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 (二)
Sub Title	Probleme der Beachtlichkeit der Objektsindividualisierung bei der Erfolgszurechnung zum Vorsatz (2.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.10 (1985. 10) ,p.56- 81
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19851028-0056

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.

法学研究58巻10号（'85：10）

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（二）

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……以上第九号
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……以上本号
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

四　具体的符合説における客体の特定と「個数」の特定

本章においては、わが国の具体的（法定）符合説の提供する、客体の特定と「個数」の特定のための基準がどのようなものであるのかを明らかにし、これを批判することにしたい。

まず、具体的符合説が、明確な客体特定の基準を提供するものであるかどうかを検討する（後出1）。具体的符合説を採る者が好む表現は、『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』というものであるが、[1] これが全ての場合について充分な判断基準となり得るかどうかが問題である。とくに、客体を目の前にして視覚的に（または、聴覚によって）は特定していない場合について、どのような客体の具体化の基準を提示し得るのかが明らかにされなくてはならない。多くの人々がすでに指摘しているように、この点に具体的符合説の欠陥が露呈されるように思われるからである。[2]

次に、わが国における具体的符合説の主張者が、法定的符合説を批判するために取り上げる「故意の個数」の問題を、果たして、具体的符合説自身は困難なく解決し得るのかどうかが検討されなくてはならない（後出2）。ここでは、「講壇事例」を積み重ねる限り、具体的符合説の基準によっても解決できない事例は、決して少なくないことが明らかとされるはずである。

最後に、具体的符合説の側から批判される法定的符合説の問題点として、正当化事由に錯誤が関係した場合の取り扱いの問題がある。しかし、この点の具体的符合説の指摘にも根拠がないことを示すことにしたいと思う（後出3）。

(1)　とくに、平野龍一「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『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一七五頁。なお、西村克彦『犯罪形態論』（一九六九年）八三頁、一二二頁、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）二八二頁も見よ。西ドイツの学説の中では、例えば、Reinhart Maurach/Heinz Zipf, Straf-

recht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 6. Aufl. 1983, 23/26. S. 313 を参照。

(2) 例えば、大塚仁「事実の錯誤について」法学教室一三号（一九八一年）二二頁、同『犯罪論の基本問題』（一九八二年）二四三、四頁、大谷実「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）三五頁、同『刑法講義総論上』（一九八四年）二二六頁、佐久間修「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）一二三、四頁。西ドイツの学説の中では、とくに、Ingeborg Puppe, Zur Revision der Lehre vom »konkreten« Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, S. 4 ff. また、教唆犯の場合に、客体の錯誤と方法の錯誤を異なって取り扱うことの問題性を指摘していたのは、Ulrich Loewenheim, Error in objecto und aberratio ictus—OLG Neustadt, NJW 1964, 311—, JuS 1966, S. 314 f. である。

ただし、解決の困難な限界事例があり得ることは、それだけでは、学説にとっての欠陥と言えない。問題なのは、解決のための基準の内容およびその射程が原理的に明らかでないことである。

1 客体特定の基準

(1) 客体の錯誤も方法の錯誤も、行為者が特定した客体とは別個の客体に結果が生じた場合だということができる。従って、客体の錯誤と区別して方法の錯誤だけが故意を阻却することを主張するのであれば、いかなる場合に、行為者による客体の特定が故意の成否に影響するのかを判断するための、客体特定の基準を明らかにする必要がある。言い換えれば、故意既遂犯が認められるためには、行為者がどのような形で特定した客体に結果が発生しなければならないのかを明らかにしなければならないのである。

具体的符合説のいう、『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』という基準は、行為者が一定の客体を目の前に見据えて視覚的に認識して（または、聴覚によってその存在をそれと意識しながら）行為した場合には、一応明確な基準となるように見える。もっとも、この基準は、行為者が「そこにある」と思った客体がそこに——認識した通りの態様・個数で——現実に存在するという前提条件が充足されない限り適用でき

ない。従って、すでにここにおいて、右の基準によっては解決できない事例を考え出すことも可能である。例えば、近視の行為者が、そこにいる「太った男A」を殺そうとして発砲したところ、それは「痩せた二人の男B、C」が立ち話をしていたところであったという場合に、B、Cのいずれが、行為者の意図した「その客体」であったのかは明らかでないのである。

しかしながら、右の基準の難点は、そればかりでない。右の基準は、行為者が特定した「その客体」が現実に存在するうちのどの客体に一致するのかを、法的評価を加えることなく明らかにできることを暗黙の前提にしてしまっているのである。問題となるのは、行為者が、客体を目の前にして視覚的に把握してはいなかった場合、例えば、間接正犯・離隔犯や（とくに狭義の）共犯の場合である。そこでは、そもそも、行為者が特定したその客体といっても、どの客体なのかが全く明らかでないのである。行為者が特定したその客体がどの客体であるかは、客体の種々の属性のうちの如何なる属性を基準にするかによって異なる。そして、客体の様々な属性のうちのどの属性に着目するかは、一定の規範的評価を介さずに没価値的に定めることは不可能なのである。いわゆる方法の錯誤[3]とは、行為者が犯意を特定した具体的客体以外の客体に結果が発生した場合を指す。例えば、ある人に毒入りウイスキーを送りつけて毒殺しようとしたという事例について、具体的符合説の立場からも、「毒入りウイスキーを飲むであろう人」に故意が認められるのだから、狙った人とは別の人がウイスキーを飲んで死亡しても、方法の錯誤ではないとすることも可能であるかも知れない。[4] しかし、もしそうであれば、甲がAに向けて発砲したところ、弾丸がそれてBに命中したという方法の錯誤の典型事例においてでさえ、「弾丸が当たるであろう人」に客体特定の基準を求めていけない理由はない。そして、そのような基準を採れば、錯誤は存在しなかったことになるのである。[5] このようにして、具体的符合説を主張するのであれば、客体特定の基準をよりはっきりとさせる必要がある。とくに、行為者が客体を目の前にして向かい合っていない場合、とりわけ、間接正犯や離隔犯、そして共犯の場合における客体の特定について、具体的符合説

が法的に意味のある一定の基準を提示することができるのかという疑問が生じてくる。以下においては、この点を検討することにしたい。

(2) あらかじめ注意すべきことは、ここで問題なのは、故意の要件として、客体についての、いかなる種類の特定が法的に重要なものと認められるかということである。従って、間接正犯・離隔犯や共犯の場合においても、故意が必要とされる時点、つまり、利用行為・誘致行為または教唆・幇助行為の時点における行為者の表象内容に即して、客体特定の基準を論じなければならない。例えば、Aを殺害する意図で、A宅に毒入りウイスキーを送りつけたところ、Aが情を知らずに客のBにこれを飲ませたため、Bが死亡したという場合、『被害者がウイスキーを飲もうとする時点で客体が特定される（従って、「その人」たるBを殺そうとした、ということになる）以上、行為者がAを殺害しようとしていたとしても、客体の錯誤に過ぎない』と説くことは、少なくとも理論的には不正確である。この事例で、故意が要求されるのは、ウイスキーの発送時であってそれ以後の時点ではない——Bが飲む時点で行為者が昼寝をしていても故意は否定されない（！）——。そこで、発送時の行為者の表象内容に即してすでに客体を特定できるような基準が立てられなければならないのである。(6)

さて、客体を目の前に見据えていない場合で、行為者が一定の客体に犯意を特定していたときに、具体的符合説の立場から、果たして、どのような基準によって「符合」の有無を判断するのかがここでの問題である。行為者がどのような形で特定していた客体に故意が認められることになるのだろうか。行為者が特定した「その客体」とは、どの客体なのであろうか。

私の見るところ、符合のための特定の基準としては、次の三つしか考えられない。第一に、その行為の持つ危険が実現した客体としての特定、言い換えれば、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である。第二に、行為者が予定した日時・場所という状況による特定である。第三に、法益主体を基準とする特定であって、つまり、

Aさん、Bさんという、いわば「名前」による特定である。具体的符合説に立つとき、これらの基準のうち、いずれを法的に重要な特定の基準として認めるべきことになるのかが問題となる。(7)

まず、具体的符合説の立場からすると、右の第一の基準を採り得ないことは明らかである。この基準によれば、行為者がどのような具体的な形で客体を特定していたとしても、相当因果関係の範囲内で侵害の対象になった客体については故意が阻却されないことになる。例えば、予見可能な範囲内で「落とし穴に落ちた人」「毒入りウイスキーを飲んだ人」については、それが行為者にとってどれだけ意外な対象であったとしても、故意は否定されないのである。(8)しかし、それでは、客体を目の前にしている場合とそうでない場合とで全く異なる特定の基準を認めることになる。あるいは、客体を目の前にして認識していない場合に限って、法定的符合説の基準を採ることになると言ってもよい。客体を眼前で視覚的に認識しながら侵害しようとしたときには、相当因果関係の範囲内で同種の結果が発生しても、行為者が現に認識していた客体についてでなければ故意を認めようとしないにもかかわらず、なぜ、客体を目の前にしない場合には逆に故意を認めるのかについて、理論的な説明は聞かれない。少なくとも、故意の要件の問題として、見た場合に、このような異なった取り扱いには理論的根拠が見出し難いであろう。(9)さらに、間接正犯や離隔犯と区別して、共犯の場合に限って、この基準を採用しようとする者がある。(10)それは、正犯に対する共犯の従属性を強調して正犯が既遂の責任を負うなら共犯も同じでなければならないことを根拠とするか、いわゆる「責任共犯論」を前提とするときにのみ主張することが可能な見解だと言わなければならない。(11)

そればかりでなく、具体的符合説に立ちながら右の第一の基準を採る場合、次のような事例をどのように解決するのかが不明である。つまり、甲が、一人住まいをしている（と思った）Aに毒入りの菓子を送ったが、実は、Aには家族がおり、出張中のAの代わりに家族のB、Cがこれを食べて死亡した場合（Aも一緒に食べて死亡したとしてもよい）、または、甲が、一人住まいのAの玄関前に落とし穴を掘ってAを怪我させようと意図したが、翌朝Aのガール

フレンドのBと新聞配達のCが落ちて、二人とも怪我をした場合（玄関から一緒に出て来たAとBがともに怪我をしたとしてもよい）である。具体的符合説は、Aを狙った弾丸がはずれて、意図しないB、Cに命中した事例で、故意の「個数」の問題を解決できないことをもって、法定的符合説を批判するのであるから、右の事例においても複数の故意犯を認めざるを得ないような基準をみずから採用することはできないはずなのである。[12] とすれば、具体的符合説の立場から、この第一の基準を採ることはできないはずである。[13]

しかし、故意の「個数」の問題は、第二の基準、つまり、日時・場所という状況による特定を基準にするとしても解決できないことは明らかである。従って、具体的符合説は、この基準を採ることもできない。右に挙げた、毒入り菓子を送りつけた事例でも、落とし穴の事例でも、複数の客体に侵害結果が生じたとすれば、故意の対象をどれか一つの客体に特定する基準は存在しないことになるからである。[14] そればかりでなく、甲が、Aに毒入りの菓子を送ったところ、Aは引っ越していたが、その菓子が引っ越し先に転送されて、それを食べたAが死亡したという場合や、甲が、Aを公園に呼び出し、乙を行かせて恐喝させようとしたところ、乙は、Aが公園に来なかったのでA宅まで行って恐喝してきたという場合など、日時・場所が行為者の予想と違ったからといって、故意を否定することはできないであろう。理論的に考えても、実行の日時・場所などは、構成要件的に全く重要な要素ではなく、この点の錯誤に故意を阻却する意味を認めることはできないはずなのである。[15] そもそも、行為者の予想と異なる日時・場所で侵害の作用を生じた場合に故意を否定するとすれば、いわゆる因果関係の錯誤の場合の多くについて故意が阻却されてしまうことにもなるであろう。こうして、日時・場所を基準とすることもできないということになる。

そこで、具体的符合説としては、第三の基準、つまり、法益主体による特定を基準とするほかはない。[16] 行為者が、Aさん、Bさんという「名前」で客体を特定したときには、それ以外の客体に結果が発生すれば、故意は認められないことになるのである。しかし、この基準の難点も直ちに明らかとなる。客体を視覚的に把握しているときには、A、

Bという「名前」は重要でなく、客体が見えなくなれば、にわかに「名前」が重要な基準になることは理解し難いのである。[17] 例えば、甲が、Aを殺そうと企て、Aの車に爆弾をしかけたところ、翌朝Aの妻Bが車に乗って爆死したという場合、[18] または、甲が、毎朝一〇時になるとビルの屋上に出て来て体操をするAを殺そうとして時限爆弾をしかけたところ、実際に出て来たBが死亡したという場合などで、なぜ、故意の既遂犯が認められてはならないのか全く理解できない。これらは、むしろ「人違い」、つまり客体の錯誤に近い事例だからである。さらに問題点が明らかになるのは、次のような事例である。つまり、甲は、ホテルの一室に宿泊中のAを殺そうとして、その部屋の中に忍び込み、飲みかけのウイスキーの中に毒を入れておいたが、直前に部屋を取り換えたAの代わりにその部屋にチェックインしていたBがそれを飲んで死亡したという事案である。[19] この場合にも、場所・状況による特定を考えない限り――不当にも――故意が阻却されてしまうのである。だからと言って、この場合に、「その部屋に宿泊している人」というように場所を基準とする訳にもいかないであろう。そのことによって、特定の基準は全く恣意的にならざるを得ないからである。[20]

実際的に見ても、「名前」による特定を基準とすることには疑問が大きい。医師甲が、情を知らない看護婦Xを利用してAに毒薬を注射しようとしたところ、Xが相手を取り違えてBに注射してBを死亡させたという場合、甲には殺人未遂または殺人予備（および、場合によっては、過失致死罪）しか認め得ないことになる。[21] さらに、甲が、乙に対して、大金持ちのAの家に盗みに入るように教唆したところ、乙が間違えて（または、気をきかせて）より大金持ちのBの家に入って盗んだというような事案で、教唆者甲に対しては、犯罪不成立としなければならないのである。[22]

なお、とくに教唆の場合において、「名前」による特定を前提として認めながら、教唆者が行なった客体の性格づけ（例えば、容貌についての説明）の客観的な内容に応じた結果が発生する限り、「客体の錯誤」に過ぎないとする見解も有力である。すなわち、被教唆者が教唆者の行なった表示どおりに忠実に実行したと言い得る場合には、それが教

唆者の真意に合致するものでなかったとしても、教唆者の故意は阻却されないとするのである。[23] しかし、それは、理論的に矛盾している。[24] 例えば、教唆者甲が、乙に対して、Aを殺させたいのに『Bを殺せ』と言い間違えた、というような極端な事例を考えると、表示の客観的内容はBだとしても、甲がAに対して殺意を持っている以上、Bの殺害の結果については故意を否定せざるを得ないはずである。[25] そうでなければ、甲がピストルでAを撃ち殺そうとする場合、実際には銃口がむしろ（甲が認識していない）Bの方を向いているとすれば、Bに対しても故意が認められることにならざるを得ず、それは、具体的符合説の結論と矛盾するからである。[26] そもそも、教唆者の表示の内容に応じた結果が発生すれば錯誤は存在しないという原則を立てることが許されないことは、次の例からも明らかであろう。すなわち、教唆者甲が、乙に対して、「どんな手段を用いてもよいから、Aから金を奪え」と命じたところ、乙は『Aを殺しても金を奪え』という趣旨に理解して実行したが、甲としては、乙がAに暴行を加えることはあっても、まさかAを殺害するなどということは考えてもみなかった、という場合である。このような場合に、甲には強盗殺人罪の教唆犯が認められないのは当然だと言わなければならない。

(3) ところで、具体的符合説の立場から、より実質的な客体特定の基準を考えることはできないものであろうか。私には、行為者が、具体的な状況において、因果の流れを一定の客体に向けて有効に方向づけ、一定の客体以外には結果が生じないように充分に配慮した場合に限って、故意の対象が特定されたことを認めるという見解も充分可能であるように思われる。現に、西ドイツの学説においては、このような理由から、間接正犯や共犯の場合には、狙った客体以外の客体に結果が生ずる可能性も高いので、行為者が頭の中で思い描いた客体とは別の客体に対しても故意が認められるとする見解も有力に主張されている。[27] とくに、教唆犯の場合には、教唆者と実行正犯者との間で一致して客体を充分に個別化できている場合に限って、教唆者の故意の対象が特定され、教唆者による教唆の内容が、誰に向けられているか一義的でないような場合には、教唆の客観的内容に従った客体を正犯者が侵害する限り、それが教唆

者にとってはいくら意外な客体であったとしても、教唆者の故意は阻却されないとするのである。

私には、その結論はおおむね妥当であるように思われる。しかしながら、そのように考えるならば、問題は、もはや純粋に主観的な故意論・錯誤論の領域を越えて、どこまでの結果を故意行為に帰責（または帰属）すべきかという規範的な評価の問題に転換されていることに注意しなければならない。つまり、そこでは、行為者が頭の中でどのような客体を思い浮かべていたかということだけではなく、用いた手段の危険性の程度とか、例えば、教唆された者が客体についてどのような知識を持っていたか、ということなども当然に考慮されなければならないことになる。それば かりでなく、このような客体特定の基準を採用すれば、客体を目の前にして直接に特定して行為したような方法の錯誤の典型事例であっても、危険性の高い手段を用いたときには、認識しなかった客体に発生した結果をも実行行為に帰責することが許されないとする理由はないことになるであろう。

(3) 「方法の錯誤」とは何かをはっきりと「定義」したものは見当たらない。中野次雄は、いわゆる方法の錯誤を「行為の方向についての錯誤」と規定する（中野『刑法総論概要』〔一九七九年〕一一二頁注（1）。

(4) 甲がAを殺害する目的で毒入りの日本酒を贈与したところ、約半年後、Aの妻が意外にも酒をBに贈与し、Bがこれを飲んで死亡したという事案について、殺人既遂罪の罪責を認めた裁判例がある（東京高判昭和三〇年四月一九日・高刑集八巻四号五〇五頁）。具体的符合説を主張する者も、その結論には疑問を持たないようである。例えば、平野『刑法総論Ⅰ』（前掲注1）一四四頁を見よ。

(5) 以上の点について、Puppe, Zur Revision（前掲注2）S. 6 ff. には、きわめて説得力がある。

(6) 内田文昭は、実行に着手した時点（例えば、脅迫状が相手方に到達した時点）より以前に錯誤があった場合には客体の錯誤に過ぎないとする（内田「『客体の錯誤』について」研修四二二号〔一九八三年〕七、八頁注(2)、同「『方法の錯誤』について」法学四七巻五号〔一九八四年〕六三頁以下、特に六四頁注（4）参照）。しかし、理論的には、本文に述べたように、故意が必要とされる時点（例えば、脅迫状を発送する時点）を基準にしなければならない。一個の客体しか存在していなかったか、それとも、二個以上の客体が存在していたかによって、客体の錯誤と方法の錯誤を区別しようとする場合（内田「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〕八四頁）にも、基準となるべき時点は、故意が要求される時点でなければならない。

そればかりでなく、行為者がどの客体に犯意を特定したかは、故意が必要とされる時点における行為者本人の主観的認識に従って判断されなければならない。行為者はAを脅迫しようとしたが、宛先・受取人を書き間違えたため、脅迫行為が客観的にはBに向けられていたとしても、行為者が故意をBに特定していたと直ちに言うことはできない。客観的に実行行為の向けられていた客体ではなく、主観的に特定した客体のみに故意が認められるとするのが具体的符合説の出発点だからである。なお、教唆犯について、本文六三、四頁も参照。

(7) わが国で具体的符合説を採る者のうちには、この点についてどのように考えているのか明らかでない者が多い。例えば、中義勝『講述犯罪総論』（一九八〇年）二六三、四頁、荘子邦雄『刑法総論』（新版・一九八一年）四五五頁以下、中山研一『刑法総論』（一九八二年）五〇三頁以下参照。なお、前出注(6)に紹介したように、内田は、実行の着手以前に「錯誤」があった場合が客体の錯誤であり、実行の着手以後に「錯誤」があった場合が方法の錯誤だとする（内田「『客体の錯誤』について」〔前掲注6〕七、八頁注(2)、同「『方法の錯誤』について」〔前掲注6〕六三頁以下）。しかし、そもそも「錯誤」が存在するかどうかは、客体の特定の基準をどのようなものと解するかによって異なってくる。故意が必要とされる時点における行為者の認識内容に即して、客体特定の基準を明らかにしない以上、問題は一向に解決されないのである。もっとも、内田が、教唆犯について、正犯の錯誤が客体の錯誤であっても方法の錯誤であっても、教唆犯にとっては方法の錯誤だとする（内田「『方法の錯誤』について」〔前掲注6〕六四頁注(4)、同『刑法I（総論）』〔一九七七年〕三一九頁以下）点からすると、本文にいう第三の基準を採るものと解される。なお、後出注(16)も参照。

(8) 西ドイツの学説の中で、はっきりとこの第一の基準を採るのは、Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1983, 8/81, S. 248 や Cornelius Prittwitz, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, S. 127 ff.（その論拠については、後出注27参照）である。シュレーダー（Friedrich-Cristian Schroeder）は、時限爆弾、毒入り飲料のように「技術的手段」を用いる場合には、それが作用した対象との関係では客体の錯誤が問題になるに過ぎないとする。もっとも、シュレーダーは、実行正犯者と「精神的な結びつき」を持つに過ぎない関与者（教唆者や共同正犯者）については、正犯者の客体の錯誤は、関与者にとって方法の錯誤になるとする（Schroeder, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 21. Lieferung, 1980, § 16 Rdn. 13 ff.）。しかし、そのように考える根拠は明らかでない。

(9) この点で、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) 一〇四頁は、正当である。

(10) 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) 二六四、五頁、二六八頁以下、特に二七二頁注 (18)、同『刑法総論』(一九八二年) 三一一頁以下参照。西村『犯罪形態論』(前掲注1) 八一頁以下、九四頁以下、一二二頁以下は、単独犯については具体的符合説の基準を採り、共犯については法定的符合説の基準を採る。その理由は、共犯 (とくに教唆犯) の場合には、現に被害が生じており、「新たな犯罪人が生み出されている」ことに求められている (西村『犯罪形態論』九五頁、一二二頁参照)。荘子『刑法総論』(前掲注7) も、正犯と教唆犯・幇助犯の本質的相違を強調し、通常の錯誤理論をそのまま適用することは妥当でなく (四五五、六頁)、正犯者が、教唆者の予想しない客体に侵害を加えた場合を「本質的に重要でない教唆の錯誤」の場合だとする (四五七頁注 (1))。しかし、西村と荘子が、行為者が客体を視覚的に特定していない他の場合 (例えば、間接正犯や離隔犯の場合) をどのように考えるか必ずしも明らかでない。言うまでもないことであるが、共犯の場合と比べて、間接正犯や離隔犯の場合の方が、錯誤が生ずる可能性がより少ないと考えることはできない。とくに、機械的な装置を用いる場合と教唆の場合とを比較して、後者の方が狙った結果をより確実に生じさせることができるという Viktor Ibach, Die Anstiftung (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 148), 1912, S. 80 f. のような考え方もあり得る。

(11) 教唆犯・間接正犯・共同正犯のそれぞれにつき異なった基準を用いて、客体の錯誤と方法の錯誤を区別しようとする見解に対する批判は、Thomas Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 49-79 に詳しい。とくに、共犯の従属性を論拠にして異なった取り扱いを正当化しようとする見解については、Gunter Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, S. 819 f. 参照。責任共犯論との関係については、Roland Noack, Vorsatz und Tatverlauf, Dissertation Hamburg (1966), S. 36 ff.; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen, S. 64 Fußn. 57 参照。ちなみに、責任共犯論を採るのでない限り、教唆犯・幇助犯の場合に、共犯行為 (教唆犯の場合であれば、正犯者に一定の犯罪の実行を決意させること) だけでなく、(違法要素である) 正犯行為およびその結果も、共犯の故意の対象になると考えなくてはならない (この点について、とくに、高橋則夫「共犯における正犯行為の構造的地位 (一)」早稲田大学大学院法研論集三一号 (一九八四年) 一三〇頁以下参照)。

(12) とくに、平野「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) 七四頁参照。

そのほか、後出注28に挙げる文献を見よ。

(13) なお、Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl（前掲注11）S. 820 f.; Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl. 1984, S. 215, 287; 西田「共犯の錯誤について」（前掲注9）一〇三頁も参照。甲が、乙に対して、Aを殺すように教唆したところ、乙が客体の錯誤によりBを殺害し、さらに間違いに気づいた乙がAを殺害したという事例について、Bの殺害は甲にとっては方法の錯誤であったと考えない限り、甲が複数の殺人罪の教唆の罪責を負わざるを得なくなるとする。

(14) プッペは、具体的符合説（＝Konkretisierungstheorie）は日時・場所による特定を基準にしているとする。Puppe, Zur Revision（前掲注2）S. 8 ff., 17.

(15) Puppe, Zur Revision（前掲注2）S. 9 f. 参照。

(16) この基準を採るのは、西田「共犯の錯誤について」（前掲注9）一〇二頁以下、町野朔「故意論と錯誤論」刑法雑誌二六巻二号（一九八四年）一七九頁。内田『刑法1（総論）』（前掲注7）三一九頁以下も、未必的故意が認められる場合が多いとしながらも、基本的にはこの第三の基準を採っていると見られよう。なお、中「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）一七頁以下、二三頁注（19）は、第二の基準と第三の基準を併用しているように思われる。西ドイツの学説の中では、Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1978, S. 251, 547, 561 f. および Klaus Letzgus, Vorstufen der Beteiligung, 1972, S. 54（A女を殺害するため、A女が一人で利用している別荘に放火したが、A女は救助され、たまたま訪問中のA女の妹B女が死亡した、という事例について、B女については殺意を認め得ないとする）がこの第三の基準を採用しているように考えられる。Rolf Dietrich Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto, JA 1981, S. 473 は、視覚的・聴覚的に客体を特定していない場合は、「観念的な同一性の表象」による客体の特定を基準とするほかはないとして、この第三の基準を採る。また、Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), (Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 126 も、この第三の基準による客体の特定を前提とする。なお、西ドイツの多数説は、正犯者の客体の錯誤は、教唆者にとって方法の錯誤だとするが、これは、本文にいう第三の基準を前提としている。例えば、Roxin, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 2. Lieferung, 1978, § 26 Rdn. 26（文献も、そこに詳しい）; Schroeder, Leipziger Kommentar（前掲注8）§ 16 Rdn. 14 ff.（ただし、前出注8も参照）を見よ。もっとも、正犯者に客体の錯誤があった場合には、未遂に対する教唆犯を認める見解もある（Gunter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl 1981, S. 105 Rdn. 287; Erich Samson in: Systematischer Kommentar,

Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1984, Rdn. 40 vor § 26)。教唆と錯誤に関する西ドイツの学説の状況については、斉藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』(新訂版・一九七九年) 七〇頁以下、西村秀二・警察研究五四巻六号 (一九八三年) 六〇、一頁も参照。なお、西ドイツにおいては、重罪に関する限り、教唆の未遂も可罰的であること (ドイツ刑法三〇条一項) に注意しなければならない (この点に関して、とくに、Letzgus, Vorstufen der Beteiligung〔前掲注16〕S. 60 Fußn. 166 を見よ)。ちなみに、教唆犯・間接正犯・共同正犯を通じて、直接行為者の客体の錯誤も、方法の錯誤も、意識的な客体の変更 (前出二注(10)参照)も、背後者にとっては方法の錯誤となることを詳細かつ説得的に理由づけるのは、Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen (前掲注11) S. 49-79. である。

(17) この点で、Prittwitz, Zur Diskrepanz (前掲注8) S. 130 は正当である。

(18) Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注16) S. 472 f.; Prittwitz, Zur Diskrepanz (前掲注8) S. 119 参照。この事例につき、ヘルツベルク(Rolf Dietrich Herzberg) は方法の錯誤だとする (Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto〔前掲注16〕S. 473) が、プリットヴィッツ (Cornelius Prittwitz) は、客体の錯誤に他ならないとする (Prittwitz, Zur Diskrepanz〔前掲注8〕S. 130)。中「方法 (または打撃) の錯誤について」(前掲注16) 一九、二〇頁は、Bとの関係では方法の錯誤であり、未必の故意が肯定されない限り、故意既遂犯を認めることができないという。

(19) 同様の事例について、西ドイツの学説のうちで、客体の錯誤になるとするものに、Prittwitz, Zur Diskrepanz (前掲注8) S. 119 がある。Bを視覚的または聴覚的に認識していない限り方法の錯誤となるとするのは、Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注16) S. 473. 同様に、Bに対して故意は認められない (Bが部屋を取り換えたことが予見できなかった場合には、過失犯も認められない) とするのは、Wolter, Objektive und personale Zurechnung (前掲注16) S. 126 f. である。中「方法 (または打撃) の錯誤について」(前掲注16) 一九頁は、その部屋に泊っている人を毒殺しようとして毒殺した以上、客体の錯誤に他ならないとする。

(20) この点で、Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注16) S. 473 は正当である。

(21) Jürgen Baumann/Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrechtsfälle und Lösungen, 5. Aufl. 1981, S. 143 f. なお、西田「共犯の錯誤について」(前掲注9) 一〇七頁注 (5) 参照。

(22) 大谷「事実の錯誤と故意の個数」(前掲注2) 三五頁参照。大塚『犯罪論の基本問題』(前掲注2) 二四三、四頁も見よ。大審院の大正九年三月一六日判決 (刑録二六輯一八五頁) は、甲が乙に対しX方に侵入して所持金を窃取するように教唆した

ところ、乙は指定に反することを知りながらXの隣家Y方に侵入してYの衣類を窃取したという事案について、甲の所為について窃盗既遂の教唆罪の成立を認めた。

そのほか、数人がAを殺害することを共謀し実行に移そうとしたところ、共謀者の一人がBをAと誤認してこれを負傷させた事案について、実行者以外の共謀者にも殺人未遂罪の共同正犯の罪責を認めたものとして、大審院昭和六年七月八日判決（刑集一〇巻三一二頁）がある。具体的符合説の立場からは、この判決に対しても反対しなければならないであろう。なお、甲が乙に対してA家屋に放火すべきことを教唆したところ、乙はB家屋に放火して接続するA家屋にも延焼させようとしたが、A家屋まで焼燬するに至らなかったという事案について、甲に放火既遂罪の教唆犯の成立を肯定した大審院判決がある（大判昭和九年一二月一八日刑集一三巻一七四七頁）。ただし、前述したように（前出二2参照）、具体的符合説によっても、放火罪については、客体の特定は法的に重要でないと考えられる。

(23) 平野『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）三八七頁以下（もっとも、平野『刑法概説』〔一九七七年〕一二九頁も見よ）、内田『刑法Ⅰ（総論）』（前掲注16）三一〇頁、中『講述犯罪総論』（前掲注7）二六三頁、西田「共犯の錯誤について」（前掲注9）一〇三頁。西ドイツの学説の中では、例えば、Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl（前掲注11）S. 820; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen（前掲注11）S. 50.

(24) この点で、町野「故意論と錯誤論」（前掲注16）一七九頁は、正当である。

(25) Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen（前掲注11）S. 59 も、この場合、疑いなく方法の錯誤だとする。

(26) そればかりでなく、例えば、AとBが並んで立っていて、甲が右に立っているAをBという名だと思って「Bを殺せ」と乙に命じたところ、乙が、命じられた通りに、左に立っていたBを狙って発砲したが、弾丸が外れてAに当たったとき、教唆者の表示内容を基準にすれば、甲にはAに対する故意が認められないことになる。

(27) 例えば、ノアック（Roland Noack）は、行為の目標を一定の客体に有効に特定することができたことが客観的にも明らかな限りにおいて、客体の特定を認めるもののようである（Noack, Vorsatz und Tatverlauf〔前掲注11〕S. 16 f., 40 ff., 45）。従って、「落とし穴に落ちた人」「その部屋にいて毒入りウイスキーを飲んだ人」に対して故意が認められることになるし、教唆者と正犯者の間で一致して客体を充分に特定している限りにおいて教唆者の故意の対象が特定され、教唆者の表示の内容が一義的でない場合には、表示に相応した客体を正犯者が侵害すれば、教唆者の故意は阻却されないことになる。同様に、ゲッセ

ル (Karl Heinz Gössel) も、教唆の場合において、正犯者に客体の選択が委ねられないような形で教唆者が客体を充分に個別化していたときに限って、正犯者の客体の錯誤が教唆者にとって方法の錯誤になるという (Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 6. Aufl 1984, 51/48, S. 310)。ほぼ同様に、Jakobs, Strafrecht (前掲注8) 21/45, S. 513; 21/106, S. 538; 22/29, S. 554 は、共同正犯および教唆犯 (そして間接正犯) の場合は、実行者が合意の内容または教唆の内容に即した行為をするように充分に努力すればその客体を侵害することはなかったという場合にのみ、背後者に結果は帰責されないとする。

バックマン (Leonhard Backmann) も、教唆犯・間接正犯の場合には、因果経過の方向づけが充分でなく直接的でないので、直接行為者の客体の錯誤は、教唆者・背後者の故意を阻却しないとし (Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, S. 119 f. なお、ders., Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, S. 327 も参照)、とくに教唆の場合については、実行行為者が指定された客体を最終的にはそれと選択・特定しなければならない余地が残る限り、実行行為者の客体の錯誤は、結果に対する教唆者の故意を阻却しないとしていた (Heinz Müller-Dietz/Backmann, Der praktische Fall—Strafrecht, JuS 1971, S. 416)。さらに、プリットヴィッツも、行為者が客体を五官の作用で知覚していた場合は、その客体以外の別個の客体に結果が生じたときには故意既遂犯を認めることができないが、客体を知覚していなかった場合 (とくに、間接正犯・教唆犯など) には、結果が生じた客体について故意既遂犯を認め得るとする。その根拠は、行為者が客体を直接に知覚して侵害しようとしている場合には、その客体に結果を生じさせるように充分コントロールでき、逆にその客体以外の客体に結果が生じる危険性は明らかに低いのに対して、そうでない場合には、因果過程を充分統制できず、従って、行為者が頭の中で特定した客体以外に結果を生ずる危険性も高いことに求められている (Prittwitz, Zur Diskrepanz〔前掲注8〕S. 127 ff.)。

なお、ブライ (Hermann Blei) は、例えば、毒入りの酒を送りつけたり、時限爆弾を用いて殺害しようとするような事例について、いずれかの構成要件的に同種の客体に結果が生ずることが確実である以上、通常の方法の錯誤の事例のように (意図しない) 結果の発生が偶然である事例と異なって、故意の既遂を認め得るとする (Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 1975, S. 113 f. 同旨、Cramer in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl. 1982, § 15 Rdn. 56)。この見解に対する批判として、Puppe, Zur Revision (前掲注2) S. 5 Fußn 11

2　故意の「個数」について

(1)　法定的符合説を排して具体的符合説を支持する一つの根拠となっているのは、故意にも「個数」があり、法定的符合説に立つ限り、この故意の「個数」の問題を適切に解決できない、ということである。[28] とくに、法定的符合説によるとき、行為者の予想を越える数の客体に結果が生じた場合に、行為者が現に持っていた以上の「個数」の故意の成立を認めざるを得ないし、また、行為者の認識に応じて、成立する故意犯の数を限定しようとしても、どの客体について故意犯の成立を認めるのかを決める基準が存在しないのである。

法定的符合説に立ちながら、行為者の認識に応じて成立する故意犯の数を限定しようとする見解[29]に対する批判には、たしかに鋭いものがある。[30] 法定的符合説の出発点は、客体の具体的特定性を度外視して、「およそその種の客体」を侵害しようとして「およそその種の客体」を侵害すれば符合が認められるというものであるから、相当因果関係の範囲内で侵害された（または、侵害される可能性のあった）複数の「その種の客体」の中で、どれかに故意の対象を限定しようとしても、そのための理論的な基準を提示できるものではないのである。[31] もっとも、Aを殺そうとして発砲して、AのほかにBをも殺したような場合にも、犯罪を特定の客体に関係づけることをしないで、例えば、およそ一個の殺人既遂罪と一個の過失致死罪とを成立させることにすれば、[32] 問題はないように思われる。しかし、Aに対する殺人罪、Bに対する殺人罪というように、犯罪の被害者を特定しておかない限り、実務上は困難を生ずると言われ、[33] 法定的符合説もこのような「実務上の要請」を認めることから、犯罪成立の場面で故意の「個数」に応じて客体を限定するための一定の基準が必要になるのである。

故意の「個数」を考慮する法定的符合説の多くは、行為者の故意に相応する「その種の結果」が現実に生じた場合には、結果が生じた客体に限定して故意を認め、故意に相応する結果が複数生じた場合、または逆に全く発生しなかった場合には、もともと本来行為者が意図した客体に限定して故意を肯定しようとする。[34] しかし、とりわけ、故意に

相応する結果が複数生じた場合に、行為者の認識を基準にすることが、法定的符合説の前提と矛盾しないのかどうかが問題にされている。なぜ、この場合だけ、行為者自身による客体の具体的な特定が法的意味をもつのかが明らかでないのである。さらに、「個数」に応じた客体特定の基準を持たないという法定的符合説の欠陥は、殺意をもってAに対し発射された弾丸が、意図しないB、Cに命中して両者を死亡させたという「講壇事例」において、はっきりしたものとなる。[35] この場合には、どちらが早く死んだかというような便宜的な「基準」しか考えられないことになるからである。[36]

もっとも、右のような予定外事実の併発の場合に、理論的にそれぞれ一定の客体との関係でのみ故意を認定しなければならない、というのが法定的符合説の主張なのかどうかには疑問がある。もし、そのような主張だとすれば、Aを狙って発砲したところ、弾丸が予想外のBに当たってBを死亡させ、さらにAも傷ついたらしいが逃げていて死んだかどうかわからないときは、[37]「疑わしきは被告人の利益に」の原則によりAが死亡したものとして扱うほかはなく、Bには過失致死罪しか認め得ないことになる。しかし、これは、法定的符合説の趣旨に副うものではないだろう。そこで、故意の「個数」を考慮する法定的符合説の真意を、次のように理解することも可能である。つまり、実務上、Aに対する殺人罪、Bに対する殺人罪というように、犯罪の客体を便宜的に特定しなければならないことから、一応の基準を提示しているのに過ぎないと考えるのである。Aを狙って、意図せずにB、Cを死亡させたというような事例でも、検察官がBに対する殺人既遂罪として起訴したとしても、またはCに対する殺人既遂罪として起訴したとしても、どちらについても犯罪の成立を認め得るが、[38] 両方一緒に観念的競合として起訴することは許されない、ということになる。要するに、理論的には、全体として見て、一人の人を殺そうとして人を死亡させたとき、どの客体に生じた結果との関係でも故意犯の成立を認め得るのであり、それがAに対するものかBに対するものかは重要ではないが、実際的には——どのような便宜的な基準によるにせよ、とにかく——AなりBなりに対象を限定して一個の故意

犯を認めるべきだとするのである。[39] このように考えるならば、後に詳しく展開するような本稿の見解に接近することになる。

(2) ところで、その他の色々な事例を想定してみると、犯罪成立の場面で故意の「個数」を考慮する限り、行為者の表象に応じて客体を特定できない場合は、決して少なくないことが明らかになる。しかも、それは、具体的符合説に立ったとしても、同じように解決できない事例なのである。要するに、犯罪成立の場面で故意の「個数」を考慮すると、法定的符合説に立っても、具体的符合説に立っても、著しい困難が生ずるのであり、結局のところ、故意の「個数」の問題は、論争の帰趨を決定するポイントとはなり得ないのである。[40]

問題となるのは、まず第一に、行為者が客体を特定せず、客体の数だけ特定した場合である。[41] 例えば、誰か（一人）いるだろうと思って、部屋の外から中へと発砲したが、中で数人が怪我をしたという事例や、択一的故意で、目の前に立っているAとBのどちらかには当たるだろうと思って発砲したところ、どちらにも当たらなかった（または、両方に当たった）という事例である。[42] また、その部屋にいる人が何人死んでもかまわないという概括的故意で、小型爆弾を投げつけたところ、十数人が死んだが、行為者としてはそれほど多くの人が死ぬとは思っていなかったというような場合にも（ただし、爆発物取締罰則一条の罪との関係は別論とする）、故意の「個数」を考慮すれば、故意犯の成立に限定が必要になるはずなのである。そして、第二に、行為者としては、客体を特定し、数をも特定した場合であっても、事後的にはそれでも客体を特定し得ないことがある。それは、いわば、客体の錯誤の事例において、行為者の予想以上の数の結果が生じた場合である。[43] 例えば、甲が、まがり角をまがってくる一人の人に石をぶつけようとしたところ、アベックA、Bが来て両方が怪我をしたという事例、甲がその部屋の中にXがいることを認めて施錠し監禁したが、実は中にはXではなくA、Bの二人がいて自由を奪われたという事例、学生運動家の甲が、仲間われしたX、Yの二人がその部屋にいることを聞いて小型爆弾を投げ込んだが、その部屋にはA、B、Cの三人がいて死亡したと

いう事例、甲が、トイレの五つの個室のうちの一つだけが使用されていると思って催涙ガス弾を投げ込んだところ、二人が使用しており、ガスの影響を受けたというような事例である。[44] これらの場合、具体的符合説の基準によっても、故意犯の成立する数を行為者の表象した客体の数に限定することはできない。それは、一つの暗黙の前提条件が充足されなければ、具体的符合説の基準は役に立たないからなのである。つまり、具体的符合説の基準を適用するためには、行為者が「そこにある」と思った客体が、そこに――認識した通りの態様・個数で――現実にも存在しなければならないのである。

以上のように、「講壇事例」を積み重ねる限りは、故意の「個数」の問題の取り扱いにおいて優位を誇る具体的符合説にも解決の困難な場合は決して少なくないように思われる。しかも、この種の事例は、決して単なる「講壇事例」にとどまるものではないのである。ひき逃げ事件に関する、昭和三七年九月二四日の新潟地裁長岡支部判決の事案は、次のようなものであった。被告人甲は、運転していた自動車を母親Aとその子B（当時生後一〇月）に衝突させた。甲は、AおよびBを自動車の前部下方にひっ掛けたままの状態で、一個の客体に対する未必的殺意をもって、自動車を走らせ逃走しようとしたため、AおよびBを死亡させるに至ったのである。判決は、これを「客体の数に関する錯誤」とでもいうべきものだとした上で、このような錯誤は犯意を阻却するものではないとし、二つの殺人罪の成立を認めたが、量刑の理由においては、一個の客体に対してしか犯意がなかったという事情をとくに考慮したのである。[45] たしかに、本事案においては、被告人が女性のうめき声などを聞いていたことなどから、母親Aにのみ客体を特定していたのであり、Aとの関係でのみ殺人罪の成立を認めれば足りるとの批判が可能であるかもしれない。[46] しかしながら、車体の下にひっ掛かっているのが「人」であるという認識のみが法的には決定的であって、「女性であること」「大人であること」という客体の属性は構成要件的に重要でないはずである。そればかりでなく、行為者の認識した事情を考慮しても、客体を特定できないような類似の事案を考えることは容易であると言わなければならない。

もちろん、その種の、いずれにしても稀にしか生じ得ない特殊の事例群を解決できないことを理由に、基本的な考え方自体を放棄するには及ばない、と主張することも可能である。法学説は、想定した事例のうちの九割をうまく解決できれば充分だとすることさえできるかも知れない。[47] これに対して、本稿は、想定し得る限りの事例を念頭において、それらを矛盾なく解決するための理論を求めようとするものである。結局のところは、このような前提自体を受け入れるかどうかが問題とならざるを得ないように思われる。

(28) とくに、平野「方法の錯誤」（一九六〇年）同『犯罪論の諸問題（上）』（前掲注12）六七頁以下、同「刑法の基礎⑩」（前掲注1）二五頁、同『刑法総論1』（前掲注1）一七六頁、同「具体的法定符合説について」（前掲注12）七〇頁以下、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、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2』（一九七八年）二一六頁、斉藤『刑法講義各論1』（前掲注16）六六頁、六七、八頁、四三七頁、四三九頁、町野「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）一〇九頁以下、柏木『刑法総論』（前掲注10）二一七頁以下、同「法定的符合説と罪数」（前掲注10）二三五頁以下、西田「共犯の錯誤について」（前掲注9）九七頁、一〇三頁など。故意があると言えるためには、侵害される客体の個数を具体的に特定している必要がないことには争いがない。そのことは、例えば、不確定故意としての概括的故意の場合を考えれば明らかである。それは、故意が肯定されるためには、結果発生についての認識が不確定なものであっても構わないこと、そして、とくに、多数の客体に被害を与えようとする場合に客体の数の正確な表象を要求することはできないことから認められるのである。しかも、概括的故意の場合にも、客体の範囲について漠然とした特定はなされているはずなのであって（例えば、西村『犯罪論講話』〔増補版・一九八一年〕一〇五頁参照）、その範囲を越えてまで、概括的故意を認めることはできないはずである。そうだとすれば、故意が肯定されるためには客体の特定が概括的であってもよいからといって、行為者が客体の個数を積極的に特定していた場合に、それが故意犯の成立にとって全く意味がないはずだ（中野次雄「方法の錯誤と故意の個数」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』〔一九八四年〕二〇八頁）と直ちには言えない。問題は、故意が認められるためには、行為者の認識の中で客体の個数が具体的に特定されていなければならないかどうかではなく、行為者が特定していた場合に、それが故意犯の成立する数を限定するかどうかである。ちなみに、客体の特定についても、同様のこと

が言える。故意が認められるためには、客体を具体的に特定している必要はなく、「およそその種の客体」を侵害する表象で足りるのだから、行為者が客体を具体的に特定していたときにも、それ以外の同種の客体に当然に故意が認められる(Loewenheim, Error in obiecto〔前掲注2〕S. 313 f.; Puppe, Zur Revision〔前掲注2〕S. 10 ff.)ということにはならない(なお、Schroeder, Leipziger Kommentar〔前掲注8〕§ 16 Rdn. 4 参照)。概括的故意の場合にも、「およそその種の客体」を侵害する認識とはいっても、自分の行為が原因となって結果が生じるであろう客体という程度の(概括的な)限定はすでに為されている。だからこそ、その範囲で当然に故意が認められるのである。従って、行為者が、積極的に客体を特定していた場合には、そのような特定を直ちに無意味とすることはできない。

(29) 故意の「個数」を考慮する法定的符合説を主張するのは、正田満三郎「刑法における錯誤の理論(上)」法曹時報二二巻二号(一九七〇年)一一頁以下、二二、三頁、同『刑法体系総論』(一九七九年)二六七頁以下、同「犯罪構成要件の重なり合いと故意の成否(下)」判例時報九八四号(一九八一年)四頁以下、同「具体的法定符合説の真義」大東法学八号(一九八一年)一頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)』(増補版・一九七五年)四一九、二〇頁、同『注解刑法』(増補第二版・一九七七年)二四八頁以下、同「事実の錯誤について」(前掲注2)二一頁以下、同『犯罪論の基本問題』(前掲注2)二四二頁以下、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)六四頁以下、同『刑法の焦点I・錯誤〔有斐閣リブレ〕』(一九八四年)三三頁以下、大野真義「具体的事実の錯誤の構造」阪大法学(一九七七年)一頁以下、福田平〔団藤重光編〕『注釈刑法(2)のII総則(3)』(一九六九年)三三六、七頁、同「いわゆる事実の錯誤についての一考察」研修三八九号(一九八〇年)四頁以下、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)二二一頁以下、同『刑法総論』(全訂版・一九八四年)一一四頁注(7)、西原春夫『刑法総論』(一九七七年)一九一頁以下、同「刑法における錯誤の理論〔総論〕」法学セミナー三二九号(一九八二年)一六頁以下、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)一二八頁以下、香川達夫「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)四六頁以下、同『刑法講義〔総論〕』(一九八〇年)二二五頁以下、同「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)四五頁以下、同「方法の錯誤」研修四二九号(一九八四年)三頁以下、川端博「錯誤」西原ほか編『判例刑法研究3責任』(一九八〇年)一二四頁以下、一三三頁以下、同「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)一八〇頁以下、金沢文雄「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)三七頁以下、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）一頁以下、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、川崎一夫「方法の錯誤」大谷編著『刑法総論100講』（一九八三年）一〇六頁、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）五七頁以下など。なお、抽象的符合説の立場に立って、早くから、このような見解を主張していたのは、植松正「再訂刑法概論Ⅰ総論」（一九七四年）二六九頁以下。

(30) 故意の「個数」を考慮する法定的符合説に対する周到・精緻な批判は、中野「方法の錯誤といわゆる故意の個数」（前掲注28）二〇四～二一四頁、柏木「法定的符合説と罪数」（前掲注10）二五三～二五六頁に見られる。

(31) とくに、町野「法定的符合説（1）」（前掲注28）一〇九頁参照。

(32) Aを狙ってBを死亡させた場合について、阿部「符合ということ」（前掲注29）一一五頁、Aを狙ってB、Cを死亡させた場合について、金沢「打撃の錯誤について」（前掲注29）四六頁参照。

(33) 中野「方法の錯誤といわゆる故意の個数」（前掲注28）二一四頁、西田「共犯の錯誤について」（前掲注9）九八頁。

(34) 例えば、西原「刑法における錯誤の理論〔総論〕」（前掲注29）二〇頁、福田「方法の錯誤に関する覚書」（前掲注29）二二七頁以下参照。

(35) 山本和昭「強盗の目的でAに暴行を加えA及び予想外のBを傷害した場合とBに対する強盗傷人罪の成否」研修三三〇号（一九七五年）七三頁、平野「具体的法定符合説について」（前掲注12）七四頁、中野「方法の錯誤といわゆる故意の個数」（前掲注28）二一二頁。なお、下村「併発事実と錯誤理論」（前掲注29）一二六、七頁、新矢悦二・最高裁判所判例解説刑事篇昭和五三年度（一九八二年）三二六頁も参照。

(36) 立石「具体的事実の錯誤における方法の錯誤」（前掲注29）一八頁参照。

(37) 平野「具体的法定符合説について」（前掲注12）七三頁参照。

(38) 福田「方法の錯誤に関する覚書」（前掲注29）二三一頁参照。

(39) 植松『再訂刑法概論Ⅰ総論』（前掲注29）二七二頁、二七六頁、二七九頁、正田『刑法体系総論』（前掲注29）二七一頁、同「具体的法定符合説の真義」（前掲注29）七頁、一〇、一頁、大塚「事実の錯誤について」（前掲注2）二五頁、佐久間「事実の錯誤の理論と故意の観念」（前掲注29）九九頁など参照。

(40) 西ドイツにおいて、故意の量的限定と客体の特定とが別個の問題であることを指摘するのは、ヘルツベルクである（Herzberg, Aberratio ictus und error in objecto〔前掲注16〕S. 372）。しかも、ヘルツベルクは、故意の個数の問題を根拠に「法

定的符合説（＝Gleichwertigkeitstheorie）」を批判することはできないとしている。

(41) 柏木「法定的符合説と罪数」（前掲注10）二六〇、一頁、二七〇頁以下参照。

(42) なお、片方のAだけに命中した場合でも、当たらなかったBに対する殺人未遂を認めなくてよいのかどうかには問題がある。認めなければ、Bに対する未必の故意による殺人行為を無視してしまうことになるからである。それは、大きなガラス窓の前に立っている人を狙って発砲したところ、ガラス窓に当たったという場合を考えれば明らかになる。この場合、『人かガラス窓かのどちらかに当たるだろう』と考えて発砲したならば、器物損壊罪のほかに殺人未遂をも認めないわけには行かないはずである。択一的故意の問題について示唆に富むのは、Jakobs, Strafrecht（前掲注8）8/33, S. 227 m. w. Nachw.

(43) 佐久間修は、「併発結果の事例は、客体の錯誤にあっても考えられないではない」としていた（佐久間「事実の錯誤の理論と故意の観念」〔前掲注29〕一〇七頁注（17））が、具体的にどのような事例を想定しているのかは明らかでない。

(44) Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto（前掲注16）S. 372 参照。

(45) 新潟地裁長岡支部判昭和三七年九月二四日・下級裁判所刑事裁判例集四巻九・一〇号一〇八頁。

(46) 荘子『刑法総論』（前掲注7）三四六頁は、この判決の事案について、Bに対しても未必的殺意を認め得ると解するようである。しかし、二個の殺人罪の成立を認めた上で、量刑において故意の「個数」に応じた刑を量定することを考えないのであれば、責任主義に反することは明らかである。

(47) 斉藤『刑法講義各論Ⅰ』（前掲注16）七二頁を見よ。

3 正当化事由についての錯誤と客体の特定

具体的符合説の側から指摘されている、法定的符合説のもう一つの問題点は、正当化事由にあたる事実に関して錯誤があった場合の解決に困難をきたす、ということである。挙げられているのは、例えば、AがBに切りかかり、これを見た甲がBを防衛するために攻撃者Aの脚を狙ってピストルを撃ったところ、被侵害者Bの脚に当たったという事例である。論者は、もし法定的符合説に立って、方法の錯誤は故意を阻却しないと考えると、被害者Bに対して最初から故意があったことになり、そうすれば誤想防衛も認められようがない、というのである。(48)

しかし、これは法定的符合説に対する批判にならない。たしかに、法定的符合説は、構成要件該当事実に対する故意（つまり、構成要件的故意）が認められるかどうかを判断するときには、行為者が認識しなかった客体に対する侵害についても故意を否定しない。それは、意図した客体と結果が生じた客体とが、構成要件的評価の観点から見て、およそ法的に同価値だとするからである。これに対して、正当化事由の前提事実に関する錯誤が、故意を阻却するかどうかを検討する場合には、――体系的にどの段階で判断するにせよ――行為者が表象した事実が違法な事実だったかどうかが問題になるのである。[49] 従って、この関係では、右の例で、客体がAであったのかBであったのかが法的に同価値でないのは明らかである。法定的符合説に立っても、この錯誤は法的に重要であり、違法故意または責任故意を阻却すると考えることは可能なのである。[50]

また、一歩ゆずって、右の事例でBに対する構成要件的故意を否定しない限り――つまり、方法の錯誤が故意を阻却すると考えない限り――誤想防衛とはならず故意犯の成立を認めざるを得ないと仮定してみよう。もしそうだとすれば、具体的符合説を採る者は、次の事例について、どのように考えるのであろうか。つまり、攻撃者Aに追跡された甲が、逃げるばかりでは男らしくないと思って、うしろから来た人を振り向きざまに殴ったところ、それは実はAではなく、「助けて」という甲の声を聞いて駆けつけたBであったという場合である。行為者がBをAだと思ったのは客体の錯誤であり、傷害罪の故意を阻却しないが、最初からBを殴るつもりであったとすれば、誤想防衛にならず、故意犯の成立を認めざるを得ない。それでは、客体の錯誤は故意を阻却するという立場を採らない限り、誤想防衛を否定するほかなく、従って故意犯を認めざるを得ないというのであろうか。[51]

このようにして、正当化事由を構成する事実に関して錯誤があった場合の取り扱いを理由とする、法定的符合説に対する批判には根拠がなく、もしそれが批判になっているとすれば、それは具体的符合説にも妥当するはずのものなのである。

(48) わが国では、とくに、平野「刑法の基礎⑩」(前掲注1) 二六頁、同『刑法総論I』(前掲注1) 一七六頁、同『刑法総論II』(前掲注23) 二四八頁注 (1)、同「具体的法定符合説について」(前掲注12) 七六頁以下、内藤謙「防衛行為と第三者」法学教室二五号 (一九八二年) 八五頁参照。

(49) この点で、Peter Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW Bd. 77, 1965, S. 5 Fußn. 7; Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 74 (ゐっとる、厳格責任説を採るのであれば、冒頭の事例についてもBに対して故意犯を認めざるを得ないはずである); Puppe, Zur Revision (前掲注2) S. 18 f. は正当である。

(50) 異なった理解に基づく反批判として、正田「具体的法定符合説の真義」(前掲注29) 一二、三頁、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) 一六、七頁。

(51) この点について、Puppe, Zur Revision (前掲注2) S. 19 および佐久間「ドイツにおける事実の錯誤論について」(前掲注2) 一二九頁、同「事実の錯誤の理論と故意の観念」(前掲注29) 一〇八頁参照。同様に、債権者甲が債務を弁済しないAに電話し、いきなり脅迫的な言辞を弄して債務の弁済を迫ったところ、実は電話のかけ間違いで無関係のBが相手であったというような場合、客体の錯誤は故意を阻却しないとは言っても、この場合の甲の「錯誤」が脅迫罪の成否に全く影響しないとは言えないであろう。ちなみに、急迫不正の侵害を受けた者が、例えば、攻撃者の脚を狙って発砲するというように、防衛行為としては相当な行為をしようとしたところ、弾丸を頭に当てて死亡させるなど誤って過剰な結果を生じさせた場合についても、とくに「違法阻却事由が認められる範囲内においてのみ」符合が肯定される (平野「具体的法定符合説について」〔前掲注12〕七八頁) と説明する必要もない。行為者の表象した事実が正当化事由にあたる事実ならば——厳格責任説に立つのでない限り——故意が阻却されるのは当然である (同旨、Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen〔前掲注11〕S. 127)。なお、西田「共犯の錯誤について」(前掲注9) 一〇一頁注 (5) も参照。さらに、量刑の問題として見るならば、故意犯においては、行為者が認識していなかった不法事実を量刑の基礎にすることは許されない (詳しくは、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 (四)」本誌五六巻一号〔一九八三年〕六八頁以下参照)。