



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	犯罪論における同時存在原則について (4)
Author(s)	瀬川, 行太
Citation	北大法学論集, 69(3), 242[105]-213[134]
Issue Date	2018-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/71603
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no3_05.pdf



犯罪論における 同時存在原則について（４）

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、68巻2号)

第四章 自招防衛・自招危難

第一節 問題の所在

第二節 自招防衛・自招危難

1 学説

- ①例外モデルに基づく統一的解決を主張する見解
- ②構成要件モデルに基づく統一的解決を主張する見解
- ③事前責任論に基づく統一的解決を主張する見解

2 検討

3 私見

第三節 小括

(以上、本号)

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

第四章 自招防衛・自招危難

第一節 問題の所在

行為者は正当防衛行為又は緊急避難行為を行ったが、行為者自らが正当防衛状況又は緊急避難状況を自招したという事情が存在する、「自招防衛」・「自招危難」をどのように解決するかについては、これまで多くの議論がなされてきた。他方で、実行行為である防衛行為時、避難行為時に着目すれば、行為者の自招行為を考慮することができないため、実行行為時に犯罪を構成するメルクマールが同時存在していないことになり、自招防衛・自招危難においても同時存在原則が問題になるように思われる。しかし、自招侵害・自招危難における同時存在原則との関係については、これまであまり意識されてこなかったのではないだろうか。

例えば、判例においては、自招行為と同時存在原則との関係については何も言及されていない。自招防衛に関する最近の判例である最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁では、「被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超え

るものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。」と述べられているだけである。また、自招危難に関する判例である大判大正13・12・12刑集3巻867頁においても、「刑法第37條ニ於テ緊急避難トシテ刑罰ノ責任ヲ科セサル行為ヲ規定シタルハ公平正義ノ觀念ニ立脚シ他人ノ正當ナル利益ヲ侵害シテ尚自己ノ利益ヲ保ツコトヲ得セシメントスルニ在レハ同條ハ其ノ危難ハ行為者カ其ノ有責行為ニ因リ自ラ招キタルモノニシテ社會ノ通念ニ照シ已ムヲ得サルモノトシテ其ノ避難行為ヲ是認スル能ハサル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト解ス」と述べられているだけである。両判例共に、被告人の自招行為を考慮していることは判決文からも明らかであるが、なぜ自招行為を考慮することが許されるのかについては不明なままといえよう。

他方で、自招防衛・自招危難でも同時存在原則が問題になることを指摘し、同時存在原則が問題になる他の非同時的事例との関係で同様の統一的理解を採用すべきことを主張する見解が僅かではあるが散見される。そこで、本章では、このような見解を考察した上で、同時存在原則の観点から自招防衛・自招危難を検討することとしたい¹。

第二節 自招防衛・自招危難

1 学説

①例外モデルに基づく統一的理解を主張する見解²

（i）自招防衛の場合

この見解の主張者であるルシュカは、以下の例を挙げて、自招侵害を考える。

¹ それゆえに、本稿では、自招防衛・自招危難に関する日独のあらゆる学説を参照するのではなく、同時存在原則の観点から検討している見解を参照する。

² Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 1983, S.371f.

設例:長い口論の間、AはBに対し何度も「お前はびびって、俺にかかってこれないだろう!」と言った。憤慨したBは、Aに飛び掛かった。Aは、Bの攻撃に対する退避可能性も存在したにも関わらず、Bに対して殴打を加えた。なお、AがBに対して加えた殴打は、Aが当該防衛状況下で取り得た手段の中で、必要最小限度のものであったとする。

ルシュカは、「BがAを不法に攻撃したことは明白であること」、「AのBに対する挑発的発言が、BがAに飛び掛かることを正当化するわけではないこと」から、刑法32条³(正当防衛)の客観的前提条件は満たされていることを確認する。

その上で、ルシュカは、刑法32条の規定の例外が認められるかどうかを検討する。判例・学説は、刑法32条による行為の正当化を排斥する傾向にあるが、そもそもなぜ刑法32条の規定の例外が認められるべきなのかという問題を、軽視してはならないとする⁴。

そして、刑法32条の例外が認められるのか否かという問題は、以下の指針に基づいて解決されるべきであるとルシュカは主張する。つまり、作為による行為事象と不作為による行為事象の帰属と、不法な行為を有責に帰属することの、2つの帰属の段階が区別されるように、すなわち事実認定レベルでの帰属〔Aが作為もしくは不作為により、Bを殺害したということ〕と、刑法的評価レベルでの帰属〔最終的にAに当該行為が帰属されるのかということ〕が区別されるように、行為の不法性判断の基礎にある法規体系においても、「第一次言語規範レベル」と「第二次(メタ)言語規範レベル」という、2つのレベルが区別されなければならないとする。2つの規範のレベルを区別することは、義務の衝突のケー

³ ドイツ刑法第32条(正当防衛) 1項 正当防衛によって必要な行為をした者は、違法に行為したものではない。

ドイツ刑法第32条 2項 正当防衛は、現在の違法な攻撃から自ら又は他者を回避させるために必要な防衛である。

⁴ ルシュカは、「ある行為の不法性判断に用いられる、刑法的に重要な法規体系に手をつけることは、刑法理論の課題としてこれまでほとんどなされてこなかったものであり、それゆえに解決もされてこなかった」ことを指摘する。Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.373f.

スで明確になることをルシュカは以下のように指摘する⁵。

「仮に A が、刑法323条 c⁶（不救助）に従って、溺死している X と Y を同時に救うことを義務づけられている場合には、A は諸般の状況に従って X か Y のどちらかしか救うことができないのである。というのも、周知のように現行法によれば、A は X と Y のどちらか一方を救うことを義務づけられているのであり、どちらを救うのかは A に委ねられている。このようなケースでは、第一次言語規範レベルと第二次（メタ）言語規範レベルの両方が、行為者に対して向けられている。第一次言語規範は、行為者に、あなたは X も Y を救うべきだということを要求する規範である。つまり、第一次言語規範は、義務の衝突のケースにおいて、相互に衝突する規範なのである。それに対して、第二次（メタ）言語の性質は、このケースで有効な衝突規範なのである。すなわち、メタ言語規範は、相互に衝突する要請義務のどちらかを履行しなければならないが、どちらの要請義務を履行するかは、行為者に委ねる規範なのである。それゆえに、このケースでは、第二次（メタ）言語規範の性質は特に明白である。なぜならば、衝突規範は、相互に衝突する規範の関係についての規範であり、それゆえに、相互に衝突する規範とは論理的に異なった規範のレベルに属するのである。一般的記号論において、対象言語とメタ言語の区別が、とうの昔からなされているのであり、つまり、一定の対象について述べられる言語（例えば、「そこにはテーブルがある」）と、対象言語それ自体について述べられる言語（例えば、「テーブルという言葉は、5 文字から成り立っている」）は、はるか昔から区別されている。ここでは、明らかに論理的区別が要請されているのであり、2つの例がドイツ語で話されているということに何の疑いもないのである。対象言語とメタ言語の記号論的区別は、我々がどの日常言語を

⁵ Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.372f.

⁶ ドイツ刑法323条 c（不救助） 事故又は公共の危険又は緊急の際に、救助が必要であって、当該状況に従えば、行為者に救助を要求することができ、特に著しい自己に対する危険も他者に対する重要な義務に違反することなく、救助が可能であったにも関わらず、救助をしなかった者は、1年以下の自由刑又は罰金に処する。

その都度用いるのかという問題とは何ら関係がない。第一次言語規範とメタ言語規範の区別は、対象言語とメタ言語の区別に相応し、どの法秩序が基礎にあるのかということに完全に依存しないのである。」

これらを踏まえた上で、ルシュカは、正当防衛についての規定も、あらゆる事例に対して第一次言語的性質を有する規範とは異なり、すなわち犯罪構成要件の基礎にある命令規範と禁止規範とは異なり、第二次(メタ)言語レベルとして資格を付与される規範レベルの1つに属すると考える。これは、「我々は、第一次レベルの規範の遵守義務を相互に負っているが、他者が我々に違法に攻撃してくる場合には、この義務は消失するか、あるいは少なくとも制限されるのである。なぜならば、それは、他人が第一次レベルの規定をもはや遵守していないということを意味するからである」ということにより、根拠づけられるとルシュカは主張する。そしてこのことが正しいのであれば、正当防衛についての規定は、第一次レベルの規範の遵守・非遵守について言及しており、それゆえに、第一次言語レベルに属することができないのであり、第二次(メタ)言語レベルに属するのである⁷。

刑法32条(正当防衛)の規定が第二次(メタ)言語レベルに属するので

⁷ ルシュカは、「被害者の同意」も第二次(メタ)言語レベルに属する理由を、以下のように説明する。

「被害者の同意は、『我々は、第一次レベルの規範遵守義務を相互に有しているが、ある者AがA自身の領域への介入を許す場合には、この義務は放棄又は制限される』ことによって根拠づけられる。それゆえに、被害者の同意は、第一次言語レベルの規範に属するのではなく、第二次(メタ)言語レベルの規範に属することになる。」

その上で、ルシュカは、脅迫により強制された同意」のケースや、同意の対象についての欺罔によって得られた同意のケースに関しては、同意は無効であると説明する。また、動機の錯誤により同意したケース、例えば「病院側が献血者に対して100マルク払うと説明したが、実際には30マルクしか支払われなかったケース」については、ルシュカは、自招防衛における正当防衛状況の正当化の問題に対応すると指摘する。そして、自招防衛における正当防衛に基づく正当化の根拠が一般的な緊急防御権の規定により相殺されうるように、動機の錯誤による同意のケースは、「推定の同意」によって相殺されうるとルシュカは説明する。Hruschka, aa.O. (Fn2), S.380ff.

れば、以下の原理が定式化されるとルシュカは主張する。つまり、第一次言語レベルである、命令規範・禁止規範・決定規範・許可規範においては、命令規範と禁止規範の適用領域に属し、決定規範や許可規範によってこの領域から考慮の外に置かれることはない行為が、客観的に違法であるとする規定の例外を認めることはできない。それに反して、第二次（メタ）言語規範レベルに属する許可規範においては、行為者が正当化状況を自ら帰属可能な形で惹起した場合にのみ、規定の例外を認めることが可能である。それゆえに、刑法32条も例外を認めることが可能である。そして、挑発防衛のケースでは、挑発者の防御権は、緊急防御権へと制限され、退避することが未だ可能な者は、もはや防御権を有さないことをルシュカは主張する。しかしながら、防御行為が既に一般的緊急防御権の意味において必要である場合には、相応する防御権が存在し、挑発者は、法によって、殴られるあるいは殺されるなどの侵害を甘受する必要はないことをルシュカは指摘する⁸。

以上を踏まえると、ルシュカの見解からは、設例の事案は、AはBの攻撃から退避することができたにも関わらず、Bに対して殴打を加えている以上、Aには正当防衛（刑法32条）は成立せず、傷害罪（223条）が成立することになる。

（ii）自招危難の場合

ルシュカは、以下の2つの設例を挙げて、自招危難を考える。

設例A：偶然にも道を歩いていたXは、他の誰もが子供を救おうとしなかったので、子供を救うために、燃えている家の中へと急いで入った。Xは、準備してあった救命布へと子供を投げた。子供はこれにより助かった。しかしながらその間に、Xは、自身の生命の重大な危険状況へと陥った。Xは、窓から、燃えている家の前に積み上げられている板の上へとジャンプした。Xがジャンプした際、Xと板との衝突により、板は破壊された。破壊された板の破片によって、板の近くにいたYは重傷を負い、片目を失った。Xは、「自分のジャンプにより、Yが重傷害

⁸ Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.379ff.

を負う可能性がある」ことを予見していた。Y には、X のジャンプの巻き添えを食わないために身を隠すなどの、退避可能性は存在しなかった⁹。

設例 B：ある田舎では、医師らの申し合わせに基づいて、わずかな何人かの開業医の一人がその都度、交互に夜の救急業務を引き受けて遂行していた。医師 D は 1 週間の間、救急業務に備えて待機していた。とある日の夜に、D は交通事故発生の電話を受けた。事故の被害者は今にも出血死する可能性があり、即座の医師の手当てが必要であった。D は、赤ワインを飲んでいたため、アルコール摂取を理由として、完全に酩酊していたわけではないが、安全に自動車を運転できる状態では決してなかった（刑法316条¹⁰の意味での運転無能力）にも関わらず、D は自分の車で 4 キロ離れた事故現場まで運転した。D は、飲酒した赤ワインのために、自分が運転無能力であることを認識していた。人里離れた幹線道路での走行の際には、誰も危殆化されることはなかった。D は、事故の被害者を救うために、医学的に必要な治療を行い、その結果、被害者は助かったのである。被害者の生命は、仮に30キロ離れた郡庁所在都市にある病院に電話したとしても、助からなかった。D は、自分の代わりに救援に駆けつける同僚の医師に電話してみたり、タクシーを拾おうとしたり、運転してくれる人を探そうとしたが、どれもうまくいかなかった。D が赤ワインを飲んだ時に、D は、自分が、運転無能力状態で、強要に迫られて自分の車を運転する可能性があるということを認識していた。また、当直医が車で夜の走行を強いられるということは過去に何度も起

⁹ Hruschka, aa.O. (Fn2), S.285f.

¹⁰ ドイツ刑法第316条（交通における酩酊）1 項 アルコール飲料又はその他の酩酊剤の摂取の結果のために、乗り物を安全に運転できる状態でないにも関わらず、交通（第315条から第315条 d）において乗り物を運転した者は、行為が第315条 a 又は第315条 c では処罰の対象となっていないときは、1 年以下の自由刑又は罰金に処する。

ドイツ刑法第316条 2 項 過失により行為を遂行した者も、第 1 項により処罰される。

こっていた¹¹。

設例 A では、X の生命という保護された利益が、Y の身体の完全性という侵害された利益を著しく優越しないため、刑法34条¹²（正当化緊急避難）は問題にならず、刑法35条¹³（免責的緊急避難）が問題になることを指摘する。そして、X は緊急避難状況にあったことを認識し、危難を避けるために行為したのだから、刑法35条の前提条件は満たされている。但し、X は自ら燃えている家の中へと入って行ったことから、X が緊急避難における危難を惹起した点についても明白であり、それゆえに刑法35条を厳格に適用すれば、免責の排除へと至ることをルシュカは指摘する。しかし、緊急避難の惹起が法的に是認されるべき場合に、刑法35条の「危難の惹起」という文言に従って免責を否定することは、問題であるとルシュカは主張する。それゆえに、ルシュカは、原則と例外を示した上で、設例 A の解決策を以下のように提示する¹⁴。

¹¹ Hruschka, aa.O. (Fn2), S.356f.

¹² ドイツ刑法第34条（正当化緊急避難）生命、身体、自由、名誉、財産又はその他の法益に対する、他の方法では回避できない現在の危難の中で、自己または他者から危難を回避するための行為をした者は、反対利益、特に当該法益とそれを脅かす危険の程度を考量した際に、保全利益が侵害利益を著しく超えるときは、違法に行為したものではない。但し、このことは、行為が危難を回避する適切な手段である場合に限り、妥当する。

¹³ ドイツ刑法第35条（免責的緊急避難）1項 生命、身体、又は自由に対する、他の方法では回避不可能な現在の危難の中で、自己、親族又は自己と親密な関係にある他の者から危難を回避するために、違法な行為を行った者は、責任なく行為したものである。但し、事情に応じて、特に、行為者が危難を自ら惹起したために、又は行為者が特別な法的関係にあったために、危難を自ら甘受することが行為者に期待できた場合には、この限りではない。但し、特別な法的関係を考慮しても、行為者が危難を甘受すべき必要がない場合には、刑は、第49条1項により減輕することができる。

ドイツ刑法第35条2項 行為者が行為遂行時に、35条1項により自己を免責する事情が存在すると誤信した場合には、行為者が錯誤を回避しえた場合に限り、処罰される。刑は、第49条1項により、減輕される。

¹⁴ Hruschka, aa.O. (Fn2), S.285f.

1：行為者が緊急避難の危難に対して責任がある場合には、刑法35条1項2文に従って、緊急避難行為者の免責は否定されるべきである。

2：緊急避難の危難を惹起した行為者は、「行為者が、危難の惹起を行わないという義務を、危難の惹起により侵害した場合」にのみ、危難に対して責任があるのである。

「責務違反を想定することは、対応する責務の想定を前提としているのであり、責務は定式化されなければならない。すなわち、危険状況へと自ら赴くことは、危険状況の可能性を考慮して、つまり構成要件に該当する違法な緊急避難行為（殺人・傷害・器物損壊など）の可能性を危惧して基本的に禁止されるのである。同様の事は以下の場合にも妥当しなければならない。それは、緊急避難行為者が、危難の発生を防止することを怠った場合や、緊急避難行為の必要性が生じる前に、発生した危険を防止することを怠った場合や、第三者による、発生した危険の早期の防止を妨害する場合である。ここでも、同様の熟慮並びに責務が想定されなければならない。この種類の責務は二次的な禁止・命令であり、二次的禁止・命令は、一次的禁止と命令との関連で存在している。つまり、二次的な命令・禁止は、一次的命令・禁止と総合的に結びついていて、その都度問題になる保護法益の包括的保護をすることが、本来の禁止と命令の目的なのである。二次的責務の侵害は、それ自体としてはいかなる法義務も侵害するものではなく、そのために二次的責務の侵害は可罰的なものではない。免責的緊急避難のケースでは、二次的責務違反は、むしろ、行為者が緊急避難状況を引き合いに出せないのではなくて、緊急避難行為を理由として処罰されうるということに至るのである。二次的な、責務として把握されるべき禁止（今回は、緊急避難行為の危険を伴う、緊急避難状況に自ら赴くことの禁止）は、いかなる例外も被ることはできない。但し、この論理は、Xが、危難を惹起することで、法義務を満たすべきだった場合には、妥当しない。なぜならば、刑法323条c（不救助）に従えば、関与していない者には、他人の子供を救うために自分の命をかけることは、法的に義務付けられていないからである。Xが、法秩序がXに要求する以上のことをした場合、つまり、Xが責務以上のことを果たした場合には、むしろ例外が考えられるべきである。このことに関する決定は、今まで議論されておらず、今日では法的評価

に関しても全く検討されていない問題である。議論のこれまでの状況では、私の私的な価値判断は、たとえ X が緊急避難の危険を自ら引き受けた場合であっても、X は、危険の惹起を理由として処罰されることはできないのであるという結論に至るのである。この前提条件の下では、刑法35条 1 項 2 号は介入しない。それゆえに、X は免責されるべきである。」

他方で、設例 B では、ルシュカは刑法34条（正当化緊急避難）が問題になることを指摘する。

つまり、D は、「運転無能力であったにも関わらず自分の車を運転していること」、D は、「自分が酩酊しているために、運転無能力状態であることを認識していたこと」から、刑法316条（酩酊運転罪）の客観的構成要件・主観的構成要件は共に満たされているが、刑法34条による緊急避難が成立するのかが問題になるとする¹⁵。

そして、ルシュカは事故の被害者の生命に対する現在の危険が存在しており、この危険は酩酊運転によってしか防止されえなかったことを指摘する。そして、酩酊運転によって保護された利益は、事故の被害者の生命である。酩酊運転により侵害された利益は、道路交通の安全という公共の利益である。その際に、「保護された利益は、侵害された利益を著しく優越する（酩酊運転により、第三者が具体的に危殆化されたわけではないため）」ということに鑑みると、当該飲酒運転行為は既遂とはみなされないのである。そして、刑法316条の未遂は不可罰であることから、「酩酊運転は、客観的に違法でない」という帰結に至るとルシュカは説明する。

但し、ルシュカは、「D が赤ワインを飲み、それにより刑法316条の運転無能力を惹起した（その結果、場合によっては酩酊運転を強制されることも知っていた）」という限りにおいては、D は緊急避難状況に対して責任があることを指摘する。その際に、「D が、当直医としての自己の義務を侵害した点」については明白であるが、問題は、「このことが酩酊運転の正当化に影響を及ぼすのかどうか」ということである。つまりこの問題は、「刑法34条の客観的前提条件が満たされている場合に、緊急避難行為者は常に免責される」という規定が、例外を被ることが可

¹⁵ Hruschka, aa.O. (Fn2), S.357f.

能なのか否かという問題に帰着するとルシュカは説明する¹⁶。

仮に、D が酩酊運転を行わず、それゆえに事故の被害者は医師の治療の欠如のために死亡した場合には、D が救護義務（刑法323条 c の不救助罪に基づくのか、当直医としての保護義務に基づくのかにせよ）を侵害したのか否かが問題となり、救助義務違反が存在したことは疑いがないとルシュカは述べる。D は、刑法323条 c の意味でも刑法212条¹⁷・刑法13条¹⁸（不作為の故殺罪）の意味でも、救助を遂行し酩酊運転を遂行することが要求されるため、D が酩酊運転をやめて救助をしなかった場合には、D は刑法323条 c により違法となり、当直医としての保護義務がある場合には、刑法212条・刑法13条により違法になることに鑑みると、酩酊運転は違法ではないという帰結に至ることをルシュカは指摘する。なぜならば、このように考えないと、「酩酊運転は違法であるが、他方で酩酊運転をしないことも違法である」という帰結になり、法秩序による自己放棄に至ることになる。これは換言すれば、「医師 D の赤ワインの飲酒という義務違反は、（刑法34条による正当化を排除する）責務違反の想定に対する有用な結合点を提供しない」ことを意味することをルシュカは、以下のように根拠づける¹⁹。

「刑法34条に、刑法35条 1 項 2 号に対応する危難惹起条項が存在しないことは、決して偶然ではないのである。なぜならば、刑法34条の法的効果を、緊急避難行為者自身が危難を惹起していないケースに制限することは、刑法34条が刑法体系の中で有する機能と矛盾してしまうからで

¹⁶ Hruschka, aa.O. (Fn2), S.358f.

¹⁷ ドイツ刑法第212条 1 項（故殺）人を殺害したが、謀殺者ではない者は、故殺者として5年以上の自由刑に処する。

ドイツ刑法第212条 2 項 特に犯情の重い事案では、無期自由刑を言い渡すものとする。

¹⁸ ドイツ刑法第13条 1 項（不作為による遂行）刑法典の構成要件に属する結果を回避することを怠った者は、結果が生じないことに対して法的に義務を負い、不作為が作為による構成要件の実現に合致する場合に限り、この法律により処罰される。

ドイツ刑法第13条 2 項 刑は、第49条 1 項により減輕することができる。

¹⁹ Hruschka, aa.O. (Fn2), S.358f.

ある。刑法34条は、危難に陥った行為者に対する特権を規定したわけではない。なぜならば、立法者は危難に陥った行為者に同情したわけではなく、緊急避難行為が許されることの根拠を形成するものは、価値の高い利益が存在する危難だからである。言い換えれば、緊急避難行為の権限付与に対する合理的根拠を提供するものは、功利主義的原理なのである。ここで決定的なのは、誰が利益を有するかを考慮せず、緊急避難状況に陥った者と関与していない者で形成される集合に対して最小のコストでの最大の利益に焦点を合わせる全体考察的観測なのである。」

そして、ルシュカは、緊急避難状況で衝突する利益が同一の主体であるケースは、利益衡量原則は、緊急避難状況がどのような様式で発生したのかという問題と関連しないということを示しており、設例Bでは、結論としては飲酒運転行為の正当化を認めざるをえないと結論づける。確かに、不可罰という結論は法感情に反するかもしれないが、この事例でDを処罰してしまうと、あたかも危殆化構成要件が存在しているという結論になりかねないことから、設例BではDの飲酒運転行為は不可罰にすべきであり、処罰したければ、危殆化構成要件を立法すべきであるとルシュカは主張する²⁰。

なお、ルシュカは、同時存在原則が問題にならない事例と、問題になる非同時性事例に対する自身の見解を、以下のようにまとめている²¹。

正常な帰属 (ordentliche Zurechnung) の事例	正常な帰属から生じる原則規定 (Daraus folgt die Regel)	例外的帰属 (außerordentliche Zurechnung) の事例
行為者が、当該事象に対して、当該行為を行う・行わないという選択肢を持っていた場合や、あるいは当該事象を避けることができた場合には、物理的事象は、禁止された行為の遂行として、行為者に帰属される。	行為者が、当該事象に対して、当該行為を行う・行わないという選択肢を持たない場合や、あるいは当該事象を避けることができない場合には、当該事象は、禁止された行為の遂行として、行為者に帰属されることはできない。	行為者が、当該事象に対して、当該行為を行う・行わないという選択肢が欠けたことに責任がある場合や、当該事象を避けることができなかったことに責任がある場合には、当該事象は、禁止された行為の遂行として、行為者に例外的に帰属される。

²⁰ Hruschka, aa.O. (Fn2), S.363f.

²¹ Hruschka, aa.O. (Fn2), S.313f.

要請される行為を怠った者が、要請される行為の遂行可能性を有していた場合には、当該不作為は、要請される行為を怠ったものとして、行為者に帰属される。	要請される行為を怠った者が、要請される行為の遂行可能性を有していない場合には、当該不作為は、要請される行為を怠ったものとして、行為者に帰属されることはできない。	要請される行為を怠った者が、要請される行為の遂行可能性が欠けたことに責任がある場合には、当該不作為は、要請される行為を怠ったものとして、行為者に例外的に帰属される。
行為者が、不法な行為をなす決断が自由になされ、制限を受けていない場合には、当該不法行為あるいは不法な不作為は、行為者に有責に帰属される。	行為者が、緊急避難状態(刑法35条)にある場合や、欠陥状態(刑法20条)にあることを理由に、不法な行為をなす決断が自由になされえない(又は制限される)場合には、当該不法行為あるいは不法な不作為は有責に行為者には帰属されることはできない。	行為者が、緊急避難状態にあることや、欠陥状態にあることに対して責任がある場合には、当該不法行為や不法な不作為は、行為者に例外的に有責に帰属される。

②構成要件モデルに基づく統一解決を主張する見解²²

この見解の主張者であるマウラッハは、原因において自由な行為に関する論文の中で、原因において自由な行為(以下、Alicとする)の関連対象は、あらゆる犯罪構成要素にまで及ぶことを以下のように、指摘している。

「行為者によって故意に惹起された正当化事由や責任阻却事由を援用するという名目の下で、侵害行為を遂行するために、行為者による正当防衛や緊急避難の惹起も、それ自体としてははっきりと Alic と呼ぶことはできないが、それでもなお Alic の適用可能な事例であることが示される。我々は、『自己の帰属無能力の惹起は、Alic の独占的な現象形態ではない』ということを確認するのである。むしろ、以下の全てのケースが、Alic の規定に従属しなければならないだろう。それは、構成要件該当結果を惹起させる刑法的意味での終局原因が、何らかの欠陥行為として評価され、そしてその終局原因を独立して考察する場合に、刑法的反応の基盤を与えない(行為が欠ける、又は構成要件該当性・違法性・有責性が欠けるにせよ)ケースである。Alic においては、不法の重点が、

²² Reinhart Maurach, Fragen der actio libera in causa, JuS.1961, S.373f.

「責任能力・行為能力を有する行為者が、構成要件該当結果の意思を伴って、又は構成要件該当結果を見込むことができる能力を伴って、決定的な身体的行為の欠陥、つまり終局原因の欠陥を惹起し始める時点に移るのである²³」

マウラッハは、Alic の考え方が、自招防衛・自招危難にも適用できることを主張する。但し、マウラッハは、論文の中で、自招防衛・自招危難をどのように解決すべきかについては、直接論じていない。そこで、ここでは、Alic についてのマウラッハの見解を参照することにしたい。Alic に関しては、マウラッハは以下のように述べている²⁴。

「責任無能力状態で敵 B を殺すために、A が酩酊し、実際に B を殺害した場合には、意思活動及び行為（故意に担われた客観的構成要件メルクマール）は、終局原因である殺害行為の中に存在する。因果的行為論によれば、このような故意は自然的故意として妥当し、目的的行為論によれば、このような故意は、不法性の意識を含まない故意そのものとして認識されているが、このような相違は法的判断の上では問題ないのである。・行為者は、事象経過を最後まで、知りつつ意識しつつ形成したのである。（旧）刑法51条の状態を持続する故意が行為者に責任を負わせるのではなく、故意的責任の非難は帰属無能力状態の発生前まで遡るということは、故意的殺害行為としての酩酊行為者の行為の性質を何ら変えるものではない。しかしながら、この事例で、実行行為の開始はどこからなされているのであろうか。行為者に故意的責任を負わせるという Alic の任務を正當に評価するために、目的に関連づけられた帰属無能力の惹起が、構成要件の中に取り入れられなければならない。すなわち、帰属無能力の惹起は、単なる予備行為ではなく、（旧）刑法43条の意味における実行の着手（Beginn der Ausführung）なのである。帰属

²³ マウラッハは、「行為者が、不法性の意識の欠如を惹起する場合」にも、Alic の理論が適用できることを述べているが、本稿第三章第三節で検討したように、違法性の意識の可能性との関係においては、同時存在原則は問題にならないのであり、Alic を適用する前提が欠けると思われる。Maurach, aa.O. (Fn22), S.373f.

²⁴ Maurach, aa.O. (Fn22), S.377f.

無能力の行為者の行為能力の存続は、独立に価値を認められなければならないという帰結に至る。他方、過失犯の関連では、帰属能力の放棄の様式は、何ら困難を含まない。」

つまり、マウラッハは、Alicにおいては、構成要件モデルに立脚していることがわかる。帰属無能力を惹起する飲酒行為を実行行為とみることで、同時存在原則は満たされると考えるのである。そして構成要件モデルの理解を、自招防衛・自招危難に適用すれば、マウラッハは自招行為から実行行為が開始されていると考える、いわゆる「原因において違法な行為」の立場に立脚することが推測されるが、マウラッハの自招防衛・自招危難における原因において違法な行為の理論の詳細は不明である。

③事前責任論に基づく統一的解決を主張する見解²⁵

この見解は、まず、「実行行為時点で責任を阻却する事情を実行行為以前の先行行為により生じさせた場合、あるいは適切な時期に可能な措置により回避しなかったという場合、責任阻却事由が存在する状態で行われる行為と同様の違法行為が予見可能な段階で事前責任が存在し、先行行為の意思が実行行為時における意思にまで連続し、実行行為時と同一の故意が先行行為時に存在するという実行行為との直接的関連性が認められる限り、事前の責任は実行行為に対する責任非難ということができる」という考え方を示す²⁶。なぜこのような考え方が可能なのかという点については、「個別行為責任の要請から、責任非難は個々の行為に向けられるのでなければならないこと、行為と責任の同時存在の原則が導き出される根拠は、責任判断の無制約な時間的遡及、犯罪結果を惹起する行為に対する非難とは無関係な落ち度を理由とする責任の肯定を防止することにあるから、事前責任が刑事責任に影響をおよぼしうることを認めることは両原則に反するものではない」ことを指摘する²⁷。このよう

²⁵ 松原久利「犯罪論における同時存在の原則と自招侵害」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）119頁以下。

²⁶ 松原・前掲注（25）119頁以下。

²⁷ 松原・前掲注（25）120頁。

な考え方に基づいて、この見解は、違法性の領域における自招侵害を解決しようとするものである。

具体的には、「防衛行為時に正当防衛の成立要件を充足する行為であっても、無用な利益対立状況は、それを一方的に作り出した不正な侵害者の負担において解決すべきであるという正当防衛の正当化根拠の一つが欠如する場合には、構成要件該当行為の違法性が基礎づけられる。これにより防衛行為に固有の違法性が直接備わるといえる。このような正当防衛の正当化根拠の欠如を基礎づける事情は、挑発行為により被挑発者の急迫不正な侵害という無用な利益対立状況を、少なくとも共に作出したという意味において、後の防衛行為と直接的な密接関連性を有するものでなければならない。その限りで、防衛行為に先行する挑発行為は後の防衛行為の違法性判断にとって重要な事情ということが出来る」と主張する²⁸。また、「同時存在の原則は、形式的にすべての犯罪要素が同時に存在することが重要なのではなく、当該構成要件該当行為と無関係な事情によってその違法性を基礎づけることはできないという点に意味があると考え、自招侵害において重要なのは、先行する挑発行為によって被挑発者の急迫不正の侵害を自ら招いたかどうかである」とも指摘する。

そして、自招侵害において、直接的な密接関連性が認められるためには、「第一に挑発行為が違法であること、第二に違法な挑発行為と被挑発者の侵害との間に法的因果関係があること、第三に挑発行為と被挑発者の侵害が時間的・場所的に近接していること、第四に被挑発者の侵害が挑発行為の少なくとも予見可能な結果であること、第五に挑発行為と被挑発者の侵害との均衡が必要であること」という五つの要件を満たす必要があることを主張する²⁹。

その上で、これらの要件を充足しない場合には、正当防衛は制限されず違法性が阻却される。他方で、これらの要件が充足される場合については、正当防衛否定の根拠を急迫性ないし緊急行為性の欠如に求める場合には、正当防衛と同時に緊急避難も否定されるが、正当防衛否定の根

²⁸ 松原・前掲注（25）145頁以下。

²⁹ 松原・前掲注（25）145頁以下。

拠を正当防衛固有の正当化根拠の欠如に求める場合には、正は不正に譲歩する必要がないという側面が欠如するために、正当防衛として違法性は阻却されないが、緊急避難と同様に補充性の原則と法益均衡の原則の制約の下で対抗行為の違法性が阻却される余地が残されることになる、この見解は主張する³⁰。

2 検討

例外モデルに基づく見解、構成要件モデルに基づく見解、そして事前責任論に基づく見解は、同時存在原則が問題になる非同時性事例において統一的解決を主張する点で共通している。但し、三つの見解の内容には大きな相違が見られる。例外モデルに基づく解決を主張するルシュカは、第一次規範と第二次（メタ）規範を想定した独自の責任論に依拠している。構成要件モデルに基づく解決を主張するマウラッハは、Alicにおいて飲酒行為を実行行為とみることから、因果関係の起点となる行為を実行行為と解する立場に依拠している。事前責任論に基づく解決を主張する見解は、実行行為と直接的密接関連性が認められる限りで、実行行為以前の事情を考慮することから、ルシュカと同様に、Alicにおける例外モデルに基づく統一的解決を主張している。

しかし、どの見解にもそれぞれ問題があるように思われる。

ルシュカの見解に対しては、本稿の第二章や第三章でも指摘したように、なぜ第一次規範と第二次（メタ）規範を想定することができるのかという疑問が提起できる。ルシュカは、刑法理論において第一次規範と第二次規範が想定できる根拠として、「言語理論では、対象言語とメタ言語が区別されている」ことを指摘しているが、そうであれば、なぜ言語理論における区別を刑法理論にも転用できるのかという点についての説明が必要であろう。しかし、この点に関するルシュカの説明は存在しない。また、ルシュカは第一次規範に違反する場合を、「通常の帰属（ordentliche Zurechnung）」、第二次（メタ）規範に違反する場合を「例外的帰属（außerordentliche Zurechnung）」と命名し、第二次規範違反の場合には、同時存在原則の例外が認められ、実行行為以前の事情を考

³⁰ 松原・前掲注（25）145頁以下。

慮することも許されると主張している。このルシュカの主張に対しても、それではなぜ第二次規範に違反した場合には、実行行為以前の事情を考慮することが例外的に許されるのかについて説明が必要であるように思われるが、この点に関するルシュカの説明は存在しない。このように考えると、ルシュカの見解には不十分な点が存在する³¹。

マウラッハの見解に対しては、その詳細は不明であり、検討することは難しい。マウラッハは、Alic では、飲酒行為から実行行為が開始されていると考える構成要件モデルに立脚することから、この帰結を自招危難・自招防衛にそのまま転用すれば、マウラッハは自招行為から実行行為が開始されていると考えていると推測される。しかし、自招行為を実行行為（未遂行為）とみることは妥当ではない。なぜならば、意図的挑発の場合には、自招行為から実行行為（未遂行為）が開始されていると評価することも可能であるといえるが、故意的挑発や過失的挑発の

³¹ ルシュカと同様の見解を主張するものとして、ノイマンの見解がある。Ulfrid Neumann, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1995, S.142f では、ノイマンは、攻撃者を正当防衛により殺害又は傷害するために、正当防衛の前提条件を意図的に惹起した者は、自己の行為が正当防衛により正当化されるという論理の下で防衛行為をすることはできないとし、その上で、この理論は、正当防衛の権限に対する範囲や前提条件などの刑法理論が属する第一段階の理論に関連づけられるのではなく、答責対話（Verantwortungsdialog）によって関連づけられるのであり、刑法理論との関係では第二段階（メタレベル）に属することを主張する。その上で、ノイマンは、第二段階の理論は、第一段階の刑法理論を修正するものではなく、第一次段階の刑法理論に付随するものであるとし、通常と例外の関係を答責対話の結果に関連づける場合には、第一段階の例外規定として理解されると述べる。つまり、ノイマンによれば、意図的挑発の場合に、第一次レベルでは、挑発者は防衛行為時に適法に行為しているという帰結に至るが、メタレベルでは、挑発者は、正当防衛権を引き合いに出すことは例外的にできないという結論に至ると説明される。そして、ノイマンは、このような論理は、原因において自由な行為の場合にも、「自ら故意に責任無能力状態を招いた者は、実行行為時に自己の責任無能力を引き合いに出すことはできない」という形で転用できると説明する。しかし、このノイマンの見解に対しても、なぜメタレベル違反の場合には、例外的に実行行為以前の犯罪構成要素を考慮することが可能なかが不明である点で、ルシュカの見解に対する同様の批判が妥当と思われる。

場合には、自招行為を実行行為（未遂行為）と捉えるのは困難だからである。

事前責任論に基づく見解に対しては、「実行行為と直接的関連性を有する限りで、実行行為以前の事情も考慮する」という論理に疑問がある。この見解は、自招防衛において、実行行為（防衛行為）との直接的密接関連性を認めるために、五つの要件を提示し、これらの要件を満たせば自招行為が実行行為である防衛行為と直接的密接関連性を有することから、自招行為を考慮することが許されると主張する。しかし、この五つの要件は、「自招防衛において、正当防衛を否定すべき場合」の要件ともいえる。事実、この見解は、五つの要件を満たせば、自招行為を考慮することが許されるだけでなく、正当防衛そのものが否定されると主張している。とすれば、この見解が提示する五つの要件は、「自招防衛において、自招行為を考慮した上で、正当防衛を否定すべき場合」という前提から出発した上で演繹される要件であり、暗黙裡に自招行為を考慮している可能性が否定できないように思われる。加えて、この見解は、「責任要素が実行行為時に欠如する場合には、実行行為時に責任阻却事由を生じさせない義務がある」ということを前提としているが、なぜこのような義務が行為者に生じるのか、仮に生じるとしてもこのような義務違反が行為責任を基礎づけることができるのかという点に疑問が提起されており³²、この見解は妥当ではないように思われる。

3 私見

自招防衛・自招危難において主張されてきた、これまでの見解は、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えることから、自招行為を実行行為として考慮する構成要件モデルに基づく解決策、実行行為を防衛行為・避難行為とした上で例外的に自招行為を考慮する例外モデルに基づく解決策、又は実行行為を防衛行為・避難行為とした上で、暗黙裡に自招行為を考慮する解決策を採用していた。しかし、本稿は、自招防衛や自招危難のケースでは、実行行為（未遂行為）は防衛行為・

³² このような指摘をするものとして、鈴木茂嗣「刑事法学の動き」法律時報84巻5号（日本評論社、2012年）173頁。

避難行為であり、自招行為は因果関係の起点としての行為と考えることから、「実行行為（未遂行為）」＝「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」が妥当せず、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点から解決されるべきであると考ええる。自招行為を実行行為（未遂行為）としてではなく、因果関係の起点としての行為として把握することで、原因において自由な行為の場合と平行に考えて、本稿は、原因において違法な行為の理論に基づく解決を支持する。

原因において違法な行為の理論とは、自招防衛との関係では、「挑発行為（原因行為）により正当防衛状況が招致され、そこにおいて行った防衛行為により法益侵害が発生した場合、防衛行為の違法性は、正当防衛により—その要件が充足し、防衛行為によって侵害された法益の法益性が失われるために—阻却される。しかし、さらに防衛行為から遡り、挑発行為（原因行為）と発生した法益侵害との間の関係を問題とする場合、この挑発行為については正当防衛の要件は認めることができないから、この行為との関係では、侵害された法益の法益性は失われず、従って挑発行為（原因行為）と法益侵害との間に因果連関・責任連関を認めうる限り、挑発行為者に発生した法益侵害についての刑事責任を問いうることになる³³⁾と説明される。他方で、自招危難との関係では、「最終的に生じさせた法益侵害について、その直接的惹起行為である避難行為との関係では、その惹起は緊急避難として違法性が阻却されるが、避難行為以前に遡り、危難の自招行為との関係を問題にすることによって、なお最終的な法益侵害を違法に惹起したものとして、犯罪の成立を肯定しようとするのである³⁴⁾と説明される。

原因において違法な行為の理論に対する最大の批判は、「一度適法と認められた防衛行為・避難行為が、なぜ自招行為を考慮することで、遡って違法であると変化するのか」という点にあると思われる。学説におい

³³⁾ 山口厚「自ら招いた正当防衛状況」『法学協会百周年記念論文集2巻』（有斐閣、1983年）751頁以下。

³⁴⁾ 山口厚「自招危難について」『刑事法学の展望と課題：香川達夫博士古稀祝賀』（成文堂、1996年）208頁以下。

でも、「それ自体としては必ずしも違法でない挑発行為と、正当化される防衛行為を併せて行っただけの者が何故違法だとされなければならないのか」という疑問が生じよう。正プラス正が何故不正になるのであろうか³⁵」との指摘や、「もともと防衛行為とそれによる結果が適法であるにもかかわらず、何故、原因行為である挑発が違法であれば、適法であるべき防衛行為によって惹起された結果が同時に既遂の違法性を基礎づけることになるのか³⁶」という指摘がなされている。これらの批判は、つまり、なぜ最初は防衛行為・避難行為だけに着目することで正当防衛・緊急避難を認めながら、自招行為を考慮することで、防衛行為・避難行為は再び違法なものへと転化するという分断的思考を採用する必要があるのか疑問であり、むしろ最初から、自招行為と防衛行為・避難行為を一連一体のものとして把握すべきかではないかという趣旨といえる。

しかし、同時存在原則の観点からは、このような分断的思考が不自然であるとは思われない³⁷。通常、行為者の罪責を判断する際には、これまでは実行行為時の犯罪構成要素のみを考慮してきた。それは、従来の学説が、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えてきたためであるが、実行行為時における同時存在原則の観点からは、実行行為の時点に、犯罪を構成する全ての要素が存在しなければならず、自招防衛や自招危険では、防衛行為・避難行為を実行行為と考える限り、

³⁵ 前田雅英『刑法の基礎総論』（有斐閣、1993年）206頁。

³⁶ 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕（第2版）』（成文堂、2005年）89頁。

³⁷ この問題に対しては、山口・前掲注（33）752頁以下で、「即ち、行為者が、自己の行為によって法益侵害を発生させた場合、通常は違法である—違法の実質は、法益侵害・危険である—が、その行為に違法阻却事由が認められれば、その行為の違法性は阻却される。つまり、その法益侵害行為は違法ではないことになる。これに対して、その行為に違法性阻却事由が認められなければ、その行為の違法性は阻却されない。このことは、因果経過にそれ自体としては適法という評価を受ける行為が介入しても、そのことによって直ちに変わるものではない。この意味では、違法判断は（相対的というより）個別的である。ただ、それ自体としては適法な行為を惹起する行為に、終局的な法益侵害をカバーする違法阻却事由を認めうるときには、そのような適法な行為を惹起して終局的な法益侵害を惹起した行為の違法性は阻却されう。」との指摘が既になされているが、本稿は、同時存在原則の観点から、この問題を検討するものである。

正当防衛・緊急避難を認めることになる。しかし、実行行為時における同時存在原則の観点からは、自招防衛・自招危険の特徴である、行為者の自招行為を考慮することはできない。そもそも、自招防衛・自招危険では、実行行為（未遂行為）は防衛行為・避難行為であるが、因果関係の起点としての行為は自招行為であるため、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が妥当しないため、本稿の立場からは、自招防衛・自招危険は、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と位置づけられることになる。本稿は、非同時的事例においては、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と考えるので、自招防衛・自招危険の解決においては、原因において違法な行為の理論を適用すべきであると考ええる。

従来、自招防衛・自招危険の事例では、実行行為（未遂行為）を防衛行為・避難行為としながら、自招行為を考慮することで正当防衛・緊急避難の成立を否定する見解が多いが、このような思考方法は、実行行為外の犯罪構成要素を考慮していることから、原因において自由な行為における例外モデルの考え方といえる。しかし、自招防衛・自招危険における議論で、このような思考方法が、同時存在原則との関係では例外モデルであることはほとんど指摘されてこなかった³⁸。恐らく、その理由

³⁸ もっとも、橋爪隆「正当防衛論」『理論刑法学の探求1』（成文堂、2008年）115頁以下では、自招侵害において、「不正の侵害に先行する行為経過を考慮して、防衛行為者の処罰を基礎づけることが許されるのか」という問題点を指摘した上で、「あくまで処罰を基礎づける実体は対抗行為の法益侵害性であり、その違法性阻却の判断資料として、対抗行為の事情に加えて、それに先行する主観的・客観的事情が含まれているにすぎないのである。違法性阻却の判断資料としても、先行する事情を考慮すべきではないという反論もあり得るかもしれないが、行為に先行する事情が違法性阻却の基準となる事例は他にも十分に考えられる。たとえば、全身麻酔での手術については実際の手術時ではなく、それに一定程度、先行する段階における患者の同意の存在が違法性阻却の要件とされていると考えられている。また、事前に有効な契約を締結した場合、一方当事者が勝手にこれを破棄することはできないから、行為当時の被害者の意思に反していたとしても、違法性阻却を認める余地があろう。このように行為に先行する事情を根拠として違法性が阻却されることがあり得る以上、その逆に、先行事情が資料となって違法性阻却が排除されることも認められようよう

は、同時存在原則が、実行行為と責任能力との関係でしか問題にならないためと推測される。しかし、同時存在原則とは、刑法の原則である行為主義から演繹される原則であり、責任能力についてしか問題にならないわけではない。例えば、違法性要素である急迫不正の侵害や現在の危難が、実行行為時に存在しなければ、正当防衛や緊急避難は成立しないのであり、行為者は処罰されることになる。

本稿は、自招防衛・自招危難は、原因において自由な行為のケースと同様に、同時存在原則が問題になる非同時的事例であるという点で、共通していると考ええる。つまり、「実行行為（未遂行為）」と「因果関係の起点としての行為」が異なるという点で、自招防衛・自招危難は原因において自由な行為と共通の性質を持つのである。そうであれば、自招防衛・自招危難においては、原因において自由な行為と同様の解決をすべきであると本稿は考える。

勿論、原因において自由な行為の問題では、原因行為を実行行為（未遂行為）と考える構成要件モデルを採用する一方で、自招危難・自招防衛の問題では、実行行為（未遂行為）を防衛行為・避難行為としながら自招行為を考慮する例外モデルを採用するという見解もありえよう。しかしなぜ、原因において自由な行為と、自招防衛・自招危難の間で、同時存在原則の観点から、それぞれ異なったアプローチを採用しなければならないのであろうか。前述のように、同時存在原則は、責任能力との関係だけでしか問題にならないわけではない。そして、自招防衛・自招危難と原因において自由な行為は、実行行為時にのみ着目すれば、犯罪

に思われる」と述べて、自招行為を考慮することも可能であると説明している。しかし、ここで挙げられている麻酔等の例における、「患者の同意」や「事前の有効な契約」は、犯罪の成立を否定する要素であるが、自招侵害における「自招行為」は、例えば意図的侵害の場合では、犯罪の成立を否定する要素とはいえないのであり、ここに両者の大きな違いが存在する。それゆえに、麻酔等の例と自招侵害のケースをパラレルに扱い、麻酔等の例で先行する事情を考慮することが許されるから、自招侵害のケースでも、先行する事情を考慮することが許されるという主張は説得的ではないように思われる。自招侵害において、なぜ自招行為を考慮することが許されるのかという点に関する積極的論証が必要であろう。

の成立が否定されるという点や、実行行為（未遂行為）と因果関係の起点としての行為が異なる点で共通している。このように考えると、自招危難・自招防衛と、原因において自由な行為で、同時存在原則の観点から、それぞれ異なったアプローチを採用しなければならない理由は見当たらない。それゆえに、自招防衛・自招危難では、原因において自由な行為と同様の解決策を採用すべきであり、この限りではルシュカの見解やマウラッハの見解及び事前責任論を主張する見解は正しいと思われる。

しかし、ルシュカの見解は、独自の責任理論を基礎とする例外モデルを採用する点に問題があった。他方で、マウラッハの見解は構成要件モデルを基礎とするものであるが、全てのケースで自招行為を構成要件該当行為とみすることは不可能である点に問題があった。事前責任論を主張する見解も、実行行為時に責任阻却事由を生じさせない義務を考える点に問題があった。

そこで、本稿は、非同時的事例では、原因において自由な行為の部分で検討したように、同時存在原則が要求される行為とは実行行為（未遂行為）ではなく、因果関係の起点としての行為であり、未遂犯が認められる危険を有する必要はないと考える。その上で、自招行為を因果関係の起点としての行為と考え、自招行為と法益侵害との間に因果連関・責任連関を認めうる限りにおいて、行為者に責任を認めうると考える。

因果連関を認めるためには、自招行為から法益侵害を惹起する相当程度の危険性が認められる必要がある。例えば、自招防衛の場合には、挑発行為（原因行為）に正当防衛状況、ひいては法益侵害を惹起する相当程度の危険性が認められること、及び、このような危険性が法益侵害へと実現したという因果関係の相当性が認められることが必要になる³⁹。具体的には、挑発行為が法益侵害から隔たっている場合、因果連関は否定されることになるため、挑発行為と防衛行為の間の時間的場所的接性が要求され、例えば意図的挑発防衛の場合には、行為者に責任を認めることになることが指摘されている⁴⁰。

他方で、責任連関が認められるためには、自招行為と防衛行為・避難

³⁹ このような指摘をするものとして、山口・前掲注（33）755頁以下。

⁴⁰ このような指摘をするものとして、山口・前掲注（33）754頁以下。

行為の間で、故意又は過失が共通して認められる必要がある。例えば、自招危難の場合には、危難の招致については故意・過失があったとしても、最終的な法益侵害結果について故意・過失が認められるとは限らないことから、未必の故意およびそれに対応する過失が認められる限度で処罰を肯定することが可能になる⁴¹。

もっとも、原因において違法な行為に対する見解には、批判が少なくない。そこで、以下では、学説上指摘されている批判を検討する。

第一に、「自招防衛」との関係で、原因において違法な行為における因果連関に対して、「相当因果関係の相当性判断は、単に予見可能性や通常性という事実的な判断ではなく、規範的考慮によって判断することが必要である。そして、法は挑発に応じないことを期待しているというべきであるから、法の期待に反して、相手の生命・身体に対する故意の犯罪行為に出たという事情は、原則として異常な事態として評価されるべきであろう・・・さらに多くの場合、侵害者（＝被挑発者）は、挑発行為者（＝防衛行為者）の対抗行為によって、自己の生命・身体が危殆化されることを認識しつつ行為に出ていると考えられる。このような事実は、相当因果連関が認められる範囲をさらに限定するものであろう」とし、「原因において違法な行為の理論構成によって、挑発行為と法益侵害結果との間に相当因果連関を肯定しうるのは、被挑発者が挑発に応じて、侵害行為に出ることが確実であるような、ごく例外的な事態に限られることになろう。それゆえ、この発想によって、相互闘争状況の問題全般を解決することは困難であるように思われる」と述べて、自招防衛の場合には相当因果関係を肯定できる場合はごくわずかであるから、原因において違法な行為は機能しないとする批判⁴²がある。

しかし、自招防衛の場合に、「法は挑発に応じないことを期待してい

⁴¹ このような指摘をするものとして、山口・前掲注(34) 210頁。

⁴² 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）296頁以下。もっとも、原因において違法な行為の理論で「因果連関」を判断する際には、「相当因果関係」ではなく、いわゆる「危険の現実化」が用いられる可能性もあるが、本稿では、「相当因果関係」に依拠した場合に向けられる批判に対して、検討することとしたい。

るため、法の期待に反して、相手の生命・身体に対する故意の犯罪行為に出たという事情は、原則として異常な事態として評価される」というのは、妥当であろうか。むしろ、異常な事態（相当ではない）と評価されるか否かは、その都度問題になる、挑発行為の性質、挑発者と被挑発者の関係、被挑発者の性格などに依存するのではないだろうか。規範的考慮による判断を過度に推し進めることは、挑発行為の性質、挑発者と被挑発者の関係等の事情を捨象することになり、妥当ではないように思われる。第三者の故意行為が介在したからといって、因果関係が否定されるわけではない。なお、「自招危難」の場合における原因において違法な行為に行為の因果連関についても、自招危難の場合と同様に考えることができる。危難招致行為後に行われるのは危難招致者自身の行為であり、とくに自ら生じた危難を回避する行為は必要に迫られてやむをえずなす行為であるから、問題は生じないことが指摘されている⁴³。このように考えると、自招防衛の場合に相当因果関係が肯定されるのはごくわずかとはいえないと思われる。

第二に、「自招防衛」との関係で、「原因において違法な行為の理論構成からは、過失によって侵害を招致した場合についても、相当因果関係を充足する限り、過失構成要件が存在すれば、過失犯として処罰される可能性が残ることになる。しかし、過失によって対立状況を招くことが稀ではないと思われることから、過失による挑発行為までを処罰することは過剰な刑事的コントロールであり、妥当ではない」との批判⁴⁴がある。

しかし、過失によって侵害を招致した全ての場合に、原因において違法な行為の見解を採用すると、過失犯として処罰されるわけではない。上記の批判でも言及されている通り、あくまで「相当因果関係を充足した場合に限り」、過失犯として処罰されるにすぎないのである。それゆえに、例えば、過失によって侵害を招致したが、挑発行為の態様、強度、場所の状況、被挑発者の性格等を考慮すれば、挑発に応じることが相当でないと評価される場合には、挑発行為と防衛行為の因果連関（相当因果関係）が否定されることになるから、正当防衛の成立は認められるこ

⁴³ 山口・前掲注（34）210頁。

⁴⁴ 橋爪・前掲注（42）299頁。

とになる。反対に、過失によって侵害を招致したが、挑発行為の態様、強度、場所的状况、被挑発者の性格等を考慮すれば、挑発に応じることが相当であると評価される場合には、過失構成要件が存在すれば過失犯として処罰されることは妥当であり、過剰な刑事的コントロールとまではいえないと思われる。

第三に、「自招危難」との関係で、「故意により、AがBを轢き殺そうと思ったが寸前で思い直し、ハンドルを右に切り故意にCの建造物を損壊した場合はどうか。この理論（原因において違法な行為）によれば、この場合、Bの生命を助けるために故意にCの建造物を損壊した部分は緊急避難として違法性が阻却される。しかし、そこには建造物損壊という結果が残る。この場合、もともとの行為は故意行為であるとして、建造物損壊の故意犯が成立するとなし得るであろうか。それは無理であろう。なぜなら、殺人の故意を建造物損壊の故意とすることはできないからである」として、必ずしもすべての自招危難の事例には妥当しないとの批判⁴⁵がある。

確かに、故意過失は個別の構成要件ごとに検討されなければならないので、危難の招致について故意・過失があったとしても、最終的な法益侵害結果について故意・過失が必ずしも認められるわけではないことは、原因において違法な行為の見解を主張する論者自身も認めている⁴⁶。しかし、原因において違法な行為を批判する論者が挙げる事例を再度考えると、周りにCの建造物が存在する中で、Bを轢き殺すためにAは危険な運転をしていることになるのだから、因果関係の起点としての行為時である自招行為の際に、AのBに対する殺意とは別に、Cに対する建造物損壊の未必の故意が認定できる場合も存在しうるように思われる。この場合には、自招行為と避難行為の間の責任連関が認められることになるので、一律に建造物損壊罪の成立が緊急避難により否定されることにはならないように思われる。むしろ、問題なのは、この事例で一律に危難招致者に建造物損壊罪の成立を認めることではないだろうか。つまり、この批判によれば、法益侵害行為時の故意・過失に対応した犯

⁴⁵ 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）147頁以下。

⁴⁶ 山口・前掲注（34）210頁。

罪が成立することになるため、過失によって危難を招致した場合でも、故意犯が成立することになるが、このような論理は、実質的な責任主義に反するのではないだろうか⁴⁷。

第三節 小括

自招防衛・自招危難は、実行行為（未遂行為）は防衛行為・避難行為であるが、因果関係の起点としての行為は自招行為であるため、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないケースといえる。それゆえに、自招防衛・自招危難は、実行行為時における同時存在原則が妥当しない、非同時的事例であると考ええる。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」が妥当すると考える本稿の立場からは、同じく非同時的事例である原因において自由な行為の場合とパラレルに考える必要があり、原因行為である自招行為を因果関係の起点としての行為として捉え、自招行為と結果・結果行為の間に、因果連関・責任連関を認めうる限りで（原因において違法な行為）、行為者に責任を問う事ができる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。

⁴⁷ このような指摘をするものとして、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）159頁以下。