

博士学位請求論文

錯誤論と故意論の関係

—行為計画説の見地から—

樋笠 堯士

序章 はじめに

第1章 同一構成要件間における方法の錯誤について

I 方法の錯誤とは

II 日本における方法の錯誤の議論 1. 学説 2. 判例 3. 小括

III ドイツにおける方法の錯誤の議論 1. ドイツの諸学説 2. 判例 3. 小括

IV 修正された行為計画説 1. Roxinの行為計画説とその修正可能性
2. 修正された行為計画説の射程

第2章 方法の錯誤と客体の錯誤の区別について—離隔犯を中心に—

I はじめに

II 客体の錯誤と方法の錯誤 1. Wolter及びHoyerの見解 2. 考察

III 古典的な四事例の検討 1. 電話侮辱事例 2. 自動車爆殺事例 3. 毒酒発送事例
4. ローゼ・ロザール事例

IV おわりに

第3章 因果関係の錯誤について

I はじめに

II 因果関係の錯誤の事案 1. Weberの概括的故意 2. 早すぎた構成要件の実現

III ドイツにおける概括的故意の議論 1. ドイツにおける判例の変遷
2. ドイツにおける近年の判例 3. 小括

IV 修正された行為計画説による解決の試論 1. 行為計画説
2. 修正された行為計画説による因果関係の錯誤の事案の解決
3. Weberの概括的故意の事案 4. 早すぎた構成要件の実現の事案

V おわりに

第4章 共犯の錯誤と行為計画

I はじめに

II 我が国における共犯の過剰および共犯の錯誤 1. 判例及び裁判例 2. 小括

III ドイツにおける共犯の過剰および共犯の錯誤 1. 判例及び裁判例 2. 小括

IV 検討

V おわりに

第5章 薬物事犯における未必の故意について

I はじめに

II 薬物事犯以外の犯罪における未必の故意 1. 判例及び裁判例 2. 小括

III 薬物事犯における判例及び裁判例 1. 判例及び裁判例 2. 小括

IV ドイツにおける薬物事犯 1. ドイツにおける未必の故意

2. ドイツ麻薬法ならびに薬物事犯の判例及び裁判例 3. 小括

V 検討 1. 薬物事犯における故意 2. 修正された行為計画説

VI おわりに

第6章 実行行為と客体の認識について

I はじめに

II ドイツにおける窃盗罪・強盗罪

III LG Düsseldorfの判断

IV Böseの問題提起と設例

V 検討

VI 日本への示唆

VII 実質的等価値説との関連性

VIII おわりに

終章 本稿の結論

本論文の概要は以下のとおりである。まず、**序章**において次のような問題を提起する。

刑法において故意犯が成立するためには、客観的な要件の充足に加えて、主観面において故意が必要である。故意とは、刑法の構成要件に該当する事実を認識し、かつ認容することである（認容説）。これについて、たとえば、行為者がAを殺害するつもりで発砲したところ、予期しなかったBに弾が当たってしまった場合、行為者にBに対する故意が存するののか、すなわち、Bとの関係で行為者に殺人罪が成立するののか、それとも過失致死罪が成立するにすぎないのかという問題がある。この事例について、我が国の通説である法定的符合説は、行為者が認識した事実と実際に発生した事実が構成要件の範囲内において抽象的に符合していれば故意を認める。これに対して、有力説である具体的符合説は、構成要件にとって重要な事実（客体）について、行為者が認識した事実と実際に発生した事実が具体的に一致したときにのみ故意を認めるべきであるから、Bに対する殺人罪は成立しないと解する。両説の結論は対立しているが、最高裁判所（最判昭和53・7・28）はこの事例に

ついて法定的符合説を採用した。しかしながら、裁判所の採る法定的符合説によれば、この場合には、行為者にBに対する殺人既遂罪とAに対する殺人罪未遂罪の2罪が成立することになり、本来1つしかなかった殺人の故意を2つ認めることになる。

行為者の故意に応じて道義的ないし法的な非難が生じ、その責任として刑罰が科されるという責任主義の原則に照らせば、故意の有無と個数の問題を解決せずに責任を認めることはできないと思われる。これについて近年、「人に対する故意の具体化が必要」（大阪高判平成14・9・14）とされ、あるいは「意図していなかった客体について故意を認めるならば、量刑上、刑を重くする方向でその故意を考慮してはならない」（東京高判平成14・12・25）とする裁判例がみられ、少なくとも高等裁判所では、量刑の場面で具体的符合説に立ったとも評価できる結論を採用したことが確認される。

そこで、裁判所は法定的符合説を用いて複数の故意犯を認めておきながら、量刑においてなぜ「刑を重くする方向でその故意を考慮してはならない」とするのか、そもそも具体的符合説では妥当な解決が図れないのか、という疑問が生ずる。また、錯誤論として主張されている各学説が、故意論と同一の原理に基づいて主張されているのかについても疑問がある。そこで、法定的符合説と具体的符合説の是非、およびその修正案などを検討したうえで、これらの錯誤論を故意論と同一の原理に基づいて理論化することが必要であると考えられる。

こうした問題意識をもって、本論文は、方法の錯誤に関する諸説を検討するとともに、犯罪論の体系において故意論がどのような機能をもつかについても考察し、因果関係、実行行為、共犯関係、未必の故意についても各章において検討すべきであると考えられる。

以上の問題意識を前提にして、**第1章**において、上述の近年の2つの裁判例を契機として、方法の錯誤について基本的議論に立ち戻る必要があると考える。ここでは、下級審は法定的符合説を用いておきながら、なぜ量刑では刑を重くする方向でその故意を考慮しないのか、考慮しないならば、具体的符合説では妥当な解決が図れないのか、という上述の疑問が生じる。責任主義の原則に照らせば、故意責任の存否と程度は、罪数論ではなく故意論の範疇において解決されるべきである。すなわち、故意責任は結果責任ではなく、故意の内容に応じた責任であるから、本来ないはずの故意を認め罪数論でその責任を減少させるのではなく、故意論の枠内で故意の有無を適切に確定すべきである。

そこで本章では、ドイツにおける学説と判例を参考にして上記の問題を考察し、妥当な解決へのアプローチを試みる。本章では、Roxinの行為計画説に立ちつつ、非一身専属的な法益の個別化は無意味であるとするHillenkampの指摘と、法益主体が同一であれば包括一罪とする罪数論から着想を得て自説を展開する。すなわち、行為計画を基礎としつつ、同一所有者の物に対する方法の錯誤については等価値判断を入れるべきだと考え、この自説を「修正された行為計画説」と名付ける。これによって我が国の実務に妥当な結論がもたらされる。

たとえば、行為者が殺人を何らかの目的のための手段としており、客体が誰であるかの個別化が行為者にとって重要でなかった場合には、行為者に予見しなかった人に対する故意を認めるが、「この人」を殺害しなくてはならないという具体的な個別化をしていた場合には、行為者に予見しなかった人に対する故意は存しない。このような「修正された行為計画説」は、法定的符合説の欠点と具体的符合説の欠点を補完しうる結論を導くことができる。

また、具体的符合説に対する「故意を認める範囲が狭くなりすぎて、器物損壊などの場合には当罰性を確保できない」という批判は、「修正された行為計画説」には当てはまらない。さらに、「修正された行為計画説」は、方法の錯誤で問題となる様々な事例の適切な解決を可能とするのみならず、行為計画を基礎とすることによって行為者の認容すなわち意欲を考慮するので、錯誤論を用いた便宜的な解決策ではなく、故意の本質論にも合致し得るものとする。

第1章では、法定的符合説が抱える問題点を指摘し、具体的符合説の有用性を説くことに重点を置くが、これに続く**第2章**では、ドイツの学説を手掛かりにして、具体的符合説に対する批判の1つとしてあげられる「客体の錯誤と方法の錯誤の区別の困難性」について検討する。

この問題について、HoyerとWolterは、精神的表象と感覚的知覚という概念で客体の錯誤と方法の錯誤を区別しようと試み、その区別については、①いつの時点で錯誤が存在し、②その錯誤がいかなる内容のものか、という2つの問題を指摘した上で、そのすべてに「誤り」がある場合を方法の錯誤、その一部に「誤り」が含まれる場合を客体の錯誤とする。すなわち、方法の錯誤においては、精神的表象により特定された客体と実際の結果との間に錯誤（＝誤り）があり、また、感覚的知覚によって特定された客体と実際の結果との間（＝因果経過）にも錯誤（＝誤り）があるから、全てに「誤り」があるといえる。他方で、客体の錯誤においては、精神的表象により特定された客体と実際の結果との間に錯誤（＝誤り）があるものの、感覚的知覚によって特定された客体と実際の結果との間（＝因果経過）に錯誤（＝誤り）は存せず、したがって、一部に「誤り」が含まれる場合である。

しかし私見は、そもそも客体の錯誤と方法の錯誤の事案はどちらも行為者の精神的表象において特定した客体には結果が生じていないことから、その限りでは精神的表象と結果との間の錯誤は両事案に共通していると考えられる。その上で、このような錯誤のみが存する場合を客体の錯誤とし、このような錯誤に加えて因果経過の逸脱が存する場合を方法の錯誤と解する。そして、離隔犯のように、実行行為時に感覚的知覚による客体の特定がなく、実行行為時よりも前に客体を特定していた場合には、感覚的知覚によって特定された客体ではなく、危険源を設定した際に行為者によって最後に特定された客体を基準にすべきであるとする。すなわち、行為者の精神的表象により特定された客体に結果が生じてい

ないことを前提として、その上で、客体の錯誤を、「危険の向く先を定める際の、最後に特定された客体」と「実際に結果が生じた客体」が同一である場合と定義し、それが同一でない場合を方法の錯誤と定義するのである。

このような定義に基づいて、両者の区別が困難とされてきた古典的な四事例を検討する。これにより、「電話侮辱事例」は客体の錯誤、「自動車爆殺事例」は方法の錯誤、「毒酒発送事例」は方法の錯誤、「ローゼ・ロザール事例」では、教唆者が被教唆者に客体を特定するにあたって具体的に指示を与えていた場合は方法の錯誤となり、抽象的・曖昧な指示を出していたにすぎない場合は客体の錯誤になるという結論を導く。このようにして本章では、行為者において視覚的な客体の認識を欠く離隔犯の事例においても、客体の錯誤と方法の錯誤を明確に区別することができると思う。

具体的符合説への批判として持ち出される「客体の錯誤と方法の錯誤の区別」を検討した上で、**第3章**では、本論文が主張する「行為計画説」に基づき、因果関係の錯誤について考察する。ここでは、「Weberの概括的故意」の事案、および「早すぎた構成要件の実現」の事案のような、因果関係の錯誤に関する事例の具体的な解決を試みる。故意犯において行為者は、客体を当該犯罪の実行行為の対象として具体化する時に、当該犯罪の規範に直面する。その上で行為者は、反対動機の形成が可能であったにもかかわらず、あえて規範を乗り越えて実行行為に出るのである。行為者が規範を乗り越えたことにより故意責任が問われる時期は、その犯罪を行うために行為者が客体を具体化した時であり、その時期は行為者の行為計画によって判断されるべきである。

そこで本章では、ドイツの判例・学説を分析して、因果関係の錯誤の事案については行為者の行為計画に基づいて故意の検討がなされていることを明らかにする。その上で、行為計画によって行為者が規範に直面する時期が決定されるならば、「ヴェーバーの概括的故意」の事案や「早すぎた構成要件の実現」の事案も解決することができると思う。そして本章では、上記の2つの事案について「修正された行為計画説」に基づき、行為者の行為計画に照らして行為者が規範に直面する時期を判断すれば妥当な解決を呈示しようと主張する。すなわち、「ヴェーバーの概括的故意」の事案では、行為者は第一行為の時点で被害者を殺害する故意を有し、その実行行為を被害者に向けていることから、この時点において行為者は規範に直面し、それを乗り越えて実行行為に出たことになる。従って、殺人罪の実行行為は終了したと考えるべきである。第一行為の時点で規範に直面し、殺害の実行行為を行ったのであるから、その時点で実行行為は終了しており、行為者に成立する犯罪は、被害者の生死によって決せられる。第二行為により被害者が死亡したとしても、因果経過の途中での介在事情の問題が残るだけであり、この問題は因果関係論によって解決されるべきである。

他方、「早すぎた構成要件の実現」の事例では、被害者にクロロホルムを吸引させる行為を第一行為とし、2km先で被害者を海中に転落させて溺死させる行為を第二行為とする。

行為者の行為計画によれば、第一行為の時点において被害者を殺すつもりはない。その際に行為者が直面した規範は、「被害者を殺してはならない」ではなく、「クロロホルムを吸引させてはならない」という「暴行罪（または傷害罪）の規範」である。したがって、行為者が乗り越えた規範は、暴行罪（または傷害罪）であり、この限度で行為者に故意が存するのであって、暴行罪（または傷害罪）のみの故意責任が問われるべきである。それゆえ、行為者は暴行により被害者を死なせたのであるから、結果的加重犯として傷害致死罪の責任を負うべきであると考えられる。

このように、行為計画に基づいて規範に直面する時期を明らかにすることより、全体的考察に墜するという批判を受けることなく、因果関係の錯誤に関する事案を適切に解決することが可能となる。

第4章では、共犯の錯誤・過剰に関し、行為計画に基づいた故意によって共謀の射程を判断しようと試みる。これについて東京高判昭和60・9・30は、被告人が対立組織との交渉を有利に進めるといふ目的の下で、暴行を加えてでも被害者を拉致する旨を実行担当者らに指示したところ、実行担当者らは自分たちの体面を守るという目的の下で被害者を殺害したという事案について、被告人に殺人の責任も傷害致死の責任も認められないとした。また、東京地判平成7・10・9においては、実際に行われた犯罪は同一ではあるものの、共犯者が共謀とは異なった行為態様を選択した場合について、行為者に結果を帰属させることはできないとした。東京高判平成21・7・9では、「被害者への組の制裁」という共謀内容の目的・動機が、第2暴行においても維持されているか否かが判断され、福井地判平成25・7・19でも、第2暴行の動機や目的は第1暴行とは大きく相違すると判示され、共謀が否定されている。このように、下級審においては、客観的には行為態様自体が共謀の内容に含まれているように見えても、その目的が当初のものと全く異なる場合、および被害客体および犯罪が同一であっても共犯者が共謀とは異なった行為態様を選択した場合には、共謀の射程が及ばないとされているように思われる。それゆえ、共謀の射程を検討するに際しては、構成要件の重なり合いおよび因果性の問題だけでなく、行為計画に基づいた故意の考慮が必要であると考えられる。

これについて、過剰行為者（以下「過剰者」という）が心理的にどのように受け取るかという心理的因果性と、共犯者が過剰者に向けて発する心理的因果性は別のものだと考える。すなわち、過剰者が心理的にどのように受け取るかという心理的因果性（物理的因果性も同様であるが）は客観的に判断されるべきであるが、共犯者が過剰者に向けて発する心理的因果性については、あえて「心理的因果性」と称する必要はなく、客観的な因果性が認められた上で共犯者にその故意が存するか否かという点を、行為計画に基づいた故意として判断すべきである。このような考慮についてドイツの議論を参照し、共同の行為計画から共謀の射程が判断されていることを明らかにする。

そして、共謀については、①動機・目的の同一性（連続性）、②過剰行為の予見可能性

(随伴性) , ③行為の質的同一性を考慮して、過剰な行為が行為計画に基づいた故意の範囲にあったか否かが判断されるべきである。このように本章では、法定的符合説の適用領域は行為計画に基づいた故意の検討がなされる場合に限られるという結論を導く。

続いて**第5章**では、薬物事犯における未必の故意について、行為者の認識の程度や意欲について考察する。覚せい剤や麻薬の密輸事案においては、犯罪組織が運び屋である行為者に対し、運搬物の中身が違法薬物であることを告げずに密輸入を依頼することが多く、また、関税法の対象となる禁制品にあたるような物ではあるが、薬物ではないと告げる場合も見受けられる。それゆえ、行為者の故意を認定するにあたって、実務では確定的故意ではなく、未必の故意を立証することに重点が置かれている。また、行為者の認識と実現事実が異なる場合も多く、薬物事犯は「錯誤」が生じやすい領域でもある。

本章では、薬物事犯における未必の故意の特殊性を考察するに先立って、薬物事犯以外の未必の故意について判例及び裁判例を概観し、未必の故意の内容が事実の認識と認容であることを確認する。そして、薬物事犯の未必の故意においては、覚せい剤や麻薬を含む違法薬物であるとの認識、ならびにその認識ができた状況（を前提に行為をしたこと）こそが「結果の認容」であると考えられる。

これに関連して、比較法的観点から、過失処罰規定をもつドイツの麻薬法(BtMG)を参照する。これについて、我が国においては薬物事犯に適用する過失犯処罰規定が存しないことから、ドイツのような純粋な未必の故意の認定がなされず、未必の故意が成立する範囲が拡張されているように思われる。すなわち、ドイツにおいて認識ある過失になるような事案は、日本では故意犯として処罰されているように思われるのである。

そこで、故意の意義として用いられる「事実の認識と認容」という基準を用いれば認識ある過失とされる薬物事犯が、何故、未必の故意として認定されるのかが問題となる。この問題から、薬物事犯における未必の故意については、他の故意犯と異なり、特殊な定義づけがなされていると考える。すなわち、薬物事犯における未必の故意の認定においては、「身体に有害で違法な薬物類が存在する蓋然性を基礎づける具体的な事実」を認識し、これを「持ち込む」という行為によって認容する場合と、「違法な物が隠匿されているかもしれない」という認識の中に、当然のここのように「認容」判断が組み込まれている場合の2類型が存在するのである。ここでは、同じ故意犯であっても、犯罪によって異なった故意の具体化、認識の程度が必要とされているのではないかという疑問が生じる。それゆえ、犯罪ごとに故意の具体化の程度が異なるとすれば、故意の本質論に関わる重大な問題が生じていると思われるのである。

このように第5章で、未必の故意との関係で、犯罪において異なった故意の具体化・認識の程度が要求されていることを示すが、この理解を前提として、各構成要件の実行行為において客体をどの程度認識すべきであるかという問題について、**第6章**で領得罪を題材に考察する。

ドイツの通説によれば、奪取あるいは領得の対象に関する錯誤は、強盗罪あるいは窃盗罪の主観的構成要件を阻却する。しかし、近年、容器の中身に関する錯誤は重要でないという理由で、既遂所為による処罰が認められるとしたLG Düsseldorfの判決が登場した。本判決は、BGHと支配的見解を「後まで残る疑念がある」と批判し、容器の中身に関する錯誤は故意を阻却しないと判断したのである。

このような、容器の中身に関する錯誤の問題について、本章では、従来のBGHと学説を検討し、LG Düsseldorfの判決を検討する。その上で、本判決の基礎付けを試みるBöseの見解を概観して検討する。Böseは、「容器」を「自動車爆殺事例」のような古典的な離隔犯事例と平行に考えて、容器の中身に関する錯誤を客体の錯誤の事案と同視する解決策を呈示する。しかし私見は、ドイツの通説である具体化説の例外である離隔犯と捉えるのではなく、具体化説そのものの意義を考察し、容器の中身を盗む場合には、実際の実行行為、すなわち「奪取」の客体たり得るものを最低限度具体化すればよいと結論づける。したがって、窃盗罪・強盗罪等の奪取罪の構成要件の実行行為である奪取行為が向けられるのは「容器」であるから、そもそも「容器」のみを最低限度具体化していればよいと思われる。ただしこれは、行為者の実行行為（＝奪取）が、直接「容器」に触れる（＝知覚する）ことを前提とする。したがって、行為者が金庫を運び出す場合には、その金庫は奪取行為の客体たり得る。それゆえ、その金庫を奪取し、実際に金庫の中身が紙切れ1枚だったとしても、そもそも行為者による奪取行為の客体たり得る最低限度の具体化は行われていたので、奪取罪は既遂となるというべきである。

このように本章は、奪取行為が向けられるのは「容器」であるから、そもそも行為者は「容器」のみを最低限度具体化すればよいと解し、また、財産罪の特性に着目したHillenkampの見解も参照し、そこから日本への示唆を得る。そして本章は、本件で問題となる客体の具体化とは、窃盗罪・強盗罪の構成要件に規定される奪取行為の客体となり得る最低限度のもので足りると結論づける。

以上のように、本論文は全6章に渡り、行為者に故意が存するか否かの判断を「修正された行為計画説」に基づいて検討し、故意責任の本質に照らして、行為者が規範に直面できたか否かを行為計画を基礎にして判断するという試論を述べた。行為者の認識すべき客体の程度（具体的か抽象的か）は行為計画に応じて決定され、その認識に基づいて行為者は規範に直面するのである。様々な動機・目的・行為計画を有する行為者の主観面について、一元的に具体的符合説か法定的符合説か、いずれかに振り分けて故意の有無を判断すべきではない。行為計画により行為者が客体を具体的に特定していたならば、要求される客体の認識は具体的なものであり、かかる認識が存しないならば、故意が阻却されることになる。これに対して、行為計画により行為者が抽象的な客体を予定していたにすぎないならば、具体的な認識がなくとも故意が認められる。このように、行為者の行為計画が故意に要求される認識対象の程度をそのつど変更するのである。本論文の試論は、故意責

任の本質にその根拠を求めるので、錯誤論と故意論を同一の原理から統一的に理解することを可能にするものである。