

「原因において自由な行為」再論

山本雅子

- 一 はじめに
- 二 「原因において自由な行為」山口説の検討
 - 1 構成要件モデルについて
 - 2 構成要件モデルと「原因において自由な行為の法的構成」
 - 3 責任モデルについて
 - 4 責任モデルと「原因において自由な行為の法的構成」
 - 5 山口教授の旧説
- 三 終わりに―実行行為時規範的考察説の主張
 - 一 はじめに

1 「原因において自由な行為」の法理は、行為・責任同時存在の原則という責任主義の根幹に関する論点であるため学説の関心にはなお強いものがあり、その内容は多様である。そもそも、原因において自由な行為とは如何に定義

されるものであるのか、その点においても一定していない。例えば、佐伯博士に拠れば、原語に則し、「それ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、(即ちそれ自体は自由でないが)、その人がそのやうな無能力の状態に陥るかどうかについては、その人は自由にこれを決し得たと考へられる場合(即ち原因において自由な場合)をいふ。」⁽¹⁾とされ、意味される範囲は広い。ここでは故意、過失の別なく、この概念を刑法に關係付けたとき、その無能力状態において惹起した結果につき責任を負うべきものであることが示される。このような定義付けをひとまず『広義の原因において自由な行為』とする。これに対し、具体的な立法化にまで至ることとなると、例えば、改正刑法草案一七条に明文化された如く、「①故意に、みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者には、前条の規定(精神障害に関する免責規定：筆者註)を適用しない。②過失により、みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者についても前項と同じである。」とされ、故意犯、過失犯が区別されて、いずれもその自招性が条文本旨の明確な根拠となる。これを『狭義の原因において自由な行為』⁽²⁾としたい。本稿においてこの事を特に採り上げた意図は、この理論が登場した歴史的経緯は別とし、意図的に免責を目論むというところに非難の契機を認めるパターンが講壇例として最も分かり易いであろうと思うところにある。よって、必要に応じ、ここにいう狭義の定義を多く用いる事を予め断っておきたい。

原因において自由な行為に関する学説が、行為・責任同時存在の原則の墨守か、或いは、その原則の例外を認めるかに大別されるという基本的状況に変動はないと思われる。

その間、山口教授は体系書を第二版に改められ、本論点に関する見解を変更された。旧版においては、遡及禁止論に基づく理論を展開されたが、本版ではそこから更なる展開を試みられる。本稿においては、特にその点に着目し、検討を加えて、若干の持論を明らかにしてみたい。原因において自由な行為については、既刊「実質的犯罪論

の考察⁽³⁾の第三章で採り上げ、そこで旧山口説に論及した。説を改められた今日、対応も新たにすべきものと考えらる。よって、本稿はその部分の改定稿ともいえるものであり、そのため、全体としてみるならば、内容上、一面、若干の重複、他面、意図的な略記とならざるを得ないことを予め明記しておきたい。

又、山口教授の改説も一つの契機とされて体系書を改版され、その見解に直ちに対応されたのは立石教授である。立石教授は第二版において旧山口説を批判された。そこで、今回の新山口説についても検討を新たにされることとなったのである。本稿はその点も踏まえての考察となる。

二 「原因において自由な行為」山口説の検討

二 第二版⁽⁴⁾における山口説の特色は何といっても構成要件モデルと責任モデルの併用を認められた点にある。この決断は実に大胆であるといつてよい。蓋し、両モデルはこれまで行為・責任同時存在の原則を巡り、それを遵守する立場とその例外を認容すべきであるとする立場の拮抗を示してきたものであり、更にいえば、原則に拠るか拠らざるかという、根本に関する対立を示すものであるからである。もともと、併用説の導入は、既に、安田教授⁽⁵⁾の論文に見られる。当該論文では、回避可能性が主要概念として提示され、その具体的な適用の一場面として原因において自由な行為が採り上げられる（概要は註5を参照されたい）。

「モデル」という用語は、ノイマンが一九八五年に「例外モデル」を樹立し、それと構成要件モデルを対比させ、定式化して以来⁽⁶⁾、文献上広く使用されるものであるが、用語そのもののイメージとしては、ノイマンの意図に反し、論理上の基本的対立状況を、むしろ、緩和してみせるようにも思える。従って、文献上散見せられる両モデル概念の扱いには、本質を異にするものであるにも拘らず、結果として、単なる適合モデルの類別という、謂わば表

層面での区別に過ぎないと思わせるものがあるとの懸念を禁じえない。或いは、それは学問上の大きな「うねり」の結果であるのかもしれないのであるが、いずれにしても、その点に十分留意しつつ、以下、山口説の「原因において自由な行為の法的構成」⁽⁷⁾を中心に検討してみたい。

1 構成要件モデルについて

論述は、まず、①構成要件モデルと②責任モデルの解説から始められる。旧版では、「責任要素と構成要件該当事実との同時存在の原則は維持されなければならない。」⁽⁸⁾といわれ、構成要件モデルを採る旨を明らかにされている。又、責任モデルは遡及モデルと称されていた。その構成要件モデルにおいては、原因行為と構成要件の結果との間には（条件関係の存在を前提として）相当因果関係が必要であり、その上で、周知の遡及禁止の理論が機能する。結果行為が故意行為であれば、通常、遡及禁止の原理が働くが、心神喪失状態で行われた場合、即ち、責任を問い得ない故意行為には結果の引き受けは認められず、遡及禁止は妥当しないとして、原因行為を実行行為とされるのである。しかし、その行為は未遂犯として処罰の対象となる定型を要さず、既遂の具体的危険の発生を要件とする結果犯である。よって原因行為時に既遂の具体的危険が発生していないことは原因行為と構成要件の結果との間の構成要件該当性を肯定する妨げにはならないとされる。このようにして客観面が確定すると、次に原因行為に故意が認められなければならない。ここで所謂「二重の故意」⁽⁹⁾が要請される。これらの要件の下で構成要件モデルが選択された。

この思考自体は新版においても継承されている⁽¹⁰⁾。しかし、これによると、構成要件モデルは十分に成り立つ見解ではあるが、結果行為に故意がある場合、原因において自由な行為として、⁽¹¹⁾故意犯の可罰性を肯定しうるとして

も、その範囲は狭いものになる（何故ならば、心神喪失状態の行為者にも故意は存在しうるのであるから、故意犯の場合、結果行為時に故意が失われるのはむしろ例外と考えられる。この意味で、正犯性を基礎付ける事情も故意の認識対象であることを考えると、構成要件モデルから故意犯の成立を肯定することはかなり困難である¹²⁾）という事実に着眼された。その結果、構成要件モデルでは、心神耗弱状態で結果行為がなされた場合につき原因において自由な行為としての可罰性を認めている判例の立場に適応し得ないこと（事実、このモデルに拠れば、心神耗弱状態を利用する場合を間接正犯としなければならないが、それは一般には肯定できず、よって、原因行為に正犯性を認めることが出来ない為、原因において自由な行為としてみられないことになる…筆者）、又、この場合に可罰性を完全には問い得ないとすれば、心神喪失の場合には原因において自由な行為の適用が認められて可罰性が肯定されることに比し、著しく均衡を欠くと考えられて、ここに、構成要件モデルだけでは解決されえない場合があることを明らかにされ、全面的にこのモデルのみで論ずることは断念されたのである¹³⁾。

しかし、構成要件モデルを捨てられるわけではない。両モデル併用説であるので、結果行為が非故意的行為の場合にはこのモデルでなければならぬとされる。従って、構成要件モデルの叙述部分につき、いささかの疑問を呈することは許されるであろう。

叙述に拠れば、「この見解は、構成要件的结果を惹起した結果行為を、結果惹起について問責の対象となる原因行為⇨実行行為に由来する因果経過の一事情として捉えるものといえる。したがって、結果行為自体は問責の対象から除外されることになる¹⁴⁾。」といわれる。この点に関し呈しうる疑問は、結果行為を因果経過の一事情として捉えるのであれば、それは全体としての因果経過の構成部分に他ならず、故意の認識対象となるものである。故にそれは故意の一部を成しており、その限りで、「問責の対象から除外されることになる」（二五五頁）ものではない。

ずであろうということである。

又、構成要件モデルによると、「故意作為犯の事例においては、結果行為について構成要件の結果惹起の認識・予見（故意）が存在しない場合には、原因行為に結果行為を介して構成要件の結果を惹起することについての正犯性（実行行為性）を認めることが可能であるが、結果行為について構成要件の結果惹起の認識・予見（故意）がある限り、原因行為に正犯性（実行行為性）を認めることは困難である。なぜなら、原因行為について正犯性を肯定するためには、結果原因としての結果行為を介した結果惹起に対する支配が必要となるが、すでに述べたように（第四章第五節参照）、結果行為に結果惹起についての故意がある限り、この答責性によって原因行為の結果惹起支配が排除されることになるからである。」¹⁵といわれる。ここにも疑問が生ずる。まず、上記、引用文にある如く、原因行為を基点とする因果経過の一事象として結果行為を措定するとすれば、結果行為は原因行為においてもたれた故意の一環として存在するのであり、論者の述べられるところとは逆に、結果行為に故意があるとしても、それは原因行為に認められる故意が被覆するものではないかと思われるのである。¹⁶

立石教授は、同一論述個所に対してではあるが、その中でも次の点に最も基本的な疑問を覚えるとされ、「結果行為における故意は心神喪失時のものである。心神喪失は責任無能力であり、その時点で存在する故意に、『答責性』を認めることは不可能である。（中略：筆者）故意があるだけでは答責性があるとは勿論いえない。」と批判される。この批判は正当である。答責性を問題とすれば、故意のみでは充足されない。まさに、責任能力ある故意でなければなるまい。

後に、原因において自由な行為の法的構成の個所で、（1）結果行為が非故意行為の事例と（2）結果行為が故意行為の事例とに分けられ、前者には構成要件モデル、後者には責任モデルが適用される。上述1において構成要

件モデルを検討したので、順序としては次に責任モデルを検討すべきであるが、内容の関連性に鑑み、2では、構成要件モデル適否に関する問題として、上記分類(1)を、その次の3で責任モデルを、4で上記分類(2)につき論究することとする。

2 構成要件モデルと「原因において自由な行為の法的構成」。

原因において自由な行為の理論は責任能力、故意・過失を含む答責性の問題であると広く解するならば、責任能力単独の問題ではない。しかし、それは、責任能力に關し原因において自由であった行為が、意図的に、或いは、過失により、結果実現行為においては責任無能力乃至限定責任能力の状態に移行することにより、その時点での犯行に三九条の適用が懸かってくることを問題とし、その是非を問う論議である。従って、第一義的にはやはり責任能力の問題であろう。⁽¹⁸⁾

これに対し、教授は、同時存在の原則を、行為時に全責任要素が備わっていなければならないことであると解され、責任能力に限定されない(特に、故意との同時存在を、行為と責任の同時存在の原則とされる記述もある⁽¹⁹⁾)。このことが、後の故意、非故意という分析基準に繋がっていくものと考えられる。

三九条は条文上、当該状態が意図的に招来されたものか否かについての視点を有していない。これは、一面において、処罰不可能説に通ずるのであるし、他面において、自招的な場合への三九条適用排除にも通ずるのである。後者の意味で、その状態を殊更に利用して処罰を免れるべく、自己を三九条の状態にするという形態であっても、本条が問題となるのである。この、発現形態として最も分かりやすく、又、実際に行われるなら極めて狡猾であり、非難可能性が強い講壇例を狭義の原因において自由な行為とすることは前述のとおりである。

さて、山口教授がここで、(1) 結果行為が非故意行為の事例と、(2) 結果行為が故意行為の事例である場合に分けて論じられることは既に明らかにした。

まず、(1) の場合から検討してみたい。この場合には、免責のために三九条を利用する目的が行為となつて外部に現れること(故意の原因行為)と犯罪結果を生ぜしめる行為(非故意の結果行為)が並存することとなる。しかし、結果犯の場合、まず視点を向けなければならないのは結果を発生させる行為、即ち、実行行為である。故意犯の実行行為は原則として故意をもつものでなければならず、非故意ということは考えられないはずである。そこで、教授が「結果行為が非故意的行為の事例」とされ、そこにおいて「故意の喪失²⁰⁾」と述べられる点につき検討してみたいのである。

この「故意の喪失」という表現は一言で言えば、結果行為の非故意性と同義に用いられている。結果行為が非故意行為の事例においては、原因行為に故意が認められることを要するが、それは、又、原因行為が実行行為となることを意味している。即ち、この事例では、構成要件モデルに基づき、原因行為に、結果行為を介した上での、結果発生に対する支配力が肯定されるかということが問題となるのである。その為には上述の如く、結果に対する因果的原因性と支配性が要求されよう。この原因行為に認められなければならない原因性の意味が問題となるが、教授は以下のように言われる。「それは、結果行為が非故意行為であることを前提とすれば、原因行為が原因・理由となつて(故意が欠ける状態で)結果行為が行われることになることであるといえよう(原因性の見地からは、結果行為の遂行をもたらすことだけが重要であり、故意・責任能力の欠如をもたらすことは直接関係しない。故意の欠如は正犯性を肯定するためには必要となる。したがって、この事案類型においては、責任能力の喪失・減弱は重要ではなく、要は、故意の喪失が重要であると解することもできる。この場合は、いわば『原因において故意のある行為』としての可罰性

が問題となるのである⁽²¹⁾。「故意の喪失」はこのように原因行為を起点とする時系列で捉えられた上で、責任能力の喪失・減弱と対比されて用いられる。

さて、喪失とは本来存在していたものが失われることを意味するはずである。しかし、ここで教授が非故意的な結果行為といわれる場合、結果行為がもともと単独で、即ち、原因行為とは無関係に、非故意的行為である場合は想定されえず、原因行為の故意的作用により、④意図的に、或いは、⑤意図に反して偶然、生ぜしめられた場合を考へざるを得ない。④の場合、三九条の状態での非故意的行為による結果惹起であれば、本来は、三九条に該当する事情の発生源が原因行為にあるとしても、不処罰か、或いは、せいぜい過失犯の刑責しか認められず、故意犯の成立を認めることは無理なはずである。従って、この場合には、構成要件モデルの適用により、原因行為を故意行為とし、結果に対する支配性を認めて、所謂間接正犯類似の理論が導入されるのは必然である。ここでは原因行為に正犯性を基礎付ける全ての要素が備わっていなければならないことになる。そのことは結果行為には正犯性を基礎付ける要素が欠けていることを意味するのであるが、その際、故意の喪失が重要であって、責任能力の喪失・減弱は重要でないといわれるのは如何なる意味であろうか。間接正犯類似の構成要件モデルに依拠するのであれば原因行為による支配の為に、結果行為に答責性がないことが必要であるが、答責性は故意のみならず責任能力の存在により基礎付けられるもののはずである。故に、「原因において故意のある行為」の場合であっても、「原因において自由な行為」としての取り扱いを受けるべく、その思考プロセスを踏むこととなるはずである。従って、原因行為により、三九条に該当する状況が作出されているか否かがまずもって問われなければならないのではなからうか。他面、心神耗弱状態に留まっている場合、原因行為によりもたれた故意が認識され続けていることは十分に考えられるのであるし、心神喪失状態でも故意の持続はあるのであるから、「原因行為が原因・理由となつて」(二五九

頁)「結果行為が行われること」(二五九頁)は重要であるが、「故意が欠ける状態で」(二五九頁)という条件を付すことは現実的でない。

又、⑩の場合はどうであろうか。時系列で捉えたとすれば、原因行為の故意がもつ支配力は及んでいないと言わなければならない。逆に、現実生じた何らかの侵害結果から遡及していくなら、その結果については故意行為(但し、責任説上の)であったという場合も考えられる。原因行為の故意内容を基準とすれば、それと異なる故意内容の結果行為は非故意であろうか、それとも故意であろうか。答責性をもたない故意は遡及を阻み得ないとし、顧慮されないであろうか。

特に、狭義の原因において自由な行為が典型的類型であることを考えるならば、結果行為を故意・非故意に区別して論ずる方法論を基準とすることは問題をかえって複雑にするのではないかとの懸念を持つ。²³⁾問題は責任能力の有無である。

更に、例えば、「不作為犯の場合には積極的な作為意思の発動がなければ不作為Ⅱ結果行為となるから、期待された作為をなすべきときに、原因行為である飲酒行為等により意識を失った状態となって、作為意思が欠ける(故意も欠ける)ことにより、原因行為の原因性は肯定することができる」(二五九～二六〇頁)が「作為犯の場合には作為意思の発動が結果行為遂行の為に必要であるから、原因性を肯定することには困難がある」(二六〇頁)と述べられており、恐らく、かなりの事例において、「故意の有無とは関りなく、作為意思の発動を確保・保障する別の事情が実際上必要となるものと思われる。そうでなければ、故意の不存在をもたらす事情によって結果行為の遂行自体ができなくなるのが想定されるのである」(二六〇頁)という補充を加えられる。

しかし、「故意」とは、作為犯の場合、「作為意思の発動を確保・保障する」ものの筆頭に挙げられるものではあ

るまいか。原因行為時に、結果行為において実行を行うという因果経過を認識している場合には、それこそ原因行為時の故意を形成する重要な要素であろう。従って、「故意の有無」(二六〇頁)そのものに関する問題に他ならないと認識すべきものである。

教授は更に、故意犯の責任を問うためには、完全な責任能力を備えた原因行為の時点において、構成要件の結果(構成要件該事実)惹起の認識・予見である故意が存在することが必要となるとされ、(i)原因行為自体により構成要件の結果を惹起する意思が認められる場合と、(ii)原因行為自体には惹起意思が認められない場合とを区別し、論ぜられる。(i)は故意のない結果行為により構成要件の結果を惹起したことについて、故意を阻却しない因果関係の錯誤として故意責任を問われる場合であり、私見に拠れば、狭義の原因において自由な行為には当たらない。これに対し、(ii)は設定自体が幾分難解である。何故ならば、ここでの前提は、すぐ上で述べた如く、故意犯の責任を問うためには、完全な責任能力を備えた原因行為の時点において、構成要件の結果(構成要件該事実)惹起の認識・予見である故意が存在することが必要となる、とされた中での分類であるからである。原因行為に故意が必要であるとされ、その前提で、なお、原因行為自体には惹起意思が認められない場合という叙述の内容を私は以下のように解する。即ち、原因行為の時点で、結果惹起自体は結果行為により果たそうと認識している場合のことである。このように補うことが許されるならば、狭義の原因において自由な行為に近似する。しかし、同一視できない点は、結果行為に故意が存在しないことを前提とされるところにある。しかも、その前提の故をもって、所謂「二重の故意」²⁴⁾論が必要となってくるのである。二重の故意とは、即ち、「原因行為には、構成要件の結果惹起の認識・予見のみならず、結果行為時に故意が失われることなどの認識・予見が必要とな」²⁵⁾という内容である。

ここでの疑問は故意概念の多義性である。故意とは、なるほど、構成要件の結果惹起の認識・予見である。しかし、結果行為に故意が失われることなどの認識・予見をも故意概念に含ましめることはいたずらに概念の混乱を呼ぶ。故意の内容には方法の認識も含まれるのであるから、原因行為時の故意はむしろ、その故意の連続による結果行為で構成要件の結果を惹起するという、明確且つ「一重」の故意で足ると思われる。

二重の故意論の前提たる、結果行為に故意が欠けることという条件の根拠は、結果行為に故意があれば、答責性はそこに認められ、遡及禁止の理論的要請から、原因行為にまで射程が伸びないということにあると思われる。故に、この理論は、構成要件モデルにおいては重要な意味を持つものであろうが、しかし、それが、理論上、より基本的な概念である「故意」に振幅を齎すならば、殊に慎重であるべきである。

さて、(2)の結果行為が故意行為の事例の場合(詳細は後出、4)、ここでは、「結果行為以前の行為を実行行為として捉え、結果行為を介して構成要件の結果を惹起したことについて正犯性とその認識を肯定することは困難である。したがって、構成要件の結果を物理的に惹起した結果行為自体を実行行為と捉え、それに対する責任非難の可能性を考えるほかはない⁽²⁶⁾」ということになり、「こうした責任非難は非難が不可能になった段階で構成要件の結果を惹起したことについての非難を媒介することにより可能となる⁽²⁷⁾」とされるのである。ここで、「責任モデル」が登場する。旧版で遡及モデルといわれ、現在、責任モデルとされて採用されるに至ったこのモデルはどのような把握されているのであろうか。

3 責任モデルについて

責任モデルは結果行為を実行行為と解する。その為、従来の見地からは、行為・責任同時存在の原則の例外を認

め、実行行為時と責任能力存在時のずれを容認するものである。山口教授の把握されるところでは「責任モデルは、もっぱら実行行為に対する法的責任非難の観点から問題解決を図ろうとするものであり、原因行為はこのような責任非難を可能とする行為として問題とされることになる」⁽²⁸⁾。しばらく、その説かれるところを見るならば、責任モデルによる場合の重要点は、「結果行為はたとえ心神喪失状態でなされたとしても、それを行為者自身が行ったという事実」⁽²⁹⁾にあり、更に、「完全な責任能力が備わった原因行為は、実行行為である結果行為に対する責任非難を可能とする行為としてもっぱら問題となるのであり、したがって、原因行為は結果行為時における責任能力を喪失・減弱させる行為であって、しかもそれについて非難可能性を肯定しうるものであることが必要となるが、それで足りることを明確にしておきたい」⁽³⁰⁾といわれる。従って、「原因行為について、責任能力の喪失・減弱を直接惹起したことが非難可能であればよいから、責任能力喪失・減弱についての認識・予見までは不要であり、その予見可能性で足りると解することができる」⁽³¹⁾とされるのである。そして、責任モデルは、実行行為以前の事情に基づいて責任非難を行うものと解される。責任は犯罪的意思を行為へ現実化することに對する非難であるので、非難の対象となる実行行為の現実的遂行との間に、直接的な関連性が維持されている限り、事前的非難は可能であろうと考えられて旧版の見解を改められた⁽³²⁾。更に、法文解釈上も、三九条は責任能力の存在を実行行為時に限るとはしておらず、解釈に委ねられているともいわれるが、但し、このような趣意を受け入れる条件として、責任非難を行う時点で、責任要素が全て充たされていることが必要であろうといわれる。即ち、故意犯の場合、責任能力、故意、違法性の意識の可能性が現実存在しなければならぬのである。特に故意非難を基礎付ける為には故意の存在は必至のものであるとされる⁽³³⁾。

教授によれば、構成要件モデルと責任モデルとは、原因において自由な行為の可罰性を肯定する論理・基準とし

て問題とする側面を異にするものであり、相互排他的なものではないといわれる。従って、両モデルを事案に即して可能且つ適切に併用するのが妥当であるということになるのである。

果たしてそうなのであろうか。私には、両モデルはそれぞれの拠って立つ原則を異にするものとして本来異質な思考であると思われる。よって、これをモデル論とし、モデルなるが故に、事案により併用が可能であることは、次の4で取り上げる、結果行為が故意的か、非故意的かという事実的相違を内容とする問題の解決を優先させる思考であるように思える。

私見によれば、構成要件モデルは、原因において自由な行為を正犯性或いは実行行為性の観点から分析・検討する解釈モデルである。これに対し、責任モデルは、法的責任非難の根拠を探求する理論であると思われる。故に、教授も言われるように、確かにその把握面を異にしているのである。従って、又、その故にこそ、原因において自由な行為という一つの範疇内で、結果行為の故意の有無を区別し、両者に異なる解釈モデルを適用することの是非は問題とするに足ると思われる。

4 責任モデルと「原因において自由な行為の法的構成」

ここで取り上げられるのは、結果行為が故意行為の事例である。この場合、原因行為に実行行為性を認め、結果行為を介して構成要件該当結果を惹起したものととして、原因行為に正犯性を認めるということは不可能となる。蓋し、結果行為が故意行為であることにより、そこに遡及禁止の効果が働くからである。よって、責任能力に欠ける結果行為に実行行為性を認め、責任非難を可能とする構成が考えられなければならない。その為に考えられたことは、非難が不可能になった状態で構成要件の結果を惹起したことについての非難を媒介することである。³⁴ し

かし、この一文は、若干、思考を要す。非難は一体何によって媒介されるのであろうか。理解されるところでは、責任要素の全てを實際に備えている原因行為を前提とした上で、これに、非難が不可能となった状態での結果惹起に対する非難の媒介をさせるということであらうか。しかし、ここで、もし規範的視点を容れず事実的捉え方をされるのであれば、媒介といわれる限り、原因行為に認められる非難可能性を結果行為へと媒介する「媒体」がなければならぬはずである。その点が明確に把握されなければ「媒介」概念は難解である。いずれにせよ、責任モデルを用いる場合、重要な点は、結果行為を行為者自身が行ったということである、とされる。更に、完全な責任能力が備わった原因行為は、実行行為である結果行為に対し責任非難を可能にするものとしてのみ意味をもつので、責任能力の喪失・減弱を直接惹起するものであれば足り、そのことが非難可能であればよいのであるから、喪失・減弱についての認識・予見までは必要なく、その可能性でよいとされる。故に、ここでは、所謂「二重の故意」は要求されない。ここで要求されることは、惹起された結果につき故意責任を認めるためには、結果行為時の故意のみならず、原因行為時に故意が存在しなければならず、又、この二つの故意に一貫性がある時、結果行為に対する故意非難が原因行為の時点において可能となるとされる。従って、責任非難の媒体は一貫性ある故意であると思われる。ここにようやく私見にいう狭義の原因において自由な行為との部分的接点が見てとれるのであるが、しかし、更なる疑問は、上記、結果行為に対する故意非難が原因行為の時点において可能となるとされる点に³⁶関し、上記の如く、原因行為の故意と結果行為の故意に一貫性あることが前提であるとするなら、その場合、結局は原因行為の故意により結果行為は支配されるとみられるのであり、結果的に原因行為と結果行為とを一体のものとして把握されていることにならないであらうか、という疑問である。

思うに、責任モデルを想定する場合、結果行為の意味付けは実行行為という客観的要素の充足にある。それに対

応する主観的要素、即ち、責任要素は専ら原因行為がそれを帶有する。よって、事前非難をも受容する、とされるのであるが、結果行為にも故意を認められるとき、それは果たして事前非難となるのであろうか。

5 山口教授の旧説

教授は、旧説では遡及モデル（＝責任モデル）を採用することはできないと明言されていた。⁽³⁷⁾「責任だけを遡及して追及するという構成は、構成要件該当行為についての個別的な責任を問うという個別行為責任の原則に反するものであり、また責任非難の対象となる事実の存在とその（事前における）存在可能性を同視することはできないからである（それが可能ならば、故意の可能性である過失も故意として処罰可能になってしまふ。これが妥当でないことは明らかであり、このことは遡及モデルが採用しえないものであることを示すのである）。⁽³⁸⁾」と理由付けられた。

旧説の構成の特徴は、結果行為につき、心神喪失の場合と耗弱の場合とを別して論ぜられた点である。又、「非連続型」、「連続型」の概念を踏襲されている。しかし、原則、構成要件モデルでの理論構成であるので、その点に關する限り、第二版で論ぜられるところと基本的に同一である。第二版で大きく異なった点は、言うまでもなく、責任モデルを用いるべき事案が大幅にあることを首肯された点であり、それに伴って、理論が動いたということである。

旧説では、遡及禁止の理論と心神耗弱の場合の矛盾に苦慮されたように思える。心神耗弱下で構成要件の結果を惹起したことに對しての、謂わば、限定された責任と、そのような状態で構成要件該当事実を生じさせたことに對する、一種、共犯的な関与を併せ、それが一人の行為者の内部で一つの責任として併合されると考えられたのであ⁽³⁹⁾った。この場合も二重の故意は必要とされた。

この思考に無理があることは、心神耗弱者には限定されたとはいえ責任能力があり、従って、遡及禁止の原理が働くという事実は動かしがたいということからも明らかとなる。⁽⁴⁰⁾ 反面、このような打開策は構成要件モデルを遵守しなければならないとすれば必然であったかと思える。立石教授は、むしろ旧説の方が理論上是とされるべきではないかと指摘される。⁽⁴¹⁾

三 終わりに——実行行為時規範的考察説の主張⁽⁴²⁾

以上、山口教授の現在の見解に焦点を絞り検討を試みた。見解を概観すれば、責任モデルの方に力点を置かれるようであるが、⁽⁴³⁾ 基本にあるのは遡及禁止論である。遡及禁止論は、本来、故意的且つ答責的行為が介入する場合には因果関係が切断されることとなるとする理論であり、答責性もその要素の一つではあるが、しかし、機能としては因果関係という事実論において働くものである。それに対し、原因において自由な行為の法理は非難可能性の観点から答責性を問う規範論である。その点で、結果行為は、故意行為か非故意行為かで区別される以前に、旧版の如く、心神喪失状態下での場合と心神耗弱状態下での場合に類別されるほうが妥当であると思える。もっとも、そのことは必然的に後者の場合即ち限定責任能力下での結果行為に対する理論的対応に困難を生ぜしめることにはなるのである。間接正犯類似説に拠る限りは打開困難な問題であろう。

責任モデルを採る見解は「修正説」とも称される。⁽⁴⁴⁾ ここでは、責任非難は意思決定に向けられるものであるという思考が前面に出されており、それは必ずしも実行行為と同時に存在しなければならないものではないとされる。冒頭に挙げた佐伯説を嚆矢とし、第二版の山口説も加わり、その立論は種々であるが、それぞれにつき論評をすることは本稿の意図するところではない。ただ、私見は構成要件モデルと称される見解には拠らない。しかし、責任

モデルを採るものでもない。前掲（註3）拙著において既に述べたことではあるが、両説との相違点を再度明らかにし、あらためて実行行為時規範的考察説を支持したい。

実行行為時規範的考察説という学説名は、未だ暫定的である。山中教授により原因において自由な行為に関する種々の学説名が与えられた⁽⁴⁵⁾。それに倣い、形式を一にするとすれば、上記の名称が可能になるであろうかと思えたに過ぎない。こんにちでは、むしろ、実行行為時規範的責任説の方が妥当かとも思っている。

この見解の実質は、責任能力の存在を規範的に把握するところにある。現在、これを有力に主張されるのは立石教授であり、私見はこれに従う⁽⁴⁶⁾。この見解に拠れば、実行行為は所謂結果行為に認められる。蓋し、実質的客観説により、実行行為は法益侵害の現実的危険を内包する構成要件の行為でなければならぬからである。原因行為にこれを認めることは尚早である。実行行為概念を緩めることは極力避けるべきである（この概念自体に広狭があることは学説間の相違として止むを得ないことである。但し、ひとたび確定した概念内容及び範囲は一貫していなければならぬ）。

そこで、原因において自由な行為においても、結果を惹起した行為は、その時点での事実的な責任能力の有無に拘らず、まずは実行行為概念に則して認められなければならない。次いで、最も重要なことは、責任能力を自然主義的に把握する限り、同時存在は断じてありえないという動かしがたい事実である。従って、結果行為をもって実行行為と解し、実行の着手も一般の理論と変えることなく捉える限りにおいては、私見は少なくとも間接正犯類似説の対極にある。さればと云って、所謂構成要件モデルが拠って立つ理念には反するものではないといわなければならない。その意味するところは、結果行為に実行行為性を認め、同時にその行為時に規範的に見た責任能力の存在を認めるのであるから、行為・責任同時存在の原則に適合する見解なのであり、その限りにおいては構成要件モ

デルの思考に反するものではないことである。あくまで結果行為を実行行為としつつ、その際、事実に見れば責任能力は不存在或いは減弱しているのであるが、これを規範的に解すれば、責任能力はあるといふべきなのである。即ち、自己を責任無能力或いは減弱の状態に陥れ、それを利用して免責効果を得ようと企図し、その企図どおりに実行に移した場合、その行為は責任能力ある状態でのものと解すべきであること、強盗殺人罪において、殺害後の財物奪取をして占有離脱物横領とすべきものでないことにその同質思考例を見るのである。⁽⁴⁷⁾

事実にには不存在といわなければならない実体を規範的に考察するところに原因において自由な行為の「法理」が認められるのであると考える。

責任モデル論と、実行行為時規範的考察説（或いは、実行行為時規範的責任説）の根本的な相違点は、前者に拠れば原因行為は原因行為として独立に把握され、その上で責任非難を可能にする行為と捉えられる。即ち、結果行為自体に非難の契機はみられない。このことは責任モデルを使用される場合、「結果行為自体を実行行為と捉え、それに対する責任非難の可能性を考えるほかはない。こうした責任非難は、非難が不可能となった状態で構成要件的結果を惹起したことについての非難を媒介とすることにより可能となる。」⁽⁴⁸⁾という山口教授の叙述からも明らかである。結果行為自体は単に構成要件の結果を物理的に惹起したに過ぎないと把握されるのである。これに対し、後者は結果行為そのものを責任能力ある行為と見るのである。そこに決定的な相違があることを見逃すべきではない。

規範的という概念は確かにかなりの包括性を持つ。この概念自体を狭義に定義付けることは困難である。しかし、刑法は例えば心理的責任論から規範的責任論への進化を知った。それは責任非難というものの在るべき形を目し、過失責任の質的変化を遂げるものであった。そして、その段階から更に、罪を犯す意のない過失を、罪を犯す

意である故意と並ぶ責任要素と見るためには、「不注意により」という規範的観点と、「違法性の意識」という規範的観点とをそれぞれに配置することによって、自然的な「無」と「有」に規範的要素という共通項を与えた。このことにより両者に非難可能性の契機が生まれたのであった。

規範は法の背後にあって法を法たらしめている価値観であるということが出来よう。従って、この価値観は憲法の理念に反するものであってはならないといえる。その限度で、刑法は刑法規範に則って存立し、故に、刑法の解釈論においても、大方は規範が解釈の中を画するのである。罪刑法定主義の下にあっては立法的な規範主義は賛同を得ない。しかし、立法も万全たり得ないとところに解釈の存在価値が認められることも事実である。実定法の範囲を画すべく定立された諸原理の根拠は規範にあると思われる。ここで自らを意図的に三九条の状態に陥れ、その法的効果を悪用し犯行に及ぶ行為者につき、その犯行時、責任能力あるものと解することは「行為・責任同時存在の原則」が有する規範の枠を出るものではない。事実としてみる限り、実行行為時に責任能力は不存在・減弱のいずれかであることは否定できない。故に、この問題においては規範的な考察に従うことが最も妥当な方法であり、「原因において自由な行為」の法理の実質に良く適うものであると史料する。

(1) 佐伯千仞「原因において自由なる行為」刑事法講座第二卷二九七頁。

(2) 佐伯・前掲書に拠れば、酒に酔った上での行為は既にアリストテレスがその倫理学で論じているという。又、添い寝中の乳児を圧殺した母親の、恐らく、過失責任を問う規定は欧州中世の教会法に存在しているとの事である。ローマ法及びドイツ法では酩酊が責任能力を阻却又は低減せしめるとし、刑罰減免理由としたが、中世教会法は飲酒を罪悪視し、むしろ加重的処罰理由としたらしい。ドイツでは一七五〇年頃から行為者の責に帰すべき酩酊の結果行われた事実についてののみ刑事責任を問うこととなり、フォイエルバッハのバイエルン刑法四〇条、プロシヤ刑法一八二七年草案一

一三条等、明らかに狭義の原因において自由な行為を故意犯として規定したものである。

(3) 拙著「実質的犯罪論の考察」(成文堂、平成一八年)、一〇八頁以下。

(4) 山口厚・刑法総論「第二版」(有斐閣、平成一九年)、二五四頁以下参照。

(5) 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(一)」(京大)法学論叢第一三九卷第六号六一頁、「同(二)」同第一四二卷第二号三二頁。後者四八頁において、「実際の適用においては、まず、故意の原因において自由な行為の成立可能性が検討される。故意の原因において自由な行為は、なお責任能力ある段階で形成された故意によって支配された一連の犯罪実現過程であり、この場合には完全な故意犯処罰が肯定される。次に、これが成立しない場合には、回避可能性説に基づいて、回避しえた責任無能力状態での故意の犯行を故意犯で処罰する可能性が検討されることになるであろう。」とされ、同四九、五〇頁で回避可能性につき以下のように論ぜられる。即ち、回避可能性は、一定の要件の下で行前の行為者の態度を責任非難の根拠とすることになる為、行状責任と接点をもちかねないであるが、教授によれば、事前責任そのものを非難の対象とするのではなく、他行為可能性を認定する素材として位置づけるのであり、具体的且つ一回きりの違法行為に責任を結び付けて考えるものである限り、個別行為責任の範疇にあるとされる。更に、この個別行為責任原則と行為責任同時存在の原則を表裏一体のものとされ、後者は、責任判断の無制約な遡及を排除して、行状責任や人格責任の取り込みを防止して、個別行為責任原則を確かなものとしているのである。保障機能はまさにここにあるとされる。よって、回避可能性説は同時存在の原則の基礎を掘り崩すものではない。問題は、この回避可能性説に拠れば、行為前の、未だ故意のない時点で、後に違反する行為規範の要求に合わせた行為を要求されることになる点である。この点につき、ジュリ・刑法の争点第三版八五頁で、障害状態の回避可能性と後の犯行の予見可能性があれば故意犯での処罰を認めてよいとされている。

(6) Vgl. Neumann・Zurechnung und „Vorserschulden“ (Schriften zum Strafrecht, Band 61).

(7) 山口・前掲註(4)、二五八頁以下参照。

- (8) 山口厚・刑法総論(有斐閣、平成一三年)、二二二頁。
- (9) 山口・前掲註(8)、二二四頁。
- (10) 山口・前掲註(4)、二六〇頁参照。
- (11) この個所、故意がある場合(山口・前掲註(4)、二五六頁参照)でよいのであろうか。構成要件モデルによりつつ、狭い範囲であれ、可罰性を認めるとすれば、同・二五九頁(1)の叙述に矛盾する。
- (12) 原因において自由な行為を狭義で把握する場合、思考は逆となる。故意犯の場合、原因行為時の故意が結果惹起まで継続していると考えられるからである。
- (13) 山口・前掲註(4)、二五七頁参照。
- (14) 山口・前掲註(4)、二五五頁。
- (15) 山口・前掲註(4)、二五五頁。
- (16) 安田・前掲註(5)、法学論叢第一四二卷第二号四八頁参照。
- (17) 立石二六・刑法総論「第三版」一九二頁。
- (18) 例えば、団藤重光・刑法綱要総論「改訂版」一四四、一四五頁、平野竜一・刑法総論II三〇〇頁、立石・前掲註(17)、一七八頁、浅田和茂・刑法総論二八九頁、等。
- (19) 山口・前掲註(4)、一九九頁参照。
- (20) 山口・前掲註(4)、二五九頁。
- (21) 山口・同右。
- (22) 山口・前掲註(4)、二五六頁参照。
- (23) 立石・前掲註(17)、一九二頁参照。「分析は、実は、結果行為についての故意の有無ではなく、心神喪失か心神耗弱かの点にあるというべきであらう。」とされる。

- (24) 山口・前掲註(4)、二六〇頁。
- (25) 山口・同右。
- (26) 山口・前掲註(4)、二六一頁。
- (27) 山口・同右。
- (28) 山口・前掲註(4)、二五七頁。
- (29) 山口・同右。
- (30) 山口・同右。
- (31) 山口・前掲註(4)、二六一頁。
- (32) 山口・前掲註(4)、二五七頁参照。
- (33) 山口・前掲註(4)、二五八頁参照。
- (34) 山口・前掲註(4)、二六一頁参照。
- (35) もっとも、教授は二六一頁の註35)において、結果惹起の故意が認められるかは、それ自体が問題である旨、指摘され、本モデルの適用が必ずしも平易ではないことを付記された。この点、もともと故意認定の困難さを示すものでもあろう。
- (36) 山口・前掲註(4)、二六二頁参照。
- (37) 山口・前掲註(8)、一二二頁参照。
- (38) 山口・同右。
- (39) 山口・前掲註(8)、一二五頁参照。
- (40) この点に対する批判は、立石教授によりなされているので参照されたい。立石・前掲註(17)、一九二頁。
- (41) 立石・前掲註(17)、一九三頁参照。

- (42) 斎藤信治・刑法総論〔第六版〕(有斐閣) 二二二頁によれば、「能力欠陥抗弁不許説」と名付けられている。
- (43) 山口・前掲註(4)、二五八頁参照。
- (44) 例えば、川端博・刑法講義総論〔第二版〕 四一一頁参照。
- (45) 山中敬一・刑法総論Ⅱ(一九九九年、成文堂) 五七三頁以下参照。現在、改版され、刑法総論〔第2版〕(二〇〇八年、成文堂) 六〇七頁以下。
- (46) 立石・前掲註(17)、一九一頁参照。
- (47) 立石・前掲註(17)、一九一頁参照。このような思考方法は、刑法学の随所で見られるはずであるが、一例を挙げれば、間接正犯論の学説としての実行行為性説がある(立石・前掲註(17)、三三〇頁参照)。ここでは、限縮的正犯概念に一線を画し、基本的構成要件を自ら実行するものが正犯であるとはせず、規範的評価によりこれを構成するのである。
- (48) 山口・前掲註(4)、二六一頁。