

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(三)
Sub Title	Probleme der Beachtlichkeit der Objektsindividualisierung bei der Erfolgsgzurechnung zum Vorsatz (3. 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.11 (1985. 11) ,p.59- 94
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19851128-0059">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19851128-0059</a>

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 (三)

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……………以上本号
- 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……………以上第十二号
- 八 おわりに……………

## 五 故意犯における実行行為性の判断と結果の帰責

前章までの検討を通じて、わが国の具体的（法定）符合説は、客体の特定の問題についてなお不充分であり、故意の「個数」の問題も適切には解決できないことが明らかとなった。

ところで、具体的符合説の論拠になっているのは、実行行為の存否は、それぞれの具体的な客体との関係で独立に検討されなければならないということであった（前出三）。このような基本的な考え方には充分の説得力があるように見えるにもかかわらず、なぜ、具体的符合説は、故意における客体の特定および「個数」の特定の問題を適切に解決し得ないのであるのか。私には、それは、従来の議論が、実行行為性の判断と結果帰責の判断との構造上の基本的相違を充分認識していなかったからであるように思われる。たしかに、実行行為性の判断は、行為者が認識した具体的な客体との関係で行なわれる。しかし、結果帰責の判断においては、具体的符合説が主張するように、行為者の認識した「その客体」に生じた結果のみが実行行為に帰責され得ると考えなければならない理論的必然性はないのである。もっとも、他方において、故意の実行行為の存在を肯定できるからといって、実行行為から生じた結果を直ちに——故意によって生じさせた結果として——実行行為に帰責し得るということにはならない。こうして、具体的符合説だけでなく、従来の法定的符合説に対しても疑問が提起されることになるのである。

本章においては、これらの点について若干の検討を加えることにする。なお、以下では、いたずらに論述を複雑にしないためにも、主として単独犯を念頭において考察を進めることにしたい。しかし、本章に述べることは、——必要な修正を施したうえで——共犯行為についても妥当すると思われる。

### 1 実行行為性の判断と結果帰責の判断

具体的符合説の根拠になっていると考えられるのは、実行行為（従って、規範違反の行為）は、それぞれの具体的客体との関係で相互に独立に考えられなければならないという理論仮説であった。たしかに、刑法法規がそれぞれの客体をほかの客体と区別して独立に保護しており、そこで、侵害された客体の数が罪数の基準になる場合についてみると、それぞれの客体との関係で独立に犯罪の成否を検討すべきだという考え方自体は、充分の説得力を持つと言える。しかしながら、翻って考えると、行為者が表象した客体と現実中存在した客体が予定調和的に一致する必然性はない。実行行為に関する通説の見解によれば、行為者が表象した「その客体」が現実には存在しないものであったとしても、一定の条件の下では、故意による実行行為は肯定される<sup>(1)</sup>。例えば、いわゆる客体の不能の場合にも、故意による実行行為が肯定されることもあるのが通説である。そうだとすれば、ここでは、現実中存在する具体的な客体とはひとまず切り離されたところで、実行行為性の判断がなされていると言わなければならないのである。 magari 角をまがってくる一人の人——例えば、X——に石をぶつけようとしたところ、アベックA、Bが来て怪我をしたという場合でも、現実中存在したA、Bとはひとまず観念的に切り離されたところに実行行為は肯定されるのである。その限りでは、具体的客体の存在を前提として、それを保護するために規範による命令が発せられるとするのは、理論的に不正確である。行為者が一定の客体を表象すれば、それが一般人の見地からして充分に根拠のあるものである限り、現実にとどのような態様・個数で客体が存在するかにかかわらず、「想定された、その客体を侵害するな」という規範の命令が設定されることになるのである<sup>(2)</sup>。

もしそうだとすると、実行行為性の判断つまり未遂犯の成否の判断と、それを前提とする結果帰責（または結果帰属）の判断は、理論的に区別されなければならないように思われる。実行行為の判断は、行為者が表象した客体を仮説的に前提とした上で行なわれ、次に、そのようにして確定された実行行為に対して、現実が発生したところの結果が帰責されるのである。右の例でいえば、 magari 角をまがって来ると行為者が考えたその客体との関係で実行行為の

成否は検討されなければならないが、現実には怪我をしたAとBに生じた結果が結果帰責の判断の対象になるのである。このように、**実行行為の判断と結果帰責の判断とを区別しなければならぬ**とすると、**具体的符合説**のように、**行為者が認識した「その客体」に生じた結果だけが帰責され得ると考えなければならない**理論的必然性はないし、また、「その客体」に生じた結果が帰責されるとするだけでは**充分な判断基準にならない**と考えられる。

法定的符合説の立場は、まさに右のように、**実行行為性の判断と結果帰責の判断とを区別することに立脚している**ように思われる。前述したように、**法定的符合説に立つ者も、実行の着手時期の判断にあたっては、「およそ人を殺そう」とか「およそ物を盗ろう」とかいう抽象的な意思を基準にして判断するのではなく、個別的な客体を対象を特定することも含めた具体的な意思を基準にして判断しなければならないのは当然である**。行為者による**客体の特定は、予備と未遂の区別に関して重要な判断要素となり得るのであり、行為者が認識した「その客体」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**。しかしながら、このように、**実行行為の判断にあたって故意を具体的に把握することは、結果帰責の場面で、法定的符合説を採用することと必ずしも矛盾しないのである**。従って、**法定的符合説は、「具体的な客体を侵害する意思がなくても、故意実行行為が成立すること」を認める見解ではあり得ない**。

さて、**実行行為性の判断の構造が以上のようなもの**だと**して、それでは、現実**に発生した結果（さらには、未遂犯の場合の危険結果）は、**どのようにして、その実行行為と関係づけられるのであろうか**。ここでは、**結果を（すでに存在する）実行行為に帰責（帰属）するための基準が問題となる**。<sup>(5)</sup>そこで、もし、右のように、**実行行為性の問題と結果帰責の問題とを区別しなければならぬ**とすると、**従来の具体的符合説に対しても、また法定的符合説に対しても、疑問が生じてくることになるのである**。すなわち、**まず、結果帰責の問題においては、必ずしも行為者が現実に表象した客体に生じた結果のみを帰責せねばならないという理論的必然性は存在しないことになると同時に、およそ故意**

の実行行為が存在し故意犯としての責任を問得るということは、故意未遂犯の成立を認める根拠にはなっても、結果をほかならぬ故意によって生じさせたことの理由にはならないことになるからである。

- (1) 不能犯をめぐる学説および判例については、野村稔『未遂犯の研究』(一九八四年)三三二頁以下が詳しい。
- (2) 行為規範は、行為時において一般人が結果の発生を危惧するような行為(または不作为)を対象にするものであり、従って「行為無価値」の評価は、事前判断により危険とされる行為(または不作为)に対して加えられるとする見解として、野村『未遂犯の研究』(前掲注一)一三五、六頁、二四〇頁、二六五、六頁、二九八、九頁、三〇三頁注(三)、三七三、四頁など。また、西原春夫『刑法総論』(一九七七年)一一一頁注(三)、二二七頁も参照。西ドイツで、ほぼ同様に、禁止(または命令)の規範が危険行為(または不作为)に向けられたものである(従って、不能未遂の処罰は、完全な行為無価値が認められない行為に対する例外的な処罰である)と主張する最近の文献として、Wilhelm Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für Paul Boekelmann, 1979, S. 165 f.; Hans-Joachim Rudolph, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1984, Rdn. 57 vor § 1 und § 16 Rdn. 31; ders., Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 76 ff., 81 f.; Jürgen Wolter, Der Irrtum über Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW Bd. 89, 1977, S. 672 f.; ders., Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem, 1981, S. 25 ff., 46 ff.; ders., Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 105 ff. など。西ドイツにおける議論の紹介として、齊藤誠二「共犯の処罰の根拠をめぐって」法律時報五七卷六号(一九八五年)九七、八頁、同「承継的共同正犯をめぐって」筑波法政八号(一九八五年)四五頁以下がある。
- これに対して(故意犯における)規範違反行為無価値を結果表現まで含めて理解するのは、Hans Joachim Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW Bd. 94, 1982, S. 242 f.; ハンス・ヨブヒト・ヒルシッホ(井田記)「西ドイツにおける違法論をめぐる議論の現状」シドリスト八三四号(一九八五年)二五頁である。
- (3) 前出二一参照。なお、洲見光男「具体的事実における方法の錯誤について」早稲田大学大学院法研論集三五号(一九八五

年)二二三頁以下も、故意と(未遂犯の認定にあたって考慮される)行為意思とを区別すべきだとする。

(4) 町野朔「故意論と錯誤論」刑法雜誌、二六巻二号(一九八四年)一七八頁、同「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)一一頁。なお、次注5も参照。

(5) 正当にも、福田平は、錯誤論は、存在した故意行為に発生した結果を帰属させることが妥当かどうかの問題だとする(福田「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」六頁、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)二三四、五頁、二三一、二頁、二三四、五頁など、同「刑法総論」〔全訂版・一九八四年〕一一一頁、一四四頁注(7)参照。まさしく、方法の錯誤の問題は、単なる主観的レベルの問題でなく、結果を故意実行行為に帰責するための「規範的」判断基準を求める、結果の帰責(帰属)判断の問題なのである。ほぼ同じ認識に立脚するものとして、大谷実「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)八頁、同「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)三六頁。なお、佐久間修「事実の錯誤の理論と故意の觀念」名古屋大学法政論集一〇二号(一九八四年)九八、九頁も参照。西ドイツの学説の中では、Cornelius Pritwitz, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tatervorstellung, GA 1983, insb. S. 110, 123, 125, 135 が明快である。はゞきりと異なった理解に立脚するのは、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)二六六、七頁。

いずれにしても、法定的符合説を、実行行為が存在しないところに故意犯の成立を肯定する見解だとして批判する(町野「法定的符合説(1)」〔前掲注4〕一一一頁、同「故意論と錯誤論」〔前掲注4〕一七八頁)のは、不当である。しかも、実行に着手した後に相当因果関係の範囲内で一定の結果が生じた場合であっても、その結果を実行行為に帰属することが躊躇されることもある。例えば、甲がAを殺そうとして日本刀を振り上げたところ、後ろに立っていたBを刺して死亡させたという場合(宮城浩蔵『刑法講義・二』(二八八五年)四七一頁)、実行に着手したのみで、行為者が認識した侵害の作用が客体に及ぶ段階に達していない以上、そもそもBの死亡の結果を故意実行行為に帰属することは問題にならないのである。ちなみに、方法の錯誤の場合ばかりでなく、因果関係の錯誤の場合にも、「実行行為の概念を軽視する」おそれは存在する。例えば、Aを断崖に追いつめピストルで射殺しようとしたところ、発砲直前に、怯えおののいたAが足をすべらせて崖の下に落ちて死亡したというような場合に、故意既遂犯を肯定するとなれば問題である。私には、この場合にも、行為者が意図した侵害の作用が客体に及んでいない以上、結果帰責は問題にならないと思われる。この事例に関して、Hans-Georg Meiser, MDR, 1955, S

639 は、既遂が認められるためには、行為者が実行に着手したことだけでは充分でなく、直接に結果を惹起する行為を開始し、所為を「手から放した」ことが必要だとする。また、Wolter, *Irtum über den Kausalverlauf* [前掲注2] S. 639 は、実行行為が終了していないことを未遂にとどまることの根拠にする。これに対して、莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』（一九八一年）三四八、九頁および Rolf Dietrich Herzberg, *Aberratio ictus und error in objecto*, JA 1981, S. 373 Fußn. 25 は、既遂を認めてよいとするものようである。

## 2 「規範的」問題としての結果の帰責

(1) 錯誤事例における結果帰責の問題とは、結果を、故意によつて、生ぜしめられた結果として実行行為に帰責（帰属）するための原理は何か、という問題にはかならない。たしかに、本人が現実にとの客体に対する侵害を意図していたのかということも、その判断基準として考慮に値する。しかし、それだけで適切な基準となり得るであらうか。前章までに論じてきたように（とくに、四1、2参照）、行為者による客体の特定を基準にして、いわば没価値的に判断しようとしても、不当な結論が導かれることも多く、また、そもそも解決できない事例も生ずるのである。実行行為性の判断とは、行為者が表象した客体を仮設的に前提とした上での、侵害の危険性に関する予測的判断であるが、結果帰責の判断においては、必ずしも行為者が特定した客体に生じた結果のみが帰責されるということにはならない。そもそも、行為者が認識した「その客体」に生じた結果についてだけ故意が認められるとすることで済ますことは、主観と客観との齟齬を最初から無視した、余りにナイーブな認識論的前提に立つものである。<sup>(6)</sup> 前に挙げた事例を少し変えて、まがり角をAがまがって来ると思い、数個の石を投げて怪我させようとしたところ、アベックA、Bが来て二人が怪我し、さらに、まがり角の向こう側に立っていたCも怪我したという場合、そこに「錯誤」があるにもかかわらず、いかなる結果を行為者の故意実行行為に帰責し得るのかは、一定の「規範的」基準を介することなく判断できるとはならない。このように、行為者が特定した「その客体」が、現実に存在したうちのどの客体に一致するの

を最初から自明の事柄と見なし、行為者が「そこにある」と思った客体は、現実にも必ず——そのような態様・個数で——そこに存在することを前提とする具体的符合説の基準によっては、錯誤事例のいくつかは、最初から解決できないものである。

とくに、客体を視覚的に把握して特定しているのではない場合に、具体的符合説の基準が曖昧になるのも、行為者が特定した「その客体」が現実存在したうちのどの客体に一致するのかを——法的評価を介することなく——確定し得ることを前提としてしまっているからなのである。例えば、甲がAを殺そうとして、Aの車に時限爆弾を仕掛けたところ、Aの妻Bがこれに乗って爆死した、という事例についてみると、「その人」ということでAを考えるか、それともAの車に乗ったBを考えるかは、「その人」という言葉の日常用語的意味によっては明らかにならない。また、前章で行なったように客体特定の種々の理論的な可能性を考慮して分析しても、解決は出てこない。要するに、錯誤理論としては、発生した結果を実行行為に帰責し得るかどうかを判断するための基準、しかも、何らかの法的評価に関係づけられた「規範的」基準を提示しなければならないのである。

このように、方法の錯誤の問題においては、結果帰責のための評価基準を解明しなければならないことは、西ドイツにおける最近の研究が一致して承認するところでもある。つまり、この問題は、それぞれに充足された客観的構成要件と主観的構成要件とを結びつけて故意既遂犯を認め得るかどうかの問題であるとされ、それが肯定されるか否定されるかは、因果関係の錯誤におけると同様に（あるいは、そもそも方法の錯誤は因果関係の錯誤の場合なのであるから）、<sup>(8)</sup>「齟齬の重大性」の程度によるのであり、何よりもここでは、その「重大性」を判断する統一<sup>(9)</sup>的な基準が求められなければならないとするのである。<sup>(10)</sup>そして、そのような基準として、例えば、「計画の実現（Planverwirklichung）」<sup>(11)</sup>「行為者が認識した危険の実現」<sup>(12)</sup>、「等価性（Gleichwertigkeit）または客観的故意相当性（objektive Vorsatzäquanz）」<sup>(13)</sup>などの基準<sup>(14)</sup>を採るべきことが提唱されているのである。それらの基準のそれぞれを詳しく検討することは、ここでの直接の課

題ではない。いずれにしても、重要なことは、法的評価を混じえない没価値的な基準によっては、故意における客体の特定および「個数」の特定の問題を解決することはできないことであり、少なくとも、わが国の具体的(法定)符合説は、このような問題の性格を看過している点で、なお不十分なのである。<sup>(15)</sup>

なお、具体的符合説を主張する者の中には、方法の錯誤の場合、行為者は侵害された客体に向けられた具体的な実行行為の危険性を認識していない点を強調して、その客体を意識していない以上、その客体に向けられた実行行為も存在しないから故意既遂犯を肯定することはできないとする者がいる。<sup>(16)</sup>しかし、この見解についても、具体的符合説に関していまままで述べてきたことがことごとく妥当である。まず、客体を目の前に見据えて視覚的に特定していない場合には、果たして、どの客体に対する危険を行為者が認識していたことになるのか明らかではないのであって、この点では、すでに前章で述べたことが全てあてはまる。また、この見解によっても、故意の「個数」の問題を適切に解決できないことは、これ以上縷言を要しないであろう。そればかりでなく、この見解に立つと、因果関係の錯誤の取り扱いにおいても問題が生じてくる。なぜなら、因果関係の錯誤の場合にも、行為者は、当該の具体的な態様における結果発生の危険性を認識しているとは言えないからである。例えば、被害者Aを断崖に追いつめて、拳銃で撃ち殺そうとしたが、弾丸ははずれ、ただ、よけようとしたAが崖から落ちて死んだ場合には、転落死の結果が生ずる危険性を認識していたとは言えないであろう。<sup>(17)</sup>そこで、結果をより抽象的に観察して、およそ「拳銃の発砲によるAの生命に対する危険」を認識していた以上、故意は肯定でき、相当因果関係の範囲内で生じた結果は実行行為に帰責される、というように説明することも可能であるかも知れないが、それならば、AのそばにいたBに弾丸が命中した場合にも、その結果について故意既遂犯を認めない理由はないように思われる。後述のように、故意の対象を確定する上で、同一の客体という範囲内では「結果の抽象化」を一切許さないとすることの理論的根拠は見出し難いからである。この場合にも、客観面と主観面の齟齬の重大性を判断する評価基準が必要なのである。そもそも、なぜ、

同一の客体の範囲内であれば、常に客観面と主観面の齟齬が重大なものとは認められず、異なった客体になると直ちに、重大なものとなるのかは明らかにされていない。しかも、右の見解を主張する者は、同一占有者の占有下にある財物Aを狙って石を投げてBを壊した場合にもBに対する故意を認め得ないとするのであるから、評価の基準は全く明らかでないのである。<sup>(19)</sup>

もっとも、方法の錯誤の場合に、行為者が全く認識していない客体に対して故意既遂犯を肯定することは、たまたま偶然に存在していた同種の客体の侵害を理由に、<sup>(20)</sup>未遂を既遂に「格上げ」するものであり、結果を処罰条件と解することを前提とするもので不<sup>(21)</sup>当だから、具体的符合説の結論の方が適切だと考えることは可能である。<sup>(22)</sup>しかし、まず、そのように考えるのであれば、ブライ(Hermann Bley)の言うように、少なくとも、いずれかの同種の客体に結果が生ずる蓋然性の高い方法を用いるような場合には、行為者による客体特定の如何にかかわらず、発生結果について故意既遂犯を認めざるを得ないことに注意しなければならない。<sup>(23)</sup>また、そもそも、もし、結果の発生・不発生そのものまで完全に支配可能な状態でなければ故意既遂犯を肯定できない、とするのであれば疑問である。人間は、いつでも、偶然的な要素に左右され、因果の過程を完全に掌中に収め得るものではないにもかかわらず、企ての実現を成り行きにまかせるといふ形で一定の結果への到達を目指すものではないだろうか。例えば、被害者の治療にあたった医師が手術に失敗して被害者を死亡させるといふような事情は、意図的に支配・統制できるものではないが、それにもかかわらず、殺意をもって被害者に重傷を与えた行為者にその最終結果を帰責できないとは直ちに言えないであろう。客観面と主観面の齟齬の重大性を判断する場合に、行為者の認識と発生した事実が異なった客体に関わるものであったとしても、直ちに重大な齟齬が存在することにはならないように思われる。そればかりでなく、右のような具体的符合説の主張者の立場からすれば、右手を傷つけようとして、誤って左脚を傷つけた場合でも、たまたまそこに左脚があったという偶然的な事情によって、本来未遂とされるべき行為を既遂に「格上げ」しないためには、傷害罪の故

意を否定しなければならぬはずなのである。<sup>(24)</sup>

(2) さて、結果の帰責を判断する基準として、すぐに思い至るのは、相当因果関係である。まさに、相当因果関係の範囲内で構成要件的に同種の結果が生ずる限り、これを実行行為に帰責することは許されるとするのが、法定的符合説である。たしかに、行為者自身が一定の客体に犯意を特定して行為した以上、故意による実行行為が存在するのであり、しかも結果との間に相当因果関係を肯定できれば、その結果との関係で故意既遂犯の成立を肯定することが可能であるようにも思われよう。従って、それ以上に、客観的に生じた事実と、行為者の主観的認識の間のく、い、違いの程度などを考慮する必要はないのではないか。このようにして、法定的符合説を徹底すれば、方法の錯誤・客体の錯誤の問題も、「固有の錯誤の問題ではない、<sup>(25)</sup>」ことになるはずである。<sup>(26)</sup>

因果関係の錯誤の場合について、まさに右のように考える見解が有力に主張されている。<sup>(27)</sup> すなわち、理論的に言うて、行為者が認識した因果経過を相当なものとして評価し得る限り、その認識内容を「故意」と呼び得るのであり、それが、現実にとどった因果経過と一致しないものであったとしても、故意は阻却されないとする。しかも、従来、因果関係の錯誤の問題として議論されているものは、いずれも、故意の問題ではなく、客観的な因果経過の相当性の問題として解決されるべきである。客観的な帰責関係としての相当因果関係が肯定されながら、因果関係について錯誤があるために故意が阻却されるようなことはなく、相当因果関係を採る限り、因果関係の錯誤とする実益はない、と主張するのである。例えば、靈感を感じて三日後に病院が火事になると思い込んだ甲が、退院間近の入院患者Aを刃物で刺して、退院を延ばし、火事で殺そうとしたところ、誤って強く刺し過ぎてAに大怪我を負わせ、Aはその傷により病院で死亡するに至ったという事例を考えてみよう。右の見解によれば、行為と結果との間に相当因果関係が存することは否定できないが、殺人の故意は否定され、せいぜい傷害致死の罪責を負うに過ぎない。しかし、それは、因果関係の錯誤によって故意が阻却されるからではなく、そのような非現実的な事実の表象は、すでに殺人

の故意とは言い得ないからだというのである。このようにして、右の見解によると、相当因果関係の存在と、行為者が認識した因果経過の相当性だけをそれぞれ独立に、確定すれば足り、主観面・客観面の対比、つまり主観面と客観面の「齟齬の重大性」の判断は、一切必要ないことになるのである。<sup>(28)</sup>

しかし、私には、右のような理解が正しいとは考えられない。<sup>(29)</sup>客観面と主観面のそれぞれが、たまたま相当な事実および相当な事実の表象だとしても、それだけでは生じた結果を故意の実行行為に帰責する訳には行かないように思われる。それは、理論的にそうだというばかりでなく、実際的にも、そのように考えなければ不当な結論が生ずる事例があり得る。因果関係の錯誤の問題を適切に解決するためには、客観面と主観面の比較・照らし合わせを行なった上で、評価的な判断を行なうことが必要だと考えられるのである。もし、そうだとすれば、因果関係の錯誤が異なった客体にまたがる方法の錯誤については、なおさら、客観面と主観面のくい違いの程度が重大なものかどうかの慎重な検討が必要になるように思われる。単に、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、その結果を故意によってひき起こされた結果として帰責することはできない。いわゆる法定的符合説の問題性は、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。

しかし、以上の点は、なお十分な検討を必要とするので、章を改めて、立ち入った考察を行なうことにしたい。そもそも、因果関係は、故意における認識・予見の対象となるのか、もしなるとしても、因果関係が故意の対象になるということは具体的にはどういうことを意味するのか、を明らかにしなければならない。この点が解明されてはじめて、因果関係の錯誤の問題と方法の錯誤の問題を統一的に解決することを目指した判断基準を求めることも可能になるように思われるのである。

(6) これは、余りにも明白なことなので、これ以上の説明を要しないであろう。「重要なのは、われわれが、ある男を実際に見ているということ、ひとがある男を見ている(見た)」といっているその現象(現われ)がしかしかであるということとを区

別できるということにある。そしてその場合、ひとは彼が実際に見たのは、例えば、鏡に写った自分の姿ないし掛け釘に掛かっていたコートなのに、それと気づかないで「自分の見たもの」を記述したり、同定したりできるということが重要なのである」(G・E・M・ファンヌコム〔菅豊彦訳〕『インテンション——実践知の考察——』〔一九八四年〕九七頁注(一))。

(7) ドイツにおける議論の状況については、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)七五頁以下に詳しく。

(8) 方法の錯誤と因果関係の錯誤の関係に関する西ドイツの議論の状況については、Ingeborg Puppe, Zur Revision der Lehre vom »konkreten« Vorsatz und der Beschlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, S. 14 ff. に詳しく。

(9) ヌービ<sup>1)</sup> Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注⑤) S. 372 ff.; Pritwitz, Zur Diskrepanz (前掲注⑤) S. 110 ff. 参照。

(10) 例えば、Friedrich-Christian Schroeder, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 21. Lieferung, 1980, § 16 Rdn. 9; Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注⑤) S. 370 ff., insb. S. 372 ff., 470 ff.; Pritwitz, Zur Diskrepanz (前掲注⑤) S. 110 ff.; Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht (前掲注⑤) S. 123 ff. など参照。

(11) Claus Roxin, Gedanken zum „Dolus Generalis“, Festschrift für Thomas Würtenberger, 1977, S. 116, 119, 120 ff.; ders., ESJ Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984, S. 35. 紹介として、斉藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』(新訂版・一九七九年)四四二頁以下。なお、より以前から類似の方向を示唆していたのは、Rudolphi, Literaturbericht, ZStW, Bd. 86, 1974, S. 96 f. ヘルツベルクは、この客体に結果が発生したかは構成要件的评价の上で重要でないとしながらも、原則として、全く外見的・物理的な意味でその具体的な客体に命中した客体の錯誤の場合には「目標に到達した」ものとして既遂の成立を肯定し、そうでない方法の錯誤の場合には既遂を認めない。しかし、例外的に、目標に命中しなくても、客体の相違が行為者にとって重要でなく、「行為者の計画が実現した」と見得る場合には、方法の錯誤であっても既遂を認める(逆に、客体の錯誤の場合にも、事情によっては、既遂を否定する余地を認める)のである。Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注⑤) S. 472 ff.

(12) Günther Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 99; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1983, S. 247 f. 方法の錯誤の場合に結果に対して故意が認められないのは、侵害された客体に実現した危険を行為者が認識していなかったからだとする。

- (13) Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht (前掲注2) S. 123 ff., 130; ders., Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld, in: Festschrift für Heinz Lefrenz, 1983, S. 551 f. は、方法的錯誤の場合には、表象した客体と侵害された客体の「等価値性」を否定し、基本的に具体的符合説の結論を支持しながら、例外的に、行為者にとって客体の同一性が全く重要でなく、動機にも影響を与えなかった場合には、発生結果について故意既遂を認める。
- (14) ちらい、Pritwitz, Zur Diskrepanz (前掲注5) S. 127 ff. は、五官の作用で直接に知覚された侵害客体以外の客体に結果が発生したときは、客観面と主観面の齟齬が重大であり、故意既遂犯として処罰できないが、客体が直接に知覚されていない場合には行為者が特定した客体とは別個の客体に結果が発生しても既遂を認め得るとする。
- (15) 平野龍一は、錯誤の問題を「評価の問題」だとすることに反対し、「故意は『あるかないか』の問題」だとする。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)七五頁。同様に、故意の事実的側面(基礎)を強調するのは、曾根威彦「方法的錯誤」植松正・川端博・曾根威彦・日高義博「現代刑法論争I」(一九八三年)一七七、八頁。ちなみに、刑法における「規範主義」の傾向に対する批判として、平野「構成要件という概念をめぐって」(一九八一年)同「犯罪論の諸問題(上)」一四、五頁参照。
- 大谷実は、具体的符合説について、次のような解説を加えているが、適切である。「具体的符合説は、認識と発生した事実との一致を法的評価を加えずに事実の面から構成するところに特色がある。その結果、故意の成立範囲は未必の故意を限度とすることになるから、具体的事実の錯誤については實際上錯誤論は必要がないことになる」(大谷「事実の錯誤と故意の個数」(前掲注5)三四頁。なお、同「構成要件の符合説について」同志社法学三六巻四号(一九八五年)九、一〇頁も見よ。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)五〇頁、同「刑法講義(総論)」(一九八〇年)二二六頁も参照。
- (16) 町野「法定的符合説(1)」(前掲注4)一一一頁、同「故意論と錯誤論」(前掲注4)一七八頁。Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf (前掲注2) S. 650 Fußn. 5も、方法的錯誤の場合には、現実には侵害された客体に対する危険性を認識していないとする。なお、注12に挙げたヤコブスの見解も参照。
- (17) なお、この場合にも、「実行行為を軽視する」危険が生じ得ることについては、前出注5参照。
- (18) 町野「故意論と錯誤論」(前掲注4)一七八、九頁。
- (19) なお、洲見「具体的事実における方法的錯誤について」(前掲注3)二〇八、九頁も参照。

- (20) 中義勝「刑法の錯誤理論」綜合法学三八号(一九六一年)五三、四頁、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卷』(一九八四年)九七頁および Schroeder, *Leipziger Kommentar* (前掲注9) §16 Rdn. 9; Heiner Alwart, *Der praktische Fall—Strafrecht, Jus* 1979, S. 355; Günter Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 1981, S. 104 Rdn. 284 など参照。
- (21) 平場安治「過失犯の構造」『井上正治博士還暦祝賀・刑事法学の諸相(上)』(一九八一年)三三九頁、町野「法定的符合説(一)」(前掲注4)一一一頁。夙に、(西)ドインで同旨の論評を加えていたのは、Hans Dieter Freiherr v. Gemmingen, *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs (Strafrechtliche Abhandlungen; Heft 306)*, 1932, S. 156; Roland Noack, *Tatverlauf und Vorsatz, Dissertation Hamburg* (1966), S. 10, 22 以下。
- (22) ノル (Peter Noll) のように、方法の錯誤の場合には結果が発生している以上、未遂減輕する理由がないというようにして法定的符合説を根拠づけようとするは、このような批判を避けることはできないであろう。Noll, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Werabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, ZStW Bd. 77, 1965, S. 5; ders., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1981, S. 96 参照。ノルの見解に対する批判として、Thomas Hillenkamp, *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, 1971, S. 108; Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt* (前掲注21) S. 99 Fußn. 191; Herzberg, *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf*, ZStW Bd. 85, 1973, S. 878 ff. があげられる。ちなみに、犯罪徵表説に立脚する牧野英一「方法の錯誤」(一九一七年)同『刑法研究第一卷』(再版・一九三八年)二二二、二三頁注(a)・二三五頁以下の理由づけも参照。
- (23) 前出四一注27末尾参照。
- (24) この点で徹底しているのは、Schroeder, *Leipziger Kommentar* (前掲注10) §16 Rdn. 11 である。
- (25) このように考えるのは、金沢文雄「因果関係の錯誤」法学セミナー三三九号(一九八二年)四〇頁。
- (26) 因果関係の錯誤に関するわが国およびドイツの学説については、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)」関西大学法学論集一九卷一号(一九七九年)三七頁以下に詳しい。
- (27) 町野「因果関係論」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一編「現代刑法講座第一卷」(一九七七年)三四六頁注(1)、山中「過失犯における因果経過の予見可能性について(一)」(前掲注26)三九頁以下、同『刑法における因果関係と帰属』(一九八四年)二五八頁、Yamanaka, *Von dem Irrtum über den Kausalverlauf und der Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs*,

- Kansai University Review of Law and Politics, No. 2, 1981, S. 40 ff., insb. 45 ff.; ders., Ein Beitrag zum Problem des sog. „Dolus Generalis“, Kansai University Review of Law and Politics, No. 3, 1982, S. 16; 金沢文雄「因果関係の錯誤」(前掲注25) 四〇頁、前田雅英「結果」の子見可能性」シヤリスト七八四号(一九八三年)五二・三頁、刑法理論研究会「現代刑法学原論」(総論)』(一九八三年)二一六・七頁、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)一九九・二〇〇頁注(5)、『洲見「具体的事実における方法の錯誤について」(前掲注3) 二二八頁注(12)』など。ほほ同旨、平野「刑法の基礎」⑩、法学セミナー一三〇号(一九六七年)二七頁、内田「刑法I(総論)」(一九七七年)一五三・四頁、同「故意犯の構成要件不該当性」(その2)』、法学セミナー(一九八二年)八五・六頁、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)三三四頁、莊子「刑法総論」(新版)』(前掲注5)三四八・九頁、西原「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)二二頁、西ドイツの学説の中では、Walker, Irrtum über den Kausalverlauf (前掲注2) S. 670 ff. (ただし「実行終了時を基準とする ex ante の判断により結果発生の危険が存在し」これを行為者が認識していなければならない」とする)；Justus Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, in: Hans-Heinrich Jeschek (Hrsg.), Deutsche strafrechtliche Landesferate zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung Budapest 1978, 1978, S. 25; Puppe, Zur Revision (前掲注8) S. 14 ff. がはげしく(この見解を採る。Rudolphi, in: Systematischer Kommentar (前掲注2) § 16 Rdn. 31 もこれに近く(ただし「ウーバー」の概括的故意の事例に対する態度 [Rudolphi, a.a.O., § 16 Rdn. 35a 参照])と調和するかどうか疑わしい)。夙に「ヘンキッシュ」は「行為の危険性(=広義の相当性)」を認識することは故意の要件であるが、具体的態様における結果を認識することとは故意の要件でなくとつづいた。Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1964 (Neudruck der Ausgabe 1930), S. 79 f. 44; Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注5) S. 370 ff., 374 mit Fußn. 31; Walker, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht (前掲注2) S. 113 ff., 122 f. も参照。因果関係の錯誤の問題に関する西ドイツの学説の状況については Walker, Irrtum über den Kausalverlauf (前掲注2) S. 658 ff. が詳しく。(28) とくに、金沢「因果関係の錯誤」(前掲注25) 四〇頁参照。
- (29) わが国の学説の中では、莊子「因果関係の錯誤と概括的故意」法学教室(第一期版) 四号(一九六二年)六二頁以下(もつとも、莊子「刑法総論」(旧版・一九六九年)五四四頁、同「刑法総論」(新版)』(前掲注5) 三四八・九頁参照)、岡野光雄「刑法における因果関係の理論」(一九七七年)二二八・九頁および同「故意」中山ほか編「現代刑法講座第二巻」(一九七九

年) 三三三、四頁(もともと、岡野は、条件説に立脚する)、中山研一『刑法総論』(一九八二年) 三六三頁以下を見よ。西ドイツの文献の中では、Joachim Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, S. 11 ff.; Jeschek, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 1978, S. 250 f.; Jakobs, *Strafrecht* (前掲注12) S. 241 Fußn. 139 など参照。

## 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

通説によれば、(相当)因果関係は、構成要件の要素である。そうだとすれば、因果関係も故意における認識・予見の対象となることは当然であるようにも思われる。問題は、因果関係が故意の対象になるということが、具体的には何を意味しているのか、ということである。因果関係そのものに関する哲学的考察は、ここでの課題ではない。

行為者が、いま自分の行なっている行為が結果を発生させる充分の原因力を持っていることを認識していない場合には、故意があるとは言えない。言い換えれば、行為者がそれ以上何もしなくても行為から結果が発生する一定程度の危険性があることを認識していなければ、たとえ行為者がその行為の際に一定の犯罪の結果を表象していたとしても、故意を肯定することはできないのである。例えば、他人の部屋の中にあつた高価な陶器を家の外に持ち出して壊そうと考えた者が、部屋から出ようとしてつまずき、陶器を落として壊した場合には、その結果について器物損壊罪の故意があつたとは言えないと考えられる。それは、部屋を出ようとする行為自体が物を壊すことの危険性を持っているという認識が、行為者に欠けているからなのである。こうして、故意犯が認められるためには、行為がその種の結果を発生させる具体的な危険性を持つていることを、行為者が認識していなければならぬ。

しかし、因果関係の錯誤が問題になるのは、行為者が、右のような、行為の一般的な——つまり、およそその種の

結果を発生させる——危険性を認識した上で、さらに結果発生<sup>(30)</sup>の具体的態様まで予見していた場合に、それとは異なった態様で同種の結果が生じた場合である。そこで、行為者が結果発生<sup>(30)</sup>の具体的態様——例えば、被害者が刺し傷により出血多量で死ぬこと、水の中に落ちて溺死すること——を特定して予見していた場合に、それが故意の成否にどのような意味を持つかが問題となる。因果関係の錯誤の場合も、方法の錯誤の場合も、行為者が、現実に発生した具体的態様における結果を予見していなかった点で共通である。因果関係の錯誤の問題も、行為者による結果の具体的態様の特定の法的重要性が問われる点で、方法の錯誤と統一的な解決の枠組の中で処理されるべき問題なのである。

故意が認められるためには、結果発生<sup>(30)</sup>の具体的態様・経緯まで正確に認識している必要はない、とするのが現在の通説である。たしかに、結果発生<sup>(30)</sup>の具体的態様まで正確に予見しなければならぬことは実際的にも過多の要求であるし、結果発生<sup>(30)</sup>の具体的態様の相違は、構成要件上も重要でないと言えるであろう。しかし、そのことを前提にしても、行為の一般的な危険性を認識しているだけで足りるとするか、それにとどまらず、現実にたどった因果経過の「基本的（または本質的）部分」だけは（未必的にせよ）表象していなければならないとすることによって、見解の対立が生じ得るのである。

第一の見解は、行為者がおよそ行為の一般的な危険性だけを認識していれば、それで故意を肯定するために充分であり、具体的な結果発生<sup>(30)</sup>の態様の子見には全く何らの法的意味も認められないとするものである。この見解によれば、現実の因果経過と行為者の認識した因果経過との間にどのようなくい違いがあったとしても、結果との間に相当因果関係が認められ、しかも、行為者の認識内容がおよそ非現実的な事実でない限り、結果に対する故意は否定されないことになる。前節に紹介した最近の有力説は、まさにこのような見解を主張するのである。つまり、行為の一般的な危険性の認識のみが重要であり、結果発生<sup>(30)</sup>の具体的態様に関する行為者の認識は全く無意味だとするからこそ、具体的因果経過に関する客観面と主観面の齟齬など一切問題にならず、客観面と主観面の比較・照らし合わせが必要でな

くなることも当然なのである。しかしながら、これに対する第二の見解として考えられるのは、たとえ相当因果関係の範囲内であるとしても、行為者の予想したところとかけ離れた経過をたどって結果が発生したのであってはならないとするものである。言い換えれば、行為者の認識した因果経過と現実の因果経過の間に齟齬が生じ得ることを正面から認め、その齟齬が法的に無視し得る範囲内にある限り、故意を阻却しないとするのである。この見解によれば、結果発生の際に法的に無視し得る行為者の表象にも直ちに意味がないことになるのではなく、その主観面の認識と現実に生じた因果の流れとを対比した上で、当該の因果関係の錯誤が結果に対する故意を阻却し、結果帰責を妨げるものであるかどうかを、一定の「規範的」な基準に従って判断しなければならぬことになるのである。<sup>(34)</sup>

私の考えでは、基本的に右の第二の見解に立つべきである。<sup>(35)</sup> 因果関係の錯誤の場合においても、客観面と主観面の具体的な照らし合わせが必要であり、たとえ相当因果関係の範囲内で符合していても、結果に対する故意を否定すべき場合があるように思われる。とくに、いわゆる客観的相当因果関係説に立った場合には、結果を帰責し得る範囲が広がり過ぎるおそれもある。そもそも、客観面と主観面とがそれぞれ相当な事実および相当な事実の認識だからといって、それだけで直ちに結果帰責を肯定すべきではない。およそ犯意を肯定できることは、故意犯の実行行為（つまり、未遂犯）を認め得ることの根拠にはなっても、故意の既遂犯が成立する根拠にはならない。しかも、相当因果関係が肯定されても、せいぜい結果の予見可能性が肯定されるのみであって、生じた結果について故意があったことにはならない。こうして、右の第一の見解は、具体的な結果の発生自体は違法性の程度に影響せず、単なる「処罰条件」に過ぎないとする違法観を前提にするときのみ首尾一貫する<sup>(36)</sup>のであり、部分的にせよ、多かれ少なかれ偶然的な結果の発生を理由に故意既遂犯を認めることになるとの批判を避けることはできないのである。そこで、故意犯の既遂を認め得る場合と、故意の実行行為に伴って偶発的に過失の結果が発生した場合とが区別できなければならない。例えば、殺人未遂に過失致死を加算したものが殺人既遂なのではなく、殺人の実行行為に際して偶発的な致死結果が生じ

たときは、殺人未遂罪と過失致死罪とを観念的競合の関係で成立させれば足りるのである。

私の考えでは、故意の既遂犯として処罰するためには、故意の実行行為が存在し、相当因果関係が肯定されるといふだけでは足りず、行為者が認識した実行行為の持つ真の危険性がまさに具体的結果の発生によって確証されたことが必要である。言い換えれば、行為者が認識した、行為の現実的危険性が、具体的態様における結果の中に実現したと言い得ることが必要であるように思われる。<sup>(38)</sup> たしかに、被害者の腹部をナイフで刺し出血多量で死亡させようとしたところ、それほど深い傷を与えることはできなかったが、傷口から細菌が入ったせいで被害者が死亡したという事例や、人を溺死させようとして橋の上から落としたところ、被害者は橋脚に頭を打ちつけて死亡したという事例において、それらの具体的結果は、腹部をナイフで刺す行為または橋の上から落とす行為の危険が、実現する一つの態様または一つのバリエーションに過ぎず、腹部をナイフで刺す行為または橋の上から落とす行為の危険性自体は行為者が認識している以上、結果の帰責は肯定されてよい。<sup>(39)</sup>

しかし、問題になるのは、まず、行為者が意図した態様では結果の発生が現実には不可能であった場合である。<sup>(40)</sup> 例えば、ダイナマイトを用いて作業中のAを殺そうとして、ダイナマイトに向けてピストルを数発撃ったところ、弾丸をA自身に命中させて死亡させてしまったが、実はAが扱っていたのは爆発物ではなかったというような事例では、殺人既遂罪は認められないように思われる。<sup>(41)</sup>

また、行為者の認識した危険行為自体は効を奏さなかったが、行為者が認識しなかった別個の危険要因により結果が生じたというような場合も問題である。このような場合、その結果発生が予見可能なものであったとしても、原則として、結果帰責を否定すべきであるように思われる。たしかに、行為者甲が、Aを断崖に追いつめピストルで射殺しようとしたところ、弾丸はそれだが、よけようとしたAが足をすべらせて崖の下に落ちて死亡したというような場合、崖の前で発砲することを行為者が認識している以上、殺人罪の既遂を認め得るであろう。しかし、類似の事例で、

崖が背後にあるという事情を行為者が全く知らずに、ただ、そこに立っているAを撃ち殺そうとしたという事例であれば、行為者が認識した射殺行為の危険は転落死の結果の中には実現しなかったと考えられる。言い換えれば、行為者が認識した事情を前提としたとき、転落死の結果は、発砲行為の危険が実現する一つの態様に過ぎないと言えないのである。同様に、例えば、殺意をもってAの頭を殴り、気絶したAをすでに死亡したものと誤信して「死体」を隠すために土の中に埋めたところ、土の中でAが窒息死したというような、いわゆるウェーバーの概括的故意の事例についても、行為者が認識した、被害者の頭を殴るという第一の行為の危険性が、土の中で窒息死するという、第二の行為による結果の中に実現したと言い得るかどうかが問題である。たしかに、行為者は一定の危険行為を行ない、そこから、予見可能な範囲内で結果が発生している。従って、実行行為と結果の間に相当因果関係を肯定することができよう<sup>(43)</sup>。しかし、行為者が認識した実行行為の危険性は直ちに消滅し、行為者が認識しなかった別の要因によって結果が発生しているのである。そのことは、例えば、甲がAを射殺しようとして発砲したところ、弾丸は急所をはずれたが、Aがさらに撃たれることをおそれて死んだふりをして横たわっていたので、それを見た甲が、もう死んだと思ってAを川の中に投げ込み、Aがそこで心臓マヒにより死亡したという事例<sup>(44)</sup>において極めて明らかであろう。このような事例では、原則として、行為者の認識した実行行為の危険性が具体的結果の中に現実化したとは言い得ないように思われる<sup>(45)</sup>。例外的に既遂が認められ得るのは、当初から「死体」の処理のために第二の行為(すなわち、生きた人に対してなされるときには死亡させる危険の高い行為)を予定し計画していたときのように、行為者が認識していた特別の事情も含めて考えられた第一の行為の危険(＝行為者の計画の危険)が実現したと言い得る場合や、第二の行為が死期を若干早めたに過ぎないときのように客観面と主観面の齟齬を法的に無視し得る場合などに限られるであろう<sup>(46)(47)</sup>。

このようにして、因果関係の錯誤については、客観面と主観面のそれぞれを具体的に對比した上で、一定の基準によってその齟齬を評価するという方が、方法的に妥当である。すなわち、ここでの問題は、単なる客観的帰責の問

題でも、単なる主観的な故意の問題でもなく、相当因果関係の範囲内で生じた結果を故意によつて生ぜしめられた結果として故意実行行為に帰責（帰属）するためには、いかなる要件が必要なのか、という故意既遂犯独自の帰責（帰属）関係に関わるものなのである。<sup>(48)</sup> このような観点の下で検討してはじめて、因果関係の錯誤に関わる様々な問題にも適切な位置づけが与えられることになる。故意犯の既遂を肯定するためには、相当因果関係が肯定でき、およそその種の結果を発生させる行為の危険性を認識していることで充分だとする見解に立つ場合にのみ、因果関係の錯誤の問題は「仮象問題」<sup>(49)</sup>なのである。たとえば、法定的符合説を主張する者にとって、方法の錯誤の問題が固有の錯誤の問題ではなく「仮象問題」に過ぎないとしても、具体的符合説の論者にとってそうでないことは当然である。『それは錯誤の問題ではない』ときめつけることは、特定の立場に立脚した上で、（少なくとも異なった立場を採る者にとっては）問われるべき問題のあるところに、問題があること自体を認めまいとすることにほかならない。

さて、具体的符合説を支持する者の中にも、いわゆる因果関係の錯誤は錯誤の問題ではないと主張する者がいる。<sup>(50)</sup> つまり、結果発生 of 具体的態様についての予見は故意の要件ではなく、およそその種の結果を発生させる一般的な行為の危険性を認識していさえすれば、故意を阻却しないとするのである。たしかに、具体的符合説によれば、錯誤は故意を阻却するのが原則であるから、因果関係の錯誤の場合に故意を阻却しないという結論を導くためには、そもそも客観面と主観面との間に齟齬があることを正面から認める訳にはいかないのかも知れない。具体的符合説の主張者も、行為 of 一般的危険性の認識だけを問題とすることによって、因果関係の錯誤の場合に、そもそも錯誤があること自体を否定することができるのである。しかしながら、具体的符合説を採りながら右のように考えることは、一つの矛盾ではないだろうか。行為 of 一般的危険性の認識、すなわち、エンギッシュのいう「広義の相当性」の認識だけを要件とするなら、方法の錯誤の場合にも、行為 of 危険性自体の認識はあるのだから、故意を阻却すると考える理由はないであろう。<sup>(51)</sup> 客観面と主観面の比較・照らし合わせは必要ないとしながら、しかし客観面と主観面が少なくとも同

一の客体に対するものである限度では符合していなければならぬとする理論的根拠は見出し難い。また、具体的符合説を主張する者は、認識しない客体に結果が生じたことを理由に既遂を認めるのは、偶然的な結果責任を負わせるに等しいとするが、それならば、前述した「崖の事例」のように、認識しない危険要因によって結果が発生したときにも、既遂を肯定すべきではないように思われる。いずれにしても、具体的符合説を主張しながら、因果関係の錯誤一般が故意を阻却しないとすることは首尾一貫しないのである。

(30) もっとも、行為の一般的危険性の認識と、結果発生 of 具体的態様の予見との差は、質的なものではなく量的なものに過ぎない。例えば、泳げないAを溺死させようとして橋の上からつき落としたり、Aが橋脚に頭をうちつけて死亡したという講壇事例でも、予見の対象を「およそ橋の上からつき落とす行為がAを死亡させる危険性」というように抽象的に捉えるか、「Aが橋脚に頭をうちつけて死亡する危険性」というように具体的に捉えるかによって、行為の危険性を認識していたとも、認識していなかったとも言い得るからである。このように、問題は、故意の対象をどの程度に具体化（または、逆に、抽象化）して捉えるかの程度の相違に過ぎない。なお、次注31も見よ。

(31) この点について、Herzberg, *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf* (前掲注22) S. 871 f. 参照。そもそも、故意の対象としての結果（ある程度）具体的に把握することは、結果に至る因果の経過を結果に含めて把握することにはほかならない。故意の対象として結果を捉える場合には、結果それ自体と因果の経過とを切り離して考えることはできないのである。なお、Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2. Aufl. 1975, 10/98, S. 441 f. 参照。

(32) 西ドイツにおいて、反対の見解を主張していたのは、Herzberg, *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf* (前掲注22) S. 867 f. である。例えば、泳げないAを橋の上から川に突き落として溺死させようとしたところ、Aは橋脚に頭を強打して死亡したというような事例について、殺人既遂を認めることはできない、としていた。しかし、ヘルツベルクは、その後、因果関係は故意の対象にならないとすに至った。Herzberg, *Aberratio ictus und error in objecto* (前掲注5) S. 370 f., 374 mit Fußn. 31.

(33) 例えば、Wolter, *Der Irrtum über den Kausalverlauf* (前掲注2) S. 670 参照。

(34) 西ドイツの判例は、客観面と主観面の齟齬が予見可能な範囲内にあり、かつ「所為に対する異なった評価を正当化するほど」著しいものでないかどうかを、因果関係の錯誤を判断するための「基準」としてしばしば用いている。例えば、BGH GA

- 1955, S. 123 ff. [125]; BGHSt. 7, 325 [329] など参照。同様の「基準」を用いるのは Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (前掲注⑧) S. 250 f.; Cramer in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl. 1982, § 15 Rdn. 55 など。同じく「基準に好意的なのは」 Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen (前掲注⑧) S. 81 f.; Roxin, Gedanken zum „Dolus Generalis“ (前掲注①) S. 122 f. など。「基準に対して批判的なのは」 Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注⑤) S. 471; Hruschka, Strafrecht (前掲注⑧) S. 12.
- (35) 因果関係の錯誤が故意を阻却し、結果帰責を妨げるか否かは、評価の問題である(ロビンソン)。Roxin, Gedanken zum „Dolus Generalis“ (前掲注①) S. 116, 122 ff.; Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注⑤) S. 372 ff., 470 ff.; Prittwitz, Zur Diskrepanz (前掲注⑤) S. 110 ff.; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1982, 7/51, 52, S. 204 など参照。以前の文献の中で、Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, S. 311 f. が示唆が富む。
- (36) これに対して、行為者は、結果発生 of 具体的な態様について、はつきりと予見してないことも多いし、具体的な因果の流れを常に予見していなければならないとするのは実際のでない、とする批判もあり得よう。しかし、例えば、行為者が客体や客体の個数を具体的に特定していなくても故意は認められ得るが、だからといって、それらを特定していた場合に、そのような特定が法的に無意味だということにはならない(前出四注②③参照)。同様に、結果発生 of 態様が概括的または抽象的に予見されていても故意は認められるが、しかし、そのことは、結果 of 具体的な態様を特定していた場合に錯誤の問題が生ずることを妨げるものではないように思われる。
- (37) この点については、Englisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit (前掲注⑧) S. 79 f.; Armin Kaufmann, „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?, Festschrift für Jescheck, 1985, S. 263 f., 269 を見よ。
- (38) 中野次雄、平野編『自習刑法35問』(一九六五年)四三頁、同『刑法総論概要』(一九七九年)一〇二頁参照。もっとも、私は、相当因果関係が肯定されることを前提に、故意犯独自の帰責(帰属)関係として、本文のような関係を要求するのである。従って、ここでは、判断の基礎となる事情も、行為者の認識した事情に限定されることになる。ちなみに、西ドイツの学説のうち、Hruschka, Strafrecht (前掲注⑧) S. 12 f. も、因果関係に関する本質的な(故意を阻却する)錯誤は、齟齬が行為者の立場から見て予期し得ない場合に肯定されるとする。また、Reinart Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 6. Aufl. 1983, 23/29, S. 314 も、実際の因果経過が、とくに行為者によって予見不可能なものであるのみ、錯誤により故意が阻却されるとする。もっとも、いずれについても、その詳細は明らかでない。

- (39) 「橋の事例」について、中「概括的故意事例についての一考察」(前掲注27)一九三頁注(9)は適切である。
- (40) Schroeder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, S. 328; ders., Leipziger Kommentar (前掲注10) § 16 Rn. 29; Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht (前掲注8) S. 104, 111 f. を見よ。
- (41) そのほかの事例として、甲が、Aを血友病患者だと誤信し軽い傷を負わせて失血させようとしたところ、Aは病気でなかったが、甲が誤って深い傷を与えたため死亡したというような場合や、乙が、Bが極めて重い心臓病を患っておりあらゆる運動を厳禁されていることを聞き知って、Bに激しい運動をさせて殺そうと考え、ひきずり回し坂道からつき落とししたところ、それは心臓病のBではなくよく似たCであったが、転んだ拍子に石に頭をぶつけて死亡した、という場合も考えられる。
- これらの場合にも、結果との間の相当因果関係の存在は肯定されるであろうし、行為者の認識内容それ自体は、相当な事実だと言わなければならない。それにもかかわらず、殺人罪の既遂を認めることは躊躇されるのである。なお、Jakobs, Strafrecht (前掲注12) 8/77, S. 246が挙げている例を少し変えて、次のような事例を考えることもできる。甲が建造物に放火するため自動発火装置をとりつけて立ち去ったところ、この装置はうまく作動しなかったが、甲が吸っていたタバコの吸殻から火が出たという事例である。
- (42) 同様に、例えば、甲が冬の草原でAを刺し殺そうとして傷を与え、甲としてはAが死んだものと思って立ち去ったが、傷は軽いものであったにもかかわらず、その後、気温が下がり、寒さでAが凍死したというような場合でも、行為者が認識した危険は結果の中に実現しなかったのだから、殺人既遂を認めるべきではないように思われる。
- (43) 中「概括的故意事例についての一考察」(前掲注27)一八四頁以下は、いわゆるウェーバーの概括的故意の事例の全てについて、相当因果関係自体を否定しようとする。しかし、その種の因果経過と結果発生が、第一行為の時点を基準として予見可能であれば、相当因果関係は肯定できる。ウェーバーの概括的故意の事例でも、第一行為と最終結果の間の因果関係の相当性自体は認め得るのが一般である(事件の経過自体が充分予見可能な範囲にあることについては、Roxin, Gedanken zum „Dolus Generalis“ [前掲注11] S. 117 f. を見よ)。さもないければ、第一の行為によって致命傷が与えられ、第二の行為が死期を若干早めたに過ぎない場合にも既遂を認めることは困難になる。
- (44) Yamana, Ein Beitrag zum Problem des sog. „Dolus Generalis“ (前掲注27) S. 32; 中「概括的故意事例についての一考察」(前掲注27)一八五頁以下。
- (45) この点について、中「概括的故意事例についての一考察」(前掲注27)一八四頁以下が示唆に富む。もっとも、私の見解

では、この危険実現の關係は、相当因果關係ではなく、故意犯独自の帰責關係である。なお、前出注38、43参照。

(46) こうして、私の考えでは、ウェーバーの概括的故意の事例の中で故意既遂犯が認められるのは、行為者が、当初から第二の行為を予定していた場合、すなわち被害者を殺す確定的故意をもって行為し、同時に「死体」の処理の方法を特定していた場合（なお、Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 74; Rudolphi, in: *Systematischer Kommentar [前掲注5]* §16 Rdn. 35; Stratenwerth, *Strafrecht [前掲注23]* S. 102 Rdn. 281; Wolter, *Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld?* [前掲注31] S. 549 f.; 阿部純二「構成要件の錯誤(二)」福田・大塚編『演習刑法総論』(一九八三年)七六頁なども参照)もつとも、私の考えでは、この場合にのみ相当因果關係が肯定されるから既遂が認められる、というのではない)および「死体」の処理のための第二の行為(例えば、水中に投棄すること、土の中に埋めることなど)が死期を若干早めたに過ぎない場合(Schroeder, *Leipziger Kommentar [前掲注10]* §16 Rdn. 31参照)などに限られることになる(なお、Jakobs, *Strafrecht [前掲注12]* 8/78, S. 246に挙げられている事例も見よ)。問題は、(とくに、未必的殺意で第一の行為を行ない)当初は「死体」の処理まで考えていなかった場合である。この場合、第一の行為と結果との間に相当因果關係が存在するとしても、直ちに既遂犯を肯定する訳には行かない。わが国の通説は、この場合にも既遂を認めるようである(とくに、大塚仁「犯罪論の基本問題」(一九八二年)二五五頁参照)が、「原因において自由な行為」についての厳格な態度に鑑みても首尾一貫性があるかどうか疑わしい。第二の行為が若干死期を早めたに過ぎないと考えられる場合を除いては、故意既遂犯の成立は否定されるべきである。なお、ウェーバーの概括的故意の事例について、岡野「刑法における因果關係の理論」(前掲注29)二二三頁以下、香川「刑法講義〔総論〕」(一九八〇年)二二二頁は、第二の行為の時点で未必的殺意があった場合を除いて、殺人未遂と過失致死罪の併合罪にしかならないとするようであるが、厳格に過ぎると思う。そのほか、この問題に関するわが国およびドイツの学説については、斉藤誠二「いわゆる概括的故意をめぐって」警察研究五〇巻一二号(一九七九年)一五頁以下、五一巻二号(一九八〇年)二九頁以下、とくに、ドイツの学説については、Yamanaka, *Ein Beitrag zum Problem des sog. "Dolus Generalis"* (前掲注27) S. 1 ff. が詳しい。西ドイツの判例については、西村秀二「警察研究五三巻五号(一九八二年)八一頁以下参照」。

(47) さらに、因果關係の錯誤の類型として問題になるのは、行為者が、本来予定した結果発生、直接原因が設定される以前に結果が生じた場合である。例えば、甲が、数分後に工事のため爆破を予定されている建物の中にいるAを殴って気絶させ、爆死させようとしたところ、誤って強く殴り過ぎてそのまま死亡させてしまったという場合である。この場合にも、客観面と主観

面の齟齬が重大であって、結果を故意によって生ぜしめられた結果として行為に帰責することはできないように思われる（ただし、この類型の事例については、実行の着手時期との関係で困難な問題がある）。

なお、このような場合（＝早過ぎた結果実現）には、因果経過に関する非本質的な錯誤があるに過ぎないとして既遂を認めるのが西ドイツの通説のようである。議論されているのは、例えば、殴って気絶させた後で、走る列車の中から外に突き落として殺そうとしたところ、すでに殴打によって被害者を死亡させてしまったという事例や、被害者を棒で殴って気絶させてから首をくくり、自ら首をつったように見せかけて殺すつもりであったが、被害者は殴られただけで死亡したという事例である。

Maurach/Zipf, *Stratfrecht* (前掲注 8) 23/36, S. 316; Jeschek, *Lehrbuch des Strafrechts* (前掲注 6) S. 250; Rudolph, in: *Systematischer Kommentar* (前掲注 2) § 16 Rdn. 34; Cramer in: *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch* (前掲注 7) § 15 Rdn. 55 など参照。学説の状況については、Wolter, *Der Irrtum über den Kausalverlauf* (前掲注 2) S. 695 ff.; ders., *Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld?* (前掲注 13) S. 559 ff. に詳しく、実行行為の終了以前に結果が発生した場合には、既遂を認め得ないと主張するのは、例えば、Schroeder, *Leipziger Kommentar* (前掲注 10) § 16 Rdn. 34 (同旨の見解もそこに引用されている。多くの論者は、そのように考えないと、実行の終了以前に中止して中止未遂の可能性が失われることになってしまうことも論拠とする)。最近の文献の中で、Jakobs, *Stratfrecht* (前掲注 12) 8/76, S. 245 は、実現した行為の危険を認識してこない以上、既遂を認め得ないとする。Armin Kaufmann, „Objektive Zurechnung“ beim *Vorsatzdelikt?* (前掲注 37) S. 264 f. Fußn. 28 も、既遂犯とは問ひ得ないとす。

なお、わが国の学説の中では、正田満三郎『刑法体系総論』(一九七九年)一九二―三頁(予備の段階で結果が発生した場合でも、既遂を認め得るとする)、金沢『因果関係の錯誤』(前掲注 25) 三九頁を見よ。

(48) 因果関係の錯誤の場合、「齟齬の重大性」の故に結果帰責が否定されても、故意の実行行為は存在する以上、未遂犯は認められ得る。これに対して、「因果関係の錯誤」が故意の問題でなく、相当因果関係または客観的帰責の問題だとする論者の多くは、既遂か未遂かは故意の問題ではないとする。例えば、山中『過失犯における因果経過の予見可能性について(一)』(前掲注 26) 五〇頁以下、同・法学セミナー三六五号(一九八五年)一〇五頁、金沢『因果関係の錯誤』(前掲注 25) 四〇頁、中『概括的故意事例についての一考察』(前掲注 27) 一九九頁など参照。なお、大塚『刑法の焦点Ⅰ・錯誤〔有斐閣リブレ〕』(一九八四年)四四頁も参照。ちなみに、山中『過失犯における因果経過の予見可能性について(一)』(前掲注 26) 五〇頁以下、Yamanaka, *Von dem Irrtum über den Kausalverlauf* (前掲注 27) S. 44 f.; ders., *Ein Beitrag zum Problem des sog. „Dolus*

Generalis” (前掲注27) S. 16, 22; 前田「『結果』の予見可能性」(前掲注27) 五三頁は、因果関係の錯誤によって故意が阻却されるとすると、行為者を未遂犯にも問い得ないことになって不合理だとするが、理解できない。故意が(その場に生じた)具体的な結果または危険との関係で独立に論じられなければならないことは余りにも当然である。例えば、因果関係の錯誤により、最終的な死亡の結果について故意(への帰属)が否定されても、その客体に及んだ(それ以前の段階の)死亡の危険について殺意が肯定されることによって殺人未遂が認められることはあり得るのである。もし、そのように考えないとすると、方法の錯誤の事例において、具体的符合説の立場から、認識しない客体Bに生じた結果に対する故意を否定すれば、狙っていた客体Aに対する未遂犯も認められないことにもなってしまふ。

(49) 山中「過失犯における因果経過の予見可能性について(一)」(前掲注26) 五九頁、Yamanaka, Von dem Irrtum über den Kausalverlauf (前掲注27) S. 47 を見よ。

(50) 前掲注27に挙げた者のうち、とくに、中、町野、前田など。

(51) なお、西ドイッンの学説の中で、Herzberg, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf (前掲注22) S. 872 も参照。

## 2 法定的符合説と結果帰責の限界

さて、いわゆる法定的符合説によれば、それぞれの刑罰法規は、相当因果関係の範囲内にある一定の種類の結果(例えば、おおよそ死亡の結果、傷害の結果)を全て防止することを目的としていると考えられる以上、その範囲内で生じた結果は、故意の実行行為へ帰責することが許されることになる。しかし、相当因果関係説の中の客観説に立つ場合(もちろん、折衷説によるときにも)、「相当性」の判断基準自体がかなり緩やかに解されている現状では、かなり広い範囲で結果の帰責が認められることになる。<sup>(52)</sup>つまり、客観的相当因果関係説によれば、行為時に存在した全ての事情が(従って、行為者に認識し得なかった客体の存在や手段の危険性も)考慮に入れられるのであるから、實際上、錯誤の場合の結果帰責の限定基準は存在しないことになる。折衷的相当因果関係説によっても、そもそも相当因果関係における「相当性」とは、『偶然・異常な結果のみを排除するものに過ぎない』とされ、『そのようなことが全く稀有

とは言えない場合には肯定される』と言われている以上、故意行為に際して多かれ少なかれ偶発的に生じた過失的結果に過ぎないものについても、帰責が肯定されることになってしまふ。しかも、正確には、過失の要件としての、結果の（客観的・主観的）予見可能性さえ厳密に検討することなく、因果関係の相当性のみを検討しただけで、故意によって結果を生じさせたものとして帰責されることになってしまふのである。<sup>(54)</sup> このように、故意行為に伴って偶発的に発生した意図せざる過失の結果と性格づけるべきものをも故意行為に帰責することを認めることは、故意未遂犯と過失犯を加算したものを故意既遂犯と把握するものであって疑問であり、*versari in re illicita* の原理を部分的に承認するものと批判されても仕方ないであろう。<sup>(55)</sup> 実際的にも、相当因果関係ないし結果の予見可能性のみを結果帰責の限定基準とすることの問題性は、とくに行為者自身が行為の手段の性質について誤信したような場合に明白になる。例えば、行為者がうかつにも爆発力の小さな爆弾だと思って用いたところが、実は極めて強力な高性能の小型爆弾であったため、かなり遠くにいた、予想外の人を死亡させたというような場合、単に相当因果関係が肯定されるというだけで、その結果を故意行為に帰責できないのは明らかではないだろうか。<sup>(56)</sup> こうして、単なる相当因果関係や結果の予見可能性以上の要件が必要ではないのかの疑問が生ずるのである。<sup>(59)</sup>

法定的符合説の暗黙の前提になっているのは、行為者自身が一定の客体に犯意を特定して行為した以上、故意による実行行為が存在するのであり、その上、発生した同種類の結果との間に相当因果関係を肯定できるのであるから、故意犯の既遂を認めることができる、しかも、客観的に生じた事実と行為者の主観的認識の間の、くい違いの程度など考慮するまでもなく、故意犯の既遂を認めて差し支えない、とする見解であるように思われる。しかし、前節で論じたように、同一の客体に向けられた因果の経過について錯誤がある場合でさえ、相当因果関係の存否ばかりでなく、客観面と主観面のくい違いの程度を具体的に検討する必要のあることは否定できないのである。そうだとすれば、いわば因果関係の錯誤が異なった客体にまたがる方法の錯誤については、なおさら、客観面と主観面のくい違いの程度

が法的に重大なものでないかどうかの検討が必要になるように思われる<sup>(60)(61)</sup>。もっとも、このような考え方に對して、行為者は、その種の客体を侵害する故意をもって行為に出た以上、すでに反対動機を設定されていたはずで、直接的に違法性を意識し得る状態であえて違法な行為に及んだのであるから、故意犯としての重い非難に値するという見解も表明されている<sup>(62)</sup>。しかし、そのことは、故意の未遂犯の責任を問う論拠にはなっても、結果の帰責を肯定し故意の既遂犯を認める論拠にはならないのではないだろうか。こうして、法定的符合説の理論的な難点は、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ということになる。

そこで、方法の錯誤のように、行為者が特定した具体的客体とは別の客体に結果が発生した場合、単に相当因果関係や結果の予見可能性が肯定されるというだけで、結果帰責を認めてはならず、行為者が認識した事情を前提に考えたとき、行為の危険が当該の結果の中に実現したと言い得るような関係があつてはじめて、故意によって生ぜしめられた結果として帰責することが可能ではないかと考えられる<sup>(63)</sup>。たしかに、行為者が認識した具体的状況を全く無視して、『当然認識しているべきで、未必の故意を認定することも無理でないような客体に対する結果については、故意が認められてよい』<sup>(64)</sup>というように一般的には言い得ないであろう。しかし、行為者が認識していた事情だけを考慮に入れたときにも、狙った客体とは別の客体に結果が発生する類型的な危険性を肯定できる状況の下においては、生じた具体的結果は行為の危険が実現する一つの態様またはバリエーションに過ぎなかつたものと見て、結果帰責を肯定し得る場合が多いと思われる。このような要件が充足される限り、具体的符合説のように現実に行為者が侵害を意図していた客体に生じた結果だけしか帰責できないと考える理論的必然性は存在しない。人による因果経過の支配が多かれ少なかれ不完全なものであることに鑑みても、因果関係の錯誤の場合の処理との均衡から考えても、それ以上の要件を設定することは行き過ぎである。具体的符合説を主張する者も、因果関係の錯誤については、具体的結果を現実に予見したことを結果帰責の要件とすることはできないのである<sup>(65)</sup>。

そこで、まず、複数の客体が存在する場所で、侵害の及ぶ方向を充分にコントロールできないような危険な手段を用いる場合には、意図しない客体に生じた結果をも帰責することが可能である。例えば、石を投げつけて仇敵Aを怪我させようとしたとき、傍らに立っているBの存在を一応認識したものの、Bにまで侵害が及ぶ訳はないと高をくくって行為したような場合には、Bに生じた結果の帰責を肯定してよいし、<sup>(66)</sup>さらに、殺意をもって公道上で拳銃などを発砲して、その結果、通行人などを死亡させたような事例では、既遂を認め得ることが多いと考えられる。<sup>(67)</sup>

また、間接正犯・離隔犯や共犯の場合の多くのように、因果経過の支配を多かれ少なかれ手放すような形で成り行きにまかせるときも、行為者が、思い描いた客体以外には結果が発生しないように充分に配慮したというような例外的事情がある場合を除いては、結果の帰責を認めてよいと思われる。とりわけ、爆発物・毒入り飲食物・落とし穴などの仕かけを用いる場合には、行為者が表象した人以外に結果が生じないことを充分に保証する事情があるようなときを除いて、生じた結果の帰責が認められてよい。甲がAを殺そうとして、Aの車に爆弾を仕かけ、キーをまわすと爆発するようにしておいたところ、A以外の者(例えば、Aの妻B)がこれに乗って爆死したという場合、甲が被害者を誰に特定していたかを問題にすることは無意味である。このような状況の下では、Aでなくても誰かが車に乗って被害を受けることは確実なのである。<sup>(68)</sup>それにもかかわらず、行為者による客体の特定を理由にして、結果について故意を認めないのは、妥当とは思われない。<sup>(69)</sup>また、例えば、行為者が、Aの家に毒入りの菓子を送りつけて食べさせ毒殺しようとしたというような事例について考えると、毒入りの菓子を郵送するという手段を用いるときには、——た

とえ、行為者が認識した事情だけを前提としたときにも——狙い通りにAのみが死亡するという結果は保証されるものではないことから、家族、恋人その他の同居者・訪問中の客・その菓子を贈られた隣人などの死亡は、毒入り菓子の郵送行為の持つ危険の実現の態様に過ぎないと考えることができる。

共犯、とくに教唆の場合については、問題は複雑になる。教唆された者が客体の錯誤に陥って一定の客体を侵害し

た場合は、教唆という手段を選んだ以上、そのような危険は類型的な危険として排除できるものではないから、教唆者にも結果は帰責されてよいことになる。正犯者が、教唆者から指示された人とは別の人を「人違い」により殺してしまったことに気づいて、あとで本人をも殺したというような事例では、帰責する結果をどちらかの結果だけに限定する理論的な基準は存在しないであろう。さらに、問題になるのは、正犯者が方法の錯誤により同種の結果を生じさせた場合と、指定された客体とは別の客体をそれと知りつつ侵害した場合である。まず、正犯者が方法の錯誤によって一定の結果を生じさせたときには、正犯者自身が前述の基準により結果について既遂の責任を問われ得る場合であっても、直ちに教唆行為にその結果を帰責する訳には行かない。教唆者の側で正犯者がどのような状況の下でどのような手段を用いて実行するかを認識している場合（例えば、教唆者が現場に居合わせた場合）などのような例外的な場合を除いて、教唆者は既遂の罪責を負わないと考えるべきである。次に、正犯者が、意識的に、指示された客体以外の客体を侵害した場合については、窃盗罪などの財産罪ならば、教唆行為との因果性をなお肯定できる限り、結果の帰責を認めてよいように思われる。しかし、例えば、正犯者が、指示された人とは別の人をそれと知りつつ殺すような場合には、そもそも教唆に基づいて殺したとすることができず、相当因果関係の存在自体が疑問である。少なくとも、そのような事態は、殺人の教唆に伴う類型的な危険が実現したものとは言えない。同様に、暴力団組員甲が同じ組員の乙に対し、対立抗争関係にある暴力団の組長Aを殺すことを教唆したところ、乙がAとともにその右腕のBまで殺したというような事例についても、正犯者乙が教唆の内容になっていないことを認識しながらBを殺害した以上、その結果については甲に罪責を負わせることができないのである。

最後に、帰責し得る客体の個数については、どのように考えるべきであろうか。行為者が表象した客体が一個である以上、複数の故意犯に応じた重い刑を科すことが許されないのは当然である。しかし、そのことと、果たして、いくつかの犯罪の成立を認めるべきかの問題は、一応別個の問題であるように思われる。前述のように、故意の「個数」

を考慮することの困難な諸事例(前出四<sup>2</sup>参照)については、故意犯の成立をいずれかの客体との関係に限定することは恣意的な操作以外の何物でもない。これらの場合には、理論的には、どの客体との関係でも故意を認め得るが、どれか特定の客体に限定して犯罪の成立を肯定することはできないのである。また、具体的な犯意の向けられた客体が法的評価を介さずに特定できる場合であっても、別の客体にも結果が生じ、その結果を上述のような基準で故意行為に帰責し得るのであれば、この結果との関係でも故意犯を認め得る<sup>(7)</sup>。一定の「規範的」基準により故意への帰責を肯定された全ての結果は同価値であって、その中でさらに区別を設けることはできないのである。これらの場合については、一応複数の犯罪の成立を肯定した上で、量刑において適正な科刑がはかれるように工夫するほかはない<sup>(8)</sup>。そこで、観念的競合を認めて、その上で適正な量刑を保證することが、理論的な解決方法として最も優れているし、しかも、観念的競合の制度趣旨は、このような解決をむしろ支持するものであることは、次章で明らかにするところである。

- (52) 大谷『刑法講義総論上』(一九八四年)二二五頁、同「具体的事実の錯誤」警察学論集三七卷九号(一九八四年)一三三、四頁、同「構成要件の符合説をめぐって」(前掲注15)一一頁参照。
- (53) 例えば、福田『刑法総論』(前掲注5)一〇〇頁、平野『刑法総論I』(一九七二年)一四二頁、藤木英雄『刑法講義総論』(一九七五年)一〇二頁、中野『刑法総論概要』(前掲注38)一九三頁、曾根『因果関係論』『現代刑法論争I』(前掲注15)八四頁、柏木『刑法総論』(一九八二年)一四五、六頁、大谷『刑法講義総論上』(前掲注52)二〇一、二頁など参照。反対、川端博『因果関係論』『現代刑法論争I』(前掲注15)七八頁。なお、内田文昭『刑法I(総論)』(前掲注27)一四二頁は、五〇パーセント以上の可能性が必要とする。
- (54) なお、平野『因果関係について』(一九八〇年)同「犯罪論の諸問題(上)」(前掲注15)四一、二頁、同「方法の錯誤」(一九六〇年)同『犯罪論の諸問題(上)』六八頁、内田『刑法I(総論)』(前掲注27)一五六頁注(12)も参照。
- (55) なお、Herzberg, *Absorptio iactus und abweichender Tatverlauf* (前掲注22) S. 879 ff. も参照。
- (56) 西田典之『共犯の錯誤について』(前掲注20)九七頁、九八、九頁参照。なお、Leonhard Bachmann, *Die Rechtsfolgen*

der aberratio ictus, Jns 1971, S. 118 参照。

(57) そもそも、行為自体が社会的有用性に乏しく、一般的にかなり危険なものである限り（いわゆる「許されない危険(行為)」）、具体的態様における結果の蓋然性がかなり低いものであっても、相当因果関係はもちろん、過失犯の成立を肯定し得るのである。しかし、故意によって生じさせた結果として帰責するためには、それだけでは不十分である。

(58) なお、そのほか、甲がAを殺そうとして格闘中、誤ってその側に寝ていた幼児Bを踏み殺したというような場合（飯塚敏夫『刑法論攷』〔一九三四年〕七一頁）、Bに対する殺人罪を肯定することはできないように思われる。また、交通規則違反で警察官Aから停止を命じられたトラック運転手甲が逃走をはかり、ステップにとび乗ったAを路傍の電柱にぶつけて落とそうとし、死亡しても構わないと考えながら高速で路傍に沿って疾走中に、トラックそのものを電柱に激突させて助手席に座っていた仲間の運転手Bを死亡させたというような場合（青柳文雄『事実の錯誤について』本誌三三巻五号〔一九六〇年〕四頁）にも、Bに対する殺人罪を認めることはできないように思われるのである。

(59) 前出注52に掲げた文献を見よ。なお、後出注63も参照。

(60) とくじ Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht (前掲注2) S. 123 f. 参照。

(61) Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht (前掲注2) S. 113 f., 122 f., 131 f. は、因果関係の錯誤および方法の錯誤の問題は、主観的な故意の問題でなく、客観的な(故意への)帰責(帰属)の問題だと主張するが、客観面と主観面の「比較」が必要なくとも自体は認める。ほほ同旨 Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (前掲注5) S. 370-374.

(62) 団藤重光『刑法綱要(総論)』(改訂版・一九七九年)二七六、七頁、中野『刑法総論概要』(前掲注38)四四、五頁、一〇八頁、一一一、二頁、同『方法の錯誤といわゆる故意の個数』『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』(一九八四年)二〇六、七頁、大谷『構成要件の符合説について』(前掲注15)六頁など。

(63) すでに、藤木は、はっきりと「本来ねらいとした加害行為に通常随伴する程度のものであって、予想外の偶発的事故とみられない程度のものでなければ故意を認められない」としていた（藤木『刑法講義総論』〔前掲注53〕一五三、四頁）。大谷も、生じた結果について故意の実行行為が認められる場合でなければならぬとし、客観的に危険な行為が存在し、その危険の実現として結果が発生した限度で、発生した結果につき故意を認めるべきだとする（大谷『刑法講義総論上』〔前掲注52〕二二五頁、同『具体的事実の錯誤』〔前掲注52〕一三四頁、同『構成要件の符合説について』〔前掲注15〕一一頁）。その基準が、

本文に示した基準とどのように異なるかは、なお検討を要する。ただし、大谷は、甲がAを殺害しようとして、好物の生菓子に致死量の毒物を混入して郵送したところ、受けとったAは胃腸をこわしていたので、それを近所のBに与えたため、Bが死亡したという事例について、Bに対しては殺人罪は成立しないと説く。しかし、もし、その結論が正しいとすれば、その根拠は、Bに対して客観的な危険行為が存在しないことではなく、具体的符合説が説くように、Bに対しては殺意がないこと請求められなければならないように思われる。というのは、この事例において、もし甲がそのような結果を——未必的にせよ——予想していたとすれば、Bに対する殺人罪が認められざるを得ないはずだからである。

ちなみに、内田は、基本的には具体的符合説に立ちながらも、「例外的に、第二の客体に対して、存在しない『故意』を、存在するものとして認めるべき場合がありえよう。Aに対して侵害を加えるときには、当然にBに対しても結果が及びうるような状況で、たまたま行為者の表象にはBの存在がなかったにすぎないような場合である」とする(内田『刑法I(総論)』〔前掲注27〕一五二頁、同「故意犯の構成要件不該当性」〔その2〕〔前掲注27〕八五頁)。

(64) 莊子『刑法総論(旧版)』(前掲注29) 五四〇、一頁、五四七頁、五四九頁、大谷『刑法講義総論上』(前掲注52) 二二五頁など参照。なお、中義勝が未必の故意ありとする事例(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)一九、二〇頁、二六、七頁参照)も、行為者としてはそのような結果を当然認識しているべきであった事例に過ぎない。客観的状况だけから見ても、当然に未必の故意があったと「擬制」することはできない。

(65) Herzberg, *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf* (前掲注28) S. 876 参照。

(66) なお、莊子『刑法総論(新版)』(前掲注5) 三四〇頁以下(および「故意の本質」に関する三二五頁)参照。

(67) 大審院大正一五年七月三日判決は、被告人甲が、料理屋でA、Bら数名と会飲中、Aと口論の末Aに軽侮されたことに憤慨してその場でAを殺害することを決意しAに向けて拳銃を発射したところ、弾丸をAの傍らにいたBに命中させて死亡させたという事案について、甲に殺人既遂罪の罪責を認めた(刑集五巻三九五頁)。判例集からうかがわれる事実関係を前提とする限り、その結論は不当ではない。びょう打ち銃による強盗殺人未遂事件に関する最高裁判所昭和三年七月二八日判決(刑集三二巻五号一〇六八頁)の事案においては、人の通行も頻繁で商店も多数存在するような場所で、人通りの少くない時刻に、物体貫通力の極めて強力な手段を用いたことなどから考えると、通行人に生じた結果の帰責を認めたこと自体は決して不当でないように思われる。

(68) 下記の通り Hermann Blei, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 1975, S. 113 f.; Cramer in: Schönke-Schröder,

Strafgesetzbuch (前掲注34) §15 Rdn. 56 参照。

(69) 前出四1注18に引用した諸見解を見よ。

(70) 中野次雄は、責任非難が一定の行為に出たことに対してなされる以上、一個同一の行為に対する責任非難は、故意のそれか過失のそれか、そのいずれかでなければならぬことを根拠とする(中野『刑法総論概要』〔前掲注38〕一一一、二頁、同「方法の錯誤といわゆる故意の個数」〔前掲注62〕二〇六、七頁)。それは、いわゆる抽象的符合説を前提とするものである。

(71) なお、これまで(侵害)結果の帰責について論じてきたことは、未遂犯における危険結果の帰責についても妥当する。未遂犯についても、例えば、Aに対する殺人未遂罪とかBに対する殺人未遂罪というように客体を特定しなければならないのであるから、それぞれの客体に生じた危険を、故意的に生ぜしめられた危険として実行行為に帰責することができるかどうかを検討されなければならないのである。

(72) 本文のように、犯罪成立の場面では、故意の「個数」を考慮しない法定的符合説を採用するものとして、藤木『新版刑法演習講座』(一九七〇年)一〇八頁、同『刑法講義総論』(前掲注53)一五三、四頁、山本和昭「強盜の目的でAに暴行を加えA及び予想外のBを傷害した場合とBに対する強盜傷人罪の成否」研修三三〇号(一九七五年)七二、三頁、平本喜祿「強盜殺人の目的でAに暴行を加えA及び予想外のBを傷害した場合とBに対する強盜殺人未遂罪の成否」法律のひろば三一巻一一号(一九七八年)三九頁以下、田藤「刑法綱要(総論)」(前掲注62)二七六頁以下、とくに、二八一頁注(33)、中野『刑法総論概要』(前掲注38)一一一、二頁、同「方法の錯誤といわゆる故意の個数」(前掲注62)二〇一頁以下、大谷「法定的符合説弁護」(前掲注5)一頁以下、同「事実の錯誤と故意の個数」(前掲注5)三二頁以下、同『刑法講義総論上』(前掲注52)二二二頁以下、同「具体的事実の錯誤」(前掲注52)一三〇頁以下、同「構成要件の符合説について」(前掲注15)一頁以下など。