

正当化事情の錯誤と共犯の成否

鈴木 彰 雄

はじめに

1. 正当化事情の錯誤の取扱い
2. 正犯の故意と共犯の成否
むすび

はじめに

本稿が取り上げる問題は、正犯者が違法性阻却事由の前提となる事実を誤認して実行した場合に、これに関与した教唆者ないし幫助者にかかる罪責を問うことができるかという問題である。たとえば、急迫不正の侵害に直面しているとして誤信した正犯者を幫助して「防衛」行為を行わせた者の罪責、あるいは正犯者を教唆して（違法性阻却事由とし

ての）被害者の同意があると誤信させて実行させた者の罪責がこれである。具体例を用いてこれを示せば次のとおりである。

〔事例1〕 XとTが夜道を歩いていたところ、日ごろから兩人と折り合いの悪いOが前方から近づいてきたので、TはOから危害を加えられるものと誤信し、身を守るためにOを殴打しようと身構えた。この状況を認識したXは、Oが危害を加えることはないと思ったが、このままOが殴打されたらいい気味だと思い、殴打するための棒をTに手渡し、Tはこれを用いてOを殴打して傷害を負わせた。

〔事例2〕 保険会社の社員Xは、入院中の被保険者Oの病状を探り出そうと企て、Oの治療を担当する医師Tに對して、Oの同意があるので病状を教えてほしい旨の虚偽の申立てをして、これを信じたTにOの秘密を漏示させた。

〔事例1〕 では、Xの罪責について、Tの誤想防衛を利用した間接正犯とする説があるが、間接正犯が認められるためには利用者が被利用者の行為を一方的に支配・利用して構成要件実現の危険を生じさせることが必要であるから、急迫不正の侵害があると誤信したTの殴打行為を促進したにすぎないXに、傷害罪（刑法二〇四条）の間接正犯を認めるのは困難である。^① 〔事例2〕 でも、Xの罪責について、被害者Oの同意があるものと誤信したTを支配・利用した間接正犯が考えられるが、医師等の身分を欠くXに秘密漏示罪（刑法三三四条）の間接正犯を認めることはできない。では、XをTに対する教唆犯ないし幫助犯（以下「共犯」という）として処罰しうるであろうか。わが国の通説的見

解によれば、共犯が成立するには正犯者が故意行為を行うことが必要であり、過失行為の共犯は不可罰とされている。この立場を前提として、「事例1」のTに傷害罪の故意があるとすれば、Xは同罪の幫助犯（刑法六二条）となり、「事例2」のTに秘密漏示罪の故意があるとすれば、Xは同罪の教唆犯（刑法六一条、六五条一項）となる。いずれの事例においてもXの当罰性を否定する理由はないので、その可罰性はTに故意が認められるか否かにかかっていることになる。

そこで、誤想防衛・誤想避難等の「正当化事情の錯誤」⁽²⁾の取扱いについて、たとえば、確定的な違法性の意識を故意の要素とする「厳格故意説」によれば、正当化事情の錯誤により正犯者の故意が阻却されるので、その共犯は不可罰となるが、構成要件該当事実の認識をもつて故意となし、違法性の意識の可能性を故意とは別個の責任要素とする「厳格責任説」によれば、正犯者に故意が認められるので、その共犯は可罰的となる。

しかし、こうした形式的な議論によって演繹的に結論を導くことは、法益保護と人権保障の調和を目指す刑法学にとつて必ずしも適切な思考方法ではないと思われる。本稿はこうした問題意識のもと、近年この問題について議論の多いドイツ刑法の理論状況を参考にして、より実質的な観点からささやかな私見を述べようとするものである。以下においては、正当化事情の錯誤の取扱いを検討し、しかるのちにその共犯の成否を考えてみたい。

1. 正当化事情の錯誤の取扱い

（1）学説の状況

正当化事情の錯誤の取扱いについて、わが国の主な学説を概観すると、以下の七説をかぞえることができる。各説の概要とその共犯の成否を要約すれば以下のとおりである。^③

① 消極的構成要件要素の理論（全不法構成要件の理論）

犯罪論の体系を「行為↓類型的な不法（全不法構成要件）↓責任」とすることを前提として、類型的な不法には構成要件該当事実と違法性阻却事由を構成する事実が含まれ、類型的な不法の認識が故意であるとする立場から、構成要件該当事実の錯誤のみならず、違法性阻却事由を構成する事実の錯誤も当然に故意を阻却する。^④ この理論によれば、正犯者に正当化事情の錯誤がある場合には、過失犯の共犯を認めないかぎりその共犯は成立しない。

② 厳格故意説

故意を責任要素とすることを前提として、故意が認められるためには違法な事実の認識と確定的な違法性の意識が必要であり、違法な事実の認識として「構成要件該当事実の認識」と「違法性阻却事由の認識の不存在」が必要であるとする立場から、違法性阻却事由の認識があれば違法な事実の認識を欠くので故意を阻却し、その錯誤について過失があれば過失犯が成立しうる。^⑤ この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤がある場合には、その共犯は成立しない。

③ 制限故意説

故意に構成要件の故意と責任要素としての故意の二つの機能を認め、故意を認めるためには、「犯罪事実の表象・認容」として「構成要件に該当する事実」および「それ以外の違法性の内容をなす事実」の表象・認容が必要であるとする立場から、正当化事情の錯誤があれば違法性の内容をなす事実の表象を欠くので故意を阻却し、その錯誤について過失があれば過失犯が成立しうる^⑥。この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤がある場合には、その共犯は成立しない。

④ 厳格責任説

故意の認識対象を構成要件該当事実に限定し、違法性の意識の可能性を故意とは別個の責任要素とすることを前提として、構成要件該当事実の錯誤は故意を阻却するが、正当化事情の錯誤は故意を阻却せず、違法性の意識の可能性に関するものとして責任の問題として論じられる。すなわち、正当化事情の錯誤に陥った行為者は、犯罪事実を知らないのではなく、構成要件実現についての違法性を誤認しているにすぎないので、その錯誤は違法性の錯誤（禁止の錯誤）の一場合であり、その錯誤が避けられなかったときは責任を阻却するが、避けられたときは責任が減輕されるにすぎない^⑦。この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があっても故意を阻却しないので、その共犯が成立する。

⑤ 制限責任説（修正責任説）

責任説に立ちながら、正当化事情の錯誤は故意を阻却するとして責任説を制限する。すなわち、故意・過失を原則的な責任要素とし、違法性の意識の可能性がない場合を例外的な責任阻却事由とする立場から、違法性阻却事由に該当する事実の認識があれば故意責任を阻却し、その錯誤について過失があれば過失犯が成立しうる^⑧。この説によれ

ば、正犯者に正当化事情の錯誤があれば故意を阻却するので、その共犯は成立しない。

⑥ 第三の錯誤説（独自の錯誤説）

故意の概念中に構成要件の故意と責任故意の双方を認めることを前提として、正当化事情の錯誤を「違法性に関する事実の錯誤」とし、構成要件の錯誤でも違法性の錯誤でもない「第三の錯誤」として位置づける。この立場から、正当化事情の錯誤においては、責任故意の要件である「違法性に関する事実の表象」が欠けるので責任故意を阻却し、その誤信について過失があれば過失犯が成立しうる。^⑨この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があれば故意を阻却するので、その共犯は成立しない。

⑦ 違法性の過失準故意説

厳格故意説を基本としつつ、罪となるべき事実の認識がありながら過失によってその行為の違法性を認識しなかった場合には、これを「違法性に関する過失」として故意犯と同一に扱う。この立場から、正当化事情を認識しなかったことの過失が軽微であれば故意犯の刑を減輕し、その過失がさらに軽微であればその刑を免除する。^⑩この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があり、その事情を誤認したことについて無過失であれば故意を阻却するので、その共犯は成立しないが、正犯者にその点について過失があれば故意犯と同一に扱うので、その共犯が成立する。

他方、ドイツにおいては、正当化事情の錯誤の取扱いをめぐる議論に変遷がある。

ライヒ刑法典（一八七一年）は、構成要件の錯誤が故意を阻却する旨の条文（五九条一項）^⑪を設けたが、禁止の錯誤（違法性の錯誤）については規定を置かなかったことから、禁止の錯誤と正当化事情の錯誤の取扱いについては、学説

においても定説がなかった。そこで、現行刑法典（一九七五年）は、（旧）刑法五九条一項と同趣旨の「行為事情に関する錯誤」（二六条）のほか、新たに「禁止の錯誤」（二七条）の規定を設けた。¹²しかし、正当化事情の錯誤については、これまでと同様にその解決を判例と学説に委ねることとしたので、その後の学説において諸説が提起されるようになった。現在の学説においても、「消極的構成要件要素の理論」、「修正された故意説」、「厳格責任説」、「制限責任説」等が主張されているが、¹³制限責任説が通説となっている。もともと、その内部においてさらに見解の相違がみられ、次の二説が有力に主張されている。¹⁴

① 故意不法を否定する制限責任説（狭義の制限責任説）

責任説を前提として、刑法一六条一項にいう「法定構成要件」は、各則の構成要件に記述された犯罪類型を意味し、正当化事情にかかる構成要件を含まないので、正当化事情の錯誤に同項を直接適用することはできないが、同項を類推適用することによって故意不法（故意犯の違法性）を否定し、正当化事情を誤認したことについて過失があれば過失犯が成立しうる。これに対して、正当化事由の要件ないし範囲を誤認した場合は禁止の錯誤である。¹⁵この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があれば故意犯の違法性が認められないので、制限従属性説を明文で採用するドイツにおいては、¹⁶その共犯は成立しない。

② 故意責任を否定する制限責任説（法律効果を指示する制限責任説・法律効果を制限する責任説）

右の①説と同様に、責任説を前提として、正当化事情の錯誤に刑法一六条一項を類推適用し、行為者を故意犯として処罰することはできないが、誤認したことについて過失があれば過失犯として処罰しうる。しかし、正当化事情の

錯誤があつても故意不法を阻却せず、責任要素としての故意責任(故意犯としての非難可能性)が否定されるので、過失犯として処罰しうるにすぎない。⁽¹⁷⁾ この説によれば、正犯者に正当化事情の錯誤があつても違法性には影響しないので、その共犯が成立する。

このように、右の二説は、責任説を前提として正当化事情の錯誤について故意犯の成立を否定する点では同じであるが、共犯の成否については結論を異にする。②説は、本稿が問題とする悪意の共犯者の処罰を可能にすることを動機の一つとして立論されるものである。

(2) 判例の動向

わが国では、正当化事情の錯誤について、大審院・最高裁が正面から故意阻却を認めた先例はないが、⁽¹⁸⁾ 下級審の裁判例には、誤想防衛またはこれに類似する事案について故意阻却を認めたものがある。たとえば、広島高判昭和三五年六月九日高刑集一三・五・三九九は、相手が右手をオーバーのポケットに突っ込んだので、凶器で襲撃されるものと誤想した者が、防衛のため有り合わせの木刀で相手の右手首等を殴打して負傷させたという「急迫不正の侵害の誤認」の事例について故意阻却を認め、⁽¹⁹⁾ 大阪地判平成二三年七月二二日判タ一三五九・二五一は、相手から顔を手拳で殴打されるなどの暴行を加えられた者が、相手の背後から腕を首に回して締めつけて窒息死させたが、相手の首を締めているという認識がなかったという「防衛行為の誤認」の事例について故意阻却を認めた。⁽²⁰⁾

他方、ドイツにおいては、正当化事情の錯誤について故意阻却を認め、あるいは故意阻却の余地があったとした連邦通常裁判所（BGH）の判例が多数ある。⁽²¹⁾ その基本的な立場を確立したとされるのが次の①判決である。

① BGHSt 3,105 (Urt.v.6.6.1952-1.StR 708/51)

林間学校施設の管理人兼教育者であった被告人らが、規則に違反して施設から出て他人のオートバイに乗って母親のもとに帰った生徒に対してゴムホースで殴打するなどの暴行を加えたことについて、懲戒権があると思っていた被告人らに傷害罪が成立するか否かが争われた事案について、大要次のように判示して、同罪により有罪とした原判決を破棄して原審に差し戻した。

生徒に過ちがないために懲戒権を行使する根拠がおよそないのに、事実としてそのような過ちがあったものと誤認した場合には、被告人らは事実関係に関する錯誤に陥り、そのために懲戒権があると誤信したことになる。そのような事実の錯誤に基づく正当化事由に関する錯誤は、禁止の錯誤ではなく、事実の錯誤として論じられるべきである。たしかに、行為者の意思は身体的苦痛を加えることに向けられているが、この意思は、本質的に法的な諸原則の誤認に基づくのではなく、いわんや法的制約の多少とも意識的な無視に基づくものでもない。真実の事実について錯誤に陥って行為する者は、むしろその者自身としては法に対して忠実である。その行為者は、法の命令に従う意思があるが、単に自己の行為のものととなった事実関係に関する錯誤によりその目標を見誤ったにすぎない。本件については、故意の傷害罪は認められないが、その事実の錯誤が回避しうる場合には、過失による犯行が認められるべきこととなる。

これに対して、被告人らが、生徒の過ちにより法的に許された懲戒が行われるという事態を正しく認識したが、その懲戒権の性質と範囲について誤った表象をもったためにこれを超えてしまった場合には、その錯誤は禁止の錯誤として論じられるべきである。

本判決は、正当化事情の錯誤は結論において事実の錯誤と同様に論じられるべきであるとしたものであり、この立場がその後の裁判例で踏襲されていく。近時の判例も、誤想防衛に当たる事案について故意犯として処罰することを否定している。次の②決定と③判決はその例である。

② BGH, NSZ 2011, 238 (Beschl. v. 11.8.2010-1.StR 351/10)

被告人は、本件犯行の数分前に、共同住居の一階において、体力に勝るMから手拳で顔面を強打されるなどの暴行をうけて傷害を負った。被告人は、警察に電話するために上階にある自分の住居へ行ったが、その後、住居の玄関付近にいる自分の女友達もMから危害を加えられるのではないかと心配になり、台所用ナイフを手にとって一階へ降りようとした。そこで被告人は、すでに喧嘩を終えたと思い、上階の自分の住居に行こうとしていたMといきなり顔をあわせた。被告人は、Mが近づいてくるので、新たな暴行が差し迫っているものと思い、ナイフを振ってMの首に切傷を与えた。これについて原審は、被告人を危険な傷害罪（刑法二三四条）により有罪としたが、BGHはこれを破棄し、大要次のように判示して原審に差し戻した。

相手方の侵害の存在または防衛の必要性に関する行為者の錯誤は、正当化事情の錯誤であり、故意行為による処

罰は認められない（刑法一六条一項一文）…。

被告人が差し迫った侵害があると思つたという事実を基礎にすれば、本件で被告人が選択した防衛は必要なものであつた。原則として被侵害者は、自分のとりうる、その危険を即時かつ決定的に排除することが期待できる防衛手段を選択することができる。体力の劣る被告人は、所持していたナイフ以外の防衛手段をもっていなかつた。被告人はこの状況において、すでに先行の喧嘩によつて左眼に出血していたのだから、Mのそれ以上の殴打を甘受する必要はまつたくなかつた。…被告人が事実の錯誤に基づいて、ナイフの使用が必要だと思つていたとすれば、刑法一六条を準用して傷害の故意は認められないであらう。

本決定は、侵害の存在または防衛の必要性に関する錯誤は正当化事情の錯誤であることを前提にして、その錯誤について、「刑法一六条を準用して傷害の故意は認められない」としていることから、故意不法を否定する制限責任説を採用したものと考えられる。

③ BGH, NStZ 2012, 272 (Urt.v. 2.11.2011-2 StR 375/11)

被告人がメンバーとして所属する暴走族グループHは、暴走族グループBと激しい対立関係にあり、BのメンバーがHのメンバーを襲撃する計画を立てているというわさがあつたことから、被告人はその襲撃があるものと確信していた。そのころ、Hのメンバーによる脅迫事件を捜査していた捜査機関は、裁判所の搜索決定を受けて被告人方の搜索に着手することとした。某日午前六時ころ、武装した警察官一〇人が被告人の家屋に対する搜索を開始し、警察

官Kがドアの前に器械を設置してドアをこじ開けようとした。これに気づいた被告人は、Bのメンバーによる襲撃が始まったものと誤信し、人に当たってもやむをえないと思いながら、ドアの外の人影に向けて銃弾を発射してKを死に至らせた。これについて原審は、被告人を殺人罪(刑法二二二条)等により有罪としたが、BGHはこれを破棄し、以下の理由により殺人については誤想防衛により無罪であるとした。

被告人に正当化事情の錯誤があつたと認められる。これにより、刑法一六条一項一文を準用して故意責任を阻却する。

被告人は、敵対するBの襲撃があつたと思つた。彼は、多数の武装した侵害者がことのほか攻撃的な行動をとっていると思つたので、彼の立場からみれば、侵害者らがドアを破つて侵入がすぐに始まりそうになった時点で、その脅威が差し迫っていた。被告人の誤認したことが事実であつたとすれば、人に向けてすぐに銃器を用いたことは、必要な防衛行為として正当化されるであろう。

ある者が違法に侵害された場合には、その者は原則として、その危険を決定的に排除しうる防衛手段を選択する権限をもつ。被侵害者は、防衛の効果が疑わしい場合には、より危険でない防衛手段を用いることを甘受する必要がある。このことは銃器の使用にも当てはまる。被告人がドア越しに銃弾を発射したことは、彼の立場からみて必要な防衛行為であつた。この錯誤により故意責任が否定されることになる。

本判決は、誤想防衛の取扱いについて、「刑法二六条一項一文を準用して故意責任(Vorsatzschuld)を阻却する」としていることから、故意責任を否定する制限責任説に立ったもの解する余地がある。

このように、ドイツの近時の判例は、正当化事情の錯誤について、刑法一六条一項の類推適用により結論において故意犯の成立を否定するが、故意不法を否定する制限責任説と故意責任を否定する制限責任説のいずれによるものかは必ずしも明らかでない。⁽²²⁾

2. 正犯の故意と共犯の成否

本稿が掲げた共犯の問題を解決するには、まず、正当化事情の錯誤をどのように論ずべきかについて論者の態度を明らかにしなければならない。私見は、故意は構成要件要素であり主観的違法要素でもあるとする立場から、以下の理由で制限責任説を支持したいと考える。

まず、消極的構成要件要素の理論は、構成要件と違法性を「全不法構成要件」に統合する犯罪論を前提として、正当化事情を「(法定) 構成要件」に含め、その錯誤を構成要件的錯誤と解することによって故意阻却の結論を導く。しかし、構成要件と違法性は別個のカテゴリーであり、構成要件は違法行為を類型化したものであるから、「(法定) 構成要件」は刑法各則中に記述された不法を基礎づける要素でなければならない。それは例外的な場合に正当化を認める要件とは質的に異なるものと解すべきである。

次に、厳格故意説に対しては、違法性の意識を欠く常習犯や確信犯を処罰することができないこと、確定的な違法性の意識を立証することが困難であること、刑法三八条三項は「あてはめの錯誤」を規定したものであるとする不合理な解釈を採用せざるをえないこと等の周知の批判のほか、違法性の意識ないしその可能性を故意の要素とする故意

説の前提自体に疑問がある。すなわち、かつて目的的行為論が指摘したように、行為の本質的要素は行為意思(目的性)にあるので、故意は主観的構成要件要素であり、違法性の意識は故意の要素ではない。なぜならば、違法性の評価の対象となる故意が評価としての違法性をその認識の対象とすることは論理矛盾であり、違法性の意識ないしその可能性は、それがあつて行為者を非難することができる責任要素として位置づけられるからである。その意味で、違法性の意識ないしその可能性を、故意・過失とは別個独立の、両者に共通の責任要素と解しなければならない。

制限故意説に対しても、故意説に対する右の批判のほか、違法性の意識の可能性という程度概念を故意の存否の判断に持ち込むことに問題がある。また、同説は行為の違法性を知りえなかった場合には過失犯の成立をも否定するが、そう解するのは違法性の意識の可能性を故意犯と過失犯に共通の責任要素とする責任説の前提を承認するものといえよう。

ところで、目的的行為論によって推進された厳格責任説が、違法性の意識を故意概念から切り離して責任の要素としたことは妥当であるが、その論拠とされる「構成要件の故意の提訴機能」の理解に問題があると思われる。すなわち、正当化事情を誤認した行為者は、その者の認識によれば許される行為を行つていたのであり、その際に与えられる「自己の認識の前提となつた事実を確認すべき契機」は、たとえば「認識ある過失」の行為者がもつべき注意義務と質的に異なるものとはいえないであろう。正当化事情を誤認する者の多くは、正当防衛等の緊急状況、あるいは利益衝突の状況に直面していると誤信しているので、提訴機能が働きにくい心理状態にあることも考慮しなければならぬ。厳格責任説は故意と過失の質的差異を看過するものであるという周知の批判には、もつともな理由があると思われる。また、厳格責任説は、たとえば誤想防衛により他人の器物を損壊した事例のように、過失犯の処罰規定がな

い場合に処罰の間隙が生ずることを懸念するが、一般予防の観点からも特別予防の観点からも、民事上の損害賠償責任を超えるほどの処罰の必要性があるとは考えられないであろう。

さらに、第三の錯誤説に対しては、構成要件該当事実の認識とそれに対する非難を概念上区別したことは妥当であるが、違法性に関する事実の表象を最終的に故意の概念中に包摂したことについては、故意説に対する批判と同様の批判を免れない。また、違法性の過失準故意説については、正当化事情を誤認したことについての過失の有無・程度に応じた処罰の可能性を追求したことは適切であるが、違法性の過失を故意に準じて取り扱うことについては、やはり故意と過失の質的差異を看過することになるという批判が向けられるであろう。

ドイツの制限責任説として紹介した①故意不法を否定する制限責任説と②故意責任を否定する制限責任説は、いずれも責任説に立ちながら故意犯の成立を否定し、結論において過失犯処罰の可能性を認める点で共通であるが、正当化事情の錯誤において故意不法を認めることができるか否かについて見解を異にする。

まず、①説によれば、故意不法が認められるためには、行為者が客観的構成要件を認識するとともに正当化事情を認識していないことが必要である。通常の（正当化事情の錯誤のない）故意犯においては、行為者が客観的構成要件を認識していれば、違法性阻却事由がないかぎり、行為者が法的に否認されたことを行つて故意不法を実現したことが確定する。しかし、行為者が正当化事情を誤認している場合には、主観面においては「法に対して忠実に」行為しやうとしていることから、その錯誤は価値的にみて構成要件的錯誤と同視されるので、刑法一六条一項の類推適用により故意不法を阻却する、というのである。

これに對して、②説は次のように主張する。すなわち、客觀的構成要件の認識をもって故意とする責任説を前提とするならば、客觀的構成要件の認識があるにもかかわらず故意不法を否定するのは自己矛盾である。行為者が正当化事情を誤認していても故意を阻却せず、したがって故意不法を実現したことを否定することはできないはずである。むしろ、正当化事情を誤認している場合には、行為者に対する非難可能性としての故意責任を阻却ないし減少させることを理由として、刑法一六条一項二文の法律効果（過失犯としての処罰）を類推適用するべきである。実際の適用においても、①説によれば身分犯や自手犯の共犯者を不可罰とすることになり、重大な処罰の欠缺を生じさせることになる。⁽²³⁾この説は、故意は構成要件要素であるとともに責任要素でもあるとする「故意の二重機能」を認める立場である。これによれば、故意は行為者の意思によつて実現された不法とともに、行為者の心情無価値としての責任を特徴づけるが、正当化事情を誤認している行為者には、不注意により誤認した点に心情無価値が認められるので、過失を理由とする責任非難が可能となるにすぎない。つまり、正当化事情を誤認した行為者には、自己の行為に適用される許容命題が存在するか否かを確認しなかったことについて、過失犯と同様の非難が向けられると解するのである。⁽²⁴⁾

私見は、正当化事情の誤認に故意不法を認めることはできないと考える。②説の主張者は、行為者は構成要件に該当する事実を認識しているので、「構成要件の故意の提訴機能」は完全な効果を發揮している、⁽²⁵⁾あるいは自己の行為に適用される許容命題が存在するか否かを確認すべき「法定構成要件の警告機能」はその者に届いている、⁽²⁶⁾という。しかし、故意不法は、法秩序の立場から不法と評価される事態を目的として行為する場合に認められるものであるか

ら、既述のように、正当化事情の誤認の実態はしかるべき注意を欠いたことにあるとみる以上、そこには過失犯の不法しか認められないはずである。また、②説が、構成要件と違法性の段階で故意犯の要件を認めながら、責任ないし法律効果において突如として過失犯への転換を認めるのは、犯罪論の体系的構造を見誤るものであるという批判を免れない。このようにみれば、責任説を前提とするかぎり、正当化事情の錯誤に一六条を類推適用して故意不法を否定する①説の説明が、もつとも簡明で説得力のある理論構成を示しているように思われる。

では、この立場から、正当化事情を誤認した者の行為に関与した共犯者を処罰することは不可能であろうか。

これまで紹介した共犯の成否をめぐる議論は、いずれも共犯が成立するには正犯行為が故意に行われたことが必要であるとする前提（いわゆる「故意従属性」）に立ったものである。

ところで、ドイツ刑法が明文で規定した故意従属性は、旧刑法にはなく、一九六二年の政府草案（三〇条、三二条一項）によつて提案されたものである。これに対して、一九六六年の刑法草案総則対案（二八条一項、二九条一項）は、故意のない正犯者の行為が違法であるか否かは学説上争われているので、立法によつて共犯成立の可能性を排除すべきではなく、また、そうした強引な解釈をする刑事政策上の必要性もないとして、故意従属性を規定しないこととした。しかし、連邦議会の刑法特別委員会は、故意のない正犯に対する共犯にまで可罰性を拡張するのは適切でなく、また、過失の正犯に対する故意の共犯は原則として間接正犯として処罰しうると考えた。その際に、自手犯や身分犯など、間接正犯が成立しない場合に処罰の空隙が生ずるという問題が意識されていたが、その取扱いについては必ずしも明確な結論が示されていたとはいえないようである。²⁷このような経緯があつてか、正当化事情の錯誤と共犯の成

否を論ずる際に、共犯処罰のためには必ずしも正犯の故意不法を必要とせず、したがって刑法二六条、二七条の「故意により」を刑法一六条一項の「故意に」と異なった意味で解釈することができるという指摘がある。その主旨を要約すれば次のとおりである。

「事例2」のTのような、正当化事情を誤認した特別義務者（身分者）が不処罰とされるのは、その者が欺罔の被害者となったために答責性を免れるからである。しかし、その者を欺罔し、したがって二重の答責性を負うべき教唆者を同様に不処罰とするのは刑事政策的に間違っている。故意従属性を規定した立法目的は可罰性の過度の拡大を防止することにあるが、このような事例については、正犯に構成要件の故意があれば共犯の成立を認めることができる。解しても、立法目的は十分に達せられる。同一の文言を目的論的に異なった意味で理解することは、刑法解釈において珍しいことではない、と。⁽²⁸⁾

この指摘は、故意従属性を明文で規定していないわが国の解釈論にも有益な示唆を与えているように思われる。

周知のように、わが国の通説は過失犯の共犯（過失犯に対する故意の共犯）について消極説に立っており、判例においてもこれを積極に解した裁判例はない。他方で、限縮的正犯概念を前提として間接正犯を可及的に教唆犯に組み入れようとする立場から、これを積極に解すべきであるとする学説も以前から有力に主張されている。⁽²⁹⁾ 近年においても、たとえば教唆犯と間接正犯の錯誤について、両者の構成要件の重なり合いを認めない立場から故意従属性を否定すべきであるとする見解や、⁽³⁰⁾ 正犯者が過失致死行為を行っている際に、死の結果発生を予見しつつその行為を心理的

に促進した者に過失致死幫助を認めるべきであるとする見解がある⁽³¹⁾。これに対して、消極説からは、限縮的正犯概念は「自然主義的ドグマ」であってその規範的な論拠が示されていないこと、また、その主張者は実行行為概念を狭く限定することの代償として無限定な「拡張的共犯論」に至らざるをえないことが指摘され、むしろ故意従属性は主観面を考慮することによる違法範囲の限定と明確化に資するものであるとする見解が示されている⁽³²⁾。

私見によれば、故意従属性を必要とする論拠は、消極説が指摘するように、法治国家的観点から共犯の処罰範囲を限定することにあるので、共犯成立の前提として正犯の故意を必要とするべきである。しかし、正当化事情を誤認している正犯者に関する共犯の事例については、ドイツの一部の論者が指摘するように、故意従属性の「故意」を正犯の故意不法と解する必然性はないと考える。たしかに、正当化事情を誤認した正犯者に故意不法を認めることはできないが、その錯誤を知りつつこれに関与する共犯者は、正犯が構成要件該当行為に出ることを利用して自己の不法を実現しようと意図していることから、その可罰性を否定する理由はないというべきである。正当化事情を誤認した正犯者の「故意」と、それに対する共犯の成立要件としての正犯者の「故意」を同等に扱うことこそ、正当化事情の錯誤の実態を見誤るものといえよう⁽³³⁾。

こうした理解に基づいて「事例1」をみると、Oの不正な侵害があるものと誤信したTについては、故意不法を否定する制限責任説によれば傷害罪の故意不法が否定されて同罪は成立せず、誤認したことについて過失があれば過失傷害罪（刑法二〇九条）として処罰され、その点について過失がなければ不可罰となる。しかし、これを幫助したXについては、正犯者に構成要件的故意があればその共犯が成立するので、傷害罪の幫助犯として処罰されることになる。

「事例2」については、まず、秘密漏示罪の「正当な理由がないのに」の法的性質が問題になる。わが国では、「正当な理由」があれば構成要件該当性を欠くと解する少数説があるが、通説はこれを違法性阻却事由として理解する。⁽³⁴⁾ 思うに、同罪については、行為者が第三者の利益を保護するために他人の秘密を漏示する場合や、訴訟手続上の証人が証言の中で他人の秘密を漏示する場合のように、具体的事案に即した微妙な利益衡量が求められる場面が多いので、その判断は類型的な構成要件該当性の判断になじまず、これを違法性阻却事由と解するのが適切であろう。そうであれば、秘密の主体たる本人の同意があるものと誤認して漏示した場合は、正当化事情の錯誤の問題として論じられることになる。

では、人に秘密の主体たる本人の同意があるものと誤信させて漏示させた者の罪責をどのように考えるべきであろうか。この問題を扱ったドイツの裁判例が二件ある。

① BGHSt 4,355 (Urt.v.1.10.1953-4.StR 224/53)

被告人は、妻に対する離婚訴訟を提起する際に、かつて妻が結婚前に流産したことがあると告げていたことから、その経緯を探り出そうと考え、当時の妻の医師に対してその診断所見を求める旨の厳封の文書を送付したので、これを見た医師は、同女の現在の担当医からの問い合わせがあったものと誤認して、医師の慣行に従ってその所見を開示した。これについて原審は、被告人を医師による職業上の秘密を侵害する罪（旧刑法三〇〇条）の教唆犯として有罪とし、BGHも大要次のように判示して原審の判断を是認した。

原判決の認定によれば、同罪に対する教唆の外形的な構成要件を認めることができる。被告人は医師に対して、

その問い合わせが職業上の性質を有するかのごとき錯誤を惹起することにより、妻の診断所見を権限なく開示するよう決意させたからである。：医師は（旧）刑法五九条の行為事情の錯誤により職業上の秘密を開示したことについて責任はない（schuldlos）が、そうであっても被告人をその教唆として処罰することを妨げるものではない。

本判決は、医師の誤認を構成要件的錯誤として故意責任を否定し、一九四三年に制限従属性を認める趣旨で導入された旧刑法四八条「教唆犯」の文言（「刑罰によって威嚇された行為」）に従って、被告人をその教唆犯としたものと思われる。

② OLG Köln, MDR 1962, 591 (Beschl. v. 19.10.1961-Zs 859/60)

ハンターの散弾銃によって負傷した女性が、大学病院において医師Aの治療を受けたところ、同ハンターの保険会社の社員Bが、同女の傷害の程度とその予後を知ろうと企て、Aに対して同女の同意がある旨の虚偽の説明をして診断所見を求めたので、Aがその診断書を提示した。これについて検察官がA、Bに対する刑事手続を停止したので、同女はAの行為が医師の守秘義務に違反するという理由で、両者の処罰を求めて裁判所に起訴するよう申し立てた。これについて OLG Köln は、大要次のように判示して同女の申立てを認めなかった。

職業上の秘密を侵害する罪の「権限なく」(unbefugt) は、「当事者の同意なく」と同義である。したがって、患者が診断書の提示に同意したという医師の誤認は、行為事情に関する錯誤として故意を阻却し、医師に過失があつても（同罪の過失犯処罰規定は存在しないので）その処罰は認められない。また、患者の同意があるという欺罔によつて医師に職業上の秘密を侵害させた者は、非故意的な行為に対する教唆として不可罰である。（旧）刑法三〇〇条は、

職業上の秘密の探知 (Ausspähen) を罰するものではなく、その漏示 (Verrat) を罰するにすぎない。Bがみずから患者のカルテを覗いてその秘密を探知しても処罰されないのと同様に、Aを欺罔して探知した場合にも処罰されない。

本決定は、秘密の主体たる女性の同意があるものと誤信したAについて、これを構成要件的錯誤として故意阻却を認め、Bについては、非故意的な行為に対する共犯を否定して、「漏示」行為の教唆に当たる「探知」行為を不可罰とした点に特徴がある。⁽³⁵⁾

このように、ドイツの判例は、秘密の主体たる本人の同意があるものと誤信したことを構成要件的錯誤とするが、その共犯の取扱いについては必ずしも一律ではないようである。現在の学説では、刑法二〇三条「私的秘密の侵害」等の行為は当事者に重大な利益の喪失をもたらすので、わが国の通説と同様に、同条にいう「権限なく」を「不法に」あるいは「違法に」と同義に解して、その誤認を正当化事情の錯誤と解する論者が多い。⁽³⁶⁾

この立場から「事例2」をみると、秘密の主体Oの同意があるものと誤信したTは、故意不法を否定する制限責任説によれば、秘密漏示罪の故意不法が認められないので不可罰となる。しかし、Xについては、正犯に構成要件の故意があればその共犯が成立すると解する私見によれば、同罪の教唆犯として処罰されることになる。

むすび

本稿は、正当化事情を誤認した正犯者の行為に共犯者が関与した事例について、正犯者については、「故意不法を否定する制限責任説」の立場から故意不法を否定して不可罰とし、その共犯者については、正犯者に構成要件の故意が認められることを理由に可罰性を肯定しようとするものである。このように解することについて、正犯成立に必要な「正犯者の故意」と共犯成立に必要な「正犯者の故意」を異なつた意味に解するのは故意概念の統一的理解を妨げるものである、あるいは正犯について制限責任説を支持しながら共犯については厳格責任説を採用することになるという批判がありうる。しかし、既述のように、共犯者が正犯者の構成要件該当行為によって自己の不法を実現したことを考慮すれば、故意従属性をいわば「構成要件の故意従属性」として理解することは、必ずしも奇異な論法ではないと考える。また、「事例2」については、間接正犯として処罰できない関与者を共犯として処罰するための弥縫策を弄するものであるという批判がありうる。しかし、間接正犯と教唆犯の実質的な重なり合いを考慮すれば、身分を欠くために不可罰となる間接正犯を可罰的な教唆犯として評価することには合理的な理由があると思われる。

本稿が示した私見は、正当化事情を誤認した正犯者に関与した者の可罰性を認めるためのアド・ホックな試論にとどまるものであるが、当罰性が認められる関与者を合理的な解釈の枠内で処罰する方途を探ることも、刑法解釈論の役割の一つであると考ええる。

- (1) Roxin, Strafrecht, AT, Bd. 2 (2003), § 25 Rn. 67ff. こうした事例でも不法事実の全体を認識している背後者が「事象の支配

者」であるとして間接正犯を認めるが、Xが意図的にTを誤信させて一方的に利用したと評価しうる事情がなければ、Tの錯誤を利用した間接正犯を認めることはできないであろう。

- (2) 違法性阻却事由の前提となる事実の錯誤について、わが国では「違法性阻却事由の前提的事実の錯誤」、「違法性阻却事由を構成する事実の錯誤」、「違法性阻却事由の錯誤」等の用語が用いられ、ドイツでは「正当化事由の前提の錯誤」、「正当化事情の誤認」、「許容構成要件の錯誤」等の用語が用いられている。本稿では用語の統一を図るため、原則として「正当化事情の錯誤」と表記する。

- (3) 「正当化事情の錯誤」をめぐるわが国とドイツの理論状況について、詳しくは拙稿「誤想防衛について——ドイツの理論状況をみて——」比較法雑誌四六卷三号（二〇一二年）一頁以下参照。

- (4) 基本的にこの説に立つのは、中義勝『講述刑法総論』（一九八〇年）一三七頁以下。

- (5) 基本的にこの説に立つのは、たとえば中山研一『刑法総論』（一九八二年）三五〇頁以下、三六八頁以下。

- (6) 基本的にこの説に立つのは、たとえば団藤重光『刑法綱要総論「第三版」』（一九九〇年）二四二頁、二九〇頁以下。

- (7) 基本的にこの説に立つのは、たとえば大谷實『刑法講義総論「新版第四版」』（二〇一二年）二九一頁以下、三四三頁以下。

- (8) 基本的にこの説に立つのは、たとえば平野龍一『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一六〇頁以下。

- (9) 基本的にこの説に立つのは、大塚仁『刑法概説（総論）「第四版」』（二〇〇八年）四六四頁以下。

- (10) 基本的にこの説に立つのは、立石二六『刑法総論「第四版」』（二〇一五年）一三二頁以下。

- (11) (旧) 刑法五九条

- ① ある者が罪となるべき行為を遂行する際に、法定構成要件に属する事情または可罰性を高める事情の存在を知らなかったときは、これらの事情は当人の責に帰せられない。

- (12) ドイツ刑法一六条（行為事情に関する錯誤）

- ① 行為の遂行の際に、法定構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行為したものではない。過失による遂行を理由とする処罰は残される。

ドイツ刑法一七条（禁止の錯誤）

行為の遂行の際に、行為者に不法を行う認識が欠けていた場合において、行為者がその錯誤を回避しえなかったときは、責任なく行為したものである。行為者がその錯誤を回避しえたときは、その刑は四九条一項により減輕することができる。

- (13) 学説の概要については、Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, 29. Aufl. (2014), § 16 Rn. 14ff.; LK-Rönnau/Hohn, 12. Aufl. (2007), § 16 Rn. 110ff. 参照。

- (14) 「故意不法を否定する制限責任説」(vorsatzschuldverneinende eingeschränkte Schuldtheorie) とこの名称は Rengier, Strafrecht, AT, 7. Aufl. (2015), § 30 Rn. 17ff. によらる。

- (15) 基本的はこの説に立つのは、たとえば Kindhäuser, Strafrecht, AT, 3. Aufl. (2015), Rn. 459; Kühl, Strafrecht, AT, 7. Aufl. (2012), § 13 Rn. 72; Roxin, Strafrecht, AT I, 4. Aufl. (2006), § 14 Rn. 64ff. 102ff.

- (16) ドイツ刑法二六条（教唆犯）は「違法な行為を故意により行うよう、他人に故意に決意させた者は…」と規定し、二七条（幫助犯）一項は「違法な行為を故意により行うよう、他人を故意に幫助した者は…」と規定する「傍点は筆者」。

- (17) 基本的にこの説に立つのは、たとえば Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 5. Aufl. (1996), § 41 IV 1d; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, AT, 5. Aufl. (2012), Rn. 743ff., 1007; Rengier, a. a. O. [注:14], § 30 Rn. 20; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, AT, 45. Aufl. (2015), Rn. 697ff.

- (18) 大判昭和八年六月二十九日刑集一二・一〇〇一は、傍論として、法律上犯罪の成立を阻却すべき客観的事実が存在しないの行為者がその存在を誤信した場合には、「犯意アリト為スヲ得ズ」とした。

- (19) 東京高判昭和四五年一〇月二日高刑集二三・四・六四〇、新潟地長岡支判昭和五〇年一〇月一四日刑月七・九＝一〇・八六六も同旨。

- (20) 盛岡地一関支判昭和三六年二月一五日下刑集三・三＝四・一五二も同旨。

- (21) 判例の動向については Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, a. a. O. [注:13], § 16 Rn. 17; LK-Rönnau/Hohn, a. a. O.

（正当化事情の錯誤と共犯の成否（鈴木）

[註13], § 16 Rn. 111ff. 参照。

(22) BGHの判例では、故意犯処罰を否定する根拠となる条文について、刑法一六条一項（旧刑法五九条一項）の類推適用を認めた裁判例が大多数であり、同条項を直接適用した例と「故意責任」を否定した例はごくわずかである。

(23) 厳密に言えば、②説の中に、故意責任の阻却を認めて過失責任の限度で非難しようと解する「故意責任を否定する制限責任説」と、故意責任の減少を認めて法律効果としての刑罰のみを過失犯の限度にとどめる「刑罰効果を制限する制限責任説」がある。

(24) なお、正当化事情を誤認した者の行為に対して正当防衛で対抗できるか否かについても、①説からは否定され、②説からは肯定されるという違いが生ずる。

(25) Jescheck/Weigend, a.o. [註17], § 41 IV 1d.

(26) Wessels/Beulke/Satzger, a.o. [註17], § 11 Rn. 477.

(27) 立法の経緯については、法務省刑事局『一九六二年ドイツ刑法草案理由書（総則編）第一分冊』刑事基本法令改正資料一〇号（一九六六年）一五九頁以下、同『一九六六年ドイツ刑法草案総則対案理由書』同一五号（一九六九年）四八頁以下、内藤謙『西ドイツ新刑法の成立』（一九七七年）七四頁以下参照。

(28) LK-Roxin, 1. Aufl. (1992), Vor § 26 Rn. 26f. 同様の観点から LK-Vogel, 12. Aufl. (2006), § 16 Rn. 126 は、「故意概念の相対性」を認める方が、正当化事情の錯誤について故意不法と故意責任の複雑な関係を云々するよりも優れているといい、Zs. Puppe, 4. Aufl. (2013), § 16 Rn. 136 は、故意従属性を認めるか否かは錯誤論の問題ではなく共犯論の問題であり、刑法二六条、二七条の故意を構成要件実現の故意と解することは、故意不法欠缺の理論（故意不法を否定する制限責任説）と一致するという。

(29) 過失犯の共犯をめぐる学説・判例の状況について、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第五卷「第二版」』（一九九九年）「安廣文夫」四九一頁以下参照。

(30) 松宮孝明「非故意行為に対する共犯——「故意への従属性」について——」立命館法学二二二—二三二号（一九九三年）

一一四七頁以下は、共犯者が正犯者に故意があるものと誤想した場合等について、故意従属性を放棄すべきであると主張する。

(31) 山口厚『刑法総論「第三版」』（二〇一六年）三二八頁

(32) 井田良「故意なき者に対する教唆犯は成立しうるか」慶應義塾大学法学部『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科篇』（一九九〇年）四七六頁以下参照。

(33) これを共犯の要素従属性との関係でみると、故意が構成要件要素で（も）あるとすれば、この問題については最小従属性で足りることになる。

(34) 学説・判例の状況について、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷「第三版」』（二〇一四年）「米澤敏雄」三七一頁以下参照。

(35) Dreher (Anm.), MDR 1962, S. 592f. は、正当化事情の錯誤を「構成要件の錯誤」および「禁止の錯誤」と並ぶ「独自の性質の錯誤」として位置づけ、本件の A の故意不法を認めて B に教唆犯の成立を肯定するが、非難可能性を考慮して過失犯の刑を適用すべきであるとする。

(36) Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, a.a.O. [註13], § 203 Rn. 26ff. 参照。

本稿は、わが国の刑事法学と刑事法教育に多大の貢献をされた船山泰範先生の古稀をお祝いする趣旨で執筆したものです。拙い小論となったことには内心忸怩たる思いがありますが、先生の益々のご健勝を祈念しつつ謹んで献呈させていただきます。併せて、伝統ある「日本法学」誌上への寄稿をお認めくださった諸先生に心から御礼申し上げます。

（二〇一六年六月一二日脱稿）