論　説

原因において自由な行為の法理について

對　馬　直　紀

1　はじめに
2　「構成要件の厳格性の原則」を緩やかに解する立場
3　「行為と責任の同時存在の原則」を捉え直す見解
（1）概念的行為拡張説
（2）因果的行為拡張説
4　「行為と責任の同時存在原則」と「行為制御能力」
5　むすびにかえて

1　はじめに

「原因において自由な行為」とは、行為者が故意または過失により自己を責任無能力の状態に陥れ、責任無能力状態において構成要件的結果を惹起することをいう。一方、構成要件論によれば、犯罪はまずもって「構成要件該当行為」としてあらわれる。したがって、違法性や有責性は、すべてこの構成要件該当行為に対して加えられる評価だということになる。そこで、ある犯罪について、責任非難を加えるためには、その前提としての責任能力が、「構成要件該当行為」すなわち「実行行為」時に存在しなければならないとされる。すなわち、行為者は、責任能力のある状態でおこなった「実行行為」についてのみ責任を問われ、責任能力を欠く「実行行為」に対しては、責任を問われることはないのである。これを「行為と責任の同時存在の原則」という。

原因において自由な行為においては、「結果（惹起）行為」、いいかえれば構成要件上要求されている「定型的行為」の時点では、行為者は責任無能力状態下にあり、「結果行為＝実行行為」と解するかぎり、刑法第39条により刑事責任を認めることができない。しかし、本条の適用を受けることを企図して自ら

を責任無能力状態に陥れ犯罪を遂行した場合、その者は責任能力のある状態で処罰の可能性を認めつつ犯罪を遂行した場合よりも悪質であるにもかかわらず、つねに処罰を免れることができるとすれば、社会一般の法感情に反し妥当でない[(1)]。

原因において自由な行為の法理は、このような場合であっても、刑法第39条の適用を否定し、行為者に対して完全な責任能力があるものとして完全な責任を問うための理論である。しかし、原因において自由な行為の問題は、「一方、犯罪行為と責任の同時存在を絶対要請とする近代的責任原理と、他方、罪刑法定主義の要求に基づいて罪となるべき行為の明確な限界づけを重視するいわゆる構成要件理論との相克矛盾がそこに表明されている」[(2)]とされ、「行為と責任の同時存在の原則を厳格に維持すること、および構成要件の厳格性の原則を維持すること」と「原因において自由な行為の可罰性を肯定すること」との間には矛盾があり両者は両立しないとされる[(3)]。いいかえれば、罪刑法定主義及び責任主義の原則を厳格に維持しようとするかぎり、原因において自由な行為の可罰性は肯定できないとされるのである。

かつて「行為と責任の同時存在の原則」の意義、及び是非弁別能力とともに責任能力の内容をなす「行為制御能力」の意義の分析を通じて、責任非難の対象となる「行為」を概念的に拡張する見地から、その可罰性の根拠と限界とを検討したが[(4)]、今なお、議論は帰一するところを知らない。そこでは議論が混迷しているのではなく、論者の拠って立つ犯罪論体系に根ざして、責任能力の概念（とくに意思決定能力と行為制御能力）、実行行為概念（とくに「実行行為性」と「実行の着手」概念）に関する議論の深化によって、対立図式がより

---

(1) 金澤文雄「原因において自由な行為」荘子邦雄先生古稀祝賀論文集『刑事法の思想と理論』（1991年）100頁。

(2) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（1974年）320頁。

(3) 平川宗信「原因において自由な行為」『現代刑法講座第２巻　違法と責任』（1979年）280頁。

(4) 日本刑法学会九州部会76回例会（1998年、於熊本大学）報告（「原因において自由な行為と実行行為概念」）。これについては『刑法雑誌』39巻２号366頁に簡単な要旨が掲載されている。

鮮明化するとともに複雑化しているのである。

原因において自由な行為の可罰性を肯定するためには、「構成要件の厳格性の原則」及び「行為と責任の同時存在の原則」との関係を捉え直す必要がある。本テーマに関する文献は多数に上るが、紙幅の関係上、他稿に譲ることにし、以下では、上記の観点から、故意犯における「原因において自由な行為」の法理をめぐる議論を分析してみたい。

2 「構成要件の厳格性の原則」を緩やかに解する立場

「責任能力」とは、有責に行為する能力であり、行為の違法性を弁識しそれにしたがって自己の行為を制御する能力をその内容とする。責任能力が個々の行為についての責任の前提となるものであるとすれば、それは「実行行為」時に存在することを要する。換言すれば、責任判断は、「実行行為」すなわち「構成要件該当行為」にあって、全法秩序の見地から見て許されないという性質を具備した「違法行為」について、それを「決意」した行為者を「非難」しうるかという問題となる。

しかし、「原因において自由な行為」においては、「実行行為」の時点では、行為者は責任無能力の状態下にあり、責任非難を加えることができなくなる。そこで、因果的連鎖を「結果」ないし「結果行為」と因果関係があり、責任能力のある時点での行為まで遡って考察するならば、当該結果の因果関係の起点となる行為（「因果惹起行為」）は本来的な実行行為に先行する行為としての「原因（設定）行為」に起因することになる。ここで、「実行行為と責任の同時存在の原則」を充たすためには、「原因行為」に「実行行為性」を認める必要がある。その論拠とされたのが「間接正犯との類似性」である（「間接正犯類似説」）。

団藤博士は、原因において自由な行為では、「定型説の見地からは、その原因行為が実行行為としての定型をもつことが要求される」とされ、「間接正犯と同じ論理構造をもつ」とされている[(5)]。そして、「間接正犯では他人を利用する行為が実行行為としての定型をもつかどうかが問題の要点」であったのと同

(5) 団藤重光『刑法綱要総論』〔第3版〕（1990年）161頁以下。

様に、ここでは「自己を利用する行為つまり原因行為が実行行為としての定型性を具備するかどうかが問題の要点をなす」とされる。

ただし、この定型性が認められるためには、①自己を全く弁別能力のない状態におとしいれること、つまり自己を単純な道具とすること[(6)]、②自己の弁別能力のない状態を道具として利用する行為そのものが、構成要件的定型を具備すること、の２点が必要であり、「過失犯や不作為犯については原因行為に実行行為としての定型性を認めるのが比較的容易である」が、これに反して、故意による作為犯の場合は、「たとえば泥酔中に人を殺すつもりで飲酒したばあい、飲酒行為に殺人の構成要件該当性を認めることは無理である」とされ、定型性を認めるのが困難な場合が多いとされる。

このように、同時存在の原則とともに構成要件の厳格解釈を堅持するならば、可罰性が肯定されうる場面は、完全な責任無能力状態下でおこなわれた不作為犯および過失犯に限られ、実際上、原因において自由な行為の法理を否定するものとなる。この点を回避するために、実行行為の定型性、つまり原因設定行為の構成要件該当性を緩やかに解して「実行行為」性を広く認めるならば、逆に、この立場では「実行行為の開始」と解する「実行の着手」の捉え方に困難をきたす。たとえば、植松博士は、「原因の設定から事実の実現までの全行為を犯罪行為として捉え、原因設定行為を構成要件の実現に密接した行為と理解しなければならない」とされ、「普通なら予備行為にしか当たらない行為にまで遡って、そこに実行の着手を認めることこそ、この理論の効果」であるとされているように[(7)]、「かなり遠い危険をも処罰して刑法の早すぎる介入をもたらし、個人の行動の自由を害することになる」からである[(8)]。

たしかに、原因行為を実行行為と見ることは、間接正犯や離隔犯における実行の着手論の「類推」から得られた調和的な帰結ではあるが、つとに指摘されるように、実行行為概念の弛緩をもたらすことになり妥当とはいえない。

---

(6) したがって、限定責任能力の場合は除かれる。大塚博士は、この場合、「故意ある道具」と並行的に理解しうるとする、大塚仁『刑法概説（総論）』〔第４版〕（2008年）167頁以下。

(7) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（1974年）233頁。

(8) 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（1991年）865-6頁。

3 「行為と責任の同時存在の原則」を捉え直す見解

上述の「間接正犯類似説」では、「行為と責任の同時存在の原則」において「実行行為性」を強調すればするほど、未遂犯における「実行の着手」の理解と矛盾することになる。これに対して、同時存在の原則にいう「行為」が、「実行行為」であることを要するかを問題とし、この原則を捉え直す見解が主張されている。

この観点からの問題提起を先駆的におこなったのは佐伯千仞博士である。佐伯博士は「原因において自由なる行為についても実行々為を遡らすかわりに、実行々為と責任能力との同時存在が必ずしも必要でないと考へる余地はないであらうか」とされ、「同時存在原則」の意義を修正する方向を示された。すなわち、「責任とは行為の非難可能性であり、責任能力・故意・過失はこの非難可能性の一応の推定根拠にすぎず、それが責任自体ではないのである。されば原因において自由なる行為の実行々為は無能力の時の挙動であるとしつつ、なほそれについてそれ以前の能力のあったときの行為者の意思態度に鑑みて非難可能性の有無を問ふことも一向差支へないのではあるまいか。責任と行為の同時存在といふことは果して責任原理の絶対的要請であらうか。それを疑って見るといふことも許されるのではあるまいか」とされ(9)、原因において自由な行為における原因行為と未遂行為という意味での実行行為とを切り離して、責任との同時存在原則について議論すべきことを示唆されるのである。

なるほど責任主義の見地からは、責任能力のある状態でおこなった「行為」についてのみ責任を問うことができ、責任能力を欠く「行為」に対して責任を問うことはできない。しかし、「責任」と同時に存在すべき「行為」は「実行行為」を意味するのであろうか。同時原則を充たすべき「行為」に関して、これを（1）「実行行為」ではなく「広義の行為」として概念的に拡張する説、及び、（2）「結果行為」と一定の結びつき（連関）があることを前提とした「原因行為」として因果的に拡張する（遡及させる）説が主張されている。

---

(9) 佐伯・前掲書322頁以下。

（１）概念的行為拡張説

西原春夫博士は、「責任能力は、必ずしも実行行為の当時にある必要はなく、原因設定行為をも実行行為をも包括する『行為』の当時に存在すれば足りる」とされている。すなわち、「規範的責任論の帰結としての行為責任ないし人格形成責任は結局意思責任に帰着し、責任非難は個々の行為あるいは個々の人格形成を導くところの意思決定にたいして加えられる非難として把握される」とした上で、「責任能力も、責任判断の一環である以上、意思決定との関連から免れることはできない」、「規範的責任論の立場から是非の弁別能力または弁別にしたがった行動能力を問うことに意味があるのは、当該行為者が行為に出るべく意思決定をするときである」とする。そして、行為の開始時（違法行為そのものの開始時ではなくその違法行為を含むところの行為全体の開始時）の最終的意思決定が、予備以前の行為・予備行為・実行行為を経て結果惹起にいたる行為の全体に貫かれているならば、その最終的意思決定が責任能力のある状態でなされた場合には、行為者は、その行為全体について責任能力あるものとしての責任を負うことになるとする(10)。

この見解は、「原因行為」から「結果行為」までの一連の因果経過を「特定の意思の実現過程」したがって「特定の意思決定に貫かれた一つの行為」と捉え、最終的な「意思決定時」に責任能力が存在すれば、その全体「行為」について責任を問うことができるとして、「特定の意思の（変更・撤回されていないという意味での）一貫性・連続性」に基づいて、「行為」を概念的に拡張したものであり、「実行行為」を含みうることによって、その法益侵害の危険性を根拠に可罰性を肯定するものである。

（２）因果的行為拡張説

平野龍一博士は、原因行為を実行行為とは区別した意味での正犯行為として捉え、「原因行為（正犯行為）と責任の同時存在」を問題とし、原因行為者の意思と結果行為の意思〔犯意〕の連続性から説明される。すなわち、原因にお

(10) 西原春夫「責任能力の存在時期」佐伯千仞博士還暦祝賀論文集『犯罪と刑罰（上）』（1968年）404頁以下。

いて自由な行為について、責任能力は、少なくとも原因行為時（たとえば飲酒時）に存在しなければならないとし、「この酒を飲む行為〔原因行為〕は、実行行為ではないが、正犯者を正犯者として処罰する要件となる行為であるから、これを正犯行為と呼ぶことができよう。ここでは正犯行為と実行行為とが分裂しているのである」とされた上で[11]、「原因行為と責任能力の同時存在は必要であるが、その原因行為は必ずしも未遂犯成立の要件である実行行為である必要はなく、したがって、『実行行為』と責任能力との同時存在は必ずしも必要でない」とされる。そして、原因において自由な行為は、「原因行為者の意思といわば不連続的に結果行為の意思が生じる場合」と「意思が連続している場合、すなわちはじめから殺傷の行為をする故意がある場合」の二つの形態があり、前者の場合、たとえば、酩酊という生理的過程を通じて殺傷の犯意が生じるであろうことを予想してこれを利用する意思はあるが、自ら殺傷行為をはじめからする意思は持っていない場合には、「酩酊状態・中毒状態になると、暴行・殺人の犯意を生じるであろうかどうかは、かなり偶然の事情に左右される」から、「犯意の発生と飲酒行為〔原因行為〕との間に相当因果関係があるとは言い難い」が、後者の場合、殺傷行為をするについて勇気づけのため酒を飲み計画どおりの行為をして相手を殺傷したが、殺傷行為の時には酔がまわって、責任無能力あるいは限定責任能力であった場合には、「責任能力の状態での犯意がそのまま実現されたときは、実行行為の時に責任能力がなくとも、発生した結果について責任を問うことができる」とされる[12]。ここでは、原因行為時の意思と結果行為時の意思の「連続性」を考慮して、それが非連続的であった場合には、結果行為が「偶然に左右される新たな意思の生起」に基づいてなされているがゆえに、原因行為との間に相当因果関係が認められず、したがって、発生した結果と原因行為との間には「因果的連関」に欠けるため、完全な責任を負わせられないとされているのである。

この因果的連関に関して、法益侵害結果から遡及的に「行為」を措定する考

---

(11) 平野龍一「正犯と実行」前掲『犯罪と刑罰（上）』455頁、同『犯罪論の諸問題（上）』（1981年）129頁。

(12) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）303頁以下。

え方が山口厚教授によって主張されている[13]。すなわち、因果関係の始点としての「実行行為」に要求される―「相当性」の内容としての―結果発生の危険性は、未遂犯成立のために必要とされる結果発生の具体的危険とは異なったものであり、同一でなければならないとする理由はないとして、責任との同時存在が要求される「行為」は、それ自体が未遂の成立を肯定しうる「実行行為」である必要はなく、法益侵害・危険という「結果」と相当因果関係に立つ行為であればよいとされた上で、原因行為と結果行為・結果との間に犯罪の成立要件として要求される因果連関、責任連関が認められるかぎりにおいて、結果惹起についての犯罪の成立を肯定することができ、完全な責任を問い得るとされる。

ここで、因果連関については、まず、原因行為と結果との間の条件関係、及び相当因果関係の存否が問題とされ、さらに、なぜ結果を生じさせた結果行為以前に遡り、原因行為について構成要件該当結果との間の因果連関を肯定しうるか、「遡及禁止」による遮断効の有無が問題とされる。

他方、責任連関については、原因行為時に構成要件該当事実の認識・予見としての故意が必要であるとされる。さらに、後の自己による有責な故意行為（結果行為）を予定ないし留保している行為（原因行為）については、因果連関の認識が欠けて故意が認められないので、その場合、自己の結果行為が心神喪失状態でおこなわれることを認識・予見していたことが必要であるとされ、いわゆる「二重の故意」を要するとされる。

遡及禁止論は、原因において自由な行為の場合に、法益侵害結果の発生から、結果行為を介在して、客観的には結果に至る「危険の現実化の過程」を、主観的には法益侵害「意思の実現過程」を回顧的に観察し、相当性の範囲内で

（13）山口厚「原因において自由な行為について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第2巻』（1984年）162頁以下、同「原因において自由な行為」『月刊法学教室』191号（1996年）50頁以下、同『問題探求刑法総論』（1998年）198頁以下、同「原因において自由な行為―遡及禁止論の立場から」『現代刑事法』20号（2000年）32頁以下、同「原因において自由な行為」『理論刑法学の最前線』（2001年）143頁以下、同「実行行為と責任非難」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻』（2007年）218頁以下。

の因果的連鎖があり、意思の連続性・（二重の故意を介しての）連結性があれば、原因行為に因果的に遡及することができ、完全な責任を問えるとするものである。

4　「行為と責任の同時存在原則」と「行為制御能力」

「是非弁別能力」とともに責任能力の内容をなす「行為制御能力」は、「行為の同時的コントロール」を意味するものであろうか。

上述した西原博士の見解に対して、責任能力の意思決定に関する面だけを過当に強調するものと評せざるをえない。責任能力の、行動を制御する能力の面を考えるときは、実行行為そのものの時に責任能力を欠くことは、きわめて重要な意味をもつはずであり、その点を軽視する責任能力の意思主義的理解であるとする批判がある(14)。すなわち、「実行行為の時に責任能力がなくても意思決定の時に責任能力があれば、非難可能性を認めることはできよう。したがって、立法的にかような解決をすることが責任主義に反するとはいえない。しかし、実行行為の時に責任能力があったばあいと、かようなばあいとを簡単に同視するわけには行かないのであり、換言すれば、解釈論として、実行行為時ではなく行為開始時に責任能力があれば足りるとはいえないのである」。責任能力は実行行為のあいだ中存在していなければならないのである。「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―したがって、たとえば、実行を中止しようとすれば可能であるのにもかかわらず、あえて―これを遂行するばあいと、実行行為の時には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、はっきりとした差異がある」のであり、立法的解決を要するものであるとされるのである。また、平川宗信教授は、「責任能力は、行為に対する事前のコントロールの問題ではなく、行為に対する同時的コントロールの問題である。意思決定に対するコントロールすなわち事前のコントロールがあるにすぎない場合を同時的コントロールがある場合と『まったく同様』であるとす

(14) 団藤重光「みずから招いた精神障害」『植松正博士還暦祝賀　刑法と科学　法律編』（1971年）241-2頁。

ることはできない」とされる[15][16]。

なるほど責任能力を心理学的観点から見ると、行為遂行過程に対する同時的コントロールという観点にも重要な意義があるといえる。刑法規範は、行為規範として、法益保護のために違法行為をしないように行為者に決意（意思決定）することを義務づける（適法行為を決意することを命令する）。責任は、答責主体としての人格の存在を前提とし、その人格に対して、具体的な行為状況のもとにおいて適法行為の決意が可能であったにもかかわらず違法行為を決意した、その義務違反を理由にして「責任」非難が加えられるのである。このことは予備―未遂―既遂（結果発生）に至る発展段階に応じて、それぞれの行為を違法と評価し、そのような違法行為をしないように行為者に決意（意思決定）することを義務づけるともいえるからである[17]。

しかし、「自己の行為の違法性を意識し、その結果正常な制止を生じて、そのような行為をしないように自己を統御することができるのが責任能力にほかならない」[18]のである。換言すれば、行為制御能力とは、行為を「事実的なものとして」時系列的・自然的に捉え、最後まで同時的にコントロールする能力、すなわち、犯罪遂行（ないし中止）能力ではなく、そうした答責的な違法行為に出ないための能力である。

（15）平川・前掲論文283頁、なお、同「原因において自由な行為―否定説と立法的解決の提案」前掲『現代刑事法』20号39頁参照。

（16）そもそも原因行為と結果行為の二段構えの構成をとる間接正犯類似説であれば、原因行為時の行為制御能力について「事前の」コントロールといいえようが、両者を含めた「広義の行為」として把握する立場では、原因行為と結果行為とを規範的に捉えて、包括した「行為」の当時に、行為制御能力が存在すれば足りると解するのであるから、この場合の行為制御能力について事前のコントロールと解することには誤導がある。

（17）野村教授によれば、刑法規範は、行為者の行為の遂行段階に応じて、犯罪避止義務―犯罪中止義務―結果発生防止義務を課すものとして理解する。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）5頁。

（18）団藤・前掲書280頁。

「非難可能性」を基礎とする規範的責任論の観点から見ると、責任は違法行為（不法）に対する決意の心理学的契機の中にではなく、その決意の精神的な契機の中に存する。責任は「反価値への意識的決意」たる違法行為の決意であり、規範的責任の存否を判断するにあたって、違法行為の決意を考慮に入れることこそが責任の実体に適合すると考えられるのである[19]。

また、西原博士が「規範的責任論の立場から是非の弁別能力または弁別にしたがった行動能力を問うことに意味があるのは、当該行為者が行為に出るべく意思決定をするときである」として、違法行為への最終的意思決定の時点を「原因行為の開始時」と解する点について、平川教授は、「行為を発生させる意思はまさに行為の瞬間のものであり、その時決定したものである。責任能力者も行為能力をもち、意思決定をすることができる。ただそれが正常な人格的コントロールのもとにないというにすぎない。原因において自由な行為の場合も、最終的意思決定はやはり結果行為の時に責任無能力状態でなされているとみるほかない」とされる[20]。

さらに田中圭二教授は、「一般に、『自制能力』の有無・程度の評価にとって重要な精神状態は、当の犯行を実行しようとする欲求と、それを抑制しようとする作用との葛藤であろう（かりに、このような葛藤を心的緊張と呼ぶことにしよう）。精神状態は…刻々と変化しており、とくに心的緊張の変化は、いちじるしいようである。したがって、当の犯行を実行するか、あるいは、思いとどまるかについての心的緊張でも、当の実行着手時におけるそれと、実行の着手から時間的にさかのぼった段階（たとえば予備行為時）におけるそれ（つまり、これから先の時点で当の犯行を実行するか否かを右の段階で考えることによって、その時に生ずる心的緊張）とでは、質や程度が異なっている。実行着手時の心的緊張は、…おおくのばあい、高度に達している」。したがって、実行着手時における当の犯行と直結した具体的な心的緊張の下でなされた意思決定こそが、最終的意思決定といえるのではなかろうか、とされ、これを前提に、「通常、実行着手時の最終的意思決定によって実行行為が開始され、その

---

(19) 川端博「原因において自由な行為について」『明治大学社会科学研究所紀要』31巻2号（1993年）102-3頁、同『刑法総論講義』〔第3版〕（2013年）434頁。

(20) 平川・前掲論文283-4頁。

実行行為は、かような意思決定の内容にしたがって、あるいは、その内容の範囲内で、なされ、終了する。このように、最終的な意思は、実行行為を貫いているのである。したがって、法の決定規範の面からなされる否定的価値判断としての責任判断にとって重要な点は、その最終的意思決定が自由になされたか否か、という点であろう。責任能力は、まさに、その時点において、それが自由になされたか否かを決する資料の一つである」とされる[21]。

この点については、次のように理解できる。たしかに、責任無能力状態での意思決定は存在しうる。しかし、原因において自由な行為の場合、責任無能力時における決意は積極的なものではなくて、当初なされた決意を継続して遂行するか（「強化」）、それを放棄するか（「放棄」）という形での消極的決定にすぎない[22]。

また、行為論との関係でいえば、「有意行為論」は「意思」（行為意思）の「存在」とその「内容」とを分離し、構成要件的結果の表象と意欲（実現意思）といった意思の内容を故意（責任）に分属し、他方、ここでの「意思（の存在）」はたんなる外部的動作及び結果を惹き起こす内的・心理的原因、行為への起因力・契機という意味での「決意」として把握されるにすぎない。

これに対して、構成要件的有意行為論[23]は意思の存在と内容を分離せず、構成要件の次元で「故意」（または「過失」）として把握することから、ここでの「決意」は「意思形成過程を含めた実現意思」である。上述したように、責任は「反価値への意識的決意」たる違法行為の決意であり、原因において自由な行為の場合、積極的に違法行為の決意がなされそれに基づいて違法行為がなされた以上、そこで重視されるべき答責的な意思決定・決意は責任能力が存在したときのものである。加えて、結果行為の時点では責任能力（行為制御能力）がないため、法秩序からの違法行為をしない意思決定を義務づける契機とはなりえない。それゆえに、そのような契機となりうる最終の時点として、原因行為が問題となるのであり、その意味において、「事前のコントロール」で

---

(21) 田中圭二『酩酊と刑事責任―「自制能力」との関連で』（1984年）169頁以下。
(22) 川端「原因において自由な行為について」103頁、同『刑法総論講義』435頁。
(23) 川端・前掲書138頁。

足りるのである。そうだとすれば、意思決定規範に違反し、あえて違法行為を積極的に決意したことに対して、行為者に責任非難が向けられてよいと考えられることになる。

5　むすびにかえて

「はじめに」において述べたように、「行為と責任の同時存在の原則を厳格に維持すること（責任主義の原則）、および構成要件の厳格性の原則を維持すること（罪刑法定主義）」と「原因において自由な行為の可罰性を肯定すること」との間には矛盾がある。その可罰性を肯定するために、ストレートに同時存在原則（責任主義）の例外として可罰性を肯定する見解も主張されている。

こうした「例外モデル」と分類されている見解、「構成要件モデル」と分類されている見解を含め、原因において自由な行為の可罰性は、様々な観点から論じられているが、本稿は、伝統的な間接正犯類似説と、その修正として「概念的行為拡張説」及び「因果的行為拡張説（遡及禁止論）」の対立図式に絞って分析した。後二者に関し、「概念的行為拡張説」は、規範に直面した行為者の視点に立った行為無価値論的な規範論的発想に基づき、「因果的行為拡張説」は法益侵害結果の発生を出発点とする結果無価値論的な因果的発想に基づいているといえる。

ここで、本稿は刑法規範の性格を以下のように解し[24]、上述の「概念的行為拡張説」を支持したい。

刑法規範は第１次的には評価規範・決定規範である。つまり、刑法は、まず、ある行為が刑法の見地から価値適合的であるかどうかを評価し、価値適合的でない行為を違法行為と決定するのである。

行為に対する評価という点では、構成要件該当性判断も違法性（違法性阻却）判断もまったく同じであり、前者が抽象的判断であるのに対して後者は具体的判断であるという点に相違が存する。構成要件該当性は、価値衝突のない通常の場合における法益侵害行為に対する否定的評価を意味する。いいかえると、それは一方的な法益侵害行為を「一般的に」違法であると宣言することに

(24) 川端・前掲書291頁以下。

よって「抽象的な」判断を示しているのである。

違法性の判断において問題となるのは、あくまでも法益侵害行為に対する評価である。「行為」に対する評価を扱うのであるから、ここでの規範の名宛人は一般人であって、けっして当の具体的行為者ではない。すなわち、具体的な法益衝突状況において、一定の法益侵害行為が反価値的であるかどうかを判断することによって、刑法は一般人に対して「行為規準」を提示するのである。

このような一般人を対象とする決定機能・評価機能としての性格の次元（すなわち、構成要件該当性・違法性の次元）においては、法規範はまだ「命令」としての性格をおびておらず、一定の法益侵害行為が法秩序の見地から否定的評価をうけることを明確にしたにとどまる。いいかえると、「一定の法益侵害行為がなされれば一定の刑で処せられるべきである」ことを「命令」する機能は「責任」の次元で認められる。つまり、刑法には「命令」規範としての側面も存するのである。

刑法規範は、たんに評価規範・決定規範であることに尽きるのではなく、第2次的に義務規範・命令規範でもある。刑法は、行為者によって遵守されなければ価値保全機能をはたし得ない。構成要件該当性・違法性を有する違法行為をしないように決意することを義務づける（いいかえると、適法行為を決意することを命令する）ことによって刑法は、その義務違反を理由にして具体的な行為者に対して責任非難を追及できるのである。責任は、答責主体としての人格の存在を前提とし、その人格に対して、具体的な行為状況のもとにおいて適法行為の決意が可能であったにもかかわらず違法行為を決意したことを理由にして「責任」非難が加えられるのである。責任非難の根本は、価値によって基礎づけられた遵守義務を侵害する点にある。評価規範を前提にして、その評価に適合するように行動することを刑法が命ずることによって、遵守義務が生じ、その義務違反が有責性の内容をなすことになる。

さらに違法性は、「行為」が法秩序の見地から具体的・実質的に許されないという価値判断を意味し、有責性（責任）は、違法行為をおこなった「行為者の意思形成」に対する非難可能性を意味する。責任「非難」の根本的特徴は、実際に遂行された違法行為を根拠にして要求される「応答」として具体的な「行為者」に向けられる点にある。いいかえると、責任の問題は当然に人格を前提としている。責任は、適法行為を決意することができ、かつ、それを決意

すべきであったにもかかわらず、その「決意」をしなかったことに対する「否定的評価」を意味する。評価規範を前提とする命令規範による「義務づけ」があってこそ、刑法は価値保護機能をまっとうできるのであるから、具体的義務づけの問題は、具体的「行為者」が「規範の名宛人」として登場してくる責任論の段階で考慮されるべきなのである。

責任の実質について、刑法における「責任」は刑罰という手段による法の立場からの非難可能性であると解される（法的責任論）。法的責任論は、非難の対象である違法行為を、法の立場から法益の侵害・危険（法秩序として是認された価値秩序の破壊）として捉える。そしてその非難の根拠は、刑法規範が一定の行為を禁止・命令することにより、行為者に対して規範に合致した意思決定の義務を課し、行為者は適法な行為の決意に出ねばならないにもかかわらず、義務に違反して適法な行為の決意に出ず、違法な行為の決意をなしたことにある。すなわち、責任は「意思の形成すなわち決意が法秩序の要請に反する」という意味での反価値性・反価値判断を意味する。違法性が「意思の実現としての行為が法秩序に反する」という意味での反価値性・反価値判断であるのに対して、責任は「実現意思の形成にいたる動機決定」についての評価なのである。

規範的責任論によれば、行為者が、義務に従って意思決定をなし得る場合にこれをしなかったこと、いいかえると、具体的事情のもとで、適法行為の決意を期待することが可能であるのに、違法行為の決意をしてはならないという法の意思決定規範の要求に反して、いいかえると、義務に違反して違法行為の決意をしたという点に責任非難の根拠が求められる[(25)]。

元来、責任能力の判断を含む責任評価は、行為者の意思決定に向けられるのであり、その意思決定は必ずしもつねに実行行為のときになされるわけではない。責任能力の判断も責任評価の一種である以上、「意思決定の時」に、その存否を問題にすべきである。したがって、ある行為が１つの意思決定によりつらぬかれ、その意思決定が責任能力ある状態でなされた場合には、行為者は、その行為全体について責任能力があるものとしての責任を負わなければならな

（25）川端・前掲書408-9頁、413頁。

い。責任主義の要請は必ずしも「実行行為」と責任との同時存在の原則を意味するのではなくて、上述のような「広義の行為」と責任の同時存在を要求するものであるといえる。