

正当化事情の錯誤についての管見

—— 最近のドイツの判例と学説を中心として ——

中 村 邦 義

1. はじめに

急迫不正の侵害がないにもかかわらず、その侵害があるものと誤想して防衛行為を行うことを一般に誤想防衛という。わが国の裁判例では、急迫不正の侵害に対して防衛行為をしようとしたところ、その狙いが逸れて侵害者とは異なる客体に結果を発生させてしまった場合（防衛結果が第三者に生じた場合）⁽¹⁾にも誤想防衛とされたものがある。要するに、正当防衛の前提となる事実についての錯誤がある場合を誤想防衛といってよいであろう。⁽²⁾正当防衛にかぎらず、正当業務行為、（争いもあるが通説によれば）緊急避難も、正当化事由（違法性阻却事由）に数えられている。正当化事情の錯誤というのは、これらの正当化事由の前提となる事実の錯誤をいう。この正当化事情の錯誤の問題は古くから論じられてきたが、その後、犯罪論体系の変遷にともなって、故意が責任から構成要件に位置づけられるようになってから議論が錯綜した。⁽³⁾この誤想防衛に代表される正当化事情の錯誤の問題については、これまでも多くの議論がなされ、わたしもこれを論文研究などですでに論じてきている。⁽⁴⁾この問題をめぐるわたしの基本

(1) 大阪高判平成14年9月4日判タ1114号293頁。

(2) 斎藤信治『刑法総論〔第六版〕』有斐閣（2008年）204頁を参照。

(3) 中村邦義「誤想防衛論」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』成文堂（2010年）299頁以下とそこに引用の文献を参照。

(4) 中村邦義「正当化事情の錯誤に関する一考察」中央大学大学院研究年報・法学研究科篇31号（2002年）249頁以下、同・前掲（註3）299頁以下。そのほか、演習書でわが国の判例および学説状況を整理検討したものとして、中村邦義「誤想防衛」立石二六編『刑法』

的な立場に変更はないが、2010年に論文を執筆してからしばらく時間が経過していることもあって、その間にドイツでは注目すべき判決も現れており、それをめぐっても賛否両論が巻き起こされ、正当化事情の錯誤の問題が学説でもますます議論がなされている状況にある。そこで、本稿では、今まで扱っていない最近の、すなわち2010年以降のドイツの判例および学説を中心に上げつつ検討し、自らの立場を改めて確認しようと思う。

それゆえ、本稿では、これまでの研究との重複をできるかぎりなくすために、最近の文献で改めて持ち出されて新たに議論されているのではないかぎり、すでにわたしの過去の研究で検討した内容については改めて取り上げることはしないつもりである。以下では次のような順序で検討することにする。すなわち、2. 最近のドイツの判例の整理と検討、3. 最近のドイツの学説状況の整理、4. 最近のドイツの学説の検討 (1) 正当化事情の錯誤と違法性の錯誤の相違、(2) 主観的正当化要素をめぐる誤想防衛と偶然防衛の関係性、(3) 正当化事情の錯誤の行為者に対する共犯の可能性、(4) いわゆる社会的責任概念との関係性、という順序である。

2. 最近のドイツの判例の整理と検討

正当化事情の錯誤の問題をめぐるドイツ連邦通常裁判所の立場は、これまで広義の制限責任説の立場であると理解されてきた。ここでいう広義の制限責任説とは、(a) 正当化事情の錯誤を構成要件の錯誤と解し、ドイツ刑法16条を直接適用して構成要件故意を阻却する「消極的構成要件要素の理論」、(b) 正当化事情の錯誤を構成要件の錯誤に準じるものと解し、ドイツ刑法16条を類推適用して故意不法の阻却を理由に構成要件故意を阻却するか、不法故意を阻却する「故意不法を阻却する制限責任説」、(c) 正当化事情の錯誤を独自の錯誤と解し、ドイツ刑法16条の法的な効果を類推適用して故意責任を阻却する「法的な効果を指示する制限責任説」の

、事例30講』成文堂(2013年)85頁以下がある。

3つの立場を含むものである。⁽⁵⁾というのは、「故意犯を理由とする可罰性が阻却される」といった表現方法が用いられており、(a)～(c)のいずれの立場からも説明がつけられる処理の仕方がなされていたからである。いずれも故意犯の重い法定刑での処罰を否定するという点で結論に相違はない。

しかし、学説においては、(a)の消極的構成要件要素の理論は支持者を減らしている。この理論の弱点は、違法類型としての構成要件と、違法性阻却としての正当化事由の価値的な相違が平坦化させられることにある。⁽⁶⁾それゆえ、制限責任説の内部で2つの大きな潮流となっているのは、(b)の故意不法を阻却する制限責任説と、(c)の法的な効果を指示する制限責任説である。⁽⁷⁾

ドイツ連邦通常裁判所の判例の立場は広義の制限責任説という以上にはかならずしもはっきりとしない部分もあるが、どちらかといえば、その多くが故意不法の阻却を理由としてドイツ刑法16条1項1文を類推適用する(b)の説に賛成していると見られていた。⁽⁸⁾

ところがこれに対して、2011年11月2日にドイツ連邦通常裁判所第2刑事部がこれと異なる注目すべき判決を下した。これはおおよそ次のような事案であった。すなわち、暴走族「ヘルス・エンジェルズ」の幹部であった被告人は、2010年2月と3月に、敵対する暴走族「バンディドス」

(5) 「制限責任説」の意義について、詳しくは、中村・前掲(註3)308頁以下を参照。

(6) よく知られているように、すでに古くはヴェルツェルが、蚊の殺害と正当防衛による人の殺害が消極的構成要件要素の理論によれば同じ評価になるが、これはおかしいという批判をしていた(*H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, § 14 I 1, S. 81.)。

(7) *C. Jäger, Wenn Engel Banditen erwarten und stattdessen Polizisten treffen*, JA 2012, S. 227 ff.

(8) *C. Jäger, a. a. O.* (Fn. 7), S. 227 ff. もっとも、1997年にすでに「故意責任を阻却する許容構成要件の錯誤」と述べたものも存在した(BGH NJW 1997, S. 2460)。その他にも、「故意責任」に触れたものとして、BGH MDR (H) 1979, S. 985.; OLG Hamm NJW 1987, S. 1034. などがあり、民事事件についてもいえば、トラウンシュエティン地方裁判所が「当裁判所が依拠するいわゆる法的な効果を指示する制限責任説によれば、被告の故意責任は否定されるべきである」と判示したものもある(*C. Mandla, Erlaubnistatbestandsirrtum bei Tötung eines Polizeibeamten anlässlich Durchsuchung*, StV 2012, S. 332 ff., S. 337.)。

のメンバーが「ヘルス・エンジェルス」のメンバーを殺害するか、少なくとも重大な侵害を加えようとしている噂を耳にした。その背景として、2009年10月8日に「ヘルス・エンジェルス」のメンバーのAが「バンディドス」のメンバーを射撃したという事件があった。2010年3月13日に、「バンディドス」の準メンバーであったLaは、「ヘルス・エンジェルス」のメンバーともコンタクトをとっていることを理由に、「バンディドス」のメンバーから殴られ、追放された。2010年3月16日に、Laが被告人と話をした際に、自分は攻撃するつもりはないが、「バンディドス」の準メンバーであるLeが実際に「ヘルス・エンジェルス」に対する攻撃意図をもってるとし、その目的のために車には装填された散弾銃が準備されていると主張した。これによって、被告人は、いずれにしても「バンディドス」のメンバーの誰かが実際に自分たちのグループを攻撃する計画を立てている⁽⁹⁾ということを確認した。

他方で、その頃、捜査当局は、売春婦Vaに対する脅迫の嫌疑でヘルス・エンジェルスのメンバーを捜査しており、区裁判所から10件の捜索命令を得ていた。そのうちの1つが、被告人の住居と車両の捜索であった。被告人は暴力を辞さないし、当局の許可を得て銃器も扱える立場にあったことから、州刑事局は警察特別部隊を投入して強制的に住居に立ち入り、被告人の寝込みを襲って「安定した状況 (eine „stabile Lage“)⁽¹⁰⁾」を確立し、抵抗されずに捜索するという方針を決定した⁽¹¹⁾。

2010年3月17日の午前6時になる少し前に10人の警察特別部隊が被告人宅を包囲し、そのうちのKoら5名が最初の突入部隊として玄関のド

(9) BGH NSTZ 2012, S. 272.

(10) 判決文中に、警察が捜索において「安定した状況を確立するため」という婉曲的な表現が見られる。これは、エルブによれば、警察の隠語で、「寝込みを襲われた住人が、みずから説明する機会がどんな形式でもまったくないままに、すぐにベッドから引きずり出され、腕を捻じ曲げられ、裏側に押し付けられた膝が床に固定されることに他ならないという意味である」という (V. Erb, Entscheidungen — Straf- und Strafprozessrecht, JR 2012, S. 204 ff., S. 208.)。

(11) BGH NSTZ 2012, S. 272.

アの前に立っていた。Ko はドアを開けるために油圧装置を用いた。これによってドアロックの1つが大きな音を立てて壊れ、さらにこの装置でもう1つのドアロックも再び大きな音とともに破壊した。最後にドアの上部のドアロックを壊せば、ドロップハンマーでドアをフレームから外すだけであり、すでにドロップハンマーが準備されていた。⁽¹²⁾

そうこうするうちに、家の上の階で婚約者 Ke と一緒に寝ていた被告人は、騒音を聞いた婚約者に起こされた。被告人は玄関口の騒音や声を聞いてバンディドスによる襲撃を受けたのが自分であると思った。被告人はピストルをもって階段を下り、婚約者には寝室に残り彼女の母親や被告人の兄弟に電話するように指示した。家の照明のスイッチを入れているにもかかわらず、玄関口での破壊活動が続いていたので、被告人はただの泥棒ではなく、バンディドスによる生命に危険のある恐ろしい襲撃が始まっていると思った。彼はそれが警察の活動であるとはまったく想像すらしていなかった。被告人は家のドアのガラス窓越しに人の輪郭を確認し、「とっとと失せろ！」と叫んだ。しかし、警察にはそれが聞こえておらず、作業は継続された。そこで、被告人は、ドア越しにまたはドア破壊直後に射撃されると考え、ドアの前で怪しげな動きをする人の動きに合わせてドアに2発射撃を加えた。その際に、被告人は相手に致命傷を負わせるかもしれないということを未必的に認識していた。被告人の射撃の2発目が警察官 Ko の上に挙げた左腕に命中し、防弾チョッキの開口部から胸部を貫通し、警察官 Ko を死亡させた。⁽¹³⁾

以上のような事案で、コプレント地方裁判所は、かりに正当防衛状況が存在したとしても、被告人はその攻撃者をすぐに射撃することは許されておらず、まず威嚇射撃をしなければならなかったという理由で、正当防衛も誤想防衛も否定し、被告人に故殺罪の成立を認めた。⁽¹⁴⁾

これに対して、ドイツ連邦通常裁判所第2刑事部は、「警察の突入の違

(12) BGH NStZ 2012, S. 273.

(13) BGH NStZ 2012, S. 273.

(14) BGH NStZ 2012, S. 273.

法性とそこから生じる被告人の正当防衛の可能性の問題は、結論においては未決定なままにすることができる。なぜなら、いずれにしても、被告人は許容構成要件の錯誤の状況にあったからである。」とし、「正当化事由の事実的な前提要件についての錯誤の前提要件が存在する。このことは、刑法 16 条 1 項 1 文に相応して、故意責任の阻却にいたる。」と判示した。次に、威嚇射撃の点については、「被告人の見解によれば、頑なな措置をとる攻撃者がもつばら威嚇射撃によって被告人の防衛態勢に気づかされた場合にはまさにドアを貫通して射撃してくるかもしれないことが予想されるべきであり」、切迫する状況で威嚇射撃に攻撃をやめさせる効果があるのかどうかもわからない中で威嚇射撃をする必要はないとし、彼が錯誤によって想定した攻撃を前提とすれば、「被告人がドア越しに発射した 2 発の射撃は、必要な防衛行為であった」と判示した。そして、「刑法 16 条 1 項 2 文、刑法 222 条の意味での過失は、被告人に対していずれにしても非難することができない。被告人が攻撃者の身元や意図についての錯誤を回避することができたといえる場合にだけ、過失非難をすることができるが、本件では否定される。なぜなら、被告人は、地方裁判所が法的に誤りなく認定した事実によれば、納得できる根拠に基づいて、『バンディドス』による生命に危険のある攻撃を出発点としていたからであり、それに加えて、実際に攻撃してきた警察官は、家の照明のスイッチを入れても認識することができなかつたし、彼らが秘密裏に行動しているために、警察の突入が問題になっているということを適時に認識することができなかつたからである。」として、過失責任も否定した。⁽¹⁵⁾

この判決は警察官殺害を理由とする有罪判決を破棄し、そのかぎりでは無罪を言い渡したことから、当初メディアでも大きく取り上げられ世間の耳目を集めたようである。⁽¹⁶⁾そこでは、本件被告人が暴走族であり、被害者

(15) BGH NStZ 2012, S. 274.

(16) たとえば、ラインラント=プファルツ州の内務大臣レヴェンツは、ドイツ連邦通常裁判所が被告人らの反社会的な行為における最も重大な犯罪を奨励していると非難し、ドイツ警察組合のラインラント=プファルツ州議長カーゼルは、この判決が売春婦の世界で生

が警察官であったということもあり、政治家や警察からの非難が相次いで出された。そればかりではなく、研究者の立場から、この判決に批判的な立場を示したのはイエーガーである。イエーガーは、「バンディドス」のメンバーが「ヘルス・エンジェルズ」のメンバーを襲撃する計画をしていることを被告人が確信していたとしても、そのことが被告人に対して警察官が捜索について情報提供すべき十分な根拠にはならず、反対に被告人は警察に連絡をしなければならなかったのに、彼の婚約者には彼の弟に電話をするように指示しただけで、警察には連絡することなく侵害を待っていたことが問題であるとしている⁽¹⁷⁾。そして、この事件は、「ヘルス・エンジェルズ」のメンバーが「バンディドス」のメンバーを殺害したことに始

、活する暴走族に発砲の特別許可を与えたものと非難し、ドイツ警察組合の連邦議長ヴェントは、ドイツの警察官らがこの判決によって発砲が自由化されたと感じたことだろうと非難していたが、いずれもスキャンダルに仕立て上げる大衆扇動的な非難であって鋭く攻撃的ではあるが、法理論的にはまったく根拠のない非難であった (*A. Engländer, Standposition einer Prostituierten als Vermögenswert; Warnschuss in Notwehrsituation, NSTz 2012, S. 272 ff., S. 274.*)。これに対して、エンクレンダーは、この事件の発端は結局のところ警察の無思慮な作戦にあったのであり、間違った仲間意識で判例を非難するよりも、警察の突入を批判的に解明した方が良いという (*A. Engländer, a. a. O., S. 275.*)。証明手段を発見する目的で強制的に住居に立ち入ることは、憲法上定着した比例性の原則の範囲で許容されるものであるから、当事者が立ち入りを拒んでいるか、留守であった場合のように強制的ではないやり方が不可能である場合にだけ、必要性が考えられるにすぎないとする (*A. Engländer, a. a. O., S. 275.*)。そして、警察関係者らの「非難には、被告人が『ならず者』であり、警察官が被害者である場合には、法適用がそんなに厳密でなくても良いという考えが根底にあるが、それは法の下での平等に反する。許容行為事情の錯誤が回避できない場合には不可罰となるのは、ヘルス・エンジェルズのメンバーでも同じである。」という (*A. Engländer, a. a. O., S. 275 f.*)。またヴィラートも、「警察官に対する発砲解禁の特別許可」という非難は正当ではなく、警察官がドアを開けようとする試みに被告人が気づいた時点で、警察官らはずから警察官として認識させる機会があり、そのようにしなかったことが一番の問題であって、この判決はこのような悲劇を再び繰り返さないことに役立つとする (*G. Willert, Entscheidung des BGH zur Tötung eines Polizeibeamten — Urteil vom 2. November 2011 — 2 StR 375/11 —, DVP 2013, S. 440 ff., S. 443.*)。そして、エルブも、本件の警察の突入の仕方は、比例性の原則との関係で適法性が否定されるという (*V. Erb, a. a. O. (Fn. 10), S. 209.*)、被疑者が照明を灯したので、眠っている間に驚かせるという計画が失敗したことが明らかになったにもかかわらず、どうして住居のドア付近で作業を漫然と続けることができたのか不可解であるとする (*V. Erb, a. a. O. (Fn. 10), S. 208.*)。

(17) *C. Jäger, a. a. O. (Fn. 7), S. 230.*

まっていることをよく考えるならば、被告人に責任がある違法な先行行為に基づいて正当防衛権が制限されうるとさえ述べている⁽¹⁸⁾。

しかし、「バンディドス」のメンバーを殺害したのは、被告人自身ではないので、「ヘルス・エンジェルス」のメンバーであるという理由だけで正当防衛権の制限を認めることには重大な疑問が残ると思われる⁽¹⁹⁾。ヴォイクト／ホフマン＝ホラントも、本件事案で、被告人が「ヘルス・エンジェルス」のメンバーであるという事情がそれだけで正当防衛の制限につながる違法な挑発防衛を認める出発点とすることはできないであろうとし⁽²⁰⁾、そのうえで、しかし、かりに本件で故意または過失による自招防衛が認められたとしても、ライトを灯して「とっとと失せろ」と叫んだのであれば警告としては十分であり、想定された危ない状況ではそれ以上の警告は安全が約束されない⁽²¹⁾ので、この特殊な状況下ではやはり被告人の防衛は相当であったと思われるとしている。

イエーガーは、被告人が警察に連絡をしなかったことを非難している⁽²²⁾。しかし、その警察は被告人に連絡することなしに被告人宅のドアを破壊していたわけであり、一方的な評価であるように思われる⁽²³⁾。ヴァン・リーネンは、通説によれば脅迫された者自身が告訴する義務はないのだから、ヘルス・エンジェルスの他のメンバーによってあるバンディドを殺害したこ

(18) C. Jäger, a. a. O. (Fn. 7), S. 230.

(19) 正当防衛権の制限については、齊藤誠二『正当防衛権の根拠とその展開』多賀出版(1991年)143頁以下、中村邦義「正当防衛状況をみずから招いたことに責任があった場合の正当防衛権の制限」比較法雑誌37巻3号(2003年)205頁以下とそこに引用の文献、同「被侵害者の社会倫理的に否認されるべき先行行為による正当防衛権の制限」比較法雑誌41巻3号(2008年)10頁以下とそこに引用の文献を参照のこと。

(20) L. Voigt / K. Hoffmann-Holland, Notwehrprovokation und actio illicita in causa in Fällen der Putativnotwehr Überlegungen aus Anlass von BGH, Urt. v. 2. 11. 2011 — 2 StR 375/11, NSStZ 2012, S. 362 ff., S. 364.

(21) L. Voigt / K. Hoffmann-Holland, a. a. O. (Fn. 20), S. 365.

(22) C. Jäger, a. a. O. (Fn. 7), S. 230.

(23) A. Engländer, a. a. O. (Fn. 16), S. 274 f. は、衝突状況が発生したことについての責任がもつばら被侵害者の主観的な権利を無視した攻撃者の側に存在するので、攻撃者は必要な防衛から生じる危険も負担しなければならず、防衛効果の不確実性から生じる危険を防衛者に負担させることは正当防衛の基本思想と相容れないとする。

ととの関連でバンディドスの攻撃が予期されることを被告人が警察に報告しなかったという事情から、挑発ないし違法または非難可能な先行行為を理由とする正当防衛権の制限を導くことができるのかどうかは非常に疑わしいとする。⁽²⁴⁾

そのほか、イエーガーは、本判決が法的な効果を指示する制限責任説を明確に公言し、共犯処罰の可能性を維持しようとしたことが明らかであるとして、これにも反対の立場を示している。⁽²⁵⁾この点については、後述4(3)で検討することにする。

これに対して、判例評釈の多くは本判決に賛意を示している。⁽²⁶⁾たとえば、エンクレンダーは、本件での警察活動が違法であるとしても、これに対する防衛のために即座の射撃は必要ではなかったといえるが、しかし、被告人が誤って考えたような抗争中の団体の構成員による被告人の生命に対する攻撃に関しては、当法廷が適切に認定したように、即座の射撃が必要な防衛行為であったと見ることができるから、本件では正当化事情の錯誤の問題になるとし、また切迫した衝突状況の中で危険を見積もらなければならないことにかんがみて、防衛者に対して浮世離れた法外な要求をすることができないことを当法廷が明確にしたことも喜ばしいとする。⁽²⁷⁾エルプは、被告人にとっていわば最後のネジにぶら下がっていたドアが意味する唯一の戦略的な利点は、そのドアによって視覚的に保護される点にあったのであり、威嚇射撃をすることで被告人がその立ち位置を明らかにせざる

(24) *R. v. Rienen*, Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung bei der Putativnotwehr („Hells Angels-Fall“), ZIS 2012, S. 377 ff., S. 382.

(25) *C. Jäger*, a. a. O. (Fn. 7), S. 227 ff., 229 f.

(26) *A. Engländer*, a. a. O. (Fn. 16), S. 274.; *V. Erb*, a. a. O. (Fn. 10), S. 204 ff.; *B. Hecker*, Strafrecht AT: Putativnotwehr, JuS 2012, S. 263 ff.; *C. Mandla*, a. a. O. (Fn. 14), S. 332 ff.; *R. v. Rienen*, a. a. O. (Fn. 24), S. 377 ff.; *T. Rotsch*, Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung bei der Putativnotwehr, ZJS 2012, S. 109 ff.; *G. Willert*, a. a. O. (Fn. 16), S. 443.

(27) *A. Engländer*, a. a. O. (Fn. 16), S. 274 は、殺人罪の起訴に対する被告人の無罪判決が、正当化事情の錯誤や正当防衛のルールをまったく適切に適用した結果であり、法的には文句がつけようのないものであって、賛同に値するという。

を得なかったことから、当法廷が正当にも気づいていたように、ドア越しに致命的な反撃を受ける可能性があったとし、また事件の状況に基づいて状況を相応に考え尽くす十分な時間がある場合にだけ防衛者に危険性の小さな手段を指示することができるということを当法廷が明確にしたことも適切であったとした⁽²⁸⁾。そして、照明を灯した後になっても、誤って考えられた侵入者がみずからを警察官として認識させなかったという本件事情の下では、過失致死罪を否定した点も適切であったとする⁽²⁹⁾。ヴァン・リーネンも、ライトを灯し、被告人が怒鳴った後にも警察がみずからを認識させることなしにさらにドアを破壊しつづけたので、過失非難を基礎づけることはできないとし、本判決には同意できるとする⁽³⁰⁾。ロッチュも、本件警察のやり方によれば被告人の錯誤が回避不可能であったとすることは完全に正当であり、無罪となったのは必然的な結果であるとする⁽³¹⁾。ヘッカーも、被告人の2回にわたる射撃行為の必要性に関する当法廷の説明は、通説によって主張された原則に相応するもので納得できるとする⁽³²⁾。

本判決は、それまでの多くの判例のような広義の制限責任説の立場からその中のどれを支持しているかを明示しない立場から、法的な効果を指示する制限責任説の立場を明示する立場に変更しているのも、そのあたりの積極的な理由を明らかにするべきであったように思われるが、法的な効果を指示する制限責任説を明示的に支持するドイツ連邦通常裁判所の判決が出されたこと自体は、後述する共犯の問題まで考えると、歓迎すべきことであると思われる。

さて、しかし、この判決以降のドイツ連邦通常裁判所の判例の動向も見ておかなければならない。

2012年9月27日の第4刑事部判決は、「違法な侵害を受けた者が客観

(28) *V. Erb*, a. a. O. (Fn. 10), S. 208.

(29) *V. Erb*, a. a. O. (Fn. 10), S. 208.

(30) *R.v. Rienen*, a. a. O. (Fn. 24), S. 383.

(31) *R.v. Rienen*, a. a. O. (Fn. 24), S. 385.

(32) *T. Rotsch*, a. a. O. (Fn. 26), S. 115.

(33) *B. Hecker*, a. a. O. (Fn. 26), S. 266.

的には必要ではない防衛手段に訴えたならば、それは刑法 16 条 1 項 1 文を類推して故意を阻却する許容構成要件の錯誤が認められる」としてお⁽³⁴⁾り、これは (b) の故意不法を阻却する制限責任説に再び賛成したものと見られる。また、2013 年 8 月 21 日の第 1 刑事部決定も、「被害者に生じた戦闘不能な状態のために正当防衛状況が欠如していたということを被告人が知らなかったならば、刑法 16 条の意味での錯誤が認められる。なぜなら、正当化事情の誤想は、刑法 16 条 1 項 1 文に基づいて故意を阻却する行為事情の錯誤と同じように評価されるべきであると思われるからである」としてお⁽³⁵⁾り、これもおそらくは (b) 説を支持しているものと見られる。

これに対して、2015 年 10 月 27 日の第 3 刑事部判決は、「許容構成要件の錯誤は、刑法 16 条 1 項 1 文に基づいて故意犯を理由とする可罰性が阻却されうる」というのが確定した判例であるとしつつ、そこに過去の判例とともに 2011 年 11 月 2 日の第 2 刑事部判決も併記している⁽³⁶⁾。それゆえ、これはいずれの説かを明言しないで、広義の制限責任説の立場を示したものである。そして、2017 年 2 月 1 日の第 4 刑事部決定は、「防衛の必要性または攻撃の存在についての錯誤は、故意行為を理由とする処罰を阻却する許容構成要件の錯誤である」としてお⁽³⁷⁾り、これもやはり広義の制限責任説の立場を示したものと見られる。

3. 最近のドイツの学説状況の整理

正当化事情の錯誤の問題については、ドイツでは、主として、(1) 故意説、(2) 消極的構成要件要素の理論、(3) 故意不法を阻却する制限責任説、

(34) BGH NStZ-RR 2013, S. 139 ff., S. 141.

(35) BGH NJW 2014, S. 1121. これをわが国で紹介したものとして、樋笠堯士「誤想防衛状況における許容構成要件の錯誤」比較法雑誌 49 卷 1 号 (2015 年) 227 頁以下がある。

(36) BGH NStZ 2016, S. 333, S. 334.

(37) BGH BeckRS 2017, 102724.

(4) 法的な効果を指示する制限責任説、(5) 厳格責任説が対立している。

(1) 故意説⁽³⁸⁾は、わが国では厳格故意説と呼ばれているが、故意には違法性の意識が必要であり、行為の構成要件該当性と違法性に関するすべての重要な錯誤が故意を阻却すると解することになる。それゆえ、正当化事情の錯誤でも故意が阻却される。

しかし、ドイツでは、立法者は1969年のドイツ刑法17条の導入によって「さしあたり最終的に責任説の意味で解決した」とされており、違法性の錯誤（禁止の錯誤）は責任の問題とされたので、違法性の錯誤を故意の問題とする故意説はドイツの現行刑法と矛盾し、もはや決して支持することができないとされている⁽³⁹⁾。そのため今日では、判例および学説がほとんど一致してこの見解を否定している⁽⁴⁰⁾。そのほかでも、後述4(3)で検討するように、この説によれば、正当化事情の錯誤の行為者には構成要件故意が欠如するので、これに対する共犯の可能性が否定されることになって妥当ではないという批判がある⁽⁴¹⁾。

(2) 消極的構成要件要素の理論⁽⁴²⁾は、その存在が違法性を基礎づけることになる法定構成要件を積極的な構成要件要素とし、その不存在が違法性を

(38) 最近のものは見当たらなかったが少し前には、*H. Koriath*, Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre, *Jura* 1996, S. 113 ff.; *H. Otto*, Grundkurs Strafrecht Allg. Teil, 7. Aufl., 2004, § 7 Rdnr. 61 ff.

(39) Vgl. *W. Joecks*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2017, Rdnr. 125.; *F. Neubacher / M. Bachmann*, > Ein Jurastudent auf Verbrechenjagd <, *JA* 2010, S. 711 ff., S. 718.; *F. Streng*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und die Teilnahmefrage — Elemente einer Akzessorietätslösung —, in: Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen, 2015, S. 231 ff., S. 234.

(40) *M. Heuchemer*, Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums in der Klausur, *JuS* 2012, S. 795 ff., S. 797.

(41) *K. Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale: Eine Verortung der subjektiven Zurechnung innerhalb der verfassungsrechtlichen Koordinaten des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Schuldprinzips, 2014, S. 194.; *F. Streng*, a. a. O. (Fn. 39), S. 235.

(42) 最近のものは見当たらなかったが少し前には、*K. Rinck*, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000, S. 391 ff.; *B. Schünemann / L. Greco*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?, *GA* 2006, S. 777 ff.

基礎づけることになる正当化事由を消極的な構成要件要素として全不法構成要件にまとめ（全不法構成要件の理論）、正当化事情の錯誤を（消極的な）構成要件の錯誤として、ドイツ刑法 16 条を直接適用して故意を阻却する。

しかし、上述したように、「適法として客観的な事態を評価するうえで、構成要件の事実的な前提が欠如しているのか、それとも正当化事由の事実的な前提が存在するのかを区別しないということを出発点としている」⁽⁴³⁾ 点が、価値的に重要な相違を無視しているとか、1つの錯誤の問題解決のために犯罪論体系を変更することになる点が問題であると批判され、現在では支持者が少ない。そのほかでも、後述 4(3) で検討するように、この説によれば、故意説と同様に、正当化事情の錯誤の行為者には構成要件故意が欠如するので、これに対する共犯の可能性が否定されることになって妥当ではないという批判がある。⁽⁴⁴⁾

(3) 故意不法を阻却する制限責任説は、正当化事情の錯誤を、故意不法を阻却する許容構成要件の錯誤として、ドイツ刑法 16 条を類推適用して構成要件の故意（または不法故意）を阻却する。構成要件の錯誤と正当化事情の錯誤との間には価値的な相違は存在しない。というのも、行為者はどちらの場合にも、みずからの行為の事態の基礎をすでに誤解しているからである。許容構成要件の錯誤の行為者は、構成要件の錯誤の行為者と同様に、本来的には法に忠実に行為している。

しかし、プエフゲンは、軽率にも A から攻撃されたと誤信した行為者 X が、玄関のドアの上に安全ネットを設置し、A の上に安全ネットを落

(43) Vgl. *M. Heuchemer*, a. a. O. (Fn. 40), S. 797.; *W. Joecks*, a. a. O. (Fn. 39), Rdnr. 135.; *F. Neubacher / M. Bachmann*, a. a. O. (Fn. 39), S. 718.

(44) *F. Streng*, a. a. O. (Fn. 39), S. 236.

(45) *W. Joecks*, a. a. O. (Fn. 39), Rdnr. 135 f.; *U. Kindhäuser*, *Strafrecht Allg. Teil*, 7. Aufl., 2015, § 29 Rdnr. 24.; *K. Kühn*, *Strafrecht Allg. Teil*, 8. Aufl., 2017, § 13 Rdnr. 73.; *L. Kühlen*, *Kongrenz zwischen Erfüllung des objektiven und des subjektiven Tatbestandes*, in: *Festschrift für Werner Beulke*, 2015, S. 153 ff., S. 161.; *D. Sternberg-Lieben / F. Schuster*, in: *Schönke / Schröder, Kommentar StGB*, 29. Aufl., 2014, § 16 Rdnr. 17 f.

とし、A が他の人の助けを得てようやくその安全ネットから解放されたという事案では、逮捕・監禁罪には過失犯の処罰規定がないため、不当な結論になると主張する。⁽⁴⁶⁾ もっとも、正当化事情の錯誤の行為者は、法に忠実に行為しており、過失の非難にしか値しないということに広く見解の一致が見られるので、この批判はあまり説得力がない。むしろ、主観的構成要件の段階で認められた故意が、違法性の段階で故意不法を阻却することで遡って否定されることになる点が矛盾であるとの批判が重要であろう。⁽⁴⁷⁾ そして、後述 4(3) で検討するように、この説によれば、正当化事情の錯誤の行為者に対する共犯の可能性が否定される点で耐えがたいという批判がある。⁽⁴⁸⁾

(4) 法的な効果を指示する制限責任説は、⁽⁴⁹⁾ 正当化事情の錯誤を独自の錯誤とし、故意や故意不法ではなく、故意責任を阻却し、ドイツ刑法 16 条 1 項 1 文の法的な効果を類推し、過失犯の限度での処罰を認める。正当化事情の錯誤は、主観的構成要件の意味での態度形式としての故意を阻却させるべきものではなく、個人的な非難可能性の基準としての行為者の故意責任を阻却させるべきものである。⁽⁵⁰⁾ ドイツ刑法 26 条、27 条の共犯の規定

(46) H. -U. Paeffgen, Zur Unbilligkeit des vorgeblich „Billigen“ — oder: Höllen-Engel und das Gott-sei-bei-uns-Dogma, (Noch einmal) einige Gedanken zum Erlaubnistatbestandsirrtum, in: Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 403 ff., S. 421.

(47) S. Christoph, Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Falllösung, JA 2016, S. 35.

(48) F. Neubacher / M. Bachmann, a. a. O. (Fn. 39), S. 719.

(49) S. Christoph, a. a. O. (Fn. 47), S. 32 ff.; J. Baumann / U. Weber / W. Mitsch / J. Eisele, Strafrecht Allg. Teil: Lehrbuch, 12. Aufl., 2016, § 14 Rdnr. 79.; T. Fischer, StGB mit Nebengesetzen Kommentar, 65. Aufl., 2018, § 16 Rdnr. 22 d.; W. Gropp, Strafrecht Allg. Teil, 4. Aufl., 2015, § 2 Rdnr. 114 und § 13 Rdnr. 212.; B. Heinrich, Strafrecht Allg. Teil, 5. Aufl., 2016, Rdnr. 1133.; G. Jakobs, Der sogenannte Erlaubnistatbestandsirrtum, in: Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen, 2015, S. 221 ff., S. 229.; V. Krey / R. Esser, Deutsches Strafrecht Allg. Teil, 6. Aufl., 2016, Rdnr. 743 ff.; G. Stratenwerth / L. Kuhlen, Strafrecht Allg. Teil: Die Straftat, 6. Aufl., 2011, § 9 Rdnr. 166.; F. Neubacher / M. Bachmann, a. a. O. (Fn. 39), S. 719.; R. Rengier, Strafrecht Allg. Teil, 9. Aufl., 2017, § 30 Rdnr. 20.; J. Wessels / W. Beulke / H. Satzger, Strafrecht Allg. Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 47. Aufl., 2017, Rdnr. 705.

(50) S. Christoph, a. a. O. (Fn. 47), S. 35 f.; C. Fahl, Zum Zusammenspiel von

は、教唆や幫助が成立するためには、故意の正犯行為の存在を前提としている。上述の(1)～(3)説は、正当化事情の錯誤の場合に故意を否定するため、これを利用して関与する第三者を間接正犯として処罰する以外には処罰することができなくなるが、この説によれば、正当化事情の錯誤の場合に故意そのものは肯定するため、これを利用して関与する第三者を教唆や幫助として処罰することが可能となる。

しかし、後述するように、正当化事情の錯誤の行為者に対する共犯を処罰することに対して反対する意見も出されている。

(5) 厳格責任説は、ドイツ刑法 16 条 1 項 1 文が適用される構成要件の錯誤を「法定構成要件の客観的な行為事情についての錯誤」として定義し、正当化事情の錯誤は「法定構成要件の客観的な行為事情を完全に認識している場合の行為の違法性についての錯誤」であって、禁止の錯誤であるとし、ドイツ刑法 17 条を適用する。最近では、ドイツ刑法 16 条が故意を阻却するか阻却しないかという 0 か 100 かという原理であるのに対して、価値論上のフレキシブルな構想によって置き換えるべきであるという見解も有力に主張されている。⁽⁵¹⁾ ドイツ刑法 17 条 1 文によれば、行為者が錯誤を回避することができなかつた場合には、責任が阻却され、⁽⁵²⁾ 同条 2 文によれば、行為者が錯誤を回避することができた場合にも、ドイツ刑法 49 条 1 項に基づく任意的な刑の減輕が認められる。⁽⁵³⁾

そして、ホイフェマーによれば、ドイツ刑法 50 条の意味での「さまざま」理由が認められ、規範的に同じではないといえる場合には、ドイツ

↘ Erlaubnistatbestandsirrtum und § 35 II StGB, JA 2017, S. 481 ff., S. 482.

(51) V. Erb, Der Erlaubnistatbestandsirrtum als Anwendungsfall von § 17 StGB, in: Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen, 2015, S. 205 ff.; M. Heuchemer, a. a. O. (Fn. 40), S. 799.; H. -U. Paeffgen, a. a. O. (Fn. 46), S. 403 ff.; F. Zieschang, Strafrecht Allg. Teil, 5. Aufl., 2017, Rdnr. 359 S. 97f.

(52) M. Heuchemer, a. a. O. (Fn. 40), S. 799.

(53) ただし、この回避不可能性を認めるハードルはかなり高く (S. Christoph, a. a. O. (Fn. 47), S. 35.; J. Kasper, Strafrecht Allg. Teil, 2015, Rdnr. 646.)、憲法上承認されている責任主義と相容れない (B. Heinrich, a. a. O. (Fn. 49), Rdnr. 1131.)。

(54) M. Heuchemer, a. a. O. (Fn. 40), S. 799.

刑法 49 条の類推によって数回の減軽を認める可能性もあるとしている⁽⁵⁵⁾。そのほかにも、エルプが、ドイツ刑法 17 条 2 文に基づく単なる任意的な刑の減軽を、ドイツ刑法 35 条 2 項 2 文の類推によって必要的な刑の減軽にすることができる⁽⁵⁶⁾と主張している。

しかし、厳格責任説に対しては、評価の錯誤と事実の錯誤の相違を無視して、これを平坦化しているという批判⁽⁵⁷⁾、また、正当化事情の錯誤の行為者が本来的には法に忠実に行為しているということを見誤っているという批判⁽⁵⁸⁾がある。それに加えて、構成要件と違法性がしばしば明確には区別できず、たとえば被害者の同意の誤った想定が構成要件の錯誤になることもあるし、正当化事情の錯誤になることもあることを考えると、後者を故意犯の重い法定刑で処罰することには疑問が生じる⁽⁵⁹⁾。

4. 最近のドイツの学説の検討

(1) 正当化事情の錯誤と違法性の錯誤の相違

厳格責任説は、正当化事情の錯誤が違法性の錯誤であるとしているが⁽⁶⁰⁾、これに対しては、次のような場合を考えれば分かるように、正当化事情の錯誤がつねに違法性の錯誤であり、違法性の意識が欠如することになると

(55) M. Heuchemer, a. a. O. (Fn. 40), S. 799.

(56) V. Erb, a. a. O. (Fn. 51), S. 205 ff., S. 218.

(57) W. Joecks, a. a. O. (Fn. 39), Rdnr. 135.; F. Streng, a. a. O. (Fn. 39), S. 231 ff., S. 233.

(58) F. Neubacher / M. Bachmann, a. a. O. (Fn. 39), S. 719.; R. Rengier / S. Braun, Anfängerklausur — Strafrecht: Mörderische Liebe im Skiurlaub, JuS 2012, S. 999 ff., S. 1003.

(59) Vgl. J. Seier / D. Hembach, Anfängerklausur — Strafrecht: Notstand und Erlaubnistatbestandsirrtum — Der tödliche Schlangenbiss, JuS 2014, S. 35 ff., S. 39.

(60) わが国では、たとえば、阿部純二『刑法総論』日本評論社（1997年）147頁、伊東研祐『刑法講義総論』日本評論社（2010年）280頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』成文堂（2012年）339頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕第三版』成文堂（2000年）242頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』成文堂（2013年）284頁、木村亀二〔阿部純二増補〕『刑法総論〔増補版〕』有斐閣（1987年）218頁、西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕下巻』成文堂（1993年）472頁、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』成文堂（1998年）236頁以下、橋本正博『刑法総論』新世社（2015年）192頁、福田平『全訂刑法総論〔第五版〕』有斐閣（2011年）214頁、吉田常次郎『刑法総論』有信堂（1961年）132頁など。

いう想定は誤りであるという批判がある。⁽⁶¹⁾たとえば、行為者 X が、Y が Z に襲いかかっていると錯誤し、Z を助けるために行為しようと考えているが、正当防衛は自己の権利を防衛するためだけに許されており、第三者の権利を防衛するためには許されていないという錯誤をしていたという場合である。この場合の行為者 X は正当化事情の錯誤で行為しているにもかかわらず、違法性の意識を欠如してはおらず、それゆえ、違法性の錯誤にはつながないのである。それゆえ、正当化事情の錯誤は、違法性の錯誤とは構造的に異なる問題であることが明らかである。正当化事情の錯誤は、違法評価の前提となる事実の錯誤の問題であり、行為者が主観的に表象した事実が客観的にも存在した場合には法秩序から適法な行為として是認される場合である。それゆえ、行為者は本来的には法に忠実に行為しているといえる。いずれにしても行為者は自分にとって有利な結果となるようにまさに法秩序を拡張しているわけではなく、行為者の表象が現実⁽⁶²⁾に合致している場合には、現行法の枠内で活動しているのである。その意味では、行為者の態度は、故意行為よりも過失行為に近いといえる。⁽⁶³⁾

これに対して、違法性の錯誤は、違法評価それ自体を誤っており、行為者が主観的に表象した事実を客観的な事実として前提としたとしても法秩序から違法な行為として否認される場合なのである。違法性の錯誤は、行為者の違法評価いかんの問題であるのに対して、正当化事情の錯誤は、行為者の違法評価とは無関係に存在しうる問題である。行為者 X が、第三者の権利を防衛するためにも許されていると考えていようと（違法性の意識が欠如する）、第三者の権利を防衛するためには許されていないと錯誤していようと（違法性の意識をもつ）、正当化事情の錯誤であることにはならんら変わりはないのである。そして、行為者 X が第三者の権利を防衛

(61) L. Berster / Y. Yenimazman, Anfängerklausur — Strafrecht: Erlaubnistatbestandsirrtum und Notwehrprovokation — Gugelhupf meets Kung Fu, JuS 2014, S. 329 ff.

(62) Vgl. BGHSt 3, S. 105 ff.; K. Kühl, a. a. O. (Fn. 45), § 13 Rdnr. 72 und 75.; S. Christoph, a. a. O. (Fn. 47), S. 35.

(63) S. Christoph, a. a. O. (Fn. 47), S. 35.

するためには許されていないと錯誤していた場合に、違法性の意識があるといっても、それは急迫不正の侵害が客観的には存在しないことに気づいたので違法性を意識したというわけではもちろんなく、ただ正当防衛の成立範囲を誤って狭く解釈していたことによるいわば幻覚犯のような状況であるから、依然として正当化事情の錯誤として行為者に有利に扱うべき状況であることにも変わりはないというべきである。これに対して、厳格責任説の立場からプエフゲン⁽⁶⁴⁾は、正当防衛の要件を誤って狭く解釈しているのは幻覚犯のようなものであり、誤って考えられた違法性の意識は規範的な不法を基礎づけることはないし、それゆえ、可罰性を基礎づけるということもないと反論している⁽⁶⁴⁾。たしかに、ここでの正当防衛の要件を誤って狭く解釈したことによる違法性の意識が可罰性にとって重要ではないというのは正しいと思われるが、しかし、ここでの問題はその点にあるのではなく、違法性の錯誤はかならず違法性の意識を欠如することにつながるが、正当化事情の錯誤はかならずしも違法性の意識を欠如することにつながるわけではないから、これは本質的に構造の異なる問題であるということなのである。そのように考えていくと、正当化事情の錯誤をつねに違法性の錯誤とする見解⁽⁶⁵⁾は、いずれも正当化事情の錯誤の問題と違法性の錯誤の問題の構造的な相違を適切に捉えてはいないということになるとと思われる。

(64) H. -U. Paeffgen, a. a. O. (Fn. 47), S. 412.

(65) わが国では、厳格責任説の論者以外にも、正当化事情の錯誤を違法性の錯誤とする見解がある（たとえば、厳格故意説の立場から、佐瀬昌三『刑法大意〔第一分冊〕〔第5版〕』清水書店（1941年）190頁以下、瀧川幸辰『犯罪論序説〔改訂版〕』有斐閣（1947年）179頁、磯部靖『刑法総論講義』正統社（1948年）164頁、180頁、小野清一郎『新訂刑法講義総論〔増補版〕』有斐閣（1950年）156頁以下、平場安治『刑法総論講義』有信堂（1952年）97頁以下、市川秀雄『刑法学〔第4版〕』評論社（1954年）126頁以下、瀧川春雄『新訂刑法総論講義』世界思想社（1960年）106頁、154頁、吉川経夫『三訂刑法総論』法律文化社（1989年）204頁、岡野光雄『刑法要説総論』成文堂（2001年）232頁以下などがあり、違法性の過失準故意説の立場から、草野豹一郎『刑法要論』有斐閣（1957年）81頁以下、齊藤金作『刑法総論〔改訂版〕』有斐閣（1969年）134頁、196頁以下、下村康正『統犯罪論の基本的思想』成文堂（1965年）98頁、立石二六『刑法総論〔第4版〕』成文堂（2015年）232頁など）。

(2) 主観的正当化要素をめぐる誤想防衛と偶然防衛の関係性

客観的には正当防衛状況にあるが、行為者がそれを認識しないまま行為する、いわゆる偶然防衛の場合に、その行為者を未遂犯ないし既遂犯として処罰することは、厳格責任説と矛盾することになるという議論がある。これは逆の推論ないし反対解釈 (sog. Umkehrschluss) といわれているもので、ロクシン、プッペ、シェッフルー、ディークマンらによって述べられてきたものであるが、最近でもこれが再び取り上げられている。たとえば、偶然防衛の場合に、主観的正当化要素の欠如が可罰性を基礎づけ、可罰性の必要条件であるならば、正当化事情の錯誤の場合に、この主観的正当化要素の欠如の否定、つまり主観的正当化要素が存在することは可罰性を排除する作用をもつ。⁽⁶⁶⁾ プッペは、「主観的正当化要素は、正当化要素であって体系的には違法性に属するのに、客観的にはそれが事実ではないからといって故意責任の単なる要素に成り下がるのはおかしい」とし、シュートレンクは、「主観的正当化要素の存在を最初は正当化のレベルでは重要ではないとしながら、その後になって責任のレベルで突然に重要であると見なすことは困難である」とし、法的な効果を指示する制限責任説は、(厳格責任説と同様に) 主観的正当化要素の理論と体系的な理由で矛盾すると主張している。⁽⁶⁷⁾

しかし、これはプッペ自身も認めるように、論理的な意味での矛盾をいうものではないし、⁽⁶⁸⁾ 同じく故意不法を阻却する制限責任説の論者からもこ

(66) C. Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959, S. 160.; I. Puppe, Zur Struktur der Rechtfertigung, in: Festschrift für Stree / Wessels, 1993, S. 183 ff., S. 196 ff.; dies., Vorsatz und Rechtsirrtum, in: Festschrift für Herzberg, 2008, S. 275, S. 286 f.; dies., Strafrecht Allg. Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., 2011, § 13 Rdnr. 24, S. 184.; U. Scheffler, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, Jura 1993, S. 617 ff.; A. Dieckmann, Plädoyer für die eingeschränkte Schuldtheorie beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Jura 1994, S. 178 ff., S. 185.

(67) I. Puppe, in: Kindhäuser / Neumann / Paeffgen, StGB. Nomos Kommentar, 5. Aufl., 2017, Bd. 1, § 16 Rdnr. 130 ff.

(68) I. Puppe, a. a. O. (Fn. 67), § 16 Rdnr. 135.; F. Streng, a. a. O. (Fn. 39), S. 239.

(69) I. Puppe, a. a. O. (Fn. 67), § 16 Rdnr. 135.

の批判には異論が出されている。たとえば、かつてすでにシェッ플ラーが、次のように正当化事情の錯誤と偶然防衛との対応関係を明らかにしていた⁽⁷⁰⁾。すなわち、シェッ플ラーによれば、正当化事情の錯誤でも正当化を肯定するような厳格な主観的違法論を採用する場合には、偶然防衛では既遂犯による解決をし、正当化事情の錯誤で故意説や消極的構成要件要素の理論を採用する場合には、偶然防衛では未遂犯による解決をし、正当化事情の錯誤で故意不法を阻却する制限責任説か故意責任を阻却する法的な効果を指示する制限責任説を採用する場合には、偶然防衛では未遂犯を類推する解決をし、正当化事情の錯誤で厳格責任説などを採用する場合には、偶然防衛では不可罰とする厳格な客観的違法論による解決をする場合に、それぞれ首尾一貫としてしていた⁽⁷¹⁾。そして、最近でも、シュースターがこのプッベの批判には同調することができないとしている⁽⁷²⁾。正当防衛の場合に主観的正当化要素を必要としたとしても、主観的正当化要素さえあれば客観的正当化要素がなくても違法性が否定されると主張するのでなければ、誤想防衛の場合に主観的正当化要素の存在を理由として故意の不法までを阻却しなければならない理由はないと思われる。故意不法の阻却により、遡って構成要件故意を否定するのは矛盾するし、故意不法や不法故意を阻却した場合に、正当化事情の錯誤が回避可能な場合には過失を認めるとして、回避不可能な場合にはどうするのであろうか。正当化事情の錯誤の場合に、故意責任ではなく、故意不法や不法故意を阻却すべきとする見解に依拠するのであれば、おそらく過失も、責任過失や過失責任ではなく、構成要件過失か不法過失

(70) U. Scheffler, a. a. O. (Fn. 66), S. 617 ff.

(71) U. Scheffler, a. a. O. (Fn. 66), S. 624. なお、わたしは偶然防衛の事案では結論として未遂犯による解決が妥当であると考えている。偶然防衛の場合には客観的には正当防衛の状況にあったので、自己または他人の権利を保全する結果価値によって、相手方の権利を侵害したという結果無価値は相殺され、法的な評価の上では、悪い結果は発生しなかったのと同じことになると考えられる。しかし、偶然防衛の場合には、防衛の意思に基づく防衛行為がないので、行為価値はなく、犯罪の意思で犯罪行為に出たという行為無価値が相殺されないうまま残されることになる。つまり、犯罪の意思で犯罪行為に出たが、悪しき結果発生しなかったという法的な評価はまさに未遂犯を意味する。

(72) D. Sternberg-Lieben / F. Schuster, a. a. O. (Fn. 45), § 16 Rdnr. 17 f.

を問題にすべきことになるであろうが、錯誤が回避不可能な場合には、その構成要件過失または不法過失が否定され、違法ではないことになるはずであると思われる。しかし、そうなると相当な理由に基づく正当化事情の錯誤は違法性阻却を認めるのと同じことになるが、これは周知のように誤想防衛に対して正当防衛での対抗が認められなくなるという問題につながるであろう。⁽⁷³⁾それゆえ、正当化事情の錯誤で、構成要件故意や故意不法や不法故意を否定してしまうことには疑問が残るとと思われる。

他方で、主観的正当化要素の必要性を認め、これが欠如する偶然防衛の場合に正当防衛による違法性阻却を否定する立場を前提とするならば、主観的正当化要素が存在する場合には、違法性の減少は肯定しなければならないであろうし、誤想防衛の場合に、故意犯の重い法定刑で処罰することまでを認めること（厳格責任説）は相容れないことになるものと思われる。

(3) 正当化事情の錯誤の行為者に対する共犯の可能性

ドイツではしばしば、広義の意味での制限責任説のうちで、法的な効果を指示する制限責任説を採るかどうかは、正当化事情の錯誤の行為者を利用してこれに関与する第三者を共犯として処罰すべきかどうかにもよるといわれている。イエーガーは、2011年11月2日のドイツ連邦通常裁判所第2刑事部判決が法的な効果を指示する制限責任説を明確に公言し、共犯処罰の可能性を維持しようとしたことが明らかであるという。⁽⁷⁴⁾そのうえで、しかし、イエーガーは、立法者が過失行為に対する教唆を処罰しない以上は、正当化事情の錯誤の事例でもこれに対する共犯を処罰すべきではなく、背後者によって正当化事情の錯誤が利用された場合には、いずれにしてもたいていの場合には（身分犯の場合を例外として）間接正犯に含まれるので共犯とする必要はないと主張する。⁽⁷⁵⁾また、ヨエックスも、立法者が、正

(73) これについては、中村・前掲（註3）334頁。

(74) C. Jäger, a. a. O. (Fn. 7), S. 227 ff., 229 f.

(75) C. Jäger, a. a. O. (Fn. 7), S. 227 ff., 229 f.

犯者を介しての法益侵害は、正犯者が故意に行為しており、それゆえ、正犯者の人格の中に完全な行為不法が存在する場合にだけ、刑法上重要であるという基本決定を下していると考えれば、正当化事情の錯誤でも制限された行為不法しか存在しないから、これに対する共犯はもはや存在し得ないとし、これは間接正犯で対応すべきと主張する。⁽⁷⁶⁾

しかし、ここで間接正犯を持ち出すということは、イエーガーもヨエックスも、正当化事情の錯誤を利用し、これに関与する者の当罰性を肯定していることにほかならないのではなからうか。そうすると、教唆の形式での関与は間接正犯で対応できるとしても、幫助の形式での関与はもはや間接正犯で対応することはできないから、イエーガーやヨエックスの見解によれば、正当化事情の錯誤に幫助の形式で関与した者をどうするのかという疑問が生じる。⁽⁷⁷⁾ それゆえ、本判決のように共犯処罰の可能性を残しておいた方が良いのではないかと思われる。なお、マンドラは、たとえば、2011年11月2日のドイツ連邦通常裁判所第2刑事部判決の事案を少し変えて、被告人の婚約者が「バンディドス」による攻撃ではなく、警察の突入が問題になっており、それゆえ被告人の生命に対する攻撃は存在しないことを知っていたにもかかわらず、被告人を誤解させたままにして、彼に武器などを手渡したと仮定した場合には、この判決のように、被告人の故意の違法な行為を肯定した場合には、その婚約者は故殺ないし謀殺に対する幫助を理由として処罰することができると説明している。⁽⁷⁸⁾

(76) *W. Joecks, a. a. O. (Fn. 39), Rdnr. 136.*

(77) 教唆や幫助が正犯にどこまで従属して可罰性が認められるかという問題では、正犯の構成要件に該当する違法な行為に従属するといういわゆる制限従属性説が、わが国でもドイツでも通説である。その実際上の意義は、たとえば重度な精神障害があるなど責任無能力の行為者 X に対して幫助の形式で関与する者 Y の処罰を説明することにあると思われる。X が責任能力者である場合よりも、X が責任無能力者である場合の方が、どちらかといえば Y の当罰性は高まるといえるのに、Y を処罰しないのは不都合である。これと同様のことが、錯誤のない行為者に対する幫助犯との比較で、正当化事情の錯誤の行為者に対して幫助の形式で関与する者についてもいえる。

(78) そして、被告人の正犯行為が未遂の場合でさえ、共犯は処罰することができるとする (*C. Mandla, a. a. O. (Fn. 8), S. 337.*)。

他方で、シュトレックは、正当化事情の錯誤の正犯者に関与する共犯の可罰性を肯定するのが妥当であるとしつつ、しかし、不法故意ないし故意不法を阻却する制限責任説でもその結論を維持することは可能であると主張する。⁽⁷⁹⁾シュトレックによれば、ドイツ刑法 26 条と 27 条が共犯の可罰性の前提としているのは、「故意に遂行された違法な行為」であり、それは「違法である故意に遂行された行為」を意味するが、「故意の違法な行為」を意味しないというのである。⁽⁸⁰⁾そして、共犯の可罰性にとって重要となる正犯者の構成要件故意と、共犯の可罰性にとって重要ではない正犯者の不法故意を概念的に区別する。そのうえで、不法故意を阻却する制限責任説は、正当化事情の錯誤の場合に、構成要件故意を肯定しつつ、不法故意を阻却するので、正当化事情の錯誤の正犯者に関与する共犯の可罰性は認められるとしている。⁽⁸¹⁾

しかし、不法故意を阻却する制限責任説によれば、正当化事情の錯誤の行為者は、結局のところ故意が否定され、過失犯が成立するのであるから、過失犯の正犯者に対する教唆や幫助を認めることになるが、それは果たして妥当なのかという疑問がある。また、教唆や幫助の可罰性は正犯者の構成要件に該当する違法な行為に従属するという制限従属性説を前提とするならば、⁽⁸²⁾不法故意を阻却する制限責任説のように、正犯者の故意不法ない

(79) *F. Streng*, a. a. O. (Fn. 39), S. 239 ff.

(80) *F. Streng*, a. a. O. (Fn. 39), S. 240.

(81) これは、かつて、*J. Hruschka*, *Wieso ist eingeschränkte Schuldtheorie eingeschränkt?*, in: *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, S. 441 ff.; *C. Roxin*, *Strafrecht Allg. Teil*, Bd. I, *Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., 2006, S. 629 Rdnr. 70 und S. 632 Rdnr. 77.; *H. -J. Rudolph*, in: *Systematischer Kommentar zum StGB*, 7. Aufl., 2002, § 16 Rdnr. 12 f., S. 61 f. によっても主張された見解である。なお、*K. Kühl*, a. a. O. (Fn. 45), Rdnr. 73.; *I. Puppe*, a. a. O. (Fn. 67), Rdnr. 136 もこれに賛成している。最近、わが国でこれを支持するものとして、鈴木彰雄「正当化事情の錯誤と共犯の成否」*日本法学* 82 卷 2 号 (2016 年) 189 頁以下、207 頁がある。

(82) わが国の刑法 61 条には「犯罪を唆した」という文言があり、犯罪とは構成要件に該当する違法かつ有責な行為をいうから極端従属性説が法文には合っているように見えるが、わが国でも制限従属性説が通説である。実務上の理由としては責任無能力者に対する幫助の可罰性を肯定することにあるが、理論的にも、次のように説明される。すなわち、教唆や幫助は正犯を通じて間接的に法益侵害に加わるので（惹起説）、その責任は二次的なも

し不法故意が阻却され、故意の違法性はないとしている以上、それはこれに関与する者の教唆や幫助の可罰性にも重大な影響を及ぼすことになるのではないかと思われる⁽⁸³⁾。

(4) いわゆる社会的責任概念との関係性

故意責任を阻却する法的な効果を指示する制限責任説は、正当化事情の錯誤の場合に、態度形式としての主観的構成要件要素としての故意は否定せず、非難可能性としての故意責任を阻却する。これはガラスやイエシエック／ヴァイゲントらによって心情無価値としての責任を前提として提唱されたものであり、責任が非難可能性であることを前提とする⁽⁸⁴⁾。この点、非難可能性やいわゆる他行行為の可能性は、行為者の意思の自由の存在を前提にするのかどうかという難しい問題もある。しかし、ラックナー／キュールによれば、これはいわゆる社会的責任概念からも説明することができるという。すなわち、「責任とは非難可能性を意味し、責任非難の中核は、行為者が具体的な諸事情の下で法的な義務によって規範に合致した態度を決定することができたにもかかわらず、行為者が違法な行為をしたことに認められる。それゆえ、今日の多数説であり、適切でもある見解によれば、責任とは、個人の道徳的な違反を理由とする非決定論（意思自由論）から導かれた倫理的な非難ではなく、自由主義国家が平和な共同生

、のである。それゆえ、教唆や幫助の処罰範囲はどうしても禁圧しなければならない場合に限定されるから、正犯が実行に着手しない場合には共犯を処罰する必要はない（刑法 61 条）。そして、刑法の目的が法益の保護にあることを考えると、正犯が構成要件に該当する違法な行為をした場合にはそれに加功する教唆や幫助を処罰するべきであり、かつそれで足りるということになる（山口厚『問題探究刑法総論』有斐閣（1998 年）242 頁以下を参照）。

(83) なお、鈴木・前掲 215 頁の脚注 (33) は、最小限従属性説を前提としているが、これは本文に述べた意味では、不法故意を阻却する制限責任説とは調和的であろうと思われる。

(84) W. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), S. 1 ff., S. 45 f.; H. -H. Jescheck / T. Weigend, Strafrecht Allg. Teil, 5. Aufl., 1996, S. 426.

(85) 周知のように、他行行為の可能性とは「行為者が違法な行為をした時に他の適法な行為をすることもできる状態にあったこと」をいい、それにもかかわらず、違法な行為をしたことに対する非難を責任と捉える規範的責任論が現在の通説であるとされている。

活の根本的な前提条件として社会規範を通じて正常な動機づけの可能性をもってその市民に求めなければならない行動要求を行為者が下回ったことを理由とする社会的な非難でしかありえない（いわゆる社会的責任概念）⁽⁸⁶⁾とする。責任概念の検討については他日を期さなければならないが、このいわゆる社会的責任概念というのは、意思の自由は自然科学的にはその存在を証明することが可能でもなければ否定することが可能でもないということを出発点とし、それは、人間には相対的な自由があり、規範によって動機づけることが可能であるということを共同生活の必然的な根本条件として理解し、それゆえ、共同の法秩序と社会秩序の基礎になるということを排除しないとされる。それゆえ、このいわゆる社会的責任概念は、意思自由の問題についての不可知論や相対的意思自由論の立場からも広く支持しうるもので、ドイツでは多数説となっている⁽⁸⁷⁾。

ここで重要なことは、意思自由を前提とする立場はもちろんのこと、そうではない立場でも、責任とは非難可能性であるということを出発点とすることができるということなのである。そして、これは法的な効果を指示する制限責任説の出発点にもなりうる。刑罰の量定の基礎は、行為者の「責任」に基づく（ドイツ刑法 46 条 1 項 1 文）とし、責任を非難可能性と理解する立場から、故意責任と過失責任が論じられ、故意責任の段階では、意図と単純な故意と未必の故意などの非難の程度で量刑の問題となり、単純な故意や未必の故意よりも意図をもってする行為者の方が厳しく処罰されるとする見解⁽⁸⁸⁾が主張されていることは注目されてよいと思われる。

5. まとめ

本稿では、正当化事情の錯誤についての主として 2010 年以降のドイツ

(86) K. Lackner / K. Kühn, StGB Kommentar, 28. Aufl., 2014, Vor § 13, Rdnr. 23.

(87) K. Lackner / K. Kühn, a. a. O. (Fn. 86), Vor § 13, Rdnr. 23.

(88) C. Fahl, a. a. O. (Fn. 50), S. 482.

の判例および学説を中心に検討してきた。とりわけ 2011 年 11 月 2 日のドイツ連邦通常裁判所第 2 刑事部判決が故意責任を阻却する法的な効果を指示する制限責任説の立場を採用したことは注目に値し、その判例評釈の多くがこれを支持した。ただし、その後のドイツ連邦通常裁判所の判例も見てみると、広義の制限責任説を支持するものの、そのいずれの立場かは明言しない表現が多く用いられており、その趨勢は定まっていない。ドイツの学説においては、広義の制限責任説のうち、故意不法ないし不法故意を阻却する制限責任説と、故意責任を阻却する法的な効果を指示する制限責任説が拮抗している状況にある。

正当化事情の錯誤の行為者は、その表象した事実が現実存在していれば法的に承認される正当化事由に該当する場合であったのであり、その意味では違法性の錯誤に陥っていたわけではない。違法性の錯誤は、行為者が錯誤により法秩序と異なる評価をしていたことから、違法である事実について違法性の意識を欠如する場合であり、あくまでも行為者は評価そのものについての錯誤があったといえる。その両者の構造的な相違は、前述の事例からも明らかにされたものと思われる。

主観的正当化要素は、正当化の 1 つの要素であり、そのすべてではない。それゆえ、主観的正当化要素があればそれだけで違法ではなくなるということは認められないが、主観的正当化要素があればそれだけ違法性が減少することは認めるべきである。その意味では、偶然防衛で正当防衛による違法性阻却を否定しつつ、正当化事情の錯誤で厳格責任説を採用することは矛盾する。

ドイツ刑法 26 条、27 条が共犯の可罰性の前提として正犯の「故意に遂行された違法な行為」を要求しているが、そもそも過失犯に対する教唆や幫助を認めることにも疑問があり、また上述のように制限従属性説を前提とするならば、正当化事情の錯誤の行為者に対する教唆や幫助を認めることは（そして、実際の事案を考えると錯誤のない行為者に対する共犯と比較して当罰性は高い）、正当化事情の錯誤の行為者にも故意の違法な行為が認められることが前提となろう。それゆえ、故意責任を阻却する法的な

効果支持する制限責任説か、厳格責任説に依拠することが前提となる。⁽⁸⁹⁾しかし、正当化事情の錯誤の行為者は法に忠実に行為していること、被害者の同意はたとえば傷害罪における同意の扱いを見ても構成要件にも正当化事由にも分類されうるがその錯誤は価値的には同じであろうこと、抽象的事実の錯誤の行為者でも故意が否定される場合があることとのバランスなどを考えても、正当化事情の錯誤の行為者を故意犯の重い法定刑で処罰することが相応しいとは思われない。それゆえ、故意責任を阻却する法的な効果を指示する制限責任説が妥当であろう。

なお、本論文を脱稿した後に、小島秀夫「正当化事由規定における『許容』の意味——正当化事情の錯誤に関連して——」伊東研祐ほか編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法：増田豊先生古稀祝賀論文集』勁草書房（2018年）43頁以下に接した。

(89) このほかにも、法的な効果の独立した責任説があるが、その検討については、中村・前掲（註3）329頁以下を参照。