

# 事実の錯誤について

後 藤 正 弘

## 一、事実の錯誤の概念

認識と結果の不一致を錯誤といい、認識の対象が事実の場合を事実の錯誤、対象が違法性の場合を法律の錯誤という。認識は主観的心理状態であるから、錯誤は故意の問題であり、しかも認識の不存在の場合に關しては消極的な故意論である。

故意概念の知的要素は事実の認識、表象と違法性の認識の問題から成つて居り、前者が事実の錯誤、後者が法律の錯誤の問題を生ぜしめる。

故意の知的要素において、違法性の認識は事実の認識に基いてなされることからして、法律の錯誤は事実の錯誤がなかつた場合にのみ考慮される關係に立つ。

## 二、事実の錯誤の成立範圍

事実の錯誤は故意の知的要素と同じ問題であるから、その成立範圍も故意概念と同じである。すなわち認識と結果は共に構成要件の事実でなければならず、非構成要件の事実の錯誤は刑法の問題ではないし、認識が構成要件の事実で結果が非構成要件の事実の場合は未遂または幻覚犯となるに過ぎず、認識が非構成要件の事実で結果が構成要件の事実の場合は

過失犯の問題に止まる。また行為者自身、責任能力、人的処罰阻却事由は故意の対照でないから、それらの錯誤は事実の錯誤でない。

### 三、事実の錯誤の種類

#### (1) 具体的事実の錯誤と抽象的事実の錯誤

認識と結果が同一構成要件に属するが不一致の場合の錯誤を具体的事実の錯誤といい、異なる構成要件に属する場合の錯誤を抽象的事実の錯誤という。

#### (2) 客体の錯誤、方法の錯誤、因果関係の錯誤

客体の錯誤とは客体の性質の錯誤をいい、方法の錯誤とは現に認識している二以上の客体の相互を錯誤したことをいう。因果関係の錯誤は犯罪行為の経過ある過程の錯誤である。

### 四、具体的事実の錯誤

#### a、具体的符合説

具体的符合説はリストの主張した説であって、客体の錯誤は故意を阻却しないが、方法の錯誤は認識した事実の未遂と発生した事実の過失犯となるとする。故意は認識しているその客体に対してのみ生じ、法的に同等の価値があっても他の客体に対しては生じないのであるから認識と結果は具体的に符合するを要するのである。我判例はかつてこの説をとった。

#### b、法定符合説

構成要件に重点を置く見地からは、認識と結果は具体的一致を要さず、構成要件的に一致すれば足りることになる。客

体の錯誤は故意犯となり、方法の錯誤も故意既遂とする。

## 五、通説、判例に対する批判

具体的事実の錯誤に於て、通説は法定符合説であり、判例も客体の錯誤、方法の錯誤共に法定符合説をとるに到り、この点に付て誰も特別にあやしまない。法定符合説はいわば安定し、固定化した観があり通例上記の如き説明がなされている。

しかし考えて見ると法定符合説は構成要件を重視した思想に出るものであり、しかも単に構成要件を守るのみならず、その拡張的適用をも主張するものである。すなわち客体の錯誤では、事実上は故意のないものに故意犯の既遂を認めている。例えばAを殺す意思でBをAと見誤って殺した場合、犯人はAに対する殺意はあってもBに対する殺意はなく、本質的にはBに対する過失致死である。それをBに対する故意殺既遂と解するのは、AとBの生命の等価という法益評価の点すなわち違法論からなされるものであって、責任論的考慮は薄いのである。この様にして認められた故意は刑事政策的故意（政策故意）と言われる所以である。（註1）

しかしこの場合Aは事実、不存在なのであるからAに対する殺人未遂の責は問い得ず、Bに対する過失のみが問題になるが、この様な過失は通常の過失致死とも同一ではない。犯人はAに対する殺人という危険性をもち、それを誤ってBに実行しているのであるから、過失といっても極めて重い過失であり、そこに後述する様に故意と見做される理由があろう。リストもこの場合は過失とはしなかったのである。しかし単純にAとBの生命の価値が平等であるという理由からこれを認めるのではなく、犯人の危険性から考えるべきであると思う。

## (二) 方法の錯誤について

錯誤を故意論の反対面として、故意論を中心に考えた場合、事実の錯誤論の中心は客体の錯誤であって、方法の錯誤ではない。方法の錯誤にあつては、客体、手段方法について、認識はあるのであり、単に実行の際に於ける手段方法が誤られ失敗したにすぎず、そしてその際認識していなかった結果を生ぜしめたというにすぎない。故に方法の錯誤は未遂と過失の観念的競合を本質とする。この意味で具体的符合説は正しいのである。法定符合説は法益侵害の同程度を理由として、故意既遂一罪を主張するが、これは違法論としてのみ肯定される理論である。犯罪人の心理を中心に責任論的に考へるならば、当然に第一の犯罪の未遂と第二犯罪の過失でなければならぬ。

Aを殺す弾丸が外れてBを殺した場合を想定してみると、犯人はAもBも通常認識して戻り、Aに対してのみ故意を持つのであるから、Bを殺してもAに対する殺人未遂とBに対する認識ある過失が問題になるのが当然である。法定符合説がBに対する殺人既遂を説くのはAとBの生命の価値平等という法益観からである。しかし犯罪人の心理から見ればBに対する故意はないのであるからこれは不当と思われるのは当然である。

また違法論の見解ではなく責任論的に考えてみるとBに対する故意過失の程度が問題にされねばならない。Bに対し犯人が確定的認識がある場合、未必的認識がある場合、過失責任がある場合、無過失不可抗力の場合である。責任論としてみた場合犯人のBに対する責任はそれぞれ異なり、第一、第二の場合のみ故意の殺人既遂が成立し、第三の場合は過失致死（それとAに対する殺人未遂）、第四の場合はAに対する殺人未遂のみとならなければならない。

違法的見地からのみ見る法定符合説はすべてBに対する故意一罪とするが、これは責任論的には妥当でない。

事実の錯誤は法律の錯誤と共に総論中の特殊問題とされ、伝統的に方法の錯誤、客体の錯誤などの特殊概念が論ぜられて来た。しかしこれらは故意論に還元することが出来るのであり、そうした方が妥当であろう。目的行為論其他でこれと同様な見解が生じているのは当然である。（註2）

この様に考えれば具体的事実の錯誤については次の様に説明さるべきである。

## 六、具体的事実の錯誤の本質

事實の錯誤は故意の消極的側面である。故意は主観的心理状態特に認識を中心とする責任評価であるが、認識の対象は客体が基本であり、客体の認識の上に方法、手段、因果関係の認識がなされる。それ故に事實の錯誤でも客体の錯誤は基本的な意味での錯誤であり、方法、因果関係の錯誤とは性質を異にする。

### a、方法の錯誤

方法の錯誤や因果関係の錯誤では客体の認識はあったのであって、したがって本来の意味での事實の錯誤はなく、手段、方法の不適當、およびそれによる本来の犯罪の未遂と、意図しない結果の発生という過失の問題があるにすぎない。もちろん方法の錯誤の場合は一般の未遂と異り、過失的結果を生ぜしめているから、これを構成要件的に符合する限り本来の犯罪の既遂とすべきか否かの問題はある。しかしこれは法定符說の様に本来の犯罪（第一犯罪）の未遂と過失犯罪（第二犯罪）が常に第二犯罪の故意の既遂になると解すべきではない。すなわち第二犯罪について未必的認識があった場合に限りて故意の既遂が認めらるべきである。これに反し第二犯罪の未必的認識もない場合は具体的符說のいうごとく、第一犯罪の未遂と第三犯罪の過失と解すべきであり、過失もない場合は第一犯罪の未遂のみを認むべきである。これは故意論の一般的適用である。

### b、因果関係の錯誤

因果関係の錯誤は方法の錯誤の一種であるが本来の犯罪の結果が生じている点でこれと異なる。ゆえに、この場合は客体の錯誤もなく方法の錯誤もない。行為者の責任に関し、因果関係の錯誤を考慮すべき理由はない。たゞ因果関係の錯誤は相当因果関係の範囲に限らるべきものであり、これを超えた場合は未遂とすべきである。

### c、客体の錯誤

客体の錯誤が本来の「事実の錯誤」である。構成要件、法益を重点として考えれば故意の既遂であり、主観的心理状態を重点とすれば未遂である。しかし、この場合は違法的結果は発生しており、具体的には符合しないが構成要件的には符合する認識もある。ゆえに構成要件の機能から見て、かかる場合は故意犯の既遂とすべきである。

## 七、抽象的事実の錯誤

抽象的事実の錯誤も客体の錯誤、方法の錯誤に分れる。因果関係の錯誤は構成要件を異にする場合であるから生じ得ない。抽象的事実の錯誤には刑の軽重があり三八条二項で重い罪の故意の既遂とすることはできない。

### 1 法定符合説（法益符合説）

構成要件を中心とする考え方によれば構成要件を異にする場合の錯誤は故意犯の成立に考慮し得ぬことになる。故に第一犯罪の認識で第二犯罪を生ぜしめた場合は、犯罪の軽重を問わず第一犯罪の未遂と第二犯罪の過失になる。

### 2 抽象的符合説

法益符合説は傷害罪と器物毀棄罪の間などでは刑の不均衡を生ずる。そこで牧野博士は抽象的符合説を主張する。すなわち軽い甲罪の認識で重い認識を生ぜしめた時は軽い甲罪の未遂ではなく既遂を認め、重い乙罪の過失との想像的競合とする。また重い甲罪の認識で軽い乙罪を生ぜしめた時は、重い甲罪の未遂であるがその刑は軽い乙罪の過失ではなく故意の既遂と比較し重い方によるものとする。宮本博士、草野博士にも同趣旨の説がある。通説では一般にこの様に説き、多く法定または法益符合説が説かれている。

## 八、抽象的符合説について

抽象的事実の錯誤に関する学説について考えてみると、抽象的符合説は主観主義の抽象的事実の錯誤に関する主張である。牧野、宮本、草野博士等による抽象的符合説は若干の違いはあるが、何れも構成要件を超えた責任を認める点は共通

であり、その故に抽象的符合説と呼ばれるのである。それらは構成要件の要素を超えて、いわばそれらを抽象し、犯罪一般につき責任を認めるからである。

しかし構成要件要素を抽象することは、構成要件を超えることである。構成要件は罪刑法定主義であり、構成要件を破ることは罪刑法定主義を破ることである。主観主義は犯罪人の危険性を重視するがゆえに、構成要件より犯罪人を重視してこれを逸脱することを認めた。一の自由法論である。自由法論が強力に行われた時代に抽象的符合説が唱えられたのである。

しかし規範科学である刑法学にとっては構成要件を超えることは解釈の可能な限度までである。抽象的符合説は主観主義としても行き過ぎであり、終に通説的地位を得ることは出来なかった。筆者も抽象的符合説には従い得ない。現行法の解釈として無理であるし、妥当でないと思うからである。しかし徴表説や自由法論自体は正当なものであるから抽象的符合説が基本的に誤っているとは言えないと思う。

抽象的符合説をとらないとすれば、法定符合説により、抽象的事実の錯誤を考えざるを得ず、そうすれば法定符合ということはあり得ないから、すべて第一犯罪の未遂と第二犯罪の過失ということになる。しかし特別構成要件を各論各条項と考えれば、細分された各条文の場合、第一犯罪の未遂、第二犯罪の過失とすれば、双方無罪の場合を生ずることがある。ゆえに各論の各章を単位とする罪質同一内の錯誤は顧慮しないとするのが妥当である。ゆえに抽象的事実の錯誤では法定符合説とは法定的符合、または法益符合説といわれる。

しかしかく解しても具体的事実の錯誤の場合と同様に、これまでの法益符合説は故意論として錯誤を扱っていないので、第二犯罪の認識の程度を考えていない欠点がある。これらを考慮して抽象的事実の錯誤は下記のように考えられるべきである。

特に客体の錯誤においては未遂と過失と解し得ない場合が生ずる。例えば殺人の故意で人形を毀した場合、殺人未遂と

過失器物毀棄とは出来ない。人形をこわす行為は殺人の実行ではないからである。

## 九、抽象的事実の錯誤の解釈

### (1) 方法の錯誤

方法の錯誤は第一犯罪については明瞭な認識があり、方法の錯誤により、意図しない第二犯罪を生ぜしめた場合であるが、この第二犯罪についても未必的認識があった場合は、当然に第一犯罪の未遂と第二犯罪の故意の既遂が想像的競合として成立する。両犯罪間の刑の軽重を問わない。(法益符合説では未遂と過失とする。)また第二犯罪について未必的認識もない場合は第一犯罪の未遂と第二犯罪の過失の想像的競合となり、この過失が成立せぬ場合は第一犯罪の未遂のみ認められる。この場合も刑の軽重と関係がない。(法益符合説と一致する。)

### (2) 客体の錯誤

客体の錯誤も方法の錯誤と大体同様である。すなわち認識した第一犯罪の未遂と発生した第二犯罪の過失の想像的競合になる。ただし第一犯罪の未遂は故意が阻却されたり、不能犯となる場合がある。例えば、殺人の故意で犬を打った場合に犬を打った行為を殺人未遂には出来ないであろう。この場合は客体の認識が全く欠けているか、または目的に関する不能犯である。

### (3) 刑罰加重軽減事由に関する錯誤

これは刑に軽重の差がある二つの構成要件が一部分共通している場合において、その二つの構成要件に渉る錯誤である。尊属殺と普通殺の如き場合である。いわば具体的事実の錯誤と抽象的事実の錯誤の中間形態である。この場合も方法の錯誤と客体の錯誤がある。

#### (a) 方法の錯誤の場合



方法の錯誤の場合は抽象的事実の錯誤についての方法の錯誤の理論がそのまゝあてはまる。すなわち発生した第一犯罪につき認識がありさらに第二犯罪について未必的認識があった場合と未必的認識もなかった場合に分れ、前者の場合は第一犯罪の未遂と第二犯罪の故意の既遂の想像的競合であり、後者の場合は第一犯罪の未遂と第二犯罪の過失の想像的競合である。尊属殺人と普通殺人の例で言えば、尊属殺人の認識で未必的認識ある普通殺人を生ぜしめた場合とその逆の場合、尊属殺人未遂と普通殺人既遂の想像的競合か普通殺人未遂と尊属殺人既遂の想像的競合である。また尊属殺人の認識の下に未必的認識すらない、他人を死なしめた場合は尊属殺人未遂と過失致死の想像的競合であり、他人を殺すつもりで未必的認識すらない尊属を死なしめた場合は普通殺人未遂と尊属に対する過失致死の想像的競合である。この様な場合も三八条二項を適用して普通殺人の既遂の一罪とするのは妥当でない。(通説は三八条二項により軽い罪の故意犯の一罪が成立するとする)

(b) 客体の錯誤の場合

客体の錯誤の場合は構成要件が共通している部分の犯罪の故意の既遂一罪が認められる。尊属殺人と普通殺人の錯誤の場合で言えば、両者のいずれの錯誤があった場合も普通殺人一罪となり、三八条二項が完全に適用される。ゆえにこの場合は尊属殺人未遂と普通殺人の過失であるべきものが(またはその逆)未遂は既遂に、過失は故意に修正され、抽象的符合説の主張に近づくことになるが、これは三八条二項の刑事政策的謙抑主義が故意論の適用を修正しているためと考えられる。

十、木村博士の新しい抽象符合説について

木村博士は新著「犯罪論の新構造」上巻に於て抽象的符合説を擁護されている。その論旨では抽象的符合説に対する批判を三種にまず分けている。(註3)

第一は抽象符合説の挙げる科刑上の不均衡の点で、前に述べた様な殺人未遂と器物毀損等の事例である。反対説はこれは立法上の不均衡にすぎず、これを理由に抽象符合をいう必要はないとする。これに対し博士は抽象符合説は徴表説に基くのであり、技術的主張ではないとされる。

第二に抽象符合説が故意のない処に故意を認め、未遂を既遂と解するのは不当だという批判に対しては、抽象符合説は不合理の是正を目標にするのであり、反対説は一種の循環論であり、具体的符合の見解が構成要件の符合説の徹底が必要だとされる。

第三に抽象的符合説が罪刑法定主義に反するという批判に対し、抽象符合説は構成要件内の事実の範囲内で錯誤を評価するのであるし、罪刑法定主義はすべての抽象を許さないというわけではないからこの批判は当たらないとされる。

木村博士は前著「刑法総論」においては抽象符合説を修正的に認められたにすぎなかった。今回の「新構成」における主張は「新刑法論本」の当時のものによく似て居り、主観主義の立場に立つものとして力強く感ぜられる。

前記の三つの視点からの反批判は内容的には関連があるので一つにまとめて考えてみたい。前に述べている様に事実の錯誤の問題は認識、事実と規範——構成要件の関係であり、抽象的に考えてみれば構成要件の本質論に帰着する。

すなわち構成要件は具体的に問題になる時は抽象的構成要件ではなく、特別構成要件が問題であり、更に特別構成要件も刑法典の各条を言うのか、各章を言うのかで異なる。罪刑法定主義を極めて厳格に言えば各条文が構成要件であり、これを各章に抽象したり、他の章の罪にまで抽象したりすることは許されないことになる。刑法典の特別構成要件には犯罪により極めて細分されて規定されているもの、例えば文書偽造罪や放火罪の如きものもあれば、背任罪などの様に大まかに規定されているものもある。それ故に抽象化を認めるか否かは犯罪の種類により一律的には言い得ないのである。また細分され比較的詳細に規定されている条文であっても、これを事実にあてはめる場合は若干の異種事実を同一視するという抽象化は避けられない。

したがって罪刑法定主義が各条項の類推を許さないと云っても、部分的に許すと云っても、具体的事例により適不適はあり、程度の問題である。

故に反対説が罪刑法定主義に反すると言うのは、未遂を既遂としたり、過失犯を故意犯と認めることを章を異にする犯罪間について主張されている点を言うのであり、これは私見では正当と思われる。何故ならば本質的な類推、抽象は構成要件を無力化するからである。

これに反し、細分化された同一章下の特別構成要件間の抽象、例えば私文書偽造とその変造等に於ては、兩者間の錯誤は抽象化され無視されるのが適當である。然らずして偽造の故意で変造を生じた場合、私文書偽造未遂と私文書変造の過失犯の想像的競合としたのでは実際に会わないであろう。刑罰加重事由に関する錯誤、例えば尊属殺と普通殺の間の錯誤に三八条二項が適用されるのも、殺人という同質犯罪に係るからである。この様に考えると抽象的符合説が犯罪徴表説に基き、構成要件と犯罪事実の關係の問題である錯誤論に於て、犯罪人を重視するという基本的思想には同調しながらも、故意と過失、既遂と未遂という様な（それも種類を異にする構成要件間の）主張には同意し難いのである。

#### 十一、方法の錯誤は故意論に解消されるか

事実の錯誤論は刑法総論中の興味ある問題として、伝統的に論ぜられ続けて来た問題であり、法律の錯誤と共に特殊な領域を占めて来た。しかるに近年に於ては故意論の反対面として故意論中に包含され、責任論の中で特殊な性格を持つものとは看做されなくなってきた。これに反し法律の錯誤は同じく故意概念の中の違法性の認識の問題とはされながらも、これをどう解するかが具体的刑法観を定めるものとして大きな問題となっている。したがって法律の錯誤自体や法律の錯誤と事実の錯誤の区別については論ぜられることが多いが、事実の錯誤自体については論ぜられることも比較的少ない様である。始めに述べた様に法定符合説が固定化してしまつた為でもあろうか。それゆゑに事実の錯誤論を新しく見直し

たものとして莊子教授の論文は特色がある。(註4)

莊子説は事実の錯誤が通説で言う如く、故意論の反対面であるならば、故意論の各要素特に未必の故意の概念も錯誤論に適用さるべきであると主張する。そしてその結果は事実の錯誤殊に具体的事実の錯誤における方法の錯誤は故意論に解消すべきだと言う。筆者もこれに同意するものであり、その見地に立つて、在来の通説を批判し、具体的事実の錯誤の場合前述の様に解すべきだとしたのである。

ただ筆者の考えでは在来の通説の錯誤論は右の様な欠点がある他に、その論理が不徹底であり、具体的事実の錯誤の場合に客体の錯誤、方法の錯誤に分つて論じながら、抽象的事実の錯誤や刑罰加重事由に関する錯誤の場合には、客体の錯誤、方法の錯誤に分けないのは不合理であると思われるので(古くは抽象的事実の錯誤ではこれを区別して論じていた)論旨が大分複雑になる傾向があるが、敢てこれを区別して上記の様に説いたのである。そしてその結果として

1 具体的事実の錯誤に於ける方法の錯誤に於て、第一犯罪未遂、第二犯罪過失の場合法定符合説の如く、第二犯罪の故意一罪とせず、第二犯罪の未必の故意の有無により、過失犯たることあり、また不可抗力(因果関係のない場合)の場合のあることを述べた。(この点莊子説と同様)

2 さらに抽象的事実の錯誤の場合、客体の錯誤に於て、法定(法益)符合説では罪質を異にする限り第一犯罪の未遂、第二犯罪の過失となるが、第一犯罪の未遂が成立しないことがあることを指摘した。

という通説と少し異なる結論を述べたのである。そして抽象的符合説については主観主義の立場に立ちながら、これを緩和した形でしか認められない理由を述べたのである。

註1 莊子邦雄 法定的符合説 刑法講座3巻 一一五頁

2 全 右 一一〇頁

3 木村亀二博士 犯罪論の新構造上巻 一六九頁以下

4 前記莊子教授論文