
論 説

「原因において自由な行為」論の諸相

丸 山 雅 夫

- I 近代刑法と「原因において自由な行為」
- II 「原因において自由な行為」をめぐる堅い議論
 - (1) 「原因において自由な行為」論の否定
 - (2) 間接正犯類似説による処罰の正当化
 - (3) 間接正犯類似説に対する批判と若干の検討
 - (4) 責任主義の例外としての処罰
- III 「原因において自由な行為」をめぐる諸見解
 - (1) 「責任モデル」的なアプローチとその検討
 - (2) 「構成要件モデル」的なアプローチとその検討
 - (3) 「例外モデル」的なアプローチとその検討
- IV むすびに代えて

I 近代刑法と「原因において自由な行為」

1 いわゆる大陸法系に属する国々の近代刑法においては、罪刑法定主義と責任主義が2大原則とされ、それらを遵守すべきことが当然のものとしてされている。罪刑法定主義は、犯罪と刑罰のいずれもが、明確に規定された条文によって国民に事前予告されていなければならないことを要求する。また、責任主義は、刑罰によって社会的に非難される行為が行為者の内心（責任）と結びついていなければならないことを要求する。わが国の刑法も、フランスのナポレオン刑法典に倣った1880年制定の旧刑法（明治13年太政官布告36

号) および 1907 年制定の現行刑法 (明治 40 年法律 45 号) のいずれもが大陸法系に属するものであることから、罪刑法定主義と責任主義を当然の前提として制定され、運用されている。ただ、わが国の刑法は、罪刑法定主義を標榜する一般的な規定を持っていない。他方、責任主義については、故意 (例外的に過失) 行為だけが犯罪を成立させることを規定する (38 条 1 項) とともに、心神喪失者 (責任無能力者) の行為には犯罪が成立しないことを明示し (39 条 1 項)、心神耗弱者 (限定責任能力者) の行為については、犯罪の成立を認めたくて刑を必要的に減輕することを明示している (39 条 2 項)。そこから、「行為と責任 (能力) は同時に存在しなければならない」とする「同時存在の原則」が導かれることになる。そのうえで、責任と同時に存在すべきものとされる「行為」は、未遂犯の成立が認められる「着手」段階 (43 条本文) に至った「実行行為」を意味するものとして、暗黙のうちに理解されてきたのである (同時存在の原則の厳格な理解)。

2 もっとも、同時存在の原則を厳格に理解するとしても、通常は責任能力の有無が特に問題になるような状況は存在しないし、実際の刑事裁判においても、責任能力の有無が争われることはほとんどない。また、責任能力の有無や程度が争われる例外的な事案であっても、精神障害 (生物学的要素) の存在を前提として、それに起因する行為の是非善悪を弁識する能力と弁識に従って行動する能力 (心理学的要素) の有無と程度にもとづいて、完全責任能力・限定責任能力・責任無能力を判断すれば足りるとされている (大判昭和 6 年 12 月 3 日刑集 10 卷 682 頁参照)。しかし、こうした状況のもとでも、酩酊や薬物中毒に起因する犯罪を中心として、「同時存在の原則」を厳格に解すると不都合な結果になると思われる事案のあることが指摘されてきた。そのことは、仇敵の殺害を目論んだ者が、多量に飲酒したうえで心神喪失・耗弱状態に陥ったうえで仇敵を殺害するという計画にもとづいて、当初の計画通りの経過で殺害を実現したという、好んで用いられる教室事例に示されている。このような事例 (以下、「教室事例」という) では、最終結果を実現するための飲酒行為 (自由な状態での「原因行為」と言われる) の時点では完全な責任が

認められるにもかかわらず、計画通りの殺害行為（不自由な状態での「結果行為」と言われる）の時点では心神喪失・耗弱に陥っていたことを理由として39条の適用を認めることは、「社会正義」¹⁾に反することになると考えられているのである²⁾。

そして、こうした不都合な結論を避けるために、解釈論として、「原因において自由な行為（*actio libera in causa*）」と呼ばれる考え方（以下では、*alic*または *alic* 理論と略記する）が主張されてきた。それは、一般に、1794年にドイツのクラインシュロートの問題提起によるものとされており、近代刑法における「試金石」とされている。*alic* 理論による解決の方向性は、厳格な実行行為概念（罪法定主義の要請）を緩和する見解と同時存在の原則（責任主義の要請）に例外を認める見解のふたつに大別することができる。一般に、前者が「構成要件モデル」と言われ、後者が「責任モデル」ないしは「例外モデル」と言われるものである。ドイツ刑法の解釈論においては、原因(設定)行

-
- 1) 論者によって「健全な法感情」や「一般感情」のような文言が用いられることもあるが、いずれにおいても、このような事案に39条の適用を認めることを不都合だとする点では広い一致が見られる。たとえば、木村榮作「原因において自由な行為の適用上の諸問題」警察研究39巻7号（1968年）64頁、西原春夫「責任能力の存在時期」佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰（上）』（有斐閣、1968年）408頁、藤永幸治「判例解説」研修349号（1977年）55頁、中森喜彦「原因において自由な行為」芝原邦爾／堀内捷三／町野朔／西田典之編『刑法理論の現代的展開 総論1』（日本評論社、1987年）243頁、齋藤信宰「原因において自由な行為」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第2巻』（成文堂、1998年）195頁、大塚仁／河上和雄／中山善房／古田佑紀編『大コンメンタール刑法 第3巻〔第3版〕』（青林書院、2015年）39頁〔島田仁郎＝島田聡一郎〕など。
 - 2) もっとも、このような事案に39条の適用を否定すべきだという結論は、ア・プリオリに決定しているわけではない。「原因において自由な行為」として解決すべき事案は存在しない、あるいは刑法の大原則との関係で不都合な事態を甘受するしかないと考えるのであれば、解釈論として39条の適用を排斥することはできず、必要に応じて、不都合と思われる事案を解決するための立法論を主張することにならざるをえない。この論点は、わが国の刑事政策上の根本的な問題であり、さらには法社会学的な考察も必要であろう。ただ、本稿では、ほとんどの学説と同じ理解（39条の適用の排除）を前提として検討することになる。

為を構成要件に該当する可罰的行為と見る「構成要件モデル」と、結果行為を可罰的行為とする「例外モデル」とが対置されている³⁾。このような状況はわが国の刑法学説においてもほぼ同様であるが、構成要件モデルと責任モデル、構成要件モデルと例外モデル、構成要件モデルと責任・例外モデルの対置を基本としながらも⁴⁾、可罰性を認めるための要件（原因行為と結果行為との関係）をめぐるさまざまな見解が主張され、モデル論としては統一できないものになっている。そのため、alic に関するわが国の学説の状況は、「かなりちらかってしまった」とさえ言われる状況にある⁵⁾。もっとも、alic に関するそれぞれのモデルの関係は、相互に排他的なものというわけではなく、特定のモデルに立つことと一定の結論を採ることとの間に論理必然的な関連性があるわけでもない。誤解を恐れずに言えば、それぞれのモデルは、alic の可罰性を肯定するための便宜的な区別の出発点として存在するだけのものにすぎない⁶⁾。むしろ重要なのは、どのようなモデルに立つかというこ

-
- 3) ドイツにおける立法と学説の状況については、本稿で詳細に扱うことはできないが、差し当たり、平川宗信「原因において自由な行為」中山研一/西原春夫/藤木英雄/宮澤浩一編『現代刑法講座 第2巻 違法と責任』（成文堂、1979年）278頁以下、金澤文雄「原因において自由な行為」莊子邦雄先生古稀祝賀『刑事法思想と理論』（第一法規出版、1991年）89頁以下、長井圓「原因において自由な行為」阿部純二/板倉宏/内田文昭/香川達夫/川端博/曾根威彦編『刑法基本講座 第3巻 違法論・責任論』（法学書院、1992年）259頁以下、内田文昭『原因において自由な行為』について「前掲注1）『西原古稀』175頁以下、浅田和茂『原因において自由な行為』再論」産大法学32巻2・3号（1998年）9頁以下、参照。
 - 4) 西田典之/山口厚/佐伯仁志編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣、2010年）624頁以下〔古川伸彦〕は、構成要件モデルと責任・例外モデルの2分類を軸として学説を整理し、杉本一敏『原因において自由な行為』をめぐる日本の学説の50年—構成要件モデル・責任モデル・例外モデルの『三国志』内田文昭先生米寿記念『刑事法学の系譜』（信山社、2022年）327頁は、構成要件モデル、責任モデル、例外モデルの3分類で整理している。
 - 5) 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』（有斐閣、1998年）341頁。
 - 6) 山口厚「実行行為と責任非難」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2007年）215頁。特に、長井圓「原因において自由な行為の仮象問題と現実問題」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2002年）178頁は、alic 理論は「犯罪成立要件の『例外法理』・『特殊法理』であってはならず、『適用法理』・『認定法理』で

とではなく、どのような具体的要件のもとで alic を肯定するかという実質論にこそ求められる。alic に関するわが国の学説をあえて区別して整理するとすれば、原因行為と結果行為のどちらに着目して考えるかという、アプローチの違いによって大別するしかないのである。

以下では、原因行為重視と結果行為重視とのアプローチの区別を前提として、alic をめぐるわが国の主要な見解を確認したうえで、学説の「ちらかり方」の状況を見ていくことにする。

II 「原因において自由な行為」をめぐる堅い議論

(1) 「原因において自由な行為」論の否定

同時存在の原則を厳格に解するならば、結果行為の時点で心神喪失・耗弱の状態にあったと認められる以上、39 条の適用を否定することができない。ただ、このような結論を認める場合にも、ふたつの正反対の立場（結論）があることには注意する必要がある。

1 ひとつの立場は、いわゆる主観説の立場である。未遂犯の処罰根拠を行為者の犯罪実現意思や性格の危険性に求める主観説によれば、行為者の犯意（犯罪実現意思）が外部的行為として発現した時点で実行の着手が認められるため、「教室事例」においても、行為者の犯意の存在が証明できる限りで殺人（罪）の成立を認めることは当然の帰結となる。そのことは、牧野英一博士の「主観説ニ從ヒ、犯罪事実ニ対スル遂行的意思ノ表現ヲ以テ実行行為ト為スニ於テハ、心神喪失ヲ招ク行為カ即チ実行行為タルヘキナリ」とする記述⁷⁾からもただちに明らかである。また、宮本英脩博士が、「学者は従来斯やうな場合の直接の態度を『原因に於て自由な行為』（行為そのものは自由

しかな[く]」、「刑法の一般原則を適用して解決されなければならない『仮象法理』である」と指摘している。

7) 牧野英一『重訂 日本刑法 上巻』（有斐閣、1937 年）177 頁。

でないが、その以前の状態は自由であるの意)といふ不適當な名称で呼んでいる」とするもの⁸⁾、alic 理論によって 39 条の適用を排斥するまでもないことを指摘したのと言えよう。主観説によれば、「教室事例」のような事案についても、alic 理論によらずとも、39 条の適用があることを当然の前提として、飲酒行為に殺人罪の実行行為を認定できるからである。

2 他方、もうひとつの立場は、alic 理論を否定ないしは不要とすることによって、「教室事例」についても、39 条の適用可能性を率直に認めるものである。この立場によれば、「教室事例」も通常の方法で犯罪の成否を検討すれば足りるということになる。

この立場は、alic の考え方がわが国の学説に広く定着した後に、同時存在の原則を厳格に考える立場から主張されたものである。その首唱者である前野育三教授は、alic の可罰性を認める当時の学説を批判したうえで、「実行行為の構成要件の明確性を保障しつつ、実行行為と責任との同時存在の原則を維持するためには、『原因において自由な行為』というカテゴリーを放棄しなければならない。それによって、従来『原因において自由な行為』として可罰的とされてきた多くの行為が不可罰とされることになろうが、それは責任主義の原則を徹底させる見地からは、むしろ妥当な結論といえよう」とした⁹⁾。この主張は、同時存在の原則の厳格な捉え方こそが責任主義を貫徹するものだという認識にもとづいている。同様に、平川宗信教授は、同時存在の原則を否定ないしは修正する主要な見解（責任・例外モデル的アプローチ）と構成要件の厳格性を緩和する主要な見解（構成要件モデル的アプローチ）をそれぞれ批判的に検討したうえで、「われわれとしては、これらの原則〔責任主義と罪刑法定主義＝引用者挿入〕を維持する厳格説の立場をとるほかはない。理論的混乱を犯してまで処罰のための論理を組み立てることが刑法学の任務であるわけではない」としている¹⁰⁾。

8) 宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂、1932 年）58 頁。

9) 前野育三『『原因において自由な行為』概念の再検討』静岡大学法経研究 17 卷 2 号（1968 年）71 頁。

10) 平川・前掲注 3) 283 頁以下、289 頁。さらに、同「原因において自由な行為——否

また、浅田和茂博士は、社会一般の処罰感情や不処罰の悪用という懸念を一切無視してもよいとするものではないとしながらも、故意の作為犯（不処罰の悪用）には alic による処罰の可能性がほとんどないこと、故意の不作为犯は通常形で一定範囲の処罰が可能なこと、過失犯の場合には社会一般の処罰感情がそれほど大きいとは思われないこと、普通酩酊・複雑酩酊・病的酩酊に対する実務処理が不当とは思われないこと、麻薬・覚せい剤の場合には所持等で処罰できることを指摘したうえで、「何よりも刑法の基本原則を処罰拡大の方向で緩めることには疑問を覚えること等を勘案すると、現状において（日本の犯罪現象は必ずしも深刻な状態にはない）是非とも遺漏のない処罰が必要とは考えられない」としている¹¹⁾。

3 以上のような、alic 理論否定説・不要論は¹²⁾、「教室事例」に代表される事案についても 39 条の適用があることを認める点で基本的に一致している。ただ、そうした態度をどこまで徹底させるかという点では異なった立場がありうる。現行法の条文での対応で満足するしかないとする浅田博士の見解（立法化をも否定する）は、否定説ないし不要論を徹底するものである。他方、平川教授は、飲酒酩酊や薬物乱用にもとづく事案の一部については、当罰的なものがあるとの認識から、「原因行為を実行行為としながらも結果行為を一種の結果として構成要件に取り込み、かつ、これを既遂犯とし、その刑も結果行為の構成要件の刑によるものとした構成要件を新設すれば、〔不都合な事態を＝引用者挿入〕解消できる」としている¹³⁾。

定説と立法的解決の提案」現代刑事法 20 号（2000 年）39 頁以下。

- 11) 浅田和茂「原因において自由な行為」中義勝先生古稀祝賀『刑法理論の探求——刑法理論の検討』（成文堂、1992 年）135 頁以下、160 頁。さらに、同「責任」中義勝/吉川経夫/中山研一編『刑法 I 総論』（蒼林社、1984 年）201 頁、同・前掲注 3）22 頁以下、同「原因において自由な行為——全面否定説の展開」現代刑事法 20 号 42 頁以下。
- 12) なお、竹川俊也「自招性精神障害の刑法的評価：『原因において自由な行為』論の再定位（1）（2・完）」北大法学論集 69 卷 6 号（2019 年）321 頁以下、70 卷 1 号（2019 年）1 頁以下の内容も、実質においては alic 不要論であると思われる。
- 13) 平川・前掲注 3）293 頁。なお、同・前掲注 10）39 頁以下での立法論は、同一の基本的な立場を前提にして、さらに具体化したものになっている。

(2) 間接正犯類似説による処罰の正当化

1 alic にもとづく「教室事例」のような事案への対処については、第2次大戦前の刑法理論において、すでに、間接正犯の構造との類似性に着目して可罰性を認める見解（間接正犯類似説〔いわゆる道具理論〕）が主張されていたところである¹⁴⁾。それは、「吾人カ狂者若クハ幼者ノ如キ責任無能力者ヲ利用シテ因果関係ヲ惹起スル場合ニ於テ責ニ任セサル可カラサルト等シク自己ヲ責任無能力ノ状態ニ陥ルル行為ニ因リ因果関係ヲ惹起スル場合ニ於テモ行為（無能力状態ヲ惹起スル行為）当時ニ責任能力アル以上ハ結果発生ノ当時ニ於ケル責任能力ノ有無ヲ問ハスシテ其行為ヲ有責ナリト解ス可キナリ」とする泉二新熊博士の叙述¹⁵⁾に端的に示されていた。また、こうした理解は、「心神喪失者タル他人ヲ利用シタル場合ト同一ナルカ故ニ犯人トシテ責任アリトスル通説」であるとされていた¹⁶⁾。他方、実務（大審院判例）においては、過失犯について、alic による処罰を認めたとするものが1件見られ（大判昭和2年10月16日刑集6巻413頁）、一般に、それがalic 処罰のリーディング・ケースであると言われてきた¹⁷⁾。

14) 旧刑法のもとでの議論の概要については、浅田・前掲注11)『中古稀』136頁以下参照。

15) 泉二新熊『刑法大要』（有斐閣、1911年）156頁。

16) 勝本勘三郎『刑法要論総則』（有斐閣、1913年）192頁。さらに、岡田朝太郎『刑法論』（中外印刷出版部、1927年）79頁。

17) 添い寝をして授乳をしているうちに寝込んでしまったために乳児を窒息死させたという事案について、大審院は、「生後間モナキ嬰兒ニ対シ添寝シツツ授乳スル者ハ之ニ伴ヒ通常生スルコトアルヘキ一切ノ危険ノ発生ヲ未然ニ防止スヘキ義務ヲ有スルモノニシテ若シ之ヲ怠リ授乳ノ儘睡眠シタル為乳房ニテ乳児ノ鼻口ヲ圧シ窒息死ニ至ラシメタルトキハ授乳者ハ嬰兒ノ死亡ニ付過失致死ノ罪責ヲ免カレサルモノトス」と判示した。なお、小野清一郎「原因において自由な行為—特に酩酊による犯行について」同『刑法と法哲学』（有斐閣、1971年〔初出は綜合法学1巻1号（1958年）〕）248頁以下は、実務においては暗黙裡のうちにalic 理論を活用する事案解決が多かったと指摘している。さらに、小野清一郎「判例批評」同『法学評論 上』（弘文堂書房、1938年）166頁以下、木村亀二「原因において自由な行為」同『刑法 生きてい

2 戦後になって、いち早く間接正犯類似説を主張したのが、戦前からドイツのカッツェンシュタインの無罪説に言及しながら alic を検討していた¹⁸⁾ 小野清一郎博士であった。小野博士は、『原因において自由な行為』は、『間接正犯』とおなじく、犯罪実行の一態様として理解されるべきものである」との前提から、「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、現実には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、結果発生危険性が実現されている」として、「心神喪失を招くことによって人に暴行をし、傷害の結果をもたらすことの蓋然性、すなわち十分の可能性又は危険性のある場合でなければ」飲酒行為に傷害罪の実行行為性は認められないと主張した¹⁹⁾。換言すれば、それは、飲酒行為に結果発生危険性（十分な可能性ないし危険性）が認められる場合には、飲酒行為を実行行為としてよいとするものである。このように、小野博士の間接正犯類似説は、単に実行行為を原因行為に遡らせるだけでなく、原因行為と結果行為との間のつながり（一体性）を重視するものであった。原因行為と結果行為を一体のものとして考える背景には、未遂の成立が早期化されることを回避する意図があったものと思われる。

もっとも、結果行為をも含めた行為の一体的考察は、結果行為をも実行行為の一部として責任を問うものであって、実行行為を原因行為に遡らせるという間接正犯類似説の趣旨を実質的に逸脱するものであり、実際には同時存

る判例』（日本評論社、1960年）130頁、西原春夫「判例批評」平野龍一／松尾浩也編『刑法判例百選I 総論〔第2版〕』別冊ジュリスト82号（1984年）96頁。

18) 小野清一郎「刑法判例研究・原因に於て自由なる行為（*actio libera in causa*）」法学協会雑誌46巻10号（1928年）118頁以下。

19) 小野・前掲注17)『刑法と法哲学』247頁。さらに、同『新訂 刑法講義総論〔増補3版〕』（有斐閣、1950年）107頁、同「故意犯と『原因において自由な行為』」愛知学院大学論叢法学研究創刊号（1958年）7頁、瀧川幸辰『犯罪論序説〔改訂版〕』（有斐閣、1947年）121頁。

在の原則を否定するものではないかという疑問がある²⁰⁾。また、故意の作為犯については、alic として処罰できるだけの関係（一体性）が認められる事案が極めて稀でしかないことは、博士自身が認めていたところである。

3 小野博士の見解を徹底したのが、自身の見解を「定型說的道具理論」と名づけた団藤重光博士の間接正犯類似説である。団藤博士は、従来の alic による帰責範囲が広いことを批判して、「定型説の見地からは、その原因行為が実行行為としての定型を持つことが要求される。……間接正犯が他人を道具として利用するものであるのに対して、原因において自由な行為は自己の責任のない状態を道具として利用するものである点にちがいがあはるにすぎない。間接正犯では他人を利用する行為が実行行為としての定型性をもつかどうか問題の要点であったと同様に、ここでは自己を利用する行為つまり原因行為が実行行為としての定型性を具備するかどうか問題の要点をなす」としたうえで、自己を道具として利用していると言えるためには、自己を心神喪失の状態にまで陥れることが必要であり、心神耗弱状態にとどまった場合には 39 条 2 項の適用は否定できないとした²¹⁾。このことから、alic として処罰するためには、犯罪実現（結果行為実行）についての故意と、自己を心神喪失の状態に陥れることについての故意のふたつ（2重の故意）が必要ということになる。ただ、後者の故意については、単なる事実の認識を超えて、目的ないしは動機という程度の心理を要求するのが一貫していると言えよう。また、こうした事情は、団藤博士が自認しているように、定型性の緩やかな故意の不作為犯や過失犯には容易に肯定できる一方で、故意の作為犯

20) 伊達秋雄「原因において自由な行為」警察学論集 13 巻 6 号（1960 年）7 頁以下、中山研一「『原因に於いて自由な行為』と未必の故意」法学論叢 65 巻 3 号（1959 年）89 頁以下、林美月子「原因において自由な行為」町野朔/堀内捷三/西田典之/前田雅英/林幹人/林美月子/山口厚『考える刑法』（弘文堂、1986 年）243 頁、平川・前掲注 3）286 頁以下、参照。

21) 団藤重光『刑法綱要総論〔第 3 版〕』（創文社、1990 年）161 頁。さらに、同「みずから招いた精神障害」植松博士還暦祝賀『刑法と科学〔法律篇〕』（有斐閣、1971 年）227 頁以下。

には事実上ほとんど認められないことになる²²⁾。

以上のような団藤説の基本的な内容は、その後も多くの賛同者を集め、通説としての立場を維持し続けることになった²³⁾。また、評価については異論がありうるものの、一般には、最大判昭和26年1月17日刑集5巻1号20頁が最高裁によるalic処罰のリーディング・ケースであるとされ、最決昭和43年2月27日刑集22巻2号67頁もalic処罰を認めたものだとされている²⁴⁾。いずれの裁判例も、その理由づけは必ずしも明確ではないものの、実質的には間接正犯類似説を前提とするものであるように思われる。

以上のような、小野博士や団藤博士に代表される間接正犯類似説こそは、本来的（純粹）な「構成要件モデル」であると言ってよい。

22) 団藤・前掲注21)『刑法綱要総論』162頁以下。

23) たとえば、吉川経夫『刑法総論』（法文社、1954年）98頁以下、団藤重光責任編集『注釈刑法(2)のII 総則(3)』（有斐閣、1969年）423頁以下〔大塚仁〕、植松正『再訂 刑法概論I 総論』（勁草書房、1974年）232頁以下、莊子邦雄『刑法総論（新版）』（青林書院、1981年）305頁、大塚仁「実行行為の観念」同『犯罪論の基本問題』（有斐閣、1982年）112頁以下、同『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）167頁以下、福田平『全訂 刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）197頁以下。

24) 昭和26年の大法廷判決は、過度の飲酒による病的酩酊（心神喪失）状態で被害者を殺害した事案について、「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。……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」とした。また、昭和43年決定は、酒酔い運転の事案に対する上告を棄却するに際して、カッコ内の「なお書き」で、「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の状態にあったとしても、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項を適用して刑の減輕をすべきではないと解するのが相当である」としている。なお、桑田連平「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和43年度』（法曹会、1969年）14頁以下。さらに、alic処罰を認めたと考えられる大審院以来の裁判例の動向については、萩原玉味「原因において自由な行為」西原春夫/宮澤浩一/阿部純二/板倉宏/大谷實/芝原邦爾編『判例刑法研究3 責任』（有斐閣、1980年）47頁以下、内藤謙『刑法講義総論（下）I』（有斐閣、1991年）848頁以下、大塚ほか編・前掲注1) 491頁以下〔島田聡一郎＝馬場嘉郎〕、参照。

(3) 間接正犯類似説に対する批判と若干の検討

同時存在の原則を厳格に解したうえで、実行行為を原因行為に遡らせることによって alic 処罰を導く間接正犯類似説に対しては、いくつかの限界や難点が指摘されるとともに批判が加えられている。次に、それらの主要なものについて、若干の検討をしておく。

1 批判のひとつは、実行行為（原因行為）の確定を遡らせる点に向けられている。たとえば、「原因行為がなされただけでは、その構成要件該当性は未確定であり、後に結果行為がなされて初めて、遡って原因行為の構成要件該当性が生じることになる。これはきみようではなかろうか」との指摘が見られる²⁵⁾。批判の趣旨は必ずしも明らかではないが、このような指摘は適切でないように思われる。結果行為がなされて原因行為が特定されるという点はまさにその通りであるが、そのことは、alicy 処罰の場合に限らず、通常の事案においても異なるところがない。たとえば、行為者が被害者を射殺した事案においても、通常、結果（被害者の死）の発生から遡って実行行為（行為者の拳銃発射）が確定されたうえで、実行行為と結果との間の因果関係が判断されている。alicy の場合には、結果を発生させた行為と原因行為との間隔が広く、一般には両者の関連性が弱いために、遡りの判断であることが目立つだけにすぎない。そうした事態は、離隔犯の事案においても見られる。

2 ふたつ目の批判は、実行行為を原因行為にまで遡らせると、未遂犯成立の時点が早まり、結果発生の危険性が認められない場合にも可罰的未遂として扱われることになってしまうというものである²⁶⁾。そのような事例とし

25) 平川・前掲注3) 286頁以下。さらに、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（成文堂、1997年）204頁。

26) 西原春夫「原因において自由な行為」法律時報32巻8号（1960年）96頁、同・前掲注1) 407頁、沢登佳人「みずから招いた精神障害」竹田直平博士/植田重正博士還暦祝賀『刑法改正の諸問題』（有斐閣、1967年）19頁以下、齋藤信幸『「原因において自由な行為」に関する一考察』東北学院大学論集 法律学25号（1984年）2頁以下など。

て、一般に、「教室事例」について、行為者が飲酒後に寝込んでしまったために結果発生に至らなかった場合が指摘されている。たしかに、一般論（筋論）としては、批判の通りであろう。しかし、間接正犯類似説も、結果発生の危険性が消失した事案にまで未遂犯を認めようとしているわけではない。小野博士が行為の一体的考察を主張し、団藤博士が定型性によって原因行為に絞りをかけようとしたのも、このような不都合な結論を避けようとしたからにはほかならない。

3 また、間接正犯類似説の難点として指摘されているのは、「教室事例」のような故意の作為犯のほとんどについては、alic として処罰することができないという点である²⁷⁾。こうした指摘は、定型性を強調することによって実行行為と評価される原因行為の範囲を限定する団藤説には、より強く妥当することになろう。この難点については、小野博士も団藤博士も自認するところであり、そこから、こうした不都合を回避するためには alic 処罰を明示する条文を導入する必要があるとの立法論が展開されている²⁸⁾。また、理由づけは必ずしも同一ではないものの、立法的解決に賛同する学説も多く見られるところである²⁹⁾。しかし、立法に確認規定としての意味を認めるとして

27) 平場安治「酩酊と刑事責任—原因において自由な行為」日本刑法学会編『刑法講座 第3巻 責任』（有斐閣、1963年）59頁以下、沢登・前掲注26）21頁、内藤・前掲注24）864頁以下、平川・前掲注10）37頁。特に、内田・前掲注3）179頁は、間接正犯類似説の「考え方によって説明できるのは、殺意をもって、四畳半の狭い部屋に乳幼児を多数寝かせつけ、その真ん中に仁王立ちになり、斗酒を煽って意識を失い、あるいは、心神喪失に陥り、よろけて何人かを踏み潰したような場合だけ」に限られ、それは「『構成要件の解決論 [本来的な構成要件モデル=引用者挿入]』の破綻を示唆する」ものであると指摘している。さらに、同『改訂刑法I（総論）[補正版]』（青林書院、2004年）240頁。

28) 小野・前掲注17)『刑法と法哲学』255頁は、alic 処罰規定の導入と保安処分（禁絶処分）制度の導入の必要性に言及して、改正刑法準備草案（1961年）による条文化に積極的に賛同している。さらに、団藤・前掲注21)植松還暦230頁以下、243頁、253頁。なお、小野清一郎「準備草案における刑法の諸原則」『刑法改正準備会改正刑法準備草案 附 同理由書』（1961年）87頁以下、植松正「みずから招いた精神障害」同書106頁、法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案 附 同説明書』（1972年）110頁。

29) たとえば、植松正「酩酊者に対する立法措置（概説）」日本刑法学会編『酩酊と刑

も、解釈論的に対応が困難な事案について、立法しさえすれば問題が解消されるとすることは、「罪刑法定主義の趣旨」との関係で重大な疑問があると言わざるをえない。

また、故意の作為犯の処罰を念頭に置いて、端的に、原因行為の実行行為性を緩やかに考える主張が見られる。そのひとつが植松正博士の見解であり、「もともと、原因において自由な行為の理論の適用される事件は、それ自体としてすでに通常予想されるところのいわゆる定型……にはあたらないものである。普通なら予備行為にしか当たらない行為まで遡って、そこに実行の着手を認めることこそ、この理論の効果なのである」としている³⁰⁾。しかし、alicの例外的な処罰の必要性をいかに強調しても、予備行為を実行行為に「格上げ」することは罪刑法定主義に反するし、そのような立法を許容することもできない。

4 さらに、小野博士や団藤博士の見解の難点として、「教室事例」における飲酒行為に実行行為性が認められる場合であっても、飲酒（実行行為の着手）後に心神耗弱にとどまっている段階で結果行為を実行した場合には、39条2項の適用を否定することができないため（刑の必要的減輕）、当初の計画通り心神喪失に陥った場合の扱い（完全責任としての処罰）との間に不均衡（不公平）が生じることが一般に指摘されている。ただ、このような難点は、原因行為から結果行為に至るまでの経過全般にわたる責任の存否を問題にする見解を前提とするものであり、原因行為時点だけの責任を問題にする見解からは特に問題視されることはない。そして、後者のような理解は、その後の学説において有力に主張されているところでもある³¹⁾。さらには、より端的に、「故

事責任』刑法雑誌9巻3・4号（1959年）12頁，西原春夫「改正刑法準備草案と原因において自由な行為（16条）」日本刑法学会編『改正刑法準備草案』刑法雑誌11巻1=2号（1961年）45頁以下，萩原・前掲注24）73頁，金澤・前掲注3）110頁，平川・前掲注10）39頁。

30) 植松・前掲注23）233頁。

31) たとえば，田中圭二「酩酊犯罪対策のための立法上の試案——『原因において自由な行為』にかんするわが国の学説に対する検討を通して」刑法雑誌24巻3・4号（1982年）399頁以下，山口厚『原因において自由な行為』について』団藤重光博

意ある幫助的道具」を利用する間接正犯との類似性を根拠として、心神耗弱にとどまった場合にも完全な責任を認めうるとする見解も有力である³²⁾。いづれにしても、この場面での難点は、間接正犯類似説一般に共通するものではないとすることができる。

(4) 責任主義の例外としての処罰

1 責任能力のある時点での原因行為（「教室事例」の飲酒行為）を実行行為と見る間接正犯類似説は、「行為と責任の同時存在」の原則を遵守することで責任主義に忠実である一方、実行行為の内容を緩めることによって罪刑法定主義の要請（刑罰法規の明確性と厳格な運用）との「緩やかな」調和を目指すものであった。こうした間接正犯類似説が通説的な立場を占めていた状況のもとで、責任主義における「行為と責任の同時存在」の原則に例外を認めることによって、端的に alic 処罰を肯定する立場が現れることになった。それは、責任能力が失われた時点での結果行為（「教室事例」における殺害行為）を実行行為とする前提に立って、罪刑法定主義の要請を厳格に守りながらも、責任能力のある時点での原因行為と責任能力のない時点での結果行為との関連性を要件として、alic 事例を責任主義の例外として扱おうとする立場である。その意味で、それは、わが国では「責任モデル」と呼ばれ、ドイツでは端的に「(責任主義の) 例外モデル」と呼ばれている。

士古稀祝賀論文集 第2巻(有斐閣, 1984年)165頁, 同・前掲注6)213頁, 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 刑法の理論』(成文堂, 1997年)220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』」前掲注1)『西原古稀』237頁以下, 小林憲太郎「責任能力と原因において自由な行為」同『刑法総論の理論と実務』(判例時報社, 2018年)422頁, 杉本・前掲注4)336頁。

32) 大塚・前掲注23)『犯罪論の基本問題』112頁以下, 同『刑法概説』167頁以下, 佐伯仁志「コメント」山口厚/井田良/佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店, 2001年)164頁以下。なお, 福田・前掲注23)197頁, 199頁は, 間接正犯類似説を前提として alic 処罰を認めながらも, 心神耗弱にとどまった事案については, 間接正犯との類似性を明確に否定している。

2 責任主義に例外を認める可能性をわが国でいち早く指摘したのは、佐伯千仞博士であった。佐伯博士は、いわゆる道具理論（間接正犯類似説）の構成と結論に疑問を提起したうえで、「原因において自由なる行為についても、実行行為を遡すかばりに、実行行為と責任能力との同時存在が必ずしも必要でないと考へる余地はないであらうか。責任とは行為の非難可能性であり、責任能力・故意・過失はこの非難可能性の一応の推定根拠にすぎず、それらが責任自体ではないのである。されば原因において自由なる行為の実行行為は無能力のときの挙動であるとしつゝ、なほそれについてそれ以前の能力のあったときの行為者の意思態度に鑑みて非難可能性の有無を問ふことも一向差支へがないのではあるまいか。責任と行為の同時存在といふことは果して責任原理の絶対的要請であらうか。それを疑って見るといふことも許されるのではあるまいか」との問題提起をしたのである³³⁾。

もっとも、佐伯博士は、責任主義の例外を認める根拠については、特に明らかにしていなかった。おそらく、「教室事例」のような当罰性の高い事例の存在を想定して、当然の例外として考えられていたように思われる。ただ、そうであったとしても、alic 処罰を認めるための具体的な要件（原因行為と結果行為との関係）以外に、責任主義の例外を認めることの根拠が明示されなかったことは、誤解を恐れずに言えば、「結論ありき」の alic 処罰と言わざるをえない。何よりも、「責任能力・故意・過失はこの非難可能性の一応の推定根拠にすぎ[ない]」とする点は、責任主義の例外というよりは、むしろ責任論の放棄につながるのではないかという根本的な疑問がある。しかし、その点についても、特に明らかにされてはいなかった。それらの点への言及は、その後の西原博士などの見解に待つよりほかなかつたのである。もっとも、佐伯博士の見解に触発されたその後の学説も、同時存在の原則の

33) 佐伯千仞「原因において自由なる行為」同『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974年〔初出は、日本刑法学会編『刑事法講座 第2巻』（有斐閣、1952年）〕）322頁以下。さらに、同『刑法講義（総論）〔4訂版〕』（有信堂弘文社、1981年）235頁以下、下村康正「原因において自由な行為」同『続 犯罪論の基本的思想』（成文堂、1965年）80頁。

例外を認める方向（例外モデル）を一貫（徹底）するまでのことはなく、原因行為と結果行為とのつながり（alic 処罰を認めるための限定要件）を模索する方向を志向するものになっている。その点で、佐伯博士の問題提起は、「構成要件モデル」を基礎としながら原因行為と結果行為とのつながりを重視する、その後の見解と通底する方向で展開されていくことになったのである。

3 これに対して、責任主義の例外であるとする「例外モデル」の立場を直截的に示しているのは、ドイツ学説に倣った丸山治教授の見解である。丸山教授は、心神喪失・耗弱状態での結果行為を実行行為としたうえで、「実質的に正当な根拠がないのに形式的にそれを整えて一定の犯罪の成立を阻却するものに、その濫用を許さないとする考え方」、すなわち「責任主義の内在的制約（濫用禁止）」を前提として、「最初から犯罪を実行する意思で、判断ないし制御の正常性を欠くにいたらしめた者には、それを欠いたことをもってその者に有利な抗弁として許すべきでない、と考えることも責任主義に反するものではな[い]」とし、そのことが「責任非難を減輕する作用を停止する効果をもつ」として、alic 処罰が責任主義の例外であることを明示している。そのうえで、alic 処罰の要件として、責任能力を自招する原因行為の時点に「二重の故意」が存在することを要求している³⁴⁾。この見解は、alic 処罰の例外性を端的かつ明快に説明するものであり、それに好意的な立場も見られる³⁵⁾。

それにもかかわらず、このような権利濫用説にはいくつかの疑問がある。ひとつは、行為者の権利濫用を根拠とするだけでは原因行為を特定することができず、当罰的な行為(者)の射程が確定できないし、alic 事案として扱うための具体的な要件を導くこともできない。権利濫用とされるのは、行為者の属性であって、行為の属性ではないからである。おそらくは、「教室事例」

34) 丸山治『「原因において自由な行為」に関する一考察（2・完）』北海学園大学法学研究 19 卷 1 号（1983 年）56 頁以下。さらに、同『「原因において自由な行為」小考』小暮得雄先生古稀記念論文集『罪と罰・非情にして人間的なるもの』（信山社、2005 年）157 頁以下参照。

35) 金澤・前掲注 3) 100 頁。

のような事案の当罰性(処罰の必要性)がア・プリオリに想定されているのであろう。しかし、権利濫用という一般法理を援用するのであれば、覚せい剤の濫用から離脱できた者が、数年後のフラッシュバックによって心神喪失の状態に陥って殺人を犯したような場合(それほど稀な事案でもないし「教室事例」にも当たらない)であっても、完全な処罰を認めるのが筋なのではないだろうか。そうであれば、それは、近代刑法において克服されたはずのヴェルサリ原則³⁶⁾による処罰を認めることになりかねない。教授の見解もそこまでの結論を認めるものとは思われないが、権利濫用という一般法理は、このような場合にも及びうるものと言わざるをえず、罪刑法定主義に正面から抵触する可能性を内在していると言わざるをえないものである。また、権利濫用を許さないことが責任主義の内在的制約であるとする点についても、積極的な論証は示されておらず、結論だけが述べられているにすぎない。したがって、このような、明快であるだけに射程が曖昧になる「例外モデル」の見解には与することができないのである。

III 「原因において自由な行為」をめぐる諸見解

(1) 「責任モデル」的なアプローチとその検討

佐伯博士の問題提起を契機とする「責任モデル」は、その後、いくつかの方向へと分かれていくことになった。

1 佐伯博士の問題提起を承けて、行為の統一性を強調する観点(犯罪の全体的考察)から、結果行為を実行行為として把握する責任モデルの立場を明

36) ヴェルサリ原則は、12世紀末に成立したベルナドゥス・パピエンシス大布告によるものとされており、*versanti in re illicita omnia imputantur quae sequuntur ex delicto*(不正な事柄に従事する者には、そこから生じる一切のことが帰される)という格言で表される。古くは結果的加重犯の当罰性を根拠づけるものとして援用されることもあったが、その結果責任的な性格(責任主義との抵触)の故に克服されてからすでに久しい。なお、丸山雅夫『結果的加重犯論』(成文堂、1990年)182頁以下参照。

らかにしたのが西原春夫博士である³⁷⁾。西原博士は、意思決定の段階から予備以前の行為・予備行為・実行行為を経て結果惹起に至る一連の人間の態度が同一の意思に担われているものを「行為」（特定の意思の実現過程）として捉える前提から、責任能力が問題となるのは当該行為者が行為に出るべく意思決定をするとき（行為が始まる最初の時点）であるとする。そして、「一個の行為は一個の意思によって貫かれていることを意味する」としたうえで、「行為者が自己の悪しき行為動機にたいし良き行為動機を対立させて抗争しなければならないのは、ほかならぬ意思決定のときである」から、「行為についての責任能力は当該行為への最終的意思決定のときにあればよい」と主張した。すなわち、違法行為についての責任能力は、当該違法行為それ自体の開始時ではなく、違法行為を含むところの「行為」全体の開始時にあればよいこと（責任能力と「行為」との同時存在）になり、原因行為時に認められる責任が結果行為（実行行為）時に及ぶことから、alicとしての処罰が認められるということになる。具体的には、故意犯の場合には当該故意の違法行為を犯すか犯さないか、過失犯の場合には客観的に注意義務に違反するところのある行為を行うか行わないか、を最終的に決定するときに責任能力がありさえすれば、その意思決定に担われた行為全体についての責任能力を認めることができるとする。

ただ、故意犯の場合には、そのような関係が認められるのは、ほとんど責任無能力に陥ることが犯罪遂行の手段であったような場合に限られるとした。また、「故意犯の場合には、責任無能力の状態では違法行為を犯すことの意欲または認容を伴った意思決定が、過失犯の場合には、責任無能力の状態では結果を発生させることのありうる、注意義務に違反した行為を行うことへの意思決定がなされる。次に、その意思決定にもとづいて行為が開始される

37) 西原・前掲注1) 404頁以下参照。さらに、同・前掲注29) 45頁以下、同「酩酊運転と刑事責任」植松博士還暦祝賀『刑法と科学〔法律篇〕』（有斐閣、1971年）261頁以下、同『刑法総論 下巻〔改訂準備版〕』（成文堂、1999年）458頁。なお、平場・前掲注27) 63頁以下、同「責任の概念要素と刑事責任論の基底」前掲注31)『団藤古稀』62頁以下。

ことになる」とする³⁸⁾ところから明らかなように、博士の見解は、「結果行為による結果惹起」と「結果行為時における責任能力の減退（心神喪失ないし心神耗弱）の惹起」のそれぞれについて故意・過失（二重の故意・過失）を要求するものであった。そのうえで、行為者の計画全体に照らして法益侵害の危険が必然的ないしは蓋然的になった時点に実行の着手を認める立場（折衷説）を前提として、おおよその傾向として、故意の作為犯では、直接的な結果惹起行為を開始するとき（結果行為時）、不作為犯では、原因設定行為を開始するとき（原因行為時と結果行為時が一致する）に実行の着手が認められるとしたのである。

2 行為の一体性を前提として、最終意思決定時点における責任能力の存在で足りるとする西原博士の見解に対しては、行為を発生させる意思は行為の瞬間ごとに生じるものであるという観点から、原因行為時の意思決定が結果行為にまで及んでいるとするのはフィクションではないかとの批判が加えられた。たとえば、平川教授は、「意思は凝然たる実体ではない。行為が当初の意思どおりに行われたという場合も、当初の心理状態がコンピューター・プログラムのように保存され、それによって行為が発生させられ続けたわけではない」と批判した³⁹⁾。また、丸山教授も、事前の意思決定がそれ自体として結果行為に実現するわけではなく、結果行為時には「〔当初の意思決定を＝引用者挿入〕翻意しないという最終的意思決定がなされている」として、原因行為時と結果行為時とは意思が「人格的・主体的に断絶」しているはずだとする⁴⁰⁾。たしかに、当初の意思決定が結果行為に及んでいることを積極的に証明するのは困難であるから、「疑わしきは被告人の利益に」の原則からすれば、意思の連続性はないものとして扱われるべきことになろう。こうした批判が、alic 処罰否定説（平川）と端的な例外モデルによる処罰肯定説（丸

38) 西原・前掲注1) 415頁。

39) 平川・前掲注3) 283頁。さらに、長井・前掲注6) 169頁以下。

40) 丸山治『『原因において自由な行為』に関する一考察（1）』北海学園大学法学研究 18巻1号（1982年）16頁以下。さらに、杉本・前掲注4) 344頁。

山)の両極から加えられているのにも、十分な理由がある。しかし、不可知論を前提とするこのような批判は、責任無能力を理由とする責任阻却の主張においては、刑事裁判に不可能を強いるものとなるように思われる。その意味で、「例外的に他の動機がはたらいたことの証明がなされない限り、当初の心理状態が残ったのではないという証明も不可能」であり、「問題は、……裁判官が、当初の意思が実現されたと判断できるかどうかであって、できる場合にはその意思決定につき非難としての責任を課することができる」とする西原博士の反論は⁴¹⁾、実際の刑事裁判との関係では説得的なものであると言えよう。その限りで、「疑わしきは被告人の利益に」の原則も、行為者の内心の証明との関係で内在的制約を受けざるをえないものである。

むしろ、西原博士の見解の問題性は、最終意思決定の時点をどこに見るかという点に関わるように思われる。西原博士は原因行為にそれを見ているようであるが、原因行為の時点に限定する根拠は必ずしも明らかにはされていない。原因行為以後の責任能力のある時点で最終意思決定がされ、結果行為時点では責任無能力となっていた場合には、39条の適用を認めることになるはずであるが、博士の結論がそのようなものになるとは思われない。他方、予備行為以前の段階で最終意思決定がされていた場合には、alic 処罰を根拠づける責任の存在の遡りを原因行為時点までにとどめる必要はないはずである。この意味で、「予備行為以前の行為にさかのぼる意思決定に対する非難をする点で可罰性を拡大しすぎる」可能性を指摘する批判は⁴²⁾、的を射たものと言えよう。責任モデルを前提として alic 処罰を認めるのであれば、むしろ端的に、原因行為時までの遡りに限定した責任を問題とする方が一貫していたと思われる。

ただ、行為を全体的なものとして把握し、結果行為より前の最終意思決定時の責任能力を問題にする西原博士の見解は、実質的には、後に見る平野龍

41) 西原春夫「原因において自由な行為についての再論」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第3巻』(有斐閣, 1984年) 39頁。

42) 内藤・前掲注 24) 878頁。

一博士らの見解（原因行為に着目するアプローチ〔構成要件モデル的発想〕）と通底するところがあり、「構成要件モデル」と「責任モデル」との「折衷的見解」であると言ってよい。その意味で、西原博士の見解は、責任モデル的アプローチを前提としながらも、構成要件モデル的アプローチとの架橋を図るものとして評価できるように思われる。

3 西原博士の見解を基本的に踏襲しながら、責任モデル的アプローチから折衷的な立場を自覚的に展開したのが、中森喜彦教授の見解である。中森教授は、それまでの判例・学説を検討したうえで、「原因において自由な行為における実行行為は責任能力低下後の犯罪事実実現行為であるとせざるをえず、その処罰は行為と責任の同時存在の例外をなすものと認めざるをえない」として責任モデル的な前提を明示したうえで、「この例外としての処罰を実質的に正当化するのは、行為者に対する非難が、原因設定時の事情に基づいて、通常の場合と同程度になしうることであ[る]」とし、その要件として、原因設定から犯罪事実の実現までが一過程と評価されること、一連の過程を意思の実現（西原・平野）とするだけでは足りず、危険の実現の基準（内容と程度）による限定が必要（山口・内藤）であるとする。また、その場合の行為者の内心としては、原因設定行為の一般的性質（結果発生危険性）を認識していれば足りるとする⁴³⁾。行為の一連の過程を重視したうえで、意思連絡とともに危険実現を重視する教授の見解は、alicの構造については責任モデルを前提としながら、alic処罰の要件としては構成要件モデル的アプローチからの主張を重視するものであり、まさに折衷的なものであるとすることができる。

なお、かつては構成要件モデルのアプローチからalic処罰を正当化する見解（後述）を強調していた山口厚教授は、その後、構成要件モデルの限界を指摘したうえで、責任モデルのアプローチへと改説するに至った。山口教授は、「自分の犯罪的意思の実現可能性は、その犯罪を心神喪失・心神耗弱状態で行うよりも、完全責任能力がある状態で行う方がむしろ高いといえる

43) 中森・前掲注1) 242頁以下。

が、後者の場合に、結果行為及びそれに密接した行為以前の段階で実行行為性を認めることはできない」ので、「結果行為を心神喪失・心神耗弱状態で行う場合であっても同じに解するほかはない、すなわち原因行為について実行行為性を認めることはできないと思われる」としたうえで⁴⁴⁾、それまでの構成要件モデル的なアプローチを捨て、責任モデルのアプローチの採用を明言した⁴⁵⁾。そして、alic 処罰を認めるための要件として、第1に、完全責任能力のある原因行為時に、「構成要件の結果を惹起する」故意があり、そうした原因行為時における故意が結果行為時における故意にまで一貫し、結果行為が原因行為時における同一の故意の現実化と解されること、第2に、結果行為時における責任能力の減退を自招したこと（原因行為）が行為者に対して「非難可能」であることが必要であるとする一方で、第3に、そうした非難が可能になるためには、原因行為時に行為者に責任能力喪失・減弱についての認識・予見（つまり「二重の故意」）があったことまでは必要でないとしたのである⁴⁶⁾。このような山口教授の見解は、責任モデルを前提としながらも、実際の適用場面においては構成要件モデルとの混合ないしは折衷的なものとなることから、中森教授（さらには西原博士）の見解と通底するものであると言うことができよう。

4 以上に対して、中山研一博士は、結果行為を実行行為と見る責任モデルを前提としながら、共犯論における制限従属形式の立場を徹底するところから、構成要件モデルの間接正犯類似説とは異なり、alic の構造は教唆犯的なものであるとする⁴⁷⁾。すなわち、alic においては、具体的な侵害行為（実行行為としての結果行為）の時点では責任無能力である行為者自身（正犯としては

44) 山口厚『『原因において自由な行為』をめぐって』研修708号（2007年）4頁。

45) 山口・前掲注6) 212頁以下。さらに、同『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）276頁以下。

46) 山口・前掲注6) 218頁以下、同・前掲注44) 11頁以下、同・前掲注45) 177頁、参照。

47) 中山研一『『原因において自由な行為』と未必の故意』法学論叢65巻3号（1958年）92頁以下参照。さらに、同『刑法総論』（成文堂、1982年）346頁以下は、alic として処罰する場合の具体的要件に言及している。

不可罰)に対して、責任無能力状態を利用することを教唆(原因行為)している点で、正犯に準じた処罰ができる(61条1項)としたのである。したがって、責任無能力状態での結果行為(実行行為)がなされなかった場合には、教唆の未遂にとどまるため、共犯独立性説を採らない限り、従属的共犯としての処罰ができないことになる。このように考えれば、「教室事例」において、飲酒の後に寝込んだために結果行為に出られなかった場合にも、間接正犯類似説の難点(未遂とせざるをえない)は克服される。また、こうした見解は、「構成要件の厳格性の要請」に抵触することなく、「同時存在の原則」にも矛盾しないものでもある。しかし、この見解は、巧みな説明ではあるものの、教唆行為を正犯行為として処罰することは、教唆犯を正犯に格上げすることになる点で疑問がある⁴⁸⁾。何よりも、自己教唆の処罰規定が存在しない現行刑法のもとでは、61条1項の類推適用を認めるものとして、「罪刑法定主義」に抵触する疑いを払拭できない。

また、中義勝博士は、佐伯博士の見解を前提としたうえで、原因行為時における規範意識が結果行為を支配している(しうる)ことに原因行為と結果行為の連結点があるとし、「原因において自由な行為においては、無能力時の実行行為が能力時の表象(病的酩酊後または麻薬注射後殺傷におよぼうという表象)またはその可能性によって、飲酒または麻薬を注射しようか否か、ひいてはこれと因果的につながる実行行為におよぼうか否かが支配されまたは支配可能であった」から、「形式的には責任と実行行為の同時存在の原則に背馳しているようにみえ[る]」が、「この原則をして生じさせるにいたった実質的理由にむしろ緊密に相応するものだ」としている⁴⁹⁾。このよう

48) この点について、沢登・前掲注26)22頁は、「教唆犯を正犯にすり替えるというような手品を認めることが一体刑法の人権保障機能にかなっているであろうか」と指摘している。さらに、町野・前掲注5)358頁。

49) 中義勝『講述 犯罪総論』(有斐閣、1980年)171頁以下。さらに、同「原因において自由なる行為」関西大学法学論集創立70周年記念特輯(1955年)145頁以下、同「判例解説」『昭和57年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊792号(1983年)164頁以下、参照。

な中博士の見解は、責任モデルとしての例外性を正面から認めるものではなく、むしろ alic 理論不要説（さらには否定説）と通底するものであると言ってよいかもしれない。

(2) 「構成要件モデル」的なアプローチとその検討

1 責任モデルを前提として「行為と責任の同時存在」で足りるとした西原博士に対して、平野龍一博士は、実行行為を原因行為に見る構成要件モデルを前提として、「『行為』と責任の同時存在」で足りるとする見解を主張した。原因行為を実行行為としたうえで『実行行為』と責任の同時存在を必要とする「堅い」構成要件モデルからすれば、結果発生の危険性の低い原因行為が問題になる事案においては、すでに見たように、「実行行為」概念を緩めたうえで alic 処罰を認めるか、alicy 理論による処罰を断念するしかなかった。平野博士の見解は、この難点を回避したうえで、alicy 処罰を導こうとするものとして展開されたものである。

平野博士は、責任能力が実行行為の時点で存在する必要はないことを指摘した佐伯博士に対して、「しかし、博士も実行行為以前の『どこか』に責任能力があればいいとされるわけではあるまい」として、「教室事例」について、「責任能力が少なくとも酒を飲むとき〔原因行為時＝引用者注〕には存在しなければならないであろう。そうだとすると、この酒を飲む行為は、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ことができよう。ここでは、正犯行為と実行行為とが分裂しているのである」として、同時存在の原則は「実行行為と責任」の間にだけでなく、「正犯行為と責任」の間に認められることで足りるとしたのである⁵⁰⁾。平野博士の見解は、「未遂犯処罰の根拠」となる「実行行為」と

50) 平野龍一「正犯と実行」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣，1981年〔初出は、前掲注1）『佐伯博士還暦祝賀』〕127頁以下。他方、浅田・前掲注3）7頁は、こうした理解に対して、「処罰の対象が実行行為（構成要件該当行為）であるとする

「共犯と正犯を区別する機能」としての「実行行為」とを区別するものであり、後に有力になっていった、構成要件的アプローチによる alic 処罰の議論の前提となるものであった⁵¹⁾。平野博士によれば、未遂犯処罰を根拠づける実行の着手は、原因行為よりも前に認められることはありえないが、事案の内容に応じて、原因行為の時点、結果行為の時点、原因行為と結果行為の間のどこかの時点で認められるということになる。

そのうえで、博士は、原因において自由な行為が問題になる事例を、原因行為者の意思といわば不連続に結果行為の意思が生じる場合と、意思が連続している（はじめから結果行為をする故意がある）場合とに区別して、前者については、「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言い難い場合が多いであろう」とし、後者については、「責任能力の状態での犯意がそのまま実現されたときは、実行行為の時に責任能力がなくとも、発生した結果について責任を問うことができるであろう」とした⁵²⁾。ここからすれば、故意犯の alic 処罰は、原則として、意思が連続している形態の事案に限定されることになる。また、原因行為時に心神喪失状態で結果行為を実行することを決意しながらも、結果行為時には心神耗弱状態にとどまった事案については、限定「責任能力」があるのに翻意しなかったのは自己の責任であり、「限定」責任能力のために翻意が困難で、そのため実現されたのも自己

のは罪刑法定主義の要請であり、それと責任能力との同時存在は責任主義の要請であって、いずれもゆるがせにはできない」としている。この点には、罪刑法定主義と責任主義（近代刑法における 2 大原則）の捉え方（どの程度厳格なものとして捉えるか）に対する基本的な見解の違いが見られる。

51) なお、大越義久「原因において自由な行為」法曹時報 41 卷 11 号（1989 年）12 頁、金澤・前掲注 3）103 頁以下、曾根威彦『刑法総論〔第 3 版〕』（弘文堂、2000 年）242 頁以下、山口厚『刑法総論』（有斐閣、2001 年）233 頁以下、高橋則夫「犯罪論における同時存在原則とその例外」佐々木史朗先生寿寿祝賀『刑事法の理論と実践』（第一法規出版、2002 年）64 頁、西田ほか編・前掲注 4）629 頁。

52) 平野龍一『刑法総論 II』（有斐閣、1975 年）303 頁以下。さらに、橋爪隆「『原因において自由な行為』について」同『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020 年）260 頁。

の意思であることから、「両者を合わせて」完全な責任を問うことが可能であるとして、最判昭和43年2月27日刑集22巻2号67頁の結論を支持している⁵³⁾。もっとも、意思の連続・不連続を基準とする事案の解決は、大きな傾向として認められるだけのものであり、連続か不連続かを明確に区別する積極的な意味はない。したがって、意思の連続・不連続の区別を用いることなく、事例判断として事案を解決すること⁵⁴⁾も十分に可能である。

2 意思の連続・不連続の区別を無用（不必要）なものであるとする町野朔教授は、alic事案において帰責されるべきは原因行為であるとの前提から、構成要件の結果が発生したときには原因行為にも構成要件該当性が認められる（飲酒して障害状態に陥って偽証したときは飲酒行為にも偽証罪の構成要件該当性を認める）として、原因行為は正犯行為でなければならないが、原因行為の時点で未遂犯が成立している必要はないとする。こうした構成は、平野博士の见解と同じであり、堅い構成要件モデル的アプローチ（原因行為が未遂犯成立を根拠づける実行行為でなければならない）と一線を画したものである。そのうえで、町野教授は、原因行為による意思支配が結果行為に及んだために結果が発生したという関係にalicの因果性を認める。したがって、町野教授の见解は、自己の責任能力を奪い・減殺する行為は、犯意撤回の能力を奪うもので、原因行為時における意思（故意・過失）の固定によって結果行為による犯罪実現を促進したものであり、そのような「意思の固定」を根拠として原因行為者にalicの正犯性を認めることができるとするものである⁵⁵⁾。

alicの正犯性を原因行為時の意思支配に求める町野教授の见解は、一体としての行為における意思の連続性を重視する西原博士（責任モデル）の见解と通底するものである。他方、町野教授の见解は、原因行為時から結果行為時に至るまでの意思の固定を強調する一方で、原因行為と結果行為との間の客

53) 平野・前掲注52) 305頁。

54) 町野・前掲注5) 361頁。

55) 町野・前掲注5) 362頁以下。なお、松原芳博『刑法総論【第2版】』（日本評論社、2017年）325頁以下。

観的なつながり（因果関係としての行為支配）や、原因行為時に設定された危険が結果行為において実現するという関係（危険実現）は相対的に重視されていないように思われる。しかし、alic として原因行為が処罰できるとするのであれば、意思支配（主観的要件）だけではなく、客観的な要件も重視されなければならないであろう⁵⁶⁾。また、教授が alic 処罰の例として偽証罪を挙げている点も適切なものようには思われぬ。「教室事例」のような事案でなく敢えて偽証罪を例示する根拠は、必ずしも明らかではないが、より極端な例外的事例を挙げることで説得性を高めようとしたのかもしれない。しかし、障害状態を招来したうえで偽証しようと考えて大量に飲酒をした（原因行為）後に、責任無能力状態に陥って偽証（結果行為）をするというような事態は、はたして現実的に想定できるのであろうか。そもそも、責任無能力の状態では、法廷において、宣誓能力や証言能力さえも認められないように思われる。あるいは、限定責任能力状態にとどまった場合を念頭に置いた説明なのかもしれないが、そうだとすると、宣誓能力と証言能力の存在には疑問が残ると言わざるをえない。alic 処罰については、「教室事例」のような事案でさえもが極端（例外）視されかねないものであり、alic による偽証のようなおよそ現実味のない事案で alic の可罰性を説明するのは妥当なものとは思われぬ。

3 後に責任モデルの立場へと改説することになった山口厚教授は、改説するまでは、構成要件モデル的アプローチから、遡及禁止論を根拠として、原因行為の危険性を強調する alic 処罰論を有力に展開していた⁵⁷⁾。当時の山

56) たとえば、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）493頁以下、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015年）177頁以下は、結果実現意思にもとづく因果の流れの主導的な設定（行為支配性）を重視し、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂、2019年）304頁は、意思の連続性と相当因果関係を要件としている。因果関係を重視する点では、これらの見解は後に見る山口教授の見解と同じである。

57) 旧山口説の全体像については、山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会、1982年）56頁以下、同・前掲注31）162頁以下、179頁、同『『実行行為論』の一断面』研修627号（2000年）3頁以下、同「原因において自由な行為」同『問題探求 刑法

口教授は、相当因果関係を限定する一般的な結果帰属の基準として、構成要件該当性が肯定されるのは構成要件の結果を認識した自由な行為（構成要件の結果について完全な故意のある行為）に限られ、その行為より前に遡及して結果惹起の刑事責任を追及することはできない（構成要件該当性の枠外にある）とする「遡及禁止の原則」（遡及禁止論）を展開したうえで、原因行為は一般に予備行為（または予備にすらならない行為）でしかないとしながら、alic 事案における原因行為については例外的に遡及禁止が及ばないとした。そして、危険犯としての未遂犯の処罰根拠となる法益侵害の危険を「行為の危険性」ではなく「結果としての危険」と解する立場を前提として、同時存在の原則の意味を、法益侵害・危険という「結果」に「相当な」原因となった「行為」（原因行為）と責任との同時存在に求めている。すなわち、責任との同時存在が要求される行為は、法益侵害・危険という結果と相当因果関係に立つ行為であれば足り、したがって原因行為と結果行為・結果との間に犯罪の成立要件として要求される因果連関および責任連関が認められる限りにおいて、結果惹起についての犯罪の成立を肯定することができる（完全な責任を問いうる）としたのである。そのことから、この場合に問責対象となるのは原因行為であり、特に原因行為の「危険性」に着目して、原因行為と結果行為・結果との間の相当因果関係を厳密に要求・検討すべきことを強調した。また、責任連関（故意・過失）としては、原因行為が結果行為・結果を惹起する危険性を持つこと（原因行為によって結果行為意思が創出・強化・維持されること等）の認識、そしてその危険性が結果行為・結果に実現することの認識、さらには、発生する結果行為・結果（特に結果）についての認識（緩やかな二重の故意）が必要であるとしていた。

こうした説明は、心神喪失状態で結果を発生させる事案を念頭に置いたものであるが、心神耗弱状態で結果を発生させた事案についても妥当する。す

総論』（有斐閣、1998年）198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20号33頁、同「原因において自由な行為」山口ほか・前掲注32）148頁以下、参照。

なわち、心神耗弱にとどまった事案についても、遡及禁止は全面的には働かないとして、「心神耗弱状態における結果行為により構成要件の結果を惹起した責任に、心神耗弱状態における結果行為に対する（誤解を恐れずに言えば、一種の共犯的）関与により間接的に構成要件の結果を惹起した責任を併せて、構成要件の結果惹起について、完全な責任」を問うことができるとした⁵⁸⁾。このような結論は、平野博士が「合せて一本」として完全処罰を認めることと同じである。

以上のところから、山口教授は、遡及禁止原則による alic 処罰の正当化を前提として、alic が問題になる事案については、「犯罪論の基本原則に修正や例外を認めることなく、その結論を肯定し得る」と結論づけた⁵⁹⁾。その点においては、当時の山口教授の見解は、alic 理論不要論に近接するものであったと言えるのかもしれない。他方、以上の山口説に対しては、alic が問題になりうる事案について、心神喪失の場合には遡及禁止が働かないとし、心神耗弱の場合にも遡及禁止が全面的には働かないとする点（主張の前提）について、特段の理論的説明づけが見られず、結論の先取りなのではないかという疑問が提起されている⁶⁰⁾。また、そのこととの関係で、正犯性が無限定になり、相当因果関係による限定も十分なものになりえず、実際には処罰範囲を拡大する方向に向かうのではないかとの批判も見られたところである⁶¹⁾。

4 遡及禁止論による正当化の是非は別にして、構成要件モデル的アブ

58) 山口・前掲注 57) 現代刑事法 34 頁。

59) 山口・前掲注 58) 33 頁、山口ほか・前掲注 32) 148 頁。さらに、小林・前掲注 31) 412 頁以下。

60) この点について、長井・前掲注 6) 203 頁は、「少なくとも一人の正犯責任は捻出したいという社会的要請（被害者感情）への共感が潜むように思われる」として、遡及禁止の遮断効果は生じないという説明は、「責任非難しえないから遡及を認めるという処理ないし結論の同義反復でしかなく、実質的根拠を何ら示していない」と指摘している。

61) 中空壽雅『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 (1)』早稲田大学大学院法研論集 52 号 (1990 年) 173 頁以下、185 頁以下、井田良「原因において自由な行為」現代刑事法 31 号 (2001 年) 117 頁、同『刑法の理論構造』(成文堂、2005 年) 336 頁以下。

ローチによって alic 処罰の範囲を画そうとする山口説は、平野説や町野説などと同じ流れにある。さらに、それらと同じ発想（構成要件モデル的アプローチ）から、日高義博博士は、alic が問題になる事案については原因設定行為に実行行為性を認めて、「原因設定行為に実行行為性を認めるためには、原因行為がなされれば結果発生へと進む蓋然性が認められる状況が存在しなければならない。法益侵害の現実的危険性が認められるか否かを個別具体的に判断していくことで、理論の刑罰制限的機能を働かしめることができる」としたうえで、危険実現の観点を強調している⁶²⁾。他方、内藤謙博士は、alic の実行行為と実行の着手とを原因行為ではなく結果行為に求めるべきだとの立場（責任モデル的アプローチ）から、原因行為によって設定された危険が結果行為に実現することを重視したうえで、それを時間的・場所的な近接性の要件で限定すべきことを強調している⁶³⁾。以上のところから明らかなように、alic 処罰を肯定する立場は、構成要件モデル的アプローチと責任モデル的アプローチのいずれにおいても、可罰的であることを当然の前提としながら、その処罰範囲をどのような要件で限定していくかという議論（要件論）に集約されていると言ってよい。

(3) 「例外モデル」的なアプローチとその検討

1 構成要件モデル的アプローチに対して、alic 処罰の範囲が狭くなりすぎることを理由に間接正犯類似説を批判する内田文昭博士は、原因行為が予備行為にすぎない事案については「同時存在の原則」の例外として扱うほか

62) 日高義博「原因において自由な行為の理論的枠組みについて」前掲注1)『西原古稀』232頁。

63) 内藤・前掲注24)866頁、880頁以下。さらに、林幹人「原因において自由な行為」同『刑法の基礎理論』（東京大学出版会、1995年）139頁、同『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）330頁以下、岡上雅美「原因において自由な行為」法学教室277号（2003年）90頁以下、石井徹哉「原因において自由な行為」法学教室430号（2016年）35頁。

はないとして、例外モデル的アプローチの立場を明確にしたうえで、例外を認める要件として、「責任能力に担われぬ『事実的故意』としての『構成要件的故意』は、責任能力を有していた原因設定行為時の『故意』・『過失』と可能な限り連絡・連結している必要がある。そのためには、原因設定行為時の『故意』・『過失』のもつ結果発生への『危険性』が、連続的に増幅され、『責任能力』を具えた『実行行為』に準じたものが肯定されなければならない」とする。そして、その具体的な事例として、「過失的に酩酊状態に陥り、俄かに『故意』を抱いたというような場合でも、酩酊状態であることの『認識』を媒介とすることにより、過失的酩酊のもつ『危険性』が増幅・強化されたならば、『事実的故意』を『有責な故意』として評価しうる」とした⁶⁴⁾。この見解は、原因行為と結果行為の客観的關係として「結果実現の危険性」を要求するとともに、主観的要件として事実的故意を要求することで、例外として扱われるべき alic 事案の処罰範囲を限定しようとする意図に出たものである。内田博士の見解は、結果実現の危険性を特に強調する点で、内藤説や日高説と親近性を持っている。

しかし、事実的故意を責任故意に格上げする点で、内田説には大きな疑問がある。特に、過失（酩酊状態であることの認識）を媒介として、事実的故意を責任故意と同じに評価する「危険性の増幅・強化」の内実は明らかにされていない。内田博士の見解は、結果的には、例外処罰としての範囲を限定しようとした alic 事案を緩やかに認めることになってしまうように思われる。内田説によれば、過失犯の成立にとどまるとされた昭和 26 年の大法廷判決の事案（前掲注 24）参照）においても、殺人罪の成立が認められることになるはずである。内田博士の見解は、そのような結論までをも認めるものなのであるか。

他方、原因行為と結果行為のそれぞれに厳格な故意（二重の故意）を要求することによって、alic の可罰性を根拠づけるとともに、成立範囲を画そうとしたのが林美月子博士である。林博士は、同時存在の原則は絶対的な要請で

64) 内田・前掲注 3) 188 頁。さらに、齋藤・前掲注 1) 193 頁。

はないとしながらも（責任モデル的アプローチ）、事前的コントロールと同時的コントロールは同一でないことを認めたい。そのうえで、両者の違いは二重の故意によってカバーされうるとする。そのうえで、実行行為の途中で心神喪失・耗弱に陥った場合に既遂の故意責任を負わせるためには、完全責任能力の時点で未遂を突破して既遂へと至る行為を行ったことが必要であり、その後のズレは因果関係の錯誤の問題にすぎないとした⁶⁵⁾。もっとも、二重の故意による限定は、相当因果関係（山口）や時間的・場所的接近性（内藤）、危険性の認識（内田）といった限定と排他的な関係にあるものではない。林博士の見解は、そうしたことも当然に意識したうえで、二重の故意の限定機能を特に重視したものと言うべきであろう。

2 以上の見解とは異なり、故意論における責任説を前提に、違法性の意識の可能性と責任能力との同質性（類似性）を根拠として、「例外モデル」の立場から直截的に alic の可罰性を肯定するのが、中空壽雅教授と安田拓人教授である。違法性の意識の可能性に関する責任説は、実行行為の段階では違法性を意識できない場合であっても、実行行為よりも前の段階における調査や照会によって違法性が意識できるのであれば、事前段階での回避可能性を根拠として違法性の意識の可能性が認められるとする。したがって、事前段階の回避可能性が責任非難を根拠づけうるものであれば、実行行為時には責任能力が失われている場合であっても、責任能力の喪失を回避する可能性が認められる限りで 39 条の適用が排除されてよいことになる。

中空教授は、制限責任説の立場から、alic の処罰根拠を責任補填原理（一定の場合には責任無能力の援用を行為者に許さない）に求め、結果行為が実行行為であるとしたうえで、責任無能力状態での結果行為を例外的に非難するために、責任判断だけを原因行為に遡らせるアプローチを主張する。具体的に

65) 林美子「実行行為と責任能力」神奈川大学法学研究所研究年報 5号（1984年）1頁以下。その後、同「実行行為途中からの責任無能力」神奈川法学 28巻1号（1993年）283頁以下では、完全責任能力のもとでの行為について、終了未遂の認識としての既遂故意があれば足りるとしている。

は、結果行為時における構成要件の故意・過失を重視して（少なくとも過失の存在を要求する）、原因行為時の主観については、責任無能力になることについての過失があれば責任非難は可能であるとして、二重の故意論を否定する。また、原因行為時の故意はもっぱら責任非難の問題であり、結果行為に対する違法性の意識を問題にするものであるから、一定の犯罪事実の認識・認容が必要になるとしたうえで、結果行為時には故意があつて原因行為時には予見可能性しかない場合には故意行為に対する過失責任が認められるとする⁶⁶⁾。これに対して、安田教授は、違法性の錯誤における責任説の論理を採用して（アナロジー）、より直截的に、回避可能であつた責任能力の減退（原因行為時に責任能力を維持する責務の違反）に対しては責任非難が可能であるとし、結果行為の時点で行為者に構成要件の故意があれば故意犯が成立したうえで、38条3項ただし書の類推適用（行為者に有利な類推適用）による任意的減軽の余地が認められるにすぎないとする⁶⁷⁾。ただ、いずれも責任説を前提とする中空説と安田説との間には、結果行為時の行為者に構成要件の故意が認められる場合の扱いについて、責任説のアナロジーを一貫する（故意犯の成立を認める〔安田〕）かしないか（過失犯の成立にとどめる〔中空〕）、という結論での違いが見られる。

3 責任説の論理に準拠して alic 処罰を理由づける中空説と安田説は、いずれも、責任モデル的アプローチを徹底するものである。また、中空説の前提となる責任補填原理は丸山教授の権利濫用説の発想と通底するところがあ

66) 中空・前掲注 61) 174 頁以下。さらに、同『『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 (2)(3)』早稲田大学大学院法研論集 53 号 (1990 年) 141 頁以下、54 号 (1990 年) 217 頁以下、同『『原因において自由な行為の法理』の有用性について—ドイツ連邦通常裁判所判決を素材として』『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第 2 卷 刑法理論の現代的展開』(成文堂, 2000 年) 412 頁、同『『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 卷 3 号 (2006 年) 24 頁以下。

67) 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 (2・完)」法学論叢 142 卷 2 号 (1997 年) 41 頁以下。さらに、同『刑事責任能力の本質とその判断』(弘文堂, 2006 年) 54 頁以下。

るが、一般法理ではなく刑法解釈論として展開されている点で説得的であり、丸山説に見られた難点を回避しうるものである。さらに、結果行為時の構成要件の故意・過失と原因行為時の非難可能性とを併せて完全責任を認めるという構成は、すでに、目的的行為論を前提とする平場博士が示していたところであり⁶⁸⁾、目的的行為論に好意的である一方で厳格故意説に立つ内田博士が示していたところでもあった。しかし、こうした見解には、いくつかの疑問があると言わざるをえない。まず、構成要件該当行為の時点における責任能力の存在という事実は、結果行為時における責任能力不存在の回避可能性と同視することはできないし、直結しているわけでもない。また、行為時の故意を事前の回避可能性（過失）で置き換えることもできない。責任説においても、違法性の意識の可能性が違法性の意識に置き換えられているわけではないのである。さらに、原因行為時（構成要件該当行為以前）に結果についての故意を要求する点については、必ずしも根拠が明らかにされていないし、行為責任の原則に抵触するようにも思われる⁶⁹⁾。何よりも、責任説という特定の学説を前提としてそのアナロジーで alic 処罰を根拠づける見解は、刑法理論としては理解しうるものであるにしても、alicy 処罰のための一般的な裁判規範として機能しうるかについては疑問が残る。

IV むすびに代えて

以上、本稿において、alicy の可罰性を肯定する主要な学説について、構成要件モデル的アプローチ、責任モデル的アプローチ、例外モデル的アプローチに着目して、alicy 処罰を認めるための要件を中心として、現在までの状況を見てきた。改めて本稿で明らかになったことは、いずれのアプローチにお

68) 平場・前掲注 27) 51 頁以下、64 頁以下。

69) 山口・前掲注 57) 『問題探求』193 頁、同・山口ほか前掲注 32) 142 頁以下、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999 年）336 頁以下、参照。

いても、alic 処罰を認めるための要件には共通する部分が多く、前提となるアプローチと具体的な要件との間には必ずしも論理的なつながりはないということである。その理由は、alic としての処罰が極めて例外的な事態であり、どのような事案を alic 事案として扱う(べき)かについて、いずれのアプローチも明確な基準を提示できないことに求められる。この点について明確なのは、そもそも alic として扱う理論構成を認めない立場 (alic 理論否定論) と、すべての事案を通常の責任判断で足りるとする立場 (alic 理論不要説) である。他方、多くの学説の重点は、いずれのアプローチを前提とするかにかかわらず、alic による処罰の範囲を明確にする要件を提示することに集中していると言ってよい。その結果、個別的要件の強調の程度は異なるにしても、全体的な要件としては共通するものが多くなっているのである。そのことは、見解の違いが大きいように見える「二重の故意」の要否や内容についても同様である。そうした事情は、前提となるアプローチが異なっているにもかかわらず、要件の共通性に着目して、結論的に同旨のものとして引用される場面が多いことに見られる通りである。

この意味では、alic をめぐる論点のいずれも「刑法理論の仮象問題に過ぎない」とする長井教授の指摘は正鵠を射たものである。また、町野教授が alic 学説の整理・整頓を試みた後も、依然として「ちらかった」状況は改善されるまでに至っていない。本稿は、まさに、そのような混沌とした状況を改めて確認しただけのものにとどまっている。「教室事例」のような事案を念頭に置いて alic の可罰性を認める立場を前提とする限り、その成立範囲を合理的に限定するための要件論に議論が集中することは、alic 事案の議論における本来的で内在的な制約によるものと言ってよいのかもしれない。これが、本稿の一応の結論ということになる。