# 既遂犯の成立と未遂故意／既遂故意
# -「故意帰属」の段階構造といわゆる「早すぎた構成要件実現」について-


| メタデータ | 言語: Japanese |
| --- | --- |
| | 出版者: 明治大学大学院 |
| | 公開日: 2020-03-27 |
| | キーワード (Ja): |
| | キーワード (En): |
| | 作成者: 君塚, 貴久 |
| | メールアドレス: |
| | 所属: |
| URL | http://hdl.handle.net/10291/20715 |

法学研究論集
第52号　2020. 2

# 既遂犯の成立と未遂故意/既遂故意
## ――「故意帰属」の段階構造といわゆる「早すぎた構成要件実現」について――

## Der Vollendungsbestandteil des vollenden Vorsatzes

博士後期課程　公法学専攻　2017年度入学
君　塚　貴　久
KIMIZUKA Takahisa

**【論文要旨】**

いわゆる「早すぎた構成要件実現」の事例においては，「未遂故意」と「既遂故意」という二種類の故意が認められるべきかという問題が立ち現れる。すなわち，一方で未遂犯と既遂犯では「故意」として求められるべき内容に差異を設けるべきとされ，他方では，故意犯における「故意」は単一の概念を指すものであって，未遂犯と既遂犯の成立に当たって「故意」に有意味な区別はされえず，したがって未遂犯成立に必要な故意内容を備えていれば，既遂犯成立のためには「故意」についてそれ以上の検討を要しないとされるのである。

本稿は，この「既遂成立と未遂成立に求められる故意の認識・予見の程度が同一である」とする主張の問題点を摘示することを一つの課題とし，具体的には，「故意帰属」の必要性やその在り方，そして「既遂犯/未遂犯」で故意が異なりうることの論証を通じて，「早すぎた構成要件実現」の解決方針を多少なりとも示すことを目標とするものである。そして結論としては，「既遂犯」と「未遂犯」という犯罪の発展段階にある二つの類型にも，刑法38条２項の限定作用が及ぶとの主張に至ることになる。

**【キーワード】** 規範論，故意帰属，既遂/未遂故意，早すぎた構成要件実現，因果関係の錯誤

【目次】

Ⅰ　導入：「既遂/未遂」における故意の区別は不要か
Ⅱ　「故意帰属」という観点

研究論集委員会　　受付日　2019年９月20日　　承認日　2019年10月28日

Ⅲ 「故意帰属」の正統化

Ⅳ 「早すぎた構成要件実現」事例の解決方針

Ⅴ まとめと今後の課題

## Ⅰ 導入：「既遂/未遂」における故意の区別は不要か

犯罪の主観的成立要件たる「故意」について，それが要求される実定的根拠は，刑法38条１項の「罪を犯す意思がない行為は，罰しない」という文言にあると理解されている。そしてこれに続く同条２項においては，「重い罪に当たるべき行為をしたのに，行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は，その重い罪によって処断することはできない」ともされており，軽重の異なる犯罪事実についての「不知」が処罰を限定づけるものであることが明記されている。以上から導かれるのは，犯罪成立には原則として「罪を犯す意思＝故意」が必要であり，そこで言われる「故意」は少なくとも「重い罪」と「軽い罪」に対応して区別され，後者の故意が認められたとしても，それをもって前者の処罰が認められることはない，ということである。

こうした理解の典型的な適用場面として例示されるのは，人の物を壊すつもりで拳銃を撃ったが，弾は全く認識されていなかった被害者に命中しその人を死亡させたというような，「器物損壊」と「殺人」の（抽象的事実の）錯誤事例である。この場合に38条２項が処罰限定事由として機能することに異論はないであろう。では，次のような場合はどうだろうか。すなわち，行為者は毒殺を企て，混入が被害者に気付かれないように致死量の半分ずつ毒を分けてコーヒーに入れ，被害者に二杯目を飲ませた時点に死亡させようとしたが，意外にも，被害者の体質・体調などの諸条件と相まって，一回目に提供したコーヒーを飲んで死亡してしまったという場合である。

このようないわゆる「早すぎた構成要件実現」の場合には，「未遂犯」の成立はまだしも[1]「既遂犯」の成立まで認めてよいか争われているところ，第一に確定しているのは，「客観面からの限定は不可能」ということである。というのも，行為から結果が発生している（少なくともこの場合にも過失犯処罰は認められるはずである）ことは明らかだからである[2]。

したがってここでは主観面からの処罰限定ないし正統化が必要になり，上述の38条２項との関係では，例えば「殺人予備→殺人未遂→殺人既遂」という犯罪の発展段階[3]は，故意の認識対象として「重い罪/軽い罪」の区別を置いておくべきか，という観点から検討していくことができるで

---

[1] このような場合に「未遂犯」ではなく「予備罪」にとどまるとする解決もありえないわけではないが，ここでは変数を減らしておくために「未遂犯」は成立しているものとして話を進めていく。

[2] 島田聡一郎「早すぎた結果発生」西田典之ほか編『刑法の争点 新・法律学の争点シリーズ２』（2007年）66頁，佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（2016年）112頁。

[3] もっとも，現行法上の扱いとしては「予備罪」は独立罪とし，「未遂犯―既遂犯」が同質性を持つものと解するべきである。拙稿「予備罪の独立性と未遂犯の実行の着手」明大院50号（2019年）103頁以下参照。

あろう[4]。なぜなら，罪の重さは通常「法定刑」の軽重を基準にして判断されるのであり，そして43条前段によれば「未遂犯」は「既遂犯」の刑が任意的に減軽されるものであるから，既遂犯と比べれば「軽い罪」と捉えることは殊更奇異なことではないからである。そしてこのように「既遂犯」と「未遂犯」では故意として要求される内容に差が生じるとする理解に基づくことで，両者の故意は「既遂故意」および「未遂故意」と呼ばれることがある[5]。

これに対し，上述のような「犯罪の発展段階」にあるものは，その限りで一定の犯罪（基本犯）とその拡張類型だとする理解を前提に，（「予備」は別段としても）「既遂犯」と「未遂犯」で求められる「故意」は同一であって然るべきとする解釈[6]も支持されている。したがって38条２項および43条の法定刑に基づく文理解釈からだけでは，犯罪の発展段階に置かれる各類型を別罪として構成し行為者の認識の内容・程度に応じて処罰を限界づける決定的な主張はされえない。それゆえこの問題に決着を付けるためには別の，そしてより実質的な論拠が提出される必要がある。

そこで検討に先立ち，上述の事例のような場合には一律に「既遂成立を肯定する立場」（以下，「既遂肯定説」とし，これに反対する立場を「既遂否定説」とする）の論拠を概観しておく。主張の主なものとしては，①未遂犯は既遂犯から結果発生を除いたものであること[7]，②可能的（あるいは相当な）因果経過を認識している限り故意として欠けるところはないこと[8]，③「人は外界のすべての事象をコントロール可能なわけではない」[9]こと，以上三点が挙げられる。それぞれについてもう少し詳しく見てみよう。

---

[4]「犯罪の発展段階」という観点から見た既遂成立までの前提的整理として，金澤真理「構成要件の段階的充足と故意の帰属（1）」山形大学法政論叢40号（2007年）１頁以下も参照。

[5] このような区別を支持するものとして，町野朔「因果関係と錯誤理論」北園29巻１号（1993年）230頁，宮川基「条件付き故意について（２・完）」法学63巻４号（1999年）519頁以下，西村秀二「『早まった結果惹起』について」富大経済論集46巻３号（2001年）115頁以下，石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良産15巻１＝２号（2002年）１頁以下，清水晴夫「実行行為性の認識に関する符合判断について」白鷗24号（2004年）43頁以下，林幹人「早すぎた結果の発生」判時1869号（2004年）３頁以下，山口厚「実行の着手と既遂」法教293号（2005年）104頁以下，松原芳博「実行の着手と早すぎた構成要件の実現」同編『刑法の判例〔総論〕』（2011年）184頁以下など。

なお，高橋則夫『規範論と刑法解釈』（2007年）74頁以下，浅田和茂『刑法総論〔第２版〕』（2019年）324頁以下は本文のような場合に38条２項を適用すべきであることを明示的に指摘する。

[6] 山中敬一「過失犯における因果経過の予見可能性について（1）」関法29巻１号（1979年）53頁，川端博「早すぎた構成要件の実現」研修688号（2005年）３頁以下，佐久間修「実行行為と故意の概念」曹時57巻12号（2005年）１頁以下，板倉宏「早すぎた構成要件の実現」日本ロー２号（2006年）１頁以下，島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法45巻２号（2006年）235頁，日高義博「実行の着手と早すぎた結果の発生」専修ロー創刊号（2006年）129頁，福田平『刑法解釈学の諸問題』（2007年）86–87頁，奥村正雄「判批」同法59巻６号（2008年）558頁，小野晃正「早すぎた結果発生と実行行為」阪法60号１項（2010年），荒木泰貴「『一連の行為』に関する一考察」慶應ロー23号（2012年）303頁以下，佐藤・前掲注（2）113頁など。

[7] 山中・前掲注（6）52頁，小野・前掲注（6）172頁，樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』（2017年）40頁。

[8] 前掲注（6）に挙げられた文献を参照。

①は43条前段が「犯罪の実行に着手しこれを遂げなかった」ことを未遂犯の成立要件としていることから，既遂犯の成立には未遂犯の成立に加え「これを遂げたこと」で足りると解し，この「遂げたかどうか」は（行為と因果関係がある）結果発生の有無で判断すればよい，との考えに基づくものと言える。②は「因果関係の錯誤は故意を否定しない」という従来から支持されている命題に基づくものである。③は「既遂故意」を認めた場合に処罰範囲が過度に限定的になるとの懸念が背後にあり，同時に②の命題を補強するものである[10]。そしてこれらを総合して，可能的な因果経過を認識・予見しつつすでに実行の着手（≒未遂[11]）に至っており，行為と結果の因果関係が認められている場合には，既遂犯を成立させるべきだとするのである[12]。

しかしながらこうした主張は詳細に見てみれば，確固たる理論的根拠に基づいているかは疑わしい。そしてこの疑念が正当であることは，次章以降の検討を通じて明らかにされるであろう。以下ではまず論拠①との関係で，「故意」と「因果関係」の連関構造を確認し「故意帰属」という観点の必要性を確証する（Ⅱ）。次にこの「故意帰属」を正統化するために採用すべきアプローチを析出する。そこでは「具体的事実の錯誤」を素材とし，「因果関係の錯誤は故意を否定しない」という命題（論拠②）は上掲「既遂肯定説」において理解されていたような形では維持できないこと示す（Ⅲ）。そしてその後「既遂否定説」に向けられる批判（論拠③）との関係で，「既遂否定説」が必ずしもそこで想定されているような事例処理ばかりを行っているわけではないことを確認する（Ⅳ－ⅰ）。そのうえで改めて「既遂肯定説」の問題点を総括し，「未遂犯」と「既遂犯」への38条２項の適用可能性，したがって「既遂/未遂故意」の区別がありうることを確認する（Ⅳ－ⅱ）。以上を終えた後，最後に全体のまとめと今後の課題を確認することにする（Ⅴ）。

---

[9] 佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現について」法政論究63巻（2004年）247頁，島田・前掲注（2）234頁，塩見淳「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第６版〕』（2008年）131頁，佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）279頁，原口伸夫『未遂犯論の諸問題』（2018年）135頁。

[10] もっとも，佐藤・前掲注（9）248-249頁は以上のような理論的前提に立ちつつも，「結果が故意の実現といえるような関係がなくてはならない」ため「因果関係の錯誤」は考慮すべきだとして，行為者が睡眠薬で被害者を眠らせ（第一行為），その後首吊り自殺に見せかけて殺そうとした（第二行為）が被害者の体調などの諸条件が作用して「第一行為」時点で死亡した「早すぎた構成要件の実現」事例について既遂犯の成立を否定する。それにもかかわらず，その後発表された同「早すぎた構成要件実現」法教453号（2018年）19頁ではクロロホルム事件（最決平成16年３月22日刑集58巻３号187頁）における判例の理論構成に対し（何ら留保なく）支持を表明している。しかし，上掲の事例とクロロホルム事件の違いは第一行為それ自体において死亡結果発生のリスクがどれだけ高いかという点に過ぎない（こうした視点について松原・前掲注（5）183頁が参考になる）ため，佐藤の立場からすれば既遂を成立させるためにはこの点に違いを求めるしかないように思われるが，論者の記述からは両事例における決定的な差異を見出せない。したがって論者においてはそれほど「因果関係の錯誤」は重視されていないと考えられ，実質的には本文で列挙した要件の充足が「早すぎた構成要件実現」における既遂犯成立の十分条件となっていると読める。

[11] 一般的には「未遂犯の成立要件」は「実行の着手」と呼ばれている。これに対して私見では，未遂犯の成立には「実行の着手」と「未遂結果」の両方を要求する構成を支持しており，したがって，「実行の着手」が認められるだけでは未遂犯（処罰）の成否が決まらない。拙稿「未遂犯の実行の着手と処罰時期について」明大院49号（2018年）79頁以下参照。

[12] 佐藤・前掲注（9）246頁以下，樋口・前掲注（7）40頁以下など。

## Ⅱ 「故意帰属」という観点

### ⅰ 故意の存在判断/実質的評価と事前的観点

「故意」の内容には「構成要件事実の認識・予見」が含まれることが一般的である[13]。しかしそれにもかかわらず，「故意」と「当該結果発生」が同時存在[14]する必要はないであろう。というのも，結果発生時にも故意の存在を要求してしまうと，特に離隔犯・間接正犯や教唆犯・幇助犯の場合に，既遂がほとんど成立しないことになってしまうからである。

そして，このように故意と同時存在する必要のない「結果の発生」は，（当然ながら）行為の後に発生するものであるから，故意は少なくとも「行為後」に存在している必要はないということになる。さらに「因果関係」もまた「行為後の経過」を内容とするものであるから，故意は「因果関係」との関係でも同時存在する必要はないものと言えよう[15]。また，例えば意図せず人を殺害してしまった後でその死を是認したような「事後の故意（dolus subsequens）」の場合には，「当該故意」

---

[13] なお，「客観的処罰条件」に位置付けることで「犯罪結果」を違法性と関連付けない「行為無価値一元論」の立場においても，「犯罪結果」は（罪刑法定主義の要請に従い犯罪の成立範囲を限界づける）「保障構成要件」として理解されており，広い意味では「構成要件」と呼んで差し支えない。また，この意味において同立場でも「故意」の成立には「犯罪結果」が行為者に表象されていなければならないし，「犯罪」の成立には「因果関係」も要求されることになる。増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（2009年）112頁以下，特に121–122頁参照。このような理解を念頭に置けば，本稿において「構成要件」という表記がされるとき，（もちろん本稿は行為無価値二元論および結果無価値一元論の立場を射程外とするものではないから）この術語は各立場に応じて多義的に理解されることになる。

[14] 主に「原因において自由な行為」を中心に論じられるテーマではあるが，犯罪を構成する要素たる「構成要件該当性」，「違法性」，「責任」（論者によってはさらに「行為」）のすべてについて，同時存在性が問題になりうるとされる。高橋・前掲注（5）30–31頁。さらに「原因において自由な行為」および「責任能力」との関係では，中空壽雅「実行の着手後の心神喪失・心神耗弱といわゆる『同時存在の原則』」『西原春夫先生古稀祝賀論文集［第2巻］』（1998年）260頁以下，同「『責任能力と行為の同時存在の原則』の意義について」刑法45巻3号（2006年）383頁以下なども参照。もっとも，本文で述べるように，犯罪成立に必要なすべての要素が同時存在していなければならないわけではない点に注意が必要である。

なお，近年このテーマを扱った一連の論稿として瀬川行太「犯罪論における同時存在原則について（1）～（6・完）」北法67巻3号（2016年）135頁以下，同4号（同年）29頁以下，同68巻2号（2017年）1頁以下，同69巻3号（2018年）105頁以下，同4号（同年）109頁以下，同6号（2019年）77頁以下がある。

[15] 注意しておかなければならないのは，前提として，いかなる論者においても「因果関係の認識・予見は全く必要ない」と考えることはできないということである。というのも確かに，例えば殺人罪との関係で「客体の死」それのみを表象することも可能であるが，それ自体は刑法上の意義は持たないからである。すなわち，「病状悪化による患者Aの死亡」が頭に浮かんだ状態で，手違いで患者Aの生命維持装置を切ってしまった看護師は殺人の故意犯で処罰されることはないであろう。裏を返せば，「結果を表象している」という場合，あるいは（「因果関係の認識・予見を不要としつつ）「実行行為の認識」を要求する（大谷實『刑法総論講義〔新版第5版〕』［2019年］152頁，前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』［2019年］181頁）際には（論者において無自覚あるいは自覚的に）「結果に至る因果経過」もまた判断内容に取り込まれていると言える。橋爪隆「遅すぎた構成要件実現・早すぎた構成要件実現」法教408号（2014年）108–109頁，小島秀夫『幇助犯の規範構造と処罰根拠』（2015年）190頁。

と「当該結果の発生」を媒介する要素が存在しないため，「故意」は認められない[16]。

こうして，たとえ故意が行為後に生じたり，行為後に故意を維持していなかったからといって，故意犯の成否に影響は及ぼされないということ，そして「故意」は遅くとも行為時，あるいはそれより前の時点には存在している必要がある[17]ことが確定した。また，「故意の存在」は専ら事前的観点から確定されるものであることから，これは「行動規範」の領域において扱われることも導かれることになる。

では，「故意の存在」条件として「因果関係の認識・予見」はどの程度の具体性を持っていれば良いのであろうか。これについては，「結果発生が（客観的に）可能と言える因果経過」[18]を認識・予見している必要があり，それで十分であろう。なぜなら，行為時においてその程度の認識・予見さえあれば[19]，例えば殺人罪との関係で「人を殺すな」といった規範を発動するための理由として

---

なお，確かに，因果関係の存する場合は，それに対応する故意内容もまた存することが殆どであり，逆もそうであったとすれば，わざわざ故意内容を確認する意味は実際的には薄いように思われる。しかし，因果関係も構成要件要素である以上，そうした意味の薄さは，故意における因果関係の認識内容を確認しなくてもよい理由にはならない。井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（2019年）197頁。

[16]「事後の故意」は結果の発生にとって何ら刑法上の意味を与えられないことは一般的に認められている。高橋・前掲注（5）31頁，瀬川・前掲注（14）「犯罪論における同時存在原則について（1）」138頁など参照。

浅田和茂「因果関係の錯誤」香川古稀『刑事法学の課題と展望』（2006年）285頁は，実際に生じた結果との関係では「認識」は存在せず，行為時の「予見」のみが存在するとする。もっとも，「認識」といっても広義のものには「予見」が含まれるとする用語法もある。松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（2017年）227頁。「表象」がより適切なようにも思うが，本稿では邦語文献において用語として馴染みのある「認識・予見」という表記を以下では用いる。

[17] 増田・前掲注（13）113頁以下など参照。なお，故意の存在時期に関して言えば，故意既遂犯の処罰が認められるためには，故意が結果発生前に存在してさえいればよいというわけではない。この問題は例えば，XがAを殺すつもりでA宅へと車で向かう途中，目の前に飛び出してきた人を（過失的に）轢き殺してしまったが，その轢き殺された人物はAであった，というような予備段階で結果が発生した場合に顕在化する。このような場合に行為者が抱いていた「殺意」は「事前の故意（dolus antecendens）」ないし「所為決意」（高橋・前掲注（5）71–72頁）と呼ばれ，刑法上の「故意」としては不適格なものとされるのが一般的である。

これに対して，「殺意」のみで「故意」を認めるが，上述の事例では「計画」を基礎に当該行為が「一連の（実行）行為性」を欠くものとして未遂（および既遂）の成立を否定する立場もある。佐藤・前掲注（2）112頁。これに好意的な立場として仲道祐樹「犯罪論における計画」高橋則夫編著『理論刑法学入門』（2014年）176頁以下がある。

もっとも，この点は「故意において既遂と未遂を区別すべきか」という本稿の課題に直接関わるわけではないため，これに関する検討は別稿に譲る。

[18] ここでは，因果関係論における「広義の相当性」あるいは「（事前の観点から見た）合法則的因果関係」などの，事前的な可能性判断をもたらす枠組みが用いられうる。もっとも，後述（特に**Ⅲ章**）のように，行為者への規範発動の契機となった（事前的）事実と，制裁発動の契機となりうる（事後的）事実が行為者の認識・予見と符合しない場合（あるいはこの事後的事実の発生が行為者において明確に排除されていた場合）には，前者の事実によって発動した規範に対し違反したからといって，この違反性は，後者の事実による制裁発動の前提としては不適格なものとなる。

[19] ここには当然，択一的/重畳的/概括的な認識も含まれることになる。すなわち，特定複数人のうち誰でも良いが一人についてのみ死亡結果が生じることを認識していたような「択一的故意」の場合や，特定複数人に対する死の認識があるような「重畳的故意」の場合，さらにデパートに爆弾を仕掛け不特定多数を死傷させ

十分であり，逆に〈不可能的な〉因果経過を認識・予見していた場合には，そもそも規範を発動することは合理的でないからである[20]。

また，詳細な結果発生プロセス（例えば，銃撃後に出血多量で死亡するのか，臓器の損壊によってショック死するのか，など）まで認識内容に必要なものとして取り入れてしまうと，既遂成立の範囲が著しく狭まってしまうし，あるいはそもそもそういった認識をすることは不可能[21]であって故意犯が成立しないことになってしまうこと，さらに，行為者が犯罪計画を立てる際にそれをより具体的・詳細にすればするほど，故意犯の成立が認められ難くなってしまう[22]こともここで指摘できる[23]。「認識されなければならない因果関係」は，「現実にたどった因果経過そのものではない」[24]のである。

以上のことから，事前的・行動規範関係的な観点からは，故意の存在を基礎づけるためには〈可能的〉因果関係の認識・予見があることで足りることが明らかになった。

もっとも，（後に重要となるが）当該故意の存在の有無と，当該故意から（論者の体系に従って）判断される「不法」あるいは「責任」の程度は分けて考えなければならない[25]。というのも，「処罰は行為者の責任の程度を超えてはならない」という責任主義の要請は一般的に認められている[26]し，「不法」についても，これを有無の二択で考える「形式的違法論」にのみ依拠するならばともかく，その程度について（も）考慮すべきとする「実質的違法論」の考えが現在は通説的[27]であり，これ

---

ようとしたような「概括的故意」の場合などでは，一定の客体に結果が発生すること意識しながらも，（ある程度特定化はされるが）それ以外の客体に対する結果発生も未必的に認識している。これら類型は「未必の故意の集合体」とも言われる。松原・前掲注（16）231頁。

[20] 例えば迷信犯などの場合に刑法上の規範を発動し当該行為を制止する必要はないであろう。こうした「規範の合目的性」と「不能犯論」の関係については，拙稿「未遂犯における危険判断の規範論的意義」明大院51号（2019年）89頁以下参照。

[21] 中義勝『刑法上の諸問題』（1991年）168–169頁。したがってここではせいぜい「結果発生に至る条件（危険）の設定」を認識していればよく，そこで問題となる因果経過の認識・予見の具体性としては経験的/一般的に結果が生じると言える程度で足りる。ただし，実際に生じた因果経過が行為者の認識・予見において排除されていたことを示す「特段の事情」があった場合には，「結果発生に至る条件（危険）の設定」は認識されていなかったと判断される点に注意を要する。後述の**Ⅳ章**，および増田・前掲注（13）241頁以下参照。

[22] 小島・前掲注（15）189頁。

[23] 次章での検討に先んじて言えば，このような構想は――「理論上は事後の因果経過と故意内容の完全な一致を必要とすべきではないか」との指摘（例えば，大野平吉「錯誤論再考」福田＝大塚古稀『刑事法学の総合的検討（上）』［1993年］143頁）を受けることもある――具体的符合説とも矛盾するものではない。なぜなら，刑法上の行動規範が法益保護目的に対する手段として発せられる以上，その際に一定の限度で合目的的に考慮することは許容されるべきだからである。

[24] 町野・前掲注（5）221頁。

[25] 一般的には，行為無価値（一元/二元）論では「故意」は「構成要件要素」とされ，したがって「構成要件該当性」から徴憑される「不法」も，故意に対する評価に依存しうる。これに対して結果無価値論の立場からすれば，（目的犯や未遂犯などを除けば）主観的要素は「責任要素」へと指示される。

[26] 例えば，松宮孝明「量刑に対する責任，危険性および予防の意味」立命323号（2009年）3 頁など参照。

に従えば（故意を違法性と関連付ける立場を採る限りでは）量的な考慮がされるのは当然だからである。そして，故意から判断される不法あるいは責任の程度は，故意の構成要素が「知的要素」と「意的要素」とすべきである[28]がゆえに，それらに従って判断されると解するのが合理的であろう[29]。

さらに，故意の「存在」と「意・知的要素（＝不法/責任の程度に影響しうるもの）」は，制裁発動に際し論理的前提として置かれる「枠」として捉えられることも付言しておく。なぜなら，これらは事前の領域に置かれるものであり，仮に事後に発生した事象（因果経過および結果）がこの枠を超えたにもかかわらずこの事象に応じた制裁を科してしまえば，それは行為者への不意打ちに他ならないからである[30]。

### ii　故意帰属と事後的観点

上述のように，「故意の存在」およびそれに伴う「不法・責任の程度」に関する問題は事前的・行動規範の領域において扱われるべきであるが，事前的な観点からのみでは「因果関係の錯誤」問題の全てを扱うことはできない。というのも，「因果関係の錯誤」は「故意」と「実際に辿られた因果経過」の照合作業を行うものであるところ，この「実際に辿られた因果経過」は「結果」と同じく行為後の事情に属するため，事後の範囲において確定された事情を確認する必要があるからである。

こうした判断作業は，行為と結果の連関を問う「客観的帰属」の問題と類似している。すなわち，

---

27 多くの文献に代えて差し当たり，山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）301頁以下，井田・前掲注（15）253-254頁。

28 故意は「意・知・情」という三要素から成る（佐伯・前掲注（9）248頁以下）とされうるが，少なくとも，「積極的/消極的認容」といった「情緒的要素（＝情）」は故意の構成要素として不要であろう。というのも，行為者がどれほど「心配性」あるいは「無鉄砲」だったからといって故意の内実に影響が及ぶとは考え難いからである（これにつき，杉本一敏「故意はどこまで客観化されるか」高橋則夫編著『理論刑法学入門』（2014年）166頁以下参照。また，「情緒的要素」を用いない故意の構成手法として増田豊『刑事手続きにおける事実認定の推論構造と真実発見』［2004年］79頁以下も参照）。よって「意・知」の要素が故意内容として重要になる。

29 本稿で問題となる「因果関係の錯誤」と「早すぎた構成要件実現」について小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（2019年）297頁は，それぞれを「知的要素」と「意的要素」の問題に分断する。すなわち，「早すぎた構成要件実現」の場合には「行為者が不法に向かってどのあたりまで歩を進めれば，その不法につき故意責任を問うのに十分なほど不法に対する傾向性があらわれたといえるのか」という「意的要素」だけが主題化されているのであって，「知的要素」はすでに充足されているものと解するのである。確かに，（いかなる視座から取り組むかはさておき）行為者がどこまで犯罪を進めたかは問題となりうると考えられる。しかし，「早すぎた構成要件実現」の場合には行為者によって認識・予見されていない段階で結果が発生しているか否かも「故意帰属」の（前提）問題として問われるべきなのであり，ここで「知的要素」を埒外とする見方には現時点では賛同できない。暫定的にではあるが私見では，「どこまで犯罪を進めていたか」はむしろ「どこまでの事実を認識・予見していたか＝知的要素」を判断する一資料に還元されるのではないかと考えている。

30 このような場合については，「（悪しき）結果責任を認めるもの」と言われることもある。

ここにおいては，「故意と結果の因果関係」ないし「故意帰属」の問題として位置付けることができる[31]。そしてその場合には，故意と結果の符合が存在しない際に言われる「故意阻却」という用語は排除されることに繋がる。というのも，「客観的帰属」に当たって結果の帰属が否定された場合に行為が阻却されないのと同様に，事前的に存在を確定された「故意」もまた，結果との帰属連関が否定されたからといって「阻却」ないし「消失」することはありえないからである[32]。したがって，この場合に「故意帰属」が否定された場合には，故意への結果の帰属のみが否定されることになり，せいぜい未遂の罪責が問われるに過ぎない，ということになるであろう[33]。こうしてみると，「既遂肯定説」において言われていた「未遂犯は既遂犯から結果発生を除いたものである」（論拠①）との理解は不当に限定的であったと言わざるを得ない。この理解は客観的側面に限られず，故意の側面においても妥当するものなのである。

なお，このような「故意帰属連関」が必要な理由は，「故意犯」と「過失犯」の刑の重さが著しく異なることから基礎づけられることは言うまでもなく，さらに「故意既遂犯」と「故意未遂犯」における処罰の段階性からも「故意帰属連関」の重要性を確認することができる。すなわち，わが国において「既遂犯」と「未遂犯」では，刑法上の制裁において大きな差が存在する。このことは，殺人罪のように「未遂」に終われば「任意的減軽」が認められることも挙げられるが，器物損壊罪などに至っては「未遂」の場合は不処罰が認められる点からも明らかであろう。だとすれば，このように厳然たる差異のある「既遂処罰」と「未遂処罰」について，いずれの制裁を科すべきかを選択するにあたっては，両類型を区別するための「行為者―既遂結果」の結びつきは，厳格に判断されなければならないと言える。そこで，このような制裁発動を正統化するために，（すでに触れたように）行為者の行動制御のための「行動規範」にとどまらない考慮が必要となる。それはすなわち，事後の事情まで含めた判断[34]，つまり「制裁の発動」に関わるもの（＝制裁規範）であり，こ

---

[31]「故意」は「関係的概念」であると言われる（松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』［2003年］180頁）が，ここでは行為者が〈事前に認識・予見した〉結果と，〈事後的に確定した〉結果という二つの「結果」との関係が問題になるものといえる。後者の，本文でも触れた「故意帰属」の関係を，増田・前掲注（13）235頁は「志向的因果関係」と称する。「故意帰属」について，幇助犯との関係では，小島・前掲注（15）200頁以下，教唆犯との関係では，竹内健互「教唆犯と錯誤をめぐる故意帰属の論理構造について」駿河台29巻１号（2015年）75頁以下を参照。なお，「故意帰属」と同様に「過失帰属」も問題となり得る。田村翔「過失犯における人格的ないし個人的な帰属根拠の必要性」明大院44号（2016年）53頁以下参照。

[32] 増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』（2008年）389頁。例えば，器物損壊のつもりで（意外の）人を殺害してしまった場合にも，器物損壊の故意が阻却されるわけではない。松宮・前掲注（31）180頁も参照。

[33] 高橋則夫「犯罪論における『構成要件の重なり合い』の規範的・機能的分析」『西田典之先生献呈論文集』（2017年）12頁以下は明確にも，行為時と行為後の事象に対応させて故意を「行為規範における故意」と「制裁規範における故意」に分割する。本稿も，故意の問題領域を分けることについては支持したい。なお，こうした区別はこれまでも「故意論」と「錯誤論」という形で提示されていた。佐久間修『刑法総論』（2009年）135–136頁，前田・前掲注（15）167–168頁，松宮孝明『刑法総論講義〔第５版補訂版〕』（2018年）183頁・191頁など参照。

こには「行為―結果」の客観的帰属連関にとどまらず「故意―結果」の「故意帰属連関」が含まれることになるのである。

ここまでに述べたことからすれば（認定論は別段であるが）「因果関係の錯誤」事例を扱う手順として，まず「故意の存在/不存在」，そして当該行為者における故意の「意・知的要素＝不法/責任の程度」が事前的・行動規範の問題として確認される。そしてその後に，故意内容と現実に生じた「因果経過」とが整合的であるか（あるいは符合するか）を事後的・制裁規範の問題として考慮することになる。そしてこれらの検討をクリアして初めて，故意犯の成立が認められるのである。

また，以上のような割り当てを前提にすれば，従来「因果関係の錯誤」として扱われてきた諸問題は，必ずしも一様の視点から解決を目指されるべきではないことが帰結するであろう。すなわち，例えば，殺意をもって致命傷を負わせたが被害者は病院での火災によって死亡したような場合など，行為者が自身の行為を（主観的にも客観的にも）終えた後の因果経過が問題となるような事例は，事後的・制裁規範関係的な問題に含まれ，したがって専ら「故意帰属」の問題だということになる。これに対して「早すぎた構成要件実現」は「行為者の予定前に結果が発生した」場合を指すのだから，まずは事前的・行動規範関係的な諸条件が満たされているかが重点的に問われなければならない。そしてそれが満たされていることを前提に，帰属の可否が俎上に上げられることになる[35]。

もっとも，ここまでの検討は，「因果関係の錯誤」問題に現れる「故意」と「因果関係」という二つの項がどのような問題として扱われるべきかを示したに過ぎない。換言すれば，上述のような「事前/事後の観点」からなる故意帰属の捉え方が妥当であるとしても，その上で最終的に「故意帰属」をいかにして認める（または正統化される）べきかはまた別の問題である。「因果関係の錯誤」は「事実の錯誤」の一類型であるため，これとの関係で正統な「故意帰属」のあり方を以下で模索する。

---

[34] このようにして「行動規範」と対置された観点は基本的に「制裁規範」と呼ばれ（増田・前掲注（13）7頁以下，高橋・前掲注（5）1頁以下，小島・前掲注（15）186頁以下など参照），本稿ではこの用語法に従うが，事後的な制裁発動のための規範論理として「保障規範」という概念が用いられることもある。例えば，照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（2005年）18頁以下，特に58頁以下参照。

[35] 故意の認識・予見内容と事後の経過を照合して既遂成立を否定する主張に対しては，それによって故意が阻却され，未遂の成立余地もなくなるとの批判がなされることもある（川端博ほか著『徹底討論 刑法理論の展望』（2000年）128-129頁〔前田雅英発言〕など）が，本稿のような理解を指示する限りそのような不都合は生じない。

というのもすでに述べた通り，事前の範囲においてすでに故意の存在は確定するため，事後の事象経過いかんによって故意が消失することはなく，仮に既遂結果が故意との帰属連関を否定された（＝故意との関係で既遂を否定された）としても故意は残存し，未遂を認めることも可能となるからである。

また，「故意帰属」の観点を取り入れると，「同一の行為が過失犯としては既遂たり得るが，故意犯としては既遂とするに足りないという事態が生じ得る」ことになる点に疑問が呈されることがある（葛原力三「所謂ウェーバーの概括的故意について」刑法33巻4号［1994年］17頁）。しかし，行為というものが行為者の主観面も考慮した上で意味付けられると考える限りで，この批判は当たらない。

## Ⅲ 「故意帰属」の正統化

### ⅰ 「現実的な繋がり」の必要性

「具体的事実の錯誤」の解決をめぐっては，「法定的符合説」[36] と「具体的符合説」[37] が対立しており，両者における故意の認識対象をめぐる限界は「方法の錯誤」事例において明らかになる。すなわちXがAを銃殺しようとしたが，銃弾が逸れ，結果発生が全く予見されていなかったBに当たり死亡結果が生じたという場合，「法定的符合説」によれば殺人既遂が成立し，「具体的符合説」においてはこれが不成立となる。したがって両説は，「意外の客体における（ただし構成要件レベルでは同一の）結果発生」の場合にも結果の故意帰属を認めるべきかをめぐって，対立するものと言える[38]。また，「法定的符合説」によれば，認識・予見外の客体において結果が発生したとしても故意既遂犯の成立を妨げないので，「結果発生に至る経過」は，故意に必要な認識・予見内容から必然的に排除される方向に傾くことになるであろう[39]。しかし，以下に示される通り「法定的符合説」は，その理論構造において妥当性を欠く。

まず前提として，「法定的符合説」による上述の理論構成は，「反対動機形成可能性」の観点から正統化されることになる[40]。例えば199条から導かれる殺人の行動規範は「およそ人を殺すな」という内容であって，「人を殺そうとして人が死んだ」という場合に，仮に錯誤が介在したとしても，当該行為者において「人を殺すことに反対するための動機」は形成されえたとし，その限りで，殺人への反対動機を押し切って行為に出たのであるから，故意責任が認められることは当然だとされるのである。

しかしながら，そもそも「現実に認識されていない事実に対しては，反対動機は形成されえないはず」[41] ではないだろうか。刑法上の禁止・命令規範は，常に具体的状況に則して特定の行為者と

---

36 支持者として，団藤重光『刑法要綱総論〔第3版〕』（1990年）298頁，大野・前掲注（23）142頁以下，西原春夫『刑法総論〔改訂版〕（上巻）』（1993年）224頁以下，林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008年）250頁，川端博『刑法講義総論〔第3版〕』（2013年）252頁，高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（2018年）197頁以下，大谷・前掲注（15）166頁，前田・前掲注（15）196頁など。

37 支持者として，平野龍一『刑法総論Ⅰ』（1972年）175頁，中森喜彦「錯誤論1」法教106号（1989年）28頁，中・前掲注（21）131頁以下，堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2004年）107頁，井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）92頁以下（もっとも，「修正された具体的符合説」と自称する），伊東研祐『刑法講義総論』（2010年）121頁，佐伯・前掲注（9）257頁以下，橋本正博『刑法総論』（2015年）102頁以下，山口・前掲注（27）221頁，松原・前掲注（16）235頁，小林・前掲注（29）313頁，浅田・前掲注（5）319頁，西田典之『刑法総論〔第3版・橋爪隆補訂〕』（2019年）237頁以下など。

38 佐伯・前掲注（9）280頁。

39 林・前掲注（36）257頁。この点について，鈴木左斗志「因果関係の錯誤について」本郷法政紀要1号（1993年）190頁以下が詳しい。

40 以下の「法定的符合説」の主張について，団藤・前掲注（36）298頁，町野・前掲注（5）222頁，大野・前掲注（23）143頁，西原・前掲注（36）225頁，高橋・前掲注（36）198頁など参照。

41 松原・前掲注（16）324–325頁。

の関係で具体化されなければならず，したがって，当該行為者の認識・予見から排除されている事実を根拠として規範を発動させたり，その違反性を認めたりするべきではないであろう[42]。換言すれば，もともと認識・予見していた客体との関係で行動規範が発動し，それに違反したことが認められるとしても，認識・予見外の客体との関係ではそれが認められるべきではないのである。

また，意外の結果については当然，行為者の認識・予見が及んでいない以上，たとえ反対動機が形成されたとしても，この反対動機への違反を理由に結果の故意帰属を認めるのは妥当でない。すなわち，まず，この場合には反対動機が形成される根拠となった事実（A）と，実際に結果が発生するに至った事実（B）とには齟齬がある。そして，行為者が実際には認識・予見していなかった事実（B）を帰責するために，行為者が認識・予見していた非現実の事実（A）を代用して故意犯を成立させるという構造となっている。しかし，これが故意の内容として「およそ人を殺害する意思」で足りるとする趣旨だとすれば，現実に惹起された結果（事実）と故意の繋がり，あるいは「帰属連関」が弱体化することになってしまう[43]。いくら行動規範違反性が認められたとしても，生じた結果が当該行動規範違反性と現実的に結びついていると言えなければ，それは制裁発動の論理的前提として不適格であろう[44]。したがって上述の場合には，A との関係で故意が事前に存在し，A についての規範違反性が認められたとしても，B について故意犯の制裁を発動する前提となる「規範の発動」および「規範違反性」は存在しないのである。

さらに，上述のような「代用」の条件は換言すれば，「構成要件的に同種の結果発生」を認識・予見していること，そして意外の結果発生に関して少なくとも（行為との因果関係は必要であるから）客観的予見可能性が存すること，ともすることができる。しかしながらいずれにせよ「認識・予見外の結果」について故意帰属を認める論理となっている点で，故意と過失（場合によっては無過失）との区別の意義が希薄化する[45] とも指摘できる。これに対して「具体的符合説」においては，行為者の認識・予見に含まれた客体に対する故意犯の成立のみが認められることになり，「法定的

---

[42] 増田・前掲注（13）255頁以下参照。

[43] 松原・前掲注（16）324頁。小林・前掲注（29）312-313頁は，新派刑法理論に見られたような国家的介入の過度な拡張の抑制という観点から，国家的介入ないし制裁の根拠となる事実（原典では「事実」ではなく「不法」と表現されている）を行為者が認識していたことが必要だとし，制裁の発動条件と行為者との連関性を重視する。

[44] 高橋・前掲注（36）198頁は「法定的符合説」の立場から，「故意」が「一定の客体に対して事後を実現していく意思＝実現意思」であるがこれは「主観レベルにおける性格付け」であり，これに対して客体レベルで異なった結果が生じた場合は「錯誤」の問題として，両者が別個の問題であることを強調する。確かに，すでに述べたように，「故意の存否」と「故意帰属の可否」は別個の問題である。しかし，「故意帰属」の領域において二つの項の現実的連関を放棄することは，事後の事象を素朴な（つまり行為者の認識・予見から遊離した）「客観的処罰条件」へと押し込めることに繋がるため，妥当ではない。

さらに同頁では離隔犯などの場合には客体の特定性が無いため「具体的符合説」の基準は維持しえないとするが，このような場合には行為者が目前の客体を対象としていた場合と比べて，認識・予見していた範囲の特定性が異なるだけであって，この批判も必ずしも的を射ていない。これにつき，後掲注（72）も参照。

[45] 齋野彦弥「事実の錯誤と故意概念」現刑 6 号（1999年）43-44頁。

符合説」の難点を克服可能となるのである。

こうして，「因果関係の錯誤は故意を否定しない」という命題の導出に理論的に強く結びついている「法定的符合説」は，現実との連結を「希薄化」ないし「消失」させる点で妥当性を欠くがゆえに採用しがたく，したがって，基本的には「具体的符合説」が妥当であることが明らかになった。もっともそれのみで，「可能的（相当な）因果関係を認識している限りは故意として欠けるところはない」（「既遂肯定説」の論拠②）かどうかという問題が自動的に解決されるわけではない。というのも「具体的符合説」を支持しながらこれを主張する立場も存在するからである[46]。しかしながらこうした主張は，「具体的符合説」の正しさを保証する上述の論拠からすれば，認められるべきではない。以下でこの点について論及することにしたい。

### ii 「具体的な符合」の意味

「具体的符合説」を支持しながら「因果関係の齟齬は故意を否定しない」とする上述の主張は，論者において「具体的符合説」が「具体的法定符合説」として理解されていることに基づく。まず，「具体的符合説」による事例処理として特徴的なのは，「方法の錯誤」において故意を否定しつつ，「客体の錯誤」では故意を肯定する点である[47]。例えば，目前の客体を「A さん」だと思って殺したが，実は「B さん」だったという「人違い」の場合や，被害者の右腕を傷害しようとしたが手が滑り同人の左腕に傷害結果を負わせたような場合には，故意が肯定されることになる。こうした場合には侵害客体の個性が一定程度抽象化されており[48]，そこでは「構成要件的（＝法定的）等価値性」の基準がより実質的に考えられているものと言える[49]。したがって，「具体的符合説」は本来は「具体的法定符合説」だと言われるに至るのである[50]。これを前提に「因果関係」の等価値性を基礎づける方針は二通り考えられる。一つは「法益保護の個別性」に直結したアプローチであり，もう一つは因果関係論の観点を援用するアプローチである。これらを順番に見ていこう。

---

46 現に，中森・前掲注（37）26頁以下，中・前掲注（21）169頁，佐伯・前掲注（9）274–275頁，橋爪・前掲注（15）108頁，松原・前掲注（16）241頁など。

47 この区別が曖昧であることを理由に「具体的符合説」が「法定的符合説」から批判を受けてきたことはあまりにも有名である。代表的な批判者として，vgl. *Ingeborg Puppe*, Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, S. 4ff. もっとも，例えば，区別が難しいからといって「故意と過失の区別」が放棄されるべきではないのと同様に，上記批判は両錯誤類型の区別を放棄する決定的な理由にはならない。増田・前掲注（13）273頁。

48 齋野・前掲注（45）42頁など参照。

49 あるいはこれに代えて「犯罪事実の同一性」という表現が用いられうる。例えば，松原・前掲注（16）241頁にはこのような考慮が反映されている。法益保護の個別性の観点を用いるものとして他にも，山口厚『問題探究 刑法総論』（1998年）118頁以下など。

50 平野・前掲注（37）175頁は「具体的符合説」と「法定的符合説」を，それぞれ「具体的法定符合説」と「抽象的法定符合説」と呼称していた。佐伯・前掲注（9）258頁や，山口・前掲注（27）221頁などがこれに倣う。

まず，「法益保護の個別性」に直結したアプローチ[51]を用いれば「因果関係の錯誤」は，因果経過（α）を認識・予見して現実には別の因果経過（β）が生じたとしても，元々認識・予見していた保護客体に結果が生じた限りで「錯誤」は存在しないということになる[52]。

しかしながら前項の論証に従えば，具体的符合説が「具体的事実の錯誤問題」において本来重視すべきは，「行為者の認識・予見」と「実際の事象経過」との具体的符合，つまり「認識・予見の範囲内で結果が生じたかどうか」ではないだろうか。というのも法定的符合説に対して批判したように，行為者が特定した対象との関係でなければ当該規範が行為者に向けられること（あるいは「向けられるべき」で）はなく，それを欠いてしまうのであれば，行為者と実際に生じた事象との現実的連関が希薄化ないし消失してしまうからである。だとすれば，具体的符合説においては「構成要件的評価の同一性」や「保護法益の個別性」などの基準は決定的なものではない。ここでは「認識・予見」からの（非）排除性が何よりも問われるべきなのである。したがって「法益保護の個別性」に直結したアプローチは功を奏しないと言うべきであろう[53]。

次に，因果関係論の観点を援用するアプローチ[54]を検討するが，そこでは因果関係を認定する論理が前提に置かれるため，代表的な「相当因果関係説」の枠組みを先に確認しておく。まず，相当因果関係説に関する比較的近年の理解[55]によれば，事象全体のうち事後（行為後）の範囲に「目隠し」をし，当該行為から「経験的・類型的に結果発生がありうるか」が問われる（事前判断・予測・範囲画定/広義の相当性）。そしてその後「目隠し」を外し，実際の因果経過が先に予測された範囲に含まれているかを問う（事後判断・照合・包摂/狭義の相当性）という，二段構成になっているとされる[56]。

---

51 松原・前掲注（16）241頁。

52 したがってこの理解を前提にすれば，第一行為で既遂に達したと誤信したが，実際には第二行為で既遂に達したような「遅すぎた構成要件実現」の場合に，故意と結果の連関性はおよそ重要でなくなり，そこでは「行為―結果」の因果関係のみが，既遂か否かを決する要素となる。

53 このように考えたとき，傷害罪において「右腕」を狙って発砲したが「左腕」に命中して傷害結果が生じた場合でも，故意帰属が否定されることがありうる。もっとも，人を狙って発砲する際には通常は「被害者の体全体」に対して未必的に結果発生の認識・予見が及んでいるはず（この点についてはⅣ－ｉで詳述する）であるから，上述の定式によっても故意帰属は否定されない。これに対して同一人物における傷害罪の場合にも故意帰属が否定されるのは，例えば被害者が防弾力の極めて強いプロテクター（とされるもの）を左腕に装着しており，行為者がそれを認識しながらむき出しの右腕に発砲したところ弾が逸れて左腕のプロテクターに命中したが，実際は当該プロテクターが質の悪い贋作だったため弾が貫通し左腕に傷害結果が生じた，というような極めて例外的な場合に限られる。

54 このような枠組みを採用するものとして，前掲注（46）などに挙げられた文献のほかに，木村亀二『刑法総論〔阿部純二増補版〕』（1978年）224頁，福田・前掲注（6）84頁，大塚仁『刑法概説総論〔第４版〕』（2008年）193頁，佐久間・前掲注（36）137頁，川端・前掲注（36）258頁以下，松原・前掲注（16）241頁など。

55 杉本一敏「因果関係」曽根威彦＝松原芳博編『重点課題 刑法総論』（2008年）25頁以下の分析を参照。

56 なお，松原・前掲注（16）80頁によれば，いわゆる「客観的帰属論」の立場は「危険の創出」と「その実現」という形で因果関係を判断しており，本文のような形での「相当因果関係説」と枠組みは殆ど変わらないと

そしてこれを前提に「因果関係の錯誤」が問題となるのは[57]，行為者の認識・予見が「広義の相当性」の範囲内にある場合である。なぜなら，当該認識・予見がこの範囲外にあるとすれば行為者は〈不可能的な〉因果経過を認識していることから，そもそも故意が存在しないものとされるため，「錯誤」の問題は起きないからである。したがって認識・予見内容が広義の相当性の範囲内にあることが前提となるが，その場合に故意が否定されるのは，その後生じた因果経過が広義の相当性の範囲から外れた場合に限られる。しかし事後の因果経過が「広義の相当性」の範囲から外れたとすれば，そもそも「行為―結果」の因果関係が否定されるため，故意の検討を経るまでもなく既遂が否定されることになる。それゆえこの理論構成からすると「結局，因果関係の錯誤無用論に至らざるをえない」[58] ということになるのである。

ここで重要なのは，論者らにおいて「行為者が認識・予見した因果経過」と「現実の因果経過」がともに「広義の相当性」の範囲内に収まっている限りで，「因果関係の錯誤」は生じていないものとされている点である。換言すればこれは，「広義の相当性に収まっている因果経過はいずれも等価値である」という「個々の因果経過を扱う上での価値判断」が反映されたものと言える。そしてこのような価値判断が念頭に置かれているからこそ，「行為者が認識・予見した因果経過（$\alpha$）」と「現実に生じた因果経過（$\beta$）」は「構成要件的等価値性」が担保されていると見なせるのである[59]。まさにここに「因果関係論の観点を援用するアプローチ」の実質的な根拠があると言えよう。

しかしながら，こうした価値判断を「故意帰属」の領域にまで適用することが妥当なのかは疑問が残る。というのも，確かに，予見された因果経過が「広義の相当性」の範囲に含まれる場合には，行為者は〈可能的な〉因果経過を予見していたことになるが，それはあくまで「故意の存在」を確認しただけに過ぎず，その後の因果経過および結果を「故意」に帰属することまでは正統化しえないからである。

ではいかにして「故意帰属」が正統化されるかと言えば，ここまでの検討から明らかになった通り，「故意」と「事後の事象」に「現実的な帰属連関」が要求されるべきであろう。すなわち，二つの項の連関性を認めるにあたって――「行為―結果帰属」において用いられる――「事前的範囲設定→事後的包摂」という論理関係（公式）を妥当なものとするのであれば，「故意―結果帰属」

---

され，松宮孝明「平成の刑法判例」刑ジャ61号（2019年）28頁も，「危険の実現」という言葉自体は「広義の相当性」を言い換えたものに過ぎないとする。こうした理解から，例えば小林・前掲注（29）141頁以下は事例における問題点によって「相当因果関係説」と「客観的帰属論」を使い分ける。したがって本文に示された枠組みは「客観的帰属論」と本質において相違ないと考えられる。もっとも，井田良「平成の刑法判例」刑ジャ61号（2019年）22頁は，相当因果関係説は実務との関係では方法論として破綻していると述べており，今後も更なる検討は必要である。

57 以下の整理について，佐伯・前掲注（9）272頁以下を主に参照した。

58 浅田・前掲注（16）293頁。他にも，西原・前掲注（36）232頁など。

59 中・前掲注（21）169頁は，「広義の相当性」に含まれる認識・予見があれば，その後結果発生に至った（客観的に帰属可能な）因果経過も行為者が「知っているものとして支障ないであろう」とするが，このことは二つの因果経過が等価値であることを前提にしなければ言えるはずがない。

を正統化する際にも，「行為者の認識・予見の範囲」がまず設定され，事後の因果経過がそこに含まれるかを問わなければならないはずではないだろうか[60]。

そもそも，このような論理上の問題点もさることながら，因果関係の観点から導出された「広義の相当性」の範囲内での故意は結果の帰属を妨げないとする構成は，具体的事例における帰結に際しても問題が生じる，例えば，殺意を持って被害者に向けて放たれた銃弾が外れたが，（行為者が全く認識していなかった）重度の心臓病に罹患していた被害者が発砲音により死亡したような場合にも，当該因果経過が「広義の相当性」[61]に包摂される限りで，故意殺人犯が成立してしまうことになるが，故意既遂犯の処罰の範囲が広くなり過ぎるであろう[62]。

それゆえやはり，「行為―結果帰属」を判断する前提としての「広義の相当性」の範囲と，「故意―結果帰属」を判断する前提としての（便宜上の表現ではあるが）「広義の相当性」の範囲は異なって把握されるべきである[63]。また，「故意帰属」に際し「行為者の具体的認識・予見」を包摂公式の範囲画定項に挿入することで「故意―結果」間の現実的連関性を担保することができ，それが制裁発動の正統性を際立たせることに繋がるのである[64]。

## Ⅳ 「早すぎた構成要件実現」事例の解決方針

### ⅰ 「未必的な認識・予見」による包含

以下では，「故意肯定説」の論拠であり（論拠③），同時に「既遂否定説」に対する批判が向けられている点について検討する。

論者らによれば，「人は外界の事象を必ずしもすべてコントロールできるわけではない」[65]とされ，したがって「既遂否定説」のように「手放しの意思＝後に行為を留保していないこと」[66]を要

---

[60]「事前的範囲画定→事後的包摂」という公式が正統であるとしても，そこにおける変数は時間的に相前後する二つの項であり，「事後的に生じるB項が，事前に存在するA項に包摂されるか」が問われるべきである。行為への結果帰属は「B＝結果」・「A＝行為」であるのに対し，故意への結果帰属は「B＝結果」という点で挿入内容が共通であるが，「A項」は「故意」なのだから，「事前的に画定される範囲」が異なるのは当然である。ここでは「故意」にとって事前的にありうる範囲がまず画定される必要がある。

[61] 因果関係の判断基底論において「客観説」ならば事前の客観的全事情を基礎に，そして「折衷説」ならば事前の行為者の認識・予見（もちろん当該事例では有効でない）とその場に置かれた一般人の認識・予見を基礎に，「広義の相当性」の枠が形成される。

[62] 松宮・前掲注（31）187頁。もっとも，このような帰結が必ずしも不当なわけでないとする見解もある（橋爪・前掲注（15）110頁）が，「これは行為者の認識がまったくないところでも故意ありとする結果責任を認めるものであり，責任主義に反するであろう」（浅田・前掲注（16）295頁）。

[63] このような理論構成を主張するものとして，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）」法研58巻11号（1985年）78頁以下，内藤譲『刑法講義総論（下Ⅰ）』（1991年）956頁，浅田・前掲注（5）387頁以下，松宮・前掲注（33）199頁など。

[64] なお，私見においても単なる人違いのような「客体の錯誤」の場合には故意帰属が認められる。したがってあくまで重要なのは「認識・予見において特定されていない客体」を通じた結果発生かどうかという点であり，「特定内の客体」については保護法益レベルで抽象化がなされるのである。

[65] 前掲注（9）の文献参照。

求したり，「行為と責任の同時的コントロール」[67] を要求したりすると，他の事例解決において不都合な結論が導かれてしまうとされる[68]。例えば，被害者の顔を水面に何度もつけて苦しめながら殺そうと考え，20回目で窒息死させることを予定していたが，5回目で長く水につけすぎたため被害者が死亡してしまったというような場合（「水面事例」とする）にも，既遂が認められなくなってしまい，不当だというのである。

一見したところ確かに，当該事例に際し「既遂否定説」からでは結論において妥当性を欠くことになるように思われる。しかしながらこうした批判は，必ずしも的を射たものではない。というのも，故意の認識・予見内容としては結局，（規範の発動にとっての合理性ゆえに）行為者が択一的/重畳的/概括的な，つまり「未必的認識・予見」さえあれば足りるからである。例えば，泳げない被害者を溺死させるつもりで橋から深い川へ落とした場合に，被害者は意外にも橋脚に衝突しそれが原因で死亡してしまったというような場合には，行為者は「橋脚への激突」を明確に意識していなくとも，未必的には認識・予見していると解するのが合理的であろう[69]。そして，上述の「手放しの意思」や「行為と責任の同時的コントロール」を要求する立場であっても，（当然ながら）結果発生の未必的な認識・予見があれば既遂の成立を認めるはずである[70]。

こうした故意の認識形態を比喩的に表現するならば，「意識の焦点」は存在するものの，それ以外の「意識の辺縁」部分についても，未必的な認識が存在する[71] と言えるのではないだろうか。つまり，ここにおいては〈意識的に〉認識されている事情の他にも，その場の行為者が〈潜在的・合

---

66 宮川・前掲注（5）576頁，林・前掲注（5）3頁以下。

67 石井・前掲注（5）1頁以下。

68 批判として挙げられる事例（「水面事例」）も含め，佐藤・前掲注（9）243頁以下参照。

69 こうした視点の重要性を積極的に提示するものとして，専田泰孝「因果関係の錯誤をめぐる一考察」佐々木喜寿『刑事法の理論と実践』（2002年）132頁以下，鈴木左斗志「方法の錯誤について」金沢法学37巻1号（2005年）159頁以下，橋本・前掲注（37）105頁，井田・前掲注（15）192–193頁などを参照。端的にではあるが，門田成人「早すぎた結果実現の故意への帰属」法セ594号（2004年）116頁も同旨と思われる。

70 西村・前掲注（5）137頁も，「既遂故意」を要求しながらその内容として「行為者の認識における終了性」よりも，結果発生に関する「行為の適格性の認識」を強調する。

71 このような発想はすでに，齊藤誠二「いわゆる『同時認識』をめぐって」警研50巻10号（1979年）7頁以下，および伊東研祐「故意の内実と結果の帰属範囲についての一考察」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上）』（1990年）269頁以下，同「故意の内実について―再論―」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（1998年）によって紹介されている。なお，橋本・前掲注（37）105頁は本文のような区別を「明示的意識的なもの」と「暗黙の認識」という形で表現するが，後者は「未必の故意」とは異なり，あくまで「錯誤の問題」だとする。これに対し私見では（本文の記述から明らかなように）「未必の故意」にとどめることにしておきたい。

これらに対する批判として，長井長信「西ドイツにおける違法性の意識の限界論」北法36巻5＝6合併号（1986年）122頁以下，同「方法の錯誤について」南山法学19巻1号（1995年）111頁以下。それによれば，現実には行為者の認識・予見が存在しないにもかかわらずその存在を認めるものである点などが批判されているが，内心的態度である「故意」の現実的存在性を判断しようとするのはおよそ不可能（「故意」そのものを観察することなどできない）のであって，必ずしも的を射た批判ではない。「故意」は裁判の場における一定の社会的構成物と見なす方向が妥当であろう。増田・前掲注（28）50頁以下，竹内健互「故意の意的

理的に〉認識している事情が存在し，それが認められる限度で故意の認識・予見対象に組み入れることが可能となる。このように解するならば，具体的符合説の「因果関係をも認識していなければならない」というテーゼと整合性を保ちつつ，上述の「水面事例」においても故意内容としての死の因果経過を〈潜在的・合理的に〉（あるいは未必的に）認識・予見されていることを根拠に既遂の成立を認める帰結を導きうるのである[72]。

もっとも，そうであるとしても過失のメルクマールとして必要な「予見可能性」との違いが曖昧化したり，そしてそもそもどのような場合に「故意帰属」が否定されるのかが不明確になる恐れが生じる。それゆえ，この点について少し付言しておく必要がある。紙幅の都合上，本稿で詳しくは論じることはできないが，差し当たりは「認識・予見から排除されていること」を示す特段の事情がある場合には，それは「未必的な認識」からは排除されたものとして捉えることはできる[73]。例えば，「橋脚事例」では，行為者がどうしても溺死をさせたいと望み，落ちた被害者が橋桁には衝突しないよう特段の回避措置をとっていた場合には，既遂結果が故意へと帰属することはない。また，方法の錯誤の事例にはなるが，B が普段から防弾処理のされた車に乗っており，それを知っていた行為者 X は今回もそうであると考えていたが，車検のため今回は防弾処理のされていない（外観が酷似した）車にたまたま乗っていたというときに，B の乗った車の前にいた A を，行為者 X が殺意をもって銃撃したところ，弾が逸れて B に当たり B が死亡したという場合には，行為者 X について殺人既遂の故意帰属は認められないことになるのである。

以上のことからすれば事例処理においてまず重要なのは，行為者における「認識・予見の特定化」がどの範囲まで行われているかを具体的事案に応じて精査する作業であると言えよう。したがって「早すぎた構成要件実現」事例を解決するにあたっても，第一に，行為者が予定前に結果を発生させた時点において，行為者にとって結果の発生が認識・予見されていないと判断すべき「特段の事情」があるか，あるいは「行為者において特定された認識・予見範囲」を外れていないかを確認する必要がある。そしてこの点を軽視してしまえば，誤った前提に基づいて議論が展開することにな

---

要素とその理解をめぐって」駿河台32巻１号（2018年）１頁以下参照。なお，杉本・前掲注（28）165頁はこうした「故意の社会的構成」について「故意の判定を『大づかみ』なものにしてしまう」と批判する。これ以上の検討については，他日を期すことにしたい。

72 このように，大抵の事例や事件は「未必の故意」によって既遂を認めうる。齋野彦弥「徹底して具体化された故意の概念と故意の認定について」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（1998年）304頁参照。

なお，冒頭の毒入りコーヒー事例では「致死量の半分の毒薬を投与する行為」はそれ自体から死亡結果が直接生じるものと通常は考えられないが，本文の「水面事例」は，水面につけて苦しめることそれ自体が窒息死に直結する危険のある行為であるため，被害者の死亡についての未必的認識は排除できないと考えられる点で大きく異なる。

73「特段の事情による特定」による解決，そしてそれに基づき次に挙げていく事例処理について，増田・前掲注（13）248頁以下参照。また，こうした「特段の事情」による未必の故意の限界づけは，判例においても用いられている手法である。樋笠堯士「故意の推認対象と未必の故意の要素」嘉悦大学大学院研究年報47号（2018年）57頁以下参照。

ってしまうであろう。

「人は外界の事象を必ずしもすべてコントロールできるわけではない」からといって，行為者のコントロール可能であった範囲の画定を疎かにしてはならないし，これを要求しても上述のように必ずしも事例解決において著しく不当な帰結が導かれるわけではない以上，「既遂行為定説」の論拠③にも従うべき理由はないのである。

さて，これで「既遂肯定説」から提示されていた論拠について一通りの検討を終えた。以下ではその一連の検討を再確認し，その上で「既遂否定説」から導かれる帰結を見ていきたい。

### ii　38条2項の適用可能性

本稿の冒頭を振り返ってみれば「既遂肯定説」から言われていたのは，①未遂犯は既遂犯から結果発生を除いたものであること，②可能的（相当な）因果関係を認識している限りは故意として欠けるところはないこと，③「人は外界のすべての事象をコントロール可能なわけではない」ということであった。しかしすでに明らかなように，本稿の理解に照らせばこうした主張には従うべき理由がない。

第一に，前提として言われている「未遂犯は既遂犯から結果を除いたもの」との理解が十分ではない。すなわち，論者らにおいてはこれについて犯罪構造の客観面のみが念頭に置かれているが，「行為―結果」だけでなく「故意―結果」にも帰属構造が認められる。したがって，故意と結果の現実的帰属連関が欠ける場合には，せいぜい未遂犯が成立するにとどめなければならない。

第二に，可能的(相当な)因果関係を認識・予見している限りは故意として欠けるところはない，との言明にも問題が生じることが前章で確認された。つまり，「可能的因果関係の認識・予見」があり「行為―結果」の帰属連関が認められたとしても，故意犯として処罰するためには，故意内容としての範囲設定を前提にして，事後に生じた因果経過がその範囲に包摂されていなければならないのである。

第三に，「人は外界の事象を必ずしもすべてコントロールできるわけではない」としても，逆に，可能なコントロールの結果として生じたと言いうる範囲を画定するべきなのではないだろうか。具体的事例処理の不当さが指摘されることがあるとしても，まずは個別事例の前提的理解が正しいものなのかが精査されなければならない。三つの論拠を検討した結果，必ずしも「既遂肯定説」に従ういわれはないものと考えられる。

以上から導かれる本稿の立場によれば，結果発生の可能性が行為者において「特定化されていない因果経過や結果」が発生した場合には，せいぜい未遂（場合によっては過失または不可罰）しか認められないことになる。そしてとりわけ「早すぎた構成要件実現」の場合には，すでに事前の観点において不法または責任の程度が不完全にとどまりうることを指摘することができる[74]。これに対して，行為者が結果の発生を択一的/重畳的/概括的に認識・予見したまま行為を終了した場合には（事前的な）不法または責任の完全性を認めることが可能である[75]。

もっとも，そこで（事前的な）不法または責任の完全性が認められた場合であっても，行為者が行為時に択一的/重畳的/概括的に認識・予見していた因果経過の範囲から，行為後の因果経過が外れた場合には，「故意帰属」の問題が主題化され，行動規範ではなく専ら「制裁」発動の是非を論ずべき問題だということになるのである。

以上のことから分かるように，「事前の観点において不法または責任が不完全なまま結果が生じた（その時点での既遂結果発生の可能性が行為者の認識・予見において遮断されていた）場合」と「それが完全であった（行為者に認識・予見において既遂結果発生の条件を設定し終えていた）場合」は，まさに「未遂を認めるための故意（未遂故意）」と「既遂を認めるための故意（既遂故意）」を用いて区別されるべきことになる[76]。これを前提にすれば，38条2項による「故意の限定」は犯罪の発展段階に置かれる「未遂犯」と「既遂犯」にも及ぶものとして理解するのが合理的であろう。

また，こうした理解は実質的に「終了未遂」と「未終了未遂」を区別することにも繋がりうるが，そのことと，わが国の現行刑法上は43条（未遂犯）において「終了」と「未終了」の区別をしていない点との整合性が問題となる。しかし，43条はあくまで「未遂犯の成立要件」を規定するも

---

[74] *Guntram von Scheurl*, Rücktrit vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972, S. 48も「早すぎた構成要件実現」のような場合には既遂犯に比べて行為無価値が不完全であるとする。この主張に対して，山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」板倉古稀『現代社会型犯罪の諸問題』（2004年）110頁は，「未終了（着手）未遂も終了（実行）未遂も，未遂処罰に十分な行為無価値を備えているはず」とするが，ここで問われているのは「未遂の成立可能性」ではなく「既遂の成立可能性」である点が見落とされていると言える。あるいはこの批判の趣旨が，未遂の終了/未終了を43条前段が区別していないことから，未終了未遂に至ればすでに終了未遂と質的に同等である（木村静子『犯罪論集』［2016年］222–223頁）というものであったとしても，これでは同条において「任意的減軽」が規定されていることの趣旨が没却されることになるであろう。すなわち，ここでは「未遂犯」の成立に限っては「可否」の観点しか見出されないとしても，その「不法」あるいは「責任」の程度差があることを前提にしなければ，減軽の可否を判断する余地は残らないからである。ここでは「責任」が量的に考慮されうること，そして「形式的違法性」と「実質的違法性」の区別が看過されていると言わざるを得ない。

[75] なお，行為者において殺人のための「第一行為」と「第二行為」が計画されていたが，「第一行為」時点で被害者が死亡していた場合に，その後計画上の「第二行為」まで行っていたという事情は，「第一行為」の不法または責任を補って当該行為者を既遂犯とする評価を正統化するものではない。なぜなら「第一行為」時点ですでに被害者が死亡しているため，「第二行為」時点においては「人を殺すな」として殺人を禁止する行動規範を発動することは無意味であり，規範を発動する合理性を欠くことになるからである。基本的には，増田・前掲注（13）167頁以下，そしてクロロホルム事件との関係では，仲道祐樹『行為概念の再定位』（2013年）82頁を参照。それゆえ，行動規範が発動していない以上，「第二行為」は殺人の行為無価値を構成することはあり得ない，ということになる。「不能犯」と「規範の発動」について，拙稿・前掲注（20）105頁以下も参照。

[76] なお，本稿で扱った「早すぎた構成要件実現」においては「単一の客体」について「その時点の行為者には既遂結果発生まで故意帰属可能な認識・予見があったか」という「時間的認識の観点」から「未遂故意/既遂故意」の区別が主題化されたのに対し，「択一的故意」や「重畳的故意」の事例処理が問題となる場合には「複数の客体」のそれぞれについて「既遂結果と未遂結果のいずれが，どのような組み合わせで生じると認識・予見されていたか」という観点から「既遂故意/未遂故意」の区別が主題化されることになる。後者について，増田・前掲注（13）309頁以下参照。

のであって，「既遂犯の成立要件」を規定したものではない[77]。したがって「未遂の成立要件」としては「終了」と「未終了」の区別は必要ないが，このことは（少なくとも）「既遂の成立要件」として「終了未遂」を要求することの妨げにはならないのである。例えば既遂犯を成立させるにあたり，各則の文言上は「結果を発生させたこと」しか要求されていないが，その場合にも行為と結果の「何らかの繋がり」さえあればよいというわけではない。ここでは一定の理論的正統化が必要とされるところ，その内実は解釈論に任されている。だとすれば，「故意帰属」まで認められて初めて「結果を発生させた」とする解釈をすることに，何の不都合が生じるのであろうか。

## Ⅴ　まとめと今後の課題

ここまでに得られた結論をまとめ，今後の課題を付して本稿の検討を終える。まず，Ⅰ章では「軽い罪」を認識しながら「重い罪」を実現した場合に故意処罰を限界づける38条２項を取り上げ，この限定が，犯罪の発展段階に置かれる「未遂犯」と「既遂犯」にまで及ぶべきかという問題を提起した。もっとも，未遂犯を規定する43条前段を念頭に置いても，文理解釈としては必然的にこれが認められるものではないため，いずれが妥当かは実質的な論証が必要であることも指摘した。

そして，「早すぎた構成要件実現」の場合を念頭にこの限定を否定する論者らは，「因果関係の錯誤は故意を否定しない」という命題に依拠していることから，Ⅱ章では「故意」と「因果関係」をどのような視角から捉えていくべきかを確認し，「制裁発動」の要件として「故意―結果」の繋がり，すなわち「故意帰属連関」が必要であることを示した。

続くⅢ章では，上述の「因果関係の錯誤は故意を否定しない」という命題を支える理論的根拠には看過できない欠点が内在することを確認した。すなわち，第一に「因果関係」を故意の認識・予見対象として重要視しない「法定的符合説」は，故意と発生した結果との現実的な連関を希薄化ないし消失させるものであって支持できない（Ⅲ－ⅰ）。そして第二に，因果関係論の意味における「相当性」の範囲内にある因果経過を認識・予見し，現実の因果経過もその範囲内で発生したのであれば，故意既遂犯を認めてよいとする主張は，「範囲設定→包摂」の関係公式を，誤った手法で「故意帰属」に適用した点に問題があったとしたのである（Ⅲ－ⅱ）。

Ⅳ章ではまず，「既遂肯定説」から提起されている「故意帰属連関を厳格に要求すると具体的事例の解決において不都合が生じる」との批判も，故意帰属に際して設定する範囲を「行為者における特段の認識・予見排除事情の有無」に従って確定することにより回避できることを指摘した（Ⅳ－ⅰ）。こうして「早すぎた構成要件実現」類型について一様に既遂犯を認める「既遂肯定説」には従うべき理由がなく，「既遂犯」と「未遂犯」には故意内容において差が生じることを検証した。以上までとやや重複するが，まず，「既遂肯定説」で前提とされている「既遂犯は未遂犯から結果を排除しただけのものである」との主張は「行為者と結果の客観的な連関」にしか着目しておらず，

[77] 山口・前掲注（5）110頁。

ここには「故意帰属連関」が欠けていることを看過しており，また，「実行の着手後に発生した結果の責任は行為者に負わせるべき」との主張も，同様に「故意帰属連関」を軽視することから生じた誤謬である。そして，「人による外界事象のコントロールが不完全である」とすれば，むしろ「コントロールが及んでいたと解しうる領域」を具体的事例に応じて確認しておくことが重要となるはずであろう。また，このように「既遂肯定説」が不当であり，「既遂犯成立のための故意内容」が「未遂犯成立のための故意内容」と区別されるのだとすれば，それをもって38条２項による故意の限定作用は「未遂犯」と「既遂犯」にも及ぶものと解することができる（Ⅳ－ⅱ）。

本稿では検討すべき問題領域が多岐にわたったため，判例など具体的事例における「早すぎた構成要件実現」の子細な検討や，行為者の予定後に結果が発生した「遅すぎた構成要件実現」の問題を扱う余裕がなかった。これら論点を今後の課題として本稿の検討を終えることにする。