

University Academic Repository

Der Irrtum über den Kausalverlauf: Die  
Bestimmung des Punktes im Angesicht der Norm  
aufgrund des Tatplans

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2016-06-11 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 樋笠, 堯士 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/347">https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/347</a>

## 研究論文

# 因果関係の錯誤について

## ～ 行為計画に鑑みた規範直面時期の検討 ～

Der Irrtum über den Kausalverlauf:  
Die Bestimmung des Punktes im Angesicht der Norm aufgrund des Tatplans

樋 笠 堯 士  
Takashi HIKASA

### <要約>

本稿は、Weber の概括的故意と呼ばれる事案、および、早すぎた構成要件の実現と呼ばれる事案のような、因果関係の錯誤に関する事例の具体的解決を試みるものである。故意犯においては、行為者は、客体を認識し当該犯罪の実行行為の対象として具体化する時に、当該犯罪の規範に直面している。その上で行為者は、反対動機の形成が可能であったにもかかわらず、あえて規範を乗り越え、実行行為に出るのである。このように考えれば、行為者が規範を乗り越えて故意責任が問われる時期というのは、その犯罪を行うために行為者が客体などの具体化をなした時であり、かかる時期は、行為者の有する行為計画によって判断されるべきである。そこで本稿では、ドイツの判例・学説を考察し、因果関係の錯誤の事案が行為者の行為計画に鑑みて故意の検討がなされていることを明らかにする。その上で、行為計画によって、行為者が規範に直面する時期が決定されるならば、Weber の概括的故意事案や、早すぎた構成要件の実現事案のような、因果関係の錯誤の事案もかかる検討方法によって解決することが可能となる。そして本稿は、上記2つの事案について修正された行為計画説に基づき、行為者の行為計画に鑑みて行為者が規範に直面する時期を判断することで、妥当な解決を呈示するものである。

### <キーワード>

因果関係の錯誤、刑法、故意、認識、概括的故意、因果経過の逸脱

## 1 はじめに

本稿は、Weber の概括的故意と呼ばれる事案、および、早すぎた構成要件の実現と呼ばれる事案のような、因果関係の錯誤に関する事例の具体的解決を試みるものである。故意犯においては、行為者は、客体を認識し当該犯罪の実行行為の対象として具体化する時に、当該犯罪の規範に直面している。その上で行為者は、反対動機の形成が可能であったのにもかかわらず、あえて規範を乗り越え、実行行為に出るのである。このように考えれば、行為者が規範を乗り越えて故意責任が問われる時期というのは、その犯罪を行うために行為者が客体などの具体化をなした時であり、かかる時期は、行為者の有する行為計画によって判断されるべきと思われる。この点に関し、ドイツの判例・学説を考察し、因果関係の錯誤の事案が行為者の行為計画に鑑みて故意の検討がなされていることを明らかにしたい。以下では、考察の前提となる Weber の概括的故意と呼ばれる事案、および、早すぎた構成要件の実現と呼ばれる事案を概観する。

## 2 Weber の概括的故意

Weber の概括的故意とは、第一の行為によって意図した結果を実現したものと誤信し、第二の行為に出たところ、それによって意図した結果が実現した場合、その実現までの全過程を概括的に把握して故意があると認められるとする見解である<sup>1)</sup>。我が国ではこのような事案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>2)</sup>。しかし、この「概括的故意」という用語法には批判がなされ<sup>3)</sup>、近年では、本事案は Kühl によって、「後に生じた結果の発生 (verspäteter Erfolgseintritt)」とも呼ばれている<sup>4)</sup>。

この「後に生じた結果の発生」に関して、我が国においては、リーディングケースとして大判大正 12 年 4 月 30 日 (刑集 2 巻 378 頁) がある。これは、被告人 X が、夫の連れ子である被害者 A が病気のため家計を圧迫していたことを快く思っておらず、A を殺害しようと企て、X は A の就寝中に麻縄で首を絞め、動かなくなった A を見て死亡したものと思ひ込み、犯行の発覚を防ごうと A を遺棄しに行き、首の縄を解かないまま A を海岸砂上まで運び、そのまま放置して帰宅したという事案である。ここで A は砂を吸引してしまい、頸部絞扼と砂末吸引が重なったことにより死亡した。この事案に対し、大審院は、「砂上に放置したる行為ありたるものにして此の行為なきに於ては砂末吸引を惹起すことなきは勿論なれども本来前示の如き殺人の目的を以て為したる行為なきに於ては犯行発覚を防ぐ目的を以てする砂上の放置行為も亦発生せざりしことは勿論にして之を社会生活上の普通観念に照し被告の殺害の目的を以て為したる行為と被害者の死との間に原因結果の関係あることを認むるを正当とすべく被告の誤認に因り死体遺棄の目的に出でたる行為は毫も前記の因果関係を遮断するものではない。」と判示し、第一行為と結果との間に因果関係が存在し、第二行為の介在はそれを遮断するものでないと判示して殺人既遂を認めた。この問題については、因果関係の錯誤として扱うのが通説的見解となっている<sup>5)</sup>。

## 2.1 早すぎた構成要件の実現

早すぎた構成要件の実現とは、先述した「後に生じた結果の発生」とは逆に、第二行為によって結果を生じさせる予定であったが、第一行為で結果が発生したという事案である。リーディングケースとされる判例（最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁）は、被害者を事故死に見せ掛けて殺害し生命保険金を詐取するという目的の下で、被害者を犯人の使用車に誘い込み、クロロホルムを使ってVを失神させた上、最上川付近まで運びVを使用車ごと崖から川に転落させて溺死させるという計画を立てて実行したところ、実際には被害者はクロロホルムの吸引により死亡していた可能性があったという事案である。この事案に対し最高裁は、「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ったといえること、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と認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的場所的接近性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯3名が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ものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、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、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、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3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。」と判示した。ここで最高裁は第一行為と第二行為を「一連の殺人行為」としたことから、殺人の故意の存在時期が問題となったのである<sup>6)</sup>。最高裁は、第一行為の時点で殺人罪の「実行の着手」を認めており、たとえ第二行為から直接的に結果が惹起された場合であっても殺人既遂が成立するという故意既遂犯を認める通説の立場に依拠したものとも考えられる<sup>7)</sup>。以下、この早すぎた構成要件の実現（クロロホルム事件を中心に）の事案を逆Weber事案と呼ぶ<sup>8)</sup>。これら二種の事案（Weber・逆Weber）は、我が国においては因果関係の錯誤として取り扱われていることを確認した上で、次章では、同様の事案がドイツにおいてどのように扱われているかを検討する。

## 3 ドイツにおける概括的故意の議論

Weberは、故意を、「概括的故意（allgemeiner Dolus、dolus generalis）」と、「特殊的故意（besonderer Dolus、dolus specialis）」に二分する。Weberは、犯罪の決意が主要である結果を追究する多くの行為・手段あるいは行為部分を包括しており、それによって目的としていた一つの犯罪が達成される場合の故意が、概括的故意であるとする。これに対して、犯罪の決意が一つの行為を手段として、一つの犯罪の発生に向けられている場合が特殊的故意であるという<sup>9)</sup>。ただし、現在ドイツにおいては、本稿が検討の対象とするような事案は因果関係の錯誤の事案と解されており、故意の問題ではないとされている<sup>10)</sup>。したがって、以下では

ドイツにおける判例・学説の変遷を概観することとする。

### 3.1 ドイツにおける判例の変遷

まず判例として1960年4月26日の連邦通常裁判所第五刑事部判決を取り上げる<sup>11)</sup>。事案の概要は以下のとおりである。すなわち、被告人が被害者の首を絞め、その際被害者が大声を出すことを阻止するため、両手に一杯の量の砂を口の中に押し込んだというものである。原審裁判所は、この当時被告人には殺人の未必の故意があり、被害者が動かなくなったので、被告人は被害者が死んだものと思い、被害者を肥溜めに投げ入れたものの、その際被害者は死亡しておらず、肥溜めの中で死亡するに至ったと認定し、被告人に故殺既遂罪を言い渡した。これに対して被告人は上告をした。BGH（連邦通常裁判所）は、「被害者の首を絞め、砂を飲ませ、肥溜めに投げ入れるまでが、被告人の有する（殺人の）未必の故意に覆われていると考えるのは不当である。被告人は被害者の死を確信しているのであるから、肥溜めに投げて沈める間も殺人の未必の故意をもって行為したとはいえない。むしろ、この殺人の未必の故意は、被害者の死亡についての被告人の確信によって、終了しているのである。明瞭でない、法史上、既に過去のものとなっている『概括的故意（Generalvorsatz）』の概念も、このことに変更をもたらす得ない。かかる概念を援用し、当初の殺人の未必の故意を、故意が既に存在しなくなった後の行為にまで拡張することは可能でないのである<sup>12)</sup>。しかしながら、被告人は、被害者の首を絞め、砂を飲ませたときには殺人の未必の故意を有していたのであり、そのことによって確かに被害者の死を直接的には惹起しなかったが、間接的には惹起したのである。死を惹起したこのような経過（被害者を肥溜めに沈める）は、被告人が殺人の未必の故意で実行した前の行為がなければ、生じなかったであろう。それゆえ、この『前の行為』は死の原因なのである。すなわち、被告人は殺人の未必の故意で被害者の死を惹起したのである。確かに、被告人は自身があり得ると思っていた態様とは異なる態様でそれを惹起しているものの、この認識された因果経過からの逸脱は僅かなものであり、法律上重要ではないのである。このことは、殺人の確定的故意（direkter Tötungsvorsatz）の事案に関して既に幾度も判示されている。」と述べ、その際BGHは、BGH Urt. v. 23. 10. 1951 bei Dallinger MDR 1952, 16.を引用したのである<sup>13)</sup>。

このように、BGHは、概括的故意の見解を否定した上で、本事案（以下、Weber事案と呼ぶ）を因果関係の錯誤として取り扱うべきであるとしたのである<sup>14)</sup>。学説も、かかるBGHの立場を支持し<sup>15)</sup>、現在では概括的故意を肯定する者はほぼ見られない<sup>16)</sup>。Baumannは、「行為者は第一の行為によって被害者を殺害するという具体的な故意を有していたのであって、概括的故意を有していたわけではない。それゆえ、Weber事案を概括的故意の事案として考察するのは不当であり、行為者の故意の具体性を抽象化して検討する、因果関係の錯誤の一般理論に基づいて考察しなければならない。」と指摘する<sup>17)</sup>。かくして、本判例以降、判例および通説は、このような事案を因果関係の錯誤として取り扱うようになった<sup>18)</sup>。ただし、

近年、これら判例・通説の見解に対して Maiwald は、「第一行為後に行為者が新たな意思決定をしたならば、そこには答責されるべき行動主体が存するのであって、その後に発生した結果を因果的にそれより前である第一行為に帰責させることは許されない。」といい、第一行為の故意犯の未遂罪と第二行為による過失犯の既遂罪が問題となるべきであるとする<sup>19)</sup>。また、Mayer は、「第二行為が故意になされたものでない以上、それは、第一の故意行為の因果性を遮断する独立の行為たりえず、単に中間原因となるにすぎないとして、因果関係の錯誤の問題として、第一の故意行為の責任を検討すべきである。」と述べ<sup>20)</sup>、判例・通説に異論を唱えている<sup>21)</sup>。これらとは一線を画して、行為計画の実現という立場から Roxin は、殺人の故意によって包括された、行為者の第一行為から生じる相当な結果として、被害者の死が行為者に客観的に「帰属」されるのであり、その結果がなお行為者の行為計画の実現とみられる限り、それは主観的に故意への帰属にとっても十分なものであるという<sup>22)</sup>。このように学説上は有力説による多岐に渡る主張がなされているが、以下では、これらの批判や学説を受けて、近年の判例がどのような立場を採っているかを分析する。

### 3.2 ドイツにおける近年の判例

上述の通り、因果関係の錯誤に関する学説は多岐にわたるが、以下では、その後の判例を概観し、更なる考察を加えたい。

#### ①BGH 5 StR 12/01 - Beschluß v. 25. April 2001 (LG Chemnitz)

事案の概要は以下のとおりである。被告人は、電車内において、知らない女性 D がいるトイレに押し入った。そして、D の手を縛り、強姦した。そのあと、被告人は、D の体がだらりとなるまで下着を D の口に、押し込んだ。被告人は、強姦として訴えられることを恐れ、D を殺そうと思い、生気のないように見える D を、列車の窓から放り投げた。D の死因は窒息であった。BGH は「被告人が被害者を既に軽率に殺害し、それに引き続いて、場合によっては既に死亡していた被害者に対し、殺人未遂を、自身の犯罪行為の隠蔽のために犯したという可能性が排除されないならば、ここでは、表象された因果経過と実際の因果経過との間にとるにたらない食い違いという法形象を用いることはできない。なぜならば第一の、致死的な行為は、認定された被告人の殺人の故意には覆われていなかったのである。」と判示した。

このように、行為者に第一行為の時点で殺人の故意がなく、第二行為の時点で殺人の故意が生じた場合は、全体として一つの実行行為とすることは許されず、因果関係の錯誤に対する解決法も、ここでは用いてはならないとされたのである<sup>23)</sup>。したがって、重要なのは、各行為の時点において故意が存したかどうか、であることが看取される。

#### ②BGH 1 StR 676/10 - Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG München II)<sup>24)</sup>

本件は、被告人によってベネズエラにおいて発注されたコカインが、掛け時計の中に隠され、ポストに投函され、そして、イギリスからベネズエラに向けて輸送されている間、第三

者により盗まれて、ドイツに輸入されたという事案である<sup>25)</sup>。BGHは、「しかしながら、ドイツ麻薬法(BtMG)29条1項1文1号および30条1項4号の意味におけるこの『所為結果』は<sup>26)</sup>、地裁の見解に反して、ここで被告人に帰責され得ないのである。なぜなら、監視されているコカインの輸送は、イギリスの税関によってロンドンでそのコカインの輸送が発覚した後、もはや被告人の故意に包括されていない、因果経過の本質的な逸脱があるからである。」と判示し、その理由について、「定着したBGHの判例によれば、実際の因果経過が、一般的な生活経験に基づいて予見可能である範囲にもはや留まらず、その限りで変化させられた不法内容に基づき、所為の法的評価を別のものとする必要がある場合に、故意を阻却する、行為者が表象した因果経過と実際の因果経過の間の、本質的な食い違い(逸脱)が存するのである。所為の法的評価にとって意義を有する因果経過におけるこのような本質的な逸脱を刑事部は 例えば以下のような事例において認定した。すなわち、麻薬剤が、計画された輸入の前に外国において薬物の運び屋から盗まれ、その窃盗犯人によってその後その麻薬剤自体がドイツへ輸入されたという事例である。ここでは、没収による、麻薬剤に対する支配の気づかれない喪失が薬物輸送を依頼した者と、運び屋によって進められた経過から独立して創造された全く新しい因果連鎖(Kausalkette)を遮断したものと判断されたのである。」とした<sup>27)</sup>。その上でBGHは、「本事例においても、被告人が行為計画を立てた当時に表象した因果経過と実際に発生した因果経過との間に食い違い(逸脱)が存するのである。」といい、「確かに、地裁はそのような逸脱を、掛け時計にはめ込まれたコカインはイギリスの税関によってその輸送が発覚した後も、被告人によって予見された方法で、すなわち航空貨物によって、ドイツに至ったのであるという論拠をもって否定している。しかしながら、ここでは、被告人によって計画された輸入がその当時、既に水泡に帰していたということが十分な基準によって検討されてはいないのである。薬物の発覚後にドイツに至る更なる輸送は、もはや被告人の行為計画には基づいておらず、一致を見ているドイツとイギリスの税関が、もっぱら被告人の有罪認定のための捜査戦略上の根拠から目論んだところの決定に基づいているのである。」とした。

本判例において、後述の租税債権の場合には、因果経過は行為者が予想したものとは異なるものの、意図した犯罪結果が達成されているのに対し、本事案においては、そもそも当初の行為計画ではドイツに輸入するつもりがなかった点が重要であろう。したがって、本事案の行為者は「ドイツに麻薬剤を輸入してはならない」という規範に直面してはいないのである。

### ③BGH 1 StR 577/13 - Beschluss vom 6. Februar 2014 (LG Essen)

本件は、行為者が他人を通じて租税債権の減縮を謀った事案である<sup>28)</sup>。BGHは「確かに、因果経過も故意によって包括されるべきである。しかしながら、BGHの判例によれば、ここで、行為者の表象が実際の事象経過に大枠で合致しているということでは足りない。表象された因果経過と実際の因果経過との間の食い違いは、その食い違いが、一般的な生活経験に

基づいて予見可能である範囲の中に留まり、所為を別に評価することをなんら正当化しない場合には、法的な評価にとってなんら意味をなさないのである。しかしながら、別の者に委託した場合において、租税債権の減縮（*Steuerverkürzung*）の所為結果が、別の者が正犯者にとって委託通りに、その申告において、正当化されていない事前の租税控除（*Vorsteuerabzug*）により申告された租税が即座に改めて完全にあるいは十分に補整（*kompensiert*）されることの、不正確な申告を届け出ることによって発生したか否か、あるいは、委託された者が合意に違反して（*abredewidrig*）租税債権の申告を全く行わなかったことによって発生したか否かは、租税遁脱（*Steuerhinterziehung*）という所為の評価に影響しないのである。」と判示している<sup>29)</sup>。本事案においては、行為者に因果経過の錯誤があったとしても、本来行為者が希求していた結果である租税債権の減縮が達成されていることから、行為者の責任が問われたものである。とりわけ、租税遁脱犯は、その行為態様が不作為・作為を含め多様であることから、遁脱の故意を有し、遁脱に向けたなんらかの行為を不作為あるいは作為の態様で行い、その結果、租税債権の減縮が達成された場合に処罰されている<sup>30)</sup>。本事案も、行為者の行為計画によれば、第三者を通じて租税債権の減縮を謀っているものの、行為者は租税債権が減縮されることを求めており、第三者に対し、具体的な指示を出していないことから、結果発生に至る因果経過は何ら具体化・特定されていない。また、行為者自身の実行行為は既に終了しており、後の事情（委託した者の作為か不作為か）は重要ではないと思われるのである。

以上、近年の判例を概観するに、実際の因果経過が、一般的な生活経験に基づいて予見可能である範囲に留まらず、その限りで変化させられた不法内容に基づき、所為の法的評価を別のものとする必要がある場合に故意を阻却するところの行為者が表象した因果経過と実際の因果経過の間の、本質的な食い違い（逸脱）が存するとされているのである<sup>31)</sup>。また、その際には、行為者の行為計画に鑑み、その上で因果経過の錯誤の重要性が判断されているのである<sup>32)</sup>。かかる検討方法は学説上も支持されている<sup>33)</sup>。

## 4 修正された行為計画説による解決の試論

### 4.1 行為計画説

Roxin は、錯誤が存する事案の故意について客観的帰属論の立場から、「行為計画の実現」（*Tatplanverwirklichung*）の有無を基準として挙げる<sup>34)</sup>。そして、方法の錯誤が故意の帰属を排除しないのは、行為計画上、被害者の同一性が重要でない場合であるとする。Roxin の行為計画説によると、方法の錯誤における結論は、具体的符合説と法定的符合説の中間的なものとなる。しかしながら、行為計画説は、結論においては具体的符合説により近い立場にあるといえる。例えば、A が自分の息子 C と共に飲食店にいて、そこで喧嘩が起きた際に、仇敵である B を射殺しようとしたが、同人に当たらず、息子の C に当たったという場合には、

その行為計画は、Aの主観的判断によるのみならず、客観的基準によっても失敗したことになる<sup>35)</sup>。このことは、弾が自分の息子Cではなく、未知の第三者に当たった場合でも同じである。その場合、殺された被害者については確かに危険の実現があり、したがって過失致死罪の基礎をなすドイツ刑法212条の客観的構成要件の充足がある。しかし、計画の実現が存在しないために、結果を故意犯として行為者に帰属させることはできず、したがって、その限りで追求された結果は未遂処罰の契機になりうるにすぎない。

この解決は具体的符合説に類似している。しかし、例えば、ある者が騒乱を企てて、任意のデモ参加者を射殺しようとしたが、彼が狙った人とは別の人に当たって死亡させたような場合には、事情が異なる。なぜなら、この場合は、因果関係の逸脱があるにもかかわらず、客観的な判断によれば、(そしてしばしば行為者自身の考えに従ったとしても)、なお行為計画の実現が存在するからである<sup>36)</sup>。また、例えば、ある少年がいたずらで通行人に雪玉を投げつけたところ、それが狙った被害者には当たらず、その背後を歩いていた散歩者の顔面に当たった場合でも、同じことが言える。これらの例から、行為計画からみて被害者の同一性が問題とならない場合には、方法の錯誤は故意への帰属を排除しないという一般原則が導き出される。

このRoxinの行為計画説は、客観的帰属論を基礎に「いかなる場合に結果に故意を帰属させるべきか」という問題に対し、解答を与えるものである。ドイツで通説である客観的帰属論は因果関係論としては条件説を採用し、行為と結果との間の条件関係が認められた場合に、客観的帰属の理論を用いることにより、行為者への結果帰属を制限するものである<sup>37)</sup>。しかし、我が国においては、因果関係論において未だ通説には至っていない客観的帰属論を採用するか否かは別として<sup>38)</sup>、「結果に故意が帰属されるべきか」という規範的な判断を必要とする検討方法ではなく<sup>39)</sup>、単なる構成要件的故意の有無を判断するために「その結果についての故意が存したか」が検討されるべきである<sup>40)</sup>。したがって、私見としては、かかるRoxinの見解を修正し、行為計画説を、行為者の計画や目的に照らして、行為者が当該行為の客体をどの程度具体化して認識するかを判断する見解とする「修正された行為計画説」による解決が望ましいと思われる<sup>41)</sup>。詳細については、以下で述べていくことにする。

#### 4.2 修正された行為計画説による因果関係の錯誤の事案の解決

故意犯において、行為者は客体を認識し当該犯罪の実行行為の対象として具体化する時に、当該犯罪の規範に直面している。その上で行為者は、反対動機の形成が可能であったにもかかわらず、あえて規範を乗り越え、実行行為に出るのである<sup>42)</sup>。例えば、AがBを殺害するつもりで銃を用意し、A宅からB宅まで歩いている途中で警官に職務質問され、銃の所持ゆえに逮捕された場合、Aには殺人予備罪が成立する。許可なく銃を買う・銃を携帯するという単なる銃刀法違反のみで処罰されるに留まらない理由は、Aの行為計画によって、「殺害するつもりで銃を買った・銃を携帯した」ということが判明し、Bの殺害に至るまでの因果経

過の中に、銃の所持という行動が含まれていたからである。その際、銃の所持という行動につき、まず実行行為性が認定され、次に、行為者 A に「B 殺害に向けた銃の所持」という故意が存することが確認されるのである<sup>43)</sup>。当時の行為者 A が直面した規範は、「B を殺してはならない」ではなく、「B を殺すための道具を準備してはならない」である。そして、A は、銃を購入・所持した際に殺人予備罪に関する具体化を行っており、その限りの規範を乗り越えていることから、故意責任が問われるのである<sup>44)</sup>。もちろん、毒入りの酒を送る場合、発送段階が予備罪の行為となるが、その際、被害者が自ら行為者のもとへ赴き、自分が受け取るはずの酒をその場で勝手に開けて飲んだような場合は、予備行為から犯罪結果が発生することになる<sup>45)</sup>。しかしながら、このような場合は、客体の具体化が困難な特殊な離隔犯に限られると思われる。

このように考えれば、行為者が規範を乗り越え、故意責任が問われる時期というのは、その犯罪を行うために行為者が客体などの具体化をなした時であり、かかる時期は、行為者の有する行為計画によって判断されるべきである<sup>46)</sup>。ドイツの判例についても、行為計画によって、規範に直面する時期が明らかとなるならば、Weber 事案や、逆 Weber 事案のような、因果関係の錯誤の事案もかかる検討によって解決が可能であると思われる。以下、具体的に解決の試論を行う。

### 4.3 Weber 事案

Weber 事案において行為者は、第一行為の時点で被害者を殺害する故意を有し、その実行行為を被害者に向けていることから、この時点において行為者は規範に直面し、それを乗り越えて実行行為に出たことになる。したがって、殺人罪の実行行為は終了したと考えるべきである。例えば、行為者がどんなに危険な行為をしたとしても、殺人罪の実行行為が終了したのち、救命士により奇跡的に被害者が命を取り留めた場合は殺人未遂罪となる。同様に病院にて被害者が死亡した場合は殺人既遂罪となる。それゆえ、既遂罪になるか、未遂罪になるかは、「実行行為が終了したか否か」とは関係なく、被害者の生死に関わる問題であるといえよう。そう考えれば、第一行為の時点で規範に直面し、殺害の実行行為を行った行為者は、その時点で実行行為は終了しており、行為者に成立する犯罪は、被害者の生死によって決せられる。第二行為により被害者が死亡したとしても、単なる介在事情としての問題が残るだけであって、この問題は因果関係論によって解決されるべきものである<sup>47)</sup>。つまり、仮に相当因果関係説に依るならば、第一行為と死亡との間に条件関係が認められた上で、介在事情が「相当」か否かが判断される。そして、この介在事情は、行為者本人によってなされたものであるから、第三者の場合に比べ、異常性は低く、相当因果関係は存することになる。また、危険の現実化説によるならば、第一行為の行為が有する危険性が、死亡という結果に現実化したといえるので、同様に因果関係が存することになる<sup>48)</sup>。したがって、行為者の行為計画に基づいて、第一行為の際に行為者が規範に直面して実行行為に出た以上、その時点

で実行行為は終了し、後の行為は「自分による介在事情」と考えられるのである。つまり、第一行為については、被害者が死亡しており、因果関係が存するために、殺人既遂罪が成立する。そして、後の行為は、別罪として処罰すれば足りる。その際、行為者は死体遺棄罪の故意で遺棄罪を実現している。したがって、そこには抽象的事実の錯誤が存する。行為者は、死体遺棄罪という軽い罪の認識で遺棄罪という重い結果を実現しているため、重い罪は成立しない（刑法38条2項）。また、死体遺棄罪と遺棄罪の行為態様は同一ではあるものの、死体遺棄罪の保護法益は国民の宗教的感情及び死者に対する敬虔・尊崇の感情であるのに対し<sup>49)</sup>、遺棄ないし遺棄致死、保護責任者遺棄致死・同致死の保護法益は人の生命・身体に対する危険（ないし、人の生命に対する危険）であるから、軽い罪の限度においても構成要件的な符合は認められないと思われる<sup>50)</sup>。そして、遺棄罪には過失犯規定もないことから、後の行為については不可罰となろう。

#### 4.4 早すぎた構成要件の実現（逆Weber事案）

被害者にクロロホルムをかがせる行為を第一行為とし、2km先で被害者を溺死させて殺害する行為を第二行為とする。行為者の行為計画によれば、第一行為の時点において被害者を殺すつもりはない<sup>51)</sup>。その際行為者が直面した規範は、「被害者を殺してはならない」ではなく、「クロロホルムをかがせてはならない」、すなわち、「暴行罪（場合によっては傷害罪）の規範」なのである<sup>52)</sup>。したがって、行為者が乗り越えた規範は、暴行罪（場合によっては傷害罪）であり、この限度で行為者に故意が存するのであって、暴行罪のみの故意責任が問われるべきである。それゆえ、行為者は暴行により被害者を死なせたわけであるから、結果的加重犯として、殺人既遂罪ではなく、傷害致死罪の責任を負うべきである。

このように、行為計画によって、規範に直面する時期を明らかにすることで、全体的考察に対する批判を受けることなく、因果関係の錯誤に関する事案を適切に解決することができると思われる。

## 5 おわりに

本稿は、Weberの概括的故意と呼ばれる事案、および、早すぎた構成要件の実現と呼ばれる事案のような、因果関係の錯誤に関する事例の具体的解決を試みた。故意犯においては、行為者は、客体を認識し当該犯罪の実行行為の対象として具体化する時に、当該犯罪の規範に直面している。その上で行為者は、反対動機の形成が可能であったのにもかかわらず、あえて規範を乗り越え、実行行為に出るのである。このように考えれば、行為者が規範を乗り越えて故意責任が問われる時期というのは、その犯罪を行うために行為者が客体などの具体化をなした時であり、かかる時期は、行為者の有する行為計画によって判断されるべきである。ドイツの判例・学説を考察し、因果関係の錯誤の事案が行為者の行為計画に鑑みて故意の検討がなされていることを明らかにした。その上で、行為計画によって、行為者が規範に

直面する時期が決定されるならば、Weber の概括的故意事案や、早すぎた構成要件の実現事案のような、因果関係の錯誤の事案もかかる検討方法によって解決することが可能となった。そして本稿は、上記 2 つの事案について修正された行為計画説に基づき、行為者の行為計画に鑑みて行為者が規範に直面する時期を判断することで、妥当な解決を示したものである。

## 注

- 1) Baumann/Weber, Mitsch, Strafrecht, AT, 11. Aufl., 2003, Rn. 25 zu §20.
- 2) 井田良『講義・刑法学総論』(2008年)181頁、齊藤誠二「いわゆる概括的故意をめぐって(上)」警察研究第50巻12号(1979年)1718頁、中義勝「概括的故意事例についての一考察」(『団藤重光博士古稀祝賀論文集』第2巻)(1984年)184頁以下、香川達夫「概括的故意」研修457号(1986年)3頁以下、内田文昭「いわゆる『ヴェーバーの概括的故意』の意義(上)(下)」警察研究第58巻4号(1987年)3頁以下・同58巻5号(1987年)3頁以下、山中敬一「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」(『福田平＝大塚仁博士古稀祝賀・刑事法学の総合的検討(下)』)(1993年)247頁以下、葛原力三「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)643頁以下。
- 3) Roxin, Strafrecht, AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, Rn. 174. zu §12.
- 4) Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012 Rn. 46 zu §13.
- 5) 葛原力三「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。
- 6) 同判例について詳しい検討を加えるものとして、高橋則夫「早すぎた構成要件の実現」の一考察—いわゆるクロロホルム殺人事件をめぐって—早稲田法学80巻4号(2005年)10頁。
- 7) 山口厚『新判例から見た刑法 [第2版]』(2008年)85頁以下、島田聡一郎「早すぎた結果発生」ジュリスト増刊『刑法の争点』(2007年)66頁、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63号(2004年)235頁。
- 8) かかる事案を、「Weberの概括的故意」の「逆」の事案であると位置づけるものとして、Sowada, Der umgekehrte »dolus generalis«, Die vorzeitige Erfolgsherbeiführung als Problem der subjektiven Zurechnung, in: Jura 2004 S. 814.
- 9) Weber, Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 7, 1825, 576ff.
- 10) Sternberg-Lieben, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, Rn. 58 zu §15.
- 11) BGHSt 14, 193.
- 12) H Mayer, Das Problem des sogenannten dolus generalis, in: JZ 1956, 109.
- 13) BGH Urt. v. 23. 10. 1951 bei Dallinger MDR 1952, 16.これは、被告人が生まれたばかりの自分の子供を殺す行為を行なった後に、子供が死んだものと誤信して、これを便所に投げ入れ、その結果窒息死させたという事案である。BGHは、実際の因果経過と行為者が認識していた因果経過の食い違いは重要でないとして、被告人に殺人罪を言い渡している。
- 14) 同様に、当該問題を因果関係の錯誤の事案として扱っている判例として、RGSt 67, 256がある。これは、被告人兩名は共同して、殺人の故意でA婦人に襲いかかり、倒れたAを死んだものと誤信した被告人らが、Aを川に投げ入れ、溺死させたという事案であり、被告人兩名に謀殺罪の既遂を認められた。また、BGHSt 7, 325. 原因において自由な行為と併せて判示しているものとして、BGHSt 23, 356.
- 15) Wolter, ZStW 89, 649.
- 16) Maiwald, ZStW 78, 30.
- 17) Baumann, 405f.
- 18) Sternberg-Lieben, (o. Fn10. ).
- 19) Maiwald, (o. Fn16. ), S. 52.
- 20) H Mayer, (o. Fn12. ).
- 21) Jäger, Vorsatz versus Tatvorsatz, Eine an der Täterlehre orientierte Betrachtung mehraktiger Erfolgsverwirklichungen, in: Schroeder-FS, 2006, S. 2.
- 22) Roxin, Gedanken zum, "Dolus Generalis", in: Würtenerberger-FS, 1977, S. 114f.
- 23) Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 16 Rdn. 7.
- 24) BGHSt 56, 162.

- 25) NJW 2011, 2065; NStZ 2012, 41.
- 26) ドイツ麻薬法については、拙稿「薬物事犯における未必の故意—ドイツ麻薬法の観点も踏まえて—」中央大学大学院研究年報 法学研究科篇第 44 号 (2015 年) 259 頁以下を参照。
- 27) BGH, Beschluss vom 11. Juli 1991 - 1 StR 357/91, BGHSt 38, 32, 34.
- 28) BGHSt 58, 218, 222.
- 29) HRRS 2014 Nr. 623.
- 30) ドイツの租税遁脱犯については、拙稿「各構成要件における行為事情の錯誤—特別法およびドイツにおける租税遁脱罪の判例を手がかりに—」嘉悦大学研究論集 58 巻 1 号 (2015 年) 69 頁以下を参照のこと。
- 31) BGH, Beschluss vom 11. Juli 1991, (o. Fn27.); および BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2002 - 5 StR 42/02, BGHSt 48, 34, 37.
- 32) Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 15 Rdn. 58.
- 33) Stratenwerth, Strafrecht AT I 4. Aufl. § 8 Rdn. 94; Maurach/Zipf, Strafrecht AT 18. Aufl. § 23 Rdn. 36.
- 34) Roxin, (o. Fn3.), §12 (B) Rn. 165ff.
- 35) ここでいう客観的基準とは、「第三者が判断したとしても」という意味を包含する。
- 36) 未必の故意がなく、概括的故意ともいえないような場合に限られる。もっともそのような場合は稀有であると解する。
- 37) 詳細なものとして、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(成文堂、1997年) 280 頁以下。
- 38) 我が国における因果関係判断に際して客観的帰属論を採用することに消極的な立場を採用のものとして、曾根威彦「客観的帰属論の体系的考察—ロクシンの見解を中心として—」『西原春夫先生古希祝賀論文集』(一巻) (1998年) 65 頁以下、および林陽一「わが国における客観的帰属論—最近の展開をめぐって」千葉大学法学論集 13 巻 1 号 (1998年) 236 頁。
- 39) Claus Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei Fahrlässigdelikten, Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S.241ff.
- 40) 客観的帰属論は「許されない危険の創出」などの諸要素の判断を必要とするが、その結果、構成要件段階の因果関係の検討の際に違法性判断を先取りしてしまい、構成要件と違法性の峻別がなされなくなり、妥当でないと思われる。同主旨のものとして、下村康正「ドイツ刑法学に於けるいわゆる客観的帰属の理論—シュミットホイザーの所説を中心として—」法学新報 79 巻 9 号 (1972 年) 4 頁参照。
- 41) 拙稿「同一構成要件間における方法の錯誤の取り扱い—修正された行為計画説の立場から—」中央大学大学院研究年報第 43 号法学研究科篇 (2014 年) 238 頁以下を参照。
- 42) 松原久利「違法性の錯誤と違法性の意識の可能性」(成文堂、2006年) 31 頁以下。
- 43) 伊東研祐「因果関係の錯誤」別冊ジュリスト『刑法判例百選 I [第七版]』(2014年) 33 頁は、認識した(構成要件的)結果の実現に向けて(認識した因果経過に適合的に)因果系列を意思的に制御していく過程が(故意)行為であるとし、客観的に生じた(認識したものと異なる)因果経過がかかる意思的制御としての行為に実態として含まれるかという観点で議論をするのが素直であるという。したがって、このような場合には、行為の時点における意思的制御を具体的に検討する必要があると思われる。
- 44) 松原教授も、早すぎた構成要件の実現の事案に関し、結果惹起行為を留保している場合には行為者は禁止規範を突破していないとされ、未遂犯処罰を主張されている。松原芳博「未遂犯・その I—総説・未遂犯の成立時期—」法学セミナー671号 (2010年) 122 頁。
- 45) 林幹人『刑法総論 [第 2 版]』(東京大学出版会、2008年) 248 頁。
- 46) ドイツの判例においても、逐一その行為時 (zum Tatzeitpunkt) において殺人の故意が存するか否かが判断されている。BGH, Urteil vom 11. Oktober 2000 - 3 StR 321/00, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 51; Beschluss vom 1. Juni 2007 - 2 StR 133/07, NStZ-RR 2007, 267, 268; Urteil vom 27. August 2009 - 3 StR 246/09, NStZ-RR 2009, 372. などを参照。
- 47) Puppe も第二行為は因果的要因の一つの役割を果たしているに過ぎないと述べている。Puppe, in: NK, 3. Aufl., 2010, Rn. 104 zu §16. また、当該事案を因果関係論の問題とするものとして、山中敬一「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: 中刑法理論の検討』(成文堂、1992年) 179 頁以下。
- 48) このような故意への主観的帰属の立場を採用のものとしては、井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察 (3)」法学研究 58 巻 11 号 (1985年) 78 頁以下。井田教授は、既遂結果の主観的帰属がなされる場合として、当初から第二行為を予定し計画していた(行為者

の計画の危険が現実化した) 場合や、第二行為が死期を若干早めたに過ぎないときに客観面と主観面の齟齬を法的に無視し得る場合を挙げている。また、山口厚『刑法総論 [第2版]』(有斐閣、2007年) 214頁は、①第一行為が被害者の死亡に対して物理的に寄与し、②第一行為の後に第二行為が行われることは十分有り得ることであるとして、第一行為の「危険性が被害者の死に現実化したといえることができる」とし、因果関係を肯定している。

- 49) 大越義久『刑法各論 [第2版]』(有斐閣、1996年) 168頁。
- 50) 札幌高判昭 61・3・24 高刑集 39・1・8。
- 51) 林教授も、当該時点では既遂犯の故意として十分でないとし、未遂犯処罰を主張する。林幹人「早すぎた結果の発生」判例時報 1869号(2004年) 6頁。
- 52) 第一行為に対し予備罪の実行行為性のみを認める見解と同様の結論になる。例えば、曾根威彦「遡及禁止論と客観的帰属」『現代社会型犯罪の諸問題』(勁草書房、2004年) 153頁。

(平成27年10月10日受付、平成27年12月9日再受付)