

ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年) (16)

(Walter Gropf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015)

金 尚均 (監訳)

玄 守道 (監訳)

山本紘之 (翻訳)

目 次

第1部 導入

§1 犯罪—刑法—刑法学—社会的相当性 (以上、49巻1号)

§2 可罰的行為：形式的規定—実質的内容—構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容 (以上、49巻2号)

C. 構造

D. 復習のために (以上、49巻3号)

§3 刑法の諸原理 (以上、49巻4号)

第2部 可罰的行為論 現象形式：故意によって引き起こされた外界の変動（いわゆる故意結果犯）

§4 構成要件該当性

A. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値） (以上、50巻1号)

B. 構成要件該当性の主観的要素（人的無価値） (以上、50巻3号)

§5 違法性と正当化事由

A. 構成要件該当性、違法性、正当化

B. 個別の正当化

I. 承諾の表明（以上、50巻4号）

II. 正当防衛（刑32条）とその他の防御権（民229条、同859条1項及び2項）

（以上、51巻1号）

III. 正当化緊急避難（刑34条、民228、904条）

IV. 正当化される義務の衝突

V. 犯罪構成要件に該当する基本権侵害の、職務権限と強制権限による正当化

VI. 軍事上の命令と職務上の命令（指示）

VII. 教育権

VIII. 許された危険

IX. 社会的相当性は正当化事由となるか？

X. 各正当化事情の競合

C. 復習のために (以上、51巻3号)

§6 有責性と責任—責任阻却事由—免責事由

§7 特別な法効果の条件と障害 (以上、51巻4号)

第3部 可罰的行為のさらなる現象形式

§8 特別な行為結果による加重（結果的加重犯） (以上、52巻2号)

§9 未遂と中止犯—可罰的予備行為—行為による悔悟

A. 犯罪行為の実現段階としての未遂 (以上、52巻4号)

B. 中止犯（刑24条） (以上、53巻1号)

C. 可罰的予備行為／関与の未遂

D. 復習のために (以上、53巻4号)

§10 関与（未翻訳）

§11 不作為（未翻訳）

§12 過失

A. 過失犯の無価値—過失致死罪（刑222条）を例として (以上、54巻4号)

B. 違法性（以上、本号）

C. 有責性

D. 概観：過失犯の構造

E. 復習のために

第4部 錯誤論

§13 錯誤

第5部 競合論と刑法上の制裁

§14 法条単一（Gesetzeinheit）—所為の単一性（Tateinheit）（§52）—所為の複数性（Tatmehrheit）（§§53-55）

§15 刑法上の制裁

細目次

§12 過失

B. 違法性

I. 過失の無価値と過失の不法—「開かれた」刑罰規定としての過失規定？

II. 正当化事由

1. 正当化状況を知らずになされる、構成要件的要素の非故意的の実現—正当防衛を例として

2. 正当化事由を知覚した上でなされる態度による、意欲的でない作用

- a) 正当防衛 § 32
- b) 正当化的緊急避難 § 34
- c) 非故意的に行われる犯罪行為への推定的同意と同意
- d) 許された危険

C. 有責性

I. 故意行為と同じ点

II. 特殊な点

- 1. 責任形式としての過失
- 2. 過失犯における（超法規的）免責事由としての合義務的態度／危険を増加させないことの期待可能性？

D. 概観：過失犯の構造

E. 復習のために

B. 違法性

I. 過失の無価値と過失の不法—

「開かれた」刑罰規定としての過失規定？

〔158〕 故意犯にあっては、刑罰法規が刑法上重要な無価値を実現する事実を画定している。この無価値の実現が不法をも意味するのかどうかは、正当化事由が存在するかどうかに依拠する。

〔159〕 上記のような無価値と不法の関連を過失犯でも認めることができるかについては、疑問が投げかけられている。とりわけ、過失による態度を禁止する刑罰法規が無価値を本当に十分に画定できるのか、という点についての疑念がこれにあたる。むしろ、注意義務の具体化または刑法上重要な危険の画定によってはじめて完成する、開かれた規定なのではないか、と言うのである。正当化事由を問う余地を残す犯罪類型を形成することは

困難だとされている。

〔160〕 しかしながら、外界変更と関連する故意犯のところで述べたように、関連する過失犯の類型は、以下の要素によって定型的に確定できる。

- ・ (法的に保護された利益を顧慮しないことの顕れとしての) 行為
- ・ 高められた危険の作出
- ・ 外界変更
- ・ 因果関係
- ・ 客観的帰属可能性
- ・ 個別的予見可能性と回避可能性

〔161〕 無価値の実現が行為者に、とりわけ客観的に帰属されえないということが、過失犯の閉じられた無価値を変更することはない。

II. 正当化事由

〔162〕 過失犯における正当化事由の扱いについては、以下の二つの基本条件を区別すべきである。すなわち、正当化状況を認識せずに、故意なく構成要件要素を実現した場合（1）と、行為の際に正当化状況を認識しつつ、意欲せずに実現した場合（2）である。

1. 正当化状況を知らずになされる、構成要件的要素の非故意的実現—正当防衛を例として

〔163〕

事例 12.21

林務官Fは、役宅の前に座り、銃の掃除をしていた。Fは規則に反して、掃除の際に安全措置を採っていなかった。Fが引き金を磨いてい

るとき、弾丸が発射され、Aに命中して同人を死亡させた。そのAが茂みに隠れており、Fへの嫉妬から同人を殺害するところであったことを、Fは認識していなかった。

〔164〕 Fが、AがFを殺害するところであったことを知らずに、Aを認識して意思的にAを殺害したとすれば、正当化事由の事実的前提を認識しないという錯誤である（§ 5〔49〕以下および後述§ 13〔180〕以下を参照）。

〔165〕 一通説が故意犯においてそうしているように一過失犯においても具体的な正当化の意思が必要だと考えるのであれば、Fは過失致死によって処罰されなければならないだろう。これに対して、故意犯における少数説と同様、客観的に正当化状況があれば主観的正当化要素は不要だとするのであれば（§ 5〔55〕以下参照）、過失の場合も同じことが言え、Fは正当化されなければならないだろう。

〔166〕 これに対して、一故意犯における多数説のように一人的無価値と事態無価値の共同作用を考えるのであれば、正当化される外界変更を故意によらずに惹起する行為の不可罰性は、ロクシンが取り上げた議論によって基礎づけられる。すなわち、正当防衛状況という事実に関する要件が存在するのであれば、事態無価値は存在しないというものがこれにあたる。残るのは、法律によって保護される価値—ここでは第三者の生命—を顧慮しないという、外からは認識できない態度という形態における人的不法である。

〔167〕 しかし、外界変更と関連する過失犯にあって典型的なものは、人的および事態無価値の存在が可罰性の要件だということである。事態無価値

値が存在しなければ、刑法222条による可罰性のために必要な要件が揃っていない。人的無価値は残されているが、可罰的ではない。その理由は、過失犯の未遂が承認されていないからではなく、行為者は外部に対して、あらゆる観点において合法的に行動しているからである。

〔168〕 通説のように、故意犯において主観的正当化要素が欠ける場合に未遂犯を認める見解（これについては、§ 13〔184〕参照）を貫いたとしても、正当防衛状況を知らずに構成要件に該当する外界変更を故意によらずに惹起することが不可罰であることに変わりはない。

2. 正当化事由を知覚した上でなされる態度による、意欲的でない作用

〔169〕 ここで取り上げられる事例群においては、行為者は、正当化状況に置かれていることを知った上で行為している。しかしながら、正当化事由を認知して、意欲せずに実現させたことが問題になっているのである。以下では、特に重要な正当化事由を手がかりに記述を進めたい。

a) 正当防衛（刑32）

事例 12.22

〔170〕 威嚇射撃事件 BGH 1 StR 48/01 NStZ 2001, 591 : VがさらにPに対して傷害行為を行うことを防ぐために、被告人Aは2メートル以下の距離からVの顔に向けて拳銃を連射した。Aは、Vが驚いてPから離れることを期待していた。

〔171〕 Aは誤って、拳銃は装弾されていないと思っていた。その場面においてAは、数年前にその拳銃に装弾したことを認識していな

かった。引き金を何度も引いたことによって弾丸が発射され、それはVの鼻に命中し、間もなくVは死亡した。

〔172〕 BGHは、過失致死罪を理由とするLGの有罪判決を破棄した。所与の特殊状況においては、AはVに狙いを定め、死に至りうる発砲も許される状況であったとすれば、過失によってなされた、威嚇のための発砲による死亡結果の惹起はAの防衛の意思に基づくものであって、刑法32条によって正当化されうる、とされた。そうであれば、死の惹起は、防衛者によって欲されておらず、防衛者に可能な注意が払われていれば回避しえたとしても、正当化される、と。

〔173〕 通説によれば、上記のような事例群においては、いずれにしても一般的な防衛の意思があれば足りる。認識ある過失にあっては、原則としてそれを出発点としてよい。もっとも、同じことが認識なき過失にあってとも言える。というのは、認識がないのは意欲されていない結果についてだけであって、正当化事情についてではないからである。一般的な防衛の意思だけでなく、意欲されずに惹起された結果が必要性の枠内に収まっていなければならないということも、要件である。

b) 正当化緊急避難（刑34）

事例 12.23

〔174〕 重病患者の生命を救うため、唯一活動可能な医師が飲酒運転を行い、その最中に他者に傷害を負わせてしまった。

〔175〕 この場合、保全された法益（患者の生命）が侵害法益（他者の危殆化）を大幅に上回っているのであれば、故意犯の場合と同様、

刑法34条に基づいて正当化がなされる。医師の¹酩酊がきわめて重大とは言えなければ、そのように考えるべきであろう。

c) 非故意的に行われる犯罪行為への推定的同意と同意

〔176〕 ここで特に注意すべきは、何が同意の対象なのかという問題である。被害者が、²外界変更についてではなく、利益の³危殆化についてしか同意していないという多くの事例があるからである。これらの場合、過失により惹起される害に関する正当化事由としての同意を問題にすることはできない。

d) 許された危険

〔177〕 もし多数説のように過失を注意義務違反と定義づけるのであれば、許された危険に収まる行為は含まれないこととなろう。というのは、行為者は注意義務に反していないと同時に、⁴許された危険によって正当化されるからである。許された危険の保持は、注意義務違反を排除することとなろう。それゆえ多数説は、一その観点からは当然に一過失犯における正当化事由としての許された危険を拒絶するのである。

〔178〕 過失を、個人的に予見でき回避できたにもかかわらず、故意によらずに、高められた危険を作出したことによる犯罪行為の帰属可能な実現と定義すると、許された危険という正当化事由を承認することになろう。

〔179〕 しかしながら、許された危険を単に、不確実な状況における一連の正当化事由の上位概念とする潮流も顧慮に値する（§ 5 [366] 以下を参照）。許された危険は関連する正当化事由を分類するにすぎないのであって、正当化事由を補うものではないから、過失犯の正当化事由の枠組みにおいても、許された危険それ自体は独自の正当化事由として承認されない。

C. 有責性

I. 故意行為と同じ点

〔180〕 故意犯と同様、過失犯にあっても、承認されている責任阻却および免責事由は適用可能である。責任無能力と限定責任能力（刑20、21）、禁止の錯誤（刑17）、免責的緊急避難（刑37）および過剰防衛（刑33）がこれにあたる。

II. 特殊な点

1. 責任形式としての過失

〔181〕 多数説は予見可能性と回避可能性をもっぱら過失犯の構成要件該当性の客観的要素として判断しているので、過失行為の有責性の枠組みにおいて、それが行為者に非難可能かを検討することとなる。その発生が行為者に予見も回避もできないのであれば、そうした非難がなされない。

〔182〕 その例としては、自動車学校の生徒が交通法規に違反した場合や、高齢のためつい先ほどのことを失念した場合などが挙げられる。

〔183〕 その限界は、引き受け責任または行為者の性格の瑕疵にある。特別知識は行為者の責任を加重する。

〔185〕 構成要件該当性の主観的要素としての予見可能性と回避可能性を個別的なものとして理解するという本書の立場は、有責性の枠組みにおいて個別的な予見可能性の評価を扱うことに変更を加えない。過失犯における個別的予見可能性は、行為の構成要件該当性および有責性の要素として理解されるべきである。

2. 過失犯における（超法規的）免責事由としての合義務的態度 ／危険を増加させないことの期待可能性？

〔185〕 暴れ馬事件 RGSt 30, 25：被告人は1895年から、御者として馬車の所有者に仕えていた。「彼はその間、二頭立ての馬車を御していた。馬の一頭はいわゆる『暴れ馬』、すなわちときおり尾で手綱を叩いたり、尾を下げたり、体に押し付けるといった習性を持った馬であった。そうした欠点は、被告人も雇用者も知っていた。

〔186〕 1986年7月19日、被告人がその馬車で街道をPからGに向かって走行中、尾で手綱を叩かれた。被告人は手綱を引こうとしたが徒労に終わり、馬は暴れた。被告人は完全に制御できなくなり、馬が疾走して街道を歩いていた鍛冶屋Bを倒し、Bは馬車の下敷きとなり脚を骨折した。

〔187〕 帝国裁判所は、鍛冶屋が負傷することは被告人にとって完全に予見可能であるとした。しかしながら過失という概念が完成したというためには、さらに要件があるとしたのである。すなわち、それを用いることが行為者に要求されうるだけの程度の、公衆への注意と配慮を欠いていたという点である。これに照らせば、被告人に命じられた馬車での走行によって他者の身体を傷害する危険を意識的に冒すことを避け、雇用者の命令に背いて自己の身分を失うことを甘受することが被告人に義務として期待可能かが検討されるべきであるとされた。帝国裁判所は、雇用者の命令を果たす義務が勝るとして無罪を言い渡したグライヴィッツ地方裁判所の判決を是認した。

〔188〕 多数説は、上記のような事案においては期待可能性がないという

理由から責任非難を否定する、あるいは、刑法35条の類推を認める。多数説は、そうした場合においても保全された利益（仕事の保全）という形で不法の減少があり、行為者は心理的負担の下で行為していたことを理由としている。類似のことは、被告人の責任が不法の減少によってではなく、衝撃や狼狽状況における行為者の心理的理由によって減少する事例にも言える。

〔189〕 もっとも、免責事情が問題となっているのか、そうではなくて不法と関連する問題に重点があるのか、危険増加はどこまで社会的に是認されるのか、あるいは最小限の過失による責任はそもそも刑法が取り上げるべきではないのかということは問題たりうる。

D. 概観：過失犯の構造

〔190〕 過失犯の構造は、以下の通りである。

D／1 過失犯の構造（多数説）

I. 構成要件該当性

- a. 行為
- b. 故意によらない構成要件的事実の実現
- c. 因果関係：条件公式
- d. 「過失により」（信頼の原則による限界づけ）
 - 注意義務違反
 - 事象の客観的予見可能性（もっとも、特別知識による義務づけがある）
 - 注意義務履行による事象の客観的回避可能性（＝義務違反連関）
（もっとも、特別能力による義務づけがある）
- e. 客観的に帰属可能であること

- 規範の保護領域内での義務違反
- 自己答責的な自己危殆化でないこと（答責原理）
- 法的に重大な危険の作出

II. 違法性

正当化事由：「一般的な防衛の意思」で十分である

III. 有責性

1. 有責な行為の要素

- 行為者の責任能力
- 行為者の不法の意識
- 有責な行為の特別の要素
- 免責事由の不存在

- 事象が個別的に予見可能であったのに行為したこと
- 注意義務違反が個別的に回避可能であったのに行為したこと

2. 義務に合致した態度の期待可能性

D / 2 過失犯の構造（危険増加／個別的過失概念）

I. 構成要件該当性

1. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値）

- a. 行為
- b. 故意によらない、構成要件に該当する事態無価値の実現
- c. 因果関係：条件公式
- d. 高められた危険の作出（信頼の原則による限界づけ）

- 構成要件に該当する事象が危険増加に基づいていること（＝危険増加連関）
- e. 客観的に帰属可能であること
 - 規範の保護領域内での義務違反
 - 自己答責的な自己危殆化でないこと（答責原理）
 - 法的に重大な危険の作出
- 2. 構成要件該当性の主観的要素（人的無価値）
 - a. 事象の個別的予見可能性
 - b. 危険増加の個別的回避可能性

II. 違法性

正当化事由：客観的な正当化状況で十分である

III. 有責性

- 1. 有責な行為の要素
 - 行為者の責任能力
 - 行為者の不法の意識
 - 有責な行為の特別の要素
 - 免責事由の不存在
- 2. 有責形式としての過失
 - 事象が個別的に予見可能であったのに行為したこと
 - 注意義務違反が個別的に回避可能であったのに行為したこと
- 3. 危険増加の回避の期待可能性

基本事例の解決（答案形式）

基本事例12.1

〔191〕 自動車運転手（L）は、自転車乗り R に対する過失致死罪（刑222）によって可罰的である。

1. 重大でないとは言えない危険増加と個別的過失概念を基礎とした記述

a) 構成要件該当性

〔192〕 Lは、Rの死を「過失によって惹起した」と言わなければならない。Rのすぐ横を追い越すという行為を取り去ると、Rの死という外界変更は脱落するから、Lの行為はRの死について因果関係がある。重大でないとは言えない危険増加は、Lが道路交通規則5条4項2号に基づいて要求される「十分な」側面間隔を空けなかった点に見出される。しかしながら同規定は、二輪車運転手の危殆化と傷害を回避する点に意義があると言わなければならない（規範の保護目的）。

〔193〕 前記規定は、歩行者と自転車の保護にも資するものである。側面間隔に乏しかったためにRは不安定になり、それによって運転を誤った。これは、同規定の間隔保持義務が防止しようとする危険が実現したものである。

〔194〕 最後に、現実の因果経過は、Lにとっても予見可能であり、外界変更は危険を増加させないことによって回避可能であったと言わなければならない（危険増加連関）。Lは自転車乗り自体は認識しえ、自転車乗りが不安定に走行しており、十分な側面間隔を空けずに追い越した場合に自動車に巻き込まれる可能性があることは認識していたのであるから、個別的な予見可能性は認められる。Lは必要な側面間隔を空けることも可能であった。それによって、確実に境を接する蓋然性をもって事故を回避することができた。個別的な回避可能

性はそれゆえに認められる。

b) 違法性と有責性

〔195〕 Lに適用できる正当化事由が存在しないことは明白である。免責事由または責任阻却事由も存在しない。非難可能性に関しては、そこから生じる結果が予見可能であり、必要な側面距離を維持することによって回避しえたにもかかわらず、LがRとの側面間隔をわずかしき空けずに通過したことを考慮する必要がある。

結論：Lは過失致死罪（刑222条）によって可罰的である。

2. 注意義務違反を基礎とした記述（多数説）

a) 構成要件該当性

〔196〕 Lは、Rの死を「過失によって惹起した」と言わなければならない。Rのすぐ横を追い越すという行為を取り去ると、Rの死という外界変更は脱落するから、Lの行為はRの死について因果関係がある。注意義務違反は、道路交通規則5条4項2号に基づいて要求される「十分な」側面間隔を空けなかった点に見出される。しかしながら同規定は、二輪車運転手の危殆化と傷害を回避する点に意義があるといわなければならない。（規範の保護目的）。

〔197〕 前記規定は、歩行者と自転車乗りの保護に資するものである。側面間隔に乏しかったためにRは不安定になり、それによって運転を誤った。これは、同規定の間隔保持義務が防止しようとする危険が実現したものである。

〔198〕 最後に、現実の因果経過は客観的に予見可能なものであり、外界変更は注意義務違反に基づいているのであって、注意深く行為し

ていれば回避可能であったと言わなければならない（義務違反連関）。自転車乗りが不安定に走行しており、十分な側面間隔を空けずに追いついた場合に自動車に巻き込まれるということは、一般的な生活経験に照らして、予見可能である。必要な間隔を空けていれば、害は回避しえたのであるから、義務違反連関は認められる。

b) 違法性と有責性

〔199〕 Lに適用できる正当化事由が存在しないことは明白である。有責性を肯定するためには、事故を予見し回避することが可能であったことが必要である。Lにとって自転車乗りは予見可能であった。Lは安全な間隔を空けることによって、死亡事故を回避することが可能であったと思われる。

結論：Lは過失致死罪（刑222条）によって可罰的である。

基本事例12.2

〔200〕 トラック運転手（L）は、自転車乗りRに対する過失致死罪（刑222条）によって可罰的である。

1. 重大でないとは言えない危険増加と個別的過失概念を基礎とした記述

構成要件該当性

〔201〕 LはRの死を「過失によって惹起した」と言わなければならない。Rのすぐ横を追いつくという行為を取り去ると、Rの死という外界変更は脱落するから、Lの行為はRの死について因果関係がある。重大でないとは言えない危険増加は、Lが道路交通規則5条4項2号に基づいて要求される「十分な」側面間隔を空けなかったことに見出される。しかしながら、同規定は、二輪車運転手の危殆化と傷害を回

避する点に意義があるといわなければならない。（規範の保護目的）。

〔202〕 同規定は、まさに歩行者と自転車乗りの保護にも資するものである。側面間隔に乏しかったためRは不安定になり、それによって運転を誤った。これは、同規定の間隔保持義務が防止しようとする危険が実現したものである。

〔203〕 最後に、生じた因果経過はLにとっても予見可能であり、Rの死は危険増加をなさないことによって回避が可能であったと言わなければならない（危険増加連関）。

〔204〕 自転車乗り自体は認識しえたし、自転車乗りが不安定に走行しており、十分な側面間隔を空けずに追い越した場合に自動車に巻き込まれる可能性があることは認識していたのであるから、個別的な予見可能性は存在する。しかし問題となるのは、Lが行為をやめることによって死亡を回避しえたかどうかである。それに関しては、自転車乗りが飲酒していたという事実関係から、重大な疑義がある。この点を明らかにすることができない以上、必要な側面距離を空けていたとしてもRは巻き込まれていたであろうというように、Lに有利な事実を前提とすべきである。そのため、過失犯の無価値を基礎づける危険増加連関が欠ける。

結論：Lは不可罰である。

2. 注意義務違反を基礎とした記述（多数説）

構成要件該当性

〔205〕 LはRの死を「過失によって惹起した」と言わなければならない。Rのすぐ横を追い越すという行為を取り去ると、Rの死という

外界変更は脱落するから、Lの行為はRの死について因果関係がある。注意義務違反は、道路交通規則5条4項2号に基づいて要求される「十分な」側面間隔を空けなかったことに見出される。しかしながら同規定は、二輪車運転手の危殆化と傷害を回避する点に意義があるといわなければならない。(規範の保護目的)。

〔206〕 同規定は、まさに歩行者と自転車乗りの保護にも資するものである。側面間隔に乏しかったためRは不安定になり、それによって運転を誤った。これは、同規定の間隔保持義務が防止しようとする危険が実現したものである。

〔207〕 最後に、生じた因果経過が客観的に予見可能であり、死が注意義務違反に基づいている、すなわち、注意深い行為を行っていれば回避可能でなければならない(義務違反連関)。

〔208〕 自転車乗りが不安定に走行しており、十分な側面間隔を空けずに追いついた場合に自動車に巻き込まれるということは、一般的な生活経験に照らして、予見可能である。しかし、その外界変更が、注意深い行為、すなわち、さらに必要な距離を空けることによって回避しえたかどうかは問題である。それに関しては、自転車乗りが飲酒していたという事実関係から、重大な疑義がある。この点を明らかにすることができない以上、必要な側面距離を空けていたとしてもRは巻き込まれていたであろうというように、Lに有利な事実を前提とすべきである。そのため、過失犯の無価値を基礎づける義務違反連関が欠ける。

結論：Lは不可罰である。

E. 復習のために

確認問題

1. 多数説の挙げる過失の無価値を基礎づける三つの要素を述べなさい（〔20〕以下）。
2. 認識ある過失と認識なき過失は何によって区別されるか（〔23〕以下）。
3. 軽率さとは何か（〔26〕）。
4. 注意義務の三つの類型を挙げなさい（〔29〕以下）。
5. 過失犯の無価値を注意義務違反にも見出そうとする多数説の考え方にはどのような批判があるか（〔117〕以下）。
6. 過失犯における正当化事由との関連では、二つの基本状況があるが、それはどのように区別されているか（〔162〕）。

〔山本 紘之〕