

## 【論説】

# 故意的な「原因において自由な行為」について

秋山栄一

序論 はじめに

第1章 判例および原因行為説の概観とその批判

第2章 結果行為説の概観とその妥当性の検討

第3章 最近の原因行為説の検討

第4章 結びにかえて

序論 はじめに

「・・・精神ノ礙ニ因リ事物ノ理非善悪ヲ弁識スルノ能力ナク又此ノ弁識ニ從テ行動スル能力ナキ状態」<sup>(1)</sup>の者は有責とされない。行為を実行する際に、行為者に責任能力が存在しなければ有責とすることはできず刑事責任を問えないのである。これは、近代刑法学の基本原則である罪刑法定主義と並ぶ責任主義から導かれる帰結であり、「行為責任同時存在の原則」と呼ばれている。しかし、その行為実行時の責任能力の欠如が、飲酒あるいは薬物摂取などにより、自ら招致した場合にも一律に無責とし刑事責任を問わないということが妥当なのかどうか。この点をめぐり種々の論争が交わされてきたのは周知の通りである。

現在、これを肯定する理論構成が「原因において自由な行為」(actio libera in causa)の法理である。すなわち、行為者が飲酒あるいは薬物摂取などによって自己を心神喪失状態に陥らせ(以下、原因行為という)、そ

の状態を利用して犯罪を実現する（以下、結果行為という）という場合、原則としては、結果行為の時点においては責任能力を有しないために、刑法 39 条 1 項によって責任が阻却され、犯罪は成立しないが、しかし、一定の場合には、結果行為の時点では、完全な責任能力が認められないのにもかかわらず、その状態で行った構成要件に該当する違法な行為について完全な責任を問うことが可能であるとするものである。他方、本法理否定説も存在する。それは、簡潔に述べれば、本法理肯定説の理論的説明は十分でないとして、形式的な意味での実行行為と責任能力の同時存在の原則の客観的明確性を維持すべきであるとするものである<sup>(2)</sup>。

しかしながら、法理否定説を採用することは、困難なのではなかろうか。無論、解釈学の任務は法感情に迎合することではないし、しかも、そこである法感情というものが、処罰感情を満たすにすぎない生の応報感情そのものを指すのであればなおのことである。とはいえ、そこである法感情が、法に対する信頼というような一般人の健全な正義感情に基づくものであるとすればどうであろうか。わたくしは、そのようなものを無視すべきではないと考える。否定説が、依然として少数説にとどまっている理由もこのような観点からではなかろうか。

したがって、本稿は、本法理肯定説を主眼において議論を展開する。ただ、この法理の適用を、どのような根拠で認めるのか、そうであればその要件はいかなるものか、という点については、肯定説内部において種々の議論が展開されている。例えば、従来では、この問題は結果行為が責任無能力状態で行われることから、特に責任の領域における非難可能性の問題としてとらえられたこともあり、そこでは、責任主義の一面をなす「行為責任能力同時存在の原則」の意義をめぐって争われてきた。近年では、責任論のみならず、一般犯罪成立要件の問題にまでも移行してきており、具体的には、因果関係論、実行行為および危険概念の意義、あるいは可罰的未遂の成立要件など、犯罪論体系全般に対する態度決定を迫られているといっても過言ではない状況にある<sup>(3)</sup>。それを踏まえ、肯定説は、次のように大別される。まず、「行為責任同時存在の原則」を厳格にとらえ、原因行為が構成要件実現の一部であるとし、原因において自由な行為の

場合も一般的犯罪成立要件の枠内でこの法理の可罰性を論証しようとする見解である。これが、これまで通説的地位を占めている間接正犯類似説である。次に、有力説は、心身喪失・耗弱状態下での結果行為を構成要件該当行為ととらえ、原因行為の時点の意思決定への非難可能性に着目して、事後になされる構成要件該当行為についての有責性を肯定する。また、心身喪失・耗弱の事前の回避可能性に着目することにより、責任を肯定する見解もここに属する。両者の決定的な相違は、行為責任同時存在の原則を認めるか否かにある。

本稿では、前者を原因行為説、後者を結果行為説として議論をすすめていく。通説としての原因行為説の理論構成は、本法理を通常の犯罪理論の一適用事例の枠内で解決しようとするものであるが、結果行為説からの種々の批判に晒されているのは周知の通りである。果して、原因行為説は、その批判のとおり、深刻な理論上の問題を抱えており、それを克服できないままなのであるだろうか。また、それが事実であるとするならば、逆に原因行為説を批判する結果行為説の主張は、この問題性を克服し、本法理を十分に説明し得るに値する、理論的な根拠を提供するに至っているのだろうか。

以上のような問題提起を踏まえ、本稿は、本法理における議論の状況を確認していくにとどまるものであるが、具体的には、まず、わが国における従来の通説である原因行為説の代表的な見解に対する批判を概観する。次に、結果行為説の理論的妥当性を検討し、更に、最近の原因行為説の議論の展開について検討していく。最後に、議論の妥当性は、やはり原因行為説にある、という点を明らかにしたい。

## 第1章 判例および原因行為説の概観とその批判

### 第1節 判例の状況

議論に先立って、判例の立場を確認しておきたい。判例は、結果行為時に心身喪失・耗弱状態であっても、一定の要件のもとで完全な責任を問い得るとしている。例えば、最決昭和43年2月27日刑集22巻2号67

頁では、被告人は後に再び運転することを認識しながら飲酒し、心身耗弱状態に陥った状態で自動車を運転したという事案について、「本件のように、酒酔い運転の行為が同時に飲酒酩酊により心身耗弱の状態にあったとしても、飲酒の際酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法三九条二項を適用して刑の減軽をするべきではないと解するのが相当である」として、道路交通法上の酒酔い運転の罪について完全な責任を問い得ることを承認した。また、大阪高判昭和 56 年 9 月 30 日高刑集 34 卷 3 号 385 頁は、「被告人は反復して覚せい剤を使用する意思のもとに・・・譲り受けて注射したのであって・・・所為は右の犯意がそのまま実現されたものということができ、譲り受けおよび当初の使用時には責任能力が認められるから、実行行為のときに覚せい剤等の影響で少なくとも心身耗弱状態にあっても、被告人に対し刑法三九条を適用すべきではない・・・被告人は、覚せい剤の使用残量を継続して所持する意思のもとに所持をはじめたものであり、責任能力があった当時の犯意が継続実現されたものといえるから、これまた刑法三九条を適用すべきではない」とした。これは、覚せい剤による急性中毒症にアルコールによる病的酩酊が付加され、心身耗弱状態で覚せい剤を使用・所持したという事案であったが、判例は、このような場合についても完全な責任を問うている。

このように、判例によれば、原因行為時に故意が存在し、その時点における故意がそのまま結果行為、更には結果へと実現した場合に、完全な責任を問い得る。この意味で「事前の故意の実現」の有無が重要な基準となっていると考えられる。また、原因行為時における故意の存否が重要な論点になっている。更に、心身耗弱状態で結果行為を行った場合にも、完全な責任を問うことが承認されている<sup>(4)</sup>。

## 第 2 節 原因行為説の概観とその批判

原因行為説によれば、責任を問うべき行為は自らを責任無能力状態に陥らせる行為、つまり原因行為を実行行為と解することから、結果行為は、因果経過の一事情に過ぎないことになる。この見解内でも種々の議論がなされているが、それは総じて、自己の抱える問題点を克服する方向性

で展開されている。以下ではその代表的な見解を辿りながら、本説に対する批判を概観する。

まず、代表的論者である団藤博士によれば、「間接正犯が他人を道具として利用するのであるのに対して、原因において自由な行為は、自己の責任のない状態を道具として利用するものである点に違いがあるにすぎない」として、間接正犯と同じ理論構造を有するのが原因において自由な行為であるとされる。「間接正犯では、他人を利用する行為が実行行為としての定型性をもつかどうかの問題の要点であったと同様に、ここでは自己を利用する行為つまり原因行為が実行行為の定型性を具備するかどうかを要点をなす」ことになる。如何なる場合にその定型性が認められるのかについて、間接正犯の場合と平行して考えるならば、以下の二点が挙げられるとする。すなわち、第一に、自己を全く弁別能力のない状態に陥れることが必要となる。単に、心神耗弱の状態に陥れる程度であれば、原因行為の実行行為性を認めることは困難である。そうなれば、心神耗弱状態下での行為自体が実行行為となり、限定責任能力者としての刑の減軽を認めざるをえない。それ故、この場合は、本法理は適用されないことになる。第二には、自己の弁別能力のない状態を道具として利用する行為そのものが構成要件の定型性を具備しなければならない。したがって、過失犯や不作為犯については、原因行為に実行行為としての定型性を認めるのが比較的容易であるが、故意による作為犯については、それを認めることが困難な場合が多い。その結果、解釈論として、原因において自由な行為の可罰性は認められない場合が多いことになるというものである<sup>(5)</sup>。

本説は、構成要件に該当する行為は、自己の行為でなければならないことから、原因において自由な行為の場合も間接正犯の場合と同様に、原因行為に以外に実行行為性を認めることはできないこととなる。それ故、原因行為の開始時が実行の着手となり、未遂はその時点で成立する。本説の根底には、構成要件に該当する行為である実行行為は正犯行為を意味し、正犯行為は未遂行為を示すという関係が横たわっている。

周知のように、本説は種々の批判に晒されている。代表的なものとし

ては、第一に、自己の限定責任能力状態を利用した場合には、通常、刑法 39 条 2 項により刑を減輕するほかないとする点に対して、自己を責任無能力状態に陥れて犯罪を実現した場合には、原因において自由な行為の法理によって完全な責任が問われるのに、いまだ責任無能力状態に陥らない限定責任無能力状態で犯罪を実現した場合には、實際上、むしろ犯罪の実現される蓋然性が高いのに、刑法 39 条 2 項によって、かえって刑が減輕されてしまうという不均衡が生ずるという批判がある。第二に、実行の着手は、原則的に実行行為の開始を示すことになることから、本説によれば、本来、予備行為でしかない原因行為が未遂行為を判断され、未遂成立の時期が早くなりすぎるという疑問が生じる。第三に、間接正犯論における道具理論を応用する点について、責任無能力者の意思決定に直接働きかける利用行為と、自己を責任無能力に陥らせてこれに働きかける原因行為とを規範的に同一視できるのかどうかについて疑問が呈されている。それは、不確実性の観点から、前者よりも後者の方が高いとされているからである<sup>(6)</sup>。

第一の批判に対し、大塚博士は、団藤博士らよりも一歩進み、自己の責任状態のみならず、心神耗弱状態を利用する場合にまでそれを広げることによって、この問題を解決しようとしている<sup>(7)</sup>。すなわち、悪質な酩酊運転に対する適切な処罰の必要性に鑑みて、「行為者が自己の心神耗弱状態を利用して犯罪を実行する意思でことさら心神耗弱状態に陥り、予期のとおりに犯罪を実現した場合には、その心神耗弱における行為は、明らかに原因行為に規定されて道具的に利用されていると評価しうる……。その事態を間接正犯と対比すれば、あたかも身分のない故意ある道具……の場合と規範的意味においては、ほぼ平行して理解することができるのではなかろうか」と主張されている。この場合においても、実行行為は、もちろん、原因行為に見出される<sup>(8)</sup>。

しかし、本説に対しては、そもそも「故意ある道具」の場合には、構成要件該当性自体がないのであり、また、限定責任能力者の行為を利用した間接正犯は認められないのであるから、間接正犯類似説の立場を一貫させるならば、自己の限定責任能力状態を利用した場合を故意ある道

具と平行的に理解することは無理であるという批判が存在する<sup>(9)</sup>。

第二の批判に対し、植松博士は、通常であれば予備行為にしか当たらない行為にまで遡って、そこに実行の着手を認めることこそ、原因において自由な行為の効果であるとして、原因事実の実現までの全行為を犯罪行為として捉え、原因設定行為を構成要件の実現に密接した行為と理解しなければならないと主張されている。この立場は、定型説よりも構成要件該当性判断が緩やかになされることによって、原因設定行為の実行行為性を認めやすくするというものである<sup>(10)</sup>。加えて、日高教授は、実行の着手における実質的客観説の立場から、原因行為に法益侵害の一定の危険を要求することによって、この問題点を解決しようと試みている。すなわち、「通常の場合であれば、飲酒行為自体に人の殺傷に至る危険性を認めることは困難であろう。しかし、飲酒して人に危害を加えた経験のある者が、自己の酒乱の癖を利用して飲酒する場合には、その飲酒行為は人の殺傷を誘発するものであり、法益侵害の現実的危険を惹起するものといえよう。したがって、この場合の原因設定行為としての飲酒には、実行行為性を認めることができる」。これとは反対に、酒を飲んで初めて酒乱の状態に陥ったような場合には、飲酒の時点では法益侵害に至る蓋然性を考慮に入れることはできず、法益侵害の現実的危険性は現実的なものになっていないこととなる。「このように、原因設定行為に実行行為性を認めるためには、原因設定がなされれば結果発生へと進む蓋然性が認められる状況が存在しなければならない。法益侵害の現実的危険性が認められるか否かを個別具体的に判断することで、理論の刑罰制限機能を働かしめることができる」とされるのである<sup>(11)</sup>。

しかしながら、まず、植松説に対しては、予備と未遂の区別を極めて弛緩することになってしまうのではないかという疑問が呈されている<sup>(12)</sup>。というのは、本説は、「特殊異例」を根拠として構成要件の予想しない行為にまで構成要件該当性を認められるのであるが<sup>(13)</sup>、そもそも植松博士が前提とする定型説との調和が図れるのが疑問である。これを一般化するならば、構成要件該当行為の範囲が無限定に拡大するおそれも懸念されるのである<sup>(14)</sup>。定型説は構成要件の枠構造を活かすことによって罪



刑法定主義の人権保障機能を強調することができると主張するはずであるが、実行行為概念を弛緩してしまえば、この意図を自らないがしろにする結果に至ることになる。さらに、日高説に対しては、人の習癖によって、実行の着手時期、したがって危険の程度が異なってくる点や、初めての行為者については、原因において自由な行為の成立可能性を認めないという点に疑問が呈されている。また、例えば、酒乱癖のある者が飲酒行為を始め、その後、仮に、寝込んでしまい結果行為に出なかった場合でも、未遂の成立を認めることになるということから、未遂の成立時期の問題は解消されてないと指摘されている<sup>(15)</sup>。

## 第 2 章 結果行為説の概観とその妥当性の検討

原因行為説は、上述のように、一般的犯罪成立要件の枠内で原因において自由な行為の法理の問題に解決を試みている。しかし、未遂の成立時期や因果関係の確定、更には限定責任能力状態に陥った場合の解決方法など、種々の批判に晒されている。それに対し結果行為説は、原因において自由な行為の処罰を端的に責任主義の例外と位置づけることによって、原因行為説の抱える問題を解決しようとしている。果してその試みは成功しているのであろうか。

佐伯博士によれば、原因において自由な行為という法概念の根底には、「一方犯罪行為と責任の同時存在を絶対的要請とする近代的責任原理と、他方罪刑法定主義の要求に基づいて罪となるべき行為の明確な限界づけを重視する所謂構成要件の理論との相克矛盾」があるという、頗る大きな刑法思惟上の問題が潜んでいると主張する。つまり、実行行為を原因行為に求めることによって、「予備と実行の着手との間の・・・客観的な構成要件的区别は全く主観化されてしまふ」との批判であった。そして、通説である間接正犯類似説の理論構成は、実行行為と責任との同時存在の要求を満足させるための「思考上のやりくり」に他ならないとし、構成要件該当行為である実行行為の客観的明確性を担保しつつ問題を解決するという、次のような道を提示された。すなわち、「原因において自由



なる行為についても実行行為を遡らすかわりに、実行行為と責任能力の同時存在が必ずしも必要でないと考へる余地はないであらうか。責任とは、行為の非難可能性であり、責任能力・故意・過失などはこの非難可能性の一応の推定根拠にすぎず、それらが責任自体なのではないのである。されば、原因において自由なる行為の実行行為は無能力のときの挙動であるとしつつ、なほ、それについてそれ以前の能力のあったときの行為者の意思態度に鑑みて非難可能性の有無を問ふことも一向差し支えないのではあるまいか。責任と行為の同時存在のいふことは果して絶対的要請であらうか。それを疑って見るといふことも許されるのではあるまいか」というものである<sup>16)</sup>。また、このような原因において自由な行為のもつ犯罪構造は決して特殊なものではなく、殺人、強姦、放火などの激情犯の場合も同様であって、これらの場合には、行為者は極度の緊張と興奮のため実行行為の瞬間においては責任能力を失っていることが多い。それにもかかわらず、通説は、実行行為をその前の段階にまで遡らせることなく、しかも完全な責任能力あるものとして責任を追及している。それならば、原因において自由な行為の場合にも同様に考えてしかるべきではないかとも指摘されている<sup>17)</sup>。

このような佐伯博士の見解を基本的に支持し、これをさらに推し進めるために責任能力の存在時期を再検討し、原因において自由な行為の可罰性の基礎付けの精密化を図ろうとしたのが西原博士である。同博士は、規範的責任論の帰結から、行為の概念を実行行為ではなく、広義の行為にまで拡張することによって、行為責任同時存在の原則を維持しつつ、原因において自由な行為の可罰性を基礎づけようとされた。すなわち、行為責任とは、反対動機を形成すべきであったのにそうしなかったという意思責任である。責任能力を欠いた状態でなされた意思決定に対しては規範的な非難をなしえないが、責任能力は意思決定の際の問題であるために、違法行為そのものではなく、違法行為を含むところの行為全体の開始時にあればよい。責任能力の判断は違法行為そのものではなくて、違法行為をなした行為者の意思決定に向けられることになる。責任能力の判断も責任評価の一種であるから、それが問題となるのも、やはり意

思決定のときであるということになる<sup>98</sup>。結果発生に至る行為の全体に貫かれている以上は、その最終意思決定の際に責任能力がありさえすれば、現実の実行行為、すなわち、結果惹起行為の際に責任能力が失われていても、責任能力あるものとして責任を問うて差し支えない<sup>99</sup>。また、未遂の成立時期については、原因行為は予備行為に過ぎず、具体的危険説により個別的に判断される。当初の意思決定と同一の意思決定に貫かれた一つの行為として結果行為が包摂されたとき、行為者の計画全体に照らして法益侵害の危険が生じたときが実行の着手となるのである。

本説は、犯罪論体系における構成要件論が、構成要件に該当する行為、すなわち、実行行為を理論的支柱として、あらゆる犯罪現象を説明しようとする姿勢に疑問を投げかけるという点を出発点としているが、従来の定型説の限界を意図する基本姿勢には、わたくしも正しいものがあると考え。他方、この基本姿勢から導かれる本法理の理論的解決については、原因行為と結果行為とは同一の意思活動によって担われており、ここには、一つの行為が存在していることから、原因行為時に責任能力があれば、刑事責任を問い得るというものであり、故意も過失も原因行為のそれによるというものである。こうして、原因行為説の抱えている主たる問題である、心身耗弱状態下での自己の行為の利用について、実行の着手と未遂の開始時期について、また本法理の故意作為犯への適用についても説明可能となるとしている。しかしながら、本説は、主として、次のような理論上の問題点に遭遇することになる。第一に、本説のいう最終意思決定の時期は、やはり、結果行為の時に責任無能力状態にあるといわざるをえないのであり、とりわけ、心身耗弱状態の自己を使用するという場合、行為者は、その事後の行為における意思決定は可能といえるのではなからうかというものである<sup>100</sup>。第二に、最終意思決定の意義について、単なる犯行の決意が有責になされることで足りるとするならば、構成要件該当行為以前の予備行為の時点で責任があれば足りることになってしまふといえる。この意味で、最終意思決定の意義は限定されたものである。また、このような限定された既遂犯の故意として認め得る心理状態を問題とするにしても、そのような心理状態が責任能力ある状態で肯定され

ることで、なぜ後に実現された構成要件該当事実について完全な責任を問い得ることになるのかには、依然として問題が残るとされている<sup>(21)</sup>。

この第二の点を明らかにするために、責任無能力・限定責任能力の事前の回避可能性に着目することによって責任を肯定しようとする見解が存在する。中空教授は、故意を構成要件の故意と責任故意に二分する立場から、結果行為時の構成要件的结果には、違法性の意識の提訴機能が働かないので、原因行為時の責任故意が故意責任を基礎づけると説く。但し、原因行為時に予見可能性しか存在しなかった場合には、結果行為に故意があっても、故意行為に対する過失責任を肯定し、過失犯の条文の適用を認める<sup>(22)</sup>。本説が故意行為に対する過失犯を認めるものであるのに対して、安田教授は心神喪失状態における故意の犯行について故意犯の処罰を承認する。故意を専ら不法構成要件要素と位置づけ、情動犯の事例について、責任無能力状態が事前の努力によって回避可能な場合には、故意犯の処罰を認め得る見解である。すなわち、「事前の努力により回避しえた責任無能力（情動）状態における事前に予見しえた種類の故意の犯行については、行為者が行為の時点で、責任無能力であっても、なお責任非難が可能であるというものであり、その主な論拠は、事前の努力により回避しえた禁止の錯誤の場合との対比である」とされるのである<sup>(23)</sup>。

これらの見解は、違法性の意識が可能、つまり、違法性の意識を欠如したことについて非難可能であれば、故意・過失による構成要件該当行為に対する責任非難が可能であるから、原因において自由な行為の場合においても、同じ責任能力の欠如について非難可能であれば、結果行為について完全な責任を問い得るとする。確かに、ドイツ刑法 20 条に規定されている「行為の遂行の際に」との文言とは異なり、わが国の責任能力規定である刑法 39 条は「心神喪失者の行為」、「心神耗弱者の行為」とだけしか規定していない。それ故、責任能力の存在は構成要件該当行為の時点において必要であるとは限らないとする解釈も考えられる。これは必ずしもわが国の刑法の文言に反しているとはいえない。しかしながら、責任能力の存在という事実とその不存在の回避可能性とを同様に扱うことはできないと思われる。また、行為時の故意に代えて、その事前

の可能性（過失）で足りるということもできない。つまり、問責の対象となる行為の時点において責任要素となる事実が現実中存在するということが必要であり、その存在の可能性で代替することはできないのである。これは、個別行為責任の原則の要請からである<sup>(24)</sup>。

このように、結果行為説は、原因行為説が抱えているとされる問題を克服し得るとして展開されているが、しかしながら、結果行為説を反駁しているというよりは、むしろ自ら理論構成に問題を抱えているといえる。さらに言えば、同説によれば、理論的な問題のみならず、実際の上の結論にも不具合を生じてしまうと考えられる。例えば、当初の意思決定が貫かれる形で結果故意が実行されているが、行為者が、自己が無能力状態にいたることを認識していなかった場合でも、原則の例外として完全な故意犯の刑事責任が認められることになる。實際上、西原博士も、このような結論を承認されている<sup>(25)</sup>。しかしながら、このような結論は不当ではなかろうか。例えば、行為者がXを殺害することを決意し、X宅に赴く途中で、自ら意図的でない激情のために心神喪失となり、その状況下でXを殺害したような場合について、行為者に殺害の故意が一貫して認められるとしても、それに完全な責任能力を認めて、殺人既遂罪とすることは問題ではなかろうか。それは、先行する完全責任能力状態下において、結果行為の意思決定が行われているとしても、または、犯罪の実行それ自体がその時点で回避可能であったとしても、それだけで犯罪の成立を認めることはできないということの意味している<sup>(26)</sup>。

### 第3章 最近の原因行為説の検討

以上のように、結果行為説による原因行為説に対する批判は、十分なものではない。その根本的な原因は、行為責任同時存在の原則を犠牲にし、その例外を承認する点にあると考えられる。やはり、原因行為説が立脚している同原則を維持する方向で議論を展開することに十分意義があるとする。最近の原因行為説の議論は、間接正犯類似説の着想を基礎として原因行為の構成要件該当性を判断する基準を正犯性判断に見出すこ

とによって展開されているが、この議論には二つの方向性がある。第一の見解は従来の間接正犯類似説を継承する見解である。本説によれば、従来、指摘されていた問題点は、この正犯性と因果性判断により十分克服可能と考えるものである。第二は遡及禁止論という見解である。本説によれば、原因において自由な行為の法的構成は、責任非難の遡及ではなく、構成要件該当行為の遡及によらなければならないとする基本的立場から、構成要件該当行為と構成要件の結果との間に構成要件該当性を備えた因果連関と責任連関を肯定し得る場合に、構成要件該当事実惹起について完全な責任をとることができるとする。この構成要件該当事実ないし構成要件該当行為が結果行為から原因行為にまで遡及し得る根拠付けとして「遡及禁止の原則」を掲げるものである。以下では、この新たな理論構成を検証し、間接正犯類似説とどちらが理論的優位性を担保し得るのかを探っていく。

例えば、山口教授によれば、「責任能力の問題を度外視すれば、通常、構成要件該当性が肯定されるのは、構成要件の結果とそれを直接惹起した結果行為との間だけであり、原因行為は既遂犯の構成要件外にある予備行為（あるいは予備行為ですらない行為）に過ぎないと解される。それは、構成要件の結果を完全な故意で直接惹起した行為が結果惹起を引き受けるべき行為であり、構成要件該当性は両者の間においてのみ肯定することが許され、その行為以前に遡及して結果惹起の刑事責任を追及することができなくなる（構成要件該当性判断の枠外にある）ことによるのである」。それ故、原因において自由な行為の状況において、構成要件該当行為が結果行為から原因行為にまで遡及し得るのは、心神喪失下で行われた結果行為について、それが構成要件の結果について完全な故意的な行為であるとしても、責任が欠如するために、遡及禁止原則が妥当しないことから構成要件該当行為の遡及が認められるとするのである。更に、故意の原因において自由な行為について、原因行為に構成要件の結果惹起の故意を肯定するには、構成要件の結果を惹起する点の予見と心神喪失状態で構成要件の結果を惹起する結果行為を行うという点の予見というような、いわゆる二重の故意論を要件とするのである<sup>(27)</sup>。本説の根底

に横たわっているのは、実行の着手は未遂の処罰時期を画する機能的概念として、実行の着手を必ずしも意味するものではなく、未遂は具体的危険性の発生を待って成立するという思考である。これは、未遂の危険を構成要件の結果の一態様として捉え、実行行為あるいは実行の着手と可罰的未遂の成立時期とを分離することによって、未遂成立と実行の着手の問題を回避している。また、心身耗弱下における本法理の適用については、心身耗弱下における結果行為により構成要件の結果を惹起した責任に、心身耗弱下における結果行為に対する関与により間接的に構成要件の結果を惹起した責任を併せて、完全な責任を問うことにより肯定できるとしている<sup>(28)</sup>。いずれにしても、遡及禁止原則によれば、結果行為時に責任が存在するかどうか、遡及可能か否かの判断基準になると考えられる。このような基準は、因果性の要件さえ満たせば、故意既遂犯の成立を認めることができるという点で簡明な解決方法を提供するであろう。

しかしながら、この本説には以下のような批判が投げかけられている。第一に、原因において自由な行為の成立について、客観的にも主観的にも中核的に役割を演じるとされる遡及禁止の原則は、そもそもその理論的根拠を何に置くのであろうか。また、そこから、同じ有責な行為でも、なぜ過失行為には遡及原則が働かず、故意の場合にはそれが肯定されるかが不明であるというものである<sup>(29)</sup>。第二に、この立場の基本的理解に対し、原因行為自体から結果行為に出る意思をもっていたというような、いわゆる意思連続型の場合に、飲酒をしなくても、やはり結果行為に出たであろうといい得ることから、原因行為と結果行為との間の条件関係の存在について疑問が提起されている<sup>(30)</sup>。この批判に対して山口教授は「行為者の結果惹起に向け、それを促進ないし推進する行為だけは全て除外して考える必要がある。それは、そのような行為を考慮することによって条件関係を否定するのでは、法益保護という刑法の目的に反する結果になってしまうからである」と反論している<sup>(31)</sup>。しかしながら、条件関係の判断は、事実に判断であるはずである。この場合に同判断自体の規範化がなぜ許容されるのか。この根拠が明らかではない<sup>(32)</sup>。仮に、根拠



が提示されたとしても、条件関係は、そもそもその行為から生じたその結果との一定関係を示す事実の世界の問題であることを看過してはならない。

本説の思考は、因果関係のみで違法性を肯定し、事後的に重い責任があると判定された者を特に重く処罰するというものであるが、これでは、従来の正犯性基準と比較して、かなりの処罰範囲の拡大をもたらすともいえよう<sup>(33) (34)</sup>。

## 第4章 結びにかえて

遡及禁止論の問題の中心は、結果的に、正犯性確定の限定を相当因果関係のみ依存させ、処罰限定機能に不安を抱えているということである。これに対し、間接正犯類似説は、故意犯の場合に、本法理をほとんど適用することができないというものであった<sup>(35)</sup>。この状況をどう考えるべきであろうか。間接正犯類似説は、原因行為に実行行為性を認める。それは、処罰規定の文言により、補足可能な事態かどうかという観点からの限定ということになる。構成要件の枠構造を重視し、罪刑法定主義の人権保障機能を強調する立場からは、このような帰結を必然的なものとすべきである。したがって、従来、間接正犯類似説が、故意犯における原因行為に直ちに実行行為性を承認することについて躊躇したことも、実際上の処罰限定機能と考えることができよう。いずれにしても最近の原因行為説が、正犯性と因果性によってこの点を明らかにしたことは評価すべきであろう<sup>(36)</sup>が、処罰限定機能の観点からして、間接正犯類似の構成によって本法理を明らかにしていくべきである。しかしながら、犯罪の遂行態様が常に規定の文言の文理的意味に制約されとすることはできないことは、現在、通常の認識であるし<sup>(37)</sup>、間接正犯、不作為犯、作為による不作為犯の場合などの現象を考えれば、それ自体構成要件の特徴を直接に示さない行為が処罰の対象となる場合は少なくないのも事実である<sup>(38)</sup>。この点に関する推敲は、今後の課題とさせていただくが、私は概念の抽象化の限界と拡張解釈の実体を明らかにし、正犯概念を構成して



いくことが鍵を握ると考えている。

その他、結果行為説から提起された、行為者が自己の心身耗弱状態を利用する場合にも若干触れておきたい。従来からの通説も自負するように、この場合、本法理の適用は困難とされてきた。しかしながら、この場合に刑の減軽を認めることは実質的に不当である。というのは、故意を有する原因行為の時点では、完全責任能力の状態にあり、自己を心身耗弱状態に陥らせ、相当因果関係の範囲内で最終結果が発生しているのであるから、その意味で、反対説の批判は妥当なものである。前述の大塚博士の見解は、間接正犯論における、いわゆる「身分のない故意ある道具」を利用する場合とパラレルに理解できるとして、自己の限定責任能力状態を利用する場合の原因行為に実行行為性を認めようとされた。しかしながら、この場合の原因行為を、非身分者のように刑法規範が向けられていない者を利用する行為と同一視することには無理がある。とするならば、いかに考えるべきであろうか。原因において自由な行為の場合には、犯罪の意思決定を行った行為者が、すでに犯罪への意思決定を行っている事後的な行為を通じて犯罪実現を図るのであり、他人を犯罪に誘致する場合と比較して、むしろ、結果行為への意思決定を原因行為者に帰することはより直接的であるといえるのではなかろうか。そればかりか、限定責任能力状態であれば、責任無能力状態と比較して、より事情に応じた行為をなし得る可能性が高く、より柔軟な対応が期待できる<sup>(39)</sup>。そういった意味で、限定責任能力者に対し、原因において自由な行為を適用することには、特に問題がないと考えるのである<sup>(40)</sup>。

## 【注】

- (1) 大判昭和 6 年 12 月 3 日刑集 10 巻 682 頁
- (2) 浅田和茂「責任」中義勝＝中川経夫＝中山研一編『刑法Ⅰ総論』（1984）169 頁以下、同「原因において自由な行為」中義勝先生古稀祝賀『刑法理論の探求』（1992）135 頁以下、同『刑事責任能力の研究下巻』（2000）105 頁以下「原因において自由な行為―全面否定説の展開―」現代刑事法 20 号（2000）42 頁以下等参照。なお、浅田教授は、本法理の適

用を否定はするが、教授の採用する基本的な犯罪論の枠内で対応しており、社会の処罰感情や責任能力規定の濫用の懸念を一切無視しているわけではないとしている。また、本法理の適用を否定し、立法的解決を主張するものとして、平川宗信「原因において自由な行為」『現代刑法講 第2巻 違法と責任』（1979）277頁以下、同「原因において自由な行為—否定説と立法的解決の提案—」現代刑事法20号（2000）36頁以下等参照。当然、本法理否定説の検討も必要不可欠であるが、他日を期することとさせていただく。

- (3) 岡上雅美「原因において自由な行為」法学教室277号（2003）87頁。
- (4) 山口厚「原因において自由な行為」法学教室191号（1996）46頁以下。他方、原因行為時の故意の存否については、判例は全体として慎重な態度も見せており、単なる危険の素質の認識では、例えば暴行の故意を認めていない。故意を否定したものとして、最判昭和26年1月17日刑集5巻1号20頁、部分的に肯定したものとして、大阪地判昭和51年3月4日判時822号109頁など。山口「原因において自由な行為」芝原邦爾編『刑法の基本判例』（1988）36頁以下参照。
- (5) 団藤重光「刑法綱要総論」〔第3版〕（1990）160頁以下参照、同「自ら招いた精神障害」植松博士還暦祝賀『刑法と科学・法律編』（1971）227頁以下等参照。
- (6) 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』」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第二巻』（1984）387頁。
- (7) 大塚仁『刑法概説（総論）』〔第4版〕（2008）167頁以下。
- (8) 大塚『刑法概説』164頁以下参照、同『犯罪論の基本問題』（1983）109頁以下参照。
- (9) 内藤謙『刑法講義（下）Ⅰ』（1991）870頁以下参照、福田平『全訂刑法総論〔第4版〕』（2004）197頁註九、大谷實『刑法講義総論〔新版2版〕』（2007）335頁註参照、香川達夫『刑法講義 総論』〔第3版〕（1995）228頁註14等。
- (10) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ 総論』（1974）233頁。
- (11) 日高義博「原因において自由な行為の理論的枠組みについて」『団藤重

- 光博士古稀祝賀論文集 第二巻』(1984) 232 頁。
- (12) 丸山治「原因において自由な行為に関する一考察 (一)」北海学園法学研究第 18 巻第 1 号 10 頁 (7)、同『『原因において自由な行為』小考』『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(2002) 159 頁。
- (13) 植松『再訂刑法概論 I 総論』391 頁。
- (14) 団藤「自ら招いた精神障害」植松還暦 231、232 頁。
- (15) 岡上「原因において自由な行為」88 頁以下。
- (16) 佐伯千仞「原因において自由なる行為」日本刑法学会編『刑事法講座第 2 巻』(1952) 295 頁以下、同『刑法総論〔第 4 版〕』(1984) 235 頁以下、同「原因において自由なる行為」『刑法における違法性の理論』(1974) 322 頁以下参照。
- (17) 佐伯博士は、その他にも窃盗などの初犯者にも度々見られると指摘されている。佐伯「原因において自由なる行為」日本刑法学会編『刑事法講座第 2 巻』(1952) 308 頁以下、同「原因において自由なる行為」『刑法における違法性の理論』(1974) 322 頁以下参照。
- (18) 西原春夫「責任能力の存在時期」佐伯博士還暦祝賀『犯罪と刑罰 (上)』(1968) 404 頁以下参照、同「責任能力の存在時期」『犯罪実行行為論』(1998) 156 頁以下等参照。なお、同旨として、川端博「原因において自由な行為」藤木英雄編『刑法の争点』(1977) 69 頁、同『刑法総論講義〔第 2 版〕』(2006) 413 頁等。
- (19) 西原「原因において自由な行為についての再論」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第二巻』(1984) 29 頁、同『犯罪実行行為論』(1998) 156 頁以下参照。
- (20) 平川宗信「原因において自由な行為」284 頁、丸山「原因において自由な行為に関する一考察 (一)」16 頁。
- (21) 山口厚「原因において自由な行為」山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(2001) 141 頁。
- (22) 中空壽雅「原因において自由な行為の法理の検討 (3・完)」早稲田大学大学院法研論集 54 号 240 頁。
- (23) 安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について (2・

- 完)」法学論叢 142 巻 2 号 41 頁以下、同「刑事責任能力判断の本質とその判断」（2006）56 頁以下。
- (24) 山口『問題探求刑法総論』193 頁以下、同「原因において自由な行為」『理論刑法学の最前線』148 頁以下参照。
- (25) 西原「責任能力の存在時期」420 頁。
- (26) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005）333 頁、林（美）『情動行動と責任能力』（1991）190 頁以下参照。
- (27) 山口「原因において自由な行為」『理論刑法学の最前線』（2001）148 頁、同「原因において自由な行為—遡及禁止論の立場から」現代刑事法 20 号（2000）33 頁、同『問題探求刑法総論』（1998）198 頁以下、同「『原因において自由な行為』について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第二巻』（1984）162 頁以下参照。なお、山口教授は、現在、見解を一部変更している。すなわち、結果行為に結果惹起についての故意が欠ける事例において故意犯の罪責を問うためには、構成要件モデルに基づき原因行為による、結果行為を介した構成要件的结果惹起支配が問題となるとし、他方で結果行為に故意が認められる事例については、例外モデルを採用するとしている。山口厚「実行行為と責任非難」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2007）218 頁以下参照。
- (28) 山口「原因において自由な行為」『理論刑法学の最前線』145 頁以下参照、特に 146 頁註（17）、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975）303 頁参照。
- (29) 中空壽雅「『責任能力と行為の同時存在の原則』の意義について」刑法雑誌 45 巻 3 号（2006）389 頁。
- (30) 町野朔「『原因において自由な行為』の整理・整頓」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（1998）360 頁、364 頁参照。
- (31) 山口「原因において自由な行為」『理論刑法学の最前線』147 頁。同旨、内藤『刑法講義（下）Ⅰ』（1991）880 頁以下、886 頁。
- (32) 宮崎英生「原因において自由な行為」曾根威彦、松原芳博編『重点課題刑法総論』（2008）130 頁。
- (33) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005）337 頁以下。
- (34) 第二の問題点に対処するため、原因行為と結果行為との因果関係につい

て、他人の行為の介在が問題となる共犯の場合には、意思の支配、林幹人「原因において自由な行為」『刑法の基礎理論』(1995) 145 頁参照、あるいは意味連関、町野『『原因において自由な行為』の整理・整頓』360 頁、364 頁参照、が重要であるという立場を前提に、行為者の行為が介在する原因において自由な行為の事例においても同様の心理的連関を要求することが重要であるという主張がなされている。例えば、町野教授によれば、「自己の結果行為を介して結果を発生させた場合の原因行為の因果性は、・・・原因行為による意思支配が結果行為に及ぶことによって結果を生ぜしめたという関係によって与えられ、「これは心理的因果性的一种であるということができる」とされる。そして、「・・・同一の行為主体が複数の行為を行う」原因において自由な行為「の場合には第一の行為（原因行為）意思が第二の行為（結果行為）意思を心理的に支配したという関係が必要であり、かつこれで足りる」。「原因行為の正犯性は、構成要件該当結果の存在に対して原因行為が果たした重要性によって決定される」。「これは、共犯における因果性が、関与者間の意思の疎通によって存在し、結果に対する影響の型によって教唆、幫助、共同正犯（広義の共犯）という共犯行為が存在するのと平行な関係にあるといえよう」というものである。しかしながら、正犯の問題とされる状況において、共犯の因果性を持ち出すことによって問題を解決するということには、反対が強い。山口「原因において自由な行為」『理論刑法学の最前線』145 頁以下参照、特に 146 頁註 (17)。

- (35) 団藤「刑法綱要総論」〔第 3 版〕(1990) 163 頁。
- (36) 井田『刑法総論の理論構造』(2005) 337 頁以下。
- (37) 町野『『原因において自由な行為』の整理・整頓』(1998) 346 頁。
- (38) 例えば、井田良「生命維持装置の限界と刑法」法曹時報 51 巻 2 号 16 頁以下参照。
- (39) 日高「原因において自由な行為の理論の理論的枠組みについて」234 頁、井田『刑法総論の理論構造』(2005) 342 頁以下。
- (40) 更に、本法理における実行の着手時期の問題について、従来の通説は、既に述べたように、原因行為説に認めるのが主流であったが、現在では、

故意的な「原因において自由な行為」について（秋山栄一）

場合によっては、結果行為時にも認められることがあるとする、いわば折衷的な理解が多々みられる。平野『刑法総論Ⅱ』（1975）301頁、山口『「原因において自由な行為」について』（1984）162頁以下、内藤『刑法講義 総論（下）Ⅰ』（1991）880頁以下、井田『刑法総論の理論構造』（2005）333頁等多数、それぞれ参照。この点に対しても、あらためて今後の課題としたい。

（あきやま・えいいち ノースアジア大学法学部准教授）