

「概括的故意事例群」と共犯の成否（3）

本 間 一 也

- I. はじめに
- II. 問題となりうる主要共犯類型
- III. 概括的故意事例群の処理に関する判例・学説の現状
 1. 判 例
 2. 学 説
 3. 小 括（以上、45巻4号）
- IV. 概括的故意事例群と第三者の加功
 1. 主要共犯類型の検討
 - 事例Ⅰ①～事例Ⅰ③（以上、46巻2号）
 - 事例Ⅱ①～事例Ⅱ③
 2. 小 括（以上、本号）

事例Ⅱ①¹ 本事例は、第二行為時点から第三者が（実行）共同正犯

1 甲が、殺意をもってAの首を絞めたところ、Aがぐったりして動かなくなったことから、甲はAがすでに死亡したものと誤認し、犯跡を隠滅する目的でAを川に投棄しようとしたものの、一人で実行することが困難であったことから、乙に事情を打ち明け協力を依頼したところこれを了承した乙と共同でAを川に投棄した結果、Aが溺死した。なお、本事例のヴァリエーションとして、被害者を投棄するという上記合意に基づき、投棄行為を直接担当したのが乙だけであったという事例も考え得るが、甲と乙との共働が共同正

形態で加功した類型のうち、先行行為者だけでなく加功した第三者（以下、「後行行為者」ともいう。）も被害者がすでに死亡しているという同一の錯誤に陥り、第二行為を共同実行する合意が形成され、その合意に基づき実行された第二行為により被害者の死が惹起された場合である。この類型において問題となるのは、後行行為者の罪責、具体的には、先行行為者との共犯関係の成否および（共犯関係が成立するとした場合）その成立範囲である。ここではさしあたり議論の枠組みを整理しておくことにしたい。

(1) 二分説による処理 概括的故意事例群の処理に関する上記二分説²は、第二行為に第一行為時の殺意とは異なる、（死体遺棄罪の実行という）新たな犯罪の意思決定に基づく独立した法的意義を認める³ことに加えて、本事例における先行行為者（以下、「甲」ともいう。）と後行行為者（以下、「乙」ともいう。）との共同実行の合意内容が第二行為の共同実行に限定されることになる。したがって、二分説からすると、甲と乙は、死体遺棄罪を共同実行する意思で客観的には生存していた被害者（以下、「A」ともいう。）を共働して非故意的に死亡させたことになる。そこで、二分説による本事例の処理は、第二行為に基づくAの死亡に（重）過失が認められる限り、しかも「過失犯の共同正犯」を肯定する立場からは、甲と乙とに（重）過失致死罪の共同正犯が成立することになる⁴。

犯であると評価される場合には、問題の本質において異なることがないことから、以下においてはとくにこだわらない限り両事例を区別せずに論じることにする。

2 本問「『概括的故意事例群』と共犯の成否 (2)」法政理論46巻2号(2014年)29頁参照。

3 本問「『概括的故意事例群』と共犯の成否 (1)」法政理論45巻4号(2013年)266頁参照。

4 二分説によれば、第二行為に関する罪責については、第一行為の時点から第三者が共同正犯形態で加功した類型である上記「事例Ⅰ①」における第二行為についての罪責処理と同様となる。この点に関しては、本問・前掲論文(註2)29頁以下参照。本「事例Ⅱ①」における甲には、未遂罪の要件を満た

次いで、視点を変えて、実現事実と主観内容との不一致に着目すれば、甲と乙とはいわゆる「抽象的事実の錯誤（客体の錯誤）」と同一構造の錯誤にとともに陥り、共働して予想外の事実を実現したということになる。そこで、二分説によれば、本事例を抽象的事実の錯誤の一類型として位置づけたうえで錯誤論に基づき乙の罪責問題を処理する可能性も考えられよう。共犯における錯誤の問題も単独犯における錯誤理論の適用によって解決される⁵とする現在の一般的な見解によれば、こうした類型の事案をどのように処理するのかは従来ほとんど論じられてはいないが、単独犯における抽象的事実の錯誤の事案と同一構造を有するものとして処理される⁶

す限り、別途、単独犯としての殺人未遂罪が成立することになる。この点に関しては、本間・前掲論文（註3）267頁参照。

- 5 もっとも、共犯の錯誤、とりわけ共同正犯における抽象的事実の錯誤の問題領域では、錯誤論と共同正犯の「本質」論とが交錯する領域であることから、両者の論理的および機能的関係を意識しながら罪責問題を処理する必要があり、単独犯の錯誤理論の適用によって「解決」されるほど単純な問題ではないということ、さらに両者の論理的および機能的関係についての私見はすでに明らかにした。本間・前掲論文（註2）36頁以下参照。
- 6 大塚ほか編『大コンメンタール刑法第二版第5巻』（1999年）422頁以下〔佐藤執筆〕参照。第二行為に基づく法益侵害事実に対する抽象的事実の錯誤を論ずることは、従来の単独犯を前提とした概括的事例群の処理に関する二分説の立場にも妥当しうるにもかかわらず、同説を支持する論者が、第二行為につき過失犯の成否だけを問題として本稿のような抽象的事実の錯誤の問題を論じてこなかったことには次のような2つの理由が考えられるように思われる。すなわち、第一の理由は、すでに本間・前掲論文（註3）246頁註2で指摘したように、死者の安息の妨害は格別、死体遺棄行為が処罰の対象とされていないドイツでは、第二行為につき死体遺棄罪という故意犯の成否が問題とならないことから抽象的事実の錯誤を論ずる前提が欠けることであり、第二の理由は、二分説を支持するわが国の論者も、抽象的事実の錯誤の処理に関する通説の見解であるいわゆる「法定的符合説」の立場から、第二行為に基づく法益侵害事実に対する行為者の（死体遺棄罪の）故意の符合を原則的に否定することから、同事実に対して結局は過失犯の成否だけが問題となることにあると思われる。しかし、後記のように、第二行為に

ことになろう。

しかし、こうした処理を行う場合、その前提として明らかにすべきであるにもかかわらず、従来から未解決のまま残されている問題があるように思われる。それは、実現事実に対して想定する構成要件の特定方法に関する問題である。すなわち、抽象的事実の錯誤は、一般に、「行為者の認識事実と実現事実との不一致(事実の錯誤)が異なる構成要件にまたがって生じた場合」⁷を意味するとされているが、より正確には「行為者の認識した事実(がもし実際に発生したとするなら、それ)が充足する罰条が、客観的に発生した事実(にもし故意が存在するとしたなら、それ)が充足する罰条と相違するとき」⁸と定義される。こうした定義および錯誤論の意義⁹からすると、実現事実が該当する構成要件(客観的に発生した事実が

基づく法益侵害事実に対する故意の符合を認める可能性は理論的には否定できないのであり、したがって、二分説の立場からは、第二行為につき抽象的錯誤の問題を検討する必要があるように思われる。なお、すでに本問・前掲論文(註2)29頁以下で論じた「事例Ⅰ①」においても二分説からはこうした検討が必要となりうるが、二分説を適用するうえで同事例よりもシンプルな構造を有する本事例において便宜上この問題を検討することにする。

7 内藤『刑法講義総論(下)Ⅰ』(1991年)964頁。

8 町野「法定的符合について(上)」警察研究54巻4号(1983年)3頁。

9 周知のように、錯誤論の意義に関しては、大別すると、(裏返された)故意論であるとする通説的立場と、故意論とは異なる意義・役割をもつとする立場が対立している。この点に関しては、平野『刑事法研究最終巻』(2005年)3頁以下、中森「錯誤と故意」西原春夫先生古希祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古希祝賀論文集第一巻』(1998年)435頁以下、安田「錯誤論(上)」法学教室273号(2003年)71頁以下、井田『講義刑法学・総論』(2008年)169頁以下参照。しかし、こうした論争の意義については必ずしも明らかでないところがあり、後に「結果の主観的帰属」の問題とあわせて検討することを予定している。なお、日高『刑法総論』(2015年)325頁は、錯誤論の使命が刑の不均衡を是正することにあると考える立場から、「抽象的事実の錯誤の場合には、いわば正面から故意論を導入して解決すること自体適切ではない」としている。

充足する罰条）が故意犯の構成要件（罰条）を想定したものであることは明らかであるし、抽象的事実の錯誤をめぐる議論においても、こうした故意犯に結果的加重犯をも含めた形で議論がなされているわけではない。しかし他方で、いわゆる「共犯と錯誤」をめぐる議論における問題設定およびその処理状況から明らかなように、結果的加重犯の構成要件も「抽象的事実の錯誤」が問題となる類型からは排除されていない¹⁰。しかしそうなると、本事例のように、死体遺棄罪を共同実行する意思で客観的には生存していた被害者を（共働して）死亡させたという事案を想定する場合、「実現事実」が該当しうる構成要件は、つねに殺人罪の構成要件だけなのか、それとも単純遺棄罪または保護責任者遺棄罪の構成要件なのか¹¹、さらには単純または保護責任者遺棄致死罪の構成要件も問題になりうるのかは、上記定義からは直ちには明らかにならない¹²。ここでは、さしあたり疑問

-
- 10 本稿が問題としている共同正犯における抽象的事実の錯誤との関連で、さしあたり、十河「共同正犯における抽象的事実の錯誤」瀬川編『大谷實先生喜寿記念論文集』（2011年）291頁以下参照。
 - 11 大塚ほか編『大コンメンタール刑法第三版第11巻』（2014年）320頁〔半田執筆〕が明示しているように、保護責任者遺棄罪の故意の内容として保護責任を基礎づける事実の認識が必要であることからすると、保護責任を基礎づける客観的事情が存在する限りで、実現事実に対応する犯罪構成要件は、単純遺棄（致死）罪のみならず保護責任者遺棄（致死）罪にも及ぶことになる。
 - 12 前田『刑法総論講義〔第6版〕』（2015年）196頁は、単独犯における抽象的錯誤を想定したものであるが、「行為が何罪の構成要件に該当するかは、客観的結果と主観的故意の双方を総合して判断する。通常は、客観的に生じた犯罪を問題にし、それに対応した故意が存在したといえるのかを吟味するが、現に生じた客観的事象が形式上当てはまる構成要件についての故意が認定できない場合には、故意内容から出発して、それに応じた犯罪事実が、現に生じた事象の中に含まれているかを問う作業を行う。そして、成立可能な犯罪内から最も重いものを選ぶことになる。」とするものの、「現に生じた客観的事象が形式上当てはまる構成要件」の規定方法を明らかにしていない。なお、確かに、共犯、とりわけ共同正犯と錯誤の場合には、実現事実の結果

を呈示するにとどめ、本事例を抽象的事実の錯誤の一類型として処理する場合に生ずる新たな問題点の検討に入ることにしよう。

単独犯における抽象的事実の錯誤の処理に関して現在の判例・通説が支持する「法定的符合説」によれば、行為者の認識事実に対応する構成要件と実現事実に対応する構成要件とが異なっても、両構成要件の間に「実質的な重なり合い」がある場合に実現事実故意が認められ、故意犯が成立することになる¹³。そこで問題となるのが、本事例のように、行為者の認識事実に対応する死体遺棄罪と実現事実に対応する(単純または保護責任者)遺棄(致死)罪ないし殺人罪の各構成要件との間にこうした「実質的な重なり合い」が認められ得るかということである。

まず、判例上、この問題に関して判断を示したものはわずかに旭川地判昭和60・8・23判タ607号108頁1件だけのようである¹⁴。本件は、大型特

的加重犯を含めて議論する必要があるものの、単独犯の場合には、結果的加重犯を含めた形で抽象的事実の錯誤を論じる実益はほとんどないように思われる。しかし、そうした「感覚」は、単独犯の錯誤論と共同正犯における錯誤論の相違に由来するのではなく、従来の「共同正犯の錯誤」をめぐる議論が、実は、共同正犯の本質論・成立範囲論であるにもかかわらず、抽象的事実の錯誤論との機能的な関係を曖昧にしたままになされてきたことに由来するように思われる。以上の点に関しては、本問・前掲論文(註2)36頁以下参照。

13 単独犯における抽象的事実の錯誤の処理に対する判例・通説に関しては、さしあたり、山口『刑法総論[第3版]』(2016年)236頁以下参照。

14 行為者が、第一行為により被害者の死を惹起したものと誤認し遺棄等の第二行為を行い最終的に被害者の死を惹起した事案に関わる裁判例は、本判決のほか戦後9件ほど存在する。しかし、これらの判例は、本判決とは異なり、①すでに、本問・前掲論文(註3)250頁以下で指摘したように、概括的故意事例群を因果関係の問題として処理する大審院判例の立場を踏襲して因果関係の問題として処理するもの(たとえば、大阪地判昭和43・8・16判タ227号224頁、大阪高判昭和44・5・20判タ239号287頁、札幌地判平成14・3・28 LEX/DB28075189)、②第二行為実行時点で被害者の死を認定したもの(たとえば、東京高判昭和62・7・30高刑集40巻3号738頁、なお、横浜地判

殊作業車を使用して除雪作業中に過失で妻を轢いた被告人が、数時間後に雪の中に埋没している同女を発見し、これを掘り出し、同女の心臓の鼓動や呼吸を調べてみたもののいずれも確認できず、また、同女の顔を叩くなどして大声で呼び掛けてみても何の反応も示さなかったことから、同女が既に死亡しているものと誤認し、自己に殺人などの嫌疑がかかるであろうとの思いから、同女を交通事故に見せかけて遺棄することを決意し、敷地外路上まで運んで遺棄したという事案である。旭川地裁は、すでに指摘したように¹⁵、被告人は死体遺棄罪の故意のもとに保護責任者遺棄罪の構成要件に該当する事実を実現したことになるとして、本件を抽象的事実の錯誤の一類型として理解したうえで、従来の判例の立場にしたがひ、両罪の構成要件の重なり合いを判断するにあたり、両罪の保護法益には重なり合う面があるだけでなく、遺棄という行為態様が同一であることを理由に¹⁶、両罪の構成要件の「実質的な重なり合い」を認め、被告人に死体遺棄罪が成立するとしている。

本件において、従来の判例の動向¹⁷とは異なり、抽象的事実の錯誤論により事案処理が行われた理由は、必ずしも明らかではないものの、従来の事案とは異なり第一行為が過失行為であったことから、二分説の立場と類似して、遺棄行為という故意に基づく第二行為に第一行為とは独立した意義が認められたことにあるものと思われる。もっとも、本件判決には、次のような基本的な問題点が存在する。すなわち、本件判決には、抽象的事実の錯誤の処理に関する基準を実質的には「罪質の符合ないし法的同価値

平成28・5・25 LEX/DB25543379)、③死亡時期が不明であるとして無罪としたもの（たとえば、大阪地判昭和46・9・9判時662号101頁）である。

15 本間・前掲論文（註2）50頁註62参照。

16 旭川地裁は、さらに、被告人には「少なくとも生きているのか死んでいるのか明らかでない状態で人を遺棄する意思があったものと評価できる」ことも指摘している。

17 上記註14参照。

性」に求め構成要件の符合の限界を最終的には保護法益（・行為態様）の共通性により画そうとする従来の判例の立場¹⁸との整合性を図るために、一般的に個人的法益に対する罪として理解されている（単純または保護責任者）遺棄罪¹⁹から「社会的風俗」に対する侵害部分を抽出するという時代錯誤的な思考²⁰を用いて両罪の構成要件の重なり合いを認めている点に問題があるように思われる。さらに、本件判決では、証拠上、死体遺棄罪の構成要件に該当する客観的事実の存在が明らかでなかったにもかかわらず、結果的に同罪の成立が肯定される論理も明らかではない。すなわち、本件判決では、二つの犯罪構成要件間に存在する法益および行為態様の共通性が符合判断の基準として重要とされる理由だけでなく、こうした意味での共通性があれば、客観的に実現していない事実に対する故意犯が成立する理由も明らかではない。

抽象的事実の錯誤の処理に関する基準につき、従来の判例の立場を基本的に支持する通説的見解が採用する「法定的符合説」、より正確には「構成要件の符合説」²¹によれば、構成要件が違法（・有責）行為類型であることを根拠として、「行為者が認識した事実が該当する構成要件と実際に生じた事実が該当する構成要件」の符合を肯定するうえで「法益の共通性

18 本問・前掲論文（註2）49頁参照。

19 大塚ほか編・前掲書（註11）241頁以下〔酒井＝小島執筆〕参照。

20 遺棄の罪の沿革に関しては、大塚「遺棄罪」日本刑法学会編『刑事法講座第7巻』（1953年）1581頁以下、桜木「遺棄罪の問題点」日本刑法学会編『刑法講座5』（1964年）247頁以下、大塚ほか編・前掲書（註11）237頁以下〔酒井＝小島執筆〕参照。なお、現在においても、大塚『刑法概説（各論）〔第三版増補版〕』（2005年）58頁註（三）は、「遺棄の罪は、個人的法益に対する罪であるとともに、社会的法益に対する罪としての性格をも具備する。人を遺棄してその生命・身体に危険を与えることは、社会的風俗を害するからである。」としている。

21 団藤『刑法綱要総論第三版』（追補・1991年）299頁。

ないし重なり合いは最低限度必要」²²とされ、保護法益を共通としない両罪の「構成要件の符合」は一般的に否定されることになる²³。

しかし、「構成要件の符合説」は、本来、客観的実現事実と主観内容（行為者が認識した事実）との符合を法的な観点から判断するという思考²⁴を

22 山口・前掲書（註13）241頁。さらに、高橋『刑法総論第3版』（2016年）204頁も「各構成要件が行為規範として法益保護のために設定されていると考えれば、法益の共通性が基本とされるべきであり、その点で法益符合説という意味でのソフトな構成要件の符合説が妥当であろう」とする。

23 さしあたり、山口『問題探求刑法総論』（1998年）153頁、同・前掲書（註13）241頁註24参照。なお、すでに植松『再訂刑法概論Ⅰ総論』（1974年）287頁は、両罪間に符合を認めないことにより処罰の間隙が生ずるとして法定的符合説を批判していた。この点に関して、川端『集中講義刑法総論第二版』（1997年）103頁以下は、「甲は……乙が重傷を負わせたXをすでに死亡したものと誤認して、発覚したら乙がかわいそうだと考え、これを山中に遺棄したが、まだ生きていたXは山中に遺棄されたことにより死亡するに至った」という事例をもとに、この場合、甲は「死体遺棄罪の故意で結果として遺棄致死罪の事態を引き起こした」ことから抽象的事実の錯誤が問題となり、法定的符合説によれば、保護法益の相違に着目すると、両罪の符合を認めることができず、「理論的には死体遺棄罪の未遂と単純遺棄罪の過失犯の成立をみとめるべきであるということに」なりうるが、いずれも現行法上不可罰であるものの、こうした結論は「罪刑法定主義、責任主義の見地からは、まことにやむをえない」とする。しかし、法定的符合説の立場からは、甲の罪責としては少なくとも（重）過失致死罪の成否が問題となりうるといえよう。

24 こうした思考の淵源は、牧野『刑法研究第一巻』（1917年）142頁以下に展開されたものではあるが、その内容・基準において曖昧なものであった。なお、町野『刑法総論講義案Ⅰ〔第二版〕』（1995年）229頁は、「客観と主観とが法的な観点から符合すると認められるものでない以上、故意を肯定することはできない。このような考え方を法定的符合説という。」としている。したがって、こうした分類によれば、「構成要件の符合説」は「法定的符合説」（の一種）であるが後者は前者と同じ意味ではないことになる。もっとも、葛原ほか『テキストブック刑法総論』（2009年）86頁以下〔葛原執筆〕は、構成要件間の「実質的な重なり合い」の範囲で符合を肯定する上記判例・通説のような立場を法定的符合説と呼び、「形式的な重なり合いの場合にしか故意既遂を認めない反対説」を構成要件の符合説と呼んでいる。

基礎としながら、構成要件を基軸として理論的に変貌をとげてはいる²⁵ものの、二つの犯罪構成要件間の「実質的な重なり合い」という意味での符合を通じて故意犯の成立を肯定する論理と基準には依然として曖昧なものがある²⁶。しかも、当初は符合の「基準」として機能するものと想定された構成要件を符合の「対象」とする現在の判例・通説的見解の方法論自体に問題点が存在するように思われる。確かに、故意の構成要件関連性²⁷からすれば、構成要件を基準に主観内容と客観的実現事実との符合の有無を判断することと、認識事実に対応する構成要件と実現事実に対応する構成要件を対象としてその符合の有無を判断することとの間には一見すると相違はないようにも思われる。しかし、こうした方法論には、上記のように、実現事実に対応する構成要件の特定方法・基準が曖昧であることに加え

25 その理論的な変遷過程に関しては、内田『犯罪構成要件該当性の理論』(1992年) 261頁以下参照。

26 とりわけ、①(たとえば、遺失物横領罪と窃盗罪のように)二つの犯罪構成要件間に形式的な包摂関係が存在しない場合と、②(上記本件判旨のように)両構成要件が重なり合う範囲で軽い犯罪の故意犯を肯定すべき場合に、客観的にはその構成要件の実現がない場合の論理が問題となる。山口・前掲書(註13) 239頁以下は、両犯罪にまたがる『共通構成要件』を両者の法文解釈により導出・想定し、それが客観的にも主観的にも充たされている」とする。同旨の見解として、高山『故意と違法性の意識』(1999年) 214頁、松原『刑法総論』(2013年) 229頁がある。また、いわゆる「不法・責任符合説」の立場からではあるが、町野・前掲書(註24) 235頁以下は、「刑法38条2項は、このような場合に、客観的に充足された構成要件を主観的に認識された軽い方の構成要件に修正し、軽い犯罪を成立させる規定でもある。」とする。さらに、結論同旨の見解として、井田『殺人罪と死体遺棄罪の区別をめぐって』井田ほか編『椎橋隆幸先生古希記念新時代の刑事法学下巻』(2016年) 58頁以下参照。しかし、これらいずれの見解にも問題があることに関して、中森・前掲論文(註9) 439頁以下、松宮『刑法総論講義第[第4版]』(2009年) 192頁、同「みせかけの構成要件要素と刑法38条2項」立命館法学327号=328号(2010年) 877頁参照。

27 高山・前掲書(註26) 205頁以下参照。

て、抽象的事実の錯誤の問題を規範的に「構成要件及びその相互関係の解釈の問題」²⁸とすることにより、行為者の認識内容から離れて故意を擬制する危険性があるのではなからうか²⁹。

刑法的に故意として評価されるうえで必要とされる行為者の認識内容については争いがあるものの、認識それ自体が法概念へのあてはめという法技術的な意味での認識である必要はなく、当該行為についての社会的な「意味の認識」で足りるとする点では争いがない。そこで、行為者の認識内容に着目して実現事実との符合を判断する場合、こうした社会的意味の認識レベルでの符合という観点から考察することも可能である。

たとえば、西原は、「故意というものが元来ある程度類型的でありながら必ずしも構成要件ごとに明確に類型化されるものではない……罪質同一という限度で包括的に類型化されるようなものと把握すべきであろう……。したがって、故意というものは、一定の法益侵害に向けられたものであれば、多少の法益侵害の方法に構成要件的な相違があってもその存在を肯定することができるし、しかもその法益というのも、精密な法的概念である必要はなく、一般人がほぼ同意義に考えるようなものどうしについては符合を認めうる程度のもので解して差し支えないであろう。その範囲は、犯罪の被害法益や犯行方法などを考慮した『罪質』を基準として画すべきであって、構成要件の重なり合いという基準を用いるのは適切でない。」と

28 山口・前掲書（註23）152頁。

29 齋野『刑法総論』（2007年）190頁参照。さらに、こうした方法論には、認識事実に対応する構成要件と実現事実に対応する構成要件が異なることを定義上の前提とする抽象的事実の錯誤の事案では、符合の存否を判断するうえで当該構成要件を離れて当該犯罪の罪質（・不法・責任内容）に踏み込んだ検討をせざるを得ないという問題が存在するように思われる。なお、葛原ほか・前掲書（註24）87頁〔葛原執筆〕参照。

する立場³⁰から、死体遺棄罪と単純遺棄罪との間の符合を肯定する³¹。

また、井田も、当該構成要件該当事実についての故意があるといえるためには、「刑法が予定する、ある行為規範の内容を行為者が理解したかどうかが決定的」であり³²、「2つの犯罪が構成要件としては重ならないとしても、意味の認識のレベル、すなわち行為状況に向けて具体化された行為

30 西原「刑法における錯誤の理論〔総論〕」法学セミナー329号(1982年)18-19頁。さらに、西原『刑法総論改訂版(上巻)』(1998年)227頁参照。なお、内田・前掲書(註25)207頁は、西原の「罪質符合説」とは異なる立場からではあるが、「『法益の重なり合い』というのも、単に現行法上の分類を前提とした『法益』の『重なり合い』というのでは不十分であり、かつ、『法』の眼で見た『理論的・形式的な重なり合い』というよりは、むしろ『行為者』の眼で見た、より『現実的・実質的な重なり合い』を前提としなければならない」とする。

31 西原・前掲書(註30)227頁は、「たしかに両罪は構成要件も異なるし、厳密な法的意義での法益も異にするが、罪質同一の範囲内にあるとみて故意の成立を認めることができるであろう。日常生活の実態からすれば、少なくとも生きているのか死んでいるのか明らかにし難い状態の人を遺棄するという意思が認められ、その段階にある限り、それは死体にも生体にも共通しうると考えられる」とする。同旨の見解として、大谷「抽象的事実の錯誤」警察学論集37巻10号(1984年)130頁、132頁以下参照(ただし、大谷『刑法講義総論新版第4版』[2012年]178頁)。もっとも、福田=大塚『対談刑法総論(下)』(1987年)44頁[大塚発言]は、「『生きているのか死んでいるのか明らかな状態でない人を捨てる意思』で捨てた場合は、少なくとも死体遺棄罪と遺棄罪との両罪についての未必の故意がみとめられるわけですから、実際に生じた結果についての故意犯が成立することは当然であって、錯誤の理論を用いる必要はない」として西原の論述を批判する。しかし、西原の主張内容は、むしろ「意味の認識レベルでの符合」を主張する見解と「実質的に符合する」ように思われる。なお、林『刑法の現代的課題』(1991年)100頁註69は、死体損壊罪と傷害罪につき、両罪の法益が異なることから符合を否定しながらも、「死の時期の認定が困難な場合を想定すると、社会の人々の当該被害者についての利益・関心には連続性が認められるようにも思われ、なお疑問を留保しておきたい。」とする。

32 井田『刑法総論の理論構造』(2005年)108頁。

規範違反のレベルで重なるということはあるのである。ここで問題となっているのは、裁判規範としての構成要件の符合ではなく、行為規範違反が認められるための素人的認識内容の重なり合いである。」³³とする。井田はそのうえで、このような「規範的符合説」³⁴の立場からは、「法的な把握のレベルで法益が厳密には異なるとしても、行為状況におかれた行為者の意味の認識レベルではその差異を無視できるといとき、なお符合を認め得る場合が考えられる」³⁵であり、「法的にみれば、生体と死体とは相互に他を排斥する概念であるが、いずれも『人体』に包括される」³⁶し「具体的な行為事情に即した意味の認識のレベルでは『生きているか死んでい

33 井田・前掲書（註32）108頁以下。さらに、井田・前掲書（註9）188頁参照。

34 井田・前掲書（註32）109頁。

35 井田・前掲書（註32）109頁。さらに、井田・前掲書（註9）195頁参照。また、橋本『刑法総論』（2015年）110頁以下も、「故意の有無の判断は、結局、当該事実が『意味の認識』の包摂範囲に含まれると評価してよいかどうか、であることに立ち返る必要がある。……行為者の認識が、『素人仲間における（一般人の）評価で構成要件該事実の認識』といえるときには、その事実についての故意が肯定されるのである。他方、符合とは、法的には構成要件評価の異なる事実であるが、一般人の意味の認識レベルでは重なるときにも肯定されるとしてよいと思われる。」とする。なお、重井「事実認識と故意」阪大法学49巻5号（2000年）829頁参照。

36 井田・前掲書（註32）109頁。さらに、同・前掲論文（註26）57頁参照。こうした見解は、傷害罪と死体損壊罪との符合を例として、平野『刑法総論Ⅰ』（1972年）179頁によってすでに主張されていた。なお、和田「不能犯(2)」山口＝佐伯編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（2014年）137頁は、「殺人罪においても人体に対する尊重感情という社会的法益を（も）観念することはでき、その限りで死体損壊罪と保護法益を共通にするという理解が全くあり得ないわけでもないと思われる。」とする。しかし、「法益に対する尊重要求」はあらゆる法益に対して妥当するものであり、それ自体を「社会的法益」と評価することはできないであろう。vgl. Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, 2/30, 2/33ff.; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1982, 5/25ff.

るか明らかでない人』という上位概念を想定し……そういう状態の人を遺棄するなという行為規範……にあたる事実の認識が行為者にある以上、行為規範レベルの認識が認められるとすることができる。」として、同様に死体遺棄罪と(単純または保護責任者)遺棄罪との符合を肯定する³⁷。

以上のように、死体遺棄罪を実現する意思で(単純または保護責任者)遺棄罪(さらに殺人罪)の構成要件に該当する事実を実現したと評価される事案については、抽象的事実の錯誤論の上記理論的対立を背景として結論が異なってくる³⁸。すなわち、まず、現在の判例・通説的見解からすれ

37 井田・前掲書(註32)109頁以下。さらに、井田・前掲書(註9)195頁註59参照。なお、井田・前掲論文(註26)53頁は、「死体遺棄の認識で殺人既遂の事実を実現したケース」についても抽象的事実の錯誤の事案として「発生結果につき三八条二項の適用の下で(したがって、軽い罪の限度で)故意を認め」ることを明言するに至っている。井田は、こうした符合を認める「補強的論拠」として、「行為事情の下で、その人が生きているのかどうかについての正確な認識が困難な(そればかりか不可能な)場合が多く、そのような場合に行為者に正確な認識を求める(したがって、認識を誤れば不可罰になるとする)ことは過多の要求というべきである。」とするとともに、(すでに、町野「法定的符合について(下)」警察研究54巻5号(1983年)12頁以下が展開した解釈論に基づき)刑法38条2項の機能を「構成要件の修正・拡張」に求める立論を行っている(井田・前掲論文(註26)57頁以下)。確かに、こうした見解は、井田自身が認めているように、「構成要件の符合説」の立場からの「従来の通説的解釈と比較してかなりの処罰範囲の拡張をもたらすものであり、また理論上の疑念も払拭できていないわけではない」。佐久間「共犯の因果性と抽象的事実の錯誤-『重なり合い』の標準について-」井田ほか編『浅田和茂先生古希記念論文集上巻』(2016年)507頁は、井田のような見解について、「構成要件の故意規制機能を形骸化することで、その犯罪個別化機能も危うく」し、「構成要件ごとの定型的差異を吟味することなく、重なり合いの範囲を無制限に拡張してゆくならば、最終的には抽象的符合説と同じ結論に至る」と批判している。しかし、こうした批判は、上記のような問題点を持つ現在の「構成要件の符合説」にも妥当しよう。

38 なお、日高・前掲書(註9)321頁は、いわゆる「合一的評価説」の立場から、「予見事実については死体遺棄罪を想定し、実現事実については保護責任者遺棄罪を想定して合一的に評価すると、重い保護責任者遺棄罪が罪名

ば、客観的に実現された（単純または保護責任者）遺棄罪（さらに殺人罪）の構成要件該当事実に対する行為者の主観内容の符合は否定され³⁹、行為者の罪責としては、最終的に発生した被害者の死亡結果につき（重）過失が認められる限りで（重）過失致死罪が成立することになる。これに対して、上記「規範的符合説」のように、死体遺棄罪と（単純または保護責任者）遺棄罪（さらに殺人罪）との間に符合を認める立場からは、刑法38条2項により、軽い罪である死体遺棄罪が成立することになる。しかし、本件判決の事案のように、行為時に被害者の生死が証拠上明らかでなかった事案について、同説からの帰結は必ずしも明らかではない⁴⁰。

確かに、現実の事案の具体的状況を前提とすれば、人の死の時点には一定の幅がありうるし、医学的知識に乏しい者には被害者の生死を正確に判断することは不可能であることから、被害者がすでに死亡したと判断して行為者が遺棄等の犯跡隠滅行為を実行した時点で医学的には被害者の生存の可能性が否定できないということも起こりうる。こうした事案を扱った判例として、上記東京高判昭和62・7・30がある⁴¹。事案は、被告人が日ごろ快く思っていなかった被害者から悪態をつかれたことに立腹し、殺意をもって被害者の前頭部等をアスファルト路面に強打したところ、被害者が前頭部から流血し微動だにしないことからすでに死亡したものと確信し、その顔面を焼いて身元判別を困難にして犯跡を隠蔽しようと企て損壊

となるが、刑法38条2項の規定により、その処断刑は、死体遺棄罪の範囲内で算出することになる。」とする。

39 厳密には、この場合、主観内容に対応する死体遺棄罪の未遂と実現事実に対応する（生体を死体と判断したことに過失が認められる限りで）過失による（単純または保護責任者）遺棄罪の成立が問題となりうるが、いずれの行為も現行法上不可罰である。

40 井田・前掲論文（註26）55頁以下、63頁以下は、本件判決の事案についての結論には直接言及してはいないものの、死体遺棄罪の成立を認めるものであろう。

41 前掲（註14）参照。

行為に及んだが、損壊行為当時、被害者が生存していた可能性が否定できないと認定されたというものである。東京高裁は、以下のように判示して、(殺人罪に加えて)被告人の損壊行為に死体損壊罪の成立を認めている。すなわち、「ひとり被告人のみならず、なんびとも、外見上は……既に死亡しているものと確信し、これに疑いを容れる余地のない状態にあったこと、更にこれを医学的見地からみてもその生死の判定に困難を来たし、一見死亡しているとみても不自然ではない程であり、仮に生存していたとしても、非常に高度な頭蓋内損傷の故にその後短時間のうちに死亡することが確実視され、かつ現に死亡し、しかもその死亡が本件損壊行為による燃焼中に招来したことも容易に推認されるのであり、被告人の本件損壊行為が〔被害者〕の死に何ら原因を与えるものでなかったことも明らかである。このような状況下において、被告人は本件損壊行為に及び、かつ少くもこれによる燃焼中、これとは別の前示頭蓋内損傷により死亡した被害者に対し、その死の前後にわたる燃焼により結局意図したとおり死体損壊の結果を生ぜしめたものであるから、このような場合には、たまたま事後の解剖結果によりその行為時において被害者の生存の可能性を完全には否定し去ることができない所見が見られたとしても、なお死体損壊の責を負うべきものと解するのが相当である。」と。

本判決は、損壊行為当時すでに被害者は死亡していたと認定して死体損壊罪の成立を認めているものの、その理由づけには理論的にわかりにくい部分がある。すなわち、確かに、損壊行為が終了する前に被害者が死亡すれば、「死体」に対する「損壊」行為が行われたといえる。しかし、損壊行為開始当時、被害者が客観的にはいわば「仮死状態」にあったのであれば、被告人の認識事実と符合せず死体損壊罪の成立を肯定できないはずである⁴²し、被害者の生死が不明であった場合にも「疑わしきは被告人の利

42 こうした理由から死体遺棄罪の成立を否定した判例として、札幌高判昭和32・3・23高刑集10巻2号197頁がある。なお、仙台高判昭和25・5・22高

益に」原則(以下、「疑わしきは原則」という。)から同罪の成立を肯定できないはずである⁴³。本判決の趣旨は、被告人に抽象的事実の錯誤を認めるまでもなく、この程度の主観と客観との齟齬は刑法的にみて重要ではないということであろうか⁴⁴。しかし、被害者の生死が不明であり事実認定

裁判事判決特報8号109頁参照。

43 もっとも、人の生死のように、論理的に「択一関係」にあり、被害者の死亡事実を前提とした死体遺棄罪と生存事実を前提とした(単純または保護責任者)遺棄(致死)罪のように、異なる構成要件間の事実について、いずれかの構成要件該当事実が存在するかは明らかであるものの、そのいずれに該当するかを決定できない場合に、軽い犯罪事実を認定して有罪とすることができるかが問題となる。前掲大阪地判昭和46・9・9(註14)は、被告人が暴行を加えた実子を遺棄したものの、遺棄当時被害者の生死が不明であったことから、死体遺棄罪(本位的訴因)と保護責任者遺棄罪(予備的訴因)の成否が問題となったという事案につき、「このような場合、右両訴因につきいずれも証明が十分でないものとして無罪の言渡をすべきものか、それとも、二者のうちいずれか一方の訴因が成立することは間違いないものとして択一的に或いは被告人に有利な訴因につき有罪の認定をなすべきかは困難な問題であるが、現行刑事訴訟法上の挙証責任の法則に忠実である限り、後者のような認定は許されないものと解すべきであるから……、右各訴因についてはいずれも証明が十分でないものとして無罪の言渡をするほかはない。」とした。本判決については、中野「択一的認定」平野ほか編『刑事訴訟法判例百選第五版』(1986年)206頁以下参照。これに対して、前記旭川地判昭和60・8・23の控訴審判決である札幌高判昭和61・3・24高刑集39巻1号8頁は、被害者は「生きていたか死んでいたかのいずれか以外にはないところ、重い罪に当たる生存事実が確定できないのであるから、軽い罪である死体遺棄罪の成否を判断するに際し死亡事実が存在するものとみることとも合理的な事実認定として許されてよいものと思われる。」としている。本判決のこうした「択一的認定」の可否については、さしあたり、上田「択一的認定について」大宮ローレビュー2号(2006年)11頁以下、古江「択一的認定-遺棄と被害者の死亡時期」井上ほか編『刑事訴訟法判例百選[第9版]』(2011年)202頁参照。

44 町野『犯罪各論の現在』(1996年)76頁は、こうした指摘をしている。同旨の見解として、前田『刑法各論講義第5版』(2011年)585頁参照。なお、本判決の事案とは異なり、被害者が未だ生存していると信じて殺意をもって

の方法等が問題となる事案は、第二行為の時点で被害者が客観的に生存していたという本稿の問題設定とは異なることからこれ以上の検討はひとまず措くことにして先に進むことにする。

さて、以上の議論を前提として、本稿が考察の対象としている上記事例Ⅱ①を二分説の立場から抽象的事実の錯誤の一事例として処理しようとする場合、現在の判例・通説的見解が支持する「構成要件的符合説」の立場からは、死体遺棄罪と(単純または保護責任者)遺棄罪(さらに殺人罪)との符合が否定されることになるので、最終的に発生した被害者Aの死亡結果に対する過失犯の成否が問題となり、「過失犯の共同正犯」を肯定する立場からは、乙には、Aの死に関する甲乙両者の(重)過失の存在を条件として、甲との間で(重)過失致死罪の共同正犯が成立し、過失犯の共同正犯を否定する立場からは、(重)過失致死罪の同時犯が成立す

被害者の腹部等を日本刀で突き刺したが、被害者は同行為の時点ですでに死亡していたという事案に関して、本判決と類似の観点から錯誤を問題とすることなく殺人未遂罪の成立を肯定した判例として、広島高判昭和36・7・10高刑集14巻5号310頁がある。本判例については、和田・前掲論文(註36)136頁以下参照。さらに、上記横浜地判平成28・5・25(註14)は、意識喪失状態にあった被害者が死亡したものと誤信して、同人を袋に入れてコンクリート塊付きロープで結束したうえで、同人をインフレーターカヌー〔空気を注入して膨らませるカヌー〕に乗せて海中に押し込み、間もなく潮水の吸引により死亡し、海中に沈められたという事案につき、被告人は、遺棄行為の当初から被害者が死亡しているものと誤信していたとはいえ、「結局、遺棄行為の最終段階においては、意図したとおり、死体遺棄の結果を生ぜしめるに至っているものであり」、被害者の「死亡時期に錯誤があるものの、それは因果の経過に関する錯誤にすぎないから、被告人には死体遺棄罪が成立するというべきである。」としている。上記東京高判昭和62・7・30と同様、本判決も実行行為の「終了前に」その途中で被害者が死亡していることを論拠としているが、被害者の死亡が遺棄行為の「終了前」と評価すべきかについては疑問が残る事案である。この点については、井田・前掲論文(註26)55頁参照。

ることになろう⁴⁵。これに対して、上記「規範的符合説」の立場からは、死体遺棄罪と（単純または保護責任者）遺棄罪（さらに殺人罪）との符合が肯定され、軽い死体遺棄罪の成立が認められることになるので、乙には、甲との間で死体遺棄罪の共同正犯が成立することになろう⁴⁶。

もっとも、上記「事例Ⅱ①」を二分説の立場から検討する場合、理論的には、その方法としてこうした抽象的事実の錯誤の問題として処理する以外にも可能性は残されている。すなわち、すでに論じたように⁴⁷、従来、共同正犯の成立範囲論と錯誤論との交錯する領域に属するとされてきた問題は、共同実行の合意内容の解釈を前提とした、各共同行為者への広義の行為の帰属問題として処理されるべきであり、少なくとも共同正犯に関する限り、錯誤論に固有の問題領域は残されていないとする本稿の立場からすれば、上記「事例Ⅱ①」は、共同実行の合意内容を超える事実が結果として生じた「共同正犯過剰」の類型のうち、「過失の過剰」の事例として処理されることになる⁴⁸。すなわち、こうした過失の過剰事例には、共同実行の合意内容を超える事実が共同行為者の一部の者により実現された場合と、共同行為者全員による「共同実行」によって実現された場合があり得るが、本事例は、後者の類型に属することから、甲と乙の罪責問題は、「過

45 もっとも、現実には、上記旭川地判昭和60・8・23の事案のように、医学的に素人である行為者に被害者の生死を正確に判断することは困難であり、第二行為に基づく実現事実について行為者の（重）過失が認められる場合は希であろう。なお、甲には、別途、第一行為による殺人未遂罪の成否が問題となる。

46 ただし、同説がこうした帰結を認めているわけではない。なお、この場合にも、甲には、別途、第一行為による殺人未遂罪の成否が問題となる。

47 本間・前掲論文（註2）48頁以下参照。

48 本間・前掲論文（註2）52頁以下参照。なお、「共同正犯過剰」の問題に関しては後に再度検討を予定しているが、広義の「共犯の過剰」に関する詳細な研究として、長井「共犯の過剰について（一）（二）（三）・完」南山法学20巻2号（1996年）129頁以下、同20巻3・4号（1997年）157頁以下、同21巻2号（同）1頁以下参照。

失犯の共同正犯」の成否の問題に還元されることになる⁴⁹。

(2) 通説による処理 概括的故意事例群を因果経過の錯誤の一事例として処理する上記通説の考え方⁵⁰を前提とすれば、上記「事例Ⅱ①」の処理はきわめて複雑になる。なぜなら、通説の考え方では、本事例における乙が共働した第二行為は、甲が単独で行った第一行為の単なる因果的なプロセスの一部として、第一行為と規範的に統合されるという方法論が採用されることから、甲と乙との共犯関係の成否およびその範囲を確定することが容易ではないことになるからである⁵¹。同様の問題は、概括的故意事例群を因果関係論ないし客観的帰属論で処理する立場においても生じ得ることになる⁵²。

こうした問題は、主として、甲と乙との共同実行の合意内容およびその法的意義に関係する。すなわち、甲と乙のいわば「生の」主観内容に着目するかぎり、両者はAがすでに死亡したと誤認し死体遺棄罪を共同実行するという合意を形成したことが上記「事例Ⅱ①」の前提となっているが、判例・通説によれば、第二行為時における甲の誤認は法的に重要ではなく、またこうした誤認に基づく「死体遺棄罪実現の故意」自体の法的重要性も否定され、最終的に発生したAの死に対する殺意の符合が認められることになることから、甲の主観内容に対する法的評価は、乙の主観内容に対する法的評価とは異なることになる。したがって、通説によれば、「死体遺棄罪を共同実行するという合意」の存在自体が刑法的評価の上では意味を

49 本問・前掲論文(註2)56頁参照。

50 本問・前掲論文(註3)253頁以下参照。なお、以下、とくにことわらない限り、「通説」ないし「通説の考え方」とする。

51 すでに、香川『刑法解釈の理論』(1989年)41頁以下がこうした問題点を指摘している。

52 概括的故意事例群を因果関係論ないし客観的帰属論で処理する立場も、第二行為に第一行為とは独立した法的意義を原則的に認めないという点では通説の考え方と同一だからである。以上の点については、本問・前掲論文(註3)259頁以下参照。

持たないことになろう⁵³。

一方、通説によれば、乙が加功した時点では甲の行った殺人罪の実行行為は規範的には未だ終了していないし殺意も継続していると評価されることになることから、乙との間に殺人罪の共同正犯の成立を肯定できないかが問題となる。しかし、乙には殺意がないことが上記「事例Ⅱ①」の前提であることからすると、死体遺棄罪の故意に殺意をもちわば「読み込む」⁵⁴という前提に立たないかぎり、殺人罪のいわゆる承継的共同正犯の存在を肯定することもできないように思われる⁵⁵。

他方で、通説の考え方からすると、だからといって、殺意を有すると評価される甲に乙との間で（重）過失致死罪の共同正犯の成立を肯定することにも無理がある。このように、通説の考え方を前提として上記「事例Ⅱ①」における甲と乙との間に共同正犯の成立を肯定することには理論的に無理があるように思われる⁵⁶。

53 香川・前掲書（註51）42頁以下参照。

54 内田『刑法解釈論集（総論Ⅰ）』（1982年）101頁は、単独犯の概括的故意事例群の処理に関して、「問題は、『死体遺棄の故意』のうちには『殺人の故意』は全く存在しないといえるかどうか……現実の行為者の意思は、第一の殺人の故意と第二の死体遺棄の故意に『はっきり』わかれているのであろうか」と疑問を提示する。香川・前掲書（註51）42頁は、故意の構成要件関連性、殺人罪と死体遺棄罪における保護法益の相違という観点から、内田のかかる見解を批判する。しかし、事実認定の問題としてこうした意識内容の重なり合いが問題になることはあり得よう。たとえば、東京高判昭和32・2・16高刑判特4巻9号212頁は、被告人が、強盗目的で被害者の頸部を締めて仮死状態に陥れて金品を強取した後、被害者をすでに死亡したものと誤信し、犯跡を隠べいしようとして肥溜中に投げ入れようとした際、被害者の蘇生を妨げ、完全に死亡せしめる意思で肥溜に投入したという事案につき、「被告人の心裡に、同女が既に死亡しているものと考えた一面があっても、被告人は殺人の犯意を以て右の所為に出たものと認めるのが至当」であるとしている。

55 香川・前掲書（註51）42頁。

56 香川・前掲書（註51）43頁は、このことに関連して、通説の立場につき

もつとも、いわゆる「行為共同説」⁵⁷に基づき、故意犯と過失犯との間でも共同正犯が成立しようとする立場⁵⁸からは、上記「事例Ⅱ①」における甲と乙との間に殺人罪と(重)過失致死罪との共同正犯を肯定することが

「一罪を前提とすることによってその共同正犯成立の可能性を具備しながら、それが結果的に拒否される点で論理の一貫性に欠ける」と批判している。しかし、通説の立場が「論理の一貫性に欠ける」かどうかは、以上のことから直ちに明らかになるわけではない。

57 同説については、本問・前掲論文(註2)44頁以下参照。さらに、亀井『正犯と共犯を区別するという事』(2005年)14頁以下参照。

58 こうした見解は、大場『刑法総論下巻』(1917年)1061頁、趙『刑法過失論』(1926年)243頁、宮本『刑法學綱要』(1926年、以下『綱要』という。)462頁、同『刑法學粹第五版』(1935年、以下『學粹』という。)400頁、同『刑法大綱第四版』(1935年)197頁、同『刑法講義』(1942年)153頁によってすでに主張されている。その後の同様の見解として、たとえば、植田『共犯の基本問題』(1952年)116頁以下、木村『全訂新刑法読本』(1967年、以下『読本』という。)267頁、同『犯罪論の新構造(下)』(1968年、以下『新構造』という。)254頁、大野『共犯の従属性と独立性』(1964年)168頁、同『概説犯罪総論下巻補訂版』(1994年、以下、『総論』という。)106頁、内田『総合判例研究叢書刑法(26)』(1965年)177頁以下、同『刑法概要中巻〔犯罪論(2)〕』(1999年、以下、『概要』という。)483頁、中『刑法総論』(1971年、以下『総論』という。)227頁、同『講述犯罪総論』(1980年、以下『講述』という。)238頁、金澤「犯罪共同説か行為共同説かー行為共同説の立場からー」中編『論争刑法』(1976年)173頁、中野『刑法総論概要第三版補訂版』(1997年)145頁、山中『刑法総論〔第3版〕』(2015年)906頁がある。なお、ドイツにおいても、共同実行の意思は当該結果を惹起した行為の実行に向けられていれば足りることを根拠としてこうした立場を主張するものとして、vgl. Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1913, S. 152, 154.; ders., Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen, Erster Band, Strafrecht, 1915, S. 293f.; Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, Rn.26/4. さらに、Schmidhäuser, a.a.O. (Fn.36), 14/30; ders., Studienbuch (Fn.36), 10/68f. も、故意・過失は共同正犯における責任要素として、個人責任に関わる問題であることを根拠として同様の立場を主張している。

できるかもしれない。しかし、論者のあいだで想定されている事例⁵⁹が上記「事例Ⅱ①」と異なっている点は別としても、後にあらためて検討するように、共同正犯における共同実行の合意という要件の意義、すなわち各共同行為者の広義の行為を相互的に帰属し、共同正犯の一体性の基礎と限界を形成する意義⁶⁰という観点からは、こうした立場が前提としている共同実行の合意内容とその機能には疑問がある。

以上のように、通説を前提とした場合、甲と乙との間に共同正犯の成立を理論的に基礎づけることが困難であるとなると、乙の罪責をどのように基礎づけるかが問題となる。この場合、乙の罪責を基礎づけるうえでの理論的可能性としては、次の二つの可能性が考えられよう。すなわち、一つは、乙は、客観的に甲による殺人罪の実行を容易にしたと評価できることから、幫助の故意はなかったものの（死体遺棄罪の共同実行の意思で）過失により殺人罪の幫助を実現したという評価を行うことにより、いわゆる

59 大場・前掲書（註58）1061頁は、「典獄カ數名ノ死刑囚ニ對シ死刑ヲ執行スルニ當リ其中ノ一名ニ對シテハ死刑執行命令ノ下附ナキニ拘ハラス之アルモノト誤信シテ部下ノ官吏ト共ニ死刑ヲ執行シタル場合ニ於テ部下ノ官吏ハ右一人ニ對シ死刑ノ執行命令ナキ事實ヲ知りナカラ執行行為ヲ爲シタル場合」という非現実的な事例を挙げている。これに対して、宮本・綱要（註58）462頁は、「甲カ人ヲ殺傷スル目的ヲ以テ陥罪ヲ掘ルニ當リ野獸ノ捕獲スル爲メト稱シ、乙ヲ欺キテ工事ヲ手傳ハシメ、因テ人ヲ殺傷シタル場合」を、植田・前掲書116頁は、「甲が下に人の居ることを知りつつこれを傷害する意思で、それを不注意で知らなかつた乙と共同して、丸太を屋根から落としてこれを傷けた場合」（同様の事例として、木村・読本（註58）267頁、内田・概要（註58）483頁参照）を例示しているが、こうした事例（すでに、Bindingが同事例を挙げている。vgl. Binding, Grundriss (Fn.58), S. 154.) は、後述するようにむしろ間接正犯が問題となり得る事例であり、このことは、上記見解を支持する立場からも自覚されている。たとえば、大野・総論（註58）106頁。なお、内田・概要（註58）483頁参照。

60 本間・前掲論文（註2）38頁以下参照。なお、この問題は後にあらためて検討する。

「過失による従犯」の成立⁶¹を認めて乙の行為の可罰性を理論的に基礎づける可能性 (①) であり、もう一つは、乙が死体遺棄罪の共同実行の意思で客観的には殺人罪に該当する事実を実現したとして、抽象的事実の錯誤に基づく (重) 過失致死罪の成立を前提に乙の可罰性を理論的に基礎づける可能性 (②) が考えられよう。

しかし、①に対しては、乙の行為につき、「過失による従犯」という罪責を導き出すうえで、いわば「二重の錯誤」⁶²の処理という、従来ほとんど議論の対象とされてこなかった問題⁶³が生じ得るだけでなく、結論の妥

61 こうした概念自体の理論的な成立可能性のみならず現行法のもとでも「故意犯に対する過失による幫助」の成立を明示的に肯定する見解として、たとえば、趙・前掲書 (註58) 248頁以下、宮本・綱要 (註58) 482頁、同・學粹 (註58) 420頁、植田・前掲書 (註58) 214頁註 (2)、佐伯『共犯理論の源流』(1987年) 117頁、木村・読本 (註58) 277頁、同・新構造 (註58) 357頁以下、内田・概要 (註58) 514頁、中・総論 (註58) 248頁、同・講述 (註58) 257頁等がある。しかし、共犯論に関する現在の通説の見解は、概念自体の理論的成立可能性は別として、刑法38条1項および同62条の文理からは無理があるとして、あるいは処罰の不当な拡大を招くおそれがあるとして、「過失による従犯」の成立・処罰は否定されるとしている。たとえば、山口・前掲書 (註13) 381頁、西田『共犯理論の展開』(2010年) 211頁、井田・前掲書 (註9) 490頁、松原・前掲書 (註26) 437頁、小林『刑法総論』(2014年) 168頁、山中・前掲書 (註58) 979頁以下、前田・前掲書 (註12) 380頁註15、日高・前掲書 (註9) 504頁等参照。なお、実務上も「過失による共犯」の成立を認めた裁判例は見あたらず、むしろ幫助の意義という観点から「故意犯 (道交法上の無免許運転罪) に対する過失による従犯」の成立を否定した裁判例として、富良野簡判昭和34・7・14下刑事裁判例集1巻7号1639頁がある。

62 乙の錯誤は、死体遺棄罪を実現する意思で客観的に殺人罪の構成要件該当事実を実現したという点で抽象的事実の錯誤に関わるだけでなく、同時に、共同実行の意思で正犯の従犯に該当する事実を実現したという点で、共犯形式内部での錯誤にも関わっている。

63 従来、「共犯と錯誤」の問題で議論の主要対象とされてきたのは、①いわゆる「共犯過剰」、②「異なる共犯形式にまたがる錯誤」、③間接正犯と教唆犯にまたがる錯誤の類型であり、これらのタイプの事案が併発ないし競合し

当性に対する疑問、すなわち乙の主観面および客観面を含む共働形態全体に対する法的評価が（共同正犯ではなく）従犯といえるかという疑問がある。また、①の可能性が認められるには、その前提として、故意犯に対する「過失による従犯」の成立自体が理論的に基礎づけられなければならない⁶⁴。

次いで、②に対しては、確かに、乙の罪責を理論的に基礎づけることはできる⁶⁵ものの、共犯としての罪責を理論的に基礎づけることができない点において基本的な問題がある。

事例Ⅱ②⁶⁶ 本事例も、第二行為時点から第三者が（実行）共同正

た、本稿のような意味での「二重の錯誤」の事案ではない。また、「異なる共犯形式にまたがる錯誤」の類型として通常論じられているのは、教唆犯と従犯にまたがる錯誤の事案であって、本稿の事案のように、共同正犯と従犯にまたがる錯誤の事案ではない。

64 「過失による狭義の共犯」の成否に関しては、木村・新構造（註58）320頁以下、329頁以下、347頁以下、357頁以下、松生「過失による共犯（一）（二）・完」法学論叢117巻1号（1987年）42頁以下、同巻5号（同）27頁以下、嶋矢「過失犯の共同正犯論（一）」121巻1号（2004年）77頁以下、内海『過失共同正犯について』（2013年）144頁以下等参照。

65 上記のように、抽象的事実の錯誤の処理に関する通説の見解である「構成要件の符合説」からは、符合を肯定できず、認識事実に対応する未遂犯と実現事実に対する過失犯の成否が問題となり、現行法上、前者は不処罰であることから、結論としては、実現事実に対する（重）過失が認められる限りで、乙には（重）過失致死罪が成立することになる。他方、上記のように、「規範的符合説」の立場からの帰結は明らかではない。

66 甲が、殺意をもってAの首を絞めたところ、Aがぐったりして動かなくなったことから、甲はAがすでに死亡したものと誤認し、犯跡を隠滅する目的でAを川に投棄しようとしたものの、一人で実行することが困難であったことから、乙に事情を打ち明け協力を依頼したところこれを了承した乙がAを（単独で）川に投棄することを実行することで合意した。ところが、乙は実行途中で、Aが一時的に失神していたにすぎなかったことに気づきながら、殺意をもってAを川に投棄したことからAが溺死した。

犯形態で加功した類型のうち、先行行為者甲だけでなく、後行行為者乙も被害者Aがすでに死亡しているという錯誤に陥り、両者の間で第二行為の共同実行の合意が形成され、その合意に基づき実行された第二行為によりAの死が惹起された場合である。本事例と上記「事例Ⅱ①」との主要相違点は、乙だけが共謀対象犯罪(死体遺棄罪)の実行行為を直接担当したこと、乙が同罪の実行に着手後Aの生存に気づきながらも甲に凶ることなく殺意をもってAの殺害に着手し、結果的に甲が意図したAの殺害を実現したことにある。この事例において明らかなことは、乙には、原則として殺人既遂罪が成立するということである⁶⁷。問題となるのは、A死亡結果に対する甲の罪責である。

(1) 二分説による処理 上記二分説の立場からすると、甲には、まず、未遂犯の成立要件を満たす限り、先行した殺害行為につき単独犯として殺人未遂罪が成立することは当然の前提となる。次いで、A死亡結果に対する甲の罪責の処理方法としては、以下のようなものが考えられよう。すなわち、甲と乙との間に死体遺棄罪の共同実行の合意が形成されたにもかかわらず、共同行為者の乙が殺人という過剰な事実を(たとえば、乙が甲の犯跡を隠蔽する目的で)故意に惹起したと評価したうえで、従来、共同正犯過剰、厳密には「故意の過剰」の問題⁶⁸として論じられてきた事案と同様に処理するという方法である。この問題に関する従来判例・通説によれば、上記のように、共同正犯過剰事例は、共同正犯の成立範囲論

67 この場合、乙の側からすると、生存していたAを殺害する段階で理論的には、「片面的共同正犯」の可能性がありうるが、こうした概念が共同正犯の帰属構造に照らして妥当性を持ち得ないことについては、後にあらためて検討する。さらに、後述するように、乙の行為の法的意味を甲の当初の殺人罪の実行行為との比較においてどのように理解するかという問題と関連して、例外的に結果の帰属が否定され、乙に殺人既遂罪の成立が否定されるとする立論もありうることに注意すべきである。

68 この問題に関しては、本問・前掲論文(註2)51頁以下参照。

との明確な相違を意識しないまま抽象的事実の錯誤論と同一の基準により処理されてきた⁶⁹ことから、本事例の処理も上記「事例Ⅱ①」と同様に処理されることになる。しかし、共同正犯に関する限り、故意の過剰の問題は、共同実行の合意内容の解釈を前提とした、各共同行為者への広義の行為の帰属問題として位置づけるべきであるという本稿の立場⁷⁰を二分説に適用すれば、乙の惹起した結果は共同実行の合意に基づくものではないので、甲には帰属できないことになり、したがって、甲は、殺人未遂罪の限度で刑事責任を負うということになる。

(2) 通説による処理　これに対して、通説の立場からすると、上記のように、「事例Ⅱ①」における甲と乙との間に共同正犯の成立を肯定することには理論的に無理があるように思われるが、このことは本事例においてもあてはまる。なぜなら、通説の立場からは、上記のように、乙が共働した第二行為は、甲が単独で行った第一行為の単なる因果的なプロセスの一部として、第一行為と規範的に統合されるという方法論が採用されることから、第二行為時における「共同実行の合意」自体が法的に意味を持たないことになるはずだからである。しかし、甲の立場からすれば、いずれにせよ当初から意図していた結果を乙の行為を通じて実現したことになる。そこで、本事例におけるA死亡結果に対する甲の罪責問題を処理する方法としては、上記通説の前提に基づき、従来から論じられてきた、先行行為者の故意行為に基づく一連の事象に第三者の故意行為が介在して最終的に結果が発生した事案の処理方法が参考になるように思われる⁷¹。わが国では、こうした事案を類型化し⁷²、行為者の故意行為に第三者の故意行為が

69 本間・前掲論文（註2）51頁以下参照。

70 本間・前掲論文（註2）52頁以下参照。

71 Vgl. Joecks, in: MüKo, Bd.1, 2.Auf., 2011, Rn.94 zu § 16.

72 従来議論は、主として、①（先行）行為者の過失行為後に第三者の故意行為が介在した類型、②行為者の過失行為後に第三者の過失行為が介在した類型、③行為者の故意行為後に第三者の過失行為が介在した類型、④行為者

介在した類型の1つである「大阪南港事件」に関する最高裁決定⁷³を中心として、先行行為者の行為と発生した「結果」⁷⁴との「相当因果関係」の存否をめぐる議論、とりわけ同決定を契機として顕在化した「相当因果関係説の危機」を回避する方法をめぐって議論がなされてきている⁷⁵。

しかし、上記「事例Ⅱ②」を、従来の議論⁷⁶のように、行為者の行為後の因果経過に行為者とは無関係な第三者の行為が介在した類型の枠組みの中に単純に位置づけてしまうことには疑問がある。なぜなら、従来の議論の対象となった事例類型とは異なり、本事例の構造は、①先行行為者による故意犯(殺人罪)の実行行為が行われ、②既遂結果が発生したという錯誤に陥り、③その錯誤に基づき形成された後行行為者との新たな犯罪(死体

の故意行為後に第三者の故意行為が介在した事案に分けて議論がなされてきた。なお、ドイツにおける議論状況に関しては、vgl. Walter, in: LK, Bd.1, 12. Aufl., 2007, Rdn.104 zu Vor § 13.

73 最決平成2・11・20刑集44巻8号837頁。本決定に関しては、さしあたり法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇平成二年度』(1992年)232頁以下〔大谷執筆〕、山中「第三者の行為の介在と因果関係(2)」山口=佐伯編・前掲書(註36)22頁以下参照。

74 因果関係における「結果」をどのように規定するかという問題があるがここでは言及する余裕がない。この問題に関しては、さしあたり、加藤「因果関係における結果規定について(一)(二)・完」法学論叢161巻4号(2007年)42頁以下、同161巻6号(同)83頁以下参照。

75 さしあたり、安達「客観的帰属論-犯罪体系論という視点から-」川端ほか編『理論刑法学の探究第1巻』(2008年)50頁以下、曾根『刑法における結果帰属の理論』(2012年)19頁以下、植田「法的因果関係・省察」修道法学35巻2号(2013年)15頁以下、前田「因果関係に関する理論と結論」井田ほか編『川端博先生古希記念論文集上巻』(2014年)1頁以下、塩見『刑法の道しるべ』(2015年)3頁以下参照。なお、山中「客観的帰属論の規範・判断構造」高橋ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古希祝賀論文集〔上巻〕』(2014年)113頁以下参照。

76 第三者の行為が介入した場合における結果の帰属をめぐる近年の内外の議論に関しては、山本「第三者の行為が介入した場合における帰属の基準-客観的帰属論を中心に-」法学新報118巻1=2号(2011年)607頁以下参照。

遺棄罪)の共同実行の合意に反して、④後行行為者が自らの判断で、先行行為者が当初意図していた犯罪結果を実現した点にその特色を有しているからである。さらに、本事例の乙のように、実態としては共犯関係にある行為者を従来の議論のように先行行為者と無関係な「第三者」として位置づけることにも疑問がある。こうした構造に対応する事例を見いだすのは困難である。しかし、上記通説の前提からは、本事例構造の上記③の特色は意味を持たないことになることから、残りの特色をそなえたほぼ類似の実例として、次のドイツの判例の事案を挙げることができよう。そこで、以下においては、同判例の判断内容および同判例をめぐる学説の対応を参考として、通説の立場から本事例を処理する場合にA死亡結果を甲に帰属させることの可否およびその理論構成上の問題点を明らかにすることにしよう。

○BGH NStZ 2001, 29 本件の事案の概要は以下のとおりである。すなわち、被告人SとWは、Sの里親Aが用意してくれた家で同棲していた。Sは、Aの里子の一人であるJと普段から仲が悪く、Aが不在であったある日、SはJの住む住居に赴きJと口論となった。激高したSはJを床に押し倒すと、持参したナイフでJの腹部などを突き刺すとともに、殺意をもってJの顔面を複数回突き刺したところナイフが顔面から抜けなくなってしまった。Sは、Jがすでに死亡してしまったと思い現場から立ち去り帰宅した。Sは、WにJを刺殺した旨を伝えた。その後両者は、犯跡を隠蔽するべく犯行現場に戻ると、Sは家の外で待機し、Wが一人で犯行のあった部屋に立ち入った。Wは、顔面から多量に出血して身動きせずに床に仰向けで横たわるJを発見したが、Jが苦しそうな喘ぎ声をたてたことから、Jの生存に気づいた。ところがWは、SのためにJを殺害することを決意した。Wは、室内で見つけた水の入った瓶でJの頭部を殴打してその前頭骨を骨折させるとともに、自分が着ていた上着をJの顔面に被せてその上に覆い被さりJの首を力一杯締めつけた。Wは、Jを部屋から運びだそうと思ったが断念してSとともに現場から立ち去った。Jはその後死

亡が確認されたが、その死因は確定できなかったものの、Sによりナイフで刺されたことによる出血多量の結果であるか、あるいは-Jの死期を早めた可能性のある-Wによる頭部殴打の結果のどちらかであった。原審は、両被告人につき、各行為とJ死亡結果との間の因果関係に関して、疑わしきは原則を適用して、故殺未遂罪で有罪とした。

これに対して、連邦通常裁判所(以下、「BGH」という。)は、原審の判断は原因概念の誤解に基づくものであるとして、次のように判示した。すなわち、①「確かに、後の事象が〔先行〕行為者の行為の効果を除去し、新たな因果鎖を創出して単独で当該結果を惹起した場合は格別である。しかし……本件のように、行為者の行為後に、同一の結果の惹起に向けた第三者の故意に基づく行為がその結果の発生に寄与したとしても、それが行為者の行為に引き続いて行われ、したがって行為者の行為が第三者の固有の行為が介在する条件であったという限りで、行為者の行為は、あくまで因果関係を有するのである……。本件では、被告人Wによる殴打行為が被告人Sの行為の効果を除去し、それとは独立した新たな因果経過を進行させたとみなす余地はない」⁷⁷と。

次いで、BGHは、被告人Sの主観面に着目して次のように判示した。すなわち、②「事実上の因果経過と被告人が表象した因果経過との不一致という観点からも、被告人Sの既遂責任は阻却されない。被害者の死期が被告人Wにより加えられた侵害により早められたと仮定した場合、確かに因果経過〔に関して客観的事実と主観内容との間〕の不一致が認められる。しかし、そうした不一致は、一般的な生活経験から予見可能なものの範囲内にとどまり、かつ、当該所為につき異なった評価を行うことを正当化す

77 BGHによれば、この場合、Jの死因が、ナイフによる刺し傷に由来する出血多量なのか、Wの瓶による殴打行為か、あるいは両者が合わさった形によるかは重要ではない。被告人がJをナイフで刺さなかったならばWの行為が介在することもなかったであろうという関係にあり、被告人の行為がJの死に対して1条件を設定したことは明らかである。

る事情も存在しない場合には、法的に重要ではない。本件において……当該不一致は、非本質的であり、所為につき他の評価を正当化する諸事情も存在しない」と。

BGHは、以上のように判示して⁷⁸、現判決を破棄し、被告人Sにつき故殺既遂罪の成立を肯定するとともに、被告人Wについては、原審の判断からは、被害者の死期を早めたことは断定できていないとして、疑わしきは原則に従い故殺未遂罪の限度で責任を肯定せざるを得ないと判示した。

本判決の理由は、被告人Sの行為と被害者Jの死との間の因果関係に関する判示部分（①）と、故意の存否に関する判示部分（②）から構成されている。まず、①の部分は、一般的に、行為者の行為後に第三者の行為等が介在して結果の発生へと至った事案における（先行）行為者の行為と結果の発生との間の因果関係（条件関係）の存否に関して、BGHの従来からの原則⁷⁹を確認したものであり、わが国の判例⁸⁰においても同様の「規範」が確立しているとされている⁸¹。もっとも、本判決は、結論として被

78 なお、類似の事案に対して同様の論理を展開して先行行為者に対する結果の帰属を肯定した先例として「とどめの一撃事件〔Gnadenschußfall〕」判決（BGH bei Dallinger MDR 1956, 526.）がある。同判決内容の詳細は明らかではないが、事案の概要としては、被告人Aが殺意をもってXの胸ぶめがけて約2mという至近距離から拳銃を発射したところ、Xはまさに死亡したかのような状態で地面に崩れ落ちたことからAが立ち去った後、未だ死亡せず息苦しく喘いだ状態にあったXをBがその苦痛を除去すべくとどめの一撃を加えて殺害したというものである。BGHは、Aの射撃行為がBのとどめの一撃を誘発したこと、現実の事象の経過とAの認識内容の不一致も重要ではなく故意も否定できないとして、被告人Aに対して故殺既遂罪の成立を認めている。

79 Vgl. BGHSt 39, 195, 197f.

80 たとえば、「ある行為が原因となつて、ある結果を発生した場合に、其行為のみで結果が発生したのでは無くて、他の原因と相まつて結果が発生した場合でも其行為は結果の発生に原因を与へたものと言ふべきである」とする最判昭和22・11・14刑集1巻1号6頁など。

81 前田・前掲論文（註75）3頁以下。

告人Sの行為と被害者Jの死との間の因果関係を肯定しているが、上記原則と、その例外として因果関係が否定される場合との関係について留意する必要がある。BGHは、因果関係の判断において一貫していわゆる「条件説」を支持してきた⁸²が、例外的に「因果経過の遮断〔Unterbrechung des Kausalverlaufs〕」が存在し、因果関係が認められない場合があり得るものとされてきたのである⁸³。「後の事象が〔先行〕行為者の行為の効果を除去し、新たな因果鎖を創出して単独で当該結果を惹起した」とする本判決の上記論述もまさにこうした例外についての文言を受け継ぐものである。しかし、こうした例外事案において先行行為者の行為と結果との間の因果関係が否定される理由に加えて、後の事象が介入しても〔先行〕行為者の行為の因果関係が否定されない事案との限界は必ずしも明らかではない⁸⁴。ドイツの学説上も、BGHのこうした考え方を支持するのが通説であ

82 Vgl. BGHSt 1, 332.

83 Vgl. BGHSt 39, 197f. もっとも、そうした事案にあたるとして因果関係の存在を否定した判例は見当たらないようである。

84 わが国においても、「因果関係の断絶」という事象が存在することは従来から認められている。しかし、その概念（・定義）・要件に関しては多様な見解が示されている。たとえば、西原・前掲書（註30）117頁は、こうした事例につき、「行為と結果とのあいだに因果関係が進行中、行為者の行為にもとづかない偶然の事情が介入し、それによって当該結果が発生した場合（因果関係の経路が変更した場合）」とし、また、内藤『刑法総論講義（上）』（1983年）250頁は、「先行条件たる行為とは無関係の別個の後行条件によって結果が発生した場合は、その先行条件たる行為がなくても結果は発生したであろうから、先行条件たる行為と結果との間には条件関係がない。」とする。また、大塚『刑法概説（総論）〔第四版〕』（2008年）233頁によれば、「同一の結果に向けられた先行の条件が効果をあげないうちに、それと無関係な後行の別個の条件によって結果が発生させられた場合をいう」。さらに、井田・前掲書（註9）118頁は、「結果に向けられた先行の因果の流れが、それとは独立・無関係の後行の因果の流れによって『追い越された』場合には、条件関係が否定される。」とする。しかし、従来、こうした概念・要件に関する厳密な分析がほとんどなされていないように思われる。上記（大塚の定

る⁸⁵が、同説は、上記例外事案において先行行為者の行為と結果との間の因果関係が否定される理由を次のように分析している。すなわち、通説によれば、後の事象の因果経過が先行する因果経過を凌駕したことから、先行する因果経過は仮定的な原因に過ぎず、現実的原因である後の事象だけに因果性が肯定されることになる⁸⁶。また、通説によれば、後の事象が先行行為者の行為を受け継いで介在した場合、したがって先行行為者の行為と後の事象の介在とがc.s.q.n.関係にある事案は、上記例外事案とは区別されなければならない⁸⁷、この場合には、先行行為者の行為の効果が最終的な結果の発生に及んでいると評価されることになる⁸⁸。BGHも、本件判決理由においてこうした通説の立場を前提として、しかも、少なくとも故意犯に関する限り、因果関係の存否を条件説に基づき判断するという従来からの判例の動向にしたがい⁸⁹、被告人Sの行為と被害者Jの死との間の因果関係を肯定している。

ところが、BGHは、本判決理由の上記②の部分において、被告人Wの

義を除く)各定義を前提とした場合、上記大阪南港事件では、先行行為者の因果関係がなぜ「断絶」しないのか、その理由は明らかではない。

85 Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29.Aufl., 2014, Rn.77f. zu Vorbem. §§ 13ff. もともと、「因果性の断絶 [Abbrechen der Kausalität]」、「因果関係の遮断 [Unterbrechung des Kausalzusammenhang]」、「凌駕された因果性 [überholende Kausalität]」などと表現され、用語上の統一はなされていない。

86 Vgl. Eisele, a.a.O. (Fn.85), Rn.80 zu Vorbem. §§ 13ff.; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2014, Rn.22 zu § 13. もともと、因果関係(条件関係)の判断において「仮定的因果経過」が考慮されない理由は必ずしも明確ではない。ここで詳述することはできないが、この問題については、vgl. Haas, Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung, in: GA 2105, S. 86ff.

87 Vgl. Rengier, a.a.O.(Fn.86), Rn.23 zu § 13; Zieschang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 2014, Rn.71f.; Frister, a.a.O. (Fn.58), Rn. 9/15.

88 Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015, Rn.164; Eisele, a.a.O.(Fn.85), Rn.80 zu Vorbem. §§ 13ff.

89 Vgl. BGHSt 39, 197f; 49, 1; BGH JR 2016, S. 274.

行為によって被害者Jの死期が早められたことは証明できなかったにもかかわらず、早められたとあえて仮定すると「因果経過の錯誤」の問題が生じるとして、この問題を通じて、いわば被害者Jの死が被告人Sの故意に主観的に帰属可能かどうかを検討していると言える。少なくとも故意犯に関する限り結果の客観的帰属を上記のように因果関係(条件関係)の有無によってのみ基礎づけようとするBGHの立場からは、こうした処理をせざるを得ないことになる⁹⁰。

これに対して、結果の客観的帰属の判断を単に因果関係(条件関係)の問題に限定することなく、規範的な判断基準を用いて帰属範囲の限定を行う客観的帰属論の立場からは、「因果経過の錯誤」の問題も客観的帰属の問題にシフトされることになる⁹¹。もっとも、すでに述べたように⁹²、この問題が客観的な帰属の問題に解消されるべきであるのかについては、あらためて検討を要するだけでなく、理論が提示する客観的帰属の判断構造・判断基準がはたして裁判実務に受け入れられる程に安定したものといえるかについても再検討すべきである⁹³。なぜならば、確かに、発生した結果

90 行為者の認識事実と実現事実との「本質的な不一致」が存在する場合に発生した結果に対する故意への帰属を否定し、その判断基準を本判決のように、そうした不一致が、一般的な生活経験から予見可能なものの範囲にとどまり、かつ、当該所為につき他の評価を正当化するかという点に求める判例として、たとえば、vgl. BGHSt 7, 325 (329); 56, 162 (166); BGH JR 2016, S. 274. もっとも、BGHも判例のなかには、この問題を結果の客観的帰属の問題として処理する可能性に言及するものがあるのが注目される。vgl. BGHSt 38, 32 (34).

91 Vgl. Joecks, a.a.O. (Fn.71), Rn.94 zu § 16; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, a.a.O. (Fn.85), Rn.54a zu § 15; Frister, a.a.O. (Fn.58), Rn.11/46.

92 本問・前掲論文(註3) 258頁以下。

93 すでに、たとえば、曾根・前掲書(註75) 203頁は、「理論そのものの非実践性」を指摘している。これに対する反論として、山中・前掲論文(註75) 132頁以下参照。

を行為者に「彼のしわざ」として客観的に帰属させるには、因果関係の存在にくわえて、当該結果の中に行為者の創出した許されない危険が実現したものでなければならないとする客観的帰属論の考え方はドイツの学説上の多数説となっている⁹⁴が、こうした思考ないし判断の枠組み自体については論者の間ではほぼ一致するものの、具体的な判断基準は論者間で争いがありコンセンサスを得ていない⁹⁵だけでなく、客観的帰属論自体が、多様な事案の解決に事案ごとの多様な基準が用意されその集合体として理論が構築されているいわば「モザイク理論」となっているからである。ここでこの問題について検討する余裕はない⁹⁶が、本判決に対する論者のコメントを紹介しながらその問題点の指摘を行っておきたい。

たとえば、客観的帰属の限界を「答責性原理」⁹⁷に基づき設定するOttoは、第三者による自由かつ自己責任に基づき基礎づけられた独自の〔新たな〕危険が発生した結果に直接実現した場合には、最初に危険を創出した者の責任が阻却されるとしたうえで、本判決の事例はその典型であるとする⁹⁸。Ottoによれば、被告人Wが自由かつ有責的に介在し、殴打行為を行っ

94 Vgl. Eisele, a.a.O. (Fn.85), Rn.71f., 90ff. zu Vorbem. §§ 13ff.

95 Vgl. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28.Aufl., 2014, Rn.14. zu Vor § 13.

96 この問題に関しては、後に批判的な検討を行う予定である。

97 Vgl. Geppert, Zur Unterbrechung des strafrechtlichen Zurechnungszusammenhangs bei Eigenschädigung/-gefährdung des Opfers oder Fehlverhalten Dritter, in: Jura 2001, S. 491; Heinrich, Das vorsätzliche "Dazwischentreten" des Täters in seine eigene Tat, in: Geppert-FS, 2011, S. 171ff; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8.Aufl., 2017, Rn.83ff. zu § 4; 山中『刑法における客観的帰属の理論』(1997年) 708頁以下、島田『正犯・共犯論の基礎理論』(2002年) 234頁以下、塩谷『被害者の承諾と自己答責性』(2004年) 171頁以下、増田『規範論による責任刑法の再構築 認識論的自由意志論と批判的責任論』(2009年) 371頁以下、山本・前掲論文(註76) 615頁以下等。

98 Otto, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung, in: Lampe-FS, 2003, S. 491ff., 502.

たことにより被害者Jが死亡する独自の危険を創出し、同危険が発生した結果に実現したのであって、被告人Sが創出した被害者J死亡の危険の実現が阻止されたのである。したがって、当該結果はWにのみ帰属されるべきである⁹⁹。もっとも、Ottoは、本件では、被告人Sの行為に由来する危険が発生した結果に実現したのか、それとも被告人Wの行為に由来する危険が実現したのか解明できなかったのであるから、いわゆる「疑わしきは原則」により、両者に被害者の死は帰属できないとして、両者ともに故殺未遂罪が成立するとした原審判決を支持している¹⁰⁰。

これに対して、Trüg¹⁰¹も「答責性原理」を基礎としながらも、Ottoの見解とは異なり、被告人Wの行為が本来的に被告人Sにより創出された被害者を死亡させる危険と「特殊な方法で結びついていた」ということに着目する。Trügによれば、被告人Wは、被告人Sが開始した「しわざ」を継続させ中断させなかった。被告人Wは、被告人Sの攻撃方向と同一の方向で一部すでに実現していた危険を結果に向けて完全な形で実現することに助力したのである。被告人Wは、法的な意味での「第三者」ではない。被告人Wは、被害者の死亡に向けて進行した因果経過を修正してはいるが、遮断したわけではない。したがって、被告人Sにより創出された特殊な危険が結果に実現したのである。発生した結果は、被告人Sに帰属されるべきである¹⁰²。

被告人Wの行為が被告人Sにより創出された危険と「特殊な方法で結び

99 Otto, a.a.O. (Fn.98), S. 502: ders., in: JK 01, StGB Vor § 13/13. vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Aufl., 2016, Rn. 147 zu § 10. 但し、後述するように、こうした立論は、本件判決における事実認定とは異なり、被告人Wの行為によって被害者の死亡時期が早められた等の条件を前提とするものであろう。

100 Otto, a.a.O. (Fn.98), S. 502: ders., a.a.O. (Fn.99)

101 Trüg, Irrtum über den Kausalverlauf, in: JA 2001, S. 365ff.

102 Trüg, a.a.O. (Fn.101), S. 367.

ついていた」という Trüg の見解の趣旨は必ずしも明らかではないが、その意味するところは、すでに先行行為者により創出された危険に「典型的な形で基礎づけられた」と考えられる場合のことであり、他の論者により敷衍され¹⁰³、こうした見解が先行行為者の行為後に第三者の行為が介在した場合の結果帰属に関する通説であるとされている¹⁰⁴。しかし、どのような場合が「典型的な形で基礎づけられた」と言えるかは全く明らかにされていない¹⁰⁵。また、学説の中には、被告人 S の創出した危険が被告人 W の故意に基づく行為が介在する条件であった場合には、被告人 S の行為により創出された危険が発生した結果に実現したとして、上記 BGH の結論に賛成するものもある¹⁰⁶。しかし、そうだとすると、こうした論理は、上記

103 Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Fn.88), Rn.192. vgl. Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2016, Rn.253 (S. 96, Fn.57). さらに、Kühl, a.a.O. (Fn.97), Rn.68 zu § 4 は、「第三者が先行行為者の創出した危険を変更したかどうか」を帰属の基準としている。

104 Vgl. Jäger, Vorsatz versus Tatvorsatz, Eine an der Täterlehre orientierte Betrachtung mehraktiger Erfolgsverwirklichungen, in: Schroeder-FS, 2006, S. 244.

105 こうした批判を展開する見解として、vgl. Jäger, a.a.O. (Fn.104), S. 244; Walter, a.a.O. (Fn.72), Rn.108 zu Vor § 13; Sutschet, Die Erfolgszurechnung im Falle mittelbarer Rechtsgutsverletzung, 2010, S. 147.

106 こうした論理を展開する見解として、vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.I, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.Aufl., 2006, Rn.70 zu § 11; Rengier, a. a.O. (Fn.86), Rn.89, 91 zu § 13; Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3.Aufl., 2016, Rn.32 zu § 10. なお、法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度』（2007年）144頁以下〔前田執筆〕が、「被害者ないし第三者の行為が介在した場合における『危険の現実化』の判断枠組み」の一つとして、「介在する被害者、第三者の行為が、被告人の行為により生じかつ現存する危険を上回り、結果を発生させるだけの危険を新たに生じさせた場合でも、それが被告人の行為によって誘発されたなど、被告人の行為の影響下にある場合には、やはり、生じた結果は、被告人の行為による危険が現実化したものと評価できるから、被告人の行為と結果との間の因果関係が肯定される。」とするのも同趣

のように、条件関係の判断と実質的に重なることになろう。

以上のように、客観的帰属論は、先行行為者の創出した危険の結果への実現という判断構造を前提とするという点で一致しながらも、危険実現の具体的な判断基準、とりわけ本判決の事案のように、複数の行為者の創出した危険が競合する事案における帰属の判断基準は明らかではない。このことを再確認するうえで参考になるのが、次の判例である。

○BGH NStZ 2002, 253 本件の事案の概要は以下のとおりである。すなわち、被告人BとMは、ある飲食店でRと口論になり、店外でRを鉄棒でもごも殴打した。被害者を生かしておくと後に警察に通報されて犯行が発覚することを恐れた被告人両名は、その途中で、Rを殺害する決意を固めた（それがどの時点かは証拠上認定できなかった）。被告人らはRへの殴打を継続し、間もなく地面に倒れ込んだRの顔面を足蹴にし、その喉にベルトを巻き付けて強く締め上げた。やがて、Rがすでに死亡したと考えた被告人らはRを残したまま現場を離れた。帰宅した被告人Bは、友人の女性に上記犯行を伝えたところ、彼女がその話を信じなかったことから、その女性を連れて犯行現場に立ち戻った。やがてBは、Rがまだ生きていることに気づき、とどめをさすべくRに襲いかかるとその頭部を手拳で激しく何度も殴打した。Rは直後に死亡したが、Bの行為はRの死期を早める効果を持つものであるにすぎなかった。

BGHは、被告人Bに謀殺既遂罪の成立を認め、被告人Mに対しては、故殺未遂罪の成立を認めた。本判決は、謀殺罪の成立要件の存否が争点であり¹⁰⁷、Rの死亡結果を被告人Mにも帰属可能かが争点として問題となったわけではない。しかも、本判決の事案は、先行する第一行為につき共同

旨であろう。

107 被告人らが共同で行ったRに対する殺害行為が、ドイツ刑法典211条2項における「他の犯罪行為……を隠蔽するため」という要件を満たすかが問題となったものである。

正犯が認められるものであり、類型としては、上記「事例Ⅰ③」¹⁰⁸に近い事案ともいえる。

しかし、先行する第一行為（殺人罪の実行行為）を（Bと共同で）行った被告人Mの立場からすれば、まさにこうした行為により実現しようとした結果（Rの殺害）を他者であるMの後行行為を通じて実現したという点で本稿が問題としている上記「事例Ⅱ②」の構造と共通する部分を有しているだけでなく、何よりもBGHが、結論としてRの死亡結果を被告人Mに帰属させず未遂犯の成立を認めていることから、こうした結論が上記BGHの判例の立場からいかにして導かれるのか、さらに上記客観的帰属論の立場からはいかなる結論が導かれるのかを検討し、その問題点を探るうえで重要と思われる¹⁰⁹。

108 甲と乙が、Aの殺害を共謀し、共同してAの首を絞めたところAがぐったりして動かなくなったことから、甲と乙はAがすでに死亡したものと誤認し、犯跡を隠滅する目的でAを川に投棄することを共謀した。ところが、その実行を直接担当した乙は実行途中で、Aが一時的に失神していたにすぎなかったことに気づいたものの、殺意をもってAを川に投棄したことからAが溺死した。この類型についての検討に関しては、本間・前掲論文（註2）32頁以下参照。

109 なお、最近BGHは、殺意を持って被害者を金属棒で殴打し、地面に倒れ込んだ被害者が死亡したと誤認して立ち去ったものの、犯跡を隠蔽すべく数時間後に現場に戻ったところ、予想外にも未だ生存している被害者を発見し、殺意を持ってナイフで刺殺したという「本質的には類似の」事案（「新納屋謀殺事件」）につき、本件判決の結論とは異なり、被告人の第一行為と被害者死亡との因果関係を認めるとともに、上記BGH NStZ 2001, 29と同様に、「事実上の因果経過と被告人の表象した因果経過との本質的な不一致」の有無を問題にしたうえで結論としてこれを否定し、（本件判決と同様、第一行為につき未遂罪の成立を認めた原判決とは異なり）全体として謀殺既遂罪の成立を認めている（BGH JR 2016, 274.）。BGHは、本件判決の立場との間で法的判断上の齟齬を否定しているものの、こうした異なった結論を導くに至った理由を明らかにしていない。後に、「同一行為者による複数行為の競合と結果の客観的帰属」の問題と併せてあらためて検討するが、ここには、上記のように、少なくとも故意犯において「条件説」に基づく因果関係

もつとも、本件判決では、上記のように被告人Mに対する結果の帰属は争点となっていないことからこの点に関するBGHの論拠は不明であり、したがって結果の帰属という観点から本判決を評釈したものは当然ながら少ない。そうした中で、たとえば、Ottoは、本件では被告人Bの行為により「新たな危険」が創出され、その危険が結果に実現したとして上記BGHの結論(被告人Mに対しては故殺未遂罪成立)を支持している¹¹⁰。しかし、Ottoは、こうした「新たな危険」ないし「独自の危険」が創出され、それが結果に実現したとする実質的理由を明らかにしてはいない。彼の見解は、上記のように、客観的帰属論として再生された「遡及禁止論」¹¹¹を基礎とするものであるが、こうした見解では、第三者による自由かつ自己

の判断と、実質的には「一般的な生活経験」という基準に基づく、「事実上の因果経過と被告人の表象した因果経過との本質的な不一致」の判断から被告人の罪責を検討しようとするBGHの方法論および基準の問題点が現れているように思われる。同判決に対する批判的な評釈として、vgl. Eisle, Abweichung vom Kausalverlauf bei mehraktigem Geschehen, in: JuS 2016, S. 368ff.; Jäger, Der Scheunenmord, in: JA 2016, S. 548ff.; Hehr/Scharbius, Der Zurechnungszusammenhang bei mehraktigen Geschehen, in: HRRS 2016, S. 550ff.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, aaO. (Fn.99), Rn.166 zu § 10. 110 Otto, aa.O. (Fn.98), S. 502, Fn.32.

111 かつて主張された「因果関係の中断」を肯定する「古典的な遡及禁止論」は理論的に克服され、現在では「帰属連関の遮断」を肯定する「客観的帰属論」に再生され、その主唱者の一人がOttoである。vgl. Otto, aa.O. (Fn.98), S. 497ff.; Frister, aa.O. (Fn.58), S. 128, Fn.13. わが国でもこうした意味での「遡及禁止論」が主張されている。たとえば、山本・前掲論文(註76)630頁等。さらに、正犯論と客観的帰属論を連動させる立場から、同様に、島田・前掲書(註97)88頁以下、333頁以下、同「他人の行為の介入と単独正犯成立の限界」刑法雑誌40巻2号(2000年)142頁、同「間接正犯と共同正犯」齊藤ほか編『神山敏雄先生古希記念論文集第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(2006年)445頁以下、山口・前掲書(註13)68頁以下等もこうした立場を基礎としている。なお、増田・前掲書(註97)382頁以下、葛原「所謂ヴェーバーの概括的故意について」刑法雑誌33巻4号(1994年)42頁以下参照。

責任に基づき行われた行為により創出された危険は常に「新たな危険」であり、本件事案のように、後行行為者の行為が被害者の死期を早めたことが明らかな場合には、先行行為者の創出した危険の実現が阻止されたという結論に至ることになるように思われる。その限りでは、結果の客観的帰属の基準としては、他の基準よりも明確であろう¹¹²。しかし、こうした結論が導かれる論拠は必ずしも明らかではない¹¹³。

これに対して、Baierは、第三者介入事例における結果帰属の限界について上記Trügの見解と同様の原則的な立場から出発しながらも、本件では、被告人Mに対するRの死亡結果の帰属は否定されるとして、その理由を、共働者の一人が友人に犯行を示すために犯行現場に戻って殺害行為を新たに行うことは、「一般的生活経験からは計算に入れる必要のない行為態様」であり、Mが（Sと共同で）創出した危険に「典型的に内在していたものではない」ことに求めている¹¹⁴。しかもBaierは、本件判決の事案とは異なり、上記BGH NStZ 2001, 29では、被告人Wが被告人Sのために被害者を殺害するという行為が介入することは「あらかじめ計算に入れることができた」ことから、被告人Sに被害者死亡結果を帰属することができる¹¹⁵。確かに、本件は共同正犯の事案である。しかし、Baierの採用する基準、すなわち、第三者の行為の介入が先行行為者の創出した危険に「典型的に内在していた」かどうかという基準からすれば、両判決の事案においてそうした結論の差異を見いだすのは困難であろう。結局のと

112 Vgl. Sutschet, aa.O. (Fn.105), S. 174.

113 この問題については、後に、客観的帰属論としての「遡及禁止論」自体の検討に際して考察することを予定しているが、さしあたり、宮川「『遡及禁止論』の批判的検討」岡本ほか編『阿部純二先生古希祝賀論文集刑事法学の現代的課題』（2004年）96頁以下、曾根・前掲書（註75）275頁以下、杉本「遡及禁止と間接正犯」高橋ほか『理論刑法学入門刑法理論の味わい方』（2014年）191頁以下参照。

114 Baier, Verdeckungsmord, in: JA 2002, S. 843.

115 Baier, aa.O. (Fn.114), S. 843.

ころ、こうした基準の実質は、因果経過の客観的予見可能性というほとんど限定機能を果たさない基準にほかならないように思われる¹¹⁶。

さて、以上のような検討を踏まえ、概括的故意事例群の処理に関する通説の立場から上記「事例Ⅱ②」を処理する場合の理論構成上の問題点というテーマに立ち返ることにしよう。通説の立場から、本事例におけるA死亡結果を甲に帰属させるうえで、従来から論じられてきた「行為後の第三者の故意行為介入事例」の処理に関する議論が参考とはなるものの、こうした議論自体が未だ十分な理論的深化を経ていないことに加えて、現在の通説的見解の基礎にある「答責性原理」が、こうした事案の解決にとって有効かについては疑問が残り¹¹⁷、合理的かつ安定的な結論を担保する帰属の基準を提示するまでには至っていないように思われる。さらに、上記「事例Ⅱ②」をこのような形で一般化してしまうとすれば、通説にはやはり甲と乙との共同正犯としての実態を十分に把握できないという問題点が内在しているように思われる¹¹⁸。

事例Ⅱ③¹¹⁹ 本事例は、これまで検討してきた事例とは構造上大きく

116 なお、Baierは、共同で実行した第一行為の終了により、被告人らの共同正犯関係は解消していることも論拠の一つとしている。Baier, aa.O. (Fn.114), S. 843.

117 こうした原理が、少なくとも「行為後の第三者の故意行為介入事例」の処理については何らの役割も演じないとする見解として、vgl. Schmoller, Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf, Zugleich ein Beitrag zur fahrlässigen Beteiligung, in: Triffterer-FS, 1996, S. 244; Renzikowski, in: Matt/Remzikowski (hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, Rdn.126 zu Vor § 13; Frister, aa.O. (Fn.58), Rn.10/12. なお、「答責性原理」については、後に客観的帰属論の批判的考察の中であらためて検討することを予定している。

118 このことは、概括的故意事例群の実質を因果経過の錯誤の問題として理解したうえで、この問題を客観的帰属論により処理しようとする立場にも同様のことが当てはまるように思われる。

119 甲が、殺意をもってAの首を絞めたところ、Aがぐったりして動かなく

異なっており、第二行為時点から第三者が加功して両者の共働により実行された第二行為によりAの死が惹起されたという点では、上記「事例Ⅱ①」および上記「事例Ⅱ②」と共通するものの、次の点においてこれらの事案と相違する。すなわち、本事例における後行行為者乙の加功形態は、形式的には教唆という狭義の共犯形態の外観を備えていることに加えて、乙が先行行為者甲の錯誤状態を「利用」して自己の目的とする犯罪結果（Aの殺害）を実現したという点において、本事例の構造は上記「事例Ⅱ①」および上記「事例Ⅱ②」と大きく異なっている。本事例における甲の罪責の理論的な理由づけに関しては、従来の事例類型の場合と基本的に同様に解することができる。しかし、問題は、乙の罪責を理論的にどのように基礎づけるかという点である。

（1）二分説による処理　上記二分説の立場からすると、甲および乙の罪責の処理には比較的問題が少ないように思われる。まず、甲の罪責に関しては、単独犯による概括的故意事例群の場合の処理と同様、第一行為につき未遂犯の要件を満たす限りで殺人未遂罪が成立し、第二行為に関しては、死体遺棄罪を実行する意思で客観的には生存していた被害者Aを非故意的に死亡させたことになることから、上記のように、抽象的事実の錯誤論を適用して実現事実について軽い罪の限度で故意の符合を認める場合は格別、過失犯の成立要件を満たす限りで（重）過失致死罪が成立することになる。

一方、乙の罪責に関しては、乙が甲の（抽象的事実の）錯誤（客体の錯誤）を「利用」して自己の犯罪計画を実現したという実質に着目すれば、

なったことから、甲はAがすでに死亡したものと誤認した。事後処理に窮した甲は、乙に相談したところ、乙は、Aが一時的に失神していたにすぎなかったことに気づいたものの、錯誤に陥っている甲を利用してAを殺害する意思を固めた。乙は、そのことを告げずに、犯跡を隠滅する目的でAを川に投棄するように甲を唆した。これに応じた甲が、Aを川に投棄した結果、Aが溺死した。

間接正犯の成否が問題となる¹²⁰。周知のように、間接正犯の正犯性をいかに基礎づけるかという問題はもとより、他人の事実の錯誤ないし過失行為を利用した間接正犯の成否に関しては争いがあり¹²¹、過失行為者の場合、「規範的な意味において道具のように行動するとはいえない」としていわゆる「規範的障害」の存在を理由に間接正犯の成立を否定し背後の利用者に共犯(教唆犯)の成立を認める見解¹²²もあるが、(過失犯の直接正犯に対する)間接正犯の成立を認めるのが通説であるとされている¹²³。その具体的な論拠が示されることは少ない¹²⁴ものの、こうした通説の立場から

120 Vgl. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1964, S. 177.

121 この問題に関して立ち入ることができないが、さしあたり、松生「錯誤を利用した間接正犯」犯罪と刑罰2号(1986年)49頁以下、島田・前掲書(註97)117頁以下、同・前掲論文(註111)445頁以下、照沼『体系的共犯論と刑事不法論』(2005年)74頁以下参照。vgl. Schünemann, in: LK, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, Rn.60ff., 80ff. zu § 25; Mañalich, Die Struktur der mittelbaren Täterschaft, in: Puppe-FS, 2011, S. 709ff.; Schild, in: NK, Bd.1, 4. Aufl., 2013, Rn.75ff., 90ff. zu § 25; Renzikowski, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., 2014, Rn.17ff. zu § 48.

122 葛原ほか『テキストブック刑法総論』(2009年)278頁〔葛原執筆〕。同旨の見解として、たとえば、植田『共犯の基本問題』(1952年)93頁以下、中『講述犯罪総論』(1980年)235頁、野村『刑法総論補訂版』(1998年)411頁、内藤『刑法講義総論(下)Ⅱ』(2002年)1340頁、1390頁参照。なお、間接正犯の正犯性をこうした規範的障害の有無により判断するいわゆる「規範的障害説」を支持する見解の中で、過失行為者を利用する場合に間接正犯を認める見解として、西原『刑法総論改訂準備版(下巻)』(1993年)360頁参照。もっとも、西原は、「そこには利用者による被利用者の一方的利用関係を認めることができよう。」とするだけで、こうした結論を導く具体的な根拠を明らかにしていない。

123 たとえば、高橋『規範論と刑法解釈論』(2007年)142頁、同・前掲書(註22)426頁、西田『刑法総論第二版』(2010年)330頁、大谷・前掲書(註31)146頁、井田・前掲書(註9)449頁、川端『刑法総論講義第3版』(2013年)543頁、前田・前掲書(註12)86頁等。

124 松生・前掲論文(註121)74頁以下は、「法の立場からすると、法的に

重要な一定の事実の認識があれば、その者の内心に反対力が生じて、その行動を避止することを期待しうるのである。従って、逆に、そのような事実の認識を欠いた者は、決意のための重要な基礎を与えられていない者として不自由と見なされるのである。……従って、そのような行為不自由な者を一定の結果へと誘致する者は、いわば真の意図に反する結果へと導く者として……事象を支配していると言える」とする。また、高橋・前掲書（註123）142頁、同（註22）426頁は、「背後者に故意がある結果、被利用者を上回る優越性を肯定することができ、そこには優越的支配というべき犯罪事実支配が認められる」とする。さらに、川端・前掲書（註124）543頁は、「過失犯に対する故意の教唆犯」を認めることによって生ずる不当な結論の回避をその論拠とし、前田・前掲書（註12）86頁は、反対説の中にも規範的障害が存在しないとして間接正犯を肯定する無過失行為の利用の場合と比較して、「結果発生の蓋然性（結果支配の程度）」において絶対的な差異があるとははいえず、したがって、過失行為の利用の場合に規範的障害があるとはまでは言えないとしている。しかし、いずれの論拠も必ずしも十分な論証がなされているようには思われない。また、仮に、過失行為者を利用した背後の故意行為者に間接正犯性が認められる場合がありうるとしても、とりわけ、「未必の故意」と「認識のある過失」との区別をめぐる議論状況が示しているとおり、両者の限界が必ずしも明らかではないことからすれば、過失行為者に対する背後の故意行為者の原則的な「優越的支配」を認めることは困難であろう。なお、ここでこうした問題に立ち入る余裕はないが、たとえば、かつてRoxinが主張していたように、当該結果発生につき、背後の行為者は確実性または蓋然性を認識していたが、実行行為者は単なる可能性しか認識していなかった場合に背後者の間接正犯性を限定する立場（Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 180 ff, 220ff. ただし、現在のRoxinは、過失行為者にはおよそ規範的障害が存在しないとして、こうした限定を加えていない。ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, Rn.65 zu § 25）、あるいは、故意の内容として、当該結果発生の「高度な危険〔qualifizierte Gefahr〕」の認識を要するとする前提から、そうした危険を認識している背後者は、危険の範囲・程度に関して偽ることにより第三者をして当該行為を実行させた場合のように、結果発生に関して優越的地位に立つとするPuppeの見解（Puppe, a.a.O. (Fn.106), Rn.11 zu § 24.）をも含めて、過失行為者を利用した背後の故意行為者の間接正犯性の基礎づけという問題を再検討すべきであるように思われる。

は、この場合、乙に殺人罪の間接正犯が成立することになろう¹²⁵。

もっとも、学説の中には、間接正犯の正犯性を基礎づけるうえで、他人が何らかの理由で事実の錯誤に陥っている状態を「利用」するだけでは足りず、背後者が欺罔行為により直接行為者の事実の錯誤を「惹起」することが必要であるとする見解¹²⁶がある。こうした見解によれば、甲の錯誤を「利用」した乙には原則として間接正犯は成立しないことになる¹²⁷。このよ

125 Vgl. Schroeder, a.a.O. (Fn.121), S. 171. 二分説の立場からこうした結論を肯定する見解として vgl. Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, 1984, S. 96ff.; Kutzner, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbareren Täterschaft, 2004, S. 241.

126 たとえば、Schumannは、「直接正犯の場合とは異なり、間接正犯の場合には、『因果経過』の支配が重要なのではなく、背後者が他人の行為を制御・支配し自己責任原則の例外としてその他人の行為が背後者の責任に属するものと評価されるかが重要なのである。しかしそのような評価を行うには、背後者が他人に働きかけて当該行為を行う動機づけを行い、当該行為に出るようにしたことが必要である」として、こうした立場を主張している。Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 89ff. (91) 結論同旨の見解として、vgl. Jakobs, Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch vorsatzlozes Werkzeug, in: GA 1997, S. 565. (本論文に関しては、松宮「ギョエンター・ヤコブス故意なき道具を利用した間接正犯における客観的帰属」立命館法学258号(1998年)87頁以下参照); Hoyer, in: SK, StGB I, 32.Lfg., 7. Aufl., 2000, Rn.105f. zu § 25; Renzikowski, a.a.O. (Fn.121), Rn. 31 zu § 48.

127 Jakobs, a.a.O. (Fn.126), S. 565; Hoyer, a.a.O. (Fn.126), Rn.105f.; ders., Kombinationen von Täterschaft und Teilnahme beim Hintermann, in: Herzberg-FS, 2008, S. 390. なお、Renzikowski, a.a.O. (Fn.121), Rn.31 zu § 48によれば、背後者に特別な告知義務〔Aufklärungspflicht〕が存在する場合には、例外として背後者に間接正犯が成立する。もっとも、こうした告知義務は、Hoyerによれば、不救助罪(ドイツ刑法典第323条c)等の保障的地位から生ずることになるので、彼の立場からしても、本事例における乙にはAとの関係でこうした告知義務が認められることから、乙には甲に対する不作為の欺罔行為が存在し、結局は乙に間接正犯が成立することになろう。

うな限定には理由がないとするむきもある¹²⁸が、間接正犯における直接行為者の行為の背後者への帰属構造とその根拠を再検討することにより、間接正犯の正犯性をいわゆる「行為支配論」とは異なる観点から基礎づけようとする場合には、十分に検討に値するように思われる¹²⁹。

(2) 通説による処理　これに対して、通説の立場からすると¹³⁰、乙の罪責を基礎づけるうえで新たな問題が生ずることになるように思われる。まず、通説の立場からは、甲の罪責については、単独犯の事案の場合と同様、甲には殺人罪が成立することになる。これに対して、上記のように、

vgl. Frister, a.a.O. (Fn.58), Rn.27/17.

128 Vgl. Roxin, a.a.O. (Fn.125), Rn.64 zu § 25 (Ausnahme: Rn.88 zu § 25; Schönemann, a.a.O. (Fn.122), Rn.82 zu § 25; Murmann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., 2014, Rn.12 zu § 25; Frister, a.a.O. (Fn.58), Rn.27/18. なお、わが国でも、松生・前掲論文(註121)75頁は、「間接正犯的な帰属においては、媒介者が何を意図して行おうとしていたかではなく、何について不知であったかが重要であり、その不知のために一定の結果へと導かれることが間接正犯を基礎づけるのである。従って、錯誤の惹起自体は重要ではなく、その錯誤を利用した背後者の誘致行為があったかが問題となるのである。」としている。さらに、結論同旨の見解として、照沼・前掲書(註121)93頁以下、橋本・前掲書(註35)243頁参照。

129 わが国でも通説の見解とされる行為支配論の立場からは、直接行為者に錯誤等の欠缺状態があれば、それと対応して事象支配がほぼ自動的に背後者に認められることから、錯誤状態の「利用」と「惹起」とを区別することには重要性がないことになるように思われる。しかし、行為支配論とは異なる観点から間接正犯の正犯性を基礎づける場合には、こうした区別には重要な意味があることになろう。ここでこの問題を検討する余裕はないが、さしあたり、vgl. Haas, Kritik der Tatherrschaftslehre, in: ZStW 119 (2007), S. 537ff.; ders., Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre, 2008, S. 80ff.; ders., in: Matt/Renzikowski, a.a.O. (Fn.117), Rn.5ff., 19f. zu § 25; Renzikowski, a.a.O. (Fn.121), Rn. 2ff., 30f. zu § 48.

130 さらに、「因果経過の錯誤」の問題を客観的帰属論により処理する見解についても基本的に同一の結論が導かれることになろう。

甲の錯誤¹³¹を利用して自己の犯罪計画を実現した乙には間接正犯が成立するとすれば、通説からも同一の結論が導かれることになろう¹³²。しかしそうになると、(殺人罪という同一の故意犯の構成要件に関して) 直接行為者の(犯罪成立要件を完全に備えた) 正犯性を肯定するとともに背後者の(間接) 正犯性をも肯定する、いわゆる「正犯の背後の正犯」という概念を認めることにならざるを得ない¹³³。

わが国とは異なり、いわゆる「共謀共同正犯」論が理論的に展開されていないドイツにおいて¹³⁴は、その妥当性および射程範囲に関しては争いがある¹³⁵ものの、とりわけ国家や企業等のいわゆる「組織的権力機構

131 厳密には、通説の立場を前提とした錯誤の法的性格は、この場合、上記二分説の立場からの考察における抽象的事実の錯誤(客体の錯誤)とは異なり、具体的事実の錯誤(因果経過の錯誤)ということになる。

132 Vgl. Schroeder, a.a.O. (Fn.120), S. 171. Roxinは、通説の立場からこうした結論を導いている。Roxin, Täterschaft (Fn.125), S. 216; ders., Bemerkungen zum, "Täter hinter dem Täter", in: Lange-FS, 1976, S. 178. わが国でも、齊藤「いわゆる『正犯の最後の正犯』をめぐる」警察研究55巻10号(1984年)21頁以下が同旨の見解を明示的に主張している。なお、齊藤「『極端従属形式』は捨てられるべきか」法学新報91巻8・9・10号(1985年)123頁註123は、この場合、「故意のない者の利用として間接正犯を認めうるが、これは別に『背後の正犯』の考え方を認めなくても可能なことである」とするが、その論拠は明らかでない。

133 Vgl. Schroeder, a.a.O. (Fn.120), S. 171; Roxin, Täterschaft (Fn.125), S.216. さらに、齊藤・前掲論文(註132)22頁参照。ただし、齊藤は、こうした結論について「問題は少ない」とするだけで、具体的な論拠を提示しているわけではない。

134 なお、平良木「共謀共同正犯事例等におけるドイツ判例実務」西原春夫先生古希祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古希祝賀論文集第二巻』(1998年)323頁以下参照。

135 Vgl. Kutzner, a.a.O. (Fn.125), 155ff.; Zieschang, Gibt es den Täter hinter dem Täter?, in: Otto-FS, 2007, S. 505ff.; Kühl, a.a.O. (Fn.97), Rn.72ff. zu § 20; Renzikowski, a.a.O. (Fn.121), Rn.61ff. zu § 48. なお、大久保「共謀共同正犯に関する一考察(二・完) - 共謀者の間接正犯性をめぐって -」大阪市立大

〔organisatorische Machtapparate〕」を利用した犯罪の場合を中心に、故意に基づく直接行為者の正犯性のみならず、背後者の間接正犯性を肯定する立場が理論上のみならず実務上も認められている¹³⁶。もっとも、間接正犯の正犯性の基礎を上記のような答責性原理に求める立場からは、「正犯の背後の（間接）正犯」概念を理論的に基礎づけるのは困難である¹³⁷。ド

学法学雑誌28巻2号（1982年）29頁以下、齋藤・前掲論文（註132）110頁以下参照。

136 Vgl. Roxin, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: Schroeder-FS, 2006, S. 387ff.; ders., Täterschaft (Fn.125), S. 736ff.; Schönemann, Die Rechtsfigur des “Täters hinter dem Täter” und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, in: Schroeder-FS, 2006, S. 401ff.（本論文に関しては、小野上「ベルント・シューネマン『正犯の背後の正犯』という法現象と行為支配の段階付けの原理」早稲田法学82巻4号（2007年）101頁以下参照）；Shimada, Ein neuer Aspekt der Täterlehre. Erkenntnisse aus der japanisch-deutschen Rechtsvergleichung, in: GA 2009, S. 480ff. なお、ドイツにおける間接正犯に関して実務を中心として詳細な分析・検討を加えた近時の研究として、後藤「間接正犯論の新展開－ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの－」法学研究24号（2012年）163頁以下参照。さらに、川口「組織支配による間接正犯の理論の企業・環境犯罪への適用可能性」姫路法学27・28合併号（1999年）71頁以下、鈴木「ドイツ刑法における『組織的権力機構による間接正犯』の理論」関東学園大学法学紀要11巻2号（2001年）113頁以下、照沼・前掲書（註121）74頁以下、107頁以下、伊藤「共謀共同正犯の構造（1）（2・完）－心理的拘束力の解明を目指して－」早稲田大学法研論集158号（2016年）23頁以下、同159号（同）23頁以下参照。

137 Vgl. Frister, aa.O. (Fn.58), Rn.27 /2 ; Renzikowski, aa.O. (Fn.121), Rn.69 zu § 48. 答責性原理と相容れないことに加えて、正犯の要件を規定するドイツ刑法典25条の文言に反すること、さらには行為支配論の効果を減殺する等として「正犯の背後の正犯」を否定し、共同正犯の成否を検討すべきであるとする近年の見解として、vgl. Krey/Nuys, Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel, in: Amelung-FS, 2009, S. 203ff. なお、答責性原理と「正犯の背後の正犯」概念との関係については、vgl. Greco, Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, in: ZIS 2010, S. 9ff.

イツにおける通説的見解は、上記答責性原理の例外としてこうした概念を肯定している¹³⁸が、その理論的な基礎は脆弱であるように思われる。

わが国でも、こうした概念を認める見解がある¹³⁹ものの、その理論的な分析はほとんどなされてはいない。確かに、上記のように、直接行為者の錯誤を利用して背後者が犯罪計画を実現した場合、直接正犯者に過失犯が認められ、背後者にも一般的に間接正犯が認められていることから、「(過失直接)正犯の背後の(故意の間接)正犯」は認められているといってい¹⁴⁰。しかし、上述のように、その理論的基礎は必ずしも明らかではなく、ましてや(同一の故意犯の構成要件に関して)直接行為者の(故意犯の成立要件を完全に備えた)正犯性を肯定するとともに背後者の(間接)正犯性をも肯定することが理論的に十分に基礎づけられてはいないように思われる¹⁴¹。

138 Vgl. Schroeder, a.a.O. (Fn.120), S. 158ff.; Roxin, a.a.O. (Fn.132), S. 173ff.; ders., Täterschaft, (Fn.125), S. 724ff. 736ff.; Schünemann, a.a.O. (Fn.121), Rn.65ff. zu § 25; Joecks, a.a.O. (Fn.71), Rn.132 zu § 25; Greco, a.a.O. (Fn.137), S. 11ff.; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, a.a.O. (Fn.85), Rn.22ff. zu § 25; Rengier, a.a.O. (Fn.86), Rn.38ff. zu § 43; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl., 2015, Rn.37 zu § 27.

139 齊藤・前掲論文(132)22頁、内田『刑法概要中巻〔犯罪論(2)〕』(1999年)453頁、456頁、465頁、503頁、宮川・前掲論文(註113)101頁以下、井田・前掲書(註9)450頁、高橋『共犯体系と共犯理論』(1988年)77頁以下、同・前掲書(註22)424頁、同・前掲書(註123)145頁、水落「背後者の正犯性について－『正犯の背後の正犯』は認められないか?－」中央大学大学院研究年報法学研究科篇40号(2010年)214頁以下、橋本・前掲書(註35)241頁等。

140 その意味では、間接正犯を答責性原理によって説明するにしても、その例外は、「正犯の背後の正犯」に限定されたものではない。vgl. Frister, a.a.O. (Fn.58), Rn.27/3.

141 高橋・前掲書(註22)424頁および同頁註22は、「間接正犯の正犯性を問題とする場合、事実的な行為支配(犯罪事実の優越的支配)によって判断すべきであるがゆえに、前面者が正犯性を有する場合にも、背後者の正犯性

概括的故意事例群の処理に関する通説の立場から「正犯の背後の正犯」概念を否定する見解¹⁴²があるが、そうなると、直接行為者の錯誤を利用した背後者に間接正犯を認めるという、間接正犯論における一般的な立場と

を肯定することができる」が、「これに対して、行為支配を規範的に把握する見解（規範的行為支配論）によれば、前面者が正犯として位置づけられた場合には、彼は第1次的な法的責任を問われる地位を獲得したことになり、背後者は第2次的な法的責任、すなわち、教唆者としてしか処罰されず、したがって、『正犯の背後の正犯』という法概念は否定されることになろう。」とする。さらに、同・前掲書（註123）141頁参照。また、Roxin自身も、「行為支配は、ほとんどすべての法概念と同様、その限界が規範的に確定されるものの中核的領域においては事実的基礎に基づかなければならない基準である」としている（Roxin, aa.O. (Fn.136), S. 398; ders., Täterschaft (Fn.125), S. 741）。確かに、「事実的な行為支配」概念の意味は明らかではないものの、こうした概念のもとでは答責性原理ないし自己責任原則との抵触という問題を回避できるかもしれない（vgl. Greco, aa.O. (Fn.137), S. 11ff.）。しかし、まさにそうした「事実的な行為支配」の意義、区別の貫徹可能性、支配の対象、さらに同概念による正犯性の理論的基礎づけの内容が問題となるのである。vgl. Rotsch, “Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft, Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normative-funktionalen Straftatlehre, 2008, S. 326ff.; Marlie, Unrecht und Beteiligung, Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs, 2009, S. 137ff.141ff. なお、齋藤・前掲論文（註135）110頁以下は、こうした概念を認めることにより「『正犯』概念を曖昧にし拡張する点で、根本的に問題を含む」とする。

142 たとえば、阿部『刑法総論』（1979年）236頁は、「被利用者の行為が構成要件該当、違法、有責で犯罪を構成する以上、被利用者が背後者に支配され、行為をするか否かの自由がないと解することはできない。背後者は共犯（教唆犯）となるにすぎない。」としている。また、林『刑法総論 [第2版]』（2008年）419頁も「間接正犯性は単独正犯の一種で、犯行全体を単独で行ったと評価する場合だという理解からは、正犯の背後の正犯は否定するべきだということになる。」とする。なお、高山「相当因果関係」山口編『クローズアップ刑法総論』（2003年）9頁は、刑法60条の反対解釈として「2人以上が共同して犯罪を実行したのでない場合には、複数の者を正犯とすべきでないといえる。1つの結果について正犯性は原則1個だと考えるべきである」とする。

の整合性が失われることになろう。他方で、第二行為に第一行為から独立した法的意義を認めない通説の立場からは、上記のように、第二行為時点から加功した乙に対して狭義の共犯を認めることも困難である。

結局、本事例において甲に対して殺人罪の(直接)正犯を認めるとともに乙に対しても同罪の(間接)正犯を認めるという、理論的に基礎づけることが困難な結論が生じ得るのは、概括的故意事例群の処理に関する通説と、間接正犯論における一般的な見解とが理論的に融合した帰結であり、こうした結論が採りがたいのであれば、その前提にこそ問題があることになろう。

2. 小 括

以上のように、本稿は、概括的故意事例群における共犯の成否・罪責という、従来ほとんど議論されてこなかった問題を解決するにあたり、単独犯を前提として展開されている従来の通説的見解と二分説を共犯が問題となり得る主要な類型に適用した場合の問題点に加えて、共犯と錯誤、共同正犯の帰属根拠論等への両説の影響とその問題点を明らかにした。こうした問題点がこれまで顕在化しなかったのは、従来の議論のパラダイムを疑わず個々の問題領域を超えた、あるいは複数の問題領域を関連づけた議論が行われてこなかったからであるように思われる。

以下においては、従来から十分には解明されていない問題、とりわけ、「主観的帰属」の意義、客観的帰属との関係、共同正犯の帰属根拠の解明等を踏まえて、こうした問題点の解決策を検討することにする。

(未完)