

実行行為概念から検討する原因において自由な行為

—故意作為犯を中心に—

19H2025 岡将史

I. はじめに

刑法第39条第1項は「心神喪失者の行為は、罰しない」、第2項は「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する」と規定しており、行為者に完全な処罰を加えるためには、犯罪行為の時点で責任能力を有することが原則として必要となる。この原則が「行為と責任の同時存在の原則」であり、「行為」とは一般に「実行行為」とであると解される。この原則との関係で特に問題となるのが、故意作為犯の原因において自由な行為である。典型事例としては、自らの心神喪失・耗弱状態を利用して相手を殺害する意思で飲酒し、計画通り高度の酩酊により心神喪失・心神耗弱状態に陥り、その状態下で相手をナイフで切りつけ殺害したというものがある。この場合、通常の犯罪のように殺人罪の実行行為は結果行為（切り付け行為）であり、責任能力は実行行為開始時に必要だとすると、結果行為時には心神喪失・心神耗弱状態である以上、39条が適用されて不可罰、あるいは刑が減輕される。しかし、心神喪失・心神耗弱状態で犯罪を実行する目的で意図的にその状態を自招した場合にも、39条を適用することは、法感情に反するであろう。

そこで、結果行為時には責任能力を欠くが、原因行為時（前述の例では飲酒行為時）には完全な責任能力を有し、自身の行動を自由に選択できたことから39条の適用を排除し、完全な処罰を認めるのが原因において自由な行為の法理である。法理適用の際、同時存在の原則との関係で、実行行為性をどの行為に認めるかは問題の1つであり、原因において自由な行為の法理と実行行為概念は密接に関係している。本稿では、実行行為概念の検討に立ち返り、故意作為犯における原因において自由な行為の問題解決を考える。

II. 実行行為概念についての学説検討

本章では実行行為概念についての各説を、原因において自由な行為の問題解決の際に重要な実行行為の定義、正犯性、実行の着手の3つの観点から整理し、私見を述べる。

学説の対立の根底には定型説と平野説の対立がある。定型説は、実行行為とは構成要件的定型性を有する行為であり、実行の着手と実行行為は密接し、実行行為を行った者＝正犯者とする。平野説は、定型性判断は恣意的であると批判し、実行行為には実行の着手と密接した行為としての「実行行為」（狭義の実行行為）と、正犯者を処罰する根拠となる行為としての実行行為（正犯行為）とがあるとする。すなわち、実行行為を二元的に捉えるのである。定型説の方向性の継承は、事前判断説、事後判断説のうちの浅田説に見ら

れ、平野説の方向性の継承は事後判断説のうちの山口説に見られる。

事前判断説、事後判断説は、法益侵害の危険性を有する行為に実行行為性を認める。事前判断説は、行為無価値論の立場から、法益侵害を惹起する行為の危険性を、行為時の一般人の視点から判断し、事後判断説は、結果無価値論の立場から、危険性を事後的・客観的に判断する。事前判断説の各説は、実行行為を一元的に捉えている点で、定型説の影響が見られる。事後判断説のうち、浅田説は、実行行為は法益侵害の危険性を有する行為であると同時に、罪刑法定主義を堅持すべきという立場から、実行行為は条文の解釈から確定される行為でもありと考える点で定型説の影響が見られる。山口説は、実行行為は因果の起点となる行為の意味しか持たないとして形式的な実体を認めない。さらに、実行行為を狭義の実行行為と正犯行為とに分け、正犯行為とは、結果発生 of 危険性を支配した故意行為であるとする。実行行為を二元的に捉える点に平野説の影響が見られる。

各説を検討すると、定型説は、定型性判断の規定上の根拠がなく、一般人ないし裁判官の直観や漠然とした印象を基準とした恣意的な判断になり得る点が妥当でない。事前判断説は、危険性を事前判断とするため、結果からあまりに離れた早い段階で危険性を認めることも理論上可能な点や、結果行為直前まで危険性の発生を待ち、結果行為に実行行為性を認めようとしてもその根拠が曖昧な点から支持できない。したがって、事後判断説に立脚すべきと考える。もっとも、事後判断説のうち浅田説は妥当ではない。実行行為を条文から解釈される行為に限定する点で、定型説と同様の批判が当てはまるからである。

また、これらの定型説の方向性を維持する見解は、実行行為を一元的に捉える点が妥当でないと思われる。実行の着手・狭義の実行行為と正犯処罰要件となる正犯行為を分離させることで、正犯処罰の要請と早すぎる未遂の成立の回避が両立できるのである。以上の検討より、事後判断説のうち実行行為を二元的に考えられる山口説を支持する。

III. 実行行為概念から検討する故意犯の原因において自由な行為

実行行為概念について上記のように解するとしても、原因において自由な行為の場面で妥当な結論を導けるかは検討の必要がある。私は実行行為概念について山口説に立つが、本章では、他説からの原因において自由な行為の解決についても整理し、私見を述べる。

定型説は、原因において自由な行為と間接正犯は類似の構造であると捉え（間接正犯類似説）、原因行為を責任無能力の自己を利用する行為だと考えることで実行行為性を認め、実行行為と責任の同時存在の原則を堅持する。しかし、故意作為犯の場合、定型性判断が厳格であるから、最初に挙げた例における飲酒行為等の原因行為には実行行為としての定型性が認められず、法理の適用は否定される。この結論は法感情に反するため支持できない。この結論を不当とし同じ定型説の立場から、原因において自由な行為の場合は例外的に定型性判断の弛緩を認める見解もあるが、理論的根拠に乏しく妥当ではない。

事前判断説のうち、間接正犯類似説の立場を維持する見解がある。この見解は、例外的に危険な習癖を自覚し、それを利用する意思がある場合には結果発生 of 現実的危険性が認

められるとして原因行為に実行行為性を認めることも可能とする。しかし、危険性が真に高まったのは実際にナイフで切りかかる時点というべきであるから、この見解では早すぎる未遂の成立が問題となり妥当でない。事前判断説からは他に、責任との同時存在が必要となる「行為」を1つの意思で貫かれた一連の行為であると解し、責任非難はこの行為の開始時（最終的意思決定時）に向け、処罰を可能とする見解がある。これは、「実行行為と責任の同時存在の原則」を広義の「行為」と責任の同時存在の原則へと緩和する見解といえる。しかし、意思不連続の場合、すなわち、結果行為が非故意行為であった場合は、一連の行為ということとはできず、処罰を否定することとなる点が妥当でない。

事後判断説のうち、浅田説では、実行行為を条文から確定される行為と考えるため、結果行為に実行行為性を認める。そこで、同時存在の原則との関係が問題となるが、浅田説は原則の緩和は認めず、結論として法理適用を否定する。しかし、前述のように、不処罰とするのは法感情に反する結論であり、是認できない。

以上より、原因において自由な行為の場面でも山口説が妥当である。山口説では実行行為を二元的に捉えることで、結果から見て真に危険性が高まった点に実行の着手を認めつつ、責任非難は正犯行為時に向けることができる。確かに実行行為概念が多義的になり空洞化するという指摘はあるが、実行行為の実体に囚われて妥当な結論を導けないという問題は軽視できない。事例に応じて実行行為性を判断し、諸問題を解決すべきである。

IV. 判例検討

本章では、判例の両概念に関する立場を明らかにする。実行行為概念について、判例は明確に実行行為の定義を示さずに、事案に応じて実行行為性判断をしている。原因において自由な行為の典型事例として酩酊殺人を挙げたため、ここでは殺人罪における判例の実行行為性判断を見ていく。熊本地判平成4・3・26判タ804号182頁では、「発砲行為は、殺人罪としての定型性を有すると評価でき」として、定型説的見解を示している。高松地判令和元・11・22（Westlaw Japan文献番号2019WLJPCA11226005）では、行為態様から、「人が死亡する現実的危険性を有する行為であることは明らかである」としていること、「行為により生じた結果のみをもって、上記危険性を判断するものではない」としつつ、客観的な結果だけでなく、行為者の行為当時の主観的事情も考慮していたことから、事前判断説に立脚していると思われる。

次に、故意犯の原因において自由な行為について、一般刑法犯の事例で法理を適用した判例は非常に少ない。1つは、名古屋高判昭和31・4・19高刑集9巻5号411頁である。判例は、自らの危険な習癖を自覚しつつ、あえて薬物注射をした場合には「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」として、故意犯を成立させている。しかし、本判決では法理適用の理論的根拠が不明であった。判例の理論的根拠が明確化した事案として、大阪地判昭和51・3・4判時822号109頁がある。故意犯の原因において自由な行為については、責任無能力の自己を積極的に利用する意思があったうえ、「その実行行為時

に……責任能力のある間接正犯としての行為の法的定型性の具備、行為と責任の同間存在を共に認めることができる」と解している。間接正犯としての行為の法的定型性という文言から、判例は定型説・間接正犯類似説的見解に立っていると見える。そして、被告人が危険な習癖を自覚しつつあえて飲酒をした場合には、責任無能力状態中に確定的故意が生じた本件の場合でも、飲酒行為時に「暴行脅迫の未必の故意あるものといわざるをえない」として、故意犯の成立を認めている。

しかし、故意犯の原因において自由な行為の判例は既にかかなりの時が経過している。原因に自由な行為においても、現在でも定型説の見地から実行行為性を判断する必要があるかについては疑問が残る。

V. おわりに

本章では、判例のような事例も含めた具体的な事例を基に山口説からの解決を示す。

①結果行為時に意識を完全に失い、故意を欠く場合について考える。このような場合には間接正犯類似説の見解を採用し、非故意の結果行為は道具の行為であると把握し、結果行為を因果経過の一部として考える。原因行為に実行行為性を認められるかは問題となるが、ここでの実行行為性は危険実現行為である「実行行為」性ではなく、因果経過を支配する者の行為としての正犯行為性で足りると解する。結果実現の故意と心神喪失状態で結果実現行為を実行する故意の二つ（二重の故意）が原因行為時に認められる限り、正犯行為性を認め、原因において自由な行為の法理を適用し、完全な処罰がなされる。

次に、②初めから故意があつて結果行為時にも故意が認められる故意連続の場合について考える。結果行為が故意行為の場合には、道具の行為とはいえないため、間接正犯類似説は採用できず、結果行為に実行行為性を認めることになる。そこで、結果行為には責任非難ができない点が問題となるが、同時存在の原則を緩和し、責任との同時存在を要する「行為」は「実行行為」ではなく、完全な責任能力のある原因行為であるとする。結果行為時の責任能力喪失を惹起した点で結果支配をしたとして非難可能だからである。このとき、間接正犯のような利用意思は不要であるから、原因行為時には二重の故意は不要で、結果実現の故意と、心神喪失に陥ることへの認識・予見で足りる。

最後に、③はじめは故意がないが、心神喪失状態の結果行為時に初めて故意が生じた故意不連続型の場合について考える。判例は、この場合、危険な習癖の認識から未必の故意を認め故意犯を成立させていた。山口説では、この場合は、結果行為が故意行為であるため、②の構成をとる。しかし、この場合には、原因行為時に結果実現の確定的故意は認められず、判例のように酒乱の癖があることの認識だけで、未必的故意を認めるのは不当であるから、故意犯は成立せず、過失犯の成立が考えられることになる。

以上のように山口説では、実行行為の枠に囚われず、同時存在の原則を維持する見解と、緩和する見解を事案に応じて使い分けることができ、個々の事案について妥当な結論を導くことができると思われる。したがって、結論として山口説が妥当である。