The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

| | |
|---|---|
| Title | 「承継的責任無能力」と実行行為の個数について（二・完）：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, 62(2), p. 223-246 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://doi.org/10.18910/60154 |
| rights | |
| Note | |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# 「承継的責任無能力」と実行行為の個数について（二・完）

## ――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、阪大法学六一巻五号）
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（以上、本号）

### 三　わが国における裁判例と学説の展開

実行行為を開始した後、飲酒酩酊や激情が原因で責任能力が低下したまま、その後も犯行を継続して当初の故意を実現した場合、責任能力が低下した状態の行為に刑法三九条を適用することができるか。わが国では、こうした「承継的責任無能力」の問題を、裁判実務が学説より先行して取り扱ってきた。(53) 最初の裁判例は、酒気帯び運転罪

（道交法一一七条の二第一号）に関する大阪地裁昭和四三年九月六日判決[54]であり、そこでは、酒気帯び運転の時点で責任能力が認められる以上、その途中で心神耗弱状態に陥ったとしても、刑法三九条二項を適用すべきではないとされた。その論拠は、同じく「承継的責任無能力」の問題を取り扱った下級審判例で次第に明らかとなった。

本稿では、前述したドイツにおける判例と比較するため[55]、生命・身体に対する即成犯をめぐる東京高裁昭和五四年五月一五日判決[56]、大阪地裁昭和五八年三月一八日判決[57]、長崎地裁平成四年一月一四日判決[58]、及び、東京地裁平成九年七月一五日判決[59]を取り上げたい[60]。

(53) 例えば、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）一四八頁は、「責任能力の有無は、実行行為に着手した時点を標準として決定すべきである。実行行為着手後、実行行為中に責任能力を喪失しても犯罪の成立に影響がない。実行行為着手後の責任能力の喪失は、刑罰の執行の問題として意味をもつ（刑訴四七九・四八〇）が、そのことと犯罪成立要件としての責任能力の問題とは、直接には関係のないことである」とされる。

(54) 判タ二二九号三二四頁。

(55) 拙稿「『承継的責任無能力』と実行行為の個数について（一）」阪法六一巻五号（平二四）一五九頁以下。

(56) 判時九三七号一二三頁。

(57) 判時一〇八六号一五八頁。

(58) 判時一四一五号一四二頁。

(59) 判時一六四一号一五六頁。

(60) なお、わが国では、薬物所持犯などの継続犯においても「承継的責任無能力」が問題となっている。たとえば、東京高裁平成六年七月一二日判決（判時一五一八号一四八頁）は、覚せい剤所持で起訴された被告人が、訴因で掲げられた覚せい剤所持の時点で責任能力が低下していても、所持が継続しているそれ以前の時点で完全な責任能力がある場合には、その所持につき、完全な責任能力を認めることができるとする。この事案に関する評釈として、安田拓人「判例研究」甲法三七巻一・二号（平八）八〇頁がある。

（一）下級審判例の展開

1　まず、東京高裁昭和五四年五月一五日判決を取り上げよう。[61] 裁判所の認定した事実によれば、妻は、未必の殺意をもって、夫の上体部を洋鋏で数回連続して突き刺した（第一行為）。その後、夫と揉み合ううちに、強度の精神的興奮から情動性朦朧状態（心神耗弱）に陥り、床に倒れた夫をさらに突き刺す（第二行為）などして、これを殺害したものである。

東京高裁は、第一行為を未必の殺意に基づく「重大な加害行為」とした上で、続く第二行為を第一行為の「反覆継続」であるとみて、両行為を一個の殺人行為と判断した。また、責任の判断において、実行途中で陥った情動性朦朧状態は、被告人「自らが招いた」ものである以上、刑法三九条二項の適用を認めず、殺人罪の成立を肯定している。[62]

この判決は、責任能力の低下を挟んだ時間的・場所的にも近接した二つの行為につき、その「反復継続性」から一個の実行行為と捉えた最初の裁判例である。さらに、「加害行為の重大性」による「責任能力低下の自招性」を挙げて、[63] 本件に刑法三九条を適用しなかった。しかし、こうした理由づけが、ただちに「原因において自由な行為」の理論を適用したものとはいいがたい。

2　次に、大阪地裁昭和五八年三月一八日判決をみておこう。[64] 裁判所の認定事実によれば、被害者の態度に激昂した被告人は、顔面や胸部及び腹部に頭突きや足蹴等による暴行を加えた（第一暴行）。その後も、飲酒による酩酊の度を深めて錯乱状態に陥った上、地面に横たわった被害者を引きずり廻すなど、さらなる暴行を加えて（第二暴行）、同人を失血死させている。

大阪地裁は、暴行に着手した時点で被告人の責任能力に疑いはなく、この段階の暴行が死亡結果に至る「重大な

加害行為」にあたるとした。また、暴行後に生じた錯乱状態は、被告人自らの飲酒や先行した暴行等から生じたものであり、かつ、錯乱状態下の暴行は、着手段階における暴行と同じ態様であることから、本件暴行は、その全部につき一体として評価されている。さらに、暴行途中で、被告人の責任能力が低下していたにもかかわらず、刑法三九条を適用することなく、傷害致死罪の成立を認めたのである。

本判決が、実行行為の一個性を導く根拠として行為態様の「反復継続性」を掲げた点は、先の東京高裁昭和五四年五月判決と同様である。また、被告人に既遂責任を認める際、「責任能力低下の自招性」に着目した点でも類似している。[65] 墨谷博士は、この点を捉えて、本件を「原因において自由な行為」の理論を適用したものとされる。[66]

3　さらに、長崎地裁平成四年一月一四日判決をみよう。[67] この事案は、妻の態度に立腹した被告人が、午後二時頃から同女の頭部等を手拳で殴打した後（第一暴行）、腹立ちまぎれに焼酎を飲んで酩酊の度を強めながら、数次にわたり手拳で頭部・顔面等を殴打したり、背部等を足蹴にするなどの暴行を加えた（第二暴行）。その後、被害者を攻撃する際に自らつまずいて頭部を強打したことに激昂した被告人は、同女の背部・臀部等を踏みつけた上、肩たたき棒で頭部を滅多打ちにすることで（第三暴行）、同日午後一一時頃に外傷性ショックにより妻を死亡させた。なお、被告人は、第三暴行の時点で複雑酩酊に陥っており、心神耗弱の状態にあったと認定された。

長崎地裁は、本件を実行の開始後に飲酒を継続したため、その途中で心神耗弱の状態に陥った事案とみて、まず暴行行為の範囲を検討する。その結果、本件暴行は、同一機会に同一意思の発動にでたものの、行為態様の違いから「断続的」暴行であったとして、第一暴行から第三暴行までの「反復継続性」を否定した。また、この「断続性」を前提とした上で、被告人が犯行を開始した後に更に自ら飲酒を継続したため、複雑酩酊による心神耗弱の状態に陥った以上、非難可能性を低下させる実質的根拠はないと述べている。

この判決は、被告人に刑法三九条を適用することなく傷害致死罪を認めた点で、前述した東京高裁昭和五四年五月判決及び大阪地裁昭和五八年三月判決と類似する。しかし、最終的に本件第一暴行から第三暴行までを「一連の行為」とみなかった点では、明らかに異なる。そのことは、当初の手拳による殴打等が「未だ被害者が立ち歩ける程度」の暴行であるのに対し、心神耗弱の状態でなされた肩叩き棒による頭部への殴打を「中核的」暴行として、両者を区別した点に示されている。それにもかかわらず、本判決が、被告人に刑法三九条を適用しなかったのは、なぜであろうか。

その理由は、次の三点に求められよう。第一に、断続的な口論や暴行の中で大量の飲酒を継続すれば、複雑酩酊に陥った上で更なる暴行に出ることを被告人が予見していたこと、第二に、飲酒行為が「中核的」暴行時における責任能力を低下させたこと、そして、最後に、こうした心神耗弱下の「中核的」暴行を招いた飲酒行為に対する非難が可能であるという点である。かようにして、本件は、「原因において自由な行為」の理論を適用した上で傷害致死罪を成立させたのである。(68)

4　最後に、東京地裁平成九年七月一五日判決をみよう。裁判所が認定した事実によれば、被告人がベランダにおいて被害者を平手で殴打した（第一暴行）後、逃げる被害者の背後から左手を首に巻き付けて捕まえた上、文化包丁を右手に構え（第二暴行）、被害者の左腕を突き刺して（第三暴行）、傷害を負わせた。なお、被告人は、第三暴行の時点で持病の外傷性癲癇の発作により責任能力が低下していた。

東京地裁は、「行為の継続性」から本件暴行を「一連の行為」とみる。また、被告人が右包丁を被害者に構えた時点で、すでに傷害の故意があったと認められるため、癲癇発作中の行為は、その直前の意思に従ったものであり、その違法性を認識した上で行動する能力があったにもかかわらず傷害を負わせたとして、刑法三九条を適用するこ

となく傷害罪を成立させた。

本判決は、責任非難の対象を実行開始時の意思決定に向けている。すなわち、「自己の行為を認識して善悪の判断をし、それに従って行動する能力を有し」たにもかかわらず、あえて犯行を決意した自由な意思決定の責任を問うのである。したがって、この時点が責任非難の存否を判断する基準となる以上、これ以後の責任能力状態の変化は責任判断に影響しないことになる。

こうして、本判決も、刑法三九条を適用しない点で、前述した裁判例と異ならない。もっとも、この判決は、「加害行為の重大性」や「責任能力低下の自招性」に言及していない点で、前述の裁判例と異なっている。(69)

5　以上、いずれの裁判例も、時間的・場所的に近接する複数の行為について、客観・主観の両面から実行行為の範囲を確定した。その際、実行行為の一個性を判断する基準として、複数行為間の「反復継続性」が考慮されている。両行為の態様や危険性の観点から「反復継続性」があれば一個の実行行為に包括され、これと侵害結果の間に存在する相当因果関係が判断されるのである。これに対して、「反復継続性」がない場合には、前述した長崎地裁平成四年一月判決のように、既遂結果を惹起した行為につき「原因において自由な行為」が別途検討されることになる。

なお、前述したドイツにおける諸判例(70)は、わが国の裁判例と異なり、もっぱら「因果経過の錯誤」の問題として「承継的責任無能力」を処理する。(71)もっとも、「因果経過の錯誤」を検討するにあたっては、一個の実行行為と構成要件的結果の間に因果関係が存在することを前提とする以上、両国の裁判所において事案の捉え方に差があるわけではない。

こうして、わが国の下級審判例は、処罰対象行為の範囲を確定したのち責任の判断へ移っている。また、処罰の

対象となる行為が開始された時点の責任能力の状態が、刑法三九条の適否を決める上での基準とされている。これは、責任の判断が犯罪事実の社会的意味を理解してこれを回避する制御能力があるにもかかわらず、あえて当該違法行為を選択した自由な意思決定に対する法的非難である点を重視したからであろう。

(61) 評釈として、同志社大学刑法研究室「判解」法セ三一二号（昭五六）一一二頁、及び、水留正流「判解」成瀬幸典＝安田拓人編・判例プラクティス刑法Ⅰ（平二二）二七二頁がある。なお、本件第一審の東京地裁昭和五三年一一月六日判決（判時九一三号一二三頁）に関する評釈として、内田文昭「判批」判時九三一号（昭五四）一八六頁がある。

(62) なお、本件で裁判所は、量刑で心神耗弱の事実を勘案すれば足りると判示している。

(63) 林美月子「実行行為途中からの責任無能力」神奈二八巻一号（平五）二八六頁参照。

(64) 評釈として、墨谷葵「判批」判時一一〇八号（昭五九）二〇二頁、諸藤和司「判例研究」法学論集（西南学院大学）一八巻三号（昭六一）八七頁、及び、岩井宜子「判解」平野龍一＝松尾浩也＝芝原邦爾編・刑法判例百選Ⅰ総論（第三版・平三）七六頁などがある。

(65) なお、川端博「実行開始後の責任能力低下の取扱い」曹時五〇巻八号（平一〇）二一頁は、本判決が「故意の継続性」に言及しないのは結果的加重犯の特殊性によるためである、とされる。

(66) 墨谷・前掲判時一一〇八号二〇二及び二〇七頁。同旨の見解として、岩井・前掲百選Ⅰ総論七七頁参照。

(67) 評釈として、岩橋義明「判解」研修五二七号（平四）二九頁、山中敬一「判解」法セ四五二号（平四）一三四頁、曽根威彦「判批」判時一四三〇号（平五）一九四頁、中空壽雅「判解」法教一四九号（平五）七四頁、同・関東学園三巻一号（平五）二八九頁、丸山治「判解」法教一五〇号（判例セレクト一一九二・平五）三二頁、岩井「判解」平成四年度重要判例解説（平五）一六八頁、石井知己「判例研究」上法三八巻一号（平六）二〇五頁、岩井「判解」平野＝松尾＝芝原編・刑法判例百選Ⅰ総論（第四版・平九）七四頁、前田雅英「判解」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編・刑法判例百選Ⅰ総論（第五版・平一五）六六頁、伊東研祐「判解」西田＝山口＝佐伯・刑法判例百選Ⅰ総論（第六版・平二〇）七〇頁、水留「判解」前掲判例プラクティス刑法Ⅰ二七三頁、及び、内田浩「判解」井田良＝城下裕二編・刑法総論判例インデックス（平二三）一七八頁などがある。なお、安田・前掲甲法三七巻一・二号八〇頁以下も参照。

(68) 今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆・刑法総論（平二一）二九八頁〔今井〕。

(69) この点につき、すでに、中森喜彦「実行開始後の責任能力低下」中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻（平九）二二五頁以下、および、安田「責任能力・原因において自由な行為」町野朔＝丸山雅夫＝山本輝之編・プロセス演習刑法（平二一）七五頁参照。

(70) たとえば、BGHSt., Bd. 7, S. 325; BGHSt., Bd. 23, S. 133; BGH in NStZ., 2003, S. 535.

(71) 事案については、拙稿「『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――」阪法六一巻五号一五九頁以下を参照されたい。

（二）学説の動向

わが国で「承継的責任無能力」の問題が論じられたのは、昭和五〇年代（一九七〇年代半ば）のことである。まず、平野博士は、この問題を「原因において自由な行為」の一類型であるとされた。その上で、責任能力が低下する以前の「犯意がそのまま実現されたときは、実行行為の時に責任能力がなくとも、発生した結果について責任を問うことができる」といわれる。[72]

その後、東京地裁昭和五三年一一月六日判決[73]をめぐる学説の議論が活発となった際、[74]内田文昭博士は、「承継的責任無能力」の事案について「原因において自由な行為」の法理を用いることなく、完全な既遂責任を問いうるとされた。[75]他方、墨谷博士は、「原因において自由な行為」の理論適用されるなど、[76]多数説は、「承継的責任無能力」の事案を「原因において自由な行為」の一例とみるようになった。[77]

これに対して、大塚仁博士は、こうした多数説に疑問を呈された。[78]すなわち、ドイツの支配的見解と同じく、「承継的責任無能力」を「因果経過の錯誤」の問題[79]にすぎないとして、一個の実行行為と構成要件的結果の間に因

果関係のあることを前提としておられる。かような事情もあって、現在では、「承継的責任無能力」の問題を実行行為の見地から捉える学説[80]が相次いで主張されている。

1　まず、「承継的責任無能力」を「原因において自由な行為」の問題と同視する見解をみておこう。この立場は、「原因において自由な行為」の理論に基づいて、責任能力低下前の行為を原因行為とする一方、責任能力低下後の行為を結果行為とみる点に特色がある。

（i）たとえば、墨谷博士は、原因行為のみに着目し、当該結果を惹起した責任能力低下後の結果行為を「法上何の意味ももたない」とみて、犯罪成否の「考慮外にお」く結論は「健全な常識にも反する」といわれる。そのため、責任能力が低下する前の行為を原因行為、低下した後の行為を結果行為と捉えた上で、責任原則緩和説の立場から、刑法三九条を適用せずに既遂責任を認めるべきであるとされるのである。[81]

（ii）また、山口教授も、「承継的責任無能力」の事例は、構成要件的結果を惹起した結果行為に完全な責任能力がない点で、「原因において自由な行為」の事例と同じであると説かれる。[82]この立場では、犯罪結果の発生までの間に原因行為と結果行為が介在しているため、いずれの行為が構成要件的結果惹起を支配したといえるかが問題となる。[83]そのため、結果行為時に故意が存在していたか否かが、実行行為を特定する上で重要な基準とされる。[84]

すなわち、結果行為が故意行為でなく、原因行為に実行行為性がある場合、「結果惹起に向けた一連の」実行行為が認められる。その際、構成要件的結果が原因行為そのものから惹起されず、結果行為を介して「惹起されたのは、故意を阻却しない因果関係の錯誤」にすぎない以上、故意犯は問題なく成立するとされる。[85]これに対して、故意の結果行為があった場合、原因行為に正犯性を認めることが困難である以上、結果行為が実行行為とならざるをえない。[86][87]しかし、この場合でも、原因行為時に構成要件的結果を惹起する意思（故意）が認められ、さらに原因行

為が結果行為時の責任能力低下をもたらすならば、「結果惹起に向けた一連の行為をなす意思」がある以上、「当初の犯罪的意思（故意）が一貫して一連の実行行為の遂行へと現実化している」ため、故意犯が成立するとされる。[88] この場合、実行行為は結果行為であるが、責任非難は原因行為の時点でなされる。[89] すなわち、責任は行為を介した犯罪的意思の現実化に対する非難である以上、非難の対象となる実行行為の遂行との間に直接的関連性がある限り、事前的非難が可能になるからである。[90]

2　次に、「承継的責任無能力」の事案を、「原因において自由な行為」と区別する諸見解をみておこう。

（i）林美月子教授は、実行の着手時点で、「結果発生の認識」に加えて、「結果発生の高度の危険」性がある行為を行なうという認識（「既遂故意」）がある場合にのみ、その後の心神喪失・耗弱にかかわらず、行為者に既遂責任を負わせることができるとされる。[91] この見解は、既遂結果を惹起した行為に故意既遂犯の責任を問うためには、当該行為が「既遂故意」に導かれたことを前提とする。したがって、実行の着手時に「既遂故意」が存在しない場合、行為者は故意既遂犯の罪責を負わない。本見解は、「承継的責任無能力」の事案を、「既遂故意」の実現という観点から捉えている。[92] そのため、「既遂故意」のない実行行為が既遂結果を惹起した場合には、未遂犯となるにすぎない。[93][94]

（ii）次に、野村教授の見解をみよう。野村教授によれば、刑法規範は、実行を開始した行為者に法益侵害の程度に応じて、犯罪中止ないし結果回避義務を課すとされる。[95] そのため、違法の程度に比例して責任非難の程度も高まる以上、その評価の基礎となる責任能力の状態も各段階に応じて個別行為ごとに検討することになる。[96] また、責任能力が低下しなければ、行為者は犯罪中止義務による中止行為が可能である以上、実行の着手後に責任能力が低下した状態で既遂結果を惹起した場合、その行為に完全な既遂責任を問うことはできないとされる。[97]

この見解によれば、責任能力低下の前後で、複数の行為は個別的に考察される。すなわち、責任能力が低下する前の行為には未遂犯が成立し、心神喪失下の行為は三九条一項により責任が阻却される。他方、心神耗弱下の行為には、三九条二項が適用され、必要的に刑が減軽される。[98]

（iii）複数の行為をそのまま個別的に取り扱おうとする右の諸見解に対して、その行為態様や意思内容の同一性を考慮した上で、まず実行行為の個数を確定しようとする近時の有力説をみておこう。

大塚仁博士は、「承継的責任無能力」の事案について、行為者が実行途中の責任能力低下を犯行に利用しなかった点に着目され、「原因において自由な行為」とは事案が異なるといわれる。[99] その上で、この場合には、①行為者は実行を継続して当初予期したとおりに犯罪を実現していること、②実行途中に緊張や興奮などから責任能力が低下することはありうること、③行為者が実行行為を完全責任能力下で開始したことにより、犯行の全体を捉えることができる以上、刑法三九条を適用する必要はないと述べられる。[100]

他方、中森教授は、実行着手後の責任能力低下において重要であるのは、実行行為の一体性・一個性であるとされる。これは、実行の着手が可罰性の原則的境界であり、その後の犯罪事実の実現は必ずしも行為者の予測に従うものでないからである。[101] この見解によれば、「責任能力の低下後に、行為者に新たな認識が生じて別の行為が実行されたと見るべきでないのであれば、行為は一個に包括」され、行為者はその全体につき責任を負う。[102] したがって、責任能力の低下自体が、行為を分断して評価する根拠とはならない。[103] そのため、責任能力低下の「自招性」や先行行為自体の「重大性」は、個別事情として量刑事由で斟酌すべき要素であるとされる。[104]

さらに、中空教授によれば、刑法は国民一般の意思活動に働きかけ、その行動制御を通じて犯罪結果の惹起を回避するように期待するものである以上、その期待を破る意思決定から実行行為がなされた場合、当該行為を非難し

うる。そのため、犯罪遂行の意思決定をした時点における責任能力状態が、責任非難の判断対象となる以上、実行行為の一個性が、非難可能性の射程範囲を明示するうえで重要になるといわれる。[105]

（iv）最後に、「承継的責任無能力」の事案における複数の行為を構成要件上「一個の行為」とみながら、責任段階で複数の行為に再分割する近時の見解を概観しよう。浅田教授は、故意と並んで責任能力も実行行為の全体にわたり必要であるとされた上で、構成要件段階では責任要素を考慮しないため、責任無能力の低下を挟んだ複数行為は、構成要件上一個の「一連の行為」と認められる。[106][107] しかし、責任能力低下の事実を考慮すれば、処断刑の形成が被告人にとって有利に機能するため、例外的に責任段階で行為を分割してよいといわれる。[108] なぜならば、とりわけ心神耗弱で必要的減軽を認める現行刑法典においては、完全責任能力と限定責任能力の区別が被告人にとって刑罰論上重要な差異をもたらすからである。[109][110]

3　かようにして、「承継的責任無能力」の事案を考える上で、いずれの見解も責任能力低下を境として行為を分割するべきかという問題に直面する。けだし、責任の判断は構成要件該当行為をもとにして行われる以上、複数の行為が介在する事案では、構成要件上の一回的評価がどこまで及ぶかについて、まず判断をしなければならないからである。その意味で、「承継的責任無能力」は、「原因において自由な行為」の事案と同様に、構成要件該当性の問題にほかならない。以下では、こうした視点をもとに、これまでに概観したドイツ及びわが国の諸見解を検討したのち、私見を展開することにしたい。

（72）平野・刑法総論Ⅱ（昭五〇）三〇四頁以下参照。

（73）判時九一三号一二三頁。前述した東京高裁昭和五四年五月一五日判決の原審である。

（74）東京地裁昭和五三年一一月六日判決以前においては、「原因において自由な行為」との関連で若干の言及があるにす

ぎなかった。たとえば、西原春夫・刑法総論（昭五二）四一三頁は、責任能力のある状態で一つの意思決定に貫かれた行為を開始した場合、「行為者は、その行為全体について責任能力あるものとして責任を負ってしかるべき」であり、「その行為の途中で責任能力が失われようと失われまいと、それはどちらでもよい」とされる。また、内田（文）・刑法Ⅰ（総論）（昭五二）一三二七頁も、原因行為に実行行為性が認められるならば、現実の法益侵害結果が発生した時点での意思状態が、心神喪失・耗弱であろうと、「それは全く重要でない」といわれる。

(75) 内田（文）「判批」判時九三一号一八六頁（判例評論二四七号四八頁）参照。もっとも、内田（文）博士は、着手未遂直後に責任能力が低下し、引き続き実行行為が行われた場合に限り、一連の行為全体に刑法三九条を適用する余地もあるとも述べておられる。しかし、その根拠を明らかにされていない。近年、松原教授も、着手未遂段階における実行行為は実行未遂段階におけるそれと異なる以上、着手未遂段階の行為から相当な因果経過をたどって惹起された結果に対して、故意既遂犯を認めることはできないと説かれている。松原芳博「未遂犯・その1」法セ六七一号（平二二）一二〇頁以下、同・前掲法セ六七二号一〇六頁参照。なお、松原教授は、「原因において自由な行為」の理論を用いて「承継的責任無能力」の問題を処理すべきであるといわれる（松原「未遂犯・その2」法セ六七二号（平二二）一〇六頁参照）。

(76) 墨谷・前掲判時一一〇八号二〇二頁及び二〇七頁（判例評論三〇三号五六頁及び六一頁）。岩橋・前掲研修五二七号三六頁、曽根・前掲判時一四三〇号一九七頁、及び岩井・前掲百選Ⅰ総論七七頁参照。

(77) たとえば、山口「『原因において自由な行為』について」平場安治＝平野龍一＝高田卓爾＝福田平＝大塚仁＝香川達夫＝内藤謙＝松尾浩也編・団藤重光先生古稀祝賀論文集第二巻（昭五九）一七八頁以下、同「原因において自由な行為」芝原編・刑法の基本判例（昭六三）三九頁、同・問題探求刑法総論（平一〇）二〇一頁以下、同「原因において自由な行為」山口＝井田良＝佐伯・理論刑法学の最前線（平一三）一五一頁以下、同・刑法総論（第二版・平一九）二六四頁、内藤謙・刑法講義総論（下）Ⅰ（平二）八八五頁、曽根・前掲判時一四三〇号一九六頁以下、中山・口述刑法総論（第三版・平六）二一一頁、川端・前掲曹時五〇巻八号二九頁、町野朔「『原因において自由な行為』の整理・整頓」芝原邦爾＝西田典之＝井上正仁編・松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻（平一〇）三六八頁以下、大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編・大コンメンタール刑法第三巻（第二版）四二二頁以下［島田仁郎＝島田聡一郎］、高橋則夫「ウェーバーの概

括的故意・実行途中からの責任能力の低減」現刑三巻二号（平一三）一〇七頁以下、同・刑法総論（平二二）三四一頁、町野＝中森編・刑法1総論（第二版）九九頁以下［林（美）］、大谷實・新版刑法講義総論（第四版・平二四）三三九頁以下、齊藤信宰・刑法講義〔総論〕（新版・平一九）三四一頁、林幹人・刑法総論（第二版・平二〇）三三二頁、松宮孝明・刑法総論講義（第四版・平二〇）一七六頁、今井ほか・前掲刑法総論二九八頁［今井］、伊東・刑法講義総論（平二二）二六九頁、松原・前掲法セ六七二号一〇六頁参照、木村光江・刑法（第三版・平二二）一五〇頁以下、前田・刑法総論講義（第五版・平二三）四三四頁以下などがある。なお、実行途中の限定責任能力発生につき、井田・講義刑法学総論（平二〇）四五九頁参照。さらに、大塚裕史・刑法総論の思考方法（第四版・平二四）二七三頁以下参照。

(78) 大塚「原因において自由な行為（8）」アーティクル六八号（平二）八頁。なお、山本（光）・「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Ⅰ―2（昭六一）一〇四頁以下、坂本・刑法總論（平二）一四九頁、及び、香川・刑法講義〔総論〕（第三版・平八）二二七頁も参照。

(79) 大塚・前掲アーティクル六八号八頁、同・刑法概説（総論）（第四版・平二〇）一六五頁、中野次雄・刑法総論概要（第三版補訂版・平九）二〇九頁、佐久間修・現代社会と刑法（平一二）一一一頁、福田平・刑法総論（第五版・平二三）一九八頁、堀内捷三・刑法総論（第二版・平一六）二〇九頁以下、岡野光雄・刑法要説総論（第二版・平一九）一六八頁、斎藤信治・刑法総論（第六版・平二〇）二二四頁、西田・刑法総論（第二版・平二二）一八一頁参照。なお、客観的帰属論の見地から、長井圓「原因において自由な行為」阿部純二＝板倉宏＝内田文昭＝香川達夫＝川端博＝曽根威彦編・刑法基本講座第三巻（平六）二六三頁以下、神田宏「原因において自由な行為？」近法四四巻二号（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」産法三二巻二・三号三五二頁、同・刑法総論（第二版・平二〇）六二三頁以下参照。

(80) 中森「実行開始後の責任能力低下」中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻（平九）二二五頁以下、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巻（平一二）三八九頁、中空「実行着手後の心神喪失・心神耗弱といわゆる『同時存在の原則』」西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻（平一一）二六〇頁以下、伊藤渉＝小林憲太郎＝鎮目征樹＝成瀬幸典＝安田拓人・アクチュアル刑法総論（平一七）二三三頁［安田］、松澤伸「演習」法教三七〇号（平二三）一三九頁以下参照。なお、佐久間・前掲刑法総論二六四頁以下参照。

(81) 墨谷・前掲判時一一〇八号二〇七頁。
(82) 山口・前掲刑法総論二六三頁以下参照。
(83) 山口・前掲刑法総論六八頁以下参照。
(84) 山口・前掲刑法総論六八頁以下、二五九頁以下及び二六四頁参照。山口教授によれば、結果惹起に対する支配の有無は、故意行為が介在したか否かで決まる。なぜならば、後行の故意行為は、先行する故意行為の結果惹起に対する支配を排除するからであるとされる。
(85) 山口・前掲刑法総論二六四頁。
(86) 山口・前掲刑法総論二六一頁。
(87) 山口・前掲刑法総論二五五頁。
(88) 山口・前掲刑法総論二六四頁。
(89) したがって、原因行為の時点で、故意や責任能力などの責任要素が全て存在している必要がある。山口・前掲刑法総論二五九頁参照。
(90) 山口・前掲刑法総論二五八頁以下によれば、刑法三九条は、責任能力の存在が要求される時点について、それを実行行為時に限る明文規定ではなく、解釈にゆだねられているとされる。そのため、実行行為以前に責任能力を要求することも十分に可能であるといわれる。
(91) 林（美）・前掲神奈一八巻一号三〇二頁及び三〇五頁以下、同「実行途中からの心神喪失・心神耗弱」現刑二巻一二号（平一二）五二頁以下参照。
(92) 林（美）・前掲現刑二巻一二号五二頁以下参照。なお、西田＝山口＝佐伯編・注釈刑法第一巻（平二二）六三五頁［古川伸彦］。
(93) なお、構成要件的結果を惹起した行為に対しては、過失犯の検討がなされることになろう。この過失行為に関しては、行為当時の責任能力の状態に応じて刑法三九条の適用が考慮されよう。
(94) 本見解が「既遂故意」を構成要件的故意とみるならば、その有無に応じて構成要件段階から行為を分けて考察することを可能とする。もっとも、林（美）教授は、「既遂故意」を「構成要件的故意」の一種とは見ず、責任要素とする（林

美月子「実行行為途中からの責任無能力」神奈二八巻一号（平五）二九七頁以下）。

(95) 野村稔・未遂犯の研究（昭五九）二五三頁以下参照。

(96) 野村「実行着手後における心神喪失・耗弱――責任能力による同時的コントロールの必要性」研修五八七号（平九）四頁以下参照。

(97) 野村・前掲研修五八七号四頁以下、同・刑法総論（補訂版・平一三）二八九頁以下。

(98) 野村・前掲研修五八七号四頁以下、及び、同・刑法総論（補訂版・平一三）二八九頁参照。

(99) 大塚・前掲アーティクル六八号八頁。

(100) 大塚・前掲アーティクル六八号八頁。

(101) 中森・前掲中山研一先生古稀祝賀第三巻二二五頁以下参照。

(102) 中森・前掲中山研一先生古稀祝賀第三巻二二五頁以下、及び、葛原力三＝塩見淳＝橋田久＝安田拓人・テキストブック刑法総論（平二一）二〇九頁［安田］参照。なお、中空・前掲西原春夫先生古稀祝賀第二巻二六一頁によれば、実行行為の一個性が事案の処理に重要な意思決定の射程範囲を画する資料であるという。

(103) 中森・前掲中山研一先生古稀祝賀第三巻二二六頁以下。

(104) 中森・前掲中山研一先生古稀祝賀第三巻二二六頁以下。同旨として、中空・前掲西原春夫先生古稀祝賀第二巻二六一頁。さらに、安田・前掲プロセス演習刑法七五頁参照。

(105) 中空・前掲西原春夫先生古稀祝賀第二巻二六〇頁以下参照。

(106) 浅田・前掲宮澤浩一先生古稀祝賀第二巻三八九頁。

(107) 浅田・前掲宮澤浩一先生古稀祝賀第二巻三九〇頁。

(108) 浅田・前掲宮澤浩一先生古稀祝賀第二巻三九〇頁。

## 四　考察

1　前述したように、「承継的責任無能力」の処理をめぐっては、責任能力低下の前後で行為を分けて捉えるビンディングの見解が先行した。[111] したがって、ここでも学説の沿革にしたがい、複数行為を分けて考察する見解から検討する。

ビンディングの考えを深化させたガイレンの見解[112]や野村教授の見解は、責任能力の低下に応じて中止未遂の可能性が低下する点を強調して、通常であれば一個の実行行為を、責任能力の低下を境として二つに分ける。しかし、こうした見解は、行為を犯罪論体系のいずれの段階で分けるのかを明確にしていない。かりに、前者であるとすれば、構成要件段階において責任能力状態を考慮することになり、構成要件の判断と責任の判断を混同することになりかねない。

また、この見解は、責任能力低下に応じて中止未遂の可能性も低下するという。しかし、責任能力は、犯罪事実の社会的意味を認識したうえで、それに従って自己の行動を制御しうる能力である。[113] そうであるとすれば、責任能力の低下に伴うものは、中止未遂の可能性の低下それ自体ではなく、他行為可能性の低下である。さらに、こうした考え方を敷衍すれば、責任無能力者による中止行為は全く観念できないことになる。しかし、責任無能力者も故意を有しうる限り、自らの中止意思に基づく中止行為を否定する必然性はない。また、中止未遂の可能性は、中止行為に出たとき初めて顧慮すべきものであるから、未だ中止行為のない状態で仮定的判断をもち出して、行為を分割する根拠とすることはできない。

他方、野村教授がいう行為規範にも問題があるように思われる。既に安田教授も指摘されたように、行為規範は、

行為者が実行に着手したことをもって、違反されたのである。[114] したがって、実行行為の時間的進展とともに、中止義務ないし結果回避義務という数々の行為規範が順次違反されるという指摘は、刑の量定にあたり違法性の程度を論ずる上で考慮する余地は残されているものの、[115] 違法性や責任の存否には影響を与えないであろう。

2　つぎに、「既遂故意」概念を用いる見解を検討する。前述したドイツにおける見解のように、[116]「既遂故意」を構成要件的故意として位置づける場合には、構成要件段階から「既遂故意」の有無に応じて行為を個別に把握する説明を可能とする。しかし、故意は構成要件を実現する意思であり、行為者は実行行為の危険性を認識していれば十分であったはずである。さらに、構成要件段階で、「既遂故意」のような個別具体的な動作に内在する詳細な危険性の程度に関する認識を要求することは、一般的かつ類型的判断で足りる構成要件該当性の判断[117]に整合しない。また、法文上も、終了未遂と未終了未遂について不法と責任において区別がなく、実行行為を開始した時点で違法性の評価にも差がない以上、「既遂故意」を要求することは解釈上の根拠をもたない。[118]

他方、林（美）教授のように「既遂故意」を責任要素とした場合には、[119] 責任の段階で「既遂故意」の有無が検討される。このとき、既遂犯を念頭におくと、「承継的責任無能力」の事案においては、第一行為と既遂結果の間に相当因果関係が認められるのが通常である。かりに、こうした事案で「既遂故意」が認められない場合には、この立場によれば先行行為につき未遂犯が成立する一方で、結果を惹起した行為については過失犯を問うことになろう。しかし、このとき、構成要件上一個の行為は、責任段階で故意行為と非故意行為に分離されるのであろうか。こうして、「既遂故意」の概念は体系上様々な問題を含むため、支持することができない。

3　さらに、わが国独自の見解である、「承継的責任無能力」を「原因において自由な行為」の事案と同視する見解を検討しよう。この見解が指摘するように、犯罪結果を惹起した行為のみを切り取れば、両者は責任能力が低

下した状態で構成要件的結果を惹起した事案である。なるほど、両者は構成要件該当性の問題として共通する。しかし、「原因において自由な行為」は、原因行為（第一行為）に実行行為性を容易に肯定できない事案であるのに対して、「承継的責任無能力」は、第一行為に実行行為性を無理なく肯定できる事案である。すなわち、後者は、実行行為の危険性が構成要件的結果に実現したかを検討すれば足りる。[120] そうである以上、両者を同一の事例として取り扱うことには無理があろう。また、故意は行為の一部をなす要素である以上、その形成過程を含めて行為時における違法判断の対象でもある。[121] そのため、事後的な観点から結果行為のみに着目することは、一連の意思の形成過程を無視するものであって妥当でない。[122]

なお、山口教授は、犯罪結果の惹起までに原因行為と結果行為が介在した場合、いずれの行為が構成要件的結果惹起を支配したかを判断するため、[123] 構成要件実現意思（故意）が結果行為時に存在しているかについてまず着目される。しかし、こうした見解は、構成要件段階において行為の客観的危険性に加えて故意も考慮しなければ、実行行為を特定できないことを示している。その意味で、故意を構成要件要素とみて構成要件該当性を判断しようとする見解との差はもはやない。

4　こうして、「承継的責任無能力」の事案においては、特殊な概念を用いることなく、通常の事案と同様に、行為態様及び危険の同質性を基準にして複数行為を構成要件上一個の行為として包括しうるかを判断したのち、既遂結果との因果関係をさらに検討すべきことになる。

しかし、構成要件上一個の行為としつつも、処断刑の形成を考慮した上で被告人に有利であるという理由から、責任段階で行為を再分割する見解は支持できない。なるほど、浅田教授が、「承継的責任無能力」の事案で故意を責任要素とする立場からみても、責任能力低下前の行為と低下後の行為を構成要件上「一個の行為」とされる点に[124]

は賛同しうる。また、処断刑の形成を見すえて、構成要件上「一個の行為」を責任段階で再分断することで、刑法三九条二項を適用する指摘は、被告人にとって有利な解釈であろう。しかしながら、こうした見解は、刑法三九条の適否という犯罪の成否にかかわる犯罪論上の問題を、処断刑の形成という犯罪者に如何なる刑罰を課すべきかに関する刑罰論の観点から処理するものであり、犯罪論の解釈を超えた政策的判断であるといわざるをえない。

かような見解は、通常であれば刑法三九条を適用できない場合について、刑法三九条を準用する意図からでたものであろう。なるほど、罪刑法定主義は、国民に対して行動の自由を保障しようとするものである以上、超法規的見地からの被告人に有利な法文の準用は罪刑法定主義の制限に服するものではない。[125] しかしながら、佐伯仁志教授も述べておられるように、被告人に有利であるという理由のみで、犯罪成立阻却事由を規定した法文の準用が常に許容されるとは思えない。[126] けだし、罪刑法定主義が基づくものは議会制民主主義である以上、被告人に有利な準用が常に許されるとすれば、それは他面において立法者の権限を侵し、ひいては罪刑法定主義の根幹である法律主義を脅かすおそれがあるからである。[127]

5　以上の検討を前提に、この問題に対する私見を述べることにしたい。「承継的責任無能力」の事案は、「原因において自由な行為」と同様に、責任能力の低下という事実が介在する。しかし、そうした事実を重視するあまり、行為者に有利に機能する新たな概念を創出することは、責任の判断が構成要件の判断に先行するものであり、妥当ではない。

そこで、結果惹起までの間に複数の行為が介在する事案においては、構成要件の段階において、一つの意思に基づく一つの行為と評価できる法的事実の範囲は、どこまで及ぶかが問題となる。実行行為が客観と主観の統合体である以上、その一個性についても、客観と主観の双方から判断されなければならない。

すなわち、時間的・場所的に近接する責任能力低下前後の複数行為が、行為態様の点で反復継続性が認められ、その危険性も同質であれば、客観的に「一個の行為」であるといえよう。また、主観面においても、行為態様の反復継続性から、責任能力低下後の行為が責任能力低下前の意思決定に従ったものであれば、その時点における意思内容は行為開始時の表象ないし認容と同一であって、新たな意思決定があったといえない以上、主観的にも一個の故意を認めるほかない。かようにして、構成要件判断において、複数の行為は客観・主観の両面から「一個の行為」と判断すべきものである。

こうして、「一個の実行行為」が認められ、その危険性が構成要件的結果に実現したならば、既遂犯の構成要件に該当したと判断することができる。したがって、「加害行為の重大性」は、「一個の行為」となるための要件としては不要である。

6　なお、責任の実質は、構成要件的事実を前提に、犯罪事実の社会的意味を認識しつつ、あえて違法な行為にでたことに対する法的非難可能性である。したがって、有責性を判断するには、実行開始時の責任能力を検討すればよいのである。その後の責任能力状態の変化は、責任非難の程度に影響を与えることはあっても、責任の存否そのものに影響を与えるものではない。むしろ、責任の程度を左右する事情の変化は、量刑判断において斟酌すべきである。[128] したがって、「承継的責任無能力」の事案では、「責任能力低下の自招性」を行為者に既遂責任を認めるための要件として挙げる必要は無い。

以上、構成要件該当性、違法性乃至責任の有無についての判断は、実行の開始部分を基点に行うべきである。よって、因果経過にすぎない部分的行為については、犯罪の成否を検討する上でこれを独立して取り上げる必要がない。

なお、前述した長崎地裁平成四年判決の事案のように、実行行為の一個性が否定された場合、先行行為に故意（未遂）犯が成立するのは当然である。しかし、既遂結果を惹起した責任能力が低下した後の行為について、責任能力の低下を招いた原因行為が先行行為と別に存在する場合、後行行為が「原因において自由な行為」に当たるかについて別途検討する必要がある。既遂結果を惹起した後行行為に故意の「原因において自由な行為」が認められるとき、先行行為の故意（未遂）犯はこれに吸収されることになろう。

(109) 浅田・前掲宮澤浩一先生古稀祝賀第二巻三九〇頁。

(110) たとえば、浅田・前掲宮澤浩一先生古稀祝賀第二巻三九〇頁によれば、傷害致死（刑法二〇五条）の事案で、暴行途中から心神耗弱に陥った場合、これを一連の行為とみて完全な既遂責任を認めると、処断刑は三年以上の有期懲役となる。これに対して、心神耗弱の発生前後で一連の暴行を分断して科刑上一罪（刑法五四条）とした場合、心神耗弱下の暴行には刑法三九条二項が適用されるため（刑法三九条二項、同六八条三号）、その処断刑は一年六月以上一〇年以下の懲役となり、差が生ずると指摘される。

(111) 拙稿・前掲阪法六一巻五号一五八頁。Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 1914, S. 610.

(112) 拙稿・前掲阪法六一巻五号一六五頁。Vgl. Geilen, Sukzessive Zurechnungsfähigkeit, Jus, 1972, S. 76f.

(113) 佐久間・前掲刑法総論二五五頁参照。

(114) 安田・前掲甲法三七巻一・二号七八頁以下参照。

(115) 大塚・前掲刑法概説（総論）三五三頁参照。

(116) 拙稿・阪法六一巻五号一六五頁参照。Vgl. F. C. Schroeder, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2003, Rdnr. 31 und 33 zu § 16.

(117) 大塚・前掲刑法概説（総論）一一五頁、及び、佐久間・前掲刑法総論四六頁ほか参照。

(118) 葛原ほか・前掲テキストブック刑法総論二〇八頁［安田］、及び、拙稿「早すぎた結果発生と実行行為」阪法六〇巻一号（平二二）一六六頁。

(119) 林（美）・前掲神奈二八巻一号二九七頁以下。
(120) 山中・前掲産法三二巻二・三号三五二頁参照。
(121) 安田・刑事責任能力の本質とその判断（平一八）九五頁以下参照。
(122) 安田・前掲刑事責任能力の本質とその判断九五頁以下参照。
(123) 山口・前掲刑法総論六八頁以下、及び二五八頁以下参照。
(124) 浅田・前掲宮澤浩一先生古稀祝賀第二巻三九〇頁。
(125) 大塚・前掲刑法概説（総論）六六頁。
(126) 佐伯仁志「罪刑法定主義」法教二八四号（平一六）五二頁参照。
(127) 佐伯（仁）・前掲法教二八四号五二頁参照。
(128) 大塚・前掲刑法概説（総論）四八三頁。

## 五　おわりに

本稿は、実行行為の途中で責任能力が低下した上で当初の故意を実現した「承継的責任無能力」の事案について、これを構成要件該当性の観点から捉えている。その際、複数行為間に「反復継続性」と危険の同質性が存在し、主観的にも新たな意思決定が存在せず、一個の実行行為が認められるならば、行為の開始時点において責任非難が可能であるとした。けだし、構成要件の段階で確定した一個の構成事実は、後の違法ないし責任の判断にも影響を及ぼすからである。しかし、こうした考え方に対しては、仲道准教授から必ずしも自明でないという指摘がなされている。(129) かのような指摘に対しては機会を改めて考察することにしたい。

(129) 仲道祐樹「過剰防衛における行為把握」早稲田社会科学総合研究一二巻二号（平二三）一〇頁以下参照。

【追記】拙稿「『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――」阪法六一巻五号（平成二四年一月）一五三頁以下を公表後、滝谷英幸「『一連の行為』概念をめぐる思考方法（一）――『原因において自由な行為』及び『実行行為途中における心神喪失』を素材として――」早大大学院法研論集一四一号（平二四）三〇一頁以下に接した。また、行為の一体性評価をめぐる問題に関して、大塚裕史・刑法総論の思考方法（第四版・平二四）三四五頁以下に触れた。