

事実の錯誤（前編）——構成要件をまたぐと、原則として故意は無い

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから刑法#28 / 動画: <https://youtu.be/77NMkmhM-Uo>

第4章 故意と錯誤 ⑤／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 前回までの想起と、今日の問い

短答・論文共通

2つの予告——今日、両方を回収する

|以前の予告

- 構成要件をまたいで食い違う場合は、**38条2項**という条文で、別の回に処理する

|前回の予告

- 今日は同じ構成要件の中でのズレだけを扱った。構成要件をまたいでしまった場合には、**別の条文**が用意されている

図：2つの予告——今日、両方を回収する

前回まで、法定的符合説を使って、成立する故意犯の個数や、因果関係のズレまで片付けました。以前、2つの軸で地図を整理して、こう予告しました。構成要件をまたいで食い違う場合は、38条という条文で、別の回に処理する、と。その約束、今日、両方とも回収します。構成要件をまたいでしまったとき、故意はどうなるのか。それが、今日の問いです。

★ **論文で書く規範**：今日の問い 前回までは、認識と発生が**同一構成要件内**でズレた場合を扱った。今日の問い：認識と発生が**構成要件をまたいで**食い違ったとき、故意はどうなるのか。（今日の出発点）

以前、名前だけ付けて、送っておいた場面があります。今日は、そこから出発しましょう。

2

抽象的事実の錯誤の処理——今日、その下段を開ける

短答・論文共通

2軸の地図——今日は、下の段を開ける

取り違えた点 → ↓ 認識と発生	客体の錯誤	方法の錯誤
具体的事実の錯誤（同一構成要件内・既習）	既習——同一構成要件内で、相手そのものを取り違える	既習——同一構成要件内で、結果だけ別の対象に生じる
抽象的事実の錯誤（構成要件をまたぐ・今日）	今日はここ——人だと思ったら、物だった	今日はここ——物を狙って、人に当たる

図：2軸の地図——今日は、下の段を開ける

2つの軸で地図を整理した回で確かめました。客体の錯誤は、相手そのものの取り違い。方法の錯誤は、見分けは正しいのに、結果だけが別の対象に生じた場合です。では、地図の下の段——抽象的事実の錯誤を、開いていきましょう。以前出した設例を、思い出してください。帰り道の暗がり、人影を見て、石を投げつけた場面です。頭の中にあったのは「人にケガをさせる」。実際に起きたのは「物が壊れる」でした。今日は、この場面を——設例Rと呼んで、正面から開いていきます。

★ 論文で書く規範：抽象的事実の錯誤とは 抽象的事実の錯誤＝認識と発生が**構成要件をまたいで**食い違った場合。今日は、この場合の処理を定める条文——**38条2項**——から出発する。（定義）

この場面を処理する条文が、刑法38条2項です。今日は、その2項に、しっかり向き合います。その前に、先に言っておきたいことがあります。

3つの“符合説”——違いを最初に仕分けておく

| 具体的符合説（既習）

- 同一構成要件内での、見比べ方の話

| 抽象的符合説（今日、新登場）

- 構成要件をまたいでも、**故意を認めよう**とする立場

| 法定的符合説（既習・使い直す）

- 今日は、**構成要件をまたぐ場面**で使い直す

※ 「抽象的事実の錯誤」の“抽象的”＝構成要件をまたぐかという**置き場所**の話。「抽象的符合説」の“抽象的”＝より抽象的なレベルでの一致で足りるという**見比べ方**の話

図：3つの“符合説”——違いを最初に仕分けておく

この先、似た名前の学説が3つ出てきます。「具体的符合説」「抽象的符合説」「法定的符合説」です。「具体的符合説」と「法定的符合説」は前に学んだ、同一構成要件内での話で

した。今日、新しく出てくるのは「抽象的符合説」です。そこも紛らわしいところです。

「抽象的事実の錯誤」の“抽象的”は、構成要件をまたぐかどうかという置き場所の話。「抽象的符合説」の“抽象的”は、犯罪というより抽象

的なレベルでの一致で足りる、という見比べ方の話です。今日は、法定的符合説を、構成要件をまたぐ場面で使い直します。その対抗馬として、抽象的符合説が登場します。

3 山場①：38条2項に向き合う

短答・論文共通／論文の骨格

38条2項——重い罪と軽い罪のあいだ

|これから読む条文

- **刑法38条2項**（見出し＝故意）

|どう読み解くか

- 一言ずつ、区切りごとに意味を確かめていく

※ この条文が、抽象的事実の錯誤を処理する出発点になる

図：38条2項——重い罪と軽い罪のあいだ

では、38条2項を、実際に読んでみましょう。ゆっくり、言葉ごとに分解していきます。

条文 刑法38条2項（見出し＝故意）

刑法38条2項

重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。

「重い罪に当たるべき行為をしたのに」——行為そのものは、重いほうの罪に当てはまっている、という意味です。でも「行為の時に、その重い罪に当たることとなる事実を知らなかった」——つまり、思っていたことよ

りも、実際に起きたことのほうが重かった、という場面です。この場合、38条2項はこう言います。重い罪では、処断することはできない、と。「処断する」というのは、その罪として刑を科す、という意味です。重い罪の刑は科せない、ということですね。物を壊すつもりで投げた石が、たまたま人に当たって、ケガをさせてしまった——そんな場面です。設例Rがどちらのパターンなのかは、次で確かめましょう。

4

山場①：条文の"空欄"——言っていること、言っていないこと

論文の骨格

38条2項の“空欄”——書いてあること、書いていないこと

罪の重さ → ↓ 主観と客観	重い罪	軽い罪
主観<客観（思っていたより、実際は重い）	処断できない 38条2項が答えている、唯一の問い	空欄①——成立するか、条文は何も言っていない
主観>客観（思っていたより、実際は軽い）	空欄②——条文は、いっさい触れていない	空欄③——同上、何も書いていない

この3つの空欄が、これから学ぶ学説対立の生まれる場所

図：38条2項の“空欄”——書いてあること、書いていないこと

では、38条2項を、もう一度、じっくり見てみましょう。この条文が、実際に答えている問いは、たった1つだけです。主観のほうが軽くて、客観のほうが重い場合——重い罪では処断できない、という点だけです。ここで、質問です。重い罪では処断できないとき、軽いほうの罪は、成立するのでしょうか？条文は、それについて何と言っているのでしょうか？言われてみると……何も、書いていない気がします。38条2項は、重い罪の話しかしていません。軽い罪の成否には、いっさい触れていません。これが、空欄の1つ目です。今度は、逆のパターンを考えてみましょう。主観のほうが重くて、客観のほうが軽かった場合です。

この場合、38条2項は何と言っているのでしょうか。38条2項は「重い罪に当たるべき行為をしたのに」と書いていますから、この場合

は、条文の入り口にすら当てはまりません。主観のほうが重い場合について、38条2項は、いっさい何も述べていません。主観のほうが重い場合に条文が黙っていること——これが、2つ目の空欄です。そして、その場合の軽いほうの罪がどうなるかも、当然、書かれていません。これが、3つ目の空欄です。この3つの空欄——ここが、これから学ぶ学説対立の生まれる場所です。「38条2項があるから解決する」ではなく「38条2項だけでは解決しない」。ここが、今日いちばん大事な気づきです。

5

抽象的符合説——一度は魅力的、しかし退く

短答・論文共通／論文の骨格

抽象的符合説——一度は魅力的、しかし退く理由

|抽象的符合説の言い分

- **犯罪の意思**で**犯罪の結果**が生じた以上、軽いほうの罪の故意犯は認めよう

|立脚点

- **主観主義刑法理論**——処罰の根拠を行為ではなく**行為者の危険な人格**に求め、故意もその危険さを測る目盛りとして扱う立場

|批判

- 批判① 主観主義刑法理論そのものに問題がある
- 批判② **構成要件を無視する**ものである——罪刑法定主義の土台を掘り崩す

図：抽象的符合説——一度は魅力的、しかし退く理由

この3つの空欄を、埋めようとした学説の1つが、抽象的符合説です。まず、この立場の言い分を、素直に聞いてみましょう。設例Rを思い出してください。Xは、人にケガをさせるつもりで、石を投げました。抽象的符合説は、こう考えます。悪意をもって、何らかの犯罪の結果を出している以上、何かの罪には問えるべきだ、と。悪いことをして、何か結果が起きた以上——無罪放免はおかしい、という直感、自然なものです。この立場を、正確な定義で確認しましょう。

★ **論文で書く規範**：抽象的符合説の定義
およそ**犯罪の意思**で**犯罪の結果**が生じた以上は、38条2項の範囲内で、すなわち**少なくとも軽いほうの罪については故意犯の成立（既遂）**が認められる。立脚点＝**主観主義刑法理論**（処罰の根拠を行為そのものではなく**行為者の危険な人格**に求め、故意もその危険さを測る目盛りとして扱う立場）。（定義（学説＝抽象的符合説・少数説））

抽象的符合説に立てば、設例Rのパネルについても、故意犯が認められる余地が出てきます。だから、この立場は、法定的符合説とは違う結論を出す、対抗馬なんです。ただし、この立場には、大きな批判があります。1つ目は、土台の主観主義刑法理論——「危険な人

だから罰する」という考え方への批判です。内面の危険性だけを処罰の根拠にすると、歯止めが効かなくなる。刑法の理論の回で確かめたところです。そして、もっと重要なのが2つ目です。この立場は、**構成要件を無視するもの**である、という批判です。思い出してください。刑法は、あらかじめ「これが犯罪だ」という型——構成要件を、条文で定めています。これは、権力が思いつきで人を罰することを防ぐ、罪刑法定主義の土台です。

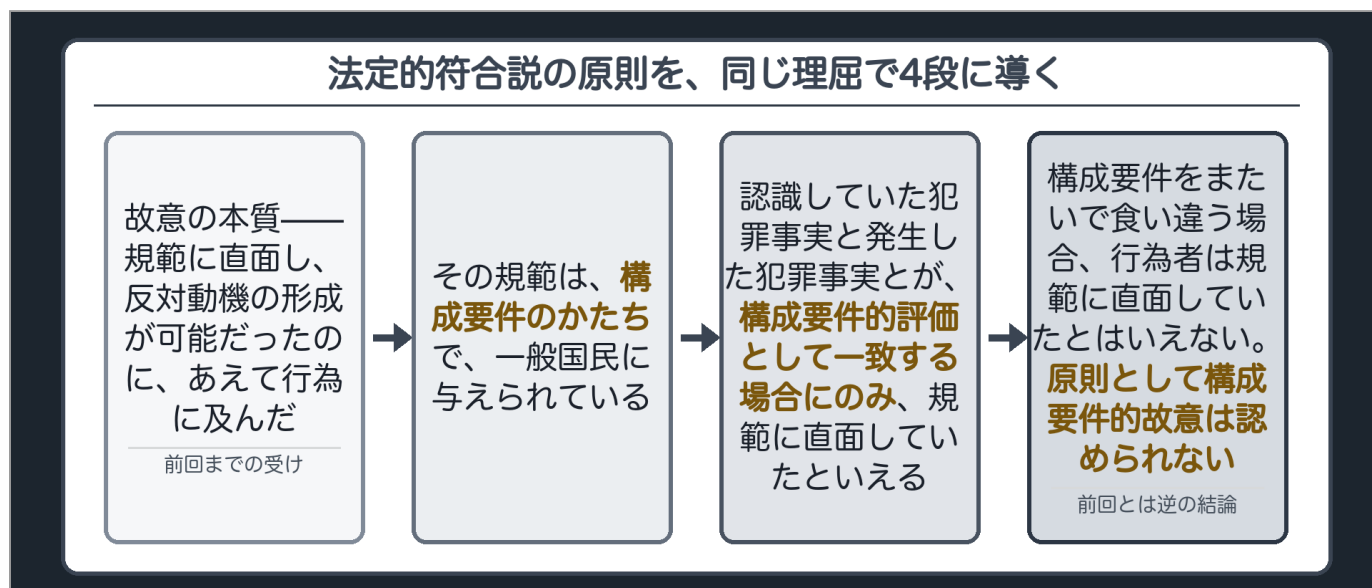
ところが抽象的符合説は——「犯罪の意思があって、犯罪の結果が出た」というだけで、罪を認めようとします。これは「どの構成要件に当たるか」という、型そのものを素通りしています。あらかじめ型を決めておく意味が、失われてしまいます。

★ **論文で書く規範**：抽象的符合説への批判
批判① 立脚点である**主観主義刑法理論**にそもそも問題がある。批判② **構成要件を無視する**ものである——罪刑法定主義が要求する“あらかじめ定めた型”を離れて、処罰の範囲を広げてしまう。（批判（法定的符合説が優位とされる理由））

魅力的に見えた直感も、構成要件という型の前では、退かざるを得ません。では、判例・通説が実際に採る、法定的符合説のほうを見ていきましょう。

山場②：法定的符合説の原則を、同じ理屈で導く

短答・論文共通／論文の骨格



図：法定的符合説の原則を、同じ理屈で4段に導く

ここで、たとえ話をします。病院を想像してください。「内科」と「整形外科」、2つの受付窓口が並んでいます。内科の受付には、こんな貼り紙があります。「38度以上の熱がある人は、優先的に呼びます」。この貼り紙——いわば規範は「内科を受診する人」というくくりに向けられています。Aさんの名前を呼んだつもりで、実は同じ内科の待合室にいたBさんが返事をして、内科を受診したとします。だから、発熱優先のルールは、ちゃんと機能しています。では、内科の受付のつもりで呼んだ声に、隣の整形外科の患者が反応して、そのまま受診してしまったら？

それは……内科の発熱ルールとは、もう関係ない話になっている気がします。発熱優先という規範は、そもそも整形外科という別のくくりには向けられていません。くくり——今日の言葉でいえば構成要件——が違えば——同じ"呼びかけ"でも、規範に向き合ったとは言えないんです。では、この直感を、正式な理屈に組み立て直しましょう。前に使った理屈を、そのまま持ってきます。1段階目。故意の本質は、何だったのでしょうか。規範に直面し

て、反対動機の形成が可能だったのに——あえて行為に及んだことへの、強い道義的非難、でしたね。2段階目です。その規範は、どんなかたちで、私たちに与えられているのでしょうか。

「人を殺すな」というような、構成要件のかたちで、一般国民に与えられている、でしたね。3段階目です。とすれば、認識していた犯罪事実と、発生した犯罪事実とが——構成要件的評価として一致する場合にのみ、規範に直面していたといえます。そのとき初めて、構成要件の故意が認められます。問題は、4段階目です。前は、客体の錯誤でも方法の錯誤でも「人」という構成要件のレベルで、認識と発生が一致していました。では、今日のように——認識と発生が、異なる構成要件にまたがって食い違っている場合は、どうなるのでしょうか？行為者は、規範に直面していたとはいえません。よって、原則として、発生した犯罪事実に対する構成要件の故意は、認められません。

前と今日で逆の結論が出た——ここが、今日いちばん伝えたいことです。使っている理屈

は、前も今日も、1つも変わっていません。
「構成要件的评价として一致する限度でのみ
規範に直面した」——この1本の物差しを、そ
のまま当てているだけです。構成要件の中で
ズレれば「一致」を映し出して故意を認め、
構成要件をまたげば同じ物差しが「不一致」
を映し出して故意を否定する。同じ理屈が場
面によって違う答えを出す——これが、法定
的符合説という1つの立場の、正体です。

★ 論文で書く規範：法定的符合説の原則
(構成要件をまたぐ場合) 認識していた
犯罪事実と、発生した犯罪事実とが**構成要
件的评价として一致する場合にのみ**、規範
に直面していたといえる。構成要件をま
たいで食い違う場合、行為者は規範に直面
していたとはいえず、**原則として、発生し
た犯罪事実に対する構成要件の故意は認め
られない**。(規範(判例・多数説の原
則))

この原則を、実際の設例にあてはめてみま
しょう。

7
客体の錯誤にあてはめる——設例R・
設例S

論文の骨格

あてはめ①②——設例R・設例S

	設例R	設例S
Xの認識	人にケガをさせる意思	荷物を壊す意思
実際に起きたこと	広告パネルが壊れる	Bが負傷
物の側の結論	器物損壊罪は成立せず不可罰 未遂・過失の処罰規定なし	器物損壊罪は 客観的構成要件事実が無く 不可罰
人の側の結論	対象がそもそも存在しなかった →不能犯の問題として送る	Bについては 過失傷害(209条) の成否を検討

物の側はどちらも不可罰——ただし理由が違う。Rは構成要件をまたいで故意が否定されるから、Sはそもそも物が壊れていないから

図：あてはめ①②——設例R・設例S

では、山場②で確定した原則を、実際にあてはめてみましょう。まず、設例Rです。Xは、人にケガをさせるつもりで、暗がりの人影に石を投げました。まず、パネルの側から見ていきます。Xの認識は「人にケガをさせる」——傷害罪の構成要件でした。実際に起きたのは「物が壊れる」——器物損壊罪の構成要件でした。原則どおり、構成要件の故意は認められません。器物損壊罪は成立しません。

条文 刑法261条
刑法261条(器物損壊等)
前三条に規定するもののほか、他人の物を損壊し、又は傷害した者は、三年以下の拘禁刑又は三十万円以下の罰金若しくは科料に処する。

261条には、過失を処罰する規定がありません。未遂を処罰する規定もありません。

条文 刑法38条1項

刑法38条1項

罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。

38条1項です。罪を犯す意思がない行為は、罰しない。これが原則です。ただし書きに、特別の規定がある場合は別、とあります。261条には、その特別の規定が無いので、パネルの側は、丸ごと不可罰です。人の側については、ここは慎重に言葉を選ぶ必要があります。傷害罪にも、暴行罪にも、未遂を処罰する規定がありません。だから「未遂か既遂か」は、この場面では結論を左右しません。そもそも、そこには人がいませんでした。誰もいないところに向けた行為を、どう評価するか——これは、独立した論点です。不能犯と呼ばれる話で、未遂を正面から扱う回で、線を引きます。

今日、確定できるのは、パネルの側が構成要件の故意なしで不可罰、というところまでです。次に、設例Sです。38条2項を読んだところで、かたちだけ触れた場面——ここで、正式にあてはめます。Xは、シートをかぶせた荷物を壊すつもりで、石を投げました。シートの下には人——Bがいて、そのBが負傷しました。まず、荷物の側から見ましょう。Xが投げ

た石は、実際には、荷物ではなくBに当たっています。壊れた荷物が存在しない以上、器物損壊罪の客観的な要件自体がありません。仮に荷物があったとしても、未遂の処罰規定はありません。いずれにせよ、荷物の側は不可罰です。

Bの側は、ここで38条2項の出番になります。Xの認識は「物を壊す」——器物損壊罪でした。実際に起きたのは、Bの負傷——傷害罪でした。主観のほうが軽くて、実際に起きたほうが重い場合——まさに、38条2項が正面から扱っている場面です。だから、傷害罪では処断できません。では、38条2項が答えていない、あの空欄——軽い罪は成立するのか、という問いはどうでしょう。今回は、器物損壊罪という軽い罪自体が、そもそも成り立ちません。Bに向けて石を投げている以上、物を壊してはいないからです。故意犯がまったく成立しないとしたら、Bの側は、どうなるでしょうか。

Bの側は、過失傷害罪——209条の成否を、検討することになります。

8

方法の錯誤にあてはめる——設例T・設例U

論文の骨格

あてはめ③④——設例T・設例U

	設例T	設例U
Xの認識	Aを殺す意思	ガラス戸を壊す意思
実際に起きたこと	ガラス戸が割れる（Aは無傷）	Cが死亡
狙った相手／対象の結論	Aは殺人未遂罪（199条・203条）	ガラス戸については客観的構成要件事実なしで不可罰
逸れた先の結論	ガラス戸については構成要件の故意なしで不可罰	Cについては過失致死（210条）の成否を検討

狙った先が人なら未遂（設例T）、物なら不可罰（設例U）——逸れた先は構成要件をまたいで不可罰または過失犯

次は、方法の錯誤です。設例Tを見てみましょう。Xは、Aを殺す意思で、重い石を投げました。ところが手元が狂って、石はAの後ろにあった店のガラス戸に当たり、ガラスが割れました。まず、Aの側から見ましょう。Aに向けて殺意をもって石を投げてはいますが、結果が発生していない以上、既遂にはなりません。

条文 刑法199条

刑法199条（殺人）

人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の拘禁刑に処する。

【条文】刑法203条 刑法203条（未遂罪） 第百九十九条及び前条の罪の未遂は、罰する。

199条には、未遂を処罰する203条が、ちゃんと用意されています。だから、Aについては、殺人未遂罪が成立します。では、ガラス戸の側はどうでしょうか。さっきと同じパターンな気がします。Xの認識は「人を殺す」——殺人罪の構成要件でした。実際に起きたのは「ガラスが割れる」——器物損壊罪の構成要件でした。構成要件の故意は認められません。器物損壊罪は成立しません。だから、ガラス戸の側は、丸ごと不可罰です。ただし、狙った相手の側は違います。設例Rには、

そもそも人がいませんでした。設例Tは、Aが現にそこにいて、殺意もAに向いている。だから、殺人未遂が成立します。次に、設例Uです。Xは、ガラス戸を壊すつもりで、石を投げました。ところが手元が狂って、石は前を歩いていたCに当たり、Cは死亡しました。

まず、ガラス戸の側から見ましょう。器物損壊罪の客観的な要件自体が、そもそもありません。仮に割れていたとしても、未遂の処罰規定はありません。いずれにせよ、ガラス戸の側は不可罰です。ここも、38条2項の出番です。Xの認識は「物を壊す」——軽い罪でした。実際に起きたのは、Cの死亡——殺人罪という、重い罪でした。だから、殺人罪では処断できません。そして、殺人罪という故意犯が成立しない以上、次に検討するのは——Cの側は、過失致死罪——210条の成否を、検討することになります。故意犯の個数を数えた回で確かめた「過失犯の未遂は処罰規定が無く不可罰」も、思い出してください。

過失致死は、既遂か不成立か、その二択で考えます。

9

4パターンのまとめ——共通するかたち

短答・論文共通

4パターンのまとめ——共通するかたち

食い違いの向き → ↓ 誤りの型	人のつもり→物	物のつもり→人
客体の錯誤	設例R パネルは構成要件の故意なしで不可罰／人の側は不能犯の論点として送る	設例S 荷物は客観的構成要件事実なしで不可罰／Bは過失傷害を検討
方法の錯誤	設例T Aは殺人未遂／ガラス戸は構成要件の故意なしで不可罰	設例U ガラス戸は客観的構成要件事実なしで不可罰／Cは過失致死を検討

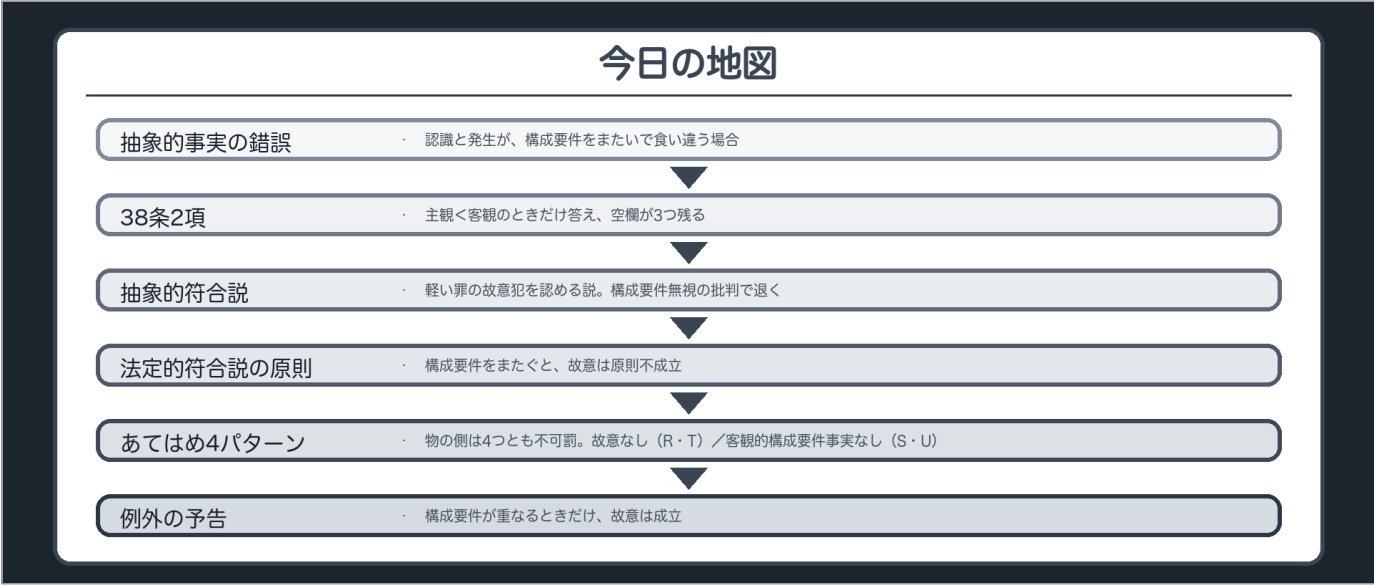
物の側は4つとも不可罰——RとTは構成要件をまたいで故意が否定されるから、SとUはそもそも物が壊れておらず客観的構成要件事実が無いから
どちらも261条に未遂・過失の処罰規定が無く、丸ごと不可罰

では、4つの設例を、板にまとめてみましょう。縦の軸が客体の錯誤か方法の錯誤か、横の軸が、人のつもりで物だったか、物のつもりで人だったか、です。1つ目。パネル・荷物・ガラス戸——物の側は、4つとも不可罰でした。ただし、理由は2つに分かれます。設例RとTは、構成要件をまたいで故意が否定されるから、不成立。設例SとUは、そもそも物が壊れておらず、客観的な要件が最初からありません。どちらも261条に未遂も過失も規定が無いので、結局は丸ごと不可罰です。人のほうに向いた側は、それぞれ違う顔をします。対象が実在しなかった設例Rは不能犯の問

題として送り、設例S・T・Uは、過失犯か未遂犯として、別の検討に進みます。

2つ目。設例Rと設例Tの「人のつもりで物」は、38条2項が触れていない空欄のパターン。逆に、設例Sと設例Uの「物のつもりで人」は、38条2項が正面から触れている場面でした。条文が触れていようといまいと、答えの出し方は、まったく同じでした。38条2項は、その理屈のごく一部だけを、明文にしたものにすぎません。

◆ 今日の地図（保存版）



図：今日の地図

では、今日の内容を振り返りましょう。到達点は3つです。1つ目。抽象的事実の錯誤を処理する38条2項は、実は「主観が軽く、客観が重い」場面にしか答えておらず、3つの空欄が残っていました。でも、その空欄を埋めようとした抽象的符合説は、構成要件を無視するという批判で退けられました。2つ目。代わりに使ったのは、法定的符合説と同じ理屈です。規範は構成要件のかたちで与えられている以上、構成要件をまたぐと、原則として構成要件的故意は認められません。3つ目。あてはめでは、4つの設例すべてで、構成要件をまたいだほうが、故意犯としては不成立になり

ました。261条に未遂・過失の処罰規定が無いことも、効いていましたね。ただし、これは「原則」です。構成要件が重なり合っているときだけ、故意が認められる例外があります。

次で「構成要件の実質的な重なり合い」として組み立てます。試験で問われるのは、むしろこの例外の側です。この先、送っておく話が3つ。設例Rの不能犯、過失の中身、第1・第2の行為がズレる型は、別の回で扱います。今日は、原則を組み立てるところまでです。1つずつ、積み上げていきましょう。