

誤想防衛について

——ドイツの理論状況をみて——

Über die Putativnotwehr :

Im Anschluß an den Meinungsstand in Deutschland

鈴木 彰 雄*

I 序 論

1. わが国の問題状況

わが国の一般的な理解によれば、「誤想防衛」とは、客観的には正当防衛の要件が存在しないのに、主観的にはそれが存在するものと誤信（誤認）して反撃行為に出る場合をいう¹⁾。その典型は、急迫不正の侵害がないのにあると誤信して反撃行為を行う場合であり、たとえば、相手が右手をオーバーのポケットに突っ込んだので、凶器で襲撃するものと誤想し、防衛のため有り合わせの木刀で相手の右手首等を殴打して負傷させた事例²⁾や、暗がりの旅館の玄関で酒癖の悪い相手が罵声を浴びせて近づいてきたので、短刀で切りつけてくるものと錯覚し、自己の生命身体への危険を防ぐためやむなく刃物を振り回して相手に傷害を負わせた事例³⁾がこれである

* 所員・中央大学法学部教授

- 1) 学説・判例の状況については、大塚仁ほか編『大コメンタール刑法 第3巻 [第2版]』(1999年) 231頁以下、前田雅英ほか編『条解刑法 [第2版]』(2007年) 114頁、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(2010年)[橋爪] 463頁以下参照。
- 2) 広島高判昭和35年6月9日(高刑集13. 5. 399)。
- 3) 新潟地長岡支判昭和50年10月14日(刑月7. 9=10. 855)。

(この類型を「急迫不正の侵害の誤認」という)。

これに対して、誤想防衛の一類型とすべきか否かについて議論があるのは、急迫不正の侵害に対して必要かつ相当な防衛行為をするつもりで、意図せずに不必要または不相当な反撃行為を行う場合である。たとえば、相手の1人から素手で攻撃されたにもかかわらず、3人がかりで凶器を使って攻撃を加えてくるものと誤信し、用意していたマキリ包丁で相手を刺殺した事例⁴⁾のように、不正侵害の強度ないし程度について誤認がある場合や、相手から顔面を手拳で殴打されるなどの暴行を加えられた者が、相手の背後から腕を首に回して締めつけて窒息死させたが、相手の首を締めているという認識がなかった事例⁵⁾のように、反撃行為の強度ないし程度について誤認がある場合がこれである(この類型を「防衛行為の誤認」という)。

さらに議論があるのは、急迫不正の侵害がないのにあると誤信したうえ、それに対して必要かつ相当な防衛行為をするつもりで、意図せずに不必要または不相当な反撃行為を行う場合である。たとえば、AがXを驚かそうとして棒を振り上げたのを、Xは棒で打ちかかってきたと誤認し、棒で防衛するつもりで、そばにあった斧を棒と誤認して手にもって反撃し、Aを死に至らせたような場合⁶⁾がこれである。(この類型を「急迫不正の侵害の誤認と防衛行為の誤認の競合」という)。

これらの類型について、大審院・最高裁が正面から故意阻却を認めた先例はないが⁷⁾、下級審の裁判例には、「急迫不正の侵害の誤認」について故意阻却を認めたもの⁸⁾、「防衛行為の誤認」について故意阻却を認めたも

4) 札幌高判昭和63年10月4日(判時1312.148)。

5) 大阪地判平成23年7月22日(判タ1359.251)。

6) 内藤謙『刑法講義 総論(中)』(1986年) 353頁の設例。

7) 大判昭和8年6月29日(刑集12.1001)は、傍論として、法律上犯罪の成立を阻却すべき客観的事実が現在しないのに行為者がその存在を誤信した場合には、「犯意アリト為スヲ得ズ」とした。

8) たとえば前掲・広島高判昭和35年6月9日、東京高判昭和45年10月2日(高刑集23.4.640)、前掲・新潟地長岡支判昭和50年10月14日。

の⁹⁾がある。

これらの種類のどこまでを誤想防衛のカテゴリーに取り込むかについて学説の対立があり、①「急迫不正の侵害の誤認」のみを誤想防衛とする説、②「急迫不正の侵害の誤認」および「防衛行為の誤認」を誤想防衛とする説、③「急迫不正の侵害の誤認」および「急迫不正の侵害の誤認と防衛行為の誤認の競合」を誤想防衛とする説、④「急迫不正の侵害の誤認」、「防衛行為の誤認」および「急迫不正の侵害の誤認と防衛行為の誤認の競合」をすべて誤想防衛とする説、⑤「急迫不正の侵害の誤認」および「防衛行為の誤認」を誤想防衛とするが、後者については誤った客体に結果が生じた場合（客体の錯誤と方法の錯誤）もこれに含まれるとする説がある¹⁰⁾。

2. わが国の学説

言うまでもなく、誤想防衛は違法性阻却事由の事実的前提に関する錯誤の1つであるから、たとえば現在の危難が存在しないのにこれが存在すると誤信して避難行為に出る場合（誤想避難）や、違法性阻却事由としての被害者の同意が存在しないのにこれが存在すると誤信して侵害行為に出る場合と共通の問題性をもっている。周知のように、錯誤論は故意論の裏返しの問題であるから、違法性阻却事由の事実的前提に関する錯誤の取扱いは、故意の意義、その体系的地位、とりわけ違法性の意識またはその可能性の理解と密接に関連する。そこで、もっとも典型的な「急迫不正の侵害の誤認」の取扱いをみると、以下の9説を数えることができる。

- ① 消極的構成要件要素の理論　行為→類型的不法（全不法構成要件）
→責任という犯罪論体系を採用し、類型的不法には構成要件該当事実と違法性阻却事由を構成する事実が含まれるとする立場から、構成要件に該当する事実の錯誤のみならず、違法性阻却事由に当たる事実の

9) たとえば盛岡地一関支判昭和36年3月15日（下刑集3.3=4.252）、前掲・大阪地判平成23年7月22日。

10) 学説の検討について、立石二六『刑法解釈学の諸問題』（2012年）64頁以下参照。

錯誤も当然に故意を阻却する¹¹⁾。

- ② 厳格責任説 故意の認識対象は構成要件該当事実に限定されるとする立場から、構成要件に該当する事実の錯誤は故意を阻却するが、違法性阻却事由を構成する事実の錯誤は禁止の錯誤となる。したがって誤想防衛は故意を阻却しない。ただし、その錯誤を回避しえない場合には責任が阻却され、回避しうる場合には故意犯の刑が減輕される¹²⁾。
- ③ 制限責任説(修正責任説) 故意・過失を原則的な責任要素とし、違法性の意識の可能性がない場合を例外的な責任阻却事由の1つとする立場から、違法性阻却事由に該当する事実の認識があれば故意の責任が阻却される。その錯誤について過失があれば過失犯が成立する¹³⁾。
- ④ 厳格故意説 責任要素としての故意が認められるためには、違法な事実の認識と確定的な違法性の意識が必要であり、違法な事実の認識として「構成要件に該当する事実の認識」と「違法阻却事由の認識の不存在」が必要であるとする立場から、誤想防衛においては違法な事実の認識がないので故意が阻却される。その錯誤について過失があれば過失犯が成立する¹⁴⁾。
- ⑤ 制限故意説 構成要件の故意と責任要素としての故意の双方を認め、後者が認められるためには、「犯罪事実の表象・認容」として「構成要件に該当する事実」および「それ以外の違法性の内容をなす事実」の認識・認容が必要であるとする立場から、誤想防衛においては「違法性の内容をなす事実」の認識が認められないので故意を阻却する。

11) 中義勝『講述刑法総論』(1980年) 137頁以下。

12) たとえば大谷實『刑法講義総論 [新版第4版]』(2012年) 291頁以下、343頁以下。

13) たとえば平野龍一『刑法 総論 I』(1972年) 160頁以下。

14) たとえば中山研一『刑法総論』(1982年) 350頁以下、368頁以下。

その錯誤について過失があれば過失犯が成立する¹⁵⁾。

- ⑥ 違法性の過失準故意説 原則的に厳格故意説の主張を認めつつ、罪となるべき事実の認識がありながら過失によって行為の違法性を意識しなかった場合には、これを「違法性に関する過失」として故意犯と同一に取り扱うべきであるとする立場から、誤想防衛において、その過失が軽微であれば故意犯の刑を減輕し、その過失がさらに軽微であればその刑を免除する¹⁶⁾。
- ⑦ 第三の錯誤説（独自の錯誤説） 厳格故意説に立ち、構成要件的故意と責任故意の双方を認めつつ、違法性阻却事由の錯誤を「違法性に関する事実の錯誤」として、構成要件的錯誤でも違法性の錯誤でもない「第三の錯誤」として位置づけるべきであるとする立場から、誤想防衛においては、責任故意の要件である「違法性に関する事実の表象」が欠けるので、責任故意が阻却される。その錯誤について過失があれば過失犯が成立する¹⁷⁾。
- ⑧ 正当防衛説 制限故意説を前提としつつ、正当防衛の成立要件は行為時における行為者を基準として判断されるべきであるとする立場から、誤想防衛において、急迫不正の侵害を誤認したことについて客観的な合理的理由があって無過失であれば正当防衛を認め、過失があれば過失犯が成立する¹⁸⁾。
- ⑨ 二元的厳格責任説 厳格責任説を前提としつつ、人的不法論の観点から正当防衛の成立要件は行為時における一般人を基準として判断されるべきであるとする立場から、誤想防衛において、急迫不正の侵害を誤認したことが一般人の立場から避けられなかった場合には正当防衛を認め、避けられた場合には厳格責任説に従って故意犯の成立を認

15) たとえば団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』(1990年) 242頁。

16) たとえば立石二六『刑法総論 [第3版]』(2008年) 231頁。

17) たとえば大塚仁『刑法概説（総論）[第4版]』(2008年) 464頁以下。

18) たとえば藤木英雄『刑法講義 総論』(1975年) 172頁以下。

める¹⁹⁾。

以上の諸説を誤想防衛の法的効果という観点からみれば、結論において故意犯の成立を肯定するのが②⑥の各説、これを否定して過失犯成立の余地を残すのが①③④⑤⑦の各説、一定の要件のもとで正当防衛として取り扱うべきであるとするのが⑧⑨の各説である。

このように、誤想防衛をめぐるわが国の学説は多岐にわたり、いまだ帰一するところを知らないのが現状である。そこで本稿は、この問題に強い影響を与えてきたドイツの理論状況を紹介し、あわせて若干のコメントを記してみたい。今後の議論の展開に資するところがあれば幸いである。

II ドイツの学説

1. 問題の所在

ドイツ刑法学において「誤想防衛」(Putativnotwehr) という用語が使われるようになったのは、19世紀末から20世紀初頭にかけてのようである²⁰⁾。その概念は、現在と同様に、急迫不正の侵害を誤認して防衛行為に出た場合を指すものとして用いられたが、理論的解決についてはすでに当時から争いがあり、故意犯として罰すべきであるとする v. Liszt と、事実の錯誤であるから故意犯の成立を認めず、その錯誤が回避可能であれば過失犯として罰しうるとする Frank らの多数説が対立していた²¹⁾。

ところで、1871年のドイツ帝国刑法典は、その59条1項において、「ある者が罪となるべき行為を遂行するに際し、法律上の構成要件に属する事

19) 川端博『刑法総論講義 [第2版]』(2006年) 357頁, 384頁以下。

20) 当時は「誤認された正当防衛」(vermeintliche Notwehr) という用語も使われていた。論文のタイトルとして用いられたのは Ballin, Notwehrexzeß und Putativnotwehr(Erlanger Diss. 1902) が嚆矢となろうか。

21) Jerschke, Die Putativnotwehr(1911), S. 3ff. は、故意犯肯定説として v. Liszt を、故意犯否定説として Frank, Berner, Merkel, Löffler, Olshausen, Oppenhoff, Rüdorff-Stenglein, Binding, Meyer-Allfeld, Finger の文献をあげる。

情または可罰性を高める事情の存在を知らなかったときは、これらの事情は当人の責に帰せられない。」と規定し、構成要件的錯誤が故意を阻却する旨の条文を設けたが、禁止の錯誤については規定を置かなかった。そこでライヒ裁判所は、ローマ法に由来する「事実の錯誤」(Tatirrtum)と「法律の錯誤」(Rechtsirrtum)の区別に従って、前者は原則として同条により故意を阻却するが、後者についてはさらにこれを二分し、刑罰法規の錯誤は故意に影響しないが、非刑罰法規の錯誤は事実の錯誤と同様に故意を阻却すると解した。しかしこの見解は、刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤は必ずしも明確に区別できないという批判²²⁾、あるいは回避しえない法律の錯誤をまったく考慮しないのは責任主義に反するという批判にさらされた²³⁾。

戦後の一時期、裁判所はナチス犯罪の処理にあたってライヒ裁判所の判例から離れたが、やがてBGH(連邦通常裁判所)は、1952年の大刑事部の決定において、犯罪事実の認識はあったが違法性の意識を欠いていた被告人に強要罪(刑法240条)が成立するか否かが争われた事案について、自己の行為が法的に禁止されていることを認識しうる者だけが有責に行為する者であるという前提に立って、違法性に関する錯誤は禁止の錯誤であるという原則を掲げた²⁴⁾。これにより、構成要件的錯誤は故意を阻却するが、禁止の錯誤は故意の成否に影響せず、その錯誤が有責であるか否かによって故意犯の刑が減輕され、あるいは無罪とされるという、今日の責任説の基本的な考え方が採用された。これに対して、正当化事由の事実的前提の錯誤の問題については、当時の判例は結論において故意犯の成立を否定していたが、その理論的根拠は必ずしも明らかではなかった。

そこで1962年の政府草案は、この問題を立法によって解決しようと試み、その20条において、「行為を行う際に、その行為を正当化し、または免責

22) Vgl. Frank, StGB, 18. Aufl. (1931), § 59 III 2.

23) Vgl. Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts(1949), S. 46ff.

24) Vgl. BGHSt 2, 194(Urt. v. 18. 3. 1952).

するであろうと思われる事情を誤認した者は、故意犯としては罰しない。」(1項)と規定し、原則的に故意犯の成立を認めないが、「その錯誤が行為者にとって非難可能であり、また法律が過失行為をも処罰している場合には、その者は過失犯として処罰される。」(2項)と規定し、非難しうる錯誤を過失犯として罰するという構想を掲げた。しかし他方、同草案の39条2項が、誤想避難については20条を適用せず、その錯誤が非難されうる場合には故意犯の刑を減輕することとしたので、学説から、正当化事由の事実的前提の錯誤の取扱いが理論的に一貫していないという批判や、正当化事由が競合した場合の解決が困難になるという批判が向けられた²⁵⁾。

こうした経緯から、1975年の現行刑法は、旧59条と同趣旨の構成要件的錯誤の規定(刑法16条:なお以下の法典名のない条文はすべて現行刑法典の条文である)と、新たに禁止の錯誤の規定(17条)を設けたが²⁶⁾、正当化事由の事実的前提の錯誤の取扱いについては未決定にし、これまでと同様にその解決を判例と学説に委ねることとした²⁷⁾。このように、立法者が控えめな態度をとったことから、その後の学説において多様な見解が主張されるようになった²⁸⁾。

25) Vgl. Arthur Kaumann, *Der Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962*, ZStW 76(1964), S. 550ff.; Roxin, *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, ZStW 76(1964), S. 593ff.

26) 刑法16条(行為事情に関する錯誤)

① 行為の遂行の際に、法定構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行為したものではない。過失による遂行を理由とする処罰は残されている。

刑法17条(禁止の錯誤)

行為の遂行の際に、行為者に不法を行う認識(Einsicht)が欠けていた場合において、行為者がその錯誤を回避しえなかったときは、責任なく行為した者である。行為者がその錯誤を回避しえたときは、その刑は49条1項により減輕することができる。

27) Vgl. BT-Drucksache, V/4095. 9.

28) 違法性阻却事由を構成する事実の錯誤に関するドイツとわが国の議論について、詳しくは佐久間修『刑法における事実の錯誤』(1987年)161頁以下参照。

現在の学説において、誤想防衛の議論の対象となるのは以下の3つの類型である²⁹⁾。

第1は、相手の侵害がおよそ存在しないのに、存在すると誤信した場合である。たとえば、夜間に警報音で目を覚ましたAが、様子をみようと思いきん銃を持って庭に出たところ、2人の男が懐中電灯を振り、Aに向けてけん銃で威嚇発砲をしたので、Aは不法侵入者だと思って発砲してその1人に重傷を負わせたが、その2人は様子をみるために庭に立ち入った警察官であったという事例（BGH NJW 1987, 2509 [民事判例]の事案）がこれである。この事例では、Aは違法な「侵害」という正当防衛の事実的前提を誤認したのである（この類型を「侵害の誤認」という）。

第2は、相手の違法な侵害がまだ始まっていないのに、あるいはすでに終了したのに、侵害が現在すると誤信した場合である。たとえば、警備会社の従業員Aが、巡回中にスーパーマーケットの駐車場で乗用車を盗もうとしている数人の若い男を見つけ、無線で警察に通報するとともに、盗んだ車に乗って逃走する男らを追跡したところ、男らが森の駐車場でその車を降りて別の車に乗って逃走しようとしたので、Aは盗まれた車を取り戻したにもかかわらず、男らを捕まえようと思い、未必的な殺意をもって、逃走する車の後輪に向けてけん銃で数回発砲し、同乗者の1人を死亡させたという事例（BGH NStZ-RR 1998, 50の事案）がこれである。この事例では、Aには仮逮捕（刑法127条1項）の権利はあるものの、車の所有者に対する違法な侵害はすでに終了しているので、正当防衛が認められる状況はなかったが、Aはその法的評価を誤って「現在の」侵害があると誤信したのである。（この類型を「現在性の誤認」という）。

第3は、相手の侵害が違法でないのに、これを違法と誤信した場合である。たとえば、大晦日の夜に飲食店に入ろうとして店主に断られたAが、

29) 学説の紹介について Geppert, Notwehr und Irrtum: Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess, Jura 2007, S. 33ff. : Heuchemer, Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums in der Klausur, JuS 2012, S. 795ff. を参照した。

窓ガラスを壊して店主に取り押さえられたのち、一緒にいたAの友人がAの名前と住所を言ったにもかかわらず、店主が警察に通報するとともに引きつづきAを捕まえていたところ、Aはこれ以上自分を捕まえていることは許されないと誤信し、自分の身を守ろうとして店主を殴打して傷害を負わせたという事例(RGSt 72, 300の事案)がこれである。この事例では、店主に仮逮捕の権利があるので、Aの身体の自由に対する違法な侵害は存在しないが、Aはその法的評価を誤って「違法な」侵害があると誤信したのである。(この類型を「違法性の誤認」という)。

これらの類型に対して、行為者が必要な程度を超えた防衛行為を必要なものと誤認した場合、すなわち「防衛の必要性 (Erforderlichkeit) に関する錯誤」と、行為者が一定の状況 (たとえば不正侵害が明らかに責任能力のない者や小児によって行われている場合、家族間で行われている場合、防衛者の挑発に基づいて行われている場合) において、現在の違法な侵害に対して防衛行為に出ることが許されないにもかかわらず許されると誤信した場合、すなわち「防衛行為の被要請性 (Gebotenheit) に関する錯誤」は、誤想防衛のカテゴリーに属さず、過剰防衛 (33条) の問題になるとされている³⁰⁾。

以上の3つのタイプのどこまでを故意犯処罰の対象とするかについて議論がある。かつて有力に主張されていた故意説によれば、不法の意識 (一定の行為が違法であることの認識) は故意 (dolus malus) の要素であるから、自己の行為が正当化事由に当たると誤信した場合には、すべて故意が阻却される。したがって、「侵害の誤認」, 「現在性の誤認」, 「違法性の誤認」

30) ドイツの通説によれば、客観的に防衛の程度を超えれば、その点について認識がなくとも過剰防衛となる(無意識的な過剰)。したがって、わが国でいう「防衛行為の誤認」の類型と「急迫不正の侵害の誤認と防衛行為の誤認の競合」の類型は誤想防衛ではなく、その誤認が「狼狽、恐怖または驚愕」に基づく場合に、33条による免責を認めるべきか否かが問題になる。Vgl. Engländer, Die Entschuldigung nach § 33 StGB bei Putativnotwehr und Putativnotwehrexzess, JuS 2012, S. 408ff.

のいずれにおいても、16条1項の直接適用により故意犯の成立は認められない。

これに対して、現行刑法の制定当時において有力であった厳格責任説によれば、不法の意識は故意とは別個の責任の要素であるから、違法性に関する錯誤は構成要件の要素である故意の成否に影響せず、すべて禁止の錯誤となる。したがって、行為者がいかなる理由で錯誤に陥ったかは問題にならず、「侵害の誤認」、「現実性の誤認」、「違法性の誤認」のいずれも禁止の錯誤とされ、17条によりその錯誤が避けられなかった場合には責任が阻却され、避けられた場合には故意犯の刑が49条1項に従って任意的に減輕される。

さらに、現行刑法の制定前から多くの裁判例において採用され、今日の学説で相対的な多数説となっている制限責任説によれば、禁止規範それ自体を知らなかったために自己の行為が全体として適法であると誤信した場合（いわゆる「直接的な禁止の錯誤」(unmittelbarer od. direkter Verbotsirrtum) ないし「抽象的な禁止の錯誤」(abstrakter Verbotsirrtum) は17条の禁止の錯誤となるが、正当化事由に関する錯誤（いわゆる「間接的な禁止の錯誤」(mittelbarer od. indirekter Verbotsirrtum) ないし「具体的な禁止の錯誤」(konkreter Verbotsirrtum) は、さらに二分して検討される。すなわち、行為者が、自己の行為を正当化する状況の事実的な諸事情を正しく認識したが、その法的な評価を誤ったために不法を行うという認識をもたなかった場合は、「正当化事由の範囲ないし限界に関する錯誤」として、17条の禁止の錯誤となる（いわゆる「評価の錯誤」(Bewertungsirrtum) ないし「許容の錯誤」(Erlaubnisirrtum)）。これに対して、行為者が、仮にそれが存在したならば自己の行為を正当化したであろうと思われる事実的な諸事情の認識を欠いたために不法を行うという認識をもたなかった場合は、「正当化事由の事実的前提に関する錯誤」として、16条の構成要件的錯誤と同様に論ずべきであるとするのである（いわゆる「事実関係の錯誤」(Sachverhaltsirrtum) ないし「許容構成要件の錯誤」(Erlaubnistatbestandsirrtum)）。これによれば、「侵害の誤認」は「正当化事由の事実的前提に

関する錯誤」として構成要件の錯誤と同列に扱われるが、「現在性の誤認」および「違法性の誤認」は、「正当化事由の範囲ないし限界に関する錯誤」として禁止の錯誤として論じられることになる。

このように、誤想防衛をめぐる諸概念とその適用範囲はきわめて錯綜した状況にある。そこで、次項においてあらためて、誤想防衛を含む正当化事由の事実的前提に関する錯誤の全体的な学説状況を概観してみたい。

2. 学説の状況

正当化事由の事実的前提に関する錯誤をめぐるドイツの学説について、小異を捨てて大要をみれば、消極的構成要件要素の理論、厳格責任説、制限責任説、法律効果を制限する責任説、および修正された故意説の5説をあげることができる。現在の学説の状況を概観すれば、制限責任説が相対的な多数説を形成していると言えよう。各説の主張と、他説に対する批判を含めたその理由を要約すれば、以下のようにまとめることができる³¹⁾。

(1)消極的構成要件要素の理論(全不法構成要件の理論)

〈主張〉

構成要件は違法性に関するすべての無価値判断を含む(いわゆる「全体構成要件」(Gesamttatbestand))という構成要件概念を前提として、正当化事由の成立要件は構成要件の消極的要素として理解されるべきである。したがって、正当化事情の錯誤はすなわち構成要件の錯誤であり、16条が直接適用されて故意を阻却する³²⁾。

31) 学説の分類と名称について諸説があるが、本稿は Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, AT, 13. Aufl. (2010), S. 72ff. を基本とし、これに若干の修正を加えた。なお、誤想防衛を含む正当化事由の事実的前提に関する錯誤について、ドイツでは「正当化事由の前提の錯誤」、「正当化事情の誤認」、「事実関係の錯誤」、「許容構成要件の錯誤」等の用語が使われているが、以下の学説紹介においては原則として「正当化事情の錯誤」と表記する。

32) 基本的にこの説に立つのは、たとえば Samson, Strafrecht I, 7. Aufl. (1988), S. 122ff. 127; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der

〈理由〉

- ① 「全体構成要件」の理論を前提とすれば、構成要件の要素のみならず、正当化事由の不存在も故意の認識対象に含まれる。なぜならば、構成要件要素の存在と正当化事由の不存在が相まってはじめて、構成要件に該当する不法が完全な形で記述されるからである。
- ② 構成要件の故意は、法益侵害の意識を媒介として規範違反性の意識を喚起する機能（いわゆる「構成要件の故意の提訴機能（Apellfunktion）」）をもつが、この機能は正当化事情の錯誤によって弱められる。
- ③ ある事態を構成要件阻却事由のカテゴリーに入れるか、それとも正当化事由のそれに入れるかは、原則として立法者に委ねられており、しばしば偶然に左右されるものであるから、その分類いかんにより錯誤の取扱いを異にするのは適切でない。したがって、積極的な構成要件要素が存在しないと誤信した場合（構成要件の錯誤）と消極的な構成要件要素が存在すると誤信した場合（正当化事情の錯誤）を区別して論ずることはできない。
- ④ 人的不法論によれば、正当化事由の事実的前提が存在しても、その存在の認識がなければ正当化を認めることはできない。とすれば、正当化事由の事実的前提が存在しなくても、その存在の認識があれば正当化を否定することはできないであろう。
- ⑤ 正当化事情の錯誤を禁止の錯誤と解する厳格責任説によれば、裏返された禁止の錯誤の場合（たとえば「偶然防衛」のように客観的に存在する正当化事情を認識していない場合）には、必然的に幻覚犯を認めなければならない。とすれば、その錯誤を未遂ではなく不可罰としなければならないであろう。
- ⑥ 16条を類推適用する制限責任説に対して、正当化事情の錯誤を回避しうる場合に過失処罰を認めるのは行為者にとって不利益な許され

Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, S. 349.

ざる類推となる、という批判が妥当する。

(2)厳格責任説

〈主張〉

正当化事情の錯誤は17条の禁止の錯誤であり、故意を阻却しない。その錯誤が回避しえない場合には責任を阻却し、回避しうる場合であれば故意犯の刑が任意的に減輕される(同条2文)³³⁾。

〈理由〉

- ① 正当化事由によって阻却されるのは構成要件該当性ではなく違法性であるから、正当化事情の錯誤によって否定されうるのは構成要件の故意ではなく違法性の意識である。また、17条は正当化事情の錯誤について例外を認めていない。したがって、その錯誤は禁止の錯誤であって構成要件の錯誤ではない。
- ② 正当化事情を誤認した行為者は、故意なく行為する者とは対照的に、刑法上保護された法益を意識的かつ意欲的に侵害しようとするので、そうした社会秩序から逸脱する行為に出ようとする際に、自己の認識の前提となった事実を確認すべき契機が与えられている(「構成要件の故意の提訴機能」)。これはまさに禁止の錯誤の状況であり、構成要件の錯誤の状況ではない。
- ③ 過失犯の処罰規定がない場合に、正当化事情の有責な誤認について

33) 基本的にこの説に立つのは、たとえば Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* (1960), S. 311ff., 318f.; Armin Kaufmann, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, JZ 1955, S. 40f.; Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht*, AT, Tb. 2, 7. Aufl. (1989), § 44 Rn. 61; NK-Paeffgen, *StGB*, Bd. 1, 2. Aufl. (2005), vor § 32 Rn. 113ff.; LK-Schroeder, 11. Aufl. (1994) § 16 Rn. 52; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. (1969), § 22 III 1 f.; ただし Hirsch, *Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnissachverhatsirrtum — Über eine vermittelnde Schuldtheorie* —, *Festschrift für Schroeder* (2006), S. 239は、「許容の過失」(Erlaubnisfahrlässigkeit)により行われた故意犯として、その刑を17条2文、49条2項により5年以下の自由刑とする「折衷的責任説」を提唱する。

必要とされる処罰を確保しうるのは嚴格責任説だけである。

- ④ 事実の錯誤と法律の錯誤というライヒ裁判所がかつて採用した区別は、すでに克服されて実務上も用いられていない。正当化事由の領域において正当化事情の誤認を構成要件の錯誤とし、正当化事由の範囲ないし限界の誤認を禁止の錯誤として区別することは、このライヒ裁判所の区別に逆戻りすることになる。

(3)制限責任説（狭義の制限責任説）

＜主張＞

「法律上の構成要件」(16条1項)とは各則の構成要件に記述された犯罪類型をいうので、正当化事情の錯誤に16条を直接適用することはできないが、同条を類推適用して故意阻却を認めるべきである。これに対して、正当化事由の範囲ないし限界を誤認した場合は禁止の錯誤である（いわゆる「評価の錯誤」ないし「許容の錯誤」³⁴⁾。

＜理由＞

- ① 正当化事情の錯誤の解決は、あらかじめ決められた行為概念から導かれるものでも、犯罪論の構造を2段階とするか3段階とするかについての決定から導かれるものでもなく、正義の理念、刑事政策の

34) 基本的にこの説に立つのは、たとえば **Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht**, AT, 11. Aufl. (2003), § 20 Rn. 31; Engisch, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen*, ZStW 70(1958), S. 584ff. ; Eser/Burkhardt, *Strafrecht I*, 4. Aufl. (1992), 15A20; Freund, *Strafrecht, AT*, 2. Aufl. (2009), § 7 Rn. 107; Frister, *Strafrecht, AT*, 4. Aufl. (2009), 14/30; Haft, *Strafrecht, AT*, 9. Aufl. (2004), S. 258f. ; Heinrich, *Strafrecht, AT*, 3. Aufl. (2012), Rn. 1123ff.; Joecks, *Studienkommentar StGB*, 9. Aufl. (2010), § 16 Rn. 41ff. ; Kindhäuser, *Strafrecht, AT*, 5. Aufl. (2011), § 29 Rn. 26; Köhler, *Strafrecht, AT*(1997), S. 326; Kudlich, *Strafrecht, AT*, 3. Aufl. (2009); Kühl, *Strafrecht, AT*, 7. Aufl. (2012), § 13 Rn. 73; Lackner/Kühl, *StGB*, 27. Aufl. (2011), § 17 Rn. 14; NK-Puppe, 3. Aufl. (2010), § 16Rn. 137f. ; Roxin, *Strafrecht, AT I*, 4. Aufl. (2006), § 14 Rn. 64ff. 102ff. ; Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht, AT*, 6. Aufl. (2011), § 9 Rn. 162ff. ; LK-Vogel, 12. Aufl. (2007) § 16Rn. 116.

必要性、および錯誤の基本構造に方向づけられた評価によって得られるものである。

- ② 正当化事情を誤認した行為者は、主観面においては法と不法に関する立法者の評価と一致しているので、「彼自身は法に忠実に」(an sich rechtstreu) 行為している、あるいは「うかつ者」であっても「ならず者」ではない。それゆえ価値的にみれば、その行為者は、禁止の錯誤により法と不法について法共同体と異なる観念をもつ者よりも、構成要件の錯誤により行為する者に近い立場にあると評価される。故意犯としてより重い非難が向けられるのは前者だけである。
- ③ 正当化事情を誤認した行為者は、たしかに法益侵害の意思はあるが、正当化事情があると誤信しているので、法益侵害の惹起が許されていると思っている。そのため、その行為者の意思は結果無価値に向けられておらず、したがって、構成要件の錯誤に陥った者と同様に、故意犯の行為無価値が認められない、あるいは故意犯の不法が認められない。
- ④ 事実の不知と評価の誤りという錯誤の2つの基本形式は、構成要件の錯誤(16条)と禁止の錯誤(17条)という法律上の区別に対応している。正当化事情の錯誤は事実認識の誤りに基づく錯誤であるから、その錯誤の基本構造をみれば、16条に規定された錯誤のカテゴリーに属する。
- ⑤ 17条の基本思想によれば、行為事情を認識した者は自己の行為が禁止されていることを確認する契機をもつが、この基本思想は、正当化事情を誤認した者には当てはまらない。その者は、第三者に自己の認識した事情を説明して法的助言を求めたとしても、自己の行為の適法性を確認することになるからである。
- ⑥ 法律効果を制限する責任説が共犯の領域で埋めようとしている処罰の欠缺は、構成要件の錯誤の場合にも生ずる。構成要件の錯誤の場合にその欠缺が認められるならば、正当化事情の錯誤の場合にこれが認められない理由はない。しかもその欠缺は、しばしば言われる

ほど重大なことではない。

(4)法律効果を制限する責任説（法律効果を指示する責任説）

〈主張〉

正当化事情の錯誤は構成要件の故意を阻却せず、したがって故意犯の不法は実現されているが、故意責任（Vorsatzschuld）が阻却され、または減少するので、16条1項を類推適用して過失犯と同様の法的効果を認めるべきである。このように解することによって、制限責任説の基本思想によりながら、悪意の共犯者を処罰できないという解釈論上の弱点を回避することができる³⁵⁾。

〈理由〉

- ① 正当化事情の錯誤があっても、行為者が構成要件要素を認識・意欲して、すなわち構成要件の故意をもって行為することになりはしない。したがって、故意を構成要件の故意として理解するかぎり、制限責任説は故意を否定することができないはずである。
- ② 現行刑法によれば、たとえば32条（正当防衛）や34条（正当化緊急避難）にあらわれているように、構成要件は不法を類型化する機能を持ち、正当化事由は例外的な状況において違法性を否定する機能

35) 基本的にこの説に立つのは、たとえば Blei, *Strafrecht I*, AT, 18. Aufl. (1983), § 59 II 3; Bockelmann/Volk, *Strafrecht*, AT, 4. Aufl. (1987), S. 126; Fischer, *StGB*, 59. Aufl. (2012), § 16 Rn. 22; Gropp, *Strafrecht*, AT, 3. (2005), § 13 Rn. 112; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl. (1996), § 41 IV 1d; Krey/Esser, *Deutsches Strafrecht*, AT, 5. Aufl. (2012), Rn. 743ff.; LK-Spendel, 11. Aufl. (1992), § 32 Rn. 343; Rengier, *Strafrecht*, AT, 4. Aufl. (2012), § 30 Rn. 20; Wessels/Beulke, *Strafrecht*, AT, 41. Aufl. (2011), § 11 Rn. 478f. なお Jakobs, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl. (1991), 11. Abs. Rn. 58は、回避しうる錯誤について故意犯の成立を認めるが、過失犯の処罰規定がある場合には、その刑を過失犯の範囲にとどめるべきであるとする「非独立責任説」(unselbständige Schuldtheorie) ないし「過失犯の刑に従属する責任説」(von Fahrlässigkeitsstrafe abhängige Schuldtheorie) を提唱する。

をもつ。消極的構成要件要素の理論はこの機能の違いを看過している。さらにこの理論は、慣習法上認められる正当化事由を構成要件の中に取り込むが、これは基本法103条2項に違反する類推解釈である。

- ③ 正当化事情の錯誤は構成要件の錯誤か禁止の錯誤かのいずれかである、という前提は正しくない。この錯誤は両者の間に位置づけられるべき独自の性質をもつ錯誤である。
- ④ 制限責任説が故意犯の不法を否定することによって故意阻却を導くならば、この説に対して、後続の犯罪成立要件(違法性)が先行の成立要件(構成要件)の主観面に影響を及ぼすことを認めるのは刑法の体系的理解に反する、という批判が向けられる。しかし、法律効果を制限する責任説はこの批判にさらされない。
- ⑤ 法律効果を制限する責任説は、構成要件の故意と故意犯の不法を肯定するので、正当化事情の錯誤があっても未遂処罰を可能にし、また、誤認した者の行為に関与する悪意の共犯者を処罰することができる。これは刑事政策的にも望ましいことである。

(5)修正された故意説

<主張>

正当化事情を誤認した行為者は、現実的な不法の意識をもたず、したがって故意なく行為する者である。この行為者を故意犯として処罰することは責任原則に反する疑いがある。現行刑法は必ずしも故意説の基本思想を否定していない³⁶⁾。

<理由>

- ① 共同生活の法的な基本要請に反して社会侵害的に行為する意識、と

36) 基本的にこの説に立つのは、たとえば Geerds, *Der vorsatzausschliessende Irrtum*, Jura 1990, S. 429; Langer, *Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumserregung*, GA 1976, S. 206ff.; Otto, *Grundkurs Strafrecht, AT*, 7. Aufl. (2004), § 7 Rn. 61ff.; Schmidhäuser, *Strafrecht, AT, Studienbuch* (1982), 7/88f.

いう意味で理解された現実的な不法の意識がある場合に故意行為による処罰を認めることが、憲法上保障された責任原則と一致する。この要請に適うのは故意説だけである。

- ② 責任原則は憲法上の命題として17条に先行するので、現実的な不法の意識なく行為する者を故意犯として処罰することができるという解釈を同条から導き出すことは、この原則に照らして認められない。
- ③ 17条は責任説と故意説の対立を前者の意味で解決したものであるという見解は、たしかに歴史的な立法者の意図に基づいている。しかし、その語義、規定の文脈、および目的論的観点のもとで法文を分析すれば、故意説が現行法に根拠をもつことが明らかになる。
- ④ 厳格責任説は、故意を構成要件的故意と解することからその帰結を導くが、それによって概念構成のロジックが責任原則の上に位置づけられてしまう。また、制限責任説と法律効果を制限する責任説は、責任説の前提を修正せずに過失処罰を認める点で一貫していない。

III ドイツの判例

正当化事由の事実的前提に関する錯誤をめぐるドイツの判例として、BGHの基本的な立場を確立したとされる1952年の3件の判例(①～③)と、誤想防衛について故意阻却を認め、あるいはその余地があることを確認した近時の3件の判例(④～⑥)を紹介する³⁷⁾。

- ① BGHSt 3, 105 (Urt. v. 6. 6. 1952-1. StR 708/51)

〈事実の概要〉

37) 判例の状況についてはSchönke/Schröder/Perron, StGB, 28. Aufl. (2010), § 32 Rn. 65, Vor §§ 13ff. Rn. 19;LK-Rönnau/Hohn, 12. Aufl. (2006), § 32 Rn. 280ff. ;NK-Paeffgen, StGB, Bd. 1, 2. Aufl. (2005), vor § 32 Rn. 103ff. ;MK-Erb(2005), § 32 Rn. 218ff. 参照。以下の判例紹介では事案と判旨の一部を要約し、文献や引用判例の一部を省略した。なお、訳文中の […] は筆者が補った注である。

林間学校施設の管理人兼教育者であった被告人らが、規則に違反して施設から出て他人のオートバイに乗って母親のもとに帰った生徒に対してゴムホースで殴打するなどの暴行を加えたことについて、懲戒権があると思っていた被告人らに傷害罪が成立するか否かが争われた。原審(LG Heilbronn)は、被告人らは懲戒権について重要な錯誤に陥っていたとはいえないとして、傷害罪(刑法223条等)により有罪としたが、BGHはこれを破棄して原審に差し戻した。

〈判旨〉

a) 生徒に過ちがないために懲戒権を行使する根拠がおよそないのに、事実としてそのような過ちがあったと誤認した場合には、被告人らは事実関係に関する錯誤に陥り、そのために懲戒権があると誤信したことになるであろう。被告人らはその点で、その表象と行為の基礎にある事実の錯誤により、懲戒の権限に関する誤った法的結論に至ったことになる。そのような事実の錯誤に基づく正当化事由に関する錯誤は、禁止の錯誤ではなく、刑法59条[現在の16条:以下同じ]を準用して(entsprechend)事実の錯誤として論じられるべきである。大刑事部の決定(BGHSt 2, 194)はこのことを明言していないが、このような結論に賛成する理由を述べている。たしかに、事実の錯誤があっても、行為者の意思は身体的苦痛を加えることに向けられているが、この意思は、故意の意味では、時としてニュアンスの差はあっても、本質的に法的な諸原則の誤認に基づくのではなく、いわんや法的制約の多少とも意識的な無視に基づくものでもない。真実の事実について錯誤に陥って行為する者は、むしろその者自身としては法に忠実である。その行為者は、法の命令に従う意思があるが、単に自己の行為のもととなった事実関係に関する錯誤によりこの目標を見誤ったにすぎない。行為者は原則として、この錯誤によって一般に法違反の危険を認識することができなくなる。したがってその行為者には刑法59条の觀念が当てはまり、現実の事態ではなく、行為者の利益のためにその誤認した事態だけが帰責される。……これによれば、事実関係に関する錯誤が正当化事由に関する錯誤の基礎となっている場合にも、その錯誤は一般に刑法59条によって論じられるべきであり、本件については刑法59条により故意の傷害罪は認められないが、その事実の錯誤が回避しうる場合には、過失による犯行が認められるべきこととなるであろう。

b) これに対して、被告人らが、生徒の過ちにより法的に許された懲戒が行われ

るという事態を正しく認識したが、その懲戒権の性質と範囲について誤った表象をもったためにこれを超えてしまった場合には、その錯誤は禁止の錯誤として論じられるべきである。この場合には、被告人らが懲戒権を超えたことを認識していたか、あるいは予備知識と地位と職業上の経験等の全事情に照らして、いずれにせよ懲戒権を超えたことを認識しえたか否かが検討されなければならない³⁸⁾。

本判決は、正当化事由の事実的前提に関する錯誤は刑法59条の準用により事実の錯誤として、正当化事由の性質と範囲に関する錯誤は禁止の錯誤として論ずべきであるとしたものであり、この問題に関するその後の判例を方向づけた基本判例とされている。

② BGHSt 3, 194 (Urt. v. 1. 7. 1952-1. StR 119/52)

〈事実の概要〉

被告人の兄弟であるWは、長年にわたり酒を飲んで喧嘩し、物を壊し、自分の母親や被告人にも暴力をふるってきた者であるが、ある晩、酔って帰宅して被告人と言い争いになり、2人も激しい興奮状態に陥った。その時にWがいきなり被告人に向かって右腕を振り上げ、被告人の右肩に向けて突き出した。原審(SchwurG Heilbronn)によれば、Wは被告人と掴みあいを始め、被告人を投げ倒して殴打するつもりであった。これに対して被告人は後退し、仕事で使っていたハンマーをすばやく手に取り、Wの頭を強打して同人を死に至らしめた。これについて原審は、被告人は正当防衛状況にあり、ハンマーを使って防衛行為に出ることは許されていたが、Wの頭をそのように強打することは許されていなかったとした。これに対してBGHは次のように述べて原判決を破棄して差し戻した。

〈判旨〉

原審による行為者の内心面の評価と、正当防衛の限界を超えたことについて刑法53条3項〔行為事情の錯誤〕の適用を否定したことには、法的な疑問がある。刑法53条によりどのような防衛が必要とされるかは、外部的な諸事情によって判断される。防衛行為がこの範囲を超えた場合には、被侵害者がなお必要だと思っていたと

38) BGHSt 3, 106ff.

しても、その行為は違法である。そのかぎりでは被害者の表象は問題にならない。これに対して、その錯誤が侵害の持続性と強度についての思い違いに基づいており、その思い違いが避けられなかった場合には、その錯誤により可罰性が否定され、避けられた場合には過失による処罰が認められるにすぎない。その錯誤は刑法59条の意味での行為事情に関する錯誤であり、その点で、BGHSt 3, 105 [①判決]が判断したように、正当化事情に関する錯誤でもある³⁹⁾。

本判決は、不正侵害をうけた被告人がその持続性と強度を誤認したのであれば故意阻却を認めるべきであるとしたものであり、①判決の論理をわが国でいう「防衛行為の誤認」の類型に適用したものといえよう。

③ BGHSt 3, 357 (Urt. v. 19. 12. 1952-1. StR 2/52)

＜事実の概要＞

ナチス政権下の1941年11月に多数のユダヤ人がフランケンからリガに強制移送されたことについて、被告人がある地方の警察署長として関与したとして、職務として行われた自由剝奪による致死の罪(刑法239条)の幫助に当たるという理由で起訴された。被告人は公判において、自分は強制移送を企図した首謀者が多数のユダヤ人を殺害する計画をもっていたことを知らなかったので、移送されたユダヤ人の自由の侵害について違法性の意識がなかったと主張したところ、参審裁判所(SchwurG bei LG Nürnberg-Fürth)がこれを認めて被告人を無罪としたので、検察官が被告人には違法性の意識があったと主張して上告した。BGHは結論において検察官の主張を認めたが、その理由において次のような判断を示した。

＜判旨＞

他人の一身の自由を侵害する権利は法秩序からのみ導かれる。行為者が、錯誤によるものであれ、それが存在すれば実際に法秩序が他人の一身の自由を侵害する権利を認めていたであろうと思われるような事実が存在すると思っただけに、その権利があると思っただけの場合には、その行為者は、刑法59条1項で論じられるべき行為事情に関する錯誤と法的意味において同置されるべき錯誤にあったことになる

39) BGHSt 3, 196.

(BGHSt 3, 105 [①判決])。それゆえ、他人の一身の自由の侵害が許されるか、それとも法に違反するかについての行為者の錯誤がそうした行為事情の誤認に基づいている場合には、その事情の誤認が行為者の過失として非難されうるとしても、行為者を故意による自由剝奪を理由として有罪とすることはできない。したがってその点では、正犯者の故意も幫助者の故意も侵害の違法性に及んでいなければならないという、参審裁判所が前提とした法見解は無制限に妥当する。しかし、本件で参審裁判所が認定した事実については事情が異なる。すなわち、本件では、被告人は存在すると思った諸事情に基づいてその侵害が許されると考えたが、他方で、被告人が存在すると思った諸事情が実際に存在していたとしても、法秩序はそうした他人の自由を侵害する権利を認めなかったであろうし、すでに述べたように、国家の恣意が及ばない法領域の侵害〔基本権の侵害〕がその認識と結びついていたと思われるので、なおのこと法的に有効な方法でこれを認めることはできないであろう。この被告人の錯誤は、法的な当為の領域にのみ関わる。それゆえこの錯誤は、当刑事部がすでに判断したように、禁止の錯誤の諸原則に従って判断されるべきである。その錯誤は行為の構成要件該当性に影響を及ぼすものではなく、また法秩序において承認され、あるいは承認されうる正当化事由にも関係しないからである⁴⁰⁾。

本判決は、被告人が自由剝奪の権利があると誤信したことは結論において禁止の錯誤に当たるとしたが、判旨の前半部分において、①判決を引用して、その誤信が行為事情の誤認に基づいている場合には故意阻却を認めるべきであるとしたことが注目される。

以上の3判例は、正当化事由の事実的前提に関する錯誤は結論において事実の錯誤と同様に論じられるべきであるとしたものであり、この見解が誤想防衛に関するその後の裁判例で広く用いられることとなった⁴¹⁾。以下の④～⑥の判例も、これに従って誤想防衛に当たる事案を処理したものである。

40) BGHSt 3, 364f.

41) 多数の裁判例があるが、誤想防衛についてこれを認めたものとして、たとえばBGH GA 1969, 23 (Urt. v. 21. 6. 1968); OLG Düsseldorf NJW 1994, 1232 (Beschl. v. 8. 11. 1993); BGH NSZ 2002, 141 (Urt. v. 24. 10. 2001) がある。

④ BGH, NStZ 2011, 238 (Beschl. v. 11. 8. 2010-1. StR 351/10)

〈事実の概要〉

被告人は、本件犯行の数分前に、共同住居の1階において、明らかに体力に勝るMからヘッドロックのように頭を締めつけられ、手拳で顔面を強打され、胸の右下部を蹴られるなどの暴行を受け、これにより左眼が腫れて出血した。被告人は、動揺して泣きそうになり、警察に電話するために上階にある自分の住居へ行ったが、その後、同家の玄関付近にいる自分の女友達もMから危害を加えられるのではないかと心配になった。しかし被告人は、Mと新たな喧嘩になるのではないかと思ひ、まったくの無防備でMと対峙しなくなかったため、刃長19cm、長さ30cmの台所用ナイフを手に取り、玄関へ降りようとした。そこで被告人は、すでに喧嘩を終えたと思っていたMといきなり顔を合わせた。この時Mは、被告人の住居の上にある自分の女友達の住居へ行くとしていた。被告人は、Mの新たな暴行を恐れ、「あっちへ行け」という趣旨の言葉を発し、Mがそれ以上近づくのを防ぐため、持っていたナイフを左右に振り動かした。しかしMは、そのナイフを見ることなく、階段を上って被告人に近づいてきた。その時Mは、被告人を喧嘩相手にするつもりはなかったが、自分が被告人をはねつけ、あるいは押しのけることになるという危険を承知していた。被告人は、Mが自分に向かってくるのではなく、上階の住居に行こうとしていることを知らなかった。被告人は、Mが近づいてくるので、新たな暴行が差し迫っているものと思ひ、ナイフを振り続けたことにより、Mの首に長さ7cm、深さ0.5cm～1cmの切傷を与えた。この傷は客観的には生命に危険のあるものではなく、その後の病院での治療により大事には至らなかった。

これについて原審(LG Mannheim)は、被告人を危険な傷害罪(刑法224条)により2年6月の自由刑に処したが、被告人の申告を受けたBGHはこれを破棄し、以下のように判断して原審に差し戻した。

〈判旨〉

侵害の存在または防衛の必要性に関する行為者の錯誤は、許容構成要件の錯誤であり、故意行為(本件では危険な傷害)による処罰は認められない(刑法16条1項1文)……。

誤想防衛について

被告人が——法的瑕疵なく認定されたMの先行する挑発的な態度の後に——差し迫った侵害があると思ったという事実を基礎にすれば、本件で被告人が選択した防衛は必要なものであった。……防衛行為が刑法32条2項の意味で必要であるか否かは、主として侵害の性質と程度に左右される。原則として被害者は、自分のとりうる、その危険を即時かつ決定的に排除することが期待できる防衛手段を選択することができる。……したがって、ナイフの使用も最初から許されないわけではない。しかし、被害者には原則として、まずもって武器の使用について威嚇することが要請される。……体力の劣る被告人は、所持していたナイフ以外の防衛手段をもっていなかった。ナイフを左右に振り動かしたことが武器の使用の威嚇であったと認めることは容易である。その際にMがナイフを認識したか否かは、これに影響を及ぼさない。被告人は自分が武器を持ってMの進路を妨げたことによって、正当防衛状況について共同の責任を負うという認識は、その基本を誤認している。そのような認識によれば、被告人は自分の住居から無防備で立ち去るか、もしくは立ち去ることすら許されないことになるし、あるいは自分の住居に逃げ帰らなければならないことになるであろう。Mが被告人に向かって数段の階段を上がってくる前に、こうした行動に出ることが時間的に可能であったか否かについて、LGは認定しなかった。しかし、それを別論としても、被告人は、危険な状況にいると思われる女友達の様子を見るために自分の住居から出ることを妨げられないはずである。被告人はこの状況において、原審の刑事部がはっきりと認めたように、すでに先行の喧嘩によって左眼に出血していたのだから、Mのそれ以上の殴打を甘受する必要はまったくなかった。原審が付言したように、被告人はその時どのような態様でナイフを用いなければならなかったのかは、とりわけ原審は被告人の意図的な刺突を認定できなかったのであるから、依然として明らかでない。さらに、そのような場合には、ほんの数歩しか離れていないMがそれ以上の殴打を思いとどまっていたであろうとは考えられない。…

以上により、新たな事実審の裁判官は、被告人がそのようなナイフの使用をもはや必要な防衛とは考えなかったのか、そして被告人は重要な行為事情に関する錯誤のもとにあったのか、という問題を検討しなければならない。被告人が事実の錯誤に基づいて、ナイフの使用が必要だと思っていたとすれば、刑法16条を準用して傷

害の故意は認められないであろう。考えられる禁止の錯誤についての判断は、この判断とは似て非なるものである。被告人は誤想した侵害に対する防衛によって、それ以上の侵害から身を守る目的と、躊躇することなく自分の女友達の様子を見に行こうという目的を同時に追求していたかもしれないという理由でナイフを使用した際にあったかもしれない被告人の誤った表象について説明する必要はない、とは言えない⁴²⁾。

本決定は、侵害の存在または防衛の必要性に関する錯誤は許容構成要件の錯誤であることを前提にして、その錯誤について、「刑法16条を準用して傷害の故意は認められない」としていることから、制限責任説を採用したものと考えられる⁴³⁾。

⑤ BGH, NStZ 2011, 630 (Beschl. v. 1. 3. 2011-3 StR 450/10)

《事実の概要》

原審(LG Bückeburg)によれば、被告人は、2005年に右脚の動脈の血行障害によりバイパス手術を受け、足の指2本を切除されるなど、健康上の障害もっていた。彼は、比較的大きな集合住居に住んでいたが、そこでは安眠妨害や傷害や薬物犯罪が起こり、そのために警察が出動することがたびたびあった。被告人と同じ階に管理人としての役割も担うWが住んでおり、被告人は同人と良好な関係にあった。犯行当夜の午後11時ころ、ビール8本を飲んで酩酊した被告人は、Wの住居からかなりの騒音が出ていることに気づいた。そこには何人かの訪問客がいて、住居のドアを開けてアルコールや薬物を飲み、大声で騒ぎ、大音量の音楽を鳴らしていた。被告人の依頼によりWが静かにするよう配慮したので、被告人はいったん就寝した。しかし、午前0時45分ころ、Wの住居の開け放ったドアからふたたび大音量の音楽が聞こえてきたので、被告人は目をさました。彼は、眠かったうえにかなり怒っていたので、静かにしてもらうために、また必要とあらば音響装置のプラグを引き抜こうと思い、Wの住居へ行こうと決意した。被告人は、いつもWと会って話をしていたので、警察の介入は適切でないと思った。彼は、これまでに警察沙

42) NStZ-RR 2011, S. 238f.

43) Vgl. Hecker(Anm.), JuS 2011, S. 371.

誤想防衛について

汰があったことや面識のないWの客がいることを考えて、護身のため、長さ7cmの先のとがった折畳み式のポケットナイフをジョギング用ズボンの前ポケットに入れた。しかし、被告人がWの住居を訪れたときには、Wはアルコールを飲んで眠りこんでいたので、被告人は同所にいたBrとBiに話をするようになった。被告人は、その住居の玄関フロアに立って、Brに対して音量を小さくするよう求めた。Brは被告人の所へ来て、当初は被告人と口喧嘩を始めたが、そののちに被告人を住居から押し出そうとした。そこで両者の間で掴みあいと突きあいが始まった。その時、居間にいたBiが、この出来事に介入しようと思い、立ち上がってBrの脇を通りすぎ、被告人の前へ来て、両腕で身振りを示した。BrとBiは、いかなる時点においても、自分の意思で帰ろうとしない被告人を殴ったりけがをさせたりするつもりはなかったが、被告人は自分が脅されているものと思った。被告人は、自分が暴力的にその住居から追い出され、それによって健康状態のよくない自分が倒れたり廊下の壁にぶつかったりするのではないかと恐れた。そこで彼は、そのような侵害に対してナイフを用いて対抗することが許されていると思い、上記のナイフを取り出して刃を出し、すぐにBrとBiに向けて2回、狙いを定めずに強く突き出した。これにより、Biが首の右側に深さ約3cmの刺傷を負い、Brが右上腹部に肝臓に達するほどの刺傷を負った。

これについて原審は、被告人は正当防衛状況（刑法32条）にあったとは言えないので、その行為は違法であるとした。すなわち、BrとBiは被告人に対して何ら現在の違法な侵害を加えておらず、被告人をWの住居から押し出そうとしていただけであり、被告人はWの許可なくその場に留まっていたのだから、BrとBiにはその権限があったとした。さらに原審によれば、被告人はその住居から追い出され、それによって相当の傷害を負うかもしれないと誤信していたのだから、誤想防衛として行為したようにも思われるが、誤想防衛が認められるためには、その行為が、実際に正当防衛状況があったならば正当化されていたであろうと考えられる範囲にとどまらなければならない。しかし、もとよりナイフによる刺突は（恐れた）侵害を防ぐためのもっとも穏やかな手段ではない。すなわち、被告人は、武器を持たないBrとBiに対して、まずもって武器を使用するかもしれないという威嚇をしなければならなかった。しかしいずれにせよ、ナイフによる刺突は、被告人が危殆化さ

れていると思った法益と比較して著しく均衡を失うので、要請された (geboten) ものではなかった。刑法33条 [過剰防衛] は単なる誤想防衛には適用されないので、被告人は、狼狽、恐怖または驚愕によって正当防衛の限界を超えたと主張することもできない。以上により、原審は被告人を2件の危険な傷害 (刑法224条1項2号, 5号) の所為単一により2年の自由刑に処し、その執行を猶予した。これに対してBGHは原判決を破棄し、次のように判断して原審に差し戻した⁴⁴⁾。

〈判旨〉

aa) LGの見解に反して、Brが有形力を用いて被告人をWの住居から無理に立ち去らせようとしたことは、被告人を違法に侵害したことになるので(刑法240条[強要], 32条2項)、被告人は客観的にも正当防衛状況にあった。被告人は、Wの住居に違法に侵入したのではなく、権限なくそこに滞留したのもないので(刑法123条1項[住居侵入])、Brの行為はWのための緊急救助として正当化されるものではなかった。住居権をもっていたのはWである。上述の理由による被告人の立入りがWの意思に反していたことを、LGは認定しなかった。その前の安眠妨害についてのWの態度や被告人との具体的な関係からみても、このことは明らかでない。すでにそれゆえに、第三者であるBrによって被告人に向けられた、住居から出ていく旨の要求は、法的に効力をもちえなかった。

被告人はさらに、Biに対しても客観的な正当防衛状況にあったことが明らかである。たしかにLGは、Biがいかなる目的で介入しようとしたのかについては、はっきりとは認定しなかったが、判決文全体の文脈からみれば、被告人を住居から立ち去らせようとしていたBrを有形力を用いて手助けしようとしていたと考えられる。

bb) これによれば、LGの見解に反して、被告人は正当防衛の事実的前提について誤認していたのではない。彼はむしろ、Biの介入によって、すでに始まっていた違法な侵害がすぐに増大するものと誤信したのであり、それまでに行った身体による抵抗だけではもはやこれに対抗できないと思ったのである。

そのような場合に、被侵害者が、自分が認識した状況において侵害を防ぐために

44) NStZ 2011, S. 630ff.

客観的に必要であり要請されていたと思われる範囲にとどまっていたならば、まづもってその行為はもっぱら許容構成要件の錯誤の諸原則に従って判断される。彼を故意行為により処罰することは、刑法16条1項1文により認められない。その錯誤が回避可能であれば、刑法16条1項2文により過失行為として処罰することが考えられる。次に、この（回避可能な）錯誤が、刑法33条にあげられた弱性の（asthenisch）情動——狼狽、恐怖または驚愕——に基づく場合には有責な行為とは言えないので、その場合に当たるか否かを検討しなければならない。客観的な正当防衛状況が継続していたのだから、行為者がすでに終了した侵害を継続しているものと誤信した場合と異なり、この規定の適用は排除されない。

これに対して、被侵害者が、自己の防衛行為が刑法32条2項の意味で（認識した）侵害に対する防衛のために必要であったと考えられる範囲を超えていることを認識していた場合には、故意による違法な行為があると認められる。もっとも、この場合にも、行為者が刑法33条にあげられた理由により正当防衛の限界を思わず超えてしまった場合には、同条の責任阻却事由が認められる。

本決定は、被告人の身体に対する Br と Bi の不正侵害があったことを前提として、被告人が、「Bi の介入によって、すでに始まっていた違法な侵害がすぐに増大するものと誤信し……それまでに行った身体による抵抗だけではもはやこれに対抗できないと思った」とすれば、防衛行為の必要性の判断にとって重要な不正侵害の強度を誤認したことになり、被告人を「故意行為により処罰することは、刑法16条1項1文により認められない」こと、また、この場合には客観的に正当防衛状況が存在していたので、行為者が狼狽等により許される防衛の程度を超えたのであれば、刑法33条が適用されうることを認めたものである⁴⁵⁾。誤想防衛の取扱いについては、制限責任説ないし法律効果を制限する責任説に立ったものと思われる。

45) Vgl. Hecker(Anm.), JuS 2012, S. 467.

⑥ BGH, NStZ 2012, 272 (Urt. v. 2. 11. 2011-2 StR 375/11)

〈事実の概要〉

原審（LG Koblenz）が認定した事実は以下のとおりである。

被告人がメンバーとして所属する暴走族グループ Hells-Angels は、暴走族グループ Bandidos と激しい対立関係にあったが、2009年10月に前者のメンバーが後者のメンバーを射殺した事件があったことから、2010年の2、3月ころ、後者のメンバーが前者のメンバーを襲撃する計画を立てているといううわさがあり、被告人もその襲撃があると確信していた。そのころ、Hells-Angels のメンバーによる脅迫事件を捜査していた捜査機関は、裁判所の捜索決定を受けて、被告人を含む数人のメンバーに対して一斉捜索を行うこととした。被告人は当局の許可を得て銃器を所持していたので、捜査機関は特殊部隊を出動させ、被告人の就寝中の時間に同人方の捜索に着手することとした。2010年3月17日の午前6時ころ、武装した特殊部隊の10人の警察官が被告人の家屋に対する捜索を開始し、5人がその逃走を防ぐため家屋を包囲し、他の5人が家屋内に突入することにした。ドア開扉の専門家を含む5人の警察官が同家の玄関ドアの前で配置につき、警察官 K がドアの前で開扉用の器械を設置してドアをこじ開けようとした。

そのころ被告人は、同家の上階の寝室で婚約者とともに眠っていたが、物音に目をさまし、窓から外を見たがわからなかったので、Bandidos の襲撃が始まったものと思い、けん銃を持ち、廊下と階段の照明をつけ、婚約者に携帯電話で母親らに連絡するよう告げてから階段を下りた。彼は、照明をつけたにもかかわらずドアが破られそうになっているので、普通の侵入者ではなく、自分たちの命を狙う Bandidos の襲撃を受けたものと思ったが、警察の出動だとは思わなかった。彼は、ドアの飾りガラスを通して人影を見たので、「消え失せろ」と叫んだが、その声は警察官らに届かず、そのまま開扉作業が続けられた。彼は、ドア越しに、あるいはドアを破られた直後に射殺されるかもしれないと思い、人に当たってもやむをえないと思いながら、ドアの外の人影に向けて銃弾2発を発射した。その2発目が警察官 K に命中して同人を死に至らせた。その直後、他の警察官が「すぐに発砲をやめろ、警察だ。」と叫んだので、被告人は「どうしてそんなことをするか、なぜベルを鳴らさなかった？」などと言い、その場で逮捕された。

これについて原審は、被告人を殺人罪（刑法212条）等により有罪としたが、BGHはこれを破棄し、以下の理由により殺人については誤想防衛により無罪であるとした。

〈判旨〉

aa) 警察の出動がその具体的な形態において適法でなかったとすれば、被告人にとって正当防衛状況があったと言えよう。……

警察の出動が違法であったことにより被告人の正当防衛権が認められるかという問題は、結論において判断しなくてもよい。なぜならば、いずれにせよ被告人は許容構成要件の錯誤に陥っていたからである。

bb) 正当化事由の事実的前提に関する錯誤があったと認められる。これにより、刑法16条1項1文を準用して故意責任（Vorsatzschuld）が阻却される。

LGの認定によれば、被告人は……敵対する Bandidos の襲撃班による襲撃があったと思った。彼は、家の照明をつけて「消え失せろ」と叫んでもやめようとしなかった侵害者の行動からみて、「普通の侵入者」ではないと思った。被告人は多数の武装した侵害者がことのほか攻撃的な行動をとっていると思ったので、彼の立場からみれば、侵害者らがドアをほぼ破って侵入がすぐに始まりそうになった時点で、その脅威が差し迫っていた。被告人の誤認したことが事実であったとすれば、人に向けてすぐに銃器を用いたことは、必要な防衛行為として正当化されるであろう。

ある者が違法に侵害された場合には、その者は原則として、その危険を決定的に排除しうる防衛手段を選択する権限をもつ。被侵害者は、防衛の効果が疑わしい場合には、より危険でない防衛手段を用いることを甘受する必要はない。このことは銃器の使用にも当てはまる。防衛者は、複数の有効な手段を用いることができる場合にのみ、侵害者にとってもっとも危険でない手段を選択しなければならない。いかなる場合に、より危険でない防衛がその危険を間違いなく即時かつ決定的に排除しうるかは、個々の事例の諸事情にかかっている。防衛者は、手段の選択と状況の評価のための十分な時間がある場合にのみ、複数の防衛の可能性のうち侵害者にとってより重大でない可能性を選択することが求められる。銃器を用いる場合には、たしかに被侵害者は原則として、まずもって銃器の使用について威嚇し、あるいは致命的な発砲をする前により危険でない使用を試みるべきである。しかし、威

嚇発砲が必要とされるのは、そうした発砲によって侵害を決定的に防ぐことができると思われる場合に限られる。本件の被告人は侵害者によってドア越しに射殺されるかもしれないと思っていたので、本件はそのような場合ではなかった。被告人はドアが破られ、複数の武装した侵害者が侵入し、あるいはドア越しに発砲される事態が差し迫っていると思っていたことから、彼には考量の難しい危険を十分に評価しうる時間がなかった。このような切迫した状況においては、威嚇発砲があれば侵害を終わらせたであろうと考える理由は理解できない。

さらに、発砲しても事態をエスカレートさせるといけないと思われる場合にも、威嚇発砲は必要でない。本件では、被告人の立場からみれば、強硬な態度をとる侵害者は、威嚇発砲によって被告人に防衛の準備があることに気づいたとしても、やはりドア越しに発砲していたであろうと思われる。防衛者は不確かな結果との葛藤に巻き込まれる必要はない。したがって、被告人がドア越しに2発の銃弾を発射したことは、彼の立場からみて必要な防衛行為であった。この錯誤により故意責任が否定されることになる。

cc) 刑法16条1項2文、222条〔過失致死〕の意味での過失により被告人を非難することもできない。被告人が侵害者の身元とその意図に関する錯誤を回避しえたと思われる場合にのみ、過失による非難が認められる。LGの法的瑕疵のない完全な認定によれば、被告人がBandidosによる生命に危険を及ぼす侵害があったと思ったことにはもっともな理由があったこと、家の照明をつけても実際には侵害者が警察官であることを認識できなかったこと、また警察官が密かに行動していたので警察の出動に早めに気づく可能性がなかったことから、過失による非難も認められない⁴⁶⁾。

本件は「Hells-Angels事件」としてメディアで大きく取り上げられ、殺人について被告人を無罪としたことには警察側から強い批判があったとされているが⁴⁷⁾、解釈論としては、警察の搜索が刑事訴訟法の諸規定に照らして適法であったか、被告人が威嚇発砲することなく殺意をもってけん銃を発射したことが必要な防衛行為であったか、2つの暴走族グループの継

46) NStZ 2012, S. 273f.

47) Vgl. NJW-Spezial 2012, S. 89.

続的な闘争の過程で行われた「挑発に基づく誤想防衛」の事案とみることができないのではないか、等の問題が論じられている⁴⁸⁾。私見によれば、正当化事由の錯誤の前提となる搜索の適法性について判断を留保したことには疑問があるが、誤想防衛の取扱いについては、「刑法16条1項1文を準用して故意責任が阻却される」としていることから、故意犯の不法を認めながらその責任を否定する「法律効果を制限する責任説」に立ったものと思われる。

このように、近時の判例は刑法16条の類推適用により結論において故意犯による処罰を否定するが、制限責任説と法律効果を制限する責任説のいずれによるものかは必ずしも明らかでなく、前者から後者へ移行しているという指摘もあり⁴⁹⁾、今後の判例の動向が注目されるところである。

IV コメント

以上のように、誤想防衛を含む正当化事情の錯誤について、ドイツの判例においては制限責任説ないし法律効果を制限する責任説によって故意犯の処罰が否定され、学説においては制限責任説が相対的な多数説を形成している状況にある。学説の論拠は多岐にわたるが、上記の各説の《理由》の中にその理論的な問題点がほぼ出尽くしているように思われるので、そこにあらわれた重要な対立点についてささやかな私見を述べてみたい。

まず、消極的構成要件の理論は、構成要件と違法性を「全体構成要件」に統合する犯罪論を基礎として、正当化事由の事実的前提を「法律上の構成要件」に含め、その錯誤に16条を直接適用することによって、制限責任説以下の諸説と同様の結論を得ようとする。立法者は現行刑法の立案にあ

48) Vgl. Engländer(Anm.), NStZ 2012, S. 274; Erb(Anm.), JR 2012, S. 208ff.; Hecker(Anm.), JuS 2012, S. 265; Satzger, JK 6/12, StGB § 32/37; Voigt/Hoffmann-Holland, Notwehrprovokation und actio illicita in causa in Fällen der Putativnotwehr, NStZ 2012, S. 362ff.

49) Vgl. Mandla(Anm.), StV 2012, S. 336f.

たつてこの問題の理論的解決を未決定にしたのであるから、この錯誤論は16条の許される解釈の枠内にとどまっているといえよう。しかし、犯罪の成立要件を構成要件該当性、違法性および有責性とする通説的な立場からは、「全体構成要件」の理論には問題があると思われる。すなわち、構成要件と違法性は別個のカテゴリーであり、構成要件は違法行為を類型化したものであるから、「法律上の構成要件」は刑法各則中に記述された不法を基礎づける要素でなければならない。したがって、それは例外的な場合に正当化を認める要件とは質的に異なるものと解すべきである⁵⁰⁾。

次に、厳格責任説は、存在論的考察により故意は客観的構成要件要素の認識に限定されるべきであるとする目的的行為論によって推進された学説であるが、正当化事由の錯誤を例外なく禁止の錯誤とすることによって、その他の諸説と結論を異にする。その重要な論拠は「構成要件の故意の提訴機能」にあるが、正当化事情を誤認した行為者は、その者の表象によれば許される行為を行っているのであり、その際に与えられる「自己の認識の前提となった事実を確認すべき契機」は、たとえば「認識ある過失」の行為者がもつべき注意義務と質的に異なるものとはいえないと考える。正当化事情を誤認する者の多くは、正当防衛等の緊急状況、あるいは利益衝突の状況に直面していると誤信しているので、提訴機能が働きにくい心理状態にあることも考慮しなければならない。厳格責任説は故意と過失の質的差異を看過するものである、という周知の批判には理由があると思われる。また、厳格責任説は、たとえば誤想防衛により他人の器物を損壊した事例のように、過失犯の処罰規定がない場合に処罰の間隙が生ずることを懸念するが、一般予防の観点からも特別予防の観点からも、民事上の損害賠償責任を超えるほどの処罰の必要性があるとは考えられないである

50) Roxin, a. a. O., § 10 Rn. 13-26, § 14 Rn. 72は、「体系構成要件」と「錯誤構成要件」の違いを指摘する。なお、構成要件と違法性の関係を検討した最近のわが国の論文として、立石二六「構成要件論の発展と今日的課題」現代刑事法6巻10号(2004年)22頁以下；吉田敏雄「違法性・責任と構成要件」同誌同号35頁以下がある。

う⁵¹⁾。

制限責任説と法律効果を制限する責任説は、いずれも責任説に立ちながら故意犯の成立を否定し、結論において過失処罰の可能性を認める点で共通であるから、両説の優劣は、正当化事情の錯誤において故意犯の不法を認めることができるか、また、悪意の共犯者の処罰をいかにして確保すべきか、という観点から決せられるべきである。私見によれば、前者については、正当化事情の錯誤に故意犯の不法を認めることはできないと思われる。法律効果を制限する責任説の主張者は、行為者は構成要件に該当する事実を認識しているので、「構成要件の故意の提訴機能」は完全な効果を発揮している⁵²⁾、あるいは自己の行為に適用される許容命題が存在するかどうかを確認すべき「法定構成要件の警告機能」はその者に届いている⁵³⁾、という。しかし、故意犯の不法は、法秩序の立場から不法と評価される事態を目的として行為する場合に認められるものであるから、上述のように、正当化事情の誤認の実態はしかるべき注意を欠いたことにあるとみる以上、そこには過失犯の不法しか認められないはずである⁵⁴⁾。また、構成要件と違法性の段階で故意犯の要件を認めながら、責任ないし法律効果において突如として過失犯への転換を認めるのは、法律要件と法律効果の対応関係を破るという批判を免れない。後者については、正当化事情を誤認した者にそうと知りつつ加功する背後者を、間接正犯として処罰することができる。正当化事情を誤認した者には規範的障害がないので、そうと知りつつその者を利用する背後者は、事情を知らない他人の過失行為を利用する場合と同様に、その者を道具として利用して自己の犯罪を実現

51) Vgl. Roxin, a. a. O., § 14 Rn. 65ff.

52) Jescheck/Weigend, a. a. O., § 41 IV 1d.

53) Wessels/Beulke, a. a. O., § 11 Rn. 477.

54) Vgl. Roxin, a. a. O., § 14 Rn. 73f. : Roxin は、故意は構成要件の故意 (16条 1項の構成要件の事情の認識) と不法故意 (構成要件の事情の認識 + 正当化事情の不認識) から成り、正当化事情の誤認においては不法故意が認められないので故意を阻却する、と説明する (Rn. 70)。

するものと評価できるからである。

このようにみれば、責任説を前提とするかぎり、正当化事情の錯誤に16条を類推適用して故意阻却を認める制限責任説の説明が、もっとも簡明で説得力のある理論構成を示しているように思われる。ただし、「正当化事由の範囲ないし限界に関する錯誤」(禁止の錯誤として故意成立)と「正当化事由の事実的前提に関する錯誤」(構成要件の錯誤として故意阻却)の区別は微妙であり、制限責任説の内部でも見解の相違があるので、その基準を明確にすることが課題として残されていると思われる。

他方、わが国においては、ドイツと比較して故意説が有力に支持されていることから、上記の修正された故意説の論拠を参照することも有益であると思われる。Ottoは大要次のように主張する。

不法構成要件に位置づけられる故意は、「目的性」(Finalität)と「行為無価値」(Handlungsunwert)の2つの要素から成り立っており、前者は知的要素としての「構成要件の客観的要素とその意味内容の認識」と、意思的要素としての「法益侵害を実現しようとする行為意思」を内容とし、後者は「社会侵害性の認識」、すなわち構成要件要素の実現がもつ社会的危険性の認識に基づいている。これらのいずれかが欠ければ故意は認められない。正当化事情を誤認している者は、自己の行為が社会侵害的であることを認識しえないので、その者の故意は阻却されるべきである⁵⁵⁾。ところで、故意説は違法性の意識(またはその可能性)を故意の要素とするが、ここでいう違法性の意識とは、これまで主張されてきた「実定法規範に違反する意識」あるいは「具体的な法規範に違反する意識」という狭い形式的な意味で理解すべきではなく、より広い実質的な意味で、「社会侵害的に行為する認識」と解すべきである。換言すれば、法共同体が社会的諸関係の基礎として尊重することを求めている価値を侵害することによって社会的信頼の基礎を損なうという認識である⁵⁶⁾。修正された故意説は17条の文言に反すると批判されるが、同条にいう「不法を行う認識」とは「実定法

55) Vgl. Otto, a. a. O., § 15 Rn. 5ff.

56) Vgl. Otto, a. a. O., § 7 Rn. 67ff.

規範に違反する認識」を言うのであって、「社会侵害的に行為する認識」を欠いた場合について同条は何も言っていないのである。つまり、17条は、行為の際に「実定法規範に違反する認識」がない行為者について、故意は認められるが、その錯誤が回避しえない場合には責任を阻却し、回避しうる場合には故意犯の刑を減輕しうることを認めたにすぎず、「社会侵害的に行為する認識」が欠けた場合に故意が阻却されることを否定していないのである。このように理解すれば、故意説を前提としても17条の合理的な解釈が可能であり、責任原則に抵触することなく妥当な結論が得られる、というのである⁵⁷⁾。

Schmidhäuser も、責任原則を重視する立場から、故意説の立場に立つても16条と17条の解釈が可能であるとして、大要次のように主張する。

16条1項1文は、不法を認識していなかった場合にも適用される規定であり、したがって「間接的な禁止の錯誤」も「直接的な禁止の錯誤」も故意を阻却する。たとえば、行為者が、相手から違法に侵害されているので防衛行為に出ることが許されていると誤信してその者を殴打した場合（間接的な禁止の錯誤）にも、教育上の理由から他人の子を懲戒することが許されていると誤信してその子を殴打した場合（直接的な禁止の錯誤）にも、故意の傷害罪は成立しない。これに対して、17条1文は、16条1項2文により過失による遂行を理由とする処罰が残されており、その誤信が回避しえない禁止の錯誤に基づいている場合に、責任なく行為したのものとすして不処罰を認めたものである。たとえば、上記の2例において、行為者が不法を行うことを認識しえなかった場合には、責任がないので不処罰となる。他方、17条2文は、16条1項2文により過失による遂行を理由とする処罰が残されており、その誤信が回避しうる禁止の錯誤に基づいている場合には、過失犯の刑を減輕することができるとしたものである。たとえば、上記の2例において、行為者が不法を行うことを認識しえた場合には、過失

57) Vgl. Otto, a. a. O., § 15 Rn. 10f. ;ders., Die vorsatzausschließende Irrtum in der höchststrichterlichen Rechtsprechung, Gedächtnisschrift für K. Meyer(1990), S. 600ff.

傷害罪の刑が任意的に減輕されることになる，というのである⁵⁸⁾。

両者による修正された故意説の論証が成功しているか否かはなお検討を要するが，制限責任説ないし法律効果を制限する責任説が判例においてほぼ定着し，学説においても有力な支持を得ているドイツにおいて，責任原則を重視する見地からなお故意説が主張されていることに注目してよいであろう。

58) Vgl. Schmidhäuser, a. a. O., 7/90; ders., Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB), JZ 1979, S. 363ff.

**Über die Putativnotwehr :
Im Anschluß an den Meinungsstand in Deutschland**

Akio SUZUKI

Summary

Die Putativnotwehr bietet ein Kardinalproblem des Allgemeinen Teils des Strafrechts. Vor allem ist viel diskutiert über den Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr. In meiner Abhandlung soll zunächst der Meinungsstreit in Japan erläutert werden (I :Einleitung). Anknüpfend daran erfolgt die Darstellung der neueren Lehrmeinungen und der verschiedenen das Problem betreffenden Lehren in Deutschland (II :Lehrmeinungen in Deutschland). Dort werden die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, die strenge Schuldtheorie, die eingeschränkte Schuldtheorie, die rechtsfolgeneinschränkende od. rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie und die modifizierte Vorsatztheorie erläutert. In diesem Zusammenhang sollen die einschlägigen drei Entscheidungen des BGH im Jahre 1952 und die drei neueren Entscheidungen des BGH vorgestellt werden (III :Rechtsprechung in Deutschland). Zuletzt werden die Streitpunkte und die einigen Ergebnisse kurz zusammengefasst (IV :Einige Bemerkungen).

Nach meiner Ansicht ist die eingeschränkte Schuldtheorie die deutlichste und überzeugende, denn sie das vorsätzliche Unrecht verneinen und die an den Erfordernissen der Kriminalpolitik und den Grundstrukturen des Irrtums orientierte Wertung gewinnen kann.

