

Über die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt (1)

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/2297/19764

過失犯における主観的正当化要素について(1)

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(以上本号)

はじめに

私は、既に30余年前の1976年に公表した論文「不法における結果無価値と行為無価値(二)・完——違法とその阻却に関する一考察——」⁽¹⁾において、正当防衛の枠内においてのみであるが、過失犯においても主観的正当化要素としての「防衛の意思」が問題となりうるかということを検討したことがあるが、その後1990年に中義勝博士が「いわゆる防衛の意思について」⁽²⁾で、これに関説した論文を公表された後、その後これに関連する問題の全面的な考察・検討は行われていない。

そこで今回、過失犯においても主観的正当化要素が問題となりうるのかを考察・検討すべく企て、本稿の課題として設定すべく決断した次第である。

では、この困難な問題につき順次検討することとする。その際、まずはエ

-
- (1) 振津隆行「不法における結果無価値と行為無価値(二)・完——違法とその阻却に関する一考察——」344頁以下(関西大学法学論集26巻2号1976年)、後に同『刑事不法論の研究』56頁以下(成文堂1996年)所収。
 - (2) 中 義勝「いわゆる防衛の意思について」1209頁以下(関西大学法学論集39巻4・5号1990年)、後に同『刑法上の諸問題』98頁以下(関西大学出版部1991年)所収。もつとも、井田 良『講義刑法学・総論』341頁以下(有斐閣2008年)は、これに1節を設けており、大谷・川端説も関説されている。

グベルト・ウヴェ・ユングクラウセンのディッセルタチオン^③を参看しつつ論を進めることにしたい。

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

過失犯における主観的正当化要素の問題は、法秩序において、過失の概念がその前提と法的効果において故意と並ぶ独立の概念として発展していること、さらには過失が独立の犯罪メルクマールとして責任から区別された違法性（ないし、構成要件）の段階で問題となりうるということが承認されて初めて議論されうるのである。もっとも、わが国では過失の体系的位置づけについては、故意と並んで責任領域でのみ問題となりうるとする有力説が存するものの（旧過失論）、他方違法性の段階において論ずべしとする見解も有力であり（新過失論）、この問題は1つの重大な問題を形成している。しかしながら、本論で論ずるようにドイツにおいて現実に過失犯における主観的正当化要素が問題となった諸事例が存するので、わが国における新・旧過失論争をひとまず措いて、本稿では過失を違法性の段階に位置づけた上で、主観的正当化要素の問題を論じたいと思っている。

もっとも、違法性の犯罪メルクマールとしての過失の位置づけは、極めて近時の現象である。後期中世法学に至るまで、過失は一方で刑法的に重要ではない偶然から、他方で故意から区別された独立の刑事負責(Haftung)の形態にまで展開されてこなかった。このことは、ドイツ法学において16世紀の中頃に初めて到達したのであり、他方、一般的犯罪メルクマールとしての違法性は、さらに遅れて19世紀末にやっと成立したものである。

20世紀の初めにやっと主観的要素が正当化事由の構成要素として承認され始めたのであり、その際、責任メルクマールからの区別はまず最初に十分

(3) Egbert Uwe Jungclaussen, Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikte – zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre, 1987.

に解明されえなかったということは周知の事実である。第1次世界大戦時に初めて犯罪概念において、主観的正当化要素が体系的に責任メルクマールから区別されうるといように展開されたのであった。それ故に、一方で不法概念の発展と他方で主観的正当化要素の発展との間には、密接な連関が存在するのである。かくして、20世紀の30年代の不法構造の熟考によって、正当化する事態の知見によって担われた意思が、正当化事由の行使のために全ての正当化諸事由において必要な主観的正当化の前提であるという認識が、初めて形成されるに至るのである。それ以後、個々の正当化事由と特別の主観的正当化要素と並んで、一般的な、すなわち全ての正当化事由において主観的正当化要素が必要ではないかとの認識が芽ばえ始めたのである。

第2次世界大戦後、目的主義(Finalismus)の影響のもとで、過失犯における正当化は、故意犯のそれとは異なる不法構造のゆえに、独自の制約が必要であるとする認識が普及したのである。ここから、過失犯における主観的正当化要素に関する重要な帰結も引き出されるに至った。

以上のようなスケッチを前提として、まずは過失犯の理論史的概観をみることにしたい⁽⁴⁾。

第2節 刑法的負責の独立の形態についての過失の展開に関する概観

既に、わが国においてドイツにおける過失犯論の歴史的展開に関する詳細な真鍋 毅教授⁽⁵⁾および内田文昭博士⁽⁶⁾の先行業績が存在するが、これらをも参看しつつわれわれの観点から、過失犯の史的展開をその大綱において概観することにした。

最も古い刑法は、国家的に規制された純粋な結果責任に結びつく私人の復讐(Rache)に基づいていたのであり、それは負責される者の要素は一般的に

(4) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.1 f.

(5) 真鍋 毅『現代刑事責任論序説』15頁以下(法律文化社 1983年)。

(6) 内田文昭「過失犯の史的展開について(一)(二)」(3頁以下上智法学論集16巻1号 1972年、1頁以下同17巻3号 1974年)。

何の役割も演じなかった⁽⁷⁾。タリオ思想による刑法的責任の制限は、文化的発展の後の段階で初めて成し遂げられたのである⁽⁸⁾。

ローマ刑法もまた、その初期においてタリオ思想に制限された結果責任に基づいていた⁽⁹⁾。結果責任からの解放は確かな出典として、まず第一に、おそらく古代ローマ時代の王法に淵源するパピリウス(Papirius)により編集されたヌマ⁽¹⁰⁾の王法(紀元前6世紀前後)に、以下の規定があるのが見出される。

SI QUIS HOMINEM LIBERUM DOLO SCIENS MORTI DUIT, PARRICIDA(S) ESTO. (Festus, Parricidi Questores.)

「何人と雖も自由人を悪意に依り意識して死に至らしめば、殺人犯たるべし。」⁽¹¹⁾

これに続いて、以下の規定がある。

Servius, ad Egl., 4, 43

In Numae legibus cautum est ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occidi agnatis eius in contione offerret arietem.

「実にヌマ王の法規の規定する処に依ると、若し人が不注意にして他人を殺せし場合には、被殺者の頭格に従って夫々一般集会の場に於て被殺者の宗族に牡羊を提供すべしと。」⁽¹²⁾

(7) Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht. Band I, Allgemeine Grundlagen, 1925, S.44 ff. ; Alexander Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts. Band I. Die Entwicklung des geltenden Rechts, 1895, S.19 ff.

(8) Hippel, Strafrecht. Bd. I [Fn.7], S.44 ff. ; Löffler, Schuldformen Bd. I [Fn.7], S.19 ff.

(9) Vgl. Anselm Ritter von Feuerbach=Karl Joseph Anton Mittermaier, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 13. Ausgabe, 1840, S.93 ; Löffler, Schuldformen Bd. I [Fn.7], S.63 u.s.w.

(10) ヌマ王は、ローマ2代目の王である。在位紀元前715年～672年といわれている。これにつき、真鍋・前掲注(5)26頁注(9)参照。

(11) 岩田健次「ローマ法における殺人罪」572頁(関西大学法学論集 16巻4・5・6号 1967年)。なお、訳文は同『西洋法制史料選 I 古代』6頁(創文社 1981年)に依る。

(12) 岩田・前掲(注11)572頁。なお、訳文は(注11)と同様後者・7頁に依拠した。

ここで使用されている「*dolo sciens* (悪意に依り)」および「*imprudens* (不注意にして)」で行なわれた殺害の原則から、ヒムメルライヒの見解に反して⁽¹³⁾、ローマ刑法が、既にその初期において過失の概念を適切にも把握していたということは引き出されない。この点に関し、岩田健次教授は以下のようなコメントを加えられている。すなわち、「*imprudens* (不注意であつて)」が、今日的の過失に当るかどうかは、問題であるが、いずれにしても、過失で殺人をした場合は……民事的に損害賠償額を算定して、解決するという思想がみられる。……過失殺人者は、公法の領域よりも、むしろ私法の領域で解決せよとの思想は、かなり古いものである。⁽¹⁴⁾とされている。そして、「不注意にして」という概念は、ローマの原典においては、まず「予見されていない」ないし「ありそうではない」および「知らない」ないし「知っていない」という意義が帰するのである。また、「不注意にして他人を殺せし場合」という文は、偶然的な殺害をも包含しているという事実は、「不注意にして」という概念が、ここでは予見していない、知らない、そしてまた知と意欲の否定としてのみ使用されたであろうことを意味するものである⁽¹⁵⁾。

紀元前 451 年から 449 年に、貴族と平民との階級闘争の結果として成立した 12 表法は、本質的に王法の殺害犯の規定を継承したものであつて、それは以下のように補充されている。

XII Tabularum, TABULA VIII, 24. a SI TELUM MANU FUGIS MAGIS QUAM IECIT, aries subicitur.

「もし矢が、手から、ねらつたよりも遠くまでとんでいったならば、牡羊がその代償として提供される。」⁽¹⁶⁾

(13) Vgl. Klaus Himmelreich, *Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit*, 1971, S.10.

(14) 岩田・前掲 (注 11)572 頁以下。

(15) Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente* [Fn.3], S.3.

(16) 訳文は、佐藤篤士『改訂 LEX XII TABURUM——12 表法原文・邦訳および解説——』189 頁 (早稲田大学比較法研究所叢書 21 1993 年) に依拠した。なお、岩田・前掲 (注 11)574 頁では、「矢」ではなく「投槍」としている。

なお、この規定に関し、「キケロ（トピカ 17,64）=矢を射ることは意思による行為であり、望まない者に命中することは偶発的なことである。ここから、あなたの行為において、『もし矢が、手から、ねらったよりも遠くへとんでいったならば』牡羊がその代償に提供されることになる。」との注記があり、この規定の解説として佐藤篤士博士は、「過失によって他人を死にいたらしめたときは、牡羊を代償として被害者側に引渡した。必ずしも矢にかぎらず石・木片・金属いずれのばあいにもこの規定が適用されたものであろう。」⁽¹⁷⁾としている。すなわち、この規定は、故意殺人でない過失（・偶然による）殺人者には公法の領域よりも、むしろ民事法の損害賠償の対象として、自己を犠牲にするのではなく、牡羊を提供して自己の罪業を消滅せしめるという王法の思想を継承しているのである。なお、殺人については、*dolus* か *casus* かの決定は殺人事件査問会(*Quaestores paricidii*)によって行なわれたものようである⁽¹⁸⁾。

たとい、12表法が非意思的な殺害をここで実定的に規定していたとしても、故意的殺害と非故意的殺害と並んで、後者の領域において過失的な惹起と偶発的な惹起との間を区別していなかった。同じことは、放火の領域に対しても妥当し、そこでは、ただ故意的に熟考された行為が非故意的な行為から区別されていたにすぎない。12表法は非故意的な惹起が偶発的な惹起を区別したのではなく、それは *casus*（偶然）と *dolus*（故意）と並んで、第3の概念としていまだなお、過失を知らなかったのである⁽¹⁹⁾。

古典的ローマ刑法において、*dolus* と *casus* とが明確に分離され、その際 *dolus* に違法な結果の招来のために遂行された意思的行為が流入し、他方で *casus* は一切の欲せられない結果を包括するものであって、何らの公刑罰を基

(17) 佐藤・前掲（注16）190頁。

(18) 岩田・前掲（注11）574頁参照。

(19) Vgl. Löffler, Schuldformen Bd. I [Fn.7], S.64 ; Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.3.

礎づけるものではなかった。ハドリアヌス帝（在位 117 年～138 年）時代の初期に、casus の概念から culpa が刑法的負責の独立の形態として分離され、それは偶然ではない、非意思的な結果の惹起の様々の個別グループを把握するものであったが、そこでローマ法において過失の概念規定の発端を見出しうるものの、ローマ人は一方で dolus および他方で casus から過失の明確な限界づけへと肉薄しなかった。したがって、ローマ法はなるほど民事責任を知っていたが、しかし culpa 的な犯罪の公的な刑罰訴追、およびまた過失の犯罪を知らなかったのである⁽²⁰⁾。

ゲルマン刑法は、結果に向けられた意思を有する Willenswerk と Ungefährwerk（意思なき所業）⁽²¹⁾との対比でもって、なるほど意欲された結果と所為の意欲されなかった結果とを区別し、そして後者を本質的に軽く処罰したのである⁽²²⁾。しかしながら、Ungefährwerk の枠内において、ゲルマン人は過失と偶然との間を区別しなかった⁽²³⁾。過失と偶然との厳格な区別は、ゲルマン部族法にとって、たとい個々のそれによって Ungefährwerk として段階づけられる諸事例において、災いの予見可能性の要素でもって過失要素が示めされるとしても、その区別は要求されなかったのである⁽²⁴⁾。

フランク時代においては、教会の影響下で意思要素が刑罰の前提としてより強く強調されたが、それは、しかしながら、それによって過失の把握にお

(20) Eingehend Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd.4, Die Fahrlässigkeit, 1919, SS.65~87 ; derselbe, Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, 4. Auflage, 1890, S.13. なお、真鍋・前掲注(5)25~26 頁および内田・(一) 前掲注(6)19~20 頁をも参照せよ。

(21) これにつき、内田・(一) 前掲注(6)10 頁参照。

(22) Binding, Normen Bd.4[Fn.20], S.9 ff. なお、ミッターイス＝リーベリッヒ著世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説 改訂版』62 頁以下（創文社 1971 年）をも参照のこと。

(23) ミッターイス＝リーベリッヒ著世良訳・前掲注(22)63 頁。Himmerleich, Notwehr [Fn.13], S.13 f.

(24) Vgl. Binding, Normen Bd.4 [Fn.20], SS.27~35 ; Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.4.

ける前進がゲルマン部族法に対して達成されることなく、進展されなかった⁽²⁵⁾。

カノン法は、ローマ法に由来する *dolus*、*culpa* および *casus* との間の区別を知っていたが、ローマ法とのきわ立った対立において、純粋な偶然的な結果に基づく負責(*Haftung*)を拡張させたが、その内容は行為者に課せられた *casus* の証明に対して、*versari in re licita* の証明を要求することを通して、然るのであった⁽²⁶⁾。*casus* の非帰属性は、それが非故意的な行為に関する責任判断と原則的に一般的に何らの関係をもつのではなく、それはまず第一に結果を惹起した行為の道徳的な性格に依存していた尺度に依拠したのである。この基礎に基づき、カノン法は過失を適切に把握しえなかった。カノン法の法源の中に、*casus* に対する限界づけを保障する過失の一般的な概念規定が、その理由で見出されないのである⁽²⁷⁾。

中世においても依然として、ザクセンシュピーゲルが *Willenswerk* と *Ungefahrwerk* との対比を使用し、そして *Ungefahrwerk* に対して広範に損害賠償を規定したが、決して刑事罰は規定しなかった⁽²⁸⁾。ザクセンシュピーゲルが第2巻第38条⁽²⁹⁾における *warlose* (不注意) という概念の使用によって⁽³⁰⁾、不注意性に対する損害賠償責任 (人命金) を構成しているという事実のみから、ザクセンシュピーゲルが既に過失を偶然から区別しえたとか、既に無意

(25) Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente* [Fn.3], S.4. なお、ミッタイス=リーベリッヒ著 世良訳・前掲注(22)157頁をも参照。

(26) Binding, *Normen Bd.4* [Fn.20], S.115 ff. ; Löffler, *Schuldformen Bd. I* [Fn.7], S.136 ff., insb. S.139 f. ; Horst Kollmann, *Die Lehre von versari in re illicita in Rahmen des Corpus juris canoniei*, *ZStW Bd.35*, 1914, S.46 ff.

(27) Vgl. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente* [Fn.3], S.5.

(28) Vgl. Binding, *Normen Bd.4* [Fn.20], S.90 ff.

(29) 本条文の邦訳として、久保正幡ほか訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』187頁(創文社 1977年)がある。

(30) これらにつき、内田・(一)前掲注(6)25頁以下参照。

識的な過失を知っていたといったことは、引き出されないのである⁽³¹⁾。

シュヴァーベンシュピーゲル⁽³²⁾は、ザクセンシュピーゲルとは異なり、Ungefährwerk の部分領域を dolose Tat と同置し、そして必然的に有責な Ungefährwerk を責任の無い Ungefährwerk から区別したが、しかしこの限界づけから、過失の把握における前進は結論づけられない⁽³³⁾。

個々の中世の都市法は、過失に対する刑法的な責任を知らなかった⁽³⁴⁾。

過失の把握における本質的な前進を、1425年に由来するクラークシュピーゲルが初めてもたらしたのであり、それは最初の法違反として culpa の概念を全く明確にドイツにおいて把握したものであって、そしてそれをより古いドイツ法の伝統を破って初めて明確に偶然から区別したのである⁽³⁵⁾。15世紀において初めて、散在的に過失の概念がもたらされたのではあるが⁽³⁶⁾、その概念の成立史は確定的には解明されていないのである⁽³⁷⁾。

1532年のカールV世の刑事裁判令(カロリナ)⁽³⁸⁾は、geverlich な行為を ungeverlich な行為から区別することによって、原則的に Willenswerk と Ungefährwerk の対置を確定したのである。ungeverlich な行為は、これが明文をもって規定されたところでのみ処罰され、そして原則的に軽減的に処罰された。われわれが、今日 dolus eventualis、そしてしたがって故意領域に位置づける

(31) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.5 ; a. A. Himmerleich, Notwehr [Fn.13], S.15 f. なお、内田・(一)前掲注(6)32頁以下、特に35頁以下をも参照せよ。

(32) これにつき、内田・(一)前掲注(6)38頁以下参照。

(33) Binding, Normen Bd.4 [Fn.20], S.94 ; a. A. Himmerleich, Notwehr [Fn.13], S.16.

(34) Binding, Normen Bd.4 [Fn.20], S.95 ff.

(35) Binding, Normen Bd.4 [Fn.20], S.126.

(36) Vgl. Binding, Normen Bd.4 [Fn.20], S.146.

(37) Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.6.

(38) カロリナの全訳として、埴 浩「カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」210頁以下(神戸法学雑誌18巻2号1968年)がある。後に、同『フランス・ドイツ刑事法史』145頁以下(信山社1992年)所収。なお、抄訳として、同『西洋法制史料選Ⅲ近世・近代』40頁以下(創文社1979年)がある。カロリナについて詳しくは、真鍋・前掲注(5)47頁以下、および内田・(一)前掲注(6)57頁以下等をも参照。

ような諸事例と並んで、*ungeverlich* な行為はまず第一に真の過失を把握するものであった⁽³⁹⁾。カロリナは2箇所⁽⁴⁰⁾で過失を *unfleiss* として表示し、そしてそれを *fleiss* に対置するものとして、すなわち状況の命令によって慎重な行為の注意のための対置ととして定義づけたのである⁽⁴¹⁾。それ故に、カロリナ以降、過失の偶然からの区別が確実なものとして妥当するのである⁽⁴²⁾。

普通法学は、なお本質的にカノン法の影響下で、*versari in re illicita* の意味において禁ぜられた領域上で遂行された行為それ自体に基づき、それが *versari in re licita* それ自体で許された行為の意味において、しかし注意違反性の付加において過失への帰属を根拠づけるというように、過失を捉えたのである⁽⁴³⁾。この対比は、行為者が結果の発生を彼の禁ぜられた態度によって予見しえたときにのみ、禁ぜられた態度は違法な行為(*opus illicitum*)としてのみ考えられたということによって、その後弛緩されたのである⁽⁴⁴⁾。この修正された形態において、ここで遂行された相違は、17世紀および18世紀において完全な承認を獲得したのである⁽⁴⁵⁾。それ故、普通法学はなるほど過失の本質的な要素を適切に把握したのであるが、しかしその際、過失の独自性は *dolus* に対して独自の責任形式としてそれ自体認識されることはなかった。19世紀への転換期(1800年)に、フォイエルバッハ⁽⁴⁶⁾は過失(*culpa*)を「主体の意図に反して、単なる自然原因によれば、法律違反的な効果が生ずるような

(39) Binding, Normen Bd.4 [Fn.20], S.142.

(40) Art. 134 und Art. 180 CCC=訳文、堀 浩「カルル五世刑事裁判令」・前掲注(38)法学雑誌 264 頁、および 283 頁以下。

(41) Binding, Normen Bd.4 [Fn.20], S.142 f.

(42) Himmerleich, Notwehr [Fn.13], S.19.

(43) Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930, S.150.

(44) Kollmann, Lehre ZStW. Bd.35 [Fn.26], S.105 ; vgl. auch Himmerleich, Notwehr [Fn.13], S.20.

(45) Kollmann, Lehre ZStW. Bd.35 [Fn.26], S.105.

(46) フォイエルバッハの過失論につき、真鍋・前掲注(5)68 頁以下参照。

行為の遂行もしくは不作為への欲求による法律違反的な決定」⁽⁴⁷⁾として定義づけた。彼の見解によれば、刑罰法規は過失でもって「所有している勤勉への義務」⁽⁴⁸⁾を制裁し、そして注意義務違反性は過失の本質的要素を意味するものであった。もっとも、フォイエルバッハは、culpa と dolus との間の本質的相違につき不十分な見解しかもっていなかった。けだし、彼は過失を dolus と類似するものであって、注意義務違反の故意的侵害を前提として、そして行為者が結果発生とのその連関を意識的なものでなければならぬというやり方で、意思の欠陥として構成したのである⁽⁴⁹⁾。そして、彼は culpa の全ての種類に対して、それが「刑罰規定によって制裁される完全な勤勉への義務の意識」を前提とするということ以上のものをほとんど要求しなかった。それ故、フォイエルバッハはこの基礎に基づき認識なき過失を過失概念に把握することができなかつたのである⁽⁵⁰⁾。

フォイエルバッハと同様に、スチューベルやクラインもまた、過失を dolus と類似する意思の欠陥として構成したのである⁽⁵¹⁾。

これらに対して、アルメンディンゲンは過失は「悪しき意思」、かくして意思によって生成する、刑罰威嚇によって認識能力の回避される欠陥に帰すべきではないとした。非意思的活動として認識能力の活動は、刑罰威嚇によって支配可能ではないであろう。過失は、彼によれば「知覚能力の単なる欠陥」として、また理解の欠陥として意味されるが、それは法的安定性の根拠から

(47) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriff des positiven peinlichen Rechts, Teil 2, 1800, S.64 f.

(48) Feuerbach, Revision [Fn.47], S.64.

(49) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.7.

(50) この点に関し、真鍋・前掲注(5)70 頁は、「これは結局、心理強制説をもっては過失の説明が不可能であることを示したものに他ならない」とされている。

(51) Christoph Carl Stübel, System des allgemeinen peinlichen Rechts, Bd.1, 1795, S.63. ; Ernst-Ferdinand Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, 2. Ausgabe, 1799, S.99 f.

処罰されねばならないものだとしたのである⁽⁵²⁾。

以上のような意思の欠陥、あるいは悟性の欠陥としての理論的意義に関する19世紀の初頭に行われた論争は、過失の性格の解明にとって何らの寄与もなしえなかった。けだし、両者はともに必然的に認識なき過失の否定を共有し、そのため両者の観点は、過失を本質的な部分においてうまく把握しようるものではなかった。それ故、依然1804年において、アルメンディンゲン⁽⁵³⁾は正当にも、「刑事法の対象でないものが、過失から出発する犯罪の性質以上により暗黒のまま止まっている」⁽⁵⁴⁾と明言したのである。

このような不満足な状況に対する本質的前進は、19世紀における地方諸国家の刑事立法がもたらせたのである。そのことは、第1に、過失の結果犯の拡張によって、過失犯それ自体を故意の侵害犯の対応物へと前進させたこと、第2に、故意からの過失の限界づけは一部では両者の法律上の定義によって、また一部では故意の法律上の定義によってのみ明らかにされたこと、および第3に、過失に対する刑事責任の範囲を明文によって限界づけたことによってそうなのである⁽⁵⁴⁾。

以上のような立法における前進にもかかわらず、学説は19世紀末まで過失の満足のゆく解明には程遠く、このことは、過失に対してなお多くの不明確な問題を提起したのである。故意に対して異なる独自の責任形式としての過失は、その本質において相変わらず論争の渦中にあり、1912年のケーラーのモノグラフィ⁽⁵⁵⁾にもかかわらず、過失に関する一般的な見解は未だ作り上げられていなかった。そして実に、過失は故意に対して不法の意識の欠如によってのみきわだたされるというビンディングのテーゼは、その後何の注

(52) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.4. なお、真鍋・前掲注(5)72頁をも参照。

(53) L. Hascher von Almendingen, Untersuchungen über des kulpose Verbrechen, 1804, S.1.

(54) Vgl. Binding, Normen Bd.4 [Fn.20], SS.228~279.

(55) August Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912.

目も見出さなかった⁽⁵⁶⁾。注意違反は過失の必然的要素ではないとするペンディングの独自の見解を度外視するなら、いずれにせよ、20世紀以降になって、合義務的な注意あるいは注目の等閑視が、過失の本質的要素を意味するという点について広範に亘る一致が存在することになったのである⁽⁵⁷⁾。しかしながら、それを超えて、過失の本質が、いかにして過失が意思責任に帰するかぎり責任に基礎を置く意思の欠陥が侵害される法益の危殆化の意思の中に見られるのか、したがって過失は危殆化故意に強く接近されるのか、もしくは過失が非注目性の意欲の中で見られるのか、そしてそれを超えて、禁ぜられた違法な行為に向けられた意思の中に限定されるのかといったことについては、相変わらず不明確なままであった。1920年代に至るまで、通説は広義における意思の欠陥の中でのみ把握し、すなわち義務違反的な不注目性、つまり注目性に還元される意思能力の欠陥として把握していた⁽⁵⁸⁾。これに対して、エックスナーとテザーは過失を行為者側の侵害される法益の軽微な評価によって根拠づけられる感情責任として把握していた⁽⁵⁹⁾。さらには、ラートブルフは過失を純心理的に回避可能な結果の予見のために必要な内心的な意思を緊張しないこととして解していた⁽⁶⁰⁾。もっとも、過失のかような心理的な解釈は、ケルゼンによって決定的に否定された。なぜなら、不法概念としての過失は、責任の大概念と全く同様に純規範的な性格をもちうるからである⁽⁶¹⁾。すなわち、彼は過失の本質を、行為者が発生した違法な結

(56) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.8. なお、真鍋・前掲注(5)78頁以下をも参照。

(57) Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.9.

(58) Vgl. z. B. Ernst Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, 1930, S.52 ; Justus von Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 10. Auflage, 1916, § 59, Anm.17, u.s.w.

(59) Franz Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S.173 f. ; ähnlich Otto Tesar, Gesetzestchnik und Strafrechtsschuld, ZStW., Bd.32, 1911, S.408 f.

(60) Gustav Radbruch, Über den Schuldbeginn., ZStW., Bd.24, 1904, S.344 ff.

(61) Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1. Auflage, 1911, (2. unveränderter Neudruck, 1923), S.135 ff.

果を予見し、そして回避すべきであったというところのなかに見出したのである⁽⁶²⁾。

過失それ自体は、20世紀の10年代までは、その本質において余り明確ではなかったという確定をもって、過失概念の史的展開の概観を終了する。それは、過失が16世紀に至って初めて一方で故意、他方で刑法的に重要ではない偶然に対する第3の実体として発展してきたということを示したのである。そのことは、過失犯における主観的正当化要素の問題が、一方で故意に対し、他方で刑法的に重要ではない偶然から区別される実体を基礎にして、過失の確固たる存在を前提にするのである。それ故に、ここから過失犯における主観的正当化要素の問題が出現しうる基盤が与えられうるのである。

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

既に、私は別稿において、ヴァイダーの簡単なスケッチに依りつつ、他の諸文献をも参看して、大要以下のごとく論じておいた。すなわち、主観的正当化要素としての「防衛の意思」は、ヴァイダーによれば最も古い文献として、ローマ皇帝セウエルス・アレキサンダー（在位222年～235年）のもとで近衛長官を務めたパウルスに発するものとされる(235年頃)。すなわち、『サビーヌスに関する第10巻』の中で、正当防衛は、それが「単に守るためになされ、もちろん、復讐するためになされたのではない場合に」(„tuendumtaxat, non etiam ulciendi causa factum sit“)のみ不処罰へと導いた。この当該箇所はパウルスからディゲスタ（『学説彙纂』）へと受け継がれ、したがって、533年以降法的効力をもったということで決定的な意義が帰せられる。すなわち、正当防衛からする行為は「不処罰」に止まった一方で、復讐行為はこの概念に包摂されず可罰的であった。その意味で、原初的に正当防衛における主観的要素が当初からこの正当化事由に関連して、主観的正当化要素

(62) Kelsen, Hauptprobleme [Fn.61], S.136.

という要件が論ぜられたというのは怪しむに足りない、としたのである⁽⁶³⁾。もともと、これに対してユングクラウセンは批判を加えているが⁽⁶⁴⁾、その論拠は明確ではなく、以上のようなヴァイダー等の見解が正当であろうと思われる。

もともと、かようなローマ法の見解は正当防衛による殺害は処罰されず、他方復讐行為によるそれは罰せられたという示唆のみが見出され、したがって、その問題はまさに萌芽の中に含まれていたのであり、その後のカノン法における責任主義による結果責任からの解放の過程で主観的要素が、今日の正当化事由の限界づけのために広い適用を見出し、現実的なものとなるのである⁽⁶⁵⁾。カノン法において、たとえば懲戒権は、行為者が正しい教育的な心情をもっていたときにのみ「責任を阻却」したのである。戦時における殺害は、兵士が母国および敵の不法に対する法の防衛のために行なったときにのみ「責任が無く」、しかし、彼が略奪したときにはそうではなかった。さらには、カノン法は正当防衛と復讐行為とを厳格に区別し、「……復讐を行なうためにではなく、不法を防衛するために……」（„……non ad summendam vindictam, sed ad iniuriam propulsandam :……“）行為したときにのみ、すなわち「防衛のために」（„defentionis causa“）という主観的な「防衛目的」によって正当防衛は区別され、「責任阻却」が認められたのである⁽⁶⁶⁾。したがって、その法的効果はローマ法においては「罰せられない」（*straffrei*）ということだけを明らかにしただけであるが、カノン法においては「責任の問題」（*Schuld-*

(63) 振津隆行「ドイツにおける『防衛意思』の問題の変遷について——問題史的概観——」193頁以下参照（同『刑事不法論の研究』[成文堂 1996年]）。

(64) ユングクラウセンは、「しかしながら、主観的に色づけられた要素の手助けもつてする正当防衛のそのような散在する限界づけから、ローマ法における主観的正当化要素の存在は解明されない」（Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente* [Fn.3], S.10）と述べるのみで、その論拠は全く明らかにされていないのである。

(65) 振津・前掲注(63)193頁以下参照。

(66) 振津・前掲注(63)194頁以下。Vgl. auch Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente* [Fn.3], S.10.

problem)として考えられていたのである⁽⁶⁷⁾。

普通法もまた、古典的な正当化事由を責任問題として取り扱った⁽⁶⁸⁾。そして、なるほど普通法の犯罪論において、*corpus delikti*のメルクマールとしての違法性を提示する定式化が見出され、そして今日の正当化事由によって捉えられる行態を許されたものとして表示したのである⁽⁶⁹⁾。しかし、違法性はここでは未だ独立の犯罪要素にまで発展されていなかった⁽⁷⁰⁾。今日の正当化事由の刑罰阻却の効果は、普通法においては主観的帰責の阻却に還元されていたのである⁽⁷¹⁾。かくて、正当防衛の不処罰性は違法な意思、かくして*dolus*の欠如でもって根拠づけられていた。同意の不処罰性もまた、その性質上一定の犯罪に必要な違法な意思の欠如に依拠せられ、その際、権利侵害に基づいて構成される刑罰阻却的作用の根拠づけは、明示的に不適當なものとして退けられた⁽⁷²⁾。しかしながら、普通法上の*Dolus* - 理論を今日の正当化事由に位置づけることは、正当化する事態の知見が既に普通法に帰せられるという帰結に至るわけではない⁽⁷³⁾。このことはまた、誤想正当化が普通法には全く知られていなかったということでも示めされうるのである⁽⁷⁴⁾。

19世紀の後半においても、依然としてドイツ刑法学は、今日の正当化事由を圧倒的に責任における帰責の問題として議論していた。というのも、違法性と責任の区別がこの時代に広範に亘り不明確であったからである。しかしながら、この時代において、ますます主観的要素が今日の正当化事由の限界づけのために使用されるようになった。たとえば、1874年4月17日のべ

(67) 振津・前掲注(63)195頁参照。

(68) Schaffstein, Die allgemeinen Lehren [Fn.43], S.65.

(69) Schaffstein, Die allgemeinen Lehren [Fn.43], S.65.

(70) Schaffstein, Die allgemeinen Lehren [Fn.43], S.66 f.

(71) Schaffstein, Die allgemeinen Lehren [Fn.43], S.65 und S.69 ff.

(72) Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.11.

(73) Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.11.

(74) Vgl. Schaffstein, Die allgemeinen Lehren [Fn.43], S.82.

ルリン上級裁判所の判決によれば⁽⁷⁵⁾、懲戒権は、懲戒権行使の意思を要求したのであった。本判決は、v. パールによって賛同せられ、したがって懲戒権の行使には教育目的が必要な要件として認識され、さらには、逮捕権は行為者が復讐の動機によって導かれたときには、否定されたのである⁽⁷⁶⁾。

既に、私が別稿で詳論したごとく、1871年のドイツ帝国刑法典成立直後に、「認識なき正当防衛（わが国で、いわゆる『偶然防衛』）」の法的効果につき、v. ブーリ(1878年)は未遂論を主張していた。他方、既にビンディング(1877年)は、一方で「正当防衛状態の認識」、すなわち正当化する事態の知見と、他方で「防衛目的（意図）」との間を区別し、これら両者の主観的要素のうち1つが欠如する場合には、まさに正当防衛は否定され、既遂論が主張されていたのである（もっとも、彼の場合には防衛意思を故意、すなわち責任との関連で論じているので、正当化状態の認識〔Bewußtsein〕と意図〔Absicht〕との間の区別は、なお曖昧といわねばならない⁽⁷⁷⁾）。

最後に、ヘルシュナーにおいて初めて、今日の正当化事由の刑罰阻却の効果が、行為者が正当化する事態を知っているときにのみ生じうることに対する根拠づけを見出すのである。というのも、ドイツ刑法典旧59条によれば、一切の犯罪構成要件に相応する行為は、それがそのような犯罪として意欲されたときに犯罪として処罰すべきであって、ヘルシュナーによってなお単なる刑罰阻却事由として理解された正当化事由は、行為者が阻却事由を根拠づける事実を知っていたときにのみ、行為者に出現しうるものとしたからである⁽⁷⁸⁾。

既に、この時代において、同意に関し過失犯における主観的正当化要素に

(75) Obertribunals Berlin vom 17. 4. 1874, GA 22 (1874), S.255.

(76) L. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Bd.3, 1909, S.91.

(77) 振津・前掲注(63)199~201頁参照。

(78) Hugo Hälschner, Das allgemeine deutsche Strafrecht. Bd.1. Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren, 1881, S.727.

基礎を置く問題性に関するためらいがちの発端が認められる。かくて、同意は過失の軽罪においては思考可能ではなからうというシャーバーによって詳しい根拠づけなしに提示されたテーゼは、ケスラーによって厳しく反論された⁽⁷⁹⁾。ケスラーは、過失行為における同意は原則的に故意犯におけると同様の諸条件のもとで可能と考えたのである。というのも、同意の対象は行為であって、結果ではないとされたからである。彼は当時のアメリカの新聞報道に依拠して、射撃の名手がテル射撃(Tellschuß)において、りんごを頭に乗せた彼の協力者に対して射撃した。しかし、その射撃は不運にも過失によりりんごの代わりに、協力者の頭蓋骨に当たってしまった。アメリカの裁判官は、彼に無罪を言い渡した。ケスラーはこれに賛同し、本事例においては有効に与えられた同意に基づき、彼の不処罰に賛同したのである⁽⁸⁰⁾。

この帰結において、ヨスキー(1898年)は、人はまた行為する者によって意図されず、あるいは予見しえない結果を招来する行為に同意しうるのであるという熟考から、彼に賛同したのである⁽⁸¹⁾。クレー(1902年)もまたケスラーの見解に与し、そして実にある原因を欲する者はまた日常生活の経験によれば、予見可能な効果を欲するという実際の議論をもって支持したのである⁽⁸²⁾。さらに、レーデンベック(1885年)もケスラーの見解を支持した。というのも、同意は行為者の人格および結果を招来する行為の種類に対する関係においてのみ、与えられるからである⁽⁸³⁾。これらに対し、v. バールは、過失行為における同意の可能性を被害者が具体的な個別事例の諸事情によれば、ただ「蓋然的と考えられる結果」に同意したという制限的な前提のもと

(79) R. Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884, S.96 ff.

(80) Keßler, Einwilligung [Fn.79], S.98.

(81) Siegfried Joski, Die Einwilligung des Verletzten, 1898, S.20 f. (zitiert nach Jungclaussen, [Fn.3], S.12).

(82) Karl Klee, Selbstverletzung und Verletzung einen Einwilligenden, GA Bd.49, 1902, S.248.

(83) Siegfried Roedenbeck, Volenti non fit injuria, GS. 37, 1885, S.127.

でのみ肯定したのである⁽⁸⁴⁾。

ケスラーによって過失行為における同意に対して与えられた根拠づけに対して、今や、ヒューゴ・マイヤーは行為者と被害者との間の意思の一致として定義される同意は、その作用において必然的に故意行為に制限されねばならないであろうと反論したのである。なぜなら、過失行為においては同意によって定義上前提とされる行為者と被害者との間の前提とされる意思の一致は決して存在しえないであろうことをその理由とする⁽⁸⁵⁾。しかしこれに対して、ユングクラウセンは、ケスラーによって同意に対して要求されている意思の一致は、もっぱら侵害行為に関係しているということを見落したものだとして、マイヤーの批判は是認されえないものだとするのである⁽⁸⁶⁾。

その直後に、ブライトハウプトもまた、ケスラーに対して、過失犯における同意は構成上思考可能ではないであろうという論拠をもち出したのである。すなわち、過失において行為者の行為に関係する意思が必然的に欠けるとすれば、それでもって同時に、同意において必要な行為者の意思活動の意思の一致の実現に対して、行為者の行為に関係する意思も欠けることになるとしたのである⁽⁸⁷⁾。この立場を、ホラーもまた主張した。すなわち、同意は侵害する者（行為者）と被害者とによって一致する意欲された結果を基礎にしており、その結果は過失行為においては、ここで必要な意思と惹起された結果との間の結合の欠如のゆえに、決して存在しえないであろうとしたのである⁽⁸⁸⁾。

これらの論者の論争は、文献上 20 世紀への転換後、遺憾ながら深化されなかった。これらの論争は、同意という限定された領域でのみ行われたために、過失犯における主観的正当化要素の基礎にある問題提起にまで肉薄しえ

(84) v. Bar, Gesetz [Fn.76], S.62.

(85) Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Auflage, 1888, S.316 Fn.16.

(86) Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.13.

(87) Breihaupt, Volenti non fit injuria, 1891, S.29.

(88) Oskar Holer, Die Einwilligung des Verletzten, 1906, S.79 f.

なかったのである。すなわち、これらの論者は實際上違法性と責任との間の十分な区別に至っていなかったために、その犯罪体系において必然的に主観的な責任から違法性の主観的な限界づけの問題は全く提起されなかったのである。それ故、独立のドグマティックな法理としての主観的要素の問題は全く存在しえなかった。すなわち、主観的正当化要素の問題は、独立の犯罪要素としての違法性の存在を前提とするからである。違法性は、しかしながら 19 世紀の後半になって初めて独立の犯罪要素への展開の萌芽が見出されるのであり⁽⁸⁹⁾、このことが主観的正当化要素の発展に本質的な影響を与えることに至るのである⁽⁹⁰⁾。

(未 完)

(89) v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd.2, 1930, S.182 f.

(90) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn.3], S.13 f.