

Title	被教唆者の客体の錯誤と教唆者の故意： ドイツ連邦裁判所一九九〇年一〇月二五日判決をめぐって
Sub Title	Die Auswirkung des error in obiecto des Angestifteten auf den Vorsatz des Anstifters
Author	井田, 良 (Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.12 (1992. 12) ,p.43- 67
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	川口實教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19921228-0043

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.

被教唆者の客体の錯誤と教唆者の故意

——ドイツ連邦裁判所一九九〇年一月二五日判決をめぐって——

井 田 良

- 一 問題の所在
- 二 論点の批判的検討
- 三 実行行為と結果帰属
- 四 展 望

一 問題の所在

(1) いわゆる具体的事実の錯誤(行為者が一定の構成要件に該当する犯罪事実を実現しようとして行為し、その結果、同一の構成要件に該当する事実を実現させたが、その同一の構成要件の範囲内において錯誤があった場合)をめぐっては、法定的符合説(または抽象的法定符合説と具体的符合説(または具体的法定符合説)とが対立している。わが国の従来からの判例・通説の立場は、法定的符合説であり、事実と認識とが構成要件の範囲内で一致すれば——因果関係が肯定されるかぎり——

実現した事実につき故意の成立が認められるとするものである。しかし、最近の学説においては、むしろ具体的符合説が多数を占めているといえよう。⁽²⁾ 具体的符合説によると、事実と認識との間のより具体的な符合が要求され、客体の錯誤においては故意の成立が認められるが、方法の錯誤の場合には発生結果についての故意は阻却されることになる。

客体の錯誤と方法の錯誤とで取り扱いを異にする具体的符合説にとっての二つの問題点とされてきたのは、客体の錯誤と方法の錯誤とを区別することが困難であり、またたとえ一定の区別の基準を考え得るとしても、それを用いて二つの錯誤を区別し一方だけについて故意の阻却を認めると、その結論が実質的な妥当性を欠く場合があることである。その代表的な場合が、教唆者が特定の客体に結果を生じさせることを教唆したところ、被教唆者が客体の錯誤により教唆者が意図したのとは別個の客体に結果を生じさせた場合である。⁽³⁾ この場合、錯誤が教唆者の故意にいかなる影響を与えるかが問題となるが、もしそれが教唆者にとって方法の錯誤であり故意を阻却するとすれば結論の妥当性に疑問が生ずるし、客体の錯誤であり教唆故意に影響しないとすれば、具体的符合説の基本思想といかなる意味で調和するのかが問われなければならない。この点について、具体的符合説の側から十分な検討がなされ、説得力のある解答が与えられてきたとはいい得ないように思われる。⁽⁴⁾

(2) ドイツにおいて右のような錯誤事例が現実の問題となった有名な事件が、いわゆる「ローゼ・ロザール事件」である。この事件では、甲(「ロザール」)が乙(「ローゼ」)に対しAを殺害するように教唆し、これを実行しようとした乙が、道の向こうからやって来たBをAと誤信してBを射殺したのであるが、一八五九年五月五日のプロイセン最高法院判決は、錯誤は甲の教唆故意を阻却しないとの結論を示した。⁽⁵⁾ この解決に対しては、当初は具体的符合説(具体化説 Konkreterungstheorie)の論者の多くも支持を表明したのであるが、やがて具体的符合説の立場から、被教唆者の客体の錯誤は教唆者にとって方法の錯誤と考えるべきであると主張が有力化し、現在ではそれがドイツの多数説

となっている。⁽⁷⁾

このような状況にあって、一九九〇年一〇月二五日の連邦裁判所判決は、被教唆者が客体の錯誤によって教唆者の意図したのとは異なった人を殺害したという右と同様の事案につき、学説の多数説をしりぞけて、被教唆者の客体の錯誤は、教唆者にとっても法的に重要でない錯誤にはかならないとした。事実の概要と判決理由は次の通りである。⁽⁸⁾

〔事実の概要〕 被告人甲は、農場の権利関係をめぐる争い等から長男Aを殺すほかにないと決意したが、みずからは実行できないと考えたため乙に相談し、金を支払う約束をしたうえで乙に犯行を依頼した。犯行計画によれば、夜Aが帰宅したとき厩舎の中を通ることから、そこで殺害することとされたが、具体的な殺害方法は乙に一任された。人違いが起こらないように、甲は乙に対し、Aの外見を教え、写真を見せ、また、Aがよくビニールの袋を携えていることなどを説明した（その後、乙はAを見る機会もあった）。犯行の当日、乙は厩舎におもむき、そこにいた甲はもう一度、乙がAをきちんと確認できるかどうか確かめた。厩舎のなかは暗く、外の雪明かりで少し物が見える程度であった。午後七時頃、隣人のBが厩舎のなかに入ってきた。BはAに外見が似ており、またビニール袋を携えていた。そこで、乙はこれをAだと考えてBを至近距離から撃ち殺した（なお、甲はあきらめず、結局みずからAを殺害することを決意し、後日、正当防衛を装ってAを殴殺しようとしたが、Aは怪我をしただけで一命をとりとめた）。

この事案について、原審のビーレフェルト地裁は、謀殺既遂罪の教唆ではなく、謀殺についての教唆未遂罪（刑法三〇条参照）の成立を認め、甲が単独に行った謀殺未遂罪との併合罪として処断した。検察官は、教唆未遂しか認めなかった点につき上告し、連邦裁判所も次のように述べて、この部分の原審判決を破棄した。

〔判決理由〕 「1 被告人甲は、乙に自分の息子を殺させようとした。原審地裁が、背後の被告人につき、これを正犯者とはせず、教唆犯としての犯罪関与の見地から法的判断を加えたことは正当であった。

2 相被告人乙は、BをAであると思って、Bを殺害した。このような、被害者が誰であるかという点に関する正犯者の錯誤（客体の錯誤）は、正犯者乙との関係では法的に重要でない（BGHS, 11, 268, 270）。これに対して、この正犯者の錯誤が教唆者の罪責にどのような影響をもつかについては、一八五九年のプロイセン最高法院の判決——それは教唆者の罪責への影響を否定し

た(GA Bd. 7, 332) ー以来、学説において争われている(文献について詳しくは、Bemmann, MDR 1958, 817)。この判決以降、最上級裁判所の判例は存在しない。

(a) 学説をみると、第一の見解は、教唆者が、正犯者を動機づけて、ある一人の人を殺害させた点を決定的に重視する。これが構成要件の結果であり、法律上可罰的とされるために要求されているすべてである。正犯者が人違いによるリスクを負わなければならないように、教唆者も人違いによるリスクを負わなければならない。教唆者が、他人に直接的な犯罪の実行をまかせることによって、人違いにともなうリスクを免れることはできない、とするのである(Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 23. Aufl., Vorbem. §§ 25 ff. Rdn. 47 m. w. Nachw. 参照)。

これに対する反対説が強調するのは、要するに、教唆者は具体的な犯行の態様まで認識していなければならない、ということである。正犯者が、教唆者が選んだ被害者とは異なる者を殺したとき、実行された行為は本質的な点で教唆者の故意と齟齬するものであり、したがって教唆は失敗に帰した、と考えるのである。さらに、この点について、次のような論拠もあげられている。すなわち、錯誤にもとづく殺害は、教唆者にとって打撃のすれ(方法の錯誤)なのであるから、教唆未遂または未遂教唆罪しか認められない、というのである。この見解の正当性は次のことによって裏づけられるという。すなわち、もし正犯者が相手を間違えたことに気づいてさらに本来の被害者を殺したというような場合、この説のように考えないと、教唆者は二つの(またはより多数の)殺害結果について責任を問われることになってしまう。教唆者はただ一人の人を狙っていたのであるから、このような結論は正しいものではあり得ない、とするのである(Roxin, in: LK, 10. Aufl., § 26 Rdn. 26 m. w. Nachw.)。

中間説は、教唆者が正犯者に被害者の特定をゆだねたのかどうかと、攻撃が一身専属的な法益に向けられていたかどうかによって区別しようとする(概観は、Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf [1971])。

(b) 当刑事部の見解では、法律に規定されている正犯と共犯の関係から出発して考えなければならない。刑法二六条によると、教唆者は正犯者と同様に処罰される。同条によると、教唆者は正犯者と基本的に同じ不法を実現したのであり、正犯者と同様の責任を負うのである。教唆犯の処罰根拠を考えても結論は変わらない。すなわち、教唆者は、背後にいる犯罪の創造者として犯罪を惹起するのであり、また正犯者による法益侵害のもともとの原因をなす者である。教唆者は、正犯者に対するはたらきかけを通じて保護法益を間接的に侵害する(Roxin, in: LK, 10. Aufl., vor § 26 Rdn. 1, 7; Jeschek, Strafrecht, Allgem. Teil, 4.

Aufh. S. 621; Oltfo. Jus 1982, 557, 558)。殺人罪の保護法益は生命であり、生命という法益は、たとえその被害者が誰かという点について錯誤のある行為者によって侵害された場合でも——単に危険にさらされたにすぎず未遂にとどまるといようなものではなく——侵害されたことには変わりはないのである。

そこで、もし正犯者における客体の錯誤が法的に重要でないのに、教唆者においては故意を阻却するというのであれば、何らかの特別な根拠が必要である。当刑事部は、両被告人の故意の方向に違いがあったことが、そのような異なった取り扱いの根拠になると考えることはできない。

(aa) もちろん、正犯と共犯の法的な運動性は絶対的なものではない。法律にも規定されている通り、教唆者は故意的に行為しなければならぬ。もし正犯者の所為が、教唆者の思い描いたところとく異なる場合には、教唆者は刑法上の責任を負わない。しかし、本件の場合、乙の錯誤があったために、実行された行為が、被告人にとり、その故意によってカバーされない実質的に別の出来事になってしまった、ということ当刑事部は認めることはできないのである。

たしかに、相被告人乙の錯誤は、被告人甲にとり、計画された犯行事実からの逸脱を意味する (Wolter, in: Schünemann, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems [1984] S. 103, 123 f. 参照)。しかし、それは、一般的な生活経験に照らして予測可能な範囲にとどまり、犯罪に対する別個の評価を正当化するほどのものではない場合には、法的に重要なものではない (BGHSt. 7, 325, 329; また、Wolter, a.o. 参照)。この結論はまた、正犯と共犯に関する諸規定の基礎にある基本思想からも導かれる。すなわち、それによれば、原則として、正犯者の客体の錯誤は、正犯者ばかりでなく教唆者にとっても故意を阻却するものではないということになるのである。被告人甲は、本件の被害者が殺害されることを意図していたわけではないが、甲は自分の息子の殺害を意図していたのであり、正犯者による客体の取り違えがあらゆる生活経験の埒外にあるというのではないのであるから、計画とはく異なる犯行の経過についても、責任を問われなければならないのである。

本件の場合、被告人甲は、既告を立ち去ったとき、意識的に出来事その手から放した。光の状態から、正犯者が偶然に既告に近づいた別の人を、意図した被害者として取り違える危険は十分であったのである。そればかりか、取り違える可能性を被告人は意識してさえた。なぜなら、被告人は、立ち去る前に、乙が息子を同定できるかどうか尋ねて確認しているからである。

現実の事件の経過が被告人にとって望ましくなかったことは、故意への帰属を妨げる理由とはならない。この点は、連邦裁判所がすでに判示しているところである。すなわち、それは、共犯者が誤って、仲間の一人を追跡者だと考え、共謀内容にしたが

って、これに向かって発砲した事件についてであった（BGHSt. 11, 288）。この事件において、連邦裁判所は、発砲によって傷ついた本人をも、殺人未遂の共同正犯として処罰した。その理由は、背後から追ってきたのが誰かという点についての共同者の錯誤は、他の関与者の故意の成否にいかなる影響も与えるものではないということにあった。同様のことは、正犯者と共犯者との関係における帰属の問題についてもあてはまる。

(bb) 打撃のずれ（方法の錯誤）に関する理論は、本件のような事案については適用されない。この理論は、一因果関係の錯誤の特殊事例として一行為者が一定の客体を攻撃対象として目の前にしたもの、それとは別の客体を侵害した場合について考え出されたものなのである（Puppe, GA 1984, 101, 121 参照）。この理論を別のタイプの事例に適用すると困難が生ずる（BGHSt. 9, 240, 242; Streng, JR 1987, 431, 433 参照）し、また、それは必要なことでもない。

予測したところと現実の経過がく違っても、一般的な生活経験により予測可能な範囲内においては帰属を肯定するという基準（BGHSt. 9, 240, 242）は、当刑事部の採用する解決に対する批判としてよく指摘されるような不当な結論を避けることも十分にできる。もし正犯者が誤って別人を殺したことに気づき、さらに、教唆者によって指示された本来の被害者をも殺したときは、原則として、二人の殺害の結果を帰属されなければならないが、二つの殺人行為に対する一つの教唆の責任を問われるにとどまる。これに対し、教唆者に帰すことのできない、生活経験の外にあるような特殊の諸事情にもとづいて、正犯者が錯誤に陥ったときは、その限りでは、刑法上の責任は否定されるのである。

3 したがって、被告人は、謀殺教唆の未遂ではなく、既遂の教唆の責任（刑法二二一条、二六条）を負う。……」

右の判決理由のなかで、わが国の理論との関係で興味深い点は、次の二つであろう。まず第一に、具体的符合説がライヒ裁判所以来のドイツ判例の立場であるにもかかわらず、連邦裁判所は、その理論が共犯の錯誤の事例には適用されないと明言していることである。いいかえれば、「攻撃の客体を目の前にしている場合」には、方法の錯誤と客体的錯誤とを区別して異なった法的評価を与えることに合理性があると看做しても、この区別をそのまま共犯事例に適用することはできない、というのである。現在のドイツの具体的符合説のなかでの多数説とは反対に、連邦裁判所は、正犯者と共犯者の取り扱いの均衡を主たる根拠として、教唆故意の阻却を認めなかったのである。

注目すべき点の第二は、連邦裁判所が、いわゆる「故意の個数」の問題が生ずることを意識しながらも、これに決定的な比重を与えることをしなかった点である。連邦裁判所は、もし一つの故意しかなかったのに二つの結果が教唆行為に帰属される場合には、それらは一つ、教唆行為にもとづく結果にすぎないことを強調している。これは、それぞれの発生結果との関係における複数の故意犯を觀念的競合の関係で成立させることによって「故意の個数」の問題を解決することを示唆したものと解することもできる。

(3) 右のドイツ連邦裁判所判決は、われわれにとっても示唆的な内容を含んでいるように思われる。そこで、本稿においては、連邦裁判所の見解とドイツの学説を参考にしつつ――したがって、具体的符合説の批判的考察を通して――、正犯者の客体の錯誤により、教唆者が意図したのとは別個の客体に結果が生じた場合に、これが教唆者の故意にいかなる影響を及ぼすと考えるべきかについて検討してみたいと思う。¹⁰⁾

二 論点の批判的検討

(1) 具体的符合説によれば、客体の錯誤は故意を阻却しないが、方法の錯誤は故意を阻却する。連邦裁判所は、この基本原則の適用範囲を制限し、それは「行為者が一定の客体を攻撃対象として目の前に」していた場合、すなわち客体を視覚的に特定していた場合のみに妥当し、共犯の錯誤の場合には適用されない、とした。¹¹⁾これは、私見によれば、客体の錯誤か方法の錯誤かという判断基準の適用範囲が、最初から無制限ではあり得ないことを的確に指摘した点でまさに妥当であり、結論的にいえば、たとえ基本的に具体的符合説に立脚するときも、このような形における「修正」は不可避であるように思われる。

もともと、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である。したが

つて、客体の錯誤と区別して、方法の錯誤のみが故意を阻却することを主張するのであれば、いかなる態様・レベルにおける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できないければならない。いいかえれば、故意既遂犯を重く処罰する実質的な根拠を踏まえて、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ぬかを説明できなければならぬのである。⁽¹³⁾

従来の具体的符合説の欠陥は、このような本質的に重要な課題に正面から解答を与えてこなかったところにある。

問題意識の欠如は、何よりも、客体の錯誤と方法の錯誤の概念的な定義が示されてこなかった（たとえば、「方法の錯誤とは、行為者が客体Aを侵害しようとして攻撃を加えたところ、その方向がずれ、Aとは別の客体Bに攻撃が及んでBを侵害する結果となった場合である……」⁽¹⁴⁾）というような形で具体的な設例があげられてきたにすぎなかった）ことにはつきりと現われている。⁽¹⁵⁾ しばしば「その、客体を侵害しようとして、その、客体を侵害した場合」かどうかによって区別されるといわれるが、それは一種の比喩にすぎず、判断基準としては不十分である。「その、客体」がどの客体であるかは、行為者が一定の客体を目の前に見据えて視覚的に（または聴覚によつて）特定した場合の多く、の場合（後出三で述べるように、すべての場合ではあり得ない）においては確定が可能であろう。しかし、行為者が客体を視覚的に特定していない場合、とくに共犯の場合に、それが基準として機能しないことは、具体的符合説の論者の内部で、正犯者の客体の錯誤が教唆者にとつても客体の錯誤なのか、それとも方法の錯誤なのかをめぐって深刻な対立があることからも明らかである。⁽¹⁵⁾ 同様に、「攻撃の方向がずれたかどうか」というのも、行為者が客体を目の前にしていることを予定した比喩的な表現にすぎず、客体を視覚的に特定していない場合には基準としては機能し得ないのである。

具体的符合説の基礎にあるのは、素朴で原始的な認識論である。規範的評価を加えず、ありのままに自然に観察して、行為者が故意をもっていた客体についてのみ故意が認められるとすれば足りるというのである。客体の錯誤は法的に重要でないが、方法の錯誤は故意を阻却するという理論は、このような無批判な認識論を前提とし、「目の前に

いる人をピストルで撃って殺そうとする」というような典型的な犯行形態に関わる錯誤事例のみを念頭において考えられた理論にすぎない⁽¹⁶⁾。客体の錯誤か方法の錯誤かという区別を、共犯事例についてもあてはめようとすることは、ひとたび行われた区別を絶対視し、結論の実質の当否を無視して、それが本来予定されていなかった事例に無理に適用しようとするものである。これは刑法学における概念法学的思考の適例といわなければならない。

(2) もっとも、行為者が客体を視覚的に特定していなかった場合について、客体の錯誤と方法の錯誤を区別するための別個の判断基準が存在するのであれば、右のような批判は説得力を失うであろう。具体的符合説の主張者の多くは、「その人」という視覚的特定が機能しない場合については、法益主体による同一性の特定、すなわちAさんかBさんかという「名前」による特定を基準とすべきだ⁽¹⁷⁾という。たしかに、具体的符合説はせいぜい同一の法益主体の範囲内では「故意の抽象化」を許さない見解なのであるから、行為者が特定した法益主体とは別の客体に結果が生じた以上、故意は阻却されるとするのが理論的である。また、実際的にも、もし具体的符合説に立脚して、客体を目前にして視覚的に特定している場合には方法の錯誤が故意を阻却することを認めながら、教唆者については具体的な客体の特定を重視せず相当因果関係の範囲内で結果帰属を肯定するならば、正犯者が方法の錯誤によって結果を発生させた場合に、正犯者については故意が阻却され、教唆者については故意の成立が肯定されるという結論となろうが、これは妥当とは思われない⁽¹⁹⁾。

したがって、具体的符合説の立場からは、「名前」による特定ないし法益主体の同一性による特定を基準とするところが唯一理論的に首尾一貫した主張である。このように考えるならば、正犯者に客体の錯誤があったときは、結果に対して教唆者の故意は及ばないことになる。また、たとえば、甲がAを殺害する目的でAに毒酒を贈与したが、Aがこれを飲まず、数か月後Aの妻からその毒酒を贈られたBが飲用して死亡したが、Bに結果を生ずることは被告人が全然予想していなかったというような事案や、甲がAを殺そうとして、Aの自家用車に爆弾をセットしたところ、意

外にも翌朝Aの妻Bが買物に行こうとして運転したため、Bが死亡したが、甲はAが一人暮らしだと思っており、他の人が乗ることはまったく予想していなかったというような事案では、Bの死亡結果は甲の故意によってカバーされないということになる。

しかし、このような基準の難点も明白であろう。客体を目の前にして視覚的に特定しているときには、Aや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というのは不可解であり、いかなる理論的根拠によってそれが可能であるのか明らかでない⁽²¹⁾。また、「名前」による特定という、ずさんな形での特定に意味を認めることは、たとえば教唆者が日時や場所を指示した場合にそれが優先され、日時・場所が符合する範囲内では客体の錯誤にすぎないとされることとの間で不均衡を生ずる。すなわち、教唆者が客体をよりずさんな形で特定すればするほど故意が阻却されやすくなるのである⁽²²⁾。実際的にも、本件連邦裁判所判決の事案のような共犯の錯誤の場合、ドイツでは、重罪に関するかぎりは教唆の未遂も可罰的である（刑法三〇条）から（ただし、刑は必要的に減輕される）、殺人教唆の未遂と過失致死の観念的競合とされることになる。これに対し、わが国の刑法のように、教唆未遂を可罰的とする規定をもたない刑法のもとでは、せいぜい殺人予備罪の教唆（学説によっては不可罰）と過失致死罪⁽²⁴⁾が認められるにすぎないということになってしまう。また、ドイツにおいても、軽罪である傷害罪が問題となる場合には、過失致傷罪のみが、窃盗罪や恐喝罪などの財産罪の場合に至ってはまったく不可罰⁽²⁵⁾とならざるを得ない。右の間接正犯・離隔犯の場合では、狙った客体との関係での実行の着手を肯定できるかぎりにおいてのみ殺人未遂が肯定され、過失致死罪との観念的競合として処断されることになる。

以上のように、正犯者の客体の錯誤は教唆者にとっては方法の錯誤であり教唆故意を阻却するという結論は、理論的な根拠を欠くばかりでなく、実際的にも妥当性がないのである⁽²⁶⁾。

なお、「名前」による特定を前提として認めながら、教唆者が行った客体の性格づけ（たとえば、容貌についての説明）

の客観的な内容に應じた結果が発生するかぎり、「客体の錯誤」にすぎないとする解決も考えられる。すなわち、被教唆者が教唆者の行った表示とおり忠実に実行したとい得る場合には、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。⁽²⁷⁾しかし、それは、理論的に矛盾している。⁽²⁸⁾たとえば、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に対して殺意をもっている以上、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。⁽²⁹⁾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ではないからである。⁽³⁰⁾そもそも、教唆者の表示の内容に應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いわなければならない。

ちなみに、本件の連邦裁判所判決のような事案でも、具体的符合説の立場から、本来意図した客体であるAに対する殺人未遂の教唆を認めることができるとする論者もいる。⁽³¹⁾しかし、これに対してはドイツにおいても批判が強い。Aに対する実行行為がまったく存在しないからである。⁽³²⁾また「教唆者の指示した正しい客体を攻撃しようとする未遂行為」を肯定することは、未遂犯の処罰根拠に関する主観説や抽象的危険説の支配的なドイツにおいては可能であるかも知れないが、わが国の理論状況のもとでは、きわめて困難である。客体の不能について可罰的未遂を否定する客観的危険説であれば当然に否定的な結論が導かれる。通説である具体的危険説によるときは、Aに対する可罰的未遂

を肯定することは不可能ではないが、正犯者の誤信が理由があるものかどうかという教唆者の罪責とは無関係なことによって結論が左右されることになってしまふ。そればかりでなく、客体の錯誤の場合に、現実に死亡した客体Bに対する殺人既遂とともに、本来頭のなかで思い描いた客体Aに対する殺人未遂をも肯定するという結論は、具体的危険説の適用としても妥当なものとは思われなし、故意の個数を重視する見解からはますますとり得ない³⁴ことになるはずである。

(3) 連邦裁判所は、正犯者の客体の錯誤によって教唆者の故意が阻却されないとする結論の根拠を、正犯者と教唆者の異なった法的取り扱いが——刑法総則の共犯規定や共犯の処罰根拠に照らして——正当化され得ないことに求めている。すなわち、連邦裁判所によれば、正犯者の錯誤が正犯者自身にとっては何ら故意の成否に影響しないとされるのに、教唆者にとっては故意を阻却する効果をもつというような、異なった取り扱いを正当化する「特別な根拠」は見出し得ないのである。

もちろん、正犯が既遂の罪責を負うなら共犯も既遂の罪責を負わなければならないという「処罰の連帯性」を、共犯従属性の思想から導くことはできないであろう。しかし、わたくしは、正犯者と共犯者の異なった取り扱いに疑問を抱いた連邦裁判所の法的感覚は健全だと考える。もし正犯者の客体の錯誤が教唆者の故意を阻却すると考えるならば、客体を取り違えることによって所期の目的を達しない「リスク」が、正犯者については故意の成否に何ら影響しない方向で、教唆者については故意を否定する方向で考慮されることになってしまふ。したがって、教唆者が「他人に直接的な犯罪の実行をまかせることによって、人違いにもなうリスクを転嫁する」ことを可能にすることにもなってしまうのである。³⁵ 共犯の処罰根拠に関し、「正犯と共犯とは犯罪性格が本質的に同一」だとする惹起説の基本思想³⁶にしたがうならば、ますます右のように考えることはできないはずである。また、被害者が誰かということが、客体を目の前にした正犯者については何ら法的に重要ではなく、背後の教唆者との関係では逆に決定的な意味をもつことも

不可解である。このような「異なった取り扱いを正当化する特別な根拠」を見出すことは困難であるように思われる。

(4) ドイツにおいて、正犯者の客体の錯誤は教唆者の故意を阻却すると主張する通説的見解の一つの強い根拠となっているのは、「故意の個数」の問題である。すなわち、共犯の錯誤の事例で、もし正犯者が、殺害の相手方を間違えたことに犯行後に気づき、そこでさらに本来の被害者を殺害したというような場合に、一人を殺すつもりしかなかった教唆者に二つの殺害結果を帰することは不当だといふのである。⁽³⁷⁾

まず、この場合、発生結果はもはや教唆によって形成された合意の範囲外であり、「共犯の過剰」としてそもそも教唆者に帰属することはできないのではないかと、疑問がある。教唆者に対する最終結果の帰属が否定されるのは、相当因果関係を欠く場合と錯誤によって故意が阻却される場合とに限られない。たとえば、殺人を教唆された者が教唆者に指示された人とは別の人をそれと知りつつあえて――むしろその方が教唆者に有利だと考えて――殺したような場合、相当因果関係や錯誤の有無にかかわらず、共犯に固有の要件の問題として、教唆によって形成された合意の範囲外で生じた「過剰結果」であることからこれを教唆者に帰することはできないと考えられる。⁽³⁸⁾これと同様に、教唆者は、正犯者に対し、間違いに気づいた場合には、さらに本来の被害者を探し出して殺せ、とは指示してはいない以上、第二の発生結果を教唆にもとづく結果として帰属することはできないのである。⁽⁴⁰⁾

しかし、より重要なことは、「名前」ないし法益主体による特定を基準にする見解をとったとしても、故意の個数の問題は回避できないことである。たとえば、正犯者が、教唆者の指示にしたがってAを殺害しようとして日本刀で切りつけ直ちに逃走したが、被害者が命をとりとめたということを知って数日後、さらにAを毒殺しようとして果たせなかったというような場合、正犯者には二つの殺人未遂罪が成立するが、教唆者に帰せられる未遂結果をどちらか一方に限定することは不可能であろう。⁽⁴¹⁾さらに、行為者が同一の客体だと考えて指示した客体が、現実には複数存在した場合にも同様の問題が生ずる。たとえば、甲がAの殺害を乙に命じたところ、甲が一人の人と考えたAは双子で

あつて、乙はその一人を殺害後、別人を殺してしまつたと思つて、もう一人の方も殺害したという場合である。なお、行為者の表象にしたがつて結果の帰属の範囲を制限することが不可能な事例は、後述のように、単独犯の場合にも生じ得る。

以上のように考えると、故意の個数の問題の解決のためには別個の考慮が必要になる。⁽⁴²⁾ 少なくとも、故意の個数の問題が、正犯者に客体の錯誤があつた場合において、発生結果について教唆者の故意の成立を否定するための決定的な根拠にはなり得ないのである。この意味で、連邦裁判所が、故意の個数の問題が生ずることを意識しながらも、これを重視せず、ドイツの多数説に与することを拒否したのは正当であつたように思われる。

三 実行行為と結果帰属

(1) 具体的符合説による客体特定の基準に欠陥があるのは、この理論が実行行為の問題と結果帰属の問題とを区別して分析することを怠っているからである。このことは、次のような講壇事例を考えると明白になる。たとえば、学生運動家の甲が、仲間われして敵対関係にあるX（のみ）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とBの二人がいて死亡したというような事例、甲がまがり角をまがって来るXに石をぶつけて傷害させようとしたところ、意外にもアベックA、Bが来たので、両方に怪我をさせてしまったという事例、甲が、目の前に立っている肥満体のXを狙つて拳銃を撃つたところ、近眼の甲が「太ったX」だと思つたのは、実はやせた二人の男A、Bで、二人は立ち話をしているところだつたという事例を考えてみたい。これらの場合において、故意が認められるのは（その場にいなかった）Xとの関係においてのみであり、したがつて、A、Bとの関係では過失犯しか認め得ないとするのは明らかに不合理である。

具体的符合説がこれらの事例を適切に解決できないのは、前述のように、素材で原始的な認識論を前提としているからである。すなわち、具体的符合説は、規範的評価を加えず、ありのままに自然に観察して、行為者が故意をもっていた客体についてのみ故意が認められるとする。しかしながら、行為者が「そこにある」と思った客体は必ずそこに、そのような態様および個数で存在するとは限らない。いいかえれば、行為者が認識した客体と、現実に存在した客体とが一致する必然性はないのである。実行行為に関する通説の見解によれば、現実には客体が存在しない場合でさえ、一定の条件のもとでは実行行為が肯定される。ここにおいては、現実に存在する具体的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。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十分に根拠のある想定であるかぎり、現実にはどのような態様・個数で客体が存在するのにかかわらず、「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、行為者に対して「規範の問題」が与えられ得るのである。

こうして、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属の判断は、理論的に区別されなければならない。実行行為の判断は、行為者が表象した具体的・個別的客体を仮設的に前提としたうえで行われ、そのようにして確定された実行行為に対して、現実に発生したところの結果が帰属されるのである。そうだとすれば、法定的符合説に対して加えられる批判としての、「実行行為の概念を軽視するもの」とか「目的的法益侵害に固有の行為無価値性を相対化するもの」⁽⁴³⁾という批判は、結果帰属に関する学説たる法定的符合説には的中せず、少なくともそれが具体的符合説の根拠にはならない。そしてまた、このように考えてはじめて、先にあげた事例にも解決の糸口が与えられる。たとえば、まがり角をまがって来ると行為者が考えたその具体的な客体との関係で実行行為の成否は考えら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属の判断の対象となるのである。このように、実行行為性の判断と結果帰属の判断とを区別しなければならず、具体的符合説のように、行為者

が現実には認識し特定した客体に生じた結果だけが帰属されると考えなければならぬ理論的必然性はないし、また行為者が頭の中で特定した客体に生じた結果が帰属されるとするだけでは十分な判断基準にならないのである。

(2) 正犯行為と正犯故意に妥当することは、共犯行為と共犯故意についても同様にあてはまる。共犯故意への帰属の問題にあたっては、教唆者が現実には思い描いた客体との関係でのみ故意が肯定されるとするだけでは、帰属のための判断として不十分であり、不当な結論を導くことにもなる。そこで、発生した結果を実行行為に帰属し得るかどうかを判断するための基準、しかも故意処罰の法的根拠に関係づけられた規範的な基準を見出さなくてはならないのである。⁽⁴⁶⁾

このような規範的な評価基準を求めるにあたって決定的なことは、共犯の場合、被害者の最終的な同意・確認はつねに正犯者に委ねられざるを得ないということである。いいかえると、教唆者による因果経過の「支配」はあくまでも弱いもので、少なくとも一定の客体にのみ排他的な形で結果を生じさせるように事態をコントロールすることは至難なのである。このような場合に、たとえ教唆者が特定の被害者だけを表象していたとしても、その特定人との関係でしか故意を認めないというのは、既述処罰の要件を理由なく狭めるものといわざるを得ない。教唆者としては、教唆行為が終了した時点で、以後の展開をいわば成り行きにまかせ、――連邦裁判所が述べたように――「自分の手から手放す」のであって、そこに存在するのは、いづれかの同種の客体に結果が生ずることだけが（ある程度の蓋然性をもって）保証された状況⁽⁴⁷⁾なのである。しかも、教唆者はそのような状況を認識して行為しているのであるから、発生結果は行為者が認識した危険が実現するパリエーションの一つにすぎず、逆にいえば、行為者は、結果において実現した危険を認識していたといえる⁽⁴⁸⁾。したがって、発生結果を故意的に実現された結果と評価するのに障害はなく、たとえ教唆者が特定の被害者だけを表象していたとしても、それはいわば「願望」にすぎず、法的意味を認めることはできないのである。⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

四 展 望

以上のように検討してみると、連邦裁判所の判断は基本的に妥当なものであったといわなければならないように思われる。共犯事例において、被教唆者が客体の錯誤にもとづいて結果を生じさせた場合には、教唆者による被害者の具体的特定は必ずしも故意の成否に影響しないと考えることが妥当である。もちろん、教唆者によって形成された合意の範囲内において結果が惹起され、その結果は「一般的な生活経験により予測可能な範囲内において」、いいかえれば相当因果関係の範囲内において発生したものでなければならない。

ひるがえって、もし共犯事例について右のように考えたとすれば、客体を目の前にして直接に特定して行爲したというような方法の錯誤の典型事例であっても、ただちに結果帰属を否定するという結論は出てこないのではないだろうか。その意味においては、客体を目の前にして視覚的に特定したかどうかは本質的な相違ではないように思われる。すなわち、容易に他に被害が及び得るような状況において危険性の高い手段を用いたという場合は、認識しなかった客体に発生した結果をも実行行為に帰属することが許されないとする理由はないことになるのである。⁽⁵²⁾ もちろん、法的符合説のように、もっぱら相当因果関係の存否のみで故意帰属の限界を決するという形でこれを一般化することには大きな問題があることは別稿において論じた通りである。⁽⁵³⁾ 本件の連邦裁判所判決の事案においても、暗がりにおいてはAと見間違ふような外見のBが同じようなビニール袋を携えて既舎の中に入って来ることは、統計的な確率としては高くはないかもしれないが、⁽⁵⁴⁾ 稀有で異常な因果経過とはいいい得ないことはもちろん、教唆者の認識した事情からみてもそのような具体的な結果が生ずることを十分に排除できてはおらず、換言すれば、教唆者によって故意的に惹起された危険の実現の範囲内の「バリエーション」といい得るからこそ、発生結果についての教唆故意が阻却されないのである。これに対して、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いうときには、正犯者自身は結果に

ついで既遂の責任を問われる場合であっても、ただちに教唆行為にその結果を帰属することはできない。教唆行為の時点からみて、正犯者が方法の錯誤に陥って第三者に結果を生じさせることは、類型的な危険の実現態様の「パリエーション」ではないからである。教唆者の側で正犯者がどのような状況のもとでどのような手段を用いて実行するかを認識している例外的な場合（たとえば、教唆者が現場に居合わせて指示を与えている場合）をのぞいて、教唆者に結果を帰属することはできない。このようにして、求められるべき理論は、事実と認識との具体的な「照らし合わせ」を前提としつつも、従来の具体的符合説よりもよりゆるやかでより実質的な基準を用いて具体的な符合の程度を評価する「修正された具体的符合説」でなくてはならないのである。

- (1) 最高裁として一般論をはっきりと述べているのは、いわゆる「新宿びょう打ち銃事件」に関する最判昭和五三年七月二八日刑集三二巻五号一〇六八頁であるが、「構成要件」という表現は用いていない。すなわち、「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りるものと解すべきであるから、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかった人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである」。なお、わが国の判例については、たとえば、佐久間修（大塚仁ほか編）『大コンメンタール刑法第2巻』（一九八九年）五八二頁以下参照。
- (2) 最近における議論の状況について詳しくは、葛原力三「具体的事実の錯誤に関する最近の文献案内」犯罪と刑罰第三号（一九八七年）一一七頁以下、斎藤信治「事実の錯誤」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・総論Ⅱ』（一九九〇年）二頁以下、斉藤誠二「錯誤論の周辺をめぐって」警察研究六〇巻（一九八九年）八号三頁以下、一〇号三頁以下、一一号三頁以下、同「特別講義・刑法」（一九九一年）三三頁以下、六〇頁以下、内藤謙「刑法講義総論（下）Ⅰ」（一九九一年）八九九頁以下など参照。

(3) たとえば、斎藤信治「事実の錯誤」（前掲注2）五頁以下、日高義博『刑法における錯誤論の新展開』（一九九一年）一三六頁以下参照。もちろん、客体の錯誤と方法の錯誤の区別に困難が生ずるのは、共犯の場合だけでなく、行為者が客体を直接に視覚的に把握していなかった場合、たとえば、間接正犯や離隔犯の場合でも同様である。詳しくは、井田「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」本誌五八巻一〇号（一九八五年）五八頁以下を見よ。

- (4) 正犯者の客体の錯誤は、教唆者にとり方法の錯誤であり、教唆故意を阻却することを明言するのは、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、中義勝「ローゼ・ロザール事件―被教唆者の客体の錯誤は教唆者にとっても客体の錯誤か―」関西大学法学論集三五巻三・四・五合併号（一九八五年）五六九頁以下、五七一頁以下、五七六頁以下、葛原「打撃の錯誤と客体の錯誤の区別（二・完）」関西大学法学論集三六巻二号（一九八六年）一三五頁、曾根威彦「刑法総論」（一九八七年）三〇一頁以下、野村稔「刑法総論」（一九九〇年）二二二頁以下、斎藤誠二「錯誤論の周辺をめぐって（三・完）」警察研究六〇巻一十一号（一九八九年）五頁以下、八頁以下、同「特別講義・刑法」（前掲注2）四三頁、四八頁以下、六〇頁以下、内藤「刑法講義総論（下）I」（前掲注2）九八九頁以下、大越義久「刑法総論」（一九九一年）二二六頁などである。これに対し、正犯者の客体の錯誤は教唆者にとっても客体の錯誤だとするのは、平野龍一「刑法総論II」（一九七五年）三八七頁以下、同「刑法概説」（一九七七年）一一九頁、同「錯誤論二題」警察研究五七巻六号（一九八六年）六頁、山中敬一「法學セミナー三七五号（一九八六年）一一二頁、斎藤信治「事実の錯誤」（前掲注2）五頁以下など。
- (5) 詳しくは、中「ローゼ・ロザール事件」（前掲注4）五四七頁以下参照。

(6) 以前の学説の状況については、Günter Bemann, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, S. 817ff. を詳し。

- (7) たゞ、Hans-Heinrich Jeschke, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988, S. 625; Claus Roxin, in: Strafesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., § 26 Rdn. 26; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 1992, 12/175, S. 333ff.; Eberhard Schmidthäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl. 1975, 14/123, S. 561; Friedrich-Christian Schroeder, in: Leipziger Kommentar, 10. Aufl., § 16 Rdn. 13ff.; Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 1981, Rdn. 287, S. 105; Jürgen Baumann/Ulrich Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1985, S. 568; Hans-Joachim Rudolph, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Band I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1991, § 16 Rdn. 30; Erich Samson, in: Systematischer Kommentar zum StGB, vor § 26 Rdn. 40; Karl Lackner, Strafesetzbuch mit Erläuterungen, 18. Aufl. 1989, § 26, 4 e); Johannes Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 1990, S. 170; Harro Otto, Anstiftung und Beihilfe, Jus 1982, S. 562; Hans-Judwig Schreiber, Grundfälle zu „error in objecto“ und „aberratio iactus“, Jus 1985, S. 877; 後述注17に引用した文献など。具体的符合説の立場からすれば、反対に「Eduard Dreher/Herbert Tröndle, Strafesetzbuch und Nebengesetze, 45. Aufl. 1991, § 16 Rdn. 6, § 26 Rdn. 15; Cramer, in:

Schonke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl. 1991, vor §§ 25 ff. Rdn. 45, § 26 Rdn. 19 (『ドイツ刑法』客体の錯誤となるのは、教唆者が正犯者に被害者の同意をゆだねた場合だとする)；Reinhart Maunach/Karl Heinz Gossel, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl. 1989, 51/57, S. 354 (正犯者に客体の選択がゆだねられないうような形で教唆者が客体を十分に個別化したときに限って、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する)；Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/45, S. 619, 21/106, S. 651, 22/29, S. 669 f. (『ドイツ刑法』正犯者が教唆の内容に即した行為をすべく十分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は、結果は教唆者に帰属せらるゝとする)；Franz Streng, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (und verwandte Fälle) - BGHSt 37, 214, Jus 1991, S. 910 ff., 914 ff. (『ドイツ刑法』の見解について後田49参照)。

(8) BGHSt. 37, 214 = NJW 1991, S. 933 f. = NSStZ 1991, S. 123 f. = JZ 1991, S. 678 ff. = MDR 1991, S. 169 f.

(9) 大塚一郎・Michael Heftinger, Die Bewertung der „aberratio ictus“ beim Alleintäter, GA 1990, S. 534 ff. 参照。

(10) わたくしは、以前にもこの問題について一応の見解を明らかにしたことがある。井田「故意における客体の特定および個数の特定に関する考察」本誌五八巻一〇号（一九八五年）八八頁以下および同「故意における客体の特定および個数の特定について」刑法雑誌二七巻三三号（一九八六年）四一頁以下、五一頁参照。しかし、共犯の錯誤の場面に焦点をあてて議論したものではなく、十分に考え抜かれたものでもなかった。

(11) 判決理由中の引用が示すように、この部分の連邦裁判所の見解は、ブッケの具体的符合説批判を考慮したものである。Ingeborg Puppe, Zur Revision der Lehre vom „konkreten“ Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, insb. S. 4 ff. (紹介として、佐久間・名古屋大学法政論集九三三号（一九八二年）二二四頁以下がある）。

(12) 詳しくは、井田「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」本誌五八巻一〇号（一九八五年）五七頁以下、同「故意における客体の特定および個数の特定について」（前掲注10）三九頁以下参照。具体的符合説の立場から、方法の錯誤と客体の錯誤の区別の問題を正面から検討した論文が、葛原「打撃の錯誤と客体の錯誤の区別」関西大学法学論集三六巻（一九八六年）一号九六頁以下、二七四頁以下である。ドイツの学説の状況についてもそこに詳細に紹介されており示唆に富む。

(13) この点については、Puppe, NSStZ 1991, S. 125 は詳しく述べられている。

(14) とくに、平野『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一七五頁、内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）』（一九八六年）一五九頁、内藤『刑法講義総論（下）Ⅰ』（前掲注2）九三八頁以下参照。

- (15) 前出注7参照。また、齊藤誠二「錯誤論の周辺をめぐって(三・完)」(前掲注4)三頁以下、同『特別講義・刑法』(前掲注2)四三頁、四九頁以下、六〇頁以下、山中「具体的事実の錯誤・因果関係の錯誤」『刑法理論の探究・中義勝先生古稀祝賀』(一九九二年)一九九頁以下なども見よ。
- (16) この点については、Puppe, Zur Revision der Lehre vom „konkreten“ Vorsatz (前掲注11) S. 6 参照。
- (17) 明らかたこのような基準を採用するのは、たとえは Jescheck, Strafrecht (前掲注7) S. 281, 608 f., 625; Rolf Dietrich Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto, JA 1981, S. 473; Roxin, JZ 1991, S. 680; ders., Rose-Rosahl redivivus, in: Festschrift für Günter Spendel, 1992, S. 291 ff. (目的・場所による特定がなされたときだけそれが優先する)と云ふ、ders., Strafrecht (前掲注7) S. 332 f., 334 参照); Jürgen Müller, Das Urteil des BGH zu Anstiftung und „error in persona“, MDR 1991, S. 831; Horst Schlehofer, Der error in persona des Haupttäters - eine aberratio ictus für den Teilnehmer?, GA 1992, S. 312 ff. など、反対 Cornelius Pritwitz, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, S. 110 ff., insb. 127 ff.
- (18) とくに明快なのは、西田「共犯の錯誤について」(前掲注4)九五頁以下でも。
- (19) この点については、Puppe, NStZ 1991, S. 126 参照。
- (20) 東京高判昭和三〇年四月一九日高刑集八卷四号五〇五頁。
- (21) 葛原「打撃の錯誤と客体の錯誤の区別(二・完)」(前掲注4)一二六頁以下、一三〇頁以下、一三八頁は、行為者による因果予測に関わる客体の特定方法が法的に重要であり、客体を実感的知覚により個別化している場合にAやBという同一性に關する表象が無視されるのは、例外的にそれが因果予測に影響しないからだとする。たしかに、このように考えれば本文の批判も回避できるかも知れないが、問題はその実際面にある。そもそも行為者が因果過程を完全に支配・統制することは不可能であり、とりわけ客体を視覚的に特定していない場合、同一性の表象により因果過程をその客体に向けて一義的に方向づけることはむしろ至難であり、それを既遂処罰の要件とするのは行き過ぎなのである。
- (22) 野村『刑法総論』(前掲注4)一一二頁以下参照。また、Roxin, Strafrecht (前掲注7) 12/172, S. 332 f. は、「Aを殺そうとしてAの車に爆弾をセットしたところ、その運転手Bが運転して爆死したという事例について、犯行の場所と時間による特定を基準とし、客体の錯誤にすぎないとする。この事例で、もし教唆者がいて犯行を具体的に指示した場合には、教唆故意も阻却されないことにならう。なお、西田「客体の錯誤について」(前掲注4)一〇三頁も、「教唆者が日時、場所等のみによって客体を表示した場合には、正犯における客体の錯誤が同時に教唆者にとっても客体の錯誤であるということもありえよ

- う」とする。これに対して、教唆者が犯行の日時・場所を具体的に指示したとしても方法の錯誤があり故意を阻却すると主張するのは Miller, Das Urteil des BGH (前掲注17) S. 831.
- (23) Edda Wellau, Der Exzess des Angestifteten, ZStW Bd. 104, 1992, S. 112 f.
- (24) もっとも、この場合に過失致死罪の成立を認めるためには、前提として、過失犯については拡張的正犯概念が妥当すると考えなければならぬ。現行法上、過失による殺人教唆は不可罰だとする見解(平野『刑法総論Ⅱ』〔前掲注4〕三九三頁)をとれば、過失致死罪も否定されることにならう。この点について、中「ローゼ・ロザール事件」(前掲注4)五四四頁、安廣文夫〔大塚仁ほか編〕『大コンメンタール刑法第3巻』(一九九〇年)六一六頁も参照。
- (25) Maurach/Gossel (前掲注7) 51/58, S. 354 参照。反対・中「講述犯罪総論」(一九八〇年)二六三頁。
- (26) 連邦裁判所は、「打撃のずれ(方法の錯誤)に関する理論は、行為者が攻撃対象として一定の客体を目的にした場合を予定しており、この理論を別のタイプの事例に適用すると困難が生ずる」とするが、本文のような意味において、それはまさに正当である。これに対し、連邦裁判所の論旨を「理解できない」とするには、Roxin, JZ 1991, S. 680 である。
- (27) たとえば、内田『改訂刑法Ⅰ(総論)』(前掲注14)三二七頁。なお、平野『刑法総論Ⅱ』(前掲注4)三八七頁以下も参照。ドイツの学説のなかでは、Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl (前掲注6) S. 820 など参照。
- (28) この点で、町野「故意論と錯誤論」(前掲注4)一七九頁は正否は不明。
- (29) Thomas Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 59 以下。この場合、疑いなく方法の錯誤だとする。これに対し、方法の錯誤ではないとするのは、中「ローゼ・ロザール事件」(前掲注4)五七五頁以下注(13)である。
- (30) そればかりでなく、たとえば、AとBと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。
- (31) たとえば、Schmidhäuser, Strafrecht (前掲注7) 14/123, S. 561; Stratenwerth, Strafrecht (前掲注7) Rdn. 287, S. 105; Samson, in: SK (前掲注7) vor § 26 Rdn. 40 参照。わが国では、野村『刑法総論』(前掲注4)二二三頁。
- (32) たとえば、Jescheck, Lehrbuch (前掲注7) S. 625 Fußn. 28; Rudolph, in: SK (前掲注7) § 16 Rdn. 30; Schreiber, Grundfälle zu error in objecto... (前掲注7) S. 877; Streng, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (前掲注7) S. 910 f.; Schlehofer, Der error in persona des Haupttäters (前掲注7) S. 317 参照。

- (33) Puppe, NStZ 1991, S. 124, 125 参照。
- (34) 人の点に「ふつ」 Roxin, Rose-Rosahl reditivus (前掲注17) S. 300; Schlehofer, Der error in persona des Haupttäters (前掲注17) S. 317 参照。
- (35) 人の点で Strang, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (前掲注7) S. 915 は「たゞ正當に殺害せられたる」Leonhard Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, Jus 1971, S. 120 が「この趣旨の点を述べてゐた」。
- (36) 井田「共犯の処罰根拠」受験新報一九九二年一〇月号四〇頁以下参照。
- (37) たんばば Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Aufl. 1990, S. 215; ders., in: LK (前掲注7) § 26 Rdn. 26; ders., JZ 1991, S. 681; ders., Rose-Rosahl reditivus (前掲注17) S. 296 ff., 300; Wessels, Strafrecht (前掲注7) S. 170; Müller, Das Urteil des BGH (前掲注7) S. 831 参照。わが国では、西田「共犯の錯誤に「つ」」(前掲注4)一〇三頁、斎藤誠二「錯誤論の周辺をめぐって(三・完)」(前掲注4)八頁以下。
- (38) もし法定的符合説が客体の具体的特定がいかなる意味でも法的に無意味だとする見解だとすれば、本文におけるような考慮も不可能なところにならう。
- (39) たんばば Maurach/Gössel (前掲注7) 51/56, S. 353 参照。詳しくは Weßlau, Der Exzeß des Angestifteten (前掲注23) S. 115 ff., 119 ff. など、平野『刑法総論Ⅱ』(前掲注4)三八八頁以下を見よ。
- (40) たんばば Jakobs, Strafrecht (前掲注7) S. 619 Fußn. 100; Maurach/Gössel, Strafrecht (前掲注7) 51/57, S. 354; Strang, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (前掲注7) S. 915 など参照。
- (41) Puppe, NStZ 1991, S. 125 参照。
- (42) この点に関する私見の詳細については、井田「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」本誌五八巻(一九八五年)一〇号七二頁以下、一二号五二頁以下、同「故意における客体の特定および個数の特定について」(前掲注10)五二頁以下参照。ポイントは、複数の客体のうちのいずれとの関係で故意犯が成立するかを特定する必要はないとする。Puppe, NStZ 1991, S. 125, 批判として Roxin, Rose-Rosahl reditivus (前掲注17) S. 297 ff.
- (43) その意味で、特定の具体的客体 — または一定の範囲内で特定された客体 — を侵害しようとする認識は、故意の要素である。およそ「人を殺そう」「物をとろう」という抽象的な意思を、殺人罪や窃盗罪の「故意」と捉えることはできない。この点について詳しくは、井田「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」本誌五八巻(一九八五年)九号四

○頁以下、一一号六二頁参照。しかし、そのことは、結果帰属の問題に関して具体的符合説をとる根拠にはならない。この点の洞察を欠けているように思われるのは、Jescheck, Lehrbuch (前掲注7) S. 281; Cramer, in: Schönke/Schröder (前掲注7) § 15 Rdn. 57; Hefinger, Die Bewertung der „aberratio ictus“ (前掲注9) S. 534 ff., 540 ff., 542 ff.; Streng, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (前掲注7) S. 912; Schlehofer, Der error in persona des Haupttäters (前掲注17) S. 313 ff. など。

(44) 町野「法定的符合説(一)——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)一一一頁。

(45) Streng, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (前掲注7) S. 911 ff. など; Jescheck, Lehrbuch (前掲注7) S. 281 を参照。

(46) シュレーホーファーは、ドイツ刑法一六条が、故意の成立のためには、抽象的な犯意ではなく、現実が発生した事態(Umstand)の認識(Kennntnis)を要求していることから、具体的・個別的な客体に実現した危険の認識が必要とされるよう、Schlehofer, Der error in persona des Haupttäters (前掲注17) S. 313 ff. したがって、その見解によれば、三の冒頭に示した諸事例や、被害者の右手を傷害しようとしたが狙いがはずれ左足を傷害したというような事例でも、発生結果について故意が阻却される結果となろう。シュレーホーファーの見解の欠陥は、実行行為の判断と結果帰属の判断とが理論的に分離されなければならないことに気づいていない点である。

(47) Udo Janiszewski, Zur Problematik der aberratio ictus, MDR 1985, S. 533 ff. は、目標とした客体に命中しなかった場合でも、いずれにせよ同種の客体に結果が生ずることが確実な状況においては(たとえば、Aを殺そうとして、Aの車のエンジンキーを回すと爆発するようにしておいたところ、意外にもBが車に乗ろうとして死亡したという場合)、行為者にその種の客体を侵害する故意があったと考え得るとする(葛原「打撃の錯誤と客体の錯誤の区別(二・完)」〔前掲注4〕一一八頁以下における紹介も参照)。基本的発想において支持できよう。

(48) 上の点について Weßlau, Der Exzeß des Angestifteten (前掲注23) S. 130 も参照。反対 Schlehofer, Der error in persona des Haupttäters (前掲注17) S. 314 ff. など、中森喜彦「錯誤論②」法学教室一〇七号(一九八九年)五一頁も、「結果発生までの経路が長く意図通りのコントロールが困難な危険を意図的に設定したものには、その危険の実現として生じた結果につき故意犯の成立を認めてよい」といえるのではあるまいか」とする。

(49) ほぼ同旨 Streng, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (前掲注7) S. 914. など、シナ

- リングは、支配・統制可能な因果経過に関する行為者の表象にもとづいて十分に特定されている客体との関係でのみ故意の対象の個別化を認め得るとする。したがって、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ことがある程度に確保されている場合においてのみ行為者の客体の特定が意味をもつことになり、そうではない共犯事例においては、正犯者の客体の錯誤は教唆者の故意の成否に影響を与えないとする。Streng, a. a. O. S. 912 ff. 参照。同様にヤコブスも、因果の経過に関する事情を通じて行われる客体の特定のみが法的に重要であるとして (Jakobs, Strafrecht (前掲注7) 8/81, S. 303 f.)、共同正犯または教唆犯 (そして間接正犯) の場合、背後者による客体の同一性の特定は必ずしも因果経過を十分に規制し得るものではないから、実行者が合意または教唆の内容に即した行為をするように十分努力しても別の客体を侵害する可能性があった以上、背後者への結果の帰属は肯定されるとする (Jakobs, a. a. O. 21/45, S. 619, 21/106, S. 651, 22/29, S. 689 f.)。同様の発想をするドイツの学説については、井田「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)」本誌五八巻一〇号 (一九八五年) 七〇頁以下注(27) 参照。また、わが国の山中敬一の見解もこの系列に属する。山中・法学セミナー三七五号 (一九八六年) 一一二頁、同「具体的事実の錯誤・因果関係の錯誤」(前掲注15) 二〇二頁以下参照。
- (50) なお、教唆者が教唆の時点で被害者の特定方法を誤った場合 (たとえば、名前を言い間違えた場合) および被教唆者が教唆者の述べたことを誤解した場合にも、本文に述べたことがあてはまる。教唆者は、いずれかの同種の客体に結果が生ずることだけがある程度の蓋然性をもって確保された状況において行為しており、またその範囲内で結果が生じている以上、発生結果の帰属は可能なのである。これに対し、正犯者が教唆者の指示を誤解した場合について教唆者の故意を阻却するとするのは、Bermann, Zum Fall Rose-Rosahl (前掲注9) S. 822; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen (前掲注8) S. 59; Streng, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (前掲注7) S. 915 m. w. Nachw.; 平野「刑法総論Ⅱ」(前掲注4) 三八八頁、中「ローゼ・ロザール事件」(前掲注4) 五七二頁以下、内田「改訂刑法Ⅰ(総論)」(前掲注14) 三二七頁以下など。
- (51) この点について、Roxin, Rose-Rosahl redivivus (前掲注17) S. 293 ff. 参照。
- (52) 詳しくは、井田「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」本誌五八巻 (一九八五年) 一〇号六四頁以下、一一号八八頁以下参照。
- (53) 井田「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」本誌五八巻一一号 (一九八五年) 八六頁以下、同「故意における客体の特定および個数の特定について」(前掲注10) 四七頁以下。
- (54) Roxin, JZ 1991, S. 680 Fußn. 1; Schlofer, Der error in persona des Haupttäters (前掲注17) S. 308 f. 参照。