



西独連邦裁判所の錯誤に関する判例の概観

福田, 平

(Citation)

神戸法學雜誌, 6(1/2):186-202

(Issue Date)

1956-10

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004381>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004381>



西獨連邦裁判所の錯誤に關する判例の概観

——構成要件の錯誤と禁止の錯誤——

福 田 平

一

一九五〇年一二月、西獨の最高の裁判所として新たに發足した連邦裁判所 (Bundesgerichtshof) が、法律の錯誤に關し、一九五二年三月一八日の刑事連合部決定において (1)、ライヒ裁判所 (Reichsgericht) が一九四五年その機能を停止されるまでの存在の全期間、頑強に固執してきた「刑罰法規の錯誤は故意を阻却しないが、非刑罰法規の錯誤は故意を阻却する」とする見解を否定して、故意犯の成立には、事實の認識のほか、行為が不法なものであることを意識しているか、良心を相当に緊張せしめたならばその意識をもちえたであろうことを必要とする、禁止の錯誤は、それがさけえられないばあいには責任を阻却するが、さけえられるばあいには責任を軽減せしめるが阻却はしないとする見解を採用する旨を表明して (2)、法律の錯誤につき新しい態度を示したことは、すでに、わが国においても多くの學者によって指摘され (3)、今日では周知のところである。筆者も、すでにこの刑

事連合部決定を契機として、戦後の西独における法律の錯誤に関する判例の概観を試みたが⁽³⁾、本稿では、連邦裁判所が前記刑事事連合部決定で、錯誤に関し、従来、用いられて来た、事実の錯誤 (Tatirrtum) と法律の錯誤 (Rechtsirrtum) の区別に対して、構成要件の錯誤 (Tatbestandsirrtum) と禁止の錯誤 (Verbotsirrtum) という区別を用い、独刑法五九条は構成要件の錯誤のみを規定しているのであつて、禁止の錯誤は、前述したように、それがさけえられないばかりには責任を阻却するが、それがさけえられるばかりには責任を軽減せしめるが阻却はしないとして、この両者の取扱いがことなる旨を明らかにしているので、連邦裁判所の錯誤に関するその後の判例を検討することによつて、構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別を連邦裁判所がどのように理解しているかを考察することとする。

(1) GSST. Beschl. v. 18. März, 1952 (Entscheidungen des Bundesgerichtshof, 2. Band, S. 194 ff. = NJW 1952, S. 593 ff.)

(2) この決定の採用したいわゆる責任説については、福田「法律の錯誤についての一考察——いわゆる責任説の検討」(滝川先生還暦記念論文集中四七七頁以下) 参照。

(3) 佐伯「法律の錯誤に関する独逸の新判例について」(1) (自由と正義四卷八号五頁以下、九号四頁以下)、高田「法律の錯誤に関するドイツのBGHの新判例」(法と政治三卷四号五九頁以下)。なお牧野博士も、この判例について随所で論及されておられる(牧野、警研二四卷四号三頁以下、同、刑政新二卷三十七頁以下、同、刑政新二卷四号四五頁以下、同、刑政新二卷一三三頁以下)。

(4) 福田「敗戦後の独逸における法律の錯誤に関する判例の概観」(刑法雑誌四卷四号一頁以下)。

二

構成要件の錯誤と禁止の錯誤との関係につき、連邦裁判所は、「刑法に抵触しないと思つて刑罰構成要件の外部的徴表を実現するものは、それだけではまだ禁止の錯誤のもとに行爲するものとはいえない。むしろ、いかなる理由から行爲者が行爲を許されると思つたかが問題である。すなわち、自己の所爲を法律上許されると思つた誤認は、行爲者が事態を誤認したために外部的構成要件徴表が存在しないと思つたことにもとづくこともありうる。

このばあいは構成要件の錯誤である。しかしまた、行爲者はなほ法定の刑罰構成要件に属するすべての事情の存在を知つていたが、それにもかかわらず刑法をあやまつて解釈したために構成要件を充足しないと思つたり、法定の構成要件徴表の実現を不法でないと思つたりすることもありうる。これらのばあい、行爲者は構成要件実現の適法性について錯誤があつたのであり、従つて禁止の錯誤である。上述のすべてのばあいにおいて行爲者は自己の所爲を許されるものと思つてゐる。しかしながら、構成要件の錯誤は、行爲者がそのなすことを知らないことに存するのに対して、禁止の錯誤はこの認識を前提とする。」(BGH Urt. vom 4. 2. 1954, E 5, S. 310)と述べてゐる。

ところで、構成要件の錯誤と禁止の錯誤との区別が特に問題となるのは、価値判断を通じてその認識が可能となるいわゆる規範的構成要件要素についてである。連邦裁判所の錯誤に関する判例が、この点に集中しているのも、この間の消息を示しているものといえよう。なお、こうした判例のうち、*Parteinerrat* に関するものが可成り存在している。*Parteinerrat* を規定する独逸刑法三五六条は「弁護士またはその他の訴訟補佐人が職務上の資格にお

いて自己に託せられた事項につき、義務に反して同一の事件において双方の当事者に助言もしくは補佐を与えたときは、「三月を下らない軽微役に処す」と規定しているが、この「同一事件」(dieselbe Rechtssache)、「義務違反性」(Pflichtwidrigkeit)といった規範的構成要件要素に関する錯誤が構成要件の錯誤か禁止の錯誤かが問題となっているのである。この点につき、刑法法規の錯誤と非刑法法規の錯誤という区別を認めていた旧大審院(Reichsgericht)の判例においては、同一事件かどうかの錯誤は、刑法法規の錯誤であつて故意を阻却しないし、また、義務違反性の錯誤も、その錯誤が三五六条の構成要件に属する他の徴表に関するものであり、行為者がこの錯誤の結果、義務違反性を認識しなかつたときは、刑法法規の錯誤であるが、これに反して、たとえば、弁護士が、あやまつて、前の依頼者の同意は違法性を阻却するものであるとか、弁護士は帝国弁護士法三二条一項二号に優先する職務上の義務を履行しなければならぬとか、信じたばあいには、義務違反性についての錯誤は非刑法法規の錯誤であつて故意を阻却するとしている⁽¹⁾。そこで、以下連邦裁判所がこの「同一事件」「義務違反性」についての錯誤をどのように解しているかを見ることとする。

(1) vgl. Schönke, Kommentar, 5 Aufl. S. 819

[1] 一九九二年一月二〇日判決 (BGH, Urt. v. 20. 11. 1992: B 4, S. 80 f. = NJW 1993, S. 428 f.)

事案は、弁護士たる被告人が、Kからその妻との離婚事件に関し、前後三回にわたり依頼を受けた。前の二回の訴訟は調停に終わったが、三度目には、Kは即時に離婚することを固く決意していた。被告人はKの主張する離婚理由が十分でないと考えたので、妻から別れたがつてゐる依頼者Kと、被告人がKの妻の名において、Kに対し悪意の遺棄を理由とする離婚の訴を提起するから、Kは反訴を提起しないという約束をし、Kの妻の訴訟代理人として

これまで助言を与えていたKに対し悪意の遺棄を理由とする離婚の訴を提起し、Kがこれに対し訴の棄却を主張し且つ反訴を提起してからも妻の訴訟代理を続行したものである。なお、被告人は、Kの目的ははじめから自分の過失を理由とする離婚であったのだから、Kの妻の代理を続行しても、対立する利害において、Kを相手方として行爲することにはならない。むしろ被告人との約束に反してKが提起した反訴に対して妻を弁護したのは、上述の目的に忠実であると信じたと主張している。判旨は、この事実に関して、刑法三五六条の「義務に反して」(pflichtwidrig)、すなわち義務違反性(Pflichtwidrigkeit)の意義につき、この義務違反性という徴表は、弁護士法の利害対立する両当事者を代理してはならないという規定に内容的に規定されているのであつて、この義務違反性は、刑法自体ではなく、非刑罰法規である弁護士法に詳細に規定されている特別の構成要件徴表であり、義務違反性は、一般の犯罪徴表だけでなく構成要件徴表も含んでいるとし、ここから、義務違反性の錯誤は、一部は構成要件の錯誤であり、他は禁止の錯誤であるとし、本件においては、被告人の主張は法定の構成要件に属する行為事情の認識があるにもかかわらず、自己の行為が許されるものと思つたというに帰着するから、禁止の錯誤を主張するものであるとしている。なお判旨は、構成要件の錯誤にあたるばあいとして、委託者の言い分が不明瞭なため、両者の利害の対立が認識できず、ために弁護士が、本当は対立当事者である両委託者を同じ陣営に属するものと誤解したばあいがこれにあたるとしている(2)。

(2) ミュニッヒ・ライオンナーは、本件のあつた構成要件の錯誤と解してゐる。(Schmidt-Leiden, Zur Problematik des Parteivertrags, NJW 1963, S. 404f.)

(1) 一九五二年二月一日判決 (BGH Urt. v. 11. 12. 1952; NJW 1953 S. 430)

一九四八年九月一八日、Hの雞が毒小麦を食べて死亡した。Hは家主の息子であるA・K「乃至は真犯人」を告発した。警察の取調の結果、A・Kではなくその父であるB・Kが犯人として浮びあがり、警察の捜査活動はB・Kに向けられ、検事はHに私訴の方法を指示したので、Hは、被告人に、その告発、警察の取調、その結果を述べて、器物毀棄の訴追に尽力されたい旨を依頼し、さらに、犯人に損害賠償の訴を提起することを欲する旨を述べ、その件に関し被告人に代理権を与えた。被告人は、Hに、A・Kを相手としてHを代理することは欲するがB・Kを相手としては代理したくないと述べた。というのは、被告人は、多年、B・Kのために働いていたからB・Kを相手とすることを欲しなかつたのである（もっとも、彼は一九四八年一月一〇日、B・Kに対する刑事事件において手続の停止に対する抗告を申立てている）。なお、雞が死んだという器物毀棄だけでなく、Hの子供達がその雞を食べて病氣になつたという傷害の事実も存在していた。被告人は、B・Kに対してではなく、A・Kに対して告訴がなされたものであることを指摘し、同時に、Hの名でA・Kに対する損害賠償の訴を提起した。被告人の抗告にもとづき、検察官は手続を再開したが、その後の取調でもB・Kの有罪を認められ、器物毀棄及び過失傷害による処罰命令 (Schuldbefehl) が検察官によつて請求され、区裁判所によつて該命令が発せられた。一九四九年一月二日、B・Kは被告人に助言を求めたところ、被告人は、その事件について既にHを代理している旨を告げずに、B・Kのために処罰命令に対する異議を申立て、あきらかに人違いであつて、犯人はA・Kであると主張した。こうした事案につき、裁判所は、被告人が同一事件につき、HとB・Kとを代理したことを認めたが、被告人は、自分はただA・Kに対して告訴を提起したので、B・Kに対して告訴を提起したのでないからB・Kを代理し

うると主張した。すなわち、被告人は同一事件の意義につき錯誤があつたわけである。この点につき、判官は「『同一事件』という法律上の概念についての錯誤は禁止の錯誤と解しなければならぬ。このことは、義務違反性の錯誤が同一事件という概念のまちがつた解釈にもとづくばあいには、常に義務違反性の錯誤についても妥当する」としてゐる(3)。

(3) この判例によつても、その解釈でシニキット・ライヒナーは構成要件の錯誤と解してゐる (Schmidt-Leiden, NJW, 1953, S. 430f.)

(三) 一九五三年二月一六日判決 (BGH Urt. v. 16. 12. 1953, E 4, S. 400 = NJW 1953 S. 472)

被告人は、ラジオ商Mの委任を受けて、MがJにラジオセット二組を売渡した代金の取立を試み、一九四九年九月一二日付の文書で、被告人はJに対し、約束通り分割払をしなければ告訴する旨を通知した。ところが、これから間もなく、Jが他の数人の商人を欺罔したかどで陪審裁判所に起訴されたとき、被告人はJの弁護を引受けた。もつともこれに先立ち、被告人はこの点につきMの同意をえていた。MはJの弁護が功を奏すれば自分としても利益である、Jが刑務所に入れられている期間が長ければ長いだけ、それだけ長く自分の金を待たなければならぬと述べた。なお、Jに対する刑事手続において、二個のラジオセットの取得が詐欺の事例として追加されたときにも、被告人は弁護を放棄しないで、一審、二審において弁護を行ったものである。判官は、まず刑法三五六条の義務に違反してという言葉は弁護士法三七条の利害の対立している両当事者を代理してはならないという規定によつて内容を与えられるものであるという趣旨を示し、そこで、弁護士の故意は刑法三五六条に規定された構成要件徴表、とくに「事件の同一」という徴表の他に、弁護士法三七条一項二号の構成要件に属する行為事情をも認識しな

ければならないとし、従つて、刑法三五六条に規定された構成要件徴表を完全に認識してその行為の義務違反性を意識しなかった弁護士は、事情によつて、構成要件の錯誤のもとに行爲したこともありうるし禁止の錯誤のもとに行爲したこともありうる。この点についての決定は、行為者が弁護士法の構成要件徴表について錯誤があつたのか、その徴表を認識したにもかかわらず行為の禁止されていることを認識しなかつたかにかかつているとし、弁護士が、自分が同一事件においてすでに利害の相対立する他の当事者のために働いていることを知つてゐるにもかかわらず、反対当事者の代理を引受けたばあいには、刑法三五六条の構成要件を故意に実現するものであつて、自己の行為が義務に違反せず、従つて許されると思つたことは禁止の錯誤であるとし、本件被告人が、反対当事者の代理を引受けることにつき前委託者が与えた同意によつて行為の義務違反性が阻却すると思つたのは、純粹の禁止の錯誤であつて、事実的故意 (Tatvorsatz) を阻却するものではないとする (c)。

(4) この判例の557bも、その評察は、*シムミット・ライヒナー*は、本件のはあいを構成要件の錯誤と解する (Schmidt-Lechner, NJW 1963, 3472f.)

【四】一九五四年二月二日判決 (BGH Urt. v. 2. 2. 1954; E 5, S. 284 NJW 1954 S. 482)

Hは、二度離婚の訴を提起したがいづれも却下された。被告人はこの訴訟に弁護士法律上の補助者として、ときには職務上の代理人としてHのために働いたものであるが、第二の訴の却下が確定してから間もなく、Hが被告人に自分の家の女中のDが前記二度の離婚訴訟において証人としてHに不利な虚偽の陳述をしたことを認めた旨を明らかにしたので、被告人は、HとこれにもとづくHの離婚訴訟の再審の可能性あるいは妻の新たなあやまちを理由とする第三の離婚の訴の可能性について相談し、Hに告訴のために私立探偵に依頼して信頼のおける資料を集め

ることをすすめた。Hは、私立探偵の調査にもとづいて女中を偽証、自分の妻をその教唆として告訴した。同じ頃、被告人は弁護士になり、H夫人等に対する手続において、被害者及び告訴者としてのHの利益を追求する代理権をHから与えられ、この代理権にもとづいて検事に起訴状の謄本の送付を申し出た。その後、被告人は、Hの希望に応じて、Dの刑事手続におけるDの弁護を引受けた（もつとも被告人はDと電話で話をし、その他はただ一度公判期日の開始前数分間話をしただけで、公判手続において、裁判所のすすめでDの弁護をやめたものである）。こうした事案につき、判旨は、被告人が刑法三五六条の外部的構成要件（*Outerliche Tatbestand*）を充足していることは疑いないとし、被告人としてのDと告訴者且つ被害者としてのHは刑法三五六条の「両当事者」であり、被告人は同一事件において義務に違反して両者に助言と援助を与えたものであるとした地方裁判所の見解を支持している。次いで、主観的要件を検討している。まず、刑法三五六条一項の構成要件は、行為者が義務に違反して行為することを要求しているが、この「義務に違反して」という表現は「利益が対立しているにもかかわらず」ということを意味している。従つて、この利益の対立は *Parteilichkeit* の構成要件徴表である。弁護士がこの点につき錯誤があつたときは、刑法五九条一項によりその故意を阻却するとし、義務違反性の錯誤は事情によつて構成要件の錯誤でもあることもあるし禁止の錯誤であることもあるとする言い方（一九五二年一月二六日判決参照）、義務違反性は一部は構成要件徴表であり他は一般的犯罪徴表であるとする言い方（一九五二年一月二〇日判決参照）は、誤解を招くし、一見矛盾しているからさくべきであるとしている。次いで、事案について、被告人は、現実の利害が対立しているのを知つていたにもかかわらず、Dは自分が有罪であると思ひ、従つて出来るだけ処罪が軽くなるということが利益であると考へ、被告人が弁護することを承諾していたのであるから、Dを弁護することは許されると信じていたもので、刑事手続においては、常に委託者の現実の利益が問題なのであつて、委託者がそれを

どう考えているかは問題でないということを認識しなかつたのである。すなわち、被告人は現実の利害の対立を知つていたにもかかわらず、当事者はただ軽い刑罰について共通の利害関係をもつものであるからDを弁護することは許されると思つたのであつて、被告人の錯誤は禁止の錯誤であるとしている。

[五] 一九五四年二月四日判決 (BGH, Urt. v. 4. 2. 1954; E 5, S. 301 = NJW 1954, S. 726)

靴屋Sは、K夫人を簪でなくつて傷を負せたという理由で、K夫人の私訴にもとづき地方裁判所によつて傷害罪の有罪判決をうけた。一方、A夫人はこの手続において、法廷で宣誓せずにSに不利益な虚偽の陳述をした。被告人たる弁護士Lは、私訴手続に関連してK夫人から提起された損害賠償手続においてSの代理をしていたが、A夫人がこの手続の上訴裁判所において私訴手続とはちがつた陳述、すなわち、K夫人が地下階段で転倒した旨を陳述した。K夫人の損害賠償の訴は、SがK夫人を殴打したことは証明されず、むしろ確定された傷害は地下階段での転倒に起因するものかもしれないという理由で却下された。そこで、私訴手続においては、靴屋Sの利益のために、地下室での転倒という新しい事実にもとづき被告人Lの署名した再審申立が提出された。なお、A夫人は私訴手続において虚偽の陳述した旨を検察官に自白したので、私訴手続における偽証の科で起訴された。A夫人は、Sの助言により、被告人を弁護士に選任した。被告人はA夫人が私訴手続における彼女の陳述が虚偽であつたことを認めるつもりだと述べたので、Sと利害の対立がないと思ひ公判手続においてA夫人の弁護士として活動した。こうした事案につき、判旨は、有罪者に対する再審手続とその公判手続における偽証に対する刑事手続とは同一事件 (dieselbe Rechtssache) である。利益 (Interesse) の概念は、主観的意味に解釈さるべきであるから、標準となるのは、当事者の客観的利益に存するものではなくして、当事者がいかなる目的を追求しようとしているかが

標準となる、刑法上の保護は弁護士に委任された法律上の利益の範囲に限定されるということを明らかにした後、被告人が利益の対立がなく両者を弁護することが許されると思つた錯誤につき、次のように述べている。すなわち、まず刑法三五六条二項の義務違反性は弁護士法三七条一項二号によって内容的に規定されているとし、従つて、「相対立する利害」は三五六条の真正の構成要件徴表で、故意の成立にはこの徴表の認識を必要とするとし、同一事件の多数当事者間に利益の対立がないという誤認は、行為者が利益の対立の概念を誤解したか、たとえば、同一事件に関与した依頼者の同意によつて、義務に違反して行為していないと信じたばあいにかぎり、禁止の錯誤であつて、その他のばあいは、ただ構成要件の錯誤が問題となるにすぎないとする。次いで、判旨は、事案につき、事実審裁判官の確定したところによると、被告人は、SがA夫人の刑事手続において被告人がA夫人を弁護することに同意したから、Sと利益が対立しているにもかかわらずA夫人を代理することが許されると思つたのではなくして、むしろ、被告人は、A夫人の陳述から、A夫人が、彼女の宣誓せずした証人としての陳述が虚偽であつたことを前提として、ただ、*meinedavorauf* に対して（ばあいによつては刑法一五三条違反の主観的側面についても）被告人によつて弁護してもらいたい、すなわちA夫人は被告人に刑事手続におけるその利益の保護をこのような限度において委頓したものと推測（おそらくまちがって）したものである。この限定が依頼者のあきらかにした意思に事実一致するものであるならば、被告人は、彼の二人の依頼者の利益は彼に委頓されたかぎりにおいては対立がないということから出発したことは正当であろう。右の限定がA夫人の真意でなかつたばあいは法定の刑罰構成要件に属する行為事情の存在を認識しなかつたといえるとしている。すなわち、判旨は、このばあいを構成要件の錯誤と解している。

〔六〕一九五四年二月二日判決 (BGH Urt. v. 2. 12. 1954; NJW 1955, S. 150)

本件の事案は次の通りである。被告人は、弁護士としてW会社の財産についての破産手続において、Kを代理した。ところで、Kは、共同債務者Aが、債権者に四〇パーセントの支払を準備するという和解の申出をしたのに対してこれを拒否した。Aは、債権者会議の少し前に、四〇パーセントの支払の他に、担保を提供するという新しい和解の申出をして被告人に歩み寄つたので、被告人は、この申出を受けてAの代理を受け、Aと一緒に会議に参加し、その後、間もなく、破産裁判所に共同債務者Aの代理人として届け出で、新しい和解申立を通知した。しかるに一方、同日、被告人はKの代理人としての地位において、何故に、共同債務者AがKの債権をあらそうのかその理由を述べさせるよう破産管理人に要求した。なお、一九五二年七月六日の和解期日には共同債務者の補佐人として行動した。すなわち、被告人は、同一事件につき、破産債権者Kと共同債務者Aとの両者のために行動したものである。ところで、裁判所は、この事案においてKの利益と共同債務者Aの利益は、前者が出来るだけ完全な支払を得るよう尽力することを被告人に委頓しているものであり、後者は、Kにもその債権の六〇パーセントを放棄させる和解申立を受諾するよう援助してくれと委頓しているものであるから、両者の利害が対立していると認定した。ところが、被告人は、KとAは既に広汎な取引関係を保っていたものであり且つKにとつてこれ以上有利な結果を達成することはできなかつたのであるから、この和解は両当事者にとつて利益であるから、利害の対立はないと考えたとする。すなわち、被告人は、中立的見地からみて達成しうる要求のみが当事者の利益であると考えている。この点について、判旨は、被告人が、その委頓者KとAの要求に対立があるのを認識していたが、達成しうる利益が標準となると考えたのであるならば、それは行為の違法性についての錯誤である。被告人は、そのばあい、ただ相

対立する利益の法律的概念について、従って禁止の範囲について錯誤があったのであつて、行為事情について錯誤したものでなかつたのである。このばあい被告人は、自分がなにをなすのかを知つていたのであつて、ただ和解が両当事者の利益を守るものであるから、許されると思つたものである。被告人は、刑法典を誤つて解釈したため、利害対立が存在し且つこれを認識したにもかかわらず、例外的に、法律上の禁止に違反しないと信じたのであつて、これを禁止の錯誤のばあいであるあてはめの錯誤 (Subsumtionsirrtum) であるといつてゐる。

〔七〕一九五五年三月二四日判決 (BGH, Urt. v. 24. 3. 1955, NJW 1955, S. 800)

弁護士たる被告人は、商人 F の運転する自動車を送送業者 K の運転する貨物自動車と衝突し、F の車に同乗していた A も傷害を受けたという交通事故に関する刑事手続において、F を弁護したが、この事件は、F の過失傷害罪の有罪判決で結着した。また、被告人は、F の委任をうけて、共同責任の見地から、K に対して損害賠償の訴を提起した。その訴訟の継続中、A の委任をうけて、A の名において、K に対して右交通事故によつて受けた傷に対する損害賠償の訴を提起した。そこで、被告人は、同一事件において F を弁護し、A の代理をして F に対する訴を提起したので、*Parteivertretung* が問題となつた。この事案につき、ハンブルク地方裁判所は、被告人に構成要件の錯誤があつたとして無罪の判決を言い渡したのであるが、これが上訴されたものである。連邦裁判所は、この点につき次のように述べてゐる。

(a) 「同一事件」 (*dieselbe Rechtsache*) とする構成要件徴要に關して、構成要件の錯誤もありうれば禁止の錯誤もありうる。弁護士がはじめの依頼を思い出さず、そのために第二の依頼を承諾し、その委任事項をも遂行したばあいは、構成要件の錯誤である。さらに、弁護士が最初の依頼を思い出しはしたが、それは別の事件に關

するものであると信じたばあいも構成要件の錯誤でありうる。このばあいは、同一事件という徴表を充足する事実状態 (tatsächliche Gelegenheit) についての錯誤である。これに反して、弁護士が、その最初の依頼及びその依頼範囲を知っており、従って新しい依頼の中にきえの訴訟と同じ素材を認めたが、法律は同一事件を別様に解しているから、「同一事件」ではないと信じたばあいは、禁止の錯誤である。すなわち法律の解釈についての錯誤である。ところで、本件被告人は、Fに委任された事実、すなわちFによつて惹起された交通事故を事実とする同じ基礎をAの新しい委任の中に認めたのであるが、ただ当事者の利益は刑事手続と民事訴訟手続においてとは全くことなるから、「事件」(Rechtsache)という法律上の概念は「訴訟事件」(Prozessache)という概念と同置さるべきものであると信じたので、客観的な意味の事実状態は同一事件という構成要件徴表を充足するものでないと思つたのであるから、被告人の錯誤は、法定の構成要件徴表の誤認にもとづくものであり、禁止の錯誤である。

(b) 刑法三五六条の利益の対立は真正の構成要件徴表であり、行為者の故意の成立にはこれを認識していることが必要である。行為者がその委任の内容を知らず、従つて保護すべき利益の対立していることを認識しなかつたばあいは構成要件の錯誤である。規範的徴表(評價的徴表)が問題となつていのであるから、構成要件の錯誤は、行為者がその委任者の利益を法的にまちがつた評価をした結果、利益の対立を認識しなかつたばあいにも、存在しうる。行為者が利益の対立という法律上の概念を誤解し、たとえばそれを狭く解し、そのために両当事者の利益には対立がないと信じたばあいは禁止の錯誤である。ところで、本件被告人は保険会社がAに損害賠償金を支払うことに利害関係をもつFが——Fは賠償義務に保険を付してあつたFは、保険会社がAに金を支払えば、それによつてFは債務を免がれるのでFとAとは共同の利益をもつている——Aとの訴訟において、ただ形式的な反対当事者になつたので、このような形式的な当事者は、刑法三五六条の利益の対立を基礎づけるものではないから、対

立はもはや存在しないと思つたので、利益の対立という概念についての誤解、すなわち、概念をせまく解したこと
から出發している。そこで、具体的事態をまちがつて判断したのではなくして、法律を誤解した結果、構成要件を
実現するものでないと思つたのである。かかる錯誤は法律上の禁止の範圍に関するもので、従つて禁止の錯誤であ
る。

次に、恐喝罪における錯誤に関する判例として次のようなものがある。この判例は具体的事案につき、構成要件
の錯誤を認めたものである。

〔一〕一九五三年三月二〇日判決 (BGH Urt. v. 20. 3. 1953; E 4, S. 105)

売春婦である被告人は、ある夜、街頭でBに呼びとめられ、三マルクで売春することを約束し、二人は壕に三〇
分程一緒にいたが、Bがひどく酔つていたので性交に至らなかつた。街路にもどつて、被告人はBに約束の金を請
求したところBは金を払うことを拒絶し立ち去ろうとしたので、被告人は二人について来て夫Gに助けを求
めた。Gは左手でBの服をつかみ、右手にもつていた革笥をふりあげたので、Bはなぐられることをおそれて財布
を引き出し一マルクをGに手渡したという事案につき、オルデンブルク地方裁判所は、被告人及び夫Gを強盜的恐
喝罪の共同正犯として処断した。これに対して、連邦裁判所は次のように述べている。

地方裁判所が強盜的恐喝罪の共同正犯の外的構成要件を確定したのは正しい。しかし、被告人は、Bから三マル
クを請求することが許されると信じ、またBに金を支払わせるためにBが逃げるのを阻止する権利があると信じ、
夫に助を求めたと主張している。地方裁判所は、被告人は禁止の錯誤、すなわち違法阻却事由の誤認の結果、該行

為が許されると信じたのであるから、良心を相当に緊張せしめたならば行為の不法性を認識しえたものであるから、これによつて被告人の責任は軽減されるが阻却されないとしているが、このばあい地方裁判所は決定的な点を看過している。すなわち、地方裁判所が確定した事実によれば、被告人は二つの点に錯誤がある。第一に、被告人は、Bに対して約束の三マルクの支払を請求する権利があると信じ、次に、この請求を上述の方法で遂行する権利があると信じたのである。実際には被告人はBに対して何等の請求権をもっていない。被告人のBとの「契約」は無効である。さらに、被告人の夫が被告人との了解のもとにBに対してとつたようなやり方は、Bが被告人に三マルクの債務を負担していたばあいでも民法上許されないであろう。自救権の範囲限界についての錯誤のみが禁止の錯誤であり、これに反して、被告人がBが被告人に三マルクの債務を負うているという錯誤は刑法二五三条（二五五条）の法定の構成要件に属する行為事情に関するものであり、従つて刑法五九条により事実的故意（Tatvorsatz）を阻却する。大審院の確定した判例によれば、恐喝者、詐欺者の故意には、追求された利得につき権利がないという表象を含むものである。刑法二五三条一項の「違法に」（rechtswidrig）という言葉だけが刑法二四〇条一項のそれと同様、構成要件徴表ではなくして、もつぱら一般的犯罪徴表である。しかし、これに反して、「自己又は第三者に不法の利益をうる」（sich oder einer Dritten zu Unrecht zu bereichern）目的は、恐喝罪の構成要件にとつて本質的なものである。行為者が追求された利得につき権利があると思つたばあいは、行為者にはこの目的が欠けている。そのばあいには、行為者の意思は恐喝罪の構成要件の表現に向けられていない。従つて、行為者は構成要件の錯誤のもとで行為したものであり、しかも、行為者が追求された利得の違法性を事実の錯誤（Tatirrtum）の結果誤認したか、法律の錯誤（Rechtsirrtum）の結果誤認したかは関係がない。従つて、地方裁判所の行為の内的側面に関する確定は恐喝罪による有罪を正当づけない。そのかぎりにおいて被告人は構成要件の錯誤で

ある。これに對して、被告人は強要罪（刑法二四〇条）の構成要件を、故意且つ有實に、夫との意識的且つ意欲的共働の下に実現したものである。被告人がここで許される自救権の範囲限界について誤解した禁止の錯誤は、地方裁判所の認定したところに從えば有罪されない。

なお、連邦裁判所は、一九五二年七月三日判決（BGH, Urt. v. 3. 7. 1952, B. 3, S. 82）で、不真正不作為犯における作為義務の錯誤につき、不真正不作為犯における作為義務は構成要件に属し違法性に属するものでないから、この作為義務の存在についての錯誤は構成要件の錯誤であつて禁止の錯誤ではないとしている。また、一九五三年四月三〇日判決（BGH, Urt. v. 30. 4. 1953, NJW 1954, S. 480）は、強要罪に關し、犯罪行為を原因とする私法上の請求權を遂行するために告訴でおどかす權利を行為者にあたえるような行為事情についての錯誤は構成要件の錯誤であるとしている。

〔後記〕

本稿は、錯誤につき、いわゆる責任説の立場から、構成要件の錯誤と禁止の錯誤との區別を採用した連邦裁判所のこの点についての判決を整理することによつて、連邦裁判所が構成要件の錯誤と禁止の錯誤という新しい概念にどのような内容を与えているかを明らかにし、次いで、これを検討することによつて錯誤論解決への接近を試みる意図をもつて始められたものであるが、筆者の被校という突然の事情から、本稿を完成することが不可能となつてしまつたものである。このような中途半端で、しかも全く不十分な草稿を發表する勇氣はとてもない。しかし、多年御恩顧を賜つてゐる北村先生の御遺席の祝賀に微意を表せずにおくことも、これまた私の氣持が許さない。そこで、このような中途半端な草稿を北村先生の御遺席の祝賀に呈上することを躊躇したのであるが、年來の先生の御厚情を念ひ、敢てこれを提出するものである。この点につき、北村先生ならびに編集委員各位に御海容を乞ふ次第である。