HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	原因において自由な行為
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学学園論集(167)：1-29
発行日	2016-03-25

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

原因において自由な行為

吉　田　敏　雄

⑴　概説
⑵　沿革
⑶　諸理論
　A　構成要件解決モデル
　B　例外理論
　C　不両立理論
　D　総括
　　⒜　責任主義と原因において自由な行為の両立性
　　⒝　原因において自由な行為の形態
　E　実行行為開始後の責任能力の低下

⑴ **概説**　一般に，責任主義は所為行為（構成要件該当行為）と責任能力の同時存在の原則（Koinzidenz- oder Simulaneitätsprinzip）を要求すると考えられている。そうすると，しらふの状態では殺人計画を実行に移せない者が，飲んで勇気をつけ，完全酩酊に陥った状態で犯行に及ぼうとして，実際にそうした経過をたどったとき，行為者は構成要件該当行為の着手時点で飲酒や薬物使用の影響下で責任能力を失っているので，行為者は処罰されないのではないかという問題が生ずる。しかし，このような不都合な帰結の生ずることを想定して，スイス刑法旧第 12 条は既にいわゆる故意の原因において自由な行為を明文化していたのであるが，**スイス現行刑法第 19 条第 4 項**も，「行為者が責任無能力又は責任能力の低下を避けることができ，しかもこの状態において犯された所為を予見できたとき，第 1 項ないし第 3 項は適用しない」と定め，故意と過失の**原因において自由な行為**を明文化した。同条第 1 項は責任無能力（責任阻却）を，第 2 項は限定責任能力（責任減軽）を，第 3 項は処分を，そして，第 4 項は故意の原因において自由な行為と過失の原因において自由な行為の可罰性を定めている。第 4 項は，所為時点で責任無能力又は限定責任能力であっても，なお責任能力のある状態で所為が行われた見られる条件を定めたのである(1)。

原因において自由な行為という法形象は日本，ドイツ，オーストリアでも知られているのであるが，しかし，日本刑法[2] もドイツ刑法，オーストリア刑法[3] もこの種の明文規定を有しない。但し，ドイツ刑法第 323 条 a（完全酩酊罪）第 1 項は，「故意又は過失によって，アルコール飲料又はその他の麻酔剤により自己を酩酊状態に陥れた者は，この状態において違法行為を行い，かつ酩酊の故に責任無能力であったか又はそれを排除しえないために，この違法行為を理由としてこの者を処罰できない場合には，5 年以下の自由刑又は罰金に処する」と定める。一般に，完全酩酊中の行為は構成要件要素でなく，客観的処罰条件と解されている。オーストリア刑法第 287 条（完全な酩酊状態での刑を科される行為の遂行）第 1 項も，「単に過失にすぎないにせよ，アルコールの飲用により又は他の麻酔剤の使用により，責任能力を阻却する酩酊状態に陥った者は，このような状態でなければ重罪又は軽罪としての責を負わされる行為を酩酊中になしたときは，3 年以下の自由刑又は 360 日以下の日数罰金に処する。ただし，その刑は，種類及び量において，酩酊中になされた所為について法律が警告している刑より重いものであってはならない」と定める。スイス刑法もその第 263 条（自己の責めによる責任無能力状態における所為の実行）に同種の規定を設けている[4]。

しかし，この「完全酩酊罪」でしか処罰し得ないとすると，ここから問題が生ずる。酩酊状態で殺人行為をした場合に，最高 5 年の自由刑でしかないが，そうでない状態での殺人行為に対して無期自由刑が可能である。ここに行為者にドイツ刑法第 20 条（責任無能力）を役立たせることに疑問が生ずる。さらに，完全酩酊罪では，行為者が器物損壊を犯したに過ぎないのか，謀殺を犯したのか，判決主文から明らかにならない。「完全酩酊の故に」という有罪宣告からは具体的な行為を推論することができないことも指摘される。そこで夙に，少なくとも行為者が特定の犯罪の遂行を目指して自己の責任無能力を故意に招来する場合，責任非難を何らかの方法で前倒しできるのではないかが議論されてきた。いわゆる**原因において自由な行為**（Actio libera in causa sed non libera in actu. その原因において自由な先行行為・原因設定行為があるが，しかし，後に遂行されるそれ自体としては自由でない，原因において自由な行為）という法形象を通して慣習法上，処罰の間隙を埋める可能性が開発されたのである。一般に，原因において自由な行為には二つの形態が考えられている。行為者が，飲酒行為の時点で酩酊の招来に関しても酩酊下で遂行される行為に関しても故意を有しているとき，**故意の原因において自由な行為**がある。飲酒行為の開始時点で，この二つの要素（酩酊の招来，酩酊下の行為）に関して過失があるとき，**過失の原因において自由な行為**がある。但し，後者は法的構成としては可能だが，余計であることも指摘される。云うまでもなく，一般の過失犯理論に従って，過失犯処罰が可能だからである。酩酊状態において犯罪を遂行することが予期されるとき，飲酒・酩酊行為に注意義務違反が認められるのである[5]。

⑵ 沿革[6] 原因において自由な行為という法形象の淵源は古典古代にまで遡る。既にアリストテレス（紀元前 384-322）は，酩酊状態で犯罪を行う人にどの程度の責任を問うことができるかという問題に取り組んでいた[7]。考察の中核にあるのは，行為者に非難可能なのは，酩酊それ自体なのか，酩酊状態下で行われた所為（以下，酩酊所為）なのか，あるいは両方なのかという問題だった。酩酊時において欠如している責任の代わりとなりうべき「先行責任（culpa praecedens）」論，酩酊所為責任否定論，酩酊所為の責任の加重事由又は減軽事由論，過失処罰論等，見解は多岐に分かれる。今日，原因において自由な行為という標題の下で議論される事象の法的理解に大きな影響を及ぼしたのは，17 世紀，18 世紀の法律家達であり，なかでも，ザムエル・プーフェンドルフ（1634-1694）である。プーフェンドルフは，今日に至るまで影響力のある，それ自体で完結した責任体系，つまり，正規の責任と非正規の責任を分ける責任体系を展開した。それによると，作為，不作為が，「たしかに，それ自体としてみれば違うが，しかし，その原因において行為者の意のままにできた」とき，すなわち，行為者がなるほど酩酊の状態で自由な行為をしていないが，「しかし，この不自由は悟性と意思で自由に設定された原因に帰せられ」うるときでも，所為は非正規に責任を問われうる。刑法理論では，「原因において自由な行為」という表現は 18 世紀から 19 世紀の変わり目頃にようやく用いられるようになった。

ドイツで原因において自由な行為が初めて立法化されたのは 1794 年のプロイセン普通ラント法である。その第 2 部第 20 章第 1 節第 22 条は第 16 条（責任能力）の例外として，「飲酒によるものであれ，他の方法によるものであれ，自ら故意に，又は重い過誤により，自由に行為をする能力が消滅又は減弱する状態に陥った者は，こういった状態の下で行われた犯罪はそれに応じて責任を問われる」と定めた。その後制定された諸領邦国家の原因において自由な行為の扱いはまちまちである。ヘッセン（1842），バーデン（1845），ヴュルテムベルク（1839）は故意の原因において自由な行為と並んで過失の原因において自由な行為を定めたが，ザクセン（1838），バイエルン（1855）は故意の原因において自由な行為しか定めなかった。故意の原因において自由な行為を定めた法典はほとんどすべて障礙中の行為に帰責可能な行為を見たのであり，刑の減軽を認めなかった。その後の法典は，ザクセン（1855），バイエルン（1861）を含めて，この種の規定をまったく設けなかった。責任無能力の発生によって，しらふの状態で抱いた所為故意と酩酊所為との間の責任連関が中断されると考えられたからである。1870 年の北ドイツ連邦刑法典及び 1871 年のドイツライヒ刑法典の前身である 1851 年のプロイセン刑法典もこれに含まれる。原因において自由な行為はドイツ刑法典において今日に至るまで明文化されていない。1892 年のライヒ裁判所の判決で原因において自由な行為の法形象を認められた[8]。立法の分野では，1933 年になってようやく「危険な常習犯罪者法」によって第 330 条ａ（現行法第 323 条ａ）が設けられた。

⑶ 諸理論の現況 原因において自由な行為の（不）可罰性を如何に刑法理論的に根拠づける

かを巡っては諸説が展開されている。以下，ドイツ刑法学で展開される理論を基に諸説の概観を試みる(9)。論争の主題は，刑法第 20 条（責任無能力）の文言，「所為の遂行にあたって（bei Begehung der Tat）」責任無能力であること（**所為行為と責任能力の同時存在の原則**）の意味，基本法第 103 条第 2 項（罪刑法定主義）の適用範囲である。

A　構成要件解決モデル　所為行為と責任能力の同時存在の原則を破らない形で有責な先行行為と所為実行を結び付けた解決策である。これには大別すると 4 個の理論がある。

①　前倒し理論　本説(10) は原因において自由な行為の適用範囲を限定しない。所為非難は先行行為（actio praecedens. 原因行為または原因設定行為とも呼ばれる），つまり，責任能力のある状態で行われた行為（例えば，飲酒行為）に結び付けられるのであって，直接的に結果を発生させる後続行為（actio subsequens. 結果行為とも呼ばれる。例えば，刺殺行為）に結びつけられるのでない。所為の前倒し化が行われる。所為行為は，後に結果を惹起する**原因設定行為**である。行為者は飲酒によってすでに後に行われる作為の原因を作出しており，それ故，所為に対して責任がある。この時点，つまり，飲酒の開始時点で，行為者にはなお責任能力があり，したがって，所為行為と責任の一致が認められる。所為行為の時点で責任能力があれば，この責任能力は構成要件の完全な充足があるまで維持される必要はない。したがって，原因において自由な行為という法形象は所為行為と責任能力の同時存在の原則の表見的例外に過ぎない。故意の原因において自由な行為の前提条件としては，さらに，行為者が既に原因設定行為時点で，自ら病的酩酊に陥ることに関する故意と後に酩酊状態で行われる所為に関する故意をもっていることである。さもなければ，過失の原因において自由な行為が問題となる。これは行為者を**直接正犯者**と位置づける考え方であって，行為者は，飲酒行為の開始をもって未終了未遂の段階を超え，ただの因果因子としての完全酩酊の発生後（終了未遂），構成要件該当結果を招来するということになる。

しかし，一般的にはたんなる予備行為としか見られない先行行為を実行行為と位置づけることの困難さを避けるために，故意の原因において自由な行為では，**間接正犯理論**の構成が援用されることになる(11)。自己を責任無能力の状態に陥れる者は自分自身を所為実行の道具として利用するものである。そうすると，飲酒・酩酊行為の開始時点に未遂の始期を，責任無能力の状態に陥ったときに未遂の終了を認めるのが正当である。さらに，本理論によらなければ，原因において自由な行為の処罰ができないことになり，この処罰の間隙は刑事政策上望ましくないことも挙げられる。刑法第 20 条の例外を認めるなら，それは総則に属する可罰要件規定にも妥当する基本法第 103 条第 2 項に反する。この点で，例外モデルも覆い隠された例外モデルと云える拡張モデルも適切でない。甲は乙を殺害する目的で拳銃を入手したが，発射の瞬間の心理的ためらいを克服するため，飲酒・酩酊して責任無能力に陥り，その状態で射殺するつもりだったところ，飲みすぎて

寝込んでしまい，殺害計画を果たせなかったという場合，甲には殺人未遂罪が成立する〔事例1〕[12]。

本説は，所為行為と責任能力の同時存在の原則に関して何らの問題も生じさせないものの，次のような問題点を有している[13]。①未遂の開始に関する第22条の「所為（Tat）」との関連で調和がとれない。「所為」というのはそれ自体処罰されることのない飲酒・酩酊行為でなく，病的酩酊中の行為それ自体である。飲酒することでなく，病的酩酊下の行為それ自体に不法の行為がある。飲酒・酩酊行為は予備行為に過ぎない。飲酒・酩酊行為を所為行為と見るなら，行為者が飲酒を始めると，直接的開始があり，この時点で，未遂が認められることになる。後に人を殺害するために，故意に飲酒・酩酊したが，寝込んでしまって目的を果たせなかった者も，殺人未遂で処罰されうることとなる。これにより，未遂の境界が前倒しされ過ぎることになる。先行行為と結果行為が距離的にも時間的にも隔たっているとき，この帰結の不合理性がいっそう際立つ。行為者は「責任無能力の発生時点から以後の成り行きをもはや意のままに動かせない」[14]という理由には疑問があるし（行為者を時限爆弾と同視することはできない），仮にその通りだとしても，これをもって未遂の開始を基礎づけることはできない。不自由な道具を利用する間接正犯であっても道具の行為に焦点を合わせることができるからである。②後に人を完全酩酊中に殺害するために故意に飲酒したが，完全酩酊に陥る前に殺害したという場合，実行の着手が2度あることになる。この結論を避けるために，完全酩酊中に犯行が行われた場合には，飲酒・酩酊行為に実行行為が，責任無能力に至らない段階で犯行がおこなわれた場合には，飲酒・酩酊行為は予備に過ぎないこととなり，結果の発生から前に遡って判断するという奇妙なことになる。③禁止規範（例えば，「汝殺すなかれ」）から，飲酒・酩酊してはならないという行為指示を導出することはできない。④先行行為と結果行為の間に因果関係のあることの証明が難しい。というのは，飲酒・酩酊行為は，後の行為が責任無能力状態の下で行われたということとの関係で因果関係にあるにすぎず，これと飲酒・酩酊行為が後の行為それ自体に因果関係があるか否かとは別の問題である。飲酒・酩酊行為がなければ，ことは全て同じように進行しなかっただろうということの証明ができない[15]。⑤先行行為をもって所為行為とする間接正犯の構成を基礎に置くなら，病的酩酊行為者が後に構成要件実現を任意に放棄するとき，中止未遂の成立を認めるのが難しくなる。⑥自手犯，行為被拘束犯，単純行為犯の領域では，飲酒行為への前倒しの構成ないし間接正犯の構成は機能しない。間接正犯の構成は，すでに「第三者によって遂行する」という法文（刑法第25条第1項）からして無理がある。行為者は，自ら飲酒・酩酊することによって他人に変わるわけでないからである。そもそもどの時点を捉えても，制禦する背後者が制禦される媒介者を認識面，意欲面で優越的支配をもっているとはいえない。人物が同一人であるとき，両者ともに同じ水準にあるからである。最後に，⑦まさに飲酒・酩酊行為をしている行為者に対してすでに正当防衛ができるというのも適切でない。

わが国では，植松説[16] が，原因において自由な行為といわれる場合，「行為と責任との同時存在の原則」を維持した上で，その可罰性を肯定するためには，原因設定行為の開始をもって犯罪行為の開始すなわち実行の着手と解釈しなければならず，そのためには，原因の設定から事実の実現までの全行為を犯罪行為として捉え，原因設定行為を構成要件の実現に密接した行為として理解しなければならない，例えば，酩酊状態を利用して日本刀により人を殺すとすれば，最初の酒盃を口にする時に着手があると論ずる。小野説も，「原因において自由な行為とは，自己の道義的に責任のない状態を利用して犯罪を実行することを謂ふ。例えば，人を傷害する目的で多量に飲酒し，泥酔の状態において人に暴行を加へたとか，或ひは母親が嬰児に哺乳しつつ乳房を引離さず睡眠したため，睡眠中嬰児を窒息死に至らしめたといふやうな場合である。原因において自由な行為は之を罰すべきものでないといふ学説がある。しかし，右のような場合にはその道義的に責任ある原因行為そのものが構成要件に該当する行為として評価される。一種の間接正犯ともいはばいへよう。これも構成要件の解釈問題であるが，私は其の犯罪の実行者即ち正犯として処罰せらるべきであることを疑わない」[17] と論じた。これに対して，團藤説[18] は，原因において自由な行為は間接正犯と同じ論理構造をもち，後者では他人を道具として利用する行為が実行行為としての**定型性**をもつことが必要であるように，前者でも，自己を道具として利用する行為（原因行為）が実行行為としての定型性をもつことが必要だとした上で，限定責任能力の場合には自分を道具としたとは云えないので，原因行為を実行行為と認めることはできず，結果行為がそれ自体実行行為であるから，刑の減軽を認めるほかないこと，責任無能力の場合には，過失犯（母親が乳房をあてがったまま睡眠したため乳児を窒息死させたという場合。刑法第 210 条）や不作為犯（定刻に投薬の必要のある重病者の保護責任者がこれに投薬しない目的で定刻前に飲酒して泥酔に陥る。刑法第 218 条）については原因行為に実行行為を認めることが比較的容易であるが，故意による作為犯（泥酔中に人を殺すつもりで飲酒したという場合）については原因行為に実行行為を認めることは困難な場合が多い[19] と論ずる（**間接正犯類似説**）。大塚説[20] も，團藤説と同様に，原因において自由な行為を，行為者が故意又は過失によって自分自身を心神喪失状態に陥れ，その状態における身体的動静を道具のように利用して犯罪を実現する場合であるから，他人を道具として利用する間接正犯に類似するものと理解でき，そうすると，行為者に責任能力のあった時期における，自由な意思状態での原因行為に一定の犯罪を実現させる**現実的危険**が含まれているとき，これを実行行為と認めることができるが，実際には，故意による原因において自由な行為の認められる事態は少ない[21]と論ずる。しかし，大塚説は，團藤説とは異なり，自己の心神耗弱状態を利用する場合につき，「行為者が自己の心神耗弱状態を利用して犯罪を実行する意思でことさら心神耗弱状態に陥り，予期のとおりに犯罪を実現した場合には，その心神耗弱状態における行為は，明らかに原因行為に規定されて道具的に利用されていると評価しうる」と論じて，「正犯の背後の間接正犯」[22] を認め，刑法第 39 条第 2 項による刑の減軽を否定する。しかし，間接正犯類似説からは，自己の限定責任能力状態を利用した場合には，刑の減軽を認めざるを得ない

ではないかという疑問が生ずる。限定責任能力者の行為を利用した間接正犯というのは認められないからである。これら3説に共通していることは，故意による作為犯につき，実行行為と責任の同時存在の原則を貫こうとして，実行行為を通常の犯罪の場合よりも早い段階に認めることである。しかし，ある行為が実行行為であるか否かは責任能力の有無とは関係のない構成要件該当性の問題であるから，責任能力の有無によって実行行為が遡るというのは理論的に奇妙なことである(23)。

近時は，西田説(24)が，**実行行為説**（間接正犯説）を唱え，原因において自由な行為を，自己の責任能力低下状態を利用した間接正犯として構成し，原因行為が実行行為であって処罰の対象であるが，ただ，原因行為自体は予備行為であっても，結果行為の時点で**遡及的に**実行行為になること，原因行為が実行行為たりうるためには，原因行為と結果行為との間に相当因果関係があること，そのためには，責任能力の低下による犯罪的意思の維持・強化と結果行為の自動性（例えば，飲酒すれば乱暴する習癖がある）が必要であること，さらに，原因行為を実行行為として処罰するには，原因行為時の故意によって結果が支配されたこと（故意の連続性）が必要だと論ずる。井田説(25)は，実行行為と責任の同時存在の原則を維持することから出立して，間接的な原因設定行為に正犯性の基準が満たされている限りで，これに構成要件該当性を認めることができると論ずる。過失犯では，拡張的正犯概念が妥当するので，結果回避義務違反行為，これと結果との間に相当因果関係，結果回避可能性の関係があれば正犯性が認められる。故意犯では，原因行為と結果との間に相当因果関係が必要であり，加えて，正犯性を肯定するためには，原因行為に基づいて最終結果が意思的に実現されたという関係が必要である。故意の要件として，最終結果についての故意と自己を正常な精神的・心理的能力を失わせることの故意が要求される（二重の故意）。

② **限定的前倒し理論**　本説(26)は前倒し理論の問題点を考慮した理論である。とりわけ近時の裁判例によって支持される本理論によれば，原因において自由な行為の構成は，なるほど前倒し理論に基づいて可能であるが，しかし，犯罪形態によっては原因において自由な行為は考えられない。例えば，前倒し理論は間接正犯的構成をとるが，少なくとも**自手犯**では間接正犯的構成を用いた根拠づけができないからである(27)。**行為被拘束犯**でも，構成要件においてすでに所為行為が具体的に記述されているので，これを直ちに飲酒行為と同一視できない。貨物自動車の運転手が休憩時間に酒を飲み，酩酊したが，引き続き運転を継続し責任無能力に陥った状態で2人を轢殺したという事案〔事例2〕で，連邦通常裁判所第4刑事部(28)は，刑法第315条c（道路交通危険罪），第316条（交通における酩酊罪），道交法第21条（無免許運転罪）への原因において自由な行為の適用を否定した。その理由は，道路交通犯罪というのは，自動車運転という行為を前提としており，これを自動車運転と単に因果関係にある行為と同じ意味だと理解することはできず，

したがって，先行する飲酒・酩酊行為を構成要件行為と見ることはできないというものである。

本理論に立つ論者の中には，**過失の原因において自由な行為**を認める者もいるが[29]，その構成を必要としないとする者もいる。その理由は，これによって把握される事例は直ちに「通常の」過失構造に統合されうるからというものである。少なくとも，結果犯では，いかなる注意義務違反（飲酒・酩酊行為も）も，これによって結果が因果的に惹起され，予見可能だった限り，可罰性には十分である。上記連邦通常裁判所も，刑法第 222 条（過失致死罪）に関して，原因において自由な行為という法形象を必要としないと説示した。死亡結果に関連した一切の注意違反行為に構成要件該当性が認められるので，飲酒・酩酊行為を所為行為と見ることができるというのがその理由である。そうなると，本説は，前倒し理論を大幅に限定することになるので，主として故意の結果犯が原因において自由な行為によって処罰されうることとなる[30]。上記〔事例１〕では，本説によっても殺人未遂罪が成立する。しかし，甲が友人乙を助けるために法廷で嘘の供述をするつもりだが，しらふでは嘘がつけないと感じ，心理的抑制を解くために事前に薬物を施用し，責任無能力状態に陥ったが，裁判官に気づかれることなく，宣誓しないで偽りの供述をしたという場合（フルシュカの設例。〔事例３〕）[31]，刑法第 153 条（宣誓しないでする偽りの供述罪）は自手犯なので，本罪は成立しない[32]。

本説は，未遂可罰性が前倒しされすぎるという批判には，間接正犯におけるのと同様の問題解決方法で対応できると論ずる。

③　**拡張理論（拡張モデル）**　本説[33] は原因において自由な行為の適用範囲を限定しない。本説は，飲酒・酩酊行為は構成要件行為でなく，不法とは無関係な予備行為であると捉えるので，構成要件行為を飲酒・酩酊行為に前倒することはしない。責任無能力の状態で未遂に至ると，予備行為が責任の面で重要になる。刑法第 20 条の「所為（Tat）の遂行」という文言は，責任の面で重要な先行行為も把握されるように拡張解釈されるべきである。さもなければ，責任評価と責任帰属が所為時点に限定されなくなってしまう。かくして，飲酒・酩酊行為も後に行われる完全酩酊下の行為も「所為」と見られうる。所為の概念は責任の面（！）で重要な先行行為も把握する。すなわち，それ自体単なる予備行為だった行為が**回顧的に**所為遂行の一部分となる。飲酒・酩酊行為は予備行為であるが，結果行為が行われると，飲酒・酩酊行為が事後的に見て責任能力のある状態で行われた所為遂行の最初の部分である。行為者はこの先行行為で既に義務違反的に後の所為の遂行に対する危険を設定している。但し，このことは，行為者が飲酒・酩酊行為の開始をもって刑法第 22 条の未遂犯規定の意味での「構成要件の実現のための」直接的開始となることを意味しない。未遂犯規定は，「所為についての表象」と「構成要件実現のための」直接的開始に焦点を合わせている。刑法第 20 条の「所為」概念は刑法第 22 条の定める「構成要件の実現」とは

幾分異なり，しかもより広い概念である。そうすると，行為者は，完全酩酊下の行為を開始したときにはじめて直接的開始が認められる。未遂の可罰性は完全酩酊下の行為に結びつき，飲酒・酩酊行為の時点に結びつくのではない。上記〔事例１〕では，殺人未遂罪は成立しない。上記〔事例２〕では，道路交通犯罪が成立する。上記〔事例３〕では，宣誓しないでする偽りの供述罪が成立する。

本理論に対しては，①既に刑法第 22 条の未遂犯規定によって拡張されている形式的構成要件概念が，本理論の実質的観点によって巧みに隠されてしまうこと，②未遂の開始にも重要でないとされる，それ自体として処罰されない行為がすでに不法の根拠づけのためにともに取り込まれるなら，それは「所為（Tat）」という概念の語義限界を超えるものであること，③刑法第 17 条（禁止の錯誤）や第 35 条（免責緊急避難）第２項の「所為（Tat）の遂行において」も本理論の意味での理解とは異なっているとの問題点が指摘される(34)。

わが国で本理論に近似した説を展開するのが自説を「**事後的実行行為時責任説**」と呼ぶ山中説(35) である。本説は，「実行行為とは危険創出による事前的な潜在的実行行為が具体的危険の発生した事後の時点で実行行為と評価されるもの」という観点から出立する。行為者の「本来的な」潜在的実行行為は，最終的な危険創出行為である「結果行為」の開始時にあり，責任無能力状態での潜在的実行行為は規範的障害を生じえない因果の流れに委ねられた因果的事象であるので，潜在的実行行為は原因行為に支配されうる因果的結果である。原因行為はその後規範的コントロールの効かない行為に転化する。原因行為は潜在的実行行為と連続し，その一部に組み込まれることになり潜在的実行行為の資格をえた原因行為は，**事後的**に結果行為が行われた時点以降，「実行行為」（正犯行為）となる。規範的障害を排除する「支配」が認められれば故意犯が，その「支配可能性」が認められれば過失犯が成立する。本説によると，原因行為たる飲酒行為の後，酔いつぶれてしまって結果行為にまで至らなかった場合には，実行行為はなく，未遂は成立しない。本説は，つまるところ，事前の観点からは予備行為に過ぎない行為であっても，事後的観点から実行行為と見ることのできる場合があると主張するのであるが，そうすると，原因行為の時点では行為者に働きかけられる行為規範がいまだ確定していないという問題が生ずる。

④　**不法理論（不法モデル）**　本説(36) は拡張理論と似た構成をとり，原因において自由な行為を全面的に認める。原因において自由な行為の場合，構成要件行為や責任の前倒しは行われないが，しかし，責任無能力を招来する行為が「**実質的不法考察**」に取り込まれ，これにより可罰性が根拠づけられる。実質的不法には，構成要件に定められた行為だけでなく，法益の尊重要求を既に侵害している前域にある行為も属する。この点で，責任能力を失わせる障礙を基礎づける行為が不法構成要件によって全く一般的に把握される。未遂の成立時期が前倒しされることはない。未

遂は酩酊下の行為それ自体が開始されてはじめて可能である。未遂と予備の境界は可罰行為と不可罰行為の区別に関係するに過ぎない。このことは予備行為を不法とみることを排斥しない。この行為を不法評価に組み入れることは，未遂開始の確定とは別の問題である。本説は責任主義にも反しない。酩酊をもたらす行為は，未遂の開始とは関係なく，不法構成要件によってすでにともに包括されており，この点で，責任関係の対象でもあるからである。上記〔事例 1〕では，殺人未遂罪は成立しない。上記〔事例 2〕では，道路交通犯罪が成立する。上記〔事例 3〕では，宣誓しないでする偽りの供述罪が成立する。

本理論には，なぜ，構成要件該当行為に属さない要素が不法考察にあたりともに取り込まれるべきなのかという点に問題がある(37)。

B　例外理論(責任解決モデル)　本説(38) は，原因において自由な行為の適用範囲を限定しないが，上記の諸理論と全く異なった取り組みをする。構成要件的行為は，酩酊を招来する行為でなく，責任無能力状態における行為である。原因において自由な行為は，「所為の遂行にあたって」責任能力の存在を要求する刑法第 20 条の，単に表見的例外なのではなく，本当の例外である。所為の遂行にあって欠如している責任は有責な先行行為によって相殺される。ここで問題となっているのは，責任非難の前倒しというよりは，むしろ行為者に刑法第 20 条の援用を妨げるということである。行為者は酩酊を招来する行為により責任無能力にも後の酩酊下の行為にも責任を負うからである。刑法第 20 条の規範は**権利濫用思想**を考慮した目的論的**縮減**を必要とする（限定解釈)。行為者が後に遂行される所為を考慮して自ら責任能力を失う者は，刑法第 20 条に定められた同時存在の原則を頼りにすることはできない(39)。責任無能力を隠れ蓑にした犯行に及んでも不処罰とされることを期待する行為者の権利濫用戦術を成功させてはならないのである。実際，権利濫用原則は刑法で様々な形をとって行為者に不利益な働きをする。例えば，挑発防衛の場合，正当防衛の可能性は制限される。例外理論は責任主義に反するものではない。というのは，責任主義というのは**不法と責任の合致**（Kongruenz）を要求するのであって，その同時存在（Koinzidenz)を要求するわけではないからである。例外理論は罪刑法定主義にも違反しない。罪刑法定主義は総則の領域では限定的にしか妥当せず，そうでなくても，原因において自由な行為という法形象は判例，学説の長い伝統に基づき既に**慣習法**となっており(40)，同時存在原則の判例法上の例外は基本法の下での立法者によっても受け入れられている。1969 年の第 2 次刑法改正法に遡る現行刑法第 20 条の規定当時，原因において自由な行為の法形象は知られていたのであり，立法者はこれを廃止しようとはしなかった。本説によれば，上記〔事例 1〕では，殺人未遂罪は成立しない。上記〔事例 2〕では，道路交通犯罪が成立する。上記〔事例 3〕では，宣誓しないでする偽りの供述罪が成立する。

本説は前倒し理論を次のように批判する。①制禦不能状態での犯罪の遂行を回避するという目的で，自己の責任能力を失わせることの禁止規範を定立することはできよう。しかし，窃盗をするなという禁止規範から，この禁止を遵守しうるために，飲酒・酩酊行為をするなという禁止規範を導出することはできない。②責任無能力を招来することは一般刑法理論によれば予備行為に過ぎない。これを構成要件的行為と見るなら，未遂の境界域が許されない形で前倒しされることになるが，このことは中止未遂で問題を生じさせることに繋がる。③単なる結果惹起を超えて特別の行為無価値を必要とする犯罪は，責任阻却の障礙をもたらす行為を既に構成要件行為と見ることをはじめから許さない。④間接正犯の思想は原因において自由な行為の状況に合わない。行為者が同時に刑法第 25 条第 1 項の意味での「他人」とはなりえない。さらに，間接正犯との類似性を指摘しても，それは原因において自由な行為の統一的な説明にも役立たない。例えば，自手犯は間接正犯の形態をとりえないからである。又，④行為者は責任無能力になった後に続く事象をまだ手放していないこと，つまり，未遂の開始時期が許されない形で前倒しされることが無視されている(41)。

本理論に対しては，①刑法第 20 条の行為者に不利益な不文の例外を認めることは憲法上疑問があり，基本法第 103 条第 2 項（罪刑法定主義）の文言と一致しない。罪刑法定主義を総則に妥当させないことの理由が分からない。②権利濫用思想が可罰性の拡大として従来以上に大幅に援用されるなら，法的不安定が促進されるとの問題点が指摘される(42)。

わが国では，佐伯説(43) が夙に，責任と行為の同時存在というのは絶対的な原則でなく，行為が責任無能力の状態で行われ，それが自己の責めに帰すべき事由により惹起されたと考えられるかぎり，その非難可能性を問われることは免れないと論じていた（**非難可能性説**）。この問題提起を受けて，中説(44) は，責任能力と実行行為の同時存在というのは，形式的に同時存在することに絶対的意味があるわけでないこと，故意・過失によって表象され又は表象可能であった実行行為が**行為者の規範意識によって抵抗又は抵抗可能**であり，これによって支配又は支配可能であるとするところにこの原則が生じた理由があること，原因において自由な行為においては，責任無能力時の実行行為が能力時の表象（病的酩酊後又は麻薬注射後殺傷に及ぼうという表象）又はその可能性によって，飲酒又は麻薬を注射しようか否か，ひいてはこれと因果関的に繋がる実行に及ぼすか否かが支配され又は支配可能であったのであるから，同時存在の原則を生じさせるに至った実質的理由に緊密に相即すると論ずる（**原因行為時規範支配可能性説**）。本説は，原因行為時に結果支配可能性があることにより，実行行為時の責任無能力が補塡されるとするのに対し，西原説(45) は，責任能力は，必ずしも実行行為の当時にある必要はなく，原因設定行為をも包括する「行為」の当時に存すれば足りること，なぜなら，責任能力の判断を含む責任評価は，違法行為そのものでなく，違法行為をなした行為者の意思決定に向けられるのであり，この意思決定は行為の

開始時よりももっと以前になされることがあること，原因において自由な行為の可罰性はここから導かれると論ずる。原因において自由な行為の場合，責任能力のあるときの原因設定行為と，それの失われたときの現実の違法行為とは**一つの意思決定に貫かれた一つの行為**と考えられる。通常は，原因設定行為は単なる予備行為であり，現実の結果惹起行為が実行行為である（**意思決定時責任説**）。

さらに，平野説[46]も，行為と責任能力との「同時存在の原則」を否定することはできないが，この原則の下でも，結果行為のときに責任能力がなくても，原因行為のときに責任能力があれば，結果たる行為に対しても責任を問うことができること，実行行為について客観説に立つと，原因行為と責任能力との同時存在は必要であるが，原因行為は必ずしも実行行為である必要はないので，実行行為と責任能力との同時存在は必ずしも必要でないと論ずる。すなわち，平野説は，**正犯行為**と実行行為を分離し，実行の着手概念は「その段階にきたとき処罰するという段階を画する概念」であり，酒を飲む行為は，実行行為ではないが，正犯者を正犯者として処罰する要件となる行為であるから，これを正犯行為と呼ぶ。さらに，平野説は，原因において自由な行為を二つの形態に分けて論ずる。①原因行為者の意思と連続的に結果行為の意思が生じている場合（例えば，はじめから殺傷の行為をする意思がある場合）には結果について故意責任を問うことができるが，しかし，②原因行為者の意思といわば不連続的に結果行為の意思が生ずる場合(例えば，飲酒･酩酊すれば，酩酊状態が原因となって殺傷の意思が生じる場合)，犯意の発生と飲酒行為との間に相当因果関係があるとは云い難い場合が多く，故意責任が認められるのは稀であると論ずる（**意思決定実現説**）。本説には，（単独）正犯行為＝実行行為という従来の考え方に変更を加えるものであるが，そのことによる概念的混乱に勝る理論的利点があるのかという疑問が生ずる。

平野説を発展させたのが内藤説[47]である。本説は，「実行行為」の実質的内容を一定の結果発生の危険性の惹起と理解し，したがって，未遂犯成立のために必要とされる結果発生の具体的危険性を意味するわけでないということから出立して，相当因果関係判断を，①相当因果関係の起点としての「実行行為」がもつ結果発生の危険性（行為の危険性＝結果を発生させる相当な危険性）と，②その「実行行為」の危険性の結果への相当な実現（因果経過の相当性）に分けて分析できるが，①の実行行為は未遂犯成立のために必要とされる結果発生の具体的危険とは異なると論ずる。原因において自由な行為の可罰性を肯定するためには，原因行為（因果関係の起点としての「実行行為」）と結果行為・結果との間の**相当因果関係**が必要であり，その認定に当っては，原則として，飲酒・薬物使用等をすると身体・生命等を侵害する危険な行動に出る習癖の存在などの特別の状況の存在と，さらに，両者の間に時間的・場所的近接性が必要であること，さらに，両者の間に責任連関（故意・過失の連関）が必要であること，原因行為が故意によるものであり，その故意がそのまま結果行為に実現されたときにのみ，故意の責任連関が認められて故意犯が成

立すること，その可罰性が肯定されるときは，実行の着手時期を結果行為時，つまり（既遂）結果発生の具体的危険が生じたときに求める（**相当原因行為時責任説**）。本説は，相当因果関係の起点としての「実行行為」と実行の着手（結果行為）に分けて論ずるのであるが，このような手法もまた概念的混乱を招くにすぎないと云えよう(48)。

内藤説と並んで平野説を発展させたのが山口説である(49)。それは故意犯の成否につき，構成要件モデルと責任モデルを併用して説明する。①構成要件的結果を物理的に惹起した行為（結果行為）について故意が欠ける場合でも故意犯が認められるためには，構成要件モデルに基づき，その行為以前の行為（原因行為）の時点で故意が認められるほか，原因行為が実行行為として把握しうることが必要である。原因行為に結果をもたらすことについての原因性が肯定されると，原因行為による結果行為を介した構成要件的結果の支配が認められ，原因行為には構成要件的結果惹起についての正犯性（実行行為性）が認められる。不作為犯の場合には原因行為の原因性を肯定するのは容易であるが，作為犯の場合には，作為意思の発動が結果遂行のために必要であるから，原因性を肯定することには困難がある。原因行為の時点での故意としては，原因行為自体により構成要件結果を惹起する意思が認められるときは，構成要件的結果惹起の認識・予見で足りるが，そのような意思がないときは，故意のない結果行為によって構成要件的結果を惹起する意思が必要である。②構成要件的結果を物理的に惹起した行為（結果行為）に結果惹起について故意が認められる場合，責任モデルに基づき，この結果行為自体を実行行為と捉え，非難が不可能となった状態で構成要件的結果を惹起したことについての非難を媒介することにより，当該行為への非難が可能となる。原因行為について，責任能力の喪失・減弱を直接惹起したことが非難可能であればよいから，責任能力喪失・減弱についての認識・予見までは不要であり，その予見可能性で足りる。

C　不両立理論　本説(50)は，原因において自由な行為という法形象が現行法と両立せず，問題となる事例には刑法第 323 条 a の適用しか考えられないと主張する。この法形象は，「所為の遂行に当って」責任能力の存在を前提とする刑法第 20 条の文言と矛盾する。したがって，刑法第 20 条の文言を超えて可罰性を拡大することは基本法第 103 条第 2 項（罪刑法定主義）に反する。罪刑法定主義は各則の構成要件解釈ばかりでなく，総則規定の解釈にも妥当する。刑法第 20 条の例外を慣習法に基づかせることはできないのは，刑罰を根拠づける慣習法というのは許されないし，基本法第 103 条第 2 項に反する。そもそも例外理論というのは慣習法を基礎づけていると思われている判例の採用するところでない。障礙状態を招来する行為を所為の遂行と見ることはできない。このことは自手犯だけでなく，一般的に妥当する。飲酒・酩酊行為を殺す，窃取する，損壊する等と見ることはできない。酒精飲料によって招来された刑法第 21 条の限定責任能力の状態で所為を遂行するとき，飲酒・酩酊行為をもって所為行為と見る者は誰もいない。このことは先行

行為をもって構成要件行為と見ることがいかに許されない技巧であるかを明らかにしている。それに，「戦闘能力を失った」行為者を，間接正犯の構成と類似して，時限爆弾と同視することは，多くの場合証明できない，所為に対して責任無能力の因果関係のあることを信頼していることになり，原因において自由な行為の場合，いわゆる道具がまだ目的的に活動しなければならないことを無視している。必要なことは，刑法第 20 条に明白な例外規定を設けることである。こういった例外規定は，刑法第 35 条第 1 項第 2 文（自招危難）に見られる。但し，刑法第 323 条 a で適切な処罰ができているという指摘がなされることもある。責任無能力状態で犯行を犯す者は，刑法第 323 条 a によってしか処罰できない。上記〔事例 1〕では，殺人未遂罪は成立しない。上記〔事例 2〕では，道路交通犯罪は成立しない。上記〔事例 3〕でも，宣誓しないでする偽りの供述罪は成立しない。

本理論には，原因において自由な行為の適用を認めないと，処罰の間隙が生ずること，刑法第 323 条 a の適用が可能でも，それは所為の不法・責任内実が十分に把握されていないという問題点が指摘される(51)。

わが国では，浅田説(52) が，「『行為と責任能力の同時存在の原則』は，責任主義の要請であり，その行為をまさに処罰の対象とされている『実行行為』と解することは，罪刑法定主義の要請であって，責任主義と罪刑法定主義を厳格に維持するかぎり，処罰を断念するほかない」と論ずる。そうすると，責任無能力のときは不可罰，限定責任能力のときは刑の必要的減軽となる。

D　総括

(a)　**責任主義と原因において自由な行為の両立性**　原因において自由な行為という法形象は責任主義の適用除外例ではない。原因において自由な行為では，行為者は構成要件充足の時点で責任無能力の状態にある。不法構成要件の充足に責任を問えないとすれば，行為者は所為遂行の「無料証書」を手に入れることになろう。行為者は自己を所為遂行のための責任無能力の道具にすればよいことになるからである。これは刑事政策上耐え難いことである。しかし，行為者は，直接の所為遂行の前の時点で既に構成要件的故意を有するか，所為遂行の予見ができ，しかも，認識と意欲をもって又は回避可能にもかかわらず，所為行為への答責を排除する状態へ自らを陥れるとき，行為者に責任を問うことは可能である。こういった場合，所為行為は責任能力のある状態における先行行為（原因設定行為）との連関で行為者に非難可能なのである。所為行為責任の検証は，結果を惹起する構成要件行為をする決定可能性がまだ「自由」だった時点に前倒しされるのである。不法構成要件の充足は責任無能力の時点である。行為責任の判断時点だけが前に移されるのである。後続行為と因果関係のある，先行する原因設定行為時の行為者の意思形成を非難することはできる。責任主義というのは，少なくとも不法に責任を問えることを要求するのであっ

て，必ずしも不法と責任が「同時に存在」することまで要求していない(53)。したがって，限定責任能力中の違法行為に対する原因において自由な行為の適用も可能である(54)。なお，行為者が，完全に責任能力のある状態で実行行為を開始したが，犯行の途中において限定責任能力に陥っても，刑法第 32 条第 2 項の適用はない(55)。

⑹ 原因において自由な行為の形態

（aa） 故意の原因において自由な行為　故意の原因において自由な行為の適用には，いわゆる「**二重の故意**」，つまり，行為者が責任能力のある時点において，完全酩酊状態で故意の所為行為をする故意と完全酩酊を招来する故意（完全酩酊を招来すること自体は構成要件該当行為でないので，本来的意味での故意とは異なる）があることが前提となる。というのは，責任主義の観点から，行為者が「具体的所為に関して意識的に自己の弁識能力，制禦能力を失わせた」(56) ということが不可欠の要件となる。行為者が犯行の決意する時点での責任が後の構成要件実現との関連で決定的に重要だからである。構成要件該当行為の時点で責任無能力になっているが，それでも故意犯で処罰可能なのは，所為決意の形成に責任が問えること，そして，この所為決意に基づく行為故意が所為時点まで継続しているからである。すなわち，行為の制禦要素としての行為故意が責任要素としての故意に繋がっている（故意の二重の地位）(57)。すなわち，所為の時点において構成要件的故意の存在が必要である。したがって，「三重の故意」(58) が必要となる。甲は行きつけの居酒屋でやはりその店の常連客である乙に暴行を加えるつもりで，事前に乙が来店することを知って待っていたが，予期に反して乙がなかなか現れないので，退屈紛れに酒が進み，予期せず完全酩酊に陥ったところ，ようやく現れた乙を責任無能力状態で殴って怪我させたという場合，故意に酩酊したわけではないので，傷害罪は成立せず，過失致傷罪しか成立しない(59)。

飲酒・酩酊時点では故意がなかったが，後に責任無能力状態で故意行為に出たが，飲酒時点でこの故意行為を予見できたという場合について，回避可能な禁止の錯誤や自招避難との類似性から，犯罪の行われる責任無能力状態を回避でき，しかもかかる犯罪の遂行を少なくとも予見できたとき，故意犯の成立が認められるとの見解がある(60)。しかし，この見解は適切でない。これによると，責任無能力状態で故意行為をおこなったが，事前に計画もなかったし，認容もなかった行為者が，意図的に責任無能力状態を招来して犯罪を行う者と同様に扱われ，刑の軽減が認められないことになる。しかも，故意の原因において自由な行為を支える権利濫用の点からも問題がある(61)。

故意は**未必の故意**，すなわち，責任無能力になることと，完全酩酊下で所為行為に出ることを本気で可能だと考え，甘受することで足りる(62)。したがって，行為者が，飲酒によって責任能力を失っても，犯行に及ぶことはないと信頼しているとき，完全酩酊下の行為に関する故意は存在

しない(63)。完全酩酊下の所為に関する故意は，詳細にわたらないまでも，**具体的所為**に関係しなければならない。したがって，完全酩酊下で何らかの所為をするつもりで飲酒・酩酊するだけでは足りない(64)。例えば，甲は，何もかもうまくいかず，そのいらいら感を解消するために，殺人でも，強盗でも，窃盗でも何でもいいから何か犯罪を行うつもりで飲酒・酩酊し，病的酩酊下で乙を殺害したという場合，飲酒・酩酊行為時点では故意はまだ具体化していないので，過失致死罪しか成立しない(65)。所為行為が傷害行為に具体化されていても，責任無能力下の行為が殺人だったというような別の犯罪のときも，殺人罪は成立しない(66)。これに対して，同一構成要件内の所為であって，計画からのずれが著しくないとき，例えば，予定の場所とは異なった場所で強姦をしたという場合，強姦罪は成立する(67)。**概括的故意**でも足りる(68)。例えば，甲は，居酒屋で酒を飲んでいたが，何もかもうまく行かないので，そのいらいら感を解消するために，酩酊状態でこれから来る最初の来店客を殴るつもりで飲酒し，事実最初の客に暴行を加えたという場合，被害者は不特定であるが，犯罪行為は特定しているので，傷害罪の成立がある(69)。後続行為の段階でも構成要件的故意が引き続いて存在する必要がある(**構成要件的故意の連続性**)。**故意の入れ替わり**，すなわち，責任無能力状態でそれまで有していた故意に代わって別の故意が生じ，この所為行為をしたという場合，当該犯罪は成立しない。例えば，甲は，乙を強姦する意図で飲酒・酩酊し，責任無能力状態で乙を襲ったが，乙の止めてほしいとの懇願で心変わりをし，性的意図を放棄したが，金銭領得目的で乙のハンドバックを奪ったという場合，強姦罪の中止未遂が成立するが，強盗の故意は責任無能力状態下で生じているので，強盗罪は成立しない(70)。

完全酩酊下の行為者に結果行為の時点で**客体の錯誤**が見られるとき，この行為を先行行為時の故意の実現と見ることができるかが問題となる。例えば，甲は完全酩酊状態で乙に傷害を負わせるつもりで飲酒･酩酊し，実際に完全酩酊状態で乙だと思って殴って傷害を負わせたが，後になって乙ではなく，丙を殴っていたことを知らされたという場合，所為行為は行為者の当初の計画から著しくずれているので（方法の錯誤），過失致傷罪と暴行罪（傷害未遂）の観念的競合となることが考えられる(71)。しかし，行為者が飲酒・酩酊行為時に，完全酩酊下の所為行為にあたって客体の同一確認をしなければならないと考えていたときは，客体の錯誤と見られるべきである。行為者は責任無能力下であっても外形から被害者を特定することによって，当初の故意を実現しているからである。上記の甲は傷害罪に問われる(72)。

責任無能力状態における行為が所為行為であるから，行為者がこの時点で所為を任意に放棄すれば，未終了未遂の中止が成立する(73)。

（bb） 過失の原因において自由な行為　①後に所為行為をするつもりで，少し自分自身を勇気づけるため飲酒したところ，何者かがそのグラスに強いアルコールを注いでいたため思いがけず

完全酩酊に陥り，その状態で犯行に及んだという場合，②後に傷害の所為行為をするつもりで飲酒・酩酊し，完全酩酊に陥ったが，その状態で誤って物を落下させ怪我させたという場合，③後に所為行為をするつもりなく，しかし，故意に飲酒・酩酊をし，責任無能力状態で犯行に及んだという場合も過失の原因において自由な行為である。さらに，④後に所為行為に出るつもりもないし，完全酩酊状態に陥ることに故意もないが，この状態で犯行に及んだ場合，いずれも過失の原因において自由な行為が問題となる(74)。但し，少なくとも結果犯では，過失犯の一般理論に従い，飲酒・酩酊行為自体に客観的注意義務違反が認められることが多いので，原因において自由な行為の法形象を用いる必要はそれほど多くないであろう(75)。もとより，ビールの入っているグラスにアルコール度数の高い火酒が盛られたのに気づかず，飲用して完全酩酊に陥ったという場合，完全酩酊に陥ることに過失すらなく，この状態で所為行為に出ることの予見も可能でないので，過失の原因において自由な行為の適用はない(78)。

E　実行開始後の責任能力の低下

実行行為の開始後，責任無能力又は限定責任能力に陥った場合は，原因において自由な行為と区別されるべきである。この場合，実行行為の開始によって未遂の可罰性は肯定されるが，既遂の可罰性も肯定されうるかということが問題となる。責任能力のある状態で行われた行為には未遂犯が成立することには問題がない。問題となるのは，実行行為の開始後，行為者が情動障礙により責任無能力に陥り，この状態で行為を続行し，既遂に至った場合である。例えば，行為者は，殺害の意図をもってハンマーで被害者を殴りつけたものの，まだ致命傷を与えてはいなかったが，この行為により責任能力を排除する血の酩酊に陥り，この状態でさらに殴り続け死に至らしめた(77) とか，被害者を刺殺する意思でナイフを上着ポケットから抜き出したときにすでに責任を排除する情動性健忘症に陥り，この状態で被害者を 38 回刺して殺害したという場合である(78)。こういった場合，行為者は第 2 行為のときに責任無能力か限定責任能力状態にあるのに対し，ヴェーバーの概括的故意の場合，行為者は第 2 行為のときに故意をもっていない(79)。実行開始後の責任能力の低下の事例というのは**客観的帰属**の問題として扱われうる(80)。すなわち，現実の事象経路が，責任能力のある時点で表象した事象経路から著しく外れていない云えるとき，既遂犯の成立が認められる。責任無能力の発生が一般的生活経験から予見可能なものの範囲内にあるとき，既遂犯の責任を問うことができる。結果の発生が行為者の本来の計画に沿っているとき，行為者の責任能力は結果の発生に至るまで存在する必要はないのである(81)。このことは実行行為中に限定責任能力に陥った場合も同様である(82)。

これに対して，行為者がなお責任能力のある状態で終了未遂に達している場合ですら，既遂犯の成立を否定する見解がある(83)。しかし，この見解には疑問がある。行為者は，未遂の終了に至るまで事象を支配していたことにより，完全な行為無価値を有責に実現したのであり，これに基

づいて生じた結果無価値は故意に惹起されたものとして行為者に帰属可能であるからである(84)。

既遂犯の成立を一切否定するのでなく，行為者が未遂の終了前に責任無能力に陥った場合にのみ未遂犯に留まる（場合によっては過失犯との観念的競合）という見解もある。この場合，行為者は既遂犯の完全な行為無価値を有責に実現しなかったというのがその理由である(85)。しかし，この場合も，行為者が未終了未遂の形態に過ぎないとしても所為決意を行為に表したときすでに，結果発生の危険は完全に行為者に帰属できる(86)。

わが国では，実行行為開始後の責任能力の低下の事例を客観的帰属ではなく，**原因において自由な行為**として扱う見解が見られる。実行途中で完全な責任能力を喪失した事例も，構成要件的結果惹起した行為の時点において完全な責任能力を認めることができない点において，一般の原因において自由な行為の事例と同様であるとして，①結果行為時に故意が存在しなかった場合，原因行為時に結果惹起意思があることから故意が認められ，結果惹起に向けた一連の行為の遂行が開始されているので，故意犯が成立し，②結果行為時に故意が存在した場合，原因行為時に結果惹起に向けた一連の行為をなす意思の現実化があり，当初の犯罪的意思（故意）が一貫して一連の実行行為の遂行へと現実化していることを認めやすく，故意犯の成立を認めるのが容易であるというのである(87)。しかし，このような事例に原因において自由な行為を適用する余地はまったくない。実行行為時に責任能力が存在する限り，その実行行為と結果との間に相当性連関，危険連関があれば，行為者に結果を帰属させることができるからである。実行行為時に故意があれば故意犯が成立する(88)。客観的帰属とは異なるもう一つの接近方法は，**行為態様の一体・一個性**に焦点を合わせる見解である。すなわち，「責任能力の低下後に行為者に新たな認識が生じ別の行為が行なわれたと見るべきでないのであれば，行為は全体として一個であり，行為者はその全体について責任を負う」と論じられる(89)。しかし，行為態様の一体・一個性の判断規準が明確に展開されていないし，さらに，それが認められるとなぜ結果惹起行為にも責任能力が肯定されるのかも不明である(90)。その外，同時的コントロールが重要であり，したがって，原因において自由な行為を否定する立場から，責任能力のある状態で殺人の実行に着手し，心神喪失状態で致命傷を与えた場合，完全責任能力の下での殺人未遂（有罪）と心神喪失状態での殺人既遂（無罪）に分け，心神耗弱状態で致命傷を与えたときは，完全責任能力の下での殺人未遂と心神耗弱状態での殺人既遂に分けたうえ，未遂は既遂に吸収され，刑の必要的減軽を認めるべきとの見解もある(91)。

行為者が殺人の決意をしたが，すでに予備の段階で責任を排除する「癲癇状態」に陥り，この状態で犯行に及んだとき，実行行為の段階では責任故意を有していないので，犯行が責任能力のある状態で練られた経過に合致していても，既遂犯はおろか未遂犯も成立しない(92)。

注

（1）Vgl. *K. Seelmann*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2009, 77 ff.; *J. Hruscka*, Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters. Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwZStrGB, SchwZStR 90 (1974), 48 ff., 61 ff.

なお，第 19 条第 4 項が責任説を前提としていることについて，*F. Bommer, V. Dittmann*, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., Art. 19 Rn 19「責任無能力は行為者が構成要件該当の**故意**を形成しえないということを意味しない。むしろ，完全に責任無能力の者も故意で行為をすることができる（……）。したがって，責任能力の問題は故意と関係しない（……）。**制禦能力**の要素が問題となる限り，このことはすぐに明白に分かる。すなわち，責任能力のない状態で（目的合理的）行為が為されうるのは，普通は存在する心理的抑制がまさにアルコールや麻酔剤使用のために麻痺しているからである。このことは故意になんの影響ももたない。そうでないなら，責任無能力者が，原因において自由な行為の原則によって，**故意で**為された犯罪に対して責任を問われうるか否かという問題は生じないだろう（……）。同じことは**弁識能力**にも云える。弁識能力の対象と故意の対象は本質的な点で異なる。所為が不法であることの弁識は，規範の存立と有効性を把握する規範的評価行為を前提とするが，この評価行為は精神的障礙によって例外的に排除されることがある（……）。これに対して，故意では，感覚によって知覚されるか表象された所為事情に基づいて行為決意が実際に実現されることが問題となるのであって，これが基本的には不法の弁識が欠如していても可能なのは，このために相応の評価行為を要しないからである」。酩酊下の行為に計画性が見られても，そこから責任能力を推論するのは危ういことについて，*G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT, 4. Aufl., 2011, § 11 Rn 24.

（2）わが国の 1974 年（昭和 49 年）改正刑法草案第 17 条は，「① 故意に，みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者には，前条の規定（責任能力）を適用しない。② 過失により，みずから精神の障害を招いて罪となるべき事実を生ぜしめた者についても，前項と同じである」と定める。

（3）オーストリアでは，既に 1913 年刑法草案第 3 条第 2 項が，「所為を行うために，自己を意識障礙の状態におく者はこの所為に責任を負わねばならない」と規定していた。今日，原因において自由な行為の法理は一般的法理論的考慮から導かれる。1971 年の政府刑法草案理由書は，この法理を書かれていない法形象と捉えている。「行為者が，『犯罪の目的なしに』（§ 2 lit. c StG）ではなく，完全酩酊下で所為を遂行する故意で完全酩酊を招くとき，この所為に責任を負うということは，一般的考慮から生ずる」。*O. Triffterer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Lfg., § 11 Rn 3; EBRV 1971, 78 rSp.

（4）ドイツ刑法第 323 条 a やオーストリア刑法第 287 条の酩酊罪は，不真正（処罰拡張的）客観的処罰条件を定めた規定と解されているが，責任主義に反するのではないかが問題とされている。酩酊それ自体を処罰する独立の構成要件が存在しないのは，酩酊行為という先行行為の抽象的危険性だけでは可罰性を基礎づけるのに十分とは考えられていないからである。ところが，酩酊罪は，結果の発生があると，これをそれに先立つ酩酊行為とともに不法中立的と見ず，刑罰を基礎づけることになる。すなわち，通常はそれ自体としては犯罪でない故意又は過失の酩酊をここから生ずる責任の問えない酩酊中の行為に対する基本犯として機能させようとする。酩酊が望ましくない逸脱行為として有する社会的攪乱値が結果の客観的発生と一緒になってはじめて可罰性の境界に達する。したがって，酩酊中の行為が犯罪類型的不法を一緒に基礎づけることになる。しかし，酩酊中の行為の有責性は要求されていない。酩酊中の行為は，責任無能力時の行為であるから，処罰されることはない。しかし，酩酊罪は，行為者が酩酊を避けることができた場合には，通常は処罰されることのない酩酊を処罰する。行為者の責任は酩酊の回避可能性にだけ関係するものの，本来，酩酊中の行為だけが重要であり，酩酊それ自体は重要でないので，酩酊罪の法定刑は，無責の酩酊中の行為に定められた法定刑の上限を

超えてはならないとされている。したがって，責任主義との衝突が免れ得ない。それでも，歴史的にも認められてきた少数の事例において刑事政策的理由から責任主義の例外が認められるとされる。*R. Moos*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2004, § 4 Rn 22 f.; *E. Steininger*, Strafrecht AT, Bd. 1, 2. Aufl., 2013, 16. Kap Rn 4; *H.-H. Jescheck, Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., § 53 I 2 b; *W. Brandstetter*, Grundfragen der Deliktsverwirklichung im Vollrausch: Eine strafrehtsdogmatische Untersuchung, 1992. これに対して，責任無能力に至るまで酩酊すること自体が抽象的に危険であり，それ自体が当罰的であるので，酩酊中の行為は可罰性を限定する客間的処罰条件と解するのが，*H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 22. Kap Rn 21 ff.

（5）Vgl. *B. Heinrich*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2012, § 19 Rn 597 ff.

（6）*Th. Rönnau*, Grundwissen - Strafrecht: Actio libera in causa, JuS 2010, 300 ff.; *Ch. Fahl*, Actio libera in causa, JA 1999, 842 ff. 内田文昭『刑法概要中巻〔犯罪論(2)〕』1999 年・248 頁以下，長井圓「ドイツ刑法における『原因において自由な行為』の理論生成と規定消滅の過程」私学研修 94 号（1983 年）119 頁以下。

（7）酩酊状態下の行為は，キリスト教神学でもロトの行為をめぐって議論された。日本聖書協会『聖書』創世記第 19 章 31－35「時に姉が妹に言った，『わたしたちの父は老い，またこの地には世のならわしのように，わたしたちの所に来る男はいません。さあ，父に酒を飲ませ，共に寝て，父によって子を残しましょう』。彼女たちはその夜，父に酒を飲ませ，姉がはいって父と共に寝た。ロトは娘が寝たのも，起きたのも知らなかった。あくる日，姉は妹に言った，『わたしは昨夜，父と寝ました。わたしたちは今夜もまた父に酒を飲ませましょう。そしてあなたがはいって共に寝なさい。わたしたちは父によって子を残しましょう』。彼らはその夜また父に酒を飲ませ，妹が行って父と共に寝た。ロトは娘の寝たのも，起きたのも知らなかった」。

（8）RGSt 22, 413〔被告人は交通量の多い道路を完全酩酊状態で一頭立て牛乳馬車を速足で進んでいたが，そこには舗装工事をしていた者が何人かいた。被告人はその荒っぽい馬を適時に停止させることができなかったか，作業者に大声で警告を発することができなかったので，その馬は荷馬車に背を向けていた作業者の一人を転倒させ，この被害者は牛乳馬車に轢かれ，重傷を負わされたという事案〕「重要なことは，行為者が，違法な結果が生じた瞬間に行為能力があったか否かではなく，結果をもたらす行為にとりかかったときに責任能力があったか否かである。行為者がその行為の後で生じた結果を意欲していたのか，あるいは，なるほど意欲していないが，しかし，ありうることだと予見できたか否かに応じて，行為者はこの結果を故意に又は過失で惹起したのであり，それ故責任を負う。行為者が，結果の発生時に無意識の状態にあり，それによって，その自由な意思決定がなくなっていたとしても，結論は変わらない」。

（9）オーストリア刑法は，日本刑法，ドイツ刑法，スイス刑法と異なり統一的正犯概念を採用しているので，この関連で特殊の事情のあることに注意を要する。オーストリアでは，「因果経路のきっかけとなる酩酊を生じさせる行為に，酩酊，因果経路の中で責任無能力状態状態で行われた行為がその結果とともに帰属される」（*Triffterer*, (Fn. 3), § 11 Rn 78）こと，所為行為（Tathandlung）は責任無能力状態を生じさせることであり，したがって，その他の可罰性条件も既にこの時点に存在しなければならないので，所為行為と責任能力の同時存在の原則は破られていないと解されている。このような理解では，原因において自由な行為の法理は具体的行為の定めのない殺人罪や物の損壊罪のような結果惹起犯には適合するが，強要罪とか強姦罪のような行為被拘束犯罪には適合しないのではという疑問が生ずるが，この問題は次のように解決される。オーストリア刑法第 12 条(全関与者の正犯としての扱い)は，「直接正犯者のみが可罰的行為をしているのでなく，他人に勧めて可罰的行為を実行するようにさせる，又はその実行に加功する（zu ihrer Ausführung beiträgt）各人も，可罰的行為を為した者である」と定めているので，責任無能力状態で所為を実行する直接正犯者は，責任能力状態においてなお後の実行への加功をするということが可能である。酩酊する時点でその他の犯罪成立要件が具備すれば，かかる正犯性が基礎づけられうる。さらに未遂の成立時期が問題となる。酩酊する行為

が所為行為と捉えられるので，所為決意が外部に現れたときに実行行為に接着した又は実行行為として未遂の可罰性を肯定することもありえるが，しかし，そうなると可罰性が広がりすぎることになるので，この考えは否定されている。ここでも統一的正犯概念から解決策が導かれる。酩酊する行為を後の犯罪実行への「加功」と捉えても，オーストリア刑法では，未遂の可罰性は，行為者が責任無能力の状態で直接的実行をするときにはじめて認められる。*Ch. Juhâsz*, Die strafrechtliche Schuldfähigkeit, 2013, 155 ff.

(10) Statt vieler *H.-J. Hirsch*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 22.8.1996, NStZ 1997, 230; *F. W. Krause*, Probleme der actio libera in causa, Jura 1980, 169 ff.; *M. Maurach, H. Zipf*, Strafrecht AT, Tb. 1, 6. Aufl., 1983, § 36 Rn 57; *I. Puppe*, Grundzüge der actio libera in causa, JuS 1980, 346 ff.; *R. Rengier*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2013, § 25 Rn 15; BGHSt 21, 381（かなり酔っ払った状態で数回強姦をしたことのある行為者が，ある夜，正体をなくするまで酒を飲むことを決意したが，その際，帰宅途上，完全酩酊下で対向女性に強姦するかもしれないことを認識・認容し，実際，責任無能力状態で女性歩行者に強姦をしたという事案。連邦通常裁判所は飲酒・酩酊行為に焦点を合わせ，故意の原因において自由な行為に「二重の故意」，つまり，酩酊を招来することと責任無能力下の所為についての故意を要求し，故意の認識としては責任無能力下で誰かある女性を強姦する認識で足りるとした。強姦罪成立）。

(11) *D. Dold*, Die actio libera in causa als Sonderfall der mittelbaren Täterschaft, GA 2008, 427 ff.

(12) 前倒し理論の論者の中には，少なくとも後に酩酊状態下の行為が未遂に終わった場合にのみ，飲酒・酩酊行為を所為の遂行と見る者もいる。本説によると，事例 1 では，殺人未遂罪は成立しない。*R. D. Herzberg*, Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktsvorbereitung als „Begehung der Tat“ (§§ 16, 20, 34 StGB)?, FS-Spendel, 1992, 203 ff.; *K. Lackner*, Strafgesetzbuch Kommentar, 22. Aufl 1997, § 20 Rn 25; *G. Spendel*, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1985, § 323a Rn 27 ff.

(13) Vgl. *Heinrich*, (Fn. 5), § 19 Rn 602; *K. Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl, 2012, § 11 Rn 13.

(14) *C. Roxin*, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., § 20 Rn 61.

(15) *F. Streng*, Münchner Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 20 Rn 117. この批判に対するロクスイーンの反批判は次の通りである。「多くの場合，アルコールによる自制心の除去がなければ所為に至らなかっただろう。しかし，行為者がしらふでも結果を招来しただろうという可能性が否定できない場合でも，少なくとも招来の態様は酩酊によって変更される。というのは，責任をもって制禦される因果経路は，自己の行為への統制を失った者の行為とは異なった展開を見るからである」。*Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 60; vgl. *W. Perron*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 2010, § 20 Rn 35.

(16) 植松正『再訂刑法概論 I 総論』［第 8 版］1974 年・229 頁以下。

(17) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』［第 6 版］1952 年・107 頁。

(18) 團藤重光『刑法綱要総論』［第 3 版］1990 年・160 頁以下。

(19) 團藤重光「自ら招いた精神障害」植松正博士還暦祝賀『刑法と科学・法律編』1971 年・227 頁以下，232 頁「きわめて特殊な状況のもとにおいて，酒盃を手にすることに殺人罪の実行行為としての定型性をみとめてよい場合が絶無であるとまでは，わたくしは考えない」。なお，内田文昭『刑法 I（総論）』［改訂版］1986 年・239 頁（原因設定行為に実行行為の認められる場合として，四畳半の狭い部屋に乳幼児を数人以上並べて寝せつけ，部屋の中央に仁王立ちになって飲酒を始めたとき，これら乳幼児を踏み殺す危険性が極めて高いので，殺意をもって飲酒を始めたならば，殺人の実行行為が，不注意に飲酒を始めたならば過失致死の実行行為が認められる）。

(20) 大塚仁『刑法概説（総論）』［第 4 版］2008 年・164 頁以下。

(21) 大塚仁『刑法概説（総論）』［改訂版］1986 年・160 頁「泥酔状態に陥って人を傷つけるつもりで飲酒すること，この飲酒行為に傷害罪の着手を認めることは困難である（……）。しかし，経験上，酩酊状態においてはつねに凶暴性を生じ，他人に暴行を加える性癖を有する者が，同席者を殴打して傷害

を与える意思で飲酒する場合には，その行為には犯罪実現についての現実的危険性を看取しうるのであって，その飲酒行為の開始時に傷害罪の実行の着手を認めて差支えないであろう」。なお，小野清一郎（「原因において自由な行為」綜合法学創刊号・1958 年・17 頁，21 頁）は，原因において自由な行為を，間接正犯とおなじく，犯罪実行の一態様と理解し，しかも，飲酒とそれによる酩酊中の全体的観察からそれらを併せて犯罪の実行とみることから出立し，「単なる飲酒を『人を殺す行為』，『人を傷害する行為』と見ることは，言葉の上で無理があるばかりでなく，実質的に個人の自由を無視することになりかねない。しかし，現実に乱暴な行為に出たとき，その前後を併せて殺人又は傷害の実行と見ることができるであろう。……そのとき，結果発生の危険性が実現されている。これを殺人又は傷害の実行と見る合理性は十分にある。それが人の死〔または傷害〕の結果をもたらすに至らなかったときは未遂犯である」と主張する。しかし，本説からは，実行行為が具体的にどの時点で認められるのか判然としない。

(22) 中山研一『新版　口述刑法総論』2003 年・193 頁。

(23) 中野次雄『刑法総論概要』［第 3 版補訂版］1997 年・207 頁。

(24) 西田典之『刑法総論』2006 年・264 頁以下。

(25) 井田良『講義刑法学・総論』2008 年・454 頁以下。

(26) Statt vieler *J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 19 Rn 31 ff., 35, 47; *Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 56 ff.; *G. Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 17. Abschn Rn 64 ff.; *Heinrich*, (Fn. 5), 603; *H.-J. Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 1989, § 20 Rn 28 d, e; *Rengier*, (Fn. 10), § 25 Rn 18 ff.; BGHSt 42, 235.

(27) *Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 62.

(28) BGHSt 42, 235（なお，連邦通常裁判所はそもそも前倒し理論に懐疑的立場をとっているが，原因において自由な行為をきっぱりとは否定していない）。ここから，「原因において自由な行為の終わりの始まり」ということが云われる。*E. Horn*, Der Anfang vom Ende der actio libera in causa, StV 1997, 264 ff. しかし，連邦通常裁判所は，その後も，道路交通事犯以外の分野で，原因において自由な行為を適用している。第 3 刑事部（BGH JR 97, 391）；第 2 刑事部（BGH NStZ 99, 448; BGH NStZ 2000, 584）

(29) *Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 59; *Rudolphi*, (Fn. 26), § 20 Rn 28d.

(30) ロクスイーンは単純行為犯でも原因において自由な行為は適用できると論ずる。元気づけのために飲酒し，その後，責任無能力の状態で他人の家に侵入する者は刑法第 123 条（住居侵入罪）で処罰されうる。子どもを行かせるという方法で，間接正犯者となりうる者は，当然自己を住居侵入の道具として利用できることになる。結果犯と単純行為犯と分けて前者には原因において自由な行為の適用が可能だが，後者には可能でないとするのは，刑法第 315 条 c（道路交通危険罪）において行為から区別できる結果（道路交通の具体的危険）が存在するという理由からも正しいとはいえない。*Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 64.

(31) *J. Hruschka*, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS 1968, 554 ff., 556.

(32) 但し，前倒し理論に立つヒルシュは間接正犯的構成をとらないので，事例 2 では本罪の成立を肯定する。間接正犯とは異なり，行為者自身の行為が問題となっているというのがその理由である。*H.-J. Hirsch*, Zur actio libera in causa, Nishihara-FS 1998, 88 ff., 100 ff.

(33) Statt vieler *Streng*, (Fn.15), § 20 Rn 133 ff.; *ders*., Actio libera in causa und verminderte Schuldfähigkeit - BGH, NStZ 2000, 584, JuS 2001, 540 ff.; *ders*., Der neue Streit um die „actio libera in causa“, JZ 1994, 709 ff.; *ders*., Schuld ohne Freiheit, ZStW 101 (1989), 273 ff.; *Herzberg*, (Fn. 12), 236「飲酒・酩酊行為は，その最中，……まだ未遂とはいえないが，しかし，責任無能力の行為者が構成要件実現を直接始めるか，達成すると，事後的に……所為の開始であることが分かる」；*G. Spendel*, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 11. Aufl., § 323a Rn 30 ff.; *Ch. Safferling*, Hörig, aber

mutlos, JA 2007, 183 ff., 185.

(34) *Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 70; *Kühl*, (Fn. 13), § 11 Rn 18. *Heinrich*, (Fn. 5), § 19 Rn 604.

(35) 山中敬一『刑法総論』［第 3 版］2015 年・666 頁以下。

(36) *E. Schmidhäuser*, Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1992, 27 ff.

(37) *Heinrich*, (Fn. 5), § 19 Rn 605.

(38) Statt vieler *Jescheck/ Weigend*, (Fn. 4), § 40 VI; *Kühl*, (Fn. 13), § 11 Rn 10, 18; *H. Otto*, Grundkurs Strafrecht AT, 7. Aufl., 2004, § 13 Rn 24 ff; *G. Stratenwerth, L. Kuhlen*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2004, § 10 Rn 47; *J.Wessels, W. Beulke*, Strafrecht AT, 42. Aufl., 2012, § 10 Rn 415; *V. Krey, R. Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 5. Aufl., 2012, § 21 Rn 709 f.

(39) 参照，丸山治「『原因において自由な行為』に関する一考察(2)」北海学園大学『法学研究』19・1（1983）53 頁以下，中空壽雅「『原因において自由な行為の法理』の検討(1)」早稲田大学大学院『法研論集』52（1990）173 頁以下。

(40) RGSt 22, 413; BGH St 17, 333, 334 f.「原因において自由な行為の事例でも，行為者がアルコールを完全酩酊になるまで飲んだ場合，責任無能力の状態で犯された犯罪行為それ自体では処罰できない。……責任非難はむしろこの場合も酩酊状態に陥ったことに関連するのであり，しかも，目的に向けられた酩酊に対する特別の刑法上の責任が問題となる。酩酊状態下の所為が，構成要件を有責に実現してはいないものの，刑法の非難に取り入れられるのは，行為者がなお責任の問える状態で既に酩酊状態下の所為に対する非難可能な内的関係を創出したからである。すなわち，行為者は，酩酊状態で特定の犯罪を行う可能性があるという考えから，過剰なアルコール飲用を控えることをしなかったのであり，そこに責任がある。行為者がこの可能性を過失で考えなかったのか，なるほど，可能性を考えたが，しかし，これを大事には至らないだろうとの期待から無視したのか（過失の原因において自由な行為），それどころか，特定の犯罪を行うことの認識がありながら酩酊し，この結果を容認した場合がある（故意の原因において自由な行為）」。

(41) *Th. Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl., 2006, 78.

(42) BGHSt 42, 235, 241「例外モデルは，責任能力が『所為の遂行に当って』存在しなければならないとする刑法第 20 条の一義的文言と調和し得ない。この理由から，原因において自由な行為を同時存在原則の判例法上の例外とか，……慣習法として承認することは出来ない」；*J. Hruschka*, Die actio libera in causa - speziell bei § 20 StGb mit zwei Vorschlägen zur Gesetzgebung, JZ 1996, 64 ff.（それまで主張していた例外理論から不両立理論へ改説）。旧説，(Fn. 31), 556 f.; *Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 58; vgl. *Heinrich*, (Fn. 5), § 19 Rn 606.

(43) 佐伯千仭『刑法講義総論』［4 訂版］1981 年・235 頁，245 頁。同「原因において自由なる行為」（『刑事法講座 2』所収・1952 年）295 頁以下，308 頁。

(44) 中義勝『講述犯罪総論』1980 年・171 頁以下。同「原因において自由な行為」関西大学法学論集関大創立 70 周年記念特輯・1955 年・145 頁以下。

(45) 西原春夫『刑法総論』［改訂準備版下巻］1993 年・460 頁以下。同「責任能力の存在時期」（佐伯千仭博士還暦祝賀『犯罪と刑罰（上）』所収・1968 年）404 頁以下，412 頁以下。同旨，川端博『刑法総論講義』［第 2 版］2006 年・413 頁「責任能力の判断を含む責任評価は，行為者の意思決定に向けられるのであり，その意思決定は必ずしもつねに実行行為の時になされるわけではない。責任能力の判断も責任評価の一種である以上，意思決定の時にその存否を問題にすべきことになる。したがって，ある行為が 1 つの意思決定によって貫かれ，その意思決定が責任能力のある状態でなされたばあいには，行為者は，その行為全体について責任能力があるものとしての責任を負う。このような広義の行為のうち，通常の犯罪の場合における実行の着手に関する標準に従って実行の着手が確定される」。大谷実『刑法講義総論』［新版第 3 版］2009 年・331 頁以下，高橋則夫『刑法総論』［第 2 版］2013 年・335 頁以下。

（46）平野龍一『刑法総論Ⅰ』1972 年・300 頁以下，同「正犯と実行」（佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰　上』所収・1968 年）455 頁。町野朔「『原因において自由な行為』の整理・整頓」（『松尾浩也先生古稀祝賀論文集　上巻』所収・1998 年）339 頁以下も，未遂行為の有無は犯罪実現の危険性惹起の有無によって決定されるのに対し，正犯行為の有無は犯罪実現への寄与の重大性によって決定されるところ，原因において自由な行為の場合，可罰的として帰責されるべきは，原因行為であり，結果行為ではなく，したがって，重要なことは，原因行為にいかなる場合に正犯行為性が認められるかであり，それは，原因行為による意思支配が結果行為に及ぶことによって結果を生ぜしめたという関係（心理的因果性の一種）によって与えられると論ずる。①殺意をもった行為者が兇器を携えて被害者のところに押しかけたような場合，まだ殺人の実行の着手があるとはいえない場合であったとしても，それは正犯行為であり，したがって，その後で，障礙状態に陥った行為者が，被害者をその兇器で殺害したときには，原因において自由な行為を認めることができる（非本来的な原因において自由な行為）。②自己の責任能力を奪いあるいは減殺する行為は，行為者から犯意を撤回する能力を奪い，原因行為時における故意・過失意思を固定することによって，結果行為による犯罪の実現を促進したものであり，かかる原因行為に正犯行為性が認められる（本来的な原因において自由な行為）。参照，大越義久『刑法解釈の展開』1995 年・102 頁以下。

（47）内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』［オンデマンド版］2001 年・872 頁以下。

（48）曽根威彦『刑法の重要問題〔総論〕』［第 2 版］2995 年•166 頁以下は，この概念的混乱を避けるために，実行行為と未遂行為を分離する。実行の着手とは，法益侵害の一般的危険性のある行為（相当因果関係の起点となる行為）の開始を意味する。未遂犯は単に行為を処罰するものでなく，法益侵害の具体的危険という一種の結果を処罰するものである。原因において自由な行為の場合，原因行為を開始した時点で実行の着手が認められるが，「結果行為」が未遂犯における「結果」にあたる。未遂犯処罰のためには結果行為の開始は必要である。林幹人『刑法総論』［第 2 版］2008 年・327 頁以下も，実行行為＝構成要件該当行為と責任の同時存在の原則を維持する必要のあること，原因において自由な行為の場合は単独犯が問題になっており，間接正犯の論理で説明することはできないことから出立して，犯罪実行行為は未遂犯を成立せしめるほどに危険な行為である必要はなく，義務違反としての許されない程度に危険な行為であればよい，例えば，飲酒すると病的酩酊に陥り暴行を為す性癖をもつ者が，それにもかかわらず多量に飲酒した場合，その行為は許された危険を超えているといってよく，そのような性癖をもつ者は，多量の飲酒を差し控える義務を負っていると論ずる。これらの説に対しては，教唆（刑法第 61 条）の場合，正犯が実行に着手すれば，正犯行為が未遂として処罰されないときでも，共犯の「実行従属性」から，教唆犯が成立することになるのではないかという批判が可能である。山中（注 35）665 頁。

（49）山口厚『刑法総論』［第 2 版］2007 年•258 頁以下，同「『原因において自由な行為』について」（『團藤重光博士古稀記念論文集　第 2 巻』所収・1984 年）162 頁以下。

（50）Statt vieler *K. Ambos*, Der Anfang vom Ende der actio libera in causa?, NJW 1997, 2296 ff.; *M. Hettinger*, Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, 1988, 436 ff.; *U. Kindhäuser*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, § 23 Rn 20 f.; *Ch. Kunz*, Der praktische Fall - Strafrecht: Eine Schlägerei mit Üblen Folgen, JuS 1996, 39 ff.

（51）*Heinrich*, (Fn. 5), § 19 Rn 607.

（52）浅田和茂『刑法総論』2005 年•293 頁，同『刑事責任能力（下）』1999 年•130 頁以下，293 頁。なお，平川宗信「原因において自由な行為」（『現代刑法講座第 2 巻』所収•1979 年）277 頁以下，289 頁以下は，同時存在の原則を修正することも，構成要件の厳格性を緩和することもできないという立場から，原因において自由な行為に特別の新しい構成要件を設けて対処する方向を目指す。

（53）*Moos*, (Fn. 4), § 4 Rn 27. これに対して，平川（注 52）279 頁は，「責任能力は，行為に対する事前のコントロールの問題ではなく，行為に対する同時的コントロールの問題である。意思決定に対するコントロールすなわち事前のコントロールがあるにすぎない場合を同時的コントロールがある場合と

『まったく同様』であるとすることはできない」，「行為を発生させる意思はまさに行為の瞬間のものであり，その時決定したものである。責任能力者も行為能力をもち，意思決定をすることができる。ただそれが正常な人格的コントロールのもとにないというにすぎない。原因において自由な行為の場合も，最終的意思決定はやはり結果行為の時に責任無能力状態でなされているとみるほかない」（283 頁以下）と論ずる。しかし，本説は，原因において自由な行為の場合，後続行為に構成要件該当・違法性が認められ，これを対象に規範的観点から責任非難が可能か否かが問題となること，後続行為時の「最終的意思決定」というものも，先行行為時から存在する構成要件的故意の継続か放棄かの決定にすぎないこと，責任評価に当って重要なのは先行行為時点における意思形成，すなわち，責任故意であることを看過していると云えよう。参照，川端博『刑法総論講義』［第 2 版］2006 年•414 頁以下，平場安治「酩酊と刑事責任　―原因に於いて自由な行為―」（『刑法講座 3　責任』所収•1963 年）51 頁以下，64 頁以下。

(54) BGH NStZ 2000, 584; BGH NStZ 2002, 28; BGH NJW 2004, 3350, 3352.

これに対して，ロクスイーンは，行為者が自らを限定責任能力に陥らせ，この状態で所為を行うとき，原因において自由な行為の適用を否定する。こういった場合，行為者には依然として責任能力があり，行為者が所為を手放したとはいえないからである。実行行為は，既に飲酒行為にあるというのでなく，限定責任能力の下で犯された構成要件実現の直接的開始があってはじめて認められる。刑事政策的にも問題は生じない。限定責任能力に陥らせたことの自己責任の故に，刑法第 21 条（限定責任能力）による刑の減軽をする必要がないからである。*Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 69.

参照，最決昭和 43・2・27 刑集 22・2・67〔被告人は夜業をして仕上げた印刷物を自己所有の自動車で配達した後，バーに行き 3，4 時間ビールを 20 本位飲酒し，駐車場所に戻って誤って他人所有の自動車を乗り出し，酒酔い運転をしたという事案。第一審は，道交法第 65 条・同法施行令第 26 条・同法第 117 条の 2 第 1 号（昭和 45 年改正前のもの）を適用したが，刑法第 39 条第 2 項により刑の減軽をした。原審は，被告人は他の者に運転を代わるよう依頼してあったとか，自分の自動車の保管を依頼する等，運転しないで帰宅する考えでなく，飲み終われば酔って運転することを認識しながら飲酒しており，それによって酒酔い運転をしているので，運転時に心神耗弱の状態にあっても刑法第 39 条第 2 項を適用する限りではないとした〕「なお，本件のように，酒酔い運転の行為当時に飲酒酩酊により心神耗弱にあったとしても，飲酒の際酒酔い運転の意思が認められる場合には，刑法 39 条 2 項を適用して刑を減軽すべきではないと解するのが相当である」。東高判昭和 40・6・14 高刑集 18・4・370。大阪地判昭和 51・3・4 判時 822・109，判タ 341・320。大阪高判昭和 56・9・30 高刑集 34・3•385（覚せい剤の使用及び所持について，犯行当時覚せい剤中毒等により少なくとも心神耗弱の状態にあっても，責任能力がある当時における覚せい剤の反復使用，継続所持の意思が実現されたものと認められる場合には，刑法 39 条を適用すべきでない）。

(55) 東京高判昭和 54・5・15 判時 937・123，判タ 394・161〔被告人は責任能力のある状態で殺人行為を開始，その中途で情動性もうろう状態となり，その段階で心神耗弱の状態に転じたという事案〕「被告人が犯行開始後その中途において心神耗弱の状態におちいったものの，いまだ心神喪失にはいたらなかった旨の原認定は，前記鑑定結果にも沿うものであって，これを肯認することができる。そしてまた，かかる場合に刑法 39 条 2 項が適用されない旨の原判断も，具体的事案に即してなおこれを是認すべきものであると考える」。

長崎地判平成 4・1・14 判時 1415・142，判タ 795・266〔被告人は，妻と生存剰余金の件で口論となり，焼酎を飲んで酩酊の度を深めながら妻に執拗，強度の暴行を加え続け，致命傷を負わせたという事案〕「本件は，同一の機会に同一の意思の発動にでたもので，実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ，被告人は，心神耗弱下において犯行を開始したのではなく，犯行開始時において責任能力に問題はなかったが，犯行を開始した後に更に自ら飲酒を継続したために，その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎないものであるから，このような場合に，右事情を量刑上斟酌すべきことは格別，被告人に対し非難可能性の減弱を認め，その刑を

必要的に減軽すべき実質的根拠があるとは言いがたい。そうすると，刑法 39 条 2 項を適用すべきではないと解するのが相当である」。大阪高判昭和 56・1・30 判時 1009・134。参照，中森喜彦「実行開始後の責任能力の低下」（『中山研一先生古稀祝賀論文集　第 3 巻』所収・1997 年）319 頁。

(56) *Perron*, (Fn. 15), § 20 Rn 36. なお，前倒し理論からも，当然ながら，二重の故意が要求される。*Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 67.

(57) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 4), § 40 VI 2; *Moos*, (Fn. 4), § 4 Rn 28.

(58) *Bommer/Dittmann*, (Fn. 1), Art 19 Rn 99.

(59) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 4), § 40 VI 2; *Kühl*, (Fn. 13), § 11 Rn 19; *Otto*, (Fn. 38), § 13 Rn 28; *Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 67; *Th. Lenckner, W. Perron*, Schönke/Schröder Straggesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 20 Rn 35; *Rudolphi*, (Fn. 26), § 20 Rn 30; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 38), § 10 Rn 48; *Wessels/Beulke*, (Fn. 38), § 10 Rn 417.

(60) *Stratenwerth*, (Fn. 1), § 11 Rn 35; *ders*., Vermeidbarer Schuldausschluß, Kaufmann-GedS, 485 ff.; *Hruschka*, (Fn. 31),; *ders*., (Fn. 42), 72; *G. Kuhn-Päbst*, Die Problematik der actio libera in causa, 1984, 133 ff.; *R. Maurach*, Fragen der actio libera in causa, JuS 1961, 373 ff.; *P. Cramer*, Anm zu BGH v. 24, 11. 1967, JZ 1968, 272 (274).

わが国にでは，実行行為は結果行為であるということから出立して，結果行為のときに故意があれば，原因行為に故意がなくても，結果行為時に故意があれば足りるとして故意犯の成立を肯定する見解（大谷（注 45)）333 頁以下)，原因において自由な行為の核心は精神障礙時における「意思」・「行為」にあるから，「過失による精神障害」の招来という客観的事実と「精神障害状態の認識」の存在を前提として「(第二故意)」を現実化したと云える場合，故意犯の構成要件該当性を肯定し，刑法第 39 条第 1 項・第 2 項適用の当否を考える見解（内田（注 6）255 頁以下)，故意犯に対する過失責任を認めた上で刑法第 38 条第 3 項但し書きの適用又は準用を求める見解 (平場 (注 53) 64 頁，安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（1)・(2・完)」法学論叢 139・6・61 頁以下，142・2・32 頁以下)，過失犯の処罰の限度で肯定する見解（中空壽雅「原因において自由な行為の法理の検討」早稲田大学大学院法研論集 54・227 頁以下）がある。

(61) *Bommer/Dittmann*, (Fn. 1), Art 19 Rn 114.

(62) 名古屋高判昭和 31・4・19 高刑集 9・5・411〔被告人は，塩酸エフェトリン水溶液を自己の身体に注射し，その結果中枢神経が過度に興奮して幻覚妄想を起し，自己及び一家が世間から怨まれて復讐されるように思惟して生甲斐なく感じ，厭世感に陥り，先ず自己の身近におり，もっとも敬愛する姉甲を殺害して自殺しようと決意し，姉甲を短刀で突刺し死に至らしめたという事案。原審は殺人罪につき刑法 39 条 2 項を適用した。破棄・自判，傷害致死罪成立〕「被告人が右の如く甲を殺害する決意をしたことが果してその自由なる意思決定の能力を有しないから右の如き決意をしたかどうかを考えると……被告人は生来異常性格者でヒロポン中毒の為その変質の度を増し本件行為当時は薬剤注射により症候性精神病を発しおり本件犯行は該病の部分現象である妄想の推進下に遂行されたものであって通常人としての自由なる意思決定をすることが全く不能であったことを認めることが出来る……ので被告人の本件犯行の殺意の点については法律上心神喪失の状態に於て決意されたものと認めざるを得ない。果して然らば本件犯行を心神喪失者の行為として刑法第 39 条第 1 項により無罪の言渡を為すべきか否かにつき更に審究するに薬物注射により症候性精神病を発しそれに基く妄想を起し心神喪失の状態に陥り他人に対し暴行傷害を加え死に至らしめた場合に於て注射を為すに先だち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成立するものと解するを相当とする。……被告人は本件につき暴行の未必の故意を以って甲を原判示短刀で突刺し死に至らしめたものと謂うべく従つて傷害致死の罪責を免れ得ない」。なお，最決昭和 28・12・24 刑集 7・13・2646〔旧麻薬取締法（昭和 23 年法律 123 号）第 4 条第 4 号後段に，「麻薬中毒のため自制心を失うこと」が禁止行為とされていたことにつき〕「自制心を失つた行為の当時には被告人に責任能力がなくと

も，麻薬を連続して使用する際被告人に責任能力があり，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（未必の認識）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」。大阪地判昭和 51・3・4 判時 822・109，判タ 341・320〔被告人は，病的酩酊状態に陥って心神喪失の状態を招き，兇器を持ち出して強盗をするためタクシー運転手に右兇器を示して脅迫・暴行を加えたが，強盗が未遂に終わったという事案。強盗未遂罪不成立。示兇器暴行脅迫罪（暴力行為等処罰に関する法律第 1 条）成立〕「飲酒を重ねるときは異常酩酊の陥り，少なくとも限低責任能力の状態において他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながら，あえて飲酒を続けたことを優に推断することができるから，暴行脅迫の未必の故意あるものといわざるをえない」。BGH NStZ 2002, 28.

(63) *Kühl*, (Fn. 13), § 11 Rn 21; *H. Schöch*, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl., § 20 Rn 202; BGHSt 17, 259 (261); BGH NStZ 2002, 28.

(64) *Kühl*, (Fn. 13), § 11 Rn 22; *Wessels/Beulke*, (Fn. 38), § 10 Rn 418; BGHSt 2, 14 (17); BGHSt 17, 259 (261); BGHSt 21, 381 (382).

(65) *Heinrich*, (Fn. 5), § 19 Rn 610.

(66) *Kühl*, (Fn. 13), § 11 Rn 22; *Bommer/Dittmann*, (Fn. 1), Art. 19 Rn 101.

(67) *Wessels/Beulke*, (Fn. 38), § 10 Rn 418; *Perron*, (Fn. 15), § 20 Rn 37.

(68) BGHSt 21, 381（不特定の女性を強姦する故意をもって責任無能力状態で女性を強姦をしたという事案。強姦罪成立）。*Wessels/Beulke*, (Fn. 38), § 10 Rn 418.

(69) *Heinrich*, (Fn. 5), § 19 Rn 610.

(70) *Wessels/Beulke*, (Fn. 38), § 10 Rn 418.

(71) 前倒し理論によれば，所為行為は飲酒・酩酊行為であるから，方法の錯誤となり，傷害未遂罪と過失致傷罪の観念的競合となる。*Heinrich*, (Fn. 5), § 19 Rn 610; *Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 73.

(72) *A. Eser, B. Burkhardt*, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, Nr. 17 A 32; *Kühl*, (Fn. 13), § 11 Rn 23.

(73) *Kühl*, (Fn. 13), § 11 Rn 24a; *H. Lilie, D. Albrecht*, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl., 2006, § 24 Rn 254.

(74) *Roxin*, (Fn. 14), § 20 Rn 76. これに対して，責任無能力に権利濫用を引き合いに出すこと，そこにある「卑劣さ」というのは故意がある場合にだけ云えることなので，過失犯に原因において自由な行為を適用することはできないが，過失犯においては先行する義務違反を取り上げることは特別なことではないことを理由に結局過失犯の成立を認めるのが，*Otto*, (Fn. 38), § 13 Rn 29 ff.; BGHSt 42, 236 f. 不両立論者は原因において自由な行為という法形象を過失犯の領域でも認めない。*Hettinger*, (Fn. 50), 450 ff.; *ders*., Zur Strafbarkeit der „fahrlässigen actio libera in causa“, GA 1989, 1 ff.

(75) *Rengier*, (Fn. 10), AT § 25 Rn 27; *Krey/Esser*, (Fn. 38), § 21 Rn 713; BGHSt 42, 235 (237).

参照，最判昭和 26・1・17 刑集 5・1・20〔被告人は，酩酊中，女給を殴打して，居合わせた者により制止されて憤慨し，咄嗟に傍らにあった肉切り包丁で被害者の左そけいじん帯中央下部を突き刺し，出血により即死させたという事案。第一審，第二審ともに，被告人は犯行時，心神喪失の状態にあったとして殺人罪につき無罪を言い渡した〕「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，因っ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ったとしても（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っ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」。東京高判昭和 33・12・3 判時 175・6，判タ 85・84〔被告人は，多量に飲酒した結果病的酩酊に陥り，その状態で拳銃を乱射し，被害者に命中させ，死亡するに至らしめたという事案〕「被告人はかねてより多量に飲酒すると病的酩酊に陥り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，被告人はこれを自覚して

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，右危険の発生を未然に防止すべき注意義務があるに拘わらず，被告人はこれを著しく怠り自ら求めて前叙の如く夜を徹し持続的に多量の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事実を認めることができる。然らば被告人は重過失致死の責任を免れえない」。札幌高判昭和 26・11・15 高裁刑集 4 ・11・1482（勤務中拳銃を携帯している巡査が，自己が一定量の飲酒をすれば病的酩酊の状態となることを知悉する場合，他人に害悪を及ぼす危険を生ぜしめる原因となるべき飲酒を抑止又は制限し，危険の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるのに，これを怠ったとき，刑法第 39 条の適用はない。業務上過失傷害罪成立）。その他，東京地判昭和 32・5・30 判時 115・3，京都地判昭和 32・6・5 判時 116・27，大阪高判昭和 35・4・15 下級刑集 2・3＝4・363。なお，大判昭和 2・10・16 刑集 6・11・413（授乳中の母親が，危険発生未然防止義務を怠り，授乳のまま睡眠したため乳房で乳児の鼻口を圧し窒息死させたとき，不作為による過失致死罪が成立する）。

(76) *O. Triffterer*, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 12. Kap Rn 76.

(77) BGHSt 7, 325.

(78) BGHSt 23, 133「行為者が被害者を何度も突き刺して殺害し，突き刺す行為の開始とともに責任無能力に陥ったとき，責任無能力状態が先行行為から生じたのであり，外的（人格とは関係のない）影響から惹き起こされたのではない場合，行為者は殺人既遂で，殺人未遂でなく，処罰されうる」。

(79) *Roxin*, (Fn. 14), § 12 Rn 191.

(80) 山中（注 35）674 頁以下。

(81) *Roxin*, (Fn. 14), § 12 Rn 192; *Rudolphi*, (Fn. 26), § 20 Rn 27.　山中（注 35）676 頁。

大阪地判昭和 58・3・18 判時 1086・158（被告人は，被害者に暴行を加えている間に，酒の酔いのために錯乱状態に陥り，さらに暴行を続け死に致した場合であっても，前半の暴力時に責任能力に疑いがなく，暴行が前後で態様を異にしないときは，刑法第 39 条の適用はない。傷害致死罪成立）。東京地判平成 9・7・15 判時 1641・156（外傷性てんかんを患っていた被告人が，傷害の故意で被害者を包丁で突き刺したが，その時点で発作が起きていたとしても，発作中の行為がその直前の被告人の意思に従ったものであるから，完全責任能力が認められる。傷害罪成立）。

(82) BGH NStZ 2003, 535.　東京高判昭和 54・5・15 判時 937・123，判タ 394・161〔未必的殺意をもって，はさみで被害者を数回連続して突き刺しているうちに情動性朦朧状態（心神耗弱）に陥り，引き続き殺意をもって刺して死亡させたという事案〕「被告人の実行開始時の行為は，鋭利な洋鋏をもつて相手方の上体部等を数回連続してそれもかなりの力で突き刺すというものであり，当然その加害の程度も重大である。すなわち，被告人はその責任能力に特段の減弱のない状態において既に未必的殺意をもつて積極的に重大な加害行為に及んだものであって，以後の実行行為は右殺意のおのずからなる継続発展として，かつ主としては右と同じ態様の加害行為をひたすら反復継続したという関係なのである。本件犯行行為中右開始当初の部分が，被告人に対する本件行為全体の非難可能性の有無，程度を判定する上で無視して差支えないほどの，或は見るべき意味をもたない程の軽微僅少なものであるとはとうていいえない。そしてまた，被告人が行為中途でおちいつた情動性朦朧状態も，それは被告人が相手方に対して意図的に右のような重大な加害を開始してしまつたことによる激しい精神的昂奮が少なからず起因しているものであることは容易に窮知できるところであり，それならば，精神的昂奮状態は被告人において自ら招いた面が多いという関係もそこに認められるのである。被告人に対し非難可能性の減弱を認めるべき実質的根拠はますます薄弱とならざるを得ない」。長崎地判平成 4・1・14 判時 1415・142，判タ 795・266〔被告人は，飲酒により酩酊の度合いを深めながら妻に暴行・傷害を加え続け，死亡させたが，犯行途中から複雑酩酊となり心神耗弱に陥っていたという事案〕。

(83) *G. Geilen*, Sukzessive Zurechnungsfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt - BGHSt 23, 356, JuS 1972, 73 ff., 74, 76 ff.; *F.-Ch. Schroeder*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentae, LK 11. Aufl., § 16 Rn 33.

(84) *Rudolphi*, (Fn. 26), § 20 Rn 27; *H. Otto*, Actio libera in causa, Jura 1986, 426 ff., 432.
(85) *J. Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW 89 (1977), 649 ff., 700 ff.; *ders*., Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung", Leferenz-FS, 1983, 545 ff., 560 ff.; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 602 ff., 615 f.
(86) *Rudolphi*, (Fn. 26), § 20 Rn 27.
(87) 山口（注 49）263 頁以下。
(88) 参照，山中（注 35）675 頁以下。
(89) 中森（注 55）225 頁以下，中空壽雅「実行着手後の心神喪失・心神耗弱といわゆる『同時存在の原則』」（『西原春夫先生古稀祝賀論文集　第 2 巻』所収・1998 年）237 頁以下，260 頁以下。なお，西田（注 24）273 頁，林美月子「実行行為途中からの責任無能力」神奈川法学 28（1993）・1・283 頁以下。参照，前掲（注 55）東京高判昭和 54・5・15。
(90) 参照，山中（注 35）676 頁。
(91) 浅田（注 52）297 頁。
(92) *Roxin*, (Fn. 14), § 12 Rn 192; *Kühl*, (Fn. 13), § 11 Rn 25.