

## 1 一故意犯説（法定的符合説）の帰結

既に 9 月号で扱ったとおり、具体的事実の錯誤の内、方法の錯誤においては、具体的符合説によれば、狙った客体に対する故意犯と予見外の客体に対する過失犯（過失が存在し、かつ、過失犯処罰規定が存在する場合）が成立しうる。他方で、法定的符合説によれば、同一構成要件の枠内にある限り、予見外の客体に対しても故意を認めうる。法定的符合説の内、数故意犯説に立てば、想定した客体および同一構成要件内にある予見外の客体の双方に故意を肯定することができる。

問題は、法定的符合説の内、一故意犯説に立った場合である。例えば、X が殺意をもって A に発砲し、A に命中した弾丸が、A を貫通して、たまたま後ろを通りかかった B にも当たり、A が重傷を負い、B が死亡した場合を考えてみよう。法定的符合説の内、数故意犯説に立てば、A に対する殺人未遂と B に対する殺人既遂が成立し、両者は観念的競合となる。具体的符合説からは、A に対する殺人未遂と B に対する過失致死が成立し、両者は観念的競合となる。具体的符合説も、いうなれば、一故意犯説であるが、故意の使いどころは、明確である。

では、問題の法定的符合説の内、一故意犯説に立った場合はどうであろうか。ここでは、一個の故意をどこに使うかが問題となりうる。通常、一故意犯説（法定的符合説）は、一個の故意を重い結果に対して使う傾向がある。この傾向に従えば、A に対する過失傷害と B に対する殺人既遂が成立し、両者は観念的競合となる。この帰結は、重い罪を成立させ、それを行為者に帰属させようという配慮から導かれるものであるが、想定した客体に命中しているにもかかわらず、そこには故意を使わず、予見外の客体の方に故意を使うという若干奇妙な構成となる。この点は、一故意犯説（法定的符合説）のネックといえる。

一故意犯説（法定的符合説）を本設問に当てはめた場合、一個の故意は、死亡結果の発生した P に対して使うことになり、O に対しては故意が存在しないことになる。したがって、教唆犯構成を取ると、X<sub>1</sub>（再間接教唆を処罰する場合）、Y および Z<sub>1</sub> には、O に対する過失傷害教唆と P に対する殺人教唆または傷害致死教唆が成立し、両者は観念的競合となる。X<sub>2</sub>（再間接教唆を処罰する場合）には、O に対する過失傷害教唆と P に対する傷害致死教唆が成立し、両者は観念的競合となる。共同正犯構成を取ると、上記の罪の教唆犯ではなく、正犯が成立することになる。

## 2 「ステップアップ」を検討するに際して

### (1) 間接幫助を処罰することは可能か (①)

本誌で解説したとおり、連鎖的共犯の処罰をめぐるのは、刑法典の規定する場合、すなわち、間接教唆（61 条 2 項）および幫助の教唆（62 条 2 項）に限定すべきか否かで争いがある。現に、再間接教唆の処罰を肯定する判例（大判大正 11・3・1 刑集 1 卷 99 頁）もあり、これを支持する学説も有力である。

間接幫助の場合はどうであろうか。教唆犯には、61 条の法定刑を見る限り、正犯と同様

の犯罪性が予定されている。仮に連鎖的教唆を肯定したとしても、それ自体、犯罪性が減少していくことはないといえる。これに対して、幫助犯の場合、62条および63条に鑑みて、犯罪性の減少が想定される。そうであるとすれば、間接幫助ないし連鎖的幫助においては、正犯から離れるほど、犯罪性が減少すると考える余地もあろう。この点に着目すれば、連鎖的教唆と連鎖的幫助を同列に扱うことはできないことになる。もっとも、正犯との間に何人介在したとしても、連鎖的幫助犯は、結局、正犯を幫助したことに変わりがないと考えれば、連鎖的教唆と同様の処理が可能となる。

この点、最決昭和44・7・17刑集23巻8号1061頁は、間接幫助の事案で、正犯の犯行を間接に幫助したものとして被告人に従犯を成立させた原判決を支持している。

## (2) かすがい現象とは何か (②)

本設問の $Z_2$ には、 $O$ 宅への住居侵入罪(130条前段)、 $O$ に対する傷害罪(204条)、および、 $P$ に対する殺人罪(199条)が成立し、牽連犯となる(客観説)。この場合、住居侵入罪がいわゆる「かすがい」となって全体として一個の牽連犯が成立する。これをかすがい現象と呼ぶ。

仮に、 $O$ に対する傷害罪および $P$ に対する殺人罪が屋外で行われていたとすれば、両罪は併合罪となることから、住居侵入罪を伴う場合が科刑上一罪となることとの不均衡が問題となりうる。もっとも、本設問のように、一方で殺人罪が成立しているような場合には、いずれにしても上限は死刑であって、大きな問題とはなりえない。實際上、不均衡が顕在化するのには、住居侵入を伴って複数人を傷害するような場合である。

上記の不均衡を解消するために、例えば、複数人の傷害の場合、住居侵入罪と第1の傷害罪のみが牽連犯となり、第2の傷害罪とは併合罪になるとの解釈も展開されている(山口厚『刑法総論〔第3版〕』411頁ほか)。

この点、判例は、かすがい現象を端的に肯定している。最決昭和29・5・27刑集8巻5号741頁は、住居に侵入して3名を殺害した事案で、3個の殺人の所為は1個の住居侵入の所為とそれぞれ牽連犯の関係にあるとして、54条1項後段を適用すべきとした。

なお、本設問においては、 $P$ の殺害は $O$ 宅への侵入時には想定されていなかったことから、主観的牽連関係を否定し、少なくとも、 $P$ の殺害とは牽連犯の関係にはならないと解する余地もある。

## (3) 本設問で、 $Z_2$ が「 $Z_1$ の依頼は $O$ に対する殺人である」と正確に把握した上で、 $O$ を殺害した場合はどうか (③)

この場合、 $Z_2$ による $O$ の殺害について、 $X_1$ 、 $Y$ および $Z_1$ は、意図したとおりに $Z_2$ に殺人の故意を生じさせており、殺人罪の教唆犯または正犯となりうる。これに対して、 $X_2$ にとっては、正犯の過剰であり、両罪の重なる限度で罪責を負うことになり、傷害致死罪(205条)の教唆犯または正犯となりうる。