慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	故意における客体の特定および「個数」の特定に関する一考察 (一)
Sub Title	Probleme der Beachtlichkeit der Objektsindividualisierung bei der Erfolgszurechnung zum Vorsatz (1.Teil)
Author	井田, 良(Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1985
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.9 (1985. 9) ,p.33- 55
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19850928-0033

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

故意における客体の特定および「個数」の特定に関する一考察（一）

井田　良

一　はじめに
二　故意における客体の特定の重要性
　1　客体の特定と実行行為の危険性
　2　それぞれの客体の侵害に応じた犯罪の成立が問題にならない場合における客体の特定
三　具体的（法定）符合説の根拠……以上本号
四　具体的符合説における客体の特定と「個数」の特定
　1　客体特定の基準
　2　故意の「個数」について
　3　正当化事由についての錯誤と客体の特定……以上第十号
五　故意犯における実行行為性の判断と結果の帰責
　1　実行行為性の判断と結果帰責の判断
　2　「規範的」問題としての結果の帰責
六　方法の錯誤における結果帰責の限界
　1　故意の対象としての因果関係と結果
　2　法定的符合説と結果帰責の限界……以上第十一号
七　数罪の成立と観念的競合
　1　量刑における処断刑形成の意義
　2　観念的競合の本質
　3　故意の「個数」と量刑
八　おわりに……以上第十二号

一　はじめに

かつて、ウィトゲンシュタインは、「哲学者たちは、たまたま思いついた特定の種類の事例だけを念頭において、自分の考えを組み立てている」という趣旨のことを述べた。[1] 私には、刑法における、いわゆる具体的事実の錯誤、とくに、そのうちの客体の錯誤および方法の錯誤の取り扱いをめぐる議論についても、同様のことがあてはまるように思われる。そもそも法学説は特定の事例のみを解決できれば足りるという前提をとるのでない限り、できるだけ多くの事例を想定しながら、それらを矛盾なく解決するためにはどのような理論が望ましいかを帰納的に明らかにしていくのでなければならない。そして、このような方法によってはじめて、それぞれの人が持つ体系的な思考の枠組の相違に制約されることなく、実質的な問題に関する相互的な議論をさらに深めることも可能になるように考えられる。本稿における、筆者の一つの問題意識は、このようなところにある。

そればかりでなく、本稿は、客体の錯誤・方法の錯誤の取り扱いをめぐる問題を、従来とは視角を変えて、行為者による客体の特定および「個数」の特定が、故意の成否にどのような意味を持つのかという観点から検討するものである。このような問題の設定は、「錯誤論」を文字通りの「故意論」として展開しようとする筆者の意図に基づいている。たしかに、以前から、「錯誤論は故意論の裏面である」としばしば言われてきた。ところが、行為者が犯罪の客体およびその「個数」を何らかの形で特定した場合に、それが故意の成否にどのような意味を持つのかという観点から、いわゆる客体の錯誤と方法の錯誤の問題を検討したものは、これまで見られなかったように思われる。私には、しかし、このような観点から問題を検討したときにはじめて、対立する諸見解の正しい評価も可能になるように考えられるのである。

ちなみに、周知のように、錯誤論の「適用範囲」を限定し、これを故意認定の例外的場面にのみ妥当する特殊理論

と把握する見解も存在する。[2] しかしながら、故意の成立を肯定（または否定）する原理と故意の阻却を否定（または肯定）する原理とは同じものでなくてはならない。錯誤論の「適用範囲」はどこまでか、[3] という不毛な概念論争を回避するためにも、錯誤論を「表側」から考察してみる必要があるように思われる。

他方において、錯誤論（の一部）を、いわば未必の故意の問題に「解消」しようとする見解も根強く主張されている。[4] この見解が、未必の故意を実際上認定できない場合にはじめて錯誤の問題が生ずることを看過しているとすれば、もちろんそれは妥当でない。しかしながら、いわゆる方法の錯誤の事例において、未必の故意が認められてもよいような場合には故意を認めるべきだと主張するのであれば[5]——その基準の当否は措くとしても——充分に理解できるのである。本稿が主張しようとするのは、いわゆる客体の錯誤・方法の錯誤の問題が、因果関係の錯誤の問題と同じく、行為者の表象と客観的事実との間に一定の「齟齬」がある場合に、故意によって生ぜしめられた事実として客観的事実をその故意の実行行為に帰責（帰属）できるかどうかという規範的評価の問題だということである。言い換えれば、ここでは、現実に発生した結果に当初の故意を「転用」「流用」できるかどうかというより、[6] すでに存在する故意の実行行為に、当該の結果を——故意的に生ぜしめられた結果として——帰責することができるかどうかが問われているのである。従って、もし因果関係の錯誤の問題が錯誤論の問題でないとするならば[7]——もっとも、後述するように、私自身は、そのようには考えないが[8]——客体の錯誤・方法の錯誤の問題も「固有の錯誤論の問題ではない」[9] とさえ言えるのである。しかし、逆に、相当因果関係の範囲内で同種の結果が発生したというだけで結果帰責を認めてよい、とするのは、方法の錯誤における結果帰責の基準として広すぎるように思われる。故意の実行行為が存在し、結果との間に相当因果関係が認められるというだけで、その結果を常に故意によって生ぜしめられた結果だとすることはできないのではないだろうか。本稿は、これらの点を看過する具体的（法定）符合説と法定的符合説の両者を批判するとともに、問題の妥当な解決のための一方法を提示しようとするものである。

本論に入るに先立って、本稿の論証しようと試みる一連のテーゼをあらかじめ八つにまとめて明らかにしておくことにしたい。

1　行為者による客体の特定は、それが実行行為の存否の判断を左右する場合に法的評価に影響することは明らかであり、逆に、それぞれの客体に応じた犯罪の成立が問題にならない場合には故意の成否に影響しないと考えられる。

2　わが国における議論を見る限り、いわゆる具体的符合説（あるいは具体的法定符合説）の説く客体の特定の重要性は、当該の構成要件が、およそ「その種の客体一般」ではなく、「それぞれの個別具体的な客体」を独立に保護しているということによって理由づけられている。

3　「その客体を侵害しようとして、その客体を侵害した場合にのみ故意が認められる」という、具体的符合説の基準は、故意における客体特定の基準として不充分である。とくに、客体を目の前にして視覚的に把握（または、聴覚によって認知して特定）してはいない場合の客体の特定としては、(1) 相当因果関係の範囲内における侵害の対象としての特定、(2) 侵害の日時・場所などの状況による特定、(3) 法益主体を基準とする特定（いわば「名前」による特定）が考えられるが、そのいずれを基準とするにしても、具体的符合説は自己矛盾に陥らざるを得ない。

4　それぞれの客体が別個独立の保護の対象とされている場合にも、行為者がその表象の中で一定の客体に犯意を特定して行為したときは、故意による実行行為が認められ得る。これに対して、現実に生じた結果（ないし危険）をどの範囲で帰責（帰属）し得るかは、実行行為性の問題とは区別された結果帰責の問題である。

5　客体の錯誤・方法の錯誤の問題においては、因果関係の錯誤の問題におけると同じく、客観的事実をその故意行為に帰責してよいかどうかを判断するための規範的な帰責基準を解明しなければならず、わが国の具体的符合説は、そのような基準を明らかにしていない点で、なお不充分である。

6　結果を故意行為に帰責するためには、相当因果関係の範囲内で構成要件的に同種の結果が生じたというだけでは足りない。因果関係の錯誤の場合にも、方法の錯誤の場合にも、客観面の事実と主観面の認識を具体的に照らし合わせて、当該の結果を、故意によって生ぜしめられた結果として帰責し得るかどうかを検討しなければならない。法定的符合説の難点は、客観面と主観面の「齟齬の重大性」の判断の必要性を等閑視している点にある。

7　どのような説によるとしても、犯罪の成否の場面において故意の「個数」を考慮することは、実際上大きな困難をもたらす。

8　故意の「個数」の問題は、量刑の場面において解決されるべきである。観念的競合の規定は、量刑における違法評価の重複の問題、言い換えれば、違法要素としての量刑事情の重なり合いの問題を処理するために設けられている。故意の「個数」が問題となる場合にも、ひとまず数個の故意犯の成立を肯定しておきながら、観念的競合の関係を認め、量刑の場面で故意の重複評価を回避すれば足りるのであって、そのことにより特殊な問題を量刑の次元に持ち込むことにはならない。

(1)　ルートヴィヒ・ウィトゲンシュタイン（藤本隆志訳）『哲学探究〔ウィトゲンシュタイン全集8〕』（一九七六年）三〇九頁。

(2)　下村康正「併発事実と錯誤理論」（一九七七年）同『刑法総論の現代的諸問題』（一九七九年）一二八、九頁、福田平「いわゆる事実の錯誤について」研修三八九号（一九八〇年）六、七頁、同「方法の錯誤に関する覚書」『井上正治博士還暦祝賀・刑事法学の諸相（上）』（一九八一年）二二四頁、二二七頁、二三二頁、二三四頁、同『刑法総論』（全訂版・一九八四年）一一四頁注（七）、香川達夫『刑法講義〔総論〕』（一九八〇年）二二六頁、二二九、二三〇頁、立石二六「具体的事実の錯誤における方法の錯誤」北九州大学法政論集一〇巻三・四合併号（一九八三年）九頁、一五頁など。

(3)　植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（一九七四年）二七五頁、大塚仁『犯罪論の基本問題』（一九八二年）二五二頁、同「構成要件的錯誤（1）」福田・大塚編『演習刑法総論』（一九八三年）六九頁は、本来の故意に相応した結果が生じた場合には、そのほかの客体との関係では錯誤理論が適用されないとする。川端博「錯誤」西原春夫ほか編『判例刑法研究3責任』（一九

八〇年）一二四頁以下、福田「方法の錯誤に関する覚書」（前掲注2）二二六頁以下、正田満三郎『刑法体系総論』（一九七九年）二七〇頁、二九一頁注（3）、同「具体的法定符合説の真義」大東法学八号（一九八一年）三頁、五頁、一〇頁、阿部純二「符合ということ」法学セミナー三三六号（一九八三年）一一四、五頁は、本来の故意が実現された場合と、意図しない客体に、故意に応じた既遂の結果が発生しなかった場合には、方法の錯誤の問題にならないとする。さらに進んで、下村「併発事実と錯誤理論」（前掲注2）一二五頁、一二九、三〇頁、香川「錯誤をめぐる若干の問題」法学セミナー三四四号（一九八三年）四九頁、同「方法の錯誤」研修四二九号（一九八四年）三頁以下、立石「具体的事実の錯誤における方法の錯誤」（前掲注2）一〇頁以下は、意図した客体に何らかの侵害結果（例えば、傷害の結果）が生じたときは、本来の意図（例えば、殺意）が実現されなくても、それ以外の客体との関係では錯誤の問題は存在しないとする。

これらの見解に対して批判的なのは、例えば、平野龍一「具体的法定符合説について」（一九八〇年）同『犯罪論の諸問題（上）総論』（一九八一年）七二頁、中義勝「方法（または打撃）の錯誤について」関西大学法学論集三二巻六号（一九八三年）一一、二頁、一四頁、町野朔「法定的符合説（1）——故意の個数」平野龍一・松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ総論（第二版）』（一九八四年）一一〇頁である。

（4）荘子邦雄「法定的符合説」日本刑法学会編『刑法講座第三巻』（一九六三年）一一二頁以下、同『刑法総論〔新版〕』（一九八一年）三四二頁、三四四頁以下、内田文昭『刑法Ⅰ（総論）』（一九七七年）一五一頁以下、三〇九頁以下参照。

（5）例えば、荘子『刑法総論』（一九六九年）五四〇、一頁、五四七頁、五四九頁、内田『刑法Ⅰ（総論）』（前掲注4）一五一、二頁からは、明らかにこのような趣旨がうかがわれる。なお、墨谷葵「共犯と錯誤」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一編『現代刑法講座第三巻』（一九七九年）二四〇頁も、「Aを射殺しようとして誤って傍にいたBを射殺してしまった……場合、当該行為とBの死亡との間に相当因果関係が存するときには、それを偶発的な災難とみるよりは行為者の認識の範囲内に入っていた結果であるとみる方が、社会生活上の観念に一致する」とする。

（6）例えば、西原春夫『刑法総論』（一九七七年）一九一頁注（2）、一九七頁、香川「結果的加重犯と錯誤」学習院大学法学部研究年報14（一九七九年）四八頁以下、同『刑法講義〔総論〕』（前掲注2）二二六頁、同「錯誤をめぐる若干の問題」（前掲注3）四九頁、川端「錯誤」（前掲注3）一一四頁、立石「具体的事実の錯誤における方法の錯誤」（前掲注2）二、三頁、九、一〇頁。なお、長島敦「事実の錯誤と故意の個数」研修四一七号（一九八三年）三頁以下、同「刑法の解釈における価値的評価・判断」刑法雑誌二六巻一号（一九八四年）一二頁以下も参照。

(7) わが国でも、このような見解が有力である。とくに、山中敬一「過失犯における因果経過の予見可能性について（一）」関西大学法学論集二九巻一号（一九七九年）三九頁以下、金沢文雄「因果関係の錯誤」法学セミナー三二九号（一九八二年）四〇頁参照。

(8) 後出五2、六1参照。

(9) 金沢「因果関係の錯誤」（前掲注7）四〇頁。なお、Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 131 f. も参照。

二　故意における客体の特定の重要性

行為者による客体の特定が故意の成否にどのような意味を持つのかを明らかにすることが、本稿の一つの目的である。しかし、行為者がどの客体に犯意を特定したのかによって法的に重要な相違が生じ得ることが、検討を加えるまでもなくすでに明らかな場合もある。それは、行為者が、予備の段階を越えて犯罪の実行に着手したかどうかを判断しなければならない場合である。また、逆に、客体の性質によっては、ほかならぬその客体に犯意を特定したことに如何なる法的意味も認め難い場合がある。それは、それぞれの個別的客体の侵害に応じた犯罪の成立が問題にならない場合である。そこで、本来の問題領域に入る前に、本章においては、右のそれぞれについて若干の検討を加えておくことにしたい。(10)

(10) なお、西ドイツでは、結合犯などにおいて、第一の行為の時点で特定した客体とは別個の客体に第二の行為が向けられた場合（例えば、手段たる暴行の時点では財物Aを奪おうとしていたのに、奪取の時点で対象を財物Bに変更したというような意識的な客体の変更＝Vorsatzwechselの場合）の取り扱いが問題にされている（議論の状況について詳しくは、Thomas Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 5—18参照）。これは、意識的に、当初特定した客体以外の客体に結果を生じさせた場合であり、これに対して、いわゆる方法の錯誤は、行為者が意図する

ことなく、当初特定した客体以外の客体に結果を生じさせてしまったという点に違いがある（Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen, S. 19 f., 86 f. 参照）。私の見る限り、わが国の刑法の下では、西ドイツにおけるのと同様の問題が生ずる事例は殆ど考えられない。もっとも、共犯、特に教唆犯の場合には、正犯者にとっての「客体の変更」（例えば、正犯者が、教唆者に指示された財物A〔＝宝石類〕とは別の財物B〔＝現金〕の方を選んで窃取し、しかも両財物の占有者が異なるというような場合）が、教唆者にとって方法の錯誤になるのではないかという問題があり（とくに、Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen, S. 54 ff. 参照）、それは当然わが国でも議論する価値がある（なお、後出四1参照）。

1　客体の特定と実行行為の危険性

未遂犯の成否を検討する場合には、果たして行為者がどの客体に犯意を特定したのかによって、実行行為の危険性の程度を異なって評価しなければならないことがある。むしろ、実行の着手時期に関する実質的客観説や折衷説を採る限り、[11] 主観的違法要素としての「故意」や「行為者の計画」が判断の一要素として考慮されることは当然であり、従って、行為者による客体の特定も重要な判断資料となり得る。例えば、他人の住居に侵入した者が、現在いるその部屋にある高価な絵画を盗もうとしているのか、別の部屋にある金庫の現金を奪おうとしているのかは、着手時期の判断にあたって決定的な相違となり得る。また、仇敵Aを殺そうと考えた行為者がライフルのファインダーを覗いて通行人の中からAを探している場合に、その行為者が、客体を特定できたかどうかは、重要な区別として考慮されなければならない。もちろん、一定の客体に排他的に対象を特定しなければ、故意が認められないというのではない。一定の範囲内の客体のうちのいずれかが侵害される危険を認識すればすでに故意は肯定できる。しかし、たとえその種の犯罪を行なう確定的な意思があっても、対象が全く特定されていない場合には、故意があることにはならないし、客体の特定の程度が実行の着手時期の判断に影響を持ち得ることも疑い得ない。そうだとすれば、故意の実体は「およそ人の財物を奪う意思」「およそ人を殺害する意思」だと考えることはできないであろう。客体の特定も、故意の

内容に含まれるとした方が素直なのである。

ただし、法定的符合説の立場を一貫させて、この場合の客体の特定は、故意の要素ではなく、「行為者の計画」の一要素としての（故意とは区別された）主観的違法要素だとする見解もある。[12] しかし、そもそも、およそ「人を殺そう」「物を盗ろう」という抽象的な意思を、殺人罪や窃盗罪の「故意」と捉えるべきではない。例えば、甲が、寝室にいるAを窓の外から射殺することを計画し、A宅まで車を走らせていたところ、A宅の直前で酔払い（実は、A）を誤ってひき殺してしまったという場合、甲が運転している間Aを殺すことばかり頭の中で考えていたとしても、その意識内容を殺人罪の「故意」と呼ぶことはできない。[13] 同様に、甲がAの所有する高価な花瓶を部屋の外に持ち出して壊そうとしたところ、途中でつまずいて落として壊してしまったという場合にも、「壊そう」と思っている行為者の意思を器物損壊罪の故意と呼ぶことはできないであろう。犯罪の（実行）故意を肯定するためには、少なくとも自分が今行なっている行為が客体を侵害する充分の原因力――従って、自分がさらにそれ以上の行為をしなくても、結果が発生する可能性――を持った行為であることの認識が必要である。そうだとすれば、客体を全く特定しないような「故意」は有り得ないはずである。不確定故意としての概括的故意の場合であっても、例えば「爆弾の作用を受ける人」という程度の特定は当然なされているものなのである。こうして、故意は、行為者が認識したその客体に対象を特定することをも内容に含めて「具体的」に把握されなければならない。[14] 行為者が認識した、その特定の客体を侵害する、という意思内容を捨象すれば、予備罪の故意と実行故意との区別も失われてしまいかねないのである。[15]

さて、故意の内容が右のようなものでなければならないとすれば、錯誤論においても、当然に、具体的符合説が妥当だということにならざるを得ないようにも考えられる。このような考え方に対しては、行為者がどの客体に犯意を特定したかによって未遂犯の成否が左右されることは、未遂犯における故意が、実行行為の危険性判断に影響する要素として主観的違法要素であることに由来するものに過ぎない、とすることも可能であるかも知れない。[16] それが正し

いとすれば、既遂犯の故意における客体の特定の法的重要性については、さらに別の論拠が必要だということもできる。とくに、既遂犯の故意を、未遂犯における故意と区別して、責任要素に過ぎないとする論者[17]にとっては、まさにそうだと言わなければならないことになる。

しかしながら、むしろ、後述のように[18]、実行行為性の判断にあたって、右のように故意を「具体的」に把握することは、通説の実行行為論を前提とする限り、法定的符合説を採ることと全く矛盾しないと考えられるのである。実行行為自体は、行為者が特定の客体の侵害を意図して活動する過程であり、その場合の行為意思が「一定の客体に対して自己を実現してゆく意思」であることは[19]、まさにその通りである。もし、故意が「およそ人を殺す意思」「およそ財物を奪う意思」だとすれば、実行行為は、客体に対して方向づけられず、「因果的世界の宙に迷って[20]」しまうばかりでなく、その実体もおよそ不明確なものとなろう[21]。しかし、故意を、具体的な「実現意思」として把握することと、法定的符合説の基準により結果をその故意行為に帰責（帰属）することとは決して矛盾しない[22]。それを矛盾するように考えるのは、実行行為における故意の成否の問題と結果帰責の問題とを混同しているからなのである。

(11) 実行の着手時期をめぐる学説の状況については、野村稔『未遂犯の研究』（一九八四年）二八五頁以下およびそこに引用された文献参照。そのほか、最近の論文として、堀内捷三「行為意思と故意の関係について」警察研究五五巻八号（一九八四年）三頁以下がある。

(12) 西原春夫「犯罪実行行為論〔総論〕」法学セミナー三六〇号（一九八四年）三三頁、同「実行の着手（上）」警察学論集三八巻二号（一九八五年）一八、九頁参照。

(13) もっとも、この事例について、Rolf Dietrich Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto, JA 1981, S. 373, 471 は、すでに実行の着手段階に到達しており、故意（つまり、主観的構成要件の充足）が認められる（しかし、客観面における結果惹起と結びつけて既遂を肯定することはできない）としている。

(14) なお、曽根威彦「方法の錯誤」植松正・川端博・曽根威彦・日高義博『現代刑法論争Ⅰ』（一九八三年）一七七、八頁も参照。

(15) 町野「法定的符合説（1）」（前掲注3）一一一頁参照。ちなみに、予備罪の主観的要件については、斉藤誠二『予備罪の研究』（一九七一年）一〇九頁以下が詳しい。

(16) なお、刑法研究会「刑法総論の現代的諸問題」Law School 一四二号（一九八二年）九頁、一二頁における町野朔の発言参照。

(17) 平野『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一二八頁、一五九頁参照。

(18) 後出五1参照。

(19) 平野『刑法総論Ⅰ』（前掲注17）一七五頁。

(20) 中「方法（または打撃）の錯誤について」（前掲注3）四頁。

(21) 町野「法定的符合説（1）」（前掲注3）一一一頁参照。

(22) 進んで、川端博は、故意の「実現意思」たる側面を強調すると、法定的符合説を妥当とすることになると言う。川端「方法の錯誤」『現代刑法論争Ⅰ』（前掲注14）一八二、三頁以下を見よ。なお、佐久間修「事実の錯誤の理論と故意の観念」名古屋大学法政論集一〇二号（一九八四年）九二、三頁も参照。

2 それぞれの客体の侵害に応じた犯罪の成立が問題にならない場合における客体の特定

それぞれの客体の侵害に応じた犯罪の成立が問題にならない場合に、行為者がそのうちの一定の客体に犯意を特定していたとき、つまり、いわば独立に保護される範囲の客体のうちの一部分を侵害しようとして他の一部分を侵害したに過ぎないときには、そのような客体の特定には刑法上の重要性が認められないと考えられる。本節では、この点について検討することにしたい。

それぞれの客体の侵害に応じて犯罪が成立するということは、それぞれの客体に応じて各別の犯罪構成要件が設けられているか、または——同一の構成要件の範囲内で——侵害された（または危険にさらされた）客体の個数が罪数決定の基準となるということである。そのいずれの場合にも、刑罰法規は、それぞれの客体を、ほかの客体と区別して

独立の保護の対象としている。当然のことながら、刑法が、どこまでの範囲の客体を独立した保護の対象としているかは、法的評価を介さずに存在論的に確定できるというものではあり得ない。ピアニストの右手を狙って切りつけ、はずれて左足大腿部を怪我させたという場合[23]でも、もし、刑法が手と足のそれぞれを独立に保護する規定を設けたとすれば、その錯誤は法的に重要なものとなり得るかも知れない。現に、西ドイツ刑法のように、身体の重要部分を特に保護する構成要件（二二四条、二二五条）を設けている場合、行為者が身体のどの部分に傷害の対象を特定したかが、生じた結果についての故意の成否の検討にあたって問題となり得ることは当然である。例えば、腕を傷つけることを意図したところ狙いが外れ、目に命中させて被害者を失明させた場合には、意図による重傷害罪（二二五条）の犯意を肯定する訳にはいかず、せいぜい結果的加重犯たる重傷害罪（二二四条）の成立を認め得るに過ぎないことになる。[24]これに対して、わが国の刑法の下においては、同様の場合、そのような「錯誤」は、せいぜい傷害罪の成立を前提としてその量刑の範囲内で考慮されるにとどまるのである。[25]このようにして、刑法が、いわば「ひとまとめ」にして保護している客体の範囲内における錯誤は、少なくとも犯罪の成否の場面においては、法的に重要でないと考えられる。[26]このことは、法定的符合説の立場からは当然であるが、いわゆる具体的符合説に立つ人によっても同じように考えられている。右の範囲内では、その客体の侵害を意図してその客体を侵害した、ということができ、言い換えれば、同一の法益主体に対する構成要件的に同種の法益侵害という範囲で客観面と主観面の間の符合が認められ得るからである。[27]具体的符合説も、この限りでは、行為者による客体の特定が故意の成否を左右する範囲そのものが、法的評価に応じて相対的であることを認めるのである。その意味で、この見解が具体的法定符合説と呼ばれることも、[28]充分に理解できる。

このようにして、刑法上、独立した保護の対象とされていない客体については、行為者が特定していた客体以外の客体に結果が発生したとしても、故意の成否に影響しないと考え得ることになる。[29]例えば、甲が乙に宝石類の窃盗を

教唆したところ、指示された宝石類でなく現金を乙が窃取したときは、それらが同一被害者の占有の下にある限り、そもそも法的に重要な錯誤は存在しないということになろう。また、現住建造物Aを狙って火炎びんを投げつけたが、予想に反して現住建造物Bに火がついて、さらにC、Dに燃え移った、という事例についても、焼燬した現住建造物ごとに放火罪が成立するものでなく、脅かされた公共の安全を基準にして一罪が認められる以上、行為者の錯誤は、故意の成否に影響しないのである。(30)

そこで、問題は、個々の客体が独立に刑法的保護の対象になっているときは必ず、行為者がどの客体に犯意を特定したかによって、故意の成否が左右されるのかどうかということである。まさにこれを肯定するのが、具体的（法定）符合説なのである。それでは、具体的符合説は、なぜ、そのように主張するのだろうか。次章においては、具体的符合説の論拠を分析してみることにしたい。

(23) なお、平野「具体的法定符合説について」（前掲注3）七二頁、七五頁、福田「方法の錯誤に関する覚書」（前掲注2）二二八頁、正田「具体的法定符合説の真義」（前掲注3）二、三頁、柏木千秋「法定的符合説と罪数」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』（一九八四年）二六三頁注（16）、西田典之「共犯の錯誤について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第三巻』（一九八四年）九六頁、九九、一〇〇頁など参照。このような場合に、傷害罪（既遂）が認められることに異論はない。西ドイツで反対の見解として、Friedrich-Cristian Schroeder, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 21. Lieferung, 1980, § 16 Rdn.11（もっとも、これは、シュレーダーが厳格責任説に立つことと無関係ではないように思われる）および（必ずしも明らかではないが）Cramer in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl. 1982, § 15 Rdn. 55 がある。

(24) そればかりか、重傷害の態様について錯誤があったとき（例えば、失明させようとしたところ、発話能力を失わせることになった場合）にも、場合によっては故意が阻却されると言われている。Stree in: Schönke-Schröder（前掲注23）§ 225 Rdn. 2a参照。

(25) 量刑事情についても「錯誤」の問題が生じ得ることについては、井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（一）」本誌五五巻一〇号（一九八二年）八五頁以下参照。

(26) なお、Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto（前掲注13）S. 374 も参照。

(27) とくに、西田「共犯の錯誤について」（前掲注23）九九、一〇〇頁参照。

(28) とくに、平野「刑法の基礎⑩」法学セミナー一三〇号（一九六七年）二四頁、同「具体的法定符合説について」（前掲注3）七五頁、西田「共犯の錯誤について」（前掲注23）九六頁。なお、川端「方法の錯誤」（前掲注22）一八一頁、大谷実「構成要件的符合説について」同志社法学三六巻四号（一九八五年）九頁も参照。

(29) 柏木『刑法総論』（一九八二年）二一七頁以下、二三四頁注（17）は、客体の数が罪数の基準になる罪についてだけ、客体の特定が重要だとする。西田「共犯の錯誤について」（前掲注23）九六頁、九九頁以下も、行為者が認識したのと同一の法益主体に、構成要件的に同種の侵害が生じた場合には故意を阻却しないとする。反対、町野「故意論と錯誤論」刑法雑誌二六巻二号（一九八四年）一七八、九頁。なお、佐久間修は、構成要件上の行為の客体は行為の物理的な対象を指すべきもので、具体的符合説が保護法益の面から客体の範囲を「便宜的に拡張する」ことは、「事態の自然的差異に着目する」具体的符合説としては首尾一貫せず、また構成要件判断と違法性判断を混同するものだと批判する（佐久間「ドイツにおける事実の錯誤論について」名古屋大学法政論集一〇一号〔一九八四年〕一二一頁、一二七頁注（13）、同「事実の錯誤の理論と故意の観念」〔前掲注22〕九五頁参照）。

(30) 西村克彦『犯罪形態論』（一九六九年）一二二頁、柏木『刑法総論』（前掲注29）二三四頁注（17）、同「法定的符合説と罪数」（前掲注23）二六三頁、西田「共犯の錯誤について」（前掲注23）一〇〇、一頁、内田文昭「『方法の錯誤』について」法学四七巻五号（一九八四年）六六、七頁、七三頁。なお、誣告罪（刑法一七二条）においては、特定の人に犯罪などの嫌疑がかかることが成立要件となっていない以上、錯誤の問題は生じないといってよい。西ドイツにおける議論については、Roland Noack, Tatverlauf und Vorsatz, Dissertation Hamburg (1966), S. 30 ff.; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen（前掲注10）S. 26 ff., 112 f., 123参照。

三　具体的（法定）符合説の根拠

具体的符合説は、行為者が現実に抱いていた（自然的）意思を故意そのものと同一視する理論であるかのような印象を与える。しかし、前節で明らかにしたように、具体的符合説においても、行為者による客体の特定が故意の成否

を左右する範囲は、どこまでその客体が独立した法的評価の対象とされているのかによって相対的に定められる。そこで、なぜ、客体の特定の重要とされる範囲が法的評価に応じて相対的であるとすることが、具体的符合説の基本思想と矛盾しないかを、明らかにする必要がある。さらに、個々の客体が独立した刑法的評価の対象となっているときは必ず、行為者がどの客体に犯意を特定したかによって故意の成否が影響を受けるとすることも、理論的な基礎づけを必要とする。しかし、私の見る限り、これらの点について、具体的符合説は、極めて説得力のある解答を用意している。以下、殺人罪を例にとって考えてみたい。

具体的符合説を批判する論者は、次のように主張する。殺人罪の構成要件は「およそ人」を殺害することを禁じているのであって、「およそ人」以上に客体を具体化することに法的意味があることは、構成要件の内容から導かれるものではない、と。[31] しかし、殺人罪の構成要件は、「およそ人」を観念的に保護しているのではなく、個々の具体的な人を個別的に保護しているように思われる。もし、「およそ人」または「およそ人の生命一般」という観念的な価値そのものを保護しているのだとすれば、一度に何人を殺害しても、およそ人の生命という観念的な価値の保護の要求に違背したということで、一個の殺人罪しか認めることはできないであろう。従って、複数の殺人罪の観念的競合など認められないということにもなる。[32] このように、殺人罪の規定が、「およそ人の生命」という観念的な価値を尊重すべきだと要求するにとどまるのでなく、それぞれの個人を他の人とは独立に保護している——だからこそ、侵害された客体の数が罪数決定の基準になる——とみることは、充分に説得力のある理論仮説だと言わなければならない。私には、これが、現在わが国で主張されている具体的（法定）符合説[33]の理論的根拠であるように思われる。[34]

具体的符合説の前提になっている考え方によると、実行行為とは、例えば「およそ人の生命」という観念的な価値を尊重すべきだという要請に反して行為することなのではなく、構成要件によって独立に保護される個々の具体的な客体を侵害しようとすることだということになる。従って、それぞれの客体が独立した刑法的保護の対象である限り、

侵害される客体が、ここにいるAか、そこにいるBかは構成要件上重要な区別であって、個々の客体ごとに独立の構成要件該当行為（そして、それに対する責任）を考えなくてはならない。[35] ただし、行為者が一定の客体を認識し特定したとき、その客体について、構成要件的に重要でない属性（例えば、その人が、仇敵Xであること、債権者Yであることなど）に関する錯誤があったとしても、故意を阻却しない。[36] 行為者が具体的な対象を「人」として認識したとき、「その人を殺すな」という規範の命令が発せられ、それに反して行為することが、故意による規範違反なのである。そこで、（行為者が認識した）その客体を侵害するな、というのが具体的な規範の命令の内容であり、それ以外の客体の存在を認識していない者には、認識しなかった客体との関係ではせいぜい過失犯の規範違反しか考えられず、また、その客体を認識していない以上は、その客体との関係では「規範の問題を与えられていた」とは言えないから故意の責任を問うことはできない、ということになる。[37] さらに、構成要件によって独立に保護される具体的客体を侵害しようとすることが実行行為であり、個々の客体ごとに独立の実行行為を考えなければならないとすれば、意図されていない客体との関係では、故意の実行行為が存在しないことになるのである。[38]

以上が、わが国で主張されている具体的符合説の理論的根拠であると考えられる。とすれば、このような基本的見解から出発しながら、「客体の個性が重視されない」器物損壊罪のような犯罪の場合には客体の特定が重要でないとすることは、[39] 少なくとも理論的な根拠を欠くことになる。本来故意が認められないはずのところに例外的に故意が認められるとするのは余りに便宜的であるし、[40] また、そのように考えるならば、器物損壊罪については、被害者の数にかかわらず、物をいくつ壊しても一罪と考えなければ首尾一貫しないことになるのである。[41]

さて、具体的符合説を支持する論者の中には、いわゆる方法の錯誤の場合には、行為者において、故意の要件たる（相当）因果関係の予見がない、という理由から、発生事実につき故意犯を認め得ない、と主張する者もある。[42] もっとも、その趣旨は、必ずしも明らかでない。たしかに、行為者は、狙いを定めた客体Aに侵害結果が生ずることは予見

しているが、現実に侵害される客体Bに結果が発生することを予見してはいない。しかし、結果発生の具体的態様まで予見していなければ――言い換えれば、エンギッシュ (Karl Engisch) の言う「狭義の相当性」[43]についてまで認識が及んでいなければ――故意が阻却されると考えるならば、因果関係の錯誤の場合において、当該結果については故意が認められないことになってしまう。従って、あらゆる因果関係の錯誤の場合について故意が阻却されるとするのでない限り、予見された因果経過と現実に生じた因果経過との間に多少のくい違いがあっても故意犯の成立に影響はないと考えなければならない。[44]そこで、予見された因果経過と現実の因果経過との間にどの程度の齟齬があれば故意が阻却されるのかの基準を明らかにすることが必要になる。方法の錯誤の場合には、発生事実について故意を肯定できないというのであれば、その理由は、予見された因果経過と現実の因果経過との間に重大な齟齬が存在するということに求められなければならない。[45]しかし、それは結論を別の言葉で言い換えたものに過ぎず、何の論証にもなっていないのである。[46]なぜ、同一の客体に向けられた因果経過の範囲内で符合していなければ、同じ因果関係の錯誤が直ちに故意を阻却することになるのだろうか。[47]因果関係の予見というからには、現実に結果が生じた具体的客体の認識が「概念必然的に内含されていなければならない」と主張するが、[48]そう考えなければならないかどうかが、問われている当の問題なのである。私の見る限り、そのように考えなければならないことの理論的前提は、前述のように、刑法上独立に保護されている個々の客体との関係で各別の故意の規範違反、そして実行行為を想定しなければならない、ということに他ならないように思われる。そもそも、具体的符合説にとって、現実の因果経過の予見の有無が決定的でないことは、具体的符合説を採用する者の中に、故意の要件として因果経過の予見を不要とする者が多いことからも明らかではなかろうか。[49]

いずれにしても、以上のように考えてくると、具体的符合説の基礎にある理論仮説は充分の説得力を持つことが明

らかとなった。ところで、具体的符合説は、その具体的な適用場面において見る限り、独立した刑法的保護の対象とされる客体およびその個数を基準にするという「制約」は認めるものの、それ以上の法的評価を介することなく（いわば没価値的に）自然的な意思の認められる限度で故意を認めるべきことを強調するのである。[50] そこで、問題となるのは、そのような（没価値的な）基準が、実際的に満足すべきものであるのか、そして翻って具体的符合説の基礎にある理論仮説が、厳密な理論的批判に耐え得るものなのかということである。本稿は、そのいずれに対しても疑問を提起しようとするものである。以下、順次検討を加えていくことにしたい。

(31) 西ドイツの最近の学説の中で、とくに、Ingeborg Puppe, Zur Revision der Lehre vom »konkreten« Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, S. 3 f., 12, 20 参照（なお、本論文の詳細な紹介として、佐久間・名古屋大学法政論集九三号〔一九八二年〕二二四頁以下がある）。ほぼ同旨、金沢「打撃の錯誤について」広島法学五巻三・四合併号（一九八二年）三九頁以下、阿部「符合ということ」（前掲注3）一一四頁。なお、このような見解を採る、以前のドイツの学説については、Günter Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, S. 817 および Noack, Tatverlauf und Vorsatz（前掲注30）S. 8; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen（前掲注10）S. 32 に詳しい。もっとも、「具体的符合説」（=Konkretisierungstheorie）を基本的に支持する Herzberg, Aberratio ictus und error in objecto（前掲注13）S. 371, 374; Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht（前掲注9）S. 124 f., 127, 129, 130 も、この点については同じ見解である。

(32) ベーリング（Ernst Beling）は、Aという人に対する故意、Bという人に対する故意というような個別的な故意はあり得ず、およそ殺意をもっておよそ人を殺したところに一回の構成要件該当性が肯定され、一度に何人殺しても一個の構成要件実現しか存在しないとしていた。従って、被害の大きさや客体の量の問題は、量刑の問題だとしたのである。Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 325 ff. ベーリングの見解については、内田「法定的符合説について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』（一九八四年）二二九頁以下、佐久間「ドイツにおける事実の錯誤論について」（前掲注29）八五頁以下参照。なお、牧野英一「方法の錯誤」（一九一七年）同『刑法研究第一巻』（再版・一九三八年）二四三頁以下も、犯罪徴表説の立場から、殺人罪どうしの観念的競合は認められないとしていた。

(33) わが国で、具体的（法定）符合説を採るのは、平野「方法の錯誤」（一九六〇年）および「具体的法定符合説について」（一九八〇年）同『犯罪論の諸問題（上）』（前掲注3）六五頁以下、七〇頁以下、同『刑法総論Ⅰ』（前掲注17）一七四頁以下、中「刑法の錯誤理論」綜合法学三八号（一九六一年）五三、四頁、同「方法（打撃）の錯誤」関西大学法学論集一四巻四・五・六合併号（一九六五年）二〇九頁以下、同『刑法総論』（一九七一年）一一七頁以下、同『講述刑法総論』（一九八〇年）一一六、七頁、同「方法（打撃）の錯誤について」（前掲注3）一頁以下、荘子邦雄「法定的符合説」（前掲注4）一一〇頁、同『刑法総論（旧版）』（前掲注5）五三九頁以下、五四六頁以下、同『刑法総論〔新版〕』（前掲注4）三三一頁以下、後藤正弘「事実の錯誤について」鹿児島大学法文学部紀要・法学論集二号（一九六六年）四七頁以下、西村克彦『犯罪形態論』（前掲注30）八一頁以下、同「錯誤の心理と論理」『植松博士還暦祝賀・刑法と科学〔法律編〕』（一九七一年）二八一頁以下（もっとも、西村は、共犯の錯誤については法定的符合説の基準が妥当するという）、木村栄作「殺人被害者を貫通した銃弾が通行人に命中した事例」研修二七四号（一九七一年）七二頁以下、内田『刑法Ⅰ（総論）』（前掲注4）一五一頁以下、同「『客体の錯誤』について」研修四二二号（一九八三年）五頁以下、同「『方法の錯誤』について」（前掲注30）五二頁以下、同「故意犯の構成要件不該当性〔その2〕」法学セミナー三三二号（一九八二年）八三頁以下、町野朔「法定的符合説（1）」（前掲注3）一〇九頁以下、同「故意論と錯誤論」（前掲注29）一七七頁以下、平出禾「事実の錯誤考」研修三六六号（一九七八年）八頁以下、前田雅英「事実の錯誤に関する諸学説の差異」西原春夫・藤木英雄・森下忠編『刑法学3』（一九七八年）二一四頁以下、斉藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』（新訂版・一九七九年）六四頁以下、四三五頁以下、中山研一『刑法総論』（一九八二年）三五九頁以下、曽根「方法の錯誤」（前掲注14）一七三頁以下、柏木「法定的符合説と罪数」（前掲注23）二三五頁以下、西田「共犯の錯誤について」（前掲注23）九三頁以下（＝同「具体的法定符合説について」刑法雑誌二六巻二号〔一九八四年〕一七一頁以下）、堀内捷三「錯誤論の現状」刑法雑誌二六巻二号（一九八四年）一六六頁以下など。

(34) この点について適切なのは、内田「法定的符合説について」（前掲注32）二二九頁以下、同「『方法の錯誤』について」（前掲注30）五八、九頁、同「『客体の錯誤』について」（前掲注33）五頁以下である。なお、柏木「法定的符合説と罪数」（前掲注23）二五九頁も参照。

(35) 平野龍一は、方法の錯誤の場合、「Aに対する罪とBに対する罪とは、別個の構成要件（該当）事実であるから、既遂か未遂か、故意犯か過失犯かは独立に判定されるべき」である、とする（平野「具体的法定符合説について」〔前掲注3〕七四頁。なお、同「刑法の基礎⑩」〔前掲注28〕二四、五頁も参照）。中山研一が、「侵害客体が一個毎に一つの構成要件がある」と

するのも、同じ趣旨であろう（中山『刑法総論』〔前掲注33〕三六〇頁注（1）および同・判例評論二四一号〔一九七九年〕三三頁注（10）、刑法研究会「刑法総論の現代的課題」Law School 四二号〔前掲注16〕一二頁の発言参照）。西ドイツの学説の中では、Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1983, S. 8 f. が、故意の対象は抽象的な法律上の構成要件でなく、具体的な構成要件該当事実であり、また、その具体的な人を殺したことが客観的構成要件に該当する事実なのであるから、方法の錯誤の場合、構成要件的に重要な事情の認識がなかったことになるとする。

(36) なお、西ドイツ刑法は、一六条一項前段において、「所為の遂行にあたり、法律上の構成要件に属する一定の事情を知らなかった者は、故意に行為したものではない」と定める。客体の錯誤が故意を阻却しないことは、この条文からも明らかである（とくに、Schroeder, Leipziger Kommentar〔前掲注23〕§16 Rdn. 8; Justus Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, in: Hans-Heinrich Jescheck [Hrsg.], Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Budapest 1978, 1978, S. 23 参照）。しかし、わが国の三八条一項についても、同様に解釈しなければならないと思われる（なお、改正刑法草案二〇条一項参照）。客体の錯誤の取り扱い（とくに、それが故意を阻却しないことの理由づけ）をめぐるドイツの議論については、Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl（前掲注31）S. 817 ff.; Noack, Tatverlauf und Vorsatz（前掲注30）S. 4—17; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen（前掲注10）S. 30 ff. に詳しい。

(37) とくに、内田「法定的符合説について」（前掲注32）二二九頁、西田「共犯の錯誤について」（前掲注23）九七頁、堀内「錯誤論の現状」（前掲注33）一七〇頁が明快である。類似した理由づけは、Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl. 1975, 10/45, S. 402 f.; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1982, 7/55 f., S. 205 f. にも見られる。このような見解に対し、個々の具体的法益主体を単位として規範の問題が与えられ反対動機が設定されるというのは理解できない、とするのは、大谷「構成要件的符合説について」（前掲注28）一〇頁である。

(38) 町野「法定的符合説（1）」（前掲注3）一一一頁、同「故意論と錯誤論」（前掲注29）一七八、九頁、内田「『方法の錯誤』について」（前掲注30）六五頁以下参照。

(39) 平出「事実の錯誤考」（前掲注33）七頁、二二頁、二三、四頁、能勢弘之「事実の錯誤」中山・西原・藤木・宮澤編『現代刑法講座第二巻』（一九七九年）三二七、八頁、柏木『刑法総論』（前掲注29）二一七頁以下、同「法定的符合説と罪数」（前掲注23）二六一頁以下。なお、中山『刑法総論』（前掲注33）三六三頁注（2）参照。西ドイツにおいて、夙に、法益の種類

の相違に着目した理論を展開していたのは、ヒレンカンプ（Thomas Hillenkamp）である。ヒレンカンプによれば、生命・身体・自由・名誉のように、法益主体の人格と結びつけられ、法益主体が誰かということと切り離しては考えることのできない一身専属的な法益を保護する犯罪においては、行為者が特定していた客体にのみ故意が認められる（従って、方法の錯誤は故意を阻却する）。これに対して、財産のような法益に対する犯罪においては、行為者が特定した客体以外の客体との関係でも故意が肯定されるというのである（実質的等価値説 materielle Gleichwertigkeitstheorie）。詳しい理由づけは、Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen（前掲注10）S. 112 ff. に見られる。ヒレンカンプの見解に対する批判として、Hans-Joachim Rudolphi, Literaturbericht, ZStW Bd. 86, 1974, S. 94 ff. ちなみに、甲が乙に対し、Aの住居に侵入して窃盗をするように教唆したところ、乙が、A宅に間借りしていたBの財物を窃取した場合について、「具体的符合説」の立場からも、甲に窃盗の教唆犯が認められるとするのは、Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 6. Aufl. 1984, 51/49, S. 311. ここでは、法益の性質のみでなく、所為の機会の同一性があわせ考慮されている。

(40) 同旨、大谷「法定的符合説弁護」『井上正治博士還暦祝賀・刑事法学の諸相（下）』（一九八三年）四頁。

(41) 曽根「方法の錯誤」（前掲注14）一七九頁は、具体的符合説に立ちながら、占有者である被害者が同一の範囲においては、故意の符合を認め得るとする。占有者が同一であれば、物をいくつ壊しても一罪とすることを前提とする限り、具体的符合説の立場として首尾一貫している。なお、器物損壊罪における（一個の）客体の範囲については、Peter Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW Bd. 77, 1965, S. 5 Fußn. 7; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen（前掲注10）S. 93 Fußn. 17; Schroeder, Leipziger Kommentar（前掲注23）§ 16 Rdn. 11; Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto（前掲注13）S. 372 f., 472 なども参照。

(42) 中「方法（打撃）の錯誤」（前掲注33）二一六、七頁、二一九頁、二二一頁、同『刑法総論』（前掲注33）一一八頁、同『講述刑法総論』（前掲注33）一一六頁、同「方法（または打撃）の錯誤について」（前掲注3）五頁以下。

(43) Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1964 (Neudruck der Ausgabe 1930), S. 78 f.; ders., Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 42, 54, 61 ff. 参照。

(44) ヘルツベルク（Rolf Dietrich Herzberg）は、因果関係を故意の認識の対象と考える限り、因果関係の錯誤の場合には故意を阻却すると考えざるを得ない、とする。Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto（前掲注13）S. 374 mit Fußn. 31 参照。現に、Herzberg, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW Bd. 85, 1973, S. 867 ff. は、方法の錯誤と因果

関係の錯誤を統一的に扱わなくてはならないとして、行為者の認識が及んでいない限り、因果関係の錯誤は故意を阻却するとしていた。

(45) 中「方法（または打撃）の錯誤について」（前掲注3）六頁参照。Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl（前掲注31）S. 818 f., 822 Fußn. 90; Leonhard Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, S. 114 ff.; ders., Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, S. 327; Hermann Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 1975, S. 112 も、そのように説いている。なお、Jürgen Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1977, S. 427 も参照。

(46) 因果関係の錯誤の場合には、法定構成要件の範囲内で符合が認められる限り、故意は阻却されないと考えながら、方法の錯誤の場合に故意が阻却されると考えることが矛盾だとするのは、Engisch, Untersuchungen（前掲注43）S. 73; Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 73 とくに、Herzberg, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf（前掲注44）S. 871 ff., 874 ff. および Puppe, Zur Revision（前掲注31）S. 14 ff. である。わが国の学説の中では、とくに、福田『総合判例研究叢書・刑法（16）』（一九六一年）九、一〇頁、同『刑法総論』（前掲注2）一一〇頁、佐久間「ドイツにおける事実の錯誤論について」（前掲注29）一〇一頁、一〇九頁、一一三頁、一二三頁、一三二頁、同「事実の錯誤の理論と故意の観念」（前掲注22）一〇〇頁参照。もっとも、このような見解に対する批判として、Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht（前掲注9）S. 124 も見よ。

(47) しかも、中義勝は、いわゆる因果関係の錯誤の問題を、相当因果関係それ自体の存否に関わる客観的帰責の問題であり、故意とは無関係だとしているのである（中「概括的故意事例についての一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』〔一九八四年〕一八四頁以下、特に一九九頁以下注（5）参照。もしそうであるならば、所為と現実に発生した結果との間に相当因果関係を肯定でき、行為者が相当な因果経過を表象してさえいれば、客観面と主観面との「比較」（＝照らし合わせ）の操作を経ることなく、発生結果との関係で故意犯の既遂が認められてよいはずではなかろうか。現に、金沢文雄は、このような理由から、具体的事実の錯誤の問題は、「固有の錯誤論の問題ではない」とさえ述べているのである（金沢「因果関係の錯誤」〔前掲注7〕四〇頁）。

(48) 中「方法（または打撃）の錯誤について」（前掲注3）六、七頁。なお、Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus（前掲注45）S. 118; ders., Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum（前掲注45）S. 327 も参照。

(49) 町野「因果関係論」中山・西原・藤木・宮澤編『現代刑法講座第一巻』（一九七七年）三四六頁注（11）、前田「結果の予

見可能性」ジュリスト七八四号（一九八三年）五二、三頁。エンギッシュも、結果発生の具体的な態様を認識することは故意の要件にはならないとしていた。Engisch, Untersuchungen（前掲注43）S. 79 ff. なお、Noack, Tatverlauf und Vorsatz（前掲注30）S. 47 ff. も参照。

(50) 平野「具体的法定符合説について」（前掲注3）七五頁、曽根「方法の錯誤」（前掲注14）一七七頁は、故意の事実的側面を強調する。なお、大谷「事実の錯誤と故意の個数」法学セミナー三二九号（一九八二年）三四頁および佐久間「事実の錯誤の理論と故意の観念」（前掲注22）六〇頁に見られる評価も参照。