HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	犯罪論における同時存在原則について
Author(s)	瀬川, 行太
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第11953号
Issue Date	2015-09-25
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k11953
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60147
Type	doctoral thesis
File Information	Kota_Segawa.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

学位（博士）請求論文

犯罪論における同時存在原則について

瀬川 行太

目次

序章
1　責任能力・故意と同時存在原則
2　犯罪構成要素と同時存在原則
3　本稿の視点

第一章　ドイツにおける同時存在原則
第一節　問題の所在
第二節　学説
1　同時性原理・連関性原理から説明する見解
2　形式的同時性・規範的同時性に分類して説明する見解
3　検討
第三節　非同時的事例の分類
1 前・答責性グループ
2 事後的グループ
3 内在的グループ
4　検討
第四節　小括

第二章　故意犯と原因において自由な行為
第一節　問題の所在
第二節　故意犯と原因において自由な行為
1 判例
①我が国の判例
②ドイツの判例
2 学説
①例外モデル
②構成要件モデル
3 私見
4 私見と判例の関係
第三節　実行行為途中からの責任能力の低下
1 問題の所在
2 判例
①我が国の判例
②ドイツの判例
3 検討

4 私見
第四節　小括

第三章　過失犯と原因において自由な行為・違法性の意識の可能性
第一節　問題の所在
第二節　過失犯と原因において自由な行為
1 判例
①我が国の判例
②ドイツの判例
2 学説
①原因において自由な行為は不要であるとする見解
②原因において自由な行為は必要であり、構成要件モデルの立場に立脚する見解
③原因において自由な行為は必要であり、例外モデルの立場に立脚する見解
3　検討・私見
第三節　違法性の意識の可能性
1 問題の所在
2 判例
3 学説
①間接的行為責任論を主張する見解
②故意責任を二種類に分ける見解
4 検討
第四節　小括

第四章　自招防衛・自招危難
第一節　問題の所在
第二節　自招防衛・自招危難
1 学説
①例外モデルに基づく統一的解決を主張する見解
②構成要件モデルに基づく統一的解決を主張する見解
③事前責任論に基づく統一的解決を主張する見解
2 検討
3 私見
第三節　小括

第五章　遅すぎた結果発生・早すぎた結果発生・事後的な故意の発生

第一節　問題の所在

第二節　遅すぎた結果発生

1　判例

①我が国の判例

②ドイツの判例

2 学説

①第一行為と第二行為は分断すべきという観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解

②形式的同時性・規範的同時性の観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解

③訴訟法上の行為概念に依拠すべきではないという観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解

3 検討

第三節　早すぎた結果発生

1 判例

①我が国の判例

②ドイツの判例

2 検討

①予備行為と同時存在原則

②未遂の故意・既遂の故意と同時存在原則

③一連の行為と同時存在原則

補論：離隔犯・間接正犯との関係

第四節　事後的な故意の発生

1 問題となる事例

①盗品保管罪のケース

②大麻譲受け罪のケース

③承継的幇助のケース

④承継的共同正犯のケース

2 検討

①盗品保管罪のケース

②大麻譲受け罪のケース

③承継的幇助のケース

④承継的共同正犯のケース

第五節　小括

終章

序章

1　責任能力・故意と同時存在原則

これまで、「同時存在原則」（Koinzidenzprinzip）いう言葉は、主に「原因において自由な行為」の場面で、「実行行為[1]と責任能力の同時存在原則」という形で用いられてきた。個別行為責任の観点から、責任の各要素は、行為者が実行行為を行う時点に存在しなければならない。それゆえに、「原因において自由な行為」の場面では、結果行為時には、行為者には「責任能力」が欠如しているため、「同時存在原則」を貫徹すると、行為者に責任を問うことができない。しかし、責任能力欠如の状態を招いたのは行為者自身である点に鑑みれば、行為者を不可罰とすることは、刑事政策見地からも妥当でないといえる。そこで、このような場合に、刑法 39 条の適用を排除し、行為者に完全な責任を認めるものが「原因において自由な行為」である。

「原因において自由な行為」では、なぜ行為者に結果行為について完全な責任を問えるのかという問題について、様々な説明がなされてきた。詳細は、本稿二章で詳しく検討するが、大別すれば二つの見解がある。一つは、原因行為を実行行為と解することで、同時存在原則を満たすもので、「構成要件モデル」と言われる。もう一つは、結果行為を実行行為と解しながら、責任非難の対象を原因行為とするもので、端的に同時存在原則の例外を認める「例外モデル」である。どちらの見解も、結果行為以前の、責任能力が存在する原因行為時点を中心とする一定の事情により、結果行為時の行為者の責任無能力を補填する形で、完全な責任を問う点では共通している。

このように、「同時存在原則」という言葉は、主に「実行行為と責任能力の同時存在原則」という形で「原因において自由な行為」の場面においてでしか、これまでは問題にされていなかったのが実情である。しかし、「同時存在原則」は、「責任要素」との関係以外では問題にならないのであろうか。例えば、犯罪の成立を認めるためには、実行行為時に行為者に対する非難可能性が存在しなければならないという観点からは、「責任能力」だけではなく、「故意」も実行行為時に存在しなければならない。

そうすると、例えば、行為者は被害者を第二行為で死亡させようと思っていたところ、実際は第一行為で死亡していた、いわゆる「早すぎた結果発生」のケースや、行為者は第一行為で被害者は死亡したと思っていたが、実際は第二行為で被害者は死亡した、いわゆる「遅すぎた結果発生」（ウエーバーの概括的故意）のケースにおいても、「実行行為と故意の同時存在原則」という形で「同時存在原則」は問題になるはずである。なぜならば、どちらのケースにおいても、結果発生時には、行為者に故意が存在しないからである。

例えば、「早すぎた結果発生のケース」においては、判例は、「実行犯三名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上、被害者の失神状態を利用して、被害者を港まで運び自動車ごと海中に転落させて溺死させるというものであって、第一行為は第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第

---

[1] 本稿は、「実行行為」＝「未遂行為」と考える立場に依拠して、犯罪論における同時存在原則を検討するものである。

一行為と第二行為との間の時間的近接性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯三名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯三名は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上、自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯三名の認識と異なり、第二行為の前の時点で被害者が第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることはなく、実行犯三名について殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。そして、実行犯三名は被告人両名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人両名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負うものといわねばならない。」（最決平 16・3・22 刑集 58 巻 3 号 187 頁）と述べている。

また、「遅すぎた結果発生のケース」(ウエーバーの概括的故意)においては、判例は「砂上ニ放置シタル行為アリタルモノニシテ此ノ行為ナキニ於テハ砂末吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本来前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ為シタル行為ナキニ於イテハ犯行発覚ヲ防グ目的ヲ以テスル砂上ノ放置行為モ亦発生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社会生活上ノ普通観念ニ照ラシ被告ノ殺害ノ目的ヲ以て為シタル行為ト被害者ノ死トノ間ニ原因結果ノ関係アルコトヲ認ムルヲ正当トスヘク被告ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出デタル行為ハ毫モ前記ノ因果関係ヲ遮断スルモノニザルヲ非テ、被告ノ行為ハ刑法第百九十九条ノ殺人罪ヲ構成スルモノト謂フベク、此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ノ併存ヲ認ムベキモノニ非ズ」（大判大 12・4・30 刑集 2 巻 378 号）と述べている。

このように見ると、判例においては、結果発生時には行為者に故意がない点については、早すぎた結果発生のケースでは、「たとえ、実行犯三名の認識と異なり、第二行為の前の時点で被害者が第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることはなく」と述べられ、遅すぎた結果発生のケースでは、「被告ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出デタル行為ハ毫モ前記ノ因果関係ヲ遮断スルモノニ非ザル」と述べられている。つまり判例は、結果発生時に行為者に故意がなくても、行為者に殺人罪の成立を認めている。

しかし、同時存在原則を厳格に遵守すれば、結果発生時に故意が存在しない以上は故意犯を認めることはできないのであり、判例のように故意犯を認めることは、本来であれば未遂犯や過失犯のものが、故意犯として処罰されている可能性がないだろうか。仮にそうだとすれば、早すぎた結果発生や遅すぎた結果発生のケースでは、刑法上は不可罰とされる「事前の故意（dolus antecendens)」を認めることになりかねない[2]。そこで、早すぎた結果発生や遅すぎた結果発生

[2] レンギーアは、「事前の故意」を、以下のような例を用いて説明する。
設例：A は、B を殺害することを決意した。A は、自分の車で B の家に向かう途中に、不注意から交通事故を起こし、たまたま路上にいた B を死亡させてしまった。
設例では、A に故殺罪（212 条）は成立せず、過失致死罪（222 条）が成立する理由は、A が B を殺害することを決意していたとしても、交通事故を起こした際に故意が存在しない以上、同時存在原則の観点からは A には過失犯が成立するにすぎないからであるとレンギーアは指摘する。
Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil ,2014,S.112f.

のケースで、判例においては、どのような論理によって、同時存在原則が満たされているのか、それとも同時存在原則の例外が認められているのかを詳細に検討する必要があろう。

2　犯罪構成要素と同時存在原則

同時存在原則は、「責任能力」や「故意」との関係で問題になることを確認した。しかし、それでは、「責任能力」や「故意」以外との関係では、同時存在原則は問題にならないのであろうか。

前述した、「実行行為と責任能力の同時存在原則」や、「実行行為と故意の同時存在原則」からもみてとれるように、同時存在原則を貫徹すれば、実行行為時に犯罪を構成する全ての要素が存在していなければならない。このような理由から、「原因において自由な行為」の場面では、結果発生時に行為者の「責任能力」が存在しないために、行為者は不可罰になるはずだが、行為者が責任無能力状態を自招した点に着目して、前述のように構成要件モデルや例外モデルなどの行為者の可罰性を根拠づける理論が展開されてきた。

このように、実行行為時には犯罪を構成する要素が欠けるために行為者は不可罰になるが、実行行為以前における行為者の先行事情をも考慮することで、行為者の可罰性が導かれるケースとして、「原因において自由な行為」を捉えると、このような問題は何も「原因において自由な行為」に限られたことではない。例えば、行為者自らが正当防衛状況又は緊急避難状況を招いたケースである、「自招防衛」や「自招危難」においても、同様の問題が生じよう。つまり、同時存在原則の観点からは、実行行為である防衛行為・避難行為時には、防衛行為や避難行為以前に、正当防衛状況や緊急避難状況を行為者自らが招いたという「行為者の自招性」という要素が欠如するために、正当防衛や緊急避難が成立することになる。他方で、実行行為以前の事情である「行為者の自招性」を考慮すると、正当防衛や緊急避難は制限されることになる。そして、多くの見解が、自招行為を考慮し、正当防衛・緊急避難を制限する点では一致しているといえる。

しかし、「自招防衛」や「自招危難」で、自招行為を考慮することは、同時存在原則との関係で問題があるのではないかということは、これまで指摘されてこなかった。ここに、「原因において自由な行為」のケースと大きな違いがある。「原因において自由な行為」では、飲酒行為を実行行為と見るか否かについて、詳細な議論がなされているのに対し、自招防衛・自招危難で自招行為を実行行為と見るか否かについてはあまり争点にされていない。

それでは、自招防衛や自招危難において、判例・学説では、原因において自由な行為と同様に、自招行為を実行行為として把握するか、あるいは、実行行為を防衛行為とした上で責任非難の対象には自招行為を例外的に含める形で、同時存在原則を考慮しているのかいえば、そうではない。

例えば、自招防衛に関する最近の判例である最決平成 20・5・20 刑集 62 巻 6 号 1786 頁では、「被告人は、A から攻撃されるに先立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害

行為は、被告人において何ら反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。」と述べられ、被告人の自招行為は考慮されているが、同時存在原則との関係には触れられていない。

また、自招危難に関する判例である大審大正 13・12・12 刑集 3 巻 867 頁においても、「刑法第 37 條二於テ緊急避難トシテ刑罰ノ責任ヲ科セサル行為ヲ規定シタルハ公平正義ノ観念二立脚シ他人ノ正当ナル利益ヲ侵害シテ尚自己ノ利益ヲ保ツコトヲ得セシメントスル二在レハ同条ハ其ノ危難ハ行為者カ其ノ有責行為二因リ自ラ招キタルモノニシテ社会ノ通念二照シ已ムヲ得サルモノトシテ其ノ避難行為ヲ是認スル能ハサル場合二之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト解ス」と述べられ、自招行為は考慮されているが、同時存在原則との関係については触れられていない。

他方で、学説において、自招防衛・自招危難において主張される多くの見解も、実行行為は防衛行為・避難行為であるとしながらも、暗黙裡に自招行為を考慮して、正当防衛又は緊急避難の成立を制限するものであり、同時存在原則との関係については言及していない[3]。しかし、自招防衛・自招危難においては、自招行為を考慮するのであれば、同時存在原則との関係で、なぜ実行行為以前の犯罪構成要素である自招行為を考慮することが許されるのかが説明されなければならないだろう。

また、違法性の意識の可能性においても、実行行為以前の犯罪構成要素を考慮して、行為者の可罰性が導かれることがある。例えば、行為者が、当該行為時に法の不知を理由として、当該行為が違法であることを認識していなかったが、当該行為以前の行為者の事情を考慮すれば、行為者には違法性の意識の可能性が肯定され、行為者が処罰されるケースは判例上も存在する[4]が、通常このようなケースでは、同時存在原則との関係は問題にならない。しかし、同時存在原則の観点からは、実行行為以前の犯罪構成要素を考慮することは許されないはずであり、なぜ違法性の意識の可能性の有無の判断においては、実行行為以前の犯罪構成要素を考慮することが許されるのかという点については、別途検討が必要であろう。

他方で、同時存在原則の観点から、実行行為時の犯罪構成要素を考慮すれば行為者は不可罰になるが、実行行為以後の犯罪構成要素を考慮することで、行為者の可罰性が導かれるケースとしては、例えば盗品等保管罪において、盗品性の認識が事後的に生じる場合が挙げられる。このケースでは、盗品の引き渡しを受けた時点では、行為者に盗品であることの認識が欠けるために、同時存在原則の観点からは、行為者は不可罰となるはずである。しかし、事後的に盗品であることを行為者が認識した後も、行為者がなお盗品を所持しているという事情に着目すれば、行為者が処罰される可能性が生じる。この点につき判例は、「賍物であることを知らずに物品の保管を開始した後、賍物であることを知るに至ったのに、なおも本犯のためにその保管を継続するときは、賍物の寄蔵にあたる」（最決昭和 50 年 6 月 12 日刑集 29 巻 6 号 365 頁）と述べて、具体的な理由を提示せずに、盗品等保管罪の成立を認めている。なお、原審は、「賍品の返還が不能で

---

[3] 自招防衛や自招危難において学説上主張される、「原因において違法な行為の理論」だけが、同時存在原則を意識した見解なのではないだろうか。

[4] 代表的なケースが、百円紙幣模造サービス券事件（最決昭和 62・7・16 刑集 41 巻 5 号 237 頁）である。この判例と、同時存在原則との関係については、第三章で検討する。

あるとか、或いは、賍品につき質権が効力を生ずる等賍品を留置し得る権利が生じた場合を除いては、賍物寄蔵罪が成立すると解するのが相当である。けだし、窃盗罪の事後従犯として、盗品に対する被害者の追求権を保護し、かつ窃盗本犯を助長する行為を禁ずる等の賍物罪の保護法益および立法理由に徴すれば、賍品の返還が可能であり、かつ、法律上これを拒否する理由がないにも拘らず、知情後においてもなお保管を継続する行為と、当初より賍物であることの情を知りながら、これを預かり保管する行為とを区別する理由はない」（大阪高判昭和 49 年 4 月 9 日）と述べている。原審の判示に鑑みると、盗品の引き渡しの段階に盗品性の認識は必要なく、継続保管中に盗品性の認識があれば足りるということであろう。しかし、このような解釈が、同時存在原則の観点からは妥当なのだろうか。むしろ、本来ならば不可罰のケースが、「事後の故意」[5]を認めることで、行為者の処罰を可能にしてはいないだろうかという疑問が生じる。そこで、盗品保管罪において事後的に盗品の認識が生じるケースでは、どのような論理によって同時存在原則が満たされているのか、それとも同時存在原則の例外が認められているのかを検討する必要があろう[6]。

3　本稿の視点

以上、同時存在原則が関係する問題を述べてきたが、要約すると以下の様になる。従来、同時存在原則は、「原因において自由な行為」において、「実行行為と責任能力の同時存在原則」という形でしか問題にされていなかった。しかし、犯罪が成立するためには、「故意」も、実行行為時に同時存在しなければならないはずである。仮に、実行行為（未遂行為）の開始から結果発生時まで故意が存在する必要があると考えると、結果発生時に故意が存在しない、「早すぎた結果発生」や「遅すぎた結果発生」のケースにおいても、実行行為と故意の同時存在原則は問題になる。しかし、判例では、故意と同時存在原則の関係については特に触れられることなく、「早すぎた結果発生」や「遅すぎた結果発生」では共に、故意犯の成立が認められている。そこで、判例は、故意と同時存在原則の関係をどのように捉えているのかを検討する必要がある。

他方で、同時存在原則からは、実行行為（未遂行為）時に全ての犯罪構成要素が存在しなければならないことが演繹される。それゆえに、原因において自由な行為では、実行行為を結果行為と捉えれば、実行行為時に責任能力が存在しないことから、責任能力が存在する原因行為をどのように考慮するかが問題になった。このような問題は、原因において自由な行為に特有のもので

---

5 「事後の故意」とは、発生した結果を事後的に認容することである。以下のようなケースが挙げられる。
設例：C は、車を運転中に、不注意から人を死亡させた。C は、大変なことをしてしまったと思い、被害者のもとに駆け寄ると、その被害者は、C が常日頃から嫌っていた D であったため、D の死亡を事後的に認容した。
設例では、C には殺人罪が成立せず、業務上過失致死罪が成立するにすぎない。発生した結果を事後的に認容したとしても、実行行為時に故意が存在しない以上、故意犯は成立しないのである。

6 同様の問題は、麻薬の譲受けの場合においても生じる。例えば、大麻の授受後に、行為者が譲り受けた物が大麻であることを認識した場合である。この問題については、第五章で検討する。

はない。「自招防衛」、「自招危難」、「違法性の意識の可能性」、「盗品保管罪等」においても、実行行為時に犯罪を構成する全ての要素が存在しないために、実行行為以前の犯罪構成要素や実行行為以後の犯罪構成要素を考慮することが、なぜ許されるのかが問題になる。しかし、判例や学説では、同時存在原則との関係が問題にされることなく、暗黙裡に実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮し、行為者の処罰を肯定しているため、これらのケースにおいても、どのような論理によって同時存在原則が満たされているのか、それとも同時存在原則の例外が認められているのかを検討する必要があろう。

本稿は、このような問題意識の下に、以下のような流れで同時存在原則を検討する。第一に、ドイツにおいては同時存在原則に関する包括的な検討がわずかではあるがなされていることから、ドイツにおける同時存在原則に関する議論を検討することにする。次いで、本稿は、同時存在原則が問題になるケースを、非同時的事例と位置づけ、我が国とドイツの議論を参照しながら、これらの事例の検討を行う。そして最後に、これまでの非同時的事例の検討を通じて、同時存在原則とは何かを検討することにしたい。

結論から述べると、本稿は、第一に、同時存在原則の例外を認めるべきではないと考える。なぜならば、同時存在原則が維持されなければ、犯罪の成立を認めるための犯罪構成要素がどの時点で存在しなければならないかが確定されないことから、無秩序に犯罪構成要素を集めることが可能となり、行為者はどのような場合に責任を負うのかが不明確になる。その結果、例えば、事前の故意や事後の故意が認められることになりかねず、行為主義[7]が維持されないことになるため、やはり同時存在原則は維持される必要があろう。その上で、本稿は第二に、同時存在原則とは、「実行行為時における同時存在原則」を意味するのではなく、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」を意味するのであり、「因果関係の起点における行為時における同時存在原則」の中に、従来指摘されてきた「実行行為時における同時存在原則」も含まれることを主張するものである。

従来の議論は、暗黙裡に、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えてきた傾向があるように思われる。その結果、同時存在原則が問題にならない事例と、同時存在原則が問題になる非同時的事例を渾然一体として扱い、非同時的事例では、実行行為を拡大することで同時存在原則を満たそうとするアプローチ、同時存在原則の例外を認めた上で実行行為以前以後の犯罪構成要素も考慮するアプローチ、そして、同時存在原則の例外を認めず暗黙裡に実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮するというアプローチがとられていたといえる。

それでは、なぜ、これまで、同時存在原則とは、実行行為時における同時存在原則を意味すると考えられてきたのであろうか。その理由は、恐らく、「刑法上で犯罪行為が成立する際には、

---

7 行為原理については、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社・2002 年）53 頁以下参照。同 101 頁では、「行為原理とは、外部的・客観的行為が社会に損害を与えてはじめて刑法はそれを犯罪にすることができるという原理であり、責任原理と並ぶ近代刑法原理の一つである。行為原理には、二つの側面がある。第一は、犯罪の尺度は社会に与えた損害であるという命題に示される社会侵害性という立法批判原理の側面であり、第二は、その損害を行為者に帰属するにはそれを惹起した外部的行為が必要だという側面である。」と述べられている。

実行行為時に犯罪を構成する全ての要素が存在することから、犯罪の成否を検討するに当たっては実行行為時の事情を考慮すれば足りるのであり、実行行為以前以後の犯罪構成要素を考慮することは行為責任主義に反することになる」というものであろう。

確かに、犯罪が成立する多くのケースでは、実行行為時に犯罪を構成する全ての要素が存在することから、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」という公式が妥当する。しかし、先程指摘した「原因において自由な行為」、「自招危難」、「自招防衛」等のケースでは、「自招行為」という犯罪構成要素は、実行行為時ではなく実行行為以前に存在することから、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」という公式が妥当しないことになる。それゆえに、実行行為時の犯罪構成要素を考慮すれば足りるという根拠は成立しない。加えて、同時存在原則は、行為主義を維持するための原則であると本稿は考えるが、行為主義が意味する行為が実行行為に限られるとする積極的根拠に関しても明白ではない。むしろ、行為主義とは、「当該行為と結果が因果関係を有する限りにおいて、当該行為が刑法的責任の対象である」という原則を意味すると考えれば、同時存在原則における「行為」は、必ずしも「実行行為」を意味するのではなく、「広義の行為」、すなわち「因果関係の起点としての行為」と解するほうが自然ではないだろうか[8]。

勿論、刑法上犯罪の成否が問題になる多くのケースでは、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立するため、この場合には、同時存在原則とは、実行行為時における同時存在原則を意味すると考えて何ら問題はない。しかし、必ずしも全てのケースにおいて、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立するわけではない。例えば、先程挙げた、原因において自由な行為や、自招防衛・自招危難では、本稿は、この公式は成立しないと考えることから、刑法上の同時存在原則とは、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則を意味すると考えるべきではないだろうか。換言すれば、刑法上の同時存在原則とは、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」であり、従来考えられてきた「実行行為時における同時存在原則」は、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の中に包含されていると考えるのである。

同時存在原則は実行行為時に限定されないという本稿の主張は、ドイツにおいても散見される。例えば、ヤコブスは以下のように述べている[9]。

「刑法的帰属の理論にとっては、犯罪行為の存続ないしは量への直接的作用との行為関連での分析は、個別的作用の分析よりもずっと重要である。具体的事象関連が刑法の中にどの程度入り込めるのか、詳しく言えば、行為の際には、既に遂行された事象関連又は未だ開始されていない事象関連』が刑法の中にどの程度入り込めるのかが問題になるのである。これは、刑法並びに責任概念が、そもそもどの程度個別化されるのかという問題に関連するのではなく、犯罪行為の際に

---

8 生田・前掲（注 7）103 頁でも、「責任原理は行為責任原理であったはずである。行為責任原理が予定する帰責は現実に身体の動静と結果との間に因果関係のあった場合でなければ、行えないはずである。」と述べられている。

9 Günther Jakobs, Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, in:Zur Handlungsanalyse einer Tat,J.Gerchow,1983,S.27f.

は（bei der Tathandlung）存在しない、完結された前行為又は開始されていない後行為が、どの程度まで考慮されるのかという問題に関連するのである。言い換えれば、主体（Subjekt）が、可罰的行為の遂行時を超えて、どの程度まで拡大されるのかが問題になっているのである。・・行為時にのみ固定することの例外（Ausnahme von der Fixierung allein an die Tat）に関する法的規定も存在するのである。その際に、免責的緊急避難（刑法 35 条）が問題になり、刑法 35 条の完全な作用は、行為者が、実在する危険を自ら惹起しなかったことが前提とされている。惹起したということは、行為遂行の際には過去である行為者の行為である（bei der Tat schon Vergangenheit）。惹起したということが、行為時点での行為者の精神的状態に何か影響を及ぼすわけではない。法的規定は、行為遂行の前の行為時にまで（in die Zeit vor der Tatausführung）行為者を明確に拡大しているのである。実行行為だけ（allein die Tathandlung）が責任を決定づけるのではなく、場合によっては、ずっと前に完結した行為の惹起（lange vorher abgeschlossenes Verursachen des Verhaltens）が責任を決定づけるのである。また、刑法 213 条（故殺の減軽類型）は、更なる例外をもたらす。そこでは、殺害者が、後に被害者となる者の侮辱により怒りを刺激されたが、この怒りの刺激が自己責任的に招かれたものではないことが問題となっている。ここでも再び、行為遂行の際の行為者の精神的状態は決定的ではない。なぜならば、怒りの程度は、怒りの理由に依存しないからである。むしろ、行為遂行の際には完結した行為（被害者による自己責任的な侮辱行為）が、決定的なのである。再び、法律は、主体を、行為遂行時を超えて（über die Zeit der Tatausführung hinaus）、拡大しているのである。同じ原理が、過剰防衛（刑法 33 条）においても見出される。無力の興奮それ自体が免責されるのではない。むしろ、違法な攻撃により（つまり、攻撃を自己責任的に招くことなく）、無力の興奮状態に陥り、人々が、その興奮の原因を作った人に興奮を爆発させたいと考えるのである。」

つまり、ヤコブスは、「免責的緊急避難（刑法 35 条）」、「故殺の減軽類型（刑法 213 条）」、「過剰防衛（刑法 33 条）」を挙げて、これらのケースでは、実行行為だけが責任を基礎づけるのではなく、むしろ実行行為以前に完結した事情が責任を基礎づけていることを指摘し、刑法も行為主体を実行行為時にのみ固定することの例外を認めていることを主張する。そして、刑法における行為とは、構成要件該当行為として刑法的に理解されるのではなく、前構成要件的又は後構成要件的集合体(vortatbestandliches und nachtatbestnadliches Kontinuum)として理解されていることをヤコブスは指摘する[10]。

またツィーゲルトも、ヤコブスと同様に、「過剰防衛（刑法 33 条）」、「免責的緊急避難（刑法 35 条）」、「故殺の減軽類型（刑法 213 条）」では、実行行為時の事情が行為者の責任に対して決定的ではなく、実行行為以前の事情が決定的であることを挙げて、実行行為時における同時存在原則が、例外を許さない絶対的なものではないことを、以下のように指摘している[11]。

「但し、行為と責任の同時存在原則は、禁止の錯誤における回避可能性をめぐる議論からも推測されるように、絶対的に妥当するというわけではない。実定法は、量刑においては、責任判断

[10] Jakobs,a.a.O.(Fn9),S.27f.
[11] Ulrich Ziegert,Vorstaz,Schuld und Vorverschulden,1987,S.194f.

を事前行為（Vortatverhalten）に基づかせる一連の規定（eine Reihe von Regelungen）を有している。刑法 33 条（過剰防衛）の免責に対しては、行為時の精神状況だけでなく、防衛行為に至るまでの事情（Vorgeschichte der Reaktion）も問題になるのである。行為者は、違法な攻撃に対して向けられた防衛行為の中に生じた過剰（Exzeß）から免責されるのである。刑法 35 条も、実行行為時には既に過去に属する行為者行為を責任判断の中に取り入れている。行為者が、法で規定された緊急避難状況を自ら惹起していない場合にのみ、行為者はあらゆる責任から解放されるのである。しかしながら、危険の発生は、犯罪行為によって強制状況に対処すること（避難行為により、危難を回避すること）に対して、先行することもありうる。行為者の精神的状態を通じての行為への間接的影響ですら、あらゆるケースで妥当するというわけではないが、惹起と結びついているのである。大災害を引き起こした者の不安と、全く関係ない者の不安が、必ずしも区別されなければならないわけではない。つまり、法的規定は、行為者の行為を、行為遂行（Tatausführung）の前の時間へと拡大しているのである。実行行為（Tathandlung）だけが責任を決定するのではなく、ややもすれば（実行行為前に）完了された行為が責任を決定するのである。このような責任判断の客観的関連の法的拡大に対しては、最後の例として、刑法 213 条（犯情があまり重くない故殺の事案）が挙げられる。この規定の責任減少作用は、論争の経過において被殺者が殺害者を刺激することが、殺害者の自己責任によるものでなく、発生したことを前提としている。ここでも再び、行為時における行為者の精神的状況は決定的ではない。なぜならば、どの程度行為者が怒っているかは、なぜ怒っているのかに依存しないからである。ここでは、むしろ、行為遂行の時には完了した行為である、『被害者による、行為者への侮辱行為』が決定的なのである。」

このように、ヤコブスやツィーゲルトは、同時存在原則が実行行為時に限定されるものではないことを指摘している。勿論、ヤコブスやツィーゲルトの指摘は、ドイツ刑法に関するものであり、刑法 35 条の免責的緊急避難や刑法 213 条の故殺の減軽類型のような規定が存在しない我が国の刑法に、そのまま転用できるわけではない。しかし、ヤコブスがツィーゲルトの、「実行行為以前に完結した事情が、責任を基礎づける場合がある」という指摘は、本稿が先程指摘した我が国の刑法における「原因において自由な行為」、「自招危難」、「自招防衛」のケースにも妥当すると考えられ、参照できる点は存在するように思われる。

本稿は、ヤコブスやツィーゲルトと同様の問題意識に依拠した上で、同時存在原則とは、必ずしも実行行為時における同時存在原則を意味するのではなく、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則を意味することを主張し、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が、実行行為時における同時存在原則を包含していると考えるものである。その上で、本稿は、実行行為時における同時存在原則は、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立するケース（同時存在原則が問題にならないケース）に妥当し、他方で、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則は、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないケース（同時存在原則が問題になる非同時的事例）に妥当することを主張するものである。

第一章　ドイツにおける同時存在原則

第一節　問題の所在

ドイツにおいては、古くはルシュカ[12]が、最近では、イェルーシェック[13]が、同時存在原則に関する総論的検討を行っている。そこで、本章では、ルシュカとイェルーシェックの見解を検討することにする。なお、ここでは、ルシュカ及びイェルーシェックが、「原因において自由な行為」や「遅すぎた結果発生」などの同時存在原則が問題になる非同時的事例で、どのような論理及び結論を採用しているかには触れない。それらについては、次章以降の非同時的事例の検討の際に考察する。あくまで、本章では、同時存在原則一般についてのルシュカ及びイェルーシェックの見解を検討することとする。

第二節　学説

1 同時性原理・連関性原理から説明する見解[14]

この見解の主張者であるルシュカは、「当該事象が、構成要件該当性、違法性、有責性を備えた行為と見なされる場合にのみ、当該事象は犯罪行為である。」であると仮定するならば（今日このテーゼ自体は、一般に是認されているが）、刑法における二つの基本原理が生じると主張する。一つは、犯罪を構成するメルクマールは具体的行為において時間的に一致していなければならないとする「同時性原則（Simultaneitätsprinzip）[15]」である。もう一つは、メルクマールが一致する時点において、メルクマールが相互に関連していなければならないとする「連関性原則（Referenzprinzip）」である。つまり、犯罪を構成するメルクマールは、同時に存在し、かつ相互に関連づけられなければならないことをルシュカは主張する。「同時性原則」と「連関性原則」を是認しなければ、「犯罪とは、構成要件に該当し、違法で有責な行為」という定義が意味を持たないことになることも指摘する。

ルシュカの「同時性原理」に関して、ルシュカは「言語理論」に依拠することから同時存在原則の必要性を根拠づけている事を、以下のようにイェルーシェックが指摘している[16]。

「言語理論においては、言語学の構造主義以来、言語記号と現実の事物との間には、必然的な関係は存在しないという前提から出発しており、言語使用により概念の意味を決定する社会的プロセスに法律学の議論は属するのである。そして、そこでの法律学の議論とは、ある一つの表現（定義される語句）を、別の一連の言葉（定義部分）と同等に扱うことにより、法律学の議論の専門概念を定義することを試みるものである。ルシュカは、ある表現の定義が、いくつかのメ

---

12 Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelteFälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 1983,S.1ff.

13 Günter Jerouscheck/ Ralf Kölbel , Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht,JuS 2001,S.417ff.

14 Joachim Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982,S.317ff.

15 コンメンタールなどの体系書等では、同時存在原則は“Koinzidenzprinzip”と表現されているものが多いが、ルシュカは、“Simultaneitätsprinzip”という表現を用いている。

16 Jerouscheck/Kölbel ,a.a.O.(Fn13),S.417ff.

ルクマールを含む場合には、形式的な同時存在原則は疑いのない重要性を有するという事を示している。」

ルシュカは、どの具体的な犯罪行為も一定の時点において行われなければならないということから、同時性原則は生じ、一定の時点においてなされえない犯罪行為は考えられないことから、犯罪行為の基本的メルクマール（構成要件該当性、違法性、有責性）は、犯罪行為がなされた時点において満たされなければならないことを指摘する。それゆえに、行為者がある時点において、構成要件に該当しているが違法に行為していない場合には、犯罪は成立しないことになる。ルシュカは、このことを以下の様に説明する[17]。

「行為者が t1 の時点（第一行為時）において当該構成要件に該当せず違法に行為している場合や、t2 の時点（第二行為時）において違法に行為していないが構成要件に該当している場合には、（あるいはその逆も含むが）十分ではない。言い換えれば、裁判官が犯罪行為に対して必要不可欠な要素を、異なった時点から寄せ集めてくるのは妥当ではないのである。この観点はまさに、故意行為に対しては以前から承認されているのである。いわゆる、事前の故意は、故意としては妥当しないのである。なぜならば、事前の故意は構成要件該当の際に存在することなく、構成要件該当に先行しているからである。T が O と一緒に狩猟に行った際に不注意から O に致命的な侵害を与えた場合に、T が O を偽装した事故として殺すことを予め計画していたということでもって、この事故は殺人であるということにはならないのである。同様に、事後の故意も故意としては妥当しないのである。なぜならば、事後の故意は構成要件該当の際に存在することなく、構成要件該当に後行するからである。T が引き起こしたことを、T が事後的に認識し是認したということでは、この事故は殺人であるということにはならないのである。言い換えれば、客観的構成要件該当性と行為の際の故意は時間的に一致しなければならないのであり、そうでなければ故意的になされた犯罪行為は欠けることになるということが承認されているのである。」

しかし、ルシュカによれば、「同時性原理」を満たすだけでは、当該行為を犯罪行為として捉えるには不十分であり、「連関性原理」についても満たす必要があることを以下のように根拠づける[18]。

「犯罪行為の全体的メルクマールが時間的に同時存在する場合においてさえも、事象を犯罪行為として捉えることができるとは、まだ言えないのである。むしろ、犯罪行為の要素は相互に関連づけられなければならないのである。犯罪行為の基本的メルクマールは、集約されたメルクマールの塊を形成するのではなく、関連性の中へと統合されうるということから、この関連性原則は導き出されるのである。それゆえに、例えば行為者が構成要件に該当し、かつ同時に有責に行為するだけでは十分ではないのである。むしろ、当該構成要件を満たすことが、まさに有責になされなければならないのである。BGHSt10,35 では、BGH は、A 構成要件と同時に B 構成要件を一つの行為で満たした者が、A 構成要件を満たす際に違法性の意識を有して行為をしたという理由から、B 構成要件を満たす際にも違法性の意識を有していたとはいえないと述べた。構成要件

17 Hruschka,a.a.O.(Fn14),S.318ff.
18 Hruschka,a.a.O.(Fn14),S.318ff.

該当性と違法性の意識の単なる同時性で十分であるとすれば、まさに反対の事（A 構成要件を満たす際に違法性の意識を有していたことから、B 構成要件を満たす際にも違法性の意識を有していたことが是認されること）が唱えられるだろう。というのも、構成要件該当性と違法性の意識の同時性はこのケースでは、疑いようがないからである。この観点も、故意行為に対しては是認されている。T が、（T が）狙っていた O1 ではなく、T が全く認識していなかった O2 に致命的な射撃を行った場合に、T は殺人既遂を犯してはいないのである。なぜならば、T の故意は生じた結果に関連づけられているのではなく、生じていない別の結果に関連づけられているからである。あるいは、思い描いた因果経過と実際の因果経過との間に重大なずれがあるケースも挙げられる。O が、計画通りに T の発砲により直接殺されたのではなく、発砲により馬が興奮して O を突き倒すことにより、O が殺害された場合に、T は殺人既遂を犯してはいないのである。なぜならば、T の故意は実際の因果経過に関連づけられているのではなく、本質的に全く別個の因果経過に関連づけられているからである。客観的構成要件を満たす際に、故意は同時に存在すればよいということで十分であるとすれば、ここでもまさに反対の事が言われなければならない（T が O2 に対して殺人既遂の罪責を負うことが認められなければならない）。」

つまり、ルシュカによれば、当該犯罪の成立を認めるためには、犯罪行為の全体的メルクマールがただ同時存在するだけでは不十分であり、個々のメルクマールが当該犯罪との関係で相互に関連づけられていなければならないことになる。つまり、犯罪を認める上で、「違法性の意識」、「故意」というメルクマールが同時存在すれば足りるのではなく、A 構成要件に対する「違法性の意識」、「自分が狙っていた客体との関係での故意」という形で、犯罪を構成するメルクマールが当該犯罪と連関性を有して、初めて犯罪の成立が認められることになる。

このように、ルシュカは、「犯罪とは、構成要件に該当し違法で有責な行為である」というテーゼを機能させるためには、「同時性原理」と「連関性原理」を遵守する必要があることを主張している。また、イェルーシェック[19]によれば、同時存在原則はこれまで刑法において、影のような存在であったが、ルシュカだけが、この同時存在原則を検討し、同時存在原則に刑法理論の適法性の輪郭を与えていたと指摘されている[20]。

その上で、ルシュカは、実行行為時における同時存在原則では解決できない、同時存在原則が問題になる非同時的事例では、実行行為時における同時存在原則を重視する立場から、独自の責任論に基づく、例外的帰属を用いた統一的解決を主張している[21]が、この見解の詳細並びに当否については、次章以降で検討することにしたい。

---

19 Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn13),S.417ff.

20 イェルーシェックは、同時存在原則は、構成要件評価に先立つ原理として理解されてはおらず、「故意は実行行為時に存在しなければならない」、「実行行為時の合意は構成要件を排除する」などの、刑法の体系書に記載されている定式と同等に理解されている印象をいたるところで有することを指摘する。Jerouscheck/kölbel ,a.a.O.(Fn13),S.417ff.

21 Hruschka,a,a,O.(Fn12),S.274f.

2 形式的同時性・規範的同時性に分類して説明する見解[22]

この見解の主張者であるイェルーシェックは、「最近では、同時存在原則は、激しく議論の対象となっており、特に「原因において自由な行為」において顕著であることを指摘する。そもそも、「原因において自由な行為」という理論は、RG や BGH により創出された理論であったが、1960 年末までには学説においては全く注目されていなかった。しかし、ルシュカが、1970 年代に提唱した「例外モデル理論」[23]を契機として、「原因において自由な行為」という理論が学説においても注目され、そこで「同時存在原則」が注目されるようになったと、イェルーシェックは分析している[24]。その上で、最近では、同時存在原則は議論の中心となっており、特に原因において自由な行為の検討においては、それが顕著に見られるが、同時存在原則の実質が未解明のままであることもイェルーシェックは指摘する。

イェルーシェックは、我々が行為・構成要件該当性・違法性・有責性というカテゴリーに同意していることから、ある犯罪行為に対して、行為・構成要件該当性・違法性・有責性が同時に存在しなければならないことは、必然的に同時性の考えから生じることを述べる。そして、犯罪を構成するどの要素が一致しなければならないかということは、その都度の内容上の追加命題に依存し、予め存在する定義が、何が一致しなければならないか、すなわち、メルクマールの種類と数を定める、とイェルーシェックは主張する。概念により示される対象によっては、メルクマールにおいて示された現実の構成要素は一致せず、その都度の概念の定義が、「当該概念が現実的・時間的に同時性な対象に対して適用されることが許されるのか、それとも現実的・時間的にはずれた対象に対して適用されることが、許されるのか」どうかを決定するとイェルーシェックは説明する[25]。

その上で、イェルーシェックは、そもそも「同時性」という概念には、「形式的（formal）な同時性」と「規範的（normativ）な同時性」という概念があることを指摘する。「形式的な同時性」とは、意図された時点において、殺人罪や強盗罪などにおいて問題になる、あらゆる定義的メルクマールが厳密に同時存在することであり、他方で、「規範的な同時性」とは、厳密な同時

---

[22] Jerouscheck/kölbel ,a.a.O.(Fn13),S.417ff.

[23] Hruschka,a,a,O.(Fn12),S.274f. ルシュカの「例外モデル理論」については、次章以降の非同時的事例の各論的検討の部分で考察する。

[24] 但し、学説では「責任能力との関係で同時存在原則」が問題にされたに過ぎず、1970 年代に犯罪論全体との関わりで、同時存在原則を検討したのはルシュカだけではないかということも、イェルーシェックは指摘している。Günter Jerouscheck, Die Rechtsfigur der action libera in causa：Allgemeines Zurechnungsprinzip oder verfassungswidrige Strafbarkeitskonstruktion? ,JuS 1997,S385f.

[25] このことを、イェルーシェックは、例を挙げて以下のように述べている。
「2 つのランプを有する一つの箱を信号と呼び、これをメルクマール 1 とする。他方で、2 つのランプが交互に光る一つの箱を信号と呼び、これをメルクマール 2 とする。意図された時点において、メルクマール 2 が存在する場合には、形式的同時性を理由として、1 つの箱を信号と呼ぶことができる。2 つのランプがまもなく装着されるということだけでは、不十分である。しかしながら、この例における「箱の定義自体」が、一つには同時性に関連づけられ、もう一つには継続性に関連づけられていることから、形式的同時性に依存しているのではなく、その都度問題になる定義が有する内容に依存している。」Jerouscheck/kölbel ,a.a.O.(Fn13),S.418ff.

性を求めず、立法上または裁判上の決定を通して、問題となる犯罪行為との関連で、犯罪を構成するメルクマールの実質的同時性を考えるものであると説明する。

その上で、刑法における同時性を考える際には、基本的には「形式的な同時性」が重要であるとイェル―シェックは主張する。しかしながら、「形式的な同時性」を絶対的なものと見なすべきでないこともイェルーシェックは以下のように強調する[26]。

「犯罪概念の一般的レベルで、ある事象が、構成要件該当性・違法性・有責性を満たす行為として示されなければならないことは正当であり、刑法的非難は相互に関連のない事情と結びつくことは否定されるべきことに鑑みれば、その限りにおいて『犯罪行為は、当該犯罪行為の要素の現実的かつ同時的な出現により特徴づけられる』という実際の立法上のドグマから出発することが許される。だが、それにより、犯罪構成メルクマールの絶対的同時性を先取りすることは早急すぎる。なぜならば、同時存在原則が問題になる時点での、完全に一致しなければならない犯罪構成メルクマールを定めているものは、その都度問題になる事象であるからである。すなわち、犯罪を構成するメルクマールは、その都度問題になる事象により具体化されるのであり、この具体化される過程で犯罪行為の決定的な前提条件が生じるため、この限りでは定式的な同時性は効力を失うのである。」

このように、刑法においては「形式的な同時存在原則」は妥当せず、「規範的な同時存在原則」が妥当する場面が存在することをイェルーシェックは指摘する。しかし、「規範的同時性」に対する疑いが生じる程に、「同時存在原則」の例外という形で「規範的同時性」を認めるケースがあまりにも多く、加えて「規範的同時性」という概念が非常に不明確であることから、「規範的同時性」をどのような基準で判断すべきかが今後の課題と述べている。

なお、イェルーシェックは、「原因において自由な行為」と「遅すぎた結果発生」のケースについては同時存在原則の観点から見解を述べているが、それらについては前述の通り次章以降の非同時的事例の検討の部分で考察することにする。

3　検討

ルシュカの見解は、「犯罪とは、構成要件に該当し違法で有責な行為である」というテーゼから、「同時性原理」並びに「連関性原理」を演繹する点に特徴がある。ルシュカによれば、「同時性原理」とは、「犯罪行為の基本的メルクマールは、犯罪行為がなされうる時点で満たされなければならない」とするものである。他方で、「連関性原理」とは、「犯罪行為の基本的メルクマールは、一般的に同時存在すれば足りるのではなく、当該犯罪行為との関係で相互に関連づけられていなければならない」とするものである。そして、「同時性原理」並びに「連関性原理」が満たされることで、「犯罪とは、構成要件に該当し違法で有責な行為である」というテーゼが貫徹されることになるとルシュカは主張しているといえよう。

他方でイェルーシェックは、同時性を「形式的同時性」と「規範的同時性」に分け、刑法にお

---

[26] イェルーシェックは、「同時存在原則」における「原則」という言葉からしても、例外の可能性を一切否定するものではないことを指摘する。Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn13),S.418ff.

いては、基本的には「形式的同時性」が妥当するとしながらも、「同時存在原則」における同時性はあくまで「規範的同時性」の意味で解釈しなければならないと述べている。そして、その理由は、犯罪を構成するメルクマールは、その都度問題になる事象で具体化され、この具体化こそが同時存在原則を考える上で決定的であるため、と考えている。それゆえ、イェルーシェックは、規範的同時性の判断基準については述べていない。その理由は、前述の様に、その都度問題になる事象で犯罪を構成するメルクマールが具体化されることから、あくまでケースバイケースで規範的同時性を考えるということなのだろう。

イェルーシェックの見解は、ルシュカの見解とは大きく異なる。イェルーシェックは形式的同時性を絶対視せず、その都度問題になる事象の「規範的同時性」を考えるのに対して、ルシュカはあくまでも「形式的同時性」を遵守しなければならないと考えるからである。しかし、イェルーシェックの主張する規範的同時性をケースバイケースで検討することには疑問がある。なぜならば、規範的同時性をケースバイケースで判断するということは、ある場面では同時存在原則を緩やかに解釈し、ある場面では同時存在原則を厳格に解釈するおそれが生じ、結局は同時性の判断そのものが不明確になりかねないからである。

他方で、実行行為時における同時存在原則では解決できない非同時的事例に対して、独自の責任論に基づく解決を主張するルシュカの見解も妥当ではない。なぜならば、ルシュカの主張は、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」という公式に基づいているものといえるが、本稿は前述のように、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」だとする根拠は何も存在しないと考えている。行為主義の見地からは、むしろ、「同時存在原則」＝「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」と考えるべきだからである。

第三節　非同時的事例の分類

イェルーシェックによれば、非同時的事例は大別すれば 3 類型に分類できるとされる[27]。そこで、以下ではイェルーシェックの見解を検討することにする[28]。

1 前・答責性グループ（Vor-Verantwortlichkeitsgruppe）

第一類型は、構成要件該当行為時（実行行為時）に、犯罪を構成するメルクマールが欠けているが、その欠けているメルクマールを行為者が、実行行為前に相応な方法で引き起こした場合である。実行行為の際に欠けていた犯罪を構成するメルクマールを、先行行為の際の行為者の責任が埋め合わせるものであり、代用・埋め合わせ（Surrogate）を理由に構成要件該当行為は処罰

---

27 Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn13),S.418ff.

28 イェルーシェックは、「形式的な同時性」とは、「意図された時点において、犯罪を構成するメルクマールが厳密に同時存在すること」と述べているが、ある時点が具体的にいつを示しているのかは明らかでない。但し、イェルーシェックは、非同時的事例の場合を、実行行為時を基準として分類していることから、ある時点は実行行為時を指すと思われる。それゆえに、本稿は、「形式的同時性」は、「実行行為時に犯罪を構成するメルクマールが厳密に同時存在するケース」として考える。

されるのである、とイェルーシェックは説明する。そして、イェルーシェックは、この第一類型のグループを、「前・答責性グループ」（Vor-Verantwortlichkeitsgruppe）と呼ぶ。

「前・答責性グループ」の一例として、イェルーシェックは、刑法 17 条の「禁止の錯誤」を挙げる。すなわち、実行行為の際に、行為者に不法性の認識が欠けていた場合には、行為者を処罰することができないが、行為者が事前の告知により当該錯誤を回避しえた場合は、処罰される可能性が生じる。この「前・答責性グループ」は、代用・埋め合わせを理由に規範的同時性を打ち砕くものであり、言わば「事前責任」として行為者を処罰するものであるとイェルーシェックは指摘する[29]。

「前・答責性グループ」に属する他の例として、「原因において自由な行為」、「自招防衛」、「自招危難」などが挙げられている。いずれのケースも、実行行為時には、犯罪を構成する何らかのメルクマールが欠けるために、実行行為時の事情のみ考慮すれば行為者は不可罰であるように思われるが、実行行為時のメルクマールの欠如を、行為者が実行行為以前に引き起こしているケースであり、これらのケースを「前・答責性グループ」として、言わば「事前責任」の形で処罰するものであるとイェルーシェックは説明する。

2 補足的グループ（Nachträglichkeitsgruppe）

第二類型は、イェルーシェックによれば「補足的グループ」（Nachträglichkeitsgruppe）と呼ばれるものである。ここでは、非同時的メルクマールが欠けているメルクマールの埋め合わせをする[30]のではなく、欠けているメルクマールの時間的移動を許容することが指摘される。その上で、イェルーシェックは、第二類型を以下のように説明する[31]。

「このケースは、刑法 16 条 1 項（行為事情に対する錯誤）の一般的な解釈から出発するのであり、それによれば、故意は実行行為時に存在しなければならない。故意と実行行為は結びついているが、故意と構成要件該当性とは結びついてないことは、この二つ（実行行為と構成要件該当性）が分離する（同時存在しない）場合に、明確になるのである。通説によれば、仮に行為者が客観的に未遂段階にすら達していなくても、行為者が実行行為後に、最終的に計画した行為を忘れたということは、故意の帰属を否定しないのである。但し、そのことによって、構成要件メルクマールは遅く実現されるのであり、その結果として、構成要件メルクマールは、相応する認識・意欲とはもはや一致しないのである。このような、早い段階での故意の喪失状況は、いわゆるウエーバーの概括的故意で問題になるのである。」

また、イェルーシェックは、「仮に行為者が客観的に未遂段階にすら達していなくても、行為者が実行行為後に、最終的に計画した行為を忘れたということは、故意の帰属を否定しない」ケ

29 イェルーシェックが指摘する、「禁止の錯誤の場合に、事前の告知により当該錯誤を回避しえた場合に、行為者を処罰するのは、事前責任論に基づくものである」という見解の当否は、第三章第三節で検討する。

30 このような説明をするのは、第一類型の「前・答責性グループ」である。

31 Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn13),S.419ff.

ースとして、以下の設例を挙げる[32]。

設例：ある公務員は、金曜日に不正な納税申告書を作成し、その書類を私書箱に投函した後で、健忘症に陥ってしまった。その後、書類は、月曜日に配達人によって取り出されて、投函された。

イェルーシェックによれば、この設例で、未遂段階を根拠づける実行の着手は、公務員が書類を私書箱に投函する段階では認められず、少なくとも、配達人が（公務員作成の）書類を私書箱から取り出し、投函する行為を行った時点以降で認められることになる。それゆえに、実行の着手が認められる時点では、行為者は健忘症に陥っているため、行為者には故意が認められないが、このようなケースで、多くの見解は、行為者に故意犯を認めることを指摘している。

イェルーシェックが挙げるこのようなケースは、我が国の議論に引き直せば、離隔犯の場合と同様に考えることができる。例えば、A が B を殺害することを計画して、B 宅に毒入りウイスキーを郵送し、2 日後に B の手元に届いたが、その時には、A は B 宅に毒入りウイスキーを郵送したことをすっかり忘れていて、B が毒入りウイスキーを飲んで死亡した場合が挙げられる。このケースでは、A が B に毒入りウイスキーを郵送する段階では故意が存在しているが、結果発生時には故意が消失している。他方で、判例によれば、このケースで、実行の着手が認められるのは、B の手元にウイスキーが届いた段階[33]であるため、イェルーシェックが指摘する、「故意と実行行為の結びつきと、構成要件該当性が一致しないケース」といえる。そして、このケースで、A を殺人罪として処罰するということは、郵送行為時の故意を結果発生時に移動することを許容するものであり、まさに「補足的グループ」の犯罪構成メルクマールの時間的移動を許容するロジックに従っているといえる。

また、イェルーシェックは、「遅すぎた結果発生」のケースを「補足的グループ」に分類していたが、例えば、「早すぎた結果発生」のケースも「補足的グループ」に分類されると思われる。なぜならば、「早すぎた結果発生」や「遅すぎた結果発生」共に結果発生時に故意は存在しないが、「早すぎた結果発生」の場合には結果発生後に故意が存在し、「遅すぎた結果発生」の場合には結果発生前に故意が存在しているように見える。そして、両事例共に、判例によれば行為者の処罰を認めるケースであり、それは、結果発生時に欠ける故意という犯罪構成メルクマールの時間的移動を許容するものといえるからである。他方で、事後的に故意が生じるケースも、補足的グループに分類されよう。イェルーシェックは指摘していないが、例えば、行為者が盗品の譲渡しを受けた後に、行為者に盗品性の認識が生じる盗品保管罪のケースが挙げられる。

なお、イェルーシェックは、補足的グループには、もう一つの類型が存在することを以下のように説明している。

「実質的・最終的な終了と構成要件の形式的既遂の区別も、類似の遅れる問題へと至るのであ

---

[32] Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn13),S.419ff.

[33] 大判大正 7・11・16 刑録 24 輯 1356 頁では、「毒薬混入ノ砂糖ハ三朗ガ之ヲ受領シタル時ニ於テ同人又ハ其家族ノ食用シ得ヘキ状態ニ置カレタルモノニシテ既ニ毒殺行為ノ著手アリタルモノト云フヲ得ヘキコト」と述べられている。

る・・例えば、侵入者 E が窃盗をした家から立ち去った後、逃走の際に見つけたピストルは、刑法 244 条 1 項（持凶器窃盗罪）を成立させる。また、積極的に援助する D が、E が窃盗をした家から立ち去る際に初めて E と合流した場合には、D には刑法 244 条 1 項 1 号・27 条（住居侵入窃盗の従犯）が成立する。当該構成が、構成要件完成を超えて、犯罪行為を延長させるのであり、その結果として、構成要件でない付属物が、刑を加重する形（持凶器窃盗罪の場合）で、あるいは刑を根拠づける形（住居侵入窃盗幇助の場合）で作用するのである。とりわけ、基本犯（窃盗罪）を資格的構成要件（持凶器窃盗）や幇助構成要件（窃盗幇助）と結びつける故意は、客観的基本構成要件終了後に初めて存在するのであり、客観的行為面とは同時存在しないのである。」

イェルーシェックは、補足的グループの第二類型として、承継的幇助やドイツの持凶器窃盗罪[34]のケースを挙げている。敷衍すれば、承継的幇助のケースでは、同市存在原則の観点からは、正犯者が窃盗行為をする際に、幇助者の故意も同時存在していなければならないが、正犯者が窃盗を終えた、つまり窃盗既遂後に、幇助者が事後的に関与する場合には、同時存在原則が問題になる非同時的事例になるということであろう。同様に、持凶器窃盗罪のケースでは、同時存在原則の観点からは、行為者が窃盗をする際に凶器を携行していなければならないが、行為者が窃盗を終えた、つまり窃盗既遂後に、凶器を携行した場合には、同時存在原則が問題になる非同時的事例になるということであろう。

3　内在的グループ（Immanenzgruppe）

第 3 類型は、当該犯罪類型が、そもそも非同時性を含むものであり、このグループをイェルーシェックは、「内在的グループ」（Immanenzgruppe）と呼ぶ。「内在的グループ」の例として、「不真正不作為犯」と「中止犯」を挙げている。「不真正不作為犯」については、先行行為や保護の引き受けなどを理由とする、可罰性を根拠づける保証人的義務（地位）が、当該犯罪行為以前の事象（vordeliktischen Geschehen）に基づいている場合に、非同時性が示されるとイェルーシェックは説明する[35]。他方で、中止犯については、いずれも回避行為に該当する、「着手の中止」並びに「積極的悔悟」が、非同時性に属するとイェルーシェックは説明する[36]。イェルーシェックは、これらの行為は、犯罪概念にとって、消極的前提条件として定式化されたものであり、これに従えば、既に根拠づけられた可罰性を後に除去しなかった者だけが処罰されることを指摘する。

---

34 我が国の刑法には、このような規定は存在しない。
35 Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn13),S.420ff.
36 Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn13),S.420ff.

4　検討

イェルーシェックは、同時存在原則が問題になる非同時的事例を、「前・答責性グループ」、「補足的グループ」、「内在的グループ」の三つに分類している。イェルーシェックによれば、「前・答責性グループ」には、「原因において自由な行為」、「自招防衛」、「自招危難」、「禁止の錯誤」が該当し、同時存在原則の観点からは「事前責任」として行為者を処罰している可能性が指摘されている。「補足的グループ」には、二種類のケースが該当する。一つは、「早すぎた結果発生」、「遅すぎた結果発生」、「離隔犯」、「盗品保管罪」などの、実行行為と故意の結びつきが明確ではなく、故意の時間的移動が問題になるケースである。もう一つは、「承継的幇助」や「持凶器窃盗罪（刑法 244 条 1 項）」などに見られる、当該犯罪の実質的・最終的な終了と構成要件の形式的完成の区別が問題になるケースである。最後に「内在的グループ」には、中止犯や不真正不作為犯が該当し、犯罪を構成するメルクマールが事後的に生じることから、同時存在原則が問題になる非同時的事例であることが指摘されている。但し、内在的グループで挙げられている、不真正不作為犯並びに中止犯については、本稿の検討対象からは外すこととしたい。以下、その理由を述べる。

まず、不真正不作為犯が非同時的犯罪であるというイェルーシェックの見解については疑問がある。イェルーシェックの見解を敷衍すれば、不真正不作為犯の場合、保証人的義務（地位）というメルクマールは、当該犯罪行為時に基づいて生じているのではなく、当該犯罪以前の事象に基づいて生じていることから、不真正不作為犯は非同時性を有する犯罪類型であるという主張であろう。しかし、不真正不作為犯の場合、保証人的義務というメルクマールは、確かに先行行為や保護の引き受けを理由とする当該犯罪以前の事象に基づいて生じているが、当該犯罪行為（実行行為）時に保証人的義務というメルクマールが存在したことに変わりはない。あくまで、保証人的義務というメルクマールの発生原因が当該犯罪以前の事象に基づいているだけであり、保証人的義務というメルクマール自体は、当該犯罪行為時に存在したのであるから、同時存在原則は満たされていると考えるべきである。

イェルーシェックと同様の指摘をするものとして、ブラムセンの見解がある。ブラムセンは、「不真正不作為犯」については、「同時存在原則」における非同時性を「原因行為時」に求める見解からの帰結であることを指摘している[37]。すなわち、不真正不作為犯における実行行為を「原因行為と」解すれば、「故意」や「保証人的地位」や「結果回避可能性」などの不真正不作為犯を構成するメルクマールは事後的に生じることになり、同時存在原則が問題になる非同時的事例になるという論理である。しかし、このブラムセンの見解に対しても、イェルーシェックの見解に対する同様の批判が妥当する。犯罪を構成するメルクマールの発生原因が当該犯罪以前の事象に基づいているとしても、当該メルクマールが当該犯罪行為（実行行為）時に存在したことに変わりはないのであるから、やはり同時存在原則は満たされているといえよう。

また、同じく内在的グループで挙げられている中止犯については、確かにイェルーシェックが指摘するように、中止犯では、実行行為（未遂行為）後の事情が、犯罪の成立を否定するか否か

[37] Joerg Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten,1986,S.404f.

で問題になるため、実行行為時の事情だけでは、同時存在原則は機能しない。しかし、本稿は、犯罪の成立を肯定する要素と同時存在原則の関係について考察することを目的とするもので、犯罪の成立を否定する要素（他には、被害者の同意[38]など）と同時存在原則の関係については、別途考察が必要であると思われるが、今回は検討対象からは外すこととしたい。

以上、イェルーシェックは非同時的事例を、「前・答責任グループ」、「補足的グループ」、「内在的グループ」の 3 つに分類しているが、「内在的グループ」については前述の様に本稿の検討対象からは外すことにする。それゆえに、本稿は、イェルーシェックが「前・等積性グループ」、「補足的グループ」で挙げられた非同時的事例を順に検討していくこととしたい[39]。そして、これらの非同時的事例の検討を踏まえた上で、同時存在原則とは何かを明らかにすることが本稿の目的である。

第四節　小括

本章で明らかになったことを要約すると、以下の様になる。ルシュカ及びイェルーシェックによれば、「犯罪とは、構成要件に該当し違法で有責な行為である」というテーゼから、同時存在原則が生じるとされ、「故意は実行行為時に存在しなければならない（刑法 16 条）」ことや、「責任無能力者の行為は責任が阻却される（刑法 20 条）」ことなどの規定は、同時存在原則から派生的に生じる原理であり、これらの規定に我々が従っているということは、「同時存在原則」に従っていることに他ならないと説明される。

イェルーシェックによれば、刑法における「同時存在原則」の同時性には、「形式的同時性」と「規範的同時性」の二つの概念が存在し、刑法においては、第一に「形式的同時性」を遵守すべきであるとされる。そして、この形式的同時性は、これまで「原因において自由な行為」で問題にされてきた、実行行為時に犯罪を構成する全てのメルクマールが存在しなければならないとするもので、従来考えられてきた同時存在原則である、「実行行為時における同時存在原則」を示していると思われる。

また、形式的同時性を満たさない非同時的事例、例えば「原因において自由な行為」では、「規範的同時性」という形で同時存在原則を満たしてきたことをイェルーシェックは指摘する。
但し、イェルーシェックは、規範的同時性をどのような基準で判断するのかについては述べておらず、ケースバイケースで考えるしかないとしていた。しかしながら、「規範的同時性」という概念は曖昧であり、ケースバイケースで規範的同時性を考えることは、同時存在原則を形骸化させる恐れがあることから、妥当ではないといえる。

---

38 被害者の同意の存在時期についても、実行行為（未遂行為）時に存在しなければならないとする見解と、実行行為（未遂行為）後であっても結果発生前であれば、当該同意はなお有効であるとする見解が対立する。

39 但し、「前・答責性グループ」・「事後的グループ」・「内在的グループ」という言葉は聞きなれないものであり、何を意味しているのかが判然としないことから、本稿では、このようなグループ名は利用しないことにする。本稿は、イェルーシェックが指摘した、同時存在原則が問題になるケースを個別的に検討していくこととしたい。

他方で、ルシュカのように、「形式的同時性」の意味で刑法における「同時存在原則」を常に解し、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考える立場も妥当ではない。なぜならば、前述の様に、本稿は、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」ではなく、行為主義の観点からは、「同時存在原則」＝「因果関係の起点における行為時における同時存在原則」と解するべきであると考えるからである。加えて、「同時存在原則」を「形式的同時性」の意味で解してしまうと、同時存在原則が問題になる非同時的事例では、実行行為を拡大するアプローチか、又は同時存在原則の例外を認めて実行行為以前以後の犯罪構成要素を考慮するアプローチか、又は暗黙裡に実行行為以前以後の犯罪構成要素を考慮するアプローチが主張されることになり、問題となる状況に即した解決が図れないことになる。

そこで、本稿は、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しない、つまり「実行行為時における同時存在原則」が妥当しない、「規範的同時性」が問題になるケースは、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」に基づいて解決されるべきことを主張したい。そのため、次章以降では、イェルーシェックが指摘した、規範的同時性が問題になる非同時的事例を、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点から、再度検討する。

第二章　故意犯と原因において自由な行為

第一節　問題の所在

責任能力と同時存在原則の関係が問題になるのが、原因において自由な行為である。これまで学説では、構成要件モデルと例外モデルが主張され、様々な議論がなされてきた。本章においては、「同時存在原則の観点」から、これまでの議論を再度見直し、原因において自由な行為における同時存在原則の意義を考察する。

加えて、実行行為途中からの責任能力減退のケースについても、責任能力と同時存在原則の問題についても考察する。ここでは、実行行為の開始時には責任能力が存在するが、結果発生時には責任能力が存在しない点をどのように考えるのか、あるいは、そもそも同時存在原則が問題にならないケースなのかどうかを検討することとしたい。

なお、過失犯においても原因において自由な行為は問題になるが、この問題については次章で検討することにしたい。本章では、故意犯に関する原因において自由な行為並びに、実行行為途中からの責任能力減退のケースを扱うことにする。

第二節　原因において自由な行為

1　判例

① 我が国の判例

判例において、故意犯に「原因において自由な行為」を適用したものは、覚せい剤使用や酒酔い運転罪が問題になったものが挙げられる。最決昭和 43・2・27 判時 513 号 83 頁では、「酒酔い運転の行為当時にあたり飲酒酩酊により心神耗弱状態にあったとしても、飲酒の際酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法 39 条 2 項を適用して刑の減刑をすべきでないと解するのが相当である」と判示し、酒酔い運転罪（道交法 117 条の 2）の成立を認めた。また、大阪高裁昭和 56・9・30 判時 1028 号 133 頁では、「被告人は、覚せい剤による急性中毒症にアルコールによる病的酩酊が付加され、少なくとも心神耗弱状態にあったといわねばならない・・・被告人は反復して覚せい剤を使用する意思のもとに、昭和五二年十二月十五日夕刻すぎ四・八一グラムを上回る量を譲り受けて注射したのであって、右の一部を使用した原判示第一の所為（使用）は右の範囲がそのまま実現されたものということができ、譲り受け及び当初の使用時には責任能力が認められるから、実行行為のときに覚せい剤等の影響で少なくとも心神耗弱状態にあっても、被告人に対し刑法三九条を適用すべきではないと考える。原判示第二事実（所持）についても同様であって、犯行日時である昭和五二年十二月十九日午後九時すぎころには少なくとも心神耗弱状態にあり、原判決は相当でないが、被告人は覚せい剤の使用残量を継続して所持する意思のもとに所持をはじめたものであり、責任能力があった当時の意思が継続されたものといえるから、これまた刑法三九条を適用すべきではない」と判示し、覚せい剤使用罪及び所持罪の成立を認めた。

これらの事案では、自動車を運転するという行為や覚せい剤を譲り受けて使用するという行為には、ある種自動化された側面が存在するため、「意思の連続性」や、「原因行為時における、心神喪失又は耗弱状態での結果行為の未必の故意」が認められやすいといえる

他方で、一般刑法犯において故意犯に原因において自由な行為を認めたものは極めて少ない。名古屋高判昭和 31・4・19 高刑集 9 巻 5 号 411 頁では、「薬物注射により症候性精神病を発しそれに基く妄想を起し心神喪失の状態に陥り他人に対し暴行傷害を加へ死に至らしめた場合に於て注射を為すに先立ち薬物注射をすれば精神異常を招来して幻覚妄想を起し或は他人に暴行を加えることがあるかもしれないことを予想しながら敢て之を認容して薬物注射を為した時は暴行の未必の故意が成立するものと解するを相当とする。・・被告人は、本件犯行につき暴行の未必の故意を以て隆子を原判示短刀で刺突し死に至らしめたものと謂うべく従って傷害致死の罪責を免れ得ないものと謂わなければならない」と判示して、傷害致死罪の成立を認めた。

しかし、この判例に対しては批判が存在する。なぜならば、過失致死罪の成立を認めた最決昭和 26・1・17 刑集 5 巻 1 号 20 頁では、「多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因って心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす素質を有する者は居常右心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務あるものといわねばならない。」と判示しているため、この判例に従えば、「単に自己の危険の素質を認識し、それに反して飲酒をする」だけでは暴行の未必の故意は認められないことになる。未必の故意を認めるためには、他者に暴行を加えることについてのより具体的な認識が要求されることになるため、名古屋高判昭和 31・4・19 高刑集 9 巻 5 号 411 頁で、注射をする行為に暴行の未必の故意を認められるかどうかは疑問であるからである。

また、大阪地裁昭和 51・3・4 判時 822 号 109 頁では、「本件犯行前にも飲酒を始めればこれを抑制し難く、相当量飲酒すれば以上酩酊に陥り、是非弁別能力又は行動制御能力が少なくとも著しく減退する状態において他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながら、あえて判示のように断続的に清酒七ないし九合を飲んだと推断することができ、これを覆すに足りる証拠はないので、本件犯行時における被告人の心神状態だけを捉え、犯罪の成否を決することはできない。そこで、いわゆる原因において自由な行為の成否が考慮されなければならない。・・そして、いわゆる原因において自由な行為としての故意犯においては、行為者が責任能力ある状態で、自ら招いた精神障害による無能力又は減低責任能力の状態を犯罪の実行に利用しようという積極的意思があるから、その意思は犯罪実行の時にも作用しているというべきであって、犯罪実行時の行為者は、責任無能力者としての道具又は減低責任能力者としての道具であると同時に、責任能力のある間接正犯たる地位も持つ。・・被告人は、本件犯行前飲酒を始めるに当たっては、積極的に責任無能力の状態において犯罪の実行をしようと決意して飲酒したとは認められないから、確定的故意のある作為犯とはいえないけれども、右飲酒を始めた際は責任能力のある状態にあり、自ら任意に飲酒を始め、継続したことが認められ、他方飲酒しなければ死に勝る苦痛に襲われ飲酒せざるを得ない特殊な状態にあったとは認められず・・個々の飲酒とはいえないのみならず、右飲酒時における責任能力のある状態のもとでの注意欠如どころか、積極的に右飲酒義務に背き、かつ飲酒を重ねる時は異常酩酊に陥り、少なくとも限定責任能力の状態において他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながら、あえて飲酒を続けたことを優に推断することができるから、暴行脅迫の未必の故意あるものといわざるをえない」と判示して、暴力

行為等処罰二関スル法律違反（示凶器暴行脅迫罪）の限度で犯罪の成立を認め、強盗未遂罪の成立は否定した。

この判例は、判旨の中で、「原因において自由な行為」の理論的根拠、いわゆる構成要件モデルに立脚することを示した点でも注目されるが、この事案に対しても、飲酒行為時に示凶器暴行脅迫罪の点について未必の故意を認めた点が問題になる。なぜなら、本件では、被告人が過去に酩酊を理由とする強盗未遂で執行猶予を受けていて、裁判官から飲酒禁止を命じられていたことから、飲酒行為時になお未必の故意が認められると考えることもできるが、その未必の故意が凶器に関する点まで及んでいたかは疑問が残るからである。

このような飲酒や薬物注射により心神喪失状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす傾向がある者が、飲酒や薬物使用により他人に暴行を加えたケースで、判例の多くは過失犯の成立を認めている。そのリーディングケースとなったのが、前述の最決昭 26・1・17 刑集第 5 巻 1 号 20 頁の事案である。それゆえに、原因行為時に暴行の未必の故意を認めた、名古屋高判昭和 31・4・19 高刑集 9 巻 5 号 411 頁や大阪地裁昭和 51・3・4 判時 822 号 109 頁の事案は、判例の傾向からすると例外的ケースであるとも考察することができる。

以上を要約すると、酒酔い運転や覚せい剤所持・使用の特別刑法が問題になる、いわゆる「意思連続型」のケースでは、判例は行為者に完全な責任を認めている。他方で、飲酒や薬物注射により他人に暴行を加える習癖がある者が、飲酒や薬物使用により暴行に及んだ、「意思不連続型」のケースでは、故意犯の成否を認めたものは極めて少なく、多くは過失犯の成立を認めている。

②ドイツの判例

ドイツの判例は、構成要件モデルに立脚することが指摘されている[40]が、我が国の構成要件モデルとは少し異なるように見える判例も散見される。そこで、以下、ドイツの判例の動きを検討することにする。

RGSt42 413 では、「被告人は、意思のない第三者に興奮した馬の手綱の操作をゆだねた場合と同様にして、他人に傷害を負わせたのである。責任無能力の者を利用するという点で、両者は同視できるのである」と述べられている。これは、まさに間接正犯論に依拠する構成要件モデルからの説明といえよう。

BGH NJW 1955 1037 の判旨では、「故意犯の Alic は、行為者が計画された行為を遂行するために勇気づけのために飲むということを要求しない。むしろ、行為者が、酩酊状況下で一定の行為を遂行することを予見し、是認していることで十分なのである」と判示した。これは、構成要件モデルから要求される「二重の故意」についての説明であり、行為者が犯罪遂行のために自己の責任能力を取り除く、特別な主観的意思までは要求されないということであろう[41]。

BGHSt 21 381 は、3 名の被告人達が、共謀して窃盗の計画を立て H 市に向かったが、途中

---

[40] Heinz Schöch, Leipziger Kommentar 12 Aufl. § 20.RN198.

[41] このような指摘をするものとして、杉本一敏「原因において自由な行為をめぐる BGH 判例理論（上）」比較法学 47 巻 1 号（2013 年）63 頁。

でアルコールを大量に飲んだために、帰属無能力状態になり、その状態で、計画した窃盗を遂げた事案である。BGH は、「被告人達は完全な責任能力ある状態で、窃盗を取り決めて計画したことにより、事後の行為遂行に対する決定的な原因を設定したのである。そして、その行為は計画通り遂行された。それゆえに、3 名の被告人は、行為時にアルコールにより限定責任能力状態若しくは責任無能力状態であったかどうかは重要ではなく、完全な責任を負うのである。故意犯の形態における因果経過の等積的開始（verantwortlichen In-Gang-Setzens der Ursachenreihe）を想定するためには、行為者が未だ酩酊していない段階で、酩酊状態後に実際に犯した特定の犯罪行為について故意が及んでいることが必要である。そのためには、行為者の表象と事後の行為遂行が一致している必要がある。・・このような観点の下では、被告人達は、しらふの状態で、事後に遂行された自動車窃盗及び住居侵入を決定したのであるから、被告人達が完全な責任を負うことに何の異論もないのである」と判示した。

ここでは、「責任能力存在下での事前の計画が、事後の行為に対する決定的原因を設定した」という論理を Alic と呼んでいる。これは、BGH 独自の Alic の説明であり、「行為者の表象と事後の行為遂行が一致している」ということを要求する部分に鑑みれば、例外モデルの立場からの Alic の説明といえる。また、この判示からは、被告人らが責任能力ある状態で窃盗の計画・共謀をしたことが、構成要件該当行為であるようにも思われる。

他方で、BGHSt 23 356 は、被告人は、知人の女性店主が営む店から金庫を強奪し、口封じのために女性店主を絞殺することを計画した。その後、女性店主の店に行き、店主が物を取るために後ろを振り返った隙に、ストッキングを首に回して締め付けた。女性は、気絶した後、再度意識を取り戻したが、被告人は女性を殴打し、調理包丁で刺して殺したが、被告人は店に向かう途中にてんかん性の人格変化に陥り、犯行を断念することが不可能であった事案である。BGH は、「被告人が行為の遂行を開始した段階で、帰属無能力状態が生じたのではなく、女性店主が営む店に向かう途中で帰属無能力の状態にあった。つまり、責任能力ある段階で行為の一部も開始しておらず、行為の開始前に責任無能力の状態にあったのである。被告人が、行為の計画や予備段階で責任能力があったとしても、被告人を処罰することはできない。被告人は帰属無能力状態を故意でも過失でも惹起していないために、Alic の前提条件が存在しないのである。加えて、計画や予備は、刑法においては重要な段階ではないのである。行為者が少なくとも（旧）刑法 43 条の意味における行為遂行を責任能力ある状態で開始した場合に限り、帰属無能力状態で遂行された行為の責任が問題になる」と判示した。

この判例は、犯行計画や予備が刑法的に未だ重要な段階でない点を指摘し、行為者は未だ犯罪行為の一部分たりとも遂行していないことを指摘している。そして、BGHSt 23 356 の判旨との平仄を合わせるならば、前述の BGHSt 21 381 でも構成要件該当行為を計画・共謀行為ではなく、飲酒行為と捉えていることが推測できる[42]。それゆえに、BGH が飲酒行為を構成要件該当行為と捉えている限りでは、BGH は構成要件モデルに立脚しているといえる。

BGH NStZ1999 448 は、被告人達は麻薬購入のお金を調達するために、銀行を襲撃すること

[42] このような指摘をするものとして、杉本・前掲（注 41）73 頁以下。

を決め、麻薬（コカインやスピード等）を服用した後で、銀行を襲撃したが、被告人達は襲撃時には限定責任能力になっていた事案で、BGH は、「被告人達に対する刑法 21 条の適用を検討する必要はない。原審は、睡眠不足と結びついた薬物の興奮作用を考慮して、刑法 21 条の要件が存在していると判断している。しかし、原審は、被告人達が強盗のための襲撃を決定した後に薬物を服用したということを考慮していない。被告人達は、責任能力ある状態で事後に遂行される犯罪行為の共謀・計画を行うことにより、当該犯罪行為の決定的な原因を設定したのだから、Alic の原理によれば、犯罪行為時に責任能力が減退していることは何ら意味を持たないのである」と判示した。これは、BGHSt 21 381 で提示された、「責任能力ある段階で、後に遂行される犯罪行為の計画・共謀を行うことで、当該犯罪行為の決定的原因を設定した」という論理と同じものといえる。

BGHNStZ 2002 28 では、「故意犯の Alic を認めるためには、計画された行為の遂行を容易にする目的で、飲酒や薬物を使用しなければならないわけではない。意図された行為のために、酔うということは Alic にとって非本質的なのである。むしろ、行為者が、アルコールによる責任無能力状態で計画された行為を遂行するだろうという事を考慮したにも関わらず、飲酒したということで、故意犯の Alic を認めるには十分なのである」と判示した。BGH NJW 1955 1037 と同様に、構成要件モデルにおける「二重の故意」を認めるためには、犯罪遂行を容易にするためという目的は不要であるということが把握できる。

以上、ドイツの原因において自由な行為に関する判例を概観すると、構成要件モデルに立脚されるとする BGH の立場には以下のような変遷が見られる。RG 時代には、間接正犯論に依拠した構成要件モデルが採用されていた。他方で、BGH は、「責任無能力状態に陥る前に事後の行為遂行に対する決定的な原因を設定したという、因果経過の答責的開始（verantwortlichen In-Gang-Setzen der Ursachenreihe）」という概念に依拠して原因において自由な行為を説明している点で、間接正犯論に依拠した原因において自由な行為からの説明とは異なる。しかし、飲酒行為を実行行為と解している点、二重の故意が要求されている点では、構成要件モデルからの説明といえよう。

2　学説

①例外モデル

例外モデルとは、結果行為を実行行為としながらも、責任非難は原因行為に求めることにより、端的に「実行行為と責任能力の同時存在原則」の例外を認め、行為者の可罰性を根拠づけようとするものである。以下、例外モデルの代表的見解を検討する。

A：最終的意思決定説[43]

この見解は、「責任能力も責任判断の一種である以上、意思決定との関連から免れることはできず、行為者が自己の悪しき行為動機に対して良き反対動機を対立させて抗争しなければならないのは、ほかならぬ意思決定のときであり、その能力を欠いた状態のもとになされた意思決定に

[43] 西原春夫『犯罪実行行為論』（有斐閣・1998 年）133 頁以下。

対しては規範的非難を加えることができず、ひいてはその意思決定に基づいてなされた行為について行為者に非難を加えることはできない」ことから、責任能力は少なくとも意思決定をするときに問題になることを指摘する。その上で、「意思決定から予備以前の行為・予備行為・実行行為を経て結果惹起にいたる人間の態度が同一の意思に担われたものであるとき、これを行為と呼ぶ」ことから、刑法上の行為は特定の意思の実現過程であり、一個の行為は一個の特定の意思によって貫かれていることを意味し、仮に当該意思に担われない行為が従来の行為に接続したとすれば、そこには別個の行為が接木されたとみるべきであることを主張する。このことから、「行為についての責任能力は、当該行為への最終的意思決定のときにあればよいこと」、「ある違法行為についての責任能力は、その違法行為そのものの開始時ではなく、その違法行為を含むところの行為全体の開始時にあればよいこと」が演繹されるとことを指摘する。

このような責任能力の理解に立脚する立場から、この見解は原因において自由な行為を、以下のように分析する[44]。

「故意犯の場合には、責任無能力の状態で違法行為を犯すことの意欲または認容を伴った意思決定がなされる。次に、その意思決定にもとづいて行為が開始されることになる。その行為は、当座はいわゆる原因設定行為であって、多くは予備行為、またはそれ以前の行為にすぎず、まだ実行行為とは評価されない行為である。問題は、この行為はどこまで継続するかということであって、これが、実は、原因において自由な行為の理論における中心問題にほかならない。まず明らかなのは、少なくとも原因設定行為が終了するまで、いいかえれば責任無能力に陥るまでは同一の行為が継続しているといいうることである。そのあとの段階、つまり責任無能力の状態に陥ったあとの行動が、前述の行為の一環といいうるかどうかは一概にはいえない。前述のように、行為が意思の実現過程だということになると、行為者が事前に意欲した行動だけが行為の中に取り込まれ、意欲しなかった行動は、別個の意思決定にもとづく行為ないしは偶然の出来事として行為から除外されることになる。このようにみてくると、元来、原因において自由な行為というのは責任無能力状態中における違法行為につき事前に故意または過失のある場合を指すのであるから、それは、すべて、責任能力ある状態中に開始された原因設定行為の一環となるのである。同一の意思決定に支配されているという点では、責任能力ある状態中の原因設定行為も、責任無能力状態中の結果惹起行為も同様であって、両者は同一の意思によって貫かれた一個の行為の中に包摂されることになる」

つまり、この見解は、原因において自由な行為の場合には、責任能力は実行行為時になくてもよく、行為の開始時、すなわち「最終的な意思決定時」にあればよいと考える。その上で、行為の開始時における最終的意思決定の際に責任能力がありさえすれば、現実の実行行為すなわち結果惹起行為の際に責任能力が失われても、責任能力あるものとして責任を問うて差支えないことを主張する。「最終的意思決定」が「原因行為」と「結果行為」の間に貫かれていれば、1 個の行為として問責の対象となるとこ考えることから、「行為と責任の同時存在原則」との関係では、「最終的意思決定がなされる原因行為時まで責任を拡大する」ことにより、行為もその限度にお

44 西原・前掲（注 43）162 頁。

いて拡大がなされ、同時存在原則が充足されることになる。

しかし、このような「責任の原因行為時までの前倒し」は問題点を有すると思われる。なぜならば、この見解からは、最終的意思決定が認められる限りにおいて責任非難を遡ることが可能になるため、予備行為時あるいはそれ以前の行為時に対する意思決定への非難を可能にしてしまい、可罰性の拡大の恐れがあるからである。そこで、最終的意思決定をどこまで遡るかが問題になる。

この問題につき、最終的意思決定説において、問責の対象となる行為は「1 つの意思決定に貫かれた 1 つの行為」であり、それが「構成要件該当行為」として把握されていることから、「行為と責任の同時存在原則」は充足されているとの指摘もある[45]。この指摘に従えば、「原因行為に構成要件該当行為性が認められる限り」において、最終的意思決定も遡ることができることになる。しかし、構成要件該当性が認められる限りで責任が遡るのであれば、端的に原因行為を構成要件該当行為とする構成要件モデルを採用した方が、最終的意思決定という概念を用いるよりも簡明ではないだろうか[46]。

このように考えると、この見解は、「最終的意思決定」を認める基準が不明確であり、原因行為と結果惹起行為との間の時間的・場所的近接性等などの、最終的意思決定を補填する別個の条件が必要になると思われる。

B：違法性の意識の可能性説[47]

この見解は、違法性の錯誤における責任説からの帰結を、原因において自由な行為にも転用するものである。つまり、違法性の錯誤では、「行為時に違法性の意識を欠いていても、事前の努力により違法性の錯誤を回避できた場合には、違法性の意識の可能性があることになり、行為者を故意犯で処罰できる」のであるから、「事前の努力により回避しえた責任無能力状態における、事前に予見しえた種類の故意の犯行については、行為者が行為の時点で責任無能力であってもなお責任非難が可能である」と考えるものである。責任非難が認められるためには、責任能力の維持に向けた努力の契機（犯行の予見可能性を含む）および努力の可能性、更には努力をすれば責任能力が維持されたであろうという関係が必要であり、この要件は回避しえた禁止の錯誤の場合と同様であることを指摘する[48]。なお、このような見解は、「一定の要件の下で行為前の行為者の態度を責任非難の根拠とするため、人格責任論への接近であり、行為と責任の同時存在原則に違反している」という批判に対しては、同時存在原則は責任判断の無制限な時間的遡求、ひいては行状責任や人格責任の取り込みを防止することによって個別行為責任を確かなものとしてい

---

45 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第 1 巻総論』（有斐閣・2010 年）628 頁［古川伸彦］

46 このような指摘をするものとして、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013 年）326 頁。

47 安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（二・完）」法学論叢（1997 年）32 頁以下、伊藤渉＝小林憲太郎＝鎮目征樹＝成瀬幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法総論』（弘文堂・2005 年）231 頁［安田拓人］

48 安田・前掲（注 47）51 頁。

るのであり、行為と責任が同時存在することそのものに意味があるのではないことを強調する[49]。

しかし、この見解からは、結果行為時に初めて故意が生じた場合でも、結果行為を実行行為と捉えることから、故意犯としての処罰が可能になってしまうが、このような帰結は妥当ではないだろう。行為責任原理の観点からは、責任能力が要求される行為に対しては、故意も要求されるべきであり、違法性の意識の可能性のケースと原因において自由な行為をパラレルに扱うことはできないように思われる。加えてこの見解からは、限定責任能力の場合に、回避しえた責任無能力に対する論理をそのまま転用すれば、刑法 39 条 2 項により減軽されることになるが、責任無能力の場合と齟齬が生じてしまう点で不当であるように思われる[50]。

C：権利濫用論を主張する見解[51]

この見解は、「原因において自由な行為」を考える場合、第一に実行行為はどこに求められるかを実行行為概念自体から確定すべきであるとし、それが責任能力に欠陥のない時期に求められれば、「原因において自由な行為」の登場する余地はない事を指摘する。原因行為に実行行為が認められない場合こそ、原因において自由な行為の問題となるのであり、そのような行為がなぜ可罰的であるのか、いかにしてそうなるのかが問われなければならないとする。その上で、行為無能力状態に陥る場合と責任無能力状態に陥る場合を分け、行為無能力状態の場合には、評価の対象としての行為が存在しない以上、行為無能力以前の段階に実行行為を求める。他方で、責任無能力又は限定責任能力状態の場合には、実行行為が責任無能力状態ないし限定責任能力状態の中に認められることになれば、改めて原因において自由な行為の問題を考える。本来予備行為としてしか認められない行為に実行行為を求めて処罰することが不合理であれば、そして原因行為に実行行為を認めうる場合のみ処罰可能であるとすることが一般的な法感覚にそぐわないとすれば、同時存在原則の例外を認めざるをえないとする。ただし、原因に責任があるというだけで直ちに後の結果惹起行為に責任を負わせるのでは責任主義に反する虞があるとし、この場合は原因行為そのものに対する責任を問えるだけであり、これは法律の規定がなければ構成要件該当行為も欠けることになり不可罰である。しかし、実行行為時にだけ注目すれば不可罰の行為も、それ以前の状況を考えあわせた場合に、実行行為と責任能力の同時存在原則に対する例外として責任非難を負わすことは可能ではなかろうかと考え、このような例外は刑事政策の観点からだけではなく、いわば社会的衡平の原理とでもいうべき見地から認める余地があるとし、一定の法理が認められている法目的に反して、形式的にその適用場面が作出される場合には、その法理の濫用として適用を制限することも責任主義に反するものではないことを、この見解は強調する。

---

[49] 安田・前掲（注 47）50 頁。

[50] 安田・前掲（注 47）53 頁では、「わが国の限定責任能力は必要的減軽を規定しているため、回避しえた責任無能力の場合と限定責任能力の場合を同様に扱わないと、責任能力低下の程度が低い方が有利な扱いを受けることになって妥当でないであろうと思われるが、詳しい検討は今後の課題としたい」として、具体的解決策は示されていない。

[51] 丸山治「原因において自由な行為に関する一考察（二完）」北海学園法学研究 19 巻 1 号（1983 年）53 頁以下。

つまり、最初から犯罪を実現する意思で、判断ないし制御の正常性を欠くに至らしめた者には、それを欠いたことをもってその者に有利な抗弁として許すべきではないと考えることは、責任主義に反するものではなく、このような思考は、被害者を殺害して占有を離脱させておき財物を奪取することが強盗殺人を構成する場合や、挑発防衛の場合にも親和的であるとする。

この見解は、原因行為に実行行為が認められない場合に初めて、原因において自由な行為が問題になるのであり、その限りでは同時存在原則の例外を認めざるをえないとする。そして、このような例外は、刑事政策の観点からだけではなく、いわば社会的衡平の原理とでもいうべき見地から認められるとする。しかし、同時存在原則の例外が認められるか否かの判断が、社会的衡平や刑事政策の観点からなされることになると、当該判断が恣意的に流れる危険性があり、しいては同時存在原則を形骸化させる虞があることは否定できないように思われる。それゆえに、この見解は妥当ではないだろう。

D：条文の文言から、同時存在原則の例外を認める見解[52]

この見解を主張するイェルーシェックは、刑法 20 条の例外が認められるか否かについて以下のように述べる[53]。

「責任原理が、Alic の把握のために刑法 20 条に関して、思い込まれた同時性についての例外規定を受け入れることを、立法者に対して禁止しているのかどうかを熟考しなければならないのである。例えば、その模範として、スイス刑法 12 条は以下の様に提供している。（行為者の）重大な精神障害や意識侵害が、このような状況下で犯罪を遂行する意図で行為者により引き起こされた場合には、スイス刑法 10 条及び 11 条の規定は適用不可能なのである。将来法の立場から（de lege ferenda）、責任非難を構成要件に該当しない先行行為と結びつける可能性は、批判されている・・しかしながら、このような批判が、責任前倒しモデルの矛盾を証明するのに有益に寄与しているかどうかは、もう一度考える必要がある。なぜならば、例外モデルの主張者達も、このような責任を処罰することに慣れているわけではないからである・・とりわけ、行為概念を予備段階にまで拡大することにより同時存在原則を維持しようとすることは、私には説得力を有するようには思われないし、構成要件モデルの主張者達が例外モデルに対して、責任非難を予備段階に結びつけることは憲法違反であるとして非難することも、私には説得力を有するようには思われないのである。限定責任能力の境界を超えることにより、未遂段階への到達が証明されている者が、批判に耐えることができないということが問題になりうるのであろうか。一時しのぎの理論構成により同時存在原則違反を覆い隠すよりも、同時存在原則の例外に対する実質的根拠を熟考することが、私にはより誠実であるように思われる。また、責任原理が、責任原理を正当に評価するために同時性の理論を実際に要求しているのかどうかについて背景を検討することなど、とうの昔に時期を逸しているのである。Alic の事例において、同時性の制限は、権利濫

[52] Jerouscheck/Kölbel, a.a.O.(Fn13).S.420ff.
[53] Günter Jerouscheck,Tatschuld,Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft,in Festschrift für Hirsch,1999,S.255ff.

用論を考慮することで、簡単に正当化されるのである・・自ら招いた責任能力欠如の実質的排除という法的思考は、刑法にとって決してよそよそしいものではないのである。責任原理を認めることは、決して同時存在原則を認めることを前提としているわけではないという事から出発することが許されるのであれば、同時存在原則をあきらめる解釈の余地が、現行法に従って開かれないのかどうかという問題が生じるのである。この問題については、私は、解釈の余地目的をもう一度考え直すこと、そして刑法 20 条における bei という文言は bezuglich の意味で拡張的に解釈することを提案した。これまでの解釈アプローチと従来の理論との矛盾を甘受することなく、このような解釈は、十分に理解された責任原則を充足するのである

つまり、イェルーシェックは、ドイツ刑法 20 条 1 項の「行為遂行の際に(bei Begehung der Tat)」という文言に用いられている「bei（～の際に)」という文言を「bezuglich（～に関して)」の意味で解釈することを主張する。それゆえに、イェルーシェックの見解からは、ドイツ刑法 20 条 1 項を「行為遂行の際に」ではなく、「行為遂行に関して」の意味で解釈するため、結果行為だけでなく、原因行為まで含んで解釈することが可能になり、このような解釈に従えば、行為者が責任無能力状態で犯罪を犯したとしても、責任無能力を惹起した行為者の自招性が考慮されることで、刑法 20 条 1 項の適用が排除されることになり、なおかつこのような解釈は、責任原理に反するものではないことになる。

他方で、なぜ、bei という文言を bezuglich という文言で読み替えることが可能なのかについて、イェルーシェックは、「例えば、幇助犯においては、幇助は決して実行行為時に果たされなければならないのではなく、実行行為の前域で生じることもある。立法者は、刑法 27 条で、幇助は、行為に対してなされなければならないと規定したにすぎない。それゆえに、（実行行為の前域でなされた）幇助が刑法 27 条に矛盾することを誰も指摘しないのである。つまり、このことから、言語使用がその文言との関係において抽象化して使用されることが可能である」と述べている[54]。しかし、イェルーシェックが指摘する幇助犯のケースは、言語使用が文言との関係で抽象化することを必ずしも根拠づけるわけではなく、あくまで幇助犯との関係でのみ妥当する論理である。責任能力が、なぜ実行行為の前域で存在することで足りるのかについては、刑法 20 条との関係で別個の積極的根拠が、依然として要求されるのであり、この点についてのイェルーシェックの説明が存在しない点で、やはりこの見解は妥当ではないといえる。

E：例外的帰属として行為者を処罰する見解[55]

この見解を主張するルシュカは、刑法上の規範には、二種類の異なった規範が存在することを指摘する。一つは、第一次レベルの規範であり、これは当該行為が違法か否かを判断する規範であり、具体的には、「命令規範」・「禁止規範」などかこれに該当することを指摘する。そして、第一次レベルの規範が問題になる場合には、先行行為の事情を考慮することは許されず、「通常

[54] Jerouscheck,a.a.O.(Fn53),S.258f.
[55] Hruschka,a,a,O.(Fn12),S.274ff. Joachim Hruschka, Die actio libera in causa beiVorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten JZ,1997,S.24f.

の帰属（ordentliche Zurechnung）」として、実行行為時の事情を基準にして、第一次レベルの規範の違反の有無を判断し、違反であると判断されれば、結果は行為者に帰属される。他方で、もう一つの規範がメタレベル（第二次レベル）の規範であり、これは当該行為の具体的な帰責の有無を判断する規範であり、第一次レベルの規範から派生的に生じる規範であることをルシュカは指摘する。そして、メタレベルの規範が問題になる場合には、先行行為の事情を考慮することも許され、かつ先行行為時にメタレベルの規範の違反が行為者に存在する場合には、行為者には義務違反（Obligenheitsverletzung）が認められ、「例外的帰属（außerordentliche Zurechnung）」として、行為者に結果が帰属されることが許されることを主張する。

ルシュカは、このような独自の責任論に依拠して、原因において自由な行為は、「行為者が欠陥状態にあることに対して責任がある場合であり、これはメタレベルの規範違反といえるから、当該不法行為は、行為者に例外的に有責に帰属されるケース」であることから、例外的帰属が問題になることを主張する。つまり、ルシュカは、原因において自由な行為のケースは、行為者に欠陥状態を回避する義務が課されていて、この義務に違反した場合であると指摘する。その際に、責任の根拠付けは、帰属の対象である結果行為時よりも、前に存在する時点と結び付けられ、このような Alic の問題状況を適切に描写しているのが、例外モデルであると主張する[56]。

ルシュカの見解は、規範を第一次レベルの規範と第二次レベルの規範に区分し、第二次レベルの規範違反が問題になる場合には実行行為以前の事情も考慮することが可能になるという独自の責任論を基礎にしている。その上で、原因において自由な行為では第二次レベルの規範違反が問題になることから、原因行為を考慮することも例外的に可能であることを主張する点に特徴がある。しかし、ルシュカの見解に対しては、第一次レベルの規範と第二次レベルの規範は何を根拠として生じるのか、また第一次レベルの規範と第二次レベルの規範を明確に区分できるのかという疑問が提起できる。加えて、なぜ第二次レベルの規範違反の場合に、例外的に実行行為以前の事情も考慮できるのかという点も不明であり、やはりルシュカ独自の責任論に依拠しなければ、原因において自由な行為を説明できない点で、妥当ではないといえる。

②構成要件モデル

構成要件モデルにも変遷が見られるので、以下ではそれを検討することとする。

A：旧・構成要件モデル（間接正犯類似説）[57]

この見解は、間接正犯が他人を道具として利用するものであるのに対し、原因において自由な行為は、自己の責任能力ない状態を道具として利用するものである点にちがいがあるにすぎないと考えるものである。間接正犯では他人を利用する行為を実行行為と捉えるのと同様に、原因において自由な行為においても、自己を利用する行為つまり原因行為を実行行為と捉えることで、「行為と責任の同時存在原則」を満たしているとする。そして、原因行為が実行行為としての定

---

[56] なお、ルシュカは、最終的には例外モデルの立法化を図ることが望ましいと述べている。Hruschka,a,a,O.(Fn55),S.24f.

[57] 団藤重光　『刑法綱要総論［第 3 版］』（創文社・1990 年）161 頁以下。

型性を有するためには、二つの要件を満たす必要があることを指摘する。第一の要件として、「自己をまったく弁別のない状態におとしれること」が必要であり、単に心神耗弱の状態におとしいれた場合には、原因行為に実行行為をみとめることはできないことを認める。そして、この場合には心神耗弱下での挙動それ自体が実行行為であり、限定責任能力者の行為として刑の減軽を認める。第二の要件として、「自己を弁別能力のない状態を道具として利用する行為そのものが、構成要件的定型性を具備すること」が必要であり、過失犯や不作為犯については原因行為に実行行為性を認めることが比較的容易だが、他方で故意による作為犯の場合には困難さを伴い、例えば泥酔中に人を殺すつもりで飲酒した場合には、飲酒行為に殺人の構成要件該当性を認めることは不可能であることを認めている。

しかし、この見解に対しては、以下の批判が存在する。

(i) 他人を殺すつもりで景気づけのために飲酒した者が、その後酔いつぶれて眠ってしまった場合にも、殺人未遂罪の成立を認めることになり妥当でない。

(ii) この見解からは、責任無能力状態に陥った場合には、行為者に完全な責任を問うことができるが、限定責任能力の場合に陥った場合には、刑法 39 条 2 項が適用され、刑が減軽されることになり、不合理である。

これらの批判を受けて、(旧) 構成要件モデルは修正を加え、新・構成要件モデルは「実行行為の開始時期」＝「実行の着手時期」いう公式を分離しながらも、原因行為に実行行為（構成要件該当行為）を認める。以下では、この新・構成要件モデルを検討する。

B：新・構成要件モデル[58]

この見解は、「原因において自由な行為」では、「実行行為の開始時期」と「実行の着手時期」を同視しない。なお、実行の着手をいつ認めるかについては、因果関係の起点としての、実行行為は未遂犯を認めるための危険性を有する必要はなく、結果発生の一定程度の危険を有する行為で足りると考えるこの見解の立場からは、結果行為時に実行の着手を認める（実質的客観説）。

それ以外の点では、旧・構成要件モデルと何ら変わらない。原因行為に、実行行為性を認めるためには、飲酒や薬物等の作用により、周囲の人間に暴行を加える傾向がある者が、そのような自己の傾向を認識し、他人に暴行を加えることを認識しながら、飲酒や薬物を摂取したという事情が必要である。そして、このような実行行為に正犯性が認められて、原因行為に構成要件該当性を認めることができる。それゆえに、正犯性を認めるためには、自己が心神喪失状態に陥って犯罪を行うことの認識（いわゆる二重の故意）が必要になる。

新構成要件モデルは、実行行為の開始時期と実行の着手時期を分離することで、旧構成要件モデルに対して指摘されていた、早期に未遂を認めることになるという批判を回避したといえる。しかし、旧・構成要件モデルに対して指摘されていた、「限定責任能力の場合に、道具とはいえず、完全な責任を問うことが出来ない」という批判は依然として妥当しており、問題は残された

[58] 佐伯・前掲（注 46）327 頁以下。

ままであるといえる[59][60]。

3　私見

これまで検討してきた見解は、実行行為時における同時存在原則を基礎にしていた。それゆえに、原因行為を実行行為と捉えるアプローチと、実行行為を結果行為と解した上で原因行為を例外的に考慮するアプローチに二分されていた。しかし、本稿は、原因において自由な行為のケースは、実行行為は結果行為であり、原因行為は実行行為ではなく因果関係の起点としての行為として把握することから、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないため、実行行為時における同時存在原則が妥当しないと考える。原因において自由な行為では、同時存在原則にいう行為は実行行為ではなく、因果関係の起点としての行為（未遂犯成立のための危険性までは認められる必要はない）と解釈すべきであろう。そして、原因行為と結果行為・結果との間に因果連関および責任連関が認められる場合に、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が満たされ、行為者を処罰することが可能であると考える[61]。

因果連関を認めるための前提として、原因行為と結果行為・結果との間に条件関係が認められる必要がある。ここで問題になるのは、「既に犯行を決意した者が、景気づけのために飲酒した場合」に、飲酒しなくても犯行に出ていたのであるから、条件関係を認めることはできないのではないかということである。しかし、この批判は、条件関係の存否を判断するにあたり、原因行

---

59 佐伯・前掲（注 46）327 頁では、「構成要件モデルからは、原因において自由な行為という特別な法理は不要であり、通常の犯罪理論の枠組みで説明できるか否かにつきる」との指摘がなされている。同様の見解を採用する者としてドイツでは、ヒルシュが挙げられる。ヒルシュは、行為者が自らを道具として利用する点で、原因に置いて自由な行為を、刑法 25 条 1 項「自ら又は他の者を通じて犯罪行為を行った者は、正犯として処罰する」の下位事例として位置づけ、「行為者が自らを通じて犯罪行為を行う」ケースを捉えている。Hans Joachim Hirsch,JR,1997,S. 232f.
このような見解は、間接正犯の正犯性判断において、他人を利用するか自己を利用するかという点に、本質的な違いはないと考える立場に立脚しているといえる。しかし、林幹人『判例刑法』（東大出版会・2008 年）139 頁では、「正犯性とは本来、教唆・幇助などの対概念であって、2 人以上の人格が関与した場合にのみ問題とすべきであり、単独犯の成立を限定する要件として認めるべきではない」との批判もなされている。本稿も、間接正犯とは他者を道具として利用する場合であり、構成要件モデルが前提とする、自己が責任無能力の自己を道具として利用するという論理は技巧的なものであると考えることから、構成要件モデルは、通常の犯罪理論の枠組みからの説明とはいえないように思われる。

60 心神耗弱をどのように扱うのかという問題に対し、佐伯・前掲（注 46）328 頁以下では、「責任非難の対象となる実行行為は、原因行為と結果行為の双方にこれを一連一体のものとして認められることになるので、その責任は、原因行為時の責任と結果行為時の責任を併せたものである」と述べられている。しかし、このような論理は、一方では原因行為に実行行為性を認めておきながら、他方では原因行為の実行行為性を否定するものであり妥当ではないように思われる。
この見解を貫徹するならば、実行行為である原因行為の責任のみを問題とすべきであり、結果行為は考慮すべきではないだろう。同様の批判をするものとして、西田典之『刑法総論［第二版］』（有斐閣・2010 年）290 頁。

61 このような見解を主張するものとして、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣・2001 年）880 頁、山口厚「原因において自由な行為について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 2 巻』（有斐閣・1981 年）162 頁以下。

為を取り除くだけでなく、仮定的行為（飲酒行為がなかった場合に行為者はどうしたか）を考慮することを前提としたものであり、「原因行為を取り除くこと」は必然的に「仮定的行為を考慮すること」ではない。それゆえに、仮定的行為を考慮しなければ条件関係は肯定できるのであるから、この批判はあたらない[62]。原因行為は、因果関係の起点としての行為であり、未遂犯成立のための危険性を有する必要性はない。但し、法益侵害の一定程度の危険性を有する必要はあることから、飲酒・薬物使用等により生命身体を侵害する習癖の存在、そして原因行為と結果との間には偶発的な事情が介在する可能性があるため、原因行為と結果の間に時間的場所的近接性が認められることで、相当因果関係が肯定され、因果連関が認められることになる[63]。

責任連関が認められるためには、原因行為時の故意・過失が結果行為時にも実現される必要がある。具体的には、原因行為と結果行為・結果との因果連関が認められた上で、原因行為時に過失が認められる場合でも、結果行為時には故意が認められる場合には、原因行為時の過失が結果行為に実現された限りで責任連関が認められることから、過失犯が成立することになる。なお原因行為が過失で、結果行為が限定責任能力状態で故意が認められる場合には、両者の間に責任連関はないために、限定責任能力状態での故意犯が成立する[64]。そして、原因行為における故意の内容としては、「原因行為が結果を惹起する危険性を持つことの認識」「その危険性の結果行為・結果への相当な実現の認識」「発生する結果行為・結果の認識」が必要である[65]。

このように本稿は、故意犯と原因において自由な行為では、実行行為時における同時存在原則ではなく、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が妥当すると考える。そのうえで、責任主義の要請から、原因において自由な行為では、責任能力、故意、過失の存在する時点で行われた法益侵害の危険性のある違法行為から発生した相当因果関係のある結果についてのみ、責任を問うことが出来ないものと解するのである[66]。

なお本稿の見解に対しては、同時存在原則を厳格に維持すべきとの観点から、原因において自由な行為では行為者を不処罰にすべきではないかとの批判も予想される[67]。確かに、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えれば、同時存在原則を貫徹する立場からは、原因において自由な行為では行為者を不可罰とする帰結に至る。しかし、前述のように本稿は、同時存在原則というのは、実行行為時に限定されるものではないと考えている。そして、本稿が新たに主張する、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」は、従来の同時存在原則の例外を認めるものではないのである。同時存在原則は、行為責任主義からの要請であるが、行為責任主義から演繹されることは、行為者の当該行為が結果と因果関係を有する場合に、行為

62 山口・前掲（注61）174 頁。
63 内藤・前掲（注 61）881 頁。
64 内藤・前掲（注 61）881 頁。
65 内藤・前掲（注 61）881 頁。
66 内藤・前掲（注 61）884 頁、山口・前掲（注 61）172 頁。
67 このような見解を主張するものとして、浅田和茂『刑法総論［補正版］』（成文堂・2007 年）293 頁以下。

者に結果が帰責されるということである[68]。とすれば、同時存在原則にいう行為が、必ずしも実行行為に限定される論理必然性は存在しないのである。確かに多くの場合に、結果と因果関係を有する行為は実行行為であるが、必ずしも実行行為であるわけではない。例えば、原因において自由な行為の場合では、結果と因果関係を有する行為は飲酒行為であるが、飲酒行為を実行行為と解釈することはできない。しかし、このような場合に、飲酒行為を行為として把握することは、行為責任主義に反するものではないのである。なぜならば、本稿は、「同時存在原則」＝「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」と解し、「実行行為時における同時存在原則」は、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の中に含まれると考えるため、故意犯と原因において自由な行為では、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点からは、飲酒行為を、因果関係の起点としての行為として把握することが可能になる。

4 私見と判例との関係

原因行為以前に結果行為意思が存在する、いわゆる「意思連続型」のケースについては、例外モデルからは、完全な責任を問う事ができるだろう。構成要件モデルからは、特別刑法が問題になる事案では、未必的に車の運転をする、覚せい剤を打つということが認識されている限りで、故意犯の責任を問うことができる。本稿が支持する、因果関係の起点としての行為と結果・結果行為の因果連関・責任連関を問う見解からは、結果惹起の勢いをつけるために、飲酒行為や薬物使用行為をしていることから、原因行為に、因果関係の起点としての行為の危険性を認めることができ、構成要件モデルと同様の帰結に至ると思われる。但し、意思連続型のケースで、結果行為時に限定責任能力の場合には、間接正犯理論を基礎とする構成要件モデルからは責任を問うことが出来ないが、本稿の立場からは、原因行為と結果との相当因果関係及び原因行為時の故意が結果行為時に実現している限りで、責任を問うことが出来る[69]。

他方で、原因行為によって初めて結果行為意思が生じる、「意思不連続型」のケースでは、原因行為時に故意を認めることができないため、構成要件モデル並びに例外モデルからは完全な責任を認めることはできず、過失犯の成立を認めるにとどまる。本稿が支持する、因果関係の起点としての行為と結果・結果行為の因果連関・責任連関を問う見解からも、同様の理由から、過失犯の成立を認めるにとどまる場合が多いと思われる。しかし、「意思非連続型」のケースで、判例の多くは過失犯の成立を認めているのであり、本稿が支持する見解が判例の傾向と大きく乖離することはないと思われる。

---

[68] このような指摘をするものとして、生田・前掲（注 7）103 頁。
[69] 内藤・前掲（注 61）891 頁。

第三節　実行行為途中からの責任能力の低下

1　問題の所在

本節では、実行行為途中から、心神喪失又は心神耗弱状態に陥って結果を発生させた事例を検討する。実行行為の開始時には、責任能力が存在する点に、原因において自由な行為との違いが存在する。

この問題を解決するために、大別して二つの見解が主張される。一つは、「結果発生時に、行為者が責任無能力又は限定責任能力状態」であることに着目して、行為者に完全な罪責を問うためには「原因において自由な行為」が必要になるとする見解である。もう一つは、「実行行為を開始した段階では、完全な責任能力が存在した以上、原因において自由な行為は問題にならず、責任能力減退の事情については因果関係の錯誤として処理すれば足りる」というものである。

そこで、どちらの見解が妥当なのか、加えて、同時存在原則との関係はどのように考えればよいかが問題になる。そこで、この問題を考えるにあたり、以下では我が国の判例及びドイツの判例を考察する。

2　判例

①我が国の判例

東京高判昭和 54・5・15 判時 937 号 127 頁では、「被告人の行為は、同一機会場所において同一人に対し同一態様の加害行為を反復継続したものとして、全体として一個の行為として認められるものであること原判示のとおりであるものの、そのうえで、それは時間的にかなり幅のある行為であり、かつその時間を通じてほぼ同一態様の加害行為を多数回にわたり反復継続しつづけたものであるという特殊性において、例えば一時の激情にかられて短時間内に相手方を一突き二突きしたというような一過的瞬間的な行為とは趣を異にする・・被告人の実行行為開始時の行為は、鋭利な洋鋏をもって相手方の上体部等を数回連続してそれもかなりの力で突き刺すというものであり、当然その加害の程度も重大である。すなわち、被告人はその責任能力に特段の減弱のない状態において既に未必的殺意をもって積極的に重大な加害行為に及んだものであって、以後の実行行為は右殺意のおのずから継続発展として、かつ主としては右と同じ態様の加害行為をひたすら反復継続したという関係なのである。本件犯行行為中右開始当初の部分が、被告人に対する本件行為全体の非難可能性の有無、程度を判定するうえに無視して差し支えないほどの、或は見るべき意味をもたない程の軽微僅少なものであるとはとうていいえない。そしてまた、被告人が行為中途で陥った情動性朦朧状態も、それは被告人が相手方に対して意図的に右のような重大な加害を開始してしまったことによる激しい精神的昂奮が少なからず起因しているものであることは容易に窺知できるところであり、それならば、その精神的昂奮状態は被告人において自ら招いた面が多いという関係もそこに認められるのである。被告人に対し非難可能性の減弱を認めるべき実質的根拠はますます薄弱とならざるを得ない」と判示して、被告人に殺人罪の成立を認めている。

また、大阪地判昭和 58・3・18 判時 1086 号 158 頁でも、同様に、「被告人は本件犯行に着手

した時点においてはもとより、犯行の前半部分にあたる金網のフェンス付近に転倒した被害者に暴行を加えた段階においては、その責任能力に疑いはなかったものであるところ、その段階において優に致死の結果をもたらしうるものと認められるうえ、その後の被告人の錯乱状態は、被告人自らの飲酒及びそれに先立つ暴行等の行動によって招かれたものであり、かつ、右状態で行われた暴行は、前段階におけるそれと態様を異にするものでもないから、本件における被告人の暴行は、その全部を一体として評価すべきであり、仮に犯行の後半部分において被告人がその責任能力に何らかの影響を及ぼすべき精神状態に陥ったとしても、刑法三九条一項又は二項は適用されないものと解すべきである」と判示されている。

この 2 つの判例は、責任能力存在下での行為態様と、責任能力減退下での行為態様が異ならず、両行為の間に意思の連続性が認められ、時間的・場所的近接性も認められることから、行為を一連一体のものとしてみなしている点に特徴がある。

長崎地判平成 4・1・14 判時 1415 号 142 頁は、被告人は午前 11 時頃から飲酒を始め、午後 2 時頃から手拳で被害者の頭部・顔面等を殴打し、腹立ちまぎれに焼酎を飲んで酩酊の度合いを強めながら数次にわたり手拳で、頭部・顔面等を殴打し、背部等を足蹴にするなどの暴行を加えた。その後、被害者を攻撃する際に敷居に自らつまずいてアルミサッシガラスに頭を強打したことから、一層激昂し、被害者の背部・腎部等を踏みつけ、肩叩き棒で頭部等を滅多打ちにし、午後 11 時頃右傷害に基づく外傷性ショックにより死亡させたものである。長崎地判は以下のように述べて、被告人に傷害致死罪を認めた。

「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなく、犯行を開始した後に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎないものであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減軽すべき実質的根拠があるとは言いがたい。そうすると、刑法 39 条 2 項を適用すべきではないと解するのが相当である」と判示した。

この判例は、責任能力存在下での行為は「手拳による殴打」だったが、責任能力低下後の行為は「背部、腎部などを足で踏みつけ、肩たたき棒で頭部等を滅多打ちにする」というものであり、明らかにエスカレートしていることから、責任能力存在下での行為が重大であった東京高判昭 54・5・15 判時 937 号 127 頁や大阪地判昭和 58・3・18 判時 1086 号 158 頁とは異なる。また、午後 2 時から午後 11 時までに、行為が断続して行われていることから、責任能力存在下の行為と責任能力低下後の行為は分断されるとも考えられる。しかし、長崎地判平 4・1・14 判時 1415 号 142 頁は、判旨の中で、被告人の暴行が一連一体の行為として把握すべきであるとは述べていないが、「同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものである」と述べている点、加えて、本件は心神耗弱になった時点と致命傷となる攻撃を与えた時点が特定できなかったケースである点に鑑みると、責任能力存在下の行為と責任無能力の行為とを一連一体のものとして把握する立場になじむものといえる。

東京地判平成 9・7・15 判時 1641 号 157 頁は、外傷性てんかんの発作を患っていた被告人が、B 子が一人で留守番をしている家に布団を抱えて突然上り込み、「布団を干せ」と B 子に言ったが、B 子は被告人を恐れてベランダに逃げたところ、被告人は B 子の態度に立腹し、台所において、B 子の背後から左手を首に巻きつけて同女を捕まえた上、同所にあった文化包丁を手に持って、B 子の左腕部を一回突き刺し、よって約三週間の加療を要する左上腕刺創の傷害を負わせた事案である。東京地裁は、「次に、被告人の公判供述によっても、包丁で刺したこととベランダでの暴行との継続性を否定する事情はなく、それらは一連の行動であると認められ、台所で B 子を捕まえて刃先の鋭利な包丁を手に取ったことまでは認識していたというのであるから、遅くとも包丁を手にした時点までに傷害の故意を生じたと認められる。そうすると、仮に B 子を刺した時点で発作が起きていたとしても、発作中の行為はその事前の意思に従ったものであって故意に欠けるものではない・・そうすると、B 子を刺した時点で発作が起きていたとしても、発作中の行為がその直前の被告人の意思に従ったものである以上、被告人は自己の行為を認識して善悪の判断をし、それに従って行動する能力を有しつつ実行したものといえ、完全な責任能力が認められる」と述べて、仮に実行行為の時点で被告人が発作を起こしていたとしても、完全な責任能力が認められるとした。この判例も、責任能力存在下の行為と責任無能力の行為とを一連一体のものとして把握する立場になじむものといえる。

②ドイツの判例

ドイツでは、実行行為途中からの責任能力の減退は「因果関係の錯誤」として捉えられている。例えば、BGHSt23,133 は、女性から別れを告げられて立腹した被告人が、上着のポケットから折りたたみ式のナイフを取り出して刃先を出し、女性を殺害する意図で、38 回に及ぶ刺突行為を行い、出血多量により女性は死亡したのであるが、陪審裁判所の認定によれば、被告人は実行行為の際に制御能力が著しく減退していて、血中アルコール濃度が 1.72%であることから、情動性の記憶喪失（Affektamnesie）に陥っていた可能性があり、ナイフでの刺突行為以前に帰属無能力状態にあったとされているケースである。BGH は、「但し、被告人は帰属無能力の発生前にも実行行為を遂行していたのであり、つまり、殺人未遂を遂行していたのである。しかし、このことは、帰属無能力に陥った後に遂行された本来の殺害行為が、行為者に対して故意的に帰属されることを排除するわけではない。このような帰属の許容性は、疑いなく認められている。Alic においても、本来の実行行為は帰属無能力状態でなされているが、当該行為は行為者に帰属されるのである。被告人が責任無能力状態になることを予定していなかった点で、Alic とは異なるが、そのことは、本質的な意味を持たない。確かに、故意は、事象全体に及んでいなければならない。しかし、因果経過の詳細な点は、ほとんど予見不可能なのであるから、被告人が予定した因果経過からの逸脱は、故意への帰属を排除しない。このような因果経過の逸脱は、一般的生活経験の枠内に止まる限り、非本質的なのである。被告人は、女性を殺害しようとし、ナイフで数回刺突しようとした。実際の行為経過は、被告人の表象に合致しているのである。帰属能力を排除する情動状態は、せいぜい、被告人が本来考えていたよりも、素早い多くの回数の刺突

行為をもたらしたにすぎないのである。この逸脱は、疑いなく、非本質的である。被告人が前もって予想していなかった、帰属無能力状態の発生それ自体も、非本質的な逸脱にすぎないのである・・行為者が、帰属能力ある状態で、刑法 43 条の意味における実行行為を開始したことで十分なのであり、本来の傷害行為が、帰属能力ある状態で行われる必要はないのである。しかし、帰属無能力が、最初の傷害行為の結果であるということが要求されることはできない。帰属無能力状態が、先行する行為から発生し、個人的なものに依存しない外的作用によりもたらされていないことで十分なのである。」と述べて、被告人に故殺罪（212 条）の成立を認めた。

また、最近の判例である BGH NStZ 2003 535 は、被告人は同性愛関係にあった被害者と被害者の家に住んでいたが、2001 年 9 月 9 日 18 時から、両者の間で数時間にも及ぶ口論が起こり、被告人は口論を終わらせるために、被害者の家から数回外出し、その際にコカインを数回吸引しては、再度被害者の家に帰宅していたが、帰宅した際に、被告人は被害者から、被告人が幼少期に父親から受けた性的虐待の事を非難され、それを重大な裏切り行為と感じた被告人は激昂し、部屋を出て行こうとしたが、被害者がドアの前に立ち妨害しようとしたので、部屋の壁にかかっている鉈を取って襲い掛かり、殺意を持って合計 33 回もの攻撃を加え、被害者を死亡させたが、被告人は行為の途中で限定責任能力になった事案である。BGH は、「LG は、興奮状態に基づく被告人の限定制御能力が、どの時点で生じたかについては明らかにしていない・・LG は、責任能力の判断に際して、誤ったアプローチを採用していることが気にかかるのである。なぜならば、被告人は、未遂段階の開始の際に、既に興奮状態で制御能力を失っていたのではなく、被害者を殴打する等の実行行為開始後に一種の興奮状態に陥った場合には、著しい限定責任能力が、全体行為事象の中で一貫して存在したわけではないからである。行為者が実行行為の間に初めて、刑法 20 条・21 条の状態に陥った場合、どのように解決されてきたかというと、判例は、これまで、行為開始後に責任無能力が発生したと根拠づけてきた。これに従えば、行為が故意に担われて、行為者が、責任無能力が生じる前に抱いた表象と（実際の）行為経過が合致する場合には、行為は行為者に対して帰属されるのである。行為遂行の間に責任無能力が生じることは、因果経過の非本質的逸脱を示すのである。その際に、責任無能力状態が、先行する行為から生じていて、外的作用によって生じたものではないことで十分なのである。このようなケースでは、責任無能力状態で遂行した既遂行為を理由として処罰されるべきなのである。そして、このことは、実行行為の間に、著しい限定責任能力状態が発生した場合にも妥当するのである」と述べて、被告人に故殺罪（212 条）の成立を認めた。

なお、BGHSt23 133 の判旨の中で、「BGH GA 1956 26 の事案は、本件を拘束するものではない。BGH GA1956 26 の事案は、夫である行為者は、妻からの要求に基づいて、当初は、ピストルでの発砲によって妻を殺害しようとした。しかし、ピストルでの発砲は致命的作用をもたらさず、またこの時、行為者は帰属無能力であったが、妻からの切実な要求に基づいて、別の方法で妻を殺害することを決心した。それは、ハンマーで頭部を殴打し、調理包丁で心臓を突き刺し、のどを切り裂くというものである。この殺害行為は、新たな意思決定に基づくものであり、おぞましい方法であるが、いずれにせよ、行為者が当初思い描いていたものとは著しく異なるもので

ある。その結果として、殺人未遂とする判決が正当化される」と述べているので、BGH は、実行行為途中からの責任能力減退事案を、常に因果関係の錯誤として捉えるのではなく、第二行為が新たな意思決定に基づくものであると判断されれば、第一行為と第二行為は分離して考えることを明らかにしていることが推測される。

3 検討

我が国の判例は、「機会の同一性」と「意思の連続性」を重視して、責任能力存在下の行為と責任無能力状態の行為を一連一体のものとして扱い、行為者に完全な責任を認めている。このような判例の論理は、「原因において自由な行為」という言葉は判旨で用いていないものの、当初の故意が継続する限りで責任を認めるという点で、「原因において自由な行為」における「最終的意思決定説」に親和性があるようにも思われる。他方で、ドイツの判例は、実行行為の開始時に責任能力がある点を考慮して、責任無能力に陥った点については相当因果関係の問題として理解している。

我が国の判例の傾向からすると、実行行為途中からの責任能力減退事例を考えるにあたっては、当該行為が一連一体のものとして把握できるか否かが決定的なように思われる。それでは、行為の一体性を認めるための基準は何であろうか。例えば、責任能力存在下の行為と責任無能力状態での行為の間で、行為態様が大きく異なり、責任無能力での行為が被害者への致命傷となった場合に両行為は分断され、他方で責任能力存在下での行為が被害者への致命傷となった場合には、完全責任能力を有する行為者の行為が決定的であるから、両行為は一体として把握されるという指摘がある[70]。この指摘は、責任能力存在下での行為が被害者の死亡に決定的な場合には行為を一連一体として把握し因果関係の錯誤により行為者に完全な責任を問い、責任無能力状態での行為が被害者の死亡に決定的な場合には、行為は分断され、完全な責任を問うためには原因において自由な行為の法理に依拠しなければならないことを主張する[71]。

この見解からは、「行為者が、被害者に対して最初は長時間にわたって被害者に軽微な傷害を蓄積的に与え、最後に被害者に対して強度な傷害を与えることを計画していたところ、途中から責任無能力に陥り強度な傷害を与えた場合」には、両行為が分断され、責任無能力状態での行為については刑法 39 条が適用されることになる。しかし、行為者は被害者に軽微な傷害を蓄積的に与えること計画していた点に鑑みれば、行為を一連一体のものとして把握すべきとも考えられる。確かに行為態様は責任無能力状態での行為の方が決定的だが、だからといって、責任無能力状態の行為に刑法 39 条が適用されるのは妥当ではないように思われる。そうすると、この例で、行為を一連一体のものとして把握すべき別の根拠として、「自招性」という要素が挙げられる。

しかし、自招性は、実行行為途中からの責任能力減退の全てのケースで認められる要素であるため、両行為は必然的に一連一体のものとして把握されることになる。それゆえに、「自招性」も行為の個数に関する決定的な判断基準にはならないように思われる。

---

[70] 浅田・前掲（注 67）296 頁。
[71] 浅田・前掲（注 67）296 頁。

他方で、「意思の連続性」を考慮するとどうであろうか。つまり、責任能力存在下での意思が、責任無能力状態の行為でも連続している限り、両行為は一連一体のものとして把握されるとするものである。確かに、被害者に対して短時間の間に連続的になされた暴行であれば、「意思の連続性」を考慮することも可能であると思われる。例えば、長崎地判平 4・1・14 判時 1415 号 142 頁では、午前 11 時から午後 11 時までの間に断続的な暴行が加えられているが、「意思の連続性」は認められている。このような長時間にわたって断続的な暴行が加えられたという事案は、暴行が行われるその都度に、行為者の新たな意思決定が介在したとも考えられ、「意思の連続性」は否定されるとも考えられる。しかし、長崎地判のケースでも「意思の連続性」を肯定するということは、意思の連続性が認定される基準はかなり緩やかなものとも考えられ、行為の一体性を判断する基準としては機能していないのではないだろうか。このように考えると、行為の一体性の有無に着目する解決は、明確な基準を見出すことができない点で妥当ではない。

他方で、ドイツの判例のような、因果関係の錯誤として解決する見解も妥当ではないと思われる。確かに、実行行為の開始時に責任能力が存在することから、結果との間に相当因果関係が認められる限りで、行為者には完全な責任が認められるようにも思われる。しかし、因果関係の錯誤として捉える見解は、例えば長崎地判平 4・1・14 判時 1415 号 142 頁のような結果的加重犯（傷害致死罪）のケースで、機能しないように思われる。なぜならば、責任主義の観点からは加重結果につき予見可能性が要求されるが、この予見可能性は、通常は、加重結果をもたらし得る行為が行われた段階、すなわち責任無能力状態の行為段階でなければ肯定することはできないからである[72]。それゆえに、責任能力が存在する実行行為のみに焦点を合わせ、責任無能力状態の行為を因果経過の 1 コマとして捉える立場も、妥当ではない。やはり、責任能力存在下の行為と、責任無能力状態の行為の双方を考慮しなければならないように思われる。

また、ドイツでは、実行行為途中からの責任能力減退事例の中で、情動行為のケースについては、禁止の錯誤とパラレルに考え、刑法 17 条が適用できるとする見解がある。この見解の主張者であるツィーゲルトは、情動行為と禁止の錯誤のパラレル性を以下のように説明する[73]。

「高度な興奮が洞察能力の喪失へと至った場合には、行為者の責任は、禁止の錯誤の基準に従って判断されるべきである。もし、興奮の爆発が回避可能だった場合には、処罰は以下の事情に依存する。その事情とは、行為者が、興奮の増大に対して必要な予防措置を講じなかったという非難と違法な行為との間に、内容的結びつきが作り出されているかどうかである。興奮が責任の知的側面に関連づけられている限りにおいて、刑法 17 条は直接適用可能なのである・・興奮行為者は、感情的興奮がなお支配可能であった場合には、感情的興奮の爆発に対する予防措置を講じるべきだった。なぜならば、行為者は自己抑制義務を有していたからである。回避可能な禁止の錯誤と同様に、故意的不法行為であるにも関わらず、責任は過失形態を示しているからである。しかしながら、興奮事例と禁止の錯誤と一致は、質的な点を超えて、非難の構造にまで及ぶので

---

72 行為者に、「飲酒すると、他者に暴行等をふるう習癖がある」のなどの事情がある場合には、加重結果を惹起する前段階で、予見可能性が肯定されることもありうる。

73 Ziegert,a.a.O.(Fn11),S.197f.

ある。両事例共に、行為者に対しては外的行為が要求されるのではない。むしろ行為者に対しては、精神的状態を保つことが義務づけられるのである。それゆえに、責任非難は、行為遂行に直接に関連づけられているのではなく、内的精神的過程に関連づけられている。回避可能な禁止の錯誤においても、興奮事例においても、行為者に対する非難は、同じ方向に向けられている。つまり、行為者は責任の個人的基盤を保つための十分な注意を払わなかったのである。なお個人的基盤とは、知的領域においては、不法性の意識であり、意思的領域においては、認識にしたがって行為を意識的に形成する能力である・・責任無能力の発生を防止しなかったという非難が、当該不法行為と密接に関連している場合にのみ、責任非難は維持されることができるのである。」

つまり、ツィーゲルトは、情動行為のケースにおいて、行為者が当該興奮を支配可能であった場合には、行為者には自己抑制義務が課され、当該興奮が回避可能であった点で、禁止の錯誤のケースとパラレルであると主張している。しかし、ツィーゲルトの主張に対しては、原因において自由な行為の部分で、違法性の意識の可能性に基づく解決に対して提起した同様の批判が該当する。つまり、この見解からは、行為者が限定責任能力に陥った場合に、刑法 20 条により減軽されることになり、責任無能力に陥った場合と比べて齟齬が生じることになるが、このような問題をどのように解決すべきかについては、何も述べられていない。それゆえに、この見解は妥当ではないように思われる。

4 私見

このように見てくると、実行行為途中からの責任能力減退のケースは、原因において自由な行為のケースとパラレルに考えるべきではないだろうか。本稿は、原因において自由な行為とは、「実行行為である結果行為の際に責任無能力であるにも関わらず、責任能力を有する、因果関係の起点としての原因行為と結果・結果行為が、因果連関・責任連関を満たす限りで、因果関係の基点としての行為時における同時存在原則を満たすことから、行為者に責任を認める理論」であると考えている。そして、実行行為途中からの責任能力減退のケースも、実行行為である結果行為時に責任無能力である点に着目すれば、原因において自由な行為が適用されるケースであり、実行行為時における同時存在原則が妥当しない、同時存在原則が問題になる非同時的事例と考える。それゆえに、原因において自由な行為の場合と同様に、因果関係の起点としての行為である原因行為と結果・結果行為が因果連関・責任連関を有する限りで、行為者に完全な責任を問うことが出来ると考える。そして、非同時的事例では、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が妥当することから、因果関係の起点としての行為と責任能力の同時存在原則が満たされることになる。

本稿の立場からは、長崎地判のような結果的加重犯のケースでは、責任無能力状態での暴行行為が結果発生の致命傷となっている場合には、飲酒すると他者に暴行等をふるう習癖があるなどの事情が存在しない限りは、責任能力が存在する暴行行為時に加重結果の予見可能性を認めることはできない以上、責任能力存在下での暴行罪と、心神耗弱状態下での傷害致死罪が成立し、刑法 39 条 2 項が適用されることになる。

第四節　小括

本章では、「原因において自由な行為」と「実行行為途中からの責任能力減退のケース」を検討した。本稿は、「同時存在原則」＝「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」と解し、「実行行為時における同時存在原則」は、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」に含まれると考える。そして、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」という公式が成立しない、つまり「実行行為時における同時存在原則」が妥当しない、非同時的事例では、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」が妥当すると考えている。その上で、「原因において自由な行為」と「実行行為途中からの責任能力減退のケース」は、両事例共に結果行為が実行行為（未遂行為）であり、結果発生時に責任無能力である点で、実行行為時における同時存在原則が妥当しない事例であることから、因果関係の起点となる原因行為と結果・結果行為の間に因果連関・責任連関が認められる限りで、行為と責任能力の同時存在原則、すなわち因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が妥当することが明らかになった。つまり、同時存在原則の観点からは、原因行為と結果・結果行為の間に因果連関・責任連関が認められる限り、責任能力は、結果行為である実行行為時ではなく、因果関係の起点としての原因行為時に存在すれば足りるのである。

第三章　過失犯と原因において自由な行為・違法性の意識の可能性

第一節　問題の所在

本章では、「過失犯と原因において自由な行為」と「違法性の意識の可能性」を扱う。「過失犯と原因において自由な行為」ては、いかなる「同時存在原則」が妥当するのか。また、故意犯における原因において自由な行為の場合と比較して、妥当する同時存在原則に違いはあるのか。近時では、過失犯では、原因において自由な行為という概念は不要であるとの主張[74]もなされているが、このような主張と同時存在原則はどのような関係にあるのか。これが本章の第一の検討課題である。

他方で、違法性の意識の可能性においては、同時存在原則との関係では、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如しているが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在した場合に、犯罪の成立を認めることができるかということが指摘[75]されている。そこで、このようなケースはどのような場合なのか、同時存在原則とはいかなる関係にあるのかついて扱うことにする。これが本章の第二の検討課題である。

第二節　過失犯と原因において自由な行為

1 判例

①我が国の判例

我が国の判例をみてみると、「原因において自由な行為」という法概念を明示しているものも散見されるが、多くは原因行為時の客観的注意義務違反を問題にしており、「原因において自由な行為」という言葉を用いてはいない[76]。（以下、下線部は筆者による）

「原因において自由な行為」という言葉を判旨で用いている判例として、以下のものが挙げられる。例えば、京都地判昭和 31・7・5 裁時 213 号 5 頁では、「併しながら仮令心神喪失中の犯行であっても行為者が酩酊すれば酩酊の極弁識能力を失い他人に暴行を加える習癖を利用する意図の下に自ら求めて飲酒酩酊して心神喪失の状態を引起し犯罪を行う場合は刑法学上所謂原因において自由な行為として刑事責任を免れない。」と判示している[77]。

大阪高判昭和 32・11・1 高刑裁特 4 巻 22 号 585 頁では、「その違法な結果を発生させたのは被告人が心神喪失の状態下において刃物を持ったまま被害者と睨み合いをしたという被告人の挙動にあることにはちがいない。そして、その心神喪失の状態は被告人自らの過失によって招いたものであるから、被告人の過失と傷害の結果とは所論のように無干係なものではない。被告人

---

74 例えば、丸山治「判批」刑法判例百選Ⅰ［第 7 版］（有斐閣・2014 年）77 頁、成瀬幸典「判批」刑法判例百選Ⅰ［第 6 版］（有斐閣・2008 年）73 頁。

75 このような指摘をするものとして、松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿論文集』（成文堂・2011 年）261 頁以下。

76 但し、判例時報の解説では、「原因において自由な行為」という言葉が用いられているものも存在する。例えば、大阪地判昭和 30・5・5 判時 46 号 29 頁、京都地判昭和 32・6・5 判時 116 号 26 頁が挙げられる。

77 但し、本件では、「被告人が犯行後、被害者に謝罪し治療費等を負担して示談が成立した」ことから、被告人に過失傷害罪は成立せず、無罪の判決が言い渡されている。

の不注意による過度の飲酒、刃物携行と被害者との格闘傷害、死の結果との発生の間には外部的因果干係は存在する。本件は原因において自由な行為に過失を問い、被告人の過度の飲酒と刃物携行に責任非難を向けるものであるから所論のように被告人の殺傷行為自体に故意ないしは過失を必要とするものではないのである」と判示し、被告人に重過失致死罪の成立を認めた。

また、大阪高判昭和 35・4・15 下刑集 2 巻 3・4 号 363 頁では、「ところで、心神喪失者の行為は処罰の対象とならないことは刑法第三九条第一項に明定されているとおりであるが、かかる状態に陥れば刑罰に触れる行為により他人に害悪を及ぼす傾向があることを自覚する者が、これを利用する意図を有し又は不注意にも自制を怠りかかる状態を招来し、よつて他人に害悪を及ぼす等の結果を発生させたときには、いわゆる原因において自由な行為がある場合として、その結果に対し故意又は過失の責任を免れないと解すべきことは刑法上疑を存しない・・被告人はかねてから酒に酔うと短気粗暴になり、過度に飲酒すると心神喪失又はこれに近い状態に陥り他人に暴行、傷害の害悪を加える習癖のあることを自覚していたのであるからみずから飲酒を制限又は抑止し、酩酊のため心神喪失の状態に陥り、他人に対し右害悪を加えるに至ることを防止する義務があることは明らかであり・・本件当日自宅において焼酎二合を飲み、ひき続き旅館柳荘において友人と清酒約二合五句を飲み、更にバー朝日亭においてウイスキー・ジンフィズ等を相当量飲み続けて泥酔したのは、まさに著しく前記注意義務を怠った事に該当し、被告人は判示結果に対し重大な過失責任を問われるべき」と判示し、被告人に重過失傷害罪の成立を認めた。

他方で、多くの判例は、「原因において自由な行為」という言葉を用いておらず、原因行為時の客観的注意義務違反を問題にしている。例えば、第二章でも言及した最高裁昭和 26・1・17 刑集 5 巻 1 号 20 頁では、「多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因って心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす素質を有する者は居常右心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する等前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務あるものといわねばならない。しからば、たとえ原判決認定のように、本件殺人の所為は被告人の心神喪失時の所為であったとしても、被告人にして既に前示のような己の素質を自覚していたものであり、且つ本件事前の飲酒につき前示注意義務を怠ったがためであるとするならば、被告人は過失致死の罪責を免れ得ないものといわねばならない。」と判示し、被告人に過失致死罪の成立を認めた。

また、病的酩酊による過失致死罪を認めたものとして、京都地判昭和 32・6・5 判時 116 号 26 頁では、「元来被告人はいわゆる酒癖が悪く、清酒三合以上を飲用するときは、病的酩酊に陥りその心神喪失状態において他人に暴行を加え、その生命・身体、財産等に危害を及ぼすその素質を有し、みずからもその素質を自覚して再度の断酒を試みていたものである。およそ、このような酒癖あることを自覚するものは右の原因となる飲酒を避け、或は適量以上飲用することを抑止制限し、又飲酒した際は刃物類等の殺傷器具を身辺から遠ざけ或いはそのような器具を携帯して人の往来する場所を徘徊することのないようにする等十分配慮し、もつて危害の発生を未然に防ぐべき注意義務があるにもかかわらずこれを怠り・・もつて重大な過失により人を死に至らしめたものである」と判示されている。同様に、東京地判昭和 34・10・20 判時 207 号 16 頁では、「被告人は、元来体質的に酒に対する耐性が強く、大酒によって病的酩酊に陥り、異常な意識変

調、激しい運動興奮を呈し、甚だしいときは病的酩酊の結果心神耗弱乃至心神喪失の状態において他人の生命、身体、財産等に害悪を及ぼす危険ある行動に出る素質を有し・・かかる素質を有し、これを自覚する者は平素飲酒を抑止し又は制限する等右危険を未然に防止すべき注意義務があるにも拘らず、被告人は著しくこれを怠り・・然るに本件においては、被告人は前記の如く素質を有し、しかもこれを自覚していながら何ら慎むことなく自ら求めて多量のウイスキー、日本酒を飲み、その結果病的酩酊に陥り心神喪失の状態において犯行に及んでいるのであるから、右素質に基づく危険発生の防止につき要求されるべき注意義務を著しく怠ったものといわなければならない」と判示され、東京高判昭 41・3・30 判タ 191 号 200 頁では、「被告人は以前から酒癖が悪く、酒に酔うと短気粗暴になって・・しばしば乱暴な行為に及ぶことは十分自覚していたことが認められるのであって・・被告人は本件犯行の日の夕方仕事の帰りに五反田付近で清酒約一合を飲み、次いで新宿で清酒約二合を飲んだのち飯場に帰ってさらに隣室の佐々木圭二方で原判示のように清酒約五合を飲んだのであるから、佐々木方で酒を飲む際には、これ以上飲むとあるいは酒に酔った上で他人に対し乱暴をし、その結果生命、身体に対して危害を加える虞があるということを予見して飲酒を適量に慎むべきであり、またそのように予見することは一般人にとっても被告人自身にとっても十分可能であったと判断される。ことに、その飲酒した場所の隣室が被告人方の居室で、そこには二人の幼児が寝ており、妻が勤めて不在であることは被告人によくわかっていたのであるし、従来も酒に酔うと自宅で乱暴することが特に多かったというのであるから、飲酒のうえ自然に戻って子供に乱暴を働くことも容易に予想できることで、その場合には生命にも危険を及ぼすおそれがあることは当然考えられるところである。それゆえに、このような状況のもとでさらに約五合の酒を飲み、その結果前記のように幼児を死に致した被告人には、その死の結果につき過失責任が十分認められるといわなければならない。被告人がそれまでに飲酒した場合つねに必ず乱暴をしたわけではないにしても、そのことは右過失責任を否定するものではない」と判示している。

薬剤の作用による重過失致死傷罪を認めたものとしては、以下が挙げられる。大阪地裁昭和 30・3・5 判時 46 号 29 頁では、「被告人は昭和 25 年頃より覚せい剤を使用し、昭和 27 年頃より覚せい剤中毒性精神障害（幻覚妄想状態）を生じ・・被告人は当時右中毒症が既に治癒し自己の行動を規制し得る状態にあり、前記の経緯からして覚せい剤を使用すれば容易に中毒して他人に暴行する習癖を有することを自覚していたものであるから、斯る場合被告人は自戒して覚せい剤使用を断ち、覚せい剤使用に基づく中毒性精神錯乱による暴行傷害等の危険発生を未然に防止すべき法律上の注意義務があるのに拘らず、右無断退院後間もなく注意義務を怠った重大な過失により覚せい剤の使用をはじめたため覚せい剤中毒により心神喪失状態に陥り、・・同女に対し全治約二ヶ月を要する頭蓋骨折等の傷害を蒙らしめたものである」と判示されている。

また、横浜地判昭和 49・8・7 判時 760 号 114 頁では、「シンナーの吸引は、厳重にこれをやめるべき注意義務があるものと言えるところ、・・被告人はシンナーの酩酊中毒による心神喪失の状態において、実母を死亡させるに至ったものであることは、判示認定のとおり明らかであるが・・心神喪失を招来するに至った原因において、注意義務違反の事実ありと認め、本件のよう

に重過失致死罪の刑事責任を負わすことは、いささかも罪刑法定主義に反するものではない・・およそ飲酒そのものは、何人にも許容されている社会の習俗であるから、たとえ、病的酩酊に陥ることが予測される場合であっても、過失の程度の比較考量にさいして、飲酒による場合とシンナー吸引による場合とを軽軽しく同一に論断することはできないと解すべきである」と判示され、京都地舞鶴支判昭 51・12・8 判時 958 号 135 頁では、「被告人は、覚せい剤を多量に使用すると幻覚・妄想に支配されて暴力的行動を振舞う習癖を有するに至り、被告人もこれを覚知していたのであるから、このような場合、被告人は自戒して覚せい剤の多量の使用を抑止し、覚せい剤使用に基づく中毒性精神障害による暴行・傷害等の危険の発生を未然に防止すべき注意義務があるのに、これを怠り、昭和四八年二月二三日午後一一時ころから翌二四日午前五時ころまでの間、三、四回にわたり、前記転居先の自宅において多量の覚せい剤粉末を水に溶かして自己の身体に注射して使用した重大な過失により、覚せい剤中毒性精神性障害に罹患し、幻覚妄想の圧倒的支配下にある心神喪失状態に陥り・・就寝中の同女の腹部、背部、後頭部等を突き刺し、切りつけ、よって同女をして間もなく失血死するに至らせ・・・昭和四八年二月二三日午後一一時ころから翌二四日午前五時ころまでの間、三、四回にわたり覚せい剤の注射をしたさい、前記状態のもとで故意犯である殺人ないし傷害致死の犯行を実行することを認容していたとは認められないから、殺人罪はもとより傷害致死罪も成立しない。結局本件については、判示のとおり重過失致死罪が成立するにとどまるというべきである」と判示されている。

このように見てくると、我が国の判例では、「原因において自由な行為」という言葉を用いている判例と、用いていない判例が混在している。しかし、両判例共に、原因行為時の「客観的注意義務違反」を問題にしている[78]ことに鑑みれば、「原因において自由な行為」に依拠する判例と、依拠しない判例との間で、大きな違いは見られない。

②ドイツの判例[79]

BGHSt2,14 は、酩酊状態に陥ると他者に暴行を加える傾向がある被告人が、酩酊し他人に暴行を加えた事案で過失傷害罪（旧刑法 230 条）と完全酩酊罪（旧刑法 330 条 a）の成立を認めた事案である。BGH は、「刑法 330 条 a の意義と目的は、間隙を埋めることである。この規定は、刑法 51 条 1 項に従って、自己の酩酊行為に対して責任を負わない、完全酩酊状態にある行為者を、種類の異なる刑法的責任を理由として処罰することを可能にする。しかしながら、酩酊状態で一定の犯罪行為を遂行する意図で、行為者が自らを酩酊状態に陥れ、酩酊状態で侵害行為を遂行した場合（いわゆる、故意犯の形態の Alic）には、刑法 330 条 a（完全酩酊罪）の基本思想に従えば、刑法 330 条 a が適用される余地はない。なぜならば、行為者は、酩酊している

78 但し、判例が、原因行為に実行行為を認めているのか、それとも結果行為を実行行為とした上で、原因行為に過失非難を認めているのかは不明である。

79 本稿で扱うドイツの判例を検討したものとして、杉本一敏 「『過失犯において原因において自由な行為の理論は不要である』という命題について」Law&Practice No5 （2011 年）257 頁以下、本間一也「過失犯と『原因において自由な行為』」『小暮得雄先生古稀記念論文集』（信山社・2005 年）133 頁以下。

にも関わらず、自己の行為に対して責任があるからである。これは、本事案に対しては以下の事を意味する。それは、被告人が、酩酊状態で遂行した危険傷害罪を理由として、Alic により刑法 223 条で処罰される場合には、刑法 330 条 a は適用できないということである。これは、本件では排除される。行為者が、自分が完全酩酊状態で傷害罪を遂行し得る可能性があり、他者に対して自然的故意で暴行を加える可能性があることを不注意にも考えなかった場合には、別の事が妥当する。行為者は、刑法 330 条 a に依拠せずに、Alic による過失傷害罪のみを理由として処罰されることも可能であろう。しかしながら、刑法 330 条 a の基本思想は、仮に行為者が別の刑法的責任を負うとしても、酩酊行為に対して行為者に責任を負わせるものである。このことから、刑法 330 条 a は刑法 230 条に劣後しないということが生じる。この帰結の正当性は、以下の考慮を示す。BGH の判例に従えば、刑法 330 条 a は、行為者が、帰属能力を排除する酩酊へと自らを有責に陥れたという行為者の内的な行為側面を前提としている。それに対して、刑法 330 条 a を認めるために、行為者は、自分が、酩酊状態で、いかなる犯罪行為の傾向があるかを知る必要はないのである。行為者が完全酩酊状態で犯罪行為を遂行した場合には、有責な節度の欠如だけが、刑法 330 条 a の適用へと至らせるのである。本件事案のように、酩酊状態下での行為が危険な傷害罪である場合には、行為者は 5 年以下の軽懲役で処罰される。行為者が有責に酔っていただけでなく、更に、自分が酩酊状態で傷害罪を遂行する可能性があることをうっかり考えなかった場合には、行為者は疑いなく、刑法 330 条の適用に必要な責任よりも、高い責任が必要である。それにも関わらず、この規定が、本件事案に対して刑法 330 条 a の適用を排除するという解釈を取るならば、行為者は刑法 230 条に従って 3 年以下の懲役でのみ処罰可能になる。しかし、これは妥当ではないのである・・行為者が Alic の観点から過失傷害罪を理由として可罰的である場合には、刑法 230 条の適用は、酩酊状態で故意的傷害を遂行した行為者の違法並びに責任をくみつくすものではない。それゆえに、刑法 230 条・刑法 330 条 a の 2 つの規定による処罰が、法律に合致するのである[80]」と判示した。

BGHSt40,341 は、過去にオートバイ事故で脳挫傷を負い、その結果としててんかん性の発作を有していた被告人は、医師から 2 年間発作が発生しない限りは、被告人は車を運転してはならないと忠告されていたが、被告人の運転の事実は変わらず、車を運転している最中にてんかん性の発作が生じ、14 名の歩行者に傷害を負わせ、その内 1 名を死亡させた事案である。BGH は、「過失致死罪と過失傷害罪の非難を想定する事と、発作開始後の直接の事故時に、被告人には、意思に合致した制御が欠けるために、刑法的行為が欠けていたという事とは、矛盾しないのである。過失非難の対象を構成する行為は、被告人が、ルードヴィヒベルグでの休憩後に、運転を開始したことの中に存在する。被告人の、運転手としての道路交通への関与は、彼の発作及び発作の頻発性及び強度に鑑みれば、他の交通関与者の生命と健康に対して必要な注意を欠く行為である。休憩後の運転開始行為（なお、この行為により、1 人の歩行者の死亡と、14 人の歩行者の

[80] 本件では、過失傷害罪（旧刑法 230 条）と完全酩酊罪（旧刑法 330 条 a）の関係が問題になっており、判旨もこの点を中心に書かれているため、「原因において自由な行為」を適用して過失傷害罪を認める点については、詳しく述べられていない。

傷害が惹起されたが）に結びつけることは、過失結果犯の特性上、正当化される。原審が用いたAlicという法概念への依拠は必要ないのである。上告は、この法概念（Alic）およびその適用に反論しているが、Alic という法概念に依拠する必要がない以上、被告人の上告に対する疑念は存在しない。」と述べて、被告人に過失致死罪（刑法222条）・過失傷害罪（230条）を認めた。ここでは、「原因において自由な行為」という法概念に依拠する必要はないことが述べられている。

BGHSt42 235は、デンマーク国籍を有する被告人が、オランダへの入国後に5ℓのビール及び多量の焼酎を飲んだ後に、ドイツ国境に向かってライトバンで走行し、国境通過地点に到着したところで、少なくとも時速70キロメートルで検問所に突っ込んで、2名の国境警備員を轢き、死亡させた事案である。BGHは、「刑法222条によれば、運転走行により過失的に他人の死を惹起したものは、可罰的なのである。被告人は、いまだ宿泊する場所を見つけておらず、それゆえに引き続いて道路交通での運転を考慮しなければならなかったにも関わらず、アルコールを飲んで自らを酩酊状態に陥れることにより、2人の国境警備員の死亡を、予見可能・回避可能な方法で惹起した。被告人は、既に2回の酩酊走行の際に車道から逸れているだけに、他者の傷害並びに死亡結果を伴う事故の危険は被告人にとって、よりいっそう予見可能であった。被告人が行為遂行の際に責任無能力であったという明白な根拠は、存在しない。それゆえに、原審は正当な点から出発している。原審の想定によれば、被告人が、殺害行為の際に、つまり事故の際に、アルコール摂取を理由として、被告人は刑法20条の責任無能力状態であったということと、過失致死罪で被告人を処罰することは矛盾するものではない。原審の見解に反して、Alic という法概念に依拠する必要はないのである。刑法的非難の対象は、刑法222条では、他の過失結果犯と同様に、構成要件該当結果に関する、行為者のあらゆる注意義務違反行為（そして、この注意義務違反行為が結果を惹起したのである）なのである。このような理由から、引き続いての酩酊走行の認識可能な危険にも関わらず、注意義務違反としての複数の行為が問題になる場合』には、時間的に前の行為に過失非難を結びつけることに対する疑念は存在しないのである。そして時間的に前の行為時には、事後的な行為時とは異なり、行為者に対して有責に非難がなされることが可能である」として、被告人に過失致死罪（刑法222条）の成立を認めた[81]。ここでも、原

---

[81] 更に判旨では、Alicと単純行為犯との関係について、以下の様に述べられている。

「アルコール摂取が責任無能力へと至った場合に、既に酩酊行為が本来の構成要件該当行為を示しているという論理では、道路交通危殆化及び無免許運転にAlicを適用することはできない。構成要件モデルが基礎に置いている見解は、『酩酊行為が既に計画された行為の遂行である』というものであるが、これは他の犯罪には有効であるが、本件には適用することはできない。刑法315条c（道路交通危殆化）・刑法316条（酩酊運転）・道交法21条（無免許運転）では、特定の行為を禁止しているのであり、行為と分離された結果として把握することはできない。これは、故意的違反だけでなく、過失的違反に対しても妥当する。刑法315条c及び道交法21条は、行為者が運転することを前提としている。乗り物を運転することは、何かの動作を開始することと

因において自由な行為という法概念に依拠する必要がないことが述べられている。

このように、ドイツの判例では、BGHSt 2 14 では「原因において自由な行為」という法概念を用いているが、それ以降の判例（BGHSt40 341,BGHSt42 235）では「原因において自由な行為」という法概念に依拠する必要がないことが述べられている。

2 学説

我が国の学説は、故意犯と原因において自由な行為との関係に重点が置かれていて、過失犯との関係については詳細に論じられていないのが現状である。そこで、ドイツの学説を検討することにする。ドイツの学説は、過失犯においては、「原因において自由な行為」は不要であるという見解[82]、「原因において自由な行為」は必要であるとした上で、構成要件モデルに立脚する見解[83]、「原因において自由な行為」は必要であるとした上で、例外モデルに立脚する見解[84]が存在する。以下、これらの見解を順次紹介する。

①原因において自由な行為は不要であるとする見解

シェッヒ[85]は、「過失致死や過失傷害を処罰するにあたっては、Alic という法概念は不要である。なぜならば、構成要件該当結果に対するあらゆる行為者の注意義務違反行為が、過失責任に対する結合点なのであり、引き続いて酩酊走行する明白な危険が存在するにも関わらず自ら酩酊することも、また、過失責任に対する結合点なのである。このことは、道路交通に対してだけでなく、過失結果犯に対しても妥当する。それゆえに、過失犯の原因において自由な行為は、過失の Alic という構造を不要にさせる、通常の過失の特殊形態と呼ぶことが出来るのである」と主張する。

同視すべきではない。行為者が、すぐに運転する意図で、エンジンをかけてライトをつけることでは、十分ではないのである。ましてや、行為の法的記述に従って、時間的に先行する行為に拡大することは排除されなければならない。出発準備完了で自ら酩酊することの中に、未だ酩酊走行の開始は存在しないのである。Alic を間接正犯の形態として理解する場合にも、酩酊走行と道路交通の危殆化に Alic を適用することはできない。間接正犯モデルに対する根本的な疑念は度外視するとして、間接正犯モデルによれば、結局のところ、構成要件該当行為は酩酊行為である。しかし、行為者が酩酊することによって、行為者は乗り物を運転していないのである。」BGH が、構成要件モデルに立脚していることは第二章で確認したが、ここでは、構成要件モデルの立場からは、単純行為犯には Alic を適用できない旨が、ここで詳細に述べられている。

82 Schöch,a.a.O.(Fn40),RN206. Claus Roxin, Bemerkungen zur actio libera in causa, Festschrift für Karl Lackner, 1987,S.312f. Ingeborg Puppe, Grundzüge der action libera in causa,JuS,1980,S.350f.

83 Detev Strenberg-Lieben,Grenzen fahrlässiger action libera in causa,Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter,2002,S.223f.

84 Hruschka, a.a.O.(Fn55),S.25f.

85 Schöch,a.a.O.(Fn40),RN206.

ロクシン[86]は、「過失犯の Alic が問題になる通常ケースは、構成要件モデルに対して、理論構成上の困難さをもたらさないことから、我々は、なぜ通常の過失犯の代わりに過失犯の Alic を論じるのかという問題を既に提示していた。事実、過失犯の原因において自由な行為の論理は、通常の客観的構成要件の帰属の規定に従っている。例えば、行為者が以後に自制のきかない状態で構成要件該当結果を惹起した場合、行為者は自ら酩酊することにより、帰属可能な方法で実現された許されざる危険を創出している。過失犯の原因において自由な行為で、過失行為と結果が時間的に分離することは、多くの他の過失結果犯にも妥当することである。過失犯の原因において自由な行為と、通常の過失犯との間の唯一の相違は、過失行為と結果の間に行為者の責任無能力行為が介在するか否かである。しかし、この相違は、現象上の相違であり、法的構成に違いをもたらすものではない。」と述べて、過失犯の原因において自由な行為の問題は、過失犯一般の問題に解消すべきことを主張している。

プッペ[87]も、「過失犯の Alic は、ほとんど問題ではない。過失犯においては、予備と実行の着手の区別が存在しない。構成要件該当行為は、理論上は、結果と因果の鎖を有する限りで前倒すことができる。故意犯の Alic においては多くの困難さをもたらす、構成要件実現に関する行為者の主観的関連性も、過失行為に対しては不要である。自らの酩酊が結果に対して因果性を有することを確定することは、故意犯の場合以上に、問題を生じない。なぜならば、過失犯では、行為者の不法な意思決定が問題になっているのではなく、意図しない行為者の能力不全や軽率さが問題になっているからである。意図しない行為者の能力不全や軽率さは、酩酊並びに責任無能力状態の典型的な付随現象である。過失犯の Alic での注意義務違反は、行為者は、自らを法秩序から期待されうる要求に応えることができない状態にしてはならないという、一般的に是認された義務に基づいている。法秩序からの要求に応えることができない状態の発生に関して、並びに、行為者に対して向けられる要求に関して、客観的な予見可能性が存在しなければならない。
過失犯の Alic の前提条件である、行為者に対して向けられる要求[88]が欠ける場合には、旧刑法 330 条 a（完全酩酊罪)を過失的に満たすことだけが、なお問題になる。法秩序からの要求に応えることができない状態の発生に関して、並びに行為者に対して向けられる要求に関して、主観的予見可能性も存在しなければならない。このように見てくると、いわゆる過失犯の Alic は、あらゆる観点において、他の独立した過失犯に外ならないのであり、ただ外的経過においてのみ、両者は区別されるにすぎないのである」と述べている。

②原因において自由な行為は必要であり、構成要件モデルの立場に立脚する見解

この見解を主張するシュテルンベルクリーベン[89]は、故意犯の Alic で、飲酒行為を未遂行為と

---

86 Roxin, a.a.O.(Fn82),S.312f.
87 Puppe, a.a.O.(Fn82),S.350f.
88 プッペが意図する「行為者に対して向けられる要求」とは、例えば行為者が飲酒すると他者に暴行を加える傾向にある者（過失犯の原因において自由な行為では、このようなケースが問題になるため）に対して課される飲酒抑制義務のことであると推測される。
89 Strenberg-Lieben,a.a.O.(Fn83),S.223f.

みることに争いがあるのに、過失犯の Alic において、飲酒行為を実行行為とみることは、ますます妥当ではないという見解に疑問を呈する。その理由としてシュテルンベルクリーベンは、毒入りの料理を作ることで殺人を実行しようと考える場合を挙げて、行為者が毒を食料貯蔵庫にしまっている限りでは、行為者には殺人予備罪が問題になり、未遂の可罰性は問題にならないが、その後、殺人計画を忘れ、行為者に対して主観的過失が欠ける状態で（毒と調味料をまちがえた行為者の過失が否定される場合）料理を提供した場合には、行為者は過失致死罪（刑法 222 条）の罪責を負うことを指摘する。この場合、料理を作って提供した行為は過失非難がなされえないため、問責の対象となる行為は毒を食料貯蔵庫にしまう行為であり、換言すれば、故意的行為者にとっては予備行為にすぎない行為も、刑法 222 条の責任を結果としてもたらすことがあるのであるとして、シュテルンベルクリーベンは、故意犯では予備にしかすぎない行為も過失犯では実行行為足り得ることを示す。

その上で、過失犯の原因において自由な行為では、当該結果が後続する責任無能力状態でなされた行為者の行為に基づいているという点に特殊性が存在するが、このことは刑法的考察を欠陥状態でなされた行為のみへと制限することを何ら強制するものではないことをシュテルンベルクリーベンは指摘する。シュテルンベルクリーベンは、行為者が家庭用薬箱に不注意にも毒物を保管し、事後の緊急状況において、アンプルを取り違えた例を挙げて、この例で行為者は（緊急状況に由来する）興奮状況にあったことから、行為者に対して客観的注意義務違反を非難することはできないが、だからといって、毒物を薬箱に保管したという行為の中に存在する注意義務違反が否定されるわけではない事を強調する。シュテルンベルクリーベンは、可罰性を先行行為へと移動させることは、過失犯の原因において自由な行為や引き受け過失の事例のケースに制限されるわけではなく、注意義務違反的に正当防衛状況を惹起した行為者の可罰性を考える場合にもあてはまるのであり、結果に直近の侵害行為において可罰性が欠けていることは、先行行為への遡及を妨げるものではないと述べる。但し、自手犯においては、過失犯の Alic を適用することはできないとし、その理由として、自手犯では、結果犯とは異なって、構成要件に関する具体的な行為記述に鑑みると、自ら酩酊する行為に因果関係を有する帰属可能な行為として遡求することはできないことをシュテルンベルクリーベンは指摘する。シュテルンベルクリーベンは、行為者は確かに運転無能力状態で車を走行させたが、走行を惹起することは、行為者自身の手によって遂行される構成要件実現と同視することはできないと述べる。

③原因において自由な行為は必要であり、例外モデルの立場に立脚する見解

例外モデルの立場に立脚するルシュカは、以下のように述べる[90]。

「刑法的帰属の対象と刑法的帰属の根拠が区別されるべきである。非難の対象は、常に構成要件該当行為である。純粋な結果犯においては、構成要件該当行為とは、構成要件該当結果を直接惹起する行為者行為である。この点では、過失行為においても、故意犯と同様の事が妥当するのである。過失行為において、このような一定の行為（結果惹起行為）に先行する行為へと前倒すこ

90 Hruschka, a.a.O.(Fn55),S.25f.

とは、誤っているのである・・行為者が行為時に（T1 の時点に）認識義務を有していて、この時点で認識義務を履行することができたが、実際には履行せず義務違反をした事例を考える。例えば、外科医が手術の際に不注意であり、それゆえに医師は患者に侵害を加えた。ここでの非難の対象は、意思による手術の際の患者への侵害行為である。医師が有罪判決を下されるのであれば、医師は過失傷害を理由として処罰されるのであり、不注意を理由に処罰されるわけではない。過失非難の根拠は、以下の点に存在する。外科医には、自分の行為から患者に対して生じる危険性を認識することが、義務づけられていた。外科医は、この危険を認識できる状況にあったということを前提とするならば、医師は不注意によりこの義務（責務）に違反したのである。それゆえに、患者に加えられた傷害は、過失傷害なのである。しかしながら、行為者が当該行為の遂行時に、自己の行為の危険性をもはや認識できないケースも存在しうる。その際には、行為者には過失非難を向けることはできない・・しかしながら、我々は、過去の時点である T0 の責務と責務違反に遡求し、この責務と責務違反により過失を根拠づけるのである。例えば、T1 の時点で外科医は患者に対する侵襲の危険性を見誤り、そしてもはや T1 の時点では、侵襲の危険性を認識することができないケースが挙げられる。但し、前の時点である T0 の時点では、適切な診断措置を通じて、必要な知識を獲得することができたのである。ここで、肝心な点は、以下にある。過失傷害は T1 の時点であるが、この過失傷害の非難は T0 の時点と結びついているため、我々は、非難の対象と非難の理由を時間的に分離させてしまっているにも関わらず、我々はこの事例で、行為者を過失傷害として処罰することに何らの疑念も抱かない。非難の対象は、依然として T1 の時点における医師の行為であるが、他方で、非難の理由は、T0 の時点の責務違反なのである」

このようにルシュカは、「刑法的非難の対象」と「刑法的非難の理由」を明確に区別すべきであることを強調した上で、「過失犯」と「原因において自由な行為」では、何かを認識する能力、そして、行為者が客観的構成要件を実現する決定的な時点で、この能力が行為者に欠けたことの行為者の責任が問題になっている点、そして行為者の責任を根拠づけるために、以前の時点に遡及する点で、共通性を有していることを指摘する。それゆえに、過失犯では原因において自由な行為は不要であるとする見解は説得的であるとしつつも、ルシュカは故意犯の原因において自由な行為と過失犯と原因において自由な行為は同様の解決方法が採られる方が望ましいと考える立場から、やはり、原因において自由な行為が必要であるとする[91]。

[91] なお、ルシュカは、可罰性を基礎づける慣習法は否定されるべきであるというドイツ基本法 103 条 2 項との関係から、原因において自由な行為の問題は、最終的には「立法論」で解決されることが望ましい旨を述べている。Hruschka,a.a.O.(Fn55).S.27f.

3 検討・私見

ルシュカは、過失犯における原因において自由な行為は、故意犯における原因において自由な行為とパラレルに考えることを主張していた。故意犯における原因において自由な行為では、ルシュカは、規範を第一次規範と第二次規範に区分する独自の責任論に基づく見解を主張していたが、この見解が妥当でないことは前章で確認した。とすると、問題は、過失犯において、原因において自由な行為という法理が必要であるか否かということである。ドイツでは、ロクシンやプッペらが、原因において自由な行為は不要であるとする見解を主張していた。他方で、シュテルンベルクリーベンは、構成要件モデルの立場に立脚しながら、過失犯においても原因において自由な行為は必要であると主張していた。それでは、どちらの見解が妥当なのであろうか。

この問題を考えるに当たっては、過失犯の構造を再度検討する必要がある。確かに、過失犯の場合には、原因行為が結果と因果関係を有し、結果の予見可能性が認められる限りにおいて、原因行為を考慮することが可能である。その理由は、故意犯と異なり、過失犯では、予備行為・未遂行為が存在しないため、時間的区分が厳格ではなく、結果行為以前の行為が結果と因果関係を有する限り、結果行為以前の行為を考慮することが可能になるからである。とすれば、原因行為を考慮することは、過失犯一般の理論枠組みで可能なのだから、殊更に原因において自由な行為という理論を持ち出す必要はないように思われる。

しかし、この論理を貫徹させると、結果と因果関係を有する、あらゆる行為が実行行為になる可能性がある（統一的正犯概念）。シェッヒが主張する「過失犯の原因において自由な行為の場合には、過失責任に対する結合点は、構成要件該当結果に対するあらゆる行為者の注意義務違反行為である。」という論理や、プッペが主張する「過失犯においては、構成要件該当行為は結果と因果関係を有する限りで前倒すことができる」という論理は、このような統一的正犯概念に基づくものであるといえる[92]。そして、シュテルンベルクリーベンが主張する「故意的行為者にとっては予備行為にすぎない行為も、刑法 222 条の責任を結果としてもたらすことがあるのである」という論理も、少なくとも、故意犯と過失犯では実行行為概念は異なるという理解に立脚しているものといえる[93]。

それでは、実行行為概念を故意犯と過失犯で異なって解すべき理由は存在するのであろうか。確かに、過失犯では故意犯と異なり、予備行為・未遂行為の処罰規定は存在しない。しかし、こ

---

92 過失犯では、原因において自由な行為は不要であることを主張するロクシンの見解に関しては、統一的正犯概念に基づくものかどうかは不明である。

93 シュテルンベルクリーベンは、過失犯では、原因において自由な行為がなぜ必要かという点については根拠を述べていない。その理由は恐らく、シュテルンベルクリーベンは、「結果行為時に責任無能力であるにも関わらず、原因行為に構成要件該当性を認めうる限りで行為者を処罰する法理」を「原因において自由な行為」と考えているために、過失犯の場合にも、原因において自由な行為が必要であると主張していると推測される。しかし、過失犯の場合には、原因行為に構成要件該当性が認められるのでれば、原因において自由な行為に依拠しなくても、原因行為に遡求することが可能である。それゆえに、シュテルンベルクリーベンの見解は、「過失犯では、原因において自由な行為は不要である」というロクシンやプッペの見解と実質的には変わらないように思われる。

のことから、論理必然的に、故意犯であれば予備行為であるものが、過失犯では実行行為になるという帰結が演繹されるわけではない[94]。また、過失結果犯では、当該行為が結果と因果関係を有する限り、当該行為にまで遡ることはできても、その行為が実行行為であるとする根拠は何も存在しない[95]。むしろ、「飲酒行為はリスク創出行為たりえず、むしろ行為者に責任阻却事由の援用を拒絶するために原因行為を考慮しているのであるから、原因行為を構成要件該当行為と解することはできない」[96]ケースが多いと思われる。

やはり、過失犯においても故意犯と同様に、法益侵害の危険性を有する行為のみを実行行為と捉えるべきであろう。そして、実行行為を認めるために要求される危険性の程度も、故意犯と過失犯では同様のものが要求されていると考えるべきである[97]。なぜならば、そのように考えないと、過失犯では、故意犯よりも緩やかに処罰が認められることになり、刑法では故意犯処罰が原則であることと齟齬が生じる[98]。加えて、未必の故意と認識ある過失の区別が非常に困難である点に鑑みれば、過失犯の実行行為が認められる危険性は故意犯の場合と比べて軽度のもので足りるとする理由は存在しないように思われる[99]。

それゆえに、過失犯における原因において自由な行為で問題になる、例えば飲酒行為を原因行為とする交通事故や殺人等のケースにおいては、原因行為（飲酒行為）は未遂犯の成立を認めるだけの法益侵害の危険性を有する行為とはいえないため、原因行為（飲酒行為）に実行行為を認めることはできず、結果行為が実行行為になると思われる[100]。それゆえに、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立せず、実行行為時における同時存在原則が妥当しない非同時的事例であるため、このケースで、原因行為を考慮するためには、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則の観点から、原因において自由な行為に依拠す

---

94 このような指摘をするものとして、中空壽雅「過失犯の原因において自由な行為に関する一考察」『下村康正先生古稀祝賀：刑事法学の新動向（上）』（成文堂・1995 年）202 頁。

95 中空・前掲（注 94）202 頁では、「故意と過失の認識対象に差がない限り、両者の実行行為の危険性の差は理由づけられない。」と説明されている。

96 このような指摘をするものとして、杉本・前掲（注 79）287 頁以下。

97 このように考えると、シュテルンベルクリーベンが、「故意犯では予備行為なるものが、過失犯では実行行為たりうる例」として挙げていた、「妻が、毒を食料貯蔵庫に保管していたところ、夫が調味料と勘違いして、料理を作り死亡したケース」では、本稿の立場からは、妻には保管行為の危険性を認識していないことから、夫を殺害する故意が欠けるために殺人罪は成立しないが、保管行為の危険性の認識可能性はあったことから、過失致死罪は成立することになる。同様の説明をするものとして、内藤・前掲（注 61）1135 頁。

98 このような指摘をするものとして、内藤・前掲（注 61）1130 頁以下。

99 このような指摘をするものとして、内藤・前掲（注 61）1135 頁。

100 成瀬・前掲（注 74）73 頁では、「度を越した飲酒が、認識能力・制御能力の低下を招き、人の生命身体を侵害する行為に出る危険を生じさせることがあるのも事実であることから、飲酒しようとする者に上記の危険性を予見し、当該危険が現実化しないように適切な措置をとるべき義務が認められる場合が存在し、当該義務に違反する飲酒は、人の生命身体に許されざる危険を創出する行為にほかならないので、行為者が故意を有していれば、飲酒行為は、予備行為ではなく、当該故意犯に関する一連の実行行為の一部と評価できることが少なくない」ことから、過失犯では、原因において自由な行為は不要であると主張する。しかし、故意犯と過失犯とで実行行為を同様に解する本稿の立場からは、飲酒行為は抽象的な危険性を有する行為にすぎず、飲酒行為を故意犯に関する一連の実行行為とみることには無理があるように思われる。

る必要がある。本稿の立場からは、原因行為と結果行為・結果が、因果連関・責任連関を有する限りで、因果関係の起点としての行為と責任能力の同時存在原則が認められ、行為者に完全な責任を問うことが出来ると考える。

以上を踏まえると、過失犯における原因において自由な行為で、従来展開されてきた議論は、「実行行為時における同時存在原則」の観点からなされていたきらいがある。つまり、過失犯における原因において自由な行為では、原因行為に実行行為を認められるか否かが主な争点となり、統一的正犯概念に立脚し、原因行為に実行行為を認める場合には、原因において自由な行為不要論に帰着する。他方で、故意犯と過失犯とで実行行為を同様に解すべきであると考える立場からは、原因行為に実行行為を認めることはできず、原因において自由な行為必要論（例外モデル論）に帰着することになる。

しかし、故意犯と過失犯とで実行行為を同様に解する本稿のような立場からも、原因行為を考慮するために、例外モデルとしての原因において自由な行為に依拠する必要はない。「実行行為時における同時存在原則」ではなく、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点からは、過失犯における原因において自由な行為でも、故意犯における原因において自由な行為の場合と同様に、原因行為と結果・結果行為が因果連関・責任連関を有する限りで、行為者に完全な責任を問うことが出来るのである。

第三節 違法性の意識の可能性

1 問題の所在

同時存在原則との関係では、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如しているが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在した場合に、犯罪の成立を認めることができるかということが指摘[101]されている。

では、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在するケースとはどのような場合なのか。この問題に関しては、「特別な法的規制領域における活動が問題になる場合には、当該違法行為実行の時点では違法性を意識することが不可能であっても、事前の段階で調査すれば違法性を意識することが可能であれば、当該違法行為に対して非難を加えることができるのではないか」と説明した上で、ドイツにおける「事前責任に基づく禁止の錯誤の回避可能性」の議論が参照になることを主張する見解が存在する[102]。

但し、この説明だけでは、具体的にどのようなケースが同時存在原則との関係で問題になるのかが不明である。そこで、ドイツにおいて、「特別な法的規制領域における禁止の錯誤の回避可能性」を論じたルドルフィ[103]の見解を参照することにする。ルドルフィは、以下のような例を挙げている。

---

101 このような指摘をするものとして、松原・前掲（注 75）261 頁以下。

102 松原・前掲（注 75）261 頁。

103 Hans Joachim Rudolphi ,Unrechtsbewusstsein,Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums,1969,S.253ff.

(1)食品製造業者 A は、自己の営業上の行為を規制する規定を知らなかった。A が自己の営業において、法的禁止に反する一定の保存食品を製造した際に、A は自己の行為の違法性を認識していないのではなく、自己の行為が法的に許容されていることに確信があったのである。A の行為の違法性を示すようなその他の事情も、A には周知ではなかったので、行為時には A には禁止の錯誤は回避不可能なのである。

(2) イタリアから来た出稼ぎ労働者 B は、道路交通法 37 条 1 項 3 号に違反して、街道の右側を歩いて、小型オートバイ運転手により後ろから衝突された。B は、ドイツに何か月にもわたる滞在にも関わらず、道路交通法 37 条 1 項 3 号を知らなかったので、B には自己の行為が許されていることについての確固たる確信があったのである。

これらの例は、行為者が非難可能な方法で自己により遂行される行為を規制する法規範を照会しなかったために、行為時には、自己の行為の不法性を認識する能力が欠如する事例といえる。ルドルフィは、このようなケースを、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」と呼んでいる[104]。その上で、ルドルフィは、2 つの事例では、「行為者は行為時に、問題となる法律を知らない」ことから、行為時を基準とすれば、行為者には当該錯誤は回避不可能といえるが、問題となる法律を行為者が過去に調査していれば錯誤は回避可能であることを指摘する。それゆえに、ルドルフィは、自身が挙げた 2 つの事例を「行為者が、非難可能な方法で、自己により遂行される行為を規制する法規範を照会しなかった（知らなかった）ために、行為時には、自己の当該行為の不法性を認識する能力が欠如する事例」と分析している[105]。

しかし、ルドルフィは、この 2 つの事例を処罰することは、問題を孕んでいることを以下のように指摘する。

「禁止の錯誤に陥って行動している行為者に対して唱えられる刑法的責任非難を行為時にのみ関連付けるのであれば、行為時には自己の禁止の錯誤を取り除くことが出来なかったケースでは、責任と刑罰は最初から排除されることになるのである。なぜならば、行為者には自己の当該行為の法的性質を検討する機会が欠けていた、あるいは行為者には行為時に当該行為の違法性の認識へと至るいかなる手段も与えられていなかったからである。しかしながら、行為者に対する避けることのできない禁止の錯誤が、行為者の過去の怠慢に基づく場合にも、この原理に従えば責任と刑罰が排除されることになるという事を思い浮かべると、このように、刑法的責任非難を行為時に制限することは問題があるということが明白になる。[106]」

つまり、ルドルフィ自身が挙げた２つの事例を処罰しようとすれば、「行為時に自己の行為決定を規範に従って動機づける能力が行為者にないことは、当該行為の前に非難可能な方法で知識（認識）の欠如や有責な禁止の錯誤を除去しなかったことの結果にすぎないため、行為者が以後

104 つまり、ルドルフィは、松原・前掲（注 75）のように、「違法性の意識の可能性」が行為時に欠如するとは述べていないことになる。
105 Rudlophi,a.a.O.(Fn103),S.254f.
106 Rudlophi,a.a.O.(Fn103),S.253f.

に自らが違反する法規範の認識に至るための自由を利用しなかったこと、そして自己の職業的又はその他の行為を規制する法規範を認識し、行為時に行為決定への規範的な動機づけにより、自己の不法行為を避ける可能性を、非難可能な方法で行為者自ら奪ったことが行為者に対して非難されうる[107]」ことになるが、それはつまり、行為時以前の行為者の責任非難を問題にすることになり、刑法的責任が行為時に基礎づけられていることに反するのではないかということである。そして、ルドルフィの指摘する問題が仮に正しいとすれば、ルドルフィが挙げた 2 つの設例を処罰することは、同時存在原則に違反するのではないかという問題が生じることになる。

そこで、本章では、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」について、ドイツの判例・学説はどのような見解を採用しているのかを検討する。その上で、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」と同時存在原則との関係を考察することにする。

2　判例

それでは、行為者が照会義務（法調査義務）を怠った「禁止の錯誤」のケースに対して、判例はどのような対応をとってきたのか？この点については、プッペが以下のように分析している[108]。

「以前の判例は、行為者に対して不法性の意識の欠如を非難するためには、行為者が照会義務（法調査義務）を怠ったことそれだけで十分なのであり、行為者が法調査義務を履行した場合に、どのような情報を受け取っていたのかは問題にならないという立場を取っていた。しかしながら、最近では、BGH は、禁止の錯誤の回避可能性は、義務を履行した場合の仮定的結果に依存するという立場をとっている。この立場は、学説から長い間、判例に対して要求されていたものであり、学説は判例のこの変化を前身したものとして好意的に受け止めている[109]。」

つまり、プッペによれば、従前の判例では、行為者には照会義務があることを前提にして、行為者を照会義務違反という形で処罰してきたが、最近の判例は、法的状況が不明確な場合には、仮定的因果経過を問題にし、行為者を一律に照会義務違反で処罰することはしていないということになる[110]。それゆえに、プッペの判例の分析によれば、ルドルフィが先程挙げた 2 つの事例は、法的状況が明確な場合であるから、判例の立場からすれば、照会義務違反という形で、行為者は処罰されることになる。プッペも、「行為者が、自分の法知識が、自己の行為計画の許容性と禁止性を正しく判断するには十分でないような状況に行為者が置かれ得るということが予見できる場合には、将来の行為状況からも、特別な法調査義務が生じうるのである。そのようなケースとは、行為者が、自己の行為が特別な規定に従属することを知っている行為又は知るべきであるような行為を遂行する場合であり、その特別な規定が特別法と結びついている場合である。行為者が義務に気付かなかったことにより、行為者は、自己の特別な地位と結びついている特別

107 Rudlophi,a.a.O.(Fn103),S.253f.
108 Ingeborg Puppe,Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, Festschriftt für Rudolphi,2004,S.236f.
109 Puppe,a.a.O.(Fn108),S.237f.
110 Puppe,a.a.O.(Fn108),S.237f.では、例えば KG NStZ 1990,185 が挙げられている。

な義務の刑法的制裁を免れることはできないのである。それゆえに、行為計画の開始前にこのような法調査義務を怠った行為者は、禁止の錯誤の不可避性を理由としてはもはや免責されないという点では、今日、一致がみられる。」と述べている[111]。しかし、プッペは、このように行為者の照会義務違反を問題にすることは、責任の部分的前倒しであり、行為責任とどのように調和するかについては、明らかでないことも指摘している[112]。そこで、以下では、判例の主張する照会義務違反という論理に批判的な見解を検討することにしたい。

3　学説

①間接的行為責任論を主張する見解[113]

この見解の主張者であるルドルフィは、「行為者には自己の行為を規制する法規範を調べる能力があったにも関わらず、当該不法行為の実現に至るまで、法規範を調べなかった」という行為者の行状にまで、責任非難を一部拡大することも許されるとする。それは、過去に存在する行為者の有責な怠慢としての行状責任も、「行状責任が当該具体的違法行為の中に現れる限りにおいて、すなわち行為者の違法性についての錯誤が行状責任に基づく限りにおいて」、行為者に対する責任非難の基礎を形成するためであるとルドルフィは主張する。その上で、ルドルフィは、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」における行為者の責任は、以後の具体的違法行為に向けられて存在する行状責任に基づく行為責任なのであり、それは要約すれば「間接的行為責任」（mittelbarer Tatschuldvorwurf）と呼ぶことができるとする。

また、ルドルフィは「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」のケースを処罰しなければ、怠惰な人間や無頓着な人間に褒賞を与えることになり、行為者は初めから自己の職業的行為を規制する法規範を照会しなくてもよいという帰結に至ることを指摘する。そして、そのような帰結を避けるためにも、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」は刑法的制裁の必要性が明白になるケースであるとする。

その上で、ルドルフィは、自身の見解に対して、「行状責任」に対して唱えられる一般的な批判があたらないことも主張する。「行為者が、行為前に自己の職業的行為を規制する法規範を調べなかった」事を問題にすることは、一定の不作為の非難可能性だけが問題になっているだけであり、行為者の人格性を問題にしているわけではない点を強調する。加えて、行為者の過去の行状を取り入れることで、責任が実行行為以前の領域に前倒されることになるという批判もあたらないとする。なぜならば、法的に特に規制された行為を引き受けた者は、自己の行為を規制する特別な法規定を知らなければならないからであり、特別な法規定の遵守は、事前に行為者がその法規定を知ることでしか保障されないからであると主張する。それゆえに、設例の、自動車運

111 Puppe,a.a.O.(Fn108),S.238f.

112 Puppe,a.a.O.(Fn108),S.238f. プッペと同様の指摘をする我が国の見解として、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（成文堂、1999 年）336 頁以下。石井徹哉「責任判断としての違法性の意識の可能性」早稲田法学会誌四十四巻（1994 年）66 頁。一原亜貴子「違法性の錯誤と危険の分配」関西大学法学論集 54 巻 1 号（2004 年）122 頁。

113 Rudlophi,a.a.O.(Fn103),S.264f.

転手として道路交通に関与し、あるいは食料製造業者・経営者として一定の行為を遂行し、この行為の遂行の際に、当該行為を規制する法規範の 1 つに違反した場合には、行為者が行為時には非難可能な方法で、自己の行為の不法性を勘違いしたならば、すなわち、行為時に回避不可能な禁止の錯誤が、「当該行為の引き受けと事後の不法行為との間に存在する時間に、行為者が、非難可能な方法で自己の行為を規制する特別な法規範を知らなかったこと」に基づく場合には、行為者に対してはなお刑法的責任非難がなされるとルドルフィは説明する。

②故意責任を二種類に分ける見解[114]

プッペは、「原因において自由な行為」における「例外モデル」の考えをそのまま採用し、端的に行為前の時点まで責任を部分的に前倒すことを認める。しかし、「回避不可能な禁止の錯誤の事例」において「例外モデル」を採用したとしても、「原因において自由な行為」での「例外モデル」に対して向けられる批判はあたらないとする。

「原因において自由な行為」で「例外モデル」に対して向けられる批判は、行為と責任を分離することにより、行為責任が没却されるというものである。しかし、この批判は、責任非難の一部としての法調査義務違反の前倒しにはあてはまらない。なぜならば、「責任能力」とは異なって、「未必的違法性の意識」（potentielle Unrechtsbewusstsein）は責任の必要不可欠な要素ではないからであるとプッペは説明する。「未必的違法性の意識」は、行為者の精神的な部分の検討結果でもなければ、行為との現実的関連性を有するわけでもなく、ただ行為者が不法性の意識を獲得できただろう又は獲得すべきだったのであろうということを、実質的形態で表現しているにすぎないのである。

プッペは、故意責任には二つの形態があることを指摘する。一つは、行為者が不法性の意識を有する故意行為の場合である。そして、もう一つは、不法性の意識の欠如に関する過失と結びついた故意行為の場合である。

その上で、「行為時に回避不可能な禁止の錯誤」においては、不法性の意識の欠如に関する過失と結びついた故意行為が問題になる。そして、この場合の責任非難は、「不法性の意識なく故意的構成要件を実現したことに対する非難」と、「自己の行為を規制する法規範を調べなかったことに対する過失非難」から構成されていることをプッペは主張する。敷衍すれば、自己の行為を規制する法規範を調べなかった、つまり法調査義務を侵害したことは、「独立した過失不法」であるとし、この過失不法に、事後的な故意不法が追加的に付け加わることで、「未必的違法性の意識」における責任非難が構成されると説明する[115]。

---

[114] Puppe,a.a.O.(Fn108),S.238f.

[115] Puppe,a.a.O.(Fn108),S.240f. なお、過失不法に事後的な故意不法が付け加わる事がなぜ許されるのかについては、プッペは「行為者が照会義務を怠った場合であっても、法的状況が不明確な場合には、照会義務を尽くしても行為者は正しい法的解釈（法的知識）を獲得できない可能性があるため、このような場合には、錯誤は回避できず、行為者は処罰されることは許されないことを保証するためである」と説明する。それゆえに、プッペの見解からは、過失不法だけで行為者が処罰されることは許されず、事後的な故意不法が付け加わることで、初めて行為者は処罰されることになる。

そして、過失不法・過失非難は、故意不法・故意非難とは異なり、理論上、本来の法益侵害行為よりもずっと前に前倒しがなされることが可能である。それゆえに、過失不法・過失非難は必ずしも行為時に根拠づけられる必要はないのであり、設例における法調査義務の侵害という行為前の事情を考慮することも、何ら行為主義には反していないことになるとプッペは説明する。

4 検討

ドイツにおける、「法的特別規定に関する禁止の錯誤」の議論状況を要約すると、以下のようになろう。ドイツの判例は、法的状況が明確な場合に、「法的特別規定に関する禁止の錯誤」に陥った行為者を、照会義務違反を根拠として処罰してきた。しかし、なぜ実行行為時以前の事情である照会義務違反が行為者の責任を基礎づけるのかという点については、説明がなされていなかった。そこで、学説では、なぜ照会義務違反が行為者の責任を基礎づけるのかという点について、様々な見解が主張されてきたということになる。

それでは、このようなドイツの議論状況と、同時存在原則はどのような関係にあるのであろうか。「法的特別規定に関する禁止の錯誤」を、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如するケース、すなわち同時存在原則が問題になる非同時的事例と位置づけることは可能なのだろうか。ドイツの、「法的特別規定に関する禁止の錯誤」を、違法性の意識の可能性が実行行為時には欠如するが実行行為以前には存在した事例と位置づける見解は、以下のように説明する[116]。

「厳密に実行行為時点に限定すれば違法性の意識の可能性がないといえる場合であっても、当該行為が予見可能な段階で、熟慮・照会等の適切な手段をとっていればその違法性を意識することができた場合には、適切な手段により当該行為時点で回避不可能な禁止の錯誤を回避することができた、すなわち当該行為についても違法性を意識することができたといえよう。行為時点では違法性の意識の可能性の欠如に至る事情を、行為以前に可能な回避措置により回避しなかったことに責任非難が認められるのである。これにより、行為決意から行為に至るまでの連続した非難が可能となり、それが行為遂行時においては欠如する責任要素である違法性の意識の可能性を補填するといえる。これは、個別的行為と無関係に事前の責任自体を非難の対象にするものではなく、あくまで当該行為に関連づけられた責任であるから、当該行為との関連で意思形成過程の準備段階を考慮することは、個別行為責任の原則に反するとの批判はあたらない。また、行為と責任の同時存在原則が要求される根拠は、責任判断の無制約な時間的遡求、ひいては行状責任や人格責任の取り込みを防止することにより、個別行為責任の原則を確かなものにすることにあり、同時存在が自己目的ではないであろう。そこから、原因において自由な行為について完全な責任を問いうるとの考え方からすれば、その場合と同様に、当該行為と一定の関係にある段階の時点での違法性の意識の可能性が存在すれば足りると考えることができるのであり、形式的に実行行為時に違法性の意識の可能性が存在しなければならないとする必然性はないであろう」

つまり、この見解は、ドイツの「法的特別規定に関する禁止の錯誤」は、実行行為時に違法性の意識の可能性は欠如する、同時存在原則が問題になる非同時的事例のケースと位置づける。そ

116 松原・前掲（注 75）267 頁。

の上で、このようなケースを処罰するためには、実行行為時点での違法性の意識の欠如に至る事情を、実行行為以前に回避措置により回避しなかったという事前責任を認めるべきであると主張する。そして、同時存在原則が要求される根拠は、事前責任の無制約な時間的遡求の防止にあるのだから、当該行為と関連する限りであれば、事前責任を認めることも、同時存在原則に反しない点を強調する。

この見解の当否を検討するに当たっては、再度、違法性の意識の可能性とは何かを確認する必要がある。違法性の意識の可能性とは、当該実行行為に出ることが回避可能であったにも関わらず、回避せずに実行行為を行った場合に、行為者に対して非難可能性を認めるものである。例えば、百円紙幣模造サービス券事件（最決昭 62・7・16 刑集 41 巻 5 号 237 頁）では、実行行為以前の事情、すなわち「被告人が警察署に赴き、百円紙幣に紛らわしい概観を有する（被告人が作成した）サービス券について、知り合いの巡査達に相談したところ、巡査達からは、紙幣と紛らわしいものを作ることは通貨及証券模造取締法に違反するため、サービス券の寸法を真券より大きくする、又はサービス券の文字を入れるなどして、誰が見ても紛らわしくないようにすればいいのではないかと具体的助言を受けたにも関わらず、被告人は助言に従わず再度サービス券を作成し、警察署に持参し配布した」という事情を考慮し、「被告人が警察官達からの助言を重大視しせず、処罰されることはないと楽観視した」ために、違法性の意識を欠いたことにつき「相当な理由」がないと判断されている。この判例の判断枠組みは、一見すると、行為者の実行行為以前の事情を基礎に行為者の処罰を認めたものであり、行為責任主義に反するようにも思われる。

しかし、百円紙幣模造サービス券事件は、実行行為以前の事情を基礎に、行為者に責任非難を認めたケースではない。本事件では、被告人は、当該実行行為以前に警察官から助言を受けたことから、サービス券を配布する行為が違法であるということを認識しえたにも関わらず、サービス券を配布するという実行行為を決断したのであり、すなわち、「実行行為時に違法性の意識の可能性は存在していた」ということを示しているのである。つまり、実行行為以前の事情も厳密には実行行為時の事情に含まれるのである。そして、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無の判断の結果、錯誤が回避できたと判断されれば、実行行為時には違法性の意識の可能性が存在したことになるのだから、行為者には実行行為時の責任非難が問題にされることになり、同時存在原則と何ら齟齬は生じないのである。換言すれば、実行行為以前の事情を考慮して、違法性の意識の可能性の有無を判断することは、決して実行行為以前の責任非難を問題にしているわけではないのである。

同時存在原則から演繹されることは、実行行為時に違法性の意識の可能性が存在しなければならないということである。しかし、実行行為時に違法性の意識の可能性があったか否かの判断は、責任能力や故意の有無の判断とは異なるように思われる。なぜならば、故意や責任能力では、行為者が実行行為時に単に有していたのかどうかが問題になるが、他方で違法性の意識の可能性の有無は、当該状況に置かれた行為者が違法性の意識の可能性を持ちえたのかどうかという規範的な判断が問題になるからであり、それゆえに、百円紙幣模造サービス事件では、実行行為以前の事情を実行行為時の事情に含んで考慮することが許されるように思われる。

他方で、ドイツの「法的特別規定に関する禁止の錯誤」の議論では、行為者の照会義務違反と責任非難の関係が問題になっていたが、このドイツの議論も、我が国における「違法性の意識の可能性」の問題に解消できると思われる。

本稿は、違法性の意識の可能性の有無の判断では、因果関係の起点としての行為と実行行為は一致すると考え、「行為者が、実行行為時における自己の能力と与えられた情報を基礎にして、当該行為を慎重に検討すれば、当該行為が違法であることが認識できた場合」に、違法性の意識の可能性が肯定されると考える。そして、ドイツの法的特別規定に関する禁止の錯誤で指摘されていた行政取締法規が問題になるケースでは、行為者が当該行為を慎重に検討したといえるためには、行為者に可能な範囲での当該法規に関する調査を要求することも許されるのではないだろうか。つまり、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無が問題になる場合に、行為者が当該実行行為を慎重に検討したか否かを判断する中で、ドイツの議論における照会義務についても検討することができるのではないだろうか。そして、照会義務（当該法規についての調査）を問題にすることは、決して実行行為以前の行為者の責任を問題にしているわけではない。あくまで、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無の判断の中で、行為者に可能な範囲での照会義務を問題にしているのである。本稿は、行為者に可能な範囲での当該法規に関する調査を尽くせば、行為者が当該行為の違法性を認識できた場合には、当該実行行為時には違法性の意識の可能性が存在したことになり、それでも行為者は当該行為を遂行したことから、責任を問われることになると考えるものであり、このような論理は、同時存在原則並びに行為責任主義に反するものではないように思われる[117]。

以上を踏まえると、ドイツにおける「法的特別規定に関する禁止の錯誤」のケースは、本稿の立場からは、行為者に可能な範囲での照会義務を尽くして、行為者が当該行為の違法性を認識できた場合には、実行行為時に違法性の意識の可能性が、なお存在したケースといえ、行為者の責任は肯定される。他方で、行為者に可能な範囲で照会義務を尽くしても行為者が当該行為の違法性を認識できなかった場合には、実行行為時に違法性の意識の可能性が欠如するケースといえ、行為者の責任は否定されることになる。それゆえに、実行行為時点での違法性の意識の欠如に至る事象を、実行行為以前に回避措置により回避しなかったという事前責任という概念を適用する必要性はないように思われる。

---

117 同様の指摘として、半田靖史「違法性の意識の可能性」『刑事事実認定重要判決 50 選（上）［第 2 版］』（立花書房・2013 年）215 頁以下では、「与えられた情報と能力を用いて慎重に検討することが期待できるとすれば、慎重な検討の一態様又は延長として、違法性に関する調査を期待してもよいように思われる。これを一切否定すると、行政取締法規の不知の場合に、少なからず違法性の意識の可能性が否定されてしまう。ただし、期待できる調査は、行為者にとって可能かつ相当な範囲に限るべきであろう。その調査の範囲によって違法性の意識の可能性が喚起できたのであれば、行為者は違法性の意識を喚起しうる情報の収集能力・収集可能性を行為時に有していたのである。それは、行為時における違法性の意識の可能性といってよい。」と述べられている。

第四節　小括

過失犯と原因において自由な行為では、故意犯と過失犯とで実行行為を同様に解する本稿の立場からは、故意犯と原因において自由な行為のケースと同様に、結果行為が実行行為であり、原因行為は因果関係の起点としての行為であることから、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立せず、実行行為時における同時存在原則が妥当しないケースといえる。それゆえに、故意犯と原因において自由な行為の場合とパラレルに考えて、原因行為と結果・結果行為との間に、因果連関・責任連関が認められる限りで、行為時における同時存在原則が満たされ、行為者に責任を問う事ができると解する。

他方、違法性の意識の可能性のケースでは、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在するケースとして挙げられている、ドイツの「法的特別規定に関する禁止の錯誤」をめぐる問題が、同時存在原則との関係では指摘されていた。行政取締法規が問題になるケースでは、「因果関係の起点としての行為」＝「当該実行行為」であり、関係法規を調査することが行為者には可能な範囲で課せられると考え、このことは実行行為以前の責任を問題にするものではないと考える本稿の立場からは、ドイツの法的特別規定に関する禁止の錯誤の問題は、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無の判断枠組みの中で解決可能である。それゆえに、実行行為時における同時存在原則が妥当し、同時存在原則は問題にならないことが明らかになった。

第四章　自招防衛・自招危難

第一節　問題の所在

行為者は正当防衛行為又は緊急避難行為を行ったが、行為者自らが正当防衛状況又は緊急避難状況を自招したという事情が存在する、「自招防衛」「自招危難」をどのように解決するかについては、これまで多くの議論がなされてきた。他方で、実行行為である防衛行為時、避難行為時に着目すれば、行為者の自招行為を考慮することができないため、実行行為時に犯罪を構成するメルクマールが同時存在していないことになり、形式的同時性を満たさないケースであることから、自招防衛・自招危難においても同時存在原則が問題になることは、これまであまり意識されてこなかったように思われるまた、仮に自招防衛・自招危難で同時存在原則が問題になることが指摘されても、同時存在原則が問題になる他の非同時的事例との関係で同様の統一的解釈を採用すべきことを主張した見解は極めて少ない。

そこで、本節では、自招防衛・自招危難においても、同時存在原則が問題になることを指摘し、他の非同時的事例との関係で統一的解釈を主張する見解を検討することにする[118]。

第二節　自招防衛・自招危難

1　学説

①例外モデルに基づく統一的解決を主張する見解[119]

(i) 自招防衛の場合

この見解の主張者であるルシュカは、以下の例を挙げて、自招侵害を考える。

設例：長い口論の間、A は B に対し「お前はびびって、俺にかかってこれないだろう！」と言った。憤慨した B は、A に飛び掛かった。A は、B の攻撃に対する回避可能性も存在したにも関わらず、B に対して殴打を加えた。なお、A が B に対して加えた殴打は、A が当該防衛状況下で取り得た手段の中で、必要最小限度のものであったとする。

ルシュカは、「B が A を不法に攻撃したことは明白であること」、「A の B に対する挑発的発言が、B が A に飛び掛かることを正当化するわけではないこと」から、刑法 32 条（正当防衛）の客観的前提条件は満たされていることを確認する。

その上で、ルシュカは、刑法 32 条の規定の例外が認められるかどうかを検討する。判例・学説は、刑法 32 条による行為の正当化を排斥する傾向にあるが、そもそもなぜ刑法 32 条の規定の例外が認められるべきなのかという問題を、軽視してはならないとする[120]。

---

118 それゆえに、本稿では、自招防衛・自招危難に関する日独のあらゆる判例・学説を検討するわけではない。

119 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.371f.

120 ルシュカは、「ある行為の不法性判断に用いられる、刑法的に重要な法体系に手をつけることは、刑法理論の課題としてこれまでほとんどなされてこなかったのであり、それゆえに解決もされてこなかった」ことを指摘する。Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.373f.

そして、刑法 32 条の例外が認められるのか否かという問題は、以下の指針に基づいて解決されるべきであるとルシュカは主張する。つまり、作為による行為事象と不作為による行為事象の帰属と、不法な行為を有責に帰属することの、2 つの帰属の段階が区別されるように、すなわち事実認定レベルでの帰属〔A が作為もしくは不作為により、B を殺害したということ〕と、刑法的評価レベルでの帰属〔最終的に A に当該行為が帰属されるのかということ〕が区別されるように、行為の不法性判断の基礎にある法規体系においても、「第一次言語規範レベル」と「第二次（メタ）言語規範レベル」という、2 つのレベルが区別されなければならないとする。2 つの規範のレベルにおいて区別することは、義務の衝突のケースで明確になることをルシュカは以下のように指摘する[121]。

「仮に A が、刑法 323 条に従って、溺死している X と Y を同時に救うことを義務づけられている場合には、A は諸般の状況に従って X か Y のどちらかしか救うことができないのである。というのも、周知のように現行法によれば、A は X と Y のどちらか一方を救うことを義務づけられているのであり、どちらを救うのかは A に委ねられている。このようなケースでは、第一次言語規範レベルと第二次（メタ）言語規範レベルの両方が、行為者に対して向けられている。 第一次言語規範は、行為者に、あなたは X も Y を救うべきだということを要求する規範である。つまり、第一次言語規範は、義務の衝突のケースにおいて、相互に衝突する規範なのである。それに対して、第二次（メタ）言語の性質は、このケースで有効な衝突規範なのである。すなわち、メタ言語規範は、相互に衝突する要請義務のどちらかを履行しなければならないが、どちらの要請義務を履行するかは、行為者に委ねる規範なのである。それゆえに、このケースでは、第二次（メタ）言語規範の性質は特に明白である。なぜならば、衝突規範は、相互に衝突する規範の関係についての規範であり、それゆえに、相互に衝突する規範とは論理的に異なった規範のレベルに属するのである。一般的記号論において、対象言語とメタ言語の区別が、とうの昔からなされているのであり、つまり、一定の対象について述べられる言語（例えば、「そこにはテーブルがある」）と、対象言語それ自体について述べられる言語（例えば、「テーブルという言葉は、5 文字から成り立っている」）は、はるか昔から区別されている。ここでは、明らかに論理的区別が要請されているのであり、2 つの例がドイツ語で話されているということに何の疑いもないのである。対象言語とメタ言語の記号論的区別は、我々がどの日常言語をその都度用いるのかという問題とは何ら関係がない。第一次言語規範とメタ言語規範の区別は、対象言語とメタ言語の区別に相応し、どの法秩序が基礎にあるのかということに完全に依存しないのである。」

これらを踏まえた上で、ルシュカは、正当防衛についての規定も、あらゆる事例に対して第一次言語的性質を有する規範とは異なり、すなわち犯罪構成要件の基礎にある命令規範と禁止規範とは異なり、第二次（メタ）言語レベルとして資格を付与される規範レベルの 1 つに属すると考える。これは、「我々は、第一次レベルの規範の遵守義務を相互に負っているが、他者が我々に違法に攻撃してくる場合には、この義務は消失するか、あるいは少なくとも制限されるのである。なぜならば、それは、他人が第一次レベルの規定をもはや遵守していないということを意味

121 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.372f.

するからである」ということにより、根拠づけられるとルシュカは主張する。そしてこのことが正しいのであれば、正当防衛についての規定は、第一次レベルの規範の遵守・非遵守について言及しており、それゆえに、第一次言語レベルに属することができないのであり、第二次（メタ）言語レベルに属するのである[122]。

刑法 32 条（正当防衛）の規定が第二次（メタ）言語レベルに属するのでれば、以下の原理が定式化されるとルシュカは主張する。つまり、第一次言語レベルである、命令規範・禁止規範・決定規範・許可規範においては、命令規範と禁止規範の適用領域に属し、選択規範や許可規範によってこの領域から考慮の外に置かれることはない行為が、客観的に違法であるとする規定の例外を認めることはできない。それに反して、第二次（メタ）言語規範レベルに属する許可規範においては、行為者が正当化状況を自ら帰属可能な形で惹起した場合にのみ、規定の例外を認めることが可能である。それゆえに、刑法 32 条も例外を認めることが可能である。そして、挑発防衛のケースでは、挑発者の防御権は、緊急防御権へと制限され、逃げることが未だ可能な者は、もはや防御権を有さないことをルシュカは主張する。しかしながら、防御行為が既に一般的緊急防御権の意味において必要である場合には、相応する防御権が存在し、挑発者は、法によって、殴られるあるいは殺されるなどの侵害を甘受する必要はないことをルシュカは指摘する[123]。

以上を踏まえると、ルシュカの見解からは、設例の事案は、A は B の攻撃から逃げることができたにも関わらず、B に対して殴打を加えている以上、A には正当防衛（刑法 32 条）は成立せず、傷害罪（223 条）が成立することになる。

(ii) 自招危難の場合

ルシュカは、以下の 2 つの設例を挙げて、自招危難を考える。

設例 A : 道を歩いていた X は、他の誰もが子供を救おうとしなかったので、子供を救うために、燃えている家の中へと急いで入った。X は、準備してあった救命布へと子供を投げた。子供はこれにより助かった。しかしながらその間に、X は、自身の生命の重大な危険状況へと陥った。X

---

122 ルシュカは、「被害者の同意」も第二次（メタ）言語レベルに属することを以下のように説明する。

「被害者の同意は、『我々は、第一次レベルの規範遵守義務を相互に有しているが、ある者 A が A 自身の領域への介入を許す場合には、この義務は放棄又は制限される』ことによって根拠づけられる。それゆえに、被害者の同意は、第一次言語レベルの規範に属するのではなく、第二次（メタ）言語レベルの規範に属することになる。」

その上で、ルシュカは、脅迫により強制された同意」のケースや、同意の対象についての欺罔によって得られた同意のケースに関しては、同意は無効であると説明する。また、動機の錯誤により同意したケース、例えば「病院側が献血者に対して 100 マルク払うと説明したが、実際には 30 マルクしか支払われなかったケース」については、ルシュカは、自招防衛における正当防衛状況の正当化の問題に対応すると指摘する。そして、自招防衛における正当防衛に基づく正当化の根拠が一般的な緊急防御権の規定により相殺されうるように、動機の錯誤による同意のケースは、「推定的同意」によって相殺されうるとルシュカは説明する。Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.380ff.

123 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.379ff.

は、窓から、燃えている家の前に積み上げられている板の上へとジャンプした。X がジャンプした際、X と板との衝突により、板は破壊された。破壊された板の破片によって、板の近くにいた Y は重傷を負い、片目を失った。X は、「自分のジャンプにより、Y が重傷害を負う可能性がある」ことを予見していた。Y には、X のジャンプの巻き添えを食わないための、退避可能性は存在しなかった[124]。

設例 B : ある田舎では、医師らの申し合わせに基づいて、わずかな何人かの開業医の一人がその都度、交互に夜の救急業務を引き受けて遂行していた。医師 D は 1 週間の間、救急業務に備えて待機していた。とある日の夜に、D は交通事故発生の電話を受けた。事故の被害者は今にも出血死する可能性があり、即座の医師の手当てが必要であった。D は、赤ワインを飲んでいたため、アルコール服用を理由として、完全に酩酊していたわけではないが、安全に自動車を運転できる状態では決してなかった（刑法 316 条の意味での運転無能力）にも関わらず、D は自分の車で 4 キロ離れた事後現場まで運転した。D は、飲酒した赤ワインのために、自分が運転無能力であることを認識していた。人里離れた幹線道路での走行の際には、誰も危殆化されることはなかった。D は、事故の被害者を救うために、医学的に必要な治療を行い、その結果、被害者は助かったのである。被害者の生命は、仮に 30 キロ離れた群長所在都市にある病院に電話したとしても、助からなかった。D は、自分の代わりに救援に駆けつける同僚の医師に電話してみたり、タクシーを拾おうとしたり、運転してくれる人を探そうとしたが、どれもうまくいかなかった。D が赤ワインを飲んだ時に、D は、自分が、運転無能力状態で、強要に迫られて自分の車を運転する可能性があるということを認識していた。また、当直医が車で夜の走行を強いられるということは過去に何度も起こっていた[125]。

設例 A では、X の生命という保護された利益が、Y の身体の完全性という侵害された利益を著しく優越しないため、刑法 34 条（正当化緊急非難）は問題にならず、刑法 35 条（免責的緊急避難）が問題になることを指摘する。そして、X は緊急避難状況にあったことを認識し、危難を避けるために行為したのだから、刑法 35 条の前提条件は満たされている。但し、X は自ら燃えている家の中へと入って行ったことから、X が緊急避難における危難を惹起した点についても明白であり、それゆえに刑法 35 条を厳格に適用すれば、免責の排除へと至ることをルシュカは指摘する。しかし、緊急避難の惹起が法的に是認されるべき場合に、刑法 35 条の「危難の惹起」という文言に従って免責を否定することは、問題であるとルシュカは主張する。それゆえに、ルシュカは、原則と例外を示した上で、設例 A の解決策を以下のように提示する[126]。
1 : 行為者が緊急避難の危難に対して責任がある場合には、刑法 35 条 1 項 2 号（後段）に従って、緊急避難行為者の面積は否定されるべきである。

---

124 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.285f.
125 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.356f.
126 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.285f.

2：緊急避難の危難を惹起した行為者は、「行為者が、危難の惹起を行わないという義務を、危難の惹起により侵害した場合」にのみ、危難に対して責任があるのである。

「責務違反を想定することは、対応する責務の想定を前提としているのであり、責務は定式化されなければならない。すなわち、危険状況へと自ら赴くことは、危険状況の可能性を考慮して、つまり構成要件に該当する違法な緊急避難行為（殺人・傷害・器物損壊など）の可能性を危惧して基本的に禁止されるのである。同様の事は以下の場合にも妥当しなければならない。それは、緊急避難行為者が、危難の発生を防止することを怠った場合や、緊急避難行為の必要性が生じる前に、発生した危険を防止することを怠った場合や、第三者による、発生した危険の早期の防止を妨害する場合である。ここでも、同様の熟慮並びに責務が想定されなければならない。この種類の責務は二次的な禁止・命令であり、二次的禁止・命令は、一次的禁止と命令との関連で存在している。つまり、二次的な命令・禁止は、一次的命令・禁止と総合的に結びついていて、その都度問題になる保護法益の包括的保護をすることが、本来の禁止と命令の目的なのである。二次的責務の侵害は、それ自体としてはいかなる法義務も侵害するものではなく、そのために二次的責務の侵害は可罰的なものではない。免責的緊急避難のケースでは、二次的責務違反は、むしろ、行為者が緊急避難状況を引き合いに出せないのではなくて、緊急避難行為を理由として処罰されうるということに至るのである。二次的な、責務として把握されるべき禁止（今回は、緊急避難行為の危険を伴う、緊急避難状況に自ら赴くことの禁止）は、いかなる例外も被ることはできない。但し、この論理は、X が、危難を惹起することで、法義務を満たすべきだった場合には、妥当しない。なぜならば、刑法 323 条に従えば、関与していない者には、他人の子供を救うために自分の命をかけることは、法的に義務付けられていないからである。X が、法秩序が X に要求する以上のことをした場合、つまり、X が責務以上のことを果たした場合には、むしろ例外が考えられるべきである。このことに関する決定は、今まで議論されておらず、今日では法的評価に関しても全く検討されていない問題である。議論のこれまでの状況では、私の私的な価値判断は、たとえ X が緊急避難の危険を自ら引き受けた場合であっても、X は、危難の惹起を理由として処罰されることはできないのであるという結論に至るのである。この前提条件の下では、刑法 35 条 1 項 2 号は介入しない。それゆえに、X は免責されるべきである。」

他方で、設例 B では、ルシュカは刑法 34 条（正当化緊急避難）が問題になることを指摘する。つまり、D は、「運転無能力であったにも関わらず自分の車を運転していること」、D は、「自分が酩酊しているために、運転無能力状態であることを認識していたこと」から、刑法 316 条（酩酊運転罪）の客観的構成要件・主観的構成要件は共に満たされているが、刑法 34 条による緊急避難が成立するのかどうかが問題になるとする[127]。

そして、ルシュカは事故の被害者の生命に対する現在の危難が存在しており、この危難は酩酊運転によってしか防止されえなかったことを指摘する。そして、酩酊運転によって保護された利益は、事故の被害者の生命である。酩酊運転により侵害された利益は、道路交通の安全という公共の利益である。その際に、「保護された利益は、侵害された利益を著しく優越する（酩酊運転

[127] Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.357f.

により、第三者が具体的に危殆化されたわけではないため)」ということに鑑みると、当該飲酒運転行為は既遂とはみなされないのである。そして、刑法 316 条の未遂は不可罰であることから、「酩酊運転は、客観的に違法でない」という帰結に至るとルシュカは説明する。

但し、ルシュカは、「D が赤ワインを飲み、それにより刑法 316 条の運転無能力を惹起した（その結果､場合によっては酩酊運転を強制されることも知っていた)」という限りにおいては、D は緊急避難状況に対して責任があることを指摘する。その際に、「D が、当直医としての自己の義務を侵害した点」については明白であるが、問題は、「このことが酩酊運転の正当化に影響を及ぼすのかどうか」ということである。つまりこの問題は、「刑法 34 条の客観的前提条件が満たされている場合に、緊急避難行為者は常に免責される」という規定が、例外を被ることが可能なのか否かという問題に帰着するとルシュカは説明する[128]。

仮に、D が酩酊運転を行わず、それゆえに事故の被害者は医師の治療の欠如のために死亡した場合には、D が救護義務（刑法 323 条 c の不救助罪に基づくのか、当直医としての保護義務に基づくのかにせよ）を侵害したのか否かが問題り、救助義務違反が存在したことは疑いようがないとルシュカは述べる。D は、刑法 323 条 c の意味でも刑法 212 条・13 条（不作為の故殺罪）の意味でも、救助を遂行し酩酊運転を遂行することが要求されるため、D が酩酊運転をやめて救助をしなかった場合には、D は 323 条に従って違法となり、当直医としての保護義務がある場合には、刑法 212 条・13 条に従って違法になることに鑑みると、酩酊運転は違法ではないという帰結に至ることをルシュカは指摘する。なぜならば、このように考えないと、「酩酊運転は違法であるが、他方で酩酊運転をしないことも違法である」という帰結になり、法秩序による自己放棄に至ることになる。これは換言すれば､「医師 A の赤ワインの飲酒という義務違反は、(刑法 34 条による正当化を排除する）責務違反の想定に対する有用な結合点を提供しない」ことを意味することをルシュカは、以下のように根拠づける[129]。

「刑法 34 条に、刑法 35 条 1 項 2 号に対応する危難惹起条項が存在しないことは、決して偶然ではないのである。なぜならば、刑法 34 条の法的効果を、緊急避難行為者が自分で責任をとる必要がないケース（自分で危難を惹起していないケース）に制限することは、刑法 34 条が刑法体系の中で有する機能と矛盾してしまうからである。刑法 34 条は、危難に陥った行為者に対する特権を規定したわけではない。なぜならば、立法者は危難に陥った行為者に同情したわけではなく、緊急避難行為が許されることの根拠を形成するものは、価値の高い利益が存在する危難だからである。言い換えれば、緊急避難行為の権限付与に対する合理的根拠を提供するものは、功利主義的原理なのである。ここで決定的なのは、誰が利益を有するかを考慮せず、緊急避難状況に陥った者と関与していない者で形成される集合に対して最小のコストでの最大の利益に焦点を合わせる全体考察的観測なのである。」

そして、ルシュカは、緊急避難状況で衝突する利益が同一の主体であるケースは、利益衡量原則は､緊急避難状況がどのような様式で発生したのかという問題と関連しないということを示し

128 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.358f.
129 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.358f.

ており、設例 B では、結論としては飲酒運転行為の正当化を認めざるをえないと結論づける。確かに、不可罰という結論は法感情に反するかもしれないが、この事例で D を処罰してしまうと、あたかも危殆化構成要件が存在しているという結論になりかねないことから、設例 B では D の飲酒運転行為は不可罰にすべきであり、処罰したければ、危殆化構成要件を立法すべきであるとルシュカは主張する[130]。

なお、ルシュカは、同時存在原則が問題にならない事例と、問題になる非同時性事例に対する自身の見解を、以下のようにまとめている[131]。

正常な帰属(ordentliche Zurechnung)の事例	正常な帰属から生じる原則規定(Daraus folgt die Regel)	例外的帰属(außerordentliche Zurechnung)の事例
行為者が、当該事象に対して、当該行為を行う・行わないという選択肢を持っていた場合や、あるいは当該事象を避けることができた場合には、物理的事象は、禁止された行為の遂行として、行為者に帰属される。	行為者が、当該行為を行う・行わないという選択肢を持たない場合や、当該事象を避けることができない場合には、当該事象は、禁止された行為の遂行として、行為者に帰属されることはできない。	行為者が、当該行為を行う・行わないという選択肢が欠けたことに責任がある場合や、当該事象を避けることができなかったことに責任がある場合には、当該事象は、禁止された行為の遂行として、行為者に例外的に帰属される。
要請される行為を怠った者が、要請される行為の遂行可能性を有していた場合には、当該不作為は、要請される行為を怠ったものとして、行為者に帰属される。	要請される行為を怠った者が、要請される行為の遂行可能性を有していない場合には、当該不作為は、要請される行為を怠ったものとして、行為者に帰属されることはできない。	要請される行為を怠った者が、要請される行為の遂行可能性が欠けたことに責任がある場合には、当該不作為は、要請される行為を怠ったものとして、行為者に例外的に帰属される。
行為者が、不法な行為をなす決断が自由になされ、制限を受けていない場合には、当該不法行為あるいは不法な不作為は、行為者に有責に帰属される。	行為者が、緊急避難状態（刑法 35 条）にある場合や、欠陥状態（刑法 20 条）にあることを理由に、不法な行為をなす決断が自由になされえない（又は制限される）場合には、当該不法行為あるいは不法な	行為者が、緊急避難状態にあることや、欠陥状態にあることに対して責任がある場合には、当該不法行為や不法な不作為は、行為者に例外的に有責に帰属される。

130 Hruschka,a.a.O.(Fn11),S.363f.
131 Hruschka,a.a.O.(Fn11),S.313f.

	不作為は有責に行為者には帰属されることはできない。	

②構成要件モデルに基づく統一的解決を主張する見解[132]

この見解の主張者であるマウラッハは、原因において自由な行為に関する論文の中で、原因において自由な行為（以下、Alic とする）の関連対象は、あらゆる犯罪構成要素にまで及ぶことを以下のように、指摘している。

「行為者によって故意に惹起された正当化事由や責任阻却事由を援用するという名目の下で、侵害行為を遂行するために、行為者による正当防衛や緊急避難の惹起も、それ自体としてははっきりと Alic と呼ぶことはできないが、それでもなお Alic の適用可能な事例であることが示される。我々は、『自己への帰属不可能性の惹起は、Alic の独占的な現象形態ではない』ということを見るのである。むしろ、以下の全てのケースが、Alic の規定に従属しなければならないだろう。それは、構成要件該当結果を作動させる刑法的意味での終局原因が、何らかの欠陥行為として評価され、そしてその終局原因を独立して考察する場合に、刑法的反応の基盤を与えない（行為が欠ける、又は構成要件該当性・違法性・有責性が欠けるにせよ）ケースである。Alic においては、不法の重点が、「責任能力・行為能力を有する行為者が、構成要件該当結果の意思を伴って、又は構成要件該当結果を見込むことができる能力を伴って、決定的な身体的行為の欠陥、つまり終局原因の欠陥を惹起し始める時点に移るのである[133]」

マウラッハは、Alic の考え方が、自招防衛・自招危難にも適用できることを主張する。但し、マウラッハは、論文の中で、自招防衛・自招危難をどのように解決すべきかについては、直接論じていない。そこで、ここでは、Alic についてのマウラッハの見解を参照することにしたい。Alic に関しては、マウラッハは以下のように述べている[134]。

「責任無能力状態で敵 B を殺すために、A が酩酊し、実際に B を殺害した場合には、意思活動及び行為（故意に担われた客観的構成要件メルクマール）は、終局原因である殺害行為の中に存在する。因果的行為論によれば、このような故意は自然的故意として妥当し、目的的行為論によれば、このような故意は、不法性の意識を含まない故意そのものとして認識されているが、このような相違は法的判断の上では問題ないのである・・行為者は、事象経過を最後まで、知りつつ意識しつつ形成したのである。刑法 51 条の状態で持続する故意が行為者に責任を負わせるのではなく、故意的責任の非難は帰属無能力状態の発生前まで遡るということは、故意的殺害行為としての酩酊行為者の行為の性質を何ら変えるものではない。しかしながら、この事例で、実行行為の開始はどこからなされているのであろうか。行為者に故意的責任を負わせるという Alic の任務を正当に評価するために、目的に関連づけられた帰属無能力の惹起が、構成要件の中に取り

132 Reinhart Maurach, Fragen der actio libera in causa,JuS.1961,S.373f.

133 マウラッハは、「行為者が、不法性の意識の欠如を惹起する場合」にも、Alic の理論が適用できることを述べているが、第三章で検討したように、本稿の立場からは、同時存在原則は問題にならないのであり、Alic を適用する前提が欠けると思われる。Maurach,a.a.O.(Fn132),S.373f.

134 Maurach,a.a.O.(Fn132),S.377f.

入れられなければならない。すなわち、帰属無能力の惹起は、単なる予備行為ではなく、刑法43条の意味における実行の着手（Beginn der Ausführung）なのである。帰属無能力の行為者の行為能力の存続は、独立に価値を認められなければならないという帰結に至る。他方、過失犯の関連では、帰属能力の放棄の様式は、何ら困難を含まない。」

つまり、マウラッハは、Alic においては、構成要件モデルに立脚していることがわかる。帰属無能力を惹起する飲酒行為を実行行為とみることで、同時存在原則は満たされると考えるのである。そして構成要件モデルの理解を、自招防衛・自招危難に適用すれば、マウラッハは自招行為から実行行為が開始されていると考える、いわゆる「原因において違法な行為」の立場に立脚することが推測されるが、マウラッハの自招防衛・自招危難における原因において違法な行為の理論の詳細は不明である。

③事前責任論に基づく解決を主張する見解[135]

この見解は、「実行行為時点で責任を阻却する事情を実行行為以前の先行行為により生じさせた場合、あるいは適切な措置により回避しなかった場合に、責任阻却事由が存在する状態で行われた行為と同様の違法な行為が予見可能な段階で事前責任が存在し、先行行為の意思が実行行為時における意思にまで連続し、実行行為時と同一の故意が先行行為時に存在するという実行行為との直接的関連性が認められる限り、事前責任は実行行為に対する責任非難である」という理解を基礎にして、違法性の領域における自招侵害を解決しようとするものである。

具体的には、「防衛行為時に正当防衛の成立要件を充足する行為であっても、無用な利益対立状況は、それを一方的に作り出した不正な侵害者の負担において正当防衛の正当化根拠の一つが欠如する場合には、構成要件該当行為の違法性が基礎づけられる。これにより防衛行為に固有の違法性が直接備わるのであり、正当防衛の正当化根拠の欠如を基礎づける事情は、挑発行為により被挑発者の急迫不正な侵害という無用な利益対立状況を少なくとも共に作出したという意味において、後の防衛行為と直接的な密接関連性を有するものでなければならない。その限りで、防衛行為に先行する挑発行為は後の防衛行為の違法性判断にとって重要な事情ということができる」と主張する[136]。すなわち、「同時存在原則は、形式的にすべての犯罪要素が同時に存在することが重要なのではなく、当該構成要件該当行為と無関係な事情によってその違法性を基礎づけることはできないという点に意味があると考え、自招侵害において重要なのは、先行する挑発行為によって被挑発者の急迫不正の侵害を自ら招いたかどうかである」ことを指摘する。

そして、自招侵害において、直接的密接関連性が認められるためには、「第一に挑発行為が違法であること、第二に違法な挑発行為と被挑発者の侵害との間に法的因果関係があること、第三に挑発行為と被挑発者の侵害が時間的・場所的に近接していること、第四に被挑発者の侵害が挑発行為の少なくとも予見可能な結果であること、第五に挑発行為と被挑発者の侵害の均衡が必要

135 松原久利「犯罪論における同時存在の原則と自招侵害」『川端博先生古稀記念論文集［上巻］』（成文堂・2014年）119頁以下。
136 松原・前掲（注135）145頁以下。

であること」という五つの要件を満たす必要があることを主張する[137]。

その上で、これらの要件を充足しない場合には、正当防衛は制限されず違法性が阻却される。他方で、これらの要件が充足する場合については、正当防衛否定の根拠を急迫性ないし緊急行為性の欠如に求める場合には、正当防衛と同時に緊急避難も否定されるが、正当防衛否定の根拠を正当防衛固有の正当化根拠の欠如に求める場合には、正は不正に譲歩する必要がないという側面が欠如するために、正当防衛として違法性は阻却されないが、緊急避難と同様に補充性の原則と法益均衡の原則の制約の下で対抗行為の違法性が阻却される余地が残されることになると、この見解は主張する[138]。

2 検討

例外モデルに基づく見解、構成要件モデルに基づく見解、そして事前責任論に基づく見解は、同時存在原則が問題になる非同時性事例において統一的解決を主張する点で共通している。但し、三つの見解の内容には大きな相違が見られる。例外モデルに基づく解決を主張するルシュカは、第一次規範と第二次(メタ)規範を想定した独自の責任論に依拠している。構成要件モデルに基づく解決を主張するマウラッハは、Alic において飲酒行為を実行行為とみることから、因果関係の起点となる行為を実行行為と解する立場に依拠している。事前責任論に基づく解決を主張する見解は、実行行為と直接的密接関連性が認められる限りで、実行行為以前の事情を考慮することから、ルシュカと同様に、Alic における例外モデルに基づく統一的解決を主張している。
しかし、どの見解にもそれぞれ問題があるように思われる。

ルシュカの見解に対しては、第二章や第三章でも指摘したように、なぜ第一次規範と第二次(メタ)規範を想定することができるのかという疑問が提起できる。ルシュカは、刑法理論において第一次規範と第二次規範が想定できる根拠として、「言語理論では、対象言語とメタ言語が区別されている」ことを指摘しているが、そうであれば、なぜ言語理論における区別を刑法理論にも転用できるのかという点についての説明が必要であろう。しかし、この点に関するルシュカの説明は存在しない。また、ルシュカは第一次規範に違反する場合を、「通常の帰属（ordentliche Zurechnung）」、第二次（メタ）規範に違反する場合を「例外的帰属（außerordentlicheZurechnung)」と命名し、第二次規範違反の場合には、同時存在原則の例外が認められ、実行行為以前の事情を考慮することも許されると主張している。このルシュカの主張に対しても、それではなぜ第二次規範に違反した場合には、実行行為以前の事情を考慮することが例外的に許されるのかについて説明が必要であるように思われるが、この点に関するルシュカの説明は存在しない。このように考えると、ルシュカの見解には不十分な点が存在する[139]。

---

137 松原・前掲（注 135）145 頁以下。
138 松原・前掲（注 135）145 頁以下。
139 ルシュカと同様の見解を主張するものとして、ノイマンの見解がある。Ulfrid Neumann, Zurechnung und Vorverschulden,1995,S.142f では、ノイマンは、攻撃者を正当防衛により殺害又は傷害するために、正当防衛の前提条件を意図的に惹起した者は、自己の行為が正当防衛により正当化されるという論理の下で防衛行為をすることはできないとし、その上で、この理論は、

また、仮にこのような問題点がクリアされたとしても、ルシュカは、例えば刑法 34 条の正当化緊急避難の問題は、最終的には立法論に委ねるしかないとの主張をしているため、やはりルシュカの見解には問題点が残ることになる。

マウラッハの見解に対しては、その詳細は不明であり、検討することは難しい。マウラッハは、Alic では、飲酒行為から実行行為が開始されていると考える構成要件モデルに立脚することから、この帰結を自招危難・自招防衛にそのまま転用すれば、マウラッハは自招行為から実行行為が開始されていると考えていると推測される。しかし、自招行為を実行行為とみることには困難であろう。例えば意図的挑発の場合には、自招行為から実行行為が開始されていると評価することも可能であるといえるが、故意的挑発や過失的挑発の場合には、自招行為を実行行為と捉えるのには無理があるからである。

事前責任論に基づく見解に対しては、「実行行為と直接的関連性を有する限りで、実行行為以前の事情も考慮する」という論理に疑問がある。この見解は、自招防衛において、実行行為（防衛行為）との直接的密接関連性を認めるために、五つの要件を提示し、これらの要件を満たせば自招行為が実行行為である防衛行為と直接的密接関連性を有することから、自招行為を考慮することが許されると主張する。しかし、この五つの要件は、「自招防衛において、正当防衛を否定すべき場合」の要件ともいえる。事実、この見解は、五つの要件を満たせば、自招行為を考慮することが許されるだけでなく、正当防衛そのものが否定されると主張している。とすれば、この見解が提示する五つの要件は、「自招防衛において、自招行為を考慮した上で、正当防衛を否定すべき場合」という前提から出発した上で演繹される要件であり、暗黙裡に自招行為を考慮している可能性が否定できないように思われる。加えて、この見解は、「責任要素が実行行為時に欠如する場合には、実行行為時に責任阻却事由を生じさせない義務がある」ということを前提としているが、なぜこのような義務が行為者に生じるのか、仮に生じるとしてもこのような義務違反が行為責任を基礎づけることができるのかという点に疑問が提起されており[140]、この見解は妥当ではないように思われる。

正当防衛の権限に対する範囲や前提条件などの刑法理論が属する第一段階の理論に関連づけられるのではなく、答責対話（Verantwortungsdialog）によって関連づけられるのであり、刑法理論との関係では第二段階（メタレベル）に属することを主張する。その上で、ノイマンは、第二段階の理論は、第一段階の刑法理論を修正するものではなく、第一次段階の刑法理論に付随するものであるとし、通常と例外の関係を答責対話の結果に関連づける場合には、第一段階の例外規定として理解されると述べる。つまり、ノイマンによれば、意図的挑発の場合に、第一次レベルでは、挑発者は防衛行為時に適法に行為しているという帰結に至るが、メタレベルでは、挑発者は、正当防衛権を引き合いに出すことは例外的にできないという結論に至ると説明される。そして、ノイマンは、このような論理は、原因において自由な行為の場合にも、「自ら故意に責任無能力状態を招いた者は、実行行為時に自己の責任無能力を引き合いに出すことはできない」という形で転用できると説明する。しかし、このノイマンの見解に対しても、なぜメタレベル違反の場合には、例外的に実行行為以前の犯罪構成要素を考慮することが可能なのかが不明である点で、ルシュカの見解に対する同様の批判が妥当すると思われる。

[140] 鈴木茂嗣「刑事法学の動き」法律時報 84 巻 5 号（日本評論社・2012 年）173 頁。

3 私見

自招防衛・自招危難において主張されてきた、これまでの見解は、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えることから、自招行為を実行行為として考慮する構成要件モデルに基づく解決策、実行行為を防衛行為・避難行為とした上で例外的に自招行為を考慮する例外モデルに基づく解決策、又は実行行為を防衛行為・避難行為とした上で、暗黙裡に自招行為を考慮する解決策を採用していた。しかし、本稿は、自招防衛や自招危難のケースでは、実行行為は防衛行為・避難行為であり、自招行為は因果関係の起点としての行為と考えることから、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないため、「実行行為時における同時存在原則」が妥当せず、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点から解決されるべきであると考える。自招行為を実行行為としてではなく、因果関係の起点としての行為として把握することで、原因において自由な行為の場合とパラレルに考えて、本稿は、原因において違法な行為の理論に基づく解決を支持する。

原因において違法な行為の理論とは、自招防衛との関係では、「挑発行為（原因行為）により正当防衛状況が招致され、そこにおいて行った防衛行為により法益侵害が発生した場合、防衛行為の違法性は、正当防衛により―その要件が充足し、防衛行為によって侵害された法益の法益性が失われるために―阻却される。しかし、さらに防衛行為から遡り、挑発行為（原因行為）と発生した法益侵害との間の関係を問題とする場合、この挑発行為については正当防衛の要件は認めることができないから、この行為との関係では、侵害された法益の法益性は失われず、従って挑発行為（原因行為）と法益侵害との間に因果連関・責任連関を認めうる限り、挑発行為者に発生した法益侵害についての刑事責任を問いうることになる[141]」と説明される。他方で、自招危難との関係では、「最終的に生じさせた法益侵害について、その直接的惹起行為である避難行為との関係では、その惹起は緊急避難として違法性が阻却されるが、避難行為以前に遡り、危難の自招行為との関係を問題にすることによって、なお最終的な法益侵害を違法に惹起したものとして、犯罪の成立を肯定しようとするのである[142]」と説明される。

原因において違法な行為の理論に対する最大の批判は、「一度適法と認められた防衛行為・避難行為が、なぜ自招行為を考慮することで、遡って違法であると変化するのか」という点にあると思われる。学説においても、「それ自体としては必ずしも違法でない挑発行為と、正当化される防衛行為を併せて行っただけの者が何故違法だとされなければならないのかという疑問が生じよう。正プラス正が何故不正になるのであろうか[143]」との指摘や、「もともと防衛行為とそれによる結果が適法であるにもかかわらず、何故、原因行為である挑発が違法であれば、適法であるべき防衛行為によって惹起された結果が同時に既遂の違法性を基礎づけることになるのか[144]」

141 山口厚「自ら招いた正当防衛状況」『法学協会百周年記念論文集 2 巻』（有斐閣・1983 年）751 頁以下。
142 山口厚「自招危難について」『刑事法学の展望と課題：香川達夫博士古稀祝賀』（成文堂・1996 年）208 頁以下。
143 前田雅英『刑法の基礎総論』（有斐閣・1993 年）206 頁以下。
144 曽根威彦『刑法総論の重要問題［総論］（第 2 版）』（成文堂・2005 年）89 頁。

という指摘がなされている。これらの批判は、つまり、なぜ最初は防衛行為・避難行為だけに着目することで正当防衛・緊急避難を認めながら、自招行為を考慮することで、防衛行為・避難行為は再び違法なものへと転化するという分断的思考を採用する必要があるのか疑問であり、むしろ最初から、自招行為と防衛行為・避難行為を一連一体のものとして把握すべきかではないかという趣旨といえる。

この批判に対しては、同時存在原則の観点からは、まさにこのような分断的思考を採用しなければならないとの反論が可能である[145]。通常、行為者の罪責を判断する際には、これまでは実行行為時の犯罪構成要素のみを考慮してきた。それは、従来の学説が、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えてきたため、実行行為の時点に、犯罪を構成する全ての要素が存在しなければならず、自招防衛や自招危難では、防衛行為・避難行為を実行行為と考える限り、正当防衛・緊急避難を認めることになる。しかし、実行行為時における同時存在原則の観点からは、自招防衛・自招危難の特徴である、行為者の自招行為を考慮することはできない。そこで、自招行為・自招危難を、実行行為時における同時存在原則が妥当しない非同時的事例と認めたうえで、非同時的事例における同時存在原則とは何かを再考する必要がある。そこで、前述のように、本稿は、非同時的事例においては、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が妥当すると考えており、このような思考プロセスをたどる点で、原因において違法な行為の理論こそがまさに妥当な見解であると考える。

従来、自招防衛・自招危難の事例では、実行行為を防衛行為・避難行為としながら、自招行為を考慮することで正当防衛・緊急避難の成立を否定する見解が多いが、このような思考方法は、実行行為外の犯罪構成要素を考慮していることから、原因において自由な行為における例外モデルに他ならない。しかし、自招防衛・自招危難における議論で、このような思考方法が、同時存在原則に違反することを認めた例外モデルであることはほとんど指摘されてこなかった。恐らく、その理由は、同時存在原則が、実行行為と責任能力との関係でしか問題にならなかったためと推測される。しかし、同時存在原則とは、刑法の原則である行為主義から演繹される原則であり、責任能力についてしか問題にならないわけではない。犯罪の成立を肯定する全てのメルクマールが、実行行為時に存在して初めて、同時存在原則は満たされ、行為者を処罰することが可能になる。例えば、違法性要素である急迫不正の侵害や現在の危難が、実行行為時に存在しなければ、正当防衛や緊急避難は成立しないのであり、行為者は処罰されることになる。

---

[145] この批判に対しては、山口・前掲（注 141）752 頁以下で、「即ち、行為者が、自己の行為によって法益侵害を発生させた場合、通常は違法である―違法の実質は、法益侵害・危険である―が、その行為に違法阻却事由が認められれば、その行為の違法性は阻却される。つまり、その法益侵害行為は違法ではないことになる。これに対して、その行為に違法性阻却事由が認められなければ、その行為の違法性は阻却されない。このことは、因果経過にそれ自体としては適法という評価を受ける行為が介入しても、そのことによって直ちに変わるものではない。この意味では、違法判断は（相対的というより）個別的である。ただ、それ自体としては適法な行為を惹起する行為に、終局的な法益侵害をカバーする違法阻却事由を認めうるときには、そのような適法な行為を惹起して終局的な法益侵害を惹起した行為の違法性は阻却されうる。」との反論が既になされている。本稿は、この反論に加えて、同時存在原則の観点から、新たに反論を試みるものである。

本稿は、原因において自由な行為も、自招防衛・自招危難の事案も、同時存在原則が問題になる非同時的事例として共通していると考える。つまり、実行行為時の犯罪構成要素を考慮するだけでは妥当な結論を導けないという点で、自招防衛・自招危難は原因において自由な行為と共通の性質を持つのである。そうであれば、原因において自由な行為と同様の解決をすべきであると本稿は考える。

なぜならば、このように考えないと、例えば原因において自由な行為の問題では、構成要件モデルを採用しながら、自招危難・自招防衛の問題では、実行行為時を防衛行為・避難行為としながら自招行為を考慮するという例外モデルを採用した場合に、「原因において自由な行為では、同時存在原則にいう行為とは実行行為を指す」と考え、「自招防衛・自招危難では、同時存在原則にいう行為とは、実行行為に限らない」と考えることになる。しかしなぜ、原因において自由な行為と、自招防衛・自招危難の間で、同時存在原則にいう行為を別個に解釈しなければならないのであろうか。前述のように、同時存在原則は、責任能力との関係だけでしか問題にならないわけではない。そして、自招防衛・自招危難と原因において自由な行為は、実行行為時にのみ着目すれば、犯罪の成立が否定されるという点や、実行行為以前の犯罪構成要素を考慮しなければならない点で共通している。このように考えると、自招危難・自招防衛と、原因において自由な行為で、同時存在原則を別個に解釈しなければならない理由は見当たらない。それゆえに、責任能力が欠如する原因において自由な行為と事案での解決策と同様の解決策を採用すべきであり、この限りではルシュカやマウラッハの見解は正しいと思われる。

しかし、ルシュカの見解は、独自の責任理論を基礎とする例外モデルを採用する点に問題があった。他方で、マウラッハの見解は構成要件モデルを基礎とするものであるが、全てのケースで自招行為を構成要件該当行為とみることは不可能である点に問題があった。

そこで、本稿は、非同時性事例では、原因において自由な行為の部分で検討したように、同時存在原則が要求される行為とは実行行為ではなく、因果関係の起点としての行為であり、未遂犯が認められる危険を有する必要はないと考える。その上で、自招行為を因果関係の起点としての行為と考え、自招行為と法益侵害との間に因果連関・責任連関を認めうる限りにおいて、行為者に責任を認めうると考える。

因果連関を認めるためには、自招行為から法益侵害を惹起する相当程度の危険性が認められる必要性がある。例えば、自招防衛の場合には、挑発行為の危険性としては、被挑発者が挑発に応じることが無理もない程度のものが要求される。それゆえに、挑発行為と防衛行為の間の時間的場所的近接性が要求されよう。具体的にはケースバイケースで判断するしかないが、意図的挑発防衛の場合には、行為者に責任を認めることになると思われる[146]。他方で、責任連関が認められるためには、自招行為と防衛行為・避難行為の間で、故意又は過失が共通して認められる必要がある。例えば、自招危難の場合には、危難の招致については故意・過失があったとしても、最終的な法益侵害結果について故意・過失が認められるとは限らないことから、未必の故意および

[146] このような指摘をするものとして、山口・前掲（注 141）754 頁以下。

それに対応する過失が認められる限度で処罰を肯定することが可能になる[147]。

第三節　小括

自招防衛・自招危難は、実行行為である防衛行為時・避難行為時に着目すれば、因果関係の起点としての自招行為という犯罪構成要素を考慮することができないため、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないため、実行行為時における同時存在原則が妥当しない、非同時的事例であると考える。そして、非同時的事例では、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」が妥当すると考える本稿の立場からは、同じく非同時的事例である原因において自由な行為の場合とパラレルに考える必要があり、原因行為である自招行為を因果関係の起点としての行為として捉え、自招行為と結果・結果行為の間に、因果連関・責任連関を認めうる限りで（原因において違法な行為）、行為者に責任を問う事ができることが明らかになった。

147 このような指摘をするものとして、山口・前掲（注 142）210 頁。

第五章　遅すぎた結果発生・早すぎた結果発生・事後的な故意の発生

第一節　問題の所在

本章では、故意と同時存在原則の問題を検討する。故意の非同時性が問題になるケースは、大別すると二つに分かれる。一つは、「早すぎた結果発生」や「遅すぎた結果発生」などに見られる、結果発生時に故意が存在しないケースである。ここでは、行為者の意に反して結果が早く又は遅く発生した場合に、行為者は故意犯の罪責を負うのかが問題になる。結果発生時に故意が存在しない以上、このようなケースで故意犯を認めることは、事前の故意・事後の故意を認めることになり、同時存在原則の観点からは妥当ではないとも考えられる。そこで、故意犯を認めるためには、どの時点で故意が存在しなければならないのかを考察することが、本章の一つ目の検討課題である。

もう一つは、故意が事後的に生じる場合である。例えば、盗品等保管罪において、盗品の認識が事後的に生じた場合や、大麻譲受け罪において、大麻であることの認識が事後的に生じた場合である。これらのケースでは、盗品又は大麻を譲り受ける際に、行為者には譲り受けた物が盗品又は大麻であることの認識が欠ける以上、同時存在原則の観点からは、不可罰であるように思われるが、判例は盗品等保管罪や大麻譲受け罪の成立を認めている[148]。そこで、これらのケースでは、判例は同時存在原則の例外を認めているのか、それとも同時存在原則に従った判断がなされたのかどうかを考察することにする。加えて、イェルーシェックが指摘していた承継的幇助のケースが挙げられる[149]。正犯者の窃盗既遂後に、共犯者がそこで初めて介入する場合に、同時存在原則の観点からは、共犯者には窃盗の幇助犯は成立しないようにも思われるが、ドイツの判例では、窃盗の幇助犯が認められている。そこで、これらのケースでは、判例は同時存在原則の例外を認めているのか、それとも同時存在原則に従った判断がなされたのかどうかなどの、共犯と同時存在原則の関係についても考察することとしたい。これが、本章の二つ目の検討課題である。

第二節　遅すぎた結果発生

1 判例

①我が国の判例

我が国の判例としては、大判大 12・4・30 刑集 2 巻 378 頁がある。被害者を殺害することを決意した被告人は、午前二時頃、予め切り取った約八・九尺の細麻縄で、居室の座敷で熟睡中の被害者の頸部を絞扼したところ、被害者が身動きをしなくなったので、被害者が死亡したと思った被告人は、犯行の発覚を防ぐために、十数町離れた海岸砂上まで被害者を背負って運び、砂上に放置したところ、被害者は砂末を吸引し、頸部絞扼と砂末吸引とによって死亡したというものである。判例は、以下のように述べて、殺人罪を認めている。

---

148 盗品保管罪については、最決昭和 50 年 6 月 12 日刑集 29 巻 6 号 365 頁。大麻譲受け罪については、大阪高判平成 6 年 1 月 28 日判時 1492 号 145 頁。

149 Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn13),S.418ff.

「犯行發覺ヲ防グ目的ヲ以テ海岸ニ運ヒ去リ砂上ニ放置シタル行為アリタルモノニシテ此ノ行為ナキニ於テハ砂末吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本来前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ為シタル行為ナキニ於イテハ犯行発覚ヲ防グ目的ヲ以テスル砂上ノ放置行為モ亦発生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社会生活上ノ普通観念ニ照ラシ被告ノ殺害ノ目的ヲ以て為シタル行為ト被害者ノ死トノ間ニ原因結果ノ関係アルコトヲ認ムルヲ正当トスヘク被告ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出デタル行為ハ毫モ前記ノ因果関係ヲ遮断スルモノニザルヲ非テ、被告ノ行為ハ刑法第百九十九條ノ殺人罪ヲ構成スルモノト謂フベク、此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ノ併存ヲ認ムベキモノニ非ズ」

②ドイツの判例

ドイツの判例としては、BGHSt 14 193 がある。被告人は、被害者が叫ぶことを防止するために、条件付き故意（bedingte Vorsatz、最終的に被害者を殺すつもりはあるが、砂を入れる行為によって被害者を殺すつもりはない）で、被害者の口の中に砂を 2 回つめた。これによって被害者は意識を失い動かなくなったので、被告人は被害者が死亡したと勘違いした。被告人は被害者を肥溜めに投げ捨てたところ、実際には被害者は肥溜めで溺死したというものである。BGH は、以下のように述べて、故殺罪（212 条）の成立を認めた。

「陪審裁判所が、被告人が、意識を喪失した被害者を投げ捨てる際にも、継続する条件付き故意を有して行為していたということを述べようとしていたのであれば、それは誤りである。条件付き故意は、被告人が被害者を死亡していたと確信していたことによって、むしろ喪失していたのである。不明確で歴史上時代遅れの概括的故意という概念は、この事実を変えることはできないのである。概括的故意を援用することで、本来の殺人の故意を、実際には殺人の故意が存在しない第二行為にまで拡大することは不適切なのである。被告人は、被害者の口に砂を 2 回つめることによって、死亡を直接的には確かに惹起していないが、間接的には死亡を惹起したのである。なぜならば、被害者が最終的に動かずに倒れたという結果が、被告人によって死亡したと思い込まれ、それゆえに被害者は被告人によって肥溜めに投げ捨てられたのである。被告人が条件付き故意で行為した第一行為がなければ、被害者の死亡には至らなかったのである。それゆえに、第一行為が被害者の死亡原因である。被害者の死亡は、確かに、被告人が思い描いたものとは異なった様式で発生している。しかし、行為者が認識した因果経過と実際の因果経過のずれは、些細なものであり、法的に意味をなさないのである。この論理は、直接的故意の事例に対しては繰り返し適用されてきたところである。いずれにしても、被告人が第一行為の際に条件付き故意で行為していたということは、別の解釈を想定するに理由にはなりえない。なぜならば、2 種類の故意を区別することは、因果性とは無関係だからである。」

2 学説[150]

①第一行為と第二行為は分断すべきという観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解[151]

この見解の主張者であるルシュカは、遅すぎた結果発生に関する BGH の判例を、以下のように批判する

「第一行為による遂行された殺害の想定に際して、何が第二行為に起こったのか（第二行為はどのように扱うのか）という問題に対して、BGH 及びそれに従う学説が態度決定をしていないということが、奇異な感じをあたえるのである。しかしながら、第二行為を検討しないわけにはいかないのである。特に、行為者が被害者を少なくとも第二行為によっても過失的に殺害したということは、誰も否定することができないであろう。つまり、この種の全てのケースにおいて、死亡は第二行為によりまさにもたらされているのである。しかしながら、この自明性（第二行為により死亡がもたらされたこと）から出発するのならば、BGH の解決策は、行為者が第一行為と同様に第二行為によっても被害者の死亡を引き起こしたという想定を含意していることになる。この場合に、二つの解釈が可能である。一つは、行為者は被害者の死亡を第一行為・第二行為のいずれによっても排他的に引き起こしたということ、つまり行為者は被害者を 2 度殺害したということである。もう一つは、第一行為・第二行為の両方が被害者の死亡を蓄積的に引き起こしたということである。しかしながら、第一の解釈は不合理である。なぜならば、誰も同じ人間を 2 度殺害することはできないからである。それゆえに、BGH のテーゼ（理論）は、第一行為と第二行為の両方による蓄積的な殺害の想定を含意しているのである。しかしながら、それは、2 つの行為が一緒に考察されていることを意味するのであり、行為の一体性と意味の一体性を暗に含意しているということを意味するのである。しかしながら、それは、同時存在原則に抵触するという結果になるのである。2 つの行為に関する行為の一体性と意味の一体性の想定においては、第一行為において与えられていた殺害の故意が、行為遂行（死亡という結果を引き起こす）に必要不可欠な第二行為に対しての単なる事前の故意にすぎないということが隠ぺいされているのである。解決の試みが、同価値性の意味において機械的に第一行為と結びついている第二行為を、単なる結果として捉えているということに、とりわけ誤りが存在しているのである・・BGH 及びそれに従う学説は、ウエーバーの概括的故意が行ってきたことをこっそりと行っているのである。ここ 100 年の間で展開されたこの種の学説は、第一行為時に生じた殺害の故意は第二行為にも拡張されうるということを述べている。そのような過度に拡張された故意はウエーバーの概括的故意を意味するということは何ら偶然ではないのである。その名称が以下のようなトリックを明白にするのである。そのトリックは、事前の故意を第二行為に対する行為故意と宣言することの中に存在しているのである。いずれにせよ、最近のこの学説の主張者は、このことも認識しているのである。その時に、同時存在原則の抵触がしばしば言及される。今日、ウエーバーの概括的故意は、BGH の言葉によれば『法の歴史において、もはや時代遅れ』ということになって

150 遅すぎた結果発生のケースで、我が国及びドイツでの学説では、殺人罪の成立を肯定する見解が多数である。そこで、本稿では、同時存在原則を重視する観点から、殺人罪の成立を否定するドイツの見解を主に参照することにする。

151 Hruschka,a.a.O.(Fn14),S.319ff.

いる。しかしながら、BGH の用いた論理は結局のところ、このウエーバーの概括的故意の新たな変種にすぎないのである。」

このようにルシュカは、殺人罪の成立を認める BGH の論理は、ウエーバーの概括的故意の変種にすぎないとして、遅すぎた結果発生のケースでは、行為者には殺人未遂罪と過失致死罪の併合罪が成立することを主張している。

②形式的同時性・規範的同時性の観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解[152]

この見解の主張者であるイェルーシェックは、遅すぎた結果発生のケースを、以下のように分析する[153]。

「自然的な原因として縮小・制限される第二行為に対して、重要性を否定することは不可能なのである。肥溜めへ投げ捨てる行為は一つの行為であり、このことは誰も疑いようがないのであり、そしてこの行為（肥溜めへ投げ捨てる行為）は、過失致死の構成要件を満たしているのである。・・支配的見解は、併合的な過失致死を認めることなく、2 つの行為を 1 つの行為へと統合することで、殺人既遂という結論に至る・・しかしながら、このような論理は、本来の同時性の問題や帰属問題を隠蔽することにもなるのである。概括的故意のケースでは、行為者は、最初に構成要件的結果に対する客観的危険を設定し、その後、もともと存在した故意は消失し、結果が実現されるのである。この状況の評価も、形式的な同時性の観点だけから述べられてはいない。むしろ、規範的な同時性の具体的射程範囲、すなわち刑法 16 条が、どの客観的な行為部分まで、相応する行為者の認識を前提としているのか、そして刑法 16 条はそれにより必要な故意の同時性をどのように定義しているのかという問題が決定的なのである。」

このようにイェルーシェックは、形式的同時性の観点からは、第一行為と第二行為は分断されると主張する。そして、規範的同時性の観点からも、第一行為と第二行為は分断されることを以下のように述べる[154]。

「この問題は、行為者が時間的に延長された構成要件実現を、主観的にどの程度まで同時に反映・反応しなければならないかという一般的問題に関係する。このような問題に対しては、体系的論証に基づいて検討することが可能である。刑法は、上述の構造と同じ状況を認識しているのである。ある行為者が主観的には終えられた行為を撤回したが（それは故意の消失を含むが）、行為者の結果発生防止の努力は失敗に終わるのである。このようなケースで、行為者が原因となって創出された危険が結果へと現実化した場合には、行為者は既遂犯で処罰されるべきなのである。それに対して、危険の結果への現実化が欠ける場合には、客観的帰属の規定に従えば、未遂犯のみが成立するのである。刑法 24 条 1 項 2 号に従って、法益侵害が発生しているにも関わらず、真摯な結果防止努力が中止犯へと至るのである。この法的帰属モデルは、いつから故意の消失が故意行為を排除するのかという同時性の問題に、暗に答えているのである。それゆえに、概

152 Jerouscheck/Kölbel, a.a.O.(Fn13),S.422ff.
153 Jerouscheck/Kölbel, a.a.O.(Fn13),S.422ff.
154 Jerouscheck/Kölbel, a.a.O.(Fn13),S.422ff.

括的故意の構造ケースでは、この法的帰属モデルは刑法 16 条の中へと組み込まれるべきなのである。客観的・主観的構成要件の不完全な同時性は、行為者の主観からは、行為終了の段階後（つまり第一行為後）に、もはや故意を取り除くことはできないのである。しかしながら、故意的に設定された危険が結果へと現実化した場合には、既遂犯へと至ることになる。過失的に発生した危険が故意的な危険へと永続化させ、すなわち過失的に発生した危険が故意的危険と結びつき、蓄積する場合には、概括的故意のケースにおいて、この状況が存在することになる。しかしながら、仮に結果直近行為が過失として可罰的であるならば、遡求禁止論は客観的な結果の帰属を遮断するのであり、第一行為の既遂犯は問題にならないのである。大抵の場合、第一段階で発生した法益の危殆化は、法益侵害に対しては未だなお十分ではなく、第二行為は当初の計画と変更された危険を発生させるのである。ここでは、危殆化の実現が欠けるために、結果は故意的行為には帰属されないのである。それに対して、結果発生に決定的な第二行為部分では、第二行為の着手まで少なくとも必要である同時的故意が欠けているのである。」

つまり、イェルーシェックは、規範的同時性の問題を考えるにあたり、中止犯の規定を参照しながら、第二行為が過失として可罰的であり、第一行為と第二行為の危険が蓄積されることで結果が実現された遅すぎた結果発生のケースでは、第二行為時に必要な同時的故意が欠けていることを説明する。

③訴訟法上の行為概念に依拠すべきではないという観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解[155]

この見解の主張者であるオーラクジオールは、BGH の論理を、以下のように批判する[156]。

「第一行為と、因果経過の非本質的な逸脱を想定することを通じて、BGH は既遂の可罰性へと至っており、この結論は学説においても広範囲で同意を見出している。興味深いことは、この判例が出るまで支配的見解であった未遂解決について、BGH は何も述べていないことである・・BGH の解釈は、概括的故意の新たなバリエーションの 1 つにすぎないというルシュカの卓越したメッセージが、詳細に具体化されるべきである・・BGH は、行為に関して客観的経過（訴訟法）に関する理解（刑訴法 264 条）に基礎を置いているように思われる。行為（Tat）に属するのは、法的に記述された構成要件だけでなく、それ（構成要件）に続く生活実態（Lebenssachverhalt）も行為に属するのであり、肥溜め事例の場合には、死体を埋める行為がこれに該当する。この統一的な生活実態がどの程度まで広がるのかについては、BGH の 2000 年 8 月 30 日判決（BGH NStZ 2001,29）が述べている。行為者は、死体と勘違いした被害者を埋めることを、第三者に任せた。依頼を受けた第三者は、被害者がまだ生きていることに気づき、被害者を一発殴打し殺害した。第三者の殴打が致命的に作用したかどうかは解明されることができなかったので、刑事部は行為者を第一行為による殺人既遂で処罰した。この結論は驚くべきも

155 Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu ,50 Jahre Jauchegrubenfall (BGHSt14,193) - Alter Wein in noch älteren Schläuchen?, JR,2011,S.103f.
156 Oğlakcıoğlu,a.a.O.(Fn155),S.104f.

のである。というのも、行為者は、第三者を巻き込むことによって、統一的生活実態を、自分自ら引き裂いたからである。つまり、生活実態の任意的分割は問題になりえないということである。このような過度に広範な行為概念は、全体的考察（Gesamtbetrachtung）に焦点を合わせ、失敗に終わった個々の行為（肥溜め事では、第一行為）は決定的なものとしては考えないことによって、周知のように、刑法 24 条 1 項（中止犯、「更なる行為の遂行」という文言）の枠組みの中で主張されている。但し、生活実態という概念に対しては、広範囲に及ぶ意味は認められるべきではない。生活実態という概念は、同時存在原則を適切に維持することに対しては機能しないのである。」

上述のように、オーラクジオールは、遅すぎた結果発生のケースを因果関係の錯誤として解決する BGH の見解は、訴訟法上の行為概念に依拠するものであり、同時存在原則を適切に維持することはできないとして批判している。

3 検討

遅すぎた結果発生に関するこれまでの議論を要約する。我が国の判例は、第一行為と結果の因果関係を問題にしており、故意の非同時性については、「被告人の誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出デタル行為ハ毫モ前記ノ因果関係ヲ遮断スルモノニ非ザル」と述べているだけで、具体的な説明は存在しない。他方で、ドイツの判例は、第一行為と結果の因果関係を問題にし、故意の非同時性については、「行為者が認識した因果経過と実際の因果経過のずれは、些細なものであり、法的に意味をなさないのである」と述べていることから、因果関係の錯誤として把握しているといえよう。但し、我が国及びドイツの判例共に、殺人罪の成立を認める点では、共通している。学説では、我が国ドイツ共に殺人罪の成立を認める見解が支配的であるが、他方でドイツでは、殺人罪の成立を認める判例の見解に反対し同時存在原則を重視する観点から、第一行為と第二行為を分断し、殺人未遂罪の成立を主張する見解も主張されている。

それでは、判例の理解は、同時存在原則を重視していないのであろうか。殺人罪の成立を否定する見解からは、判例の理解は同時存在原則を隠蔽するもので、ウエーバーの概括的故意の変種に過ぎないと厳しく批判がなされていた。確かに、殺人罪の成立を認めることに賛成する学説からは、同時存在原則の点について詳細な説明がなされていなかったといえる。そこで、以下、同時存在原則を重視する立場から、BGH の論理を否定する見解を検討することにする。

まず、ルシュカ・イェルーシェックは、遅すぎた結果発生のケースで殺人罪の成立を認めることが、行為の一体性を認めるもので不当ではないということを指摘していた。ルシュカは、「BGH のテーゼ（理論）は、第一行為と第二行為の両方による蓄積的な殺害の想定を含意しているのである。しかしながら、それは、2 つの行為が一緒に考察されていることを意味するのであり、行為の一体性と意味の一体性を暗に含意しているということを意味するのである。それは、同時存在原則に抵触するという結果になるのである。」と述べており、イェルーシェックも、「支配的見解は、併合的な過失致死を認めることなく、2 つの行為を 1 つの行為へと統合することで、殺人既遂という結論に至るが、しかしながら、このような論理は、本来の同時性の問題や

帰属問題を隠蔽することにもなるのである。」と述べていた。

これらの主張は、「遅すぎた結果発生の事例で殺人罪の成立を認めることは、第一行為と第二行為を一連一体の行為として扱うことであり、結局はウエーバーの概括的故意と変わらない」ことを指摘するものといえる。そして、これらの主張からすれば、実行行為時における同時存在原則を重視する立場から、死亡原因となった第二行為時に故意が存在しない以上、第一行為と第二行為を分断すべき帰結へと至ることになる。

しかし、ドイツの判例は勿論、我が国の判例も、判旨の中で、「行為の一体性」については何も述べていないのである。我が国及びドイツの判例が、遅すぎた結果発生のケースで、第一行為と第二行為を統合して考えているのかは明らかではない。むしろ、我が国及びドイツの判例では、判旨を考察する限り、第一行為と結果の間の因果関係のみを問題にしているように思われる。

それでは、遅すぎた結果発生の事例では、第一行為と第二行為を一体として考えなければ殺人罪の成立を認めることはできないのであろうか。本稿は、第一行為と結果との間に因果関係が肯定できれば、第一行為と第二行為を分断した上で、行為者に故意既遂犯の成立を認めることも可能であるといえる。そして、遅すぎた結果発生のケースでは、「犯人が、被害者を殺害後に、被害者の死体を遺棄することは稀ではないこと」、「医学的素人である犯人が、意識を失った被害者を死亡したと勘違いすることは稀ではないこと」、「第一行為と第二行為は時間的に近接していること」、などの諸点に鑑みれば、第一行為と結果との間に因果関係を肯定することは可能であるように思われる[157]。

但し、遅すぎた結果発生の事例では、「行為者は、第一行為で被害者を死亡させたと誤信している点」で、因果関係の錯誤が問題として残る。それでは、因果関係の錯誤は、故意を否定するのであろうか。

そもそも故意を認めるためには、構成要件該当事実を認識していなければならず、因果関係も構成要件要素の一部であるため、因果関係は故意の認識対象となる。しかし、行為者が将来の因果経過をあらかじめ全て認識することは不可能である。そこで、行為者が思い描いた因果経過と実際の因果経過が、構成要件の範囲内で一致していれば、行為者の認識のずれは因果経過の 1 コマとして評価され、行為者に故意が認められると解すべきである。とすれば、遅すぎた結果発生の事例でも、「被害者が、行為者の第二行為である死体遺棄行為によって死亡する」というケースは、行為者の第一行為から予想されるケースの一つに過ぎないのであり、行為者が思い描いた因果経過と実際の因果経過が、構成要件の範囲内で一致しているのであるから、故意は阻却されない。それゆえに、因果関係の錯誤は故意を阻却しないのである[158]。

---

157 このような指摘をするものとして、佐伯・前掲（注 46）276 頁、橋爪隆「刑法総論の悩みどころ」法学教室 408 号（有斐閣・2014 年）111 頁以下。

158 内藤・前掲（注 61）963 頁では、「行為者が認識した第一行為の危険性が具体的態様における結果に実現した場合には、故意は阻却されない」とする立場から、遅すぎた結果発生の事例では、行為者が認識しなかった別の要因（砂末の吸引）によって結果が実現されている以上、故意は阻却され、殺人未遂罪と過失致死罪の併合罪が成立することが主張されている。しかし、「行為者が認識した危険性」を基準としてしまうと、当該行為の危険性に無頓着である軽率な行為者程、故意が阻却される範囲が広がり、不合理な結果を招くことになる。それゆえに、この見解は

このように考えると、第一行為と第二行為を一連一体のものとして把握しなくても、第一行為と結果の間に因果関係が肯定される限りで、殺人罪の成立を認めることは可能である。それゆえに、ルシュカやイェルーシェックの批判はあたらないといえる[159]。また、オーラクジオールが指摘する、「BGH は訴訟法上の行為概念に依拠している」という批判も、第一行為と第二行為を一連一体のものとして評価する前提に立脚していることから、あたらないといえる[160]。

そうすると残る問題は、イェルーシェックが指摘した「遅すぎた結果発生のケースは、過失的に発生した危険が故意的危険と結びつき、蓄積するケースだが、結果直近行為である第二行為が過失行為として可罰的である場合には、遡求禁止論は客観的な結果の帰属を遮断するのであり、第一行為の既遂犯は問題にならない」という点である。換言すれば、遅すぎた結果発生のケースでは、第二行為が過失行為で可罰的である以上、わざわざ第一行為を考慮する必要はないということであろう。

それでは、イェルーシェックの指摘は妥当なのであろうか。イェルーシェックの指摘を貫徹すると、過失行為が介在するケースでは、およそ行為者に結果が帰属されることが否定されることになる。例えば、遅すぎた結果発生のケースを少し変えて、行為者は殺意を持って被害者を殴打したところ、被害者は意識を失って倒れたので、死亡したと思って路上に放置したところ、自動車を運転中の第三者が被害者を過失によって轢いてしまったケースで、行為者に殺人罪の成立を認めないことになる。第一行為の行為者は、被害者にどんなに重傷害を負わせたとしても死亡させない限り、被害者の死亡結果に対し責任を負わないことになる。しかし、このような論理は、逆に第一行為を軽視し、結果直近行為である第二行為を過度に重視する帰結へと至る。第二行為の行為者は、あくまでダメ押しのような形で死亡結果を惹起させたにすぎず、実質的に死亡結果を惹起させたのは第一行為の行為者である。やはり、上で挙げた設例では、第三者の行為は因果経過の介在事情として評価され、行為者と被害者の死亡の間には因果関係が認められるべきである[161]。そして第二行為が行為者の行為である点については、罪数の点で評価すれば足りるように思われる[162]。

妥当ではないといえる。

159 ルシュカやイェルーシェックは、遅すぎた結果発生のケースでは、第二行為を実行行為と考えていることから、遅すぎた結果発生のケースで殺人罪の成立を認めることは、実行行為を第一行為と第二行為を併せた一連一体のものとして把握するという帰結に至ると考えているのであろう。

160 オーラクジオールは、「第一行為と第二行為を一連一体のものとして捉えることが、訴訟法上の行為概念に依拠することになる」と指摘するが、訴訟法上の行為概念については学説上激しい争いがあるため、第一行為と第二行為を一連一体のものとして扱うことが、そもそも訴訟法上の行為概念を採用することになるのかについても疑問が残る。なお、訴訟法上の行為概念に関する学説については、倪潤「罪数論と一事不再理効の関係の再構成(1):「かすがい」、集合犯を中心として」北大法学論集 65 巻 6 号（2015 年）594 頁以下参照。

161 このような指摘をするものとして、橋爪・前掲（注 157）111 頁以下、松原芳博『刑法総論』（日本評論社・2013 年）297 頁。

162 第二行為である過失致死罪は、共罰的事後行為として評価すべきであろう。橋爪・前掲（注 157）112 頁では、「死亡結果の二重評価を避けるためには、両罪を包括一罪として評価する可能性がある」と述べられている。

よって、遅すぎた結果発生の事例では、実行行為並びに因果関係の起点としての行為は第一行為であり、第一行為と結果との間の因果関係を判断することで、故意の同時性の問題は解消されることになる。それゆえに、実行行為と故意の同時存在原則が充足されるのであり、同時存在原則は問題にならないといえる。

第三節　早すぎた結果発生

1　判例

①我が国の判例

我が国の判例としては、最決平成 16 年 3 月 22 日判時 1856 号 158 頁がある。被告人 A は夫 F を事故死に見せかけて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、被告人 B に殺害の実行を依頼した。B は、他の者に殺害を実行させようと考え、C・D・E を仲間に加えた。B は、C・D・E の三名が乗った車を、F の運転する車に衝突させ、示談交渉を装って F を C・D・E が運転する車の方へと誘い込み、クロロホルムを使って F を失神させた上、最上川付近まで運び F の車ごと崖から転落させて溺死させるという計画を立て、これを実行するように指示した。C・D・E は、助手席のドアを内側から開けることのできないように改造した車にクロロホルムを積んで出発し、その際に、F を溺死させる場所を当初の予定地ではなく近くの石巻工業港に変更した。C・D・E は、計画通り、自分達が運転する車を、F が運転する車に追突させ、示談交渉を装って F を自分達が運転する車の助手席に誘い入れ、E が多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルを F の背後からその鼻口部に押し当て、C もその腕を押さえるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせて F を昏倒させた（第一行為）。その後、C・D・E は、F を 2km 離れた石巻工業港まで運んだが、B を呼び寄せた上で F を海中に転落させることとし、B に電話でその旨を伝えた。その後、B が到着したので、B 及び C・D・E は、動かなくなった F を F の車の運転席に運び入れ、車ごと岸壁から海中に転落させた（第二行為）。F の死因は、溺水に基づく窒息であるか、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息のいずれかは特定できず、F は第一行為で死亡していた可能性があった。B 及び C・D・E は、第一行為によって F が死亡する可能性を認識していなかった。しかし、客観的にみれば、第一行為は人を死亡させる危険性が相当高い行為であった。最高裁は、以下のように述べて、被告人達に殺人罪の成立を認めた。

「実行犯三名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上、被害者の失神状態を利用して、被害者を港まで運び自動車ごと海中に転落させて溺死させるというものであって、第一行為は第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的近接性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯三名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯三名は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上、自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのである

から、たとえ、実行犯三名の認識と異なり、第二行為の前の時点で被害者が第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることはなく、実行犯三名について殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。そして、実行犯三名は被告人両名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人両名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負うものといわねばならない。」

②ドイツの判例

(i) RG DStR 1939 177

被告人は、走行中の列車内において妻をスパナで殴打することにより気絶させ、抵抗不能にした後で、妻を列車から突き落として殺す計画を立てた。被告人はスパナで妻の頭を 2 回殴打した後で、妻を列車から投げ落とした。妻の死亡原因となった脳出血が、列車の路盤への落下によって生じたのか、それとも被告人の殴打によって生じたのかは不明であったという事案で、RG は以下のように述べて謀殺罪（刑法 211 条）の成立を認めた。

「致命的傷害が、被告人による 2 回の殴打あるいは 1 回の殴打によって生じたとしても、被告人が故意に死亡を惹起したことは明白なのである。被告人は、自己の行為によって、目指された結果を達成したのである。確かに、結果の惹起は、被告人が思い描いたものとは異なった様式で発生している。被告人が思い描いた因果連関と実際に生じた因果連関のずれは、行為者の見地や被害者の見地や一般的な見地から考察したとしても、些細なものである。陪審裁判所が適切に詳述しているように、行為者が、対象・場所・時間との関係で一定の違法行為を自己の意思及び認識の中に受け入れたということだけが故意に属するのである。行為者が実行行為及び行為経過の詳細を自己の意思及び認識に受け入れたことは、故意には属さないのである。妻を気絶させる行為と殺害は 1 つの統一的な企てとして計画されており、スパナによる殴打は行為の遂行の開始として計画されていたのである。それゆえに、妻を気絶させる手段として考えられていた殴打行為が致命的な脳出血を引き起こし、その結果として、死亡をもたらす行為として考えられていた、列車から突き落とす行為はもはや必要ではなくなってしまった場合には、このような事情は故意の存在に対しては重要ではないのである。」

(ii) BGH NStZ 2002 309

LG の認定によれば、被告人が、1999 年 1 月 6 日の、どの時点で妻を殺害したのかは確定できないとされている。BGH は、被告人の犯行に関して 2 つの行為経過が考えられると述べた。1 つは、「被告人は、妻を家で殺害した後で、死体を別の場所に隠そうとした」ケースである。もう 1 つは、「被告人は、妻を家で抵抗不能にした後で、妻を別の場所に搬送して、そこで殺害しようとした」ケースである。その上で、BGH は、以下の行為経過を想定した。それは、

「被告人は、後で殺害する意思の下で、妻を縛って気絶させ、BMW のトランクに妻を乗せた。被告人は BMW で走行後、借りていた別の車に妻を乗せ換えて、100 キロ離れた場所まで運転した。車から降りて、被告人は妻を殺害しようとしたが、妻は既に死亡していた。妻の死亡は、

BMW のトランクに妻を乗せる前、乗せている間、乗せた後のいずれかの段階で、被告人の計画に反して発生したものであった」というものである。

LG は、「行為の直接的着手の意味における、被害者の生命に対する被告人の攻撃は、被害者を縛って気絶させる行為により開始され、被害者を車で移動させる段階で中断されたのであり、被告人の計画より早く被害者が死亡したにすぎない。それゆえに、故意は絶えず現存しており、一部は実現されているのであるから、被害者の生命に対する直接的危険は存在していた。被告人による車での走行の目的地に到着する前に被害者が死亡したということは、被告人が思い描いた因果経過と実際に生じた因果経過の非本質的なずれにすぎない」と述べて、被告人に対して謀殺罪（211 条）を認めた。しかし BGH は、以下のように述べて、LG の判決を破棄し、被告人に過失致死罪（222 条）を認めた。

「行為経過に関する行為者の表象に従えば、第二行為によって初めて結果を惹起しようとしていた行為者が、既に第一行為によって結果を発生させた場合には、行為者が当該結果を惹起する前に未遂の段階を越えていた又は第一行為によって未遂の段階を越えている場合に限り、故意的な結果惹起を理由とする判決が問題になるのである。なぜならば、予備段階の行為は確かに行為計画に寄与するが、行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過を開始させてはいないのである。その結果、法的に重要な故意が欠けるために、因果経過に関する錯誤は問題にならないのである。行為結果が予備行為から既に発生してしまった場合には、結果の過失的惹起を理由とする判決だけが問題になるのである。

刑法 22 条に従えば、行為者が、行為に関する自己の表象に従って構成要件実現に着手するとすぐに、犯罪行為の未遂が存在する。しかし、行為者が構成要件の記述に合致する行為を遂行した又は構成要件メルクマールを実現して初めて、未遂行為が存在するわけではない。前段階に位置する行為も、未遂を理由とする可罰性を根拠づけることができるのである。それは、前段階に位置する行為が、行為者の表象に従えば、中間行為なく、支障ない行為経過において、構成要件実現へと至る場合や構成要件実現と場所的かつ時間的関連性を有する場合にのみ、妥当するのである。但し、このような抽象的基準は個々のケースにおける具体化を必要とする。例えば、行為計画の綿密さや法益危殆化の程度が、予備段階と未遂段階の区分に重要な意味を有するのである。・・ここでは、被告人に有利になるように、『被告人の妻は、被告人の最初の攻撃（縛る又は気絶させる等）によって死亡しており、被告人はこのことを望んでもいなかったし、気づくこともなかった』という前提から出発すべきである。構成要件実現への直接的着手が存在したかどうかを判断する基礎になる行為者の全体的計画によれば、被告人は妻を単に気絶させる予定だった。そして、被告人は、妻を自分の BMW のトランクにのせて移動し、その後、違う車に妻を乗せ、殺害及び死体を隠ぺいするための場所に移動するつもりだった。・・被告人の妻に対する最初の攻撃から、本来の殺害行為に至るまでに、13 時 30 分から 20 時までの間が想定されており、この間に、複数の行為が想定されていた。そして、殺害場所は、被告人の自宅から 100 キロメートルも離れた場所であった。これらの事情に鑑みると、被告人の妻に対する最初の攻撃が、刑法 22 条の意味における直接的着手として評価されることはできない。被告人は、妻を縛り気絶さ

せる行為によっては、刑法 211 条・212 条の構成要件該当行為を遂行してはいないのである。被告人は、自己の行為計画の枠内では、表象された構成要件実現と時間的場所的に直接関連するいかなる行為も遂行していないのである。この結論を決定づけるものは、『被告人は、本来の殺害行為の前に、妻に全権委任の旨の署名を強要する中間的行為を予定していた』ことなのである。この事実は、『妻が、本来の殺害行為を予定している場所では、未だ生きていて、行為能力があること』を前提としている。それゆえに、被告人の妻への最初の攻撃が、殺害への直接的着手として評価されることはできないのである。

本件は、以下の事例とは区別されるべきである。それは、行為計画に従えば、いくつかの段階的行為を経て、構成要件メルクマールの実現に至る場合に、BGH が、前段階に位置する行為の実行により未遂の存在を認めるケースである。なぜならば、これらのケースでは、構成要件メルクマールの実現の前段階に位置する行為は、本来の殺害行為と場所的時間的に隣接しており、自然的一体性を形成しているので、本来の殺害行為の一部として考えられるからである。」

(iii) BGH NStZ 2002 475

被害者 K と死亡した Ha は同じ家に住んでいた。被告人 Z は、被害者 K から「お前が、(死亡した) Ha を殺したんだ」いうことを公衆の面前で何度も言われていた。ある日、Z は飲み屋で K と会った際に、K から「お前が Ha を殺したんだ」と再度言われたために、Z と K は口論になった。その時に Z は、飲み仲間である D と W に対して、「俺は K を殺す」と言った。そして Z は、K の腕の静脈に空気を注射することで K を殺害するための使い捨て注射器を、D と W に見せた。D と W は、Z の言動や行動をそこまで重大なものとは考えていなかった。その日の夜に、D の家で、Z は K と鉢合わせた。K は Z に対し、「お前は Ha の死亡に責任を取らなければならない」と述べたために、K と Z の間で口論が始まった。D は、K と Z に対して、口論をやめて静かにするようにと要求した。これを聞いた K は D の首につかみかかったために、D は 2・3 回拳で K を殴打した。殴打された K は、W の方にふらふらともたれかかってきたので、W も K の頭と首を 2 回殴打した。この状況を見た Z は、静脈に空気注射をして K を殺害する企てを、実行に移すことを決心した。Z は、使い捨て注射器を取り出し、D と W は Z のこの行為を認識した。Z の先程の言葉から、D と W は、Z がなぜ使い捨て注射器を取り出したのかを理解した。D と W は、そもそも K の口論が原因なのであるという思いの下で、Z によって意図された方法で K を殺害しようとした。W は布を手に取り、K の背後から回り込んで、K を羽交い絞めにする形で K の口に布を当てた。この間に、D と Z は、K を抵抗不能にするために、W の行為に抵抗している K の首と頭を少なくとも 2 回殴打した。K は床に倒れ、口と鼻から出血し、顔に重傷害を負った。W が被害者を押さえている間に、D が K の左腕を固定し、Z は K の左腕に注射針を刺して、空気を注射した。Z・D・W は、空気注射によって K が死亡したと思っていた。しかし、実際には、殴打によって咽頭部が破れ、血を吸いこんだために K は死亡した。このような事案で、LG は、被告人 Z・D・W に対し、故殺未遂と傷害致死の観念的競合を認めたが、BGH は、以下のように述べてこれを破棄し、故殺罪（212 条）の成立を認めた。

「確定された事実から、被告人達が、共同して故意的故殺を遂行したことは明らかである。被告人達は、共同行為により、被害者の死亡を惹起したのである。・・判例においては、生じた因果経過と行為者の思い描いた因果経過のずれが些細なものである場合には、2 つの因果経過は同価値であるという理由から、故意の観点においては因果経過のずれは重要ではないということが認められている。これに従えば、行為経過に関する行為者の表象に従えば、第二行為によって初めて結果を惹起しようとしていた行為者が、既に第一行為によって結果を発生させた場合には、行為者が当該結果を惹起する前に未遂の段階を越えていた又は第一行為によって未遂の段階を越えている場合に限り、故意的な結果惹起を理由とする判決が問題になるのである。この論理は、文献等においても幅広く同意を得ている。・・被告人達は、空気注射による被害者の殺害を決心した後で、被害者の死亡原因となった傷害行為を遂行している。この致命的な傷害行為の中に、既に刑法 22 条の意味における殺害への直接的着手が存在している。なぜならば、被害者を抵抗不能にするための暴行と空気注射は、あらゆる観点において、一体性を形成しているからである。それゆえに、殺人の故意が形成される前に、W が K の頭と首に対して殴打したことは重要ではない。なぜならば、W の殴打それ自体が致命的原因となったということは、排除されるからである。」

2 検討

早すぎた結果発生に関する我が国及びドイツの判例を考察すると、故意既遂犯の成立を認めた判例は、以下の 3 点で共通していることが明らかになる。まず、「第一行為に実行の着手を認めている」こと、「第一行為と第二行為を一連の行為として扱っている」こと、「行為者の認識のずれについては、因果関係の錯誤として扱っている」ことの 3 点である。但し、「行為者の認識のずれを因果関係の錯誤で扱う事」と同時存在原則の関係は前節で先程検討した。そこで、残る問題としては、「実行の着手」及び「一連一体の行為」と同時存在原則はどのような関係にあるのかということである。具体的には、以下の 3 つの問題が演繹される。①予備行為と同時存在原則の問題、②未遂の故意と既遂の故意を区別する立場から、早すぎた結果発生のケースでは、故意犯の成立を認めることができないのではないかという問題、③第一行為と第二行為を一連の行為として扱う事と同時存在原則とはどのような関係に立つのかという問題である。そこで、以下これらの問題を検討する。

①予備行為と同時存在原則

予備行為では、殺人罪の成立を認めるには不十分なのであろうか。この問題について、ロクシンは、これまで主張されてきた根拠づけが不十分であることを以下のように述べる[163]。

「行為決定によって担われた予備行為は、既遂の故意行為を根拠づけることができない点では、一致がみられる。BGH も、未遂段階になって初めて刑法的に重要な故意が生じることを認めて

163 Claus Roxin, Zur Erfolgszurechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalveraluf,GA 2003,S.258f.

いる・・ある者は、『予備段階では実現意思が欠ける』と述べている。仮にこの主張が正しいとした場合に、これは本来の根拠付けのない答えにしかなっていない。なぜならば、『明白に存在する行為決意は、なぜ故意ではないのか、または実現意思ではないのか』が問われているからである。」

ロクシンは、予備行為が、既遂の故意行為を根拠づけることはできないという点では、判例学説共に一致が見られるが、その根拠は何かという点については、これまで十分に解明されてこなかったことを指摘する。その上で、いくつか主張されている見解についても不十分であることを以下のように述べる[164]。

「いくつかの手近にある理由も、問題を残したままである。例えば、『人は、以前に開始していない、いかなる行為も既遂にすることはできない』という論証はもっともなように見える。しかし、日常の言語使用の意味においては、ある行為は、その予備行為によってでも既に、begonnen（開始）され、ins werk setzen（作動）されるとも言う事ができるのである。故意が生じるべき場合には、開始＝未遂段階に既に達していなければならないという理屈は、更なる根拠付けを必要とするのである。次いで、『予備行為によって生じる結果惹起の事例において帰属可能な故意的行為遂行を想定するためには、予備行為はあまりにも危険ではない』という論証も考えられうる。しかし、予備行為が危険ではないことが、常に成り立つわけではないのである。例えば、BGH NStZ 2002 309 では、『死亡へと至らしめる被害者に対する虐待と行為者によって意図された殺害の間には、多くの幕間行為が存在し、時間的にも場所的にも大きく離れている』という理由で、BGH は予備行為を想定した。しかし、予備行為である虐待行為は、予備行為が未遂を根拠づけた BGH NStZ 2002 475 のケースと同様に危険なのである。危険でない予備行為から生じる変則的な因果経過は、本質的逸脱として、故意の同意においても、除外される。三つめの根拠は、『我々が、予備行為を、既遂の故意行為を理由とする刑罰を認めるための結合点にしてしまうと、法律によって規定された予備行為の不可罰の効果が失われる』というものである。しかし、この根拠づけも、「不可罰な未遂も存在する（かつての傷害罪のような）」ということを考慮していないのである。既遂の故意行為を想定することで、予備行為の不可罰性それ自体が妨害されるわけではないのである。むしろ、予備行為の可罰性は、結果が発生した事例に制限されている。そして予備行為が問題になるかどうかが、今問われているのである。」

このように、ロクシンは、「予備行為の文言又は客観面に着目することでは、予備行為は故意既遂行為の可罰性を根拠づけることはできない」ことを主張するが、それは妥当であるように思われる。なぜならば、ロクシンが指摘した BGH NStZ 2002 475 のケースのように、あらゆる予備行為が、故意既遂行為の処罰を根拠づけるだけの客観的危険性を有していないとはいえず、加えて、開始したか否かという文言によるアプローチも不十分であるからである。

このように考えると、予備行為時の行為者の主観に着目するアプローチが適切ではないだろうか。つまり、予備行為の段階では、行為者の主観が、故意既遂行為を認めるだけの内実を有していないことが決定的であるように思われる。BGH NStZ 2002 309 が判旨の中で述べた「予備段

164 Roxin,a.a.O.(Fn163),S.258f.

階の行為は確かに行為計画に寄与するが、行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過を開始させてはいないのである。その結果、法的に重要な故意が欠けるために、因果経過に関する錯誤は問題にならないのである。行為結果が予備行為から既に発生してしまった場合には、結果の過失的惹起を理由とする判決だけが問題になるのである。」という部分も、同趣旨のことを指摘している。予備行為では、行為者の主観からすれば結果発生へと至る因果経過が開始されていないために、行為者の主観も既遂の故意行為を認めるだけの内実を備えていないからである[165]。

当該行為に、実行の着手が認められる場合には、行為者の主観も既遂の故意行為を認めるだけの内実を備えるといえる。それゆえに、故意を認めるためには、当該行為が実行の着手に達している必要がある。

②未遂の故意・既遂の故意と同時存在原則

次に、実行の着手が認められても「未遂故意」と「既遂故意」を区別する立場から、早すぎた結果発生のケースでは、行為者には殺人罪の成立を認めることはできないとして、以下のような主張がなされている[166]。

「判例・通説は、図式的に表現すれば、実行の着手＋構成要件的結果＝既遂犯とする理解に依拠するものといえる。このような理解は、形式論理としては疑問の余地がないもののように思われる。しかし、内実に立ち入って考えるとき、この理解には疑問を容れる余地がある。確かに、既遂犯の構成要件該当性は、構成要件該当行為の危険性が構成要件的結果へ現実化したときに認められる。しかし、この既遂犯の構成要件要素である構成要件該当行為と未遂犯の実行の着手が認められる行為とは同一である必然性はない。なぜなら、未遂犯においては、法益保護の見地から、処罰時期の早期化が図られ、既遂犯の構成要件的結果惹起行為以前の行為にまで実行の着手が繰り上げられているからであり、換言すれば、未遂犯における実行の着手は、未遂処罰の必要性を根拠としてその観点から決められたもので、決して既遂犯の成立要件から導出されたものではないからである。このような視点からみれば、判例・通説は、未遂の処罰時期を既遂犯の構成要件該当行為への着手以前に未遂処罰の必然性から政策的に遡らせつつ、さらに、そればかりでなく、今度はそのことを根拠として既遂犯の構成要件該当行為自体までを拡張・前倒ししていると解しうることになる。これは、未遂犯を犯罪の基本形、既遂犯をその結果的加重類型と理解することになるものといえよう。しかし、未遂を全て処罰しているわけではない現行刑法の構成上、このような理解は採りえない。やはり、既遂犯が基本型なのであり、未遂犯はあくまでも拡張類型であるとの理解されなければならないのである・・構成要件的結果に直近する行為者の故意による惹起行為が本来故意既遂犯の構成要件該当行為であって、行為者自身による結果惹起行為（第二行為）を未だ留保している第一行為の段階で、故意既遂犯の構成要件該当行為を肯定する

165 同様の指摘をするものとして、塩見淳「判批」刑法判例百選 I 総論［第 6 版］（有斐閣・2008 年）130 頁。

166 山口厚『新判例から見た刑法［第 3 版］』（有斐閣・2015 年）89 頁以下。

のは妥当でなく、あくまでも第二行為が既遂犯の構成要件該当行為である以上、それを行うことを留保している第一行為の段階では、既遂犯の構成要件外の行為を行っている認識しかないため、既遂犯の故意はないという見地から、早すぎた構成要件実現の事案においては、第一行為への着手によって未遂犯は成立しうるが、それにもかかわらず既遂犯は成立しえないと解することができる。」

つまり、この見解は、未遂故意と既遂故意を区別する立場から、第二行為を留保している第一行為段階では、未遂犯の故意しか認められず、既遂犯の故意は認められないというものである。このような立場からすれば、早すぎた結果発生のケースで故意犯を認めることは、未だ既遂犯の故意が存在していないにも関わらず故意犯を認めるもので、同時存在原則に反することになる。

しかし、未遂故意と既遂故意を区別する見解を貫徹すると、行為者が自分の予定していた行為を全て終わらせない限り、既遂故意は認められないことになる。例えば、行為者が被害者に向けて殺意を持って三回発砲し、三回目の発砲で殺害しようと思っていたが、二回目の発砲で被害者が死亡してしまった場合にも、行為者には既遂故意が認められず、殺人未遂罪しか成立しないことになる。この見解は、行為者が自己の行為を最後まで完全に支配して初めて故意が認められる理解に立脚していると思われるが、人間が自己の行為を最後まで完全に支配するというのは不可能な場合があり、これを故意の要件とするのは過度な要求ではないだろうか[167]。加えて、現行法は、中止犯において、終了未遂と未終了未遂を同等に扱っている。終了未遂と未終了未遂で異なるのは、中止犯が認められるための要件であり、終了未遂と未終了未遂で行為者の故意が異なるわけではない。

ロクシンも、未遂故意と既遂故意を区別することに理由がないことを、中止犯の観点から以下のように根拠づけている[168]。

「立法者が、終了未遂は未終了未遂以上に重要な故意を有しているという見解を採用していた場合には、立法者は未終了未遂に対して必要的減軽を予定しなければならなかっただろう。しかし、立法者は未終了未遂に対して必要的減軽を規定していない・・加えて、未遂が終わるまで故意と責任を維持した者だけが、既遂の刑罰に値するという見解があるが、これも厳密に見てみると正しくないのである。確かに、予備段階で意図しない形で結果を作動させた者に対しては、『未だ何も生じていなかったのであり、行為者はいつでも考え直すこともできた』ということが、行為者に有利な形で考慮されなければならない。しかし、未遂の行為者は、直接的に実行に着手したのである。我々は、行為者に対して、故意や責任を維持する力を要求する必要はないのである。確かに、行為者は、理論上は引き返す（中止する）こともできたが、それはあくまでも理論上の可能性にすぎないのである。終了未遂でも中止犯は可能であり、その結果、この限りでは、終了未遂と未終了未遂との区別は存在しないのである。それゆえに、故意と責任を維持することは、故意への帰属にとって決定的な観点とはなりえないのである。なぜならば、結果が未終了未遂の段階における行為によって既に発生した場合にも、故意や責任を維持することは可能だからであ

167 このような指摘をするものとして、佐伯・前掲（注 46）279 頁。
168 Roxin,a.a.O.(Fn163),S.259f.

る。BGH NStZ 2002 475 では、被害者は、確かに先行する虐待行為によって死亡した。しかし、行為者達はそれでもなお空気注射を実行したのであり、計画を完全に開始させたのである。同様の事が、別の判例に対しても妥当する。RG DStR 1939 177 の事案で、妻をまずは気絶させ、その後に走行中の列車から妻を投げ捨てることによって妻を殺そうとした行為者は、先行する首絞めによる気絶行為で妻は死亡していたにも関わらず、行為者は最後まで自己の計画を実行した（列車から妻を投げ捨てることも含めて）のである。これらのケースを、未遂にすることは妥当ではないのである。また、『終了未遂が、未終了未遂以上に危険であり、より大きな可罰性を示している』という事もできないのである。BGH NStZ 2002 475 は、未終了未遂の段階で遂行された虐待行為は、未遂を終了させる（終了未遂を完結させる）、死亡結果には役に立たなかった空気注射よりもずっと危険であるということを示す適切な例を提供しているのである」

このように考えると、未遂故意と既遂故意を区別することには理由がなく、それゆえに、早すぎた結果発生のケースで、行為者に故意犯の成立を認めることは、同時存在原則に違反するものではないといえる。

③一連の行為と同時存在原則

我が国及びドイツの判例は、第一行為と第二行為を一連一体のものとして扱っているが、これは同時存在原則とはどのような関係にあるのだろうか。

故意犯を認めるためには、実行の着手が認められることが必要であることは先程検討した。そうであれば、第一行為に実行の着手が認められれば、後は第一行為と結果との因果関係を問題にすれば十分であり、第一行為と第二行為を一連一体のものとして扱う必要性はないようにも思われる。

ここで、我が国やドイツの判例が、第一行為を単独に考察して第一行為に実行の着手を認めているのではなく、行為者の計画に含まれている第二行為との関係を考慮して、第一行為に実行の着手を肯定していることに着目する必要がある。例えば、我が国の判例でも、「第一行為は第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的近接性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯三名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」と述べられている。つまり、第一行為と第二行為が一連一体の行為と評価されているのは、判例が、第二行為を考慮して第一行為に実行の着手を認めた判断枠組みに鑑みれば、必然的帰結といえる。

そもそも故意犯を認めるには、構成要件該当事実の認識が必要であり、それゆえに実行行為の認識が必要である。加えて、実行行為とは法益侵害の危険性を有する行為であると解釈すれば、故意を認めるためには、実行行為の危険性を認識する必要がある。

しかし、早すぎた結果発生のケースでは、被告人達は第二行為を計画しているため、第一行為

の危険性を十分に認識していないという事情が存在する。我が国の判例でも、被告人達は、クロロホルムを吸引させる行為が被害者の死亡を引き起こす危険性の高い行為であることは認識していなかった。つまり、第一行為だけを問題にしては、第一行為に行為者に故意を認めることはできないという事情が存在する。それゆえに、判例は、第二行為を考慮して第一行為に実行の着手を認めることで、第一行為と第二行為を一連一体のものとして評価したのではないだろうか。このように評価すれば、被告人達は、第一行為と第二行為を含めた「一連の行為の危険性」については十分に認識していたのであるから、被告人達に故意を認めることができる。

このように考えると、判例は、実行の着手と故意の存在時期は連動するものと考えているのではないだろうか[169]。当該行為が実行の着手に達することで、因果経過が開始され、行為者の主観面も既遂犯を認めるだけの内実を備えると考える。加えて、事前の故意との区別も明確化されることになる。そして、実行行為と故意の同時存在原則が満たされるのである。

補論：離隔犯・間接正犯との関係

ここまでの検討からすれば、当該行為に実行の着手が認められれば故意が認められることになり、実行行為と故意の同時存在原則が満たされるように思われる。しかし、この論理を貫徹すると、離隔犯や間接正犯の場合に齟齬が生じる。なぜならば、判例によれば、間接正犯の場合には被利用者の行為時に実行の着手が、離隔犯の場合には到着時に実行の着手が認められる[170]が、行為者に故意既遂犯が成立するか予備罪が成立するかは、実行の着手前である行為者の最終行為時の主観を基礎に区別されるからである。それでは、この問題はどのように考えるべきであろうか。

これまでの検討で明らかになったことは、予備行為では、同時存在原則が問題にならないのは、「行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過を開始させてはいないため、その結果として法的に重要な故意が欠ける」ことが理由であった。そして、早すぎた結果発生のケースでも、第二行為との関係で第一行為に実行の着手を肯定したのは、被告人達が第一行為の危険性を認識していないからであった。第二行為との関係で第一行為に実行の着手を認めることで、被告人達には「一連の行為の認識」が認められるために、故意が認められる。言い換えれば、早すぎた結果発生のケースでは、実行の着手が認められない限り、行為者に故意を認めることはできないのである。

他方で、離隔犯や間接正犯の場合には、実行の着手が認められなくても、「行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過が開始され、その結果として法的に重要な故意が存在する」場合がある。例えば、行為者が毒入りウイスキーを相手方に郵送する離隔犯のケースや、医師が情を知らない看護婦に死亡へと至る薬物を患者に投与するように指示する間接正犯のケースでは、行為者が毒入りウイスキーを郵送する際や、医師が看護婦に薬物投与を指示する段階で、「行為者の意思に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過は開始されており、法的に

169 このような指摘をするものとして、橋爪・前掲（注 157）114 頁以下。
170 大判大正 7・11・16 刑録 24 輯 1352 頁。

重要な故意は存在している」のであるから、行為者には故意既遂犯が成立するように思われる。

このように考えると、直接単独正犯の場合には、「行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過が開始され、その結果として法的に重要な故意が存在する場合」＝「実行の着手」であり、「故意」と「実行の着手」は連動しているといえる。しかし、離隔犯や間接正犯の場合には、「行為者の意思及び表象に従えば、行為を既遂へと至らせる因果経過が開始され、その結果として法的に重要な故意が存在する場合」≠「実行の着手」であり、「故意」と「実行の着手」は連動していないことになる。

とすれば、同時存在原則との関係では、直接単独正犯の場合と離隔犯や間接正犯の場合を区別して考える必要がある。つまり、直接単独正犯の場合には、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立することから、「実行行為時における同時存在原則」が妥当し、故意と実行の着手は連動することから、実行行為と故意の同時存在原則が満たされる。他方で、離隔犯や間接正犯の場合には、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないことから、実行行為時における同時存在原則が妥当しない。しかし、早すぎた結果発生のケースで実行の着手を認める事は、行為者に、「一連の行為の認識」、すなわち「故意」を認めるための論理であり、離隔犯や間接正犯の場合には、早すぎた結果発生で見られた「被告人達が第一行為の危険性を十分に認識していない」という事情が存在しない点に鑑みれば、実行の着手を認めなくても、行為者の最終行為である、因果関係の起点としての行為時に故意を認めることができるのであれば、行為者には故意既遂犯の成立を認めることができる。そしてこの場合では、実行行為と故意の同時存在原則ではなく、因果関係の起点としての行為と故意の同時存在原則が妥当することになる。

第四節　事後的な故意の発生

1　問題となる事例

①盗品保管罪のケース

このケースとしては、最決昭和 50 年 6 月 12 日刑集 29 巻 6 号 365 頁がある。被告人は、自室において、窃盗の本犯者 A から、賍物であることを知らずに、背広四点、翌日には鞄一個を預かり保管していたが、数日後に各品物は A が他から窃取してきた物であることを知るに至ったのにも関わらず、なおも自室において保管していたという事案である。

原審である、大阪高判昭和 49 年 4 月 9 日刑集 29 巻 6 号 371 頁では、「賍品の返還が不能であるとか、或いは、賍品につき質権が効力を生ずる等賍品を留置し得る権利が生じた場合を除いては、賍物寄蔵罪が成立すると解するのが相当である。けだし、窃盗罪の事後従犯として、盗品に対する被害者の追求権を保護し、かつ窃盗本犯を助長する行為を禁ずる等の賍物罪の保護法益および立法理由に徴すれば、賍品の返還が可能であり、かつ、法律上これを拒否する理由がないにも拘らず、知情後においてもなお保管を継続する行為と、当初より賍物であることの情を知りながら、これを預かり保管する行為とを区別する理由はない」と述べている。

最高裁は、「賍物であることを知らずに物品の保管を開始した後、賍物であることを知るに至

ったのに、なおも本犯のためにその保管を継続するときは、賍物の寄蔵にあたるものというべきであり、原判決に法令違反はない」と述べて、原審のように、具体的な理由を述べずに、盗品保管罪の成立を認めている。

②大麻譲受け罪のケース

このケースとしては、大阪高判平成 6 年 1 月 28 日判時 1492 号 145 頁がある。被告人（男性）は、B（女性）方に赴いたが、B から都合が悪いので帰るように言われたので、帰ろうとした際に、同女から大麻樹脂約十グラム入りの封筒を、中身を知らないままズボンの前ポケットに差し入れられ、そのまま約三十メートル離れたところに駐車しておいた自動車に戻り、運転席で封筒の中を見て、はじめて中身が大麻樹脂であることを知ったが、これをそのまま自己の物とする意思で、同車のダッシュボードにしまい、自宅に持ち帰ったという事案である。

原審である、大阪地判平 5・5・28（公刊物未登載）は、「大麻取締法 3 条 1 項所定の大麻の譲受とは、相手方から大麻についての法律上、事実上の処分権限を付与され、かつ、その所持の移転を受けることを内容とする行為であるから、その故意としては、主観的に認識のあること（未必的な認識を含む）を要する。本件においては、前記封筒を譲り受けた際、被告人には、未必的にもその認識がなかったのであるから、被告人には、本件大麻の譲受の故意に欠ける。・・場所的、時間的に直ちに大麻を返却できる立場にありながら、かつ、B が大麻を被告人に無償譲渡する意思であることを承知の上、これを自己のものとした被告人の行為は、確かに、価値的には、一見、大麻の譲渡とほぼ同一の行為であると評価し得るのであるが、右行為をもって、定型的な構成要件要素として大麻の譲渡行為あるいはその一部とみることはできない。そして、実質的にも、大麻取締法が、大麻の譲受という動的行為とこれを不法に所持するという静的行為とを、それぞれ、取締の目的と法益を異にする独立別個の罪として処罰する法意に鑑みると、本件においては、被告人は、大麻の移転につき、これを積極的に関与したものではなく、事後的にこれを利用して、大麻を所持したにすぎないものというべきである[171]」と判示して、被告人に無罪を言い渡した。

しかし、大阪高裁は、「（原判決の）その根拠は、本件大麻の譲受けは、被告人に大麻であることの認識がなくとも、当方の A 方の玄関先において大麻入り封筒が授受された時点で全て完了しており、その後被告人が自動車内で受けとった封筒を確かめ、中身が大麻であることを知ってこれを自分のものとして領得した行為はもはや譲受け行為には含まれない別個の所持の問題とみるべきとの見解に基づくものであることも明らかである。ところで、大麻取締法が犯罪として処罰の対象とする大麻の譲受けは、相手方からその物の法律上または事実上の処分権限を付与されて所持の移転を受けることをいうのであるから、客観的に相手方からその所持の移転を受けるばかりでなく、主観的に譲受人において授受の目的物が大麻であることを認識してこれを自己のものにすることが必要であることはいうまでもない。してみると、大麻の譲受けの成否は、単に外形的にその物が授受によって所持が移転しただけに限定して決められるべきものではなく、そ

[171] 園部典生　「判解」研修 556 号 37 頁参照。

の後において譲受人の側で授受された物が大麻であることを知ってこれを領得したような場合でも、それが全体として相手方の譲渡行為に対応してその処分権限の付与を受けたと認められるかどうかを判断しなければならないものである。この点原判決は、被告人がその中身を知らないで封筒を受け取った時点での行為でもってすでに本件大麻の譲受けは終わったものとし、被告人がその時点においては封筒の中身が大麻であると知らなかったから、譲受けの故意に欠けるとして無罪であると結論するが、被告人が譲受人の意向に対していつどこでどのような決断をしたかを確かめもしない段階で、すでに譲受けが終わってしまっているとする解釈に賛同することはできない。（原判決の解釈によれば、被告人が玄関先で封筒を受け取った直後、その数メートル先で中身を確かめて大麻が入っていることを知り、そのまま自己のものとして領得したような場合でも譲受罪にはならないことになるが、これが不合理な決断であることは論をまたない。）本件のように、封筒に入った大麻を黙って手渡された受取人において、その授受の時点ではいまだ大麻を受け取ったことの認識はなくとも、その後渡された物が大麻であることを知り、その譲渡の意向に応じてあえてこれを自分の物にしたような場合、すなわち時間的場所的関係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持（占有）が継続している間に大麻の認識と領得行為があれば、これを包括的に観念し、前後の行為を一体視して大麻を譲り受けたものと認めることは社会通念に照らしても相当と考える。」と判示して、原判決を破棄し、被告人に大麻譲受け罪の成立を認めた。

③承継的幇助のケース[172]

(i) RGSt 71 193

被告人の世襲土地にある、1 つの納屋と 2 つの家畜小屋に、被告人の母が火をつけた。被告人が、納屋のわらが燃えているのに気付いた時に、被告人は火を消さずに、区の責任者の下に走ったが不在であったため、市長のもとに走った。しかし、その間にも、納屋は燃え続けたという事案である。RG は、以下のように述べて、被告人に、放火罪の幇助犯（308 条、49 条）の成立を認めた。

「原審の判決の法的欠陥は、原審が、刑法 306 条・308 条の放火概念を見誤っている点に存在する。RG の判例によれば、火が建物を離れて、独立して更に燃え出した場合に初めて、建物又は家屋は放火されたことになる。このメルクマールは、被告人が、納屋で火が爆発したのを認識した時には、証明されていないのである。それゆえに、地裁の刑事部が、被告人が火に気付いた時に、母親の行為は既に既遂になっていたため、被告人の幇助は排除されると述べたことは、法的に誤っている。納屋が放火された後に燃やされた、2 つの家畜小屋の放火の際に、（原審の）法的欠陥が更に明確になる。納屋が放火されることによって、刑法 308 条の母親の犯罪が、この時点で仮に既遂になっていたとしても、母親の犯罪は、実際には未だ終了していないのである。

172 本稿は、全ての承継的幇助や承継的共同正犯のケースを扱うのではなく、同時存在原則との観点から、当該犯罪の「終了時点」が問題になるケースのみを扱う。それゆえに、当該犯罪が終了していないことが明白な、承継的幇助や承継的共同正犯の事案は、本稿の検討対象からは除外する。

なぜならば、母親の故意は、家畜小屋の放火にまで及んでいたからである。これが事実である限りにおいて、被告人は母親の犯罪行為を幇助することができるのである。」

(ii) JZ 1961 94

T の家が、不審者により放火された。被告人は、T の家が燃えているのを見た時に、「T の家を完全に破壊し、T に保険金を手に入れさせるために、T の友人と隣人が、T の家に火をつけた」ということを即座に理解した。被告人は、知り合いであった T を助けるために、火を大きくすることを計画した。被告人は、タンクに約 5ℓのガソリンを詰め、火事の現場に赴いた。被告人が現場に着いた時には、家の上階が燃えていた。火は、未だ燃えていない 1 階部分にも、今にも燃え広がりそうであった。被告人は最初に、上階の方にガソリンを注いだ。次いで被告人は、家の前面の方に行き、窓や玄関からガソリンを注いだ。火は 1 階にまで拡大し、これまで燃えていなかった部分にも波及した。後になって初めて呼ばれた救急隊が到着した時には、家は完全に全焼し、救助は不可能であった。

地裁の刑事部は、被告人に放火罪の単独正犯（Alleintäter）の成立を認めたが、ハム高裁裁判所は、以下のように述べて、原判決を破棄し、被告人に放火罪の幇助犯の成立を認めた。

「・・刑法 306 条の明白な文言（対象物への放火が、構成要件該当行為として規定されている）は、単独正犯を想定することの前提条件として、行為者が対象物に 1 つの火元を創出することを要求しているのであり、犯罪行為の既遂後に、単に火元を拡大又は早めることでは不十分なのである。・・本件の被告人は、1 階の窓やドアからガソリンを注ぐことによって、上階から発生していた今にも 1 階にまで延焼しそうな火が、ガソリンの表面を伝わって、未だ燃えていない部分にまで火を拡大させたにすぎないのである。それゆえに、被告人は、放火の拡大・燃え広がる速度の推進に寄与したにすぎず、新たな火元を創出したわけではないので、308 条の構成要件を実現することはできないのである。しかし、被告人は、放火罪の幇助犯としての罪責を負うのである。既遂になった犯罪・犯行への可罰的関与も可能であるということは、判例・学説上、是認されている。最初は、継続犯や集団犯罪において展開されてきたが（RGSt 58 14）、後の RG の定式化に従えば、正犯行為が既遂になったが、未だ終了していない全てのケースにおいて、関与の可能性は認められている・・本来の意味における構成要件行為の継続を超えて、可罰的関与の領域を拡大することは、以下のような事例では正当化されるのであり、必要なのである。その事例とは、完全な刑罰を遅らせるために、立法者が法的構成要件の中で、放火罪のような、最初の行為により犯罪行為の既遂を生じさせる方法によって、統一的事象を分離したケースである。実行行為、すなわち、放火と、それにより開始された、（放火された）対象物の最終的破壊までの自然現象の継続は、放火段階と燃焼段階において概念的に分離される、統一的事象を示しているのである。実際には、放火を超えて、燃え広がっていく（übergehen in das Brennen）のである。既に放火された部分が、その都度、点火薬となって、未だ燃えていない部分に寄与していくのである。後になって初めて、放火するという構成要件行為が既に既遂になったかどうかが確定されるのである。直接的保護対象は、放火された客体であり、行為者の攻撃目的は保護対象の破壊であり、放火は単なる手段なのであるから、刑事部の解釈に従えば、対象物が、火によって

完全に覆われて、それにより、全ての部分で完全に放火されない限りは、構成要件の型（Fassung）は、放火への可罰的関与を排除しないのである。このような解釈をすることで、「放火された対象物の、未だ火に覆われていない部分に燃料を注ぎ、その部分に火をつけた者（新たな火種を自分で作った者）は処罰されるが、既に進行しつつある火を通じて、自分で注いだ燃料に火をつけた者（新たな火種を創ったわけではなく、既に現存する火種を利用してガソリンに火をつけた者）は 306 条に従って処罰されない」という、何とも恣意的で不十分な帰結を避けることができるのである。このような解釈は、法的構成要件によって引かれた境界の枠内での決定を保証することに寄与するのである。

(iii) BGHSt 6 248

被告人が、レストランで 2 人のジプシーである L と G とトランプをしていた時、衣服を売り歩く W も、そこに加わった。W の会話から、被告人達は、W が道路に自分の車を停めて、そこに品物も携行していることを知った。W との会話の間、被告人と G と L は、ジプシー語で数回会話した。店主が終業を告げた時、L はレストランを去ったが、被告人達は数分間そのまま会話を続けた。被告人と G が外に出て行った後にすぐに、店主が開いているドアのところに近寄った。ドアを開けようとする店主の努力は成功しなかった。なぜならば、被告人がドアを足でふさいでいたからである。店主が力づくでドアを開けようとする新たな試みは成功した。この瞬間に、W の車で物色行為をしていた L は、鞄と毛布を持ちながら、W の車を離れた。3 人のジプシーは、同一方向に素早く走り出した。彼らのそのような行動を見た W は、「車から品物がなくなったこと」に気づき、すぐに追跡を開始した。W が、街灯の光から出てきた時、G は暗闇の中で W に立ち向かい、W を言葉で制止しながら、W の更なる追跡を妨害するために、殴打目的で手を振り上げた。これに対して W は、防衛し、G を地面に投げ飛ばした。W が G の上にひざまづく形で馬乗りになった時、被告人がそっと背後から忍び寄り、拳で W を殴打し、W の頭を靴の先端で数回蹴り、それによって W は目に裂傷を負ったという事案である。BGH は、以下のように述べて、被告人に窃盗罪の幇助犯（242 条、49 条）の成立を認めた。

「共同正犯は、他者との行為に関する合意と、そのような合意の実行によって、既に根拠づけられるわけではない。むしろ、あらゆる関与が、他者の行為を通じて自分の行為を完全なものにし、この行為を帰属させようとすること、全ての者が、意識して望まれた共同作用の中で行為することが必要なのである。しかし、地裁の刑事部は、L が、奪取行為の際に、被告人の幇助行為をそもそも認識していたのかどうかについて、何も検討していないのである。L が被告人の行為に気付いていない場合には、自分と並んで、被告人も、行為者として関与する」という意識並びに意思が、L には欠けるのである。それゆえに、L には、行為決定の連帯が欠けているのである。被告人は、自らによる構成要件の実現が欠けるために、併行犯（Nebentäter）にはなりえないのであるから、被告人は幇助にのみ該当するのである・・窃盗罪は、暴行の行使の時点で確かに既遂になっていたが、なお終了してはいなかったからである。そして、他者への行為の関与は、事実的終了（tatsachliche Beendigung）まで可能なのである。」

④承継的共同正犯のケース

このケースとしては、BGHSt 2 344 が挙げられる。共同被告人である P は、販売店に押し入り、大量の食料品を盗み出し、これを被告人 N の住居に持ち込んだ。P は、「販売店には、まだ更なる品物が残されている」ことを N に述べた。その後、P と N は再度、販売店に赴き、そこで共同して大量の食料品を盗み、帰宅した N の家で、P と N は全ての盗品を 2 人で分けたという事案である。BGH は、以下のように述べて、被告人 N に、加重窃盗罪（旧刑法 243 条 1 項 2 号）の共同正犯の成立を認めた。

「・・法律は、合意と、犯罪的行為の遂行への関与を理由として、事後的関与者に対しても、他の共犯者が遂行したことに対して責任を負わせている。RG の判例が認めていたように、合意が全体行為のどの時点でなされたかは、原則的に重要ではないのである。しかし、この刑法的責任の範囲を、合意後に初めて実現された部分にのみ制限することの根拠は、明白ではないのである。ある者が、これまでの事象を認識し同意した上で、共犯者として関与する場合には、合意は、犯罪計画全体に関連づけられている。そして、合意は、統一的犯罪それ自体として、共犯者に刑法的に帰属させる力を持つのである。既に完全に完結した事象に対しては、他の共犯者によって創出された状況を認識し、是認し、利用したとしても、合意は可罰的責任を根拠づけることはできない。全体計画が、複数の独立した、時間的に相互に連続する犯罪行為から形成され、この可罰的全体行為の最初の行為が完全に完結した後で、共犯者が参入する場合には、合意が存在しても、刑法的責任を根拠づけることはできない。それに対して、加重事由が共犯者の関与前に既に実現されている場合でも、刑法 243 条に従えば、統一的窃盗の加重事由は、事後的関与者に帰属されるのである。このことは、事後の故意を認めることにつながるわけではない。実際に、共同正犯者は行為しながら関与するのであり、この行為的関与は事後の故意ではないのである。他方で、既に実現された加重事由を単に意識的に利用するだけでは、刑法的責任を根拠づけることはできないことを確認すべきである。・・事後的関与者に対しても、既に実現された加重事由が帰属されうるとした点では、地裁の刑事部に対しても賛同しなければならない。それにも関わらず、有罪判決の確認に対する、地裁のこれまでの認定は不十分なのである。なぜならば、地裁の判決の詳述は、『共同被告人 P が、N と一緒に、販売店に新たに赴き、もう一度食料品を盗むことを決めた時に、P が新たな決心をしたのか、それとも、P は初めから、最初の窃盗の際には、全体行為の一部での窃盗を遂行することを意図していたのか』という点に対して、確実性をもって言及していないからである。前者のケースでは、P の 2 つの独立した行為が存在する。他方で、後者のケースでは、P との関係では、1 つの統一的窃盗が問題になる。破棄された地裁の判決では、この点についての認定が存在しない。しかし、P が、N の刺激等によって、新たな決心へと駆り立てられた場合には、加重事由は N に対して帰属されない。なぜならば、N は、P の全体計画へと関与したのではなく、侵入窃盗が完全に完結した時に初めて、行為したにすぎないからである。」

2　検討

①盗品保管罪のケース

判例は盗品保管罪の成立を認めている。他方で、学説からは、判例に反対し、保管罪の成立は認められないとする見解もある。この見解は、「保管とは、占有移転と占有継続という 2 つの要素から成り立つが、盗品保管罪の保護法益を追求権と考えた場合には、占有移転の際にまさに追求権が侵害され、本犯助長的観点から考えた場合にも、情を知りつつあえて本犯者に協力して保管を引き受けるところに違法性がある」ことを根拠としている[173]。それでは、占有移転後に盗品であることの認識が生じた場合に、盗品保管罪を認めることは同時存在原則に反するのであろうか。

盗品保管罪の成立に反対する見解が重視しているのは、刑法 256 条 2 項が改正される前の旧法 256 条 2 項の「寄蔵」の解釈であるように思われる。最決昭和 34・7・3 刑集 13 巻 7 号 1099 頁では、寄蔵とは、「委託を受けて本犯のために賍品を保管すること」と判示されているが、盗品保管罪の成立に反対する見解は、この「委託を受けて」という文言から、賍物寄蔵罪の要件として「占有移転が含まれなければならない」と解し、それゆえに占有移転後に盗品であることの認識が生じ、その後も保管を続けることは、もはや「寄蔵」とはいえないという帰結に至ることになる。

しかし、「委託を受けて」という文言から、必ずしも「占有移転」という要件は演繹されないようにも思われる。なぜならば、「委託を受けて」という文言から、「保管が、保管者の一方的な意思によるものではない」と考えることも十分に可能だからである。また、本決定の調査官解説でも、「寄蔵という文言は、もともと寄託蔵匿を意味し、占有移転という概念を当然に含むものではない」ことも指摘されている[174]。

このように考えると、「委託を受けて」という文言は、決定的な理由とはならない。それでは、盗品保管罪の保護法益の観点から考えた場合はどうであろうか。盗品保管罪の保護法益を追求権と解する立場からは、保管行為は占有移転と占有取得からなるが、占有移転によって追求権は害されると考えれば、占有移転行為を実行行為と捉えることになる。そして、同時存在原則の観点からは実行行為時に故意が存在しなければならないため、占有移転後に盗品等の認識が生じても、保管罪の成立は認められないことになろう。

他方で、保管罪の成立を認める判例の立場からは、占有移転後の占有取得行為によっても、盗品の発覚を防止し、本犯者による盗品等の処分を容易にしていると考え、追求権は侵害されていると考えることになる[175]。また、本犯助長的観点からも、占有移転後に盗品であることを認識しながら保管を継続する行為によって本犯者を庇護しているともいえる。それゆえに、保管行為を実行行為と解する帰結に至る。しかし、このように考えると、保管行為そのものを処罰の対象

---

173 このような見解を主張するものとして、山口厚『刑法各論［第 2 版］』（有斐閣・2010 年）347 頁、井田良『新・論点講義シリーズ(2) 刑法各論［第 2 版］』（弘文堂・2013 年）161 頁。

174 香城敏麿　最高裁判例解説刑事篇昭和 50 年度 118 頁。

175 このような指摘をするものとして、西田典之『刑法各論［第 6 版］』（弘文堂・2012 年）275 頁。

とすることになり、換言すれば、知情後に盗品を変換しない点を盗品等の認識を有して保管する場合と同視と考え、不作為犯として捉えることになる[176]。だが、保管行為を不作為と捉えるのは、やはり技巧的であるように思われる。加えて、保管罪を不作為犯と解した場合には、保管者に盗品返還義務・警察への通報義務が生じることになるが、このような義務が、従来の不作為犯で問題になる作為義務と同視できるのかは疑問であることから、不作為犯と解するのは妥当ではないと思われる。それゆえに、判例の立場には賛同できない。

このように考えると、盗品保管罪の実行行為並びに因果関係の起点としての行為は占有移転行為であり、占有移転後の占有取得行為は実行行為と解することはできない。よって、同時存在原則の観点からは、保管途中から知情した場合には、実行行為時並びに因果関係の起点としての行為時に故意が認められないため、実行行為時における同時存在原則が満たされないことになり、行為者には盗品保管罪は成立しないと考えるべきである[177]。

---

176 このような指摘をするものとして、井田・前掲（注 173）161 頁。

177 ドイツの判例でも、事後的に盗品性の認識が生じた場合に、盗品関与罪の成立を否定している。BGHSt 10 151 は、被告人 N と被告人 Be は、Ba と L からオートバイを預かり、レース出場用のオートバイに改造するように言われていたが、預かったオートバイは Ba と L が盗んできたものであると数週間後に知ったことから、N と Be は、Ba と L はもはやオートバイには関心がないと判断し、被告人達はオートバイを破壊し、破壊した部品の一部についてはくず鉄商人に売却し、残りについては水路に捨てたという事案で、BGH は以下のように述べて、盗品関与罪（259 条）の成立を否定した。

「盗品関与罪は、先行行為者との合意に基づく協力を通じて、先行行為者によって創出された違法な財産状態を保持する犯罪である。先行行為者と盗品関与罪の行為者との協力の中に、全ての盗品関与罪の遂行形態において必要不可欠な内的関連が存在する。これまで認定されたところによれば、このような内的関連を認識することはできない。被告人 N と被告人 Be が盗品であることを認識した後で、N と Be は、Ba と L はオートバイに対して関心がないことを知った。原審の判決は、N と Be が、誰を通じて盗品性の認識を獲得したのかについて明らかにしていない。先行行為者が、N と Be に対して盗品であることを伝え、N と Be に処分権を委ねるためにオートバイを譲った場合には、盗品関与罪が存在するだろう。しかし、このような事実は、原審の判決根拠の全体考察から見て取ることはできない。先行行為者が、被告人達に処分権を付与しておらず、むしろ、Be と N が、盗品であることを知った後に、彼らの独立した決心に基づいて処分権を行使した場合には、盗品関与罪の構成要件メルクマールは満たされていないのである。確かに、Be と N は、先行行為者達から所有を獲得した。しかし、Be と N が盗品に対する処分権を行使することができるために、Be に対して所有権を付与したわけではない。むしろ、Be は、Ba のためにオートバイを保管し、改造すべきだったのである。その上、被告人は、この時点で、オートバイが盗まれたものであったことの認識を得ていない。事後的に盗品であることを知り、その後、被告人達による処分権の行使は、先行行為者達から由来する本来の所有権の獲得を、盗品関与罪における獲得に変化させることはできないのである。」

つまり、BGH は、占有移転の際に行為者に盗品性の認識が存在することによって、盗品関与罪が初めて根拠づけられると考えていることから、実行行為は占有移転行為であり、保管行為は実行行為ではないと考えていることが推測される。なお、この事案では、破壊したオートバイの一部を売却した点について、被告人に横領罪（246 条）の成立を認めている。

②大麻譲受け罪のケース

原審は大麻譲受け罪の成立を否定したが、控訴審である大阪高裁は大麻譲受け罪の成立を認めている。大阪高裁が大麻譲受け罪の成立を認めた論理は、「封筒に入った大麻を黙って手渡された受取人において、その授受の時点ではいまだ大麻を受け取ったことの認識はなくとも、その後渡された物が大麻であることを知り、その譲渡の意向に応じてあえてこれを自分の物にしたような場合、すなわち時間的場所的関係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持（占有）が継続している間に大麻の認識と領得行為があれば、これを包括的に観念し、前後の行為を一体視して大麻を譲り受けたものと認めることができる」というものであった。

しかし、大麻譲受け罪の実行行為並びに因果関係の起点としての行為は譲受け行為であり、譲受け行為時に大麻であることの認識が被告人に存在しない以上、実行行為時における同時存在原則の観点からは、大麻譲受け罪は成立しないと思われる。それでは、この場合に、大阪高裁のように大麻譲受け罪の成立を認めることは、同時存在原則に反し、事後の故意を認めることになるのであろうか。この問題を考えるに当たっては、近時の財産犯罪や所有権犯罪における BGH の「既遂」と「終了」を区別する論理を批判的に検討したキュールの見解が参考になる[178]。

キュールは、「既遂」は形式的に判断されるものであるから、「形式的既遂（formell Vollendung）」と特徴づける。他方で、「終了」は、刑法総則に規定されておらず、その都度の犯罪構成要件の解釈に依存することから「実質的終了(materielle Beendigung)」と命名する。既遂は、行為者が当該構成要件の全ての事情を実現した場合に存在するとキュールは説明する。例えば、窃盗罪では他人の動産を奪取した場合に、詐欺罪では財産的損害が発生した場合に既遂になる。他方で、終了は、法益を侵害する段階であることから、終了時点は当該犯罪が保護する法益との関係で決定されるとする。そしてこのような論理が、BGH において見られることをキュールは指摘する。例えば、強盗犯人が、強盗が既遂になった後で、凶器を携行する場合に、犯情の重い強盗罪を認めている[179]ことから、BGH は実行行為には終了段階も属するとの理解(zur Tat gehörigen Beendigungsphase)に立脚しているとキュールは分析している[180]。つまり、行為者が奪取した財物が、最終的に行為者の下に確保されるまでの間が、なお実行行為として評価されることから、犯情の重い強盗罪が認められることになる。

このように、キュールは、「BGH は、財産犯、所有権犯罪に関して既遂と終了を区別する立場から、形式的既遂から実質的終了にいたるまでの事象を、なお実行行為と評価している」ことを指摘するものであった。本稿は、このキュールの指摘する BGH の論理が、我が国の大麻譲受け罪のような麻薬譲渡のケースでも、判例上展開されていると考えている。つまり、大麻譲受け罪のケースでは、大阪高裁が判旨の中で述べていた、「すなわち時間的場所的関係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持（占有）が継続している間」が、実質的終了に至るまでの事象であり、大阪高裁は、この事象をなお実行行為として評価しているものと思われる。そ

178 Kristian Kühl, Vollendung und Beendigung bei Eigentumsdelikten und Vermögensdelikten, JuS,2002,S.730f.
179 BGHSt20 194.
180 Kühl,a.a.O.(Fn178),S.733f.

して、当該行為の間に大麻であることの認識が生じた以上、大麻譲受け罪の成立が認められることになり、実行行為と故意の同時存在原則は満たされることになる。

つまり、大阪高裁は、「既遂（Vollendung）」と「終了(Beendigung)」を区別し、終了にいたるまでの事象も実行行為に含まれると考えることで、大麻譲受け罪のケースでは、実行行為と故意の同時存在原則は満たされていると考えているのではないだろうか。そして、大麻譲受け罪のケースでは、譲受け罪の実質的終了時は、「時間的場所的関係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持（占有）とはみなせない場合」、つまり「別個の所持罪が成立する時点」と解釈できよう。

しかし、キュールは、「実質的終了概念」を更に、「構成要件に関連する終了段階」(tatbestandbezogenen Beendigungsphase)と「構成要件に関連しない終了段階」(tatbestandlosen Beendigungsphase)に分類した上で、財産犯や所有権犯罪においても、既遂から実質的終了までの事象は実行行為が継続していると考える判例の立場は、「構成要件に関連づけられない終了段階」に依拠するものであり、妥当ではないと批判する[181]。キュールは、監禁罪のような継続犯では、既遂から終了段階に至るまでの事象において、「継続して被害者の自由を奪うことが、監禁行為の違法性を高めること」から、「構成要件に関連付けられた終了段階」と評価でき、それゆえに、既遂から終了段階に至るまでの事象は、監禁罪の構成要件になお属する段階として把握することが可能であるとキュールは主張する。他方で、財産犯や所有権犯罪では、既遂から終了段階に至るまでの事象を当該犯罪の構成要件に結びつけることは、できないことを指摘している[182]。

つまり、キュールによれば、「監禁罪のような継続犯においては、被害者の自由の剥奪は、刑法 239 条の監禁行為により既遂になるが、被害者の自由の剥奪は、行為者の作為又は不作為によって、被害者が解放されるまでの間ずっと継続される」ために、監禁罪が既遂になった以降の事象も、刑法 239 条によって、「構成要件により関連づけられる終了段階」としてなお把握されることになる[183]。それゆえに、キュールは、既遂から終了に至るまでの事象を実行行為が継続すると解する BGH のような立場は、監禁罪においては採用可能であっても、既遂後の事象を構成要件によって把握できない財産犯や所有権犯罪においては、採用できないことを主張していることになる。それでは、このような BGH の立場を批判するキュールの主張は妥当なのだろうか。

犯罪の成否が構成要件の成否によって決まる以上、犯罪の終了時期も構成要件解釈の問題になると思われる。それゆえに、終了段階を構成要件に関連付けて更に場合分けを行う、キュールの指摘は正しいといえる。それでは、キュールが主張するように、実行行為が終了し、当該犯罪が既遂になった場合には、その後の事象は構成要件によっては把握できないのであろうか。

この問題に対して、キューパーは以下のように述べている[184]。

「犯罪構成要件が、既遂に後続する事象もなお把握するのかどうか、そして把握するのであれば

---

181 Kühl,a.a.O.(Fn178),S.733f.
182 Kühl,a.a.O.(Fn178),S.734f.
183 Kühl,a.a.O.(Fn178),S.734f.
184 Wilfried Küper, Grenzfragen der Unfallflucht,JZ,1981,S.251ff.

どの程度まで把握するのかという終了概念に関する中心的問題は、構成要件解釈の本質的問題であり、この本質的問題は、一般的決定と矛盾するのである。この本質的問題は、『犯罪を既遂にするために必要な、犯罪行為の必要最低条件が満たされていること』によって、消極的意味において先決されるべきではない(既遂を認めるために必要な犯罪行為の最低条件が満たされているから、その後の事象は構成要件によっては把握できないという先決はなされるべきではない)。例えば、本来的に反復的犯罪構造を示す継続犯の構成要件や、反復的行為構造を許す構成要件がこのことを示しているのである。後者の例としては、傷害罪の構成要件は、当該犯罪は、最初の身体の完全性の侵害により形式的に既遂になるにも関わらず、首絞めや複数回にわたる殴打により身体的苦痛を継続的に加えられることによって、更に実現されるのである。ここでは、既遂というのは、以下の過程として理解される。その過程の第一段階が、犯罪を成立させるための最低条件を特徴づけるのであるが、このことが、更なる構成要件実現の可能性を排除するわけではないのである。」

上述のように、キューパーは、状態犯として挙げられる傷害罪においても、継続的に暴行が加えられるケースでは、傷害罪が既遂になった後の事象は、なお構成要件によって把握されることを指摘する。但し、キューパーが指摘する傷害罪のケースは、既遂後もなお実行行為である傷害行為が継続しているケースであり、キュールが分析した BGH の立場からも、このケースでは、構成要件によって把握することがなお可能であると可能であるため、財産犯や所有権犯罪における終了段階を批判するキュールに対する反論にはなっていないと考えられる。

そこで、この問題に関して以下のように述べている、イエシェックの見解が参考になる[185]。「法律の文言に従えば、『既遂』と『行為の完全な可罰性』がある時点に生じるという事実は、不法実現に、なお直接的に加わる『後続する犯罪段階(nachfolgende Verbrchensphase)』は、不可罰であるべきであるということを必然的に意味するわけではない。立法者が、全体事象から一断面を記述したにすぎず、既遂によってこのことを強調したにすぎない場合には、このことは、処罰が、この部分にのみ制限されるということを当然に意味するわけではないのである。むしろ、完全な可罰性のための前提条件としての最小（最低）構成要件を固定することだけが、問題になっているのである。このことは、刑事政策的理由から、既遂が前倒されている犯罪類型において妥当するのである。」

その上で、イェシェックは、刑事政策的理由から既遂が前倒されている犯罪類型として危険犯を挙げ、危険犯では犯罪経過の終了は、「保護された行為客体の侵害の発生」あるいは「危殆化の中止」によって生じることを指摘している[186]。また、窃盗罪においても、「窃盗は物の奪取によって完結するのではなく、所有者と同程度の支配力を作り出すこと」によって完結することを指摘している[187]。

イェシェックが指摘するように、放火罪などの危険犯では、客体が独立燃焼するに至った後も、

---

185 Hans Hainrich Jescheck, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, in Festschrift für Hans Welzel,1974,S.690f.
186 Jescheck,a.a.O.(Fn185),S.685f.
187 Jescheck,a.a.O.(Fn185),S.685f.

独立燃焼を続けて延焼し、公共の危険が増大している以上、既遂と終了を分離し、既遂後の事象を構成要件によって把握することは可能であるように思われる。しかし、窃盗罪においても、既遂と終了を区別し、窃盗犯人が盗品に対して所有者と同程度の支配力を作り出すまでは、窃盗罪は終了していないと考えるイェシェックの見解には賛同できない。なぜならば、他人の財物を窃取した以降の事象は、財物が盗まれた違法な状態が継続しているに過ぎず、構成要件によってはもはや把握できないからである。キュールも、盗品の確保は、確かに財産侵害を強化しているが、これは奪取によって生じたものではないため、奪取後の事象は構成要件に関連付けられない段階であることを指摘している[188]が、この指摘は妥当であると思われる。

このように考えると、既遂後であっても、当該事象が構成要件によってなお把握できる限りは、既遂と終了を分離して考えることは可能であるように思われる。そこで、大阪高裁の大麻譲り受け罪のケースを再度検討すると、大麻を譲り受けた後の事象は、行為者が大麻を所持している違法な状態が継続しているに過ぎず、当該事象を構成要件によって把握することは不可能であるように思われる。BGH のような、財産犯や所有権犯罪においても、既遂から終了までの事象を実行行為が継続していると考える見解は、持凶器窃盗罪（刑法 244 条）や犯情の重い強盗罪（刑法 250 条）という、我が国とは異なった規定を持つドイツ特有のものであり、構成要件を形式的にではなく実質的に把握する立場[189]を基礎としていると考えられるが、このような見解は妥当ではないだろう[190]。

---

188 Kühl,a.a.O.(Fn178),S.731f.

189 例えば、ドイツの体系書においても、「我々が終了概念に対して、構成要件から離れた任意的な事象行為と法的効果を組み込まない限りは、基本法 103 条 2 項との抵触を危惧すべきではない。他方で、我々は、法の文言との硬直的に高められた結びつきによって、終了段階に対してあまりにも狭い境界を設定してはならない。終了段階は、刑罰構成要件において、形式的に記述されるのではなく、構成要件の基礎にある禁止の意味によって実質的に把握されるのであり、構成要件的不法実現の構成要素として現れる」という指摘がなされている。
Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil,44 Auflage,2014,S.248

190 イェルーシェックも例示していた、犯情の重い強盗罪の成否が問題になった判例として、BGHSt 20 194 が存在する。この判例は、被告人が、農民夫婦を地下室に閉じ込め、その間に、農民夫婦の寝室に侵入し、大量の現金をポケットの中に窃取し逃走しようとしたところ、出口につながる廊下で、地下室から脱出した農民夫婦に再度出くわしたため、被告人はおもちゃのピストルで、農民夫婦を殴打し意識を喪失させた後、逃走したという事案である。BGH は、以下のように述べて、犯情の重い強盗罪の成立を認めた。
「LG の見解によれば、地下室から脱出した農民夫婦と被告人が再度出くわした時に、現金の奪取は既遂にはなっていなかったことになるが、この判断に対しては疑問が生じる。これまでの所有者の占有が放棄され、物が強盗犯人の事実上の処分権の下に達した場合には、被告人の強盗は既遂になるのである。・・しかし、本件では、被告人が農民夫婦に遭遇した際に、被告人の強盗が既遂なのか未遂なのかという問題が決定される必要はない。いずれにしても、この時点（被告人が農民夫婦に暴行を加えた時点）では、犯罪行為は終了していなかったのである。被告人は、暴行による他人の物の奪取を未だ完結させていないのである。被告人は、未だ農民夫婦の家に滞在し、家から去ろうとしていたのであり、そして、先程手に入れた現金に対する支配を強固・確実なものにしようとしていたのである。それゆえに、被告人は紙幣の奪取を終了していないのである。この行為部分の間に、被告人は、威嚇用に用意していたおもちゃのピストルを殴打のために利用したのである。そして、そのように利用された場合には、おもちゃのピストルも、刑法 250 条 1 項の意味における危険な道具又は武器となるのである。武器の使用は、被告人の行為を

結局、窃盗罪や強盗罪等の財産犯や、大麻・麻薬譲り受けのケースでは、既遂後から実質的終了に至るまでの事象は、構成要件によって把握することは不可能であるため、なお実行行為が継続していると考えることはできない。それゆえに、大麻譲り受け罪の成否が問題になった大阪高裁のケースは、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」＝「譲り受け行為」である点、譲り受けた時点で故意が存在せず、大麻譲り受け後の事象を実行行為として把握することはできない点に鑑みれば、大麻譲り受け後に大麻であることの認識が生じたとしても、実行行為時における同時存在原則は満たされておらず、行為者は不可罰になると考えるべきであろう。

仮に、大阪高裁のケースで、行為者に大麻譲り受け罪の成立を認めてしまうと、刑法上不可罰とされる事後の故意との区別も困難になろう。事後の故意とは、「行為者が故意を生じた時点で、客観的行為事象の一部が既に完結している場合には、完結した部分が行為者に故意的に帰属されることはできないことを説明する理論[191]」と一般には説明されるが、大麻譲り受け罪のケースでは、大麻を譲り受けた時点以降の事象が、構成要件によって把握できない以上、譲り受けた時点で大麻譲り受け罪は終了している。譲り受けた時点以降で生じた故意は、まさに事後の故意であり、行為者に大麻譲り受け罪の成立を認めた大阪高裁の結論は、妥当ではないと思われる。

加重強盗へと高めるのである。刑法 250 条 1 項の行為遂行の際にという文言は、行為者が最初から武器を携行しなければならないということを意味するわけではない。むしろ、行為者が、犯罪行為の経過の中の何らかの時点で、いつでも自由に使える程度に、武器を携行していることで十分なのである。このことが既に、武器を用いた強盗の特別な危険性を根拠付けているのであり、このような理由から、刑法はこのような遂行形態を、より重い刑罰で威嚇しているのである。その際に、強盗が既遂になるまでの構成要件メルクマールの実現だけが、行為経過（Tathergang）の下で理解されるだけでなく、強盗の事実的終了までの事象も、行為経過の下で理解されなければならないのである。このような広範な解釈だけが、刑法 250 条 1 項の目的を正当に評価するのである。」

つまり、BGH は、強盗罪が「既遂」になっていても「終了」していなければ、その間に凶器を携行した者には加重強盗罪が成立すると判断していることからすれば、強盗罪が終了するまでは、なお実行行為は継続していると考えることになる。このような BGH の論理の背後には、「最初から凶器を携行して強盗を遂行する場合と、事後的に凶器を携行して強盗を遂行する場合とで、危険性は変わらないことから、両者はパラレルに扱われるべきである」という意図が推測されるが、既遂から終了に至るまでの事象を構成要件によって把握することができない以上、このような解釈には賛同できない。

191 ヤコブスは、以下のような例を挙げて、このことを説明する。

例：Z は寝たばこにより、自分が勤務する会社の倉庫を放火してしまった。C は、倉庫が燃えているのに気付いたが、常日頃から会社が倒産すればよいと思っていたので、このことを幸いとして、消火措置をとらずに会社から逃走した。

ヤコブスは、「設例では、放火行為時に Z に故意が存在しない以上、同時存在原則の観点からは、Z は故意の放火行為を遂行してはいない。しかし、不作為犯では、非故意行為に故意行為は連結することができるため、Z には不作為による故意の放火罪（13 条・308 条）が成立する」と述べている。Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner　Teil,1993,S.256f.

③承継的幇助のケース

まず、BGHSt 6 248 は、窃盗罪（242 条）における終了時期と共犯の関係が問題になった事案である。この事案では、被告人が W を殴打した際に、先行者である L の窃盗罪が終了しているとすれば、同時存在原則の観点から、被告人の殴打行為は傷害罪（223 条）として評価されることになる。他方で、L の窃盗罪が終了していないとすれば、同時存在原則の観点から、被告人の殴打行為は先行者 L の窃盗罪との関係で、窃盗罪の幇助犯として把握されることになる[192]。大麻譲り受け罪の部分で検討したように、窃盗罪においても「既遂」と「終了」を区別する BGH の立場からは、被告人の W へ殴打行為の時点で、L の盗品に対する占有は確実になっていなかったことから、L の窃盗罪は終了していない。それゆえに、被告人の W への殴打行為は、L の盗品確保を助長促進したものといえるから、窃盗罪の幇助犯が成立することになる。

しかし、窃盗罪では、既遂後の事象は、他人の財物が窃取されたという違法状態が継続しているに過ぎず、構成要件によって把握することができないことから、既遂になると同時に当該犯罪も終了すると解すべきである。それゆえに、同時存在原則の観点からは、被告人の殴打行為は、L の窃盗罪終了後になされたものと考えるべきであり、窃盗罪の幇助犯ではなく、傷害罪として評価されるべきであり、BGH の見解には賛同できない[193]。

次に、RGSt 71 193 と JR 1961 94 は、共に放火罪（306 条）の「終了時期」および「共犯との関係」が問題になった判例である。同時存在原則の観点からは、被告人が関与した際に、先行者の放火罪が終了しているとすれば、被告人単独での放火罪の成否が問題になるが、先行者の放火罪が終了していないとすれば、先行者との関係で共犯の成否が問題になる。

両判例共に、放火罪が既遂になった以降も、共犯としての関与が可能であると述べている点では、共通している。しかし、終了時点を認める根拠は、両判例で異なる。RGSt 71 193 では、「被告人の母親の故意が、家畜小屋の放火にまで及んでいた」ことから、被告人が、納屋が燃えているのを見た時点で、放火罪が既遂になっていたとしても、被告人の母親の犯罪は未だ終了していないと説明されている。他方で、JR 1961 94 では、放火罪では、実行行為である放火行為と、それにより開始された、放火された対象物の最終的破壊までの自然現象の継続は、放火段階と燃焼段階において概念的に分離されるだけで、実際には統一的事象を示していることから、「対象物が、全焼しない限り」は、共犯としての関与も可能であると説明されている。つまり、RGSt 71 193 では、「母親の故意」という先行行為者の主観面に依拠して終了時期を根拠づけ、JR 1961 94 では、「放火された対象物の全焼」という客観面に依拠して終了時期を根拠づけているといえる。

それでは、第一に、放火罪では、「既遂」と「終了」を分離することは可能なのであろうか。本稿は前述のように、放火罪においては、「既遂」と「終了」を分離することは可能であると考

192 なお、本件では、被告人が盗品を所持していないことから、被告人の殴打行為に事後強盗罪を認めることはできないことが判決中で指摘されている。

193 同時存在原則との関係では、承継的共犯の場合には、先行者の犯罪が終了しているかどうかが決定的な問題なのであり、後行者に成立する同時存在原則は、実行行為時における同時存在原則なのかそれとも因果関係の起点としての行為時における同時存在原則なのかという問題は重要ではないように思われる。

える。確かに、放火罪では、火が対象物を離れて独立して燃焼した場合に、既遂に至る。しかし、そのことから既遂後の事象は不可罰であることが必然的に演繹されるわけではない。放火罪は危険犯であり、危険の発生により既遂になるが、それは単に条文が既遂に焦点を合わせたにすぎず、既遂後も対象物が独立燃焼を続け、公共の危険を増大させている限りは、放火罪は、なお終了していないと解するべきである。イェシェックも、放火罪は危険犯であり、危険は構成要件的メルクマールではないことから、刑事政策的な理由から既遂時期が前倒されていることを指摘していた[194]ように、放火罪では、既遂というのは全体事象の一断面を記述したにすぎず、後続する犯罪段階が不可罰であることを必然的に意味するわけではないとして、放火罪においては、「既遂」と「終了」を分離すべきである。

そして、「生命・身体・建造物に対する危険の発生」によって「既遂」に達するが、「危険の消失又は危険の侵害への転化（例えば対象物の全焼）」によって「終了」すると考える。この本稿の立場は、RGSt 71 193 のような、行為者の主観的基準に依拠して終了時点を認定する立場とは矛盾するように思われる。しかし、この判例は、「被告人が世襲土地にある納屋が燃えているのを見た時に、放火罪が既遂になっていたかどうかは不明であったこと」、「母親の放火故意が納屋だけでなく家畜小屋にまで継続していることから、仮に放火罪が既遂になっていたとしても幇助は可能であるということを、あくまで傍論の中で述べているにすぎないこと」、「被告人は世襲土地の保険に加入していたことから、被告人には消火義務があったとする」などの特殊性が存在することから、放火罪の終了時点に関する先例としての拘束性が、どこまで存在するのかは疑わしいように思われる。それゆえに、放火罪の終了時期は、「危険の消失又は危険の侵害の転化（対象物の完全な焼失）」という客観的基準に依拠すべきであるように思われる。

なお、仮に、放火罪は「既遂」に達すると同時に「終了」すると考えると、例えば JR1961 94 の事案では、被告人が H の家が燃えているのに気付いた時には、先行者の放火罪は終了していることになり、被告人は放火罪の単独正犯として処罰されることになる。実際、JR1961 94 の原審は、被告人を放火罪の単独正犯として処罰したことから、既遂後の火の延焼・拡大はもはや放火とはいえず、放火罪では「既遂」＝「終了」と考える立場に依拠しているように思われる。

しかし、この結論には疑問がある。なぜならば、放火罪において「既遂」と「終了」を同視して考える見解からは、JR 1961 94 のような、先行者が建造物に放火し既遂になった後に、新たな火元を創出したわけではなく、現存する火元を拡大したにすぎない被告人は、「放火した」わけではないから、不可罰になるはずであるが、原審は被告人を放火罪の単独正犯としている[195]。恐らくその理由は、先行行為者の放火による火元を拡大した行為者を不可罰とするのは妥当でないと考えているためと推測される。しかし、放火罪において「既遂」と「終了」を同視する見解が、構成要件の解釈に厳格な立場を基礎にしていながら、火元を拡大した行為を「放火した」と解釈することは、一方では構成要件を厳格に解釈しながら、他方では構成要件を緩やかに解釈す

194 Jescheck,a.a.O.(Fn185),S.690f.

195 JR 1961 94 の判旨の中でも、放火罪が終了していないと解さない限り、現存する火元を拡大したにすぎない本件の被告人は不可罰になるという帰結を避けることはできないことが指摘されている。

るものであり、論理矛盾であるように思われる。また、仮に構成要件を緩やかに解釈したとしても、現存する火元を拡大する行為を放火行為とみなすことは、放火罪の正犯と幇助犯の区別を不明瞭なものにする点に鑑みれば、不可能であるように思われる。

以上から、同時存在原則の観点からは、JR1961 94 の事案は、被告人が H の家が燃えているのに気付いた時に、放火罪は「既遂」になっていたが、未だ「終了」しておらず、被告人は H の家にガソリンを撒くことによって現存する火元を拡大させたことから、被告人には放火罪の幇助犯が成立すると解すべきである[196]。

④承継的共同正犯のケース

BGHSt2 344 のケースでは、後行者である被告人 N に対して、先行者 P が N の関与前に遂行した加重事由も含めて、加重窃盗罪（243 条 1 項 2 号）の成立が認められている。同時存在原則の観点からは、N の関与前の P 単独の加重窃盗罪については、N は責任を負わないと考えられることから、BGH の判断は、同時存在原則に反するものなのかどうかが問題になる。

BGH は、判旨の中で、「ある者が、これまでの事象を認識し同意した上で、共犯者として関与する場合には、合意は、犯罪計画全体に関連づけられている。そして、合意は、統一的犯罪それ自体として、共犯者に刑法的に帰属させる力を持つのである。既に完全に完結した事象に対しては、他の共犯者によって創出された状況を認識し、是認し、利用したとしても、合意は可罰的責任を根拠づけることはできない。」と述べている。

この判旨からは、BGH は以下のように考えていると推測される。つまり、後行者が、先行者のこれまでの事象を認識した上で同意して関与する場合には、合意は先行者の犯罪全体計画に及ぶ。しかし、後行者の合意の段階で、先行者の犯罪が既に完結している場合には、後行者の合意が存在しても、先行事情は後行者に帰属させることはできない。そして、本件では、N が関与する時点で、先行者 P の犯罪（窃盗罪）は未だ終了していないと BGH は判断したことになる。

BGH は、前述のように、窃盗罪においても「既遂」と「終了」に分け、「窃取」によって窃盗罪は既遂に達するが、「窃盗犯人が盗品に対する占有を確実にすること」によって初めて窃盗罪が終了すると解する見解に立脚するが、上述した BGH の論理に対しては疑問が生じるようにも思われる。なぜならば、BGHSt 2 344 のケースでは、先行者 N は販売店への侵入し食料品を

196　西田ほか・注釈・前掲（注 45）858 頁［島田聡一郎］では、「もっとも、犯罪の既遂と終了は異なるから、既遂後であっても、先行者の行為が続いている場合や、法益侵害がなお可能な段階で加功すれば、共犯が成立しうることには注意を要する。このことは、当該犯罪が状態犯か継続犯かとは必ずしも対応しない・・ただし、共犯の成立には、正犯の行為を介した因果性が必要だと考えれば、犯罪終了前の加功でも正犯行為終了後には、共犯は成立しえないことになる」と指摘されている。つまり、共犯は、「他人の実行行為を介して法益侵害結果に因果性を有する場合」にのみ認められると考えるのであれば、本件のような放火罪が終了していない場合に、実行行為が継続しているのか又は構成要件的結果が継続しているのかが問題になり、仮に、構成要件的結果が継続しているに過ぎないと考えれば、被告人には放火罪の幇助犯は成立しないことになる。他方で、共犯は、「法益侵害結果に因果性を有する場合」に認められると考えれば、実行行為の継続か又は構成要件的結果の継続かという問題に関わりなく、被告人には放火罪の幇助犯の成立がすることになり、本稿もこの立場を支持するものである。

盗んだ後に、盗品を被告人の家に持ち帰ってきていることから、盗品に対する占有は確実なものとなり、N の窃盗罪はこの時点で一度終了しているようにも思われるからである。しかし、BGHSt 2 344 は、「P は、N との再度販売店に侵入し食料品を盗むことを、予め決めていた」という理由から、N の窃盗罪は、「被告人との再度の販売店への侵入し、被告人の家で盗品を分けた段階」で終了すると判断した。それでは、このような BGH の見解は妥当なのだろうか。

この問題を考える際には、ハウの見解が参考になる[197]。ハウは、「共犯と終了段階」を考えるに当たって、終了概念を、「真正な終了(Echte Beendigung)」と「不真正な終了（Unechte Beendigung)」に分ける。「真正な終了」とは、「構成要件に基づいて構成された終了段階」のことであり、例えば、窃盗罪では、既遂後に盗品に対する占有が確実になるまでの段階、放火罪では、既遂後に危険が消失するまでの段階を指す。このような真正な終了段階に関与した者は、事後的関与者と正犯者との間の合意は、1 つの統一的犯罪全てに及ぶため、共同正犯や幇助が認められることになり、決して事後の故意を認めることにはならないことをハウは指摘する。なぜならば、事後の故意は、既に完結した行為を前提としており、真正な終了のケースでは行為は未だ終了していないのである。

他方で、「不真正な終了」とは、「構成要件に基づいて構成されない終了段階」であり、例として、「行為者が統一的故意に基づいて、連続して窃盗を行い、盗品を自宅に搬送する場合」をハウは挙げる[198]。つまり、敷衍すれば、窃盗罪の構成要件は本来、連続する窃盗行為を予定していないことから、行為者が遂行した窃盗の数だけ窃盗罪が成立するように思われるが、行為者の統一的故意というメルクマールを基準にすることで、一罪として扱われることから、行為者の最後の窃盗の終了を以て、行為者の犯罪が終了するということになる[199]。そして、BGHSt2 344 は、ハウの分類に従えば、「不真正な終了」が問題になるケースといえる。そして、ハウは、「不真正な終了と共犯」の関係については、以下のように述べている[200]。

「不真正な終了という独立した存在を否定し､終了という存在を構成要件的行為の一体性の領域でのみ是認する者に対しても、この結論（事後的関与者に対しても、1 つの統一的行為を想定すること）は、認められるのである。なぜならば、このケースでは、構成要件の解釈は、繰り返される構成要件該当性を、1 つの犯罪遂行として解釈することを許すからである・・統一的犯罪結果（einheitliche Deliktserfolg）は、個々の行為から、個々の独立した意味を奪うのであり、その結果として、事後的関与者に対しては、正犯者の全体計画が、なお完全に実現されていない限りにおいて､原則的に､既に実現された個々の行為が帰属されるのである・・但し、この論理は、あらゆる帰属の前提条件から生じる重要な制限を被る。帰属の出発点は、事後的関与者は、統一

197 Helmut Hau, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen,1974,S.115f.
198 ハウは、このような事例を、「自然的行為の一体性(natürliches Handlungseinheit)」のケースと呼んでいる。Hau,a.a.O.(Fn197),S.116f.
199 イェシェックは、ハウが指摘する「不真正な終了」が問題になるグループを、既遂と終了の区別が、「行為の偶然的形態」によって生じるグループとして位置づけている。Jescheck,a.a.O.(Fn185),S.691f.
200 Hau,a.a.O.(Fn197),S.118f.

的事象へと介入するということである。既に実現された加重事由を単に利用する意思では、不十分なのである。その際に確認すべきことは、加重事情は、終了段階まで更に実現されているということが前提となっていることである。例えば、窃盗犯が侵入後に、盗品を事後的関与者と共に運搬する場合には、確かに加重事情が更に作用する。しかし、以下のケースでは事情が異なる。それは、最初に正犯者が武器を用いて傷害を遂行し、その後、事後的関与者と共に、刑法 223 条 a(危険傷害罪)の前提条件なく傷害を遂行する（武器を使わずに傷害を行う）場合である。事後的関与者が関与する前に、危険な傷害行為は完全に完結している。それゆえに、資格付与のメルクマール（刑法 223 条 a の危険傷害罪のメルクマール）は、その後に共同して遂行された傷害行為に、何ら影響を及ぼさない。このようなケースで、事後的関与者に、正犯者と同様の統一的行為を帰属させることは、事後の故意を認めることになるのである。」

つまり、ハウによれば、不真正な終了のケースでも、先行者単独で遂行した部分も含めて、後行者には共同正犯が成立することになる。その理由として、構成要件の解釈は、繰り返される構成要件該当性を、1 つの犯罪遂行として解釈することを許容することをハウは主張する。但し、ハウは、この論理が認められるのは、連続する犯罪が同一犯罪の場合に限り、異なる犯罪の場合には、先行犯罪が完結しているため、先行者単独で遂行した部分は、後行者には帰属されないことを指摘する。

本稿は、BGH のように、窃盗罪においても既遂と終了を区分するハウの見解には前述のように賛同できない。しかし、連続する犯罪が同一犯罪である限りにおいて、繰り返される構成要件該当性を 1 つの犯罪遂行として捉えることは、ハウが述べる構成要件の枠内による解釈としてなお可能であるように思われる。このように考えると、BGHSt 2 344 のケースは、連続する犯罪が加重窃盗罪という同一犯罪であるため、先行者 P の犯罪は、被告人 N が関与した時点では、未だ終了していないことになる。そして、P の犯罪が構成要件的に一罪として評価されることから、N の関与前の P 単独で遂行した加重窃盗の部分も含めて、N には加重窃盗罪の共同正犯が成立することになる。それゆえに、BGH の結論は妥当であるように思われる。

なお、本稿のような立場に対しては、以下のような批判が想定される。それは、ハウが指摘する不真正な終了のケースでは、後行者に、自己の関与前の先行者の犯罪が帰属されるのかどうかは、先行者の犯罪に一罪性が認められるかどうか、BGHSt2 344 のケースに即して言えば、先行者に故意の連続性が認められるかどうかという先行者の主観に依存することになるため、後行者は自己の関与前の部分については共犯の責任を負うべきではないというものである。つまり、先行者 P が遂行した窃盗罪は確かに一罪として評価できるが、それはあくまで P との関係においてであり、事後的関与者である被告人 N との関係では、一罪として評価することはできないということだろう。しかし、BGH が指摘するように、N は自己の関与前の P の状況を認識した上で、それを利用する意思で P の犯罪に関与しているのであるから、N の関与前の P 単独で遂行した加重窃盗が帰属されるかどうかは、P の主観に依存するわけではないので、このような批判はあたらないだろう。

同時存在原則の観点からは、先行者の犯罪が終了していない限りにおいて、後行者は先行者の

犯罪を承継することは可能であり、後行者 N には、窃盗罪の共同正犯が成立することになる。

第五節　小括

直接単独正犯の場合には、故意と実行の着手は連動しており、実行の着手が認められる場合には故意が認められ、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」という公式が成立することから、実行行為と故意の同時存在原則が充足される。それゆえに、同時存在原則の観点からは、結果発生時まで行為者が故意を維持している必要はない。遅すぎた結果の発生のケースは、因果関係の起点としての第一行為時に実行の着手が認められ、故意が認められる。早すぎた結果発生のケースも、因果関係の起点としての第一行為時に実行の着手が認められることで、一連の行為に関する認識が認められるため、故意が認められる。行為者の認識と実際の因果経過のズレに関しては、因果関係の錯誤として扱えば足りる。

他方で、離隔犯や間接正犯の場合には、到着時又は被利用者の行為時に実行の着手が認められるが、故意については行為者の最終行為時（因果関係の起点となる行為時）が基準となることから、故意と実行の着手は連動していない。それゆえに、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないため、「実行行為と故意の同時存在原則」が妥当しないことになり、同時存在原則が問題になる非同時的事例といえる。但し、行為者が、実行の着手前である行為者の最終行為時（因果関係の起点としての行為時）に、故意が認められる場合には、行為者には故意既遂犯を認めることができ、「因果関係の起点としての行為と故意の同時存在原則」が妥当することになる。

故意が事後的に生じる第一のケースとして、盗品保管罪と大麻譲受け罪のケースが挙げられる。盗品保管罪の場合には、因果関係の起点としての行為並びに実行行為は占有移転行為であり、保管行為を実行行為と解することはできない。それゆえに、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」＝「占有移転行為」であることから、盗品を譲り受けた後に行為者が盗品であることを認識しても、実行行為と故意の同時存在原則が満たされず、行為者には盗品保管罪は成立しない解するべきであり、盗品保管罪の成立を認める判例の見解は妥当ではない。

他方で、大麻譲受け罪の場合には、譲り受け後に大麻であることを行為者が知情した場合にも、判例は大麻譲り受け罪の成立を認めていた。仮に、既遂から当該犯罪が実質的終了に至るまでの間は、なお構成要件に関連づけられているため、実行行為として評価することが可能であると考えれば、判例のように大麻譲り受け罪の成立が認められることになろう。現に、ドイツの財産犯における判例では、既遂と終了を区別する立場に基づき、当該犯罪が既遂に至っても、実質的終了までは実行行為が継続しているとする見解が採用されていた。しかし、大麻譲り受け後の事象は、違法な状態が継続しているに過ぎず、構成要件によっては把握できないため、実行行為として評価することはできない。大麻譲り受け罪のケースでは、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」＝「大麻譲り受け行為」であり、大麻譲り受け行為の際に、行為者には大麻であることの認識が欠ける以上、実行行為時における同時存在原則の観点からは、大麻譲り受け罪は成立しないと解するべきであり、大麻譲り受け罪の成立を認める判例の見解は妥当で

はない。

故意が事後的に生じる第二のケースとして、ドイツでは、承継的幇助と承継的共同正犯のケースが指摘されていた。同時存在原則の観点からは、両ケース共に、先行行為者の犯罪が「既遂」に達していても、既遂後の事象が構成要件によって把握しうる限りは「終了」していないと解釈することができるので、後行者は先行者の犯罪を承継することが可能であり、承継的共犯の成立を認めることができる。

終章

本稿では、同時存在原則について、包括的に検討を行ってきた。これまでの考察で明らかになった事を以下に要約する。

序章では、同時存在原則はこれまで「責任能力」との関係で、「実行行為と責任能力の同時存在原則」という形でしか問題にされてこなかったが、「自招危難」、「自招防衛」、「違法性の意識の可能性」、「早すぎた結果発生」、「遅すぎた結果発生」、「盗品保管罪」等においても問題になることを確認した。なぜならば、実行行為時における同時存在原則の観点からは、実行行為時に犯罪を構成する要素が全て同時存在しなければならず、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮することは、同時存在原則に反する様に思われるからである。しかし、従来の議論は、これらのケースを考えるにあたって、同時存在原則との関係については触れずに、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を暗黙裡に考慮していたといえる。

そこで、本稿は、実行行為時における同時存在原則が妥当しないケースを、非同時的事例と位置づけ、非同時的事例を同時存在原則の観点から検討することで、同時存在原則を再度検討することを試みた。但し、「中止犯」や「被害者の同意」などの、犯罪の成立を否定する要素が問題になるケースに関しては、本稿の検討対象からは外し、犯罪の成立を肯定する要素と同時存在原則との関係を考察した。

本稿は、第一に、同時存在原則とは、「実行行為時における同時存在原則」を意味するのではなく、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」を意味すると考え、実行行為時における同時存在原則は、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則の中に含まれている（包含関係にある）と考える。その上で、本稿は、第二に、従来考えられてきた、実行行為時における同時存在原則は、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」という公式が成立する同時存在原則が問題にならないケースに妥当すると考える。他方で、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」という公式が成立しない、つまり実行行為時における同時存在原則が妥当しない非同時的事例は、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」が妥当し、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点から解決されるべきことを主張するものである。

本稿が新たに提唱する、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則に対しては、行為概念を不当に拡大するものであり、同時存在原則を形骸化させるものであるとの批判が想定される。この批判は、「実行行為時に犯罪を構成する全ての要素が存在することから、犯罪の成否

を検討するに当たっては、実行行為時の犯罪構成要素を考慮すれば足り、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮することは、行為責任主義に反することになる」という主張に基づいていると推測される。しかし、非同時的事例では、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素が行為者の責任を決定づけているのであり、これらのケースで実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮することは、決して行為責任主義に反するものではない。加えて、行為責任主義から演繹されることは、「当該行為が結果と因果関係を有して初めて、結果は当該行為に帰責されるということ[201]」であるから、同時存在原則にいう行為を、「因果関係の起点としての行為」として解釈することは、決して行為責任主義を没却させるものではないと思われる。

第一章では、ドイツの同時存在原則における議論を概観した。ドイツでは、ルシュカ[202]とイェルーシェック[203]が、同時存在原則についての総論的な検討を行っていた。イェルーシェックは、同時存在原則にいう同時性には、「形式的同時性」と「規範的同時性」の 2 つが存在することを指摘していた。イェルーシェックによれば、形式的同時性とは、実行行為時において犯罪を構成する全てのメルクマールが存在する場合を意味し、形式的同時性が満たされるケースは、同時存在原則が問題にならないケースといえる。他方で、規範的同時性とは、厳密な同時性を求めず、立法上または裁判上の決定を通して、問題となる犯罪行為との関連で、犯罪を構成するメルクマールの実質的同時性を意味し、同時存在原則が問題になるケースといえる。とすれば、実質的同時性とはどのような基準に従って判断されるかが問題になるが、イェルーシェックは、この問題については明らかにしていなかった。

他方で、ルシュカは、形式的同時性を遵守する立場から、規範的同時性が問題になるケースについては、規範を第一次レベルの規範と第二次レベルの規範に区別する独自の責任論に依拠することで、第二次レベル規範違反が問題になるケースと同視し、この場合には、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮することが例外的に認められる「例外的帰属」として行為者の処罰を認めていた。しかし、なぜ規範を第一次レベルの規範と第二次レベルの規範に区別することができるのか、なぜ第二次レベル規範違反ならば、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮できるのかがという点が不明であるため、ルシュカの見解には問題点が存在していた。そこで、本稿は、実行行為時における同時存在原則が妥当せず、規範的同時性が問題になる非同時的事例については、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点に基づいて解決されるべきとの問題意識に基づいて、非同時的事例における各論的考察を次章以降で行った。

第二章では、「故意犯と原因において自由な行為」と同時存在原則の関係について検討した。「故意犯と原因において自由な行為」では、結果行為が実行行為であり、原因行為（自招行為）は因果関係の起点としての行為であることから、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しない。それゆえに、実行行為時における同時存在原則が妥当しないケースといえる。本稿は、原因行為を実行行為ではなく、因果関係の起点としての行為と捉

---

201 このような指摘をするものとして、生田・前掲（注 7）103 頁。
202 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.1ff.
203 Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn13),S.417ff.

え、原因行為と結果・結果行為の間に因果連関・責任連関が認められる限りで、因果関係の起点としての行為と責任能力の同時存在原則が満たされ、行為者に責任を問う事ができると考える。また、実行行為途中からの責任能力減退のケースでは、実行行為終了時である結果行為時に責任無能力である点に鑑みれば、原因において自由な行為とパラレルに考えることができ、因果関係の起点となる原因行為と、結果・結果行為の間に、因果連関・責任連関が認められる限りで、因果関係の起点としての行為と責任の同時存在原則が満たされることになることを明らかにした。

第三章では、「過失犯と原因において自由な行為」並びに「違法性の意識の可能性」と同時存在原則との関係について検討した。「過失犯と原因において自由な行為」では、原因において自由な行為という概念の要否が問題になっていた。この問題は、実行行為を故意犯と過失犯とで同様に考えるべきか否かに起因する。本稿は、故意犯処罰が原則であることや、未必の故意と認識ある過失の区別が非常に困難であることの理由に鑑みれば、故意犯と過失犯とで実行行為を同様に考える立場に立脚する。その上で、過失犯と原因において自由な行為では、故意犯と原因において自由な行為の場合と同様に結果行為が実行行為であるため、原因行為を考慮するためには、原因において自由な行為に依拠する必要がある。原因行為と結果・結果行為が、因果連関・責任連関が満たされる限りで、因果関係の起点としての行為と責任の同時存在原則が満たされることになることを明らかにした。「違法性の意識の可能性」については、実行行為時に違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前に違法性の意識の可能性が存在するケースとして、「ドイツの、「特別な法的規制領域における禁止の錯誤」が、同時存在原則が問題になる規範的同時性のケースとして指摘されていた[204]。しかし、ドイツの「法的特別規定に関する禁止の錯誤」をめぐる問題は、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無の判断の枠組みの中で解決可能であり、実行行為時に違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前に違法性の意識の可能性が存在するケースというのは観念しえないのである。それゆえに、違法性の意識の可能性については、同時存在原則は問題にならない。

第四章では、「自招防衛」「自招危難」と同時存在原則の関係について検討した。「自招防衛」、「自招危難」においては、実行行為（防衛行為・避難行為）以前の犯罪構成要素である「自招行為」をどのように考慮するかが問題になる。学説では、同時存在原則の観点から、例外モデルに基づいて統一的解決を主張する見解[205]、構成要件モデルに基づいて統一的解決を主張する見解[206]、事前責任論に基づいて統一的解決を主張する見解[207]が存在していた。これらの見解はいずれも、実行行為時における同時存在原則が妥当しない非同時的事例は、統一的解決が図られるべきことを主張するものであり、その限りでは正当であるように思われる。しかし、いずれの見解にも問題点が存在し妥当な解決を導くことはできなかった。そこで本稿は、「自招防衛」や「自招危難」を、「原因において自由な行為」とパラレルに考え、実行行為は避難行為・防衛行為、因果関係の起点としての行為は自招行為であることから、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係

204 松原・前掲（注 75）261 頁以下。
205 Hruschka,a.a.O.(Fn12),S.285ff,356ff.
206 Maurach,a.a.O.(Fn132),S.373f.
207 松原・前掲（注 135）119 頁以下。

の起点としての行為」という公式が成立せず、実行行為時における同時存在原則が妥当しないことになる。それゆえに、自招防衛・自招危難では、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点から解決されるべきであり、自招行為と法益侵害との間に因果連関・責任連関を認めうる限りにおいて、行為者に責任を認める「原因において違法な行為」の理論に基づく解決が妥当であることを主張した。

第五章では、「故意」と同時存在原則の関係を検討した。「遅すぎた結果発生」のケースは、第一行為時に実行の着手が認められることから、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」＝「第一行為」であり、第一行為時に故意が認められる以上、実行行為時における同時存在原則が妥当し、同時存在原則は問題にならない。なお、同時存在原則を重視する立場から、殺人罪の成立を認めることは、第一行為と第二行為を一連一体のものとして扱うことで妥当ではないとの批判がなされていた。しかし、第一行為と結果の間の因果関係を肯定できるのであれば、第一行為のみを実行行為として殺人罪の成立を認めることも可能であるから、この批判はあたらない。「早すぎた結果発生」のケースは、第二行為との関係で第一行為に実行の着手が認められることで、行為者には、一連の実行行為に関する認識が認められるために、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」＝「第一行為及び第二行為（一連の実行行為）」であり、第一行為時に故意が認められる以上、それゆえに、実行行為時における同時存在原則が妥当し、同時存在原則は問題にならない。行為者の思い描いた因果経過と実際の因果経過のずれは、因果関係の錯誤として扱えば足りる。

直接単独正犯の場合には、実行の着手が認められる時点で故意が存在すれば足りるのであり、実行の着手と故意は連動している。他方で、離隔犯や間接正犯では、到達時又は被利用者の行為時に実行の着手が認められることから、実行の着手と故意は連動しておらず、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないため、実行行為時における同時存在原則が妥当しない。直接単独正犯の場合には、実行の着手が認められないと故意が認められないという事情が存在したが、離隔犯や間接正犯の場合にはこのような事情が存在しないため、行為者の最終行為時（因果関係の起点としての行為時）に故意を認めることができるのであれば、実行の着手前であっても故意既遂犯の成立を認めることができる。但し、この場合には、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が妥当する。

事後的に故意が発生するケースでは、単独犯の場合と共犯の場合が存在する。単独犯の場合としては、盗品保管罪と大麻譲受け罪のケースが挙げられる。盗品保管罪では、実行行為並びに因果関係の起点としての行為は占有移転行為であり、保管行為を実行行為と解することはできない。それゆえに、占有移転後に行為者に盗品であることの認識が生じても、実行行為時に故意が存在しない以上、実行行為と故意の同時存在原則は満たされないのであり、行為者は不可罰であると考える。他方で、大麻譲受け罪でも、実行行為及び因果関係の起点としての行為は、大麻譲受け行為であるため、大麻の譲受けの際に、行為者が大麻であることを認識していない以上、実行行為と故意の同時存在原則が満たされず、行為者は不可罰であるように思われるが、判例は大麻譲り受け罪の成立を認めていた。そこで、この判例の見解の当否を検討する上で、ドイツの見解を

参照した。ドイツでは、「財産犯や所有権犯罪においては、当該犯罪が既遂と終了を区別し、当該犯罪の実質的終了までの間を、なお実行行為として考える（zur Tat gehörigen Beendigungsphase）」という論理が、判例上採用されているとの指摘がなされていた[208]。この論理を、我が国の大麻譲受け罪のケースにも転用すれば「時間的場所的関係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持（占有）が継続している間」は、なお実行行為として評価することができ、一見すると実行行為と故意の同時存在原則が満たされるようにも思われる。しかし、大麻譲り受け後の事象を、構成要件によって把握することはできないため、実行行為が継続していると解することはできず、大麻譲り受け後に、大麻であることを認識した行為者には、大麻譲り受け罪が成立しないと解すべきである。事後的に故意が発生する共犯のケースとして、承継的幇助と承継的共同正犯のケースが挙げられる。同時存在原則の観点からは、先行者の犯罪が既遂に達した後の事象も、構成要件によって把握できる限り、なお終了していないと解することが可能であるから、先行者の犯罪が終了していない限りで、後行者は先行者の犯罪を承継可能であり、後行者には承継的共犯が成立する。

以上のように、本稿は、同時存在原則が問題になる非同時的事例を、問題となる犯罪構成要素ごとに各論的に考察した。しかし、本稿では、検討できなかった問題も存在する。その 1 つは、前述のように、本稿が検討対象から外した、犯罪の成立を否定する要素と同時存在原則の関係であり、例としては、被害者の同意や中止犯のケースが挙げられよう。まず中止犯では、実行の着手以降の行為者の事情が、犯罪の成立を否定する形で問題になるため、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則や、実行行為時における同時存在原則の観点からは、これらの事情を考慮することができなくなる。次に被害者の同意では、同意の存在時期と同時存在原則の関係が問題になる。被害者の同意が、実行行為（未遂行為）時に存在する必要がある[209]と考えれば、実行行為時における同時存在原則が妥当することになる。他方で、法益主体が法益保護を放棄しているかどうかが決定的なのであるから、被害者の同意は、法益侵害の時点で存在すれば足りる[210]と考えれば、実行行為時における同時存在原則が妥当しないことになる。このように考えると、中止犯や被害者の同意には、そもそも同時存在原則というものが妥当しないのか、あるいは、犯罪の成立を否定する要素に関する別個の同時存在原則を考えなければならないのかを別途検討する必要があろう。また、刑法だけでなく、特別刑法との関係で、同時存在原則が問題になる場合がある。例えば、酒に酔って、責任無能力状態で自動車を運転した場合に、道交法の酒酔い運転罪（道交法第 117 条の 2）が成立するが、道交法の酒酔い運転罪は、酒に酔って運転する行為自体を処罰するのであるから、酒酔い運転罪では、刑法における同時存在原則は劣後するとの理解もありえよう。つまり、特別刑法が関係する場合に、刑法上の同時存在原則はどこまで貫徹されるべきなのかという問題が生じる。このように、同時存在原則が関連する問題は、なお残されているが、これらについては今後の検討課題としたい。

---

208 このような指摘をするものとして、Kühl,a.a.O.(Fn178),S.733f.

209 このような指摘をするものとして、大塚仁『刑法概説（総論）［第 4 版］』（有斐閣・2008 年）420 頁。

210 このような指摘をするものとして、佐伯・前掲（注 46）208 頁。