HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	犯罪論における同時存在原則について（3）
Author(s)	瀬川, 行太
Citation	北大法学論集, 68(2), 216[1]-174[43]
Issue Date	2017-07-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/66912
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_vol68no2_03.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

犯罪論における同時存在原則について（3）

瀬　川　行　太

目　　次

序章
　1　責任能力・故意と同時存在原則
　2　犯罪構成要素と同時存在原則
　3　本稿の視点

第一章　ドイツにおける同時存在原則
　第一節　問題の所在
　第二節　学説
　　1　同時性原理・連関性原理から説明する見解
　　2　形式的同時性・規範的同時性に分類して説明する見解
　　3　検討
　第三節　非同時的事例の分類
　　1　前・答責性グループ
　　2　補足的グループ
　　3　内在的グループ
　　4　検討
　第四節　小括　　（以上、67巻３号）

第二章　故意犯と原因において自由な行為
　第一節　問題の所在
　第二節　原因において自由な行為
　　1　判例
　　①我が国の判例

②ドイツの判例
２　学説
①例外モデル
②構成要件モデル
３　私見
４　私見と判例の関係
第三節　実行行為途中からの責任能力の低下
１　問題の所在
２　判例
①我が国の判例
②ドイツの判例
３　検討
４　私見
第四節　小括　（以上、67巻４号）

第三章　過失犯と原因において自由な行為・違法性の意識の可能性
第一節　問題の所在
第二節　原因において自由な行為
１　判例
①我が国の判例
②ドイツの判例
２　学説
①原因において自由な行為は不要であるとする見解
②原因において自由な行為は必要であり、構成要件モデルの立場に立脚する見解
③原因において自由な行為は必要であり、例外モデルの立場に立脚する見解
３　検討・私見
第三節　違法性の意識の可能性
１　問題の所在
２　判例
３　学説
①間接的行為責任論を主張する見解
②故意責任を二種類に分ける見解
４　検討
第四節　小括　（以上、本号）

第四章　自招防衛・自招危難
第五章　遅すぎた結果発生・早すぎた結果発生・事後的な故意の発生
終章

第三章　過失犯と原因において自由な行為・違法性の意識の可能性

第一節　問題の所在

本章では、「過失犯と原因において自由な行為」と「違法性の意識の可能性」を扱う。「過失犯と原因において自由な行為」において、いかなる同時存在原則が妥当するのか。また、故意犯における原因において自由な行為の場合と比較して、妥当する同時存在原則に違いはあるのか。近時、過失犯では、原因において自由な行為という概念は不要であるとの主張[1]もなされているが、このような主張と同時存在原則はどのような関係にあるのか。これらの問題が、本章の第一の検討課題である。

他方で、違法性の意識の可能性においては、同時存在原則との関係で、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如しているが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在した場合に、犯罪の成立を認めることができるかということが指摘[2]されている。そこで、このようなケースがどのような場合なのか、そして同時存在原則とはいかなる関係にあるのかついて扱うことにする。これが本章の第二の検討課題である。

第二節　原因において自由な行為

1　判例

①我が国の判例

[1] 例えば、丸山治「判批」刑法判例百選Ⅰ［第７版］（有斐閣、2014年）77頁、成瀬幸典「判批」刑法判例百選Ⅰ［第６版］（有斐閣、2008年）73頁。

[2] このような指摘をするものとして、松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿論文集』（成文堂、2011年）261頁以下。

我が国の判例をみてみると、「原因において自由な行為」という法概念を明示しているものも散見されるが、多くは原因行為時の客観的注意義務違反を問題にしており、「原因において自由な行為」という言葉を用いてはいない。（以下、下線部は筆者による）

「原因において自由な行為」という言葉を判旨で用いている判例として、以下のものが挙げられる。例えば、京都地判昭和31・７・５裁時213号５頁では、「併しながら仮令心神喪失中の犯行であっても行為者が酩酊すれば酩酊の極弁識能力を失い他人に暴行を加える習癖を利用する意図の下に自ら求めて飲酒酩酊して心神喪失の状態を引起し犯罪を行う場合は刑法学上所謂原因において自由な行為として刑事責任を免れない。」と判示している[3]。

大阪高判昭和32・11・１高刑裁特４巻22号585頁では、「その違法な結果を発生させたのは被告人が心神喪失の状態下において刃物を持ったまま被害者と掴み合いをしたという被告人の挙動にあることにはちがいない。そして、その心神喪失の状態は被告人自らの過失によって招いたものであるから、被告人の過失と傷害の結果とは所論のように無干係なものではない。被告人の不注意による過度の飲酒、刃物携行と被害者との格闘傷害、死の結果との発生の間には外部的因果干係は存在する。本件は原因において自由な行為に過失を問い、被告人の過度の飲酒と刃物携行に責任非難を向けるのであるから所論のように被告人の殺傷行為自体に故意ないしは過失を必要とするものではないのである」と判示し、被告人に重過失致死罪の成立を認めた。

また、大阪高判昭和35・４・15下刑集２巻３・４号363頁では、「ところで、心神喪失者の行為は処罰の対象とならないことは刑法第三九条第一項に明定されているとおりであるが、かかる状態に陥れば刑罰に触れる行為により他人に害悪を及ぼす習癖があることを自覚する者が、これを利用する意図を有し又は不注意にも自制を怠りかかる状態を招来し、よつて他人に害悪を及ぼす等の結果を発生させたときには、いわゆる原

[3] 但し、本件では、「被告人が犯行後、被害者に謝罪し治療費等を負担して示談が成立した」ことから、被告人に過失傷害罪は成立せず、無罪の判決が言い渡されている。

因において自由な行為がある場合として、その結果に対し故意又は過失の責任を免れないと解すべきことは刑法上疑を存しない・・被告人はかねてから酒に酔うと短気粗暴になり、過度に飲酒すると心神喪失又はこれに近い状態に陥り他人に暴行、傷害の害悪を加える習癖のあることを自覚していたのであるからみずから飲酒を制限又は抑止し、酩酊のため心神喪失の状態に陥り、他人に対し右害悪を加えるに至ることを防止する義務があることは明らかであり・・本件当日自宅において焼酎二合を飲み、ひき続き旅館柳荘において友人と清酒約二合五勺を飲み、更にバー朝日亭においてウイスキー・ジンフィズ等を相当量飲み続けて泥酔したのは、まさに著るしく前記注意義務を怠った事に該当し、被告人は判示結果に対し重大な過失責任を問わるべき」と判示し、被告人に重過失傷害罪の成立を認めた。

加えて、東京高判昭和41・３・30判タ191号200頁では、「被告人は以前から酒癖が悪く、酒に酔うと短気粗暴になって・・しばしば乱暴な行為に及ぶことは十分自覚していたことが認められるのであって・・被告人は本件犯行の日の夕方仕事の帰りに五反田付近で清酒約一合を飲み、次いで新宿で清酒約二合を飲んだのち飯場に帰ってさらに隣室の佐々木圭二方で原判示のように清酒約五合を飲んだのであるから、佐々木方で酒を飲む際には、これ以上飲むとあるいは酒に酔った上で他人に対し乱暴をし、その結果生命、身体に対して危害を加える虞があるということを予見して飲酒を適量に慎むべきであり、またそのように予見することは一般人にとっても被告人自身にとっても十分可能であったと判断される。ことに、その飲酒した場所の隣室が被告人方の居室で、そこには二人の幼児が寝ており、妻が勤めて不在であることは被告人によくわかっていたのであるし、従来も酒に酔うと自宅で乱暴することが特に多かったというのであるから、飲酒のうえ自然に戻って子供に乱暴を働くことも容易に予想できることで、その場合には生命にも危険を及ぼすおそれがあることは当然考えられるところである。それゆえに、このような状況のもとでさらに約五合の酒を飲み、その結果前記のように幼児を死に致した被告人には、その死の結果につき過失責任が十分認められるといわなければならない。被告人がそれまでに飲酒した場合つねに必ず乱暴をしたわけではないにしても、そのことは右過失責任を否定するもので

はない。なお、論旨は原判決がいわゆる原因において自由な行為の理論を不当に適用したとしてこれを非難しているようにもみえるが、本件において原判決が刑法第211条後段を適用したのは、要するにその事実が右の規定に該当すると解せられるからであって、なんら罪刑法定主義に反するものではなく、また被害者を死に致すについて過失があつたとしているのであるから、なんら責任主義に反するところもないのである」と判示している。

他方で、多くの判例は、「原因において自由な行為」という言葉を用いておらず、原因行為時の客観的注意義務違反を問題にしている[4]。例えば、第二章でも言及した最大判昭和26・１・17刑集５巻１号20頁では、「多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因って心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす素質を有する者は居常右心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する等前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務あるものといわねばならない。しからば、たとえ原判決認定のように、本件殺人の所為は被告人の心神喪失時の所為であったとしても、被告人にして既に前示のような己れの素質を自覚していたものであり且つ本件事前の飲酒につき前示注意義務を怠ったがためであるとするならば、被告人は過失致死の罪責を免れ得ないものといわねばならない。」と判示し、被告人に過失致死罪の成立を認めた。

また、病的酩酊による過失致死罪を認めたものとして、京都地判昭和32・６・５判時116号26頁では、「元来被告人はいわゆる酒癖が悪く、清酒三合以上を飲用するときは、病的酩酊に陥りその心神喪失下において他人に暴行を加え、その生命、身体、財産等に危害を及ぼす危険ある素質を有し、みずからもその素質を自覚して再度の断酒を試みていたものである。およそ、このような酒癖あることを自覚するものは右の原因となる飲酒を避け、或は適量以上飲用することを抑止制限し、又飲酒した際は刃物類等の殺傷器具を身辺から遠ざけ或はそのような器具を携帯し

[4] もっとも、後述の京都地判昭和32・６・５判時116号26頁、大阪地判昭和30・３・５判時46号29頁、京都地舞鶴支判昭和51・12・８判時958号135頁の、それぞれの判例時報の解説では、原因において自由な行為の理論の適用が問題になることが指摘されている。

て人の往来する場所を徘徊することのないようにする等十分配慮し、もつて危害の発生を未然に防ぐべき注意義務があるにかかわらず被告人はこれを著しく怠り・・もつて重大な過失により人を死に至らしめたものである」と判示されている。同様に、東京地判昭和34・10・20判時207号16頁では、「被告人は、元来体質的に酒に対する耐性が強く、大酒によって病的酩酊に陥り、異常な意識変調、激しい運動興奮を呈し、甚しいときは病的酩酊の結果心神耗弱乃至心神喪失の状態において他人の生命、身体、財産等に害悪を及ぼす危険ある行動に出る素質を有し・・かかる素質を有し、これを自覚する者は平素飲酒を抑止し又は制限する等右危険を未然に防止すべき注意義務があるにも拘らず、被告人は著しくこれを怠り・・然るに本件においては、被告人は前記の如き素質を有し、しかもこれを自覚していながら何ら慎むことなく自ら求めて多量のウイスキー、日本酒を飲み、その結果病的酩酊に陥り心神喪失の状態において・・犯行に及んでいるのであるから、右素質に基づく危険発生の防止につき要求されるべき注意義務を著しく怠ったものといわなければならない」と判示されている。

薬剤の作用による重過失致死傷罪を認めたものとしては、以下が挙げられる。大阪地判昭和30・３・５判時46号29頁では、「被告人は昭和25年頃より覚せい剤を慣用し、昭和27年頃より覚せい剤中毒性精神障害（幻覚妄想状態）を生じ・・被告人は当時右中毒症が既に治癒し自己の行動を規制し得る状態にあり、前記の経緯からして覚せい剤を使用すれば容易に中毒して精神錯乱し他人に暴行する習癖を有することを自覚していたものであるから、斯る場合被告人は自戒して覚せい剤の使用を断ち、覚せい剤使用に基づく中毒性精神錯乱による暴行傷害等の危険発生を未然に防止すべき法律上の注意義務があるのに拘らず、右無断退院後間もなく該注意義務を怠った重大な過失に因り覚せい剤の使用をはじめたため覚せい剤中毒により心神喪失の状態に陥り、・・同女に対し全治約二ヶ月を要する頭蓋骨折等の傷害を蒙らしめたものである」と判示されている。

また、横浜地判昭和49・８・７判時760号114頁では、「『シンナー』の吸引は、厳重にこれをやめるべき注意義務があるものと言えるところ、・・被告人はシンナーの酩酊中毒による心神喪失の状態において、

実母を死亡させるに至ったものであることは、判示認定のとおり、明らかであるが・・心神喪失を招来するに至った原因において、注意義務違反の事実ありと認め、本件のように重過失致死罪の刑事責任を負わすことは、いささかも罪刑法定主義に反するものではない・・およそ飲酒そのものは、何人にも許容されている社会の習俗であるから、たとえ、飲酒により酩酊し、あるいは病的酩酊に陥ることが予測される場合であっても、過失の程度の比較考量にさいして、飲酒による場合とシンナー吸引による場合とを軽軽しく同一に論断することはできないと解すべきである」と判示され、京都地舞鶴支判昭51・12・８判時958号135頁では、「被告人は、覚せい剤を多量に使用すると幻覚・妄想に支配されて暴力的行動を振舞う習癖を有するに至り、被告人もこれを覚知していたのであるから、このような場合、被告人は自戒して覚せい剤の多量の使用を抑止し、覚せい剤使用に基づく中毒性精神障害による暴行・傷害等の危険の発生を未然に防止すべき注意義務があるのに、これを怠り、昭和48年２月23日午後11時ころから翌24日午前５時ころまでの間、３、４回にわたり、前記転居先の自宅において多量の覚せい剤粉末を水に溶かして自己の身体に注射して使用した重大な過失により、覚せい剤中毒性精神性障害に罹患し、幻覚妄想の圧倒的支配下にある心神喪失状態に陥り・・就寝中の同女の腹部、背部、後頭部等を突き刺し、切りつけ、よって同女をして、間もなく同所において、失血死するに至らせ・・・昭和48年２月23日午後11時ころから翌24日午前５時ころまでの間、３、４回にわたり覚せい剤の注射をしたさい、前記状態のもとで故意犯である殺人ないし傷害致死の犯行を実行すること、を認容していたとは認められないから、殺人罪はもとより傷害致死罪も成立しない。結局、本件については、判示のとおり重過失致死罪が成立するにとどまるというべきである」と判示されている。

このように見てくると、我が国の判例では、「原因において自由な行為」という言葉を用いている判例と、用いていない判例が混在している。しかし、両判例共に、原因行為時の「客観的注意義務違反」を問題にしている[5]ことに鑑みれば、「原因において自由な行為」に依拠する判例と、

[5] 但し、判例が、原因行為に実行行為を認めているのか、それとも結果行為を

依拠しない判例との間で、大きな違いは見られないともいえる。

②ドイツの判例[6]

BGHSt2,14は、酩酊状態に陥ると他者に暴行を加える傾向がある被告人が、酩酊し他人に暴行を加えた事案で過失傷害罪（旧刑法230条）と完全酩酊罪（旧刑法330条a）の成立（両罪は観念的競合の関係）を認めた事案である。BGHは、「刑法330条aの意義と目的は、間隙を埋めることである。この規定は、刑法51条1項に従って、自己の酩酊行為に対して責任を負わない、完全酩酊状態にある行為者を、種類の異なる刑法的責任を理由として処罰することを可能にする。しかしながら、酩酊状態で一定の犯罪行為を遂行する意図で、行為者が自らを酩酊状態に陥れ、酩酊状態で侵害行為を遂行した場合（いわゆる、故意犯の形態のAlic）には、刑法330条a（完全酩酊罪）の基本思想に従えば、刑法330条aが適用される余地はない。なぜならば、行為者は、酩酊しているにも関わらず、自己の行為に対して責任があるからである。これは、本事案に対しては以下の事を意味する。それは、被告人が、酩酊状態で遂行した危険傷害罪を理由として、Alicにより刑法230条で処罰される場合には、刑法330条aは適用できないということである。これは、本件では排除される。行為者が、自分が完全酩酊状態で傷害罪を遂行し得る可能性があり、他者に対して自然的故意で暴行を加える可能性があることを不注意にも考えなかった場合には、別の事が妥当する。行為者は、刑法330条aに依拠せずに、Alicによる過失傷害罪のみを理由として処罰されることも可能であろう。しかしながら、刑法330条aの基本思想は、仮に行為者が別の刑法的責任を負うとしても、酩酊行為に対して行為者に責任を負わせるものである。このことから、刑法330条aは刑法230条に劣後しないということが生じる。この帰結の正当性は、以下の考慮を示

実行行為とした上で、原因行為に過失非難を認めているのかは不明である。

[6] 本稿で扱うドイツの判例を検討したものとして、杉本一敏「『過失犯において原因において自由な行為の理論は不要である』という命題について」Law&Practice No5 (2011年) 257頁以下、本間一也「過失犯と原因において自由な行為」『小暮得雄先生古稀記念論文集』（信山社、2005年）133頁以下。

す。BGH の判例に従えば、刑法330条 a は、行為者が、帰属能力を排除する酩酊へと自らを有責に陥れたという行為者の内的な行為側面を前提としている。それに対して、刑法330条 a を認めるために、行為者は、自分が、酩酊状態で、いかなる犯罪行為の傾向があるかを知る必要はないのである。行為者が完全酩酊状態で犯罪行為を遂行した場合には、有責な節度の欠如だけが、刑法330条 a の適用へと至らせるのである。本件事案のように、酩酊状態下での行為が危険な傷害罪である場合には、行為者は５年以下の懲役で処罰される。行為者が有責に酔っていただけでなく、更に、自分が酩酊状態で傷害罪を遂行する可能性があることを不注意にも考えなかった場合には、行為者は疑いなく、刑法330条 a の適用に必要な責任よりも、高い責任を負うのである。それにも関わらず、この規定が、本件事案に対して刑法330条 a の適用を排除するという解釈を取るならば、行為者は刑法230条に従って３年以下の懲役でのみ処罰可能になる。しかし、これは妥当ではないのである・・行為者が Alic の観点から過失傷害罪を理由として可罰的である場合には、刑法230条の適用は、酩酊状態で故意的傷害を遂行した行為者の違法並びに責任をくみつくすものではない。それゆえに、刑法230条・刑法330条 a の２つの規定による処罰が、法律に合致するのである[7]」と判示した。

BGHSt40,341は、過去にオートバイ事故で脳挫傷を負い、その結果としててんかん性の発作を有していた被告人は、担当医の１人から２年間発作が発生しない限りは、被告人は自動車を運転してはならないと忠告されていたが、被告人は自動車の運転を行い、ルードヴィヒベルクでの休憩後に、再び運転を開始した際に発作が生じ、右足が痙攣して意識が朦朧とした状態になり、運転している自動車のアクセルペダルを踏み込んだままの状態になったことから、被告人が運転する自動車は横断歩道を渡っている歩行者集団に突っ込み、その後も自動車は止まらずに、更に４人の歩行者も巻き込み、結果として、被告人の自動車に同乗してい

[7] 本件では、過失傷害罪（旧刑法230条）と完全酩酊罪（旧刑法330条 a）の関係が問題になっており、判旨もこの点を中心に書かれているため、「原因において自由な行為」を適用して過失傷害罪を認める点については、詳しく述べられていない。

た妻と息子を含めた14人に対する傷害と１人に対する死亡を引き起こした事案である。BGH は、「被告人が過失致死罪、過失傷害罪の構成要件を違法に実現した事と、発作開始後の直接の事故時に、被告人には意思に合致した制御や支配可能性が欠けるために、刑法的行為が欠けていたという事とは、過失致死罪と過失傷害罪の非難に関する限り、矛盾しないのである。過失非難の対象を構成する行為は、被告人が、ルードヴィヒベルグでの休憩後に、運転を開始したことの中に存在する。被告人の、運転手としての道路交通への関与は、彼の発作及び発作の頻発性及び強度に鑑みれば、他の交通関与者の生命と健康に対して必要な注意を欠く行為である。過失非難の対象を休憩後の運転開始行為（なお、この行為により、１人の歩行者の死亡と、14人の歩行者の傷害が惹起されたが）に結びつけることは、過失結果犯の特性上、正当化される。原審が用いた Alic という法概念への依拠は必要ないのである。上告は、この法概念（Alic）およびその適用に反論しているが、Alic という法概念に依拠する必要がない以上、被告人の上告に対する疑念は存在しない。」と述べて、被告人に過失致死罪（222条）・過失傷害罪（230条）を認めた。ここでは、「原因において自由な行為」という法概念に依拠する必要はないことが述べられている。

BGHSt42,235は、酩酊運転を理由として有効な免許証を有していないデンマーク国籍の被告人が、オランダへの入国後に5ℓのビール及び多量の焼酎を飲んだ後に、ドイツ国境に向かってライトバンで走行し、このころには被告人は著しく酩酊していたが、国境通過地点に到着したところで、少なくとも時速70キロメートルで検問所に突っ込んで、右車線に停車していた乗用車の後方部左側に、自車の前方部右側を衝突させ、その際に２人の国境警備員を轢いて死亡させた事案である。BGH は、「刑法222条によれば、運転走行により過失的に他人の死を惹起したものは、可罰的である。被告人は、いまだ宿泊する場所を見つけておらず、それゆえに引き続いて道路交通での運転を考慮しなければならなかったにも関わらず、アルコールを飲んで自らを酩酊状態に陥れることにより、２人の国境警備員の死亡を、予見可能かつ回避可能な方法で惹起した。被告人は、既に２回の酩酊走行の際に車道から逸れているだけに、他者の傷害並びに死亡結果を伴う事故の危険は被告人にとって、よりいっそ

う予見可能であった。被告人が行為遂行の際に責任無能力であったという明白な根拠は、存在しない。それゆえに、原審は正当な点から出発している。原審の認定によれば、被告人が、殺害行為の際に、つまり国境付近での事故の際に、アルコール摂取を理由として、被告人は刑法20条の責任無能力状態であったという事と、過失致死罪で被告人を処罰することは矛盾するものではない。但し、その際に、原審の見解には反するが、Alic という法概念に依拠する必要はないのである。刑法的非難の対象は、刑法222条では、他の過失結果犯と同様に、構成要件該当結果に関する、行為者のあらゆる注意義務違反行為なのである。このような理由から、『引き続いての酩酊走行の認識可能な危険にも関わらず、注意義務違反としての複数の行為が問題になる場合』には、時間的に前の行為に過失非難を結びつけることに対する疑念は存在しないのである。そして時間的に前の行為時には、事後的な行為時とは異なり、行為者に対して有責に非難がなされることが可能である。」として、被告人に過失致死罪（刑法222条）の成立を認めた[8]。ここでも、原因において自由な

[8] 更に判旨では、単純行為犯には Alic を適用できない事が、以下の様に述べられている。

「アルコール摂取により責任無能力へと至った場合に、既に酩酊行為が本来の構成要件該当行為を示しているという論理では、道路交通危殆化及び無免許運転に Alic を適用することはできない。構成要件モデルが基礎に置いている見解は、『酩酊行為が、既に計画された行為の遂行である』というものであるが、これは他の犯罪には妥当するが、本件には適用することはできない。刑法315条 c（道路交通危殆化）・刑法316条（酩酊運転）・道交法21条（無免許運転）では、特定の行為を禁止しているのであり、行為と分離された結果として把握することはできない。これは、故意的違反だけでなく、過失的違反に対しても妥当する。刑法315条 c 及び道交法21条は、行為者が運転することを前提としている。乗り物を運転することは、何かの動作を開始することと同視すべきではない。行為者が、すぐに運転する意図で、エンジンをかけてライトをつけることでは十分ではないのである。ましてや、行為の法的記述に従って、時間的に先行する行為に拡大することは排除されなければならない。出発準備完了で自ら酩酊することの中に、未だ酩酊走行の開始は存在しないのである。Alic を間接正犯の形態として理解する場合にも、酩酊走行と道路交通の危殆化に Alic を適用することはできない。間接正犯モデルに対する根本的な疑念は置いておくとし

行為という法概念に依拠する必要がないことが述べられている。

このように、ドイツの判例では、BGHSt 2,14では「原因において自由な行為」という法概念を用いているが、それ以降の判例である、BGHSt40,341、BGHSt42,235では「原因において自由な行為」という法概念に依拠する必要がないことが述べられている。

2　学説

我が国の学説は、故意犯と原因において自由な行為との関係に重点が置かれていて、過失犯との関係については詳細に論じられていないのが現状である。そこで、ドイツの学説を検討することにする。ドイツの学説は、過失犯においては、「原因において自由な行為」は不要であるという見解[9]、「原因において自由な行為」は必要であるとした上で、構成要件モデルに立脚する見解[10]、「原因において自由な行為」は必要であるとした上で、例外モデルに立脚する見解[11]が存在する。以下、これらの見解を順次紹介する。

①原因において自由な行為は不要であるとする見解

ても、間接正犯モデルによれば、結局のところ、構成要件該当行為は酩酊行為である。しかし、行為者が酩酊することによって、行為者は乗り物を運転していないのである。同様の考慮から、Alic を、行為者が行為の遂行のために自らを道具として利用する間接正犯の特殊形態として把握する場合においても、Alic を道路交通の危殆化や酩酊運転に適用することはできないのである。この間接正犯モデルに対する根本的疑念は措くとしても、このモデルに従えば、構成要件該当行為は行為者自らの酩酊行為となるが、上で述べたように、酩酊行為と運転行為を同視することはできないのである。」

[9] Heinz Schöch,in：Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar 12 Aufl. § 20.RN206. Claus Roxin, Bemerkungen zur actio libera in causa, Festschrift für Karl Lackner, 1987, S.312f. Ingeborg Puppe, Grundzüge der actio libera in causa, JuS, 1980, S.350f.

[10] Detlev Sternberg-Lieben, Grenzen fahrlässiger actio libera in causa, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S.223f.

[11] Joachim Hruschka, Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten, JZ, 1997, S.25f.

シェッヒ[12]は、「過失致死や過失傷害を処罰するにあたっては、Alicという法概念は不要である。なぜならば、構成要件該当結果に対するあらゆる行為者の注意義務違反行為が、過失責任に対する結合点なのであり、引き続いて酩酊走行する明白な危険が存在するにも関わらず自ら酩酊することも、また、過失責任に対する結合点なのである。このことは、道路交通に対してだけでなく、過失結果犯に対しても妥当する。それゆえに、過失犯の原因において自由な行為は、過失の Alic という構造を不要にさせる、通常の過失の特殊形態と呼ぶことが出来るのである」と主張する。

ロクシン[13]は、「過失犯の Alic が問題になる通常ケースは、構成要件モデルに対して、理論構成上の困難さをもたらさないことから、我々は、なぜ通常の過失犯の代わりに過失犯の Alic を論じるのかという問題を既に提示していた。事実、過失犯の Alic の論理は、通常の客観的構成要件の帰属の規定に従っている。例えば、行為者が以後に自制のきかない状態で構成要件該当結果を惹起した場合、行為者は自ら酩酊することにより、帰属可能な方法で実現された許されざる危険を創出している。過失犯の Alic で、過失行為と結果が時間的に分離することは、多くの他の過失結果犯にも妥当することである。過失犯の原因において自由な行為と、通常の過失犯との間の唯一の相違は、過失行為と結果の間に行為者の責任無能力行為が介在するか否かである。しかし、この相違は、現象上の相違であり、法的構成に違いをもたらすものではない。」と述べて、過失犯の原因において自由な行為の問題は、過失犯一般の問題に解消すべきことを主張している。

プッペ[14]も、「過失犯の Alic は、ほとんど問題ではない。過失犯においては、予備と実行の着手の区別が存在しない。構成要件該当行為は、理論上は、結果と因果連関を有する限りで前倒しすることができる。故意犯の Alic においては多くの困難さをもたらす、構成要件実現に関する行為者の主観的関連性も、過失行為に対しては不要である。自らの酩

[12] Schöch, a.a.O. (Fn9), RN206.

[13] Roxin, a.a.O. (Fn9), S.312f.

[14] Puppe, a.a.O. (Fn9), S.350f.

酊が結果に対して因果性を有することを確定することは、故意犯の場合以上に、問題を生じない。なぜならば、過失犯では、行為者の不法な意思決定が問題になっているのではなく、意図しない行為者の能力不全や軽率さが問題になっているからである。意図しない行為者の能力不全や軽率さは、酩酊並びに責任無能力状態の典型的な付随現象である。過失犯の Alic での注意義務違反は、行為者は、自らを法秩序から期待されうる要求に応えることができない状態にしてはならないという、一般的に是認された義務に基づいている。法秩序からの要求に応えることができない状態の発生に関して、並びに、行為者に対して向けられる要求に関して、客観的な予見可能性が存在しなければならない。過失犯の Alic の前提条件である、行為者に対して向けられる要求[15]が欠ける場合には、旧刑法330条 a（完全酩酊罪）を過失的に満たすことだけが、なお問題になる。法秩序からの要求に応えることができない状態の発生に関して、並びに行為者に対して向けられる要求に関して、主観的予見可能性も存在しなければならない。このように見てくると、いわゆる過失犯の Alic は、あらゆる観点において、他の独立した過失犯に外ならないのであり、ただ外的経過においてのみ、両者は区別されるにすぎないのである」と述べている。

②原因において自由な行為は必要であり、構成要件モデルの立場に立脚する見解

この見解を主張するシュテルンベルクリーベン[16]は、故意犯の Alic で、飲酒行為を未遂行為とみることに争いがあるのに、過失犯の Alic において、飲酒行為を実行行為とみることは、ますます妥当ではないという見解に疑問を呈する。その理由としてシュテルンベルクリーベンは、毒入りの料理を作ることで殺人を実行しようと考える場合を挙げて、行為

[15] プッペが意図する「行為者に対して向けられる要求」とは、例えば行為者が飲酒すると他者に暴行を加える傾向にある者（過失犯の原因において自由な行為では、このようなケースが問題になるため）に対して課される飲酒抑制義務のことであると推測される。

[16] Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn10), S.223f.

者が毒を食料貯蔵庫にしまっている限りでは、行為者には殺人予備罪が問題になり、未遂の可罰性は問題にならないが、その後、殺人計画を忘れ、行為者に対して主観的過失が欠ける状態で（毒と調味料をまちがえた行為者の過失が否定される場合）料理を提供した場合には、行為者は過失致死罪（刑法222条）の罪責を負うことを指摘する。この場合、料理を作って提供した行為は過失非難がなされえないため、問責の対象となる行為は毒を食料貯蔵庫にしまう行為であり、換言すれば、故意的行為者にとっては予備行為にすぎない行為も、刑法222条の責任を結果としてもたらすことがあるとして、シュテルンベルクリーベンは、故意犯では予備にしかすぎない行為も過失犯では実行行為足り得ることを示す。

その上で、過失犯の Alic では、当該結果が後続する責任無能力状態でなされた行為者の行為に基づいているという点に特殊性が存在するが、このことは刑法的考察を欠陥状態でなされた行為のみへと制限することを何ら強制するものではないことをシュテルンベルクリーベンは指摘する。シュテルンベルクリーベンは、行為者が家庭用薬箱に不注意にも毒物を保管し、事後の緊急状況において、アンプルを取り違えた例を挙げて、この例で行為者は（緊急状況に由来する）興奮状況にあったことから、行為者に対して客観的注意義務違反を非難することはできないが、だからといって、毒物を薬箱に保管したという行為の中に存在する注意義務違反が否定されるわけではない事を強調する。シュテルンベルクリーベンは、可罰性を先行行為へと移動させることは、過失犯の Alic や引き受け過失の事例のケースに制限されるわけではなく、注意義務違反的に正当防衛状況を惹起した行為者の可罰性を考える場合にもあてはまるのであり、結果に直近の侵害行為において可罰性が欠けていることは、先行行為への遡及を妨げるものではないと述べる。但し、自手犯においては、過失犯の Alic を適用することはできないとし、その理由として、自手犯では、結果犯とは異なって、構成要件に関する具体的な行為記述に鑑みると、自ら酩酊する行為に因果関係を有する帰属可能な行為として遡求することはできないことをシュテルンベルクリーベンは指摘する。シュテルンベルクリーベンは、行為者は確かに運転無能力状態で車を走行させたが、走行を惹起することは、行為者自身の手によって遂行される構成要件実現と同視することはできないと述べる。

③原因において自由な行為は必要であり、例外モデルの立場に立脚する見解

例外モデルの立場に立脚するルシュカは、以下のように述べる[17]。

「刑法的帰属の対象と刑法的帰属の根拠が区別されるべきである。非難の対象は、常に構成要件該当行為である。純粋な結果犯においては、構成要件該当行為とは、構成要件該当結果を直接惹起する行為者行為である。この点では、過失行為においても、故意犯と同様の事が妥当するのである。過失行為において、このような一定の行為（結果惹起行為）に先行する行為へと前倒すことは、誤っているのである・・行為者が行為時に（T1の時点に）認識義務を有していて、この時点で認識義務を履行することができたが、実際には履行せず義務違反をした事例を考える。例えば、外科医が手術の際に不注意であり、それゆえに医師は患者に侵害を加えた。ここでの非難の対象は、意思による手術の際の患者への侵害行為である。医師が有罪判決を下されるのであれば、医師は過失傷害を理由として処罰されるのであり、不注意を理由に処罰されるわけではない。過失非難の根拠は、以下の点に存在する。外科医には、自分の行為から患者に対して生じる危険性を認識することが、義務づけられていた。外科医は、この危険を認識できる状況にあったということを前提とするならば、医師は不注意によりこの義務（責務）に違反したのである。それゆえに、患者に加えられた傷害は、過失傷害なのである。しかしながら、行為者が当該行為の遂行時に、自己の行為の危険性をもはや認識できないケースも存在しうる。その際には、行為者には過失非難を向けることはできない・・しかしながら、我々は、過去の時点である T0の責務と責務違反に遡求し、この責務と責務違反により過失を根拠づけるのである。例えば、T1の時点で外科医は患者に対する侵襲の危険性を見誤り、そしてもはや T1の時点では、侵襲の危険性を認識することができないケースが挙げられる。但し、前の時点である T0の時点では、適切な診断措置を通じて、必要な知識を獲得することができたのである。ここで、肝心な点は、以下にある。過失傷害は T1の時点であるが、この過失傷害の非難は T0の時点と結びついているため、我々は、非難の

[17] Hruschka, a.a.O. (Fn11), S.25f.

対象と非難の理由を時間的に分離させてしまっているにも関わらず、我々はこの事例で、行為者を過失傷害として処罰することに何らの疑念も抱かない。非難の対象は、依然としてT1の時点における医師の行為であるが、他方で、非難の理由は、T0の時点の責務違反なのである」

このようにルシュカは、「刑法的非難の対象」と「刑法的非難の理由」を明確に区別すべきであることを強調した上で、「過失犯」と「原因において自由な行為」では、何かを認識する能力、そして、行為者が客観的構成要件を実現する決定的な時点で、この能力が行為者に欠けたことの行為者の責任が問題になっている点、そして行為者の責任を根拠づけるために、以前の時点に遡及する点で、共通性を有していることを指摘する。それゆえに、過失犯では原因において自由な行為は不要であるとする見解は説得的であるとしつつも、ルシュカは故意犯の原因において自由な行為と過失犯と原因において自由な行為は同様の解決方法が採られる方が望ましいと考える立場から、やはり、原因において自由な行為が必要であるとする[18]。

3　検討・私見

ルシュカは、過失犯における原因において自由な行為は、故意犯における原因において自由な行為とパラレルに考えることを主張していた。故意犯における原因において自由な行為では、ルシュカは、規範を第一次規範と第二次規範に区分する独自の責任論に基づく見解を主張していたが、この見解が妥当でないことは前章で確認した。とすると、問題は、過失犯において、原因において自由な行為という法理が必要であるか否かということである。ドイツでは、ロクシンやプッペらが、原因において自由な行為は不要であるとする見解を主張していた。他方で、シュテルンベルクリーベンは、構成要件モデルの立場に立脚しながら、過失犯においても原因において自由な行為は必要であると主張していた。それ

[18] なお、ルシュカは、可罰性を基礎づける慣習法は否定されるべきであるというドイツ基本法103条２項との関係から、原因において自由な行為の問題は、最終的には「立法論」で解決されることが望ましい旨を述べている。Hruschka, a.a.O. (Fn11). S.27f.

では、どちらの見解が妥当なのであろうか。

この問題を考えるに当たっては、過失犯の構造を再度検討する必要がある。過失犯の場合には、原因行為が結果と因果関係を有し、結果の予見可能性が認められる限りにおいて、原因行為を考慮することが可能である。その理由は、故意犯と異なり、過失犯では、予備行為・未遂行為が存在しないため、時間的区分が厳格ではなく、結果行為以前の行為が結果と因果関係を有する限り、結果行為以前の行為を考慮することが可能になるからである。とすれば、原因行為を考慮することは、過失犯一般の理論枠組みで可能なのだから、殊更に原因において自由な行為という理論を持ち出す必要はないように思われる。

しかし、この論理を貫徹させると、結果と因果関係を有する、あらゆる行為が実行行為になる可能性がある。つまり、シェッヒが主張する「過失犯の原因において自由な行為の場合には、過失責任に対する結合点は、構成要件該当結果に対するあらゆる行為者の注意義務違反行為である。」という論理や、プッペが主張する「過失犯においては、構成要件該当行為は結果と因果関係を有する限りで前倒すことができる」という論理や、シュテルンベルクリーベンが主張する「故意的行為者にとっては予備行為にすぎない行為も、刑法222条の責任を結果としてもたらすことがあるのである」という論理は、故意犯と過失犯では実行行為概念は異なるという理解に立脚しているとも推測できる[19]。

それでは、実行行為概念を故意犯と過失犯で異なって解すべき理由は

[19] シュテルンベルクリーベンは、過失犯では、原因において自由な行為がなぜ必要かという点については根拠を述べていない。その理由は恐らく、シュテルンベルクリーベンは、「結果行為時に責任無能力であるにも関わらず、原因行為に構成要件該当性を認めうる限りで行為者を処罰する法理」を「原因において自由な行為」と考えているために、過失犯の場合にも、原因において自由な行為が必要であると主張していると推測される。しかし、過失犯の場合には、原因行為に構成要件該当性が認められるのでれば、原因において自由な行為に依拠しなくても、原因行為に遡求することが可能である。それゆえに、シュテルンベルクリーベンの見解は、「過失犯では、原因において自由な行為は不要である」というシェッヒ、ロクシン、プッペの見解と実質的には変わらないように思われる。

存在するのであろうか。

この問題は、過失犯の構造をどのように把握するかに依存する。過失を不注意と解し、不注意とは注意義務違反、すなわち、「犯罪事実の実現を回避するよう配慮すべき義務」＝「結果回避義務」が存在したにもかかわらず、当該義務に違反することと考える、いわゆる新過失論の立場[20]からは、過失犯の実行行為は、結果回避義務違反行為となり、故意犯の実行行為とは異なる。なぜならば、法益侵害の現実的危険性を持った行為が全て違法となるわけではなく（許された危険）、結果の発生を防止するために社会生活上必要な注意を欠いた落度のある行為だけが実行行為となるからである[21]。しかし、新過失論の立場に対しては、「何が基準行為であるかが、具体的な状況で、結果発生の危険性と切り離して、抽象的に考えられる可能性が生じ、その基準行為は、行政法規そのものだとはいわないにしても、実際上はそれに近くなる。しかし、こういう場合にはこうすべきである、という『書かれていない構成要件』があることになると、何かの法規がこういうことをすべきであるといっているものが、基準行為であることになりやすく、一種の抽象的危険犯となり、結果発生との具体的な関係が切り離されてしまう可能性がある」ことが指摘されている[22]が、この指摘は妥当である。新過失論が主張する基準行為は当該事案ごとに変化するため、どうしても不明確になる可能性は否定できないからである。加えて、新過失論からは、基準行為が行政法規に限りなく近づくことから、「行政法規に反する」＝「過失あり」、「行政法規に反していない」＝「過失なし」という判断に帰着することになるが、行政法規の違反の有無が、直ちに刑法上の過失を基礎づけるわけではない点からも、この見解は妥当ではない[23]。

---

[20] このような見解を主張するものとして、例えば、西原春夫『刑法総論（上）［改訂版］』（成文堂、1993年）197頁以下。

[21] このような指摘をするものとして、大塚裕史「過失犯論の近時の動向」法学教室395号（有斐閣、2013年）５頁。

[22] このような指摘をするものとして、例えば、平野龍一『犯罪論の諸問題（上）［総論］』（有斐閣、1981年）98頁。

[23] このことを示す具体例として、例えば、西田典之『刑法総論［第２版］』（弘文堂、2010年）260頁以下では、「法定の車間距離をとらずに運転している場合

よって、新過失論の立場ではなく、犯罪事実を認識しようと注意すべきであったにもかかわらず、これを怠った点を過失と考え、その上で実質的危険性を有する行為のみを過失犯の実行行為と捉える、いわゆる修正旧過失論の立場[24]を支持すべきであろう。そうすると残る問題は、過失犯において実行行為を認めるために要求される実質的危険性の程度は、故意犯と同様のものが要求されるのか否かという点である。この問題に対し、故意犯と過失犯で実行行為を認めるために同程度の危険を要求すべきと考える見解がある[25]。この見解は、過失犯では、故意犯よりも緩やかに処罰が認められることになり、刑法では故意犯処罰が原則であることと齟齬が生じ[26]、加えて、未必の故意と認識ある過失の区別が非常に困難である点に鑑みれば、過失犯の実行行為が認められる危険性は故意犯の場合と比べて軽度のもので足りるとする理由は存在しないことを主張する[27]。

しかし、過失犯では故意犯と比べて緩やかに処罰が認められることは、行為者の主観（故意の有無）が異なる以上、何ら不合理ではない。加えて、未必の故意と認識ある過失の区別の問題は事実認定論の問題であり、理論的問題とは別個に考えるべきである。

例えば、妻が、夫が帰宅したら、晩酌の際に毒入りのワインを出そうと考えて、冷蔵庫にワインをしまっておいたところ、帰宅した夫が、自

でも、流れに乗って走行しているときに先行車両が何の合図も出さずに急停車したため追突したような場合、車間距離保持義務違反はあるとしても直ちに過失を認めるべきではないであろう。他方、青信号で交差点を通過する場合でも、広く見通しのよい交差点であれば、赤信号に気づかず侵入してくる車両を認識することが可能であり、徐行ないし停止することにより事故が回避できるのであれば、過失を認めることもできるであろう。このように道交法上の義務は行動の一応の指針であり、これに反したこと、これに合致したことが直ちに過失の有無を決定するものではないのである。」と指摘されている。

[24] このような見解を主張するものとして、例えば、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）191頁以下。

[25] このような見解を主張するものとして、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣、2001年）1130頁以下。

[26] このような指摘をするものとして、内藤・前掲注（25）1130頁以下。

[27] このような指摘をするものとして、内藤・前掲注（25）1135頁。

分で冷蔵庫からワインを取り出して飲み、死亡した事例を考える場合に、故意犯と過失犯とで、実行行為を認めるための危険性を同程度に解する立場からは、殺人罪と過失致死罪の構成要件は共通するものと考えることになり、この事案では殺人予備罪にすぎない以上、殺人罪の実行行為は存在しない以上、過失致死罪の実行行為も存在しないという帰結に至る[28]。しかし、この事案で妻に過失致死罪も成立しないという帰結に至ることは妥当ではないだろう。

過失致死罪と殺人罪は行為者の主観（故意の有無）が異なる以上、両罪の構成要件も異なるものと考えるべきであり、殺人罪の実行行為に該当しない（殺人予備でしかない）ことが、過失致死罪の実行行為も存在しないことを意味するわけではない。本稿は、結果発生の予見可能性が認められる限りで、未遂犯成立に至らない程度の危険性を有する行為でも過失犯の実行行為と考える立場に依拠することから、この事案でも、ワインを冷蔵庫にしまう行為を、過失致死罪の実行行為と評価することができ、妻には過失致死罪の成立が認められることになる。

そして、このように考えることは、結果と因果関係を有する、あらゆる行為が実行行為になることを認めるわけではない。あくまで、実行行為は、結果発生の直近の過失行為であり、直近の過失行為を実行行為と認めるために、直近の過失行為以前の過失を考慮することを意味するに

[28] 但し、内藤・前掲注（25）1135頁では、「因果関係の起点としての実行行為と未遂行為としての実行行為を分けて考えることで、この事案でも、妻が冷蔵庫にワインをしまう行為を、因果関係の起点としての実行行為として把握することが可能になり、妻には因果関係の起点としての実行行為の危険性についての認識可能性はあることから、妻に過失致死罪を認めることができる」ことが指摘されており、内藤説のように、実行行為概念を因果関係の起点としての実行行為と未遂行為としての実行行為に二分すれば、故意犯と過失犯とで実行行為を認めるための危険性は同程度のものを要求する立場を採用しても、この事案で妻に過失致死罪の成立を認めることができる。確かに、因果関係の起点としての行為と未遂行為を区分することは妥当であると思われるが、その区分を、実行行為という一つの概念の中で行う方法は、技巧的であり混乱をまねくように思われる。むしろ端的に、「実行行為」＝「未遂行為」であり、因果関係の起点としての行為は実行行為とは区別する方が望ましいと本稿は考える。

すぎないのである。例えば、トラックの運転手が乱雑な積荷をした上で、乱雑な運転をしたところ、運転が乱雑で積荷が落ちて通行人が負傷した場合を考えると、この場合の実行行為はあくまで乱雑な運転行為である。そして、乱雑な運転行為を実行行為と認めるために、運転手が乱雑な積荷をした過失を考慮するにすぎないのである。

以上をまとめると、本稿は、過失犯の実行行為は実質的危険性を有する行為と考える。その上で、一定の行為によって結果が回避できたにもかかわらず、それに反する行為に出たことが過失犯の実行行為の危険性を基礎づけ[29]、実行行為を認めるための危険性は、未遂犯成立に至らない程度の危険性で足りると本稿は解する。

このような本稿の立場からは、過失犯における原因において自由な行為で問題になる、例えば飲酒行為を原因行為とする交通事故や殺人等のケースにおいては、結果行為を実行行為と解することはできない。なぜならば、結果行為時には、行為者に結果回避可能性が存在しない以上、結果行為に、過失犯の実行行為を基礎づける危険性が認められないからである。その一方で、原因行為（例えば飲酒行為）を実行行為と評価することが可能かどうかが問題になるが、原因行為は、行為者の一定の行為によって結果が回避できたにもかかわらず、それに反する実質的危険性を有する行為と評価することができる。そして、原因行為の有する危険性は未遂犯成立に至る程度とはいえないが、故意犯と過失犯とで構成要件を異なって考える本稿の立場からは、原因行為に実行行為を認めることが出来る。

それゆえに、過失犯における原因において自由な行為では、結果の予見可能性が認められる限りにおいて、原因行為を実行行為として評価することが出来る以上、実行行為時における同時存在原則が充足されているのであり、同時存在原則は問題にならないと考える[30]。よって、過失

[29] このような見解を主張するものとして、橋爪隆「過失犯の構造について」法学教室409号（有斐閣、2014年）115頁以下。

[30] 本稿は、「実行行為」＝「未遂行為」と考える立場から、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立する場合には、「実行行為時における同時存在原則」が妥当し、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」

犯における原因において自由な行為では、原因において自由な行為という概念は不要であることになる[31]。

以上の考察を踏まえると、過失犯における原因において自由な行為で、従来展開されてきた議論は、故意犯と過失犯とで実行行為をどのように考えるのかという点を不明確なままにしながら、同時存在原則を充足するか否かを検討してきたきらいがある。つまり、過失犯の実行行為と故意犯の実行行為を異なって解する立場（いわゆる新過失論の立場）からは、原因行為に実行行為性を認めることができ、実行行為時における同時存在原則が充足されることから、過失犯においては原因において自由な行為という概念は不要であるという帰結に至ることになろう。他方で、過失犯の実行行為を、故意犯の実行行為と同様に実質的危険性を有する行為と解する立場（いわゆる修正旧過失論の立場）からは、実行行為を認めるための実質的危険性をどう考えるかで結論が分かれる。過失犯の実行行為を認めるための危険性を故意犯と同程度のものを要求する立場からは、原因行為に実行行為を認めることができないために、過失犯に

という公式が成立しない場合には、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」が妥当することを主張してきたが、過失犯の場合には未遂行為という概念が存在しない以上、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立することになるので、実行行為時における同時存在原則が妥当することになる。

[31] 成瀬・前掲注（１）73頁では、「度を越した飲酒が、認識能力・制御能力の低下を招き、人の生命身体を侵害する行為に出る危険を生じさせることがあるのも事実であることから、飲酒しようとする者に上記の危険性を予見し、当該危険が現実化しないように適切な措置をとるべき義務が認められる場合が存在し、当該義務に違反する飲酒は、人の生命身体に許されざる危険を創出する行為にほかならないので、行為者が故意を有していれば、飲酒行為は、予備行為ではなく、当該故意犯に関する一連の実行行為の一部と評価できることが少なくない」ことから、過失犯では、原因において自由な行為は不要であると主張する。この見解は、故意犯と過失犯とで実行行為を同様に解する立場から、原因行為に実行行為性を認めることで、原因において自由な行為が不要であることを主張するものだが、やはり飲酒行為は抽象的な危険性を有する行為にすぎず、飲酒行為を故意犯並びに過失犯に関する一連の実行行為とみることには無理があるように思われる。

おいても原因において自由な行為という概念が必要であるという帰結に至ることになろう。一方で、過失犯の実行行為を認めるための危険性を故意犯の実行行為とは異なって解する立場からは、原因行為に実行行為を認めることができるので、過失犯においては原因において自由な行為は不要という帰結に至ることになる。

第三節　違法性の意識の可能性

1　問題の所在

同時存在原則との関係では、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如しているが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在した場合に、犯罪の成立を認めることができるかということが指摘[32]されている。

では、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在するケースとはどのような場合なのか。この問題に関しては、「特別な法的規制領域における活動が問題になる場合には、当該違法行為実行の時点では違法性を意識することが不可能であっても、事前の段階で調査すれば違法性を意識することが可能であれば、当該違法行為に対して非難を加えることができるのではないか」と説明した上で、ドイツにおける「事前責任に基づく禁止の錯誤の回避可能性」の議論が参照になることを主張する見解が存在する[33]。

但し、この説明だけでは、具体的にどのようなケースが同時存在原則との関係で問題になるのかが不明である。そこで、ドイツにおいて、「特別な法的規制領域における禁止の錯誤の回避可能性」を論じたルドルフィ[34]の見解を参照することにする。ルドルフィは、以下のような例を挙げている。

---

[32] このような指摘をするものとして、松原・前掲注（2）261頁以下。

[33] 松原・前掲注（2）261頁。

[34] Hans Joachim Rudolphi,Unrechtsbewusstsein,Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S.253ff.

（１）食品製造業者Ａは、自己の営業上の行為を規制する規定を知らなかった。Ａが自己の営業において、法的禁止に反する一定の保存食品を製造した際に、Ａは自己の行為の違法性を認識していないのではなく、自己の行為が法的に許容されていることに確信があったのである。Ａの行為の違法性を示すようなその他の事情も、Ａには周知ではなかったので、行為時にはＡには禁止の錯誤は回避不可能なのである。

（２）イタリアから来た出稼ぎ労働者Ｂは、道路交通法37条１項３号に違反して、街道の右側を歩いて、小型オートバイ運転手により後ろから衝突された。Ｂは、ドイツに何か月にもわたる滞在にも関わらず、道路交通法37条１項３号を知らなかったので、Ｂには自己の行為が許されていることについての確信があったのである。

これらの例は、行為者が非難可能な方法で自己により遂行される行為を規制する法規範を照会しなかったために、行為時には、自己の行為の違法性を認識する能力が欠如する事例といえる。

ルドルフィは、このようなケースを、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」と呼んでいる[35]。その上で、ルドルフィは、２つの事例では、「行為者は行為時に、問題となる法律を知らない」ことから、行為時を基準とすれば、行為者には当該錯誤は回避不可能といえるが、問題となる法律を行為者が過去に調査していれば錯誤は回避可能であることを指摘する。それゆえに、ルドルフィは、自身が挙げた２つの事例を「行為者が、非難可能な方法で、自己により遂行される行為を規制する法規範を照会しなかった（知らなかった）ために、行為時には、自己の当該行為の違法性を認識する能力が欠如する事例」と分析している[36]。

しかし、ルドルフィは、この２つの事例を処罰することが、問題を孕

[35] つまり、ルドルフィは、松原・前掲注（２）のように、「違法性の意識の可能性」が行為時に欠如するとは述べていないことになる。

[36] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.254f.

んでいることを以下のように指摘する。

「禁止の錯誤に陥って行動している行為者に対して唱えられる刑法的責任非難を行為時にのみ関連付けるのであれば、行為時には自己の禁止の錯誤を取り除くことが出来なかったケースでは、責任と刑罰は最初から排除されることになるのである。なぜならば、行為者には自己の当該行為の法的性質を検討する機会が欠けていた、あるいは行為者には行為時に当該行為の違法性の認識へと至るいかなる手段も与えられていなかったからである。しかしながら、行為者に対する避けることのできない禁止の錯誤が、行為者の過去の怠慢に基づく場合にも、この原理に従えば責任と刑罰が排除されることになるという事を思い浮かべると、このように、刑法的責任非難を行為時に制限することは問題があるということが明白になる[37]。」

つまり、ルドルフィ自身が挙げた２つの事例を処罰しようとすれば、「行為時に自己の行為決定を規範に従って動機づける能力が行為者にないことは、当該行為の前に非難可能な方法で認識の欠如や有責な禁止の錯誤を除去しなかったことの結果にすぎないため、行為者が以後に自らが違反する法規範の認識に至るための自由を利用しなかったこと、そして自己の職業的又はその他の行為を規制する法規範を認識し、行為時に行為決定への規範的な動機づけにより、自己の違法行為を避ける可能性を、非難可能な方法で行為者自ら奪ったことが行為者に対して非難されうる[38]」ことになるが、それはつまり、行為時以前の行為者の責任非難を問題にすることになり、刑法的責任が行為時に基礎づけられていることに反するのではないかということである。そして、ルドルフィの指摘する問題が仮に正しいとすれば、ルドルフィが挙げた２つの設例を処罰することは、同時存在原則に違反するのではないかという問題が生じることになる。

そこで、本章では、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」について、ドイツの判例・学説はどのような見解を採用しているのかを検討する。その上で、「行為時に回避不可能な、法的特別規定

[37] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.253f.

[38] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.253f.

についての錯誤」と同時存在原則との関係を考察することにする。

2　判例

「禁止の錯誤」のケースに対して、判例はどのような対応をとってきたのかを検討する。まずBGHSt2,194は、判旨の中で、「刑罰は、責任を前提としている。責任とは、非難可能性である。責任があると判断することは、『行為者が合法的に行為し、法に従う決定をできたであろうにも関わらず、行為者は合法的に行為をせず、法に反する決定をしたこと』が、行為者に対して非難されることを意味する。責任非難の内的理由は、『人間は、自由で答積的で、道徳的な自己決定の素質を有するのであり、それゆえに、行為者が道徳上の成熟に達し、自由で道徳的な自己決定の素質が、刑法51条に規定された病的事象によって、一時的あるいは長期間麻痺していない限りは、法に従う決定をし、法に反する決定を行う能力や、自己の行為を法的命令規範に従って方向づけ、法的禁止を回避する能力を有する』という点に存在する。人間が、自由な答責的で道徳上の自己決定を行う際に、法に従った決定をし、不法に反する決定をすることの前提条件は、適法と不法を認識していることである。自分が自由に決定することが不法であることを知っている者は、そのような状況であるにも関わらず不法なことをした場合に、有責に行為しているのである。このような認識は欠如する場合もある。なぜならば、行為者が、刑法51条で列挙された病的事象のために、自己の行為の違法性を弁別する能力が欠如しているからである。ここでの、行為者の不認識は、不可避な運命の結果である。不認識は、行為者に非難されることはできないのであり、責任として帰属されることもできない。それゆえ行為者は、刑法的に帰属無能力なのである。不法な事を行う意識は、帰属能力を有する場合でも、個々のケースで欠如しうるのである。なぜならば、行為者は禁止規範を知らない又は知っていたとしても判断を誤ったからである。このような禁止の錯誤のケースでも、行為者は、不法に反して決定することができる状況にはなかったのである。しかし、あらゆる禁止の錯誤が、責任非難を排除するわけではない。知識の欠如は、一定程度まで除去することが可能である。人間は、自由で道徳的な自己決定の素質を有するので、いかなる場合でも、法共同体の構成員として合法的に行

為をし、不法を避ける答責的決定へと方向づけられているのである。人間が、不法なものとして自己の目前に明確に表れることをしなかったということだけでは、この義務は充足されないのである。むしろ、行為者がまさにこれから行おうとする全ての事が、法的当為命題と調和するのかどうかを、行為者は意識しなければならないのである。行為者は、熟慮や照会によって、疑いを除去しなければならない。ここでは、良心の緊張が要求されるのであり、良心の緊張の程度は、個々のケースや、個々の生活領域・個々の職業領域に従って方向づけられるのである。行為者が、行為者に要求されうる良心の緊張にも関わらず、自己の行為の違法性への洞察を獲得できなかった場合には、錯誤は回避不可能であったのであり、当該行為は回避できなかったのである。このケースでは、行為者に対する責任非難をとなえることはできない。それに反して、相応の良心の緊張によって、行為者が自己の行為の違法性を認識できた場合には、禁止の錯誤は責任を排除しないのである。しかし、行為者が相応の良心の緊張を欠いた程度に従って、責任非難は減少しうるのである。違法性の意識とは、およそ、可罰性の認識を意味するわけでもなく、禁止を含んでいる法的規定を認識することを意味するわけでもない。他方で、行為者が自己の行為は道徳的に非難すべきことを意識することでも、十分ではないのである。むしろ、行為者は、法技術的な判断ではなく、自己の思想に合致する一般的評価の中で、行為の違法性を認識しなければならないのであり、又は相応の良心の緊張により、行為の違法性を認識しなければならないのである。・・RG によって引き継がれて、固く保持された、『刑罰法規に関する錯誤は、可罰性を排除しない』という命題は、行為者に対して責任非難が唱えられず、それゆえに、『刑罰は責任を前提としている』というあらゆる刑罰の不可侵の原理を侵害するにも関わらず、行為者に落ち度のない禁止の錯誤の場合にも、処罰という結論に至るのである。刑罰法規の錯誤は非本質的であるという命題が効力を獲得した時に、この命題の主張者達は、『自分たちが、責任なき刑罰を科す可能性を切り開いた』ということを全く危惧していなかった。誰もが、刑罰法規の基礎にある禁止と命令を知っていた、又は知らなければならなかったために、刑罰法規の錯誤は、行為者に対して常に有責に帰属されるという前提に立っていたからである。非刑罰法規の場合に

のみ、一般的知識や認識の可能性を期待することはできなかった。ライヒ刑法典の下で刑罰が規定された犯罪の大部分にとって、行為者に落ち度のない禁止の錯誤は完全に想定し難いものであるという見解は、19世紀後半の政治的・社会的にバランスのとれた時代には、正当性を持ち得たかもしれなかった。それに反して、国家的構造や社会的構造が、その基盤から揺さぶられ、又は変形する時代においては、これは妥当しないことになる。ここでは、基準となる価値が、価値に基づく秩序の一過性の経験や、権力を求める要求によって、しばしば不明瞭とされるのである。何が適法で何が違法かは、自明ではないのである。それにより、禁止の錯誤の可能性、つまり、行為者に落ち度のない禁止の錯誤の可能性が切り開かれるのである。立法者が、行政法上の規定の命令・禁止に対して、より重点を置くために、ますます広範囲になってきている、社会生活上の一定の領域に関する行政法上の規定に対して、刑罰法規を付け加えることに鑑みると、『誰もが刑罰法規を知っている』という推測は、当時から既に妥当しないのであり、今日においては、ますます不適切なのである。なぜならば、刑罰法規の禁止は、一般的な道徳上の見解に基づいているのではなく、社会的合目的性又は国家的合目的性の考慮に、幾重にも基づいているからである。このような、刑法に隣接する法規の数は、真正な犯罪法規の数を、ずっと前から、何倍にも超えているのである。これにより、刑法に隣接する法規の数は、禁止の錯誤の可能性に対して、より広い領域を提供するのである。刑法59条に従って構成要件的錯誤の場合と同じように、非刑罰法規の法的錯誤を取り扱うことも、例外なく責任原理の効力を保障するためには、不適切なのである。なぜならば、行為者が自己の行為の違法性を認識できたかどうかという決定的問題に対しては、非刑罰法規の錯誤は刑罰法規の錯誤以上に起こりやすい限りにおいて、錯誤の対象は、間接的にしか重要でないからである。刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤の区別も、論理的に不可能であるということも、これに付け加わるのである。確かに、RG の判例は、RG の判例に反対する論者も是認しているように、大抵は、満足の行く結果へと至った。しかし、このことは、とりわけ、以下の事情に負っているのである。それは、刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤を論理的に区別できないという事実が、法感情に従って当該錯誤を重大なものかそうで

ないかの判断に応じて、法感情に従って決定をし、その後で、誤認した法規範を刑法的性質又は非刑法的性質のものとして根拠づけることを許したという事情である。それゆえに、他方で、誤認した規範を、刑法的なものとして又は非刑法的なものとして特徴づけをすることが、任意の概観を呼び起こすことは決して珍しくなく、それゆえに説得的ではなく、激しい批判のきっかけを与えることになった。この全ての欠陥が、RGの判例を破棄することを迫り、故意行為の処罰において、責任原理の貫徹を保障し、責任の本質を正当に評価する法命題を確かめ、適用することを迫った」と述べている。

また、BGSt21,18は、判旨の中で「錯誤が自ら招いたものであるかそうでないかの問題の解答をするためには、刑法の禁止の錯誤に関する判例の中で展開されてきた原理に依拠する必要があるのである。それに従えば、行為者が、自己の生活領域や職業領域における人間性の事情や事案状況に従って、自己に要求可能な良心の緊張にも関わらず、自己の行為の違法性を認識することができなかった場合には、錯誤は回避不可能なのである。それは、『行為者が全ての精神の認識力を投入し、浮かび上がる疑念を、熟慮又は必要であれば助言を求めることで、取り除くこと』が前提とされている。行為者が、良心を緊張させれば、自己の行為の違法性を認識できたであろう場合には、禁止の錯誤は自ら招いたものとなる。その際には、行為者には、過失犯での、交通において必要な、行為者に要求されうる注意の遵守以上の、より高度な要求がなされるのである。厳格な基準が、自己の検討義務と並んで、照会義務にも課されるのである。『行為者は、法的専門家の意見表明を取り入れることで、行為者に義務として課される、自己の行為の適法・不法を個人的に判断することから逃れることはできない』ということを、考慮すべきである。」と述べている。

上に挙げた２つの判例から、以下の事が把握できる。つまり、RGは、禁止の錯誤を、「刑罰法規に関する錯誤」と、「非刑罰法規に関する錯誤」に分け、前者の場合には、常に可罰性が肯定されるという論理を採用していた。その理由は、RGが、「国民誰もが、刑罰法規の基礎にある禁止と命令を知っていた、又は知らなければならなかったために、刑罰法規の錯誤は、行為者に常に有責に帰属される」という前提に立っていた

からである。

しかし、BGH は、国家的構造や社会的構造が変容し、基準となる価値が不明確な現在では、この前提は誤っており、加えて「刑罰法規の錯誤」と「非刑罰法規の錯誤」は明確に区別できないことから、RG の論理を破棄する。そして BGH は、「我々は法共同体の構成員として、合法的に行為をし、違法を避けることが義務付けられており、行為者がまさにこれからしようとする全ての事において、それが、法的当為命題と調和するのかどうかを、行為者は意識しなければならない。行為者は、熟慮や照会によって、疑いを除去しなければならず、その場合には良心の緊張が要求されるのであり、良心の緊張の程度は、個々のケースや、個々の生活領域・個々の職業領域に従って方向づけられる。行為者が、行為者自身に要求されうる良心の緊張にも関わらず、自己の行為の不法性への洞察を獲得できなかった場合には、錯誤は回避不可能であった」という論理を採用していることになる。

他方で、BGH の判例については、プッペによって以下のような事が指摘されている[39]。

「以前の判例は、行為者に対して違法性の意識の欠如を非難するためには、行為者が照会義務（法調査義務）を怠ったことそれだけで十分なのであり、行為者が法調査義務を履行した場合に、どのような情報を受け取っていたのかは問題にならないという立場を取っていた。しかしながら、最近では、BGH は、禁止の錯誤の回避可能性は、義務を履行した場合の仮定的結果に依存するという反対の立場をとっている。この立場は、学説から長い間、判例に対して要求されていたものであり、学説は判例のこの変化を前進したものとして好意的に受け止めている[40]。」

つまり、プッペによれば、従前の判例では、行為者には照会義務があることを前提にして、行為者を照会義務違反という形で処罰してきたが、最近の判例は、法的状況が不明確な場合には、仮定的因果経過を問題に

[39] Ingeborg Puppe,Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, Festschrift für Rudolphi, 2004, S.236f.

[40] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.237f.

し、行為者を一律に照会義務違反で処罰していないということになる[41]。それゆえに、プッペの判例の分析によれば、ルドルフィが先程挙げた２つの事例は、法的状況が明確な場合であるから、判例の立場からすれば、照会義務違反という形で、行為者は処罰されることになる。プッペも、「行為者が、自分の法知識が、自己の行為計画の許容性と禁止性を正しく判断するには十分でないような状況に行為者が置かれ得るということが予見できる場合には、将来の行為状況からも、特別な法調査義務が生じうるのである。そのようなケースとは、行為者が、自己の行為が特別な規定に従属することを知っている行為又は知るべきであるような行為を遂行する場合であり、その特別な規定が特別法と結びついている場合である。行為者が義務に気付かなかったことにより、行為者は、自己の特別な地位と結びついている特別な義務の刑法的制裁を免れることはできないのである。それゆえに、行為計画の開始前にこのような法調査義務を怠った行為者は、禁止の錯誤の不可避性を理由としてはもはや免責されないという点では、今日、一致がみられる。」と述べている[42]。しかし、プッペは、このように行為者の照会義務違反を問題にすることは、責任の部分的前倒しであり、行為責任とどのように調和するかについては、明らかでないことも指摘している[43]。そこで、以下では、この問題に関する学説を検討することとしたい。

３　学説

[41] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.237f. では、例えば KG NStZ 1990, 185が挙げられている。この判例は、「医師である被告人達が、死亡原因と基礎的病名の解明のために、死亡した者の生前の同意や遺族の同意なく、死体解剖を行った事案」であり、被告人達は死体損壊罪（刑法168条１項）に問われたが、当時ベルリンのほとんどの病院では、このような死体解剖が一般的慣習となっていたため、仮に被告人達が弁護士や医師会の助言を取り入れるなどして、（被告人達の）あらゆる認識能力を緊張させたとしても、自分達の行為の違法性を認識することはできなかったと判断され、被告人達には無罪が言い渡されている。

[42] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.238f.

[43] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.238f. プッペと同様の指摘をする我が国の見解として、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）336頁以下。

①間接的行為責任論を主張する見解[44]

この見解の主張者であるルドルフィは、「行為者には自己の行為を規制する法規範を調べる能力があったにも関わらず、当該不法行為の実現に至るまで、法規範を調べなかった」という行為者の行状にまで、責任非難を一部拡大することも許されるとする。それは、過去に存在する行為者の有責な怠慢としての行状責任も、「行状責任が当該具体的違法行為の中に現れる限りにおいて、すなわち行為者の違法性についての錯誤が行状責任に基づく限りにおいて」、行為者に対する責任非難の基礎を形成するためであるとルドルフィは主張する。その上で、ルドルフィは、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」における行為者の責任は、以後の具体的違法行為に向けられて存在する行状責任に基づく行為責任なのであり、それは要約すれば「間接的行為責任」と呼ぶことができるとする。

また、ルドルフィは「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」のケースを処罰しなければ、怠惰な人間や無頓着な人間に褒賞を与えることになり、行為者は初めから自己の職業的行為を規制する法規範を照会しなくてもよいという帰結に至ることを指摘する。そして、そのような帰結を避けるためにも、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」は刑法的制裁の必要性が明白になるケースであるとする。

その上で、ルドルフィは、自身の見解に対して、「行状責任」に対して唱えられる一般的な批判があたらないことも主張する。「行為者が、行為前に自己の職業的行為を規制する法規範を調べなかった」事を問題にすることは、一定の不作為の非難可能性だけが問題になっているだけであり、行為者の人格性を問題にしているわけではない点を強調する。加えて、行為者の過去の行状を取り入れることで、責任が実行行為以前の領域に前倒されることになるという批判もあたらないとする。なぜならば、法的に特に規制された行為を引き受けた者は、自己の行為を規制する特別な法規定を知らなければならないからであり、特別な法規定の遵守は、事前に行為者がその法規定を知ることでしか保障されないから

[44] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.264f.

であると主張する。それゆえに、自身が挙げた設例の、自動車運転手として道路交通に関与し、あるいは食料製造業者・経営者として一定の行為を遂行し、この行為の遂行の際に、当該行為を規制する法規範の１つに違反した場合には、行為者が行為時には非難可能な方法で、自己の行為の不法性を勘違いしたならば、すなわち、行為時に回避不可能な禁止の錯誤が、「当該行為の引き受けと事後の不法行為との間に存在する時間に、行為者が、非難可能な方法で自己の行為を規制する特別な法規範を知らなかったこと」に基づく場合には、行為者に対してはなお刑法的責任非難がなされるとルドルフィは説明する。

②故意責任を二種類に分ける見解[45]

プッペは、「原因において自由な行為」における「例外モデル」の考えをそのまま採用し、端的に行為前の時点まで責任を部分的に前倒すことを認める。しかし、「回避不可能な禁止の錯誤の事例」において「例外モデル」を採用したとしても、「原因において自由な行為」での「例外モデル」に対して向けられる批判はあたらないとする。

「原因において自由な行為」で「例外モデル」に対して向けられる批判は、行為と責任を分離することにより、行為責任が没却されるというものである。しかし、この批判は、責任非難の一部としての法調査義務違反の前倒しにはあてはまらない。なぜならば、「責任能力」とは異なって、「未必的違法性の意識」は責任の必要不可欠な要素ではないからであるとプッペは説明する。「未必的違法性の意識」は、行為者の精神的な部分の検討結果でもなければ、行為との現実的関連性を有するわけでもなく、ただ行為者が不法性の意識を獲得できただろう又は獲得すべきだったのであろうということを、実質的形態で表現しているにすぎないのである。

プッペは、故意責任には二つの形態があることを指摘する。一つは、行為者が違法性の意識を有する故意行為の場合である。そして、もう一つは、違法性の意識の欠如に関する過失と結びついた故意行為の場合である。

---

[45] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.238f.

その上で、「行為時に回避不可能な禁止の錯誤」においては、違法性の意識の欠如に関する過失と結びついた故意行為が問題になる。そして、この場合の責任非難は、「違法性の意識なく故意的構成要件を実現したことに対する非難」と、「自己の行為を規制する法規範を調べなかったことに対する過失非難」から構成されていることをプッペは主張する。敷衍すれば、自己の行為を規制する法規範を調べなかった、つまり法調査義務を侵害したことは、「独立した過失不法」であるとし、この過失不法に、事後的な故意不法が追加的に付け加わることで、「未必的違法性の意識」における責任非難が構成されると説明する[46]。

そして、過失不法・過失非難は、故意不法・故意非難とは異なり、理論上、本来の法益侵害行為よりもずっと前に前倒しがなされることが可能である。それゆえに、過失不法・過失非難は必ずしも行為時に根拠づけられる必要はないのであり、設例における法調査義務の侵害という行為前の事情を考慮することも、何ら行為主義には反していないことになるとプッペは説明する。

４　検討

ドイツにおける、「法的特別規定に関する禁止の錯誤」の議論状況を要約すると、以下のようになろう。ドイツの判例は、法的状況が明確な場合に、「法的特別規定に関する禁止の錯誤」に陥った行為者を、照会義務違反を根拠として処罰してきた。しかし、なぜ実行行為時以前の事情である照会義務違反が行為者の責任を基礎づけるのかという点については、説明がなされていなかった。そこで、学説では、なぜ照会義務違反が行為者の責任を基礎づけるのかという点について、様々な見解が主

[46] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.240f. なお、過失不法に事後的な故意不法が付け加わる事がなぜ許されるのかについては、プッペは「行為者が照会義務を怠った場合であっても、法的状況が不明確な場合には、照会義務を尽くしても行為者は正しい法的解釈（法的知識）を獲得できない可能性があるため、このような場合には、錯誤は回避できず、行為者は処罰されることは許されないことを保証するためである」と説明する。それゆえに、プッペの見解からは、過失不法だけで行為者が処罰されることは許されず、事後的な故意不法が付け加わることで、初めて行為者は処罰されることになる。

張されてきたということになる。

それでは、このようなドイツの議論状況と、同時存在原則はどのような関係にあるのであろうか。「法的特別規定に関する禁止の錯誤」を、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如するケース、すなわち同時存在原則が問題になる非同時的事例と位置づけることは可能なのだろうか。

ドイツの、「法的特別規定に関する禁止の錯誤」を、違法性の意識の可能性が実行行為時には欠如するが実行行為以前には存在した事例と位置づける見解は、以下のように説明する[47]。

「厳密に実行行為時点に限定すれば違法性の意識の可能性がないといえる場合であっても、当該行為が予見可能な段階で、熟慮・照会等の適切な手段をとっていればその違法性を意識することができた場合には、適切な手段により当該行為時点で回避不可能な禁止の錯誤を回避することができた、すなわち当該行為についても違法性を意識することができたといえよう。行為時点では違法性の意識の可能性の欠如に至る事情を、行為以前に可能な回避措置により回避しなかったことに責任非難が認められるのである。これにより、行為決意から行為に至るまでの連続した非難が可能となり、それが行為遂行時においては欠如する責任要素である違法性の意識の可能性を補填するといえる。これは、個別的行為と無関係に事前の責任自体を非難の対象にするものではなく、あくまで当該行為に関連づけられた責任であるから、当該行為との関連で意思形成過程の準備段階を考慮することは、個別行為責任の原則に反するとの批判はあたらない。また、行為と責任の同時存在原則が要求される根拠は、責任判断の無制約な時間的遡求、ひいては行状責任や人格責任の取り込みを防止することにより、個別行為責任の原則を確かなものにすることにあり、同時存在が自己目的ではないであろう。そこから、原因において自由な行為について完全な責任を問いうるとの考え方からすれば、その場合と同様に、当該行為と一定の関係にある段階の時点での違法性の意識の可能性が存在すれば足りると考えることができるのであり、形式的に実行行為時に違法性の意識の可能性が存在しなければならないとす

[47] 松原・前掲注（２）267頁。

る必然性はないであろう」

つまり、この見解は、ドイツの「法的特別規定に関する禁止の錯誤」は、実行行為時に違法性の意識の可能性が欠如する、同時存在原則が問題になる非同時的事例のケースと位置づける。その上で、このようなケースを処罰するためには、実行行為時点での違法性の意識の欠如に至る事情を、実行行為以前に回避措置により回避しなかったという事前責任を認めるべきであると主張する。そして、同時存在原則が要求される根拠は、事前責任の無制約な時間的遡求の防止にあるのだから、当該行為と関連する限りであれば、事前責任を認めることも、同時存在原則に反しない点を強調する。

そこで、この見解の当否を検討するに当たっては、再度、違法性の意識の可能性とは何かを確認する必要がある。違法性の意識の可能性とは、行為者が当該実行行為に出ることが回避可能であったにも関わらず、回避せずに実行行為を行った場合に、行為者に対して非難可能性を認めるものである。違法性の意識の可能性の有無が問題になった我が国の判例としては、百円紙幣模造サービス券事件（最決昭和62・７・16刑集41巻５号237頁、判時1251号137頁）が挙げられる。この事件は、被告人甲が、自己の経営する飲食店「甲店」の宣伝に供するため、写真製版所に依頼し表面は写真製版の方法により日本銀行発行の百円紙幣と同寸大、同図案かつほぼ同色のデザインとしたうえ、上下二か所に小さく「サービス券」と赤い文字で記載し、裏面は広告を記載したサービス券を印刷させ、次いで表面は、右と同じデザインとしたうえ、上下二か所にある紙幣番号を「甲店」の電話番号にし、中央上部にある「日本銀行券」の表示を「甲店券」の表示に変え、裏面は広告を記載したサービス券を印刷させて、それぞれ百円紙幣に紛らわしい外観を有するものを作成し、被告人乙も被告人甲が作成したサービス券を見て、自分が経営する飲食店「乙店」でも同様のサービス券を作成したいと考え、被告人甲の承諾を得て、写真製版所に依頼し、被告人甲と同様の百円紙幣に紛らわしい外観を有するサービス券を作成したというものである。

この事件で、最高裁は、違法性の意識の可能性の有無の判断に際して、実行行為以前の事情を考慮した。すなわち、被告人甲については、「被告人甲は、サービス券作成前に製版所側から片面が百円紙幣の表面とほ

ぼ同一のサービス券を作成することはまずいのではないかなどと言われたため、警察署に赴き、百円紙幣に紛らわしい概観を有する（被告人が作成した）サービス券について、知り合いの巡査を訪ね、同人及びその場にいた同課防犯係長に相談した際に、同人らからは、通貨及証券模造取締法の条文を示されたうえ、紙幣と紛らわしいものを作ることは同法に違反するため、サービス券の寸法を真券より大きくしたり、『見本』又は『サービス券』の文字を入れるなどして、誰が見ても紛らわしくないようにすればいいのではないかと具体的助言を受けたにも関わらず、被告人は、同人らの態度が好意的であり、助言も必ずしもそうしなければいけないというような断言的なものとは受け取れなかったことや、取引銀行の支店長代理にサービス券に銀行の帯封を巻いてほしい旨を依頼したところ簡単に承諾を得られたことから、助言を重大視せず、表面の印刷が百円紙幣と紛らわしいものであるとしても裏面には広告を印刷するのであるから、表裏を全体として見るならば問題にならないのではないかと考え、再度サービス券を作成した」という事情を考慮し、被告人乙については、「被告人甲から、このサービス券は百円札に似ているが警察では問題ないと言っており、現に警察に配布してから相当日時が経過しているから別に何の話もないと聞かされたことや、近時一般にほとんど流通していない百円紙幣に関することであるため、被告人乙は格別の不安を感ずることもなくサービス券の作成に及んだが、被告人乙としては、自ら作成しようとするサービス券が問題ないものであるか否かにつき独自に調査検討をしたことは全くなく、専ら先行する被告人甲の話を全面的に信頼したにすぎなかった」という事情を考慮することで、最高裁は被告人甲と被告人乙について、それぞれ違法性の意識を欠いたことにつき相当の理由がある場合には当たらないと判断した。

最高裁の判断枠組みは、一見すると、被告人甲と被告人乙について、実行行為以前の事情を基礎に処罰を認めたものであり、行為責任主義に反するようにも思われる。しかし、百円紙幣模造サービス券事件は、実行行為以前の事情を基礎に、被告人甲と被告人乙に責任非難を認めたケースではない。被告人甲は、当該実行行為以前に警察官から助言を受けたことから、サービス券を作成する行為が違法であるということを認識しえたにも関わらず、助言を重大視させず、再度サービス券を作成す

るという実行行為を遂行したことに鑑みれば、それはつまり、「実行行為時に違法性の意識の可能性は存在していた」ということを示しているのである。同様に、被告人乙についても、被告人乙自らサービス券作成につき独自に調査検討をしたわけではなく、被告人甲の話を全面的に信頼したにすぎない上で、サービス券を作成するという実行行為を遂行したことに鑑みれば、「実行行為時に違法性の意識の可能性は存在していた」といえよう。

そもそも、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無を問題にすることは、「仮にどのような行為をしていれば、実行行為時に自己の行為の違法性を認識できたか」を問題にすることになるため、実行行為時以前の事情を考慮する場合も存在することになる。但し、そのことが同時存在原則並びに行為責任主義に反するわけではない。あくまで、実行行為時以前の事情は、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無を判断するための手段にすぎない。実行行為時以前の事情をも考慮した上で、実行行為時における違法性の意識の可能性の存在の有無が問題になる以上、行為者には実行行為時の責任非難が問題にされることになり、同時存在原則と何ら齟齬は生じないのである。換言すれば、実行行為以前の事情を考慮して、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無を判断することは、決して実行行為以前の責任非難を問題にしているわけではないのである。

同時存在原則から演繹されることは、実行行為時に違法性の意識の可能性が存在しなければならないということである。しかし、実行行為時に違法性の意識の可能性があったか否かの判断は、責任能力や故意の有無の判断とは異なるように思われる。なぜならば、故意や責任能力では、行為者が実行行為時に単にそれを有していたのかどうかが問題になるが、他方で違法性の意識の可能性の有無は、当該状況に置かれた行為者が違法性の意識の可能性を持ちえたのかどうかという規範的な判断が問題になるからである。それゆえに、百円紙幣模造サービス事件では、実行行為以前の事情を考慮した上で、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無が判断されたが、この事件が同時存在原則に反する判断を行ったわけではないのである。

他方で、ドイツの「法的特別規定に関する禁止の錯誤」の議論では、

行為者の照会義務違反と責任非難の関係が問題になっていたが、このドイツの議論も、我が国における「違法性の意識の可能性」の問題に解消できると思われる。

本稿は、違法性の意識の可能性の有無の判断では、因果関係の起点としての行為と実行行為（未遂行為）は一致すると考え、「行為者が、実行行為時における自己の能力と与えられた情報を基礎にして、当該行為を慎重に検討すれば、当該行為が違法であることが認識できた場合」に、違法性の意識の可能性が肯定されると考える。そして、ドイツの法的特別規定に関する禁止の錯誤で指摘されていた行政取締法規が問題になるケースでは、行為者が当該行為を慎重に検討したといえるためには、行為者に可能な範囲での当該法規に関する調査を要求することも許されるのではないだろうか。換言すれば、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無が問題になる場合に、行為者が当該実行行為を慎重に検討したか否かを判断する中で、ドイツの議論における照会義務についても検討することができると考える。そして、照会義務を問題にすることは、決して実行行為以前の行為者の責任を問題にしているわけではない。前述のように、あくまで、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無の判断の中で、行為者に可能な範囲での照会義務を問題にしているのである。本稿は、行為者に可能な範囲での当該法規に関する調査を尽くせば、行為者が当該行為の違法性を認識できた場合には、当該実行行為時には違法性の意識の可能性が存在したことになり、それでも行為者は当該行為を遂行したことから、責任を問われると考えるものであるが、このような論理は、同時存在原則並びに行為責任主義に反するものではない[48]。よって、禁止の錯誤と行為責任との問題の検討にあたり、ドイ

[48] 同様の指摘として、半田靖史「違法性の意識の可能性」『刑事事実認定重要判決50選（上）［第２版］』（立花書房、2013年）215頁以下では、「与えられた情報と能力を用いて慎重に検討することが期待できるとすれば、慎重な検討の一態様又は延長として、違法性に関する調査を期待してもよいように思われる。これを一切否定すると、行政取締法規の不知の場合に、少なからず違法性の意識の可能性が否定されてしまう。ただし、期待できる調査は、行為者にとって可能かつ相当な範囲に限るべきであろう。その範囲の調査によって違法性の意識が喚起できたのであれば、行為者は違法性の意識を喚起しうる情報の収集能

ツの学説で主張されていた間接的行為責任という概念[49]や、過失不法に故意不法が追加的に付け加わるという論理[50]、加えて我が国の学説で主張されていた事前責任という論理[51]を援用する必要はないと思われる。

以上を踏まえると、ドイツにおける「法的特別規定に関する禁止の錯誤」のケースは、本稿の立場からは、行為者に可能な範囲での照会義務を認めた上で、行為者が照会義務を尽くして、行為者が当該行為の違法性を認識できた場合には、実行行為時に違法性の意識の可能性が、なお存在したケースといえ、行為者の責任は肯定される。他方で、行為者が（可能な範囲での）照会義務を尽くしても行為者が当該行為の違法性を認識できなかった場合には、実行行為時に違法性の意識の可能性が欠如するケースといえ、行為者の責任は否定されることになる。

第四節　小括

過失犯と原因において自由な行為は、同時存在原則との関係では、過失犯における実行行為をどのように考えるかが問題となる。過失犯における実行行為を故意犯と同様に実質的危険性を有する行為と考えるが、故意犯と過失犯の構成要件は異なることから、過失犯における実行行為を認めるための危険性は、未遂犯成立に至らない程度のもので足りると考える本稿の立場からは、原因行為を実行行為と評価できる以上、実行行為時における同時存在原則が充足されることになり、同時存在原則は問題にならず、原因において自由な行為という概念も不要であると考える。

他方、違法性の意識の可能性においては、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在するケースとして挙げられている、ドイツの「法的特別規定に関する

力・収集可能性を行為時に有していたのである。それは、行為時における違法性の意識の可能性といってよい。」と述べられている。

[49] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.264f.

[50] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.240f.

[51] 松原・前掲注（２）267頁。

禁止の錯誤」をめぐる問題が、同時存在原則との関係では指摘されていた。この問題については、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」であり、関係法規を調査することが行為者には可能な範囲で課せられると考え、このことは実行行為以前の責任を問題にするものではないと考える本稿の立場からは、ドイツの法的特別規定に関する禁止の錯誤の問題は、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無の判断枠組みの中で解決可能である。それゆえに、実行行為時における同時存在原則が妥当し、同時存在原則は問題にならないことが明らかになった。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2015年９月25日授与）「犯罪論における同時存在原則について」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたって、「日本学術振興会 特別研究員奨励費 研究課題：犯罪論における同時存在原則の意義と限界について（2014年～2015年度）」（課題番号26・3470）の助成を受けた。