

〔論 説〕

原因において自由な行為に関する「例外モデル」の 思考方法

—主唱者 J. ルシュカの主張の展開—

杉 本 一 敏

- I はじめに
- II 「例外モデル」の展開
 - 1 批判期：特に「故意の原因において自由な行為」をめぐって
 - (1) 検討対象とされたケースと BGH 判例
 - (2) 前倒し説（構成要件モデル）とそれに対する徹底的批判
 - (3) 「縮減構成」の提唱（「例外モデル」の萌芽）
 - (4) 小括
 - 2 展開期：「特例的帰属＝原因において自由な行為」の理論体系の確立
 - (1) 「原因において自由な行為」＝責務違反を理由とする帰属
 - (2) ルシュカの帰属論体系における「原因において自由な行為」
 - (i) 2段階の帰属体系
 - (ii) 「原因において自由な行為」＝特例形態の帰属
 - 3 再批判期：BGH 判例の再批判（特に過失犯をめぐって）と立法提案
 - (1) 過失結果犯では「原因において自由な行為」という「特別な理論構成」は不要か？
 - (2) 立法提案
- III 例外モデルの理論的意義と検討課題
 - 1 日本の議論の現状において「例外モデル」の視点が持つ理論的意義
 - 2 日本において「例外モデル」を展開するに際しての課題

I はじめに

本稿の目標は、いわゆる「原因において自由な行為」（事前の飲酒行為等によって責任能力が減退した状態で犯罪の実行行為に及んだという場合に、行為者に当該犯罪の完全な責任を問うことができるか、という問題）に関して主張されている「例外モデル」という考え方について、できる限り分かりやすく解説することである。きっかけは、筆者の担当する刑法科目において、筆者が「例外モデル」の思考方法に少し言及したところ、同科目を受講されていた本誌（Law&Practice）の学生編集委員の方がこれに関心を持ってきて、本誌に「例外モデル」に関する論説を寄稿することを薦めて下さったことにある。

筆者の整理では、いわゆる「原因において自由な行為」において行為者の完全な罪責を問うことを試みる理論構成には、「構成要件モデル」、「責任モデル」、「例外モデル」の3つがある。「構成要件モデル」とは、「原因において自由な行為」のケースにおいて、行為者にまだ完全責任能力が認められる状態となされていた事前の飲酒等の行為（原因行為）を「実行行為」と見て、犯罪成立の判断を行う理論構成のことである。「責任モデル」とは、特に故意犯において、責任能力が減退した状態下でなされた結果行為（刺突行為など、直接に構成要件的结果を惹起した行為）の方を「実行行為」と見た上で、その実行行為に出るという決意（故意）がそれ以前の完全責任能力が認められる時点で固められていた場合には、行為者に完全な責任が問えるとする理論構成である。最後に「例外モデル」とは、「責任モデル」と同じく）責任能力が減退した状態下でなされた結果行為の方を「実行行為」と見た上で、実行行為の時点における責任能力の減退を行為者が事前の落度によって自招していた場合には、その事前の落度を理由に行為者に心神喪失・心神耗弱の抗弁を許さない（責任能力規定の適用が排除される）、という理論構成である。

しかし、現在の日本の刑法の教科書・体系書において、「例外モデル」を独立の見解として項目立てして解説しているものはほとんど見られない。多くの教科書は、「構成要件モデル」と「責任モデル」だけを紹介している。また、「構成要件モデル」と「例外モデル」とを対置させて説明を行っている教科書もあるが、その大半は、「例外モデル」という名称の下で実際には「責任モデル」の説明をしている（有力な教科書の中から一例だけ例を挙げれば、佐伯仁志『刑法

総論の考え方・楽しみ方』[2013] 326 頁など)。確かに、「責任モデル」と「例外モデル」は、いずれも、致死傷結果などの結果を直接惹起した「結果行為」（責任無能力状態でなされた刺突行為など）を実行行為として理論構成を試みる「結果行為説」であり、その限りでは共通点がある。しかし、「責任モデル」と「例外モデル」とではその帰責の思考方法が全く異なっており、両者を区別しておくことは理論的に非常に重要なことだと思われる。また、「例外モデル」の思考方法は、ドイツの刑法学説では少数ながら極めて有力に主張されており、さらに筆者の見るところでは（後述Ⅲ 1）、日本の判例においてもその思考方法が明らかに混入している。そして筆者自身も、（担当科目の講義においては決して前面に出していないけれども）「例外モデル」を支持すべきであると考えている。

そこで本稿では、この「例外モデル」という思考方法について、関心を持つ方に向けてその内容を詳しく説明することにしたい。「例外モデル」という理論構成を完成させ、主唱したのは、ドイツの刑法・法哲学者 J. ルシュカ（1935-2017）である。本稿では、ルシュカの理論の（大まかな）歴史的展開を追いながら、その主張内容を（ところどころ私見等で補足・敷衍しながらも）できるだけ忠実に説明することで、「例外モデル」という理論が通説的見解の何を問題視して誕生し、展開されていったのかを見ていくことにする。

なお、本稿で引用した文献は、文末に〔引用文献〕としてまとめて掲げてある。脚注における文献引用に際しては、文末の〔引用文献〕に掲げた文献を、そのつど「著者〔公表年〕頁」という形で表記する。

説明に先立ち、現行ドイツ刑法典の責任能力に関する規定（20条、21条）を掲げておくと、以下の通りである¹⁾。

¹⁾ なお、この現行規定はドイツ第二次刑法改正法により 1975 年 1 月 1 日に施行されたものであり、それ以前の規定は下記の旧 51 条であった。これも参考として掲げておく。

旧ドイツ刑法典 51 条

「1 項：犯行の時点において、意識障害、精神活動の病的障害又は精神薄弱により、行為が許されないものであることを認識し又はその認識に従って行動することができなかった者は、罰しない。

2 項：前項に掲げられた理由のいずれかにより、犯行の時点において、行為が許されないものであることを認識し又はその認識に従って行動する能力が著しく減退していた者は、未遂犯の処罰規定に従ってその刑を減輕することができる。」

ドイツ刑法典（現行）

20条（精神障害による責任無能力）

「犯罪の実行に際して、病的な精神障害、根深い意識障害、又は知能減退その他の重大な精神障害により、行為の不法を認識し又はその認識に従って行動する能力がなかった者は、その行為につき責任が否定される。」

21条（限定責任能力）

「前条に掲げられた理由のいずれかにより、犯罪の実行に際して、行為の不法を認識し又はその認識に従って行動する能力が著しく減退していた者は、49条1項〔＝法律上の刑の減軽に関する規定〕によりその刑を減軽することができる。」

II 「例外モデル」の展開

それでは、以下、ルシュカの主張の展開に従い、「例外モデル」の内容を見ていくことにしたい。便宜上、ルシュカの「例外モデル」の理論的展開を3つの時期に区切って説明する。まず第1期は、ルシュカが1968年の論説によってBGH（ドイツ連邦通常裁判所）の判例を最初に批判的に検討し、BGHが依拠する「前倒し説」（「構成要件モデル」）を徹底批判したところから始まる、いわば「批判期」である（II 1）。その後ルシュカは、自説を更に発展させ、「例外モデル」による帰責の核となる「責務違反」という概念を考案し、「例外モデル」の発想に基づく「原因において自由な行為」の理論を全面展開するに至る。いわば「展開期」である（II 2）。しかし、ドイツの主流をなす見解及びBGHは、ルシュカの批判・指摘に対して応答を見せることなく、構成要件モデルによる（怪しげな）説明を維持し続けた。そこでルシュカは、1996年のBGH判決を機として、再度、通説及びBGH判決を批判する（再批判期。II 3）。

それでは、前置きはこのくらいにして、具体的に見ていくことにする。

1 批判期：特に「故意の原因において自由な行為」をめぐって

ルシュカが最初に問題にしたのは、「行為者が事前に（完全責任能力の状態で行った飲酒行為等のために、その後、行為者が故意犯の実行行為に出た時点ではその責任能力が減退していた」というケースに関する諸判例である。そこで

問題にされていた事件は、いずれも、行為者が、事前の飲酒行為の時点で既に、その後実行に移すことになる犯罪についての「故意」を有していたというものであり、いわゆる「故意の原因において自由な行為」として故意犯による処罰の可否が争われているケースであった。

(1) 検討対象とされたケースと BGH 判例

ルシュカは、この「故意の原因において自由な行為」が問題とされるケースを 3 種類に分けた上で検討を始めている。ここで検討対象とされているケースにおいては、どの場合においても、行為者が、責任無能力状態に陥る前の時点で既に「この後、自分が犯罪行為に出る」という事実についての故意（予見）を持っている。しかし、それに加えて、行為者が「計画された犯罪実行との関係で責任無能力状態を故意的に惹起した」²⁾といえる場合 (①) か、そこまではいえない場合かによって、ケースが更に 2 種類に分けられる。①の場合というのは、行為者が事前に「この後で〔躊躇なく〕犯罪行為に出るために自分の責任能力を喪わせる」という意図や、「この後で犯罪行為に出る時点では自分は責任能力を失っている」という予見（いわゆる二重の故意）を持っていた場合を指している³⁾。そして、行為者がそのような意図・予見までは持っていなかった場合は、更に、「この後で犯罪行為に出るときには自分は責任能力を失っている」という事実について、行為者に、事前に予見可能性（事前の落度）はあったケース (②) と、行為者にそのような予見可能性（落度）すらなかったケース (③) とに二分される。以上の検討対象ケースの 3 分類をまとめると下記のようなになる。ルシュカは、①のケースだけを処罰対象と解するような見方を「狭義の原因において自由な行為」概念、①だけでなく②のケースも処罰対象と解するような見方を「広義の原因において自由な行為」概念、と呼んでいる⁴⁾。

²⁾ Hruschka [1968] 556 頁（引用文中の傍点部分は、原文イタリック体）。

³⁾ Hruschka [1968] 554 頁は、「行為者が、無能力状態に陥る前の時点で、自由な意思決定によって、犯罪行為に出るという故意を抱いたというに止まらず、更に加えて、〔その犯罪の決意を撤回するだけの判断能力を自ら失わせるという意図を伴っていたことにより、〕この決意〔＝事前に抱いた犯罪行為に出るという故意〕を故意的に盤石なものにした (Fixierung)」場合、という言い方をしている。

⁴⁾ Hruschka [1968] 554 頁以下。

【3種類の「故意の原因において自由な行為」のケース】

- ①原因行為の時点で、行為者が、「その後で犯罪行為に出る」という故意（犯罪故意）を有しており、かつ、自分は無能力状態に陥ってその犯罪行為に出るのだ、ということについても意図・予見（二重の故意）を有していた。
- ②原因行為の時点で、行為者が、「その後で犯罪行為に出る」という故意（犯罪故意）を有していたが、「責任無能力状態に陥って」その犯罪行為に出るということについての故意（二重の故意）は有していなかった。しかし、責任無能力状態に陥ったことについて、行為者自身には事前に予見可能性（落度）があった。
- ③原因行為の時点で、行為者が、「その後で犯罪行為に出る」という故意（犯罪故意）を有していたが、「責任無能力状態に陥って」その犯罪行為に出るということについては、故意（二重の故意）も、予見可能性（落度）も有していなかった。

ドイツの BGH（連邦通常裁判所）判例は、「故意の原因において自由な行為」のケースにおいて、故意犯の成立（被告人の故意犯としての完全な責任）を認めている⁹⁾。ここでは、ルシュカも検討素材として挙げている比較的初期の BGH 判例を2件挙げる（判例①、②）。判例①の事件では、被告人 X が【事案】中の行為②の時点で殺意を抱き、その後「血の酩酊」によって責任無能力に陥り、その状態下の行為③により被害者 K の殺害を遂げている。判例②の事件では、被告人ら3名が、H 商店での窃盗について共謀後、飲酒により責任能力が減退し、その状態で3件の窃盗行為に及んでいる。いずれも、上記のケース分類では②のタイプに属する事案である。

判例① BGHSt 7,325（ドイツ連邦通常裁判所 1955 年 4 月 21 日第 4 刑事部判決）

【事案】被告人 X は、傷害の故意で、K の頭部を複数回ハンマーで殴打して K に重傷を負わせたが（行為①）、その後、K による通報を恐れてその殺害を決意し（この時点で殺意が生じた）、引き続き K の頭部や顔面をハンマーで殴打した（行為②）。X は、この行為②に出たことによっていわゆる「血の酩酊」の精神状態に陥り、その場にあった登山用アックスを手にとって K の頭部や顔面を殴打し（行為③）、K を即死させた。原審が X に故殺未遂罪の成立しか認めなかったため、検察官が上訴し、BGH は原判決を破棄した。差戻しに際して BGH は次のように判示した。

【判旨】「X は、〔K を即死させた登山用アックスによる〕殴打行為

⁹⁾ 杉本 [2013b] 72 頁以下。

〔＝行為③〕に出たときに帰属無能力〔責任無能力〕の状態に陥ったかもしれないというのであるから、この殴打行為〔自体〕が刑法上の罪責が問われるべき行為として X に帰属される余地はなく、これと同じ判断を示した原審は正当である。しかし、この殴打行為〔＝行為③〕は、それ以前に帰属能力〔責任能力〕がまだ認められる状態の下で X が行った行為〔＝行為②〕との間に因果関係を有しているとする余地があり、その限りで、この先行する行為から帰結した結果として、X がその責任を問われる可能性は残されているのである。そうすると、本件においては、X が殺意をもってハンマーで K を殴打した行為〔＝行為②〕が、その後、X がその下で最終的に殺害意図を遂げること〔＝行為③に出ること〕になる血の酩酊状態に対する原因であった、といえるか否かが問われなければならない。」

この判例①の事件では、X が完全責任能力を備えた時点で殺人の実行行為（殺意に基づく一連の殴打行為）が始まっている。したがって、この事案はいわゆる「実行行為開始後の責任能力の喪失・減退」のケースである点に注意しておく必要がある。これに対して、次の判例②の事件は、「実行行為開始後の責任能力の喪失・減退」のケースではなく、被告人らが責任能力の減退後に初めて窃盗罪の実行に着手した、という事案である（その意味で、「純粋な」故意の原因において自由な行為とされるケースである）。

判例② BGHSt 21,381（ドイツ連邦通常裁判所 1967 年 11 月 24 日第 4 刑事部判決）

【事案】被告人ら 3 名は、H 商店における窃盗を共謀・計画したが、H 商店に到着した後で大量に飲酒したため、H 商店で 3 件の窃盗の実行に及んだ段階では帰属能力（責任能力）が減退していた可能性があった。BGH は、以下のような理由に基づいて、被告人らには窃盗罪の完全な責任を問うことができると判示した。

【判旨】原審の認定事実によれば、「被告人 3 名が、その後で実際に実行に移されることになった犯罪〔窃盗〕の実行計画を立てたのは、遅くとも自動車を運転して H へと赴く道中においてであり、被告人らが大量のアルコールを摂取したのは H に到着した後であるから、犯罪の実行計画を立てた時点においては、被告人らが未だアルコールの影響を受けていなかった」ことが明らかである。したがって、被告人らは、「完全な責任を問うる状態で窃盗の共謀を遂げ、その計画を立てたことによって、その後、当該計画の範囲内において実行に移されることになった犯罪行為に対して、決定的な原因を作り出したものといわなければならない。」そうすると、被告人らは、「原因関係を始動させた場合には答責性があるという（原因において自由な行為の）原則にしたがって 3 件の窃盗の実行につき完全な責任を負うことになるのであるから、犯行時点に

において被告人らの責任がアルコールの摂取によって減退し又は失われていたか否かという点は問題とならないのである……。」

もっとも、このようにして故意の「原因において自由な行為」の罪責が認められるためには、行為者は、「酩酊状態に陥る前に、その後自らが酩酊状態に陥ってから実際に実行に移すことになる特定の犯罪行為について……〔既に〕故意を抱いていたことが必要である……。」そして、行為者は、酩酊状態に陥る前の時点で、「問題の犯罪について、構成要件の全てを充たすような」犯罪事実を予見していたのでなければならぬのであり、つまり事前の〔完全責任能力の状態の下で立てられた〕「計画」と〔責任能力が減退した状態の下でなされた〕「その後の実際の犯行」とが〔内容的に〕「一致」していなければならない。……本件の被告人らは、「酩酊状態に陥る前に、その後自分達が実際に実現することになった H 商店における自動車窃盗及び侵入窃盗の実行を〔既に〕決意していた」のであるから、計画とその後実際の犯行とが一致しており、窃盗罪の成立が認められる。

(2) 前倒し説（構成要件モデル）とそれに対する徹底的批判

さて、上記のBGH判例については、ドイツの刑法学説の多数もその結論を支持していた。そして、この結論を説明するための理論構成として広く援用されていたのが、この場合の故意犯としての実行行為（問責対象行為）を飲酒行為等の事前の原因行為（行為者の責任無能力を惹き起こした行為）に求める「〔実行行為の〕前倒し説」（Vorverlegungstheorie）である。これは、現在では「構成要件モデル」（Tatbestandsmodell）と呼ばれる理論構成であり、ルシュカは当初これを「迂回構成」（Umgehungsmethode）とも呼んでいた（何故そう呼んだのかは、この後すぐ説明する）⁶⁾。ルシュカの「例外モデル」の主張の発端は、この「前倒し説」に対

⁶⁾ これに対して、BGH判例に窺われる「前倒し説」とは、実行行為（問題の犯罪の客観的構成要件に該当する行為）それ自体を時間的に前倒して「原因行為」に求める理論構成ではなく、実行行為それ自体は直接結果を惹起した（責任無能力状態下の）「結果行為」に求めながら、その「責任」だけを前倒して事前の段階から借りてくる理論構成である、と理解・整理する見方もある。Schmidhäuser [1992] 12-13頁参照（もっとも、シュミットホイザーも、「前倒し説」をそのような理論構成だとして理解したうえで、「不法と責任との結びつきを廃棄し、不法とは認められない事象 - すなわち犯罪行為以前の事象 - に責任を結びつけるということとはできない」として、結局これを批判している）。このような理論構成として理解された場合、BGH判例の立脚する「前倒し説」は、「構成要件モデル」ではなく、むしろ現在の日本の学説において「責任モデル」と呼ばれている理論構成に近いものであることになる（この点に関して、杉本 [2013a] 164頁以下で確認した日本の判例に見られる「責任モデル」の理論構成や同 [2022] 364頁以下で確認した日本の学説における「責任モデル」の主張内容と、

する徹底的な批判である。BGH 判例は「故意の原因において自由な行為」のケースを広く故意犯として処罰しているが、そのような結論は「前倒し説」からは決して理論的に説明できないはずだ、というのがルシュカの主張である。

批判対象とされた「前倒し説」とは、次のような思考方法をとる見解をいう。責任無能力状態の下でなされた行為は、その罪責を問えない。そこで、責任無能力状態の下でなされ、構成要件該当結果（例えば被害者の死亡結果）を直接惹起した「結果行為」を実行行為だと考えても、行為者の罪責を問う上では無駄である。そこで、時間を遡って、この「責任無能力状態の下で結果行為がなされる」という事態を惹き起こすことになった「原因行為」が何か存在しないかを探ってみる。そして、行為者が責任能力を喪失する前の段階で、「その後、責任無能力状態に陥って結果行為に出る」という結末の原因を設定した、といえるような行為（原因行為）が見つかった場合には、その原因行為それ自体を実行行為と見て犯罪の成立が認められる余地がないかを検討すればよい、と考えるのである。つまりこの理論構成は、完全責任能力が認められる時点でなされた原因行為を実行行為と解し、その後の責任無能力状態下の結果行為を介した結果惹起という経緯全体をただの「行為後の因果経過」と位置づけ、結果行為それ自体を刑法的評価の蚊帳の外に置いてしまうことによって、「行為者が責任無能力の状態で行った行為は不可罰である、という原則ルールを迂回する」⁷⁾ことを狙っているのである（ルシュカが「前倒し説」の理論構成を「迂回構成」と呼ぶ理由はこの点にある）。

ルシュカは、以下のような論拠を列挙し、「前倒し説」の理論構成を徹底的に批判した。思考方法として根本的に間違っているというのである。

第 1 に、判例②のようなケースにおいては、責任無能力状態に陥る前の時点で、そもそも客観的構成要件に該当し得るような実行行為（原因行為）が何も存在しない。判例②の事件では、責任無能力状態に陥る前の被告人らには窃盗の「決意を固めたこと」と「共謀を遂げたこと」といった（主観的）事情しか認められず、これらは窃盗罪の客観的構成要件に該当する「行為」ではあり得

同 [2013b] 72-77 頁で確認した、BGH 判例が「故意の原因において自由な行為」のケースにおいて故意犯の成立を認める際の理論構成とを比較されたい。両者の類似性は明らかであると思われる）。

⁷⁾ Hruschka [1974] 60 頁。

ない⁸⁾。これに対して、**判例①**の事件では、Xにまだ責任能力が残っていた時点で、殺人罪の客観的構成要件に該当し得るだけの行為(=行為②)が開始されている。「前倒し説」の理論構成が使えるのは、このように、行為者が責任無能力の状態に陥る前に既に、行為者が当該犯罪の「未遂」段階(実行行為を開始したといえる段階)に達していたケースに限られるのである⁹⁾¹⁰⁾。

第2に、「前倒し説」の理論構成は、いわゆる単純行為犯や、特定種類の手段的行為を実行することが構成要件上特に要求されている種類の結果犯においてはおよそ援用できない。例えば、道路交通危殆化罪(現行ドイツ刑法典315条c第1項)においては、「アルコール飲料……を摂取したことにより、自動車を安全に運転することができない状態であったにもかかわらず、自動車を運転し」たことが客観的構成要件とされている。この犯罪においては、「特定の状態で自動車を運転する」という「行為に出ること」それ自体が処罰対象として想定されているのであって、「特定の状態で自動車が運転される」という事態を惹起する行為(例えば、事前の飲酒行為)を本罪規定の処罰対象行為に含めることはできない。この種の規定においては、「法律自体が、特定種類の行為それ自体に限って処罰対象とする態度を明らかにしており、何らかの結果を惹起すれば処罰対象とするというような態度は決して採っていない」からである¹¹⁾。

第3に、「前倒し説」は、原因において自由な行為のケースは原因行為によっ

⁸⁾ Hruschka [1968] 557頁；同 [1974] 63-64頁。

⁹⁾ Hruschka [1974] 54-55頁。このようなルシュカの理解によれば、「前倒し説」の理論構成によって故意犯の成立(故意犯の完全な罪責)が認められ得るのは、「実行行為開始後の責任能力の喪失・減退」のケースに限られることになる。

¹⁰⁾ 更にルシュカは、実行行為の時点における行為者に「実行行為と結果との間の(現実の)因果経過」についての予見がなければ、結果を行為者の「故意」へと帰属することができず、故意犯の成立は認められないと主張しており、このような観点からも「前倒し説」を批判している(Hruschka [1974] 50頁)。もしルシュカのいうような「故意への帰属」要件を要求するならば、「故意の原因において自由な行為」のケースにおいては、仮に「前倒し説」に立って原因行為を実行行為だと考えたとしても、その原因行為の時点で行為者に「自分はこの後、責任無能力状態に陥って結果行為に出る」という因果経過についての予見がなければ「故意への帰属」が欠けることになり、故意犯の成立は認められない(したがって、ルシュカのような「故意への帰属」要件を前提にするならば、「前倒し説」に立ったとしても、上記の**①**のタイプのケースでしか故意犯の成立は認められないことになる。Hruschka [1968] 556頁参照)。

¹¹⁾ Hruschka [1968] 557頁；同 [1974] 70-71頁。日本の道路交通法における酒酔い運転罪等においても全く同じことが妥当する。

てその後の自分を責任無能力状態に陥れ、「道具」に変える「(自分自身を利用した) 間接正犯」に他ならないとして、原因行為を実行行為とする理論構成を間接正犯のアナロジーで裏付けようとすることがある。しかし、1人の行為者が、同時に直接行為者でもあり背後の間接正犯者でもある、とする理論構成は論理的に破綻しており、かつ、間接正犯の成立可能性に疑問が提起されている単純行為犯、自手犯、義務犯などの犯罪類型との関係では間接正犯のアナロジーは役立たない¹²⁾。

第4に、*actio libera in causa*（「原因において自由な行為」）という概念の由来が、「前倒し説」の理論構成とは相容れない。「原因において自由な行為」という概念が明示的に登場したのは18世紀末から19世紀初頭にかけての刑法学説¹³⁾においてであり、そこでは、(1)「現状において自由である行為」(*actio libera in actu*)、(2)「自由と関連付けられる行為、又は原因において自由な行為」(*actio ad liberatatem relata sive libera in causa*)、(3)「現状において自由でなく、かつ、自由と関連付けられることもない行為」(*actio nec actu libera nec liberatatem relata*)という形で、「行為者に責任を問えるか否か」をめぐって3種類のケースを分けることが構想されていた(3)の場合にだけ、行為者は不可罰となる)。責任能力との関係で言えば、(1)の「現状において自由な行為」とは、実行行為それ自体が完全責任能力の状態下でなされており、行為者に責任を問うにあたって何も障害がない場合をいう(完全責任能力の状態下で殺意をもって人を刺す行為などがこれに当たる)。これに対して、(2)の「原因において自由な行為」とは、実行行為それ自体は責任無能力の状態下で(すなわち不自由に)なされており、本来ならば責任が阻却され得るのだが、行為者が実行行為の時点における責任阻却事由(不自由)を非難可能な落度によって自分で招いていたので、その事前の落度が行為者の責任非難を基礎づけることになる(不自由とされる状態もその原因をたどってみれば結局本人に責任がある)、という場合を意味している。このような論理関係から見れば明らかなように、「原因において自由である」(=それ自体において見ると自由ではないが、その原因との関係で見れば行為者になお責任を問える)とされる行為という

¹²⁾ Hruschka [1974] 66 頁(後年の論文においても間接正犯とのアナロジーには変わらず批判的。Hruschka [2002] 151 頁以下)。

¹³⁾ Hruschka [1974] 55 頁以下は、具体的にクラインシュロート、グロールマン、J.B.ミュラーらの文献を挙げている。

のは、責任無能力状態を惹起した原因行為のことではなく、構成要件的结果を惹起した結果行為のことである。したがって、「原因において自由な行為」という理論構成において問責対象行為（実行行為）として想定されている行為は、原因行為ではなく、結果行為なのである（そう考えなければ「原因において自由な行為」という概念の意味が通らない）、とルシュカは主張する¹⁴⁾。これに対して、「前倒し説」が完全責任能力の状態下でなされた原因行為を実行行為と見て故意犯の成立（完全な責任）を基礎づけているのは、原因行為それ自体について、通常の犯罪成立要件の充足判断を行っている（原因行為という「現状において自由な行為」を処罰している）だけであって、そこに「原因において自由な行為」という特別な理論構成は何ら登場していない¹⁵⁾。

第5に、ルシュカは「前倒し説」の思考方法に対して次のような疑問を提起する。筆者の考えでは、これこそが「前倒し説」（構成要件モデル）の最大の問題点である。それはすなわち、結果行為が責任無能力状態の下で行われており、それ自体で見れば不可罰となる場合に、「前倒し説」が、そのことを理由にしてそこからほとんど自動的に、その責任無能力状態を惹起した原因行為が実行行為（客観的構成要件に該当する行為）である、とするような思考方法を採用しているように見える点である。別の言い方をすれば（既に上記の異論の第1点目でも言われていたことであるが）、「前倒し説」においては、原因行為が客観的構成要件に該当する行為であるか否か、という点に関する審査がほとんど行われていないように見えるのである。しかし、いま仮に、責任無能力の状態下でなされた「結果行為〔例えば相手を殴打する行為〕それ自体を実行行為と見て、行為者を処罰する理論構成〔＝例外モデル〕が可能であるという前提に立って考えるとしたら、そのとき、いったい誰がわざわざ、原因行為〔例えば飲酒酩酊する行為〕の方に〔殺人罪の〕客観的な構成要件該当性が認められるなどと考えるだろうか。」¹⁶⁾ 言い換えれば、「前倒し説」の説明は、結果行為が責任無能力であるから、原因行為が実行行為になる、とでも考えているかのように見える

¹⁴⁾ Hruschka [1974] 58-59 頁。この論拠はその後もずっと主張され続けている（例えば、Hruschka [1996] 67 頁）。ルシュカのようにラテン語表現の論理構造に依拠して「結果行為」を実行行為と見る理論構成を正当化することに正面から反対しているのが、Schmidhäuser [1992] 65 頁。

¹⁵⁾ Hruschka [1974] 69 頁。

¹⁶⁾ Hruschka [1968] 557 頁。

のだが、「責任無能力状態下の行為〔＝結果行為〕が不可罰になるからといって、それでは翻って責任無能力状態の原因となった行為〔＝原因行為〕の方を構成要件該当行為に格上げしよう、などと考えることには全く理由がない」のである¹⁷⁾。

(3) 「縮減構成」の提唱（「例外モデル」の萌芽）

以上の「前倒し説」批判を基にしてルシュカ自身が試みたのは、責任無能力状態の下でなされた「結果行為」の方を構成要件該当行為（実行行為）と見た上で、なお、行為者に故意犯の完全な罪責を問うことができるという理論構成（いわば真正の「原因において自由な行為」の理論構成）である。ルシュカは、「実行行為の時点において責任無能力であれば不可罰である」という原則ルールに正面から「例外」を設けることで原則ルールの適用範囲を「縮減」する、という方法以外に「原因において自由な行為」の処罰を基礎づけ得る理論構成はないとし、これを「縮減構成」（Reduktionsmethode）と名づけている¹⁸⁾。しかし、ドイツ刑法典にはそのような「例外」を定める明文規定がない。そこでルシュカは、「原因において自由な行為」の責任追及という法原則は既に「慣習法的に妥当している」として¹⁹⁾、明文規定なしでもそのような解釈論が可能であるとの見方を示したのである。

この理論構成は、実行行為の時点では欠落している責任非難の根拠をそれ以前の行為者の態度に求める（行為者の事前の悪質な態度を理由に、責任無能力規定の適

¹⁷⁾ Hruschka [1968] 557 頁。これと全く同じ「前倒し説」批判はその後も繰り返されている（Hruschka [1997] 23 頁）。

¹⁸⁾ Hruschka [1974] 66 頁。そこでは、スイス刑法典 12 条がまさにそのような「例外」ルールを法定したものとして高く評価されている（スイス刑法典は、「帰属無能力」に関する 10 条前段において、「精神疾患、精神薄弱又は重大な意識障害により、犯行の時点において、自らの犯行が不法であることを認識し又はその不法の認識を踏まえて行動することができない状態にあった者は、罰しない。」と定め、「限定帰属能力」に関する 11 条前段において、「犯行の時点において、その精神的な健全性若しくはその意識状態に障害があり、又は精神の発育が不十分であったため、自らの犯行が不法であることを認識し又はその不法の認識を踏まえて行動する能力が減退していた者は、その刑を減軽することができる（66 条）。」と規定した上で、その後、「例外」と名付けられた 12 条において、「前二条の規定は、意識状態の重大な障害又は減退が、行為者自身によって、その状態において犯罪行為に出るといふ意図をもって惹き起こされていた場合には、これを適用しない。」と規定している）。

¹⁹⁾ Hruschka [1968] 559 頁。

用を排除できる「例外」を創設する)、という思考方法を採用することになる。ルシュカは、行為者のどのような事前の態度に責任非難の根拠を見出すことができるかを考え、①行為者が、完全責任能力を維持していた段階で「(その後で) 犯罪行為に出るという故意を固め」(die freie Vorsatzfassung)、その故意がその後の(責任無能力状態の下での) 犯罪遂行にそのまま実現した、という点と、②行為者が、自分自身の責任無能力状態(責任阻却事由)を自ら作出した(die Defektbegründung)、という点とを挙げる。①は、完全責任能力の状態の下での意思決定(故意)がそのままその後の犯罪行為実行の引き金となった場合には、責任能力はその意思決定の時点(故意を固めた時点)で存在していれば足りるとする発想(日本の学説における「責任モデル」と類似した発想)を表しており、②は、自分自身の責任阻却事由を意図的に自招した行為者には、その援用を認めるべきでないという発想(権利濫用論的な発想)を表している。そしてルシュカは、「原因において自由な行為」における責任非難の主たる根拠は①にあり、②は「二次的な」根拠であるとしている²⁰⁾。

そして、具体的な結論としては、①と②の両方の事情が見出される上記①のケースはもちろん、少なくとも①の事情が見出される上記②のケースにおいても、責任能力規定の適用が排除(「縮減」)され、行為者は故意犯の完全な罪責を問われるのだとする²¹⁾。これに対して、次の④のようなケース²²⁾において行為者にどのような罪責が問われるのかは、ルシュカの初期の論文においてははっきり述べられていない²³⁾。

④行為者は、原因行為の時点では「その後で犯罪行為に出る」という故意(犯罪故意)を持っていなかった。しかし、(意図的にはない

²⁰⁾ Hruschka [1968] 558 頁。

²¹⁾ Hruschka [1968] 558 頁; 同 [1974] 73 頁。

²²⁾ なお、日本の判例に現れた事例においては、①や②に属するケースは飲酒運転罪、薬物使用罪等の罪責が問われた行為者のケースに限られており、致死傷結果についての罪責が問われているケースは全て④に属するものである(杉本 [2013a] 138 頁以下参照)。

²³⁾ Hruschka [1974] 72 頁は、④の場合について、「このケースにおいては、故意によってなされた犯罪が一完全責任能力が認められる段階ではその後の犯罪について予見可能性しかなかった(予見そのものはなかった)という意味で一過失犯として帰属され得るに止まるのか、という点が問題となるのである。主観的構成要件におけるこのような変化が捨象される場合に限って、この種の帰属が可能になる。」と述べているが、この場合について「故意犯」としての罪責を問う可能性を認めているのか、「過失犯」としての罪責を問う可能性のみを考えているのかは判然としない。

が) 非難可能な形で責任無能力状態に陥り、その状態の下で（初めて）犯罪の故意を抱き、その犯罪を実現した。

この④のケースは、行為者が、責任無能力状態に陥った後の段階で初めて犯罪の故意を持つに至った、という場合である（ルシュカの初期の論文では、行為者が責任無能力に陥る前に、「その後に犯罪を実行すること」については既に故意があった、というケースだけが念頭に置かれていた）。ルシュカの後年の論文においては、④の場合も、結果行為の時点で故意があるのだから故意犯の完全な罪責を問われる、という結論が明確に主張されるに至っている²⁴⁾。

以上に対して、上記③のケースにおいては、行為者は、自分の責任無能力状態を原因づけた事情について責任がない（自分ではその事情を左右できなかった）のであるから、「例外」ルールは適用されず、行為者が故意犯の完全な罪責を問われることはないとされる²⁵⁾。しかし、上記③のケースも、ルシュカが挙げている「原因において自由な行為」の帰責根拠である、「行為者が完全責任能力を維持していた段階で（その後で）犯罪行為に出るという故意を固めており、その故意がその後の（責任無能力状態の下での）犯罪遂行にそのまま実現した」という事情（上記①の要素）を充たしているのではないだろうか。そうすると、上記③のケースで「原因において自由な行為」としての帰責を否定するためには、ルシュカがあくまで「二次的」だと言っていた上記②の要素、すなわち「行為者が自分自身の責任無能力状態（責任阻却事由）を自分で作出した」（責任阻却事由の自招）という事情の欠如を引き合いに出すしかないのではないだろうか。

(4) 小括

以上で見たルシュカの初期の主張は、次のようにまとめられる。ルシュカは当初、BGH判例の立場（「前倒し説」）に窺われる思考方法を（現在言うところの）「構成要件モデル」の思考方法として理解し、これを徹底的に批判した。そしてルシュカ自身は、責任無能力状態の下でなされた「結果行為」を実行行為としながらも、「責任無能力状態下の行為は不可罰である」という原則ルールを

²⁴⁾ Hruschka [1996] 72頁。

²⁵⁾ Hruschka [1974] 73-74頁（例えば、行為者がもともと犯罪の故意を持っていたが、気づかない間に第三者によって飲食物にアルコールや薬物を混入されたためにそれによって責任無能力状態に陥り、その状態下で当初の犯罪故意を実行に移したという場合）。

排除する「例外」ルールが妥当すべき場合があり、そのような「例外」ルールによる帰責が「原因において自由な行為」であると考えた。そして、この段階でルシュカが考えていた「例外」ルールによる帰責の要件というのは、(現在言うところの)「責任モデル」が掲げる帰責の要件と非常に近いものだった。

2 展開期：「特例的帰属＝原因において自由な行為」の理論体系の確立

その後ルシュカは、近世の自然法論者らの見解を援用しながら、独自の帰属論体系を確立させた。その理論体系においては、「原因において自由な行為」という帰責形態に、より広範かつ重要な意義が与えられることになった。この理論的展開の中で、ルシュカの考える「原因において自由な行為」の帰責根拠においても、その重点の置き所に変化が生じたように思われる。筆者の見るところでは、「原因において自由な行為」が処罰されるべきなのは、行為者が事前に(責任無能力状態に陥る前に)既に犯罪の故意を固めていたからである(上記①の要素)、という思考方法ではなく、行為者が責任無能力などの帰属阻却事由を非難可能な形で自招したからである(上記②の要素)、という(当初は「二次的」とされていた)思考方法の方が、むしろルシュカの理論構成の前面に出てくるようになったのである。

(1) 「原因において自由な行為」＝責務違反を理由とする帰属

ルシュカは、1980年代以降になると、「原因において自由な行為」は「責務違反」(Obiegenheitsverletzung)によって基礎づけられる帰責である、という主張を展開するようになる。犯罪の実行行為に出るその時点において、行為者がその行為や決意を自由に左右することができた場合には、行為者がその実行行為に出たことに対して責任非難を加えることは当然可能である。これが「現状(それ自体)において」自由な行為(actio libera in se)であり、実行行為時に完全責任能力が認められた行為者は「現状(それ自体)において自由な行為」として責任非難がなされている。ルシュカはこれを「通常形態の帰属」(ordentliche Zurechnung)と呼ぶ。これに対して、行為者が、実行行為の時点ではもはや自分の行為・決意を自由に左右することができない状態に陥っていたのであるが(現状においては不自由)、行為者がその不自由(責任阻却事由)を事前の落度によって非難可能な形で自招していた場合には、自分自身の自由(決定的時点に至っ

た時に「犯罪行為に出ない」という方向に舵を切ることができる可能性）を確保しておかなかったというその事前の落度を根拠にして、なお行為者に対して責任非難が向けられ得る。これが「原因において自由な行為」であり、ルシュカはこのような帰責のあり方を「特例形態の（例外的な）帰属」（außerordentliche Zurechnung）と呼ぶ²⁶。そして、行為者に「原因において自由な行為」としての帰責（特例形態の帰属）が認められるために必要とされる事前の落度を、ルシュカは「責務違反」という概念で理論化するのである。

ルシュカのいう「責務」（Obliegenheit）とは、自分の「自由」（実行行為に出るか否かを自分の行為・決意によって左右できる状態）を実行行為の時点で無くしてはならないという禁止（又は、実行行為の時点における自分の「自由」を確保・維持しておかなければならないという命令）である²⁷。行為者が非難可能な形でこれに違反し、実行行為の時点における「自由」を喪失した場合（実行行為の時点における自分自身の「不自由＝責任阻却事由」を自招した場合）には（責務違反）、行為者は実行行為の時点で責任阻却事由が存在していたことを援用することができず、処罰を免れない。例えば判例②の事例でいうと、被告人らは窃盗の実行行為の時点では責任能力が減退していた（限定責任能力の状態にあった）可能性があるが、そのような精神状態は被告人らが自ら野放図に大量飲酒したことに起因しているから（責務違反）、その責務違反を根拠に「実行行為の時点で責任能力が減退していれば刑が減輕される」という原則ルール適用が排除され、窃盗罪の完全な罪責が認められることになる。この場合、窃盗罪の実行行為は、H 商店で財物奪取行為（結果行為）に出た時点で認められ、窃盗罪規定の構成要件該当性（窃盗罪規定の規範違反）も被告人らが H 商店で財物の占有を取得した時点で認められる。したがって、野放図に大量飲酒して「実行行為時の責任能力を減退させてはならない」という規範（責務）に違反したことは、窃盗罪規定それ自体の規範違反（窃盗罪の構成要件該当性）とは関係がない。このように「非難可能な事前の態度によって自分の責任能力を減退させた」という責務違反は、実行行為

²⁶ Hruschka [1984] 664 頁。

²⁷ このように、責務とは、決定的時点に至った時に自分の能力が無いという事態にならないように事前に努めておくという注意規範であるから、責務違反として問題となるのは常に、実行行為に「先行」する行為者の事前の態度である（Kindhäuser [1994b] 346 頁）。

の時点において欠如していた責任能力の「代用」(Surrogat)²⁸⁾となり、それが責任能力の存在に代わって行為者の窃盗罪の責任を基礎づける責任要素となるのである²⁹⁾。

ここで重要なのは、責務違反行為(例えば飲酒行為)は、問題の犯罪結果を因果的に惹起する実行行為ではない、という点である。「先行する〔責務違反〕行為が、現状における不自由状態〔＝責任無能力状態〕の下でなされた犯罪行為・結果に対して『因果関係』があると考えるのは、論理の短絡の最たるものである。むしろ、先行する〔責務違反〕行為というものは—それが何を因果的に惹起しているのかと言われれば—不自由の状態〔＝責任阻却事由の発生〕を因果的に惹起しているのであって、決して、その状態の下で実行された行為を因果的に惹起しているわけではない。」³⁰⁾ 再び判例②の事例で言えば、野放図な飲酒行為は、その後の行為者の窃盗行為(ひいては窃盗結果)を因果的に惹起しているわけではない(行為者は、「飲酒をすれば窃盗をする」という因果法則に従って行動する機械ではない)。そうではなく、飲酒行為は、行為者が窃盗行為に出た時点の「責任能力減退」という精神状態(責任減少事由)を因果的に惹起しているのである。したがって、責務違反行為は、実行行為として客観的構成要件該当性(「危険の現実化」)の起点となる行為なのではなく、客観的構成要件該当性とは無関係なところで、自分自身の責任阻却(減少)事由(すなわち、自分が不可罰となり、又は刑が減輕される理由)を作出する行為なのである。このように、「責任阻却事由を作出する」行為を、「構成要件該当結果を惹起する」行為と無頓着に同一視すること(上述の「前倒し説」に窺われた発想)には、全く理由がない。

²⁸⁾ Hruschka [1979] 423-424 頁(もっとも、同論文においては、行為者が事前の落度によって後の行為能力・作為能力を喪失したという事例(海水浴場監視員が前日に飲酒しすぎたために、翌日の身体能力が万全でなく十分な救助ができなかったという、いわゆる「原因において自由な不作為」に類するケース)が専ら検討対象とされており、事前の落度によって責任能力を喪失したケースが問題されているわけではない。しかし、II 2 (2)でも見るように両者のケースは同じ問題構造を持っており、同じ理論構成による対応が可能かつ必要である。Kindhäuser [1989] 82 頁参照)。また、Kindhäuser [1994b] 344 頁。

²⁹⁾ Hruschka [1988] 417 頁(「責務は、それに違反したこと自体が処罰対象となるような禁止・命令ではない。責務違反とは、責務とは区別された義務〔＝問題となっている犯罪規定〕の違反による処罰を認めることを可能にする条件をなす事情である。」)。

³⁰⁾ Hruschka [1996] 66-67 頁。

(2) ルシュカの帰属論体系における「原因において自由な行為」

ルシュカは今や、実行行為時点における自分の「不自由」（＝帰属阻却事由）を、事前の落度（「責務違反」）によって自招した行為者は、その帰属阻却事由の存在を理由に不可罰を勝ち取ることは許されない、という構造を持った各種の帰責を、「原因において自由な行為」という理論構造の下に統合しようと試みる。ルシュカは、近世自然法論者らの見解を分析した上で、違法な行為が行為者に「帰属」される（行為者にその責任があるものとされる）か否かを検討するにあたっては、2段階・合計4種類の考慮事情が問題になる、と整理している³¹⁾。

(i) 2段階の帰属体系

まず、外的世界に現象として現れた人の物理的行動が、およそ「その人の行為」だと認められるためには、その行動が、(1) その人の身体的な行為能力の発動といえるものであり（行為能力）、かつ、(2) その人において「こういう行為をする」という自覚（事実の認識）を伴ってなされたものでなければならない。ルシュカは、これを「行為帰属」の判断と呼び、これがまずもって行われるべき第1段階の帰属判断であるとする。例えば、誰かから突き飛ばされたので否応なしにその場に転び、そこにあった盆栽の枝を折ってしまったという場合のように、問題の身体の動きが、他者や自然現象から加えられた抵抗不能な物理力によるものだった場合には（物理的強制）、この盆栽の損壊（器物損壊）という外的行動はその行為者による「行為」ではない(1×)。また、自分の外的行動を「そのような行動に出ている」という事実認識を伴わずに実現した者も、その行動を「行為として行った」とは評価できない。例えば、よそ見をして歩いていたので、その先に床がないことに気づかないまま足を踏み出して階下に落ちてしまった場合、その人は「飛び降りる行為」をしたわけではなく、「物理的に落ちた」と評価されるだけである(2×)。このように、人の外的行動がおよそその人の「行為」と評価されるためには、その現象が、(1) その人の「行為能力」の発現といえることと、(2) 「事実の認識」（犯罪との関係で言えば「故意」）を伴って実現されたことが必要不可欠である。その現象が物理的強

³¹⁾ この整理は、ルシュカの様々な論文においてその検討の前提とされているものである。以下ではさしあたり、Hruschka [1984] 665頁以下；同 [1989] 313頁以下；同 [1991] 451頁以下等の説明に基づいて、その内容の概要のみを示す（杉本 [2004] 177頁以下；同 [2014] 102頁以下も参照）。

制による物理的運動に過ぎなかった場合 (1×)、事実の認識を伴っていなかった場合 (2×) には、「行為帰属」が阻却される (そもそも、その人の「行為」とは評価できない) ことになる。従来の (通説的な) 犯罪論との関係で言えば、これは、行為無能力状態 (又は絶対強制) の下での動作は刑法上の「行為」とは言えず、また、事実の認識が欠けている場合には「故意」が阻却されて原則不可罰である、という話に対応している。

次に、外的世界に現れた現象それ自体がその人の「行為」だと評価できたとしても (その人の行為能力、事実の認識があって実現されていたとしても)、そのような行為に出るといふその人の決意 (そのような行為に出ることを選択する判断) に瑕疵があった場合には、その決意 (選択) を非難することができない場合がある。これが (狭義の) 「責任帰属」の判断であり、行為帰属が認められた後で更に検討されるべき第 2 段階の帰属判断である。ある行為に出ることの決意・選択がその人の責任に完全に帰せられるためには、(3) その決意・選択が他者や外的状況によって強制されておらず、当人の自由な意思決定に基づくものであったことが求められる。人から脅迫を受けたために、又は緊急状況下にあったために、問題の違法行為に出ることについて反対動機を形成することができず、その違法行為を選択してしまった場合には、その選択 (意思決定) は自由な意思決定とは評価できず、責任が阻却される余地がある (3×)。また、問題の違法行為を決意・選択したことについて完全な責任を問うためには、(4) その人が、その行為の法的意味 (すなわち「違法な行為であること」) を自覚していたことが必要である。これに対して、行為者がその認識を欠いていた場合には (違法性の錯誤)、その責任非難が少なくとも一定限度において減少する可能性がある (4×)。従来の (通説的な) 犯罪論との関係で言えば、これは、脅迫・心理的強制、緊急状況の下での行為選択には責任阻却が認められる場合があり、また、違法性の錯誤が認められる場合にも責任 (又は故意) 阻却が認められ得る、という話に対応している。

以上の帰属判断における「4 種類」の考慮事情には、行為者の責任能力 (5) が登場しない。しかし、責任能力の内実を、行為の違法性を認識する能力と、その認識に合わせて自身の行為選択を制御する能力、として理解する場合には、責任能力の内実は (4) 「違法性の意識」及び (3) 「意思決定の自由」の獲得・確保を可能にする精神状態だと考えることができる。このような理解に従

えば、責任能力という帰属要件は、「(3)、(4)の責任帰属要件に関連する能力」として、「責任帰属要件」の一つに位置づけることができる。

(ii) 「原因において自由な行為」＝特例形態の帰属

そしてルシュカは、実行行為の時点において行為者に(1)、(2)、(3)、(4)の帰属要素が欠落していた（帰属阻却事由の存在が認められた）場合であっても、行為者が事前の落度（責務違反）によってその帰属阻却事由を自招していた場合には、その「責務違反」を責任要素とした責任追及が可能であり（「特例形態の帰属＝原因において自由な行為」）、このような特例形態の帰属は現行法においても既に認められている、と整理する。

まず、問題の行動に出た時点で行為者に「故意」が欠けていたという場合であっても(2×)、それが行為者自身の不注意に起因する場合には(2')「過失犯」として処罰される（ドイツ刑法典16条1項後段³²⁾）。例えば、脇見運転をしていて歩行者に気づかず、歩行者を轢き殺してしまった場合、決定的な実行行為〔結果行為〕の時点である自動車での衝突時には、行為者には「故意」（自分が歩行者を轢き殺す状況になっていることの認識）がなく、故意が阻却される（ドイツ刑法典16条1項前段）。しかし、不可罰ではない。行為者は、脇見運転という事前の落度（責務違反）によって決定的時点〔結果行為時〕における帰属阻却事由（「故意阻却」）を自招しているから、このような行為者には、「故意」はなくてもこの「責務違反」を根拠とした責任非難がなお可能である。それがドイツ刑法典16条1項後段の「過失犯」に他ならない³³⁾。つまり「過失」とは、決定的時点における故意阻却（不可罰事由）を自招した「責務違反」のことなのである。

また、決定的時点（結果行為時）において行為者が物理的な結果回避可能性を欠いていた場合(1×)であっても、そもそも行為者自身が物理的な結果回避不能状態を自招した場合には、帰責は否定されない。例えば、自動車運転者Xが、制限速度に違反して不適切な高速度を維持したまま、左右の見通しが悪くかつ信号機のない交差点に進入したので、その交差道路からAの運転する自動

³²⁾ ドイツ刑法典16条：「犯罪の実行に際して、法律上の構成要件に当たる事情を認識していなかった者は、故意に行為したものではない。過失犯としての処罰の可能性はなお残されている。」

³³⁾ Hruschka [1997] 25頁参照。

車が交差点内に突っ込んでくるのを発見した時点ではブレーキをかけてももはや間に合わず、衝突事故を起こして A を死亡させたとする。この場合、A 車を発見した時点では、X が急制動等の措置をとってももはや衝突（ひいては致死結果）は物理的に回避不可能であったが、その物理的な結果回避不能状況は X の事前の不適切な高速度走行という「責務違反」によって自招されているから、X は過失致死罪の罪責を免れないことになる。このような場合、通説的な見解は、X の（故意を伴っていない）注意義務違反（＝不適切な高速度走行）という実行行為の危険が、A との衝突（ひいては A の致死結果）に現実化したので過失致死罪が成立する、と説明するだろう。これに対して、ルシュカ的な理論構成に従ってこのケースを説明するならば、次のようになるだろう。X は、A を発見したにもかかわらず、A との衝突へと突き進む物理的動作をとっている（結果行為）。その時点で、A を発見した X には、A 殺害の（未必の）事実認識まで生じており、殺人罪の成立すら問題となり得る。だがこの結果行為の時点では既に、X は、物理的な走行速度や A との距離から見て A との衝突を物理的に回避する可能性を欠いていた。そこで、X としては、「A との衝突は物理的に回避不可能（不可抗力）だった」（したがって、X に「行為帰属」できる事象ではない）として行為帰属阻却を主張できることになる。しかし、このような物理的回避不能の状況は、X が不適切な高速度走行という事前の「責務違反」によって自招したものであるから、そのような帰属阻却事由を援用することは許されない。このようにして、この場合も、「原因において自由な行為」（責務違反を根拠にした特例形態の帰属）の理論構成を介して初めて、行為者 X の過失致死罪の罪責が十全に説明されるのである（(i') 物理的回避不可能状態の自招）。このケースにおける「不適切な高速度での走行」は、それ自体が過失致死罪の実行行為（構成要件該当行為）なのではなく、A との衝突という実行行為（結果行為）の時点では「物理的な回避可能性を欠いていた」という X の帰属阻却事由を失効させる、事前の「責務違反」に当たる事情なのである³⁴⁾。

³⁴⁾ 過失犯におけるこのような帰属の判断構造を詳細に論じているのが、Kindhäuser [1994a]。通説が「注意義務違反」という呼び方で呼んでいるものは実は「責務違反」なのであって、それはひとえに「行為者がもはや構成要件実現の回避ができなくなる無能力状態」を惹き起こしているに過ぎないのであり、決して構成要件の結果それ自体を惹き起こしているわけではない（同 207 頁）。つまり、事前の注意義務を尽くしたこと（速度を落とすこと）は、それ自体で「結果不発生」を帰結するわけではなく、それによって「決定的時点におい

更に、簡単な形で列挙していくと、まず、(3)にいう行為者の「意思決定の自由」を失わせる緊急状況(3×)を行為者が自招していた場合に関する規定として、ドイツ刑法典 35 条(免責的緊急避難)第 1 項が挙げられる。同項は、「他の方法では回避することができない生命、身体又は自由に対する現在の危難において、自己又は親族その他の自己と親密な関係にある者から危険を逸らすために違法な行為に出た者は、その行為につき責任が否定される。事情により、特に、行為者が危険を自ら惹き起こしているために、……その危険を甘受することが行為者に期待できたという場合は、その限りでない。」と規定し、その後段において(上記下線部)、緊急状況を自招した者の責任阻却を否定している³⁵⁾(3')免責的緊急避難状況の自招)。次に、(4)にいう「違法性の意識」を失わせる「違法性の錯誤」(4×)については、ドイツ刑法典 17 条前段が次のように規定する。「犯罪の実行に際して、不法に行為している認識が欠けていた者は、この錯誤が回避できなかつた場合に限り、その行為につき責任が否定される。」³⁶⁾ここでは、回避不可能な違法性の錯誤の場合、すなわち、違法性の錯誤について事前の落度(責務違反)が認められない場合に限って、違法性の錯誤に陥っていた者の責任阻却が認められている(上記下線部)。つまり、事前の責務違反に基づく違法性の錯誤はなお責任を問われるのである(4')回避可能な違法性の錯誤)。

以上で見たように、ドイツ刑法典の規定のあり方は、主要な帰属要素について、**①**実行行為の時点で行為者にそれが認められれば完全な帰属を認め(いわば「第 1 級」の帰属)、**②**それが認められなければ原則として不可罰とする旨を規定しているが(帰属阻却)、しかし、**③**行為者が事前の落度(責務違反)によってこの帰属阻却事由を自招していた場合については、刑の減輕の余地を認めながらも、なお行為者への帰属を肯定する(いわば「第 2 級」の帰属を認める)、という構造を持っているのである。そうすると、現在のドイツ刑法典がこのような明

て今なお結果回避が物理的に可能な状況」を生み出すにすぎないのであって、「結果不発生」にはその状況下で例えばブレーキを踏む、ハンドルを切る等の回避措置を講ずることがなお必要である(同 219 頁;また Kindhäuser [1989] 72 頁)。

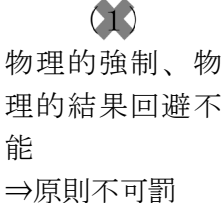
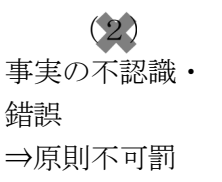
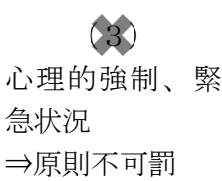
³⁵⁾ なお、ここでは省略したが、同項は後段ただし書きにおいて、緊急状況を自招した場合につき(責任阻却は認められないが)刑の任意的減輕を定めている。

³⁶⁾ なお、ここでは省略したが、同条はその後段において、行為者が違法性の錯誤を回避できた場合について、(責任阻却は認められないが)刑の任意的減輕を定めている。

文規定を備えていないのは、(5) の責任能力に関してだけである。しかし BGH 判例や学説は、行為者が事前の落度によって実行行為時の責任能力を減退・喪失させた事例を、疑問の多い「迂回構成」を使って処罰している。そこでルシュカは、責務違反に基づく責任能力の減退・喪失のケースにおける有罪判断も、以上で見た「原因において自由な行為」（責務違反を理由とした特例形態の帰属）として理論的に基礎づけるべきであるとし、ドイツ刑法典上「特例形態の帰属」を認める「例外ルール」が唯一欠けているのが「責任能力」に関する規定である（ドイツ刑法典 20 条。同条には「原因において自由な行為」の処罰を認める定めがない。）ことから、責任能力との関係でも「原因において自由な行為」の帰責を肯定するような明文規定を立法すべきだ（後述Ⅱ 3(2)参照）、と主張するのである。

以上のルシュカの理論的整理をまとめると、下の【表】のようになる。

【表】ルシュカの整理に基づく帰属判断の内容

帰属形態 帰属段階	①現状自由行為 (実行行為時の自由) (actio libera in se)	②実行行為時の 不自由 (帰属阻却)	③原因自由行為 (事前の責務違反) (actio libera in causa)
第1段階の帰属 (行為帰属)	(1) 行為能力、物理的な回避・対応可能性		(1') 事前の落度により、決定的時点で行為能力・物理的結果回避可能性を欠く事態を生じさせたことによる帰責 (=過失犯)
	(2) 事実の認識 (故意)		(2') 事前の落度により、決定的時点で事実の認識を欠く事態を生じさせたことによる帰責 (=過失犯)
第2段階の帰属 (責任帰属)	(3) 意思決定の自由		(3') 事前の落度により、決定的時点で緊急状況を生じさせたことによる帰責 (ドイツ刑法典 35 条 1 項後段)

	(4) 違法性の意識	④ 違法性の錯誤 ⇒原則不可罰	(4') 事前の落度により、決定的時点で違法性の錯誤を生じさせたことによる帰責（ドイツ刑法典 17 条前段）
	(5) 責任能力	⑤ 責任無能力 ⇒原則不可罰	(5') 事前の落度により、決定的時点で責任能力を欠く事態を生じさせたことによる帰責

3 再批判期：BGH 判例の再批判（特に過失犯をめぐる）と立法提案

以上のようにして、ルシュカの構想する帰属理論の体系が完成した。しかし、残念ながら、その後のドイツにおける議論においてはルシュカの指摘がほとんど響かず、その指摘の趣旨さえも十分に理解されなかったように見受けられる。そのような状況を明確にしたのが、BGH の 1996 年判決であった。同判決は、過失致死罪の成否が問題となった事件に関するものであるが、判示の中で、「過失結果犯においては、原因において自由な行為の理論は不要である」という判断を示した。それは、過失結果犯においては、従来の「前倒し説」のような理論構成を特に持ち出さなくても、過失犯の一般理論に従って考えれば行為者の過失結果犯としての罪責を基礎づけることができる、という趣旨を述べるものだった。しかしこの判決は、ルシュカの立場から見れば、次の 2 つの点において到底支持できるものではなかったと思われる。第 1 に、BGH 判決の背後には、故意犯においては依然として従来の（理論的に根拠不明な）「前倒し説」の理論構成が妥当する、という理解が伏在している。第 2 に（より根本的な問題であるが）、BGH 判決は、過失犯においては、行為者の事前の「責務違反」というべき態度それ自体が「過失犯の実行行為＝注意義務違反」に当たるので、それを起点にして普通に過失結果犯の構成要件該当性を考えれば足りる、と考えていることを明らかにした。しかし、このような理解は、上記Ⅱ 2 (2) で見たルシュカの理解に照らせば、過失犯において「注意義務違反」という名の下に問題とされている行為者態度の理論的な「本質」を完全に見誤っている。「注意義務違反」は、致死傷結果を惹起する「過失結果犯の実行行為＝客観的構成要件該当行為」なのではない。行為者による帰属阻却の抗弁を失効さ

せる理由となる「責務違反」なのである。ルシュカは、1996年のBGH判決に接してこの点を再度力説し（II 3(1)、更に、かつては「慣習法上認められる法原則」だとしてお茶を濁していた「原因において自由な行為」について、今や正面から立法することを主張するようになる（II 3(2)）。

(1) 過失結果犯では「原因において自由な行為」という「特別な理論構成」は不要か？

まず、問題の1996年のBGH判決の内容は、次のようなものである。

判例③ BGHSt.42,235(ドイツ連邦通常裁判所 1996年8月22日第4刑事部判決)

【事案】被告人Xは、午後6時過ぎ頃にビールを約5ℓと（量は明らかでないが）蒸留酒を飲んだ上、アルコールによる酩酊状態で自動車（X車）を運転してオランダ国内の自動車道をドイツ国境に向けて進行し、午後9時30分頃に時速約70kmの速度で国境線の検問所にさしかかった際、運転操作を誤り、右側車線を封鎖していた誘導用コーンを踏み倒し、同速度のまま、右側車線に停車していた自動車（A車）にX車の右前部を衝突させ、A車に乗っていたAら2名の国境警備員を死亡させた。Xは、過失致死罪（ドイツ刑法222条）、道路交通危殆化罪（同315条c）、交通における酩酊罪（同316条）等で起訴された。事故当時、Xは責任無能力状態にあった可能性が排除できないものとされた。

【判旨】「……被告人Xが、[Aらを]死亡させた行為それ自体の時点において一すなわちXが国境に接近し、事故を起こした時点において一〔ドイツ〕刑法20条にいう責任無能力の状態にあった（可能性を否定できない）という事実は確かである。しかし、そのような事実によって、Xの過失致死罪による有罪判断に異をとることはできない。ただし一原審の判断とは異なり一、このように[Xに過失致死罪の成立が認められると]解するにあたっては、原因において自由な行為という法的構成を引き合いに出す必要はない……。〔ドイツ〕刑法222条〔過失致死罪〕においては、構成要件に該当する結果……を惹起する原因となった行為者のあらゆる注意義務違反の態度が、刑法上の非難の対象となり得るからである。このように言えるとすれば、注意義務違反として複数の行為が考慮に上る場合には（本件においても、その後の酩酊運転の危険性を予見できたにもかかわらず飲酒酩酊したという行為と、その酩酊状態での運転という行為それ自体とが、いずれも注意義務違反に当たる行為だといえる）、〔時間的に後の注意義務違反の行為に対して責任を問うことができない場合であっても〕……時間的に見て前の行為に対して責任非難を加えることができるのであれば、この事前の行為に過失の非難を向けることができるのである」。

……それに対して、「道路交通危殆化罪〔等〕……については、原因において自由な行為の原則論に照らしても、Xに責任非難を加えることはできない。」……「〔ドイツ〕刑法315条c〔道路交通危殆化罪〕、316条〔交通における酩酊罪〕……のように、……何らかの結果を惹き起こす犯罪として把握できず、行為を禁止しているにすぎない構成要件〔＝単純行為犯〕においては、〔行為者が〕その本来的な犯罪行為の時点で完全酩酊により責任阻却が認められる状態にあったのであれば、原因において自由な行為という法的構成を用いてもその責任を認めることはできない……。」「刑法315条c……〔等〕の交通犯罪は、行為者が車両を運転することをその要件としている。しかし、車両を運転するということは、その〔車両の物理的〕運動〔という結果〕を惹き起こすということと同じではない。……〔このような「運転する」という〕法文上の文言に照らせば、〔運転することを要件として要求している犯罪の実行行為を〕それ以前の行為へと前倒しすることは不可能であるといわなければならない。したがって、運転の準備段階において自ら酩酊したという行為に、酩酊運転〔それ自体〕の開始を見出すことはできないのである。」

本判決は、「運転」行為を構成要件的行為とする道路交通危殆化罪（ドイツ刑法 315 条 c）、交通における酩酊罪（316 条）等においては、その実行行為を事前の飲酒行為に求める「前倒し説」の理論構成をとることはできないとしており（上記【判旨】の後半部分）、この点は、ルシュカが「前倒し説」に対して加えた批判の内容（Ⅱ 1(2)）とも合致している。しかし、上記【判旨】前半部分の、結果行為の時点において行為者が責任無能力であった場合でも、過失致死罪の成立を認めるにあたっては「原因において自由な行為という法的構成を引き合いに出す必要はない」、とする部分には問題がある。判旨は、過失致死罪においては、直接結果を惹起した行為（結果行為）だけでなく、（更に時間を遡っていけば）結果惹起との関係で「注意義務違反」と言える行為が他にも（複数）観念できる場合があるのであり、その場合には、それらが等しく過失犯の実行行為（構成要件該当行為）として過失致死の起点となり得る、と考えている。ルシュカはこの判旨に次のように反論している。

本件事案は、衝突に至る時点（「t₂」時点）では既に X にとって結果回避が物理的に不可能であったのだから、この時点の行為を「実行行為」とすることはできない³⁷⁾。そこで、t₂ 時点の物理的な結果回避不能の状況を生じさせること

³⁷⁾ Hruschka [1997] 24-25 頁。もっとも、上記Ⅱ 2(2) (ii) で説明した論理、及び注 34 で挙

になった、それよりも前の「t1」時点（国境に接近した時点。この時点ではなお、その後のA車との衝突を物理的に回避できる可能性があった。）におけるXの運転態度（A車との衝突を避けられるような速度にまで減速せず、進行コースを正しくとらずに自動車を進行させたこと）が「実行行為」として問題となる³⁸⁾。もっとも、このt1の時点では、①Xは、自車がA車に衝突することになる可能性を認識していない（故意がない）ので、原則としては帰責ができない。しかし、Xは、更に時間的に遡る「t0」時点で飲酒酩酊したことによって、t1時点に至った時にA車との衝突危険を認識できるという可能性を自ら閉ざしたのであるから、このt0時点の落度ある飲酒酩酊が「責務違反」となり、Xはt1時点での事実不認識（A車との衝突危険の認識可能性がなかったこと）を自分の免責の抗弁とすることができず、「過失犯」の成立が基礎づけられる。

しかし更に、Xは、②t1の時点で「責任無能力」だった可能性もあるというのであるから、原則としてt1時点のXの行為を処罰することはできない（ドイツ刑法典20条）。しかし、Xは、時間的に遡るt0時点で飲酒酩酊したことによって、t1時点における責任無能力の状態を自招したのであるから、この事前の落度ある飲酒酩酊が「責務違反」となり、Xはt1時点での責任無能力を自分の免責の抗弁とすることができない。

このようにして、本件では、t0時点におけるXの飲酒行為が「責務違反」と認められることにより、その後の実行行為の時点（t1時点）において認められた①「事実認識の欠如」、②「責任無能力」という不可罰事由を援用することが封じられる（これらの不可罰事由はXが事前の責務違反によって自招したものであるため、Xはこれを抗弁として援用できない）、ということによって過失致死罪の成立が理論的に基礎づけられるのである³⁹⁾（以上のルシュカの説明を図示すると、下記の【図】のようになる）。BGH判決は、過失致死罪においては、責任無能力状態の下でなされたt1時点の行為を問題にしなくても、完全責任能力があったt0時点の行為

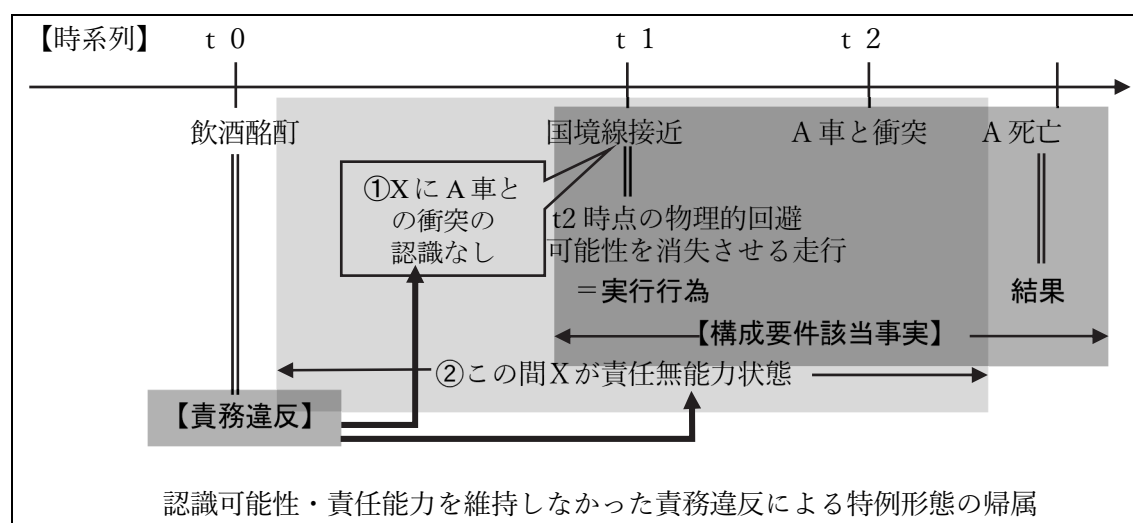
げたキントホイザーの考え方からすれば、この場合には、実行行為はあくまで「衝突行為」（結果行為）だと見た上で、その時点における「物理的な結果回避可能性」を喪失させた原因が行為者の事前の（「t1」時点の）運転態度にあったのであればそれを「責務違反」として（過失犯としての）帰責を認める、という説明こそが、（結論は同じであるし、説明が煩瑣になるが）理論的には正しいものと思われる。

³⁸⁾ Hruschka [1997] 25-26 頁。

³⁹⁾ Hruschka [1997] 25-26 頁。

（飲酒酩酊行為）それ自体を「実行行為」と考えることができ、そうすることによって、その後 X に責任無能力状態が発生したという事情は「迂回」できる、と考えているのであるが（迂回構成）、しかし、過失致死罪においても、BGH 判決が考えるように、 t_0 の飲酒酩酊行為それ自体が「実行行為」として客観的構成要件該当性が認められる、などというわけでは決してないのである。

【図】BGH 1996 年判決の事件のあるべき帰属構造



(2) 立法提案

行為者に完全責任能力が認められる事前行為にまで「実行行為」を前倒しすることによって「原因において自由な行為」の問題を解消（「迂回」）する、という「前倒し説」の論理は、過失結果犯においても維持することが不可能である。しかし、BGH 判決は、過失結果犯ならばそれが可能であるかのような判断を示し、過失致死罪の成立（完全な責任）を認めたのである。そこでルシュカは、そのような結論を採ろうとするのであれば、理論的には「例外モデル」の理論構成を採るしかない、と改めて反論したわけである。そして、「例外モデル」には明文上の根拠がなく、そのような理論構成による「責任無能力」規定（ドイツ刑法 20 条）の適用制限を解釈論上認めることは「罪刑法定主義」違反であるというのであれば、もはや正面から「責任無能力の自招」の処罰を認める「例外」ルール（「原因において自由な行為」の帰責を認める例外規定）を立法するし

かない、ということになる。

ルシュカは当初、例外モデルによる帰責は「慣習法上の法原則」であり、罪刑法定主義の問題は特に生じないだろうと考えていた（II 1(3)）。しかし、ドイツにおいて、「第二次刑法改正法」（1969年成立、1975年1月1日施行）によって刑法典総則の規定が改正され、その際に、上述したように（II 2(2)(ii)）、ドイツ刑法典 35 条 1 項後段（免責的緊急避難状況の自招の場合における責任阻却の否定）、同 17 条前段（回避可能な違法性の錯誤についての責任阻却の否定）など、「原因において自由な行為」の帰責構造を持つ規定が刑法典に整備された。これによって、「原因において自由な行為」の帰責を認める明文規定が存在していないのは、主要な帰属要素においてはもはや「責任能力」（ドイツ刑法典 20 条）だけ、という状況になったのである。このような状況になったからには、ドイツ刑法典 20 条（「責任無能力」）にも「原因において自由な行為」の帰責を認める例外規定が存在しているかのような解釈論を展開することは罪刑法定主義の問題を生じさせることになる⁴⁰⁾。そこでルシュカは、ドイツ刑法典 20 条（「責任無能力」）に、第 2 項として、次のような「原因において自由な行為」の処罰規定を創設することを提案する⁴¹⁾。

「行為の不法を認識し又はその認識に従って行動する能力を病気により欠いたことについて自ら答責的であった者は、免責されない。ただし、〔ドイツ刑法典〕 49 条 1 項によりその刑を減輕することができる。」

ここで、実行行為時点において責任無能力状態に陥ったことについて「自ら答責的であった」（selbst verantwortlich）というのは、実行行為時点の責任無能力と

⁴⁰⁾ Hruschka [1996] 68 頁（「もし〔ドイツ〕刑法典 20 条だけでなく、35 条 1 項も 17 条も 35 条 2 項も同様に、それぞれの規定する原則ルールに対する例外を規定していなかったのであれば、〔責任無能力を自招した行為者について原因において自由な行為による帰責を認めることも〕不可能ではなかつただろう。そのような場合には、立法には時々見られるように、問題解決が広く解釈論の展開に委ねられていると考えることもできるからである。しかし、原因において自由な行為の処罰が〔免責的緊急避難の自招や回避可能な違法性の錯誤などの〕様々な領域で明文規定として立法されてしまったからには、立法者が処罰の明文化を避けたケースについても原因において自由な行為の処罰が可能である、などと主張することに説得力があるとは思われない。したがって、今日の状況の下では、刑法典 20 条に関する原因において自由な行為の行為者の処罰を認めることは、罪刑法定主義に違反するものと考えざるを得ないのである。」）。また、Hruschka [1997] 24 頁。

⁴¹⁾ Hruschka [1988] 303 頁。ほぼ同じ形で、Hruschka [1996] 69 頁でも再度提案されている。なお、ドイツ刑法典 21 条（限定責任能力）との関係では、この種の例外規定の新設は考えられていないようである。

いう責任阻却事由が、行為者の事前の「責務違反」によって自招されたことを表現している（この提案内容については、本稿では詳しく検討しない）。

Ⅲ 例外モデルの理論的意義と検討課題

以上が、「例外モデル」の主張者ルシュカの主張の展開である。最後に、日本の議論状況との関係で、この「例外モデル」の主張が持つ理論的意義と検討課題について、一言ずつ簡単に述べておくことにする。

1 日本の議論の現状において「例外モデル」の視点が持つ理論的意義

筆者の見方では、ドイツのBGH判例の状況と日本の判例の状況は、その大筋において見ればかなりの類似性を持っていると思われる⁴²⁾。ここではその類似点の一つだけを挙げるに止めるが、過失結果犯において「構成要件モデル」（「前倒し説」）の理論構成によってその罪責が認められている点などがそれである。そのような判断を示した日本のリーディングケースが、最大判昭和 26・1・17 刑集 5 卷 1 号 20 頁（下記の判例④）である。同判決は、精神疾患を有し、飲酒した場合には病的酩酊状態に陥って他者に危害を加える危険性があった被告人 X が、大量に飲酒して心神喪失状態に陥り、その状態下で殺意を抱いて被害者 A を包丁で刺殺した、という事件において次のように判示し、X に過失致死罪が成立する余地を認めている⁴³⁾。

判例④ 最大判昭和 26・1・17 刑集 5 卷 1 号 20 頁

【判旨】「本件被告人の如く、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居常右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あるものといわねばならない。しからば、たとえ原判決認定のように、本件殺人の所為は被告人の心神喪失時の所為であつたとしても（イ）被告人にして既に前示のような己れの素質を自覚していたものであり且つ（ロ）本件事前の飲酒につき前示注意義務を怠つたがためであるとするならば、被告人は過失致死の罪責を免れ得ないものといわねばならない。」（下線は筆者に

⁴²⁾ 詳細は、杉本 [2013a] ; 同 [2013b] 参照。

⁴³⁾ これは、上記④のタイプの事例である。

よる。)

ここでは、飲酒によって他害行為に及ぶ危険な病的性癖を有するXには、そのような性癖が発動しないようにする注意義務があり（判旨の下線部を参照）、これに違反して大量に飲酒した行為（注意義務違反）を実行行為として過失致死罪の成立が認められる、という論理が示されている。これは、危険な病的性癖を有する者の大量飲酒行為（実行行為）には自身による他害行為を誘発する高い危険性があり、その危険がまさに現実のものになったという論理であり、ここでは、大量飲酒行為の「危険」がその後の殺害経緯・結果へと「現実化」した、という構成によって過失致死罪の客観的構成要件該当性が認められていることになる。これは、Xに病的性癖があり、それゆえにXの飲酒行為に本当に「その後他害行為に及ぶ」という高度の危険性が認められる限り、飲酒行為を実行行為とした「危険の現実化」の論理として十分に成立しており、論理として問題はない。しかし、1点だけ気になるのは、判旨がXの飲酒行為（実行行為）の危険性を記述するにあたって、「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」がある（傍点筆者）、と言っている点である。「心神喪失の状態」というのは、行為者の危険性を表す事情ではなく、行為者の責任阻却事由を表す事情である。したがって、穿った見方をすれば、この判旨は、原因行為（飲酒行為）に「二重の」意味を込めているのではないか、という疑問が生じるのである。すなわち、Xの飲酒行為は、①危険な病的性癖が発動して他害行為に及ぶ、という危険性が高い行為であるが、他方で同時に、②X自身の責任阻却を基礎づける「心神喪失」状態を生じさせる可能性が高い行為でもある。飲酒行為を「実行行為」として「危険の現実化」（過失致死罪の客観的構成要件該当性）を認めるのであれば、①の危険性だけが問題である。その際、②の事情は関係ない。②にいう、Xが飲酒行為によって「心神喪失状態に陥る可能性を自招した」という点は、Xが心神喪失という責任阻却事由を事前の落度によって自ら生じさせたという「責務違反」を示す事情として、Xの心神喪失の主張を失効させる意味を持ち得るだけなのである。それにもかかわらず、この判旨において、Xの問責対象行為の記述の中に、飲酒によって「心神喪失の状態」に陥るという事情（②）まで書き込まれているところを見ると、Xの飲酒行為が問題とされたのは、それが「危険の現実化」の起点となる実行行為だから、というだけではなく、それが

「責任阻却事由を自招した」行為だから、という考慮が混入しているのではないか、という疑念が生じるのである。この混入が疑われる考慮こそ、「例外モデル」の発想に他ならない。

この点が更に顕著に現れている下級審裁判例が、次の判例⑤（福井地判昭和38・6・17下刑集5巻5=6号576頁）である。この事件は、飲酒酩酊すると狂暴性を発揮する習癖を持つ被告人Xが、飲酒泥酔して心神耗弱状態に陥り、その状態で暴行の故意を生じてAに暴行を加え、傷害を負わせたというものである⁴⁴⁾。裁判所は次のような判断を示して、刑法39条2項の適用を排除した。

判例⑤ 福井地判昭和38・6・17下刑集5巻5=6号576頁

【判旨】「被告人は飲酒酩酊すれば、判示のごとく狂暴性を発揮し他人に暴行又は傷害を加える習癖を有することを自覚していたものであり、かかる者は常に右の状態に至らぬ程度に飲酒を抑止又は制限をする等して他人に危害を加える危険発生を未然に防止すべき注意義務があるのにこれを怠り、漫然前記の如く焼酎約三合清酒約四合を飲んだ重大な過失によつて泥酔の上狂暴性を発揮し判示の如き傷害を負わせるに至つたものであるから刑法第二十一条にいわゆる『重大ナル過失』に該当するものであることは明らかであり、右の心神耗弱の状態は前示の如き自覚を有しながら前示注意義務を怠つた重大な過失によつ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ことも多言を要しない。」（下線、波下線は筆者による。）

この判決でも、判例④と同様に、危険な病的性癖を持つ行為者が（不用意に）飲酒した行為が「注意義務違反」（実行行為）であるとして、（重）過失傷害罪の成立が認められている（上記の下線部参照）。このような病的性癖を有する者の飲酒行為が持つ「危険性」が、その後の暴行傷害に「現実化」した、という認定である。これ自体は、「構成要件モデル」による理論構成として、十分成り立ち得るものである。問題は、判旨の波下線部に示された、刑法39条2項の適用を排除する理論構成である。判旨は、「心神耗弱の状態は……前示注意義務を怠つた重大な過失によつて自ら招いたものであるから」、刑法39条2項が適用されないとしている。これは実は、「例外モデル」の論理そのものである。ここでは、Xの飲酒という「注意義務違反」が、その後の結果惹起に至る危険性のある行為（過失犯の実行行為）としてではなく、その後の行為者の責任減少（心神耗弱）を自招した行為（責務違反）として問題にされているのであ

⁴⁴⁾ この事件も、上記④のタイプの事例である。

る。

ドイツの「前倒し説」は、結果行為が責任無能力のために処罰できないから、その埋め合わせのために、責任無能力状態の原因となった飲酒行為を「実行行為」に格上げしているかのように見えた（上記Ⅱ 1(2)）。しかし、そのような考え方は理論的には破綻している。「前倒し説」（「構成要件モデル」）は、原因行為それ自体が「構成要件的结果を生じさせる危険」を創出しており、その危険がその後の結果惹起において「現実のものになった」（危険の現実化）、ということをも本来論じなければならない。原因行為が行為者を処罰できない事情（責任無能力）を惹き起こしたのかどうかは、「前倒し説」（「構成要件モデル」）の理論構成においては全く何の意味も持たないのである。そして、現在までの日本の裁判実務を見ても、判例④、判例⑤に見られたように、飲酒という原因行為の持つ意義が、結果惹起へと至る「危険創出」（過失犯の実行行為性）という意味に一本化されていない。むしろそこには、責任阻却・減少事由の自招という「責務違反」的な要素（被告人にその責任阻却・減少事由を主張させるべきでない理由）としての意味が混入されているように見えるのである。そういうわけで、ドイツの「前倒し説」に向けられたのと同じ疑念が、日本の裁判実務に対しても向けられるように思われる。飲酒行為を問責対象行為として選んだ本当の理由は、それが構成要件的结果を惹起する危険を創出しているからではなく（飲酒行為にそのような危険創出を認めるのは実はかなり難しく、それが認められる事例は相当限定される⁴⁵⁾）、それが責任阻却事由を自招した行為であって、行為者に責任無能力の主張を認めるべきでないと考える理由となる行為だからなのではないだろうか。もしそうだとすれば、それは「例外モデル」の思考方法である。公平な目から見ても、日本の裁判実務、日本の従来 of 学説において、暗黙のうちに「例外モデル」の思考方法が抜き難く混在していたことは否定できないように思われるのである。

2 日本において「例外モデル」を展開するに際しての課題

さてそれでは、「例外モデル」の理論構成を正面から実現するためには、どのような方法があり得るか。この点は、本当に一言だけ述べるに止め、後は他

⁴⁵⁾ 杉本 [2022] 361-362 頁。

日の検討に委ねなければならないが、考えられる方策としては立法論と解釈論の2つがあり得る。

第1に、ルシュカの立法提案のような内容を持った、「例外モデル」に立脚した「原因において自由な行為」の処罰規定を立法することである⁴⁶⁾。しかし、そのような新規立法の実現可能性が実際にどの程度あるかが問題である。

第2に、解釈論のレベルにおいて「例外モデル」を実現する方策である。これも困難ではあるが、「原因において自由な行為」による帰責は、いわば第2級の帰責として「過失」犯を基礎づける（「原因において自由な行為」を現行法の「過失」概念によって捕捉する）、という解釈理論が十分あり得るのではないかと筆者は考えている。実際、日本の判例においては、上記④のタイプの事例において、過失結果犯の成立しか認められていない⁴⁷⁾。そして、その際の「過失」の説明において、上記判例④、判例⑤のように、責任能力減退との関係での行為者の落度が問題とされていたことに鑑みれば、このような解釈理論は決して荒唐無稽ではなく、裁判実務の実態にも合致し得るように思われる。もっとも、その解釈理論を詳細に展開することはここではできないので、その理論的作業は他日を期すことにしたい。

[引用文献]

- Joachim Hruschka*, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit – BGHSt 21, 381, JuS 1968 [1968]
- ders.*, Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit der Täters, *Zugleich eine Apologie des Art.12 SchwStrGB*, SchwZSt 90, 1974 [1974]
- ders.*, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979 [1979]
- ders.*, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, *Zur Geschichte und zur Bedeutung der*

⁴⁶⁾ 日本でも、過去に「原因において自由な行為」の処罰規定の立法が検討されたことがあった（刑法改正準備草案 16 条、刑法改正草案 17 条）。しかし、これらの規定は「例外モデル」に立脚するものではなく、理論的に見れば玉虫色というべき（各種の理論的モデルとの関係で中立的な）内容のものであって、理論的な説明が困難なものであった（特に改正刑法草案 17 条の説明書の説明は、同規定の趣旨を「構成要件モデル」の考え方に則って説明しているように見受けられるが、しかし「構成要件モデル」に立脚するのであれば立法は本来不要なのである。「構成要件モデル」は、原因行為それ自体を実行行為と見て通常の犯罪成立要件の判断を行えば足りる、とする理論構成だからである）。これらの点につき、杉本 [2022] 344-353 頁参照。

⁴⁷⁾ この点、④のタイプの事例でも故意犯の成立を認めようとするルシュカの見解（II 1 (3)）とは異なる。

- Differenz von *actio libera in se* und *actio libera in sua causa*, *ZStW* 96, 1984 [1984]
- ders.*, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl., 1988 [1988]
- ders.*, *Probleme der actio libera in causa heute*, *JZ* 1989 [1989]
- ders.*, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, *Rechtstheorie* 22, 1991 [1991]
- ders.*, *Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung*, *JZ* 1996 [1996]
- ders.*, *Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten, Zur neuesten Rechtsprechung des BGH*, *JZ* 1997 [1997]
- ders.*, “*Actio libera in causa*” und mittelbare Täterschaft, *Festschrift für Karl Heinz Gössel*, 2002 [2002]
- Urs Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, 1989 [1989]
- ders.*, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, *GA* 1994 [1994a]
- ders.*, *Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, Jahrbuch für Recht und Ethik Bd.2*, 1994 [1994b]
- Eberhard Schmidhäuser*, *Die actio libera in causa : ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1992 [1992]
- 杉本一敏「規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（上）」*比較法学* 37 卷 2 号 (2004) [2004]
- 同「『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—」*Law&Practice* 5 号 (2011) [2011]
- 同「責任帰属の原理としての『責任モデル』と『例外モデル』(1) —原因において自由な行為を手がかりに—」*早稲田法学* 88 卷 2 号 (2013) [2013a]
- 同「原因において自由な行為をめぐる BGH 判例(上)」*比較法学* 47 卷 1 号 (2013) [2013b]
- 同「アリス (alis) とアリック (alic)」高橋則夫=杉本一敏=仲道祐樹『理論刑法学入門』(日本評論社、2014) 所収 [2014]
- 同「『原因において自由な行為』をめぐる日本の刑法学説の 50 年—構成要件モデル・責任モデル・例外モデルの『三国志』—」内田文昭先生米寿記念『刑事法学の系譜』(信山社、(2022) [2022]