HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	犯罪論における同時存在原則について（２）
Author(s)	瀬川, 行太
Citation	北大法学論集, 67(4), 398[29]-359[68]
Issue Date	2016-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/63736
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no4_06.pdf

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（2）

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、本号）

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

責任能力と同時存在原則の関係が問題になるのが、原因において自由な行為である。従来、学説では、構成要件モデルと例外モデルが主張され、様々な議論がなされてきた。本章においては、「同時存在原則の観点」から、これまでの議論を再度見直し、原因において自由な行為における同時存在原則の意義を考察する。

加えて、実行行為途中からの責任能力減退のケースについても、責任能力と同時存在原則の観点から考察する。ここでは、実行行為の開始時には責任能力が存在するが、結果発生時には責任能力が存在しない点をどのように考えるのか、あるいは、そもそも同時存在原則が問題になら

ないケースなのかどうかを検討することとしたい。

なお、過失犯においても原因において自由な行為は問題になるが、この問題については次章で検討することにしたい。本章では、故意犯に関する原因において自由な行為並びに、実行行為途中からの責任能力減退のケースを扱うことにする。

第二節　原因において自由な行為

1　判例

①我が国の判例

判例において、故意犯に「原因において自由な行為」を適用したものは、覚せい剤使用罪・所持罪や酒酔い運転罪が問題になったものが挙げられる。最決昭和43・２・27判時513号83頁は、被告人が自動車を運転して酒を飲みにバーに行き、飲み終われば酔って再び自動車を運転することを認識しながら、ビールを20本位飲んだ後、付近に駐車した他人の自動車を自分の自動車であると取り違えて、酒酔い運転に及んだが、被告人には運転時に心身耗弱であった事案であるが、最高裁は「酒酔い運転の行為当時にあたり飲酒酩酊により心神耗弱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39条２項を適用して刑の減刑をすべきでないと解するのが相当である」と判示し、酒酔い運転罪（道交法117条の２）の成立を認めた。

また、大阪高判昭和56・９・30判時1028号133頁は、昭和52年12月10日ころから、連日にわたって多量の飲酒を重ねていた被告人が、同月15日夕刻すぎ、反復して覚せい剤を使用する意思のもとに、覚せい剤を譲り受けて自己に注射したことから急性中毒症に陥り、それに加えてアルコールによる病的酩酊が付加され、軽度の意識障害を伴った急性幻覚妄想状態になり、水中銃で撃たれるなどと言いながら暴れ回るなどしたため、家族から通報を受けた警察官に保護されるに至った事案であるが、大阪高裁は、「被告人は、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、少なくとも心神耗弱状態にあったといわねばならない・・・被告人は反復して覚せい剤を使用する意思のもとに、昭和52年12月19日夕刻すぎ4.81グラムを上回る量を譲り受けて注射したので

あって、右の一部を使用した原判示第一の所為（使用）は右の範囲がそのまま実現されたものということができ、譲り受け及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神耗弱状態にあっても、被告人に対し刑法39条を適用すべきではないと考える。原判示第二事実（所持）についても同様であって、犯行日時である昭和五二年十二月十九日午後九時すぎころには少なくとも心神耗弱状態にあり、原判決は相当でないが、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意思が継続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」と判示し、覚せい剤使用罪及び所持罪の成立を認めた。

これらの事案では、自動車を運転するという行為や覚せい剤を譲り受けて使用するという行為には､ある種自動化された側面が存在するため､「意思の連続性」や､「原因行為時における、心神喪失又は耗弱状態での結果行為の未必の故意」が認められやすいといえる

他方で、一般刑法犯において故意犯に原因において自由な行為を認めたものは極めて少ない。名古屋高判昭和31・４・19高刑集９巻５号411頁は、以前にヒロポンの使用経験のある被告人が、短刀を購入の上、姉の結婚先に赴き、農業の手伝いをしていたが、ヒロポンを使用するときは、再び幻覚妄想等の中毒症状を起こし、短刀で他人に暴行等危害を加えることがあるかもしれないことを認識しながら、同地で入手した塩酸ニフェドリンの粉末を溶かしたものを、三回に分けて自己の身体に注射したため、ヒロポンの残遺症状を誘発し、極度の厭世観に陥り意思決定能力を喪失した状態で、姉を殺害した上で自己も自殺しようと決意し、深夜に姉の居室に入り、頭部背部等を数回刺し死亡させたという事案であるが､「薬物注射により症候性精神病を発しそれに基く妄想を起し心神喪失の状態に陥り他人に対し暴行傷害を加へ死に至らしめた場合に於て注射を為すに先立ち薬物注射をすれば精神異常を招来して幻覚妄想を起し或は他人に暴行を加えることがあるかもしれないことを予想しながら敢て之を認容して薬物注射を為した時は暴行の未必の故意が成立するものと解するを相当とする。・・被告人は、本件犯行につき暴行の未必の故意を以て隆子を原判示短刀で刺突し死に至らしめたものと謂うべく

従って傷害致死の罪責を免れ得ないものと謂わなければならない」と判示して、傷害致死罪の成立を認めた。

しかし、この判例に対しては批判も存在する。なぜならば、過失致死罪の成立を認めた最決昭和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。」と判示しているため、この判例に従えば、「単に自己の危険の素質を認識し、それに反して飲酒をする」だけでは暴行の未必の故意は認められないことになる。未必の故意を認めるためには、他者に暴行を加えることについてのより具体的な認識が要求されることになるが、名古屋高判昭和31・４・19高刑集９巻５号411頁で、注射をする行為に暴行の未必の故意を認められるかどうかは疑問であるからである[1]。

また、大阪地判昭和51・３・４判時822号109頁は、飲酒すれば自己規制が困難になり、過去に、他人に対し暴力を振うに至ったことが多い被告人が、午後５時頃から仕事先で清酒を二、三合飲み、その後に宿泊していた飯場に戻って清酒を二合飲み、更に外出して清酒を三、四合飲んだ結果、病的酩酊に陥り、同夜遅く牛刀を携えて飯場を出て、翌日午前１時頃、タクシーを停めて乗車し、大阪方面へ走行させている途中に、ハンドル操作中の運転手の左手首を左手で掴んで後ろに引っ張り、右手で刃体の一部を風呂敷で巻いた牛刀を、同人の右肩越しに示し、同人の身体等に危害を加える体勢を示して脅迫し、右牛刀の刃以外の刃体をもって同人の頸筋等を叩く暴行を加え、もって凶器を示して暴行と脅迫を加えた事案であるが、大阪地裁は、「本件犯行前にも飲酒を始めればこれを抑制し難く、相当量飲酒すれば異常酩酊に陥り、是非弁別能力又は行動制御能力が少なくとも著しく減退する状態において他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながら、あえて判示のように断続的に清酒七ないし九合を飲んだと推断することができ、これを覆す

[1] このような指摘をするものとして、成瀬幸典＝安田拓人編『判例プラクティス刑法Ⅰ総論』（信山社、2010年）270頁［水留正流］。

に足りる証拠はないので、本件犯行時における被告人の心神状態だけを捉え、犯罪の成否を決することはできない。そこで、いわゆる原因において自由な行為の成否が考慮されなければならない。・・そして、いわゆる原因において自由な行為としての故意犯においては、行為者が責任能力ある状態で、自ら招いた精神障害による無能力又は減低責任能力の状態を犯罪の実行に利用しようという積極的意思があるから、その意思は犯罪実行の時にも作用しているというべきであって、犯罪実行時の行為者は、責任無能力者としての道具又は減低責任能力者としての道具であると同時に、責任能力のある間接正犯たる地位も持つ。・・被告人は、本件犯行前飲酒を始めるに当たっては、積極的に責任無能力の状態において犯罪の実行をしようと決意して飲酒したとは認められないから、確定的故意のある作為犯とはいえないけれども、右飲酒を始めた際は責任能力のある状態にあり、自ら任意に飲酒を始め、継続したことが認められ、他方飲酒しなければ死に勝る苦痛に襲われ飲酒せざるを得ない特殊な状態にあったとは認められず・・個々の飲酒とはいえないのみならず、右飲酒時における責任能力のある状態のもとでの注意欠如どころか、積極的に右禁酒義務に背き、かつ飲酒を重ねる時は異常酩酊に陥り、少なくとも限定責任能力の状態において他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながら、あえて飲酒を続けたことを優に推断することができるから、暴行脅迫の未必の故意あるものといわざるをえない」と判示して、暴力行為等処罰二関スル法律１条の示凶器暴行脅迫罪の限度で犯罪の成立を認め、強盗未遂罪の成立は否定した。

この判例は、判旨の中で、「原因において自由な行為」の理論的根拠、いわゆる構成要件モデルに立脚することを示した点でも注目されるが、他方で、飲酒行為時に示凶器暴行脅迫罪に関する未必の故意を認めた点に対して批判も存在する。なぜなら、本件では、被告人が過去に酩酊を理由とする強盗未遂で執行猶予を受けていて、裁判官から飲酒禁止を命じられていたことから、飲酒行為時になお未必の故意が認められると考えることもできるが、その未必の故意が凶器に関する点まで及んでいたかは疑問が残るからである[2]。

[2] このような指摘をするものとして、中空壽雅「判批」刑法判例百選Ⅰ［第六版］

このような飲酒や薬物注射により心神喪失状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす傾向がある者が、飲酒や薬物使用により他人に暴行を加えたケースで、判例の多くは過失犯の成立を認めている。そのリーディングケースとなったのが、前述の最決昭26・１・17刑集第５巻１号20頁の事案である。それゆえに、原因行為時に暴行の未必の故意を認めた、名古屋高判昭和31・４・19高刑集９巻５号411頁や大阪地裁昭和51・３・４判時822号109頁の事案は、判例の傾向からすると例外的ケースであるとも考察することができる。

以上を要約すると、酒酔い運転や覚せい剤所持罪・使用罪といった特別刑法上の犯罪が問題になるケースは、原因行為をする前に結果行為を行う意思がある「意思連続型」のケースであり、このケースで判例は行為者に完全な責任を認めている。他方で、飲酒や薬物注射により他人に暴行を加える習癖がある者が、飲酒や薬物使用により暴行に及んだケースは、原因行為により結果行為を行う意思が生じる「意思不連続型」のケースであり、このケースで判例は故意犯の成立を認めたものは極めて少なく、多くは過失犯の成立を認めている。

②ドイツの判例

ドイツの判例は、構成要件モデルに立脚することが指摘されている[3]が、我が国の構成要件モデルとは少し異なるように見える判例も散見される。そこで、以下、ドイツの判例の動きを検討することにする。

RGSt42, 413では、「被告人は、意思のない第三者に興奮した馬の手綱の操作をゆだねた場合と同様にして、他人に傷害を負わせたのである。責任無能力の者を利用するという点で、両者は同視できるのである」と述べられている。これは、まさに間接正犯論に依拠する構成要件モデルからの説明といえよう。

BGH NJW 1955, 1037では、「故意的な遂行形態それ自体では、ほとんど存在しない責任事由である Alic は、行為者が計画された行為を遂行

（有斐閣、2008年）75頁。

[3] Heinz Schöch, in：Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar 12 Aufl. § 20.RN198.

するために、勇気づけのために飲むということを要求しない。むしろ、行為者が、酩酊状況下で一定の行為を遂行することを予見し、責任能力状態で、その事を是認していることで十分なのである」と述べられている。これは、構成要件モデルから要求される「二重の故意」についての説明であり、行為者が犯罪遂行のために自己の責任能力を取り除く、特別な主観的意思までは要求されないということであろう[4]。

BGHSt 21, 381は、３人の被告人達が、共謀して、事後に実際に遂行された犯罪行為遂行の計画を、遅くともＨ市に向かう途中に立て、Ｈ市に到着後に初めて大量にアルコールを飲んで、侵入窃盗や自動車窃盗等３件の窃盗を遂行した事案で、BGH は、「３人の被告人達は完全な責任能力ある状態で、窃盗を取り決めて計画したことにより、事後の行為遂行に対する決定的な原因を設定したのである。そして、被告人達は、その行為を計画通り遂行した。それゆえに、因果経過の答責的開始の原理（Grundsätzen des verantwortlichen In-Gang-Setzens der Ursachenreihe）=（原因において自由な行為）に従えば、３人の被告人達は、３件の窃盗の遂行に対して完全な責任を負うのであり、行為時に被告人達の答責性が、アルコールの摂取により減退していた又は完全に排除されていたかどうかは問題にならないのである。但し、故意犯の形態における因果経過の答積的開始を想定するためには、行為者が未だ酩酊していない段階で、酩酊状態後に実際に犯した『特定の行為』について故意的に決断することを前提としている。・・例えば、ある行為者が酩酊する前に、酩酊状態に陥った後に暴力的犯罪を行うことを意欲した又は同意した場合に、実際に行為者が酩酊状態に陥った後にこれらの犯罪行為を遂行したとしても、行為者は故意の傷害罪や故意の強盗罪又は故意の強姦罪を理由として処罰されないのである。むしろ、行為者が刑法的に完全な責任能力ある状態で計画した行為と構成要件的に合致する犯罪行為の遂行（つまり、傷害なのか強盗なのか強姦なのか）を、行為者が考慮して同意したことが必要なのである。しかしながら、このような実際に表象された犯罪行為に向けられた決定は、ある特定の犯罪行為

[4] このような指摘をするものとして、杉本一敏「原因において自由な行為をめぐる BGH 判例理論（上）」比較法学47巻１号（2013年）63頁。

への決定とみなすことは出来ない。むしろ、特定性が必要とされるということは、行為者の表象と事後の行為遂行の間の広範な一致を前提とするのである。そのような一致が存在したかどうか、そして、行為者の決定を通じて実際に惹起された行為が行為者に故意的に帰属されるのかどうかは、計画と行為遂行の検討によってのみ決定されうるのである・・このような観点の下では、３人の被告人達の判決に対する法的な疑義は存在しない。なぜならば、被告人達は、しらふの状態で、事後に実際に自分達によって実現された、H市のある店からの自動車窃盗と侵入窃盗の遂行を決断したからである。」と判示した。

ここでは、「責任能力が存在した状態での事前の計画が、事後の行為に対する決定的原因を設定した」という論理を Alic と呼んでいる。これは、BGH 独自の Alic の説明であり、「行為者の表象と事後の行為遂行が一致している」ということを要求する部分に鑑みれば、例外モデルの立場からの Alic の説明といえる。また、この判示からは、被告人らが責任能力ある状態で窃盗の計画・共謀をしたことが、構成要件該当行為であるようにも思われる。

BGHSt 23, 356は、知人の女性店主が営む店から金庫を強奪し、口封じのために女性店主を絞殺することを計画した当時15歳の被告人が、女性店主の店に行き、女性が物を取るために後ろを振り返った隙にストッキングを女性の首に回して締め付けたところ女性は気絶したが、後に意識を取り戻した際に、被告人は再び女性の頭を殴打し、引出しから取り出した調理包丁で女性を数回刺し、女性は大量の出血をしたが、一命をとりとめた事案である。この事案では、被告人は店に向かう途中にてんかん性の人格変化に陥り、自己の行為を洞察に従って制御し、計画された行為を断念することができなかった可能性が存在したが、BGH は、「被告人が行為の遂行を開始した段階で、被告人の責任無能力状態が生じたのではなく、被告人が女性店主の営む店に向かう途中で、既に責任無能力の状態であった。つまり、被告人は、責任能力ある段階で行為の一部も開始しておらず、行為の開始前に、制御無能力を理由とする責任無能力の状態にあったのである。被告人が、行為の計画や予備段階でなお責任能力があったことを理由として、被告人の行為を処罰することはできない。被告人は責任無能力状態を故意でも過失でも惹起していない

ために、Alic の前提条件が存在しないのである。すなわち、被告人は、自己の責任無能力状態を故意的にも過失的にも惹起していないのである。行為者が、未遂の段階ではなく、予備行為の間に既に責任無能力状態である場合にも、可罰的な行為が存在するのかどうかについては、刑事部は未解決のままにしてきた。この問題は、否定されるべきである。計画や予備は、刑法においては重要な段階ではないのであり、それゆえに、計画や予備が、行為者が責任無能力状態で開始し遂行した行為の可罰性を演繹することはできないのである。行為者が少なくとも旧刑法43条（未遂）の意味における行為遂行を、責任能力ある状態で（つまり、自由で帰属可能な決定で）開始した場合に限り、責任無能力状態で遂行された行為の責任が問題になる」と判示した。

つまり、BGHSt 23, 356は、犯行計画や予備が刑法的に未だ重要な段階でない点を指摘し、行為者は未だ犯罪行為の一部分たりとも遂行していないことを指摘している。この論理を、前述の３名の被告人達に Alic を適用し処罰した BGHSt 21, 381に適用すると、BGHSt 21, 381の構成要件該当行為は計画行為ではなく、飲酒行為と推測できるため、それゆえに、BGH は構成要件モデルに立脚していることになる[5]。

BGH NStZ 1999, 448は、被告人達は、麻薬購入のお金を調達するために銀行を襲撃することを計画し、計画時の夜は睡眠をあまりとらず、麻薬（スピードやコカイン等）を服用した後で、銀行を襲撃したが、被告人達は銀行襲撃時には限定責任能力になっていた事案である。BGH は、「被告人達に対する刑法21条[6]の適用を検討する必要はない。原審は、睡眠不足と結びついた薬物の興奮作用を考慮して、刑法21条の要件が存在していると判断している。しかし、原審は、被告人達が強盗のための襲撃を決定した後に薬物を服用したということを考慮していない。被告人達は、責任能力ある状態で事後に遂行される犯罪行為の共謀・計画を

[5] このような指摘をするものとして、杉本・前掲注（４）73頁以下。

[6] ドイツ刑法第21条（限定責任能力）　行為の不法性を弁別し又はその弁別に従って行為する行為者の能力が、刑法第20条に挙げられた事由の１つによって、行為遂行の際に著しく減退していた場合には、刑は、第49条１項によって減軽することができる。

行うことにより、当該犯罪行為の決定的な原因を設定したのだから、Alic の原理によれば、犯罪行為時に責任能力が減退していることは何ら意味を持たないのである」と判示した。これは、BGHSt 21, 381で提示された、「責任能力ある段階で、後に遂行される犯罪行為の計画・共謀を行うことで、当該犯罪行為の決定的原因を設定した」という論理と同じものといえる。このように考えると、構成要件該当行為は、BGHSt 21, 381で検討したように、計画行為ではなく、麻薬服用行為となる。

BGH NStZ 2002, 28では、「故意犯の Alic が、計画された行為に加えて、責任無能力の惹起も、故意になされる必要があるという意味での、二重の故意を要求するのかどうかは未決定にしうるのである。いずれにしても、故意犯の Alic には、計画された犯罪行為の遂行を容易にする目的で、飲酒や薬物を使用する必要はないのである。BGH は、アルコールによる責任無能力のケースで、行為者が抑圧状態の解放後に酩酊状態で意図された行為を実行するために、勇気づけに飲酒することは、Alic にとって本質的でないことを詳述している。むしろ、行為者がアルコールによる責任無能力状態で計画された行為を遂行するだろうという事を、結果を是認しながら考慮したにも拘らず、行為を決断し飲酒したということで、故意犯の Alic を認めるには十分なのである」と判示した。ここでは、BGH NJW 1955, 1037と同様に、構成要件モデルにおける「二重の故意」を認めるためには、犯罪遂行を容易にするためという目的は不要であることが読み取れる。

以上、ドイツの原因において自由な行為に関する判例を概観すると、構成要件モデルに立脚されるとする BGH の立場には以下のような変遷が見られる。RG 時代には、間接正犯論に依拠した構成要件モデルが採用されていた。他方で、BGH は、「責任無能力状態に陥る前に事後の行為遂行に対する決定的な原因を設定したという、因果経過の答責的開始（verantwortlichen In-Gang-Setzen der Ursachenreihe）」という概念に依拠して原因において自由な行為を説明している点で、間接正犯論に依拠した原因において自由な行為からの説明とは異なる。しかし、飲酒行為や薬物服用行為を実行行為と解している点、二重の故意が要求されている点では、構成要件モデルからの説明といえよう。

２　学説

①例外モデル

例外モデルとは、結果行為を実行行為としながらも、責任非難は原因行為に求めることにより、端的に「実行行為と責任能力の同時存在原則」の例外を認め、行為者の可罰性を根拠づけようとするものである。以下、例外モデルの代表的見解を検討する。

Ａ：最終的意思決定説[7]

この見解は、「責任能力も責任判断の一種である以上、意思決定との関連から免れることはできず、行為者が自己の悪しき行為動機に対して良き反対動機を対立させて抗争しなければならないのは、ほかならぬ意思決定のときであり、その能力を欠いた状態のもとになされた意思決定に対しては規範的非難を加えることができず、ひいてはその意思決定に基づいてなされた行為について行為者に非難を加えることはできない」ことから、責任能力は少なくとも意思決定をするときに問題になることを指摘する。その上で、「意思決定から予備以前の行為・予備行為・実行行為を経て結果惹起にいたる人間の態度が同一の意思に担われたものであるとき、これを行為と呼ぶ」ことから、刑法上の行為は特定の意思の実現過程であり、一個の行為は一個の特定の意思によって貫かれていることを意味し、仮に当該意思に担われない行為が従来の行為に接続したとすれば、そこには別個の行為が接木されたとみるべきであることを主張する。このことから、「行為についての責任能力は、当該行為への最終的意思決定のときにあればよいこと」、「ある違法行為についての責任能力は、その違法行為そのものの開始時ではなく、その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こと」が演繹されることを指摘する。

このような責任能力の理解に立脚する立場から、この見解は原因において自由な行為を、以下のように分析する[8]。

「故意犯の場合には、責任無能力の状態で違法行為を犯すことの意欲

[7] 西原春夫『犯罪実行行為論』（有斐閣、1998年）133頁以下。

[8] 西原・前掲注（７）162頁。

または認容を伴った意思決定がなされる。次に、その意思決定にもとづいて行為が開始されることになる。その行為は、当座はいわゆる原因設定行為であって、多くは予備行為、またはそれ以前の行為にすぎず、まだ実行行為とは評価されない行為である。問題は、この行為はどこまで継続するかということであって、これが、実は、原因において自由な行為の理論における中心問題にほかならない。まず明らかなのは、少なくとも原因設定行為が終了するまで、いいかえれば責任無能力に陥るまでは同一の行為が継続しているといいうることである。そのあとの段階、つまり責任無能力の状態に陥ったあとの行動が、前述の行為の一環といいうるかどうかは一概にはいえない。前述のように、行為が意思の実現過程だということになると、行為者が事前に意欲した行動だけが行為の中に取り込まれ、意欲しなかった行動は、別個な意思決定にもとづく行為ないしは偶然の出来事として行為から除外されることになる。このようにみてくると、元来、原因において自由な行為というのは責任無能力状態中における違法行為につき事前に故意または過失のある場合を指すのであるから、それは、すべて、責任能力ある状態中に開始された原因設定行為の一環となるのである。同一の意思決定に支配されているという点では、責任能力ある状態中の原因設定行為も、責任無能力状態中の結果惹起行為も同様であって、両者は同一の意思によって貫かれた一個の行為の中に包摂されることになる」

つまり、この見解は、原因において自由な行為の場合には、責任能力は実行行為時になくてもよく、行為の開始時、すなわち「最終的な意思決定時」にあればよいと考える。その上で、行為の開始時における最終的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も、責任能力あるものとして責任を問うて差支えないことを主張する。「最終的意思決定」が「原因行為」と「結果行為」の間に貫かれていれば、1個の行為として問責の対象となると考えることから、「行為と責任の同時存在原則」との関係では、「最終的意思決定がなされる原因行為時まで責任を拡大する」ことにより、行為もその限度において拡大がなされ、同時存在原則が充足されることになる。

しかし、このような「責任の原因行為時までの前倒し」は問題点を有

すると思われる。なぜならば、この見解からは、最終的意思決定が認められる限りにおいて責任非難を遡ることが可能になるため、予備行為時あるいはそれ以前の行為時に対する意思決定への非難を可能にしてしまい、可罰性の拡大の恐れがあるからである。そこで、最終的意思決定をどこまで遡るかが問題になる。

この問題につき、最終的意思決定説において、問責の対象となる行為は「１つの意思決定に貫かれた１つの行為」であり、それが「構成要件該当行為」として把握されていることから、「行為と責任の同時存在原則」は充足されているとの指摘もある[9]。この指摘に従えば、「原因行為に構成要件該当行為性が認められる限り」において、最終的意思決定も遡ることができることになる。しかし、構成要件該当性が認められる限りで責任が遡るのであれば、端的に原因行為を構成要件該当行為とする構成要件モデルを採用した方が、最終的意思決定という概念を用いるよりも簡明ではないだろうか[10]。

このように考えると、この見解は、「最終的意思決定」を認める基準が不明確であり、原因行為と結果惹起行為との間の時間的・場所的近接性等などの、最終的意思決定を補填する別個の条件が必要になると思われる。

Ｂ：違法性の意識の可能性説[11]

この見解は、違法性の錯誤における責任説からの帰結を、原因において自由な行為にも転用するものである。つまり、違法性の錯誤では、「行為時に違法性の意識を欠いていても、事前の努力により違法性の錯誤を回避できた場合には、違法性の意識の可能性があることになり、行為者を故意犯で処罰できる」のであるから、「事前の努力により回避しえた

[9] 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第１巻総論』（有斐閣、2010年）628頁［古川伸彦］。

[10] このような指摘をするものとして、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）326頁。

[11] 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（二・完）」法学論叢（1997年）32頁以下、伊藤渉＝小林憲太郎＝鎮目征樹＝成瀬幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法総論』（弘文堂、2005年）231頁［安田拓人］。

責任無能力状態における、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」と考えるものである。責任非難が認められるためには、責任能力の維持に向けた努力の契機（犯行の予見可能性を含む）および努力の可能性、更には努力をすれば責任能力が維持されたであろうという関係が必要であり、この要件は回避しえた禁止の錯誤の場合と同様であることを指摘する[12]。なお、この見解は、「一定の要件の下で行為前の行為者の態度を責任非難の根拠とするため、人格責任論への接近であり、行為と責任の同時存在原則に違反している」という批判に対しては、同時存在原則は責任判断の無制限な時間的遡求、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って個別行為責任を確かなものとしているのであり、行為と責任が同時存在することそのものに意味があるのではないことを強調する[13]。

しかし、この見解からは、結果行為時に初めて故意が生じた場合でも、結果行為を実行行為と捉えることから、故意犯としての処罰が可能になってしまうが、このような帰結は妥当ではないだろう[14]。行為責任原理の観点からは、責任能力が要求される行為に対しては、故意も要求されるべきであり、違法性の意識の可能性のケースと原因において自由な行為をパラレルに扱うことはできないように思われる。加えてこの見解からは、限定責任能力の場合に、回避しえた責任無能力に対する論理をそのまま転用すれば、刑法39条２項により減軽されることになるが、責任無能力の場合と齟齬が生じてしまう点で不当であるように思われる[15]。

---

[12] 安田・前掲注（11）51頁。

[13] 安田・前掲注（11）50頁。

[14] このような指摘をするものとして、佐伯・前掲注（10）327頁。

[15] 安田・前掲注（11）53頁では、「わが国の限定責任能力は必要的減軽を規定しているため、回避しえた責任無能力の場合と限定責任能力の場合を同様に扱わないと、責任能力低下の程度が低い方が有利な扱いを受けることになって妥当でないであろうと思われるが、詳しい検討は今後の課題としたい」として、具体的解決策は示されていない。

Ｃ：権利濫用論を主張する見解[16]

この見解は、「原因において自由な行為」を考える場合、第一に実行行為はどこに求められるかを実行行為概念自体から確定すべきであるとし、それが責任能力に欠陥のない時期に求められれば、「原因において自由な行為」の登場する余地はない事を指摘する。原因行為に実行行為が認められない場合こそ、原因において自由な行為の問題となるのであり、そのような行為がなぜ可罰的であるのか、いかにしてそうなるのかが問われなければならないとする。その上で、行為無能力状態に陥る場合と責任無能力状態に陥る場合を分け、行為無能力状態の場合には、評価の対象としての行為が存在しない以上、行為無能力以前の段階に実行行為を求める。他方で、責任無能力状態又は限定責任能力状態の場合には、実行行為が責任無能力状態ないし限定責任能力状態の中に認められることになれば、改めて原因において自由な行為の問題を考える。本来予備行為しか認められない行為に実行行為を求めて処罰することが不合理であれば、そして原因行為に実行行為を認めうる場合のみ処罰可能であるとすることが一般的な法感覚にそぐわないとすれば、同時存在原則の例外を認めざるをえないとする。ただし、原因に責任があるというだけで直ちに後の結果惹起行為に責任を負わせるのでは責任主義に反する虞があるとし、この場合は原因行為そのものに対する責任を問えるだけであり、これは法律の規定がなければ構成要件該当行為も欠けることになり不可罰である。しかし、実行行為時にだけ注目すれば不可罰の行為も、それ以前の状況を考えあわせた場合に、実行行為と責任能力の同時存在原則に対する例外として責任非難を負わすことは可能ではなかろうかと考え、このような例外は刑事政策の観点からだけではなく、いわば社会的衡平の原理とでもいうべき見地から認める余地があるとし、一定の法理が認められている法目的に反して、形式的にその適用場面が作出される場合には、その法理の濫用として適用を制限することも責任主義に反するものではないことを、この見解は強調する。つまり、最初から犯罪を実現する意思で、判断ないし制御の正常性を欠くに至らしめた者

[16] 丸山治「原因において自由な行為に関する一考察（二完）」北海学園法学研究19巻１号（1983年）53頁以下。

には、それを欠いたことをもってその者に有利な抗弁として許すべきではないと考えることは、責任主義に反するものではなく、このような思考は、被害者を殺害して占有を離脱させておき財物を奪取することが強盗殺人を構成する場合や、挑発防衛の場合にも親和的であるとする。

この見解は、原因行為に実行行為が認められない場合に初めて、原因において自由な行為が問題になるのであり、その限りでは同時存在原則の例外を認めざるをえないとする。そして、このような例外は、刑事政策の観点からだけではなく、いわば社会的衡平の原理とでもいうべき見地から認められるとする。しかし、同時存在原則の例外が認められるか否かの判断が、社会的衡平や刑事政策の観点からなされることになると、当該判断が恣意的に流れる危険性があり、しいては同時存在原則を形骸化させる虞があることは否定できないように思われる。それゆえに、この見解は妥当ではないだろう。

D：条文の文言から、同時存在原則の例外を認める見解[17]

この見解を主張するイェルーシェックは、刑法20条[18]の例外が認められるか否かについて以下のように述べる[19]。

「責任原理が、刑法20条に関して、Alic の把握のために、想定された同時性についての例外規定を受け入れることを、立法者に対して禁止しているのかどうかが、熟考されなければならないのである。例えば、その模範として、スイス刑法12条は以下のように規定している。（行為者の）重大な精神障害や意識侵害が、このような状況下で犯罪を遂行する意図で行為者により引き起こされた場合には、スイス刑法10条及び11条

[17] Günter Jerouscheck/ Ralf Kölbel, Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, S.420ff.

[18] ドイツ刑法第20条（精神障害を理由とする責任無能力）行為遂行の際に、病的な精神障害、深刻な意識障害、又は知的障害若しくはその他の重い精神的偏奇を理由として、行為の不法性を弁別し又はその弁別に従って行為する能力を欠く者は、責任なく行為したものである。

[19] Günter Jerouscheck, Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft, in Festschrift für Hirsch, 1999, S.255ff.

の規定は適用不可能なのである[20]。立法論として、責任非難を構成要件に該当しない先行行為と結びつける可能性は、批判されている・・しかしながら、このような批判が、責任前倒しモデルの矛盾を証明するのに有益に寄与しているかどうかは、もう一度考える必要がある。なぜならば、例外モデルの主張者達も、このような責任を処罰することに抵抗がないわけではないからである。・・とりわけ、行為概念を予備段階にまで拡大することにより同時存在原則を維持しようとすることは、私には説得力を有するようには思われないし、構成要件モデルの主張者達が例外モデルに対して、責任非難を予備段階に結びつけることは憲法違反であるとして非難することも、私には説得力を有するようには思われないのである。限定責任能力状態に陥ることで、未遂段階へ達したことが証明された者が、可罰的であるということは本当なのだろうか。その場しのぎの理論構成により、同時存在原則違反を覆い隠すよりも、同時存在原則の例外に対する実質的根拠を熟考することが、私にはより誠実であるように思われる。また、責任原理が、正常に機能するためには、同時性の理論を実際に必要としているのかどうかについて背景を検討することなど､とうの昔に時期を逸しているのである。Alic の事例においては、同時存在原理を制限することは、権利濫用論を考慮することで、簡単に正当化されるのである・・自ら招いた責任能力欠如の実質的排除という法的思考は、刑法にとって決して珍しいことではないのである。責任原理を認めることは、決して同時存在原則を認めることを前提としている

[20] なお、現在では、責任能力の規定は、スイス刑法第19条に以下のように規定されている。

スイス刑法第19条１項　行為時に、自己の行為の不法性を弁別し、又はこの弁別に従って行為する行為者の能力が欠如する場合には、行為者を処罰することはできない。

スイス刑法第19条２項　行為時に、自己の行為の不法性を弁別し、又はこの弁別に従って行為する行為者の能力が、部分的にしか存在しない場合には、刑を減軽する。

スイス刑法第19条４項　行為者が、責任無能力又は限定責任能力を回避することができ、その際に、責任無能力又は限定責任能力下で遂行される行為を予見できた場合には、同条１項から３項までの規定は適用できない。

わけではないという事から出発することが許されるのであれば、同時存在原則を放棄する解釈の余地が、現行法上、残されていないのかという問題が生じるのである。この問題については、私は、同時存在原則を放棄することをもう一度考え直すこと、そして刑法20条における bei という文言は bezuglich の意味で拡張的に解釈することを提案した。これまでの解釈アプローチと従来の理論との矛盾を甘受することなく、このような解釈は、十分に理解された責任原則を充足するのである。」

つまり、イェルーシェックは、ドイツ刑法20条１項の「行為遂行の際に（bei Begehung der Tat）」という文言に用いられている「bei（～の際に）」という文言を「bezuglich（～に関して）」の意味で解釈することを主張する。それゆえに、イェルーシェックの見解からは、ドイツ刑法20条１項を「行為遂行の際に」ではなく、「行為遂行に関して」の意味で解釈するため、結果行為だけでなく、原因行為まで含んで解釈することが可能になり、このような解釈に従えば、行為者が責任無能力状態で犯罪を犯したとしても、責任無能力を惹起した行為者の自招性が考慮されることで、刑法20条１項の適用が排除されることになり、なおかつこのような解釈は、責任原理に反するものではないことになる。

他方で、なぜ、bei という文言を bezuglich という文言で読み替えることが可能なのかについて、イェルーシェックは、「例えば、幇助犯においては、幇助は決して実行行為時に果たされなければならないのではなく、実行行為の前域で生じることもある。立法者は、刑法27条[21]で、幇助は、行為に対してなされなければならないと規定したにすぎない。それゆえに、（実行行為の前域でなされた）幇助が刑法27条に矛盾することを誰も指摘しないのである。つまり、このことから、言語使用がその文言との関係において抽象化して使用されることが可能である」と述べている[22]。しかし、イェルーシェックが指摘する幇助犯のケースは、言語使用が文言との関係で抽象化することを必ずしも根拠づけるわけではなく、あくまで幇助犯との関係でのみ妥当する論理である。責任能力

[21] ドイツ刑法第27条１項（従犯）他者が故意的に違法な行為を行うように、故意に他者を幇助した者は、従犯として処罰される。

[22] Jerouscheck, a.a.O. (Fn19), S.258f.

が、なぜ実行行為の前域で存在することで足りるのかについては、刑法20条との関係で別個の積極的根拠が、依然として要求されるのであり、この点についてのイェルーシェックの説明が存在しない点で、やはりこの見解は妥当ではないといえる。

Ｅ：例外的帰属として行為者を処罰する見解[23] [24]

この見解を主張するルシュカは、刑法上の規範には、二種類の異なった規範が存在することを指摘する。一つは、第一次レベルの規範であり、これは当該行為が違法か否かを判断する規範であり、具体的には、「命令規範」・「禁止規範」などかこれに該当することを指摘する。そして、第一次レベルの規範が問題になる場合には、先行行為の事情を考慮することは許されず、「通常の帰属（ordentliche Zurechnung）」として、実行行為時の事情を基準にして、第一次レベルの規範の違反の有無を判断し、違反であると判断されれば、結果は行為者に帰属される。他方で、もう一つの規範がメタレベル（第二次レベル）の規範であり、これは当該行為の具体的な帰責の有無を判断する規範であり、第一次レベルの規範から派生的に生じる規範であることをルシュカは指摘する。そして、メタレベルの規範が問題になる場合には、先行行為の事情を考慮することも許され、かつ先行行為時にメタレベルの規範の違反が行為者に存在する場合には、行為者には義務違反（Obliegenheitsverletzung）が認められ、「例外的帰属（außerordentliche Zurechnung）」として、行為者に結果が帰属されることが許されることを主張する。

ルシュカは、このような独自の責任論に依拠して、原因において自由な行為は、「行為者が欠陥状態にあることに対して責任がある場合であり、これはメタレベルの規範違反といえるから、当該不法行為は、行為者に例外的に有責に帰属されるケース」であることから、例外的帰属が

[23] Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelteFälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 1988, S.274ff.

[24] Joachim Hruschka, Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten JZ, 1997, S.24f.

問題になることを主張する。つまり、ルシュカは、原因において自由な行為のケースは、行為者に欠陥状態を回避する義務が課されていて、この義務に違反した場合であると指摘する。その際に、責任の根拠付けは、帰属の対象である結果行為時よりも前に存在する時点と結び付けられ、このような Alic の問題状況を適切に描写しているのが、例外モデルであると主張する[25]。

ルシュカの見解は、規範を第一次レベルの規範と第二次レベルの規範に区分し、第二次レベルの規範違反が問題になる場合には実行行為以前の事情も考慮することが可能になるという独自の責任論を基礎にしている。その上で、原因において自由な行為では第二次レベルの規範違反が問題になることから、原因行為を考慮することも例外的に可能であることを主張する点に特徴がある。しかし、ルシュカの見解に対しては、第一次レベルの規範と第二次レベルの規範は何を根拠として生じるのか、また第一次レベルの規範と第二次レベルの規範を明確に区分できるのかという疑問が提起できる。加えて、なぜ第二次レベルの規範違反の場合に、例外的に実行行為以前の事情も考慮できるのかという点も不明であり、やはりルシュカ独自の責任論に依拠しなければ、原因において自由な行為を説明できない点で、妥当ではないといえる。

②構成要件モデル

構成要件モデルにも変遷が見られるので、以下ではそれを検討することとする。

A：旧・構成要件モデル（間接正犯類似説）[26]

この見解は、間接正犯が他人を道具として利用するものであるのに対し、原因において自由な行為は、自己の責任能力ない状態を道具として利用するものである点にちがいがあるにすぎないと考えるものである。間接正犯では他人を利用する行為を実行行為と捉えるのと同様に、原因

[25] なお、ルシュカは、最終的には例外モデルの立法化を図ることが望ましいと述べている。Hruschka, a,a,O. (Fn24), S.24f.

[26] 団藤重光　『刑法綱要総論［第３版］』（創文社、1990年）161頁以下。

において自由な行為においても、自己を利用する行為つまり原因行為を実行行為と捉えることで、「行為と責任の同時存在原則」を満たしているとする。そして、原因行為が実行行為としての定型性を有するためには、二つの要件を満たす必要があることを指摘する。第一の要件として、「自己をまったく弁別のない状態におとしれること」が必要であり、単に心神耗弱の状態におとしいれた場合には、原因行為に実行行為をみとめることはできないことを認める。そして、この場合には心神耗弱下での挙動それ自体が実行行為であり、限定責任能力者の行為として刑の減軽を認める。第二の要件として、「自己を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、構成要件的定型性を具備すること」が必要であり、過失犯や不作為犯については原因行為に実行行為性を認めることが比較的容易だが、他方で故意による作為犯の場合には困難さを伴い、例えば泥酔中に人を殺すつもりで飲酒した場合には、飲酒行為に殺人の構成要件該当性を認めることは不可能であることを認めている。

しかし、この見解に対しては、以下の批判が存在する。

（ｉ）他人を殺すつもりで景気づけのために飲酒した者が、その後酔いつぶれて眠ってしまった場合にも、殺人未遂罪の成立を認めることになり妥当でない。

（ii）この見解からは、責任無能力状態に陥った場合には、行為者に完全な責任を問うことができるが、限定責任能力の場合に陥った場合には、刑法39条２項が適用され、刑が減軽されることになり、不合理である。

これらの批判を受けて、旧・構成要件モデルは修正を加え、新・構成要件モデルは「実行行為の開始時期」＝「実行の着手時期」いう公式を分離しながらも、原因行為に実行行為（構成要件該当行為）を認める。以下では、この新・構成要件モデルを検討する。

Ｂ：新・構成要件モデル[27]

この見解は、「原因において自由な行為」では、「実行行為の開始時期」

[27] 佐伯・前掲注（10）327頁以下。

と「実行の着手時期」を同視しない。因果関係の起点としての、実行行為は、未遂犯を認めるための切迫した現実的危険性を有する必要はなく、結果発生の相当程度の危険性が認められることで足りると考えるこの見解の立場からは、結果行為時に実行の着手を認める（実質的客観説）。

それ以外の点では、旧・構成要件モデルと何ら変わらない。原因行為に、実行行為性を認めるためには、飲酒や薬物等の作用により、周囲の人間に暴行を加える傾向がある者が、そのような自己の傾向を認識し、他人に暴行を加えることを認識しながら、飲酒や薬物を摂取したという事情が必要である。そして、心神喪失状態に陥って、そのような状態の自らを道具として利用する行為に正犯性を認めることができ、自己が心神喪失状態に陥って犯罪を行うことの認識（いわゆる二重の故意）が必要になる。

新・構成要件モデルは、実行行為の開始時期と実行の着手時期を分離することで、旧・構成要件モデルに対して指摘されていた、早期に未遂を認めることになるという批判を回避したといえる。しかし、旧・構成要件モデルに対して指摘されていた、「限定責任能力の場合に、道具とはいえず、完全な責任を問うことが出来ない」という批判は依然として妥当しており、問題は残されたままであるといえる[28] [29]。

---

[28] 佐伯・前掲注（10）327頁では、「構成要件モデルからは、原因において自由な行為の法理などという特別の法理は存在しない」との指摘がなされている。同様の見解を採用する者としてドイツでは、ヒルシュが挙げられる。ヒルシュは、行為者が自らを道具として利用する点で、原因に置いて自由な行為を、刑法25条１項「自ら又は他の者を通じて犯罪行為を行った者は、正犯として処罰する」の下位事例として位置づけ、「行為者が自らを通じて犯罪行為を行う」ケースを捉えている。Hans Joachim Hirsch, JR, 1997, S.232f.

このような見解は、間接正犯の正犯性判断において、他人を利用するか自己を利用するかという点に、本質的な違いはないと考える立場に立脚しているといえる。しかし、林幹人『判例刑法』（東大出版会、2008年）139頁では、「正犯とは本来、教唆・幇助などの対概念であって、２人以上の人格が関与した場合にのみ問題とすべきものである。単独犯の成立を限定する要件として認めるべきではない」との批判もなされている。本稿も、間接正犯とは他者を道具として利用する場合であり、構成要件モデルが前提とする、自己が責任無能力の自己を道具として利用するという論理は技巧的なものであると考えることから、構成

３　私見

これまで検討してきた見解は、実行行為時における同時存在原則を基礎にしていた。それゆえに、原因行為を実行行為と捉えるアプローチと、実行行為を結果行為と解した上で原因行為を例外的に考慮するアプローチに二分されていた。しかし、本稿は、原因において自由な行為のケースは、実行行為は結果行為であり、原因行為は実行行為ではなく因果関係の起点としての行為として把握することから、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないため、実行行為時における同時存在原則が妥当しないと考える。原因において自由な行為では、同時存在原則にいう行為は実行行為ではなく、未遂犯成立のための危険性までは認められる必要はない、因果関係の起点としての行為と解釈すべきであろう。そして、原因行為と結果行為・結果との間に因果連関および責任連関が認められる場合に、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満たされ、行為者を処罰することが可能であると考える[30]。

因果連関を認めるための前提として、原因行為と結果行為・結果との間に条件関係が認められる必要がある。ここで問題になるのは、「既に犯行を決意した者が、景気づけのために飲酒した場合」に、飲酒しなくても犯行に出ていたのであるから、条件関係を認めることはできないの

要件モデルは、通常の犯罪理論の枠組みからの説明とはいえないように思われる。

[29] 心神耗弱をどのように扱うのかという問題に対し、佐伯・前掲注（10）328頁以下では、「責任非難の対象となる実行行為は、原因行為と結果行為の双方にこれを一連一体のものとして認められることになるので、その責任は、原因行為時の責任と結果行為時の責任を併せたものである」と述べられている。しかし、このような論理は、一方では原因行為に実行行為性を認めておきながら、他方では原因行為の実行行為性を否定するものであり妥当ではないように思われる。この見解を貫徹するならば、実行行為である原因行為の責任のみを問題とすべきであり、結果行為は考慮すべきではないだろう。同様の批判をするものとして、西田典之『刑法総論［第二版］』（有斐閣、2010年）290頁。

[30] 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）880頁、山口厚「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２巻』（有斐閣、1981年）162頁以下。

ではないかということである。しかし、この批判は、条件関係の存否を判断するにあたり、原因行為を取り除くだけでなく、仮定的行為（飲酒行為がなかった場合に行為者はどうしたか）を考慮することを前提としたものであり、「原因行為を取り除くこと」は必然的に「仮定的行為を考慮すること」ではなく、仮定的行為を考慮しなければ条件関係は肯定できるのであるから、この批判はあたらない[31]。原因行為は、因果関係の起点としての行為であり、未遂犯成立のための危険性を有する必要性はない。但し、法益侵害の一定程度の危険性を有する必要はあることから、飲酒・薬物使用等により生命身体を侵害する習癖の存在が要求される。また、原因行為と結果との間には偶発的な事情が介在する可能性があるため、原因行為と結果の間に時間的場所的近接性が認められることで、相当因果関係が肯定され、因果連関が認められることになる[32]。

責任連関が認められるためには、原因行為時の故意・過失が結果行為時にも実現される必要がある。具体的には、原因行為が故意でなされた場合には、その故意が結果行為にも実現された場合には、責任連関が認められて故意犯が成立する。原因行為時に過失が認められる場合でも、結果行為時には故意が認められる場合には、原因行為時の過失がそのまま結果行為に実現されたわけではないため、両者の間に責任連関はないために、限定責任能力状態での故意犯が成立する[33]。そして、原因行為における故意の内容としては、「原因行為が結果を惹起する危険性を持つことの認識」、「その危険性の結果行為・結果への相当な実現の認識」、「発生する結果行為・結果の認識」が必要である[34]。

このように本稿は、故意犯と原因において自由な行為では、実行行為時における同時存在原則ではなく、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と考える。そのうえで、責任主義の要請から、原因において自由な行為では、責任能力、故意、過失の存在する時点で行われた法益侵害の危険性のある違法行為から発生した相当因果関

[31] このような指摘をするものとして、山口・前掲注（30）174頁。
[32] このような指摘をするものとして、内藤・前掲注（30）881頁。
[33] このような指摘をするものとして、内藤・前掲注（30）881頁。
[34] このような指摘をするものとして、内藤・前掲注（30）881頁。

係のある結果についてのみ、責任を問うことが出来るものと解するのである[35]。

なお本稿の見解に対しては、同時存在原則を厳格に維持すべきとの観点から、原因において自由な行為では行為者を不処罰にすべきではないかとの批判も予想される[36]。確かに、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えれば、同時存在原則を貫徹する立場からは、原因において自由な行為では行為者を不可罰とする帰結に至る。しかし、前述のように本稿は、同時存在原則というのは、実行行為時に限定されるものではないと考えている。そして、本稿が新たに主張する、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」は、従来の同時存在原則の例外を認めるものではないのである。同時存在原則は、行為主義からの要請であるが、行為主義から演繹されることは、行為者の当該行為が結果と因果関係を有する場合に、行為者に結果が帰責されるということである[37]。とすれば、同時存在原則にいう行為が、必ずしも実行行為に限定される論理必然性は存在しないのである。確かに多くの場合に、結果と因果関係を有する行為は実行行為であるが、必ずしも実行行為であるわけではない。例えば、原因において自由な行為の場合では、結果と因果関係を有する行為は飲酒行為であるが、飲酒行為を実行行為と解釈することはできない。しかし、このような場合に、飲酒行為を行為として把握することは、行為責任主義に反するものではないのである。なぜならば、本稿は、「同時存在原則」＝「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」と解し、「実行行為時における同時存在原則」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」の中に含まれると考えるため、故意犯と原因において自由な行為では、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点からは、飲酒行為を、

[35] このような指摘をするものとして、内藤・前掲注（30）884頁、山口・前掲注（30）172頁。

[36] このような見解を主張するものとして、浅田和茂『刑法総論［補正版］』（成文堂、2007年）293頁以下。

[37] このような指摘をするものとして、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）103頁。

因果関係の起点としての行為として把握することが可能になる。

4　私見と判例の関係

原因行為以前に結果行為意思が存在する、いわゆる「意思連続型」のケースについては、例外モデルからは、完全な責任を問う事ができるだろう。構成要件モデルからは、特別刑法が問題になる事案では、未必的に車の運転をする､覚せい剤を打つということが認識されている限りで、故意犯の責任を問うことができる。本稿が支持する、因果関係の起点としての行為と結果・結果行為の因果連関・責任連関を問う見解からは、結果惹起の勢いをつけるために、飲酒行為や薬物使用行為をしていることから、原因行為に、因果関係の起点としての行為の危険性を認めることができ、構成要件モデルと同様の帰結に至ると思われる。但し、意思連続型のケースで、結果行為時に限定責任能力の場合には、間接正犯理論を基礎とする構成要件モデルからは責任を問うことが出来ないが、本稿の立場からは、原因行為と結果との相当因果関係及び原因行為時の故意が結果行為時に実現している限りで、責任を問うことが出来る[38]。

他方で、原因行為によって初めて結果行為意思が生じる､「意思不連続型」のケースでは、原因行為時に故意を認めることができないため、構成要件モデル並びに例外モデルからは完全な責任を認めることはできず、過失犯の成立を認めるにとどまる。本稿が支持する、因果関係の起点としての行為と結果・結果行為の因果連関・責任連関を問う見解からも、同様の理由から、過失犯の成立を認めるにとどまる場合が多いと思われる。しかし､「意思非連続型」のケースで、判例の多くは過失犯の成立を認めているのであり、本稿が支持する見解が判例の傾向と大きく乖離することはないと思われる。

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

本節では、実行行為途中から、心神喪失又は心神耗弱状態に陥って結

[38] このような指摘をするものとして、内藤・前掲注 (30) 891頁。

果を発生させた事例を検討する。実行行為の開始時には、責任能力が存在する点に、原因において自由な行為との違いが存在する。

この問題を解決するために、大別して二つの見解が主張される。一つは、「結果発生時に、行為者が責任無能力又は限定責任能力状態」であることに着目して、行為者に完全な罪責を問うためには「原因において自由な行為」が必要になるとする見解である。もう一つは、「実行行為を開始した段階では、完全な責任能力が存在した以上、原因において自由な行為は問題にならず、責任能力減退の事情については因果関係の錯誤として処理すれば足りる」というものである。

そこで、どちらの見解が妥当なのか、加えて、同時存在原則との関係はどのように考えればよいかが問題になる。本稿は、この問題を考えるにあたり、以下では我が国の判例及びドイツの判例を考察する。

２　判例

①我が国の判例

東京高判昭和54・５・15判時937号123頁は、妻である被告人が、夫である被害者との口論の末、被害者の頭部を腹立ちまぎれに２回程度殴打したところ、不意を突かれた被害者が被告人を突き飛ばし、大声で怒鳴りながら、被告人の頸部を左手でつかみ、圧迫を加えるなどの反撃行為に出たため、被告人は、恐怖と狼狽のあまり、このままでは首を絞められてしまうと誤想し、たまたま近くにあった裁縫用の洋鋏に手が届いたため、被害者を死に至らしめるかもしれないが、そうなってもやむを得ないと考え、被害者の上体左側部分を力任せに突き刺したが、その際に、これまで被害者に対して堪え忍んできたことによる鬱積した感情が堰を切ったように迸り出たことにより、精神的に強度に興奮して情動性朦朧状態に陥り、被害者を殺害する意思を抱くに至り、前記刺突行為により床に倒れた被害者に対し、前記鋏で頭部・顔面・頸部・背部・腎部等を滅多突きにし、全身計150箇所に及ぶ各傷害を負わせ、同傷害により、同人を失血死させて死亡させた事案であるが、東京高裁は、「被告人の行為は、同一機会場所において同一人に対し同一態様の加害行為を反復継続したものとして、全体として一個の行為として認められるものであること原判示のとおりであるものの、そのうえで、それは時間的にかな

り幅のある行為であり、かつその時間を通じてほぼ同一態様の加害行為を多数回にわたり反復継続しつづけたものであるという特殊性において、例えば一時の激情にかられて短時間内に相手方を一突き二突きしたというような一過的瞬間的な行為とは趣を異にする・・被告人の実行行為開始時の行為は、鋭利な洋鋏をもって相手方の上体部等を数回連続してそれもかなりの力で突き刺すというものであり、当然その加害の程度も重大である。すなわち、被告人はその責任能力に特段の減弱のない状態において既に未必的殺意をもって積極的に重大な加害行為に及んだものであって、以後の実行行為は右殺意のおのずから継続発展として、かつ主としては右と同じ態様の加害行為をひたすら反復継続したという関係なのである。本件犯行行為中右開始当初の部分が、被告人に対する本件行為全体の非難可能性の有無、程度を判定するうえに無視して差し支えないほどの、或は見るべき意味をもたない程の軽微僅少なものであるとはとうていいえない。そしてまた、被告人が行為中途で陥った情動性朦朧状態も、それは被告人が相手方に対して意図的に右のような重大な加害を開始してしまったことによる激しい精神的昂奮が少なからず起因しているものであることは容易に窺知できるところであり、それならば、その精神的昂奮状態は被告人において自ら招いた面が多いという関係もそこに認められるのである。被告人に対し非難可能性の減弱を認めるべき実質的根拠はますます薄弱とならざるを得ない」と判示して、被告人に殺人罪の成立を認めている。

また、大阪地判昭和58・３・18判時1086号158頁は、被告人が、自分で買い求めてきた焼酎を４、５名の浮浪者と飲み交わしていた際に、被害者と口論になったことから、被害者に頭突きをかけ、手拳で顔面を殴打し、胸部や腹部を足蹴にした後、同人を路上に引きずり回して、顔面及び胸腹部等を殴打足蹴にするなど多数回にわたって暴行を加え、右胸腹部打撲に基づく肝臓挫滅による出血失血のため、同人を死亡させたが、犯行途中から酒の酔いのため錯乱状態に陥っていた事案であるが、大阪地裁は、「被告人は本件犯行に着手した時点においてはもとより、犯行の前半部分にあたる金網のフェンス付近に転倒した被害者に暴行を加えた段階においては、その責任能力に疑いはなかったものであるところ、その段階において優に致死の結果をもたらしうるものと認められるう

え、その後の被告人の錯乱状態は、被告人自らの飲酒及びそれに先立つ暴行等の行動によって招かれたものであり、かつ、右状態で行われた暴行は、前段階におけるそれと態様を異にするものでもないから、本件における被告人の暴行は、その全部を一体として評価すべきであり、仮に犯行の後半部分において被告人がその責任能力に何らかの影響を及ぼすべき精神状態に陥ったとしても、刑法39条１項又は２項は適用されないものと解すべきである」と判示し、被告人に傷害致死罪の成立を認めている。

この２つの判例は、責任能力存在下での行為態様と、責任能力減退下での行為態様が異ならず、両行為の間に意思の連続性が認められ、時間的・場所的近接性も認められることから、行為を一連一体のものとしてみなしている点に特徴がある。

長崎地判平成４・１・14判時1415号142頁は、被告人は午前11時頃から飲酒を始め、午後２時頃から手拳で被害者の頭部・顔面等を殴打し、腹立ちまぎれに焼酎を飲んで酩酊の度合いを強めながら数次にわたり手拳で、頭部・顔面等を殴打し、背部等を足蹴にするなどの暴行を加えた。その後、被害者を攻撃する際に敷居に自らつまずいてアルミサッシガラスに頭を強打したことから、一層激昂し、被害者の背部・腎部等を踏みつけ、肩叩き棒で頭部等を滅多打ちにし、午後11時頃右傷害に基づく外傷性ショックにより死亡させたが、被告人は多量の飲酒のため、犯行の初めには単純酩酊状態であったが、犯行の中核段階においては複雑酩酊状態に陥り、心神耗弱の状態にあったという事案であるが、長崎地判は、「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなく、犯行を開始した後に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎないものであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減軽すべき実質的根拠があるとは言いがたい。そうすると、刑法39条２項を適用すべきではないと解するのが相当である」と判示し、被告人に傷害致死罪の成立を認めている。

この判例は、責任能力存在下での行為は「手拳による殴打」だったが、責任能力低下後の行為は「背部、腎部などを足で踏みつけ、肩たたき棒で頭部等を滅多打ちにする」というものであり、明らかにエスカレートしていることから、責任能力存在下での行為が重大であった東京高判昭54・５・15判時937号123頁や大阪地判昭和58・３・18判時1086号158頁とは異なる。また、午後２時から午後11時までに、行為が断続して行われていることから、責任能力存在下の行為と責任能力低下後の行為は分断されるとも考えられる。しかし、長崎地判平４・１・14判時1415号142頁は、判旨の中で、被告人の暴行が一連一体の行為として把握すべきであるとは述べていないが、「同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものである」と述べている点、加えて、本件は心神耗弱になった時点と致命傷となる攻撃を与えた時点が特定できなかったケースである点に鑑みると、責任能力存在下の行為と責任無能力の行為とを一連一体のものとして把握する立場になじむものといえる。

東京地判平成９・７・15判時1641号157頁は、外傷性てんかんの発作を患っていた被告人は、被害者が一人で留守番をしている家に布団を抱えて突然上り込み、「布団を干せ」と被害者に言ったが、被害者は以前から被告人を恐れていた上、被告人が突然現れて、そのような言動をとったことに驚き、ベランダに逃げたところ、被告人は被害者の態度に立腹し、台所において、被害者の背後から左手を首に巻きつけて同女を捕まえた上、同所にあった文化包丁を手に持って、被害者の左腕部を一回突き刺し、よって約三週間の加療を要する左上腕刺創の傷害を負わせたが、弁護人は、被告人が被害者を刺した時点で、てんかんの発作により心神喪失ないし心身耗弱にあったことを主張した事案である。東京地裁は、「次に、被告人の公判供述によっても、包丁で刺したこととベランダでの暴行との継続性を否定する事情はなく、それらは一連の行動であると認められ、台所で被害者を捕まえて刃先の鋭利な包丁を手に取ったことまでは認識していたというのであるから、遅くとも包丁を手にした時点までに傷害の故意を生じたと認められる。そうすると、仮に被害者を刺した時点で発作が起きていたとしても、発作中の行為はその事前の意思に従ったものであって故意に欠けるものではない。・・そうすると、被

害者を刺した時点で発作が起きていたとしても、発作中の行為がその直前の被告人の意思に従ったものである以上、被告人は自己の行為を認識して善悪の判断をし、それに従って行動する能力を有しつつ実行したものといえ、完全な責任能力が認められる」と述べて、仮に実行行為の時点で被告人が発作を起こしていたとしても、完全な責任能力が認められるとした。この判例も、責任能力存在下の行為と責任無能力の行為とを一連一体のものとして把握する立場になじむものといえる。

②ドイツの判例

ドイツでは、実行行為途中からの責任能力の減退は「因果関係の錯誤」として捉えられている。

例えば、BGHSt23,133は、女性から別れを告げられて立腹した被告人が、上着のポケットから折りたたみ式のナイフを取り出して刃先を出し、女性を殺害する意図で、38回に及ぶ刺突行為を行い、出血多量により女性は死亡したのであるが、陪審裁判所の認定によれば、被告人は実行行為の際に制御能力が著しく減退していて、血中アルコール濃度が1.72%であることから、情動性の記憶喪失（Affektamnesie）に陥っていた可能性があり、ナイフでの刺突行為以前に責任無能力状態にあったとされているケースである。BGH は、「但し、被告人は責任無能力の発生前に実行行為を開始していたのであり、つまり、殺人未遂を遂行していたのである。しかし、このことは、責任無能力に陥った後に遂行された本来の殺害行為が、行為者に対して故意的に帰属されることを排除するわけではない。このような帰属の許容性は、疑いなく認められている。Alic においても、本来の実行行為は責任無能力状態でなされているが、当該行為は行為者に帰属されるのである。被告人が責任無能力状態になることを考えていなかった点で、Alic とは異なるが、そのことは、本質的な意味を持たない。確かに、故意は、事象全体に及んでいなければならない。しかし、因果経過の詳細な点は、ほとんど予見不可能なのであるから、被告人の予定した因果経過からの逸脱が直ちに、故意への帰属を排除するわけではない。このような因果経過の逸脱は、一般的生活経験の枠内に止まる限り、非本質的なのである。被告人は、女性を殺害しようとし、ナイフで数回刺突しようとした。実際の行為経過は、被告人の

表象に合致しているのである。責任能力を排除する情動状態は、せいぜい、被告人が本来考えていたよりも、素早い多くの回数の刺突行為をもたらしたにすぎないのである。この逸脱は、疑いなく、非本質的である。しかし、被告人が前もって予想していなかった責任無能力状態の発生それ自体も、非本質的な逸脱にすぎないのである・・行為者が、責任能力ある状態で、刑法43条の意味における実行行為を開始したことで十分なのであり、本来の傷害行為が、責任能力ある状態で行われる必要はないのである。しかし、責任無能力が、最初の傷害行為の結果であるということが要求されることはできない。責任無能力状態が、先行する行為から発生し、個人的なものに依存しない外的作用によりもたらされていないことで十分なのである」と述べて、被告人に故殺罪（212条）の成立を認めた。

また、最近の判例である BGH NStZ 2003, 535は、被告人は同性愛関係にあった被害者と被害者の家に住んでいたが、2001年９月９日18時から、両者の間で数時間にも及ぶ口論が起こり、被告人は口論を終わらせるために、被害者の家から数回外出し、その際にコカインを数回吸引しては、再度被害者の家に帰宅していたが、帰宅した際に、被告人は被害者から、被告人が幼少期に父親から受けた性的虐待の事を非難され、それを重大な裏切り行為と感じた被告人は激昂し、部屋を出て行こうとしたが、被害者がドアの前に立ち妨害しようとしたので、部屋の壁にかかっている鉈を取って襲い掛かり、殺意を持って合計33回もの攻撃を加え、被害者を死亡させたが、被告人は行為の途中で限定責任能力になった事案である。BGH は、「地方裁判所は、興奮状態に基づく被告人の限定制御能力が、どの時点で生じたかについては明らかにしていない・・地方裁判所は、責任能力の判断に際して、誤ったアプローチを採用していることが気にかかるのである。なぜならば、被告人は、未遂段階の開始の際に、既に興奮状態で制御能力を失っていたのではなく、被害者を殴打する等の実行行為開始後に一種の興奮状態に陥った場合には、著しい限定責任能力が、行為事象全体の中で一貫して存在したわけではないからである。行為者が実行行為の間に初めて、刑法20条・21条の状態に陥った場合、どのように解決されてきたかというと、判例は、これまで、行為開始後に責任無能力が発生したと根拠づけてきた。これに従えば、行

為が故意に担われて、行為者が、責任無能力が生じる前に抱いた表象と（実際の）行為経過が合致する場合には、行為は行為者に対して帰属されるのである。行為遂行の間に責任無能力が生じることは、因果経過の非本質的逸脱を示すのである。その際に、責任無能力状態が、先行する行為から生じていて、外的作用によって生じたものではないことで十分なのである。このようなケースでは、責任無能力状態で遂行した既遂行為を理由として処罰されるべきなのである。そして、このことは、実行行為の間に、著しい限定責任能力状態が発生した場合にも妥当するのである」と述べて、被告人に故殺罪（212条）の成立を認めた。

なお、BGHSt23, 133の判旨の中で、「BGH GA 1956, 26の事案[39]は、本件を拘束するものではない。BGH GA1956, 26の事案は、夫である行為者は、妻からの要求に基づいて、当初は、ピストルでの発砲によって妻を殺害しようとした。しかし、ピストルでの発砲は致命的作用をもたらさず、またこの時、行為者は責任無能力であったが、妻からの切実な要求に基づいて、別の方法で妻を殺害することを決心した。それは、ハンマーで頭部を殴打し、調理包丁で心臓を突き刺し、のどを切り裂くというものである。この殺害行為は、新たな意思決定に基づくものであり、おぞましい方法であるが、いずれにせよ、行為者が当初思い描いていたものとは著しく異なるものである。その結果として、殺人未遂とする判決が正当化される」と述べているので、BGH は、実行行為途中からの責任能力減退事案を、常に因果関係の錯誤として捉えるのではなく、第二行為が新たな意思決定に基づくものであると判断されれば、第一行為と第二行為は分離して考えることを明らかにしていることが推測される。

３　検討

我が国の判例は、「機会の同一性」と「意思の連続性」を重視して、責任能力存在下の行為と責任無能力状態の行為を一連一体のものとして扱い、行為者に完全な責任を認めている。このような判例の論理は、「原因において自由な行為」という言葉は判旨で用いていないものの、当初

[39] この判例は、上告において、本件の被告人は殺人未遂にすぎないことを主張する際に引用されたため、BGH は、この判例についても言及している。

の故意が継続する限りで責任を認めるという点で、「原因において自由な行為」における「最終的意思決定説」に親和性があるようにも思われる。他方で、ドイツの判例は、実行行為の開始時に責任能力がある点を考慮して、責任無能力に陥った点については相当因果関係の問題として理解している。

我が国の判例の傾向からすると、実行行為途中からの責任能力減退事例を考えるにあたっては、当該行為が一連一体のものとして把握できるか否かが決定的なように思われる。それでは、行為の一体性を認めるための基準は何であろうか。例えば、責任能力存在下の行為と責任無能力状態での行為の間で、行為態様が大きく異なり、責任無能力状態での行為が被害者への致命傷となった場合に両行為は分断され、他方で責任能力存在下での行為が被害者への致命傷となった場合には、完全責任能力を有する行為者の行為が決定的であるから、両行為は一体として把握されるという指摘がある[40]。この指摘は、責任能力存在下での行為が被害者の死亡に決定的な場合には行為を一連一体として把握し因果関係の錯誤により行為者に完全な責任を問い、責任無能力状態での行為が被害者の死亡に決定的な場合には、行為は分断され、完全な責任を問うためには原因において自由な行為の法理に依拠しなければならないことを主張する[41]。

この見解からは、「行為者が、被害者に対して最初は長時間にわたって被害者に軽微な傷害を蓄積的に与え、最後に被害者に対して強度な傷害を与えることを計画していたところ、途中から責任無能力に陥り強度な傷害を与えた場合」には、両行為が分断され、責任無能力状態での行為については刑法39条が適用されることになる。しかし、行為者は被害者に軽微な傷害を蓄積的に与えること計画していた点に鑑みれば、行為を一連一体のものとして把握すべきとも考えられる。確かに行為態様は責任無能力状態での行為の方が決定的だが、だからといって、責任無能力状態での行為に刑法39条が適用されるのは妥当ではないように思われる。そうすると、この例で、行為を一連一体のものとして把握すべき別

[40] 浅田・前掲注（36）296頁。
[41] 浅田・前掲注（36）296頁。

の根拠として、「自招性」という要素が挙げられる。

しかし、自招性は、実行行為途中からの責任能力減退の全てのケースで認められる要素であるため、両行為は必然的に一連一体のものとして把握されることになる。それゆえに、「自招性」も行為の個数に関する決定的な判断基準にはならないように思われる。

他方で、「意思の連続性」を考慮するとどうであろうか。つまり、責任能力存在下での意思が、責任無能力状態での行為でも連続している限り、両行為は一連一体のものとして把握されるとするものである。確かに、被害者に対して短時間の間に連続的になされた暴行であれば、「意思の連続性」を考慮することも可能であると思われる。例えば、長崎地判平４・１・14判時1415号142頁では、午前11時から午後11時までの間に断続的な暴行が加えられているが、「意思の連続性」は認められている。このような長時間にわたって断続的な暴行が加えられたという事案は、暴行が行われるその都度に、行為者の新たな意思決定が介在したとも考えられ、「意思の連続性」は否定されるとも考えられる。しかし、長崎地判のケースでも「意思の連続性」を肯定するということは、意思の連続性が認定される基準はかなり緩やかなものとも考えられ、行為の一体性を判断する基準としては機能していないのではないだろうか。このように考えると、行為の一体性の有無に着目する解決は、明確な基準を見出すことができない点で妥当ではない。

更に、ドイツの判例のような、因果関係の錯誤として解決する見解も妥当ではないと思われる。確かに、実行行為の開始時に責任能力が存在することから、結果との間に相当因果関係が認められる限りで、行為者には完全な責任が認められるようにも思われる。しかし、因果関係の錯誤として捉える見解は、例えば長崎地判平４・１・14判時1415号142頁のような結果的加重犯（傷害致死罪）のケースで、機能しないように思われる。なぜならば、責任主義の観点からは加重結果につき予見可能性が要求されるが、この予見可能性は、通常は、加重結果をもたらし得る行為が行われた段階、すなわち責任無能力状態の行為段階でなければ肯定することはできないからである[42]。それゆえに、責任能力が存在する

[42] 行為者に、「飲酒すると、他者に暴行等をふるう習癖がある」のなどの事情

実行行為のみに焦点を合わせ、責任無能力状態での行為を因果経過の１コマとして捉える立場も、妥当ではない。やはり、責任能力存在下での行為と、責任無能力状態での行為の双方を考慮しなければならないように思われる。

また、ドイツでは、実行行為途中からの責任能力減退事例の中で、情動行為のケースについては、禁止の錯誤とパラレルに考え、刑法17条[43]が適用できるとする見解がある。この見解の主張者であるツィーゲルトは、情動行為と禁止の錯誤のパラレル性を以下のように説明する[44]。

「高度な興奮が洞察能力の喪失へと至った場合には、行為者の責任は、禁止の錯誤の基準に従って判断されるべきである。もし、興奮の爆発が回避可能だった場合には、処罰は以下の事情に依存する。その事情とは、行為者が、興奮の増大に対して必要な予防措置を講じなかったという非難と違法な行為との間に、内容的結びつきが作り出されているかどうかである。興奮が責任の知的側面に関連づけられている限りにおいて、刑法17条は直接適用可能なのである・・興奮行為者は、感情的興奮がなお支配可能であった場合には、感情的興奮の爆発に対する予防措置を講じるべきだった。なぜならば、行為者は自己抑制義務を有しているからである。回避可能な禁止の錯誤と同様に、故意的不法行為であるにも関わらず、責任は過失形態を示しているからである。しかしながら、興奮事例と禁止の錯誤との一致は、質的な点を超えて、非難の構造にまで及ぶのである。両事例共に、行為者に対しては外的行為が要求されるのではない。むしろ行為者に対しては、精神的状態を保つこと又は取り戻すことが義務づけられるのである。それゆえに、責任非難は、行為遂行に直接に関連づけられているのではなく、内的精神的過程に関連づけられている。回避可能な禁止の錯誤においても、興奮事例においても、行為者

がある場合には、加重結果を惹起する前段階で、予見可能性が肯定されることもありうる。

[43] ドイツ刑法第17条（禁止の錯誤）　行為遂行の際に、行為者に不法を行う認識が欠如している時に、行為者がこの錯誤を回避しえなかった場合には、責任なく行為したものである。行為者が錯誤を回避しえた場合には、刑は、第49条１項により減軽することができる。

[44] Ulrich Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S.197f.

に対する非難は、同じ方向に向けられている。つまり、行為者は責任の個人的基盤を保つための十分な注意を払わなかったのである。なお個人的基盤とは、知的領域においては、不法性の意識であり、意思的領域においては、認識にしたがって行為を意識的に形成する能力である・・責任無能力の発生を防止しなかったという非難が、当該不法行為と密接に関連している場合にのみ、責任非難は維持されることができるのである。」

つまり、ツィーゲルトは、情動行為のケースにおいて、行為者が当該興奮を支配可能であった場合には、行為者には自己抑制義務が課され、当該興奮が回避可能であった点で、禁止の錯誤のケースとパラレルであると主張している。しかし、ツィーゲルトの主張に対しては、原因において自由な行為の部分で、違法性の意識の可能性に基づく解決に対して提起した同様の批判が該当する。なぜならば、この見解からは、行為者が限定責任能力に陥った場合に、刑法20条により減軽されることになり、責任無能力に陥った場合と比べて齟齬が生じることになるが、このような問題をどのように解決すべきかについては、何も述べられていない。それゆえに、この見解は妥当ではないように思われる。

４　私見

このように見てくると、実行行為途中からの責任能力減退のケースは、原因において自由な行為のケースとパラレルに考えるべきではないだろうか。本稿は、原因において自由な行為とは、「実行行為である結果行為の際に責任無能力であるにも関わらず、責任能力を有する、因果関係の起点としての原因行為と結果・結果行為が、因果連関・責任連関を満たす限りで、因果関係の基点としての行為時における同時存在原則を満たすことから、行為者に責任を認める理論」であると考えている。そして、実行行為途中からの責任能力減退のケースも、実行行為である結果行為時に責任無能力である点に着目すれば、原因において自由な行為が適用されるケースであり、実行行為時における同時存在原則が妥当しない、同時存在原則が問題になる非同時的事例と考える。それゆえに、原因において自由な行為の場合と同様に、因果関係の起点としての行為である原因行為と結果・結果行為が因果連関・責任連関を有する限りで、行為

者に完全な責任を問うことが出来ると考える。そして、非同時的事例では、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から、因果関係の起点としての行為と責任能力の同時存在原則が満たされることになる。

本稿の立場からは、長崎地判のような結果的加重犯のケースでは、責任無能力状態での暴行行為が結果発生の致命傷となっている場合には、飲酒すると他者に暴行等をふるう習癖があるなどの事情が存在しない限りは、責任能力が存在する暴行行為時に加重結果の予見可能性を認めることはできない以上、責任能力存在下での傷害罪と、心神耗弱状態下での傷害致死罪が成立し、後者には、刑法39条２項が適用されることになる。

第四節　小括

本章では、「原因において自由な行為」と「実行行為途中からの責任能力減退のケース」を検討した。本稿は、「同時存在原則」＝「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」と解し、「実行行為時における同時存在原則」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」に含まれると考える。そして、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為」という公式が成立しない、つまり「実行行為時における同時存在原則」が妥当しない、非同時的事例では、「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。その上で、「原因において自由な行為」と「実行行為途中からの責任能力減退のケース」は、両事例共に結果行為が実行行為であり、結果発生時に責任無能力である点で、実行行為時における同時存在原則が妥当しない事例であることから、因果関係の起点となる原因行為と結果・結果行為の間に因果連関・責任連関が認められる限りで、行為と責任能力の同時存在原則、すなわち「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」が妥当することが明らかになった。つまり、同時存在原則の観点からは、原因行為と結果・結果行為の間に因果連関・責任連関が認められる限り、責任能力は、結果行為である実行行為時ではなく、因果関係の起点としての行為である原因行為時に存在すれば足りるのである。

［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。