

## 紹介

## ハルドヴィツヒ『事情の錯誤と義務の錯誤』

中 義 勝

本稿は „Goldammer's Archiv für Strafrecht” 誌、一九五六年版第一二號に寄稿された小論である。筆者 Werner Hardwig についてはハムブルグ大學の私講師である以外には知るところがない。

さて、ドイツでは一九五二年、その連邦裁判所 (BGH) が舊來の大審院 (RGH) が一九四五年にその機能を停止するのやむなきにいたるまで終始固持してきた事實の錯誤と法律の錯誤 (Tatirrum u. Rechtsirrum) の一對の錯誤原理を放棄し、新たに構成要件の錯誤と禁止の錯誤 (Tatbestandsirrum u. Verbotirrum) なる原理を採用して以來、學界の關心はあげて錯誤論に集中している観がある。我が國においても夙に右連邦裁判所の決定は高田・佐伯・福田の諸家によつて紹介・批判された外、錯誤論をめぐる理論的關心はとみに尖鋭なもの

があるやに感ぜられるのである。この秋に際して、ハルドヴィツヒによる本稿をみたことは、寔に時宜に適うものであり、その主張に左袒し得ると否とを問わず、我々にとつて好個の參考に價するものたることを失わぬのである。以下その主張を紹介するに當つては、周邊的説明はこれを一擲し、飽くまでその核心的説明を問題とし、且つこれについては可能な限り詳細にわたる説明を再現したいと考える。

\* \*

本稿は „Sachverhaltsirrum und Pflichtirrum” と標題されているが、夫々の錯誤は果して如何なる内容をもつものであるか、そしてこれが舊來の『事實の錯誤と法律の錯誤』及び現に多數の學者によつて採用されている『構成要件の錯誤と禁止の錯誤』と如何なる關係に立つものであるか、これが先ず明

かにせらるべき第一の課題であらう。

ハルドヴィツヒによれば事情 (Sachverhalt) とは、事實的、社會的及び法的事實なる所與であり、これが錯誤こそ事情の錯誤であつて、獨刑法第五九條がいみじくも述べている如く行爲事情 (Tatumstände) に關する錯誤がこれである。アルツール・カウフマンは、もしかかる錯誤一對を認めるときは昔日の『事實の錯誤と法律の錯誤』なる學界こそつて非難・反對した誤れる錯誤一對へと還歸せざるを得ぬことになると説くが、その然らざる所以は、事情の錯誤とは行爲事情に關する錯誤であり、従つて法的事實の錯誤も義務の錯誤でなく事情の錯誤に配せられるという一事をみても明かであらう。ところで、事情の錯誤と義務の錯誤は、一體何を錯誤するものであるかという對象において、構成要件の錯誤と禁止の錯誤に符合するものである。けれども、後者の一對はその表現方法において妥當を缺く。先ず、構成要件とは事實的諸前提を組立ててこれを一個の概念にまとめあげた形象であり、これに法律効果が結びつけらるべき規範的形象である。従つて、構成要件の錯誤とは構成要件の概念に關する錯誤であつて直ちに事情の錯誤と相同じきものではない(私註―例えば、窃盜の中には騙取も含まれ、子殺しは殺人の中には含まれぬ、という如き錯誤がここに述べられている構成要件の概念に關する錯誤であらうか)。また、禁止の錯

ハルドヴィツヒ『事情の錯誤と義務の錯誤』

誤という表現も偏狹に過ぎる。蓋し、字義通りに解すれば命令の錯誤はその坐すべき席を與えられぬこととなるからである。積極・消極の命令の錯誤を統合するものとして義務の錯誤の數等まざることはいうまでもないであらう。

右にみる如く、ハルドヴィツヒが構成要件の錯誤及び禁止の錯誤から事情の錯誤及び義務の錯誤を新しく敢て區別する理由は、餘りにも字義の末梢にとらわれた小兒病的詮索に由來するものにすぎないように思われる。特に、禁止の錯誤に代えて義務の錯誤を説く際に然りである。けれども、彼にとつてはこの場合にこそかく命名せねばならぬ實質的理由が存するのである。

即ち、彼によれば、義務には二義のものがある。具體的義務と抽象的義務とがこれである。前者は具體的な事例において要求されている義務で、後者は所與の事情の下にはなく、想定された事情の下に、凡そ人は云々すべきであるとか、凡そ人は云々してはならぬとかいつた形で存するものである。義務の錯誤とは専ら後者についていうものである。もし然らずとすれば、薄明鹿だと思つて人を射つた者は、具體的義務の存在を知らなかつたのであるから義務の錯誤に陥つていふことになる。ざるを得ない。けれども、彼はこの件についての抽象的義務には錯誤がないのであるから、彼の錯誤は事情に關する錯誤であるといふべきである。そして、以上の如き區別は『禁止の錯誤』

一〇九

という表現ではできないであろうとすることに取て『義務の錯誤』という表現を選んだ實質的理由がある。

右によつても察せられるが如く、義務の錯誤なるものは抽象的義務の存否・内容に關する一般的知見の不存在乃至誤認なのであるから、義務の知見も行為時に存する現實的知見(Denken an)である必要なく、具體的事情を離れた一般的知識(Wissen um)で足るものである。けれども、だからといつて、義務の知見には Wissen um で充分であり、事情の知見のためには Denken an を必要とするという區別によつて兩者が分たれるものと早計すべきでない。成程、大抵の場合、後者は現實的表象であるが、常に必しもこれに限るわけではない。Wissen um が義務の存在と内容を問題にするものでないときには、法的事實(Rechtssage)に關する錯誤も事情の錯誤であり得る。例えば、或る物を自己所有物と考えるにいたつた法的理由の錯誤がこれだ(私註—獨民法四三三條によれば、賣買契約の成立は即時に所有權の移轉を意味しないことになつてゐるが、かかる賣買契約の法律的效果について一般的知見の不存在が、牽いて具體的事例における『他人の物』の錯誤の本質的要因をなすという意味であらうか)。

さて、ハルドウィッチによれば、事情の錯誤と義務の錯誤の区分は右に述べた如き兩者の實質的相違に由來するものである

が、かく區分してみたところで兩者が處遇上異なる取扱いをうけるのでなければその實益がない。ところで、事情の錯誤がある場合に故意が阻却されることがは通説であつて異論はない。然し、義務の錯誤に對する處遇については大いに争いが存する。そして、この問題についてのハルドウィッチの見解は、事情の錯誤に對する非難と義務の錯誤に對するそれとは質的に異なるものがあり、後者の方がはるかに大なる非難に價すると考へる。つまり、所謂責任説(Schuldtheorie)と同一の歸結を承認するのである。ところで、彼の見解を以て直に責任説に屬するものだと考へることは早計であつて、他面、彼は故意には不法の意識が屬すると説き、この點ではむしろ故意説(Vorsatztheorie)と同一の主張をなしているのである。それでは、何故に不法の意識が故意に屬せねばならぬのか。彼によれば、この主張には以下三點の據り所がある。

(1) 第一の據り所は不作爲犯である。例えば、外國爲替を所持する者にはこれを申告する義務が科せられてゐるとすれば、この義務を知らずして外國爲替を所持する者は果して故意的に義務侵害をなすものといえるであらうか。これを肯定することは常識に反する。故に、故意の不作爲にあつては義務の知見、即ち不法の意識が故意に屬する。然りとすれば、この理は作爲犯にも安當せねばならぬ。蓋し、もしこれを否認するときは、

作爲犯と不作爲犯とで相異なる二つの故意概念を認めねばならなくなるからである。

(2) 第二の據り所は過失概念である。注意義務に違反し、且つ然る故に、もし彼が注意義務を充足していたら回避し得たであろう不法を行う者は過失的に振舞うものである。ところで、この注意義務は三つの對象に關する。(i) 態度そのものに。拙劣な舉動がこれだ(私註—ボールを投げ損じて他家のガラスを破るような場合)。(ii) 事情の不知に。以上兩者は併せて事實の過失 (Tatfahässigkei) と名づけ得る。(iii) 義務の不知見に。この場合を義務の過失 (Pflichtfahässigkei) と呼ぶことは過失概念の濫用だとは思わない。これを故意だという者は、三側面と三角を有する圖形の各角が九〇度以内なるものを三角と名づけるが、一角が九〇度以上なるものを四角と名づける數學と同様の誤りを犯すものだ。この引用例は恐らくは何人によつても是認されないであろう。然るに、法律家には大して抵抗が感ぜられぬらしい。

(3) 第三の據り所は意思の概念そのものである。一個の行爲意思なるものはそれ自體完結した不可分の全體である。だから、意思の關係する全體を價值に關係なき因果的實現意欲と義務侵害の意欲とに分解し、前者のみを故意と名づけることは不可である。

ところで、故意は常に不法故意であらねばならぬとする主張に對しては固より異論があり、その内最も重要なものは『評價の客體は客體の評價と異る』とする命題に據つてする論理的反論である。これは、通常唱えられている如く、違法性及び責任は構成要件(客體)に對する段階的評價であるから、前兩者は後者に屬するものではないとする主張を含むものである。けれども、前兩者は共に評價ではない。反對に、構成要件こそ不法に對する評價であつて、これに可罰的なりとの烙印を捺す、即ち評價を施すものである。そして、違法性とは或る態度が法規範に違反するとの確定なのだ。責任にいたればいよいよ評價でない。何人かが、もし法がこれを彼に要求する如くにその知見・經驗及び能力をふるいおこすなら、彼は規範に合してふるまい得たであろうとの確定、これが責任である。とりわけ、不法と責任の質と量とが判断さるべきだといわれるが、かく不法・責任は右の判断を受け、評價を付せられる客體であつても、斷じて客體の評價ではない。故に、右の異論は、既に立論の前提を誤るものであり、從つて正鵠を得た反論とはいえない。

かくして、ハルトヴィツヒによれば、故意には不法の意識が屬しつつ、しかも義務の過失は單なる事實の過失とは異り、より大なる非難に價する。それでは、いわば片脚を故意説に、他の片脚を責任説につつ込んだ土臺の上に成立する彼の責任論は、

果して自己矛盾なく如何にして右兩原理を調和し得るものであろうか。義務の過失ある場合には故意が阻却されること、また義務の過失は事實の過失と同視さるべきでないことは上記したところである。然りとすれば、これを無罪とするか、それとも義務の過失という獨立の責任形式を認めてこれを故意の犯人に準じて (*wie ein Vorsatzfater*) 罰するか二途その一を出ない。これを無罪とすることの不可なるはいうまでもないとするれば、義務の過失という獨立の責任形式を認める途の外にこの場合を救済する方法はない。尤も、かかる處理に對しては所謂類推禁止の原則と如何に調和するかという疑問が生じ得よう。然し、これは各本條の類推的擴大に關するもので、刑法の總則に然るものではないから、毫も痛痒を感じずるものではない。

ハルドウィットは次に違法阻却原因の事實的前提に關する錯誤について考察する。ウェルツェルはこれを義務の錯誤に配するが、その然らざる所以は、義務の錯誤なるものは抽象的義務についての錯誤であつたことを想えば一見明白であらう。即ち、誤想防衛者は具體的義務については錯誤しているが、一般に急迫不正の侵害ある場合にはこれを反撃し得るといふ抽象的義務については錯誤するものではない。故に、この場合には事情の錯誤が存する。けれども、かく概念的には事情の錯誤たる違法阻却原因の事實的前提に關する錯誤も、なお處遇上、これを義

務の錯誤に準じて取扱うべき實質を具えるものではなからうか。ハルドウィットはかく自問し、且つこれを肯定する。それでは、この聞きなれぬ主張は如何にして可能であらうか。

彼は、先ず、違法阻却原因の事實的前提は刑法第五九條に所謂『法定の構成要件に屬する行爲事情』ではなく、從つて同條の適用を受けるものではないからこれを單なる事實の過失と同處遇せねばならぬ根據はないとする。然るに、所謂消極的構成要件要素の思想は、これを以て構成要件の消極的構成分子であると述べるが、その思维過程は以下の如きものである。即ち、構成要件なるものは不法を記述せんとする機能をもつものであるが、記述された態度が常に不法であるとは限らぬ場合がある。かかる例外的事例を記述するものが違法阻却原因であつて、兩々相俟つてここに完全な不法の記述に達する。だから、かかる完全な不法の記述という意味での構成要件にとつては、違法阻却原因の諸要件は消極的構成分子とならざるを得ない。これに對して、ハルドウィットは、構成要件が不法を記述するものだとすることからしてそもそも誤りだとする。彼によれば、違法性とは或る態度の各種の禁止・命令・許容等に對する綜合的關係判斷であり、閉鎖的な或る態度の記述を以てなし得るものではない。構成要件とは、かかる綜合的判斷によつて得られた不法を前提として、その特性を記述するものであるにすぎない。だ

から、違法阻却原因の諸要件を具備する態度が存するときには、ただそれは違法な態度でない、従つて構成要件に該當する態度でないということが與えられるにすぎないのであつて、これが積極的にも消極的にも構成要件の要素であるとすることはできない。構成要件とは、既に不法を前提とした上で、積極的・閉鎖的にその特性を記述するものであるにすぎない。これが、Strafathbestand に對して Gegenathbestand ということを説く眞に妥當な理由である。

かく、違法阻却原因の事實的前提が『法定の構成要件に屬する行為事情』でないとするれば、従つてこれが過失を第五九條に則つて事實の過失に配せねばならぬとする公式的見解は通じなくなる。けれども、これが錯誤は上記の如く事情の錯誤であつて義務の錯誤ではない。にもかかわらず、これを義務の錯誤に準じて罰してもよいとするれば、その積極的・實質的理由こそ示されねばならぬ。そこで、彼によれば、齊しく事情の錯誤に陥つてゐる場合であつても、Strafathbestand の行為事情の錯誤の場合では、行為者は自己が他人の法益に干渉するものだとの認識がないが、Gegenathbestand のそれにあつては、この認識がある。かく他人の法益に干渉するものであるとの自覺が存する場合には、より慎重に錯誤の有無を検討する義務 (Prüfungspflicht) 干渉のための危険負擔が科せられるのである。

ハルドヴィッヒ『事情の錯誤と義務の錯誤』

これこそが、違法阻却原因の事實的前提に關する錯誤が事情の錯誤でありながら、義務の錯誤に準じて處罰される理由である。但し、誤想防衛の如き場合においては、行為者は異常の狼狽・興奮に陥つてゐる場合も多いであろうから、かかる検討義務を科することができない場合もある。

以上が本稿の概要である。そこで、最後にしめくくりとして示されている諸歸結を列記しよう。

(1) 法的義務又は構成要件の行為事情の回避されない不知見は行為者に歸せられない。

(2) 以下の時には行為者は故意の犯人に準じて罰せられる。

(i) 彼の義務の不知見が過失に基づく時

(ii) 彼が過失的に犯し得る行為を粗野に輕卒に行う時

(iii) 彼が違法阻却原因の事實的前提を輕卒に誤認した時。

右の内、(2)の(ii)に關しては、事實の過失として犯し得る行為に關してのみ問題とされていること、(iii)に關しては、これと反對に、過失構成要件が存しない場合にも罰せられるということ、が注意すべきである。

\* \* \*

そこで、以下においてはハルドヴィッヒ説に對する簡単な批判を附記することにしよう。

第一は、『評價の客體と客體の評價とは異なる』という命題をめぐるハルトウィッチの見解に關する。この命題の論理的正當性については恐らくは彼自身も異論を挿し得ないであろう。けれども、彼の疑うところは『評價の客體としての構成要件、客體の評價としての違法性・責任』という右の命題の適用の妥當性如何にあるものと考えられる。然しながら、私見によれば、この命題を不法の意識をめぐる問題に適用した場合に得られる公式は『評價の客體としての構成要件の故意と、客體の評價としての不法の意識とは相異なる』ということに歸し、且つこれは、論理必然的に責任説を認めしむべき論理的前提になるものでもなければ、逆に、これを承認するからといって故意説にとつて致命的自己矛盾をなさしめるものでもない。所謂構成要件の錯誤・禁止の錯誤（ハルトウィッチによれば事情の錯誤・義務の錯誤）なる分析的考察が責任説によつても故意説によつても齊しく前提的に是認されているという事情自體がこのことを物語るものでなければならぬ。然りとすれば、一個の行爲意思がそれ自體完結した不可分の全體であるとしても、これを概念的に分析して夫々構成要件の故意・不法故意と名づけることも亦是認さるべきであつて、故意とは常に不法故意であらねばならぬとする理由も亦存しないとせねばならぬ。同様にして、責任説が義務の過失を故意と名づけることも、これを不法故意という意

味で然いうのではないのであるから、敢て不可なることもないであろう。そして、不作爲犯においても、作爲義務發生の事實的前提の知見が構成要件の故意に屬するのであつて、作爲義務そのものの知見は不法故意の内容をなすものであるとの辨別的認識にして缺けるところがなければ、前者をも故意（構成要件の故意）と呼ぶことには妨げはないといふべきである。

次に、義務の過失という獨立の責任形式を認めることの可否については大いに争いがあることであろう。これを認めることは故意・過失という責任形式の上に更に第三の責任形式を創設するものであり、罪刑法定主義の要請に反するという異論がその最大のものであろう。けれども、私見によれば、右の場合においても、獨刑法はその所謂故意を構成要件の故意に限ると明言もしないければ、逆に常に必ず不法故意であらねばならぬと述べているものでもない。もし然らずとすれば、これを争つ議論はすべて超法的な論争であり、法の解釋ではあり得ないことになる筈である。のみならず、歸責のために刑法が要請している條件は、ただ消極的に、法定の構成要件に屬する行爲事情を知らぬ場合には責を問われないということ、従つて積極的には最少限度において右の行爲事情の知見が存せねばならぬということ、但し、行爲事情の知見につき過失ある場合はこの限りでないということ（獨刑五九條）の二點にすぎない。それ故、

眞に歸責のための條件を考察することはあげて解釋論に一任されておくと解すべく、これを制限すべき法的根據は右以外には存しないと考へべきである。してみると、義務の過失という獨立の責任形式を認める提案は罪刑法定主義に矛盾するものではないといわねばならぬ。但し、だからといつて直ちに義務の過失という獨立の責任形式を認むべきか否かはまたおのずから別論であつて、私としてはこれに批判的である。ただ、紙幅の都合上、ここではその詳論を略する。

最後に、違法阻却原因の事實的前提の錯誤をめぐるハルドヴィッヒの見解は極めて特殊なものである。これを事情の錯誤だとしながら、しかも、この事情は法定の構成要件に屬する行為事情ではないとする見解はウエルツェルの見解に酷似する。ただ、ウエルツェルは、これを事實の錯誤だが構成要件の錯誤ではないとするに反し、ハルドヴィッヒは事情の錯誤だが構成要件の錯誤ではないとする差をとどめることになるであらう。そして、その由來するところは兩者とも消極的構成要件要素の思想を否認するにある。ところで、私は、右の消極的構成要件要素の思想を是認すべきであるという見解に立つから、既にこの平面上において立場が岐れることになるが、この點は別論としても、ハルドヴィッヒが事情の錯誤たる違法阻却原因の事實的前提に關する錯誤を故意犯に準じて罰すべきだとする理論的根據を

いわば重大な過失に求めるとすれば、この原理は推して *Strat-fatsband* における事情の錯誤にも妥當せねばならぬであらう。果せるかな、ハルドヴィッヒはこれを肯定している。けれども、かく迄この原理の徹底を圖することは、錯誤の區分として彼自身が認める事情の錯誤と義務の錯誤なる原理の不徹底を措いて達し得ない。*Stratfatsband* の事情の錯誤が重大な過失に基づくときは、概念的には事情の錯誤でありながら、處遇上は義務の錯誤であることは、根本において、兩錯誤を概念的に區分した理由を喪失せしめる自殺論法である。且つ、原理なるものはその徹底的適用をその理論的要請としてみずからに包藏するものであるとすれば、相反・矛盾する兩原理を武器として構築されたハルドヴィッヒの錯誤論は結局自殺論法としての宿命を擔う外に途はなかつたわけである。