

紹介

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

古稀祝賀論文集の紹介(八)

Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999.

刑法読書会

松宮孝明編

目次

ギュンター・ヤコブス「客観的帰属論に関する覚え書き」

ハロー・オットー「危険な製品の供給に対する刑法上の責任」

——以上二〇〇〇年一号

ハインツ・シェツヒ「延命措置の限界に関する未解決の諸問題」

フレイドゥン・イェニセイ「トルコの資金洗浄法について」

——以上二〇〇〇年二号

ミヒヤエル・ケーラー「帰責の概念」

ヴァルター・グロツプ「『義務衝突』：義務の衝突もなければ、

衝突状態にある義務もない」

——以上二〇〇〇年五号

アルビン・エーザー「比較法的視点における治療行為の規定につ

いて」

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ「古稀祝賀論文集の紹介(八)」(松宮)

デイーター・レスナー「過失理論の試金石としての、スポーツに

おける不注意な行態」

——以上二〇〇一年二号

クラウス・ロクシン「終了未遂の中止としての既遂の阻止」

ヴィルフリート・キューパー「生命を危殆化する措置」

——以上二〇〇一年三号

マンフレート・マイヴァルト「資金洗浄罪の構成要件における解釈

問題」

ユルゲン・ザイアー「国選弁護人の任命取消」

——以上二〇〇一年四号

クリスチャン・キュール「緊急権における自由と連帯——カント

実践哲学に基づく法哲学的考察——」

一六六三(九五)

エレン・シュリュヒター「結果犯における故意の原因において自由な行為について」

——以上二〇〇一年五月

ギュンター・シュペンデル

「原因において自由な行為と堂々巡り」

Günter Spendel, *Actio libera in causa und kein Ende*, FS Hirsch, S. 379 ff.

本論文は、原因において自由な行為（以下 *a. l. i. c.* と略記する）に関する構成要件モデルの立場から、これに向けられた最近の批判に対処しようとするものである。シュペンデルの立場は既にわが国でも知られており（とくに神田宏「原因において自由な行為の法理素描」近畿大学法学四三巻一号一三六頁以下参照）、それに従うヘルツベルクと共に、ドイツにおける構成要件モデルの一としての地位を確立している。すなわち、自己酌訂のような原因行為は、事前の段階では予備であるが、事後の段階では実行行為として評価されるのであり、その原因行為時に責任能力が同時存在する以上、*a. l. i. c.* の処罰は問題なく認められるというのである。

しかし、シュペンデルの説明が説得的かつ十分なものは相当に疑わしい。例えば、離隔犯の一種である爆殺の事例で結果発生時に責任無能力状態であつてもよいことが、実行開始時の責任能力が問題となる *a. l. i. c.* の理由づけにはなりえないことは明らかである。そして、最も説明されるべきなのは、どうして事前的にみれば予備にすぎないものが事後的にみれば遡つて実行行為と評価されるのかであると思われるが、シュペンデルはこれを幾つかの類型ことに結論を示しているだけで、理由づけに乏しいと言わざるをえない。また、同じ危険性をもつた原因行為が、事後的に責任無能力状態が生じるかどうか、あるいは、酔いつぶれるかどうか次第で、予備行為にも実行行為にもなりつるとするのは、余りに便宜的であると思われる。

もっとも、道路交通危殆化罪など、自手犯だと考えられていた犯罪類型について、自手犯性が問題なのではなく行為者適格が問題なのだとし、行為者適格を有する行為者であれば間接正犯あるいは *a. l. i. c.* の形態での実行が可能であることを示すとしたところは、新たな問題意識を示すものであり、わが国の議論の参考となりうるものと思われる。

それでは、以下に、本論文の内容を紹介する。本論文には章立てはないので、紹介者において適宜分割し、見出しを付した。

(参照条文)

・三二五条c一項一号…道路交通において、(a)アルコール飲料その他の酩酊剤の摂取により、あるいは、(b)精神的あるいは身体的欠陥により、自動車や安全に運転できる状態にないにも拘わらず、自動車を運転した者は、五年以下の自由刑または罰金に処せられる。

【はじめに】

a.l.c.の法形象は、二〇数十年來、判例・学説で認められているが、今日では少なからぬ論者により疑問視され、拒絶されている。今世紀前半に、刑罰構成要件の行為は因果的事象としてのみ正しく捉えられ規定されることが明らかにされたが、今日では、それを自己酩酊のような有責な障害状態の基礎づけが誘因となったような原因連関に帰することが疑われている。a.l.c.に関しては、法治国家的要請が満足されないこと、構成要件解釈に際して文言の意味が超えられることが憂慮されるが、例えば、法の歪曲(三三六条)構成要件に関する文言を著しく超える解釈は一般に問題とされていない。

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(八)(松宮)

【同時存在原則の再構成】

議論の出発点となるのは、a.l.c.の法形象に関しては、法律上要求されている「行為実行の際」の責任の存在が疑わしくあるいは、否定されるという命題である。その際、呪縛されたように、行為者に責任がある時点で少なくとも当該犯罪の未遂が認められなければならない、すなわち、責任を排除する酩酊状態で一定の酩酊行為を実行するという故意あるいは予見可能性でもっての自己酩酊が、少なくとも酩酊行為の未遂でなければならぬとの誤った想定に固執するのが一般的である。先入観を排して、同時存在原則が導出されるのが一般的である。先入観を排して、同時存在原則は積極的に公式化されているのではなく、消極的かつ不完全に、行為者が行為実行の際に「責任なく」行為した場合について規定されているだけだということが分かる。同時存在原則は、客観的な行為の側面と主観的なそれが実際に常に完全に重なりあっていないなければならないことは意味しえない。間接的行為実行の場合(BにXの殺害を依頼したAが、殺害の時点では完全に酔っぱらっていた。)のみならず、直接的行為実行の場合でも、そうした重なりあいは必要ではない。例えば、Aが人里離れた保養施設に爆弾を設置し、行

一六六五(九七)

為者が事故により無意識状態で入院した一ヶ月後に爆発してその所有者が爆死した場合、法律上の殺人の構成要件に属する行為の実行(爆弾の設置)と行為の結果(Xの殺害)は、責任能力および責任形式(謀殺の故意)とそれに対応する客観的な行為の側面の一部分の同時性が認められないほど、時間的に離れていることも多いのである。

a.l.c.における有責な自己酩酊は、通例、酩酊状態での行為の予備であるが、問題は、それが既に「行為実行」概念のもとに属しうるかであり、障害状態の基礎づけが事象の進展により刑罰構成要件の実現に至れば、この問題は肯定されうる。予備行為は、それ自体はたいていは可罰的ではないが、部分的な実行行為であるし、「行為の実行」に属しうるからである。このことは、量刑判断に際してのみならず、犯罪の規定そのものにも妥当する。その計画の時点では、意図された目的に鑑みて、すなわち、事前的考察からすれば、ある犯罪の予備である行為も、後にそれが実現された後では、達成された目的に鑑みて、すなわち、事後的考察からすれば、実行行為だと考えられることがありうる。このことは、当該刑罰構成要件の実現・完遂のために、行為者の予備が、人間的道具、被害者、行為者自身あるいは、自然的出来事の補充的共同作用を要する場合には、

常に生じうる。

第一の事例は、間接正犯の場合に、犯罪の未遂を、責任なき行為媒介者による行為の実行の時点に認める場合、例えば、医師が情を知らない看護婦に対し患者に致死的な薬を与えるよう依頼した場合に、謀殺未遂を毒薬を与える時点に認め、医師の指示は一貫すればなお不可罰の謀殺予備だと評価する場合である。この場合、指示を実行する際には、看護婦は責任なく直接的に実行し、医師は有責かつ間接的に、すなわち、「他者を通じて実行」(刑法二五条一項後段)しているのである。

第二の事例は、銀行強盗Aが、長らく服役中の共犯者Bを殺害するため、人気の少ない岩石地帯にある盗品の隠し場所の前に地雷を設置したという爆弾事例である。この場合、刑務所にいるBにも、踏破しにくい荒野のためそれ以外の者にも、直接的危険性は認められず、また、Aの行為と意図されたBの死との時間的・場所的隔たりが大きいので、謀殺未遂を認めることは困難である。

Aの行動は、何年か後に釈放されたBが隠し場所に近づいた場合にはじめて謀殺未遂となり、Bが爆死した場合に謀殺既遂となるが、このことは、Aがこの時点で自らの行為について想起していたか、前後不覚に酔っぱらっていたかとは無関係であ

る。これに対し、爆弾の敷設は、Bが刑務所内で死亡した場合や地雷が錆び付いた場合には、予備行為にとどまる。ここでは、一個の行為が、事態の進展により、事前的考察によるのと事後的考察によるのとでいかに異なって評価されるかは明らかである。

同様の説明は、最近のBGH第一刑事部判決(BGH 17/198, 209)にみられる。事案は、泥棒の被害にあった薬剤師が、侵入者が再び戻ってきたら飲むように、毒入り菓草酒の入った瓶を自宅内に置いておいたというものであり、泥棒の死を可能にし準備する薬剤師の行為は、殺人構成要件を実現するには、すなわち、当該行為を実行するには、なお被害者による補充的な共同作用を必要とするものであった。BGHは、直接的な法益の危殆化、すなわち、謀殺未遂を、被害者が実際に現れ、行為者によって期待された自傷行為を実行する準備をし、そのために、被害者に対する危険性が増大した場合にはじめて認められるとしている。そして、BGHは、それが認められない当該事案では、自傷行為(毒入り酒の摂取)が行われ得た限りで、事後的観察によれば実行行為となるであろう予備行為のみを認めたのである。これは、刑罰から自由な予備が原則的に行為の実行たりうることは否定しがたいとするヘルツベルクの

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(八)(松宮)

見解と同旨である。

最後に、第三の事例は、予備行為が、他者によって、しかも人間的道具あるいは被害者ではなく、行為者自身によって補充される、*art. 10*の事例である。責任無能力状態で一定の犯罪行為を実行するために、この状態になるまで酔っぱらうことは、通常は、その実行のためにはなお酩酊行為を必要とする犯罪計画の予備である。この行為者は、自己の責任能力を放棄し、自分自身から疎遠になり、比喩的に言えば他者になったのである。彼はもはや彼自身ではないのである。しかし、当然ながら、行為者(ここでは謀殺者)が、自らの計画実現のため、すなわち行為実行のために、有責に責任無能力状態に陥れたのが、責任なき行為媒介者である他者なのか自分自身なのかは、違いをもちたらしえない。*art. 10*の酩酊行為は、犯罪実行の故意あるいは予見可能性をもつての有責な自己酩酊と「他者」すなわち責任無能力状態における酩酊行為、すなわち、間接的実行としての障害状態基礎づけ行為と構成要件の結果の直接的前提としての結果行為に分かれる限りで、行為の間接的実行(ヒルシュ)だと言えるが、*art. 10*の場合には間接正犯という言い方はすべきではない。なぜなら、間接正犯の場合には、行為者の側で二人の人が存在していなければならないからである。それゆえ、

一六六七 (九九)

a.l.i.c.における行為実行は、動物を道具とした場合と同様に、例えば、歩行者にけがをさせるため犬をけしかけたり、調教された猿を窃盗に用いたりする場合と同様に、直接正犯として評価されるべきである。

【支配的理由づけに対する批判への反論】

(自己酩酊と酩酊行為の因果性)

以上のような支配的見解の理由づけに対し最近よくなされる批判として、行為者が当該行為をしらふあるいは二〇条の闘値を下回る状態でも実行しなかつたであることは証明できないというものがある。この問題提起は、因果関係確定に際しての論理的誤謬に基づいている。「仮定的取り除き手続き」を必要とするコンディティオ公式によって条件関係あるいは因果関係を解明する際には、関心の対象である行為、ここでは、自己酩酊を取り除いて考えるだけであり、代替的要因、より正確には、代替的行為、ここでは、しらふ状態での行為を付け加えて考えなければいけないということは、学説の共有財でなければならぬ。従って、因果関係を確定するには、自己酩酊を取り除いて考えれば、酩酊行為は存在しなかつたであろうかという消極的な確認で十分であり、行為者がしらふの状態で何をなしたであろう

かが積極的に解明される必要はない。こう考えれば、自己酩酊と酩酊犯罪の間の条件関係あるいは原因関係は疑われず、自明である。理性ある法律家なら、短気者の怒りの爆発と侮辱者の故殺との因果性を、落ち着いて考えても同様に当該行為を実行していたかもしれないであろうとして疑問視しはしないだろう。情動の滞留がなければ情動行為には至らなかつたであろうからである。a.l.i.c.の場合も同様で、自己酩酊がなければ酩酊行為はなかつたであろうから、当該犯人がしらふ状態でも同様に当該行為を実行したかもしれないであろうことによっては、自己酩酊の酩酊行為に対する因果性は排除されない。ここに問題を発見し、反対の論拠を見出すのは、失礼ながら極端な見解だけである。

(自手犯への適用可能性)

BGHSt 42, 235(第四部)は、「行為犯」に関しては「それが原因でありそれと分離可能な結果の惹起としては捉えられない」行為が禁じられており、刑法三二五条c、三二六条のような交通犯罪は、行為者が、直接的に、すなわち、自らの身体行動を通じてのみ実行することができる、「自手」犯だから、a.l.i.c.の形態では実行されえないとする。これに対し、ヒル

シユは、a. l. i. c. の場合には、責任無能力の行為者自身が実行しており、第三者の正犯は存在していないとして、反論を加えている。しかし、この結論をとるには、別のより正確な理由づけが必要である。

自手犯という概念に依拠することは、右の交通犯罪は、間接的にも「他手的にも」実行されるがゆえに、不確かである。例えば、酔っぱらった芸人が、サーカス演技場でオートバイや小型自動車を取り回すよう訓練された猿に自分の車を運転させ、サーカス小屋から百メートル離れたところで事故を起こした場合や、酔っぱらった父親が八歳の息子にハンドルを握らせ運転させた場合が考えられる。前の事例は、動物的道具による間接的行為であるが直接正犯であり、後の事例は、子供という人間の道具による間接的実行であり、間接正犯である。しかし、こうした自手的でない構成要件実現が可能だとすれば、例えば三二六条の罪に関する未必の故意あるいは過失でもって完全な責任無能力状態あるいは完全な運転不能状態になるまで酔っぱらった者は、その犯罪を *per se* の形態で実行しうるのではない。なぜなら、彼が自己酩酊によつて飲酒運転を準備し実行に移した際に、さらなる行為実行へと投入したのが他者なのか自分自身なのか、彼が酩酊行為を既遂に至らせたのが

他手的か自手的かはどちらでもよいことだからである。

三二五条c 一項一号a および三二六条の酩酊犯罪を間接正犯として実行できるのか、それとも、自手性が必要だからできないのかという問題設定は的はずれである。この犯罪は、どの責任能力者でも実行できる一般犯罪であるが、その独自性は、可罰性が認められるには一定の行為者適格が獲得されなければならないところがあり、その限りでは特別犯罪である。道路交通危殆化罪のうち、三二五条c 一項一号b の場合には、行為者は自動車運転者で、しかも、精神的あるいは身体的欠陥に基づく運転不能状態になければならない。これに対し、三二五条c 一項一号a、三二六条の場合には、行為主体はアルコールその他の酩酊剤の摂取によつて生じた運転不能状態によつて基礎づけられる。そこで、単純に考えれば、しらふの者は三二五条c 一項一号a、三二六条の間接正犯となりえないが、それは、これらの罪が行為実行の自手性を前提としているからではなく、彼に特別な行為者適格が欠けているからだとすることになる。特別な資格が欠けるために直接正犯たりえない者は間接正犯でもありえないからである。それゆえ、酔っぱらった者にまだ運転できると信じさせて過失の酩酊運転へと唆したしらふの者（背後者）は、三二六条の犯罪を実行していないことになる。逆に、

完全に酔っぱらって責任無能力状態の飲み友達を運転へと決定づけた、酔っぱらって運転不能ではあるがなお責任能力ある者は、間接的な「道路交通における酩酊」（三一六条）の廉で責任を問われることになる。

ヘルツベルクは、道路交通における酩酊の罪の特別犯罪としての性格、そして、自手犯との区別を認識していたが、この罪では例外的に「行為者適格と自手性が一致する」と考えていた。しかし、特別な正犯的地位と構成要件の行為は嚴格に区別されるべきである。すなわち、前者は酔っぱらって運転不能になった自動車運転者であり、後者は自ら運転し動かすという意味での自動車の運転である。酔っぱらった運転者は、自動車を答責的でない道具としての他者に運転させることがありうるのである。酔っぱらった芸人や父親に関する例が示すように、直接的実行と間接的実行、自手的行為実行と他手的行為実行の限界は流動的であり、原則的なものではない。

こうして、交通犯罪の構成要件からは、こうした犯罪への a.l.i.c. の適用に反対する根拠は導き出されえない。

（正当防衛の前提要件の前倒し）

最近、レナウは、未遂行為を自己酩酊の時点に前倒しするこ

とにより、正当防衛の前提要件が懸念すべきほどに前倒しされてしまうと批判している。しかし、自己酩酊は、事前的にみれば、事情により、予備であると思われる場合も犯罪の未遂であると思われる場合もありうる。例えば、アルコール中毒者が、完全に酔っぱらった状態で妻を棒で殴るために、いつものように家で故意に飲酒し、既にそうした威嚇をなしたため、妻が家にバリケードを築いて立てこもったような場合には、この者は、全く直接的に危険な身体傷害を開始している。この場合には、自己酩酊の中に、妻の身体・生命に対する直接的に差し迫った危険性、および、正当防衛ないし緊急救助が許されるような現在のいつでも突発しうる攻撃が認められる。他方、自己酩酊が飲食店でなされ、大酒飲みによって意図された妻への攻撃がなお直接的に差し迫っておらず、それゆえ、なお現在しておらず、自己酩酊が予備だとみられる場合には、正当防衛状況は争いなく否定される。従って、正当防衛の問題との関わりでの a.l.i.c. に対する批判は、不適切である。

（中止の可能性の制限）

同様に、中止の問題も、特別な問題をもたらささない。刑法二四条は、中止行為者の責任能力を前提としていないから、帰責

無能力者も、故意に行為をなしうるので同様に、場合によっては、任意に行為することができるのである。

(安田拓人)

ギュンター・イエルーシエク

「行為責任、同時存在原則、間接・直接正犯

——ハンス・ヨアヒム・ヒルシュによる

原因において自由な行為の復権について」

Günter Jerouschek, Tarschuld, Koinzidenzprinzip
und mittelbar-unmittelbare Täterschaft, Zur Rehabi-
literung der actio libera in causa durch Hans
Joachim Hirsch, FS Hirsch, S. 241 ff.

本論文は、原因において自由な行為（以下 a. l. i. c. と略記する）に関する「連関説」の立場から、通説である構成要件モデルに多角的な批判を展開し、行為と責任の同時存在原則に固執する必要はないとする出発点から、権利濫用の考え方を適用して、責任の前倒しにより a. l. i. c. の処罰を肯定すべきだとするものである。

とくに、a. l. i. c. の場合には道具が他者でなく同一人格であるとの観点からの批判の内容には鋭いものがあり、わが国における間接正犯類似説批判を一步前進させつるものであると言えよう。また、間接正犯類似説的な構成要件モデルが限定責任能力規定の適用を招くのではないかとする問題意識はわが国では

余りもたれておらず、注目に値しよう。

もっとも、自説の論証は必ずしも十分ではなく、権利濫用の考え方は法秩序の自然的共有財だとするだけでは足りないと思われる。また、「行為実行の際(bei)」の文言を拡張的に解釈することが言語慣用として不可能とは言えないにせよ、その例として幫助を持ち出すのも不十分であろう。ドイツ刑法二七条の mit という言葉は、もともと同時的な場合だけを指示するものだとは思われないし、幫助が正犯行為・結果と因果的であればよく同時的でなくてもよいことは明らかだと思われるからである。とはいえ、行為を予備段階にまで前倒しすることは構わないが、責任をその時点に前倒しするのはいけないことには十分な理由がないとするイェルシーエクの問題提起は重要であり、わが国の議論にとつて重要な示唆をもたらしているものと思われる。

なお、イェルシーエクは、一九五〇年生まれで、九四年よりハレ大学教授を務めていた(宮澤浩一・法学研究六九巻一一号一九五頁参照)が、本論集刊行当時の肩書きはイェナ大学教授になっていた。

それでは、以下に本論文の内容を紹介する。

I・導 入

「 a.l.i.c. 」の概念に関する意見交換！それは実際にまだ必要なのか。すでに学説では一致して確定されているのではないか。」という一九〇一年のカツツェンシュタインによる問題提起は、 a.l.i.c. が総論における最も争いのある問題になっている今日の目からみればやや馬鹿げたものであるが、カツツェンシュタインの不可罰説が奏功しなかったことは、 a.l.i.c. の法形象の背後にある問題点が見誤られ、少なくとも十分まじめに受け止められてこなかったことの表れである。一九六八年にルシユカの例外モデルが登場して、ようやく、判例・学説における呪縛された見解の一致が損なわれたにすぎない。議論が始まると、不可罰説も有力化し、原則的に処罰が必要だという確信はなお殆ど一致して共有されているが、可罰性に対する刑事政策の必要性をも疑問視する論者も出てきている。

a.l.i.c. の法形象に関して、完全な支配的見解は、 a.l.i.c. の要罰性と可罰性を堅持しており、それを構成する過程が異なるだけである。ここからは、せいぜい a.l.i.c. の正当性の危機を語るることができるにすぎず、 a.l.i.c. の正当性を否定する者はときおり見られるにすぎないし、確立した判例、とくにBGH

第四刑事部は、重要な適用事例である交通事犯で、支配的な見解を明言してはいないものの、a.i.c.のルールに従って故意の可罰性を認めている。

もっとも、第四刑事部が交通犯罪へのa.i.c.の適用可能性を否定したとき、最高裁判例で一八〇度の転換が始まったかと思われた。大法院の判断に先駆けしたものであること、傍論が公式化されたのでもないことから、私には、これがa.i.c.に関するBGHの最後の言葉なのかは疑問であったが、少なからぬ判例評釈では、a.i.c.の終わりが始まりを告げたことはある程度確かだとされていた。

こうした予測は、第四刑事部判決の直後に、BGH第三刑事部の決定が、確立した判例であるa.i.c.の原理を堅持することを確認したため、性急だったことが明らかになった。結局、判例では、a.i.c.が、それ以外の事案では問題とされないのに、交通事犯では違法だとされるという厄介な状況が生じたにすぎない。被祝賀者は、これらの判例について、刑法三三三条aは後の酩酊状態で実行された行為と行為者との主観的關係を正當に評価していないので、a.i.c.を堅持すべきだとしているが、私はこれに賛成である。

ヒルシュは、a.i.c.を刑法二五条一項前段に位置づけるこ

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(八)(松宮)

とで、故意のa.i.c.が交通犯罪にも適用できることの論証を試みている。彼は、こうして、間接正犯の形での構成要件モデルは自手犯に対しては無効だとする圧倒的異議に対して、ここでは第三者による間接正犯ではなく直接正犯が問題なのだから、自手性は保証されるとするのである。

ヒルシュにとっては、構成要件モデルはa.i.c.を基礎づけるための唯一可能な方策である。そして、彼は、例外モデルに対し、行為刑法に適合した行為責任原則が危殆化され、責任と規範命令違反との連関が解消されてしまつとの批判を加えている。

以下では、ヒルシュの構成要件モデルが、a.i.c.はそれによつてのみ「事態に即した帰結として法律に根ざした一般的な刑法理論的原理から導き出される」といふような利点を持っているのかを検討する。

II・間接正犯の実行の形態としてのa.i.c.

刑法二〇条が行為と責任の同時性を指示しているとする立場からは、可罰性が認められるかは、問題となる行為が、少なくとも部分的に、なお責任能力ある状態で実行されたかによる。

行為者が、なお帰責能力ある状態で行為実行を開始し、未遂の

閾値を乗り越えたならば、帰責能力がさらなる行為実行の間に失われても何ら問題はないが、なお予備の段階にあれば、彼の行為実行による構成要件実現は彼に故意のものとしては帰属されえない。そこで、この見解では、予備は刑法二〇条の行為概念に含まれないから、可罰性を認めるには行為開始をできるだけ早く認めざるをえなくなる。このことから、私は、この見解を「不法前倒し理論」と呼んでいる。この見解では、別の見解が提案するように、刑法二〇条の行為概念を未遂開始より広く捉え、予備を含めることは不可能である。

従って、構成要件モデルにとつて決定的な問題は、責任無能力状態に自らを陥れることがなお責任能力ある状態で計画された行為の未遂と評価されるかであるが、これは間接正犯の法形象あるいは考え方に立ち戻らなと基礎づけられにくい。伝統的な未遂理論によれば、飲食店で元気づけのために飲酒した行為者は、場合によっては時間的・場所的に遠くにある法益侵害に至るまでに、飲食店を離れ、被害者のもとへ赴くなど、なお幾つかの中間行動が必要であるので、予備の段階にある。にもかかわらず、飲酒に未遂を認めよとすれば、望ましい結論を得るために、典型的な予備行為を構成要件の実行行為に高めざるをえない。

こうした批判は、間接正犯に関する原理を考慮すれば逃れうるものと考えられている。一般に、間接正犯における未遂の開始は、背後者が道具に働きかけ、対象を手放した場合に認められるが、それは、被利用者が背後者の影響領域から解放され、ある程度始動した場合であるから、間接正犯の未遂の可罰性は法益に対する実際の攻撃よりずっと前にあるかもしれない時点で既に始まる。こうした原理を *a.i.c.* に転用すれば、飲酒する者が間接正犯と評価され、あるいは、元々の計画を実行できるように責任無能力状態に陥ることにより自分自身の道具とする者に例えられる。

しかし、構成要件解決によるこうした未遂の前倒しは、共犯論における法的構成を単独犯に転用していること、故意の *a.i.c.* と間接正犯の類似性に疑問があることから、實際上正当化されるかは疑問である。

Ⅲ・刑法二五条一項前段の

下位事例としての *a.i.c.*

a.i.c. と間接正犯の關係に関しては、*a.i.c.* は刑法二五条一項後段の間接正犯の一下位事例だとする見解から、いわば間接正犯であると慎重な定式化を行う見解までであるが、いずれに

しても、間接正犯は、未遂の開始を前倒しし、a.i.c.の適用領域に基礎を与えるための引き立て役とされていることは間違いない。

間接正犯を援用する見解に対する批判として、行為者は他者たりえず、文言を超え、許されない類推解釈だというものがある。これに対しては、故意のa.i.c.は刑法二五条一項前段の一下位事例としての間接正犯だとする、ヒルシュも支持する見解が対立している。これによれば、行為者が責任無能力になつた後は他人であるという、最初から無理な証明を試みる必要がなくなるという利点がある。また、自手犯の場合でも、行為者自身による直接実行が存在するので自手性が保証されるために、a.i.c.が基礎づけられる。

しかし、この見解は、可罰性を導くために、単独・正犯的実行の法的効果と間接・正犯的実行の法的効果を許されない形で結合するものである。未遂の開始を前倒してできるように間接正犯に関する原理が要求される一方で、自手犯の可罰性を基礎づけるために行為媒介が度外視され、背後者がいわば単独正犯として取り扱われている。しかし、判断されるべきなのは、a.i.c.の行為者に単独正犯のルールを適用するのか、間接正犯のルールを適用するのであり、処罰を導くために、異なる

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(八)(松宮)

可罰性の構成から個々の道具立てを折衷的に取り出して結びつけることは、耐えうる基礎をもたらしえない。

IV・a.i.c.と間接正犯の対比可能性?

間接正犯の場合、間接的行為者の行動は直接的な行為実行よりも時間的に先行しており、背後者は、道具を調整して始動させ、さらなる行為経過を行為媒介者の行為による自動装置に委ねることによって、当該事象を支配する。構成要件モデルの主張者にとっては、故意のa.i.c.はこれと同じであり、責任無能力状態に自らを陥れることにより、行為者は自らを自分自身の道具とし、さらなる経過を手放すのであり、その後で生じること、始動された自動作用、道具の機能の問題とされる。

確かに、a.i.c.における責任無能力の行為者は事象に対する行為支配を維持しており、間接的行為者より外部的行為支配において優越しているとも言われる。しかし、こうした行為支配を間接正犯の責任なき道具が有していても、背後者の可罰的は否定されない。通常の間接正犯の場合でも、責任無能力の道具が行為を完遂するかは不確かだから、責任無能力者が機械的道具だと言えなくても、a.i.c.の構成に対する批判とはならない。

一六七五(一〇七)

これに対し、学説では、間接正犯の基本事例では、背後者は道具を始動させ、遅くともその時点でさらなる事象に対する影響もコントロールも持たなくなるのに対し、故意の *mens rea* の場合には、被利用者と一体の人格をなす背後者は、責任無能力になっても、たちには行為支配を失わないのであり、決断を放棄することにより事象を難なく中断することができるが、これは間接正犯の基本事例における背後者にはできないことだとの批判がある。

さらに、*a. l. i. c.* の場合に、帰責無能力喪失後の行為者が他者ではなく同一人格なのだということは、まさに、故意の継続が既遂の可罰性の心的対概念として必ず堅持されていることによつて、よりはつきりする。

これが、責任能力なき第三者を道具とする場合との対比に反対する決定的観点である。すなわち、第三者を投入した場合には、*a. l. i. c.* の場合と異なり、法益危殆化は専ら他者の行為による。これに対して、責任無能力状態の発生により、自動作用が構成要件実現に至るまで経過するのだと反論することは無理である。これには、行為者が行為決意を責任無能力状態の発生により固定したことが前提となるが、ある人間が酩酊状態どのように反応するかは殆ど予測不可能である。反対説(構成要

件モデル)は、責任無能力の行為者を誘導的観念の貫徹機構だと考えているが、これは、酩酊の心理学的現象学を正當に評価していない。酩酊者は、もともとの行為計画を実現するための抑制の閾値が下がるかもしれないが、同様に、それを断念するかもしれないし、酩酊状態では行為決意が消え去るかもしれないのである。

V・構成要件モデルは

刑法二一条の適用を強いるか?

ノイマンは、構成要件解決によれば、行為者が当該事象を手放す場合、自らを責任無能力の道具にする「最後の一口」前に、必然的に限定責任能力状態にあるから、刑法二一条が適用されなければならないとの異議を唱えた。

この帰結を避けるために、構成要件解決の主張者は、未遂の開始をより前倒しし、行為者が完全な責任能力ある状態で、自らの責任能力の排除およびそれに続く構成要件実現に関する故意をもって、自らの責任能力を減少させ、限定責任能力への閾値超過が直接的に切迫すれば、すでに未終了未遂が認められるので、刑法二一条は適用されないとする。

しかし、未遂の開始を限定責任能力状態が生じる直前までさ

らに前倒しすることにより、故意の a.i.c. の行為者と間接正犯とを対比するレトリックとの明らかな矛盾が生じる。行為者が責任無能力であつても、間接正犯に相応する事象経過の手法は認められないのであり、行為者が限定責任能力状態に達しただけでは、もともとの故意の実現に関する自動作用が認められないことは明らかである。なお制御能力ある者は、自身自身の道具としては行為することはできないのであり、道具を支配領域から解放することとの対比では不完全である。

VI・中止理論との摩擦

構成要件解決に対する最も重要な異議は、それは刑法二四条の理論学的原理と殆ど調和しえない帰結をもたらすというものである。責任無能力状態の発生により自動作用を始動させるのだとすれば、未遂はこの時点で終了しているが、終了未遂の場合には、中止が認められるには、さらなる行為実行を放棄するだけでは足りないので、構成要件解決からは、責任無能力状態で同情から行為計画を放棄した行為者には中止は認められない。行為者が背後者と道具に分かれることにより、中止理論を一貫して適用すれば、責任無能力状態に達した場合には、中止は原則として排除されることになる。

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(八)(松宮)

構成要件解決の主張者は、この帰結を避けるため、自らの理論の前提と矛盾するか二四条の理論学的基礎と矛盾する様々な戦略を展開しているが、ヤコブスだけは、中止を實際上排除する限りで一貫している。ヤコブスは、終了未遂は責任無能力状態の発生と同時に認められるとする前提をとり、帰責無能力者の答責的でない中止行為には任意性を認めない。そして、道具の中止が背後者の有利に働くのは、道具が間接的行為者の事前の指示に基づいて中止した場合に限られるとする、間接正犯の場合の考え方を a.i.c. に一貫して適用し、責任無能力者が帰責能力を失う前に中止の根拠を留保している場合のみ中止を認める。これは、間接正犯としての a.i.c. という考え方を徹底すれば、どのような有害な帰結がもたらされるかを明らかにしている。

このような妥当性の欠如を、圧倒的多数の見解は、責任無能力者も二四条の意味で任意に中止しうることと逃れようとしている。しかし、責任無能力の発生により終了未遂の段階に達したのであれば、實際上重要である終了未遂の場合に単に行為を放棄したという事例については、任意性の問題は重要でない。任意性の論拠は今日でも説得的な理論的基礎づけはなされていないし、構成要件モデルの主張者は二条の適用を排除

一六七七 (一〇九)

するために未遂の開始をさらに前倒し、責任無能力になる前の最後の一口で終了未遂を認めているので、そうした論証には基礎は全くない。

奇妙にも、こうした問題は構成要件解決の主張者によって殆ど論じられていないが、ブツペは、故意の *a.l.i.c.* の場合には責任無能力状態発生後も未終了未遂が存在するとし、このことを *a.l.i.c.* の行為者は、間接正犯と対照的に、行為をなお放棄しうることによって基礎づけるが、これは、ブツペが *a.l.i.c.* を間接正犯と対比することと矛盾する。

ここから逃れる道は、例外的に、終了未遂の場合にも単なる中断による中止を認めることにしかない。クーンとベプストは、終了未遂の場合には行為決意の放棄による中止ができないとするのは形式主義的だとし、責任無能力を惹起した場合は、行為者が例外的に中止しうる、終了未遂の特別事例だとする。ロクシンは、任意の中止が刑事政策的な動機に基づく答責阻却事由だとすれば、中止が認められるために中止者に責任能力を必要とするかは立法者の刑事政策的な目的設定次第であるが、それを必要としないことには十分な理由があるし、二〇条は免責規定なのにここで免責を挫折するために用いられるのでは意味が逆転されてしまつとする。

これらの試みは、*a.l.i.c.* に関する間接正犯モデルは、伝統的な中止理論に合わないことを示している。これの主張者が例外的な中止理論に対して、刑事政策的に満足のゆく結論を得るために体系違反の批判を甘受しなければならないとの批判は、自らに跳ね返ってくる。*a.l.i.c.* を間接正犯として誤って構成しなければ、刑法二〇条の目的や立法者の刑事政策的な目的設定とされるものを持ち出す必要はない。

従つて、こうした方法での *a.l.i.c.* は、法律の中に見出される刑法理論上の概念から「事態に即した帰結」として導き出されるものではない。これまでの考察から、故意の *a.l.i.c.* を刑法二五条一項前段に位置づけることは、解決より困難をもたらすことが分かった。

Ⅶ・例外ルールは責任原則に反するか？

最後に、責任原則が、立法者に対し、*a.l.i.c.* を捉えるために、あると信じられている二〇条の同時存在原則の例外規定を刑法に取り入れることを禁じているのかを考察する。例として考慮に値するのは、「一〇条、一一条の規定は、意識の重大な障害ないし阻害が、この状態で可罰的行為を實行する目的で、行為者自身によつて惹起された場合には、適用されない。」と

するスイス刑法一二条である。

ヒルシュは、責任非難をな構成要件に該当しない事前の行為に結びつける立法論を否定し、行為の実行に関連づけられた行為責任原則は決して例外を許さないとする。ロクシンも、また、例外モデルは責任原則に反し、絶対に実行できないとする。行為実行から切り離して責任を前倒しすることにより、決定的状況という試験を耐え抜いておらず、単なる悪しき心情である、宙に浮いた責任が生じるというのである。しかし、例外理論も、そうした責任が犯罪行為の中に表れた場合しか決して処罰しないのだから、そうした批判が責任の前倒しモデルの矛盾の論証になつてゐるかは疑問である。

また、ドイツで議論されている例外ルールを実定化している法秩序を、責任原則違反であると同時に法治国家的根本原則違反だと批判することも疑問である。私には、行為概念を予備行為まで拡張することによって同時存在を維持しようとしながら、同時に、例外的にこの段階に責任非難を結びつけることが違憲だと非難することには殆ど説得力がないと思われる。限定責任能力との境界を超えたことで未遂に達したとされる者が、決定的状況という試験に負けたと言えるのだろうか。同時存在原則違反を理論的な補助構成によって覆い隠そうとするよりは、

その原則の例外を認めるための実質的根拠を熟考する方が誠実だと思われる。遅きに失したが、責任原則の機能が正当に評価されるために、同時存在原則が必要なのかを考察すべきだろう。a. l. i. c. の場合には、権利濫用の考え方を考慮して、ただちに同時存在原則を制限することは正当化される。法秩序のまさしく自然法的共有財であるこの考え方を実定法的に考慮することが立法者に否定される理由は全く追試不可能である。自ら引き起こした責任の欠損を実質的に排除するという法的思考は刑法にも決して馴染みがないものではない。

責任原則への支持が同時に同時存在原則への支持を要求しないとすれば（私はそうでなければならぬと思う）、最後に問題となるのは、同時存在理論の放棄を認めるそうした例外の余地が、すでに解釈論として認められるのではないかということである。私は、責任原則の目的に立ち戻り、刑法二〇条の「*beizulassen*」という文言を拡張的に「*beizulassen*」の意味で解釈することを提案している。十分に理解された責任原則には、これで十分である。私は、この考え方を、責任連関の要件を強調するために、「連関説」と呼んでゐる。

こうした拡張的・抽象化的解釈方法に対して、「*beizulassen*」は「*beizulassen*」であり、「*beizulassen*」ではないとする批判がありうることを

私は完全に意識している。そこで、問題とされるべきは、「際」という文言が言語慣用において同時性の意味に尽きるのか、抽象的な連関をも表現しうるのかであるが、例えば、幫助は、行為の時点で行われる必要はなく、行為の前段階でなされうる。立法者は、刑法二七条で、幫助行為は行為のために(12)行われなければならないと規定しているが、幫助概念が二七条に反するとは誰も言わない。こうした例からも、「際」という文言に関する言語慣用は、抽象化的用法に移行していることが分かる。刑法二〇条から同時存在原則の承認が導き出されなければならないかという問題は、これによつては回避できないが、理論学的廉潔さのために(13)を同時存在原則の犠牲にするよりは、同時存在原則の神話に別れを告げる方がずっと確かだと思われる。

(安田拓人)

