

# 「一連の行為」と犯罪成立阻却事由

同志社大学大学院法学研究科公法学専攻博士課程後期課程  
学籍番号：43121306

吉 川 友 規

## 目次

### 第1章 はじめに (1)

#### I.問題の所在(1)

#### II.本論文の構成(3)

#### III.本論文における「一連の行為」(4)

### 第2章 複数の行為による防衛行為 (6)

#### I.本章の検討課題と構成 (6)

##### 1.本章の検討課題 (6)

##### 2.本章の構成 (7)

#### II.量的過剰防衛の定義と理論的可能性 (8)

##### 1.量的過剰の定義 (8)

##### 2.量的過剰防衛の理論的可能性 (9)

###### (1) 量的過剰防衛の概念上の許容性 (10)

###### (2) 過剰防衛の刑の減免根拠論との関係 (12)

###### (3) 刑の減免根拠と量的過剰防衛の成否との関係 (14)

##### 3.量的過剰防衛における「防衛の意思」 (15)

#### III.判例における防衛行為の個数の判断方法 (16)

##### 1.全体を一連の防衛行為として評価したもの (16)

##### 2.過剰防衛の成立を否定したもの (21)

##### 3.他の裁判例と異なる判断を行ったもの (24)

###### (1)「特段の事情」から防衛行為の個数を判断したもの (24)

###### (2) 分析的評価を行ったもの (25)

##### 4.裁判所の判断の傾向 (28)

#### IV.防衛行為の評価方法 (29)

##### 1.防衛行為の評価の体系上の位置づけ (29)

- (1) 行為の把握・構成要件段階の「一連の行為」を維持するという見解 (29)
- (2) 違法性・責任段階から行為把握の段階への「立ち戻り」を許容する見解 (35)

## 2.違法性段階における全体的評価とその問題点 (38)

- (1) 全体的評価の意義 (38)
- (2) 全体的評価の問題点 (39)

## 3.分析的評価の基準 (42)

- (1) 重要な結果が第1行為から生じた可能性があるか否かで区別する見解 (42)
- (2) 主観的な意思決定によって両者を区別する見解 (43)
- (3) 各行為の客観的な態様から両者を区別する見解 (45)
- (4) 具体的な帰結 (46)
- (5) 防衛行為の個数評価 (48)

## V.量的過剰防衛に対する過剰防衛の適用可能性 (48)

- 1.分析的評価を行なった際の第2行為に対する過剰防衛の適用の可否 (48)
- 2.全体を「一連の行為」としつつも第1行為の違法性を阻却する見解 (49)
- 3.責任減少の範囲 (50)
  - (1) 過剰防衛の刑の減免根拠 (50)
  - (2) 防衛事象の性格の認定 (50)

## VI.小括－複数の行為による過剰防衛の行為の評価方法－ (51)

## 第3章 行為途中の責任能力の低下 (53)

### I.本章の検討課題と構成 (53)

- 1.本章の検討課題 (53)
- 2.本章の構成 (54)

### II.判例における承継的責任無能力の判断方法 (55)

- 1.日本の下級審の裁判例 (55)
- 2.ドイツの判例 (61)
- 3.判例における判断の傾向 (68)

### III.本問題の解決方法 (68)

#### 1.構成要件段階における解決の可能性 (68)

- (1) 因果関係の錯誤の問題として解決を図る見解 (69)
- (2) 本問題を因果関係の問題として理解することの当否 (73)
- (3) 原因において自由な行為の法理を用いる見解 (75)
- (4) 原因において自由な行為による解決の当否 (77)

#### 2.責任段階における解決の可能性 (79)

- (1) 分析的評価を行う見解 (79)
- (2) 全体的評価を行う見解 (83)
- (3) 検討 (84)

### IV.具体的事例の解決 (89)

- 1.同態様の行為を反復継続する場合 (89)
- 2.複数の別種の行為を行う場合 (90)
- 3.実行の着手の時点で第2行為を行うことを意思決定しているとはいえない場合 (91)
- 4.違法性阻却事由と承継的責任無能力が併存する場合 (94)

### V.小括-行為途中の責任能力の低下の評価方法- (96)

## 第4章 結果発生時の行為能力・作為可能性の喪失 (98)

### I.本章の検討課題と構成 (98)

- 1.本章の検討課題 (98)
- 2.本章の構成 (100)
- 3.本章の議論の前提 (100)

### II.ドイツにおける原因において自由な不作為の議論 (102)

- 1.処罰を否定する見解 (102)
- 2.「原因において自由な不作為」という構成を不要とする見解 (103)
- 3.原因において自由な行為の法理によって解決する見解 (105)
  - (1) 間接正犯の下位事例とする見解 (106)
  - (2) 構成要件モデルによる処理 (107)
  - (3) 拡張説による処理 (108)

- (4) 例外モデルによる処理 (109)
- (5) 責務モデル (110)
- 4.原因において自由な不作為という独自の法的形象を肯定する見解 (111)

### III.検討 (112)

- 1.ドイツにおける議論の意義 (112)
- 2.原因において自由な行為との関係 (113)
- 3.原因行為に作為義務の違反を肯定する根拠・基準 (116)
  - (1) 作為義務違反の根拠 (116)
  - (2) 作為義務違反の要件 (117)

### IV.具体的な事例の解決 (118)

- 1.故意犯の解決 (118)
  - (1) 事例 [1] の解決方法 (118)
  - (2) 事例 [2] (不作為において自由な不作為) の解決方法 (119)
  - (3) 不作為犯の成立が否定される場合 (120)
- 2.過失犯の解決 (120)

### V.小括—行為能力・作為可能性の欠落と問責対象の評価— (121)

## 第5章 「一連の行為」と犯罪成立阻却事由 (123)

### I.「一連の行為」に介在する違法性・責任阻却事由の取り扱い (123)

- 1.構成要件の機能と違法性・責任段階の評価との関係 (123)
- 2.犯罪成立阻却事由の介在と違法性・責任段階における行為の個数 (124)
  - (1) 違法性段階における行為の評価方法 (124)
  - (2) 責任段階における行為の評価方法 (125)
- 3.本論文における検討から得られる示唆 (126)

### II.構成要件段階における問責対象の特定方法 (126)

# 「一連の行為」と犯罪成立阻却事由

吉川 友規

## 第1章 はじめに

### I. 問題の所在

伝統的な見解によると、刑法の解釈において、行為者の行為が犯罪であるか判断するためには、構成要件該当性、違法性、責任という順番で検討がなされる。ここでは、構成要件該当性の認められる行為を対象として、その構成要件に該当する行為の違法性・責任が検討される。たとえば、行為者が殺意をもって人を殺すという行為を行ったが、その行為は正当防衛であった、あるいは、責任無能力の状態における行為であったという場合については、行為者の行為は、殺人の構成要件に該当するが、違法性あるいは責任が認められないために、犯罪は成立しないのである。このように、行為者の行為が単一の行為である場合には、その1個の行為の構成要件該当性、違法性、責任が問題となるにすぎず、構成要件該当性が認められた行為の違法性・責任を判断するだけで足りる。

問題となるのは、行為者が複数の行為から構成される「一連の行為」によって、構成要件的结果を惹起したものの、「一連の行為」の中の結果を発生させた部分だけを個別にみると、犯罪の成立を阻却する要素が存在しているという場合である。このような問題が生じる代表的な事例としては、行為者が侵害者から身を守るために防衛を行なった結果、侵害者が攻撃を取りやめたにもかかわらず、行為者が襲われた恐怖心から追撃を加え、侵害者を死亡させたという事例において、被害者の死因となった打撃は、最初の正当防衛であったという事例（複数の行為による防衛）や、行為者が完全な責任能力のある状態で行為を始めたが、行為を続けるうちに責任能力が低下し、その状態で被害者を死亡させた打撃を加えたという事例（承継的責任無能力）があげられる。

これらの事例の解決のためには、大別すると2つの行為の評価方法が考えられる。1つは、全体を「一連の行為」として1個の行為と理解したうえで、その1個の行為の違法性・責任の評価を行ういわゆる全体的評価と呼ばれる方法である。このような方法からすれば、この「一連の行為」全体に犯罪成立阻却事由が肯定されるのかが問題となるのであって、行為の「一部」に犯罪成立阻却事由が存在しており、その部分から結果が生じているという事情は必ずしも重要ではないことになる。もう1つは、各行為を個別にみて、それぞれの行為

の違法性・責任を検討するという分析的評価と呼ばれる方法である。このような方法からすれば、犯罪成立阻却事由が存在している行為については、犯罪の成立が肯定されないため、それ以外の行為によって犯罪の成立を認めることができない場合には、結果を帰属することができないことになる<sup>1</sup>。

学説においては、結果を発生させた行為に犯罪成立阻却事由が介在する事例では、以上のような全体的評価をとるべきか、それとも分析的評価をとるべきか、という点について従来から活発に議論がなされてきたが、いまだに見解の一致をみない。この対立の要因となっているのは、第1に、行為の個数の評価という問題が犯罪論体系上、どこに位置付けられる問題であるのか、すなわち、構成要件段階の行為の個数の問題であるのか、違法性・責任段階における行為の個数の問題であるのかが必ずしも明示して論じられてこなかったこと、第2に、構成要件段階の行為の特定の問題と、違法性・責任段階における行為の評価の問題のそれぞれの機能と、両者の関係性について必ずしも明らかとされてこなかったこと、第3に、各事例における行為の評価の基準について必ずしも具体化されてこなかったことにあるように思われる。そのため、結果を発生させた行為に、違法性・責任阻却事由が存在する事例において、行為の評価を適切に行うためには、これらの各問題点について明らかにすることが必要であるように思われる。

また、以上の事例は、「一連の行為」の中に、違法性・責任阻却事由が介在する場合に顕在化する問題であったが、行為者が複数の行為によって、結果を発生させたものの、結果を発生させた行為についてみると、犯罪成立阻却事由が介在しており、その行為を個別に評価した場合、犯罪の成立を肯定することができないという現象は、構成要件段階においても発生し得る。このような事例としては、行為者が自ら飲酒したり、薬物を服用したりすることによって、眠りに落ちることで、求められた行為を行えない状況を故意・過失によって作り出し、最終的に、通常であれば、結果を回避するための作為が要求される時点における行為を不可能にし、その状態で結果を発生させる場合（結果発生時の行為能力・作為可能性の喪失）が存在する。

ここでは、構成要件段階において問責対象となる実行行為の特定を行う際に、通常、実行行為として評価されるはずの結果を発生させた行為をみると、その行為には、行為能力が認

---

<sup>1</sup> 「全体的評価」、「分析的評価」という用語は、高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価-複数行為による分断と統合の問題-」刑事法ジャーナル 19号（2009年）39頁以下の用法に従った。

められない、あるいは、結果を回避するための作為を行えない状態である（作為可能性がない）ために、結果が発生した時点の構成要件該当性が阻却されることである。このような構成要件段階における犯罪成立阻却事由の事例を解決するためには、行為者のどの行為が実行行為として評価されるのか（あるいは評されないのか）という点と、どのような場合に発生した結果を行為者に帰属しても良いのかという点を検討する必要があるが、この構成要件段階における行為の評価方法は、違法性・責任阻却事由が介在する事例において行われる行為の評価方法と同じであるのか異なるのか、異なるとすれば、構成要件段階における行為の評価においては、どのような性質があるのかという点を明らかにする必要があるように思われる。

本論文においては、以上のような「一連の行為」の中に、違法性・責任阻却事由が介在する場合の行為の個数の評価に関する問題や、構成要件段階において、結果発生時点の構成要件該当性を阻却する事情が介在する場合の行為の評価方法に関する問題の検討を通じて、犯罪論における行為の評価方法について明らかにすることを目標とする。

## Ⅱ. 本論文の構成

以上の「一連の行為」の中の結果を発生させた行為のみをみると、その行為に犯罪成立阻却事由が存在している各事例を解決するために、本論文では、まず、第2章において、「複数の行為による防衛」の事例を取り上げて、「一連の行為」の中の結果を発生させた行為についてだけみると、違法性阻却事由が存在している場合に、犯罪論の体系のどこで、どのようにして行為の個数評価を行うべきであるのか、もし分析的評価を行う必要があるとすれば、その際には、どのような解決がなされるのかという点を検討する。

次に、第3章において、結果を発生させた行為についてだけみると、責任阻却事由が介在する「承継的責任無能力」の事例を検討し、同様に、構成要件段階における行為の個数評価と、違法性・責任段階における行為の個数評価の関係について明らかにする。

さらに、その上で、これらの第2章、第3章における検討を前提として、第4章において、結果発生時点において行為能力・作為可能性が喪失するために、結果を発生させた行為についてだけみると、犯罪の成立が否定される事例を検討することで、構成要件段階における行為の評価の方法について明らかにする。

そして、最後に、第5章において、これらの第2章から第4章までの検討を通じて明ら



かとなった結論について述べる。

なお、以上のように、本論文においては、違法性段階の問題と責任段階の問題を取り扱ったうえで、構成要件段階の問題を取り扱うという構成をとっているため、一見すると、刑法の犯罪論体系に即していない順序で問題を検討しているように見えるかもしれない。しかし、このような順序で問題を取り上げる理由は、第2章と第3章においては、犯罪成立阻却事由を考慮しなければ、構成要件該当性の段階では、複数の行為からなる「一連の行為」を、実行行為として理解することができるのが前提となっている事例が取り扱われているのに対して、第4章においては、このような意味での「一連の行為」は存在せず、通常であれば、実行行為として理解されるはずの行為の構成要件該当性が阻却された場合には、それより以前の事象経過にある行為の中から、どのようにして実行行為を特定するのかという問題が扱われているために、問題の性質が異なることにある。そのため、本論文においては、まず、「一連の行為」とされる実行行為が存在している際に、その行為の一部の違法性・責任の評価をどのように行うのかという問題を先に取り上げ、結果を発生させた行為に犯罪成立阻却事由が存在しており、その時点における実行行為自体が存在しないことが問題となる事例を後に取り上げ、これらの犯罪成立阻却事由が介在する事例を対比することにする。

### Ⅲ. 本論文における「一連の行為」

問題の所在でも触れた通り、本論文の第2章、第3章においては、構成要件段階における「一連の行為」の存在を前提としているが、犯罪論において「一連の行為」という言葉は、実行行為因果関係の錯誤、共犯、共同正犯、結合犯・継続犯、包括一罪の範囲など、非常に多くの場面で、様々な文脈の中で用いられている。

本論文の第2章、第3章で前提とされている構成要件段階の「一連の行為」との関係では、因果関係の錯誤が問題となるような事例が想定されることが多い。たとえば、最決平成16年3月22日<sup>2</sup>は、XがAにクロロホルムを吸引させて失神させ（第1行為）、自動車ごと海中に転落させて（第2行為）溺死させようとしたという事案において、Aが海中に転落するより以前のクロロホルムの吸引の時点で死亡していた場合には、「Aを失神させた上自

---

<sup>2</sup> 刑集 58 卷 3 号 187 頁。

動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げた」と判断し、第1行為の時点で、実行の着手と故意を肯定している。このような因果関係の錯誤の事例においては、あくまで、結果を発生させた行為の時点に、実行の着手が肯定されるか、その行為と結果との因果関係があるか、故意が認められるのかという点を検討するにあたり、「一連の行為」が問題とされているのであって、本論文にける「一連の行為」とは、その文脈が異なる。

本論文において問題とされる、構成要件段階における「一連の行為」は、複数の行為によって結果を発生させた場合で、この複数の行為を1つの犯罪構成要件によって、1回的に評価することができる場合を指している。このような事例として想定されるのは、典型的には、時間的場所的に近接した、個別に見てもそれぞれに構成要件該当性を肯定することができるような複数の行為を行った場合である。たとえば、XがAを、同一の場所において、時間を空けずに、複数回にわたって殴る蹴るなどの暴行を行ない、結果として、Aを傷害したというような場合が念頭に置かれる。このような場合には、各行為の故意や、客観的な態様、行為の時間的場所的近接性、客体の同一性からみて、同一の構成要件によって、複数の行為をまとめて評価する場合である<sup>3</sup>。以下の検討においては、「一連の行為」という言葉を用いる場合には、「XがAを、同一の場所において、時間を空けずに、複数回にわたって殴る蹴るなどの暴行を行ない、結果として、Aを傷害したというような場合」を想定して検討を行う。

もっとも、複数の行為を1つの犯罪構成要件によって、1回的に評価することができる場合という定義からすると、本論文における「一連の行為」には、態様は異なるものの、複数の行為によって結果を実現する結合犯のような事例もその中に含まれ、先ほどの例の場合と同様の議論が生じる場面もあるように思われる。そのため、以下の検討においては、この点が特に問題となる場合には、結合犯であることを明示しながらこの問題を取り扱う。

---

<sup>3</sup> 構成要件に該当する実行行為を一定期間にわたって継続して行っている継続犯の場合もこのような類型に含まれる。

## 第2章 複数の行為による防衛行為

### I. 本章の検討課題と構成

#### 1. 本章の検討課題

本論文が検討の対象とする「一連の行為」を構成する複数の行為の中でも、特に結果を惹起した部分に犯罪成立阻却事由が介在する事例群のうち、結果を惹起した部分の違法性阻却事由の介在が問題となる事例としては、構成要件段階において「一連の行為」とされる複数の行為によって反撃が行われ、その「一連の防衛行為」から過剰な結果が生じたという「複数の行為による防衛行為」が代表的な事例としてあげられる。

この問題について、日本の判例や多数説の立場からは、先行の行為（第1行為）と後行の行為（第2行為）とを「一連の防衛行為」として評価することで、1個の過剰防衛が成立すると解してきた。このような通説・判例の評価方法に対しては、以前より、時間的に超過してなされた防衛について過剰防衛を適用することを否定する見解から疑問が投げかけられてきた。しかし、複数の行為によって防衛行為がなされる場合には、重大な結果を発生させた行為が、過剰な追撃である第2行為であることがほとんどであったことから、第2行為を含む全体に過剰防衛を適用することは、むしろ、防衛者に有利に働くという面があり、全体を「一連の防衛行為」として評価する通説・判例の立場は、実務上大きな問題を生じることとはなく、広く受容されてきたし、学説における議論でもさほど大きく取り扱われていなかった。また、このように全体を「一連の行為」と考える評価方法自体も、構成要件で「一連の（実行）行為」とされる「行為」を対象として、その違法性・責任を評価するという手順によって処理することになるために、解釈の方法として自然であるようにみえることから、通説や判例の考え方に対して異論を唱える見解は少なかった。

しかし、近年になって、死傷結果のような重大な結果が第1行為から生じており、各行為を分析的に評価すれば全体を「一連の行為」とするよりも軽い罪名とすることが可能であった事案<sup>1</sup>について最高裁が判断を下したことを契機として、各事案を分析的に評価すべきであるという見解が有力に主張されるようになり、この点が活発に議論されるようになってきた。もっとも、このような議論の状況にも関わらず、複数の行為による防衛行為の個数評価の基準を何に求めるのかという点に関しては、未だに明確な指針が示されているとは

---

<sup>1</sup> 最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁、最決平成21年2月24日刑集63巻2号1頁。判例について詳しくは後述のⅢの部分を参照。

言い難い。このような状況に陥っている要因としては、過剰防衛の適用根拠や、行為の個数評価の方法、犯罪論体系上の位置付け、罪数など様々な考慮要素が過剰防衛の適用範囲を論じる際に、まとめて論じられてきたことにあるように思われる。そのために、従来の議論においては、第 1 に、「一連の行為」の個数評価を犯罪論体系上のどこで行うべきであるのかという体系上の位置付けがはっきりせず、議論の対象となっているのが、構成要件段階（あるいは、それ以前の段階）の行為の個数の問題なのか、違法性段階における行為の個数評価の問題であるのかという点が明確にされず、第 2 に、防衛行為の個数評価の際に、全体的評価と分析的評価を分ける具体的な基準をどのように考えるべきであるのかが不明確になっていた。また、これらの行為の個数評価の問題に付随して、第 3 に、防衛行為の個数評価を経たのちに、防衛行為が過剰となる原因となった追撃である第 2 行為に過剰防衛の規定を適用することができる根拠・範囲についても不明確であったように思われる。

そこで、本章においては、これらの防衛行為の個数評価に関する問題と、個数評価を経たのちの取り扱いに関する問題の検討を通じて、「一連の行為」に違法性阻却事由が介在する事例の解決方法と、それに伴う処理を明らかにすることを検討課題とする。

## 2. 本章の構成

以上のような問題点を解決するにあたり、本章では、まず、Ⅱにおいて、本章の考察の前提として、正当防衛を時間的な観点において超過する事例について予備的な考察を行う。次に、Ⅲにおいて、複数の行為によって防衛行為がなされた事例を取り扱った判例・裁判例を概観し、裁判所による事例の解決方法を明らかにする。さらに、Ⅳにおいて、防衛行為の個数評価の犯罪論体系上の位置付けと、個数評価の基準について検討する。最後に、Ⅴにおいて、過剰な追撃を根拠とする過剰防衛の適用根拠と範囲について検討する。

なお、以下では、ドイツにおける（事後的）時間的過剰防衛の理論的可能性の議論を参照する。この点について、ドイツ刑法 33 条の規定<sup>2</sup>と、日本の刑法 36 条 2 項の規定とでは、条文の文言と法律効果に関して相違が存在しているために、単純に比較することは適当ではないという指摘も考えられるが、問題となる過剰な追撃の部分だけを取り出すと違法な攻撃にすぎない、時間的に超過してなされた第 2 行為を超過部分とする過剰防衛が認めら

---

<sup>2</sup> §33 StGB: Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft. （ドイツ刑法 33 条：行為者が正当防衛の限界を当惑、恐怖あるいは驚愕から超えた場合には、処罰されない。）

れるのは何故かという点については、双方の条文において、法律効果に相違があったとしても、同様に問題となりえ、ドイツの議論と日本の議論を相互に参照する価値があると思われるからである。

## Ⅱ. 量的過剰防衛の定義と理論的可能性

### 1. 量的過剰の定義

本章の考察の対象となるのは複数の行為による過剰防衛であるが、この複数の行為による過剰防衛の典型的なものが「量的過剰防衛」の事案である。通説的な理解によると、量的過剰防衛とは、相手方の急迫不正の侵害に対する正当防衛として防衛行為が開始されたが、反撃によって急迫不正の侵害が消失したにもかかわらず、防衛の意思からさらに反撃を継続したことによって、時間的な観点において過剰となる事案のことを指す<sup>3</sup>。

ただ、一部の見解からは、このような理解と異なり、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰となった事案として量的過剰防衛が定義されている<sup>4</sup>。このような定義からすれば、過剰な行為が急迫不正の侵害終了後になされたときに、過剰防衛となる場合に加えて、さらに、急迫不正の侵害下でなされた反撃行為の総体が量的過剰となる場合も含むことになり、通説であれば、質的過剰防衛として処理される事案<sup>5</sup>の一部も量的過剰防衛の事案に含められることになる<sup>6</sup>。

確かに、時間的な観点における正当防衛の超過の際に、罪責の不均衡を根拠として行為の個数を問題とする場合には、急迫不正の侵害下における「一連の行為」をひとまとめにして防衛行為とし、全体を過剰防衛とする質的過剰防衛の事案においても、時間的な観点にお

---

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（成文堂、2012年）289頁。

<sup>4</sup> 大塚裕史『ロースクール演習刑法（第2版）』（法学書院、2013年）38頁、永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系 30巻』（判例タイムズ社、1999年）132頁以下、前田雅英『刑法総論講義（第6版）』（東京大学出版会、2015年）279頁、山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル 15号（2009年）（以下、「山口論文①」として引用）56頁、山口厚「判批」刑事法ジャーナル 18号（2009年）（以下、「山口論文②」として引用）80頁（脚註9）。

<sup>5</sup> 具体的には、後述の、最判平成9年6月16日（刑集51巻5号435頁）や平成21年決定（前掲註1）のような事案が「量的過剰防衛」の問題とされることになる。

<sup>6</sup> 大塚（裕）・前掲註4）38頁は、量的過剰防衛には、「急迫不正の侵害が終了したにもかかわらず、その後も反撃を続けた場合」（第1類型）、「急迫不正の侵害は継続していたが途中から防衛の程度を超えて防衛した場合」（第2類型）という2つの類型が存在するとしている。

る正当防衛の超過と同様の問題が生じる。そのために、複数の行為によってなされた防衛行為の個数評価が問題となる場合のことを指して、「量的過剰防衛」として定義する分類方法には一定の合理性があると思われる<sup>7</sup>。しかし、複数の行為による防衛行為が問題となる場合には、刑の減免根拠との関係で第 2 行為の時点においては、急迫不正の侵害が存在しているか否かが問題となる。なぜなら、急迫不正の侵害の継続性の有無は、第 2 行為における違法減少の有無と密接に関係しているからである。このような観点からすれば、急迫不正の侵害の有無から各事案を分類する定義にも十分に理由があり、また、それによって、特に不都合が生じるわけでもない。そのため、本章においては、「量的過剰防衛」を急迫不正の侵害が終了していたにも関わらず、防衛の意思から追撃を加えた事案として定義する<sup>8</sup>。

## 2. 量的過剰防衛の理論的可能性

問題となるのは、量的過剰防衛を急迫不正の侵害が消失した後に追撃を加える事案であると定義するとして、正当防衛（権）がもはや存在していない時点に行われた第 2 行為に対して、刑法 36 条 2 項を適用できるのかという点である。この点に関して、日本の学説においては、量的過剰防衛の理論的な可能性について肯定的な見解が多数であるものの、一方で、この点を消極的に解する見解も有力である<sup>9</sup>。量的過剰防衛の理論的可能性について消極的に解する見解が問題としているのは、①防衛行為の要件という面で、量的過剰防衛には、追撃行為の段階で相手方の急迫不正の侵害が存在していないため、防衛者の行為が概念上（文理上）防衛行為とはならないことと、②刑の減免事由という面で、量的過剰防衛には違法性の減少が存在していないことから、（仮に、①の概念上の可能性を肯定できたとしても）刑の減免根拠が存在しないため、刑法 36 条 2 項の適用が不可能であることである。

---

<sup>7</sup> 本章では、防衛行為の分断・統合の体系上の位置づけや、その基準について論じる場合には、基本的に、質的過剰防衛と量的過剰防衛の両方を対象とするのに対して、刑の減免根拠の問題について論じる際には、両者を区別して論じることとする。

<sup>8</sup> この点、林幹人『刑法総論（第 2 版）』（東京大学出版会、2008 年）202 頁は、正当防衛権を、正当防衛状況下で「量的に（複数の行為によって）」超過する場合と、正当防衛状況が終了したのちに時間的に超過する場合とを区別するために、後者を「時間的過剰」と呼ぶことを提案する（同様の指摘として、安田拓人「事後的過剰について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010 年）244 頁）。

<sup>9</sup> 橋田久「外延的過剰防衛」（論文①）産大法学 32 卷 2・3 号（1998 年）229 頁、同「量的過剰防衛-最高裁平成 20 年 6 月 25 日第 1 小法的決定を素材として-」（論文②）刑事法ジャーナル 16 号（2009 年）25 頁、松宮孝明『刑法総論講義（第 5 版）』（成文堂、2017 年）147 頁、山本輝之「防衛行為の相当性と過剰防衛」（論文①）現代刑事法 9 卷 1 号（2000 年）56 頁、同「量的過剰防衛についての覚書」（論文②）研修 761 号（2011 年）17 頁など。

### (1) 量的過剰防衛の概念上の許容性

まず、正当防衛（権）を時間的に超過するという量的過剰防衛が刑法 36 条 2 項にいう「過剰防衛」の概念に含まれるのかについてであるが、これに関しては、ドイツにおける量的過剰防衛の概念上の許容性に関する議論が参考になると思われる。

ドイツ刑法 33 条の規定によると、その適用を受ける行為には無罪の効果が与えられる。そのため、ドイツにおいては、日本の刑法 36 条 2 項の適用の議論以上に、過剰防衛の適用範囲の限定が問題となっており、時間的な正当防衛（権）の超過を過剰防衛とすることについて消極的な見解と、時間的な超過に対してドイツ刑法 33 条の適用を認めようとする有力説との間の対立が激しいが、量的過剰防衛を否定する見解は、「まだ」支配的な見解であるとされている<sup>10</sup>。時間的な超過の概念上の不可能性に関して、Fischer は、父親が成人まもない息子を懲戒するために殴打するという事例や、警察官が退職後に私人として権限外の逮捕を行うという事例をあげて説明する<sup>11</sup>。これらの事例において、それぞれ父親の懲戒権の行使や元警察官の逮捕権の行使がその権限を行使しようとする時点においては、もはやその権利が存在していないために、いずれの場合も権利の行使は問題とならない。したがって、これらの事案では、行為者の権利の行使を正当化することはできない。仮に、正当防衛（権）の時間的な超過をこれらの事例と同様の権利の「超過」と考えるのであれば、第 2 行為の段階で正当防衛状況がすでに消失した後に、防衛者は正当防衛権を行使することが認められないことになるだろう<sup>12</sup>。このような正当防衛（権）の時間的な超過の不可能性については、判例も同様に理解しており、ライヒ裁判所の時代から一貫して、正当防衛状況が消失した後の行為については、「正当防衛がもはや存在していない場合、・・・正当防衛の超過は、概念上問題とならない」と判断している<sup>13</sup>。

---

<sup>10</sup> Bockelmann/Volk, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl, 1987, S. 130; Jürgen Fischer, Die Strafloße Notwehrüberschreitung, 1971, S. 20 f; Helmut Frister, Die Struktur des “Voluntativen Schuldelements”, 1993, S. 233 (Fußnote 233); Gerd Geilen, Notwehr und Notwehrexzess, Jura 1981, S. 379; Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, § 7, Rn. 86; Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar StGB, 31. Lfg., 7. Aufl., 1999, § 33, Rn.2; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2012, § 22, Rn. 765, 766; Jürgen Sauren, Zur Überschreitung des Notwehrrechts, Jura 1988, S. 571; Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl., 1992, § 34, Rn. 27.

<sup>11</sup> Fischer, a.a.O. (Anm. 10), S. 20.

<sup>12</sup> Fischer, a.a.O. (Anm. 10), S. 20 f.

<sup>13</sup> RGSt 54, 36 (v. 24. 10. 1919.); RGSt 62, 76 (v. 19. 3. 1928.); BGH NStZ 1987, 20 (v. 11. 7. 1986.); BGH NStZ 2002, 141 (v. 24. 10. 2001.).

しかし、このような **Fischer** の懲戒権や逮捕権を用いた量的過剰防衛の概念上の不可能性についての論証は、あくまで時間的に超過することが考えられないような性質の権利を前提とした議論であるように思われる。**Fischer** の論証に対して、量的過剰防衛の概念を肯定する有力説からは、賃借人が取り決められた期間を超えて物を占有したという事例をあげて、その権利の性質次第では、権利の時間的な超過を認めることが可能な場合も存在しているという反論がなされている<sup>14</sup>。賃借権のような権利を想定するのであれば、賃借人が賃借権を時間的に超過して行使したということに異論はないと思われるが、そうすると、権利の時間的な超過が概念上、常に不可能なものであるとまではいえず、正当防衛（権）の超過についても、時間的な超過を肯定する余地は残されていると考えられる<sup>15</sup>。

また、先述のように、ドイツ刑法 33 条の規定が無罪の法律効果を規定しているために、通説・判例は、過剰防衛の概念について、限定的に解し、量的過剰防衛を排除してはいるが、他方で、判例は、質的過剰防衛の限界を「侵害の終局的な排除」<sup>16</sup>という点に求めているために、量的過剰防衛を肯定する見解からは、量的過剰防衛とされるような事案を質的過剰防衛としている可能性がある点にも留意する必要がある。この点について、ドイツにおける量的過剰防衛肯定説は、「判例の側からの現在性の基準の拡大解釈により、判例の立場は事後の量的過剰防衛の承認に近づくため、実務的な結論にはほとんど相違を生じない」という指

---

それぞれ、被告人が口論の末に元妻の父親 A に後頭部を殴打されたうえ、元義兄 B にナイフで襲われたために、防衛の目的で発砲したところ、B の大腿部に命中して B に傷害を負わせたのち、さらに、次の 1 発が A に命中し、A を死亡させたという事案 (RGSt 54, 36)、A に攻撃された被告人が 2 回発砲して、これによって A を転倒させたが、さらに 2 回発砲して A を殺害したという事案 (RGSt 62, 76)、店主 B を A が殴打したのを見た被告人が、腕力で明らかに優れている A を B から引き離そうとしたがうまくいかず、さらに、B が負傷したことにより狼狽、興奮して、B を助ける目的でナイフを持ち出し、A と B を押し倒した後に、さらに A をナイフで突き刺したという事案 (BGH NStZ 1987, 20)、弾入りの拳銃を取り出そうとしている A に対して、防衛を行うためにナイフを突き立てて A を転倒させた X が、A が床に倒れ、抵抗しなくなった後も、ナイフによる刺突を継続して、結果として、A に後遺症の残る重大な傷害を負わせた事案 (BGH NStZ 2002, 141) であった。

<sup>14</sup> Frank Zieschang, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.2., 12.Aufl., 2006, § 33, Rn. 6.

<sup>15</sup> Werner Beulke, Die fehlgeschlagene Notwehr zur Sachverteidigung, Jura 1988, S. 643; Hermann Blei, Strafrecht 1 Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 211; Harro Otto, Grenzen der Strafflosen Überschreitung der Notwehr, Jura 1987, S. 606; ders., Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2000, § 14, Rn.23; Claus Roxin, Über den Notwehrexzeß, Festschrift für Friederich Schaffstein, 1975, S. 112; Günter Spendel, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 2005, § 33, Rn. 6; Zieschang, a.a.O. (Anm.14), Rn. 6.

<sup>16</sup> RGSt 62, 76; BGH NStZ 1987, 20; BGH NStZ 2002, 141.



摘をしている<sup>17</sup>。

以上のような理解に対しては、正当防衛の時間的な超過が理論的には可能であるが、日本の刑法 36 条 2 項はドイツ刑法 33 条と異なり、過剰防衛の際には防衛の「程度」を超過することを要求していることから、防衛行為の時間的超過を「程度を超えた」と解することはできないのではないかという批判も存在する<sup>18</sup>。しかし、量的過剰の事案では、時間的な限界の超過という意味において「防衛の程度を超えた」防衛が問題となっていることと、旧刑法 316 条が「身体財産ヲ防衛スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乗シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者」の罪を 2 等あるいは 3 等減じるとして、時間的な超過を規定していたのに、この規定を継承している現行刑法が時間的な超過を過剰防衛とするのを否定しているとは考えにくいことなどからすると、刑法 36 条 2 項の中には、時間的な過剰も含まれているとする方が実情に即しているように思われる<sup>19</sup>。

## (2) 過剰防衛の刑の減免根拠論との関係

次に、過剰防衛の刑の減免根拠論との関係についてであるが、日本の刑法 36 条 2 項の刑の任意的減免の根拠に関して学説は、大別して、違法減少説、責任減少説、違法責任減少説に分類することができる。

これらのうち、違法減少説は、刑法 36 条 2 項がドイツ刑法 33 条のように虚弱性情動の存在を要求せずに、正当防衛状況を前提としていること、過剰防衛にも侵害者の急迫不正の侵害から正当な者の権利を守ったという点で違法性の減少が認められることなどを指摘して、過剰防衛の刑の任意的な減免が認められると主張する<sup>20</sup>。

しかし、違法減少説に対しては、責任減少説から、単なる侵害の場合よりも違法性が減少していることを指摘すること自体は妥当であるとしても、それによって刑の免除まで基礎

---

<sup>17</sup> Heike Diederich, Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzess, 2001, S.97. 同様の指摘として、Otto, AT, a.a.O. (Anm.15), §14, Rn.24; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.1., 4. Aufl., 2004, § 22 Rn.86.

<sup>18</sup> 内田文昭『刑法概要 中巻[犯罪論 (2)]』(青林書院、1999 年) 106、112 頁。

<sup>19</sup> 安田・前掲註 8) 247 頁。また、日本の量的過剰に関する旧刑法、現行刑法典編纂過程に関しては、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察 (1)」法学 74 卷 1 号 (2010 年) 1 頁以下も参照。

<sup>20</sup> 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究 50 卷 9 号 (1979 年)、山本・前掲註 9) 論文① 56 頁。同・前掲註 9) 論文② 17 頁。

付けられる理由にはならないと指摘される<sup>21</sup>。そこで、責任減少説からは、正当防衛状況において生じた心理的動揺によって生じる「行き過ぎ」については、期待可能性の減少が認められるということを根拠として、過剰防衛を適用することができるとされる<sup>22</sup>。ただ、責任減少説に対しても、後述の違法責任減少説の立場から、責任の減少のみによって、刑の免除まで認められるのは何故かという点<sup>23</sup>や、誤想防衛の際にも過剰防衛が肯定されることになるのではないのかという点<sup>24</sup>が指摘されている。

そこで、違法責任減少説は、違法減少説と責任減少説が過剰防衛の刑の減免根拠を違法性の減少あるいは責任の減少という観点から一元的に理解しているのに対して、過剰防衛の場合にも法の確証の効果が全面的に否定されるわけではないために違法性の減少の面があることは否定できず、また、急迫不正の侵害に対する反撃者の心理的動揺も考慮されるべきとして、それらの両方を過剰防衛の刑の減免根拠とする<sup>25</sup>。

もっとも、違法減少と責任減少の双方を考慮するといっても、その考慮の仕方には、見解によって相違が存在しており、それによって、さらに、双方の減少を要求する見解<sup>26</sup>（重疊的併用説）と、心理的動揺があまり認められなくとも違法性の減少が大きい場合や、違法性の減少がなくとも心理的動揺の大きな場合が存在することを考慮して、どちらか一方の減少だけでも過剰防衛を適用することができるという見解<sup>27</sup>（択一的併用説）とに分けること

---

<sup>21</sup> 伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）195頁、松原芳博『刑法総論（第2版）』（日本評論社、2017年）173頁、山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣、2016年）142頁以下。

<sup>22</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）163頁以下、西田典之『刑法総論（第2版）』（弘文堂、2010年）177頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）244頁以下など。

<sup>23</sup> 川端博『刑法総論講義（第3版）』（成文堂、2013年）374頁、橋田・前掲註9）論文①229頁。

<sup>24</sup> 町野・前掲註20）51頁、山本・前掲註9）論文②17頁。

<sup>25</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）294頁、伊東・前掲註21）195頁、大塚仁『刑法総論（第4版）』（有斐閣、2008年）394頁、大谷・前掲註3）290頁、川端・前掲註23）374頁、曾根威彦『刑法総論（第4版）』（弘文堂、2008年）106頁、団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990年）241頁、橋田・前掲註9）論文①228頁以下、同・前掲註9）論文②24頁以下、林幹人・前掲註5）201頁、松原・前掲註21）174頁以下、山口・前掲註21）142頁など。

<sup>26</sup> 橋田・前掲註9）論文①228頁以下、同・前掲註9）論文②25頁。

<sup>27</sup> 井田・前掲註24）294頁、林・前掲註8）201頁、松原・前掲註21）174頁。

ができる<sup>2829</sup>。

### (3) 刑の減免根拠と量的過剰防衛の成否との関係

このような過剰防衛の刑の減免根拠論に関する学説を量的過剰防衛の成否という観点から整理すると、違法減少説あるいは重疊的併用説などの違法性の減少を必須とする立場に依拠した場合には、第 2 行為に急迫不正の侵害がもはや存在していないことから、違法性の減少が存在しないために、過剰防衛の適用は認められないが<sup>30</sup>、反対に、過剰防衛の刑の減免根拠をもっぱら責任の減少によって説明することが（も）できるという、責任減少説・択一的併用説の立場からは、量的過剰防衛に対する刑法 36 条 2 項の適用を肯定することが可能となるという傾向はある。

しかし、これは、あくまでそのような「傾向」がある、というだけのことであって、実際には、このような過剰防衛の刑の減免根拠から単純に導きだした帰結に実際の学説が合致しているわけではない。冒頭でも述べたように、防衛行為の評価方法という観点について、全体的評価をとる多数説の見解からは、違法減少説・重疊的併用説の考え方を採用したとしても、第 1 行為と第 2 行為を「一連の防衛行為」と評価することにより、量的過剰防衛の場合にも、質的過剰防衛と同様に過剰防衛を肯定することが可能だからである<sup>31</sup>。ここでは、純粹に刑の減免根拠だけによって、量的過剰防衛の是非が決定されているのではなく、各説のよって立つ行為の評価方法をもとにした時に、その「一連の行為」、あるいは、各行為に過剰防衛の刑の減免根拠が存在しているのかが検討されているのである。

そうすると、複数の行為による防衛の際の過剰防衛の適用範囲という問題を解決するためには、その前提として、まずは複数の行為の分断・統合の問題について、一定の指針を提示する必要がある。本章では、各行為を全体的に捉えるのか、分析的に捉えるのかという行為の把握方法とその体系上の位置づけを明らかにしたうえで、刑の減免根拠に照らして考えると、第 2 行為に過剰防衛を適用することができるかを検討する。

したがって、ここでは過剰防衛の刑の減免根拠についての検討は、以上のような概説にとどめ、全体的に評価された「一連の行為」、あるいは分析的に評価された第 2 行為に、以上

---

<sup>28</sup> ただし、違法責任減少説をとると述べている論者の多くが違法減少と責任減少の関係について論じておらず、どちらの見解をとるのか明言していない。

<sup>29</sup> 重疊的併用説、択一的併用説という名称は、松原・前掲註 21) 174 頁に従った。

<sup>30</sup> 橋田・前掲註 9) 論文①229 頁、山本・前掲註 9) 論文①56 頁。

<sup>31</sup> 大谷・前掲註 3) 289 頁、川端・前掲註 25) 373 頁以下など。

で見たような刑の減免根拠が存在しており、それによって、過剰防衛の成立を基礎付けることが可能かという点については、後述のⅤの部分であらためて論じる。

### 3. 量的過剰防衛における「防衛の意思」

過剰防衛の適否について検討する際には、防衛の意思を必要とする見解から防衛の意思が要求されることは当然であるが、防衛の意思を不要とする見解からも、第 2 行為において「防衛の意思」が継続している限りで、第 1 行為と第 2 行為とを一連の防衛行為として過剰防衛を適用する余地があるとされ<sup>32</sup>、正当防衛の要件の解釈いかんに関わらず、防衛の意思を要求する見解が学説においても多数説である。

問題となるのは、以上のように、過剰防衛について防衛の意思を要求したとしても、量的過剰防衛の主観は、行為者が侵害の終了を認識しつつ、さらに追撃を加える意思、つまり、単に正当防衛の際の相手方の急迫不正の侵害に対応する意思にとどまらず、自己の行為が急迫不正の侵害の終了後の行為であり、時間的に過剰となることを認識しつつも相手方に防衛行為を行うという意思であるため、急迫不正の侵害に対応する意思であるという「防衛の意思」が存在しえないのではないかということである<sup>33</sup>。確かに、正当防衛の要件とされている「防衛の意思」を前提とするのであれば、この指摘が述べる通り、量的過剰防衛の場合には「防衛の意思」は存在しないことになる。

しかし、時間的な観点における超過を概念上肯定するのであれば、量的過剰防衛の際の過剰性の認識とは、自己の行為が時間的に超過することの認識を当然に含んでいるために、正当防衛状況の不存在の認識が存在していることだけで防衛の意思を否定することは適当ではないように思われる。このように考えると、過剰防衛の際に要求されている「防衛の意思」とは、正当防衛の要件としての「防衛の意思」の内容とは異なることになるだろう<sup>34</sup>。そうすると、防衛行為の要件としての防衛の意思にとって重要なのは、正当防衛状況についての認識の側面よりも、意思の側面なのであって、防衛者の認識がおよそ防衛のために行ってい

---

<sup>32</sup> 佐伯・前掲註 22) 164 頁、西田・前掲註 22) 177 頁。

<sup>33</sup> 佐藤拓磨「量的過剰について」法学研究 84 巻 9 号 (2011 年) 176 頁。

<sup>34</sup> 佐伯・前掲註 22) 169 頁 (註釈 23)、高橋直哉「複数の反撃行為と過剰防衛の成否」駿河台法学 26 巻 2 号 (2013 年) 48 頁、橋爪隆「防衛行為の一体性について」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012 年) 100 頁以下。また、我が国の裁判例において、防衛の意思の内容が通常と違うことを指摘するものとして、佐藤・前掲註 33) 194 頁参照 (裁判例については、後述本章Ⅲの部分参照)。

るという意思を超えないかぎりには、防衛の意思の存在を肯定しても良いように思われる<sup>35</sup>。

もっとも、時間的な超過を認識しつつも、防衛のために追撃を加えているという「防衛の意思」の存在が否定されるのは、通常の防衛の意思と同様に、行為者がもっぱら攻撃の意思しか有していないような場合であるように思われる。判例においても、後述のように量的過剰防衛の事案について防衛の意思の継続性を肯定している<sup>36</sup>一方で、防衛の意思が否定された事案においても、積極的加害意思に転じていたことが指摘されている<sup>37</sup>。

### Ⅲ. 判例における防衛行為の個数の判断方法

複数の行為による防衛行為の分断・統合について論じる前に、まず、多数の学説も支持している日本の判例の立場がどのようなものであるのかという点を確認しておく。

#### 1. 全体を一連の防衛行為として評価したもの

全体を一連の防衛行為として評価した裁判例として、最初にあげられるのは、最高裁昭和34年判決<sup>38</sup>（判例①）である。本件は、侵害者Aが被告人Xの手を引張り、屋根鉄を両手に持ち向かってきたことに激怒したXが、咄嗟にAを殺害しようと決意し、付近の腰掛けにおかれていた鉈を掴み、Aの屋根鉄を払いのけ、鉈を振ってAの左側頭部めがけて一撃を加え、更に踏込んでふらふらと倒れるAに追撃を加え、その場に横倒れになったAの頭部めがけて鉈を振って3、4回切りつけ、Aを頭部切創による脳損傷のため即死させたという事案であった。

原々審<sup>39</sup>は、Aを転倒させるまでの行為を正当防衛とし、その後の追撃については、侵害終了後の行為であるとしたが、Aが凶器を携えてX方に侵入したという異常な出来事による甚だしい恐怖、驚愕、興奮かつ狼狽の結果であることから、侵害が終了したことについての認識を欠いた、正当防衛行為に続いた行為であったことを指摘して、盗犯防止及処分に關する法律1条2項に該当するとして無罪とした。これに対して、原審<sup>40</sup>が「同一の機会にお

---

<sup>35</sup> 高橋（直）・前掲註34）48頁。

<sup>36</sup> 最判昭和34年2月5日刑集13巻1号1頁。

<sup>37</sup> 最決平成20年6月25日。

<sup>38</sup> 最判昭和34年2月5日刑集13巻1号1頁。

<sup>39</sup> 水戸地判昭和32年7月1日刑集13巻1号12頁

<sup>40</sup> 東京高判昭和33年2月24日刑集13巻1号15頁。

ける同一人の所為を可分し、趣旨を異にする2つの法律を別々に適用するがごときことは、立法の目的に副わない措置であつて、とうてい許されず、「XはAの急迫不正の侵害に対し、自己の生命身体を防衛するため、鉈をもつて反撃的態度に出たのであるが、最初の一撃によつて同人が横転し、そのため同人のXに対する侵害の態勢が崩れ去つたわけであるのに、Xは異常の出来事により、甚だしく恐怖、驚愕、興奮且つ狼狽したあまりとはいえ、引きつづき3、4回に亘り追撃的行為に出たのであるから、Xのこの一連の行為は、それ自体が全体として、その際の情況に照らして、刑法第36条第1項にいわゆる『已ムコトヲ得ザルニ出デタル行為』とはいえないのであつて、これは却つて同法条第2項にいわゆる『防衛ノ程度ヲ超エタル行為』に該るものといわなくてはならない」として過剰防衛の成立を肯定したのを最高裁も支持して、第1行為と第2行為とを一連の行為と評価することによって全体を一連の行為として評価することができるとした。

本件は、最高裁が量的過剰防衛を認めた唯一の判例であり<sup>41</sup>、複数の行為による過剰防衛の際に、全体を「一連の行為」として評価するという評価方法の指針ともなった判例でもあるとされる<sup>42</sup>。ただ、このような本件の評価に対して、山本輝之教授は、控訴審が「被告人の所為は、まさに、Aの急迫不正の侵害に対し、自己の生命身体を防衛するための反撃行為に他ならなかったといふことができる」としていることから、第2行為の段階においては、「侵害の態勢が崩れ去つてはいるが、未だ、その急迫不正の侵害が終了したとまではいえず、第二暴行も急迫不正の侵害に対する反撃行為にほかならないと考え」ていることからすると、その原審の判断を是認した最高裁も同様の見解に立つと分析しておられる<sup>43</sup>。このような山本教授の理解からすると、最高裁が量的過剰を肯定した事例は存在しないことになる<sup>44</sup>。しかし、「侵害の態勢が崩れ去つた」ことを素直にとらえるのであれば、急迫不正の侵害が消失した事案であるとみることは可能であると思われる<sup>45</sup>。

---

<sup>41</sup> 平成20年決定（判例⑩）においては、第2行為を積極的加害意思による行為としており、「一連の防衛行為」に過剰防衛を適用することが否定されている。

<sup>42</sup> もっとも、本件の判例解説においては、第1行為から結果が生じている場合には、各行為を分析的に評価することが示唆されている（寺田正二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和34年度）』（法曹会、1955年）8頁）。

<sup>43</sup> 山本・前掲註9）論文②11頁以下。同様に判例①の事案では、急迫不正の侵害が終了していないことを指摘する見解として、川口政明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成6年度）』（法曹会、1996年）2226頁。

<sup>44</sup> 山本・前掲註9）論文②17頁。また、本件が急迫不正の侵害が消失したか否かが不明確であることを指摘するものとして、佐藤・前掲註33）180頁。

<sup>45</sup> 永井・前掲註4）141頁、佐伯・前掲註22）167頁（脚註22）。

この昭和 34 年判決の述べている、複数の行為を「一連の行為」として捉えて、全体に過剰防衛の成立を肯定するという判断方法は、その後、下級審の裁判例においても、複数の行為によって防衛がなされたという事案の解決として用いられ、A が X の頸部を圧迫したのに対して、X が A の頸部を締め返して両者とも横転したのち、A の侵害が相当程度緩み、X が優勢であったにもかかわらず、頸部の圧迫を継続し、A を死亡させたという東京高判昭和 49 年 8 月 1 日<sup>46</sup>（判例②）や、A が X の顔面を殴打してきたために、A の顔面中央を手けんで 1 回殴打して尻餅をつかせ、更に転倒したままの A の顔面や腹部を強く蹴ったり、踏みつけたりするなどの暴行を加えて、傷害を負わせて死亡させたという東京高判昭和 55 年 11 月 12 日<sup>47</sup>（判例③）、A に電気アイロンで頭部を殴打され、その場に引き倒されて引き倒され暴行を受けたために、アイロンのコードを A の首に巻き付けて引き倒し、その時点で一旦手を離したが、再度その首に巻き付けてあるコードを強く絞めて、X を絞殺したという京都地判昭和 57 年 2 月 17 日<sup>48</sup>（判例④）、X、Y が A に鉄棒でいきなり殴打されたため、共謀の上、A に組みついて押し倒したり、立ち上ってもみあったりするうちに、Y が A を腰投げで倒し、鉄棒を奪って頭部を殴打したが、なお A が立ち向かってきたため更に数回 A の頭部を殴打し転倒させたうえ、Y から鉄棒を受取った X が転倒している A の頭部などを数回殴打し、2、3 回頭部を足蹴りにするなどの暴行を加えて傷害を負わせたという大阪高判昭和 58 年 10 月 21 日<sup>49</sup>（判例⑤）、X が出刃包丁を振り回して向かってきた A から身を守るために、丸椅子を A の左腕から左肩を狙って振り下ろしたところ、A の左側頭部にあたり、A はうつぶせに倒れたが、A がなおも起き上がりかけたので、更にその背部を椅子で殴打し傷害を負わせ、A を死亡させたという大阪高判昭和 62 年 1 月 27 日<sup>50</sup>（判例⑥）においても用いられている。

これらの裁判例においては、全体を「一連の行為」として扱う基準として、正当防衛状況の継続性の有無（判例②、③、⑤、⑥）、各行為の時間的場所的接性（判例②、④、⑤）、行為の同態様性（判例⑤）、防衛の意思の継続性（判例②～⑤）などの要素があげられている。

---

<sup>46</sup> 刑月 6 卷 8 号 873 頁。

<sup>47</sup> 判例時報 1023 号 134 頁。

<sup>48</sup> 判例時報 1048 号 176 頁。

<sup>49</sup> 判例時報 1113 号 142 頁。

<sup>50</sup> 判例タイムズ 642 号 262 頁。本件においては、結果が第 1 行為から生じた可能性がある事案であったが、全体を正当防衛として評価することによって結果を正当化している。

以上のような複数の防衛行為を「一連の防衛行為」として評価する裁判例の傾向を決定付けたのが、最高裁平成9年判決<sup>51</sup>（判例⑦）である。本件は、XがAにいきなり鉄パイプで頭部を殴打されたことに立腹し、Aから取り上げた鉄パイプでAの頭部を殴打し（第1行為）、Xと抗争となったAが勢い余って建物2階の手すりの外側に上半身を前のめりに乗り出させたところを、更にAの片足を持ち上げて地上に転落させ（第2行為）、Aに傷害を負わせたという事案であった。

原々審<sup>52</sup>、原審<sup>53</sup>が、第1行為を過剰防衛とし、第2行為を単なる犯罪としたのに対して、最高裁は、「Aは、Xに対し執ような攻撃に及び、その挙げ句に勢い余って手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢でなおも鉄パイプを握り続けたことに照らすと、AのXに対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、Xがその片足を持ち上げてAを地上に転落させる行為に及んだ当時も存続していたと認めるのが相当である。また、Aは、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、Xの右行為がなければ、間もなく態勢を立て直した上、Xに迫り付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であったものと認められ」として急迫不正の侵害の存在を肯定し、「それまでの一連の経緯に照らすと、Xの右行為が防衛の意思をもってされたことも明らかというべき」であるとしたうえで、相当性については、第2行為の時点でAの侵害が相当程度弱まっていたことを理由に否定して、「鉄パイプで同人の頭部を1回殴打した行為を含むXの一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない」とした。本件は、Xによる各行為について、侵害の継続性と防衛の意思の観点から、一連の防衛行為として評価したうえで全体に過剰防衛の適用を行った事案であると評価できる<sup>54</sup>。

この平成9年判決の後、A宅で就寝していたXがAに起こされ、やにわにAから果物ナイフで左肩背部を深く刺され、更に左後頭部を切り付けられたのに対して、Aの頬を数回平手うちし、顔面に頭突きをしてAを転倒させ、仰向けに倒れて動かない状態となっていたAの胸部ないし腹部を数回踏みつけるように強く足蹴にするなどの暴行を加え、Aを下

---

<sup>51</sup> 最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁。

<sup>52</sup> 大阪地判平成8年9月10日刑集51巻5号447頁。

<sup>53</sup> 大阪高判平成8年12月25日刑集51巻5号449頁。

<sup>54</sup> もっとも、本件の事案については、急迫不正の侵害の継続性という点や、相当性の点について疑問が呈されている。



大静脈断裂によって失血死させたという東京地判平成 9 年 9 月 5 日<sup>55</sup>（判例⑧）、A からいきなり殴りかかれ、両肩を掴んで押すなどの暴行を加えられた X が A と掴み合いになった際に、A の脇腹を数回にわたって膝蹴りをしたところ、A は反撃をすることができなくなり、防戦一方となったが、X がさらに A を仰向けに倒して傷害を負わせたという東京高判平成 12 年 11 月 16 日<sup>56</sup>（判例⑨）、A が X の顔面を手拳で 4、5 回立て続けに殴りつけたのに対し、X が A の顔面を 1 回強く殴打した後に、A を掴んで引き起こして謝罪を求めたが、A が再び肩や胸を数回殴打してきたため、その顔面や上半身を手拳で殴打し、抱きついてきた同人の腹部付近を更に膝で 1、2 回蹴り上げたうえ、腹部付近を膝蹴りして死亡させたという広島高判平成 15 年 10 月 9 日<sup>57</sup>（判例⑩）は、全体を「一連の行為」として評価している。これらの裁判例の基準も、侵害の継続性（判例⑧、⑩）、時間的場所的近接性（判例⑧、⑨）、防衛の意思（判例⑧～⑩）という点である。

以上のように、裁判例においては判例①から、侵害の継続性の有無と、客観的な時間的場所的近接性、行為の態様、主観的な防衛の意思といった観点から、全体を「一連の行為」として評価できるか否かを判断するという手法をとっていたが、「一連の行為」のうち、単独であれば正当防衛となる第 1 行為から結果が生じた場合にどのように処理するのかが必ずしも明らかではなかった<sup>58</sup>。

実際に、第 1 行為から結果が生じた場合の処理について問題となった事案が、後述の最高裁平成 20 年決定と、最高裁平成 21 年決定である。平成 20 年決定においては、侵害の継続性、時間的場所的近接性、防衛の意思を基準に第 1 行為と第 2 行為とを分断したために、結果的に、第 1 行為の正当防衛の取り扱いは問題とならなかったが、平成 21 年決定においては、これについて一定の指針が示されている。

平成 21 年決定<sup>59</sup>（判例⑪）の事案は、以下の通りである。覚せい剤取締法違反の罪で起訴され、拘置所に勾留されていた X は、同室の A が折り畳み机を押し倒してきたために、その反撃として机を押し返した。それによって、A が机に当たって押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になったにも関わらず、X は、さらに倒れている A の顔面を手拳で数回殴打

---

<sup>55</sup> 判例タイムズ 982 号 298 頁。

<sup>56</sup> 東京高裁判所刑事判決時報 51 巻 1~12 号 110 頁。

<sup>57</sup> 裁判所ウェブサイト、LEX/DB 文献番号 28095034。

<sup>58</sup> この点が問題となった裁判例においては、全体が正当防衛とされたために、分断は問題とならなかった。

<sup>59</sup> 最決平成 21 年 2 月 24 日 63 巻 2 号 1 頁。

した。X の暴行によって、A は全治 3 週間の傷害を負ったが、その傷害は第 1 行為から生じていた。

原審<sup>60</sup>は、第 1 行為と第 2 行為につき、急迫不正の侵害の継続と防衛の意思の存在が認められ、「時間的・場所的に接着してなされた一連一体の行為であるから、正当防衛に当たるか過剰防衛に当たるかについては全体として判断すべきであって、それぞれ分断して評価すべきではない」として、全体を 1 個の過剰防衛であるとした。これに対して、弁護人は第 2 行為だけを評価すると暴行にすぎないために、第 1 行為と第 2 行為とを分けて評価すべきであると主張して上告したが、最高裁は、原審の判断を支持して、原審の認定のもとでは、「X が A に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく一個の行為と認めることができるから、全体的に考察して一個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり」、第 1 行為から重大な結果が生じているという事情は、「有利な情状として考慮すれば足りるというべきである」として、時間的場所的近接性、防衛の意思を根拠に全体を「一連の行為」とした。

## 2. 過剰防衛の成立を否定したもの

以上にあげた判例・裁判例は、過剰防衛の成立を肯定した事例であった。次に、これとは反対に、過剰防衛の成立を否定した裁判例を取り上げる。このような裁判例のうち判例⑪以前の裁判例においては、A が興奮の余り X の睾丸を掴み鉈で殴打しようとしたために、X は A の手を振り払い、右手を A の首に回して体をかかわしたが、殺意を生じて A の頸部を強く圧迫して A を死亡させたという東京高判昭和 29 年 11 月 4 日（判例⑫）<sup>61</sup>、A が鉄瓶を持ち上げて X に投げつけようとしたので、X が両手で五徳をもって鉄瓶を押し返したところ、鉄瓶の中の熱湯が A の手にかかったために A が憤慨し、麺棒をとって X に殴り掛かったが、これをみた B がこれを制止している間に、X が A から麺棒をもぎ取って A を土間に突き落とし、殺意をもって、A の頭部などを麺棒で強打して死亡させたという東京高判昭和 31 年 11 月 27 日<sup>62</sup>（判例⑬）、A が下駄で殴打しようとしたため、X が A を玄関から押し出したが、A が X の頭部を下駄で 2、3 回殴打し、さらに X の父も殴打しようとしたので、X が A を押し倒し、組み敷いたにもかかわらず、なおも下駄で殴打しようとしたために、殺

<sup>60</sup> 大阪高判平成 20 年 10 月 14 日刑集 63 巻 2 号 15 頁。

<sup>61</sup> 裁特 1 巻 11 号 471 頁。

<sup>62</sup> 東高刑時報 7 巻 12 号 445 頁。

意をもって厚板でAの頭部を殴打して重傷を負わせたという福岡地判昭和33年4月8日<sup>63</sup>（判例⑭）、Aが石工用セットを手にしてXに向かってきたために、Xが金棒を持ってAに對抗したところ、Aが驚いて逃げ出したが、Xはこれを追って、背後から金棒でAの肛門を突き刺して傷害を負わせたという水戸地判昭和33年5月26日<sup>64</sup>（判例⑮）においては、第2行為の段階では急迫不正の侵害が存在していないことを指摘して過剰防衛の成立を否定しており、量的過剰防衛を否定したと見ることもできるものも存在している。

しかし、判例①以後の裁判例についてみると、Aからパン切り包丁で切り掛かれたXが、Aともみ合ううちに、Aが落とした包丁や付近にあったボールペンなどを手に取って、殺意をもってXの頭部・顔面などを突き刺し、Xが動かなくなったために、しばらく様子を見たが、Aが動いたように感じたために、Aの首を絞め死亡させたという事案の津地判平成5年4月2日<sup>65</sup>（判例⑯）では、Aの首を絞めた段階（第2行為）において急迫不正の侵害が消失していたことを指摘したうえで、第2行為の「段階においては、X自身もAが直ちに攻撃してくる気配がないことを認識していたことは明らかであり、かつ興奮状態は相当治まり、余裕さえ認められるのであって、・・・頸部圧迫が余勢に駆られた行為とは到底言い得ず、XにとってAは歓迎しない闖入者であったということで盗犯等の防止及び処分に関する法律1条（正当防衛の特例）の趣旨を考慮に入れても、Xが急迫不正の侵害が続いているものと誤想して頸部扼殺に及んだとは到底認められない。また、Xの一連の殺人実行行為を全体的に観察して、過剰か否かはともかく、急迫不正の侵害に対する防衛行為であると判断するのも先に認定した本件の経緯及び状況等・・・に照して相当ではない」としており、侵害の継続性に加えて、防衛の意思の継続性の有無を検討している。

この点は、第2行為について防衛の意思が消失していた事案について最高裁が判断を行った平成20年決定<sup>66</sup>（判例⑰）においても同様である。本件は、Aから殴り掛かれたXがAの顔面を殴打したところ、Aがアルミ製灰皿をXに向けて投げ付けたために、XがAの顔面を殴打し、それにより、Aが転倒して動かなくなったが（第1暴行）、更に腹部などを足げにするなどの暴行を加えて（第2暴行）傷害を負わせ、クモ膜下出血により死亡するに至らしめたというものであった。

---

<sup>63</sup> 第1審刑集1巻4号523頁。

<sup>64</sup> 第1審刑集1巻5号789頁。

<sup>65</sup> 判例タイムズ819号201頁。

<sup>66</sup> 最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁。

原々審<sup>67</sup>は、第 1 暴行と第 2 暴行とを一連の行為として評価し、「全体として」一個の過剰防衛行為と解することが相当であるとし、原審<sup>68</sup>は、X の行為は、第 1 暴行の時点では、正当防衛状況が存在しており、主観的にも防衛の意思に基づいてなされた行為であったが、第 2 暴行の時点では、正当防衛状況が存在しないことが客観的に明らかであり、主観的にもそれを十分に認識していたことが認められるのであるから、第 1 暴行と第 2 暴行は、「A からの侵害の継続性及び X の防衛の意思という点において、明らかに性質を異にし、その間に断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない」ので全体評価の基礎を欠き、第 1 暴行と第 2 暴行とを分断して、第 1 暴行には正当防衛、第 2 暴行には傷害罪が成立するとしており、判断が分かれていたが、最高裁は、原審の判決を是認して、「第 1 暴行により転倒した A が、X に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったのであり、X は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第 2 暴行に及んでいるのであるから、第 2 暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、A による侵害の継続性及び X の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、X が前記発言をした上で抵抗不能の状態にある A に対して相当に激しい態様の第 2 暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、一個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛に当たる第 1 暴行については、罪に問うことはできないが、第 2 暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより A に負わせた傷害につき、X は傷害罪の責任を負うというべきである」とした<sup>69</sup>。

---

<sup>67</sup> 静岡地判平成 19 年 8 月 7 日刑集 62 巻 6 号 1866 頁。

<sup>68</sup> 東京高判平成 19 年 12 月 25 日刑集 62 巻 6 号 1879 頁。

<sup>69</sup> 平成 20 年決定(㊦)以後の裁判例として、A から頸部を圧迫された X が A のマフラーで首を絞め返し、途中で A の侵害が消失したにも関わらず、A に対して、殺意を抱いて、頸部の圧迫を継続し、A を死亡させたという松山地判平成 21 年 7 月 24 日 LEX/DB 文献番号 25441299 があげられる。本件においても考慮要素として、時間的場所的近接性、防衛の意思、暴行の程度、強さ、時間の長さ、結果への寄与度などをあげつつ、X が積極的加害意思であったことを指摘して過剰防衛の成立を否定した。

### 3. 他の裁判例と異なる判断を行ったもの

#### (1) 「特段の事情」から防衛行為の個数を判断したもの

以上のように、最高裁や下級審の裁判例の大多数は、考慮要素として、侵害の継続性、時間的場所的近接性、防衛の意思などの要素をあげているが、裁判例の中には、「特段の事情」の有無から防衛行為の分断・統合を決定したものも存在する。このような裁判例としては、東京地判平成 12 年 8 月 29 日<sup>70</sup>（判例⑱）があげられる。本件は、X が自宅に押し入ってきた A と B のうち、A が台所に包丁をとりに行った際に、登山ナイフで両名を殺害しようと決意し、1 人になった B と互いに掴み合った状態のまま、右手を B の首付近に当てて支えるようにして、左手で棚のナイフを取り、再び掴みかかってきた B の腹部にナイフを根元まで突き刺したのちに、斜め背後から掴みかかってきた A に対しても、A の腕を掴んで手前に引き込んだ上、その腹部を目掛け力一杯ナイフを根元まで数回突き刺し、倒れようとする A の左胸付近を突き刺した（第 1 行為）うえ、さらに、A らが倒れ、もはや起き上がってくる気配がないことを確認しつつも、このまま両名を生かしておけば、後日、必ずや仕返しされると考えて、無抵抗の A の背部などや B の胸部、腹部などをナイフで多数回突き刺し殺害した（第 2 行為）という事案であった。

東京地裁は、第 1 行為については、「急迫不正の侵害あるいはその誤信があった」とし、防衛の意思も認められるが、相当性を逸脱しており過剰であったとしたうえで、第 2 行為については、「既に両名による急迫不正の侵害は終息したばかりか、X においても、防衛の意思をなくし、専ら積極加害の意思で攻撃したということができ」、「この時点においては、・・・正当防衛等の成立を認める前提要件は既に消失した」が、「急迫不正の侵害や X の防衛意思の有無という法律的観点から事後的に分断することは可能ではあるが、X の刺突行為全体は、あくまで、・・・同一の場所において、同一の 2 名の被害者に対し、同一の確定的殺意に基づき、長くても 15 分から 20 分間という短時間に連続的に行われたことからして、特段の事情のない限り、行為全体を一個の殺人行為とみるのが自然であるといわざるを得」ず、本件では、「両方の刺突行為の回数、時間的長さ、態様は、多少の違いはあるものの、質的あるいは量的に明らかに差がある」わけではなく、「両刺突行為の被害者死亡という結果に対する寄与の程度を比較してみても、・・・明らかに後者が勝っているとはいえず、むしろ両者すなわち、倒れ込み以前になされた刺突行為が相当程度寄与していることが

---

<sup>70</sup> 東京地判平成 12 年 8 月 29 日判例時報 1811 号 154 頁。

認められ」、各行為を分断するような特段の事情は認められず」、全体を一連の防衛行為とすべきであるとして過剰防衛の成立を認めたが、超過の程度が著しいとして刑の任意的減免は認めなかった。

## (2) 分析的評価を行ったもの

また、判例⑪で示されたような、全体的な評価とは異なり、第1行為が正当防衛であることを考慮したと見られる裁判例も存在している。このようなものとして、まず、共同正犯の際の量的過剰防衛が問題となった最判平成6年12月6日<sup>71</sup>（判例⑨）があげられる。本件は、XがY、Z、F及びSとともに、酩酊して通りかかったAと口論となり、AがいきなりSの髪をつかみ、付近を引き回すなどし始めたので、X、Y、Z及びFらは、Sの髪からAの手を放させようとして、Aの腕、手などをつかんだり、その顔面や身体を殴る蹴るなどしたが、Aは、Sの髪を放そうとせず、Yの胃の辺りを蹴ったり、ワイシャツの胸元を破いたりした上、Sの髪をつかんだまま、車道を横断して、向かい側にある本件駐車場入口の内側付近までSを引っ張って行ったので、Xらは後を追いかけて、Aの手をSの髪から放させようとしてAに暴行を加え、Aもこれに応戦し、ようやく、Sの髪から手を放したものの、なおも応戦する氣勢を示しながら、本件駐車場の奥の方に移動したため、XらもAを本件駐車場奥に追い詰める格好で迫って行った。その後、駐車場中央付近で、応戦の態度を崩さないAに対して、Fが制止したにもかかわらず、YがAの顔面を手拳で殴打し、それによってAが転倒してコンクリート床に頭部を打ちつけ、傷害を負ったというものである。

原々審<sup>72</sup>は、X、Y、Zら3名のAへの制止行為から最終の殴打行為を「一連の行為」として取り扱うのが相当であって、共犯からの離脱も認められないとした上で、弁護人の正当防衛の主張に対して、最終殴打行為が制止行為から発展した一連の行為であることからすると防衛の意思が肯定され、「Yが駐車場でAを殴打して転倒させた暴行は、AがSの頭髪から手を離した直後になされているが、両者は時間的、場所的に接着していることは前述のとおりであり、Xらの暴行の推移を全体的に見れば、Yの第2行為についても被告人らの各暴行の一連の行為の1つとして、結局、AのSに対する侵害行為に対応する暴行と評価するのが相当で」、「Xらの各暴行を一連のものとして考えた場合、防衛のための行為とし

---

<sup>71</sup> 刑集 48 卷 8 号 509 頁。

<sup>72</sup> 東京地判平成元年 9 月 12 日刑集 48 卷 8 号 567 頁。

ては必要な程度を逸脱している」として、X、Y、Z に対して過剰防衛の成立を認め、原審<sup>73</sup>もこれを正当と判断した。

しかし、最高裁は、原審を破棄して、「本件のように、相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現在時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである」と述べ、「X に関しては、反撃行為については正当防衛が成立し、追撃行為については新たに暴行の共謀が成立したとは認められないのであるから、反撃行為と追撃行為とを一連一体のものとして総合評価する余地はなく、X に関して、これらを一連一体のものと認めて、共謀による傷害罪の成立を認め、これが過剰防衛に当たるとした第 1 審判決を維持した原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認がある」として、第 1 行為と第 2 行為とを分けた上で、X には第 1 行為についての正当防衛の成立を肯定し、Y、Z には、第 1 行為と第 2 行為を一連の行為として、全体に過剰防衛の成立を認めた。

また、単独正犯の事案について防衛行為を分析的に評価したとされる事案としては<sup>74</sup>、前橋地判昭和 62 年 11 月 4 日<sup>75</sup>（判例②⑩）があげられる。本件は、X が同僚の A からいわれのない誹謗を受けた上、自身と同伴の B の頸部を執拗に締め付けられるなどされたために、ネクタイで頸部を締め付け続ける A の両肩を掴んで上下に揺さぶり、その後頭部や背中を 5 回ほど座敷の畳に打ち付け（第 1 暴行）、さらに、両手を離してうつぶせ状態になった A の着衣、ベルトを掴んで 5 回ほど自分の腰のあたりまで持ち上げては畳に落とす暴行（第 2 暴行）を加えて、その結果 A を死亡させたが、致死結果がどちらの行為から発生したか不明であったという事案であった。

前橋地裁は、第 1 暴行の段階における防衛の意思を肯定し、第 2 暴行の段階についても

---

<sup>73</sup> 東京高判平成 2 年 27 日刑集 48 卷 8 号 571 頁。

<sup>74</sup> 本件匿名解説（判例タイムズ 658 号 233 頁）、照沼亮介『『防衛行為の一体性』に関する判例』法学セミナー 705 号（2013 年）6 頁。

<sup>75</sup> 判例タイムズ 658 号 233 頁。

「有形力の行使がそれ以前の有形力の行使と質的にも方法的にもほぼ同一であること等の緒事情を勘案すると」、「専ら攻撃の意思を持つてなされたなどということとはできない」として防衛の意思を肯定したうえで、第1暴行の段階後、AはXの首から手を離してうつぶせに倒れており、その後は侵害行為が消失しているために、正当防衛として取り扱うことはできないという検察官の主張について、結果的には第1暴行後は、「Xらに対して暴行等を加えることはなかつたのであるから、事後的、客観的に見れば第2暴行は不必要な有形力の行使とも言えるようにも思われなければならない」が、Aの侵害は執拗なものであり、身体の枢要部分を狙ったもので、Aがそのような攻撃を断念する様子は窺われなかったという状況に照らすと、Xが第2暴行を行わない場合には、「Aが再びXや甲に対する攻撃を継続することは当然に予想できるところであり、本件のような不正な侵害行為に直面していたXが、なおその後もAからの不正な侵害行為が継続すると判断したことが、明らかに不当とまではいえ」ず、また、第1暴行と第2暴行との間に、「明らかな時間的・場所的な懸隔が存在するわけではなく、外部から観察した場合にも、実際的には連続していると評価することができると思われ、また、検察官のいう第2暴行の前後のXの有形力行使の態様には若干の変化があるとはいえ、第2暴行の段階ではそれまでとは違って凶器を使用して攻撃を加えたというようなことはなく、有形力行使の態様等が質的にも格別変化がないこと等を考慮すると、検察官が主張するような第2暴行の前後で、有形力行使の態様がそれまでのものとは明確な区別ができるということを前提にする考え方は本件に即したものとは思われないうえ、・・・Xが行った有形力の行使がAの侵害行為と対比して明らかに均衡を失しているとは到底思われ」ず、更に、Xが行った有形力の行使は、第1行為にも存在し、Aの死因となる傷害が第2暴行により生じたのか、あるいはそれ以前の有形力の行使により生じたのか、直ちには確定できず、第2暴行以前の有形力の行使が直接的には死因となった疑いも濃厚であることから、「検察官が主張するような法律上の一体評価を加えて傷害致死の全部について刑事責任を負わせるということは、Xが負うべき刑事責任を不当に拡大することであるとしか思われないうえ」とし、正当防衛を肯定した。

複数の行為による質的過剰防衛が問題となった東京地判平成24年6月18日<sup>76</sup>(判例㊦)は、Xが歩行中に背後から突然近寄ってきたAに首付近に腕を巻き付けるようにまわしてきたために、自己の身体を防衛する目的で、その胸ぐらを掴み、両足をXの左足で払い、A

---

<sup>76</sup> 東京地判平成24年6月18日 LEX/DB 文献番号 25482304。



をその場に仰向けに転倒させた（第１暴行）が、Ａが自分を覗き込むように見下ろした状態であったＸに対して、状態を起こして殴り掛かってきたために、Ｘは、更に自己の身体を防衛する目的で、防衛の程度を超えて、Ａの顔面を殴り、その後頭部をコンクリート地面に打ち付けさせる暴行を加えて（第２暴行）、Ａに急性硬膜下出血、外傷性くも膜下出血などの頭蓋内損傷を生じさせて死亡させたというものであった。

東京地裁は、第１暴行と第２暴行とを分けて、まず、第１暴行について、急迫不正の侵害の存在と、防衛の意思、相当性を肯定して正当防衛が成立すると判断し、第２暴行について、Ａには第１暴行のために倒されたことによる「身体への打撃は大きくなく、立ち上がって被告人に攻撃を加えることも可能であった」上、「倒された後もＸを挑発したばかりか、第２暴行の直前にＸに殴りかかってきたのである」から、急迫不正の侵害は継続しているといえ、さらに、このような事情に加えて、第２暴行が第１暴行と「引き続いた一連の行為である」ことからすると、防衛の意思についても肯定され、防衛のために行った行為ではあるが、加えられる暴行に対して防衛の程度を超えるので過剰防衛であると判断した。そして、結論として、第１暴行については「正当防衛による行為であるから、違法性はないが、第２暴行については、過剰防衛と認められ、Ｘは、その限度で刑事責任を負うべき」であるとした。

#### 4. 裁判所の判断の傾向

複数の行為によって防衛行為が行われた際には、急迫不正の侵害の継続性、時間的場所的近接性、防衛の意思などの観点から、第１行為と第２行為とを全体的に評価して、全体に過剰防衛を肯定するのが最高裁と多数の下級審の裁判例の帰結である（判例①～⑪、⑬、⑭）。もっとも、これらの要件のうち、正当防衛状況の有無に関しては、量的過剰防衛について判示した判例①が、侵害の消失した後の行為まで含めた全体を一連の防衛行為としている点や、第２行為について過剰防衛の成立を否定した判例⑭においても、侵害の継続性だけを一連の防衛行為の存在の有無を判断するための要件としているわけではなく、同時に防衛の意思の不存在をあげている点からすると、考慮要素の１つとされてはいても、防衛行為を認めるための必須の要件とされているわけではないだろう。また、一部の判例においてあげられている行為の同態様性に関しても、判例⑦、⑪などをみると、完全に同態様の行為であることまでは要求されていないことを考えると、少なくとも、同種の行為であれば、一定程度幅があっても構わないことになる。

そうすると、全ての事案において一貫して要求されている要件は、時間的場所的近接性と防衛の意思ということになる。ただ、これらのうち時間的場所的近接性については、どのような要素があれば、時間的場所的に近接しているとみられるかは一様ではなく、時間的場所的に近接して行われた防衛行為であっても、防衛の意思が行為の途中で消失すれば、防衛行為としては評価されていないこと（判例⑰）、そもそも、複数の行為による防衛行為が問題となる事案においては、複数の行為を、行為論の観点から「一個の行為」として見ることができること、あるいは、一個の構成要件において評価できる程度の時間的場所的近接性を備えていることなどからすると、「一連の行為」の前提とはいえても、これによって、各行為の一体・分断を決めることは疑問である。他方で、防衛の意思が消失している事案については、客観的に行為を「一連の行為」として評価することができても、特段の事情を考慮した⑱以外では、全体を一連の行為として評価されたことはないことを考えると、我が国の裁判所が過剰防衛の適否を分ける主たる要素は、「防衛の意思」であるといえる。そして、防衛の意思が継続している限りで、全体を「一連の防衛行為」としているといえる<sup>77</sup>。

この際、分析的な評価を行ったと見られる判例⑲、⑳、㉑との関係が問題となるが、これらの裁判例は、判例⑲については、過剰防衛の問題に加えて、共同正犯の範囲という点も問題となっていた裁判例であるために、単独正犯の過剰防衛の成立範囲に関して言及しているとはいえず、判例㉑についても、判決文において、全体を一連の行為として評価するのか、個別に評価するのかという点に関しては、明確にされていないために、分析的評価について積極的な評価をとったとは言えない。判例㉑についても、第 2 行為において侵害者からの新たな侵害があったことからすると、他の「一連の防衛行為」の行為の個数評価が問題となった事案とは区別することが可能であり、一概に「分析的評価」を採用したという評価をすることはできないだろう。

#### IV. 防衛行為の評価方法

以上の判例で述べられているような客観的な一体性を前提としつつ、主観的な防衛の意

---

<sup>77</sup> 佐藤・前掲註 33) 194 頁、高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価—複数行為における分断と統合の問題—」刑事法ジャーナル 19 号（2009 年）43 頁、林幹人『判例刑法』（東京大学出版会、2011 年）76 頁、安田・前掲註 8) 258 頁以下、同「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」刑法雑誌 50 巻 2 号（2010 年）295 頁。

思の一体性を（も）考慮して全体を「一連の行為」として評価する立場は、学説においても広く支持されている<sup>78</sup>。ただ、全体を「一連の行為」として評価する見解においても、その評価を犯罪論の体系上のどこに位置づけるかという点で相違がある。

## 1. 防衛行為の評価の体系上の位置づけ

### (1) 行為の把握・構成要件段階の「一連の行為」を維持するという見解

#### ①永井判事の見解

防衛行為の個数評価の体系上の位置づけとして、まず考えられるのは、これを構成要件以前、あるいは、構成要件段階の行為の把握の問題として位置づけたうえで、犯罪論において検討の対象とされている「一連の行為」を構成要件段階と違法性・責任段階とで共通のものとして理解する考え方である。

このような見解のうち、永井判事は、防衛行為を分断して把握する分析的評価には「人の行動についてその刑事責任を過不足なくとらえるという観点からすると、前段の行為については犯行に至る経緯にすぎないとし、後段の行為についてのみ刑事責任を問うというのは、短時間のうちに連続的に推移し、社会的には1つのエピソードとして存在する事態の取扱い方としては、違和感を感じ」としたうえで<sup>79</sup>、あくまで、行為の特定の段階における「一連の行為」を対象として、違法性・責任の評価を行うべきであるとされる<sup>80</sup>。つまり、防衛行為の判断の前提となる「一連の行為」は、全体的評価によって把握された、行為論における「一連の行為」であり、この「一連の行為」を対象として正当防衛・過剰防衛の成否を論じるべきであると考えるのである<sup>81</sup>。

確かに、永井判事のような考え方は、一見すると、行為の把握・構成要件、違法性、責任

---

<sup>78</sup> このような見解として、大谷・前掲註3) 289頁、小野晃正「防衛行為の個数について—『正当防衛に引き続いた過剰防衛行為』をめぐる考察—」阪大法学60巻6号(2011年)106頁、小野清一郎「正当防衛における違法性と責任」愛知学院大学論叢法学研究13号(1958年)12頁以下、曾根威彦「侵害の継続性と量的過剰」研修654号(2002年)7および10頁、原口伸夫「量的過剰防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年)283頁以下、前田雅英「正当防衛行為の類型性—判例における正当防衛の構造」研修734号(2009年)5頁、松田俊哉「判解」(以下、「判解①」)『最高裁判所判例解説刑事篇(平成20年度)』(法曹会、2012年)502頁以下、同「判解」(以下、「判解②」)『最高裁判所判例解説刑事篇(平成21年度)』(法曹会、2013年)9頁以下など。

<sup>79</sup> 永井・前掲註4) 134頁。

<sup>80</sup> 永井・前掲註4) 135、145頁以下。

<sup>81</sup> 同様に、構成要件段階において各行為が「一連の行為」であることを強調するものとして、前田・前掲註78) 4頁、松田「判解②」前掲註78) 297頁以下。

の順番で行われる犯罪論の体系的思考とは合致するように思われる。しかし、行為の把握・構成要件段階の判断の対象となる行為と違法性・責任段階の判断の対象となる行為とが同一であると考えするためには、単に、第1行為と第2行為とが社会的に1つのエピソードとしてみることができるか否かを検討するだけでは足りず、行為の把握・構成要件段階において把握された「一連の行為」が違法性・責任段階においてもその評価を変えないことの証明を要する。

社会的に1つのエピソードとされる範囲の限界について、永井判事は、「反撃によって急迫不正の侵害が消失した後、余裕をもっておもむろにとどめを刺したような場合」には、正当防衛に相当する第1行為と第2行為との間に断絶があるため、「一個の行為」と見ることはできないとされておられる<sup>82</sup>。しかし、永井判事の指摘する場合にも、傷害罪の構成要件該当性という観点からは、第1行為と第2行為は、共に同一の状況において、同一の客体に対してなされた行為として、1つのエピソードとして記述することができるように思われる。それにもかかわらず、このような場合を「防衛の意思」の有無を考慮に入れることによって「社会的に1つのエピソード」とすることはできないと判断するのであれば、1つのエピソードか否かの判断を行為の把握・構成要件の段階で行うとしつつも、その行為の把握・構成要件段階の判断の中には、違法性段階の判断要素がすでに「前倒し」して、含まれることになるように思われる<sup>83</sup>。

## ②行為の記述を問題とする見解

永井判事の他に、行為の把握・構成要件段階に防衛行為の個数評価の判断を位置づける見解として、深町教授、仲道准教授の見解があげられる。深町教授は、「一連の行為」論には結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能、すなわち、「第1行為のみから、あるいは第2行為のみから結果が生じたことが明らかとは言えず、第1行為と第2行為とが相俟って結果が発生したと評価せざるを得ない場合に、結果惹起の根拠となる行為として、第1行為と第2行為からなる『一連の行為』であると記述し、『一連の行為』のどの段階で結果が惹起されたのかを明確に特定せずとも済ませる」という機能があるということを前提とされる<sup>84</sup>。

---

<sup>82</sup> 永井・前掲註4) 135頁。

<sup>83</sup> 高橋(直)・前掲註34) 54頁。

<sup>84</sup> 深町晋也「一連の行為論について」立教法務研究3号(2010年)119頁。

そのうえで、平成 21 年決定（判例⑩）のような事案に関しては、この一連の行為論の「過剰適用」が問題であると指摘される<sup>85</sup>。なぜなら、平成 21 年決定の場合には、法益侵害結果は第 1 行為のみによってすでに惹起されており、その後に第 2 行為が行われているため、そもそも第 2 行為を傷害罪の構成要件に包括することができない事例だからである<sup>86</sup>。さらに、教授によると、構成要件段階における行為の一体性の基準は、「同一の行為意思」あるいは「同一の意思決定」に行為が担われていることであり、この行為意思・意思決定の同一性の判断には、防衛の意思か否かという観点も含まれるとされる。そうすると、防衛の途中で防衛の意思が消失した事案は、「完全な犯罪性の認識が存在しない状態から完全な犯罪性の認識が存在する状態に変化した」場合であり、同一の犯意を有しているとは評価できず、「一連の行為」に言及することはできないことになるために、構成要件段階において行為を分断することになるのである<sup>87</sup>。

仲道准教授も、「一連の行為」について深町教授と同様に、どの段階で結果が惹起されたのかを明確に特定せずとも済ませるという意義、機能があることを承認したうえで、この問題を構成要件段階（あるいは、それ以前の段階）における行為の把握の問題として位置づけられる。その上で、仲道准教授は、行為に「与えた意味」を問題とするアプローチと行為が外界に「及ぼした意味」を問題とするアプローチに依拠して、行為者の主観的意思内容が行為に意味を与え、行為意思の範囲で行為の範囲が定まるという立場をとられ、「当該行為全体が『傷害致死』という意味に到達していなければ、傷害致死の構成要件に該当しない」ということを前提とされる<sup>88</sup>。

このように考えると、本章Ⅲの部分で取り上げた平成 20 年決定（判例⑰）、平成 21 年決定（判例⑩）のような場合には、第 1 行為の段階ですでに傷害（暴行）行為に対して帰属されるべきである傷害（致死）結果が生じているために、第 1 行為と第 2 行為は別個の行為とされることになり、第 1 行為のみが傷害（致死）行為として把握されることになる<sup>89</sup>。

---

<sup>85</sup> 深町・前掲註 84) 119 頁。

<sup>86</sup> 深町・前掲註 84) 121 頁。

<sup>87</sup> 深町・前掲註 84) 124 頁以下。主観的な要件に対して、客観的な要件（時間的場所的関連性、行為態様の同一性）は、「積極的に『一連の行為』を基礎付ける要素であるというよりは、むしろ時間的場所的にあまりに離隔した場合や行為態様が余りにも異なる場合には、『一連の行為』であることを認めることに消極的に働く（限界確定）要素に過ぎないと解すべきである」とされる（深町・前掲註 84) 127 頁）。

<sup>88</sup> 仲道祐介『行為概念の再定位』（成文堂、2013 年）235 頁以下。

<sup>89</sup> 仲道・前掲註 88) 237 頁。平成 20 年決定、平成 21 年決定のような事案とは異なり、第 2 行為の寄与度が高い、または、第 1 行為と第 2 行為とが相俟って結果が生じた場合には全

以上の見解の帰結をまとめると、①重大な結果が第 1 行為からのみ生じたと記述し得る場合には、全体を一連の行為としてとらえることはできずに各行為を分析的に評価することになるが、他方で、このとき、一連の行為における各行為が相俟って結果が生じたといえども、②防衛の意思が消失しているような、「完全な犯罪性の認識が存在しない状態から完全な犯罪性の認識が存在する状態に変化した」場合には、第 1 行為と第 2 行為とが「同一の行為意思」に担われているとはいえず、行為の一体性を認めることはできないことになる<sup>90</sup>。これを具体的な事案についてみた場合、第 1 行為によって重大な結果が惹起された事案（平成 21 年決定（判例⑪））や、第 2 行為の段階で防衛の意思がなくなった事案（平成 20 年決定（判例⑰））について、行為の把握・構成要件段階の評価と違法性段階の評価の間で矛盾を生じないことになる。

しかし、一方で、行為の分断・統合の問題を行為の記述の問題として位置づける手法には疑問が残る。まず、深町教授らの述べられる行為の記述方法からすると、第 1 行為、第 2 行為ともに別の傷害を発生させた場合に、それらを個別に評価しないのは何故であろうか。第 1 行為による結果が上半身、第 2 行為による結果が下半身にそれぞれ同程度の別の傷害を生じさせているような場合、同じ「傷害」であっても、別個の結果として記述することはでき、別個の行為として評価することも理論的には可能ではなかろうか。

また、構成要件段階の行為の一体性の判断において、「完全な犯罪性の認識」の有無を考慮することについても疑問がある。深町教授は、防衛の意思が存在していない場合を「完全な犯罪性の認識」が存在する場合とされるが、「防衛の意思」の観点から区別をするのであれば、後述のように、違法性段階の防衛行為の考慮要素であるはずの「防衛の意思」の有無の判断を構成要件段階へと「前倒し」して判断することになるのではないだろうか<sup>91</sup>。

このような違法性段階の判断要素の「前倒し」がなされているという批判に対しては、「『防衛の意思』も『攻撃の意思』も、行為の動機の一つであるので、「たとえ動機が直接には犯罪事実にあたらない場合であっても、複数行為の評価が問題となるときには、構成要件段階においても、各行為がいかなる動機に基づいて行われたかが重要な意味をもつ」と考

---

体を一個の行為とされる。

<sup>90</sup> 西田・山口・佐伯編『注釈刑法第 1 巻』（有斐閣、2010 年）462 頁〔橋爪隆〕も同一の意思決定にカバーされているか否かという点に触れている。

<sup>91</sup> 高橋・前掲註 75) 43 頁においても、防衛の意思を考慮して行為・実行行為を分断する手法に対して、「正当防衛の成否から構成要件該当性を判断するという犯罪論体系上の問題がある」と指摘されている。

えられるという指摘もある<sup>92</sup>。しかし、構成要件段階において提示されている規範は、構成要件に該当するような行為を行うな、というものにすぎず、主観の内容も（故意犯の場合には）当該構成要件該当行為を行う意思という程度で足りるはずであり、構成要件段階の行為の一体性の基準として、防衛の意思を考慮することは適当ではないだろう<sup>93</sup>。

### ③行為の把握・構成要件段階での行為の分断・統合の妥当性

以上の①、②の見解の問題は、行為の把握・構成要件段階における行為の個数評価の判断要素として、通常であれば、違法性段階において考慮される判断要素を「前倒し」することによって、構成要件段階の行為の個数を決定する点にある。

それでは、このような「前倒し」が許されるだろうか。確かに、以上の諸見解は、刑事責任の判断の順序という観点からは、罪の成否に関して、構成要件該当性の段階で判断された、形式的に違法・有責であると推定された行為について、実質的な違法性、有責性を判断すると考えるために、犯罪論の体系に即しているように見えるかもしれない<sup>94</sup>。しかし、構成要件段階では各犯罪構成要件を形式的・類型的な観点から判断するにすぎないのに対して、違法性・責任段階では、それを前提としつつ、刑の減免事由（本章で問題となるのは正当防衛、過剰防衛）の趣旨から、具体的・個別的な観点から判断するべきであるとするなら<sup>95</sup>、行為が一体であるか、複数であるかという点についても、犯罪論の各段階で差異が生じてしかるべきであるように思われる。複数の行為による防衛行為を「一連の行為」として全体的に評

---

<sup>92</sup> 滝谷英幸「量の過剰とその周辺問題」早稲田大学大学院法研論集 145 号（2013 年）201 頁以下。また、深町教授は、「正当防衛規定や過剰防衛規定があるからこそ、正当防衛に該当する事実を認識した行為者の主観面につき、『完全な犯罪性の認識が存在しない状態』に言及し得るということは否定できない」が、「誤想防衛において犯罪的認識としての故意が阻却されると解するのであれば、その行為は故意に担われた行為ではない以上、当該故意犯における『一連の行為』として判断されるべき基礎を欠くと解することは十分可能である」と述べられる（深町・前掲註 84）125 頁（脚註 71）参照）が、誤想防衛の際の正当化事由の認識が構成要件の故意を阻却するのか、責任故意を阻却するのかに関しては学説上の争いが存在し、判例においてもその位置づけについて明言されてはおらず、別途に検討を要する。

<sup>93</sup> 仮に、防衛の意思を構成要件段階に取り込んで判断を行うとすると、構成要件段階の故意の内容は、「防衛の意思に基づいて傷害を行う意思」ということになると思われるが、このような正当化事由の認識まで含んだ故意の記述を行い、構成要件段階で行為の個数が決定されるという構成を行うのであれば、消極的構成要件要素の理論をとる方が理論的には一貫するように思われる。

<sup>94</sup> 松田「判解②」前掲註 78）261 頁。

<sup>95</sup> 大谷・前掲註 3）74 頁以下。

価する通説の立場も、実際には、これと同様であるように思われる。裁判所が全体を「一連の防衛行為」として見る前提としては、「防衛の意思」の有無をあげており、防衛の意思が消失した場合には、構成要件の観点から評価すると「一連の行為」として評価できる場合であっても、第1行為を正当防衛、第2行為を犯罪として、分析的に評価しているし<sup>96</sup>、学説も、防衛行為の一体性の判断のために、主観的・客観的な一体性をあげて、それらが存在しない場合にまで過剰防衛を認めるとするものは存在せず、積極的加害意思に転じた場合、違法性段階で第2行為が犯罪とされるという構造をとっているものと考えられる。だとすれば、実際の事例の処理において、全体的評価を基礎とする立場からも、行為の把握・構成要件段階の行為の個数評価と、違法性・責任段階の行為の個数評価とが完全に一致しないことがあることは、前提とされているように思われる。

## (2) 違法性・責任段階から行為把握の段階への「立ち戻り」を許容する見解

ただし、防衛行為の分断・統合の問題を違法性段階に位置づけて考えた場合には、刑罰権を行使する範囲をひとまとまりの行為として行為論、あるいは、構成要件段階で「一連の行為」として把握したのにも関わらず、その構成要件段階の判断全く無視して分断しても良いのかという問題が生じる。

このような行為の把握・構成要件段階と違法性・責任段階の行為の個数評価との不一致という問題を解消する方法として、違法性・責任段階から構成要件（あるいは、行為の把握）へと「立ち戻る」ことを認めるという方法が考えられる。成瀬教授は、「ある行為につき犯罪の成否を論じることは、その行為につき刑罰を科すことの可否を問うことに他ならないことに照らすと、刑法的評価の対象となる行為の特定の問題を、刑罰による責任追及の対象となる行為の特定という観点から捉える全体的考察の発想は理論的に正当なものであり、全体的考察こそが、刑法的評価の対象となる行為の本来的な特定方法である」として、原則的に複数の行為を「一連の行為」として把握するべきであると述べられる<sup>97</sup>。

もっとも、無条件に全体評価がなされるわけではなく、社会的意味において行為を一個として扱う実体の存在と、特定の刑法問題において要求される法的実体の具備が要求されるとして、成瀬教授は以下のように述べられる。すなわち、最初に、行為の主観面（行為者の意思・目的・計画など）と客観面（結果惹起に対する各行為の意義、各行為の時間的・場所

<sup>96</sup> 最決平成20年6月25日（判例<sup>①</sup>）。

<sup>97</sup> 成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（2・完）」法学75巻6号（2011年）63頁以下。



的接着性、各行為が行われた客観的状況）を資料として、社会通念に照らして判断した場合に、個々の行為の間に密接な事実的関連性が存在しており、構成要件の前段階の行為の把握として、全体を一個として評価できるかが判断される。ただ、ここで、一連の行為として扱うことのできる事実的関連性が存在したとしても、それは行為の把握・構成要件の問題にすぎないために、さらに、事実的関連性を有する「一連の行為」がある刑法的問題に関して要求される法実体を備えているか否かを検討する必要があるとされ、量的過剰防衛の場合には、第 2 行為に防衛行為的性格の継続が認められなければ、全体を一個の行為として扱うことはできないとされるのである<sup>98</sup>。そして、教授は、このような違法性段階において防衛行為の一体性が否定されるような場合には、当該事案については、「本来的に」分析的評価に依拠して処理すべき事案であるとされ、社会的意味における行為の把握から判断をやり直すことになる主張されるのである<sup>99</sup>。

以上の成瀬教授の見解に従えば、複数の行為によって反撃が行われた場合の判断は、①まず、行為の把握の段階において、社会的意味における一体性を認めるための事実的関連性が存在するかを判断し、②次に、①で把握された一連の行為の構成要件該当性を判断したうえで、③違法性・責任段階でその一連の行為が正当防衛・過剰防衛として一体的に判断できるかを検討し、④仮に、③で一体的に把握することができないとされたような場合、①に戻って行為の把握をやり直すというような手順をとることになる<sup>100</sup>。

このように違法性・責任段階からの立ち戻りを認めることにより、犯罪論において、行為の把握の段階で問責対象として把握される「行為」と、体系上の各段階で構成要件該当性、違法性、責任の有無が判断される「行為」との間の相違は生じないことになり、一定の問責対象について犯罪の成否を検討するという体系的な判断を維持することができる。ただ、その一方で、違法性段階の判断で一連の行為が維持されなかったことを根拠に行為の把握の段階に立ち戻ることには、構成要件段階に分断・統合を位置づける見解と同様に、判断の前倒しという観点から疑問が残る。成瀬教授は、このような違法性段階から行為の把握段階への立ち戻りについて、「背理ではないかとの意見もあろうが、全体的考察の可否は、事実的関連性を基礎とした前刑法的・社会的観点からの行為の把握の段階から、犯罪論体系上の個

---

<sup>98</sup> 成瀬・前掲註 97) 66 頁以下。

<sup>99</sup> 成瀬・前掲註 97) 67 頁以下。

<sup>100</sup> このような行為の把握・構成要件への立ち戻りを認める見解として、荒木泰貴『「一連の行為」に関する一考察」慶應法学 23 号（2012 年）366 頁。

別問題に関する刑法的観点からの検討を経て、最終的に判断されるのであり、『社会的意味での行為の把握段階あるいは犯罪論体系の一定の段階までは一連の一個の行為とされたものが、ある段階で分断される』というのも、ある事案を処理する際に、法を最終的に適用するまでの思考プロセスを示したものにすぎず、「犯罪論体系のある段階で全体的考察の要件を満たさないと判断された場合、当該事案は分析的考察に基づいて処理されるが、それは、当該事案は『本来的に』分析的考察に依拠して処理すべき事案であるとの最終的な判断がなされたことを意味する」と述べておられる<sup>101</sup>。

しかし、行為の把握段階に立ち戻り、あらためて判断を「やり直す」際、その行為を一連の行為としてではなく、本来的に複数の行為であったと評価できる根拠は、アプリアリに存在しているわけではないのではないだろうか。行為の把握を違法性段階の要素なしに行うのであれば、「立ち戻る」前に行ったように、行為を「社会的に1つのエピソード」として把握することを認める根拠は存在しても、分析的に把握する根拠は違法性段階の判断を前提としない限り存在していないように思われる。もし、このような「一連の防衛行為」の要件の不存在が分析的評価の根拠として考慮されているとすれば、立ち戻りがあった際にも、構成要件段階において、行為の分断・統合を論じるという見解と同様に、(間接的ではあるが)構成要件の判断を違法性・責任段階の考慮要素を取り入れて行うことになるために、判断の前倒しの問題を生じる。

そうすると、やはり、複数の行為によって防衛行為が行われた事案においては、構成要件段階で判断された「一連の行為」を基礎としつつも、刑法36条の趣旨にしたがって、違法性段階において行為の分断・統合がなされ则认为すべきである<sup>102</sup>。このように考えた場合に、構成要件段階で単統一罪として評価される「1個」であったはずの行為を複数の行為として評価すると、もともと1個であったはずの複数の行為の構成要件該当性はどのように扱われるのかという点が問題となるかもしれない<sup>103</sup>。しかし、複数の行為の取り扱いについては、ここでいう単統一罪という評価が「およそ単統一罪以外の解決がありえないというわけではなく、複数の暴行罪の包括一罪とするまでもない場合であるというにすぎないもの」

---

<sup>101</sup> 成瀬・前掲註97) 68頁。

<sup>102</sup> 犯罪論体系上で対象とされる行為の範囲が変わる可能性があることについて、高橋・前掲註77) 43頁以下、橋田・前掲註9) 論文①235頁参照。

<sup>103</sup> 各行為間に日時・場所などの「明確な自然的分断」が存在しない限りは、単統一罪として一体的に把握するべきであるとする見解として、長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年) 237頁以下。

なのであって、「本来は、複数の暴行罪の包括一罪となるのかもしれないが、通常の包括一罪の場合よりも複数行為の一体性が強く、そのため一罪性の極めて強い場合であり、したがって、あえて包括一罪とするまでもないという意味で単純一罪とな」っている場合にすぎないと考えることによって説明できるように思われる<sup>104</sup>。そして、この指摘のように罪数論における「評価」も、体系上の評価を経た後の結果であると考えるのであれば、構成要件段階で『一個の行為と認めることができる』といっても、あくまでもそのように評価・・・できるというだけのことであって、そもそも文字通り物理的に『一個の行為』しかなく、したがって、およそ分割不可能だというわけではない<sup>105</sup>ために、防衛行為として分割される可能性があることは当然の前提となっていると考えてもよいように思われる。

## 2. 違法性段階における全体的評価とその問題点

### (1) 全体的評価の意義

以上のように、防衛行為の分断・統合を違法性段階の問題として位置づけたうえで、複数の行為による防衛行為の分断・統合を論じる際に、原則的に全体を「一連の行為」として評価すべきであるというような評価方法を採用することが妥当であるかが問題となる。このような全体的評価を支持する見解は、その判断基準として客観的な要素として時間的場所的近接性、主観的な要素として防衛の意思の継続性などをあげて、全体を「一連の防衛行為」として評価することができるような場合には、全体を過剰防衛とし、第2行為が積極的加害意思からなされたというような、第1行為と第2行為が「一連の防衛行為」とみることができない場合には、第1行為を正当防衛、第2行為を犯罪として評価するとしている。

全体的評価を行う見解の背景には、構成要件段階において「一連の行為」として評価された行為を防衛行為の判断においても一体として捉える方が自然であることや、刑の減免根拠と結びつけて考えた場合、刑法36条2項が正当防衛を前提とするために、過剰防衛には違法性の減少が必要であるという立場（違法減少説・重疊的併用説）からすると、量的過剰防衛について刑法36条2項の適用を認めるには、全体を一個の行為としてみざるを得ないことなどの考慮が存在しているように思われる<sup>106</sup>。

---

<sup>104</sup> 山口・前掲註4) 論文②82頁。同様に、単純一罪と包括一罪の区別が流動的であることを指摘するものとして、松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（判例タイムズ社、2006年）143頁。

<sup>105</sup> 山口・前掲註4) 論文②82頁。

<sup>106</sup> 小野・前掲註78) 106頁。

しかし、前者については、前節で述べたように、刑の減免根拠の観点から構成要件段階で判断された行為を分断する可能性が存在するのであれば、必ずしも、行為の把握・構成要件段階の「一連の行為」を維持する必要性はないといえる。後者についても、確かに、過剰防衛を適用しようとする「行為」に刑の減免根拠が存在することは必要であるが、それ以前に、防衛行為が本当に「一連の行為」として評価されても良いのか、「一連の行為」として評価するにしても、どのような要件からそれを判断するのかが示されなければならない<sup>107</sup>。

## (2) 全体的評価の問題点

全体的評価の是非（および、分析的評価の可能性）を論じる際に、考慮されなければならないのは、平成 21 年決定（判例⑪）で問題となったような、その行為だけを個別にみたときには正当防衛として評価することのできる第 1 行為から重大な結果が生じたという事案である。

全体的評価を行う見解からは、このような事案においても、防衛者の複数行為が「全体として」一個の防衛行為を行う以上、第 1 行為から生じた結果を防衛者に帰属することになる。一方で、分析的評価を行う見解からは、第 1 行為を正当防衛として評価したうえで、第 2 行為についての犯罪または過剰防衛を問題とするべきであるとされる。この見解の立場から分析的評価を行う根拠となっているのは、防衛行為の行われた時点では正当防衛であったはずの第 1 行為を、その後に加えられた追撃と包括して全体的評価を行うことにより、事後的に違法な行為（の一部）として評価することになってしまうという点である<sup>108</sup>。

このような分析的評価の方法に対しては、正当防衛または過剰防衛のいずれであるのかという判断に先行して、判断の対象となる行為が防衛行為といえるかが決定されなければならないとする反論もある<sup>109</sup>が、防衛行為であるか否かを判断する際に、刑法 36 条の趣旨にしたがって、当該の行為が防衛行為であるのかを判断する以上、それぞれの行為が防衛行為として相当な手段であるか否かを考慮に入れる必要があるように思われる。

これに対して、全体的評価を行う見解からは、個別に見れば正当防衛であったはずの第 1 行為から重大な結果が生じたことを量刑事情として処理すれば足りるという主張もされて

---

<sup>107</sup> 成瀬・前掲註 97) 55 頁。

<sup>108</sup> 大塚（裕）・前掲註 4) 47 頁、佐伯・前掲註 22) 175 頁、橋田・前掲註 9) 論文①234 頁、同・前掲註 8) 論文②26 頁、山口・前掲註 4) 論文②84 頁。

<sup>109</sup> 小野・前掲註 78) 104 頁。

いる<sup>110</sup>。確かに、第 1 行為から結果が生じたことを考慮に入れるのであれば、量刑や過剰防衛の刑の任意的減免を処理することによって、ほとんどの事案において、最終的な科刑を分析的評価の場合と同等のものとすることは可能である。しかし、たとえば、第 1 行為が傷害致死罪であり、第 2 行為が傷害罪である事案を想定した場合には、量刑事情として考慮することだけでは不十分なように思われる。この場合、第 1 行為の違法性を阻却して傷害罪を認めることと、全体を一連の行為として傷害致死罪とすることの間には、傷害罪の法定刑が 15 年以下の有期徒刑または 50 万円以下の罰金であるのに対して、傷害致死罪の法定刑が 3 年以上の有期徒刑であるために、法定刑の下限に関して違いが存在しており、量刑事情として考慮するだけでは、評価方法の違いによる差を埋めることができないために妥当ではない<sup>111</sup>。このような第 2 行為の方が第 1 行為よりも遥かに軽いような場合には、全体を過剰防衛とせずに、第 2 行為を単なる犯罪としてしまった方が行為者にとって有利であるということになってしまいかねない<sup>112</sup>。この不都合を軽い罪名の科刑にあわせて、科刑の制限を行うことによって解決すること<sup>113</sup>も考えられないわけではないが、この方法によっては、傷害罪と傷害致死罪との間の科刑の下限についての不均衡を解決することはできていないし、罪名と科刑を分離すべきであると考えるにしても、有罪判決を受けた被告人が受けるスティグマという点で問題がある<sup>114</sup>。

また、全体的評価を行う見解からは、「疑わしきは被告人の利益に」の原理により、分析的評価を行ってしまうと、第 1 行為から生じた結果を行為者に帰属できないという批判もなされる<sup>115</sup>が、この批判も、明らかに第 1 行為と第 2 行為とを「一連の行為」と評価すべきであるのに、わざわざ分析的に評価することによって、第 1 行為の結果を行為者に負わせることを回避するような場合には妥当な指摘であるといえても、分析的評価が可能であり、また、そうすべき事案であるのにも関わらず、分析的評価を行った場合、第 1 行為の結果を行為者に帰属することができないので、全体的評価を行うというのであれば支持

---

<sup>110</sup> 長井・前掲註 103) 236 頁以下、原口・前掲註 78) 296 頁、松田・「判解②」前掲註 78) 10 頁。

<sup>111</sup> 佐伯・前掲註 22) 170 頁、橋田・前掲註 9) 論文①234 頁、深町・前掲註 84) 122 頁、山口・前掲註 4) 論文①57 頁、山口・前掲註 4) 論文②83 頁以下。

<sup>112</sup> 山口・前掲註 4) 論文①57 頁、山口・前掲註 4) 論文②81 頁。

<sup>113</sup> 長井・前掲註 103) 240 頁。

<sup>114</sup> 佐伯・前掲註 22) 170 頁、深町・前掲註 84) 121 頁以下、山口・前掲註 4) 論文②81 頁。

<sup>115</sup> 永井・前掲註 4) 133 頁、松田・前掲註 78) 「判解①」502 頁、松田前掲註 78) 「判解②」10 頁および 13 頁以下。

できず、この指摘自体が全体的に評価することの根拠の 1 つとされてはならないように思われる<sup>116</sup>。

以上のように、複数の行為による防衛行為を「一連の防衛行為」として評価して、全体を過剰とすることについては、正当防衛の事後的な違法評価と科刑・罪名の観点から問題を生じることになる。もっとも、このような全体的評価の問題点を各行為の違法性を個別に評価する考え方を取り入れることで解消しようとする見解も存在する。山口判事は、違法責任減少説に立ち、複数の行為による「過剰防衛においては、第 1 暴行と第 2 暴行は連続的・一体的なものとして捉えられるのではあるが、第 1 行為だけをみれば正当防衛が成立する場合、両者の法益侵害は区別されて、過剰となった第 2 暴行のみが処罰を基礎付けることになる」<sup>117</sup>とされ、複数の行為全体が「一連の防衛行為」であるという評価を変更することなく維持しつつも、正当防衛部分に関しては、違法性が阻却され、第 2 行為の結果に対応する過剰防衛を認めることによって、全体的評価の問題を解消される。これは、量的過剰防衛の場合にも同様であり、「量的過剰防衛が第 2 暴行についても成立するということは、第 2 暴行が第 1 暴行と一連一体のものとして行われることによって、第 2 暴行の時点ではすでに終了していた急迫不正の侵害に対する反撃行為として第 2 暴行も評価しようというにすぎないから」、第 1 行為と第 2 行為を一体として過剰防衛とすることと、各行為を分割して評価することは矛盾しないとされる<sup>118</sup>。

確かに、山口判事が述べられるように、「一連の行為」の正当防衛部分の違法性を阻却すれば、全体的評価によって生じる問題を解決することは可能であると思われる。また、このような考え方は、後述（本章 V）の各行為の評価を個別的に評価しつつも、全体が防衛行為としてみられるような性格（防衛事象的性格）がある場合に過剰防衛の適用を認めるという見解とほぼ同様であると思われる。しかし、全体が「一連の行為」であると言いつつ、その中の各行為の評価を個別にみるこのような見解は、いわゆる全体に一個の過剰防衛を認める「全体的評価」とは異なり、実際には分析的評価と紙一重である<sup>119</sup>。また、後述のように、山口判事の見解には、刑の減免根拠による基礎付けという点で問題があると思われる<sup>120</sup>。

---

<sup>116</sup> 佐伯・前掲註 22) 173 頁、橋爪・前掲註 33) 103 頁。

<sup>117</sup> 山口・前掲註 4) 論文①57 頁。

<sup>118</sup> 山口・前掲註 4) 論文②84 頁。

<sup>119</sup> 小野・前掲註 78) 105 頁、橋田・前掲註 9) 論文②26 頁。

<sup>120</sup> 過剰防衛の刑の減免根拠については、本章 II V を参照。

### 3. 分析的評価の基準

以上のように複数の行為による防衛行為の場合、全体的評価を常に受け入れ、「一連の行為」に過剰防衛の適用を認める考え方には問題が残る。ただ、全体的評価によって生じる問題を解決するために、第 1 行為と第 2 行為とを分析的に評価するにしても、あらゆる行為を分析的に評価すべきであるとするのは現実的には不可能であるし、そのような「過剰な」分析的評価の方法は妥当ではない<sup>121</sup>。このような分析的評価を行ってしまうと、たとえば、続けざまに 2 度の殴打を相手に対して行うことによって全体が過剰となった事案についても、第 1 行為と第 2 行為とに分けられる限り、各行為を分析的に評価することになってしまう<sup>122</sup>。そのため、複数の行為から防衛が行われた場合に、第 1 行為と第 2 行為とを分析的に評価する見解を前提とする場合にも、各行為がどのような基準により、第 1 行為と第 2 行為とに分けて論じられるのかを明らかにしておく必要があると思われる。

#### (1) 重要な結果が第 1 行為から生じた可能性があるか否かで区別する見解

先述のように、全体的評価によった場合、罪名（および、それに付随する科刑）の点で問題が生じるとするのであれば、この基準を第 1 行為から重大な結果が生じていたか、その可能性が否定できない場合と、第 2 行為から重大な結果が生じていた場合とで各行為の分断・統合を区分する方法も考えられる<sup>123</sup>。

しかし、全体的評価の問題点が罪名の点だけではなくて、正当防衛を事後的に違法行為とすることにもあることを考慮すると、全体的評価と分析的評価の間で結論が変わらないからといって<sup>124</sup>、全体的評価を行うとするのは、行為の分断の基準としてあまりに便宜的ではなかろうか<sup>125</sup>。そもそも、正当防衛の事後的な違法評価が問題であるとするのであれば、結果を発生させた行為が第 1 行為か第 2 行為かという点は、行為の分断・統合の際には関係

---

<sup>121</sup> 全体的評価から行為の分断に問題があることについて、遠藤邦彦「正当防衛に関する 2、3 の考察-最 2 小判平成 9 年 6 月 16 日を題材に」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（判例タイムズ社、2006 年）70 頁、原口・前掲註 78）286 頁など。

<sup>122</sup> 佐伯・前掲註 22）174 頁、高橋（直）・前掲註 34）56 頁以下。

<sup>123</sup> このような区別の方法を行っているものとして、西岡正樹「判批」法学 74 巻 2 号（2010 年）149 頁、橋爪・前掲註 34）102 頁（ただし、橋爪・前掲註 90）462 頁）。

<sup>124</sup> たとえば、質的過剰防衛の第 2 行為から傷害が生じていた場合、全体的評価を基礎とする見解からは、傷害罪について過剰防衛が成立するが、分析的評価を行う見解からも、傷害罪についての過剰防衛の成立が問題となる。

<sup>125</sup> 佐伯・前掲註 22）175 頁。

がないように思われ、この点から各事案を区別することに意義があるかには疑問が残る<sup>126</sup>。

## (2) 主観的な意思決定によって両者を区別する見解

また、複数の行為による防衛を全体としてみる基準として、第 1 行為の時点の意思決定によって、過剰な結果を抑止するために、行為者が自己の行為をコントロールすることが困難となっていたか否かという観点も考えられる。すなわち、第 2 行為の時点で自己の行為をコントロールできたのであれば、第 1 行為と第 2 行為とは別個の行為であるのに対して、反撃行為の途中で行為のコントロールが困難となってしまうような侵害排除の方法によって過剰結果が生じる至った場合には、その侵害排除の方法を備える「ように見える」行為を違法と評価すべきであるとするのである<sup>127</sup>。

第 1 行為の段階において、規範を突破するような「意思決定」の有無があったかという点を、高橋直哉教授は、いくつかの事例に分けて説明しておられる。高橋教授の見解によると、①「最初から重い結果が生じることを認識して複数の行為を行う場合」と、②「重い結果を認識・予見してはいるが、一連の行為が密着しているため、事実上、各行為間に任意に中断の生ずる可能性が最初から乏しいような場合」には、全体を一連の行為として評価するとされる<sup>128</sup>。何故なら、これらの事案においては、各行為を個別に評価することができ、第 1 行為が正当防衛に見えたとしても、それは重大な結果を発生させるための手段としてなされており、その意思決定が途中で中断されることなく維持されているからである。そのため、③第 1 行為の段階で相当な防衛を行い、侵害を中断しようとしていたのにも関わらず、侵害者が新たな侵害を行ったために防衛を継続したというような、各行為間に任意に中断する可能性があった場合については、全体を一個の行為とすべきではないことになるのである<sup>129</sup>。

確かに、違法性段階の「一連の行為」の分断・統合において、意思決定の相違という点は無関係ではない。たとえば、第 2 行為が専ら侵害の意思（積極的加害意思）からなされたよ

---

<sup>126</sup> ただし、橋爪教授がこのような結論をとるのは、違法減少を必須の要素とする立場（重疊的併用説）から、量的過剰防衛の第 2 行為を単独で評価した際には単なる犯罪として評価せざるをえないとしていることとも関係している（橋爪・前掲註 34）97 頁以下および 103 頁以下）。

<sup>127</sup> 日和田哲史「防衛行為の一体性について」上智法学論集 55 巻 2 号（2011 年）61 頁以下。同様の見解として、荒木・前掲註 21）359 頁以下、高橋（直）・前掲註 34）56 頁。

<sup>128</sup> 高橋（直）・前掲註 34）57 頁。

<sup>129</sup> 高橋（直）・前掲註 34）58 頁。



うな場合には、客観的に全体が防衛行為として評価できても、第 1 行為と第 2 行為の意思決定の面から両者を防衛行為と犯罪とに区別することになる。また、高橋准教授のあげられる、立て続けに防衛行為がなされたという②の事案や、ある程度各行為の間に離隔があっても、同じ態様でなされているような①の事案では、全体を「一連の防衛行為」として評価することは妥当なように思われる。

しかし、第 1 行為の段階において、第 2 行為を行う意思があったとしても、過剰な第 2 行為をさらに継続して行うかという点については、厳密には第 2 行為の段階で決断しているはずではないだろうか。一連の防衛行為によって、過剰な結果を引き起こす「意図」あるいは「計画」が第 1 行為の段階で存在していたとしても、防衛行為を相当な範囲でおさめるべきであるという「行為規範」を現実突破したのは第 2 行為であるように思われる。ここでは、むしろ、行為の客観的な態様・（各行為が立て続けになされたというような）時間的な離隔の不存在という観点から、各行為が複数の行為ではなく、「1 個の行為」であるということが判断の指標となっているように思われる<sup>130</sup>。そうすると、分析的評価を行うべきか否かは、まず、構成要件段階において「一連の行為」とされる、複数の行為が客観的にみて、1 個の行為であるかという基準から判断されるべきである。

ただし、この際、各行為を客観的な観点から判断するとはいっても、構成要件段階の「一連の行為」の判断の基礎となった事情を考えるだけでは足りず、「防衛行為」という観点から、各行為の状況・態様を個別・具体的に判断すべきであり、単に、時間的場所的近接性や、正当防衛状況の継続性、防衛の意思の継続性の要件を考慮するだけでは足りない。なぜなら、時間的場所的近接性は、複数行為による防衛が問題となる場合、第 1 行為と第 2 行為とが構成要件段階で「一連の行為」として評価されていたのであれば当然に存在している要件であるし、正当防衛状況の継続性が肯定されても、各行為の時間的間隔、行為の態様などが異なる場合は存在し得る。また、防衛行為の統合・分断が問題となる事案においては、防衛の意思が存在していることは前提であるし<sup>131</sup>、防衛の意思の継続性があっても、客観的に第 1 行為と第 2 行為との行為態様の態様が違うことはありえ、これによって行為の一体

---

<sup>130</sup> 日和田・前掲註 127) 66 頁も、この際の判断は、複数の行為が時間的に連続し、かつ、その複数の行為のうちに過剰防衛にあたる行為があったか否かという、客観的な観点から判断するとしている。

<sup>131</sup> 行為の途中で防衛の意思が否定されるような事案、言い換えれば、積極的加害意思に転じるような事案については、全体的評価を行う見解からも、第 2 行為に過剰防衛を認めることはできず、そもそも複数の行為による「防衛行為」の事案とは呼べないように思われる。

性を判断することは困難であろう。

### (3) 各行為の客観的な態様から両者を区別する見解

以上のように、違法性段階における行為の個数評価を決定する基準として、重大な結果が発生したのが第 1 行為であったか否かという点を用いることは、行為の個数評価の基準としてあまりに便宜的であり妥当とはいえない。また、主観的な「意思決定」という指標を用いることも、第 1 行為当初の防衛者の意思決定にかかわらず、正当防衛の限度を超えた過剰な追撃である第 2 行為を行う際には、新たな意思決定がなされていることからすると、適切な評価基準とは言えないように思われる。

これらの見解とは異なり、佐伯教授は、分析的評価を行うべきか否かの基準として、両行為が「その状況・態様において大きく変化している」といえるかという観点、つまり、第 1 行為と第 2 行為との間に、別の防衛行為として評価できるような「状況の変化」が認められる限りで、各行為を分析的に評価し、「状況の変化」が認められず、第 2 行為が第 1 行為の延長とされる場合には、全体的評価を行うとする<sup>132</sup>。

確かに、客観的に見て、第 1 行為と第 2 行為とが別の防衛状況でなされたと評価できるような大きな変化が肯定される場合には、それぞれの行為の違法性を評価する基礎となる状況が異なり、同一の防衛行為であるとは言えず、全体的評価を行うことができないように思われる。そのため、このような違法性の評価の基礎となる「状況の変化」が肯定される場合に分析的評価を行い、第 1 行為と第 2 行為とが同じ「状況」でなされている場合には、全体的評価を行うという見解は、妥当であろう。問題は、何をもって「状況の変化」の存在を判断すれば良いのかという点であるが、この点については、客観的な各行為の態様や、行為が行われた状況を個別・具体的に総合的に判断して、第 2 行為が第 1 行為とは別の行為であるといえるような、防衛行為の状況・態様の変化が存在しているかが指針となるように思われる。

具体的には、(1)立て続けに相手を殴打したというような、単に時間的場所的に近接しているというのを越えた第 1 行為と第 2 行為との客観的な密着性があったかという点や、(2)それとは逆に、時間的に近接はしているものの、防衛行為としては別個であると評価できるような第 1 行為から第 2 行為に移るまでの時間的離隔がどの程度であるのかという点、(3)凶

---

<sup>132</sup> 佐伯・前掲註 22) 174 頁。

器の有無や各行為に要した時間などの第 1 行為と第 2 行為の間の防衛行為としての手段・態様の違いという点などの防衛行為を行う防衛者側の事情が考えられる。

さらに、防衛者側の防衛行為の態様・手法が同様のもの（手拳で殴打する、ナイフで刺す、銃で撃つなどを繰り返す場合）であっても、第 1 行為によって侵害者が転倒し侵害が再開されるおそれが著しく減少・消失していたにも関わらず、追撃を行ったというような場合、単に、同態様の行為を連続して行ったのとは異なり、第 2 行為が客観的にみて第 1 行為の延長にすぎないとはいえない。そのため、防衛者側の事情に加えて、(4)床に倒れていた、気絶していたといった侵害者の体勢・凶器の有無といった観点から判断した侵害者の危険性という侵害者側の事情も考慮すべきであろう。

#### (4) 具体的な帰結

以上の要素を具体的な事案（本章Ⅱで取り上げた裁判例）に当てはめて考えた際の具体的な帰結を、①侵害者側の状態にのみ変化がある場合、②防衛者側の状態にのみ変化がある場合、③防衛者・侵害者の双方の状態に変化がある場合、④双方の状態にさほど変化が生じていない場合の 4 つに分けて検討する。

##### ①侵害者側の状態にのみ変化がある場合

昭和 34 年判決（判例①）のような事案においては、防衛者側の攻撃の態様（鉈で切りつける）に変化はみられず、各行為の程度にも違いはないし、時間的に密着しているとまではいえなくても、その間隔が大きいとまではいえない。そのため、第 1 行為と第 2 行為との間に状況の変化が認められないのに対して、侵害者側の態様については、その場に倒れ込んで侵害的体勢が崩れたとされているため第 1 行為と第 2 行為との間で変化がみられる。このような場合に、分析的な評価を認めるためには、同様の態様の防衛行為が行われていても、侵害者側の状況の変化をあわせて考えると別の状況であるといえるような変化があったかを判断する必要がある。この点、昭和 34 年判決のような場合には、単に侵害者の体勢が崩れたにとどまらず、侵害者の侵害が消失している点で、第 1 行為と第 2 行為との間には、大きな状況の変化を肯定できる。

##### ②防衛者側の状態にのみ変化がある場合

防衛者側の態様にのみ変化が存在している事案は、裁判例には存在していないが、侵害者

の急迫不正の侵害に対して防衛を行ったが、その防衛行為がさほど効果をあげずに、侵害者の状態に変化が生じず、更なる侵害を加えようとしてきた為に、より強い反撃を加えたというような場合が考えられる。この場合にも、防衛者側の状態の変化が単に第 1 行為よりも強い攻撃を加えたという程度ではなく、明らかに異なる態様の攻撃を加えたとか、第 1 行為と第 2 行為との時間的な離隔が著しいというような場合については、第 1 行為と第 2 行為とを分断する余地がある。

### ③防衛者・侵害者の双方の状態に変化がある場合

また、両者の状態に変化が認められるような場合には、①の侵害者側の状態のみが変化している場合や、②の防衛者の状態のみが変化している場合に「状況の変化」が肯定される場合はもちろんのこと、これらと比べて、それぞれの状態の変化が少なく、どちらか一方の基準のみでは状況の変化を肯定することが困難な場合であっても、それぞれの事情を総合してみると、違法性の評価を基礎付ける「状況の変化」が肯定されるように思われる。

双方の状態に変化があったとみられる事案としては、平成 9 年判決（判例⑦）、平成 20 年決定（判例⑩）、平成 21 年決定（判例⑪）などがあげられる。平成 9 年判決では、武器を奪って相手を攻撃するような態様から、相手を手すりから突き落とすという態様に防衛者側の行為が変化し、侵害者側も、第 2 行為段階では手すりから落ちそうになっており、第 1 行為とは状況が変わっているとみることができる。平成 20 年決定では、防衛者側については、第 1 行為が手拳による殴打であったのに、第 2 行為は倒れた相手を足蹴にするという行為に変化しており、防衛者側も第 2 行為の段階では転倒して動かなくなっていたとされている。平成 21 年決定では、防衛者側の侵害が机を押し返すというものから、殴打するという行為に転じており、侵害者側も、第 2 行為の時点では机に押し倒されて反撃や抵抗が困難になっていたとされている。これらの事案においては、いずれも、防衛者側の行為の態様が第 1 行為と第 2 行為とでは別のものに変化している上に、侵害者側の体勢も崩れていることから、侵害の継続が不可能または困難になっていたと評価できるために、状況の変化が肯定される。

### ④双方の状態にさほど変化が生じていない場合

双方の状態にさほど変化が生じておらず、第 2 行為が第 1 行為の延長とされるような場合としては、大阪高判昭和 62 年（判例⑥）のような事案があげられる。この事案の場合、

防衛者側の行為は同様の態様で行われており、その時間的な離隔はわずかであり、第 2 行為の強度が比較的軽い態様であったし、侵害者側も体勢を崩して入るものの、凶器を持っており、なお侵害を行う可能性があったというものである。双方の状態に変化が生じていない場合には、「状況の変化」を肯定することはできず、全体を一個の防衛行為として評価すべきであるように思われる。

#### (5) 防衛行為の個数評価

以上の通り、防衛の状況に変化があったかという点は、防衛者側の事情と侵害者側の事情とをあわせて考えることによって評価すべきである。この際、両者とも状況に変化が存在することは必須ではなく、一方の状況が大きく変化しているにすぎない場合であっても、状況に変化が生じていると評価しうる場合が存在する。そのため、第 1 行為と第 2 行為とに分けて分析的に評価できるような事情があるかは、当該の事案ごとに防衛行為が行われた際の事情を具体的に観察する必要がある。そして、防衛行為の状況に変化がなく、第 2 行為が第 1 行為の延長として評価できるような場合については、全体を 1 個の行為として評価し、その全体について防衛行為の成否を判断することになる。

### V. 量的過剰防衛に対する過剰防衛の適用可能性

IVまでの検討で、防衛行為の個数評価の基準を明らかにするという本章の主たる論点については述べたが、防衛行為の個数評価を経た上で、複数の行為による防衛の事例が最終的にどのように解決されるのかを明らかにするために、以下では、違法性段階で分断された行為がどのように扱われるべきかを検討する。

#### 1. 分析的評価を行なった際の第 2 行為に対する過剰防衛の適用の可否

構成要件段階で「一連の行為」として評価されていたとしても、防衛行為としての分断・統合については、違法性段階で、各行為の間に防衛行為の「状況の変化」が存在しているか否かをあらためて検討する必要があるという本論文の帰結からは、第 1 行為と第 2 行為との間に、状況の変化が存在せず、全体を 1 個の行為として評価する場合と、状況の変化を肯定して各行為を個別に評価する場合が生じることになる。これらのうち、前者の全体を 1 個の行為として評価するような事案については、複数の行為による防衛を全体的評価によっ

て解決する見解と同様に、質的過剰防衛・量的過剰防衛ともに「一連の防衛行為」から過剰な結果が生じた場合として捉えることによって、違法減少・責任減少のどちらの観点からも、過剰防衛の刑の減免根拠に関して説明することが可能である。

問題となるのは、「状況の変化」を認めて、分析的評価を行なった場合である。この場合には、過剰防衛の適用根拠の観点から、個別に評価される第2行為についても、過剰防衛の成立を肯定することができるのかという点を検討する必要がある。第1行為と第2行為とを分析的に評価する場合であっても、第2行為の時点でなお急迫不正の侵害が継続しており、その侵害に対して防衛行為が可能であるために、違法性の減少が肯定され、質的過剰防衛の事案については、刑の減免根拠に関する問題を生じることはない。これに対して、量的過剰防衛の事案については、第2行為の時点で正当防衛状況が存在しないために、違法性の減少を認めることはできず、過剰防衛の適用根拠を責任減少の観点から説明することができる場合に限って、過剰防衛の適用を肯定することができる。

## 2. 全体を「一連の行為」としつつも第1行為の違法性を阻却する見解

もっとも、違法減少を必要としつつも、過剰防衛の適用を肯定する方法として、山口判事の見解のように、全体を「一連の行為」として評価したうえで、第1行為による違法性を正当防衛として阻却しつつ、第2行為についての過剰防衛を問うという方法も主張されている<sup>133</sup>。この見解からは、量的過剰防衛の場合にも、第1行為を分析的に評価した場合と同様に正当化しつつも、第2行為への過剰防衛の適用を肯定できるとされる。

しかし、山口判事の見解に依拠した場合にも、量的過剰防衛の第2行為について、違法減少の存在を説明することはできず、結局、責任減少のみによる過剰防衛の適否を考慮せざるを得ないことになるように思われる。なぜなら、第1行為の結果が正当防衛であったことを理由にして阻却するのであれば、第1行為の評価を行った時点で、相手方の不法の侵害から法益を防衛したという事情は、考慮し尽くされており、第2行為についての違法減少の根拠を見出せないからである。やはり量的過剰への過剰防衛規定の適用の可否は、責任減少のみに基づく過剰防衛の適用が可能であるのかという点について検討する必要があるだろう。

---

<sup>133</sup> 山口・前掲註4) 論文①57頁、山口・前掲註4) 論文②84頁。

### 3. 責任減少の範囲

#### (1) 過剰防衛の刑の減免根拠

それでは、過剰防衛の刑の減免根拠についてどのように理解するべきであろうか。

過剰防衛の減免根拠としては、超過した防衛行為であっても法確証の効果が完全に否定されるわけではないために違法減少の要素が存在すること自体は否定できないが、他方で、防衛者が急迫不正の侵害に見舞われたことによる責任減少の要素が存在することも否定できないように思われる<sup>134</sup>。この際に問題となるのは、常に違法性の減少が存在しなければ過剰防衛を適用することができないか（重疊的併用説）、責任の減少のみでも足りるのか（択一的併用説）という点である。過剰防衛の適用に、違法性の減少を要求する見解が根拠とするのは、刑法 36 条 2 項が過剰防衛の前提として、正当防衛状況を要求されていると解されることにある。しかし、このような防衛行為の原因となった正当防衛状況の要求が、常に違法性の減少と結びつかなければならないかという点については疑問が残る。なぜなら、防衛者の防衛行為が第 2 行為以前の実際に存在した侵害に対応して開始されている場合には、その実際の侵害に起因してなされたという「防衛事象的性格」が継続していると評価しても良いように思われるからである<sup>135</sup>。

#### (2) 防衛事象的性格の認定

このように考えた場合には、量的過剰防衛の際に、分析的評価を行なったときにも、第 2 行為が防衛事象的性格を有する限りで、第 1 行為は正当防衛とされ、第 2 行為は過剰防衛が成立することになる。では、この防衛事象的性格はどのような基準から認定されるべきであろうか。

この基準を、時間的・場所的近接性の観点から説明するという主張も想定されるが、このような考え方は妥当ではない。なぜなら、複数の行為によって防衛行為がなされた事案においては、第 1 行為と第 2 行為が構成要件段階において「一連の行為」としてなされており、各行為が時間的場所的に近接すること自体は、当然に想定されているために責任減少の前提を客観的に担保することにはなっても、責任減少の存在を証明することにはならないからである<sup>136</sup>。ここで重要となるのは、むしろ、過剰防衛の適用根拠となっている責任の減少

---

<sup>134</sup> 大谷・前掲註 3) 291 頁。

<sup>135</sup> 佐伯・前掲註 22) 165、175 頁、安田・前掲註 8) 255 頁、同・前掲註 77)297 頁。

<sup>136</sup> 安田・前掲註 8)257 頁、同・前掲註 77)295 頁。

が、何から生じているのかという点である。この点に関して、先述の通り、過剰防衛の責任減少の根拠となっているのが、侵害に見舞われた防衛者の心理的な動揺であると理解するのであれば、責任減少を根拠とした防衛行為が行われているという「防衛事象的性格」の内実は、自己の行為が防衛のための意思でなされているという内容の「防衛の意思<sup>137</sup>」が存在していることで足りるように思われる。そのため、量的過剰防衛の第2行為に関しても、第1行為の段階において存在していた相手方の急迫不正の侵害に対応する意思で防衛行為を行っているという「防衛の意思」が肯定できる限りでは、なお過剰防衛を肯定する余地があることになる。

## VI. 小括―複数の行為による過剰防衛の行為の評価方法―

最後に、本章における検討を整理する。まず、複数の行為によって防衛行為が行われた事案は、その体系上の位置づけを違法性段階におくべきである。その上で、複数の行為の分断・統合を第2行為が第1行為の延長にある行為といえる行為であるか否か、言い換えれば第1行為と第2行為との間に防衛行為としての「状況の変化」が認められるかという観点から判断すべきである。この「状況の変化」は、防衛者側の事情と侵害者側の事情とを総合的に考慮して判断されるべきであるが、両者の状況に大きな変化が存在しなければならないというわけではなく、一方の状況の変化が大きいような状況では、他方の状況に変化が見られなくても、全体として「状況の変化」を肯定してもよい。このように考えると、判例において、一連の行為とされていた事例の多くについても、第1行為と第2行為とを分析的にみるべきであることになるように思われる。

次に、各行為を分析的に評価したうえで、その部分に正当防衛状況の存在していない量的過剰防衛の第2行為について過剰防衛規定を適用することができるのかという点であるが、過剰防衛の刑の減免根拠をもっぱら責任のみによって説明する余地があるとする見解（責任減少説、択一的併用説）からは、第2行為に防衛事象的性格が存在するかぎりでは、第2行為についても正当防衛状況を根拠とした期待可能性の減少を認めることができ、過剰防衛の成立を肯定することは可能である。そして、この第2行為の防衛事象的性格を肯定するためには、第2行為にも第1行為の段階から防衛の意思が継続していることが必要である。

---

<sup>137</sup> この際の「防衛の意思」の内容について本章Ⅱ3参照。



なお、この際に必要とされる「防衛の意思」の内容は、正当防衛の際に要求される急迫不正の侵害に対応する意思という内容を超えて、過剰性の認識を有している場合をも含んでおり、およそ積極的加害意思と評価されるような、正当防衛に名を借りた侵害にあたる場合以外の場合を含むと考えられる。そのため、過剰防衛後に自己の行為の過剰性を認識しつつ、さらに防衛行為を行うような、質的過剰防衛後の量的過剰防衛の事案についても、各行為に過剰防衛を肯定してもよいだろう<sup>138</sup>。

もっとも、本稿で行った検討は、あくまで、犯罪論の体系上で複数の行為による「防衛行為」の分断・統合をどのように扱うのかという点を扱ったものにすぎない。そのため、その他の刑の減免事由の場合の行為の分断・統合にも同様の基準が当てはまるのかという、「一連の行為」と刑の減免事由の関係や、違法性・責任段階の「一連の行為」の分断・統合と罪数の処理の関係に関しては更なる検討を要すると思われる。

---

<sup>138</sup> 罪数の評価としては、包括一罪となるために、重大な結果についての過剰防衛が成立する。

### 第3章 行為途中の責任能力の低下

#### I. 本章の検討課題と構成

##### 1. 本章の検討課題

「一連の行為」を構成する複数の行為のうち、結果を惹起した部分に犯罪成立阻却事由が介在する事例は、違法性段階だけではなく、責任段階においても問題となる。このような事例としてあげられるのは、完全な責任能力のある状態で、犯罪の実行に着手したものの、開始した実行行為を継続しているうちに、責任能力が低下し、最終的な結果を発生させた行為の際には、行為者が心神喪失・耗弱状態であったという承継的責任無能力の事例（以下、「本問題」と呼ぶ）である<sup>1</sup>。たとえば、Xが被害者Aを殺害することを決意し、殴打を開始したものの、殴打を継続するうちに、心神喪失に陥ってしまい、その状態で被害者を死に至らしめた打撃を加えたというように、完全な責任能力のある状態で、犯罪の実行に着手したものの、開始した実行行為を継続しているうちに、責任能力が低下し、最終的な結果を発生させた行為の際には、行為者が心神喪失・耗弱状態であったという事例がこれに当たる（以下では、完全責任能力状態での行為を「第1行為」、責任能力低下後の行為を「第2行為」と呼ぶ）。

この問題については、日本においても、ドイツにおいても古くから議論がなされてきた。そこでは、少なくとも、完全責任能力の存在する段階で行われた第1行為については未遂の罪責を問うことができることを出発点として、責任能力が低下した第2行為から生じた結果についても刑法39条（ドイツ刑法20条、21条）を適用することなく、完全な責任を問うことができるのか、それとも、第1行為に基づく未遂にとどまる（あるいは、第2行為に心神耗弱による減軽を認める）かが問題とされてきた。本問題について、多くの論者は、根拠論・要件の相違はあれども、行為者に既遂の責任を肯定する場合があることを肯定しており、具体的な帰結についてもそれぞれの見解の間でほとんど一致する。しかし、それにもかかわらず、本問題はその理論面において、それほど議論がなされていなかった、未解明な点が残されている。まず、本問題については、既遂あるいは未遂を認める根拠を、

---

<sup>1</sup> 承継的責任無能力は、単に「実行途中の心神喪失・耗弱」、「実行着手後の心神喪失・耗弱」と呼ばれることもある。また、承継的「責任無能力」という用語は、本問題が想定している事例の中に、心神耗弱の事例、すなわち承継的「限定責任能力」という事例が存在しているために不正確ではあるが、承継的責任無能力という用語が広く使われていることに鑑みて、本章でも同様の表現を用いることにする。

因果関係の錯誤の問題にすぎないとする見解や、既遂故意の存否の問題とする見解、原因において自由な行為の法理の適否の問題とする見解など多くの見解が主張されているものの、これらの根拠論と犯罪論体系との関係が実際にはそれほど明確化されておらず、本問題が犯罪論の体系上のどこで、どのようにして解決されるべき問題であるのかが不明確であった。さらに、これらの既遂ないし未遂を肯定する根拠自体については、従来から議論が蓄積されてきたものの、実際の事例を解決する際の具体的な基準に関しては、ほとんど議論されてこなかったし、その議論自体も、同態様の行為を反復継続した中で最終結果が生じたという典型的な場合と、継続犯の場合の解決に集中しており、結合犯の最中に責任能力が低下する場合に焦点を当てた議論はそれほど多くはなかったように思われる<sup>2</sup>。また、これらの点と関連して、本問題と他の「一連の行為」の途中に介在する犯罪成立阻却事由<sup>3</sup>との関係についても明らかにされてこなかったように思われる<sup>4</sup>。

## 2. 本章の構成

以上の問題について検討するために、本章では、最初に、Ⅱにおいて、この問題に対する裁判所の判断を確認する。そのうえで、Ⅲにおいて、本問題の体系上の位置付けを、代表的な既遂・未遂の根拠論からどのように考えるのかを検討し、本問題の根拠論と体系上の位置付けを明らかにする。そして、最後に、Ⅳで、具体的な事例の解決を、4つの類型に分けて検討する。なお、本章では、この問題の検討にあたり、結果が第2行為によって生じた故意犯の成否が問題となる事案を念頭に置く。何故なら、過失犯に関しては、問責対象となる行為の理解の仕方が問題となり、故意犯と同様の解決が可能であるかについて別途検討を要するからである。

---

<sup>2</sup> 結合犯についても扱ったものとして、小野晃正「実行着手後の責任能力低下と行為分断の可否」刑法雑誌 55 巻 2 号（2015 年）79 頁がある。なお、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」産大法学 32 巻 2・3 号（1998 年）360 頁は、構成要件上、複数の行為が並列されている犯罪においては、構成要件要素としての行為は、そのすべてが完全な責任能力状態で行われる必要があるとして本問題の検討対象外であるとする。

<sup>3</sup> 複数の行為によって行われた防衛行為行為の場合に生じる問題とその解決については、本稿第 2 章参照。

<sup>4</sup> この問題については、2016 年度の日本刑法学会会 94 回大会（2016 年 5 月 21、22 日開催）ワークショップ 1 において議論された（ワークショップの概要について、成瀬幸典『「一連の行為」論』刑法雑誌 56 巻 3 号（2017 年）103 頁以下）。本章では、このワークショップで言及された事例をベースとして、この問題に対する私見を述べる。

## Ⅱ. 判例における承継的責任無能力の判断方法

### 1. 日本の下級審の裁判例

学説の検討に移る前に、この問題に対する裁判所の判断を確認する。日本では、この問題について、最高裁判所の判断はまだ存在していないために、確固たる先例が存在しているわけではないものの、下級審においては度々問題となっており、先述の通りいずれも既遂を認める点で結論に一致が見られる。

#### ①大阪地判昭和 43 年 9 月 6 日判例タイムズ 229 号 324 頁

実行に着手したのちの責任能力の低下が争われた事例として、最初にあげられるのが判例①である。本件では、運転開始前にアルコールを摂取していたXが完全な責任能力のもとで自動車の運転を開始したものの、途中で酔いのために心神耗弱に陥り、その状態で運転を継続し、Aに自動車を衝突させ、傷害を負わせたことについて、酩酊運転の罪および業務上過失致死罪に刑法 39 条が適用されるかが問題となった。これについて、大阪地裁は、酩酊運転については、Xが「事故現場の手前約 4 キロメートルの地点附近に至るまでは、自己の進行経路およびその附近の状況につき、ほぼ正確に認識していることが認められ、すくなくともこの時点までは運転能力および是非を判断して行動する能力が著るしく低下した状態はなかったことが明らかである。このように運転開始時飲酒してはいるが責任能力に障害がないと認められる以上、その後運転継続中に、心神耗弱の状態に立至つたとしても、その後の酒酔運転……につき刑法 39 条 2 項を適用すべきものではない」と判断し、業務上過失致死についても、「その過失は、事故現場の手前約 4 キロメートルの地点附近において、運転を中止すべき注意義務に違反したことにあるのであるから、事故時心神耗弱の状態にあつたとしても、その過失責任を減輕すべきいわれはない」と判断した。

本件は、酩酊運転の罪については、本罪が継続犯であることを考慮すると、実行行為の途中に責任能力が減少しているために、承継的責任無能力の問題として理解することは可能であるものの、原因において自由な行為の構成によってもXに対して、責任を問うことが十分可能な事案であった<sup>5</sup>。ただ、どのような理論構成によるにしても、行為の開始時点

---

<sup>5</sup> 川端博「実効開始後の責任能力の低下の取扱い」法曹時報 50 卷 8 号 9 頁、中空壽雅「いわゆる承継的責任無能力について (1)」関東学園大学法紀要第 3 号 (1991 年) 156 頁。最高裁昭和 43 年 2 月 27 日刑集 22 卷 2 号 67 頁は、「酒酔い運転の行為当時に飲酒酩酊により心神耗弱の状態にあつたとしても、飲酒の際酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法 39 条 2 項を適用して刑の減輕をすべきではないと解するのが相当である」として、

において行為者に責任能力が認められる場合に刑法 39 条の適用が排除される理由については判決内で明示されていない。また、業務上過失致死罪については、先述のように、そもそも本問題が承継的責任無能力の問題か否かは、過失併存説をとるか、直近過失一個説をとるかという過失犯の性質に依存する<sup>6</sup>。そのため、本問題の事例として、判例①を理解するためには、運転開始から結果回避が可能な最終時点までの運転行為全体を過失行為として把握することが必要となるという指摘も存在する<sup>7</sup>。いずれにしても、判例①では、行為者に完全な責任を問うことのできる根拠がどこにあるのかは必ずしも明確ではない。

## ②東京高判昭和 54 年 5 月 15 日判例時報 937 号 123 頁、判例タイムズ 394 号 161 頁<sup>8</sup>

本問題に対して、より詳細な基準に言及したのが判例②である。本件は、X が防衛の意思で恐怖・狼狽からハサミで A を数回刺した（第 1 行為）後に、激昂、恐怖、狼狽および鬱積した感情から情動性朦朧状態に陥り、A に対して、さらに全身合計約 150 箇所遍及ぶ各傷害を負わせ、失血死させて殺害した（第 2 行為）が、第 2 行為の際に心神耗弱に陥っていたという事例である。これについて、東京高裁は「X はその責任能力に特段の減弱のない状態において既に未必的殺意をもつて積極的に重大な加害行為に及んだものであつて、以後の実行行為は右殺意のおのずからなる継続発展として、かつ主としては右と同じ態様の加害行為をひたすら反覆継続したという関係なのである。本件犯行行為中右開始当初の部分、X に対する本件行為合体の非難可能性の有無、程度を判定するうえに無視して差支えないほどの、或は見るべき意味をもたない程の軽微僅少なものであるとはとうていいえない。そしてまた、X が行為中途でおちいつた情動性朦朧状態も、それは X が相手方に対して意図的に右のような重大な加害を開始してしまったことによる激しい精神的昂奮が少なからず起因しているものであることは容易に窺知できるところであり、それならば、その精神的昂奮状態は X において自ら招いた面が多いという関係もそこに認められる」と判断した。

---

原因において自由な行為の法理による酒酔運転について完全な責任を認める。

<sup>6</sup> 川端・前掲註 5) 10 頁、中空・前掲註 5) 157 頁。

<sup>7</sup> 中空・前掲註 5) 157 頁。

<sup>8</sup> 本件の評釈として、同志社大学刑法研究室「判批」法学セミナー 312 号（1981 年）112 頁以下がある。また、本件の原審（東京地判昭和 53 年 11 月 6 日判例時報 913 号 123 頁、判例タイムズ 375 号 153 頁）の評釈として、内田文昭「判批」判例評論 247 号（1979 年）46 頁以下がある。

本判決でも、判例①と同様に、完全な責任能力の状態で行行行為を開始している場合に、刑法 39 条の適用を排して完全な責任を問うことができるとしている点では共通するものの、ここではさらに、行為が当初の故意に基づいて同態様の行為を反復継続したものであること（継続性）、完全責任能力下の加害行為が重大であること（重大性）、責任能力の低下した状態を行為者が自ら招いていること（自招性）について言及されている。

### ③大阪地判昭和 58 年 3 月 18 日判例時報 1086 号 158 頁<sup>9</sup>

判例②の、継続性、重大性、自招性という 3 つの基準は、その後の判例③においても言及されている。本件は、浮浪者生活を送っていた X が、仲間と酒を飲んでいる最中に B と口論になったが、その際、A が B の肩をもち、口論に口出しをしたことに激高し、A に頭突きをかけ、手拳で顔面を殴打し、その胸部や腹部を足蹴にし、金網のフェンス付近に倒れた同人の頭部や腹部などを頭突いたり足蹴にしたりした後、A を路上に引きずり廻し、顔面及び胸腹部などを殴打、足蹴にするなど多数回にわたって暴行を加え、同人に頭部・顔面・胸腹部打撲傷等の傷害を負わせ、同人を死亡させたが、犯行途中から酒の酔いのために錯乱状態に陥っていた疑いがあるという事案であった。これについて、大阪地裁は、「X は、本件犯行に着手した時点においてはもとより、犯行の前半部分にあたる、金網のフェンス付近に転倒した A に暴行を加えた段階においては、その責任能力に疑いはなかったものであるところ、その段階において A に加えた暴行は、優に致死の結果をもたらすものと認められるうえ、その後の X の錯乱状態は、X 自らの飲酒及びそれに先き立つ暴行等の行動によって招かれたものであり、かつ、右状態で行われた暴行は、前段階におけるそれと態様を異にするものでもないから、本件における X の暴行は、その全部を一体として評価すべきであり、仮りに犯行の後半部分において、X がその責任能力に何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 39 条 1 項または 2 項は適用されないものと解すべきである」と判断した。

---

<sup>9</sup> 本件の評釈として、岩井宜子「判批」『刑法判例百選 I 総論（第 3 版）』（有斐閣、1991 年）77 頁以下、墨谷葵「判批」判例評論 303 号（1984 年）56 頁以下、諸藤和司「判批」法学論集（西南学院大学学術研究所）18 巻 3 号（1986 年）87 頁以下がある。

④長崎地判平成4年1月14日判例時報1415号142頁、判例タイムズ795号266頁<sup>10</sup>

もっとも、判例②の3つの基準が全て充足される必要があると裁判所が考えているわけではないように思われる。判例④は、Xが焼酎を飲酒中に、簡易保険の生存剰余金の引き出しをめぐり妻Aと口論となった後、飲酒を続けていたが、午後2時頃にAの言動に立腹し、手拳で頭部・顔面等を殴打し、なおも言動をあらためなかったAに対して、午後11時ころまでの間、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、背部等を足蹴にする暴行を加えたうえ、居間に向かって押し倒し、うつ伏せに倒れたAをなおも叩こうと同間に入ろうとした際、敷居につまずき、ガラス戸に頭を強打したこと、一層激昂し、Aの背部・臀部等を足で踏みつけ、肩たたき棒で頭部等を滅多打ちするなどの暴行を加え、傷害を負わせて死亡させたが、Xは暴行の開始時点においては単純酩酊であったが、その後酩酊の度合いを強め、中核的行為を行う際には、複雑酩酊に陥っており、心神耗弱状態となっていたという事案であった。これについて、長崎地裁は、「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われたものであるところ、X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す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、Xに対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減輕すべき実質的根拠があるとは言いがたい」と判断した。

ここでは、判例②で言及された基準のうち、継続性については、「同一の機会に同一の意思の発動にでた」点で肯定され<sup>11</sup>、さらに、自招性についても、「犯行を開始した後に更に

<sup>10</sup> 本件の評釈として、石井知己「判批」上智法学論集38巻1号（1986年）204頁以下、伊東研祐「判批」『刑法判例百選Ⅰ総論（第6版）』（有斐閣、2008年）70頁以下、岩井宜子「判批」ジュリスト1024号（1993年）168頁以下、岩井宜子「判批」『刑法判例百選Ⅰ総論（第4版）』（有斐閣、1997年）74頁以下、岩橋義明「判批」研修527号（1992年）29頁以下、小池信太郎「判批」『刑法判例百選Ⅰ総論（第7版）』（有斐閣、2014年）74頁以下、曾根威彦「判批」判例評論405号（1992年）48頁以下、中空壽雅「判批」法学教室149号（1993年）74頁以下、中空壽雅「判批」関東学園法学紀要第6号（1993年）289頁以下、前田雅英「判批」『刑法判例百選Ⅰ総論（第5版）』（有斐閣、2003年）66頁以下、丸山治「判批」『判例セレクト‘86～’00』（有斐閣、2002年）438頁、山中敬一「判批」法学セミナー452号（1992年）134頁などがある。

<sup>11</sup> ただし、判例④については、Xの実行行為が長時間にわたって、「断続的」に行われていたものであることから、「一個の行為」として評価し得るものであったか疑問が残り、原因において自由な行為による解決を検討すべきであったという指摘も多い（この点につい

自ら飲酒を継続したために」心神耗弱に陥っていることから肯定されていると考えられるものの、重大性については言及されていない。それにもかかわらず、本件では既遂の罪責が認められたのである。

#### ⑤東京地判平成9年7月15日判例時報1641号156頁<sup>12</sup>

判例⑤においても、重大性と自招性については言及されていない。本件の事案は、以前からXを恐れていたAが、Xの言動に驚き、ベランダに逃げたことに立腹したXは、ベランダでAを数回殴打し（第1行為）、さらにAの背後から左手を首に巻き付けて同女を捕まえ、文化包丁でAの腕部を突き刺し（第2行為）、約3週間の安静加療を要する傷害を負わせたが、Xは、Aを刺した時点ではてんかんの発作によって、意識がなくなっていたというものであった。これについて、東京地裁は、ベランダで暴行、包丁での刺突に関するXとAの供述の不一致について、「包丁で刺したこととベランダでの暴行との継続性を否定する事情はなく、それらは一連の行動であると認められ、台所でAを捕まえて刃先の鋭利な包丁を手にとったことまでは認識していたというのであるから、遅くとも包丁を手にした時点までに傷害の故意を生じたと認められ」、「仮にAを刺した時点で発作が起きていたとしても、発作中の行為はその直前の意思に従ったものであって故意に欠けるところはない」としたうえで、第2行為において責任無能力であったという主張につき、「Xは・・・時々発作を起こし、発作を起こしている間は意識がなくなるものの、発作を起こす前及び意識が戻った後は通常の者と同様に意識があり、物事の善悪も分別できることが認められる。そうすると、Aを刺した時点で発作が起きていたとしても」、「発作中の行為がその直前のXの意思に従ったものである以上、Xは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つつ実行したものといえ、完全な責任能力が認められる」と判断した。

判例⑤は、Xの行為が「一連の行動」である点で行為の継続性を肯定することができ、

---

ては、小野晃正『承継的責任無能力』と実行行為の個数について（2・完）阪大法学 62 巻 2 号（2012 年）244 頁、小野・前掲註 2）86 頁以下、滝谷英幸『一連の行為』概念を巡る思考方法（2・完）早稲田大学大学院法研論集第 142 号（2012 年）142 頁、安田拓人「実行行為開始後の責任能力低下について」『浅田和茂先生古稀記念論文集』（成文堂、2016 年）336 頁以下などを参照）。

<sup>12</sup> 本件の評釈として、八澤健三郎「判批」研修 611 号（1999 年）23 頁以下、山本輝之「判批」『判例セレクト‘86～’00』（有斐閣、2002 年）506 頁がある。



第1行為において、Aを殴打している点で重大性を肯定することは可能（もっとも、具体的な傷害結果との関係では、必ずしも対応関係にあるとは言えないが）であるものの、てんかんの発作によって責任能力が喪失している点では、Xが行為時の責任能力の低下を自ら招いたとまではいえず、自招性を肯定することはできない事案であったように思われる。

以上の下級審の裁判例からすると、日本の裁判所は、i. 完全な責任能力の下で犯罪の意思決定がされ、第1行為が開始されており、ii. 同態様の行為が反復継続しているという「反復継続性」についてすべての事例で言及しており、一部の事例においては、さらに、iii. 完全責任能力下での行為の「重大性」（判例②、③）や、iv. 責任能力の低下が自ら招いたものであるという「自招性」（判例②、③、④）が完全な責任を認めるための基準として言及されている。

問題となるのは、これらの基準のうち、iiiの重大性とivの自招性を裁判所がどのように理解しているのかという点である。というのも、重大性については判例④と⑤において、自招性については判例⑤においては、その存在が言及されていないにもかかわらず、これらの裁判例では行為者に完全な責任が認められているからである。裁判例がこれらの基準のうち基準ivに言及した背景には、本問題を並行して行われた飲酒行為や、第1行為それ自体を原因行為として理解する原因において自由な行為の法理によって説明しようとする考慮が存在するように思われる<sup>13</sup>。他方で、裁判例がiiiの重大性について言及した意義については、完全責任能力下での行為が重大であることが認定されている場合、仮に、原因において自由な行為などの他の根拠付けが成り立たず、第2行為を判断の対象から除外した場合であっても、少なくとも、第1行為と結果との間の因果関係（の錯誤）の問題として、既遂を認めることができることに言及した箇所であると理解することが可能であるように思われる。つまり、第1行為に重大性が肯定される場合には、第1行為と結果との間の因果関係（の錯誤）の事例として理解し得るのに対して、第1行為に重大性がない場合には、原因において自由な行為による基礎付けが必要であると考えたために、このような認定を行ったのではないかということである。このような観点からすれば、重大性について言及されていない判例④についても、自招性について認定されているために、原因において自由な行為による根拠付けが可能であり、その観点から既遂の罪責が肯定されたとい

---

<sup>13</sup> 伊東・前掲註10) 70頁以下、川端・前掲註5) 28頁以下、中空・前掲註5) 169頁、同「判批」法学教室149号（1993年）75頁。

う理解が可能であろう。

ただ、以上のように重大性と自招性について言及される趣旨を理解することはできなくはないものの、これらの基準が認定されていない判例⑤においても、既遂の責任が肯定されていることからすると、裁判例は、これらの基準を必須の要件としては理解してはおらず、その中核的な基準は、基準 i、ii にあり、重大性と自招性については、補助的な根拠にすぎないと理解しているように思われる。基準 i、ii が要求しているのは、完全責任能力下の意思決定に基づく行為が継続していることであるが、このような基準がどのような根拠から要求されているのかは裁判例からは明らかではなく<sup>14</sup>、本問題を原因において自由な行為から基礎付けようとしたものとする評価<sup>15</sup>がある一方、第 1 行為と第 2 行為とを連続した一体的な行為として把握し、その開始時点の責任能力が肯定されれば、第 2 行為時点の責任は問題とならないという後述 (II 2(2)) の一体説をとったとする評価<sup>16</sup>も多く、学説の評価も分かれている。

## 2. ドイツの判例

承継的責任無能力の問題はドイツにおいても従来から議論されており、連邦通常裁判所 (BGH) による判断も存在している。BGH は、後述の通り、日本の裁判例とは異なって、原因において自由な行為による根拠付けを明確に排して、因果関係の錯誤の問題として理解している点で日本とは異なるが、その理由付けの相違を含めて承継的責任無能力の問題の解決方法を模索する上で参考となるだろう。

### ①BGH GA 1956, 26.

まず、1955 年 4 月 19 日の判決 (判例①) において BGH は、責任無能力状態で行われた行為の結果を行為者に帰属することを否定している。被告人と彼の妻が心中を決意し、家具に火を放った後に被告人が妻を射殺し自殺するという計画を立て、実際に被告人らは家具に火を放ち、心中の計画通りに、妻を数回拳銃で撃ったものの、この射撃によって妻は死亡しなかったので、妻からの真摯な要求に基づいて、ナイフで妻の心臓に刺突を加え、

---

<sup>14</sup> 神田宏「原因において自由な行為？」近畿大学法学 44 巻 2 号 (1997 年) 59 頁以下。

<sup>15</sup> たとえば、岩橋・前掲註 10) 36 頁、川端・前掲註 5) 28 頁以下、曾根・前掲註 10) 197 頁、中空・前掲註 10) 法学教室 75 頁など。

<sup>16</sup> たとえば、小野・前掲註 11) 228 頁、瀬川行太「犯罪論における同時存在原則について (2)」北大法学 67 巻 4 号 (2016 年) 371 頁以下、山中・前掲註 2) 354 頁以下など。

咽頭を切りつけ、さらに、ハンマーで妻の頭部を殴打して、妻を死亡させたが、被告人は2度目の射撃の時点で、責任能力を失っていたというものである。

原審は、責任能力の判断の際に決定的なのは、「行為の際」の行為者の状態、すなわち自然的な意味での行為の状態であるとしたうえで、1) 自然的な観察からは行為者の行為は単一であるとし、本件では行為者の行為は有責に遂行されたとはいえず、さらに、2) 未遂についても、未遂犯規定によると、未遂は表象された犯罪が完了していない場合に存在するが、本件では行為者が同意に基づく殺人の結果を発生させているために既遂の結果が生じているので未遂に問うことはできない、ということを経由して無罪とした。

原審の判断に対して、BGHは、まず、1) については、自然的行為単一の存在について検討する際には、前提として、問題となる各行為が刑法的に帰責可能であるかが検討されなければならないが、この判断の際には、(旧) 刑法 51 条 1 項により、答責的ではないとされる意思の実現は可罰的ではない行為であるため、責任無能力状態の行為は除外されるとして、本件では自然的行為単一が認められないとする。そして、このような場合には、行為者を最初の部分に存在している未遂を根拠として処罰しない理由はなく、これは正義の要求するところでもある、とされる。次に、2) についても、当該の未遂犯の規定は、既遂行為が未遂を「吸収する (aufzehrt)」ということを経由して、行為者が行為の開始後に責任無能力になり、この状態でさらなる行為を行い、法的な構成要件を完全に満たす場合に、可罰的な未遂を欠いているわけではないとして、同意殺人未遂罪の成立を認めた。

本判決は、BGH が承継的責任無能力について判断した判例の中で、唯一、未遂という結論を示している点で特異な判決である。本判決において他の判例と異なるのは、本件の行為態様が以下の判例②から④のような当初計画された行為が継続されたことが明らかな事例とは異なって、事例の通り、行為者の計画が二転三転しているために自然的行為単一が問題となっている点である。この自然的行為単一に関する点について、先述のように原審は、行為者の行為を自然的な観察によると単一であったと判断したが、本判決は、行為単一として処理するためには、可罰性の要件を備えている必要があると指摘したうえで、第1行為を可罰的な未遂と判断していることから、結局のところ、「一連の行為」を責任能力の観点から分断するという判断方法をとったと考えられる。

確かに、行為者の行為が最終的に罪数処理として単一か否かが検討される場合には、可罰性の要件を欠く行為が評価の外にあることは判例の述べる通りである (たとえば、自

然的にみて一個の行為として評価できても、先行行為が正当防衛、後行行為が犯罪であるような場合に、罪数評価の際には、正当防衛である先行行為は最初から問題とならない。しかし、本判決は、責任能力の有無によって、通常は行為単一として処理される行為（つまり一個の実行行為とされる行為）を完全責任能力で行われた部分と、責任無能力で行われた部分とに分けて評価して、完全責任能力下の行為については、（少なくとも）未遂が認められる可能性を示唆している点に特徴がある。もっとも、この際、完全責任能力下の行為に最終結果を帰属することができるかがさらに問題となるように思われるが、本判決では、完全責任能力下の行為と、結果との間の因果関係は検討されていない<sup>17</sup>。

## ②BGHSt 7, 325.

BGH は、判例①の 2 日後の 1955 年 4 月 21 日の判例②（いわゆる、「血の酩酊事件」）においては、行為者に既遂の責任を認めている。本件の事案は、被告人が自分達を侮辱した被害者に対してハンマーで頭部を殴打し、これによって倒れた被害者が彼女を告発することを恐れたために口封じの目的から、故殺の故意で頭部と顔面を殴打したが、この打撃が原因となって血の酩酊に陥り、被害者をさらに近くに備え付けていた鉦員用の斧で殴打し、これらの合計 30 回のハンマーと斧による殴打のうちの 5 回によって被害者を死亡させたというものであった（なお、どの 5 回の殴打が死の結果を招いたかは不明であった）。

以上の事案につき、BGH は、まず、被告人の当初の被害者に対するハンマーによる殴打行為と、それに続く、口封じを目的とした謀殺とを行為単一と判断した。そのうえで、次に、本件を概括故意と類似の問題として捉え、「故意は因果経過に対しても及んでいなければならぬ」が、「因果経過の全詳細は予見できないため」、現実の因果経過と被告人の表象した因果経過との相違が「未だに一般生活経験に基づいて予見可能な範囲にとどまってい、その行為の他の評価が許されない場合には故意を阻却しない」とし、本件では、行為者が完全責任能力状態で開始した行為を継続している途中に、被告人自身のハンマーによる打撃行為による興奮が被告人の意識を失わせたという点で被告人の表象と現実の因果経過が相違するが、これが非本質的な相違か否かを差戻審は検討する必要がある、と述べ

---

<sup>17</sup> Dietlich Oehler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA 1956, S. 1. なお、Oehler は、行為者に既遂の責任を問い得るかが検討されなかったのは、本件では、「陪審裁判所が各殺人行為について無罪と判断したために、刑事部は少なくとも未遂が存在するかという問題を取り扱ったにすぎない」ことに理由があると指摘する。

て原審を破棄差戻した。

本判決は、承継的責任無能力の問題について、BGH が初めて既遂の責任を肯定した点で注目される。そして、以降の判断も基本的に本判決を踏襲しており、本判決は承継的責任無能力に関する BGH の態度を決定付けたものであるといえよう。本判決では、承継的責任無能力を概括的故意の事例と類似の問題として捉えたうえで、この種の事例において、既遂の責任が認められるか否かは、現実の因果経過と行為者の表象した因果経過との相違の程度が重要であるかにかかっているとした。もっとも、本件は、被告人の完全責任能力下での行為がすでに、それ単体でも結果の発生にとって十分な危険性を有する行為であった事案であったために、完全責任能力下での行為が重大性を有していない場合についても、既遂の責任が肯定されるかは正面から問題とされることはなかった。

### ③BGHSt 23, 133.

この点が問題となったのが、1969 年 10 月 9 日の判例③である。本件では、被告人が自分と別れたがっていた被害者 H を自室に泊めたが、H と喧嘩になり H が家に帰ろうとしたので、H に「明日はいつごろ来るのか」と尋ねたが、H が「二度と顔を見せないで」と答えたために、上着のポケットから飛び出しナイフを取りだし、ナイフのバネ機構を解除し、H を 38 回突き刺して死亡させたが、被告人は、精神鑑定によると一度行為を開始すると、「取りやめる」可能性が存在していたかは疑わしく、ポケットからナイフを取り出す際には限定責任能力であり、ナイフによる最初の刺突を行う時にはすでに責任無能力であったとされる事案について判断がなされた。原審は以上の事案について、被告人に殺人既遂の罪責を認めたが、この判断を不服として被告人が上告した。

弁護人は、被告人が H に致死的な刺突を与えたのは責任無能力状態の時であったために、被告人に責任無能力状態で行われた刺突を刑法上の重要な行為として帰属することはできないこと、つまり、判例①、②からすれば、本件では、被告人がナイフを手にとってからいくつもの行為経過を選択することができ、最初の行為と 38 回の刺突が刑法上完全に逸脱していることからすれば、責任無能力状態において開始した行為を引き続いて行ったことは立証できないと主張した。以上の弁護人の主張に対して、BGH は、判例①、②はこの点について判断しておらず、判例②の評釈においても述べられているように、行為者が既遂犯か単なる未遂犯のどちらで処罰されるかは、(旧)ドイツ刑法 51 条 1 項の問題ではなく、故意あるいは因果関係の問題が重要となるとしたうえで、被告人は、責任無能力

状態に至るまでは行為を開始した、つまり殺人未遂にすぎないが、それは完全責任能力の状態を始められた元々の殺人行為を故意帰属するのを妨げないと判断した。そして、「原因において自由な行為の場合にも、個別の行為は責任無能力状態において行われているが帰属される。本問題の場合には、一原因において自由な行為とは違い―責任無能力の開始が行為者の表象において受け入れられているわけではないことは、本質的に重要ではない。確かに、故意は、因果関係に及んでいなければならない。しかし、この因果関係の個々の全事象はほぼ正しく予見することはできないために、表象された因果経過との相違は、容易には排除できない。それどころか、一般的生活経験の範囲に収まっており、言い換えれば、妥当な因果性の範囲である相違は非本質的である」と述べ、本件では、被告人がHを殺害しようとし、実際に表象と一致する行為を行っており、情動状態は表象より多く刺したとか、素早く刺したとかいった非本質的な部分にしか影響しておらず、また、責任無能力の発生も単なる非本質的な相違にすぎないと判断した。

また、判例②では、「血の酩酊」が完全責任能力で行われた殴打に起因していることが立証されていたが、本件においては、その点の立証がなされていない、という弁護人の指摘についても、本件においては、行為者が完全責任能力の状態において、(旧)刑法43条の意味における実行に着手したということを立証することで十分で、責任無能力の効果がまさに最初の侵害行為から生じたものであることは要求されず、責任無能力の状態が先行する行為から発展し、外部の(人格によらない)影響によって排除されなかったということだけで足りるとする。さらに、故殺既遂を肯定することは、判例①に違反するという主張についても、判例①の事案では「行為者は妻を要求に従って銃で撃つ事で殺害するということ」を表象したにすぎない。拳銃による射撃が致命的な影響なしにとどまっており、行為者がすでに責任無能力の状態になった後に、行為者は故殺を妻の切実な要求に基づいて、ハンマーによる頭部への殴打、ケーキナイフによる心臓への刺突および咽頭部の切断といった別の方法で遂行した。つまり、この故殺の行為は新たな決心に基づいており、故殺未遂によってのみ有罪判決が正当化されるほどに、その犯行方法において行為者の最初の形象から大きく逸脱していないとして被告人に完全な責任を認めた。

以上のように本件では、判例②を踏襲し、本件を因果関係の錯誤の問題として位置付け、完全責任能力状態において行為者が表象した因果経過と実際の因果経過との間の相違が一般生活経験上、重大なものであったかを基準として判断しているが、先述の通り判例②においては触れられていなかった第1行為が本質的な殺害のための行為でなくとも既遂が肯

定されるかという点については積極的に解している。このことから、本判決は、承継的責任無能力を概括故意と類似の問題と捉えた判例②を拡張したと評価できるだろう<sup>18</sup>。

#### ④BGH NStZ 2003, 535.

以上の判例①～③は、最終結果が生じた時点で行為者が責任無能力に陥った事例であったが、2003年4月30日の判決（判例④）では実行途中に限定責任能力に陥った場合に完全な責任を問うことができるかが問題となった。本件は、被告人が同居人であるPと喧嘩になったが、Pに子供の時のトラウマとなっている体験について言及されたことを重大な裏切りであると感じ、家を出て行こうとしたもののPが家のドアの前に立ちふさがったために、これに立腹して皮の鞘に入れられて壁に吊るされている山刀をつかみ、これを使ってPを計33回突き刺して死亡させたが、実行の開始後に責任能力が低下しており、限定責任能力であったという事案である。なお、結果を発生させたのは、Pが床に倒れた後に行った刺突であったが、他の刺突も生命に危険のあるものであった

BGHは、判例②、③のような完全に責任能力が喪失する事例の判断によれば、「行為が故意に包摂されており、因果経過が、行為者がまだ責任無能力の発生する前に表象した因果経過と一致する場合も、行為者に対して行為が帰属される。行為遂行中の責任無能力の発生は、その場合には因果経過の非本質的な相違である。その際には、責任無能力状態が先行する行為から発展したものであって、外部的な影響によって誘発されたものではないことで足りる。そのような場合は、行為者を完全責任能力によって始められた既遂の行為によって処罰されるべきである。行為遂行中の限定責任能力の開始もこれと異ならない」としたうえで、このような「刑の減軽の排除は、それぞれ行為前の行為者の責任あるいは所為と結びついて限定責任能力の状態における行為遂行にもかかわらず刑の減軽を認めない、事前責任および原因において自由な行為に関する判決と一致する。それらに対して、行為者は、-計画に沿った行為の遂行の際に-行為の途中で限定責任能力となった場合には、彼の行為の決断を、完全な責任能力のある状態で把握しているだけではなく、それどころかこの状態で未遂の境界を超えている」として被告人に完全な責任を認めた。

---

<sup>18</sup> 中空・前掲註5) 151頁以下によると、概括故意とパラレルに理解されなかった背景には、「本件では責任能力状態での行為があまりにもわずかなものであるために、その部分行為に対して結果帰属をするという論理構造をとりえなかった」という事情があると考えられる。

以上のように BGH は、結論としては、日本の裁判例と同様に、行為者の第 2 行為時点における責任無能力・限定責任能力の存在を理由に第 2 行為時点に生じた最終結果について責任を問えなくなる（あるいは、刑の減軽を認める）という帰結を回避している。ただ、一方で、BGH による理由付けは、行為の自招性（II 2 の基準 iv）に言及し、原因において自由な行為による理由付けを（も）行う裁判例が多くみられる日本の動向（特に判例②から⑤を参照）とは異なって、BGH は、本問題を、行為者の表象が責任能力の低下と結びついていないもの、言い換えると、本問題の事例において第 2 行為時点の責任能力の低下が行為者の意思によらないものであることを指摘し、本問題と原因において自由な行為の問題とを明確に区別している。そのうえで、判例②から④において述べられたように、本問題を因果関係の錯誤として理解し、行為者の表象した因果経過と実際の因果経過との間の相違が一般生活経験からみて非本質的なものである（妥当な因果性の範囲にとどまる）場合には行為者に完全な責任を問うことができるとする。

また、完全責任能力下の行為が、被害者を攻撃しようと、ナイフのバネ機構を解除した段階（判例③）や、山刀を鞘から抜いた段階（判例④）にとどまるような事案からも明らかであるように、BGH は、日本の判例②、③とは異なり、完全責任能力の下で行われた行為に重大性が肯定されないような事例についても行為者に完全な責任を肯定している<sup>19</sup>。このような差異が生じる要因となっているのも、ドイツにおいては、日本の裁判例とは異なり、承継的責任無能力の事例を原因において自由な行為の問題と区別し、因果関係の錯誤の問題として理解していることにあるように思われる。すなわち、判例③、④のような事例について、行為者が実行行為を開始していること自体には疑いがなく、「未遂」に至っているとするのであれば、既遂故意・既遂危険の存在を完全責任能力下での行為に要求する見解（本章 III.1.(1)）を採用しない限りは、第 1 行為の「重大性」は問題ではなく、因果経過に対する行為者の認識と因果関係それ自体の存否が重要ということになる。

---

<sup>19</sup> なお、BGH は、強盗の目的で店に押し入り、店主をストッキングで絞殺することを決意していた被告人が、計画通りにストッキングを店主の首に巻きつけて引っ張り、それによって店主を気絶させたものの、店主が意識を取り戻したので、殴打し気絶させ、さらに同人をケーキナイフで 2、3 回刺して傷害を負わせたが、被告人は、犯行現場に着く前に責任能力を喪失していたという、予備段階において責任能力を喪失した事例について、刑法 20 条の適用を認めている（Vgl. BGHSt 23, 135.）。



### 3. 判例における判断の傾向

以上のように、本問題について、日本においてもドイツにおいても、既遂の責任が肯定されており、しかも、両者ともに、完全責任能力下の意思決定が実現されていると客観的に評価できるような場合、言い換えると、責任能力低下後の行為が完全責任能力下の行為の延長と見ることができるような場合については、既遂の罪責を肯定し、反対に、別個の意思決定に基づいた行為が行われている場合には否定している点では共通している<sup>20</sup>。

しかし、そのような帰結に至る理由付けについては、日本の判例が、完全責任能力の時点で意思決定がなされ、開始された行為が継続していることに重きを置きつつも、自招性や重大性について検討しているために、因果関係の錯誤に求めるのか、原因において自由な行為に求めるのか、あるいは、一連の行為の着手時点において責任能力が存在すれば足りると理解しているのか明らかにしていないのに対して、ドイツにおいては、行為者の表象した因果経過と現実の因果経過との相違の程度が非本質的であることを要件としており、因果関係の錯誤に求めることを明確にしている点では異なっている。この理由付けの面での差異は、学説の流れに対して一定程度影響を与えているように思われる。というのも、ドイツにおいては、(後述のように、もともとそのような見解は存在していたものの) 本問題を因果関係の錯誤の問題として理解した上で、因果経過の認識が問題とされているのに対して、日本においては、本問題を因果関係の錯誤として理解する見解のほか、原因において自由な行為の観点から理解する見解や、さらには行為の一体性という観点からアプローチする見解など様々な見解が主張されるに至っているからである。そして、このような理由付けの違いは、本問題の体系上の位置付けにも少なからず影響しているように思われる。

## Ⅲ. 本問題の解決方法

### 1. 構成要件段階における解決の可能性

本問題を構成要件該当性の問題として理解する見解として考えられるのは、本問題を因

---

<sup>20</sup> もっとも、既遂を肯定するために、少なくとも実行の着手の存在が決定的であることを考慮すると、実行の着手を肯定できるタイミングが早いか遅いかによって具体的な事例について結論が分かれる可能性はある。たとえば、ドイツの判例③(ナイフのバネ機構を解除した段階)や、判例④(山刀を手に取り鞘から引き抜いた段階)の事案につき、日本で実行の着手が肯定されるのかについては検討の余地はあるように思われる。

果関係の錯誤の事例として処理する見解と、本問題を原因において自由な行為の一事例とみなし、いわゆる構成要件モデルの立場から説明する見解である。

#### (1) 因果関係の錯誤の問題として解決を図る見解

ドイツの学説において、本問題は、先述（本章Ⅱ2）のBGHの判決が出る以前から議論されており、本問題を結果が発生した行為の時点で責任能力が存在しない以上、無罪とせざるを得ないとする見解<sup>21</sup>や、犯行時に責任能力が存在すれば足り、結果発生時に責任能力が存在しなくともよいとして既遂を肯定する見解<sup>22</sup>、快楽殺人者が意識障害に陥った場合に行為者を未遂とするのは妥当ではないという結論の妥当性についての考慮から既遂とする見解<sup>23</sup>が主張されていたが、これらの見解は、本問題において既遂・未遂が認められる明確な根拠を示していなかった。しかし、その後、BGHの判断と同様に、本問題を因果関係に対する認識の問題として理解し、現実の因果経過と行為者の表象した因果経過との相違が非本質的な範囲（妥当な範囲）に収まっているかを基準として問題の解決を図る見解が支配的な見解となっていった<sup>24</sup>。

ドイツの通説が本問題を因果関係の錯誤の問題として理解する背景には、結論の妥当性の考慮があると考えられるが<sup>25</sup>、それだけではなく、本問題のような場合には、行為者がすでに有責に完全な行為無価値を実現していることに基づいて、行為者に対して、行為者により惹起された結果無価値も故意として実現されたものとして帰属し得ることにもあると考えられる<sup>26</sup>。問題は、このような見解からするとどのような場合に、因果経過の認識

---

<sup>21</sup> Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, 1914, S. 610.

<sup>22</sup> Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 296.

<sup>23</sup> Hellmuth Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, S. 243.

<sup>24</sup> Michael Hettinger, Die actio libera in causa: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, 1988, S. 210; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 11, Rn. 25; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2014, § 20, Rn. 16; Oehler, a.a.O. (Anm. 17), S. 4; ders., JZ 1970, S. 381; Harro Otto, Actio libera in causa, Jura 1986, S. 432 f.; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.1, 4. Aufl., 2006, § 12, Rn.191 f., § 20, Rn. 48; Hans Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch, 2.Aufl., § 20, Rn.27; Christoph Sowada, Der umgekehrte dolus generalis, Jura 2004, S. 817; Sternberg-Lieben/Schuster, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, §15, Rn.56; Joachim Vogel, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12.Aufl., 2007, § 16, Rn. 60.

<sup>25</sup> BGHSt 7, 325 (v. 21. 4. 1955.).

<sup>26</sup> Rudolphi, a.a.O. (Anm.24), § 20, Rn.27.

についての本質的な相違が存在するののかという点であるが、これについては学説上、第 2 行為が完全責任能力の状態を開始したものと、全く異なる場合、たとえば、行為者が被害者をナイフで刺して殺害することを想定していたのにも関わらず、自動車で轢き殺したといったような<sup>27</sup>、行為者の当初の意図と全く異なる行為が責任能力低下後に行われた場合であると考えられる<sup>28</sup>。そのため、ドイツの判例❶のように当初は被害者を射殺することを想定して行為を開始したものの、射撃による殺害が失敗し、責任能力の低下した後に、被害者の要求に基づいて別の手段（ハンマーによる打撃）で被害者を殺害したというような事例においては、第 1 行為の時点において表象した因果経過との相違が問題となり得るだろう。

以上のドイツの通説が本問題を因果経過の認識という面から説明するのに対し、日本においては、因果関係の錯誤の問題を相当因果関係・客観的帰属の問題として理解し、因果経過の認識ではなく、それ自体の存否の問題に還元されるという指摘が有力となっている<sup>29</sup>。このような立場からすると、本問題を因果関係の錯誤の事例として理解する場合、第 1 行為と最終結果との間の相当因果関係ないし客観的帰属の可否という問題として検討することになる。本問題を客観的帰属の問題として理解する見解として、たとえば、山中教授は、本問題の解決を客観的帰属論の立場から、「完全な責任能力状態における実行行為（第 1 行為）から、客観的に帰属可能な経過をたどって結果が生じたということが出来る」ような場合、つまり、『完全責任能力状態下における実行行為（第 1 行為）』が、『責任能力減弱状態下における実行行為（第 2 行為）』を通して、『結果』を客観的に帰属可能な態様で『惹起』した」といえる場合については、第 1 行為に最終結果を帰属して行為者に完全な責任を問うことができる、と説明される<sup>30</sup>。すなわち、このような見解からは、第 1 行為から継続して、第 2 行為が行われることが通常であるかという観点から、ドイツの通説が基準とする因果経過の逸脱の大きさが判断されるのである。ただし、このような見解からしても、因果関係の錯誤の位置付けが異なるものの、基本的には、行為者の表象した因果経過と実際の因果経過とが本質的に異なる場合には、そもそも因果関係が存在しないと

---

<sup>27</sup> Sternberg-Lieben/Schuster, a.a.O. (Anm. 24), § 15, Rn. 56.

<sup>28</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 192.

<sup>29</sup> 大谷實『刑法講義総論（新版第 4 版）』（成文堂、2012 年）167 頁、及び 173 頁以下。

<sup>30</sup> 山中・前掲註 2）376 頁以下。また、同様の見解として、神田宏「原因において自由な行為？」近畿大学法学 44 巻 2 号（1997 年）73 頁以下、吉田敏雄『責任概念と責任要素』（成文堂、2016 年）259 頁。

考えられるので、相当因果関係・客観的帰属が認められないことになる点でドイツの通説・判例と大きく帰結<sup>31</sup>が異なるわけではないだろう。

ドイツの通説も、本問題を因果関係それ自体の問題とする見解も、アプローチの方法は違えども、第1行為と最終結果との間の因果関係を問題とする点では、本質的にはそれほど異ならないように思われる。そして、ドイツの通説では、基本的に、因果関係（ないし因果経過に対する認識）が存在する場合には、問責対象とされる第1行為自体の危険性の程度や、その危険性に対する行為者の認識については問題としないために、第1行為が最終結果との関係で危険のある行為であったことまでは要求されていない。そのため、このような見解からすると、第1行為それ自体は、それだけで結果を発生させる行為ではなかったとしても、基準を満たす限りは、第1行為に既遂の結果を帰属することになるように思われる。

しかし、以上のような、「実行の着手」に至れば、結果の帰属を可能とする「実行行為」が存在し、この「実行行為」と発生した「結果」とが因果関係で結びつけられれば既遂犯が完成するという解決方法に対しては、着手未遂と終了未遂とを分けて論じる見解から批判がなされている。着手未遂と終了未遂を分けて論じる見解からは、本問題の場合には、未遂を認めるか、あるいは既遂の成立範囲を制限的に理解しようとするべきであると主張される。Geilen は、（ドイツの判例②が本問題とパラレルの関係にあるとする）概括故意の場合には、行為者は必要な行為を全て行い、結果を惹起したということを認識しているために、実際には結果が付随的な行為によって惹起されたという偶然に対して未遂の恩恵を与える必要がないが、本問題の場合には、もし行為者が責任無能力ではなかったとしたら行為を継続したか解らない点でこれとは異なることを指摘する<sup>32</sup>。そして、行為を継続したか解らないのにもかかわらず、既遂の結果を行為者に帰属することは、行為者が意思のハードルを一度乗り越え着手した以上は責任の検討をせずに、帰責を肯定するという「責任の滑り台」のような手法ではないか、と批判する<sup>33</sup>。すなわち、結果を惹起した第2行為を中止する可能性が責任能力の低下によって奪われている本問題のような場合には、完全責任能力下で実行の着手が存在していたとしても、結果を行為者に問うことができない、

---

<sup>31</sup> 大谷・前掲註29) 155頁、173頁以下。

<sup>32</sup> Gerd Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt - BGHSt 23, 356, JuS 1972, S. 76.

<sup>33</sup> Geilen, a.a.O. (Anm. 32), S. 76.

というのである。

もつとも、この Geilen の見解と同様に、ドイツの判例・通説の結論に反対する Wolter や Frisch といった論者も、Geilen のように本問題について常に未遂の責任にとどまると考えているわけではない。これらの論者は、本問題についても、実行の着手の時点で、実行の着手から直接に構成要件的結果を発生させる認識である「概括故意」が存在しており、責任能力のある状態で、結果発生のために適した行為を行っているといえるような場合には、因果関係の錯誤として既遂の成立を肯定することができると主張する<sup>34</sup>。なぜなら、このような場合には、知らないうちに薬物が混入された飲み物を飲んだというような行為者の人格性 (Persönlichkeit) によらない影響から、責任無能力が引き起こされたというような例外的な事例を除けば、行為者は行為事象に対して確かな流れを与えており、完全な行為不法と危険不法 (Risikounrecht) を故意的・有責的に実現しているといえるために、Geilen のいう「責任の滑り台」には当たらないと考えられるからである<sup>35</sup>。

以上の「既遂故意」を要求する Wolter らの見解<sup>36</sup>は、ドイツにおける着手未遂と終了未遂の区別とその違法性の相違を前提とした議論であるが、日本でも、このようなドイツの学説と同様の理由付けから、既遂故意を要求する見解が主張されている。このような見解として、林美月子教授は、Wolter らの議論を踏襲して、「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の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

---

<sup>34</sup> Wolfgang Frisch, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 615; Günter Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, § 8, Rn. 76; Ingeborg Puppe, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 16, Rn. 91; Schild, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013, § 20 Rn. 107; Schröder, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2003, § 16, Rn. 31 ff; Jürgen Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW 1977, S. 697 ff.; ders., Vörsatzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld, in: Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 569.

<sup>35</sup> Wolter, a.a.O. (Anm. 34) Leferenz-FS, S. 552 ff.

<sup>36</sup> Wolter は、ドイツ刑法 24 条が条文上、着手未遂と終了未遂とを区別しており、終了未遂の場合には、より多くの措置が必要とされることを根拠に、両者の不法と責任の相違を根拠付ける。

なければならない。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、既遂の責任を問い得る」とされ<sup>37</sup>、着手未遂と終了未遂の危険性の違いに着目される。そして、そのうえで本問題の場合には、責任の問題としては、第1行為の時点で既遂故意が存在すればよく、第1行為が「結果の発生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、既遂故意がある」とされるのである<sup>38</sup>。このような見解からすると、ドイツの判例②や、日本の判例②や③のように、完全責任能力下で既に致命傷を負わせ得る「重大性」の認められる行為が存在していれば、結果発生に適した行為の認識があるというために、因果関係の錯誤として既遂の責任を肯定し得るのに対して、ドイツの判例③や④、日本の判例④や⑤のような第1行為に重大性が認められない場合については、結果発生に適した行為があるとはいえないために既遂故意も認められず未遂にとどまることになる<sup>39</sup>。

## (2) 本問題を因果関係の問題として理解することの可否

それでは、本問題を因果関係の錯誤の事例とパラレルに理解して既遂を認めることは可能であろうか。

確かに、これらの見解が着目するように、完全な責任能力で行われている行為が実行行為として理解でき、その行為と因果関係のある最終結果が存在している場合、構成要件段階において行為を分割したとしても、第1行為のみを実行行為として理解し、その行為と結果との間の因果関係が存在する場合には、完全な責任が認められる行為から結果が生じたという関係が認められるために、行為者に既遂の結果を問うことに特段の問題はないように思われる。しかし、問題は構成要件段階において「1個の行為」として評価される行為から第1行為のみを実行行為として、第2行為を単なる因果経過として位置づけることが妥当かという点であろう。というのも、そもそも本問題では、全体を一連の行為として

<sup>37</sup> 林美月子「実行行為途中からの責任無能力」神奈川法学 28 巻 1 号（1993 年）297 頁。

<sup>38</sup> 林・前掲註 37) 301 頁。同様の見解として、長井圓「原因において自由な行為」『刑法基本講座第 3 巻』（有斐閣、1994 年）264 頁以下、林幹人『刑法総論（第 2 版）』（東京大学出版、1998 年）247 頁以下など。

<sup>39</sup> 林美月子『情動行為と責任無能力』（弘文堂、1991 年）203 頁以下は、客観的致命傷を要求するが、林・前掲註 37) 302 頁においては、客観的致命傷が存在しない場合にも、既遂を肯定し得るとする。

理解せずに、第1行為のみを実行行為として理解する根拠、つまり、第2行為を実行行為から除外する根拠に疑いがあるように思われるからである。仮に、これを第2行為が責任無能力であり、責任を問うことができないことに求めて、第1行為と第2行為とを分けて理解するのであれば、そのような処理は、責任能力の存否という責任段階の判断要素を構成要件段階に「前倒し」して、それによって実行行為の範囲を決めることになってしまっており、犯罪論の体系からすると妥当ではないように思われる<sup>40</sup>。

この際、行為の個数評価の問題を、構成要件段階の判断事項と理解する立場から、構成要件段階の行為の個数評価と違法性・責任段階評価とが食い違う場合には、あらためて構成要件段階（あるいはそれ以前の段階）における行為の個数評価をやり直すという見解<sup>41</sup>から、一度、構成要件段階に戻り、第1行為と第2行為とをわけて第1行為のみを実行行為としてとらえ直すという方法が考えられる。すなわち、本問題の場合には、一連の行為として問題を検討した際には、責任段階で第2行為時点の責任能力に疑いが生じるために、構成要件段階に戻って、第1行為のみを実行行為として把握し直すのである。しかしながら、このような違法性・責任段階から構成要件段階に「立ち戻る」処理は、結局、体系上の問題を解決できていないように思われる。というのも、構成要件の評価への「立ち戻り」は、その評価のやり直しの際に、違法性・責任段階で行為の評価に問題が生じることを前提として、行為の個数が把握し直されていることから、体系上の「前倒し」を行なっているからである<sup>42</sup>。この点について、行為の個数評価の判断が構成要件該当性の問題であることを根拠として、構成要件が違法・責任類型であることから、構成要件段階における行為の個数が違法性・責任段階においても維持されるべきであるという立場<sup>43</sup>を前提とするのであれば、行為の個数評価が変わる場合には、構成要件段階の評価をやり直す必要があることについて説明可能ではないか、という指摘もあり得よう。しかし、構成要件該当性において問題となっているのは、形式的・類型的違法性・責任であって、違法性・責任段

---

<sup>40</sup> 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」現代刑事法 22 号（2001 年）107 頁、滝谷・前掲註 11）131 頁、中空・前掲註 10）関東学園法学紀要 298 頁。

<sup>41</sup> 量的過剰防衛の問題において、この「立ち戻り」について言及した文献として、成瀬幸典「量的過剰に対する一考察（2・完）」法学 75 巻 6 号（2011 年）63 頁以下。

<sup>42</sup> 本稿第 2 章 IV.1.(2)。

<sup>43</sup> 構成要件段階の実行行為の個数評価が責任段階においても維持されるべきであるとする見解として、小野・前掲註 11）239 頁以下、小野・前掲註 2）90 頁以下参照。ただし、小野教授は、構成要件段階への行為の評価の「立ち戻り」については言及していない。

階において問題となっているのは、この形式的・類型的な違法性・責任を前提とした実質的な違法性・責任の存否であることを考えると、両者の判断の基準は異なり得るように思われる。それにもかかわらず、構成要件段階に戻って行為の個数評価をやり直すという処理を行うのであれば、結局はそのような見解も、構成要件段階への判断要素の「前倒し」の問題を回避できていない事になるのではないだろうか<sup>44</sup>。

以上の「前倒し」の問題の指摘は、因果関係の錯誤の場合に既遂の責任が肯定される範囲を制限しようとする既遂故意を要求する見解に対しても当てはまるだろう。また、既遂故意を問題とする見解にはさらに、この見解のいう「既遂故意」（およびそれと対置される「未遂故意」）の概念について疑問が残ると言わざるを得ない。既遂故意を要求すると、自己の行為によって結果が生じるという認識を超えて、個々の部分的行為の危険性を認識していなければ既遂を認めることができないことになるが、このような要求は、外部的な因果経過だけではなく、自己の部分的な行為をも行為者が完全に支配できることを要求する点で過剰である<sup>45</sup>。また、この見解が前提としている着手未遂と終了未遂の区別についても問題があるように思われる。既遂故意を要求する見解からは、着手未遂と終了未遂の区別について、日本の未遂処罰規定の任意的減軽の根拠は形式的な実行の着手を超えて実質的な実行行為があれば既遂と同一の処罰を許容する趣旨であるという指摘もある<sup>46</sup>が、日本の刑法 43 条の未遂は、着手未遂と終了未遂との間で必要的減軽と任意的減軽とを分けておらず、両者とも任意的減軽しか認められていないため、この見解は、両者の罪責を分ける立法論を前提としない限りは採用できないように思われる<sup>47</sup>（なお、「中止」の可能性を行為の個数評価において問題とすることの是非については以下のⅢ2 で検討する。）。

### （3）原因において自由な行為の法理を用いる見解

本問題を因果関係の錯誤の問題として理解する見解のほかに（あるいはそれらの理由付けに加えて<sup>48</sup>）、本問題で既遂を認めるためには原因において自由な行為の法理による基礎

<sup>44</sup> 防衛行為の評価において生じる問題の指摘として、本論文第 2 章Ⅳ2 参照。

<sup>45</sup> 中森喜彦「実行行為開始後の責任能力の低下」『中山研一先生古稀祝賀論文集』（成文堂、1997 年）223 頁、中空壽雅「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』」『西原春夫先生古稀記念論文集第 2 巻』（成文堂、1998 年）249 頁。

<sup>46</sup> 長井・前掲註 38）264 頁。

<sup>47</sup> 中空・前掲註 45）249 頁以下。

<sup>48</sup> たとえば、Jakobs は、承継的責任無能力の事例において、第 1 行為と結果との関係で既遂を肯定するために既遂故意を要求し、既遂故意が存在しない場合については、原因に



付けが必要であるとする見解が主張されている。すなわち、仮に中核的な行為が完全責任能力で行われた第1行為である場合には、第1行為と結果との間の因果関係の問題として本問題を理解することも一応可能ではあるものの、実行行為の本質的部分である結果との直接的な因果性を有する第2行為が責任無能力で行われているような場合には、原因行為の後に責任能力が低下し、結果行為を心神耗弱・喪失で行う事例と同様に、原因において自由な行為の法理を適用することでしか行為者に対して完全な責任を認めることはできないというのである<sup>49</sup>。原因において自由な行為の法理による解決方法には、周知の通り、この問題を、大別して、構成要件段階において解決するという構成要件モデルと、責任段階において解決するという責任モデルとが存在するが、構成要件段階における本問題の解決という観点では、特に、原因行為を実行行為として理解する構成要件モデルを採用する見解からの根拠付けが問題となるだろう。構成要件モデルによる問題の解決をはかる立場からすると、完全責任能力下の行為（第1行為あるいはそれ以前・それと並行する行為）を実行行為として把握した上で、その行為に責任無能力状態を利用する意図が肯定される場合には、行為者に既遂の責任を肯定することになる。問題は、この際に、自身の責任無能力の低下を利用するという意図（二重の故意）が必要であるかという点である。

仮に、二重の故意が必要であるという見解をとると、実行行為に先立つか、あるいは実行行為と並行して行われている飲酒等の原因行為に二重の故意が肯定されるような場合にはともかくとしても、自分の行為（第1行為）によって責任能力の低下が生じるような場合についても二重の故意が要求されることになりそうである。しかしながら、そのような自己の責任能力低下後の行為を利用するという認識を行為者が抱いていることは稀であるし、責任能力の低下した行為を利用することは困難であるように思われる。そのため、二重の故意を厳格に要求する立場からは、特殊な事情が存在しない限りは、基本的に第1行為に基づく未遂の責任のみを問うという結論に至ることになるだろう<sup>50</sup>。

ただ、構成要件モデルを採用する論者からも、あらゆる事案に二重の故意が必要とされ

---

において自由な行為が問題となり得るとしている（Jakobs, a.a.O. (Anm.27) 8/76.）。

<sup>49</sup> 伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）269頁、岩井・前掲註9）77頁、岩橋・前掲註10）29頁、墨谷葵・前掲註9）56頁以下、小池・前掲註10）74頁以下、曾根・前掲註10）96頁、深町晋也「原因において自由な行為」『刑法の争点』（有斐閣、2007年）85頁、松原芳博『刑法総論（第2版）』（日本評論社、2017年）330頁以下、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2巻』（有斐閣、1985年）178頁など。

<sup>50</sup> 高橋・前掲註10）108頁、中空・前掲註10）関東学園法学紀要 300頁。

るわけではないという主張がなされている。すなわち、本問題の場合には、原因行為をどのように理解するかによって本問題の処理方法が異なるとするのである。このような見解は、本問題を2つの類型に分類し、①殺傷などの加害行為によって責任能力が低下し、その状態下で構成要件的结果を惹起した場合には、加害行為が原因行為であるとし、加害行為に着手している場合には、構成要件的结果についての故意があるために、通常の因果関係の錯誤の事例として処理され、構成要件的结果について完全な責任を問うことができるが、②加害行為ではなく、並行して行われた飲酒行為などにより責任能力の低下が生じて、その状態下で構成要件的结果を惹起した場合には、構成要件的结果を直接惹起した結果行為との関係では、通常の原因において自由な行為の場合と全く同様に、故意犯の責任問うためには、二重の故意が必要であるとされるのである<sup>51</sup>。そのため、このような見解によると、自身の行為によって血の酩酊状態に陥ったドイツの判例②のような事例については因果関係の錯誤として処理される一方で、日本の判例③、④のように並行する飲酒の影響によって責任能力が低下した場合については、二重の故意の存在が要求されることになるだろう。

#### (4) 原因において自由な行為による解決の当否

しかし、原因において自由な行為によって問題の解決を図る場合についても、犯罪論体系上の「前倒し」の理由から、この問題を原因において自由な行為の構成要件モデルから理解する見解にも疑問が残る。なぜなら、この見解も、責任無能力状態の、完全な責任を問うことには疑いの残る第2行為＝結果行為ではなく、原因行為である第1行為を実行行為として解する限りで、責任能力の有無によって実行行為の範囲を決定してしまっているという点で問題を抱えているからである<sup>52</sup>。

また、両事例の前提とする事例が異なるという問題もあるように思われる。原因において自由な行為の場合には、行為者は、自己の責任能力低下状態の行為を利用する意図が存在していることが通常であるのに対して、本問題の場合には、(確かに、第1行為を行うことで責任能力が低下するという場合も存在してはいるものの) 自己の責任無能力状態の行為を利用し、その状態で結果を発生させるという意図はなく、第2行為時点の責任能力の

---

<sup>51</sup> 伊東・前掲註 49) 270 頁以下、山口厚「原因において自由な行為」『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001 年) 152 頁以下。

<sup>52</sup> 中空・前掲註 10) 303 頁。

低下は偶然的な事情に過ぎない事例であることからすると、本問題を原因において自由な行為の事例として見て既遂を基礎付けることには違和感があるし、本問題と原因において自由な行為とは、第1行為の実行行為性の有無という点でも事例を異にしている<sup>53</sup>。すなわち、原因において自由な行為では、通常、実行行為として評価されない第1行為を実行行為として評価することは可能かが問題となっているのに対して、本問題の事例においては、第1行為が実行行為であることは疑いがなくこの点の検討を要しないために、第1行為と結果との関係のみを問題として因果関係（の錯誤）という観点から、行為者に結果を帰属することが（体系上の問題に目を瞑れば）可能なはずであって、そもそも原因において自由な行為の法理の必要性は生じないように思われるのである。それでも、原因において自由な行為の法理を用いるという立場をとるとすれば、そのような見解は実質的には、原因行為である第1行為の段階で、必要なことを全て行なったことを要求することになり、結局のところ、行為者に対して既遂故意を要求する見解と異なることになる<sup>54</sup>ように思われる。

逆に、二重の故意の内容を緩和して、原因行為時の故意がそのまま結果行為まで実現するという認識で足りると考えるのであれば、「一連の行為」が継続していると評価することができる本問題の場合、実行行為開始時点の故意がそのまま継続発展していることが認定されるために、本問題の場合にも構成要件モデルの観点から行為者に既遂の責任を認めることができると理解することができる<sup>55</sup>。そのため、このような立場からは、本問題に原因において自由な行為の法理を適用することで既遂を肯定する見解と、それ以外の本問題に対して既遂を肯定する見解（因果関係の錯誤とする見解や、後述（Ⅲ2(2)）の行為の一体性に着目する見解がこれにあたる）との実際上の相違はほとんどなくなり、原因において自由な行為の法理の適用があるかどうかの争いは「仮象問題」に過ぎないことになるだろう<sup>56</sup>。

ただ、原因において自由な行為の問題として理解するか、それとも、行為の一体性に着

---

<sup>53</sup> 小野・前掲註11) 240頁以下。

<sup>54</sup> もっとも、この点について、林・前掲註37) 304頁以下は、二重の故意は既遂故意を代替するといえ、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、と述べており両者を区別しておられる。

<sup>55</sup> 深町・前掲註40) 85頁。

<sup>56</sup> 佐伯仁志「山口厚『原因において自由な行為』への『コメント②』」山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2001）168頁。

目するかという問題が、この問題の既遂・未遂という帰結、および既遂の具体的な基準との関係で「仮象問題」であったとしても、本章が検討課題としてあげた本問題の体系上の位置付けについては、なお検討の余地が残るように思われる。というのも、本問題と他の犯罪成立阻却・減免事由とが競合するような事例をも考慮すると、本問題に既遂を問う理論的な根拠が何で、それが構成要件段階の問題か、責任段階の問題かという点が重要となる可能性があるからである（他の犯罪成立阻却事由との関係については、本章IV.4.の部分で検討する）。

## 2. 責任段階における解決の可能性

以上のように、本問題を構成要件段階において、責任能力のある第1行為と、責任能力の低下した第2行為とに分けて理解し、第1行為と結果との関係のみによって行為者に既遂の罪責を基礎付けようとすることは困難であるように思われる。そのため、本問題は責任段階の問題として理解する必要があるように思われるが、そのように理解した場合に、どのような基準によって、既遂・未遂の限界を判断するべきであろうか。この基準を検討する際に、重要となってくるのは、構成要件段階において一連の行為と評価された行為の各行為について責任を判断するという「分析的評価」を基礎とすべきか、それとも、一定の要件の下で、構成要件段階の一連の行為全体に責任を問うという「全体的評価」を基礎としつつ、それが適わない場合については、各行為を別個に評価するという方法をとるべきであるのか、という点である。以下では、まず、分析的評価による解決を主張する見解（(1)）と、全体的評価による解決を主張する見解（(2)）を概観した後に、これらの見解について検討し、責任段階における行為の個数評価をどのように理解するべきであるのかについて私見を述べる（(3)）。

### (1) 分析的評価を行う見解

まず、第1行為と第2行為とを分析的に評価するという見解は、完全責任能力に基づく個別の部分的行為の制御の必要性（「同時的コントロール」の要請）という観点を強調して、責任能力の有無という観点から行為を分断し、完全責任能力下の第1行為に、責任能力の低下した状態下の第2行為時点に生じた最終結果を帰属することを否定するという構成を採る。

### ①責任能力の有無によって行為を分断する見解

浅田教授は、責任能力の有無それ自体を基準として行為の個数を決定する見解を採られる。この見解によれば、責任段階の行為の個数を決定する結果を発生させた当の行為が心神耗弱・喪失状態で行われたのであれば、その行為と結果発生までを1個の行為として無罪あるいは刑の減軽を適用し、それ以前の行為は別罪とすべきであるとされる<sup>57</sup>。このように行為の個数を決定する根拠について、教授は、故意・過失をもつばら責任要素と解して故意に犯罪事実の認識と違法性の意識（過失にはそれらの可能性）を要求する厳格故意説の立場からすると、「故意・過失は責任能力の存在を前提としており、故意・過失が実行行為について要求される以上、それを担う責任能力も実行行為の時に必要である」ことに求められるとされる<sup>58</sup>。そのうえで、このように理解した場合には、責任能力の喪失・減弱によって一連の行為を分断することが可能かという点が問題となるが、本問題で問題となる「一連の行為は、通常は・・・包括一罪として既遂で処理される類型である・・・が、そのうち結果を発生させた当該の行為が心神耗弱・喪失状態で行われた場合は、例外的に（構成要件・違法性のレベルでは決定はできないので責任のレベルで）行為を分割すべきである」と説明される<sup>59</sup>。このような見解からは、心神喪失に陥った場合については未遂の責任が肯定され、心神耗弱の場合については第1行為と第2行為とを牽連犯に準じて科刑上一罪として処理すべきであるとされる<sup>60</sup>。

### ②「中止」の可能性の有無によって行為を分断する見解

①の見解は、責任非難の前提として責任能力の存在を要求する見解であるが、日本およびドイツの学説には、これとは異なって、本問題においては、結果を直接惹起した行為である第2行為の「中止」の可能性が責任能力の低下によって奪われていることを問題として、それを根拠に行為を分断することを主張するものがある。このような見解からは、中止の可能性の不存在を前提として、第1行為と第2行為を個別の行為と評価し、未遂の罪責のみを肯定するか、あるいは第1行為に最終結果を帰属するには、第1行為に既遂故意が要求されるか、原因において自由な行為の法理の適用が必要であるとされる。既遂故意

---

<sup>57</sup> 浅田和茂「実行行為開始後の心神喪失・耗弱について」『宮澤浩一先生古希祝賀論文集』（成文堂、2000年）389頁。

<sup>58</sup> 浅田・前掲註57）389頁以下。

<sup>59</sup> 浅田・前掲註57）390頁。

<sup>60</sup> 浅田・前掲註57）390頁。

を構成要件段階の要素として要求する見解や、原因において自由な行為の法理の構成要件モデルからのアプローチが困難であることについては、先述の通りである（本章Ⅲ.1.(4)）が、ここではこれらの見解の基礎となっている「中止」の可能性を要求する見解について検討する。

かつて、団藤博士は、「実行行為の時にその実行行為じたいをコントロールする能力をもちながら一したがって、たとえば、実行を中止しようとするれば可能であるにもかかわらず、あえて一これを遂行するばあいと、実行行為の時にすでにコントロールを失い、あるいはいちじるしくコントロールが弱められているばあいとでは、非難可能性の程度には、はっきりした差異がある」とされて、実行行為の際に、責任能力によるコントロールがなされている必要があることを強調された<sup>61</sup>。仮に、このような見解を徹底すると、本問題の場合にも、行為を開始した後に、それを中止する可能性が残っている限りは、実行行為終了の時点まで完全な責任能力が要求されることになるだろう<sup>62</sup>。ドイツにおいても、中止の可能性の観点から、Geilen は、先述の通り（本章Ⅲ.1(1)）、本問題を概括故意の問題とパラレルに理解することに反対するが、その最大の根拠は、本問題の場合に、中止の可能性を考慮すると、実行の着手に切り詰められた責任評価を行うことは、責任無能力によって中止の可能性が阻害されるにもかかわらず、行為者に未遂を認めないことになるため、行為者にとってきわめて不利に働くことになるので妥当ではないという点に求められているのである<sup>63</sup>。

### ③動態的な規範の観点から「中止」の可能性を要求する見解

また、野村博士は、動態的に規範を理解する独自の立場から、同時的コントロールの必要性を根拠付けようとされた。この見解によると、刑法規範は、「法益を保護するために、

---

<sup>61</sup> 団藤重光「みずから招いた精神障害」『刑法と科学（植松博士還暦祝賀）法律篇』（1971年、有斐閣）227頁以下。もっとも、引用部分は、承継的責任無能力に関する指摘ではない点に留意する必要がある。浅田・前掲註57）・382頁は、刑法改正草案の「自招精神障害規定につき、事前のコントロールがある場合には同時的コントロールがある場合に近い非難可能性が基礎づけられるとし、『実行行為以前の責任能力ある状態において、故意・過失に基づく精神障害の自招行為があった』ことをその論拠としているところからも明らかである」と指摘する。

<sup>62</sup> 内藤謙『刑法講義総論＜下1＞』（有斐閣、1991年）883頁。内藤博士は、団藤博士のような見解も、「未遂とする結論をとるわけではないであろうから、その見解を一貫させることはできないと思われる」と述べておられる。

<sup>63</sup> Geilen, a.a.O. (Anm. 34), S.77.

まず、行為規範として、その評価機能の面より違法と評価した行為に出ようとする者に対して、その決定機能の面より違法行為に出ないことを行為者に命じ、これを期待」し、この期待が「裏切られ、行為者が犯罪の予備行為に出た場合でも、次の措置として、実行の着手をしないことを期待するのであり（犯罪避止義務）、かりにこの期待も裏切られた場合には、次に実行行為の途中にある場合はさらに実行行為を継続しないことを期待し（犯罪中止義務）、また実行行為が終了しあるいはその途中であっても、因果関係を遮断しなければ法益侵害結果が発生する危険な状態（非本来的結果）が生じた場合には、当該結果の発生を防止するために必要な行為に出ることを期待する（結果発生防止義務）というように、刑法規範は、法益侵害すなわち結果発生に至る状況・段階に応じてそれぞれの行為者の行為を違法と評価し、そのような行為に出ないよう命じ、これを期待するものである」と理解される<sup>64</sup>。そのため、責任能力者に責任非難が加えられるのは、行為者が「刑法規範を理解して、法益保護の要請に合致するように自己の行為を制御する能力（責任能力）があり、違法行為に出ることを止めることが期待できる」のに、刑法規範の期待を裏切って、違法行為に出たからであって、この際、法益侵害の状況・段階に応じて、法益侵害に近い状況・段階であればあるほど、違法性の程度が大きくなり、刑法規範の期待も強くなるので、責任非難も段階的に強くなっていくと説明される<sup>65</sup>。そして、このような観点からすると、予備行為を行う際意思決定と、実行行為を行う際意思決定とは、それぞれ別のものがあり、別個の責任非難を基礎付けるため、その責任評価の基礎となる責任能力は、それぞれの義務違反のための意思決定の際に存在しなければならないとされ、第2行為時点における責任能力の必要性を基礎付けておられる<sup>66</sup>。このような博士の立場からは、本問題では、心神喪失に陥った事例については未遂の責任のみを肯定し、心神耗弱となった事例については事前に責任能力が低下することの認識があった場合には、同時的コントロールの放棄を認めることができるものの、その認識が存在しない場合には、完全責任能力における未遂と心神耗弱状態における既遂とを認め、観念的競合に準じて、既遂について任意的減軽を認めるべきであるとされる<sup>67</sup>。

---

<sup>64</sup> 野村稔「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587号（1997年）4頁以下。

<sup>65</sup> 野村・前掲註64）4頁。

<sup>66</sup> 野村・前掲註64）5頁。

<sup>67</sup> 野村・前掲註64）9頁以下。

## (2) 全体的評価を行う見解

以上の個別に評価した各行為について、厳格に責任能力の有無を判断する見解に対して、一体説と呼ばれる見解は、本問題を完全責任能力下でなされた意思決定に担われた「一連の行為」全体に対して完全な責任を肯定するという、全体的評価を行う見解である<sup>68</sup>。「一連の行為」全体に対して完全な責任を肯定することができる根拠について、本見解の論者は、着手の有無が可罰性の原則的な境界であって、完全な責任を問われ得る状態で行為者がこれを越えた場合には刑法 43 条が未遂犯につき任意的減軽を規定しているにすぎず、既遂犯と同様の処罰が可能であるとしていること<sup>69</sup>、さらに、実際の犯罪においてひと度実行に着手すればその意思が中止という方向に働くのはきわめて稀であること<sup>70</sup>からすると、完全責任能力下でなされた着手時点の意思決定が当該犯罪に出るか、出ないかについての「踏切板」を飛び越す「最終的意思決定」であるといえ<sup>71</sup>、この犯罪の実行についての最終的意思決定の範囲内の行為が行われている場合については、これらの行為全体について責任を問うことができるとする。そして、この最終的意思決定の範囲内の行為であるかを判断するための客観的な指標として、本見解の論者は、一貫して行為の客観的な態様を挙げている。たとえば、中森博士は、「着手が可罰性の原則的な境界であり、犯罪事実の完成如何は必ずしも行為者の予測に従うものではないということを前提とすれば、着手後の責任能力の低下の事例において重要なのは、実行行為の一体性・一個性」<sup>72</sup>であるとされ、中空教授も「時間的場所的接着性をも考慮に入れた上での実行行為の一体性・一個性がその射程範囲を明示する上で重要なのである」<sup>73</sup>とされる。また、小野教授も、本問題では、構成要件段階においてではあるが、複数の行為が客観・主観の両面から「一個の行為」であるかを判断するべきであるとされる<sup>74</sup>。

このような全体的評価の考え方によると、論者によって若干の違いはあるものの、実行の着手時点の意思決定に基付いて、「一連の行為」が行われており、当初の意思決定が継続

---

<sup>68</sup> このような見解として、小野・前掲註 53) 239 頁以下、田中圭二『酩酊と刑事責任』(1985 年) 170 頁、中空・前掲註 45) 260 頁以下、中森・前掲註 45) 225 頁以下、安田「判批」甲南法学 27 卷 1・2 号(1996 年) 79 頁以下。

<sup>69</sup> 中空・前掲註 45) 260 頁、中森・前掲註 45) 225 頁。

<sup>70</sup> 中空・前掲註 45) 261 頁、中森・前掲註 45) 225 頁。

<sup>71</sup> 中空・前掲註 45) 251 頁。

<sup>72</sup> 中森・前掲註 45) 225 頁以下。

<sup>73</sup> 中空・前掲註 45) 261 頁。

<sup>74</sup> 小野・前掲註 11) 242 頁以下。



していると評価できるような場合については、心神耗弱・心神喪失を問わずに、行為者に完全な責任を認めることができるのに対して、第1行為と第2行為が「一個の行為」と評価することができず、別個の意思決定に基づいて行われているような場合については、心神喪失の場合については第1行為の未遂の罪責のみを問い、心神耗弱の場合については第1行為の未遂と、心神耗弱下の必要的減軽を受ける第2行為の既遂が成立することになるだろう<sup>75</sup>。

### (3) 検討

それでは、責任段階において構成要件段階における「一連の行為」を分断することがあり得るとして、その基準として、(1) ①の見解のように、責任能力それ自体によって行為を分断することは妥当であろうか。

確かに、浅田教授が述べるように、責任非難の前提には、その行為が責任能力のある状態で行われていなければならない、そのために通常は責任能力の低下した状態で行われた行為に責任非難を加えることはできないのである。しかし、本問題の場合には、完全な責任能力の状態で行行に着手している点で、単に実行行為の時点に責任能力が低下していた事例とは異なる。本問題のような場合に、第1行為と第2行為を個別的に評価することを前提とするにしても、なぜ第1行為と最終結果との間の法的因果関係が肯定されるようなときにまで、行為者を未遂として扱うのかという疑問が残る<sup>76</sup>。また、単純に責任能力の有無を基準として第1行為と第2行為とを分断することについても疑問が残る。責任能力が存在しない場合に行為者を非難することができないのは、責任能力がない状態で行った行為になったからではなく、そのような状態においてなされた意思決定に基づいて行われた行為を非難することができないからであるように思われる。そのため、本問題のように、第1行為の段階で、すでに意思決定がなされ、それに従って行為がなされている場合には、第1行為の時点でなされた非難可能な意思決定が継続していると評価することができる場合に完全な責任非難を加えることができるのではないだろうか。

もっとも、このように考えた場合には、本問題では行為者は行為の途中で責任能力を失

---

<sup>75</sup> この際の両行為の罪数関係について一体説の立場から詳しく述べた文献はほとんど見当たらないが、小野・前掲註2) 94頁は、併合罪として処理するとしている。これらの罪数関係については以下のIVで検討する。

<sup>76</sup> 安田・前掲註11) 324頁。

っているために、第2行為の時点で行為を「中止」する可能性が奪われていたのであるから、行為者には、第2行為について他行為可能性がなく、既遂の結果を生じさせた行為については完全な責任非難をなし得ないのではないか、という(1)②の見解が問題となる。

ただ、「中止」の可能性によって行為を分けて評価することに対しては、以下のような疑問が残る。第1に、中止犯の法的性格との関係で問題がある。ここにいう「中止」を中止犯における「中止」として理解した場合、中止犯の法的性格を違法減少の観点から説明する立場からすると、体系上、責任段階に位置付けられるはずの責任能力の判断により、違法性段階に位置付けられる問題が左右されることになるし、責任減少の観点から説明する立場からすると、中止能力と責任能力が同一のものと理解されるため、中止の任意性の内容をより限定的に理解せざるを得なくなってしまうという問題が生じる<sup>77</sup>。第2に、なぜ責任無能力が原因となって中止ができなかった場合のみを優遇するのか明らかではない。中止犯は中止行為が効を奏した場合にのみ行為者を優遇しており、行為者の責めに帰すことのできない急な病気や共犯者が実行行為を継続したために、中止の可能性が奪われた場合には、一般に適用されない。それにもかかわらず、なぜ、責任無能力に陥った場合だけが有利に取り扱われるのかという点について、「中止」の可能性を問題とする見解からは説明できない<sup>78</sup>。

このような批判を受けて、(1)③の見解は、独自の動態的な規範論を前提とする立場から、行為者の行為に「中止」の可能性を要求する。このような見解は、同時的コントロールを徹底した場合の、実行行為の後、結果の発生に至るまで責任能力が要求されることになるという問題を規範論の観点から説明している点で論理的には一貫した見解であると評価できるものの、結果の妥当性という観点からすると問題があるといわざるを得ない<sup>79</sup>。なぜなら、このような見解を徹底すると、たとえば、離隔犯で到達時ないし作用時に行為者が責任能力を失っている際にも、未遂にせざるを得ないことになるように思われるからである<sup>80</sup>。また、そもそも、中止＝義務の履行が責任無能力のために不可能だったからといって、責任能力がありさえすれば、行為者が行為を中止し、義務を履行したとはいえない

---

<sup>77</sup> 中空・前掲註32) 304頁、中空・前掲註45) 245頁以下。

<sup>78</sup> 小野・前掲註11) 239頁、中空・前掲註45) 246頁、中森・前掲註45) 221頁。

<sup>79</sup> 西原春夫「原因において自由な行為についての再論」『団藤重光先生古稀祝賀論集第2巻』(1984年) 33頁。

<sup>80</sup> 浅田・前掲註57) 383頁。

い以上、そのことを根拠に同時的コントロールを要求することは不当であろう<sup>81</sup>。さらに、この見解は、法益侵害状況が近づけば近づくほど違法性が高くなり、それに従って責任非難も高まることをその前提としているが、行為規範の違反という観点からは、実行の着手があった段階で完全に違反されており、それ以後における結果回避義務の違反が違法性を高めるという関係にはないという問題が残るように思われる<sup>82</sup>。

以上のように、本問題について分析的評価を行うべきであるとする見解を採用することについては疑問が残るように思われる。それでは、これらの見解と反対に、(2) の見解のように、実行の着手時点の意思決定の継続性を問題として、最終的意思決定に担われた「一連の行為」と言える場合に完全な責任を問うという構成をとることは妥当であろうか。

この点を検討する上でポイントとなるのは、行為者の行為に対して責任非難が加えられる根拠であろう。行為者に完全な責任が認められるのは、行為者が事理弁識能力・制御能力に基づいて、自身の行為が規範に違反する行為であることを認識し、規範に違反しない行為を選べる状況にあったのにもかかわらず、規範に違反する行為を行う意思決定をし、行為を実行したからであると考えられる。これを本問題の場合についてみると、行為者は、責任非難のなされ得る状態で規範に反する行為を行うという意思決定をし、その意思決定に基づいて実行に着手し、可罰性の境界となっている未遂に至っている。そのために、本問題の場合には、本見解を採用する論者が述べるように、その後に責任能力が低下したとしても、当初の規範に違反する行為を行うという意思決定に合致する態様で行為を行っている以上、責任能力低下後の行為についても完全な責任を問うことが可能であるように思われる。

次に問題となるのは、一体説が複数の行為を包括的に評価するための要件である。先述の通り、一体説の立場からは、一貫して、客観的に「実行行為の一体性・一個性」が存在していることが最終的意思決定に担われた行為の存在を基礎付けると理解されているが、

---

<sup>81</sup> 浅田・前掲註 57) 383 頁。

<sup>82</sup> 小野・前掲註 11) 239 頁以下、安田・前掲註 68) 78 頁。なお、安田・前掲註 11) 328 頁以下では、さらに、「すでに成立している未遂犯の違法性・責任が、事後的な中止行為によって減少することはおよそありえないのであるから、中止犯が障害未遂より有利に取り扱われる根拠は中止行為の持つ有価値性に求められるべきである。・・・中止犯の有利な扱いは、中止行為がなされた場合に例外的に実行行為に後続する中止行為のもつ有価値性に着目してなされるものであって、実行行為それ自体の違法性等が事後的に減少するからではない」とされ、「中止」の可能性に着目する見解は、立論の前提を誤っていると指摘される。

このような理解が妥当であるのか検討を要するように思われる。というのも、本問題の場合には、なぜ構成要件段階の「実行行為の一体性・一個性」という基準が満たされれば、意思決定の範囲内の行為が行われていると言えるのかという点<sup>83</sup>や、この「実行行為の一体性・一個性」が基準となるにしても、具体的には、どのような場合に一体性・一個性が肯定されるのかという点について不明確な部分があるからである<sup>84</sup>。

それでは、まず、なぜ最終的意思決定の範囲内の行為が行われているか否かの判断に行為の一体性・一個性が問題となるのであろうか。これには、「規範に反する行為」を行うという意思決定の理解が関わっているように思われる。刑法が国民一般の意思活動に働きかけてその行動を制御することを通じて法益侵害ないしその危険性の惹起を回避しようとしていること<sup>85</sup>を念頭に置けば、ここにいう「規範」とは、行為規範を指すと考えられるが、この行為規範は、具体的には、刑法各則の犯罪構成要件として与えられている。そのため、ここで問題とされている最終的意思決定の内容は、「行為規範に反する行為」、言い換えると、「構成要件に該当する行為」を行う意思決定を指すと理解できるのではないだろうか。このように考えると、本問題における行為の個数評価の基準として、実行行為の一体性・一個性が要求されるのは、実行の着手当初に行為者が想定した行為規範に反する行為、つまり、構成要件に該当する行為を行うという意思決定が、行為の客観的な態様からみて、第2行為の段階においても継続していたかを判断するための要件であると理解できよう。問題は、どこまでがここにいう「実行行為の一体性・一個性」の範疇に入るのかという点であろうが、これについては、基本的には、同態様の暴行を反復・継続するという継続性や、第1行為と第2行為との時間的・場所的近接性などの観点から、当該の行為規範である各構成要件の趣旨に照らして、複数の行為であっても包括的に評価できる範囲を一体として理解すべきであるように思われる。

ただ、このように行為の客観的な一体性・一個性を基準に責任段階の行為の「個数」を判断する場合、本問題における意思決定の継続性の問題は、実行行為として客観的に一体の行為として評価できる場合には既遂、できない場合には未遂というように、構成要件段階の実行行為の個数評価によって決定されることになるので、本問題が実質的に構成要件段階の問題として位置付けられることになりはしないだろうか。一体説をとる論者の中に

---

<sup>83</sup> 浅田・前掲註57) 387頁。

<sup>84</sup> 山中・前掲註2) 354頁以下。

<sup>85</sup> 中空・前掲註32) 260頁。

も、本問題を明確に構成要件該当性の問題として理解する見解が存在する。小野教授は、「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」<sup>86</sup>という前提から、本問題においても実行行為の一個性を客観と主観の双方から判断すべきであるとされ、本問題も構成要件段階における行為の個数評価の問題であると主張される<sup>87</sup>。この小野教授の見解は、もちろん行為の個数評価の問題が構成要件段階で解決されるべきであるという前提に立つものであるため、責任段階における行為の分断を意図していない見解である点に留意が必要であるが、本問題における「実行行為の一体性・一個性」が構成要件段階の行為の個数評価の基準と変わらないとするのであれば、小野教授の言われるように、構成要件段階の行為の一個性・一体性を判断することで、責任段階の意思決定の範囲の問題は解決されることになるだろう。

しかしながら、構成要件段階における行為の個数と、違法性・責任段階における行為の個数が一致するという前提については、違法性・責任段階における問題を構成要件段階における行為の個数評価の問題に取り込んで判断することになりかねないという問題が残る点で妥当ではないように思われる<sup>88</sup>。やはり、ここでは、仮に多くの事例で両者が一致するにしても、なぜ構成要件段階において行為が一体としてみられることが責任段階における行為の一体性を基礎付けるとになるのかを説明する必要があるだろう。

また、そもそもの問題として、構成要件段階における行為の一体性の問題は、同一の構成要件によってどこまでを包括して処断できるのかという問題であるのに対して、責任段階における一体性の問題は、行為者の実行の着手時点の意思決定の射程がどこまで及ぶのかという問題であることを考えると、両者の「一体性」の範囲には当該の構成要件の趣旨によっては相違が生じる場合があるように思われる。具体的には、強盗殺人罪、強姦殺人罪の場合においては、構成要件の問題としては、一個の構成要件によって包括的に評価可能であったとしても、当初の意思決定に責任能力低下後の行為を行うことが当然に決意されているとはいえない事例が存在しているように思われる<sup>89</sup>。

---

<sup>86</sup> 小野・前掲註 11) 242 頁。

<sup>87</sup> 小野・前傾註 2) 92 頁。

<sup>88</sup> 違法性段階において構成要件段階（あるいはそれ以前）の行為の個数を維持する際に起きる問題については、本論文第 2 章参照。

<sup>89</sup> もっとも、小野・前掲註 2) は、このような場合には構成要件段階の行為の個数評価として既に複数の行為として把握されると理解する。

さらに、本問題を構成要件段階の問題として理解するのか、責任段階の問題として理解するのかという問題は、本問題だけが生じる事例においては結論に違いを生まないかもしれないが、後述するように、違法性阻却事由と本問題が併発する事例の解決においては、それぞれの問題の体系上の位置付けが問題となるように思われる。そうすると、一体説の観点から、本問題を解決するためには、やはり、責任段階に問題を位置付けて理解する必要があるように思われる(具体的な解決については、以下のⅣにおいて、詳しく検討する)。

#### Ⅳ. 具体的事例の解決

最後に、Ⅲの部分で述べた本章の体系上の位置付けに対する理解と、行為者に既遂の責任を肯定するための基準を前提にすると、具体的にはどのような場合に、行為者に対して既遂の罪責を認めることができるかが問題となる。以下では、この点について、4つの事例を通して、本章の帰結を確認する<sup>90</sup>。なお、以下の事例①～④では、個別の事例における責任能力の有無それ自体については問題としない。

##### 1. 同態様の行為を反復継続する場合

まず、本問題の典型的な事例としては、次のようなものが想定されよう。

《事例①》Xは、傷害の故意でAを殴打し始めたが、同程度の殴打を数度にわたって継続するうちに、責任能力を喪失した。Xは、その状態でさらに上記の殴打行為を継続し、それによってAを死亡させた。

すなわち、各行為が同態様・同程度のもので、その行為を反復継続するうちに行為者が結果を発生させたという場合である<sup>91</sup>。このような事例については、前述(Ⅲ2(3))の行

---

<sup>90</sup> 事例の作成にあたっては、本章と同様に具体的な事例の解決を検討している小野・前掲註2)・92頁以下と、2016年度の刑法学会全国大会のワークショップ1(前掲註4)参照)で提示された事例を参考にした。

<sup>91</sup> 本文においてあげた包括一罪の事例がこのような類型の典型例と考えられるが、同一の行為を継続する・取りやめないことを内容とする継続犯の事例もこの類型と同様に理解できる。継続犯の途中で責任能力を失ったという事例について、覚せい剤の所持の途中で心神耗弱に陥ったことが問題となった事案について、既遂を肯定した大阪高判昭和56年9月30日判例時報1028号133頁や、東京高判平成6年7月12日判例時報1518号148頁

為規範に違反する意思決定を問題とする本章の立場からすると、通常は、第1行為の開始時点の行為規範違反に関する意思決定が継続し、その意思決定に基づく行為が行われていると評価できる点で、責任段階においても行為を一連の行為として評価し、既遂の罪責を問うことについては問題がない。

この際に、本類型で完全な責任を認める限界として、一連の行為が長時間にわたって行われている場合や、複数の行為が「断続的」に行われた場合（判例④参照）の処理が問題としてあげられるかもしれない。しかし、前者については、ここで問題となっているのが、非難可能な意思決定の継続性であって、その行為の長さ自体は本質的な問題とはいえないように思われる。それ故、当該実行行為が長時間にわたって継続して行われていても、複数の行為を一個の行為としてみることができるのであれば、問題なく完全責任能力を認めてもよいだろう。また、後者については、仮に、第1行為と第2行為との間の離隔が大きく、両者を同一機会の行為として評価することができないのであれば、そもそも、第1行為と第2行為とを別個の行為として評価すべきであり、構成要件段階における行為の分断が問題となるが、この際には、さらに原因において自由な行為による帰責が考えられる<sup>92</sup>。もっとも、先述の通り、責任能力の低下が偶然にすぎない本問題の場合には、同法理による帰責が可能であるのは、第1行為を行うことによって、責任無能力に陥って、第2行為を行うことを行為者が認識していたというような非常に限定的かつ特殊な範囲にとどまるように思われる。

## 2. 複数の別種の行為を行う場合

また、構成要件段階において複数の行為を包括して理解する事例としては、次のようなものも想定される。

《事例②》Xは、強盗の故意でAを脅迫し、被害者の反抗を抑圧したが、脅迫を行っている最中に責任能力を喪失し、その状態でAの財布を強取した。

すなわち、複数の別種の行為が行われることが最初から予定されている場合である。典

---

がある。

<sup>92</sup> 構成要件段階において、すでに行行為が別個のものである可能性について言及するものとして、安田・前掲註11) 336頁以下。

型的な事例としては、事例②のように、強盗罪や、詐欺罪、強姦罪の事例が想定されよう。事例②では、事例①とは異なり、行為者の行為が同態様で反復継続しているわけではなく、第1行為と第2行為とで別個の行為を行うことが想定されている類型であるために、一見すると一体説からは説明可能ではない類型であるようにもみえるかもしれない。

しかしながら、先述したように、行為規範に違反する行為を行う意思決定がなされ、その意思決定が継続していると評価することができるときに行為者に対して行為全体の責任を問うことができるという基準からすると、事例②のように、強盗を行う意思＝強盗罪の行為規範に違反する意思で、強盗の実行に着手し、その意思決定の範囲内の行為を行って、既遂に達した場合については、第1行為と第2行為とが別種の行為であったとしても、当初の意思決定の実現と評価でき、行為者に完全な責任を問うことが可能なものであり、このようなケースも一体説からは既遂の責任を問うことができる<sup>93</sup>。

なお、複数の別種の行為からなる一連の行為という意味では、結合犯だけではなく、綿密な計画をもとにして、完全責任能力で第1行為に着手したものの、第2行為の時点で責任無能力に陥り、さらにその第2行為によって結果を発生させた場合が想定される。たとえば、XがAを薬品で眠らせ（第1行為）、眠ったAを浴槽に沈めて溺死させる（第2行為）ような場合である。このような場合については、少なくとも、行為者の犯罪計画等の観点からみて第1行為時点の行為者の意思決定が第2行為の時点に反映されており、第1行為と第2行為との間の時間的・場所的接性が認められ、結果の発生について自動性が肯定され、第1行為時点の意思決定の継続性も肯定されるように思われる。

### 3. 実行の着手の時点で第2行為を行うことを意思決定しているとはいえない場合

もっとも、事例②から、結合犯の場合に構成要件が複数の行為を予定しているからといって、全ての類型において、第1行為時点の意思決定が継続していると考えることができるかという点については、別途の検討を要するように思われる。それが問題となるのが、以下の事例である。

《事例③》Xは、強盗の故意でAを脅迫し、Aの財布を強取したが、財布を奪った後に責任能力を喪失した。Xは、その状態で、逃走しようとしたが、Aに追跡されたために、逮

---

<sup>93</sup> 小野・前掲註2) 92頁以下。



捕を免れるためにAを殺害した<sup>94</sup>。

すなわち、結合犯の中でも、第1行為を第2行為の手段として行う類型ではなく、同一機会に行われた2つの別種の行為を、一連の行為として、一個の構成要件によって包括的に処罰する類型である。このような類型としては、事例③の強盗殺人・傷害罪の場合や、強姦殺人・傷人罪のような場合が想定される<sup>95</sup>。

事例③では、判例の立場を前提とすると、Xは強盗の機会にAを殺害しているために全体として強盗殺人罪の構成要件に該当することになるが、このような場合に、事例②であげた強盗罪や詐欺罪などといった結合犯の事例とパラレルに考えて、行為者に対して既遂の罪責を認めることができるかについては、さらなる検討を要する。なぜなら、事例③では、問題となる構成要件が強盗と強盗の機会に行われた殺人とを包括的にして、強盗殺人罪として評価されるものの、事例②の強盗の場合とは異なり、第1行為を行うことが第2行為の時点における殺人の意思決定を当然に内包するものであるとはいえないからである。このような理解からすれば、仮に、強盗を行うときに「誰かが強盗の後に追いかけてくるようなことがあれば殺害する」という計画が存在するのであれば、結論が変わるのではないかという批判があるかもしれないが、このような計画を行為者が立てていたとしても判断に変わりはない。なぜなら、何かあった場合の行為計画を立てていたとしても、第1行為を開始する時点で行為者が直面する行為規範は、計画を立てていない場合と変わらず、強盗を開始するという内容に過ぎず、また、そこで強盗が失敗したとしても、構成要

---

<sup>94</sup> 事後強盗類似の目的で被害者を殺害する事例について判例は、時間的・場所的接近性、行為の態様、行為者の動機、新たな意思決定の有無、被害者側の追及状況などからみて、「強盗の機会」に行われた場合には、刑法240条の適用を肯定している（最判昭和24年5月28日刑集3巻6号873頁、最判昭和26年3月27日刑集5巻4号686頁、最決昭和34年5月22日刑集13巻5号801頁）。

<sup>95</sup> 窃盗の後に、責任能力が低下した後に、被害者に対して、財物を取り返されることを防ぐ、逮捕を免れる、罪証を隠滅するために暴行・脅迫を加えたというような事後強盗罪も、仮に結合犯として理解するのであれば、この類型として理解することができるようになる。しかし、事後強盗罪の「窃盗」という文言を、窃盗犯人として理解するという身分犯説を採用した場合には、事後強盗罪については、本問題の射程に入らない。札幌地判平成2年4月23日判例タイムズ737号242頁は、窃盗の後に責任能力が低下し、その状態で逮捕免脱のために暴行を行い、被害者に傷害を負わせたという事例について、事後強盗罪を身分犯として理解する立場から、「事後強盗罪は窃盗犯人を身分とする犯罪類型で、実行行為は暴行、脅迫と解されるから、右実行行為たる暴行時において限定責任能力を認めるべき本件においては、Xは本件犯行全体について限定責任能力者として処断されるべきである」として、刑法39条2項の適用を認めた。

件段階では、強盗の未遂が肯定されるにとどまり、「強盗殺人未遂」には問われないからである。そのため、事例③のような場合については、構成要件段階においては、強盗殺人罪の構成要件に該当したとしても、責任段階においては、完全責任能力の強盗と、責任能力低下後の殺人とを分けて判断すべきだろう<sup>96</sup>。

ところで、このような事例①から③の判断方法については、結合犯の事例において、承継的共同正犯の関与者に対して関与前の行為が承継されるのを判断する際の基準と同様の基準によって、行為者に既遂の責任を認める場合と認めない場合とを分けるものではないのかという指摘が考えられる。すなわち、承継的共同正犯の問題においても、強盗罪や詐欺罪などの構成要件上複数の行為が予想されている、途中から介入したものに対して、手段としての先行行為（暴行、脅迫、欺罔等）と目的としての後行行為（財物の取得等）が一体となっている場合については、両行為の結合の仕方が強固であるために、後行行為の関与者に対して先行行為の承継が肯定される<sup>97</sup>のに対して、学説では、強盗殺人の場合<sup>98</sup>には、強盗と殺人の結合の仕方が緩やかであり実質的な一罪性を有するものではないから、必ずしも先行行為を利用して後行行為を行うという関係には立たないことを根拠として、承継を否定する見解が主張されているが<sup>99</sup>、これらの承継的共同正犯の判断方法と先述の事例②、③の判断方法は両者とも、第1行為と第2行為との実質的一罪性の強弱によって事案を分ける点で共通するのではないのか、ということである。

確かに、本問題においても、承継的共同正犯の場合と同様に、結合の度合い、実質的一罪性が強い場合には、第1行為と第2行為とを一連の行為として評価しやすく、弱い場合には、両者を別個の行為として評価しやすいという関係にある。しかしながら、本問題の場合に、責任段階における行為の評価を決めているのは、あくまで、行為規範に違反する意思決定の継続性であり、それ故に、実行行為の個数がその意思決定の継続性を判断するための要素として重要となり、その結果として、実質的な一罪性が強い通常の結合犯の場

---

<sup>96</sup> 小野・前掲註2) 93頁。

<sup>97</sup> 結合犯について承継を肯定した判例として、大判明治44年11月20日刑録17輯16巻2014頁（詐欺罪）。また、強姦罪について承継を肯定した裁判例としては、広島高判昭和34年2月27日高刑集12巻1号36頁参照。

<sup>98</sup> ただし、承継的共犯の場合には被害者殺害後の財物の取得が主に問題となるのに対して、ここでは、もっぱら強盗後の被害者の殺害が問題となっている点で問題状況が異なることには留意が必要である。

<sup>99</sup> 大谷・前掲註29) 420頁以下。もっとも、東京高判昭和57年7月13日判例時報1082号141頁はこれを肯定する。

合に行為を一体として評価し、弱い強盗殺人罪などの場合に別個の行為として評価するという帰結に至っているのである。そのため、仮に判断資料が両者の間で共通するとしても、実行行為の一体性が要求される根拠は異なっており、承継的責任無能力の問題と承継的共同正犯の問題は区別されるように思われる。

#### 4. 違法性阻却事由と承継的責任無能力が併存する場合

以上の類型では、構成要件段階では1個の構成要件によって評価できるものの、責任段階においては、複数の行為として評価する可能性がある事例を取り上げた。本問題固有の事例としては、以上のいずれかの類型に分類可能であるように思われるが、本問題と他の問題が競合することによって、通常の種類には当てはまらない問題が生じてくるように思われる。そのような問題として、違法性段階における行為、ここでは特に防衛行為の評価方法との関係で、以下のような事例がさらに問題となるだろう。

《事例④》Xは、Aの急迫不正の侵害に対抗するために、傷害の故意でAを殴打し、それによってAは床に倒れ、気絶したが、Xは、途中で責任能力を喪失した。しかも、その状態で、侵害を加えてきたAに対する怒りから、倒れたAに対してさらに殴打を加え、Aを死亡させた。

防衛行為の評価方法については、今も議論が絶えない分野であるが、ここでは、比較的争いの少ない第1行為が正当防衛であり、第2行為に防御の意思が認められない事例<sup>100</sup>を想定する。事例④の場合、構成要件段階においては、違法性・責任の問題を考慮しない限り、通常、全体を一連の行為として評価する。その上で、防衛行為の問題として、第1行為は正当防衛、第2行為は単なる犯罪として分けて評価することになる。本事例において問題となるのは、構成要件段階においては一連の傷害致死罪に該当する行為として把握され、違法段階においては複数の行為（第1行為は正当防衛、第2行為は傷害致死罪）として把握される行為を、責任段階においてどのように評価するべきであるのかという点である。

この問題については、いくつかの考え方があり得よう。まず、そもそもこの問題を責任

---

<sup>100</sup> 最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁。

段階における行為の個数評価として理解しない方法が考えられる。構成要件段階における行為の個数と違法性・責任段階における行為の個数とが異なる場合には、行為の把握ないし構成要件該当性の段階から評価をやり直すという見解や、行為の個数の問題が構成要件段階の問題とする見解、あるいは、少なくとも、防衛の意思が構成要件段階における行為の個数の評価に影響を与えるという見解による解決である。このような見解からは、事例④の行為の個数評価は、構成要件段階において、すでに積極的加害意思によらない第1行為と積極的加害意思による第2行為とに分けられるため、第1行為は正当防衛として無罪、第2行為は心神喪失として無罪という帰結になる。しかしながら、このような行為の評価方法には、Ⅲで述べた通り、構成要件、違法性、責任という順番で犯罪の成否を検討することを前提としながらも、行為の個数を把握する構成要件段階（またはそれ以前の行為の把握の段階）に、責任段階の評価を「前倒し」してしまうという問題が存在する点で妥当ではない。

次に考えられるのは、違法性と責任の判断を、「違法性の次に責任」という順序に従った、垂直的な判断で行うのではなく、両者を別の並列的な関係のものとして理解する見解である。すなわち、形式的・類型的な構成要件該当性の判断が違法性、責任に先だって行われた後に、その構成要件該当性のある行為の違法性と責任をそれぞれ別の実質的な観点から判断するというのは通常の見解と変わらないが、違法性、責任の判断の順序は必ずしも通常の見解に従う必要はないというのである。このような見解からは、事例④の問題は、違法性の判断として第1行為について正当防衛が肯定されるが、責任の判断としては、一体説的の観点からは、第1行為と第2行為が「一連の実行行為」といえる関係にあることから、意思決定の継続性が肯定されるために、責任能力低下後の第2行為に刑法39条が適用されることはないと考えられるために、結論として、第1行為を正当防衛、第2行為を傷害致死として評価することになる。しかし、問題となるのは、この見解が想定するように、違法性と責任の判断が並列的な関係にあるのかという点であろう。確かに、違法性阻却事由が問題となっていない事例を前提とすると、行為が構成要件に該当すれば、形式的にも、実質的にも行為規範に違反した行為であるといえるように思われるが、当該の構成要件に違反した行為が正当化される行為である場合、形式的には行為規範に違反している行為であるといえても、実質的には違法性阻却される正当な行為を行ったことを非難する

ことはできないのではないだろうか<sup>101</sup>。そのため、責任は違法性の判断も前提として判断を行うべきであろう。

そうすると、結局のところ、事例④は、構成要件段階において一連の行為とされる傷害致死罪の行為を、違法性段階においては、正当防衛と犯罪（傷害致死罪）とに分けて理解したうえで、責任段階においては、先述の通り一体説の立場からすると、仮に構成要件の観点からは、第1行為と第2行為は同一の実行行為を行うという意思決定に基づいて行われているが、第1行為が正当防衛であることを考慮すると、完全責任能力の際になされた意思決定を実質的な観点からは、非難可能な意思決定とはいえず、第2行為についても非難することができず、結局、第1行為を正当防衛を理由として無罪、第2行為も心神喪失を理由として無罪と評価するほかないだろう。

## V. 小括—行為途中の責任能力の低下の評価方法—

以上本章では、承継的責任無能力の事例の体系上の位置付けと、刑法 39 条を排して既遂の罪責を認め得る根拠、個別の具体的事案の解決について検討してきた。ここまでの検討をまとめると以下ようになる。

まず、本問題の体系上の位置付けとしては、この問題を構成要件該当性の問題として理解する見解も存在しているが、本問題を構成要件該当性の問題として理解することは、責任段階の判断要素を前提として、それを構成要件該当性の段階に「前倒し」しない限りは不可能であると思われる。そのため、本問題は、構成要件段階においては、一連の行為とされた複数行為の一体性を責任段階においても肯定することができるかという問題として理解されるべきであろう。そして、この責任段階の行為の一体性の判断の際に指標となるのは、責任能力の有無それ自体ではなくて、当該行為が完全責任能力に基づいた意思決定に担われた「一連の行為」であったか、という観点から判断されるべきであるように思われる。この際、責任段階においては、ここで問題となる「意思決定」が行為規範に違反する意思決定であることを考えると、当該の構成要件に該当する行為を行う意思決定がどこ

---

<sup>101</sup> また、過剰防衛の法的性質をどのように理解するのかによるが、これを違法減少一元説で理解するのであればともかく、責任減少を（重疊的にしろ、択一的にしろ）考慮するのであれば、正当防衛＝違法性段階の判断を前提とする責任の評価が存在することが明らかであるように思われる。

まで継続しているかを明らかにするべきであるように思われる。

このような本問題の体系上の位置付けを前提とすると、同態様の行為が反復継続して結果が生じたというような典型的な事例（本章Ⅳ1 の事例①）については、自然的な観察のもとでは行為の継続を意思決定しているといえることができる。また、一旦、行為規範に違反して開始した実行行為の継続を捉えて、意思決定の継続を判断することができる場合（本章Ⅳ2 の事例②）についても、たとえその後の行為が同態様のものではなくとも、行為規範自体が複数の行為を当然に要求しているために、構成要件によって予定されている複数の行為を行っている場合（強盗などの結合犯の場合がその典型である）には、行為者の当初の意思決定が継続しているといえることができるだろう。しかし、結合犯の場合であっても、第 2 行為が当然に想定されているわけではない強盗殺人・傷人などの類型（本章Ⅳ3 の事例③）については、構成要件該当性の段階で行為が「一連の行為」として評価され、実質的な違法性の評価が一体であったとしても、責任段階の評価としては、第 2 行為の時点で別個の意思決定を必要とする以上、両行為を別個の行為として評価するほかない。そのため、このような場合には、第 2 行為時点で心神喪失状態に陥っているのであれば、第 2 行為から生じた結果について完全な責任を肯定することはできない。さらにまた、第 1 行為と第 2 行為とが違法性の評価として一体ではない場合（たとえば、第 1 行為が正当防衛、第 2 行為が犯罪のような場合）に、第 2 行為を責任能力で行ったような事例（本章Ⅳ4 の事例④）については、第 1 行為と第 2 行為とが同じ態様の行為であり、構成要件段階では一個の行為として評価しうる行為であったとしても、すでに違法性の評価として別個に評価されている以上、第 1 行為時点の構成要件に該当するという意思決定の存在と、その継続を理由に、責任段階でも、両行為を一体的に扱い、完全な責任を認めるという解決方法は採ることはできないと理解すべきである。

もっとも、本章における検討は、先述の通り、承継的責任無能力の問題をその体系上の位置付け（および既遂・未遂の根拠）と、具体的事例の解決方法に絞ったものであるために、その周辺あるいは前提とされるべき、(実行)行為と責任能力の同時存在原則の検討や、犯罪論における行為の個数と罪数の判断方法、構成要件段階の実行行為の評価の問題などについて、未検討かつ検証を要する課題が多く残されている。これらの問題については今後の検討課題とする。

## 第4章 結果発生時の行為能力・作為可能性の喪失

### I. 本章の検討課題と構成

#### 1. 本章の検討課題

第2章、第3章においては、いずれも、複数の行為からなる、構成要件段階における「一連の行為」のうち、結果を発生させた部分に違法性・責任阻却事由が介在している事例を取り上げた。これらの事例では、構成要件該当性にのみ目を向ければ、行為者の複数の行為は一つの構成要件によって包括し、「一連の行為」として評価することができるものの、結果を発生させた部分のみを分析的に評価すれば、違法性・責任が阻却されるために、結果を帰属することができない可能性があった。本論文では、これらの第2章、第3章の事例の解決にあたっては、当該の犯罪成立阻却事由の性質を考慮して、違法性・責任段階の行為の個数評価を行うべきであると述べた。何故なら、構成要件該当性（あるいは、それ以前の行為の把握）の段階において、犯罪成立阻却事由が存在することを考慮に入れることは、犯罪論体系上、構成要件該当性の段階よりも後に判断されるべきである考慮要素を「前倒し」して考慮することになるために妥当ではないからである。

これに対して、本章においては、行為者が結果を発生させた行為を行なった時点では、行為が無能力ないし結果回避のために必要な作為を行うことができない状態に陥っていたという事例、言い換えると、「一連の事象経過」によって結果を発生させたものの、結果を発生させた部分を分析的に評価すると、構成要件該当性が阻却される要素が介在している事例を検討対象とする。そのため、本章の検討対象となる事例では、一方で、結果を発生させた時点において犯罪成立阻却事由が介在する点で第2章、第3章の問題と共通するが、他方で、第2章、第3章では検討の前提となっていた、問責対象とするべきである「一連の実行行為」を有しておらず、問責対象とするべき実行行為がどれであるのかということが問題となる点で異なる。

本章の検討対象となる結果が発生した段階における行為能力・構成要件該当性の欠落が問題となる場合の具体例としては、以下のような事例が考えられる。

事例[1]: 列車を安全に運行するために線路の転轍機を操作する義務を負う転轍手Xは、自身の他に職員がいらないにもかかわらず、職務中に、自身が酒を飲むと眠ってしまうことを知りつつ、飲酒した。それによって、Xは案の定、眠ってしまい、ポイントを切り替える

べきタイミングに転轍機の操作を行えずに、列車を衝突させ、列車の運転手と旅客を死亡させた。

事例 [2] : 持病を持つ子供の A の母親 X は、A の病気による発作を抑えるために必要な薬が切れていることを認識していたが、A のことをわずらわしく思っており、A が発作を起こして死んでもよいと良いと考えて、あえてその薬を準備しなかった。数日後、A は発作を起こしたが、発作を抑えるための薬がなかったために、家人も、家人に連絡を受けて救助に駆けつけた医師らも、誰一人として A を救助できずに、A はそのまま死亡してしまった。なお、X は A が発作を起こした際になんの措置もとらなかった<sup>1</sup>。

これらの事例 [1] および事例 [2] は、行為者が故意あるいは過失で、自身の行為能力の低下を自ら招き、通常であれば、結果の発生を防止するために行うべきであった時点で、その行為を履行することができない状況に陥り、構成要件的結果を発生させたという事例である。このような、行為者自身の故意・過失によって、後の結果の回避ができなくなるという事例は、ドイツでは以前から「原因において自由な不作為 (Die omissio libera in causa)」<sup>2</sup>と呼ばれて議論されてきた。そこでは通常であれば結節点として理解されるはずの結果を直接的に惹起した義務の不履行部分（以下、「結果行為」）ではなく、後の義務の履行を不可能にする行為（以下、「原因行為」）を結節点とすることが可能であるか、一見して結果を直接惹起する行為のための「準備」にすぎない事前の行為への問責対象の遡求の根拠はどこにあり、どのような基準によってそれが許されるのかという問題が議論されてきた。ドイツとは異なり、日本においては、原因において自由な不作為の問題は、詳しく議論されてこなかった<sup>3</sup>が、この問題を検討し、その理論的根拠と基準を明らかにすることは、結果を直接惹起した行為に関わる行為能力の低下ないし結果回避可能性の欠落という事例を検討するうえで大いに参考になるように思われる。そこで本章においては、このドイツにおける「原因

---

<sup>1</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016, § 21, Rn. 29 の事例を参考に作例した。

<sup>2</sup> この際には、原因設定行為を作為で行う場合だけではなく、その原因設定行為を不作為で行う「不作為において自由な不作為 (Die omissio libera in omittendo)」の事例も論じられる。上記の事例 [2] がこれに該当する。

<sup>3</sup> なお、日本において、原因において自由な不作為について詳細に検討した文献として、松原久利「犯罪論における同時存在原則と原因において自由な不作為」同志社法学 64 巻 4 号 (2015 年) 337 頁以下がある。



において自由な不作為」に関する議論を参照しながら、日本の刑法の解釈においてこの種の事案の解決方法に関する具体的な帰結について検討する。

## 2. 本章の構成

以下本章においては、まず、Ⅱにおいて、ドイツの「原因において自由な不作為」をめぐる議論を概観する。その上で、Ⅲにおいて、日本における不作為犯の解釈上、どのようにして結果発生時点に行為能力・作為可能性が喪失した事例を解決すべきであるのかを検討する。そして、最後に、Ⅳにおいて、Ⅲの検討から得られた基準から、先述の事例[1]、[2]などの具体的な事例をいかにして解決するかを検討する。

## 3. 本章の議論の前提

原因において自由な不作為の問題（以下、「本問題」）の解決方法について詳しく検討する前に、議論の前提として、本問題は、要求された作為を行わなかったという不作為犯の問題として理解されるべきであるのか、それとも、原因行為時点の行為者による、のちの自身の行為能力・作為可能性を喪失させるという作為犯の問題として理解されるべきであるのかという点を明らかにしておく。なぜなら、この点に関する理解は、本問題を不作為犯として理解した場合には、まだ危険が顕在化していない原因行為時点において、なぜ作為義務を肯定することができるのかという点を説明する必要があるのに対して、本問題を作為犯として理解した場合には、どのように理解すれば原因行為を作為として理解することができるのかという点を説明することが必要となるために、後の検討の方向性に大きく影響するからである。

本問題を作為犯として理解することが（も）できるとする見解は、本問題においては、「行為なければ犯罪なし(*nullum crimen sine actione*)」、あるいは「義務は可能を伴う」という原則からすると、本問題における問責対象は、原因行為の時点に求められるべきであることが前提とされていることを指摘する<sup>4</sup>。すなわち、結果行為の時点において、結果を避けることができないのであれば、そのような行為を問責対象として理解することは妥当ではなく、本問題における問責対象は、作為の形態でなされた原因行為である以上、本問題においては作為犯が問題となるというのである。この際、原因行為と結果との間の因果関係につい

---

<sup>4</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.a.O. (Anm. 1), § 21, Rn. 20; Chritian Bertel, Begehungs- oder Unterlassungsdelikt?, JZ 1965, S. 53.

てみると、「命令された作為を行っていれば、結果を回避できたであろう」という仮定的な因果経過が問題とされているために、不作為犯としての特徴を有しているようにも見えるが、本問題を作為犯として理解する見解は、作為可能性の積極的排除については、作為犯の因果関係も不作為犯と同様に仮定的なものである場合も存在し得ると指摘する<sup>5</sup>。その上で、本問題においても、構成要件的結果が確実性と境を接する蓋然性をもって回避されたという場合には、作為犯として理解することが可能であるとする<sup>6</sup>。

しかし、本問題を不作為犯として位置づける見解からは、本問題を作為として処理する見解をとった場合には、保障人的地位を有さない者が自身の行為能力を放棄する行為を行った場合にも、結果の発生を認識していれば、作為の殺人の成立を肯定することになりかねないと批判される<sup>7</sup>。たとえば、事例 [1] において、当該の職務に服する転轍手でない第三者が、たまたま転轍の切り替えをすることができる状況であった場合に、その第三者が X と同じように、酒を飲んで自身の行為能力を喪失させ、それによって転轍の切り替えを行う者がいなくなり、結果、列車が衝突し、運転手および旅客が死亡すれば、第三者は故意作為犯の罪責を負うことになるのである。

このような指摘に対して、Bertel は、命令規範と禁止規範とを区別する立場から、命令規範の名宛人は、(不真正不作為犯の場合には) 保障人的地位を有する作為義務者であるとしつつ、「法秩序がある者に対して特定の作為を命じる場合には、法は、その者に同時に作為義務を命令された作為を不可能とし、不作為の正当化または免責が問題となる状態に陥る可能性のあるあらゆる作為を禁じなければならない」<sup>8</sup>と述べる。そして、本問題においては、命令規範から生じ、その命令規範によって「相互に (mitvertyp)」規定される禁止規範に違反していることから、本問題における名宛人は、保障人的地位を有する者に限定されるとする<sup>9</sup>。

ただ、このような Bertel の作為犯の理解に対しては、作為犯と不作為犯の区別を消失さ

---

<sup>5</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.a.O. (Anm. 1), § 21, Rn.31. ドイツ刑法 258 条 1 項 (処罰妨害罪) がこのような場合に当たると指摘される。なぜなら、処罰妨害既遂は、妨害行為がなければ違法な行為を行った者に対する刑事訴追が実施され有罪判決によって終結したであろうということが要件とされるためである。

<sup>6</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a.a.O. (Anm. 1), § 21, Rn.31; Bertel, a.a.O. (Anm. 4), S. 55; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 7, Rn. 69 (Fn. 119).

<sup>7</sup> Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2006, § 31, Rn. 105.

<sup>8</sup> Bertel, a.a.O. (Anm. 4), S. 53 f.

<sup>9</sup> Bertel, a.a.O. (Anm. 4), S. 55.

せてしまうという批判がなされている<sup>10</sup>。また、ここでは作為によって救助的因果関係が妨害されたわけではないという点が問題とされる<sup>11</sup>。すなわち、行為者は当該の作為（飲酒行為、薬の不購入）によってではなく、あくまで、命令された作為（転轍の切り替え、薬の購入）を行わないことによって結果を回避しなかったと考えられるのである。本問題においては、行為者が自身の行為能力・結果回避可能性を排除する作為によって結果を惹起したのではなく、事象経過に対して介入することなく、結果が惹起されたことにその処罰の本質が存在すると考えるべきであることから、不作為犯として位置付けることが妥当であろう<sup>12</sup>。

## II. ドイツにおける原因において自由な不作為の議論

以上のように、本問題を不作為犯の問題として検討するとして、どのような根拠・基準から作為義務の違反を基礎付けることが可能であろうか。また、その際に、実行行為として理解されるのは、どの行為であろうか。IIの部分では、本問題に関するドイツにおける議論を概観する。

### 1. 処罰を否定する見解

まず、そもそも本問題を処罰すること自体に疑問を呈する見解が主張されている。というのも、原因行為時点における行為者の処罰は、「行為は、・・・不作為の場合、作為をしなればならなかった時点に開始する」というドイツ刑法 8 条の規定からすると、具体的な作為義務の現実化した時点で、行為能力が存在していなければならないが、本問題においては、その時点においては、行為者は行為無能力ないし作為可能性のない状態であるために処罰を正当化できないためである<sup>13</sup>。また、具体的な作為義務の存在しない原因行為時点の行

---

<sup>10</sup> Wolfgang Sebastian Gosch, *Strafbarkeit trotz finanziellen Unvermögens*, 2103, S. 57 f.

<sup>11</sup> Roxin, a.a.O. (Anm. 7), § 31, Rn. 105.

<sup>12</sup> 本問題を不作為犯として位置付ける見解として、Gosch, a.a.O. (Anm. 10), S. 112; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8.Aufl., 2017, § 18, Rn.22; Roxin, a.a.O. (Anm. 7), § 31, Rn. 105; Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, 7. Aufl., 2000, Vor § 13, Rn. 48; Stree/Bosch, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014, Vor § 13, Rn. 144 など。なお、後述（本章 II 2）のように、本問題に「原因において自由な不作為」という特別な法的形象を不要として、単なる不作為犯として位置付ける見解として、Eberhart Struensee, *Handeln und Unterlassen*, in: *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, 1993, S. 146 ff.

<sup>13</sup> Helmut Baier, *Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder*

為者の故意は、実行行為以前の事前の故意に過ぎず、本問題においては、不作為時点の故意を欠くはずである<sup>14</sup>。それにもかかわらず、原因行為時点に故意・過失を肯定するためには、法律上の根拠を要するが、本問題においてはそのような例外規定は存在していないために、本問題において、不作為犯の成立を肯定することはできないことになる<sup>1516</sup>。

## 2. 「原因において自由な不作為」という構成を不要とする見解

しかし、学説においては、本問題において処罰を否定する見解とは異なり、本問題の場合にも、結果行為の時点における行為無能力を惹起した行為者に対して、原因行為を結節点とする不作為犯の成立を肯定する見解が主張されている。このような見解は、処罰を否定する見解の指摘する、結果回避可能な時点では、まだ具体的な作為義務が現実化しておらず、原因行為の時点に作為義務の存在を肯定することが困難であるという問題を乗り越える理論構成を模索してきた。このような理論構成の一つとして考えられるのは、不作為犯における「命令された行為」をしないということについて、通常と異なる理解をする見解である。

このような解決を行う論者として Struensee は、たとえば、その場から動かすことができない事故の被害者を救助するために呼び出された医師は適切かつ必要な医療措置を行うよりも前に、事故の現場への道をたどらねばならないし、溺れた者の救助を行う際には、場合によっては、何回も船のオールを漕いだり、泳ぐために水をかいだりする必要があるように、不作為犯の場合に要求される命令規範の履行は、複数の個別の行為を実行することにより充足されるとする。そのうえで、作為可能性が作為義務者の介入が必要である時点に必要であるという前提からは、これらの複数の行為が言語上「ひとつの」救助行為・結果回避行為として、複数の個別の行為をまとめた混合物として理解され、不作為犯があたかもこれらの救助行為・結果回避行為という「作為」の欠如に根幹を置いているというように理解されることになる」と指摘する<sup>17</sup>。そして、Struensee は、命令違反を数え切れない複数の個別の

---

Schuldunfähigkeit, GA 1999, S. 279 ff.; Volker Haas, StGB Kommentar(Hrg. Matt/Renzikowski), 2013, § 13 Rn.29; Kurt Seelmann, Unterscheidung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, JuS 1987, L. 35; Wohlers/Gaede, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013, § 13, Rn. 13.

<sup>14</sup> Baier, (Anm. 13), S. 281 f.; Joachim Renzikowski, Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB bei Zahlungsunfähigkeit wegen Vorverschuldens?, in: Festschrift für Ulrich Weber, 2004, S. 343.

<sup>15</sup> Haas, a.a.O. (Anm. 13), § 13, Rn.29.

<sup>16</sup> なお、Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 283 f.は、立法論として、本問題を不救助罪（ドイツ刑法 323a 条）の類型に含めることを提案する。

<sup>17</sup> Struensee, a.a.O. (Anm. 12), S. 146 ff.

所為の停止として理解し、解釈上、それぞれの部分的行為は全体として展開されるべき具体的な命令履行活動の対象であり、これらの個々の行為のうちのただ一つの行為の欠如のみによっても、全体の命令が履行されない事態が生じると述べる<sup>18</sup>。この際、それぞれの具体的な命令の履行は、積み上げられた多数の個別的行為を要求しており、通常の場合には、命令を最後の部分的行為の拒否によってではなくて、規範の名宛人が全く行為を開始せずに、最初から必要な部分的能力を提供しないことによって違反される。そのため、先行する不作為による（完全な）命令の履行の不可能化は、命令規範の不遵守の通常の事例を形成するにすぎないため、不作為において自由な不作為・原因において自由な不作為の法的形象は過剰とされる。不作為概念によって要求される部分的行為の遂行可能性は、行為者が事前に他の可能な所為を懈怠していた場合、その行為が実現可能であったということが要求されることで十分とされなければならない。つまり、ここでの作為可能性は、事前行為によって条件づけられた作為可能性で十分なのである<sup>19</sup>。また、Struenseeによれば、どの時点から、不作為によって（結果回避の可能性を）維持させる義務が課せられるかは、ここで明示された不作為の構造の問題ではなくて、命令構成要件の解釈の問題、より正確に言えば、構成要件に該当する状況の時間的な拡張の問題とされる<sup>20</sup>。

このような見解からすると、本問題においても、結果回避のために法によって命令された一連の活動を取りやめた・不可能にした原因行為の時点、すなわち、事例 [1] においては飲酒した時点、事例 [2] においては薬・生存に必要な措置を放棄した時点において、すでに作為義務の違反が肯定されることになるために、その時点に不作為の実行行為を認めることができる。しかし、問題となるのは、このような Struensee の理解が純粋な擬制を意味していることである。なぜなら、先述のドイツ刑法 8 条から導出される、具体的な作為が必要な結果行為の時点における行為の不実行を不作為とするのであれば、行為の不実行の時点においては、不作為の行為者はもはや行為能力を喪失しているからである<sup>21</sup>。また、Struensee が述べるような行為能力・作為可能性を維持させる義務を内容とする構成要件の拡張は、どこまで一般化できるのかという点についても疑問が呈されている<sup>22</sup>。

---

<sup>18</sup> Struensee, a.a.O. (Anm. 12), S. 149.

<sup>19</sup> Struensee, a.a.O. (Anm. 12), S. 150.

<sup>20</sup> Struensee, a.a.O. (Anm. 12), S. 151.

<sup>21</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S.279; Gosch, a.a.O. (Anm. 10), S. 67 f.

<sup>22</sup> Gosch, a.a.O. (Anm. 10), S.68.

### 3. 原因において自由な行為の法理によって解決する見解

以上の通り、**Struensee** の見解のように不作為犯の概念自体を拡張して理解するという解決方法には、ドイツ刑法 8 条との関係で、不作為犯の実行の着手が具体的な作為が要求される時点に認められることと整合しないという問題がある。そのため、ドイツにおいては、別の解決方法として、本問題を自身の事前の行為によって、結果を惹起する時点における責任能力を低減させる、いわゆる「原因において自由な行為」の事例の一類型ないし類似の解決がなされるべき問題として位置付けるという方法が主張されている。

本問題を「原因において自由な行為」の法理から解決しようとする見解として、**Maurach** の見解があげられる。**Maurach** は、原因において自由な行為の法理が、構成要件該当結果を引き起こした「後の事象」が刑法的意味において何らかの点で欠損した行為として評価される全ての事例に適用されなければならないと主張する。そして、行為時に行為能力が欠損している本問題の事例についても、原因において自由な行為の法理が適用されるとし、この原因において自由な行為の法理の基準からすると、本問題の場合には、行為者が決定的時点に結果回避の可能性を有していたように扱われると述べる<sup>23</sup>。**Maurach** によれば、冒頭の事例 [1] においては、飲酒自体は、作為犯の客観的構成要件の一部ではないものの、後の決定的な時点における行為無能力を惹起する不真正不作為犯の準備行為として問題となり得るとし、未遂は行為無能力の行為者に結果回避が可能であった時点、行為者が不作為に取り掛かったときに認められるとする<sup>24</sup>。

しかしながら、このような **Maurach** の見解は、本問題において不作為犯の成立に消極的な立場から疑問視されている、行為能力の擬制をストレートに認めることになってしまうという問題を回避するのには至っていない<sup>25</sup>。さらに、**Maurach** による解決の着手時点の基準を考慮した際、行為者が飲酒によって行為無能力・責任無能力の惹起の時点に、未遂が開始されていたが、行為無能力の惹起は（不可罰の）準備行為としてのみ記述されるべきであるとしているのは自己矛盾であると批判される<sup>26</sup>。なぜなら、事例 [1] では、責任無能力が行為無能力に至る経過の段階において存在するからである。つまり、**Maurach** の見解を徹底した場合、飲酒による酩酊は責任無能力に至るまでは未遂の性格を有しているのに、

<sup>23</sup> Reinhert Maurach, Frage der actio libera in causa, JZ 1961, S. 374.

<sup>24</sup> Maurach, a.a.O. (Anm. 23), S. 376 f.

<sup>25</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 273.

<sup>26</sup> Gosch, a.a.O. (Anm. 10), S. 54.

意識喪失に陥った際には、再び準備行為へと逆行することになってしまうのである<sup>27</sup>。それに加えて、完全に意識喪失に陥っている者は、結果回避の全可能性を消失させており、結果の実現の重大な危険性を生み出しているのに対して、行為無能力ではないが、責任無能力である者は、行為無能力であれば可能ではない命令された作為を、理論的にはまだ行うことができ、当初の予期された結果を中止することができるために、事例 [1] において、X が飲酒した後に責任能力を失ったにすぎない場合には、殺人の未遂となるのに対して、意識を失ったものは、擬制的に想定された後の作為措置の可能性が喪失するまでは不可罰となってしまう、不均衡が生じていると指摘される<sup>28</sup>。

さらに、Maurach の見解のように、単に原因において自由な行為を、犯罪成立要件の欠如する事例に一般的に適用される原理として理解したうえで、本問題も同様の原理として解決することができることを考えることに対しては、Maurach 自身の法的構成の問題もさることながら、原因において自由な行為の理解という点でも問題があると指摘されている。そこで以下では、原因において自由な行為の各解決モデルから、本問題を説明した場合、どのように理解することになるのか、そして、そのような理解の問題点はどこにあるのかという点を確認する<sup>29</sup>。

#### (1) 間接正犯の下位事例とする見解

まず、原因において自由な行為を間接正犯の下位事例として理解する見解<sup>30</sup>からは、行為無能力である自身の行為を道具として利用し、構成要件的結果を実現したと考えることになる。そのため、この見解によれば本問題の場合には、行為能力が存在する利用行為（たとえば、事例(1)においては、自身を行為無能力に陥れる飲酒行為）を、行為の開始として理解することになる。

しかしながら、間接正犯の下位事例とする見解に対しては、ドイツ刑法 25 条 1 項後段は、

---

<sup>27</sup> Gosch, a.a.O. (Anm. 10), S. 54.

<sup>28</sup> Gosch, a.a.O. (Anm. 10), S. 53 f.

<sup>29</sup> なお、以下の学説の整理と、各見解による原因において自由な不作為の事例の処理については、Baier の記述 (Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 279 ff.) を参考にして記述した。

<sup>30</sup> 原因において自由な行為の解決として、このような見解をとるものとして、Bernhard Hardtung, Die "Rechtsfigur" der actio libera in causa beim strafbaren Führen eines Fahrzeugs und anderen Delikten: Möglichkeiten und Grenzen der Bestrafung, NZV 1997, S. 103; Hans Joachim Hirsch, Anwendbarkeit der Grundsätze der actio libera in causa (Anmerkung: BGH, Beschluß v. 19. 2. 1997 - 3 StR 632/96 (LG Düsseldorf)), NStZ 1997, S. 231 f.; Jakobs, a.a.O. (Anm. 6), § 17, Rn. 64.

他の者による「遂行」を要求しているために、行為を遂行できない行為無能力である他の者を利用することはできないのではないのかという批判が向けられる<sup>31</sup>。また、この見解によると、犯罪が間接正犯によって成立し得ない場合、特に、自手犯の場合を除外することになるし、そもそも、不作為犯が間接正犯の形式で行われることはないのではないという疑問が生じるという指摘がなされる。他の者に暴力、脅迫あるいは策略によって、救助行為を行わせないようにしたという事例においては、保障人的地位を有していない者が保障人的地位を有している者を妨害した場合（たとえば、Xが溺れている子供の父親であるAに対して、子供はふざけて遊んでいるだけだと偽って、Aが子供の救助を行わないようにした結果、子供が溺死した場合）には、行為者は直接正犯であり、保障人的地位を有している者が同様に保障人的地位を有している者を妨害した場合（たとえば、溺れている子供の母親Xが、子供を救助しようとしている父親Aに対して、先ほどの事例と同様の偽計を仕掛け、子供の救助をできなくした結果、子供が溺死した場合）には、不作為犯の処罰はなされ得るものの、それは、保障人的地位を有する他の者（事例における父親A）を介した間接正犯ではなく、行為者（母親X）本人が有している保障人的地位に基づいて不作為犯が成立するに過ぎない<sup>32</sup>。本問題の場合には、不作為によって「道具」である行為無能力者の行為をコントロールしていないのである。そのため、間接正犯のために必要な道具の支配は、作為義務が現実化する時点ではすでに放棄されてしまっており、ここでは問題とならないのである<sup>33</sup>。

## （2）構成要件モデルによる処理

次に、構成要件的解決を図る見解<sup>34</sup>からは、行為者がその責任能力・行為能力を排除した行為がすでに構成要件に該当する行為の開始あるいは未遂の開始であると理解される。そ

---

<sup>31</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), GA 1999, S. 279 f. なお、Baierによると、文理上の問題として、結果の帰属可能性の存否によって、本問題における結果行為の行為者を「他の者」としてみなすことが可能である（たとえば、結果の帰属が可能なXと、結果の帰属ができないX）としても、その場合には、刑法各則（ドイツ刑法223条など）においては、行為者と異なる第三者のみが被害者として記述されているのに、刑法25条は「他の者」というメルクマールに、行為者自身を含むことができる根拠を提示する必要があると指摘される。

<sup>32</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), GA 1999, S. 280.

<sup>33</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), GA 1999, S. 280.

<sup>34</sup> 原因において自由な行為の理解としてはドイツの多数説である。原因において自由な行為の解決としてこのような見解を採用しているものとして、Ingeborg Puppe, Grundzüge der actio libera in causa, JuS 1980, S. 346; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 20, Rn. 58 ff.



のため、本問題では、行為能力を喪失させる行為自体が実行行為として理解されることになるのである。

ただ、構成要件モデルを採用する見解に対しては、なぜ行為能力のある状態での原因設定行為が、その後の結果行為の直接の要件充足の際に、欠落している行為能力・責任能力をカバーすることができるのかという根拠を十分に示していないという批判がされている<sup>35</sup>。先述の通り、ドイツ刑法 8 条は、行為の遂行のための不作為については、行為者が作為をしななければならなかった時点を経済とすることになるために、本問題の場合、行為者は、行為能力・作為可能性のない状態に陥っていた時点において、初めて行為しななければならなかったことになるはずである<sup>36</sup>。また、構成要件モデルは、過失犯と未遂の可罰性が認められない故意犯の際には、場合によっては多数の中間的な段階を伴う行為に至る手段に関して、行為の遂行の直接的な開始とは言えず、不作為の未遂の開始を明確に評価することができないということを完全に度外視してしまっていると指摘される<sup>37</sup>。さらに、主観面においても、行行為能力の状態における命令された行為の不履行の時点では、行為者に不作為の故意が欠けている点も指摘される。構成要件実現の直接的な開始以前の故意は、事前の故意として考慮されないために、行為能力を排除し、後に不作為をするという最初に認識されている故意との結節は、未遂の開始をこの時点に定める例外を認める場合にのみ承認される<sup>38</sup>。

### (3) 拡張説による処理

また、拡張説は、ドイツ刑法 20 条における「行為の遂行」の概念を、行為が未遂行為として記述されるか否かにかかわらず、有用な先行行為による構成要件の実現に対して拡張する。そのため、本問題では、行為者が自身の行為能力を喪失させるための原因行為は、「行為の遂行」概念に含まれることになり、これによって、行為者は行為能力を有している時点で、行為を開始したことになり、構成要件モデルに対して向けられる批判を回避することができることになる<sup>39</sup>。

---

<sup>35</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 281.

<sup>36</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 281.

<sup>37</sup> Jähnke, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Bd. 1., 1993, § 20, Rn. 77.

<sup>38</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 281 ff; Michael Hettinger, Die „actio libera in causa“: eine unendliche Geschichte?, eine Kritik neuer Begründungsversuche, in: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 641 ff; Tohmas Rönnau, Die Strafbarkeit des Arbeitgebers gemäß § 266 a I StGB in der Krise des Unternehmens, wistra 1997, S. 14.

<sup>39</sup> 拡張モデルを採用する見解として、Franz Streng, Der neue Streit um die "actio libera

しかし、この見解に対しては、本問題においては、刑法 8 条の枠組み内で、この見解の根拠から構成を行うことができないという批判が向けられる<sup>40</sup>。また、この見解は、構成要件モデルに向けられた事前の故意に関する批判が残る。なぜなら、未遂の開始の前に認識した故意では、可罰性の基礎付けのために十分ではないからである<sup>41</sup>。

#### (4) 例外モデルによる処理

(1) ～ (3) の見解においては、行為能力の存在する原因行為を結節点として理解するのに対して、例外モデルは、原因において自由な行為の事例をドイツ刑法 20 条の例外として位置付け、原因行為ではなく、結果行為を結節点と理解する<sup>42</sup>。これによって、原因行為を結節点として理解するその他の見解に対して向けられる、自己酩酊のための飲酒を結節点として理解することに対する批判は回避することができるとされるのである。

しかし、このような見解には、原因において自由な行為の解決の際に向けられている批判、つまり、ドイツ刑法 20 条の裁判法上の例外ないし慣習法による処罰を行うことは、罪刑法定主義（ドイツ基本法 103 条 2 項）に違反しているという批判を回避することができないという問題がある<sup>43</sup>。さらに、そもそもの問題として、本問題の場合には、原因において自由な行為の問題とは異なり、結果行為が行為無能力であるため、構成要件該当性を認めることができない場合がある。それにもかかわらず、行為能力の存在している原因行為を結節点とするのであれば、その意味内容は、もっぱら不作为の中にのみ存在しているはずの原因行為を不作为犯として処罰するための結節点とすることになるが、そのように考えると、不作为犯の処罰の基礎と矛盾することになってしまうという批判がなされている<sup>44</sup>。

---

in causa", JZ 1994, S. 709 ff.

<sup>40</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 282.

<sup>41</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 282.

<sup>42</sup> Köhl, a.a.O. (Anm. 12), § 11, Rn. 9.

<sup>43</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 282.

<sup>44</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 282.

## (5) 責務モデル<sup>45</sup>

Hruschka は、Maurach と同様に、行為時に犯罪メルクマールの一つが欠け、しかもその欠如について行為者に何らかの「責任」が認められる「原因において自由な行為」のような事例については、通常の犯罪成立要件に欠ける事のない事例に対する一般的な帰責からは帰責が許されないが、例外的な帰責が許容される場合があるという前提に立つ<sup>46</sup>。その上で、本問題においても、不作為時に不作為者が必要な作為を遂行することができるという、行為能力の存在を前提とした通常帰責の例外を認め、行為能力の帰責可能な除去を、危険状況において必要な作為をしないという不作為として帰責する根拠を見いだすのである<sup>47</sup>。Hruschka は、このような例外的帰責は、行為能力を維持せよという内容の責務 (Obliegenheit) の帰責可能な違反の是認がその根拠となっており、この責務違反によって厳格な意味における不作為が代用されることになるとする<sup>48</sup>。

しかし、Hruschka のいう例外的帰責は、行為無能力時の不作為を結節点とする点で、行為主義の例外を創設することになり、不作為の「擬制」を肯定することになる点で問題があると指摘される<sup>49</sup>。さらに、この見解における故意は、原因行為の時点の事前の故意として理解される<sup>50</sup>。また、Hruschka の見解は、行為能力を維持するという内容の責務がなぜ課されるのか、どのような基準によってこれが認められるか、どのような場合に義務違反による作為義務の不履行が行為能力のない結果行為の例外的帰責を基礎付けるのか、結果行為の例外的帰責が責務の違反によって基礎付けられるのかという根拠が不明確である<sup>51</sup>。

---

<sup>45</sup> 学説の名称については、Dehne-Niemann の記述 (Dehne-Niemann, GA 2009, S. 151.) に従った。なお、Hruschka の見解については、原因において自由な行為の法理を用いる見解とは異なる独自の見解であると理解することも可能である (松原・前掲註 3) 394 頁以下は、このような理解から Hruschka の見解を「独自説」として位置付ける) が、本稿では、原因において自由な行為の事例と本事例を同様の根拠 (例外的帰責の原理) から説明する見解という理解からこの部分に分類した。

<sup>46</sup> Joachim Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1988, S. 274 ff.

Hruschka の書籍の紹介として、井田良「ヨアヒム・ルシュカ著『論理的・分析的方法による刑法』」法学研究 57 巻 1 号 (1984 年) 119 頁以下 (例外的帰責の問題については、122 頁以下参照)。

<sup>47</sup> Joachim Hruschka, *Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit*, in: *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, S. 422 f; Hruschka, a.a.O. (Anm. 46), S. 310, 323.

<sup>48</sup> Hruschka, a.a.O. (Anm. 47), S. 423 f.

<sup>49</sup> Gosch, a.a.O. (Anm. 10), S. 65.

<sup>50</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 281 f; Gosch, S. 64; Renzikowski, a.a.O. (Anm. 14), S. 343.

<sup>51</sup> Gosch, a.a.O. (Anm. 10), S. 64.

#### 4. 原因において自由な不作為という独自の法的形象を肯定する見解

以上のように、不作為犯の概念自体からアプローチした見解にも、本問題を原因において自由な行為の理論から説明しようとした見解にも問題点が存在している。そこで、ドイツの多数説・判例は、この問題を「原因において自由な不作為」という独自の法的形象として把握して、この場合にも不作為犯の成立が肯定されるとする<sup>52</sup>。このような見解が不作為犯の成立を肯定する実質的な根拠については必ずしも明らかではないが、Roxin は、Bertel の見解を引用したうえで、原因行為時点の作為義務を肯定する根拠として考えられるのは、本問題における作為義務違反の内容を、行為者は作為義務から生じる「禁止」、すなわちこの命令を履行することを不可能にする、あるいはこの命令から他の方法で逃れようとすることの禁止に違反したことであると構成し<sup>53</sup>、本問題における作為義務の根拠を禁止から導出するのである。このような理解からすると、転轍手の自身の行為能力を喪失させるために行なった飲酒行為は、後の結果行為の時点での事故を回避せよという命令に付随する、決定的時点での作為を行うことができる能力を喪失させてはならないという義務に違反していると考えられる。

確かに、この独自の法的継承を採用する見解がいうように、作為義務に付随する、あるいは、その内容の一部である行為能力を維持せよという義務が肯定されるのであれば、原因行為の時点に、なぜ作為義務の違反が肯定されるのかという点については説明可能であろう。しかし、一方で、このような見解に対しては、ドイツ刑法 8 条の条文とそぐわないために、その例外を肯定することになるという問題が残るし、それをおいても、(Hruschka が同様の「責務」を主張した際に指摘されたのと同様に) この義務をどのような根拠から肯定することができ、どのような基準によって認められるのかが不明確であるという指摘がなされる<sup>54</sup>。

---

<sup>52</sup> 判例として、BGHSt 47, 318 (v. 28. 5. 2002.). このような立場をとる文献として、Bosch, a.a.O. (Anm. 12), Vor § 13 Rn. 144; Tothmas Fischer, Strafgesetzbuch Kommentar (Hrg. Kindhäuser), 6. Aufl., 2014, § 13, Rn. 83; Kühl, a.a.O. (Anm. 12), § 18, Rn. 22; Roxin, a.a.O. (Anm. 7), § 31, Rn. 103 ff.

<sup>53</sup> Bertel, a.a.O. (Anm. 4), S. 55; Roxin, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, S. 380 ff; ders., a.a.O. (Anm. 7), § 31 Rn. 106.

<sup>54</sup> Gosch, a.a.O. (Anm. 10), S. 58, 60 f.

### Ⅲ. 検討

#### 1. ドイツにおける議論の意義

それでは、このようなドイツにおける議論を念頭にいたうえで、本問題を日本ではどのようにして解決すべきであろうか。この点を検討するにあたり、最初に、本問題を日本において解決する際に、ドイツにおける議論がどこまで影響するのか、あるいは受け入れ可能であろうか。

まず、ドイツと日本の法律状態の相違についてであるが、ドイツの学説が既遂結果を帰属するために、原因において自由な行為の法理や、独自の法的構成による原因行為時点への義務の例外的な拡張によって説明する背景には、本問題に対して不作为犯の成立を否定しようとする見解が指摘したように、ドイツ刑法8条によると、具体的な作為が要求される時点における不作为が作為義務に違反する不作为であると理解されているにもかかわらず、その時点には行為能力が欠けていることにその要因があった。すなわち、条文上、本問題においては、行為能力・作為可能性のない命令の「不実行」を問題とせざるを得ないはずであるが、それを回避し、原因行為を実行行為として評価する例外的な構成（ないし、それを例外ではないと理解するための不作为犯の理解）とするアプローチをとる必要があったのである。これに対して、日本においては、ドイツ刑法8条に相当する規定は存在せず、解釈上、不作为犯の実行の着手は、結果を防止すべき法律上の作為義務を負う者が、その義務に違反して作為を行わず、構成要件の結果発生の現実的危険を惹起させたときであると考えられている<sup>55</sup>にすぎないことからすると、ドイツの議論において本問題について処罰を否定する見解が主張する、ドイツ刑法8条によって作為が要求される時点に行行為者に作為を要求できないという指摘は、日本における議論の際には、（少なくとも条文上は）肯定説が原因行為を実行行為として理解しようとすることに對する決定的な批判とはならない。また、そうすると、ドイツ刑法8条の規定との齟齬を解消する必要性が存在しない日本においては、本問題を独自の法的形象として理解する必要があるのかという点についても検討を行う必要があるように思われる。

もっとも、以上のようにドイツと日本の法律状態には違いが見られるものの、ドイツにおける議論は日本においてもなお十分参考に値するものであるように思われる。というのも、条文上は結果行為の時点に不作为の実行行為が存在しているという論拠は存在していない

---

<sup>55</sup> 大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（成文堂、2014年）366頁以下。

と言えるにしても、そのことをもって、当然に原因行為の時点に作為義務違反を肯定しても良いという実質的な根拠もまた導出されないからである。この根拠を検討する際には、ドイツにおいて議論されていた、行為無能力・作為可能性のない状態で惹起された結果を行為者に帰属することが、原因行為の時点における「義務・責務の違反」を根拠とすることによって説明することが許されるのか、あるいは、どこまで許されるのかという点について明らかにする必要がある。

## 2. 原因において自由な行為との関係

まず、本問題において、原因行為を実行行為として理解する方法として、本問題を「原因において自由な行為」の一類型として理解し、それと同様の事案として処理することは可能であろうか。

原因において自由な行為と本問題の間には、Maurach や Hrushka が指摘したように、両方とも犯罪の成立のために必要なメルクマールが欠損しているという点、その欠損が行為者自身の手によって故意的・過失的に惹起されているという点で、それらの間に、行為者自身によって犯罪成立阻却事由が惹起された事例という共通点を見出すことができる<sup>56</sup>。もっとも、事例として類似している部分が存在していることだけを根拠として同じ法理によって問題を解決するべきであると考えすることは早計である。本問題で検討されるべきであるのは、両事例が犯罪論体系の観点から、同様の解釈によって解決されるべき基礎を備えているかという点である。このような観点からすると、原因において自由な行為は、構成要件該当性が肯定される行為につき責任能力が欠ける場合であり、形式的な違法性・責任類型である構成要件該当性の問題としては、問責行為とすべきである行為の存在が結果行為の時点に存在していることに疑いがないものの、実質的責任が結果行為については欠損していることが問題となるのに対して、本問題の場合には、構成要件段階（または、それ以前の行為性の有無の判断）ですでに結果行為の時点における行為能力または作為可能性が欠けるために、実質的な違法性・責任を判断すべき対象自体が結果を直接的に惹起した時点において存在していない点で本質的に異なる問題であるように思われる<sup>57</sup>。そのため、Maurach や Hrushka のように、行為の一部に犯罪の成立を阻却する事由が存在する事例を統一的な原理（原因において自由な行為の法理、例外的帰責の原理）によって解決しよう

<sup>56</sup> Hrushka, a.a.O. (Anm. 46), S. 323; Maurach, a.a.O. (Anm. 23), 376 f.

<sup>57</sup> 松原・前掲註 3) 350 頁以下。

とする見解<sup>58</sup>には、(先述の通り、文理上の問題があることに加えて) 性質が異なる問題を無理に同一の原理によって説明しようとしてしまっているという欠陥がある。Hruschka は、このような解決方法の説明として、行為者の責務違反という説明を加えている<sup>59</sup>が、なぜ各事例において「責務」を果たすことが要求されるのか、あるいは、なぜ行為者による責務違反が犯罪の成立要件の欠ける場合であっても犯罪の成立を許容するのかという点については、結局、欠落する犯罪成立メルクマールの性質に応じて判断される点で、必ずしも一般的な基準としてこれを構成できているわけではなく、本問題の場合にも、責務の内容が原因において自由な行為とパラレルに構成することから当然に導出されるわけではない。

もっとも、この点については、たとえば、冒頭の事例 [1] のように、行為者が飲酒によって酩酊状態に陥るような場合については、完全酩酊に基づく制御能力の喪失と、酩酊による意識障害(睡眠など)に基づく行為能力の喪失を、双方とも制御能力の喪失であるにもかかわらず別のものとして区別することは妥当か、あるいは、区別するべきであるのかという疑問が呈される<sup>60</sup>。確かに、具体的な事例によっては、行為無能力と責任無能力の取り扱いを明確かつ形式的に切り分けることは困難である。しかし、この場合に両者を区別することが困難であるということが、原因において自由な行為と本問題を同一視することの根拠となるのかについては検討の余地がある。刑法上、責任無能力者の行為を「行為」として認めて、行為無能力と別の取り扱いをする以上、両者が制御能力の喪失という点で共通していたとしても、それらを別の概念として区別する必要性が存在しているように思われる。また、原因において自由な不作為は、事例 [1] のような酩酊に基づく行為能力の喪失のみを対象としているわけではない点にも留意する必要がある。事例 [2] のように、行為者の行為能力には問題が生じているわけではないものの、事前の行為によって、結果を直接的に惹起した時点において行為者は、結果回避を行い得ない状況に陥っていた場合、すなわち、不作為犯の成立要件である結果を回避するための作為可能性を喪失している事例をも考慮すると、必ずしも、「原因において自由な不作為」の類型が制御能力の欠如のみを対象としているわけではない点で違いがある。

以上のように本問題は、原因において自由な行為の問題から、問責対象の特定の問題か、責任能力の存否の問題かという体系的な位置付けで区別されるように思われるが、このよ

---

<sup>58</sup> Hruschka, a.a.O. (Anm. 46), S. 323; ders., a.a.O. (Anm. 47), S. 422 ff; Maurach, a.a.O. (Anm. 23), S. 373 f.

<sup>59</sup> Hruschka, a.a.O. (Anm. 47), S. 422 ff.

<sup>60</sup> Baier, a.a.O. (Anm. 13), S. 278.

うな理解に対しては、構成要件モデルを採用する見解から、形式的に両者の体系上の位置付けが異なるとしつつも、本問題の解決において、最終結果が帰属できない結果行為を避けて、原因行為を実行行為として特定するという手法を採用することを許容するのであれば、実質的には構成要件モデルによる解決を採用するということに他ならないのではないのか、仮にそうだとすれば、そもそも原因において自由な行為は責任段階の問題と断じることが必ずしも適当ではなく、犯罪論体系上のほかの問題にもその解決方法が応用可能なのではないのかという批判が想定されよう<sup>61</sup>。

確かに、以上のような批判が述べる通り、本問題において、直接的に結果を惹起した結果行為ではなく、原因行為を問責対象とすることの可否を問題とする場合、問責対象を、結果行為ではなく原因行為へと「前倒し」することによって解決をはかることになるために、原因において自由な不作為の解決について問責対象の特定方法については、構成要件モデルと同様のアプローチがとられることになる<sup>62</sup>。もっとも、このように構成要件モデルと同様のアプローチをとるにしても、原因行為の実行行為性を原因において自由な行為の法理によって基礎付けるのを認めることは妥当ではないように思われる。本問題を原因において自由な行為の法理によって解決することには、ドイツの議論においてもその問題が指摘されているように、なぜこの法理を用いれば本問題の場合に、実行行為が直接的に結果を惹起した結果行為ではなく、原因行為を実行行為として理解できるのかという点について、なんらの根拠も提示していないという問題が残るためである。

本問題において構成要件モデルと同様のアプローチがとられるのは、本問題が構成要件段階の問題であり、一連の事象経過の一部に構成要件該当性を阻却する事由が存在している際にどのように問責対象となる行為を特定するのかという問題であることにその理由がある。違法性・責任段階における行為の評価においては、構成要件該当性の段階において特定された問責対象となる行為を基準として、その実質的な違法性・責任の有無を検討することになるのに対して、構成要件段階においては、行為者の「行為」がそもそも刑法上の問題として論じるに値する形式的な違法性・責任を備えているか否かを判断する段階であると

---

<sup>61</sup> さらに、このような前提に立てば、原因において自由な行為において、例外モデルを採用する見解に対しては、原因において自由な行為の事例の解決と本問題の評価の際の基準が相違することになるのではないかという指摘も考えられる（松原・前掲註 3） 351 頁以下参照）。

<sup>62</sup> 松原・前掲註 3） 352 頁以下。



いう点で異なる<sup>63</sup>。違法性・責任段階においては、構成要件該当性のある行為として把握された実行行為を基礎とし、それを外枠とする範囲内で行為の評価が行われるために、構成要件該当性の肯定されない行為を違法性・責任段階で実行行為とすることは禁じられる。

しかし、問責対象自体の特定に関わる構成要件段階においては、行為者の「行為」の中から、構成要件に該当する、形式的な違法性・責任を備えた行為を特定する、言い換えると、「外枠」自体を形成する作業を行うため、通常の場合には実行行為として把握される行為に構成要件該当性が認められないときにも、その前段階の原因行為に構成要件該当性が認められれば、原因行為を実行行為として評価することは可能であろう<sup>64</sup>。このような観点からすると、本問題において、行為能力・作為可能性が欠如し、構成要件該当性の欠落する結果行為を避けて原因行為の実行行為性を問題としたとしても、そのことをもって、本問題を原因において自由な行為の「法理」によって解決していると理解することは適当ではない。本問題において明らかにされるべきであるのは、原因行為へと問責対象を「前倒し」することの説明ではなく、なぜ原因行為の時点で作為義務の違反を肯定することができ、その作為義務の違反を実行行為として理解することができるのかという点である。

### 3. 原因行為に作為義務の違反を肯定する根拠・基準

#### (1) 作為義務違反の根拠

原因行為時点の作為義務違反の存在を基礎づけるためには、原因行為時点に作為義務違反を肯定する必要がある。ドイツの議論において主張された、本問題について既遂の成立を肯定する立場は、不作為犯における命令を「一つの」命令された作為を構成する複数の所為からなると理解して、原因行為により後の所為を不可能にすることも通常の不作為犯と異ならないとする見解も、原因において自由な不作為の法的形象によってこの問題を説明する見解も、義務の履行を不可能にすることを処罰することに作為義務違反の根拠を見出す点では共通する。すなわち、両方とも、不作為犯の処罰の基礎である作為義務違反の内容には、法によって命令された作為を行わないという内容の本来的な命令規範違反と、その内容の一部として含まれる、作為をできない状態に自らを陥れることによって、本来的に要求されている義務の履行をできなくしてはならないという禁止規範違反からなる義務が存在すると理解するのである。作為義務の内容をこのように理解する実質的な理由は、本問題にお

<sup>63</sup> 本稿第2章IV1、第3章III1参照。

<sup>64</sup> 松原・前掲註3) 352頁以下。

いては、行為者は、自身の行為能力・作為可能性の除去を故意的・過失的に行なうことで、原因行為の時点で、行為者自身の意思に基づいて、行為者自身の手で、事象経過を支配し、法によって命令されているはずの作為を不可能としている点に求められる<sup>65</sup>。

このような、「本来的に要求されている義務の履行をできなくしてはならない」という内容の作為義務を想定して、原因行為の実行行為性を肯定することに対しては、通常は準備行為に過ぎない原因行為時点の行為能力・作為可能性の除去を、不作為犯の実行の着手として評価する点で、不作為犯の実行の着手時期の早期化が問題となるのではないか、という指摘が考えられるが、このような指摘は妥当ではない。というのも、不作為犯の実行の着手は、結果を防止すべき法律上の作為義務を負う者が、その義務に違反して作為を行わず、構成要件的结果発生の現実的危険性を生じた時点において認められるとすると、行為能力・作為可能性を除去する行為を行えば、高度の蓋然性をもって結果が発生するであろう「一定の状況」においては、原因行為を行うことは結果の発生に直結していると考えられるからである。そのため、そのような行為を結果発生の現実的な危険性のある行為として評価することができるのである<sup>66</sup>。

## (2) 作為義務違反の要件

以上のように、本問題においては、本来的に法によって命令されている作為を自らの手によって不可能にする事前の行為をしてはならず、決定的な時点に至るまでは行為能力・作為可能性を維持・回復しなければならないという本来的な作為義務に付随する義務に違反したことが実行行為の内容として理解される。そして、その行為を行えば、結果行為時点における結果発生の高度の蓋然性が認められる「一定の状況」における行為能力・作為可能性の除去がなされた場合には、原因行為を実行行為として把握することが可能であるように思われる。ただ、ここで問題となるのは、いかなる要件によって実行行為の存在を認定すべきであるのかという点であろう。

---

<sup>65</sup> 中義勝『論述犯罪総論』（有斐閣、1980年）173頁以下。

<sup>66</sup> このような本稿の理解は、原因において自由な行為の不作為犯類型において、結果行為時点において行為者が行為を制御できない場合には、原因行為時点に実行行為を肯定してもよいと考える理解（大谷・前掲註55）368頁、川端博『刑法講義総論（第2版）』（成文堂、2006年）321頁）と同様の立場である。これに対しては、原因において自由な行為の法理を用いているのではないのかという批判が想定されるが、本問題での重点は、原因行為時点の能力の除去によって結果が発生する危険性が存在しているか否かという点にあり、両者とも原因において自由な行為の法理による解決とは一線を画する。

この結論を分けるのは、当該の行為能力・作為可能性を除去する行為が、「一定の状況」においてなされているか否かという点であろう。このような状況にない者が行った原因行為から結果が発生したとしても、そこに実行行為の存在を肯定することはできないだろう。上記の事例〔1〕においても、転轍手 X が勤務時間外に飲酒して眠ってしまったことで、翌朝出勤できず、新米の転轍手が配備され、その転轍手のミスによって結果が生じた場合についてまで、X に作為義務違反を肯定することはできないように思われる（X 自身が出勤しないと誰も、その職につかず、転轍を切り替えないという事情があれば別であるが）。というのも、このような「状況」における行為は、結果に直結しないからである。それを行えば、結果行為時点における結果発生の高度の蓋然性が認められる状況というためには、単に、行為者に原因のある行為能力・作為可能性の喪失では足りず、その保障人的地位を有する行為者が、その時点において何かしらの措置を行うことで、「重要な中間段階なしに自動的に障害なく」<sup>67</sup>結果が発生する状況であったことまで要求されるように思われる。

#### IV. 具体的な事例の解決

##### 1. 故意犯の解決

故意犯の事例においては、原因行為の時点の行為能力・作為可能性の除去による、作為義務違反の有無を検討する必要がある。これを具体的な事例について見てみると、まず冒頭の事例〔1〕および事例〔2〕は、以下のように解決される。

##### （1）事例〔1〕の解決方法

事例〔1〕：列車を安全に運行するために線路の転轍機を操作する義務を負う転轍手 X は、自身の他に職員がいないのにもかかわらず、職務中に、自身が酒を飲むと眠ってしまうことを知りつつ、飲酒した。それによって、X は案の定、眠ってしまい、ポイントを切り替えるべきタイミングに転轍機の操作を行えずに、列車を衝突させ、列車の運転手と旅客を死亡させた。

まず、事例〔1〕についてみると、職務として転轍の切り替えを行う義務を負っていた（つ

---

<sup>67</sup> 松原・前掲註 3) 353 頁。

まり、保障人的地位を有していた) X が、職務中の要求された作為を行わなければ列車の衝突により旅客・運転手の死亡という結果が発生する状況において、それを認識しつつ、その要求された行為を行う能力を維持することなく喪失させていることから、原因行為時点の後の自身の行為能力を除去する行為を実行行為として不作為犯の成立を肯定することができるだろう。

## (2) 事例 [2] (不作為において自由な不作為) の解決方法

事例 [2] : 持病を持つ子供の A の母親 X は、A の病気による発作を抑えるために必要な薬が切れていることを認識していたが、A のことをわずらわしく思っており、A が発作を起こして死んでもよいと良いと考えて、あえてその薬を準備しなかった。数日後、A は発作を起こしたが、発作を抑えるための薬がなかったために、家人も、家人に連絡を受けて救助に駆けつけた医師らも、誰一人として A を救助できずに、A はそのまま死亡してしまった。なお、X は A が発作を起こした際になんの措置もとらなかった。

問題となるのは、事例 [2] のように、必要な措置の懈怠によって、結果行為時点の行為能力・作為可能性を除去する事例、すなわち「不作為において自由な不作為」の事例であろう。というのも、この場合には、一定の状況における保障人の積極的な作為による行為能力・作為可能性の除去が問題となる事例 [1] と異なり、一見して、消極的な義務の懈怠が継続しているに過ぎないように見え、たとえば、母親が子供に継続して食事を与えず、子供を餓死させたというような、通常の行為者の不作為的な態様が継続して結果の発生に至った通常の事例と異ならないように思われるからである。

しかし、事例 [2] を通常の不作為犯の事例と同様に理解することには問題が残る。というのも、この事例においては、子供に食事を与えない母親の事例とは違い、A が発作を起こした時点においては、すでに A を救助する方法は存在しない点で相違するからである。すなわち、両者は、ある決定的な時点において、何らかの行為をしない（薬を準備する、食事を与えるなどの生命の維持に必要な措置をしないこと）という義務の懈怠が処罰の根拠となる点では共通するが、通常の事例では、食事を与えないことを決定し実際に食事を与えなかったこと自体は実行行為としては問題ではなく、先行行為に過ぎないのに対して、事例 [2] の場合には、A が発作を起こした時点において、X が A の生命の維持に必要な措置をとらなかったことは、A の死という結果を回避する可能性自体がその時点に存在しないこ

とを考えると問題ではなく、むしろ事前の薬を準備しないという不作為自体が問題となるのである。

それでは、この原因行為時点の不作為を、結果との関係で実行行為として評価できるだろうか。ここでのポイントは、A の病状や、生活環境（A がいた場所が自宅なのか病院なのか、十分な措置の可能な病院が近隣に存在するか、それとも近くに病院も存在しないような田舎であるのかなど）といった状況から判断して、薬を与えないことによって、発作を起こした A が死亡する蓋然性がどの程度であったのかという点にあるように思われる。これらの要素を考慮し、薬を準備しないということによって A の死亡の危険性が相当程度の蓋然性で予見できる場合には、原因行為時点の薬を準備しないという母親 X の不作為は、実行行為として評価されることになるだろう。

### （3）不作為犯の成立が否定される場合

事例 [3]：父親 X は自分の子供 A を普段から疎ましく思っており、自ら手を下すのは嫌だが、何かの機会に事故死してほしいと考えていた。そんな折、X は A を連れて海水浴に出かけることになった。そこで、X は A が海で溺れて死亡してくれることを期待して、海岸で眠りについたところ、運よく X が眠っている間に A は溺れて死亡してしまった。

事例 [1]、[2] に対して、行為無能力・作為可能性を除去した行為を行なった時点においては、一定の状況が存在していない場合には、結果行為時点において生じた結果については、実行行為性を肯定することはできず、場合によって過失犯の限度で処罰されるにすぎない。事例 [3] では、X が眠りについたという場合に、睡眠状態に陥ったことを実行行為として評価することはできない。このような場合には、X が A に殺意を抱きながら行為能力を自ら除去したとしても、それによって A が高度の蓋然性で海に泳ぎに行つて溺死するという関係性にはなく、X が事象の経過を支配して、A の死亡という結果を生じさせたと言えない。

## 2. 過失犯の解決

以上の議論は、基本的には故意不作為犯の場合を念頭に置いて検討されたものであるが、過失犯の場合にも問題となり得る。たとえば、母親が睡眠中の寝返りによって、横に寝てい

る乳児を圧死させた場合<sup>68</sup>や、ある手術を成功させるのに十分な技能を有していない医師が軽率にも手術を引き受けたが、技術の不足から案の定、手術中にミスをしてしまい患者を死亡させたという場合がこのような場合に当たるだろう。これらの事例においては、結果の発生した時点（寝返りや、手術ミスの時点）においては、当該の結果を回避する能力を行為者は有しておらず、その前段階の行為、すなわち、寝入る前に結果の発生を防止する措置をとらなかったことや、手術を行うにあたって自身が十分な能力を有していることを確認せずに手術を引き受けて開始したことに過失が認められるかが問題となるが、これは、原因行為を行うと、結果行為時点において、結果の発生する危険のある一定の状況のもとで原因行為を行うことによって、結果回避措置をとれなくしてしまったという点で、故意犯の事例と同様の構造を有しているからである<sup>69</sup>。

しかし、以上の過失犯の事例を原因において自由な不作為の問題として議論して良いのかという点については、なお、検討の余地が残されているように思われる。というのも、過失犯の問責対象の特定方法からは、結果行為時点に過失がなくとも、当該結果と因果関係のあるそれ以前の過失行為を問題とするという方法をとっているために、結果行為に過失が問えなくとも、それ以前の原因行為時点の過失が問題となるからである。つまり、過失犯においては、その問責対象の特定のための構造自体が、（過失犯が法定された原因において自由な行為であるかはともかくとして）「原因において自由な行為」の構成要件モデルに似通っている<sup>70</sup>ことからすれば、これを義務履行の不可能化が作為義務違反の内容を構成するという不作為犯の原理から説明する必要性は必ずしも存在せず、過失犯の問責対象の特定方法という観点から説明することもできるからである。そのため、原因において自由な不作為の過失犯類型の問題を検討するためには、別途過失犯の問責対象の特定方法に関する検討を要するように思われる。

## V. 小括—行為能力・作為可能性の欠落と問責対象の評価—

以上の通り、結果行為時点において、行為者の行為能力・作為可能性が欠落しており、そ

---

<sup>68</sup> 大判昭和2年10月16日刑集6巻413頁。

<sup>69</sup> 松原・前掲註3) 355頁以下。

<sup>70</sup> 杉本一敏「過失犯の二つの問い方」高橋則夫・杉本一敏・仲道祐樹『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）14頁以下。

の時点に、実行行為の存在を肯定することができない事例についても、行為能力・作為可能性の除去を行った原因行為を問責対象とする不作為犯の成立を肯定することができると考えられる。

このような、いわば問責対象となる行為を「前倒し」する解決方法については、原因において自由な行為の法理の構成要件モデルを用いているのではないのかという指摘や、本来的な問責対象＝結果行為の外にある行為を非難の対象とすることになるのではないのかという批判が考えられる。しかし、構成要件該当性の判断は、第2章、第3章において述べた、違法性・責任段階における判断とは違い、問責対象となる行為自体を特定することを目的としていることからすると、これらの批判は妥当ではないだろう。構成要件段階においては、ある行為に構成要件該当性が肯定されない場合であっても、他の行為に構成要件該当性が肯定されるのであれば、その行為を問責対象とすることには制限はないように思われる。ここで問題となるのは、別の行為を問責対象としても良いということそれ自体ではなく、問責対象として把握してよい基準・限界はどこにあるのかという点であろう。

この基準・限界について、本章では、法によって命令された作為を行わなければならないという本来的な作為義務に付随する、決定的な時点に至るまでは維持・回復しなければならないという義務に違反したことを作為義務違反の内容として理解することができるとした。ただし、この際に、その行為を実行行為として評価するためには、その行為能力・作為可能性を除去する原因となる行為が、それを行えば、結果行為時点における結果発生の高度の蓋然性が認められる「一定の状況」においてなされていることが必要となるだろう。そうであれば、上記の事例(3)のように、原因行為を行ったとしても、結果が発生するかは「運」次第であるような場合にまで、実行行為を肯定することになってしまうからである。

## 第5章 「一連の行為」と犯罪成立阻却事由

本章においては、以上の構成要件、違法性、責任の各段階における、結果が発生した時点における犯罪成立阻却事由の介在の問題の検討を通じて得られた帰結と、その示唆、議論の射程について述べる。

### I. 「一連の行為」に介在する違法性・責任阻却事由の取り扱い

#### 1. 構成要件の機能と違法性・責任段階の評価との関係

構成要件の判断は、形式的・類型的な違法性・責任の有無を検討し、当該行為者の行為が処罰の基礎を備えているかを明示するという問責対象の特定の機能とその範囲を制限する機能を有している。これに対して、違法性・責任段階における判断は、構成要件該当性が肯定される行為について、実質的・個別的な違法性・責任が存在しているか否かを、違法性・責任阻却事由の有無という観点から明らかにするという機能があると考えられる<sup>1</sup>。

このような構成要件と違法性・責任の相違を前提とすると、構成要件段階の判断においては、行為者の行為を個別にみた際、当該の結果を発生させた行為に違法性・責任阻却事由が介在していることを考慮してはならない<sup>2</sup>。構成要件該当性は、当該行為が刑法各則によって規定されている犯罪の積極的な成立要件を備えた行為であるかという判断なのであって、その行為が犯罪成立阻却事由を備えているか否かの判断にあたっては、違法性・責任段階の評価を経る必要があるからである。この評価の順序を前提とすると、当該構成要件を充足する行為者の「行為」を全体として「一個の行為」として評価することが可能である場合に、結果を発生させた部分的行為に個別に見ると実質的な違法性・責任がないことを根拠に、この部分的行為を実行行為から除外することはできないように思われる。なぜなら、このような評価方法は、構成要件該当性の存在を前提として判断されるべきである実質的な違法性・責任を根拠として、それを構成要件段階に「前倒し」して、構成要件該当性を判断することになってしまうからである<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（成文堂、2012年）75頁。

<sup>2</sup> もっとも、消極的構成要件要素の理論を採用する見解は、違法性阻却事由を構成要件該当性の問題に含めて考える。このような見解として、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）91頁以下。

<sup>3</sup> 本論文第2章IV1、本論文第3章III1（2）参照。



## 2. 犯罪成立阻却事由の介在と違法性・責任段階における行為の個数

問題となるのは、以上のような理解を前提とした際、構成要件段階においては、犯罪成立阻却事由を考慮せずに、複数の行為を「一連の行為」として理解した場合にも、違法性・責任段階においては、その犯罪成立阻却事由を考慮することで、この構成要件段階の「一連の行為」を分析的に評価して、犯罪成立阻却事由のある行為と、犯罪成立阻却事由が存在しない行為とに分けることはできるのかという点である。本論文では、この問題が生じる事例として、第2章において、違法性段階の問題として複数の行為によって防衛行為が行われた事例を、第3章において、責任段階の問題として承継的責任無能力の事例を検討した。

### (1) 違法性段階における行為の評価方法

複数の行為によって行われた防衛行為の問題については、防衛行為の「状況の変化」に着目して、「状況の変化」が肯定されるような場合には、違法性段階で構成要件段階において「一連の行為」とされた行為を正当防衛とその後の追撃を別個の行為として評価すべきであり、認められないような場合には、これを1個の防衛行為として評価すべきである<sup>4</sup>。つまり、行為についての実質的な違法性の評価を基礎付ける状況に相違が生じるような場合については、各行為を別個の行為として評価し、結果を惹起した行為が正当防衛として評価することができるのであれば、その行為から生じた結果を正当化し、残った後行の追撃行為から生じたと考えられる結果についてのみ、犯罪の成立を肯定することができるということになる<sup>5</sup>。

この問題の検討を通じて得られた示唆は、少なくとも、違法性段階においては、当該の違法性阻却事由の性質次第で、構成要件段階において確定された「一連の行為」という評価を変更して、各行為を別個のものとして評価する余地があること、言い換えると、構成要件段階における行為の個数評価は、あくまで構成要件段階において考慮される基準から判断されるものであって、実質的な違法性の判断によっては変更される余地があるということである。

一方で、「状況の変化」に基づいて、行為の個数評価を決定するという解決方法は、違法性段階の他の犯罪成立阻却事由が行為の個数評価として、どこまで一般化可能であるのか

---

<sup>4</sup> 本論文第2章IV3(3)、(4)参照。

<sup>5</sup> この際に、過剰防衛の適用根拠次第で、第2行為にも過剰防衛の適用を肯定する余地があることについては本論文第2章V参照。

という点については、本論文の検討からは必ずしも明らかとはなっていない。「防衛行為」の個数評価の際には、防衛者と侵害者双方の事情を考慮して、後行の行為が別個の防衛行為として評価することができるかを検討することが有効であるとしても、それが緊急避難や、現行犯逮捕、被害者の同意などの場合にも妥当するかについては、それらの違法性阻却事由の性質を考慮してさらに検討を行う必要があるからである。そのため、この「状況の変化」という観点から、違法性段階における行為の個数評価を全て説明することができるかについては、第1に、そもそも他の違法性阻却事由にも、この「状況の変化」という判断のための指標は有効であるのかという点、第2に、他の違法性阻却事由の際にも有効であるとしても、その内容は、当該の違法性阻却事由の性質からどのように説明されるべきであるのかという点について検討を行う必要がある。

## (2) 責任段階における行為の評価方法

行為途中の責任能力の低下の問題については、完全責任能力の状態でなされた規範に違反する意思決定に担われている範囲を基準として責任段階の行為の個数を決定すべきであり、当初の意思決定に基づいてなされたと評価できる行為が責任能力低下後にも継続している場合には、全体を一個の行為と評価し、新たな意思決定に基づく行為が行われたと評価できる場合には、それ以降の行為とそれ以前の行為と分けて評価すべきである<sup>6</sup>。

この際、規範に反する意思決定は、当該構成要件に違反するという意思決定であると考えられるために、構成要件段階における行為の個数と、責任段階の行為の個数は、一致する部分が多いと考えられるが、一方で、結合犯の場合のように、構成要件該当性と意思決定の個数とが一致しない場合も存在している<sup>7</sup>。そのため、責任段階においても、違法性段階におけるのと同様に、構成要件段階における行為の評価を基礎としつつも、この構成要件段階の評価とは異なる、規範に違反する意思決定の射程という基準から行為の責任段階の個数を決定する場合が、承継的責任無能力の事案においては認められる。そのことから、構成要件と責任の評価は、前者を前提として非難の対象を確定するものの、非難の対象の評価方法・切り分け方については、犯罪成立阻却事由の性質によって決定されることになる。

そのために、承継的責任無能力の事例の解決のために用いられる、規範に反する意思決定の個数という基準も、違法性段階における状況の変化という基準と同様に、それが責任阻却

<sup>6</sup> 本論文第3章Ⅲ2(3)。この際の具体的な帰結については、本論文第3章Ⅳ参照。

<sup>7</sup> このような場合の具体例として、本論文第3章Ⅳ3の事例③参照。

事由の解決一般に有効であるのか、また、その他の指標は存在していないのかという点については、さらなる検討を要するだろう。

### 3. 本論文における検討から得られる示唆

以上の通り、本論文における検討から、構成要件と違法性・責任は、前者が問責対象の確定という観点から、当該構成要件の解釈によって、刑法的な評価の対象となる可能性のある「一連の行為」の範囲を確定しているのに対して、後者はそれぞれの違法性・責任阻却事由の観点から、構成要件段階において特定された問責対象の評価を行い、その行為が一個であるのか、複数であるのかを判断するという関係に立っていると考えられる。そのため、違法性・責任段階で、構成要件段階において認められた問責対象を超える範囲を、非難の対象とすることはできないが、それとは反対に、問責対象とされた「一連の行為」をその範囲内で、分断することは、当該の違法性・責任阻却事由の性質次第で肯定される。ただし、その際の基準については、それぞれの違法性・責任阻却事由の性質を考慮したうえで、さらなる検討を行う必要があるように思われる。

## Ⅱ. 構成要件段階における問責対象の特定方法

以上の検討は、構成要件段階において問責対象とされた「一連の行為」の結果を発生させた行為に、違法性・責任阻却事由が介在しており、構成要件段階において特定された「一連の行為」を一個の行為として評価することが適当ではない可能性がある事案であった。そのために、結果を発生させた行為に違法性・責任阻却事由が存在する事案では、違法性・責任段階における行為の個数評価の範囲・基準からすると、構成要件段階における「一連の行為」が違法性・責任段階においても維持されるのか、それとも分断されるのかという点が争点となったのである。これらの違法性・責任段階の問題では、先述の通り、問責対象となる構成要件に該当する行為を検討の対象とすることが前提となっていた。そのため、「問責対象」として、実行行為以前・以後の事情を判断に取り入れることは考慮されていなかった。

これに対して、構成要件段階において、結果行為時点に、構成要件該当性が肯定されない場合、すなわち、一連の事象経過の途中に、構成要件該当性を阻却する事情が介在する場合には、問責対象として把握しようとした行為ではない、一見して単なる準備行為である行為にまで問責対象に含めることはできるかが問題となる。本論文においては、この問題について

て、結果が発生した時点において、行為者が行為能力あるいは作為可能性を失っており、必要な命令を履行することができないものの、それ以前の行為によって、その状態を自ら作り出していたという「原因において自由な不作為」の事例を検討対象とした。

原因において自由な不作為の議論について、本論文では、作為義務の内容として、法によって命令されている作為を行えないようにしてはならないという内容の義務が含まれていることを根拠として、その時点において、行為能力・作為可能性を除去する行為を行えば、高度の蓋然性をもって結果が惹起されるような一定の状況においては、作為義務を履行できなくする行為を行うことも、作為義務違反を構成し得ると考えられると述べた<sup>8</sup>。

この検討から得られる示唆は、通常は、問責対象とされる行為が、問責対象として把握することができない場合についても、それ以前の行為に構成要件該当性を肯定することができる場合については、その行為を問責対象として構成要件該当性を肯定する余地があるということである。もっとも、本論文において、問責対象の「前倒し」を検討した対象は、あくまで不作為犯の事例を念頭に置いている点に留意する必要がある。

---

<sup>8</sup> 本論文第4章Ⅲ3参照。