

【翻訳】

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)〔十三〕

クラウス・ロクシン 著
吉田宣之／四條北斗 訳

第14章 不法論の基礎

第1節 違法性と不法

1 構成要件に該当する行為は、正当化事由（32条の正当防衛、34条の緊急避難、親の懲罰権）が違法性を阻却しない場合、違法である。正当化事由という代わりに、「不法阻却事由」といわれることもあるが、そこに意味の違いはない。とりわけ、正当化事由を認めるために、正当化される行為が積極的に評価されるべきであるとも言われてはならない。この行為は、法秩序によって非難されることはなく、受け入れられるのであって、それにさらに積極的な価値判断を下すことは刑法の任務ではないからである。したがって、親による子どもへの節度ある懲罰は、親のしつけの権利の現れとして法秩序によって承認されるが、それは体罰の善し悪しについての教育上の論争に意見表明をするものではない。

2 それゆえ、構成要件と違法性の間に、Güntherが提唱するように、特別な「刑法違反性」というさらに別の評価段階を差し挟む必要はない。彼は、従来の正当化事由を二つのグループに分けている。すなわち、一つのグループは「刑罰不法阻却事由」として単に刑法上の行為非難の放棄を表明し（たとえば、推定的承諾、堕胎）、他方で、もう一つのグループは「正当化事由」として一般的な法の非難を阻却するというのである（たとえば、32条の正当防衛や34条の緊急避難）。およそ刑法上の非難の欠

如と積極的な承認を区別しようとした場合、境界線は正当化事由の種々の態様の間ではなく、まさに個々の正当化事由の中心を貫いて引かれる境界線の間にある。それはほとんどの正当化事由の場合に、まだ当然に受け入れられるべき限界事例が存在するし、また、優越的な侵害利益の自己主張が承認されるべきであるからである。

3 「違法性」と「不法」という刑法体系上の概念は、次のように区別される。違法性は、構成要件に該当する行為の固有の性質、つまり、その行為が刑法の禁止や命令に反することを示しているのに対し、不法は、構成要件に該当する違法な行為自体、つまり、その価値評価とともに違法性評価の対象をも包含するものと理解されるのである。したがって、不法という概念においては、行為、構成要件、違法性という三つの犯罪のカテゴリーが一括りにされる。刑法上の不法は、刑罰構成要件を前提にしているので、つねに特殊刑法的な実体であるが、その他に、民法上の不法（たとえば、法の禁じた私力）や行政法上の不法なども存在する。それに対して、違法性ないし適法性というカテゴリーは、たしかに刑法に限定されていることもあるが（参照、Rn.32 以下）、その射程は原則的にもっと広いものである。したがって、正当防衛（32 条）や緊急避難（34 条）はほとんどの事例において、全法秩序の範囲における違法性を阻却し、反対に、他の法領域に由来する干渉権（民法 1631 条の家族法上の懲罰権、刑事訴訟法 127 条の刑事手続上の逮捕権）は、対応する刑法上の構成要件の充足を取り消すのである。今日の見解によれば、違法性と不法という区別されるべき概念は、以前の用語法によればたいていは同じ意味の言葉として用いられていたのである。それに倣って、今日でも（本書でも）、言葉のより精確な意味では刑法における違法性の理論が意味される場合にも、不法論といわれるのである。

第 2 節 形式的違法性と実質的違法性

4 違法な行為は、それが法律上の禁止または命令に違反するかぎりで、

形式的に違法である。それは、その中に刑法以外の手段では十分に克服されない社会に有害な法益侵害が表れている限りで、実質的に違法である。それに対応して、形式的違法と実質的違法を分けることができる。不法の実質的な意味内容は、（不法類型としての）構成要件および違法性（不法の具体的な肯定または否定）に対して意味を持っている。構成要件の評価的な観点のもとでは、実質的不法とは、通常、刑法という手段による克服を必要とする法益侵害を意味する。その場合、法益の概念は実質的な犯罪概念を扱った際に説明されたように（上述、第2章）規定されるべきである。違法性という視点のもとでは、法益侵害の実質的な不法は、二つの法益が対立する場合に、より高いと評価された法益の重要性がより低いと評価された法益の重要性よりも優先されることによって阻却される。それゆえ、結果的に一方の法益が犠牲になるにもかかわらず、社会的な価値が生じており、少なくとも刑法上重要な社会的な害は生じていないのである。

5 形式的違法と実質的違法の区別は、Franz v. Lisztによって推進された。彼によれば、「社会有害な（社会秩序に反するつまり反社会的な）振る舞いとしての行為が実質的に違法である。違法な行為とは、法益の侵害または危殆化である。」しかし、可能な限り注意深く、その存在領域を限界づけたとしても、「法益の衝突を完全に排除できるわけではない。人間の共同生活の目的は、そのような衝突の場合に、より大きな価値のある利益が維持されうる場合にのみ、より小さな価値しかない利益を犠牲にすることを要求しているのである。したがって、法益の侵害または危殆化は、それが共同生活を秩序づけている法秩序の目的に反する場合にのみ、実質的に違法である。」

6 実質的違法性の実質的な意義は三種類である。まず、それにより、不法の段階づけや解釈論によりよい効果がもたらされるのであり、また、構成要件論、錯誤論およびそのほかの解釈論上の問題の解決に関する解釈手法を提供し、さらに、種々の不法阻却事由を基礎づけている原理の

形成およびそれらの関係と射程の規定を可能にするのである。

7 実質的違法性の実際的な意義は、不法をその重さにしたがって段階づけうることにある。形式的違法性は段階づけや質的な区別を許さない。10,000 マルクの窃盗は、形式的な意味で、10 マルクの窃盗よりも違法性が大きいわけではない。同様に、禁止違反としての殺人罪の形式的違法性は、窃盗罪のそれと異ならない。それに対して、10,000 マルクの窃盗の実質的不法は、10 マルクの窃盗のそれを 1000 倍上回っており、同様に、殺人の社会有害性は、窃盗のそれをはるかに超え、それとの関係では全く異なった性質をもっているのである。実質的不法の量と質は責任の重さにとって本質的であり、その程度は量刑にとっても大きな意味があるので、刑罰は犯行の実質的不法によって決定されることになる。さらに、違法性を算出する際に行われる利益考量にとっても、実質的な侵害の態様と程度が重要な役割を果たす。最後に、実質的不法の数量化可能性は、答責性阻却や間接正犯の問題にとっても、後で詳しく説明するように、意義がある。

8 さらに、実質的不法の思想は構成要件解釈の際に、とりわけ、行為が刑罰規定の文言に包摂されうるが、実質的に、すなわち、その社会的意味によれば、犯罪類型に相応しない場合に、有益であることが証明される。特に、その例となるのが、通常「社会的相当」(第 10 章 Rn.33 以下)として構成要件からの排除が試みられる場合である。すでに示したが(第 10 章 Rn.40)、たとえば、郵便配達人への新年の小さな贈り物、少額の掛け金での賭博あるいはごく内輪の家族の間でなされた無遠慮な侮辱的表現は、比較的広く把握される文言にもかかわらず、行為の方法が対応する法益を実質的な内容にしたがえば侵害していないので、当該構成要件を充足しない。錯誤論においても、禁止の錯誤の回避可能性および錯誤者の責任は、本質的には、彼が自らの行為の実質的不法を理解していたのか、そして、どの程度まで理解していたのかにかかっているのである(詳しくは、第 21 章 Rn.34 以下)。

9 最後に、実質的不法の原理は、正当化事由の展開や内容的な規定にとっても基準になる。実質的不法の原理から、学説や判例によってすでに数十年前からそれまで規定されてこなかったいわゆる超法規的緊急避難という正当化事由が展開され（詳しくは、第7章 Rn.36、参照）、それは1975年からは34条に定められている。その他の不法阻却事由の体系化やその内容的な整理に関しても、実質的違法性の基準が指導的であることにまちがいはない。それについては後に個別的に説明されることになる。

10 文献においては、形式的違法性と実質的違法性の概念が、一部で異なる意味で用いられている。構成要件に該当する行為が形式的に違法で、不法阻却事由によってカバーされていない違法な行為が実質的に違法であるとされる。しかし、それは合理的な用語法ではない。というのは、そのような概念の定立は無駄であるばかりか、誤解を招くものだからである。つまり、正当防衛によってカバーされた行為は形式的に違法でないのではなくて、その違法性が形式的にも実質的にも阻却されるのである。

11 また、しばしば、形式的違法性と実質的違法性の区別が完全に否定される。しかしながら、違法性の統一的な概念だけが存在し、行為は違法であるか否かであるという論拠は、説得力のあるものではない。というのは、ここでは、形式的に違法な行為に実質的違法性が欠けることがあると主張されているのではなく、むしろ、実質的違法性が不法の数量化のための基準や構成要件および違法性の領域における解釈を供給するといわれているからである。「形而上学的解釈の一般法則」（Hirsch）への言及は、何の役にも立たない。なぜならば、このような法則は、実質的違法性の場面で問題になる内容に関する基準を提供しないからである。「法違反の重さの段階づけ」の際に実質的違法性は問題にならず、「違法性と（程度の差をつけることが可能な）不法との区別が問題になってい

る」(Hirsch) という論拠も、説得的ではない。というのは、構成要件に該当する違法な行為としての「不法」という概念は、さしあたり、その行為の固有の性質としての違法性と同様に形式的だからである。不法が「程度の差をつけることができる」ものであるということは、その実質的な面、つまり、法益を侵害する社会有害性を考慮する場合にはじめて、確認されうるのである。

12 今日、以前と同様に、実質的違法性の概念になされている批判の背後には、「形式的不法」が法律以外の「実質的」基準によって根底から覆され、恣意的な解釈や拡張がなされうるという懸念がある。実際、Liszt は実質的違法性の概念を「超法学的」と記していた。「形式的違法性と実質的違法性が一致することもありうるが、ばらばらになることもありうる。」そのような矛盾は推定されえないが、排除されてもいないとされる。「そのような矛盾が存在する場合には、裁判官は法律によって縛られているのであるが、現行法の修正は彼の任務の限界を超えることになる。」つまり、Liszt にとっては、形式的違法性は実定法の範疇で、実質的違法性は刑事政策上の原理であったのである。このような問題の理解に対し、現行法という基盤を逸脱しているという批判を加えることはできなかった。というのは、Liszt は法律の修正を排除しておきながら、それにもかかわらず、実質的な違法性の原理を現行法の枠内で解釈にとって実りの多いものにすることができたのであるし、その原理を、このような限界を超えて、依然として改正の要求の基礎とされることがあるからである。

13 本書で主張される見解から見ると、問題は若干異なる。というのは、構成要件行為の実質的不法が表現される法益侵害という、上で展開された概念は、なるほど刑法の前提として位置づけられるものではあるが、憲法の前提ではないからである(詳しくは、第2章 Rn.9 以下)。したがって、それは、基本法の価値秩序に拘束され規定された法を修正することに使うことはできないけれども、場合によっては、制定された刑法を憲法的な法益概念と比べて判定することに使うことはできる。それゆえ、たと

えば、1969年 - 1973年の改正以前はふつうのことであった単なる道德違反の処罰を、実質的違法性を欠くことを理由にして容認できないものであると説明することができたのである（詳しくは、第2章 Rn.12）。しかし、そこには、同時に、そのような規定は憲法とは調和せず、形式的にも通用しないというテーゼがあったのである。不法論においても、実質的違法性の思想からの正当化事由の展開と解釈によって制定法の限界が破壊されることになるわけではない。むしろ、実定法の基礎をなしている実質的な原理のもつ力を發揮させることだけが問題なのである（刑法解釈学と刑事政策の関係については、基本的に第7章 Rn.69 以下）。それゆえ、たとえば、形式的違法性が存在するにもかかわらず実質的違法性が欠如したことが不法阻却に至った事案は、超法規的緊急避難が承認されたわけではない。むしろ、このような不法阻却事由が当時妥当していた法の枠内における不法論の基礎から導き出されたということが、出発点とされるべきである。したがって、それが存在した場合には、実質的違法性だけでなく、形式的違法性も阻却されていたのである。今日では、このような不法阻却事由は実定法の中に移されたので（34条）、超法規性の非難は完全に空虚なものである。

14 かくして、次のように要約することができる。たしかに実質的違法性の概念はかなり刑事政策的な意味をもっているが、これは構成要件の解釈、不法の段階づけ、および利益考量によって、現行法の限界の内ですべて具体的に示されることになる。例外的な場合および基本法 103 条 2 項がその妨げになるかぎりでは、記述されている規範の文言は、実質的違法性の原理によって相対化されることもありうるが、形式的で憲法によってカバーされている法の制約を超えることは許されていないのである。

第3節 被害者解釈学と実質的不法

15 被害者解釈学すなわち犯罪者への被害者の行為の影響についての刑事学的な理論が、最近、刑法解釈学に影響を及ぼしている。そこでの中

心的な問題は、事象に関する被害者の連帯責任がどのように不法に影響を及ぼすのか、とくに、それが構成要件阻却ないし違法性阻却に至りうるのかどうかということである。

16 さしあたり、そのような可能性を各則の構成要件の解釈について証明しようという試みがなされた。たとえば、Amelung は詐欺の構成要件 (263 条) を、行為者の発言に対する被害者の具体的な疑念が錯誤を排除し、したがって、詐欺罪の既遂の可罰性を阻却すると解釈した。その背景には、自分の抱いた疑いを調べることで容易に自分を守ることができる者に、刑法の保護は必要ないという考え方がある。Schünemann は、彼の言うところの被害者解釈学的原理を展開した。つまり、「潜在的被害者が可能で、また彼に要求しうる自己防衛を巧みに排除する行為だけを刑罰構成要件に包摂するという解釈規範」である。秘密保護の構成要件 (201 条以下) の例では、論者は、立法者が構成要件を作り、行為者の範囲を限定する際に、この領域における解釈問題の解決にとっても考慮されうるようにと被害者学的な視点にしたがっていたことを、証明しようとした。さらに、以下のような例を示すことができる。偽造品が 146 条以下の偽造通貨とみなされるのは、「それが流通している真正の通貨の外観を示し、通貨の流通において何の疑念ももたない人を欺くことができる場合」(BGHSt 23, 231) だけであり、それゆえ、ある者が粗悪な容易に見分けのつく偽造品に騙されたとしても、刑罰は生じない。また、「甚大な」害悪による脅迫は、支配的見解によれば、意志決定の自由を持っている思慮深い人にとってその脅迫が侵害に適している場合にのみ存在し、それゆえ、被害者に屈せずにいることを要求できる場合には、その可罰性は脱落するのである。このようにして、多くの構成要件が、被害者解釈学的原理の助けによって制限的に解釈されうるのであり、あるいは、文言の解釈においても目的論的な縮小を受けることになるのである。

17 総論でも、構成要件論や不法論において、被害者解釈学的な論拠が多くの問題の解決の支えになりうる。第 13 章で論じた同意の効果を、法

益保持者の保護の必要性の欠如に還元することができる。さらに、客観的構成要件への帰属がその射程（その保護目的）によって制限される事案（第 11 章 Rn.90 以下）は、容易に被害者解釈学的に解釈されうる。つまり、故意による自己危殆化の場合や同意の上での他者危殆化の場合には、どちらの場合にも、被害者が事象に関して行為者と同等の責任を負っているのであるから、帰属されないのである。また、他者の責任領域への帰責の場合（第 11 章 Rn.111 以下）でも、結果が発生した時点では被害者の地位にある他の人が答責的であったので、結果は第一次的責任者に帰属されないということができるのである。正当防衛論においては、被侵害者が侵害者を挑発した場合になされる正当防衛権限の排除ないし制限（詳しくは、第 15 章 Rn.61 以下）は、被害者を事件に巻き込んだことに基づいていると指摘することもできる。したがって、被害者解釈学的に説明可能なのである。

18 被害者解釈学的な試みの基礎づけの努力は、実質的違法性を指し示している。まず、有効な自己防衛が可能である場合あるいは要求できる場合は、行為者の側から見れば十分に社会的に危険な法益侵害は存在してはいないのであるから、被害者は保護に値しないというテーゼを立てることができる。しかし、さらに「即自的に」処罰に値する法益侵害を肯定することができるし、刑法の補充性の思想から刑の免除を基礎づけることもできる。つまり、刑法は社会政策の最終手段であり、刑法の侵害は社会侵害の回避のために「より軽い手段」を用いうところでは、その手段は正統なものとはいえないのである。しばしば、双方の観点が並立的に引き合いに出されることもある。

19 しかしながら、われわれの刑法の基礎としてそのような被害者解釈学的な原理を用いることの承認は、一般的に支持されえない。立法者が処罰の適性ないし必要性を、一般的に、被害者の要求可能な自己防衛措置に依拠させるつもりであったという根拠はないのである。窃盗は、被害者が自分の財物をいつも軽率に扱っていたとしても、窃盗である。た

しかに、理論的には、占有概念を、行為者にとって財物の獲得がつねに容易な状況であった場合には窃取は存在しないと定義することもできようが、そのような（文献においてもはや主張されていない）方法は法律を変更するものであろうし、そのような解釈はなされないであろう。それと相応することが、特に軽率な被害者を刑法の保護から排除するという試みが多く存在する、詐欺の構成要件に当てはまる。バカがつくほどの御人好しからは騙取しても処罰されないなどということを、立法者はどこにも表現していないのである。

20 さらに、被害者解釈学的原理は、その支持者が認めてはいるが、補充性の思想から直接的に導かれうるわけでもない。というのは、たしかに刑法は社会政策の最終手段ではあるが（詳しくは、第 2 章 Rn.38、参照）、この命題は、国家が社会的な紛争の克服のためにより影響力の小さい手段をもっているのであれば、処罰されてはならないことを意味しているだけであって、市民が自己防衛できるところでは、国家は介入を放棄しなければならないことを意味しているわけではないからである。補充性原理を市民の自己防衛可能性に適用することは、市民は刑罰権等をまさに防衛の任務から自己を免れるために投入したということを見誤ることになろう。すなわち、「法律の目が見張っている」ところでは、個人は自分のエネルギーを自己の人格の保全にではなく、その展開に向けることができるのである。

21 すでに、最後に言及した観点が、被害者解釈学的原理の一貫した実現は刑事政策的にも期待できないことを気づかせている。被害者解釈学的原理は、法秩序を完全に信用しきっている者から刑罰の保護を取り去ることによって、社会共同生活の法律についての不信や神経質な保安思想をもたらすことになるのではなかろうか。そして、それによって、法を信頼する市民の自由を減らすことになるのではなかろうか。当然、それによって、他人の権利領域を侵そうとする者の行為の自由は広くなるであろう。しかし、そのようなことへの要望は存在しない。というのは、

被害者解釈学者が被害者に要求可能であって、しかも、それほど履行が困難なわけでもない防衛措置を求めている場合ですら、不当な干渉について何もしないでいることの方がまだ本質的に要求可能なのであり、それゆえ、利益考量の際に立法者は原則的に被害者の側に立つべきであって、行為者の側に立つべきではないからである。

22 被害者学的な試みは、しかし、それを一般化ないし絶対化しようとする場合にのみ、拒まれるべきである。その大きな功績は、「保護の必要性」が実質的違法性に影響を与えうること、したがって、その他の刑法的な保護領域に関して基準となる事情の文脈において解釈する際に、それがつねに合わせて考慮されなければならないことを示したことにある。保護の必要性が欠けているという観点が種々の規定において無罪に至る場合、それは、その観点の原理的な優位性からではなく、当該の特殊な保護利益の考量から導き出されるべきである。たとえば、一目で見分けがつくような偽造品は146条以下には該当しないという事情は、その正当化を、通貨偽造の規定ははじめから当該の偽造行為ではなく、むしろ通貨流通の安全性と信頼性を保護すべきであること、そして、これらは通常だれもそれに騙されることがないように偽造品によって危殆化されることはないことに、見出すのである。脅された害悪が、思慮深い人に強要された行動をする動機を与えうるかぎりでのみ、240条の意味での「重大」とみなされる場合、そのことは、社会的な重大性の闕に達しない強要手段が構成要件に取り込まれたとしたら、社会の構成員の自由な行動が害されることになるであろうということに基づいているのである。規範の保護目的が、自己危殆化に寄与する場合や合意の上での他者危殆化の多くの場合で、結果の客観的構成要件への帰属を阻却するという理論は、自殺や自己危殆化の構成要件がないことについての法律上の決定や、他人の権利領域では、はじめから、「被害者」がまさに行為者と同じように事態を予見し意識的に危険に晒される場合には干渉されないということから、導き出されうる。正当防衛権を被害者によって有責に挑発された侵害の場合に排除または制限しようとする場合、このこ

とは、正当防衛権限が本質的に基づいている不正に対する正の防衛という思想が、被侵害者が自らを不正な立場に置いた場合には意味を失うということによって、説明されるのである。

23 ここでは、多くの問題の中からいくつかの事案しか取り上げることができず、また、それらの事案においても、解決を簡単に概略的に述べることはできない。しかしながら、すでに、若干の例で示されたように、被害者解釈学的な観点は、種々の異なる考察において現れるものであり、また、これらの事案において決定的な意義を、それぞれの問題提起の刑事政策的な特殊性から獲得するのである。被害者の連帯責任から生じる刑の免除は、一部では当該の法益にとって侵害が社会的に危険でないことから (146 条以下、240 条)、また一部では自己答責的な法益保持者の行為の自由が侵害されていないことから (自己危殆化への寄与、合意の上での他者危殆化)、さらには、正当防衛を行う者の法確証の権限が彼の先行行為によって失われるかあるいは制限されることから、生じているのである。被害者解釈学的な試みの種々の特徴づけに磨きをかけることで、問題になるすべての状況でその射程を確定することが、解釈学の課題である。

24 被害者の連帯責任が行為者の行為を無罪にする解釈の支えにならない場合——そして、ほとんどの事例がそうなるが——、それはつねになお実質的不法を軽減することになり、量刑の際に刑を軽くする効果を及ぼすことになろう。その点で、すでに (Rn.7) 扱われた不法の段階づけが問題になる。被害者の落ち度が不法の阻却にはならなくても不法の重さに影響を与えるはずであることは、容易に認識されうる。たとえば、事故の大部分が被害者の過失に基づく場合に、このような事情は行為者の不法や責任を、ときにはほぼすべて軽減することになろう。このようなことが量刑に影響を与えることに、疑問の余地はない。Hillenkamp は、量刑にとっての行為者の行動の意味をさらに詳しく研究し、同意類似のケース、正当防衛類似のケース、権利喪失類似のケースおよび寄与類似のケースの量刑の基礎に

関して、正当にも綿密に別個の法則を提示した。被害者の行動の不法や責任の阻却への影響に関して、その研究はまだ決着がついていない。

第4節 不法と法的に自由な領域

25 多数説は、構成要件に該当する行為は、不法阻却事由が介在するか否か次第で、適法であるか違法であるかのどちらかであることを、出発点にしている。それに対して、ある見解からは、第三のものが存在するという試みが主張される。つまり、立法者が評価を控え、個人の行動を自己の人格的な良心の決定に委ねている、法的に自由な領域である。例として用いられるのは、とりわけ、生命と生命が対立する場面である。218条aの緊急避難の要件や、いわゆる危険共同体の事例（たとえば、二人の登山家が一人しか支えられないザイルに掛かっているが、上のほうにいる者が少なくとも自分は助かろうとしてザイルを揺らす場合）、さらに、同等の行為義務を負う者同士の対立（たとえば、自分の二人の子どもが溺死しそうになっている父親が、自分の選択によって、彼らのうちの一人しか助けることができず、もう一人は溺死させなければならない場合）である。

26 法的に自由な領域を考える余地がはじめから否定されるような、法理論的な異議や論理学的な異議は貫徹されているわけではないと認められるのである。ある状況を規制していないということも、法的に自由な領域を基礎づけてはおらず、むしろ当該行為が制限的な規範化の断念によって許されているというかぎりですでに規制を含んでいるのであるという法理論的な論拠は、すべてを包含する法概念の前提のもとでのみ妥当するが、それによればすべての私的な行動（食事、散歩、睡眠、読書）が法の領域に含まれ、その構成が必要になる。というのは、議会制民主主義の思考モデルによれば、個人の自由は根源的なものであり、国家権力によってはじめて与えられるものではないのであって、国家権力それ自体はむしろ国民によって設置され、自由、平和そして福祉の保障と

いう機能に制限されているからである。「違法」や「違法でない」という概念は、すでに論理的な基礎から第三の可能性を認めない、中間概念の入る余地のない対立概念であるという論拠もまた、適切ではない。というのは、排除された第三の可能性の命題は、違法性や適法性という概念に含まれた領域の内部でのみ妥当し、その外部では妥当しないからである。つまり、「法秩序がある行動を規格化する場合、この行動は適法であるか違法であるかのどちらかなのである。このことは、しかしながら、すべての行動が法的に規格化されていなければならないということを意味しているわけではない」のである。

27 刑法解釈学に関しては、そのことから、構成要件の前におかれた法的に自由な領域が承認されるべきであるという結論になる。たとえば、周知の見解によって、自殺を許されても禁止されてもいないものとして法的に自由な領域に割り当てること、さらに、そのことから、当事者の意思に反した救助の事例に関して法的な結論を導き出すことが、可能になるのである。

28 それにもかかわらず、不法の領域において、法的に自由な領域の構想は賛同を得ていない。というのは、ある行動がひとたび構成要件に該当すると評価された場合、つまり法益侵害が存在する場合には、法は、特定の事案では「規範を取り下げ」て評価を控えることなどしないからである。たとえば、妊娠中絶が一定の要件の存在によって禁止されていない場合、それによって、当然、原則的に禁止された「行為から、その他の場合には備わっている不法という汚名が取り除」かれるのであり、生成中の生命の保護が軽減されるのである。したがって、このような法的に規制された領域では、構成要件に規定されていない領域に関して否定された法理論的な異議や論理的な異議が、貫徹されるのである。つまり、ここで特定の事案に関して「規範が取り下げ」られる場合、そのことは——どのような術語の下でもつねに——事実にしたがえば保護法益に介入した者の不法阻却を意味しているのである。法的に自由な領域が

創造されたのではなく、放免の法則に該当したのである。

29 そのことは、正当防衛権において、さらに明確になる。「禁じられていない」、術語的には法的に自由な領域に定着している侵害は、いずれにせよ、32 条がそれを規定しているように、違法な侵害ではないのであり、したがって、正当防衛や緊急救助の権利を行使してはならないとすることが首尾一貫しているであろう。しかし、その場合、その結論は完全に不法阻却の結論に適うのであり、侵害を「法的に自由な領域」に割り当ててすることは、レトリックでしかない。他方で、法的に自由な領域の視点の下で議論されているほとんどの状況に関して同様に主張されるように、被侵害者に正当防衛権をそして第三者には緊急救助権を与えるのであれば、侵害は姿を変えて（可罰的ではないけれども）違法と評価されることになる。というのは、正当防衛は、不正に対する正の主張に寄与するのであり、侵害への非難を含意しているからである。ある見解は、そのような事案構造の場合には、侵害と防御がどちらも法的に自由な領域で行われていると捉える。しかし、それは、たとえば妊娠中絶の事案では、堕胎の支持者と反対者が、堕胎手術が行われることになっているクリニックで、相互に重大な侵害をとまなう野戦を法的な結果を招くことなく公然と展開してよいということを意味することになろう。当事者の一方は堕胎手術が禁止されていないことを引き合いに出し、もう一方は緊急救助が禁止されていないことを引き合いに出しうるとでもいうのであろうか。しかしながら、このような類の「法的な混沌」を容認することは、法の秩序任務と矛盾する。さらに、紛争の解決が容易に拳の強さに委ねられることも、納得できるものではない。したがって、個別に後に論ずることになる困難な衝突状況の場合には、違法性が阻却されるか、責任が阻却されるか、あるいは、そのどちらも阻却されないかという三つの可能性しかない。法的に自由な領域は、構成要件の「後」で認められるべきではない。Priestler は、「立法者が違法性判断の法的結論を、行為自体が承認されないのに、回避しようとしている」ケースで、「法的に自由でない領域」を主張する。しかし、その場合に問題になるのは、正当化

事由である。というのは、正当化事由は適法化だけを意味するのであって、正当化された行動の承諾を意味しているわけではないからである。

第 5 節 違法性と法秩序の統一性

30 今日まで決着のついていない問題は、行為の適法性や違法性は、全法秩序つまりすべての法領域にとって単一的に規定されなければならないのか、それとも、個々の法実体の特殊性に応じてそれぞれ判断されうるのか、という問題である。刑法にとっては、とくに、二つの意味で問題となる。

1) 民法上または公法上の許可や干渉権は、刑法上でも、あらゆる状況において、構成要件に該当する行為の違法性を阻却するのか。

2) ある行為の民法上または公法上の禁止の存在は、あらゆる状況において、この行為が同時に刑法典の構成要件を充足する場合には、刑法上の不法も表すことを意味しているのか。

31 第一の問題は肯定されるべきである。何らかの法領域において許されている行動が、それにもかかわらず処罰されるとしたら、それは耐えられない評価矛盾であって、社会政策の外縁にある手段としての刑法の補充性とも矛盾するであろう。したがって、そのかぎりでは、よく引き合いに出される「規範の定立者を考慮することのない連邦領域内で妥当しているすべての規範を包括する法秩序の単一性」が、刑法において重要な正当化事由は法秩序の全領域に由来するという命題と同様に、承認されるべきである。

32 それに対して、第二の問題は、支配的見解がそれをほとんど問題にしていないのと同様に、肯定することはできない。というのは、民法上または公法上禁止されている行為は、論理必然的にも、また、刑事政策的にも許されているわけでもないのだから、そのような行為は、構成要件を充足する場合には、処罰もされるべきである。同時に原則的には、他の法領域の明示的な基準と対立する犯罪類型的な（＝構成要件に該当

する)行為は、刑法によって制圧されることも必要である。しかしながら、それは必ずしもそうであるわけではない。というのは、他の法領域に由来する禁止は、第一次的には各々の法領域に特殊な法的効果（たとえば、損害賠償や公法上の責任）をもたらすことを目的にしているからであり、また、刑法はそれらの効果よりもはるかに重い制裁を無条件に科さなければならないわけではないからである。

33 （第 13 章 Rn.55 以下の被害者の同意に妥当した法則に従えば）自己の財物の毀損に対する未成年者の推定的同意は、彼の行為能力が制限されているために民法上許されていないのであるから、そのかぎりで違法であって損害賠償を義務づけられることになるが、その場合にも弁識能力が実際にあることを理由に不法阻却事由が認められ、刑法の適用が妨げられることはない。公法が、一般に広く認められている見解のように、高権保有者による暴行を特別な公法上の干渉規範が存在する場合にのみ許し、それに対してはすべての市民に妥当する正当防衛権限や緊急避難権限を認めず、さらに、高権保有者に特別な干渉権限の付与がない場合には行為の禁止を表明しているような場合であっても、そうであるからといって、32 条や 34 条の規定を遵守して介入する公務員あるいは軍人の可罰性が不可欠であることを意味するわけではない。むしろ、公法が干渉を非難し、彼に一定の法的効果（たとえば懲戒の類）を科すとしても、刑法は彼に不法阻却を許すこともできるのである。

34 支配的見解はそのような現象を、違法性の単一性に固執し、種々の法領域に異なるさまざまな法的効果の規定が可能であることを認めることによって、正当化しようとしている。たとえば、Engisch は、「法的な義務づけや不法阻却は全体に影響を及ぼす。しかし、具体的な不法をただ個別的に可能な効果へつなげること、つまり、損害賠償だけを生じさせ刑罰を生じさせないこと、刑罰だけを生じさせ損害賠償を生じさせないことなどは、つねに法秩序にとって自由なのである。このような不法効果の相違を理由に、私法の違法性と刑法の違法性が存在すると述べる

のは、間違いである。」と述べている。この主張に関しては、それぞれの法領域の間で、法的効果については、完全な相違が存在すると指摘している限りでは正当である。たとえば、民法 904 条によってカバーされる行為は、民法上も刑法上も同様に適法である。もっとも、それは、民法上は損害賠償義務を生じさせるものではある。

35 しかしながら、違法性に違いがある可能性を、そのような理由から絶対的に否定するのは正しくはない。たとえば、先に言及された推定的承諾や当局の暴行の例では、処罰という法的効果が放棄されるだけでなく、刑法がその目的から見て、行為者の行動をそもそも非難していないのである。——民法上または公法上の違法性自体を承知していることには関係ない。逆に、これらの場合に、民法上の損害賠償義務を民法上適法であるにもかかわらず肯定すること、あるいは、懲戒処分を公法上適法であるにもかかわらず肯定することもまた、適切でない。というのは、そのやり方は、刑法の規制とは矛盾しないけれども、これらの法領域の規制と矛盾するからである。

36 それゆえ、Günther と同じように、特別な刑罰不法阻却事由が承認されるべきである。しかし、そのような事案は例外である。なぜならば、ほとんどの正当化事由は、他の法領域に由来しているにもかかわらず、容易に刑法においても妥当しているからである（参照、Rn.31）。それに対して、刑法に由来する正当化事由は稀有であり、たいていは他の法領域にも受け入れられている（たとえば、民法 227 条および刑法 32 条の正当防衛や刑法 34 条の緊急避難は、行為を民法上も正当化する）。また、刑罰不法阻却事由が、刑法上の効果において、一般に妥当する正当化事由から、その刑法的作用の点で、区別されることはない（参照、すでに Rn.2）。

第 6 節 正当化事由の体系化について

37 正当化事由の実りの多い体系化は、これまでのところ成功していな

い。それは、おそらく最終的に成功しえないであろう。というのは、構成要件が現に充足されているにもかかわらず、犯行の実質的不法が阻却されうる観点は多様であり、また、法秩序全体の目的に由来する正当化事由は多種に及び、——とくに高権的な干渉の場合——さまざまな要求に支配されているので、内容的にも訴える力の大きい一元的な原理は、つねに制限された妥当性しかもちえないからである。構成要件に記述された犯罪類型が——自由剥奪、住居侵入、傷害など——ある種の静止状態を示す一方で、正当化事由によって社会の変化のダイナミズムは犯罪論に浸透するのである。人を逮捕すること、住居に侵入すること、あるいは、傷害を負わせることが許される理由は、つねに変化する。刑法秩序または民法秩序の各々の改正、警察法の改正、懲罰権、私的領域あるいは示威運動の権利に関する見解の変化は、正当化事由を創出しあるいは打ち砕くのである。社会的な必要性と個人の自由を均衡させる干渉権の整序には、内容的な体系化からほど遠い傾向を持っている全法秩序が協働している。そのような法秩序は、その高度な複雑性ゆえに簡潔な「社会形態」では把握されえないのである。

38 それゆえ、正当化事由をすべて包含する基本思想に還元しようとするいわゆる一元論は、必然的に抽象的で内容の希薄なものにならざるをえない。歴史的にとくに重要なのは、現行の34条2文においてもまだその影響を残している「目的説」である。それによれば、構成要件に該当する行為が正当化されるのは、それが「立法者によって権限がある（正当）と認められた目的」を達成するための「適切な（正当な）手段」である場合である。Sauerは、「法学上の原理」として「損害よりも大きい利益の原理」を立てた。すなわち、「（資料的な意味で）適法であるのは、作用がその一般的な傾向が普遍化された場合に、国家共同体に損害よりも多くの（観念的、文化的な）利益を与える場合である。」Nollは、「正当化の原理としての価値の考量」を主張する。その際に、彼は、正当化のために考慮されるべき価値として、法益のみならず、「国家や私法や家族の秩序のようなある種の社会関係」も含めている。Schmidhäuserによれば、

作為犯の場合の正当化事由は、「構成要件的に侵害された利益よりも優先される利益の顧慮を含んでいる行為経過から取り出された一コマ」である。正当化事由においては、「利益の顧慮の有益さが利益侵害の反価値よりも優先することが確かめられる」のである。

39 Mezger に倣って正当化を「優越的利益」の原理と「利益の欠如」の原理に還元する「多元説」は、「一元説」に近くなる。この場合、Blei の「優越する利益の原理」と「欠如する利益の原理」の間の区別の場合と同様、基本的には利益や価値や財の衝突の事案とは言えないと思われる同意（また、それに付随して、推定的同意）に、正当化事由の体系において独立した地位を割り当てることが問題になる。しかしながら、同意は、実際は、構成要件阻却の問題であり（参照、第 13 章 Rn.12 以下）、したがって、正当化事由の体系における問題ではない。それに対して、推定的同意の場合には、完全に利益考量の事案が問題になっており、それゆえ、それに関しては、それ自体の正当化原理は必要ない。法益保持者の推定された意思は、侵害の時点でつきとめることはできないであろう法益保持者の異なる現実の意思の可能性と、比較考量されるべきである。

40 なるほど種々の公式が正当化を導く原理をいくらか異なる方法で強調しているが、具体的な結論をそれらの公式からは導きえないという点では共通している。というのは、個別の事案で、正当な目的のための正当な手段なのか、いかなる行動が損害よりも多くの利益をもたらすのか、いかなる価値がより高く、いかなる利益が優越する利益で、いかなる財の要求が優先する財の要求なのかは、これらの公式からは認識されず、むしろ他の観点からしか認識できないからである。すべてを包含する原理を立てようとするのであれば、すべての正当化事由は衝突する諸利益の社会的調整を目的とするという考え方に立つことになる。したがって、一方では、衝突する「価値」、「法益」、「財の要求」などが等しいにもかかわらず、正当化される事案も認められる（たとえば、医師が同時に二人の患者に呼ばれ、どちらを救うのかを自分で決めなければならない場

合に、義務の衝突が生じる）。他方では、対立する利益の「社会的に正当な」調整に言及することで、実質的違法性の観点が再び指し示されるのであり、その結果、最終審で認められる不法阻却は構成要件に該当する行為の社会的正当性（ないし社会的損害の欠如）に依存することになる。そのような包括的な正当化原理をさらに具体化するために挙げられるのは、正当化されるべき行為は例外なく事前的に見て衝突する法益の保護のために不可欠なものでなければならないという観点である。つまり、構成要件的に侵害された財を負担するために必要のない措置は、ほとんどの事案で、紛争の社会的に正当な規制ではありえないのである。

41 正当化のカテゴリーを広範に構造化することは、多元的な見解によって可能になる。しかし、これは最終的な内容に関する体系化という方法ではなく、実質的違法性にその基礎を置いている社会的な秩序原理を際立たせることによって輪郭を与えるという方法でのみ、実行可能である。このような秩序原理は、個々の正当化事由で数や組み合わせが異なる。それは、内容的に具体化する解釈の方針として作用し、個々の正当化事由の構造と同様に、それらの関係も明らかにすることができる。かくして、たとえば、正当防衛（32条）は、「保存原理」と「法確証の原理」から説明できることになる。被侵害者は、自分を守るために必要なことをすべてしてもかまわないが、彼は、社会における法の妥当性を主張するために正当防衛をすることが必要ではないと思われるような場合にも、まだ正当防衛をすることが許されるのである（なぜならば、回避したり、助けを呼ぶ可能性があるからである）。この二つの原理が、争いがある正当防衛の問題の明確化にとって極めて有益であることが、後に示されることになる（第15章以下）。防禦的緊急避難（民法228条）は、「保存原理」を「考量の原理」と組み合わせている。すなわち、物的危険（たとえば動物の襲撃）に対して、あらゆる必要な手段を用いて自分を守ってかまわないが、それは考量の範囲内にかぎられる。物に対して法の妥当性を主張する必要はないので、この場合、法確証の原理は考量の原理によって埋め合わされるのである。他方で、攻撃的緊急避難（民法904条）

の場合は、「財考量の原理」は「自律原理」によって調整される。それゆえ、自らの自律を侵害された法益保持者は回避されるべき危険に関与していないのであるから、彼の自律への侵害は、救助されるべき法益が優越する場合にではなく、救助されるべき利益が著しく価値の高い場合にはじめて許可されるのである。

42 したがって、すでに五つの社会的な秩序の原理が挙げられている。それらは、正当化的緊急避難 (34 条) や包括的な緊急権の場合およびその他の事案で、さらに増えることになる。全体としては、法律の文言がさまざまな可能性を残している場合でも、いかなる基準にしたがって法益の衝突に決着がつけられるべきなのか、はっきりとしている。社会生活はさまざまな形態があり、変化するものであるのも、もちろん、基準となる規制原理の数を制限することは、正当化事由の最終的な体系化と同様にほとんど不可能である。

43 Jakobs は、「多元説に関連して」正当化事由を三つの原理に還元しようとする。すなわち、被侵害者による答責 (あるいは誘因) の原理、被侵害者自身による利益限定の原理、そして、連帯の原理である。たとえば、第一のグループには正当防衛が、第二のグループには正当化される当局の許可が、第三のグループには攻撃的緊急避難 (民法 904 条) が含まれることになる。それによって、たしかに、正当化の際に考慮されるべき観点が特徴づけられている (たとえば、連帯原理は上で述べた自律原理と相応する)。しかしながら、それら三つの原理は基準となる法則の観点を論じ尽くしておらず、また、Jakobs によって主張された「正当化事由の分類」にもおよそ適しておらず、部分的にはむしろ、この基準によって分類されたものの中間に落ち着くものもあるのである。たしかに、正当化的緊急避難 (34 条) は、主に、関与していない者の連帯原理の事案を含んでいるが、侵害が (一部では答責的な、また一部では責任を負うべき) 被侵害者の誘因に基づくような事案も含んでいるのである。仮逮捕 (刑事訴訟法 127 条) は、逮捕された者の行動によってなされているが、

それは、あらぬ疑いをかけられた罪なき者にも突然に襲いかかってくることもありうるので、その侵害は、そのような場合には連帯原理からしか説明できないのである。

第7節 正当化事由の競合

44 正当化事由の競合は、比較的最近になってようやく詳細な研究がなされるようになって来たのだが、最終的な結論には至っていない。原則的に、すべての正当化事由は併存しうる。すなわち、盗品を持って逃げている窃盗犯を現行犯逮捕し、身柄を取り押さえている者は、刑事訴訟法 127 条（仮逮捕）によっても、また 32 条（正当防衛）や 34 条（正当化的緊急避難）によっても正当化されているのである。この原則の例外は、比較的適用範囲の狭い正当化事由が比較的広範な適用範囲をもった正当化事由から取り出した一部を、いずれにせよ次のような特殊な方法で規制するようかなり稀な事案でしか生じない。その方法とは、それが「正当化の効果を特定の構成要件行為に制限し、あるいは、その他の方法で態様や規模にしたがって制限するか」または、それが正当化の作用を超えた法的効果（損害賠償の承認）を命じたり、排除するようなものである。Warda は、このような事案において、「機能的意味における特殊性」を主張している。

45 このような例外の第一の態様の例として、たとえば、民法 228 条との関係において、狩猟法 26 条を挙げることができる。民法 228 条は、適切な見解によれば、他人の物のみならず無主物に関しても妥当するが、先占権の影響下にある物には向けられていないので、この規定によれば、猟獣による被害を防止するために、自分の土地を侵害する猟獣を射殺することは、場合によっては許されているといえよう。というのは、そうすることが危険の最終的な回避にとって必要でありうるし、また、被害はほとんどの場合にその危険と無関係ではないであろうからである。しかしながら、狩猟法 26 条は、猟獣を「遠ざけること」または「払いのけ

ること」しか許しておらず、その場合、所有権者はその猟獣を危険に晒したり、傷つけてはならないのである。したがって、立法者は、猟獣保護の観点を土地の所有権者の利益よりも優先させているのであり、それによって、このような特別な事例に関しては、民法 228 条で動物の侵害について規定されているものとは異なった考量をしているのである。狩猟法 26 条は、民法 228 条に戻って議論することを排除しているのである。

46 例外とみなされる特別な場合の第二のケースは、民法 228 条と民法 904 条の関係で明示される。ある者が脱走したライオンを射殺して身を守った場合、条文の文言によれば、民法 904 条と民法 228 条とが共に充足されている。しかし、これら両正当化事由の併存には、次のような矛盾がある。つまり、民法 904 条は所有権者に生じた損害の賠償義務を命じているが、民法 228 条には（被侵害者が緊急避難状況を自ら引き起こした場合を除き）全くそのような義務はないのである。したがって、防禦的緊急避難の場合には、損害賠償は原則的に発生しないはずであるから、民法 228 条は民法 904 条を排除し、その結果、民法 904 条に関しては攻撃的緊急避難のケースだけが残ることになる。

47 特別でまだほとんど解明されていない問題が、34 条と他の正当化事由との関係で生じる。34 条は、たしかに、「他のすべての正当化事由に対して、論理的に一般法の地位」を有しているわけではないが、それは、いずれにせよ現在の危険の回避が問題になるすべての正当化事由（たとえば、民法 904 条、228 条、229 条、刑法 32 条、刑事訴訟法 127 条）にとっての一般法を形成している。その場合、34 条は、裁判官に個別の結果を指示するのではなく、衝突している利益の包括的な考量を命じている。それに対して、典型的な緊急状況に関するその他の正当化事由において作られている規定は、まさに具体的な考量の結果を提供している。それらの正当化事由において法的に明示されている衝突の解決が、34 条の枠内では他の利益考量が行われるということによってその効果を失うようなことがあってはならないのは明白である。したがって、たとえば、

刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文が私人の仮逮捕を「現になされている犯行に」居合わせたか、それを追跡している際にしか許さないものであるから、犯人と犯行の 3 日後に路上で会って逮捕した者は、34 条によって正当化されてはならないのである。というのは、そうすることで、国家的な刑事訴追の利益と被疑者や潔白かもしれない者の自由の利益の間の衝突は、刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文において、すでに立法者によって固く決定づけられているということが、見誤られることになろうからである。このような所見は、仮逮捕の場合に 34 条を引き合いに出すことが排除されていることを意味しているわけではない。しかし、そのような場合に 34 条にしたがってなされるべき利益考量は、刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文において明らかになっている評価を顧慮してなされなければならないのである。刑事訴訟法 127 条 1 項 1 文の規定が存在しないのであれば、通常、国家的な刑事訴追の利益は、さらに 34 条の意味でも被疑者の自由の利益を「本質的に優越」することはない。

48 特別の正当化的緊急権は、34 条を排除するのではなく、むしろ 34 条の評価の枠だけを具体的に満たすという事実、実際の意味がないわけではない。まず、評価の要素や考量の要素が、34 条から特別の正当化事由の解釈に入り込むことになる。金持ちの婦人が、にわか雨が突然降りだした際に、彼女の高価な衣服がダメージを受けるのを避けるために、貧しい婦人から傘をひったくという有名な講壇事例では、民法 904 条の正当化は、金持ちの婦人に生じたであろう損害が、貧しい婦人に迫る損害と比べて、純粋に計算したのであれば「比にならないほど大きい」としても、排除されなければならない。というのは、「自律原理」(Rn.41) は、民法 904 条の文言の中では、損害関係の考量の量的な観点の下で自己を表明したに過ぎなかったのであるから、34 条の場合と同様に、この場合にあっては利益考量の中に、衣服を守るために無関係な人の自由領域を決してこのような方法で侵してはならない、という結論を包括的に取り込まなければならないからである。

49 他方で、特別の緊急権の中に明らかにされている衝突の解決は、34 条による異なる評価を、例外的に、次のような場合には排除しない。すなわち、事案が特殊なので、緊急権の問題解決も具体化されているとはいえまだあまりにも大まかな概念的枠組みにすぎず、その状況の特殊性にも適合しうるものにもなっていないような場合である。私人が犯人とおぼしき人に犯行の数日後に出くわした場合、私人はその人を、当然、告発が困難な犯罪である場合であっても、34 条を盾にとって逮捕してはならないのである。というのは、立法者は、それを許すつもりであれば、そのような犯罪に関して「現行犯」の要件の例外を作ること考慮できたであろうからである。しかし、重罪を犯した者が、国境を越えて永久におさらばしようとしている場合は、刑事訴訟法 127 条の原理ではもはや捉えられえない状況である。というのは、私的な逮捕権限を狭く限界づけることは、逮捕は権限のある国家機関によってつねに可能であるという考え方に基づいているからである。このような考え方が問題にならない場合には、34 条の正当化は容易には排除されえないのである。

50 32 条（正当防衛の場合）においてなされる利益考量もまた、34 条の観点からの事案の検討を妨げはしない。それは 32 条が存在する場合でも排除される場合でも変わらない。実際的に意味があるのは、とりわけ、たとえば、侵害者が 32 条の意味で「違法」でないか「急迫」でないので、正当防衛が否定されなければならないという後者の事案の場合である。正当防衛の否定は、そのような状況にあつては、その根本的な理由を、32 条にとって本質的な部分を形成している「法確証の原理」（参照、Rn.41）、すなわち目下の闘争状況における不正に対する正の主張は、侵害が適法であるか急迫でない場合には妥当しないということに見出される。しかし、そのことは、適法な侵害または急迫でない侵害による脅迫に、全く無防備に晒されていることを意味しているわけではない。「法確証」は 34 条の前提ではないので、そのような場合においては、34 条に基づいて行使できる回避手段には、その寛容さと程度の点で種差があるが、そのいずれかが許されるのかを検討することを妨げるものは何もない

のである。（それについての詳細は、第 16 章 Rn.63 以下、73 以下の防禦的緊急避難と予防的正当防衛の叙述を参照。）

第 8 節 正当化における錯誤の問題

1. 不法故意

a) 学説の状況

51 錯誤論の論点の一つは、行為者が錯誤により正当化事由の事実的前提を表象している事案をどのように扱うべきか、というものである。誤想防衛の例がもっとも有名である。ある者が、彼に道や時刻を尋ねようと大急ぎで駆け寄って来る通行人を、侵害してくる強盗と思い、その人を射殺する場合である。さらに、他のすべての正当化事由でも、相応の状況が生じうる。すなわち、ある者が、村で火事が起きたと誤信して、礼拝を妨害する場合（誤想避難）や、ある者が、思い違いをして、怪しげな人物を刑事訴訟法 127 条を根拠に逮捕する場合である。

52 1962 年草案はその問題を法律上で規定しようとし、たしかにさまざまな方法が提案された。原則的には、そのような錯誤は故意処罰を排し、場合によっては過失犯による有罪判決に至るとされている。1962 年草案の 20 条 1 項は、「犯行の際に、その行為が正当化されると思い違いをしていた者は、故意による実行を理由に処罰されることはない。」と規定していた。しかしながら、錯誤者は、2 項によれば、「その錯誤が彼に責任があり、法律が過失行為も刑罰によって威嚇している場合には、過失による実行を理由に処罰」されることになるのである。それに対して、39 条 2 項によれば、誤想避難に 20 条は妥当せず、この場合には、正当化事由の思い違いが回避可能であれば、軽減された故意処罰がなされることになる。この規定は激しい学問的な批判にさらされた。なぜならば、ある錯誤とそれと同一の錯誤が、一方では故意犯による処罰の可能性を排し、他方ではその可能性が存在したままにされる場合、——とりわけ、正当化事由が競合する場合には——解決不可能な矛盾に至らざるをえな

いからである。「1964 年の刑法学者大会では、さまざまな陣営の主張者によって、1962 年草案の 20 条、39 条 2 項を削除すべきだとされた。」現行法は、それゆえ、その問題の解決を「これまでのように判例や学説に委ねた」のである。立法者の節制は、新総則の導入以前に存在していた種々の見解の乱立をそのままにし、さらに増幅させたのである。過度な単純化をしなければ、五つの「理論」が区別されるべきである。

53 aa) 消極的構成要件の理論（それについての詳細は、第 10 章 Rn.13 - 26）にとっては、正当化事由の誤認は構成要件の錯誤であり、16 条 1 項を直接的に適用して故意を阻却し、場合によっては、過失行為による処罰に至ることになる。したがって、この理論によれば、16 条 1 項の意味での「法律上の構成要件」に正当化事由の不存在も属するのである。

54 bb) 学説における大多数の意見によって、また、全体としてみても判例（それについては Rn.60）によっても主張されている制限責任説は、許容構成要件の錯誤に 16 条 1 項を直接的にではないが類推的に適用することによって、故意阻却という同一の結論に至る。したがって、それは、16 条 1 項の「法律上の構成要件」は各則の行為記述の中で把握される犯罪類型にのみ関係することを前提にしているが、正当化状況の誤認を構成要件の錯誤のように扱うのである。

55 「制限責任説」という名称は市民権を得ているが、容易に理解できるものではない。それは次のように説明している。すなわち、いわゆる責任説によれば、行為者に自己の行為の禁止の存在を覆い隠してしまう錯誤は、場合によっては行為者の責任の軽減または阻却の問題ではあるが、故意には関係ない。もっとも、その錯誤が 16 条の直接的な適用において構成要件に該当する場合は別である、と。本書で叙述される理論は、許容構成要件の錯誤も故意を阻却するものとして作用させる点、したがって、その錯誤に責任への影響を認めるわけではない点で、このような基本方針とは異なるものである。責任説は、16 条の場合だけでなく許容構

成要件の錯誤も故意を阻却されるとみなされるので、「制限される」のである。

56 cc) 法律効果指示責任説は、許容構成要件の錯誤に故意阻却効果を認めず、——とりわけ、行為者の減退した責任を理由に——その見解によれば故意の犯行を法律効果においては過失犯と同等に扱おうとする。したがって、故意行為者は、——16条1項の類推で——過失行為者のように処罰される。結果的に、この見解は制限責任説とは、錯誤の取り扱いにおいてではなく、特に、悪意のある者が錯誤者の行為に関与することを可能にする点で異なるのである。すなわち、共犯は26条および27条によれば正犯の故意を前提にしているが、正犯の（故意）処罰を前提にしているわけではないので、正犯が処罰されない場合（あるいは、場合によっては過失構成要件からのみ処罰される場合）にも、共犯が肯定されうるのである。

57 法律効果指示責任説の一つのヴァリエーションが、Jakobsによって唱えられた非独立的な（すなわち過失処罰に掛からしめた）責任説である。それによれば、——もちろん、過失行為の可罰性が規定されている場合に限るが——故意犯を理由とした有罪判決が下されるが、故意の法定刑が過失犯の枠へと引き下げられる。

58 dd) 法律効果独立責任説は、許容構成要件の錯誤を扱う際に、完全に16条の拘束から離れる。それは、故意の犯罪行為を認めず、むしろ錯誤が回避可能な事案に関しても独自の法定刑を形成する。KrümpelmannやPaeffgenは、その場合に、49条1項の減輕を強制的に適用するだけでなく、49条2項を類推適用することで、故意の法定刑を下回することも認めさせようとする。Dreherは、立法論的に、正当化事由の事実的前提に関する回避可能な錯誤を、法律効果においてつねに——そのかぎりでは法律効果指示責任説と一致する——過失犯のように扱おうとする。しかし、このような取り扱いは——そしてそこに法律効果の独立性が存在する——、「法

律が過失行為をさらに刑罰で威嚇していない場合」にも妥当するが、「そのような事案では、刑罰は、49 条 1 項にしたがって減軽された故意行為に向けられた刑罰なのである」。

59 ee) 最後に、とくに目的的行為論の枠内で展開されてきた厳格責任説は、正当化状況の誤認を直接的に 17 条の下に包摂されるべき禁止の錯誤として取り扱う。したがって、その錯誤は故意を阻却することは決してなく、むしろ、それが回避不可能だった事案では端的に責任を阻却する。また、その錯誤が通常の場合のように回避可能であれば、故意処罰は 17 条 2 段にしたがって減軽されうる。「厳格責任説」という名称は、この理論が適法な行動の承認に至るべきすべての錯誤を、それらが 16 条 1 項にしたがっても犯罪類型のメルクマールに関係しないかぎり、例外なく（「厳格に」）責任の問題とみなし、17 条に従属させることから、つけられたのである。

60 ff) 判例は全体としてみて制限責任説にしたがっている。BGHSt 3, 105 (107) では、懲罰の権限を与える事実関係の誤認の事案に関して、次のように述べている。「真正な事実関係について錯誤して行為した者は、……即自的には法に忠実である。彼は法命令を遵守しようとしているが、この目的を、ただ彼の行為が生ずる状況についての錯誤ゆえに達成していないのである。それゆえ、彼には現実の状況ではなく、彼の利益になるように、誤認した状況の責任を負わせるという、刑法 59 条 (現在の 16 条) の思想が妥当するのである」と。BGHSt 3, 194 (196) は、誤想防衛の事案で消極的構成要件要素の理論に接近した。その判例によれば、「そのような錯誤は、それが侵害の持続性や強度についての思い違いに基づいているのであり、この思い違いが避けられない場合には可罰性を排除し、回避可能である場合には過失として処罰することになる。このような錯誤は、上述のような事情の下にある正当化事由に基づく錯誤であったとしても、59 条 (現在の 16 条) の意味での構成要件の錯誤である。」それに対して、BGHSt 3, 357 (364) は、構成要件の錯誤との同視については、

次のように述べている。「行為者が、思い違いではあるけれども、それが存在していれば彼に法秩序が実際に侵害の権利を与えたであろう事実を存在しているとみなしていることから、自分に他人の人格的自由への侵害の権利があると思っている場合、彼は法的な意味においては刑法 59 条 1 項（現在の 16 条 1 項）において扱う行為事情の錯誤と同視されるべき錯誤に陥っている」と。BGHSt 31, 264（286 以下）も、16 条 1 項を類推適用することで、故意阻却を支持している。「正当化をする事実関係の認識は、故意犯による可罰性を、その認識が的確でなくても阻却する。そのような錯誤は、故意を阻却する行為事情に関する錯誤のように、刑法 16 条 1 項にしたがって評価されるべきである」と。

61 それに対して、連邦通常裁判所は、正当化的緊急避難（現在の 34 条）の場合には、正当化の前提の検討の義務を認め、それを怠った場合には、思い違いで正当化状況を認識している行為者に対して禁止の錯誤しか認めていないのであり、結果的に厳格責任説を適用したことになる。——（当時はまだ緊急避難の原則にしたがって取り扱われるべきであった）妊娠中絶の行為者が、「母親の生命を救うための胎児の殺害が、その前提の慎重な検討をしないでも許される」と誤認していたというでっちあげた理由によって（BGHSt 3, 7）。このような検討義務やそれに基づく錯誤の間違った主張は、今日では、例外なく認められていないし、連邦通常裁判所の判例の立場からも時代遅れのものとみなされている（検討義務についての詳細は Rn.67, 81 以下、参照）。

b) 本書の立場

62 aa) 「まさにスコラ哲学的な洗練によって」導かれた議論は、これらの事案の取り扱いにおいて故意と過失の間の全体的な多様性を満たすものとなっており、そのためその細部に至ってはもはや見通すことすらできないのである。しかし、制限責任説だけは正当で、その説を支える根本にある簡潔な刑事政策的な思想は、複雑な構成によって埋没させられてしまうべきではないと思われる。その存在が犯行を正当化することに

なろう事情を認識している者は、法の規範と完全に一致する目標設定に基づいて行為しているのである。彼がしようとしていることは、彼の——重要ではない——主観的な考えのみならず、立法者の客観的な判断によっても、まさに非の打ちどころがないのである。そのような行為者に対して故意の犯罪行為で非難したり、あるいは、彼にさらに——厳格責任説のように——故意に法を破った者に対して設けられている法定刑を受けさせざる場合、故意と過失の間の基本的な区別が消し去られることになる。法秩序によって禁止されている行為を（彼がこの禁止を認識していない場合でさえも）決心する者が、故意に行っている行為である。しかし、客観的に判断した場合に、何らかの法的に許されたことに向けられている表象によって導かれている者が、その際に関心や注意の欠如によって望まれざる結果を惹起したのであれば、彼には過失の非難が当たるのである。そして、このような事情が正当化事由の事実的前提に関する錯誤の場合に存在するので、その結果、それは 16 条にしたがって構成要件の錯誤と同視されるべきなのである。

63 bb) 対極をなす厳格責任説は、この説が許容構成要件の錯誤を 17 条の禁止の錯誤であると判断するのであるが、その場合には、このような価値の違いを見誤っているのである。禁止の錯誤で行為している者は、その説の許容範囲の中でしか完全な故意処罰から免れることができないという、正と不正についての誤った解釈をしているのである。基本的な質的な違いは、正しい法的な価値表象によって動機づけられた者の事実の錯誤を同一の法的なカテゴリーに分類する場合には、平準化されるのである。

64 もちろん、厳格責任説の支持者は、同様に、制限責任説に対して、この説が刑法 16 条の類推適用によって評価に従って区別されるべき錯誤を同等に取り扱っていると批判的に証明しようとしている。すなわち、正当化事由の前提を認識している者は、自分が構成要件を充足することを、つまり、何かしら「自分に対して」禁止されていることを行うことを、つね

に認識しているという。このような「構成要件故意の提訴機能」は、彼に事実をとくに注意深く検討しなければならない、彼がこの検討を怠る場合には、彼の行為の不法は通常の構成要件の錯誤よりも重いとされる。しかし、このような批判の根拠は支えにはならない。まず、正当化をもたらす事実を認識している者は、彼の表象によれば、構成要件を充足するつもりのない者と同様に非の打ちどころなく行為しているのであり、認識された状況が、ふつうは構成要件から生じる警告の衝動や規制の衝動を、麻痺させているのである。正当にも、Dreher は、「なぜ住居に侵入した執行官が、自分の車で混雑した道を走行する自動車運転手よりも、事実を注意深く検討するように呼びかけられるべきであるのか、納得がいかない」と述べている。

65 さらに、とりわけ、注意深い行為への提訴は、そもそも第一次的には構成要件の充足に由来するものではなく、構成要件の故意をもたずに行為している者にとってもしばしば明白に意識するように迫る状況の危険性に由来している。道路で危険な追い越し運転をする者、燃えている蠟燭を持って納屋に足を踏み入れる者、人の近くで装填された銃や爆薬を取り扱う者は、それが事故になった場合には、その状況の検討へのかなり強い提訴を、心に留めずに聞き流しているのである。そして、彼はもっぱら過失で行為しているのである。それに対して、許容構成要件の錯誤を引き合いに出す者は、そのうえさらに、ほとんどの事案で、素早い行為をせざるをえない緊急状況や衝突状況の表象が、彼の入念な検討を妨げたということができる。いずれにせよ、正当化状況を認識している者は、基本的に、ふつうは許されない危険を創出した者よりも強く調査を呼びかけられているということはできない。状況を注意深く十分に調査しなかったがゆえに不法を犯す者は、つねに、もっぱら過失で行為しているのであり、故意行為者ではないのである。

66 さらに、厳格責任説の支持者は、ほとんどの事案では過失処罰規定がないことから生じる処罰の間隙を引き合いに出す。その点について、

現行法の過失犯が第一次的には構成要件的過失に合わせて調整されているのであって、正当化をもたらす事実の回避可能な誤認に合わせて調整されているわけではないということは、正当である。しかし、許容構成要件の錯誤を構成要件的過失が不可罰であるところでも処罰するという刑事政策的な要求は、説明されえない。正当にも、Jakobs は、「過失による器物損壊に対する保護が、損害賠償義務を負わせることで十分であるならば、それは、たとえば緊急避難の誤認による器物損壊に対する保護についても、それで十分であろう。」と述べている。高価な物を非常に軽率に損壊する行為が 303 条によって捉えられないのならば、厳格責任説によって、たとえば人命救助のために他人の物を壊さなければならないと誤認した者が故意の器物損壊による処罰を覚悟しなければならないというのは、明らかな評価矛盾である。

67 この領域でこれまでに実地的な意義を持っていた唯一の「処罰の間隙」は、かつては、過失行為としては処罰されない墮胎 (218 条) の場合に存在した。医学的に必要な妊娠中絶は、法律に新たに規定される前は (第 4 章 Rn.26, Nr.3 を参照)、正当化的緊急避難の事案として扱われたので、医学的な必要性の前提を誤認した医師、あるいはこの誤認が証拠を挙げて論駁されなかった医師は、制限責任説によれば処罰されないのである。このような場合に故意の墮胎を理由に処罰できることを、厳格責任説はいつもその長所とみなしていた。また、処罰可能性の要望は、連邦通常裁判所を他の事案で主張した見解から乖離させることになり (参照、Rn.61)、1962 年草案の起草者にこのような事案に合わせて調整された特別な錯誤の規定を促したのである。そのような事案に関して、当時の法に基づいて実際に処罰の要求が存在したのかどうかは定かでない。今日では、その問題は、妊娠中絶の新規定によって、いずれにせよ決着がつけられている。

68 本書で支持される制限責任説によれば、故意処罰に必要な不法故意は、したがって、16 条 1 項の構成要件故意よりも多くのものを含んでいる。

法律上の構成要件（16条1項）の事情を知っていること、および、正当化事情を認識しないことが、それに属する。逆に、故意は法律上の構成要件の前提について知らないことによっても、また正当化事情の誤認によっても阻却される。このようにして、不法を確定するために重要なすべての事情が同等に扱われることになる。自らの行動の不法が依存する事情について錯誤している者は、自分が何をしているのかを知らないのであり、また、彼の表象形象は法的な非難に値しないので、故意に行為してはいないのである。それに対して、禁止の錯誤（17条）で行為しているのは、自分が何をしているのか知っているが、そうしてよいと誤認している者である。

69 Armin Kaufmann は、このようなコンセプトに対して、それによれば故意に行為した行為者は、法律上の構成要件のほかに行為の実行の時点でつねに目下の状況ですべての正当化事由の欠如を表象しなければならなくなると、反論した。そのようなことは実際には起こらないので、この見解は支持しえない結論に至らざるをえないというのである。しかしながら、それは不的確な反論である。不法は客観的には構成要件の充足のほかには正当化事由の欠如しか要求していないのであるから、不法故意もまた構成要件の認識のほかには正当化をもたらず認識の欠如しか必要としないのである。そのことは別として、故意行為者にとっても、故意を認めるために十分で、状況に由来した、熟考を経していない「共同意識」（参照、第12章 Rn.112）という形態で、正当化事情の欠如も十分に意識されているのである。すなわち、たとえば、悪ふざけで他人に執拗な暴行を加えたり、他人の物を破壊する者は、犯行を十分に、正当化の機会を積極化するわけではないことを表象して行っているのである。

70 消極的構成要件要素の理論は、正当化の前提を消極的事情として「法律上の構成要件」に取り入れることで、16条1項を直接的に適用して、制限責任説が16条1項の類推によって至るものと同じ結論に到達する。この理論に反対する決定的な構造上の疑念はない。それは16条の理論的

に許された解釈の枠内にとどまってもいる。というのは、立法者は明示的に「正当化事由の前提についての錯誤の場合には構成要件の錯誤が問題になる」という可能性を開かれたままにしてあったからである。しかしながら、この理論は、二段階の、つまり、構成要件と違法性を「全不法構成要件」の中で統合するという犯罪構造を前提にするものであるが、それに対しては錯誤論の観点の下では何も異論は唱えられないかもしれないが、その他の点では有力な反対理由がある（参照、詳しくは第 10 章 Rn.13-26）。それゆえ、錯誤構成要件が不法を確定するすべての事情に係づけられる一方で、体系的構成要件（16 条 1 項の法律上の構成要件）を各則に記述された構成要件の不法を基礎づける犯罪類型的な要素に限定することによって、不法故意の対象としての「錯誤構成要件」を「体系的構成要件」から切り離すほうが正当である。

71 dd) 法律効果指示責任説も、実際的な結論においては、錯誤の取り扱い方が問題になっている限りでは、制限責任説と異ならない。しかし、許容構成要件の錯誤の場合には「故意の行為不法」が存在するが責任の内容が減少するので「過失による処罰しか」されることはないという、この説の理論構成は、納得させるものではない。それは、法的な概念はその法的効果のすべてに及ぶように定義されるべきであるという原則と矛盾する。故意の犯行とは、法律に故意処罰が規定されている行動である。それに対して過失処罰が相応しいとみなされる場面では、このような処罰に至る意識形態を故意と名付けることに意味はない。故意は存在論的に客観的構成要件要素の認識に制限されるという、厳格責任説の成立に本質的に寄与した目的主義の承認は、今日では、論駁されたものとみなされている。同様に、たとえば、立法者が 16 条 1 項に錯誤論にとって基準となる故意概念を規定したという見解は、失当である。立法者は、そこでは、構成要件の錯誤が故意を阻却するということを述べているだけであって、そのほかの錯誤に同じ効果があるということを、排除するつもりはまったくなかったのである（参照、Rn.70）。さらに、正当化の前提についての誤認に基づいて行為している行為者は、「故意の行為無価値

を実現したというべきである」というテーゼも適切ではない。たしかに、その錯誤が回避可能であった場合には、行為不法が存在するが、この無価値は注意の欠如に存在し、それゆえ過失の行為不法である。故意の行為不法は、行為者が、法秩序がその見地から不法と評価した行動を目標としていることを前提としており、許容構成要件の錯誤の場合には、それが欠けているのである。

72 もちろん、法律効果指示責任説は、制限責任説に比して、実際的な違いを錯誤論ではなく共犯論に関わる場面でもたらしめている。それは、許容構成要件の錯誤の状態で行為している者の犯行に故意で協力した者を、共犯を理由に処罰しうるのである。というのは、錯誤者の行動は、故意の法定刑からは罰せられないけれども、この説によれば、それは故意の行為であり、また、26条および27条は共犯に関してそれ以上のことは要求していないからである。しかしながら、このような共犯の問題のために、特別な錯誤論は必要ない。関連する事案は稀である。なぜならば、通常、間接正犯が存在するのであって、共犯処罰はまったく適切でないからである。すなわち、誤想防衛で行為している者に錯誤であることを完全に知りながら銃を差し出す者は、故意なく実行する者が侵害者と誤認された者を射殺した場合、間接正犯として殺人罪を犯しているのである。

73 「補充事例」として、正犯故意および第三者には関係しない特別な身分を要求する構成要件に関する錯誤の事案が残されている。たとえば、誤想防衛の例で、銃を手渡した者が直接行為している者の錯誤を知らなかった場合、彼には自らの客観的に存在している正犯性の意識が欠如しているので間接正犯ではありえないが、法律効果指示責任説は彼を幫助で処罰できるのである。さらに、身分のない者が公務員犯罪の構成要件を充足する公職者に、正当化をもたらす事実を真実であると装った場合、彼の間接正犯性は正犯固有の性質を欠いているので失敗しているのであるが、故意に行為している行為者という構造が、つねに教唆による処罰

の可能性を開いているのである。しかし、ここで制限責任説に生じる「可罰性の間隙」は、立法者が 26 条および 27 条を新たに規定する際に故意なき犯行への共犯の可能性を排除したときに、立法者自身によって作り出されたのである。直接行為者が構成要件の錯誤をしている場合に頻繁に生じるこのような「間隙」が、そこで無害であるとみなされたのであれば、なぜそれが許容構成要件の錯誤の場合には耐え難いとされるのか、納得できない。

74 法律効果指示責任説が関連する実務上の唯一の事案は、第三者が医師に、患者が彼を守秘義務から解いたと見せかけることによって、診療情報を暴露させたという状況に関するものである (OLG Köln MDR 1962, 591 以下)。しかし、この事案では、正当な見解によれば、医師が錯誤に陥った際にすでに構成要件故意が欠如する。つまり、患者の同意によってカバーされていると信じている者は、守秘義務を破るつもりはなく、したがって、構成要件上保護された法益を侵害するつもりがないのである。したがって、背後者の可罰性は、共犯者を構成要件の故意に「結びつけ」ても基礎づけられないのである。許容構成要件の錯誤に陥った行為への共犯を基礎づけるものとして挙げられた全事情は講壇事例のそれにすぎない。そのことは、可罰性の要求に賛同していない。

75 それにもかかわらず、この必要性を所与のものとみなす者は、それをさらに錯誤論を援用しなくても、その問題が根付いている領域の問題として満足させることができる。つまり、共犯論の領域である。そのような論者は、26 条および 27 条における「故意に」という概念を、構成要件故意の意味で解釈しさえすればよいのである。共犯論では構成要件故意から出発するのに対し、錯誤論では不法故意から出発するのであり、それは、そのかぎりでは、故意要件の異なる機能に完全に適合しているのである。

76 ee) そのことによって、さらに、法律効果指示責任説に反対する理

由も、あらかじめ示されることになる。正当化事情を誤認した場合に故意を肯定することが（参照、Rn.71）適切でもなければ、過失行為に関して規定されているのとは異なる法律効果を予定する（参照、Rn.63 以下）契機も存在しないのである。

c) 許容構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別

77 故意を阻却する許容構成要件の錯誤は、許容の錯誤すなわちそもそも存在しない正当化事由の誤認と区別されるべきである。許容の錯誤は、どの説にしたがっても、禁止の錯誤（17 条）であることに争いはない。それのより詳細な説明は答責性の箇所で行なわれる（第 21 章 Rn.21 以下）。ここでは、このような禁止の錯誤の特別な態様を、まったく別の取り扱いをされるべき正当化事由の事実的前提に関する錯誤と区別することが重要である。許容の錯誤は、さしあたり、ある者が法秩序にない正当化事由を引き合いに出す場合に存在する。たとえば、講義を妨害している学生が、彼の強要（240 条）が「争議権」によって許されると思っている場合、ある女性がやぶ医者に堕胎（218 条）を彼女の「自己決定権」によって許されていると信じて行わせる場合、公務員が贈り物を慣習法上の正当化事由によって許されていると信じて受け取った場合が、それである。これらの錯誤は、故意の脅迫、堕胎あるいは収賄の場合となんら変わらない。それらは、せいぜい 17 条にしたがって、責任を阻却または減輕しうるだけである。

78 許容の錯誤の下位事例が許容範囲の錯誤である。それが存在するのは、ある者が、自分に対して存在している正当化事由の限界を広く引きすぎ、事実を完全に認識する場合にはもはや正当化事由によって把握されることのない行為を、正当化事由に包摂する場合である。たとえば、父親が自分の子どもに、親の懲戒権によってカバーされていると信じて、著しい虐待を加える場合や、ある者がすでに地面に倒れている侵害者を、自分が正当防衛を行っていると思い込んで、執拗に暴行を加える場合である。どちらの場合でも、故意の傷害罪が肯定されるべきである。行為

者は、実際に与えられた状況の中で適切と認識した行為に関して、法が想定していない正当化を認めているのである。したがって、彼は、たしかに存在する正当化事由と関連しているが、これを、法律が許すよりも拡大している許容の錯誤に陥っているのである。適法に行為しているという誤認は、この場合でも禁止の錯誤 (17 条) としてしか考慮されないのである。

79 最も区別が難しい問題は、「全行為評価的要素」(詳しくは第 10 章 Rn.45 以下) の場合に生じる。それは、構成要件の場面だけでなく (詳しくは第 12 章 Rn.94 以下)、正当化事由の場面でも存在する。たとえば、そのような要素の一つが、32 条における侵害の「違法性」である。ある者が客観的には適法な侵害に対して、その侵害が違法であると誤認して抵抗する場合には、故意を阻却する 32 条の事実的前提についての錯誤が存在するのか、それとも、禁止の錯誤として扱われるべき許容の錯誤 (17 条) が存在するのであろうか。それが問題である。ある者が刑事訴訟法 127 条の仮逮捕に対して、私人が誰かを逮捕することは許されず、それゆえ逮捕者の行為が違法な侵害であると誤認して抵抗した場合、彼は禁止の錯誤の状態にある。というのは、彼はそのような逮捕に抵抗してよいと思いつている場合、彼は存在しない正当化を認識しているからである。この場合、侵害の違法性に関する錯誤は、自らの行為の正と不正についての誤った表象と同一のものである。それに対して、全事象の評価ではなくて違法性判断の基礎をなしている事実に関係している、侵害の違法性についての錯誤の場合には、別である。私人が、人間違いで刑事訴訟法 127 条に基づく彼の行為で罪のない人を逮捕しようとし、その罪のない人の正当な抵抗に対して「正当防衛」を行う場合、そのような侵害の違法性についての錯誤は、故意を阻却する許容構成要件の錯誤である。というのは、事実が彼の表象したものであったのであれば、彼の行為は実際に正当防衛によってカバーされているであろうからである。

80 同様のことが、34 条の枠内における利益考量にも妥当する。衝突状況

において、法秩序と異なる利益考量をする者、たとえば、物の価値を守るために関係のない人によっては重傷を負わせた者は、禁止の錯誤にある。それに対して、何が他の人にとって危機に瀕しているのかを識別しなかったために、自分によって保護される利益が本質的に優越すると想定した者は、故意なく行為しているのである。というのは、彼は誤った法的な全体判断を下してはおらず、むしろ、法的に適切な利益考量をする際に、その事実的前提について思い違いをしているからである。したがって、先に展開された原則が、ここでも実証される。すなわち、全行為評価的要素は分解されるべきであり、法的な全体評価の基礎をなしている事情についての錯誤は構成要件の錯誤の法則にしたがって扱われるべきであるのに対し、全体評価についての錯誤は禁止の錯誤として扱われるべきなのである。

2. 正当化事由における検討義務？

81 比較的早く、今日まで放棄されることのない判例は、いくつかの正当化事由の場合には、正当化は行為者によるそれを基礎づける状況の合義務的な検討を前提にするという見地に立っている。これは、正当化的緊急避難、正当な利益の擁護（193条）や種々の職務上の権利について当てはまる。学説は、正当化的緊急避難（34条）の事案に関して、そのような検討義務を一般に認めてこなかったが、それをその他の事案や、さらに判例によってこれまで取り扱われてこなかった推定的承諾の場合にも、たびたび承認している。その背景には、文献においては、たいてい、許された危険や単なる疑いに基づく正当化は、事情によっては不適切な認識を正当化にとって十分なものとさせることにもなるのであるから、少なくとも行為者による慎重な検討を前提にしなければならないという思考がある。判例にとっては、とりわけ、これらの正当化事由の事実的前提についての錯誤の場合に、それにもかかわらず、故意行為を理由に処罰できること（参照、Rn.61）が重要である。すなわち、故意行為による処罰が、客観的に存在し行為者によって主観的にも認識された正当化状況によってではなく、合義務的な検討がさらに加わることではじ

めて排除される場合、正当化をもたらす状況の誤認だけでは故意処罰をまだ妨げえないのである。したがって、検討義務の承認は、結局のところ、厳格責任説の結果になる（参照、それについては Rn.59, 63 以下）。

82 しかしながら、このような検討義務は否定されるべきである。それは、正当化の前提を十分に検討しなかった者は、正当化事由が存在し行為者がその存在を認識して行為した場合ですら、故意行為を理由に処罰されなければならないという、耐えられない結論に至るからである。しかし、そのように考えられるべきではない。というのは、結果不法と共に故意の行為不法も欠如するからである。たしかにその結論は客観的に整然としており、また行為者の目的表象も法の命令と一致しているのだけれども、その検討の欠如は、単に——具体的には無害な——注意の欠如を基礎づけるだけであり、それは処罰されない過失の未遂にすぎない。その欠如は、さらに正当化状況が行為者によって誤認された場合にも故意を創造することにはならず、過失の結果惹起にしかならないのである。

83 しばしば例外が認められているような正当化事由の場合にも、特別の取り扱いをする必要はない。たとえば、警察官が刑事訴訟法 127 条 2 項にしたがって実際に明白な嫌疑や拘留事由がある者を仮逮捕した場合に、これらの前提を適切に認識した逮捕者を、彼が十分に注意を払ってその前提が逮捕にとって十分であるかを再検討しなかったというだけで、故意の自由剥奪行為として処罰することにはならないのである。それは、警察官が、たとえば刑事訴訟法 127 条 2 項による逮捕を不法に関するあいまいな間接証拠に基づいて行う場合には、つねに故意が欠如するので自由剥奪行為としての告訴を免れるとされなければならない、ということの意味しているわけではない。というのは、彼があいまいな間接証拠を、逮捕権限を与える明白な嫌疑とみなしている場合には、それは単に禁止の錯誤（17 条）となる包摂の錯誤だからである。故意は、警察官が実際に仮逮捕を正当化する具体的な事情を表象している場合にはじめて、阻却されるのである。そのような事案で、錯誤が回避可能であるとして

彼を 239 条の故意行為を理由に処罰することもまた不適切であろう。

84 推定的承諾の場合も——このような例を取り上げるためだけに——、たとえば、他人の子どもをしかる者や、事故現場から立ち去る者が、特別な根拠もなく軽率に、子どもの両親や、彼によって損壊された車の所有者がすでに彼の行為に同意しているであろうと認識して行為している場合には、故意は阻却されない。この場合、むしろ、制限責任説によれば、故意の傷害（223 条）ないし事故現場からの無許可離脱（142 条）によって処罰されるべきである。故意阻却は、行為者が、法的な基準によって推定的承諾への推論を許す具体的な事情を表象している場合にはじめて存在する。したがって、故意に関して決定的なのは、ある者が何を検討したかではなく、彼が何を表象したかなのである。もちろん、正当化事情をまったく検討しない者は、そのような事情を多くの場合に具体的に表象していなかったであろうから、故意に行為しているのである。

3. 不確かな、あるいは将来の事情に基づく正当化要素

85 錯誤論の修正は、多くの正当化事由が、不確定的な事情あるいは間近に迫った展開に依拠している事情の評価を要求しているという事案によって、生じる。たとえば、34 条は「現在の、他に回避不可能な危険」を必要とする。客観的な事前判断によってそのような危険が肯定されるのであれば、行為者は、事後的に危険が実際には存在しなかったことが明らかになったとしても、正当化される。したがって、その場合、状況を誤って評価しているにもかかわらず、誤想避難ではなく、真正の緊急避難が存在するのである。推定的承諾の場合も同様である。つまり、十分な間接証拠が、法益保持者が自分の領域への侵害に賛同していると表示している場合、行為者が、法益保持者が実際には侵害を承諾しなくても推定的承諾に何の変わりもないと信じて行為しているのであれば、正当化される。つまり、その場合、真正の正当化が存在するのであって、誤想による正当化が存在しているわけではないのである。正当防衛の場合でさえも、そのような問題が生じる。（たとえば、装填されていないピ

ストルで) 攻撃するふりをした場合に、真正の緊急状況が認められるべきであろうか、それとも、ただ緊急状況の思い違いが認められるべきであろうか。防衛に「必要な」ものは、現実の事情と比べて判定されるべきか、それとも、被侵害者が防衛の時点で認識した事情または認識しえた事情と比べて判定されるべきであろうか。

86 不確実な事情がそもそも行為者の利益になるように考慮されるかぎり——ケースバイケースで異なりうるが——、どの限度を越えると、状況や展開の判断ミスが正当化を錯誤の法則にしたがって取り扱われるべき誤想の正当化へと転化させるのかという問題は困難である。たとえば、34 条の意味の危険が存在するのかという問いは、侵害者の主観的な見地から判断されるべきなのか、行為者の生活領域の中にいる思慮深い人の判断にしたがって判断されるべきなのか、それとも、その時点で最も高度な知識を有する専門家の立場から見て判断されるべきなのであろうか。さらに、侵害の時点で法益保持者の意思が異なる場合にも、どの時点で推定的承諾が肯定されるべきであるのか、いかなる基準にしたがって確定されるべきなのであろうか。これらの問いに一義的な回答はなされえない。それらは、もっぱら種々の正当化事由の特殊性にしたがって、当該の予期された要素の文脈から回答されうるのである。いずれにせよ、現在の状況は、多くの点でまだ解明されていない議論に、一般的な原則の確定的な表現を許していない。しかしながら、いずれにせよ、「あらかじめ」錯誤論の援用は、事前に下されるべき——さまざまな基準によって確定されるべき——判断の不確実性が、正当化の事実の中に入っているような場合には容認できないという点が確認されるべきである。行為者が正当化事由の前提を誤認したとしても、彼は、もちろん、その際に道路交通上必要な注意義務を遵守している場合、つねに、まだ過失の不法も実現していないのである。

4. 正当化事由の存在に関する不確実性

87 ある者が正当化状況が存在しているかもしれないとしか表象してい

ない事案を、どのように評価するべきかという問題は、これまでのところ、ほとんど扱われておらず、また、解明されていない。連邦通常裁判所は、一度、自動車運転手が自分に執拗な暴行を加えられる「可能性がある」と思ったので、道をふさいでいる三人組の男たちに車で突進したという事案（BGH VSR 40 [1971], 104, 107）に行為者に故意を阻却する誤想防衛を認める判決を下したことがある。しかし、それはおよそ正当ではない。というのは、現在の違法な侵害をただありうるとのみみなしている者は、無害な事象が問題になっている可能性もまた表象しているのであって、それゆえ、そのかぎりでは、彼に未必の故意が認められるべきだからである。それに対して、彼が正当化事由の存在を信じている場合に、許容構成要件の錯誤が認められるべきである。

88 正当にも、状況を調査し危険を回避できるところでは、単なる可能性の表象に基づいて行為がなされてはならないということが、前提にされなければならないといえよう。したがって、目を付けた者がおたずね者で刑事訴訟法 127 条 2 項によって逮捕されるべき犯罪者かもしれないと思っただけの警察官は、運を天に任せて逮捕してはならないのであり、場合によっては逮捕に着手する前に、事実をより詳細に調べなければならないのである。運を天に任せて行為する場合には、彼が罪のない人を捕まえたのであれば故意の自由剥奪で処罰されるべきである。彼が捕まえた人がたまたまおたずね者であった場合には、たしかに結果無価値は抜け落ちるが、（場合によっては 240 条 3 項によって可罰的な）未遂が残されている。同様に、強盗なのかトレーニング中の障害物競争の走者なのかかわからない人が自分に駆け寄ってきたと思った者は、できるだけ、安全な場所に移動しなければならない。彼が「あてずっぽうに」無害なスポーツ選手を射殺した場合には、故意の殺人罪で可罰的である。

89 大変難しいのは、正当化状況が存在するかどうか確実ではないばかりか、さらに待つことが損害の回避には遅すぎる危険を惹起してしまう状況である。この場合に正当化的緊急避難が問題になることは、稀で

はないであろう。たとえば、ある者が海が荒れているときにヨットが転覆すると思い、事故にあった人たちを、彼らが自力で助かるだけの十分な泳力があるのかどうか分からないので、モーターボートですぐに助けに行こうとして船の倉庫をこじ開けた場合、——事實はどうあれ——いずれにせよ危険は存在している（34 条の危険概念については、第 16 章 Rn.9 以下 [15]、参照）。この危険が構成要件行為（303 条、123 条）を民法 904 条および刑法 34 条にしたがって、転覆の被害者が他人の助けがなくても安全なところに移動できる状況にあったことが事後的に明らかになったとしても、正当化するのである。

90 しかし、正当化状況が不確かな場合にもしばしば援助を続けることができるという、正当化的緊急避難についてのこのような解決は、生命対生命の場面では、働かなくなる。ある者が、彼に怪しげな状況で近づいてくる人影が殺人犯なのか精神障害者なのか分からず、また、どちらなのかについての躊躇が彼に命を失わせるような場合、彼に自らの生命の放棄という前者のリスクを選択するように要求することはできないであろう。脅迫されていると思った者が、そのような状況でナイフや銃に手を伸ばす場合、もっぱら 35 条による責任阻却が問題になるだけである。その点について、被害者が自分にとって不確かな推測に基づいて行為に出たのであれば、彼に正当防衛権を与えたであろう危険な侵害が実際に存在することが事後的に明らかになった場合でも、（理論的には）何ら異なるものではない。しかし、結局、そのような責任阻却は、その場合には、違法な侵害者は正当防衛権を要求することができないので、正当化と同じことになる。

5. 主観的正当化要素

91 主観的正当化要素の問題は、基本的には、許容構成要件の錯誤の状況の裏側に当たる。許容構成要件の錯誤に陥っている行為者は、実際には存在しない正当化状況を表象している。ここで論じられるべき状況の場合には、それに対して、客観的には正当化状況（たとえば、現在の違

法な侵害）が存在しているが、行為者がそれを認識していないか、あるいは、それが彼を少なくとも構成要件の充足へ動機づけていないのである。具体例のほとんどが正当防衛権から引き出されているが、すべての正当化事由の場合で考えられる。

事例 1：怒った妻が、真夜中に家の扉を開けた武装した侵入者を、またしても宴会から帰ってきた自分の夫と向き合っていると誤認して、殴り倒した。

事例 2：自転車に乗っている R は背後から女性 F に、通過するときに彼女のバッグをひったくるつもりで接近した。その目的の直前に、散歩をしていた S が、些細な理由から怒り、彼に狙いを定めて小突いてきた。R は転倒して足を負傷し、自分の自転車が壊れた思い、計画をもはや実現できなくなった。S はどちらの損害結果も予見し、意図していた。

事例 3：A は礼拝（167 条）を妨害し、大きな叫び声を出して、訪問者たちを教会から立ち去らせたところ、その後、その場所で大きな火事が起きたとしよう。彼は、この情報を路上で入手していたが、それを誤って、彼が加わるつもりでいた狼藉のことだと思っていた。

92 それぞれの事例は、正当防衛状況（事例 1）、緊急救助状況（事例 2）および緊急避難状況（事例 3）を示しているが、それについて行為者はいずれの事例でも何も認識していない。それらは、法的な評価に三つの問題を提立する。すなわち、正当化はそもそも主観的要素に依拠するのか（後続の a）、それを肯定する場合、どのような内容の要件が主観的正当化要素に設定されるのか（b）、主観的正当化要素を要求する場合、その欠如はいかなる効果をもつのか、つまり、既遂処罰なのかそれとも未遂処罰なのか（c）。主観的正当化要素は、ここでは、とりわけその包括的な観点において扱われるが、その際に、これとの関係で、個々の正当化事由の場合によっては生じうる特殊性が、再度取り上げられることになる。

a) 主観的正当化要素の必要性

93 かつて広く支持されたが、今日では Spendel によって主張されるだ

けの見解は、もっぱら、行為者の行為が正当化状況によって客観的にカバーされているかに着目する。したがって、それは、各々の主観的な基準を放棄し、三つすべての事例において正当化に至ることになる。このような解決は、純粹に客観的な不法理解からは首尾一貫したものであり、それは、今日でも、客観的に正当化事由の枠内にとどまる行為者に対して正当防衛はできないという点においては適切である。というのは、彼は適法な状態を惹起したのであり、それゆえ、妨げられてはならないからである。しかし、この見解は、遅くとも、不能未遂が可罰的になってからは (22 条、23 条 3 項)、行為者の行為を完全に正当化しようとする点で、もはや主張の根拠がない。というのは、行為者が犯罪の故意をもって——彼の表象によれば——実行行為へ移行したことが、明らかだからである。これが既遂か未遂かは、議論の余地がある (参照、Rn.101 以下)。しかし、行為者の表象に基づく犯罪実現である行為は、いずれにせよ適法ではありえない。今日支配的で、本書でも主張されている不法論 (参照、第 10 章 Rn.88 以下) からは、さらに、行動が適法でありうるのは、行為無価値と結果無価値が同様になる場合だけである。しかし、ここで挙げた事例では、少なくとも、行為無価値は完全に存在しているのである。

b) 主観的正当化要素の内容的な要件

94 本書で主張されている、おそらくすでに有力になっている見解によれば、基本的に、正当化には、行為者が客観的には正当化された枠内で、主観的には正当化状況を認識して、行為していることで十分である。彼は、その場合、客観的に適法なことをする故意を有しているのである。すでに適法なことを惹起する意識が、行為無価値を排除するのであり、したがって、不法を排除する。行為者がさらに正当化の目的のために行為していることは必要ない。したがって、侵害者を 32 条に適う方法で殴り倒す者は、彼を防衛目的ではなく怒りが動機づけている場合でも、正当化されている。適切な緊急救助で侵害者を負傷させる者は、彼にとっては被害者の保護ではなく、侵害者を懲らしめることが重要であったとしても、適法に行為している。そして、重傷を負った被害者を事故現場から病院に運ぶ者は、

彼が救助目的ではなく警察の逮捕から逃れる目的によって動機づけられていたとしても、34条によってカバーされているのである。

95 それに対して、判例は、ライヒ裁判所に倣って、正当化の目的を介した行為者の動機を要求している。もちろん、正当化の目的が行為者の一般的な動機であることは要求されていない。BGHSt 3, 194では、自らの身を守る者は、彼の行為がさらに侵害者への怒りによって決定されている場合でも、防衛の意思が同時に完全に取り消されていないかぎりには、正当防衛を引き合いに出すことができる、と述べている。BGHSt 5, 245 (247)は、「被侵害者が法侵害に立ち向かう意思で行為していなければならない。彼が同時に他の意図を追求しているか否かは、重要ではない。」とする。そして、BGH GA 1980, 67は、その主張を「法侵害に立ち向かう目的以外に他の態様の動機（憎悪、怒り、憤激あるいは報復への努力のような）が、侵害回避の目的を完全に背後へと押しやってしまうかぎりには、それが役割を果たしていることによって、防衛の意思が排除されることはない」のであると補強している。文献の大部分がそれに従っている。

96 むしろ、正当化に関しては客観的な正当化の限界を守ることや正当化状況を認識することが必要であるという見解は、論駁されるべきである。まず、その意思の「完全な消失」は、実際には証明されえないのであるから、そのような意思を要求することに意味はないのであって、それゆえ、引用されたすべての判例が行為者に他に優勢な動機があったにもかかわらず正当化を認めたことは、偶然ではないのである。つぎに、故意に適法な状態を惹起した者を、彼が許されていることを「正しい」内心の態度で行ったわけではないことだけで処罰するとすれば、禁じられた心情刑法に至ることになる。さらに、緊急救助や緊急避難の救助の事案では、救助している行為者は、しばしば323条cによって命じられているのである。命じられた行為をする者は、他人を救助する動機によって導かれているので可罰的ではない。というのは、さもないれば、行為者は命じられた行為をしてもしなくても同じように可罰的になってしまう

うであろうからである。

97 それに対して、とりわけ 32 条および 34 条から、ここで主張されている見解に矛盾するような文言を引き出すこともできない。32 条が「必要である」防衛を要求する場合、「目的構文」によっては「客観的な防衛行為の特性が明記されているのであって、行為者の意図が明記されているわけではない」のである。そのことは、民法 904 条（「その作用が不可欠でかつ差し迫った害が極端に大きい場合」）において、なお一層明確になる。他方で、34 条は、たしかに救助動機に着目しているように思われる主観的な規定を有しているが（「危険を回避するために行為をした者」）、この場合に 32 条やそれとパラレルな民法 904 条の場合と異なる決定をする合理的な理由はなく、それゆえ、目的論的解釈が文言を超えて正当化に至らなければならないのである。つまり、故意に著しく優越する利益を適切な手段で守る者は、それ以外の目的や動機が達成されていたとしても、法的には非の打ちどころなく行為しているのである。正当化事由の拡大が問題になっているので、罪刑法定主義がそのような解釈にとって障害になることはない。

98 正当化の目的の必要性を、「正当化行為の目的要素」によって、あるいは、また、人的不法論にとっては、「行為者の意図が許容命題の意図と一致していなければならない」、なぜならば、このような前提が「犯行の行為無価値を相殺するからである」と説明することも正しくない。しかしながら、目的性は故意であって、それを超える動機ではない。そして、行為無価値が行為者の故意しか前提にしていない場合に、その相殺のために、正当化状況を含む故意よりも多くのものが要求されるべき理由は、認められないのである。

99 行為は正当化事由の認識で十分であるという本書で主張される見解（Rn.95）と正当化の意図を要求する対極の立場（Rn.95）の中間に、Alwart の説がある。それによれば、行為者は、正当化状況が与えられて

いるので、行為しなければならないが、正当化のためにする必要はない、とされる。したがって、ある者が、侵害者を客観的に適切な正当防衛で、この侵害者がかつて自分の婚約者を虐待したというだけで殴り倒したという場合には、彼は、継続する侵害を理由にしてではなく、他の理由から殴りかかったのであるから可罰的である。それに対して、殴打が継続する侵害への反作用である場合には、動機は侵害者に害を加えることにあったとしても、正当化されることになる。しかしながら、そのような細かな区別は法廷では再現できない。さらに、Alwart は、憤激から加えられた侵害が正当化状況を意識して加えられているのか否かという点にある決定的な区別を、曖昧にさせてしまっている。前者の場合には、行為者の心情だけがかろうじて処罰根拠を表明できると考えられるのに対して、後者の場合では明白な行為無価値が存在しているのである。行為者は、「理由となる動機」が欠如する場合には、「侵害者が女性を負傷させた後、さらなる攻撃的態度を放棄した場合でさえも、侵害者に立ち向かったということが排除されないと思われる」と Alwart は考えているが、そのような彼の考量は、純粋な推測に基づいており、当該事案とは無関係であるから可罰性を基礎づけることはできない。

100 主観的正当化要素は正当化の故意だけを、すなわち、正当化状況を認識している行為を前提にしており、その他の意図や目的を前提にはしていないという原則に対する単に表面的な例外を、Lampe によって主張された、いわゆる不完全な二重の正当化事由が作り出す。その典型例となるのは刑事訴訟法 127 条である。他人を刑事訴訟法 127 条の要件の下で逮捕した者は、実際には、その人を刑事訴追に供するために逮捕した場合にのみ正当化される。しかしながら、このことは、すでに客観的に、逮捕の中に存在している自由剥奪の結果無価値が、それが当局による拘禁への移送の前段階である場合にはじめて取り除かれる、ということに基づいている。これを、行為者が表象したのでなければならない。行為者は、その場合、彼が逮捕を刑事訴追のためではなく、たとえばもっぱら敵対者を排除するためにしたのであっても、正当化されているのである。

c) 主観的正当化要素が欠如する場合の未遂の肯定

101 行為者に主観的正当化要素が欠如する場合 (すなわち、ここで主張される見解によれば、彼が客観的には適切に行為しているが、正当化状況を認識していない場合)、(不能)未遂が存在する。したがって、行為者は、未遂が可罰的でないかぎりで不可罰となり、我々の導入事例 (Rn.91) では、広範に不可罰になる (Rn.91 の事例 2 における器物損壊を別として)。不法結果は客観的に生じておらず、行為無価値は未遂しか基礎づけることができないので、単なる未遂が存在する。その場合には、未遂の規定の類推適用だけではなく、その直接的な適用が問題になる。

102 それに対して、影響力を失っている見解からは、既遂犯が認められる。主な論拠として主張されるのは、単なる未遂処罰は、「現実離れしている。なぜなら、構成要件に該当する結果が生じているからである」というものである。このような見解に対しては、構成要件結果ではなく不法結果が結果無価値を基礎づけていると、また、この結果無価値がこの場合には欠けていると反論されるべきである。未遂の解決が可罰性の間隙を生むことになるとの批判も、認められない。というのは、立法者が未遂処罰を放棄している場合、悪しき故意は、客観的に適切な行為の場合には、構成要件結果を単に達成していない場合に比較して、当罰的ではないからである。さらに、客観的に正当化の枠内で行為している者の行為に対して抵抗してはならないという主張は (Rn.93)、不能未遂を認めることによってのみ説明可能である。というのは、不能未遂に対して、正当防衛は許されないからである (詳しくは、第 15 章 Rn.9)。それに対して、犯罪行為の既遂は、正当防衛によって防いでかまわないといわなければならないであろう。

103 もちろん、不完全な二重の正当化事由の場合 (Rn.100) には、事情が異なる。ある者を刑事訴訟法 127 条の要件の下で、彼を刑事訴追に供するつもりはないのに逮捕した者は、自由剥奪の既遂 (239 条) により可

罰的である。しかし、このことは、他方で、例外なのではなく、誤想逮捕が当局による拘禁の前段階としてあらわれる場合にのみ、客観的に結果無価値が欠如するというに従っているのである。

第9節 正当化事由の効果

104 正当化事由によってカバーされている行為は、いずれにせよ適法である。したがって、違法な侵害を前提にする正当防衛は、正当化される行為に対しては決して許されない。Güntherは、彼によって主張されたいわゆる真正刑罰不法阻却事由に関して例外を設けようとしている。彼の不法阻却事由は、「当罰的不法に関する犯罪構成要件を論破しているだけで、全法秩序の意味においては」違法でありうるのだから、32条の意味における侵害の「違法性」を必然的に阻却するわけではないという。それゆえ、「行為者の侵害が法的に承認されていたのか、それにただ当罰的な不法内容が欠けているのか」が、そのつど独立して検討されなければならないとされる。後者の場合、正当防衛可能な違法な侵害である。しかし、それに同意すべきではない。なぜならば、そのような刑罰不法阻却事由は認められえないからである（Rn.2）。正当化にとっては、刑法によって行為が法律上容認されることで十分である。刑法上正当化される行為が他の法領域の規範に反するという稀な事案では、その違反を補償するためには、その法領域固有の制裁（たとえば、懲戒処分、財産権上の補償）で十分である。「刑罰不法阻却事由」から、実際には、「責任阻却事由」を作ろうとするような正当防衛は、そのためには必要ない。もちろん、——参照、Rn.106——適法な行為を甘受する必要はなく、むしろそれから身を守ってよい場合もあるが、その場合には、緊急避難が問題になっているのであって、正当防衛状況は問題にならないのである。

105 さらに、正当化事由は干渉権を付与する。したがって、被害者は、権限のある者の行為に対する正当防衛を放棄しなければならないだけでなく、そのほかの場合にも——Rn.106で叙述される例外はあるが——法益

侵害的な防衛を正当化するために他の正当化事由を引き合いに出すことはできず、それを甘受しなければならないのである。したがって、たとえば、正当防衛行為によって危殆化される者は、たしかに頭を差し出す必要はないが、彼によって侵害された者の「反撃行為」から逃げることはできる。しかし、彼は次のような場合に、いずれにせよ許されていない正当防衛の代わりに、正当化的緊急避難（34 条）を引き合いに出すことはできない。すなわち、自分の重大な損害を回避するために、もともと彼によって侵害された者に「防衛の防衛」をし、その際に傷害を負わせたような場合である。むしろ、彼は、その場合には、故意の傷害罪によって処罰されるべきである。

106 不確かな事情や将来の事情に焦点を合わせた正当化の場合、多くのケースで、ある者が真の事実関係についての特別な知識をもっていて、それが正当化される行為からその根拠を奪うような場合には——めったに生じないけれども——、正当化の効力が認められなければならないであろう。「人が倒れた際の重い症状が仮病であることをたまたま知っていた者は、救急隊への通報を、穏やかだがきっぱりと妨害してよいのであり、それが脅迫にあたるとして可罰的になることはない。」34 条の枠内での正当化——そして、それがここで意味しているのは、救助者と推定される者への侵害を許さないというかなり狭い範囲であるが——を妨げるものは何もない。というのは、緊急避難は違法な侵害ではなく、他に回避不可能な危険を前提にするからである。同じような状況が、たとえば推定的承諾において、法益保持者の異なる本当の意思を知っている者が偶然に近づいてくる場合にも、生じうる。そのような防御可能性が稀であることは、そのような特別な知識をもっている人が通常その場に居合わせることはないという事実に基づくだけではない。それは、また、とりわけ、より多くの知識をもっている者が、救助しようとする者に当然まず本当のことを説明しなければならないこと、その場合、その後ほとんどの正当化事由が当然に脱落することにも、根拠がある。したがって、切迫していると推定された緊急状況における説明が、もはや不可能である

か、確実にできると信ずるに足りる方法がない事案だけである。

107 このような、正当化される行為者を阻止する極めて限られた可能性もまた、法秩序自体がすでに制度化された変更可能性を規定していた場合には、当然、脱落する。逮捕令状に基づいて適法に逮捕された者は、その逮捕に対して、自分は無実であると確信している場合にも、抵抗してはならないのである。というのは、自由剥奪に基づく事実的基礎の再検討については、逮捕命令に対する抗告と逮捕の調査手続が規定されているからである（刑事訴訟法 177 条以下）。事情が異なるのは、当事者の優越する知識が、訴訟によってはじめて——不確かな結果を伴うが——主張されるに違いないであろう場合である。すなわち、酷い中傷の無垢の被害者（186 条）は、その公表に対して、それが正当な利益（193 条）によってカバーされている場合には、34 条によって画された節度のある限界の内で、抵抗してよいのである。

108 同様の見解を Lenckner が主張している。彼は許された危険から導かれる正当化事由の場合に（たとえば、推定的承諾、正当な利益の擁護）、「事実的な行為権限」だけを、そのほかの場合に与えられている侵害権の代わりに認め、それに対して上での詳述どおりに、場合によっては 34 条による防御を許そうというのである。しかし、正当化的緊急避難に関しては——参照、仮病人事例、Rn.106——、彼は異なる危険概念に基づいて、それを認めようとしなない。それについては、しかるべき箇所ですく論じられることになる。

109 侵害権は、結果無価値を惹起しそうな行動が、道路交通上必要な注意義務に反していないために適法である場合にも、欠如する。したがって、ある者の運転行為が秩序に適っているにもかかわらず、他人にとって危険になるような場合や、ある者が正当防衛の事実的前提を誤認することが客観的に回避不可能な場合には、侵害権は存在しうる。その程度の適法な行為によって脅威にさらされている者は、正当防衛権までは有して

いないが、34 条によって抵抗することはできる。

第 10 節 個々の正当化事由の説明と分類

110 正当化事由は数多くあり、また、さまざまな法領域に由来するので、それを刑法総論においてすべて論ずるのはおのずから不可能である。完璧を目指す説明は不適當でもある。つまり、たとえば、執行法上や刑事訴訟法上の強制権限を包括的に説明しようとする場合でさえ、これらの法領域の教科書の半分を費さざるをえないことになる。しかし、それはその実質的内容にしたがえば、刑法に含まれるのではなく、むしろ、その効果によって刑法の領域に及んでいるにすぎないのである。それゆえ、以下では、まず刑法典自体において扱われている、最も難しく、また、實際上最も重要な正当化事由（とりわけ、32 条の正当防衛と 34 条の緊急避難）を詳しく叙述し、その一方で、その他の法領域の正当化事由は、その意味に応じて重点的かつ概括的に解説されることになる。

111 体系化ではなく、要素の分類にとって、また整理された提供にとって役立つ正当化事由の区分は、さまざまな観点の下で可能である。本書では、緊急権——つまり正当防衛（第 15 章）および正当化的緊急避難と類例（第 16 章）——から始まり、その後に、職権や（さらに私的な）強制権および当局の許可の包括的な叙述がなされ（第 17 章）、さらに、許された危険から導かれる正当化事由（推定的承諾、正当な利益の擁護）を一つのグループにまとめて論ずるという順序をとることにする。

（よしだ・のおゆき 本学法科大学院教授）

（よじょう・ほくと 東北学院大学大学院法務研究科助手）