

タイトル	故意と構成要件的錯誤（下）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，46(4)：685-718
発行日	2011-03-31

故意と構成要件的錯誤（下）

吉 田 敏 雄

故意と構成要件的錯誤（下）

- I 故意総説
 - 1 定義
 - 2 故意と不法の意識
 - 3 故意の二重の地位
- II 認識の要素
 - 1 故意の基準点
 - 2 記述的構成要件要素と規範的構成要件要素
 - 3 故意の具体化
 - 4 認識の明晰性
- III 意欲の要素
 - 1 条件付行為意思
 - 2 意欲の時点
 - 3 択一的故意
- IV 故意の種類
 - A 認識と意欲の強度
 - 1 認識の強度
 - 2 意欲の強度
 - B 故意の種類
 - 1 目的の故意
 - 2 確定的故意
 - 3 「単純」故意

4 未必の故意

V 構成要件の錯誤 総説

(以上 第四六卷第三号)

(1) 定義

(2) 基準点

a 事実の錯誤

b 意味の錯誤

c 故意の成否に影響を及ぼさない錯誤

a a 禁止の錯誤

b b 客観的帰属の錯誤

c c 可罰性の錯誤

d d 包摂(当てはめ)の錯誤

VI 行為客体の錯誤(人及び物における錯誤)

a 定義

V 構成要件の錯誤 総説

(1) 定義

構成要件の錯誤(Tatbestandsirrtum, Tatbildirrtum)は刑法典には明文化されていない。しかし、構成要件の錯誤は故意の「裏面」ないし「否定」である。客観的構成要件に対応する事態を認識しない者はそれを実現する意欲も

為しえない。構成要件の故意の関係点は概括的に見て構成要件的に関係した認識面が欠損しているところにある。この事が特に当てはまるのは、現実についての明白な間違った表象がある、つまり、(本来の意味で)錯誤がある場合である。しかし、現実をまったく認識していないという場合もある。両方の場合とも、行為者は故意の前提要件

b 人における錯誤

c 物における錯誤

d 法的符号の不存在

VII 因果経路に関する錯誤

(1) 定義

(2) 故意による解決

(3) 実質的不法帰属

VIII 概括的故意

IX 方法(打撃又は行為)の錯誤

(1) 定義

(2) 同一構成要件内の錯誤(具体的事実の錯誤)

(3) 異なった構成要件間の錯誤(抽象的事実の錯誤)

(以上本号)

を満たしていない⁽¹⁾。

構成要件の錯誤があれば故意犯の不可欠の前提要件である故意が否定される。さらに、行為者に認識が無かったこと、つまり、故意が無かったことを非難できるか（例えば、注意不足）どうかの問題とされることはない。軽率な行為ですら故意を排除する。これとは関係なく、行為者が過失犯に問われるか否かという問題は生ずる。過失犯は、過失検証の問題と並列して、対応する、当該法益を保護する過失犯が存在することを前提とする⁽²⁾。

（2）基準点

構成要件の錯誤は客観的事象を行為者の表象と比較して得られる帰結である。故意には、構成要件要素に関係していることの認識が必要だが、この認識は、事態（事実）を認識していない、あるいは、正しい事態認識と並んで、一定の構成要件要素の理解に必要な評価（意味）を理解しないことによっても妨げられる。ここから、事実の錯誤と意味の錯誤を区別することが必要となる。

a 事実の錯誤

事実の錯誤（Tatsachenirrtum）では、事態の認識に欠陥がある。行為者は、存在し、且つ、客観的構成要件において相応の構成要件要素への包摂の契機を与える事情を誤認している、つまり、錯誤している。この事情は、例えば、行為客体の性質のように外部世界にある（狩猟で発砲された弾丸が動物ではなく、人に当たる）ことも、第三者の意思のような内的事象（例えば、第三者の所有物を利用する際のその者の同意）にあることもあるし、過去のこと、現

在のこと、あるいは、将来起こることかもしれないことに関係する。もとより、前提は、錯誤が構成要件要素の下へ包含する上で重要な事情に関係しているということである(例えば、人と動物の取り違え)。決定的なのは、包摂のための事態の法的重要性である。そのために無視できる事情は、構成要件に関連した行為者の認識的要素と関係付けられない(例えば、殺人罪の成立には、行為者は被害者が誰であるかを認識している必要はない)³⁾。

b 意味の錯誤

たいていの構成要件要素においては、事実の正しい認識があれば、事象の社会的意味を適切に理解している。認識と理解がいわば一体をなしている(路上で人を見る者は、生命、身体に対する犯罪の「他人」という意味での人が問題となっていることも知っている)。このように認識と理解が共生していることが記述的構成要件要素の特徴である。それ故、故意検証の重点は適切な事実認識にある。⁴⁾

これに対して、意味の錯誤 (Bedeutungsirrtum) では、構成要件要素と結びついた法的问题つまり評価問題の理解に欠陥がある。構成要件要素が、その理解に適切な事実認識を必要とするばかりか、行為者が理解しなければならぬ特別の評価を含んでいる場合がある。それ故、かかる構成要件要素は規範的ないし価値充足を要する構成要件要素とも呼ばれる。行為者がこの評価を誤認すれば、意味の錯誤が存在する。なお、ここに法的问题、評価問題は個々の構成要件要素と関係しているので、個別的评价錯誤 (Einzelwertungsirrtum) とも呼ばれる。⁵⁾

純粹に記述的構成要件要素と云えるのはごくわずかしかなく、大部分の構成要件要素は規範的内容を有している。

逆に、規範的概念は記述的基盤を有している。規範的構成要件要素に関する錯誤があれば、故意は存在しない。

規範的構成要件に関する錯誤の検証には三段階の過程を踏む必要がある。まず、最初の認識段階では、故意は概念の存在面に関係する。行為者が既に規範的概念の記述的基盤を認識していないとき、行為者は初めから故意を有しない。次に、行為者が規範的概念の存在面の認識を有するとき、行為者は第二の認識段階で評価の面に進む。法的に承認された、規準となる価値内実を把握するために、行為者に百科全書的な、正確な法的知識が要求されるのではなく、行為者は、自分の属する素人圏において実質的価値又は意味内実の規準をその特別の社会的及び法的な意味において内容的に正しく把握しているというだけで足りる。すなわち、行為者は、概念を実質的に正しく理解していなければならぬ。このいわゆる「素人圏の相等的判断」があれば、行為者の錯誤は法的に無視できる。さらに、第三の認識段階では、行為者が規範的構成要件要素の存在基盤も、素人的にでも規範的構成要件要素の正しい意味内実を認識していても、自分の行為がまったく不法でないと考えることがある。この場合、この錯誤によって、行為者には構成要件全体の不法の認識が無く、禁止の錯誤が見られる。したがって、規範的構成要件要素に関する錯誤は禁止の錯誤となりうる。全体としての不法の不認識が、行為者が実質的に正しい意味認識を有しながら、包摂を誤り、自分の行為は禁止されていないという⁽⁶⁾こと⁽⁶⁾に由来するとき、この包摂の錯誤は禁止の錯誤である。これに対して、行為者が、正しい「相等的判断」をしながら、当該禁止に包摂せず、既に知っていた他の禁止に包摂するとき、行為者は禁止自体を錯誤しているのではなく、包摂の錯誤があるに過ぎない。

c 故意の成否に影響を及ぼさない錯誤

a a 禁止の錯誤 不法全般に関する錯誤は、不法構成要件の意味での犯罪定型禁止に関する直接的禁止の錯誤、正当化事由の存在、範囲に関する間接的禁止の錯誤、及び、正当化事由を基礎付ける事実に関する錯誤に分けられ、いずれの場合も行為者に不法の認識がない。いずれの錯誤も責任に位置づけられる。責任というのは行為者と関係付けられる不法評価の問題である。この評価は、一方で、心理的要因として行為者自身にあり(責任能力、不法の意識)、他方で、動機付ける事情を客観的、法倫理的全体的考察した上で、法秩序が行為者の内的態度に下す判断にある(期待可能性又は非難可能性)。禁止の錯誤(Verbotsirrtum)は行為者における心理的責任要素である。禁止の錯誤は、行為者が故意行為のために理解しなければならぬ、個々の構成要件要素に含まれている評価行為とは区別されなければならぬ。個別的評価錯誤だけが故意を排除するのであって、禁止の錯誤は故意とは関係がない(責任説)。禁止の錯誤の法効果は、責任阻却か故意責任の減輕かということになるが、その区別の規準は禁止の錯誤の非難可能性の有無、程度である。

b b 客観的帰属の錯誤

形式的に構成要件に該当する行為を実質的に見て社会的に重要な不法とはいえないとして帰属を否定する客観的帰属論は、不法徴表効果を消滅させる責任阻却事由を開発した。これは、法秩序の判断であるが、不法を基礎付ける構成要件の故意を前提とするものの、独自の帰属故意を前提とするわけではなく、又、不法の意識に影響を及ぼすものでもない。禁止の錯誤は場合によって責任を阻却するが、この場合、行為者評価を評価することが問題となるが、これとは異なり、そもそも行為者が違法性評価を下す前に、行為者に有利な外からの行為の評価が問題となる。この客観的負責阻却事由(objektive Haftungsausschließungsgrund)が存在しないとき、つま

り、客観的帰属の錯誤（*Irrtum über objektive Zurechnung*）のとき、構成要件・違法性の認識を有する行為者は、自分の行為が社会的に重要な危険領域を充足していないと思った、それ故、不法の意識が欠如していたと主張することはできない⁽⁸⁾。

c c 可罰性の錯誤 可罰性の錯誤（*Strafbarkeitsirrtum*）という概念の下で理解されるのは、行為者が、自分の行為には処罰規定が無いと思うので、可罰的でないと考えるが、それでも、同時に、実質的不法内実を認識しているという場合である。不法と不法の可罰性は異なった概念である。法秩序全体で法律で定められた不法のほとんどは可罰的でない。民事上あるいは行政法上は不法とされる行為であっても刑法上は可罰的でないことが圧倒的に多い。可罰性には不法の価値関係的知識だけが重要なのであって、法律上の処罰規定とか自分の行為の法律上の帰結の知識は重要でない。制裁の錯誤（*Sanktionierungsirrtum*）とも呼ばれる可罰性の錯誤は法的には無視できる⁽⁹⁾。

d d 包摂(当つはめ)の錯誤 包摂の錯誤（*Subsumtionsirrtum*）というのは、事態の正しい法的分類に関する錯誤、つまり、包摂可能性に関する錯誤である。行為者は、なるほど、構成要件に関して事実とその法的意味を実質的に正しく認識しているが、しかし、適切な構成要件要素に包摂しないか、他の犯罪に包摂する（例えば、射殺した動物が刑法第二六一条の意味での「物」ではないと思う者は、その他の点で、実質的に、個別的評価としての物の概念及び全体評価としての物の損壊の構成要件と結びつく不法の問題はすべて理解している）。行為者は、いわば、名称つまり「家屋番号」を間違ったにすぎず、内容においてつまり「住人」において錯誤に陥っておらず、禁止されていること自体についての錯誤にない。この錯誤は形式的領域にとどまる。したがって、この錯誤は名称の錯誤（*Bezeichnung-*

(*sirttum*)とも呼ばれる。行為者には刑罰規範に適切な具体的包摂をする必要はない。重要なことは、行為者が構成要件に用いられている規範的概念の実質的意味を内容的に正しく認識するということである。包摂の錯誤は故意に影響を及ぼさない。包摂の錯誤は可罰性に関する法的に無視できる錯誤の下位分類である¹⁰⁾。

VI 行為客体の錯誤（人及び物における錯誤）

a 定義 行為客体に関する錯誤 (*Irrtum über das Tatobjekt*) は結果犯において可能である。行為者は、外的に定まった客体に結果を招来しようとし、同一の客体に結果を生じさせるが、行為後、この外的に個別化された客体が自分の表象とは異なった法的性格を有していることに気づく、つまり、客体の内的属性に錯誤がある場合が客体の錯誤と呼ばれる。例えば、甲は乙を殺そうと思って拳銃を発射したが、乙だと思った人が実は丙だったとか、山中で鹿狩りをしていった者が、鹿だと思って発砲したところ、その客体はきのこと狩りをしていった人だったという場合である。

b 人における錯誤 人における錯誤 (*error in persona*) の場合、例えば、甲が暗がりの中で外的に定めた隣人(乙)を殺そうとして拳銃で撃ち、その人に当たったが、後になって、実際には行為者の思っていたのとは別の人(丙)に当たっていたことが判明したという場合、行為者はいわば意欲したことの半分しか実現しなかったと云える。行為者はこの人に当てようとしたが、同時に、これを意欲しなかった。すなわち、行為者は、先ず、まさにこの人を殺そうとして、実際この人を殺したのだが、行為後に、この人を殺そうとしなければよかった、なぜなら、表象した人と異なる人だから、という実情にある。この場合、行為者は殺人既遂に問われるべきである。この同一性の錯誤 (*Identitätsirrtum*) あるいは選択の錯誤 (*Auswahlirrtum*) とも呼ばれる被害者の内的性質に関する錯誤 (名前と人物) は法的に

は重要でない。行為者が外的に選択した客体と実際に当たった客体が一致している。客観的事態と主観的事態が「他人」という構成要件要素の下への包摂を可能にするのである。隣人を殺そうとし、しかし、暗がりでのこの隣人を他人と見間違える者は、結局、人（刑法第一九九条の意味での「他人」）を殺そうとしている。実際に当たった客体（客観的事態）と故意によって把握された客体（主観的事態）が、上位命題の重要な法的要素において相応している、つまり、法的に符合している場合、行為者は基本的には既遂に間擬される。故意は「構成要件関連の属性」を充足している。行為者は、客観的構成要件に相応する事態を実現しているのである。¹¹⁾

人における錯誤にあつては、人物の同一性が重要なのではない。すなわち、客体の錯誤が故意に影響を及ぼさないのは、被害者のその最高度の人格的法益である生命がその外的姿によって十分に価値的に具体化されているからであつて、行為者に選択の錯誤や動機の錯誤があつたに過ぎない¹²⁾という理由からではない。さもなければ、行為者が拳銃で撃つたが、標的とした人に当たらず、その隣の人に当ててしまったという方法の錯誤の場合も、行為者に殺人既遂を負責されることになる¹³⁾。

故意に必要な人に関する外的具体化には、時間的、場所的特定があればそれで十分である。したがって、群衆の中に爆弾を投擲したり、銃を乱射する場合でも、行為者はその射程距離内にある人だけを殺害しようとしている。こういった場合でも、行為者は（類概念としての）生命そのものを殲滅させるから処罰されるのではなく、こういった行為の特質に基づいてまさに外的に定まった人々に当てようとしているから処罰されるのである。¹⁴⁾

c 物における錯誤 類概念としての物が問題となる物における錯誤 (error in objecto) の法形象においても、客体の錯誤は法的に重要でない。行為者が他人の暗がりの温室から菊の植木を蘭の植木と取り違えて持ってきたという場合、行為者は窃盗罪に問擬される。行為者は他人の物を窃取しようとして、現実には窃取したからである。¹⁵⁾

行為が法益主体 (被害者) の意思と関連付けられている犯罪がある。この場合、行為客体に関するそれ自体法的に無視できる錯誤が理論的にこの視点から意味をもつことになる。例えば、「奪取」というのは、被害者がこの行為に同意を与えていない場合にだけ可能である。行為者に、犯行に関して自分と前もって取り決めをしていた被害者を襲っているのであって、そうでない者を襲っているのではない誤信しているとき、なるほど、襲われた者の最高度の人格的法益の視点からは、被害者に関して法的に無視できる錯誤があると云える。しかし、物的法益に関して、「強取」という概念への包摂については、構成要件の錯誤があったと云える。行為者は被害者の意思に反して行為に出るつもりは無かったのである。例えば、行為者が知人と狂言強盗を取り決め、「強奪品」を分けることにしたが、行為者の襲った相手が知人ではなく、別人だったという場合、行為者には主観的には何も奪取するつもりは無かったのであるから、強盗罪は成立しない。もとより、行為者がこの機会に被害者を殴り、怪我をさせたとき、この発生した結果は行為者に負責される。傷害罪では、同一性の錯誤は法的に無視できるからである。¹⁶⁾

d 法的符号の不存在 これに対して、客観的事態と主観的事態の法的符号が欠如するのは、意思と仕業が法的に異なっていると評価されうべき場合、つまり、行為者が、法的に見て、実際に招来したことは異なつたことを意欲している場合である。客観的事態と主観的事態の基礎に異なつた法益がある。かかる錯誤は故意理論学の視点からは

法的に無視できない。例えば、行為者が、人だと思つて撃つたが、実際にはそれが動物だったという場合、結果と結果關係的意思の法的等価性が欠如する。行為者が客觀的に充足している物の損壞既遂には、故意が欠如している。行為者が意欲している殺人の負責に対しては、客觀的に結果が欠如している。この点で、両方ともに既遂の可罰性が排除される。行為者の計画は、その考えた事態の關して未遂で可罰的であるが、実際に生じた結果に關しては、相應の過失犯規定が存在し、行為者が実際に過失で行為した場合にのみ可罰的である。¹⁷⁾

しかし、意思と仕業が異なつていても、構成要件が重なり合うときは、その限度において符合するので、軽い罪について故意の成立が可能である。法定の加重・減輕事由の關係にある場合、例えば、通常殺人罪と同意殺人罪（大判明治四三・四・二八刑録一六・七六〇）〔被害者の戲言による殺害の囑託を眞の囑託と信じて殺そうとした場合、囑託殺人未遂罪が成立〕、單純遺棄罪と加重遺棄罪、單純横領罪と業務上横領罪、現住建造物放火罪と非現住建造物放火罪、森林法上の森林窃盜罪と刑法上の窃盜罪、及び、罪名に共通性が無くても、構成要件間に大小の包摂關係が認められる場合、例えば、窃盜と強盜、恐喝と強盜、傷害と殺人、占有離脱物横領と窃盜（最判昭和三二・一一・八刑集一一・一二・三〇六一）〔占有離脱物横領の故意で窃盜罪を犯した場合、占有離脱物横領罪の既遂が成立する〕がある。¹⁸⁾

最高裁判所（最判昭和二三・一〇・二三刑集二・一一・一三八六）〔虚偽公文書作成罪の教唆をすることを共謀した者の一人が、他の共謀者に謀ることなく、公文書偽造罪の教唆によつて当初の目的を達したという事案〕は、「本件故意の内容は刑法第一五六条の罪の教唆であり、結果は同法第一五五条の罪の教唆である。そしてこの両者は犯罪の構成要件を異にするも、その罪質を同じくするものであり、且法定刑も同じである。而して右両者の動機目的は全く同

「一である」と説示して、他の共謀者にも公文書偽造罪の教唆の故意を認めた。しかし、公文書偽造（名義の冒用）と虚偽公文書作成（内容の虚偽）は包摂関係にないので、故意の符号を認めるべきでない。最高裁判所（最決昭和五四・三・二七刑集三三・二・一四〇）〔営利の目的で、麻薬を覚せい剤と誤認して輸入したという事案〕でも、「覚せい剤輸入罪を犯す意思で……麻薬輸入罪にあたる事実を実現したことになるが、その目的物が覚せい剤か麻薬かの差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であり、その法定刑も全く同一であるところ……麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は全く重なり合っているものとみるのが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は、生じた結果である麻薬輸入罪の罪についての故意を阻却するものではない」とした。さらに、最高裁判所（最決昭和六一・六・九刑集四〇・四・二六九）〔覚せい剤を麻薬と誤認して所持したという事案〕は、「麻薬所持罪を犯す意思で……覚せい剤所持罪に当たたる事実を実現したことになるが、両罪は、その目的物が麻薬か覚せい剤かの差異があり、後者につき前者に比し重い刑が定められているだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であるところ、麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は、軽い前者の罪の限度において、実質的に重なり合っているものと解するのが相当」と説示して、麻薬所持罪の故意犯を認めた。しかし、所持の事実がない麻薬について、麻薬所持罪を認めることは罪刑法定主義に反する。そもそも、麻薬と覚せい剤は別の法律に規定された別個の客体であり、「違法な薬物」として一括できないのであって、構成要件の重なり合いは認められないのである。¹⁹⁾

VII 因果経路に関する錯誤

(1) 定義 この概念で把握されるのは、結果はなるほど行為者によつて知覚され、狙った客体に生じているが、

しかし、行為者が意欲しているのとは異なった状態で生じている状況である（客体の外的、内的同一性）。行為の様態が、何らかの理由から、行為者の表象とは異なった経路をたどって結果の発生に繋がった。この事象は因果経路に関する錯誤（*Irrtum über den Kausalverlauf*）とも様態の錯誤（*Modalitätsirrtum*）とも呼ばれる。因果経路に関する錯誤は意欲された客体への因果関係の存在を前提としている。因果経路に関する錯誤の場合、行為は、方法の錯誤の場合と同じく、行為がずれるのだが、しかし、方法の錯誤の場合とは異なり、目的と結果は一致している。方法の錯誤では、二重のずれ、つまり、行為とそれによって生ずる客体（結果）にずれが生じているが、因果経路に関する錯誤では、客体の錯誤の場合と同様、行為者の狙った同一の客体に結果が発生している。因果経路の錯誤では、したがって、因果経路だけが行為者の表象から逸脱している場合が問題となる。²⁰⁾

（2）故意による解決 解決の前提問題は、因果経路が構成要件に有する意味である。故意は、客観的構成要件に関する事情をすべて包含しなければならない。結果犯の場合、客観的構成要件においては因果経路も検証される（等価説）。伝統的な見解によれば、因果関係の存否ばかりでなく、結果への経路（どのよう）にも構成要件の一部として故意に包含されねばならない。しかし、この見解の帰結は、行為者が実際に生起経路の隅々まで予見し、意欲するということである。このようなことは実際には決して起こらないから、表象された因果生起からのずれが生ずると、いかなるずれであっても故意を否定せざるを得なくなる。この点で、伝統的な見解からは、故意理論に評価問題が組み込まれる。すなわち、故意は因果経路の重要な段階をすべて、ないし、因果経路を大雑把に把握しておればそれで足りる。そうでない場合は、こういった構成要件的錯誤は故意を排除する。それ故、行為者は未遂でのみ負責される。これに対して、因果経路に関する非本質的な、その他の誤表象は故意に影響を与えず、既遂の負責にいたる。この立

場からすると、行為者は結果を意欲しているけれども、故意が因果経路の重要な段階のすべてを把握すらしていないとき、本来的には、表象と現実の乖離の故に故意犯それ自体の廉での可罰性、したがって、未遂の可罰性も脱落せざるを得なくなる。²¹⁾

(3) **実質的不法帰属** これに対して、最近の客観的不法帰属論によると、因果経路自体、したがって、その諸段階も故意の関係点ではなく、因果関係にある行為と結果の基本的結びつきだけが故意の関係点である。故意も因果関係が生ずることの「存否」にだけ関係し、それ故、因果経路に関する錯誤は故意の問題ではない。異常な因果過程の場合ですら、行為者がただ結果を意欲しているとき、行為者は故意に行為している。この解釈は「傷害する」「殺す」という表現に合致している、つまり、この法文は一定の因果経路を前提にしているのではなく、因果経過を起動させることを表現している。その場合、行為者は結果を惹起したのである。因果経路からの予測されない逸脱に対する負責は故意の存在を否定するのかわいいうことが問題となるのではない。錯誤論はこの問題とは関係がない。むしろ、因果関係における錯誤は故意を前提とした不法帰属の問題として扱われるべきである経験的に危険な、且つ、規範的に容認されない行為による危険創出が危険の現実化と相当性連関、危険連関にあるのかが問われる。²²⁾

VIII 概括的故意

いわゆる概括的故意 (dolus generalis, Generalvorsatz) というのは、初めから意欲された結果発生の存否にのみ関係し、行為の様態には関係しないので、**因果経路に関する錯誤の一種である**。行為者は複数の行為をするものの、結果を最初の行為で招来したと考えるが、客観的にはその後の行為で初めて招来した場合が問題となる。

例えば、被害者は睡眠薬で眠らされ、自動車で橋につれて行かれ、打球棒で頭を殴られ、小川に投げ込まれ、そこで更に殴られ重傷を負って溺死した。こういった状況に特徴的なのは、犯跡隠滅行為であり、その過程で結果が発生する。行為者はもう死んだと思った被害者を犯跡隠蔽のために川に投げ込むとか、被害者自身の自殺を装うために電車軌道に置くとかいった場合に問題となる。⁽²³⁾

概括的故意の法形象はヴェーバーの論文⁽²⁴⁾、さらには普通法に遡る。これは事案を単一事象、相応の単一の行為故意を仮定することで解決する、それ故、行為者は全体として既遂で負責される。すなわち、結果発生に繋がる第二の行為時に、行為者は故意を放棄するが、しかし、事後にこの行為を容認する、その結果、故意「そのもの」は存在する（概括的故意）。故意は第二の行為、時間的に後続の結果に「伸ばされる」、したがって、全体として、行為者に故意を帰属できる因果経路に関する法的に無視できる錯誤から出立したのである。この立場は今でも学説に見られる。⁽²⁵⁾

こういった拡張された故意という考えは理論的には故意の擬制である。第一の行為時には故意があるが、相応の結果はまだ発生していない。第二の行為時には、結果の発生はあるが、相応の故意は存在しないからである。故意は行為時点で存在しなければならぬのであるから、厳格に考えると、法的に無視できない錯誤があると判断せざるを得なくなろう。そうすると、第一行為に関しては、殺人未遂罪が、第二の行為に関しては過失致死罪が成立するということになる。⁽²⁶⁾

概括的故意という法形象は結果帰属の問題として実質的不法帰属論の領域で解決されるべき評価問題である。通常、

行為の帰属が認められれば、次いで、具体的因果連関が一般的生活経験内にあるか否かという相当性連関が検証され、これが肯定されると、結果の帰属は可能である。第二行為は第一の行為の経験的、規範的危険領域内にあるからである。故意は客観的帰属判断基底の一部であるが、具体的結果発生それ自体にだけ及ぶ。すなわち、故意は因果関係の「存否」とのみ関係し、「様態」(因果経路)には関係しない。第二行為は「因果連鎖における中間項」として重要であるに過ぎない。⁽²⁷⁾

「逆の概括的故意(早すぎた結果発生)」の事例も考えられる。行為者は複数の行為をして、結果を発生させるつもりであるが、結果が既に最初の行為時に発生したという場合である。例えば、行為者は被害者を殺意をもって先ず殴り、次いで、射殺するつもりであったが、被害者は既に殴打されたことよって死亡していたという場合である。⁽²⁸⁾ 予備行為によつて結果を発生させてしまった場合、既遂どころか未遂も成立しない。例えば、拳銃の手入れをしているとき、殺そうとしていた相手に当たつて死亡させたという場合である。⁽²⁹⁾ この場合は、早すぎた結果発生と區別して、早すぎた構成要件実現と呼ばれる。未終了未遂の段階で結果を発生させてしまった場合、故意があり、実行行為があるのであるから、殺人既遂罪が成立することに問題はない。⁽³⁰⁾

IX 方法(打撃又は行為)の錯誤

(1) 定義

方法の錯誤(aberratio ictus, Handlungsirrtum, Ausführungsirrtum)という法形象の下で理解されるのは、行為者の侵害行為が自ら決めた目的からはずれた事例である。行為者は知覚された客体を狙うが、誤つて、まったく意欲

されなかった他の客体に当ててしまう。方法（行為）の錯誤という名称は行為がずれることに由来する。行為がずれた経験的原因は様々でありうる。例えば、拳銃操作の際の照準がうまくいかなかったとか、目的とした被害者の前に突然別人が現れて、この者に命中してしまったという場合である。この点で、方法の錯誤は、結果が結局は直接又は間接に予想した客体に生ずることを前提とする因果経路に関する錯誤とは異なる。⁽³¹⁾

（2）同一構成要件内の錯誤（具体的事実の錯誤）

方法の錯誤が同一構成要件の範囲内で生じた場合について、構成要件の故意の成否を定める規程に個別化説（具体的符号説）と客観的一般化説（法定的符号説）がある。⁽³²⁾

a 個別化説 故意による行為客体の個別化ないし具体化を重視する個別化（具体化）説によれば、形式的に構成要件的に等価の諸客体内で、行為者によって把握され、したがって、具体化された被害者圏の外にある客体へと行為がそれた場合、これは常に法的に無視できない錯誤である。それ故、行為者は故意によって具体化された客体に関しては未遂に、実際に当たった客体に関しては過失に問われる。⁽³³⁾ 錯誤の故意排除作用には、故意の具体化におけるのと同じく、先ずは行為客体の外的同一性が重要である。方法の錯誤では、人における錯誤（人の内的同一性に関する錯誤）とは異なり、当たった人の外的同一性（あるいは存在）に関する錯誤が前提となる。⁽³⁴⁾

実際に当たった客体に関する過失可罰性に関しては、非定型な因果経路（相当性連関の欠如）の場合とか、事後的に作用してくる危険領域があり、これが最終的結果に社会的、規範的答責を負うために、行為者の負責範囲が圧縮

される（危険連関の欠如）場合、過失犯の成立は否定される。⁽³⁵⁾

個別化説は基本的に妥当であるが、しかし、結果の発生が生じなかった客体に関しては未遂、実際に発生した客体に関しては過失の負責を認めるのは**一身専属的保護法益**、つまり、**最高度の人格的法益**（とりわけ、身体と生命）に限定されるべきである。例えば、甲は乙を狙って発砲したところ、その傍らにいた丙に命中し、丙を死亡させた場合、乙に対する故意殺人未遂罪と丙に対する過失致死罪が成立する。一身専属的保護法益は、単に人の生命それ自体とか身体的完全性それ自体にあるということではなく、常に、特定の人の生命、身体だけが重要なのだということである（「ある他人」ではなく、ある「特定の」他人）からである。すなわち、殺人罪では、行為者は、誰の生命を奪うかを選択するのであり、その際、故意は外的に個別化された被害者との関係で具体化されなければならない。最高度の人格的法益は、それぞれが唯一無二であるから、結果の発生しなかった客体的法益と結果の発生した客体的法益が同種であっても、法的評価において異なるのである。⁽³⁶⁾

最高度の人格的法益とは異なり、**物的法益**では、行為者が結局は自分が意欲していることを、何らかの等価の客体で達成するということが重要である。例えば、ある特定の店のショーウィンドウを石で壊そうとするつもりだが、隣の店のショーウィンドウを壊したとか、その向こうにある住まいに当たったという場合、常に既遂の損壊罪で処罰されるべきである。われわれの法秩序における個人に与えられる特別の意義がこの立場を支持する。⁽³⁷⁾もつとも、如何なる物的損害の発生も既遂で処罰できるとするのは行き過ぎである。実際に発生した結果が完全に犯行計画の外にあるとき、相当性連関が無く、結果の帰属はできない。⁽³⁸⁾ 個別化説では、人格に依存する法益を保護する犯罪を決めると

いう基本的問題が生ずる。しかし、いずれにせよ、直接的に生命、身体を保護する犯罪がこれに含まれることに問題はない。⁽³⁹⁾

b 客観的一般化説 これに対して客観的一般化説は、故意をそれぞれの類概念の法益にのみ焦点を合わせ、それ故、行為の客体が類概念として相応の犯罪にあたる時、如何なる行為の失敗も法的に重要でないと説明する。したがって、規範の充足のためには、意思と仕業の間の形式的符号があればそれで足りる。行為者（甲）にある他人（乙）を殺す意思があり、現にある他人（丙）を殺す（形式的等価性）。例えば、甲が乙を狙って発砲したところ、その傍らにいた丙に命中し、丙を死亡させた場合、単純に丙に対する既遂罪が認められる。⁽⁴⁰⁾ それ故、本説は、侵害行為の失敗の場合には、客体の錯誤ないし人における錯誤と同じ結論になる。方法の錯誤は構成要件の等価性の場合ないし形式的に等しい法益の場合には法的に無視できる。殺人罪では、ある「人」が殺されたということだけが重要で、この人が故意によって把握されていたか否か、どのように把握されていたかは重要でない。⁽⁴¹⁾ この見解は徹底して純粹に心理学的な故意内容から出立している。もとより、本説は、結果の帰属に際して為されるべき、人格的と物的法益による区別を否定する。⁽⁴²⁾

客観的一般化説は、行為者の認識していない客体にまで故意を認めようとするのだが、これは普通法のヴェルサリ原則（*Versari-in-re-illicita*）、つまり、故意行為者はその行為から客体の類からすると等価の結果を招来するとき、この結果が心理学的には行為者によって把握されていなかったにせよ、これも故意に含ませなければならぬとする思想を蘇えさせる説である。それは規範的に負責を拡張するものであり、最高度の人格的法益にあつては規範の実質的

内容から擁護できず、特定の被害者に焦点を合わせる故意の心理学的性質に矛盾する。⁽⁴³⁾

c 実質的不法帰属 方法論的には、これらの事例は次のように解決されるべきである。客観的及び主観的には行為者は形式的に方法の錯誤でも意思と仕事を充足している（行為者（甲）はある他人（乙）を殺そうとして、別の他人（丙）にそれを実現している）。この点で、先ず、故意認定には類概念によって定まる。最高度の人格的法益と物的利益の区別に導く評価は、心理学的問題ではなく、評価であり、それ故、実質的不法帰属の問題である。⁽⁴⁴⁾

(3) 異なった構成要件間の錯誤（抽象的事実の錯誤）

方法の錯誤が異なった構成要件間において生じた場合について、刑法第三八条第二項は、「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない」と定めている。したがって、例えば、他人の犬を殺そうとして発砲したところ、傍らにいた人に命中してこれを死亡させた場合、「その重い罪」、つまり、殺人罪の成立は認められない。しかし、この規定は、処断上の制限を設けたにすぎず、その場合の取り扱い方まで示しているわけではない。⁽⁴⁵⁾逆に、「軽い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその軽い罪に当たることとなる事実を知らなかった者」、例えば、人を殺そうとして誤って他人の犬を殺した場合については、特別の規定がない。

個別化説によっても、客観的一般化説によっても、異なった構成要件間における錯誤の場合、構成要件の故意は認められない。他人の犬を殺すつもりで誤って人を殺した場合、行為者には物の損壊罪の故意はあるが（未遂は不可罰）、

人を殺した点については過失が問題となる。逆に、人を殺す意思で誤って他人の犬を殺した場合は、行為者は殺人の故意はあるが（未遂は可罰）、犬を殺した点については過失が問題となる（不可罰）。

注

- (1) E. Steininger, *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Lfg., § 5 Rn 111.
- (2) Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 111.
- (3) Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 113; *ders.*, *Strafrecht*, AT, Bd. 1, 2008, 8. Kap Rn 51.
- (4) 大判大正一四・六・九刑集四・三七八「狸・貉事件」〔捕獲を禁止されている「狸」を「貉」であると信じて捕獲した事案で、事実の錯誤として無罪〕「被告人ハ狸ト貉トハ全然種類ヲ異ニシ猶ニ該当スル獸ヲ以テ狸ナリト誤信シ延テ本件ノ獸類ハ斑点ヲ有シ被告人ノ地方ニ於テ通俗十文字貉ト称スルモノニシテ狩獵禁止ノ目的タル狸ニ有ラスト確信シ之ヲ捕獲シタルモノナルコトハ……疑ヲ容ルルノ余地ナシ然ラハ被告人ノ狩獵法ニ於テ捕獲を禁止スル狸中ニ俚俗ニ所謂貉ヲモ包含スルコトヲ意識セス從テ十文字貉ハ禁止獸タル狸ト別物ナリトノ信念ノ下ニ之ヲ捕獲シタルモノナレハ狩獵法ノ禁止セル狸ヲ捕獲スルノ認識ヲ欠如シタルヤ明カナリ」。大判大正一三・四・二五刑集三・三六四「むささび・もま事件」〔捕獲を禁止されている「むささび」を「もま」であると信じて捕獲したという事案で、違法性の錯誤として有罪〕「ムササビト『もま』トハ同一ノ物ナルニ拘ラス単ニ其ノ同一ナルコトヲ知ラス『もま』ハ之ヲ捕獲スルモ罪トナラスト信シテ捕獲シタルニ過キス場合ニ於テハ法律ヲ以テ捕獲ヲ禁止シタルムササビ即チ『もま』ヲ知りテ捕獲シタルモノニシテ犯罪構成ニ必要ナル事実ノ認識ニ何等ノ欠缺アルコトナク唯其ノ行為ノ違法ナルコトヲ知ラサルニ止マル」。両判決は矛盾しているのではないかが問題となるが、狸と貉は一般に別の動物と信じられていたのに対し、もまはむささびの俗称に過ぎないとして、矛盾していないと解する見解がある一方（平野龍一『刑法総論Ⅰ』一九七二年・一七三頁、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』一九九一年一〇七二頁以下）、両方とも事実の錯誤とする見解（西原春夫『刑法総論』一九七七年・四二三頁）、両方とも違法性の錯誤とする見解（團藤重光『刑法綱要総論』（第三版）一九九〇年・二三七頁、福田平『全訂刑法総論』一九八四年・一九六頁以下）もある。「狸・貉事件」の場合、貉には体に十文字があるということであり、昔から狸と貉は別物と考えられていたという事実からすると、構成要件的錯誤が認められ、「むささび・もま事件」の場合、もまというのは被告人の住んでいた地域で使われていたむささびの俗称にすぎず、むささびの実体は認識していたとすれば、これは包摂の錯誤にすぎず、故意は認められるといえよう。
- (5) Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 114; *ders.*, (Fn. 3), 8. Kap Rn 52.

(9) R. Moos, Die Irrtumsproblematik im Finanzstrafrecht, in: R. Lehner (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1998, 101 ff., 123 ff.

代表的な規範的構成要件要素である「猥褻性」について、最大判昭和三二・三・一三刑集一・九九七「チャタレー事件」は、「刑法一七五条の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものでない。かりに主観的には刑法一七五条の猥褻文書にあたらぬものと信じてある文書を販売しても、それが客観的に猥褻性を有するならば、法律の錯誤として犯意を阻却しない」と判示して、猥褻性の「意味の認識」は不要としている点において、妥当でない。参照、大塚仁『刑法概説（総論）』（第四版）二〇〇八年・一八二頁注16。

客観的な「猥褻性」、「猥褻性」の意味の認識そして「猥褻性」の違法性の認識が問題となった猥褻映画公然陳列罪（刑法一七五条）の事案に、東京高判昭和四四・九・一七高刑集二二・四・五九五「黒い雪事件」〔映画倫理審査会の審査を通過した映画の上映について、第一審は「猥褻」に当たらないとして無罪を言い渡したのに対して、控訴審は、違法性の錯誤だが相当の理由があるとして無罪を言い渡した〕、「本件映画の上映が客観的には同法条に定める猥褻性を具備する凶画と解すべき……被告人らは、いずれも問題となる場面の存在を認識し、これを上映（陳列）することの認識を有していた……から、同人らに刑法第一七五条の罪の犯意ありとする十分のごとくでもある、しかし、前記判例（最大判昭和三二・三・一三）といえども、被告人らのごとき映画の上映者において、該映画の上映が同条所定の猥褻性を具備しないものと信ずるにつき、いかに相当の理由がある場合でも、その一切につき犯意を阻却しないものとして処罰する趣旨とは解しがたい……本件映画は……映倫管理委員会の審査を通過したものであり……映画倫理委員会制度発足の趣旨、これに対する社会的評価並びに同委員会の審査を受ける製作者その他の上映関係者の心情等、前叙のごとき諸般の事情にかんがみれば、被告人らにおいて、本件映画の上映もまた刑法上の猥褻性を有するものではなく、法律上許容されたものと信ずるにつき相当の理由があった……被告人らは、本件所為につき、いずれも刑法第一七五条の罪の犯意を欠く」。

規範的構成要件要素である財物の「他人性」については、最判昭和二六・八・一七刑集五・九・一七八九「警察規則を誤解したため、他人の飼犬を無主犬と誤信して撲殺した事案」〔警察規則等を誤解した結果鑑札をつけていない犬はたし他人の飼犬であったも直ちに無主犬と看做されるものと誤信していたというのであるから、本件は被告人において右錯誤の結果判示の犬が他人所有に属する事実について認識を欠いていたものと認むべき場合であったかも知れない〕。

職務行為の「適法性」について、行為者が、公務員の適法な職務の執行を違法なものであると誤信して、これに対して暴行・脅迫

を加えた場合が問題となるが、判例は、職務行為の適法性の錯誤を法律の錯誤と解している（大判昭和七・三・二四刑集一一・二九六〔市会議員である被告人が、市会議長の議事進行を違法と考へ、議事を進行しようとする市会議長に対して暴行を加えた事案〕）。しかし、職務の適法性（公務員の抽象的・具体的職務権限に属すること、職務行為としての有効要件である法律上の重要な条件・方式を履践していること）は（記述されない）構成要件要素であるから、適法性を基礎付ける「事実」の錯誤は故意を阻却すると解すべきである。

差押の「有効性」の錯誤については、判例は分かれている。大決大正一五・二・二二刑集五・九七〔被告人は、甲らと連帯して乙に対して負担している金銭債務の不履行のため、被告人及び甲所有の物件に仮差押を受けていたところ、本件について仲裁の労を採っている丙から乙に対して債務を弁済したから差押物件の封印を破棄してもよいと教示され、封印を破棄したという事案〕、「民事訴訟法其ノ他ノ公法ノ解釈ヲ誤リ被告人カ差押ノ効力ナキニ至リタル為差押存セスト錯誤シ又ハ封印等ヲ損壊スルノ権利アリト誤信シタル場合ニ於テハ本罪ノ犯意ヲ阻却スル」。最判昭和三一・一〇・三刑集一一・一〇・二四一三〔裁判所執行吏である被告人が、甲方に同人の動産の差押に訪れた際、既に市収税吏により滞納処分として適法に為されていた差押の標示を損壊する故意ありとするので無効と誤信し、差押の標示である封印を破棄したという事案〕、「刑法九六条の公務員の施した差押の標示を損壊する故意ありとするには、差押の標示が公務員の施したものであること並びにこれを損壊することの認識あるを以て足りる……収税吏員によつて法律上有効になされた本件滞納処分による差押の標示を仮りに被告人が法律上無効であると誤信してこれを損壊したとしても、それはいわゆる法律の錯誤であつて……差押の標示を損壊する認識を欠いたものといふことのできないこと多言を要しない」。前者の判例は、差押の有効性を基礎付ける前提事実（法律的事実）の錯誤が差押の有効性の認識に繋がつたとして故意を阻却したのであるが、そうだとすれば、後者の判例も同様に考えるべきだと思われる。後者の判例はそもそも「有効性」の認識を不要としているところに問題がある。

行政犯・法定犯では、規範的構成要件である「無許可」について、最高裁判所〔最判平成一・七・一八刑集四三・七・七五二〕（会社代表者である被告人が、実父の公衆浴場営業を会社において引き継いで営業中、本件浴場につき被告会社名義の営業許可を得たい旨を甲県議を通じて県衛生部に陳情し、県係官の教示を受けて、当初の営業許可申請者を実父から会社に変更する旨の公衆浴場営業許可申請事項変更届を県知事宛に提出したが、受理前から県がこれを受理する方針である旨を聞いており、受理後直ちにそのことを甲県議を通じて連絡されたので、被告会社に対する営業許可があつたと認識して営業を続けていたという事案）において、「被告人には『無許可』営業の故意が認められないことになり、被告人及び被告会社につき、公衆浴場法の無許可営業罪は成立しない」と判断した。その他、下級審判例に、東京高判昭和三〇・四・一八高刑集八・三・三二五（追い越し禁止の認識が必要）、東京高判昭和三五・

五・二四四刑集一三・四・三三五〔狩猟禁止区域であることの認識が必要〕がある。参照、中山研一『概説刑法』（第二版）二〇〇〇年・一八四頁以下。

- (7) Moos, (Fn. 6), 105, 129; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 115; *ders.*, (Fn. 3), 8, Kap Rn 53.
- (8) Moos, (Fn. 6), 116 f.
- (9) Moos, (Fn. 6), 116.
- (10) Moos, (Fn. 6), 118; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 117; *ders.*, (Fn. 3), 8, Kap Rn 54.
- (11) R. Moos, *Annale und der Kräuterkör*, in: *D. Kienappel* (Hrsg.), *Fälle und Lösungen zum Strafrecht*, 1982, 38 ff., 45; *Steininger*, (Fn. 3), Strafrecht 8, Kap Rn 60.
- (12) 西田典之『刑法総論』二〇〇六年・二〇五頁。
- (13) R. Moos, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 18; *ders.*, (Fn. 6), 119.
 くれにたらしめて、キーマンズレ／クマン (Kienappel/Höpfel, *Strafrecht*, AT, 12. Aufl., 2007, Z 16 Rn 14) は「人」として法益の同種性という観点から、法的に重要な錯誤の存在を否定する。
- (14) Moos, (Fn. 11), 45; *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 125.
- (15) *Steininger*, (Fn. 3), 8, Kap Rn 60.
- (16) *Steininger*, (Fn. 3), 8, Kap Rn 63.
- (17) *Steininger*, (Fn. 3), 8, Kap Rn 61.
- (18) 学説は諸説に分かれる。①構成要件の符号説。構成要件の「重なり合い」の範囲をめぐって見解が分かれる。構成要件の重なり合いを加重・減輕事由の関係にある場合に限定する見解（香川達夫『刑法講義総論』（第三版）一九九五年・二四四頁以下、浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・三三三頁。大判明治四三・四・二八刑録一六・七六〇〔被害者の戯言による殺害の嘱託を真の嘱託と信じて殺そうとした場合には、嘱託殺人未遂罪が成立〕。大阪高判昭和三〇・一一・二一裁特二・三三・一一九六〔養親で且つ妻の実母である被害者を殺害したが、犯行当時、既に離縁届け及び離婚届がなされているものと誤信していたので、被害者が自己又は配偶者の直系尊属であるという認識がなかった場合、普通殺人が成立〕と、罪名に共通性が無くても、構成要件間に大小の包摂関係が認められる場合にも広げる見解（團藤（注4）二七七頁、二九九頁、四二六頁以下。大判大正九・三・一九刑録二六・二一一〔他人の占有する衣類中の合羽包み罪を遺失物と誤信して領得した場合には、占有離脱物横領罪が成立〕。東京高判昭和三五・七・一五下刑集二一七〇八・

九八九（他人の占有するカメラを遺失物と誤信して持ち去った場合には、占有離脱物横領罪が成立）がある。

②実質的符号説。構成要件の重なり合いという枠を維持しながら、より実質的に考察して、「ある構成要件と他の構成要件との間に、それぞれの保護法益の共通性および構成要件の行為の共通性が見出される場合には、両者の重なり合いを認める。」見解（大塚（注4）一九七頁、一九八頁注21。公文書偽造罪と虚偽公文書作成罪、麻薬輸入と覚せい剤輸入、麻薬所持と覚せい剤所持との符号を認める）、あるいは、「構成要件の内包的包括性または外延的包括性」を規準とする見解（平野（注4）一七八頁以下）、これによれば、内包的包括性とは、一つの構成要件が内包的に他の構成要件を含んでいる場合であり、殺人と同意殺人、殺人と傷害、窃盗と占有離脱物横領等がこれに当たり、外延的包括性には、同じ構成要件の中に択一的に規定されている場合と、立法技術上、別個の条文に書き分けられているに過ぎない場合がある。前者には、「印章」使用の公文書偽造と「署名」使用の公文書偽造、同意殺人と自殺幫助、一項詐欺と二項詐欺等が当たり、後者には、公文書有形偽造と公文書無形偽造、麻薬所持と覚せい剤所持が当たると。最判昭和二三・一〇・二三刑集二・一一・一三八六（虚偽公文書作成罪の教唆と公文書無形偽造、麻薬所持と覚せい剤所持が当たると。公文書偽造罪の教唆によって当初の目的を達した場合には、罪質も同じく、法定刑も同じで、他の共謀者にも、公文書偽造罪の教唆の故意が認められる）。参照、内藤（注4）九八一頁、川端博『刑法総論講義』（第二版）二〇〇六年・二五九頁。

本説は、法益の異なる有形偽造と無形偽造との符号を認めたり、別個の法律に規定された別個の麻薬所持と覚せい剤所持との符号を認めたりする点で、構成要件の符号を逸脱している点に問題がある。

③不法・責任符号説。故意を肯定するためには、構成要件の事実の認識がなくても、構成要件の内容をなす不法・責任の認識があれば足りるので、認識した事実と発生した事実とが構成要件的に符合していなくても、構成要件の不法や責任の内容において符号が認められる範囲内で故意犯を認める見解（町野朔「法定的符号について（下）」警察研究五四・五（一九八三年）三頁以下）。この見解によれば、故意の認識対象は構成要件の事実ではなく、不法や責任である。殺人罪と器物損壊罪の間では不法と責任の内容において符合せず、窃盗罪と器物損壊罪の間では不法の点では符合するが、責任の点では符合しない。

本説は、故意の成立には構成要件該当事実の認識が必要であって、それがあってはじめて不法・責任の認識も可能となるはずなのに、この点を無視して直接的に不法・責任の認識を要求しているが、そうなると、認識の対象が不明確且つ任意に定められることになる点に基本的問題がある。

④罪質符号説。構成要件の重なり合いの枠をはずし、罪質同一（一般人が二つの犯罪をほぼ同意義に考える）の範囲内で故意の成立を認める。ここに罪質同一は法的概念としての「法益」の符号よりも緩やかであるから、死体遺棄と単純遺棄との間にも符号を認

める(西原春夫(注4)一九八頁以下)。

本説は、死体遺棄罪の故意で保護責任者遺棄罪を実現した場合、「日常生活の実態からすれば、少なくとも生きているのか死んでいるのか明らかな状態でない人を捨てるといふ意思が認められ、その段階にあるかぎり、それは死体にも生体にも共通しうる」(一九九頁)と論じて、前者の故意犯の成立を認めるのであるが、死者に対する敬虔感情を保護する罪と生命に対する危険を保護する犯罪では法益が異なっているも、罪質は同一とするが、その「罪質同一性」規準が明らかでないし、そもそも法は「死者」と「人」はその性質を異にすることを前提にしているのであって、この点を無視するところに問題がある。

井田良『刑法総論の理論構造』二〇〇五年・一九九頁も「裁判規範としての構成要件の符号ではなく、行為規範違反が認められるための素人的認識内容の重なり合いを問題とするべきで、素人的認識にもとづくA罪の実現意思がB罪実現の意思と重なり合い、A罪の実現意思に担われたB罪の事実の実現が、B罪の行為規範を侵害するといひ得る限りにおいて、故意は肯定される」(自説を規範的符号説と呼ぶ)として、死体のつもりで遺棄したが、その時点ではまだ生きていたという上記の例につき、生体と死体はいずれも「人体」に包括され、具体的な行為事情に即した意味の認識のレベルでは「生きてるか死んでいるか明らかでない人」という上位概念を想定し、そういう状態の人を人を遺棄するなどという行為規範を考えることは可能だと論ずる。本説は、刑罰法規は裁判規範であり、それは「翻訳」したものが行為規範であることから出立するが、この基本的前提そのものに問題があるばかりでなく、保護法益とは関係なく行為規範を考えているところにも問題がある。行為規範の機能は法益保護にあるのであるから、行為規範と保護法益を分断することはできないはずである。

⑤**抽象的符号説**。故意が構成要件の制約を離れて、抽象的に符合しておればよいということから出立して、他人の犬を殺そうとして、誤って人を殺したときは、行為者の表象した軽い器物損壊既遂罪の故意犯、発生した重い結果については過失犯が成立する(観念的競合)、逆に、人を殺そうとして誤って他人の犬を殺した場合については、器物損壊既遂罪の故意犯と殺人の未遂又は不能犯が成立し、これらを合一して重きにしたがって処断する、つまり、殺人罪の未遂として処断すべきとする見解(牧野英一『刑法総論下巻』(全訂版)一九五九年・五七四頁以下)がある。本説は、「行為者刑法」的立場から出立し、故意を極端に抽象化して犯罪行為一般を「行なう意思と捉えるところ」に原則的問題がある。

(19) 山口厚「抽象的事実の錯誤」刑法雑誌三四・三(一九九五年)六一頁以下は、麻薬と覚せい剤にまたがる錯誤の場合、(通常)薬物犯罪構成要件に該当し、麻薬と覚せい剤との間の錯誤は具体的事実の錯誤であり、その事実の認識があれば故意は阻却されないと論ずるが、二つの犯罪にまたがる構成要件なるものは存在し得ない。林幹人『刑法総論』(第二版)二〇〇八年・二六五頁以下は、法益

- 符号説（法益の侵害・危険で両構成要件が重なり合っているときに符号を認める）の立場から、覚せい剤所持の故意で一般麻薬所持が実現したとき、一般麻薬所持罪の構成要件と覚せい剤所持罪の故意とで構成される犯罪類型の成立が認められ、反対に、一般麻薬所持の故意で覚せい剤所持が実現したとき、覚せい剤所持という構成要件と一般麻薬所持の故意とで構成される犯罪類型の成立が認められるべきだと論ずるが、これは二つの構成要件を合成して超実定的構成要件を作り上げることを意味し、罪刑法定主義に反する。参照、松宮孝明『刑法総論講義』（第四版）二〇〇九年・一九一頁以下、中山研一『口述刑法総論』（新版）二〇〇三年・二一六頁。
- (20) Moos, (Fn. 6), 121.
- (21) *Steininger*, (Fn. 1), § 5 Rn 151.
- 大塚仁『刑法の焦点I』一九八四年・四三頁以下は、人を殺そうと思って拳銃で撃って重傷を負わせたところ、被害者は病院に運ばれる途中で交通事故にあつて死亡したという場合、このような搬送中に交通事故にあうことが社会生活の経験上、稀有の状況の下で生じた、つまり、因果関係の錯誤が相当因果関係の範囲を逸脱した異常な状況にあるとき、行為者には故意が阻却され、過失犯が成立すると論じていたが、しかし、その後、福田平・大塚仁『対談刑法総論（中）』一九八六年・一四六頁において、「因果関係の錯誤が重要なものであることによつて、構成要件の故意が欠けても、行為者が結果の発生の危険性を含んだ実行行為を行うことを認識・認容して実行行為を行っている以上、当該犯罪の未遂犯をみとめることには格別支障はない」と論ずるに至つた。しかし、故意を「未遂の故意」と既遂の故意に分断して、異常な因果経過の場合に未遂の故意を認めるといふのは適切でない。故意というのは常に結果発生に及んでいなければならないのであつて、結果が発生しなかつたときは未遂にとどまるが、しかし、故意が、因果関係が異常であつても事後的に部分的に阻却されるというわけではない。参照、山中敬一『刑法総論』（第二版）二〇〇八年・三四七頁。
- 殺意をもつて拳銃を発射し負傷させたところ、病院に運ばれる途中で交通事故にあい死亡したとか、入院先の火災により焼死したという因果関係の錯誤の場合、条件説から立出する岡野光雄『刑法における因果関係の理論』一九七七年・二一五頁以下も、実行行為時における故意は発生した結果にまで及んでいないと論ずるが、このことは故意の対象としての因果関係をあらかじめ相当因果関係に限定していることを意味する。参照、内藤謙『刑法講義総論（上）』一九八三年・二六五頁。
- (22) Moos, (Fn. 6), 121.
- (23) 大判大正一二年四月三〇日刑集二巻三七八頁（殺害の目的で絞扼した被害者が身動きをしなくなつたので、死亡したと誤信し、犯跡湮滅のため被害者を海岸砂上に運び放置したところ、同人は砂末を吸収して窒息死したという事案。殺人既遂罪成立）「社会生活上ノ普通観念ニ照シ……原因結果ノ関係アルコトヲ認ムルヲ正当トスヘク被告ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出テタル行為ハ毫モ前記

- ノ因果関係ヲ遮断スルモノニ非サルヲ以テ……殺人未遂罪ト過失致死罪ノ並存ヲ認ムヘキモノニ非ス」。
- (24) v. Weber, Über die verschiedenen Arten des Dolus, Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 7, 1825, 549 ff.
- (25) Th. Ritter, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Bd. I, 2. Aufl., 1954, 202; F. Novakowski, Die österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, 75, 内田文昭『刑法概要上巻』一九九五年・三三九頁「被害者を絞殺しえた」と誤信した行為者が、犯罪湮滅のために死体(実は仮死状態)を砂地に埋めたところ、被害者は窒息死したというような場合に、第一行為(絞殺行為)と第二行為(遺棄行為)を『概括』して、一個の『殺人既遂』を基礎づける『故意』として評価しなければならぬ」。大谷實『刑法総論』(第三版)二〇〇六年・九三頁。

概括的故意の事例を**故意の問題**として扱う、故意の殺人既遂の成立を肯定する学説の中には次のような見解も主張される。H. Wälzel, Das deutsche Strafrecht, II, Aufl., 1969, 74〔行為者が被害者を殺してから「死体」を隠そうという意思を被害者を殺そうとする行為の前にももっていた場合には、「死体」湮滅行為は全体行為に含まれた部分行為に過ぎないから、故意の殺人既遂一罪。被害者を「殺した」後ではじめて「死体」を隠そうとする意思が生じた場合は、故意の殺人未遂と過失致死の併合罪が成立する〕。S. Seiler, Der „dolus generalis“ in Lehre und Rechtsprechung, ÖJZ 1994, 85 ff.〔行為の基礎に唯一の意思決定だけがあるとき、行為者が全体のやり方を単一のものとして計画したと云え、行為の単一性が認められる。この場合にだけ、全体の経路に重大なずれがあったとは云えず、因果経路に関する錯誤の特殊例と云ってよい〕。同頁、内藤(注4)九六三頁、井田(注18)一八五頁、高橋則夫『刑法総論』二〇一〇年・七九頁。ウエルツェル説、ザイラー説には、故意を犯行計画で置き換えているところに問題があるばかりか、犯跡隠滅行為を含めた包括的行為があったか否かで区別するというのでは偶然に左右されるといふ点で問題がある。Vgl. Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 145.

C. Roxin, Strafrecht, AT I, 4. Aufl., 2006, § 12 Rn 177〔行為者が第一の行為をするときに、結果を発生させようとする目的の故意をもっていたときは、因果関係のずれがあっても、行為者計画の範囲内にあり、故意の既遂罪だが、行為者が目的の故意をもっていなかったとき、普通は、結果についての未必の故意をもっているだけのとき、因果関係のずれは犯行計画の範囲外にあり、故意の未遂罪〕。この見解は、故意を犯行計画と同一に扱うところに問題がある。第一の行為は、結果の発生に如何なる故意があったにせよ、引き続き行なわれる第二の証拠湮滅故意行為の為される危険を含んでいるのである。

G. Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, 8, Abschn Rn 78〔行為者の予見した危険が第二の行為で実現されたときは故意の既遂、そうでないときは故意の未遂。例えば、行為者が被害者を刃物で突き刺し、出血多量で「死んだ」被害者を材木の山の下に隠したと

ころ、血管が止められ、失血ではなく、臓器不全で死亡したという場合、行為者の予見した危険が第二の行為で実現されたので、故意の殺人既遂が成立するが、行為者が被害者を刃物で突き刺し、死んだと思った被害者を川に転落させ、実際には溺死したという場合は、故意の殺人未遂が成立』。M. Sarneth, „Dolus generalis“ und „strafrechtliches Glück“, in: Roxin-Festschrift, 2001 349 ff. [「殺害」と誤信して被害者を埋めたり、川に投げ捨てたり、焼却したり、つるし首にしたりする場合、死の結果は第一行為の危険の実現でなく、第二行為の実現であるから、第二行為については過失致死罪しか成立しない。しかし、第一行為時に故意があり、しかもその許されない行為に第二の許されない行為の危険性も含まれているとき、結果の帰属を否定する理由はない。Vgl. Roxin, (Fn. 25), § 12 Rn 179.

(26) マオラッハ／チップは「概念上、第二の行為に関係する故意というのは考えられない（死者を殺すことはできな）。すなわちこの場合「既に消えた故意が指定されることになる」として「殺人未遂と過失致死の成立を肯定する。R. Munnich, H. Zipp, Strafrecht, AT Tbl. 1, 6. Aufl., 1983, § 23 Rn 35. フックスは「行為者の故意からすると殺人行為であるべき行為と発生した結果の間に危険連関が存在しない、つまり、他人の頭を殴ることが禁止されるのは、行為者は被害者が死んだものと考え、「死体」を始末する際に殺してしまふこともありうるからという理由からでな」として「殺人未遂と過失致死の成立を肯定する。H. Fuchs, Österreichisches Strafrecht, AT, 7. Aufl., 2008, 14. Kap Rn 33. 香川達夫『刑法講義（総論）』一九八〇年・二二二頁〔故意と「死体」遺棄の二個の認識を前提としながら、「前者の故意に基づ」く一連の経過として、当然に後者にまで及びうるかは疑問がある。むしろ、「死亡した」と思ったところまでを殺人未遂、砂末吸食による死亡については過失致死。両罪は併合罪。林幹人『刑法総論』（第二版）二〇〇八年・一三二頁（後の行為が相当性の範囲内にある限り、前の行為について殺人既遂罪が成立し、後の過失致死罪がこれに吸収される）』岡野光雄『刑法における因果関係の理論』一九七七年・二二五頁。

これらの説は、故意は行為時に存在しなければならず、第二の行為時には殺人の故意が欠如していたというものである。しかし、故意は事象全体を通して存在しなければならないというものではなく、行為者が因果経路を手放す瞬間にありさえすればよい。第一の行為時に殺人の故意があれば足り、どういった因果経路を経て結果が発生するかは客観的帰属の問題である。

(27) Moos, (Fn. 11), 50 FN 34; Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 147; O. Triffler, Österreichisches Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1994, 9. Kap Rn 96.

ノヴァコフスキー (F. Novakowski, Wiener Kommentar zum Strafrechtzbuch, 1984, § 5 Rn 26) は「行為者が射殺したと思っ
たが実際にはまだ死んでいない被害者を近くの川に捨てたという、被害者は溺死したという場合、第二行為は中間原因にすぎないと

して、殺人既遂罪の成立を肯定する。川岸に座っている被害者が自ら川に滑り落ちるか、行為者が被害者を既に死亡したと誤信して川に突き落とすかで、相違はないというのがその理由である。但し、既に第一の行為で創出された危険が実現したといえなければならぬ。実際には、第二の行為で新しい、独自の危険が創出される場合が多い。それで、被害者が元の命中された場所から川に滑り落ちることなど考えられなかった、被害者が傷を負った状態で川にヨチヨチ歩いていくことなど考えられなかったという場合、第一の行為について殺人未遂罪が、第二の行為について過失致死罪が成立すると。しかし、トリフテラーが指摘するように、犯跡隠蔽行為は一般的生活経験の外にあるとは云えないことからすると、この見解は狭すぎる。

なお、大塚(注6)一九四頁は、概括的故意については、構成要件の故意の要素としての因果関係の認識の存否が問題となっており、「第一の行為と第二の行為との場所・時間的接近性を考慮しつつ、行為者が因果関係について事前に予見したところと、実際の因果関係の経過とが、**相当因果関係**の範囲内で符合していると見られる限り、構成要件の故意」は認められると論ずる。これに対して、ルードルフィー(H. J. Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Stragesetzbuch, 1989, § 16 Rn 35) はより限定的である。「行為者の殺害故意によって支配された第一の行為後の結果発生危険の創出し、現実の因果経路が一般的生活経験によって予見可能な範囲内にあるとき、非本質的な、つまり、法的に無視できる因果関係のずれがある。しかし、現実の因果経路の相当性だけが結果発生危険可能性を決めるのではなく、さらに、結果が**第一行為の結果危険の現実化**と見られうるか否かの検証が必要である。これが肯定されるのは、行為者が当初から結果を直接惹起する行為をすることを計画していたときであつて、ロクスティンとは異なり、結果の発生に目的の故意があつたか未必の故意があつたにすぎないかは関係がない。第一の行為の終了後に「死体」湮滅の意思が生じたときは、行為者が被害者の死を目的としていたか、つまり、何が何でも死を惹起しようとしたのか、未必の故意があつたに過ぎないのかが決定的意味を有する」。ほぼ同趣旨、シュタラーテンヴェルト/クルン(G. Stratenwerth, L. Kulen, Strafrecht, AT I, 5. Aufl., 2004, § 8 Rn 93)「故意は、行為によって創出される、行為者に客観的に帰属可能なすべての危険を包含しなげなければならない。後発の結果発生もこの危険に帰するということが重要である。この危険には、加えられた傷害から自然法則的に生ずる生命の危険が属するばかりでなく、殺害の故意で担われた行為が後の湮滅等を惹き起こしうる危険も属する。かかる危険が特に認められるのは、第二の行為が初めから計画されていた場合である。これに対して、第二の行為が初めから計画されていなかったときは、行為者が状況からして湮滅に関心を抱かざるを得なかった場合だけに、事前の観点から、殺害行為の着手時に、被害者が第二の行為によって生命を失うかもしれないという危険を肯定する」。Vgl. I. Puppe, NomosKommentar: Stragesetzbuch Bd. 1, 2. Aufl., 2005, § 16 Rn 104 ff. 参照、山中敬一「行為者自身の第二行為による因果経過への介入と客観的帰属—ヴェーバーの概括的故意事例の検討を中心に

- 「『福田平・大塚仁古稀祝賀論集（下）』（一九九三年）所収・二四七頁以下。
- (28) 最決平成一六年三月二日刑集五八巻三号一八七頁「クロロホルム殺人事件」〔行為者が、被害者にクロロホルムを吸引させて失神させ（第一行為）、その状態を利用して港まで運び、自動車ごと海中に転落させる（第二行為）という一連の殺人行為を行なって被害者殺害の目的を遂げた場合、行為者らには、第一行為によって被害者の死亡する可能性があるとの認識がなく、第二行為の爲される前に、第一行為によって被害者が死亡していたとしても、殺人の行為は認められ、行為者らには、殺人既遂の共同正犯が成立する。〕。本事案について、殺人既遂の成立を否定して、殺人未遂と過失致死の成立を認める見解がある。林（注26）二四八頁以下、同「早すぎた結果の発生」判時一八六九・三頁以下によると、殺害の意図で被害者を先ず睡眠薬で眠らせ、次いで殺そうとしたら、憐憫の情が湧き、腹を蹴っただけで立ち去ったが、被害者はそれが原因で内出血を起こし死亡したという場合、睡眠剤で眠らせた時点で殺人未遂罪が成立するが、腹を蹴ったときには殺意がなく、殺人既遂罪は認められないのであり、「クロロホルム殺人事件」もこれと同様である。同旨、高橋（注25）一七三頁以下。しかし、殺人の故意と殺人未遂の故意と殺人既遂の故意とに分けることはできないのであり、実行行為時点において故意が認められる以上、後は、実行行為と結果の発生の相当性連関、危険連関の問題が生ずる。
- 横浜地判昭和五八・七・二〇判時一一〇八・一三八〔被告人は、自宅家屋を燃やすとともに焼身自殺をしようと決意し、家屋内にガソリンを撒布し、死ぬ前に最後の煙草を吸おうと思い、ライターで点火したところ、撒布したガソリンの蒸気に引火して爆発し、家屋は全焼したという事案〕「撒布の結果、ガソリンの臭気が室内に充滿し、被告人は鼻が痛くなり、目もまばたきしなければ開けていられないほどであったことが認められるのであり、ガソリンの強い引火性を考慮すると、そこに何らかの火気が発すれば本件家屋に撒布されたガソリンに引火し、火災が起ることは必定の状況にあったのであるから、被告人はガソリンを撒布することによって放火について企図したところの大半を終えたものといつてよく、この段階において法益の侵害即ち本件家屋の焼燬を惹起する切迫した危険が生ずるに至ったものと認められるから、右行為により放火罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」。
- (29) BGH NStZ 2002, 309 「誘拐事件」〔行為者は、自分の妻を自宅から力ずくで連れ出し、仲間の二台の自動車の助力を得て、一〇〇キロメートル離れた場所に連行し、そこで署名を強要し、それから殺害しようと計画したが、被害者は最初の暴行を加えられたときに死亡したという事案。連邦通常裁判所は、予備の段階に「法的に重要な」故意が無く、傷害致死罪が成立するとした。しかし、本事案の結論は妥当であるが、本事案は、故意は肯定されるが、予備の段階では故意の構成要件該当行為が認められないとすべきであった。Vgl. Roxin, (Fn. 25), § 12 Rn 184.
- (30) Roxin, (Fn. 25), § 12 Rn 185.; Radolphi, (Fn. 27), § 16 Rn 34.; Stratenwerth/Kuhlen, (Fn. 27), § 8 Rn 94.; W. Gropp, Strafrecht.

AT, 3. Aufl., 2005, § 5 Rn 73b.

RG DStR 1939, 177 (行為者は女性被害者を殴打して失神させ、走行中の列車から突き落として殺害しようとしたが、被害者は既に殴打で死亡したという事案。殺人既遂罪成立)。BGH GA 1935 (つるし首で「処刑される」のに抵抗した被害者が、抵抗して行為者と格闘中に死亡したという事案。殺人既遂罪成立)。BGH NSZ 2002, 475 (「空気注射事件」(行為者は抵抗する被害者を先ず叩きのめし、腕の静脈に空気注射をして殺害しようとしたが、被害者はすでに最初の殴打行為で死亡した。被害者がまだ生きていると思つて空気注射をしたとしても、それでは被害者の死を惹起できなかったという事案)(実際の事象全体と行為者の考えた事象全体が不一致であっても、両方の因果経路が等値であるため、重要でないときは、その不一致は法的に無視できるのが普通である。殺人既遂罪成立)。

これに対して、終了未遂の段階に達していなければ、既遂罪は成立しないという見解もある。ヴォルター(J. Volter, Vorsitzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung“, in: Lefrenz-Festschrift, 1983, 545 ff., 563)によれば、既遂の故意犯の処罰根拠は、「答責的な故意に実行に移された結果を発生させる危険のある未遂にある。行為者は既遂に必要なことはすべて行なわれていることを認識し、これに責めを負わねばならない。客観的に帰属可能な既遂の基礎となるこの最大限の未遂こそが既遂故意犯の刑罰を正当化する」。既遂処罰の危険は「未遂の終了時まで故意と責任を維持しぬいた者にだけ」負わせられる。しかし、この見解は正当にも次のように批判される。第一に、刑法上、未終了未遂と終了未遂は同じく処罰されているということは、両者の無価値に差異がないということであつて、したがつて、両者の因果経路のずれを異なつて扱うことは正当化できない。第二に、未終了未遂は、帰属可能な状態で結果を惹起するのだが、終了未遂と同じく結果を発生させる危険を含んでいるから、この観点からも、両者の異なつた扱いは適切でない。そもそも、「空気注射事件」に見られるように、第一の行為の方が第二の行為よりも危険な場合がある。第三に、終了未遂の場合、故意がかなり長く「維持される」というのも論拠として弱い。上記の判例において、未終了未遂の段階で結果を惹起した行為者が、決意を維持しなかったであろうという根拠は存在しない。それどころか、現実には、行為者は決意を維持していたのである(実際に、女性被害者は列車から突き落とされた、被害者はつるし首にされた、空気注射がされた)。Roxin, (Fn. 25), § 12 Rn 188; Cramer/Sternberg-Lieben, (Fn. 1), § 15 Rn 58. 参照、山中敬一「いわゆる早過ぎた構成要件の実現と結果の帰属」『板倉宏古稀祝賀論集』二〇〇四年・九七頁以下。

(31) Moos, (Fn. 6), 122.

(32) 具体的符号説という用語は、牧野英一(『日本刑法』〔初版〕一九一六年・一一八頁)において初めて用いられたのであり、客体の

- 錯誤の場合には、行為者に故意の既遂を認め、方法の錯誤の場合には、行為者に故意の未遂と（過失があれば発生した結果についての）過失を認めるという説を意味するが、これはドイツ語圏刑法学では一般に「具体化説」と呼ばれている。法定符号説というのは、行為者が認識したと実際と発生したことが同じ構成要件の中にあれば、客体の錯誤でも方法の錯誤でも、行為者に故意の既遂を認める説であり、これはドイツ語圏刑法学では一般に「客観的一般化説」と呼ばれる。ここでは、実体に即した用法である「具体化説」、「客観的一般化説」を用いる。参照、齊藤誠二『特別講義 刑法』一九九一年・三四頁。
- (33) 内田（注25）四三九頁。
- (34) トリフテラーは方法の錯誤を因果経路に関する錯誤に含める。Tryffler, (Fn. 27), 8. Kap Rn 95.
- (35) Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 138.
- (36) Moos, (Fn. 6), 120 Fn 47. 参照、内田（注25）四三九頁、能勢弘之「事実の錯誤」『現代刑法講座二巻』一九七九年・三二七頁以下。
- (37) 内田（注25）四四〇頁。西田（注12）二〇九頁は、物については、「その被害者の物」という形にまで緩和する。
- (38) Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 142.
- (39) Steininger, (Fn. 1), § 5 Rn 139.
- (40) 客観的一般化説が我が国の通説・判例の立場である。團藤（注4）二七六頁、福田（注4）一〇〇頁、大塚（注6）一九一頁。大判大正六・一二・一四刑録二三・一三六二、大判大正一一・五・九刑集一・三一三、大判昭和八・八・三〇刑集一二・一四四五。行為者の犯罪行為の結果が、その意図した客体とともに、意図しなかった客体にも生じた場合に問題が生ずる。例えば、甲は乙を殺害の意図で切りつけたところ、乙には傷を負わせたものの殺害するに至らず、誤って傍らにいた丙を殺害した場合、客観的一般化説の見解が分かれる。①数故意犯説。乙に対する殺人未遂罪と丙に対する殺人既遂罪との観念的競合を認める見解（團藤（注4）三〇四頁注36、大谷（注25）九九頁）、②一故意犯説。丙に対する単一の殺人既遂罪のみが成立し、乙に対する殺人未遂はそれに吸収されるとする見解（福田（注4）一二二頁注8）、③一故意犯説。乙に対する過失傷害罪と丙に対する殺人既遂罪との観念的競合となるとする見解（大塚（注6）一九一頁以下）がある。
- 甲は乙を殺害の意図で切りつけ、乙を殺害するとともに、乙の傍らにいた丙をも殺した場合については、行為者はその意図を表現しており、したがって、錯誤論の適用される問題はなく、乙に対する殺人既遂と丙に対する過失致死が成立する（大塚（注6）一九三頁）。
- 判例は、両名に対する故意犯の成立を認める（数故意犯説）。大判昭和八・八・三〇刑集一二・一四四五（被告人が殺意をもって被

- 害者を刺し殺し、同時に被害者の抱いていた幼児をも殺したという事案。兩名に対する殺人罪が成立」。最判昭和五三・七・二八刑集三二・五・一〇六八〔被告人甲は、巡査から拳銃を奪う目的で、殺意をもって手製装薬銃を発射し、意図した巡査乙に胸部貫通の傷害を負わせ、さらに、予期しなかった通行人丙に対しても、腹部貫通の傷害を与えたという事案。兩名に対する強盗殺人未遂罪が成立〕。
- (41) *Ritter*, (Fn. 25), 205; *Welzel*, (Fn. 25), 73; *U. Loewenheim*, *Error in objecto und aberratio ictus* — OLG Neustadt, NJW 1964, 311, Jus 1966, 310 ff., 312.
- (42) オーストリア刑法は一九七五年に全面改正されたが、それ以前の旧刑法第一三四条(謀殺罪)は、生命という法益に重要性に鑑み、「ある人を殺す目的で、殺害行為に出、その結果、この者又はある他人を殺した者は、殺人罪の責めを負う」と定めておいた。この法の背景には、行為者が目的とした人にあてることができず、他人に当ててしまった場合、行為のずれはたいい生活経験内にあるから、故意はこの者にも伸びるといふ間接的故意の思想があつたのである。しかし、通説は、この規定を例外的と考え、他の犯罪では方法の錯誤は法的に重要であると考えていた。今日の理解では、この規定は故意が過失の分だけ拡大されているということになる。*Moos*, (Fn. 11), 49 mit FN 30.
- (43) *Moos*, (Fn. 11), 49 f.; *Th. Hillenkamp*, *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierung bei abweichenden Tatverlauf*, 1971, 112, 116, 125.
- (44) これに対して、ロクスライン (*Roxin*, (Fn. 25), Rn 165) は、結論的には具体化説に近いが、故意を犯行計画の実現と捉える立場から主観的帰属を否定する。甲が乙を殺害しようとして拳銃を撃ったが、その側にいた丙に当たったという場合、甲の主観的判断ばかりでなく、客観的尺度からも、甲の犯行計画は失敗したと云える。丙には危険の実現があり、故殺罪の客観的構成要件は充足されているが、計画が実現したとはいえないので、結果を故意に帰属させることはできない。丙に対しては過失致死が、乙に対しては殺未遂に問擬されうる。
- (45) 刑法第三八条第二項の「その重い罪によって処断することはできない」の趣旨について、罪名は実現された重い罪によりながら、処罰は軽い罪によるべきとする見解(植松正『刑法概論Ⅰ(総論)』〔再訂版〕一九七四年・二八三頁以下、大判明治四三・四・二八刑録一六・七六〇)、罪名・処罰ともに軽い罪によるべきとする見解(團藤(注4)二九八頁、香川(注18)二三三頁以下、最決昭和五四・三・二七刑集三三・二・一四〇、最決昭和五四・四・一三刑集三三・三・一七九)がある。