

原因において自由な行為に関する学説の検討

法学部3年 岡山七星

<目次>

- | | |
|-------------|-----------------------|
| I . はじめに | III . 原自行為の法的構成に関する考察 |
| II . 学説の検討 | IV . おわりに |
| (1) 構成要件モデル | |
| (2) 例外モデル | |

I . はじめに

近代刑法においては、犯罪行為に及んだことを有責なものとして非難・処罰の対象とするためには、犯罪行為時に責任能力が備わっていなければならない。これが認められない場合には行為の責任を問うことはできず、そのとき行われた犯罪行為については不可罰となる。これを「行為と責任の同時存在の原則」(以下、同時存在の原則と表記する。)という。同時存在の原則は責任主義の一派生原則と理解されており、この原則を形式的に適用するならば責任能力ない状態で行われた行為の全ては、責任追及できないことになる。

しかし、そのような場合であったとしても、酩酊状態に乗じて殺人行為に及ぶ意思で飲酒し、泥酔状態に陥り実際に殺人行為に及んだ等、自ら責任無能力状態を引き起こし、それに乗じて犯罪行為を行った場合についても同様に責任追及できないとすることは、社会一般の処罰感情からは認めがたい。上の例のように、自己が引き起こした責任無能力状態に乗じて犯罪行為に及ぶような行為を「原因において自由な行為」(以下、原自行為と表記する。)という。原因行為時には責任能力は存在するが結果行為時には責任無能力状態であった場合は、同時存在の原則を厳格に解するなら結果行為の責任を問

うことはできない。結果行為に対して有責性を認めるためには、責任能力が存在する時点での行為、つまり原因行為を帰責の対象にしなければならないことになる。このように、原自行為の場合についても、結果行為の有責性を認める理論を、「原因において自由な行為の法理」(以下、法理と表記する。)という。

原自行為の理論については、その理論的根拠が明らかでない点と、その処罰が刑法の原則に反するものではないかという点の2つが学説上の主な争点となっている。

本稿では、有責性の判断が困難となる故意犯の原自行為に焦点をあてた上で、原自行為において対立している学説の紹介・検討を行い、どのように処罰を根拠づけるべきかについて私見を述べることにしたい。

Ⅱ．学説の検討

(1) 構成要件モデル

故意犯の原自行為については、一部の学説を除いて「違法・有責なもの」であるとしての判断がなされており¹⁾、旧通説は、原因行為こそが実行行為であると解した上で、発生結果(結果行為)は単なる因果の流れにすぎないとして原自行為を通常の犯罪と同様に理解する見解を採っている。責任能力が存在する原因行為を実行行為と解することによって、同時存在の原則に反することなく原自行為の処罰に正当な根拠を与えることができる。この見解を「構成要件モデル」といい、このように解するためには、帰責時点である原因行為時に実行行為性が認められなければならない。原因行為に実行行為性を認めるために、原自行為を間接正犯と同じ理論構成をもつものであると解した上で、原因行為に間接正犯としての実行行為性を認める「間接正犯類似説」(以下、類似説と表記する。)の立場から根拠づけがなされている²⁾。

類似説は、原自行為を『間接正犯と類似の構成をもつもの』と定義している。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、原自行為は

責任能力のない自己を道具として利用する点に違いがあるにすぎないものとして、間接正犯の利用行為に対応する原因行為を実行行為として認める³⁾。このように理解するためには、原因行為自体が間接正犯としての構成要件定型性を有しているといえなければならない。つまり、間接正犯は、被利用者を完全な道具状態にした後、自己の犯罪目的実現の道具として利用することに正犯としての責任を負うものであるから、原自行為についても原因行為時に自己を完全な道具として利用できる状況を備えていなければ、間接正犯と同様に解することはできないということである。

このように、原自行為と認められるためには、行為者が完全な道具状態に陥っていたということがいえなければならないが、行為者の状態が道具状態と認められない状態、つまり限定責任能力状態であった場合にはどうであろうか。類似説を厳格に解するならば、法理の適用はできない⁴⁾。しかし、限定責任能力状態は、責任無能力時よりも判断能力が残存しており、翻意する可能性があることから、非難の度合いがより大きいものであるといえる。このことから、限定責任能力の場合でも完全な責任を問うるのではないかという見解が主張されており、「身分のない故意ある道具」を利用した間接正犯の場合を援用すれば帰責が可能であるとしている⁵⁾。身分のない故意ある道具とは、例えば、非公務員であるAが公務員Bの代わりに賄賂を受け取った場合など、背後者の意図を、媒介となる者が実現する場合である。この場合、媒介者には構成要件要素である身分や目的が欠けるため、構成要件該当性が認められない。しかし、媒介者の背後の行為者（背後者）Bに対して不法を完全に帰属できるのであれば、間接正犯を肯定することができる。上の例でいうならば、実際に賄賂を受け取ったAには、収賄罪の構成要件として必要とされている公務員という身分がないので、収賄罪が成立しない。しかし、Bから賄賂を受け取るように指示されていた等、背後者に違法性を帰属できる事情があるときは、Aの背後者Bに対して、収賄罪の間接正犯が認められる。この「身分のない故意ある道具」を、原自行為にあてはめて考えれば、限定責任能力であっても間接正犯類似として、原自行為の成立を認めること

は可能である⁶⁾。限定責任能力者についても道具状態を認めることから、完全な道具状態を求める類似説との矛盾が生じるとの批判がある。

また、処罰肯定の立場からは、正犯的責任と共犯的責任を合一して全体としての完全な責任を問うという根拠も提示されている。正犯的不法とは、限定責任能力状態を惹起して結果を引き起こしたという直接的な責任であり、共犯的責任とは、結果行為発生に対する、行為の原因となる限定責任能力を惹起したという間接的な責任である。この2つの責任を合わせて一つの完全な責任を問うというのが本見解であるが、これによれば、先に述べた見解のように類似説との矛盾を引き起こすことなく、合理的な解決をはかることが可能である。

しかし原自行為は、「誰が正犯としての責任を負うか」という正犯論からなる問題であり、この見解は、「どの程度違法性があるか」というような、不法論に転用して考えていることから、いささか技法的な側面があるといえる⁷⁾。

原因行為時に実行行為性を認めるために、原自行為を遡及禁止の原則の例外と解する「遡及禁止説」からも、以下のような根拠付けがなされている⁸⁾。遡及禁止の原則とは、通常の犯罪類型について、構成要件該当行為を結果行為以前に遡って求めることを許さないとする原則である。これによれば、発生結果の責任を引き受けるのは結果を故意に惹起した場合のみであり、それ以前の原因行為に遡って責任を問うことはできないことになる。遡及禁止説とは、原自行為において、結果行為の時点では責任が欠如するため、遡及禁止の原則が妥当しないことを根拠に、結果を故意で引き起こしたとはいえない時点で遡及禁止の原則は妥当せず、構成要件該当行為の遡及を認めることができるとするものである。

これらは、原因行為に実行行為性を認めることの理論的根拠を探究するものであるが、以下のような問題点が指摘される。まず、原因行為時に実行行為性を肯定するとなると、未遂犯が成立する実行の着手時期が、原因行為時に認められることになるから、おおよそ未遂と評価しえない行為まで未遂犯として処罰対象にしてしまうおそれがある。つまり、構成要件の危険性が発

生していない行為について実行行為を認めることで、構成要件としての定型性が拡大し、実行行為概念が曖昧になるということである。例えば、飲酒後の酩酊状態下での殺人行為について、類似説では飲酒行為が殺人行為の実行行為であるとして飲酒開始時に殺人未遂が成立すると評価するが、単なる飲酒行為では法益の現実的危険が生じていない以上、殺人の未遂とはいえず、仮に、このように解するならば、結果不発生の場合（飲酒後眠ってしまった場合など）でも殺人未遂と評価してしまうことから、処罰範囲の不当な拡大につながるといえる。これらの批判に対しては、原自行為を完全に間接正犯の一類型と解することで実行の着手の問題は解決可能であるといった反論がなされている⁹⁾。これに対しては、通常の犯罪類型と異なる解釈を要するからこそ、原自行為の理論という独自の見解が立てられているのであり、完全に間接正犯と同一に解釈するならば、原自行為を理論立てする意味はないといえるのではないだろうかという反論がなされている¹⁰⁾。

これらは構成要件モデルに依拠した見解であるが、後に述べる例外モデルからの見解によれば、原自行為の処罰根拠は一つの意味決定に貫かれた実行行為という点にあるから、原因行為時から結果行為時まで意思が一貫していれば足り、このような理由づけは不要であるといえる。

構成要件モデルは、原因行為から結果行為までの関係を相当因果関係説に求めている。相当因果関係説とは、原因から結果が起こることが「経験上相当である」というような場合に因果関係を認める見解である。例えば、AはBに対して殺意を持ってナイフで切りつけ、軽傷を負わせるにとどまったが、乗っていた救急車が事故に遭い、Bは交通事故により死亡したというような場合、Aが軽傷を負わせなければBは救急車に乗ることもなく、交通事故で死亡することもなかった。しかし、そのような関係のみでAにBに対する殺人罪の罪責を負わせるのは妥当ではない。なぜなら、Bの死亡の原因は、直接Aの行為によって引き起こされたものでないからである。

このように、原因から結果が引き起こされたことが「相当である」といえる場合にのみ、行為者に責任を問うことができるという見解が相当因果関係

説であるが、原自行為にも原因から結果について相当性を求めるとすれば、結果行為が発生したことが原因行為からみて相当なものであった場合にのみ原因行為への遡及的な責任追及が可能であるということになる。相当因果関係説を採ることにより、原因行為に結果発生の危険性と同時に、未遂犯としての危険性も必要となり、このように解するならば、原因行為に未遂犯成立の危険性がない限り原自行為は成立せず、成立範囲が著しく狭くなるおそれがある。

しかし、原自行為において要求される危険性が未遂犯成立に必要な危険性が同一でなければならない理由はなく、このような危険性がないという理由で原自行為の可罰性を否定することは妥当でない。

たしかに同時存在の原則は刑法の重大原則であるが、この原則を追及することで実行行為概念の空洞化を招き、個人に対して不当な制限が加えられるおそれがある。原因行為時に殺人の故意がなかった（つまり単なる飲酒行為の）結果、殺人に及んでしまった場合、原因行為（飲酒行為）に殺人の実行行為を認めるのが構成要件モデルの考え方であるが、殺人罪の規定は生命に具体的危険を及ぼす行為を処罰の対象とするものであって、上のように、それ自体は何の評価もなしえない行為に対して実行行為性を認めることは、個人の自由に対して不当な制限を加えるということにならないだろうか。また、原因行為時の意思決定を処罰の対象としているが、原因行為時の意思と結果が食い違っていた場合は、原因行為時の意思内容を処罰の対象とするのか、若しくは発生結果に対して処罰をするのが明確ではない。これらについての解決策はなく、この点について通説は評価しがたい。

(2) 例外モデル

例外モデルは、構成要件の明確性を保持し、実行行為の内容を確定した上で原自行為の可罰性を認める見解である。これによれば、責任無能力状態下の行為を実行行為としつつ、原因行為時の意思態度に着目し、その時点で非難可能性が認められれば責任を負わせることが可能である¹¹⁾。この理論は、

「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にすぎず、それらが責任自体ではないのである。」という見解を出発点としている¹²⁾。次に述べる例外モデルの諸見解は、同時存在の原則を拡張することで、原自行為の処罰に明確な根拠を示している。

例外モデルの見解としてはじめに唱えられたのが、正犯行為と実行行為を分離し、実行の着手概念を変更する形で実行行為時に帰責する根拠を求める説である¹³⁾。これによるならば、同時存在の原則における「行為」とは実行行為であり、「行為」から結果発生まで、①不連続に結果行為の意思が生じる場合（非連続型）と②意思が連続していると認められる場合（連続型）とに分けて考えることができる。①の例としては、AがBに暴行を加える故意をもって飲酒し、泥酔したAが当初の目的を忘れ、Bに強盗を行ったような場合であり、②は、酩酊状態に陥ってそのままBを殴りつけたような場合である。①では原因行為時との関連性は認められないが、②については「行為」時の意思決定と発生結果の間の関連性を認め、原因行為への帰責を可能とする。この見解は、原因行為時から結果行為時まで、意思が連続していた場合に原自行為として責任能力の遡及追及を認めることから、「意思連続説」とよばれている。故意犯の原自行為は原則的に「意思が連続」している場合に限られ、①のような、当初の故意とは別の内容の結果が生じてしまった場合は原自行為とすることができない。本説では、原自行為を2つの類型に分けて考えることで、同一行為に異なる評価を与えている。

原因行為から結果行為の関係性を重視することは、原因行為に責任能力遡及をはかる上で重要ではあるが、意思の連続を求めることによって、原自行為の処罰範囲が狭くなるおそれがある。そこで、原自行為の概念を拡張することにより同時存在の原則を維持しつつ、その可罰性を肯定する見解が主張された。これによれば、責任能力は「必ずしも実行行為の当時にある必要はなく、原因設定行為をも包括する『行為』の時点にあれば足り」るのであり、包括する行為とは、責任能力ある状態でなされた一つの意味決定に貫かれた「連続した意思決定に基づく行為」であるとして、原自行為の可罰性を基礎

づける¹⁴⁾。

本説は、原自行為における行為を「一つの意思に貫かれた」行為であると解することから、「意思一貫説」といわれている。これによれば、責任評価の対象は違法行為そのものではなく違法行為に対する行為者の意思決定であり、結果行為時に責任能力がなくても、原因行為に及び意思決定がなされた時点で責任能力が認められる。たとえ結果行為時に責任無能力であったとしても、原因行為時に自由な意思決定があり、結果としてそれを実現したといえる場合は、その行為全体について責任を負っても然るべきであるとするのである。本説においては、責任能力遡及において求められる因果関係を、意思決定から実行行為までの一連の経過に求めることにより充足する。

これに対しては、最終意思決定は結果行為時にされたとみる他ないのではないかという批判がなされる¹⁵⁾。責任無能力状態であったとしても、行為能力自体は存在しており、その範囲で原因行為の意思が翻意する可能性は十分にあり、はじめの意思によって以後の行為が支配されているとは必ずしもいえず、原因行為時に予見・予期していた結果が発生するとは限らないということである。この指摘は、原自行為での意思が固定されたものではないという点では妥当であるといえる。しかし、犯罪行為の責任を負わせるためには、やはり完全な責任能力が必要であり、行為能力が存在する範囲での能力を重視するとはいっても、それはやはり不完全な意思決定であり、判断の基準とすることはできない。

意思一貫説では、原自行為を、責任能力ある状態でなされた意思決定によりコントロールされた一つの「経過」とであると解しており、原因行為時の意思決定から実行行為時までは一連の「自動性」があるとする。しかし、責任能力は、実行行為以前に行為を統制する能力(事前コントロール)ではなく、責任能力がある時点での行為制御能力(同時的コントロール)である。完全な責任能力で意思決定されたからといって、結果行為時までには自動性が肯定されたとはいえない。本説は責任能力の効果を、結果行為までの自動性を設定するものであるととらえているところに問題があるが、一連の「経過」を

問題とする点においては、次に述べる「因果連関・責任連関説」(以下、連関説と表記する。)と共通している。

連関説は、意思一貫説における行為拡張が問題あるものといえる以上、原因行為から結果行為までの因果関係を問題にせざるをえないとする見解である¹⁶⁾。つまり、原因行為と結果行為の間に、一般の犯罪において求められるのと同様の因果連関と責任連関が認められれば、原因行為時に責任能力があったとして帰責を可能とする¹⁷⁾。ここで求められている因果連関とは、原因行為から結果行為に及ぶことが因果的に相当といえる関係であり、責任連関とは、因果連関が認められた行為から結果までの可罰性を基礎づける関係である¹⁸⁾。

原因行為と結果行為との間に因果連関を認めるためには「原因なければ結果なし」という条件関係が必要であり、また、その条件関係に加えて「通常人からみて相当であること」が必要とされる。これについては、条件関係があれば因果関係を認める説と、その条件関係が相当性を帯びるものであることが必要であるという説がある。因果連関の内容を前者のように解するのなら、前者においては、原因行為時(飲酒行為時)に「酩酊すれば暴力行為に及ぶ」という認識・予見があれば因果関係は肯定される。例えば、酩酊すれば他人に暴力をふるう性癖のある者が飲酒し、実際に行為に及んだ場合は、酩酊後、暴力行為に及ぶことが因果関係上相当であるとして条件関係を容易に認めることができる。問題は、元気づけのため飲酒をし、酩酊状態で犯行に及んだ場合である。このような場合には、酩酊状態に陥らなかったとしても、犯行に及ぶであろうから「飲酒行為がなければ行為におよばなかったであろう」という関係が認められない。また、行為者が飲酒後そのまま眠ってしまったような場合なども、責任無能力状態に陥ったからといって必ずしも犯罪目的が実現できるとはいえないことから、上記のような関係が認められない。このような結論となる理由は、条件関係の理解にある。条件関係を考えるにあたっては、原因時に「仮定的判断」をするから、暴力癖のある者の飲酒について、その行為に及ぶことが認識可能であった場合には条件関係を

認めうる。しかし一方で、「必ずしも行為者が犯罪行為に及ぶとは限らない」、いわゆる元気づけのような場合には条件関係を認めることが困難となる。

一方、因果連関を認めるにあたって相当因果関係を要求している場合は、①実行行為の危険性②その危険の結果への実現が必要となり、原因行為に実行行為と同等の危険性を認めることができるかということと、その危険性が実現したかということが問題となる。前者において要求される危険性とは、未遂犯成立時に必要となる危険性とは異なり、原因行為時の故意を実現する具体的事情に基づく危険性であることがいえなければならない¹⁹⁾。これらの危険性は、責任無能力という不安定な状況で必要とされる危険性であるから、単なる原因行為時の故意では危険性を認めることはできない。ここで示されている具体的事情とは、「酩酊すると暴行をはたらく」等の事情であり、これが認められてはじめて、相当因果関係の存在が肯定される。

原自行為の可罰性を肯定するためには因果連関が認められることが必要であるが、それと同時に、その因果関係（原因行為からの一連の経過）が原因行為によって設定されたということ（責任連関）がいえなければならない。責任連関を認めるためには、原因行為の時点において故意・過失が必要であり、その内容は、自己の行為によって結果が惹起することの認識であると解される。つまり、責任連関を認めるためには、原因行為時に自己の行為が結果発生危険性を有することを認識していたことがいえなければならないのである。これの具体的な例としては、列車を転覆させようとしているポイント係が、列車の通過時間前に栄養剤と間違えて睡眠薬を飲んで眠ってしまい、列車通過時にポイント操作をせず、列車を転覆させた場合が挙げられる。ここでは、結果的には行為者の意思が実現しているのだが、結果行為への故意がなかったことを理由に、故意犯の成立を否定している。栄養剤を飲む認識で原因行為（睡眠薬を飲む行為）に及んだのであるから、後に列車を転覆させるつもりであったとしても、原因行為に及んだ時点には転覆させる意思はないといえる。原自行為の成立においては、単に原因行為によって結果が発生・強化されるという行為者の認識だけではなく、危険性の実現への認識と

発生結果自体の認識も必要となる。原因行為時の意思内容と同一の結果が発生したからといって結果行為を原自行為として処罰することはできない。このように解する点においては、上記の理由づけは妥当である。

しかし、原因行為に及ぶこと自体に認識を必要とする根拠は明らかではなく、上の例のように、行為によって責任能力が喪失するという認識を必要とすることは、原因行為自体を処罰の対象としていることにならないだろうかという批判があるが、これに対しては、故意の原自行為と過失の原自行為の区別をつけるためには「二重の故意」を要求することによって解決を図っている。責任連関を求める見地からも、二重の故意を要することは妥当であるといえる²⁰⁾。

Ⅲ．原自行為の法的構成に関する考察

原自行為の理論における学説の対立は、刑法が犯罪のどの要素を処罰対象にすべきか、という問題に帰結する。構成要件モデルでは、同時存在の原則に合致することを理由に原自行為の処罰を正当なものとしている。しかし、構成要件モデルとして同時存在に合致するものであると理解するためには、先に述べたような構成要件定型性の拡張的理解による実行の着手時期が早期に認められることに関する問題の解決が必要である。しかしこれらの問題点に関して具体的な解決方法はなく、もっぱら立法的な解決を試みるべきというのが定型説である²¹⁾。

原自行為を構成要件モデルとして理解する場合、原自行為を原則に合致させるために構成要件外の行為を処罰の対象にすることで、個人の行動の自由に関して不当な制限を加えうる危険性がある。飲酒酩酊後の殺人行為の場合では、殺人という違法な結果によって、通常では処罰の対象とはなりえない飲酒行為に殺人の着手を認めることになり、結果として処罰範囲を拡大させることになる。処罰範囲が原因行為後の行為によって左右されることは、行為と責任の同時存在の原則の見地、ひいては罪刑法定主義の趣旨の見地から

妥当とはいえない。同時存在の原則は、本来は犯罪成立範囲を限定・縮小するための原則であり、このように原則の成立を図ることにより処罰範囲が広がってしまうような場合は、行為と責任の同時存在を遵守する必要はないといえるのではないであろうか。

例外モデルでは、意思一貫説や関連説から明らかなように、責任能力遡及の根拠として、結果からみて原因行為が結果を発生させるに足る因果関係を有していることを要する。つまり、結果と何らかの関連を持つ「行為」を対象として責任能力との同時存在をはかっているのである。

このことから、例外モデルは同時存在の原則に完全に背馳するものではなく、原自行為が同時存在の原則の「見せかけの上での例外にすぎない」ということを論証するものであるということがうかがえる。また、「結果発生的重要因素となる行為」を原自行為としての処罰対象にしていることから、「何が原因行為にあたるか」ということを事後的に判断しており、これによって、同時存在の原則に該当する行為ではなく、法益侵害をもたらした「行為」を違法性の判断材料としていることが分かる。これらのことから、例外モデルが処罰対象として求めている「行為」とは、責任能力を要する地点を觀念上拡張された「行為」であるということがいえる。

Ⅳ．おわりに

以上のことから、構成要件モデルと例外モデルの「刑法における処罰觀念の違い」が明らかになる。構成要件モデルは、違法と評価される行為を罰するという行為無価値論の考えに基づくものであり、原自行為では、同時存在の原則に合致した行為を処罰する。このように解すると、刑法の処罰対象は、「法が禁止する行為」ということができる。しかし、そのような「行為」のみに視点をおいた処罰基準では、実際に法益侵害もしくはその危険性が発生したとしても、行為態様が法規定にない場合、その理由のみで処罰ができないことになる。一方、例外モデルは、違法評価の対象は法益侵害（結果）

であるとする結果無価値論によるものであり、「行為」が何であるかについては考慮に入れない。この考えによるならば、行為態様が法規定に存在しなかったとしても、実際に法益侵害が発生していれば処罰が可能であるということができ、刑法の「法益保護機能」と「法益侵害行為に対する制裁」という2つの機能が担保されることとなる。刑法による処罰の対象は「法益侵害行為」であって、法によって禁止・命令されている「行為」ではない。たしかに、刑法上明文化されている行為類型は法益侵害の危険性を持つ行為である。例えば、殺人罪のように法益侵害の具体的危険性が差し迫ったような場合は、殺人未遂という明文化された規定が存在する。しかし、原自行為の理論を構成要件モデルと解するならば、後の結果行為からみて責任能力喪失の原因となる行為それ自体には結果発生危険性が認められない。また、原因行為自体は条文に明記された行為ではない以上、この理論によって原自行為の処罰を基礎づけることはできない。仮にこれを肯定すれば、構成要件は明文化されている範囲以上に拡大し、処罰の基準が曖昧になり、結果として社会秩序の維持は困難となる。また、刑法における「予め犯罪となる行為を予告することによる威嚇・犯罪予防」の効果が損なわれるおそれがあり、結果として個人の自由な活動を制限することになる。

違法性の評価は法益侵害結果が生じてはじめて行われるべきであり、このように、法益侵害の危険性が伴う「行為」が違法性評価の対象であるという明確な基準立てをすることによって、法律についての知識を欠く一般人についても原自行為の適用範囲の予測が容易となるのである。以上のような点から、例外モデルを採るのが妥当といえるのではないだろうか。

しかし、例外モデルにも問題が全くないという訳ではない。現代刑法における諸原則との調和に関して、例外モデルでは調整が必要な点はいくつかあり、例外モデルと刑法の諸原則をいかに適合させていくかの考察が今後の課題となる。

注

- 1) 浅田〔1〕293頁は、原自行為の法理について否定的な立場を示している。
- 2) 構成要件モデルの主張者として、団藤〔23〕161頁、井田〔9〕340頁、佐久間〔7〕294頁などが挙げられる。
- 3) 団藤〔23〕161頁。
- 4) 団藤〔23〕162頁。
- 5) 「身分のない故意ある道具」については、山口〔19〕69頁参照。
- 6) 限定責任能力下の原自行為の可罰性を肯定しうるかについて、大塚〔30〕162頁によると、間接正犯と並行に理解できるものであると解しており、故意の原自行為の場合と異なるべきではないとする。
- 7) 井田〔9〕343頁。
- 8) 山口〔47〕175頁、林美月子〔42〕188頁参照。これは、原自行為に独自の理論的根拠を与えるものではなく、むしろ類似説の責任遡及を根拠づける説であるといえる。
- 9) 山口〔47〕303頁。
- 10) 齋藤〔35〕199頁。
- 11) 佐伯〔22〕320頁、西原〔25〕462頁、また、山口〔24〕193頁では、従来採っていた構成モデルの見解から例外モデルへと改説したことについて言及している。
- 12) 佐伯〔22〕322頁参照。この理論は、「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。」として、同時存在の原則に疑問を呈している。しかし、具体的な根拠については言及しておらず、後の各見解によってその根拠づけがなされている。
- 13) 平野〔12〕105頁。
- 14) 西原〔33〕30頁。
- 15) 最終意思決定時の理解として、西原〔33〕34頁。また、これに対して通説は、「行為時に責任能力があれば、その後に責任能力が排除・減弱されるに至った原因が何であるかにかかわらず、これを常に有責とするのではあきらかに行きすぎである。」と批判している。
- 16) 山口〔47〕169頁。
- 17) 山口〔47〕175頁（注15）では、実行行為は因果設定行為として因果連関の始点であり、問責の対象であると解している。
- 18) これについて、山口〔47〕174頁。
- 19) ここで必要とされている危険性とは、未遂犯で要求されているような具体的危険性である必要はなく、「性癖」などの特段の事情が前提となった相当程度の危険が必要

であると山口〔47〕175頁は言及している。

- 20) 林美月子〔45〕305頁。ここでは、「二重の故意を認める根拠として、二重の故意を要求せずに ……故意の原自行為を制限するとすれば、完全責任能力として扱われる場合が拡がりすぎる。」と二重の故意が故意責任を代替しうるかということについて肯定的に捉えている。
- 21) これについて、浅田〔37〕152頁は、立法措置が抑制的な役割を果たすことについては異論ないが、「同時存在の原則は充足されないと考えざるをえない。」と述べている。また、立法的解決についての肯定的な見解として、団藤〔23〕163頁。

参考文献

- 〔1〕浅田和成著、『刑法総論補訂版』、成文堂、2007年、289頁。
- 〔2〕井田良著、『講義刑法学・総論』、成文堂、2008年、451頁。
- 〔3〕井田良・丸山雅夫著、『ケーススタディ刑法第2版』、日本評論社、2006年、204頁。
- 〔4〕浅田和茂著、前掲初版、2005年、289頁。
- 〔5〕川端博著、『刑法講義総論〔第5版〕』、成文堂、2000年、400頁。
- 〔6〕斎藤信治著、『刑法総論〔第6版〕』、有斐閣、2008年、218頁。
- 〔7〕佐久間修著、『刑法講義（総論）』、成文堂、2000年、291頁。
- 〔8〕曾根威彦著、『刑法総論〔第4版〕』、弘文堂、2008年、150頁。
- 〔9〕井田良著、『刑法総論の理論構造』、成文堂、2005年、328頁。
- 〔10〕西田典之著、『刑法総論』、弘文堂、2006年、264頁。
- 〔11〕林幹人著、『刑法総論〔第2版〕』、東京大学出版会、2008年、327頁。
- 〔12〕平野龍一著、『刑法概説』、東京大学出版会、1977年、104頁。
- 〔13〕福田平著、『全訂刑法総論〔第3版〕』、成文堂、1994年、193頁。
- 〔14〕内田文昭著、『現代法律講座26刑法Ⅰ（総論）』、青林書院新社、1977年、226頁。
- 〔15〕前田雅英著、『刑法総論講義〔第4版〕』、東京大学出版会、2006年、380頁。
- 〔16〕古田佑紀・佐藤文哉・河上和雄・大塚仁編、『大コンメンタール刑法第2版〔第3巻〕』、「原因において自由な行為（総論）」、島田仁郎＝島田総一郎、青林書院、1999年、34頁。
- 〔17〕松宮孝明著、『刑法総論講義〔第3版〕』、成文堂、2004年、164頁。
- 〔18〕井田良ほか著、『よくわかる刑法』、ミネルヴァ書房、2006年、82頁。
- 〔19〕山口厚著、『刑法総論〔第2版〕』、有斐閣、2005年、254頁。
- 〔20〕山中敬一著、『刑法総論〔第2版〕』、成文堂、2008年、605頁。
- 〔21〕大谷實著、『新版刑法講義総論〔新版第3版〕』、成文堂、2009年、330頁。

- [22] 佐伯千仞著,『刑法における違法性の理論』,有斐閣,1974年,309頁。
- [23] 団籐重光著,『刑法綱要総論[第3版]』,創文社,1990年,160頁。
- [24] 山口厚著,『問題探求刑法総論』,有斐閣,1998年,187頁。
- [25] 西原春夫著,『刑法総論(下巻)[改訂準備版]』,成文堂,1993年,458頁。
- [26] 莊子邦雄著,『刑法総論』,青林書院,1976年,481頁。
- [27] 中山研一著,『刑法総論[補訂第2版]』,成文堂,2007年,199頁。
- [28] 島岡まな著,『ワークスタディ刑法総論[第2版]』,不磨書房,2002年,84頁。
- [29] 木村光江,『刑法[第2版]』,東京大学出版社,2002年,98頁。
- [30] 大塚仁,『刑法概説(総論)[第3版増補版]』,有斐閣,2005年,159頁。
- [31] 平野龍一,『刑法総論Ⅱ』,有斐閣,1975年,300頁。
- [32] 中空壽雅,「原因において自由な行為の法理の検討;原自行為の成立要件」,『早稲田大学大学院法研論集32号』,成文堂,289頁。
- [33] 西原春夫,「原因において自由な行為についての再論」,『団籐重光博士古稀祝賀論文集第3巻』,成文堂,1984年,29頁。
- [34] 内田文昭,「原因において自由な行為について」,『西原春夫先生古希祝賀論文集第2巻』,成文堂,1998年,175頁。
- [35] 齋藤信宰,「原因において自由な行為」,『西原春夫先生古希祝賀論文集第2巻』,成文堂,1998年,193頁。
- [36] 日高義博,「原因において自由な行為の理論の理論的枠組について」,『西原春夫先生古稀祝賀論文集第2巻』,成文堂,1998年,219頁。
- [37] 浅田和成,「原因において自由な行為」,『刑法理論の探求中義勝先生古希祝賀論文集』,成文堂,1992年,283頁。
- [38] 中空壽雅,「『原因において自由な行為の法理』の検討[故意の原自行為の成立要件](一)」,『早稲田大学大学院法研論集52号』,成文堂,1993年,173頁。
- [39] 中空壽雅,「『原因において自由な行為の法理』の検討(二)」,『早稲田大学大学院法研論集54号』,成文堂,1990年,141頁。
- [40] 中空壽雅,「『原因において自由な行為の法理』の検討(三)」,『早稲田大学大学院法研論集54号』,成文堂,1990年,217頁。
- [41] 川端博,「原因において自由な行為」,『刑法の争点 法律学の争点シリーズ1』,有斐閣,1977年,68頁。
- [42] 林美月子,『情動行為と責任能力』,弘文堂,1991年,185頁。
- [43] 中空壽雅,「原因において自由な行為の法理」の有用性について;ドイツ連邦通常裁判所判決を素材として」,『宮澤浩一先生古希祝賀論文集第2巻;刑法理論の現

原因において自由な行為に関する学説の検討

- 代的見解，第2巻』，成文堂，2000年，393頁。
- 〔44〕林美月子，「故意犯と原因において自由な行為」，『別冊ジュリスト142号 刑法判例百選Ⅰ総論〔第4版〕』，有斐閣，1997年，78頁。
- 〔45〕岩井宣子，「実行行為と責任能力」，『別冊ジュリスト142号 刑法判例百選Ⅰ総論〔第4版〕』，有斐閣，1997年，74頁。
- 〔46〕林美月子，「実行行為途中からの責任能力」，『神奈川法学28号』，神奈川大学法学会，1993年，283頁。
- 〔46〕丸山治，「限定責任能力と原因において自由な行為」，『別冊ジュリスト142号 刑法判例百選Ⅰ総論〔第4版〕』，有斐閣，1997年，80頁。
- 〔47〕山口厚，「『原因において自由な行為』について」，『団籐重光博士古希祝賀論文集第2巻』，有斐閣，1984年，162頁。