

〔論 説〕

「過失犯において原因において自由な行為の理論は
不要である」という命題について

—通説的見解の批判的検討—

杉 本 一 敏

- I 「過失犯において原因において自由な行為の理論は不要である」？
 - 1 はじめに
 - 2 疑問の提起
 - 3 通説的見解の分類
- II 通説的見解
 - 1 構成要件モデル（原因行為説）
 - (1) 主張内容
 - (2) 検 討
 - 2 不法モデル（全体所為説）
 - (1) シュペンデル、ヘルツベルク、シルトの「所為全体」構想
 - (2) シュミットホイザーの「不法モデル」
 - (3) 検 討
- III 判例の検討
 - 1 結果行為時の行為無能力・物理的回避不能状態を自招した事例〔事例群1〕
 - 2 結果行為時の「正常な運転ができない状態」を自招した交通事故事例〔事例群2〕
 - 3 結果行為時の心神喪失・心神耗弱状態を自招した傷害・殺人事例〔事例群3〕
- IV 総括—諸判例の処理は通説的見解から説明可能か—

I 「過失犯において原因において自由な行為の
理論は不要である」？

1 はじめに

過失犯において「原因において自由な行為」(actio libera in causa, 以下 alic と略記することがある)の理論は不要である、という理解は、わが国の刑法学説、及び、この分野でもわが国の刑法理論に多大な影響を及ぼしてきたドイツ刑法学において、目下通説的な位置を占めている。ドイツでは、BGH判例もその旨を明言

した¹⁾。同判決の事案は、ライトバンを運転しながらホテルを探していた被告人 X が、午後 6 時過ぎ頃からビール 5l と蒸留酒（量は不確定）を飲んだ上で運転を続け、午後 9 時 30 分頃にオランダ・ドイツの国境検問所にさしかかった際、停車していた乗用車に少なくとも時速 70km の速度で衝突して同車に乗っていた国境警備員 2 人をその場で死亡させたが、その頃 X は著しい酩酊状態にあったというものである。BGH（1996 年 8 月 22 日刑事 4 部判決）は、自車を運転して国境に差しかかるという本件犯行の時点で X が責任無能力（独刑法 20 条）だったとしても、X には過失致死罪（独刑法 222 条）が成立するとし、その理由を次のように判示した（BGHSt 42, 235, 236f）。

本件において X の過失致死罪の罪責を基礎づけるのに、「原因において自由な行為という理論構成を援用する必要はない（BGHSt40, 341, 343; Horn GA1969, 289; Otto Jura1986, 426, 433; Paeffgen ZStW97, 513, 524 を参照）。刑法 222 条においては——過失結果犯一般について言えることであるが——構成要件該当『結果』との関係で注意義務に違反したと認められるような行為者の態度は、それが当該結果を惹き起こす原因をなしたと言えるものである限り、その全てが刑法的非難の対象になるからである。従って、複数の行為が注意義務違反と考えられる場合には（本件でも、後で酩酊運転をするという危険を認識できたにも拘わらず飲酒をしたという態度と、酩酊運転それ自体〔とがそのような注意義務違反として競合している〕）、過失非難の対象を時間的に先行する態度の方に求めることで、——後の時点の態度については〔責任無能力ゆえに〕責任を問えないとしても——なお責任を問うことができるという点に疑いはないのである（Horn aaO S.289 参照）」（傍点は原文イタリック体）。

BGH は、上記判示の中で明示的に一部学説（ホルン、オットー、ペフゲン）を引用しているが、それら学説の主張も一瞥するならば、各々大要以下の通りである。「『過失の原因において自由な行為』という事案構成は、単純な過失犯の理

¹⁾ BGHSt 42, 235. 同判決、及びドイツ刑法学説の反応やその後の判例動向については、神田宏「原因において自由な行為の適用限界について」近畿大学法学 46 巻 4 号 200 頁（1997 年）、同「ドイツにおける原因において自由な行為の法理をめぐる最近の判例・学説の動向とわが国に及ぼす影響について」近畿大学法学 52 巻 1 号 278 頁（2004 年）、浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』152 頁以下（成文堂、1999 年）、中空壽雅『原因において自由な行為の法理』の有用性について『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第二巻』393 頁（成文堂、2000 年）、松生光正「引き受け過失について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [上巻]』437 頁（成文堂、2007 年）、Dorothee Sydow, Die actio libera in causa nach dem Rechtsprechungswandel des Bundesgerichtshofs, 2001 等の総合的な紹介・検討を参照されたい（また本判決を踏襲した下級審判例の紹介として山本紘之「過失非難に連結する事実」比較法雑誌 42 巻 3 号 225 頁（成文堂、2008 年））。

論構成と何か違った理論的意義を有する、といった類のものでは全くない。一般に、過失の認定には、結果惹起とそれに関する注意義務違反、つまり、発生結果との関係で問題の行為が注意義務違反であると認められることが要求されるが、それ以上の要件は課されない」のであり、注意義務違反行為と結果との間に時間的・場所的離隔があっても問題はないのである。問題になるとすれば、行為と結果との隔たりが余りに大きいために、今回発生した結果が、過失犯規定が防止対象として想定していた種類の結果とはもはや異なる種類のものになった、といえるような場合に限られよう。そして「複数の行為が注意義務違反と考えられる場合に、そのうちどの行為を行為者に対する不法非難の対象とするかは目的次第であるから、〔alic 事例の処罰を可能とする為に〕行為者に対する〔責任〕非難が可能となるような行為を選び出すことも許されるのである」(〔旧〕ホルン説、傍点は原文イタリック体)²⁾。「結果が行為者に対してその仕業として帰属されるのは、結果へと実現した…危険を、行為者が、予見可能であったにも拘わらず義務違反的に作出し、又は増加させたという場合である」。これが過失帰属の論理であり、即ち「過失の結果責任に際しては、法益侵害へと実現した義務違反的な危険の創出ないし危険の増加を、直接にその責任根拠とすればよい。そして無能力状態を惹起することも、ここに言う義務違反行為だといえる。というのも、行為者は、このような行為に出たことにより、法秩序の要求にもはや応じられないような状態に陥ってはならないという、一般に承認されている義務に違反したからである。この〔義務違反行為の〕時点において、無能力状態下での結果実現が行為者にとって予見可能だった限り、行為者は過失結果犯の罪責を負うのであって、原因において自由な行為という理論構成は必要でない」(オットー)³⁾。ペフゲンも(旧)ホルン論文を引用しつつ、「過失の原因において自由な行為という理論構成…を援用して初めて解決されると言わ

²⁾ Eckhard Horn, *Actio libera in causa — eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?*, GA1969, S.289. 尤もホルンは、上記BGH判決の直後に、過失犯における注意義務違反行為は時系列上を任意に遡行して選び出すことができるとする見解を放棄し、過失犯の実行行為と認められるのは、もし同じ行為が故意によって為されたと仮定した場合にそれが未遂犯処罰(実行着手)の段階に至っていると認められるような場合に限られる(故意犯の処罰範囲との均衡論を根拠とする「勿論解釈」)、との処罰限定的態度を鮮明にした(Vgl. dens., *Der Anfang vom Ende der actio libera in causa*, StV1997, S.265f.)。同趣旨の主張はホルンの弟子による学位論文 *Matin Fellenberg, Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung*, 2000 で詳細に展開されている。

³⁾ Harro Otto, *Actio libera in causa*, Jura 1986, S.433.

れていた事例の多くは、特定の行為遂行が要求されている挙動犯の場合は別だが、純粋な結果犯の場合には「一般的な過失理論で以て対処可能である」と主張し、その理由を次のように述べる。「結果犯における不法非難とは、法益客体を少なくとも危殆化するような態様の行為を、危険を減殺させる対策を一切又は十分に講じないまま実行した、という点にその拠り所を置いている。求められる危険減殺的態度を〔行為時の行為者に〕とらせるという目的からすれば、時間的スパンは、本来的な実行行為以前の段階において、原理上、過去に向かって広く開かれているのである」⁴⁾。

さて、以上のように、過失犯としての処罰は常に「原因において自由な行為」という特殊理論を持ち出すまでもなく、過失の一般理論を援用することで既に十分に根拠付けられるという理解が、ドイツの刑法理論⁵⁾において広範に共有されているように見受けられる。そしてわが国の理論状況も大同小異である。わが国の従来に通説的見解は、過失犯規定の場合、条文の予定する行為の「定型性が弱い」ので、原因行為（酩酊状態等を招来する行為）にも構成要件該当性が比較的容易に認められる、と説明してきた。この立場も、alic が過失犯として処罰される場合とは、原因行為が端的に過失犯の構成要件該当行為（実行行為）と言える場合だ、と主張するものに他ならない⁶⁾。以上をまとめると、従来の日・独の通説的理解は次のようなものだったと言える。

⁴⁾ Hans-Ullrich Paeffgen, *Actio libera in causa* und §323a StGB, ZStW97, 1985, S.524f.

⁵⁾ 後述（II以下）の諸見解の他, Bernhard Hardtung, Die „Rechtsfigur“ der *actio libera in causa* beim strafbaren Führen eines Fahrzeugs und anderen Delikten, NStZ1997, S.102; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht AT*, 11. Aufl. 2003, §19 Rn.44; Thomas Rönau, Dogmatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur *actio libera in causa*, JA1997, S.715; Volker Krey/Manfred Heinrich, *Strafrecht BT Bd.1*, 13. Aufl. 2005, S.359; Helmut Satzger, Dreimal » in causa « -*actio libera in causa*, *omissio in causa* und *actio illicita in causa*, Jura 2006, S.516; Johannes Wessels/Werner Beulke, *Strafrecht AT*, 39. Aufl. 2009, S.151; Paeffgen, in: *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Bd.2, 3. Aufl. 2010, Vor §323a, Rn. 50.

⁶⁾ 小野清一郎「故意犯と『原因において自由な行為』」愛知学院大学論叢法学研究創刊号5頁（1958年）、団藤重光「みずから招いた精神障害」植松博士還暦祝賀『刑法と科学 法律編』232頁（有斐閣、1971年）、平川宗信「原因において自由な行為」中山研一ほか編『現代刑法講座 第二巻 違法と責任』290頁（成文堂、1979年）、木村光江「原因において自由な行為」法教202号23頁（1997年）、前田雅英『刑法総論講義』382頁（東京大学出版会、第4版、2006年）等。西原春夫「過失犯と原因において自由な行為」日沖憲郎博士古稀祝賀『過失犯(1) 基礎理論』218-219頁（有斐閣、1966年）も、「注意能力を失って結果を惹起しないよう注意すべき義務」に違反するのが過失犯一般に言う注意義務違反であり、過失のalicの特殊性はそこに言う「注意能力」が「責任能力」である点に特色が認められるに過ぎない、と分析する（同説は、能力喪失に関する事前の落度を過失犯一般の成立要件と解する点で、後述の「例外モデル」とも近似した立場である）。

「過失犯の実行行為とは、注意義務違反を示す行為者の態度である。行為者が責任無能力状態を自招し、その状態で被害者の致死傷結果を直接惹起する行為を行った場合、この直接的な結果惹起行為の時点に着目する限り、行為者に責任を問えない。しかし、心神喪失状態に陥るような原因を不注意にも設定した行為（飲酒行為や薬物摂取行為）の方を、過失犯にいう注意義務違反と認める余地がある。そこで、責任能力を備えた段階でなされた原因行為それ自体を過失犯の実行行為と解することができる限り、過失結果犯の成立を認めることがなお可能となる」。

しかし、このような理解は正しいのだろうか。本稿は、以上に見たような「過失」と「原因において自由な行為」との関係に関する一般的理解についてその当否を問うものであるが、検討に入る前に、以上のような理解に関しまずもって浮かぶ2つの疑問を示しておきたい。

2 疑問の提起

第1の疑問は、ここで「不要」と名指しされるような、固有の中味を持つ「原因において自由な行為の理論」という特定の理論がそもそも存在するか、という点である。通説的見解は、上に挙げたような「責任無能力の自招」事例において、原因設定行為を問責対象として行為者の罪責を問う理論構成、所謂「原因行為説」（又は「構成要件モデル」）を支持している。後に見るように、原因設定行為それ自体が結果惹起のリスクを創出する行為（実行行為）をなし、このリスクが最終結果へと現実化した場合には結果犯の成立が認められる、とする「客観的帰属論」（危険の現実化、リスク連関）の判断枠組みに基づいた解決方法等はこの典型であって、これは故意犯と過失犯のいずれの認定にも共通する理論構成として主張されている。そうすると、この立場において「責任無能力の自招」事例の処罰を可能にしているのは、あくまで故意犯・過失犯の一般理論（例えば客観的帰属論）である。つまり、このような理論構成に依拠して問題解決を図る支配的見解においては、「原因において自由な行為の理論」という固有の内容を持った理論は、過失犯では勿論、故意犯においても⁷⁾登場しないのである。従っ

⁷⁾ 本稿冒頭で「過失犯において『原因において自由な行為』の理論は不要である」と言われるその根拠を簡単に敷衍してみたが、そこに出てくる「過失」という単語を「故意」に、「注意義務違反」という単語を「リスク創出行為」に変換すればこれはそのまま「故意犯において『原

て、本来、過失犯に限定して「特殊な理論構成は不要だ」と強調する必要もない筈なのである。

しかし、この第1の点は皮相な事柄であり、「過失犯においても故意犯においても、『原因において自由な行為』という特殊な理論は不要だ」と言えば済むようにも思える。しかしこのように言い直されても、寧ろ尚更、このような理解には次の第2の根本的疑問が湧いてくる。過失犯においても故意犯においても、実行行為とは法益侵害の一般的（又は実質的）危険性を持った行為、即ち「リスク創出行為」である（過失犯においては実行行為が特に「注意義務違反」として構成されるが、その実体が「許されないリスク創出」にあることは疑いない）。「構成要件モデル」を支持する諸見解は、このような理解を特に異論なく共有している。従って、責任無能力の自招事例において原因設定行為が実行行為だと言われる場合、この原因設定行為が既に、法益侵害の一般的（実質的）危険性を持ったリスク創出行為だと認められていることになる（上記引用のオットーの論旨⁸⁾は正にこのようなものである）。また、後述するわが国の判例も、この種の論理に基づいて過失結果犯の成立を認めたものとして理解されている。しかし、責任無能力に陥る原因を設定した行為は、通説的見解が考えているように、故意犯・過失犯の一般理論に照らして実行行為性を獲得し得るような「結果惹起のリスク創出」を本当に伴っているのだろうか。また、責任無能力の自招事例に関する多数の判例においても、その処罰は、実際のところ、危険の現実化論・リスク連関論によって基礎づけられていないのではないだろうか。次章以下では、諸学説・判例の採用する論理を詳しく検討し、本稿のこの疑問に一定の根拠があることを示すつもりだが、ここでは試しに下級審判例を1件だけ取り上げ、本稿がこのような疑問を持った理由を少し先取りして見ておきたい。

酒乱の性癖がある被告人 X が、飲酒して心神喪失状態に陥り、その状態下で被害者に傷害を与えた、との事案に関して、大阪高判昭和35年4月15日下刑集2巻3=4号363頁は、次のような一般論を示した上で X に重過失傷害罪の成立を認めた。

因において自由な行為』の理論は不要である」ことの説明として妥当する。

⁸⁾ また *Otto, Die Beurteilung alkoholbedingter Delinquenz in der Rechtsprechung des*

Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. IV, 2000, S.126 も、飲酒による無能力状態の惹起が注意義務違反と解される根拠を、責任無能力状態で構成要件的结果が惹起される事態に至る「リスク」に見出している。

「〔①〕心神喪失者の行為は処罰の対象とならないことは刑法三九条第一項に
明定されているとおりであるが、かかる状態に陥れば刑罰に触れる行為により
他人に害悪を及ぼす習癖があることを自覚する者がこれを利用する意図を有し
又は不注意にも自制を怠りかかる状態を招来し、よつて他人に害悪を及ぼす等
の結果を発生させたときは、いわゆる原因において自由な行為がある場合とし
て、その結果に対し故意又は過失の責任を免れないと解すべきことは刑法上疑
を存しない。〔②〕そして多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、よつて心神喪
失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす危険のある素質を有することを自
覚する者は、右の原因となる飲酒を抑止又は制限する等右危険の発生を未然に
防止する義務を有し、これを怠ることによつて生ぜしめた結果に対し過失責任
があることは最高裁判所の判例（昭和二六年一月一七日大法廷判決，刑集第五卷第一号
二〇頁参照）の示すとおりである。」

この引用部分の後段（②）では昭和 26 年の最高裁判例（後述）が引用されて
いる。昭和 26 年最高裁判例の判旨は、飲酒抑止・制限義務違反を以て過失犯の
実行行為（リスク創出行為）を認定したものと解する余地が十分あり、本件大阪
高裁もおそらくそのような理解を前提とした上で、上記引用に続く部分におい
ては「酒に酔うと短気粗暴になり、過度に飲酒すると心神喪失又はこれに近い
状態に陥り他人に暴行，傷害の害悪を加える習癖のある」X が、酒類を相当量
飲み続けて泥酔した行為は、「注意義務を怠つたこと」即ち過失犯の実行行為に
該当するものと結論づけている。これだけを見れば、大阪高裁は、酒乱の性癖
を持つ者が多量の飲酒をする行為は、それ自体が既に傷害発生結果の「リスク
創出」に当たる、との判断を示したように見える。一方で、上記引用の前段部
分（①）が述べているのは、心神喪失状態下での他害傾向を「自覚する者がこれ
を利用する意図を有し又は不注意にも自制を怠りかかる状態を招来し」た場合
には、処罰を免れないということである。すると大阪高裁は、①においても、
②と全く同じく、故意・過失による「心神喪失状態の自招」が行為者の処罰を
基礎づけると述べているだけのようにも見える。しかし、この①の判示の重心
は、先に見た②やそれに続く判示とは微妙に違い違っていないだろうか。とい
うのも、①の表現を見ると、心神喪失の自招が処罰を基礎付ける理由は、②が
言うように、泥酔状態の自招が傷害結果惹起のリスクを創出している、という
点に求められているのではなく、刑法 39 条 1 項により免責が認められている心

神喪失の状態をこのような自覚的又は不注意な行為者に抗弁として「利用」させ、処罰を免脱させてはならない⁹⁾、という点に求められているのではないか、との印象を受けるからである。つまり大阪高裁は、行為者による心神喪失状態の自招（飲酒行為）という点に、①行為者に責任阻却事由の援用を特に拒絶すべき理由と、②結果惹起の「リスク創出」（実行行為）に当たる事情とを、特に分別することなく同時に見出しているように見受けられるのである。

しかし、「刑法 39 条に言う心神喪失状態」の自招が、行為者の性癖次第で②の「リスク創出」側面を必然的に随伴する、というような論理は決して自明ではあり得ない。というのも、刑法 39 条が心神喪失の行為者を免責する理由は、行為者の「意思決定能力の欠如」¹⁰⁾という点に存するのであり、心神喪失状態の行為者が「危険」であるという理由に基づくわけではないからである（「危険」だから「免責」される、というのでは説明にならない）¹¹⁾。確かに、問題の人の性癖如

⁹⁾ ノイマンも（挑発防衛に関する権利濫用法理に関連して）明確に指摘しているように、被害者を傷害・殺害するためには正当化事由・責任阻却事由を「利用」する必要などない。心神喪失状態を「利用」するのは、偏に自分自身の免責（刑法 39 条 1 項の効果）を獲得するためである（Vgl. *Ulfrid Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden,“* 1985, S.180）。

¹⁰⁾ 特に、責任能力とは、個別具体的行為に際して「違法性の意識を得る可能性」（是非弁識能力）と「適法行為に出る期待可能性」（行動制御能力）のことに他ならないと解するならば（林幹人「責任能力の現状——最高裁平成 20 年 4 月 25 日判決を契機として——」上智法学論集 52 巻 4 号 44-48 頁（2009 年）、箭野章五郎「責任能力と個別行為責任」中央大学大学院研究年報 37 号（法学研究科篇）183 頁（2007 年）等参照）、責任能力の実質は、（特に生物学的要素に照らして見た）「意思決定の自由」（答責性）そのものである。

¹¹⁾ 尤も、ドイツ刑法における刑事処分（独刑法 63 条「精神病院への収容」）は「責任無能力、限定責任能力の状態で違法行為を行った」者の「危険」性をその要件とし、ここに言う「危険」性が正にこの者の「答責性の欠如」（責任能力の欠如）と表裏一体のものとして理解されることもある（「自由な市民の間では、正統なものとして相互承認されている行為規範を通じて法益の保護が達成されるが、自己の行動について必要な弁識・制御の能力を欠いている者においてはこのような法益保護〔プロセス〕が機能しない」から、正にこの事情がその者の「危険性」を基礎づけ危険防止の為の処分を要請する（Vgl. *Georg Freund, Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht, GA2010, S.198*））。また、わが国の心神喪失者医療観察法における強制入院の要件論においても、再犯の可能性（対象者が再び同様の侵害行為に出る危険性）という側面を（必要条件として）考慮すべき、との趣旨の主張もなされている（安田拓人「心神喪失者医療観察法における医療の必要性と再犯の可能性」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [上巻]』629 頁以下（成文堂、2007 年）参照）。しかし、ここにいう行為者・対象者の「危険」性と、具体的な結果犯実行行為が創出したとされる結果発生「許されざる危険・リスク」とでは、問題とされている事柄の内実が異なる。前者は、一定期間に亘る将来において他害行為がなされるという抽象的な可能性を問題とするものであるが、後者は、特定時点における行為者の特定の態度を対象とし、それが特定種類の侵害結果に至る可能性を、事後的な結果帰属の為に問う判断である。フロイントの上記論稿も警告するように、「危険」が問われている制度目的や局面、つまり何の為にどのような危険の有無を問題としているのかという点を捨象し、「危険」

何によっては、心神喪失の状態に陥ることが同時に他害の可能性を著しく高め、正に「リスク創出」と認められるべき場合があるかもしれない。しかしその場合でも、そのような他者侵害のリスクの認否は、泥酔状態下での自制心の喪失・攻撃傾向の増大といった事実に関係しているだけであり、これは、「行為者の免責」という法的評価を導くための要件である刑法39条の「心神喪失」の認否とは直接の論理関係を持たない事柄なのである¹²⁾。それにも拘わらず、上記引用①の部分が、泥酔して他害の危険性を高めたことではなく、わざわざ「刑法三九条第一項に明定されている…状態に陥」ったことを以て「注意義務違反」であるかのように判示している点に鑑みれば、ここで大阪高裁が念頭に置いている「注意義務違反」とは、端的に行為者による結果惹起のリスク創出を表す事情ではなく、寧ろ、行為者による責任阻却事由（刑法39条1項）の援用をいわば一種の権利濫用として退けるべき理由をなす事情のことなのではなかろうか。

以上は一例に過ぎないが、多くの見解や判例は、後述のように、責任無能力の自招事例において「注意義務違反」を選び出す際に原因設定行為に着目するものの、その際の関心は、純粹に、原因設定行為が他者に向けた「結果惹起のリスクの創出」であるという点だけに向けられているわけではなく、寧ろ、原因設定行為が行為者本人の「責任逃れの為の言い訳となるような事情の作出」であるという側面にも向けられているのではないか、との印象を払拭できないのである。そうだとすると、「責任無能力の自招事例は、リスク連関論という故意犯・過失犯の一般理論によって当然に処罰可能となる」といった学説の分析は、そこでの判断の実体を必ずしも精確に伝えていないのではないだろうか。判例がこれらの事例で処罰を肯定する際にその念頭に置いている発想は、実は、未だ精確に言語化・定式化されていないのではないだろうか。

本稿は、以上のような問題意識から、通説的見解・判例の解決方法を批判的に検討し、その背後において明確に言語化されないまま潜在している（筈の）論理を、目に見える形へと定式化しようと試みるものである。

概念を単純に一本化して各種場面における危険認定に当たろうとする考え方こそ危険だと言わねばならない。

¹²⁾ 心神喪失者医療観察法における、再犯の可能性（他害行為に出る危険性）をめぐる議論においてさえ、「精神の障害があること〔自体〕は、他害行為の危険性とは必ずしも関係がない」（安田・前掲注11）641頁）（〔〕内は筆者挿入）との認識が示されているところである。

3 通説的見解の分類

通説的見解と言ってもそこには種々の見解が含まれている。検討に先立ち必要な限度で、ここでは2つのタイプの見解を分けておきたい。

第1に、「構成要件モデル」(原因行為説)と呼ばれる見解がある。これは、直接に結果惹起に繋がった「結果行為」(例えば刺突・発砲)ではなく、それに先行する「原因行為」(例えば飲酒)を実行行為とし、結果犯の成立を認めようとする見解である。その根底には、結果犯にいう「違法」(構成要件該当性)とは、①結果犯の条文が一般国民を名宛人として発している行為命令(「意思決定規範性」)に違反した態度と、②結果犯の条文が裁判官を名宛人として発している「評価規範」に該当する事態との両方である、との考え方が¹³⁾ある。①は、行為時に立つ事前判断において、「結果発生リスク(危険)」を創出したと認められるような行為者の行為態度をいい、これが所謂「実行行為」(行為無価値)を構成する。②は、裁判時に立つ純粹で事後的な認定判断において、結果犯規定の定める「結果」発生的事实が認定されることをいう(結果無価値)。①と②の要素はいずれも違法(構成要件該当性)の内実をなしているが(違法二元論)、双方の事実がバラバラに存在すれば足りるというわけではなく、①で認定された種類の「リスク」(予測・危惧される結果発生の可能性)が、正に②で認定された現実の発生結果へと結実・実現した(正に予測・危惧された種類の結果が発生した)と評価できる場合に初めて、結果犯の構成要件該当性が肯定される。これが「リスク(危険)連関論」(客観的帰属論)と呼ばれる理論構成であり、「構成要件モデル」(原因行為説)とは、この「リスク連関論」が *alic* 事例に適用された場合の呼称に他ならない。

第2に、「全体所為説」と呼ぶべき見解がある(後述のように「不法モデル」と自称する見解もある(Ⅱ-2-(2)参照))。この見解は、刑法の結果犯の条文は、少なくともそれが実際に適用される場面においては偏に適用者たる裁判官を名宛人とした「評価規範」として機能している、との理解を前提とする。従って、結果犯の違法(構成要件該当性)判断というのも、結果犯の条文が規定する「所為」(殺人罪で言えば「人を殺した」こと。手段となる行為(例えば刺突・発砲)から結果の発生(相手の死亡)までの経緯全体のことを指す)が生じたことが、裁判官の目から事後的・回顧的に事実として認定されることを意味する。この立場は、*alic* 事例において

¹³⁾ 杉本一敏「二つの帰属論」刑法雑誌49巻2=3号111-112頁(2010年)等参照。

は「手段となった飲酒行為から、結果行為（刺突・発砲等）を経て、結果発生（相手の死亡）に至るまでの全体」が、「人を殺した」という殺人罪規定における所為の記述（構成要件）に該当する、との理論構成を通じて、alic 事例の処罰を基礎付けようとするのである。

以上のように、「原因行為」が実行行為に当たる（原因行為説）、又は「原因行為」を含んだ所為全体が結果犯規定の所為記述に該当する（全体所為説）、という考え方が現在の通説を構成している。以下、これらの通説的見解の主張内容を具体的に検証していきたい。

II 通説的見解

1 構成要件モデル（原因行為説）

(1) 主張内容

構成要件モデルとは、前述の通り、リスク連関論が alic 事例に適用された姿である。そこで以下では、リスク連関論（客観的帰属論）の代表的論者が、alic 事例の解決についてどのような説明をしているかを見て行くことにしたい。

ロクシンは、リスク連関論（客観的帰属論）の論理を端的に alic 事例に適用し、「自制心の喪失」（無能力状態の惹起）を「許されないリスク創出」と解し、その後の他害結果の発生を「そのリスクの実現（現実化）」と見ることで、過失結果犯の成立を肯定している。曰く、「過失の alic とは、客観的帰属の通例の規則に従う」一場面にすぎない。「行為者が後で自制心を失った状態で構成要件的結果を実現したという場合、その結果を帰属可能な形で実現することになった許されざるリスクは、例えば、行為者が自ら飲酒酩酊したという態度によって創出されたものである」。「過失の alic と過失犯の通常事例とで唯一異なっているのは、alic の場合には過失行為と結果との間になお行為者の責任を欠いた行為実行が存するのに対し、『通例の』過失の場合にはそれが無いという点である。しかし、これは単に現象としての差異にすぎず、法的構造における差異は何も無い¹⁴⁾。

フレッシュも、彼のいう「構成要件該当行為」（事前判断によって構成要件該当結果発生リスク創出が認められる行為者の態度のこと。他の論者が言う「リスク創出」や「実

¹⁴⁾ Claus Roxin, Bemerkungen zur actio libera in causa, Festschrift für Karl Lackner, 1987, S.312.

行行為」とその内実は同じである)を、責任無能力状態を自招した行為者の原因行為に見出している。独刑法 20 条は「行為遂行」時点での責任能力を要求するが、フリッシュ曰く、この「行為遂行」には「責任無能力状態下での構成要件実現を回避する為に行為者が遵守しておくべき義務」に違反した態度(例えば飲酒酩酊すること)も含まれる。というのも、「責任無能力状態下で〔例えば殺人の〕構成要件を実現してしまう事態を回避しようとするならば、行為者に一定の行為要請の遵守〔例えば飲酒酩酊しないこと〕を義務づけざるを得ないという場合、この行為要請も〔正に殺人の〕構成要件に関連した要請」に他ならないからである。そこで、「少なくとも、この行為態様〔例えば事前の飲酒酩酊〕と、本来的な構成要件実現〔例えば酩酊状態下での刺突行為〕とを、統一体をなす歴史的的事象経緯として一まとめに把握しても不自然ではない限りで」(という条件付きではあるが)、責任無能力状態を避けるという「行為要請に違反したこと〔自体〕が既に『行為遂行』に該当する」とフリッシュは結論づける¹⁵⁾。この結論は、フリッシュの「構成要件該当行為」という総論的な要件論からも根拠づけられる。ある行為が結果犯の構成要件該当行為といえる為には、事前判断において当該行為に「法益に対するもはや容認し得ない危険」(結果発生 of 容認限度を超えた蓋然性)が認められることが必要であり¹⁶⁾、且つ、「当該行為と結果発生との間に直接的関係」があること(当該行為に、構成要件該当結果の発生に至る直接的で「具体的な危険」があること)が要求される。従って、第 1 行為の後に行為者自身の答責的な第 2 行為が介在して結果発生へと至る場合には、通常、第 2 行為だけが構成要件該当行為として問題に上るのだが、責任能力の喪失・減退状態に至ると行動制御が不能となり、他害結果を惹起する傾向を持つ行為者の場合、この状態に陥る態度自体が「直接的・具体的危険」を内包しているとも評し得る。そこで、「責任能力を喪失させ、又は著しく減退させるような〔自らの〕情動を誘発するという危険、ひいてはそれを介して構成要件該当結果が発生するという具体的な危険を、直接的に内蔵するような〔第 1〕行為は、本来的な構成要件実現〔＝第 2 行為〕以前の段階の行為であっても」¹⁷⁾それ自体が構成要件該当行為たり得

¹⁵⁾ *Wolfgang Frisch*, Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter“ Affekttaten, ZStW101, 1989, S.608.

¹⁶⁾ Vgl. *Wolfgang Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, S.34f; *dens.*, Straftat und Straftatsystem, Jürgen Wolter/Georg Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S.169ff., 180.

¹⁷⁾ Vgl. *Frisch*, ZStW101, S.585f. 引用文中の傍点は原文イタリック体。

る、というわけである。

近時、シュテルンベルク - リーベンも責任無能力の自招事例における過失処罰を「リスク連関」によって基礎づけているが、これは現在の通説的立場に立った模範的見解と言えるだろう。曰く、過失の *alic* においては、行為者に直接的危険性を持った行動（運転）について「責任能力が欠けており…非難可能性が無い」ために、「因果連鎖上を遡行して酩酊状態に陥った態度を持ち出してくる必要がある」。では、何故この遡行が可能なのか。過失致死罪のような結果犯規定は、結果回避義務だけでなく、人にその結果回避義務を「充足できる状態を維持・確立する義務」をも課すことで初めて実効性を持つ。例えば、自動車運転者が過労のため居眠り状態に陥って交通事故を起こした、医師が事前の十分な診察・検査なしで手術を実施して失敗した等の所謂「引き受け過失」の事例では、結果犯規定は、本来の犯罪実行行為（対向車線への進入、手術実施）の時点では行為者に「規範遵守能力が欠けている」が故にもはや「法益保護のための行動指針〔＝意思決定規範〕としての実効性を持ち得ない」が、その前段階において既に「危険減少」を命じており、「自分の行動が第三者の生命・身体を危殆化し得るという具体的徴候が認められる限り、法益を直接脅かすに至る前段階において既に、それに備えて十分な対策——例えば自動車運転を継続しない、手術を実施しない、又は十分な診断が下された場合に限って手術を行うといった措置——を講ずる」義務を課しているのである¹⁸⁾。従って、飲酒の結果「刑法 20 条, 21 条…の定める状態〔責任無能力, 限定責任能力〕に達した」という場合も、その態度は、独刑法 323 条 a が「完全酩酊罪」を構成要件として定型化している点に鑑みて「もはや社会的に甘受されない行為」であり、「過失結果犯の観点から見ても、場合によって許されざるリスクの創出」に当たる。独刑法 323 条 a という抽象的危険犯の規定趣旨は「完全酩酊の危険性」から個人・社会法益を防衛する点にあるから、完全酩酊の内包する「抽象的危険が、具体的な危殆化を越えて法益侵害にまで至った場合には、刑法 323 条 a が既に〔本来的な犯罪実行行為の〕前段階から〔意思決定規範として行為者に〕働きかけることで防圧しようとした危険が、正に〔今回の侵害結果へと〕現実化してしま

¹⁸⁾ *Detlev Sternberg-Lieben*, Grenzen fahrlässiger actio libera in causa, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S.223f.

ったことになる」¹⁹⁾。

以上の論旨に示されているのは、典型的なリスク連関論（客観的帰属論）の判断定式である。即ち、飲酒酩酊は、自らを責任無能力・限定責任能力という自己制御を欠いた状態に陥れる「注意義務違反」行為であり、その内実は、他者の法益を無制御に侵害する可能性を生じさせたリスク創出行為である²⁰⁾。そして実際に、制御不能状態の下で直接に結果惹起に繋がる行動（運転・衝突行為）に出て侵害結果が生じた場合、この結果は正に上記のリスクの実現である。また、制御不能状態に陥ることを以て「注意義務違反＝リスク創出」（実行行為）と認めて差し支えないのは、行為時の一般人が、この種の状態に陥ることが禁止されており、それに違反する態度が「意思決定規範違反＝行為無価値」に当たるということを、結果犯の規定から言わば当然に「受信」できるからである。

(2) 検 討

さて、以上に見たリスク連関論の主張の重点は次の通りであるが、同時にこれはこの立場の問題点を示すものでもあると本稿は考える。その重点とは、原因設定行為が結果犯の実行行為・構成要件該当行為に当たる、と解する点である。ここでは、責任能力の欠如・減退（自己の行動制御不能状態）の作出が「法益侵害に至るリスクの創出」と同視され、又は同一事象の両面だと解されているのである²¹⁾。しかし、この発想には疑問がある。外形的に見れば、まずもって結

¹⁹⁾ *Sternberg-Lieben, Schlüchter-GS, S.225*. また「過失」の alic が認められやすい理由は次のように説明される。「故意犯は、結果に至る因果経過を（少なくとも終了未遂の段階に至るまで）統制的に自己の手中に収めているが、過失犯においては、危殆化をもたらす潜在的可能性が、より早い段階から彼の影響を脱してしまう」。「過失犯においては、法益を危殆化する注意義務違反が直接的な犯罪実行行為よりもかなり前の時点において存在し、…過失行為と結果とが時間的に分離する可能性がある」のである（例えば、毒殺の故意を有する者は、毒入り料理を最終的に相手に供するまでの間その計画を意識的に統制しており、逆に中止の決意に至る余地も残されているが、毒物を不用意に食料品棚に片付けて失念し、数ヶ月後全く無意識のうちにそれを料理に混入させた過失犯の場合、毒の意識的管理の欠落が既に危険＝行為無価値を基礎づける。「食料品棚に毒物を保管することは、故意犯の場合には未だ可罰的でない予備行為だが、外見は同一の行為でも〔過失犯の場合には〕それが性格を露わにした行為無価値として刑法 222 条〔過失致死罪〕の答責性を帰結し得る」）（*Sternberg-Lieben, Schlüchter-GS, S.231f*）。また川端博「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 108 頁（1993 年）も参照。

²⁰⁾ その限りで、問責対象となる実行行為を「最終の直接原因をなした危険行為（手術や自動車運転）」だけに限定しなければならない理由は全くない。Vgl. *Sternberg-Lieben, aaO, S.235*.

²¹⁾ *Ujala Joshi Jubert, Actio libera in causa, Jahrbuch für Recht und Ethik* (以下 JRE), Bd.2, 1994, S.336 は「無能力状態の惹起が、同時に〔①〕特定の刑法的法益に対する特定且つ具体的な危険の創出と、〔②〕当該危険に関する答責性の喪失とを意味する」として両者の表裏一体性を明示的

果発生リスク創出に当たるのは「結果行為」の方である。何故こちらを実行行為と考えないのだろうか。これに対しリスク連関論はこう回答するだろう。勿論、結果行為も実行行為（結果発生リスク創出）に当たる、しかし結果行為時には責任阻却事由が存する以上、それを問責対象行為とした罪責判断は不可罰の結論に至る、そこで同じく実行行為に当たり得る他の行為者態度を探索したところ原因行為に突き当たったので、今度はこれを問責対象行為として同様に罪責判断を下したに過ぎない、と。「過失同時犯」の存在からも明らかなように、1個の結果発生に対してリスク創出行為が常に1個だと解する必然性は無いのだから、この思考法自体は不当とは言えない。

しかし、原因行為が「責任無能力状態」を自招したことを理由にして、「結果発生リスク創出」があると結論づけることはできないのである。前述の通り、責任無能力（心神喪失）の制度とは行為者の答責性欠如を理由とした免責事由を定めるものであり、心神喪失であるという認定が必然的に「法益侵害リスク」の認定に直結すべき理由は全く無いからである²²⁾。

他方で、シュテルンベルク - リーベンは、同様に原因行為が結果発生リスク創出（過失結果犯の実行行為）に当たるとされている「引き受け過失」の事例を援用して、自説の傍証としている。しかし、そこで挙げられていた過労運転事例・手術失敗事例は、いずれも結果行為（本来的な結果惹起的行動）の時点で「行為無能力」（身体的・物理的な他行為不可能・結果回避不能）の状態が生じた場合なのである。確かにこの場合には、その種の原因設定が為されると、後は自らが行為無能力・結果回避不能の状態に陥るために、自動的に結果発生に至る因果的経緯が始動してしまう。その意味で、事前の原因行為に結果惹起のリスク創出を容易に認め得る。しかし、飲酒酩酊により「責任無能力」状態に陥ったという場合を、これらの事例と同列に扱うことはできない。行為無能力（行為帰属阻却・他行為不可能）と責任無能力（責任帰属阻却・他行為選択不可能）とは別種の事態であり、後者は前者のように「結果発生へと自動的に至ってしまう状態」を含意しないからである²³⁾。

に主張する。

²²⁾ 中空壽雅「『責任能力と行為の同時存在の原則』の意義について」刑法雑誌45巻3号393頁（2006年）は、「責任無能力状態によって法益侵害の危険性が事実上高められる」と解することは「行為者に不利な推定」として排すべき発想だと明確に指摘する。

²³⁾ 行為能力（注意能力）と責任能力の区別につき、大塚裕史「過失犯における注意義務と注意

そうすると、リスク連関論は、心神喪失による不可罰という結論を回避するという目的が先立つあまり、具体的事例の種差を問わず、およそ何らかの無能力を自招した原因行為を一律に実行行為に据えことができるという（証明・吟味されていない）前提に立脚しているのではないか、との疑いが持たれるのである。ルシュカも以下のように、この問題点を極めて明確に指摘する。構成要件モデルは「同説が導き出せると自認している結論を実は導き出せない。…刑法 20 条〔責任無能力の免責規定〕が存在しなかったならば、無能力状態下の犯行〔結果行為〕の方が処罰対象とされる」のが当然であり、「酩酊〔原因行為〕の方に客観的な構成要件該当行為を見出そうと考えるような論者は恐らく誰もいないだろう」。しかし、結果行為が責任無能力状態の下で為されており責任帰属されないものだからといって、そのことは、結果行為それ自体が「構成要件に該当するものか」という問題とは関係がない」のだし、結果行為が責任阻却を理由に不可罰とされるか否かが「先決」されてから、それによって飲酒酩酊（原因行為）の方に構成要件該当性を認めるか否かが決められる、といった論理もあり得ない。つまり「無能力状態下の行為が刑法 20 条の適用によって不可罰とされた正にそのときには、無能力の原因を作出した時点での行動の方を構成要件該当行為に昇格させる、などといった論法には根拠が無いのである」²⁴⁾。

2 不法モデル（全体所為説）

(1) シュペンデル、ヘルツベルク、シルトの「所為全体」構想

シュペンデルは、違法とは裁判時の「事後判断」における評価規範（＝構成要件）該当性の認定である、という発想をその根底に据えた上で、alic 事例におい

能力との関係」早稲田法学会誌 32 巻 95 頁（1982 年）、同「過失犯における注意義務と実行行為」早研 29 号 18-19 頁（1983 年）参照。また、中義勝「刑法における行為能力と責任能力」『岩崎教授在職三十五年記念論文集』280-281 頁（関西大学人文科学研究所，1958 年）、安田拓人「意思能力、行為能力、責任能力の関係」法セミ 567 号 23 頁（2002 年）も。

²⁴⁾ Joachim Hruschka, Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten, JZ1997, S.23. また Michael Hettinger, Handlungsentschluß und -beginn als Grenzkriterium tatbestandsmäßigen Verhaltens beim fahrlässig begangenen sog. reinen Erfolgsdelikt, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S.218 も同趣旨。原因行為を実行行為と見ることに同じく疑問を提起するものとして、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』321 頁（有斐閣，1974 年）、中空壽雅「過失犯の原因において自由な行為に関する一考察」下村康正先生古稀祝賀『刑事法学の新動向 上巻』187-188 頁（成文堂，1995 年）、内田文昭「『原因において自由な行為』について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二巻』180 頁（成文堂，1998 年）等。

では、「自ら飲酒した行為〔原因行為〕と、酩酊下の犯罪行為〔結果行為〕とを統一体と見て、酩酊状態の惹起と酩酊から帰結した顛末とを全体として」²⁵⁾観察することで、構成要件に該当する「行為遂行」(所為)を認定することができる(傍点は原文イタリック体)。原因行為は、せいぜい予備行為としてそれ自体処罰対象とならないのが通常であるが、事案によっては、裁判時の視点に立って回顧的に見た場合に、「それが同時に実行行為(の一部)を構成し、『行為遂行』("Tatbegehung")に属していると評し得る場合もある」。「問題の行為が、為されたその時点に立って当該行為の求めていた目標〔=リスク〕との関係で〔展望的に〕考察された場合には、つまり事前判断の下に見た場合には、犯罪の予備と見られるに止まるものだったとしても、後から〔当該行為によって現に〕達成された目標〔=結果〕に照らしてこれを〔回顧的に〕見直した場合には、つまり事後判断の下では、その行為が実行行為と評されることもあり得る」のである(傍点は原文イタリック体)²⁶⁾。このシュペンデルの構成要件該当性の判断方法は、まず事前判断の観点から、行為者態度が結果発生の典型的・一般的なリスク創出(実行行為)に当たることを認定し、次に事後判断の観点から、現実の発生結果が先のリスクの現実化と認められる場合に結果の行為への客観的帰属(構成要件該当性)を肯定する、という「リスク連関論」とは異なり、最初から事後判断のみを固持し、裁判時の観点から回顧的に観察して、全体として例えば「過失致死」と一まとめに評価・記述できるような事象経緯の起点から終点までを以て、客観的な構成要件該当事実(所為)と認定するものである。そして alic においては、「犯罪実行の故意又は予見可能性を伴いつつ自ら飲酒したという有責な〔原因〕行為」と、「責任無能力状態の下で為された酩酊状態下の犯行〔結果行為〕」の両者がこの全体所為を構成するのであり(そして、責任能力等の主観的要件が客観的構成要件に該当する全事象過程に亘って存在する必要はない²⁷⁾)、この構造は故意の alic・過失犯の alic に共通だという²⁸⁾。

シュペンデルと同様、事後判断の見地から「所為全体」の評価規範該当性(結

²⁵⁾ Gunter Spendel, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11 Aufl., 1995, §323a, Rn.30; ders., Actio libera in causa und Verkehrsstraftaten, JR 1997, S.134f.

²⁶⁾ Spendel, Actio libera in causa und kein Ende, Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, S.381.

²⁷⁾ Spendel, Hirsch-FS, S.380. (行為者が人里離れた休暇用別荘に爆弾を設置し、一ヶ月後に別荘所有者が爆発で死亡したが、その時点で行為者は事故により意識不明となり入院中だったとしても、行為者に責任が欠けるわけではない) また ders., in: LK §323a, Rn.30.

²⁸⁾ Spendel, Hirsch-FS, S.384; ders., in: LK §323a, Rn.35.

果犯規定の文言への包摂)を問うことが構成要件該当性の判断だと解するヘルツベルクは、alicの問題を次の2点に見出す。①第1に、alicにおける問題は、一連の行動を1つの「犯罪遂行」(Straftatbegehung)(=所為)として「帰属」できるかということであり、その際、事象経緯を結果から遡った「最終の」(letzt)(結果に直近の)行為部分だけではなくて、「帰属できる限り最大限のところまで遡った行為部分〔の全体〕」(das letzte maximal-zurechenbare Verhaltensstucke)が所為を構成するのだという²⁹⁾。従って、alic事例における飲酒酩酊等による自制心の喪失(原因行為)も、それ自体が既に結果犯という「犯罪遂行の一部」を構成し得る事実なのである³⁰⁾。②しかし第2に、問題の全体的経緯が、各条文の文言に規定された所為の記述形態に包摂可能でなければならない。このような形式的制約が課されるのは、解釈論である以上当然のことである。従って、alicによる処罰が可能となるのは、「無能力状態下の行為部分を無能力でない行為部分によって惹起した」という全体経緯が条文に規定された文言(所為記述)に問題なく包摂されるほど、当該文言の「解釈の余地が十分に大きい場合に限られる」ことになる³¹⁾。以上のalicの判断構造は故意のalic・過失のalicを問わず妥当するが、過失犯の方が結果犯成立を認められ易い³²⁾。

以上のヘルツベルクの論旨は、シュペンデルと同じく、事前判断によって行為者の意思決定規範に違反した「リスク創出」的態度だけが「実行行為」としてまず切り出される、という「リスク連関論」の発想に対抗し、客観的な構成要件該当性は、偏に事後判断の見地から、一連の行動経緯が全体的所為として条文の所為記述(評価規範)に該当するか否かによって判定されるという立場を表明したものである。しかし、ヘルツベルクが構成要件モデルに対して特に批判の矛先を向けるのは、ドイツの通説的な構成要件モデルが、事前判断によって認定される「リスク創出行為」つまり「原因行為」の時点で既に結果犯の「未遂」成立を肯定する点に関してである。自制心の喪失という「リスク創出」と

²⁹⁾ Rolf Dietrich Herzberg, Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Delikt Vorbereitung als „Begehung der Tat“ (§§16, 20, 34 StGB)?, Festschrift für Günter Spendel, 1992, S.220.

³⁰⁾ Herzberg, Spendel-FS, S.224.

³¹⁾ Herzberg, Spendel-FS, S.220, 222. 従って、有責な行為者による自手実行を要求する自手犯などは、その規定する所為の性格上、alicによる処罰の余地がない(S.222f.)。

³²⁾ Herzberg, Spendel-FS, S.227, 215. 同じく「予備」的な原因設定行為であっても、過失の場合(後の自己の更なる故意行為を予定していない場合)には事後判断の観点からそれを「所為の起点」と認め易いとする。そしてヘルツベルクも「過労の運転者が仮眠状態に陥って死亡事故を起こした」という「引き受け過失」事例を傍証として援用する(S.226)。

同時に未遂(着手)が認められると解するドイツの通説的立場は、行為者が無能力状態下での結果犯実現を意図して飲酒をした結果、高度の酩酊状態に至れば、その後制止されたり寝込んだりして結果行為が為されなくても、未遂犯の成立を認める。しかしそうすると、未遂か予備かを識別する為に、同じ飲酒酩酊でも「予備的な飲酒と、犯罪的な〔着手の段階に達した〕飲酒との間に境界線を引く」³³⁾という、実践可能かどうかとも怪しい作業が必要不可欠とならざるを得ない。また、予備段階と未遂(着手)に達した段階との区別は責任無能力者の犯行においても妥当する³⁴⁾のだから、責任無能力状態になれば未遂段階を既に越えたことになる、などとはそもそも言えない筈なのである。そこでヘルツベルクは、未遂犯も「着手」という「結果」を持つ固有の結果犯であって、客観的構成要件に該当する全体的所為の開始時期と、未遂犯の成立時期(着手時期)とが同時である必要はない(従って、未遂犯成立に必要とされる実質的危険の発生がまだ認められない時点の行為者態度も、客観的構成要件に該当する「所為の起点」とはなり得る)、と主張する³⁵⁾。未遂犯を独自の結果犯と解するこの見方は、現在のわが国では、寧ろ多数を占めているなじみ深い見解であろう³⁶⁾。

最後に、シルトも(専ら故意の *alic* を念頭に置いた論説においてではあるが)、「犯罪行為(Tathandlung)に当たるのは、無能力状態の惹起(のみ)ではなく、この時点から最終的に『結果』発生に至るまでの全体的経緯である」³⁷⁾とする考え方を支持している。曰く、*alic* においては、「構成要件に該当すると見なされる *actio* (行為) それ自体が二重化している。即ちこの行為は、その発端においては自由だった(行為無能力や責任無能力ではなかった)が、本来的実行の段階では不自由である(無能力である)。要するに *actio libera in causa, sed illibera in actu* (原因において自由な行為であるが、しかし現時点においては不自由な行為) である」。つまり事象前半の、行為者が今なお「自由だった部分」が、事象後半の「不自由になった部分」を「道具として利用」していると評し得るため、後半部分も行為者自身に

³³⁾ Herzberg, Spindel-FS, S.216.

³⁴⁾ Herzberg, Spindel-FS, S.207f.

³⁵⁾ Herzberg, Spindel-FS, S.213, 216f., 222.

³⁶⁾ 幾つかの代表的見解だけを例示列举すれば、曾根威彦『刑法総論』217-218頁(弘文堂、第4版、2008年)、齋野彦弥「危険概念の認識論的構造」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』55頁(有斐閣、1994年)、山口厚『問題探究刑法総論』210-211頁(有斐閣、1998年)、山中敬一『刑法総論』713-714頁(成文堂、第2版、2008年)等。

³⁷⁾ Wolfgang Schild, Die Straftat als „actio libera in causa“, Bemerkungen zum grundsatzlichen Problem der Zurechnung von Unfreiheit im Strafrecht, Festschrift für Otto Triffterer, 1996, S.205.

「帰属」されることになり、自由に酩酊状態に陥った原因行為と不自由に致死結果を直接惹起した結果行為とが一緒になって「同一の actio」を作る。alic とは、このようにして、1 個の殺人行為それ自体が「自由な部分と不自由な部分から構成されている」場合のことに他ならないとシルトは言う³⁸⁾。

(2) シュミットホイザーの「不法モデル」

シュミットホイザーも、alic による結果犯成立が認められるかは、(ヘルツベルクと同じく) 2 つの点にかかっているとす。①第 1 に、結果犯に当たる所為がどの時点を起点として始まったかのは、「法益から発する尊重要求 (Achtungsanspruch)」を侵害したか否かを問う「実質的な不法 (価値違反) の把握」によって決まる (実質的観点)。それ自体は「予備」的な行為であっても、法益の尊重要求を既に侵害する以上、その行為 (原因行為) を始点として結果発生に至るまでの「全体的事象」が「結合した犯行事象」として結果犯の所為を構成し得る。②しかし第 2 に、無価値の事象経緯が常に処罰対象となるわけではなく、「刑法の法文の事象記述」に包摂され得るかも当然問われねばならない (形式的観点)³⁹⁾。シュミットホイザーは次のような故意の alic の講壇事例を挙げて、この①・②の判断を例証している。「行為者 T がビアホールで飲酒していた際、宿

³⁸⁾ *Schild, Triffterer-FS, S.205ff.* 一見「間接正犯類似説」を思わせる説明だが、シルト自身は間接正犯という理論構成には全く拘っていない (S.206)。また一般的に見られる間接正犯類似説のように、利用行為 (原因行為) だけを「リスク創出」(実行行為) と見るような発想はシルトの採るところではない。シルトは自身の構想を「暗殺者が爆弾を設置した後、相当量のアルコールを摂取したため睡魔に勝てず寝入った」という事例を挙げて具体的に例証している (以下その要旨を引用・紹介する)。この場合「爆弾が爆発して殺害に至った時点では、暗殺者は行為無能力かつ責任無能力であったが、それにも拘わらず殺人既遂の所為が認められる。詳しく見ればこの事例も alic の事案なのである。というのも、爆弾設置 [それ自体] は何ら殺人ではなく、爆発による殺害と結びついて初めて殺人となるからである。道具である爆弾の作動は…行為者に対し (彼の) 殺人行為 (の一部分) として帰属される。彼の殺人行為は、爆弾設置を以て始まり、殺害を惹起した爆発を以て終了する。この殺人行為は、当初は自由な行為 (actio libera) だった。行為者が道具を仕掛けたとき、彼には行為能力も責任能力も (即ち自由が) あったからである。しかし最後には…行為者は行為無能力かつ責任無能力となり不自由な行為 (actio illibera) となった。しかしこの殺人行為は、全体として 1 つの同じ行為 (eine und dieselbe Handlung) であり、それを通じて行為者は殺人罪の構成要件を充足している。行為者は…道具の力に身を預けたのであるから、道具の作動も彼自身の actio として、彼自身の自由へと帰属させなければならない」(S.207f)。

³⁹⁾ *Eberhard Schmidhäuser, Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1992, S.25ff.* シュミットホイザーは、「構成要件モデル」のようにまずもって法文の所為記述への該当性如何という形式的契機を問題とするのではなく、当該事態が法益の尊重要求に反し始めたのはどの点からかという「不法の実質的内実把握」を優先すべきだとの点を強調して、自説を「不法モデル」(Unrechtsmodell) と呼んでいる (S.26)。

敵 O の存在に気づいた。空になったジョッキを店員が下げようとした際、T がそれを引き戻したので、T 夫人は何でジョッキを下げてもらわなかったのかと尋ねたが、T はただ『向こうに O がいる、あいつに仕返ししなければ』と答えるだけだった。夫人は T が飲酒すると自制心を喪失することを知っていたので、最悪の事態を恐れ『もう一緒に家に帰りましょう』と懇願したが、T は飲酒を続け、数時間後に完全酩酊状態で O の頭部をジョッキで殴打した⁴⁰⁾。

シュミットホイザーによれば、この場合、①第 1 に、T の過剰な飲酒は「自分が責任の無い状態で O を殴打する可能性」（「責任無能力の状態直接的な侵害行為に出る危険」）を基礎づけるものであり（この種の飲酒行為の危険性の高さは、こういった場合の周囲の反応—上例では T 夫人による帰宅の懇願—からも明らかである⁴¹⁾）、「O の身体の完全性に対する危険行為」として既にそれ自身が O の身体法益の尊重要求に抵触する行動である⁴²⁾。「結果犯においては、故意犯・過失犯を問わず、行為者が特定結果との関係で危険な行為を実行し〔リスク創出〕、その創出された危険がその後発生した結果の中に実現した場合に〔創出リスクの結果への現実化〕、当該結果が客観的に帰属されるのであり、このことによってその不法が根拠づけられる」。そして、ここに言うリスク創出行為が認められる場合には、「自分自身が再度改めて危険な行動をとる」可能性を作出したという場合も含まれるのである⁴³⁾。②第 2 に、それでは、その飲酒から傷害に至るまでの事象全体が（傷害罪の）不法構成要件に該当するか、という点であるが、不法構成要件（条文の所為記述）は実質的な「価値違背」を記述したものに他ならず⁴⁴⁾、これに該当するか否かは、問題の事象経緯が条文の文言を一読して直ちに連想される形式的イメージに合致するか否かで決まるわけではない⁴⁵⁾。つまり、「後の行為段階に至って初めて〔構成〕要件的结果を招来する〔ような直接的侵害が為された〕

⁴⁰⁾ Vgl. Schmidhäuser, Die actio libera in causa, S.31, 32f.

⁴¹⁾ Vgl. Schmidhäuser, Die actio libera in causa, S.46, 62.

⁴²⁾ Schmidhäuser, Die actio libera in causa, S.45f.

⁴³⁾ Schmidhäuser, Die actio libera in causa, S.45f., 63f., 66.

⁴⁴⁾ Schmidhäuser, Die actio libera in causa, S.61f.

⁴⁵⁾ さもなければ、稀な行為構造を持つ事例用に常に特別構成要件が必要とされることになる（飼い慣らした犬を使って肉を取って来させた場合用の「窃盗の特別規定」、他人の家屋に水漏れする雨樋を取りつけることで、後々水漏れによって家具を損傷させる場合用の「器物損壊の特別規定」等々）（Schmidhäuser, Die actio libera in causa, S.36）。現行法規の事象経緯の記述は多少なりとも抽象的・一般的であり（例えば「侮辱した」とだけ規定し「他人を『バカ』『臆病者』と罵った」等の行為態様の具体的例示を含まない等）（S.40ff.）、特殊な行為形態もその一般的文言に包摂されるということを当然に予定している。

という場合にも、この後行行為の危険を作出した〔先行する原因〕行為が〔それ自体、実質的な価値違背である以上〕、これが構成要件の記述によって〔併せて〕捕捉されてはならないという理由は無い」のであり、自らの無能力状態を創出した原因行為も、直接的侵害に及んだ結果行為も、「客観的帰属という要件の下で、『結果』と共に不法構成要件によって〔同時〕捕捉される」のである⁴⁶⁾。そして、(敢えて時間的に細分化して言えば)原因行為時にのみ存在している責任能力は、「不法構成要件によって捕捉されるこの事象全体に関係している」⁴⁷⁾のであって、この理論構成に対しては、責任要件だけが、又は実行行為だけが「前倒し」されているといった批判は当たらないのだという。

この「不法モデル」の根底には、犯罪論(刑法の適用)における違法判断とは条文(評価規範)の適用判断に他ならず、事後的な判定者(裁判官)による評価規範該当事実の認定に尽きる、という発想がある(犯罪論という局面においては、刑法規範の名宛人は偏に国家機関たる裁判官である⁴⁸⁾)。構成要件モデルのように、事前判断(行為時の一般人)の見地に立ってまずリスク創出(実行行為)が事象経緯の中から取り出される、といった考え方はとられず⁴⁹⁾、あくまで刑法適用者(裁判官)の事後的観点から構成要件に該当する所為全体が把握される、というわけである。

(3) 検 討

以上に見た見解はいずれも、事後判断の観点から、結果犯の客観的構成要件に該当する事象経緯全体を以て「結果犯の所為」と認定する立場だと言えよう。これらの見解によれば、結果犯の所為の始点は、行為時の一般人の観点から見た意思決定規範違反(禁止ルールへの違背)を体現する「リスク創出」の時点ではなく、裁判時の裁判官の観点から見て評価規範該当性を充たすような「事象全

⁴⁶⁾ *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa, S.34, 48, 54.

⁴⁷⁾ *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa, S.26, 54.

⁴⁸⁾ Vgl. *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa, S.58; *dens.*, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988, S.42f; *dens.*, Illusionen in der Normtheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht, JZ1989, S.420f.

⁴⁹⁾ というのも、事前判断によって認定される「リスク創出」とは、「意思決定規範」違反を表す事実だからである。刑法規定が国民一般に対する意思決定規範(禁止ルール)として立ち現れる局面は一般的な社会生活の場面であり、法適用者による刑法適用(犯罪論)の局面ではない(本稿では詳説できないが、「例外モデル」の諸見解はこの理解をその理論的基礎としている)。しかしシュミットホイザーは、更にそれを超えて、およそ一般的な社会生活の局面でも、刑法の条文それ自体が国民に対する禁止ルール(意思決定規範)として機能しているというのは実態に反する虚構だと主張している(刑法の意思決定規範性の否認。Vgl. *Schmidhäuser*, Form und Gehalt der Strafgesetze, S.41ff.)。

体の始まりの時点」にある。従って、行為者の意思決定規範違反（注意義務違反）の態度として選び出された「飲酒酩酊による責任無能力の惹起」という態度が、本当に「結果発生リスク創出」と認められるような実質を持っているのかという、構成要件モデル（リスク連関論）に対して向けられた疑問は、これらの見解には妥当しないようにも思える。というのも、これらの見解は、実行行為（結果犯に該当する全体的所為の起点）を「事後判断」によって選び出していると自称しており（その趣旨が極めて明確に現れているのがシュミットホイザーの見解である）、構成要件モデルが言うように「結果発生に対するリスク創出」といった事前判断に依拠する基準で以てこれを選び出してはいない筈だからである。

しかしそれでは、問題の原因行為が「所為全体の起点」に当たるものと言えるかどうかは、一体どのような基準によって判定されているのか。実はこれらの見解は、「結果犯規定の定める所為記述（文言）に包摂され得るものであることを要する」という限界を示すのみで、それ以上の具体的基準を明らかにしていないのである。そして、責任無能力の自招事例における飲酒酩酊（原因行為）は、過失致死の所為（独刑法222条の定める「過失により人を死亡させた」）の起点に当たる、ということが当然の結論であるかのように論じられている。例えばシュミットホイザーは、結果惹起の直接的原因をなす結果行為の時点で行為者に責任能力があったならば、そもそも遡って原因行為を問題とする「必要もない」のだが、alic事例の処罰にはそれが必要となり、「通常の場合ならば顧慮されないままに措かれるような行為が引き合いに出される点」にこの事例の特殊性があるのだ⁵⁰⁾、と率直に述べている。しかしこれでは、可罰的だという結論がまず先決されていて、その結論を根拠づける為ならば、責任能力が残存している行為に辿り着くまで因果経過上を任意に遡行できる、と言っているに等しいのではないだろうか。この説明は、alic事例が可罰的であるという結論を「帰結」するのではなく寧ろ「前提」にしている点で、論拠薄弱であるとの印象を免れない。これに対し、シュペンデル（前掲注27）参照）、ヘルツベルク（前掲注32）参照）、シルト（前掲注38）参照）らは、原因行為を所為の起点と解することが当然視されている場合が他にもある、という点を論拠として掲げ、その傍証として幾つかの事例を挙げている（殺人の故意で爆弾を設置したが爆発時には就寝中だった故意犯事例、過労運転で衝突時には居眠り状態だった引き受け過失の事例、等）。しかし、彼らが掲

⁵⁰⁾ Schmidhäuser, Die actio libera in causa, S.29f., 49, 55.

げるこれらの事例は全て、行為者が原因行為によって、結果行為（結果発生の直接的原因）の時点における自らの行為無能力・物理的結果回避不能の状態を招いた事例であり、責任無能力の状態を自招した事例とは事案を異にしているのであって、前述の通り（Ⅱ - 1 - (2)）、傍証として挙げるには不適切な事例なのである。

この他ヘルツベルクは、結果犯の所為の起点となり得るのは、「限界を踏み越えて、行為不法や許されないリスク創出の範囲に入った」ような原因行為である、という趣旨のことを述べている⁵¹⁾。またシュミットホイザーも、「所為」として一体的に把握される事象経緯の範囲は「客観的帰属（リスクの創出とその実現）」が認められる範囲である、と論じていた（Ⅱ - 2 - (2)参照）。そうするとこれらの見解も、結局は構成要件モデルと同様、事前判断によって「結果発生リスク創出」と認められた態度を以て所為の起点と解しているのだろうか。もしそうだとすれば、このような判断基準が彼らの違法論と整合しているのかという疑問がある上、構成要件モデルに関して生じた疑問がこれらの見解にも同じように当てはまることになる。

以上、通説的陣営に属する（特にドイツの論者による）諸見解の主張内容を具体的に見てきた。そこで次に、通説的見解によって説明可能だとされているわが国の諸判例につき、その具体的な判示内容を確認して行きたい。

Ⅲ 判例の検討

わが国の諸判例の事例も様々に分類可能であるが、以下ではこれを3つの事例群に分けてみることにする。なお、ここで検討対象とする判例は、殺人・傷害等の実害結果の発生を要する実害犯に関するものに限定した（酒酔い運転罪、覚せい剤使用罪等の危険犯・挙動犯に関する判例は除外した）。なお、わが国の *alic* 事例に関する判例には、殺害・傷害結果との関係で故意結果犯の成立を認めたものは存在せず、諸判例は（せいぜい）過失結果犯の成立を認めるに止まっている（このような判例の現状は、判例の解決の背後に伏在していると思われる考え方を探るにあたって、重要な意味を持つてくるように思われる）。

⁵¹⁾ Vgl. *Herzberg*, *Spendel-FS*, S.215.

1 結果行為時の行為無能力・物理的回避不能状態を自招した事例〔事例群1〕

結果を直接惹起した物理的・身体的動静につき行為者に罪責を問えないにも拘わらず、判例がなお過失結果犯の成立を認めているその第1の事例群は、直接的な結果惹起の行動時に「行為無能力」ないし「物理的結果回避不能」の状態が生じており、且つ、その状態を行為者が原因行為により自招したという場合に関わる。この類型のリーディングケースと言える大判昭和2年10月16日刑集6巻413頁は、母親Xが嬰兒Aを抱いて横臥し授乳している最中に、病的睡眠状態に陥りAを窒息死させた事案につき、Xには「添寝」による「授乳ニ伴ヒ通常生スルコトアルヘキ一切ノ危険ヲ未然ニ防止スヘキ」注意義務があるとし、これに違反する態度（抱いて横臥する姿勢を止めなかった不作為）を問責対象行為と解したものと見られる。本件では、「乳児ノ鼻口ヲ壓シ之ヲ窒息死ニ致シタ」直接的結果惹起の時点でXが睡眠状態（意識が無いことによる行為無能力・身体的動静による結果回避不能の状態）に陥っており、この睡眠中の圧迫自体はXにおよそ「行為」として帰属され得る外的事象ではないが、しかしこの事態を自招した（この当然予測され得た事態を回避しなかった）態度が「実行行為」ないし「所為の起点」と解されているのである。

この他、車両運転中に意識障害や運転操作不能の状態に陥って事故に至った、という場合もこの類型に含められよう。大阪高判昭和42年9月26日判時508号78頁は、アルコールてんかんと診断され、医師から自動車運転は止めた方がよいと注意されていたXが、飲酒・過労等によりてんかん性発作を起こす危険を認識しながら貨物自動車を運転し、運転中に発作を起こして自車を暴走させ歩行者を負傷させた事例につき、「自動車の運転を差し控えてその運転中にてんかん性発作を起こすことによって生ずる事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があ」ったとし、また仙台地判昭和51年2月5日刑月8巻1=2号41頁も、てんかん発作が発生する予見可能性があったXが自動車運転中に意識を喪失し、自車を逸走させて人を死傷させた事案につき、「その予見をすることなく本件運転をなしたこと自体に過失が認められ…その後の発作による心神喪失の点は、本件における責任の存否には何ら影響を及ぼ」さないとした。これらは、運転開始行為それ自体を過失結果犯の「実行行為」又は「所為の起点」と解し、行為無能力状態下での事故惹起を単にその後の因果経過と見て、過失結

果犯の成立を認めたものと解される⁵²⁾。

行為無能力・物理的結果回避不能という状態は、一方では、その時点での身体的・物理的動静を行為者自身に帰属できない事情（行為性阻却・責任阻却その他を導く事情）を意味するが、その同じ状態が、他方では、外的事態が構成要件に該当するかという評価規範該当性（客観的構成要件該当性・違法）の判断において「原因行為から結果発生へと至る自動性・直接性」を示す事情としての意味を持つ。例えば、相手に向けて至近距離から拳銃を発砲する場合や、自動車を相手に向けて発進させ高速度で衝突させようとする場合、発砲・発進接近という行為の後では、相手に命中・衝突するまでの間に、通常とり得るような手段ではもはや物理的な結果回避が不可能となる。しかしこの場合に、直接的結果惹起（命中・衝突）の時点では既に行行為無能力・物理的回避不能の状態だった、として行為者の罪責が否定されることはあり得ない。行為者がその後の物理的結果回避不能の状態を自招した原因行為は、同時に、結果惹起へと障害なく自動的に到達する因果経過を設定した行為として、正にそれ自体が結果犯の「所為の起点」と目されるのである（射殺事例における「殺人」の実行行為・所為が「弾丸の命中」ないし「相手の死亡」のみであると解する論者はいないだろう。この場合の実行行為・所為の起点は寧ろ「発砲」に求められる）。事例群1における行為者らは、特定姿勢での授乳・自動車運転の途中で、入眠・発作によって結果の発生如何をもはや自ら身体的・物理的に左右できない状態に入ったが、この種の行為の途中で行為無能力状態に陥ること自体が、結果発生に至る（人の意思活動によっておよそ制御されていない）自動性を生じさせており、更には、病的睡眠・発作の発生如何も自ら左右できない以上、入眠・発作がいつ生じるか分からないという状態でこの種の行為を開始したこと自体が、そもそもの起点として、その後の因果経過を完全に自然的経緯に委ねたとも評し得る。事例群1の諸判例の理論構成は、以上のような観点からは是認し得るものである。

⁵²⁾ これに対し東京高判昭和49年7月19日東高時報25巻7号60頁は、Xがてんかん発作によりハンドル操作不能の状態に陥って対向車と衝突した事案につき、結果行為（衝突直前の車両走行）自体を実行行為と捉え、「本件事故当時、意識障害のため、周囲の状況に応じて結果の発生を予見し、これを回避する行動をとることは不可能であって、心神喪失の状態にあったものとみるのが相当」としてこれを不可罰としたが、本件（仙台地判昭和51年2月5日刑月8巻1=2号41頁）では、運転開始時にXに運転中の発作発生についての予見可能性があったことを示す事実認定がなされておらず、運転開始行為を過失犯の実行行為・所為の起点とはなし得なかったものと見られる。

2 結果行為時の「正常な運転ができない状態」を自招した交通事故事例〔事例群2〕

次に、飲酒による酩酊状態で自動車を運転して死傷事故を起こした事案につき、酩酊状態での運転開始（又は運転を予定しているのに飲酒酩酊を抑止しなかったこと）、酔いが回った段階で運転を中止しなかったこと等を「実行行為」（注意義務違反）と見て、過失致死傷の罪責を認めた判例が多数存在する。事例群1で見た「運転中の発作発生による死傷事故」とは異なり、この諸判例では、行為者が衝突時に意識障害やハンドル操作不能という行為無能力状態にまで陥っていたとの事実認定が前提とされておらず、衝突時の行為者が「心神耗弱」⁵³⁾、「心神喪失ないし少なくとも心神耗弱」⁵⁴⁾の状態にあったことが認定されているに止まるのが特徴である。そうすると、これらの判例は、責任無能力・限定責任能力を自招した原因行為を実行行為と捉えて、過失結果犯を肯定するもののようにも見える。

しかし、このように断定するのは早計であろう。この事例群に属する判例には、「(殆ど) 泥酔」⁵⁵⁾、「相当酩酊」⁵⁶⁾、「酔眼朦朧，進路前方の注視不能」⁵⁷⁾等として、衝突時の行為者の状態を責任能力の存否とは異なる観点・用語で以て認定するものも多く、また「運動失調…注意集中困難の著しい酩酊状態（責任能力のうえからいえば心神耗弱の状態）」⁵⁸⁾として、物理的・身体的な車両制御・運転能力の程度を示す状態と、責任能力の程度を示す状態とを敢えて併記するものも見られる。これらの判例を見ると、車両制御・運転能力（つまり物理的な事故回避能力・行為能力）と、責任能力とでは、事実上ある程度までその存否が重なり合うとしても、それらが問題とされる局面は異なっているという基本認識が窺われるのである⁵⁹⁾。つまり、事例群2の諸判例が「責任能力」に直接関係する状態

⁵³⁾ 大阪地判昭和35年2月24日判時217号35頁，大阪地判昭和43年9月6日判タ229号324頁，東京高判昭和46年7月14日刑月3巻7号845頁。

⁵⁴⁾ 大阪地判平成元年5月29日判タ756号265頁。

⁵⁵⁾ 名古屋高判昭和33年4月28日高刑集11巻3号129頁，東京高判昭和44年9月24日東高時報20巻9号184頁。

⁵⁶⁾ 名古屋地一宮支判昭和34年4月14日下刑集1巻4号1023頁。

⁵⁷⁾ 盛岡地遠野支判昭和36年10月20日下刑集3巻9=10号962頁。

⁵⁸⁾ 横浜地横須賀支判昭和40年1月22日下刑集7巻1=2号72頁。

⁵⁹⁾ この行為能力（運転能力）と責任能力との区別は、大塚・前掲注23）論文のいう「生理的肉体的能力」（生理的資質及び心理的資質のうち知識の面に関わるもの）と「規範心理的能力」（倫理的資質及び心理的資質のうち判断力の面に関わるもの）の区別、また、ルシュカ・キン

の認定（心神耗弱・喪失）を行っているとしても、それは偏に弁護側による衝突時の心神耗弱・喪失の主張に答え、その主張事実が認定されるとしても過失結果犯を肯定し得ると回答するためであって、これらの判例が行為者に過失結果犯を肯定し得た真の理由は、結果行為（衝突）時の「責任無能力」を自招したことではなく、衝突時の「運転無能力（行為無能力）」を自招したことにあつたように見受けられるのである。例えば、名古屋高判昭和33年4月28日高刑集11巻3号129頁は行為者が飲酒・泥酔により「正常運転の能力を失い、車はじぐざぐ状態で暴走」したとの事実、横浜地横須賀支判昭和40年1月22日下刑集7巻1=2号72頁は「アルコールの影響により自動車の正常な運転ができない状態」で「蛇行運転を伴う不安定な運転操作で…進行」したとの事実、大阪地判昭和43年9月6日判タ229号324頁は「酔いのため、前方を確実に注視することが困難な状態」で歩行者に気付かずに衝突したとの事実を前提として過失結果犯を認定しているが、これらはいずれも、運転中に物理的・身体的な車両制御能力（行為能力）を欠く、又は、運転中に知覚的な事実認識能力（ひいてはそれに基づく身体的対応の能力）を欠く、という行為帰属不能の状態が行為者自身の酩酊運転開始によって生じ、その自動的帰結として事故結果が発生した、という事実関係を基にして初めて、過失結果犯の所為を認め得たのではないだろうか。つまり事例群2においても、過失結果犯の成立を帰結する根拠は、衝突時における行為者の責任無能力（責任帰属不能）ではなく、衝突時の行為無能力・事実認識無能力（行為帰属不能）にある。これらの事例は、結果行為時の心神喪失・耗弱を自招したalic事例として捉えられるのではなく、寧ろ事例群1に準じて、一定の条件下での運転開始自体が、その後の物理的回避可能性を消滅させ自動的に結果発生へと繋がる結果行為の起点と捉えられて初めて、過失結果犯として処罰可能となるように思われるのである（そしてこのように把握されない事例については、そもそも過失結果犯による処罰が疑問視されるのである。この点、次のⅢ-3参照）。

3 結果行為時の心神喪失・心神耗弱状態を自招した傷害・殺人事例〔事例群3〕

第3の事例類型は、暴行傷害・殺害の故意を持って他害行為に出たが、その時点では、事前の飲酒・薬物摂取等の原因行為に起因して心神喪失・耗弱の状

トホイザーらの答責帰属論（例外モデル）の諸説のいう「行為帰属」（他行為可能性）と「責任帰属」（他行為選択可能性）との区別と同じである（杉本・前掲注13）等参照。

態に陥っていた、というものである。典型的な alic 事例として議論の俎上に上るのがこの種の事例であり、判例の多くも、学説と同様、原因行為を実行行為と解し、且つ、その時点では傷害・殺人等の結果犯の故意が認められないとの認定を通じて、過失結果犯の成立を認めている⁶⁰⁾。

しかし、原因行為を実行行為と解するその理由づけに着目すると、判例には、構成要件モデル（リスク連関論）のように、原因行為に単純に「結果発生危険の創出」を見出しているとは評し難いものも見受けられるのである。この事例群のリーディングケースである最大判昭和 26 年 1 月 17 日刑集 5 卷 1 号 20 頁は、病的酩酊状態で被害者を刺殺した行為者につき、「多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因つて心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす危険ある素質を有する者は…心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する等前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務」があると判示し、この「己れの素質を自覚していた」のに「前示注意義務を怠つ」て飲酒した行為が過失致死の実行行為に当たると解している（引用文中の傍点筆者）⁶¹⁾。しかし既述の通り（I - 2）、心神喪失とは行為者自身の答責性の欠如を示す状態であって、行為者行

⁶⁰⁾ 結果行為時の心神喪失・心神耗弱状態を自招した傷害・殺人事例（事例群 3）に関する判例として、大分地判昭和 25 年 4 月 3 日高刑集 3 卷 3 号 442 頁（飲酒酩酊して殺人、傷害致死罪）、同事件の控訴審である福岡高判昭和 25 年 9 月 26 日高刑集 3 卷 3 号 438 頁（過失致死傷害罪が成立し得るのみとして破棄差戻し）、最大判昭和 26 年 1 月 27 日刑集 5 卷 1 号 20 頁（過失致死罪）、札幌高判昭和 26 年 11 月 15 日高刑集 4 卷 11 号 1482 頁（警察官が飲酒酩酊してけん銃発砲、業務上過失致死罪）、福岡高判昭和 28 年 2 月 9 日高刑集 6 卷 1 号 108 頁（飲酒酩酊のうへ傷害、重過失傷害罪）、名古屋高判昭和 31 年 4 月 19 日高刑集 9 卷 5 号 411 頁（塩酸エフェドリン水溶液を注射して幻覚妄想を起こし殺人、原因行為時に暴行の故意ありとして傷害致死罪）、京都地判昭和 32 年 6 月 5 日判時 116 号 26 頁（飲酒酩酊して殺人、重過失致死罪）、東京高判昭和 33 年 12 月 3 日判時 175 号 6 頁（飲酒酩酊して殺人、重過失致死罪）、国東簡判昭和 34 年 1 月 22 日下刑集 1 卷 1 号 104 頁（飲酒酩酊して傷害、重過失傷害罪）、東京地判昭和 34 年 10 月 20 日判時 207 号 16 頁（飲酒酩酊して殺人、重過失致死罪）、大阪高判昭和 35 年 4 月 15 日下刑集 2 卷 3=4 号 363 頁（飲酒酩酊して傷害、重過失傷害罪）、前橋地高崎支判昭和 36 年 3 月 3 日下刑集 3 卷 3=4 号 235 頁（飲酒泥酔して殺人、重過失致死罪）、福井地判昭和 38 年 6 月 17 日下刑集 5 卷 5=6 号 576 頁（飲酒泥酔して傷害、重過失傷害罪）、東京地判昭和 40 年 11 月 30 日判時 434 号 57 頁（飲酒酩酊して殺人、重過失致死罪）、同事件の控訴審である東京高判昭和 41 年 3 月 30 日東高時報 17 卷 3 号 44 頁（重過失致死罪）、大阪高判昭和 41 年 9 月 24 日下刑集 8 卷 9 号 1202 頁（飲酒酩酊してポスターに点火、重過失失火罪）、横浜地判昭和 49 年 8 月 7 日判時 760 号 114 頁（シンナー吸引による夢幻様状態で殺人、重過失致死罪）、京都地舞鶴支判昭和 51 年 12 月 8 日判時 958 号 135 頁（覚せい剤使用に基づく中毒性精神障害による心神喪失状態で殺人、重過失致死罪）。

⁶¹⁾ 京都地判昭和 32 年 6 月 5 日判時 116 号 26 頁、東京高判昭和 33 年 12 月 3 日判時 175 号 6 頁、東京地判昭和 34 年 10 月 20 日判時 207 号 16 頁等も、この判断定式を踏襲。

為の客観的リスクの存否とは直結しない事柄である。それにも拘わらず、最高裁が、飲酒が注意義務違反（実行行為）と認められる根拠は、それが「心神喪失の原因」をなした点にあるかのような判示をしていることに対しては、構成要件モデルに対するのと同じ疑問（上記Ⅱ - 1 - (2)）が向けられるだろう。また福井地判昭和38年6月17日下刑集5巻5=6号576頁は、泥酔し心神耗弱状態で傷害行為に及んだ行為者につき、「心神耗弱の状態は前示の如き〔飲酒酩酊すれば狂暴性を発揮する習癖の〕自覚を有しながら前示注意義務〔＝飲酒を抑止・制限する義務〕を怠った重大な過失に因って自ら招いたものであるから、本件行為につき刑法第三十九条第二項を適用すべきでない」と判示している。しかし構成要件モデルに立脚するならば、実行行為は危険な原因行為（飲酒）なのであるから、結果行為時の心神耗弱状態に関する刑法39条2項の適用の可否を問題にする必要はないし、まして、この心神耗弱という責任減少事由の自招に関して行為者の落度の存否を問う必要も全く無い筈である。同様に横浜地判昭和49年8月7日判時760号114頁も、「心神喪失を招来するに至った原因において、注意義務違反の事実ありと認め、本件のように重過失致死罪の刑事責任を負わずことは、いささかも罪刑法定主義に反するものではない」とするが、構成要件モデルの論理からすれば、心神喪失という責任阻却事由の自招に関する「注意義務違反」が行為者の罪責の問題となり得るかのようなこの判示は、およそ説明がつかないものではなかろうか。

以上のように、事例群3の諸判例は、飲酒酩酊状態の惹起という原因行為に、その後で行為者自身が結果行為に出てしまうという客観的リスクの創出ないし自動的因果経過の起点と、心神喪失・耗弱という免責の抗弁を行為者に援用させて不可罰・減輕の法的効果を取らせるべきではない行為者自身の落度とを、重疊的に見出しているようにも思われるのである。構成要件モデル・不法モデルの諸説は、これら諸判例の論理を説明・正当化し得るのだろうか。本稿の最後に、諸判例の処理を説明する理論構成の可能性について考え、通説的理解に対する批判的検討を締め括りたい。

IV 総括—諸判例の処理は通説的見解から説明可能か—

事例群 1 の諸判例、及び、それに準ずる限りでの事例群 2 の諸判例は、原因行為が自らの物理的結果回避不能の状態を自招し、結果発生へと自動的に至る因果経緯の起点をなした以上、当然にそれを「実行行為」ないし「所為の起点」と解することができる⁶²⁾。問題は、このような論理が（少なくとも表面的には）妥当しない事例群 3、即ち、原因行為が、結果行為時の「責任無能力状態」を惹起したという諸事例である。この場合にも過失結果犯の成立を認める諸判例は、一体どのような理論構成によって説明され得るのだろうか。

「構成要件モデル」の立場から事例群 3 における過失結果犯の成立を説明し得るとすれば、それは次のような論理に限られるであろう。「構成要件モデルからは、飲酒等の原因行為は、第一次的には、結果行為（ひいては最終的な犯罪結果）を惹起した点に意味があり、…原因行為は、責任無能力状態を招来する危険のみならず、責任無能力状態で犯罪行為に出る危険を含んだものでなければならない。具体的には、行為者が飲酒により著しく粗暴になる酒乱癖を有するか、または、飲酒による抑制力の喪失によって犯罪に出る可能性が特に高い状況下であるといった場合に限り、原因行為は構成要件該当性を有しうる⁶³⁾。この立場は、原因行為によって作出された状態が「結果発生リスク」と「行為者自身の答責性欠如」という二重のものである点を明確に認識した上で⁶⁴⁾、専ら前者

⁶²⁾ 上述の全体所為説の各説が主張していた、爆弾設置事例・引き受け過失事例等との類似性を根拠にして原因行為に「所為の起点」を求めるという解決方法は、これらの事例群 1・2 の諸事例に妥当し得るのみである。全体所為説は、責任無能力は行為者が「自動的に」（規範意識による制御が全く働かずに）違法行為へと進む状態を意味する、従って事例群 3 の原因行為も自動的に結果発生へと到達する因果経過の起点である、と論ずるかもしれない。しかし、物理的回避不能・行為無能力・事実認識無能力といった状態を惹起することで、原因行為それ自体が因果経過上において結果発生へと至る自動的経緯の起点たる位置づけを占めた場合（事例群 1、事例群 2 の一部）とは異なり、事例群 3 の原因行為は、結果行為の発生可能性を著しく高めてはいるものの、結果行為時の物理的回避不能・行為無能力・事実認識無能力を惹起していないのであって、行為能力と責任能力の区別を廃棄しない限り、両事例群を同列に論ずることはできない。

⁶³⁾ 松原芳博「未遂犯・その 2」法セ 672 号 105 頁（2010 年）。

⁶⁴⁾ この両者が次元の異なる事情であるという点は、通説的見解において必ずしも明確に認識されていない。例えば通説的見解に立つ *Sternberg-Lieben*, aaO, S.221 は、過失犯の実行行為の認定は事前判断における行為者の注意義務違反の認定であり、その限りでは通説（リスク連関論）のようにこれを「行為無価値」（実行行為・リスク創出）と呼ぼうと、例外モデルのようにこ

の存否の確定によって事例群3の解決を試みるものだと言える。

この論理からすれば、必然的に、(1)原因行為が「心神喪失」状態を招来しても、原因行為に結果発生の「リスク創出」が認められない場合と、反対に、(2)原因行為が結果行為時の「心神喪失」状態を招来しなくても、原因行為に結果発生の「リスク創出」が認められる場合とがあり得ることになる。まず(1)に関して言えば、従来、alicの諸事例に関して、「心神喪失状態の自招行為」を以て実行行為と解するとの判断が下されてきたが、これらの判断は、行為者の強度の習癖等を根拠にその行為が「行為者の狂暴・自制不能な行動の自招行為」と認められるか否か、という観点からその正当性が厳密に(再)検証されなければならないことになる。結果行為時の「心神喪失」状態の惹起は、過失結果犯を肯定する上で何ら理論的意味を持ち得ないからである。更に(2)に関して言えば、事例群3における過失結果犯の成否にとって結果行為時の「心神喪失・耗弱」の認否は本来無関係であり、問題は行為者の他害的習癖の強度だけである以上、例えば一定種類の映画やゲームその他の刺激によって狂暴な行動に出る強度の習癖を持つ行為者がいた場合には、結果行為時の責任能力の有無に拘わらず、その種の刺激に接した原因行為それ自体が過失結果犯の実行行為と解されることになるだろう⁶⁵⁾。構成要件モデルは、このように「習癖等の具体的事情を前提とした結果行為・結果発生の可能性」の存否のみを基準としてリスク創出を認定する、という形で純化されて初めて、内在的矛盾を免れた理論となり得る。

このような理論構成は、構成要件モデルの根底にあるリスク連関論を前提として考える限り(この前提をなす理論に向けられる根本的疑問⁶⁶⁾を一旦措くとすれば)、それ自体、論理一貫性を備えている。また、リスク連関論の考え方に立脚する限

れを「責務違反」と呼ぼうと、その問題の核心は同じだと断定する。しかし、通説のいう「行為無価値」とは「結果発生に対するリスクの創出」であり、例外モデルのいう「責務違反」とは「結果行為時に存在する責任阻却事由を行為者には援用させられない(行為者の悪質性を示す)事情」であって、後の一定の事態に寄与することになった行為者態度に関する判断であるという点では同じであるものの、両者の内実は全く異なるのである。

⁶⁵⁾ また例えば、行為者が特定の相手と遭遇すれば、最低でも必ず相手に傷害を負わせるような乱闘が生ずる、という行為者の性格・具体的状況が認められる場合には、仮に遭遇した相手から攻撃を受けて正当防衛状況が現出したとしても、そもそも兇器を携えて相手の居場所に向向いたという行為者の先行行為を捉えて、結果行為によって生じた傷害・殺害結果につき結果犯の成立を肯定し得ることになる(所謂「原因において違法な行為」)。

⁶⁶⁾ 杉本・前掲注13)、同「規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流(下)」比較法学38巻1号85頁以下(2005年)参照。

り、直接に結果惹起に繋がる後行行為が介入した場合であっても、先行行為に「結果発生リスク創出」を認めることは可能である。例えば、監督過失事例や過失競合事例における過失結果犯の成立について、「行為者には、他者の一定種類の行為介入を最初から想定した上でそれを監督・抑止する注意義務が課されており、その注意義務の違反を実行行為（結果発生リスク創出）として過失結果犯の成立が認められる」という説明が可能なのだとすれば（リスク連関論はこのように説明する）、同様に alic 事例においても、「行為者には、後の自分自身の一定種類の危険行動を最初から想定した上でそれを予め統制・抑止する注意義務が課されており、その注意義務の違反を実行行為（結果発生リスク創出）として過失結果犯の成立が認められる」との説明が可能となる筈だからである。

以上のような説明による通説的理解「擁護論」に対する疑問があるとすれば、それは、現に、構成要件モデルに立脚しているとされる諸説や判例（の多く）が、原因行為が持つ「結果発生リスク創出」の側面のみに着目するという、この純化された理論構成に必ずしも立脚しておらず、やはり、結果行為時の「責任無能力」という事情、つまり原因行為が持つ「心神喪失という責任阻却事由の作出」という側面の方に（も）着目しているのではないかと見受けられることなのである（上述Ⅲ-3参照）。再三述べたように、後者の「心神喪失の自招」という側面を理由に「リスク創出」を認めようとする限り、構成要件モデルの主張は理論的根拠と一貫性を完全に欠いたものになる。行為者に過失結果犯が成立すべき真の理由は、「行為者が自分の落度に基づいて心神喪失という責任阻却事由を自招した以上、行為者にその援用が許されるべきではない」という点にある——もし、このような考え方が諸説や判例の背後に伏在しているのだとすれば、これはもはや、構成要件モデルの理論構成によっては表現できない発想なのである⁶⁷⁾。

⁶⁷⁾ このような発想を理論的に説明し得るのが、所謂「例外モデル」の論理である。本稿では紙幅上もはや「例外モデル」の諸説の論理構造の当否について検討することはできない。続稿において検討したい。

