

## 構成要件の符合説について

大 谷 實

- 一 本稿の目的
- 二 構成要件の符合説による解決の基準
- 三 抽象的事実の錯誤と構成要件の符合説

### 一 本稿の目的

一 故意が成立するためには、構成要件に該当する客観的事実の認識が必要である。ところで、認識した内容がそのまま事実として実現することは稀であり、主観的な認識と客観的な実在との間には、多かれ少なかれ食い違いがある。したがって、認識した事実と現実に発生した犯罪事実とが一致しない場合に、どの範囲まで犯罪事実の認識があったものとして故意の成立を認めることができるか、という問題が生ずる。これが事実の錯誤の問題である。このように、事実の錯誤とは構成要件に該当する客観的事実に関するものであり、行為者が認識した事実と実際に発生した構成要件に該当する客観的事実とが一致しないことをいうのである。

構成要件の符合説について

この事実の錯誤には二つの態様があり、一つは、同一構成要件の範囲内において、具体的な事実について錯誤がある場合であり、一般に具体的事実の錯誤とよばれているものである。もう一つは、認識した内容と発生した事実とが異なる構成要件に跨っている場合であって、これは抽象的事実の錯誤とよばれている。そして、両者に共通する錯誤の態様として、客体の錯誤と方法（打撃）の錯誤および因果関係の錯誤とがある。ここで客体の錯誤というのは、例えば甲を乙と誤認して甲を殺害してしまったような場合を指し、方法の錯誤は、甲を射殺つもりで発砲したが、手許がくるって乙を死なせてしまったような場合である。これらは具体的事実の錯誤に関する例であるが、抽象的事実の錯誤についていうと、例えば、飼犬だと思って投石したところ実は幼児であった場合が前者にあたり、飼犬を狙って石を投げつけたが、意外にもその犬を連れていた飼主に命中してしまったという例が後者にあたるということになる。なお、因果関係の錯誤は、いま述べたような客体または方法の錯誤がない場合で、ただ、行為者が予想しなかった因果の経路をたどって結果が発生した場合をいうのであり、たとえば溺死させる目的で人を橋の上から突き落としたり、被被害者は川床で首の骨を折って死んでしまった場合がこれにあたる。

以上の事実の錯誤の諸類型は、単独犯を前提にしたものであるが、共犯においても同じような事実の錯誤の類型を認めることができる。第一に、XがYに甲を殺すよう教唆したところ、Yは乙を甲と誤信して乙を殺害してしまったような場合がある。正犯者であるYには、具体的事実の錯誤における客体の錯誤があるわけだが、教唆者にとっては方法の錯誤ということになろう。第二に、右と同じ例で、Yは甲を狙って発砲したのであるが、手許がくるって乙に弾丸を命中させてしまった場合もある。この類型では、正犯において方法の錯誤が認められるとともに、共犯についても方法の錯誤となるであろう。なお、事実の錯誤としては、これらのほかに犯罪事実が存在しないのに存在すると

誤信するところの妄想犯、それから犯罪事実があるのにないと誤認するような場合があるが、前者は不能犯であり、後者は過失犯が問題となるにすぎないので、いずれも故意の成立とは直接関係しない。

二 以上に述べた諸類型につき、いかなる範囲の結果について故意(ないし共犯意思)を認めるべきか、その基準を明らかにする理論を事実の錯誤論という。

事実の錯誤論としては、周知のように抽象的符合説、具体的符合説および法定的符合説の対立が依然として続いている。<sup>(1)</sup>そして、法定的符合説は、さらに構成要件の符合説と罪質符合説とに分かれるのであるが、最近において最高裁判所は、二つの判例を通じて、構成要件の符合説の立場を明らかにした。<sup>(2)</sup>一方、学説においては、具体的事実の錯誤とりわけ方法の錯誤について具体的符合説が有力となり、また、法定的符合説を採用する者の間からは、新法定的符合説とも称すべき立場が現れて、判例のいうような法定的符合説は、今や完全に少数説になったといっても過言ではない。また、抽象的事実の錯誤に関しては、新たに可罰的符合説ともいべき見解が主張されており、<sup>(5)</sup>判例の立場は必ずしも支持されているとはいえないように思われる。

この間にあつて、私は、法定的符合説とりわけ構成要件の符合説が最も妥当であると考え、特に、具体的事実の錯誤における方法の錯誤について、この説が支持されるべきである旨を説いてきたが、<sup>(6)</sup>なお、学界において十分な理解が得られていないこともあり、従来の主張に若干の補足を加えるとともに、併せて抽象的事実の錯誤に関して、構成要件の符合説が最も合理的であり妥当である旨を明らかにし、自説を補強することにした。

(1) わが国の学説については佐久間修「事実の錯誤の理論と故意の観念」法政論集一〇二号五七頁がくわしく検討しており、有益である。

(2) 最判昭和五三年七月二八日は、Xが甲に対する強盗殺人の故意で手製銃を用いびょう一本を発射して、その胸部を貫通させ傷害を与えたが、そのびょうはさらに甲の前方を通行していた乙に命中し重傷を負わせたという事案につき、「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」(刑集三二卷五号一〇六八頁)と判示した。

右の判決は、いうまでもなく具体的事実の錯誤にかかわるものであるが、最決昭和五四年三月二七日(刑集三三卷二号一四〇頁)は、被告人らは覚せい剤の密輸入を共謀したが、被告人がタイ国内で買った麻薬を覚せい剤と誤信して輸入したという事案について、麻薬輸入罪と覚せい剤輸入罪の「構成要件は実質的に全く重なり合っている」として、発生した麻薬輸入罪について故意の成立を認めた。ここでは、構成要件の重なり合いを基準としていることが明らかである。

(3) 具体的符合説は、故意を構成要件要素とみる立場からの見解(たとえば中義勝・講述刑法総論「昭和五五年」一〇四頁、柏木千秋・刑法総論「昭和五七年」二七頁、内田文昭「『方法の錯誤』について」法学四七卷五号五二頁など)、および責任要素とする立場からの見解(たとえば平野龍一・刑法総論I「昭和四七年」一七五頁、町野朔「法定的符合説(1)——故意の個数」刑法判例百選I「昭和五九年」一〇八頁、中山研一・刑法総論「昭和五七年」三五九頁、西田典之「共犯の錯誤について」団藤古稀記念第三卷「昭和五九年」九三頁)などがある。

(4) 下村康正「併発事実と錯誤理論」警察研究四八卷二号三頁、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14三二頁、大塚仁「事実の錯誤について」月刊法学教室一三号一七頁、福田平「方法の錯誤に関する覚書」井上還暦記念上「昭和五七年」二二二頁、正田満三郎「具体的法定的符合説の真義」大東法学八号一頁、金沢文雄「打撃の錯誤について」広島法学五卷三〓四号三七頁。

(5) たとえば、町野朔「法定的符合について(上)(下)」警察研究五四卷四号三頁、五号三頁。

(6) 大谷實「事実の錯誤と故意の個数」同・刑事責任論の展望「昭和五八年」八〇頁、同「法定的符合説弁護」同・刑法解釈論集I「昭和五九年」九一頁。

## 二 構成要件の符合説による解決の基準

一 いうまでもないことであるが、事実の錯誤の問題は、どの範囲の錯誤について故意の成立を認めることができるか、ということ为解决するためのものであるから、当然に、故意概念と不可分の関係にあり、故意の要件から切り離された錯誤論というものはありえない<sup>(1)</sup>。錯誤論は「裏返した故意論」であるといわれるゆえんである。

では、故意の成立要件は何か。故意については、周知のように認容説および蓋然性説を中心とした争いがあるけれども、それが少なくとも認識（予見も含む）を中心的要素とするものであることについては、異論がない。すなわち構成要件に該当する客観的事実の認識が、故意にとっての欠くべからざる要件なのである。ところで、ここでの故意は、例えばXが甲を殺すつもりで発砲したというように、殺す行為を実現したところの犯人の具体的意思をいうのではない。この意思は、具体的な故意すなわち犯罪事実としての故意であるのに対し、構成要件要素としての故意ないし法的要件としての故意は、法的見地から観念的に類型化したものであって、具体的に甲や乙を殺すという意思ではなく、抽象的・一般的に「人」を殺す故意として把握されているものである。そこで、錯誤として問題となるのは、具体的に存在した意思ないし結果について、法的に類型化された故意行為として評価できるかという点であって、甲を殺す意思があったか、あるいは乙を殺す具体的故意があったかという問題ではないことに注意しなければならない<sup>(2)</sup>のである。

このように故意は、甲を殺すとか、乙を殺すという認識を内容とする具体的な犯罪意思を意味するのではなく、構成要件において抽象化され、類型化された客観的事実の認識を内容とするのである。したがって、甲の右足を負傷さ

せる意思であったか、あるいは乙の左腕を負傷させる意思であったかということもまた、傷害の故意にとっては重要でないのである。では、故意の成立にとって、なぜ、具体的な甲を殺す意思、乙を負傷させる意思といったものは重要でなくなるのであろうか。

そもそも犯罪の成立にとって故意が必要であるとされるのは、構成要件に該当する客観的事実——犯罪事実——の認識があれば、その行為は法律上許されないものであるという違法性の意識に結びつきうるからである。すなわち「事実的故意は、違法の意識の発生源であるがゆえに、そしてまたその限りにおいて意味をもつものである」<sup>(3)</sup>。この見地に立てば、およそ人を殺す意思があれば、彼はその行為が法律上許されないものであることを意識できる状態にあったといえるから、甲を殺す意思か、乙を負傷させる意思かは問われないのである。こうして、主観的に認識した内容と、客観的に発生した具体的な犯罪事実とが構成要件の評価として一致するかぎり、発生した事実について故意を認めるといふ解決基準が導かれる。このような立場を構成要件の符合説といい、この説は、まさに右のような故意の法的性質から当然に導かれるものと考えられる。

この間の事情を端的に指摘したのは、団藤博士であった。「同じ構成要件の範囲内で具体的な事実について錯誤があっても、同じ構成要件的评价を受ける事実を表象していたのであるから、行為者が発生した事実についての規範の問題（たとえば「人を殺してよいか」など）を与えられていた点に変わりはなく、直接的な反規範的人格態度をみとめることができる。したがって、かようなばあいには、発生した事実について故意の成立は阻却されないというべきである」<sup>(4)</sup>とされたのである。

二 故意は、構成要件に該当する客観的事実の認識を基本的要素とするという点は、今日において異論なく認めら

れているところである。そうだとすると、発生した事実について具体的に認識する必要はなく、構成要件的に抽象化・類型化された事実の認識があるかぎり、故意は認められることになる。したがって、そのかぎりでは故意は、およそ人を傷つける意思、およそ人を殺す意思といった抽象的故意をもって本質とするといつてよいであろう。こうして私は、団藤博士とともに具体的事実の錯誤について、以下のような適用の類型を示した次第である。すなわち、甲を乙と見誤って殺害した客体の錯誤においては、乙という「人」を殺すつもりで甲という「人」を殺害したのであるから、その事実について故意が阻却されないのは当然として、方法の錯誤についても同じことがいえる。

まず、①甲を狙って発砲したところ乙に命中して乙が死亡したときは、甲に対する殺人未遂罪と乙に対する殺人罪の観念的競合。この場合において甲を傷つけたか、甲に全く命中しなかったかは重要でない。②甲・乙両者を死亡させれば、甲だけをねらったのであつても両者に対する殺人罪の観念的競合。③群衆に向けて発砲して、その中の一人を死亡させれば、死亡した人に対する殺人罪と命中する具体的危険のあつた残りの人々に対する殺人未遂罪との観念的競合。④甲をねらつて発砲し、甲を死亡させ、その弾丸が乙にもあたつて乙を負傷させれば、殺人罪と殺人未遂罪の観念的競合、⑤甲をねらつて発砲し甲に軽傷を負わせたが、乙に命中する危険を生じさせた場合には殺人未遂二罪の観念的競合、⑥同じ例で、甲と乙双方に命中しなかったが、どちらにも命中する具体的危険を生じさせたときも、⑤と同じ結論となる。<sup>(5)</sup>

三 具体的事実の錯誤に関する以上のような取扱いは、抽象的符合説、および法定的符合説のもう一つの立場である罪質同一説も認めるところである。しかし、その意味するところは、構成要件の符合説とかなり異なることに注意を要する。すなわち第一に、構成要件の符合説も抽象的故意を認める点では抽象的符合説と同じであるが、<sup>(6)</sup>後者は、

およそ犯罪意思が認められる以上は、意思の反倫理性ないし社会的危険性があるとの見地から抽象化するのである。これに対し、構成要件の符合説は、構成要件という枠内で抽象化するのであって、この相違が後述する抽象的事実の錯誤の取扱いに反映してくるわけである。第二に、罪質同一説は、法益符合説とも称せられるものであるが、「法的に罪質を同じくするかぎり、客体の錯誤たると方法の錯誤たるとを問わず、つねに故意を阻却しない」というのであり、この説は、構成要件という形式的な枠を無視する点に構成要件の符合説との相違がある。したがって、実質的な見地から「法定的に罪質が同じ」か否かを判断の基準に据えるのである。なお、罪質の同一性というのは、もう一つ明快ではないが、ここでは論外としよう。

ところで、構成要件の符合説は、例えば殺人罪について、およそ「人」を殺す認識があったかということ我问う立場であるから、客体の具体的な特定を捨象して故意を抽象化するものといってよい。その意味では、平野博士がいうように、構成要件の符合説は「抽象的法定符合説」であり、したがって具体的には一個の故意（たとえば甲一人を殺す意思）であっても、構成要件への事実のあてはめにおいては、数個の故意犯の構成要件該当性が認められることになる。その意味では、構成要件の符合説は、抽象的法定符合説であるとともに複数故意犯説であるということができよう。抽象的符合説や罪質同一説も複数故意犯説になることは、無論である。

四 一つの具体的な故意については、法的にも一つの故意犯しか認めるべきではないとする見解、これを故意の個数を認める見解という場合があるが、一故意犯説とよぶのが適当であろう。この一故意犯説を最も強力に推進したのは具体的符合説である。この見解の基本的な考え方は、行為者の認識した内容と発生した事実とが、その客体においては無論のこと、結果に至る因果の経過においても具体的に一致しないかぎり故意は阻却するという点にある。この



考え方を貫くと、Xが甲の右足を狙って石を投げつけたところ左足に命中して負傷させたような場合には、右足に対する暴行罪と左足に対する過失傷害罪が成立するという結論が導かれるであろう。<sup>(8)</sup> 具体的符合説が判例・通説となっている西ドイツにおいては、このような厳格な意味での具体的符合説を支持する学説もあるようであるが、<sup>(9)</sup> わが国では、この種の具体的符合説は主張されていない。それで、甲を狙ったが手許がくるって乙を死なせたような場合には、具体的に認識した甲についてだけ故意犯が成立するという立場をとり、一故意犯説を主張する次第である。

厳格な具体的符合説は、故意を自然的意思または具体的故意として把握している点で到底支持できない。また、実質的にみても法的概念は事実的なものでなければならぬというような誤った命題でも用いないかぎり、正当化の根拠を見いだすことはできないであろう。これに対して、わが国で主張されている説は、法的に加工された意味での具体的符合をいうから、認識と事実とが具体的に符合しなくても客体の錯誤については符合を認めるのであるし、同一法益主体に対する同種の構成要件の結果についても法定的符合を認めるのである。この意味では、わが国で具体的符合説とよばれている見解は、まさしく法定的符合説なのであり、強いていえば具体的法定符合説という程度のものであってよく、抽象的事実の錯誤においては構成要件の符合説が採用されていることでも明らかのように、両説の考え方は、それほど大きく異なるものではないのである。それにもかかわらず、具体的符合説の論者は、<sup>(10)</sup> 構成要件の符合説をもって擬制的故意論であり、*versari in re illicita* の法理（なんらかの違法事実を認識して行為に出た以上、その行為と因果関係にある全てについて故意既遂犯の成立を認める）を承認する結果責任であるとされるのは、そもそもいかなる根拠によるのであろうか。

例えば西田教授は、具体的符合説の根拠を「刑罰というサンクションによる反対動機の設定は、個別具体的な法益

主体を単位とするものであり、従って、例えば殺人罪の場合Bを殺すなという命令＝Bの生命についての刑法的保護が、行為者によって認識されていないCにまで及ぶと解すべきでない」と説明されている。たしかに、事実の錯誤は主として責任の問題であるから、認識の内容によって結果実現への「反対動機の設定」が存在したかどうか、符合を認めるための実質的限界となるのであるが、それがどうして「個別具体的な法益主体」を単位としなければならぬのかが、私には理解できないのである。もう少し具体的にいおう。すなわち、Xが甲という「人」を殺すことを認識した以上は、「人」を殺す当該の行為に出てはならないという「反対動機の設定」があったことを否定するいわれはないであろうし、また、反対動機の設定がなぜ甲とか乙という具体的法益主体に限られなければならないのか理解できないのである。故意に「人」を殺してはならないというのが刑法的規範の趣旨と解すべきである。そればかりではない。「故意犯の場合、刑罰というサンクションは行為者の認識・認容した事実についてのみ反対動機たりうる」ともいわれるのであるが、それならば客体の錯誤についても同様なはずであって、この立場によれば攻撃の相手（ii）が甲か乙かは、反対動機の形成にとって密接な関係があるはずだからである。

このようにして、具体的符合説には十分な理論的根拠があるわけではなく、せいぜい一人一人を殺す意思なのに複数の故意犯が成立するのは不当だといった、素朴な直観を根拠にするものといってよく、故意が法的に構成された概念であることを忘れたものと評すべきである。そして、故意が法的概念であるとすれば、構成要件の符合説は擬制的故意論であるとする批判に屈する必要はないのである。もっとも、*versari in re illicita*の法理を承認するという批判には、若干の留意が必要であろう。この批判は、要するに、構成要件の符合説に従えば、例えば人を殺す意思で殺人の実行行為がとられた以上、その行為と因果関係にある人の死という結果について、その数だけ故意犯が成立す

ることになり、偶然的結果についてまで責任を問うという結論になるといふにある。たしかに、構成要件の符合説においては、甲を殺す実行行為と相当な因果関係にある以上は、乙、丙などの認識できない客体に発生した死の結果についても故意が及ぶと考えられてきた。<sup>(12)</sup>そして、相当因果関係説における相当性の判断に従ったとしても、それはせいぜい「経験上ありうる」という程度の可能性で足りると解されるのであるから故意の成立範囲はかなり広くなるといってよく、従来の構成要件の符合説については、先の批判が的中すると思われる。

そこで私は、甲を殺害する意思にもついた行為は、甲に対して具体的危険を有する実行行為でなければならぬこと勿論であるが、認識していなかった乙の死亡のごとき併発ないし過剰な結果について故意が成立するためには、甲に対する行為の射程範囲に乙がいたというように、乙に対する殺人の実行行為性が認められる必要があるとした次第である。<sup>(13)</sup>この結論は、実行行為は法益ごとに成立することからいわば当然のことであるが、この私見に対しては、さらに、実行行為性を認めるためには乙に対する殺人の認識が必要なので、この点を無視するのは許されないという批判があった。<sup>(14)</sup>しかし、重ねて指摘したように、故意は構成要件的に類型化・抽象化された事実の認識で足りるのであって、実行行為とくに未遂において必要な故意も、これと同じものであること勿論である。

**五 責任主義との関連では、もう一つ検討すべき事柄がある。私見のような複数故意犯説に従うと、具体的故意としては一個しかないのに、方法の錯誤の場合にかぎって数個の故意犯が成立し観念的競合になるという結論になる。**そうだとすると、当初から甲と乙兩名を殺す意思で一個の行為でその目的を達成した場合と同じ取扱いとなつて、犯人の罪責が過重になるといわれるのである。本稿においては検討を省略するが、<sup>(15)</sup>法定的符合説に立ちながら一故意犯説を主張する立場——いわゆる「新法定的符合説」——も、右の点が念頭にあって提唱されたものと思われる。

たしかに、方法の錯誤の場合には、一個の犯意で一個の行為を行なっても数罪が成立し、その数罪は常に観念的競合の關係に立つことになるから、複数の犯意があつて一個の行為がとられた場合との均衡が問題となりうる。その処断刑は、ともに「其最も重き刑」（刑法五四条一項前段）以下に限定されるわけであるが、もし、方法の錯誤においても具体的な犯意が複数である場合と同じように処罰されるのだとすれば、責任主義に反することになるであろう。一罪の意思で数個の故意犯罪の成立を認めるのは不当だとされたのは、このような意味からであつた。そして、複数故意犯説においては、この点についての吟味が十分でなかつたことも確かである。

しかし、中野元判事<sup>(16)</sup>が指摘されるように、同じ観念的競合の場合であっても、①複数の犯意のとき、②一個の犯意と過失が併存するとき、および③一個の犯意のみのときの三つの類型が認められるので、ひとしく「其最も重き刑を以て処断」されるのであつても、おのずと可罰的評価がそれぞれの間で異なってくるのである。すなわち観念的競合の場合には、科刑上は一罪であるけれども実在としては数罪なのであり、ただ、可罰評価として各罪に重複があるために一罪として取扱われているにすぎない。したがつて④の場合のように、二人以上殺す概括的故意があるときは、一人を殺害しようとした場合よりも重いのは当然であり、量刑評価上は成立したすべての罪が対象になるのである。同じことは⑤の場合にも当てはまるのであつて、例えば、器物損壞の故意で物を破壊し、併せて過失で人を負傷させれば、両罪とも量刑評価上の対象となるのである。これに対して⑥の場合には、事実上の故意が一個であり、過失はないのだから、一個の故意責任が刑の量定の基礎になるにすぎない。このように、罪責の評価は事実の認定のうえにたつて行なわれるのであるから、複数故意犯説が責任主義に反するという批判は、必ずしも的を射ているとはいえないのである。<sup>(17)</sup>

- (1) 佐久間修「事実の錯誤の理論と故意の觀念」法政論集一〇二号五七頁は、この点を自覚した研究である。
- (2) 長島敦「事実の錯誤と故意の個数」研修四一七号四頁。
- (3) 中野次雄「方法の錯誤と故意の個数」団藤古稀記念第二卷〔昭和五九年〕二〇六頁。
- (4) 団藤重光・刑法綱要総論〔昭和五四年〕二七六頁。なお、大谷・刑法講義総論上〔昭和五九年〕二一八頁。
- (5) 大谷・刑法解釈論集I九六頁、同・刑法講義総論上二二二頁。
- (6) 植松正・刑法概論I〔昭和四九年〕二八〇頁、中野次雄・刑法総論概要〔昭和五四年〕四二頁。
- (7) 西原春夫・刑法総論〔昭和五二年〕一九九頁。
- (8) 西田・前掲論文九五頁は、これをハードな具体的符合説とよんでいる。
- (9) ドイツの最近の学説については、佐久間「ドイツにおける事実の錯誤論について」法政論集一〇一号七五頁を参照。
- (10) 西田・前掲論文九七頁、町野・前掲論文一一一頁など。
- (11) 西田・前掲論文九九〜一〇〇頁。
- (12) 藤木英雄・刑法講義総論〔昭和五〇年〕一五三頁。
- (13) 大谷・刑法講義総論上二二二頁、同「具体的事実の錯誤」警察学論集三七卷九号一三〇頁〜一三四頁。
- (14) 町野・前掲論文一一一頁。
- (15) この説に対する私見については、前掲「法定的符合説弁護」一〇五頁を参照されたい。
- (16) 中野・前掲論文二一六頁。
- (17) 長島・前掲論文一一頁。

### 三 抽象的事実の錯誤と構成要件の符合説

一 では、以上のような構成要件の符合説に立脚した場合、抽象的事実の錯誤の取扱いに関して問題はないであろうか。

抽象的事実の錯誤というのは、「認識と事実とが、別種の犯罪に係るとき、之を抽象的事実の錯誤とす」として表現されるものであるが、構成要件を中心として犯罪論を体系化するときは、端的に異なる構成要件間における錯誤とするのが適当であろう。例えば他人の飼犬に命中させる意思で投石したところ、手許が狂って傍にいた飼主に石が当たって負傷させた場合のように、認識した内容は動物傷害すなわち器物損壊罪であるが、発生した結果は傷害罪に該当する事実であるという場合がここで取りあげるものであり、発生した結果についていかなる基準で故意犯の成立を認めるかが問題の核心である。

異なる構成要件間の錯誤には、性質を異にする二つの類型がある。すなわち、一つは異質的な二個の構成要件に跨って錯誤がある場合であり、右に掲げた例のように、保護法益、行為の性質・客体等に対する法的評価からみて、全く性質を異にする場合である。この類型について、何らかの故意犯の成立を認めるべきであるとするのが抽象的符合説であるが、しかし、刑法は犯罪意思一般を問題とするのではなく、既述のように構成要件に該当する事実を認識して当該の構成要件の結果を発生させた場合に故意犯として処罰するのであるから、犯罪意思を構成要件の枠を超えて抽象化する抽象的符合説は到底認めることができない。したがって、一部で依然として有力に主張されているが、大勢としては抽象的符合説は支持者を失ったといつてよく、また、実務もこの説を受け入れたことはなかったといつてよい。この意味で、抽象的事実の錯誤をめぐる論点は、抽象的符合説か法定的符合説かという問題から、むしろ法定的符合説における罪質同一説か構成要件の符合説かという点に移ってきたといつてよいであろう。その結果として、異質的な構成要件間における錯誤は、法律上重要ではなくなったのである。

そこで、抽象的事実の錯誤として重要なのは、もう一つの類型、すなわち同質的な構成要件間の錯誤がある場合に

かぎられ、この場合に何を標準として発生した結果につき故意を認めるべきかが、抽象的事実の錯誤の問題である。ところで、既述のように最高裁判所は、抽象的事実の錯誤の取扱いについても、構成要件の符合説の立場を明確にした。すなわち、最決昭和五四年三月二七日は、麻薬輸入罪と覚せい剤輸入罪の「構成要件は実質的に全く重なり合っているものとみるのが相当であるから、……故意を阻却するものでない」とし、あるいは「両罪の構成要件が重なり合う限度で軽い覚せい剤を無許可で輸入する罪の故意が成立し同罪が成立するものと解すべきである」としたのである。そして、この判旨は、それまでどちらかという<sup>(2)</sup>と罪質同一説に傾いていた判例の流れを軌道修正するものといつてよいであろう。私は、既述のような構成要件の符合説の見地から右の判旨を支持するのであるが、改めてこの説の妥当性を論証することにしたい。

二 団藤博士は、構成要件の符合説に立って「二個の構成要件が重なり合うときは（たとえば、殺人罪と尊属殺人罪）、その重なり合う限度で軽い罪につき故意の成立を認めるべきである」という基準を示された<sup>(3)</sup>。ところで、この基準を厳密に適用すると、ここに例示されているような二つの構成要件が法条競合にある場合にだけ法定的な符合を認めるべきであるということになろう。事実、この結論を支持する立場もあるし、<sup>(4)</sup>また、構成要件の符合をいう以上は、その結論を認めるべきであるとするものもある<sup>(5)</sup>。

しかし、従来、構成要件の符合説の論者は、窃盗罪と占有離脱物横領罪との間ばかりでなく、強盗罪と恐喝罪との間にも法定的符合を認めてきている。これらの例で、前者の場合は目的物が「占有下にある他人の物」が「占有を離れた他人の物」のなかに概念上含まれるとすることは、少なくとも形式的な構成要件の評価によっては不可能といつてよい。また、後者についても、被害者の意思にもとづく財物の移転と意思にもとづかない財物の移転とは、構成要

件的評価において異なるといわなければならない。それにもかかわらず、これらにおいて構成要件の符合が認められているのであるから、少なくとも厳密な意味での構成要件の符合説は放棄されてきたといっても過言ではない。

そこで、構成要件の符合説の形式的見地を捨てて、構成要件の符合ないし重なり合いを実質的観点から判断すべきであるとされるに至ったのは、むしろ当然であった。たとえば大塚教授は、当初、団藤博士の所説に従っていたが、近年においては「構成要件の実質的な重なり合い」を強調されて、例えば公文書の無形偽造を教唆したところ、被教唆者が公文書の有形偽造を行なったという事案につき有形偽造の教唆犯とした、最判昭和二三年一〇月二三日（刑集二卷一一号一一三六頁）を支持するに至っている。<sup>(6)</sup>一方、平野博士は、団藤博士とは違った見地から構成要件の符合を提唱されている。平野博士は、たとえば尊属殺人、普通殺人、同意殺人などは、人の生命を人工的に断絶するという意味で構成要件を同じくするものだと考えられる。したがって、普通殺人と同意殺人とは同一構成要件の範囲に属するから、その間の錯誤は故意を阻却しないという。他方、構成要件としては別個に規定されている場合に当たるときそれは単に立法技術上別個の構成要件に書き分けられているにすぎず、実質上同じ構成要件にあたりとみられるときは、その間の錯誤は故意を阻却しないとされた。同意殺人と自殺幫助をみると、後者は、前者の構成要件に法律上包摂される場合であり、「実質上、構成要件的に符合す」とされるのであり、この論法で一項詐欺と二項詐欺、公文書有形偽造と虚偽公文書作成、麻薬所持と覚せい剤所持との間に符合を認めるとともに、傷害と死体損壊の間にも「人体」の損壊という点で符合を認める余地を残されたのである。<sup>(7)</sup>

三 以上のように、構成要件の符合説の論者は、構成要件の理解において異なるとはいえ、その形式的な符合から次第に実質的な符合ないし重なり合いを基準にして、故意の成否を論ずる傾向にあるといえよう。このような学説の



流れは、しからば誤ったものなのであろうか。町野教授はいう。

麻薬所持と覚せい剤所持とは構成要件的に符合すると主張されている。しかし、「麻薬と覚せい剤は別の物質である以上、前者を輸入するという構成要件が後者を輸入するというそれと『実質的に全く重なりあっている』<sup>(8)</sup>」<sup>(8)</sup>とは、『鷲を鳥という』のに等しい。もし以上のことが可能であるというのなら、公文書の無形偽造行為は公文書有形偽造罪として、覚せい剤輸入行為は麻薬輸入罪として、それぞれ処罰しようということなのだから、仮りに、公文書無形偽造罪、覚せい剤輸入罪を処罰する刑罰法規が存在しなかったとしても、これらの行為は処罰を免れないということになる。構成要件が罪刑法定主義を保障するための概念であり、『構成要件該当性なければ刑罰なし』の原則が守られなければならないとする以上、右のような『実質的な』構成要件の拡張は、まさに、『定型を無視したもの』であり、『罪刑法定主義の根幹を否定する』ものにほかならない<sup>(8)</sup>。

町野教授によると、構成要件という概念を用いながら、その意義を拡張し、あるいは実質化するのには構成要件概念の濫用であり、ひいては罪刑法定主義の否定につながるということになるのであろう。

しかし、第一に、構成要件の重なり合いというのは、二つの構成要件間に実質的な共通性があるということなのであって、「麻薬と覚せい剤とは、ともに、その濫用によってこれに対する精神的ないし身体的依存（いわゆる慢性中毒）の状態を形成し、他人及び社会に対し重大な害悪をもたらすおそれのある薬物であって、外観上も類似したものが多くにかんがみ」、麻薬輸入罪と覚せい剤輸入罪とは構成要件的に共通するものがあるといっても、何ら不思議ではない。町野教授は、一方が他方に完全に含まれている法条競合の場合だけを「符合」と考えられているようであるが、むしろ、交錯した二つの円のようになり合いが認められるときに構成要件的に符合しているというのである。

第二に、構成要件の符合という場合、その前提として、客観的に構成要件に該当する事実がなければ「符合」は問題となりえないこと自明のことであり、この説をとると、構成要件を規定する法規が存在しなくても処罰されることがありうるとするのは、明らかに誤解である。論者は、いわゆる抽象的符合説の場合と同じように構成要件の符合説を理解されているのであろうが、それが不当であることはいうまでもない。

思うに町野教授は、構成要件を実質化したり拡張して解釈することは、たとえ故意の成否を決定するためであっても、罪刑法定主義の否定に結びつきうるという前提から出発し、事実の錯誤論においても構成要件の概念を用いるべきではないとするのであろう。されば、教授も実質的には判例の立場を認めるのであり、「不法・責任符合説」という目新しい用語が使われてはいるが、既述した大塚教授の見解と大差のない結論をとるのである。両者の相違は、「その論理を異にしている」<sup>(9)</sup>だけといっても過言ではない。

四 では、構成要件という枠をはずして、町野教授がいうように、構成要件の内容をなしている違法な事実ないし責任の内容という実質的見地からのみ「符合」を求めべきであろうか。

この実質的見地から符合を認めようとしたのは、法益符合説ないし罪質同一説であった。法益符合説は、認識した法益侵害の内容と発生した法益侵害の事実とが一致した場合には故意を阻却しないとすする立場であるが、今日では、一般に罪質同一説のなかに組み込まれるに至っている。罪質同一説は、要するに法定的に犯罪の性質（罪質）が同じであるかぎり故意を阻却しないとすする見解であるが、何をもって法定的に同質とすべきかはもう一つ明快ではない。おそらく小野博士が説かれたように法益の同一性と行為の性質の同一性が、罪質の同一性を決する基準というのであろう。<sup>(10)</sup>しかし、なぜ、罪質が同一であれば符合を認めて故意を阻却しないとすすよいか、あるいは行為の性質の同一

性は何を基準とすべきかについて、いま一つ明確性を欠いているように思われる。

そこで再び構成要件の符合説の根拠にもどって考えてみると、重ねて指摘したように、構成要件において同一の評価を受ける事実を認識すれば、当該行為を実行に移してよいかという、いわゆる規範の問題に具体的に直面するのであるから、行為者が認識した内容と発生した事実とが構成要件の範囲において重なっているときは、発生した事実について故意は阻却しないというのであった。この考え方を抽象的事実の錯誤にあてはめてみると、ここでも当然に、行為者が発生した事実を規範の要求に直面しつつ実行したといえるかが基準となる。すなわち、当該の事実を認識すれば、発生した事実について規範の問題が与えられるかが重要なのである。このように、違法性の意識の発生根拠として犯罪事実の認識を把握する以上は、構成要件に類型化された事実について共通性があるかどうかを基準とすべきであって、その内容をなす実質的な法益侵害（あるいは違法・責任）についての符合を問題とすべきではないのである。

もちろん、ここで重要なことは、当該の犯罪事実を認識すれば、発生した事実について規範の問題が与えられるかということであるから、そのかぎりでは構成要件の概念が必要なのであり、形式的に一致するかどうかは重要でないのである。したがって、形式的に構成要件が重なり合っている場合ばかりでなく法益または行為態様が共通している、日常生活の実態から判断し、実質的に重なり合いが認められる場合にも符合があるといつてよいのである。その意味で、大塚教授が構成要件の実質的な重なり合いを認めるためには、「法益の共通性および行為自体の共通性」が必要だとされたのは基本的に正しいのであるが、重要なことは、日常生活の実態からみて、社会通念上、類型的に重なり合いを認めうるかどうかである。

五 以上の観点からは、次のような類型のもとに符合を認めてよいであろう。第一は、基本的構成要件と加重・減輕類型の関係にある場合であつて、たとえば普通殺人罪と同意殺人罪がこれにあたる。第二は、重い罪と軽い罪が法益ないし行為態様からみて同質的である場合であつて、例えば強盗罪と恐喝罪がこれにあたる。第三は、一方の構成要件が他方を含んでいる場合であつて、殺人罪と傷害罪、強盗罪と窃盗罪がこれにあたる。第四は、同じ構成要件が択一的に規定されている場合であつて、同意殺人と自殺関与、一項犯罪と二項犯罪、さらに既述の麻薬輸入罪と覚せい剤輸入罪もこれに含まれるであろう。<sup>(11)</sup>

以上に述べた意味での構成要件の符合が認められるときは、発生した事実につき故意は阻却されない。しかし、同意殺人の故意で普通殺人の事実を発生させたときに後者の故意犯が成立するとすれば、責任主義に反すること勿論である。かくして刑法三八条二項は、「罪本重かる可くして犯すとき知らざる者は、其重きに従つて処断することを得ず」とする解決の方法を示した。そこで、第一に、構成要件の符合が認められるときは、認識した犯罪よりも発生した犯罪の方が重ければ軽い犯罪の限度で故意犯が成立する。第二に、右とは逆に認識した犯罪よりも発生した犯罪の方が軽い場合については、三八条二項の直接規定するところではないが、この場合には発生した事実が故意が及ぶのであるから、いわば理論上当然に軽い方の故意犯が成立するのである。第三に、両者の法定刑が同じであるときは、三八条二項の適用は受けないので、発生した事実について故意犯が成立する。<sup>(12)</sup>

なお、学説のうえでは、三八条二項の「処断することを得ず」を、犯罪の成立としての罪名は重い方の罪に従いながら処断すべき刑罰は軽い方の法定刑に従う、と解するのが文理に忠実だとする見解もあるが、罪名も科刑も軽い方に従うべきであるとする通説が妥当であろう。罪名は成立する犯罪に対する質的評価を示すものであるから、罪名と

科刑を分断すべきではないであろう。最高裁判所も「重なり合う限度で軽い罪が成立する」<sup>(13)</sup>と明言しているところである。

以上において、私は具体的事実の錯誤ばかりでなく抽象的事実の錯誤の取扱いについても、構成要件の符合説が最も妥当であるとの結論に達した次第であるが、同じことは共犯の錯誤についてもいえること勿論である。

(1) 植松・前掲書二九一頁。なお、これを支持するものとして日高義博「抽象的事実の錯誤と適条——合一的評価説の展開」専修大学法学研究所紀要8二三五頁。

(2) 最判昭和二三年一〇月二三日刑集二卷一〇号一三八六頁は、虚偽公文書作成罪の教唆を共謀したところ公文書有形偽造罪の教唆の結果を生じたという事案について「この両者は犯罪の構成要件を異にするも、その罪質を同じくするもの」として教唆犯の成立を認めた。罪質同一性を基準としたものと考えられる。

(3) 団藤重光・刑法綱要総論二七七頁。

(4) 香川達夫・刑法講義〔総論〕〔昭和五五年〕二三五頁。

(5) 町野「法定的符合説について(上)」前掲七頁。

(6) 大塚仁・犯罪論の基本問題〔昭和五七年〕二五九頁。なお、同・刑法概説(総論)二二八頁参照。

(7) 平野龍一・刑法総論I一七八頁。

(8) 町野「法定的符合説について(下)」五頁。

(9) 町野・前掲一〇頁。

(10) 小野清一郎・刑法概論〔増訂新版・昭和三五年〕一一九頁。

(11) 大谷「抽象的事実の錯誤」警察学論集三七卷一〇号一三〇頁。

(12) 大谷實・刑法講義総論上二二八頁。

(13) 前掲最決昭和五四年三月二七日。