



Title	フランス刑法における事実の錯誤（1）
Author(s)	長井, 長信; NAGAI, Choshin
Citation	北大法学論集, 37(4), 117-153
Issue Date	1987-03-25
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16530">https://hdl.handle.net/2115/16530</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	37(4)_p117-153.pdf



# フランス刑法における事実の錯誤(一)

長井長信

## 目次

- 一 はじめに
- 二 判例における事実の錯誤
  - (a) 故意を阻却する事実の錯誤——犯罪の本質的要素に関する錯誤
  - (b) 故意を阻却しない事実の錯誤——客体の錯誤ないし方法の錯誤
- 三 学説の対応
  - (a) 一罪説の論拠
  - (b) 数罪説の論拠

(以上本号)

## 四 故意概念と事実の錯誤

## 五 考察

## 六 結び

## 一 はじめに

近年我が国では、事実の錯誤をめぐる論争が活発化してきている。とりわけ具体的事実の錯誤をめぐるいわゆる法定的符合説<sup>(1)</sup>と具体的符合説<sup>(2)</sup>の対立は、西ドイツの最近の論争にも触発され、新たな様相を呈してきているのである。すなわち西ドイツでは、我が国の具体的符合説に該るいわゆる具体化説 (Konkretisierungstheorie) が支配的見解であるが、最近になってフツペ<sup>(3)</sup>がこの通説に対して包括的かつ詳細な批判を加えたことから、にわかに客体の錯誤と方法的錯誤 (あるいは打撃の錯誤) の区別をめぐる議論が活発化した<sup>(4)</sup>。そして我が国においてもこのフツペ論文に依拠するかたちで、具体的符合説に対して批判が向けられている<sup>(5)</sup>。これまでは通説・判例である法定的符合説が有力説である具体的符合説の批判にさらされてきたが、今や具体的符合説は法定的符合説からの反撃を受けている、といっ

てよい。さらに、麻薬を覚せい剤と誤認して輸入したという抽象的事実の錯誤に関する最高裁判所昭和五四年三月二七日第一小法廷決定<sup>(6)</sup>、あるいは共犯の過剰に関する最高裁判所昭和五四年四月一三日第一小法廷決定<sup>(7)</sup>などに関連して、この種の錯誤についても議論が高まってきている。事実の錯誤をめぐるこれらの諸問題は、それが基本的には生じた結果についての故意の成否を問うものであることから、未必の故意や概括的故意の問題とも通底し、究極的には、「故意」概念ないし故意責任をいかに理解するかという基本的問題に帰着するのである<sup>(8)</sup>。錯誤論は故意論の消極面といわれるが、我々はまさにこの故意の本質論に立ち返って錯誤論をめぐる諸問題を解決してゆくべきではあるまいか。錯誤論を「表側」から考察してみる必要があると私も思われるのである<sup>(9)</sup>。

さて、本稿ではフランス刑法における事実の錯誤を考察の対象とするが、その理由はおおよそ以下の点にある。まず、上述

のごとく客体の錯誤と方法の錯誤をめぐる論争は、主として(西)ドイツの刑法学説の強い影響のもとに展開されているが、これに対して、フランス刑法に関してはこれまでさほど関心が払われてはこなかったように思われる。ドイツ刑法学への「傾斜」の異常性の批判<sup>10)</sup>はしばらく措くとしても、我が旧刑法典がフランス刑法学の影響を受けて誕生し、実務や学説を通して現行刑法典にも少なからぬ影響を及ぼしていることを考えるならば、比較法的観点からもっと考察の目が向けられてしかるべきものと考えられる。次に、より直接的な理由として、本論で詳しく紹介・検討するように、フランス刑法における方法の錯誤の処理の仕方が、結論的には、我が国の法定的符合説と同様の解決法をとっており、かような処理がどのような理論的根拠にもとづいてなされているのかという問題は、我が国の通説の形成過程へのフランス刑法学の寄与の度合を測定するうえでも、<sup>(11)</sup>あるいは我が国の通説・判例を批判的に検討してゆくうえでも、重要な意義を有するものと考えられる。フランス刑法における事実の錯誤の問題は、比較法的にも解釈論的にも興味ある課題であると思われるのである。

そこで本稿では、客体の錯誤ないし方法の錯誤の問題に限定せず、一般に「事実の錯誤」として説明されている類型につき、

主として判例にあらわれた事案を素材としてこれを紹介・考察することにした。この作業を通して、フランス刑法学における故意論全般ひいては刑事責任論の全体的研究への展望を得たいと考える。

なお、ここで考察の対象とするのは、いわゆるナポレオン刑法典(一八一〇年刑法典)成立以後の判例・学説である。<sup>(12)</sup>

(1) 法定的符合説をとる者として例えば、団藤重光「刑法綱要総論」(改訂版、一九七九年)二七六頁以下、大塚仁「刑法概説(総論)」(改訂版、一九八六年)一八八頁以下、福田平「全訂刑法総論」(一九八四年)一一一頁、西原春夫「刑法総論」(一九七七年)一九七頁など多数。

もっとも、例えば、Aを狙撃した弾丸がAを傷つけた上で、Bにも当たりこれを傷害せしめた場合(最判昭和五三年一月二八日刑集三二巻五号一〇六八頁の事案)のように故意の「個数」が問題となることがあるが、同じ法定的符合説の内部でも、故意の個数を考慮せず複数の故意犯の成立を認めるものと、一個の故意犯しか認めないものとに分かれる(中野教授は前者を「数故意犯説」、後者を「一故意犯説」と呼ばれる。中野次雄「方法の錯誤といわゆる故意の個数」平場安治・平野龍一他編「団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻」(一九八四年)二〇二

頁、なお、大谷実「構成要件の符合説について」同志社法学三六卷四号（一九八四年）八頁も参照）。複数の故意犯の成立を認めるものとして、前記最高裁判決の他、学説として、団藤・前掲書二八二頁注（三三）、中野・前掲論文二〇一頁、大谷実「法定的符合説弁護」井上祐司・西山富夫編『井上正治博士還暦祝賀 刑事法学の諸相』（以下、井上還暦と略記）（下）（一九八三年）一三頁以下等。一個の故意犯しか認めないものとして、大塚・前掲書一九一頁、福田「方法の錯誤についての覚書」井上還暦（上）（一九八二年）二二二頁以下、正田満三郎「具体的法定符合説の真義」大東法学八号（一九八一年）一頁以下等。この他の文献につき、井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察」（二）『法学研究五八巻一〇号（一九八五年）七七頁注（29）』および葛原力三「打撃の錯誤と客体の錯誤の区別」（一）——具体的符合説の再検討——『関西大学法学論集三六巻一號（一九八六年）一〇三頁注（6）』参照。

(2) 具体的符合説をとる者として例えば、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一七五頁以下、中義勝『講述犯罪総論』（一九八〇年）一五頁、中山研一『刑法総論』（一九八二年）三六一頁以下、齊藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』（新訂版、一九七九年）六五頁、荏子邦雄『刑法総論』（新版、一九八一年）三四〇頁以下、内田文昭『刑法Ⅰ総論』

（改訂版、一九八六年）一六一頁以下、前田雅英「事実の錯誤に関する諸学説の差異」西原春夫・藤木英雄他編『刑法学2』（一九七八年）二二四頁以下、町野朔「故意論と錯誤論」刑法雑誌二六巻二号（一九八四年）一七七頁以下、西田典之「具体的法定符合説について」刑法雑誌二六巻二号一七一頁以下、曾根威彦「方法の錯誤Ⅰ問題提起と自説の展開」植松正・川端博・曾根威彦・日高義博著『現代刑法論争Ⅰ』（一九八三年）一七三頁以下等。この他の文献につき、井田・前掲論文（二）五一頁注（33）および葛原・前掲論文（一）一〇四頁注（8）参照。

(3) Ingeborg Puppe, Zur Revision der Lehre vom «Konkreten» Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, S. 1ff. 本論文の紹介として、佐久間修「インゲボルグ・プッペ」『具体的』故意の理論と方法の錯誤を重視することの再検討』名大法政論集九三号（一九八二年）二二四頁以下がある。

(4) (西) ドイツにおける議論の状況について詳しくは、佐久間修「ドイツにおける事実の錯誤論について」名大法政論集一〇一號（一九八四年）七五頁以下、葛原・前掲「打撃の錯誤と客体の錯誤の区別」（一）、（二）『関西大学法学論集三六巻一號九六頁以下および三六巻二號七四頁以下（一九八六年）』参照。

(5) 例えば、金沢文雄「打撃の錯誤について」広島法学五

- 卷三・四合併号(一九八二年)三七頁以下、阿部純二「事実の錯誤について」阿部純二・中義勝・中山研一・町野朔「刑法研究会・刑法総論の現代的課題」Law School 四二号(一九八二年)四頁以下参照。
- (6) 刑集三三卷二号一四〇頁。
- (7) 刑集三三卷三号一七九頁。
- (8) 葛原・前掲論文(一)九六一七頁参照。
- (9) 井田・前掲論文(一)三四一五頁参照。
- (10) 例えば、G・ステファニ、G・ルヴァースール、B・ブーロック著(澤登俊雄、澤登佳人、新倉修訳)『フランス刑法(刑法総論)』(一九八一年)一頁における平野龍一の序文参照。
- (11) 旧刑法典下における方法の錯誤について、フランス刑法学の影響および法定的符合説の源流を探るものとして、佐々木和夫「旧刑法下における方法の錯誤」専修大学大学院紀要経済と法二一号(一九八五年)二五頁以下がある。ただし当時のフランス刑法学における方法の錯誤の問題それ自体には触れられていない。
- (12) フランス古法における事実の錯誤論についても学説史的に興味の尽きないものがあるが、これについてはさしあたり、cf. André Langui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, 1970, p. 94 et s.

## 二 判例における事実の錯誤

フランス刑法学においては、事実の錯誤は一定の条件のもとで刑事責任を排除しうるものとされているが、その際、故意犯と非故意犯との間で区別が必要であるとされている。故意犯における心理的要素は故意(intention)であり、事実の錯誤はこの故意を原則として消滅・阻却させるが、非故意犯における心理的要素は、軽率(imprudence)・懈怠(négligence)あるいは規則不遵守(inobservation des règlements)による過失(faute)にとどまり、事実の錯誤があってもこのような心理的要素が消滅することはないとされている。<sup>(1)</sup> 非故意犯における事実の錯誤の問題は、まさに過失犯の成否の問題であって、我々の本来の問題である故意を阻却するか否かという意味での「事実の錯誤」の問題ではない。したがってここでは、フランス刑法の教科書で一般に「故意犯における事実の錯誤」として説明されている領域を考察の対象とする。

さて、故意犯における事実の錯誤は、その錯誤が犯罪の本質的要素(un élément essentiel)に関するものであるかぎり、それが犯罪の構成要素(un élément constitutif)であれ、犯罪の加重事情(une circonstance aggravante)であれ、原則として

料 故意を阻却することに疑いはないとされている。これに対して、被害者の一身 (la personne de la victime) に関する錯誤は、それが客体の錯誤であれ、方法の錯誤であれ、故意責任を阻却しないものとされているのである。以下では、判例において問題とされた事実の錯誤の事例を具体的に検討し、そこから「故意」概念についての判例の基本的理解のあり方を探ることにな

たい。

(1) G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Droit pénal général, 12<sup>e</sup> éd., 1984, n° 383 (前掲邦訳二七三—四頁)

(a) 故意を阻却する事実の錯誤——犯罪の本質的要素に関する錯誤

一 故意を阻却する事実の錯誤の例として一般に教科書で挙げられるのは、例えば、薬の代わりに誤まって毒薬を渡した薬剤師とか、他人を殺すつもりで自分の父親を誤って殺した息子の例である。その場合、薬剤師は毒殺罪〔仏刑法三〇一条参照〕の重罪ではなく過失致死罪〔同三一九条〕に問擬され、息子は普通殺人〔同二九五条〕とされ尊属殺人〔同二九九条〕の成立は否定されるのである。<sup>1)</sup>

ここでは、実際に裁判所で問題となった、被害者の年齢に関する錯誤、行為客体の法的意味に関する錯誤、行為事情に関する錯誤、あるいは被害者の承諾に関する錯誤などの事例につき紹介・検討した。<sup>2)</sup>

まず、被害者の年齢に関する錯誤が問題になった判例として、[1] 破段院一九〇二年一月四日判決<sup>3)</sup>は、売春宿の女経営者 (Femme Hourcade) が未成年者に対して常習的に淫行 (la débauch) を勧誘したとして刑法三三四条 (売春仲介罪)<sup>4)</sup> 及び一八一〇年四月二〇日法律違反の罪に問擬された事案につき、次のように判示した。

「——未成年者に対する淫行の常習的勧誘に関して、その犯罪の性質から暗に生ずる故意的要素 (élément intentionnel) は、裁判官によって明白に確認される必要のないものである。それゆえ、被告人が墮落させた子女達が未成年であることを被告人が認識していたということをことさらに言明することは、不必要である。或る種の事情のもとで、未成年者の淫行を常習的に援助していた者が、彼女らの年齢について誤まっていたと抗弁し得るとすれば、このような抗弁は、彼がその錯誤について責がないことを証明した限りで、認められ得るにすぎない。——ウルカドなる者は、第一審において、ただ単に、売春宿に困わ

れそして証人として尋問された娘達が、その年齢について誤解を招くほどに肉体的な発育を示していたと主張したにすぎないのである。彼女は、もっと正確に調査しなかった点について、自ら責任を負うほかはないであろう。彼女がそれを習慣としていたことは、彼女の述べた通りである。かような事情のもとで、異議を申し立てられた〔原〕判決は、暗に、しかし十分に上告申立人（ウルカド夫人）の主張に答えたのである。」

破毀院は本件において、この種の犯罪では、裁判官は故意についてことさらに言及あるいは認定する必要はないと判示している。<sup>(5)</sup> つまりここでは自然的要素、すなわち淫行を勧誘ないし援助するという客観的な行為が重要なのであって、故意は単に「言葉の上だけの表現」(expressis verbis)<sup>(6)</sup> にすぎないのである。判旨はさらに、被害者の年齢に関する錯誤の抗弁が容認されるのは、被告人にその錯誤について責がない場合に限りらるゝとして、本件では、被告人ウルカド夫人には実際に彼女が行っていたよりもっと嚴重な調査義務が課せられていたのであって、この調査義務を十分に尽くさなかった点に被告人の落度が認められるとして、錯誤の抗弁を付けたのである。ここでは行為者の錯誤が責あるものか否かが決定的なのである。本件では、被害者の年齢という犯罪の本質的要素についての認識（故

意）それ自身が問題ではなく、この要素に関して錯誤に陥ったことにつき責任があるか否かという、いわば「過失的要素」が行為者の有責性の有無の判断基準となっているように思われるのである。

次に、同じく被害者の年齢に関する認識ないし錯誤が問題となった事例として、〔2〕破毀院一九六三年一月六日判決<sup>(7)</sup>がある。事案は、被告人Xが一八歳未満のY女を誘拐したとして刑法三五六条（欺罔または暴行を用いない一八歳未満の者の略取誘拐罪）の罪に問われたものであるが、XはYの身なりなどから彼女が一九歳であると思っていたというものである。破毀院は次のように判示して、Xを無罪放免とした原判決を支持し、檢察官の刑法三五六条違反を理由とする上告を棄却した。

「——欺罔または暴行を用いない一八歳未満の者の略取誘拐のことで訴追されたXに対して、破毀を申立てられた〔原〕判決は、次のように述べて、Xの無罪放免を宣告した。すなわち、Yが一八歳未満の未成年であることの認識を被告人が持っていたかどうかという点につき、重大な疑問がある。Yの肉体的な外観、知力あるいは振舞は、Xをしてまさに一九歳であると思わしめるに足る性質のものであり、彼の恋人（であるY）は、彼に対し彼が自分の〔愛する〕者であるかの如き態度を示し、

加えて彼女は、両親の代理人たるPから、実際の若い年齢には釣り合わないような行動の自由を享受していたことも明白である、と。(原)判決はさらに、Xは(罪となるべき)事由を認識して行為したとは思われず、つまり彼は略取誘拐行為の遂行に際しYの年齢に関する錯誤に陥つていなかったとは思われず、従つて犯罪の故意的要素 (*élément intentionnel*) が特徴づけられていない、と付言している。——上に再録された理由から(原)判決は、犯罪的意思 (*intention delictuelle*) の証明が欠けていると宣言することによつて、その判断を正当化したのである。結局のところ、行為者が相当に (*raisonnablement*)、誘拐された人の年齢について思い違いをし、その人が一八歳以上であると信じたであろうような場合には、犯罪は存在しないのである。」(傍点引用者)

本罪も故意を前提としており、被害者の年齢についての認識が故意成立の重要な要素となつている。本件では、被害者の身体的特徴、その知力、振舞、生活環境あるいは被害者と被告人とのこれまでの関係等が考慮に入れられ、被告人が被害者の年齢につき錯誤に陥るについて「相当性」があるか否かにつきそれが肯定され、結論的に犯罪の成立が否定されるというような判断枠組が示されているように思われる。このような枠組は、

すでにガルソンが今世紀初頭に示していたものである<sup>(9)</sup>。本判決はこのガルソンの定式に従つたものに他ならない。もつとも、前記<sup>(1)</sup>判例と比較するならば、本件のような「相当性」判断の寛大さは異論の余地があるかもしれない<sup>(10)</sup>。いずれにせよ、ここでも錯誤の「相当性」判断(それは「身体的特徴」等といった客観的要素を資料として判断されている。)が直接的に故意犯の成否の問題と結びつけられている、と言つてよいように思われる。

二次に、行為客体の法的意味に関する錯誤が問題になつたものとして、例えば、<sup>(3)</sup>破毀院一九二六年一月一九日判決<sup>(11)</sup>が挙げられよう。事案は、農夫(M. Delannoy)が自分が畑に蒔いた豆を鳩が啄んでいるのを見て、それが伝書鳩か否かを吟味することなく発砲し、そのうちの一羽を殺害したが、それは後に伝書鳩であることが判明したというものである。ドウエ裁判所一九二六年三月一九日判決は被告人を無罪としたが、これに対してルダン氏(M. Ledent)とフランス伝書鳩協会が、「いかなる方法によつてであれ、自己の所有に属さぬ伝書鳩を捕獲もしくは殺害したる者、あるいは捕獲し殺害しようとする者は」罰金刑に処するとする一八九八年三月四日法律などの違反を理由として、破毀申立てをした。上告理由は、一八九八年三月四

日法律違反の罪は、伝書鳩の殺害が故意によって行われたかあるいは過失によつてか、さらにはその事情を熟知したうえで為されたかを問わず、純粹に違警的な性質の犯罪である、と主張したのである。原審が土地所有者に与えられる有害動物殺害許可は伝書鳩についても妥当するとした点については、破毀院は法的根拠を欠いているとし、一八九八年三月四日法律は一般のかつ絶対的なものであり、この法律に規定されている犯罪は違警罪を構成すると判示したが、さらに次のように述べて、上告を棄却したのである。

「……控訴院は、ドウラノフは発砲する際、その距離のゆえに、自分が伝書鳩を狙つてゐることに気づくことができなかつた、と判示している。かような事情のもとで被告人の無罪を宣告し、そして被告人側の故意 (intention delictueuse) の不存在を理由とするによつて、破毀を申立てられた〔原〕判決は、その判断を法律上正当化し、当該法律の厳正な適用を行ったのである。」〔傍点引用者〕

破毀院は、上告理由の主張を容れず、本法律は故意犯を原則としており、故意が存在しないかぎり犯罪は成立しないとす。破毀院はここでは、原審判決が故意の成立を否定した根拠として挙げている、行為者と鳩との「距離」の遠さといういわば客

観的な基準を承認しているように思われる。

次に、刑法四四四条〔收穫前の作物または苗木などを荒廢させる罪〕違反に関する判例として、〔4〕破毀院一九二九年一月七日判決は、被告人〔村長〕が善意から当該係争中の道についての権利を行使し得ると信じていた場合には、刑法四四四条が予定している行為の本質的要素である犯罪的意思を欠くがゆえに、犯罪は成立しないとす。すなわち、原判決は、訴訟において原告から提起された所有権に関する先決問題を重要でないとし、執行猶予を拒否し、被告人を無罪放免とした。これに対して原告が、刑法四四四条違反などを理由として上告したが、破毀院は、次のように判示してこれを棄却した。

「——破毀を申し立てられた〔原〕判決が認定し判示したところによれば、原告によつて提起された所有關係についての先決的異議は本件では無効であり、仮りに原告が係争中の道の所有者として認められるとしても、本件被告人は故意をもつて行爲したものではなく、自分が村長であるその村 (la commune) がこの道のうえに有している権利を行使できるものと善意から (de bonne foi) 信じていたことは明白である。——刑法四四四条によつて訴追される事実の本質的要素は故意である。」

本件では、刑法四四四条の罪が故意犯であることを明言し、<sup>(13)</sup>

行為者が「善意で」当該道に関する権利を行使し得ると考えていたのであれば、たとえ作物や苗木などを荒廃させるといふ自然的事実についての認識があったとしても故意を阻却すると判示しているのである。前記〔3〕判例が「距離」といいうわば客観的基準でもって故意を否定したのに対し、本件では、何らこのような基準に依拠することなく、行為者の「善意」を直截的に認定しているように思われる。

このほか、裁判所附屬吏に対する侮辱罪（刑法二二四条）の故意が問題になった判例として、〔5〕破毀院一九六七年四月二二日判決がある。被告人ドウラオッシュ（Delahoché George）は、公道上で起きた事故で通行止めになっていた所を通り抜けようとして歩道に自動車を乗り上げ、事故調査を取っていた裁判所附屬吏ミゲ（Miguet Robert）がこれ呼び止めた際に、彼を「じゃがいも（俗に、馬鹿野郎の意）」（ *patate* ）呼ばわりしたとして裁判所附屬吏侮辱罪で訴追され、併せてミゲによつて一フランの損害賠償を求め私訴がなされた。アミアン控訴院は、一九六六年一〇月一四日の判決で、公訴は消滅し（ *éteinte* ）、ミゲの損害賠償請求も認められないと判示した。これに対してミゲは、その理由の中で、裁判所附屬吏がその職務の尊厳および権威に対する毀損行為の客体であるならば、この毀損行為がた

とえ皮肉なあるいは無礼な表現（une expression ironique ou insolente）にすぎないものであったとしても、つねに侮辱罪を構成するのであつて、裁判所附屬吏を「じゃがいも」呼ばわりし、この者の身分を知つた後でも、なお挑発的で脅迫的な態度をとり続け「俺の自動車のナンバーを書き取れ！」とか「後で会おう！」とかの言辞を弄したことにより、被告人は、事情をよく心得たうえで、裁判所附屬吏の清廉（ *la délicatesse* ）を汚し、そしてその職務の尊厳および権威を毀損するという意図をもつて行為したのである、と主張して上告した。破毀院は次のように判示してこれを棄却した。

「——〔控訴院の〕認定事実によれば、控訴院は、本件の場合には、裁判所附屬吏に対する侮辱罪の構成的な諸要素は備つていないと評価することができた。——というのも、被告人が侮辱的なものとみなされ得る言葉を発した時には、その状況を考慮するならば、彼はミゲ氏の身分を知らず、刑法二二四条にもとづき訴追されるところの犯罪を特徴づけるような犯罪的意思（ *intention coupable* ）を持つてはいなかつたのである。他方において、ドウラオッシュがこの者の身分を知つた時には、彼はこの言葉（「じゃがいも」）で言わんとした意味内容（ *la portée* ）を和らげようとしたのであつて、この時にその執行吏に詫びの

言葉もかけず、〔原〕判決がはっきりと述べているように、この者に自分の自動車ナンバーを書き取るように申し向け、そして『後で会おう』などつけ加えたという事実は、侮辱罪を構成し得るものではない。それゆえ〔上告〕理由は根拠がない。」

上告理由が、侮辱罪が成立するには、行為の相手方が裁判所附属吏であるならば、皮肉や無礼な態度を示すもので足りると主張したのに対し、破毀院はまさに侮辱行為が必要であるととしてこれを斥け、しかも本件では、行為者において、この侮辱行為の際に、行為客体の身分についての認識が欠けていたとして、侮辱罪の故意を否定したのである。本件は、行為客体の「身分」という「規範的要素」についての認識が問題となった事案と言えよう。

三 更に、正式には未だ離婚していないにもかかわらず他の男性と内縁関係に入ったとしても、そこに不正な意思(不正な意思を「不正な意思」(intention frauduleuse)が認められないかぎり姦通罪の故意はないとするものとして、6)シャトー＝ティエリー軽罪裁判所一九四七年二月二日判決は、離婚調停中の妻JとF・ルイがそれぞれ姦通罪とその共犯として起訴され、Jにつきさらに私訴が付された事件に関する公訴部分について、次のように判示した。

「姦通罪が法律上成立するためには、不正な意思が不可欠である。〔原文改行〕本件の場合において、実際妻Jにつき姦通が存在し、Fがその相姦者であることが明白であるとしても、このような婚姻外の関係は、妻Jが自分の離婚判決が宣告されたことを通知する弁護士の手紙を受け取った後に、開始されたにすぎないものである。〔原文改行〕その〔離婚〕判決が行為の時にはいまだ未確定であったことを認めるとしても、本件被告人らがかような非難されるべき行為を行った時に、婚姻関係は解消したものと信じていたという事情を、我々は考慮しなければならぬ。〔原文改行〕不正な意思がないので二人の被告人は訴追されている犯罪を犯したのではない、と述べることは理由がある。」

また、〔7〕ラバル軽罪裁判所一九四八年一月九日判決も、類似の事件について姦通罪の故意について言及している。被告人である妻XとYはそれぞれ、予審判事の命令にもとづき、姦通罪およびその共犯の嫌疑で軽罪裁判所へ移送され、予審判事の共助の嘱託にもとづき、ラバル警察署長は一九四七年六月二八日付で姦通の事実に関する調査(un constat d'adultère)を作成した。ところがラバル民事裁判所によれば、一九四七年一月四日にX夫婦間の離婚判決があり、それが同年一月一七日に身分登記簿に登録された。ラバル軽罪裁判所は、配偶者間の協

力・扶助ならびに貞操の義務は離婚判決の登録の期日まで存続しているとしながらも、次のように判示して被告人らの故意を否定したのである。

「——警察署長による〔姦通〕調書は離婚判決の登録期日以前のものである。——被告人らは〔姦通の事実を〕否認しているが、……（調書の検討の結果）……妻XとYとの間に性的関係が持たれたことは明らかである。——姦通罪は、妻の側に、婚姻の効力として自分が貞操義務を負っているにも拘らず、自分の配偶者とは別の男性と性的関係を持つという犯罪的意思（あるいは、非難すべき意思）（*intention coupable*）があることを前提としている。本件の場合には、妻Xは善意から（*de bonne foi*）一九四七年一月一四日の離婚判決登録の法的効力について思い違ひをしていたのである。かくして犯罪的意思が欠けてい〔る〕……………」

このように姦通罪の故意が成立するためには、妻に、自分には配偶者があり、他の男性と交わることによってこの貞操義務を侵害するということの認識が要求されているのである。判例はこれを「不正な意思」あるいは「犯罪的意思」と表現しているが、それは貞操義務違反の認識、約言すれば違法性の意識に他ならない。そして行為者に、離婚が成立しているか否かとい

う法律的事実に関して、あるいは離婚判決登録の効力という非刑罰的法規に関して錯誤があるならば、故意は阻却されると判示しているのである。しかしながらこれらの事例が「事実の錯誤」とされるかあるいは「法律の錯誤」とされるかは必ずしも自明のことではない。<sup>(20)</sup> またその区別自体が決定的な意味を持っているわけでもない。ここでは違法性の意識をも含めた意味での「故意」の成否が問題となつていてと考えられるからである。<sup>(21)</sup>

四 負傷者の傷害の程度についての判断を誤り、刑法六三條第二項（危難者不救助罪）違反が問題となつた判例として、〔破毀院一九四四年一月三日判決<sup>(22)</sup>がある。事案は、一九四六年一月三日の晩、ルバン村（*la commune de Loubens*）の村長アバディ（*Abadie*）は、通りがかりの自動車運転手から、フェルナンデス氏（*le sieur Ferrandez*）が村長の家からそう遠くない所で自転車を倒したままで負傷しているとの通報を受けた。運転手はその負傷者を病院に運ぶことを申し出たが、アバディは、自分がその傷の具合をみて、もし入院が必要とあれば自分が彼を隣町の病院へ運ぶことを引き受けた。アバディは使用人を伴つてすぐにフェルナンデスのところへ駆けつけ応急手当を施したのち彼を道路わきの土手のところに寝かせた。彼はフェルナンデスが酒に酔つて一時的に気分が悪くなつていものと

思ったのである。アバデイが半時間後に再び様子を見にこの場所に戻ってみると、フェルナンデスの姿はもはやそこになかった。翌日の夕方彼が隣の納屋の中で意識不明で発見されすぐに病院に運ばれたが、彼は数時間後に死亡した。アバデイはこの事件で過失致死罪 (homicide involontaire) 及び危難者不救助罪で訴えられたが、ボルドー控訴院は一九四七年一月二二日の判決で彼に無罪を言い渡した。これに対して私訴原告フェルナンデス未亡人から上告がなされ、破毀院は次のように判示してこれを棄却した。

「——危難に瀕している者の救助を拒否したとかどで訴追されたアバデイを無罪とするために、(原審)判決は、当初から彼は、重大な傷害を負った者ではなく、酒を飲んで一時的に自分の悪くなった人を相手にしていると思っていたことが確認されるのであって、被告人は、被害者がそこに行くだけの力のあった納屋の中で意識不明で発見される二四時間後のその時まで、このような錯誤に陥り続けていたように思われる、と判示している。かくしてその証拠は、その犠牲的精神の美德のゆえによく知られかつ評価されているアバデイが、フェルナンデスが遭遇している危険の重大性 (la gravité de danger) を認識しており、かつ彼が故意に (volontairement) 救助を提供しなかった

ということを述べたものでは決してない。このような認定事実のもとでは、無罪の判決は法律的に正当であると思われる。実際、刑法六三条二項の規定は、その適用を受けるためには、被告人が、救助を必要としている人がさらされている危難の急迫した重大性 (le caractère d'imminente gravité du péril) を自ら認識しており、かつその危難を避けるために即座に処置をとるべき必要性を疑い得なかったことを要求しているのである。以上のことから(上告)理由は根拠がない。」

刑法六三条二項は、「故意に」(“volontairement”)救助を提供しなかった者だけを処罰の対象としているが、本件では、その故意の成立に関して、当該被害者の危難の「急迫した重大性」、および救助の「必要性」の認識を要求しているのである<sup>23</sup>。被害者がさらされている危難の「急迫性」や「重大性」あるいは救助の「必要性」の判断は、単に認知的な判断にとどまらず、程度を付したり、あるいは生活経験上の行動準則と照らし合わせることによってはじめて判断が可能となるもので規範的・評価的判断作用を要する「規範的要素」と言つてよい。しかもそれは、具体的な作為義務の認識の前提となるもので、ドイツおよび我が国の用語法というなら規範的構成要件要素と呼ばれるものである。刑法六三条二項は、このような規範的要素につい

ての認識を前提としているのである。

この他、強姦罪に関して、被害者の同意に関して錯誤がある場合に故意を阻却し得るとするものとして、(9)破毀院一九七八年一月一日判決がある。

- (1) Cf. Garçon (É.), Code pénal annoté, 1<sup>re</sup> éd., tome I, 1901-1906, art. 295 n° 58; Stefani, Levasser et Bouloc, op. cit., n° 382, p. 385 et s. [邦訳二七三頁]
- (2) Cf. Peuch (M.), Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, tome I, Légalité de la répression. Droit pénal général, 1976, p. 433 et s.; Peuch, L'erreur en droit pénal, Annales de l'université de sciences sociales de Toulouse, tome XXX, 1982, p. 65 et s.
- (3) D. (= Recueil Dalloz) 1902. 1. 528. なお、本稿ではとくにことわらない限り、「破毀院判決」とは「破毀院刑事部判決」を指す。
- (4) 一九四六年四月一三日法律による改正以前の刑法三三四条一項は、「二二歳未満の男子または女子に対して、常習として姪行もしくは放埒を勧誘し、補助しあるいはこれを容易ならしめ、もって風俗を壊乱した者」は、六月以上三年以下の禁錮及び五〇フラン以上五〇〇〇フラン以下の罰金に処すると規定していた。なお本条の規定の

変遷につき、 Cf. Garçon (É.), Code pénal annoté, 2<sup>e</sup> éd. (par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel), tome II, 1956, art. 334 à 335, n° 1 et s.; R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, droit pénal spécial, tome II, 1982, n° 1901 et s., p. 1541 et s.

- (5) 同旨の破毀院判決として、Crim. 19 mars 1942: Bull. Crim. n° 25, D. A. (= Recueil Dalloz analytique) 1942, 101, J. C. P. (= Jurisclasseur périodique: Semaine Juridique) 1942. IV. 101; Crim 16 janv. 1947: Bull. Crim. n° 23.
- (6) Merle et Vitu, op. cit., n° 1943, P. 1571.
- (7) D. 1965. 323 note Vouin; J. C. P. 1964. II. 13463, note Larguier; R. S. C. (= Revue de science criminelle et de droit pénal comparé) 1964, p. 375, obs. Huguency.
- (8) 本罪の成立には動機は何ら重要でないとされており、たとえ結婚目的のための誘拐であつても、故意の成否に影響しない。Aix-en-Provence 24 novembre 1949, D., 1950. 97, G. P. 1950. 1. 52, J. C. P. 1949. II. 5208, note A. C., R. S. C. 1950, p. 53, obs. Huguency; Trib. corr. Aubusson, 21 octobre 1954, J. C. P., 1955. II. 8749, note Colombini.  
もつとも、同条二項は、「略取され又は誘拐された未成年の女子 (une mineur) がその犯人と婚姻したときは、

犯人は、婚姻の取消を請求する資格のある者の告訴によるほか、訴追される「ことがない。」と規定している。

(9) Garçon (E.), Code pénal annoté, 1<sup>re</sup> éd., art. 354 à 357, n° 59.

(10) Cf. P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome I, *Droit pénal général*, par P. Bouzat, 2<sup>e</sup> éd., 1970, n° 181, note(1), p. 268.

(11) G. P. (＝ Gazette du Palais) 1927. 1239.

(12) S. (＝ Recueil Sirey) 1931. 159.

ちなみに、刑法四四四条は一九八一年二月二日法律八二号二五条により削除された。

(13) 動機がどんなものであれ、本罪が成立するためには、故意に (volontairement) 行為がなされたのでなければならず、本件のように行為者が作物は自分の物であると思っていたり、あるいは損害が事故や不注意によって引き起こされた場合 (par exemple, Cass. 21 octobre 1898, S. 1899. 1. 20 ; D. 1899. 1. 176) には、本罪は成立しない。

しかしながら、行為者は他人に損害を与えることを認識していればよく、積極的な加害意思 (l'intention de nuire) まで必要とされない。この点につき、cf. Goyet (F.), *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd., par M. Rousselet, P. Arpaillange et J. Patin, 1972, n° 1295, p. 908.

(14) D. 1967, 450 ; R. S. C. 1967, p. 859, obs. Vitu.

(15)メルル＝ヴィイチェは、侮辱罪は故意犯であり、行為の

違法性の認識と、この違法性にも拘らず行為するという意欲が同時に前提とされるとし、この違法性の意識 (la conscience de l'illicéité) は、次の三つの要素に分解される、と説明する。すなわち、① (本件判示が述べているように) 被侮辱者の身分の認識、② 言辭、動作、文書、図画または送付された物が侮辱を与える性質ものであることの認識、そして、③ 間接的侮辱 (被害者が不在の際に侮辱が行なわれる場合) については、さらに、狙われた人物にその侮辱が到達するであろうという認識が必要とされるのである。Merle et Vitu, *op. cit.*, tome I, n° 440, p. 336 et s. ; cf. aussi Goyet, *op. cit.*, n° 231, p. 156.

(16) G. P. 1948. I. 74 ; R. S. C. 1948, p. 299, obs. L. Hugueney.

なお、姦通罪について規定していた刑法三三六条ないし三三九条は、姦通を不可罰とする一九七五年七月一日法律六一七号一七条により削除された。

(17) J. C. P. 1948 II. 4119, obs. Lherondel.

(18) 共助の囑託につき、治罪法典 (Code d'instruction criminelle) 九〇条参照。なお、現行フランス刑事訴訟典 (Code de procédure pénale) 八一条四項および一五一条以下も参照 (法務資料三五八号および同四三三五号に、吉川経夫教授によるそれぞれの邦訳がある)。

- ところで、constat は「公正調査」などと訳されることもある(例えば、山口俊夫『概説フランス法上』(一九七八年)二九三頁)が、本稿では「調査」の訳語をあておく。我が国でも、一定の事実を報告し、一定の手続を認証するために作成される公権的な報告的文書について調査という語が使用されているからである。例えば、公判調査(刑訴法四八条)、検証調査(刑訴規則四一条)あるいは供述調査(刑訴法一九八条および二二三条)など。
- (19) フランス民法典第一編第六章「離婚」(二二九条〜三二〇条)は、一九七五年七月一日の「離婚の改革を定める法律」(第六一七号)によって全面的に改正された(これについては、稲本洋之助・吉田克巳・フランス民法典研究会「フランスの新離婚法」法律時報四八巻三号(一九七六年)九六頁以下参照)が、改正前の同法二二二条は、二二一条(離婚判決の身分登記簿への登録義務)の規定を受けて、その手続(本条一項ないし四項)および確定した離婚判決の効力と登録の効力(本条五項)について規定していた。本件で問題となった同条五項は次のように規定していた。
- 「確定した第一審または第二審判決は、配偶者間の効果に關し、その財産に關し、訴の提起 (*la demande*) の日に遡る。但し第三者に対しては登録の日からのみ効力を生ずるにすぎない。」

なお、改正前のフランスの離婚法制につき詳しくは、山本桂一「フランスの離婚法」比較法研究二号(一九五一年)一四頁以下、尾中普子「フランスの離婚法」(一)「ケース研究一四六号(一九七四年)一八頁以下、一四八号(一九七五年)二八頁以下参照。

- (20) これらの事例を法律の錯誤として説明する者(例えば、Garçon, *Code pénal annoté*, 2<sup>e</sup> éd., art. 336 et 337, n° 31; A. Françon, *L'erreur en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, 1956, p. 245; Stefani, *Levasseur et Bouloc*, op. cit., n° 380, p. 384 et s. [邦訳二七二頁]) もいれば、事実の錯誤として説明する者(例えば、P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome I, *Droit pénal général* (par P. Bouzat), 2<sup>e</sup> éd. 1970, n° 181, p. 268) もいる。なお、このような錯誤概念自体の(問題性を指摘するものとして) cf. M. Puech, *L'erreur en droit pénal*, *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse*, tome 30, 1982, p. 66.
- (21) フランス刑法における「故意」概念および法律の錯誤の問題につきさしあたり、福田平「違法性の錯誤」(一九六〇年)二八三頁以下、木村亀二「刑法の基本問題」(一九七九年)三〇〇頁以下参照。
- (22) D. 1955. 64, note Pageaud.

(23) ヴィチュは、古典的分析によれば、本罪の故意は、状況の認識 (connaissance) と法律の要求に反して行動する意思 (volonté) を同時に前提としている、という。彼の説明によれば、被告人は、①被害者がさらされている危難の認識と、②何もせず止まるという意思を持つていたのでなければならぬ。ともかくも、本罪の成否は、加害意思 (une intention de nuire) の存否だけに左右されるものではなく、また、動機が責任 (の存否) に影響を及ぼすものでもなく、<sup>1)</sup> と言うのである。Merle et Vitu, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> partie, n° 1809, p. 1465 et s.

(24) D. 1979, *Inf. Rap.* 120  
 ガルソンやヴィチュは、行為者が、被害者の抵抗が真剣なものではなく、承諾を排除するほどのものではないと善意から信じていたと認められる場合には、故意は阻却されると言う。Garçon, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> ed., art. 331 a 333, n° 45; Merle et Vitu, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> partie, n° 1855, note 4, p. 1505.

(b) 故意を阻却しない事実の錯誤——客体の錯誤ないし方法の錯誤

一 前節(a)でみたように犯罪の本質的要素に関する錯誤は原則として故意を阻却・消滅させる効果を持つのであるが、これ

に対して、犯罪の付随的要素すなわち被害者の一身 (la personne) に関する錯誤は、客体の錯誤であれ、方法の錯誤であれ、故意を阻却しないとされ、これがフランスの判例の揺るぎない立場となっている。ここでは判例がこれらの事例を処理するにあたり、どのような理由づけをしているのかを詳しく検討し、我が国および(西)ドイツにおける議論との異同を比較・分析する素材を提供したいと考える。

なお、実際に問題となった、客体の錯誤あるいは方法の錯誤として挙げられている事案は、そのほとんどが故意の殺人罪 (homicides volontaires) (刑法一九五条以下) あるいは故意の傷害および殴打罪 (Blessures et coups volontaires) (刑法三〇九条以下) である。

まず、客体の錯誤が問題になった判例として最初に挙げられるのは、<sup>10)</sup>破毀院一八三五年一月三一日判決<sup>1)</sup>である。事案は、被告人Xが、夜中に、Aを殺害しようとして、その相手がAであると人違いをして、Aの妻であるBを殺害したというものである。当初陪審員に提出された質問は、①被告人Xは、事件当夜、予謀をもってAの妻であるBに対して故意殺人を犯したか、②被告人Xは同夜、予謀をもって、Aに対する実行の着手により表明される故意殺人未遂を犯し、かつその張本人の意図とは

無関係の事情によりその結果を失敗したのにすぎないのか、というものであった。しかしながら弁論の末に、これに加えて、③前述Xは、予謀事情を伴って、Aの妻Bを殺害するつもりではなく(sans intention)、彼女の夫Aを殺害するつもりで(dans intention)、彼に向け発砲しているものと信じて彼女に向けて、彼女を死に至らしめる銃撃をわざと(volontairement)加えたことに罪があるか、という質問が追加された。Xは、③の質問についてだけそれが肯定され、オートヴィエンヌ重罪院によって、予謀はなく減軽事情があるととして刑法四六三条によって修正された刑法二九五条〔故殺罪〕および三〇四条が適用され、有罪を宣告された。Xからの上告に対して、破毀院は次のように判示してこれを棄却した。

「——〔原審審理の〕結果、上告申立人は、人を殺害するつもりで(avec intention de tuer)、わざと(volontairement)銃撃を加えたことにつき、有罪と宣告された。被告人が被害者として望んでいる人を死に至らしめないことは重要ではなく、彼が夫の代わりに妻に銃撃を加えたとしてもなお、彼は人を殺害するつもりでその死を引き起こしたことは確実である。——かような事実は故殺罪(Le crime de meurtre)を構成する。」

本件では、①の質問が肯定されれば、Xの意図しない妻Bに

対する謀殺罪(Le crime d'assassinat)の既遂が、②の質問が肯定されれば、Aに対する謀殺罪の未遂が成立することになる。が、新たに提出された③の質問についてだけこれが肯定され、しかも予謀事情はなくかえって減軽事情ありとして、Bに対する故殺罪(既遂)の成立を認めたものようである。どの点について減軽事情が認められたのか、あるいは被告人はどの程度の量刑を言い渡されたのかは判決文からは不明であるが、いずれにせよ、破毀院の判旨が、行為者の意図した人とは別の人を殺害したという事実は重要ではなく、およそ「人を殺害する意思」で「人の死」を惹起したならば、死亡したその被害者に対する故意殺人(本件では謀殺ではなく故殺であるが。)の既遂が成立する旨判示している点が注目されるのである。ここでは「人を殺害する意思」と「人の死」とが端的に結びつけられており、いわば抽象的に捉えられた故意と結果とを単に合算することによって故意既遂が認められているといつてよい。つまりそこで求められる「故意」とは、およそ「人を殺害する意思」あるいはおよそ「人を傷害する意思」という抽象的・一般的な概念であると言うことができよう。そして、これと同様の判示がその後の判決においても数多く見うけられるようになるのである。その意味で、本判例は客体の錯誤と方法の錯誤に関する先

駆の判例としての意義を有するのである。

さて、この(10)判例と同様の解決は、故意による傷害もしくは殴打から致命的な結果を生じたいわゆる結果的加重犯(刑法三〇九条)に関する(11)破毀院一八五三年四月七日判決<sup>(2)</sup>にも見うけられる。事案は、被告人Xが、Aに殴打を加えようとして誤ってBに刺し傷を負わせこれを死亡させたとして、同条により有罪とされたものである。Xはその上告理由で、過失致死か、あるいはAに対する結果を伴わない故意殴打の未遂が成立するにすぎない等と主張して、破毀を申し立てた。破毀院はこれを棄却したが、刑法三〇九条適用の点につき、次のように判示した。

「——法律によれば、刑法三〇九条によって訴追・処罰される有責性 (la culpabilité) は何よりも、死亡とかあるいは多少とも長引く就業不能を生ぜしめた殴打を加えるという意思 (a volonte) に存する。それゆえその意思は、非故意的殺人 (homicide involontaire) と異なり、またそれは殴打された人とは無縁のものである。本件では、単なる未遂だけでなく、現実に加えられた殴打があったのである。刑法三〇九条は、その結果が致命的な傷害をわざと (volontairement) 与えた者に適用されるのである。以上のことから、異議を申立てられた(原)判決はそれにつき正しい解釈をしたことが結論される。」(傍点引用者)

本件では被害者の死が、被告人の客体の錯誤によるものか、あるいは方法の錯誤によるものか、必ずしも判決からは明白でない。いずれにせよ破毀院は、刑法三〇九条の基本的要素として、人の死を生ぜしめるような傷害を加えるという意思を強調し、この「傷害意思」が現実に加重の結果が発生した客体に向けられていたか否かは問わないとしているのである。ここでも、およそ「傷害を加える意思」あるいはおよそ「殴打を加える意思」があれば「故意」は肯定されるのであって、その内容は、抽象的・一般的なものであると言えよう。

さらに、(12)破毀院一八五三年二月八日判決<sup>(3)</sup>は、誤まって意図した人とは別の人を殺害した場合には、故殺未遂罪と過失殺人罪の二罪が同時に成立すると主張する上告理由に対して、故殺既遂罪の一罪が成立すると明確に判示した。陪審員に提出された質問は次のようなものであった。①被告人Xは、日中、Aを殺害しようとの目的でAに向けてわざと (volontairement) 銃撃を加え、その銃撃が未亡人Bに命中し彼女を死に至らしめたことにつき、有罪か否か。②相被告人Yは、それと知りつつXを助け、もって故殺の共犯となったことにつき、有罪か否か。コルシカ島重罪院は、被告人等を故殺(既遂)罪およびその共犯として有罪を宣告した。これに対して被告人等は、Aについ

ては故殺未遂罪と過失致死罪が同時に成立し、それはBについての故殺〔既遂〕罪の共犯という判断をも当然に無効にする主張し、治罪法三四五条および一八三六年五月一三日法律違反を理由に、破毀を申立て上告した。破毀院は次のように判示してこの上告を棄却した。

「——前記Xは、殺人を犯すつもりで (avec une intention homicide) わざと (volontairement) 発砲し、かつ未亡人Bを死に至らしめたかどで有罪を宣告されたのである。それは、過失致死罪を伴う故殺未遂罪ではなく、唯一、かつ同一の犯罪 (un seul et même crime) すなわち故殺既遂罪を構成する。銃撃が予定していた人を殺すことなく、上告申立人がそれとは別の人に命合せこれを死に至らしめたことは重要ではない。それでもなお、彼が人を殺害するつもりでその死をもたらしたことは確実である。」〔傍点引用者〕

本件事案も客体の錯誤か方法の錯誤かは、判決文からは必ずしもはっきりしていないが、いづれにせよ、本件でも殺意の存在が強調され、故意未遂犯と過失〔既遂〕犯の同時成立の可能性は明白に否定されているのである。

〔13〕破毀院一八七九年六月一二日判決<sup>5)</sup>も、人の錯誤 (erreur sur personne) による殺人が問題となった事件で、その一罪性を強

調した。陪審員に提出された質問は次のようなものであった。①被告人Xは、Bを殺害するつもりはなくAを殺害するつもりで、Bという人物に向けてわざと (volontairement) 殺人を犯したことにつき罪があるか。②彼は予謀をもって行為したか。陪審員はこれを肯定し、被告人は有罪とされた。これに、対して被告人は、治罪法三四五条および一八三六年五月一三日法律違反〔すなわち、陪審への「複雑な質問の禁止」違反〕を理由として上告した。破毀院は次のように判示してこれを棄却した。

「——たとえ、陪審の答申から、被告人は〔実際に〕故意殺人 (un homicide volontaire) を犯した人物とは別の人物を殺害するつもりであったということが帰結されるとしても、そのような認定事実はそれでも唯一の加害行為 (un seul attentat) を構成するにすぎず、それは決して、一方でその被害者を殺害するつもりなく死に至らしめた暴行 (violence) と、他方で被告人が殺害しようとしていた人物に対する故意殺人未遂を構成するような、二つの相異なる犯罪性を示すものではない。このような区別は、一つの行為の諸要素を行為者の故意 (intention) と彼が〔実際に〕受け取った実行〔結果〕 (l'exécution) とに分離し孤立させることによって、その性質を歪め、陪審の答申によって確認されたような事実の現実から離れることになろう。

〔原文改行〕従つて主たる事実に関して提出された質問は、唯一、かつ同一の犯罪 (un seul et même crime) に関するにすぎないがゆえに、決して複雑性 (complexité) の不備を示すものではない。〔傍点引用者〕

本件では、陪審に提出された①の質問が、唯一かつ同一の犯罪に関するものであつて、複雑性を持つものではないといつてゐる。その前提には、本件行為が唯一の行為であつて、それは、二重の犯罪性の評価を受けるものではないという理解があるのである。ここで、行為者の「故意」と発生した「結果」とが唯一かつ同一の犯罪として評価されるのは、その「故意」と「結果」とが抽象化・一般化されているからに他ならない。

二 方法の錯誤に関しても、従来判例の立場を踏襲し、その一罪性を明確に判示したものととして、〔14破毀院一九二二年二月一八日判決<sup>(7)</sup>が挙げられる。事案は、被告人XがAを殺害するつもりでAに向けて発砲したが、銃弾はAには当たらず、Bに当たりこれを死に至らしめたというものであつた。事件は、一九二一年一月三日、ガルダイア (Ghardaia) 管区軍司令官の決定により、当該行為は、同時に、Aに対する故意殺人未遂とBに対する過失致死罪を構成するものとして、アルジェ軍事裁判所に付託された。同裁判所は、一九二二年一月一〇日の判

決で、被告人を有罪に処した。これに対して被告人は、軍事裁判所に提出された質問は矛盾しており、また刑法二条および二九五条の違反があるとして上告を申し立てた。破毀院はこれに答えて次のように判示して、前記軍事裁判所判決およびそれに先行する軍司令官による裁判所付託決定を破毀した。

「——人を殺害するつもりで犯された殺人は刑法二九五条により故意とされる。被告人が人を殺害する意思 (la volonté donner la mort) を持っている以上、殺人の故意 (intention homicide) は特徴づけられているのであり、たとえ彼が打撃を加えようとしていた人間とは別の人物を殺害したとしても同様である。(中略)——前記事案は、そこから被害者の死が生じた以上、故意殺人の未遂の性質を示すものではなく、まして被告人は殺人の故意で (dans une intention homicide) 行為した以上、それは非故意殺人の性質を示すものでもない。その上、軍事裁判官に提出された質問に対する裁判所の答申は矛盾しており、互いに相容れないものである。なぜならば、それらの答申は、一個の同一事実 (un même fait) についてなされているが、その同一事実が同時に故意的かつ非故意的なものと宣告されているからである。」〔傍点引用者〕

ここでも、破毀院は、従来判例の客体的錯誤に関する判例〔前記

〔10判例〕の立場を踏襲し、方法の錯誤に関しても、行為者に故意が認められる以上、過失犯たり得ず、さらに人の死という結果が発生しているがゆえに未遂となることもないとするのである。行為者における客体の特定は何ら問題にされていないのである。しかもここで注目すべきは、唯一の行為に対して同時に故意犯と過失犯の成立を認めるのは矛盾である、としている点である。本判決の注釈でルウが指摘しているように、破毀院は、Aに対する故意殺人未遂とBに対する過失致死との観念的競合の成立を否認しているのである。ここでは殺意と殺人結果とが、行為者の具体的意図を捨象したかたちに結びつけられ、行為の単一性によって犯罪の単一性も導かれてるように思われる。

さらに、客体の錯誤が問題になった<sup>(15)</sup>モンペリエ控訴院軽罪部一九四七年二月一二日判決<sup>(8)</sup>が、その判示の中で、被害者の身分 (‘identite’) に関する錯誤は故意的犯罪を消滅せしめるものではないと判断している点で判例は一致している、と述べているのが注目される。事案は、犯罪が発生した晩、被告人Xが小道沿いの垣根の背後にいた職務中の憲兵 (‘gendarme’) Aを泥棒と間違つて発砲し、彼に片目の摘出手術を要する程の重傷害を負わせたというものである。モンペリエ控訴院軽罪部は、正当防衛の成立を否定するとともに、客体の錯誤について次のよ

うに判示して、刑法三〇九条を適用して、被告人を執行猶予を付した二〇〇フランの罰金に処した。

「——彼が発砲した時、それは、彼が泥棒と信じているその者に当てようとする意図で為されたことは明白であり、そのことは被告人 (‘inculpe’) 自身によって認められている。(原文改行) 彼は被害者の身分 (‘identite’) について思い違いをしていたのである。(原文改行) この点に関する判例は、人に関する錯誤は、その効果として、故意的な殺人あるいは殴打および傷害の罪を消滅せしめるものではないとみなす点で、ほぼ一致している (‘Cass. 8 septembre 1826; 31 janvier 1835; 8 decembre 1853; 12 juin 1879; 7 avril 1883’)。〔原文改行〕その傷害は、居住者のいる住宅やアパートマンあるいはその付属家屋の囲いや塀あるいは入口を〔被害者が〕乗越えたりあるいは押し入ったりするのを拒絶したり、あるいはそれ以上に、暴行を伴う強盗あるいは略奪の犯人達から自らを防衛するために引き起こされたのではないがゆえに、〔被告人〕Xは正当防衛を援用するを得ない。……〔中略〕……本院は、犯罪が起きた晩に、現場に配備されている憲兵達およびXのそれぞれの位置について、Bが彼らに〔詳しく〕通知しておかなかったという重大な過失 (‘une grave imprudence’) を犯したという点を斟酌して、Xは大幅な情状酌量

の恩恵に浴すべきものと思料する。(原文改行)以上の理由により、〔本院は〕——問題とされている〔原〕判決を破棄し、Xを、Aに對し故意に(volontairement)暴行をはたらき、かつ二〇日を超える就労不能をもたらす傷害を負わし、もつて刑法三〇九条により訴追・処罰される軽罪を犯したかどにより、(執行猶予つきの)二〇〇フランの罰金に処する……。」

本件における行為者は二重の意味で錯誤におち入つてゐるようと思われる。つまり彼は当該客体が泥棒だと思つた点に客体の錯誤があるが、彼はまた、正当防衛の要件を具備しないにも拘らずこれを行使しうるものと信じて行為した点で正当化事由についての錯誤にある。正当化事由に関する錯誤は故意を阻却しうるのではないかとの問題設定も理論上は可能であるが、破毀院は、殴打意思の存在を認めることによつて、端的に故意犯としての殴打・傷害の罪の結果的加重犯を肯定したのである。

〔16〕破毀院一九六〇年一月一三日判決<sup>9)</sup>は、被告人Jが人混みの中でDに殴打を加えようとして過つてA夫人(私訴原告)の頭に殴打を加えたという事案につき、故意の殴打・傷害罪の成立を肯定したドゥエ控訴院一九五八年六月二七日判決の結論を支持した。原判決が確認した判断によれば、JがF夫人の頭に殴打を加えたのはDに殴打を加えようとしてのことである。破毀

院は、このような理由から、「JがF夫人を傷害したその行為は、まさに彼によつて故意に(volontairement)実現された行為である」と判示して、上告を棄却したのである。

本件の判決要旨について前記〔1〕判決が参照判例として引用されている。すなわち、暴行の行為者が打撃を与えようと望んだ人とは別の人に傷害を引き起こすという行為は、故意の暴行を構成するというのである。

さらに、方法の錯誤が問題となつた事例として、〔17〕破毀院民事第二部一九六五年一月二五日判決<sup>10)</sup>がある。被告人C・Lは、その母親L夫人と口論の末、道路から、窓辺にいたL夫人に向けて弾丸を発射したが、彼女に当たらなかつたので二発目を発射した。ところがそれは窓ガラスを破り、その破片が幼いA・Lに当たり、彼は右目の摘出手術を受なければならなかつた。

L夫人は、自分の息子A・Lが受けた損害の賠償を求め、特定の資格を得たものとしてC・Lを召喚した。これに対して被告人C・Lは、自分は過失による傷害を犯したにすぎず、事件から三年以上経過している本件私訴(民法一三八二条(不法行為責任))にもとづく損害賠償請求(刑法三〇九条による故意傷害罪)はともに時効にかかつていると主張した。パリ控訴院一九六四年三月一三日判決は、行為者は、望んだとは

別の人に傷害の結果が発生したとしても、彼が生み出したその全ての結果に対して責任を負うものであり、三年の時効を援用し得ないとして、刑法三〇九条を適用し被告人を有罪とした。被告人C・Lは、母親L夫人に対する故意の殴打および傷害の未遂と、A・Lに対する過失の殴打および傷害が成立するにすぎないと主張して上告を申立てた。破毀院は次のように判示して、これを棄却したのである。

「——上告理由は、控訴院が、その被害者を傷害するという意思が欠けているがゆえにC・Lは非故意的傷害の罪について責を負うにすぎないのに、本件では時効期間が一〇年であると宣告するために、本件所為は刑法三〇九条三項の適用のもとにあると考えた点を、非難している。——しかしながら、(原)判決は、C・Lがその母親に当てる意図で弾丸を発射したものであり、たとえ彼が当てようとした人とは別の人にその傷害が生じたとしても、彼はそれでもなお、故意の殴打および傷害を規定している刑法三〇九条の文言のもとで責を負うのであって、彼は単に予見しかつ意欲した結果についてだけでなく、生じ得る全ての結果についても責任を負うものである、と指摘している。かような暴行が目の喪失を生ぜしめたがゆえに、彼が犯した犯罪の時効は一〇年であったというのである。——かくし

て、控訴院は上告理由の言うような法律違背を犯すものではない。」

この他、例えば、工場内で起きた喧嘩に際して、従業員Xが見習Aに鉄片を投げつけたが、それは実際には別の見習Bに当たったという事案につき、[18]破毀院社会部一九七二年一月二六日判決は、そのような事実はある意欲 (une volonté) 実行することを意味することから、故意的な責任 (une faute intentionnelle) を構成せしめるのであって、この行為からその発生結果が予見されたか否かは重要ではなく、従業員の粗暴で危険な振舞いによつて十分に責任 (une faute) があることが特徴づけられ、またこのような責任の故意的な性格 (le caractère intentionnel) が、見習に当てその結果その者に身体的な傷害を加えようとする意欲から生ずるのであれば、犯人によつて狙われたとは別の人間にこの傷害が生じたことは、何ら重要でない旨判示した。

さらに、行為者が一人の人物を狙ったがそれとは別の複数の人に傷害を負わせたという場合につき、[19]破毀院一九七八年一月四日判決は、傷害の結果が発生した複数の被害者全員に対する故意犯 (予謀を伴った故意殺人未遂) の成立を肯定した。事案は、被告人Mはかつての従業員Aとかねてより係争中のとこ

ろ、Aに対し強力な爆弾を仕掛けた小包を送りつけたが、彼不在中に隣人がそれを開け、これによってMの意図しないB、C、DおよびEの四人が重傷を負ったというものである。被告人Mは、ニーム控訴院重罪公訴部によって、予謀を伴う故意殺人未遂および爆発物による現住建造物破壊未遂（刑法二条および四三五条参照）のことでヴァール重罪院へ移送された。被告人はこの移送決定に対して、狙われたのはA唯一人であり、実際の被害者達は自分達に送られたでもない小包を権限なく開封し、よって負傷したにすぎないのであって、B、C、DおよびEに対する殺人の故意は何ら特徴づけられていないと主張して、上告を申し立てた。破毀院はしかし、次のように判示してこれを棄却した。

「このような状態において、〔原〕判決の純粋な事実に関する記述について吟味しあるいは点検する必要のない本院は、上に展開された諸事実は、それが確証されたものと想定するならば、Mに対する訴追理由に関して、その全ての要素によって、刑法二条、二九五条、二九六条および三〇二条によって規定され処罰されるものの、B、C、DおよびEの妻Eという人達に対する予謀を伴ってなされた故意殺人の未遂犯 (le crime de tentative d'homicides volontaires commis avec préméditation)

を特徴づけるものであり、そしてその犯罪について被告人が訴追されたことが確認できる。〔原文改行〕この点で、一つの殺人の故意のもとになされた行為の被害者達が、犯人の意図の中で狙われていた人物とは別の人物であったとしても、重要でない。」本件では、行為者は一人の殺人を意図していたのに、狙ったAではなく思いがけない四人の被害者に傷害の結果が発生し、破毀院は被害者の全員に対する殺人未遂の成立を肯定している。これは、我が国の「故意の個数」を考慮しない「本来の」法定の符合説（ないし数故意犯説）と同様の結論である。

この他、最近のもとして、(20)破毀院一九八四年一月二日判決は、被告人Cが居酒屋で酔っ払っていたところ、店の用心棒Bがこれをつまみ出そうとし、Cはこれを防ぐためにB目がけてスツールを投げつけたが、それはおとなしくしていた他の客T（私訴原告）に当たりこれに傷害を負わせたという事案につき、これまでの判例の理論が維持されるべき旨を判示した。

三 このように、フランスの判例は、客体の錯誤も方法の錯誤も共に故意を阻却しないとして、両者の区別を否定している。判例は、両者に共通の理由づけでもって、この結論を支持しているのである。そこでは「Aを殺害する意思」か「Bを殺害する意思」かは重要でなく、およそ「人を殺害する意思」があれ

資料 ば故意が認められるのである。しかも、(15)判例にみられたように、結果が発生した以上未遂は否定され、およそ殺意が認められる以上過失ではないとして、抽象化された「故意」と抽象化された「結果」を単純に合算して故意犯の既遂を肯定している。

このような抽象化された「故意」と「結果」を基準とするこの論理的必然として、(19)判例にみられたように、「故意の個数」と「発生結果(被侵害法益)の個数」との対応関係は、もはや問題となり得ないのである。

このことから、フランスの判例は、我が国の「故意の個数」を考慮しない法定的符合説(数故意犯説)と同様の立場にあるものと言えよう。

- (1) S. 1835. I. 564.
- (2) S. 1853. I. 462; D. 1853. I. 174.
- (3) S. 1854. I. 283.
- (4) ラネエリスコは、これを客体の錯誤とみてみるべきである。 Cf. Radulesco (J.), L'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, 1923, p. 155.
- (5) S. 1881. I. 185. ヴィタル = ピニエルおよびサージュナールは本件を方法の錯誤とみてみるべきである。 Cf. Vidal et Magnol, Cour de droit criminel et de science pénitentiaire, 9<sup>e</sup> éd., 1949, tome I, p. 343, note 1; Bouzat et

Pinatel, op. cit., p. 269, note 1.

- (6) この法律は、陪審に対する質問形式を規定したもので、主たる事実、加重事情、法律上の有罪の事由、弁別能力の有無、そして最後に酌量事情について、順次、別々に投票しなければならぬとしている。陪審に対する質問の「単純性の要請」あるいは「複雑性の禁止」と、この法律との関係につき、cf. Garraud (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome IV, 1926, n° 1372 et s., p. 356 et s.; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, tome II, *Procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., 1979, n° 1427, p. 725 et s.
- (7) S. 1922. I. 329, note Roux.
- (8) G. P. 1947. I. 220; D. 1947. *Somm.* 22.
- (9) *Bull. Crim.* 1960, n° 15, p. 29.
- (10) D. 1966. 356; G. P. 1966. I. 240.
- (11) D. 1972. *Somm.* 33.
- (12) *Bull. Crim.* 1978, n° 5, p. 9; D. 1978. *Inf. Rap.* 330; R. S. C. 1978, p. 859.
- (13) *Bull. Crim.* 1984, n° 362, p. 960; G. P. 20 juill. 1985, p. 222, *Somm. obs.* Doucet; cf. Levasseur, R. S. C. 1985, p. 809.

### 三 学説の対応

前章で概観したように、フランスの判例は犯罪の本質的要素に関する錯誤は原則として故意を阻却するが、いわゆる人の錯誤ないし被害者の一身に関する錯誤は故意を阻却しないとしている。学説の大半も、このような判例の解決を基本的に承認してきた<sup>〔1〕</sup>。ところが「方法の錯誤」の取り扱いに関しては、通説・判例である「一罪説」に対して、極めて少数ではあるが、行為者が本来意図した客体に対する故意未遂犯と、意図しない結果に対する故意既遂犯、あるいは過失（既遂）犯の同時成立を肯定する見解がある。一部は我が国の具体的符合説にも対応しうるこの「数罪説」は、フランスではしかし依然として少数説にとどまっているのである。西ドイツでは具体化説が通説・判例であるとされながらも、近時、等価値説などが有力に主張されつつあり、これとは逆に我が国では従来法定的符合説が判例・通説とされながらも、具体的符合説が有力に展開され、事実の錯誤に関して両国で活発な議論が交わされている現況と比較するならば、フランスの刑法学説はかなり様相を異にしているように思われる。

そこで本章では、フランスの刑法学説が「客体の錯誤」ない

し「方法の錯誤」の問題をどのように捉え、またいかなる理論的根拠からそれぞれの所説を展開しているのかという点を中心に考察し、問題状況の相異点を明らかにしたい。

- (1) 例えは、Ortolan (J.), *Élément de droit pénal*, 4<sup>e</sup> éd., 1875, tome I, Nos 387 et 407 (仏国オルトラン氏著・井上正一訳『仏国刑法原論第一帙上巻』(一八八八年)三五七—一九頁および三八五頁); Chauveau et F. Hélie, *Theorie du code pénal*, 6<sup>e</sup> éd., 1887, par E. Villey, tome III, No 1227 et s.; Blanche, (A.), *Études pratiques sur le code pénal*, 2<sup>e</sup> éd., tome IV, 1888, art 295, no 471, et art 309, no 565; Villey (E.), *Précis d'un cours de droit criminel*, 5<sup>e</sup> éd., 1891, p. 116-7; Garraud (R.), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3<sup>e</sup> éd., 7 vol., 1913 à 1942, tome I, 1913, nos 308 à 311, et tome V, 1924, no 1855; Vidal et Magnol, *Cour de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9<sup>e</sup> éd., 1949., no 184; Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome I, *Droit pénal général*, par P. Bouzat, 2<sup>e</sup> éd., 1970, nos 180 à 181 bis; Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., 1984, nos 544 et 561, et tome III, 1982, nos 1707 et 1746; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 12<sup>e</sup> éd., 1984, no 382 (釋

登俊雄他訳『フランス刑法法(刑法総論)』(一九八一年) 一七二—一三頁) : Vouin et Rassat, *Droit pénal spécial*, 5<sup>e</sup> éd., 1983, nos 145 et 160; Pradel (J.), *Droit pénal* tome I, 4<sup>e</sup> éd., 1984, nos 475 à 477.

(a) 一罪説の論拠

一 フランスの刑法学説は、伝統的に、犯罪の本質的要素(ないし事情)に関する不知・錯誤は帰責不能事由になると理解してきたが、客体の錯誤および方法の錯誤については顧慮されないとするのが一般であった。<sup>(1)</sup>

客体の錯誤は、ローマの法学者パウルスが提示した解決法にその議論の起源を持つている。すなわち、パウルスは、行為者が相手をルキウス・ティティウスと間違えてガイウス・セウスにインユリアを加えたという事例について、たとえ行為者がガイウス・セウスを別の人と取り違えていたとしても、ガイウス・セウスは確かにそこに存在しているのであって、それゆえ彼はインユリア訴権を持つ、と述べたのであった。<sup>(2)</sup> 中世および近世の多くの刑法学者達も同様の解決を示していたようである。かような結論を支持する法律学的説明として、バルトル

スなどのように、犯罪の被害者に対する故意自体の成立を肯定する者もいたが、より一般的に支持されていた説明は、「悪業は、生じたものによってではなく、その意思によって評価される」(Maleficia non ex eventu, sed ex animo judicantur) という考えに依拠するものであった。<sup>(3)</sup> すなわちここでは、犯罪の結果ではなく、行為者の犯罪的意思ないしその計画が重視されていたのである。例えばショボーエリーは次のように言う。「彼(行為者)は被害者を取り違えたが、彼は自分の目に見えているその人物を故意に (volontairement) 打ったのである。かような意思が行為に加担したのであり、意思が行為に犯罪性を吹き込むのであって、行為者の錯誤はその犯罪性を消滅せしめるものではないのである」<sup>(4)</sup>と。

ルウも前出<sup>[14]</sup>判例の注釈の中で後者の説明の方が好ましいと主張する。彼によれば、人に関する錯誤は、単に被害者の肉体的個性 (l'individualité physique de la victime) に関わるだけでなく、法的な身分ないし条件 (sa personnalité et sa condition juridique) に関わることもある。例えば、普通の市民を打つ (traquer) と思つて役人に暴行をはたらく場合や、他人と思つて自分の親を殺害するような場合である。古代ギリシア悲劇の主人公オイディプスのように、相手をテーバイの国王でありか

つ自分の父親であるとも知らずに殺害したなら、彼は王の殺害者でありまた親殺しなのであろうか。もし殺人がその被害者に対するドルスにもつぎ意図的になされたのであれば、たしかに肯定的に答えられそうにも思われる。しかしながら今日、彼の知らぬ間にかつ彼の意に反して、殺人に加担したがゆえに、彼は王の殺害者でありかつ親殺したりうるといふ考えを、誰が受け入れるだらうか。それゆえ後者の説明に止まる方が良いように思われる。すなわち、その人について錯誤があるにも拘らず当該犯罪が故意的であるとされるのは、犯罪が成立するためには行為者に犯罪意思 (*animus delinquendi*) があれば充分だからである。実のところ、故意に行為するとは、我々が為すところのものを、そしてこの行為が生ぜしめるだらうと思つているところの諸結果を意欲しつゝ行為することである。かような責任が課されるためには、望んだ結果が実現する必要はない。たとえ、少なくとも何らかの結果が生ずることが必要であるとされても、それは純粋な思想を処罰しないためであり、「誰も思想によつて処罰されることはない」(*Nemo de cogitatione poenam patitur*) という原則を尊重するためである。悪事においては、我々は結果よりも意思を重視するのである。<sup>5)</sup> ルウはこのように、異なる犯罪の間の客体の錯誤(抽象的事実における客体の錯誤)

を引き合いに出して、現実には犯罪行為が行なわれた客体に対する故意そのものを肯定する見解の不当さを指摘するのである。

二 次に方法の錯誤に関しても、一罪説の論者達は、判例の見解を承認し、行為者の有責性 (*la culpabilité*) は主観的に評価されるべきであつて、行為者において一定の犯罪意思があり、それに附随して犯罪結果が発生したなら故意既遂犯を認めるべきであるとする。ここでもルウが比較的詳細な理由づけを試みているのが注目される。彼は数罪説を批判して次のように言う。

まず、行為者によつて狙われたが結果の発生しなかつた客体〔A〕に対して未遂を語るのには不正確である。というのは、単に実行の着手があるだけでなく、彼は殺人の意図を実現するための準備された全ての方法を尽くしているのであり、用語上の修正が必要であつて、未遂ではなく、完成された犯罪すなわち欠効犯 (*un delit manqué*) が問題になるからである。次に、打撃が実際に当たつた客体〔B〕に関して過失犯を語ることは、より不正確なことのよう思われる。たしかにその被害者〔B〕が打たれたのは錯誤にもつぐものであるが、行為者が殺意から (*cum animo necandi*) 行為した時には、人に関する錯誤はその犯罪の本質を変えるものではなく、これに故意犯としての性格を与えるものであると、我々は考えてきた。同様のことは、

方法の錯誤の場合にも当てはまるのである。たしかに、客体の錯誤と方法の錯誤との間には、前者では行為者の加害意思(animus)と加害結果(eventus)とは、その対象において同一の個体に発生しているが、後者では異なる。しかしこのような分散(eparpillement)は区別の理由ではない。というのは、客体の錯誤について故意犯を肯定するのは、犯罪意思の存在で充分であるとされているからである。方法の錯誤によって意図したとは異なる結果が生じたとしても、行為者は殺人を意図して行為したがゆえに、そのくい違いは重要ではない。彼は単に軽率や手際からそれを犯したのではなく、極悪人(un scelerat)なのであって、刑法を厳正に適用すべきである。一人の被害者が存在しているがゆえに、我々は行為者に対して既遂犯の責任を問うのである。それ以上に、狙われたが当たらなかった人物(A)に関する欠効犯を行為者に帰責するのは矛盾しているように思われる<sup>(6)</sup>。と。このようにしてルウは、行為者に犯罪意思があり、かつ行為者が当初意図した客体(A)とは異なるにせよ、同種の犯罪結果が発生したならば、既遂犯が認められると主張するのである。そしてさらに、一つの行為によって犯罪の數罪性を肯定する數罪説を批判して次のように議論を展開する。

數罪説の言うようにAに対する未遂をも考慮するとなれば、

単一の行為によって異なる二つの犯罪が成立しうることを明らかにしなければならぬだろう。確かに犯罪の単一性(unité)あるいは複數性(pluralité)の概念はなお曖昧であるが、行為者の計画(意思)および行為が唯一しかない場合には、被害者の複數性が犯罪の単一性を妨げるものではない。例えば二つの時計を同時に盗んだ場合、その時計が別の二人の所有に属するなら窃盜の二罪、同一所有者に属するなら窃盜の一罪が成立するという結論を、我々は認めないであろう。確かに、殺人罪において、狙った被害者を殺すことなくあるいは傷つけることもなかった行為に殺人既遂(homicide réusé)の罪名(qualification)を帰するのは、非論理的なようにも思える。しかしながら、この殺されずにすんだ人物(A)に関する罪名は、その加害行為の中で死んだ被害者(B)に対して犯罪行為が襲ったという罪名の中に吸収されている(être absorbé)のである。陪審に対して多數の罪名が提示されるのは訴訟法上の理由にもとづくものであって、犯罪の単一性の問題とは直接には関係ない。それではガルソンが言うように、弾丸が逸れて誰にも当たらず無駄になったならば未遂が存在し、その打撃が逸れて第三者に打ったならばこの未遂は消滅するなど、どうして考えることができるか。第一の場合には、犯罪計画の実行は未遂段階(よ

り正確には欠効犯の段階)に止まっており、我々は当然ながら未遂犯を認める。第二の場合には、計画の実行はより完全な(完全 complete)なものである。そこには一人の人間の死がある。それゆえ我々は、殺人者がそれを望んでいないとしても、法律的に完成された犯罪すなわち既遂犯(一罪)を認めるのである。

我々はもはや、結果として生じたものを吸収してしまうこの段階より以前には止まっていけないのである。同様に、犯罪の遂行を遂げ未遂犯として責任が問われている者に、さらに予備行為の名のもとに責任を負わせるだろうか。明らかに否である。我々はもはや、犯罪の完成(Consummation)以外は考慮しないのである。以上のような論拠を背景として、破毀院判決(前出[14]判例)は、単一の行為によって複数の犯罪の成立を認めることを拒否しているものであり、同一の行為が同時に故意的でありかつ非故意的なものとは宣告され得ないことを確認することによって、破毀院は、暗にしかし明確にいわゆる犯罪の観念的競合(Le concours idéal d'infraction)の成立を否認しているのである。

ルウの以上の論証で特徴的なのは、まず第一に、窃盜の事例のように被侵害客体が複数であっても犯罪の単一性を否定する理由にはならないとして、これを殺人についても適用している

点である。次に、予備から未遂へ、未遂から既遂へ至る犯罪の発展段階に依じて、それぞれ前者は後者に吸収されるといふ「吸収関係」あるいは「補充関係」の論理を、方法の錯誤により意図しない客体に結果を発生させた場合にも適用している点である。ここでは犯罪の単一性、複数性を判断するに際して、具体的な行為客体(ないし被侵害客体)が単一であるか複数であるかは決定的基準とはなっていないように思われる。また、我々の観点からすれば罪数論における一罪性の論理と考えられるものが錯誤論の中に忍び込んでいるように思われるのである。

三 ガローも、客体の錯誤および方法の錯誤のいずれも故意の犯罪性ないし有責性に影響を及ぼすものではない、と主張している。彼によれば、故殺罪が成立するには、行為者が殺害の意図を伴って(avec intention de tuer)死を惹起したことで足り、特定されたその人物を故意に殺害することは必ずしも必要でないのである。彼は、古法(l'ancien droit)において例えばジュス等によって示されていたかような解決は、フランスの判例によっても承認されてきたとして、前出[10]、[11]あるいは[13]判例等を引用する。そしてこのような解決に関連して疑問が生じうる次の三点について、興味ある議論を展開している。

まず、a) いわゆる共犯と錯誤の事例として、例えば、教唆者

甲が実行行為者乙にA殺害を依頼したが、乙は人違いによりBを殺害した場合、甲は乙と同じ責任を負うべきかという点につき、次のように言う。甲は、報酬を与えたりまたはその約束をすること等によって一つの殺人を(a un homicide)をそのおとしたのであり、彼は、乙によって為された故殺あるいは謀殺の、実効的かつ故意的な第一原因(une cause première, efficiente et volontaire)であり、甲は、乙に殺人計画の実行を委ねることによって、乙がその実行の際に犯すかもしれない錯誤の可能性を前もって受け入れたのである。ガローはこのようにして、実行行為者の錯誤は教唆者の責任を減ずるものではなく、甲は乙と同様の責任を負うべきものと結論するのである。次に、b)、行為者が望んだが結果の発生しなかった人物について、更に、故殺未遂を考える余地はないのかという点につき、犯罪は、既遂・未遂を問わず、身体的・自然的要素と知的・心理的要素の双方から構成されるものであって、錯誤によって実際に加えられたBへの殴打・傷害行為は、望んだAの死を惹起する性質を持たないのであり、Aについては意図(intention)しかない(すなわち自然的要素を欠く)のであって、法的な条件を満たしていない事実について未遂を認めることはできない、とガローは主張する。したがって、錯誤によって実際に殺害された人物につ

いての故殺、既遂のみが成立することになる。そして第三に、c) 行為者の錯誤は予謀(préméditation)を排除しうるか否かという点につき、次のように言う。例えば、他人を殺害するつもりで誤って別の人を殺害した場合のように犯罪の本質に変更をきたさないとき(これに対して、父(他人)を殺害しようとして他人(父)を殺害したような場合には、犯罪の本質に変更をきたすと言う)には、殺害意思が予謀されたものであるか否かは重要である。予謀は行為者の悪しき性質を表わす一つの意思形式に他ならず、行為者の錯誤がその犯罪意思を排除せず、またその強さを減ずるものでない以上、人に関する錯誤に予謀を排除する効果を認めるわけにはゆかない。ガローはこのような理由から、前出[13]判例が予謀を否定しなかった点を正当なものとして評価している。

以上のガローの議論につき、二三、問題点を指摘しておきたい。まず、共犯と錯誤に関して、ガローが、教唆者は実行行為者の錯誤の可能性を「前もって受け入れ」ていると言うが、これは、教唆者にまさに発生結果についての未必の故意ないしは概括的故意が肯定できる場合であり、ここで問題とすべきは、むしろ、教唆者が実行行為者の錯誤を予見していなかった場合ではあるまいか。共犯と錯誤が問題とされるのは、実行行為者

(正犯)の錯誤が同時に共犯にとつても錯誤となるからであつて、実行行為者の錯誤を予見しているのであればそれは共犯の故意の中にあるのであつて、共犯について格別錯誤を論ずる意味はない。その意味で、ガローの議論の後段は余分な論証である。彼の議論の要点は、教唆者がおよそ「殺人をそののかし」、現実が発生した死に対する「第一原因」となつたという点にあると考えられる。ここでもおよそ「人の死」を惹起することが故意既遂を肯定する論拠となつていると思われ、やはり、抽象化された「殺害(惹起)意思」が問題となつていゝのではあるまいか。次に、狙つた人物に対する故殺未遂の成立する可能性を否定する論拠として、ガローは、この場合自然的要素が欠ける点を挙げる。ガローは、Bへの加害行為はAの死を惹起する性質を持たないと言うが、客体の錯誤の場合には、Aは犯行の現場に居ないことから、そのように言うことは容易であらうが、方法の錯誤に関しては、若干疑問が残る。Aもその加害行為によつて死への危険にさらされていた、とも言えるからである。後に見る数罪説との決定的な相違は、行為者が実現しようと望んだ犯罪結果を生み出すのに不適切であつた行為につき、B殺人既遂とA殺人未遂という二重の評価を認めるか否か、にある。ガローは、犯罪成立には、心理的要素と自然的要素の双方が必

要であると言うが、心理的要素については、「A殺害意思」を抽象的な「殺害意思」を媒介として同時に「B殺害意思」として評価しながら、自然的要素については、具体的な行為の性質(すなわち、Aの死を惹起し得ないという行為の性質)を問題にしているのである。彼はここでは何故、「B殺害(既遂)行為」を抽象的な「殺害行為」を媒介として同時に「A殺害(未遂)行為」として評価しないのであろうか。「意思」の面では抽象的に捉えながら、「結果」の面ではより具体的に捉え、その意味で抽象化の度を異にしているようにも見うけられる。このように考えるとガローのb)の議論は必ずしも説得的なものとは思われな。かくして、ガローも結局のところ、判例と同様、抽象化された「殺害意思」と抽象化された「殺害結果」との合算によつて、故殺既遂(二罪)の成立を考えていると見るほかないのであるまいか。

- (1) フランス古法における事実の錯誤論については、cf. André Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, 1970, p. 94 et s.; A. Laingui et A. Lebigre, *Histoire du droit pénal, I, Le droit pénal*, 1979, p. 41 et s.

- (2) Paulus, D. 47, 10, 18. 3.

- (3) Cf. note par J.-A. Roux, S. 1922. 1. 329 (= Crim. 18 févr. 1922).
- (4) Chauveau et F. Hélie, *Theorie du code pénal*, 6<sup>e</sup> éd., 1887 (par E. Vileley), tome 3, n<sup>o</sup>. 1228, p. 470.
- (5) Roux, op. cit. p. 329.
- (6) *Ibid.*, p. 329 et s.
- (7) *Ibid.*, p. 330
- (8) したがってここからは、被侵害「法益」の種類ないし個性の相違に応じて客体の特定を問題にするといった発想(例えば能勢弘之「事実の錯誤」中山・西原・藤木・宮澤編『現代刑法講座第二巻』(一九七九年)三二七—八頁、柏木千秋「法定的符合説と罪数」平場・平野他編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』(一九八四年)二六一頁以下、Thomas Hillenkamp, *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierung bei abweichenden Tatverlauf*, 1971, S. 112ff.)が、生れつゝなご。
- (9) Garraud, op. cit., tome V, n<sup>o</sup>. 1855, p. 149 a 150.
- (10) *Ibid.*, p. 151.
- (11) *Ibid.*, p. 151 a 152.
- (12) *Ibid.*, p. 152 a 154.
- (b) 数罪説の論拠

一 方法の錯誤に関して、行為者が当初意図し狙った客体(A)に対する故殺の未遂犯と、意図せず実際に当たった客体(B)に対する故殺既遂罪あるいは過失致死罪の二罪ないし数罪の成立の可能性を肯定する者としてガルソン<sup>(1)</sup>、ドンヌデュ・ドゥ・ヴァープル<sup>(2)</sup>、そしてルスレ<sup>(3)</sup>等が挙げられる。このうち、ガルソンは、Aに対する故意犯の未遂とBに対する故意犯の既遂を考えているようであるが、他の二人は、(西)ドイツの具体化説および我が国の具体的(法定)符合説と同様に、Aに対する故意犯の未遂を、そしてBに対する過失犯の既遂を考えているようである。

ガルソンはAに対する未遂を法律上消滅させることはできないとしてこれを強調したが、Bに対する故意犯の既遂を否定していない点からすれば、「罪説の論拠になお親近感を抱いているのであるうか。以下ではその主張内容を検討することにした。ガルソンは数罪説を主張するにつき、単に錯誤によって殺害された人物に対する殺意 (*animus necandi*) を問題にするだけでなく、行為者が殺そうと意図した人物に対する故殺の未遂をも考慮せざるを得ない所以を、三つの類型に分けて説明している。彼は次のように言う。まず第一に、もし弾丸が逸れて無駄になったならば、誰も狙ったAに対する未遂を否定しないであろう。

意図しないBに当たったことよつてこの未遂が消滅することなど、どうして認められようか。確かに、Bに対する故殺既遂(jun meurtre consommé)が成立するがゆえに、實際上、このような未遂を際立たせることは無駄なようにも思われる。しかしながら、破毀院(前出<sup>10</sup>)判例——筆者注)も、陪審に提出された三つの質問形式の適法性を認めたくうで犯罪の単一性(なしいし一罪性)を肯定しているのであつて、この見解を否定しようとしたわけではないと思われ<sup>4</sup>。第二に、狙つたAと意図しないBに同時に当て、A傷害およびB死亡の結果になつた場合には、Aに対する未遂を際立たせることが不可欠であるように思われる。例えば、暗殺者がAに向け弾丸数発を発砲しこれを傷害したが、一発の弾丸がBを殺害した場合、あるいは、Aに向け弾丸一発を発砲しこれを傷害したが、跳ね返つた弾丸がBを殺害したような場合がそれである。この場合、我々は明らかに、被害者(A)に対して多かれ少なかれ重大な傷害を惹起したところの、完全に特徴づけられた故殺未遂を度外視することはできないのである<sup>5</sup>。最後に、錯誤により当たつた第三者(B)が傷害にとどまり、彼に対しては殺人が完成されない場合もありうる。例えば、行為者がAに対し故意に(volontairement)発砲し、彼を殺害、傷害、あるいはこれに失敗するかのいずれ

かであり、弾丸がBを傷害したにすぎないような場合である。我々は、法律上、Aに対する故殺(既遂)あるいは故殺未遂と、Bに対する故殺未遂が存在すると判断するようにと導いてきた。というのは、我々としては、被告人を(AおよびBの)双方に対する訴追理由で起訴する方がより良いと考えるからである<sup>6</sup>。ガルソンによれば、一人の人を殺害する意図で複数の人に傷害もしくは死亡の結果を発生させた場合には、その全員に対して故意が成立し、それぞれ結果に応じて故殺の未遂か既遂のいづかを決することになる。ここでは故意の「個数」は問題にされてはいない。むしろガルソンの論拠の主眼は、行為者の狙つたAに対する未遂が法律上消滅し得ないことを強調する点にある。この点からすれば、ガルソンの見解は我が国の故意の「個数」を考慮しない本来の法定的符合説と同じものである。すなわち、一つの故意行為によつて数個の未遂ないし既遂の結果が発生すれば、それぞれの客体ごとに、故意未遂あるいは故意既遂を決定することになるのである。本来意図したAに対する故意(未遂もしくは既遂)犯が成立するだけでなく、意図しない「併発結果」についても故意(未遂もしくは既遂)犯が成立するというのである。

これに対して、ドンヌデュ・ドウ・ヴァーブルはドイツのメ

ツガールの教科書を引用しながら、方法の錯誤の場合には、より正確な法律学的分析から、単一の犯行為は二つの異なる犯罪に分解されると言う。すなわち、行為者が狙った客体に対する欠効犯と、実際に当たった客体に対する過失犯が成立するといふのである。そしてこの問題は、刑の量定ないし陪審への質問方式という二つの観点からも興味深いものである、とするのである。<sup>(7)</sup> ルスレ等も同様の見解を示している。<sup>(8)</sup> しかしながら、彼らはそれ以上に詳しい論証を行っていない。一罪説の圧倒的優位の中にあつて、我が国の具体的符合説に相応するこの数罪説は、何ら説得的な議論を展開してはいないのである。我が国および西ドイツの問題状況との間に著しい相違があるものと言えよう。

二 このように、一罪説の論拠が本来意図したAに対する「未遂」部分は、併発結果を故意犯として評価することによつて吸収され尽しているとして、被害者の単数・複数は問題にしないのに対して、ガルソンの数罪説は、被害者ごとに犯罪の成否を論ずべきであり、訴追も、被害者ごとに、それに応じた罪名でなすべきだといふのである。ここには、犯罪の一罪性(単一性)ないし数罪性(多数性)についての考え方に、根本的な相異があるように見うけられる。すなわち、一罪説がもつばら行為者

の主観的側面を中心にして犯罪の成否ないし個数を判断しているのに対し、ガルソンの数罪説は、行為者の主観的側面とあわせて具体的な犯罪結果をも考慮に入れて、被害者ごとに犯罪の成否ないし個数を判断しているのである。もつともこの数罪説も、一罪説と同様、行為者におけるおよそ人を「殺す意思」とかおよそ「傷害・殴打する意思」といった抽象化された「一般的故意(犯罪意思)」を基準に故意犯の成否を論じているのであつてその「故意」概念の抽象化・一般化の程度においてもう一つの数罪説と根本的に異なるものと言えよう。いづれにせよ、一罪説とガルソンの数罪説との基本的相違点は、犯罪の成否ないし個数を決するにあつて、行為者の主観的側面(抽象化された意味での「故意」か、過失かといった問題)に加えて、具体的な犯罪結果をも考慮に入れそれを判断材料とするか否か、についての見解の相異に基因するように思われる。とすれば、この問題は「罪数論」についての基本的理解の相異を反映しているとも推察され、フランス刑法学における「故意論」ないし「罪数論」の全体的理解を前提としたうえで、それぞれ、それぞれの学説の正当な評価あるいは批判が可能になるものと思われる。そこで次章以下では、さしあたりその「故意論」を考察の対象とし、事実の錯誤論との関連につき、若干の検討を加えること

22467°

- (一) Garçon (É.), Code pénal annoté, tome I, 1901-1906, art. 295, n° 60 et s. ; aussi Decocq (A.), Droit pénal général, 1971, p. 210.
- (二) H. Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénal comparée, 3<sup>e</sup> éd., 1947, n° 136, p. 84.
- (三) Goyet (F.), Droit pénal spécial, 8<sup>e</sup> éd., par M. Rousselet, P. Arpaillange et J. Patin, 1972, n° 599, p 410 et s.
- (四) Garçon, op. cit., n° 69.
- (五) Garçon, op. cit., n° 70.
- (六) Garçon, op. cit., n° 71.
- (七) Donnedieu de Vabres, op. cit.
- (八) Goyet, op. cit.

(未完)

## L'ERREUR DE FAIT DANS LE DROIT PÉNAL FRANÇAIS

Choshin NAGAI\*

I. Introduction

II. La jurisprudence

- (a) L'erreur qui exclut l'intention—l'erreur portant sur l'élément essentiel du délit
- (b) L'erreur qui n'exclut pas l'intention—l'error personae et l'aberratio ictus

III. La doctrine

- (a) La théorie d'une seule infraction, pensant que il y a une seule infraction intentionnelle dans le cas de l'aberratio ictus
- (b) La théorie de plusieurs infractions, pensant que il y a une infraction manquée à l'égard de la personne qu' on voulait frapper et une infraction intentionnelle (ou un délit d'imprudence) à l'égard de la personne atteinte par erreur

(à suivre)

IV. La notion de l'intention (dol) et l'erreur de fait

V. Considération

VI. Conclusion

---

\* Assistant à la Faculté de Droit de l'Université Hokkaido