

《研究ノート》

原因において自由な行為の実行行為

小松 進

原因において自由な行為とは、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った状態においてなされた挙動であるが——つまり、行為においては (in act) 自由ではない——しかし、行為者がそのような状態に陥るかどうかにについては、自由に決しえた——つまり、原因においては (in causa) 自由であった場合をいうと説明されてきた。

原因において自由な行為の取扱いについて学説は多岐に分かれている。その主な理由は、原因において自由な行為が、近代刑法の二大原則をアンチノミーとして背負わされているところにあるといえよう。佐伯教授はこの点を鮮かに指摘される。「原因において自由なる行為」といふ法概念の底には頗る大きな刑法思惟上の問題がひそんでゐるやうに思はれる。それは一方犯罪行為と責任の同時存在を絶対的要請とする近代的責任原理と、他方罪刑法定主義の要求に基いて罪となるべき行為の明確な限界づけを重視する所謂構成要件の理論との相克矛盾が

そこに表明せられてゐるといふことである。⁽¹⁾

さて、原因において自由な行為をめぐる理論的支柱は次の四点に要約することができる。①原因において自由な「行為」の存在性、②責任主義の要請する実行行為と責任の同時存在の原則、③罪刑法定主義の要請する実行行為の明確性、いわゆる構成要件論の行為の定型性、④原因において自由な行為の当罰性。そこで、このメルクマールに従って学説を分類しよう。A 原因において自由な行為否定説——これは行為の一貫性という観点から①の原因において自由な「行為」の存在自体を否定するものである。これはサヴィニーや精神病学者の主張するところである。その他の学説は①の点を積極的に解しつつ②以下の点をめぐって分かれる。B 不可罰性説——同時存在の原則を絶対的なものとし、更に、行為の厳格な定型性を要求すれば、原因設定行為も結果惹起行為も実行行為と認めることができず、結局、④の当罰性を犠牲にせざるをえなくなる。⁽³⁾ C 原因設定行為を犯罪行為とする可罰性説——同時存在の原則を維持しながら当罰性を認めようとすれば、原因設定行為に実行行為性を認めなければならず、行為の定型性を緩く解することになる。D 結果惹起行為を犯罪行為とする可罰性説——行為の定型性と当罰性を満足しようとすれば、結果惹起行為を重視しなくてはならず、同時存在の原則を離れることになる。行為の一貫性から原因において自由な行為の存在を否定する見解は、結果を不作為によって実現する事例で破綻をきたしてしまつた。また、カツツェンシュタインらの不可罰性説も、そ

れ以後有力な支持者を得ていない。それは、自ら犯罪をめぐらんで、あるいは、その罪を免れるために、責任無能力状態を招来し、その状態の下で犯罪を行なった者に罪を問えないとする事は、一般の法感情に著しく背馳するからであろう。近時、この理論を生んだドイツにおいても日本においても、可罰的であるという点では、学説・判例ともに一致している。しかし、その理由づけは必ずしも軌を一にするものではない。本稿では、どの時点に実行行為があるかという観点から、その理論構成を検討してみたいと思う。

(1) 佐伯・原因において自由なる行為、刑事法講座第二巻(昭和二十七年)、三〇五—六頁。

(2) サヴィニーは、従来、不可罰性説を唱えるものと見られて来たが、むしろ原因設定行為と結果惹起行為との心理的連関を疑い、原因において自由な行為という犯罪実現の形態を否定するものであると云える。Katzstein, Die Strafsigkeit der actio libera in causa, 1901, S. 75 f.

(3) この立場をとるものは、カッツェンシュタイン、ヘルナー、古賀廉造、谷野格等である。

(4) v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, 1907, S. 109.

(5) 紙数の関係上、比較的この理論の適用の認められ易い過失犯、不作為犯よりも、問題性の多い故意の作為犯についてみたいと思う。

二

まず、原因設定行為を実行行為とみる諸見解を検討しよう。

この立場は、原因設定行為を実行行為とするのであるから、行為と責任の同時存在の原則は満たしているが、原因設定行為(たとえば、飲酒行為)自体が、犯罪行為として構成要件該当の評価を受ける資格があるかという疑問が生ずる。構成要件論の立場からいいうゆる定型性が認められるかという疑問である。この問題は犯罪が未遂に終わった場合にもっとも鮮明なかたちであられる。

この立場の代表的見解は、原因において自由な行為を間接正犯との類似性をもって説明するものである。間接正犯が他人を道具として犯罪を実行するのに対して、原因において自由な行為は責任無能力状態にある自己を利用して犯罪を行なうものである⁽¹⁾。とある。

この見解を採られる団藤教授は次のように説明される。「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て、原因において自由な行為は自己の責任のない状態を道具として利用するものである点にちがいがあるにすぎない。間接正犯では他人を利用する行為が実行行為としての定型性をもつかどうか⁽²⁾が問題であったと同様に、ここでは自己を利用する行為つまり原因行為が実行行為としての定型性を具備するかどうか⁽³⁾が問題の要点をなすのである。」そして、原因において自由な行為とされるためには、自己を全く弁別能力のない状態におとし入れ

ることと利用行為が構成要件の定型性を具備することの二つを要件とされる。第二の要件については、「過失犯や不作為犯については原因行為に実行行為としての定型性を認めるのが比較的容易である。」これに反して、故意による作爲犯についてはその困難なばあひが多いとされる。このように、原因において自由な行為を間接正犯との論理構造の同一性をもって説明する見解に対しては、構成要件の明確性を保持するかぎりこの理論はきわめて狭い範囲にしか機能しえないというほかに、次のような批判がある。「犯罪の成立要件中責任能力だけを欠く他人の行為を利用するばあひ、共犯論において制限従属形態をとるならば、そのような利用行為は間接正犯ではなく教唆犯となるであろう。それに対し、責任能力なき自己の行為を利用するときは『原因において自由な行為』となるのである。したがって、このようなばあひには、『原因において自由な行為』を間接正犯と同じ論理構造をもつものとして説明することはできない。」次に、原因設定行為と責任無能力状態における挙動とを全体的に観察して実行行為といえる場合には、行為者に責任を問いうるとする見解をみよう。これは小野博士の説かれるところである。酌酩すれば、乱暴を働き、他人を傷つける性質のあることを知っている者が、他人を傷つけるつもりで酌酩した場合「現実には乱暴な行為に出たとき、その前後の行為を併せて殺人又は傷害の実行とみることができであろう。(中略)そのとき、結果発生の危険性が実現されている。これを殺人又は傷害の実行と見る合理性は充分にある。」

博士の所説は原因設定行為と結果惹起行為を併せて考察しようとするものであるが、酌酩して乱暴に出る行為を実行行為とみる点では、やはり、責任と行為の同時存在を主張すれば責任を負わせることはできない。従って、責任主義に対して部分的譲歩をするものではないかという批判がなされている。更に、実行の着手については「酒を飲むだけでは、まだその危険性(結果発生の可能性——引用者)が明らかであるとはいえない。やはり心神喪失の状態において暴行を始めたとき、はじめて暴行罪であり……殺人罪についても、やはり人を殺すに足る暴行をしたとき、その実行の着手があるとしなければならぬ」とされる。行為者に対する非難は全行為から認められるが、実行の着手は結果惹起行為に求めることになり、結論においては、後にのべる責任と実行行為の分離を認める西原教授の所説に等しくなるのではないかと思われる。

同じように、原因設定行為と結果惹起行為の全体的考察を前提としながら、原因設定行為を重視されるのが植松教授である。原因において自由な行為においては「行為者は原因設定行為の当時における責任能力の程度に依じて責任を負うべきものと解せられる。したがって、これは原因設定行為の開始をもって犯罪行為の開始すなわち実行の着手と解しなければ、同時存在の原則は維持されない。そのためには、原因の設定から事実の実現までの全行為を犯罪行為として捉らえ、原因設定行為を構成要件の実現に密接した行為として理解しなければならぬ」と説明される。

このような原因設定行為を実行行為とみる見解に対しては、特に故意の作為犯の場合鋭い批判がなされる。それは原因行為が、犯罪行為として構成要件の予想する定型にあたらぬのではないかという疑問である。「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ないことになる。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ぬことを示す⁽¹⁰⁾」とか、「飲酒行為は、いかなる意味においても、日常用語的意味において、刑法一九九条の『人ヲ殺シタル』という構成要件的行為の一部とはい得ない⁽¹¹⁾」。このような批判は、結果が発生しない場合には最も鮮明となる。つまり、飲酒をしただけで殺人の未遂となるのかという疑問である。カッツェンシュタインが当時の可罰性説に対して行なつた批判も、まさしく、未遂を通じて考えるならば、原因設定行為はせいぜい予備行為にすぎないという点にあったのである。このような批判に対して植松教授は次のように反論される。「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ころのいわゆる定型には当たらないものである⁽¹²⁾」。今一つの批判は着手に関するものである。平場教授は、原因設定行為である飲酒行為を実行行為と認めるとすれば、完全酩酊に至らぬうちに、激昂して殺害すると、

実行の着手が二度あることにならないかと矛盾を指摘される⁽¹⁴⁾。(これらの批判については後述、四参照)

- (1) この見解は、ヘーリングの提唱したものであるといわれるが、わが国では明治三〇年代に紹介された(松原一雄・刑法新論、七〇—七二頁)。その後、この見解を採る者が多く現在多くの支持を得ているといえる(滝川・犯罪論序説、一二二頁、泉二・刑法大要、一五六頁、牧野・日本刑法、九七頁、大塚・刑法概説、一三二頁、福田・刑法総論、一五一頁等)。また、ドイツにおいても有力な学者にこの立場を採る者が多し(Frank, Strafgesetzbuch, 18 Aufl., S. 151, Mezger-Blei, Strafrecht, Allg. Teil, 10 Aufl., S. 161, Weizel, Das deutsche Strafrecht, 7 Aufl., S. 135, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 1954, S. 346, Ders., Strafrecht, Allg. Teil, 4 Aufl., 1952, S. 143.)。
- (2) 団藤・刑法綱要総論、昭和三七年版、一一〇頁。
- (3) 第一の要件は、心神耗弱の状態の結果を惹起した場合には原因において自由な行為といえるかという点から問題になるが、本稿では論じない。拙稿・原因において自由な行為の理論の適用範囲、警論集、二二卷一二号、一三五頁参照。
- (4) 団藤・前掲書、一一二頁。同旨、吉川・刑法総論、昭和三八年、一〇一頁。
- (5) 前野・「原因において自由な行為」概念の再検討、法経研究、一七卷二号、五九—六〇頁。

- (6) 小野・原因において自由な行為、綜合法学、創刊号、一七頁。
- (7) 伊達・原因において自由な行為、警論集、三卷六号、七一八頁。
- (8) 小野・故意犯と「原因において自由な行為」、法学研究、創刊号、八頁。
- (9) 植松・全訂刑法概論I、昭和四一年、一九八―九頁。
- (10) 団藤・前掲書、一一一頁。
- (11) 木村・刑法総論、昭和三四年、三四七頁。
- (12) Katzenstein, *ibid.*, S. 53ff. もとも彼がリストを批判したのは不作為犯の場合であった。
- (13) 植松・前掲書、二〇―二頁。
- (14) 平場・酩酊と刑事責任、刑法講座三卷、五七―八頁。

三

さて、次に結果惹起行為を犯罪行為とみる見解に移ろう。カッツェンシュタインの研究によれば、現行ドイツ刑法の成立に至るまでの各邦の法制・学説は責任無能力の状態における挙動を可罰的行為とみていたようである。しかし、それはともかくも原因において自由な行為を処罰する規定をもった一九世紀前半までの法制の下におけるものであった。その後、当該規定のなくなったドイツにおいても、日本においても原因設定行為を犯罪行為とみる立場が支持者を増したのであるが、その中で佐伯教授は異なった方向を志向される。「原因において自由なる

行為についても、実行々為を遡らすかわりに、実行々為と責任能力との同時存在が必ずしも必要でない⁽³⁾と考へる余地はないであらうか。責任とは行為の非難可能性であり、責任能力・故意・過失はこの非難可能性の一応の推定根拠にすぎず、それらが責任自体ではないのである。されば原因において自由なる行為の実行々為は無能力のときの挙動であるとしつゝ、なほそれについてそれ以前の能力のあったときの行為者の意思態度に鑑みて非難可能性の有無を問ふことも一向差支へがないのではあるまいか。⁽³⁾かように、原因において自由な行為を責任主義の要請である同時存在の原則の例外として考へる論拠として次の点を挙げられる。第一は、原因設定行為を実行行為とすると、予備と実行の着手との区別が主観化・曖昧化されるといふ点、第二は、現行刑法三九条Iは「心神喪失者ノ行為」といふ文言を用いており、従って、刑法の予定する行為は必ずしも能力者の有意的態度に限らないといふ点である。この点については、団藤教授の反論がある。「行為の意義をひろく解して心神喪失中の挙動そのものを実行行為と考へ、かつ、責任能力の存在は実行行為の時でなくてもよいとして、この種のばあい(原因において自由な行為――引用者)の可罰性を基礎づけようとする見解があるが、正当でないとおもふ⁽⁴⁾。佐伯教授は多数の学者が絶対的なものとして考へていた実行行為と責任能力との同時存在の原則の例外の可能性を示唆されたが、積極的に責任能力が何時なければならぬかといふ点は明らかにされなかった。

佐伯教授の問題提起に於て、新しく理論を構成されるのが

西原教授である。教授は佐伯論文にある多数説への批判を支持し、「責任能力と実行行為との同時存在の原則が維持しえないとなると、責任能力はいったいつかあればよいのか、いつなければならぬか」という問題意識にたたれる。そこで、教授は、規範的責任論が刑事責任の本質として把握している行為責任ないし人格形成責任は結局意思責任に帰着し、責任非難は個々の行為あるいは個々の人格形成を導くところの意思決定に対して加えられる非難として理解される。そして、責任能力は「行為のときに」問題となる概念であり、規範的責任論の立場からは、責任能力の存否は、当該行為者が行為に出るべく意思決定をするときに問題となると説かれる。更に、教授は刑法上の「行為」を一個の意思の実現過程（予備以前の行為・予備行為・実行行為）として把握され、そのことから次の二つの結論を導かれる。

第一は、行為についての責任能力は当該行為への最終的⁽⁵⁾意思決定のときにあればよい。第二は、ある違法行為についての責任能力は、その違法行為自体の開始時でなく、その違法行為を含むところの「行為」の開始のときにあればよいということである。又、実行の着手については、いわゆる折衷説をとられ、行為者の計画全体に照らして法益侵害の危険が必然的であるかあるいはそれに近いほど蓋然的となったとき着手ありとされる。

そこで、教授の立場からすれば、実行の着手は原因設定行為にも、結果惹起行為にも認められる場合があることになり、又、責任能力は、少くとも予備の段階にあればよいということになるか。とすれば、予備の段階でのみ責任が存在した場合、そ

の後実行の着手があり、結果が発生すれば基本的構成要件の既遂犯として罰せられることになる。それは、佐伯教授やカツツェンシュタインが原因設定行為を実行行為とする多数説に対して行なった構成要件を曖昧化すると⁽⁶⁾の批判を受けることにならないだろうか。

(1) Katzenstein, *ibid.*, S. 153 ff.

(2) 拙稿・原因において自由な行為の適用範囲、警論集二 一巻一二号、一二五頁。

(3) 佐伯・前掲論文、三〇八頁。

(4) 団藤・前掲書、一一〇頁。

(5) 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。

四

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。言うまでもなく、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するか、排除しなければならぬ。

三に述べた見解は責任主義の要請を拒否するものであるが、佐伯教授は積極的に責任能力が何時あればよいかまでは論じておられず、また、西原教授の所説は何故予備の責任で既遂犯として罰せられるのか説明の難しい点があるように思われる。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には、やはり明文の規定を俟たねばならないと思われる。

二で扱った見解は可罰的行為を明確にという要請を考慮しながら、原因設定行為を実行行為と評価できるかというものであった。そこでは、故意の作為犯の場合には原因において自由な行為は認められないとする見解と、全行為から危険性を判断すべきで、犯罪の型態に関わりなく原因において自由な行為を認める見解が対立している。後説に依るべきと思われるが、これには既に指摘したように、構成要件を主観化・曖昧化するものだという批判がある。この点については次のように考える。「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認めるのは無理である」という場合、そこで考えられている飲酒行為とは、抽象的・一般的意味において酒を飲むという行為を指称していると思われる。換言すれば、飲酒行為のイデアルタイプスを扱っているといえないだろうか。そこでは、具体的・個別的に惹起する行為を意味してはいない。

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、現実が発生する行為のもつ特殊性を捨象したものである。構成要件が行為の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、その行為の特殊性を考慮することができるであろう。それは具体的・個別的行為の行なわれる背景あるいは場といえよう。通常は、構成要件的行為には当たらない行為であっても、その行為がなされる場如何では反対の評価も可能であろう。例えば、飲酒して刃物を振り回す性癖のある者が、対坐する人を殺傷する意思で傍に短刀を置いて暴飲する行為や「時限爆弾を積載する飛行機への塔乗勸奨」行為は充分構成要件を充足するのではないかと考える。

(1) 植松・前掲書、二〇〇—一頁、平場・前掲論文、三二頁以下。

(山形大学講師)