

論 説

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—

杉 本 一 敏

- 1 序—問題の所在—
 1. 1 問題提起
 1. 2 3つの理論構成モデル
- 2 判例に伏在する責任モデルと例外モデル
 2. 1 結果動作時の「行為無能力」を自招した事例(事例群〔1〕)
 2. 1. 1 判例の現状と構成要件モデルによる説明可能性
 2. 1. 2 「行為無能力」状態が持つ二つの意義
 2. 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〕)
 2. 2. 1 判例の現状と構成要件モデルによる説明可能性
 2. 2. 2 伏在する「責任モデル」
 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〕)
 2. 3. 1 判例の現状と構成要件モデルによる説明可能性
 2. 3. 2 伏在する「例外モデル」
 2. 4 故意犯の成立が認められた判例(事例群〔4〕)——顕在化する「責任モデル」

1 序—問題の所在—

1. 1 問題提起

「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)とは、構成要件の結果を直接的に惹起する行為(「結果行為」)の時点では何らかの責任阻却事由(責任無能力、行為無能力、等々)が存在するため、この結果行為を単純に問責対象としたのでは行為者にその罪責を問えないが、しかし、その結果行為時の責任阻却事由が行為者自身の事前の非難可能な態度(「原因行為」)によって招致されているため、なお行為者に対する何らかの責任追及が模索されるような事例群を広く指す概念である(以下、この種の事例を包括して「alic 事例」とよぶことがある)。

alic 事例においてその処罰を根拠づける理論構成のモデルには、大別して3種類のものが認められる。「構成要件モデル」、「責任モデル」、「例外モデル」がそれである。わが国の刑法学説、及びそれに一定の影響を与えてきたドイツの alic をめぐる学説状況を見ると、極めて多様な理論構成が様々な名称の下に主張されていることが分かるが、それらの根底にある発想は、結局のところこの3つのモデルのいずれかに帰する。日本、ドイツの従来を通説的見解は共に「構成要件モデル」を支持してきた。そして日本及びドイツの判例も、通説によれば原則的に「構成要件モデル」によって説明し正当化することが可能であると解されてきた。

本稿の目的は、この理解が誤りであることを示す点にある。「構成要件モデル」の論理は、少なくともわが国の判例が示している論理・結論を決して説明し得るものではない。後に詳しく見るように(後述2)、これらの判例の論理・結論を真に根拠づけているのは「責任モデル」又は「例外モデル」の発想であって、それは判旨の背後に明らかに伏在し、事例の種類によっては言葉として判旨に明確に現れている。従って、alic 事例にお

ける罪責判断の当否を「構成要件モデル」の論理の土俵の上で議論しても、そのような議論では決して問題の核心部に触れることができない。「責任モデル」と「例外モデル」の論理がそれぞれ判例の論理・結論をどこまで左右しているのか、その現状を精確に踏まえた上で、「責任モデル」「例外モデル」の論理及び理論的根拠を正面から検討し、alic 事例の罪責判断において真に援用可能であるような理論構成のモデルを明らかにしなければならない。

以上が本稿の目標とするところであるが、以下のような検討順序をとることにしたい。まず次章(2)において、判例の現状を詳しく検討し、判例が現に採用している論理が「構成要件モデル」によって(どこまで)説明可能か、また「責任モデル」「例外モデル」の論理がそこにどのように潜在・顕在しているかを確認する。その確認の後で、「責任モデル」(3)、「例外モデル」(4)の論理と理論的根拠、その根底にある責任帰属の発想の当否についてそれぞれ検討する。これによって、「責任モデル」「例外モデル」を理論構成モデルとして採用することの可否・限界が明らかになると同時に、およそ責任帰属の構造それ自体について、一定の知見が得られるものとする。その後で、章を改めて、議論を「正犯論」の土俵へと移す一連の見解(所謂「間接正犯類似説」)について検討し、alic(自己の道具化)と間接正犯(他者の道具化)とを概念上平行・類似関係において捉える視点が持つ限界を明らかにしたい(5)。

しかしその前に、2以下での議論の便宜のため、3つの理論構成のモデルがそれぞれどのような発想に基づくものであるかを、ごく簡単に図式的に整理しておくことにする。

1. 2 3つの理論構成モデル

「例外モデル」の主唱者であるJ. ルシュカは、「原因において自由な行為」という概念・理論構成の歴史的淵源をプーフェンドルフら17・18世紀の自然法学者の帰属論の中に求め、「原因において自由な行為」の概念は

「それ自体 (現状) において自由な行為」(actio libera in se (actu) : 以下 alis と略記することがある) という概念との関係で初めて観念されるに至ったものであり、この概念的ペアにおいて理解されて初めてその本来の意義が明らかになることを強調してきた。⁽¹⁾ 「自由」な行為、即ち、広義の責任要素 (①行為能力、②事実認識 [=故意]、③意思決定の自由=適法行為の期待可能性、④違法性の意識、⑤責任能力 [=③・④を獲得ないし維持する精神的能力]) を具備した状態でなされる行為が「alis」であり、これに対しては完全な故意犯の罪責を問い得るが、いずれかの責任要素が欠落する場合には (①行為無能力・絶対的強制下の動作、②事実の錯誤・不認識、③緊急状況・強制下の行為、④違法性の錯誤、⑤責任無能力)、当該行動につき責任を追究することができない。しかし、これらの責任阻却事由の存する状態、即ち「不自由」が認められる状態を、行為者が自らの「事前の落度」(例外モデルの論者はこれを「責務違反」と呼ぶ) によって招致していた場合には、その事前の責務違反の態度を、問題の行為の現状では欠落している「自由」の代補物として、行為者に対する責任追究が行われる。⁽²⁾ これが「alic」という「責任追究=帰属」形式の本来の意義であり、これは元々、alis と並んで、「結果行為」についての責任追究の一形態だったとされるわけである。この alis と alic という概念を前提にして、3つの理論構成モデルを

(1) Joachim Hruschka, Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters, SchwZStr 90, 1974, S. 71; ders., Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW 96, 1984, S. 661ff.; ders., Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten, JZ 1997, S. 23. これに対し、ルシュカからの整理は「actio libera in causa」というラテン語の名称に過度に捕らわれた議論であるとして批判的なのが、Eberhard Schmidhäuser, Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1992, S. 64ff.

(2) 例えば、結果行為の時点では行為者に欠けている事実認識 (=故意) の代わりに、結果行為時における事実認識状態を確保・実現すべき努力を自ら怠っていた、という非難を内容とする「過失」責任の追究をする場合など。例外モデルの理論では、「過失犯」とは alic の一形態に他ならない。

整理してみよう。

第一に、「構成要件モデル」とは、原因行為を「実行行為」(問責対象行為)と見て、犯罪成立要件の充足を検討しようとする理論構成である。換言すれば、この理論構成は、「alic」という固有の概念をおよそ認めず、原因行為それ自体について、「alis」としての通常責任帰属が可能であるかを問う、というものである。なお筆者は、構成要件モデルを採用する代表的論者の論理について若干の批判的検討をしたことがあるので、ここでは論者毎の主張内容を詳しく紹介することはせず、思考方法の「型」についての簡単な分類だけを行っておく。

「構成要件モデル」の発想方法を更に細かく分類するならば、次の2つの区別は重要である。まず一つ目は、(ア)所謂「二元的行為無価値論型」と(イ)「結果無価値論型」の発想方法の違いに基づく区別である。(ア)の発想は、実行行為を、行為時の視点に立った事前判断において「結果発生の危険創出」(行為無価値)と認められる行為に見出し、且つ、裁判時の視点に立つ事後判断において、その危険が結果事象へと「現実化した」と評価できる場合に、結果犯の客観的構成要件の充足を認める(客観的帰属論、危険の現実化論)。これを(ア)「構成要件モデル=危険の現実化論」と呼んでおく(日本及びドイツで多数説を形成)。この立場からは、alic事例の罪責判断において、飲酒行為などの「原因行為」に既に、典型的に致死傷結果へと至ることが危惧されるような「危険の創出」が認められるか、という点が最大の焦点となる。

これに対し、(イ)の発想は、偏に事後判断の見地から客観的構成要件の該当性如何を判定するため、実行行為とは単に、事後的に出来事全体を観察して、条文の規定する「人を殺した」などの「所為」(手段的動作から問題の結果惹起に至るまでの全体経緯)の「起点」と認められるような因果

(3) 杉本一敏「『過失犯において原因において自由な行為は不要である』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)257頁以下。

系列上の一点に過ぎない。しかし勿論、因果系列上をどこまでも遡行して、任意の動作にこの「全体所為の起点」を求めてもよい、というわけではない。その限界は、実質的に見て「法益侵害結果へと向かう発端となった最初の動作」まで、且つ、形式的に見て、「条文の規定・記述する所為に含めても不自然ではない、最大限包摂可能なところ」まで、ということになる（従って、例えば酒気帯び運転の場合、「酒気を帯びて運転すること」という所為を記述する酒気帯び運転罪の規定との関係で、事前の「飲酒」まで遡り、飲酒を起点にして「運転すること」という事象が始まっているなどと解することは無理だということになる）。この思考方法を（イ）「構成要件モデル⁽⁴⁾＝全体所為説」と呼んでおく。

以上とは別個の2つの目の区別として（この区別と上の（ア）と（イ）の区別との間には相関性はない）、（A）「構成要件モデル・粗暴癖着目型」と、（B）「構成要件モデル・責任無能力着目型」という2つの発想方法を分けておきたい。構成要件モデルに立つ場合、事前の飲酒などの原因行為が（ア）「結果発生に向けた危険創出」、又は、（イ）「結果犯規定の定める所為に該当するような、全体的所為の起点をなす行為」と評価され得なければならない。そして実際、構成要件モデルの論者はこの種の原因行為を「危険創出」又は「全体所為の起点」だと評価するのであるが、その際、原因行為のどの側面に着目してそのような評価を下しているのかを見ると、論者間で微妙な（しかし、極めて重大な発想方法の違いを示唆する）差異がある。一方で、（A）の説明は、飲酒等が「危険創出」と言えるのは、行為者に飲酒酩酊時の粗暴癖があるため、飲酒行為に起因してこの粗暴癖が発動し、他害結果に至る危険性が認められるからだ、とする。この⁽⁵⁾

（4）この発想に与するものとして、例えば *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa, 27ff.; *Rolf Dietrich Herzberg*, Gedanken zur actio libera in causa, Festschrift für Günter Spendel, 1992, S. 203ff.; *Günter Spendel*, Actio libera in causa und kein Ende, Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, S. 381ff.; *ders.*, in: LK, 11Aufl., Bd. 8, 2005 §323a, Rn. 24, 30; *Kristian Kühn*, Strafrecht AT, 6Aufl., 2008, S. 329.

見解は、行為者が「結果行為の時点で心神喪失・耗弱等の責任阻却・減少事由が認められる状態に陥る可能性」を問題にするわけではなく、偏に行為者の人格的性癖・習癖・素質にのみ着目し、その発動を介した「他害事象発生」の客観的蓋然性があるか否かだけを純粹に検討するものである(正に「危険＝客観的蓋然性」の創出の有無を問う発想)。これに対し、(B)は、飲酒等によって、行為者が「結果行為の時点で心神喪失・耗弱等の責任阻却・減少事由が認められる状態に陥る可能性」を作り出したことが、即ち結果発生「危険創出」に当たると説明するものである⁽⁶⁾。心神喪失・耗弱状態に陥れば、法の発する要請に応ずる能力が失われ、十分な行為制御が不可能になるため、そのような状態に至る可能性の作出が、即ち致死傷結果へと至る「危険創出」だと解するのである。一見、(A)の説明と何ら違いはないようにも見えるが、(B)の説明は、原因行為の「危険創出」性を基礎づけるに際して、(行為者自身の責任阻却事由でもある)「心神喪失・耗弱」状態に至る可能性という要素を明示的・意図的に持ち出す点に特徴がある。判例にもこの傾向が見られるが(後述2.3)、後述するように、この傾向は「構成要件モデル」の論理の妥当性に疑念を生じさせる、極めて重大な含意を有している。

続いて、「責任モデル」「例外モデル」についても、検討に先立ち、その発想方法を一言前触れしておこう。

「責任モデル」とは、端的に言えば、直接的に結果を惹起した結果行為

(5) 内藤謙『刑法講義総論下(I)』(1991)886頁、林幹人『刑法の基礎理論』(1995)139頁、曾根威彦『刑法総論』(第4版、2008)153頁、松原芳博「未遂犯・その1」法セミ671号(2010)105頁等。

(6) 例えば Harro Otto, Actio libera in causa, Jura 1986, S. 433; ders., Die Beurteilung alkoholbedingter Delinquenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FG BGH, Bd. IV, 2000, S. 126f.; Ujala Joshi Jubert, Actio libera in causa, JRE 1994, S. 336; Hans-Joachim Rudolphi, in: SK StGB, 7Auffl., 2003, § 20, Rn. 28d. わが国でも岡上雅美「原因において自由な行為」法教277号(2003)91頁等。

が、それ以前になされていた意思決定の実現であれば、行為者に完全な責任を問うことができるという発想である。alic 事例においては、結果行為時に行為者が責任無能力等の状態に陥っているため、およそ責任を問うことができないように見えるが、責任モデルの発想に従えば、その（無能力状態下での）結果行為という動作が、それ以前の、責任を完全に備えた時点で形成された故意の実現である限り、結果行為時の責任無能力状態それ自体は、行為者に罪責を問う上で何ら障害にはならない、と考えられることになる。

最後に「例外モデル」とは、alic を、その他の通常の責任形式（つまり alis）とは全く別の種類の責任形式として理解する立場である。結果行為の現状において責任要素が欠けている以上、原則的に行為者の責任追及を断念せざるを得ない（責任阻却＝不可罰）。しかし、行為者が、不可罰＝責任阻却を基礎づける事情を責務違反（悪意・落度）によって自招しておきながら、それを主張して不可罰を勝ち取ることは容認し難い。そこで、結果行為時の「現状における自由＝責任」は欠けているため通常の責任帰属はできないが、「例外」的に、結果行為時の現状の不自由を非難可能な態様で自招したという「責務違反」の要素をその代補物として、行為者に対する責任非難を試みる（alic としての責任帰属）。これが例外モデルの発想である。

3 モデルは、その理論構成上、言わば「三つ巴」の対立関係にある。第一に、「構成要件モデル」は「原因行為」に客観的な実行行為を求めるが（所謂「原因行為説」）、「責任モデル」「例外モデル」はそれを批判し、あくまで「結果行為」が客観的な構成要件該当行為であるとする（所謂「結果行為説」）。第二に、「例外モデル」は、alic 事例をその他の事例と全く異なる責任原理によって規制しようとするが、「構成要件モデル」「責任モデル」はそれを批判し、あくまで全ての事例に妥当する責任追及・帰属の形式を主張しようとするものである。第三に、「構成要件モデル」「例外モデル」は、客観的な行為態度と、それに対応する意思決定（決意、故意の

形成) とが時間的に見て「同時存在」することを要求するが、「責任モデル」はこれを要求しない責任追及の構造を提唱するものである。

それでは、前置きは以上で終わりにして、早速検討に入ることにしたい。

2 判例に伏在する責任モデルと例外モデル

本章では、alic 事例におけるわが国の諸判例を数種の事例群に分け、その判示内容を詳しく見ることにする。そのうち幾つかの事例群における判例は、構成要件モデルでは説明できない異質の発想をその背後に伏在させているように見受けられ、時にその発想が判示の文言上顕在化している場合もある。構成要件モデルの論理に依拠する限り、犯罪成立のためには次の(1)且つ(2)の形での要件充足が必要不可欠である。

(1)客観的要件として、原因行為が結果発生の許されない危険創出と認められ、その危険の結果への現実化が肯定されるか(構成要件モデル=危険の現実化論)、又は、原因行為から結果惹起に至るまでの全体経緯が結果犯規定の定める所為に該当すると評価され得ること(構成要件モデル=全体所為説)。

(2)主観的要件・責任要件が、実行行為である原因行為の時点で充足されていること。

以下、この構成要件モデルの論理に従って現在までの裁判実務のどこまでが説明・正当化可能なのか、その限界線を明確にしたい。それによって、これらの判例においては、場合により「例外モデル」の発想が混在し、又は暗黙のうちに含意されていること(事例群〔3〕)、また別の場合には「責任モデル」の発想が暗黙裏に前提され(事例群〔2〕)、一定の事例では明示的に援用されていること(事例群〔4〕)が明らかになる。

判例一覧は後掲の【表 1】～【表 4-2】を参照されたい。以下、判例は原則的に表中の判例番号(判例 1～47)で引用する。

2. 1 結果動作時の「行為無能力」を自招した事例 (事例群〔1〕)

第一に、致死結果を直接的に惹起した動作(以下「結果動作」と呼ぶ。例えば自動車での衝突など)の時点で、行為者が「行為無能力」の状態にあったという場合の罪責が問われた諸判例がある。行為無能力の場合とは、行為者の結果動作がおよそ人の「行為」として帰属され得るための要素(即ち、それとは別の動作に出るだけの身体能力・物理的可能性=他動作可能性)を具備せず、行為者の身体又はその物理的延長物(例えば自動車)の動きが、端的に自然法則に従った物理現象と同視される場合である。この場合の結果動作それ自体は行為者の身体という「物」の不随意的動静に過ぎず、およそ「行為」と認められないため、これを問責対象行為として罪責を問うことはできない。しかし、この行為無能力状態が行為者自身の原因行為によって(有責に)惹起されていた場合には、最終結果惹起に対する罪責がなお問題となり得る。

2. 1. 1 判例の現状と構成要件モデルによる説明可能性

行為無能力の典型例が「意識喪失」である。意識のない状態での随意的運動(=行為)、というものは一般に観念されないからである。原因行為によって結果動作時における自らの意識喪失状態を招来し、その状態下の結果動作により結果惹起に至った場合、構成要件モデルの論理によってこれを結果犯に問うことができるか。そのためには、まず第一に、原因行為が「結果発生の許されない危険創出」又は「結果犯規定の定める全体所為の起点」と認められる必要がある。諸判例は、行為者が致死傷結果を直接惹起した結果動作の時点で「睡眠」状態に陥っていた場合(判例 1、2、3)、てんかん発作に起因する意識障害に陥っていた場合(判例 4、6、

7) に過失致死傷罪の成立を認めている。判例1は、母親Xが嬰兒Aを抱いて授乳中に病的睡眠状態に陥りAを窒息死させた事案につき、「生後間もなき乳児に対し添寝しつつ乳房を哺乳させて授乳する者は、其の授乳に伴い通常生ずることあるべき一切の危険を未然に防止すべき」注意義務があり、「乳児の死亡はXが乳房を哺乳せたる際睡眠するに当り其の当然為すべき注意義務を怠りたる結果」であるとする。判例3は、睡眠不足による「居眠り運転」に起因した運転事故に関し、「睡眠状態に陥った後の動作は刑法上行為といえない」が、眠気で「正常な運転ができない虞があることを認識しながら、自動車の運転を継続することは、いわゆる原因において自由な行為として、その結果に対する責任を負」うものとする(判例2も同様)。また、てんかん発作による意識障害中の運転事故に関する判例4、6、7は、意識障害を伴う発作の発生頻度の客観的な高さ、それに関する行為者の自覚を認定した上で、「自動車を運転したこと自体」を注意義務違反⁽⁷⁾＝実行行為と見て過失致死傷罪を肯定している。

いずれの判示も、実行行為を原因行為(授乳中止等の措置の懈怠、自動車運転の継続・開始)に求めた上で、その時点での行為者自身の予見可能性を認める趣旨と見られ、構成要件モデルの論理に表面上は合致している。最大の問題は、これらの原因行為が本当に「致死傷結果発生の許されない危険創出」又は「致死傷罪規定の定める所為(＝「殺した」「死傷させた」)の起点」と認められるか、という点にあるが、この要件充足が認められる余地は十分ある。行為者身体が置かれた客観的状況、又は行為者身体が目下関与している運動・作業の客観的状況次第では、行為者が意識を喪失

(7) これに対し判例5は同種事例で過失結果犯を否定する。被告人は本件運転中に「偶々てんかんの発作を生じ」た、との文言からすれば、発作の起きる客観的蓋然性(原因行為＝自動車運転行為が持つ危険性)、又は行為者自身の結果発生の予見可能性が否定されたとも考えられるが、「被告人はかねてから、屢々てんかんの発作を繰り返してきたが、その発作時には意識障害が出現し」たとの認定もあり、不可罰の結論を導いた決定的な理由がどの点にあるのかは、その簡潔な判示からは明らかでない。

し、ひいては外界の状況変化に対応して身体を物理的に動かす能力を喪失して、従前の身体的体勢を単に維持し続けたり（例えば入眠した結果、自分の身体で相手を圧迫する体勢をとり続けること）、身体を単なる「物」として端的に物理法則に委ねたりすること（例えば意識を喪失し、重力に従って自分の身体を落下・転倒させること）それ自体が、致死傷結果を直接惹起する「危険性」（客観的蓋然性）を持つからである。授乳中の入眠行為（判例 1）は、抵抗力のない嬰兒を自分の身体で圧迫し続け窒息死させる危険の創出に他ならないだろう。また、自動車運転中に高頻度で意識喪失に陥る可能性（判例 2～7）は、行為者身体の物理的延長物である自動車が、意識喪失前の行為者による「入力」操作（例えば一定進行方向にハンドルを固定しアクセルを踏むこと）によって与えられた物理的運動をそのまま持続する可能性、ひいては衝突事故等に至る危険の創出を直ちに意味すると言えるだろう。

2. 1. 2 「行為無能力」状態が持つ二つの意義

また、原因行為を起点とし、自分の行為無能力状態を招来して最終的な結果惹起へと至るまでの経緯は、その「全体」を以て、「人を殺した」「死傷させた」等の所為に該当する経緯であると評価することも容易である。これは、各種の alic 事例の中で、責任無能力・限定責任能力の自招事例等とは異なり、行為無能力の自招事例にのみ認められる固有の事情に関連している。即ち、行為無能力という事態は、他の各種責任阻却事由とは異なり、①行為者の不可罰（責任阻却＝帰属の否定）を基礎づける事情であると共に（「責任阻却事由」としての意義）、②客観的な結果惹起に至る因果系列の一部分を構成する（「違法事実の構成部分」としての意義）、という二つの意義を同時に併せ持つのである。

J. C. イェルデンは（彼自身は後述する例外モデルの論者であるが）、「行為無能力」という帰属阻却事由が持つこの特殊性を、次のように明確に論じている。⁽⁸⁾ 少しその論旨を追ってみよう。例えば、ピistolにより人が殺傷

された場合、その「原因」の追究は結果から過去に向けて因果経過上を遡って行くが、その遡行は原理上無限だから（結果の原因の原因の原因の…）、どこかで終わりにしなければならない。但し、恣意的にどこで終わってもよい、というわけではない。命中した弾丸が飛んだのは「火薬の着火」に起因するから、殺傷に対して答責的なのは「火薬」である、と言って責任追及を終了することはできない。結果の原因には、純粹な「自然原因」と「人の行動」(イェルデンはこれを「⁽⁹⁾道徳的原因」と呼ぶ)とがあり、答責性の帰責に際して原因追究の過去への遡及を「止める」ことができるのは、「道徳的原因＝人の行動」だけである（火薬の着火のように、自然法則に従った物の動静に過ぎない「自然原因」は、原因探求の遡及を中断しない）。しかし、「道徳的原因＝人の行動」と言っても、それには更に「自由原因」と「不自由原因」の別がある。ここにいう「自由」とは、(広義の)責任帰属＝自律性の要素が備わっていることを意味し、要するに、問題の行動の時点で、その人に①行為能力、②事実の認識（故意）、③意思決定の自由（緊急状況・強制の不存在）、④違法性の意識、⑤責任能力などの（広義の）責任要件が備わっていることである。これらを全て具備した人の行為が「道徳的自由原因」であり、これは結果の帰属を一身に受けることになる（通常の帰属＝それ自体において自由な行為）。これに対し、いずれかの責任帰属要素を欠いていた「道徳的不自由原因」に対しては結果の帰属ができない。そこで、この場合になお行為者に対する結果の帰属を認めるためには、行為者が「自分の無能力状態〔＝不自由〕を招かない」という責務に違反していたという事前の落度を理由に責任追及をする、「例外的帰属＝原因において自由な行為」という論理が必要不可欠となる（例外モデルの⁽¹⁰⁾発想）。

(8) 以下の論旨は、*Jan C. Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988 (以下、*Strukturen*), S. 16ff. による。

(9) *Joerden, Strukturen*, S. 30f.

以上が、イエルデンの言う「自然原因」「道徳的原因」「自由」概念の素描だが、注目すべきは、イエルデンが①の「行為能力」という自由=責任帰属要素だけを特別扱いしている点である。例えば「Xが飲酒酩酊して転倒し、それによってAを負傷させた」場合、もしXが飲酒により「行為能力」まで喪失していたのであれば、この場合のXの転倒という「道徳的不自由原因」は「自然原因に近いものとして扱われ」、従って「途中に自然因果的な原因連関しか存在していない…場合と同じように扱うことができる」のであり、これは「時限爆弾を設置する場合と比肩し得る」。これに対し、Xが飲酒によって「責任無能力」に陥ったに過ぎない（行為能力は維持していた）のであれば、傷害という所為の起点となるのはあくまで「転倒」というXの行為（道徳的不自由原因）であって、それ以前の飲酒にまで遡ることはできない（この場合には、Xに対する「例外的帰属」の可能性が残されているだけである⁽¹¹⁾）。以上の論旨から判るように、イエルデンは、同じ「道徳的不自由原因」（責任要件の欠如）でも、そのうち「行為無能力」の場合（上の責任要件①の欠如）に限っては、これを「自然原因」と殆ど同一視する。確かに、行為無能力状態での人の身体の（不随意的）動静は、物理法則だけに従った「物」の動きであると言ってよい（正に設置された時限爆弾の爆発と同じである）。このような発想は、日常的感觉にも概ね合致するものであろう。従って、行為無能力の自招事例に関しては、途中に介在する行為無能力の人の動静を「自然原因」の一種に過ぎないものと見て、原因行為を「所為の起点」と考えることも十分自然な発想なのである。

【表1】事例群〔1〕：結果動作時の行為無能力・意識喪失の状態を自招した事例

	判例	事案	結果行為時の状態	成立罪名等
1	大判昭和2・10・16刑集6巻413頁	Xは、嬰兒Aへの授乳中に睡眠しAを窒息死させた。	「睡眠」 (意識喪失)	過失致死罪

(10) Joerden, Strukturen, S. 44ff.

(11) Joerden, Strukturen, S. 40ff. (文中の例は若干変えた。)

2	東京高判昭和28・12・23 特報39号234頁	Xは、極度の疲労状態を自覚して貨物自動車を運転中、居眠りして運転事故を起こした。	「漫然と居眠り」 (意識喪失)	業務上過失 致死罪
3	大阪高判昭和32・6・28 裁特4巻13号31頁	Xは、眠気による前方不注意を自覚しつつ、居眠り運転して運転事故を起こした。	「居眠り状態」 (意識喪失)	重過失致死 罪
4	大阪高判昭和42・9・26 判時508号78頁	Xは「アルコールてんかん」と診断され、飲酒・過労等によりてんかん性発作を起こすことを認識しながら貨物自動車を運転し、運転中にてんかん性発作を起こして自車を暴走させ通行人Aを負傷させた。	「てんかん性発作を 起して運転の自由を 失い」(運転無能力)	業務上過失 傷害罪
5	東京高判昭和49・7・19 東時25巻7号60頁	Xは自動車を運転中、睡眠不足と過労状態により眠気を催し、それと共にてんかんの発作を起こして対向車と衝突した。	「意識障害」、「心神 喪失の状態にあっ た」	不可罰(業 務上過失傷 害罪で起 訴)
6	仙台地判昭和51・2・5 刑月8巻1=2号41頁	Xはてんかんに発病し、しばしば身体痙攣や数秒間の意識喪失の発作に襲われたが、自動車運転中に発作的に意識を喪失し、Aらに衝突して死傷させた。	「発作的な意識の喪 失」(弁護人は「心 神喪失」と主張。)	業務上過失 致死傷罪
7	東京地判平成5・1・25 判時1463号161頁	Xはしばしばてんかんの発作で意識を喪失したが、薬を服用すれば昼間の自動車運転中に発作は起こらないと軽信し、普通貨物自動車を運転中、突然発作を生じて意識を喪失し、歩行者Aらに衝突し死傷させた。	「意識を喪失」	業務上過失 致死傷罪

2.2 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〕)

2.2.1 判例の現状と構成要件モデルによる説明可能性

次に事例群〔2〕である。ここで事例群〔2〕として一括しているのは、行為者が原因行為(飲酒)によって酩酊状態に陥り、その状態で自動車を運転して死傷事故を起こした、という一連の交通事故事例である。酩酊運転中に被害者に衝突した結果動作の時点では、行為者が責任無能力又

は行為無能力の状態に陥っているため、衝突を実行行為として過失結果犯の罪責を問うことはできない。それでは、諸判例はどのような理論構成に基づいて、過失結果犯の成立を基礎づけようとしているのか。

事例群〔2〕の諸判例の殆どにおいては、被害者への衝突に至る運転動作の時点で、行為者が「運転無能力」状態に陥っていると見られるような事実の認定がなされている。ここに言う「運転無能力」とは「自動車の安全な運転操縦」を不可能にする程度の身体能力の欠如のことである。およそ自動車運転という客観的状況が前提となっている事例群〔2〕においては、原因行為に「運転無能力状態での運転」という事態を発生させる客観的蓋然性さえ認められれば、致死傷結果に対する危険創出として十分であり、それ以上の無能力状態を招来する可能性の有無は問題とする必要がない。例えば、泥酔して「正常運転の能力を失い、車はじぐぎぐ状態で暴走し」た（判例10）、「アルコールの影響により自動車の正常の運転ができない状態となって…蛇行運転を伴う不安定な運転操作で同市内を進行し」ていた（判例14）等の認定事実は、安全な自動車運転に最低限必要とされる身体能力の欠落を示しており、「酔眼朦朧、進路前方の注視不能状態」（判例13）、「前方を確実に注視することが困難な状態」（判例16）、飲酒の影響で被害者に「気づかず」に事故を惹起した（判例11、12、14）といった事実は、身体的動作の前提条件となる状況認識・知覚の能力が失われていた状況を示しているように見受けられる。

このように、これらの判例において飲酒（又は飲酒後の運転開始）等の原因行為が実行行為として選び出された理由は、その行為によって、その後の「運転無能力状態での運転」という危険状況が創出されたからであり、当該危険が正に後の運転事故結果に「現実化」したと認められることで、過失結果犯の成立が肯定される。これは、事例群〔1〕に見られた「運転中の意識喪失」の招来事例において過失結果犯が肯定された論理と、完全に同じものである。こうして、構成要件モデルの論理からすれば、事例群〔2〕の諸判例も、原則として事例群〔1〕において妥当したのと同

様の理論構成を介して、その限りで正当化可能であることになる。注意すべきは、これらの事例で原因行為が実行行為とされたのは、その行為から行為者の免責に関係する「心神喪失・耗弱」状態の発生可能性が創出されたからではない、ということである。この点は、判例の多くが専ら結果動作時の運転能力（行為能力）の有無を問題とし、結果動作時の「心神喪失・耗弱」如何（責任能力の有無）を問題としていないこと、また、（おそらく弁護人の主張に回答して）責任能力の評価を行った判例も、例えば「運動失調、言語障害、感覚〔鈍〕麻、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）に陥り」（判例14）、「前後不覚に近い状態（心神耗弱）」（判例12）等として、運転能力（行為能力）と責任能力とを判示上別個の問題として扱っていることから、明らかであろう。⁽¹²⁾

2. 2. 2 伏在する「責任モデル」

しかし、事例群〔2〕の諸判例の論理には、必ずしも構成要件モデルでは説明できない要素もまた伏在しているのである。次にこの点を確認しておきたい。

中空教授の厳密な判例分析が示す通り、事例群〔2〕の諸判例は、〔2-1〕行為者が運転開始時に既に高度の酩酊状態に陥っていた場合には、「飲酒行為」（飲酒抑止義務違反）を実行行為とし（判例11、12、14、17、18、19等）、〔2-2〕運転中に酩酊状態が亢進して運転無能力に陥った場合には、「自動車運転の開始・継続」（運転中止義務違反）を実行行為とする構成を採っている（判例10、16等）⁽¹³⁾。〔2-1〕の場合に、飲酒時まで実行行為（＝危険創出）の認定の「遡及」が試みられるのは、運転開始時に実行行為

(12) 大塚裕史「過失犯における注意義務と注意能力との関係」早稲田法学会誌32巻（1982）95-96頁、同「過失犯における注意義務と実行行為」早稲田大学大学院法研論集29号（1983）19頁参照。

(13) 中空壽雅「判例における過失の原因において自由な行為」関東学園大学紀要9号（1994）388頁参照。

を求めても、その時点で既に行為者が心神喪失又は耗弱の状態に陥っており、過失結果犯の完全な罪責を問い得ないからである。

しかし結論から言えば、上で確認した構成要件モデルの論理に純粹に基づいて考えた場合に、過失結果犯の成立という結論が追認され得るのは、本来〔2-2〕事例の場合だけである。というのも、酩酊状態に陥ることが「致死傷結果に至る危険（客観的蓋然性）の創出」と認められ得るのは、それが走行中の自動車に対する制御喪失を意味するからであって、自動車運転という客観的状況の同時存在がなければ、つまり運転開始前の飲酒酩酊それ自体には、そのような危険性が認められないからである。従って、危険の現実化論の前提に立ち、〔2-1〕事例において、運転開始前の飲酒酩酊に既に「致死傷結果に至る危険（客観的蓋然性）の創出」が認められるためには、飲酒行為時に、「その後で行為者が運転を開始する」という事態の発生が（ほぼ確実なものとして）客観的に保障されていなければならない。

また、全体所為説の発想に立ったとしても、「過失致死傷」という全体所為の起点を簡単に「飲酒」に求めることはできない。再びイェルデンの概念整理を借りて言えば、飲酒後に行為者自身によってなされる「運転開始」は、その時点では行為者が心神喪失であるため「自由原因」ではないが、なお人の「行為」=「道徳的原因」として、それ自体独立の間責対象行為を構成する。というのも、普通に考えれば、「運転を開始する」といった積極的動作は、行為者に最低限の行為能力が残存していなければ実現できず、およそ「行為無能力」状態の行為者の身に自然に生ずるような事態ではないからである。⁽¹⁴⁾ それにも拘わらず、この「行為」を単純に素通りして所為の起点を飲酒まで遡及させることには、運転開始行為時の心神喪失を「迂回」して過失結果犯の完全な罪責を認めたいという「結論の先取り」以外に何の根拠も認められない。⁽¹⁵⁾ ただ唯一、飲酒後の運転開始が人の

(14) これに対し、既に運転を開始した後で自動車を逸走させるような動作は、行為能力が無くても（意識を喪失していても、寧ろそれ故に）実現可能である。

「行為」でなく「自然現象」と見られる可能性があるとするれば、それは、「飲酒酩酊すれば必ず自動車運転をする」という、言わば生物的「性癖」(＝自然法則性)が行為者に存在するという場合である⁽¹⁶⁾。しかし、人間にこのような生物的性癖＝法則性が存在し得るかは疑問である。判例9は、行為者には「病的酩酊に陥って犯罪その他社会秩序を破壊するの素質」が認められるとして、飲酒行為に行為者がその後「無謀な自動車操縦」に出る危険性＝客観的蓋然性を見出そうとしているが、このような極めて概括的な粗暴癖の認定だけでは、自動車運転を開始する「性癖＝法則性」の存在が根拠づけられたとは到底言えない⁽¹⁷⁾。

そこで、〔2-1〕事例に関する判例の大多数は、この種の性癖＝法則性の存在を問題とするのでなく、「行為者が飲酒時に既に、飲酒後の自動車運転を意図・予定していた」という事情を援用することで、飲酒行為に実行行為性を認めている⁽¹⁸⁾。判例14、17～19は、行為者にこの種の意図が存在したことを明示しているし、判例15は、この種の意図の不存在を理由に、飲酒行為を実行行為と解する余地を否定している。また、その他の判例の事案においても、行為者の置かれた状況・職業等の事実関係からすれば、飲酒開始時の行為者に飲酒後の自動車運転の意図・予見があったことが推認され得るように思われる(判例8、11、12)。

それでは、飲酒時の行為者にこの種の意図があったことが、なぜ過失結

(15) *Michael Hettinger*, Handlungsentschluss und -beginn als Grenzkriterium tatbestandsmässigen Verhaltens beim fahrlässig begangenen sog. reinen Erfolgsdelikt, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 219も同旨。

(16) 本間一也「過失犯と『原因において自由な行為』」小暮得雄先生古稀記念『罪と罰・非常にして人間的なるもの』(2005) 158頁も参照。

(17) 中空・前掲注(13) 382-383頁、同「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』(1995) 182頁も参照。

(18) 植松正「飲酒後の自動車運転と刑法三九条の適用」研修237号(1968) 6頁以下、原田明夫「飲酒後の自動車運転と責任能力」研修449号(1980) 48頁、千葉雄一郎「事故発生時の責任能力が問題とされた業務上過失致死傷事件」研修634号(2001) 125頁も参照。

果犯の成立を根拠づけるのだろうか。ここでは「責任モデル」と同様の発想が暗黙裏に援用されているように思われる。即ち、心神喪失・耗弱に陥る前の完全責任能力が認められる時点で「飲酒後に自動車運転行為に出る」という最終的意思決定がなされ、その後で実際に行われた運転がその意思の実現過程と言える場合には、その「自動車運転」行為につき完全な責任を問うことができる（勿論、致死傷結果の発生に関しては最終的意思決定の時点で決意＝故意がないため、この結果について過失責任しか問えないことは当然である）。このように、判例はおそらく「責任モデル」の論理を使って「運転行為」を行為者に帰責し、そうすることで、構成要件モデルの論理では埋めることができなかった「飲酒」と「運転開始」との間の溝が埋められた、と考えているのである。従って、判例は一見すると、飲酒を実行行為＝危険創出と見る単純な「構成要件モデル」の論理に従っているようにも見えるのだが、実のところ、判例の「過失結果犯」という結論を真に根拠づけているのは偏に「責任モデル」の論理である可能性が高いのである。

但し、この責任モデルの論理を援用した理論構成は、本来の構成要件モデルの論理とは根本的に異なり、処罰範囲の相当広範な拡大を帰結し得る点に注意を要する。というのも、責任モデルの論理に従えば、事前の飲酒の時点で求められるのは、後に客観的な行動の中に実現されるべき「最終的意思決定＝決意」だけであって、飲酒の時点での客観的態度それ自体が「結果発生の危険創出」と認められる必要はないことになるからである。これは責任モデルという理論構成の本質的部分に関わる点であり、後に詳しく検討する（後述 3）。

【表 2】事例群〔2〕：結果動作時の「正常な運転ができない状態」を自招した運転事故事例

	判例	事案	結果行為時の状態	成立罪名等
8	東京高判昭和30・11・9 判時69号24頁	X (外国公使の運転手) は、飲酒 酩酊して自動車を運転し、接触衝 突事故を起こした。	弁護人は「心神喪失 ないし心神耗弱」と 主張。	業務上過失 傷害罪

9	東京地判昭和32・5・20 判時115号3頁	Xは、多量に飲酒して病的酩酊に陥り、その状態で自動車を運転しておでん屋台車に追突し、Aに傷害を負わせた。	「心神喪失」	重過失致死罪
10	名古屋高判昭和33・4・28 高刑集11巻3号129頁	Xは、飲酒により泥酔状態に陥って自動三輪車を運転し、運転中に正常運転の能力を失い、車はじぐざぐ状態で暴走して、歩行者Aに衝突しこれを死亡させた。	「泥すい状態に陥つたため、正常運転の能力を失い」(運転無能力)	業務上過失致死罪
11	名古屋地一宮支判昭和34・4・14 下刑集1巻4号1023頁	Xは、誕生の祝盃を挙げるため自動車で飲食店に赴き、飲酒後に自動車を運転して帰宅中、歩行者Aに気づかず追突・転倒させてこれを死亡させた。	弁護人は、事故当時Xが心神耗弱だったと主張。	業務上過失致死死傷罪(39条2項適用なし)
12	大阪地堺支判昭和35・2・24 判時217号35頁	X(貨物自動車助手)は、砂利の運搬中に飲食店に寄った際、飲酒して前後不覚に近い状態(心神耗弱)に陥り、運転経験・技術に乏しいのに貨物自動車を運転し、A・Bに気づかず衝突・転倒させ、死傷させた。	「前後不覚に近い状態(心神耗弱)」	重過失致死傷罪(39条2項の適用なし)
13	盛岡地遠野支判昭和36・10・20 下刑集3巻9=10号962頁	Xは、飲酒した結果、酔眼朦朧・進路前方の注視不能状態に陥り、その状態で自動車を運転して歩行者Aに衝突し、負傷させた。	「酔眼朦朧、進路前方の注視不能」(運転無能力?)	業務上過失傷害罪
14	横浜地横須賀支判昭和40・1・22 下刑集7巻1=2号72頁	Xは、運転して帰る意図を有しながら自動車でするに付き、飲酒して高度の酩酊状態に陥り、その状態で自動車を運転してAに衝突・転倒させ、死亡させた。(判例43の原審)	「運動失調、言語障害、感覚(鈍麻)、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)」	業務上過失致死罪(39条2項の適用なし)
15	東京高判昭和41・10・27 東時17巻10号224頁	Xは、妻が車で迎えに来ることになっていたので過度に飲酒して高度の酩酊状態に陥り、迎えに来た妻の普通貨物自動車の助手席に押し込まれたところ、突然運転席に移って無免許で運転を始め、電柱に衝突しそうになり、確実なハンドル操作ができないまま歩行者Aに衝突し、負傷させた。	「運転の当初から事故発生の決定的段階に至るまでを通じ一貫して心神耗弱の状態にあつた」	業務上過失傷害罪、39条2項適用し減軽
16	大阪地判昭和43・9・6 判タ229号324頁	Xは、飲酒した結果、自動車運転中に(本件事故現場の手前約4	「前方を確実に注視することが困難な状	業務上過失傷害罪

		km 附近で) 酔いのために前方を確実に注視することが困難な状態に陥ったが、そのまま運転を継続し、歩行者 A に気付かず衝突し負傷させた。	態]、「運転開始時」には「責任能力に障害がない」が、「事故時心神耗弱の状態」	
17	東京高判昭和44・9・24 東時20巻9号184頁(※)	Xは、社社の会合で飲酒してかなり酔っていたのに自動二輪車を運転してバーに行き、更に飲酒し殆ど泥酔状態に陥り、自動二輪車を運転して帰宅中に歩行者Aを発見できず衝突転倒させ、傷害を負わせた。	「殆ど泥酔状態」。弁護人はXが運転開始時に「責任能力を欠いていた」と主張。	業務上過失 傷害罪
18	東京高判昭和46・7・14 刑月3巻7号845頁	Xは、自動車を運転して帰宅するつもりであったのに過度に飲酒し、運転事故を起こしてAを負傷させた。	「過度に飲酒して酩酊状態」「酒酔い」。弁護人は運転時の心神耗弱を主張。	業務上過失 傷害罪(39 条2項の適用なし)
19	大阪地判平成元・5・29 判タ756号265頁	Xは、当初から車で帰宅するつもりで新年会で飲酒し、酩酊状態に陥って貨物自動車を運転し、歩行者Aらに衝突、死傷させた。	「飲酒酩酊によって心神喪失ないし少なくとも心神耗弱の状態にあった」	業務上過失 致死傷罪

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〕)

2. 3. 1 判例の現状と構成要件モデルによる説明可能性

次に、事例群〔3〕である。ここに属するのは、行為者が故意による結果行為(例えば殺人、傷害、放火等)に出た時点では心神喪失又は耗弱の状態に陥っていた、という諸事例であり、事例群〔3〕に挙げた諸判例は全て(故意結果犯ではなく)過失結果犯の成立を認めている。この結論は一体どのような理論構成から導かれたものなのか。構成要件モデルの説明によれば、これらの判例では、実行行為が原因行為(例えば飲酒、覚せい剤注射等の行為)に求められている(結果行為時に実行行為を求めても、心神喪失・耗弱が認められるため行為者に完全な罪責を問い得ない)。そして、原因行為の時点では最終的犯罪結果に対する故意が未だ認められず、過失が存するに止まる事例が殆どであるため、結論としてこれらの判例では過失結

果犯の成立が認められている、とされる。この説明は正当だろうか。

結論から述べると、構成要件モデルの論理は、諸判例の判示及び結論を十分に説明し得るものではない。上述の(A)「構成要件モデル・粗暴癖着目型」の論理からすると、原因行為が、行為者の粗暴癖や客観的状況と相俟って犯罪結果(例えば暴行や致死傷結果)が発生する危険(客観的蓋然性)を創出すれば、そして(B)「構成要件モデル・責任無能力着目型」の論理からすると、原因行為が、行為者の「心神喪失状態」を惹起する可能性を創出すれば、当該原因行為は「危険創出＝実行行為」又は「全体所為の起点」として問責対象の候補とされることになる。しかし、(A)の論理は、構成要件モデルに立脚する論理としては一貫性を持ち、正当であるが、判例に見られる発想とは異なっており、(B)の論理は、多数の判例に見られる判示に合致するが、その論理自体に重大な疑問があり、その背後に実は構成要件モデルの論理を逸脱する発想(「例外モデル」の発想)が伏在しているのではないかと疑わせるものがある。以下、まずは諸判例の実際の判示を具体的に挙げて、構成要件モデルの論理との整合性を検証してみよう。

事例群〔3〕のリーディングケースは判例20である。著しい回帰性精神病者の顕在症状を有する行為者Xが多量の飲酒をして病的酩酊状態に陥り、殺意を生じてAを刺殺したが、その時点でXは心神喪失状態だった、との事案に関して、最高裁は次のように判示し、Xにつき過失致死罪の成立可能性を肯定した(引用文中の実線及び点線の下線は、筆者が付したものである)。

「多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因って心神喪失の状態に於いて他人に犯罪の害悪を及ぼす素質を有する者は…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あるものといわねばならない。…本件殺人の所為はXの心神喪失時の所為であったとしても、(イ)X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ったがためであるとするならば、Xは過失致死の罪責を免れ得ない」。

構成要件モデルに従うと、この判旨は次のように説明可能だとされる。まず客観的に、一定の性癖を有する行為者が飲酒酩酊する行為は「致死傷結果の危険創出」と評価でき、その危険が正に、後に生じた殺害において現実化したものと認められる。次に主観的要件を見れば、Aを刺突した結果行為の時点ではXに殺人の故意があるが(この時点のXは既に心神喪失状態であり罪責を問えない)、ここで問題とされている「危険創出=実行行為」は飲酒行為だから、その時点で人の殺害についての認識を欠いていた(但し自分の性癖からその予見可能性はあった)Xにおいては過失致死罪の成立のみが問題となり得る、というわけである。だが、この説明には疑問がある。

判示においては、精神病的「素質」の存在が飲酒の致死傷結果に対する「危険創出」性を根拠づけている。しかし、最高裁がその「素質」の存在に見出している刑法的意義は実は「二義的」なものである。判文上「素質」に係っている修飾語から見て明らかなように、飲酒が加わることで①「心神喪失の状態に」陥る可能性と、②「他人に犯罪の害悪を及ぼす…危険」性(つまり粗暴癖)とが、そこに同時に含意されているのである(この判示形式は、その後判例22、27、29、31、33で踏襲される。後掲表【3】中の判旨を参照。なお判例の引用文中、①の要素を示す部分には点線の下線〔____〕を、②の要素を示す部分には実線の下線〔___〕を、筆者が付した)。そして、行為の「危険創出=実行行為」性を判断する場合に意味を持つのは②のみであって、①の要素は危険創出性と関連し得ない。「心神喪失」(39条1項)とは偏に行為者自身の「責任阻却=不可罰」を基礎づける要素であって、その状態に陥ることの認定が、概念上直に「結果発生に向かう危険創出」を基礎づける関係にはないからである(「責任阻却事由の存

在] = 「危険性(違法性)の存在」という等式関係は、従来の理解では概念上およそあり得ない⁽¹⁹⁾。

上記(B)「構成要件モデル・責任無能力着目型」の論者は、心神喪失=責任無能力の状態が、行為者による行動制御の欠如を、ひいては粗暴行為に出る危険性(客観的蓋然性)を根拠づける、と考えるのかもしれないが、この種の粗暴行為に出る客観的蓋然性の有無は、「心神喪失」の認定如何とは一致しない。行為者の性癖・性格次第で、①およそ「心神喪失」と認定されるような状態には陥らない種類の原因行為であっても、後の粗暴行為に至る高度の客観的蓋然性が認められる場合と、②「心神喪失」と認定される状態に陥っても、後の粗暴行為に出る客観的蓋然性が認められない場合とが、両者共に容易に想定され得るからである。従って、「心神喪失の自招=結果発生危険創出」といった等式の援用は、その根拠を欠く。また、行為無能力の場合とは異なり、責任無能力の状態での結

(19) 「責任阻却事由の惹起」それ自身が「違法要素」を構成するとは到底言えない(Vgl. *Hettinger*, Zur Strafbarkeit der »fahrlässigen actio libera in causa«, GA1989, S. 15f.; *Udo Ebert*, Strafrecht AT, 2Auf., 1994, S. 90; *Thomas Rönna*, Dogmatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur actio libera in causa, JA1997, S. 709; *Dorothee Sydow*, Die actio libera in causa nach dem Rechtsprechungswandel des Bundesgerichtshofs, 2001, S. 91; *Hans-Ulrich Paeffgen*, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3Auf., 2010, Vor §323a, Rn. 6; *Walter Perron*, in: Sch/Sch/Lenkner/Cramer/Stree, 28 Aufl., 2010, §20, Rn. 35. また中空壽雅「『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〔2006〕393頁)。それにも拘わらず、「責任阻却事由の自招(=自分自身が不可罰となる可能性の創出)」が何故「結果発生危険創出」に直結し得るのかについて、構成要件モデル=危険の現実化論に立つ論者からの明確な説明は文献上殆どない。ルシュカが明確に指摘するように、もし責任無能力の規定が存在しなかったならば、事例群〔3〕のような事例において「飲酒酩酊行為に〔結果犯の〕客観的構成要件該当性を認めようなどと考える者は恐らく誰もいない筈」であって、構成要件モデルの論者は、結果行為が責任無能力によって不可罰となるが故に「責任無能力の原因を作った時点で行動の方を構成要件該当行為に格上げ」しているに過ぎず、これは理論的根拠を欠いている(Vgl. *Hruschka*, JZ1997, S.23. また *Hannskarl Salger/Nobert Mutzbauer*, Die actio libera in causa, NStZ1993, S. 564も同趣旨)。

果動作は、人の「行為」=「道徳的原因」としての性質を未だ失っていない（「結果行為」）。従って、行為無能力の自招事例（事例群〔1〕）の処理に倣い、原因行為を起点に据え、その後の結果動作を介して結果惹起へと至るまでの全事象経緯を単なる「自然的因果経過」と見て、その全体を以て「人を死傷させた」という所為と捉えるような理論構成は、ここでは採り得ないのである⁽²⁰⁾（そのような理論構成は、結果行為時の責任無能力を迂回する為に作られた方便でしかない）。従って、構成要件モデルの発想を貫徹するならば、「自分の責任無能力の惹起可能性を創出したこと」で以て行為者の実行行為性を認めるような（B）の論理を採用することは理論的根拠を欠いており、採用できる論理は（A）「構成要件モデル・粗暴癖着目型」以外にはあり得ないのである。しかし、心神喪失の認否と全く無関係に、粗暴事象発生の客観的蓋然性の有無だけを基準に「危険創出＝実行行為」性を判定する、という（A）の論理・理念は、現在までのところ判例には全く現れていないと言わなければならない。

(20) 丸山治『「原因において自由な行為」に関する一考察（二完）』北海学園大学法学研究19巻1号（1983）53頁も参照。

(21) 構成要件モデル＝全体所為説を支持する文献には、何故「殺害」という法益侵害的な所為の起点を、責任無能力惹起の起点だったに過ぎない「飲酒」に求めてよいのかについて、明確な説明が見当たらない。例えばシュミットホイザーは、殺人罪等の認定において、たいてい場合はナイフでの刺突やピストル発砲など「見た目として分かりやすい」手段行為を全体所為の起点と解すれば足り、それ以前の先行する行為にまで遡及して所為の起点を探し求める「必要はない」が、「実践上稀ながら、alicの事例においてはこの種の行為者の先行行為が問題とされる」のであり、「他の事案と比較して見た alic 犯罪行為に固有の特徴」とは、「無能力の原因となった行為」即ち「法益侵害へとつながる発端をなした行為」にまで遡って（勿論「行為者がこの発端となる行為の時点で責任能力を具備している限りにおいて」）、それが取り沙汰されるという点にある（Schmidhäuser, Die actio libera in causa, S. 29f., 55.）、と説明している。ここでは、「〔責任〕無能力の原因」となることが何故「法益侵害へとつながる発端」と言えるのかについての説明が全く無く、飲酒が「法益侵害的」であることが当然の前提にされている。

2. 3. 2 伏在する「例外モデル」

それでは何故、これらの判例の判旨において、「危険創出」を基礎づける要素(②)の他に、「心神喪失」状態(①)を自招したという点が指摘され、取り沙汰されているのだろうか。この点に関しては、これらの判文上言われている「心神喪失の状態」とは、行為者がもはや行為を制御できず粗暴行為に出る客観的蓋然性がある、という「危険創出」的状況(②)を表現しようとしたものに過ぎないのであって(表現が不精確なだけである)、判例は心神喪失という責任阻却事由の自招を何か問題にしようという意図を有しているわけではない、という見方もあり得よう。しかし、幾つかの判例を見る限り、判例が単に不精確な表現を用いただけであるとまでは到底思われない。おそらく判例は、行為者による「責任阻却事由の自招」という側面それ自体を問題にする意図を、暗黙裏に持っている。

第一に、判例23、24、30に見られる、行為者が自分の習癖・素質を「自覚」しながらそれを「利用する意図」を有していた、という判示は、これらの判例が純粹に構成要件モデルの発想に依拠していないことを暗に示している。行為者自身による性癖の「自覚」と「利用意思」の存在は、構成要件モデルの観点からすれば、原因行為＝実行行為の時点の行為者に結果発生の予見可能性(過失)があったことを認定するための間接事実、と位置づけられることになろう。しかし、この「自覚」と「利用意思」という要件論はそのような趣旨に尽きるものなのだろうか。この、「自覚を前提にした利用意思」という要件論は、行為者に事前に「侵害の予期」と「その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思」があった場合には「急迫」性(刑法36条)が否定されるという、正当防衛において確立した判例法理(「積極的加害意思」論)⁽²²⁾を容易に想起させる。これらの判例法理は共に、行為者による「利用」、換言すれば「濫用」を断罪しているわけであるが、行為者が、相手からの不正の侵害や自分自身の性癖を自覚

(22) この判例法理の展開経緯に関しては、橋爪隆『正当防衛論の基礎』(2007) 141頁以下参照。

した上で、それを一体何に「利用」しようと思図したことが、一種の「濫用」として容認できないというのだろうか。まず考えられるのは、犯罪結果(例えば殺害)、即ち違法事実を実現する為に「利用」した、ということである。⁽²³⁾ だが、このような断罪は全く意味を持たない。U. ノイマンが、挑発防衛の事例を例にとりながら「権利(抗弁権)の濫用」という評価の構造について加えた説明は、核心を衝いていると思われる。権利の「濫用だと言われるのは、〔相手を〕殺傷したことではない。殺傷は事実行為であって、法的行為〔権利行使〕ではないからである。そうではなく、悪意をもって自招した正当化事由を援用することこそが、濫用である。挑発防衛者が『権利』〔=抗弁権〕を濫用することによって達成しようとしている目標は、〔相手を〕侵害することではなく——相手の侵害は権利濫用によって起こるわけではない——、自分の無罪を得ることなのである」。⁽²⁴⁾ 相手の殺傷という違法事実の実現だけが目的ならば、わざわざ相手から不正の侵害を受ける状況や、自分の性癖の発動を「利用」する意味はない(寧ろ、行為者自身は酩酊などせずに判断能力を維持しつつ、相手の寝込みを襲った場合の方が、殺傷の成功確率は高い)。判例が断罪するのは、行為者が有責に招致した「自分の不可罰の可能性」(正当化事由、責任阻却事由に該当する事情)の「利用=濫用」なのである。だからこそ判例は、上で見たように、行為者の有している素質・性癖の内容として、暴力行為など危険な行動に出やすいという側面(②)だけでなく、わざわざ、心神喪失という責任阻却事由に該当する状況に陥りやすい、という側面(①)も明示するのではないか。つまり判例は、飲酒行為の持つ「犯罪結果発生に向けた危険創出」という側面(②)ではなく、寧ろ「責任阻却事由の自招」(=権利

(23) 例えば穴澤成巳「酩酊運転罪と刑法三九条(心神喪失、心神耗弱)についての一考察」判時934号(1979)11頁は、原因において自由な行為の処罰には「酩酊状態を利用して自己の犯罪意思を実現するという積極的な意思態度」〔傍点は筆者〕の存在が必要だとするが、ここでは行為者が自身の性癖を「犯罪結果=違法事実」の実現に「利用」したことが問題とされていることになる。

(24) Ulfried Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 180.

(25) 濫用) という側面 (①) に着目して、事前の飲酒を問題視しているように見受けられるのである (そうだとすればこれは「例外モデル」の発想法である)。

第二に、判例には、より直截に「責任阻却 (減少) 事由の自招」の側面 (①) に焦点を当てた判示も見られる。判例36は、被告人 X が行ったシンナー吸引という原因行為の危険創出性を確認した後で、更に別途、弁護人による「結果行為時の心神喪失」という抗弁に応答し、X は「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」があるから、重過失致死罪の罪責を免れない旨述べている (後掲表【3】中の引用を参照)。ここでは、X の原因行為が「結果発生の危険創出」(②) であるだけでなく、「責任阻却事由の (有責な) 自招」(①) でもあるという点が、正面から問題視された形となっている。判例32も同様に、原因行為 (飲酒) が、「飲酒酩酊すれば狂暴性を発揮し人に暴行又は傷害を加える習癖」と相俟って傷害結果発生の危険創出である点を確認した上で (②)、結果行為時の「心神耗弱の状態は…重大な過失に因って自ら招いたものであるから」39条2項を適用すべきでない、と判示する (重過失傷害罪の完全な責任を肯定)。上述の「構成要件モデル・粗暴癖着目型」の論理に従って思考する場合には、「心神耗弱 (責任減少事由) の自招」という側面 (①) を X の罪責を根拠づけるために援用することは、全く不要であるばかりか不当である (繰り返すが、自己の刑の減輕事由の自招 (①) が、侵害結果の危険創出 (②) に当たるわけではない)。しかも、結果行為時に「心神耗弱」が認められるに止まった本件では、既に指摘もあるように⁽²⁶⁾、殴る蹴る等の結果行為自体を危険創出と見る理論構成を介して、減輕はあるにせよ傷害罪の成立

(25) 権利 (抗弁権) の濫用 (又は、それに近い発想法) によって alic 事例の処罰を基礎づけるのは、例外モデルに立つノイマン説 (後述 4) のほか、わが国では丸山・前掲注 (20) 51頁以下、同『原因において自由な行為』小考』内田文昭先生古稀祝賀論文集』(2002) 165頁以下。また Ralf Kölbl, Das Rechtsmissbrauchs-Argument im Strafrecht, GA2005, S. 36ff. も参照。

(26) 中空・前掲注 (13) 376頁。

を認めることができるため、この場合に原因行為の方を危険創出と見て重過失傷害罪の成立を目指すことには、処罰の間隙を埋める類の実益は何ら認められない筈なのである（成立罪名が故意犯でなく過失犯となることから、罪名の持つ否定的評価・宣言機能は寧ろ低下する）。それにも拘わらず、当然の如くこのような理論構成が採られたのは、同判決が、「行為者が自らの不自由（＝責任阻却・減少事由）を自招・作出した」という①の側面に非難可能性の核心を見出し、この側面に対して否定的評価を下すことに拘ったからではないだろうか。これは正に例外モデル（後述 4）の発想・論理である。

【表 3】事例群〔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

（※判旨引用文中の実線の下線〔 〕は、原因行為の「結果発生に対する危険創出」としての性格に関連する判示部分に、点線の下線〔 〕は、原因行為の「心神喪失・耗弱の自招」としての性格に関連する判示部分に、筆者が付したもの。）

	判例	事案	判旨・成立罪名等
20	最大判昭和26・1・27刑集5巻1号20頁	Xは、著しい回帰性精神病者の顕在症状を有しており、多量の飲酒で病的酩酊に陥り、 心神喪失 の状態で殺意を生じAを刺殺した。Xは殺人罪で起訴されたが、原審が心神喪失により無罪としたため検察官が上告。	本文（2.3.2）中の引用を参照。
21	札幌高判昭和26・11・15高刑集4巻11号1482頁	X（警察官）は、飲酒によって病的酩酊に陥り是非善悪の識別能力を失う経験が数回あったが、飲酒した結果病的酩酊に陥り夢遊状態となって彷徨し、料理店で居合わせた客に言いがかりをつけ、なだめようとしたAに拳銃を発砲して傷害を負わせた。弁護人は 心神喪失又は耗弱 を主張。	「 <u>勤務中拳銃を携帯せる巡査としては自己が一定量の飲酒を為せば病的酩酊の状態となることを知悉せる場合他人に害悪を及ぼす危険を生ぜしむる原因となるべき飲酒を抑止又は制限し右危険を未然に防止すべき業務上の注意義務あることは勿論で右注意義務を怠り病的酩酊に陥り拳銃を暴発しよって他人に傷害を蒙らしめたる場合業務上過失傷害の罪責を免れない…。…病的酩酊により心神喪失又は心神耗弱の状態にあったとしても飲酒の当初注意義務をつくすべき際正常な精神状態にある以上刑法第三十九条を適用すべき限りでは</u>

			ない。」業務上過失傷害罪。
22	福岡高判昭和28・2・9 高刑集6巻1号108頁	Xは、飲酒により病的酩酊に陥り犯罪を犯す習癖があったが、飲酒酩酊により心神喪失に陥り、Aに因縁をつけ、頭部を数回殴打する等して傷害を負わせた。	「病的酩酊の素質を有し…飲酒酩酊の上心神耗弱乃至心神喪失の状態に陥りその状態に於いて犯罪を犯す習癖を自覚する者は一般人に要求される飲酒についての前注意義務よりは遙かに高度の注意義務が要請されるものと解すべきである」。Xは、習癖を自覚し且つ特段の事情もないのに「自ら求めて飲酒の機会に近づき何人の介添もなく…酔客多数出入し何時如何なるはずみで酩酊者同士衝突するやも測り難き危険多き箇所を多量の酒を飲み歩きついに心神喪失の状態を招き…傷害行為を惹起したことが明白であるからXは前記酒癖に基く危険発生の予防配慮において本件当時著しく欠けていたとの非難を免れない。」重過失傷害罪。
23	大阪地判昭和30・3・5 判時46号29頁	Xは、覚せい剤を慣用し、覚せい剤中毒性精神障害(幻覚妄想状態)を生じて他人に暴行傷害を加えることを繰り返していたが、覚せい剤使用により心神喪失に陥り、白いものが前方から来て自分を襲うと錯覚して、Aを石塊で殴打し負傷させた。	Xは「覚せい剤を使用すれば…精神錯乱し他人に暴行する習癖を有することを自覚していた」から、「覚せい剤使用に基づく中毒性精神錯乱による暴行傷害等の危険発生を未然に防止すべき…注意義務がある」。Xは「前記暴行の習癖を利用して他人を殺害するために覚せい剤を使用して自己を覚せい剤中毒による心神喪失状態に陥れ、以て本件犯行を演じたものでもないことが明白であるから、右殺人未遂の訴因を認めることができない。」重過失傷害罪。
24	京都地判昭和31・7・5 判時83号6頁	Xは、平素の酒量を超えて飲酒を続け、飲食店で居合わせた客Aらと口論になり、心神喪失の状態を以て匕首でAの胸部を刺し、傷害を負わせた。Xは殺人未遂罪で起訴された。	「心神喪失中の犯行であつても行為者が飲酒すれば酩酊の極弁識能力を失い他人に暴行を加える習癖を利用する意図の下に自ら求めて飲酒酩酊して心神喪失の状態を引起し犯罪を行う場合は、刑法学上所謂原因において自由な行為として〔故意犯の〕刑事責任を免れない。」しかしXには「酩酊すれば他人に暴行を加える習癖」や「その習癖により他人に暴行を加えることを認容乃至意図して

			本件暴行傷害を加えた事実」が認められない。また、被害者に告訴の意思がないため過失致死罪にも問われず、不可罰。
25	京都地判昭和32・6・5 判時116号26頁	Xは、飲酒を続けて病的酩酊に陥り、心神喪失状態でAを刺殺した。(判例26の原審)	「Xはいわゆる酒癖が悪く、清酒三合以上を飲用するときは、病的酩酊に陥り <u>その心神喪失下において他人に暴行を加え、その生命、身体、財産等に危害を及ぼす危険ある素質を有し、みずからもその素質を自覚して</u> 」いた。Xは、「飲酒を避け…又飲酒した際は <u>刃物類等の殺傷器具を身辺から遠ざけ或はそのような器具を携帯して人の往来する場所を徘徊することのないようにする等十分配慮し、もって危害の発生を未然に防ぐべき注意義務があるにもかかわらず、Xはこれを著しく怠</u> 」った。 重過失致死罪。
26	大阪高判昭和32・11・1 裁特4卷22号585頁	判例25の控訴審。	25と同様の注意義務を認定した上で次のように判示。致死結果の原因は「 <u>Xが心神喪失の状態下において刃物を持ったまま被害者と摺み合いをした</u> 」ことにあるが、「 <u>その心神喪失の状態はX自らの過失によって招いたものであるから</u> 」、この結果は「 <u>Xの過失と無関係なものではない。</u> 」「本件は原因において自由な行為に過失を問い、Xの過度の飲酒と刃物携帯に責任非難を向けるのであるから、…Xの殺傷行為自体に故意ないしは過失を必要とするものではない」。原審を維持、 重過失致死罪。
27	東京高判昭和33・12・3 判時175号6頁	Xは、慢性酒精中毒として病的酩酊に陥ることがあり、多量の持続的飲酒の結果心神喪失の状態に陥り、Aに拳銃を乱射して死亡させた。	「Xはかねてより多量に飲酒すると病的酩酊に陥り <u>心神耗弱乃至心神喪失の状態において他人の生命、身体などに害悪を及ぼす危険な行動に出る素質を有し、Xはこれを自覚していたと推認せられるところ、かかる素質を有しこれを自覚する者は、右心神耗弱乃至心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限し、右危険の</u>

			<p>発生を未然に防止すべき注意義務があるに拘らず、Xはこれを著しく怠り自ら求めて…夜を徹し持続的に飲酒をした結果病的酩酊に陥り心神喪失の状態において本件所為に及んだ」もので「重過失致死の責任を免れない」。</p>
28	<p>国東簡判昭和34・1・22 下刑集1巻1号104頁</p>	<p>Xは、飲酒の結果悪酔に陥って心神喪失の状態になり、包丁を持って通行人Aを刺し負傷させた。</p>	<p>Xは…飲酒して…一升前後に達すると、他人に対し暴行し又は刃物を振り廻すような習癖を有し…X自らもそのことを自覚していた」。「かような素質、習癖のある者は、その原因となる飲酒を避止するか、或は適量以上の飲酒を抑制限して、他人の生命、身体などに危害を及ぼすことのないように、深く注意しなければならぬのかかわらず、これを怠り、…心神喪失の状態になり…切創を与えたもので、右はXの重大な過失に因る」。重過失傷害罪。</p>
29	<p>東京地判昭和34・10・20 判時207号16頁</p>	<p>Xは、飲酒により病的酩酊に陥り、Aと口論になって同人に殺意を抱き、心神喪失の状態で金槌とバールでAの頭部を強打し死亡させた。</p>	<p>「Xは…大酒によって病的酩酊に陥り、…甚だしいときは病的酩酊の結果心神耗弱乃至心神喪失の状態において他人の生命、身体、財産等に害悪を及ぼす危険ある行動に出る素質を有し、…自覚していた」が、「かかる素質を有し、これを自覚する者は平素飲酒を抑止し又は制限する等右危険を未然に防止すべき注意義務があるにも拘らず、Xはこれを著しく怠」った。重過失致死罪。</p>
30	<p>大阪高判昭和35・4・15 下刑集2巻3=4号363頁</p>	<p>Xは、飲酒により泥酔してAを殴打し傷害を与えた。弁護人はXが心神喪失だったとして無罪を主張。</p>	<p>「心神喪失者の行為は処罰の対象とならないことは刑法第39条1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には、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</p>

			<p>れないと解すべきことは刑法上疑を存しない。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っ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（〔判例20〕）の示すとおりである。」Xは、「かねてから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ことを自覚していたのであるからみずから飲酒を制限又は抑止し、酩酊のため心神喪失の状態に陥り、他人に対し右害悪を加えるに至ることを防止する義務があることは明らかであり」…「相当量飲み続けて泥酔したのは」注意義務違反に当たる。重過失傷害罪。</p>
31	<p>前橋地高崎支判昭和36・3・3下刑集3巻3=4号235頁</p>	<p>Xは、飲酒により病的酩酊となり、心神喪失の状態で実父Aを手拳で十数回殴打してこれを死亡させた。</p>	<p>「Xは、かねてから酒癖がわるく、<u>焼酎三合をこえて飲むと病的酩酊に陥り、心神喪失の状態</u>で家族やその他の者に暴行を加わえ、その生命身体に危害を及ぼしたことは、最近数年間に少なくとも十数回にわたっており、みずからもこの素質を自覚していた者であるが、このような者は、<u>右素質にかんがみ飲酒によって他人の生命身体に危害を加えるおそれ</u>がきわめて大きいから、その原因となる過度の飲酒を抑止し、または制限する等して右危険の発生を未然に防止すべき注意義務があるにかかわらず、これを怠り…みずから飲酒の機会を求め…病的酩酊に陥り、<u>心神喪失の状態になり</u>」Aを殴打して死亡させ、「もって重大な過失に因り人を死に致したものである。」重過失致死罪。</p>

<p>32 福井地判昭和38・6・17 下刑集5巻5=6号576 頁</p>	<p>Xは、飲酒の結果泥酔して狂 暴性を発揮し、Aに殴る蹴る 等の暴行を加えて傷害を負わ せた。暴行当時Xは心神耗弱 状態だったと認定された。</p>	<p>「Xは飲酒酩酊すれば…狂暴性を発 揮し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」った。「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三九条第二 項を適用すべきでない」。重過失傷 害罪。</p>
<p>33 東京地判昭和40・11・30 判時434号57頁</p>	<p>Xは、飲酒して病的酩酊に陥 り、自室に戻ってから、心神 喪失の状態で幼児Aを起こし て暴行を加え、これを死亡さ せた。(判例34の原審)</p>	<p>「Xは、かねてからいわゆる酒癖が 悪く、酒に酔うと短気粗暴になり、 かつ、病的酩酊となる素質があつて …心神喪失の状態で、特に家庭内で 家人に対し…粗暴な行動におよぶ習 癖があり、Xもこれらの習癖を充 分自覚していた」が、「自室には幼 少の子供らのみが寝かされていたの であるから、Xが過度に飲酒した 場合には…右子供らに粗暴な振舞に およぶおそれがあり、…保護する者 もなく、避難する能力も防衛する能 力もないかかる幼児らが死傷の結果 を招く危険性は極めて大であつて… 病的酩酊に陥って心神喪失の状態 で右子供らに危害を加えるに至るこ を未然に防止する義務がある」。重 過失致死罪。</p>
<p>34 東京高判昭和41・3・30 東時17巻3号44頁</p>	<p>判例33の控訴審。</p>	<p>Xには「飲酒のうえ自室に戻って 子供に乱暴を働くことも容易に予想 できることで、その場合にはその生 命にも危険を及ぼすおそれがあるこ とは当然考えられる」のだから、 「その死の結果につき過失責任が十 分認められる」。原審を維持、重過 失致死罪。</p>
<p>35 大阪高判昭和41・9・24 下刑集8巻9号1202頁</p>	<p>Xは、飲酒して病的酩酊に陥 り、A方の表格子戸に貼って あったポスターにマッチで点</p>	<p>「Xには夜間外出先等で飲酒しての 帰宅途次などに一人で街路を放浪 し、朦朧状態の下で衝動的に所持の</p>

		火しするなどした。(心神喪失・耗弱については、判旨に特に言及はない。)	マッチを弄び火を失する習癖があり、…Xは飲酒時の習癖により火を失する高度の危険性を有し、且それを自覚していたものというべく、…Xとしては漫然と夜間外出先等で飲酒する等は厳に慎み、仮に飲酒するような場合でもその量を極度に制限し、且予め確実な介護者を付けるなどして右危険の発生を未然に防止すべき注意義務がある。重過失失火罪。
36	横浜地判昭和49・8・7 判時760号114頁	Xは、シンナーを吸引して著しい意識低下・夢幻様状態に陥り暴力的行動に出ることが多々あったが、本件当日もシンナー吸引により夢幻様状態に陥り、実母Aを覚知できず、「Aを殺さなければ人類は滅亡してしまう」という妄想に支配されてAに暴行を加え、殺害した。	Xは、シンナーに起因する幻覚妄想・暴力行動が益々顕著になり、『シンナー』を吸引するときは、どの様な重大な結果をひき起こすかも計り知れないことが当然予見されたから、『シンナー』の吸引は、嚴重にこれをやめるべき注意義務がある。弁護人は、本件行為が心神喪失中の行為だと主張するが、「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すことは、いささかも罪刑法定主義に反するものではない」。重過失致死罪。
37	京都地舞鶴支判昭和51・12・8判時958号135頁	Xは、覚せい剤使用に基づく中毒性精神障害により心神喪失状態に陥り、Aを刺し失血死させた。	「Xは、覚せい剤を多量に使用すると、幻覚・妄想に支配されて暴力的行動を振舞う習癖を有するに至り、Xもこれを覚知していたのであるから、このような場合、Xは自戒して覚せい剤の多量の使用を抑止し、覚せい剤使用に基づく中毒性精神障害による暴行・傷害等の危険の発生を未然に防止すべき注意義務があるのに、これを怠」った。重過失致死罪。

2. 4 故意犯の成立が認められた判例 (事例群〔4〕) ——顕在化する「責任モデル」

最後に、故意犯の成立が認められた諸判例を、事例群〔4〕としてまと

めて見ておきたい。故意の「結果犯」の成立を認めた判例（事例群〔4-1〕、後掲【表4-1】参照）は極めて僅かであり、alic事例において故意犯を認めた判例の多くは故意の「挙動犯」（単純行為犯）の成立を認めたものである（事例群〔4-2〕、後掲【表4-2】参照）。

事例群〔4-1〕に属する判例はいずれも39条の適用を排除するが、その説明は様々であり、理論的根拠が不明のものもある。判例38は、ヒロポン中毒患者Xが塩酸エフェドリン水溶液を注射して幻覚妄想を起し、殺意を抱いてAを刺殺した事例に関し、「薬物注射をすれば精神異常を招来して幻覚妄想を起し或は他人に暴行を加えることがあるかも知れないことを予想しながら敢て之を容認して薬物注射を為した時は暴行の未必の故意がある、として（暴行致死としての）傷害致死罪の成立を認めたものであり、原因行為時の暴行の故意を認定した点を除けば、あとは事例群〔3〕の諸判例と全く同様の発想に基づく判示と見られる。判例41の判旨は間接正犯類時説の発想を詳細に展開するものであり、後で検討する（5）。残る2件は理論的根拠が不明確である。判例39は、飲酒するとタクシーに無銭乗車する癖があったXが、飲酒の上、無銭乗車を自覚しつつタクシーに乗車し目的地まで走行させたとして、2項詐欺罪で起訴された事案につき、「Xは…飲酒をする時は無銭乗車、傷害、暴行等の事故を起すことを自覚していたに拘らず敢て飲酒したのであるから所謂原因に於いて自由な行為の理論から考えても…Xに責任なしと云うことは出来ない」とだけ述べ、理論構成の詳細は不明である。判例40は、飲酒酩酊して他人に暴行傷害を加える酒癖があったXが、「飲酒酩酊の末暴行傷害の結果を惹起すべきことを意識しながらこれを認容して敢て飲酒し酩酊の上」、心神耗弱状態でAらに暴行を加えて負傷させたとの事案につき、「Xの刑事責任能力を考える上においては…飲酒に当りXが予見したところをも包括して判定すべき」だから「Xの行為は…心神耗弱者の行為に当らない」とする。行為者の事前の落度次第で「心神耗弱」の認定それ自体が左右される趣旨の判示であるが、その根拠は明らかでない。

以上に対し、故意拳動犯の成否を問題にした事例群〔4-2〕の諸判例においては、「責任モデル」の発想・理論構成が判示に明確に現れている。後掲【表 4-2】中の判旨の引用文において、波線の下線（~~~~）を施した部分はその趣旨を表している。即ち、いずれの判例も、客観的構成要件に該当する結果行為（自動車運転、覚せい剤注射など）の時点では行為者に心神耗弱が認められても、その結果行為を事前に決意した（＝結果行為をなす故意を形成した）時点で行為者に完全な責任能力が認められ（要件 1）、且つ、その後実際になされた結果行為が、その事前の決意の実現と認められる場合には（要件 2）、故意拳動犯の完全な罪責を認めるのである。例えば判例 47 は、被告人 X が昭和 52 年 12 月中旬頃（16 日以降）に覚せい剤を注射したのとして覚せい剤使用罪で起訴されたが、X は 12 月 10 日頃から連日多量の飲酒をし、12 月 15 日には覚せい剤を譲り受けてこれを使用したために、アルコールによる病的酩酊と覚せい剤の急性中毒症が相俟って、起訴事実当たる 16 日以降の時期には少なくとも心神耗弱の状態にあった、との事案について、次のように判示する。

16 日以降の X は確かに心神耗弱状態にあったと認められるが、X は「反復して覚せい剤を使用する意思のもとに、昭和 52 年 12 月 15 日夕刻すぎ 4.81 グラムを上回る量を譲り受けて注射したのであつて、右の一部を使用した原判示第一の所為〔＝16 日以降の覚せい剤使用〕は右の犯意がそのまま実現されたものといふことができ、譲り受け及び当初の使用時には責任能力が認められるから、実行行為のときに覚せい剤等の影響で少なくとも心神耗弱状態にあつても、X に対し刑法 39 条を適用すべきではないと考える。」（波線の下線は筆者。）

ここでは、12 月 15 日の時点で、X に完全な責任能力と、後日覚せい剤を使用することの故意が存在していることが認定され（要件 1）、更に、その直後の 16 日以降の使用行為（本件の実行行為）は 15 日の決意を「その

まま実現」したものである(要件2)、との評価を通じて、Xに故意犯の完全な罪責が肯定されている(反対に判例48は、要件2の充足を否定したために、39条2項の適用を排除しなかったものである。【表4-2】の判旨参照)。

事例群〔3〕の諸判例とは異なり、事例群〔4-2〕の諸判例の判旨が、およそ構成要件モデルの発想を一切感じさせず、一貫してこの責任モデルの発想のみを採用している理由は、次の諸点にあるものと推察される。第一に、これらの事例では挙動犯(単純行為犯)の成否が問われている点である。挙動犯の条文は、手足を動かすといった身体的動作(基礎行為)それ自体、又はその比較的単純な組み合わせによって構成される一連の動作のみを客観的構成要件とし、その動作自体から明確に識別される外界変化の結果発生を要求しない。そのため、挙動犯の事例において、結果行為(つまり条文の要求する動作そのもの)から区別された事前の原因行為を「実行行為」又は「所為の起点」と解すること(例えば、事前の「飲酒」自体が「酒酔い運転」行為であると解すること)は、極めて不自然・非常識な解釈とならざるを得ない。そのため、構成要件モデルに従って原因行為を実行行為と見ることが困難である。第二に、これらの事例では、結果行為時に行為者が(心神喪失ではなく)心神耗弱だったという点も、構成要件モデルの論理の採用に対する若干の障害になった可能性がある(自己の「完全な道具化」にまで至っていないので、原因行為に未だ十分な危険創出を認め難いという発想)。第三に、これは責任モデル採用の積極的動機をなす事情であるが、これらの判例で問題となっているのは酒酔い運転罪(判例43、44=45、46)、覚せい剤使用罪(判例47)等であり、飲酒後の酒酔い運転にせよ、中毒後の覚せい剤継続使用にせよ、これらは「心神喪失・耗弱の状態に陥った後で、事前に決意していた事柄(運転、覚せい剤継続使用)の実行に出る」ということが定型的・典型的に想定される場面だ、⁽²⁷⁾という

(27) 南由介「原因において自由な行為」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』(2011) 170頁も、「酒酔い運転の罪や薬物事犯は、犯罪の性質上」事前の「故意が肯定されやすい側面がある」とする。また大山隆司=齋藤正人「心神喪失・心神耗弱」龍岡

ことである（これに対し、「心神喪失に陥った後で、事前に決意していた殺人の実行に出る」といった経緯は、それほど典型的なものとしては想定されない）。従ってこれらの事例は、「事前の決意の実現」として結果行為が行われた、という責任モデルの説明図式に馴染み易いのである。⁽²⁸⁾

最後に一点注意を要するのは、この責任モデルの発想は、一見すると構成要件モデル＝全体所為説に類似しているが、両者の発想には決定的違いがあるという点である（前述 2.2.2）。構成要件モデルは原因行為に「危険創出」又は「全体所為の起点」、即ち客観的な実行行為＝問責対象行為を求めているのであるが、責任モデルは、そのようなものを要求する論理ではなく、事前の段階に自由な「決意＝故意の形成」を求めているに過ぎないということである。「結果発生に対する客観的な危険創出」という要件（構成要件モデル＝危険の現実化論）や、条文が定める所為に「少なくとも概念的に包摂され得る範囲」といった歯止め（構成要件モデル＝全体所為説）が無い場合、責任モデルが処罰を可能にする範囲は、論理上は殆ど無

資見編『現代裁判法大系⑩〔刑法・刑事訴訟法〕』（1999）216頁も。

(28) この点を更に推し進め、ここで問題となっているような犯罪は、そもそも行為者の能力が減退した状態であることを構成要件の一部としているのであるから、その条文自体が39条の適用を排除する趣旨を有している（刑法8条にいう「特別の規定」に当たる）、という見解も有力に主張されてきた。（旧）麻薬取締法4条4項、60条の罪（判例42）に関して、木村榮作「酩酊による交通事故と原因において自由な行為」研修210号（1960）47頁、同「原因において自由な行為の理論の適用上の諸問題」警研39巻7号（1968）70頁、道路交通法の酒酔い運転罪（判例43、44＝45、46）に関して、沼尻芳孝「自動車酩酊運転罪と心神耗弱」ジュリスト315号（1965）56頁、高木典雄「自動車の酩酊運転による人身事故」ジュリスト381号（1967）237頁、穴澤・前掲注（23）14頁、丸山治「酩酊運転と原因において自由な行為」北海学園大学法学部編『法学・政治学の動向』（1986）253-254頁。酒酔い運転罪規定が39条の適用をおよそ排除するという理解に対しては反論が強く（例えば、植松・前掲注（18）10頁以下、西原春夫「酩酊運転と刑事責任」同『犯罪実行行為論』（1998）所収192頁、長井圓『交通刑法と過失正犯論』（1995）375頁、岡野光雄『交通事犯と刑事責任』（2007）47頁等）、本稿で挙げた諸判例もそのような理解には則っていない（桑田連平「最判解」最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和43年度（1973）17頁も参照）。

限なのではないかとの疑念も生ずるところである。⁽²⁹⁾これについては、責任モデルの理論的根拠を突き詰めた上で検討しなければならない(後述3)。

【表4-1】事例群〔4-1〕：故意結果犯の成立が認められた判例

	判例	事案	結果行為時の状態	成立罪名等
38	名古屋高判昭和31・4・19 刑集9巻5号411頁	Xは、ヒロポン中毒となり一旦治癒したが、その後塩酸エフェドリン水溶液を注射して幻覚妄想を起し、姉Aを殺害して自殺しようとしてAを刺殺した。	心神喪失	傷害致死罪(「暴行致死」としての成立)。
39	東京地判昭和33・10・20 一審刑集1巻10号1669頁	Xは、飲酒すると無銭乗車をする癖があったが、飲酒の上、無銭乗車となることを自覚しながらタクシーに乗りし目的地まで走行させた。	弁護人は、当時Xは飲酒酩酊しており「責任がない」と主張。	2項詐欺罪。
40	長崎地大村支判昭和43・11・5 判タ232号231頁	Xは、飲酒酩酊して他人に暴行傷害を加える酒癖があり、この酒癖を自覚しながら、「飲酒酩酊の末暴行傷害の結果を惹起すべきことを意識しながらこれを認容して敢て飲酒し酩酊の上」、Aらに暴行を加えて負傷させた。	弁護人は結果行為時の心神耗弱を主張。	傷害罪。
41	大阪地判昭和51・3・4 判時822号109頁	Xは、飲酒して他人に暴力を振るった前例が多く、飲酒すると他人に暴行脅迫を加える可能性を認識していたにも拘わらず、清酒を飲んで病的酩酊に至り、心神喪失状態でタクシーに乗りし、運転手に牛刀を示して脅迫した。	心神喪失	間接正犯類似説の論理により示兇器暴行脅迫罪(暴力行為等処罰ニ関スル法律1条)肯定。

【表4-2】事例群〔4-2〕：故意挙動犯の成立が認められた判例

(※判旨の引用文中の波線の下線〔 〕は筆者が付したものの。)

	判例	事案	判旨
42	最決昭和28・12・24 刑集	麻薬中毒者であるXは、A方	「自制を失つた行為の当時にはXに

(29) 責任モデルの処罰範囲画定機能に対して疑問を提起するものとして、滝谷英幸『「一連の行為」概念をめぐる思考方法(1)』早稲田大学大学院法研論集141号(2012)312-313頁。

7 卷13号2646頁	で座布団17枚、B方で衣類2点を窃取し公安を乱したとして当時の(旧)麻薬取締法4条4項、60条の罪(「 麻薬中毒のため自制心を失う 」罪)で起訴された。	責任能力がなくとも、 <u>麻薬を連続して使用する際Xに責任能力があり、且つ麻薬の連続使用により麻薬中毒症状に陥ることについての認識(未必の故意)があれば、いわゆる原因において自由な行為として、処罰することを得る。</u>
43 東京高判昭和40・6・14 高刑集18巻4号370頁	Xは、飲酒後に再び運転して帰るという意図で普通乗用自動車運転してバーに行き、飲酒して呼気1ℓにつき1.00mg以上のアルコールを保有した状態で運転して運転事故を起こし、業務上過失致死罪、 酒酔い運転罪 で起訴された。(判例14の控訴審)	原審が酒酔い運転罪(故意犯)につき39条2項の適用を排除したことを正当とし、次のように判示。「本件のように… <u>酩酊のうえ自動車を運転すべき意図認識の下に飲酒をあてた結果犯行に及んだとき、酩酊により精神障害を生じたとして刑事責任の減輕を認めるようなことは、その罪の性質にかんがみとうてい合理的であるとは考えられない。</u> 」
44 東京高判昭和42・6・23 刑集22巻2号74頁	Xは、飲酒後に再び運転することを認識しながら、自己の自動車を駐車してバーでビールを20本くらい飲み、心神耗弱の状態に陥って、Aの軽四輪貨物兼乗用自動車を乗り出してこれを運転した。 酒酔い運転罪 で起訴。(判例45の原審)	Xは「 <u>心神に異状のない時に酒酔い運転の意思があり、それによって結局酒酔い運転をしているのであるから、運転時には心神耗弱の状態にあつたにせよ、刑法第39条第2項を適用する限りでない。</u> 」
45 最決昭和43・2・27刑集 22巻2号67頁	判例44の上告審。	「なお、本件のように、酒酔い運転の行為が同時に飲酒酩酊により心神耗弱の状態にあつたとしても、飲酒の際 <u>酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法39条2項を適用して刑の減輕をすべきでない</u> と解するのが相当である。」
46 高松高判昭和44・11・27 高刑集22巻6号901頁	Xは、洋酒喫茶店等で多量のビールと清酒を飲んで酩酊し、心神耗弱の状態に陥り、路上に駐車してあった実弟の普通貨物自動車に乗り込んで一休みしている間に運転を思い立ってこれを運転した。 酒酔い運転罪 で起訴。	「心神耗弱乃至喪失の状態に陥つたのち始めて自動車運転の決意を生じてその実行に及んだ場合に刑法39条の適用を排除することは…責任原理を放棄するものである。Xは「 <u>飲酒開始の時点においては自動車の運転を全く予期しておらず、その後酩酊して心神耗弱の状態に陥つた段階で始めてその意思を生じ、これを実行するに至つたものであつて、</u>

			<p>本件については、いわゆる原因において自由な行為の理論を適用すべき余地はない。39条2項適用。</p>
47	大阪高判昭和56・9・30 高刑集34巻3号385頁	<p>Xは、12月中旬頃(16日以降)覚せい剤を使用したとして起訴されたが、Xは12月10日頃から連日大量に飲酒し、15日には覚せい剤を使用したために、アルコールによる病的酩酊と覚せい剤の急性中毒症に陥り、16日以降の時期には少なくとも心神耗弱状態にあった。覚せい剤使用罪(覚せい剤取締法19条、41条の2第1項3号)で起訴。</p>	<p>16日以降の時期のXは心神耗弱状態だったが、Xは「反復して覚せい剤を使用する意思のもとに、昭和52年12月15日夕刻すぎ4.81グラムを上回る量を譲り受けて注射したのであつて、右の一部を使用した原判示第一の所為は右の犯意がそのまま実現されたものといふことができ、譲り受け及び当初の使用時には責任能力が認められるから、実行行為のときに覚せい剤等の影響で少なくとも心神耗弱状態にあつても…刑法39条を適用すべきではない。」</p>
48	広島高判平成9・8・5 判タ973号262頁	<p>Xは、平成8年1月に覚せい剤を使用したとして覚せい剤使用罪で起訴されたが、その当時既にXには慢性覚せい剤精神病による異常行動が見られ、心神耗弱状態だったと認められた。</p>	<p>Xが責任能力があるうちに「覚せい剤乱用」を開始した時期を証拠関係から「平成7年夏ころと推測するとしても、平成8年1月である本件犯行時までには相当の期間があるから…本件犯行を平成7年夏ころ以前の完全責任能力時の犯意の実現とみるには常識的に無理がある。」39条2項適用。</p>