

Title	「承継的責任無能力」と実行行為の個数について (一) : 責任段階における一連の行為をめぐる考察
Author(s)	小野, 晃正
Citation	阪大法学. 2012, 61(5), p. 153-169
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55181
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

「承継的責任無能力」と実行行為の個数について（一）

——責任段階における「一連の行為」をめぐる考察——

小 野 晃 正

- 一 はじめに
- 二 ドイツにおける学説と判例の展開（以上、本号）
- 三 わが国における裁判例と学説の展開
- 四 考 察
- 五 おわりに

一 はじめに

実行に着手した後に、病的酩酊や激情などの意識障害により責任無能力となった状態で、さらに行為を続行して当初の故意を実現した場合、責任能力の有無に応じて、行為を二つに分けて取り扱うべきであろうか。刑法典は、「心神喪失者の行為は、罰しない。」（三九条一項）と規定するのみで、かような問題の処理を明らかにしておらず、学説上争いがある。ここでは、実行途中の責任能力低下という事実が、実行行為の範囲の確定に影響を及ぼしうる

のかが問題となる。

かりに責任能力の喪失時点をもって二個の実行行為に区分した場合、刑法三九条一項を形式的に適用するかぎり、第一の実行行為には未遂犯が認められる。しかし、それでは、責任無能力状態で構成要件の結果を惹起した第二の実行行為は「罰しない」ことになる。しかも、未遂処罰規定がない場合には、行為者は何らの刑事責任を負わないことになる。これに対して、行為を分割した結果、かような処罰の間隙がもたらされるとき、刑事政策上の見地から好ましくないとして、実行の着手と侵害結果の相当因果関係から、ただちに完全な既遂責任を認めるべきであろうか。もっとも、二つの行為がともに同一機会の同一意思によるだけでなく、両者の危険性が同質であるとして、一個の実行行為とみるならば、実行の開始時に完全責任能力があつた以上、刑法三九条一項は適用されないことにならう。したがって、このような考え方によれば、行為者は、当初の自由な意思決定に基づく故意を実現したのであるから、完全な既遂責任を問われる。

こうした場合に一個の行為とみて完全な既遂責任を認めるにせよ、あるいは、二個の行為とみて刑法三九条一項により故意既遂犯の責任を阻却するにせよ、より実質的な根拠を提示する必要がある。すなわち、一個の実行行為とみるためには、第二行為について独立した構成要件評価を要しないとす理由を示さなければならぬ。これに対して、責任能力の有無に応じて行為を二個に分断する場合、構成要件の段階で分断するのか、あるいは、責任の段階で分断するかを明確にした上で、その論拠を提示する必要があるかについても判断しておかねばならない。責任能力が実行行為の終了時まで同時に存在する必要があるかについても判断しておかねばならない。

一般に責任主義の見地から行為者に非難を加えるためには、実行行為の際に責任能力が存在しなければならぬ(刑法三九条)。もっとも、この「実行行為と責任能力の同時存在原則」を掲げるだけでは、責任能力と実行行為

が如何なる程度まで「同時存在」するべきかが明らかでない。かような理由から、実行行為の途中で責任能力が低下し、その状態で犯罪結果を実現した場合、行為の個数の捉え方と並んで、実行着手時の責任能力に基づく非難が、そのまま既遂責任に承継されるかという刑法三九条の適用をめぐる解決困難な問題が生じるのである。

こうした難問は、二〇世紀初頭のドイツ法学において、裁判実務に先行して論じられていた。⁽³⁾ 現在、ドイツの学説は、この問題を「実行行為途中の責任能力喪失」(„Verlust der Schuldfähigkeit während der Ausführung“)⁽⁴⁾、または「承継的責任無能力」(„sukzessive Zurechnungsunfähigkeit“)⁽⁵⁾と呼び、同じく責任能力が低下した状態で結果を惹起する「原因において自由な行為」(„actio libera in causa“)⁽⁶⁾の問題から区別している。⁽⁷⁾ 「承継的責任無能力」の場合には、犯人が責任能力の低下した状態で実行行為に及ぶことを表象していないのに対して、典型的な「原因において自由な行為」の場合には、犯人が責任能力を低下させた上で実行に着手することを、予め表象していた点で異なるからである。

これに対して、わが国では、「承継的責任無能力」の問題が、大阪地裁昭和四三年九月六日判決⁽⁸⁾で初めて取り挙げられて以降、学説において「原因において自由な行為」の特殊事例として議論が進められてきた。そのため、行為者に完全な既遂責任を認めることが、責任論における「実行行為と責任能力の同時存在原則」に抵触するか否かが争われてきたのである。しかし、構成要件的結果発生までに、時間的・場所的に近接する複数の行為が介在する以上、「実行行為と責任能力の同時存在原則」を論ずる以前に、生の行為を個別的に評価するか、あるいは、行為を統合して一体的に評価するかが、先ず問題となるであろう。⁽⁹⁾ けだし、責任評価の対象は、構成要件に該当する違法な事実である以上、どの範囲までが一個の構成事実にあたるかを確定しておかねばならないからである。

そこで、本稿は、「承継的責任無能力」の問題を、従来の学説や判例理論を概観しつつ、行為の個数という見地

から再検討したい。まず、この問題が最初に論じられたドイツの学説から見てゆこう。

説

- (1) 佐久間修・現代社会と刑法(平二一)一一一頁、同・新演習講義刑法(平二一)一〇九頁。
- (2) 構成要件段階における実行行為の個数をめぐる問題については、拙稿「早すぎた結果発生と実行行為——『一連の行為』をめぐる考察——」(阪大法学)一〇卷一号(平二一)一五五頁以下で私見を述べた。
- (3) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1914, S. 610; Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 296.
- (4) Dietrich Oehler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA, 1956, S. 1; Harro Otto, Actio libera in causa, Jura, 1986, S. 432; Günther Jakobs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 301; Friedrich-Christian Schroeder, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 33 zu § 16; Hans-Joachim Rudolph, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 27 zu § 20; Ingeborg Puppe, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 91 zu § 16; Detlev Stemberg-Lieben, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 56 zu § 15.
- (5) Gerd Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt - BGHSt 23, 356, Jus, 1972, S. 76; Albin Eser = Björn Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, S. 93; Franz Streng, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Rdnr. 111 zu § 20; Thomas Hillenkamp, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, Rdnr. 24 zu § 22; Karl Lackner = Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011, Rdnr. 11 zu § 15; Torsten Verral = Alexander Linke, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar 2. Aufl., 2011, Rdnr. 3 zu § 20.
- (6) BGHSt., Bd. 23, S. 135; Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt - BGHSt 23, 356, Jus, 1972, S. 73; ders., Zur Problematik des schuldauausschliessenden Affekts, Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 182; Jürgen Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? — Zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung“, Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 566;

Otto, actio libera in causa, Jura, 1986, S. 433; Michael Hettinger, Die „actio libera in causa“, Strafbarkeit wegen Begünstigung trotz Schuldunfähigkeit?, 1988, S. 210 ff.; Wolfgang Schild, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 107 zu § 20; Lackner = Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011, Rdnr. 11 zu § 15; Streng, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, Rdnr. 111 zu § 20.

(7) なお、ケーンは「承継的責任無能力」に関連して「実行開始前の責任能力喪失」(„Verlust der Schuldfähigkeit vor Beginn der Ausführung“)を議論されている。例えば、連邦通常裁判所一九七〇年一〇月二二日判決 (BGHSt, Bd. 23, S. 135) 45。予備行為の段階で癡癡により既に責任無能力に陥り計画を実現した事案について、故意既遂犯としての可罰性を否定する。行為者は、責任能力者として犯罪実現に向けた意思を刑法上重要な形で実行してゐるといえないからである。学説も「原因において自由な行為」に該当する場合を除き、かような結論を支持する。Vgl. Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? — Zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung“, Festschrift für Heinz Leferez zum 70. Geburtstag, 1983, S. 557 (文献紹介として)。葛原力三「エルゲン・ヴォルター『既遂故意及び既遂責任なき故意既遂』法学ジャーナル (関大大学院) 四二号 (昭五九) 二五頁以下が4649) ; Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 27 zu § 20; Schild, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 108 zu § 20; Sternberg - Lieben, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 56 zu § 15; Walter Perron, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 40 zu § 20. 4650) 「承継的責任無能力」の事案は、実行の着手後に責任能力が低下した状態で惹起した結果帰属をめぐる議論であったはずである。したがって、本稿は「実行開始前の責任能力喪失」の事案をその射程に含めない。

(8) 判タ二一九号三三四頁。本件は、酒酔い運転罪 (道交法一一七条の二第一号) をめぐる事案である。本判決は、実行開始時に完全な責任能力があれば、実行途中に限定責任能力状態に陥って構成要件の結果を惹起しても、刑法三九条二項により刑を減輕する必要はないと判示した。なお、この裁判例以前に実務の立場から、「承継的責任無能力」に若干言及する文献として、坂本武志・刑法講義案 (総論) (裁判所書記官研修所研修教材六六号・昭三七) 一四八頁がある。坂本判事は、犯人に完全な既遂責任を問うことを認めておられる。

(9) 高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価——複数行為における統合と分断の問題——」刑事法ジャーナル

一九号（平二二）四〇頁及び四四頁参照。さらに、かような観点に基づく文献として、深町晋也「二連の行為」論について——全体的考察の意義と限界——立教法務研究三三号（平一二）一一四頁以下、および、松澤伸「演習刑法」法教三七〇号（平二三）頁以下参照。さらに、原因において自由な行為に関して、富樫景子「原因において自由な行為における構成要件モデルの再検討（二）」法學七四卷五号（平一二）七四頁以下参照。

二 ドイツにおける学説と判例の展開

ドイツにおける「承継的責任無能力」の問題は、判例よりも先行して、学説上の講壇事例として議論された。当初は、「責任能力と実行行為の同時存在原則」の観点から議論されたが、その後、連邦通常裁判所が「因果経過の錯誤」の問題としたことから、学説が多岐に分かれた経緯がある。

（一）判例が登場する以前の学説状況

「承継的責任無能力」の事案を最初に論じたのは、ビンディングである。彼によれば、殺人を決意した行為者の憤怒が攻撃開始後に狂気に達し責任無能力に陥った場合、既遂結果を惹起した行為の時点では責任能力が欠ける以上、未遂処罰にとどまるとい¹⁰う。かような見解は、実行行為の全体にわたり責任能力が存在した場合に限り、既遂結果を行為に帰属するものである。

これに対して、ヒッベルは、責任能力は犯行時に存在すればよく、結果発生時に責任無能力となっても既遂責任を問うことができる¹¹とした。この見解によれば、「承継的責任無能力」の場合にも、完全な責任を問いうることになる。こうした主張に理論的根拠を付与したのが、ヘルムート・マイヤーである。H・マイヤーは、快樂殺人者が

殺人に着手した後に興奮から意識障害に陥ったとき、既遂結果を惹起したにもかかわらず、当該犯人を未遂とするならば、その刑が減軽されうるため、妥当でないという⁽¹²⁾。この見解は、行為者に完全な既遂責任を認める根拠を刑事政策に求めている。

以上のように、これらの学説は、時間的・場所的に近接する複数行為を、実行行為の個数として如何に捉えるべきかについて論じてこなかった。この点については、以下の判例が登場するまで待たねばならなかったのである。

(10) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 1914, S. 610.

(11) Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 296.

(12) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 243.

(二) 判例の登場

一九五五年から現在に至るまで、連邦通常裁判所は、「承継的責任無能力」に関して四つの判断を示している。

すなわち、①連邦通常裁判所一九五五年四月一九日判決⁽¹³⁾、②連邦通常裁判所一九五五年四月二二日判決（「血の酪酊事件 („Blutrausch-fall)」、「③連邦通常裁判所一九六九年一〇月九日判決（「情動性健忘症事件 („Affekammerie-fall)」、「及び④連邦通常裁判所二〇〇三年四月三〇日判決⁽¹⁶⁾である。これらは、いずれも生命に対する即成犯の事案であり、後三者は因果経過の逸脱という見地から、責任能力が低下する以前の行為に着目して、犯人に完全な既遂責任を問うことを肯定する。こうした判例の態度は、その後の学説にも影響を与えた⁽¹⁷⁾。

1 まず、連邦通常裁判所一九五五年四月一九日判決を見ることにしよう。裁判所の認定事実によれば、被告人は妻と心中することを決意し、家財に放火した後、妻を射殺して自殺する計画を立てた。被告人は、妻を銃撃した

が死ななかったため（第一行為）、短刀でその心臓や頸部を刺した上、最終的にはハンマーで頭部を殴打して殺害したものである（第二行為）。なお、被告人は、第一行為の後で激情による責任無能力状態に陥っていた。

裁判所によれば、「自然的行為の単一性」から全体を一個の免責行為とみるべきでないとしつつ、第一行為時には責任能力が存在した点に注目して、被告人は囑託殺人の未遂にあたるとした。これは、第二行為が当初の犯行計画になかったので、第一行為とは別の新たな意思決定があったと評価されたからである。⁽¹⁸⁾ 本判決は、連邦通常裁判所が「承継的責任無能力」を取り扱った最初のものであり、未遂犯を認めた唯一の判例である。⁽¹⁹⁾

2 第二の判例は、連邦通常裁判所一九五五年四月二日判決である（「血の酩酊事件」）。この事案は、被告人が被害者の殺害を決意して、その頭部をハンマーで殴打していたところ（第一行為）、「血の酩酊」による責任無能力状態に陥り、最終的には手近にあった斧を用いて（第二行為）、被害者を斬殺したというものである。

裁判所は、H・マイヤーの既遂罪説を支持した上で、⁽²⁰⁾ この事案を「ヴェーバーの概括的故意」(Webers dolus generalis)⁽²¹⁾ の場合と基本的に同じであるとした。⁽²²⁾ すなわち、行為者には「事象経過の全詳細を予見することができない以上、表象された因果経過からの逸脱は、それが一般生活経験によれば予見可能な範囲にとどまり、別個の犯行と評価できない限り、故意は阻却されない」という。したがって、被告人は「殺意をもって責任能力がある状態」でハンマーによる殴打を加え、その殴打の結果として血の酩酊に陥り、この状態で死の原因となった殴打を行ったのであるから、殺人既遂罪の責任を負う」とした。

3 第三は、連邦通常裁判所一九六九年一〇月九日判決である（「情動性健忘症事件」）。裁判所によれば、絶縁を宣告した被害者に立腹した犯人は、相手方を刺殺する意図でナイフを取り出し構えたところ（第一行為）、情動性健忘症 (Affektamnesie) にて責任無能力状態に陥り、その状態で三八回に及ぶ刺突（第二行為）をおこなった。

被害者を刺殺したとされる。

本判決では、第一行為時には、犯人が責任無能力状態で殺害するのを予定しなかった以上、「原因において自由な行為 (actus libera in causa)」の事案と異なる⁽²³⁾とされた。また、実行の着手時期をめぐり、第一行為は殺人の着手に該当し、その時点で責任の能力はあったと認定した⁽²⁴⁾。その上で、被告人は、殺意をもって被害者を刺殺しており、現実の因果経過と表象の間で重大な齟齬は生じていない。すなわち、激しい情動により責任無能力になったことで、あらかじめ表象したよりも多くの刺創を負わせただけであり、かようなく違いは重要ではない。したがって、被告人には殺人既遂罪が認められるとした。

4 以上の事案は、いずれも犯人が実行行為の途中で「責任無能力」となった事案であり、実行途中で「限定責任能力」になった場合について、裁判所の判断を示すものではない。これに対して、学説は、実行途中で限定責任能力になった場合も因果関係の錯誤によって解決されるとみていた。例えば、ヤンケは、実行途中に責任能力が低下した点で両者に差がない以上、因果経過の逸脱の法理に照らして罪責を判断すればよい⁽²⁵⁾という。

この点について、まさしく実行途中の限定責任能力を取り扱ったものが、連邦通常裁判所二〇〇三年四月三〇日判決である。この事案では、同性愛関係にあって被害者と痴話喧嘩をした犯人が、殺意をもって鉈を凶器に襲いかかった(第一行為)。その後、爆発的情動による限定責任能力状態に陥り、合計三三回の打撃(第二行為)を加えて被害者を殺害した。裁判所は、ヤンケの見解を採用して、行為者が実行の着手後に限定責任無能力となった場合にも、因果経過の逸脱からみて、非本質的な逸脱に過ぎないならば、殺人既遂罪の責任を負い、刑を減軽しないと判示した⁽²⁶⁾。

5 以上、連邦通常裁判所は、「承継的責任無能力」の事案を「因果関係の錯誤」の問題として処理する。した

がって、ここでは、複数の行為を一個の実行為とみた上で、これと構成要件の結果との間に相当因果関係があったことが前提とされているのである。また、主観的にも複数の行為の間に新たな意思決定がなかったとして、構成要件の故意を一個とみた上で、第一行為から既遂結果までの因果経過の錯誤を検討している。かようにして複数の行為を一個の実行為に包括する場合、第二行為を含む結果惹起の部分は一つの因果過程にすぎないことになる。それゆえ、当該行為に対する有責任の評価も一回で足りることになろう。換言すれば、第一行為と第二行為が一個の実行為に包括可能であり、こうした行為に構成要件の結果を帰属しうる以上、因果の過程で責任能力が低下しても、実行行為の開始時に責任能力があれば、既遂責任を認めているのである。もっとも、前述したように、裁判所は、第二行為の際に新たな意思決定があるとされる場合、第一行為と第二行為は別個に検討されるとしている。

(13) BGH in G. A., 1956, S. 26. 評釈「*Ohler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung*, GA, 1956, S. 1; 中空壽雅「*つわゆる承継的責任無能力について*」(一)「関東学園三号(平二)一四三頁以下参照。

(14) BGHSt., Bd. 7, S. 325. 評釈「*Ohler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung*, GA, 1956, S. 1; H. Mayer, Das Problem des sogenannten *dolus generalis*, JZ, 1956, S. 111; Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, S. 361; 中空・前掲関東学園三号一四七頁以下参照。

(15) BGHSt., Bd. 23, S. 133. 評釈「*Ohler, Anmerkung*, JZ, 1970, S. 380; Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, S. 357; 中空・前掲関東学園三号一五〇頁以下参照。

(16) BGH in NSZ., 2003, S. 535.

(17) なお、註(11)・註(12)及び註(13)で取り上げた諸判例に関して、犯行に至る経緯や犯行動機を含めた事案の詳細については、以下の文献を参照されたい。山本光英「実行の着手後の責任能力——所謂『承継的責任無能力』の問題——」中大大学院研究年報一六号上—2(昭六二)九六頁以下、中空・前掲関東学園三号一四三頁以下、林美月子「実行行為途中か

「承継的責任無能力」と実行行為の個数について (一)

らの責任無能力」神奈二八卷一號(平五)二九二頁以下、神田宏「原因において自由な行為?—実行行為途中で責任能力に疑いの生じた場合の刑法的処理について—」近法四四卷一號(平八)三七頁以下、山中敬一「実行行為の途中で責任能力の減弱・喪失状態に陥った事案に関する一考察」産法三三卷一・三號(平一〇)三五二頁、及び、浅田和茂「実行行為開始後の心神喪失・耗弱について」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二卷(平一二)二七四頁以下参照。

(18) Sternberg・Lieben, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 56 zu § 15.

(19) 中空・前掲関東学園三号一四四頁。

(20) BGHSt., Bd. 7, S. 330.

(21) 近年、「ヴェーバーの概括的故意」は、その内容に即して「遅くもた結果発生」 („verspäteter Erfolgs Eintritt“) と呼ばれ¹⁹⁾。Vgl. Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, S. 362; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, S. 403; Worfgang Joecks, Strafgesetzbuch — Studienkommentar —, 8. Aufl., 2009, Rdnr. 39 zu § 15.

(22) BGHSt., Bd. 7, S. 329f.

(23) BGHSt., Bd. 23, S. 135.

(24) BGHSt., Bd. 23, S. 135.

(25) Burkhard Jahnke, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 10. Lieferung, 1993, Rdnr. 23 zu § 21.

(26) BGH in NSZ., 2003, S. 536.

(三) 判例が登場した以後の学説状況

1 上述した「血の酩酊事件」判決の登場を機に、以下の三つの見解が主張された。第一の見解は、判例と同様に、「承継的責任無能力」の事案を「因果経過の錯誤」の事案とみて、行為者に既遂責任を認める見解(既遂説)、第二の見解は、実行行為と責任能力の同時存在の原則を厳格に解し、責任能力が低下する前の行為に未遂犯を認め

る見解（未遂説）、さらに、第三の見解は、構成要件の故意を「既遂故意」と「未遂故意」に分けた上で、実行行為に「既遂故意」が欠ける場合には未遂犯のみを認め、既遂結果を惹起した行為には過失犯を検討するにとどめる見解である（一部未遂説）。以下では、これらの諸見解について概観しよう。

2 まず、ドイツの支配的見解である既遂説から概観しよう。この見解は、「承継的責任無能力」の問題を「因果関係の錯誤」の一類型とみて、犯人に完全な既遂責任を認める。⁽²⁷⁾ ルドルフィーによれば、未遂犯は当然に成立するが、⁽²⁸⁾ さらに未遂を超えて既遂犯を認めるためには、完全な行為が有責に実現されること、故意に実現した結果不法を実行の着手（第二行為）に帰属することができること、及び、行為者が所為決意（Tatentschluss）を未了未遂段階に至って実行したことを要する。⁽²⁹⁾ これらの要件が充され、さらに現実の因果経過と行為者の表象が一般生活経路上予見の範囲内であれば、因果経過の錯誤はない以上、行為者に完全な責任を問うことができるという。⁽³⁰⁾ ここで問題となるのが、どのような場合であれば因果経過の逸脱があったといえるかである。シュテルンベルク・リーベンによれば、因果経過の逸脱があったといえる場合は、責任無能力状態での実行行為が、責任能力が低下する前に開始された実行と行為態様で区別されるときであると述べる。⁽³¹⁾ これは、行為態様が別であれば、後行行為は新たな決意に基づく行為と判断されるからである。また、かような立場によれば、実行と責任能力が同時に存在すべき時点は、行為者が事象を創出した時点ということになる。⁽³²⁾

なお、支配的見解の一部は、「血の酩酊事件」判決と同様に、「実行途中の責任能力低下」と「ヴェーバーの概括的故意」の事例の類似性を認める。⁽³³⁾⁽³⁴⁾ 例えば、ロクシンによれば、両事例は、第二行為時に「責任能力」と「故意」という主観的要素に欠ける点で共通性がある。⁽³⁵⁾ 第一行為を介して当初の犯行計画を実現したこと、さらに、かような主観的要素が欠けることは因果経過の齟齬として重要でない以上、既遂責任を認めるのは妥当であるという。⁽³⁶⁾

3 他方、未遂説を採るガイレンは、「承継的責任無能力」を「ヴェーバーの概括的故意」と類比的に捉えた「血の酩酊事件」判決を批判して、次のように述べる。すなわち、「ヴェーバーの概括的故意」では、行為者が結果惹起に必要なことをすべて実行したという認識がある以上、既遂処罰は正当である。しかし、「承継的責任無能力」の事案では、そうした認識がないのに加え、責任能力低下がなければ結果惹起に要する行為を実行したか否かは不明であり、中止未遂の可能性を考慮する必要がある以上、故意既遂犯の責任を問うべきでない。したがって、行為と責任能力が同時に存在した限度で未遂犯として処罰すべきであるという。この見解は、「責任能力による実行行為の同時的コントロール」を厳格に要求するものといえよう。⁽⁴¹⁾

このように、ガイレンは、責任能力の有無に応じて、第一行為と第二行為の評価を個別に行う。したがって、一個の意思決定に対して二個の実行行為が存在することを前提とする。もともと、かような行為の分断が構成要件段階で行われるのか、あるいは責任段階で行われるのかについて、ガイレンは明らかにしていない。

4 最後に、一部未遂説を採用するヴォルター及びシュレーダーの見解を概観しよう。この見解によれば、実行の着手（第一行為）から直接に構成要件の結果を発生させるといふ認識、すなわち、「既遂故意」(„Vollendungsvorsatz“)を欠く場合、第一行為は未終了未遂の段階にとどまる以上、既遂処罰に必要な行為に不欠け、結果帰属に重要な危険を認識していないため、犯人を故意既遂犯に問うことはできないという。⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾さらに、ヴォルターによれば、故意既遂犯の責任を問うには、終了未遂の段階まで責任能力を喪失してはならない。⁽⁴⁴⁾また、この見解に属するシルトによれば、行為者が未終了未遂の段階で責任能力を喪失していなければ、終了未遂段階の行為を続行したか否かは不明である以上、犯人には中止未遂の法的可能性を考慮すべきであるという。⁽⁴⁵⁾

また、プッベによれば、故意既遂犯を認めるためには、単なる実行の着手の存在や予見可能な因果関係を介した

結果惹起だけでは足りず、客観的に構成要件的结果の惹起に適する実行と、主観的には結果に対する「故意危険」(„Vorsatzgefahr“)の実現が必要である⁽⁴⁶⁾。なぜならば、「故意危険」とは、行為者によって表象された危険を意味する以上⁽⁴⁷⁾、結果を惹起するのに適した実行行為の存在とその認識がなければ、故意危険は実現されておらず、既遂結果を故意へ帰属できないからであるという⁽⁴⁸⁾。プッペと同旨の見解を採るシュトレングによれば、既遂結果を惹起した第二行為は、せいぜい過失犯が検討されるにすぎないことになる⁽⁴⁹⁾。

したがって、こうした見解によれば、「血の酩酊事件」における実行の着手(第一行為)は、それ自体結果惹起に十分な行為であり、この時点で既遂故意及び故意危険と責任能力が伴う以上、既遂結果を帰属させることができ⁽⁵⁰⁾。他方、「情動性健忘症事件」における実行の着手(第一行為)は、客観的に構成要件的结果を惹起する危険性を含む行為ではなく、主観的にも既遂故意及び故意危険の実現に欠ける以上、既遂結果を帰属させることはできない⁽⁵¹⁾。こうして、一部未遂説は、「既遂故意」、あるいは、「故意危険」の概念を用いることで、第一行為と第二行為を構成要件段階から分けて考察するのを明確にした点でガイレンの見解と異なる。

5 以上のように、学説は、「承継的責任無能力」の処理に際し、構成要件該当性の問題とする見解と、「実行行為と責任能力の同時存在原則」を厳格に解し、これを有責性の問題とする見解に分かれる。いずれの見解も結果の帰属に際し、責任能力低下前の故意を考慮しており⁽⁵²⁾、この点で異ならない。しかし、後者の見解は、行為を構成要件段階で分割するのか、あるいは、責任段階で検討するのかを明らかにしていない。他方、前者の見解は、責任能力が実行の着手時に存在すれば十分であるとする論拠を示していない。これらについては、四の考察で改めて検討する。

(27) Oehler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA, 1956, S. 3 ff.; H. Mayer,

- Das Problem des sogenannten dolus generalis, JZ, 1956, S. 111 f.; Otto, Actio libera in causa, Jura, 1986, S. 33; Reinhard Maurach = Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1992, S. 502; Eser = Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, S. 100; Hans-Heinrich Jeschek = Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 442; Christoph Sowada, Der umgekehrte »dolus generalis«: Die vorzeitige Erfolgsbeihilfung als Problem der subjektiven Zurechnung, Jura, 2004, S. 817; Joachim Vogel, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, Rdnr. 60 zu § 16; Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 27 zu § 20; Lackner = Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011, Rdnr. 11 zu § 15; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, S. 335; Sternberg-Lieben, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 56 zu § 15; Perron, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 40 zu § 20; Verral = Linke, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 2. Aufl., 2011, Rdnr. 3 zu § 20.
- (28) Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 27 zu § 20.
- (29) Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2008, Rdnr. 27 zu § 20.
- (30) たゞんが、ハの見解によれば、責任能力状態が二回の衝突で刺殺するつもりであったが、一回目の衝突後に情動により責任無能力状態に陥り、計三〇回の衝突で被害者を刺殺した場合、因果経過は相当性の範囲内であるため、第一行為は構成要件該同性を認めないから、二回目は、構成要件該同性を認めないから、二回目は、
- (31) Sternberg-Lieben, Schönke = Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Rdnr. 56 zu § 15.
- (32) Jahnke, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 10. Lieferung, 1993, Rdnr. 75 zu § 20; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, S. 335.
- (33) Hillenkamp, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, Rdnr. 24 zu § 22.
- (34) 岡本典子、H. Mayer, Das Problem des sogenannten dolus generalis, JZ, 1956, S. 112; Manfred Marwald, Der „dolus generalis“, ZStW, 1966, S. 30; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 529. たゞんが、
- (35) Roxin, Strafrecht, A. T., Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 529.
- (36) Roxin, Strafrecht, A. T., Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 529.

- (37) Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt - BGHst 23, 356; Jus, 1972, S. 76.
- (38) Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Jus, 1972, S. 76.
- (39) Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Jus, 1972, S. 77.
- (40) ガーハント・ホルツ、判例将たる支配的見解の範囲に「責任の喪失に」(„Rutschbahn“) の適用に於ける批評性への
Vgl. Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Jus, 1972, S. 76.
- (41) 浅田・前掲宮澤先生古稀祝賀論文集第一巻三二七九頁参照。
- (42) Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW, Bd. 83, 1977, 697 ff.; ders., Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld — zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung“, Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 569.
- (43) F. C. Schroeder, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 31 und 33 zu § 16; Wolfgang Frish, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 615 f.
- (44) Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld — zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung“, Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 569.
- (45) Schild, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 107 zu § 20.
- (46) Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, S. 358; dies, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 91 zu § 16.
- (47) Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, S. 312 ff.
- (48) Puppe, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 91 zu § 16.
- (49) Streng, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, Rdnr. 112 zu § 20.
- (50) Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld — zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung“, Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 552 f.; Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, S. 358; dies, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Rdnr. 91 zu § 16.

(51) ブックスに於ける「情動性健忘症事件」(BGHSt, Bd. 23, S. 133) 及び「早すぎた結果発生」(„verfrühter Erfolgseintritt“)の問題に属するもの。Vgl. Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 2002, S. 358, 444f. vgl. Jakobs Strafrecht, A. T., 2. Aufl., 1993, S. 300 f. 404ff. vgl. Wolter, Vörsätzliche Völlendung ohne Völlendungsvorsatz und Völlendungsschuld — Zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Völlendung“, Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 557ff.

(52) Streng, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, Rdnr. 112 zu § 20.