



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	犯罪論における同時存在原則について（6・完）
Author(s)	瀬川, 行太
Citation	北大法学論集, 69(6), 320[77]-286[111]
Issue Date	2019-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/73380
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no6_05.pdf



犯罪論における 同時存在原則について（6・完）

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、69巻4号)

第四節 事後的な故意の発生

1 問題となる事例

- ①盗品等保管罪のケース

②大麻譲受罪のケース

③承継的幫助犯のケース

2 検討

①盗品等保管罪のケース

②大麻譲受罪のケース

③承継的幫助犯のケース

第五節 小括

終章

（以上、本号）

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

第四節 事後的な故意の発生

1 問題となる事例

①盗品等保管罪のケース

このケースとしては、最決昭和50・6・12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、赃物であることを知らずに、背広四点、翌日には鞆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・4・9刑集29巻6号371頁では、「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」と述べている。

最高裁は、「赃物であることを知らずに物品の保管を開始した後、贓

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、赃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、盗品等保管罪の成立を認めている。

②大麻譲受罪のケース

このケースとしては、大阪高判平成6・1・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暗に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10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30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、右客観的内容について、被告人において、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、大麻の譲受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受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¹⁾」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B方の玄関先において大麻入り封筒が授受された時点ですべて完了しており、その後被告人が自動車内で受け取った封筒を確かめ、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である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時点だけに限定して決められるべきものではなく、そ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がなくとも、そ

¹ 園部典生 「判解」研修556号37頁。

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、場所的關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その認識と領得行為があれば、これらを包括的に観念し、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、被告人に大麻譲受罪の成立を認めた。

③承継的幫助犯のケース²

（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、放火罪の幫助犯（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、被告人の幫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。なぜならば、母親の故

² 本稿は、承継的幫助犯のケース一般を扱うのではなく、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、承継的幫助犯のケースは、本稿の検討対象とはしない。

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幫助することができるのである。」

（ii）OLG Hamm 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（306条³）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、被告人に放火罪の幫助犯（49条）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

³ ドイツ刑法第306条（放火）1項 他人の、建造物若しくは小屋（1号）事務所若しくは技術的設備、特に機械（2号）、商品倉庫若しくは商品在庫（3号）、原動機付車両若しくは軌条走行車両、航空機若しくは水上車両（4号）、森林、荒地若しくは湿原又は（5号）、農業用、食糧用、林業用の施設若しくは生産物（6号）、に火をつけ、又は、点火により、全部又は一部を破壊した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

ドイツ刑法第306条2項 犯情があまり重くない事案では、刑は、6月以上5年以下の自由刑とする。

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、放火罪の幫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は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、被告人らは、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、被告人ら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、鞆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、被告人に窃盗罪の幫助犯（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、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、被告人の幫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、同時犯(Nebentäter)にはなりえないのであるから、被告人は幫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、事後的終了(tatsächliche Beendigung)まで可能なのである。」

2 検討

①盗品等保管罪のケース

判例は盗品等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、盗品等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⁴。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、盗品等保管罪を認めることは同時存在原則に反するのだろうか。

盗品等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赃品を保管すること」と判示されているが、盗品等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、赃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

⁴ このような見解を主張するものとして、井田良＝佐藤拓磨『新・論点講義シリーズ(2) 刑法各論[第3版]』(弘文堂、2017年)161頁。

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⁵。

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、盗品等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。盗品等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、同時存在原則の観点からは、占有移転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、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⁶。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⁷。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。

⁵ 香城敏麿 最判解昭和50年度118頁。

⁶ このような指摘をするものとして、西田典之『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2012年）295頁。

⁷ このような指摘をするものとして、井田・前掲注（4）161頁。

このように考えると、盗品等保管罪においては、因果関係の起点としての行為である実行行為は、占有移転行為であるから、盗品性の認識は、盗品を譲り受ける際に要求されると考えるべきである⁸。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、行為者には盗品等保管罪は成立しないと考えるべきである⁹。

⁸ 本稿は、保管行為も盗品等保管罪の実行行為であるとする。しかし、盗品等関与罪において、盗品性の認識は、譲受罪であれば譲受時に、有償処分あっせん罪であればあっせん時に、要求されることに鑑みれば、保管罪においても同様に、譲受時に要求されると解するべきである。本稿は、盗品等保管罪を継続犯として把握するが、盗品等保管罪の成立を認める立場には賛同できない。従来、この問題は、盗品等保管罪を状態犯と考えると盗品等保管罪は不成立であり、他方で継続犯として考えると盗品等保管罪は成立すると考えられてきた傾向があるが、継続犯として考えることが、「実行行為が継続しているから、途中から盗品性の認識を有した者には盗品等保管罪が成立する」という結論に必ずしも結び付くわけではない。盗品等関与罪の他の犯罪との関係から、保管罪の成立を否定することも可能であるように思われる。

⁹ 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、被告人ら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、盗品等関与罪(259条)の成立を否定した。

「盗品等関与罪は、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、全ての盗品等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、

②大麻譲受罪のケース

原審は大麻譲受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罪の成立を認めている。大阪高裁が大麻譲受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關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、譲受行為であり、譲受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

盗品等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、被告人ら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、盗品等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、先行行為者ら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、盗品等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。」

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。

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¹⁰。

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。その上で、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んとする。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、強盗罪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 (刑法 250 条 1 項¹¹) を認めている¹²ことから、BGH は「行為には終了段階も属

¹⁰ Kristian Kühl, Vollendung und Beendigung bei Eigentumsdelikten und Vermögensdelikten, JuS, 2002, S. 730f.

¹¹ ドイツ刑法第 250 条 (犯情の重い強盗) 1 項 1 行為者若しくは他の強盗関与者が、(a) 凶器若しくはその他の危険な道具を携行したとき、(b) その他、暴行又は暴行を加える旨の脅迫により、他の者の反抗を阻止し又は抑圧するために、道具若しくは手段を携行したとき、(c) 行為により、他の者を重い健康障害の危険にさらしたとき、又は、2 行為者が強盗若しくは窃盗を継続的に行うために結成された集団の構成員として、他の集団構成員の協力の下に、強盗を遂行した者は、3 年以上の自由刑とする。

¹² BGHSt 20, 194 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 (250 条 1 項) 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

する（zur Tat gehörige Beendigungsphase）」との理解に立脚しているとキュールは分析している¹³。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は、強盗罪は終了しておらず、なお「強盗行為（Tat）」として評価される。それゆえに、強盗罪が既遂になった後も、未だ財物を確保していない行為者が「凶器の携行」をした場合に、刑法250条の加重犯罪構成要素が存在することで、犯情の重い強盗罪（刑法250条）が認められることになる¹⁴。

その上で、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」（tatbestandbezogene Beendigungsphase）と「構成要件に関連しない終了段階」（tatbestandlose Beendigungsphase）に分類した上で、財産犯罪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

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、強盗の事實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。」

¹³ Kühl,aa.O.(Fn.10),S.733f.

¹⁴ つまり、ドイツでは、「行為（Tat）時における同時存在原則」が妥当していることになる。

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¹⁵。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、財産犯罪や所有権犯罪では、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¹⁶。

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、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为によって、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、監禁罪の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¹⁷。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、なお「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¹⁸。

¹⁵ Kühl,aa.O.(Fn.10),S.733f.

¹⁶ Kühl,aa.O.(Fn.10),S.734f.

¹⁷ Kühl,aa.O.(Fn.10),S.734f.

¹⁸ Wilfried Küper, Grenzfällen der Unfallflucht,JZ,1981,S.251ff.

「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。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、キューパーによれば、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になる。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、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、別の論者であるイエシュックの以下の見解が参考になる¹⁹。

「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』は、不可罰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

¹⁹ Hans Hainrich Jescheck, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, in Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 690f.

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、既遂が前倒し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、イエシェックは、刑事政策的理由から既遂が前倒し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²⁰。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²¹。それでは、このようなイエシェックの見解は妥当であろうか。

放火罪などの危険犯において「既遂」と「終了」を区別するイエシェックの見解は、後節の承継的幫助犯の部分で検討することとする。本節では窃盗罪のような財産犯罪においても、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エシェックの見解を検討したい。結論から述べれば本稿はこのような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。

仮に、我が国の大麻譲受罪のケースでも、「既遂」と「終了」を区別して、大阪高裁の結論を正当化するとすれば、以下のようになろう。大麻譲受罪のケースでは、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關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」であるから、この事象をなお「行為」として評価できる。そして、当該行為の間に大麻であることの認識が生じた以上、大麻譲受罪の成立が認められることになり、「行為と故意の同時存在原則」が満たされることになる。そして、大麻譲受罪のケースでは、譲受罪の実質的終了時は、「時間的場所的關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

²⁰ Jescheck, a.a.O. (Fn.19), S.685f.

²¹ Jescheck, a.a.O. (Fn.19), S.685f.

みなせない場合」、つまり「別個の所持罪が成立する時点」となる。

しかし、このような解釈は採用できない。なぜならば、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だからである。BGHのような、財産犯や所有権犯罪においても既遂と終了を区別する見解は、持凶器窃盗罪（刑法244条1項1号²²）や犯情の重い強盗罪（刑法250条1項）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はなく実質的に把握する立場²³を基礎としていえると考えられるが、このような見解は妥当ではない²⁴。

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、BGHのように、なお行為が継続していると考えすることはできない。それゆえに、大麻譲受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いと考えるべきであろう。

²² ドイツ刑法244条（持凶器窃盗）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。

²³ 例えば、ドイツの体系書においても、「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、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

²⁴ あくまで、「行為（Tat）」との同時存在原則を問題にするドイツ特有の論理であると思われる。

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²⁵⁾」と説明されるが、大麻譲受罪のケースでは、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。

③承継的幫助犯のケース

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、窃盗罪の幫助犯として把握されることになる²⁶⁾。大麻譲受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への殴打行為の時点で、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見えるから、窃盗罪の幫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、

²⁵⁾ Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1993, S.256f.

²⁶⁾ 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。

Lの窃盗罪終了後になされたものと考え、窃盗罪の幫助犯ではなく、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²⁷。

次に、RGSt71,193と、OLG Hamm 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。その上で、RGSt71,193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、先行者たる被告人の母親の放火罪は未だ終了していないと説明されている。他方、OLG Hamm 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、「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、この2つの判例のように、放火罪で、「既遂」と「終了」を分離することは可能なのであろうか。この問題については、「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にすぎない」ことを指摘していたイエシュックの見解²⁸が存在したことを前節で言及した。イエ

²⁷ 財産犯においても「既遂」と「終了」を区別するBGHのような立場を採用すれば、窃盗罪のケースでも、承継的幫助犯という形で、同時存在原則は問題になるといえる。しかし、財産犯において「既遂」と「終了」を区別しない本稿の立場からは、同時存在原則は問題にならない。窃盗犯人が財物を窃取後に、窃盗犯人と遭遇し、財物の運搬に協力したケースでは、財物の運搬協力者には、窃盗罪の幫助犯ではなく、盗品等運搬罪（256条2項）が成立するにすぎない。

²⁸ Jescheck, a.a.O. (Fn.19), S.690f.

シェックの見解からは、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ため、放火罪においても、「既遂」と「終了」は区別されることになる。

ハム高等裁判所も、イエシェックと同様に、放火罪において、「既遂」と「終了」を区別する立場に依拠する。その上で、ハム高等裁判所は、放火罪の幫助犯を認める理由として、「刑法306条は、単独正犯を想定するための条件として、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」ため、既に燃えている家にガソリンを注いだにすぎない被告人は、新たな火元を創出したわけではなく、既に現存する火元を拡大したにすぎないから、放火罪の単独正犯は成立しないことを挙げている。そして、放火罪は既遂になった後も、対象物が全ての部分で完全に燃焼されない限りは、放火罪は終了していないため、既に燃えている家にガソリンを注いだ被告人には放火罪の幫助犯が成立するとされる。

ドイツ刑法306条には、「火をつける (in Brand setzen) 又は点火により (durch Brandsetzung)」と規定されているため、放火罪の単独正犯を想定するためには、行為者が対象物に1つの火元を創出しなければならないと考えるハム高等裁判所の見解は妥当である。しかし、「既に燃焼している住宅にガソリンをまいた者は、新たな火元を創出したわけではなく、既に現存する火元を拡大したにすぎない」という、ハム高等裁判所の論理には賛同できない。未だ燃焼していない部分にガソリンをまき、その部分を燃焼させた者は、現存する火元を拡大しただけではなく、「新たな火元を創出した」＝「放火した (点火した)」といえるのではないだろうか。OLG Hamm JZ 1961,94の事案も、「被告人は、上階が燃えている住居の上階にガソリンを注ぎ、その後、家の前面に行き、窓や玄関からガソリンを注いで、未だ燃えていない部分にも火を波及させている」のであるから、被告人は新たな火元を創出したと評価できるように思われる。

また、ハム高等裁判所が指摘する、「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」という論拠にも賛同できない。この論拠によれば、

「点火」により放火罪は既遂になるが、「対象物が完全に燃焼する」又は「燃焼が停止する」かどちらかに該当しない限り、放火罪は終了しないことになる。

この点、我が国においても、「独立燃焼に達した時点で、既遂になるということの意味するにすぎず、ただちに犯罪が終了することにはならないであろう。その後も、火が独立燃焼を続けて公共の危険が増大している限り、その状態はやはり『燃燬』といえるであろう。罪となるべき事実として『住宅一棟を燃燬した』といった認定がなされているのは、既遂後の燃燬も放火罪の結果であることを前提としてと思われる。したがって、行為者の放った火が独立燃焼に達した後、火勢を増すために行為者と意思を通じてガソリンをかけた者は、放火罪の共犯として処罰すべきであろう」として、ハム高等裁判所と同様の見解を主張するものがある²⁹。

確かに、対象物の火が独立燃焼を続けて公共の危険が増大する限りは、既遂後の事象もなお放火罪の構成要件によって把握できるともいえる。しかし、放火罪の条文は、ドイツでは、「・・・に火をつけ又は点火により一部を破壊した者は」となっており、日本では、「放火して・・・焼損した者は」となっていることから、実行行為である「放火（点火）行為」を行い、「火が媒介物を離れて独立燃焼する状態」に至れば、放火罪は終了すると考えるのが、条文に即した解釈ではないだろうか。上述の見解が指摘する、罪となるべき事実として「住宅一棟を燃燬した」といった認定がなされるのは、多くの放火罪では、「放火行為により住宅一棟を燃燬した」結果に至ることが多いことの裏返しにすぎず、住宅一棟を燃燬しない限り、放火罪が終了しないことを意味するわけではない。対象物が燃焼を継続している状態は、言わば「火事」としては継続しているかもしれないが、「放火罪」としては終了しているのであり、対象物の燃焼が終了しない限り、放火罪も終了しないというのは違和感が残る。

本稿は、放火罪において、「既遂」と「終了」を区別することはできないと考える。それゆえに、RGSt71,193の事案の被告人は、正犯意思が認定できる限りで、不作為の放火罪の単独正犯として処罰され、OLG

²⁹ 佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修第556号22頁。

Hamm JZ 1961,94の事案の被告人は、放火罪の単独正犯として処罰されるべきである。

このように考えると、イェルーシェックが指摘していた「承継的幫助犯と同時存在原則」の問題は、あくまで財産犯や危険犯において、「既遂」と「終了」を区別するドイツ特有の議論であると思われる。財産犯や危険犯において「既遂」と「終了」を区別しない本稿の立場からは、承継的幫助犯において、同時存在原則は問題にならないことになる³⁰。

³⁰ なお、イェルーシェックは、「承継的共同正犯」においても、同時存在原則は問題になることを以下の2つの例を挙げて指摘する。Günter Jerouscheck/Ralf Kölbel, Zur Bedeutung des So genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, S.419f.

例1：Aは傷害の意図でBを殴打した。Aは、Bへの殴打後に初めて発見されたBの時計を奪った。

例2：強盗の意思で、CはBに対して殴打した。Aは、CのBに対する殴打を認識した後に、Cのもとに現れ、財物の窃取のみに関与した。

イェルーシェックは、例1は、Aの殴打時に、財物奪取意思が同時存在しない以上、Aには強盗罪は成立しないとする。他方で、例2では、多くの見解が、Aに強盗罪の承継的共同正犯を認めるが、イェルーシェックはこの結論に同時存在原則の観点から疑問を呈する。その理由として、例2では、「CのBに対する暴行を認識し、Cの財物を窃取することを決めた」というAの認識要素が、CのBに対する殴打時に同時存在していないため、同時存在原則の観点から考えれば、例2のAには、例1のAと同様に、強盗罪（承継的共同正犯）が成立しないことをイェルーシェックは指摘する。

上記のイェルーシェックの見解は、単独犯と（承継的）共犯とで、同時存在原則を同様に解する立場に依拠していると思われる。しかし、単独犯と共犯とで同時存在原則を同様に解さなければならない必然性はない。むしろ、共犯は、単独犯と異なる「修正された構成要件」であることに鑑みれば、単独犯と共犯とで、同時存在原則は別個に解すべきようにも思われる。そして、共同正犯の場合には、結果に対する「因果性」を共同することが共犯の処罰根拠であるとすれば、イェルーシェックが挙げた例2のAに強盗罪の承継的共同正犯が成立すると考えた場合に、先行者Cの有する因果性は同時に後行者Aの有する因果性でもあるから、Cに同時存在原則が認められるのであれば、Aについても同時存在原則は認められるのではないだろうか。このように考えると、例2のAに強盗罪の承継的共同正犯を認めることが、同時存在原則に反する結論になるわけではないと思われる。

第五節 小括

通常の単独犯の場合には、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、実行の着手時期は、到達時又は被利用者の行為時に認められる場合があり、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。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、盗品等保管罪と大麻譲受罪のケースが挙げられる。盗品等保管罪の場合には、因果関係の起点としての行為である実行行為は、占有移転行為であるから、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、行為者には盗品等保管罪は成立しないと解するべきであり、盗品等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、判例は大麻譲受罪の成立を認めていた。その理由は、「時間的場所的關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」というものであった。

この点、ドイツの財産犯における判例では、当該犯罪の「既遂」と「終了」を区別する立場に依拠し、当該犯罪が既遂に至っても、実質的終了までは「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、このような見解からも、大麻を譲り受けた後の事象は、違法な状態が継続しているに過ぎず、大麻譲受罪の構成要件によっては把握できないため、行為として評価することはできない。大麻譲受罪のケースでは、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為(未遂行為)」＝「大麻譲受行為」であり、大麻譲受行為の際に、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、大麻譲受罪は成立しないと解するべきであり、大麻譲受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、承継的幫助犯のケースが指摘されていた³¹。前述のように、ドイツの判例では、窃盗罪や放火罪においては、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、同時存在原則の観点から承継的共犯の成立を認めることができるかとされていた。しかし、窃盗罪や放火罪において、「既遂」と「終了」を区別することはできないと考える本稿の立場からは、後行者には承継的幫助犯は成立せず、単独正犯としての犯罪の成否が問題になるにすぎないため、同時存在原則は問題にならない。

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

³¹ Jerouscheck/Köbel, a.a.o.(Fn.30), S.419ff.

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、「自招防衛」、「自招危難」、「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」、「盗品等保管罪」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、「被害者の同意」にみられる、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、検討対象からは外し、本稿では、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、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る」という主張に基づいていると推測される。しかし、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³²⁾」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³³⁾とイエルーシェック³⁴⁾が、同時存在原則についての総論的な検討を行っていた。イエルーシェックは、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。イエ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、イエルーシェックは、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

³²⁾ このような指摘をするものとして、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）103頁。

³³⁾ Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 1983, S.1ff.

³⁴⁾ Jeroscheck/Köbel, a.a.O. (Fn.30), S.417ff.

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に違反する場合には、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、規範の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平行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。過失犯における実行行為は、故意犯と同様に実質的危険性を有する行為であるが、故意犯と過失犯の構成要件は異なることから、過失犯における実行行為を認めるための危険性は、未遂犯成立に至らない程度のもので足りると考える本稿の立場からは、原因行為を実行行為と評価できる。それゆえに、実行行為時における同

時存在原則が充足されることになるため、同時存在原則は問題にならず、原因において自由な行為という概念に依拠する必要はないと考える。

「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³⁵。しかし、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」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と考える。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」並びに「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³⁶、構成要件モデルに基づいて統一的解決を主張する見解³⁷、事前責任論に基づいて統一的解決を主張する見解³⁸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

³⁵ 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。

³⁶ Hruschka, a.a.O. (Fn.33), S.285ff, 356ff.

³⁷ Reinhart Maurach, Fragen der actio libera in causa, JuS.1961, S.373f.

³⁸ 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。

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³⁹。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。

通常の単独犯の場合には、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場合があることから、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。もっと

³⁹ Jerouscheck/Köbel, a.a.O.(Fn.30), S.422ff.

も、通常の単独犯の場合には、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、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、盗品等保管罪と大麻譲受罪のケースが挙げられる。盗品等保管罪では、実行行為及び因果関係の起点としての行為は占有移転行為であるため、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、実行行為かつ因果関係の起点としての行為時である、占有移転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ものであり、行為者は不可罰であると考ええる。他方で、大麻譲受罪でも、実行行為及び因果関係の起点としての行為は、大麻譲受行為であるため、大麻を譲り受ける際に、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、判例は大麻譲受罪の成立を認めていた。

そこで、この判例の見解の可否を検討する上で、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、当該犯罪の終了までの間を、なお行為として考えるという論理が、判例上採用されているとの指摘がなされていた⁴⁰。この論理を、我が国の大麻譲受罪のケースにも転用すれば「時間的場所的關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「行為」として評価することができ、一見すると「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、大麻を譲り受けた後の事象を、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、大麻譲受罪が成立しないと解すべきである。

⁴⁰ このような指摘をするものとして、Kühl,aa.O.(Fn.10),S.733f.

事後的に故意が発生する共犯のケースとして、承継的幫助犯のケースが挙げられる。ドイツでは、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ことが指摘されていた⁴¹が、このような論理は、財産犯や危険犯で「既遂」と「終了」を区別するドイツ特有のものである。「既遂」と「終了」を区別しない本稿の立場からは、承継的幫助犯において、同時存在原則は問題にならない。

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、被害者の同意が挙げられる。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⁴²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⁴³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、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るだろう。

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

⁴¹ Jerouscheck/Kölbel, a.a.O.(Fn30), S.417ff.

⁴² 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。

⁴³ 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）208頁。

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。

[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。