

いわゆる *actio libera in causa* : その原理的考察

著者	川口 浩一
雑誌名	関西大学法学論集
巻	59
号	3-4
ページ	699-715
発行年	2009-12-18
その他のタイトル	Die sog. <i>actio libera in causa</i>
URL	http://hdl.handle.net/10112/1522

いわゆる *actio libera in causa*

——その原理的考察

川
口
浩
一

目次

- 一 心神喪失と心神耗弱——単なる量的相違か？
- 二 構成要件モデルと例外モデル——二者択一か？
- 三 人格、行為、自然

「人格は……生きておらず、考えてもいない、それはコミュニケーションの目的のためのコミュニケーションの構成である。」(„Personen... leben nicht, sie denken nicht, sie sind Konstruktionen der Kommunikation für Zwecke der Kommunikation.“) —— ニクラス・ルーマン (Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, 2000, S. 90 f.)

一 心神喪失と心神耗弱——単なる量的相違か？

日本刑法三九条は「① 心神喪失者の行為は、罰しない。② 心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する。」と規定しているが「心神喪失及び心神耗弱の意義の理解についてはもっぱら解釈にゆだねて」おり、通説・判例は「心神喪失とは、精神の障害により、行為の違法性を弁識し（弁識能力）、その弁識に従って行動を制御する能力（制御能力）を欠く状態」であり、「心神耗弱とは、精神の障害により、弁識能力又は制御能力が（欠如する程度までには至らないが）著しく限定されている状態をいう⁽¹⁾」と定義している。それは、同じ能力に関する単なる量的な差異のように考えられているように思える。これに対してドイツ刑法の二〇条は「行為の遂行に当たり、病的な精神障害、根深い意識障害、又は精神薄弱もしくは重大なその他の精神の変性のため、行為の不法を弁識し、またはその弁識に従って行為する能力がない者は、責任なく行為したものである。」⁽³⁾と規定し、同二一条は「行為者の、行為の不法を弁識し、またはその弁識に従って行為する能力が、二〇条に記載の理由のいずれかにより行為遂行の際に著しく減少していたときは、四九条により刑を軽減できる。」と規定している。ドイツ刑法の二〇条の規定には、狭義の責任能力、すなわち帰属〔帰責〕無能力 (Zurechnungsunfähigkeit) と期待不可能性 (Unzumutbarkeit) の問題が混在しており、それを区別すべきだとする主張が見られる (Jakobs)⁽⁵⁾。この説によれば、「意識障害や変性に基づき、行為者の行為

態様がこれ以上調整されえない客観的な雛型 (Muster) に尽くされ、この客観的なことの中に埋没することが個人的行為の——一時的な——可能性とは理解されえない場合には帰属能力が欠け⁽⁶⁾るのに対し、「意識障害や変性の所見は、主体性 (Subjektivität) の完全な喪失、すなわち帰属無能力とは別に、なお存在している帰属能力における期待可能性のルールとして理解される場合」にも考慮され、実務上はより重要となる。⁽⁷⁾前者の主体性を喪失してしまつた場合 (帰属無能力) には、もはやそこに行為を語ることはできず、自然の経過に過ぎないのに対し、後者の場合には規範に関する意味表現としての行為は存在しており、言い換えれば、前者は少なくともその状態においては人格 (Person) でないのに対し、後者は、なお人格であるといえる (この人格概念については後述する「三」)。すなわち、この見解によれば、責任無能力にも帰属無能力の場合と期待不可能性の場合の二つの事例が存在する。そしてドイツ刑法二一条の限定責任能力については、期待可能性のみで説明される (部分的期待不可能性 [die partielle Unzumutbarkeit]⁽⁸⁾)。すなわち「いわゆる限定責任能力においては、常に、犯罪を回避する能力を持つ、つまり当該規範によつてなお十分な強さで対応可能 (ansprechbar) である主体 (Subjekt) は、なお存在している。それゆゑ刑法二一条の領域においては、期待可能性と期待不可能性の区別が問題となるのであって、帰属能力と帰属無能力の区別が問題となるわけではないのである。」この責任無能力における帰属無能力 (狭義の責任無能力) と期待不可能性の区別と同様の判断枠組みは、最近日本でも有力に主張されている (安田⁽⁹⁾)。そこでは「自由で答責的な人間の持つ統制力に関わる問題」である①「答責主体論」と「その意思を衝動との力関係に関わる問題」である②「制御可能性」論に二分する「制御能力二分論⁽¹⁰⁾」が採られ、限定責任能力の場合は「主体性の問題においては、認識・制御主体が完全に損なわれているかどうかだけが重要であるから、主体が著しく損なわれているというだけでは、心神耗弱を認める理

由はない」が、「その主体に残された能力を前提としても、当該違法性の認識あるいは当該衝動の制御が著しく困難であり、認識可能性・制御可能性が著しく減少している場合には」、「能力 (Fähigkeit) はあるが、可能性 (Möglichkeit) が減少しており、もって責任が減少することになる」とされる。そして主体性判断においては、事実的基礎、すなわち精神医学の知見が重視されるのに対し、制御可能性判断においては仮定的な衝動抑制判断が重要であり、⁽¹¹⁾「制御可能性論において、国家標準説による期待可能性判断と同様の枠組みをとる」としている。⁽¹²⁾この見解に対しては、「精神の障害が、いわば宿命的なものであるか自ら招いたものであるのかによって、制御可能性を判断する際の規範的要求の寛厳が異なる」⁽¹³⁾ことを容認している点につき、責任には事実的基礎が必要であるという立場がここで揺らいでいるように見えるという批判があるが、⁽¹⁴⁾これは制御主体論ではなく、制御可能性論に関する主張であるから、この立場は一貫しており、妥当な批判でない。⁽¹⁵⁾重要なのは制御主体が失われてしまっている場合と、それがなお残っている場合の判断を質的に異なるものと捉えていることである。この見解については、責任能力論全体の大きな構想を含むものであり、なお詳細な検討が必要であるが、制御主体性の喪失による責任無能力事例と限定責任能力の判断の質的差異を意識している点で示唆に富む見解であるといえよう。これらの見解からは、帰属能力 (主体性) を完全に完全に喪失してしまっている場合 (責任無能力の一部) と期待可能性のみで説明される限定責任能力の場合は、単なる量的な相違ではなく、全く質的に異なった状態であるといえ、次節で論じるいわゆる *actio libera in causa* の問題の考察の際にも、この区別は、非常に重要な意義を有するのである。

二 構成要件モデルと例外モデル——二者択一か？

以上の考察と関連していわゆる *actio libera in causa* ⁽¹⁶⁾ として問題となる二つの事例として「ある者が過去の経験により酩酊状態で何をするかを知ってい」た「にもかかわらず再度酩酊するという事例群」⁽¹⁷⁾ において①その者が上述の帰属無能力の状態においてそのことを行った場合と②その酩酊状態が限定責任能力の状態だった場合について考察する。全面的否定説⁽¹⁸⁾や立法必要説⁽¹⁹⁾も存在しているが、受け皿構成要件として完全酩酊罪(ドイツ刑法三二三条 a)⁽²⁰⁾が存在しているドイツと異なり「酩酊犯罪処罰規定をもたないわが国においては、限定責任能力状態利用の原因において自由な行為を含め、一定の原因において自由な行為事例の処罰を根拠づけるものとしての解釈論が酩酊犯罪対策としても必要である」⁽²¹⁾とされる。

理論的構成については、処罰不要説を除けば、①構成要件モデル⁽²²⁾(原則論的アプローチ||間接正犯的構成説⁽²³⁾)と②例外モデル(修正論的アプローチ||同時存在原則修正説⁽²⁴⁾、責任モデル⁽²⁵⁾、遡及モデル)の二つに学説は大きく分かれる⁽²⁶⁾。まず、前者のモデルは、議論の対象となっているすべての事例群に適用できるものでないことはその主張者によっても認識されつつある。特に、間接正犯構成を採り、間接正犯を道具理論で説明しようとするならば、限定責任状態の利用の事例について、このモデルで説明することは困難となる。また、このモデルに対する有力な批判として原因行為に実行の着手を認めるのは早すぎるということが、他方、例外モデルについては、例外を認める説得的な理論的根拠が示されていないということが指摘されている。さらに、最近では③両モデルを併用する見解(山口)も主張されている⁽²⁷⁾。

このような学説状況の下で日本におけるより有力な見解は、構成要件モデルであるとされるが、最近では例外（責任）モデルを違法性の錯誤に類似した構造のものとして理解し、同時存在の原則の例外を理論的に説明しようとする見解も主張されており（中空）、現在では、どちらが通説か確定しがたい状況になっている。このように理論的に錯綜した状況から抜け出すためには、前述（一）のように心神喪失と心神耗弱が単に量的な相違にとどまらず、帰属無能力（さらにいえば人格性の否定）と期待可能性の減少という質的に異なるものであるということを経験する必要があるであろう。

その上で注目されるのは両モデルの併用説（山口）である。この説は、①構成要件モデルと②責任モデルは「原因において自由な行為の可罰性を肯定する論理基準として、問題とする側面を異にするものであり、一方を採用すると他方が採用できないという意味で相互排他的なものでない」として「問題となる事案に即して可能かつ適切なモデルを採用し、それに基づいて可罰性を肯定することは可能だと解される」とする⁽²⁹⁾。この見解は、従来は特に「実行行為に対する責任非難は実行行為時の事情のみにもとづいてなされるべきもの（実行行為との同時的な非難）」という原則に依拠した①のモデルで説明していたものを、違法性の意識の可能性との対比において、同様に「実行行為より遡って責任を問うこと」が承認されるとして②のモデルとの併用を認めるのである。この見解には批判も加えられているが、⁽³⁰⁾両モデルがその適用領域を異にし、併用することができると指摘した点は正当である。問題は、併用を認めた場合、①と②の適用領域はどのように分配されるのかということと、それとも関連して②の根拠であるが、その点について、この見解は、若干の留保を加えているが、基本的には「禁止の錯誤援用説」（中空）⁽³²⁾に依拠するものと考えられる。

そこで、この禁止の錯誤援用説を検討する。この説は「責任説の前提とする責任構造が、違法性の意識が存在しない場合にも違法性の意識があったならば当該行為を抑制しえたであろうという仮定的基盤に基づく仮定的判断として責任判断がなされることを意味することを前提にして、責任能力についても、責任能力が維持されていたならば当該行為を抑制しえたであろうという仮定的判断としての責任判断もなしうるはずであるとする点にその本質がある⁽³³⁾」とされる。そして精神の障害に基づく責任無能力の問題と「精神の障害以外の自由に基づいて法秩序が合規範的意思決定を期待し得ない状態である違法性の意識の可能性の問題と非難可能性を根拠づけるといふ機能では同質のものであり、「それゆえに、実行行為時に違法性の意識がなくともそれ以前の時点で違法性について調査等をする契機が存在するために違法性の意識の可能性があったと評価される場合と同様に、原因行為の時点で、結果行為と同種の構成要件該当行為が予見でき、原因行為を中止することで責任能力状態の発生が回避できる場合には、そのことによつて法秩序は合規範的意思決定を期待しうることになる⁽³⁴⁾」とするのである。

この見解が、前提としてこの問題を合規範的意思決定を期待し得るかどうかという規範的な問題として捉えていることは妥当である。しかし、①この禁止の錯誤の理解は責任説に依拠しているが、そのことが妥当かということ②それが完全責任無能力（上述の帰属無能力）の場合にも限定責任能力の場合にも同等に妥当するかという二つの点について疑問がある。そのうち①については責任説に関する全面的な検討が必要となるので⁽³⁵⁾、詳しくは別稿で検討することにし、本稿では②の点について考察する。

まず、行為者が限定責任能力の場合に規範に対応できる能力という意味での人格性は、減少しているとはいえず、なお残存しており、その時点で合規範的判断を行う可能性も存在している。これは禁止の錯誤に陥った場合とは状況的

に異なるのではないだろうか。むしろ Jakobs のいうように限定責任能力は、管轄 (Zuständigkeit) としての期待可能性が減少した場合と考えるべきであり、⁽³⁶⁾ 期待可能性が否定・減少するような状況を自招した場合については管轄が否定されない場合がある。⁽³⁷⁾ この詳細についても本稿では留保せざるをえないが、少なくとも自ら意図的に限定責任能力状況を作り出した者については、管轄として期待可能性は否定されず、禁止の錯誤を援用せずとも、刑法三九条二項による刑の軽減は認められないと説明できるであろう。

次に完全な帰属無能力の場合にも、この禁止の錯誤援用モデルが妥当するかどうかには疑問がある。帰属無能力の場合、およそ規範に対応する能力が失われてしまっているため、そうではない禁止の錯誤に陥った者とは状況が異なるから、規範的観点からも同視できず、むしろ、この場合には、間接正犯として説明した方が事態に即したものだといえよう。しかもそれは間接正犯に類似した状況ではなく、間接正犯そのものなのである。⁽³⁸⁾ Jakobs の言葉を借りれば「原因において自由な行為は、その発現形態によりいくぶん不明確にされた間接正犯の一事例であり、さらに、間接正犯は、その発現形態によりいくぶん不明確にされた自己遂行の一事例である。」⁽³⁹⁾ 帰属無能力状態に陥った自己は一時的に人格性を喪失し、自然となり、そのような状況に陥れば特定のパターンの行動をとる (例えば人を殴る) ということを認識しており、かつそれを利用して犯罪を行ったとすれば、間接正犯を認めることには何ら問題はないと考える。

間接正犯構成説には、飲酒開始時に実行の着手を認めるのは早すぎるといふ批判がある。確かに酒を一口飲んだだけで直ぐに責任無能力状態に陥るといふことは非常に稀であり、通常は、一定時間、飲酒を続け、これ以上飲むと (特定のパターンの行動をとる) 責任無能力状態に陥ってしまう直前の段階を実行の着手と見ることができよう。⁽⁴⁰⁾ こ

ここで問題となるのは、そこまで実行の着手を遅らすと、そのような状態においては、既に限定責任能力状態になっているのではないかという疑問が生じることである。しかし、その限定責任能力状態も、行為者が自ら意図的に引き起こしたものであるから、実行の着手時点における三九条二項の適用も否定されると考えれば問題はない。後の事象はすべて自然の因果経過にすぎない⁽⁴¹⁾。

このように前述の併用説は、Jakobs説と同様の責任能力・原因において自由な行為の理解に立つことによって、その妥当な適用領域を見出すことができるのである⁽⁴²⁾。

三 人格、行為、自然

最後に、以上のような考察の基礎とされている人格の概念について、いくつかの補足しておく。Luhmannによれば、人格 (Person)⁽⁴³⁾ とは機能的に観察を互いに区別するための手段として理解され、それによって秩序が作り出されるが、同時に行動の可能性 (Verhaltensmöglichkeit) が制限されるという代償を伴う⁽⁴⁴⁾。すなわち、「人格として理解されなければならないのは、特別の客体でも、色々な客体が属する種類でも、様々な客体の（この場合は『主体の』ということになるかもしれないが）性質でもなく、ある特別の種類の違い、二つの側面を持つ形式として観察を導く区別である。人格は、人間や個人とは別の対象であるだけではなく、人間としての個人のような対象を観察するための別の形式なのである。そうだとすれば、この形式の外側は何か、どのような観点からすれば人格が——人間でないとか個人でないとかということにならずに——非人格 (Unperson)⁽⁴⁵⁾ でありうるかということが決定的に重要である。〔原文改行〕この目的を達成するためには『人格』という形式を、行動可能性が個人に認められる際の制限と⁽⁴⁶⁾

して規定されなければならない。……重点は行動可能性の制限自体にあり、従って形式は、その制限によって何かの外側として、すなわち人格に属さないものとして示されるということである。⁽⁴⁷⁾」そして「このように、そもそも様々の社会システムを形成しようというなら社会的状況の二重の不確定性の問題を解決しなければならないという必要性の副産物として、諸人格が凝結してくる (kondensieren) のである。そのために生じるのが期待の規律化 (Erwartungsdziplin) であり、行動レパトリーの制限であり、何かであるようなふりをすればそれを続けていかなければならないという必要である。さらに、心理システムが役立てることのできるその他様々の可能性の枠内で外側への横断ができる場合に備えて、その外側のことも考えておくということである。したがって形式自体は、様々な心理的欲求を満たすわけではなくて、他の様々の参照と共に、すべての社会システムの諸問題を解するものである。⁽⁴⁸⁾」「心的システムと人格を主体概念に集約して両者の区別をやめるような倫理学は、こうした微妙なニュアンス (Feinheiten)⁽⁴⁹⁾ を無視するか、それとも、不誠実だとして倫理的に軽視するものである。⁽⁵⁰⁾」「……人格は心理システムと社会システムの構造的連結に役立つ。人格は心理システムに、社会的交流においてどのような制限に服することになるか自分で経験することを可能にする。人格であるという意識は、心理システムにノーマルな場合は社会のOKを与える。ノーマルでない場合においてはシステムがまだ対処しうる刺激という形式を与える。システムは人格としての自分自身との間に問題を生じたときはある程度それに気づいて、打開の道を探る機会を持つ。⁽⁵¹⁾」すなわち、人格という「形式」(Form) によって心理システム (psychisches System) は、それに向けられた期待 (Erwartungen) を認識し、逆に人格という形式はその心理システムの社会的重要性を示す (signalisieren) ものであり、人格 (Personen) は社会システムに秩序を作り出し、二重の不確定性 (doppelte Kontingenz) において行為可能性を制限するものなので

⁽⁵²⁾ある。Jakobs における人間 (Mensch) と人格の区別も、基本的には、このような構想と共通の基盤を持つものである。Jakobs は、上述のように教科書の段階では、責任無能力の記述においてなお主体 (Subjekt) という概念を用いていたが、一九九九年の西原古稀論文においては、それを人格概念によって説明している。すなわち、帰属無能力 (Zurechnungsunfähigkeit) においては、「規範の妥当性について能力を持って意思表示をする者としての人格 (Person) が欠落〔未形成又は一時的又は継続的に消失〕している。」⁽⁵³⁾「人格は、刑法的理解においては資格あるコミュニケーションの関与者であり、その関与者は意味を表現する―それ以外はすべて自然 (Natur) である。」⁽⁵⁴⁾「規範は、自然によっても侵害されることのある物権的な財とは異なり、結合し合う精神の構成物、諸人格の義務の秩序であり、それゆえ規範は、もっぱらそれに反する構想 (Gegentwurf)、しかもコミュニケーション上意味をもつ構想によってのみ動揺させられる。」⁽⁵⁵⁾したがって狭義の帰属無能力者は、人格ではなく自然であり、それには「結果行為」という名称が与えられているが、それは本来の刑法的意味における行為ではないのである。⁽⁵⁶⁾

(1) 山口厚・刑法総論 (第二版・二〇〇七年) 二五三頁。

(2) §20 Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen

Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsins oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

(3) 井田良・講義刑法学・総論 (二〇〇八年) 二六七頁脚注5の訳による。

(4) §21 Verminderte Schuldfähigkeit

Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in §20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach §49 Abs. 1 gemildert wer-

den.

- (5) *Jakobs*, Strafrecht AT 2. Aufl. 1991, 18/7, 14ff.
- (6) すなわちその行為者が、情動行為のように「機能経過の消極的客体」になってしまう場合 (*Jakobs*, 前掲書(注5) AT 18/14 Fn. 31) である。なお、必ずしもそれは病氣(類似)でなくてもよい。
- (7) *Jakobs*, 前掲書(注5) 18/14.
- (8) *Jakobs*, 前掲書(注5) 18/28.
- (9) 安田拓人・刑事責任能力の本質とその判断(二〇〇六年)〔同書の書評として村松太郎・法と精神医療二三号(二〇〇八年)一〇六頁以下〕。
- (10) これは明示的に *Jakobs* 説から示唆を受けたものであるとされる。安田・前掲書(注9)一〇九頁以下。
- (11) 安田・前掲書(注9)一一七頁。
- (12) 安田・前掲書(注9)一二二頁。私見によれば、これは「同様の」ではなく全く「同一の」判断である。同書一六七頁では期待可能性を *Freudenthal* (*ders.*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; 上の説に対する批判として *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 22/143 [訳五四七頁]; *Achenbach* JR 1975, 492 などを参照) の意味における超法規的責任阻却事由と理解しその枠組みにとどめることは妥当でないとするが、*Jakobs* は期待可能性をその様に位置づけてはおらず、むしろ「消極的責任構成要件」(*Jakobs*, 前掲書(注5) 17/53ff.) と捉えている。
- (13) 安田・前掲書(注9)一二二頁
- (14) 村松・前掲(注9)一一四頁。
- (15) むしろ批判されるべきなのは、この制御主体論が「精神医学の経験科学的手法における手法により、事実的なレベルでの判断がなされることになるものと考えられる」(安田・前掲書(注9)一六五頁)とされている点である。病氣概念自体について *Jakobs* は *Rasch* の「構造的・社会的病氣概念」(*Rasch*, Forensische Psychiatrie, 1. Auflage 1986, S. 43f.; 2. Aufl. 1999, S. 50f. [なお同書は *Rasch* の死(二〇〇〇年九月二二日)後に *Norbert Konrad* により改定され *Rasch/Konrad*, Forensische Psychiatrie, 3., überarbeitete Aufl. 2004 となっているが、同書 S. 51 では、上の記述は踏襲されている]) を援用している (*Jakobs*, 前掲書(注5) 18/5 Fn. 6)。安田・前掲書(注9)一二二頁も「法律的病氣概念」が妥当だとしているが、

これは純粹に事實的判断だといえるのであろうか。事實的 (Jakobs = Luhmann 流の用語によれば認知的 (kognitiv)) な判断と規範的判断の關係が、そこにおける規範の意味を含めて再検討されるべきだと思われる。この点に関し、González-Rivero は、Jakobs の見解をより徹底させ、帰属能力も事實的判断ではなく、管轄としての専ら規範的判断であるとしてそれに關する欠損状態 (Defektzustände = situaciones de defecto) に關する管轄があればすべて帰属可能であると主張している (González-Rivero, *Stratfrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen — Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, 2001, S. 156 ff. [安田・前掲書(注9) 一三頁以下に同書の基本構想の紹介がある]); *dies*, *Imputación jurídica-penal en situaciones de defecto*, in: *Montealegre Lynett (Coordinador), El funcionalismo en derecho penal I*, 2003, 291 ff.)。

Jakobs 教授は、以前は刑法的な判断における規範化を徹底させるように考えていたが、この González-Rivero の博士論文の鑑定書を書いていたときに、これは徹底しているが極端ではないかと感じたことが、規範的判断と認知的判断の關係を再考する切っ掛けとなったというエピソードを Jakobs 先生から直接伺ったことが、大変印象深かったので、ここで紹介しておきたい。

- (16) この問題の歴史的展開については *Hettinger, Die »actio libera in causa«: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldfähigkeit*, 1988 が詳しい。日本の議論に關しては、最近の論文として、浅田和茂「原因において自由な行為——全面否定説の展開」現代刑事法二〇号 (二〇〇〇年) 四二頁以下、伊東研祐「『原因において自由な行為』の法理、責任無能力等の効果」法学セミナー六二〇号 (二〇〇六年) 八三頁以下、岡上雅美「原因において自由な行為」月刊法学教室二七七号 (二〇〇三年) 八七頁以下、神田宏「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」近畿大學法學五二卷一号 (二〇〇四年) 三三頁以下、高良阮二「原因において自由な行為 (1) その学説の再検討」沖繩法学三二号 (二〇〇二年) 一九頁以下、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」刑法雜誌四五卷三三号 (二〇〇六年) 一五頁以下、同「わが国の『原因において自由な行為論』の再検討 (1) (2)」関東学園大学法学紀要一〇卷二号 (二〇〇〇年) 一一九頁以下、一一卷二号 (二〇〇一年) 七五頁以下、畑山聡「原因において自由な行為について」刑法雜誌四三卷二二号 (二〇〇四年) 二四九頁以下、同「原因において自由な行為」再論」青森法政論叢二二号 (二〇〇一年) 一二二頁以下、平川宗信「原因において自由な行為——否定説と立法的解決の提案」現代刑事法二〇号 (二〇〇〇年) 三六頁以下)、山本雅子「原因において自由な行為」再論」中央学院大学法学論叢二二卷一号 (二〇〇〇年) 二二〇頁以下)。

九年)一頁以下、同「原因において自由な行為—実行行為時規範的考察説の主張—」同・実質的犯罪論の考察(二〇〇七年)一〇八頁以下、山口厚『原因において自由な行為』をめぐって」研修七〇八号(二〇〇七年)三頁以下、同「原因において自由な行為—遡及禁止論の立場から」現代刑事法二〇号(二〇〇〇年)三二頁以下等がある。ドイツの最近の議論に関しては *Dold, GA 2008, 427* (この論文にはドイツにおける最近の重要な文献が網羅されている) 及び通説の構成要件もデルの帰結を批判した *Schweineberger, Jus 2006, 507* のみを挙げておく。

(17) *Jakobs, Die sogenannte actio libera in causa* 西原古稀五卷(一九九八年)一〇二頁(中空寿雅「訳」「ギュンター・ヤーコプス・いわゆる原因において自由な行為」関東学園大学法学紀要九卷一号(一九九九年)一七八頁)。

(18) 浅田和茂・刑法総論(補正版・二〇〇七年)二九三頁。

(19) さらに現行法では不可罰であるが立法論としては特別の規定を設けるべきであるという主張もある(平川宗信「原因において自由な行為」現代刑法講座第二卷(一九七九年)二九四頁以下など)。なお日本民法では、故意又は過失によって、一時的に精神上の障害により自己の行為の責任を弁識する能力を欠く状態を作り出した場合は、損害賠償の責任を負う旨が明文で規定されている(民法七二三条但書)。

(20) §323a Vollrausch

(1) Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berausende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihrerwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist.

(2) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt, wenn die Rauschtat nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt werden könnte.

第三二三条 a (完全酩酊) ① アルコール飲料又はその他の酩酊剤により、故意又は過失により酩酊状態に陥った者が、この状態で違法な行為を行ったにもかかわらず、酩酊の結果、責任無能力であったために、又は、その可能性を排除できないために、その違法な行為を理由としては罰することができなときは、五年以下の自由刑又は罰金に処する。

- ② 刑は、酩酊状態で行った行為について定められている刑より重くすることはできない。
- ③ 行為が、告訴、授權又は処罰請求があつて初めて訴追し得るときは、酩酊状態で行った行為は、告訴、授權又は処罰請求に基づいてのみ訴追される。(法務省大臣官房司法法制部編・ドイツ刑法典「二〇〇七年」一九四頁)
- (21) 中空・前掲(注16)刑法雑誌四五卷三三〇一七頁。
- (22) この構成要件モデル／例外モデルの対比は、Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, S. 15 ff. に由来するものと考えられる(町野朔「原因において自由な行為」の整理・整頓」松尾浩也古稀上巻(一九九八年)三四六頁)。Neumannは「構成要件モデル(Tatbestandsmodell)」(a. a. O. S. 15)と「例外モデル(Ausnahmehmodell)」(a. a. O. S. 16)の他に「義務モデル(Pflichtmodell)」と「補填モデル(Kompensationsmodell)」(a. a. O. S. 15)と「自由モデル」も提示してつた。Neumann説に関してはウルフリット・ノイマン(葛原力三・訳)「刑法解釈学的方法論的問題としての『原因において自由な行為』ノモス一八号(二〇〇六年)六三頁以下も参照。なおDold, GA 2008, 427は構成要件モデルと道具モデル(Werkzeugmodell)を区別し、後者は actio libera in causa (= alie) を直接正犯の特別事例とみるのに対し、前者は alie を間接正犯の特別事例と見る点に相違があるとする。
- (23) 山中敬一・刑法総論(第二版・二〇〇八年)六〇七頁。
- (24) 山中・前掲書(注23)六〇八頁、同六一〇頁以下は、これをさらに①原因行為時支配可能性説(中)、②意思決定行為時責任説(西原)、③正犯行為時責任説(平野)、④相当原因行為時責任説(山口)に分類し、自説としては「事後の実行行為時責任説」(同・六一七頁以下)を主張する。これに対し石井徹哉「責任能力と行為の同時存在の原則の意義について」刑法雑誌四五卷二号(二〇〇六年)八八頁注(9)は、遡及禁止論およびこれに類する見解は「私見では、同時存在原則を維持しようとする点で構成要件モデルに分類することになる」と批判している。
- (25) Lencker/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 20 Rn 35 a: sog. „Schuld“- oder „Ausnahmehmodell“.
- (26) 日本の学説の分類に関し中空・前掲(注16)刑法雑誌四五卷三三〇一六頁以下は(1)不処罰説、(2)原因行為説、(3)結果行為説に三分し、さらに(2)を①原因行為実行行為説と②正犯行為説、(3)を①責任遡及説、②最終的意思決定説及び③非難可能性説に、最後の非難可能性説を(i)権限濫用説と(ii)禁止の錯誤援用説に分類している。

- (27) 山口・前掲書(注1)二五四頁以下。
- (28) 例えば山口・前掲書(注1)二五五頁は「構成要件モデルは、現在多数の学説のよって支持される立場となっている」とする。
- (29) 山口・前掲書(注1)二五八頁。同所では、さらに「もっとも、二つの解釈モデルの適用可能性という点でいえば、責任モデルがより重要であるということは否定できない」ともしている。
- (30) 山本雅子・前掲(注16)・中央学院大学法学論叢二二巻一号三頁以下、立石二六・刑法総論(第三版・二〇〇八年)一九二頁以下。
- (31) 山口・前掲書(注1)二五七頁は「違法性の意識の可能性に関するこうした理解には、故意との関係で問題が存在するよう
に思われる」とする。
- (32) 中空寿雅「原因において自由な行為の法理」の検討——故意の原因において自由な行為の成立要件(一)——(三元)「早稲田大学大学院法研論集五二二七三頁以下、五三二号一四一頁以下、五四号二二七頁以下(一九九〇年)なお同論文の書評として林美月子「原因において自由な行為の法理」の再検討」中空寿雅(早稲田大学大学院法研論集五二一から五四号)(含原著者コメント)(現代刑事法学の視点)「法律時報六三巻四号(一九九一年)九〇頁以下がある。
- (33) 中空・前掲(注16)刑法雑誌四五巻二二四頁。
- (34) 中空・前掲(注16)刑法雑誌四五巻二二五頁。
- (35) これに関して⁴⁶ Karaguchi, in: Jakobs-FS, 2007, S. 259 ff. も参照。
- (36) Jakobs, 前掲書(注5)18/28.
- (37) Jakobs, 前掲書(注5)18/34.
- (38) Dold 前掲論文 GA 2008, 427 ff.
- (39) Jakobs, 前掲書(注17)西原古稀五巻一二三頁(中空訳・一八八頁)。
- (40) Hoyer, „In Rück Erinnerung an Eckhard Horn: Anfang und Ende der actio libera in causa“ GA 2008, 711 ff. は「飲酒(Sich-Betinken) 時点への遡及は、一般に行為者が結果の惹起の観点からみて目的的回避力(finale Vermeidemacht)を失う、その結果さらなる因果経過が違法な構成要件的行為(rechtswidriges Tatverhalten)ではなく単なる「自然」であると

される場合であり、行為者が結果回避に向けて目的活動的に (zwecktätig) 操縦することができないなら、禁止の効率 (Verboeseffizienz) が失われてしまふとする。

(41) したがって「結果行為自体は問責の対象から除外されることになる」とされる (山口・二五五頁) が、後述のようにそれは規範の妥当性は自然によっては侵害されないからである。

(42) 以上が本稿の中間的結論 (Zwischenergebnis) であるが、原因において自由な行為論の刑法解釈論的な個別問題、特に期待可能性の具体的基準については、紙面と時間的關係から別稿に譲らざるをえなくなった。なお解釈論的問題に関しては過失犯との関係もなお解釈論的問題に関しては過失犯との関係も重要であるが、これに関しては本間一也「過失犯と『原因において自由な行為』」小暮古稀 (二〇〇五年) 二二三頁以下を参照。以下では関連する概念を明確化し「原理的考察」のまとめとしたい。

(43) 人格概念に関する最近の法哲学的考察として桜井徹「人格概念の法思想的淵源とその変容」井上達夫編・現代法哲学講義 (二〇〇九年) 所収二七頁以下参照。

(44) Vgl. auch dazu Brasser, Person, 1999, S. 194.

(45) 村上訳では、「没人格」と訳され、「コミュニケーションを担う『人格』と顧慮されない者」という訳注 (二三一頁) が付されている。ニクラス・ルーマン「著」、村上淳一「編訳」・ポストヒューマンの人間論「後期ルーマン論集」(二〇〇七年) 一一七頁以下参照。

(46) 村上訳では、「すべての個人ではなく人格にのみ認められるという意味での『制限』」という訳注 (二三一頁) が付されている。

(47) Luhmann, Soziologische Aufklärung 6, 2. Aufl. (unverändert: 1. Aufl. 1995), 2005, S. 142.

(48) Luhmann, 前掲書(注47) S. 143 (村上訳・二二九頁 [訳は一部変更して引用した]) .

(49) Brasser, 前掲書(注44) S. 196 は編者注として、「これは「諸人格のコミュニケーション的存在態に関する」ものであるとしよう。

(50) Luhmann, 前掲書(注47) S. 144 (村上訳・二三一頁 [訳は一部変更して引用した]) .

(51) Luhmann, 前掲書(注47) S. 146 f. (村上訳・二三四頁 [訳は一部変更して引用した]) .

- (52) *Klausse*, Luhmann Lexikon, 4. Aufl., 2005, S. 206.
- (53) *Jakobs*, 前掲(注17)西原古稀五卷一〇〇頁(中空訳・一七七頁〔訳は一部変更して引用した〕)。
- (54) *Jakobs*, 前掲(注17)西原古稀五卷一〇四頁(中空訳・一八一頁〔訳は一部変更して引用した〕)。
- (55) *Jakobs*, 西原古稀五卷一〇三頁(中空訳・一八〇頁〔訳は一部変更して引用した〕)。
- (56) このような意味での行為概念に関しては拙稿「行為概念の説明機能」奈良法学会雑誌九卷一号(一九九六年)六三頁以下を参照。