

クラウス・ロクシン 『刑法総論』第一卷（第一版）〔八〕

鈴木 彰雄

II 構成要件の錯誤

文献…省略

1 行為事情の認識と不知

§1611では、行為の遂行にあたり、法律上の構成要件に属する事情を知らなかった者は、故意に行為したものである。と規定されている。この「認識」がなければ構成要件の故意が阻却されるが、それは故意の知的要素を意味している。その際、自己の行為がおそらく構成要件を充足するであろうという表象があれば、認識があったとするに十分であることは、周知のことである。従って、行為者が構成要件のメルクマールを自己の表象の中に全くとり入れ

ていなかった場合にのみ、認識がなかったことになる。従って、例えば、案山子を撃つつもりでそれが人であることに気づかなかった者は、故意に行爲したことはない。これに対して、立っているのが人か案山子か疑わしいにも拘らず、成り行きに任せて撃つた者は、その客体が人であつてその者が死亡した場合には、§212 による故意行爲として処罰される。他方で、構成要件の錯誤は、誤つた認識があることを前提とせず、正しい表象が存在しないことで足りる。従つて、未だ一六歳に満たない少女を誘惑した者は、保護の限界を画する年齢を誤認していた場合のみならず、その少女の年齢について全く考慮を払わなかつた場合にも、§103 によつて必要とされる故意なしに行爲したことになる。何故ならば、彼はこの場合にも、法律上の構成要件に属する事情（即ち、その少女が一六歳未満であるという事情）を知らなかつたからである。

§16 で取り扱われる構成要件の錯誤と並んで、刑法には他にもいろいろな錯誤が登場するが、それらは後に、それぞれの関連箇所て説明されることになる (Rn. 132 ff. をも参照)。しかし、性質を異にする一つの錯誤がすでにここで論じられなければならない。何故ならば、構成要件の錯誤との区別があらかじめ明確にされなければならないからである。即ちそれは、禁止の錯誤である。それは §11 に規定されており、行爲者がすべての行爲事情を認識し、従つて §16 の意味で故意に行爲しているが、それにも拘らず自己の所爲が許されると（即ち、違法ではないと）思っている、という状況にあたる。例えば、他人からの電話による通話を、相手に尋ねることなく録音テープに収録する者は、自分が「非公然」と述べられた他人の言葉を録音器に収録することを知っており、従つて、§201 I Nr. 1 により故意に行爲している。その場合に行爲者が、自己の行爲が許されていると思つていれば禁止の錯誤であり、それは故意に影響を及ぼさず、それが回避不可能である場合に責任を、従つて可罰性を阻却するにすぎず、そうでなければ刑の任意的減輕が認められるにとどまる。構成要件の錯誤と禁止の錯誤を区別し、両者に全く異なつた法的効果を結びつ

けることが正当であるか否かは、法政策的に争われており、それは禁止の錯誤を論ずるにあたって議論されるべきである。ここではさしあたって、法律上の区別そのものを確実にすることだけが重要である。

従って、構成要件の錯誤は、違法性の認識あるいは不知に關係せず、もっぱら行為事情のそれに関係するにすぎない。その際、二つの中心的な問題が生ずる。それは、構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別（以下のa）と、刑法の意味で「認識」があつたといえるためには、一般にどの程度の強さと明確性をもつて、表象が行為者の意識の中へ入りこんでいなければならないか、という問題（以下のb）である。

a 構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別

すでに我々にとつてなじみのある、記述的行為事情と規範的行為事情の区別（詳細は§10. Rn. 57 ff.）は、故意の知的側面について、その最大の実践的意義を示している。即ち、認識とは、記述的行為事情の感覺的な知覚と、規範的行為事情の精神的な理解を意味する。この公式は、記述的メルクマールの場合には比較的容易に用いることができる。自分が暗闇で人を轢いたのを見なかつた場合には、当然に殺人の故意(§212)は成立しない。例えば、行為者が爆弾を置いたが、爆発の時にはもはやそこに居なかつた場合には、確かに厳格な意味での感覺的な知覚はない。しかし、そうだからといって故意が存在しないことにはならない。即ち、当該構成要件中に記述された、感覺的に知覚しうる事象および客体を表象していれば、それだけで十分である。これに対して、規範的行為事情の場合には、認識はその精神的理解を前提とする。領得した物が他人の所有にかかるものであることを知らず、——いかなる理由からであるにせよ——自分がその所有者だと思つた者には、§253の「他人の」という行為事情の認識、従つて故意が欠けており、それ故その者を窃盗罪により処罰することはできない。もつとも、純粹に記述的な要素や純粹に規範的な要素が問題

になることは極めて稀であるという事実 (§ 10, Rn. 59 ff. を参照) をみれば、ほとんどの行為事情においては、その記述的要素が知覚されその規範的内容が理解されなければならないとすることによって、二つの形態の認識が必要となる。例えば、文書毀棄罪 (§ 274 I Nr. 1) の故意は、まずもって、例えば行為者が古新聞と一緒に文書を暖炉に投げ入れることに一般的に気づいていた、ということ的前提とする。そういえる場合に、彼はさらに、その文書が自分のものでなく、しかも法的関係において証明力をもつべきものであることを理解していたことが必要である。その両者が相まって、はじめて故意があつたことになる。

規範的メルクマールにおいて構成要件の故意を特徴づける精神的理解は、法律上用いられている諸概念への厳密な法律的あてはめを意味しない。むしろ、そうした概念によって書き換えられた、犯罪とされる事象のもつ社会的な意味内容が、行為者の理解するところとなつていれば足りる。この場合、「素人領域における並行的評価」という用語が使われる。故意の対象は、法的な概念や行為の違法性ではなく、「行為事情」、即ちその社会的意味をも含めた外部的諸事情であるから、そのような「並行的評価」は、故意にとつて必要とされる認識に一致する。従つて、例えば、ある者が自分のものでない車の所有者を数時間足止めにするために、その車のタイヤから空気を抜いたとして、器物損壊罪 (§ 303) で起訴された場合に、彼は、損壊とは物の実体への侵害(例えば、タイヤを切断すること)のみをいうと思つていたという理由で、「損壊する」というメルクマールに関する故意の成立を首尾よく争うことはできない。何故ならば、判例は、損壊とは、一時的にせよおおよそ物の使用可能性を相当程度に侵害することであると理解しているからである (BGHSt 13, 207)。この場合にはそのように言えるのであり、行為者の素人的立場からも、このことは全面的に彼の知るところであつたのであるから、彼の損壊の故意は肯定されるべきである。行為者は、損壊が意味するところをすべて理解していたのである。彼が、実体の侵害だけが法文の意味での「損壊」であると誤認していたのは、

「損壊」という概念の定義についての錯誤にすぎず、立法者にとつて「損壊」にあたるとされる諸事情の不知ではない。この場合、「あてはめの錯誤」という用語が使われる。あてはめの錯誤は決して構成要件の故意を阻却しない。しかし、行為者が誤つたあてはめによつて自己の行為が禁止されているとは思わず、例えば、タイヤの空気を抜くような「悪戯」は立法者によつて許されているだろうと思つた場合には、その錯誤は禁止の錯誤を基礎づけ、その場合には§17によつて処理されることになる。

あてはめの錯誤の例は——判例においても——多数にのぼる。厳密な法律的なあてはめは素人のよく為しうるところではないので、これらの例は実際には、すべての規範的な行為事情について考えられる。それ故、実際に起こつた個別事例をいたずらに羅列することは、ここでは差し控えるべきである。よく挙げられる例は、文書 (§267) の概念である。酒場が、客が何杯の「半リットル」を飲んだかを、ビールのコースターに線を引くことによつて記録している場合に、自分の財布を慮つてその線の何本かを抹消した客について (RG DStZ 1916, 77)、彼が文書とは形式化された書類だけを指すと思つていたという理由で、文書偽造罪の故意がなかったとすることはできない。何故ならば、判例によれば、文書とは、およそ任意の記号により具体化された思想の表明であり、法律関係において証拠となるべきものであればよい、とされているからである。酒場が「線」を用いて飲食の額を証明力をもつて記録しようとしていたことを客は知っていたのだから、彼は「並行的評価」において、事象の社会的意味、従つて裁判官をして線を「文書」として特徴づけさせるすべてのことを理解していた。彼はまた、何本かの線を抹消することが証明全体の内容を変更するものであることをも知つていたのであるから、文書偽造罪の故意が肯定されるべきである。この種のあてはめの錯誤は、「物」 (§303) というメルクマールのような、主として記述的なメルクマールの場合にも存在する。他人の犬を毒殺したために器物損壊罪で起訴された者は、動物は「物」にあたらなと思つていたという説明によつて、

故意行為の非難を免れることはできない。法律は所有権保護という観点の下で、物に適用される規定に従って動物を取り扱い (§ 90 a BGB)、民法はすべての有体物を、「物」と理解しており (§ 90 BGB)、行為者は犬の有体性を知っていたのであるから、彼はその「素人領域」において、法律上の物の概念をその社会的意味において特徴づけるすべてのことを理解していたのであり、そうであれば故意を認めるに十分である。行為者は自分の所為が許されていると信じていた、と考えるのは困難であるから、物の概念を誤って定義づけたのは、重要でないあてはめの錯誤であり、それは（先の文書の事例における錯誤と同様に）けっして禁止の錯誤を基礎づけるものではない。

もつとも、一定の法的評価なしにはその社会的意味内容が理解されえない場合がある。その場合には、適切な法的評価が当該行為事情の精神的理解に含まれ、故意の前提となる。「他人の」 (§ 242, 246, 303) というメルクマールの場合がそれである。「他人の」とは、他の人の（単独あるいは共同）所有となつてゐることを意味する。ある者が、全く誤つた法的考察に基づいて、自分が（真実は他人の）物の所有者だと思い、それを自己のために利用しあるいは損壊した場合には、彼を窃盗罪、横領罪あるいは器物損壊罪によつて処罰することはできない。何故ならば、彼は素人的社会の仕方によつても、その物が他人に属することを理解していなかつたからである。例えば、ある学生が学友と共同で一冊の本を入手して、住居共同体を閉鎖する際にその他人の同意なしに、それを単独で使用するために領得した場合は、故意について事情が異なる。この場合には、共同所有者に対する窃盗が認められ、行為者は、「他人の」とは他人の単独所有にあるという事態だけをさすと考えていたという理由で、故意がなかつたとして争うことはできない。それもまた、誤つた定義によつてひき起こされたあてはめの錯誤にすぎないといえよう。即ち、その学生は、その物が自分だけのものではないことを知っていたのであり、従つて、行為者の共同所有になつてゐるにすぎない物を、行為者にとつて「他人の」ものであると立法者に特徴づけさせることをすべて理解していたのである。他方で、例えば、

他人を警察からかくまっている者が、誤った法解釈に基づくものであっても、その他人は可罰的でないと思つていた場合には、刑を無効果にする罪（§258）の故意は存在しない。何故ならば、そのような場合には、行為者はその素人的表象においても、彼によつて援助されている者が「刑罰法規により」処罰されうるとは思つていなかったからである。

従つて、誤つた法的評価（「法律の錯誤」）は常にあてはめの錯誤にすぎず、場合によつては禁止の錯誤であるが、故意を阻却する構成要件の錯誤とはなりえない、と言ふのは正しくない。問題となるのは、むしろ次のことである。

即ち、行為事情の社会的意味がそれを特徴づける法概念を知らずとも理解されうるものであり、それが実際に理解された場合には、誤つた法解釈（誤つたあてはめ）は故意に影響を及ぼさない。これに対して、誤つた法的見解によつて、行為者すでに自己の所為の社会的意味が隠されている（彼が、他人の物ではなく自己の物を領得すると思つていたり、犯罪者ではなく無実の者を援助すると思つていた）場合には、そのような錯誤は当該の規範的行為事情について故意を阻却する。従つて、故意は現行刑法において、知的側面から、法的禁止の認識ではなく、社会的意味の認識として構想される。§16, 17の異なつた規定（構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別）を維持する思想はこのようなものであり、禁止の錯誤を説明する際に、その正当性に立ち戻ることになるであらう。

ここからさらに、§16に従つて論じられるべき構成要件の錯誤と禁止の錯誤（§17）の区別について、重要な理解が導き出される。即ち、錯誤が単に構成要件の行為の違法性に関係するにすぎない場合は、それが個別的メルクマールという形をとつて違法性判断そのものを含む行為事情に関係していても、禁止の錯誤である。例えば、§240 IIの「非難性」という基準のような、全体的行為を評価するメルクマール（詳細は§10, Rn. 45 ff.を参照）の場合がこれである。例えば、「他人から貸金の返済をうけるため」その者を「風俗犯を告発すると言つて脅迫した」が、「その供与は可罰

的行為とは無関係に行われた」という場合 (BGHSt, 5254, 258)、行為者は強要罪の責を負う。即ち、追求された目的は、そのために用いた脅迫の手段といかなる内心的関係ももたないので、告発という「耐え難い害悪」をもってする脅迫は、§ 240 II の意味で「非難すべきもの」である (BGHSt 5, 258)。行為者がそのような場合に、自己の行為を「非難すべき」ものではなく、適切なものだとして評価していた場合には、それは規範的行為事情（「非難すべき」）に関する故意を阻却する錯誤ではなく、禁止の錯誤である。何故ならば、非難性に関する判断は、全体的行為の違法性に関する法律判断と一致するからである。即ち、この場合に構成要件的錯誤を認めるとすれば、可罰性に関する判断を、もっぱら主観的な、場合によっては行為者自身の全く間違つた不法の評価に依存させることになり、それは、客観的秩序づけという法の性格と矛盾することになってしまうであろう。

これに対して、非難性に関する錯誤が行為の全体的評価に関係せず、それが存在していたならば行為者の行為を非難すべきものではないと思わせるであろうような事情に関係している場合には、事情が異なる。例えば、訴訟という「耐え難い害悪」をもってする脅迫が、満期になった請求権の行使のために行われた場合には、それは非難すべきものではなく、従って強要罪としては可罰的でない。そこで、訴訟をもって脅迫する行為者が（誤つた法学的考察に基づくにせよ）満期になった請求権があると思つた場合には、非難性に関する故意を阻却する錯誤が問題となる。何故ならば、その錯誤は、非難性の判断の前提、従って彼の所為の社会的意味に関係しているが、右に述べた例のように、法律的な違法性判断そのものに直接的かつ排他的に関係しているのではないからである。

しかし、Rn. 89 で展開された諸原則も、全体的行為の評価を誤つた行為者が、少なくともその素人領域において、立法者をしてその評価をするに至らせたことを認識しているという制限を付して、はじめて適用される。性犯罪を暴露するという脅迫によって貸金を回収する者は、自分が極めて手荒な形態でその債務者の意思活動の自由に働きかけ

ていることを知っている。それ故、それが非難すべきものではないという彼の考えは、単なる禁止の錯誤である。しかしながら、自己の行為の社会的意味を理解するためには法的評価もあわせて行わなければならない事例においては、その評価が実際に違法性判断と一致する場合にも、その評価は故意に含まれる。例えば、未納税金の存在についての錯誤は、脱税の故意を阻却する。何故ならば、——誤った法的考慮に基づくものであっても——納税の義務がないと思っている者の故意は、素人的方法によっても、脱税の際に問題となる国庫の損害を含んでいないからである。同様に、扶養義務違反罪 (§ 170b) の故意は、扶養義務が存在し、自己に履行の能力があるという認識を前提とする。何故ならば、——誤った法的見解に基づくとしても——この認識をもたない者は、何びとに対してもそのような素人的方法で自己の扶養を争おうとはしないからである。従つてこの場合には、全体的行為を評価する分解不可能な事情が問題となっているのであり、それは Rn. 89 f. で論じた、分解可能な事情から区別されなければならない。BGHNSZ 1989, 475 によれば、職業禁止に対して自分が提起した抗告に停止の効果があると誤認したために業務を続けた弁護士さえも、§ 145 c の構成要件の錯誤に陥つていたとされる。

確かに、未納税金ないし扶養義務の認識は、自己の義務を履行しない者にとって違法性の意識を必然的に伴っているので、全体的行為を評価する分解不可能なメルクマールを認めることは、§ 370 AO や § 170 b のような構成要件において、禁止の錯誤がほとんど考えられないことになる。だが、構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別が原則的に正しいことは、その区別が個々の構成要件において実行可能であることに左右されない。むしろ、法律的评价をしなければ自己の行為の社会的意味についての素人的な意識をも得ることができない場合には、法律的评价を共に行うことが故意にとって必要であることによつて、責任説の厳格さに対処することができるのである。

以前しばしば主張された「複合概念」の理論によれば、故意にとつては、法律上用いられている法概念の構成的メ

ルクマールの認識があれば” 足り、それが (複合) 概念へと総合されていることを知っている必要はない”、とされているが、この理論は、上述したところによれば時代遅れである。何故ならば、例えば、窃盗罪の故意を認めるには、物の他人性の根拠となつた諸事情を知つただけでは足りず、行為者はこの諸事情から、物が完全に、あるいは部分的に他人のものであるという法的な結論を、自らも導き出していたことが必要である。同じことが、税の請求権や扶養の請求権についても言える (Rn. 91f.)。しかし、全体的行為を評価する分解可能なメルクマールについては、故意が、違法性判断を構成する記述的および規範的要素だけを含んでいれば足り、そこから生ずる違法性判断そのものを含んでいる必要はないとするかぎりで、この理論には一片の真実が含まれている。

特に困難で争いがあるのは、白地刑罰法規における構成要件的錯誤と禁止の錯誤の区別である。制裁規範だけを含み、その充填を他の法律、命令、さらには行政行為にさえ委ねている構成要件がそれである。それらは特別刑法中に多くみられるが、刑法典中にみられることも稀ではなく、例えば § 315 a I Nr. 2 によれば、乗物の操縦者として、重大な義務違反的態度によつて、軌道交通、ケーブル鉄道交通、船舶交通もしくは航空交通の法規に違反し、それによつて具体的危険を惹起した者が罰せられる。BGHSt 6, 40 は、構成要件と刑罰威嚇が、刑罰威嚇の補充が、場所と時間を異にする付属の構成要件によつて独立に行われるように分離されている。場合を、白地刑罰法規と呼んでいる。

そのような場合、補充規範の存在に関する錯誤、あるいは存在しない正当化事由の認識は禁止の錯誤であるが、他方、補充規範の行為事情に関する錯誤は故意を阻却する。従つて、禁猟期に関する規定に違反する者が § 381 B JagdG によつて処罰されるとすれば、禁猟期に狩猟してはならないという禁止を知らなかつたために一年中狩猟をしていた者は、禁止の錯誤に陥つていたことになる。これに対して、禁猟期の日付や期限を誤解していた者は、構成要件的錯誤に陥つていたことになる (OLG Celle NJW 1954, 1618)。ある者がどのように選挙したかについての知識を自ら得、

または他人に得させるために、選挙の秘密の保護に役立つ規定の一つに違反した者が § 107 c によって処罰されるとすれば、選挙管理委員長が老人ホームで、住人がどのように選挙したかについて関心をもち、彼らが投票用紙に正しく記入するのを手伝おうとしたために、彼らの投票用紙に公然と×印をつけさせた場合は、彼は故意にその規定に違反したことになる。それが許されていると思つたのは、禁止の錯誤である。しかしながら、彼が、有権者は誰にも見られずに投票用紙に記入することができるだろうと思つていたが、実際にはそうではなかった場合には、彼は構成要件の錯誤に陥つていたことになる。もつとも、空白が具体的な個別の命令によつて補充される場合には、一般的に適用される禁止が存在しないので、その不知は常に構成要件の錯誤である。同様に、§ 19 WStG（軍の命令の不服従）によつて可罰的となりうるのは、その命令を知つていた者だけである。

判例も、規範的メルクマールの認識について、大体において右で展開した諸原則に従っているが、すべての場合に一貫してこれに従っているわけではない。例えば、危険な身体傷害罪 (§ 223 b) は、とりわけそれが「生命を危うくするような処置によつて行われる場合に認められる。BGHSt 19, 352 によれば、このメルクマールについて故意を認めるには、「そこから生命の危殆化が生ずるような事情の認識があれば足り、自己の行為が生命を危うくするものであることを行為者自身が認識していたことは必ずしも必要でない、とされている。この考え方は、複合概念の理論 (Rd 83) の影響によるものであり、賛成することはできない。何故ならば、被害者の生存の脅威が行為者に意識されていなかった場合には、何びとも自己の所為のもつ生命への危険性を「素人領域において」も理解しえないからである。「そうでなければ、無思慮のために自己の行為のもつ生命を危うくする性格を全く意識していない無思慮な乱暴者が、それ程無思慮ではなく、より軽率でないために、生命の危殆化を認識している行為者よりも、より有利な立場に立つことになつてしまふ」(BGHSt 19, 353 f.) という BGH の議論はあつていない。何故ならば、第二の場合の行為者がよ

り厳しく処罰されるのは、「思慮」の程度がより大きいからではなく、生命の危険性を意識していたにもかかわらず攻撃を加えたからである。そのような行為者が自己の所為の危険性に軽率にも気づかなかつた者よりも「より無思慮に」、より乱暴に、より当罰的に行動するということを争おうとするならば、それは故意と過失を区別することの意味を全く否定することになってしまうであろう。

これに対して、判例が公務上の犯罪行為において、公務担当者たる性質 § 111 Nr. 1 についての故意を認めるためには、公務担当者たる性質を実体的に基礎づける諸事情を認識していれば足りるとし、行為者が自分自身を公務担当者として評価していたことは必要でないとし、あるいは判例が、「双方の当事者のために……義務に違反して行動した弁護士」の当事者に対する背信行為の罪 (§ 266) において、「義務に違反して」というメルクマールについての故意を認めるためには、その弁護士が義務違反性を基礎づける実体的諸事情（即ち、自分が両当事者の「相対立する利益のために」行為すること）を知っていたことだけが必要であるとし、利益の対立を知っていた場合に、義務に違反して行為するのではないと思っていたことを禁止の錯誤にあたと判断したのは、ここで求められている方向から逸脱しているとはいえない。何故ならば、第一の場合に、自分が公的な機関の任務を負っていることを知りながら、自分を「公務員」ではないと思つたのは、単なるあてはめの錯誤にすぎない。彼はその場合、立法者にとって基準となる、自己の地位の社会的意味内容を知っていたのであり、その刑法上正確な名称は問題とならないからである。しかし、第二の場合では、§ 356 における「義務違反性」の基準は、全体的行為を評価する分解可能なメルクマールである。自己の行為の義務違反性についての純粹な錯誤は、違法性に関する錯誤と一致し、それ故に禁止の錯誤である。これに対して、弁護士が（事実的あるいは法的理由により）自分が相対立する利益のために行動することを知らないことによつて、義務違反性を基礎づける諸事情を誤認した場合には、構成要件の錯誤になる。

右において展開した区別は、大体において通説と一致するが、並行的評価という要件は必ずしも常に明確ではなく、その帰結は時としてよく納得できない方法で、構成要件理解の偶然性に左右されるので、個々の点では困難で争いがある。それ故、Zipfは、「錯誤論全体で現在最も解決されていない問題」と呼んでいる。こうした所見に基づいて、その区別を厳密にしたり、あるいは根本的に新しくしようとする強い努力が払われるようになった。

Darstadtは、記述的構成要件要素と規範的構成要件要素を、第一の場合には、「自然的」事実、第二の場合には「制度的」事実と呼ぶ方法で区別する。「自然的」事実とは、「物理的もしくは精神的状態または特性を指摘することによって完全に記述することができが、制度的」事実は、「文書における証明上の重要性のような」少なくとも社会的に与えられた特性をもつ。Darstadtにとつて、故意を基礎づける並行的評価は、「社会的な重要性こそが事実として認識されなければならない」という点にある。それは確かに正しいが、ある事情の社会的（法律的？）重要性が、行為者の認識によってどの程度捕捉されなければならないかという問題については、もはや役に立たない。

Haftは、故意を阻却する「対象關係的」錯誤と、あてはめの錯誤にあたる「概念關係的」錯誤とを区別する。例えば、鶏泥棒が、鶏は物ではないと思つていた場合は、概念關係的錯誤である。これに対して、誤つた法的考察に基づいて他人の物を自己の物と思つてそれを損壊した者は、Haftによれば、対象關係的錯誤に陥つていた。何故ならば、この錯誤は§ 303 StGBへの関連なしに当然に伝達可能であるからである。この区別は、法的な意味内容に関する錯誤の場合にほとんど貫徹しえない点で困難に陥る。鶏が物でないという認識は、何故に§§ 242, 303への関連なしに「当然に伝達可能」だといえるのであろうか？

Schlichterは、故意の成立に「目的論的に還元された事実の視点」が必要であるとす。彼によれば、行為者が「自己の行為の侵害の意味を理解して」いたことが必要である。それは、「法益と完全に一致する諸要素にも、保護を制限

する諸要素にも”あてはまる。これに対して、行為者に”法益関係的な構成要素が明白になっていた”場合には、その他の錯誤は常に禁止の錯誤を基礎づけるにすぎない。これに対して、全体的行為を評価するメルクマールにおいては、個々の事実を認識していれば足りる、というのである。この構想は、素人領域における並行的評価はとりわけ、行為者が自己の行為の法益侵害の意味(例えば、§ 267 における証拠関係の侵害)を認識していたことを前提とする、というかぎりでは有益である。しかし、法益保護を”制限する諸要素”も、行為者の認識によって捕捉されるべきであり、原則的にすべての構成要件要素は保護法益とその保護の限界に関連しているので、Schüchter は実質的には、並行的評価の理論にとどまっている。”侵害の意味”および”制限する諸要素”を理解したといえるために、認識がどの程度正確でなければならぬかについて、この理論は説明していない。

”故意を阻却する錯誤と故意を阻却しない錯誤の区別”を新たに規定しようとする最も大胆な試みをするのが Kuntzen である。彼は、戦後の議論を支配してきた、構成要件の錯誤と違法性に関する錯誤という体系に方向づけられた区別から完全に離れ、古い帝国裁判所の理論に立ち戻る。これによれば、”事実の錯誤”と”非刑法的な法律の錯誤”は故意を阻却するが、”刑法的な法律の錯誤”は原則として重要ならざるあてはめの錯誤である。非刑法的な法律の錯誤と刑法的な法律の錯誤という区別の再生は、”時間構造の基準”によって正当化される。刑法が非刑法的な規定を指示している場合には、”動的な規制”が問題となっており、例えば、物の”他人性”(§§ 242, 246, 303)については、その都度基準となる、所有権に関する民法上の規範に従って判断される。それらは”非刑法的な”前提領域に属し、その判断の誤りは故意を阻却する。これに対して、例えば § 240 II の”非難性”という概念は、刑法に内在する”静的な”規制を特徴づけ、その誤認はせいぜい禁止の錯誤を基礎づけるにすぎない。

実際にこの区別は、ここで”並行的評価”によって行おうとした区別と極めて類似した帰結に至る。何故ならば、

立法者の判断を素人的方法で共に行おうとする場合に知らなければならぬことは、原則としてまさに刑罰法規によつて関係をもつに至つた非刑法的評価であり、厳密な刑法的なあてはめや、そこで生じうる「刑法的」錯誤は問題にならないからである。

RGに立ち戻るの、明らかに再び新たな問題を提起する。ある者が他の者の処罰を免れさせた (§ 33) が、誤つた法的評価によつてその者が秩序違反を行つたにすぎないと思つていた場合、行為者は法律的评价にとつて決定的な、事前行為の犯罪行為としての性格を、素人的な方法によつても認識していなかつたのであるから、そのような錯誤は故意を阻却するものとみなさなければならぬであろう。その点は Kullen も認めるが、純然たる可罰性の誤認が非刑法的錯誤を基礎づけるとされるのは、ただちに納得できることではない。Kullen は原則的に、区別の規範的語義を無視することによつて、それぞれ行為の時点で適用される刑罰法規への「動的な指示が問題であることを指摘することとどまる。しかし、刑法的な錯誤を生み出す静的な指示と、非刑法的な錯誤を生み出す動的な指示とを区別することも、新たな問題を提起する。そこで Kullen は、ある者が犬を「物」と判断しなかつたという典型例において、物の概念を刑法的な概念として、従つてその誤認を刑法的な法律の錯誤として規定することだけで、重要ならざる禁止の錯誤を認めることができる。しかし、この場合に（他人性の概念の場合と同じように）、民法 (§ 90 BGB) への動的な指示を主張することも、同様に可能であろう。そして、そのいずれを認めるのかという点に、錯誤の評価が左右されるべきであろうか？ 議論の一層の展開が期待されるのである。

Puppe も、帝国裁判所の区別を原則的に妥当であるとするが、その「悲しむべき用語法」を非難する。即ち、行為者は、故意に行爲するためには「構成要件の意味を表象していなければならず、必ずしもその文言を」表象している必要はない。いわゆる規範的構成要件要素の場合には、率直な「法律的事実の認識」が必要とされる。並行的評価の

理論は、この場合に問題となっているのは認識ではなく評価という行為である」という印象を与えることによって、この事態を不明確にしている、というのである。これによれば、あてはめの錯誤があつても、準「刑法的な錯誤」として、構成要件の意味の認識に変わりがなく、それ故に故意を阻却しない。そこで Purpe は、全体的行為を評価するメルクマールに関する錯誤を、ここで提起した区別の意味で論じているのだから、それはなおのこと、右で述べた見解にほぼ一致するといえるであろう。彼女は正當にも、(誹謗的行為、侮辱する、残酷な、陰險な、のような)「可罰性を基礎づける価値の賓辭」をも、全体的行為を評価するものとみなし、従つて行為者は、これらの概念の評価的要素を知っている必要はないのである。

b 行為事情の「認識」の際の意識の明確性

以上のように、構成要件のメルクマールの「認識」を、その記述的要素の知覚とその規範的要素の理解として把握するならば、「認識」、従つて故意による行為があつたといえるためには、これらの要素が行為を行う際にどの程度明確に、行為者の肉体的あるいは精神的な目に写っていないければならないか、という更なる問題が提起される。その際、極端な立場は最初から排除されるべきである。即ち、一方では、行為者が個々の行為事情(従つて例えば、§244 の「他人の」「動」「産」)について、彼がはつきりと「それを考える」という意識的な熟慮をすることを要求することはできない。そのような合理主義的な見解は、故意を、法律が一九四一年まで謀殺罪について要求していた「熟慮」と取り違えているが (§4 Rn. 13, §6, Rn. II を参照)、それは、人間の行為は比較衡量する事前の熟慮によつてではなく、圧倒的に衝動や情動によつて支配されているという心理学のすべての知見に反することになるであろう。それは、犯罪行為の領域ではなお一層あてはまる。他方で、単なる潜在的意識だけでは故意を認めるに十分でないことは、今日争

いがない。狩猟の前に、一定の地点に勢子が立っていることを知らされた狩人が、狩猟に熱中してそのことを忘れ、その地点に陣取っていた人を行為時に知らずに射殺してしまった場合は、過失致死であつて故意による殺人ではない。「感情の注意」という意味での「周辺の意識」で足りるとしても、なお故意を認めるには足りない。何故ならば、認識ある過失によつて行為する者も、そうした感情の注意をもちうるからであり、彼がそれを排除して幸運な結果を信じた場合でも、それは未だ故意ではない。

今日有力に承認されているのは、両極端の中間にある見解である。これによれば、故意は、行為者がはつきりとは考えなかつたが、「共に意識していた」事情をも含む。この「共に意識していること」の分析に貢献したのは、とりわけ、連合心理学の研究を利用したPlatzgummerであつたが、そこで問題となるのは、「明示的には考慮されなかつたが、他の考慮された意識内容と共に意識され、暗示的には必然的に共に考慮されたはずの意識である。従つて、共に意識されたものは、共に意欲されたものでもありうる」。それは、まずもつて、感覚的に知覚しうるメルクマールのもつ意味づけの構成要素にあてはまり、従つて規範的メルクマールにおける故意について重大な関連性をもつ。百貨店で欲しい物を領得した者は、何ら意識的な熟慮をしなくとも、物の他人性を現実に意識していたのであり、祭壇から十字架を盗んだ者は、必然的に「教会から」盗む (§243 I Nr. 1) という意識をもつていた。何故ならば「教会」という思考の複合体は、十字架および祭壇の知覚と分かち難く結びついているからである。この「知覚によつて制約された、共に意識すること」と並ぶ、共に意識することの第二の形態は、「不断の付随的知識」であり、それは特に、法律上要求される正犯者たる資格にとつて重要なものとなる。医師や弁護士が自分に委ねられた秘密を漏らした場合 (§203)、彼らはしばしば、自分が医師や弁護士であることをはつきりとは考えていない。それにも拘らず、委ねられた情報を自己の職業領域から漏らすことを知っていることは、医師あるいは弁護士であるという意識を内包しているの

で、これらのメルクマールについて故意をもっていたのである。

Schmidhäuser も、言語心理学的研究にならって、「実体思考的」意識を「言語思考的」意識から区別し、前者があれば故意を認めるに足りるとすることによって、全く同じ結論に至った。これによれば、行為者は言語上の定式として行為事情を熟慮する（この物は「他人のもの」である。「私はそれを教会から盗む」。今私は医師として行為している」。等々）必要はなく、彼が実体思考上、それらに気づいていれば足りる。この際、「実体思考」とは、「もともと言語によって学んだ実体を、言語とは無関係な思考の領域へ取り入れた、いわば具体的記憶に基づく、……言語とは無関係に思考する事物そのものとの交流」を意味するとされる。

他の心理学的な試みや、およそ心理学から離れた特殊法律的概念形成すら用いて認識の問題に近づこうとする可能性は、以上をもつて尽きるものではない。しかし、すべての理論は、暗黙の意識が存在し、故意概念の領域で「認識」に課せられる要件としてはそれで足りるという認識で一致する。その点に、熟慮という要件と、単なる潜在的な意思に限定しようとすることとの間の相克を抜け出すことのできる認識の進歩が認められる。

これに対して、全く独自の道を歩むのが Fricd である。彼は、共に意識するという理論を拒否し、「実体問題の規範的解決」を追求する。即ち、「故意を個々のメルクマールに一樣に結びつけられた意識として考えるべきではない。決定的なことはむしろ、行為者が一定の意味連関を理解していた、ということである。何故ならば、そのような事態になつていれば、すでに断念することが期待され、一定の行為の遂行が利益に反する決意とみられるからである。たとえ行為者が、一定の（排他的な）メルクマールについて何らの意識内容をも示しておらず、あるいは一定の他の（明確化する）メルクマールについて、その時だけ使うことのできる知識を有していたにすぎないとしても、である」。彼は個別的に、次のように区別しようとする。即ち、いわば「相対化に耐えうる」構成要件要素や「特別な意識内容を

およそ必要としない”一群のメルクマールと並んで、……共に意識するという理論によって意識として位置づけられる、一定の内容をいつでも自由に提出することのできる実体に対して、一定の構成要件の基礎にある禁じられた行為を描えるのに役立つメルクマールの範囲ではじめて、実際に規範的な意味が付加される”。というのである。

もつとも、熟慮のない付随的意識を認めることは、過失を犠牲にして故意をあまりに拡大してしまう危険を含んでいる。例えば、Platzgummerがその対象について以前の経験から知ったことは、すべて自動的にその者の“内心で感じ取られる”と言い、そこから、子供の性的乱用の場合に、以前にその子供の年齢を聞いていれば、すでにして法律上の保護の年齢（“一四歳未満”）に関する故意をもっており、行為時にそれについての考えをもっていなくてもよいとするのは、広きに失する。人や物について以前に得た情報は、必ずしもすべて、その後も“自動的に”その光景と結びつくものではなく、むしろそのためには、裁判所が認定しなければならない相当程度の内面化に達していなければならぬ。例えば、個人的に親しい他の部隊の一等兵を食堂での喧嘩の際に殴打した下士官は、その際に“共に意識すること”という形で“部下”を虐待する（§30 WStG）故意をもっていたとするのは、自明のことではない。確かに、そう考えることが自然ではある。しかし、親しい友人同士の争いが職務上の利害関係から離れた個人的な出来事として体験される場合には、必要とされる共に意識することも否定されるべきである。従って、共に意識することとは、疑わしい場合には具体的状況の文脈から基礎づけられなければならない。人が“意味”についてかつて経験したこと、従って“潜在的に”知っていることすべてが、共に意識するという補助概念によって図式的に認識していたものとされ、従って故意があつたとされるならば、それは誤りになってしまうといえよう。

特別な問題が生ずるのは、すでに行為の領域において若干の困難をひき起こした（詳細は §8, Rn. 62）情動行為の場合である。そのような場合には、行為事情の“意識”が具体的な行為の遂行にあたって欠けているということが、

精神医学の側からもしばしば述べられている。即ち、情動行為者は時々、行為の後には何も思い出すことができないのである。他方で、そのような態度は、不注意な目標の誤りとしての過失行為と何の類似性ももたず、完全に目標に向けられたものであることは、容易に理解できる。高度の情動において人を射殺した者は、盲目的な偶然においてこれを行ったのではなく、完全に操縦された運動の経過としてこれを行ったのである。そこから、無意識的な操縦があれば故意を認めるに十分であるという結論を出すのは困難である。即ち、そのような「構成要件の意識のない故意」を §16 と一致させるのは難しいといえよう。だが、このような考え方は、狭すぎる意識概念に基づいている。注意深い事前の熟慮という意味での故意、即ち、思想上完成したものの現実化としての計画の実現は、§16 が理解しているように、意識にとつて、従つて「認識」にとつて必要ではない。決意と現実化が広範に一致するということは、計画の現実化の妨げとならない。「一瞥による」行為事情の理解 (BGHSt 6, 121; 6, 331; 23, 121) があれば足り、その際に、実体思考的な共に意識することに関する認識も充実したものとなりうるのである。それに含まれるのは、「必ずしも熟慮されたものではないが、生き生きとした共同体験」だけであり、それが行為の操縦を支配しているのである。しかし、情動行為者の場合には、このことが存在する。彼は被害者を見、自分の武器を見て、それによつて自分がしようとしてゐることを意欲して見ているのである。そうでなければ、殺人は成功しないであろう。これによれば、情動は意識を排除しないが、場合によつてはその者の統制可能性を排除し、事後的な事象の想起をもしばしば排除するのである。それ故、情動は、通常は故意の問題ではなく、責任能力の問題であり、その箇所ですく論じられるべきである (下記の §20, Rn. 13 ff. 参照)。もつとも、行為者の高度の興奮が意識の極限化を惹起することが稀ではない。即ち、「行為者は目的と手段以外のものを何も見ていない。彼は目的に当てるために手段を手にするのである」。他の行為事情 (例えば謀殺罪のメルクマール) については、そうした状況においては実際にあらゆる意識を欠いており、その点

で故意も排除されることがある（同様に BGHSt 6, 332; 11, 144）。

自動化された行為（詳細は § 8, Rn. 60 f.）の場合も、熟考することなく行われる運動の経過（例えば、車の運転の際の開閉器の作動）について、意識や故意があるかがしばしば争われる。この場合、行為の目標が行為者の意識によって捕捉されているか否かが検討されなければならない。熟達した射手が他人を射殺しようとする場合、目標を定め、リボルバーを構えて発砲することが、自動化された運動によっていわば一つの行為として (quasi uno actu) 行われたからといって、それによって故意は妨げられない。これに対して、車の運転者がショックの体験によって自動的な行為を行ってしまった、それによって事故が起こった (§ 8, Rn. 61 の例を参照) 場合、その結果は行為者の認識によって捕捉されていなかったため、故意は認めれない。従って、故意は行為事情の意識を必要とする（しかし個々の運動の意識を必要としない）という素朴な認識から出発すれば、一般に適正な帰結に至るのである。

2 構成要件の故意の対象 § 16 の直接的適用と類推適用

a § 16 I による法定構成要件の事情

構成要件の故意の対象となりうるのは、客観的構成要件に属する事情だけであり、主観的行為事情はその対象となりえない。従って、行為者は、故意による器物損壊 (§ 303) を行うには、自分が他人の物を損傷あるいは破壊することを確認し意欲していれば足り、故意がさらにそれ自体にも関連している必要はない。例えば、違法に領得する目的 (§ 242) のような他の主観的行為事情も、故意の対象となりえないとするのが合理的である。即ち、立法者は窃盗罪の処罰について、領得の目的をもつという故意ではなく、この目的それ自体だけを要求している。そこから明らか

になることは、§161 の意味での「法定構成要件」は刑法の体系の意味での構成要件とは一致しない、ということである。即ち、体系構成要件は多数の主観的メルクマールを含んでいる(詳細は §10, Rn. 61 ff.) のに対して、§16 は、錯誤構成要件、即ち、構成要件の錯誤の対象となりうる事情だけに關係する規定である(体系構成要件と錯誤構成要件の区別については、既述の §10, Rn. 1-6 を参照)。

しかし、それ以外には、構成要件の故意は、体系的カテゴリーでもある構成要件を構成するすべての事情を包括しなければならぬ。即ち、行為とその態様、結果、正犯者たる特性、および帰属にとつて重要な実体的前提条件(最後の点について詳細は Rn. 138) がこれである。これらの事情は、例えば詐欺罪 (§263) における被欺罔者の錯誤のように、行為者とは別の人の心理の中に存在する場合には、主観的でもありうる。一般に故意は記述的あるいは規範的性質をもつ、存在しあるいは惹起されるべき事情に向けられる。しかし、故意は、消極的事情が構成要件に属する場合には、あるものの不存在にも向けられうる。例えば、§107a の故意による選挙の偽造は、行為者が「選挙の権限なしに」選挙することを知っていることを前提としており、故意による公職の僭称 (§132) を行いうるのは、自分が執行される公務に就いていないことを知っている者だけである(詳細は §10, Rn. 30 ff. を参照)。

要約すれば、構成要件の故意の対象は、犯罪類型が構成される基礎となる客観的構成要件の全事情である、ということが出来る。その場合、これらの事情が構成要件の文言から直接的に導き出されるか、あるいは制限的解釈や目的論的還元によつて導き出されるのかは、問題ではない。例えば、一定の軽微な侵害が文言上その構成要件に包摂されるにも拘らず、それに該当しないとされる場合 (§10, Rn. 40, 参照)、軽微性の誤認は構成要件の錯誤である。これに対して §26 は、彼によつて展開された構成要件論に基づいて(これについては §10, Rn. 29)、法律上の態度を記述するメルクマールに関する錯誤だけを、故意を阻却するものとして §161 の下におき、これに対して、「規範の保護目

的の当罰的侵害に関する錯誤”は、その場合にも構成要件の錯誤が問題となつてゐるにも拘らず、§17により禁止の錯誤として論じられるべきであるとする。だが、この説は拒否されるべきである。不法類型を規定する諸事情に関する錯誤は、いずれも同じように、行為者に対して、その態度の社会的意味を隠しているので、常に同様に取り扱われなければならない。

行為者が、法定構成要件に属する諸事情について錯誤に陥つた場合、故意が脱落し(§16I1)、当該犯罪において刑罰が科せられているかぎりで、なお過失行為を理由とする可罰性が考えられる(§16I2)。もつとも、加重要素に関する錯誤の場合には、基本構成要件を故意に実現したことを理由とする可罰性が残存する。例えば、窃盜の共同正犯者が、共犯者が武器を携帯していることを知らなかつた場合には、彼の故意は§241N1については阻却されるが、§242による故意の窃盜の正犯者としては依然として可罰的である。

特別な問題となるのが、行為者がある構成要件要素について錯誤に陥つたが、彼は同時に別の構成要件要素が存在すると思つた、いわゆる二重の構成要件の錯誤である。例えば、住居侵入罪(§123I)の行為者が、自分が侵入する住居を錯誤により店舗と思つた場合、あるいは、§274の行為者が破棄された文書を技術的な記録だと誤認した場合である。この場合、行為者によつて誤認されたメルクマールに関する故意が阻却された場合、誤認されたメルクマールに関しては単なる(場合によつては不処罰の)未遂が残るだけである。これに対して、行為者はいずれにせよその構成要件を充足しようと意欲し、現実に充足したことを重視するならば、その錯誤は常に重要でないことにならう。正しくは、次のように区別しなければならない。即ち、構成要件の選択肢が単一の保護の対象あるいは侵害手段の展開されたもの(例えば、住居”や”店舗”は、立法者がいう”他人の住居権の下にある閉ざされた場所”の例にすぎない)には、その錯誤は顧慮されない。これに対して、質的に異なつた保護の対象や侵害の性質が問題に

なっている場合(例えば、文書と技術的な記録の場合の、行為客体についてあてはまるような)には、故意(右の例では §274 による)が阻却され、對抗措置として未遂が認められるにすぎない。

一部は構成要件に属し、また一部は責任に属するメルクマールにおいては、構成要件に関係する要素だけが構成要件の錯誤の対象となりうる。その例となるのが、すでに説明した「不真正心情要素」(詳細は、§10, Rn. 79)である。

例えば、「残酷な」(§211)という要素について、行為者が自分は被害者に特別な痛みや苦しみを与えるものと誤認する場合があるが、その場合は構成要件の錯誤である。これに対して、残酷性の概念のそれ以外の要素、即ち、「非情で冷酷な心情」は責任に属し、故意の対象とはなりえない。「陰険な」や「粗暴な」といったそれ以外の不真正心情要素も、同様に取り扱われるべきである。

b §16II による刑を減軽する事情に関する錯誤

特別規定にあたるのが、刑を減軽する行為事情に関する錯誤についての §16II である。即ち、「行為の遂行にあたり、軽い法律の構成要件を実現する事情を誤認した者は、軽い法律によってのみ、故意の犯行を理由として処罰することができる」。一例を提供するのが、BGHSt 24, 168 である。即ち、ある者が未成年の少女を、同女およびその両親の意思に反して、婚姻外の性的行為をさせるために誘拐した場合は、場合によっては §235 II による特に重い場合として可罰的となる(一〇年以下の自由刑)。しかし彼が、その少女がすべてに同意していると誤認していた場合には、彼は §16 II により、§236 によってのみ処罰されるべきである(五年以下の自由刑)。それは、§16 I の基礎になっている思想に一致する。即ち、何びとも、行われた不法について、それが彼の認識および意欲に包摂されているかぎり、故意の行為者として責任を問われるべきである、というのである。しかし、§16 I の文言は、刑を減軽するメルク

マールを誤認した場合に、この結論を保障しないであろう。何故ならば、軽い構成要件（この場合は§236）の表象は、同時に充足された基本構成要件（§235）についての故意を阻却しないからである。ここで§16 IIは、その行為は軽い構成要件によってのみ罰せられるべきことを明らかにしている。他の例をあげよう。即ち、自己の利益のために過大な報酬を要求したが、それを相当なものと誤認していた公務担当者は、§263ではなく、より軽い§352によって罰せられる。あるいは、一時的な兵役不履行をひき起こすことだけを狙って自分を損傷した兵役義務者は、より厳しい§109 Iではなく、§109 IIによってのみ責任を問われうるにすぎない、という例がこれである。

不法を減少させるメルクマールが客観的には存在するが、行為者がそれを知らなかったという逆の場合は、法律上規定されていない。この場合、§16 IIの原則を逆転させて、軽い犯罪の既遂と、（未遂が処罰されるかぎり）重い犯罪の未遂の観念的競合により行為者を処罰するのが妥当であると思われる。従って、行為者が少女の同意が存在するの存在しないと誤認したという BGHSt 24, 168 の判決の場合には、——§16 Iがあるにも拘らず——§235の既遂と§235の（不可罰の）未遂が存在することになる。行為者が自己を完全に兵役不能にしようとしたが、部分的にしかできなかった場合には、彼は§109 IIの既遂行為と§109 Iの未遂により可罰的となるであろう。こうすることが、不法が実際に実現された限りでのみ、それを客観的構成要件に帰属させることができるとする原則に一致する。

これに対して、§16 IIを、しばしばその主たる適用領域とみられる場合、即ち、責任を減少させるメルクマールの領域に用いることはできないであろう。母親がその子を錯誤により婚外子と誤って、その出生直後に殺したという場合が、典型例として引用されることが稀ではない。その場合、母親は§212ではなく、§217によって罰せられることが§16 IIから明らかになる、というのである。しかしながら、§217は殺人の構成要件や不法に関する規定ではなく、もっぱらその責任に関する規定である。即ち、立法者は、出産という事態によって生じた興奮状態が、子の非嫡出性

から生ずるであろう結果への恐れと相まって、母親の責任能力を低減させ、従って母親は軽く処罰されることになる
と擬制していることは否定できない。それを前提とすれば、§217 は本来、問題となるのは客観的な非嫡出性ではなく、
もっぱらその主観的認識だけであるという意味で、主観的に解釈されるべきである。子の非嫡出性を信じた母親の可
罰性が低いということは、§217 から直接生ずることであり、§16 II の適用によってはじめて生ずることではないの
で、同項の適用は必要でなく可能でもないといえよう。何故ならば、§16 はその文言上、もっぱら法定構成要件に属
する諸事情 (§16 I) 、あるいは軽い法律の構成要件を充足する諸事情 (§16 II) に関する錯誤を取り扱っており、
責任要素は構成要件には属しないからである。確かに、右の事例において、§217 による母親の可罰性を、その規定の
解釈から導き出すか、あるいは §16 II の適用から導き出すかは、結論にとってはいずれでもよい。しかし、二つの考
え方の実際上の相違は、客観的には嫡出でない子を出生直後に殺した母親が、誤ってその子を嫡出だと思っていたと
いう逆の状況において明らかになる。§217 は、この場合には存在しない、子の非嫡出性のもつ心理的影響を考えて刑
の減軽を認めているので、(不法要素と認めた場合に §16 II の逆転から生ずるであろう、§212 の未遂と結びついた §
217 によるのではなく)、§212 による既遂行為をもって処罰することが要請される。

§216 (要求による殺人) の規定も、責任が軽減される場合として解釈するのが正当である。何故ならば、法律は、
被害者の要求の表明ではなく、それによる行為者の動機づけに着目しており、行為者の同情と援助の意思を行為者の
利益に考慮しているからである。それ故、§216 にとっては、被害者の要求についての行為者の表象だけが問題となり、
§16 II は、§217 の場合と同様に適用しえない。責任を減輕するメルクマールを主観的に解釈することが、その意味か
ら生ずるのではなく、例えば §157 (処罰され……る危険を避けるため) の場合のように、すでにその文言から生ず
る場合には、§16 II は全く正当にも考慮されない。それ故、要するに、§16 II は極めて狭い通用領域をもつにすぎな

い。Rn. 120 であげたような例は、探し集めるのに苦勞するであろう。§ 16 II を類推適用した場合にのみ、同条の二項も若干重要な意味をもつのである（Rn. 128 を参照）。

c § 16 の類推適用

(aa) 行為者が、目的メルクマールの客観的関係対象について錯誤に陥る場合が稀ではない。窃盜罪の客観的構成要件を充足したものが、自己の行為を領得することとは思っていなかったり、意図した領得の違法性について錯誤に陥っていた場合、あるいは、§ 263 の場合に、行為者が追求された利得を違法なものとは思っていなかった場合がそれである。ほぼ通説的な見解は、違法な領得や利得を客観的構成要件のメルクマールとして取り扱うことによって、これらの場合に § 16 I を直接適用しようとする。それは、そのような目的の關係対象は客観的には存在する必要があるなく、ただ行為者の目的ないし故意 (Rn. 9 参照) によって包摂されていなければならぬだけである、とする点で正しくない。行為者がそれらについて、重要な態様で錯誤に陥っている場合には、当該目的そのものが脱落するのであり、客観的構成要件に関する故意が脱落するのではない。

しかし、主観的メルクマールの客観的要素に関する錯誤の場合には、§ 16 I が類推適用されうる。その際、規範的メルクマールおよび全体的行為を評価する事情に関する錯誤という困難な問題が、まさにここでも生ずる。例えば、ある者が他人の本を奪い、何年もたった後にそれを返すつもりであり、従って § 263 の意味での「領得」を意図するのはないと思っていた場合に、裁判官はそれにも拘らず、違法な領得の目的を肯定するであろう。何故ならば、行為者は経済的基準により、所有者の物を継続的に領得することを完全に知っていたからである。彼がそれを領得でないと解釈するのは、単なるあてはめの錯誤にすぎない。これに対して、行為者が、自分の奪った物を翌日返すつもりでこ

れを忘れた場合には、§161の類推により、領得の目的、従つて§242による可罰性が排除される。

さらに困難なのは、領得および利得の違法性についての錯誤の場合である。支配的学説が前提とするところによれば、一定の物の引渡について、期限に達し異議申立のない請求権は、領得の違法性を排除し、従つてそれに向けられた目的をも排除する。行為者が、請求権をもつそのような物を奪つたが、それを当然に権利を有するとはいえない他の物と思い違いをしていた場合には、行為者の目的は適法な領得に向けられていたにすぎないので、違法な領得の目的は§161の類推によつて排除される。行為者が誤つた法的考慮に基づいて、奪取した物に対する期限に達した請求権があると思つたにすぎない場合でも、§242で要求される目的はなお排除される。何故ならば、素人領域における並行的評価”をしても、そのような場合には、彼は自分が物を違法に領得しようとしていたことを理解していなかったからである。これに対して、行為者が、自己の請求権が期限に達していないと思つたり、あるいは、異議が申し立てられているにも拘らず、その物を領得することが許されていると思つた場合には、彼は全体的行為の違法性について錯誤に陥っているにすぎず、禁止の錯誤になる。即ち、行為者は立法者がそれについて要求していることをすべて知っていたのであるから、領得の違法性について（重要でない）あてはめの錯誤があるにすぎない。従つて、領得の（同様に§263では利得の）「違法性」は、主観的構成要件の枠内での全体的行為を評価するメルクマールであり、客観的構成要件のそれに相当するメルクマールに適用される諸原則に従つて取り扱われるのである。

(bb) さらに、立法者が(例えば§243における)特に重い場合の原則例と呼んでいる諸事情についての錯誤の場合に、§161の類推適用が要請される。そのような原則例は、必ずしも強制的に裁判官を一定の刑罰枠に拘束するものではないので、それらは構成要件のメルクマールではない。§243 I Nr. 1-6であげられた例の一つが存在する場合でも、裁判官は、常になお特に重い場合を拒否することができるのであり、それは逆に、それらの事例のいずれもが存在しない

場合でも特に重い場合を認めることができるのと同様である。それにも拘らず、§243であげられた例の一つが、そのメルクマールのすべてについて行為者の認識および意欲によって包摂されていた場合にのみ、その存在と特に重い場合の根拠にするのが適切である。従って、例えば、合鍵をもってする侵入は、鍵が合鍵であることを行為者が知っていた場合にのみ、§243 I Nr. 1による特に重い場合として行為者の責に帰することができる。反抗する者が生命の危険を惹起したことにより、§113 II Nr. 2によって重く処罰されるのは、彼がこの危険を故意に惹起した場合に限られる (BGHS 26, 180, 244) 等々である。何故ならば、刑の加重を条件づける諸事情が行為者の認識および意欲によって包摂されている場合にのみ、故意の刑罰が加重されるべきであるというのが、責任主義の帰結だからである。

そのかぎりでは、§16 IIも類推適用されるべきである。従って、行為者が、§243 IIの前提条件の下で盗んだ物を、錯誤によって些細な価値のものと思つた場合には、彼は§242によってのみ罰せられる。同様に、法律上規定されていない逆の場合、即ち、行為者が客観的には些細な価値の物を、§243 Iの前提条件の下で、高価な物と思つた場合にも、上で (Rn. 121) 展開された諸原則があてはまる。従って、そのかぎりでは、結果無価値の減少により§242のみが適用されうることとなる。

(cc) さらに、例をあげて説明できない特に重い場合 (例えば §263 II, 266 II) を基礎づけるような諸事情にも、§16 I が類推適用されるべきである。従って、例えば、詐欺罪や背任罪における事例の特別な重さが、目指した損害の大きさから導き出される場合には、その損害の大きさが行為者に知られていたことが必要である。それは、(bb) であげた理由の他に、そうでなければ、立法者は不明確な加重をより強力に用いることによって、§16 I を、刑を加重する諸事情について無価値にしてしまう。ことになりかねないという法治国家的考慮からも明らかになる。

(dd) 右の (bb) および (cc) であげた諸事例は、法定構成要件の諸事情ではなく、(もちろん不法の程度にとつては重要な)

量刑の前提条件に関係するので、故意犯の場合に、量刑にとつては通常の刑罰枠の内部でも重要な、不法を数量化する事実までに $\S 16$ を及ぼすことは、それについて展開された原則の帰結の一つである。確かに、 $\S 16$ は、量刑にとつて重要な諸事情について、行為の責に帰すべき効果のみをあげ、そこには単に過失によって惹起された結果も含められるであろう。だが、 $\S 16$ の類推適用は、この原則を具体化して、故意犯の場合に諸事情が刑を加重するものとして考慮されるのは、それが行為者に知られていた場合だけである、とすることになる。例えば、行為者が、盗んだピカソの絵を安物の素人の絵だと思っていた場合は、窃盗の客体のもつ莫大な価値を、刑を加重するものとして評価することはできない。盗まれた客体の価値が、加重構成要件の刑を加重するメルクマールであつたとすれば、故意は明らかにその点に及んでいなければならないであろう。即ち、加重が裁判官の量刑の枠内で行われる場合には何故にそれと異なるのかは、理解しえない。Fischer に従つて、その状況が結果的加重犯のそれにあたる場合には、しばしば例外であるとされる。例えば、恐喝の被害者が自殺した場合には、行為者がその結果を全く考えず、ただ考慮することができたにすぎない場合でも、 $\S 18$ の類推適用により、その結果を行為者に刑を加重するものとして帰属させることが許されるという。だが、そのような例外を認めることには十分な理由がない。何故ならば、そのような例外は、それに対応する原則例 ($\S 113$ II Nr. 2 のような) についてもあてはまらないからである (Rn. 127 参照)。結果による加重はそもそも例外であるから、立法者が明文をもつて規定している場合にのみ、 $\S 18$ が用いられるべきであろう。

(ee) 最後に、 $\S 16$ は、例えば正当防衛状況のような、正当化事情の誤認の場合に、類推的に適用される。だが、この非常に争いのある状況は、不法論の領域で詳しく説明されるべきである ($\S 14$, Rn. 51 ff. 参照)。

d 他の規定に従つて論じられるべき錯誤

(aa) 第一に、違法性および責任に関する錯誤のすべてが、§16の外にある。違法性の実体的前提条件に関する錯誤が常になお§16 Iの類推適用の下に置かれる(Rn. 131および以下の§14, Rn. 51 ff.を参照)の対して、全体的行為の違法性のみに関する錯誤は常に禁止の錯誤であり、もっぱら§17に従って論じられるべきである(Rn. 82 f.および以下の§21を参照)。刑罰規定が——それ自体余分な——違法に(例えば§303)、『法に反して』(例えば§239)『あるいは』『権限なく』(例えば§168)のような文言を含んでいる場合(詳細にかつ細部は制限的に§10, Rn. 30 f., 45 ff.を参照)、個々の行為事情に関するあてはめの錯誤の結果、行為者に違法性が知られないままになっている場合(Rn. 85 ff.)、あるいは全体的行為を評価するメルクマールに関する錯誤が全体的行為の評価のみに関わる場合(Rn. 89 ff.)にも、このことがあてはまる。責任の領域における錯誤において生ずる諸問題も、§16に立ち戻ることなく解決される。免責する緊急状態に関する錯誤については、§35 IIが特別規定をおり、それは禁止の錯誤の取り扱いに関連している。客観的な事実関係に関する、その他の責任に関連性をもつ錯誤は、通常、それに相当する責任のメルクマールそのものを(例えば§211の『下劣な動機』を)直接脱落させる効果をもつ(既述のRn. 119および§217の前提条件に関する錯誤についてはRn. 122をも参照)。詳細は、責任を論ずる際にあわせて説明される(以下の§§19 ff.)。

(bb) 故意にとって重要ではないとみられる、可罰性の客観的条件あるいは一身の処罰阻却事由に関する錯誤の場合も、§16は適用の可能性をもたない。従って、§§102-104による犯罪において、§104 aによる相互主義の保障がないものと誤信した場合は、その『保障』は§104 aのその他の前提条件と同様に、行為事情ではなく、可罰性の客観的条件であるから、それは可罰性に影響を及ぼさない。同様に、国会議員は、侮辱あるいはその他の誹謗の非難に対して、その表明を議会の委員会で行っていると誤っていたということを主張することはできない。もし実際に議会で行って

いたとすれば、それは一身的処罰阻却事由であつたであろう (§36)。しかし、単に処罰を阻却するだけの事情の誤認は免責しない。もつとも、この領域でも多くの点が争われており、その詳細は、客観的処罰条件および一身的処罰阻却事由を論ずるにあつて詳しく論ずることができよう(以下の §23)。

(cc) 例えば告訴の必要性のような、訴訟条件に関する錯誤も重要でない。行為者が「自分が行つた行為は告訴に基づいてのみ訴追される」と誤信することが「重要でないことは、逆に、親告罪において告訴が必要でないとと思うことと同様である」(BGHSt 18, 125)。

III 因果関係の逸脱の場合の故意への帰属

文献・省略

1 通常の因果関係の逸脱

従来の見解によれば、具体的な因果経過は行為事情の一つであり、故意がそれに及んでいなければならぬという効果をもつ。A が殺人の故意をもって B を撃つたところ、B は危険のない程度の傷害を負つたにすぎなかったが、病院で傷の治療を受けていた時に火災が発生して死亡したという、すでにしばしばあげた典例においては、結果実現の具体的な態様が行為者の表象に含まれておらず、従つてその点で、§161により故意が脱落することになる。これに對して、故意によって捕捉されていた因果経過は途中で途絶えており、従つて行為者は殺人未遂としてのみ処罰され

うる。もつとも、支配的見解は、因果経過の詳細ではなく——何びともそれを予見しえない——その「本質的な特徴」のみを故意の対象として考え、従つて非本質的な逸脱は故意の妨げとならないとする。今日でも判例を支配しているこの理論の正確な要約は、例えば BGHSt. 7, 329 にみられる。即ち、「故意は事象経過に及んでいなければならぬ……。事象経過の細部をすべて予見することはできない……」ので、表象した経過からの逸脱が、一般的な生活経験上予見可能な限界内になおとどまつており、その行為を別様に評価することが正当でないときされる場合には、通常、故意を阻却しない」と。

学説においては、その間に、この説はその理由において正しくないとする見解が有力に主張されるようになった。しかし、その説はともかくも正しい結論を可能にするという理由で（とりわけ判例において）なお維持されうる。何故ならば、例えば病院の事例（Rn. 135）では、実際に殺人未遂のみが認められうるからである。しかし、その理由は、故意の阻却という点ではじめて認められるのではない。むしろ、因果経過が予見可能な範囲の外で進行する場合には、すでに客観的に結果の帰属が可能ではないのである。即ち、その場合には、すでに客観的構成要件において殺人行為が存在しないのであり、従つて、もともと（失効した）未遂が残存するにすぎないのである（§ 11, Rn. 59 ff. 参照）。それ故、錯誤論は予見しえない因果経過について論ずることはできない。

しかしそれは、まだ一般的には認められていないが、予見可能な重要でない因果関係の逸脱の取り扱いについて、何の手がかりも与えない。A が殺人の故意をもって B を高い橋の上から水中へ落としたが、A が表象したとは異なり、B は溺死することなく、橋脚の基礎に衝突して死亡した場合、こうした態様の死は、A によって創出された危険の相当な結果であり、従つて彼の仕業として彼に帰属させることができるので、§ 222 の客観的構成要件は充足されていぬ（§ 11, Rn. 60 ff. m. w. N. 参照）。ここで我々が、主観的構成要件も充足されており、A は故意による殺人の既遂

を行つたということを同時に認めるならば、A は確かに橋脚への衝突を予想していなかったが、因果経過を「本質的に」予見しており、それ故に故意に行爲したと言うのは、(確かに普通に行われてゐる) 見せかけの理由づけである。何故ならば、逸脱が、「本質的」か「非本質的」かということだけが決定的だからである。その際に問題となるのは、客観的構成要件の領域でそれに相当する問題の場合と同じく、もつぱら評価の問題であり、したがって、どの範囲までの因果関係の逸脱が法秩序の判断によつてなお故意に帰属されるべきなのか、という問題である。即ち、因果関係の逸脱が故意の肯定あるいは否定にとつて重要であると考えべきか、重要でないと考えべきかについての判断は、行為者の頭の中の意識の経過とは全く関係がないのである。

従つて、因果経過の認識は故意の前提ではなく、その不知(その認識がこの経過の本質的な点に関係しているか、非本質的な点に関係しているか)は、§16によつて論じられるべき構成要件の錯誤ではない。むしろ、故意の認識の前提となるのは、客観的帰属を基礎づける諸事情の認識だけである。即ち、行為者が法益に対する許されざる危険を創出したことが行為者に知られていたことが必要である(その際、不許容性が、全体的行為を評価するメルクマールの原則に従つてもう一度論じられなければならない。Rn. 89ff.)。その場合、彼が結果の発生をなお追求していたか、あるいは少なくともそれに甘んじていた場合には、故意の知的要素および主意的要素が存在する。それにも拘らず、後にみるように、因果経過が相当な場合でも、一定の経過の逸脱によつて故意がなお否定されるべきことがありうる(他方、因果経過が不相当な場合には、すでに客観的構成要件を欠いている。Rn. 136参照)。しかし、それはもはや行為者の内心に関する問題ではなく、故意への帰属の問題である。従つて、客観的構成要件への帰属のみならず、主観的構成要件、即ち故意への帰属が存在し、主観的構成要件への帰属のために規範的基準を見い出すという点に課題があるということを認識しなければならない。

ここで、主観的構成要件への帰属についての評価の基準として用いられるのは、すでに述べたように（Rn. 6）、計画の実現という基準であり、それは客観的構成要件の帰属の基準としての危険の実現というメルクマールに相当するものである。そこで、われわれの橋脚事例（Rn. 136）に適用してみると、その死の具体的な態様をなお行為者の計画の実現とみなすことができるか、という問題が提起される。それは肯定されなければならない。何故ならば、AがBを橋からの墜落によって殺そうとする場合、その死が水中での窒息によって生ずるか、衝突の際の首や頭の骨折によって生ずるかは、価値的な判断にとつてはどちらでもよいからである。二つの種類の死は、橋からの墜落の際にもともと可能であり、行為者によって追求された目標に関しては等価的である。それ故、因果関係の逸脱があるにも拘らず、その殺人計画は成功したとみることができるのであり、従つてその結果を、客観的構成要件についてのみならず、故意についても行為者に帰属させることができる。病院の火災の事例（Rn. 135）では事情が異なる。火災による死は、もともと行為者の行為の中に胚胎していたのではなく、その偶然的な結果にすぎない。それ故、その死は行為者の計画の現実化ではない。すでにして客観的構成要件を欠いているので、殺人既遂を認めることはできないのであるから（Rn. 136）、このような考察が必要でないことは勿論である。

従つて、客観的構成要件の帰属の基準は危険の実現であり、主観的構成要件のそれは計画の実現である。多くの場合、この二つの基準は同一の結論に至るので、客観的構成要件にとつて重要でない因果関係の逸脱は、主観的構成要件への帰属をも妨げない。何故ならば、一般的な生活経験上予見可能な限界内にとどまり（BGHSt 7, 329）、従つて、故意の行為者にとつても通常の計算しうる因果的経過の動きの幅の中で生ずる因果関係の逸脱は、いずれにせよ予見されるはずのものであるから、それは原則として行為者の計画を挫折させることはなく、従つて故意への帰属を否定するものではない。しかし、必ずしもそうとは限らないのであるから、判例が、因果経過の相当性と並んで、さらに

なお、その逸脱が『行為の他の評価を必要としなく』(BGHSt 7, 329) ことを要求しているのに賛成すべきである。ある者が非合理的な宗教的幻想から瀆聖行為を行い、家の壁に埋め込まれた聖母像を投石によって破壊しようとしたが、その石が聖母像の近くの家の窓にあたったという場合、そうした比較的僅かな逸脱は全く予見可能である。それ故、窓ガラスの破壊は、行為者に彼の作業として帰属させることができ、§ 303 の客観的構成要件を充足する。しかし、客観的評価をすれば(そしてそれについて少なくとも代表的な意味をもつ)、行為者の主観的判断に従っても当然に、行為者は破壊しようと思った物を損壊したにも拘らず、行為計画は失敗したのである。何故ならば、彼は、客観的にも『行為の異なった評価』を基礎づける、全く異なった観点で物を損壊しようとしたからである。それ故、結果(窓ガラスの破損)を故意に帰属させず、窓ガラスに関する(不可罰的な)過失による器物損壊と結合した、聖母に関する(可罰的な)器物損壊の未遂を認めるのが妥当である。

因果関係が逸脱した場合に、客観的帰属と故意への帰属の分裂が最も容易に生ずるのは、行為客体の侵害が行為者の意図に添うのとは全く異なった態様で生ずる場合である。ある者が毒物によつて他の者の生殖能力を失わせようとしたが、そうはならず、(予見可能な態様で)その者を盲目にさせてしまった場合、確かに §§ 224, 225 の客観的構成要件はいずれにせよ充足されているが、客観的に判断すれば行為計画は失敗に帰したことになる。従つて、被害者を盲目にしたことを行為者の故意に(ないしは目的に)帰属させることはできず、(過失によつて盲目にさせたことを理由とする) § 224 による既遂行為と結びついた、(生殖能力に関する) § 225 による未遂を理由として彼を処罰することにならう。勿論、行為者の表象は客観的計画のための基礎をなすにすぎないことを看過してはならない。従つて、行為者が被害者の右眼をつぶそうとしたが、やり損いのため、右眼ではなく左眼をつぶしてしまった場合には、確かに行為者の現実の目標表象からの逸脱があるが、それは客観的に判断すれば重要ではなく、なお行為計画の中に存在す

る。即ち、規範的基準によってこれを部分的盲目の惹起に向けられたものとみなせば、因果関係の逸脱があったにも拘らずそれは成功したのであり、従つて§225による既遂犯が存在することになる。従つて、行為計画の実現が（なお）どのようなものであるかは、常に規範的基準によつて決定されるのであり、行為者の主観的表象は客観的評価の基礎をなすにすぎないのである。

因果関係の逸脱が、結果ではなくその惹起の態様について生ずる場合には、それが故意への帰属を妨げるのは極めて稀であろう。何故ならば、異常な因果経過は、すでに客観的構成要件において処理されるからである。しかし、行為者にとって重要なのは常に結果であつて、その惹起の態様ではないのであり、さらに、客観的評価によれば、行為者の因果経過の表象には、その結果の表象ほどの意味は認められないのであるから、相当な因果関係の逸脱が故意への帰属を妨げることはほとんどないであろう。何故ならば、結果犯においては、法的評価にとつて重要なのは当然に（因果経過ではなく）結果だからである。例えば、Aが殺人の故意をもつてBを狙つて撃つたところ、Bが致命的な発砲を避けようとして勢いよく飛びのいたが、その際に窓から墜落して首の骨を折つたという場合、行為者が彼（A）自身の手で被害者を殺そうと望んでいた場合であつても、その死をなおAの故意に帰属させることにならう。何故ならば、規範的基準によれば、追求され相当な方法で達せられた結果の実現は、行為者の付随的な態様の表象を、評価にとつて重要でないと思わせるので、Aの殺人計画はそれにも拘らず成功したからである。例外が特に問題になるのは、行為者が二つの全く異なった危険を創出し、そのうちの一方のみによつて結果を惹起しようとしたが、実際には他方の危険が結果を惹起した場合である。例えば、Aが、妊娠後期の女友達Fを、自分の狩猟小屋で毒入りのコーヒーの粉を用いて殺そうとしたが、毒が効く前に、客観的には全く予見可能な態様で、同女が寝室から台所へ至る急な階段から墜ちて死亡したという場合には、過失致死と共に殺人の未遂が認められうるにすぎない。因果経過は、行為

者によって意識的に創出された危険の相当な現実化を前提とするので、そのような経過を殺人計画の現実化とみなすことはできないのである。

従って、Rn. 135 であげた判例の公式が、因果関係が逸脱した場合の故意を、その逸脱がなお相当性の枠内にあることと、さらに他の法的評価を必要としないという二つの前提条件に重疊的に依存させているのは、正鵠を射ている。

ただ、二つの基準が § 16 I の枠内で、構成要件の錯誤の肯否に重要であるとする、学問的伝統の中で受け継がれてきた認識は誤っている。むしろ、第一の基準（因果経過が相当か不相当か）は、客観的構成要件への帰属の問題であり、第二の基準（法的評価）は、故意への客観的帰属に相当する。この二つの学説上の理解のうち、第一のものがその間に学問上も有力に認められるようになった。即ち、学問は、錯誤論とは独立の、故意への客観的帰属の必要性を未だ認識するに至っていないので、第二のそれはなお承認を待っているのである。その所以は、因果関係の逸脱が重要でないとされる場合には、それは、何ら行為の他の評価をも「正当化することは許されない」という B G H の要求を学問がどのように扱ってよいのか全くわからず、多くは黙って無視していることにある。

2 打撃の錯誤 (aberratio ictus)

打撃の錯誤 (aberratio ictus) (lat. 矢が逸れること) とは、因果関係の逸脱により、行為者が当てようとした行為客体とは異なった行為客体に結果が生じた場合をいう。例えば、A が B を射殺しようとしたが、B に当たらず、その隣にいた C に当たって死亡させた場合である。この事例群の取り扱いをめぐる伝統的な議論は、具体化説と等価説の両極の間を動いている。具体化説は、文献上の完全に支配的な見解と判例も原則的にこれに従っているが、これによ

れば、故意は特定の客体に向けた具体化を前提としている。即ち、逸脱によって他の客体（右の例ではC）に当たった場合は、それについて故意は存在しない。従って、ただBに対する殺人未遂と、場合によってはさらに、Cに対する過失致死が認められうるにすぎない。これに対して、等価説は、故意は構成要件該当の結果の類概念を規定するメルクマールについてのみ、これを捕捉していなければならないことを前提とする。即ち、Aはある人（Bを）殺そうとし、実際にもある人を（Cを）殺したのである。客体が構成要件的に等価であるから、因果関係の逸脱は故意に影響を及ぼさず、従って殺人既遂が認められうる、というのである。

この理論的対立を検討する前に、その見解の対立とは無関係に一致した解決に至りうる、打撃の錯誤の三つの特殊事例を除外すべきである。

(a) 狙った客体と当たった客体が構成要件的に同価値でない場合には、いずれにせよ打撃の錯誤が顧慮されることに争いはない。Aが高価な花瓶を狙ったがそれに当たらず、その隣にいたBに当たって死亡させた場合は、当然に、器物損壊（§ 303）の未遂と、場合によっては過失致死（§ 222）が認められるにすぎない。客体が確かに構成要件的には相互に同等であるが、狙った客体に対しては正当な事由が存在し、当たった客体に関してはそれが存在しない場合にも、同じことがあてはまる。RGSt 58, 27: Aが侵害者に対して、棒による殴打で防衛しようとしたが、打ち損いにより、無関係の同人の妻Bに当たった。この場合、侵害者に対しては、正当防衛によって正当化される身体傷害の未遂が存在することは等価説も認めなければならないが、妻について過失による身体傷害が肯定されるか否かがさらに検討されるべきである。

(b) 次に、打撃の錯誤が、もはや相当性の枠内に存在しない因果経過へと至った場合には、どの説によっても既遂処罰が排除されなければならない。AがBを狙って撃ったが、弾がBに当たらず、家の壁に当たって跳ね返り、他の

物体に当たって再度跳ね返った後に、全く予見しえない態様で、通りの角の反対側にいた人に当たって死亡させたという場合、A は、等価説に従ったとしても、B に対する殺人未遂として処罰されうるにすぎない。何故ならば、予見しえない因果関係の逸脱は、最終的には狙った行為客体に当たった場合でも、客観的構成要件への帰属を妨げるとすれば、その逸脱がさらに他の客体の侵害に至った場合には、なおのことそう考えなければならないからである。

(C) さらに、どの見解によっても、因果関係の逸脱の可能性が行為者の未必の故意によって捕捉されていた場合には、打撃の錯誤は既遂処罰を妨げない。例えば、A が B に狙いを定めた時に、その隣にいる C を見て、同人に当たる可能性を認識したが、それにも拘らず撃ち、実際に C を死亡させた場合がこれである。この場合、行為者はその限りで未必の故意をもって行為したのであるから、具体化説も、C に対する殺人既遂を肯定しなければならない。具体化説は択一的故意を認めなければならない、これによればここで展開された見解からすれば (Rn. 78B)、C に対する殺人既遂の他に、B に対する殺人未遂が肯定されるべきであろう。等価説によれば、そのような場合には殺人既遂のみで処罰するのが一貫している。それ以外にこの理論的対立の基礎にある、未遂と過失か、行為の既遂かという選択は、いずれにせよこの状況においては生じない。

以上により、議論の対象として残るのは、構成要件に該当し、刑法上同じ態様で保護されている客体について逸脱があり、それが一般的な生活経験上予見可能な枠内にあるが、それにも拘らず行為者の未必の故意によって捕捉されていない場合である。因果関係の逸脱についてここで一般的に展開された「行為計画」説によれば、このような状況について示される解決は、具体化説と等価説の中間を行く、しかし結論においては具体化説により近い立場にある解決である。つまり、原則として、行為計画は客観的に評価しても、やり損なった場合には行為は失敗したものとみなされなければならないほど密接に、行為者によって選択された行為客体に結びつけられている。A が、ある飲食店で

の喧嘩の際に、その仇敵Bを射殺しようとしたが、同人に当たらず自分の息子Cに当たったという場合には、その計画は、彼の主観的判断によるのみならず、客観的基準によっても失敗したことになる。それは、弾が自分の息子ではなく、未知の第三者に当たった場合でも同様である。その場合、殺された被害者については確かに危険の実現があり、従って過失致死による有罪判決の基礎となりうる§212の客観的構成要件の充足がある。しかし、計画の実現が存在しないために、結果を故意に帰属させることはできず、従ってその限りで、追求された結果は未遂処罰の契機となりうるにすぎない。

しかし、例えば、ある者が騒乱を企てて、任意のデモ参加者を射殺しようとしたが、彼が狙った人とは別の人に当たって死亡させたような場合は、事情が異なる。何故ならば、この場合は、因果関係の逸脱があるにもかかわらず、客観的な判断によれば（そして、しばしば行為者自身の考えに従ったとしても）、なお行為計画の実現が存在するからである。例えば、ある少年が悪戯で通行人に雪玉を投げつけたところ、それが狙った被害者に当たらず、その背後を歩いていた散歩者の顔面に当たった場合にも、同じことがいえる。それらの例から、行為計画からみて被害者の同一性が問題とならない場合には、打撃の錯誤は故意への帰属を排除しない、という一般原則が導き出される。その徴表となりうるのが、行為者が逸脱を予期していたとしても行為していたか否か、という問いに対する答である。従って次のように言うことができる。即ち、行為計画が具体的な客体を前提とするかぎり、具体化説を支持すべきであるが、そうでない場合には、等価説が適用される、と。従って、打撃の錯誤は独立した法形象ではなく、因果関係の逸脱の特別な場合にすぎず、その原則に従って処理されるべきである。もっとも、相当性の枠内にある通常の因果関係の逸脱は、ほとんどの場合、故意にとつて重要でないが、打撃の錯誤は逆に、故意への帰属をほとんど排除するという結論の違いを伴っている。

Hillenkamp も、具体化説と等価説の中間を進む解決を提案した。彼のいう「実質的等価説」によれば、侵害客体の個別性がそれぞれの構成要件実現と行為不法にとって無意味である。場合には、打撃の錯誤は故意の帰属にとって無意味である。そのような無意味性は、完全に、あるいは主として財産法上の法益を保護するすべての構成要件について生ずるが、これに対して、構成要件が完全に、あるいは主として高度に一身的な法益の保護に奉仕する場合には、打撃の錯誤は同価値性を排除し、従って故意への帰属を排除する、というのである。この解決は、その端緒においてはここで主張されている解決に近いが、財産法上の法益と高度に一身的な法益とを嚴格に二分することによって、あまりに型にはまった態度をとっている。高度に一身的な法益においては、財産法上の法益におけるよりも、行為計画はより個別化された行為客体を要求しているというのは、たしかに正しい。自分の激しい怒りを他人の家具調度に向けて発散しようとする者の行為計画にとっては、彼がいずれの対象物を壊すかは客観的にほとんど重要でない。しかし、高度に一身的な法益の場合でも、Rn. 150 の例が示すように、例外的ではあっても、行為客体の個別性が無意味となることがある。他方で、物の場合にも、具体的な行為客体が行為計画の成功にとって決定的であることもある。即ち、A の高価な花瓶を破壊しようとし、その代わりに、全く無関係の B の雨傘に当たった者は、器物破壊の未遂によって処罰されるにすぎない、とすべきであろう。

Puppe は最近、等価説の意味で、予見可能な打撃の錯誤はすべて重要でないことを、支配的見解によれば重要でないとされる、行為客体の取り違い（客体の錯誤）の場合との比較から導き出そうとした。彼女によれば、客体の個別性については、客体の錯誤も因果関係に関する錯誤であり、それが重要でないとすれば、打撃の錯誤を別様には論じられない、というのである。しかしながら、錯誤の構造的な類似性から、その法的な評価が同一でなければならぬことは導かれない。むしろ、行為計画説からは、その逸脱が（狙った客体のやり損ないとして）常に同一の存在的構

造を示すにも拘らず、打撃の錯誤の古典的事例でさえも、異なった取り扱いに親しむものであることがまさに理解される。客体の錯誤の取り扱いについては、他に Rn. 168 ff. を参照。

打撃の錯誤の特殊事例を扱ったのが BGHSt 9, 240 である。即ち、A 女が計略により、警察が密告だと思ふような手紙を用いて、W に対して理由のない窃盜の嫌疑を抱かせたが、その嫌疑は、彼女の目的に反して、同じく何の責任もない女性秘書 D に向けられた、というものである。BGH は、§ 164 (誣告) は、個人の保護と並んで司法それ自体の保護をも予定しており、この第二の法益については別の客体が対象となつたとはいえないという理由で、打撃の錯誤が故意の帰属にとつて原則として重要であるか否かの問題を未決定のままにした。即ち、その行為が司法に対する侵害であるかぎり、行為者の立場からも、彼が嫌疑をかけようとした人が彼の行為によつて最終的に嫌疑をかけられるか、あるいは彼が予見しなかつた他の人に嫌疑がかけられたかは本質的な相違とならない (aaO, 242) と。客観的評価をしても、行為計画にとつて実際に司法の保護だけが考慮されるべきであるとすれば、ここで主張された説に従うこともできるであろう。しかし、§ 164 が、その者に対して“（任意の第三者ではない）官庁の手続を招来させるために他人に嫌疑を抱かせることを要求していることから、その文言からは逆のことが明らかになる。法が、官庁の手続を招来するという目的だけを要求しているならば、BGH のいうことは正しいであろう。しかし、その目的は明らかに、特定の人に対して具体化されていることを前提としているので、嫌疑が他の人に向けられた場合には行為計画は失敗したのであり、目的のメルクマールは充足されていない。従つて、（不可罰の）誣告の未遂が認められるにすぎない。

3 “故意の轉換”（客体の轉換）

「故意の転換」とは、これを行為客体の転換と呼ぶ方が正しいであろうが、行為者が行為を実行している間に、自己の侵害の目標方向をある客体から別の客体へ意識的に動かす場合をいう。この場合は、§243 が独立の加重構成要件になる以前には、同条について特別な役割を果たしていた。ある者が高価な指輪を盗むために侵入したが、その後他の物を持ち去ったという場合、侵入窃盗の未遂と単純窃盗の既遂(あるいは、場合によっては以前の §370 I Nr. 5 による食料品窃盗) が認められるべきか、あるいは一個の侵入窃盗の既遂が認められるべきかという問題が生ずる。また、ある者が食料品窃盗の故意で忍び込んだが、その後刑を減輕されない窃盗の客体を持ち去ったという場合、不可罰の食料品窃盗の未遂と単純窃盗の既遂が認められるのか、あるいはそれに代わって、§243 による侵入窃盗の既遂が認められるかが争われる。判例は、故意の方向の変更は常に顧慮されないと説明してきた。即ち、帝国裁判所が RGSt 14, 313 の判決以降常に言明してきたように、表象を特定の対象に限定することは窃盗の故意にとつて本質的なことではない。窃盗の故意が、窃盗の対象について単一の行為の枠内で狭められ、拡大され、あるいは変更された場合でも、それは依然として同じものである。(BGHSt 9, 254)。Hillenkamp は、そのような場合は、窃盗に限定されない一般的な故意の問題であり、意識的な打撃の錯誤の一態様とみなすことができる、と説明した。この考えを採用入れるならば、ここで主張された立場からは、少なくとも食料品窃盗の構成要件が削除されることによつて領得の客体がすべて法律上等置された以降は、原則として判例に賛成しなければならぬであろう。A が公園で、B 女からハンドバッグを奪うために同女を殴り倒したが、その後になって初めて高価なイヤリングを見つけて、意識を失った被害者からこれを奪取した場合には、客観的に評価すれば、有価物件の強取にむけられた当初の行為計画の実現が依然として存在することになる。従つて、Hillenkamp の用いる故意の転換という概念は正しくない。即ち、問題となつているのは、まさに同一の故意の枠内での客体の転換である。従つて、右の事例では、いわば強盗未遂プラス窃盗では

なく、一個の強盜既遂が認められるべきである。この解決は、行為計画説からは全く無理なく導かれるが、打撃の錯誤の場合に常に未遂のみ認める通説にとつては、何故に特定の客体への具体化の後に、他の客体への意識的な逸脱が故意への帰属に影響を及ぼさないとされるのか、説明するのが困難である。もちろん、行為計画説によれば、同一の構成要件の枠内での客体の転換が故意にとつて意味をもつということは、完全には排除されない。強盜犯人が、被害者を殴り倒した後に、意識を失つた少女を一目見てその美しさに心を奪われ、彼女への思いに燃え、彼女を永く心に留めようとして、今度は貴重品の代わりにその旅券用写真を奪つたというロマンチックな事例を考えてみるならば、規範的基準によれば、それはもはや行為計画の実現ではないであろう。即ち、この態度は、因果関係の逸脱の理論の意味での「別の評価」を必要とするであろうから、強盜未遂（そこから任意の中止が成立するであろう）と、写真についての単純な軽微な窃盜を認めるのが妥当だと思われる。だが、そのような事例形態があつても、現実によく生ずる事案において客体の転換が故意にとつて重要性をもたないことには変わりはない。

行為客体の転換と打撃の錯誤は、構造的に大きな類似性を示しているにも拘わらず、当初の目標からの逸脱が、打撃の錯誤においては原則として考慮されるのに対して、行為客体の転換においては通常は考慮されないとすることによつて、その帰結は相対立する傾向にある。しかし、それによつて、行為客体の転換の場合にもやはり、因果経過の逸脱の、若干異なつた場合が問題となつており、その故意についてもつ意味は、同一の行為計画という基準によつて判断されるべきであるということ、偽ることはできない。異なつた帰結を示す傾向にあるという理由は、もつぱら、意識的な行為客体の転換が常に当初の行為計画のよりよい実現に奉仕するのに対して、意図されない客体の転換（打撃の錯誤）は通常、計画を挫折させることになる、という点にある。

4 『概括的故意』と変形事例

『概括的故意』という——不適切な——概念によって、長い間特徴づけられてきたのは、行為者が第一の行為によつて結果を生じさせたと思つたが、実際には、行為者の表象によれば既に既遂に達した前の行為の隠蔽に役立つにすぎない第二の行為によつてはじめて結果が生じた、という二行為の事象経過である。その古典的事例は、A が殺人の故意をもつて B を傷害し、意識を失つた被害者が死んだものと誤認し、犯行を隠蔽するために、死体と思つた同人を水中に投げ込んだところ、同人は水中で溺死した、というものである。この種の事例形態は、一見して考えられるほど作爲的なものではない。それは、判例上、多様に形を変えてあらわれている。例えば、死体だと思われた者が地中に埋められて死亡したり (DRiZ 1932, Nr. 285) 、川に沈められたり (RGSt 70, 257) 、屎尿溜め (BGH MDR 1952, 16) や肥溜め (BGHSt 14, 193) に投げ込まれたり、あるいは自殺を偽装するために首を吊るされたり (OGHSt 1, 75) 、放出されたガスの影響に晒されたり (OGHSt 2, 285) するのがこれである。

これらの場合の問題は、既遂の故意行為を認めるか、あるいは、第一の部分行為を単なる殺人未遂と判断し、それにせいで第二の行為による過失致死がさらに付け加えられるべきか、という点にある。今日認められているところによれば、そのような場合には、『単一の行為事象 (密かな殺人) が存在し、それは第二の部分においてもなお謀殺の故意によつて包括されている』とする『一般的故意』(概括的故意)によつて、既遂の故意行為を認めることを理由づけることは、いずれにせよできない。BGH は正当にも (BGHSt 14, 193)、『一般的故意』という法史的に時代遅れとなった概念を用いて、『当初の殺人の故意を、それが……もはや存在しなくなった爾後の行為に拡大すること』が問題となるのではない、としている。したがつて、『概括的故意』という用語が今日でもなお用いられているのは、その事例群を特徴づけるという伝統的理由によるにすぎず、その法的評価のためではないのである。

比較的最近の判例は、それに代えて、重要ならざる因果関係の逸脱を認めることによって、殺人既遂を認めるに至った。支配的見解もこれに従う。前述の事例群のように、概括的故意は因果関係の逸脱の特別な現象形態にすぎないとする点では、これに賛成することができる。しかし、この逸脱が常に重要でないと結論づけるのは性急にすぎない。第一に、そのような場合には具体的な因果経過が予見可能性の外にあることがあり、従ってその場合にはすでに客観的構成要件が充足されていない、ということがしばしば看過されている。例えば、ある者が、死んだと思った被害者を人里離れた場所に埋めるために自分の車に乗せたところ、謀殺の襲撃をうけた被害者は実際には意識を失ったにすぎなかったが、埋葬場所へ向かう途中で交通事故により死亡した、という場合には、因果経過の異常性を理由に、未遂が認められうるにすぎないであろう。

しかし、とりわけ、殺人罪の客観的構成要件が充足された場合でも、さらに故意への帰属について、行為者が被害者の死を意図していたか、あるいは彼がそれを付随結果として仕方なく甘受していたにすぎなかったかによって区別しなければならない。AがBを殺そうと意図し、意識不明になったBを死んだものと思つて埋葬したところ、同人は第二の行為によつて死亡したという場合、因果関係の逸脱があるにも拘らず、客観的に評価すればその事象を行為者の計画の実現とみなさなければならぬ。即ち、AはBを殺そうとし、彼はそれに成功したのである。確かにその殺人は、細部においては考えていたのと若干異なつた経過を辿つた。しかしそれは、その他の（例えば、Rn. 137の橋脚の事例）因果関係の逸脱と全く同様に、殺人計画の実現にとつては重要でない。しかし、例えば、AがB女を強姦しようとし、その反抗を抑圧するために首を絞めたが、同女の死を回避することを望みながら、いやいやながら未必の故意をもつてその死を甘受していたにすぎない場合は、その評価が異なる。そのような状況において、行為者が意識を失つた同女を錯誤により死んだものと思ひ、蘇生を試みたがうまくいかなかつたように見えたため、同女を埋葬し

たためにそれによって死亡したという場合は、行為者の立場からのみならず、規範的基準によっても、それはもはや行為計画の実現ではなく、不幸な災難ということになる。即ち、行為計画は、Bの殺害が強姦の成功に必要な限りでのみ、それを含んでいるのである。即ち、それ以外の点では、行為計画は死の回避に向けられていたのである。

従って、概括的故意の場合には非本質的な因果関係の逸脱が存在するという判例の認識は、因果経過が予見可能な場合であっても、行為者の行為が殺人の目的を担っている場合にのみ当たっている。その点でも、なお若干の限定を加えなければならない。即ち、修正されない殺人の目的が存在しなければならぬ。AがBを殺そうとしたが、Aが、被害者が倒れて動かないのを見て悔悟の念に促われ、その意図を放棄して被害者の意識を回復させようとしたが、その努力は無駄だと誤信したためにあきらめて被害者を埋葬したところ、これによつてはじめて被害者が死亡したという場合、彼はその謀殺の計画を未遂の段階で放棄したのであり、従つて、爾後の死の惹起は、もはや全く存在しなくなった当初の殺人計画の実現とはみられず、従つてもはや故意に帰属せしめることはできない。もつとも、これまで判例が取り扱ってきたほとんどすべての事案は、修正されない殺人の目的があつた事例であり、従つてその限りで、その結論はここで主張された見解と一致する。だが、BGHSt 14, 193は、概括的故意の事案について明示的に、行為者に単なる未必の故意がある場合にも、殺人既遂を認めた。即ち、「何故ならば、故意の二つの種類の間に違いがあつても、……現実の因果経過が被告人の表象から逸脱した程度が僅かであつて、法的に重要でないことに……変わりがないからである。」と。これに対しては、次のように反論すべきである。即ち、法的な評価はまさにこの相違に左右されるのである、と。

これに対して、概括的故意の状況においては例外なしに未遂のみを認め、場合によつては過失行為を認めようとする見解は、拒否されるべきである。その見解は、特に、故意は「行為の時に存在し」なければならず、従つて本来の

殺人行為においては存在しない、という認識に基づいている。即ち、*從つて*この場合には、すでに消滅した故意が行為者にあつたものと仮定される”というのである。これは正しくない。何故ならば、故意は全体事象を通して存在している必要はなく、行為者が因果経過を手放した時点で存在すれば足りるからである（Rn. 76）。概括的故意の場合、殺人の故意によって包括された行為者の第一行為の相当な結果として、被害者の死が彼に帰属されるのであり、その結果がなお行為者の計画の実現とみられるかぎり、それは故意への帰属にとつても十分なものである。

既遂か未遂かの決定は、第二行為の決意が最初から抱かれていたか、あるいは第一行為に続いてはじめて抱かれたものかに依存しているとする認識は、行為計画説から導き出される解決により近い。即ち、*從つて*被害者を片付けようとする意思が、殺人と誤想された行為の後になつてはじめて抱かれた場合にのみ、殺人未遂と過失致死の現実的競合が存在する”、というのである。第一行為の時に殺人の目的をもつて行為する者は、死体を片付けなければならないので、通常は当初から第二行為をも計画するであろうが、第一行為の時に殺人について未必の故意しかもつておらず、被害者の生存を望む者は、被害者が死んだ場合に死体をどうするかについて何も考えていないのが通常であるから、右の見解がここで支持される帰結へ至ることがしばしばある。しかし、この二つの経験則は、個々の場合に反駁することができるものであり、死体処理の決意の時点を基準にすると誤つてしまうことになる。何故ならば、第二行為の予見可能性は、一般に、それが第一行為の際にすでに計画されていたか否かに左右されず、また、第二行為は、それが当初から計画されていた場合にのみ、第一行為によって作出された危険の実現とみられるわけでもないからである。

Schroeder は、第一行為がすでにそれだけで死に至つていたであろうという場合にのみ、既遂行為を認めようとする。即ち、*從つて*、被害者がすでに致命傷を負つた場合には、埋葬や水没による死の促進は故意を阻却しえないが、これに対して、第一行為が具体的に結果を惹起するに適しなかつた場合には、その行為には故意が欠けている。”と。

しかしながら、相当な因果経過を始動させる行為はすべて、具体的に結果を惹起するに適しているのであり、決定的なのは、予見可能な因果経過がなお行為計画の中に存在しているか否か、ということだけである。

行為者の表象によれば、第二行為によつてはじめて結果が惹起されるはずであつたにも拘らず、未遂を基礎づける第一行為によつてすでに行為者が結果を惹起してしまつたという、概括的故意に類似した逆の場合も、因果関係の逸脱の原則に従つて論じられるべきである。その一例を提供するのが、RGDStR 1939, 177 である。即ち、行為者が被害者を殺害する前に、とりあえず殴打によつて失神させようとしたが、それによつてすでに被害者を殺してしまつた、という場合である。あるいは、リボルバーを構えたところ、致命的な発砲をしてしまつたが、行為者はその直後に初めて発砲しようと思つていたという場合や、自分の処刑に抵抗する被害者が、そこから生じた取っ組みあいですでに死亡してしまつたという場合 (BGH GA 1955, 123) がこれである。この場合、判例および支配的見解と共に、非本質的な因果関係の逸脱を、従つて殺人既遂を認めるべきである。何故ならば、その逸脱は、客観的に評価すれば、なお行為計画の実現とみられるからである。未遂のみを認め、場合によつては過失による結果惹起との数罪を肯定しようとする。考える反対説は、特に、そうしないと行為者から中止の可能性が早々に奪われてしまふという議論をその根拠としている。しかし、早すぎたやり損いがすべて中止の可能性を奪つてしまふとすれば、結果の発生もまさにそうなりうる。としなければならぬ。もつとも、結果が少なくとも未遂行為によつてひき起こされるということが、常に既遂処罰の前提である。予備行為がすてにして結果を惹起した場合 (銃の手入れをしている時に、後で行なおうと計画していた致命的な発砲が行われた場合) には、少なくとも実行行為の開始時に存在しなければならぬ、刑法上重要な故意が欠けているので、過失致死のみが認められることになる (Rn. 75 f. 参照)。

概括的故意の状況によく似ており、しばしばその一つに数え入れられる更なる事例群が、行為者が行為の実行の途

中で責任無能力状態に陥り、その状態で結果を惹起した、というものである。例えば、行為者が殺人の目的をもってハンマーで被害者を殴打したところ、当初は致命的効果をもつ態様ではなかったが、それによって責任能力を排除する血の興奮状態に陥り、その状態で更なる殴打を加えて死を惹起したという場合（BGHSt 7, 325）、あるいは、行為者が、被害者を刺殺するのに用いるナイフを抜いた時点で、すでに責任を阻却する「情動性健忘症」に陥り、その状態で三八の刺突を加えて被害者を殺した場合（BGHSt 23, 133）がこれである。それらの場合が概括的故意の「古典的」状況から区別されるのは、行為者が第二の行為の時点で故意的ではなく、§20によって責任なく行為しているという点だけである。

判例および支配的見解が、その点に単なる非本質的な因果関係の逸脱を認め、既遂行為によって処罰するのは妥当である。何故ならば、責任無能力の発生は、そのような場合は通常、生活経験の範囲外にあることはなく（例外的にそうだとすれば、未遂だけが考えられる）、また、行為者が自分の計画を実現したことに変わりはないからである。その帰結が行為者の当初の企図に相応していれば、実行の最終段階における彼の意識状態は法的評価にとって重要でない。もともと、Rn. 165に照らして、行為者が未遂の開始時になお責任能力を有していたことが、ここでも要求される。ある者が殺人の決意を抱き、その予備の時点ですでに責任を阻却する「癡癡状態」に陥り、続いてその状態で行為を遂行した場合には、彼は実行段階の間どの瞬間においても有責な故意を抱いておらず、彼を処罰することはできない（BGHSt 23, 356）。何故ならば、答責的な計画の実現が欠けているからである。

5 客体の錯誤 (error in objecto) (もしくは人の錯誤 (error in persona))

客体の錯誤 (error in objecto) として（しばしば人の錯誤 (error in persona) という形で）伝統的に理解されてい

るのは、行為客体の取り違えである。歴史上最も有名な例は、プロイセン上級裁判所が判決を下したローゼ・ロザール事件 (Fall Rose-Rosahl) である。

例一：労働者 Rose は、その雇用者である木材商 Rosahl から、大工 Schiebe を射殺しよう教唆された。Rose は (一八五八年九月一日の) 夜九時過ぎに、待ち伏せ場所まで機会をうかがっていた。彼は暗闇の中で、帰宅途中の一七歳のギムナジウムの生徒 Harnisch を Schiebe と誤信して、同人を射殺した。すぐその後に犯行現場にあらわれた Schiebe は、死体を発見するとすぐに、その銃弾は自分を狙ったものだと推測した。かくしてその謀殺が発覚した。同じくセンチシヨナルな事例を含むのが、BGHSt 11, 268 である。

例二：M は、二人の共犯者と共に、侵入窃盗をしようとした。三人は銃器を携帯し、仲間の一人に逮捕の危険が迫ったら、人に対しても発砲しようとしていた。M はその帰路で、自分の背後に人がいるのに気づき、その者を追跡者だと思い、殺人の目的をもって同人に向けて発砲した。しかしながら、追跡者と誤認されたのは M の二名の共犯者のうちの一人であり、その者は傷害を負った。

今日の一致した見解によれば、そのような錯誤は直接行為者本人においては重要でなく、従って、Rose および M (その共犯者が殺されたものとして) は、故意による殺人の既遂として処罰されなければならない。裁判所もそのように判断した。しかし、この明白な帰結の理由づけについては、ほとんど一致していない。故意は行為事情の類概念にあたる性質を捕捉していれば足りる (行為者は人を殺そうとし、人を殺したのであるから、彼は故意に行為した) という好んで用いられるテーゼは、ここで示され、支配的見解によっても主張されているように、打撃の錯誤は原則的に顧慮すべきものであると説明するならば、維持しえない。何故ならば、打撃の錯誤の場合にも、人の殺害が行為者の認識および意欲によって捕捉されていないながら、故意への帰属が行われないからである。むしろ、打撃の錯誤の場合と

は異なり、行為者は自分が狙った具体的な人間に命中させたということに着目しなければならぬ。その点に、行為者の表象が特定の行為客体に向けて個別化されていたとみななければならず、それが故意への帰属を理由づけるのである。そこで、計画実現という基準を用いれば、行為者が自分の狙った具体的な客体に命中させた場合には、行為者の計画は——その個別性の表象が逸脱したにも拘らず——規範的な基準によれば、すでに実現されたのである。従って、法的な評価にとつては、行為時の客体の場所についての行為者の認識だけを基準とし、被害者の同一性に関する行為者の誤った表象は、客観的な基準に従えば重要でないと説明しなければならぬ。

このことは、今日認められているほど自明のことではない。人の錯誤は、構造的に、因果経過における錯誤の一種でもあり、その点で、一般に主張されているほど打撃の錯誤から区別されるものではないことを認めなければならぬ。即ち、行為者の（私は *scilicet* ないし追跡者を射殺しよう、という）同一性の表象を基礎にするならば、間違つた人”に当たつた場合には、その点について完全に因果関係の逸脱が存在することになる。それが存在しないとされるのは、行為時における客体の場所に関する個別化だけを、行為者は意欲したことを成し遂げたという判断の基礎にする場合だけである。しかし、それは事前の評価を前提としてるのであり、従つて、人の錯誤が顧慮されないということは、論理的あるいはカテゴリー的に必要なことではなく、目的論的解釈の帰結であつて、それは他の場合にも脱落することがありうるのである。行為時における行為者の表象ではなく、被害者の人的同一性についての表象を、計画実現にとつて客観的に基準となるものと説明するならば、人の錯誤の場合には、計画は失敗したことになり、未遂処罰だけが認められなければならないことにならう。ともあれ、*Isnt* のような重要な論者が、最後まで、”行為者にとつて事実的経過の見通しが行為の遂行の妨げとなつていたような場合には”、人の錯誤を打撃の錯誤と同様に顧慮すべきものと説明していた。D がその仇敵 E を殺そうとしたが、暗闇で自分の息子 F を E と

誤認して殺した場合に、彼は、既遂の故意犯を認めることを「誤っている」と説明した。

それにも拘らず、例一および二の基礎となつているような、人の錯誤の古典的な諸事例においては、全く支配的な見解と共に、直接行為者についての錯誤を顧慮すべきでないことを認めるべきである。何故ならば、行為者が具体的な人間を眼前に見て、その者を計画した態様で正確に撃ち殺した場合には、彼は計画した殺人を未遂に終わらせたにすぎず完遂したのではないとするのは、事象の社会的な意味内容に反することになるであろうし、法的な構成も、必要なしにそこから離れるべきではないのである。感覚的に知覚され狙いを定められた客体に止目することが、故意への帰属において（被害者の同一性やその他の特性のような）他の基準が重要でないものとして後退してしまうほど、目立って注目されるようになる。行為時における客体の場所についての個別化の他に、十分に説得力のある他の具体化の基準は存在しない。何故ならば、客体の人的同一性を指向するのは（物の場合にはいづれにせよ貫徹するのが難しい）、問題を逸らしてしまうだけであろう。例えば、A がその競争相手を殺そうとし、同人と誤認して X を撃った場合、個別化は被害者の人的同一性へと拡大されてしまうだろう。しかし、行為者の本来の意図は、競争相手を射殺することに向けられていたのだから、彼の錯誤を常に重要だと説明することもできるであろう。しかし、それは、法的安定性と平等処理を危殆化ならしめるほどに、法的評価を主観化してしまうであろう。それ故、故意への帰属を、行為時における行為客体の場所に結びつけるのが、従来の通常の場合には規範的に合目的であり、従って一致した見解に賛成すべきである。

行為者が客体をもはや視覚的に認識していない場合には、法的評価を行為者の行為の場所の表象に結びつけることは、それほど明白なことではない。

例三… A が B の車の下に、車が発車すると爆発する時限爆弾を仕掛けた。A はこの方法で B を殺そうとした。しか

しながら、Aの期待に反して、車を運転したのはBではなく、Bの運転手Cであつて、Cが爆発によって死亡した。

行為の場所および行為の時間について個別化することから出発すれば、この場合にも顧慮されない人の錯誤を認めなければならない。即ち、Aは車に乗る人を爆死させようとし、実際にもそうなつたのである。他方、この場合は、未遂の開始（爆弾の設置）後も外部的事象は「うまくいかなかつた」のであるから、最初の例一および二よりも、より打撃の錯誤に近い。それ故、視覚的な基礎を欠くために単なる表象たるにとどまる行為の場所に客体の認識を結びつけることを、精神的な同一性の表象のために放棄し、過失致死と並ぶ未遂のみを肯定するのが、法的評価にとつて相応しいと思われる。それは、そのような場合に顧慮すべき人の錯誤を認めることによつて、あるいは、そのような事案を打撃の錯誤と解釈することによつて行われうるであろう。しかし、それにも拘らず、この場合にも結果を故意へ帰属することに固執し、従つて顧慮されない人の錯誤と既遂行為を認めることに固執する方が、ずっと優れているであろう。何故ならば、車に乗つたCが死亡したのは、Aが相手をBだと思つて爆弾を投げたことによるのか、あるいは、車に乗るのはBであつてCではないだろうと思つてAが車に爆弾を仕掛けたことによるのかは些細な相違であり、法的判断を異にすることを維持しうるものではない。

これに対して、法益侵害が行為客体の実質的な侵害の中に存在せず、もっぱら精神的領域に存在するにすぎない場合には、支配的見解とは逆に、人の錯誤は顧慮に価する。

例四…Aは、Bを侮辱するためにBに架電した。誤接続により、あるいは別人が電話にでたことにより、Cが受話機をとり、Aによつて発せられた侮辱を聞かなければならなかつた。

様々に形を変えて用いられるこの架電事例においては、伝統的な区別を基礎にすれば、人の錯誤が認められなければならない。何故ならば、Aは自分の言葉を、電話回線の他端にいる具体的な会話の相手方に向けたのであり、それ

が実際にも相手方に届いたからである。それ故、KG がそのような場合に侮辱の既遂を認め、文献がその点で広くこれに従っているのは、外部的な構造からすれば一貫している。しかしこの場合、相手方の立場は、故意の具体化のための規範的な結節点としてはもはや適切ではない。つまり、取り違えによってある人に向けて発砲された弾は現実にその者に当たり、法益侵害をひき起こしたのに対して、侮辱は高度に一身的な尊重要請を侵害し、それが向けられた者にだけ「当たる」ことができるからである。

上品な紳士が電話口にて、誤接続のために「汚い女め」という言葉を耳にした場合、彼は他人に向けられたその言葉によって侮辱されたことにはならず、また自分に向けて「発せられた」と感ずることもなく、むしろ朗らかに反応し、あるいはいはずれにせよ、一般に人が他人の侮辱を偶然に聞いたときと同じように反応するであろう。それ故、侮辱においては通例、名宛人と行為者の表象との同一性のみが、計画の実現という基準として役に立つ。即ち、それがなければ、不処罰の未遂が存在するにすぎない。従って、そのような場合には錯誤は顧慮される。それを重要な人の錯誤と呼ぶか打撃の錯誤と叫ぶかは、用語の問題にすぎない。決定的なのは、こうした何らかの方法で区別しうる概念ではない。むしろ基準となるのは、規範的な諸基準によって計画の実現が存在しないという事情、従って、故意への結果の帰属を排除する事情である。それ以外の非物質的な法益の場合にも、侮辱について適用される帰属の基準がどの程度妥当するかは、更なる詳しい分析を必要とする。

直接行為者においては重要でない人の錯誤が、背後者（間接正犯者、共同正犯者、教唆者および幫助者）の法的評価にもそのまま影響を及ぼさないか否かという問題が、活発に争われている。従って、例一 (Ri. 168) における教唆者 Rosali が殺人既遂の教唆により処罰されてよいのか、また、例二における M の二人の共同正犯者(その中には負傷者自身も含まれる) が殺人未遂の責を負うか否かが問題となる。判例はこれを肯定し、従って、人の錯誤は直接行為

者のみならず、全関与者にとつても重要でないとする。だが、文献上有力な見解と共に、背後者においても、間接正犯者もしくは共同正犯者、教唆者または補助者のもつ同一性の表象が、それらの者の計画にとつて決定的であると考へなければならぬ。何故ならば、種々の関与者間の申し合わせが特定の人に結びつけられているかぎり、しばしば行為の場所や行為の時間が知らされていない、あるいは不正確にしか知らされていない、直接には実行しない者の計画は、自己の同一性の表象を手がかりにしてはじめて具体化されるからである。このことは、例一および二における教唆者ないし共同正犯者の計画が同様に失敗したことを意味する。従つて、例一において Rosahl は、教唆の未遂 (§ 30 I) によつてのみ処罰され、例二における共同正犯者は、重罪の協定 (§ 30 II) によつてのみ処罰されるべきである。その詳細は、正犯および共犯に関する理論との関連で説明することにする。

最後に、取り違えられた二つの客体が、構成要件的に相互に等置されない場合には、客体の錯誤が顧慮されることに争いはない。A が、案山子だと思つて人を射殺した場合は、器物損壞の未遂と過失致死の所為単一となる。即ち、それは錯誤論 (§ 16) からの帰結であつて、故意への帰属の問題ではない。行為者が暗闇で、取り違えによつて自分の息子の代わりに隣家の子を懲らしめた場合も同様である。この場合には、正当化事由の（懲戒権の）前提についての錯誤が存在する。即ち、父は自分の息子を懲戒することはできるが、他人の子をそうすることは許されないのである。従つてそのような錯誤を、支配的見解と共に § 16 の類推によつて故意を阻却するものとして取り扱うならば（詳細は § 14, Rn. 51 ff. を参照）、この場合には、故意への帰属の原則とは無関係に、他人の子への過失傷害だけが認められうるのである。

（すずき あきお・関東学園大学法学部助教授）