HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	H・ヴェルツェル「目的的行爲論の領域に於ける刑法の現実的諸問題」
Author(s)	内田, 文昭
Citation	北海道大學 法學會論集, 7(2), 119-137
Issue Date	1956-12
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27758
Type	bulletin (article)
Note	書評
File Information	7(2)_P119-137.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

書評

H・ヴェルツェル「目的的行爲論の領域に於ける刑法の現実的諸問題」

Hans Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953.

内田文昭

著者の唱道する目的的行為論の体系は、一九三八年、全刑法雑誌・五八巻に発表された「Studien zum System des Strafrechts」なる論文に始まると云つて過言ではない。即ち、著者は右論文に於て、刑法の対象となる人間の行為というものは、その客観的側面と主観的側面との統合（目的的行為）として、つまり現実の社会生活に生起する行為という意味に於ける主客統合の全体として観察されなければならない、と主張することから出発する。そして、全体としての行為をその客観面・主観面に二分することによつて体系化された純客観的違法論、及び、主観的心理的要素のみを責任とする責任論を否定するのである。所で、行為を全体として眺めた場合、故意行為と過失行為の間には目的活動としての存在論的な相違がみられるのであり、而もこの相違は犯罪構成要件の内容の相違をも意味するものである、と云うのである。かくて著者は、故意と過失とを刑法体系上の行為という点に於て対立させながら、主観的違法要素を肯定する新しい違法論と規範的責任論とに確かな基盤を与えようとしたのであつた。[1] しかも第二次大戦という大きな空白の後、我々は、著者のかような態度が「目的的行為論」の名の下に更に深化、発展の一途を辿りつつ多くの賛同者をも得ているという事実を知つたのである。

しかしながら、著者の目的的行為論の歩みは決して平坦なものではなかつた。主として過失行為をいかに把握するかという点で、著者は苦難の道を歩まなければならなかつたのである。即ち、著者の初期の見解は、過失を可能な目的活動―潜在的目的性という関係要素により目的活動たらしめられるもの―と考えることにより、現実に行為を形成する目的性をもつた現実の目的活動たる故意に対置していたのである。[2] しかるにこの見解は、特に戦後、潜在的目的性という点で、目的性を存在論的な概念と考える著者の基本的な態度に矛盾するのではないか、という批判[3]を受けるに至り、結局、最近著者は見解を改め、故意を構成要件実現の意思（構成要件の実現に向けられた目的性）、過失を構成要件的結果以外の結果実現の意思（構成要件的結果以外の結果に向けられた目的性）と考えるようになつたわけである。[4]

かように、本質を衝く批判に対しては、著者は勿論素直に耳を傾けていると云うことが出来よう。しかし、著者は、単に感情的な反感から反対を唱える論者を許すことは出来ないのである。一九五三年、著者はカールスルーエに於て、かような論者に対するの意図から、目的的行為論がいかにものの本質に矛盾なく樹立せ

られたものであるかを改めて認識させようとして講演を行つたのである。本書はその講演を基にした論文である。内容は一応次の諸項目に分けられる。

㈠　序説—目的的行為論の拠所に関する論述（三～七頁）。

㈡　共犯論—㈠の解釈論上の一成果としての共犯論（七～九頁）。

㈢　錯誤論—㈠の解釈論上の一成果としての錯誤論（一〇～一五頁）。

㈣　錯誤論を支える法哲学的基盤に関する論述—特に禁止の錯誤の扱い方につき（一五～一八頁）。

以下この順序に従つて、出来る限り正確に著者の真意を紹介したいと考える（尚、私自身が本書をより正当に理解するため、重要な点、問題となるであろう点につき原註以外にも註を加えた箇所がある。）。

(1) H. Welzel, ZStW. 58, S. 491 ff.

(2) H. Welzel, ZStW. 58, S. 559; derselbe, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl., 1949,（以下、2. Aufl. と略す。）S. 23, S. 85; derselbe, Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 17.

(3) 論敵であるメッガー（E. Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950〔以下、Moderne Wege. と略す。〕S. 9, S. 18-19.）やボッケルマン（P. Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949, S. 22 Anm. 40, S. 31 Anm. 66.）更には同じ目的的行為論をとるニーゼ（W. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 43 ff.）によつてなされた批判である。

(4) この点は、H. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1952,（以下、Neues Bild. と略す。）S. 7-8, S. 11-12, S. 23-24. で確認し得る。尚、かような態度が今日に至るまで一貫して維持されている（Vgl. H. Welzel, Das deutsche Strafrecht ein systematische Darstellung, 4. Aufl., 1954,〔以下、4. Aufl. と略す。〕S. 30-31, S. 95.）点、周知の通りである。

一

序説で論及されている事柄の大要は次の通りである。——目的的行為論は従来の法律学が拠所とした法実証主義に真向うから対立する公理（立法者をも拘束する事物の事実論理的構造性という公理）から出発している。所で、法が関心を向ける事実論理的構造のうちで最も重要なものは人間の行為に外ならない。それでは、行為はいかなる点で事実論理的構造なのであるか、と云えば、それは、行為が、すべて行為と称される現象をまさに行為たらしめている所の目的性（Finalität）という範疇的な契機に支えられた目的的な構造を有している、という意味に於てである。だからこの点では故意行為・過失行為・日常生活の範囲内にある行為に区別はないのである。しかし法が故意と過失の扱いを区別している点に対応して、法的には故意行為と過失行為とを区別することが可能である。つまり、故意行為を、社会的に否認された目的性の存在から成る行為と考え、過失行為を、それ自体は社会的に大して重要でない目的性の存在から生まれた行為であるが、必要な注意義務を怠つたために社会的に否認された結果を惹起した行

為と考えるのである――。以上が序説の大要であるが、次に個々の点にもう少し深く入って行ってみよう。

一　抑々、著者が目的的行為概念（一口に目的的行為概念と云っても初期の目的的行為概念と現在のそれとの間には目的性の理解の仕方に於て、大きな開きがあるが）を確立することから目的的行為論を展開するに至った究極の所以は、人間の主観を排除しようとする自然科学的認識や結果の側面即ち行為の客観面にとらわれすぎて行為本来の姿を見失ってしまった因果論的思考の否定にあったわけであり、[5] 本書に於ても、リストの、[6] 犯罪原因の自然科学的・因果的探究態度が指摘され、M・E・マイヤーの、[7] 刑法五九条に於ける行為事情の自然科学的認識が否定されてはいるが、しかし本書で著者が、特に従来の通説的見解の拠所として否定しているのは法実証主義に外ならないのである。[8]

そこで、法実証主義の否定から、目的的行為論は何を拠所としているかが問題となるわけであるが、著者はこの点を次のように考える。――法の素材、法の規定は完全に立法者の恣意に左右されるわけではない。むしろ立法者は、ある特定の範囲で、彼に正当な規定を定立するよう方向を指し示している所の特定の事実論理的構造に拘束されている。だから若し立法者がこの事実論理的構造を見誤るならば、彼は実体に反した、矛盾に充ちた規定を定立するに至るのである。目的的行為論は、右の事実を公理として承認し、この事実論理的構造を法律学不変の対象と考え、〝法律的方法論の事実従属性〟という新しい方法論をとって法実証主義に対するのである[9]（四頁）――。

二　次に著者は、かかる事実論理的構造のうちで法にとって最も重要なものは行為であると考え、すべて行為と称されるものはその形状の如何を問わず常に同一の範疇的原理の下に置かれているのである[10]（五頁）とし、この範疇的原理を、行為を存在としてみた場合の問題として究明すべく、「釘を打つ行為」を例に挙げ次のように説明する。――壁に絵画を掛けようとする者は、適当な場所を選び壁の厚さに適した釘を使ってうまく打ちつけなければならない。所で、このような事態が次々に進展してゆくその全体を観察すると、それは決して盲目的な因果の過程ではなくして意思により計画的に方向づけられたものであることが直ちに諒解される。この場合、意思による方向づけ（Willenssteuerung）とは何かというと、それは達成さるべき目標・任意に選ばれた手段・甘受すべき或は避くべき附随的結果に向って行われるものである。この目標・手段・附随的結果に向けられた、有意的な見通しとしての意思内容が、自らを実現してゆく過程に於て、因果的な事実を規制するものであるという点に目的的行為の秘密がある。つまり、かような意思内容に規制され、因果的な事実は、生命を得て行為として生れ変るわけである。かくて意思内容こそ行為の目的的な形成因子であり、行為から決して切り離され得ないものであるという命題が支持される（五頁）――。

さて、著者は、目標・手段・附随的結果に向けられた意思内容が行為を目的的に形成している状態を屢々行為の合目的的性（Zweckmässigkeit）或は目的性（Finalität）の状態と呼んでいるのであるが、[11] 本書で著者が、すべての行為を支える同一の範疇

的原理と称する所も、結局は、この目的性の存在に於てのみ、あらゆる行為が、存在としての行為たる範疇を維持するものであるという意味に外ならないわけである。

三　この存在の性質として捉えられた行為の目的的な構造は、まさに目的性の存在という意味に於て同一の範疇的原理の下に在るわけである。しかし目的性は、その社会的な意義の相違から異つた種に分けられ得るものである。この点は法的にも重大な意味を有するものであるが、著者の説明は次の通りである。前例の如く壁に絵画を掛ける目的で釘を打つ行為自体は、社会的に否認された目的性の存在から成る行為ではないのであるから、法は之に対し特に関心を向けることはない。之に反し、殺人行為・傷害行為・反自然的性行為等は、それ自体が社会的に否認された目的性の存在から成る行為(故意行為)であるから、法はかかる行為自体を禁止の対象とする。しかしながら一方、釘打ち行為は法の関心外にあるといつても、場合により或はその結果如何により法の関心内にひき入れられることがある。即ち、例えば、その釘が部屋の壁をつき通し、隣人の部屋に疵をつけた場合、その結果が、社会関係に適合したより好ましい目的的な態度(部屋の壁の厚さを考慮に容れ、短い釘を選ぶ)によつて回避され得たのであるならば、その場合に限つて法は絵画を掛ける為に釘を打つという目的的な所為に結びついた因果的な結果にも関心を向けるのである。かかる行為は過失行為とされているが、それは結局、社会的には大して重要でない目的性の存在から成る行為でありながら、社会関係上必要な注意義務を怠つたために社会的に否認された因果的な結果を惹起せしめたものなのである。而して法は、この因果的な結果を回避すべく目的的な規制を行うよう命令するのである。

以上が本書の故意と過失の区別に関する説明である。而もこのような見解こそ、現在著者の目的的行為論の体系的な基礎になつていると云うことが出来るのである。[12] それは又、「Studien zum System des Staafrechts」以来著者が歩んできた峻しい道の一応の終着点でもあるわけである。

四　所で著者は講演の時間的な制約から、以後論述の焦点を故意の犯罪に限定しようとするが、[13] そのために、之迄展開してきた所の帰結として次のように結論する。「故意の犯罪に関する目的的行為論の根本的な結論は、故意が行為に、従つて又、不法構成要件に帰属するものであつて、まつさきに一個の責任要素とされるものではないという点にある。何故かならば、意思内容こそ行為を目的的に方向づける因子なのであるから。即ち、故意行為にあつては、目的的な意思内容は、法的に否認された結果の実現に向けられているものである以上、故意は行為を目的的に方向づける因子として、まさにこの行為の成分とならなければならないからである」(七頁)と。

而して、著者によれば、かような結論は解釈論上の問題として直ちに共犯論・錯誤論に重大な影響を及ぼしてゆくのである。

(5) H. Welzel, ZStW. 58, S. 495–497. この態度が以後著者の基本的な方向となつている点、疑いない所である(Vgl. H. Welzel, 2. Aufl., S. 23–24; derselbe, Neues Bild., S. 12–14; derselbe, 4. Aufl., S. 31–33.)。

(6) 原註(1)に v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II, S. 284 ff. が挙げられているが、リストがそこで述べている所のうち、直接本書の論点に関係するものは、刑法学第一の課題たる講学上の問題に次で、第二の課題である科学的な課題の為に、犯罪と刑罰とを構築する現象の自然科学的方法論による因果的探究を要請している(a. a. O. S. 289-290.)点である。

(7) 本書一一頁及び原註(11)に、M. E. Mayer, Allgemeiner Teil, S. 7, S. 183 が挙げられている。

(8) しかしメッガーも、近代法思想の重要な歩みは実証主義から存在論的観察方法への移行であると述べている(E. Mezger, Moderne Wege, S. 7.)のであつて、著者が本書で従来の通説的見解と称する所が、果していかなる論者の見解を指称するのか不分明と云わざるを得ないのではなかろうか(但し、H. Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, (Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953.) S. 279 によると、K・ビンデンクが法実証主義論者として挙げられており、S. 292 によれば、共犯関係を徹頭徹尾立法者の所産とみた論者として、M・E・マイヤーが挙げられている。)。尚、共犯論・錯誤論に於ても屢々通説的見解という表現がみられるが、その場合の通説的見解とは、特にメッガーの見解を指しているものと考えられる。

(9) 更に、解釈論の第一の課題は、法規定のうちに潜む事実論理的構造を見出すことである(四頁)として、原註(2)は、H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1951, S. 197 ff. (特に人間の目的活動の構造は立法者をも拘束するものであるとする点、共犯は事実論理的に目的活動を行う正犯行為に従属しているとする点、責任の事実論理的構造は立法者をも拘束するという点、本書の内容に直接関連するものである。)を挙げる。

(10) 目的的行為を解剖することは容易である、目的的行為の構造は日常茶飯事のうちに窺われる、として原註(3)は、H. Welzel, Neues Bild., S. 9 ff. (特に S. 11 でこの点が明確にされている。)を挙げている。

(11) H. Welzel, 2. Aufl., S. 22 ff.; derselbe, Neues Bild., S. 9-11; derselbe, 4. Aufl., S. 28 ff. (尚、H. Welzel, Um die finale Handlungslehre, S. 7 によれば、目的性とは人間の行為という存在の構造法則であるとされる。)

(12) (3)、(4)参照。しかし故意と過失とを、かく行為の面で対立させたのは、むしろニーゼの方が先である(Vgl. W. Niese, a. a. O. S. 53, S. 58-59.)。尚かような見解に関してはわが国でも賛否がわかれている(福田助教授は、刑法上の行為の目的性は構成要件該当の結果に向けられるものでなければならない、とされる〔福田・「目的的行為論について」《神戸経済大学創立五十周年記念論文集、法学編(1)》一七一頁〕。しかし木村教授は、本書に於けるが如き結論を、色々批判はあるにせよ目的的行為論の功績である、とされている〔木村・「過失犯の構造」《滝川先生還暦記念、現代刑法学の課題、下》五八六頁〕。)。

(13) 目的的行為論は私法の領域にも実益をもたらしているとして、原註(4)は Nipperdey, Gutachten zum Zeitungsstreik, 1953. を挙げる(参照し得ず。)。

(14) 目的的行為論は、本書に於けるが如き故意と過失の区別から、今迄見逃されていた過失の違法要素を、社会関係に適合した注意義務の懈怠に見出すことに成功した、という(七頁)。更に原註(5)は、過失の個々の問題につき、W. Niese, 前掲書(但し一九四九年版)と H. Welzel, Neues Bild. を挙げる(Vgl. H. Welzel, Neues Bild., S. 26ff.; derselbe, 4. Aufl., S. 96 ff.; W. Niese, a. a. O. S. 59 ff. 更に木村教授、前掲書、五九一頁)。

(1)

共犯論で論及されている諸点の大要は次の通りである。――現行ドイツ刑法五〇条一項には、〝共犯者は他人の責任に関係なく自己の責任の程度に従つて罰せられる〟旨が規定されている。しかしこの規定をいかに理解するかについては、目的的行為論と通説的見解との間に大きな相違がある。通説は、責任＝故意・過失と考え、之を概念的に徹底せしめて、共犯者は他人の故意・過失に無関係に罰せられると結論する。かような考えに従えば、例えば、他人を過失行為へとそそのかしたというような、矛盾に充ちた表現の下に他人の過失についての教唆犯すらも肯定されることになる。しかしそれは、教唆とは他人に行為の決意即ち故意をうえつけるものであるという教唆の本質を無視した概念の遊戯であり、まさに矛盾に充ちた議論なのである。しかるに故意を行為の成分と考える目的的行為論に従えば、五〇条一項の〝他人の〟行為に故意が要請されても、〝共犯者は他人の責任に関係なく罰せられ〟得るわけであり、従つて教唆の本質に適合した解釈が導かれるのである。つまり五〇条一項は、少くとも教唆に関しては、故意をうえつけられた正犯が責任無能力・禁止の錯誤等の下に置かれていたとしても、教唆者はかかる事情に関係なく罰せられ得るという意味に解されるわけである。所が、右のような考え方は、幇助については問題があるかの如き感を呈するかも知れない。即ち、例えば、他人の過失行為を支援する場合をも幇助なりと称してさしさわりないように思われるかも知れないのである。しかし幇助の本質は、やはり故意を以て自己の行為を規制する正犯の存在に従属する点にある(この点は後記するように消極的に例証される)。目的的行為論は、過失犯への共犯と云われる場合をも含めた所謂非故意の正犯行為への共犯と称される場合を、間接正犯と考えるか、或は共犯の不能未遂と考えるかによつて、実体に適つた解決を図るのである――。以上が共犯論の大要である。そこで又、個々の点をもう少し詳しく眺めてみよう。

一　一九四三年の改正になるドイツ刑法四八・四九・五〇条の新規定は、従来から争いのあつた共犯従属性の程度に関し、その従属性の程度を緩和した所謂制限従属性論に実定法上の根拠を与えたのであつた。特に五〇条に新しく加えられた一項の規定によれば、〝共犯者は他人の責任に関係なく罰せられる〟のであつて、故意・過失を責任要素と考える通説の論理を極端に徹底させ、責任＝故意・過失であるとしてことを論ずるならば、共犯は正犯の故意・過失にすら従属しないという結論になりかねないのである。

そこで著者は、通説は責任＝故意・過失と考えるが故に、共犯

は正犯の故意・過失に関係なく罰せられることになる、と通説の態度を誇張して訴え、しかしそれでは過失犯への教唆も肯定されることになり、教唆とは他人に行為の決意即ち故意をうえつけることであるという教唆の本質が破壊されることになる、というのである。之に反し、著者に於て、目的的行為論に従えば、教唆の本質に矛盾しない五〇条一項の解釈が導かれるのである。即ち、故意は行為の成分であるが故に、教唆犯は故意の正犯の責任に関係なく処罰され得るのであり、かくて、教唆について五〇条一項は、故意をうえつけられた正犯に責任無能力・禁止の錯誤・緊急状態というような常に或は場合によつて責任を帰せ得ない事情が存在する場合であつても、彼をそそのかして構成要件を実現させた者はかかる事情に関係なく処罰されるという意味に理解されるわけである（七～八頁）。

しかも著者は、かような見解は既に「Studien zum System des Strafrechts」[16]で論及された所であり、ボッケルマン[16]や最近ではヴェルケル[17]によつても支持されていると強調する[18]。

二　しかしながら右のような見解が、幇助についても無条件に妥当してゆくものであるかどうか、問題ではないかということも出来るのである。というわけは、他人の過失行為を支援したことになる行為者を幇助犯なりとすることが、幇助の本質の破壊に至る程不都合なものではないと云い得るのではないかという疑問が生まれるからである[19]。

ここに於てか著者は、幇助については未だ疑念を持つ論者がいるかも知れないとして、次の例を挙げ問題を展開してゆくのである。AはBとCに自分が蒐集した短剣を見せた。所がBはその中に長い間見えなくなつていた自分の短剣があると思つた。それでBはCにひそかに自分の疑いをうちあけ、その短剣をAから奪い去りさえすれば又自分の物になるのだが、と云つた。Cはその短剣が実はAの物であることを知つていながら、Bに、自分もその短剣と君の失くなつた短剣とが余りにも似ているので驚いている所だ、と云つた。結局、BはAの短剣を窃取したのであるが、ここで客観的な窃盗[20]というものに対する幇助を認めることは全く不可能である。この事例は、CがBの誤信を知りながら、Aに短剣を持たせておくことを好まず、Bに持たせるのに丁度よい機会だと考えて、短剣の類似性に驚いている、と云つた場合と、CがBはただ自分の行為を支援してもらいたいと考えているだけなのだと信じて、短剣の類似性に驚いている、と云つた場合に分けて考えることが出来る。前の場合には、Cに於て、故意と不法領得の意図を欠いた道具としてのBを使つた窃盗[21]の間接正犯が成立し（著者に於て、他人の物を自己の物と誤信して奪い去ろうとする者には〔窃盗罪の構成要件的〕故意と不法領得の意図が欠けているのである。）、後の場合には、Cに窃盗の故意も不法領得の意図もなく、幇助の意思だけが存在するのであるが、実は、Bは故意と不法領得の意図の欠缺故に窃盗を行つたのではなくて、私法的な占有権・所有権侵害を行つたにすぎないのであるから、CのBへの窃盗幇助も存在しないことになる。つまりBへの不能な幇助未遂が成立するのである（八～九頁）、と。この二つの可能性から、「所謂非故意の正犯行為についての共犯と称される場合に於ては、道具の

不知（Ahnungslosigkeit）を利用する黒幕としての間接正犯[22]—之が罰せらるべき本来的な場合である—か、自分は共犯であると考えた者が、正犯だと思った行為者に故意のないことを知らなかったという稀な場合に成立する不能未遂[23]のいずれかが存在するのである」（九頁）という結論がひき出されるわけである。

以上の如き著者の説明は当初の疑問に直接答えたものではないと云うことが出来る。だがしかし、著者は右疑問の否定の上に立つてことを論じ、結局、過失行為への共犯と云われる場合を含めての、所謂非故意の正犯行為への共犯と称される場合を一義的に間接正犯と共犯の不能未遂という範疇に位置づけようとしたのではなかろうかと考えられるのである（過失行為への共犯を肯定する論者は、過失行為への教唆の場合を間接正犯とすることが出来ても、幇助についてこの操作は自由が利かなくなるであろう、として、この点を強調することによつて更に自説を擁護しようとするのであるが、このような事情を考え併せると著者の真意が奈辺にあるか窺い知ることも出来るであろう[24]）。

三　更に著者は特殊犯（Sonderdelikt）の問題を中心として、制限従属形式の下でも共犯は故意ある正犯行為を前提とするものであるという見解に別な角度からの証左を与えようとするのである。即ち著者は云う。若し通説に従うならば、「一六〇・二七一条、つまり、客観的には虚偽の宣誓（Falscheid）を為すよう誘致すること、及び客観的には虚偽の文書を作成する（Falschbeurkundung）よう誘致することについての刑罰規定は、無用・無意味のものとなつてしまうだろう。何故かならば、客観的な、偽証（Meineid）・虚偽文書作成への使嗾が、四八・四九条と一五四条或は三四八条によつて処罰されなければならないことになるであろうから[25]」（九頁）。又、「訴訟詐欺は、今後、非故意の、法の曲解（Rechtsbeugung）即ち三三六条への教唆或は幇助として処罰されなければならないだろう[26]」（九頁）し、更にかかる特殊犯の問題を離れても、「非故意に行為する道具を利用することによる間接正犯は、すべて之からは、客観的な犯罪実現への教唆或は幇助として理解されなければならないことになろう[27]」（九頁）。しかし「それと共に共犯関係の秩序は支離滅裂になつてしまうのである」（九頁）、と。

(15) H. Welzel, ZStW. 58, insbesondere S. 545-547. そこでは既に極端従属形式の正当性が疑われている。

(16) 原註(6)は、P. Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949. を挙げる（ボッケルマンが責任概念を責任能力、故意・過失、期待可能性の存在から成る複合概念であるとし、責任なき故意なる概念を導く一方、正犯と共犯との区別という観点から、過失行為についての共犯を否定している所は周知の通りである。Vgl. P. Bockelmann, a. a. O. S. 10, 16-17, 19, 41, 47, 51.）。

(17) 原註(7)は、Börker, JR. 53, S. 166 を挙げる（ヴェルケルの見解は、ボッケルマンのそれと略々同様のものと云い得る。）。

(18) しかしメッガーは、四八・四九条から〝刑罰を科せられた行為〟を構成要件的に違法な行為として捉え、「教唆とは被教唆者に行動実行の意思—その行動の構成要件該当の不法性

が問題となる限りでの―を喚起するものと云わなければならない」(E. Mezger, Moderne Wege., S. 30 Anm. 2.) とし、過失行為も構成要件的に違法である点に疑問はないのであるから、「過失行為にも教唆は可能である」(E. Mezger, Moderne Wege., S. 32; derselbe, JZ. 54, S. 314; derselbe, Leipziger Kommentar, 7. Aufl., Bd. I. 1953, 〔以下、L. K. と略す。〕S. 233 ff.; derselbe, Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1952, 〔Kurz-Lehrbuch 以下、K. L. と略す。〕S. 211.) と結論づける (だが、メッガーが五〇条一項の〃他人の責任に無関係に〃を解して、〃他人の故意に無関係に〃としている〔E. Mezger, JZ. 54, S. 313.〕点は、まさに著者が本書で通説の論理と誇張して批判している所に至るべきものではないだろうか。)。シェンケ (A. Schönke, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 1951, S. 167-168.) も同様。この問題については、わが国に於ても説がわかれている(団藤教授は「過失犯の教唆というものはない」〔団藤・刑法、改訂版、一五一頁〕とされ、小野博士、滝川博士は、教唆とは他人に犯罪の実行を決意させ……と云われる〔小野・新訂刑法講義、増補版、総論、二〇七頁、滝川・犯罪論序説、昭二八、二四一頁〕が、佐伯博士は、この場合の決意を厳格な意味での故意と解する必要はないとされる〔佐伯・刑法総論、昭一九、三三八頁〕。之に対し宮本博士、木村教授は過失犯の教唆を肯定される〔宮本・刑法学粋、昭四、四〇八頁、木村・新刑法読本、全訂版、二八六～七頁。宮本博士、木村教授に於て問題の核心は〃犯罪的意思〃の把握にあると云えよう。〕。牧野博士も同様である〔牧野・改訂日本刑法、四〇六頁〕)。

(19) ボッケルマンも、過失犯を支援する場合を幇助と判断することにさほどの不都合はない、とは云つている (P. Bockelmann, a. a. O. S. 17.)。メッガーやシェンケは過失犯の幇助を肯定する(E. Mezger, Moderne Wege., S. 32; derselbe, K. L. S. 213; A. Schönke, a. a. O. S. 170. わが国で、明確な論拠から過失犯の幇助を否定する論者はあまり見当らない。宮本博士は、幇助は加担的な性格をもつものであるから、故意を以て過失行為を幇助するということは考えられない、とされる〔宮本・前掲書、四二〇頁〕)。

(20) この意味につき本文一二五頁割註参照。

(21) Cには第三者領得の意図がみられるが、原註(8)はこの概念を自己領得の意図と同視すべく学説も一致していると云う。つまりCには窃盗罪(二四二条)成立の一要件たる不法領得の意図が存在するのである。

(22) 常に間接正犯が成立するかどうか問題ではなかろうか(著者の正犯観〔目的的行為支配性〕《H. Welzel, 2. Aufl., S. 59; derselbe, 4. Aufl., S. 74-75.》が本書ではむしろ意思の問題として捉えられているのではなかろうか〔Cは、短剣の類似性に驚いている所だ、と云つたのであり、それ以外に間接正犯性を基礎づける行為に出たわけではないし、又、支援行為たるにとどまるような行為に出たわけでもない。相違する点ありとすれば、それは、正犯的な意思と幇助の意思が考えられるという点であるにすぎないのである。〕。そうだとすると、メッガーやシェンケが正犯者たるの意思の有無で正犯と共犯とを区別しようとする所と実質的にいかなる相違があるのか疑わしいのではなかろうか〔Vgl. E. Mezger, K. L. S. 204-

205; A. Schönke, a. a. O. S. 155.〕。仮に、著者はCのBに対する目的的支配を肯定してことを論じたのだ、と云つてみても、Bを道具とみてかまわないかという疑問が最後まで残るであろう。著者の所謂間接正犯か共犯の不能未遂かの解決から洩れる場合〔それは第一に道具とみなし得るかどうかという場合に表われる。更には、(23)の問題〕が多々あるのではないだろうか。)。

(23) メッガー (E. Mezger, JZ. 54, S. 312.) は、仲の良い看護婦に殺意があると誤信した薬剤師が、彼女の仮空の計画を支援する為に毒薬を与えたが、看護婦が知らずにそれを患者に施用し之を死亡させたような場合に、この薬剤師を不可罰として放置すべきだろうか、としている。著者は、故意・不法領得の意図の不存在という窃盗の不能な場合に於て、しかも支援者が、正犯と考えた行為者に故意・不法領得の意図があると誤信した時はどうなるかという例を扱つたために、窃盗幇助の不能未遂という結論を生んだのであると云えよう。だが、若し、メッガーの設例のような場合を扱つたならば、過失致死罪が規定されている点から云つて、そこにもう一つの問題が出てくることになるのではあるまいか（しかし、H. Welzel, 4. Aufl., S. 84-85, S. 92 はかような場合には幇助未遂が成立し、その限りでは不可罰であるが、結果が発生した場合には、過失の正犯として処罰される、とする。)。

(24) メッガー (E. Mezger, JZ. 54, S. 312.) は、他人の過失行為を利用するためそそのかすような場合には間接正犯の範疇に入れることも出来ようが、之を支援する場合には間接正犯を以て解決することも出来ないだろうと云う（勿論メッガーの考え方の根柢には、正犯たるの意思、共犯たるの意思、という問題意識が存すると云えるが、客観的な行為の型の問題としてみても、そそのかす行為と支援する行為との間には力の相違があると考えられないわけではない。意思内容はまさに行為の目的的規制因子であるが、問題が、他人の行為をいか程目的的に支配したかという点になると、単なる意思の問題を超えなければならないし、力の問題、道具の性格の問題も出てくるであろう。かような意味で、単なる、教唆行為と幇助行為の相違の問題としてではなしに、一般的に、過失行為を利用する間接正犯と称される場合に、間接正犯と云い得ない場合が考えられるのではなかろうか。(22)参照。

(25) 二七一条は間接虚偽文書作成に関する規定であるとされているが、著者によれば、公務員が証明された事実の不実なることを知らない場合には、公務員に於ける故意の欠缺故に三四八条は問題とならず、同時にこの公務員についての共犯はすべて排除され本条の問題となるわけである (H. Welzel, 4. Aufl., S. 306.)。にも拘らず、通説によれば、この場合にも三四八条と四八・四九条の問題となる、と云うのが本書の見解である（之に対し、メッガー〔E. Mezger, Strafrecht, II. Besonderer Teil, 3. Aufl., 1952, S. 207.〕は、非公務員が善意の公務員を利用する場合には、身分がないことから、三四八条の間接正犯が疑問になり、そのために、二七一条が非公務員固有の犯罪として出てくると云う)。又、一五四条は所謂自手犯の規定であつて、一六〇条は之に対する間接正犯の規定であるとされているが、この点に関し、著者とメッガーの間に見解の相違があるとは云えないように思われる (Vgl.

H. Welzel, 4. Aufl., S. 84, 393; E. Mezger, Besonderer Teil, S. 235.)。

(26) 三三六条は裁判官等の故意を要件としている。だから著者は、裁判官等が法を枉げることを意識し望んでいる場合に限つて之についての共犯が可能であり、又本条についての罪そのものを間接正犯で行うことは不可能であると云う(H. Welzel, 4. Aufl., S. 403-404.)。之に対しメッガーもシェンケも明確な態度をとつていないようである(Vgl. E. Mezger, Besonderer Teil. S. 275-276; A. Schönke, a. a. O. S. 788-789.)。

(27) しかし之も著者の誇張であろうこと、特に(25)より察知される所である。尚、(22)、(24)参照。

(三)

次は錯誤論である。ここで述べられている諸点の大要は次の通りである。

現在、錯誤の問題を解決するに当つて、対立する二つの考え方が存在している。それらは故意説、責任説と呼ばれている。故意説は故意を責任要素とし違法の認識を故意の要件とする通説の帰結である。所で、右のような通説の考え方に従えば、違法の認識が欠けた場合には当然に故意も失われることになる。例えば、自己の行為の違法性に関し錯誤がある場合には故意責任が阻却されることになるのである。即ち罰すべきであるにも拘らず罰し得ない場合乃至は軽くしか罰し得ない場合が出てくるわけである。しかし現在の故意説は、かかる結着の不都合を避けるために、法背反性の認められる場合には違法の認識が欠けても、故意犯と同様に扱おうとするのである。だがこの態度も正当ではない。之に反し、目的的行為論が主張する責任説は、故意を一応責任から分離して行為の成分、構成要件の要素と考え、責任要素そのものたる違法の認識と区別するのである。かような故意と違法の認識の分離から、表象と現実の齟齬としての錯誤には、故意を阻却する構成要件の錯誤と行為の違法性に関する錯誤即ち禁止の錯誤の別が樹てられる。所で、この場合、構成要件の錯誤とは所謂事実の錯誤と同一のものではないのであつて、この意味での構成要件の錯誤と禁止の錯誤の対立は、構成要件と違法性の対立に対応しているのである。構成要件とは法治国家が禁止する禁止の実体(Verbotsmaterie)であり、違法性とはこの禁止の実体が禁止された状態(Verbotensein)にあるということを意味するものであるが、このような角度から正当防衛で人を殺した場合を考えてみると、その場合でも、人がわざと殺されることが禁止の実体である点について問題はないのである。だがしかし、禁止の実体が禁止された状態にあるという点だけは否定されると云わなければならない。かように構成要件と違法性とは常に対立しなければならない概念なのである。而もこの対立は、その錯誤の性質如何という点で争われている誤想避難・誤想防衛に於ても顕著に表われてくる。この場合、正当づけの事情(事実)に関して誤信があつたことは否定出来ない。その意味では之等は事実の錯誤である。だがしかし、誤想の結果とはいえ、行為者に於て構成要件実現の意識(故意)に欠ける所は全くないのである。ただ自分の行為が違法であるかどうか

につき誤つた判断が行われたにすぎないのである。誤想避難・誤想防衛は禁止の錯誤であるということになる。つまり錯誤の問題に於ても対立すべきは事実と法概念ではなく、故意―構成要件、と、違法の認識―違法性なのである。以上が錯誤論の大要である。次に又その内容を少し詳しく眺めてみよう。

一　著者は先ず故意説を批判する。――故意を責任要素とし違法の認識を故意の要件とするならば、違法の認識が欠けた場合には、当然に故意責任も失われることになる。しかし、現在かかる徹底した故意説[28]は存在しないのであり、例えばメッガーは、行為者に法背反性の認められる場合には故意犯と同様の扱いをすることによってこの不都合を修正しようとする。だが、それも正当な態度とは云い難い。[29]結局、故意説は、ラングヒンリクセンが、[30]故意説は故意に現実の違法の認識を要求するという心理的な知(Wissen)の拡張により未だ解決されない新らしい課題の前に立たされている、と告白するような方向に強いられてゆくものである――。著者は故意説をかように批判するのである。

次に著者は主として目的的行為論者により主張されている責任説を展開する。即ち先ず、故意と違法の認識に関し、故意とは構成要件に記述された客観的な行為事情の認識そのものであり、違法の認識とは故意に附加されることによってその行為を有責たらしめる責任要素なのである、という主張がなされ、[32]しかし或る行為は行為者が自己の行為の違法性を認識した場合に限らず認識し得た場合にも同様に有責なものとされるのである、という主張がなされる（一〇～一一頁）。次に、五九条一項により「法定構成要件に係るすべての行為事情の認識が犯罪の故意に属し、又、犯罪の故意が成立するためには法定構成要件に係るすべての行為事情の認識があればそれで十分なのである」（一一頁）から、「五九条の意味に於ける錯誤とは構成要件の錯誤」（一一頁）を意味し、「すべての行為事情の認識がありながらその違法性に関し錯誤」（一一頁）がある場合は禁止の錯誤の問題になる（一一頁）という帰結が導かれるのである。

かような構成要件の錯誤と禁止の錯誤という範疇[33]の樹立から、更に、構成要件の錯誤に似て非なる事実の錯誤という範疇は否定されなければならないとされる。――構成要件に記述された行為事情とは、意味から離れた自然科学的な実在性に属するものではないのであって、社会生活に於ける意味に充ちた世界の一断面である。[34]例えば、紙とインキだけの文書というものは考えられないのであり、その紙片の有する機能が認識されて初めて一片の紙が文書たるの行為事情となるのである。だから、紙とインキという自然科学的実在（事実）に関する錯誤は、到底証明力という機能を担った文書たる行為事情の錯誤と同視され得ない。否、むしろこの両者を同視しないでこそ、責任説は有効なものとなるのである――。と著者はかく考える（一一頁）。この意味で、著者は、規範的な行為事情に関し、五九条の行為事情には事実的なものと法的なものとの間に何らの差別も存在しないと判断した連邦裁判所・一九五二年一〇月二八日の判決[35]に対し、その立脚点の正当さという点で賛意を表しているのである。

二　所で著者は、更に進んで別の角度、即ち構成要件と違法性

の関係から、構成要件の錯誤と禁止の錯誤の問題を深化させようとするのである。

ここで著者は、構成要件の錯誤と禁止の錯誤の対立が構成要件と違法性の分離に根柢を有する点に投げかけられたビンドカート[36]の非難に対し反駁することから出発する。即ち、ビンドカートの非難とは、新カント派と西南ドイツ価値哲学がその墓から出てきて現在の刑法に影響を与え、構成要件と違法性とを再び価値に無関係な世界と価値の世界に分離してしまつた、という意味のものであるが、之に対し著者は、構成要件と違法性の分離は西南ドイツ価値哲学とは何の関係もない[37]、又、構成要件を価値に無関係な世界に押し込むことの不当さについては、既に行為事情を自然科学的実在と同視することの誤りに論及した所からも窺い得よう、と反駁するのである。そして著者は云う。「構成要件と違法性の分離の背後には……法治国家の関心が潜んでいるのである」(一三頁)と。

しからば法治国家の関心とは何か。著者は次のように説明する。——「法治国家は自らが禁止する所を実体的・具体的に構成要件として記述しなければならない。構成要件は禁止の実体(Verbotsmaterie)を身に帯びているということを示す機能を有している。しかし時・所を問わず禁止された行為というものは存在しない。例えば正当防衛で人を殺すことは禁じられてはいない。ということは、国家がそれを違法とみないからである。国家は構成要件を規定するに当り、構成要件に該当する行為が違法でない所の例外の場合、即ち正当化事由の存する場合をも考慮しなければならないのである。[38] 以上が法治国家の関心であり、それは又、スコラ学派の所謂禁止の実体と禁止の関係なのである(一三頁)——。

しかしながら、正当防衛は禁じられていない、違法でない、ということは、禁止の実体までをも阻却してしまうことを意味するのではないのである。正当防衛とは、まさに構成要件に該当する行為が許容される例外の場合なのである。つまり著者に於ては、正当防衛なる附加的要素は、禁止の実体が違法な状態にあるという点だけを否定するのである(一四頁)。だから著者は、正当化事由を消極的行為事情となし正当防衛の場合には構成要件そのものが阻却されると考える消極的行為事情論、及び、構成要件と例外の場合との関係を恣意的とみる見解を称して、法治国家の自殺であると烈しく論難するのである。[39]

著者に於て、構成要件と違法性とはかように禁止の実体と禁止そのものの関係に立つことにより相対立すべき概念なのであり、国家はこの両者を分離すべく要請されているのであるが、この概念の対立は、故意—構成要件、と、違法の認識—違法性なる関連に於て、事実的なものと法概念との対立から構成された所謂事実の錯誤と法律の錯誤という範疇を否定した構成要件の錯誤と禁止の錯誤の対立ともなるのである。[40] このことは事実の錯誤・法律の錯誤、構成要件の錯誤・禁止の錯誤が交錯する典型としての誤想避難・誤想防衛に於て明白に表われてくるのであるが、著者は、正当づけの事情を誤信して堕胎を行つた医師の問題を扱つた判例の趨勢を論ずることによつてこの点の説明を為すのである。

著者は云う。若しこの場合、正当づけの〝事情〟に関する錯誤

により故意が阻却されるというならば、緊急避難の事実的な条件を注意深く検討しなかつた医師も無罪とされざるを得ない。しかし大審院は之迄の正当化事由の錯誤の扱いを放棄して責任説に与し、故意の阻却を否定しており、連邦裁判所・一九五二年六月六日の判決も之に倣い禁止の錯誤を認めた(一四頁)、と。所が、著者に於ては右判決が禁止の錯誤を認めたその根拠に問題があるわけである。即ち、右判決は、この場合の問題を事実(事情)の錯誤か禁止の錯誤かというくい違つた次元に於て捉え、この医師は予め良心的な検討を行うまでもなく胎児を堕胎すべき緊急状態—妊婦に自殺の危険—があると信じたのであるから禁止の錯誤に陥入つていることになる、と判断するのである。[42] 之に対し、著者は、この場合に事実に関する錯誤が肯定されたとしても、この医師は堕胎しようとして堕胎したのであつて構成要件的故意に欠ける所はないのであるから構成要件の錯誤が成立すべき理由はない(原註(16))、即ちこの場合は事実の錯誤ではあるが構成要件の錯誤ではない、として事実の錯誤という範疇を問題とすることの無意味を説き、次に、禁止の錯誤は、緊急状態があると信じたのであるからという無意味な理由づけによつて肯定されるのではなしに、構成要件的故意をもちながら自分の行為の違法性に関し錯誤があつた—堕胎をすることは正当であると信じた(この点は必ずしも明確ではないが、著者の基本的態度からこう註釈して不当ではなかろう。但し本書一七頁はこの点を明言する。)—という理由からのみ肯定されるのである、と考えることによつて右判決の論拠の曖昧さを非難するわけである。

かくして、著者が右判決の批判を通して示す所は、第一に、錯誤の客体となるものを事実と法概念という範疇から区分けした場合、行為者の意思方向との間にくい違いを生ずることになるが故に、事実の錯誤・法律の錯誤という範疇は否定されなければならない、ということであり、第二に、禁止の実体と禁止そのものの関係から分離された構成要件と違法性は意思をその成分として包含しているものである(この点は故意を構成要件の要素と考え、人がわざと殺されることを禁止の実体と考える著者の基本的な態度からも肯定される。)、と考えることから導かれた客体と意思方向の統一的接合になる錯誤即ち構成要件の錯誤・禁止の錯誤という範疇こそ唯一のものであるとの命題を実証しようとしたことに外ならない、と云い得るであろう。だからこそ、著者は、緊急状態があると信じたが故に禁止の錯誤であるとするような判例の態度を肯定することは出来ないのである。[43]

然らば、禁止の錯誤が成立した場合、それはいかに扱われるのであろうか。著者は、予め良心的な検討を行わなかつたが故に、右の医師は非難される、と考える。[44] 而もその非難は故意の責任に於てなのである。ここに、避け得た(帰責可能な)禁止の錯誤を過失の責任にとどめようとする故意説[45]に対する大きな開きが窺われるのであるが、この点は本書の終末にかけて展開される「責任の倫理」と「情操の倫理」の問題となるわけである。

(28) E. Mezger, (NJW. 53, S. 4) によれば、之は純正故意説と呼ばれる。

(29) 原註(10)は E. Mezger, NJW. 53, S. 4 (ここでメツガーは、

法背反性なる概念によつて、制限された故意説を樹立し、違法の認識が欠けた場合にも、それが法及び不法についての誤れる見解に基く場合〔即ち法背反性の存する場合〕にあつては、故意犯と同様の扱いをする旨を明らかにする。）を挙げ、本書一〇頁は、ここでメッガーが法背反性は正義の要請に仕えるものであるとする点を捉えて、正義とは何かが明確にされない以上意味ありとは云い得ないと批判する。

又、原註(9)は、E. Mezger, Kohlrausch-Festschrift, S. 180 ff.（参照し得ず。）及び、H. Schöder, ZStW. 65, S. 199 を挙げ、彼等は責任ある（寛恕し得ない）禁止の錯誤の処罰を法律の過失という特別な構成要件の問題としようとするが、それは故意説自身のヂレンマを表わすものに外ならないと非難する。この点につき、E. Mezger, Moderne Wege, S. 43-44, S. 46-47 参照。

(30) 原註(10a)は、D. Lang-Hinrichsen, JZ. 53, S. 367; JR. 52, S. 192, Anm. 113; JR. 52, S. 356（後二者参照し得ず。）を挙げる。

(31) 目的的行為論をとらないボッケルマンも少くとも責任説には同調的である（P. Bockelmann, a. a. O. S. 38-39.）。尚、H. Welzel, 4. Aufl., S. 125 は、M・E・マイヤー、フランク、ヒッペル、コールラウシュを責任説の意味に於て挙げている。

(32) この意味に於て、故意は違法の認識と結合して責任要素となり得るのではなかろうか（この点は、本書で、故意は決してまつさきに責任要素とされてはならない（七頁）、と述べられている所からも首肯されるのではなかろうか。）。この点、福田・「法律の錯誤についての一考察」（滝川先生還暦記念、現代刑法学の課題、下）四七五頁以下。尚、H. Welzel, 4. Aufl., S. 124-125, S. 104.

(33) 団藤教授（団藤・前掲書、一一〇―一一一頁。）は、禁止の錯誤・構成要件の錯誤の区別を否定される（しかし同教授は、事実の錯誤・法律の錯誤の区別に構成要件の錯誤・禁止の錯誤の区別を代えることを否定されているのであるから、著者が、事実の錯誤でありながら禁止の錯誤でもある場合〔例えば正当化事由の錯誤〕を肯定する所とその論点を異にしているのではなかろうか〔尚、この点で、H. Welzel, 4. Aufl., S. 127.〕。本書に於てもこの問題は大きな問題となつている。）。

(34) 之に対し、M. E. Mayer, Allgemeiner Teil, S. 7, 183 は行為事情を感覚的に知覚し得る事実と同視したとして、原註(11)に記されている。尚、(7)参照。

(35) この判決は、原註(12)に BGH 3/255 として挙げられている（しかし、H. Welzel, JZ. 53, S. 119 によれば、該判決の論旨と著者の見解との間には大きな相違のあることが認められる。それは、一五四条の宣誓を徴するの権限をいかに把握するかという点に係る。）。

(36) 原註(13)は、H. Bindokat, JZ. 53, S. 71 ff. を挙げる。

(37) この点で原註(14)は、H. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935.（参照し得ず。）を挙げ、西南ドイツ価値哲学につき論及した旨記している。

(38) ここで違法とは何か、が問われなければならないであろう。この点につき、H. Welzel, 4. Aufl., S. 40 ff. 又、構成要件・違法性・正当化事由の関連につき、H. Welzel, ZStW. 67, S. 211.

(39) シュレーダーは、構成要件を不法判断の道具と考え（H. Schröder, ZStW. 65, S. 186, S. 198.）、構成要件と違法性の間にはこの意味で何ら実質的な対立が存しないと云う。構成要件と違法性とをかような角度から捉える結果、例えば強要罪の二四〇条一項・二項（但し本条は一九五三年八月四日に改正されている。シュレーダーは旧規定によつたであろうこと明白である。）に於て、シュレーダーは、社会的相当性なる概念を契機として不法性を根拠づける事由（シュレーダーの構成要件）と不法性を排除する事由（シュレーダーに於て、之は結局構成要件に該当しない場合を意味するものであろう。）とが、ぴつたり隣接しつつその限界を動かしてゆくものであると考えている（H. Schröder, a. a. O. S. 202.）。かくて、「行為の不法性にとつて意味のある事情が構成要件であるか正当化事由であるかという点の説得力ある根拠は、実用性以外には存在しない」（H. Schröder, a. a. O. S. 207.）という主張が為される（正当化事由という概念もシュレーダーに於ては構成要件に該当しない事由でなければならないことになるであろう。その意味でシュレーダーは消極的行為事情論と同一方向を歩んでいるのではなかろうか。この点、H. Schröder, a. a. O S. 207.）。尚、ビンドカート（H. Bindokat, a. a. O. S. 73.）も同旨。

原註(15)は先ず、かかるシュレーダーの見解を批判する。即ち、シュレーダーが不法性の根拠づけと不法性の排除とは隣接するものであり、構成要件と正当化事由の区別の根拠は実用性以外の何物でもない、とする態度の底には、形式的な、純粋の型式として把握された構成要件概念（ein formaler, vom rein Stilistischem her gefaßter Tatbestadsbegriff）が潜んでいる、そこでは構成要件の禁止の実体としての機能は失われており、構成要件と刑罰規定とが混同されている、シュレーダーが二四〇条二項に関して論じた態度（ZStW. 65, S. 178ff.）に、かかる構成要件観が明白に認められる、と。而して著者は、二四〇条（本書も旧規定に拠つていること疑いない。）の構成要件は〝開かれた〟構成要件であり、そこでは禁止の実体が徹底的に記述されているわけではないのであつて、補足的ではあるが積極的な法的価値判断により始めて違法性が確定される、とするのである（二四〇条の違法性を確定する基準は二項にある。著者は、この意味で二項は違法性のメルクマールを包含するものと考える。Vgl. H. Welzel, 4. Aufl., S. 61.〔ここでも本書の見解が何ら変更されていない。〕もつとも著者に於ても、構成要件と違法性とが本書に於ける程に明確に区別されたのは比較的最近になつてからではないかと考えられる。即ち、2. Aufl., S. 35–36 では、狭義の構成要件は犯罪の不法性の核心であるとされ、社会的相当の範囲にある行為は構成要件に該当しないものとされていた。Neues Bild., S. 18ff. では、構成要件は刑法的不法を類型化するものであり、構成要件に該当して行為する者は原則として違法に行為していることになるが、その場合、構成要件該当性が違法性を徴憑しない社会的相当の行為と徴憑された違法性が取消される正当化事由の存する場合は例外となる、とされた。又、4. Aufl. では、狭義の構成要件に該当する行為は規範に違反した行為であつて、構成要件該当性と規範違反性は違法性の徴憑である、とされる（S. 59.）。だが、〝開かれた構成要

件〃に該当する行為は違法性を徴憑せず（S. 61.）、正当化事由の存する場合には徴憑された違法性は取消される（S. 63.）とされるのである。社会的相当の行為も勿論違法性を徴憑しない（S. 62.）わけである。尚、これらの点につき、団藤教授・前掲書、七一～七二頁参照。）。かくて著者は、かかる構成要件の実質的機能を見逃したシュレーダーの形式的な構成要件概念を以てしては、構成要件の実質的な問題、殊に錯誤論に於て議論は宙に浮いてしまうと云うのである。

又、ラングヒンリクセン（D. Lang-Hinrichsen, JZ. 53, S. 362.）は、シュレーダーと同様の構成要件観から出発し、而も法定構成要件のメルクマールは違法性の要件の一部だけを包含するものであり、或る構成要件では、記述されない構成要件のメルクマールは解釈により附与されなければならない（例えば、二五三条）とすることにより、あらゆるメルクマールが綜合して始めて違法性の存在根拠となるべき総体構成要件なる概念を樹立している。そして彼は、この総体構成要件のうちいか程が法定構成要件のうちに取り入れられているかは立法者の選択による一般化或は特殊化の程度に依存しており、それはプラグマチッシュな法技術的選択の原理の問題なのである、と云う（D. Lang-Hinrichsen, a. a. O. S. 363.）。

原註(15)は、次にこの点につき批判を加える。即ち、総体構成要件に於て、あらゆるメルクマールは一様に違法要素なのであるというのは、構成要件の放棄に外ならない、と。

尚、消極的行為事情論については、H. Welzel, 4. Aufl., S. 59-60; derselbe, ZStW. 67, S. 208 ff. (insbesondere S. 210 ff.) 参照。

(40) この点につき、H. Welzel, 4. Aufl., S. 127. 尚、(33)参照。

(41) この判決は、原註(17)に BGH 3/8 として挙げられているが、大審院が之迄に正当化事由の錯誤にいかに対処してきたか、本書は必ずしも明確でない（Vgl. H. Welzel, 4. Aufl., S. 129; derselbe, Neues Bild., S. 58, Anm.）。

(42) JZ. 53, S. 46.

(43) 尚、原註(18)は同じく本判決を批判した H. Schröder, MDR. 53, S. 70（ここでシュレーダーは、本件を事実の錯誤なりとする。）を挙げる。

(44) 之に反し、主観的に法に忠実であったという点を問題としていったものとして原註(19)は BGH JZ. 52, 595（参照し得ず。）を挙げる。尚、本件の医師に対する非難の根拠については、更に、H. Welzel, ZStW. 67, S. 220 Anm. 40.

(45) H. Schröder, ZStW. 65, S. 208 はかかる判例の趨勢を評して、過失的な医師の判断を以て（故意の）堕胎罪とするものであると非難する。メッガーも避け得た（帰責可能な）禁止の錯誤は、法背反性が存在しない限り、すべて過失の責任にとどまるものと考える（E. Mezger, Moderne Wege, S. 46-47.）。尚、(29)参照。

(四)

次に本書の終末に入る。著者は、故意説と責任説とを「情操の倫理」と「責任の倫理」という法哲学上のつながりのうちに位置づけることから両者の相違を描き出し、正当な決定を為すべく葛藤することに人倫的な行動価値の充実を求めようとする「責任の倫理」に基いた責任説によつて、禁止の錯誤の扱いに解決を与え

ようとするのである。

一　然らば、情操の倫理（Gesinnungsethik）、責任の倫理（Verantwortungsethik）とはいかなるものなのか、[48] 又それらはいかなるつながりにあるものなのか。この点を著者は次のように説明する。――「情操の倫理」とは情操の清純さ、つまりカントの言を藉りれば義務意識、を以て充される倫理であり、[47]「責任の倫理」とは情操の倫理に先立つて定位された、真の義務の確認つまり正当な決定を為すべく葛藤することを要請する倫理である。而して、「情操の倫理」に基いた行動は単に人倫的行動価値の一側面を充すにすぎないのであり、個人の倫理的な判断力の領域に於ける実体的に正当な決定を為すべき慎重さ（Sorge）・責任に基いた行動が始めて主観的・道徳的な行動に充実した真面目（Ernst）と生の重み（existentielle Schwere）とを与えるのである。つまり「責任の倫理」に基いた行動こそ、人倫的行動価値の全域を充すものなのである（一五～一六頁）――。

それでは、仮に人倫的行動価値を情操の清純さと義務に対する主観的確信に限定してしまつたとしたらどうなるのか。この点を著者は次のように考える。人倫的な課題の真面目というものは、仮に人間がその主観的な情操の清純さ故を以て自己の決定の内容についての責任を免除されたとしても、そのような縮少によつて何ら傷つけられるものではない。「反対にかかる縮少は、人間をして人倫的な履行の半分を排除せしめるものであるが故に、それは人倫的な人間の完全な本体迄をも縮少してしまうことになるのである」（一六頁）と。

かような倫理的基礎の上に、法的責任の性格を論ずる故意説並びに責任説の本質が究明されてゆく。即ち、著者は、ドイツに於ける倫理的意識には「情操の倫理」が深く入り込んでいた事実を指摘し、先づ故意説をこの基盤の上に据えることにより、それは「法に於ける情操の倫理の化身であり」（一六頁）、「人間の社会的責任を禍に充ちた方法で縮少し」（一六頁）、「人間は自己の決定の社会倫理的正当性の為に努めるべきであるという要請……を完全に無視し、この要請を責任の契機とはせずに単なる合目的性の問題、即ち〝刑事政策的〟関心としている」[48]（一六頁）ものであると云うのである。それ故にこそ、著者は次に、責任説の責任概念を「責任の倫理」のうちに求め、社会的・人倫的個人として正当な決定を為すべく葛藤することに人倫的行動価値の充実、即ち人間としての責任の成就を要請しようとするわけである。[49]

二　然らば、この責任倫理的責任概念に支えられた責任説は、禁止の錯誤をいかに扱うのであろうか。著者に於て、先程の医師は良心的な検討を行わないで堕胎したが故に責任倫理的責任の追求に会うわけである。即ち、自分に正当化事由があると信じたが故を以て或る犯罪の構成要件を意識して実現しようとした者は、この事由が現実に存在したかどうかの確定のために責任の検討へ召喚されるのである（一七頁）。この場合の医師は軽率に、従つて無責任に、良心的な検討を為さなかつたわけであるから、この点に「責任の倫理」の要請↓責任説が彼の錯誤を許さない根拠を与えることになるといえるのである。[50]

更に著者は「責任の倫理」が誤想防衛にも妥当するものである

ことを示す。この場合、行為者には良心的な検討を為すべきいとまがなかつたわけであるが、少くとも反撃に出たものである以上、簡単にうつてかかつたのであり、それ故無責任に行為したことになるからである。(51)

最後に著者は、国家の為の正当防衛・緊急避難の場合の問題として、国家の安全を主観的には法に忠実であるというだけの個人の無責任な行為に委ねてはならない、と強調する。(52)(53)

かくして、禁止の錯誤はすべて責任説の責任倫理的責任検討の前に立たされることになるのである。

(46) この点は、M・ウェーバー・「職業としての政治」が述べる所であるとされる（一五頁）。尚、原註(20)は、H. Welzel, SJZ. 47, S. 409 ff.（参照し得ず。）を挙げこの問題を展開した旨述べている。

(47) 情操の清純さの問題、義務意識の問題から倫理を論じたものとして、原註(21)は、P. Hensel, Hauptprobleme der Ethik, S. 55 を挙げ、之に対してとして、H. Welzel, Vom irrenden Gewissen, 1949. を挙げる（前者参照し得ず。）。

(48) 故意説のかかる態度を示すものとして、原註(22)は、H. Schröder, ZStW. 65, S. 178 ff. を挙げる。更に同原註は、マイホーフェル（W. Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, S. 44.）が目的的行為論からは行為概念の完全な主観化と個別化が導き出される、とした点につき、目的的行為論とそのような主観主義とは何の関係もない、と云う。尚、故意説の態度については、(29)、(45)参照。

(49) H. Welzel, ZStW. 67, S. 198 によれば、責任とは、法と倫理に共通のものであり、刑法に於ける責任非難も倫理的責任の一面を為すものであるとされている。

(50) しかし、正当化事由が現実に存在していなかつたとしても、人倫的行動価値の充実という要請に仕えるべく良心的な検討を行つたが、それでも尚、錯誤が避け得なかつたような場合には、責任の検討へと召喚された行為者と雖、許される（故意乃至は過失の責任から解放される。）べきであろう。この点、H. Welzel, 4. Aufl., S. 127. しかしやはり、「責任の倫理」は、ビンドカート（H. Bindokat, a. a. O. S. 74.）が責任説の原理として示したような、誤るべきでない者は罰せられる、という思想を根幹にしているものと云えよう。

(51) 誤想防衛について、故意説は行為者の主観的確信に寛恕すべき力を与えようとする、として、原註(23)は、H. Schröder, MDR. 53, S. 70; derselbe, ZStW. 65, S. 207 ff.; D. Lang-Hinrichsen, JR. 52, S. 305 を挙げる（後者参照し得ず。）。

(52) 著者は、通説は国家の為の正当防衛・緊急避難に於て暗礁に乗り上げてしまうものである、として、原註(24)に、H. Welzel, NJW. 52, S. 564（参照し得ず。）を参照すべしと云う。

(53) 尚、本書一五、一七頁には、連邦裁判所が、責任非難の主観化を防ぎ、責任倫理的責任概念を採用している旨述べられているが、果していかなる判決を指称するのか不明である。

以上で本紹介を終える。筆を擱くに当り、著者の真意が充分正確に伝えられ得たか否かにつき怖を抱かざるを得ない。だが、以上の範囲から現在云い得る所は、本書が、著者の当初の意図通り、目的的行為論を改めて認識するための好個の内容に充ちているという点である。尚、問題となるであろう点は折にふれ註で指摘してある。くり返すまでもない所であろう。