OUKA
Osaka University Knowledge Archive

Title	早すぎた結果発生と実行行為 : 「一連の行為」をめぐる考察
Author(s)	小野, 晃正
Citation	阪大法学. 2010, 60(1), p. 155-184
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54939
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

Osaka University

早すぎた結果発生と実行行為

――「一連の行為」をめぐる考察――

小野晃正

一　はじめに

行為者自身の複数の行為が、何らかの犯罪的結果を惹起した場合について、判例上、複数の行為にも関わらず「一連の行為」ないし「一個の行為」であることを根拠に罪責が決まる場合がある。しかも、この「一連の行為」による解決は、構成要件該当性、違法性および罪数の判断など、犯罪論のいたる箇所で見られる。(1) しかし、従来、「一連の行為」と評価する根拠として「全体的考察」や「時間的・場所的近接性」があげられるにとどまり、一連性や一体化の判断基準およびその要件は必ずしも明らかではなかった。

近年、最高裁において、いわゆる「クロロホルム殺人事件」判決（最高裁決定平成一六年三月二二日刑集五八巻三号一八七頁）が、自然的観察によれば複数存在する行為を、構成要件該当性の判断上、「一連の行為」と評価する詳細な基準をはじめて明らかにした。他方、最決平成二〇年六月二五日刑集六二巻六号一八五九頁および最決平成二一年二月二四日判時二〇三五号一六〇頁では、過剰防衛の成否をめぐって、防衛行為に関する「一連の行為」

（阪大法学）60（1-155）155〔2010.5〕

の判断基準が相次いで示されたため、学説上も「一連の行為」の意義があらためて問い直されるにいたった。

本稿は、かような「一連の行為」の実質的内容および基準を明らかにするものであるが、紙幅の都合から先に述べた問題点を網羅的に論ずることはできない。そのため、構成要件該当性判断の場面における「一連の行為」を検討対象とするが、かような問題について判例および学説で、「一連の行為」がどのように考えられたかを概観・検討するにあたり、実行の着手と実行行為の関係性や犯罪論における犯行計画の位置づけを捉え直す契機となった「早すぎた結果発生」を素材としてみていくことにしたい。(2)

「早すぎた結果発生」とは、犯行計画によれば、準備的な第一行為を終えて第二行為により構成要件的結果を惹起しようとしたところ、すでに第一行為により当該結果が発生していた場合をいう。なるほど、「早すぎた結果発生」は、判例および学説上も最終的に因果関係の錯誤の問題とされる。しかし、かような錯誤論を論じる前に、この問題は、むしろ実行行為性の問題と考えられる。すなわち、「早すぎた結果発生」は、行為者の計画によれば、第一行為が準備的行為であり、行為者は第一行為自体から犯罪結果が生じる可能性を認識していなかった事案である。それゆえ、この問題は、行為者の主観的帰属をこえて、生の事実を刑罰法規の解釈により導かれた構成要件に当てはめた上で、一般人の観点から、第一行為に実行行為の存在が認められるか否かの検討を要する構成要件該当性の定型的判断の問題でもある。(3)かような問題意識から、以下では、一連の行為の構造を明らかにする前提として、ドイツおよび日本の「早すぎた結果発生」に関する議論を比較・検討した後、「一連の行為」について危険性の側面に比重を置きつつ私見を述べることにしたい。

二　ドイツ及び日本の判例とその検討

「早すぎた結果発生」の問題について、近年相次いで、ドイツと日本で重要判例が出された。まずは、早くからこの問題を議論してきたドイツの判例をみることにしよう。

（1）ドイツの諸判例

ドイツでは、戦前から現在まで四件の判例がみられる。すなわち、帝国裁判所一九三九年一月一三日判決（RG in DStrR, 1939, S. 177f.）、連邦通常裁判所一九五四年五月六日判決（BGH in G. A., 1955, S. 123ff.）、同二〇〇一年一二月一二日判決（BGH in NStZ, 2002, S. 309f.）、および同二〇〇二年四月一〇日判決（BGH in NStZ, 2002, S. 475f.）である。本稿では、近年における対照的な判例として、後二者を取り扱いたい[4]。

1　まず、謀殺既遂を認めた連邦通常裁判所二〇〇二年四月一〇日判決をみておこう。この事案は、次の通りである。被告人らが被害者の静脈に空気注射を打つことで殺害しようとして、被害者の反抗を抑圧するため頭部および頸部を殴打しつつ押さえつけ、左肘付近に空気注射をした。被告人らは被害者を空気注射により殺害したものと考えていたが、実際の死因は、殴打時に生じた咽喉骨折および出血を飲み込んだことによる窒息死であった。

裁判所は、被告人らが直接的故意（殺意）から被害者の死を惹起したものと認めて、本件を因果経過の逸脱の事案とした。すなわち、（i）「（実際に）生じた事象経過と行為者によって表象された因果経過の食い違いが、非本質的なものであり、両者の因果経過が等価値である場合、かようなくい違いは、故意の観点からみて通常重要ではない」という。また、（ii）「所為経過の表象によれば、後の行為ではじめて所為結果を惹起しようとした行為者が、所為結果を先行する行為によりすでに実現してしまった場合」、「行為者が所為結果を惹起する行為の前に未遂の境

界をすでに乗り越えたか、あるいは、少なくともこのような行為と同時に乗り越えたとき」に、既遂処罰が問題になるとした。すなわち、既遂とする前提条件として、未遂段階を突破したことを要求したのである。その上で、裁判所は、被告人らが空気注射による被害者の死を決意したのち、死の原因となる傷害行為を開始したとのべ、刑法典二二条の意味における殺人行為の直接的開始は、その後に生じた致死的な暴行の際にも存在するとし既遂犯として処罰する根拠を、被害者を暴行により無抵抗にする行為と注射行為が一体をなす点に求めた。

2　つぎに、連邦通常裁判所二〇〇一年一二月一二日判決をみておこう。この事案は、被告人が妻の殺害行為を予定しつつ、自宅内で妻を足枷と猿ぐつわで拘束し気絶させた上で、自動車のトランク内に入れ、かなり離れた場所まで輸送した（第一行為）。しかし、被害者はこの運搬の前後に死亡したため、被告人が企図していた殺害行為（第二行為）はなされなかったというものである。

裁判所は、本件に関しても、因果経過の逸脱の問題として、次のような前提判断を示した。すなわち、（i）故意既遂犯により処罰するためには、少なくとも第一行為が未遂の境界を踏み越えているかを検討しなければならないとした。けだし、「予備段階の行為は、行為者の表象や意図によれば、所為計画の実行に役立つかもしれないが、直接的に所為の既遂に通じる因果経過はまだ進行しておらず、その結果として（予備行為段階では）法的に重要な故意が欠け」るため、因果経過の逸脱の問題とはならないからである。(5) そこで、裁判所は、第一行為が未遂の境界を踏み越えているかを検討した。その際、ドイツ刑法典二二条によれば、未遂段階の行為は、直接的な結果惹起行為以前の行為についても問題となるとしつつ、未遂の境界を踏み越えたかどうかは、（ii）行為者の表象に従えば、第一行為と第二行為の中間に構成要件の実現と無関係な行為を介在させることなく、直接に構成要件の実現にいたったか、および、場所的・時間的に近接していたかという基準により判断されるとした。しかし、（iii）本件で

は、既遂犯が成立する前提となる（ⅱ）の要件をいずれも充たさず[6]、構成要件実現に密接した具体的危険を欠くとして、第一行為に未遂の開始を認めず、謀殺既遂とした原判決を破棄差し戻した。

3　かようにして、ドイツの判例は、「早すぎた結果発生」の事案で、既遂処罰の要件として、行為者が未遂の段階を突破していることを要求した。行為が未遂になっていなければ、およそ構成要件的結果に向けられた故意が認められないからである。その上で、現実の因果経過と行為者により表象された因果経過の齟齬が、法的に等価値である場合には、故意は阻却されないことになる。

（2）日本の諸判例

わが国において、「早すぎた結果発生」にあたる事案は、下級審を含めて三つのものがある。

1　第一の判例は、放火罪に関する横浜地判昭和五八年七月二〇日判時一一〇八号一三八頁（最期の一服事件）である[7]。この事案は、焼身自殺を企図した被告人が、自宅にガソリンを撒いたのち、死ぬ前に最期の一服としてタバコを吸うため、ライターを点火したところ、その火が気化したガソリンに引火して爆発し、自宅が全焼したというものである。本件は、被告人の企図（計画）によれば、引火性の強いガソリンを撒いたのち（第一行為）、これに点火すること（第二行為）で建造物を焼損するはずであったが、ライターを点火したことで計画よりも早く建造物を焼損させた点で、「早すぎた結果発生」にあたる。本件において放火既遂を認めるためには、①放火の実行行為（放火行為）が存在すること、および、②被告人が放火の故意を有していたことが必要となる。

2　横浜地裁は、次のように判示した。まず、①に関して、被告人による本件家屋にガソリンを撒く行為について、「ガソリンの強い引火性を考慮すると、そこに何らかの火気が発生すれば、本件家屋に散布されたガソリンに引火し、火災が起こることは必定の状況にあったのであるから、被告人はガソリンを散布することによって企図し

たところの大半を終えたものといってよく、この段階において法益の侵害即ち本件家屋の焼燬を惹起する切迫した危険が生じるに至ったものと認められるから」、被告人の企図（計画）を考慮しつつ、ガソリンを撒いて気化させた時点で実行の着手があるとした。②については直接の言及はないが、第一行為に実行行為性を認めたことから、その客観的事実を認識していた以上、ガソリンを撒く時点で放火の故意があったと判断したようである。なお、裁判所は、本件実行の着手と焼損結果との間に相当因果関係を肯定している。

3　第二の判例は、殺人罪に関する「クロロホルム殺人事件」（最高裁決定平成一六年三月二二日刑集五八巻三号一八七頁）に関するものである(8)。すなわち、被害者を自殺に見せかけて保険金を詐取するため、被告人らが被害者にクロロホルムを吸引させ（第一行為）、被害者の昏睡状態を利用して、事故を装い海中に車ごと転落させて（第二行為）、溺死させようという殺害計画をたてた。実行犯らは、この計画に従い第一行為を経て第二行為を遂げたが、被害者の死因は、第一行為による呼吸停止等から生じた窒息死、または、第二行為による溺死であるかが不明であった。結局、被告人らの殺害計画通りに被害者は死亡したが、その死は、被害者が死亡する可能性はないと信じていた第一行為から生じたため、殺人既遂といえるかが争われた事案である。

4　最高裁決定によれば、被告人らは「第一行為自体によって被害者が死亡する可能性があるとの認識」を有していなかったが、その殺害計画は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上、その失神状態を利用して港まで運び、車ごと海中に転落させて溺死させるものであるため、被告人らがそれ自体で被害者の死亡可能性を認識していない第一行為についても、第二行為との関係性を考慮して、①「第一行為は第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なもの」であること、②「第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかった」こと、および、③「第一行為と第二行為との間の時間的場所的近接性」と

いう三つの基準により、「第一行為は第二行為に密接な行為」である以上、「第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があった」とした(9)。

また、右のことを前提に因果関係の錯誤による故意阻却の可否を判断している。すなわち、実行犯らは「クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから」、実行犯らの認識と異なり、「第二行為の前の時点で被害者が第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく」、実行犯らについて「殺人既遂の共同正犯が成立する」とし、これらと共謀した被告人についても殺人罪とした原判断も正当とした。

本決定は、第一行為それ自体の危険性ではなく、犯行計画の全体を考慮して、複数の行為を「一連の行為（一個の実行行為）」と法的に評価した最初の最高裁判例であるとともに(10)、行為者に第一行為によって結果を発生させる認識がない場合でも、故意既遂犯を認めた最初の判断であり、重要な意義を有する(11)。

5　第三の判例も、殺人罪に関する福岡地判小倉支部平成一七年九月二八日判例集未登載（ＬＥＸ／ＤＢ二八一三五三三二）である。本件は、被告人が身体に通電する行為（第一行為）により被害者を抵抗不能にしてから、絞殺（第二行為）しようと計画して両行為を実行したが、どの行為により死亡したか不明であったというものである。

裁判所は、次の理由から殺人既遂を認めた。すなわち、（ⅰ）第一行為は、第二行為を確実かつ容易に行うために不可欠ないし重要な行為であり、被告人らにもその認識があった。（ⅱ）第一行為と第二行為の時間的・場所的密接性、第一行為が殺人の結果発生の現実的危険性を備えた行為であることに照らすならば、第一行為で被害者を殺害しようという意図がなく、第二行為によって被害者の殺害を遂げる意図であったとしても、第一行為を開始した時点で、殺人罪の実行の着手があったと認められる。（ⅲ）被告人らは、本件通電行為により被害者を抵抗不能

にした上、絞殺するという一連の殺害行為に着手して目的を遂げたのであるから、殺人既遂の責任は免れない。仮に、被告人両名の予期に反して第一行為により被害者が死亡していたとしても、因果関係が肯定されるのはもちろん、因果経過をめぐる錯誤は因果関係に関する具体的事実の錯誤に過ぎず、故意責任を阻却しない。

6　これらの判例は、第一行為の時点で、既遂結果を実現するためにこれ以上の行為を要しないという認識、すなわち既遂故意がなかったとしても、犯行計画を考慮すれば、第一行為と第二行為は、（第二行為が実際になされなくても）法的には一定の要件下で密接不可分な一個の実行行為と評価しうるとしたものである。その上で、第一行為は実行の着手に該当し、かような一連の行為をする認識で第一行為をすれば故意があることを前提として、因果経過の錯誤は故意を阻却しないとする。このことから、裁判所は、①既遂犯の実行と未遂犯の実行を区別せずに取り扱っていることがわかる。また、②実行の着手を、行為の危険性を踏まえた実質的客観説の見地から捉えていること、および、③因果関係の錯誤により故意は阻却されず、④実行の着手から侵害結果が生じた以上既遂を認めたことがわかる。これらの判例をみるかぎり、実行行為は、実行の着手から直接的結果惹起行為まで含む単一不可分な一連の行為として理解されたといえよう。

三　学説の状況とその検討

（1）ドイツの諸学説

ドイツにおける「早すぎた結果発生」の問題は、謀殺罪の成否を念頭に置いて議論されてきた。その際、第一行為が予備行為にとどまる場合、予備行為による結果発生は、因果経過の本質的な逸脱があるため、過失犯とすることで、学説は一致している。しかし、第一行為が未遂行為（実行の着手）を踏み越えた場合、その罪責をめぐる学

説の見解は多岐に分かれる。すなわち、①中止犯論を援用する未遂犯説[12]、②それ以外の理由による未遂犯説、および、③既遂犯説が対立している[13]。そこで、以下に示す事例を用いて、それぞれの見解を検討しよう。

1　たとえば、甲が乙を毒入りの茶を飲ませて殺そうとしたとする。甲の知識によれば、毒殺するには一〇滴の毒薬を茶に混入しなければならないが、味が変わらないようにするため、二杯に分けて五滴ずつの毒を混ぜた茶を飲ませて殺害する計画を立てた。甲は、乙に最初の毒入茶を飲ませた後、二杯目を準備するために台所に戻ったが、途中で気が変わり、任意に二杯目をつくるのを止めた。その後、甲が応接間に戻ったところ、乙は一杯目の毒の効果により死亡した。このとき、甲は最初の毒入茶で乙が死亡するとは認識していなかったとする。

2　①説の代表的論者であるシュレーダーは、「中止既遂」（Rücktritt von der Vollendung）[14]の許容という独特の理論をもち出して、既遂犯の成立を否定する。この見解によれば、第一行為時に自己の行為が結果を発生させるという認識、すなわち、既遂故意（Vollendungsvorsatz）を欠いたときには、第一行為は未終了未遂段階にとどまる。この見解によれば、既遂故意は既遂犯処罰に不可欠の要件であるから、これを欠く第一行為による結果発生に対して、未終了未遂による中止犯（ドイツ刑法典二四条一項一文）[15]成立の可能性が認められるという。それゆえ、甲の罪責は、未遂犯の成立にとどめられ、場合によっては致死の結果につき過失犯との競合になるとされる[16]。

また、エーザーは、右の根拠に加え、行為者が構成要件的結果の惹起に必要不可欠な二つの行為を予定し、第二行為で当該結果を惹起する犯行計画のもと、第一行為に着手したが、途中で気が変わり任意に第二行為を止めた場合、その時点で侵害結果が生じていたかどうかが、中止犯または既遂犯の判断基準になるとする[17]。すなわち、第二行為を止めた時に結果が不発生であれば、甲の行為は未終了未遂にとどまり、刑法二四条一項一文により謀殺未遂罪は不可罰となる[18]。他方、第二行為を止めた時よりも前に結果が発生していれば、甲は既遂犯で処罰されるとする。

3　つぎに、②の未遂説には複数の見解がみられる。ヴォルターの見解[19]は、中止未遂の可能性を認めない点で①説と異なる。その根拠は、客観的に発生結果を第一行為に帰属されうる点に求められる。ところが、ヴォルターがなお未遂犯説を採るのは、犯人に既遂故意がないため、既遂犯に必要な行為反価値が欠けるからである。この見解では、設例の場合、甲に謀殺未遂が成立するにすぎない。

他方、シュリービッツは、「早すぎた結果発生」の事案を、第一行為と第二行為の具体的行為態様の異同に応じて考察する。たとえば、第一行為が被害者を意識不明にするための絞扼行為で、第二行為が窒息死させるための縊首行為であった場合、両行為は具体的行為態様からも区別できるとする。この場合、結果を惹起した第一行為は、行為者にとって本来の殺害行為ではないが、同時に結果を惹起した不可避の原因でもある。しかし、それは予備行為から既遂にいたる全ての段階の行為に当てはまることであるから、第一行為のみを取り上げるのは妥当でない。その上で、行為者が第二行為を留保しつつ結果を発生させた場合、結果帰属に重要な危険を認識していないから、犯人の罪責は、未遂および過失にとどまるとする[20]。

また、行為者の殺意にもとづく第一行為と被害者の絶命に必要と考えた第二行為が、ともに絞扼行為である場合、両者は具体的行為態様からみて一体になるため、解決困難な問題が生ずる。この場合、全体的考察から一個の行為を導いてはならず、行為者は、とどめを刺す認識を実行の開始からその終了時まで保持しなければならない。そうでない場合は、行為事情の錯誤（ドイツ刑法典一六条一項[21]）にあたり、犯人の罪責は未遂にとどまるからである[22]。この見解も、事実上、既遂犯の成立に既遂故意を要求するものといえよう[23]。設例の場合、甲は謀殺未遂となる。

4　最後に、③の既遂犯説を概観しよう。ドイツでは、既遂犯説が支配的である。かつての見解は、事象経過の逸脱の事例にあたるとして、その逸脱が相当因果関係の範囲内にある限り考慮されないとした[24]。しかし、現在では、

「早すぎた結果発生」の事案を主観的帰属の問題とするだけでなく、その論理的前提となる客観的帰属の問題でもあるという。すなわち、既遂犯を認めるための要件として、第一行為には「行為者が少なくとも（未終了）未遂の段階に到達している」ことが必要とされる。そのため、第一行為は、構成要件の実現意思にもとづく許されない危険のある未終了未遂行為、すなわち、実行の着手（Anfang der Ausführung）と評価されるものでなければならない[25]。また、既遂犯説は、第一行為が未終了未遂の段階にあるか、あるいは、終了未遂の段階にあるかを重視していない[26]。けだし、第一行為が未遂の境界を踏み越えたとき、すでに故意は存在したといえるからである。ロクシンは、着手未遂の段階と終了未遂の段階で区別しない根拠を、立法者が不法と責任で両者を区別しない点を挙げる[27]。むしろ、前者の段階に至れば、完全な行為反価値を実現しており、かような危険が結果に結びついた場合、客観的に当該行為にも帰属されるのである。

しかも、客観的帰属が確認された以上、第一行為には着手未遂の段階に当たる故意も認められる[28]。もっとも、行為者の表象した因果経過と実際に生じた因果経過に齟齬が生じていることは否定できない。そこで、支配的見解は、因果経過の逸脱が非本質的であるか否かを基準として、結果の故意帰属を検討することになる。すなわち、一般生活経験の範囲内で行為者が予見した因果経過と現実に進行した因果経過の齟齬が、重要な逸脱とはいえず、非本質的なものであるならば、当該結果は故意に帰属されるという。その根拠は、人間が因果経過の詳細を予見するのは不可能である点に求められる。したがって、既遂犯説からは、行為者が着手後の未終了未遂の段階で当該結果を客観的に帰属可能なかたちで実現し、現実の因果経過の逸脱が構成要件上も軽微なものであれば、この結果は故意に帰属されて、最終的には既遂犯が成立するのである。この見解からは、甲は謀殺既遂の罪責を負うことになる[29]。

5　そのほか、支配的見解と異なる主観的帰属の基準を用いる見解もある。ロクシンは、結果を故意に帰属させ

る基準として「計画の実現（Planverwirklichung）」をあげていた。すなわち、事象全体を規範的に判断して犯行計画を実現したと評価できれば、行為者の予見より早く既遂結果が発生したとしても、故意に帰属できるという。その論拠として、第一に、予定より早く結果が発生したことは、細部にわたり意のままにできない因果経過の非本質的逸脱にすぎず、第二に、行為者が企図した全てを成し遂げた点をあげる。これに対して、犯行計画がなお実現されていないときには、故意への帰属が認められず、謀殺未遂および過失致死の罪責を負うとされる。(30) なお、プッペは、主観的帰属の基準として故意危険（Vorsatzgefahr）(31)の因果経過内における実現の有無をあげている。(32)

6　以上見たように、ドイツの見解では、主観面を重視するものと、主観面のみならず客観的帰属の見地から危険の創出および実現に着目しつつ、実質的に行為の一体性を論じる見解がある。このうち、①の中止未遂の可能性を考慮した未遂犯説は妥当でない。けだし、ドイツ刑法典二四条の中止犯規定は、単に「未遂」の可罰性と刑の免除を定めたにすぎないからである。むしろ、結果の不発生が中止犯規定を適用する要件となるため、既遂結果が発生したにも関わらず、第一行為に既遂故意を要求しつつ、第一の未終了未遂の段階で任意に第二行為を中止した時点で既遂結果が発生していなければ未遂犯を認めるシュレーダーの見解や、結果が発生した場合も中止犯になるとするエーザーの見解は、同二四条一項一文の適用の限界を越えるであろう。(33) また、これらの見解は、なぜ二四条一項一文が原則として未遂を不可罰としたかの意味を考慮していない点でも妥当ではない。(34) すでに帰属可能な既遂結果が発生した以上、中止規定の適用は排除されるべきである。(35) また、ヴォルターの見解については、法文上、未終了未遂および終了未遂が、不法および責任の面で全く区別されておらず、既遂故意がない未終了未遂行為でも、完全な行為反価値が欠けるといえない以上、やはり採用できないと思われる。さらに、シュリービッツの見解は、結果惹起の態様に着目しつつ、実行の着手から終了にいたるまでの全段階で既遂故意を要求した。しかし、構成要件

該当性判断にとって重要であるのは、行為の具体的態様そのものの異同ではなく、行為の具体的危険性の有無である。また、既遂故意を実行の開始から終了まで要求した点については、法文上および解釈上の根拠が明らかにされておらず、過剰な要求ではなかろうか。

およそ、人間は因果の詳細を完全に予見および支配できない以上、行為者が構成要件的結果を確実に惹起する上で必要であるとした全てを成し遂げたかどうかに着目する見解は妥当でない。他方、主観的帰属の基準として、計画実現の程度や故意危険の実現を求める見解も、既遂犯の成否を過度に行為者の主観的内容にかからしめている。また、因果経過の逸脱に関する判断は、故意の存否とは切り離された発生事実に基づく事後的な帰属判断であるが、その判断は客観的な事実判断である以上、その判断基準および資料も客観的要素をもとにして行うべきである。かようにして、③説が「早すぎた結果の発生」について二四条を考慮に入れることなく、客観と主観の両面から、結果の行為および故意への帰属を判断したことは妥当である。

（2）日本の諸学説

日本の学説は、①予備と過失の併合罪とする予備罪説、②未遂犯説、および、③既遂犯説に分かれている。

1　まず、予備罪説は、浅田教授によって主張されている。この見解は、実行行為性の判断をめぐり、刑罰法規の文理解釈から構成要件的行為を導きつつも（形式的客観説）、実質的な考慮もおこなう[36]。そのため、形式的客観説の見地から、まず第一行為が実行行為といえるかを判断した上で、第一行為が実行行為（実行の着手）にあたる場合であっても、第一行為時における犯人の認識内容を吟味する。この見解によれば、放火罪の構成要件的行為は、形式的理解から「点火行為」である。そのため、先の「最期の一服事件」で、ガソリンを撒く行為は「点火行為」にあたらず、放火予備であって、焼損の事実については、別途失火罪の成否を検討するのである。また、「クロロ

ホルム殺人事件」の第一行為は、客観的には殺人行為の着手にあたるが、主観面では予備の故意しかないため、殺人予備と過失致死が成立するとされる。[37] かような見解では、個別事例ごとに行為者の具体的意思に着目して行為を分断するため、「一連の行為」による法的構成はありえない。

2　つぎに、未遂犯説では、既遂故意の有無により実行行為を分けて考える見解と、結果の故意帰属という見地から、犯行計画が既遂結果に結びついたといえるかを基準に未遂犯成立を認める見解に分かれる。

前者の見解は、林幹人教授によるものである。この見解によれば、既遂犯の実行行為とは、いわゆる手放しの行為であり、客観的にみて当該結果を惹起するためにそれ以上の行為が必要とされない場合である。また、主観的にも、そのような認識（既遂故意）に支配されたものに限られる。他方、修正された構成要件である未遂犯は、既遂構成要件から構成要件的結果を取り除くという形式的な修正にとどまらず、実行行為および故意の内容も実質的に修正（拡張）されるため、既遂犯の実行行為とは異なる未遂犯の実行行為が観念できるという。すなわち、未遂犯の実行行為は、直接的な結果を惹起する以前の段階であり、客観的に結果を惹起するためには、さらなる行為を行う必要がある場合であり、主観的にもその認識（未遂故意）で足りるとされる。[38] この見解では、先の「最期の一服事件」および「クロロホルム殺人事件」における第一行為は、いずれも既遂犯の実行行為とはいえないが、着手未遂の段階に相当する未遂故意があるため、未遂行為と評価される。

また、高橋教授は、行為と責任要素の同時存在の原則から、単なる決意でなく既遂故意が、客観的な実行行為と同時に存在しなければならないとの結論を導く。この見解からは、「早すぎた結果発生」の場合、第一行為時には未遂故意の限度で犯人の認識が存在するが、客観的には既遂結果を実現した場合、主観と客観で齟齬が生じている。そのため、三八条二項により、未遂構成要件と既遂構成要件の錯誤が重なり合う限度で、軽い未遂犯の成立が認め

られると[39][40]いう。これらの見解は、既遂犯の実行行為を、いわば外延を有する「線」ではなく「点」として把握するため、そもそも「一連の行為」を観念することが困難となる。

最後の未遂犯説は、松宮教授によるもので、結果の故意帰属の基準として計画実現の程度を論じることで、未遂犯成立の余地を認める。すなわち、実行の着手にあたる第一行為と侵害結果との間に相当因果関係がある場合でも、犯行計画よりも早く結果が発生した場合、主観的帰属として当該結果を故意に帰属できないことがあるという。その際、因果経過の認識が相当因果関係の範囲内にとどまるかを基準とするのでなく、より行為者の主観面に立ち入って、犯人の認識した危険が当該結果に実現したとはいえず、犯行計画から大幅に逸脱していたかどうかが判断の基準となる。この基準により、結果の故意帰属が否定されたとき、未遂犯および過失既遂にとどまることになる[41]。

3　他方、既遂犯説も、その理論構成により三つの見解に分かれる。すなわち、結果回避の要請により「一連の行為」とみて既遂犯の成立を認める見解、伝統的な実行行為論により処理する見解、および、法益侵害志向行為意思に着目する見解である。

第一の見解は、山口教授の所説であり、未遂構成要件が基本的構成要件を拡張した構成要件であるという理解から[42]、既遂犯の実行行為は、因果関係の起点であり、構成要件的結果を直接に惹起する客観的な危険のある行為とする[43]。他方、未遂犯の実行は、未遂処罰の必要性から構成要件的結果を直接に惹起する行為の開始以前にも認められ、それ自体は、結果を惹起しない時点まで前倒しされた実行行為にあたる[44]。したがって、既遂犯の実行行為と未遂犯を基礎づける実行行為は同一でなくてもよいとされる[45]。

かような理解からは、既遂犯の構成要件該当性を判断する際、未遂処罰の必要性から拡張された実行の着手を、たとえ因果関係の起点であっても、既遂犯の実行行為とすることは妥当でない。それゆえ、「最期の一服事件」や

「クロロホルム殺人事件」で示された裁判所の立場は、「既遂犯＝未遂犯＋構成要件的結果」と形式的に捉えており、このような立場は、既遂要件の故意を拡張した未遂犯の実行意思と解するものであり、構成要件的結果を客観的処罰条件化するものであって疑問であるといわれる(46)。その上で、山口教授は、結果回避可能性という実質的考慮から(47)、既遂構成要件それ自体を拡張できるかを検討する。すなわち、行為者自身の複数の行為が、「事前の犯行計画・意思決定に基づいて、構成要件的結果に向けて遂行される」場合、このような複数行為は「行為者意思の現実化として行為者に帰属するものであり」、そのいずれの行為も、結果回避の要請から行われないことが「法的に期待されている」という。それゆえ、「結果惹起に向けられた同一の意思に基づく『一連の実行行為』は一体として把握され、その全体が一体的に禁止され、既遂の実行行為が拡張される。この既遂の実行行為の拡張基準が満たされる限りで、故意も拡張されるから」、早すぎた構成要件実現の事案で既遂犯を肯定しうるといわれる(48)。

4　第二の見解は、実行の着手と既遂犯の実行行為は異なる行為でなく、主観・客観の両面で共通するという理解から出発している。すなわち、既遂犯の実行行為は、既遂故意に支配された直接的な結果惹起に限定されないため、実行の着手から結果を惹起する行為までが一個の実行行為となる。それゆえ、行為者が既遂故意を有していなくても、犯行計画にもとづいて、①第一行為が第二行為（直接的結果惹起行為）を遂行する際、必要不可欠なものであり、②第一行為に着手すれば第二行為の遂行に支障が無く、さらに、③第一行為と第二行為が時間的・場所的に近接していれば、これらは一体化されて、密接不可分な法益侵害の現実的危険性を含む一連の実行行為と法的に評価される(49)。行為者は、かような一連の実行行為により構成要件的結果を生じさせることを表象および認容していた以上、構成要件的故意も存在することになる(50)。

したがって、この見解では、実行の着手にあたる第一行為とそこから生じた結果の間に相当因果関係さえあれば、

残る問題は、行為者の認識とは異なる因果経過をたどった点について、因果関係の錯誤をどう取り扱うかだけである。その際、因果関係の認識は、相当因果関係の認識で足りるから、行為者の表象が相当因果関係の範囲内にあれば、構成要件的故意は阻却されず[51]、行為者は故意の既遂責任を負うことになる[52][53]。

5　なお、近時では、次のような見解も見られる。すなわち、仲道講師は、「法益侵害志向行為意思」の個数とそれが及ぶ範囲に着目しつつ、複数行為による結果惹起事例で問責行為の特定や行為の個数判断を行うのである[54]。この見解は、刑法の社会的機能が法益保護のための行為規範の提示に求められる以上、行為規範に違反する「法益侵害志向意思」が重要であって、その個数および範囲から一連の実行行為の外延を特定しうるという。

6　上述した諸見解を見ると、第二の既遂犯説が理論的にも妥当な帰結となる一方、他の見解には疑問がある。

まず、浅田教授の予備罪説は、その根拠として、(i)客観的な実行の着手にあたらず、(ii)客観的に実行の着手があっても、主観的に予備の故意しか存在しない点をあげるが、実行の着手が構成要件該当性の問題であるとしても、この場合の形式的基準とは、保護法益を考慮した実質的客観説にもとづく構成要件的行為を指すと解すべきであろう。たとえば、放火罪における「放火して」の意味は、文理解釈を重視する形式説によれば、「点火行為」に限定される。しかし、火それ自体の性質上、そもそも火を素手で扱うことができないため、放火行為には、何らかの媒介物が使用されるであろう。また、炎を伴わない高熱の燻焼による独立燃焼も可能である以上、放火行為を「点火」だけに限定する必然性はない。放火行為は、実質的客観説の見地から「目的物の焼損に原因力を与える行為」と捉えるべきである[55]。また、(ii)についても、事実的故意が客観的構成要件事実の認識・認容という心理状態にとどまるとすれば、結果発生の危険性を基礎づける行為があったにもかかわらず、常に予備の故意にとどまるとするのは、現実的な判断ではなかろう。たとえば、甲が乙に向けて拳銃を数発発砲した際、相手方の抵抗を制圧

する目的であるとしても、単に殺人予備を認識したにとどまるとして、常に予備罪とするのは無理がある。けだし、拳銃を人体に向けて発砲することは、それだけで生命侵害の危険性を基礎づける行為であり、かような行為を意図的におこなったのであれば、定型的な殺意を認めてよいからである。実行行為性の判断は、実行行為の具体的危険性とともに、行為者が客観的な構成要件該当事実を表象したとき、かような表象が一般人の見地から故意にあたるか否かの定型的な判断にほかならない。[56] かりに犯人自身の個別具体的な心理状態に応じて予備行為と実行の着手を区別するならば、主観主義的犯罪論[57]と同一の論理的帰結に至るであろう。

7　さて、未遂犯説のうち林教授の見解は、基本的構成要件における直接的結果惹起行為と修正された構成要件における実行行為（実行の着手）を区別するものであった。その根拠として、未遂犯の構成要件は、基本的構成要件の実行行為および故意を実質的に修正するものであり、そこから未遂故意と既遂故意の違いを構成要件上も導こうとした。なるほど、法文上、「実行」の着手は未遂犯の成立要件の一つであるが、既遂犯を含む共同正犯の構成要件でも「実行」の概念は用いられている。すなわち、「実行」は、既遂犯と未遂犯に共通する要件である以上、既遂犯と未遂犯で実行概念が異なる理由は見当たらない。むしろ、未遂犯における「修正」は、構成要件的結果を取り除いたにとどまる。また、故意は、犯人が当該行為によって何を達成しようとしたかに関わるものであり、必ずしも犯行時の具体的意思内容に拘束されないことから、既遂故意の観念を既遂構成要件の独立した要素とみることは困難であろう。かようにして、既遂犯の実行行為と未遂犯の実行行為は同一であり、[58] 未遂犯は既遂犯と異なる構成要件的行為を予定するものではない。なお、未遂犯説の中で、計画実現の程度により故意への帰属を判断する見解については、事実の錯誤論を発生事実に基づく事後的判断とみた点では正しい。しかし、その事後的判断は、犯罪構成要件を基準とした定型的判断であり、[59] 犯行計画という行為者の主観に依拠した非定型的判断ではない。こ

の点で、計画実現説も妥当でないといえよう。

8　他方、既遂犯説を採用する山口教授の見解は、未遂犯の実行と既遂犯の実行を区別する根拠として、刑事政策的要請から未遂構成要件が基本的構成要件を「拡張」したものである点を挙げる。かような見解からは、強姦罪の基本的構成要件を「拡張」することで、強姦に向けられた欺罔行為も、強姦の実行の着手とみることになろう(60)。したがって、基本的構成要件における「実行」の有無は既遂犯の成立要件にすぎず、未遂犯でいう実行の着手の要件でないことになる。しかし、未遂構成要件を「拡張」することの本来的意味は、構成要件的結果がなくても未遂犯で処罰しうるとする「刑罰拡張」事由に求められるため(61)、当然には実行行為の「拡張」と結びつかない。

また、山口教授は、既遂犯を成立させる根拠として、結果回避可能性という実質的考慮から、既遂構成要件そのものの拡張を認めている。さらに、こうした実行行為の拡張がなされる限りで、故意も拡張されるという。ここで、結果回避可能性は、因果関係論の条件公式から導かれた独立の構成要件要素であり、その射程は危険の現実化に向けられている(62)。しかし、かような結果回避可能性の要件が、なぜ既遂犯の実行行為を拡張したり、主観的な故意を拡張する論拠(63)となるのかは明らかでない。そもそも、故意は、実行行為に先行することで事象全体を導いたという関係があれば足りる(64)。したがって、結果回避可能性による構成要件の「拡張」に応じて自由に故意の存否が決まるものではない(65)。

9　最後に、「法益侵害志向行為意思」から、問責行為を特定したり、行為の個数判断を行う見解については、次のような疑問が生じる。故意の前提である行為意思は、その後の行為をおこなう意思であって、故意の内容たる構成要件的事実の表象・認識を含まない。また、行為意思を主観的違法要素とする見解にあっても、その有無が未遂犯の実行の存否を基礎づける危険性判断の資料となるにすぎなかった。しかし、行為意思が「法益侵害を志向」

するというならば、それは構成要件的故意と異ならないのではないか[66]。けだし、法益侵害を志向するには、その論理的前提として、侵害法益が特定され、行為客体の侵害方法等が認識されていなければならないからである。その意味で「法益侵害志向行為意思」は、すでに故意の存在を前提としており、それにより問責行為を特定することは、結論の先取りではなかろうか。また、仲道講師が述べるように法益侵害を志向する行為意思が行為規範に違反する意思であるとすれば、それは予備行為の段階でも存在しているため、そうした意思が問責行為を特定する基準になるかは疑問である。

四　「一連の行為」の構造

1　以上、「早すぎた結果発生」を素材として、構成要件該当性における「一連の行為」の意味を検討してきた。そこでは、既遂犯の実行行為が未遂犯の実行行為と異ならず、実行の着手から直接的な結果惹起までを一個の実行行為として、一定の外延をもった不可分一体な一連の行為とみる見解を正当とした。けだし、行為者の犯行計画の上では、侵害結果に直結しない行為から当該結果が生じた場合であっても、まず一般人の観点から、当該事実を構成要件に当てはめるという定型的な判断が必要となるからである。また、かような実行行為性の存否は、形式的客観説によらず、実質的客観説により判断されねばならない。

ただし、この「一連の行為」は、既遂犯を前提とする「早すぎた結果発生」の場合だけの問題ではない。既遂結果を予定しない未遂犯でも認められるからである。たとえば、窃盗罪の場合、①物色行為から、②接触行為を経て、③占有を取得して既遂に達するが、①と②が実質的に一連の行為であるため、しばしば、①の行為をもって窃盗の着手とされる。こうした考え方は、①から③までの複数行為を、「一連の行為」であると捉えなければ導きえない

はずであり、この判断枠組みは既遂犯においても異ならない。その意味で、実行の着手の判断は、当初から「一連の行為」を予定した判断であるともいえよう。[67] 逆に、「一連の行為」の判断は、実行の着手をめぐる議論を裏返したものでもある。

2　それでは、単一不可分の行為である実行行為、すなわち「一連の行為」は、どのように把握されるべきであろうか。構成要件該当性の判断にあっては、複数の行為が予定されたり、実際上も複数の行為があった場合、行為者の主観から切り離して、一般人からみた、客観・主観両面で複数行為の関連性を検討しなければならない。その際、単なる「全体的考察」によるのでなく、行為を一連のものと判断する基準を定立する必要がある。

実質的に考察すれば、実行行為は、犯罪構成要件実現に至る現実的危険性をもった行為である。しかし、「一連の行為」と判断するにあたって、「犯罪構成要件実現に至る現実的危険性」という基準だけでは、必ずしも明確でない。そこで、実行行為の内容である現実的危険性を前提とした下位基準が求められるが、実行行為で問題となる現実的危険性が侵害法益に基礎づけられたものである以上、同一の法益に向けられた現実的危険であって、行為態様からみて同質の危険性であり、しかも因果的にみて一連のものでなければならない。かような基準を「危険の同質性」と呼ぶことにしよう。なお、前述した基準から「一連の行為」と判断される以上、主観面の故意は、実行行為に先行するため、それが事象全体を導いたという関係があればよい。また、そこでの故意は、「一連の行為」の表象・認容であるから、客観的に明白な危険性が存在したならば、その事実的側面を認識している限り、[68]「一連の故意」を認めても差し支えないであろう。

3　それでは、「危険の同質性」は、どのように決定されるべきであろうか。およそ犯罪事象には、予備行為から直接の結果惹起に至るまで多数の動作が存在するが、まず生の事実からいずれの動作を切り取るかが問題となる。

上述した仲道講師による「法益侵害志向行為意思」は、こうした生の事実から問責行為を特定するための判断基準であった[69]。しかし、「法益侵害志向行為意思」に着目して問責行為を特定する見解では、前述した疑問が生じる。そこで、実行行為と侵害法益が無関係でない以上、「危険の同質性」という基準を採用しつつ、実質的客観説から導かれた構成要件的行為に生の事実（構成要件的評価の対象としての事実）を当てはめて、何を問責行為として特定するかが決定されることになる。

4　まず、複数の行為が介在する場合、危殆化ないし侵害された法益を基準として直接的な結果惹起行為が特定されねばならない。その際、先行した行為が直接的な結果惹起行為と一連一体であるとするには、実行行為のもつ現実的危険性が法益の危殆化ないし侵害により基礎づけられる以上、以下のものが必要となる。すなわち、①同一の法益侵害ないし危殆化に向けられていること、②直接的な結果惹起を導く上で必要不可欠な行為であること、しかも、③その行為に成功すれば、それ以降の計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存在しないこと、さらに、④未遂であると既遂であるとを問わず、各行為と構成要件実現の間に相当因果関係のあることである。①により危険の同一性、②および③により両行為態様に含まれる危険の連続性、さらに④により危険の一連性が導かれることにより、「危険の同質性」が決定されるのである。

なお、行為者の犯行計画は、判断資料として考慮されるべきであろう。けだし、先行する行為の性格は、客観的状況のみならず、行為者の犯行計画を前提としなければ、②の不可欠性や③の無障害性を判断できないからである。また、犯行計画を従来の漠然としたものでなく、「故意を前提としてその具体化を示したもの[70]」と限定することで、判断資料としてより明確に位置づけることが可能であろう。こうした捉え方は、実行行為に先行する故意が、事象全体を導くことで足りるとした見解[71]とも合致する。かような基準を充たすとき、先行する行為と直接的結果惹起行

為は「一連の行為」であって、一個の実行行為と評価されることになる。

従来、時間的・場所的近接性は「一連の行為」を判断する上で、独立した基準として論じられることが多かったが、無形的方法による傷害のように、必ずしも時間的・場所的近接性が要求されない類型もある。すなわち、段階的に行為が反復されることで、構成要件実現の現実的危険性が具備される類型にあっては、かような近接性は必要不可欠でなく、副次的に考慮される要素にとどめてよいと考えられる。

5　以上、複数行為の一連性ないし一個性が確定されたとき、その違法性も推定される。理論上、不法を徴表する構成要件（Indiziatbestand）では、違法判断の段階で不法を積極的に根拠づける必要がある。すなわち、構成要件該当事実を判断の対象としつつ、実質的な見地から、規範的な反価値判断をおこなうことになる。(72) もっとも、構成要件の段階で「一連の行為」と判断された実行行為は、先行する行為と直接的な結果惹起行為に分けられ、前者が実行の着手部分として、後者は実行の終了部分として位置づけられる。その際、両者は特別な事情のない限り、同一の社会・国家的規範に反しており、ともに違法であるという法的評価が可能であろう。けだし、実行の着手に向けられた禁止・命令規範は、実行の終了に向けられた禁止・命令規範にも当然含まれており、論理的にも、同一でなければならないからである。かようにして、「一連の行為」の構造は、違法段階における規範違反性にあっても一連であるという評価を可能にするのである。

五　おわりに

本稿では、支配的見解によって因果関係の錯誤の問題とされた「早すぎた結果発生」の事例を援用しつつ、構成要件該当性判断における「一連の行為」の意義を検討してきた。そこで明らかになった点は、「一連の行為」の実

質的な判断枠組である。それは、①構成要件該当性の次元で、単一不可分な実行行為がもつ現実的危険性が同質でなければならず、構成要件的故意が一連であることに求められる。また、②違法評価の次元では、両行為に向けられる禁止・命令規範が実行の着手から終了まで同一であり、しかも、一体的に違反したと評価しうる場合でなければならない。しかし、かような帰結が犯罪論の中でどのような意義を有するかについては、なお明らかでない。また、主観面の検討についても精査する必要があろう。これらの問題については、今後の検討課題にするとともに、紙幅の制約で触れることができなかった違法判断や罪数判断の場面における「一連の行為」の意義についても、機会を改めて論じることにしたい。

【追記】脱稿後、高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価」刑事法ジャーナル一九号（平二一）三九頁に接した。

（1）構成要件該当性にあっては、いわゆる「クロロホルム殺人事件」のほか、次のようなものがある。無形的方法による傷害の事案につき「一連の行為」をもって傷害の実行行為とした事案として、神戸地判平成二一年四月一七日判例集未登載（LEX／DB二五四四〇九二五）、名古屋地判平成六年一月一八日判タ八五八号二七二頁など。なお、殺人罪につき、東京高判平成一三年二月二〇日判時一七五六号一六二頁（いわゆる「ベランダ転落死事件」）第一審判決）。違法判断にあっては、過剰防衛の範囲の確定につき、本文であげたもののほか、東京地判平成二二年八月二九日判時一八一一号一五四頁がある。罪数判断の場面では、併合罪と包括一罪の境界を限界づける場合に「一連の行為」であるか否かが問題とされることが多い。たとえば、広島高判岡山支部平成一八年一月二五日判例集未登載（LEX／DB二八一一五一六六）、福岡高判平成一一年六月一日判時一六八七号一五四頁、東京高判平成九年三月一八日東京高裁（刑事）判決時報四八巻一～一二号二二頁など。

（2）我が国でも、「早すぎた結果発生」は、早くから学説の一部で検討されていた。たとえば、福田平＝大塚仁・対談刑法総論（中）（昭六二）一七〇頁以下、佐久間修・刑法における事実の錯誤（昭六二）六八頁・註（八）。

（3）小野清一郎・新訂刑法講義總論（昭二五）九八頁、団藤重光・刑法綱要総論（第三版・平二）九八頁以下、大塚仁・

刑法概説［総論］（第四版・平二〇）一二二頁以下および一四七頁、佐久間修・刑法総論（平二一）四六頁。

（4）なお、これらの判例の詳細については、西村秀二「早まった結果惹起について」富大経済論集四六巻三号（平一四）一一五頁以下、山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」板倉宏博士古稀祝賀論文集（平一六）一〇六頁以下、佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現について」法学政治学論究六三号（平一六）二三〇頁以下を参照されたい。

（5）したがって、裁判所は、「所為結果が予備行為によりすでに実現した場合」、過失による結果惹起が問題になるとした。ドイツ刑法典には謀殺予備罪の規定が存在しないからである。

（6）本件は、被害者を抵抗不能にする行為と本来の殺害行為の間に、包括委任状に署名させる行為が計画されていた。

（7）本件の評釈として、塩見淳「放火罪における実行の着手」刑法判例百選Ⅰ総論（第四版・平九）一二六頁以下。

（8）本件の評釈として、福田平「早すぎた構成要件の実現について」判タ一一七七号（平一七）一二三頁、川端博「早すぎた構成要件実現」研修六八八号（平一七）三頁以下、安田拓人「実行の着手と早すぎた結果発生」平成一六年度重判（平一七）一五七頁、日高義博「実行の着手と早すぎた結果の発生」専修ロージャーナル二号（平一八）一二三頁以下、橋爪隆「殺人罪の実行の着手と早すぎた構成要件実現における殺人既遂の成否」ジュリスト一三二一号（平一八）二三四頁、原口伸夫「実行の着手と早すぎた構成要件実現」法学新報一一三巻三・四号（平一九）六〇三頁以下、平木正洋「最高裁判所判例解説」曹時五九巻六号（平一九）一九二六頁以下、奥村正雄「殺人罪の実行の着手時期と早すぎた結果の発生」同志社法学三二五号（平二〇）五四三頁以下、塩見淳「早すぎた結果の発生」刑法判例百選Ⅰ総論（第六版・平二〇）一三〇頁などがある。

（9）伊藤渉＝小林憲太郎＝鎮目征樹＝成瀬幸典＝安田拓人・アクチュアル刑法総論（平一七）二五三頁［安田］は、かような最高裁の判断は、実行の着手時期の判断基準としての直前行為説にもっとも合致するとされる。

（10）平木・前掲曹時五九巻六号一九四二頁および一九四六頁。

（11）安田拓人・前掲平成一六年度重判一五七頁以下。

（12）背景につき、金澤真理「構成要件の段階的充足と故意の帰属（一）」山形大学法政論叢四〇号（平一九）一二頁以下。

（13）ドイツでは「早すぎた結果発生」を、行為者が第一行為の実行だけで終了した類型と、第一行為および第二行為のいずれも実行した類型に分けて、個別的に考察する見解もある。近年の見解として、Stratenwerth, Schweizerisches Straf-

recht Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 1996, S. 177 ; Stratenwerth-Kuhlen, Strafrecht, A. T., 5. Aufl., 2004, S. 118. この中では、第一行為と第二行為の両方を実行した場合、因果経過の非本質的な逸脱にすぎないとする。他方、本来は結果を惹起をする予定の第二行為をせず、第一行為のみで終了した場合、犯行計画上、第一行為が予備段階であれば構成要件実現意思を欠くため、故意既遂の罪責を負わないとする。しかし、第一行為が未遂段階に達していれば、既遂故意を有しているか否かの区別では技巧的すぎるとして、後述する支配的見解と同様に故意既遂を認める。

(14) F. C. Schroeder, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommemtar, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 34 zu § 16.

(15) ドイツ刑法典二四条一項二文は、「任意に、更なる行為の遂行を放棄し又は行為が既遂に達するのを妨げた者は、未遂を理由として罰せられない。」と規定する。なお、法務省大臣官房司法法制部編・ドイツ刑法典（平一九）を参照した。

(16) F. C. Schroeder, LK-StGB, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 34 zu § 16.

(17) Eser, Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2006, Rdnr. 24 zu § 24.

(18) ただし、乙の死亡について過失致死の罪責を負うことになるという。なお、エーザーは、さらに傷害既遂との競合を認めており、その根拠として、謀殺罪の故意には傷害の故意が包含され、二四条の効果は傷害既遂を補足しえない点を挙げている。Vgl. Eser, Schönke-Schröder-StGB, 27. Aufl., 2006, Rdnr. 24 zu § 24.

(19) Vgl. Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem obujektiver Erfolgszurechnung, ZStW., Bd. 83, 1977, 697 ff. なお、ヴォルターの既遂故意について、葛原力三「ユルゲン・ヴォルター『既遂故意及び既遂責任なき故意既遂』」法学ジャーナル（関西大学大学院）四二号（昭五九）二五頁以下に詳細な紹介がある。

(20) Schliebitz, Die Erfolgszurechnung beim „misslungenen" Rücktritt, 2002, S. 72.

(21) ドイツ刑法典一六条一項は、行為事情に関する錯誤につき、「行為遂行時に、法定構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行為をしたものではない。過失による遂行を理由とする処罰の可能性は、なお残る」と定める。

(22) Schliebitz, a. a. O., S. 73.

(23) そのほか、未遂説を支持する見解として、Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 623; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2 Aufl., 1993, S. 301; Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2 Aufl., 2009, S. 307.

(24) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 74f.

(25) けだし、未終了未遂の段階の行為は、行為者の構成要件実現意思によって支配されるからである。この点につき、Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2002, Rdnr. 34 zu §16.

(26) Joecks, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Rdnr. 50–51 zu §16.

(27) Roxin, A. T., Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 526; Cramer, Schönke-Schröder-StGB, 27. Aufl., 2006, Rdnr. 58 zu §15.

(28) ドイツ刑法典二二条の未遂概念は、「行為についての自らの表象により、直接、構成要件の実現に着手した者は、犯罪行為の未遂を行ったものである。」と規定する。ゆえに、未終了未遂段階の行為と評価されれば、同時に故意も認められることになる。

(29) 右の註にあげた文献の他に既遂犯の成立を支持する見解として、Maurach-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl., 1992, S. 331; Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 312; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, S. 166; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2006, Rdnr. 19 zu §16; Lackner-Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2007, Rdnr. 11 zu §15.

(30) Roxin, A. T. Bd. II, 2003, S. 352; ders, Zur Erfolgszurechnung bei vorzeitig ausgelösten Kausalverlauf, G. A., 2003, S. 261.

(31) 故意危険とは、行為者によって表象された危険を意味する。Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, S. 312 ff.

(32) Puppe, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2005, Rdnr. 86–90 zu §16.

(33) Roxin, A. T. Bd. II, 2003, S. 518 ff; vgl. Vogler, LK-StGB, 10. Aufl., 1985, Rdnr. 151 zu §24.

(34) Roxin, A. T. Bd. II, 2003, S. 519.

(35) Vgl. Zaczyk, NK-StGB, Bd. 1, 2. Aufl., 2005, Rdnr. 78 zu §24. なお、この場合、行為者の中止の努力は、刑法典四六条に従い量刑の範囲で評価すれば足りるであろう。Vgl. Vogler, LK-StGB, 10. Aufl., 1985, Rdnr. 151 zu §24.

(36) 浅田和茂・刑法総論（補正版・平一九）三七一頁。

(37) 浅田・前掲総論三七七頁。

(38) 林幹人「早過ぎた結果の発生」判時一八六九号（平一六）三頁以下、同・刑法総論（第二版・平二〇）二四七頁以下、

西村秀二・前掲帝大経済論集四六巻三号一一五頁以下など。

(39) 高橋則夫「『早すぎた構成要件実現』の一考察」早法八〇巻四号（平一七）一頁以下。

(40) 未遂犯を認める見解として、町野朔「因果関係と錯誤理論」北園二九巻一号（平二）二二九頁以下、同・刑法総論講義案Ⅰ（第二版・平七）二四八頁、鈴木左斗志「方法の錯誤について」金沢三七巻一号（平七）一六〇頁、石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件実現について」奈良産一五巻一＝二号（平一四）一頁以下、清水晴生「実行行為性の認識に関する符合判断について」白鴎二四号（平一六）四三頁以下などがある。なお、「クロロホルム殺人事件」で傷害致死罪を認める見解として、門田成人「早すぎた結果実現の故意への帰属」法セ五九四号（平一六）一一六頁、曽根威彦・刑法総論（第四版・平二〇）二一六頁、伊東研祐・刑法総論（平二〇）一〇六頁、齋野彦弥・刑法総論（平二〇）七三頁。

(41) 松宮孝明・刑法総論講義（第四版・平二一）一九八・二三九頁。同様の見解として、高山佳奈子「『実行行為』概念の問題性」論叢一六二巻一号～六号（平二〇）二一五頁。

(42) この見解は、平野龍一・刑法総論Ⅱ（昭五〇）三〇七頁で示されるように、未遂犯の構成要件について、基本的構成要件よりも犯罪の成立範囲が拡張されたという理解を根拠とする。

(43) 山口厚・刑法総論（第二版・平一九）五〇頁。

(44) 山口厚・問題探求刑法総論（平一〇）一四二頁、山口・前掲総論二一六頁。ほぼ同旨として、今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆・刑法総論（平二一）三〇七頁［橋爪］、橋爪・前掲ジュリスト一三二号二三四頁以下。

(45) 山口・前掲問題探求総論五頁以下、同「『実行行為』論の一断面」研修六二七号（平一二）四頁、同・新判例からみた刑法（第二版・平二〇）八七頁。したがって、この見解からは、既遂構成要件該当性の判断において因果関係が否定された場合、既遂犯にならないだけであって、未遂犯の成否は別途検討することになる。

(46) 山口・前掲総論二一六頁。

(47) 山口・前掲総論五四頁以下によれば、結果回避可能性は、当該結果が回避可能であったかを判断する基準で、故意犯と過失犯に共通の構成要件要素であり、条件公式が有する特別の意味から導かれる。こうした結果回避可能性の有無は、実行行為が創出した危険の結果への現実化の判断、ひいては因果関係の有無を判断する基準としても機能するとされる。

(48) 山口・前掲総論二一七頁、今井他・前掲総論一三四頁［今井］など。

(49) ただし、実行の着手の判断につき、その判断資料として行為計画を用いることに反対する見解として、大谷實・刑法講義総論（新訂第三版・平二一）三七一頁、曽根・前掲総論二一四頁以下。

(50) 大塚・前掲総論一九四頁、佐久間・前掲総論六七頁および一三八頁以下など多数。なお、井田良・刑法総論の理論構造（平一八）七九頁以下および同・講義刑法学総論（平二一）一六七頁によれば、実行行為を支配する実行故意は、原則として先に述べた既遂故意と同等のものとされる。しかし、例外的に、①第一行為の時点で実行の着手が認められるほど、最終行為との時間的・場所的離隔がわずかな場合、②実行行為が一定の時間幅を持つ場合、③実行行為が複数の行為からなる場合には、実行の着手の時点で、その後の行為を一定の条件にかからしめる心理状態があれば、第一行為の故意は充たされるという（条件付き実行故意）。なお、早すぎた結果発生と条件付き故意の関連について、宮川基「条件付き故意について（二・完）」法学六三巻四号（平一一）七一頁以下。

(51) 大塚仁ほか編・大コンメンタール刑法第三巻（第二版・平一一）一九一頁以下〔佐久間修〕。

(52) その他、既遂犯の成立を認める見解として、福田＝大塚・前掲対談総論（中）一七〇頁以下、斉藤誠二・特別講義刑法（平三）三二頁、福田平・全訂刑法総論（第四版・平一六）一二〇頁、堀内捷三・刑法総論（第二版・平一六）一一五頁、山中・前掲板倉博士古稀一〇六頁以下、佐藤・前掲法学政治学論究六三号二三〇頁以下、川端・前掲研修六八八号三頁以下、佐伯仁志「故意論（三）」法教三〇一号（平一七）三七頁、板倉宏「早すぎた構成要件の実現」日大法科大学院法務研究二号（平一八）一頁、西田典之・刑法総論（平一八）二一三頁、前田雅英・刑法総論講義（第四版・平一八）一一九頁、中森喜彦「実行行為概念について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕（平一九）一九六頁、斎藤信治・刑法総論（第六版・平二〇）九七頁、立石二六・刑法総論（第三版・平二〇）二七二頁、大谷・前掲総論一八七頁以下、成瀬幸典「演習刑法」法教三四九号（平二一）一四二頁などがある。

(53) もっとも、詐欺罪のような複数行為犯や強盗罪のような結合犯にあっては、欺罔行為または暴行・脅迫（最狭義）で実行に着手したことになるが、その後の処分行為や強取行為がなければ既遂となりえず、実行の着手、結果の発生および因果関係があれば既遂となりうる殺人罪や放火罪などの犯罪とは性格が異なる。

(54) 仲道祐樹「複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定」早稲田法学会誌五九巻二号（平二一）四二三頁。

(55) もっとも、近年の判例は、可燃媒介物の揮発性にも着目して放火罪の実行の着手の有無を判断する。実際、下級審判

例では、第一次可燃媒介物が、灯油などの揮発性が低いものである場合、第二次媒介物に着火した場合でも放火の着手を認めない（横浜地判平成一八年一一月一四日判タ一二四四号三一六頁）。

(56) 大塚・前掲総論三六三頁、佐久間修「実行行為と故意の概念」曹時五七巻一二号（平一七）三五四九頁。
(57) 江家義男・刑法講義総則篇（昭二二）二九九頁。
(58) 大塚仁・犯罪論の基本問題（昭五七）七〇頁以下、佐久間・前掲曹時三五五六頁以下。
(59) 佐久間・前掲総論一三五頁。
(60) 佐伯仁志「未遂論」法教三〇四号（平一七）一二五頁、山口・前掲総論二六九頁。
(61) 大塚・前掲総論一二六・一四三頁、佐久間・前掲総論三一七頁。
(62) 山口・前掲総論五四頁以下。
(63) 山口・前掲総論二一六頁。
(64) 佐久間・前掲曹時五七巻一二号三五五一頁、佐久間・前掲総論一三九頁。
(65) 佐久間・前掲総論九二頁は、「結果回避可能性」から、因果関係論を考える見解は採りえないとされる。
(66) なお、葛原他・前掲テキストブック総論一三九頁［塩見］。
(67) 近年、未遂犯事例である名古屋高判平成一九年二月一六日判タ一二四七号三四二頁においても、実行の着手の判断につき、かような見地からの判断が示されている。
(68) 佐久間・前掲曹時五七巻一二号三五四九頁。
(69) 仲道・前掲早稲田法学会誌五九巻二号四一三頁以下。
(70) 中森・前掲鈴木先生古稀祝賀（上巻）一九六頁。
(71) 佐久間・前掲曹時五七巻一二号三五五一頁、佐久間・前掲総論一三九頁。
(72) 大塚・前掲総論一二二・三七五頁。

【付記】校了直前に、高橋則夫・刑法総論（平二二）、および、深町晋也「『一連の行為』論について」立教法務研究三号（平二二）九三頁以下に接した。