

アルトウール・カウフマン記念論文集の紹介 (4)

ウルリッヒ・シュロート

## 正当化事情の認識とその「可能性の認識」

Ulrich SCHROTH, Die Annahme und das "Für-Möglich-Halten" von Umständen,  
die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, Festschrift für Arthur  
Kaufmann, 1993, S. 595-610.

刑 法 読 書 会

上 田 健 二 監 修

紹介者・橋田 久

本論文は、正当化事情の誤信によって故意が阻却されるとい  
う立場を採る場合に、故意の阻却のためには正当化事情の存在  
についてのどの程度の認識が必要か、という問題を扱うもので  
ある。またこれは、裏返せば主観的正当化要素を肯定するに足  
りる認識の程度の問題であり、この点にも触れている。筆  
者は先ず、Ⅰで正当化事情の誤信による故意の阻却を主張し、

修正された消極的構成要件要素論を展開する。次いでⅡにおい  
て、制限責任説の様々な見解を検討し、それをすべて斥ける。  
これらを前提として、Ⅲで本稿の主題が詳細に論じられるので  
ある。以下で要旨を紹介する。

## I 厳格「責任説」と制限「責任説」

ドイツ刑法一六、一七条が「責任説」を採用したことについては、ほぼ理解の一致があるが、正当化事情の錯誤の扱いについては、依然として争いがある。

厳格責任説は、これを所為の不法内容についての錯誤と見て、一七条を適用する。もっともペフゲン（旧説）は、錯誤が回避可能な場合、四九条二項による刑の減輕を認める。これに対して、制限責任説は場合分けを行い、行為者が正当化事情の存在を誤信すれば一六条を（直接的または類推的に）適用し、それ以外の場合を一七条に配する。そのほか、制限責任説の変形として、「故意犯処罰」の法律効果のみを否定するもの、構成要件的故意は残すが故意責任は認めないもの、故意犯を成立させるが処罰を過失犯の法定刑の枠内に止めるもの、一六条も一七条も適用せず、一般的に過失犯処罰を——刑法典に規定がなくとも——認めるものがある。

厳格責任説の根拠として、正当化事情の誤信は構成要件の錯誤ではないから禁止の錯誤である、と言われている。しかし、立法者はこの場合がどちらに当たるとも規定していないのであるから、一六条を（類推）適用することは可能である。

正当化事情の認識とその「可能性の認識」

さらに根拠とされるのは、故意犯と過失犯の区別が、故意行為者には刺激 (Impuls) が伝えられていることにある点である。構成要件実現を認識した行為者には、自らの行為の方向づけ、正当化事情の存否を熟考するための刺激が与えられているのであるから、正当化事由の誤信に際しては一七条がより適合する、と言われる。しかし、故意の高められた答責性の根拠は、行為者が主体的に、法秩序が構成要件によって保護しようとしている法的価値に敵対する決断をしたことに求められるのである。

それでは、正当化事情の誤信によって故意が阻却される根拠は何か。一般的に言えば、故意の高められた答責性の法的および社会的理由は、行為者による行為の方向づけが、前述の法的価値に敵対することにある。故意犯の高い法定刑の社会的意味は、故意行為者には規範的反転 (normative Umkehr) が要求されるのに対し、過失行為者には、右の法的価値について将来的に注意深くなること「しか」要求されない点にある。正当化事情を誤信する行為者は、他者の法益に対する相互的視点 (die Reziprozität der Perspektive) を意識的には侵害しておらず、むしろ規範の保護する価値に適合的に、刑法の側に立っている。法秩序の要求する相互的視点は、構成要件該当性と正当化事由の両者から成立するのである。

同志社法学 四七卷一号 三一九 (三一九)

さらに、価値論的にも、故意の阻却を支持できる。酩酊のため日常的な手術に失敗して患者を死なせた医師が二二二条〔過失致死〕に止まり、同意を誤信して生命に危険のある手術を医療準則に従って行った医師に、錯誤が回避可能な限り二二二条〔故殺〕が問われるというのでは、釣合いが取れない。

故意犯性を否定する第三の、中心的な理由は、構成要件該当性、違法性、責任の関係である。通説の三元的犯罪体系論においても、アルトゥール・カウフマンが明言する通り、原則的な評価段階は二つである。つまり、構成要件該当性と正当化事由の段階では、刑法的意味における行為の実質的不法が問われるのに対し、責任の段階では、行為者に対して個人的な答責性が問われる。刑法における実質的不法は、構成要件と正当化事由が相俟って形成されるのである。ここからすれば、正当化事情をも故意の対象として認めるのが正しい。また、正当化事由を消極的構成要件要素として規定するか、正当化事由の形で「不真正」な消極的構成要件要素として規定するかは、多くの場合立法技術の問題であるから、この違いによって故意の対象か否かを定めるべきではない。

さて私見は、消極的構成要件要素論を若干修正し、正当化事由を、責任に対する「不法」の段階の内部に、従属的ではある

が独自の平面として位置づける。その理由は以下の通りである。第一に、法適用者は、まず不法の積極的要件を問うた後に、正当化事由の平面で不法阻却を問う。両者は視角を異にするので、このことを体系上明らかにしておく必要がある。

さらに、構成要件不該当の行為（蚊を殺すこと）と「単に」正当化される行為（正当防衛による殺人）との間には、価値的な相違がある。正当化事由は、実定的に規定された構成要件の否定ではなく、不法構成要件を実現する行為が実質的に不法と見られることを否定するのである。また、正当化事由を不法内部の従属的平面と捉えて、違法な態度というものを認める場合にのみ、禁止と許容命題は共通の機能を持ち、そこから、通説が正当化事由に侵害権限を認めることも説明できる。消極的構成要件要素論が基本法一〇三条二項〔罪刑法定主義〕の非現実的な拡張に到る、との批判も、同じく力がない。批判者自身もその正当化事由への適用を否定していないし、本稿の如く正当化事由に実質的に当罰的な不法を認める際の従属的機能しか認めないとしても、罪刑法定主義の適用を否定または制限するためには、実定法上の根拠を要する。正当化事由を消極的構成要件要素と見るならば、故意は正当化事由の不存在にも及ぶべきことになるが、行為に如何なる正当化事由も妥当しないとの意

識は持ち得まい、との批判もある。しかし、あらゆる（真正も含む）消極的構成要件要素において、認識の欠如は、行為者が消極的構成要件要素を根拠付ける事情、実質的不法を阻却する事情を認識している場合にのみ認められる。それはあたかも、行為者が軽い罪の故意しか問われないのは、軽減的行為事情を認識している場合に限られる（一六条二項）のと同断である。

消極的構成要件要素論が共犯の可罰性の間隙を生ぜしめるとの批判も、説得力を欠く。一方では、一六、一七条〔教唆、幫助〕の「故意」の概念を目的論的に縮小して、許容構成要件の錯誤による故意阻却をそこでは考慮しないことが可能である。他方では、二六、二七条において制限従属性説を採用した立法者が意識的に関いておいた間隙を、実務が閉じるべきかも疑問である。

正当化事由が、行為を違法と評価するに際しては従属的であると考えるとしても、その認識により故意阻却を認め、故意の高められた答責性を否定するのは、ほとんど必然的である。故意の対象は、消極的形態においては不法阻却事情でなければならぬ。

正当化事情の誤信が故意を阻却する最後の根拠は、一六条二項である。その法意が、行為者は主観的に認識した不法の枠内

でしか故意を問われず、それゆえ、より軽い法律の構成要件を実現する事情を認識した行為者は軽い法律によってしか故意犯処罰を受けないことにあるとすれば、刑事不法を阻却する事情を認識した行為者を故意犯としては処罰できない筈である。さもなくば、評価の統一性が失われよう。

## II 制限責任説の諸相

許容構成要件の錯誤によって故意責任のみを阻却しようとしたのは、初めて二重の故意を認めたガルラスである。その主張によると、不法故意は目的性を担うもので、刑法規範の基底にある態度規範への意思的違背によって根拠づけられる。これに対して、所為の典型的な心情価値を表す責任故意には、「故意責任阻却事由」しての機能が与えられている。この二重性は、法規範の命令説的理解に基くものであり、通説が認める過失の不法と責任での二重性に対応する。また論者は、目的論的に意思動と意思形成を区別し、構成要件の故意を前者、責任故意を後者に關係付ける。許容構成要件の錯誤では、人的不法を基礎づける意思動があり、構成要件の故意は認められるが、意思形成は法の枠内で行われており、法敵対の心情の表れとは言えないため、故意責任は否定されるのである。

これに対する批判としてまず、刑法典は単に一般的に故意と言っており、二段階の故意を基礎に置いていないことが挙げられる。

さらに、意思表示と意思形成の区別も疑わしい。心理的事実として存在する意思のみが表動、形成され得、目的性や心情反価値の担い手となり得るのであるから、この区別は実体存在論的 (substantionologisch) 意思概念に基くものである。しかし、精神的行為に関わる言語ゲームは対象を持たず、むしろ行為の性質の解釈に役立つとのヴィトゲンシュタインの説によれば、意思は存在せず、その表動と形成を区別することも無意味である。また、許容構成要件の錯誤によって心情反価値が欠落する理由も不明である。心情とは「湧出した内心的態度」に他ならないが、許容構成要件の錯誤がこれに関係するかは怪しい。

この説が可罰性の欠缺を塞ぐために展開されたことも、方法的に大いに疑わしい。刑法的負責は法体系の欠陥からではなく、主観的歸責についての実質的論理から展開されねばならない。

許容構成要件の錯誤は「故意犯処罰」の法律効果のみを排除するとの説にも説得力がない。その排除の前提である、高められた答責性の不存在は、行為の方向付けが故意的であるとの評

価を既に排除するのである。

一六、一七条の適用を否定する説も受入れ難い。この説が常に過失犯処罰を認めるのは一五条違反である。さらに、立法者はこの二種類の錯誤しか規定していないので、一六、一七条の回避は方法的に許されない。故意犯を成立させるが過失犯の処罰規定がある場合にその限度で処罰するヤコブス説も、透徹したものではない。私見によれば、行為者が注意すれば錯誤が回避可能であったことよってのみ、何らかの責任が根拠づけられるのである。以上のような各種の制限責任説に説得力がないとすれば、許容構成要件の錯誤は、一六条の類推適用により、故意犯性を阻却することになる。類推に止まるのは、一項も二項も文言が事態に合致しないからである。

### III 許容構成要件の錯誤にとつての可能性表象の重要性

そこで次に、可能性の表象によっても故意阻却的な許容構成要件の錯誤が認められるかを検討する。

学説は三つに分れる。第一説は、正当化事由の前提が客観的に存在する必要はおよそまたは稀にしかなく、その(特殊な)危険で足りると言う。行為者がその行為状況において事前に認

識し得るのは、危険状況のみだからである。その時、正当化事情の可能性ないし蓋然性の表象、危険状況の表象があれば、正当化事由の主観面は肯定され、これを妨げる表象があれば異なる（フリッツユ）。

第二説は、原則として正当化要件の客観的存在を求め、主観面では、その確定的認識を要求する。正当化事情の存在を単にあり得るとしか考えていない者は、その不存在の可能性をも認めているのであるから、許容構成要件の錯誤は肯定されない。正当化事由が三四条〔正当化緊急避難〕の如く明文で可能性表象を指示している限りでのみ、それに対応した危険性表象で足りる。従って、違法な攻撃の可能性を認めつつ、それが見せかけのものである可能性も考えている場合、さらに事後的には真正の攻撃であると分った場合にも、三二条〔正当防衛〕は適用されない。もっとも前の場合でも、三四条による正当化や免責事由の適用の余地は残る（ヴァルダ、ロクシン）。

第三説は、可能性の表象が正当化事由の主観面を構成し、ないしは正当化事情の不存在の際に故意を阻却する錯誤を導く場合のあり得ることを認める。そのための基準は、正当化事情の存在の信頼の有無、その存在を無関心から否定したか否か等である（クラーマー、BGH VRS 40 (1971) S. 104 ff.）。

第一説に対しては、要件の存在の危険性で足りる正当化事由は確かにあるが、これを一般化するの是不当であると言える。立法者が客観的に規定している要件は客観的に存在せねばならない。三二条は、文言によれば、現在の違法な攻撃が客観的に存在する場合にのみ適用される。三二条が他人の権利への広範な侵害を正当化していることから、このように考えるべきである。加えて、三二条の正当化根拠は、損害発生について帰責され得る攻撃者が損害の除去についても責任を負うべきことにあるが、この責任は、現実に攻撃を行った場合にのみ認め得るのである。

さらにこの説は、正当化事由の機能を、第三者の受忍義務の要件の設定ではなく、「それ自体としては」否認されるべき態度がその性質をいつ失うかの基準設定に求めている。しかし正当化事由は、従来からの理解通り、侵害結果をも正当化するのであり、そのためには客観的要件の存在が必要とされよう。また、このような正当化事由の機能は、正当化事由と免責事由を機能的に区別するためにも認めるべきである。

次に第二説は、余りに硬直している。人はしばしば、正当化状況の存否を確認し得ない場合にも、そのいずれかへの非常に困難な決断を行うべきことになるのであるから、危険認識に

よって正当化事由の主観面、許容構成要件の錯誤が認められる可能性は必ずしも排斥されるべきではない。

もう一つの反対の論拠は、負責と免責を相関的に考えるべきことである。危険性表象による責任の根拠づけが可能な刑法体系においては、それによる免責の可能性も認められるべきである。

最後に、正当化事情があり得るとしか考えなかつた者は常にその不存在の可能性を考えている、というのも正しくない。心理的に見れば、その存在を信頼していることはあり得、そうであれば、不存在の可能性を考えていないことになる。

かくして第三説のみが残る。その時間問題は、正当化状況についての「如何なる」危険性認識があれば主観的正当化要素と認められ、ないしは許容構成要件の錯誤が成り立つかである。まず、感情的要素を基準として、正当化状況の存在につき行為者が無関心であれば、正当化の主観面も許容構成要件の錯誤も認めないという立場があり得る。しかし、行為者が無関心であったか否かの判断は難しく、これはしばしば性格判断に帰着する。加えて、行為者が具体的行為状況において法益を尊重しないか否かは、余りに多くの偶然に依拠するため、これを以て答責性を高め、あるいは否定する基盤と考えることはできまい。

別の途は、行為者が正当化事由の存在を信頼していれば常に、正当化の主観面と許容構成要件の錯誤を認める。私見によれば、このような規範的判断には十分な理由がある。法益侵害を計算に入れた者に故意の帰責を認めるなら、行為者が正当化事情の存在を信頼した場合には免責の可能性を認めるのが一貫する。ある法体系の中で答責性を高める根拠とされているものは、逆の状況においては免責的に評価されるべきであろう。正当化事情の存在を信頼する行為者は、心理的に、正当化の効力を持つ事情にしか直面しておらず、反対の可能性を考えることはもはやなく、その意識において、法秩序の枠内で行為している。正当化事情についての危険性表象が心理的に形成されることにより、行為の決断に際しての冷静な判断が妨げられるため、故意の高められた答責性非難はなし得ない。非難できるのは、行為の方向づけにおいて不注意であった点についてのみである。

残された問題は、行為者が具体的な実行の時点まで、正当化事情の存否について確信を抱かなかつた場合の処理である。その行為者は、最悪を予想してその中で自らの利益を最大化するか、具体的行為状況において事前判断によれば全体にとってより大なる利益をもたらす行為を選ぶかの二つの可能性を持つ。常に複数の利益を比較するという正当化事由の特質を考える

ならば、対立利益の考慮によって全体としての利益の最大化を視野に入れた心理状態のみを優遇するのが一貫する。即ち、故意の高い答責性が否定されるのは、正当化状況の存在の可能性を認めたと行為者の目から見て、行為が必要でありかつ利益の均衡が保たれている場合なのである。この結論を若干の事例に適用して見よう。

事例一(正当防衛) 警官が、自分に向けられた銃が本物か否か確信のないまま、機先を制して相手を射殺したが、実は模造銃であった場合。私見によれば、退避可能性やより軽微な反撃手段がない限り、この可能性表象は許容構成要件の錯誤を根拠づけ、故意の殺人罪は成立しない。それ以上待つことは、銃が本物であった場合には生命の危険を意味しようが、その受忍義務はない。三二条の保護原理によれば、生命に対する違法な攻撃を行う者への致死的反撃が許されているからである。ここでは、行為者の不注意を非難し得るに過ぎない。

事例二(正当防衛) 我が家から逃げ去って行く侵入犯に向けて発砲した者が、何か盗まれたものがあるか、即ち三二条の攻撃がなお現在しているかには確信を持っておらず、実際に何も盗られていなかったとすれば、発砲が所有権を守るための唯一の手段であったとしても、傷害あるいは殺人についての故意阻

正当化事情の認識とその「可能性の認識」

却的な許容構成要件の錯誤を認めるべきではない。三二条で「不均衡な」侵害をも許容する法確証原理は、不確実な状況下での行為には妥当し得ないので、行為者は対立する財の比例性を尊重すべきである。それゆえ、侵入犯が現に盗品を持っていないとしても、その確信なき行為者の正当防衛権は制限される。

事例三(緊急逮捕) ある者を、刑法一二七条二項によって逮捕し得る容疑者かも知れないと思った警官も、比例性原則に厳しく拘束される。直ちに照会を行うべきであり、逮捕の際には相手に過大な受忍を求めてはならない。この拘束の下でのみ、後に人違いと分った場合、強要、逮捕、監禁についての許容構成要件の錯誤が認められる。

事例四(同意、合意) 婦人が性交に抵抗しているのをただの恥じらいからではないかも知れないと思った者は、合意の不存在が事後的に判明した場合、許容構成要件の錯誤を主張し得ない。行為が単に利己的なものではないことは、法益主体の意思に従う限りで肯定できるから、同意、合意の存否につき疑いを残す行為者は事実を説明せねばならず、またそれは可能である。それをせずに行為に出る者は、刑法秩序によって守られるべき価値を踏み越えることになるのである。

\* \* \*



以上が論文の概要である。ここで取上げられている問題は、我国においても、厳格責任説を採らない限り、さらに主観的正当化要素必要説に立つ限りでは、意味のあるものである。

いずれにせよ、我が国では未開拓の分野に関する本論文を契機として、今後は議論が深められて行く必要があるだろう。

(橋田 久)

シュロートの結論は必ずしも明確ではないが、恐らく次のような趣旨であろう。原則として、正当化事情の存在についての信頼に到達した場合のみ錯誤を認めつつ、信頼に達しなくとも、行為者の認識した状況を基礎にすれば行為の必要性と利益の均衡(比例性)が客観的に認められる限りで、故意を否定する。しかし、もしシュロートが右のように、故意の成否を客観的な比例性によって左右させるものであるとすれば、特にシュロート自身が行為者の法敵対性を故意の高い答責性の根拠と考えていることから見ても、疑問である。さらに、事例一と二で結論が異なるのは、保護原理と法確証原理が対比されていることから見れば、事例一は法秩序の確証の利益を考慮せずとも、生命という個人的利益の保全のみによって、即ち防禦的緊急避難としても殺害が正当化され得る場合であったことに着目したからであろうが、対立利益の考慮の際に法確証の利益を排除する理由、および事例二において、法確証の利益については、その前提たる正当防衛状況の存在の信頼が要求されている理由は明らかではない。