

Über die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt (3) · Schluß

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/30238

過失犯における主観的正当化要素について(3)・完

振 津 隆 行

はじめに

第1章 過失犯における主観的正当化要素の理論史的展開について

第1節 序 論

第2節 刑法的責任の独立の形態についての過失の展開に関する概観

第3節 過失犯におけるその最初の議論に至るまでの主観的正当化要素の起源（以上本誌52巻1号）

第4節 主観的正当化要素のさらなる発展のための基礎としての犯罪の独立の要素としての違法性の導入

第5節 主観的正当化要素の独自の解釈学的法理への展開

第6節 第二次世界大戦に至るまでの主観的正当化要素のさらなる発展

第1款 主観的正当化要素に対するその意義におけるライヒ裁判所による客観的不法概念の承認（以上本誌54巻1号）

第2款 1930年代頃の主観的正当化要素に関する議論状況について（以下第5款まで省略）

第6款 第二次世界大戦後の過失犯における主観的正当化要素の故意犯とは異なる構成についての指摘

第2章 過失犯に対する正当化事由の適用可能性について

第1節 序 論

第2節 主観的正当化要素の存在から導き出された過失行為に基づく正当化事由の非適用可能性——OLG フランクフルト・アム・マイン NJW 1950, S. 119 f. の判決とヴェルツェルの呪縛

第3節 認識なき過失行為の一般的主観的正当化要素の正当化の否定から肯定へ——マウラッハの改説

第3章 過失犯における主観的正当化要素の問題に関する諸見解の状況

第1節 客観的不法論からの主張——とくにノヴァコフスキーの改説を顧慮して

第2節 刑法命題の命令的構造からする客観的不法概念の導出——エラー説をめぐって

第3節 客観的不法論に基づく所説に関する帰結

第4節 過失不法の客観性から主観的正当化要素を放棄する根拠づけ——ルードル

フ・シュミットの見解

第5節 その他の諸見解——とくに不要説をめぐって

第6節 わが国の議論状況について

結 語 (以上本号)

第2款 1930年代頃の主観的正当化要素に関する議論状況について

ツィンマーラーの見解についても、既に拙稿で十分検討しておいたが⁽²⁰¹⁾、ここでは本稿の問題関心から視角を変えて検討することにした。また、その当時対立していたオーストリアにおける客観主義学派と主観主義学派とは、主観的不法要素の拒絶という点では共通であり、客観主義学派の主張者の有力な1人であったツィンマーラーにあっても共通であるということについても、既に別稿において指摘しておいたことである⁽²⁰²⁾。かような状況において、オーストリア客観主義学派の1人としてのツィンマーラーは、1928年の著書『構成要件の理論について』⁽²⁰³⁾で以下のように主張したのである。すなわち、彼は正当化事由を消極的構成要件要素として純客観的な性質のものとして捉えた⁽²⁰⁴⁾。首尾一貫して、彼は正当防衛において、正当防衛を基礎づける状況ならびに主観的正当化要素としての防衛の意思を否定した⁽²⁰⁵⁾。正当化する緊急避難においても、被害者の同意、治療行為、懲戒権、事務管理およびその他の正当化事由と同様に、主観的正当化要素の存在を否定した。なぜなら、法益侵害としての不法は原則的に客観的な性質によるのであって、主観的要素によって排除されるものではないからである⁽²⁰⁶⁾。懲戒権につき、教育目的は何らの重要性ももたえないのである。なぜなら、客観的に許容される懲戒は、行為者の非難さ

(201) 振津『刑事不法論の研究』227頁以下参照。

(202) 振津『刑事不法論の展開』48頁以下参照（成文堂 2004年）。

(203) Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand. Uebersiehene und vernachlässigte Probleme, 1928.

(204) Zimmerl, Tatbestand [Fn. 203], S. 66.

(205) Zimmerl, Tatbestand [Fn. 203], S. 67.

(206) Zimmerl, Tatbestand [Fn. 203], S. 68 ff.

れる目的によって不法になりえないからである⁽²⁰⁷⁾。治療行為の正当化事由をツィムマールは、医学的技術の規則に向けられた治療の意味においてのみ基礎を置いた。なぜなら、主観的な治療目的の顧慮は不法と責任の混同へと導くことになるであろうからである⁽²⁰⁸⁾。事務管理に対して、彼は疑念のある場合において行為する者の主観的な態度に還元することによって確定される他人の事務の遂行に基づく「行為の客観的方向」を要求したのであった⁽²⁰⁹⁾。治療行為と事務管理から観て、彼は主観的正当化要素の存在を行為の客観的・外部的な整序の形態においても原則的に否定したのである⁽²¹⁰⁾。

ツィムマールにあつては、主観的正当化要素の否定は彼が主観的正当化要素を客観的正当化要素に付け加わるものとしてではなく、これが補充要素として理解され、そしてその存在はそれ故に不法の客観的性格のゆえに承認されえないということの帰結である。これに対して、既にフィンガーは主観的不法要素と主観的正当化要素の顧慮において問題となる諸事例において、外部的な出来事に関する違法性の判断は主観的内心生活に属する要素を引き合いに出して下されうるのであり、そしてこれはそれ故に判断の対象に属するものであらうと反論を加えた⁽²¹¹⁾。かくして外部的出来事は、行為者が攻撃者の態度を攻撃の防御としてのみ考えられよう⁽²¹²⁾。それによりフィンガーは、正当防衛の知見を直接的に正当防衛の定義それ自体から引き出したのである。

アルントは、メツガーの不法概念と正当化の諸原理に基づいて、同意の主観的正当化要素を詳しく論じた⁽²¹³⁾。意思方向説から出発して、彼は現実に与え

(207) Zimmerl, Tatbestand [Fn. 203], S. 69.

(208) Zimmerl, Tatbestand [Fn. 203], S. 69.

(209) Zimmerl, Tatbestand [Fn. 203], S. 70.

(210) Vgl. Zimmerl, Tatbestand [Fn. 203], S. 70.

(211) August Finger, Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit, GS, 97 (1928), S. 391.

(212) Finger, Bemerkungen [Fn. 211], S. 391 f.

(213) Herbert Arndt, Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, 1929, S. 23 ff.

られた同意にあつては行為者のこれに関する知見は必要ではないと考えたのである。なぜなら、保護された利益の欠如は行為者の知見を考慮することなしに、現実の事象にしたがってのみ判断すべきであろうからである⁽²¹⁴⁾。メツガーと異なり、彼は推定的同意を財の衡量の原則に還元し、そして「行為者はまた救助的に介入するという意思を現実にももたねばならず、かくして彼は緊急救助意思」をもたねばならないという形態において「財の衡量的意思」を要求するのである⁽²¹⁵⁾。もっとも、彼の推定的同意に関するこの構成は理論的に確証しえないのである。さらにアルントは、正当防衛は攻撃の知見および防衛の意思を必要とし、正当化する緊急避難は緊急状態の知見とならんで、それが個々の事例において例えば復讐というような行為者の支配的な副次目的によって排除されうる特別の衡量的意思および緊急救助の意思を前提にするということを承認したのである⁽²¹⁶⁾。

アルントとは異なり、ゴールドシュミットは主観的正当化要素の存在ならびに主観的不法要素の存在を原則的に否定した⁽²¹⁷⁾。彼は、ヘーグラールによって主観的不法要素として導入された超過的内心傾向の議論において、それが構成要件要素にまで高められた反社会的動機に基づく責任を基礎づける義務規範の複合的な構造から明らかにしたのである⁽²¹⁸⁾。

同時期にエンギッシュは、未遂における犯罪的意図を主観的不法要素とし、そして正当防衛における防衛の意思を主観的正当化要素として承認したのである⁽²¹⁹⁾。もっとも、いかなる程度で防衛の意思が過失行為においても存在しう

(214) Arndt, Einwilligung [Fn. 213], S. 24.

(215) Arndt, Einwilligung [Fn. 213], S. 86 f.

(216) Arndt, Einwilligung [Fn. 213], S. 87.

(217) Vgl. James Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, 1930, S. 457-463.

(218) Goldschmidt, Schuldbegriff [Fn. 217], S. 462. なお、ゴールドシュミットの見解につき、振津『刑事不法論の研究』230頁以下をも参照。

(219) Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S.62. なお、本書の邦訳、莊子邦雄＝小橋安吉訳『刑法における故意・過失の研究』69頁以下（一粒社 1989年）をも参照。

るかという問題については論じなかったのである⁽²²⁰⁾。

30年代の始めに、主観的正当化要素は先ず第一にフムベルトによって個々の正当化事由に関して包括的に研究された。

彼は正当化事由をメツガーに従って、利益欠缺の原理と優越的利益の原理に基礎づけた⁽²²¹⁾。しかし彼はメツガーと異なり、違法性の客観的整序ならびにそこから生ずる正当化の客観的性格というものは、通例行為者の内心的態度が正当化を基礎づける優越的なもしくは欠如する客観的利益に相即するものであるという指摘でもって説明したのである。そこから彼は、主観的要素を「国家敵対的な心情が何かある客観的事象に介在する」ような限界事例においてのみ、正当化に対する決定的な意義を与えたのであった⁽²²²⁾。この原則から出発して、彼はその後具体的な個別事例に方向づけられた行為者の社会敵対的な(内心的)態度の評価を通じて、一定の事例グループにおいて行為者に存在する主観的要素に基づき正当化を否定したのである⁽²²³⁾。かようにしてフムベルトは、行為者が正当化事由の存在を知らないときに正当化を否定したのであり、そこで彼は正当化のために行為者が正当化事由を知り、そして彼によってこれを行使するものであるということを要求したのである⁽²²⁴⁾。

彼の理論的構想から、フムベルトの所見は正当化する事態の知見によって担われている意思是主観的正当化要素として、全ての正当化事由において必要であると証明しえたのであろうか。すなわち、ここではフムベルトが一般的な、すなわち全ての正当化事由に対して一般的に妥当する主観的正当化要素を証明した最初の者であらうかという問題が提起されよう。しかし、このような功績は彼に帰されない。けだし、行為者による法的義務の履行に還元されうる正当

(220) Vgl. Engisch, Untersuchungen [Fn. 219], S. 62.

(221) Georg Humbert, Subjektive Elemente in ihrer Bedeutung für die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, Diss. Freiburg im Breisgau 1932, S. 19.

(222) Humbert, Elemente [Fn. 221], S. 23.

(223) Humbert, Elemente [Fn. 221], S. 24 ff.

(224) Humbert, Elemente [Fn. 221], S. 26.

化事由において、フムベルトは主観的正当化要素の存在を原則的に否定したからである。さらには、主観的正当化要素が否定される領域の中に個々のいかなるものが算入されるかは不明確なまま残存していたのである。もっとも、この点を度外視すれば、フムベルトはその当時主観的正当化要素の存在を非常に広範に承認したのもといえよう⁽²²⁵⁾。

その後 1933 年に初めてフォルマンが主観的不法要素が過失犯において、いかなる程度で特殊性をもつかということを論及したのである。しかし彼は、これを主観的正当化要素にまでは問題としなかったのである。

二行為犯において第二の行為活動に向けられた意思は主観的不法要素として段階づけられねばならないという認識から出発して、彼は 1927 年 7 月 5 日の食品法の第 3 条 1 項における売り出しの概念にとって必要な販売意図および旧銃器法第 15、25 条における銃器の操作にとって必要な使用意思を主観的不法要素として評価した⁽²²⁶⁾。両者の犯罪の過失的犯行において過失の要素は主観的不法要素に関係しないという事実から、彼は両者の犯罪の過失的挙行にあっても販売意図ないし使用意思が行為者において存在しうるし、そして構成要件該当性の充足のためにも存在しなければならないと結論づけた⁽²²⁷⁾。このことを彼は、両者の犯罪の過失的挙行は行為者が銃器をそれ自体ないし食品を健康に有害なものとして認識せず、そしてこれらの事例においても操作ないし売り出しの行為は使用意思ないし販売意図を前提にするときにもまた思考可能であるという指摘をもって明示したのである⁽²²⁸⁾。これとは違ってフォルマンは、§ 163 StGB による過失による偽りの宣誓では、ここでは過失の要素がまたそれが表現犯としての偽りの知見の宣誓および確信の宣誓が、企行の対象の知見ないし確信の形態において必要とされるところの主観的不法要素に関係している

(225) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn. 3], S. 47 f.

(226) Herbert Vollmann, Die subjektiven Unrechtselemente im Strafrecht, Diss. Erlangen, 1933, S. 20 ff. und 33 (zitiert nach Jungclaussen [Fn. 3], S. 48).

(227) Vollmann, Unrechtselemente [Fn. 226], S. 33.

(228) Vollmann, Unrechtselemente [Fn. 226], S. 33.

という見解を主張したのである⁽²²⁹⁾。過失の関係点がここでもまた主観的不法要素それ自体でありうるということを、フォルマンは専門家が彼に負わせられた鑑定を作成の際に過失から彼に知られた経験的知識を使用しないという例で明らかにしたのである⁽²³⁰⁾。たとい専門家が適用されなかった経験則の不知において、専門家が宣誓し、かくして§163 StGB にとって必要な主観的不法要素なしに行為するとしても、この経験則が彼にとって必要な注意の適用においては彼にとって認識可能であるかぎりでは過失の偽誓の構成要件は充足されるのである⁽²³¹⁾。したがってフォルマンは、過失犯においても主観的不法要素が特別の原則の下にあるということを示した最初の者なのである。犯罪の過失の挙行が、行為者においてその時々の主観的不法要素の存在を前提にするかどうかという問題を、彼は過失非難が個々の犯罪においても主観的不法要素の対象に関係しうるのかどうかに応じて決定したのである⁽²³²⁾。

第3款 ヘルムート・フォン・ヴェーバーによる一般的主観的正当化要素の証明

フォン・ヴェーバー説についても既に拙稿で詳述したところであるが⁽²³³⁾、本稿の目的との連関で重複を怖れず論述することにする。すなわち、主観的不法要素の存在から、その後初めて彼は不法概念の構造に関する方向指示的な帰結を引き出した。彼のこれに関する作品は同時に主観的正当化要素の問題に対して重要な意義をもつものであった。なぜなら、彼はそれらにおいて故意犯に対して初めて一般的な、すなわち全ての正当化事由に妥当する主観的正当化要素の存在をも証明したからである。

フォン・ヴェーバーはその熟考を、規範的責任概念および主観的不法要素の

(229) Vollmann, Unrechtselemente [Fn. 226], S. 33.

(230) Vollmann, Unrechtselemente [Fn. 226], S. 33.

(231) Vollmann, Unrechtselemente [Fn. 226], S. 33.

(232) Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn. 3], S. 49.

(233) 振津『刑事不法論の研究』268頁以下参照。

存在が、それによれば違法性は外部的所為面に当てはまり、責任は内心的所為面に当てはまるとするその当時の支配的な犯罪体系性（古典的犯罪論体系）を秩序原理として古くさいものと証明したという確定に基づいて構成したのである⁽²³⁴⁾。彼は不法と責任の関係を新しく規定した。すなわち彼が、責任を規範に適合した態度の期待可能性に還元し、そしてそれを形式的に非難可能性として、その内容によれば違法な態度の回避可能性として理解したということである⁽²³⁵⁾。このドグマーティッシュな出発点の帰結として、それが態度の回避可能性の陳述を含まないかぎり、所為の心理的所与性を責任概念から排除したのである⁽²³⁶⁾。したがって構成要件の知見と意欲としての故意は、最早責任の構成部分として把握されない。というのも、それは態度の回避可能性について何も述べないからである⁽²³⁷⁾。このドグマーティッシュな帰結として所為の心理的所与性は、それが態度の回避可能性に関する陳述を含まないかぎり、責任概念から排除される⁽²³⁸⁾。それ故に、フォン・ヴェーバーはそれを「違法な態度の記述」自体として位置づけ、そして違法性は今や主観のおよび客観的構成要件の中で構成されたのである⁽²³⁹⁾。そして彼は、立法者によって違法な態度の記述のために使用される動詞は惹起の能力とならんで、しばしばまた目的的活動を記述し、それは行為者の意思に還元されることによるのみ適切に捉えられようという補足的な熟考に基づき構築したのである⁽²⁴⁰⁾。それによって彼は今やまた違法性から故意的行為を、違法な態度の独自の形態として証明しえたのである⁽²⁴¹⁾。この先駆的な思想により、フォン・ヴェーバーは

(234) Hellmuth von Weber, Die garantierende Funktion der Strafgesetze, Deutsche Juristen-Zeitung, 1931 Heft 10., S. 666 ; ders., Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, S. 7 f.

(235) Von Weber, DJZ 1931 [Fn. 234], S. 666.

(236) Von Weber, DJZ 1931 [Fn. 234], S. 666.

(237) Von Weber, DJZ 1931 [Fn. 234], S. 666 f. ; ders., Aufbau [Fn. 234], S. 10 f.

(238) Von Weber, DJZ 1931 [Fn. 234], S. 666.

(239) Von Weber, DJZ 1931 [Fn. 234], S. 667 ; ders., Aufbau [Fn. 234], S. 10.

(240) Von Weber, Aufbau [Fn. 234], S. 8 ff.

(241) Von Weber, Aufbau [Fn. 234], S. 11 f.

初めて人的不法論を粗雑な輪郭においてスケッチとして構想したのである。彼は人的不法論を最初の者として、主観的正当化要素に対する方向を示す錠を引き出し、それはその問題の全く新しい視点へと導いたのであった。

これに関してフォン・ヴェーバーは、正当化事由がその構成およびその構造において、まさにその構成要件に相即するという熟考から出発したのである⁽²⁴²⁾。彼はこれを消極的構成要件要素の理論から引き出した。ここから構成要件と正当化事由は、単一の同一の構造をもつものであるということが必然的に明らかとなった。なぜなら、それは形式的な性格のものであり、構成要件と正当化事由との間の実質的な相違を根拠づけうるのではなく、構成要件の提立において原則と例外の思考形態であるからである。ここから彼は以下のように結論づけた。「客観的構成要件には客観的正当化事由が相即し、主観的構成要件には主観的正当化事由が相即する。故意の結果犯にあっては、そうでなければ構成要件に該当する態度が正当化されるべきときには、両者は併発しなければならない。」⁽²⁴³⁾そこから彼は、正当防衛による正当化に対して、行為者が攻撃を「主観的にもそれ自体防衛しようとする」ということが必然的な前提として引き出されたのである⁽²⁴⁴⁾。行為者に所与の正当防衛状況において、主観的に必要とされる防衛意思が欠如する事例（いわゆる「偶然防衛」）を、彼は未遂（企行=Unternehmen）として捉えたのである⁽²⁴⁵⁾。

以上のようにフォン・ヴェーバーは——いずれにせよ故意の結果犯に対して妥当する考察において——最初の者として、一切の正当化事由はその時々客観的正当化状況を超えて必然的に主観的正当化要素を前提とするという証明をもたらせた。それ故に、彼は一般的な、すなわち全ての正当化事由に対して妥当する、主観的正当化要素の発見者なのである。

(242) Von Weber, Aufbau [Fn. 234], S. 17.

(243) Von Weber, Aufbau [Fn. 234], S. 17.

(244) Von Weber, Aufbau [Fn. 234], S. 17.

(245) 振津『刑事不法論の研究』271頁参照。

さらには既にフォン・ヴェーバーは社会生活上必要な注意を態度の当為要求として違法性に位置づけ、結果を社会生活上必要な注意の保持によって回避しうる能力を責任に位置づけたのである⁽²⁴⁶⁾。それ故に、既に彼においてその網要がかの複雑で多層的な過失の見方を見出すのであり、それはその後判例・学説においてのちに非常に大いに普及しえ、そしてその構造においてなお今日でも通用しているのである。

ヒルデ・カウフマンは、フォン・ヴェーバーに関する彼女の思想の言及の中で、ヴェーバーが故意と過失の彼の位置づけをもって、不法構成要件において先駆的な仕事を不法のドグマティックの領域上で行なったということを注目させたのである⁽²⁴⁷⁾。ここでは、それ故フォン・ヴェーバーが彼の作品で同時に主観的正当化要素の見方に革命を起こしたということが明らかとなるのである。彼の新しい不法の理解、一般的主観的正当化要素の存在の証明および彼の過失の概念でもって、フォン・ヴェーバーは初めてその基礎の上で過失犯における主観的正当化要素の問題性を有意味的に議論されうる体系を展開したのである。方法的にはフォン・ヴェーバーは一般的主観的正当化要素を構成要件的故意に対する対象物として構成したのである。このことは必然的に、このような構成がまた過失犯に対しても妥当しうるであろうかどうか、かくして一般的な主観的正当化要素が過失犯においても故意犯と同一の、もしくは異なる構造を示すかどうかという問題を提示したことになるのである。それ故にフォン・ヴェーバーの詳述に既に圧倒的な位置価値が帰されるのである。なぜなら、それはその後の不法論の発展を本質的な部分において既に先取りしていたからである。もっともその欠点は、彼の簡単すぎる記述のために、一般的なドグマティックな不法論に関する考察からする主観的正当化要素に関して得られた帰結を、個々の正当化事由の探究にまで及ぼさなかったということでもある

(246) Von Weber, Aufbau [Fn. 234], S. 15 f. ; ders. DJZ 1931 [Fn. 234], S. 666.

(247) Hilde Kaufmann, In Memoriam Hellmuth von Weber, 1972, S. 22-25.

う⁽²⁴⁸⁾。

第4款 ルードルフ・ジューファーツによる主観的正当化要素の研究

1934年に主観的不法要素および主観的正当化要素が最も根本的に、ジューファーツのハピリタチオンスシュリフトによって研究された⁽²⁴⁹⁾。彼は、それがそれ自体正当化事由において挙げられるか、もしくは目的論的解釈によって正当化事由において隠された転換から明らかに要求されるところで、主観的正当化要素の証明を問題性なく保持した⁽²⁵⁰⁾。それに対して法律それ自体がその存在に対する支点を含んでいないところで、その証明を表示しがたかったのである⁽²⁵¹⁾。これについて彼は、それが形式的な標準線のみ含んでおり、そして判例によって超法規的緊急避難に関して閉ざされた法律の欠缺である§§ 228,904 BGB および§ 193 StGB を示唆したのである⁽²⁵²⁾。この領域において浮上する主観的正当化要素の存在に対する根拠づけの欠缺に関して、ジューファーツはそこで、グラフ・ツー・ドーナによって与えられた「正当な目的のための相当な手段」(目的説)という把握において閉ざされうるという見解を主張したのである⁽²⁵³⁾。彼はこの公式の充足のために、そこで共同体において支配的な文化観に還元したのである。というのも彼が「支配的な国家の特殊なイデオの担い手であるところの牛耳る層の」見解が決定的であるということを通して然るのである⁽²⁵⁴⁾。ここから出発して彼は、主観的要素が正当化においてかの問題となっている領域においてある役割を演じうるかどうかという問題を「そ

(248) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente. [Fn. 3], S. 53.

(249) Rudolf Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934. なお、ジューファーツ説についても詳しくは、振津『刑事不法論の研究』234頁以下をも参照。

(250) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 129 f.

(251) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 131 ff.

(252) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 131 ff.

(253) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 132.

(254) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 135 ff., insbesondere 138.

の時々の事例に対して、「国家を担う国民層の支配的な文化観」から決定したものである⁽²⁵⁵⁾。

ここから今や国家を担う国民層の見解が、ある個々の正当化事由において主観的正当化要素を承認するか否かどうかにつき、決定しえないという反論が可能であろう。そのかぎりでジューファーツによって決定的なものと考えられた文化領域は、この困難な法律問題の回答の際に絶望的に過大な要求がなされているものとしてよいであろう。そのような問題性はジューファーツに反して、彼が最終的に引用している命題を誤解して定式化したということで提立されるのである。けだし實際上、ジューファーツは主観的正当化要素の証明は規範化されていない超法規的正当化事由においてのみ導かれうるものと考えているのである。そのことは、その内容が「国家を担う国民層の文化観」に基づいて、まさに規定されるということを通じて然るのである。その際「国家を担う国民層の文化観」は、正当化事由の解釈のための方法的な救助手段としてのみ奉仕するのである。

個々の正当化事由とその主観的要素の議論において、そのことが明確に浮かび上がってくる。すなわち、ジューファーツは行為する者の主観的目的を官吏および職務権限において、正当化事由が官吏に「任意の裁量」を保障するかぎりでのみ重要性を承認するのである⁽²⁵⁶⁾。しかしながらこれとは異なり、特に裁判官の裁量においては、当該の判決が裁量を賦与し、そしてそれをもって結局のところ「その時々の文化によって条件づけられる正義のイデー」とな一致可能かどうかは、行為者の動機づけではなく客観的な要素が問題なのである⁽²⁵⁷⁾。懲戒権の判断においても文化観が流入する。すなわちここでは、教育目的は行為者の動機であらねばならない。というのも、決定的な「教育的な文化」の観点によれば、ただ教育的な態度によって担われた懲戒のみが青少年に

(255) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 139.

(256) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 200 ff., insbesondere 202.

(257) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 203 f.

対する教育的効果を保持しうるからである⁽²⁵⁸⁾。§53 StGBa. F. 227 BGB による正当防衛は、防衛の意思およびそれとともに同時に必然的に正当防衛状況の知見を前提とする。というのも不正に対して正が保障されるという正当防衛の理念的な効果は、行為者においてこの主観的な要素の存在の場合においてのみ生じうるからである⁽²⁵⁹⁾。

これとは異なり§§228, 904 BGB による緊急避難権は、決して主観的正当化要素を必要としない。というのも、この正当化事由によって前提とされている衝突状況によれば行為者が、より高い価値ある法益の救助を主観的に目指していないときでも、正当化する行為は損害以上により有益であるからである⁽²⁶⁰⁾。§229 BGB による自力救済にあっても、ジーファーツは主観的正当化要素を不要なものと考えている⁽²⁶¹⁾。§229 BGB の客観的メルクマールは自救行為権の諸前提を、まさに侵害の諸前提のさらなる限界づけは主観的な自救目的によって、§230 BGB から生ずる自救行為権の制限に関しても不要であるということを確認しているのである⁽²⁶²⁾。かてて加えてジーファーツは、治療行為においても主観的正当化要素を否定した。というのも侵襲の適法性は「医学的な指標が守られている」か否かどうかという事実のみ依存するからである⁽²⁶³⁾。同意において彼は、それが行為者の意思方向に方向づけられていようというメツガーの見解に従っているのである⁽²⁶⁴⁾。最後に彼は、§193 StGB による正当な利益の擁護に対して、本規定の成立史の詳細な議論のもとで、彼の時代の通説と一致して行為者が彼の正当な利益の擁護を目的として追求しなければならず、そして侮辱的な事実の主張は軽率に提示されてはならないという形におけ

(258) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 207 f.

(259) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 209 f.

(260) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 212.

(261) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 212 f.

(262) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 213.

(263) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 237.

(264) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 239 f.

る主観的正当化要素を必要としたのである⁽²⁶⁵⁾。

以上のように、ジーファーツは様々な正当化事由において主観的正当化要素を既に彼以前に他の論者によって主張されていた帰結へと導いたのである。もっとも、彼の研究はその時々々の正当化事由に対する主観的正当化要素の存在に関する問題を広般にわたって一般的なドグマーティッシュな観点から展開されなかったという欠陥を示すものである。「国家を担う国民層の文化観」に還元するかぎり、彼によって M. E. マイヤーの既に展開された文化規範論の思想に従っているのである⁽²⁶⁶⁾。ジーファーツの研究は主観的正当化要素の理論史に関して当時までの問題状況の広範に亘る説明により完全性と精確性を描出したが、あまりオリジナルな新しい思想を提示しなかったものと評しうであろう。

第5款 キール学派における主観的正当化要素について

キール学派において、主観的正当化要素を含めて主観的不法要素は、30年代の中頃活発な関心を見出した。とりわけ、キール学派は本質的に通説的な犯罪概念に対するその批判をこれらの要素の存在に基礎づけたのである。それはとりわけこれに、それが法益侵害に刑罰を限界づける機能を承認し、そしてそれはそれ故に、犯罪をその本質において「内心からの共同体の墮落」の意味における民族の反逆として、ならびに行為それ自体が「共同体の行為者の脱落」として、その中で表現された「共同体敵対的な意思」によって適切に把握しえないというように非難した⁽²⁶⁷⁾。ナチズムの世界像を具体的な刑法ドグマティックへと転換しようとするキール学派の試みは、彼らの見解によれば伝統的な構成要件該当性、違法性および責任という三分化をもつ刑法体系を、革命的な

(265) Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 225 ff., insbesondere 231.

(266) Vgl. Sieverts, Beiträge [Fn. 249], S. 135 f. Fn. 176 und M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S. 19 ff.

(267) Vgl. Georg Dahm, Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht, 1935, S. 18 f.

新しい行為と行為者に置き換えようとする破壊的な目標を追求するものであった⁽²⁶⁸⁾。支配的な刑法体系の解体により、キール学派は主観的不法要素と主観的正当化要素の存在によるその動揺からの帰結を引き出し、そしてそれでもって割れ目の生じた実質的不法概念に相応してナチズムの新しい世界像を更に展開しようとしたのである。行為と行為者でもって、同時にまた行為者の意思が刑法上の関心の主要点へと架橋され、そこで主観的不法要素と主観的正当化要素をキール学派の意思刑法の中で重要な役割を演じさせようとしたのである。

意思刑法の思想は、1936年に初めてリーデベルガーにより、これがしかしながら主観的不法要素と主観的正当化要素の意義と承認に対して何らの新しい寄与なしに、主観的違法性の議論に際して特に強調されたのであった⁽²⁶⁹⁾。彼は不法阻却に対する主観的正当化要素の非重要性を、消極的構成要件要素の理論から引き出した。もっとも、主観的正当化要素が正当化事由のメルクマルの全体性に属するのかどうかというここで決定的な前提問題とリーデベルガーは対峙しなかった。それ故に、消極的構成要件要素の理論に対する彼の指摘は、不法阻却に対する主観的正当化要素の非重要性を説得的に根拠づけうるものではなかった。

その後、すぐにシャフシュタインが主観的正当化要素は主観的不法要素と異なり、行為の「法益侵害的な、社会有害的な性格」から明らかにされえないということを指摘した⁽²⁷⁰⁾。正当防衛における防衛の意思、§193 StGBによる正当化における防衛の目的および国家緊急避難における「祖国愛的な心情」は、法益侵害の視点に基づかず、また社会有害なものとしての行為の客観的評価にも基づかず、そしてまた財の衡量にも還元されないものであった⁽²⁷¹⁾。かえっ

(268) Vgl. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, ZStW 57 1938, S. 298.

(269) Alfred Riedeberger, *Zum Problem einer subjektiven Rechtswidrigkeit*, Diss. Halle-Wittenberg, 1936, S. 3 ff.

(270) Schaffstein, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung in Strafrecht*, 1936, S. 20f.

(271) Schaffstein, [Fn. 270], S. 21 ; ders., ZStW 57, S. 303 ; ähnlich Dahm, ZStW 57, S. 244f.

て、この主観的正当化要素の存在はただ「行為の実質的不法内容に対する……行為者の心情」の超越的意義からのみ明らかにされうるであろう⁽²⁷²⁾。それ故にシャフシュタインとダームは、それが主観的正当化要素の出現を常に十分に明らかならしめるのではなく、たとえば§§53 StGBa. F. および 193 StGB におけるように、そのような主観的要素が明文をもって法律上挙げられていないような諸事例において、隠蔽されているであろうということを通説的な犯罪体系に基礎を置く実質的違法概念に反論したのである⁽²⁷³⁾。規範的構成要件要素の背後に隠された主観的不法要素は、「概念形成の整序」によって「ただ構成要件の法益保護一機能」にのみ隠蔽され、そして除去されるであろう⁽²⁷⁴⁾。

意思刑法の諸原則の指摘のもとで、シャフシュタインはフォン・ヴェーバーに従って、故意および主観的不法要素を違法性判断に編入した⁽²⁷⁵⁾。このことは必然的であろう。というのも、その目的的な性格に基づく行為は必然的に故意を含むものであるからである⁽²⁷⁶⁾。そこから彼は、彼以前に既にフォン・ヴェーバーのように正当化に対して「外部的な事態に相即する故意は……不法阻却に対する不可欠の前提」であろうということを引き出した⁽²⁷⁷⁾。主観主義的な不法観を伴う意思刑法にとって、正当防衛にとって必要な、正当化する事態の知見によって担われた意思が正当防衛権を行使するための「不明確な異常性ではなく」、自明の現象であろう⁽²⁷⁸⁾。このような正当化の故意の欠如の場合を、シャフシュタインはフォン・ヴェーバーに従って未遂として段階づけた(偶然防衛)。というのも、ただ内心的な出来事のみが不法の前提を充足するからである⁽²⁷⁹⁾。

(272) Schaffstein, [Fn. 270], S. 21.

(273) Schaffstein, [Fn. 270], S. 22 ; vgl. auch Duhm, ZStW 57, S. 244.

(274) Schaffstein, [Fn. 270], S. 22.

(275) Schaffstein, ZStW 57, S. 312.

(276) Schaffstein, ZStW 57, S. 312, Fn. 31 m. w. N.

(277) Schaffstein, ZStW 57, S. 313 f.

(278) Schaffstein, ZStW 57, S. 313.

(279) Schaffstein, ZStW 57, S. 314.

違法性と責任の区別の不要性を、キール学派は通説的な犯罪体系に基礎を置く実質的違法性になるほど主観的不法要素を、しかし主観的正当化要素をその存在において明らかにしえないという批判でもって証明しようとした。しかし、シャフシュタインもダムもキール学派の最も指導的な主張者として、この批判を包括的な全ての当時知られていた主観的不法要素および主観的正当化要素の個別研究で確証しなかった。「意思刑法の体系にとっての主観的不法要素の意義」についてのブラウンのモノグラフィーが初めて、この欠缺を閉じたのである。もっとも、本稿ではブラウンの見解につき筆者が既に別稿で詳述しておいたので、ここでは割愛することにする⁽²⁸⁰⁾。

第6款 第二次世界大戦後の過失犯における主観的正当化要素の故意犯とは異なる構成についての指摘

1930年代の初めに、フォン・ヴェーバーは既に人的不法論をその大綱において大雑把にスケッチし、そしてそこから全ての正当化事由に対して必要な、かくして一般的な主観的正当化要素の存在を引き出した。その後ヴェルツェルが30年代の終りに、人的不法論を独立の刑法体系へと構築したときに、彼はその研究の副産物として、脚注において以下のような認識へと至った。すなわち、「正当防衛、緊急避難、自救行為、懲戒権、仮逮捕等々のような前景に立つ典型的な適法行為（＝正当化事由）の構成要件は明らかに故意の態度に裁断されており……そして目的的な構成要件にのみ」、かくして故意犯にのみ関係するとしたのである⁽²⁸¹⁾。

ここでは過失犯に基づく正当化事由の適用は、ただに特殊的に個々の正当化事由のみならず、全ての正当化事由について問題とされ、そしてなるほど故意を不法構成要件に包含することの帰結として問題視されたのである。ヴェルツェルは、故意を目的性の担い手として構成要件に位置づけることを通して⁽²⁸²⁾、

(280) 振津『刑事不法論の研究』250頁以下、とくに271頁以下参照。

(281) Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 1939, S. 563 Fn. 96.

(282) Welzel, ZStW 58 [Fn. 281], S. 519, 522.

「故意のおよび過失犯は、……既に不法構成要件において」相違するのである⁽²⁸³⁾。それによって構成要件、違法性および責任という三分的な体系における正当化事由は、過失犯において必然的に故意犯におけるのとは異なった関係対象を保持したのである。ここから今や、必然的にフォン・ヴェーバーによって構造的に故意と同一の一般的な主観的正当化要素がまた過失犯に対しても妥当性を要求しうるかどうかという問題が生じたのである。

刑法学はそれが詳しくヴェルツェルの人的不法論と対決したときに、この問題はしかし第二次世界大戦後に初めて議論された。この議論から生じた過失犯における主観的正当化要素の問題に関する見解の状況は、次章以下において論ぜられることになるであろう。

第2章 過失犯に対する正当化事由の適用可能性について

第1節 序 論

過失犯における主観的正当化要素の問題は——シャフシュタインによれば「過失構成要件にあつては、原則上故意行為におけると全く同様に正当化事由が適用可能であるということである」⁽²⁸⁴⁾という言明にもかかわらず——過失行為一般の正当化に関する問題と密接な関連にあるのである。けだし判例ならびに学説において部分的に主観的正当化要素の構造から、正当化事由は全くあるいは部分的に過失行為に対して何らの適用可能性を見出しえないという帰結が引き出されているからである。

かくして1949年7月12日のフランクフルト上級地方裁判所の判決において⁽²⁸⁵⁾、正当防衛による、あるいは適法な職務執行による過失的態度の正当化を原則的に否定した。なぜなら、そのために必要な特別の主観的正当化要素、すなわち正当防衛における防衛意思および職務権限に基づく行為は犯罪的結果

(283) Welzel, ZStW 58 [Fn. 281], S. 519 ; vgl. dazu auch Hirsch, ZStW 93 1981, S. 836 f.

(284) Schaffstein, Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 562.

(285) OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12. 7. 1949, NJW 1950, S. 119 f.

に関係しているであろうし、それ故に存在しない結果の表象の場合においては存在しえないからである。既述のごとくヴェルウェル自身は、既に正当化事由の純目的性から出発して、非目的的な構成要件およびここではとりわけ過失の結果犯の適用可能性を否定していたからである。

全ての正当化事由において主観的正当化要素の存在は、無意識的過失行為の正当化については排除されるというテーゼは、それが一般的な主観的正当化要素が過失犯において問題を提起するという意味で重要な問題を含んでいるのである。それ故に、散発的に存在する「誤判」の同情に値する帰結に対していかなる態度決定をするべきかが極めて重要な意義を獲得するのである。この意味で今日でも過失行為の正当化を否定する見解はいかなる根拠から提示されているのかを探究することは、今日でも興味深い極めて重要な意義を有するのである。

第2節 主観的正当化要素の存在から導き出された過失行為に基づく正当化事由の非適用可能性——OLG フランクフルト・アム・マイン NJW 1950, S. 119 f. の判決とヴェルツェルの呪縛

1949年7月12日のOLG フランクフルト判決によれば、職務権限ならびに過失行為に基づく正当防衛の正当化事由は原則的に適用可能ではない⁽²⁸⁶⁾。けだし職務権限に基づく行為ないし正当防衛に対して必要な「行為者の内面的態度」は、行為者が少なくとも未必の故意をもって行為するときのみ正当化に必要な主観的正当化要素として存在しうるのである。

本判決の事実の概要は以下のようなものである。国境警察官Eと彼の部下であるLは、当時の東ドイツ(DDR)との国境パトロール中に国境を形成している川——ヴェラ(Werra)川——⁽²⁸⁷⁾に、ある男がボートを航行して2人の人間を

(286) OLG Frankfurt, [Fn. 285], NJW 1950, S. 119 f.

(287) Werner Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 47. Fn. 72; Rudolf Schmitt, JuS 1963, S. 66.

岸向こうの対岸に渡そうとしているのを認めた。EはLに、ボートに乗船している者に対して戻るように命じた。しかしこの者は呼びかけを無視し、かえって対岸へと進航したので、国境警察官は更に戻るように呼びかけたが、戻らないと叫んで応答した。そこでEは部下Lに威嚇射撃を命じた。そこでLは7発発砲したが、不法越境者であるボートの男は航行を躊躇することはなかった。そのためEは更に威嚇射撃を命じ第4発目が誤射によりボートで渡そうとした男に当たって死亡させたというものである。検事はEとLを殺人のかどで起訴した。

一審の陪審裁判所は、武器の使用による過失致死を正当なものとし、被告人らに無罪を言い渡した。というのも被告人ら国境警察官の服務規定によれば、このような不法な国境侵犯者を射殺する権限が与えられており、したがって故意に殺害しても罰せられるものではなかったからである。これに対して検察官は控訴し、これを受けてフランクフルト上級地方裁判所は、おおよそ以下のよう述べて両被告人を過失致死罪に問擬した。すなわち、だれかが正当防衛において行為しよう欲しなかったとすれば、彼の行為は刑法的な責任に関する一般的諸原則に従って判断すべきである。そのことはしかし正当防衛の正当化事由は、過失の構成要件に対して考慮されず、かくしてかような行為は違法なものであるということの意味する。同じ原則は明らかに同様に故意行為に合わせて裁断されている職務権限の正当化事由に対しても妥当しなければならない。かような理由で被告人らに過失致死罪の責を問うたのである。

以上のようなフランクフルト上級地方裁判所の判決の根底には、以下のような「ヴェルツェルの呪縛」というべきものが基礎に置かれているように思われる。ヴェルツェルは、1939年の彼の論文「刑法体系に関する研究」の593頁の脚注96において以下のように主張していた⁽²⁸⁸⁾。すなわち「この連関においていま一度、いわゆる正当化事由が過失の構成要件について凡そ考慮されうる

(288) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 1939, S. 563 Fn. 96 (=derselbe, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 181 Fn. 96).

か否か、いかなる程度で然るかという問題が提起されねばならないであろう。正当防衛、緊急避難、自救行為、懲戒権、仮逮捕等々のような前景に立つ典型的な適法行為(=正当化事由)の構成要件は明らかに故意の態度に裁断されており、そしてそれ故に純目的的な性質であり、そして目的的な構成要件にのみ関係している。」と。ただし、被害者の同意についてのみこれが例外を形成し、若干の考慮を要するものとし²⁸⁹⁾、一般的に過失構成要件について主観的正当

- (289) ヴェルツェルは同意につき以下のように述べている。「私が見るかぎりで、同意のみがこれらからの例外とされているように思われる。けだしそれは——文言によれば——行為者の態度ではなく被害者のそれに特徴づけられており、そこでそれは行為者の一切の態度に関係しうるように見うけられる。同意のもっぱら被害者から出発する考察は、最も鋭くいわゆる意思方向説(メツガー)により遂行されているのであり、それによれば同意は行為者の認識がなくても、被害者の単なる意思方向に基づき、そしてなるほど「利益欠缺」の視点から正当化する力をもつこととなる。被害者の同意は、従って保護客体についての利益、そしてそれ故にまた行為の違法性を排除する。——その前提が未決定のままであろうなら、そこからその要求は確かに誤っている。被害者の同意が保護客体についての利益を排除するとすれば、そのことは行為の結果無価値を欠くということのみを意味している。つまり、行為無価値の問題に関してはそれでもっては何も片付けられていない。實際上、今日最も広く承認されうるように、不能な客体についての未遂が処罰されているところでは、その相違は重要である(Mezger, Deutsches Strafrecht, ein Leitfadens, S. 45 を見よ)。然るときには同意を知らなかった行為者は、存在する「同意」にもかかわらず違法でありつづけるのだ! 単なる意思方向は正当化事由でありうるのではなく、せいぜい構成要件要素(結果無価値)を排除するということが最も明確に露見するのである。(さらには、ここでも結果無価値と行為無価値との間の区別の意義がまた明らかとなる!) ——正当化事由としての同意は、行為者の知見へと到達する、明示された同意のみでありうるにすぎない。(そうするのは、ごく最近ではまた Engisch, ZStW 58 S. 36 ff)。以下のように言えばもっと具体的になるはずである。つまり同意は正当化事由(=典型的な適法な態度の構成要件)ではなくて、与えられた同意に基づく行為は、かつての正当化する構成要件なのである。——そのようなものとしてそれは實際上、まず第一に故意の構成要件に当てはまる。というのもまさに同意の知見は、同時的な行為の認識および行為意思においてのみ可能であるからである。過失の構成要件は、それにおいて非・志向的に可能な結果が生ずるところの危険な活動についての行為の際に行為するときのみ、問題となりうるのである。例として、ごまかしの手術は失敗する。(医

化要素の存在を否定していたからである。

本判決は当然のことながら、多くの注目と激しい批判を喚起した。そして、シュトラーターテンヴェルト等多数の者によって、本判決は「誤判」であるとの烙印を押されたものである⁽²⁹⁰⁾。そもそも、ある人が故意的に侵害しても許容されるものが（少なくとも未必の故意が必要）、過失的になしたら罰せられるとあっては不当でもあり、また不条理でもあろう。それ故に、過失犯においては主観的正当化要素の不要説が一般に普及することになったのである。この1949年のフランクフルト上級地方裁判所の判決をきっかけとして、過失犯において主観的正当化要素が必要とされるならば、過失犯については正当防衛等の正当化事由による違法性阻却は存在し得ないことになろうという意識が一般化し、そこで防衛意思を一般に否定する論者にあってはもちろんのこと（ドイツでは現在ではシュペンデルのみであるが、わが国では有力な不要論者が存するのは周知のことである）、故意犯においてはなるほど防衛意思を含めた主観的正当化事由を必要とするが、過失犯についてはこれを不要とするという見解もかなり有力な多数説を形成するようになったのである（この点については、既に古く拙稿で論じておいたところである）⁽²⁹¹⁾。かような傾向は、1939年のヴェルツェル論文の脚注におけるいわば「ヴェルツェルの呪縛」に捉われ続けてきた結果だともいえよう。

さて、正当防衛における防衛意思の関連対象は、常にある種の正当化結果ではなく、§32 StGBによって許された防衛行為のみであらねばならない。攻撃の終了に関係する行為者の（防衛の）意思は客観的な事象を超える超過的内心

学的に必要とされ、そして実際に適切に遂行された手術は、たといそれが失敗するとしても凡そ傷害あるいは殺人の構成要件に陥るものではない！最も最近ではEngisch, ZStW. 58 S. 1 ff. を参照せよ。かくして過失構成要件の領域においてそれが凡そ有効であるかぎり、同意はそれが例外的に、許された危険の限界を拡張するという意義をもつのである。」（傍点、原文隔字体）。

(290) 振津『刑事不法論の研究』57頁参照。

(291) 振津『刑事不法論の研究』59頁以下参照。

傾向を意味する。ただし§32 StGB は防衛の権限を既に差し迫っている攻撃と結びついている。というのも攻撃にかかる法益は、防衛行為遂行の時点において存在する攻撃の防衛の失敗の危険を行為者に負わすものでないときにのみ、最良に保持されうるからである。この法の根本義に相応して、正当防衛はただに攻撃の事実上成功した防衛のみならず、結局のところ不成功に終わった防衛の試みも正当化するのである。§32 Abs. 2 StGB により、正当防衛権は元々不能な防衛の試みを包含するのではなく、そこで防衛意思は行為者が主観的に保持されるべき法益に対する攻撃の強度の減少に努力するということが最小限のものとして前提になっているのである。

以上のように理解された防衛意思は未必的な行為者の故意行為を前提としない。ただし構成要件的结果の発生は、人が一度攻撃者の許された殺害の例外事例を度外視するならば、ましてその強度の減少にとって攻撃の終了にとって必要・十分条件ではない。

構成要件的结果に関係する防衛意思の正当防衛の特殊な主観的正当化要素で展開された OLG フランクフルトによる思想は、それ故に保持されない。それはとりわけまた職務権限の正当化事由に転用されない。というのも、これは正当防衛権が防衛結果の発生を必要としないのと同様に、職務行為によって生じた結果の発生をも前提としないからである。このことを OLG フランクフルトは認識しなかった。この中に、本判決の根本的な誤りがある。すなわち、本判決において二重の視点において否定的に作用するのである。

一方で本判決は、2人の国境警察官において、全ての客観的に正当化のために必要な諸事情の現に存在する認識にもかかわらず、主観的正当化要素としての職務権限の行使の意思が欠けているとする事実からほとんど理解されえない確定へと導くのである。

他方で、職務権限の行使において行為するという意思を OLG フランクフルトによって行われたやり方において、法秩序によって承認される構成要件該当的な結果を招来するという意思とを同一視するときには、必然的に正当化事由

による過失行為の一切の正当化は排除される。けだし然るときには、主観的正当化要素は一般的に一切の正当化事由において結果に向けられた意思を前提にし、そして過失行為には決して存在しないのである。さて、行為者が法的に招来してもよかった結果に対して、行為者を処罰するということはほとんど意味のないことである。というのも彼はそれを回避しようとしたのであるが、その際過失的に招来してしまったからである⁽²⁹²⁾。一般的な主観的正当化要素は、まさにその根本から結果に関係する意思に依存するものではない。なぜなら、主観的に正当化事由によって許された行為の遂行のために正当化にとって必要な意思は、正当化する事態の認識を超える目標に関係づけられうるのではなく、したがってまた構成要件該当的な結果にも関係づけられうるものでもない。正当化する事情の行為に関係づけられうるものであって⁽²⁹³⁾、それ故に、正当化事由は原則的に過失行為にも適用可能である⁽²⁹⁴⁾。

第3節 認識なき過失行為の一般的主観的正当化要素の正当化の否定から肯定へ——マウラッハの改説

目的的行為論者の一方の双壁であるマウラッハにおいても、正当化事由は認識なき過失行為に基づく正当化事由には適用可能ではないという帰結へと到達していた。

当初、マウラッハもヴェルツェル同様、目的的行為論の立場から、故意を構成要件の中に分類することにより、構成要件の故意と客観的構成部分としての客観的的外部的事象との間の一致を故意行為の中に導入したのである⁽²⁹⁵⁾。独自の目的的行為の形態として、故意行為と過失行為は既に構成要件の段階で区別される。すなわち、故意行為は獲得せんとされた結果を獲得努力するものであ

(292) Clüppers, NJW 1950, S. 119 f.

(293) 振津『刑事不法論の研究』60頁、中 義勝『刑法上の諸問題』102頁。

(294) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn. 3], S. 71.

(295) Reinhart Maurach, Grundriß des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 1948, S. 49 und 58.

り、他方で過失行為は「獲得努力された法的に中立な結果」ではなく、他の法的に否認される結果の逸脱に到達するものである⁽²⁹⁶⁾。それ故に、構成要件は故意行為にあつては客観的および主観的な構成部分の一致を必要とするが、他方それは、過失行為にあつては必然的に、行為者がここでは結果発生を知らなかったかあるいは意欲しないのであるから、両者の構成部分の不一致によって特徴づけられる⁽²⁹⁷⁾。

そして、一般的な主観的正当化要素としての「正当 - 行為への意思」の一致からの導出は、認識なき過失にあつては正当化は原則的に考慮されないといふところへと導く。すなわち、一般的主観的正当化要素としての「正当 - 行為への意思」は、行為者が結果発生の可能性の表象をもっているときにのみ思考可能である⁽²⁹⁸⁾。認識ある過失行為のみが、彼において存在する彼の行為の社会的評価に関する思考に基づき作出しえ、そこで行為者はここでは正当化のために必要な一致のために必然的な主観的正当化要素を提示しうる⁽²⁹⁹⁾。それに対して、認識なき過失で行為する行為者には結果表象の欠如に基づき必然的にそのような主観的正当化要素が欠如しており、かくして正当化はここでは原則的に可能ではない⁽³⁰⁰⁾。認識なき過失にあつては、それでもって構成要件は最終的な違法性判断を根拠づけることになる⁽³⁰¹⁾。

もっともマウラッハがこの見解それ自体をその後放棄したということを鑑みれば⁽³⁰²⁾、そこから生じた認識なき過失の正当化の拒絶というほとんど意味のない帰結は、これ以上論ずる必要はないであろう。すなわち、マウラッハは1954年の彼の教科書の第1版において、主観的正当化要素として「社会的に

(296) Maurach, Grundriß [Fn. 295], S. 48.

(297) Maurach, Grundriß [Fn. 295], S. 48.

(298) Maurach, Grundriß [Fn. 295], S. 78 ; ders., Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948, S. 72 Fn. 50.

(299) Maurach, Grundriß [Fn. 295], S. 121 f. ; ders., Schuld [Fn. 298], S. 72 Fn. 50.

(300) Maurach, Grundriß [Fn. 295], S. 122 ; ders., Schuld [Fn. 298], S. 27 und 72 Fn. 50.

(301) Maurach, Schuld [Fn. 298], S. 27 und 81 Fn. 31.

(302) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1954, S. 475 f.

有価値な出来事の意欲」として、今や構成要件に該当する結果に依存すべきではなく、その結果として認識なき過失の正当化もまた可能であるとするに至ったのである⁽³⁰³⁾。このような認識に至ったのは、過失行為の目的性は法的に重要でない結果、すなわち構成要件該当的な外部に存する行為目標に向けられているとするニーゼの所説⁽³⁰⁴⁾が決定的に反映したのもであらう。以上のような思想のもとで、適切にも連邦通常裁判所(BGH)もまた1957年9月6日の判決で、殺害故意もしくは侵害故意の欠如は正当防衛にとって必要な防衛意思の存在を排除しないものであると確定したのである⁽³⁰⁵⁾。

もっとも、その後の改説にもかかわらず過失行為の正当化を完全にあるいは部分的に否定したヴェルツェルや改説前のマウラッハの見解に基礎を置くドグマーティッシュな論評が、今日でもなおいかに依然として根強く妥当しているかということについては⁽³⁰⁶⁾、以下章を改めて論ずることにする。

第3章 過失犯における主観的正当化要素の問題に関する諸見解の状況

以下において、それが今日でもなお意義がある限りで、過失犯における主観的正当化要素の問題について主張されている諸見解が提示される。これにつき、過失犯における主観的正当化要素の問題に関してとくに言及されている諸見解につき、その時々の論者によって過失に関して提案されているドグマーティッシュな構造がいかなる帰結から生じてきたのかということが、とくに探究されねばならないであろう。

第1節 客観的不法論からの主張——とくにノヴァコフスキーの改説を 顧慮して

(303) Vgl. Maurach, Strafrecht [Fn. 302], S. 476.

(304) Niese, Finalität [Fn. 287], S. 58 f.

(305) BGH bei Dalinger, MDR, 1958, S. 12

(306) Vgl. dazu Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn. 3], S. 75.

ベーリングの犯罪論体系の単純性と明確性を指摘することによって、純客観的不法概念は今日最早根拠づけられない。ここから主観的正当化要素の一般的非存在を主張すること、とりわけまた「防衛の意思」を主観的な正当防衛の要件として原則的に否定し、そしてそこで首尾一貫して正当化する事態の不知の場合に完全な不処罰を承認することは今日最早主張されない(もっとも、かような状況は、わが国では有力な反対説[中山、内藤、浅田など]があることによって妥当しないことは周知のところである)。したがって、客観的不法概念がいかなる実質的根拠から基礎づけられたのかを先ず概観しておくことが有益であろう。

第1款 オーストリアの伝統的刑法ドグマーティク——とくにカデチカと改説前のノヴァコフスキー

既に別稿で詳述したごとく、オーストリアにおいては伝統的に一方でリッター、グラスベルガー等の客観主義学派と、他方でカデチカ、ノヴァコフスキー等の主観主義学派とが厳しく対立してきたが、しかしベーリング体系への信奉という点については、ただに客観主義学派のみならず主観主義学派にあっても同様であったということについては指摘しておいたところである⁽³⁰⁷⁾。

カデチカ、改説前のノヴァコフスキー等の主観主義者、とくにカデチカにあつてはベーリングの犯罪概念を「意思刑法」的犯罪論に適合させることが重要であるとされ、彼等は犯罪の中心概念を「悪しき故意(böser Vorsatz)」、すなわち責任の中で見出すことが重要であるとされ、まさに責任は「刑法体系の太陽」とされたのである。

オーストリア主観主義者にとっては犯罪の中心概念は責任であり、責任を表現したところの故意はまさに全てのドグマーティッシュな問題の鍵であり、かような点で彼等は未遂(とりわけ不能未遂)の可罰性に関して、「適法であるが有責な可罰的態度」(「不法なき責任[Schuld ohne Unrecht]」)の可能性を肯定

(307) 振津『刑事不法論の展開』39頁以下、特に45頁以下等参照。

していたのである。すなわち、不法は客観的にのみ思考可能であり、法益侵害のみが不法であるとするベリングの上位命題から出発して、未遂にあっては客観的法益侵害がないために不法も欠如しなければならない。それ故に彼等は、客観的に適法であるが、同時に主観的に有責な可罰的な態度を認めることになったのである。これは純客観的不法概念に主観的要素は認められないとするベリング流の不法観に基づくものであり、いわゆる主観的不法要素を認めないのであり、それ故主観的正当化要素は当然認められなかった。この適法であるが有責な可罰的な態度という概念上のアクロバットは、歴史的には一方で責任概念に法律上の優位を認める古い普通法の主観主義的伝統（プーフェンドルフ、テレシアーナ）と、他方でベリングの形式的・客観主義的犯罪観という相互に排除し合う原理を結合させるというオーストリア主観主義の体系内的矛盾に胚胎していたのである⁽³⁰⁸⁾。そして、ノヴァコフスキーはこの「不法なき責任」説から、正当防衛において防衛の意思の不要説を採りつつ、「認識なき正当防衛」（いわゆる偶然防衛）につき特異な未遂論を主張していたのである⁽³⁰⁹⁾。

しかし1972年にノヴァコフスキーがイエシエックの教科書の書評で、「ベリングの体系は實際上維持されない。……却って、故意を終局的に不法に位置づけるべく決定しなければならない」と明言することで、20世紀においてリットラーの指導のもとで強力に維持され、オーストリア刑法学の伝統を形成してきたベリング流の客観的不法および主観的責任の命題を放棄するに至ったのである⁽³¹⁰⁾。

第2款 ノヴァコフスキーの改説について

前述のように、ノヴァコフスキーは1972年に明確にカデチカとリットラー

(308) 振津『刑事不法論の展開』55頁以下。

(309) 振津『刑事不法論の研究』11頁、50頁参照。

(310) 振津『刑事不法論の展開』57頁。

が信じて疑わなかった純客観的不法概念を放棄し、今日「オーストリア刑法学は、両巨匠の立場を明らかに全く圧倒的に放棄してしまった」のである⁽³¹¹⁾。

ノヴァコフスキーは、その後1977年の論文「正当化事由の主観的行為面について」で、改説後にわれわれにとってとくに重要な論稿を公表するに至った⁽³¹²⁾。

では、本論文の概要を見ておこう。本論文のいわば序に当たる部分で、以下のように出発している。すなわち、正当化が行為者の心理的要素にどの程度依存するかに関する研究は、不法を根拠づける際の内面的な行為面の意義というところから出発しなければならない。そこで、オーストリアにおける「人的」不法論の展開に関する一瞥をもって始められようとする。

そして、第1にオーストリアにおける「人的」不法論の展開過程が提示される。すなわち、不法は外部的な行為面のメルクマールだけが重要だとするベリングの理論は、周知のごとくオーストリアにおいてはドイツにおいてとっくの昔に捨てられたあとでもなお支配的であった。彼自身はその理論の最後の旗手であった。しかし、マラニウクは既に1953年にメツガーおよびヘグラーの意味における主観的不法要素の理論に賛同し、彼自身も1965年の学会報告を最初として、1969年のオーストリア刑法・刑事学会では故意を行為無価値および責任要素と理解する見解に従ったが、これを活字に付さなかった。しかし到々彼は、1972年の論文で、彼の師カデチカとリットラーが信じて疑わなかった理論を見捨てたのであり、今日オーストリアの刑法学は両巨匠の立場を全く圧倒的に放棄してしまった。そうこうしている間に、ブルクスターラーやキーナッペルによって正当化における主観的行為面の研究もなされるように

(311) 振津『刑事不法論の展開』62頁等参照。

(312) Nowakowski, Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgünde, in ÖJZ 1977, S. 573 ff. (=ders., in: Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, Ausgewählte Abhandlungen, 1981, S. 113 ff.). なお、本論文の紹介として、振津「フリードリッヒ・ノヴァコフスキー『正当化事由の主観的行為面について』」63頁以下(金沢法学30巻1号1987年)がある。

なった。

次に第2に、ノヴァコフスキーの不法論と主観的正当化要素の内容が提示される。すなわち、彼はイエシュックに従って刑法は社会の保護のために人間を実質的に正しい意欲へと導くべきであり、それ故社会違反性の意味における法の無価値陳述を、行為がそれに一致し、そして行為に方向を与えるところの意思活動に関係づけることが首尾一貫しているというところから出発する。だから、意思活動は既に「無価値に重要」なものであり、「為されるべきものではない」く、態度の基礎となるものである。すなわち、決意は違法の観点では態度とその結果の根源として評価され、それに対して責任の観点では行為者の社会的拒絶の帰結として評価されるのである。それ故に、不法と責任は混同されない。社会違反的な意思活動は、ヴェルツェルに負っている用語に従えば、「行為無価値(Akt-, oder Handlungsunwert)」を創り出すものである。当初から行為無価値を背負った行為から、結果無価値が生ずるのである。そして、この結果無価値は2つの段階に区別される。行為は、犯罪類型の実現の法的に否認される危険を招来する。この社会的不相当性(Sozialinadäquanz)は結果無価値の第一段階である。法益に対するその意義における構成要件の実現が、結果無価値の第二段階である。その他に、狭義における結果無価値が社会不相当な危険の実現において生じたものでなければならないという「違法性連関」または「危険連関」といった段階も問題となる。

かようにして、違法の三つの平面が区別される。すなわち、(1)行為がそこから起因するところの価値違反的意思決定＝行為無価値、(2)法的に否認される危険の招来＝結果無価値の第一段階、(3)構成要件の(およびそれに一致する法益侵害の)実現＝結果無価値の第二段階、以上がそれである。この体系から、主観的な違法要素としての行為無価値が結果無価値に先行するものであるとの確定がなされる。ここから、本テーマの入口が明らかとなる。すなわち、不法は行為無価値と結果無価値とから成立するとすれば、両者が欠落するときのみ不法が阻却されることになる。

第3に、オーストリア1971年草案および新刑法典の立場と主観的正当化要素については、概略以下のように述べられている。すなわち、1971年政府草案における故意の定義によれば、法定の所為像(Tatbild)と一致し、かつ違法な事態を実現しようとした者は故意に行為するものとされていた。したがって、正当化する事態が存在するという行為者が知り、もしくはそれを信頼したなら、彼は「故意に」行為したものではないであろう。すなわち、行為者が正当化する事態が存在することを認識したときには、可罰性にとって必要な「悪しき故意」が存在しないことになり、このことはとくにヴェルツェル等によって主張されている厳格責任説を排除するために採用されたのである。

第4に、主観的正当化要素の内容が正当化する事態の存在の単なる認識で足りるのか、それ以上のものを要求しているのかが問題となる。ここでは要するに、ドイツ連邦共和国においては判例および一部の学説は、正当防衛、緊急避難等において防衛の目的、避難の目的等単なる認識以上のものを要求しているが、そこでは例えば、客観的な正当化の要件が存在し、かつ行為者が彼の行為の効果をも予見したが、内心的な行為面でさらなる要件（たとえば、防衛の目的）なしに行為した場合に、何が妥当しなければならないかが問題の核心となる。なるほど、客観的な正当化事由がある場合結果無価値が欠落し、ただ行為無価値が残存しているということで未遂だとする解決も可能であろう。しかし、ノヴァコフスキーによれば、かような解決は立法者の意図に適うものではなく、立法者は正当防衛や緊急避難に対し防衛の目的等を要求しており、かような解決は支持し難いとするのである。

第5に、ノヴァコフスキーの正当化の理論と補足的な主観的正当化要素が問題とされている。すなわち、彼によればまず第一に、正当化される行為にあっては——道徳神学の用語を使用するなら——常に二重効果の行為(actio duplicis effectus)が問題となる。それは無価値を畏れさせ、価値を期待させる。それは許されない危険を背負わされ、あるチャンスによって顕彰されるものである。

すなわち、正当化される利益に対するチャンスが法益侵害というリスクと衡量するところから、結果無価値の欠落が生ずるのである。そして、正当化にとっては常に事前判断が決定的である。法秩序は、その危険をそのチャンスのために我慢するのである。すなわち、法益の侵害は法秩序が正当化の利益のために支払う用意のある価格なのである。イエシエックは「法益衡量の思想」からする正当化と「目的思想」からする正当化との間を区別し、前者は事後判断、後者は事前判断を目指すものだとしているが、ノヴァコフスキーによれば事後判断によるなら、法秩序はその秩序機能と給付機能とを犠牲にすることになり不当だとする。加えて、行為の決意は暗闇へと飛翔してしまうので、決意が行為無価値を負っているかどうかは、既に決意の瞬間において確定されなければならない。さらに、行為無価値は単に結果無価値に時間的に先行するというだけではない。却って、行為無価値はそこからさらなる不法の諸層が現実化の段階として発展するところの不法の最初の層なのである。すなわち、帰属の思想と関連しているなら、なんととっても結果に対する行為の因果性が問題ではなく、結果の行為への帰属が問題なのである。行為無価値を負っている行為が許されない危険を創り出し、そしてこの危険が結果の中で実現するのである。そして、多くの犯罪類型のうち目的(Absicht)を要求する犯罪では——すなわち、補足的な主観的正当化要素が要求される場合——結果無価値は重要ではなく、単なる正当化事態の存在の知見ではならず、積極的行為価値が必要とされ、それに対し単なる故意だけが要求される犯罪では正当化する事態の存在の単なる認識で十分である。それ故、正当防衛で救助の目的といった補足的な主観的メルクマールが正当化の前提とされているとすれば、たとえば昔の例を引き合いに出すなら、犬が子供を襲うということで隣人の犬を射殺するが、これが子供を救助するためではなく、うるさく吠える不愉快な犬を排除するために射殺するとするなら、すなわち、正当防衛が防衛の目的を要求するなら、積極的行為価値は実現されておらず、彼は緊急救助に基づくことができない。それ故、彼によれば正当化は全く排除され、行為者は器物損壊罪の既遂犯のかどで可罰的と

いうことになる。

第6に、彼は正当化事由の錯誤の問題を論じている。ここでは、一方で正当化事由の誤認、たとえば誤想防衛は行為者は故意の既遂のかどで処罰されず、ブルクスターラーなどは故意の行為無価値が欠如するため過失犯のみが問題となるとする。しかしノヴァコフスキーによれば、これとは異なり、正当化にとって必要な内心的態度をもって行為しなかったような場合には、その錯誤は（故意）行為無価値を排除するものではないとする。それ故かような誤想防衛の場合には、厳格責任説を採らないにもかかわらず、故意既遂犯を認めようとする。他方で、逆の事例は興味深い。すなわち、行為者は正当化する外部的・客観的事態が存在するにもかかわらず、それを誤認して行為するような場合（「認識なき正当防衛」＝偶然防衛）、支配的な見解、たとえばブルクスターラーやイエシェックなどは犯罪は既遂だが未遂の規定を適用すべきだとするが、それは首尾一貫しないとし、ノヴァコフスキーによれば生じた結果価値（正当化利益）は行為に帰属されないとする。すなわち、彼によれば行為者が彼の行為の積極的な効果を意識したが、正当化にとって必要な内心的態度において行為せず、あるいは補足的な主観的正当化の前提なしに行為したときにも行為者に正当化が役立たないのであるから、彼が正当化する事態の存在について凡そ何ら意識しなかったときにはなおさらのこと、既遂の責任を負わねばならないとする。端的に言えば、彼は偶然防衛に既遂犯の成立を認めるのである。

第7に、彼は偶然防衛＝未遂論とオーストリア刑法典第15条第3項との関係について論じている。そして、偶然防衛＝未遂論に反論を加え、未遂の法律規定は実質的・客観的未遂論の確証として解釈すべきではなく、未遂刑の存在根拠は行為の客観的危険性にあるのではなく、その行為無価値にあるとし偶然防衛＝既遂論の立場を採る彼の立場からは当然ながら問題は生じないものとするのである。

最後に第8に、われわれの最大の問題である過失犯における正当化が論じられている。過失行為にあっても主観的正当化要素が必要かどうか、そしてもし

必要とするならいかなる形態において然るのかということにつき見解は様々に分かれている。しかしここでは、ブルクスターラーの見解だけを取り上げ、検討することにする。彼自身は主観的正当化要素は過失の場合でも必要だとし、過失犯の他の形態に相応して、正当化事態は事前的に行為者の立場から客観的に認識可能であるときには十分であるとする。しかし實際上ブルクスターラーは、過失は結果無価値が発生する場合にのみ可罰的だとすることで、この問題を本質的なものだと考えていない。そして認識されなかった正当化事態が存在したような場合、すなわち結果無価値の欠ける過失行為が問題となるような場合、ブルクスターラーは故意行為の場合にも問題となったように、それが元々未遂にすぎないということから出発するのか、既遂だが未遂の規定を類推して不処罰とするのかが明らかではない。もっとも、彼の立場からはいずれにしてもかような場合実質上処罰されないのである。

しかしながらこれに対して、ノヴァコフスキーの立場からは、行為者が正当化事態を彼の意思形成の中に受け入れなかったとき結果価値は行為者に帰属されず、結果無価値のみが負わされるのであり、したがって、行為者は故意の遂行の場合その犯罪の既遂の責任を負わねばならないように、過失の遂行の場合も全く同様に妥当する。過失犯における正当化の主観的側面にとっては故意犯のそれと全く同じものが妥当し、客観的に正当化する事態の存否にかかわらず、この場合には刑罰威嚇の法益に対する命ぜられた注意義務違反を含んでいるわけであり、結局正当化は行為者がそれに相応する行為価値(Aktwert)をもって行為したときにのみ許容されるべきものなのである、とする。

総括的にノヴァコフスキーは、本論文を以下のように閉めくくっている。すなわち、正当化の主観的行為面については非常に対立する諸見解が主張されている。とくに、錯誤の諸事例や過失的態度の正当化、行為者が正当化の客観的諸前提を知っているが補足的な内心的メルクマールを実現しないときなどに見解が分かれるが、もし、かような諸事例において外部的行為面に基づいて正当化を許容しようとするなら第一の構成になるだろうし、かような場合に正当化

を許容しようとしなければ第二の構成となろう。だが、おそらく第二の解決が立法者の意図および補足的な主観的正当化要素の機能によりよく合致すると考えられる。すなわち、法律が正当防衛による正当化のために防衛の目的(Verteidigungsabsicht)を、緊急避難による正当化のために救助の目的(Rettungsabsicht)を、また一定の官憲の行為による正当化のために第三者の権利領域への干渉のための諸前提の注意深い検討を必要としているとするならば、その行為はそれが正当化に役立つときでもそれらの主観的要素がなければ正当化されないと理解すべきであり、またそれが立法者の意図だとするならば第二の解決を採用しなければならないであろう、とするのである。

第3款 改説後のノヴァコフスキー説の評価について

まず、1972年論文において故意を違法要素としても承認するという改説後のノヴァコフスキーの違法観が、本論文において正当化の側面をも含めてより明確に示されており、とくに彼の改説後の違法論は、ガラスによって、二元的不法観のうち、行為無価値を志向無価値にのみ汲み尽し、他方全ての客観的メルクマールを結果無価値に帰属させる論者に属するものとされている⁽³¹³⁾。また不法を、まず行為無価値としての価値違反的意思決定、つぎに「結果無価値の第一段階」としての法的に否認される危険の招来、最後に「結果無価値の第二段階」としての法益侵害の実現という3つの平面に区別する彼のいわゆる「多層的不法概念」は、内容的には若干異なるもののヴォルターの「帰属論」(とくに、ヴォルターのいわゆる「第一次的結果不法(=危険性不法)」および「第二次的結果不法」の区別)⁽³¹⁴⁾、そしてこのヴォルターを通じて間接的であるがわが国の山中敬一教授の「危険無価値」の構想等に反映しており⁽³¹⁵⁾、かよ

(313) Wilhelm Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 156 Fn. 5.

(314) Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatensystem, 1981, S. 65 Fn. 5 und insbesondere 82 Fn. 69 u.s.w.

(315) 山中敬一『刑法総論[第2版]』(成文堂 2008年)412頁以下、465頁、706頁以下。

うな構想に適切な概念表示を提供したのであり、しかもかような不法の構想がドイツ・オーストリア等においてかなりの影響力をもちえたという点で興味深い。

つぎに、違法論で強調された行為無価値への重点の変遷の結果、その裏面である正当化の側面で主観的(正当化)要素がかなり重要な地位を占めるに至り、改説前の見解との著しい結論の相違が認められるという点が注目に値する。すなわち、改説前のノヴァコフスキーは、カデチカとともに「適法であるが有責な可罰的態度」という独自の主観説から出発して、客観的正当化事態そのものを不法阻却にとって十分であるとしたが、行為者が不処罰になるためには補足的に行為者がこの事態の存在の知見を必要であるとして、このような主観的要素を欠けば、行為者は正当化されるにもかかわらず可罰未遂となるとしていた。

しかし、改説後ノヴァコフスキーは正当化について二つの関連が必要であるとし、第一の関連として「二重効果の行為」という観点から正当化される利益のチャンスと法益侵害のリスクとが衡量されるべきであり、この点から事前判断の重要性を強調し、第二の関連として行為無価値は結果無価値に時間的に先行するもので、結果に対する行為の因果性ではなく、結果の行為への帰属が重要であるとする。そこから、たとえば、わが国でいわゆる「口実防衛」につき既遂論、誤想防衛でも故意犯説、またわが国でいわゆる「偶然防衛」につき既遂論、さらに本稿のテーマである過失犯に関する「偶然防衛」につき過失既遂説(=有罪説)を採る等それぞれ厳格な可罰性を肯定する見解へと至っており、この点でブルクスターラー等の見解と比較しても、主観的要素の優位という点が際立たされており、却って主観的犯罪観をなお一層強化するものとすることができるであろう⁽³¹⁶⁾。

第2節 刑法命題の命令的構造からする客観的不法概念の導出——エー

(316) 振津・前掲注(312)75頁～77頁参照。

ラー説をめぐって

エラーによる主観的不法要素の否定に対する中 義勝博士の批判的検討が既に存し、極めて有益であるが⁽³¹⁷⁾、ここではその逆の主観的正当化要素との関連でエラー説について検討することにする。

エラーは、1959年に出版した『違法な行為における客観的目的要素』⁽³¹⁸⁾という著書の冒頭部分の「問題提起」において、以下のように書かれている。中博士の簡潔・明確な表現を引用すると、「エラーが本書をものするにいたった問題意識は、ほぼ以下のような、それ自体としてはきわめて妥当な意図にもとづくものであった。すなわち、構成要件メルクマルおよび不法を規定づけるに当って、最近数十年のうちにますますおし進められることになった刑法の主観化は、行為のなかに含まれている客観的モメントの意義を色あせたものにしてている。つまり、意思の客観化としての行為のなかには、すでに意図されている結果を招来すべき客観的危険が含まれているという考え方がいちじるしく後退させられることになってきている。しかし、そもそも違法性を構成する主観的メルクマルといったものがあるか否かが探究される前に、まず行為のなかにどの程度の結果発生の危険性が含まれているかが検討されなければならないはずである。こうした検討は、客観的なものの確認から主観的なものの探究へと前進することを許す刑法における法治国家的推論にとって不可避なことである。客観的メルクマルの検討が尽されて後、はじめて主観的要素の意義が吟味されてよいという推論の順序は厳守されなくてはならない(S. 11)。」⁽³¹⁹⁾

さて、エラーは命令説に立ち戻って、不法は遂行行為の客観的目的付着的な整序を通じてのみ主観的要素に依存することなく把握するために、客観的不法概念を展開した⁽³²⁰⁾。その際、主観的正当化要素もまた広く正当化目的に基

(317) 中『刑法上の諸問題』49頁以下参照。

(318) Dietrich Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959.

(319) 中『刑法上の諸問題』54頁。

(320) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 11 ff., 15.

づく行為の外部的整序の意味において客観化された⁽³²¹⁾。一切の刑法に基礎を置く命令の内部的構造から出発して、エラーは法命令と義務命令との間を区別する⁽³²²⁾。刑法命題は法命令として構成要件の違法な設定に対しておよび義務命令として責任に基礎を置く動機づけ過程に対して向けられている⁽³²³⁾。禁止でもって違法に行為するために、法命令はその決定機能でもって人間にその——責任に依存することなく——行為者の危険性に向けられ、そして彼をここから解消すべく決定するのである⁽³²⁴⁾。

「客観的および主観的メルクマールの統一体としての行為を把握するために、それに基づく因果経過の被覆決定化、盲目的な因果的現象の目的主義化に基づく行為への意思の部分を引き出すために十分であり、そして獲得せんとされた結果に対する行為の目的付着性を認識するために十分なのである。」⁽³²⁵⁾それが個々の行為事情の構成要件の意義の認識を把握するために必要ではなく、そして従って「行為メルクマールの法的意義の意欲的な表象」ではなく、かくして故意ではなく、ともに包含するところの外部的な生活経過としての所為行為(Tathandlung)に意識的に向けられた意思のみが不法重要的である⁽³²⁶⁾。行為者の危険性にとっては有意的に行為するという能力のみが決定的であり、それはたとえば意識のない者には欠如する⁽³²⁷⁾。意思能力のある人間の活動のみが、違法性と適法性にとって決定的である⁽³²⁸⁾。しかしながら、因果連鎖の有意的な衝突による一切の結果が違法たりえないのであるから、不法にとって重要な因果連鎖は「行為の客観的目的可能性」によって回避可能なものに限界づけら

(321) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 165 ff.

(322) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 37 ff. ここでエラーは、ゴールドシュミットの法規範と義務規範との区別と結びついている。

(323) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 37.

(324) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 34 ff., insbesondere 45 f. und 47.

(325) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 14.

(326) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 14 und 47.

(327) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 46 f.

(328) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 43 f.

れなければならない⁽³²⁹⁾。行為の客観的目的可能性は、行為者の主観的目的とは独立に確定されうるのである⁽³³⁰⁾。

さて、故意性と過失にとって同程度に妥当する不法の制限は、行為の「客観的一目的的重要性」によって客観的な過失の尺度と全く異なる何ものかが提示されるということは、過失犯にとって重要である⁽³³¹⁾。これ自体は不法構成要件の中に組み入れられうるものではない。というのも、行為の違法性は客観的目的可能性を超えて行為者の生活領域に方向づけられた個々の尺度によって、不当にも制限されるであろうからである⁽³³²⁾。社会生活上客観的に必要な注意は、過失犯の構成要件要素ではなくて、社会生活上正当な態度として独立の正当化事由である⁽³³³⁾。故意犯と過失犯の不法は、一個にして同一のやり方において行為の客観的目的可能性によって、目標に向けられた行為によって目的的に回避可能であるもので限界づけられる⁽³³⁴⁾。この客観的不法に対して、故意や過失は異なる責任段階なのであり、それらは彼の所為に関連する行為者の精神的な自己決定を再現し、そして彼をそのようにこれのために答責的たらしめるのである⁽³³⁵⁾。その中にある「人間の精神的退廃」を動機づけ過程に関する義務命令が阻止しようとするものである⁽³³⁶⁾。

第1款 主観的正当化要素に対する帰結

以上のようにして得られた不法概念から出発して、エラーはまた、個々の正当化事由における主観的正当化要素を広範にわたって客観化するのである。

かくて正当防衛において、内心的事実としての防衛の意思は正当化の前提で

(329) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 70 ff.

(330) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 72 ff.

(331) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 72 und 74.

(332) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 74 f.

(333) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 75.

(334) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 73 f.

(335) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 57.

(336) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 48.

はなく、ただそれによって引き起こされた「防衛に基づく行為の客観的な整序」にすぎないのである⁽³³⁷⁾。彼が防衛のために必要な行為に、「攻撃の防衛への」客観的—外部的な「方向が与えられている」というその機能においてのみ、防衛の意思は凡そ意味をもつのである⁽³³⁸⁾。それ故に防衛の意思それ自体は、正当化事由の構成部分ではない。防衛の意思は、行為者が正当防衛状況を知っているときにのみ、防衛への具体的行為の客観的—外部的な目的付着的な整序に有効たりうるのである⁽³³⁹⁾。しかしながら、彼はたとえそれを通説とは違って規定しているとしても、防衛の意思を要求しているといえるのである⁽³⁴⁰⁾。それ故に、正当防衛状況の知見が欠ける場合には、正当防衛による正当化は考慮されないのである。これとは違って、復讐の動機は正当化を排除しない。というのも、法命令の遵守にとっていかなる動機から行為者が彼の態度を客観的に攻撃の防御に整序するのかということは重要ではないからである。

失敗した医者の治療侵襲の正当化もまた、客観的—外部的な治療目的によってのみ生じ、医者とその背後にある主観的な治療目的によってではない。そのような客観的な治療目的は、医術に相応する外部的な侵襲の遂行およびそれによって一般的な医者の経験に基づいて保障された治療結果の可能性によって根拠づけられる。それ故に、正当化は医者が医術の法則に従って客観的に適切な処置を遂行し、それについて彼がそれが治療のために必要であることを知っていたときにのみ、生ずるのである。このような前提のもとでそれと並んで存するサディスティックなあるいは反倫理的な医者の動機づけは、正当化にとって顧慮されないのである⁽³⁴¹⁾。

(337) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 166. 同様にヴェーグナーによれば、必要な客観的な防衛の目的は行為の本質から認識可能であるはずであるとする。Vgl. Wegner, Strafrecht AT, S. 121 f.

(338) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 166.

(339) Vgl. Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 168.

(340) Vgl. Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 165 f.

(341) Vgl. Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 168 f.

同じく懲戒権の場合も、行為の中で表現された客観的な教育目的のみが、正当化事由の構成部分に属するのであって、その背後にひそんでいるサディスティックな意図などはそうではない⁽³⁴²⁾。

正当な利益の擁護(§193 StGB)の正当化事由には、主観的に追求された目的が彼が行為において客観的的外部的に表現された形態のみが属するのである。その際、§ 193 StGBにおける目的が主観的にどのようなものであっても重要ではない⁽³⁴³⁾。

超法規的緊急避難でも、何ら主観的正当化要素は見出されない。というのも、一方でその客観的正当性における慎重な考量と他方で救助意思のみが、正当化に関する行為におけるその客観的な刻印づけにおいてのみ決定するからである⁽³⁴⁴⁾。

同意の場合にも、主観的正当化要素は実証されない。すなわち、なるほど同意は同意する者のそれに相応する表示を前提にする。この表示の表明は、行為者の行為に法的保護から解放された結果への客観的整序を与え、そしてまた同意の不知の場合にも既遂の刑罰は阻却され、そこでかような場合には未遂のかどうかのみ処罰される⁽³⁴⁵⁾。

以上のように、原則的にエラーは一般的な主観的正当化要素として正当化する事態の知見ならびにたとえば正当防衛における防衛の意思のように、特別の主観的正当化要素を正当化事由の構成部分として承認しているのではなく、それらが正当化する行為に正当化のために必要な正当化事由に基づく客観的一目的的整序を付与するかぎりでのみ間接的な意義を認めているのである。

第2款 エラー説の評価

(342) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 170.

(343) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 171.

(344) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 171 ff.

(345) Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 175 ff.

以上のように、エラーは主観的正当化要素を正当化事由の部分として承認しないのであるが、にもかかわらず、行為者において個人として一定の主観的な——伝統的に主観的正当化要素として理解されている——要素が存在しているときにのみ、すなわち彼によって正当化のために前提とされている正当化事由に基づく行為の客観的—目的的整序が存在するときのみ正当化が認められているのである。このことは、故意犯および過失犯に対しても妥当する。なぜなら、エラーにあっては故意や過失は不法の段階では区別されないからである。

エラーの場合には、行為者における主観的正当化要素の存在、かくして主観的な何ものかが行為者の客観的—外部的な態度が正当化事由と合致するということに対する条件なのである。ここで、主観的正当化要素の解釈のために客観的不法論の枠内で類似する構成は、実際上ベアリングに還元されるのである。ベアリングは主観的不法要素の理論につき、彼の死の直前に、主観的不法要素は客観的不法論において理論的に、主観的な何ものかが外部的な態度を違法なものとして評価されるであろうということに対する条件であろうという形態において顧慮されうるということ承認したのであった。それでもって、彼は主観的不法条件を承認したが、しかし主観的不法要素を承認しなかった。エラーは不法阻却上のこのドグマ—ティッシュな構成を継承しているのである。彼にあっては、主観的正当化要素は主観的正当化条件なのであって、すなわちそれは正当化事由の要素であることなしに、正当化事由に基づく外部的な態度の客観的—目的的整序のための条件なのである。

さて、ここでエラーの客観的不法概念に基づく主観的正当化条件ということが検討されねばならない。一般的な、すなわち社会的経験によれば行為でもって客観的—目的可能な結果に整序され、そしてそれ故に客観的—外部的に確定可能な目的性の中で構築された不法論において、故意は「不法の要素」でありうることなしに、「不法の前提」として考えられなければならない。というのも、彼は行為に「法益侵害への……客観的方向（客観的目的性）」を賦与する

からである。かような不法論は、故意をそれ自体不法要素として不法の根拠づけの中に組み込みうることなしに、一般的な主観的不法条件として承認しなければならない。そこで、正当化事由の遂行の目標への行為の整序は、すべての正当化事由において必要な正当化条件として、必然的に不法を根拠づける際の客観的一目的的要素に対する対応物である。したがって、一般的な目的性の上で構築された不法論においては、故意はそれ自体不法要素であることなしに、全ての犯罪の一般的な主観的不法条件であり、そして他方で正当化する事態の知見は、それ自体主観的正当化要素であることなしに、全ての正当化事由の一般的な正当化条件である。

しかしながら、これでもって一般的目的性に基づく不法論それ自体は、なるほど必然的に前提ではあるが、しかしそれ自体不法の根拠づけないし不法阻却の要素ではない主観的不法条件ないし主観的正当化条件の構成は、結局のところ貫徹しえないという証明をもたらすのである。かような構成に対して、すでに適切にもフィンガーが異論を唱えた。すなわち、「ある出来事が違法であるか否かどうかの問題の決定は、人間の内心生活に属する要素を引き合いに出すことがなければ、また純理論的に行われ……えないとすれば、この要素は判断の下にある対応物の本質的な部分であるという証明がもたらされる。」⁽³⁴⁶⁾と。この証明は、とりわけ故意が全ての犯罪の主観的不法条件として、そして正当化する事態の知見は全ての正当化事由の主観的正当化条件として考えられるときに、完全に立証されたものとして考えられてもよい。すなわち、まさしく故意は主観的不法要素としてのみ、そして正当化する事態の知見は正当化事由の主観的要素としてのみ位置づけられうるのである。けだし、客観的不法論の枠内で不法の根拠づけの際の主観的不法条件ないし不法阻却の際の主観的正当化条件という構成は、まず主観的要素によって生み出された、法益侵害ないし法益の保持に向けられた客観的一外部的な傾向が違法性判断ないし適法性判断を可能にし、それから、解明された現象それ自体が純客観的な、客観的一外部的

(346) Finger, GS 97, 1928, S. 390.

事象にのみ方向づけられた違法性に止まるときにのみ、その現象を十分に解明しうるのである。しかし、その構成に基礎を置く現象が最早例外ではなく、原則を形成するとすれば、その構成でもって違法性判断ないし適法性判断は原則的に主観的要素の顧慮なくしては下されえないという証明のみがもたらされるのである。

エラーの客観的不法論において、正当化する事態の知見は必然的に一切の正当化事由の条件であり、かくしてすべての正当化事由の主観的正当化条件であり、そして個々の正当化事由の単なる例外現象ではない。かような形で、正当化する事態の知見はすべての正当化事由の必然的な要素ではないということを証明することは、主観的正当化要素の現象に全体として故意犯ならびに過失犯にあっても正しく評価していないということを意味するものである⁽³⁴⁷⁾。

第3節 客観的不法論に基づく所説に関する帰結

以上のように、故意犯においてエラーを例外として⁽³⁴⁸⁾、客観的不法概念の主張者達も正当化する事態の知見あるいは他の主観的正当化要素の欠如の場合に、未遂の可罰性を肯定しており（もつとも、改説後のノヴァコフスキーは既遂論すら主張している）、それでもって、絶対的な通説と一致する帰結へと至っている。様々の異なった立場のかような近接は、いずれにせよヘーグラーの認識が今日でも十分に異論を唱えられていないということに基づくのである。すなわち、一定のそれについて議論されてもよいような諸事例において、行為記述としての違法な態度の評価は行為者の主観的表象を顧慮することによってのみ可能となるのである。そのことは、今日の客観的不法論が潜在的にも主観的正当化要素の欠如の諸事例に対しても承認されているということの意味する。なぜなら、未遂はここでは主観的に構成要件該當的で、違法な事象に向けられた行為として構成されているからである。これに対して、客観的不法

(347) Vgl. dazu Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn. 3], S. 94.

(348) Vgl. Oehler, Zweckmoment [Fn. 318], S. 165~177.

論の論者が主観的不法要素として学術用語として用いないという事実によって糊塗されてはならない。主観的正当化要素にあつては、故意犯において最終的に未遂の可罰性が実体に即しており、かつ相当に構成されうるのかという問題のみが重要なのである⁽³⁴⁹⁾。そのことは、客観的不法論の主張者達には明らかにドグマーティッシュに満足のゆくやり方で到達しえないのである。それ故に、彼らによってまた過失の未遂の不可罰性によって、過失行為の正当化に対する未遂の可罰性から引き出される主観的正当化要素の非重要性を十分納得のゆくように確証しえない。これに対して、エラーはすべての正当化事由において、従つて過失犯に対して故意犯に対してと同様に、これによって主観的正当化要素の現象を正しく評価することなしに、正当化事由の客観的・一目的的顺序を要求しているのみなのである⁽³⁵⁰⁾。

第4節 過失不法の客観性から主観的正当化要素を放棄する根拠づけ——ルードルフ・シュミットの見解

ルードルフ・シュミットは、1961年11月23日のハム上級地方裁判所の判決を契機として、本問題につき本格的な論陣を張つたのである。この1961年11月23日のハム上級地方裁判所の判決は、以下のごときものである。すなわち、

「22. ドイツ刑法典（旧）56、59条（過失行為における正当防衛）

過失行為にあつてもまた、正当防衛が正当化事由として考慮される；その限界は防衛の必要性である。

1961年11月23日のハム上級地方裁判所判決——2 Ss 1179/61

判決理由から：付随私訴原告は攻撃目的で被告人に接近した。被告人は彼の

(349) Theodor Lenckner, Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), 1965, S. 191.

(350) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn. 3], S. 94.

拳銃を引きぬき、そして発砲し、それが付随私訴原告のふとももに当たった。被告人はただ威嚇のために発砲したのであって、付随私訴原告に当てようと欲していなかった。少年参審裁判所は、被告人を正当防衛のゆえに無罪を言い渡した。上級地方裁判所は付随私訴原告の上訴を棄却した。

病弱となっていた被告人は正当防衛において威嚇射撃をなすのみならず、彼よりも身体力につきはるかに凌駕する付随私訴原告を射撃することが是認されようという少年参審裁判所の見解は、何らの法律の錯誤も認識させるものではない。所与の状況の場合には、少年参審裁判所は目指された射撃を客観的に必要な防衛として考えたのである。というのも、すでに被告人において存在する付随私訴原告が身体的な優越性を意識して、彼の攻撃の継続を威嚇射撃によって阻止されるということはまさにありそうもなかったからである。

しかし、目指された射撃が防衛のために客観的に必要であったとすれば、上訴の見解に反して、過失傷害のかどでする処罰がもはや考慮されない。というのも、少年参審裁判所が適切にも考えたように、その傷害は正当防衛によって正当化されるからである。過失行為にあっても正当防衛は正当化事由として考慮される；その限界は防衛の必要性である(SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, 9. Anfl., Anm. X 6 b zu §59, S.354)。1949年12月7日のフランクフルト上級地方裁判所の相反する見解(NJW 50, 119 abl. Anm. vom CÜPPERS)は、それが正当防衛行為の正当化を主観的考量に依存させているということで、賛同されえないのである。しかしながら、違法性は客観的尺度にしたがって、行為者が防衛の意思をもって行為するということを前提として、決定されるのである。⁽³⁵¹⁾

本件につき、R. シュミットは裁判所はただ、身体傷害が正当防衛によって正当化されるかどうかという問題のみを決定しなければならなかった、とする。付随私訴原告(Nebenkläger=以下Nと略称する)の現在かつ違法な攻撃が存在したのだから、Nの傷害は客観的に必要な防衛の枠内にある。なぜなら攻

(351) NJW, 1962, S. 1169 f.

撃者 N は身体的にはるかにまさっており、そして被告人自身によって目指された威嚇射撃によっては、N の攻撃の継続を止めさせられなかったであろうからである。ドイツ刑法典旧第 53 条 II 項における「必要性」のメルクマールは余りに狭く解釈されてはならない。被攻撃者の特殊状況、とりわけ即時の防衛への強制はしかるべく顧慮されねばならない。まさに、われわれがここで特に関心のある過失犯の領域については、必要性に関して防衛行為が重要であって、結果ではないということが大いに強調された。その防衛行為が唯一可能なものであるとすれば、その結果として発生した意欲されなかった結果を顧慮することなく正当化されることになろうとして、その脚注(1)においてライヒ裁判所判決および近時明示する者としてニーゼ、ヴェルツェルおよびマウラッハを挙げることから出発するのである⁽³⁵²⁾。本件については、以上で何の問題もないように見えるが、読み進んでいくと R. シュミットの本稿の問題性が明らかとなる。すなわち、まさに正当化事由における主観的正当化要素が取り扱われているからである。

ドイツ判例の主観的正当化要素の圧倒的な確固たる確認にもかかわらず、学説ではこれに与する者も多数いるが、反対説も多いとされる。そして客観的に正当防衛状況が存在しているのに、防衛意思が欠如するといった場合に、いかなる効果をもつかが議論されている。そして、防衛意思の肯定説からは、既遂犯のかどで処罰しようとするはずである。だが、少数説は(不能)未遂だとするがこれは首尾一貫しないものだとする。他方、防衛意思の否定説からは、かような場合完全な正当化、つまり無罪判決が首尾一貫した帰結であるはずである。しかし、少数説(改説前のノヴァコフスキー)は「適法であるが有責な」可罰的態度として、(不能)未遂を認めようとする。このことは、不要説を採るドイツの論者には妥当しない(ただし、ヘルムート・フォン・ヴェーバーは

(352) Rudolf Schmitt, *Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten*? —OLG Hamm, NJW 1962, S. 1169, in : JuS 1963, S. 64 ff.

例外である)⁽³⁵³⁾。

結局、R. シュミットによれば正当防衛における防衛の意思否定説の立場に立ち、これを前提にする。それには3つの論拠があり、第1に「防衛」という文言から主観的正当化要素は引き出されないということ、第2に、故意犯において主観的正当化要素は実際の意義が欠如していること、第3に、ここで特に重要な過失犯の枠内で防衛の意思を確定することは困難であるということである。この第3の論拠をめぐって、本論文の主たるテーマが展開されることになる。以下で彼は、4つの事例グループを区別して検討が加えられているのである。

[第1の事例グループ=(a)] このグループは、行為者が傷害しようとしたのであるが、にもかかわらず事実上死亡させてしまったとか、行為者が彼の武器で威嚇射撃するだけにとどめようと思っていたにもかかわらず、事実上傷害または死亡させてしまったというように、行為者の故意が客観的に生じた結果に及んでいなかったといった諸事例が、最もひんばんにあるものである。前述したハム上級地方裁判所の事案や、前出第2章第2節で取り上げた1949年7月12日のフランクフルト上級地方裁判所の事案などがこれに属する。特に後者の判決については、既に述べたごとく職務規定により国境侵犯者を故意で殺害しても許容されるのに、威嚇射撃の結果として過失で死亡させたとして、過失致死罪のことで罪責を負わせたのであるが、本判決は正当にも多くの注目と激しい批判を喚起した。そしてしかしながら、まずその問題性の中心点にニーゼの批判が導いた。すなわち、フランクフルト上級裁判所がなしたように、主観的正当化要素を侵害故意(Verletzungsvorsatz)と同一視するなら、

(353) Schmitt, [Fn. 352], S. 65, Fn. 21. R. シュミットは、脚注(21)で以下のように述べている。v. Weber, §12 III a 4でなるほど防衛の意思の必要性を否定しているが、しかしにもかかわらず、それが欠ける場合に未遂のことで処罰しようとするときには首尾一貫しない。というも、v. ヴェーバーは他のか所で(§12 I)、主観的正当化要素を一般的に必要なものだと表示しており、いずれにしても故意の結果犯ではそうなのである。

必然的に正当防衛の正当化事由は過失構成要件については考慮されないという帰結に至るであろう。このテーゼはその上級裁判所が、明らかに時代遅れのヴェルツェルの論評（「ヴェルツェルの呪縛」）に基づいていたからである。それに対してニーゼは、防衛の意思は防衛行為(Abwehrhandlung)のみをおおわねばならないが、惹起した結果(Erfolg)をおおふ必要はないとする。行為者がドイツ刑法典旧第 53 条の客観的メルクマールの存在において防衛意思をもって行為するとすれば、たとえ彼の故意が招来された結果を包含していなかったとしても、正当化されることになろう⁽³⁵⁴⁾。

ニーゼの見解の根拠づくで、フランクフルト上級裁判所ならびにここで判示されたハム上級裁判所の事例は有意義にかつ矛盾なく解決されうる。正当化の問題性において同様の状況にある諸事例は、ライヒ裁判所(RG)にも連邦通常裁判所(BGH)にも判示されたものとされている。そこで、これらの判決を見ておこう。

前者の RG の判決は、1924 年 4 月 8 日の第 4 刑事部にかかるものであるが、事実の概要は以下のごときものである。ラントの警察官は、彼の担当区域内で左方向約 600 m の距離のところ、2 人の男がセイヨウスモモを盗っているのを現認した。彼らのうちの 1 人がセイヨウスモモの木を揺さぶり、他のもう 1 人の男が落ちてきた果物を拾いあげていた。そこで警察官は、彼らを追い払うために 10 秒以内にカービン銃で 3 発の威嚇射撃を行ったが、その第 2 弾が果物を拾っていた男に当たって死亡させたというものである。本件につき、RG はドイツ刑法典旧 53 条 3 項の畏怖、狼狽または驚愕での防衛行為の限度の超過として、正当防衛の程度を超えるも罪とならずとする規定を適用して、その果物泥棒の死を正当化したのである。その理由はさらなる果物泥棒を阻止するために、適切かつ必要な措置を講じても許されるとする同裁判所の先例に従ったものであった。もっとも本件では、明確に正当防衛を正面から認めたものではなく、53 条 3 項による狼狽等による防衛行為の超過として不処罰とされた

(354) Vgl. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 47 f. Fn. 72.

にすぎないという点を十分考慮すべきであろう⁽³⁵⁵⁾。

後者の1957年9月6日のBGHの判決の事実の概要は、以下の通りである。ある食肉企業で、18歳の徒弟Aと数ヶ月年長の職人Bとは共に同企業で働き、かつ同室で住んでいた。両者の間にかつてから小さなあつれきがあったが、暴力ざたにまで悪化していなかった。ある日、AとBがソーセージ製造室にいたときに意見の相違から口喧嘩となった。その経過中に、AはBに対しておよそ以下のように叫んだ。「オレがお前を包丁で突き刺さないように気をつけろよ!」と。その結果BはAへと突進してきたので、Aは肉切り包丁を擬したが、こうすればBもあえて近づかないであろうと思っていたからである。しかし攻撃者Bがつきかかってきたときに、足をすべらせてその包丁の切っ先にぐさりと突き刺さり、重傷を負わせてその結果Bが死亡してしまった。AはBに傷害を与えようとも全く思っていなかったが結果的に致死へと至ってしまった。これに対し事実審裁判官は、Aを過失致死のかどで有罪とした。それに対してBGHは、Aの防衛行為の存在、かくして防衛の意思の存在を肯定した。なぜなら、本件では防衛のための意思のみが重要であって、傷害もしくは殺害の故意は問題ではないからである。だが、BGHはにもかかわらず防衛の必要性を否定し、結局刑法53条による正当防衛を否定したのである⁽³⁵⁶⁾。

以上のように、R. シュミットによればこれらの判決に引用されていないが、これがニーゼ説に一致することは明白である⁽³⁵⁷⁾。そのかぎりでは、第1の事例グループは、ニーゼ説によって正当にも解決可能である。

[第2の事例グループ=(b)] このグループは、被攻撃者が攻撃されているということを認識していたが、一般に防衛しようと欲しないが、にもかかわらず攻撃者を(非故意的に)侵害したといった事例に該当する。この種の事例は稀であるが、具体例として以下のドレスデン上級地方裁判所の判決が挙げら

(355) RG JW 1925, S. 962.

(356) BGH bei Dallinger, MDR 1958, S. 12.

(357) Schmitt, [Fn. 352], S. 66.

れる。

農場主 A と B は、両側の畑に通ずる道に関する共通の利用権をもっていた。しかし A は、肥料車を横に置くことによってこの道を閉鎖し、かつこの車の排除を困難ならしめるために車輪を取り外した。そこで、B の使用人は彼の二頭だての馬で、切り株だけになっている A の畑に運ぼうとしたさいに、これを阻止すべく A は馬の頭装具を握った。そのさい、使用人は馬をす速く駆り立てるべく馬に当てようとして、手綱をもって一撃を加えたが、それが意に反して A の手に殴打を負わしめた。本件に関して上級裁判所は、適切にも道の閉鎖は現在の違法な侵害であり、また馬の頭装具を握んだことはこの攻撃の継続だと考え、手綱をもってする打撃は明らかに（客観的に）刑法（旧）53 条によって保障されるものであるが、しかしにもかかわらず、手綱をもってする一撃は馬をす速く歩ませるためであって、この攻撃の継続を排除するためのものではなかったということで、防衛の意思の欠如を理由として正当防衛を否定した。すなわち「もっぱら故意の行為者に内在しうる動機は、過失の態度に対して概念上排除される」として、過失致傷のかどで処断したのである(1929 年 1 月 11 日のドレスデン上級地方裁判所判決)⁽³⁵⁸⁾。

本判決は、まさに上述したフランクフルト上級裁判所の判決と同一の思考からなされたものであった。すなわち、同じ侵害が故意的に行われたときには許容されるのに、なぜに非故意的に（過失で）侵害されたときには禁ぜられるのかという問題が残存したままなのである。R. シュミットによれば、ここではニーゼの見解によっては本件を救助しえないとするが、その趣旨はいまひとつ判然としない。すなわち、このドレスデン上級裁判所の事案では、違法な侵害の認識はあるが被告人の行為は防衛意思によって担われていないのだから正当化へと至りえず、したがって上述したごとく、同じ侵害が故意的になされた場合には正当化されるにもかかわらず、非故意的になされた場合になぜに禁ぜられねばならないのかとする疑念であろうが、この批判はフランクフルトの事案

(358) OLG Dresden JW 1929, S. 2760.

と同根のものである。すでに私が既述したごとく、その使用人が馬に一撃を加える意図は、結局はまさに現在する違法な侵害の排除を目指すものであり、そのために手綱を振るうのであるから、それがたまたま違法な侵害者Aの手に当たったとしても、その行為は防衛の意思によって担われているものと解することができよう⁽³⁵⁹⁾。それ故、Aの手への一撃による傷害は正当防衛の枠内にあり、本件の場合でも防衛の意思必要説をとったとしても、正当防衛の成立が可能であると考えられるのである⁽³⁶⁰⁾。

〔第3の事例グループ=(c)〕 第3の事例グループは、行為者によって惹起された結果それ自体は、故意（防衛の意思）によっておおわれているが、その招来の態様に齟齬があるといった事例である。これは判例によって取り上げられている事例ではないが、R. シュミットは以下のごとき事例を設定している。

Aによって違法に攻撃されたBは、Aにピストルを向け、そして彼をその射撃によって闘争不能になさしめようとする。しかし、実は銃弾はピストルの奪い合いの際に発射され、その際Bが欲したのとは異なった態様のもとでAに当たる。

この事例グループにあつては、ニーゼ等の見解によっても十分に正当化へと至り得るであろう。すなわち、ピストルの奪い合いと発砲が統一的な行為を形成し、さらに防衛意思は全体としての防衛行為に基づいて決せられ、奪い合いを伴う防衛意思は全侵害過程の（主観的）正当化のために十分であるからである⁽³⁶¹⁾。

〔第4の事例グループ=(d)〕 最後に、R. シュミットは防衛の意思を固持するニーゼの見解の基礎づけのもとでも満足に解決されえないと思われる事例が思考可能であるとして、以下の設例を挙げている。

(359) 振津『刑事不法論の研究』61頁参照。

(360) 中『刑法上の諸問題』104頁以下をも参照。

(361) 振津『刑事不法論の研究』61頁、中『刑法上の諸問題』106頁。

AはBの子供を誘拐する(ドイツ刑法339条a)。BはAを現行犯に基づいて、手に装填しかつ安全装置を外したピストルをもって追跡し、そして叫ぶ。「生まれ、さもなくば撃つぞ!」と。しかし、事実上Bはそれによって彼の子供に当たるかも知れないという不安をもっていたので、決して撃とうとは思っていなかったが、彼は追跡の際つまづき、その反射運動によってピストルが発射されAに命中する。

この設例につき、R. シュミットによれば防衛意思の必要説にとっては重大な欠陥を露呈するとする。すなわち、ピストルの発射は追跡行為とは独立の反射運動に基づくものであり、なるほど追跡行為は防衛意思によって付随されているが、(非意思的な)反射運動はそうではないから、ニーゼ等の見解をもってすれば正当化へと至りえない、とするのである。したがってこの場合にも必要説を採るならば、故意的に侵害がなされる場合には正当化されるにもかかわらず、非故意的になされた場合には正当防衛が成立せず有罪という耐え難い帰結へと導かれようとするのである。したがってこの結論を不満足とするなら、防衛意思なる要件を放棄しなければならないものとされる。

しかし、R. シュミットの批判にもかかわらず、かような緊急時において装填したピストルをもってする追跡の際に、物につまづき、そのはずみで発砲するといった場合も一般にある程度まで思考可能であり、強いて追跡行為と発砲行為とを別個の行為とみる必要はなく、発砲行為もなお防衛意思によっておわれていると断言するのはなかろうか⁽³⁶²⁾。なお、中博士によれば「追跡中につまづくといったことは……むしろ追跡行為に含まれている様々のヴァリエーションの一環だと考えてよいのではなかろうか。しかも、シュミット自身がこの追跡は防衛意思によって蔽われているとしているのであるから、つまづいた拍子にピストルが発射され、それがAに命中したという一連の過程もこの追跡行為の一環をなすものとしてこれに含めてよいとすれば、このような事象も正当化前提の認識による行為として、この意味での防衛意思にもとづくも

(362) 振津『刑事不法論の研究』62頁。

のと解して支障ないであろう。」と評されている⁽³⁶³⁾。

さて、以上のようなR. シュミットの過失犯における主観的正当化要素の否定説は、元来、出発点において故意犯においても「防衛意思」否定説の立場をより強固たらしめんがための重要な論拠の一つであったということを想起しなければならぬ。一般的に主観的正当化要素の否定説からは、「過失犯における主観的正当化要素」の否定こそは好個の素材たりえたと評しうるであろう。

第5節 その他の諸見解——とくに不要説をめぐって

既述したごとく、1949年7月12日のフランクフルト上級地方裁判所の判決をきっかけとして、過失犯において主観的正当化要素が必要とされるならば、過失犯については正当化事由による違法阻却は存在しえないことにもなろう、という意識が一般化した。そこで防衛意思等の主観的正当化要素を一般に否定する論者にあってはもちろんのこと、故意犯にあってはなるほどこれを要求するが、過失犯にあっては不要であるとする見解もかなり主張されることになった。しかしながら、かような主旨から主張されたルードルフ・シュミットの論考につき、それぞれにわたって不要説を採る必然性はないものとする論拠も示されたかと思う。もっとも、その論拠は時代遅れの「ヴェルツェルの呪縛」から解放したニーゼの所説がその根底にあったわけであり、そしてこれによりその師ヴェルツェルも改説するに至り、マウラッハ等の人的不法論者の多数により承認されるに至ったことは、既に拙稿で論述しておいたところである。その他では、防衛の構成要件該当の結果を含まざる防衛意思（イエシエック）や、あるいは「社会的に有価値な結果」に向けられた意思（マウラッハ）等をもって過失犯における防衛意思であるとして、防衛意思の必要性が述べられたのである。その際、故意犯同様過失犯にあっても「認識なき正当防衛」（偶然防衛）につき、必要説に立てば既遂論と未遂論が存在することも既述の通りである。そして、ヴェルツェル、マウラッハ、ニーゼ、改説後のノヴァコフスキー等は

(363) 中『刑法上の諸問題』107頁以下。

既逐論に立っており、それに対して今日のドイツの通説が未遂論に立っていることも周知の事実である。

もっとも、先に挙げたルードルフ・シュミットの事例グループは全て行為者に正当化する事実の認識が存在していた場合しか問題となっていないが、その認識のない場合を考慮するとかなり重大な問題が存することは明白である。すなわち、ヴァイダーが不要説の論拠を強化するために、現実には1960年にウィーンで起った事件に基づいて、第4の事例グループに属する変型事例として以下のごとき設例を挙げている。ある警察の高官が彼の乗用車を運転中に、過失から四つ辻で他の自動車に追突する。追突された自動車の運転手は自動車から跳び出し、その場を立ち去ろうとする。その際、その高官は、実は追突された車の運転手が逃走中の強盗であり、彼の交通違反の運転による追突によって、恐らくはやすやすと逃走するのを阻止するものであるということを知らずになしたのであるが、強盗はこれによって追跡中の警察官により間もなく逮捕される。さらには、ポッケルマンも行為者が故意的に実現してよいであろうことは、過失で実現しても可罰的ではありえないとして、以下のごとき設例を挙げて不要説の論拠たらしめようとする。すなわち、純粋な喜びから大晦日の夜に爆音で銃を撃ち、そしてその際、過まってまさに彼の家に押し入った侵入窃盗に当たった場合には正当化されるべきであるとするのである⁽³⁶⁴⁾。

さて、前者のヴァイダーの設例については、かつて以下のように述べておいた。すなわち、かような事例においては、行為者の交通違反に関する道路交通法上の問題に関しては別論としても、たとえば強盗を致傷せしめた場合でも、それが事後的に観て必要性の枠内に止まっているかぎり、防衛意思の不要説からは正当化が認められることになる。しかし、かような事例においては何ら事態価値に向けられた獲得努力を伴うものではなく、その行為態様も注意義務に違反する交通違反行為であって、なおかつ、もしかような重大な万一の偶然がなければ確実に（業務上）過失致傷として処断されるべき事例が、完全な正

(364) Vgl. Paul Bockelmann, *Strafrecht · Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 1979, S. 166.

当化へ至りうるというのは、なお疑念があるように思われる。きわめて稀な万一の強盗車に追突した交通違反の警察の高官の行為は、なお違法領域に止まるべきものであるが、もっとも、その際この違法領域とは、故意犯との対応関係上過失未遂という一般に不可罰な違法領域に止まるにすぎないであろう⁽³⁶⁵⁾。

後者のポッケルマンの設例も、年の終わり・新年を祝うといった一見価値中立的な意思に基づく射弾のように見えるが、もしこれが自家の家人もしくは他家の住民に当たったとすれば、重大な過失傷害であろう。しかし、かようなきわめて稀有な万一の偶然で侵入窃盗に当たったとするのであるが、それはまさにきわめて危険な射撃であったといえよう。もっとも、われわれの立場からは万一の偶然である侵入窃盗に当たったとしても、過失傷害未遂(=不可罰)とするのであって、結論的には不要説と同じ効果をもつのである(もっとも、過失既遂論を採る論者には重大な疑念が残るであろう)。しかしながら、このポッケルマンの設例のごとく万一の稀有な偶然である侵入窃盗に当たったということで完全な正当化に至るとするのは、不要説の論証としては必要・十分なものではないであろう。やはりその射撃は、家人ならびに他家の住民等の身体・生命に対する重大な危険を伴うものであって、なお違法領域に止まるべきものである。したがって、これをもって過失犯において主観的正当化要素は不要だとする論拠には全くならないものといってよいであろう。

第6節 わが国の議論状況について

わが国において、過失犯における主観的正当化要素を明示的に否定するのは、平野龍一博士である。すなわち、「防衛の意思が必要だとすると、過失犯については正当防衛による違法阻却は認められないことになるであろう。」⁽³⁶⁶⁾とされた。同様に内藤 謙博士も、過失犯においても正当化事由がありうるこ

(365) 振津『刑事不法論の研究』62頁以下。

(366) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』243頁(有斐閣 1975年)。

とを前提とされつつも、主観的正当化要素の否定論を展開されている⁽³⁶⁷⁾。

これに対して、過失犯においても主観的正当化要素を肯定する見解は、従来から中博士、近くは大谷 實（侵害を排除する意思）博士⁽³⁶⁸⁾、川端 博（急迫不正の侵害に対応する意思）⁽³⁶⁹⁾、曾根威彦（正当防衛状況の認識、およびこれに対応する何らかの行為を行なうという意思）⁽³⁷⁰⁾、井田 良（「法益保全の意味をもつ行為を行おうとする意思」という意味における法益保全意思）⁽³⁷¹⁾、花井哲也（防衛行為に対応する行為者の主観的意思）⁽³⁷²⁾教授等である。

では、以下内藤博士の論述に従い、正当化事由とされる類型ごとに区別して論じていきたい⁽³⁷³⁾。

(1)正当防衛 過失犯における正当防衛とは、たとえば①Xがピストルの手入れをしていたところ暴発し、そばにいたAに弾丸が当たって死亡させたが、実はAがXのピストルを奪おうとしてみさにXを射殺する寸前であったような場合に認められる（いわゆる「偶然防衛」の一事例）。これに対しては、防衛の意思の不要説からは正当防衛が認められる。しかしながら、われわれの立つ必要説である防衛状況の認識説からは、過失致死未遂となりその効果としては不可罰であり不要説と同じになるが、なお依然として違法領域に止まることになる。つぎに、②BがYのピストルを奪おうとして刀で切りかかってきたので、Yはこれを威嚇してやめさせるつもりで、ピストルをBに向けたが、誤って引き金を引き、弾丸がBの足に命中して傷害を負わせたような場合が考えられる。②のような場合、不要説からは当然正当防衛が成立するが、正当

(367) 内藤 謙『刑法講義総論（下）I』1142頁以下（有斐閣 1991年）。

(368) 大谷 實『刑法講義総論〔新版第3版〕』290頁（成文堂 2009年）。

(369) 川端 博『刑法総論講義〔第2版〕』332頁（成文堂 2006年）。

(370) 曾根威彦「過失犯と緊急行為」植松正ほか『現代刑法論争I〔第二版〕』156頁（勁草書房 1997年）。

(371) 井田 良『講義刑法学・総論』341頁（有斐閣 2008年）。

(372) 花井哲也「過失犯と違法阻却事由」阿部純二ほか編『刑法基本講座〈第3巻〉』195頁以下（法学書院 1994年）。

(373) 内藤・前掲注（367）1142頁以下。

防衛状況の認識のみを必要とするわれわれの立場からも、正当防衛が成立することになる。もっとも、防衛の意図・動機まで要求する必要説からは正当防衛は成立せず、過失傷害罪(=有罪)の責めを負わせることになる。もちろん、後説は妥当とは思われない。

(2)緊急避難 緊急避難に関しては、たとえば、火事にあつて生命の危険に瀕したXが、逃げる時夢中でAを押し倒して傷つけることを認識せずに、やむをえずAに傷害を負わせたような場合が考えられる。

緊急避難につき、避難意思を不要とする立場からは、上記のケースは当然緊急避難として正当化される。そして、われわれの立場にあつても、火事により生命の危険に瀕したXの行為はこれ以外の態度をとる可能性がなかったとの事実の認識があれば(補充性の要件)、Xの行為より生じた害が避けようとした害の程度を超えない範囲内にあるかぎり(法益均衡の要件)、緊急避難を認めてよいように思われる。

なお、これとの関連で内藤博士は次のような大阪高裁判決を挙げておられる(大阪高判昭和45年5月1日高刑集23巻2号367頁)。すなわち、本判決は、道路上を時速55キロメートルで進行していたAが、約3、40メートル前方に、道路中央線を突破して時速約70キロメートルで対向して来る普通乗用車を発見し、これとの衝突の危険を避けるため、とっさに左にハンドルを切つて約1メートル左に寄り、多少減速して離合し、そのために後続の単車と衝突して、その運転者に傷害を与えた過失行為につき、緊急避難の成立を認めて無罪としたものである。

(3)被害者の同意 過失犯における被害者の同意が問題となる場合として、飲酒運転者であることを知りつつ友人の自動車に同乗して、事故により傷害を負つたような場合である。内藤博士によれば、この場合の違法性阻却の要件である同意は、故意犯と同様に直接に法益侵害の具体的結果に及ばねばならないとされる。もっとも、井田教授によれば「危険にさらされることの同意」でよいとされるが、その根拠は自己の利益を危険にさらす自由であるとされる。こ

の自由は、相撲・ボクシングといった各種格闘技スポーツや、医師による危険な手術等においても肯定されるとする。そして、かような同意は行為時における行為不法が否定され、事後的に結果不法が生じても、それだけでは可罰的不法は成立しないからだとする(もっとも、その他に様々の前提条件がある)⁽³⁷⁴⁾。

(4)許された危険 「許された危険」の法理は、生命・身体保護のための限定された領域(一定の医療行為、一定の救助活動など)で認められるものである。内藤博士によれば、それは新過失論を基礎づける意味での「社会相当性型」のそれではなく、利益衡量型の限定された領域における「許された危険」である。ここでも、同博士の言われるように、「社会相当性」といった無内容・無限定な正当化原理であってはならないであろう。たとえば、医療侵襲の場合でも患者の同意が重要な意味をもつ。一定の「危殆化への同意」があり、万一の死傷結果のリスクがきわめて低く、健康回復の見込みが高い場合にのみ許容されよう。すなわち、万一の死傷結果のリスクと健康回復の見込みとを比較衡量して、後者が圧倒的に高度なときのみ、患者の同意を前提としてその危険が許容されるのである。その法理は、高速度交通機関等様々な場面における現代の危険な活動一般に適用可能であろう。

結 語

以上、本問題をもっぱらドイツにおける学説・判例によりつつ議論してきたが(というのも、わが国では従来ほとんど論及されてこなかったがゆえである)、正当防衛・緊急避難等の緊急行為の際の過失犯における主観的正当化要素としては、防衛行為等の単なる認識があればそれで足る。それ故、わが国の多くの論者、たとえば井田教授のように「法益保全の意味をもつ行為を行おうとする意思」という意味における法益保全意思」といったなお有価的・有意味的な意思までは全く必要ではなく、防衛・避難行為等の単なる認識のみで十分である。これを欠く場合には、偶然防衛等として過失未遂といった一般的

(374) 井田・前掲注(371)342頁以下参照。

に不可罰であるが、なお違法領域に止まるものであるということも確認されたかと思う。

また、被害者の同意・許された危険等では、被害者・患者等の「危殆化されることの同意」が必要とされる。もっともそれは、万一の死傷結果の発生を否定しつつ、それでもなおそのリスクを承認して圧倒的な高度の有価値的な（価値中立的であってもよい）⁽³⁷⁵⁾結果とを比較衡量して、「危殆化されることの同意」が有効なものとなされよう。

以上のように、主観的正当化要素は過失犯においても必要であり、それは防衛・避難行為等の単なる認識で十分であり、これを欠くときには（たとえば偶然防衛）過失未遂として一般に不可罰であるが、なお違法領域に止まることになる。

これが、私の現在の当面の結論である。

(2011年9月17日稿了)

(375) サド・マゾ的な加虐的性行為に関して、生命の危険を伴う首絞め行為などは、死亡結果が発生しないかぎり被害者の同意が有効である。死の結果が発生した事例として、大阪高判昭和29年7月14日高刑裁特1巻4号133頁は過失致死罪としたが、他方同様の事例で、傷害致死罪とした大阪高判昭和40年6月7日下刑集7巻6号1166頁があるが、後者は妥当とは思われない。