

# 「概括的故意事例群」と共犯の成否（1）

本 間 一 也

## I. はじめに

いわゆる「ヴェーバーの概括的故意 (dolus generalis)」<sup>1</sup>と称される事例群の構造は、行為者が、当初行われた行為（以下、「第一行為」という。）

- 
- 1 「概括的故意 (dolus generalis)」という概念の成立史に関しては、vgl. H. Mayer, Das Problem des sogenannten dolus generalis, in: JZ 1956, S. 110; Yamanaka, Ein Beitrag zum Problem des sog. „Dolus Generalis” – Kritische Erörterung der bisherigen Theorien –, in: KANSAI UNIVERSITY REVIEW of LAW and POLITICS, No.3, 1982, 1ff.; Hettinger, Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände – Eine Einführung, in: JuS 1992 L82. なお、わが国では、不確定的故意の一種である「概括的故意」と区別する意味で H. B. von Weber の名を付して用いられるが、両概念ともに von Weber の故意論（その内容に関しては、内田『犯罪構成要件該当性の理論』（1992年）145頁以下参照）により基礎づけられたものである（Kindhäuser, StGB, 5. Aufl., 2013, Rn.33 zu § 15.）。また、こうした名称の概念のもとで論じられる一定の事例群は、行為者の一連の行為から形成される事象全体を貫く「概括的故意」が認められることを理由に故意既遂犯の成立を認める von Weber の解決策を前提としているわけではない。また、かかる意味での故意は、その内容自体が一般的ないし概括的なのではない（Baumann/Weber, Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, Rn. 25 zu § 20.）。この限りでは、「(ヴェーバーの) 概括的故意」という名称は不適切であり（Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, Rn.174 zu § 12.）、最近では、「遅れて生じた結果の発生 (verspäteter Erfolgseintritt)」(Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012 Rn.46 zu § 13) と称されるようになってきている。以下においては、このような意味での事例群を単に「概括的故意事例群」という。

により本来意図していた既遂結果が発生したと誤認し、当初の故意とは別の故意ないし意思に基づく行為（以下、「第二行為」という。）により、当初の故意の内容である（既遂）結果を実現したという特殊なものである。従来、こうした事例群につき、たとえば、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を川に投棄した結果、一時的に失神していたにすぎなかったAが溺死した、あるいは自殺に見せかけるために、Aの首にロープを巻きつけて吊した結果、Aが溢死したという事例を中心に、直接的には、第二行為（Aの首にロープを巻きつけて吊す行為ないしAを川に投棄する行為）によって惹起されたAの死を甲の行為に故意既遂犯として帰属できるかという問題が理論的関心事とされてきた。

現在の通説的見解は、上記事例群を「因果関係（経過）の錯誤」の事例として位置づけている。しかし、こうした通説的見解の妥当性に疑問を呈する見解が、最近でも有力に主張されており、上記論争は依然として継続している。

もっとも、従来の議論は、もっぱら単独犯を前提として行われ、現実起こりうる事例であるにもかかわらず、たとえば、上記事例における甲の第二行為に加功した者の罪責については、まったくと言ってよいほど議論の対象とされていない<sup>2</sup>。さらに、単独犯を前提とした従来の枠組みの中で

---

2 この問題について（問題提起という形で簡潔に）言及した文献として、香川「概括的故意」同『刑法解釈の理論』（1989年）41頁以下が目につく程度である。なお、緻密な分析を好むドイツでも、Montenbruck, Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat, in: ZStW Bd. 84 (1972), S. 324は、共犯と錯誤の問題を論じるにあたり、「いわゆる『概括的故意』事例における共犯の問題は論じない」としており、わずかにRoxin, Täterschaft und Tatherrschaft. 8. Aufl., 2006, S. 216が、①正犯とは異なり、被害者の生存を認識し第二行為の意味を正しく理解していた者が加功した場合、さらに②正犯と同様、被害者が死亡したと誤認した者が正犯に第二行為を教唆した場合について簡潔に論じている程度である。もっとも、死者の

の議論には、結果の主観的帰属の意味、根拠及び客観的帰属との関係について曖昧にしたままのものや過度に観念的なものが少なくないように思われる。そこで本稿は、思考の枠組みを変えて、概括的故意事例群における関与者につき、共犯の成否について論じるものである<sup>3</sup>。この問題を論じることの意義は、単に概括的故意事例群という特殊な事例に第三者が加功した場合につきその罪責を明らかにすることにとどまらず、この問題が概括的故意事例群の処理方法をめぐる議論はもとより、従来から独立したテーマとして積極的に論じられてきた共犯と（因果関係の）錯誤、共犯の因果性（承継的共犯の成否）、共謀の射程、過失の共犯の成否等をめぐる議論に対しても少なからざる影響を及ぼしうるものであることから、従来の上記議論を整合性という観点から再検討することにもつながることにある。

## II. 問題となりうる主要共犯類型

概括的故意事例群における共犯が問題となりうる類型としては、分類の因子を何に求めるかにより多様なものが考えられる。しかし、本稿では、関与者（以下、「乙」という。）の関与の時点、形態、範囲、行為者の主観内容に着目して共犯が問題となりうる主要な類型を分類することにする。

まず、乙の関与時点に着目すると、「正犯」<sup>4</sup>（以下、「甲」という。）の第

---

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、議論の実践的必要性という点でわが国とは若干状況が異なるといえようか。

3 なお、「早すぎた構成要件の実現（結果の発生）」という事例群も「逆の概括的故意事例」（vgl. Sowada, *Der umgekehrte »dolus generalis«*, *Die vorzeitige Erfolgsherbeiführung als Problem der subjektiven Zurechnung*, in: *Jura* 2004 S. 814.）として問題となるが、共犯の成否の検討に重点を置く本稿ではさしあたり、上記のような意味での、いわば基本類型としての概括的故意事例群を中心に考察することにする。

4 こうした行為者の正犯性それ自体が問題となりうる点については、後述する。

一行為の時点から乙が加功した場合（以下、「Ⅰ類型」という。）と、甲の「第二行為」の時点から乙が加功した場合（以下、「Ⅱ類型」という。）に大別され、さらに各類型は乙の関与形態により、（共謀）共同正犯の成否が問題となる類型、教唆犯の成否が問題となりうる類型、従犯の成否が問題となりうる類型に分けられる。もっとも、こうした関与形態による分類は、少なくともⅠ類型に関する限り、原則として、乙に成立しうる犯罪の種類に影響を与えるものではないことから、さしあたり、理論的にも実務上も重要な（共謀）共同正犯の成否が問題となる類型を中心に論ずることにする。次いで、Ⅰ類型においては、行為者の主観内容により、第二行為の実行につき甲と乙の間で合意に達していた場合と、甲が第二行為を実行することにつき乙が認識していなかった場合に分けることが可能である。さらに、Ⅰ類型で第二行為の実行につき甲と乙が合意に達していた事案およびⅡ類型において、乙も甲と同様第一行為により既遂結果が未だ発生していないという事実を認識していなかった場合と、乙だけがその事実を認識し第二行為の意味を正しく理解していた場合に分けることが可能である。

こうした類型を上記事案にあてはめて整理すると、次のようになる。

**事例Ⅰ①** 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を共同で川に投棄した結果、Aが溺死した。

**事例Ⅰ②** 甲と乙がAの殺害を共謀し、実行犯の甲が殺意をもって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、乙との事前の共謀の内容には含まれていなかったが、犯跡を隠滅する目的でAを川に投棄した結果、Aが溺死した。

**事例Ⅰ③** 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乙がAを川に投棄することを共謀した。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。

**事例Ⅱ①** 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。

**事例Ⅱ②** 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。

**事例Ⅱ③** 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。

こうした基本事例<sup>5</sup>における乙の罪責を論じるうえで、甲の罪責を明らかにする必要がある。そこで、まず、概括的故意事例群の処理に関する現在の判例および学説の状況を明らかにすることにしよう。

---

5 甲の第一行為および第二行為のもつ因果的ないし法的重要性などに応じて、こうした基本的事例のヴァリエーションもありうるが、この点については後述する。

### Ⅲ. 概括的故意事例群の処理に関する判例・学説の現状<sup>6</sup>

#### 1. 判例

概括的故意事例群に関する判断を示した判例としては、周知のように、大判大12・4・30刑集2巻378頁<sup>7</sup>がある。

事案は、被告人が、殺意をもって熟睡中のAの頸部を細麻縄で絞扼した（以下、「第一行為」という。）ところ、Aが身動きしなくなったことからすでに死亡したものと誤認し、犯行の発覚を防ぐためにAを背負って1kmほど離れた海岸まで運んでこれを砂上に放置して（以下、「第二行為」という。）帰宅したため、Aは同所において砂末を吸引し、頸部絞扼と砂末吸引により死亡したというものである。

原審が殺人既遂罪の成立を認めたのをうけて、被告人側は、次のような論拠を挙げて被告人を殺人未遂罪と過失致死罪の併合罪として処断すべきものと主張した。すなわち、①殺人既遂罪の成立には、既遂結果の認識および少なくとも因果関係の認識が必要であるところ、第二行為時の被告人にはそうした認識が欠けている（殺意をもって行った第一行為は未遂にとどまる）こと、②死体遺棄罪の意思で被害者を死に至らしめた第二行為については、過失致死罪の成否が問題となること、③第二行為に殺意が存在しない以上、事前の故意（第一行為の故意）または概括的故意を理由に殺人既遂罪の成立を基礎づけることはできないこと、④（同一の）故意に基

---

6 内外の判例・学説の状況に関しては、山中「行為者自身の第二行為による因果経過への介入と客観的帰属—ヴェーバーの概括的故意事例の検討を中心に—」福田ほか編『福田平大塚仁博士古希祝賀刑事法学の総合的検討（下）』（1993年）247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）1頁以下、増田『規範論による責任刑法の再構築』（2009年）227頁以下、とくに275頁以下等参照。ここでは、本稿の問題関心に必要な範囲で、判例・学説の現状を分析することにする。

7 本判決に関しては、葛原「因果関係の錯誤」西田ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論【第6版】』（2008年）34頁以下参照。

づき数個の挙動が発展して当該故意を実現した場合は格別、本件のように、被告人の殺意に基づく行為後に死体遺棄の意思で被害者を過って死なせてしまった場合には、一連の行為と評価することはできないこと、⑤被告人には、事実の錯誤の場合と同様、因果関係の重要な錯誤が存在することから、故意既遂犯の成立を肯定することはできない。

大審院は、「被告ノ殺害ノ目的ヲ以テ為シタル行為ノ後被告カ」被害者「ヲ既ニ死セルモノト思惟シテ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テ海岸ニ運ヒ去リ砂上ニ放置シタル行為アリタルモノニシテ此ノ行為ナキニ於テハ砂末吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本来前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ為シタル行為ナキニ於テハ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テスル砂上ノ放置行為モ亦發生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社会生活上ノ普通觀念ニ照シ被告ノ殺害ノ目的ヲ以テ為シタル行為ト」被害者「ノ死トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ認ムルヲ正当トスヘク被告ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出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ヲ以テ被告ノ行為ハ・・・殺人罪ヲ構成スルモノト謂フヘク此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ノ併存ヲ認ムヘキモノニ非ス」としている。

上記上告理由では、概括的故意事例群の処理に関する後記理論的問題点がほぼ網羅した形で論旨が展開されている。にもかかわらず、大審院は、こうした論拠に一切言及することなく、上記第一行為と被害者の死との間の因果関係だけを問題にし、しかも「社会生活上の普通觀念」に照らして、その間に介入した上記第二行為が、上記因果関係を「遮斷」するものではないとしている。

次いで、大判昭和5・10・16新聞3223号9261頁がある<sup>8</sup>。

---

8 本判例は、刑集9巻750頁以下で判決理由が省略されているためか、木村「大審院刑事判例」法律時報3巻7号（1931年）79頁、井田「因果関係の錯誤」松尾ほか編『刑法判例百選I総論〔第四版〕』（1997年）32頁が引用している以外ほとんど注目されていない。

事案は、被告人が、殺意をもってB子（9歳）の頸部を手ぬぐいで絞厄し、窒息死を来すべき状態に陥らせたが、B子が死亡したものと軽信し、同女が強姦されて遺棄されたものごとく装うため、その着衣を剥ぎ取り水溜に投下したところ、入水と、頸部絞厄により上記状態にあったことから、吸水して溺死したというものである。

大審院は、「原審認定ノ事実ニ依レハ被告人カ」B子「ヲ水溜ニ転落セシメテ入水セシメタル行為ハ同人ヲ殺害スルノ意思ニ出タルモノニ非サルハ言ヲ俟タサルト共ニ此行為微リセハ」B子「ハ原審認定ノ如キ死亡ヲ来スコトナカルヘキハ勿論ナリト雖被告人ノ」被害者「ヲ殺害ノ意思ニ出タル絞首行為ニ因リ」B子「カ原審認定ノ状態ニ陥リタルコトモ」B子「死亡ノ一因ヲ為スモノナルノミナラス」B子「ヲ入水セシメタル行為ナルモノモ元来右絞首行為ノ犯跡発覚ヲ防クノ目的ニ出タルモノ彼微カリセハ此発生セサルヘク彼アリタルニ因リ此亦発生シタルモノナルコト明白ナレハ之ヲ我ラノ社会観念ニ照ラストキハ被告人ノ」B子「殺害ノ意思実行ト」B子「ノ死亡トノ間ニハ所謂因果ノ関係アルモノト認ムルヲ相当トシ従テ被告人ノ・・行為は殺人罪を構成スヘキ」としている。

これらの大審院判決には、同判決が採用している因果関係論の理論的意味の問題<sup>9</sup>は別として、概括的故意事例群の処理を因果関係の存否の問題に還元する理論的根拠を示していない点で問題がある。もっとも、両判例ともに、第一行為および第二行為の両行為が持つ因果的效果が最終的に発生した結果に及んでいることを前提とした判断であり、第二行為の因果的影響力が最終的に発生した被害者の死を決定づけたという理解ではないことに注意が必要である。いずれにせよ、概括的故意事例群の処理に関する判例は、わが国ではほかに無く<sup>10</sup>、判例の立場は必ずしも明らかではない。

---

9 内藤『刑法講義総論（下）I』（1991年）960頁以下、山中・前掲論文（註6）251頁参照。

10 山中・前掲論文（註6）250頁以下は、その他の判例についても分析を行っ



## 2. 学 説

概括的故意事例群の処理において問題となるのは、最終的に発生した（既遂）結果を行為者に客観的にも主観的にも帰属可能か、可能であるとした場合その根拠は何かという点である。上記のように、この問題に関する現在の通説的見解は、上記事例群を因果関係の錯誤の事例として位置づけることから出発している<sup>11</sup>。しかしながら、こうした通説的見解では、因果関係の錯誤の事例と比較した場合、概括的故意事例群には、同一行為者による異なる意思に基づく複数の行為事象が存在するという点で構造的な相違が存在する<sup>12</sup>にもかかわらず、両者を同列に扱う実質的根拠が明らかでないことに加えて、最終的に発生した結果に対して故意の符合を認めるうえで、新たな意思決定に基づく第二行為に第一行為とは独立した法的意義を認めない<sup>13</sup>論拠が場所的・時間的近接性以外に十分に示されていない

---

ているが、これは、概括的故意事例群を「故意・過失行為によって進展させられた因果経過に対して故意・過失行為が介入する事案」として「視座を拡大」したうえでの分析である。

- 11 山口『刑法総論 [第2版]』（2007年）214頁、井田『講義・刑法学総論』（2008年）181頁等。ドイツでも、こうした位置づけをするのが現在においても判例が採用する通説的見解である。vgl. Roxin, aa.O. (Fn.1), Rn.176 zu § 12; Sternberg-Lieben, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, Rn.58 zu § 15.
- 12 Hettinger, aa.O (Fn. 1), L84; Jäger, Vorsatz versus Tatvorsatz, Eine an der Täterlehre orientierte Betrachtung mehraktiger Erfolgsverwirklichungen, in: Schroeder-FS, 2006, S. 254. さらに、岡野『刑法における因果関係の理論』（1980年）232頁以下、曾根『刑法総論 [第4版]』（2008年）167頁参照。
- 13 Puppe, in: NK, 3. Aufl., 2010, Rn.104 zu § 16によれば、第二行為は因果的要因の一つとしての役割を演じるにすぎず、その限りでは一つの自然的原因として扱われるとするがその理由は明らかでない。伊東『刑法講義総論』（2010年）129頁も、「第一行為時における被害者の死亡という認識に対して客観的にも当該結果を生じているのであるから」とするだけである。さらに、Roxin, aa.O. (Fn.1), Rn.176 zu § 12, Fn.328は、「第二行為が行為者の新

いように思われる<sup>14</sup>。

後者の論拠として、たとえば「原因において自由な行為」と称される事例群との類似性が従来から指摘されている。概括的故意事例群は、構造的にみると、当初からの故意の対象であった結果を直接惹起した第二行為の時点ではこの結果を惹起する故意が欠けているものの、こうした結果を惹起するに至った因果経過を動かすことになった第一行為の時点ではこの結果を惹起する故意が存在したことから、原因において自由な行為と称される事例群に類似している側面がある<sup>15</sup>。そこで、こうした問題領域におけ

---

たな行為であるとしても、そのことは理論構成に影響を及ぼさない。」とするととどまる。

14 大塚『刑法概説（総論）〔第四版〕』（2008年）194頁、福田『全訂刑法総論〔第五版〕』（2011年）119頁参照。なお、町野『刑法総論講義案Ⅰ〔第二版〕』（1995年）170頁は、「第二の行為を独立に論じるとしても、第二の行為から発生した結果が第一の行為と因果関係にある以上、これに既遂責任を否定することはできない。」とするだけであり、山口・前掲書（註12）も「第1行為から第2行為を経て結果に至る因果経過について、構成要件該当性を肯定できる以上」とするだけである。これに対して、内田「概括的故意」阿部ほか編『刑法基本講座第2巻—錯誤・過失を含む—』（1994年）190頁、196頁は、「第二行為も、第一行為と同様、新たな因果流の源泉にほかならない。どうしてこれが、第一行為の因果的経過の一因子たりうるにすぎないものか、その根拠が明確ではない」としている。さらに、内田『犯罪構成要件該当性の理論』（1992年）153頁参照。なお、山中・前掲論文（註6）265頁は、「因果関係の錯誤の問題と概括的故意ないし行為の単一性の問題とを結合すべき根拠は論証されていない」と批判している。

15 すでに、宮本『刑法學粹第五版』（1931年）308頁が「原因に於いて故意ある行為とも謂うべき場合である」と指摘していたことをうけて、中野『刑法総論概要第三版補訂版』（1997年）125頁は、「第一行為がなければ死の原因となった第二行為はなかったわけであるから、第二行為をしないことへの期待はとりもなおさず第一行為をしないことへの期待と同じだといってよい。ところで、第一行為は殺意をもってなされているため、これをしないことへの期待はきわめて大きく、それは同時に第二行為をしないことへの期待でもあるから、この期待に反した第二行為（致死行為）に対する責任非難は殺人行為に対するそれと同等であり、殺人既遂が成立すると考えるのである

る「構成要件モデル」と同様、第一行為だけに着目して既遂犯の成立を認める可能性も考えられる<sup>16</sup>。しかし、構成要件モデルそれ自体の問題点<sup>17</sup>は別として、両事例群は、同一行為者による複数の行為事象から構成されるという事象構造という点において類似していても、その問題状況は基本的に異なっている<sup>18</sup>。

次いで、概括的故意事例群における第二行為を独立した評価の対象としない「合理的な理由」として、（故意に基づく）第一行為と（過失に基づく）

---

（原因において故意ある行為。）。」とするが、既遂責任を基礎づける論理としては、緻密さに欠ける。さらに、山中・前掲論文（註6）267頁、同『刑法総論〔第2版〕』（2008年）356頁参照。なお、高橋『刑法総論』（2010年）177頁以下は、「この問題は、第2行為（過失行為）による結果発生を第1行為（故意行為）の既遂故意に包含できるかという視点によって解決されるべきである・・・このような解決を『原因において故意ある行為』の理論と称することができる。・・・第2行為を第1行為の既遂故意に包含できるか否かは、第1行為時に第2行為を予定していたか否かに依拠することになる。なぜなら、第2行為を予定していた場合には、実現意思に取り込んでいたと評価できるからである」とする。しかし、こうした理論も、後記のように、現在一般的に否定されている「概括的故意論」にはほかならないといえよう。

16 Vgl. Mayer, aa.O. (Fn.1), S. 111; Sutschet, Die Erfolgszurechnung im Falle mittelbarer Rechtsgutsverletzung, 2010, S. 173; Oglakcioglu, 50 Jahre Jauchegrubenfall (BGHSt 14, 193) – Alter Wein in noch älteren Schläuchen, in: JR 2011, S. 104. なお、いわゆる「間接正犯類似説」的な観点から、既遂結果の成立を基礎づける可能性につき、Kühl, aa.O. (Fn.1) Rn.47 zu § 13は「行為者が自己を無意識に結果惹起の道具として用いた」という比喩を用いている。

17 別な問題意識からの検討ではあるが、本間「過失犯と『原因において自由な行為』」吉田ほか編『罪と罰・非情にして人間的なるもの』（2005年）138頁以下参照。

18 原因において自由な行為という事例群では、故意の存否ではなく、責任能力と行為の同時存在の有無が問題となり、また、自己を錯誤の状態におくことについての「故意」を有していなかったという点でも両者は異なる。vgl. Maiwald, “dolus generalis” Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, in: ZStW, Bd. 78 (1966), S. 52; Jäger, aa.O. (Fn.12), S. 254.

第二行為を包括一罪として処理するという罪数判断が指摘されている<sup>19</sup>。しかし、故意犯と過失犯との混合的包括一罪を理論的に認めることができるかという問題<sup>20</sup>も含めて、まさに包括一罪として処理する根拠が問われているのである。要するに、上記通説的見解においては、第二行為を独立した評価の対象としてしまうと故意既遂犯の成立という「法感情に合致する結論」<sup>21</sup>を導き出すことができないという以上の「合理的な理由」の有無が問われているのである。

また、故意に基づく第一行為に引き続いて同一行為者の過失に基づく第二行為が行われた次のような事例の処理と比較した場合に、上記通説的見解の問題点がより鮮明になるように思われる。たとえば、Aが、妻Bに対して殺意をもって散弾銃を発射したところ、散弾にみまわれたBが床の上に崩れ落ちて大量に出血した状態で動かなくなってしまったので、散弾自体は致命傷を与えるものではなかったにもかかわらず、AはBがすでに死亡したものと誤認した。自己の犯行にショックを受けたAは、Bのもとに歩み寄った際、興奮して銃の引き金から指を引き抜くことを失念していたため、銃が暴発して散弾がBの顔面に命中してBは死亡した。」という事例<sup>22</sup>である。この事例において、上記通説的見解は、構造的には概括

---

19 山中・前掲論文（註6）274頁。

20 批判的な見解として、vgl. Rudolph, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht. Der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung, 2006, S. 130f. なお、この問題は、故意と過失とを「全く異質の関係」として理解するのか、それとも、あらゆる過失は故意に含まれているとして、両者の関係を「プラスマイナスの関係」として理解するのかという問題に関連する。故意と過失のこうした関係については別稿で明らかにすることを予定しているが、さしあたり、vgl. Herzberg, Der Vorsatz als Schuldform als aliud zur Fahrlässigkeit und als Wissen und Wollen, in: BGH-FG 2000, S. 51ff.; Duttge, MK, Bd. 1, 2003, Rn. 100ff. zu § 15.

21 Hettinger, aa.O. (Fn.1) L84. vgl. Vogel, in: LK 12. Aufl., 2007, Rn.72 zu § 16.

22 Jäger, aa.O. (Fn.12), S. 252の設例である。なお、類似の事案として、vgl.

的故意事例と同様であるにもかかわらず、Aの行為につき殺人既遂罪の成立を否定するのであろうか。その場合の理由は何であらうか。それとも、上記通説的見解は、この事案においても、第二行為はやはり単なる因果経過の中の一コマに過ぎず、たとえば第一行為により行為者の興奮状態が誘発され、その状態に基づき第二行為が惹起されたことから、第二行為は第一行為の危険性から生じた結果であるという理由で、格別な法的意義を認めず、Aの行為につき殺人既遂罪の成立を肯定するのであろうか。

因果関係の錯誤として、最終的に発生した結果に対する故意の符合を認めて故意既遂犯の成立を肯定する通説的見解の基礎にある思考方法は、第二行為に因果的な要素以上の特別な意義を認めず、一連の全体的な事象と把握したうえで、故意に基づく第一行為は、当初意図した結果を直接惹起した第二行為を通じて間接的に同結果を惹起したものであり、こうした現実の因果経過が行為者の認識していた因果経過との間に齟齬があっても、行為者の当初の故意が事象の全過程を支配していたと評価できるのであり、最終的に発生した結果もいわばこうした支配の産物であるというものではないだろうか。こうした評価が妥当する<sup>23</sup>とすれば、現在の通説的見

---

BGH, in: JR 1994, S. 466ff. m. Anm. Wolter.

23 たとえば、福田・大塚『対談刑法総論（中）』（1986年）159頁は、「第二の行為は第一の故意に導かれた全体行為の非独立的な、部分的な行為とみとめることができる」（福田）としている。また、大嶋『刑法総論講義』（2004年）328頁も「殺意による行為支配」、「結果に対する殺意の支配力」を論拠に既遂犯の成立を認めている。これに対して、Jäger, a.a.O. (Fn.12), S. 252f.によれば、概括的故意事例群を因果関係の錯誤の事例群の一種と理解する通説が、上記設例を従来の事案と異なって解するとすれば、その理由はおそらく次の点にある。すなわち、従来の事案では行為者が内心的に（当初の）故意を捨てていないことから故意既遂犯が認められ、上記設例では第二行為の前に興奮状態に陥った行為者が当初の故意から内心的に離脱したと考えることにある。こうした指摘は、上記通説的見解が、当初の故意による因果経過全体の支配を通じて最終的に発生した結果に対する故意を擬制しているという批判にほかならない。vgl. Sutschet, a.a.O. (Fn.16), S. 172 Fn.345.

解は、わが国においても一般的に否定されている<sup>24</sup>「ヴェーバーの概括的故意論」の「新しいヴァリエーション」にすぎないという批判<sup>25</sup>を免れないであろう<sup>26</sup>。

さて、こうした通説的見解によれば、概括的故意事例群では、どのような帰結が導かれることになるかが、本稿のさしあたりの関心事である。因果関係（経過）の錯誤の問題については、周知のようにこれを錯誤論<sup>27</sup>な

24 たとえば、阿部「構成要件の錯誤（二）」福田ほか編『演習刑法総論』（1978年）59頁参照。但し、たとえば、竹田「因果関係の錯誤」法律時報32巻12号（1960年）51頁、内田・前掲書（註1）155頁、同『刑法概要上巻』（1995年）239頁以下は、概括的故意論に好意的である。なお、ドイツでは、故意のフィクションであり刑法16条1項第1文の基礎にある同時性原則（Simultaneität）に反ずるとして、概括的故意論は一般的に否定されている。vgl. Valerius, Irrtum über den Kausalverlauf bei mehraktigem Tatgeschehen, in: JA2006, S. 262; Murmann, Grundkurs, Strafrecht, 2011, Rn.74 zu § 24.

25 Hruschka, Erfolg durch einen von zwei Akten bei ein- und mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, in: JuS 1982, S. 380; Sowada, a.a.O. (Fn.3), S. 815. Hettinger, a.a.O. (Fn.1), L 82は、「新しい革袋に古い酒を入れる」という比喩を用いて通説的見解を批判しているが、むしろ「古い革袋に古い酒を入れる」（Oglakcioglu, a.a.O. (Fn.16), S. 103）という喩えが適切であろう。こうした観点からの批判として、さらに、岡野『刑法要説総論』（2001年）224頁、増田・前掲書（註6）280頁参照。なお、福田・大塚・前掲書（註23）163頁は、「因果関係の錯誤の・・・類型として論議される問題について、錯誤が相当因果関係の範囲内にあつて、構成要件の故意を阻却しないとみられる場合にみとめられる故意はヴェーバーの概括的故意なのですから、因果関係の錯誤の・・・類型とヴェーバーの概括的故意とは、互いに表裏をなす関係に立つ」（福田）として、むしろ上記批判を甘受している。

26 山中・前掲論文（註6）262頁以下、同・前掲書（註15）354頁以下は、「純粹な因果関係（経過）の錯誤説」と「因果関係の錯誤・概括的故意結合説」に分類し、前者が現在の通説的見解であるとする。しかし、概括的故意事例群を因果関係の錯誤の事例として理解する考え方の基礎には上記のような、「純粹でない」思考方法があることは否定できない。たとえば、大塚・前掲書（註14）194頁、福田・前掲書（註14）119頁参照。

27 たとえば、山口『問題探求刑法総論』（1998年）131頁、町野・前掲書（註

いし結果の主観的帰属（故意への帰属）の問題として理解する<sup>28</sup>か、相当因果関係論ないし客観的帰属論により処理する<sup>29</sup>かについて争いがあり<sup>30</sup>、こうした論争に関連して上記通説的見解からの帰結は、必ずしも一致しているわけではない。

まず、因果関係の錯誤を主観的帰属（故意への帰属）の問題として理解する立場からは、「行為者が認識した実行行為の持つ危険性がまさに具体的結果の発生によって確認されたこと・言い換えれば、行為者が認識した、行為の現実的危険性が、具体的態様における結果の中に実現した」<sup>31</sup>かどうかが帰属の基準となり、概括的故意事例群では、「行為者が認識した実行行為の危険性は直ちに消滅し、行為者が認識しなかった別の要因によって結果が発生している」として原則として、既遂結果の主観的帰属が否定され、例外的に、「当初から・第二の行為・を予定し計画していたときのように、行為者が認識していた特別の事情も含めて考えられた第一の行為の危険（＝行為者の計画の危険）が実現したと言い得る場合や、第二の行為が死期を若干早めたに過ぎないときのように客観面と主観面の齟齬を法的に無視し得る場合などに限られるであろう」<sup>32</sup>とされている。

---

14) 169頁以下参照。

28 井田「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58巻11号（1985年）78頁以下、内藤・前掲書（註9）955頁以下。さらに、浅田「因果関係の錯誤」内藤ほか編『刑事法学の課題と展望』（1996年）301頁以下、同『刑法総論 [補正版]』（2007年）315頁以下、松宮『刑法総論講義 [第4版]』（2009年）198頁以下、鈴木「因果関係の錯誤」本郷法政紀要No1（1993年）212頁以下参照。なお、こうした見解の詳細な批判的考察として、葛原・前掲論文（註6）15頁以下参照。

29 たとえば、前田『刑法総論講義 [第5版]』（2011年）274頁、大谷『刑法講義新版第4版』（2012年）167頁、山中「具体的事実の錯誤・因果関係の錯誤」中山ほか編『刑法理論の探求』（1992年）179頁以下。

30 その詳細に関しては、鈴木・前掲論文（註28）189頁以下参照。

31 井田・前掲論文（註28）78頁。さらに、内藤・前掲書（註9）956頁参照。

32 井田・前掲論文（註28）79頁、同・前掲書（註11）184頁以下。さらに、

しかし、こうした見解では、第二行為の実行が第一行為の実行時に計画されていたかどうかに着目しているが、当初から計画されていなかったとしても、第二行為に出ることが予見可能であった場合、あるいは、第二行為の実行が行為者の計画に入れられていた場合には第二行為が、第一行為により創出された危険の実現と一般的に評価できるのかは必ずしも明らかではない<sup>33</sup>。さらに、後にあらためて検討するように、そもそも主観的帰属の根拠が十分に論証されていない<sup>34</sup>だけでなく、最終的に発生した結果の客観的帰属との関係も曖昧である<sup>35</sup>。

次いで、錯誤論による解決は、通常、相当因果関係ないし客観的帰属関係の存否と完全に連動することになり<sup>36</sup>、こうした立場からは、連動する相当因果関係論ないし客観的帰属論による解決と最終的には実質的に同じ結論、すなわち、一般的には故意既遂犯の成立という結論<sup>37</sup>が導かれるこ

内藤・前掲書（註9）963頁参照。なお、阿部・前掲論文（註24）60頁、高橋・前掲書（註15）178頁も結論的に同旨。

33 こうした「行為者の計画の実現」に着目する見解には、大別すると二種類の立場があることについては、vgl. Roxin, aa.O. (Fn.1), Rn.179f. zu § 12. さらに、齊藤『特別講義刑法』(1991年) 25頁以下、葛原・前掲論文（註6）15頁以下参照。

34 辰井「因果関係論一解題と拾遺一」川端ほか編『理論刑法学の探究1』(2008年) 8頁以下参照。

35 葛原・前掲論文（註6）16頁以下参照。vgl. Sowada, aa.O. (Fn.3), S. 816. なお、両者の関係に関しては、後にあらためて検討することを予定しているが、さしあたり、vgl. Roxin, aa.O. (Fn.1), Rn.179 zu § 12.

36 こうした立場からは、「行為者に故意があり、現実の因果経過が相当因果関係の枠内にある場合には、故意の成立が否定されることはない」（山口・前掲書・（註27）132頁）ことになる。

37 たとえば、山口・前掲書（註11）214頁は、上記判例の事案に関して、①第一行為が被害者の死亡に物理的に寄与しており、②第一行為の後に第二行為が行われることは十分ありうることであり、第一行為の「危険性が被害者の死に現実化したということが出来る」として第一行為と被害者の死との間の因果関係を肯定している。



とになる。しかし、因果関係の錯誤の問題を故意への主観的帰属の問題として考えるものの、相当因果関係論ないし客観的帰属論との完全な連動を否定する上記の見解とは異なり、完全な連動を肯定する通説の見解では、後にあらためて検討するように、その根拠が問われる<sup>38</sup>だけでなく、周知のように、因果関係の錯誤論の問題領域としての独自性も問われることになるのである。通説の見解を支持する論者の中には、因果関係の錯誤論と相当因果関係論ないし客観的帰属論との区別の必要性に加えて、完全な連動が否定される可能性について言及するものもある<sup>39</sup>。しかし、通説に対する上記批判の趣旨は、概念的ないし段階的区別の必要性自体を否定することにあるのではなく、むしろ少なくとも予見可能性ないし経験則という、本来、客観的帰属判断に用いられ、しかもほとんど限定機能を果たさない基準にしたがって因果関係の錯誤の法的重要性が判断される限り、因果関係の錯誤論と相当因果関係論ないし客観的帰属論との（少なくとも結論のうえでの）完全な連動が否定されることはなく、因果関係の錯誤という問題領域自体が機能不全となる<sup>40</sup>ということにある。したがって、概括的故意事例群を、独自の問題領域を有する因果関係の錯誤の問題として処理するのであれば、これを故意への主観的帰属の問題として位置づける見解でなければならないように思われる。

次いで、概括的故意事例群を、相当因果関係論ないし客観的帰属論により処理する立場が有力に主張されている。こうした立場からは、概括的故意事例群を第一行為後に第二行為が因果経過に介在した事案であると理解

---

38 なお、通説の見解と客観的帰属論との関係が、本稿の問題関心である共犯の成否という問題に与える影響についても後述する。

39 佐久間「錯誤論における結果帰属の理論」福田ほか編『刑事法学の総合的検討（上）』（1993年）169頁、同『刑法総論』（2009年）137頁以下。

40 Vgl. Block, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, 2008, S. 180, 228ff.; Freund, *Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat*, in: Maiwald-FS, 2010, S. 218f.

したうえで、介在した第二行為につき、異常性が少ないこと、「結果に対する寄与度は絶対的ではない」こと<sup>41</sup>、「第二行為に出る危険は明らかに第一行為によって増加の影響を受けている」<sup>42</sup>、「第1行為によって殺害結果発生危険が創出され、それによって創り出された状況の危険が存続している間に、第2行為が、それに誘発された行為者の自然な動機連関をもって生じたのであり、危険実現連関も肯定される」<sup>43</sup>などとして、一般的に相当因果関係ないし客観的帰属が肯定されている<sup>44</sup>。

しかしながら、こうした立場では、因果関係の錯誤の問題との関係では自らの立場の理論的妥当性を主張することが可能であっても、概括的故意事例群の処理が結果の客観的帰属の問題であって主観的帰属の問題ではないということについての実質的根拠が必ずしも明らかにされていないように思われる。さらに、相当因果関係ないし客観的帰属判断の構造および基準は一様ではなく、こうした立場からの帰結は、当然のことながら、基準の設定方法により異なったものとなるだけでなく、たとえば、行為者の創出した危険が最終的に発生した結果に実現したのかという、客観的帰属論で一般的に用いられることの多い判断構造・基準を概括的故意事例群に適用する場合でも、上記の立場とは異なり、第一行為によって創出された危

---

41 前田・前掲書（註29）207頁。しかし、「結果に対する寄与度が絶対的ではない」とする理由は明らかでない。

42 林『刑法における因果関係論』（2000年）306頁。

43 山中・前掲書（註15）293頁、356頁、山中・前掲論文（註6）272頁。さらに、増田・前掲書（註6）278頁以下、吉田「故意と構成要件の錯誤（下）」北海学園大学法学研究46巻4号（2012年）30頁註（27）参照。

44 山中・前掲論文（註6）272頁は、危険の実現が否定される場合として、「①行為者の第一行為の危険性が客観的に見て低く、または、それ自体、結果へと繋がる危険でなく、第二行為の危険が明らかに凌駕するような場合、②第二行為への決意が予期し得ない介在事情によって動機づけられた場合、③その他、第一行為と第二行為ないし結果の間に異常な事情が介在した場合」を指摘している。なお、山中の見解については、後に検討を加える予定である。

険の実現ではないとして客観的帰属を否定するという結論を提示する論者も少なくない<sup>45</sup>。その原因の一端は、第一行為の危険性の内容のとらえ方にある。すなわち、第二行為が行われる可能性をも行為者が第一行為によって創出した危険として理解する<sup>46</sup>場合には、危険実現が否定されることはなくなる。この意味では、最終結果に実現したと評価できる危険性を結論に沿うように操作することが可能となる<sup>47</sup>。「危険性とその実現」という客観的帰属の判断構造・基準は、そこに内在する曖昧さを別としても、同一行為者の行為が介在する概括的故意事例群を解決するうえで一定の限界があることを示しているように思われる<sup>48</sup>。

もっともこうした見解の中でとくに重要なのは、この問題について詳細な研究を行った葛原の見解である。葛原は、①第一行為が第二行為を待た

---

45 たとえば、中「概括的故意事例についての一考察」同『刑法上の諸問題』(1991年)172頁。さらに、vgl. Rudolph, aa.O. (Fn.20), S. 130f.; Kühl, aa.O. (Fn.1) Rn.48 zu § 13.

46 上記、主観的帰属論により解決しようとする立場は、第二行為の実行が行為者の計画に含まれていた限りにおいて、「行為者の認識した危険」の中に取り込むことになる。しかし、葛原・前掲論文(註6)29頁が指摘しているように、行為者の計画の有無にかかわらず、状況に応じて第一行為の危険性の中に含めて考えることが可能となる。なお、Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, Rn.93 zu § 8は、主観的帰属論により解決しようとする立場から、行為者の認識対象となる危険には、第一行為が第二行為の実行を引き起こす危険も含まれるとし、さらに第二行為の実行が行為者の計画に入れられていなかったとしても、行為の状況から、行為者が第二行為を実行することに関心を抱かざるを得なかった場合にも危険性の実現が認められるとしているが、行為者の認識した危険の実現との関係は明らかでない。

47 第一行為の危険性の内容規定上の曖昧さに関しては、vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 465; Jäger, aa.O. (Fn.12), S. 245; Sutschet, aa.O. (Fn.16), S. 167. なお、自由な意思決定を行う行為者の決意に基づく展開を予測することの問題性に関しては、vgl. Maiwald, aa.O. (Fn.18), S. 51, 53.

48 葛原・前掲論文(註6)10頁。vgl. Sutschet, aa.O. (Fn.16), S. 167.

ずとも独力で結果を発生させる十分な因果力を有していたか否かという観点と、②第二行為それ自体が構成要件的であり得るという観点ないし遡及禁止論<sup>49</sup>的な考慮との組み合わせが有効である<sup>50</sup>ことを確認したうえで、概括的故意事例群を「事例群A：第二行為の寄与が結果惹起にとって決定的である場合」、「事例群B：第一行為の可能的因果的寄与は非常に大きい第二行為が凌駕的あるいは共同的に作用している場合」、「事例群C：第一行為の因果的寄与が絶対的、決定的な場合」の三類型に分類して、検討を加える<sup>51</sup>。

葛原によれば、概括的故意事例群の典型事例とされる「事例群A」では、「第一行為がもたらしたものが第二行為の決意のみである以上、第二行為からもたらされた結果を第一行為に帰属する理由はない」として、一般的に過失行為者の行為に第三者の故意行為が介在した事案の処理を念頭に論じられる遡及禁止論を同一主体の行為が介在した事案である概括的故意事例群の処理にも応用する<sup>52</sup>。次いで、「事例群B」では、第一行為と第二行為のもつ最終的に発生した結果に対する寄与の程度につき遡及禁止論的考察を踏まえて比較することにより問題が解決されることになり<sup>53</sup>、そして「事例群C」では、第二行為の因果的重要性が否定されることから、原則

---

49 この問題については、さしあたり島田『正犯・共犯論の基礎理論』（2002年）40頁以下、88頁以下、曾根「遡及禁止論と客観的帰属」板倉宏博士古希祝賀論文集編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』（2004年）135頁以下参照。

50 葛原・前掲論文（註6）38頁。

51 葛原・前掲論文（註6）41頁以下。

52 葛原・前掲論文（註6）42頁以下。島田「実行行為という概念について」刑法雑誌45巻2号（2006年）67頁は、「複数の行為が1人の行為者によって行われた場合には、いずれの行為を行ったのも行為者の責任である以上、こうした複数関与者を前提とした議論はあてはまらないというべきではないだろうか」と疑問を提起している。

53 葛原・前掲論文（註6）44頁以下。

的に帰属が肯定されることになる<sup>54</sup>。

葛原の上記事案分析および問題解決の方法には興味深い部分も少なくないが、さしあたり本稿の問題意識との関係では、葛原の解決方法とその帰結を確認することにし、後にあらためて検討を加えることにする。

さて、通説的見解のように概括的故意事例群を因果関係の錯誤の事案として処理することには両者の構造的相違を理由に拒否しつつ、原則として故意既遂犯の成立を否定し、未遂犯（故意犯）（と過失が認められる限りで過失犯との併合罪）を認める見解が依然として有力である。

もっとも、こうした見解もその論拠は必ずしも明確かつ一様ではないが、その主要な論拠としては、次のように集約することができよう。すなわち、この見解の前提は、上記のように、事象の構造的相違を理由に概括的故意事例群の処理にあたり因果関係の錯誤論は援用できないとするものである<sup>55</sup>が、錯誤論を援用できない実質的な理由は、むしろ上記のように、通説の基礎に存在すると思われる「ヴェーバーの概括的故意論」的思考を拒否することにある。しかしながら、こうした見解を支持する論者は、概括的故意事例における行為の個数を問題にする立場が妥当である<sup>56</sup>と指摘するだけで、それ以上の実質的な論拠を示してはいない。基本的に行為の個数それ自体が重要なのではなく、その趣旨は、次のようにまとめることができよう。すなわち、第二行為は、行為者の新たな意思決定に基づくものであることから<sup>57</sup>、主観的には、第一行為と第二行為との間に「統一的

---

54 葛原・前掲論文（註6）46頁以下。さらに、葛原ほか『テキストブック刑法総論』（2009年）94頁参照。

55 たとえば、曾根・前掲書（註12）167頁、同・前掲論文（註49）149頁参照。さらに、上記註（12）掲載の文献参照。

56 たとえば、曾根・前掲書（註12）168頁、同・前掲論文（註52）149頁、浅田・前掲書（註28）318頁以下参照。

57 第二行為は、それ自体として通常過失犯を成立させるものであり、最終的に発生した結果について故意既遂犯の成立を認める通説的見解の場合でも、過失犯が同時に成立することになると指摘する見解として、内田・前掲書

精神構造の面において破壊」<sup>58</sup>が見られる。確かに、故意自体は、事象全体を通じて存在しなければならないわけではなく、行為者が因果経過を始動させた時点で存在すれば足りる<sup>59</sup>といえるが、第二行為からみれば第一行為の故意は、現在の故意論では否定されている「事前の故意 (dolus antecedens)」にほかならない<sup>60</sup>。また、行為の因果力という見地からは、最終的結果の発生にとって第二行為は法的に重要である。したがって、因果的にも法的にも第一行為とは独立した意義を有することから、第二行為を単なる因果的要因とする事象の一体的な考察は行うべきではない<sup>61</sup>。

以上の論拠から判断する限り、こうした見解は、そのニュアンスに差異はあっても、概括的故意事例群の処理にあたり、異なる意思に基づく複数の行為を単なる因果的なプロセスの一部として規範的に統合するという上記通説が用いる方法論に反対し、特に第二行為の法的意味に着目しつつ厳格な分析的考察を行おうとするものである<sup>62</sup>。したがって、こうした見解

(註1) 177頁参照。vgl. Hruschka, aa.O. (Fn.25), S. 320; Jerouscheek/Kölbels, Zur Bedeutung des sogenannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, in: JuS 2001, S. 423.

58 莊子「因果関係の錯誤と概括的故意」法学教室(第1期・1962年)64頁参照。

59 Roxin, Gedanken zum „Dolus Generalis“, in: Württenberger-FS, 1977, S. 114f.; ders., aa.O. (Fn.1), Rn.179 zu § 12.; Puppe, aa.O. (Fn.13), Rn.82 zu § 16; Valerius, aa.O. (Fn.24), S. 263.さらに、葛原・前掲論文(註6)5頁参照。

60 Sutschet, aa.O. (Fn.16), S. 168. なお、Sowada, aa.O. (Fn.3), S. 816によれば、こうした見解では、第一行為時における故意の意欲的要素を重視する通説的見解とは異なり、故意の認識的要素が重視される。また、同要素の存在を肯定するためには、行為者の表象が、最終的に発生した結果惹起の危険性という観点に正確に関係づけられていることが必要であるとされていることから、その限りでは、故意について、前者よりも厳格な要求がなされている。

61 Vgl. Jerouscheek/Kölbels, aa.O. (Fn.57), S. 423. Sutschet, aa.O. (Fn.16), S. 168も、行為者の異なった意思方向が両行為を統一した事象として把握することを妨げるとしている。

62 Vgl. Sowada, aa.O. (Fn.3), S.816. なお、最近わが国において議論の対象となっている複数行為から構成される事象における「一連の行為」の実体法

は、少なくとも上記客観的帰属論の立場と対立するものではなく、最終的に発生した結果を行為者に客観的に帰属できるかという共通の問題に帰着し、その限りでは実質的な相違がないようにも思われる。

ところが、厳格な分析的考察を前提に第二行為に特別な法的意義を認めるこうした見解の多くは、概括的故意事例において故意既遂犯の成立を原則的に肯定する上記客観的帰属論の立場とは異なり、最終的に発生した結果の（第一行為への）客観的帰属を原則的に否定し、故意既遂犯の成立を否定するという点で両者の立場は結論の上で基本的に異なっている。たとえば、上記客観的帰属論の立場からは、最終的に発生した結果に実現したのは、第一行為によって創出された危険性であるとして同結果の第一行為への客観的帰属が原則的に肯定されることになる。しかし、厳格な分析的考察を前提とする立場によれば、最終的に発生した結果に実現したのは、第一行為によって創出された危険ではなく、錯誤に基づく第二行為によって創出された危険であるとして故意既遂犯の成立が否定され、故意犯としては未遂犯の成立だけが認められることになる<sup>63</sup>。もっとも、厳格な分析的考察を前提とする立場では、故意既遂犯の成立が原則的に否定されるという結論において一致するものの、その理由づけは多様である。たとえば、危険の実現という枠組みとは異なり、第一行為に続いて介入した第二行為は（抽象的）事実の錯誤に陥っているものの自由な意思決定に基づく

---

的および訴訟法的意義の問題もこうした場面と関連する問題である。さしあたり、「特集行為・実行・帰属」刑法雑誌45巻2号（2006年）223頁以下、仲道「複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定」早稲田法学会誌59巻2号（2009年）423頁以下、「特集一連の行為をめぐる実体法と手続法の交錯」刑法雑誌50巻1号（2010年）67頁以下参照。もっとも、こうした議論では、概括的故意事例群についてわずかに言及されているにすぎない。

63 Vgl. Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 99; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 8/78.; Frisch, a.a.O. (Fn.46), S. 620f.; Rudolph, a.a.O. (Fn.20), S. 131; Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 2009, Rn.143 zu § 7; Kühl, a.a.O. (Fn.1), Rn.48 zu § 13.

ものである<sup>64</sup>ことから、最終的に発生した結果を故意に基づく第一行為に帰属させることができないとして遡及禁止論に基づく立場からの理由づけも行われている<sup>65</sup>。

ところで、こうした厳格な分析的考察を前提とする立場に対して生ずる問題点として主として次の二点が指摘されている。すなわち、第二行為が異なる意思方向であるということを理由に最終的に発生した結果を第一行為に帰属させないということになると、故意既遂犯の成立範囲が不当に狭まるのではないかという問題点である<sup>66</sup>。しかし、厳格な分析的考察を前提とする立場は、上記のように、故意と過失という意思方向の相違ないし自由な意思決定の介在という事情だけで最終的に発生した結果の帰属を判断しているわけではない。次いで、むしろ重要な問題点は、概括的故意事例群の処理にあたり、厳格な分析的考察を前提とする立場が常に故意既遂犯の成立を否定し、故意犯としては未遂犯しか成立しないという立場をとるものではない<sup>67</sup>とした場合、その例外はいかなる基準に基づき判断されるのかが明らかではないということにある。

確かに、「危険性とその実現」という客観的帰属論の枠組みを用いてこの問題を検討する立場からは、第二行為により新たな危険が創出され、第

---

64 Vgl. Mayer, aa.O. (Fn.1), S. 109,110.

65 Maiwald, aa.O. (Fn.18), S. 54ff.; Sutschet, aa.O. (Fn.16), S. 171ff.; Frisch, aa.O. (Fn.47), S. 621; Murmann, aa.O. (Fn.24), Rn.72 zu § 25.

66 葛原・前掲論文（註6）6頁は、「第一行為と結果との連関が新たな意思の介在のみを理由として切断されると考えると・・・第二行為が死期を若干早めたに過ぎない事例も未遂とせざるをえない。更に、そこで帰属判断を断絶する『意思決定』としてどのような内容が考えられているか明らかではない。」としている。同様の指摘として、高橋「ウェーバーの概括的故意・実行途中からの責任能力の低減」現代刑事法22号（2001年）105頁参照。

67 もっとも、こうした立場は一般的に「未遂犯説（Versuchslösung）」と称されており、例外を認める可能性についてもほとんど言及されていないことは事実である。vgl. Kühl, aa.O. (Fn.1), Rn.48 zu § 13.



一行為の危険性を凌駕した場合には未遂犯が成立し、第一行為により創出された危険性を第二行為が修正したに過ぎない場合には故意既遂犯が成立する<sup>68</sup>という形で大まかな「基準」が提示されているだけであり、たとえば、遡及禁止論的な思考を前提とする立場からは例外的に遡及が認められて故意既遂犯の成立が認められることになのかについては明らかにされていない。

### 3. 小 括

以上、概括的故意事例群の処理に関する判例および学説の現状を概観したが、その結果をさしあたり次のように要約できよう。すなわち、判例としては、大審院時代の判決が2件あり、いずれも概括的故意事例群を因果関係の存否の問題として処理し、しかも故意既遂犯の成立を肯定している。しかし、大審院は、当時としては最高水準の理論的根拠をほぼ網羅的に提示している上告理由の趣旨を無視してそうした処理を正当化する理論的根拠を示していないだけでなく、判断の基礎としている因果関係論自体も不明である。両判例ともに、第一行為の因果的効果ないし影響力が第二行為とあいまって最終的に発生した結果にまで及んでいることを前提とした判断であることからすると、少なくとも自然科学的因果概念に基づく客観的側面に拘泥するあまり、行為者の主観面の変化に対応する法的評価にまったく配慮がなされていない。

これに対して、通説的見解は、こうした主観面の変化に対応する法的評価を因果関係の錯誤という観点から行っている。しかし、概括的故意事例群を因果関係の錯誤として処理することを理論的に十分な論拠に基づき基礎づけることに成功していないだけでなく、因果関係の錯誤の法的処理方

---

68 Jakobs, aa.O. (Fn.60), 8/78f.; Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, 8/45.

法それ自体にも理論的な欠陥を抱えている。通説によれば、因果関係の錯誤の法的処理方法には大別すると、①因果関係論ないし客観的帰属論との完全な連動を肯定する立場と、②これを否定し主観的帰属論としての固有の問題領域を認める立場に分けられる。①の立場は、概括的故意事例群を因果関係論ないし客観的帰属論により処理する立場と結論のうえでは変わりがないことになり、原則として故意既遂犯の成立が肯定されることになる。しかしこの立場では、特に、相当因果関係論ないし客観的帰属論との完全な連動が認められる具体的な論拠が示されていないことから、結果の客観的帰属と主観的帰属との関係に曖昧な部分が残されている。これに対して、②の立場によれば、概括的故意事例群における行為者が、既遂結果に実現した危険性を認識していない限り、既遂結果を行為者の故意に主観的に帰属できないことから、原則的に故意犯としては未遂犯が成立するととどまることになる。この立場にも、結果の主観的帰属が必要とされる根拠および客観的帰属との関係が明確ではないという問題点が存在する。なお、①および②の立場に存在するこうした問題点については、後にあらためて検討を加えることにする。

次いで、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からは原則的に故意既遂犯の成立が肯定されることになる。しかし、こうした立場には、概括的故意事例群の処理が結果の客観的帰属の問題であって故意への主観的帰属の問題ではないということについての実質的根拠が必ずしも明らかにされていないという問題点が存在する。さらに、こうした見解については、相当因果関係ないし客観的帰属判断の構造および基準自体の検討が必要となる。

最後に、概括的故意事例群の処理にあたり、異なる意思に基づく複数の行為を単なる因果的プロセスの一部として規範的に統合するという方法論に反対し、特に第二行為の法的意味に着目しつつ厳格な分析的考察を行おうとする立場からは、原則的に故意既遂犯の成立が否定されることになる。しかし問題は、こうした結論が導かれる判断構造および基準であっ

て、その限りでは、相当因果関係論ないし客観的帰属論による処理方法と同様、具体的事案、とくに第三者が加功した事案との関係であらためて検証が必要となる。

さて、以上のような判例および学説の現状をふまえて概括的故意事例群はどのように処理されるべきなのかということが問題となるが、この問題は、後にあらためて考察することとし、次に概括的故意事例群と第三者の加功について検討を加えることにしよう。

（未完）