



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	犯罪論における同時存在原則について（１）
Author(s)	瀬川，行太
Citation	北大法学論集，67(3)，258[135]-224[169]
Issue Date	2016-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/62949
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no3_07.pdf



犯罪論における 同時存在原則について（１）

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 補足的グループ
- 3 内在的グループ
- 4 検討

第四節 小括

（以上、本号）

第二章 故意犯と原因において自由な行為

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

第四章 自招防衛・自招危難

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

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)という言葉は、主に「原因において自由な行為」の場面で、「実行行為と責任能力の同時存在原則」という形で用いられてきた。行為責任主義の観点から、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、本稿第二章で検討するが、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と考えるもので、「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という、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という、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、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に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兩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、被告人兩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場合」(ウエーバーの概括的故意)において、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未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テハ犯行発覚ヲ防ク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テ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テ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ヲ以テ、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ヘク、此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ト併存ヲ認ムヘキモノニ非ス」(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、早すぎた結果発生の場合では、「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場合では、「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のである。

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であるものが、故意犯として処罰されているということにならないだろうか。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場合では、刑法上は不可罰とされる「事前の故意 (dolus antecedens)」を認めることになりかねない¹。そこで、早すぎた結果発生や遅すぎた結果発生の場合で、

¹ レンギアは、「事前の故意 (dolus antecedens)」並びに「事後の故意 (dolus subsequens)」を、以下のような説例を用いて説明する。

設例①：Aは、Bを待ち伏せして殺害しようとした。Aは、自分の車でBの

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るだろう。

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」からも見てとれるように、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

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②：Cは、Dの物を過失で損壊した、あるいはDの物を自分のものだと思って損壊した。その後、Cは、Dの物を損壊した事を、事後的に是認した。

設例①では、AがBを殺害することを事前に決意していたとしても、交通事故を起こした際にAにB殺害の故意が存在しない以上、同時存在原則の観点からは、Aには故殺罪(212条)が成立せず、過失致死罪(222条)が成立するにすぎないとレンギアは説明する。他方で、設例②では、CがDの物を損壊した際に故意が存在しない以上、Cが事後的にDの物を損壊したという結果を是認したとしても、同時存在原則の観点からは、Cに器物損壊罪(303条)は成立しないとレンギアは説明する。Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2014, S.112f.

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・学説が、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といえ、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判大正13・12・12刑集3巻867頁においても、「刑法第37條ニ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觀念ニ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ニ在レハ同条ハ其ノ危難ハ行為者カ其ノ有責行為ニ因リ自ラ招キタルモノニシテ社会ノ通念ニ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ニ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、学説の中で、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。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²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

² 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。

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、「赃物であることを知らずに物品の保管を開始した後、赃物であることを知るに至ったのに、なお本犯のためにその保管を継続するときは、赃物の寄蔵にあたる」（最決昭和50・6・12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、「赃品の返還が不能であるとか、或いは、赃品につき質権が効力を生ずる等赃品を留置し得る権利が生じた場合を除いては、赃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赃物罪の保護法益および立法理由に徴すれば、赃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、当初より赃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・4・9）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を、「事後の故意」を認めることで、行為者の処罰を可能にしているに違いないだろうかという疑問が生じる。そこで、盗品等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る³。

³ 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、大麻の授受け後に、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

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、要約すると以下のようなになる。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、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、判例が、「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はない。「自招防衛」、「自招危難」、「違法性の意識の可能性」、「盗品等保管罪」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る。

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

問題については、第五章で検討する。

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。

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⁴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。但し、ここでの、実行行為とは、「実行行為の開始時期」と「実行の着手時期」が一致する場合を指すこととしたい。

そもそも、実行行為とは、一般に構成要件に該当する行為と説明される⁵が、実行行為の開始時期と実行の着手時期を一致させるかどうかで、

⁴ 行為原理（行為主義と同趣旨であると思われる）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。

⁵ 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ（有斐閣、2002年）1237頁。

その内実は論者によって異なる⁶。実行行為の開始時期と実行の着手時期を一致させず、法益侵害結果発生 of 具体的危険が発生した場合に実行の着手を認める見解からは、実行行為とは、正犯と共犯の区別を明確にする観点から、正犯行為であるとの説明もなされている⁷。このような状況を踏まえると、実行行為という概念は多義的であるため、混乱を避けるために、実行行為の開始時期と実行の着手時期が一致する場合に、本稿は実行行為という言葉を用いる。

なお、実行行為の開始時期と実行の着手時期を分離しつつも、実行行為とは未遂結果と相当因果関係を有する行為と考え、未遂結果が生じた時に、処罰対象行為が遡って実行行為とする見解も存在する⁸。しかし、処罰対象行為が遡及的に実行行為となるという論理は、やや技巧的であるように思われる。本稿は、このような場合には、処罰対象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とした。換言すれば、実行行為の開始時期と実行の着手時期が一致しない場合には、本稿は、実行行為ではなく、因果関係の起点としての行為という言葉を用いるのである⁹。

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

⁶ 実行行為の開始時期と実行の着手時期を一致させる見解として、大塚仁『刑法概説総論（第4版）』（有斐閣、2008年）169頁。他方で、実行行為の開始時期と実行の着手時期を分離させる見解として、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）312頁以下、内藤・前掲注（5）1237頁。

⁷ 内藤・前掲注（5）1238頁。

⁸ 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）301頁。

⁹ 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）884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）165頁。なお、実行行為の開始時期と実行の着手時期を一致させるか分離させるかに関わらず、「実行行為」と「因果関係の起点としての行為（正犯行為）」は一致するが、本稿は、実行行為の開始時期と実行の着手時期が一致する場合に、実行行為という言葉を用いることとするため、本稿の立場からは、後述のように、因果関係の起点としての行為の中に、実行行為が包含されることになる。

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、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」というものである。

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、当該行為が刑罰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¹⁰。

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」

¹⁰ 生田・前掲注（４）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は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。

＝「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」＝「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¹¹。

「刑法的帰属の理論にとっては、(ある時点における) 個別的作用の分析よりも、犯罪行為の存続又は犯罪行為の量への直接的作用を含めた行為関連を分析することの方が、ずっと重要である。具体的事象関連が刑法においてどこまで考慮されるのか、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、刑法においてどこまで考慮され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、実行行為の際には (bei der Tathandlung) 存在しない、完結された事前行為又は開始されていない事後行為が、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、行為主体が、可罰行為の遂行時を超えて、どの程度まで拡大されう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、注目すべき法的規定も

¹¹ Günther Jakobs, Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, in: Zur Handlungsanalyse einer Tat, J.Gerchow, 1983, S.27f.

存在するのである。それは、刑法35条¹²（免責的緊急避難）であり、刑法35条の完全な適用は、行為者が、実在する危難を自ら惹起しなかったことが前提とされている。危難を惹起したということ自体は、行為遂行の際には、既に過去（bei der Tat schon Vergangenheit）である行為者の行為である。危難を惹起したということが、行為時点での行為者の精神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¹³（犯情があまり重くない故殺の事案）は、更なる例外を示すのである。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、殺害者によって自ら招い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、怒りの理由とは無関係だからである。むしろ、行為遂行の際には完結した行為（被害者自身の侮辱行為）が、決定的なので

¹² ドイツ刑法第35条（免責的緊急避難）1項 生命、身体又は自由に対する、他の方法では回避不可能な現在の危難の中で、自己、親族又は自己と親密な関係にある他の者から危難を回避するために、違法な行為を行った者は、責任なく行為したものである。但し、事情に応じて、特に、行為者が危難を自ら惹起したために、又は行為者が特別な法的関係にあったために、危難を甘受することが行為者に期待できた場合には、この限りではない。ただし、特別な法的関係を考慮しても、行為者が危難を甘受すべき必要がない場合には、刑は第49条1項により、減輕することができる。

ドイツ刑法第35条2項 行為者が行為遂行時に、35条1項により自己を免責する事情が存在すると誤信した場合には、行為者が錯誤を回避しえた場合に限り、処罰される。刑は、第49条1項により、減輕される。

¹³ ドイツ刑法第213条（犯情があまり重くない故殺の事案）故殺者が、自己若しくは親族に対して、被殺者から虐待若しくは重大な侮辱を加えられたために、自己の落ち度なく、怒りを掻き立てられ、それにより、その場で行為に及んだ場合、又はその他の犯情があまり重くない事案であるときは、刑は1年以上10年以下の自由刑とする。

ある。この場合も、再び法律は、行為主体を、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、刑法33条¹⁴ (過剰防衛) 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、違法な攻撃によって、行為者自ら攻撃を招くことなく、無力の興奮状態に陥り、その興奮の原因を作った人に興奮を爆発させる無力状態だけが、免責されるのである」

つまり、ヤコブスは、「免責的緊急避難 (刑法35条)」、「故殺の減輕類型 (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、前構成要件の又は後構成要件の集合体 (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¹⁵。

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)」、「故殺の減輕類型 (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¹⁶。

「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、根拠づけ又は量刑において、責任判断を事前行為 (Vortatverhalten) に基づかせる一連の規定 (eine Reihe von

¹⁴ ドイツ刑法第33条 (過剰防衛) 行為者が、動揺、恐怖又は驚愕から正当防衛の限度を超えた場合には、処罰されない。

¹⁵ Jakobs, aa.O. (Fn11), S.27f. なお、ヤコブスは、実行行為以後の事情も問題となる、後構成要件の集合体が該当する場合として、中止犯を挙げているが、本稿では、後述の様に、中止犯に関しては扱わないことにする。

¹⁶ Ulrich Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S.194f.

Regelungen)を有している。刑法33条(過剰防衛)の免責にとっては、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、すなわち行為者自身が引き起こしたのではない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(免責的緊急避難)も、実行行為時には既に過去に属する行為者の行為を、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引き起こしていない場合にのみ、行為者はあらゆる責任を免れるのである。しかしながら、危難の発生は、犯罪行為によって強制状況に対処することに対して、時間的にずっと以前に先行することもありうる。行為者の精神的状態に関する行為への間接的影響が、あらゆるケースで、危難の惹起と結びつくわけではない。緊急状況を引き起こした者の不安と、緊急状況を引き起こしていない者の不安を、必ずしも区別する必要はない。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、場合によっては(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の、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、被害者と言いつ争っているうちに、被害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、行為者の怒りの程度は、行為者の怒りの理由とは無関係だからである。ここでは、むしろ、行為遂行の時には完了した行為である、被害者によるその後の行為者に対する侮辱行為を行為者自身が引き起こしたこと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、ドイツ刑法35条の免責的緊急避難やドイツ刑法213条の故殺の減輕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、ヤコプ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」＝「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」＝「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¹⁷が、最近ではイエルーシェック¹⁸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、ルシュカとイエ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、ルシュカ及びイエルーシェックが、「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エルーシェッ

¹⁷ Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 1987, S.1ff.

¹⁸ Günter Jerouscheck/ Ralf Kölbel, Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, S.417ff.

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¹⁹

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、一般には認められているが）、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）²⁰」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」に依拠することで、同時存在原則の必要性を根拠づけている事を、イエルーシェックが以下のように指摘している²¹。

「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

¹⁹ Joachim Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982, S.317ff.

²⁰ 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。

²¹ Jerouscheck/Kölbels, aa.O. (Fn18), S.417ff.

(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っていない場合には、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²²。

「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っている場合や、t2の時点(第二行為時)において違法に行っ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によって、この事故は故殺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、この事故は故殺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

²² Hruschka, aa.O. (Fn19), S.318ff.

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²³。

「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ことから、この連関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は既遂の故殺罪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は既遂の故殺罪

²³ Hruschka, aa.O. (Fn19), S.318ff.

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に対して故殺罪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、イエルーシュック²⁴によれば、同時存在原則はこれまで刑法の文献において、影のような存在であった²⁵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²⁶。

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

²⁴ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.417ff.

²⁵ イエルーシュックによれば、学説ではロクシンが体系書の中で同時存在原則について僅かに言及しているが、そこでも、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, aa.O. (Fn18), S.417ff.

²⁶ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.417ff.

帰属を用いた統一的解決を主張している²⁷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。

2 形式的同時性・規範的同時性に分類して説明する見解²⁸

この見解の主張者であるイエルーシェックは、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、1960年末までRGやBGHにより適用されてきた理論であり、学説においても、同理論に対し異議を唱える見解はほとんどなく、むしろ犯罪防止のために、同理論を維持すべきことが主張されていたが、1968年にルシュカが提唱した「例外モデル理論」²⁹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、イエルーシェックは分析している³⁰。但し、1970年台において、学説では、あくまで責任能力との関係同時存在原則が問題になったにすぎず、ルシュカだけが、犯罪論全体との関わりで、同時存在原則を検討したことも、イエルーシェックは指摘している³¹。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とイエルーシェックは述べている³²。

イエルーシェックは、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

²⁷ Hruschka, a.a.O. (Fn17), S.274f.

²⁸ Jerouscheck/Kölbel, a.a.O. (Fn18), S.417ff.

²⁹ Hruschka, a.a.O. (Fn17), 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。

³⁰ Günter Jerouscheck, Die Rechtsfigur der action libera in causa : Allgemeines Zurechnungsprinzip oder verfassungswidrige Strafbarkeitskonstruktion?, JuS1997, S385f.

³¹ Jerouscheck/Kölbel, a.a.O. (Fn18), S.417ff.

³² Jerouscheck/Kölbel, a.a.O. (Fn18), S.417ff.

ことは、必然的に同時性の考えから生じることを指摘する³³。そして、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、とイエルーシェックは主張する³⁴。そして、イエルーシェックは、「ある表現が、現象上同時でない要素によって定められている場合に、同様の事がメルクマールの現実的時間性に対してもあてはまるのである。概念によって示されるべきである対象（殺人罪なり強盗罪なり）においては、メルクマールにおいて示された現実の構成要素は時間的に一致しないのである。しかし、概念のメルクマールは、それ自体として同時に与えられなければならない。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・時間的に同時的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、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」と説明する³⁵。

その上で、イエルーシェックは、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、厳密な同時性を求めず、立法上または裁判上の決定を通して、間

³³ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

³⁴ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

³⁵ このことを、イエルーシェックは、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、一方では同時性に関連づけられ、他方では継続性に関連づけられていることから、形式的同時性とは無関係なのであり、問題となる内容の定義に依存することになる。」Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

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」が重要であるとイエルーシェックは主張するが、他方で、「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エルーシェックは以下のように強調する³⁶。

「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、この限りでは形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エ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³⁷。

なお、イエルーシェックは、「原因において自由な行為」と「遅すぎた

³⁶ イエルーシェックは、「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, aa.O. (Fn18), S.418ff.

³⁷ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

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。

他方でイエルーシェックは、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とイエルーシェックは考えているが、「規範的同時性」の判断基準について、イエルーシェックは何も述べていない。恐らくその理由は、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。

イエ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。イエルーシェックは「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、イエ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るためである。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

イエ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³⁸。そこで、以下ではイエルーシェックの見解を検討することにする³⁹。

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

³⁸ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

³⁹ イエルーシェックは、「形式的な同時性」とは、前述のように、「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、イエルーシェックは、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」を、「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。

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されるのである、とイエルーシェックは説明する。そして、イエルーシェックは、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、イエルーシェックは、刑法17条⁴⁰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、行為者が事前の照会等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、行為者を処罰するものであるとイエルーシェックは指摘する⁴¹。

「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、これらのケースも「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エ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、イエ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、非同時の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⁴²のでは

⁴⁰ ドイツ刑法第17条(禁止の錯誤) 行為遂行の際に、行為者に不法を行う認識が欠如している時に、行為者がこの錯誤を回避しえなかった場合には、責任なく行為したものである。行為者が錯誤を回避しえた場合には、刑は、第49条1項により減輕することができる。

⁴¹ イエ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、前・答責性の帰属理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。

⁴² 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。

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、イエルーシェックは、第二類型を以下のように説明する⁴³。

「このケースは、刑法16条1項⁴⁴（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。故意と行為遂行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いないことは、この二つ（行為遂行と構成要件該当性）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達していなくても、行為者が行為遂行後に、行為者自身により計画され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。」

イエルーシェックは、「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、行為者が行為遂行後に、行為者自身により計画された行為を忘れたということは、故意の帰属を否定しない」ケースとして、以下の設例を挙げる⁴⁵。

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、土曜日に健忘症に陥ってしまった。その後、書類は、通常通り、月曜日に配達人によって取り出されて、投函された。

イエ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、公務員が金曜日に書類を私書箱に投函する段階では認められ

⁴³ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.419ff.

⁴⁴ ドイツ刑法第16条（行為事情に対する錯誤）1項 行為遂行の際に法定構成要件に属する事情を知らなかった者は、故意に行為したものではない。過失の遂行を理由とする可罰性は、なお残る。

⁴⁵ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.419ff.

ず、月曜日に配達人が（公務員作成の）書類を私書箱から取り出し投函され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。

イエ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⁴⁶であるため、イエルーシェックが指摘する、「故意と行為遂行の結びつきと、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、イエルーシェックは、「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

⁴⁶ 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。

るケースも、補足的グループに分類されよう。イエ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、イエルーシェックは、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 (Beendigung) と、構成要件の形式的既遂 (Vollendung) の区別も、類似の事後的犯罪の問題に関連する。犯罪実現段階の独立性は、時間的に後に位置づけられた関与や犯罪資格付与を処罰するために、理論上の手段として寄与する。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1号⁴⁷ (持凶器窃盗罪) を成立させる。また、幫助者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・27条⁴⁸ (住居侵入窃盗の従犯) が成立する。この理論構成は、構成要件の既遂を超えて、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 (住居侵入窃盗幫助の場合) で作用するのである。とりわけ、基本犯 (窃盗罪) を资格的構成要件 (持凶器窃盗) や幫助構成要件 (窃盗幫助) と結びつける故意は、客観的基

⁴⁷ ドイツ刑法第244条 (持凶器窃盗・集団窃盗・住居侵入窃盗) 1項1号 行為者又は他の関与者が、(a) 武器や他の危険な道具を携行している際に (b) その他に、暴行又は暴行を加える脅迫により、他の者の抵抗を妨害若しくは抑圧するために、道具又は手段を携帯している際に、窃盗を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。

ドイツ刑法第244条1項2号 強盗又は窃盗を継続して遂行するために、構成された集団の構成員として、他の構成員の協力の下に窃取した者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。

ドイツ刑法第244条1項3号 行為を実行するために、住居に侵入し、忍び込み、合鍵又は他の正規でない開錠のための一定の道具を用いて押し入り、若しくは住居に潜伏して、窃盗を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。

⁴⁸ ドイツ刑法第27条 (従犯) 1項 他者が故意的に違法な行為を行うように、故意に他者を幫助した者は、従犯として処罰される。

ドイツ刑法第27条2項 従犯に対する刑は、正犯に対する法定刑に従う。刑は、第49条1項により、減輕されなければならない。

本構成要件の完結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。」

イエルーシェックは、補足的グループの第二類型として、承継的幫助やドイツの持凶器窃盗罪⁴⁹のケースを挙げている。敷衍すれば、承継的幫助のケースでは、同時存在原則の観点からは、正犯者が窃盗行為をする際に、幫助者の故意も同時存在していなければならないが、正犯者の窃盗既遂後に、幫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、このグループをイエルーシェックは、「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(vordeliktschen Geschehen)に基づいている場合に、非同時性が示されるとイエルーシェックは説明する⁵⁰。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エルーシェックは説明する⁵¹。イエルーシェックは、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⁵²。

⁴⁹ 我が国の刑法には、このような規定は存在しない。

⁵⁰ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.420ff.

⁵¹ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.420ff.

⁵² Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.420ff.

4 検討

イエルーシェックは、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。イエ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あることが、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」、「盗品等保管罪」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、「承継的幫助」や「持凶器窃盗罪（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既遂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エルーシェックの見解については疑問がある。イエ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。

イエ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⁵³。すなわち、不真正不作為犯における実行行為を「原因行為」と解した場合には、「故意」や「保証人的地位」、「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、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、実行行為後の事情が、犯罪の成立を否定するか否かで問題になるため、実行行為時の事情だけでは、同時存在原則は機能しない⁵⁴。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（例えば、被害者の同意⁵⁵）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・答責性グループ」、「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

⁵³ Joerg Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986, S.404f.

⁵⁴ ヤコブスも、「中止犯において、中止行為を考慮することは、犯罪段階（Verbrechensphase）を超えて、行為主体を考慮することになる」と指摘している。Jakobs, aa.O. (Fn11), S.27f.

⁵⁵ 被害者の同意の存在時期に関し、行為時に存在しなければならないと考える見解として、大塚・前掲注（6）420頁。他方で、同意は結果発生時に存在すれば足りるとする見解として、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）168頁。

としたい⁵⁶。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、以下のようになる。ルシエカ及びイエ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（ドイツ刑法16条）」ことや、「責任無能力者の行為は責任が阻却される（ドイツ刑法20条⁵⁷）」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。

イエ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エルーシェックは指摘する。但し、イエルーシェック

⁵⁶ 但し、「前・答責性グループ」・「補足的グループ」・「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、イエ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。

⁵⁷ ドイツ刑法第20条（精神障害を理由とする責任無能力）行為遂行の際に、病的な精神障害、深刻な意識障害、又は知的障害若しくはその他の重い精神的偏奇を理由として、行為の不法性を弁別し又はその弁別に従って行為する能力を欠く者は、責任なく行為したものである。

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、イェルーシェックの見解は妥当ではない。

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、前述のように、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」＝「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。

[付記] 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2015年9月25日授与）「犯罪論における同時存在原則について」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたって、「日本学術振興会 特別研究員奨励費 研究課題：犯罪論における同時存在原則の意義と限界について（2014年～2015年度）」（課題番号26・3470）の助成を受けた。