

正当化事情の錯誤に基く行為の違法性について

橋 田 久

目 次

はじめに

一 故意不法の阻却

二 過失犯の成否

一 問題の所在

二 構成要件的過失の検討

三 過失不法の検討

三 正当化

一 総説

二 批判と反論

三 正当化された正当化事情の錯誤に基く行為に対する反撃

結びに代えて

はつめい

正当化事情の錯誤の取扱を巡っては、原則として故意犯の成立を認め、錯誤が回避不可能である場合にのみ責任を阻却する厳格責任説も一部で有力に主張されているが、通説は故意を阻却し、過失犯処罰規定と過失即ち錯誤の回避可能性が存する限りで、過失犯の成立を認めるに止める。故意犯を否定する理論構成の一つに、消極的構成要件要素論がある⁽²⁾。消極的構成要件要素としての正当化事由を、違法性を根拠付ける通常の構成要件と統合して一つの評価段階とし、正当化事情の不存在を構成要件の認識対象と成して、正当化事情の錯誤では構成要件の故意を否定するものである。しかし幅広い支持を受けるには到っておらず、一般的には、構成要件と正当化を犯罪論体系内の別の段階と位置付けた上で、故意を専ら責任要素と解して責任故意を否定するが、故意を構成要件と責任の両段階に配し、構成要件の故意を認めつつ責任故意を阻却するかの解決方法が採られている⁽⁴⁾。

体系的には構成要件が正当化に先行する以上、故意を構成要件に類型化する立場を前提にすると、正当化事情の錯誤によつて構成要件の故意を阻却することは不可能である⁽³⁾。消極的構成要件要素論に立つならば別論であるが、同論には次の理由から与し得ない。構成要件該当性は、行為が特定の犯罪類型に当て嵌るか否かについての判断であるため、構成要件不該当性は行為が当該犯罪類型固有の不法を具備しないことを意味するに止まり、他の観点における不法評価については沈黙している。他方、正当化は、違法一元論に立脚するならば、行為があらゆる観点から法秩序に合致するの謂である。斯様に異質な評価段階を一括することは不適切と言えよう⁽⁶⁾。

従つて、正当化事情の錯誤に基く行為については構成要件の故意の存在を前提とすべきことになる。このことを重視する厳格責任説は、そこから直ちに故意不法、故意責任を帰結する。しかし、違法を根拠付ける構成要件の段

階もその正当化の段階も、共に行為の違法性に関連する。それ故、構成要件該当性も正当化も故意の認識対象であり、その錯誤も可能な限り同列に論ぜられるべきではなからうか。この点で厳格責任説には疑問が生ずる。

そこで、正当化事情の錯誤では、正当化と責任のいずれかの段階において故意を阻却することが考えられて良い。我国では故意責任を阻却する説が多数を占めているが、故意不法を阻却する少数説もある。この見解は、次章以下で見ると、ドイツでは故意不法阻却的制限責任説 (vorsatzunrechtsausschließende Schuldtheorie) の名の下に有力に唱えられている。本稿は、ドイツの状況を参照しつつ、同説について簡単な検討を加えるものである。⁽⁷⁾

註

- (1) 木村龜一(阿部純一増補)『刑法総論「増補版」』(昭和五三)三三四頁註五、平場安治「刑法学における私の立場」刑
 雑三〇巻三号(平成二)三四八頁、福田平『全訂刑法総論「第五版」』(平成二三)二一四頁、西原春夫『刑法総論「改訂
 準備版」(下巻)』(平成五)四七二頁、阿部純一『刑法総論』(平成九)一四七、一九二頁、大谷實『刑法講義総論「新版
 第4版」』(平成二四)二九二、三三九頁、橋本正博『刑法総論』(平成二七)一九二頁、川端博士も厳格責任説に立つが
 (川端博『刑法総論講義「第3版」』(平成二五)四〇三頁)、正当化の余地を認める(後述註(7))。野村博士(野村稔
 『刑法総論「補訂版」』(平成一〇)二三七、三〇八頁)、伊東教授(伊東研祐『刑法講義総論』(平成二二)二八〇頁)も
 同様(後述三註(2))。
- (2) 中義勝『講述犯罪総論』(昭和五五)九三、一三七頁、葛原力三『消極的構成要件要素の理論』中義勝先生古稀祝賀
 (平成四)所収六七頁以下、井田良『講義刑法学・総論』(平成二〇)九一頁以下、一五七、二三〇、三五〇頁。また正田
 博士も、誤想防衛、誤想避難では「防衛意思または避難意思(いずれも消極的な構成要件要素であり、違法要素でもある)
 によって故意は打消され、一般の意味での構成要件の故意の成立は否定される」と説くが(正田満三郎『刑法体系総論』
 (昭和五四)二九四頁、二二八頁)、消極的構成要件要素論には批判的である(二二七、二四三頁)。
- (3) 平野龍一『刑法総論』(昭和四七)一六四頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』(昭和六一)三三五頁、町野朔『刑法総

論講義案 「第二版」(平成七) 二二三頁、林幹人『刑法総論「第2版」」(平成二〇) 二三八頁、浅田和茂『刑法総論「補正版」」(平成一九) 三三五頁、松原芳博『刑法総論「第2版」」(平成二九) 二五二頁、松宮孝明『刑法総論講義「第5版」」(平成二九) 一五〇頁、関哲夫『講義刑法総論』(平成二七) 三一四、二二二頁。その他、正当化事由の後に置かれた「責任構成要件」の要素としての故意を阻却する見解として、西田典之『刑法総論「第2版」」(平成二二) 七三頁以下。これに好意的と見受けられるのは、松原・総論二五二頁以下。

- (4) 団藤重光『刑法綱要総論「第3版」」(平成二二) 三〇八頁、大塚仁『刑法概説(総論)「第4版」」(平成二〇) 三九五、四六五頁、曾根威彦『刑法原論』(平成二八) 四二〇頁、山口厚『刑法総論「第3版」」(平成二八) 二〇九頁、佐久間修『刑法講義(総論)』(平成二二) 二九五頁、高橋則夫『刑法総論「第3版」』(平成二八) 三〇三頁、日高義博『刑法総論』(平成二七) 三四四頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(平成二五) 四二頁、斎藤信治『刑法総論「第6版」』(平成二〇) 一〇九、二〇二頁、松澤伸『いわゆる「ブーメラン現象」と犯罪論体系』川端博先生古稀祝賀論文集「上巻」(平成二六) 所収二九九頁。藤木博士もこの陣営に属すると思われるが(藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇) 一八二頁)、誤想防衛については正当化を行う(後述註(7))。

責任故意阻却後の処理は分れる。構成要件に戻って構成要件の過失を検討するのは、佐久間・総論三〇四頁、山口・総論二一〇頁以下、松澤・川端古稀上巻三〇三頁。構成要件に戻ることもなく責任過失を検討するのは、団藤・総論三〇九頁註四五、大塚・総論四七二頁、曾根・原論四二二頁註一八四、高橋・総論三〇三頁、佐伯・考え方四一頁。

- (5) これを可とするのは、前田雅英『刑法総論講義「第6版」』(平成二七) 一八七頁。しかし、本文で指摘した体系上の問題がある(葛原・中古稀七〇頁)他、行為者の心理内容において誤想防衛と同じ正当防衛も故意犯の構成要件に該当しなくなるとの批判(松宮孝明『構成要件の概念とその機能』三井誠先生古稀祝賀論文集(平成二四) 所収三五頁以下)が可能である。なお、構成要件を客観的構成要件と主観的構成要件に二分する独自の構想から、後者に位置付けられる「故意の認識対象は、客観的構成要件要素のみではなく、違法性の段階に位置づけられる違法阻却事由の事実的前提にも及ぶ」と考え、正当化事情の錯誤では客観的構成要件該当性を認めるが故意構成要件を阻却するのは、山中敬一『刑法総論「第3版」』(平成二七) 一六七、四七八頁、同『犯罪論の機能と構造』(平成二二) 二四〇頁以下。

(6) Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, 10/21; Gropp, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2015, 5/16, 13/196; 吉田敏雄「主観的構成要件要素と主観的違法要素」阿部純二他編『刑法基本講座第2巻』（平成六）所収一四四頁、松宮孝明「刑事立法と犯罪体系」（平成一五）一六〇頁、同・三井古稀三三頁以下。構成要件該当性は「刑法固有の世界に属し」、正当化は「一般の世界に属する」と述べる高橋・総論二五八頁も同旨か。違法相対論の立場からの、正当化の中には単なる可罰的違法阻却も含むことになるため両段階は異質でないとの反論（井田良『刑法総論の理論構造』（平成一七）一三三頁）に対しては、同じく違法相対論に立つ論者から、当該構成要件該当性に限った類型的判断が否かの違いはなお残るとの再批判がある（山口・総論二二頁）。

(7) 紙幅の都合もあり、正当化の客観的要件の存否を事前判断し、正当化事情の錯誤に基く行為に当該正当化事由の適用を認める見解（我国では、川端・総論四〇三頁、類似の見解として、正田・総論一一七頁。特に誤想防衛につき、藤木・総論一七二頁、同「誤想防衛と違法性の阻却」法協八九巻七号（昭和四七）七七二頁）には、言及する余裕がない。同見解への批判として、拙稿「防衛行為の相当性（一）」『法學論叢一三六巻二号（平成六）三九頁。

一 故意不法の阻却

一 故意不法阻却的制限責任説は、構成要件の段階で主観的違法要素としての故意によって故意犯の行為反価値を根拠付けること、及び、行為の違法性にとって構成要件要素にも正当化要素にも同等の重要性を認め、両段階の判断が完結して初めて違法性を確定させることを出発点として、構成要件該当事実を認識して故意不法を一旦備えた者が正当化事情を表象した場合には結局のところ違法な事実の認識がなかったものと考え、故意不法を阻却する⁽¹⁾⁽²⁾。この処理は、体系上は正当化の段階で行われる⁽³⁾。故意を専ら責任に位置付ける見解が、故意責任の根拠付けと正当化事情の誤信によるその阻却をいずれも責任の平面で行うのに対し、故意不法阻却的制限責任説は、故意不法の根

拠付けを構成要件で、阻却を正当化で、二つの平面にまたがった処理を行うのである。

同説の根拠として右に掲げた構成要件要素と正当化要素の違法関連性は、正当化事情の錯誤において責任故意を否定する見解を含め、厳格責任説以外の立場では、共通の了解事項となっている。また、正当化事情を誤信した者、例えば誤想防衛行為者の主観は、正当化事情が現実中存在する場合にこれを認識した者、例えば正当防衛行為者の主観と同じであり、後者に故意不法を認むべきでないなら前者についても同じであるべきことも、同説を支える。⁴ 斯かる故意不法阻却の制限責任説を採用することは、反対説の論者によっても、「故意・過失が違法性の有無・程度の決定に影響を及ぼすと解する人的不法論」の必然的帰結と評されている。⁵

二とは言え、若干の内在的批判も見られる。その一つに、「故意犯として処罰するに足るだけの不法内容を有しない意思が主観的不法要素として構成要件の故意であり得るとすることが既に概念矛盾」というものがある。⁶ しかし、「故意犯として処罰するに足るだけの不法内容」は、構成要件の故意の存在と正当化事情の認識の不存在が相俟って初めて肯定できる。⁷ それは恰も、客観的構成要件の充足によって一応根拠付けられた結果不法が、その後客観的正当化要素の不存在が確認されることによって終局的に確定するが如きである。⁸

また、故意不法阻却の制限責任説が、一方で厳格責任説と異って構成要件該当性と正当化が共に違法性に関わることを強調しながら、他方で消極的構成要件要素論に抗して両段階の異質性を説くのは一貫しないとも言われる。⁹ しかし、両者共に違法に関わるとしても、違法を根拠付けるか阻却するかの違いに意味を見出して犯罪論体系内の別の要素と位置付けることには何の問題もないと思われる。

註

(一) Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2011, 9/166; Graul, Jus 1995, 1051f.; Schönke/Schröder/Sternberg-

- Lieben/Schuster, StGB, 29. Aufl., 2014, § 16 Rn18; MK-StGB-Freund, 2. Aufl., 2011, Vor §§ 13ff. Rn300ff.; 中森喜彦「錯誤論 3・完」法教一〇八号（平成元）四三頁、安田拓人「錯誤論（下）」法教一七四号（平成一五）九三頁、鈴木彰雄「正当化事情の錯誤と共犯の成否」日法八二卷二号（平成二八）二〇四頁。
- (2) 佐久間教授は、故意不法阻却の制限責任説が行為反価値を専ら行為者の「不法意思」、⁷「意思無価値」に求めていると難する（佐久間修『刑法における事実の錯誤』（昭和六二）二〇〇頁）。しかし、この見解がここで問題にしているのは故意不法であって、行為反価値一般ではない。
- (3) Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 46. Aufl., 2016, Rn1220.
- (4) Frisch, in: Esar/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III, 1991, S.272; MK-StGB-Freund, Vor §§ 13ff. Rn302.
- (5) 曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』（平成三）一一一頁以下。同頁。同・原論一一二頁、松原・総論二五〇頁。
- (6) 葛原・中古稀七八頁。
- (7) Frisch, Rechtfertigung und Entschuldigung III, S.271f.
- (8) Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 9/166; Roxin, Strafrecht AT I, 14/70.
- (9) 佐久間・刑法における事実の錯誤二〇〇頁。

二 過失犯の成否

一 問題の所在

正当化の客観的要件が存在しないと判明した後の、故意不法阻却の制限責任説による故意不法阻却の判断に際しては、行為者が正当化事情の存在を誤信したことが確認されるに止まり、その際の不注意は認定されない。構成要件該当事実の錯誤と同列に論ずる以上、そこにおけると同じく、行為者が当該事情を認識したか否かだけが重要だ

からである。従つて、過失犯の成否を決するためには、改めて錯誤の回避可能性を検討して過失不法の存否を確認する必要がある⁽¹⁾。このことは、構成要件該当事実の錯誤で故意阻却後に過失犯の成立が検討されることとの平仄も合う。

これに対しては、川端博士によつて、構成要件の故意が存在する時には構成要件の過失も過失不法も存在し得ないため、正当化の段階で故意不法が阻却されれば直ちに完全な不法阻却に到り、過失犯が成立する余地なしとの重要な指摘が為されている⁽²⁾。二つの応答があり得よう。

二 構成要件の過失の検討

その一つは、故意不法を阻却した後、再び構成要件に戻つて過失犯の構成要件該当性を検討するというものである。しかしこれは、構成要件の故意を肯定した上で責任故意を阻却し、さらに構成要件に戻つて構成要件の過失を問う見解⁽³⁾に向けられるのと同じ批判に曝されよう。即ち、構成要件に立返つても再び構成要件の故意が肯定されるため、その不存在を前提とする構成要件の過失の検討、肯定には辿り着かないのである⁽⁴⁾。また、正当化事情の存在を誤信したことについての不注意を構成要件段階で検討することも、体系的に不可能と言わざるを得ない。

三 過失不法の検討

一 それ故、故意不法の阻却後、正当化の段階に止まつたまま過失不法を認定する途が残る⁽⁵⁾。

尤も、故意犯の構成要件該当性の枠内で過失犯の成立を認める斯様な処理が、構成要件段階で故意犯と過失犯を分ける構成要件の犯罪個別化機能を損なうことは否めない。「過失の内実しか有しない意思をそれ自身の内に含んでしまふ構成要件の故意」には犯罪の類型化機能が疑わしい⁽⁷⁾と説かれる所以である。

二 しかし、構成要件該当性の段階で成立した犯罪が正当化の判断を経て変容することは、既に幾つかの場面で承認されている。その一つは、不正の侵害が現在する時点で行われた反撃行為と、侵害の終了後に行われた追撃行為が、構成要件の段階では一体のものと評価されながら、侵害や防衛の意思等が途中で消失したことを正当化の段階で考慮した結果、二つの行為に分離されて全体についての事後的過剰防衛の成立が否定される場合である。例えば、防衛行為者のいずれの行為も暴行であり、攻撃者に傷害が生じてそれが正当防衛とされる反撃行為に起因していれば、構成要件段階の傷害罪が正当化の段階で暴行罪に格下げされるのである。

さらには、構成要件の段階で既遂犯が成立した後、正当化の段階において客観的正当化要件は備わっているが主観的正当化要素が欠ける偶然防衛のような場合に、主観的正当化要素必要説の多くが未遂犯の成立を認めるのも一例である。これは、結果不法の欠如を理由として、成立する罪を変えるものであるから、正当化事情の錯誤による行為不法の減少を理由に同様の処理を行うことも不可能ではあるまい。

以上により、故意不法阻却的制限責任説が、正当化事情の錯誤の事案で故意犯の構成要件該当性を認めながら正当化の段階における判断を踏まえて過失犯の成立を認めるのは、構成要件段階で犯罪を峻別することの例外の一つを成すものと考えざるを得ないように思われる。⁸⁾

三 但し、故意犯の構成要件に該当する過失犯の存在は実質的にも正当とされねばならず、そのためには、構成要件段階で根拠付けられた故意犯の不法が過失犯の不法を包摂すると考える必要がある。結果の予見可能性を過失の本質と解する立場からは、現実の予見のある故意と予見可能性に止まる過失の包摂関係を認めるのは比較的容易と思われるが、過失犯には故意犯にない注意義務違反の要件が課されており両者が行為規範を異にすることを強調する立場においては、⁹⁾ 両者の包摂関係への疑問が生じ得るのである。¹⁰⁾

一つの解決として、正当化事情の錯誤の場合に構成要件的故意（及び違法故意）を認めた上で、責任の段階で故

意を否定して過失を肯定する立場に立つものではあるが、大塚博士の議論がある。曰く、「故意と過失とは、行為者の反規範的人格態度を導く行為の主観的要素として共通した性格をもつのであり、構成要件の故意および違法故意の中には、規範的には、構成要件の過失および違法過失が包摂されている」。何となれば、前者は犯罪事実を表象、認容して敢てこれを行おうとするもの、後者は斯かる表象または認識を欠き、かつ、客観的注意義務に違反して行為するものであって、規範違反の程度は前者が後者より重いからである¹²。ドイツでも、故意不法阻却的制限責任説を支持するロクシンは、結果惹起への内心的関与 (innere Beteiligung an der Erfolgsherbeiführung) の程度が過失的から故意的へと進むに従って、態度の社会的否認が増大すると論ずる¹³。これらは、故意不法と過失不法という主観面の共通性とその量的相違に力点を置くものと言えよう。しかし、「反規範的人格態度」や「結果惹起への内心的関与」は遍く犯罪について肯定し得るため、包摂関係の手懸りとしての共通項たり得るには余りに抽象的であり¹⁴、包摂関係を限定する契機として不十分ではないかが懸念される。

むしろ、客観面に目を向けるべきであろう。先のロクシンを含むドイツの有力説は、故意と過失の間には、既遂と未遂や加重類型と基本類型のような「概念論理的段階関係 (begriffliches Stufenverhältnis)」と呼ばれる大小関係を否定する¹⁵一方で、同一の法益侵害に向けられた行為であることから、行為不法のみを異にする¹⁶「規範的段階関係 (normatives Stufenverhältnis)」を認めている¹⁷。これには、刑事裁判における犯罪の証明の場面で意味が与えられている。即ち、被告人に過失があったことは確実であるが故意の疑いもある場合、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用して過失犯を認定し得るとされるのである¹⁸。斯様な訴訟法上の取扱いの可否は兎も角、実体法上の関心からも、故意犯と過失犯が客観的に法益侵害を共通にし、相違が行為不法、行為規範のみに存することとは、改めて確認しておくに値する。前述の大塚博士の見解でも、斯かる結果不法の一致は当然の前提にされているのではなからうか。そして、法益が法的規制の出発点であることに鑑みれば、この共通点を手懸りすることに

よって、故意と過失の包摂関係を認め得るように思われるのである。

なお、先に見た事後的過剰防衛が否定される事例では、傷害と暴行という、結果不法も行為不法も異にする二つの犯罪の間の謂わば包摂関係が肯定されていた。そうであれば、故意不法阻却の制限責任説が、結果不法を全く同じくする故意犯と過失犯の間で不法の包摂を認めたとしても、不当とは言えないであろう。

四 斯様にして、故意不法阻却の制限責任説の立場からは、故意犯の構成要件に該当した行為につき、正当化事情の錯誤によって故意不法を阻却した後、故意犯と過失犯の結果不法の共通性を手懸りとして、正当化の段階で過失犯の検討に進み、右の錯誤が回避可能であれば過失不法を認めて、過失犯処罰規定が存する限りで過失犯の成立を肯定することになるのである。

註

- (1) 構成要件の故意を肯定した上で責任故意を阻却する立場からではあるが、正当化事情の誤信についての注意義務違反を改めて認定すべきことを強調するのは、松澤・川端古稀上巻二九五、三〇三頁。なお、その立証責任が検察官にあることは、正当化事由や免責事由の不存在についてもそうである以上、この過失を構成要件段階に位置付ける理由とは成し得ないであろう（反対、松澤三〇三頁）。
- (2) 川端博『正当化事情の錯誤』（昭和六三）九五頁。
- (3) はじめに註（4）参照。
- (4) 責任故意阻却説に対する批判であるが、川端・正当化事情の錯誤二四頁以下、井田・総論三五一頁註一五、今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆『刑法総論（第2版）』（平成二四）三三頁「小林」。「故意犯の構成要件に該当する行為が過失犯の構成要件にも該当することになり、構成要件はおよそ過失犯と故意犯とを類別する機能を有しないことになる」とも言われる（葛原・中古稀七九頁。この批判は故意不法阻却の制限責任説に対しても向けられている）。
- (5) 松澤・川端古稀上巻三〇三頁。

- (6) 中森・法教一〇八号四三頁、安田・法教二七四号九三頁。
- (7) 葛原・中古稀七九頁。正当化事情の錯誤で責任故意を否定した後責任の段階に止まったまま責任過失の検討を行う見解(はじめに註(4)参照)に対する同様の批判として、川端・正当化事情の錯誤二七頁、井田・総論三五二頁註一五、松宮・総論五七頁、松原・総論二五一頁。
- (8) 責任故意阻却説であるが同じ方向にあるものとして、曾根・原論四二二頁以下、高橋・総論三〇三頁。
- (9) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(平成一一)一三四頁以下、佐伯・考え方四二頁。
- (10) 井田・総論一一〇、一五四頁、西原春夫『刑法総論(改訂版)「上巻」』(平成五)一五四頁、高橋・総論八三、一一三頁。
- (11) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: AT, 5. Aufl., 1996, § 5412; MK-StGB-Dutige, § 15 Rn103f.; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, § 15 Rn3; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Aufl., 2017, § 15 Rn12a.
- (12) 大塚・総論四七二頁。また三六三、四三三頁。尤も博士はその一方で、「故意と過失は、行為の主観的要素として、共通の基盤に立ちつとも、概念的には、相互に排斥し合う」とも述べており(大塚・総論一三三頁)。「概念的に排斥し合う」ものが規範的に包摂関係にあるという論理は、納得しがたい。」との批判が向けられている(浅田・総論九四頁註一五。同旨、佐久間・総論三〇三頁、同「故意構成要件と過失構成要件」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集「上巻」。(平成一九)所収三九〇頁、齋藤・総論一〇九頁)。
- (13) Roxin, Strafrecht AT I, 24/80.
- (14) Vgl. MK-StGB-Dutige, § 15 Rn102.
- (15) Roxin, Strafrecht AT I, 24/79; MK-StGB-Dutige, § 15 Rn104. 又、高田・前掲書一三六頁。
- (16) Satzger/Schluckebier/Widmaier/Momsen, StGB, 3. Aufl., 2016, § 15 Rn96.
- (17) Roxin, Strafrecht AT I, 24/79; Matt/Rezkowski/Gaede, StGB, 2013, § 15 Rn61; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 10 Rn15; von Heintschel-Heinegg/Kudlich, StGB, 2. Aufl., 2015, § 15 Rn30.

(18) Matt/Rezikowski/Gaede, StGB, § 15 Rn6f; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, § 15 Rn4; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 10 Rn15; Satzger/Schluckebier/Widmann/Momsen, StGB, § 15 Rn96; 我國では、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(昭和五四) 三三五頁、大澤裕「刑事訴訟における『択一的認定』(四・完)」法協一一三巻五号(平成八) 七六六頁以下(ドイツの状況については、同「(三)」法協一一二巻七号(平成七) 九六六頁以下、「(四・完)」法協一一三巻五号(平成八) 七二二頁以下が詳しい)、河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法(第二版) 第8巻』(平成二三) 八一頁「中谷雄二郎」、高山・前掲書二三五頁以下、佐伯・考え方四一頁註二八。田宮博士も、「共通項となる事実があり、その限度で利益原則の適用により事実認定が可能な」既遂と未遂のような関係を「大小(包摂)関係」と呼んだ上で、故意犯と過失犯は「純粹な大小関係にはないが、同一行為についてもばら行為者の主観面だけが二義的に解される場合は、大小関係の理を用いることも許されよう」と述べる(田宮裕『刑事訴訟法「新版」』(平成八) 四二四頁註三)。なお、最高裁も、完全責任能力状態で行われた原因行為が過失、心神喪失状態で被害者を刃物で刺突した結果行為が故意の事案において、「殺人の公訴事実中には過失致死の事実をも包含する」と述べて過失致死罪の成立を認めたとある(最大判昭和二六年一月一七日刑集五巻一四二〇頁)。

三 正当化

一 総説

正当化事情の錯誤に回避可能性がなければ、どの見解も犯罪の成立を否定する^①。多数説は責任を阻却するが、故意不法阻却的制限責任説は違法論で処理を行い、過失不法を阻却するのである。正当化の客観的要件が存在しないため結果反価値は残るが、違法二元論からはそれだけでは違法と成し得ないため、行為が正当化されるに到る^②。錯誤の回避可能性の基準は、違法の問題であることから一般人とならう^③。以上は、構成要件的過失が客観的注意義務

の遵守によって否定されれば行為が適法になることも一貫する。⁽⁴⁾

この違法阻却は超法規的である。例えば無過失の誤想防衛は、正当防衛そのものではないため三六条一項の適用を受けないが、「違法性の一般理論により行為不法の欠如を理由として違法性が否定される」ことになる。⁽⁵⁾

二 批判と反論

斯かる正当化に対しては種々の異論が見られる。先ず川端博士は、行為反価値が消滅しても、残存する「結果反価値はあくまでも故意行為によって惹起されたものであるから、故意不法の要素として存続」するため、「完全な不法阻却はありえない。」⁽⁶⁾と述べる。ペフゲンが、「目的活動的（故意的）に生み出された結果反価値」の残存を理由に正当化を否定する⁽⁷⁾のも、これと同趣旨とも見得る。しかし、結果反価値と行為反価値は互いに独立して觀念されるものであり、結果反価値が故意不法或いは過失不法の装いを纏うことはないであろう。そして、結果反価値だけでは違法と認められないのは前述の通りである。

また、正当化の過失の阻却を構成要件の過失の阻却より厳格に判断すべきことも唱えられている。ヒルシュは、正当化事情の存否の確認の怠りからではなく、客観的正当化要件の不存在から直ちに注意義務違反が肯定されると説く。⁽⁸⁾ 通常の過失犯におけるとは異り、注意義務違反を謂わば擬制するものと思われる。⁽⁹⁾ ペフゲンも、正当化事由の適用される行為の中でも特に、状況を即座に判断することが求められる緊急行為を、構成要件の過失行為よりも高い錯誤の危険を伴う「危険な態度（riskantes Verhalten）」と位置付け、より注意深い態度を要求する。⁽¹⁰⁾ しかし、構成要件の過失も、高速度交通機関の事故等では切迫した状況下での不注意が問われることに思いを致せば、正当化の過失をより緩やかに認める理由があるとは思われない。⁽¹¹⁾

その他、一般人にとって回避不可能な正当化事情の錯誤に基く「かなり広い範囲の無過失行為」の処罰を正当化

(或いは責任)の段階で初めて否定するのでは、処罰すべきでない行為を排除する構成要件の罪刑法定主義的機能が十分に果されないと言われる⁽¹²⁾。しかし、一般人に回避不可能な錯誤の事例はむしろ例外に止まると思われるため、杞憂であろう。

三 正当化された正当化事情の錯誤に基く行為に対する反撃

一 正当化事情の回避し得ない錯誤に基く行為が正当化されると、不正の侵害を構成しない以上、正当防衛による対抗は不可能である⁽¹³⁾。その実質的根拠は、構成要件的過失を欠くため適法とされる行為に対する正当防衛が否定される際に挙げられるのと同じく、客観的注意義務違反なき行為は法秩序の要求に適合するため、これに反撃して法秩序を防衛する必要がないことに存しよう。

これに対しては、誤想に基く行為の相手方の保護に欠け、錯誤者こそが判断の誤りの危険を負うべしとの批判が為されている⁽¹⁷⁾。確かに、相手方の受忍義務は否定すべきであろう。錯誤を理由とする正当化は事前判断に基くものであり、事後的に見れば相手方の法益の保護相当性は否定されないからである⁽¹⁸⁾。しかしそうであるとしても、正当防衛という峻厳な反撃手段を与える必要があるかは疑わしい。正の危険源に対しても行使し得る防禦的緊急避難で足りよう⁽²⁰⁾。

二 これに関連して、回避不可能な正当化事情の錯誤に基く行為同士が衝突する時、故意不法阻却的制限責任説によればいずれの行為も適法となり、奇妙な結論と非難されている⁽²¹⁾。例えば、襲撃予告のあつた施設で警報が誤鳴し、警戒中の二人の警備員がお互いを襲撃者と誤信して撃ち合った等⁽²²⁾。確かに、正当化判断の基礎事情を行為時のものに限定すると、正当化の衝突は避けられない。そして、前述の如く正当化事情の誤想に基く行為には緊急避難による反撃が許されるとすると、右の事例で両者が相手の行為にさらに対抗すれば緊急避難が衝突するに到る。こ

れは、強者の権を認めるものであり、好ましくない。そもそも正当化の段階は利益衝突を一義的に解決するためにあり、それ故事後判断が原則とされるべきである。しかし、正当化事由の中にも、司法上の強制権限（刑訴一九九、二二〇、二二三条等）の如く、性質上、要件の存否を事前判断すべきものがあるように、行為時のものしか問題とならない行為者の主観を手懸りに行う違法判断も事前的たらざるを得ず、利益衝突の解決という課題が一步道を譲る例外的場面ということになる。

註

- (1) 誤想防衛の事案を扱った裁判例で錯誤の相当性を認め、無罪を言渡したものとして、広島高判昭和三五年六月九日（高刑集二三卷五号三九九頁）、東京高判昭和四五年一〇月二日（高刑集二三卷四号六四〇頁）、新潟地長岡支判昭和五〇年一〇月一八日（刑月七卷九一〇号八五五頁）、東京地判平成四年一月二日（判時一八三三号一五六頁）。尤も、問題の体系的な位置付けも含め、理論構成は明らかでない。
- (2) LK-StGB-Rönnau/Hohn, 12. Aufl., 2006, § 32 Rn97; 中森・法教一〇八号四三頁、伊東・総論一八〇頁註一七。なお、野村博士が、錯誤が回避不可能であれば行為不法の不存在故に正当化を行いなから、錯誤が回避可能な場合に故意不法だと認めるのは（野村・総論一六一頁）、過失不法から故意不法を帰結するものではないかの疑問がある（vgl. MK-StGB-Freund, Vor §§ 13ff. Rn303）。
- (3) 前註第一文の諸文献。
- (4) Herzberg, JA 1989, 296; MK-Schlehofer, Vor §§ 32ff Rn92; s. auch Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, § 16 Rn15.
- (5) 井田・理論構造一三五頁註一八。井田教授は消極的構成要件要素論を採るが、過失不法の不存在故に正当化を認める点は故意不法阻却的制限責任説と同じである。これに対して曾根博士は、三六条一項の要件を満たさない適法行為を認めると「正当防衛規定が宙に浮いてしまふ」と論難する（曾根・原論二二三頁註九五）。その趣旨は必ずしも明瞭でないが、い

じくも超法規的正当化事由を承認する(同184、248頁)のであれば問題はないように思われる。

- (6) 川端・正当化事情の錯誤九三頁。
- (7) Paeffgen, Armin Kaufmann-GS, 1989, S.420 [拙紹介・法と政治四五卷一号(平成六)三三二六頁]; NK-StGB-Paeffgen, 4.Aufl., 2013, Vor §§ 32ff Rn116f.
- (8) Hirsch, Schroeder-FS, 2006, S.232.
- (9) Vgl. Schünemann/Gracco, GA 2006, 789.
- (10) NK-StGB-Paeffgen, Vor §§ 32ff Rn114.
- (11) ロクシンは明らかに進んで、正当化事情の錯誤に陥った者は、自分が緊急状況に置かれているとの表象故にこそ、事態を慎重に調査せねないといはれる(Roxin, Strafrecht AT I, 14/67)。
- (12) 松澤・川端古稀上巻三〇一頁註四一。
- (13) ヴォルフガンク・フリッシュ(葛原力三訳)「ドイツにおける錯誤論の発展と現状」ノモス八号(平成九)二四〇頁。
なお、註(2)に挙げた如く回避不可能な正当化事情の錯誤に基く行為を正当化する伊東教授は、行為反価値論に立ちつゝ、三六条の「不正」は可罰的不法である必要がないことから物的不法のみで足りると説く(伊東・総論一八五頁、同註一八)ため、この行為に対する正当防衛を認めるといふならん(vgl. LK-StGB-Rönnau/Hohn, § 32 Rn97)。「か」物的不法のみでは凡そ違法と認め難いのではないかと思われる。
他方、正当化事情の錯誤が回避可能であれば、過失不法が残るため、正当防衛による反撃が可能である。
- (14) 井田・総論二七八頁、高橋・総論二七七頁、小田直樹「正当防衛の前提要件としての『不正』の侵害(四・完)」広法一〇巻三号(平成九)一九頁、Roxin, Strafrecht AT I, 15/14.
- (15) 齊藤誠一「正当防衛権の根拠と展開」(平成三)一七十七頁。
- (16) 曾根・刑法における実行・危険・錯誤一三三頁。
- (17) Heinrich, Strafrecht AT, 5.Aufl., 2016, Rn1133.
- (18) 拙稿「緊急避難に対する緊急避難」名法二五六号(平成二六)四九頁。

- (19) そのような趣旨と見られるのは、曾根・刑法における実行・危険・錯誤一二三頁、同・原論二二二頁。
- (20) Roxin, Strafrecht AT I, 15/15; フリッシュユ・ノモス八号二四〇頁。
- (21) Erb, Paeffigen-FS, 2015, S.212; Scheffler, Jura 1993, 625.
- (22) Beispiel von Erb, Paeffigen-FS, S.212.

結びに代えて

本稿では、主観的違法要素としての構成要件の故意を認める立場から、正当化事情の錯誤によって故意不法が阻却され、過失不法を肯定した場合には過失犯の成立が認められ、過失不法が否定されれば行為は正当化されるのではないかを論じた。固より試論の域を出ず、網羅的な議論を為し得なかったこと¹⁾や判例に殆ど言及していないことも気懸りであるが、大方の御教示が得られれば幸いである。

註

- (1) 例えば、正当化事情の錯誤に基く行為への共犯には触れられなかった。この点に関する近時の論稿として、鈴木・日法八二巻二号一八九頁。