

# いわゆる「併発事実と錯誤」に関する一考察

山 本 光 英

## 一 はしがき

たとえば、Aが甲を殺害せんとして発砲したところ、甲に傷害を負わせ、併せて甲の背後にいた意外の乙を死亡させた場合、これを如何に解すべきか。

錯誤論および故意の個数との関係で議論されているのが、いわゆる「併発事実と錯誤」の問題である。

「併発事実と錯誤」の問題は、一般に、事実の錯誤、それも方法の錯誤の一種として議論されているのであるが、事実の錯誤の問題の解決法に関しては、就中、具体的符合説（具体的法定的符合説）、法定的符合説（抽象的法定的符合説）、抽象的符合説の争いのあるところである。そして、「併発事実と錯誤」の問題に関しては、具体的符合説と法定的符合説との間で激しい対立がみられる。冒頭の設例によると、法定的符合説においては、およそ「人」を殺す故意で「人」の死亡結果を生ぜしめたのであるから、死亡した乙に対する殺人既遂罪の成立を認めることとなる。しかしながら、当初殺害を意図した甲に対する扱いについては、法定的符合説にあつても、さらに分けられるところであり、第一に殺人未遂罪を認める見解と、第二に甲については不問に付する見解、第三に過失致傷罪の成立を認める見解とが対立している。第一の見解は、生命の危険が生じた客体すべてに対して故意を認める、い

わゆる「数故意犯説」と呼ばれ、第二、第三の見解は、故意は一個しかないのに、数個の故意を認めるのは不当であるとして故意を一個のみ認める、いわゆる「一故意犯説」と称せられる見解である。<sup>(1)</sup>

これに対して、具体的符合説は、併発事実と錯誤の事例が方法の錯誤の一種と捉えられていることから、結果の発生した意外の客体に対して故意の成立を認めず、冒頭の事例においては、殺害を意図した甲に対する殺人未遂罪と意外の乙に対する過失致死罪の成立を認め、両者の観念的競合と解している。

法定的符合説における前述のごとき結論の分岐に比すれば、具体的符合説からの結論は、容易に理解しうる明快かつ簡明なものであり、私見においても、その結論の点においては、具体的符合説のそれを支持するものである。しかしながら、結論の点は格別、併発事実と錯誤の事例が錯誤の問題として取り扱われるべきであるのか、また、これとの関連で、故意論と錯誤論との関係如何につき疑問の生ずるところである。

従来、併発事実と錯誤に関する解決法として提唱されてきた見解は、この問題を事実の錯誤、方法の錯誤と解する前提の上で主張されてきたものがほとんどであるが、かかる前提を維持すべきかどうかにつき、原則たる故意論を適用するとその処理につき不都合が感ぜられる場合において、例外的措置として錯誤論の登場をみるとすべきではないかという思考をもとに、改めて考察を加えたいと思う。

## 二 数故意犯説

一 事実の錯誤に関して、判例は、当初、具体的符合説に従っていたとされるが、大正十一年五月九日の大審院判決以来、法定的符合説を採用しており、意図した客体と意外の客体に結果が併発した場合について、双方に故意犯の成立を認めてきている。たとえば、①叔母を殺害しようとして、その抱いていた女兒をも殺害してしまった事案につき、「人ヲ殺害スル意思ヲ以テ之ニ暴行ヲ加

へ因テ人ヲ殺害シタル結果ヲ惹起シタル以上ハ縱令其ノ殺害ノ結果カ犯人ニ於テ毫モ意識セサリシ客体ノ上ニ生シタルトキト雖暴行ト殺害トノ間ニ因果ノ關係存スルコト明白ナル以上犯人ニ於テ殺人既遂ノ罪責ヲ負フヘキコト勿論ニシテ過失致死罪ヲ以テ論スヘキニ非ス而シテ原判決ノ認定シタトコロニ依レハ被告人ハ叔母あや乃カ女児……ヲ抱キ居ルヲ目撃スルやあや乃ヲ殺害スル決意ノ下ニ日本刀ヲ以テ十數回同人ノ頸部頭部胸部左右上肢背面等ヲ突刺シ之ト同時ニ右女児ニ其ノ左頸部ヨリ右頸部ニ達スル刺切傷ヲ蒙ラシメテ各即死セシメタリト云フニ在リ然ラハ被告人カ殺意ヲ以テ為シタル暴行ノ結果右女児ヲ殺害スルニ至リタルモノナルカ故ニ前叙ノ理由ニ依リ同女児ニ対スル殺人罪ヲ構成スルコト明白ナリトス<sup>(4)</sup>として、行為者が意図していない客体に結果が生じた場合、行為者の行為と結果との間に因果關係がある以上、故意の殺人既遂罪としての罪責を負うとしたものがあり、下級審判例においても、②甲に対して暴行を加えたところ、甲の背後にいた乙と折り重なって転倒し、乙に傷害の結果を生ぜしめたとき、乙に対しても暴行の故意を認めて乙に対する傷害罪の成立を認めたもの<sup>(5)</sup>、③赤ん坊乙を背負っていた甲を、自己の運転する車輛の下に引ッ掛けてそのまま走行し、甲乙ともに死亡せしめた場合につき、殺人の未必の故意が認められた甲のみならず、被告人がその存在に気づいていなかった乙に対しても殺人既遂罪の成立を肯定したものが<sup>(6)</sup>あり、そして、最高裁判例には、④強盜殺人の故意で甲に発砲した弾丸が、甲を貫通し、通行人乙にも当たって甲乙に対して傷害の結果を生じせしめた場合につき、「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というべきである」として、甲に対して強盜殺人未遂罪を認めるとともに、乙に対しても強盜殺人未遂罪を認めたものがある<sup>(7)</sup>。

二 このように判例は、事実の錯誤に関して法定的符合説にたち、併発事例について意図した客体と意外の客体との双方に故意

犯の成立を認めているのであるが、このような数故意犯説に対しては、次のような批判がある。

まず、平野博士は、「XがBを殺すつもりでピストルを発射したら、BはもちろんAまで殺してしまった場合はどうだろう。この場合には、二個の既遂罪の成立を認めるだろう。そうだとすれば、Bが死ななかつた場合でも、Aに対する既遂の外に、おそらくBに対する未遂を認めなければならないだろう。ところが、Xは、B一人を殺す意思しかなかった。それなのに、たまたまAにまであたつたからといって、このほかにBに対する故意の殺人罪の成立を認めてもいいのだろうか。故意とは、このように、殺人の故意、器物毀棄の故意という性質の差はあるが、一個の罪の故意、二個の罪の故意という量的な差はないものだろうか。」とされ、意図した客体に何ら結果は発生せず、意外の客体に結果が発生した場合には、前者について未遂犯、後者について既遂犯の成立を認めなければ、数故意犯説としては首尾一貫しないとの批判を向けられている。このような批判を意識してか、東京地判昭和五〇年六月五日は、傍論において、意図した客体に何ら結果は発生せず、意外の客体に結果が発生した場合には、前者について未遂犯、後者について既遂犯の成立を認めるべきである旨を述べているのであり、数故意犯説を採られる団藤博士もこのような見解を支持されている。<sup>(10)</sup>

しかし、この数故意犯説の問題点は、故意の個数を無視するものであり、したがって、行為者の行為との間に因果関係が認められる限り、併発した結果の数だけ故意犯が認められ、故意が無制限に拡大されることとなり、このことは責任主義に反するという点にある。<sup>(11)</sup>

三 これに対して、数故意犯説を採られる中野博士は、「錯誤が問題になる場合は行為は本来一個しか存在しないのであつて、問題は、その行為に出たことに対して故意責任という重い責任非難を加えるかそれとも過失責任を問うかという点にある。責任非難が一定の行為に出たことに対してなされるものである以上、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一つでなければならない。この場合その行為は違法の意識のもとになされたのであるから、それはまさしく故意責任を問わ

れるべき行為であり、その帰結として、認識した客体ばかりでなく、認識しなかった客体との関係でも故意犯が成立するということになるのである（観念的競合<sup>(12)</sup>）とされ、「方法の錯誤の場合は実行行為としての行為はつねに一個あるにすぎない。その行為が『Aを殺す』という事実的故意をもつてなされ、したがって故意責任を問われるべき行為である以上、それによって生じた不法は、当然故意犯の範疇に属すべきものである。それゆえ、殺人罪のように客体の個数によって罪数が決まる犯罪においては、その行為が二人の生命を失わせ、あるいはその危険を生じさせれば——行為者がそのすべてを認識しなくとも——殺人罪または殺人未遂罪が二個成立する<sup>(13)</sup>」とされ、また、「最も中核的な要素である行為においてすら、観念的競合の場合に一個の行為が数個の構成要件に共通に使用され数罪の成立が認められることは今日だしも認めているところではないだろうか。故意の場合だけそれと違う取扱いをする理由があるとは思われない<sup>(14)</sup>」とされている。

しかしながら、観念的競合において、「一個の行為」とは、「法的評価をはなれ構成要件的観点を捨象した自然的観察<sup>(15)</sup>」のもとで行為が一個かどうかを判断するいわゆる自然的行為基準説が一般的である。観念的競合とは、自然的行為としては一個の行為が、刑法的評価、すなわち構成要件該当性の判断の段階では数個の構成要件に該当するものとして、すなわち数個の実行行為として評価されることによつて数個の犯罪（構成要件該当行為）が競合することになるのである。しかし、自然的行為が一個であり、その自然的行為が故意によるものであるからといって、これによつて発生したすべての結果あるいは結果発生危険について故意を認めなければならないということにはならない。自然的行為が一個であっても実行行為として一個と評価されるか数個と評価されるべきかは別の問題であり、これが数個の実行行為と評価された場合に或るものは故意の責任非難を受け、他のものは過失の責任非難を受けるということもあり得ると思われる。この点につき、佐久間教授は、「中野教授は、『一個の』行為に対する責任非難が、故意あるいは過失のいずれか一方に統一されなければならない以上、併発結果のすべてに故意をみとめるべきだといわれるが、ここでは、自然的意味の行為と刑法的評価の結果とが同一視されているのではなからうか。疑問である<sup>(16)</sup>」とされている。正当な疑問であろう。

また、中野博士は、「観念的競合の場合に一個の行為が数個の構成要件に共通に使用され数罪の成立が認められること」から併発事実のすべてに故意を認められるのであるが、この点については、観念的競合は犯罪成立の問題ではなく、数個成立した犯罪に対する科刑の問題であって、自然的行為が一個であることで数個成立した犯罪が観念的競合になるということから、一個の故意から数個の故意犯が認められるべきことを理由づけることはできないと思われる<sup>(17)</sup>。

さらに、中野博士と同様、数故意犯説を支持される大谷教授も、数故意犯説を支持する理由として、甲を狙って発砲し、意外の乙が死亡した場合につき、「法定的符合説においては、右の事例における甲も乙も構成要件上は同じ『人』であり、行為者が甲の殺害を認識した以上、殺人の故意における客体の認識として欠けるところはない。また、その犯罪事実の認識によって『人を殺してはならない』という規範の要求を検討すべき機会を与えられたのに、敢えて甲、乙両者にとって殺害の危険ある実行行為に出た以上、人（甲）を殺す意思で人（乙）を殺し、また人（甲）を殺す危険を生じさせたのであるから、双方について故意犯、すなわち、甲に対する殺人未遂罪と乙に対する殺人既遂罪との観念的競合を認めるべきである<sup>(18)</sup>」とされ、甲を殺害するつもりで、甲を傷害し意外の乙を死亡させた場合について、「甲、乙いずれに対しても結果も殺人の実行行為と相当な因果関係にある限り、行為者の直接的な反規範的意思活動に基づくものと認めることができるから、甲に対する殺人未遂罪と乙に対する殺人既遂罪との観念的競合とすべきである<sup>(19)</sup>」とされている。

四 しかし、中野博士および大谷教授の見解に見られるように、数故意犯説が故意を抽象化することによって複数の故意犯の成立を認めることには疑問がある。そこには、主観的要件たる故意の存否の問題と意外の結果の主観的帰属の問題との相違が看過されているように思われるからである。すなわち、数故意犯説においては、故意責任を認める前提としての故意は、およそ「人を殺す」ことについての認識があれば足りるとされ、故意の個数は問題とされず、殺害される客体の数もまた重要ではなく、客体の数は責任の量において考慮されるべきであるとするものである。そこでは、甲を殺そうという意思があれば、「およそ人を殺すな」と<sup>(20)</sup>

いう規範の前に立たされているのであるから、故意責任が認められるのであり、故意の要件としては「人を殺す」という程度の抽象化された事実の認識で足り、そのような行為からおよそ「人の死」ないしその危険が生じたならば、行為者にとって意外の客体についても故意犯が成立するというものである<sup>(21)</sup>。しかし、故意は、具体的客体に向けられた行為者の事実的な主観的意思が、刑法的評価において構成要件に該当する事実を表象・認容するものと評価されたことにより認められるものであるのに対して、かかる刑法的評価によって認められた故意に基づく行為から生じた行為者にとって意外の結果を当該行為に帰属させるるか否かの問題とは別論である<sup>(22)</sup>。錯誤論は、後者の問題进行处理するためのものであり、意外の結果の故意行為への主観的帰属の有無を判断する基準を示すものである。したがって、既述のごとく、数故意犯説のように、事実的な故意が一つであることから行為も一つであるとし、その一つの行為から生じた結果にすべて故意を認めなければならないという論理的必然性は存しないと思われる。

### 三 一故意犯説

一 既述のような数故意犯説に対する疑問から、法定的符合説においても、いわゆる一故意犯説が主張される。たとえば、Aを殺すつもりで発砲したところ、Aを傷つけ、傍らにいたBを死亡させたという場合、「Aという人を殺そうとする行為によって、Aを死亡させなかったがBという人が死亡したという事実を、構成要件該当性という面から、一人の人を殺そうとする故意によって一人の人の死の結果が実現されているので、『人を殺したる』という殺人罪の構成要件が一回充足されたものと評価し、一個の殺人既遂罪の成立をみとめるもののである<sup>(23)</sup>」とする見解がこれである。

もっとも、この一故意犯説においても、右の事例について、第一に、Bに対する殺人既遂罪のみを認め、Aについては不問に付する見解と、第二に、Aに対する過失致傷罪とBに対する殺人既遂罪とを認め、これらの観念的競合とする見解とがある。

第一の見解は、甲を殺すつもりで発砲したところ、意外にも弾丸は甲を貫通して後方にいた乙に命中したという場合について、

①甲は死亡し、乙は負傷した場合、②甲、乙ともに死亡した場合、③甲は負傷し、乙は死亡した場合に分ければ、①と②の場合は、いずれも甲を殺害するという故意は完全に実現されているので、錯誤論を適用する余地はなく、①は、殺人既遂罪と過失致傷罪、②は殺人既遂罪と過失致死罪との観念的競合とするのに対して、③の場合は、甲に対する殺人の故意は、甲が負傷しただけでは完全には実現されていないから、錯誤論を適用すべきであり、乙に対する殺人既遂罪のみを認めるのである。<sup>(24)</sup>

しかし、この見解は、行為者が殺害を意図した客体である甲が負傷している点を無視する点に問題がある。生命・身体の侵害が問題となる殺人罪や傷害罪において、甲が負傷し、乙が死亡するという二個の法的に独立した法益侵害（構成要件該当事実）がある以上、その二個の法益侵害（構成要件該当事実）に対して一個の殺人既遂罪の成立しか認めないというのは、構成要件的评价の点において疑問がある。<sup>(25)</sup> それゆえ、この見解に対しては、同じ法定的符合説による一故意犯説の論者からも、「乙（③の事例では甲）に対する殺人未遂ないし傷害の点を独立して評価せず、これを当然丙（③の事例では乙）に対する殺人既遂罪中に吸収されるものとみるところに、人の生命という法益がその重要性にかんがみて、各個に独立して評価されるべきだという一般原則に反する嫌いがある」と批判される。<sup>(26)</sup>

二 これに対して、第二の見解は、前記の③の場合について、甲に対する過失致傷罪と乙に対する殺人既遂罪との観念的競合とする。<sup>(27)</sup>

この見解に対しては、行為者は甲を殺す意思で甲を狙ったのにそれを過失致傷だとするのは如何にも技巧的かつ不自然であるとか、行為者に甲を殺す意思があったのに、それが乙に対する関係での過失を基礎にして過失になるという理由が構成要件的评价の問題だからだというのは、故意と過失とが相反する概念であって、故意の中に過失が含まれているようなものではないといった批判がある。<sup>(28)</sup> この見解においては、意図した客体に結果が生じた場合には、前述の第一の見解と同様に、意図した客体に故意既遂罪を認めるのであろうから、前記①の場合については、甲に対する殺人既遂罪と乙に対する過失致傷罪との観念的競合とし、②の場



合については、甲に対する殺人既遂罪と乙に対する過失致死罪との観念的競合とすることになろう。<sup>(30)</sup>

この第二の見解が、第一の見解と異なり、負傷した甲に対して過失致傷罪と求める点は、負傷した甲を無視するとする第一の見解に対する批判を避けることはできるであろう。しかし、殺害を意図された甲に対して過失犯が成立するとする点に釈然としないものがある。この③の場合に、そもそも殺害を意図した甲が負傷した点を看過し、錯誤論を適用することから、このような問題が生ずるのではなからうか。

このような法定的符合説による一故意犯説は、そもそもその一故意の客体たる「一人の人」は甲でも乙でもよく、「一人の人」であればよいのであるから、甲と乙のどちらに故意を認めるのかについて基準はないことになる。このことを最も顕著に表しているのが、上記③の場合について、甲あるいは乙と客体を特定しないで、一個の殺人既遂罪と一個の過失致傷罪（過失致死罪）との観念的競合とする見解である。すなわち、「甲を狙って乙と丙を殺した場合には、一個の殺人罪と一個の過失致死罪が成立するが、それが乙と丙のどちらかは問う必要がない。同様に甲を狙って甲を傷つけ乙を殺したときも一個の殺人罪と一個の過失致傷罪が成立する<sup>(31)</sup>」というのがこれである。

しかし、犯罪の成否を考えるにあたって構成要件を基準とするならば、理論的にみて、殺人や傷害という一身専属的な法益を侵害する犯罪においてどの客体に対する犯罪かを特定しないのであろうか。また、これを特定しないときには有罪判決の理由である罪となるべき事実も書けないであろうし、<sup>(32)</sup>かつて、泉二新熊博士は、「甲者乙者共ニ殺害セラレタルトキ」につき、「犯意ト過失トノ併存又ハ二個ノ犯意ヲ認ムルニ非スシテ唯一ノ犯意ノミヲ認ムルカ故ニ唯一ノ行為ガ唯一ノ罪名ニ触ルルニ過キス從テ法典第五十四条ヲ適用ス可キニ非ス<sup>(33)</sup>」とされている。これについて、中野博士は、「これは、一個の故意犯しか認めない点で一種の故意犯説のようにみえるが、A・B両事実につき故意責任を認めるものであるからそれとは全く性質を異にし、基本的には数故意犯説の一種だとみなければならぬ。ただそれを観念的競合とせず包括一罪とする違いがあるだけである<sup>(34)</sup>」とされている。とはいえ、結局、実務においても、故意と過失の客体を特定しなければ、訴因の記載や検察官の攻撃・弁護人の防御の面においても困難を生

ずるであらうことは否定できないと思われる。<sup>(35)</sup>

三　そうであるなら、法定的符合説による一故意犯説においては、併発事例においてどの客体に故意を認めるかは、結果の重大性を基準とすることになるのであろうか。甲を殺すつもりで発砲し、甲を負傷させ乙を死亡させた場合、死亡した乙に対する殺人既遂罪を認め（前記第一の見解）、あるいは甲に対する過失致死罪と乙に対する殺人既遂罪との観念的競合とする（前記第二の見解）のは、乙が死亡し、甲は死亡しなかったからというのがその理由と考えざるを得ないのであり、故意を抽象化したことによって故意の客体を具体的に特定できなくなった（あるいは特定する必要がなくなった）ことによって、故意を認めるべき客体如何の基準は、結局、結果の重大性であるとしているものと思われる。

したがって、この法定的符合説による一故意犯説によるときには、甲を殺そうとして発砲したところ、甲が重傷を負い、乙が死亡した場合には、錯誤論が適用され、第一の見解によるときは、乙に対する殺人既遂罪一罪が成立することになり、第二の見解によるときは、甲に対する過失致傷罪と乙に対する殺人既遂罪との観念的競合となる。後には甲も死亡したときは、一転して錯誤論は適用されず、甲に対する殺人既遂罪と乙に対する過失致死罪との観念的競合となるのであり、また、甲と乙がともに重傷を負ったときは、錯誤論は適用されず、甲に対する殺人未遂罪と乙に対する過失致傷罪との観念的競合とされるが、後に乙が死亡したときには、錯誤論が適用されて、甲に対する過失致傷罪と乙に対する殺人既遂罪との観念的競合となるのであって、後に発生した事実によって故意犯になったり、ならなかったりするのとは妥当ではなからう。この点につき、平野博士は、「このように後になって故意ができたり消滅したりするのは、犯罪理論としておかしい。故意の有無は、行為のときに判定できるものであるはずのものだからである」<sup>(36)</sup>とされているのである。

#### 四 ま と め

以上のように検討してみると、法定的符合説による数故意犯説と一故意犯説のいずれにおいても、いわゆる併発事実と錯誤の事例を解決するにあたって妥当な結論に達することを得ないと思われる。数故意犯説においては、もともと一個の故意による行為によって生じた複数の客体に故意を認めることとなり、責任主義に反する疑いが生ずるのであり、他方、この欠陥を払拭しようとして主張される一故意犯説においても、併発事実が複数生じた場合にどの客体に故意を認めるのかにつき、その基準に窮することになるのであり、また、第一の見解は前記③の場合において意図した客体が負傷している点を無視する点で不合理を感じざるを得ないであろうし、第二の見解も行為者が意図した客体につき過失犯を論ずるにおいてはいささか奇異の感を禁じ得ない。ただ、この事例を錯誤の事例とみる以上、意図しなかつた客体に当初意図した結果が生じたのであるから、そこに故意を認めるのも無理からぬものがある。

ところで、このような欠陥ないし難点はなぜに生ずるのであるうか。錯誤論とは如何なるものであろうか。

錯誤論は、「いわば、認識事実についての故意を、『発生事実』について転用、流用することができると問題だといつてもよい」<sup>(37)</sup>とされるのであり、「錯誤理論は故意の理論の消極面、というよりは例外の場合である。錯誤から故意論が導かれるのではなく、故意論の欠陥なり不足なりを補正し補完しようとするところに、錯誤論の意味があるといわなければならない」<sup>(38)</sup>とされる。思うに、たとえば、甲を殺すつもりで発砲したところ狙いが外れ甲の傍らにいた意外の乙に命中して乙が死亡した場合に、甲に対する殺人未遂罪と乙に対する過失致死罪とすることには、甲に命中して甲が死亡した場合に殺人既遂罪となることに比較して刑の権衡を失することから錯誤論を適用して、甲に向けられた故意を結果が発生した乙に対して「流用」、「振り分け」あるいは「転用」して乙に対する殺人既遂罪の成立を認めるのである。その際、甲に対する故意は乙に「流用」、「転用」されているので甲に対して故意は

もはや認められず、また、甲にはなんら有害な結果は発生していないから不問に付せられることになるのである。「そもそも錯誤とは、一定の故意にもとづいて行為に出たが意図した結果とは異なった意外な結果を生じた場合、その意図した結果に向けられた故意を発生した意外な結果にふり向けてそこに故意を認めるという理論であって、所詮一個の故意と一個の結果との間において論すべきもの」<sup>(39)</sup>である。

ところが、甲を殺すつもりで発砲したところ甲が負傷し、意外の乙が死亡したという場合には、前述したように、法定的符合説において、数故意犯説、一故意犯説に分かれるのである。

数故意犯説については、前述のように、一個の故意にもとづく行為により複数の発生結果について故意を認めることは概括的故意の場合との区別を不能にするものであり、故意概念の不当な拡張になるものと思われる。<sup>(40)</sup>

そこで、法定的符合説による一故意犯説は狙った客体とは異なる意外の客体に結果が発生したときに錯誤論を適用して意外の客体に対する殺人既遂罪を認めることとの均衡上、これも錯誤論を適用して、乙に対する殺人既遂罪を認めようとするのである。

しかし、意図した甲になんら有害な結果が生じていない場合は格別、故意の内容を完全に実現していないとはいえず、少なくとも殺人の故意によって甲に傷害という有害な結果が生じている以上、その故意は完全に燃焼したとはいえないまでも、燃焼を開始したあるいは半分燃焼したといえるのではなからうか。そうであれば、そこに故意犯の成立を認めるべきであり、この場合には故意論の例外たる錯誤論の登場する余地はないのであり、発生した他のいわゆる併発事実についてはあくまでも意外の結果として過失犯の成立をみるにとどまると解すべきと思うのである。

そうすることで、甲を殺そうとして発砲したところ、①甲が死亡し、意外の乙が負傷した場合、②甲、乙ともに死亡した場合、③甲が負傷し、乙が死亡した場合、④甲、乙ともに負傷した場合において、①の場合は甲に対する殺人既遂罪と乙に対する過失致傷罪との観念的競合とし、②の場合は甲に対する殺人既遂罪と乙に対する過失致死罪との観念的競合とし、③の場合は甲に対する殺人未遂罪と乙に対する過失致死罪との観念的競合とし、④の場合は甲に対する殺人未遂罪と乙に対する過失致傷罪との観念的競

合という簡明な結論に至ることができると思うのである。

- (1) 「数故意犯説」、「故意犯説」という呼称は、中野次雄博士による（中野次雄「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卷（昭和五九年）二〇二頁参照。）。
- (2) 大判大正五年八月一日刑録二二輯一三三頁参照。
- (3) 刑集一卷三二三頁。
- (4) 大判昭和八年八月三〇日刑集一二卷一六号一四四五頁。
- (5) 高松高判昭和三年二月二一日高刑裁判特報三卷一九号八九七頁。
- (6) 新潟地長岡支判昭和三年九月二四日下刑集四卷九・十号八八二頁。
- (7) 最判昭和五年七月二八日刑集三二卷五号一〇六六頁。
- (8) 平野龍一「方法の錯誤」『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣・昭和五六年）六七頁。
- (9) 最判昭和五年七月二八日の第一審判決。
- (10) 団藤重光「刑法綱要総論第三版」（創文社・一九九〇年）三〇五頁註（三九）参照。
- (11) 福田平「いわゆる事実の錯誤についての一考察」『研修三八九号六頁、立石二六「具体的事実の錯誤における方法の錯誤」北九州大学法政論集十卷三・四合併号三頁以下参照。
- (12) 中野次雄「刑法総論概要第三版」一二二頁以下。
- (13) 中野次雄・前掲論文二〇六頁以下。
- (14) 中野次雄・前掲論文二二一頁。
- (15) 最判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁。
- (16) 佐久間修「刑法における事実の錯誤」（成文堂・一九八七年）一三七頁註（一八）。
- (17) この点につき、堀内教授は、「しかし、観念的競合は、数故意犯説のいうように犯罪成立の問題ではなく、科刑上の問題にすぎないので、観念的競合であることをもって複数の故意が成立する根拠が基礎づけられるわけではない。また、数故意犯説は本来１個しかない故意を２度にわたり評価し、複数の故意を認めることになるので、責任主義に反する」（堀内捷三『刑法総論 第二版』（有斐閣・二〇〇四年）一〇三頁）とされている。
- (18) 大谷實『新版刑法講義総論』（成文堂・二〇〇〇年）一九五頁。
- (19) 大谷實・前掲書一九六頁。

いわゆる「併発事実と錯誤」に関する一考察（山本）

- (20) 大谷實・前掲書一九七頁参照。
- (21) 福田平「方法の錯誤と故意の個数についての覚書」東海法学一七号（一九九七年）一六五頁参照。
- (22) 福田平・前掲論文一六六頁参照。
- (23) 福田平「方法の錯誤の関する覚書——法定的符合説についての再考——」井上正治博士還暦祝賀二三三頁。
- (24) 福田平・前掲論文二二七頁参照。
- (25) 西田典之「共犯の錯誤について」団藤重光博士古希祝賀論文集第三卷九八頁参照。
- (26) 大塚仁「演習刑法総論」福田平・大塚仁編（青林書院新社・昭和五六年）五一頁。
- (27) 大塚仁「刑法概説（総論）〔第三版増補版〕」（有斐閣・二〇〇五年）二〇八頁。
- (28) 立石二六「刑法総論（第4版）」（成文堂・平成二三年）二二三頁参照。
- (29) 中野次雄・前掲論文二二二頁参照。
- (30) 大塚仁「演習刑法総論」福田平・大塚仁編（青林書院新社・昭和五六年）五二頁参照。
- (31) 金沢文雄「打撃の錯誤について」広島法学第五卷第三・四卷合併号四六頁。
- (32) 中野次雄・前掲論文二二四頁参照。
- (33) 泉二新熊「日本刑法・上巻」（増訂四五版）（有斐閣・一九三九年）四七七頁以下。
- (34) 中野次雄・前掲論文二二四頁。
- (35) 西田典之「共犯の錯誤について」団藤重光博士古希祝賀論文集第三卷九八頁参照。
- (36) 平野龍一「方法の錯誤」『犯罪論の諸問題（上）』（有斐閣・昭和五六年）七三頁。
- (37) 西原春夫「刑法総論」（成文堂・昭和五二年）一九一頁注（二）。
- (38) 下村康正「併発事実と錯誤理論——とくに、法定的符合説をめぐって——」『刑法総論の現代的諸問題』（文久書林・昭和五四年）二二八頁以下。
- (39) 下村康正・前掲書一三八頁。
- (40) 下村康正・前掲書一三八頁参照。