

実行行為途中からの責任無能力

林 美月子

目次

- 一 はじめに
- 二 わが国の判例
- 三 わが国の判例の検討
- 四 ドイツの判例と通説
- 五 既遂故意
- 六 概括的故意
- 七 実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失
- 八 原因において自由な行為

一 はじめに

被告人が実行行為途中から責任無能力・限定責任能力になった場合の刑事責任について、最近、重要な判決があった。⁽¹⁾ 事案は以下のとおりである。被告人は犯行当日、午前一一時頃から焼酎を生のみままで飲み始めたが、午後二時頃に、

妻と簡易生命保険の剰余金の引き出しの件で口論となり、妻の頭部・顔面等を手拳で殴打した。三時四〇分頃に新しい焼酎が配達されるまでの飲酒量は八合以下であり、妻はなおその時点では立ち歩くことができた。しかし、その後も午後一時頃のまでの間、腹立ち紛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、背部等を足蹴りにし、居間に向かって押し倒し、居間にうつ伏せに倒れた妻をなおも叩こうと、居間に入ろうとした際、敷居につまずき、アルミサッシガラス戸に頭を強打したことから、一層激昂し、妻の背部・臀部等を踏み付け、肩叩き棒で頭部を減多打ちする等の暴行を加え、よって、頭部・顔面部及び胸部打撲による皮下出血を負わせ、傷害に基づく外傷性ショックにより死亡させた。

判決は、居間での暴行により致命傷を負わせた時点では、被告人は複雑酩酊による心神耗弱状態にあったとした。その理由は、第一に、飲酒量は午前一時過ぎから焼酎を少なくとも一升以上、被告人の供述によれば約一升八合であり、平素は焼酎の一升瓶を三日位であけることに比して極めて多量であること、第二に、最初の暴行を振るに至るまでの経過については比較的詳細に記憶しているが、暴行開始後の記憶に関しては欠落が多いこと、第三に、犯行態様が外傷性ショックにより死に至らしめる程強力かつ執拗であって、動機と著しく不均衡であることの三点にまとめることができる。

しかし、判決は刑法三九条二項を適用しなかった。すなわち「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行なわれたものであるところ、被告人は、心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時においては責任能力に問題はなかったが、犯行を開始した後更に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったに過ぎないものであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能性の減弱を認め、刑を必要的に減弱すべき実

質的根拠があるとは言いがたい」とした。

筆者は以前にこの問題を検討した際に、一応の結論として、故意犯の場合には、被告人に結果及び責任能力の減弱・喪失状態に陥ることの認識がある場合を除いては、責任能力の減弱・喪失状態になる前に致命傷を与えるような行為を行っていた場合（かつ、その後の因果経過が相当性の範囲内にある場合）にのみ、完全な既遂の責任を負わせ得るとした。⁽²⁾ この立場からすると、本判決の事案は傷害致死の事案ではあるが、限定責任能力の状態ではじめて致命傷を与えるような行為がなされている点で注目すべきものである。

本稿は本判決を契機に、前項の結論、とくに「致命傷を与えるような行為」の意義・根拠を再検討しようとするものである。

(1) 長崎地判平成四年一月二四日判例時報一四一五号一四二頁。

(2) 拙稿・情動行為と責任能力（平成三年）一九六頁。

二 わが国の判例

殺人・傷害致死等の結果犯について実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失を扱った重要な判例は次のもの⁽³⁾である。

まず、東京高判昭和五四年五月一五日判例時報九三七号一三頁をあげることができる。事案は次のとおりである。被告人（女性）は被害者（男性）の頭部をから瓶で二回殴打したが、被害者はこれに反撃し、被告人をつよく突き飛ばし、頸部を圧迫する等した。ここで被告人は裁縫用の洋鋏に手が届いたため、被害者の上体側部分を力ませに突き

刺し、これまでの鬱積した感情が堰を切ったように迸り、倒れた被害者をかえって執拗に鉄で滅多突きにし、陰茎を切断する等して、失血死させた。第一番は情動性朦朧状態による心神耗弱とする鑑定を採用しながら、少なくとも実行開始時に責任能力に欠けるところがない以上は刑法三九条二項を適用すべきではないとした。しかし、その理由は示さなかった。

これに対して、第二番は刑法三九条二項不適用の理由をあげている。すなわち、責任能力に特段の減弱のない状態においてすでに積極的に重大な加害行為に及んでおり、以後の実行行為ははじめの殺意の継続発展として、主として同態様の加害行為を開始してしまったことによる精神的興奮状態に少なからず起因しており、この精神的興奮状態は自ら招いた面が多いということである。⁽⁴⁾すなわち、実行行為開始時の加害行為の重大性、その後の行為の反復継続性、心神耗弱状態の自招性の三つの要件が示されている。

このうち、実行行為開始時の加害行為の重大性の要件は、犯行全体の非難可能性を判定するのに無視できないことから、また、犯行の継続性の要件は当初の殺意の連続性から、そして心神耗弱の自招性の要件は非難可能性の減弱を認めるべきではないことから導かれている。

次に大阪地判昭和五八年三月一八日一〇八六号一五八頁があげられる。事案は次のとおりである。傷害致死事件であり、被害者に頭突きをかけ、顔面を殴打し、胸部や腹部を足蹴りにし、さらに、倒れた被害者の頭部や腹部等を頭突いたり足蹴りにした後、同人を路上に引きずり廻し、顔面及び胸腹部等を殴打足蹴りにする等して死亡させたが、被告人は被害者を引きずり廻して暴行を加えている間に、酒の酔いが深まって錯乱状態に陥ったというものである。

判決は、第一に、転倒した被害者に暴行を加えた段階では責任能力に疑いはなかったが、この段階での暴行は優に致死の結果をもたらす得るものであること、第二に、錯乱状態は自らの飲酒及びそれに先立つ暴行等の行動によって

招かれたものであること、第三に、錯乱状態での暴行は前段階の暴行と態様を異にするものではないので暴行は全部を一体として評価すべことをあげ、仮に犯行の後半部分において責任能力になんらかの影響を及ぼすべき精神状態に陥っていたとしても刑法三九条を適用すべきではないとした。

すなわち、ここでは、実行行為開始時の加害行為の重大性、責任能力の減弱・喪失の自招性、犯行の継続性が刑法三九条適用排除の要件とされている。ただ、東京高判と異なり、これ等の要件がなぜ必要なのかは示されていない。

これらに対し、冒頭の長崎地判は刑法三九条二項不適用の理由として、第一に、同一の意思による犯行で実行行為が継続していること、第二に、心神耗弱状態は犯行後更に自ら飲酒を継続したことによるもので自招性があることをあげた。そして、第一の継続性の要件を当初の意思の連続性から、⁽⁵⁾第二の自招性の要件を非難可能性の減弱を認めるべきではないことから基礎付けていると言えよう。

しかし、長崎地判は右の二つの判決と異なり、実行行為開始時の加害行為の重大性の要件をあげていない。本件では、完全責任能力下での暴行は被害者は未だ立ち歩ける程度のものであり、致命傷を与え得るような重大な加害行為ではない。複雑酩酊で心神耗弱状態に陥った後の暴行が犯行の中核をなす。長崎地判は、従来の判例と異なり、⁽⁶⁾継続性と自招性の要件のみで刑法三九条二項の適用を排除した点に特色がある。

(3) 実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失状態に関する判例として他に、大阪地判昭和四三年九月六日判例タイムス二二九号二三四頁及び大阪高判昭和五六年九月三〇日判例時報一〇二八号一三三頁がある。前者は酒酔い運転中の事故による業務上過失傷害に関するもので、まず、限定責任能力下での酒酔い運転について刑法三九条二項を適用すべきでないとした。この判決が刑法三九条二項適用排除の理由をあげていない点、とくに原因において自由な行為の理論を用いていない点には疑問があるが、本件の様な

場合は限定責任能力状態に陥る以前の運転だけでも酒酔い運転として処罰が可能である。また、業務上過失傷害については、後述のように完全な責任能力の存在する時点で危険行為と結果の予見可能性を認めることもできる（曾根威彦「実行行為の途中で心神耗弱状態になった場合と刑法三九条二項適用の可否」判例時報一四三〇号（平成五年）一九五頁参照）。よって、本稿の検討対象からは一応除外したい。

後者は限定責任能力下での覚醒剤使用罪及び所持罪について、覚醒剤の譲り受け及び当初の使用時に完全責任能力があり、譲り受け時の反復使用の意思及び使用残量を継続して所持する意思の実現にすぎないので刑法三九条二項を適用すべきではないとした。本判決は実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失を原因において自由な行為の理論によって解決しようとしたものであるが、原因において自由な行為の理論の内容の捉え方には疑問がある。しかしいずれにせよ、本件では、傷害や殺人（致死）等の結果をもたらす行為が問題となっているのではなく、したがって、完全責任能力時の行為の重大性も問題とならない。したがって、本稿の検討対象とはしないこととする。

(4) 判例時報九三七号一二六頁。

(5) 岩橋義明「傷害致死事件における実行行為の途中で心神耗弱の状態となったが、刑法三九条二項を適用すべきでない」とされた事例」研修五二七号（平成四年）三四頁。

(6) 曾根・前掲論文一九七頁。

三 わが国の判例の検討

わが国の判例があげる実行行為開始時の加害行為の重大性・責任能力の減弱・喪失状態の自招性・犯行の継続性の要件はそれぞれどのような根拠に基づくものと考えらるべきであろうか。

まず、自招性・継続性の要件は客観的因果関係を認めるための要件であると解することもできる。行為者が実行行為を開始し、その故に責任能力の減弱・喪失状態に陥り、その故に結果行為に及んだという関係、とくに条件関係を認めるための要件であるとするのである。⁽⁷⁾しかし、実行行為がなければ責任能力の減弱・喪失状態に陥らなかつたか

は、おそらく証明できない事柄であろう。また、責任能力の減弱・喪失状態に陥らなければ結果行為にでなかったかが証明できないことは、すでに精神障害の所産としての犯行を責任無能力にするものとしたグラム・ルールに対する批判の一つとなったのである。わが国の判例がそのようなことまで要求しているとは考えられない。また、このような場合は、実行行為がなければ結果が発生しなかったであろうかを問う場合に、被告人の完全責任能力下での違法行為を仮定的に付け加えることには疑問がある。

次に、自招性については、とくに原因において自由な行為を心神喪失状態の自己を利用する間接正犯と考える場合には、間接正犯の実行行為性・故意を認めるための要件として重要である。⁽⁸⁾しかし、判例は原因において自由な行為及び実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失について間接正犯類似説を採用していない。また、飲酒酩酊や先行する暴行に起因する情動によって責任能力の減弱・喪失状態に陥った場合に刑法三九条を適用することは法感情に反し、一般予防の観点からも妥当でないことを根拠として、自招性の要件を考へることもできる。前掲の東京高判・長崎地判はこの意味でこの要件を用いている。しかし、このような考慮は、可罰性を基礎付ける方向で用いるべきではない。

さらに、自招性・継続性の要件は、実行行為開始時の決意が連続しており、責任能力の減弱・喪失状態下の犯行が新たな決意に基づくものではないことを示すものと解することができる。前掲の東京高判・長崎地判はこの意味で継続性の要件を用いている。これは、責任能力の減弱・喪失状態下の行為が完全責任能力下での意思決定の実現過程であれば責任非難は可能であり、刑法三九条を適用することなく、結果について責任を問い得るとする有力説に従ったものといえる。⁽⁹⁾この有力説はもともと実行行為開始前に責任能力の減弱・喪失状態に陥る通常の原因において自由な行為に関して主張されたものであるが、判例・有力説はこれを実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失にも適用しようとする。⁽¹¹⁾通常の原因において自由な行為と異なり、実行行為を開始しており、その意味で十分な違法行為にで

いる実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失の場合は、実行行為開始時の故意の実現といえれば責任非難をなし得ることは認めてもよいと思われる。問題は、当初の故意の内容をどのように捉えるか、故意内容の実現とは何かであり、当初の決意が継続しているだけで十分かである。

実行行為開始時の加害行為の重大性の要件については、前掲の東京高判はこれを非難可能性を判定する上で無視できないことから根拠付けていた。しかし、非難すべき程の重大行為があったので刑法三九条は適用できないというのでは、刑法三九条を適用すべきではないので適用しないというのと等しく、重大性については別の理論的根拠が必要であろう。

学説にも実行行為開始時の加害行為の重大性を要求する見解がある。内田教授は、継続性と自招性があれば原則として刑法三九条の適用を排除してよいとされるが、重大性も重視され、実行着手後に心神耗弱・喪失状態に陥ったときにとにかく「着手」が完全責任能力時に行なわれているというだけで刑法三九条の適用を排除するのは機械的にすぎるとされる。前述の東京高判の事案についても心神耗弱下での突き刺しが圧倒的に多く強烈であったなら、改めて全体として一連の心神耗弱下での殺人と考えるべきであるとされる⁽¹²⁾。

最近、曾根教授も、完全責任能力時に結果に直結する重大行為が行なわれている場合は因果関係の錯誤とし得るが、実行行為の本質的部分が責任能力の減弱・喪失状態下でなされたときは原因において自由な行為の理論を援用せざるを得ないとされた上で「心神耗弱状態での暴行行為が量的にみて全体の大半を占め、しかもその段階での行為が致死結果の発生に対し直接的な原因となっているような場合には、一連の暴行行為の開始時点に完全な責任能力が認められるとしても、結果を含む行為全体について改めて三九条二項の適用の是非が問われるべきである⁽¹³⁾」とされた。

判例の言う重大性の要件は、客観的な致命傷を与えた行為までを意味してはいない。むしろ、完全責任能力下の行

為と致死の因果関係が証明できないときにこそこの要件は機能を発揮するのである。内田教授も曾根教授も、判例の言う重大性の要件を越えて、客観的に致命傷を与えた行為を要求されるようであるが、その理由は示されていない。

筆者も前稿では、実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失の場合、すでにそのような状態になる前に致命傷を与えるような行為を行っていたときのみ因果関係の錯誤の理論が適用され、それ以外の場合は、二重の故意がある場合にのみ既遂の完全な責任を負わせ得るとして⁽¹⁴⁾いた。したがって、長崎地判が重大性の要件を欠く場合にも刑法三九条二項を排除したことには疑問をもつ。しかし、問題はなぜ重大性の要件が必要なのかである。筆者は前稿において、その根拠を、実行の着手は未遂の段階を画する概念にすぎないので、その時点での完全な責任能力はなお既遂の完全な責任を基礎付けるには不十分であることに求めて⁽¹⁵⁾いた。しかし、そこでは、客観的に致命傷を与えた行為と、結果との因果関係を証明できないがなお致命傷を負わせるような行為との異同、重大性と故意との関係、故意と責任能力の関係等について十分な検討がなされていなかった。以下では前稿脱稿後に接したヴォルターとフリツシュの見解を紹介・検討しながら、実行行為開始時の加害行為の重大性の要件について考えてみたい。

(7) 林 幹人「原因において自由な行為(三)」警察研究六三卷一二号(平成四年)二六頁以下。

中空壽雅「実行行為の途中で行為者が心神耗弱状態に陥った場合と刑法三九条二項の適用の是非」法学教室一四九号(一九九三年)七五頁は未遂と実行行為を分離し、実行行為の結果への相当因果関係を始動する行為と理解すると(山口厚「原因において自由な行為について」団藤重光博士古希祝賀論文集第二卷(昭和五九年)一六二頁以下)、本文に述べた様な因果関係が必要になるとする。

(8) 団藤重光・刑法綱要総論(第三版・平成二年)一六一頁。

(9) 岩橋・前掲論文三三頁。曾根・前掲論文一九七頁。

(10) 西原春夫・刑法総論(昭和五二年)四二二頁。平野龍一・刑法II総論(昭和五〇年)三〇四頁、三〇五頁。

- (11) 中空・前掲論文一六八頁。
- (12) 内田文昭「一連の殺人行為につき、その前半部分は誤想過剰防衛であるとして刑法三六条二項を適用し、その後半部分は心神耗弱状態下のものであるが刑法三九条二項の適用はないとした事例」判例時報九三七号（昭和五四年）一八六頁。中神正義「殺人につき誤想過剰防衛を認め、殺人の実行行為開始後その継続中に行為者が心神耗弱の状態に陥った場合における刑法三九条二項の適用を否定した事例」研修三七〇号（昭和五四年）六一頁は東京高判の事案について、心神耗弱に陥る前の加害行為で被害者が死に至る危険性が十分に伺い得るといふ事実認定を前提とすると刑法三九条二項を適用しないという結論でよいとされる。
- (13) 曾根・前掲論文一九七頁。
- (14) 拙稿一九八頁、一九九頁。
- (15) 拙稿二〇六頁、二〇七頁。

四 ドイツの判例と通説

ドイツの判例は、実行行為開始時の加害行為が客観的に致命傷を与えるものであったことはもちろん、結果との因果関係は証明できないが致命傷を与えるような重大なものであることも要求していない。これは、ドイツの判例が、実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失の問題を概括的故意事例と同様に、因果関係の錯誤の理論によって処理しようとするためであるといえよう。概括的故意事例では、たとえば、殺人の故意による殴打で被害者が死亡したと思つた被告人が、この被害者を死体隠蔽のために土の中に埋めたが、実は被害者はその時に初めて死亡したという場合、途中から殺人の故意はなくなるが、その後の隠蔽行為は一般的生活経験から外れるような突飛な事ではなく、当初の殺人の故意が実現されたといえるので、被告人に既遂責任を負わせ得るとされる。同様に、実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失の場合も、その後に相当性を逸脱するような経過がなく、当初の殺人等の故意が実現されたといえ

るなら、既遂責任を負わせ得るとするのである。⁽¹⁶⁾

たとえば、連邦最高裁の BGHSt. 7: 325 は、殺人の故意によるハンマーでの殴打の後に情動性朦朧状態に陥り、責任無能力状態で斧で被害者を殺害した事案に関するものであるが、原審は、責任無能力となった後の行為によって致命傷が加えられたか不明であるので、被告人の有利に解して殺人未遂とした。しかし、連邦最高裁は、因果経過が一般的生活経験によって予見し得る範囲内であれば故意は阻却されないとした。そして、本件でも「行為経過が被告人の認識とずれているのは、自分の行為についての興奮が意識を曇らせたという点のみについてであり、他方で被告人は責任能力状態で始めたのと同様に行動し続けている。・・・殺人の故意で責任能力状態でハンマーで殴打しており、その故に血の酩酊に陥り、この状態で（斧での―筆者注）殴打を行なった」ので、既遂責任を負わせ得るとして原判決を破棄差戻しとした。⁽¹⁷⁾ ここでは継続性も自招性も、当初の故意が実現されているというための要件として用いられている。たしかに、ハンマーでの殴打―血の酩酊―斧での殴打の細かな条件関係を要求するかのようでもあるが、⁽¹⁸⁾ そのような経過が相当性の範囲内なら故意の実現といえるとするのである。このように、当初の故意の実現かを問う場合には、実行行為開始時に故意があれば、その実行行為の重大性は問題ではないともいえるのである。もっとも、本件では、当初の実行行為は客観的に致命傷だったかは不明であるものの、それ自体重大な加害行為はであった。

これに対して連邦最高裁の BGHSt. 23: 133 の事案は、被害者を刺殺しようとして、ナイフを取り出したが、三八回刺した時点では情動による責任無能力状態にあったというものであり、長崎地判の事案と同じく、致命傷を与える行為はもちろん、重大な加害行為はすべて責任無能力状態で行なっている。連邦最高裁は、責任能力状態で旧西ドイツ刑法四三条の意味での実行行為を開始すれば十分であり、この時点で本質的な傷害行為を行なう必要はないとした。本件では、殺人の故意は、必要な回数だけナイフで刺そうというものであるが、現実の行為経過も情動のためにせい

ぜいより早く、より多く刺したという点で認識とずれていないにすぎず、責任無能力も先行行為から展開したもので、外部的な（人格と関係のない）影響によるものではなく、結局、当初の故意と一致するとした⁽¹⁹⁾。

このようにドイツの判例は実行行為開始時の加害行為の重大性を必要としない。行為者が完全責任能力の状態で予備と未遂の限界を越えることで十分なのである。通説もこの結論を支持している⁽²⁰⁾。判例・通説は、現実の因果経過が行為者の完全責任能力下での故意の内容と本質的にずれていないときに、当初の故意の実現を認めて既遂とするのであるから、完全責任能力時に故意が存在すればよいのであって、故意が実行の開始という形で現されていればよいのである⁽²¹⁾。しかし、長崎地判の事案が仮に殺人に関するものであった場合や、BGHSt. 23 : 133 の事案で既遂責任を負わせることには疑問がある。たしかに、完全責任能力時の故意が実現されれば既遂責任を問う得ることじたいは認め得る。しかし、これらの事例では、故意は結果発生の可能性の認識を含むものの、その実現については結果発生危険性の低い行為を行なう認識しかない。

- (16) Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt-BGHSt 23, 356, Jus 1972, S. 76.
- (17) BGHSt. 7 : 325 (329).
- (18) 林 幹人・前掲論文二六頁。
- (19) BGHSt. 23 : 133 (135f.). 同見解のものとして Otto, Actio libera in causa, Jura 1986, S. 433. 新たな決意に基づく行為があった場合は当初の故意の実現は未遂に終わるとする。Vgl. BGH GA 1956, S. 26 ; Puppe, Grundzüge der actio libera in causa, Jus 1980, S. 347.
- (20) Rudolphi/Horn/Zipf (Rudolphi), Systematischer Kommentar, 5. Aufl., 1989, § 20 Rdn. 27 ; Schönke/Schröder/Cramer (Cramer), Strafgesetzbuch Kommentar, 24. Aufl., 1991, § 15 Rdn. 56.

(21) Rudolphi, a. a. o., § 20 Rdn. 27 は、完全な行為無価値の実現があるとする。

五 既遂故意

ドイツの判例・通説に反対し、既遂故意という概念を用いて、実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失について未遂となる場合があることを示そうとしたのはヴォルターとフリッシュである。まず、彼らの既遂故意についての見解を検討してみたい。

ヴォルターの前提は、刑法規範には態度決定規範と評価規範の機能があるということである。態度決定規範は、客観的にも主観的にも法的に重要な法益侵害の相当の危険をもたらすような行為を意識的に実行に移してはならないという禁止を内容とし、これに反することで態度決定規範違反となる。行為無価値と責任はこの規範違反にのみ関係する。⁽²²⁾ 他方、この実行行為（態度決定規範違反）によって結果への危険が惹起され、さらにこの危険が結果に実現したことは、結果無価値の問題であり、評価規範に関係する。⁽²³⁾

ヴォルターによれば、既遂犯は完全な行為無価値・責任と結果無価値を前提とする。⁽²⁴⁾ 行為無価値・責任はまず、結果を招致するような犯罪を実現する意思活動によって基礎付けられる。⁽²⁵⁾ しかし、未終了未遂には部分的な行為無価値しかない。⁽²⁶⁾ 行為者は実行開始時と終了時に刑法上重要な危険を発生させることを真剣に考えていなければならず、実行終了時に危険が発生したと思っていないなら、行為無価値は部分的にしか実現されていないからである。⁽²⁷⁾ つまり、未遂を越えて既遂となるかは既遂の行為無価値・責任があるかにかかっている。すなわち、結果発生に適した危険をもたらすこと、結果発生に必要なすべてのことを行なったことを認識しなければならぬ（既遂故意）、その時点で責任がなければならぬ。このような認識・責任をもって行為を終了させるときにのみ既遂を基礎付ける完全な行為

無価値と責任が存在する⁽²⁸⁾。

未遂は多くの犯罪では不可罰であるので、判例・通説のように、実行を開始さえすればその後には本質的な因果のずれなしに結果が発生した以上は既遂とする立場こそ、既遂の要件を明らかにする責任があるとする⁽²⁹⁾。終了未遂と未終了未遂では中止犯における危険防止義務の内容も異なり、終了未遂の方が不処罰となるために多くのことを行なわなければならぬのは、終了未遂の方が不法と責任が高いからであるとする⁽³⁰⁾。

フリッシュも既遂故意を有力に主張している。フリッシュの前提はヴォルターとは異なる。すなわち、ヴォルターは既遂犯について客観的帰責として相当因果関係を要求し、他方で主観面では既遂故意を要求したが、それらが併行的に存在すれば十分としていた。これに対してフリッシュは客観的帰責の内容を豊富にすることと既遂故意を要求することに賛成するが、既遂犯の刑罰が未遂犯の刑罰よりの高いのは、既遂が客観的に高い不法のみならず、客観的不法と主観的不法の単なる結合以上の特別の無価値を含んでいるからであるとする⁽³¹⁾。すなわち、客観的構成要件の態度と客観的に帰責し得る結果が特に無価値な決意の実現であるときにこの特別の無価値があるとする⁽³²⁾。

フリッシュによれば、既遂犯におけるこの特に無価値な決意とは、結果発生危険のある行為を行なっているというだけでなく、一定の法益客体を支配できない因果経過に曝すことを内容とする。客観的事象がこの決意の実現といえる場合に既遂としうる⁽³³⁾。既遂故意があるというためには、行為者が自分の行為が結果招致に適していると思わなければならぬのであって、毒殺で毒を少しづつ与える場合で行為者はまだ致死量ではないと思っている場合や、気絶させてから殺そうと思ってまず殴打したとき被害者が死亡したような場合は、結果招致に適した行為の認識に欠け既遂にはできない⁽³⁴⁾。これらの場合、行為者には予備と未遂の限界を越える行為の認識はあるので未遂にはなる。しかし、結果招致に適した行為の認識を放棄して既遂を根拠付けることはできない⁽³⁵⁾。行為者のそれ以上の行為なしに結果発生

に至る危険行為を行なったことの認識が必要である。フリッツシュによれば、通説にしたがうと、予備と未遂の曖昧な限界付けが既遂の可罰性を根拠付けることになってしまふのである。因果関係の錯誤の理論も、客観的に帰責できる結果と既遂故意が完全であるが両者に不一致がある時にはじめて問題とできるのであって、既遂故意が欠ける場合を因果関係の錯誤の理論によって解決することはできないし、この理論の濫用であるとする⁽³⁶⁾。

わが国でも終了未遂と未終了未遂の区別は中止未遂の中止行為の違いをもたらしものと考えられている。すなわち、中止未遂の刑の減免の根拠が違法性の減少（危険性の減少）にあると考えられるならば、一般に終了未遂は未終了未遂よりも高度の結果発生危険をすでに発生させ、違法性が高いので、それを減少させるには未終了未遂よりも多くのことを必要とするといえるのである。故意既遂の刑罰が未遂の刑罰（任意的減輕）よりも高いのは、まず、このような終了未遂を前提として結果が発生したという違法性の高さに求められる。しかし、それに対応する責任もこの高い刑罰を根拠付けるものでなければならぬ。すなわち、終了未遂の高い違法を実現しようとするときにはじめて高い責任が認められ、既遂の責任を問ひ得るのである。結果発生認識の点では既遂故意も未遂故意も変わりはないが、終了未遂の認識の点では両者は異なるのである。結果発生危険性の認識のみを故意の内容とし、後は客観的に相当に結果が発生したか否かだけで既遂か否かを定めるだけでは、既遂の責任に十分な考慮を払わないことになるように思われる。ヴォルターやフリッツシュは既遂故意を行為無価値から説明するが、一般に故意を責任要素とした上で、高度の危険性をもつ行為は高度の違法行為の認識として、既遂故意を責任要素と理解することも可能であると思われる。

(22) Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objectiver Zurechnung, ZStW, Bd. 89 (1977), S. 674f., 703.

(23) Wolter, a. a. O., S. 664, 670, 674f., 681, 694, 703.

- (24) Wolter, a. a. O., S. 705.
- (25) Wolter, Vorsätzlich Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum "Strafgrund der Vollendung" *Leferenz-Festschrift*, 1983, S. 561.
- (26) Wolter, a. a. O., *ZStW*, S. 705.
- (27) Wolter, a. a. O., *ZStW*, S. 694, 697.
- (28) Wolter, a. a. O., *Leferenz-Festschrift*, S. 561, 563.
- (29) Wolter, a. a. O., *Leferenz-Festschrift*, S. 563.
- (30) Wolter, a. a. O., *Leferenz-Festschrift*, S. 564f.
- (31) Frisch, *Tatbeständmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, S. 582ff.
- (32) Frisch, a. a. O., S. 585f. フリッシュは決意は結果を実現する力がなければならいとする(604f.)。たとえば、水泳の達人を泳げないと思つて橋から突き落としたら、橋桁に頭を打つて死亡したような場合には、行為者に相当な危険の認識・相当因果関係の認識はあるので、故意はあり、その故意の内容としての危険が実現されていないとすることにならう。しかし、この場合橋桁に頭を打つことは突飛なできごとではなく、相当性の範囲内にあるとすれば、橋の上からの突き落とし行為の危険性には溺死の危険性の他に橋桁に頭を打つて死亡する危険性も含まれることになる。行為者が特定の危険性しか念頭に置かなかつた場合に、特にその危険の実現がなければ相当因果関係の範囲内の結果であっても帰責できないというのは妥当ではなからう。また、後述の概括的故意事例においても、フリッシュは第一の殴打行為の危険性は実現されていないので既遂とできないという(621f.)。ここではたしかに、第一行為の危険性は殴打行為の危険性と考えられるが、そこから、相当性の範囲内に第二行為とその結果があるので、第一行為の危険性の認識と既遂故意があれば既遂としてよいのではなからうか。第一行為の危険が実現したことは必要ないように思われる。このように、行為者が故意の内容として特定した危険や、行なつた実行行為の危険の実現は必要ないように思われる。なお、山本光英「実行の着手後の責任無能力」中央大学大学院研究年報第一六号I—2(昭和六十二年)一〇三頁、井田 良「因果関係の錯誤」*刑法判例百選I総論*(平成三年)三五頁参照。
- (33) Frisch, a. a. O., S. 585ff., 620ff.
- (34) Frisch, a. a. O., S. 602f. *Anm.* 103.

(35) Frisch, a. a. O., S. 603.

(36) Frisch, a. a. O., S. 604.

六 概括的故意

概括的故意事例では、行為者は殴打等の殺人行為の時点で、まさにその行為によって被害者を死亡させるという認識があり、原則とし既遂故意は存在する。したがって、概括的故意事例を故意既遂とするかは、この既遂故意が実現されたとみうるかにかかってくる。ヴォルターは既遂故意の内容と現実の因果経過が同価値であれば既遂とし得るとい⁽³⁷⁾。行為者は被害者が殴打によって死亡したと思って死体を埋めたが、実はその時に初めて死亡したという事例は既遂だとす⁽³⁸⁾。

これに対してフリツシュは、既遂故意の実現はなく、殺人既遂と過失致死になるとする。すなわち、第一の殴打行為には隠蔽行為による死亡の危険はなく、第一行為に隠蔽による死亡の危険も含まれるとする見解⁽³⁹⁾は、漠然とした危険で満足していると批判す⁽⁴⁰⁾。第二に、隠蔽行為は有責的な、規範に従う能力のある者の行為であって、責任無能力下の行為とは異なり、支配できない因果経過とはいえず、行為者の第一行為の故意によってはカヴァーされない別の規範的基礎による行為であるとする⁽⁴¹⁾。したがって、行為者が殴打による殺人だけでなく、隠蔽によってはじめて死亡するかもしれないことを意識して第二行為を行なった場合にのみ、故意は隠蔽による死をカヴァーしているので既遂になるとす⁽⁴²⁾。

筆者も前稿において、個々の行為についての行為者の主体的対応を厳密に考えるならば、概括的故意事例では殺人未遂と過失致死が成立するとしていた⁽⁴³⁾。その際、第一行為は客観的には致命傷ではなかったことを重視していた。客

観的に致命傷を与える行為の時点で、完全な故意責任が必要であると考えていたのである。しかし、行為の結果への相当の危険性の認識と既遂故意をもって実行行為を行い、そこから因果関係の範囲内で結果が生じたのであれば既遂責任を負わせ得るといえよう。もともとこの場合、客観的には相当因果関係があり、結果は客観的には帰責できるのであって、あとは責任の問題であると考えられる。行為者の故意内容の結果発生危険性（殴打による死）と実際の危険と結果発生（土に埋められたことによる窒息死）は完全に一致しなくても既遂の責任は負わせ得る。ただ、結果発生危険性の相当の危険性の認識と既遂故意は前提とされるのであるから、単に数回顔面を殴打しただけでは、その後被害者が動かなくなったように見えたので土に埋めたという場合でも、第一行為の時点での相当の危険性の認識と既遂故意に欠ける場合があると思われる。⁽⁴⁴⁾ その場合は傷害致死あるいは殺人未遂と過失致死になり得る。

(37) Wolter, a. a. O., *Leferenz-Festschrift*, S. 549f.

(38) Wolter, a. a. O., *ZStW*, S. 701.

(39) Wolter, a. a. O., *Leferenz-Festschrift*, S. 449f.

(40) Frisch, a. a. O., S. 621.

(41) Frisch, a. a. O., S. 621f. 同様の見解として、山本・前掲論文一〇〇頁。但し、山本説は概括的故意事例も実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失事例も継続性（行為態様の同一性）によって、当初の決意の実現かを判断されるのであり、既遂故意を必ずしも要求されないようである。

(42) Frisch, a. a. O., S. 622.

(43) 拙稿一九八頁。

(44) Vgl. Wolter, a. a. O., *Leferenz-Festschrift*, S. 551.

七 実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失

実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失に関しても、既遂故意を不要とし、故意既遂の責任を負わせ得るとするのがドイツの通説である。たとえば、エラーは BGHSt. 7: 325 の事例について、行為者がとにかく自分の行為によって被害者を死亡させようとしたのであるから既遂にできるとする。⁽⁴⁵⁾ この考えによれば、行為者にそのような故意がある限り、実行行為開始時の加害行為の重大性は問わないことになる。

しかし、既に述べたように、このような考え方には疑問がある。概括的故意事例では多くの場合、行為者は結果発生に必要なすべてのことを行なったと思っっている。これに対して、実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失の事例では、実行行為開始後比較的早い段階で責任能力の減弱・喪失が生じることがあり、実行行為開始時に完全な責任能力がありさえすればよいとするのは、ガイレンのいうように責任の滑り台である。⁽⁴⁶⁾ ただ、既遂時点までの完全な責任能力は必要ない。一般に、ガイレンは既遂時まで完全な責任能力を必要とすると考えられているが、ガイレンも事後的に責任能力を排除する情動のような場合は既遂解決もありうるとしている。⁽⁴⁸⁾

既遂故意があり、完全責任能力下の行為と結果との間に相当因果関係があれば既遂とできる。すなわち、責任の問題としては、完全責任能力の時点で既遂故意があればよい。⁽⁴⁹⁾ 完全責任能力下で自己の殴打行為を被害者の死を招致するのに適したものと認識した場合は、より先の支配できない因果経過・危険を高める因果経過に被害者を投げ込もうとしたのであり、⁽⁵⁰⁾ 既遂故意がある。⁽⁵¹⁾ 既に生命に危険な刺傷を与えた後に責任無能力となってさらに刺傷を加えたような場合である。但し、そのような場合でも、行為者人格と関係のない影響力、たとえば酩酊薬を騙されて飲まされたこと⁽⁵²⁾によって責任無能力となった様な場合には、相当因果関係がなく、既遂故意があっても未遂となろう。

既遂故意と客観的に帰責し得る結果発生をもって既遂とし得るといふ立場からは、完全責任能力下での加害行為の重大性は既遂故意認定のための要件ということになる。すなわち、BGHSt. 7: 325 の事案のように、完全責任能力下で既に致命傷を負わせ得るような行為を行なっていれば、結果発生に適した行為の認識があるといえる。反対に、BGHSt. 23: 133 の事案では、ナイフを取り出すだけでは結果発生に適した行為とはいえず、したがって重大行為の認識、すなわち既遂故意がないのである。このように、重大性の要件は、既遂故意認定の根拠なので、客観的に重大な行為であることが必要であるが、実際の結果（被害者の死等）の原因でなくともよく、客観的致命傷である必要はない。客観的致命傷は責任無能力下の行為によるのもよい。フリッシュはヴォルターを客観的致命傷を要求するものであるとして批判する。たしかにヴォルターは既遂故意の例として完全責任能力下で既に致命傷を与えていた場合をあげ、既遂故意のない例として未終了未遂の場合をあげているので、そのようにも解釈し得る。しかし、概括的故意事例では、第一行為が客観的致命傷を与えるものではなくとも既遂とするのであり、ヴォルターが常に客観的致命傷を与える行為を要求するとはいえない。

筆者も前稿では、完全責任能力下で致命傷を与えるような行為を行なったことを必要とするだけでなく、客観的致命傷が責任無能力下で与えられたかもしれないような場合には未遂とすべきだとしていた⁽⁵³⁾。しかし、既述のように、BGHSt. 7: 325 の事案及び前述の東京高判の事案では、完全責任能力下で重大な加害行為があるので既遂故意を認めることができ、既遂とできるように思われる。

傷害致死が問題となっている前述の大阪高判の事案では、完全責任能力下での暴行が優に致命傷を負わせ得るものであったことから、致死の予見可能性が認められると思われる。すなわち、ここでは重大性の要件は致死についての過失の予見可能性の認定根拠としての意義がある⁽⁵⁴⁾。これに対して、長崎地判の事案では、完全責任能力下の暴行は致

死を予見させるようなものではない。したがって、この事案では、飲酒すると致死に至るような暴行を振る等の危険な習癖がない限り、予見可能性の認定根拠がないように思われる。⁽⁵⁵⁾ 本件の精神鑑定書によると、被告人は飲酒の上で暴行したことは何回かあるようであるが、致死をもたらすようなものではないのであり、右のような習癖はないようである。⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾

- (45) Oehler, Anmerkung (BGHSt 7 ; 325), JZ 1970, S. 382 ; Oehler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA 1956, S. 4. エーラーはBGH GA 1956, S. 26の事案(妻と心中しようとして銃を数回発砲したが死ななかったため、妻の求めに応じて今度はハンマーで殺害したが後の行為の時には情動による責任無能力となっていた事案)も既遂になるとする。
- (46) Geilen, a. a. O., Jus 1972, S. 76. 山本・前掲論文一〇〇頁参照。
- (47) Rudolphi, a. a. O., § 20 Rdn. 27 ; Wolter, a. a. O., Leferenz-Festschrift, S. 553.
- (48) Geilen, a. a. O., Jus 1972, S. 78.
- (49) Vgl. Oehler, a. a. O., GA 1956, S. 3.
- (50) Wolter, a. a. O., Leferenz-Festschrift, S. 552 ; Wolter, a. a. O., ZStW, S. 701f. ヴォルターはBGH GA 1956, S. 26は既遂故意がある(すべ)既遂にせざるとする。 Wolter, a. a. O., ZStW, S. 701f. Anm. 219.
- (51) Frisch, a. a. O., S. 615f. 但し、フリッシュは完全責任能力下の既遂故意での行為が客観にも因果経過への投げ込みであることを要求するようである。すなわち、客観的致命傷でなくともよいが(S. 616 Anm. 208)「殴打等が責任無能力にいたる血の酩酊の危険と結びついていなければならぬとする(S. 616)」。これは既述のように、既遂故意の内容の実現のみを既遂とし得るとの考え方の帰結であろう。これに対して、既遂故意と相当因果関係で既遂とし得ると考えれば、既遂故意での殴打行為から相当因果関係を経て結果が発生していれば、客観的な終了未遂はより後の時点と捉えることもできるように思われる。
- (52) Vgl. Wolter, a. a. O., Leferenz-Festschrift, S. 553.

(53) 拙稿二〇三頁、二〇四頁。

(54) 曾根・前掲論文一九七頁。岩井宜子「実行行為と責任能力」刑法判例百選Ⅰ総論(第三版・平成三年)七七頁。

(55) 曾根・前掲論文一九七頁。

(56) 金澤 彰氏作成の精神鑑定書二〇頁、二二頁、二三頁、一五七頁。本鑑定書の入手については長崎地検記録係並びに山本真弓弁護士にお世話になった。

(57) なお、重大性を過失認定の根拠と考えると、完全責任能力時の過失(及び過失行為の)責任を問うことになり、通常の過失犯と変わりなく、自招性・継続性の要件は、当初の故意行為と結果の間の相当因果関係を示すにすぎないものとなろう。故意犯では、実行行為は結果発生により近接した行為と考えられるため、完全責任能力時の加害行為の重大性によって既遂故意が認められるとしても、実行行為は責任能力の減弱・喪失状態下の行為にもまたがっていると考えられるが、自招性・継続性の要件はやはり相当因果関係を示すものといえよう。山口・前掲論文参照。

八 原因において自由な行為

前稿では原因において自由な行為の場合と実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失の場合、行為者に責任能力の減弱・喪失状態とその状態での結果惹起について認識があれば、すなわち、いわゆる二重の故意があれば故意の既遂犯とし得るとし、その場合完全責任能力下での行為の重大性を問わないとした。⁽⁵⁸⁾しかし、既述のように、行為の重大性の要件は既遂故意認定の根拠だとすると、二重の故意も既遂故意であるかが問題になる。

まず、責任能力の減弱・喪失状態に自ら入っていく行為は、後には自己が規範に従う意思や能力を働かすことが非常に困難になることを考慮すると、結果発生の危険性及びそのまま結果発生に至る可能性を高める行為といえる。二重の故意の理論は、構成要件該当結果の認識だけではなく、自己が責任能力の減弱・喪失状態に陥ることの認識を要求することによって、自己の行為の相当の危険性の認識及びそのまま結果を発生させるような危険性の認識がある場

合にのみ、故意犯とするものと解することができる。

しかし、後になっても自己を抑制し得るような人の場合には、たとえば、飲酒時に結果行為への危険性はなく、飲酒すると自己を抑制できずに暴行等に出る習癖があるような場合でないと、飲酒等は結果発生に至る可能性のある行為とはいえず、また、行為者に危険性の認識もないであろう。特に情動のような場合は、情動の展開によって後に責任能力の減弱・喪失状態に陥ることを認識しても、それまでに、行為者自身の様々な規範的行為が介入するので、情動の展開過程に入っていく初期の段階での暴行等は、結果への相当の危険性のある行為とは言いにくい場合がある。⁽⁵⁹⁾ 二重の故意の責任能力の減弱・喪失状態の認識はこうしてまず、行為の相当の危険性の認識に関係する。

問題は、二重の故意が既遂故意を代替するかどうかである。ヴォルターは、行為者が被害者とは場所的・時間的になお距離があり、当分の間本質的な実行行為は行なわれないことを認識している場合は、行為者には結果招致に必要なすべてのことを行なったという認識はないとする。⁽⁶⁰⁾ しかし、原因において自由な行為の多くの場合、責任能力の減弱・喪失状態に陥った後に本質的な実行行為を行なうのであり、責任無能力下での既遂故意は非難できないので、ヴォルターの見解にしたがうと、結果が発生してもほとんど既遂責任は問えなくなるおそれがある。

責任能力の減弱・喪失状態に陥ることは、自らを因果の流れに投げ込むことであり、その認識によって、結果発生に必要なことはすべて行なったという認識はないにしても、結果発生に関して自己の力では支配できない状態にすることの認識はあり、自己の規範的行為が規範に反する行為に対抗することなく結果が発生するであろうことへの認識はある。したがって、二重の故意は既遂故意を代替すると言えるように思われる。二重の故意をもって相当因果関係内の結果を発生させれば既遂責任を問えるであろう。実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失の場合も二重の故意があれば既遂故意を代替し得るであろうが、実際には、多くの実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失の場合は予見

なく責任能力の減弱・喪失状態に陥るといえる。⁽⁶¹⁾したがって、特に実行行為途中からの責任能力の減弱・喪失の場合には、完全な既遂責任を問うためには完全責任能力時の既遂故意が必要になろう。

- (58) 拙稿二〇七頁。
- (59) Frisch, Grundprobleme der Bestrafung "verschuldeter" Affekttaten, ZStW Bd. 101 (1989), S. 538ff., 585ff., 570; Wolter, a. a. O., Leferenz-Festschrift, S. 568f.
- (60) Wolter, a. a. O., Leferenz-Festschrift, S. 556.
- (61) 中空・前掲論文一六六頁、一六七頁。