

# 博士学位論文審査要旨

2008年2月18日

論文題目：原因において自由な行為—韓国と日本の議論を中心に—

学位申請者：洪 太錫

審査委員：

主査：法学研究科 教授 瀬川 晃

副査：法学研究科 教授 松原 久利

副査：法学研究科 兼担教授 十河 太朗

要旨：本論文は、「原因において自由な行為」について、責任主義と罪刑法定主義の調和が求められることを前提として、その処罰根拠、成立要件・範囲を検討したうえで、適正な処罰範囲を画するために、韓国・日本・ドイツの学説・判例・立法の比較検討を通じて、あるべき理論構成を追求したものです。本論文のオリジナリティは、第1に、韓国、日本、ドイツを中心に、この問題について異なる立法上の対応がなされている諸外国における学説・判例・立法の状況を、多数の文献資料を用いて比較検討している点にあります。これは、特にわが国においては従来あまり見られなかった貴重な比較法的研究として意義が認められます。第2に、原因行為と結果行為という二段階構造を有するとされる原因において自由な行為について、原因行為＝意思決定行為から始まる犯罪意思が結果行為＝意思実現行為にまでつながっているとの観点から、全体を、責任無能力(限定責任能力)状態を利用する犯罪行為という意思的関連による一体の行為として把握し、可罰性の根拠をそこに求める意思的関連説という新たな理論構成を展開する理論的新規性にあります。これにより、行為と責任能力の同時存在の原則の要件を充足すると同時に、結果行為の開始時に実行の着手時期を求めることができ、責任主義の貫徹と罪刑法定主義の要請との調和が図られることになるという点で、理論的意義が認められます。第3に、この理論構成を、実際上の問題解決のために必要な犯罪成立要件論、さらに立法論にまで及んで展開する点です。意思的連関という可罰性の根拠から、原因において自由な行為について故意犯が成立するためには、原因行為時および結果行為時に同一の故意があることが必要であり、これは、結果行為が限定責任能力の場合、実行行為の途中で責任無能力・限定責任能力になった場合にも適用でき、錯誤が生じた場合には、法定的符合説の考え方を応用して解決することができることとなります。さらに、適正な処罰範囲を画するためには立法が必要であるとして、責任無能力と限定責任能力、故意犯と過失犯を区別した立法が提案されます。これらの点で、実践的な意義が認められます。

以上のように、本論文は、原因において自由な行為の理論構造の解明から、その処罰根拠を明確にして、比較法的研究を踏まえて、犯罪成立要件、立法に至るまでの実際上の問題解決を目指している点で特筆に値するものといえます。よって、本論文は、博士(法学)(同志社大学)の学位論文として十分な価値を有するものと認める。

## 総合試験結果の要旨

2008年2月18日

論文題目： 原因において自由な行為—韓国と日本の議論を中心に—

学位申請者： 洪 太錫

審査委員：

主 査： 法学研究科 教授 瀬川 晃

副 査： 法学研究科 教授 松原 久利

副 査： 法学研究科 兼担教授 十河 太朗

要 旨：

審査委員は、2008年1月25日、午後8時から9時30分まで、博遠館322番教室で口述試問を行った。学位請求者は、本論文の問題意識をはじめ内容および関連事項に関する多岐にわたる質疑に対して、終始的確な応答を行い、当該分野ならびに関連領域に関する専門知識を十分に有するとともに、高度な学術的考察力を備えていることを示した。また、申請者は、本論文の執筆にあたり、外国文献として、ドイツ語および英語の文献を多数資料として用いており、両国語の能力を十分に備えていると判断した。

よって、総合試験の結果は合格であると認める。

## 博士學位論文要旨

論文題目：原因において自由な行為—韓国と日本の議論を中心に—  
氏名：洪太錫(ホンテソク)

### 要旨：

本稿はその性質上、処罰要求の強い原因において自由な行為を韓国と日本の議論を踏まえ、正当性の問題を克服するための試論として、両国の刑法の下で可罰性を確保しながら、同行為の理論構成をいかにすべきかを一度同じ舞台に並べ、それぞれの理論構成を整理したうえで、あるべき理論構成はどのようなものかを考察したものである。

原因において自由な行為の問題は、責任能力に関する問題として、行為者が有責に行為する能力が備わっていない場合に、その行為者を法的に非難することができず、責任は阻却されるが、このように責任非難のために要件とされる行為者の能力を「責任能力」といい、現代刑法は実行行為時に責任能力が存在することを要する。したがって、構成要件的结果を直接惹起する行為の時点で心神喪失であれば、処罰しえないことになる。しかし、犯罪的結果を避けたいにもかかわらず、みずから飲酒行為などにより心神喪失状態を惹起し、その状態で構成要件的结果を惹起した場合にまで処罰しえないとするのは、不合理であろう。そこで、そのような場合に構成要件的结果を惹起したことについて完全な責任を問う法理が追求されてきた。直接結果を惹起した行為においては責任能力がなく、自由でないとしても、その原因となった行為にまで遡れば、構成要件該当事実を生じさせたことについて完全な責任を問うるのではないかが問題とされてきたのである。こうした完全な責任を問うための法的構成を「原因において自由な行為(Actio libera in causa)」という。

刑法上、責任能力は実行行為のときに存することを要する。実行行為以前に責任能力があっても実行行為のときに責任能力がなければ、刑事責任を問うことはできない。また、実行行為時に責任能力がなかったときは、たとえ実行行為終了後に責任能力が回復しても刑事責任は問えない。これに対して、実行行為のときに責任能力があれば、その前後において責任能力がなかったとしても、刑事責任を問うことができる。

現代刑法は、責任主義の下で責任能力は実行行為時に存在しなければならないとし、行為時に責任能力があるからこそ、その行為について非難ができると考えられてきた。このように犯罪実行のとき、責任能力を有していなければ、処罰の対象にならないという原則を「行為と責任能力の同時存在の原則」という。

しかし、原因において自由な行為を利用した場合、同時存在原則を貫くと、原因行為時の故意または過失により法益侵害という結果が発生したにもかかわらず、結果行為時に責任無能力状態ないし限定責任能力状態であったから、行為者に責任を問えない。

しかし、責任無能力状態で行為をしたが、犯罪行為を招いた原因行為をみずからの意思のうへ惹起したのだから、当該実行に対し責任を問うべきであり、日々増えていく酩酊状態を利用した犯罪に対応するためにも(刑事政策的面)同行為は処罰すべきであろう。そこで、このような場合には責任能力のある者として刑事責任を肯定しようとする理論が登場したが、これが「原因において自由な行為の理論」である。すなわち、同行為の理論は、無罪とすべき場合を処罰の必要性を要求する観点から無罪としないための理論であるといえよう。

今日、同行為の可罰性の根拠に関しては種々の見解が争っているが、本稿はあるべき理論構成

を探るため、韓国・日本の法的理論を比較・検討したものととして、主な内容は次のようである。

1) 原因において自由な行為はその構造上、「原因行為」と「結果行為」という二つの行為に分けられるが、同行為を全体的に捉えると、原因において自由な「行為」という一つの犯罪行為である。本稿での主な論点は、このような二重的行為構造をいかに解し、いかなる要件下でその責任を問うのかの問題であった。

韓国と日本の多くの研究者は同行為を肯定し、種々の解決案を通じて可罰性を確保してきた。まず、韓国の場合、以前は原因行為時説が多くの研究者から支持を得たが、最近では原因行為と実行行為との不可分的関連説が多数の支持を得て多数説を占めている。一方、日本の場合、以前は間接正犯類似説が多数説であったが、最近では同時存在原則修正説が多くの支持を得ている状況の中、二元説を支持する見解も多少見えている。

本稿は、新たな見解に基づき同行為の可罰性の根拠を求めてみた。同行為は、責任能力のない状態を招こうとする原因行為があり、このような状態を利用する行為が行われるときこそ、原因において自由な行為が成立し、その処罰は、高い行為反価値や非難可能性があるため、責任が阻却されず、責任能力者の行為のように扱われる。このような原因において自由な行為は、責任無能力または限定責任能力における犯罪への「統一的状態性」すなわち、意思決定行為（原因行為）と意思実現行為（結果行為）との「意思のつながり」に可罰性の根拠が求められると解した。仮に、犯罪への故意を有し（または不注意により）責任能力のない状態に陥れる（あるいは陥る）原因行為自体がなければ、原因において自由な行為の理論を適用する余地はないだろう。そこで、このような意思決定行為から始まる意思（犯意）が意思実現行為までつながっている点にその可罰性の根拠が求められると解した。

原因において自由な行為の理論は、ドイツで酩酊犯罪を処罰するにおいて生ずる問題点を解消するために生まれた法理として、有責な因果過程の開始から始まった原因行為により、その状態を利用して行われた犯罪行為を処罰するための法的理論であることから鑑みると、意思決定行為があり、この行為による犯意が意思実現行為までつながる「意思の関連性」にその処罰の根拠があると思われ、いわゆる「意思的関連説」を述べた。

また、「同時存在の原則」と関連しては、同時存在の原則を堅持する本稿の立場から、原因において自由な行為の場合、一般に原因行為と結果行為という二つの行為に分けて説明されているが、本稿の「意思的関連」の観点から、同行為は全体的に一つの意思（犯罪意思）による一つの行為とみることができると解した。同行為の外観は、原因行為と結果行為により構成されるが、行為を全体的にみれば、「責任無能力を利用する犯罪行為」という一つの意思的関連による一つの行為と見ることができると解した。よって、犯罪行為は責任能力を有している原因行為から始まり、この時にはすでに責任能力が認められ、同時存在原則は充たされるとみた。

2) 韓・日の刑法は、故意犯を原則として処罰し、過失犯の場合は、処罰規定を定めている場合に限り処罰している。このような両国の刑法体系からみれば、故意犯と過失犯との分類は処罰において大きな意味を持つといえよう。このように犯罪類型においては大きく故意犯と過失犯とに分けているのであるが、韓国では以前から原因において自由な行為の類型を分ける根拠として、いわゆる故意・過失による「組み合わせ説」が議論されている。これは「二重の故意」・「危険発生の予見の有無」などにより原因において自由な行為の類型を分ける方法として二つの見解に分けられ、活発に議論されている論点である。

まず、4組み合わせ説は、原因行為時の行為者の故意の有無を基準にして、原因行為のときや結果行為のとき、故意を有していれば故意の原因において自由な行為が成立するとみる。すなわ

ち、原因行為時に「二重の故意」を有していれば、故意の原因において自由な行為が成立するとし、「二重の故意」が認められない場合には、過失の原因において自由な行為が成立するとみる見解である。

一方、8組み合わせ説では、危険発生の予見も要求し、心神障害の惹起および実行行為に故意を有しているとき、故意犯が成立するとみて、いわゆる「三重の故意」を要求する。すなわち、結果行為が過失でなされる場合、原因行為が故意による行為であっても、過失の原因において自由な行為が成立するとし、故意犯が成立するためには、「三重の故意」を要求する見解である。

今日は4組み合わせ説が通説であるが、故意の「三重的関連」を要する見解から8組み合わせ説を支持する見解も見える。この8組み合わせ説を主張する見解によれば、原因において自由な行為の構造的特性も明らかになるし、現行刑法の規定（第10条3項）からみても8組み合わせ説が解釈上、同行為の類型を区別するにおいて最も根拠付けうる見解である。しかし、現実的に将来行う犯罪の危険発生の予見まで要求するのは、実際に法律を適用する過程において大変きびしいし、この見解を採る場合、結局三重的故意を要する結果となり、故意犯の成立範囲がさらに狭まる恐れがあるから、4組み合わせ説を支持した。

このような類型論に基づき、故意犯が成立するためには、いわゆる「二重の故意」が必要であるかについて見解の争いがある。一般に故意犯が成立するためには、実行行為のとき、故意を有することを要するが、先に述べたように、原因において自由な行為は、一般犯罪行為とは違う構造を持っている。すなわち全体的には一つの行為と言いつつ、責任能力のない状態を招く原因行為とこの状態で犯罪を行う実行行為という「二重的行為構造」を持つ。一般の故意犯のように実行行為のとき、故意を有することを要求するのは同様であるが、ここでの問題は、実行行為とは言えない責任無能力の状態に陥れる原因行為に故意を要求することができるのかにある。この問題については、同行為の「二重的構造」から考える必要があると思われる。すなわち原因において自由な行為が成立するためには、故意または過失による責任無能力状態を招く原因行為があるからこそ、同行為が成立することができると思われるが、この故意による原因行為がなく、故意による結果行為だけで故意犯が成立するとみるのは、同行為の「二重的行為の構造」を看過することであると言わざるえない。この「二重的行為」の構造からみて、原因行為と結果行為に故意を有するとき、故意の原因において自由な行為を認めうると解した。

一方、日本においても故意犯のケースを連続型と非連続型に分けて考察する見解が有力であり、判例は、非連続型の場合、原因行為時に過失が認められる限り過失犯としての完全な責任を問うことは可能であると判示している。

このように韓・日が故意犯の要件として二重の故意を要する見解が有力である点では同様であるが、二重の故意の意味においては相違する点があった。すなわち、韓国は原因行為と結果行為に対する各々の故意を意味するのに対し、日本の場合は結果についての故意（認識・認容）と自己が責任無能力の状態に陥ることについての故意（認識・認容）を意味すると解する。ちなみに、韓国は原因行為時の故意は「責任無能力の惹起」についての故意を意味しているのに対し、日本は「責任無能力になる」ことについての故意を意味する。さらに、結果行為時の故意においては、韓国は結果「行為」についての故意を意味するのに対し、日本は「結果」についての認識・認容を意味し、このように両国の間ではその解釈において微妙な差異があった。

3) 原因において自由な行為の問題は、可罰性の問題以外にも種々の問題が議論されているが、まず、実行の着手時期について検討した。

従来は、原因行為時に実行の着手があるとみる見解が多く支持を得た。しかし、実行の着手というのは、結果発生の現実的危険を惹起したか否かが基準となり、その危険を現実的に招いた時

点を基準に捉えるべきである。すなわち、客観的に構成要件に該当する行為がなければ論じられないものである。このように実行の着手時期は、犯罪者が実際に構成要件に該当する行為（傷害、強盗、殺人など）を行う時点を基準に論じるべきであると思い、実際に犯罪行為が行われた結果行為に実行の着手を認めるべきであると解した。

第2に、原因行為によって惹起された精神の障害が心神喪失ではなく、心神耗弱であった場合にも同じく完全な責任を問うるかについて検討した。限定責任能力状態の場合は、限定ながらも責任能力が存在し、本来なら法益侵害行為を回避すべきであるにもかかわらず、あえてこれを容認していることから考えてみれば、過失犯の場合においては議論の余地はあるものの、故意犯の場合においては限定責任能力状態の方が責任無能力状態より犯罪実現の蓋然性が高いと言える。また、実際に限定責任能力を利用した場合が多い点、および限定責任能力の状態が責任能力を認めやすいのである。

このような点から、限定責任能力の状態は責任無能力の状態と比べて、強い非難を可能にこそすれ、必要的減輕を認める理由はないし、心神耗弱状態で行われたということで、必ず刑の減輕という恩典にあずかるというのでは、法律的公平にも反すると思い、限定責任能力の場合も同行為の理論を適用すべきであると解した。

第3に、実行行為途中に心神喪失・心神耗弱状態になった場合に原因において自由な行為の理論が適用できるかについて検討を行った。この問題は、実行行為を完了した時点では責任能力がなかったが、実行行為を着手した時点では責任能力が認められるから、完全な責任能力者の行為として認めうるかにある。

この問題については、実行行為を開始した以上、原因において自由な行為ではなく、因果関係の錯誤と解する見解もあったが、実行行為途中に心神喪失・心神耗弱状態となっても完全な責任を問うると解した。すなわち、責任能力を有しているとき、実行の着手が行われたが、原因において自由な行為の原理が適用されるのは、たとえ実行の着手のときは責任能力を有していたが、行為途中に責任無能力の状態となり、そういう状態で犯罪が行われ、犯罪を終了した点、また、行為途中に責任無能力状態となった理由は原因行為にあるから、この原因行為により犯罪が終了した点に責任を問うると思われる。

結局、この論点については本稿の立場から、原因行為を招いた時点の意思が、結果行為の時点までつながり、犯罪への意思が一貫されているとみられるから、行為の途中に心神喪失または心神耗弱状態に陥っても原因において自由な行為の法理が適用されうると解した。

第4に、原因行為時に策定した犯罪計画と実際に発生した犯罪結果が一致しない場合、この問題をいかに解すべきかについて検討を加えた。この問題は同行為における錯誤があった場合の問題として、原因行為のときに有していた主観的認識と実際に発生した結果が不一致する場合、こういう場合も原因において自由な行為の理論が適用できるかの論点である。

これは二つの類型に分けて考えることができる。第1に、原因行為時の故意と結果行為時の故意が一致しない場合、第2に、結果行為時の故意と実際に生じた結果が一致しない場合である。まず、第1の場合は、錯誤論で多数説である法定的符合説の考えを応用して、「およそ人を殺す」という点で意思の連続性が認められれば、完全な責任を問うるとし、第2の場合は、いずれの学説の立場でも通常の錯誤論の問題として処理できると解した。すなわち、韓・日の通説である法定的符合説では、甲という人を殺そうとして乙という人を殺したのだから、故意は阻却されないことになる。

本稿の意思関連的観点から見ると、例えば、原因行為時には甲に対する殺人故意を有していたが、責任無能力状態で乙を殺した場合、たとえ責任無能力の状態により錯誤に陥り思ったとおりの結果が生じなくとも殺人故意という意思の面がつながっているから、殺人罪の既遂として処罰

することができると思われる。このように錯誤があった場合にも原因において自由な行為による罪責を問うると解した。

4) 最後に、韓国の現行法と日本の立法論について検討を加えた。同行為について明文に規定している韓国であるが、解釈上種々の問題点が提起されており、その解釈上生ずる問題の解決のために新たな修正案を提示してみた。法的安定性・罪刑法定主義のため、責任無能力の条項と限定責任能力の条項に分け、その類型（故意・過失）によって修正案を提示した。特に、故意犯の場合は、いわゆる「二重の故意」を要することにして故意犯の要件を明らかにした。

法律というのは、その規定が曖昧であれば、解釈上争いがあり、法的安定性からもよくない。提示した修正案は、少し複雑な感じもあるが、修正案のように規定すれば、原因において自由な行為に関する規定における解釈上の問題はこれ以上生じないと思う。一方、原因において自由な行為に関する規定を定めていない日本の場合は、判例を通じて処罰はしているが、成文の規定のない行為を処罰することは、近代刑法の根本原則に反するおそれがある。すなわち現代刑法は、罪刑法定主義を基にして何か犯罪となるかを明確に国民に予告することを要し、自己の行為が処罰されるかどうかについて予測できるようにしておかなければならないとするが、このような面で罪刑法定主義に反するおそれもあり、また、規定のない行為を処罰するのは、どのような行為にどのような法的効果が結びつくか予見することができるとする法的安定性の面からみても立法化について検討する必要がある。

5) 本稿は、以上のような内容で韓国・日本の議論を中心にした原因において自由な行為に関して検討を加えたものとして、あるべき理論構成および種々の問題点に近づき解決しようと試みたものである。