



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	犯罪論における同時存在原則について (5)
Author(s)	瀬川, 行太
Citation	北大法学論集, 69(4), 154[109]-123[140]
Issue Date	2018-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/72057
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no4_04.pdf



犯罪論における 同時存在原則について（5）

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、67巻3号）

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 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 (以上、67巻4号)

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 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 (以上、68巻2号)

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

(以上、69巻3号)

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
- ③BGHの行為に関する理解を批判し、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

(以上、本号)

第四節 事後的な故意の発生

第五節 小括

終章

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罪の成立を認めている¹。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幫助のケースが挙げられる。例えば、正犯者の窃盗既遂後に、共犯者がそこで初めて介入す

¹ 盗品等保管罪については、最決昭和50・6・12刑集29巻6号365頁。大麻譲受罪については、大阪高判平成6・1・28判時1492号145頁。

る場合に、同時存在原則の観点からは、共犯者には窃盗罪の幫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、窃盗罪の幫助犯が認められていることをイエルーシェックは指摘する²。そこで、このケースでは、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をしたのかなどの、承継的幫助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市之助（以下、被害者とする）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。

「犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テ海岸ニ運ヒ去リ砂上ニ放置シタル行爲アリタルモノニシテ此ノ行爲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來前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ナキニ於テハ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テスル砂上ノ放置行爲モ亦發生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社會生活上ノ普通觀念ニ照ラシ被告ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ト市之助ノ死トノ間ニ原因結果ノ關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爲ハ毫モ前記ノ因果關係ヲ遮斷スルモノニ非ザルヲ以テ被告ノ行爲ハ刑法第百九十九條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

² Günter Jerouscheck/ Ralf Kölbel, Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, S.419ff.

ト過失致死罪ノ併存ヲ認ムヘキモノニ非ス」

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) 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、刑法212条³(故殺罪)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

³ ドイツ刑法第212条 1 項 (故殺) 人を殺害したが、謀殺者ではない者は、故殺者として5年以上の自由刑に処する。

ドイツ刑法第212条 2 項 特に犯情の重い事案では、無期自由刑を言い渡すものとする。

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⁴

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⁵

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、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、同じ人間を2度殺

⁴ 遅すぎた結果発生の場合で、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、同時存在原則の観点から遅すぎた結果発生の場合を検討し、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。

⁵ Joachim Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982,S.319ff.

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。つまり、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の意味するのである。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、（死亡という結果を引き起こす）行為遂行に必要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べ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場合では、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⁶

この見解の主張者であるイエルーシェックは、遅すぎた結果発生のケースを、以下のように分析する⁷。

「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、最初に構成要件の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⁸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。」

このようにイエルーシェックは、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⁹。

「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係る。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

⁶ Jerouscheck/Kölbel, aa.O.(Fn2),S.422ff.

⁷ Jerouscheck/Kölbel, aa.O.(Fn2),S.422ff.

⁸ 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。

ドイツ刑法第16条2項 行為遂行の際に、より軽い法律の構成要件を実現する事情を誤認した者は、より軽い法律に従ってのみ、故意による遂行を理由として処罰されうる。

⁹ Jerouscheck/Kölbel, aa.O.(Fn2),S.422ff.

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¹⁰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、客観的な結果の帰属を遮断するため、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

¹⁰ ドイツ刑法第24条（中止犯）1項 任意に更なる行為の遂行を放棄し、又は行為が既遂になるのを妨げた者は、未遂を理由としては処罰されない。中止行為者の関与がなくとも、行為が既遂に達しなかった時に、行為者が任意かつ真摯に、行為が既遂に達するのを妨げるように努めた場合には、処罰されない。

ドイツ刑法第24条2項 複数の者が行為に関与した場合に、任意に既遂に達するのを妨げた者は、未遂を理由としては処罰されない。但し、その者の関与がなくとも、行為が既遂に達しない場合、又は、その者の以前の行為寄与とは関わりなく行為が開始された場合には、行為が既遂に達するのを妨げる任意で真摯な努力があれば、その者の不処罰には十分なのである。

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－シュックは、規範的同时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場合では、第二行為が過失行為として可罰的であり、第二行為時に必要な同時的故意が欠けていることから、結果は故意行為である第一行為には帰属されないことを主張する。

③ BGH の行為に関する理解を批判し、故意既遂犯の成立に反対する見解¹¹

この見解は、BGH の論理を、以下のように批判する¹²。

「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。・・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 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、被害者を一発殴り殺害した。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のである。というのも、行為者は、第三者を巻き込むことに

¹¹ Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, 50 Jahre Jauchegrubenfall (BGHSt14,193) - Alter Wein in noch älteren Schläuchen?, JR,2011,S.103f.

¹² Oğlakcioğlu,a.a.O.(Fn11),S.104f.

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。」

つまり、この見解は、遅すぎた結果発生の場合を因果関係の錯誤として解決するBGHの見解に対して、「行為には、構成要件に続く生活実態も含まれる」という理解をBGHは基礎にしていることを指摘する。しかし、BGHの行為に関する論理は、行為概念を過度に広汎にするため、同時存在原則を適切に維持することはできないと批判する。

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斷スルモノニ非ザル」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ものである」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、我が国及び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、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認める見解も主張されている。

それでは、我が国及びドイツの判例の理解は、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・イエルーシェックは、遅すぎた結果発生の場合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あるということを描き示していた。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の意味するのである。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、イエルーシェックも、「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」ことを描き示すものといえる。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考ええる。そして、遅すぎた結果発生の場合では、「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¹³。

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ない、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¹⁴。

¹³ 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、2010年）276頁、橋爪隆「刑法総論の悩みどころ」法教408号（2014年）111頁以下。

¹⁴ 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣、2001年）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

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、ルシュカやイエルーシェックの批判はあたらないといえる。また、BGHの行為概念は妥当ではないとして批判する見解も、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、この批判はあたらないといえる。

そうすると残る問題は、イエ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、第一行為に対する客観的な結果の帰属は否定され、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、イエルーシェックの指摘は妥当なのであろうか。イエ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、およそ行為者に故意犯として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死亡させたケースでは、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¹⁵。

合理的な結果を招くことになる。それゆえに、この見解は妥当ではないといえる。

¹⁵ このような指摘をするものとして、橋爪・前掲注(13) 111頁以下

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。そして、第二行為が行為者の行為である点や死亡結果の二重評価の問題については、第二行為を共罰的事後行為として評価することで説明できるように思われる¹⁶。それゆえに、実行行為と故意の同時存在原則が満たされることになる。

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・3・22判時1856号158頁がある。被告人Aは夫V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3名が乗った車を、Vの運転する車に衝突させ、示談交渉を装ってV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Vを失神させた上、最上川付近まで運びV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、助手席側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等を積んで出発し、その際に、V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、Vが運転する車に追突させ、示談交渉を装ってV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V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Vを昏倒させた（第1行為）。その後、C・D・Eは、V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Vを海中に転落させること

¹⁶ このような指摘をするものとして、橋爪隆「刑法総論の悩みどころ」法教404号（2014年）97頁。

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VをV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2行為)。V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、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できず、Vは第1行為で死亡していた可能性があった。B及びC・D・Eは、第1行為によってV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1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、被告人らに殺人罪の成立を認めた。

「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実に容易に行うために必要不可欠のものであったといえること、第1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行為と第2行為との間の時間的場所的接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1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3名は、クロロホルムを吸引させてV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3名の認識と異なり、第2行為の前の時点で被害者が第1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3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3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、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刑法211条¹⁷（謀殺罪）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

¹⁷ ドイツ刑法第211条（謀殺罪）１項 謀殺者は、無期自由刑に処する。

ドイツ刑法第211条２項 謀殺者とは、性欲を満足させるため、強欲あるいはその他の下劣な動機から、卑劣に又は残酷に、公共にとって危険な手段を用いて、又は他の犯罪行為を可能にする若しくは隠蔽するために、人を殺害した者をいう。

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、100km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、被告人に対して刑法211条（謀殺罪）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、被告人に刑法222条¹⁸（過失致死罪）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

¹⁸ ドイツ刑法第222条（過失致死罪） 過失により人を死亡させた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

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¹⁹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、殺害及び死体を隠べ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100km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条又は刑法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

¹⁹ ドイツ刑法第22条（概念規定） 行為についての行為者自らの表象により、構成要件の実現に直接着手した者は、犯罪行為の未遂を行った者である。

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、K から「お前が、(死亡した) Ha を殺したんだ」と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の背後に回り込んで、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、被告人らが、共同して故意的故殺を遂行したことは明らかである。被告人らは、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。・・・被告人らは、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こと」と同時存在原則の関係は前節で検討した。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場合では、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²⁰。

「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らない。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。」

²⁰ Claus Roxin, Zur Erfolgszurechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalverlauf, GA 2003, S.258f.

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²¹。

「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、開始され、作動され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、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）』ということ considering 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、今問われているのである。」

²¹ Roxin,a.a.O.(Fn20),S.258f.

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。

上記の考察を踏まえると、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²²。

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²³。

²² 同様の指摘をするものとして、Roxin, aa.O. (Fn20), S.201f. 塩見淳「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔第6版〕（有斐閣、2008年）130頁。

²³ 山口厚『新判例から見た刑法〔第3版〕』（有斐閣、2015年）89頁以下。

「判例・通説は、図式的に表現すれば、実行の着手＋構成要件の結果＝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ように思われる。しかし、内実に立ち入って考えると、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（実行行為）の危険性が構成要件の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（実行行為）と未遂犯の実行の着手が認められる行為（実行行為）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、既遂犯の構成要件の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、未遂犯の処罰時期（実行行為とその着手）を既遂犯の構成要件該当行為（法益侵害行為）への着手以前に未遂処罰の必要性から政策的に遡らせつつ、さらに、そればかりではなく、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（実行行為）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理解されなければならないのである。・・構成要件の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（実行行為）であって、行為者自身による結果惹起行為（第２行為）を未だ将来に留保している第１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のは妥当でなく、あくまでも第２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１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１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のではないかと考えている。」

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場合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²⁴。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²⁵。

「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

²⁴ このような指摘をするものとして、佐伯・前掲注(13) 279頁。

²⁵ Roxin, a.a.O. (Fn20), S.259f.

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拘わらず、行為者は（列車から妻を投げ捨てることも含めて）最後まで自己の計画を実行したのである。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』という主張も妥当ではないのである。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場合で、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1行為は第2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1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行為と第2行為との間の時間的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1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、早すぎた結果発生ケースでは、被告人ら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、被告人らは、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、被告人らは、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、被告人ら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²⁶。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のである。それゆえに、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、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達時に実行の着手が認められる場合がある²⁷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場合でも、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、被告人ら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、被告人らには「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場合では、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

²⁶ このような指摘をするものとして、橋爪・前掲注(13) 114頁以下。

²⁷ 大判大正7・11・16刑録24輯1352頁。

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師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、法的に重要な故意は存在している」といえる。

このように考えると、通常の単独犯の場合には、「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、通常の単独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、通常の単独犯の場合には、「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。そしてこの場合には、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。

〔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。