

行為概念の再定位  
—犯罪論における行為特定論の研究—

博士学位申請論文概要書

仲道 祐樹

はじめに

本稿は、同一行為者が複数行為によって法益侵害結果を惹起した場合（以下、「複数行為による結果惹起」とする。第二部においては、故意犯の場合のみを指してこの語を用いることがある）に関する諸類型における行為特定基準を明らかにすることを目的とする。

複数行為による結果惹起と呼びうる事態は、すでに大判大正 12 年 4 月 30 日刑集 2 巻 378 頁（砂吸引事件）、最決昭和 53 年 3 月 22 日刑集 32 巻 2 号 381 頁（熊撃ち事件）において現れていたが、その際、行為の個数・範囲は中心的な問題ではなかった。従来、行為の把握方法が問題となっていたのは、札幌高判昭和 40 年 3 月 20 日高刑集 18 巻 2 号 117 頁を契機とする、いわゆる段階的過失の事例群であるが、その議論は現在では、以前ほどの活発さを見せていない。

複数行為による結果惹起をめぐっては、東京高判平成 13 年 2 月 20 日判時 1756 号 162 頁（ベランダ転落死事件）、および最決平成 16 年 3 月 22 日刑集 58 巻 3 号 187 頁（クロロホルム事件）が、被告人が行った複数の行為を「一連の行為」として包括し、被告人に殺人罪を認めたのを契機に、議論が活発化した。すなわち、自然的・社会的に見れば複数の行為が存在するにもかかわらず、これを「一連の行為」として包括する根拠は何かが問題となったのである。さらに、最決平成 17 年 7 月 4 日刑集 59 巻 6 号 403 頁（シャクティ治療事件）も、作為と不作為の複合形態ではあるが、この類型に整理することが可能である。

わが国の通説は、処罰の対象となる行為（問責対象行為）の範囲を、実行行為、すなわち構成要件に該当する行為か否かによって決してきた。しかし、「実行行為」という「理論的『ブラック・ボックス』」の使用を避け、「そこに含まれる実質的な問題について検討を加えなければ」ならないとする批判が示すように、実行行為概念を主張するだけでは、問責対象行為の範囲や、一連の行為の根拠に関する問題の回答とはならない。実行行為概念の内実解明が必要となる。

わが国の近時の学説は、「一連の行為」という概念の分析を通じて、この問題にアプローチする。例えば、小野晃正は、実行行為概念を前提に、「既遂犯の実行行為が未遂犯の実行行為と異ならず、実行の着手から直接的な結果惹起までを一個の実行行為として、一定の外延をもった不可分一体な一連の行為とみる見解」を正当とする。その上で、「一連の行為」の把握にあたっては、「構成要件該当性の判断にあつては、複数の行為が予定されたり、実際上も複数の行為があった場合、行為者の主観から切り離して、一般人からみた、客観・主観両面で複数行為の関連性を検討しなければならない」とする。また、深町晋也は、一連の行為が「結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能」、あるいは「結果帰属の対象となる行為を拡張する機能」を有していることを指摘する。大久保隆志は、時間的場所的近接性や行為者の主観的意図を併せて考慮した上で、前後全ての行為を一括して認定しても、刑法 199 条にいう「人を殺した」と評価できるかどうかの問題であり、訴因構成における包括の限界について、「当該犯罪事実が構成要件該当事実と認定できるか否かが、認定

の詳細さを緩和する許容限度であろうか」とする。

これらの先行研究においては①実行行為概念の内実解明、②行為特定方法の基準構築、という2つの問題は充分に取り上げられてこなかった。本研究はこの理論的空隙を埋めるため、以下の点を課題として設定する。すなわち、第1に、実行行為という「理論的『ブラック・ボックス』」の内容を分析することにより、この概念を用いる際の思考方法を明らかにする。第2に、「一連の行為」に着目する見解が充分に取り上げてこなかった、行為の範囲を決定する基準の解明と根拠付けを行う。先行研究は、「一連の行為」の機能的側面に着目するが、本研究は、行為の特定基準を、行為概念の分析から導く点に特徴を有する。

本稿の第一部は、実行行為概念の内実解明を行う。結論として本稿は、複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定基準として、実行行為概念を用いることは困難であることを示す。

第二部では、従来「何のために議論しているのかわからない状態におちいっているとさえいえない」と評価されてきた行為概念に関する議論を素材として、故意の複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定基準を明らかにすることを目指す。ここでは、「行為の意味」という本研究全体にかかわるコンセプトを提示し、これに基づいた行為特定の理論的枠組を明らかにする。

第三部では、「行為の意味」という本稿の基本コンセプトと、回避可能性の関係を、ドイツにおける「否定的行為概念」の分析を通じて明らかにする。これにより、本稿の依拠する行為概念と不作為との関係を試論的に明らかにする。同時に、回避可能性が行為特定において果たす役割を明らかにすることで、第四部における過失行為分析の準備作業を行う。

第四部では、段階的過失の問題として議論されてきた類型を、「過失の複数行為による結果惹起」の事例群としてとらえなおし、上述した先行研究の知見を参照しつつ、本稿第二部で明らかにした行為特定論の枠組から、過失行為の特定基準を明らかにする。

## 第一部 実行行為概念の思考方法とその限界

第一部では、わが国の通説が、複数行為による結果惹起の事例群に対して用いる「実行行為」概念の思考方法を明らかにし、同時に、その限界を示すことを目的とする。

わが国に実行行為概念を導入した小野清一郎は、実行行為を「構成要件に該当する行為」と定義する。その特定は、行為と結果を含めた「構成要件的事実の人倫的・社会的意義」の直観的把握によって行われる。ここでいう「人倫的・社会的意義」の判断には、違法性・道義的責任・倫理・条理・文化規範・社会規範といった多様な要素が考慮される。

以上によれば、小野による「実行行為」の判断は、これらの多様な要素を考慮して行われる「事象全体の倫理的意味の直観的把握」によるものであることが明らかとなる。ここに「実行行為概念は不明確である」との批判を招来する淵源があることを指摘する。

小野の見解を継承した団藤重光は、「刑法の解釈・運用に世界観的な対立、価値観の対立を反映させることを避けるために、できるかぎり形式主義、論理主義的な方法で刑法の理

論構成、解釈・運用を行おうという基本的な態度」から、ある社会的事象が、問題となっている構成要件の予想する定型にあたるかどうかを判断する立場（定型説）を主張する。これに加えて団藤は、「行為者人格の主体的現実化」と定義される人格的行為論を主張する。以上の枠組から、団藤説による問責対象行為の特定は、人格的行為による行為特定と、構成要件の定型の組み合わせによって行われることが推測される。しかし、複数行為による結果惹起の事例群においては、行為の人格的意味のレベルが複数存在しうることから、行為の範囲を理論的に特定することが困難であるという点に問題が残る。

小野・団藤の見解を批判した平野龍一は、行為を「身体の動静」ととらえ、実行行為を「結果発生の『実質的で許されない危険』を持った行為」とすることから、人間の単なる身体の動静と結果との間の因果関係を判断し、結果と因果関係があることが確認された行為に、法益侵害の客観的な危険性が備わっているかを判断する。しかし、単なる身体の動静は、出来事の中で無数に存在しうるのであり、この思考方法では、行為の把握は困難となる。その原因は、平野が行為を単なる「身体の動静」ととらえるにとどまり、それが社会的にどのような意味の行為ととらえられるかを考慮していなかった点にあることを指摘する。

平野以後の実行行為概念の実質化の流れは大きく、①社会的相当性による判断、②危険性による判断、③因果性による判断に分かれる。しかし、①社会的相当性による場合、社会的に不相当な一連の出来事が行われた場合に、その全体を考察するか、複数の行為に分断して考察するか基準がさらに必要となる。②危険性による判断を行う場合、危険性判断の基準となる「行為」時がどこになるかが先決問題となるため、危険性のみによる行為特定を行うことは困難となる。③因果性による場合、因果を實在のレベルでとらえ、現実的な事象の原因を把握しようとするれば、その判断は直感的にならざるをえない点に問題が残る。以上により、いずれの見解も複数行為による結果惹起における問責対象行為特定の基準としては不十分であることを指摘する。

さらに、実行行為概念を不要とする見解に対しても、論者が因果性の判断を行う以上、少なくとも狭義の行為を把握することが必要となることを指摘する。

第一部の結論として、このような判断の混迷は、「結果」をも含めた「行為の倫理的意味」を問題とする構成要件という考え方に原因があることを指摘する。すなわち、実行行為概念を用いる思考方法の問題点は、結果とは切り離された行為の意味をどのように把握するかという観点からの検討が不十分であった点にあることを結論として提示する。

## 第二部 故意行為の構造と複数行為による結果惹起

第二部は、行為概念に関する諸見解を、「行為の意味」という観点から改めて検討し、そこから、同一行為者の複数行為による結果惹起における故意犯の問責対象行為の特定基準を得ることを目的とする。この目的を達成するため、第二部では、従来の行為概念に関する議論を、行為の意味の把握という観点から再検討する。

因果的行為論は、行為の意味を意識的に考慮しない見解であり、この観点からの行為把握は困難であることを指摘する。

行為の意味を問題とする見解として、目的的行為論、社会的行為論、人格的行為論がある。その分析から、行為の意味には2種類の方法があることを指摘する。すなわち、目的的行為論に代表される、行為者の主観的な意味付け（行為者の「与えた意味」）を重視するものと、社会的行為論に代表される結果による社会的意味付け（行為が「及ぼした意味」）を重視するものがこれである。行為特定は、結果が帰属すべき行為を確定するために行われるものであることから、行為特定の場面では、結果による社会的意味付けではなく、行為者の主観的な意味付けを重視すべきであることを示す。

もっとも、行為者の主観は様々なレベルで記述可能であるから、いかなるレベルの行為記述を重要なものとなすかが問題となる。本稿は、刑法の機能を法益保護に求め、そのために一定の行為を禁止する規範による行動コントロールというコンセプトから、行為規範に違反する行為という基準を導出する。さらに、規範が人の意思に働きかけて、一定の犯罪を禁止するものであることから、結論として、刑法上の処罰の対象となる行為の基準は、「法益侵害を志向する行為意思」であり、その連続性の範囲で「一連の行為」が肯定されることを示す。

その上で、ベランダ転落死事件については、殺意の連続性から「一連の行為」を基礎付けた東京高裁の理論構成が妥当であること、クロロホルム事件については、第1行為と第2行為の間に死亡結果が発生したという事情から、現実に行われた複数行為を「一連の行為」と見る根拠は存在せず、最高裁が言及した「一連の行為」は、計画上の一連性を意味するものであることを示す。また、シャクティ治療事件についても、第一審判決が第1行為時点で故意を認めた上で「一連の行為」を認めたのは本稿の基準から説明することが可能であり、控訴審以降、第1行為が処罰対象から外されたのは、その時点での故意の立証ができなかったことによるとの認識を示す。

### 第三部 行為概念と回避可能性の関係

第三部は、行為性判断と回避可能性の判断の関係を明らかにすることを目的とする。わが国では近時、行為の判断にあたり、回避可能性に言及する論者が現れている。しかし、その理論的根拠は明らかではない。これに対してドイツでは、行為を「回避可能な不回避」と定義する否定的行為論が有力な論者によって主張されている。第三部では、否定的行為論の代表的論者である、ロルフ・ディートリッヒ・ヘルツベルク (Rolf Dietrich Herzberg)、ハンス・ヨアヒム・ベーレント (Hans-Joachim Behrendt)、ギュンター・ヤコブス (Günther Jakobs) の見解と、これに対するドイツ刑法学の批判から、上述の問題にアプローチする。

ドイツ刑法学からの批判の中で、特に重要なものとして、否定的行為論は思想処罰であり行為主義違反であるとするものがある。確かに、否定的行為論が実質的に思想処罰を肯

定するものであれば、これをわが国に紹介する意義はない。しかし、ヘルツベルクが、回避とは行為者の頭の中の単なる内心事情ではなく、「むしろ、決意は外界の事象を惹起しなければならない」ものであるととらえていたように、回避を一定の外部的事情に結び付け、その不回避を問題とするのであれば、行為主義違反との批判は回避可能であることを明らかにする。

上述の分析により、回避可能性には「対象」が必要であるという問題が存在することが明らかとなる。その上で、否定的行為論を分析すると、ヘルツベルクとヤコブスが、回避可能性の対象となる「外界の事象」に、「結果」のみならず「行為」をも含んでいることが明らかとなる。これに示唆を得て、本稿は結論として、行為性の判断対象として、狭義の行為の回避可能性（行為回避可能性）が、行為が外界に「及ぼした意味」の判断対象として、結果の回避可能性（結果回避可能性）が、その前提として、行為規範の内容として、事前的な結果回避可能性が、それぞれ行為概念と関係することを明らかにする。

#### 第四部 過失行為の構造と段階的過失

第四部は、同一行為者が複数の不注意によって法益侵害結果を惹起したという事例群（いわゆる段階的過失の事例群）における過失行為の特定基準を得ることを目的とする。この問題は、従来、前掲札幌高裁昭和 40 年判決を契機に活発に議論が行われたが、その議論は、かつてほどの盛り上がりを見せておらず、また、故意犯における理論状況の発展からこの問題を再検討する動きも見られない。しかし、故意犯において一定の議論が蓄積された現在、段階的過失の問題を、「過失犯における複数行為による結果惹起」の問題ととらえ直し、故意犯における知見を転用することで、新たな分析が可能となる。第四部では、故意犯における行為特定論の枠組や、その後の議論状況の発展を踏まえて、段階的過失の問題における過失行為のとりえ方・特定基準を明らかにする。

故意行為と過失行為は、故意行為が「法益侵害惹起の目的」を持ってなされるのに対し、過失行為にはそれが欠ける点で異なる。それゆえ、第二部で示した故意行為の構造を、そのまま段階的過失に転用することはできない。過失行為がいかなる構造を持つものであるかを明らかにする必要がある。

過失行為の行為性に関する議論は、目的的行为論による過失行為の目的性の文脈において議論されてきた。そこでは、過失行為の目的性を「法的に無関係な目的性」に求める点で、「構成要件の結果以外の結果を目指す目的性や法的に重要でない結果を目指す目的性は、本来、刑法の対象とされるべきものではない」と批判されてきた。

しかし、目的的行为論の議論を参照すると、規範が人の意思に働きかけて行動をコントロールするとのコンセプトの下では、行為者がいかなる意思で当該行為に臨んでいたかが、その行為無価値の内実を決定する上で重要な要素であることが明らかとなる。したがって、法益侵害・危殆化に向けられていない意思であっても、その意思を前提とした規範による

義務付けが行われ、その程度の高低によって行為無価値の程度が変動しうるのである。以上より、過失行為の特定に際しても、行為意思が有効な基準たり得ることを示す。

もっとも、過失行為の行為意思の内容も、故意犯の場合と同様、複数の行為記述を含むことから、さらなる根拠付けが必要となる。第二部で示すように、故意犯の場合は、複数の行為記述のうち、行為規範が命じる内容に反する記述（「人を殺そう」）が選択される。過失犯の領域では、刑法が命じる結果回避義務としての注意義務（過失犯の行為規範）がその本質となることから、回避義務の内容となる記述が重要となる。以上より、本稿は、「結果回避義務たる注意義務が禁止・命令する内容に反することをを行う行為意思」、換言すれば、「注意義務違反を志向する行為意思」が過失行為の特定基準になるとの結論を導出する。

この観点から、過失併存説と直近過失一個説の対立を分析すると、注意義務違反を志向する行為意思に担われた行為は、段階的過失の事例群には複数存在することから、行為特定の問題としては、過失併存説を採るべきことを示す。しかし、直近過失一個説は、複数の過失行為が存在するとしても、過失の実行行為は1つに特定するべきであるとする見解であるから、過失併存説を前提に、直近過失一個説に進むべきかが問題となる。

近時の「一連の行為」に関する議論の中には、行為を包括する限界を「構成要件該当性判断にとっての必要十分性」に求めるものがある。この観点から、両説の対立を見ると、直近過失一個説も、過失併存説も、「過失犯処罰の必要十分性」を考慮していることが明らかとなる。直近過失一個説であっても複数の注意義務違反を含む1個の過失を認めるなど、様々な論拠で、直近の軽微な過失行為のみではなく、それに先行する過失行為をも含んだ「1個の直近過失」を構成していることがその表れである。すなわち、近時の「一連の行為」論の展開に照らすと、複数の過失行為の複合を行い、処罰の必要十分性を担保する限りで、過失併存説と直近過失一個説の思考方法は異なるものではないことが明らかとなる。以上より、両説は1つの問題の2つの側面であり、そこに対立は存在しないことを示す。

その上で、「1個の直近過失」ないし「一連の過失行為」として包括可能なのは、両者の同時的履行を前提とした注意義務が存在する場合であることを示す。また、一連の過失行為として包括が困難な場合であっても、第1行為の創出した危険が第2行為を経由して結果に実現した場合や、第1行為によって第2行為時点で注意義務の履行能力が著しく制約されている場合などには、第1行為のみを問責対象とすることが可能であることを示す。

おわりに

本稿の結論は、以下のとおりである。

第1に、実行行為概念は、複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定基準としては、利用困難な道具概念である。それは、実行行為概念がその原型において、結果をも含めた行為の倫理的意味を問題にしていた点に原因がある。実行行為概念の利用が困難であるならば、別の道具概念を用いなければならず、行為の範囲が問題となる以上、行為

概念に関する議論を参照する必要がある。

第2に、行為概念を分析した結果、故意犯については、「法益侵害を志向する行為意思」が基準となる。これは行為の意味は、行為者の主観と外界への作用の両面から認識されるとの理解、および刑法規範が人の意思に働きかけることによって犯罪を予防するとのコンセプトの下では、結果帰属の基点としての狭義の行為の基準として、外界への作用（＝結果）ではなく、行為者の意思に依拠することが必要となるためである。

第3に、過失犯については、「注意義務違反を志向する行為意思」が基準となる。これは、定義上法益侵害を志向していない過失犯においてもなお、行為規範による結果回避のための働きかけというコンセプトを維持する場合に、働きかけの対象として行為意思が必要であるとする目的的行為論の議論に示唆を得たものである。

第4に、ドイツにおける否定的行為論の知見をもとに、行為性判断の最小限を身体的態度の回避可能性に求める立場、および結果回避可能性は行為の社会的意味にかかわる要素であるとする立場を主張した。

本稿で主張した枠組によれば、砂吸引事件、熊撃ち事件のような故意行為と過失行為の複合類型の処理は次のようになる。

砂吸引事件のような故意行為—過失行為型の場合は、以下のように行為特定が行われる。まず、砂末の吸引による死亡を回避するために、海岸にAを運んできた被告人に対して、「(死亡している)Aを殺害するな」とする規範を向けることはできない。逆に、Aが生存している以上、死体遺棄を禁止する規範を差し向けることも、法益保護目的に照らして無意味である。したがってここでは、Aの生存を前提に、「Aが生存していないか確認し、それが確認できた場合は遺棄するな」と義務付けることのみが可能である。これに違反した本件被告人の第2行為は、Aの生命侵害を惹起する過失行為であると見ることになる。これに対して、第1行為時点では、被告人にA殺害の意思が認められることから、これに担われた絞扼行為は、殺人行為としての意味を獲得することになる。したがって、第1行為と第2行為とは、別個の行為として特定される。

熊撃ち事件のような過失行為—故意行為型の場合は、原則として第2行為を殺人行為として特定すれば足りる。しかし、熊撃ち事件の場合には、第1行為によって被害者は「数分ないし十数分内外で死亡する」可能性がある状態に置かれていたのであるから、第1行為の過失行為をも禁止しなければ、結果回避を達成することはできない。したがって、熊撃ち事件については、第1行為を過失行為、第2行為を故意行為として、別個の行為として特定すべきことになる。

もっとも、これらの問題の解決には、因果関係論・帰属論による分析はもちろん、罪数論からの分析が必要となる。また、一連の行為概念は、違法論・責任論・罪数論においても問題となる。これらは今後の課題である。

以上