

摂南法学第57号抜刷

August 2020.

遅すぎた結果発生と実行行為(1)

——『一連の行為』をめぐる考察——

小 野 晃 正

遅すぎた結果発生と実行行為(1)

——『一連の行為』をめぐる考察——

小野 晃正

一 はじめに

二 ドイツにおける議論

(1) ドイツにおける判例

(2) ドイツにおける学説

三 わが国における議論

(1) わが国における判例および裁判例

(2) わが国における旧来からの学説(以上、本号)

(3) わが国における近時の学説

四 考察

五 おわりに

一 はじめに

「遅すぎた結果発生」とは、犯人が故意に基づく第一行為により犯罪結果を達成したと誤信したのち、その犯跡隠滅のために第二行為に出たところ、第一行為で生じると表象していた犯罪結果が、第二行為により遅く実現された事例である¹。たとえば、犯人が被害者に致死量相当のクロロホルムを吸引させて絶命させることを表象して、被害者にクロロホルムを嗅がせる第一行為に出たが、実際には仮死状態におちいったにすぎない被害者を死亡させたと誤信し、犯跡を隠滅するため仮死状態の被害者を海に投棄する第二行為をし

¹これとは逆に、犯人が故意に基づく第二行為により犯罪結果を達成するために第一行為に出たところ、実は第一行為により表象していた犯罪結果が発生した事例を「早すぎた結果発生」という。拙稿「早すぎた結果発生と実行行為 —『一連の行為』をめぐる考察—」阪大法学60巻1号(2010)－155頁以下。

たことで、被害者がはじめて溺れて絶命した場合を指す²。

この事案は、行為者による複数の行為が結果発生までに介入する事例である。伝統的には、実際に生じた因果経過（客観）と行為者の表象した因果経過（主観）の乖離を故意の符合の観点からいかに処理すべきか、について焦点がおかれ議論されてきた（因果経過の錯誤）。

しかし、近時において「早すぎた結果発生」の事例で、わが国の裁判例および判例は従来において「因果経過の錯誤」として処理し、複数行為の相関性につき「一連（一体）」の一言で片づけてきた姿勢を改め、その「一連（一体）」性の根拠を詳述するようになった。学説もこれに呼応するかのようには堰を切って「一連（一体）」性の構造を解明する方向に舵を切った³。

こうした傾向を受け「遅すぎた結果発生」に関しても同様の動きが生じた⁴。すなわち、因果経過の錯誤の検討前に複数行為の関係性を単に「一連（一体）」のものとして自明とするのではなく、何を根拠に「一連（一体）」とすることが可能か否か、とりわけ第二行為を独立した実行行為とみるか、あるいは、単なる動作とみるかについて改めて検証しようという機運が芽生えてきたので

²「遅すぎた結果発生」は、日独双方において伝統的に「ヴェーバーの概括的故意」（Weberscher dolus generalis）の事例と呼ばれている。しかし、近年ではWolfgang Joecks, Münchener Kommentar, StGB, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, Rdnr. 88 zu § 16およびIngeborg Puppe, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl., 2013, Rdnr. 81 zu § 16をはじめとして、「早すぎた結果発生」（Verfrühteter Erfolgseintritt）との対比から、「ヴェーバーの概括的故意」の事例を「遅すぎた結果発生」（Verspäteter Erfolgseintritt）などと表記する文献が増えつつある。これは註6でも後述するが、19世紀に登場した「ヴェーバーの概括的故意」は、故意が存在すると擬制する点で妥当でないため、現在では故意の類型として否定され過去の遺物となっている。そのため、より実態に即した表記が定着しつつある。わが国でも、佐久間修「実行行為と故意の概念—早すぎた結果発生を素材として—」曹時57巻12号（2004）3536頁において、行為者の予見した因果経過より遅れて既遂結果が発生した点を捉えて、「ヴェーバーの概括的故意」事例を「遅すぎた結果の発生」とする例が増えてきた。このほか、佐伯仁志「故意論（3）」法教301号（平成17年）37頁、西田典之・刑法総論（平成18年）211頁、および、齋野彦弥・基本講義刑法総論（平成19年）70頁も、この分類を採用する。

なお、近時でも、「遅すぎた結果発生」の用語は、高橋則夫・刑法総論（第四版・平成30年）189頁、橋爪隆「遅すぎた構成要件実現・早すぎた構成要件実現」法教408号（平成26年）106頁、松原芳博・刑法総論（第2版・平成29年）319頁、只木誠・コンパクト刑法総論（平成30年）170頁、井田良・講義刑法学総論（第二版・平成30年）198頁、樋笠克士「因果関係の錯誤について：行為計画に鑑みた規範直面時期の検討」嘉悦大学研究論集58巻2号（平成28年）24頁、瀬川行太「犯罪論における同時存在原則について（5）」北大法学論集69巻4号（平成30年）112頁以下および君塚貴久「既遂犯の成立と未遂故意/既遂故意—「故意帰属」の段階構造といわゆる「早すぎた構成要件実現」について—」法学研究論集（明治大学）52号（令和2年）98頁等にみられるように、定着したとみてよい。

本稿でも「遅すぎた結果発生」という名称がわが国で一般化してきたことから、「ヴェーバーの概括的故意」の事例を「遅すぎた結果発生」と呼称する。

ある。

本稿では、この「遅すぎた結果発生」の事例について、第一行為と第二行為の関係性を従来の議論をふまえつつ再検討することにしたい⁵。

二 ドイツにおける議論

「遅すぎた結果発生」の事例は、「ヴェーバーの概括的『故意』」という名称からも明らかのように、19世紀においては特殊な故意の問題として論じられていた。しかし、現在では、故意の一類型とするのではなく「因果経過の錯誤」の問題として議論されており、「ヴェーバーの概括的故意」は、「因果経過の錯誤」の一態様を示す名称として用いられているにすぎない⁶。以下、ドイツの判例と代表的な学説を概観しよう。

(1) ドイツにおける判例

ドイツにおける「ヴェーバーの概括的故意」の事案は、古くはライヒ裁判所1933年6月23日判決⁷、および、学説上もっとも頻繁に引用される判例として、連邦通常裁判所1960年4月26日判決⁸などがある⁹。

前者の事案は、被告人らが被害者を殺害するため襲撃する計画のもと、被

³ いわゆる「ペランダ転落死事件」における東京高判平成13年2月20日判時1756号162頁や「クロロホルム殺人事件」における最高裁決定平成16年3月22日刑集58巻3号187頁を皮切りに、殺人既遂に関する福岡地判小倉支部平成17年9月28日判例集未登載(LEX / DB 28135332)、殺人未遂に関する名古屋高判平成19年2月16日判タ1247号(平成19年)342頁、および、窃盗未遂に関する東京高判平成22年4月20日判例集未搭載(LLI / DB 0652045)などにおいて、そうした姿勢を看取することができる。

⁴ 橋爪隆「遅すぎた構成要件実現・早すぎた構成要件実現」法教408号(平成26年)110頁以下、樋笠克士「因果関係の錯誤について：行為計画に鑑みた規範直面時期の検討」嘉悦大学研究論集58巻2号(平成28年)24頁、および、瀬川行太「犯罪論における同時存在原則について(5)」北大法学論集69巻4号(平成30年)112頁以下など。

伝統的支配説においても「遅すぎた結果発生」における複数行為の関係性は検討されてきた。その内容は「三 わが国における議論(2)我が国における旧来からの学説」に譲るが、たとえば、大塚仁・犯罪論の基本問題(昭和57年)254頁において、「ヴェーバーの概括的故意」の事例を「因果関係の錯誤の第二類型」とされ、さらに、福田平＝大塚仁・対談刑法総論(中)(昭和61年)153頁以下では、その中で二つの行為の関係性について詳細な分析がなされている。なお、左記の伝統的支配説とは異なる見解を早い段階から提唱するものとして、中野次雄・刑法総論概要(第3版補訂版・平成9年)124頁以下がある。

⁵ 本テーマについては拙稿「いわゆる『複数行為犯』に関する一考察」(平成18年・大阪大学修士学位論文)の一節において若干の考察を試みたことがある。本稿は、その後に登場した新しい文献の動向も踏まえて、本文および註を必要に応じて書き下ろした。

害者を床に打ち付けたところ被害者が死亡したと誤信し、犯跡隠滅の目的で仮死状態の被害者を水中へ突き落として溺死させたというものである。

この事案で、ライヒ裁判所は、被告人が殺意をもって被害者を負傷させ、被害者が死亡したと誤信して犯跡を隠滅する目的で水中に投棄して溺死させた場合、謀殺既遂罪が成立するとした。本判決は、第一行為が殺人行為であると認定した上で、第一行為がなければ、それに続く窒息死はなかったとして因果関係を認め、因果経過の錯誤に言及することなく処理した¹⁰。

後者の事案であるが、被告人が未必の殺意をもって被害者の口腔に多量の砂を押し込んだところ（第一行為）、被害者がぐったりしたのを見て、死亡したものと誤信した。その後、この被害者の身体を肥溜めに投棄したが（第二行為）、実際には、被害者がまだ生きていたため、肥溜めの中で窒息死した、というものである¹¹。

この事案で、連邦通常裁判所は、被告人に殺人既遂罪が成立するとした。本判決は、第一行為が未必の殺意にもとづく殺人行為であるとし、この第一行為がなければ、被害者の死はなかったとして、因果関係を認めつつ、第一

⁶ ヴェーバーの概括的故意 (Weberscher dolus generalis) は、19世紀前半におけるドイツの裁判官フォン・ヴェーバーの創唱にかかる概念である。これは、行為者が、第一の行為で結果を実現したと誤信し、第二行為をしたところ、その第二行為によりはじめて第1行為時に表象した結果が実現された事例に限り、「第一行為と第二行為を概括する一般的故意」の存在を擬制することで、故意既遂犯を認める考え方である。ヴェーバーの概括的故意の名称の沿革について、Vgl. Mezger = Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 1973, S. 195; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, S.522 (Rdnr. 174).

註4でも触れたように、現在のドイツにおける学説上、存在しない一般的故意を擬制する「ヴェーバーの概括的故意」そのものは支持されておらず、中世ドイツ普通法の遺物であると評価されている。Vgl. Maurach - Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl., 1992, S. 330 (Rdnr. 33); Ingeborg Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, S.359 (Rdnr. 8)。したがって、ドイツの学説において、der sog. dolus generalisおよびWeberscher dolus generalisは、「遅すぎた結果発生」の事例を示す標識としてもちられているに過ぎない。もっとも、内田文昭・刑法解釈論集〔総論Ⅰ〕(昭和57年)99頁は、「ヴェーバーの概括的故意」を中世普通法上の「概括的故意」の概念と同視すべきではないとする。ヴェーバーの概括的故意が編み出された背景の詳細については、内田文昭・刑法解釈論集〔総論Ⅰ〕(昭和57年)93頁以下、および、斉藤誠二・特別講義刑法(平成3年)24頁以下を参照されたい。

⁷ RGSt., Bd. 67, S. 258.

⁸ BGHSt., Bd. 14, S. 193.

⁹ このほか、BGH bei Dallinger, MDR 1952,S.16; RG DRiZ 1932 Nr. S.285; OGHSt Bd 1,S.74 など類例は多い。Vgl. Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 522 (Rdnr. 174 ff).

¹⁰ なお、堀内捷三＝町野朔＝西田典之編『判例によるドイツ刑法(総論)』(昭和62年)97頁以下。

行為は、被害者の死の原因行為であるとした。その上でさらに、実際の因果経過と行為者の因果経過に関する表象が乖離しているとはいえ、かような乖離は、法的には非本質的なものであるとして、前者事案の判例と異なり因果経過の錯誤についても付言している。

こうして、ドイツでは、故意にもとづく行為から結果が発生した以上、その間に因果関係が認められれば、因果経過の錯誤が法的に重要でない限り、既遂犯の成立を認めるという判例が確立している。この限りで、ドイツの司法実務において「ヴェーバーの概括的故意」の事例は、因果経過の錯誤の問題として処理されているとあってよい。

(2) ドイツにおける学説

学説を大別すれば、第一行為につき、未遂とする見解と既遂とする見解に分かれているが、沿革をふまえながら学説を概観することにしよう。

1 まず、19世紀の「ヴェーバーの概括的故意論」(Lehre von Weberscher dolus generalis)を示す。この見解は、二つの(実行)行為を包括的に支配する一個の故意の存在を認め、これを特殊な故意概念としての「概括的故意」とする。その上で、この「概括的故意」の法理を用いて、実現された犯罪結果について故意既遂犯を認める。しかし、この見解は以下の批判にさらされた。すなわち、「ヴェーバーの概括的故意論」に反対する説によれば、個々の可罰性の基準は、可罰的なものとして取り上げられた個々の(実行)行為とそれを導いた個々の故意でなければならない。それゆえ、「いわゆるヴェーバーの概括的故意論」は、こうした原則に反すると批判された。

2 この反対説を契機として展開されたのが未遂犯説である。未遂犯説は、複数の行為をその自然的個数にしたがって分離する(分離説)。この見解は、個々の可罰性の基準を、故意に導かれた具体的な行為とする原則に立脚し、行為事象を厳格に分割する。すなわち、複数の主観に基づいた複数の行為は個別に検討されるため、既遂結果の発生と結びついた行為に既遂を表象する故意が存在するか否か、が検討される。そのために、上述した事案では、殺意に基づく第一行為につき殺人未遂罪、遺体と誤信した被害者を犯跡隠滅目的で遺棄する第二行為につき過失致死罪が成立し、両者を併合罪として処断する。

¹¹ Vgl. Baumann – Weber – Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Aufl., 2003, S. 477 ff.

この見解に立つM・E・マイヤーによれば、ヴェーバーによる概括的故意の「理論構成は、所定の構成要件を無理に捻じ曲げるものである」とされる。ただし「第二行為が、なお(当初の)故意により支配されているというのは事実ではな」いからである。そのため、未遂行為事象の切れ目が認められる場合は、「複数の行為として分解しなければならない」とされる¹²。

また、マウラッハ＝ツィップも、既遂犯を成立させる見解に対しては「行為者が第二の決定的な行為の着手の際に『あらゆる事態に備えて』行為をした場合に限って賛成しうる。その場合、当初の故意が、重要な第二行為をも支配しているからである。しかし、第二行為の時点で、行為者が(第一行為で)実行行為を完遂したという確信を前提にしている場合、概念上、第二行為と関連付けられる故意としては考慮されない(死者を殺すことはありえない)」という。それゆえ、後者の場合、既遂は認められないとする。その上で、「支配的見解により持ち出された因果経過全体の相当性という論拠は、重要な条件が故意の消滅後に定められた点について目を覆うものであり、首尾一貫しない。第二行為に関しては、別途、過失が検討されなければならない」と述べられる¹³。

もう一つの未遂犯説は、キントホイザーにより主張されている。この見解は、因果経過の追いつきがあるか否かを基準とする(追越説)。すなわち、第二行為が、行為者の予見した最初の危険の範囲内でなされた場合にのみ、既遂を認めうとする。しかし、行為者が、無意識であっても、第二行為を通じて明確な危険を設定した場合、第二の因果経過は、第一の因果経過を追いつきしてしまっている以上、行為者によって予見された最初の危険が、その結果に実現されていない。この限りで、行為者は、因果経過について誤信しており、未遂としてのみ帰責されるため、無意識に設定された第二危険の実現に関して、過失行為が問題となるにすぎないと言われる¹⁴。

3 こうした未遂犯説に対して、「ヴェーバーの概括的故意論」を援用せずに既遂犯を導く見解も主張された。

ヴェルツェルは、「故意が殺人に向けられている場合、被害者の隠蔽行為は、全体行為の非独立的な部分的動作(Teilakt)にすぎないと断じる。この場

¹² Vgl. M.E.Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1923, S. 330. メツガーも同様の見解を主張する。Vgl. Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1949, S. 314 f. なお、Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 336. も参照。

¹³ Vgl. Maurach – Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl., 1992, S. 330 (Rdnr. 35).

合、故意既遂犯が成立する¹⁵。

次の見解は、包括的な故意を重視する見解である(包括故意説)。この見解は、第二行為が当初から計画されていたかどうかを基準とする。行為者の振る舞いが、行為者のもつ本来の計画と一致している場合、第二行為は、行為者の故意に含めることが適切であるため、第二行為をもって殺人既遂罪の成立を認める。他方、第二行為が、新たな決意に基づく場合、その新しい故意をもって既遂犯は認められないため、この場合、未遂犯であるとする¹⁶。

さらに、計画の実現を基準とする見解は、ロクシンにより主張された(計画実現説)。この見解によれば、行為者が所為を企図して、計画的に行為をした場合には、故意の既遂行為が存在するとされる。これに対して、計画性を伴わない単なる故意で結果が発生した場合は未遂であるとされる¹⁷。

4 既遂犯の成立を認める通説の見解は、因果経過の逸脱の有無を基準とする。すなわち、因果経過の逸脱の有無は、本質的逸脱または非本質的逸脱のいずれかの基準により判定される。この見解によれば、第二行為によって実現した結果について、表象された因果経過と実際に発生した因果経過が、本質的逸脱または非本質的逸脱のいずれにあたるかが問われる。因果経過の逸脱が非本質的なものであれば、殺意をもって実行された第一行為が問責行為となるため、行為者に故意既遂犯が認められることになる。

なお、この通説の見解にたつクラマーは、「ヴェーパーの概括的故意」の事例に関して、「この場合、行為者は、故意の所為により有罪とされなければならない。けだし、行為者は、すでに第一行為、すなわち、殺意に支配された行為で、後の帰責可能な結果発生に対する原因を創出したからである。行為者が、条件付故意、あるいは、直接的故意で行為を行ったか否かはどうでもよい。さらに、場合によって、第二行為で実現した過失行為は、補充的なものとして実現した故意犯罪に対して重要でない」とする。

その上で、因果経過の錯誤について、「通常、行為者の表象からの事実的因果関係の逸脱が存在するであろう。事実的な因果経過は、一般的な日常経験によれば、なお予見可能な範囲にあるからである。この逸脱は、行為者の個々

¹⁴ Vgl. Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2006, S. 221 (Rdnr. 52).

¹⁵ Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 74.

¹⁶ Vgl. Stratenwerth – Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2004, S. 118 (Rdnr. 93).

¹⁷ Vgl. Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 522 (Rdnr. 174 ff).

の行為に帰属されなければならないのであって、第三者の行為、あるいは、自然現象に帰属されてはならない」としている。

さらに、クラマーは、未遂犯説が「事象のうち、二つの部分的行為それぞれが、個々に(実行)行為であるとすることによって、自己の見解を根拠付ける。したがって、行為者が、結果が発生したと信じた場合、第二行為の実行のときに殺意は失われているという。しかし、この見解は、因果経過の逸脱の問題を誤解している」とし、「第一行為により創出された危険の実現のみが、判断の対象となる」と論じ、未遂犯説を批判する¹⁸。

三 わが国における議論

(1) わが国における判例および裁判例

わが国で確認されている判例および裁判例は、殺人に関する大判大正12年4月30日(いわゆる「砂末吸引事件(麻縄事件ともいう¹⁹)」)²⁰と、結果的加重犯の傷害致死に関するものではあるが、戦後の大阪高判昭和44年5月20日²¹がある。さらに、第二行為時の意思につき参考事案として強盗殺人に関する東京高判昭和32年2月16日²²がある。

1 大審院判決の事案は次のとおりである。

被告人は被害者を殺害する決意をし、麻縄で熟睡している被害者の頸部を絞扼したところ、被害者が身動きしなくなった。そのため、被告人が被害者は既に死亡したものと誤信し、犯行の発覚を防ぐ目的で頸部の麻縄を解かないまま、被害者を背負い海岸砂上に運んで仮死状態の被害者を放置したところ、被害者が砂末を吸引して死亡した、というものである。

本判決は「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シ被告ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ト」被害者「ノ死トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ認ムルヲ正當トスヘク被告ノ誤認ニ因

¹⁸ Vgl. Cramer, Schönke - Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, Rdnr. 58 zu § 15.

¹⁹ 只木誠・コンパクト刑法総論(平成30年)170頁。

²⁰ 刑集2巻(大正12年)378頁。

²¹ 判タ239号287頁。

²² 東高刑時報8巻4号99頁。

り死體遺棄ノ目的ニ出テタル行為ハ毫モ前記ノ因果關係ヲ遮斷スルモノニ非サル」と述べ、因果関係の問題として処理した。すなわち、第一の絞扼行為と被害者の死亡との間の因果関係に中断がみられないことを理由に、第一行為に実行行為を認めた。その上で、第一行為と結果との因果関係を肯定することで殺人既遂罪の成立を認めた。

2 この判決は、実行行為の客観面(とくに因果関係)に着目して結論を導いたといえよう。因果経過の錯誤に関しては言及しない。実際に生じた因果経過と行為者の表象した因果経過との乖離は、錯誤論において法定的符合説を前提とする限り、構成要件の範囲内で因果経過の類型的な符合がある以上、故意阻却をするほどの重大な錯誤ではないことを理由に言及しなかったのではないかと思われる。なお、本事案につき戦前に展開された諸学説も判決に概ね賛同している²³。

3 大阪高裁判決の事案は次のとおりである。

被告人は、被害者の頭部、顔面等を数回手拳で殴打して同人をその場に仰向けに昏倒させ、同人に頭部および顔面打撲傷ならびに脳震とうの傷害を負わせた。被告人は被害者が動かなくなったので死亡したものと誤信し、犯跡を隠べいする目的で同人を約210メートル離れた箇所まで運び、同所の橋上から被害者を運河に投げ込み、よって溺水の吸引による窒息により死亡するに至らせた。

大阪高裁は、この事案について「犯人が被害者に暴行を加え、重篤な傷害を与えた結果、被害者を仮死的状態に陥らせ、これが死亡したものと誤信して犯跡隠べいの目的で山林、砂中、水中等に遺棄し、よつて被害者を凍死、窒息死、溺死させるに至ることは、自然的な通常ありうべき経過であり、社会通念上相当程度ありうるものであつて、犯人の予想しえたであらうことが多い」とした。その上で「その直接の死因は溺水吸引による窒息であるが、被告人が被害者を殴打昏倒させて失神状態に陥らせ、そのうえ失神した右被害者を死亡したものと誤信して水中に投棄し死亡させたものであるから、被告人の殴打暴行と死亡との間に刑法上因果の関係があることは明らかである。したがつて被告人の所為は単一の傷害致死罪を構成する」と判示した。

4 本裁判例は、大審院判決と同様に実行行為の客観面のみに着目して結

²³ 牧野英一・日本刑法上巻總論(重訂版・昭和12年)201頁、同・刑法總論下巻(全訂版・昭和34年)560頁以下、および、宮本英脩・刑法學粹(第5版・昭和10年)196頁。なお、泉二新熊・日本刑法論上編(總論)(第29版・昭和9年)432頁以下は(ヴェーバーの)概括的故意による解決を提唱する。

論を導いたといえる。事案が傷害致死に関するものではあることに留意する必要はあるが、大審院判例と同様に因果経過の錯誤には言及しない。この点も、構成要件の範囲内で因果経過の類型的な符合があれば、故意を阻却する重大な錯誤はないことを理由とするものであろう²⁴。

5 東京高裁判決の参考事案は次のとおりである。

被告人は、被害者の所持する金品在中のバッグを強取しようとしたところ、被害者が抵抗したため、その反抗を抑圧するため右腕を被害者の頸部に巻いて締めつけることで仮死の状態に陥し入れた。その際、被告人は、仮死状態となった被害者をすでに死亡したものと誤信し、その死体を処理して犯跡を隠ぺいしようとして、被害者を自己の運転していた自動三輪車の助手台に荒縄で縛りつけて移動し林檎園に至った。被告人は、被害者を林檎園内の肥溜の糞便中に投げ入れる際に、万が一被害者が未だ完全に死亡しておらず、肥溜に投げ入れた後に蘇生するようなことがあれば、自己の犯罪が露見するおそれがあることに気付いた。そのため、犯跡隠滅とともに、その蘇生を妨げ、完全に死亡せしめる意思をも有して、被害者を緊縛して肥溜中に投げ入れたところ、実は仮死状態の被害者が肥溜に投げ入れられた後に完全な窒息死した。

東京高裁は、この事案について、被告人「が被害者の頸部を締めて仮死の状態に陥し入れハンドバックを強取した強盗の所為と」、被害者「を肥溜中に投げ入れた所為との間には、場所的、時間的に多少の距離間隔があるけれども、その間被害者・・・が仮死の状態を継続していたような極めて近接したものであり、後の行為は前の強盗の行為と継続して密接な関係を有する一連の行為であるから」、「被告人の本件行為は全体として刑法第二百四十条後段所定の結合罪に該当する」とした。

6 本裁判例は、犯人の第二行為時に未必の殺意を認定したものと見受けられ、その限りで前二者の事案とは必ずしも同種事案ではないが、この裁判例も前の事案と同様に実行行為の客観面に着目して結論を導いた。もっとも、第一行為と第二行為の一連性を導くために、規範的な時間的場所的近接性を要件として掲げた点に特色がある。

²⁴ 本裁判例の評価につき、莊子邦雄・刑法総論（第三版・平成8年）156頁。

(2) わが国における旧来からの学説

1 わが国では、第二次大戦後に学説の精緻化が徐々に進んだ。

まずは、戦前の支配的見解であり戦後も一時有力説として存在した主観主義学派の見解を概観しよう。主観説は、行為者の性格の危険性が犯罪の実質であり、犯罪の処罰根拠を行為者の性格の危険性に求める犯罪徴表説の立場から、「遅すぎた結果発生」の事案を、事前の故意とともに、因果関係の問題とされている²⁵。そこでは、「砂末吸引事件」における判例の見解が正当とされ、およそ犯意をもって犯罪結果を惹起した以上、既遂犯が当然に成立するという主観説の基本的な思考を看取しうる。

2 つぎに、戦後に支配的となった客観主義を基調とする見解をみよう。

旧来からの学説としては、ドイツと同様にこの問題に関して、①行為者による複数の行為を一個の実行行為とみる既遂犯説、あるいは、②複数の行為を分割して二個の実行行為とし、第一行為には未遂犯成立を認める未遂犯説が展開されている。以下では、学説の沿革順に概観することにしよう。

第1説は、一つの犯罪に向けられた意思にもとづく複数の行為を、一体の行為として理解する。すなわち、一つの犯罪に向けられた故意をもって行為をした以上、その行為により法益侵害の結果を惹起した場合、行為の全体を概括的に見る限り、一つの故意をもって一つの結果を実現したのに等しく、故意犯を認めるのは当然であるとする²⁶。したがって、行為者は、故意既遂犯の罪責を負うことになる。この見解は、行為全体が概括的な故意によりおおわれたという主観面にもつばら着目する見解である。そのため、行為の客観的側面を子細に検討することなく、故意の包括性を故意既遂犯の成立の根拠とする。その上で、故意による全事象の包括性を基準とするため行為の一個性を認める。これは、ヴェーバーの概括的故意による解決そのものであるとしてよいであろう²⁷。

²⁵ 牧野英一・日本刑法上巻総論(重訂版・昭和12年)201頁および271頁、同・刑法総論下巻(全訂版・昭和34年)560頁以下および572頁。さらに、宮本・刑法學粹192頁以下および308頁。もっとも、牧野博士は、泉二博士が賛同する(ヴェーバーの)概括的故意による解決を批判し、因果関係の有無の検討を経たうえで、因果経過をめぐる故意の符合によって本問を解決すべきであるとされる。牧野英一・日本刑法上巻総論(重訂版・昭和12年)201頁以下もよび、同・刑法総論下巻(全訂版・昭和34年)572頁。木村亀二(阿部純二補訂)・刑法総論(増訂版・昭和53年)224頁以下も同旨。

²⁶ 植松正・再訂刑法概論I 総論(昭和49年)260頁。

²⁷ 日高義博・刑法総論(平成27年)301頁以下および304頁。

3 第2説は、第二行為時における行為者の意思を重視し、第一行為の意思とは異なる意思による第二行為の介入が生じた場合、第一行為と第二行為をそれぞれ別個の実行行為であると捉える。

こうした考え方によれば、故意に基づく第一行為は実行の着手であるが、第一行為で構成要件の結果を実現していなければ、第一行為は未遂犯と評価される。この見解は、犯罪論の基底としての行為について、因果的行為論を採用することから、個々の行為を具体的に把握することになる²⁸。また、自然的にみた個々の行為に伴う意思を重視する立場でもあることから、当然に実行行為も個別的に把握されざるを得ない。

さらに、かような見解によれば、第二行為は第一行為と異なる意思をもって犯罪結果を実現したことにもなる。たとえば、第二行為は、死体遺棄罪(刑法190条)の故意で、遺棄罪(217または218条)の結果を実現したことにもなる(抽象的事実の錯誤)。もっとも、死体遺棄行為と(生体)遺棄行為は、それぞれ処罰根拠(保護法益)を異にしている以上²⁹、構成要件の重なり合いもない³⁰。したがって、前掲砂末吸引事件においては、第二の行為を故意犯に問うことはできない。そのため、行為者にとって、第二行為に関し被害者はまだ生きていたかもしれないという予見可能性とそれに伴う注意義務があり、それに違反したと認められれば、行為者は第一行為につき殺人未遂と第二行為につき過失致死との併合罪(45条)で処断されることになろう。

また、故意をもつば責任要素とする見解は、故意の存否も、個々の行為

²⁸ 瀧川幸辰・犯罪論序説(昭和22年)178頁、香川達夫・刑法講義〔総論〕(第三版・平成7年)256頁、曾根威彦・刑法総論(第四版・平成20年)167頁以下、および、同・刑法原論(平成27年)331頁。なお、岡野光男・刑法における因果関係の理論(昭和52年)232頁以下。

²⁹ 通常、死体損壊等罪(刑190条)の保護法益は、遺体というものに対して公衆が有する敬虔感情(社会的法益の一種)であるのに対して、遺棄罪(218、219条)の保護法益は、個人の生命(個人的法益)であると解されている(なお、死体損壊等罪(190条)は、遺体の取り扱いを規制することにより、遺体に付着するウイルスや細菌に由来する疫病流行を未然に防ぐ意味合いもあり、公衆の健康をも保護法益に含まれるとする見解として、拙稿「風俗に対する罪—賭博・死体損壊など—」佐久間修=小野晃正=川崎友巳=品田智史=十河太郎=豊田兼彦=安田拓人・はじめての刑法学(令和2年)244頁がある)。したがって、両罪の間に構成要件の重なり合いは生じない以上、その符合は認められない。

³⁰ なお、平野博士は、傷害罪(204条)と死体損壊罪(190条)をとりあげて、人体の「損壊」という点では符合するとされる(平野龍一・刑法総論I(昭和47年)179頁)。この見解を敷衍すると、死体遺棄罪(190条)と遺棄罪(217条、218条)においても、人体の「遺棄」という点で符合することになるであろう。しかし、構成要件の符合は、条文における文言の符合ではなく、条文を解釈して得られた類型的な構成要件の重なり合いをいうのである。この限りで、平野博士の見解は疑問とせざるを得ない。

者の具体的認識に左右されることになる。その結果、構成要件の類型的理解は放棄され、違法の本質は法益侵害に尽き、その違法類型である構成要件該当性の判断および故意の符合の基準も、その特定性を重視した上で具体的に把握されることになる(具体的符合説)³¹。

もっとも、基本的にかような結論を肯定しつつ、行為者が、当初から第二行為を予定していた点を重視する見解もある。この見解は、第一行為の危険性が具体的態様における結果として実現しているため、既遂結果について故意が認められるとして、殺人既遂罪の成立を認容する³²。

なお、所為計画から行為の危険性を考える立場は、本事例のように行為者の新たな故意行為が介入した場合、二個の行為があるとされ、第一行為につき殺人未遂罪、第二行為につき過失致死罪の成立を認める³³。

4 第3説は、この問題について、行為の因果論的な把握を行わず、重罪の故意を伴う第一行為と結果との間の因果関係を検討し³⁴、次いで因果関係の錯誤をも検討する通説の見解である³⁵。すなわち、この見解は、第一行為と第二行為の間に、時間的・場所的な近接性があれば、構成要件該当性の問題として、両行為の全過程を一連のものと捉える。すなわち、第一行為をした者が、罪証隠滅のために第二行為に出ることは通常ありうる以上、第二行為は第一行為から結果に向かう際に介入してきた動作であって、独立した実行行為として取り上げない。

たとえば、殺人行為により仮死状態に陥った被害者を死亡したものと誤信して犯跡を隠蔽するために、肥溜や川に投棄することは通常ありうることであり、その後には窒息して死亡することは少なくない。その意味で、実行行為

³¹ 中山研一・概説刑法I(第二版・平成14年)178頁以下、浅田和茂・刑法総論(第二版・平成31年)326頁以下、岡野光雄・刑法における因果関係の理論(昭和52年)231頁以下。

³² 内藤謙・刑法講義 総論(下)I(平成3年)962頁。なお、井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察(3)」法学研究(慶應義塾大学)58巻11号(昭和62年)79頁以下。

³³ 野村稔・刑法総論(補訂版・平成10年)200頁。

³⁴ 塩見淳・刑法の道しるべ(平成27年)27頁は、後述する因果経過の錯誤に対する言及はない。

³⁵ 小野清一郎・新訂刑法講義總論(増補版・昭和25年)160頁、團藤重光・刑法綱要総論(第三版・平成2年)297頁、301頁、福田平・全訂刑法総論(第五版・平成23年)119頁以下、大塚仁・刑法概説(総論)(第四版・平成20年)193頁以下、莊子邦雄・刑法総論(昭和44年)526頁、阿部純二・刑法総論(平成17年)114頁、佐久間修・刑法講義〔総論〕(平成9年)118頁、中義勝・講述犯罪総論(昭和55年)106頁以下、佐伯仁志・刑法総論の考え方・楽しみ方(平成25年)276頁、および、松原芳博・刑法総論(第二版・平成29年)319頁など。

の一部である第一行為と、被害者の死という結果の間には、相当因果関係を認めることができる。その上で、第一行為による仮死結果と第二行為による死亡結果について、因果経過の認識に齟齬があることを認めつつも、それが既遂犯の成立を認め得ない故意を阻却するほどの重大な錯誤ではなく、構成要件の類型的な符合が存在するとして（法定的符合説）、既遂犯の成立を認める。

第3説と第1説との違いは、第1説が、もっぱら、「ヴェーパーの概括的故意」に着目しているのに対して、第3説は、行為の客観面を検討したのち、主観的な構成要件的故意における因果経過の錯誤を検討して結論を出している点に違いがある。すなわち、第3説は、第一行為と第二行為の存在を認めた上で、第二行為は因果経過に介在した動作に過ぎないとみて、第一行為である実行行為から結果発生まで一連のものとする。そのうえで、因果経過の錯誤につき相当性の範囲内であれば故意を阻却しないと判断する³⁶。

もっとも、第3説は、両行為に時間的・場所的近接性が認められれば、両行為の全過程を一連の経過とみる全体的考察を行っている。このため、「時間的・場所的近接性」の要件提示はもとより、なぜ時間的・場所的近接性が承認されれば、第二行為が介在的動作とみることができるのか、について第3説はより説明を求められることになろう。

5 第1説から第3説が鼎立するなかで異彩を放つのが第4説である。この見解は、「遅すぎた結果発生」を「原因において自由な行為」の法理に準じて判断すべきであるという。すなわち、「遅すぎた結果発生」は、第一行為時に故意は存在するが、直接に結果を惹起した第二行為時には前行為時の故意がないという構造がある。これに対して、「原因において自由な行為」は、原因行為時にあった有責性が、結果行為時に減弱ないし消失する構造を有する。こうして「遅すぎた結果発生」と「原因において自由な行為」の構造が比肩しうる以上、「遅すぎた結果発生」は「原因において自由な行為」の判断基準に準じて解決すべきであるとされる³⁷。

³⁶ 因果経過は故意の認識対象ではないとする立場から、こうした因果経過の錯誤を論じて処理する見解を批判するものとして、日高義博・刑法総論（平成27年）301頁以下および304頁以下がある。この見解は、「ヴェーパーの概括的故意」を故意の一類型として承認し、「遅すぎた結果発生」の解決策を導くものであり、第1説に分類できよう。

³⁷ 宮本英脩・刑法學粹（第5版・昭和10年）308頁、および、中野次雄・刑法総論概要（第3版補訂版・平成9年）124頁以下は、かような観点から「遅すぎた結果発生」を「原因において故意ある行為」の事例とも呼ぶ。

この見解によれば、第一行為がなければ結果の原因となった第二行為も存在しない以上、第二行為をしないことへの期待は、第一行為をしないことへの期待と同様である。そうである以上、第二行為を行ったことで期待に反する責任非難は、第一行為と同等であり故意既遂犯が成立するという³⁸。

³⁸ 中野次雄・刑法総論概要(第3版補訂版・平成9年)124頁以下。