

原因において自由な行為に関する最近の議論における構成と論拠

同志社法学 四五卷五号

二〇四 (九四二)

アルトウール・カウフマン記念論文集の紹介 (1)

U・ノイマン

## 原因において自由な行為に関する

### 最近の議論における構成と論拠

Ulfrid Neumann: Konstruktion und Argumente in der neueren Diskussion zur  
*actio libera in causa*, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 581—593.

刑 法 読 書 会

上 田 健 二 監 修

(紹介者・浅田和茂)

本号から、ミュンヘン大学法学部名誉教授・同大学前法哲学Ⅱ法情報学研究所々長アルトウール・カウフマン博士、名誉博士  
(Arthur Kaufmann, geb. 1923, Dr. iur., Dr. h. c. mult., em. o. Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität  
München) の七〇歳生誕祝賀論文集 („Stralgerechtigkeit“ — Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, herausgegeben

von Fritjof Haft, Winfried Hassemmer, Ulfried Neumann, Wolfgang Schild, Ulrich Schroth, C. F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1993.) 所掲の五三編に及ぶ論文から主なものを選び出し、刑法読書会の会員による紹介論文を逐次(ただし順不同で)掲載することになった。被祝賀者の略歴とその邦語関連文献については、本シリーズの監修者である筆者がごく最近監訳した訳書『アルトゥール・カウフマン 転換期の刑法哲学』(一九九三年、成文堂)三八三頁以下を参照されたい。また、被祝賀者の「人と業績」についても右訳書三七五―三八二頁の「監訳者によるあとがき」の中で筆者なりにまとめておいたので、それを一覽いただければ幸いである。なお、被祝賀者の学問的営為の開始時である一九四七年から本祝賀論文集の刊行時である一九九三年までの被祝賀者自身の全著作刊行目録は本祝賀論集の八五五―八七八頁にわたって一括掲載されている。それによれば、独自の刊行物は三七冊、編Ⅱ共著は二四冊、論集への寄稿論文は九八本、雑誌論文は九二本、評論と判例評釈類は三八本、祝賀・記念・追悼の辞に関するものは一三本および小論文、雑録が六四本となっている。これらのうち、一九八八年から一九九三年までに著わされた主要な法哲学上の著作物がごく最近に刊行された『正義について——実践に方向づけられた法哲学の三〇章』(„Über Gerechtigkeit“—Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie. Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München 1993.)の中に収録されている。

ところで、本記念論文集は一九九三年五月七日、ミュンヘン郊外の風光明媚な保養地、シュテルベルクゼーの湖畔の、バイエルン王国最後の王ルートヴィヒ二世の謎に満ちた終焉えんの地に隣接した、ホテル・シュロツスベルクを借り切ったアルトゥール・カウフマン先生七〇歳誕生記念祝賀会において、本書の編集者たちによって献呈された。筆者も、日本人としては宮澤浩一教授とともに、その席に招待され、その折に前掲の訳書を、ともに翻訳に携った同僚たち——浅田和茂、山中敬一、竹下賢の三教授——を代表して、献呈することができた。筆者にとっては、ほぼ一〇年ぶりの再会であった。被祝賀者の出席者たちに向けた感謝の気持ちのこもった印象深い言葉、翌日の筆者への家族ぐるみのもてなし——これらは、筆者にとって生涯忘れ得ぬ思い出の一つである。

さて、刑法読書会は昭和三〇年に、当時ではすでに日本の刑法学界の指導的地位にあった佐伯千仞、平場安治、(故)宮内裕の三先生の発意のもとに、また医学博士で法学士でもある泉止夫先生の支援のもとに発足し、その後も(故)中義勝先生、中山研一先生、そして現在ではとりわけ生田勝義、浅田和茂、吉岡一男、齊藤豊治の各会員による献身的な努力によって維持されて

いる、関西を基盤として全国的な広がりをもつ、わが国では独自の研究会（事務局は立命館大学法学部松宮研究室）であり、会員数は全国的規模で現在では一五〇名を超えている。研究活動は、平均して四〇名前後の出席者による月例研究会および夏季の全国的規模の合宿研究会、冬期の年末集中研究会において、主として外国文献を紹介し検討することにある。刑事法学に関して学問的な中身を深めることのほか、とりわけ国際的な感覚を身につけることが本研究会発足以来の趣旨だからである。ここで得られた知見を基にして『犯罪と刑罰』という、わが国では類例のない定期刊行物が本研究会によって一〇年来まったく跡絶えることなく刊行されていることも、特筆に値する。筆者も、大学院時代に中山先生の紹介によって本研究会に入れてもらって以来、一貫して本研究会から学問的な恩恵を被っている。それというのも、この研究会では人間にやさしい安心感と信頼関係という――筆者がかつて二回にわたりアルトゥール・カウフマンのゼミナールで体験したのとまったく同質の――発足以来の精神がいまなお堅持されているからである。

本研究会による外国の記念論文集の紹介は、これまで関西の各大学法学部紀要に廻り持ちで掲載されてきたが、カウフマンの記念論文集の紹介の場合では、筆者と被祝賀者との前掲のような特殊な関係から、本誌で扱うことが求められた。これを諒とした本誌編集委員会には、心から謝意を表したい。

(監修者・記)

### 紹介者はしがき

ドイツにおける「原因において自由な行為」についての議論は、すでに二〇〇年に及ぶ歴史を有するが、なお決着はついていない。わが国においても、旧刑法下の無罪説にはじまり、その後は有罪説が通説であるというものの、解釈論・立法論を含めて議論は継続中である（拙稿「原因において自由な行為」中義勝先生古稀記念『刑法理論の探求』（一九九二年）一三五

頁以下参照）。本論文で扱われるドイツの構成要件モデル・例

外モデルは、わが国の間接正犯類似の構成の理論・同時存在原

則の緩和の理論にほぼ対応しているといえよう。

ノイマン教授の本論文は、最近のドイツにおける議論の展開を紹介しつつ、いわゆる例外モデルの根拠づけを試みたものであるが（例外モデルにつき、右拙稿一五六頁以下に紹介した丸山論文・中空論文参照）、それを構成と論証という観点から論じている点に特徴があり、また、ロクシン説への反論、拡張モ

デルや不法モデルの紹介・検討、さらに因果関係や中止犯についての議論など、新たな知見が得られて興味深い。私見では、とくに行為者の心理状態を軽視した規範的責任概念の理解に異論があるが、これは、責任説が通説であるドイツの状況を反映したものといえよう。

ノイマン教授は、一九四七年生まれ、アルトウール・カウフマン教授の下で学び、現在はザールブリュッケン大学教授、教授資格獲得論文は、*„Zurechnung und Vorverschulden“* (1985) で、その成果は本論文にも生かされている。なお、一九九一年に來日された折の講演記録として、ウルフリット・ノイマン(浅田和茂訳、上田健二解説)「安楽死と臨死介助に関する倫理的・刑法的な問題点」(同志社法学四三卷四号三五頁以下)がある。以下は、本論文の要約である。

## I 問題の構造と解決のための選択肢

アルトウール・カウフマンは、一九六三年の論文「完全酩酊犯の不法と責任」(紹介、浅田・関大法学論集二二卷六号六六頁以下)において、強引な解釈によって「ドイツ：以下同じ」刑法三三三条a〔完全酩酊〕を責任主義との見せ掛けの合致に導こうとするすべての試みに、印象的に反対した。すなわち、

原因において自由な行為に関する最近の議論における構成と論拠

故意に関係することを要しない不法のメルクマールを構成要件が含むというのであれば、このような責任主義の例外をそれ自体として特徴づけるべきであって、不真実な構成によって覆い隠してはならないのであり、実際には存在しない責任主義との一致が存在するかのよう欺くことは、責任刑法に役立つものではなく、むしろそれを害するものであると述べたのである。右の警告は、原因において自由な行為の議論についてもあてはまる。ここでは、法律規定が欠けていることによつて、無理な解釈上の構成を通じて処罰を根拠づけようとする試みがとくに顕著であり、さらに、単に刑法二〇条〔精神の障害による責任無能力〕の例外としたり、刑法三三三条a以外の処罰を否定することが魅力に欠けると考える場合には、ますますそれがあてはまる。原因において自由な行為をめぐる最近の議論は、問題の解決というよりは、諸見解の拡散と分極化に導いてきた。

原因において自由な行為の解釈論上の構成にとつて決定的なのは、行為の有責性を、刑法二〇条を適用することによつて認めるのか、その不適用によつて認めるのかということである。前者に従えば、行為者は行為の時に弁識・制御の能力がなかったとはいえないという帰結を強いられることになり、後者に従えば、現行法上は不処罰としないかぎり、刑法二〇条の例外規

原因において自由な行為に関する最近の議論における構成と論拠

準を定式化して、それを現行法上の法規準として根拠づけなければならぬことになる。解釈論上の構成と法効果とを結びつけたものとして、以下の三つの立場が存在している。

## II 合致モデル

### (1) 「先置された責任」に基づく処罰の根拠づけ

まず、酩酊状態に自分を引き入れたことが有責的であること  
を理由に、責任無能力中の構成要件に該当する行為 (Rauschakt)  
について行為者に責任を認めるといふ構成は、合致モデルから  
除外されなければならない。それは、原因行為時に弁識・制御  
能力がなければそもそも原因において自由な行為は問題になら  
ないのであるから、過剰な説明であり、弁識・制御能力は行為  
実行の時点にのみ関係づけられるのであるから、無意味な主  
張である。もし、その主張が、有責な先行の行為が構成要件該  
当行為の実行時点における責任能力の欠如を埋め合わせると考  
えているのであれば、それは、むしろ例外モデルに属する。

### (2) 構成要件該当行為としての先行行為 (「構成要件モデル」)

合致モデルを一貫した解決を示しているのは、構成要件該当  
の行為を先行の行為に置くいわゆる構成要件モデルである。責

任の領域に属する問題を構成要件のレベルで解決しようとする  
この試みは、必然的に解釈論体系の他の諸点で破綻と拒絶へと  
導かれざるをえないのであり、そこから生ずるこのモデルに対  
する異議は、ロクシンの明敏な弁明にもかかわらず、なお一掃  
されてはいないように思われる。

(a) 行為者はしらふの状態でもその行為を行ったであろうと  
いうことを排除することはできないから、酩酊行為と後の法益  
侵害結果との因果関係の証明は不可能である、という本説への  
批判に対して、ロクシンは、二つの反論を行っている。すなわ  
ち、第一に、勇気づけのために飲酒した場合、行為者はしらふ  
の状態では行為を行うと信じてはいなかったのであるから、因  
果関係は認められるし、犯行への抑制が解除される結果、かつ  
となることを甘受していたにすぎない場合も、しらふの行為者  
であればその行為を行わなかったであろうといえるから、因果  
関係は認められるとし、第二に、しらふの人間による行為の操  
作と酩酊者のそれとは異なっており、因果関係が認められるた  
めには細部における食い違いがあれば十分である、としている  
のである。

第一の論拠については、因果関係があるとするためには、完  
全にしらふの状態ならその行為を行わなかったであろうという

だけでは十分ではなく、むしろ刑法二〇条に達しないような酩酊状態でもその行為を行わなかったであろうということが証明されなければならないはずである。しかし、この証明は不可能であるから、行為者の自己評価から直ちに実際の仮定的因果経過を導くことができるかどうかは、答えられないままであるといえよう。第二の論拠については、たとえそのようにして因果関係の問題をうまく処理できたとしても、帰責の問題は未解決であり、酩酊が細部における食い違いに作用したにすぎない場合に、酩酊行為の特殊の危険が後の法益侵害に現実化したとは主張しえないであろう。

(b) 構成要件モデルによるかぎり、責任能力の排除の点ですでに未遂を認めなければならないというロクシンの主張は正しい。しかし、そこから生ずる諸問題が解決されているとも、解決可能であるとも思われない。

まず、間接正犯への依拠の点で、間接正犯における未遂は（ロクシンによれば）進行させられた因果経過の手放しの時点に認められているが、この点についてなされてきた批判は、ここでは繰り返さない。さらに、原因において自由な行為の場合、刑法二五条一項〔正犯…「犯罪行為を自ら、または他人を通して実行する者は、正犯者として罰せられる」〕の「他人」とい

原因において自由な行為に関する最近の議論における構成と論拠

う文言に反するばかりでなく、いわば行為者のクローン化によって形成された「二人」の弁識・制御能力は常に同一水準にあるのであるから、いかなる時点でも背後者の道具者に対する作用は存在していないという点に、最大の障害があるように思われる。

責任無能力状態での中止につき、ロクシンは、刑事政策的評価からして中止の任意性を責任能力に依存させないことに十分な理由があると述べている。問題は、それをどのようにして構成要件モデルと統合できるのかであるが、私見ではそれは不可能である。ヤコブスが述べているように、責任能力ある背後者と責任能力なき道具者の分離を基礎におくかぎり、定義上、帰責無能力者の答責的でない中止行為は、決して行為者の任意の所産ではありえないからである。

ロクシンは、例外モデルによっても、銃を構えることは未遂を意味するから、酩酊した行為者が同情から構えた銃を降ろした場合、同じ問題に直面することになる、と指摘しているが、例外モデルによれば、その場合は未終了未遂であって、中止行為は不作為でよく、自発的動機による中止に任意性を認めることに支障はない。なお、例外モデルによれば帰責は「以前の責任」を前提にしており、これを責任無能力状態での中止で中性

原因において自由な行為に関する最近の議論における構成と論拠

化（償却）することはできないはずだ、というロクシンの批判は、例外モデルが、以前の行為責任に結びついたものではなく、行為時点における弁識・制御無能力の援用を特定の条件の下に拒絶するものであることを、正当に評価しない主張である。

最後に、構成要件モデルによれば刑法二二条（限定責任能力）は例外なく適用されることになるはずであるが、ロクシンは、相応する故意のある場合に、未遂を完全な弁識・制御能力のある最後の時点で認めることによって、この帰結を回避している。しかし、この時点において行為者は、まだ進行させた因果経過を手放してはいないのであるから、このような未遂の先置は、このモデルの枠を越えている。構成要件モデルを弁護してその欠陥を埋めようとする試みは、必然的に、他の守りの砦を奪うことになるのである。

(3) 同時存在原則の新たな解釈（「拡張モデル」および「不法モデル」）

とくに未遂の解釈における構成要件モデルの弱点から、刑法二〇条の「行為」概念の新解釈を通じて、同時存在原則を顧慮しようとする構想が展開されてきた。このモデルに共通しているのは、二〇条の行為の概念を構成要件該当行為から解き放ち、

同志社法学 四五巻五号 二二〇（九四八）

未遂前のその行為の開始に移行させるということである。

(a) 拡張モデル

シュトレングは、事象の全体的考察という意味において、二〇条の行為の概念を、予備行為に属する「自らを責任無能力状態にすること」にまで拡張し、その根拠を、責任とは一定の時点で行為者に見いだされうる性質ではなく、同胞市民の安定化の諸要求に基づく帰属行為であるとすると機能的責任概念に求められている。これによれば、行為客体に対する直接攻撃のみではなく、規範違反を形成する欠陥状態の創設もまた、二〇条の行為に属するとされる。さらに、この欠陥状態の惹起は、不法構成要件にはなく、責任構成要件にのみ属するので、基本法二〇三条二項の明確性の原則に抵触することなく広く把握することができるとされている。

たしかに、機能的責任概念からは、構成要件該当行為を責任無能力で行った行為者に責任非難を向けることが、概念的・構成的に禁じられるわけではない。機能的責任概念は、責任判断が記述的ではなく帰属的な確定であるとするかぎりでは、規範的責任概念である。しかし、責任が、規範的責任概念によれば、時間的に固定化されうる心理的状态ではなく、法秩序が構成要件に該当する違法な行為について行為者に個人的に責任を負わ

せる条件の全体であるとするならば、責任にとって重要な事態の時間的構造が責任概念によって先に決定されることはないはずである。責任非難を構成要件該当行為以前の行為によって支えることができるか、どの程度それが可能かは、したがって主観的帰責規準の内容の問題であって、その予め与えられた構造の問題ではない。この点で、規範的責任概念は非難可能性という随意に充足しうる公式を与えているだけなのに対し、機能的責任概念は、少なくとも充足の指針を与えるものであって、シュートレンジ自身、規範の安定化の要求を顧慮するような責任の条件の決定という視点から拡張モデルを根拠づけている。

しかし、第一に、責任概念をこのように社会の処罰要求に短絡させるのは、責任主義の能力を失わしめるものである。責任非難は、その基礎にある規準が正しい帰責の規準である場合にはじめて正当化されるのであって、規範の安定化の理由により処罰されなければならない者は有責に行為する者であるという原理は、決して法治国家的な刑法解釈学の原理ではない。第二に、拡張モデルは、シュートレンジの主張とは異なり、責任構成要件の拡張ではなく不法構成要件の拡張という結果になる。刑法二〇条の行為は、それが行為者に非難されるところの対象であって、行為者が非難される理由ではないからであり、責任非

原因において自由な行為に関する最近の議論における構成と論拠

難が関係するものであって、責任非難を担うものではないからである。シュートレンジが、拡張モデルを責任構成要件の拡張であるとし、それを機能的責任概念によって正当化するのには、行為がその行為に対する責任非難を根拠づけるということであり、もしそうでないとすれば、実際には不法構成要件が拡張されているのである。

#### (b) 不法モデル

シュミットホイザーは、不法構成要件の領域における解決を試み、形式的な構成要件モデルとは異なり、不法の実質的内実の把握が重要であるとしている。すなわち、実質的不法は、当該の法益から発する尊重要求を侵害するような、効果が後に生ずる行為にも関係しており、故意の原因において自由な行為の場合、このことは欠陥状態の惹起にも認められるとしている。

しかし、このモデルもやはり、法律から離れており、構成要件によって示された禁止領域を引き伸ばすものであるという批判を免れない。刑法二〇条の行為を未遂の前段階に先置させることは、法治国家的に疑問のあるやり方で予備と未遂の境界線を消失させるものである。酩酊する行為を実質的不法とするのは、故意の原因において自由な行為の処罰が望ましいことを根拠づけるだけであって、処罰の現行法上の許容性を根拠づける



原因において自由な行為に関する最近の議論における構成と論拠

同志社法学 四五巻五号 二二二(九五〇)

ものではない。総じて、構成要件該当行為および明確に限界づけられた禁止領域の指示を放棄するのではないかぎり、不法の領域における問題の解決は構成要件モデル以外にはないのである。

### III 例外モデル

先置的な諸モデルの挫折は、「行為の実行のときに弁識・制御能力がないにもかかわらず、故意の原因において自由な行為は処罰される」ということを意味している。このような帰結は、例外モデルと呼ばれているが、問題は、それが刑法二〇条違反なのか、それとも本規定の現行法上根拠づけられうる例外なのか、ということである。

#### (1) 憲法上の問題点

最初に例外モデルを主張したルシユカは、それを刑法二〇条の規制内容の目的論的縮減および処罰を担う帰責規準の慣習法の妥当性の主張によって根拠づけた。いずれの論拠についても、法律主義の観点からする憲法上の疑問が提起されている。すなわち、例外モデルは、一定の条件の下に行爲者に正当化事由・免責事由・責任阻却事由の援用を拒絶するような、刑法上の帰責規準の存在を認めることを、説明できてはいるが、必ずしも

十分に根拠づけてはいない。その点、最近の文献において、故意の原因において自由な行為の処罰に関する合意が取り消され、刑法三二三条aのみによる解決が求められていることは、首尾一貫している。このような帰結が法感情および是認される法原理に合致しないという犠牲は、それとは別の結論が憲法上の規範および原理に違反してのみ達せられうるという場合には、あまり高く評価されてはならないであろう。

実際にそうであるか否かを明らかにするためには、さらに、一般的で争いのない法秩序の諸原理が実定法の構成部分と認められるとすれば、権利濫用の原理ないしそれに近い諸原理について憲法上安定した解決策を見いだすことはできないのかという問題が、検討されなければならない。最近の文献にさまざまな形で感じられるこのような解決策は、偶然的な慣習法に依拠するよりも、実定法の体系に根拠を求めるという長所を有している。禁止の素材の確定は記述された法によってのみ行われるが、主観的帰責の規準の領域では処罰の根拠づけのために実定法の何らかの規定があることで十分であるという、基本法一〇三条二項(明確性の原則)の解釈は、最初から排斥されるわけではない。このような論証の説得的ではあるが必然的とまではいえない法理論上の条件を考え、また原因において自由な行為

の帰責条件を精密化する必要性を考えるならば、例外モデルに基づいた法律規定を置く事が、唯一の満足のいく解決であろう。立法化は、もちろん法律主義に基づく疑問を取り除くことができるだけであり、もし例外モデルが責任主義に反するとすれば、そのような法律規定は、問題を解決するのではなく固定化することになるであろう。

## (2) 責任主義との合致

同時存在の原則は、将来の法律では放棄可能な現行法の構成部分にすぎないのか、それとも憲法に根拠を有する責任主義の帰結なのかという問題は、今日、自己有責的な激情の問題に関連して議論されているが、事情は、自己有責的な酩酊の場合も同じである。決定的な問題は、不法と責任の一致を要求する責任主義が、責任と構成要件該当行為との時間的同時存在を前提としているのか、それとも時間的構造には拘束されない機能的な関連のみを前提にしているのか、ということである。

責任と不法の時間的同時存在という場合、そこで責任が時間的に固定化されるような行為者の性質と考えるとすれば、それは、責任判断の規範的性格に合致しない。したがって問題は、責任主義が、責任非難を構成要件該当行為と時間的に一致

原因において自由な行為に関する最近の議論における構成と論拠

しない行為や結果に基づいても根拠づけることを禁止しているか否か、ということでのみありうる。規範的責任概念からすれば、そのような禁止がアプリアリに前提とされるわけではない。しかも問題は、そのような構成が可能か否かではなく、それが実質的に根拠づけられうるか、またどのような条件の下で根拠づけられうるかである。弁識・制御能力は問題となっている行為に向けられてこそ意味があるのであり、このこと自体は、例外モデルによって影響を受けない。このモデルでは、一定の条件の下に行為時における弁識・制御無能力にもかかわらず責任非難がなされるからである。弁識・制御能力を先置することではなく、責任非難の条件としてそれを放棄することが問題になっているのである。

予備行為の時の故意・過失は法律の要求する行為責任を生じさせないから、例外モデルは責任主義に反するという批判も、決定的なものではない。例外モデルで重要なものは、犯罪諸要素の構成的な移動（構成）ではなく、行為時の弁識・制御無能力にもかかわらず責任非難が根拠づけられるような条件の確定（論証）である。たしかに、故意は概念上行為の実行に際してのみ存在しうるから（刑法一六条）、例外モデルに立ちつつ、欠陥状態の設定時点における行為者の「故意」行為について語

原因において自由な行為に関する最近の議論における構成と論拠

同志社法学 四五卷五号

二二四 (九五二)

るのは、不正確である。正確には、問題は、欠陥状態惹起の時点における故意は故意責任を基礎づけることができるかということではなく、弁識・制御無能力の状態で故意的に行われた行為につき、この状態をこの行為を行う意図で意識的に惹起した場合に、行為者を有責とすることが正当化されるような帰責規準を根拠づけることができるかということである。

原因において自由な行為の場合における責任の前倒しの問題を解決する道は、概念的・構成的な論拠ではなく、むしろ一般的な帰責規準および帰責諸原理の定式化と根拠づけにある。アルトゥール・カウフマンは、解釈学的な目的構成の構築に対するその批判によって、他の諸点においてと同様に、ここでも正しい道を指し示してきたのである。