

正当化事情の錯誤

曾 根 威 彦

一 はじめに

二 違法性の錯誤と解する立場——厳格責任説を中心として

三 事実の錯誤と解する立場

(一) 消極的構成要件要素の理論

(二) 制限責任説

(三) 独自の錯誤説

四 むすびに代えて——故意犯と過失犯

一 はじめに

正当化事情の錯誤とは、正当化（違法阻却）の前提となる事実の誤認をいう。正当化事由が存在しないのに存在すると誤信し、その結果自己の行為は許されると誤信した、正当化事由の錯誤の一つである。⁽¹⁾他の一つは、正当化事由

そのものの錯誤であつて、これが違法性の錯誤（禁止の錯誤）であることについては学説上争いがない。⁽²⁾これに対し、正当化事情の錯誤が事実の錯誤であるか、それとも違法性の錯誤であるかについては、古くから学説がきびしく対立している。⁽³⁾事実の錯誤であれば故意の阻却が認められ、正当化事情を認識しなかったことに過失があることを条件として過失犯が成立するにすぎないのに反し、違法性の錯誤と解した場合は、学説にもよるが、通常故意の阻却は認められず、ただ情状により故意犯の刑が減輕されうるにすぎない（刑法三八条三項参照）。正当化事情の錯誤を事実の錯誤と解するか違法性の錯誤と解するかは刑法上重要な意味をもつのである。

学説がきびしく対立する背景として、他の錯誤とは異なる正当化事情の錯誤の特殊性を指摘することができる。すなわち、それは、正当化事由の前提「事実」に関する錯誤であるという点で構成要件該当「事実」の錯誤（構成要件の錯誤）に近似するが、犯罪論体系上「構成要件」ではなく「違法性」に關係する錯誤であるという点では違法性の錯誤に接近するのである。詳言すれば、⁽⁴⁾正当化事情の錯誤は、行為者の意思が適法に実現されるべき事態の実現に向けられているという点では構成要件の錯誤と同様である。行為者の依拠した事態が現に存在するならば、彼の態度が構成要件を充足しないか、正当化されるとの違ひこそあれ、正・不正に關する行為者の考えは法秩序のそれと一致しているからである。⁽⁵⁾他方、構成要件の錯誤の場合、行為者はそもそも構成要件該当事実を認識せず、したがって事実上いけば完全に無知であるのに対し、正当化事情の錯誤の場合は、行為者は構成要件を充足することを認識しており、その結果、彼には正当化事由の引き受けを確認すべき手掛かりが与えられているのである。⁽⁶⁾このように正当化事情の錯誤は、構成要件の錯誤および違法性の錯誤双方とそれぞれ類似点、相違点をもち、両者の中間に位置しているといふことができる。

本稿は、最近のドイツにおける議論を踏まえて、正当化事情の錯誤につき若干の考察を試みるものである。

- (1) 西原春夫・刑法総論(昭五二)四二〇頁。
- (2) もっとも、違法性の錯誤の取り扱いをめぐっては、故意説と責任説の周知の争いがある。
- (3) この問題を総体的に扱った最近の文献として、佐久間修「いわゆる正当化事由に関する錯誤(一)——とくに誤想防衛を中心として——」法政論集八九号七六頁以下、九〇号三〇三頁以下がある。
- (4) Vgl. Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil I, 3. Aufl., 1981, S. 153.
- (5) Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotssirrtum bei Rechtfertigungsgründe, ZStW. Bd. 70, 1958, S. 600.
- (6) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 168.

二 違法性の錯誤と解する立場——厳格責任説を中心として

(1) 正当化事情の錯誤を違法性の錯誤と解する立場(以下、違法性の錯誤説と呼ぶ)にも、故意の阻却を認めない見解とこれを認める見解とがある。前者は、故意を構成要件の故意に限る見地から、違法性の錯誤は故意の成否と無関係であるとし(厳格責任説)、あるいは、違法性の意識を故意の要件としながらも(厳格故意説)、違法性の錯誤につき過失があったときは、故意に準じて取り扱うべしとする(準故意説)。他方、故意の阻却を認める見解は、厳格故意説の立場から、違法性の錯誤も事実の錯誤と同様故意を阻却すると解したうえ、過失があれば過失犯として処罰すべしとする(過失説)。このうち、現在有力に主張されている違法性の錯誤説は厳格責任説によるものである⁽¹⁾ので、これについては(2)以下で詳述することとし、ここでは他の二説について簡単に触れておくことにしよう。

まず、準故意説は、違法性に関する過失は本来は過失であるが、故意に準じて取り扱うという説であって、一部の学説の認める⁽¹⁾ところである。この説が結論的にみて厳格責任説の内容をわが国において独自に先取りしていた点は、

学説史的意義を有するものといえよう。⁽²⁾しかし、故意の中にあえて違法性の意識を含ませ、しかもこれを故意の本質的特徴とするその根本主張を動揺させてまで、何故に本来過失犯であるものを結果的にせよ故意犯として取り扱うのか、その十分な理由づけを見い出すことはできない。⁽³⁾準故意説は、その結論を維持しようとするかぎり、制限故意説ないし責任説に取って代わられるべき運命にあったといえよう。

次に、過失説は、違法性に関する過失につき、過失処罰規定の存在を前提としたうえで通常の過失犯と同様に処罰しようとするものであつて、従来の多数説のとりどころである。⁽⁴⁾この説が正当化事情の錯誤に故意の阻却を認めた結論には正しいものがあるが、これを違法性の錯誤と解するとともに、違法性の意識を故意の要件とした点に問題を残しているといえよう。というのは、過失説によると、犯罪事実の認識・認容がありながら何らかの理由で誤つて違法性の意識を欠いた場合、故意の成立が認められないことになるが、すでに犯罪事実の認識があり、犯罪事実実現の認容があるにもかかわらずこれを過失とするのは、概念上の混乱であるからである。⁽⁵⁾したがって故意阻却の結論を維持するためには、消極的な形にせよ、正当化事情の認識を犯罪事実の認識に含めて理論構成する必要があると思われる。

(2) 厳格責任説は、故意を客観的構成要件に該当する事実の認識(構成要件の故意)に限定する立場から、正当化事情の錯誤を違法性の錯誤(禁止の錯誤)に含めて考え、これは故意の成否と無関係であると主張する。ただ、その錯誤が避けられなかった場合は違法性の意識の可能性がなくなるので責任が阻却され、避けえた場合にも事情によっては責任が軽減されることを認める。正当化事情の錯誤を正当化事由それ自体の錯誤と同一視するところにこの説の特色がある。

厳格責任説の首唱者ヴェルツェルは、正当化事情の錯誤を事実の錯誤と解する見解(以下、事実の錯誤説と呼ぶ)を批判する中で、「正当化事由は、構成要件該当性ではなく単に違法性だけを除去するのであるから、正当化事由の

誤認によって阻却されるのは構成要件の故意ではなく、むしろ単に違法性の意識だけである」⁽⁶⁾と説く。ここにわれわれは、伝統的な考え方のように、錯誤を事実認識に関する誤認と評価的判断に際しての誤信とに分けることをせず、犯罪論体系の構成要件と違法とに対応させて錯誤論を構築しようとする意図をうかがい知ることができる。構成要件該当性と違法性が犯罪要素としてもつ機能の違いを強調する立場といえよう。この間の事情は、福田教授の次の所説にさらによく示されている。すなわち、「構成要件の内容たる事實は、刑法上意味のある行態を類型化する機能をもつが、違法性阻却事由の内容たる事實は、その存在が構成要件該当の事實を適法ならしめるもので、非典型的な許容状態の記述であつて類型化の機能をもたないものである。そこで、構成要件の内容たる事實についての錯誤は構成要件の錯誤として構成要件該当性（構成要件の故意）を阻却するが、違法性阻却事由の内容たる事實についての錯誤は違法性の錯誤（法律の錯誤）として故意を阻却しないものと解すべきである」⁽⁷⁾。

たしかに、構成要件の内容たる事實と正当化事由の内容たる事實とはその機能を異にするから両者を完全に同一視することは許されない。その意味で、後述の消極的構成要件要素の理論を採りえないことについては、筆者もこれに従いたいと思う。しかし、両者の機能が異なるのは、構成要件が典型的に行爲が一定の型にあてはまるかどうかを判別する機能をもつのに対し、正当化事由が非典型的に全法秩序の観点から構成要件該当行為の許容性を判断する機能をもつという点においてであつて、行為者が未だ規範の問題に直面していないという点では、正当化事由の内容たる事實に誤認があつた場合も、構成要件該当事実について誤認があつた場合と同様ではなからうか。⁽⁸⁾この疑問に対し、厳格責任説は、正当化事情の錯誤の場合、行為者は構成要件該当の法益侵害を認識・認容して実現したものであり、彼の行為意思は構成要件該当の結果惹起に向けられているのであつて、行為者はすでに自己の行為が禁じられているかどうかの問題に直面している、と応えている。⁽⁹⁾正当化事情の錯誤を違法性の錯誤と解する厳格責任説に対しては、

事実の錯誤説より種々の観点から批判が提起されているが、右の疑問がもっとも基本的な問題であると思われるので、この点につきとくに項を分かつて検討することにしよう。

(3) エンギッシュによれば、禁止の錯誤（違法性の錯誤）について特別の扱いをすることが是認されるのは、存在するとして前提とされる構成要件の故意が、構成要件の態度の違法性と適法性に関して省察すべき「刺激」（Anregung）を与える、という考慮によるのである。⁽¹¹⁾ところが、正当化事情について誤認がある場合は、正当化事由が現実と与えられていることを検討するという、構成要件の故意によって提示された刺激が、正当化事由が現に存在すると誤認することによって「麻痺」させられてしまう（paralysiert）。⁽¹²⁾換言すれば、構成要件の故意は通常「衝撃」（Impuls）としての意義をもっている。すなわち、違法性の意識と結びついた場合は所為を放棄する衝撃として、そして違法性の意識が欠如する場合は所為の適法性を検討する衝撃としてである。したがって、この衝撃を麻痺させる正当化事情の誤認がある場合に、所為を故意のゆえに処罰することは許されない、と説くのである。⁽¹³⁾かかる趣旨を構成要件の故意の「提訴機能」という観点から捉えなおし、正当化事情の錯誤に関する嚴格責任説の見解を批判するのが中教授である。中教授によれば、通説のいう構成要件の故意は行為者の規範意識に違法性を徴表すべき刑法的重要性を提訴するものではあっても、直接不法の意識を喚起するに十分なものではない。真に不法の意識を直接的に喚起するための前提的表象は、正当化事情の不存在をも確定したそれ、すなわち行為者の全表象内容を前提にしたうえで、もしそれが実現されたならば客観的に評価して不法とされるような表象をおいて他にこれを求めることはできない。⁽¹⁴⁾したがって、正当化事由の事実的前提を誤認した場合は、責任非難の前提として不法の意識を直接的に可能ならしめるような故意を認めることはできないことになる。

事実の故意を構成要件の故意に限定する消極的構成要件要素の理論は採りえないとしても、事実的故意が違法性の⁽¹⁵⁾

意識を喚起するという意味での提訴機能を具備しなければならず、しかも通説の理解する構成要件的故意がこのような提訴機能をもちえないことは否定できないように思われる。かかる批判に対して、厳格責任説は、積極的な禁止構成要件に該当する事実の認識さえあれば、行為者はそれによってただちに違法評価の問題に直面し、これに正しい答を与えて違法行為を思いとどまることができるから、この意味での構成要件的故意も行為者に違法性の意識を喚起せしめる提訴機能をもちうる、と反論することになるであろう。これは違法性の構造・内容の問題とも関連してくるので、かかる観点からさらに検討してみよう。

(4) ヴェルツェルによれば、構成要件は規範の内容を記述したものであり、禁止の素材である。したがって、構成要件該当性は規範違反性を意味するが、法秩序は規範から成るばかりでなく、許容命題からも成り立っているのであるから、構成要件該当性はただちに違法性を意味するのではなく、許容命題、すなわち正当化事由に該当するかどうかの確定をまっしてはじめてそれは違法とされる。ヴェルツェルが構成要件に違法性から独立した地位を与えたことは是とすべきであるが、それだけに、違法性を徴表する機能しか有しない構成要件の一要素である故意に、直接に違法性の意識を喚起する提訴機能を認めることはできないであろう。行為者にはせいぜい正当化事由（許容命題）の事実的前提が現実存在しているか否かを注意深く検討すべき機会が与えられているにすぎないのである。

厳格責任説の論者が、構成要件該当事実の認識さえあれば行為者は規範の問題に直面するというのは、そのよって立つ理論的基盤たる人的不法論と無関係ではあるまい。人的不法論は、行為者の目標設定、心構え、義務等の行為者関係的な要素が、生じるかもしれない法益侵害とともに行為の不法を決定すると解する理論であって、違法の客観的要素としては、法益侵害しか考慮されていない。しかも、法益侵害は人的不法の内部においてのみ意義を有する、違法の非独立的、部分的要素にすぎないのである。そこには、違法性を確定する際に、行為によって保全されるべき

法益を考慮し、侵害法益と保全法益との比較、衡量を試みる余地はないか、あってもきわめて狭小なものでしかないであろう。したがって、行為者としては違法性を基礎づける事実のうち構成要件該当事実、すなわち法益侵害事実さえ認識すれば、あとはすべて主観的ないし規範的要素であるから、事実的故意の内容としてこれを認識する必要はない、ということになる。しかし、違法性を決定する客観的要素は法益侵害に尽きるものではない。違法性は、保全法益との比較衡量をまっぴらしてはじめて確定されるのである。したがって、法益侵害を基礎づける事実を認識するだけでは、行為者は未だ違法性の問題に直面しているとはいえない。当該行為が自己または第三者の法益を保全するものでないことを認識している者のみが自己の行為についての違法性を判断することができるのである。自己の行為が侵害法益に優越する法益を保全すると考えている（誤認している）者には、違法性判断のための資料は十全には与えられていないといふべきであろう。

自己の行為が構成要件に該当したということ、ことに他人の法益を侵害したということを認識した者は、終局的には、その行為が違法でもあるか、ということの検討へと義務づけられるが、その際、正当化事情の錯誤に陥っている者は、法の注意要請に基づく注意の欠缺、ないし過失の態度に対する非難にさらされることはあっても、積極的に法に敵対する心情の非難にさらされることはない。というのは、その場合、行為に際して行為者は原理的に立法者のそれと一致した価値表象によって導かれていたからである。すなわち、彼によって想定された正当化事由のメルクマーが現実存在するのなら、その行為は正当化され、違法ではなくなるのである。このような状況においては、彼の構成要件の故意は、もつとも重大な責任形式である故意責任の責任定型のための前提とされている、法秩序の価値決定に対する反抗の表出とはいえないであらう。⁽¹⁷⁾

以上の説明からも明らかなように、構成要件該当性を基礎づける事実と正当化事由を基礎づける事実とが、積極・

消極の違いこそあれ、行為が違法であるかどうかという問題の決定にとって同様の事実的意味をもつかぎりでは、両者の間にどのような質的区別も存在しないのである。したがって、正当化事由の前提事実に関する錯誤は、その体系的違いにもかかわらず、構成要件の錯誤と同様の法効果（故意阻却）を伴うことになる。⁽¹⁸⁾ 正当化事由を基礎づける事実とこれに対する評価、したがって前者に関する錯誤（事実の錯誤）と後者に関する錯誤（違法性の錯誤）とを区別することは理論的に十分可能であり、また両者はこれを区別しなければならないのである。このことは、われわれが（禁止）構成要件について、構成要件に該当すべき事実と構成要件該当性それ自体とを区別し、前者に関する錯誤を事実の錯誤、後者に関する錯誤を違法性の錯誤と解することと対応するものといえよう。事実の錯誤と違法性の錯誤は、必ずしも構成要件と正当化事由（違法性）という犯罪論体系に対応するものではない。それぞれの犯罪概念要素がもつ事実面と評価面とに関連して対応関係に立つのである。⁽¹⁹⁾

- (1) たとえば、草野豹一郎・刑法要論（昭三三）九六頁以下、斎藤金作・刑法総論（改訂版・昭三〇）一九六頁以下。
- (2) 川端博「違法性阻却事由の事実的前提に関する錯誤」法学セミナー三一九号二七頁。
- (3) 西原・前掲書四二六頁以下。
- (4) わが国の学説として、たとえば滝川幸辰・犯罪論序説（改訂版・昭三二）一七九頁、小野清一郎・新訂刑法講義総論（昭二七）一六四頁。
- (5) 西原・前掲書四二六頁。
- (6) Welzel, a. a. O. (I) の注(9) S. 169.
- (7) 福田平・新版刑法総論（昭五二）一五七―八頁。なお、同『違法性の錯誤』（昭三五）二二八頁以下参照。
- (8) 団藤重光・刑法綱要総論（改訂版・昭五四）二八五―六頁参照。
- (9) 福田・刑法総論一五八頁。同旨、西原・前掲書四二二―三頁。
- (10) 比較的最近のものとして、とくに Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für Heinitz, 1972, S. 207ff. が重要である。なお、これに対する再批判として、川端博「正当化事情の錯誤は第三の錯誤か——ドレーアー、クリエンヘルマンの所説の批判的検討」。

討上警察研究五一卷六号四五頁以下、五一卷七号四五頁以下参照。

- (11) Englisch, a. a. O. (15注(5)) S. 588.
- (12) Englisch, a. a. O. S. 590.
- (13) Englisch, a. a. O. S. 599.
- (14) 中義勝『誤想防衛論』（昭四六）二六八—九頁。なお、同・刑法総論（昭四六）九〇—一頁参照。
- (15) この点では厳格責任説も同じである。両者はただ、その内容を異にしているにすぎない。
- (16) Welzel, a. a. O. S. 59ff.
- (17) Wessels, Strafrecht, Allg. Teil, 10. Aufl., 1980, S. 102f.
- (18) Vgl. Cramer, Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 21. Aufl., S. 239; Lackner, Strafgesetzbuch, 14. Aufl., 1981, S. 92.
- (19) Vgl. Maurach-Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, Teilb. 1, 5. Aufl., 1977, S. 555.

三 事実の錯誤と解する立場

(一) 消極的構成要件要素の理論

(1) 正当化事情につき錯誤があった場合に故意の阻却を認める考え方の一つが、消極的構成要件要素の理論である。端的に構成要件の故意の阻却を認めるところにこの理論の特色がある。ドイツ刑法一六条一項の行為事情に対する錯誤（構成要件の錯誤）の規定を正当化事情の錯誤にもストレートに適用する立場である。

消極的構成要件要素の理論とは、正当化事由を消極的要素、つまりそれが存在することによって構成要件該当性を失わせる要素として構成要件に属させる見解をいう。⁽¹⁾ 一個の構成要件が積極的に違法性を基礎づける要素と消極的に

違法性を否定する要素とから成り立っていると解する。したがって、構成要件の故意があるとするためには、積極的構成要件要素の認識とともに消極的構成要件要素の不存在の認識が必要である。それゆえ、正当化事情の錯誤、つまり消極的構成要件要素が存在すると誤認した場合も、誤って積極的構成要件要素の認識を欠いた場合と同様、構成要件の錯誤であって故意を阻却することになる。

わが国において、構成要件の故意の提訴機能という独自の観点から消極的構成要件要素の理論を基礎づけているのが、前述の(二)(三)参照)中教授の見解である。教授によれば、責任非難の対象としての構成要件の故意は、その表示内容から少なくとも違法性の意識を直接可能にするという提訴機能を具備しなければならないが、たとえば誤想防衛の場合には、真に正当防衛状況が存在しているか否か注意深く確認すべしという提訴機能が導かれるとしても、直接自己の行為の違法性を意識すべき手掛かりは与えられていないのである。⁽²⁾

(2) 消極的構成要件要素の理論に対しては、三段階的犯罪論体系を堅持する通説の側から厳しい批判が提起されている。たとえば、①この理論によれば、消極的構成要件要素も故意の対象となるが、すべての正当化事情の不存在を認識することはおよそ不可能である、⁽³⁾②この理論は刑法上およそ意味をもたない行為(蚊の殺害)と、⁽⁴⁾刑法的に重視され、ただ正当化事由の介入によって許容されるにすぎない行為(正当防衛による殺人)とを同一視している、⁽⁴⁾③法定構成要件と全体―不法構成要件とは区別されなければならない、したがって正当化事情の錯誤にドイツ刑法一六条がストレートに適用されることはない、⁽⁵⁾④共犯において、この理論によれば正当化事情の不存在を知らながら、その不存在を知らない正犯者に加功した者も不可罰となる、⁽⁶⁾といったものである。⁽⁷⁾

中でも重要なのは、二段階的犯罪論体系の基礎に向けられた③の批判であろう。消極的構成要件要素の理論は、(全体)不法構成要件の概念を前提としているが、これは、構成要件該当性と違法性とは犯罪概念要素として基本的

に同質のものと捉える考え方である。しかし、このような考え方は構成要件該当性判断と違法性判断との質的差異を看過したものとして適当でないといわざるをえない。構成要件は犯罪行為を抽象的に類型化した観念像であり、したがって構成要件該当性判断は、所与事実が一定の枠組みに当てはまるかどうかという、類型的、形式的判断としての制約を免れがたい。論理的には、構成要件該当行為も違法性と適法性から等距離にあるものということができる。当該行為が実質的にも違法であるかどうかは、違法論において当該具体的状況の下で全法秩序の見地から個別的に評価されなければならない。その際に判断基準として機能するのが侵害法益と保全法益との比較衡量であって、法益(客体の)侵害のみが問われる構成要件該当性とは判断の次元を異にしているのである。

消極的構成要件要素の理論が正当化事情の錯誤と解し、これに故意阻却の効果を認めたこと自体は是認しうるところである。構成要件該当事実と正当化事情とを認識してはじめて、行為者は自己の行為が法的に許されているかどうかを判断することが可能となるからである。しかも、ともに評価の対象である事実的性格をもつものとして故意の内容となりうるのである。しかし、消極的構成要件要素の理論は、究極的には同じく違法性を基礎づける事実でありながら、両者が違法評価との関係で体系論理上親疎の違いをもつことを看過しているといわざるをえない。正当化事由の前提となるべき事実は直接的に違法評価と境を接しているが、構成要件該当事実は、それ以外の違法性を基礎づける事実の確定を通して間接的に違法性判断と結びついているにすぎないからである。消極的構成要件要素の理論もこのことに気がついていないわけではなく、だからこそ中教授は、通説の認める構成要件の故意は単に正当化のための事実的前提が与えられているか否かの検討を促進するだけの提訴機能を有しているにすぎず、正当化事情の消極的な認識を含む故意によつてはじめて、直接的に違法性の意識を可能とする程度の提訴機能が維持される、とするのである。⁽⁸⁾

積極的に違法性を基礎づける（狭義の）構成要件該当事実と消極的な形で違法性を基礎づける正当化事情との違いを意識するにもかかわらず、後者を消極的要素として構成要件に含ましめ、これをも構成要件の故意の対象に取り込むのは、構成要件の故意こそが行為の違法性の意識を直接的に可能ならしめる提訴機能をもつべきだと考えるからである。このような見解の背景にあるのは、一方で、正当化事情の錯誤に故意の阻却を認めるべきであり、他方、故意犯と過失犯とはそれぞれ構成要件の故意、構成要件の過失によって導かれ、違法性・責任といった他の犯罪要素はこの下に系列化されなければならない、という思想である。すなわち、もともと故意犯の客観的構成要件を充たし、しかも構成要件の故意を具備するものが、正当化事情の誤認があったことによって過失犯となる、と解するとすれば、このような見解は致命的な体系矛盾に陥ることになる、と考えるのである。たしかに、消極的構成要件要素の理論を採ればかかる矛盾は容易に回避しうるようにみえる。しかし、はたして右のような説明の仕方は本当に体系矛盾を来しているといえるのであろうか。

(3) 故意と過失の分水嶺を違法性の意識の直接的提訴機能の有無に求めるのであれば、これを備える故意は行為者に対する責任非難に直結するものとして、責任要素ないし独自の違法要素と解されるべきではあるまいか。本来犯罪個別化機能を指向する構成要件の故意に、違法性の意識の提訴機能という、これとは異質の機能を合わせもたせることは、構成要件の故意の果たすべき役割の純粹さを失わせ、これに過重な負担を課することになる。私見によれば、犯罪個別化機能をもつ故意が構成要件の故意であり、違法性の意識の提訴機能は責任要素としての故意がこれを引き受けるべきである。構成要件の故意を具備していたとしても、責任要素としての故意を欠くときは過失犯として扱われることになる。正当化事情に誤認がある場合は、犯罪の個別化機能を備える構成要件の故意は認められるが、違法性の意識の直接的提訴機能を備える責任故意が否定されるのである。そして、このような理論構成が可能であるとす

れば、構成要件該当性の段階でいったん存在するとされた構成要件の故意が、正当化事情の錯誤によって事後的に否定されたのち、あらためて過失構成要件の成否を問題にする、いわゆる「ブーメラ⁽¹⁰⁾ン現象」を認める必要はないであろう。

- (1) ドイツの学者で消極的構成要件要素の理論を採るものなうこれに親近性を示すものとして、Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, 8. Aufl., 1977, S. 450f.; Arthur Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1966, S. 353ff.; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichmerkmale, 2. Aufl., 1970, S. 174 ff. なお、ハッマンは最近、構成要件規範と正当化規範との関係を補充関係とみる立場から、正当化事情の錯誤の場合ドイツ刑法一六条一項が直接に適用されるのではなく、一六条二項が（行為者の利益のために）類推的に適用される（Baumann, Grundbegriffe und System des Strafrechts, 5. Aufl., 1979, S. 174）としている。
- (2) 中・刑法総論九〇—一頁、同『誤想防衛論』二八四—五頁。
- (3) Armin Kaufmann, Tatbestandsbeschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, S. 38.
- (4) Welzel, a. a. O. (16注(c)) S. 81.
- (5) Cramer, Schönte-Schröder, a. a. O. (16注(81)) S. 239.
- (6) Wessels, a. a. O. (16注(17)) S. 102.
- (7) 消極的構成要件要素の理論に対する全般的批判として、福田『違法性の錯誤』二二三頁以下。これに応えるものとして、中『誤想防衛論』二九一頁以下。なお、佐久間・前掲法政論集九〇号三二〇頁以下参照。
- (8) 中『誤想防衛論』二八〇頁以下。
- (9) 中・前掲書一頁以下、二九〇頁。なお、団藤・前掲書二八五—六頁参照。
- (10) 川端・前掲法学セミナー三二九号二六頁参照。

(二) 制限責任説

- (1) 消極的構成要件要素の理論によることなく、したがって犯罪論体系の三段階構造を維持しつつ、正当化事情の

錯誤を構成要件的錯誤と同様に扱うのが制限責任説⁽¹⁾（狭義）である。制限責任説はドイツの多数説⁽²⁾であり、また連邦最高裁判所（BGH）の判例もこの立場を採っている。⁽³⁾正当化事情の錯誤につき構成要件的故意の存在はこれを認め、したがってドイツ刑法一六条一項が直接適用されるのではなく「類推」適用であるとしながら、故意の行為無価値が欠けるということを根拠に、違法性の観点から故意犯の成立を否定するところにこの見解の特色がある。正当化事情の錯誤の問題も、故意・過失を違法要素とみる人的不法論の一適用場面と解するのである。制限責任説の真骨頂は、この場合、故意不法の行為無価値が脱落することによって、過失不法の処罰のみが可能となる、とする点にある。

(2) この立場を代表する論者の一人であるシュトラテンヴェルト⁽⁴⁾は、制限責任説だけが、正当化事情の受容が原則として正当化の主観的側面を完全に充足するという事実とも一致する、と主張する。この場合、たしかに故意は構成要件に関係づけられた実現意思が行為者に欠如する、という意味で排除されるわけではない。正当防衛で人を殺害する者も意図的に行っているのである。しかし、行為者が正当化事情の存在を前提とするとき、さなければ故意によって基礎づけられた行為無価値が排除されることは明白である。正当化の客観的要素が結果無価値を排除し、あるいはこれとの均衡を得るのと同様、正当化の主観的要素が（故意犯の）行為無価値を脱落させるのである。（もともと）正当化の主観的側面しか存在しない場合には、いぜんとして結果無価値、したがって過失責任のための連結点は残されている。以上がシュトラテンヴェルトの主張の骨子である。⁽⁵⁾正当化事情の錯誤の場合、行為者はどのような結果無価値をも実現しようとしていないから、それに対応する行為無価値（志向無価値）が欠落することにより、故意の不法ではなくすべての場合に過失の不法を犯す、という見解は、最近、純粹に主観的な一元的人的不法論（主観的行為無価値論）の支持者⁽⁶⁾だけでなく、所為の客観面をも不法概念に含める論者によっても主張されるに至っている。⁽⁷⁾

たとえば、ルドルフィーによれば、行為者が正当化事情の錯誤により正当化事由が存在すると思ひ込んでいた場合、

意思は事態価値に向けられているのであるから、（故意の）行為無価値が欠ける。したがって、事実上もたらされた事態無価値が行為者により支配可能、追求可能であった領域内に存在したとき、そのかぎり（過失の）行為無価値が存しうるといふことしか考えられない、⁽⁸⁾というのである。また、クラマーは、正当化事情の錯誤の場合、行為者は自己の行為が許されるものと信じており、そこにおける主観的意思是、構成要件の錯誤の場合と同様、結果無価値の実現に向けられておらず、やはり故意の行為無価値が欠けるとする。⁽⁹⁾

(3) 制限責任説が正当化事情の錯誤において消極的構成要件要素の理論によることなく、したがって構成要件の故意の存在を認めながら故意犯としての不法を否定しようとするならば、構成要件の故意のほかにいわば違法（要素としての）故意といった故意概念を認めることが必要になる。構成要件の故意のみが故意だとすれば、正当化事情に誤認があった場合も故意犯の内部で違法性の程度が軽減するにすぎないからである。嚴格責任説が正当化事情の錯誤が回避不能であった場合にも故意不法の成立を認め、違法性の意識の可能性がないことを理由に責任阻却を認めるのにすぎないのも、故意を構成要件の故意に限定したことの結果である。第二の故意概念を認める点で制限責任説は(三)で述べる独自の錯誤説と同一歩調をとるが、後説が責任要素としての故意を認め、責任論からアプローチするのに対し、本説が違法要素としての故意概念を認め、違法性のレベルで問題を処理しようとする点に違いが見受けられるのである。

制限責任説が違法故意を認めるに至った背景としては、故意・過失を主観的違法要素と解する人的不法論を採る以上、（禁止）構成要件で故意と過失を区別すると同様に、許容構成要件である正当化事由についても故意と過失を区別すべきである、という考慮が働いたためと思われる。たしかに故意・過失が違法性の有無・程度の決定に影響を及ぼすと解する人的不法論に依りながら、たとえば誤想防衛の事案において急迫不正の侵害ありと行為者が誤信したこ

とにつき客観的に首肯しうる合理的な根拠があり、錯誤が回避しえなかった場合の人の殺害の方が、軽率にも人を野獣と誤認して殺害する行為（過失不法）より重い（厳格責任説によれば故意不法）とするのは、人的不法論の本来の趣旨と相容れないであろう。この立場を首尾一貫させるならば、右のような状況の下での誤想防衛者はむしろ無過失、したがってその者の行為を適法と解すべきである。同じように、誤信したことにつき過失がある場合は、構成要件的錯誤の場合と同様、過失不法を問うべきである。人的不法論に立脚するかぎり、厳格責任説よりも制限責任説に採るべきものがある。この立場では、正当化事由、したがって違法論の段階においても、故意不法・過失不法・無過失（適法）を区別すべきなのである。⁽¹⁰⁾

しかし、制限責任説の依拠する人的不法論（行為無価値論）には根本的な疑問がある。これは違法本質論に遡る刑法上の基本問題であるので詳細に論ずることはもとより本稿のよくするところではない。ここでは、次の点を指摘するにとどめよう。右にみたように、制限責任説を徹底させれば、正当化事情を誤認したことにつき行為者に過失もない場合は、たとえば誤想防衛も結局正当防衛と同様に扱われることになるが、そうなるとその相手方は正当防衛で対抗することができなくなる。そこで、もしこの結論を回避しようとすれば、正当防衛に対抗する正当防衛という関係を認めざるをえなくなるが、⁽¹¹⁾法益保護をもってその第一次的任務とする法がこのような関係を是認するとはとうてい考えられない。⁽¹²⁾法益を相互に侵害し合う行為は、共に違法ということはあっても、共に適法ということはありえない。責任評価と異なり、違法評価は、全法秩序の見地から被害者、第三者と共通の基盤のうえでなされなければならないのである。

物的不法論（結果無価値論）を採れば右のような問題は生じない。故意・過失・無過失が違法性の平面で区別されることはないからである。この立場で違法性の本質は、法益侵害ないしその危険の実現であり、行為無価値を問題に

するとしても、法益侵害の一般的危険性という客観的観点から考慮に入れるにすぎない。物的不法論に立脚するかぎり、客観的に正当化状況が存在しない以上、正当化事情の錯誤は責任要素としての故意をめぐる問題として責任論において処理されなければならないのである。

(1) 制限責任説と呼ばれる学説には、広狹三通りのものがあるように思われる。まず、最広義では、違法性の意識（の可能性）を故意とは別個の独立の責任要素と解する責任説のうち、正当化事情の錯誤の場合に何らかの故意の阻却を認めるいさゝの学説を含む。責任要素としての故意の阻却を認める(2)の「独自の錯誤説」もこの意味では制限責任説の一種である。次に、広義では、正当化事情の錯誤の場合に構成要件の故意ないし違法故意の阻却を認める学説を制限責任説と呼ぶ。消極的構成要件要素の理論はこの意味での制限責任説である。そして最後に、狭義のものとして、本節(1)で述べる制限責任説がある。

(2) たゞえは、Engisch, a. a. O. (1)註(5)) S. 583ff.; Eser, Juristischer Studienkurs, Strafrecht I, 3. Aufl., 1980, S. 153ff.; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 170; Maurach-Zipf, a. a. O. (1)註(2)) S. 547f.; Stratenwerth, a. a. O. (1)註(4)) S. 153f.

(3) たゞえは、BGH 2, 236; 3, 12; 106; 124; 196; 364.

(4) ショーターテンツェルトは、構成要件阻却と違法阻却との同質性をも、正当化事情の錯誤が構成要件の錯誤と類似性をもつ理由に挙げるが(Stratenwerth, a. a. O. 153)「この点については、阿部純二「違法性阻却事由の錯誤——違法性の錯誤説からの主張」Law School 九号二四頁参照。

(5) Stratenwerth, a. a. O. S. 154.

(6) Armin Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, S. 400f. 脚註(1)「川端「ハニツン・カニツン」『人的不法論の現況と展望』法律論叢刊四巻四号一六六頁以下。Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 218ff.

(7) Gallas, a. a. O. S. 169.

(8) Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für R. Maurach,

1972, S. 59.; ders., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allg. Teil, 3. Aufl., 1/2 S. 53f.

(9) Cramer, Schönke-Schröder, a. a. O. (110注(81)) S. 239.

(10) その点で、藤木博士の「急迫不正の侵害ありと行為者が誤信したことにつき客観的に首肯し得る合理的な根拠があり、行為者の誤信が相当と認められる場合には、正当防衛の一種として違法性の阻却を認めるべきではないか」(藤木英雄「誤想防衛と違法性の阻却」法学協会雑誌八九巻七号七四九頁)との所説には行為無価値論の一貫した主張が見受けられる。

(11) 藤木・前掲論文七七四頁参照。

(12) 私見によれば、緊急避難においてさえ法益侵害行為が衝突する場合、どちらか一方の行為は不可罰ではあっても違法である。

(三) 独自の錯誤説

(1) 最近ドイツでは、独自の錯誤説ないし法効果を拒否する責任説(rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie)と呼ばれる見解が有力に主張されている。⁽¹⁾これは、正当化事情の錯誤の場合、行為者は構成要件に該当すべき事実を認識しているので構成要件の故意は阻却されないが、正当化事由の前提となるべき事実についての誤認があるので責任形式としての故意が阻却され、ただ過失犯としてのみ処罰せられる、とする見解である。正当化事情の誤認を事実の錯誤と解する点で消極的構成要件要素の理論および制限責任説と同様であり、制限責任説とは構成要件の故意を維持する点でも結論を同じくする。ただ、正当化事由を基礎づける事実に錯誤があった場合は、故意の責任、非難は止むが、故意不法は残るところにこの立場の特色がある。独自の錯誤説の背後にある基本的思想は、正当化事情の錯誤が構成要件の錯誤と違法性の錯誤のいずれにも属さない第三の錯誤であるというものである。

(2) このような事情を背景としてドレーアーは、厳格責任説や消極的構成要件要素の理論の支持者によって明白に主張され、また制限責任説にも影響を及ぼしている、「正当化事由に関する錯誤は構成要件の錯誤か禁止の錯誤のい

ずれかでしかない」というテーゼは誤りである、と主張する。⁽²⁾ 彼によれば、ここでは、構成要件の錯誤と禁止の錯誤との「のつびきならない苦境」(Prokrustesbett)に陥ることのない「独自の（種類の）錯誤」(Irrtum eigener Art)が問題となるのである。正当化事由を構成する事情は、単に不法を徴表する構成要件に属するのではなく、またその評価（違法性）を示すものでもなくて、まったく独立した意味をもつ生活事態を叙述しているのである。

このように、正当化事情の錯誤が構成要件の錯誤および違法性の錯誤双方との間に類似点と相違点を示す中間的性質をもつということになると、ドイツ刑法においては法律の欠缺が露呈されることになる。というのは、ドイツ刑法一六条の法効果も一七条のそれも正当化事情の錯誤の特殊性を完全には正当に評価しえないからである。そこで立法論としては、法律の変更によってしか満足のいく解決ができない道理である。⁽³⁾ これに対し、解釈論的には、この問題は次のような考慮によって解決されることになる。ドレーアーによれば正当化事由に関する錯誤が独自の錯誤として把握されなければならないということは、故意および過失の概念が広狭二義を有していることを意味する。⁽⁴⁾ 狭義のものは、単に構成要件の実現に関係し、広義のものは、行為全体をおおう形で関係しているのである。⁽⁴⁾

ドレーアーは、広義の故意・過失を責任の種類と解する前提に立って、正当化事情が構成要件のメルクマールと原理的に等価値であること、および具体的事例を正当に解決するという要請によって、正当化事情の錯誤においては故意責任の拒否に至る。⁽⁵⁾ とする。構成要件を故意に実現したが、かりに存在するとすれば自己の行為を正当化するであろう事情を誤認した者は、問題とされている生活事態を過失により誤認したのであるから、この者に対しては全体として単に過失の非難だけが許される。彼は、責任評価の点では、正当化事情を誤認することなく故意に構成要件を実現した者より、構成要件をただ過失により実現した行為者にはるかに接近しているのである。

独自の錯誤説は犯罪論のこのような形式的ないし体系的観点からばかりでなく、個々の犯罪要素について実質的観

点からも自説の正当性を論証しようとしている。

(3) まず、行為の問題として、社会的行為論の立場から、責任非難の側面できわめて重大な刑罰制裁として故意犯の刑を科すことが許されるのは、自己の行動の法的・社会的意味内容を正確に把握した者、したがって不法評価が依拠しているすべての所為事情に關してこれを表象した者に対してだけである、として、独自の錯誤説と社会的行為論との結びつきが指摘されている。⁽⁶⁾構成要件の故意の内容に、裸の客体、すなわち「物体」の認識だけではなく「意味」の認識が含まれる以上、ある事実を一定の法的概念にあてはめる前段階として、そもそもその社会的一般の意味を誤解しているような場合には、事実の錯誤として故意が阻却されることになる。⁽⁷⁾しかも、その理由が未だ違法性の意識への直接的な期待が可能になる程度にまで犯罪事実の認識が完成していないことに求められる以上、その間の事情は正当化事情の錯誤の場合も同様であって、ここでも故意（ただし責任要素としてのそれ）の阻却を認めてしかるべきであろう。「何らかの社会的意味のある人の態度」を刑法的評価の対象と考える社会的行為論と、自己の態度の社会的意味について認識を欠く場合に（責任）故意の阻却を認める独自の錯誤説との間に共通の思想をみてとることができ⁽⁸⁾る。

次に、違法性の問題として、人的不法論の見地から、正当化事情に誤認があつて、かつその錯誤が回避しえたときは、所為は故意の不法と過失の不法の二重の側面をもつ⁽⁹⁾、と主張されている。故意を責任要素であると同時に違法要素でもあると解する立場から所為が構成要件の故意を具備するかぎりで一応故意の不法が認められるが、それにもかかわらず、所為全体については最終的に過失の不法しか認められないというのである。正当化事情の錯誤によって行為無価値が軽減⁽¹⁰⁾される、というのがその理由である。なお、ここで、人的不法論の側からする独自の錯誤説は、故意の行為無価値が単に軽減するとしているだけであつて、完全に否定されるとしているのではないことに注意する必要

がある。その理由は、第一に、故意の行為無価値が完全に排除されるということになると、故意犯の構成要件該当性をも否定せざるをえなくなること、第二に、行為無価値には、主観的要素としての行為意思（志向無価値）のほかに行為の種類、方法などの客観的要素が含まれるということ、⁽¹¹⁾の二点にあると思われる。正当化事情に誤認があった場合にも、客観的行為無価値はいぜんとして残るのである。しかし、いずれにしても、違法要素を客観的なもののみに限る物的不法論（結果無価値論）の立場からすれば、かりに行為無価値概念を認めるとしてもそれは客観的要素に限られ、主観的行為無価値の欠如により、行為の違法性が減少するということとはありえない。違法性の点では、正当化事情に誤認がある場合と通常の犯罪とで何ら程度の差はないのである。物的違法論を採るかぎり問題解決の舞台は責任論にこそ求められるというべきであろう。

正当化事情に誤認がある場合に、行為の過失犯性が基礎づけられるのは、所為の責任内容が引き下げられることによるのである。⁽¹²⁾すなわち、構成要件の故意の形成へと導いた行為者の動機は、この場合、法的心情の欠如ではなく、事態の不注意な検討に基づいている。行為者が承認されている正当化事由の前提を誤認した場合、さもないれば典型的な法共同体の価値表象からの背反が欠けるのである。（構成要件的）故意が故意責任の通常の事例とは異なった独得の仕方で形成されたわけであるから、故意の構成要件を根拠として（故意犯として）処罰することは許されないことになる。ところで、故意責任の本質は、一般に、行為者としては自己の行為が法的に許されているかどうかを判断することのできるすべての客観的事情を認識しているのであるから、あとはこれに基づいて行為の違法性を意識し、法共同体の意思に従った反対動機を形成して行為を避止すべきであり、かつ避止することができたにもかかわらず法に敵対する行動に出たという点に求められている。ところが、正当化事情を誤認していた場合は行為の正当性判断のための事実的資料がすべて出そろっていないのであるから、当然故意責任は否定されてしかるべきなのである。正当

化事情の錯誤における問題の本質は責任論にあるのであって、その場合故意犯としての質量を伴った責任が否定され、誤認したことにつき過失があった場合に、過失犯としての質量をもった責任に問われることになる。そして、錯誤が無過失であった場合は、かりに構成要件の故意を具備していたとしても、過失犯としての責任も問われないことになるのである。

(4) 独自の錯誤説に対しては、いくつかの観点から批判が寄せられている。

第一は、本説が構成要件の故意の存在を認め、かつ故意犯の構成要件該当性を肯認しながら、正当化事情に錯誤があるとはいえこれを過失犯として扱うのは擬制である、とする批判である。⁽¹³⁾これに対してドレーアーは次のように反論する。⁽¹⁴⁾単に不法を徴表するにすぎない構成要件に、同程度の価値および重大さをもって許容構成要件が対立することを明らかにするとき、擬制という非難は妥当しないものとなる。行為者が非難可能な程度に許容構成要件を誤認した場合、行為全体に関する責任非難をどのようなものと考えべきかは、行為者が構成要件自体を故意に実現したことによって何ら影響を受けるものではない。ここでは過失が擬制されているのではなく、過失概念が新しい次元を獲得しているのである。⁽¹⁵⁾

故意と過失の究極的な区別の基準を、違法性の意識を喚起せしめるためのすべての事情を認識しているか否かに求める本稿の立場からすれば、責任要素としての故意・過失こそが本来の故意・過失概念であって、構成要件の故意・過失はその部分的要素でしかない。故意犯・過失犯という故意・過失は責任要素としてのそれを指すのであって、構成要件の故意・過失は「構成要件の」という修飾語を伴ってはじめて意味をもつ、限定的な法技術上の概念である、とさえいえよう。構成要件の過失のみを過失と解する立場を採らないかぎり、擬制という批判は当たらない。もっともドイツ刑法一六条は、「法律上の構成要件に属する事情」の認識を「故意」としているので、むしろ構成要件の故意

が原則であって、不文の責任要素としての広義の故意概念は例外的に理論上認められるにすぎないともいえるが、わが刑法三八条一項にいう「罪ヲ犯ス意」については違法性を基礎づけるいっさいの事実の認識を意味すると解することとも十分に可能であり、むしろ限定的に規定するドイツ刑法と対比してみると、右のような解釈の方が合理的でさえあるように思われる。

第二に、人的不法論に立つ独自の錯誤説が正当化事情の錯誤の場合、故意不法の行為無価値が単に軽減されるにすぎないのに対し、故意の不法が阻却されると解すべきだとの批判がある。⁽¹⁶⁾ 正当化事由の前提に関する錯誤も構成要件の錯誤の場合と同様、故意不法の行為無価値が欠如し、過失不法が残るにすぎない。正当化事情の錯誤の場合、行為者は、正当化事情の誤認によって法益を侵害することが許されたと誤信し、それゆえ彼の意思は、構成要件の錯誤の場合と同様、結果無価値を表わす事情の実現に向けられていないため、ここではさもなければ故意によって基礎づけられる行為無価値が欠如する、というのである。⁽¹⁷⁾ この批判は行為無価値を志向無価値に限定する立場⁽¹⁸⁾からのものであって、行為無価値に客観的要素をも認める立場（行為無価値二元論）にとっては、別段、痛痒を感じないであろう。

いわんや、行為無価値をも客観的要素に限定し、違法性のレベルでは故意犯と過失犯とはまったく同じであると解する立場（結果無価値論）にとっては、右の批判はおよそ意味をもちえない。構成要件の故意・過失の概念は、犯罪の個別化に役立つ限りで責任類型としての構成要件要素なのであって、違法性とは何ら関係をもたないことと解することでも十分可能である。構成要件を違法類型と解するとしても、それは客観的構成要件についてのみいえることであって、主観的構成要件は責任に係る。故意の二重機能（Doppelfunktion）は、犯罪の個別化に奉仕する構成要件の故意と、違法性の意識を可能ならしめる提訴機能を有する責任要素としての故意との間にも認められるのであって（三）

(3)参照) 必ずしも不法故意と責任故意の機能分担として構成する必要はないと思われる。したがって、構成要件の故意が認められるにもかかわらず故意責任を否定するのは矛盾である、との批判も妥当しない。構成要件該当事実の認識があることによって構成要件の段階で形式的に推定された故意が、正当化事情の誤認を理由に責任の段階で実質的に否定されるということも十分に考えられるのである。

独自の錯誤説に対する第三の批判は、正当化事情の錯誤に故意阻却の効果を認めると、過失犯処罰の規定がない犯罪の場合に処罰の間隙が生ずる、というものである。構成要件の錯誤の場合は、およそ法益侵害の認識がないのであるから刑法の謙抑性からして過失犯処罰が一定の重大な法益侵害に限られるのは当然であるが、正当化事情の錯誤の場合は、構成要件該当事実を認識しており、その限度で構成要件の故意が提訴機能を有しているにもかかわらず、正当化事情の錯誤につき過失があった場合に処罰しえない場合がでてくるのは合理的でないといえるのである。これに対しドレーアーは、処罰の間隙を埋めるために過失犯処罰規定の存在しない場合にも錯誤に過失があるときは処罰を認めるべきである、と主張する。⁽²⁰⁾しかし、明文に規定のない過失犯を刑事政策的理由から処罰するのは罪刑法定主義の見地からして妥当でない。⁽²¹⁾そもそも、この場合はたして処罰の間隙が実際に存在するといえるであろうか。論者が右のような批判を展開するのは、構成要件の故意・過失のみが故意犯・過失犯を決定する因子だと考えるからであり、ドレーアーがかかる批判を受け入れるのも、正当化事情の錯誤の場合に彼のいう過失が例外的な独自の形態のものであって、本来の構成要件の過失とは異なると考えるからである。しかし、責任要素としての故意・過失こそが故意犯・過失犯を決定する因子だと解する本稿の立場からすれば、そこには何ら「処罰の間隙」は存在しないといわざるをえないのである。⁽²²⁾

- (1) なしゅへん¹⁴ Dreher, a. a. O. (116注(2)) S. 207ff.; Krümpelmann, Die Strafrechtliche Behandlung, 1978, Beiheft zur ZStW, S. 47ff.; Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl., 1978, S. 375f., Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 13. Aufl., S. 90f. など わが国ではすでに早々から大塚教授が同様の見解を唱えられている（大塚仁・刑法概説（総論）（昭三八）三〇一頁）¹⁵ 同旨 中野次雄・刑法総論概要（昭五四）一八七頁以下。
- (2) Dreher, a. a. O. S. 223f.
- (3) Lackner, a. a. O. S. 92.
- (4) Dreher, a. a. O. S. 224. ガラスは故意の二義性に関して次のように説く。故意は体系的に二重の役割をもっている。不法の領域では主観的な行為意図、目的性の担い手であり、責任の領域では、意識的な構成要件の実現と典型的に結びついた法敵対的なし法に無関心な心情の表現である（Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: ders., Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 56）¹⁶。
- (5) Dreher, a. a. O. S. 225.
- (6) Wessels, a. a. O. (116注(1)) S. 103.
- (7) 西原・前掲書四二二頁。
- (8) ハッパ¹⁷ 社会的行為論と独自の錯誤説が犯罪論体系において共通にもつ折衷的、中間的性格がよく示されている、との指摘がある（vgl. Wessels, a. a. O. S. VI）¹⁸。
- (9) Gallas, a.a.O. Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 172.
- (10) Jeschek, a. a. O. S. 375.
- (11) Vgl. Gallas, Bockelmann-Festschrift, S. 155ff. せいふざ¹⁹ ショットラインヴァルツ²⁰、客観的行為無価値概念をも認めながら（Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Schaffstein, 1975, S. 178, Anm. 9）²¹ 制限責任説（狭義）を採っている（Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil I, 3. Aufl., 1981, S. 154）²²。
- (12) Jeschek, a. a. O. S. 375. ガラスによれば、この場合、故意犯の典型的な心情無価値、したがって「故意責任」が欠如するのである（Gallas, Bockelmann-Festschrift, S. 170）²³。

(13) Weizel, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatives Problem, ZStW 67, 1955, S. 215.; Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 205.

(14) Dreher, a. a. O. S. 225.

(15) なお、イエニツハタは、過失構成要件の法定刑だけが用いられる、という理由で過失の擬制という批判に込えているが (Uesbeck, a. a. O. S. 375, Anm. 46)、説得力ある反論とは思われない。いぜんとして、なぜ故意構成要件に過失構成要件の法定刑が結びつくのか、という疑問が残るからである。むしろ、法定刑は故意犯、過失犯に結びついているのであって、本文で述べるように (四)、過失犯は、過失構成要件のみならず、正当化事情に錯誤があった場合の故意構成要件をも含むと解すべきであろう。

(16) Cramer, a. a. O. (116注(18)) S. 239.

(17) Lenckner, Schönlke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, S. 113.

(18) Vgl. Lenckner, a. a. O. S. 128. 行為無価値の内容を結果無価値を志向する無価値と解する人的不法論は、行為無価値を結果無価値に依存せしめるという意味では結果無価値論に近いともいえるが (内藤謙「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開」『刑法雑誌』二卷一、九四頁参照)、行為者に錯誤があった場合はこれが基準となるため、結果無価値論との間に決定的な差異が現われる。

(19) Schmidhäuser, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975, S. 1809, Anm. 13.

(20) Dreher, a. a. O. S. 227f.

(21) 川端・前掲警察研究五一巻七号五二頁。

(22) 佐久間・前掲法政論集九〇号三四頁参照。

四 むすびに代えて——故意犯と過失犯

犯罪に故意犯と過失犯があることは言うまでもない。故意犯が成立するためには故意が存在しなければならぬが、私見によれば、故意とは、犯罪事実、すなわち構成要件に該当する違法な「事実」の認識をいう。⁽¹⁾ 行為が構成要件に該当すること (構成要件該当性) および違法であること (違法性) の認識 (可能性) 自体は、故意とは別個独立の責

任要素であつて、その意味では責任説に採るべきものがある。違法性の意識(の可能性)をも故意の構成要素と解する故意説は、事実に心理的概念であるべき「故意」を評価的、規範的概念である「悪意」と混同するものであつて妥当でない。⁽²⁾責任非難の対象である事実の認識と、責任非難に内在する違法性の意識(の可能性)とは分離されなければならぬ。

しかし、他面、(事実に)故意を「構成要件該当」事実の認識に限ることに問題がある。構成要件該当事実を認識しただけで行為者はつねに違法性を意識することが可能となる、とはいえないからである。これに加えて、違法性を基礎づける事実を認識してはじめて、行為者は自己の行為が法的に許されるか否かを判断することが可能となるのである。その意味で、嚴格責任説もまたこれを採用することができない。正当化事由の前提事実に関する錯誤が事実の錯誤となる所以である。故意犯が成立するためには、構成要件該当事実の認識と違法事実の認識がともに必要であつて、いずれか一方の認識が欠けた場合、故意犯は成立しない。前者が構成要件の故意であり、⁽³⁾これを含む全体が(責任要素としての)⁽⁴⁾故意である。正当化事情の錯誤の場合、構成要件の故意は具備しているが、責任要素としての故意を欠くため故意犯として処罰することができないのである。⁽⁵⁾

したがつて、過失犯には二通りのものがあることになる。その一は、構成要件該当事実の認識を欠く本来の過失犯であり、その二は、構成要件該当事実⁽⁶⁾はこれを認識しているが、違法性を基礎づける事実の認識を欠く場合である。正当化事情の錯誤につき過失のある場合がまさにこれである。たとえば、過失致死罪に関する刑法二一〇条の規定は、構成要件の過失を具備する場合(人の死亡について認識がない場合)だけではなく、構成要件的には故意であるが(したがつて人を殺害することの認識はある)、正当化事情を誤認し(たとえば誤想防衛による殺人)、かつ誤認したことにつき過失があつた場合を合わせて規定していると解するのである。条文それ自体と抽象的一般的な観念像である構

成要件とは区別して考えることができるし、また区別して考えなければならない。

(1) なお、責任要素のうち、期待可能性を基礎づける事実については、これを故意の対象とみる余地がある。疑問をとどめておく。

(2) この点は本稿の主題と直接関係しないので、その詳細は別稿に譲る。ここでは、独自の錯誤説が責任説、故意説のいずれの立場からも採りうるものであることを指摘するにとどめる。責任説からのものとして、ドイツにおける諸見解(三(三)の注(一)参照)、故意説からのものとして、大塚・前掲書三〇二頁。

(3) 消極的構成要件要素の理論は、違法事実の認識をも構成要件の故意に含めて考えるが、構成要件該当性と違法性を一応区別して考える筆者の立場からは、この点でも右の理論を採ることができない(拙著『刑法における正当化の理論』(昭五五)一二三頁以下参照)。

(4) 人的不法論の立場においては、違法事実の認識を違法故意として、構成要件論における構成要件の故意と平行に故意を違法論の平面に位置づけることも可能であるが、物的不法論に立つ筆者としては、主観的違法要素を全面的に認める右の見解に与することはできない。

(5) 構成要件の故意のほかに責任要素としての故意を認める実益は他にもある。たとえば、筆者は抽象的危険犯も「危険」犯である以上、これが成立するためには何らかの危険が現に発生することが必要であると考えるが(岡本勝「抽象的危険犯の問題性」法学三八卷三 号六三頁以下参照)、具体的危険犯と異なり「危険の発生」は独立の違法要素であって、構成要件要素ではない。したがって、構成要件の故意の対象とはならないが、「危険の発生」の認識がない場合は、責任要素としての故意を欠くことになる。この錯誤もまた正当化事情の錯誤と同様、違法性に関する事実の錯誤である。