メツガーの見解はウエルツェルの新説と符合し、逆に、平場教

授の見解はこれと相反することになる。既述の如く、ウエルツェルは、社會生活上歴史的に生成し來つた通常ありき
たりの行爲は始めから構成要件に該當するものでないと説く(舊説)。これに對してメツガーは、社會相當性の範域は
往々にして流動的であつて確定し難いこと、及びこれを考慮して構成要件該當性の判断をすることは、既に違法評價
を吟味した後において構成要件該當性の判断をすることに歸し、かくては體系的に後續すべきものがこれに先行する
ものの確定に參與することとなつて、ただに體系倒錯的であるのみならず、構成要件の確實な外廓の限界を亂すもの
であるとする。このメツガーの批判に對する平場教授の再批判は『メツガーも認める如く、行爲構成要件は元來違法
を確定するために、豫め違法判断に重要と認められる行爲を立法者が選擇したものである。立法者の選擇の意圖は、
適否不明の行爲を一と先ず選別して然る後適法違法を決しようとするのではなくて、本來が可罰的違法という角度か
ら選擇しているのである。この立法の意圖を參酌すれば、社會が一般に相等なものとして疑われないような行爲は構成
要件に合致しないという意見の方が眞實に近い。もともと可罰的違法にふさわしい行爲として刑法が採り上げたもの
は、やはり何らかそれに該する實質がなければならぬ。その點、全く價值に關係のないメツガーの行爲構成要件は、
犯罪類型(メツガーの不法構成要件)からの距離が遠すぎ、構成要件を設けた趣旨から離れている。のみならず行爲
構成要件は法上禁ぜられたという限定を付しても差支えないものと思う。(中略)然し禁ぜられているということは
裁判の場を標準として考えれば、評價という行爲ではなくして、認識の對象である。このようにして、メツガーのい
う存在論的なものと規範的なものの混同という非難も亦當らないのである』と述べている。

私見によれば、行爲の社會相當性をめぐる兩者の見解の相違は、これをウエルツェル(舊説)・平場教授に倣つて
解するのが妥當である。上記の如く、立法者が萬般の社會的行爲類型の中から特定の諸行爲を選抜・法定せんがため

の基準としたものは刑法的重要性である。そして、この選に洩れた行爲は、それが社會倫理的にみて毫も不當でないことが始めから明白である故にこそ、かく選に洩れたものと解せねばならぬ。然りとすれば、或る行爲が形式的に右の選抜・法定された行爲の外觀を具えるときでも、それが社會倫理的に毫も不當とは解せられない日常ありきたりの行爲であるなら、構成要件の解釋としては、始めからこれを除外しているものと解すること妥當である。尤も、この限りにおいては、社會倫理的評價が構成要件該當性の確定に參與していることは疑いない。然しながら、根本に遡つて考えてみれば、既に刑法的重要性という基準そのものの内容が、濃厚にこの社會倫理的評價を體したものであるから、この基準に據つて一方では日常茶飯事を構成要件から除外するなら、他面、形式的には構成要件に該當するかにみえつつ、その實質が右の日常茶飯事と同一のものなることが既に社會的に一般に認められているような行爲をも同様にこれから排除することは、全く同一の刑法的重要性という基準による要請であり、毫も矛盾は存しないものといわねばならぬ。つまり、立法者が構成要件を選定するための基準に資した刑法的重要性なるものは、實質的には行爲の社會的不相當性であつたということに歸するのである。然りとすれば、社會的に相當な行爲は始めから刑法的重要性を具えざるものとして構成要件該當性を否定せられるということはむしろ當然のことだといわねばならぬ。

第二の相違は、兩家の構成要件概念を考察する上に頗る重要である。即ち、メツガーにあつては、所謂構成的身分犯における身分は固より、加減的身分犯における身分も行爲構成要件の要素であるに對し、(この點ではウエルツェルと同じ)、平場教授にあつては必ずしもかようには考えられていないという差異を看取するのである。この點は教授が『最後に犯罪類型としての加重・輕減類型に屬する事實が問題となる。これらは犯罪類型の要素であつて可罰的行爲類型の要素ではない。然し、それらが違法性を加重減輕するものである以上、故意の豫見内容と無關係という譯には

行かない。それ故に、可罰的行為類型が原則として故意の豫見内容を罰するといふ限定が必要なのである』とされているところに明かであろう。これによれば、例えば、普通殺人と尊属殺人を區別せざる殺人一般、保護責任者による遺棄と然らざる者によるそれとを區別せざる遺棄行為一般が行為構成要件として考察されていると解する外はない。尤も、教授は『ただ構成要件と刑の加重減軽事由とは立法において區別しているのが通常である』とされ、註記して『ドイツ刑法五五條等がその代表例である』とされる。ドイツ刑法五五條の内容は啞者に關する不可罰乃至減輕規定であつて、行為の不法性についての評價的故意（不法故意）に關するものである。従つて、これは『豫見内容』を問題にする認識的故意（事實的乃至構成要件の故意）とは別のものである。しかも、ここで問題になつてゐる故意とは『豫見範圍』という客體的認識に關するものであつて、その倫理的評價に關するものでないから、教授の構想される構成要件とは上記例示した如き個別性を越える一般的類型であると解せざるを得ないであろう。然るに、教授においても、構成要件はその積極的機能として實行行為の範圍を罰するという役割を果す。しかも、實行行為とは主客相即の行為支配として故意を含むことは教授年來の主張である。然りとすれば、ここでは、構成要件は實行行為、従つてまた故意を規制するものであり、且つ例外もなく然るものと解せねばならぬ。そして、この不調和を融和するために、ここに所謂實行行為を法定的・個別的實行行為ではなく、これを越えた社會的行為類型としてのそれと解するか、さもなければ、構成要件の故意規制の機能を徹底して認めるかの二途の外に方法はない。けれども、豫備とか未遂（實行の著手）とかの概念は明白に法定的・技術的概念である。例えば、偽造文書行使行為にとつては偽造行為は單なる豫備にすぎない。これが實行行為とされるのは偽造行為を既遂として罰する法規が設けられているからにすぎない。固より、行為の存在論的構造により一定の行為をめぐる段階的相違の存することは否定できないし、立法

者と雖もこれを無視し得ないであろう。さればこそ、法規が或る行爲を豫備とか實行と規定するときは、その行爲の存在論的構造を恣意的にまげているわけでは決してない。假りに、上記の偽造行爲が行使行爲の豫備とされているとすれば、その偽造行爲性を否定しているわけでも何でもない。従つて、豫備・實行等の領域につき考察するための第一の出発點は技術的・形式的基準（これは換言すれば、大小の度を體した刑法的重要性である）を措いてなく、存在論的考察は常にその制約下に立つものといわねばならぬ。もし、然るときは、法定的・個別的實行行爲を超越した社會的行爲類型としてのそれを構想することは、むしろ犯罪論上無用の勞であるといわねばならぬ。かくして、平場教授の可罰的行爲類型としての構成要件も畢竟は故意を規制するという限りの個別化に奉仕するものたらざるを得ないであろう。

- 註(一) Mezger, L. K., S. 323.
 (2) 平場『構成要件理論の再構成』五七三、五七五頁。
 (3) Mezger, L. K., S. 324.
 (4) 平場『構成要件理論の再構成』五七七頁。
 (5) 平場『構成要件理論の再構成』五七七頁。
 (6) 平場『構成要件理論の再構成』五七八頁註三一。
 (7) 平場『構成要件理論の再構成』五七六頁。
 (8) 平場『刑法總論講義』一二五頁以下。

四 以上の考察にして幸に誤りなければ、所謂存在論的行爲構成要件も既にウエルツェルによつて實質上展開されているものであり、且つウエルツェルのそれを越えた彼岸にまでその存在論的特性を強調することは許されないといふことになるであろう。而して、私見によれば、刑罰豫告性の前提内部において構成要件を構想し、且つ、身分犯に

おける身分・目的犯における目的・行爲の状況や特別の手段等、その存否によつて規範的實質の有無のみならず、如何なる強韌性を以て或る行爲を命じ又は禁ずるかの相違が法上重要なものとして區別されている限り分化せしめられるものとして構成要件を把握し、加えて、その具備する存在論的構造の如何により豫備・未遂・既遂、正犯・共犯、作爲・不作爲、故意・過失等の諸構成要件を分つべきものとするウェルツェルの見解は原則的には支持可能なものと考えて。尤も、上記において訂正を加えた限りにおいて然るものであることはいうまでもないであろう。但し、その價值的性質、殊に違法性との關係については大いにその所見を異にするものがあり、この點については上記隨所に批判的評論を試みたこともあつた。それ故、この點に關する私見とその論據については右にも散見せられるところであるが、以下に更めてこれを正面から問題にしてみた。この際、多少の重複的説明があるでもあろうことは豫めお許しを乞いたく思う。なお、かような批判的考察は右のメツガーの行爲構成要件にも妥當するものであることは勿論である。

六 ウェルツェルの構成要件と違法性との關係 (二)

一 最初に、ウェルツェルの所謂『閉ざされた構成要件』、即ち彼のいう禁止の實質が事實的・對象的に完結した形において記述しつくされているとされる構成要件の價值的性質を問題にしたい。この際、彼によれば、その違法性は消極的に違法阻却原因の存否を確かめるだけで足り、積極的に裁判官が評價活動に従う勞を省略することができる。今、もし、構成要件が違法價値に對して純正に中性的なものであるとすれば、價値中性的なものから何を減してもその反價値性は生れ出てくることはない。恰もこれに備えるかの如く、ウェルツェルは構成要件を單に

wertneutral なものでなく、それが違法か適法か孰れかであるもの、即ち wertdifferent なものとして把握している。これによれば、閉ざされた構成要件は違法と評價さるべき事實的材料を悉く具備したものであり、ただ、右の材料を具える場合にもなお違法阻却原因の事實的前提下にこれがなされる場合もあるから、これが存否を検討した上、その不存在なる消極的確定ができるならば、翻つて右の構成要件實現は違法であるということになる。つまり、(閉ざされた) 構成要件の實現は、同時に違法阻却原因を構成する事情が存しない限り、常に違法である。而して、かかる命題こそ、かつてメツガーが構成要件を違法性の認識根據でなく實在根據であるとした場合に援用したそれであつたことは一見明白である。蓋し、構成要件實現から違法阻却原因という外皮を剥ぎ取つた場合に得られる内實の價值が、元來、違法價值を帶有するものでなければその違法性を右の如き形式的減除法を以て獲得することは不可能であるからである。然りとすれば、ウエルツェルは既にこの限りにおける實在根據說に依據するものといわねばならぬ。尤も、彼は、法上明白に認められている違法阻却原因が存しない場合にも、なお行為の社會相當性の存否を問ひ、かく積極的・實質的な違法評價を俟つてはじめて閉ざされた構成要件實現の違法性が確定されると述べている。けれども、この點に關しては、行為の社會相當性はむしろ構成要件該當性を阻却せしめる事由だとした彼の舊說が優れていると考へた次第は上記の如きである。のみならず、眞に實在根據說を徹底して、右の違法阻却原因(許容規定)をも構成要件該當性を阻却せしめる事由、即ち消極的構成要件要素と考へることが、むしろ彼の説く規範の實質に矛盾する態度としての構成要件の概念にも適う所以ではないかと思われる。彼が規範乃至禁止の實質という場合の規範や禁止とは、實は毫も人の意思に働きかける拘束力を持つものでないこと、けれども、違法性の大小・輕重を決定するためには全體としての規範意思を論ずるだけでは足りず、やはり分化された個別的規範に還らざるを得ぬとすること、従つ

て、規範の實質として採上げられる場合の規範もやはり人の規範的意思に訴えて一定のことを命じ又は禁ずるものであらねばならぬとすること、はすべて上記したとおりである。然るに、規範が一定内容の行爲を命じ又は禁ずるのは、その命じ又は禁ぜられる行爲が夫々價値あるもの又は反價値的なるものであるからでなければならぬ。價値ありとされるものなる故にこそこれが命ぜられ、逆に反價値的なるものだからこそこれが禁ぜられるのでなければならぬ。行爲の價値・反價値が一定の行爲に關する規範の命令・禁止の根據であり、行爲に對する評價がその命令又は禁止に論理的に先行するものと考えねばならぬ。且つ、かような分析的考察は、既に評價規範 (Bewertungsnormen) ・命令規範 (Bestimmungsnormen) という名稱によつて周知認められているところであり、これを争うことは既に法學上の共有財産とまで稱せられるにいたつた客觀的違法論を疑うことに歸する。しかも、ウエルツェル自身がこの客觀的違法論に依據してゐる以上、右は彼にも妥當せねばならぬ筈である。然りとすれば、違法阻却原因を構成する事情があつて當初から適法視さるべき行爲は、元來、規範的禁止の實質を具えざる行爲であつたといふことに歸し、かかる事情下になされる行爲は、従つて、禁止規範の實質・内容に矛盾せざるもの、即ち構成要件に該當するものではないとすることこそが論理的に直截な思惟過程であるといわねばならぬ。かくして、構成要件・規範・違法性をめぐるウエルツェルの見解は、先ずこの一角から崩壊するものであるといわざるを得ない。

註(1) Mezer, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., S. 182.

(2) Mezer, Gerichtssaal, 89. Bd., S. 207 ff. (佐伯『主觀的違法と客觀的違法』法學論叢二七卷七七頁以下による)

(3) Weizel, Strafrecht, S. 44.

二 次に、ウエルツェルやメツガーにより、刑法的重要性という角度に基づいて選拔されたものとされる構成要件

が、その選抜的操作の過程中に違法評價を參與せしめずしてこれを完遂し得るか否かという問題につき考察すること
にしよう。このことは、解釋の面から述べらば、或る行爲が一定の構成要件に該當するとの確定的判断を下すた
めには、その行爲に對する違法評價を媒介することなくしてはこれを果し得ないのではないかという問題に歸する。
事を不眞正不作爲犯につき論じてみたい。

我が改正刑法假案三四二條は『生命ニ對スル急迫ノ危難ニ遭遇シタル者アルニ當リ自ラ之ヲ救助スルニ非ザレバ
其ノ者死ニ至ルベキコトヲ知り且容易ニ之ヲ救助シ得ルニ拘ラズ其ノ處置ヲ爲サズシテ死ニ至ラシメタル』場合に
き二年以下の懲役若しくは禁錮又は五百圓以下の罰金に處している。同趣旨の規定は、現行ドイツ刑法三三〇條Cにこ
れをみることが出来る。而して、これと不作爲による殺人の構成要件とは、夫々その構成要件を異にすることは疑
いがない。また、假案所定の不救助罪が、犯人が遭難者の死を待望して敢て不作爲にとどまつた場合をも含めて規定し
たものであることも明白である。然りとすれば、假案所定の事情下に立つ何人かの不救助による致死が、單純不救助
罪の構成要件に該當するのか、それとも不作爲による殺人罪のそれに該當するのかを確定的に決定せしめるものは、
犯人が被害者と單なる一般社會人としての關係に立つものであるか、又は親子・師弟等、上記に所謂保證者たるの地
位に立つものであるかの吟味を措いて他に存し得ない。然るに、所與の事情下にこの保證者たる地位にある者が立つ
ということとは、その違反を殺人に當るとみなすに足るべき作爲義務發生の事實的前提であると考へねばならぬ。尤も、
ウエルツェルは、既述の如く、保證者たる地位にある者の所與の事情下における不作爲は、同時により高度の乃至は
同價値の法的義務が履行を迫り又は諸他の違法阻却原因が存するときにはその違法性が阻却されるとしている。然し、
このことは、かような異例の事情が存しない限りその不作爲は違法であるということ、即ち、所與の事情下に保證者た

る地位にある者が立つということは彼に法益保證を義務づけるものであるということとを物語るものに外ならない。そこで、前示の如き事情の存しない限り、不眞正不作爲犯の構成要件に該當する行爲は常に義務づけられている作爲の不企行として常に違法であるということができる。

ところで、前示例外的事情の存する場合にも、一應保證者たる地位にある者の不作爲は當該の構成要件に該當し、ただ違法性のみが阻却される場合だとしてこれを理解することができようか。今、右の内、自己の保證すべき法益よりも一層重要な他の法益の救済が同時に義務づけられている場合とか、保證者自身も同時に危難に遭遇している如き場合につきこの點を考えてみよう。後例においては、自己が危難から免れるためには他を省みることができないであろう。そうすると、危難に瀕している者が假令自己の子であろうとも、既にこれが救済は親の支配圏外のことであり、固よりその構成要件該當性は否定されるといわざるを得ない。また、自己の監督下に在る生徒の一人が傷害の、他は死の、夫々危険に瀕している場合において、その孰れかを救助する可能性は教師に屬するものといえよう。けれども、重き死の結果の救助に従事することは、同時に待望されている輕き傷害の結果の不救助を措いて存し得ず、且つこれが結局適法視される限りは輕き法益に關しては教師はこれを保證すべき地位から解放されると解する外に理解の仕方がない。蓋し、依然、教師に輕き法益を保證すべき地位を認むべきだとすれば、その履行は重き法益救済の放棄を措いて存し得ず、且つ後者の履行が適法視されるということはその不履行が違法視されることの裏面的觀察であるから、右の輕き法益保證への義務づけは畢竟違法な行爲への義務づけということに歸し、自己矛盾的義務の存在を認めねばならぬ結果になるからである。従つて、またかかる自己矛盾的義務發生の事實的前提たる輕き法益の保證的地位も元來不存のものであり、従つてかような場合には當該の構成要件該當性は根本において否定さるべ

きものたるのである。

次に、同一價値の法益救済に挾撃されている場合にも同様に解することができる。例えば、自己が引率・監督中の生徒乙・丙が同時に溺死せんとしている状況を現認した水泳教師甲が丙を救済している間に乙が溺死したというような場合が考えられるであろう。この際、ウエルツェルに依つて、甲の乙に對する不救助も適法視さるべきものだとすれば、にもかかわらずその不作爲による殺人構成要件の該當性をも認めることは不可である。蓋し、這般の事情下に依然甲の乙に對する保證者たるの地位を認めることは、上記の如く、その保證者たるの義務が発生するための事實的前提の存在を承認することに歸するから、乙の不救助はこの義務の不履行、即ち違法であるという結果を強要せねばならぬからである。そうすると、當初、適法として出發した理論の過程の行きつくところが、その前提的理論に反する違法となつて還つてくるという自己矛盾を許さねばならなくなる。それ故、甲の不作爲が適法視さるべき限りは、その構成要件該當性をも否認するのだから首尾一貫し得ない。而して、この理は、前例を次の様に改めることによつて一層理解し易きものとなるであろう。即ち、前例において、甲の救助した丙が實はその生徒でなく、ただ甲が左様に誤認したにすぎないという如き場合がこれである。この際、甲の乙に對する不作爲は恐らくは過失致死の責を負うべきものであろう。ところが、ウエルツェルが考える如く、乙に對する不作爲を殺人の構成要件に該當すべきものだとすれば、その責任は精々のところ殺人罪内部における減輕を蒙るだけで毫も過失致死罪の責任へと轉化し得るものではない。それ故、甲の不作爲に對して過失致死の責任を科すべきものだとすれば、根本において、その構成要件該當性を過失致死のそれとすること、換言すれば、その豫定されていた殺人の構成要件該當性を否定するということを措いて存しない。尤も、右の理論構造は、例えば、誤想防衛による殺人に過失ある場合の處理を、なお殺人罪とし

て減輕的に罰するか（ウエルツェル¹⁾）、それとも過失致死として然るかの見解の相違と同一の對立場面の不作爲犯における一適用例にすぎない。然る限り、その對立はなお根本的には氷解したものとはいえないけれども、少くとも不作爲犯に固有の問題でないことは事實である。且つ、誤想防衛における誤想の客體が事實に關するものであることはウエルツェル自身も認めるところであり、ただそれが構成要件の積極的要素としての事實でなく、違法性を阻却せしめるための事實的前提なるが故に禁止の錯誤であるとするとするにすぎない。けれども、私見によれば、錯誤が錯誤者の反對動機形成上に影響を及ぼすべき質量の差は、その對象が事實的なものであるか、それとも規範的要請の内容に關するものであるかの差にかかるものであり、これを越えて、齊しく事實性に關する錯誤の内、構成要件の内部に屬するものと外部に存するものとの差によつてその處遇を異にすることは、法律家の専門的知識によつてはじめてなし得る區分による處遇上毫も實質を具えざる形式的區別であり、錯誤者の反對動機形成上の効果を無視した恣意的操作にすぎないと考ふる。即ち、構成要件の積極的要素たる事實を錯誤した場合を故意なきものとし、その錯誤に過失あり且つ過失犯として罰する規定ある場合にこれを減輕的に罰する所以は、その錯誤による表象行爲の反價值性に思ひを致し、よつて反對動機を催して行爲を撤回することを期待し難いものがあり、精々、その事實の錯誤にいたつた不注意を非難し得るにすぎないという點にある。これに反して、表象行爲については毫も錯誤なく、ただその價值を誤つたという場合にあつては、錯誤者に對する非難は、『見誤り、見損い』といった往々にして陥り易い認識上の不注意に對するそれではとどまらず、錯誤者の倫理的價值觀の缺陷に向けられるそれであつて、彼此その質量を異にするものと考えねばならぬ。譬諭的にいえば、前者に對する非難は人格の外層に對するものであるに反し、後者に對するそれは人格の内奥に向けられるものである。例えば、他人のものを自己のものと間違えて持ち歸つた場合と、他人の

物を持ち歸つてもかまわないと考へて然かした場合は、社會は、前者に對してはその不注意な『見誤り』を指摘して向後の不注意を喚起するだけで足るが、後者に對してはその誤つた倫理觀を矯正し、向後と雖も適正な道義觀を維持し得るようその人格を煉成せねばならぬ。然るときは、この理は、違法阻却原因の事實的前提の錯誤の場合及び違法阻却性そのものの錯誤の場合(例えば、急迫・不正の侵害がなくても正當防衛として殺人できると信ずる如き場合)にも同様でなければならぬ。ここでも、前者にあつては、その不注意な『見誤り』を諭すだけで足るが、後者にあつてはその人格の根柢からする道義的反省を求めねばならぬ。つまり、前者に對する非難は高々過失のそれで足るが、後者にあつては故意責任を問うことを相當とする。かくして、事實性に關する錯誤と規範性に關する錯誤とは、前者にあつては錯誤者に反對動機形成を期待することが困難であり、後者では容易にこれが期待できるといふ點に據つて、夫々處遇を異にすべきことが了承されるのであり、錯誤にかかると事實が構成要件の積極的要素であるか否かといふ如き形式的區別は毫もその處遇を分つべき實質的根據を提供するものではないといわねばならぬ。然りとすれば、翻つて、上記錯誤による不作爲の場合も當然過失致死の構成要件該當性が認めらるべきであり、牽いては同一價値の法益救助に挾撃されている場合の一方の不救助は、始めからその故意的構成要件に該當するものではないといふことが歸結される。なお、また、以上の如く、違法阻却原因の事實的前提の錯誤を故意阻却原因と解すべきものとすれば、故意の認識對象たる構成要件(客觀的構成要件)は當然かかる事實的前提をその消極的要素として含むもの、即ち所謂消極的構成要件要素の思想が是認されねばならぬであらう。

註(一) Weizel, Strafrecht, SS. 74, 140 ff.

註(二) Weizel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl., S. 51 ff.; Ders., Deutsches Strafrecht in seinen Grundzügen,

三 最後に、過失の作爲犯の構成要件をめぐるウエルツェルの見解をそのままに前提するとき、例えば、致死と致傷の孰れの構成要件該當性が認められるか判然とせぬ場合があり、これが確定化のためには違法評價を媒介にせずしては不可能となる所以は上記した。また、ウエルツェルのこの場合における構成要件を訂正して得られるそれについても、既にこれが確定化のためには違法評價を介することなくしては究極的な確定に達し得ないとする次第も上述した。そこで、齊しく『開かれた構成要件』と稱せられるものにつき、その記述の不完結な部分とされる所謂法的義務要素につき一瞥することにした。

先ず、これと所謂規範的構成要件要素との差異につきウエルツェルは如何様に考えているかをみるに、彼によれば、構成要件の要素は必ず事實的・對象的記述に適するものであらねばならぬ。だから、例えば、公務員・文書・猥褻の行爲等、法律的乃至社會的意義を體し、その認識のためには精神的了解を通ずることを要するものと雖も、なお對象的把握の可能なものは構成要件要素だとして支障はない。けれども、公務執行の『適法性』とか、法令の『有效性』とかは、假令刑罰法規にこの文字がみられても、固より刑罰法規の前句と構成要件とが直ちに同一でないから、これを構成要件要素とせねばならぬ理由はなく、更に根本においては、上記のような言葉で述べられている被表現物は、事實的・對象的に記述し得るものに對する特定の性質であつて、それ自體が事實的・對象的記述に適するものではない。だから、これらは構成要件の要素に數うべきものでなく、むしろ違法性を理由づける要素、つまり法的義務要素である、ということになる。けれども、いうところの事實的・對象的記述ということがしかく明瞭な輪廓を以て他と區別されているであらうか。成程、事實的・對象的記述といつても、それが一般國民を名宛人とする規範的實質を現わすための

記述である以上、單に感覺的知覺の對象たるそれでなく、一般社會生活上の行爲を識別するための事實的・對象的記述であることは疑いなくであろう。然るに、ウエルツェルにおいても、例えば、不退去罪における『退去の要求』が構成要件要素であるべき次第は右に眞正不作爲犯の構成要件を考える際にみたところである。にもかかわらず、『同意』は違法阻却原因として構成要件に屬するものではないとされる。ところが、この兩者は共に人間の意思表示の存在として、一が事實的・對象的把握に適するものであれば他も同様でなくてはならぬ筈である。かくいう所以は、齊しく同意の一種たる『官の免許』がウエルツェルにおいては構成要件要素ではなく、法的義務要素とされているからである。のみならず、この『官の免許』の存在は從來違法阻却原因の中に含められていたものであつて、これを法的義務要素と呼んだところでその法的性質を遽に變ずるものではなく、この點はウエルツェルにおいても然りと解せられる。だから、違法阻却原因と稱するも法的義務要素と呼ぶも、それは用語上の便宜の問題であつて、用語を違へることによつてその實質を異にするわけではない。然りとすれば、所謂違法阻却原因をも(消極的)法的義務要素と呼んでも毫も支障なかるべき筈である。然るに、違法阻却原因については、ウエルツェル自身がその事實的前提といふことを云爲している。このことは、一定の法的義務の組成要素と雖も事實的・對象的記述に適當ことを告白していることに外ならない。だから、ウエルツェルの所謂法的義務要素も、その表現によつて、具體的事例毎に明かに看取し得る一定の法的義務發生の事實的前提を立法技術上要約して述べたものと解することができる。メツガーが法的義務發生の事實的前提を構成要件の故意の豫見對象としているのも、以上の如き理由からこれを構成要件要素に數うべきものと考えたからでないかと思われる。

註(二) Weizel, MDR, 1952, S. 582 (Schröder, ZStW, 65, Bd., S. 183).

(2) Mezer, NJW, 1953, S. 5.

四 以上、不十分ながら、ウエルツェルにおける構成要件概念を探究・確定し、これと違法性との関係につき彼が如何に考えているかの次第を説述しつつ、傍らその學說史的地位や將來の發展、殊に行為構成要件との關係についても部分的ながら觸れることができたと思う。而して、これに對する批判的考察の結果、構成要件は違法評價と絶縁して確定し得るものでないという見解、即ち所謂違法性の實在根據として構成要件を把握すべきことを説いた。そして、この點をめぐる見解の相違は、構成要件的行為の認識である故意（構成要件の故意）の成否にも影響を及ぼし、例えば、違法阻却原因の事實的前提に關する錯誤が構成要件の錯誤か、禁止の錯誤かといった形で現に争われている。この外、構成要件の價值的性質を如何様なものとして把握するかにより、故意論上少なからざる影響が存する。けれども、その模様については一部は他に發表した¹⁾ことでもあるし、また他日再論の機會を待つてゐる。従つて、この問題に及ぶことは本稿では差控えることにしたい。なお、當然のことながら、構成要件に屬する要素の悉くが故意の認識對象となるわけではないのであつて、例えば、結果的加重犯における重き結果の如きは構成要件要素であるが、これを認識する必要がない如きこれである。同様に、所謂客觀的處罰條件と呼ばれるものも、構成要件を不法類型と解する限り、やはり構成要件要素たることを喪うものではないが、故意の認識對象たるわけではない。それ故、我々も、ザウエルと共に不法類型としての廣義の構成要件を認めた内部において、故意の認識對象をなす限りにおける狹義の構成要件を認めることが適當であると考へる。²⁾

註(1) 拙稿『故意における事實認識の意義』刑法雜誌八卷一一頁以下。

(2) Sauer, Die beiden Tatbestandsbegriffe (Festschrift für Edmund Mezger), S. 117 ff.