

《研究ノート》

作為・不作為と原因において

自由な行為

小松 進

原因において自由な行為 (actio libera in causa) とは、構成要件を直接実現する行為自体は、行為者が一時責任能力を失なった状態においてなされた挙動である（したがって、行為においては自由ではない）が、しかし、行為者がそのような状態に陥るかどうかについては自由で決した（つまり、原因においては自由であった）ばあいをいうのであり、それが認められるばあいに責任無能力状態で実現した構成要件の結果について、行為者に責任を問おうとする理論であると説明されてきた。

原因において自由な行為が可罰的であるという点については、近時、この理論の発祥地であるドイツにおいても日本においても学説・判例ともに一致している。しかし、この理論については、すでに論議されてきたように、行為と責任能力との同時存

在を要請する近代的責任原理と罪となるべき行為の明確な境界づけを重視するいわゆる構成要件の理論との相克矛盾が指摘されており、同じく可罰性を認めるとしてもその主張は異なり、近代刑法の二大原則との調和をはかろうとする苦衷が窺われるのである。学説の岐れる主要な点は、どの時点の行為を実行行為と解するのか、つまり責任能力のある時点で行なわれた原因設定行為を実行行為とみるか、あるいは、責任能力を失なってから<sup>(2)</sup>の挙動を実行行為と解するのかという問題および理論の適用範囲如何という問題にあるといえよう。第一の点については佐伯教授のように直接犯罪の結果を惹き起す責任無能力状態での挙動を可罰的行為とみる見解もあるが、多数説はペーリング以来、原因において自由な行為の構造を間接正犯とパラレルなものと解し、間接正犯における利用行為に相当する原因設定行為を可罰的行為とみるのである。そこに第二の問題の契機がある。つまり、実行行為と解される原因設定行為が罪となるべき行為として構成要件が予定する定型にあたるかという批判があるからである。この批判の受けとめ方に応じて、故意の作為犯のばあい理論の適用を認めるかどうか見解が岐れるのである。しかし、不作為犯・過失犯について適用を認めるについては、多数説の間にはほとんど異論がない。不作為犯・過失犯にあっては実行行為の定型性が作為犯のばあいほど厳格に認められることを要しないからだとされている。しかし、不作為犯のばあいにも充分な検討を要すると思われる問題がある。それは、ほぼ同一の事例が論者により作為による原因において自由な行為と

されたり、あるいは不作為による原因において自由な行為とされたりしている点である。これはどういふことを意味しているのであろうか。以下、この点を考察しながら原因において自由な行為の理論構成を検討したいと思う。

- (1) 下村・原因において自由な行為、法学新報七〇巻四号、前野・「原因において自由な行為」概念の再検討、法経研究、一七巻二号、は原因において自由な行為の事例は何も特別の理論構成を必要とするものではなく、通常の刑法的思惟で処理できるとしてこの概念を不要であるとする。
- (2) 佐伯・原因において自由なる行為、刑事法講座二巻(昭和二十七年)、三〇五―六頁。
- (3) 理論の適用範囲については本文に述べる以外にも、限定責任能力の状態で結果を惹起するばあい、あるいは責任能力以外の犯罪構成要素を排除するばあい等について問題となる。拙稿・原因において自由な行為の理論の適用範囲、警察論集二一巻一二号、参照。
- (4) 佐伯・前掲論文、三〇八頁。なお、西原・責任能力の存在時期、佐伯博士還暦祝賀(昭和四三年)、四〇九頁、は実行行為とみられるのが原因設定行為のばあいと結果惹起行為のばあいとがあるとされる。

二

原因において自由な行為の可罰性を認める論者の中にはその適例として次のような事例を挙げるものが多い。

〔事例〕鉄道の転轍手が、泥酔のため転轍すべき時点で転轍しないで汽車を顛覆すべく意図し、飲酒泥酔して彼が期待した結果を惹起した。

この事例において転轍手は列車を顛覆させることを認識・予見して飲酒泥酔し、転轍すべき時点では泥酔で責任能力のない状態にあって転轍を怠り、列車を脱線顛覆させたのである。

ところで、このばあい転轍手の挙動は作為犯と解すべきか、あるいは不作為犯と認めるべきであらうか。この点については見解が対立している。不作為犯とみる立場では「鉄道の転轍手が、酒をのめば泥酔して転轍を怠り、客車の顛覆をひきおこすかも知れないことを知りながら、酒をのみ転轍を怠り、その結果、汽車を顛覆させた場合には不作為による汽車顛覆罪の違法な構成要件該当行為が成立し、不作為犯についても原因において自由な行為がありうる」とか、「故意の不作為犯については(たとえば、鉄道の転轍手が、列車を脱線顛覆させようとして、故意に飲酒泥酔して、定時に転轍することを怠ったため、列車が脱線顛覆したようなばあい)、原因において自由な行為をみとめることは比較的容易である」とか説明される。マウラッハもこのばあい不真正不作為犯の成立を認める。その説くところは次のように要約できよう。——このばあい作為犯か不作為犯かはきわめて解答の困難な問題である。それは義務者が行為無能力のばあいには厳密にいえば不作為について論じえない。つまり、問題の時点で行為できる者だけが不作為をなしうるのである。また、作為犯を仮定すれば、たとえそれが行為者の意図

と関連して行なわれたとしても如何にしてブランドー一本空にすることによって鉄道事故を起こしうるのかという異論が出される。一個の行為が存在するとしても、この事象は明白に構成要件の枠を超えている。このばあい作爲犯か不作爲犯かの区別の核心は、行為者が特別の結果回避義務者であるという点に存する。転轍手という義務ある者の飲酒行為であるため、「原因において自由な行為の承認された原則——行為義務者が故意に惹起した行為無能力はなかつたものとみなされる」という原則によって、行為者は問題の時点で結果回避可能性を有していたものとして扱われる。つまり、転轍しないことが不作爲犯とされるのである。また、飲酒行為は作爲犯の構成要件要素でも、実行行為の開始でもなく、不真正不作爲犯に対する不可罰的予備行為の一種とされる。

不作爲犯が成立するとする見解ではどの時点の挙動を可罰的とみるのであろうか。実行の著手をどの時点で認めるのであろうか。泥酔して転轍すべき時点で転轍しない態度について不作爲犯を認めるといふのであれば、その結果惹起の時点では行為者が責任能力を失なっているから行為と責任の同時存在の原則を破ることになる。責任能力は不作爲犯では、要求されている行為を爲すべき時に存在することを要するからである。また、原因設定行為を可罰的とするならば、飲酒する時点で不作爲犯の要件が充たされているかが問われなければならない。つまり、作爲義務が存在するかどうかである。

カツェンシュタインが原因設定行為は予備行為にほかなら

ないとして原因において自由な行為の不可罰を主張した理由の**一**がここにあるのである。<sup>(6)</sup>このばあい、作爲義務が具体的に発生する時点は列車の通過する時刻が接したときであり、列車の脱線顛覆を回避するためには転轍を余儀なくさせられる時点が猶予しうる最後の時点であると考えられる。作爲義務が存続する間に飲酒泥酔して不転轍に及んだのであれば問題は**ない**(麻酔注射を手段とするばあいには考えられる)が、かかる作爲義務の存在する以前に飲酒泥酔したばあいには不作爲犯の要件に欠けると考えられる。つまり、不作爲犯の実行行為が作爲義務の存在する以前に終了してしまっているからである。かような批判に対して中教授は次のように答えられる。「転轍の作爲義務が具体的に発生するのは通常右に示した如き時点であるとするのは妨げない。然し、作爲義務者には、あらかじめ予定されている当該作爲義務発生時点が来れば、何時でもこれを履行し得る可能状態に身を置いて**いる義務の存することを看過すべきでない**であろう。而して、かかる第二の義務は第一の義務から離れて存する別種のまたは**一般的義務**のではなく、当然第一の義務から導き出さるべき義務であり、その限りにおいては第一の義務の外延であると考えることが出来る」のであるから、原因設定行為を行なうことが「右の第一の義務の必然的前提たる第二の義務の違背を意味し、第二の義務が第一の義務の外延であると解せられる以上は、畢竟は第一の義務そのものの違背の関頭に立っているものと考えざるを得ない」として不作爲犯を認められる。しかし、しかるべき時点において転轍器

を操作すべしという法律上の義務の外延として「何時でもこれを履行し得る状態に身を置いている義務」を認めるとしても、これに違背することが直ちに列車顛覆の不作為犯の要件とされる作為義務に違反することとなるかは疑問である。両者を同一のものとして論ずることはできないであろう。第二の義務に違反するだけでは職務上の懲戒は別として刑事上の処罰を基礎づけるものではないであろう。したがって、飲酒行為自体を単純に作為と解すべきである。

そこで、次にかような飲酒行為が列車顛覆の実行行為たりうるかが検討されなければならない。小野博士が「列車を顛覆せしむる目的を以て飲酒酩酊するが如きは、其の行為自体が「汽車の往來の危険を生ぜしむる行為」と認め<sup>9)</sup>られると説明されるのはかかる犯行の態様を作為犯とみるものであろう。

原因設定行為を実行行為と解する立場から原因において自由な行為の理論を故意の作為犯に適用しようとするばあい、可罰的行為の明確性ということを考慮しなければならない。実行行為に厳格な定型性を要求する立場からはこの場合に理論の適用を拒否しなければならない。この立場をとられる団藤教授は「泥酔中に人を殺すつもりで飲酒したというばあい、その飲酒行為に殺人罪の構成要件該当性をみとめるのは無理である……もしこれをみとめるとすれば、かような目的で飲酒した以上は、人を殺すに至らなかつたときでも、殺人未遂をみとめなければならぬことになる。しかし、これは社会通念から考えて無理であろう。このことは、飲酒行為そのものに殺人罪の構成

要件の定型性をみとめることができないことを示す」と説明される。<sup>10)</sup>

一方、このばあいに理論の適用を認める立場からは「もともと、原因において自由な行為の理論の適用される事件は、それ自体としてすでに通常予想されるところのいわゆる定型には当らないものである」とか、原因行為に一定の犯罪的結果を實現させるべき定型危険性が含まれているばあいには可罰的とされなければならないと説明される。

原因において自由な行為の理論は二律背反の状況におかれている。罪刑法定主義に基づく可罰的行為の明確性の要求と責任主義の帰結である同時存在の要請とのアンチノミーである。そこで、原因において自由な行為の当罰性を否定しないかぎり、両原則のいずれかの要件を緩く解せざるをえなくなるのである。責任主義の原則を絶対視せず、責任は原因設定の時点に実行行為の結果惹起の時点にあるとして、原因において自由な行為を同時存在の原則の例外とするのは、犯罪論体系の基底となる行為の概念を著しく拡張するものであるから、やはり明文の規定によらなければならないと思われる。本来、この理論は、定型性が認められる結果惹起行為が一時的に責任能力を欠いた行為者によってなされたものであるために犯罪行為と認めることができるにばあいは、それ以前の自由な原因行為をどう評価するかに関わるものであつたのである。それゆえ、原因において自由な行為は「通常予想されるところのいわゆる定型には当らない」と解すべきである。しかし、このことは刑法の規定する犯

罪構成要件とは無関係に責任を認めるということではない。また、原因において自由な行為と構造を同じくして結果が発生したばあい、自由な原因行為のすべてを定型の例外を以て可罰的とするものでもない。定型の例外となしうるような特殊の事情が原因行為ないしは行為者に認められるばあいにだけその行為を可罰的とすべきである。その特殊の事情とは現実に発生する具体的個別的行為のもつ結果惹起の危険性である。結果犯として刑法が規定する犯罪構成要件は結果惹起の危険性の高い行為の類型であると考えるならば、構成要件的行為とは一般的抽象的な行為であって、現実に惹起する行為のもつ特殊性を捨象したものである。構成要件が抽象的類型であることはその点で重要な機能を果たしている。しかし、構成要件該当の評価をする際にその行為の特殊性を考慮することは許されないのである。通常は構成要件の予想する類型にはあたらぬとされる行為であっても現実に生じた具体的個別的な生の行為のもつ特殊性を考慮することによって反対の評価も可能であろう。では、はじめにあげた事例における転轍手の飲酒行為を列車脱線覆の実行行為(作為)と評価できるであろうか。このばあい酒の強度・酒量・行為者の湛酒力等を考慮しなければならぬが重要なのはその飲酒行為が転轍手によってなされたものであるという点である。行為者が転轍手であるが故にこのばあい飲酒泥酔することが責任無能力状態での不転轍による列車脱線覆を実現する極めて高い危険性を帯びるのである。したがって、かような飲酒行為は実行行為となしうるのであり、直接結果を惹起する責

任能力のない時点での不作為は単なる因果の過程と考えるべきである。行為の定型を超えて原因設定行為を実行行為と評価すべき特別の事情は直接結果を惹起するのが不作為のばあいに限るわけではない。責任無能力の状態であまり複雑ではない作爲によって結果を生ぜしめるばあいにも考えられる。たとえば、飲酒して刃物を振り回す性癖のある者が対座する人を殺傷する意思で傍に短刀を置いて暴飲するばあい等である。

(1) この例のように汽車の顛覆ではなく、保護責任者による遺棄に例をとることもある(団藤・刑法綱要総論、昭和三七年、一一一頁)、しかし、結果の惹起が真正不作為によるか不真正不作為によるかは原因設定行為の評価には消長をきたすものではない。また、責任無能力状態を招来する行為として飲酒行為ではなく、麻酔注射(中・原因において自由なる行為、法学論集(関大七〇周年記念号)、一四七頁)、催眠剤の服用(吉川・原因において自由な行為、刑法の判例、七六頁)をあげるばあもある。

- (2) 木村・犯罪論の新構造(上)、四六二頁。
- (3) 福田・大塚・刑法総論(実例法学全集)、六六頁。
- (4) Maurach, Fragen der actio libera in causa, Juristische Schulung, 1961, Heft 12, S. 377.
- (5) 不破・井上・刑法総論、一三五—一六頁。
- (6) Katzenstein, Die Straflosigkeit der actio libera in causa, 1901, S. 53 ff., v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, S. 106 ff.

- (7) 中・前掲論文、一五七―八頁。
- (8) 小野・原因に於て自由なる行為、法学評論上、一七七頁。
- (9) 団藤・前掲書、一一二頁。
- (10) 植松・全訂刑法概論Ⅰ(昭和四一年)二〇一―二頁。
- (11) 大塚・注釈刑法(2)のⅡ、四二四頁。
- (12) 拙稿・原因において自由な行為の実行行為、一橋論叢六一卷六号、七四―五頁。
- (13) 沢登・みずから招いた精神障害、竹田・植田博士還暦祝賀、二四頁、は行為のもつ結果発生の危険性の大小が定型性の有無を判断する具体的規準に外ならぬのではないかとされるのはこのような考えに近いのではないかと思われる。
- (14) 植松・前掲書、二〇〇―一頁。

三

原因において自由な行為の理論の中心は自由な原因設定行為の評価にあるといえよう。瑕疵ある状態において行為者が結果を惹起する挙動は実行行為たりえない。したがって、作為によるまたは不作為による原因において自由な行為という区別も原因行為が作為か不作為かによるべきである。そこで原因設定というばあい何に對する原因を設定する行為であろうか。原因というばあい責任無能力状態を招来する原因か、あるいは結果惹起の挙動の原因であるのか、学説は明瞭を欠くように思われる。

具体的には両者を峻別することはきわめて困難なばあいが多くであろうし、また責任無能力状態を招来する原因行為が結果惹起の挙動の原因となつてはあいても多いであろう。しかし、概念的には分けて考察すべきであると思われる。

〔事例〕母親が生後一ヶ月の乳児に添寝して乳房をふくませながら寝入つたため、その乳児を乳房で窒息死させた。

右の事案は昭和二年十月一六日の大審院判決の事実内容である。学説は、判例が母親に過失致死罪を認めた点については異論をみないがそれが作為犯なのか不作為犯なのかについては見解が分れている。判例の立場を支持される小野博士はその母親が「覚醒の状態に在りし間に、乳房を離さざりしこと、而して其の乳児の生命に對する危険を予見し得べくして予見せざりしことは、以て過失に因り乳児を死に致す行為(不作為)と為すことが出来よう」とのべられ過失により乳房を離さなかつたこと(不作為)が可罰的であるとされる。これに對して木村博士は「乳房をふくませたま添寝就眠した行為」が可罰的であるとされ、判例が不作為犯を認めたのは「乳房を離すべきである」という過失犯の注意義務と不作為犯における作為義務を混同した結果であつて、母親が添寝して授乳する際には就眠の前に乳房を離すべしという作為義務は存在しないから、この場合の被告人の行為を不作為と解するのは適當でなく單純な作為と解すべきである」と主張される。

この事案においてかように作為犯か不作為犯か見解が分れるのは、乳児の死亡という結果の惹起に對して、添寝就眠したこ

と、乳房を離さなかったことと、いずれを原因とみるかの違いによるといえよう。そこで原因において自由な行為のばあい原因を設定する行為とは責任能力を排除する原因となる行為であり、そのような状態におくことが結果発生の危険性をきわめて大きくするばあい実行行為とみることができると考える立場からは「乳房を哺乳させたまま添寝就眠する」ことが原因設定であると考えられるべきである。睡眠中の者には意思活動がないから責任を問えない状態にあり、行為といふべきものはないが、そのような状態を惹き起こす就眠する行為は作爲と考えられるであろう。

作爲または不作爲による原因において自由な行為というばあい、その作爲・不作爲は責任能力を排除する原因設定行為について考えるべきである。原因行為が責任能力を排除することがきわめて大きい結果を発生させるものであるとき実行行為とされるのである。結果惹起の挙動が作爲か不作爲かは原因行為が実行行為といえるかの判断の際に機能する。換言すれば結果惹起行為が不作爲のばあいには原因行為が実行行為とみられることが多いということである。

(1) たとえば、すでにあげた転轍手の事例のように結果が責任無能力状態での不作爲によって生ずるばあいは飲酒泥酔することが責任能力を失なう原因でもあり不作爲にである原因ともなっていると考えられる。

(2) この点を明確にしておくことは本文にのべた点以外に次のような論議を無用のものとすることになる。マウラッハおよびカツツェンシュタインは、本文にあげた事例に類似するが添寝する者が寝返りをうって乳児を圧死させたばあい、乳児を寝床に入れること (Hereinnehmen des Kindes in das Bett) が実行行為かどうか論ずる (Maurach, *ibid.*, S. 377, Katzenstein, *ibid.*, S. 51 ff.)。このばあいはせいぜい原因行為を危険なものとする予備行為とすべきである。

(3) 小野・前掲書、一七八頁。

(4) 木村・刑法活きている判例、一二九頁。

(5) 中・前掲論文、一五六頁註1。

(山形大学講師)