

「原因において自由な行為」の 理論の歴史

——日本における 1880 年代—1970 年代の
沿革と展開——

張 馨 元

- 一 はじめに
- 二 立法
 - (一) 旧刑法第 78 条の成立過程
 - (二) 現行刑法の成立時期
 - (三) 刑法改正予備草案と改正刑法仮案
 - (四) 改正準備草案と改正刑法草案
- 三 判例の立場
 - (一) 旧刑法時代
 - (二) 現行刑法成立以降
- 四 学説の展開
 - (一) 旧刑法時代——「原因において自由な行為」理論未形成期の「酩酊犯罪」論
 - (二) 現行刑法の成立時期——「原因において自由な行為」理論の受容初期
 - (三) 「原因において自由な行為」の可罰根拠に関する議論の萌芽
- 五 結論と今後の展望
 - (一) 結 論
 - (二) 今後の展望

一 はじめに

酩酊は免責の理由となるのか——日本刑法史をたどると、この素朴な問いが繰り返し現れていることに気づく。旧刑法の編纂段階では、ギュスターヴ・エミール・ボアソナードと鶴田皓の応酬を通じて、酩酊それ自体を直ちに精神障害と同一視しないという感覚が先んじて共有され、判例運用も個別事情に即した責任能力の判断へと傾いていった。他方で、「罪を

犯すための飲酒」をどう捉えるかという難題は早くから顔を出し、条文化の是非をめぐる逡巡を生んだのである。最終的に酩酊犯罪の場合の特別規定が削除され、旧刑法第78条の成立に至った。

現行刑法の編纂期においては、責任能力に関する規定として第39条が設けられたものの、「原因において自由な行為」そのものの明文化は見送られた。もっとも、戦後に至ると、酩酊・薬物事犯の頻発や判例の蓄積を背景に、改正準備草案・参考案の審議が始まり、「みずから招いた精神の障害」という明文化の構想が正面から検討される。そこでは、実行為と責任能力の同時存在という形式的原則と、非難可能性に着目する責任主義の実質化とのあいだに横たわる緊張が、あらためて可視化された。

理論面でも、旧刑法期においては薬酒使用後の犯罪の可罰性は、事実上責任能力を有していたか否かを主たる判断基準としており、「原因において自由な行為」の理論に直接言及するものはほとんどみられなかった。ドイツ学説の受容初期には間接正犯類似説が学説主導しつつ、やがて限定責任能力領域の扱いなどをめぐって、単純な類推では包摂しきれない問題が浮上した。

本稿は、日本における「原因において自由な行為」理論の歴史的展開を検討する試みである。目的は、日本の近代化以降、1880年の旧刑法の制定から1970年代の改正刑法草案の公表に至るまでの同理論に関する立法状況を整理し、立法期を時間軸として各時代の判例の立場および学説上の議論を概観することである。以下、第二章で立法史を、第三章で判例の立場を、第四章で学説の展開を検討し、第五章で結論と今後の展望を示す。

検討に入る前に、前提とする「原因において自由な行為」の理論構造を簡単に紹介しておきたい。

原因において自由な行為 (*actio libera in causa*) の法理は、行為者が完全な責任能力を有する時点において、自らの行動（たとえば飲酒や薬物の摂取）によって自己を責任無能力または限定責任能力の状態に陥れた後に違法行為に及んだ場合に、処罰を可能とする理論である。もっとも、原因行為は、通常、犯罪構成要件に該当する行為ではなく、また、違法行為が実行された時点では行為者が責任無能力等の状態にあるという事実から、この理論

に基づく可罰性には、責任主義との矛盾が生じうる。そのため、原因において自由な行為の処罰が正当化され得るか否か、またその根拠はいかなる理論構成によるべきかが、立法的・理論的・実務的な争点となっている。

二 立 法

本章では、旧刑法期から改正刑法草案の公布に至るまでの「原因において自由な行為」理論に関する立法状況を整理する。「原因において自由な行為」理論は、今日まで明文化されていないが、旧刑法時代には、この理論それ自体に関する本格的な議論はほとんど見られず、「酩酊犯罪」をめぐる討論の中にその発想がうかがえるのみである。その後の現行刑法と改正刑法仮案の成立時期においては、当該理論に関する詳細な検討は見当たらない。改正刑法準備草案に至ってはじめて、この理論をめぐる本格的な立法議論が現れたのである。

(一) 旧刑法第78条の成立過程

旧刑法第78条は、知覚精神喪失者について不論罪とする旨を定めた規定であり、総則の「第四章 不論罪及ヒ輕減」に位置づけられていた¹⁾。その内容は以下のとおりである。

第七十八條 罪ヲ犯ス時知覺精神ヲ喪失シタル者ハ其罪ヲ論セス

旧刑法は、司法省の編纂、審査局の審査修正、元老院の審議という3つの段階を経て制定された。司法省の編纂過程は、さらに日本人編纂委員

1) 旧刑法第78条の変遷の概観と内容については、佐野文彦「刑事責任能力の判断について——原理・基準・適用(1)」法学協会雑誌 137巻9号(2020年)1586-1590頁、浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』(成文堂、1999年)10頁以下を参照。本文中で引用する具体的条文は、西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(1) 日本立法資料全集29』(信山社、1994年)、『旧刑法〔明治13年〕(2)-I 日本立法資料全集30』(信山社、1995年)を参照。

だけによって編纂作業を試みた時期と、ボアソナードが主導のもとに編纂を進めた時期との 2 つに区分できる。

日本人編纂委員だけによる編纂作業の時期、編纂作業の結果として「日本帝国刑法初案」(明治 8 年) が作成され、翌年正院に上申した。同案第 48 条において「罪ヲ犯ス時七歳以下ノ者及ヒ瘋癲白痴ノ者ハ其罪ヲ論セス」²⁾と規定された。ついでこの草案は、同年 5 月第 22 号議案として元老院の審議に付されたが、まもなく審議を経ず返還された³⁾。この草案の編纂会議においては、飲酒後の犯罪が「第七章 犯罪不論」に含まれるか、次のとおり簡単な議論が交わされている⁴⁾。「罪ヲ犯スと雖モ刑ヲ加ヘサル種類ノ人々」を、「瘋癲白痴」といった語で列挙して記載するか、「精神ヲ失ヒ知覺ノ自由ヲ有セサル者」といった定義的表現で書くかが問題とされた。「精神ヲ失ヒト書キ置テハ酒狂ニテ罪ヲ犯シタル時モ此犯罪不論ニ引附ケ論スルモ量リ難キニ依テ瘋癲ト書シ置」との懸念が示される一方で、「酒狂ニテ精神ヲ失ヒ犯シタル罪モ其精神ヲ失フタルハ一ナリト」との見解もあった。最終的には、「衆議瘋癲白痴ト記載シ置クコトニ決セリ」「酒狂ニテ犯シタル者ハ何タスルト各員此論定ナシ」となった。

同年 5 月、司法省は、編纂方法を見直し、草案の起草作業は、司法省の御雇いフランス人法学者であるボアソナードが「教師」として指導して進められた。「第 1 稿」(明治 9 年 12 月)「第 2 稿」(明治 10 年 6 月)「確定稿」(明治 10 年 11 月)という 3 段階を経て草案が作成された。「第 1 稿」に先立ち、ボアソナードが起草する草案を原案とし、それを基礎としてまずボアソナードが自説を十分に陳述し、続いて日本人編纂委員を代表する鶴田皓との間で質疑・討論を名村泰蔵を介して行い、この質疑・討論をもとにボアソナードが修正案を起草し、それについて再び鶴田との間で議論する、という過程を必要に応じて繰り返して確定案(「日本帝国刑法草案」)

2) 西原春夫ほか編『旧刑法〔明治 13 年〕(1) 日本立法資料全集 29』(信山社、1994 年) 54 頁。

3) 同上、3 頁以下。

4) 同上、148 頁。

を作成した⁵⁾。これらの草案のうち、「酩酊犯罪」についての規定が見られるのは、「大日本刑法草案」、「日本刑法教師元稿不定按」、および「日本帝国刑法草案」（初案ノ確定）である。

ボアソナードが提出した草案において「酩酊犯罪」に関する規定が登場したほか、第 1 稿にも、飲酒または薬物使用後の犯罪について「不論罪」の適用を排除する形式で本条の第二項が設けられていた。しかし、最終的には第 2 稿においてこの規定は削除された。以下に、旧刑法 78 条の変遷過程を示す。

1 ボアソナードによる草案類

(1) 大日本刑法草案

日本文草案（フランス語の日本語訳を日本語法律文として整えたもの）の初期のものと思われる。「薬酒等ヲ用ヒ精神ヲ喪失シタル者」に関する規定は、以下のとおりである⁶⁾。

第六十八條 罪ヲ犯ス時知覺精神ヲ喪失スル者ハ其罪ヲ論セス若シ罪ヲ犯ス為メニ故ラニ薬酒等ヲ用ヒ精神ヲ喪失シタル者ハ此限ニ在ラス（下線は筆者。以下本稿において同じ。）

(2) 日本刑法教師元稿不定按第 1 卷

ボアソナード草案のもっとも初期から「第 1 稿」直前までを集めたものと思われる。この草案においては、「薬酒ヲ用ヒ精神ヲ喪失シタル者」という表現が「酩酊シタル者」と改められている⁷⁾。

第八十七條 罪ヲ犯ス時知覺精神ヲ錯亂シタル者ハ其罪ヲ論セス
罪ヲ犯ス為メ故ラニ酩酊シタル者ハ本條ノ便益ヲ得ルノ限ニ在ラス

5) 西原春夫ほか編『旧刑法〔明治 13 年〕(2)- I 日本立法資料全集 30』（信山社、1995 年）5 頁以下。

6) 同上、61 頁。

7) 同上、99 頁。

(3) 日本帝国刑法草案 (第1編 初案ノ確定 教師原案確定)

ボアソナード草案の「第1稿」直前までを集めたものと思われる。この草案においては、「罪ヲ犯ス為メ」という表現が「罪ヲ犯スノ目的」と改められている⁸⁾。

第七十四條 罪ヲ犯ス時犯人精神錯亂シタル者ハ罪ス可ラス

罪ヲ犯スノ目的ニテ故ラニ酩酊シタル者ハ本條ノ便益ヲ得ルノ限ニアラス

2 日本刑法草案第1稿 (明治9年12月) の内容と議論

(1) 内 容

「日本帝国刑法草案」においては既に「罪ヲ犯スノ目的」の語が用いられていたが、提出された第1稿では、なお当初の「大日本刑法草案」における文言・構成が維持されている。内容は以下のとおりである⁹⁾。

第七十六條 罪ヲ犯ス時知覺精神ヲ喪失スル者ハ其罪ヲ論セス若シ罪ヲ犯ス為メニ故ラニ藥酒ヲ用ヒ精神ヲ喪失シタル者ハ此限ニ在ラス

(2) 議 論

鶴田とボアソナードの間で、同条の第1項を「知覺精神ヲ喪失シタル者」といった「虚字」¹⁰⁾で表現すべきか、それとも「瘋癲」「白痴」等の「実字」¹¹⁾で列挙すべきかが争点となった。もし前者の虚字表現を採ると、対象範囲が過度に広がり、「酒ニ沈酔シテ精神ヲ喪失シタル者モ此不論罪ノ内ニ入ル」おそれがある——との懸念が提示され、ここから両者は「酒ニ沈酔」の取扱いをめぐる具体的な討論を展開し、最終的に、心神喪失

8) 同上、141頁。

9) 同上、241頁。

10) 原文で用いられている「虚字」と「実字」という用語について、文脈を踏まえた本稿の理解として、「虚字」は具体的な類型を挙げることなく抽象的・概括的に示す文言を指す。

11) 同上、「実字」は具体的な類型を列挙して示す文言を意味するものとする。

の一般規定と酩酊の特則を区別し、「罪ヲ犯ス為メ」の酩酊を本条の便益から除外する第1項となった。議論は、以下のとおりである¹²⁾。

(前略)

◎此条ニ於テ直接ノ実字ヲ用ヒ瘋癲白痴ト云フ時ハ其意味狭シ元來瘋癲ハ或ハ快復スルコトアルトモ先ツ終身ノ病ト見為スヘキナリ然ルニ此条ニテ云フ所ノ不意ニ發シタル疾病ニテ精神ヲ失シタル者ニモ係ルヘキ積リナリ故ニ例ハ從來好人物ニテモ夢寐中ニ發狂シテ妻子ヲ殺ス〔等〕ノコトアリ之レハ終身ノ病ニアラス不意ニ發シタル病ナリ尤然ル時ハ酒ニ沈酔シテ精神ヲ喪失シタルモノニモ係ルヘキ譯ナレハ法律ニテハ 酒ニ沈酔シタルモノコト迄ヲ「イタリア」ノ刑法ノ如ク長ク掲クルニハ及ハサルナリ

○酒ニ沈酔シテ精神ヲ喪失シタル者ハ法律ノ原則ニ於テ掲ク可カラサルヤ果シテ然ラハ此條ハ病氣等天然ニテ精神ヲ喪失シタル其人而已ヲ云フナルヘシ

◎然リ故ニ酔狂ヲ名トシ罪ヲ犯サンカ為メ殊更ニ酒ヲ飲ミ精神ヲ喪失シタルモノハ此不論罪トハ見做サ、ルトノ明文ヲ此條中ヘ記ヤントス

否ラサレハ裁判官ニテ故ラニ酒ニ沈酔シタル者ヲモ此精神ヲ喪失シタル者ト見為スノ恐レアリ

○然リ精神ヲ喪失スルト而已ニテハ酔狂ノ者ヲモ同シク見做スク恐レアリ

然シ又罪ヲ犯サンカ為メ酒ヲ飲ミタル者云々ト記スル時ハ之ニ反シ通常ノ酔狂ナレハ赦宥スル様ニ見ユルノ恐レアルヘシ

◎元來人ノ精神ヲ喪失スルニ至テハ婦人ニ惑溺シテ之ヲ喪失スルモ又酒ニ沈酔シテ之ヲ喪失スルモ同シコトナリ

又酒ニ沈酔シタル内ニモ平常上口ノ沈酔シテ罪ヲ犯シタルト下口ノ沈酔シテ罪ヲ犯シタルトハ自ラ區別アルヘキモノナリ

故ニ伊太利ノ刑法ノ第六十三條末頃ノ罪ヲ犯サンカ為メ殊更ニ酒ヲ飲ミタル證アル時ハ之ヲ適用スヘカラスト云フコトヲ此條ニ記セントス 而シテ通常酒狂ニ乗シテ罪ヲ犯シタル者ヲ罰スルコトハ別ニ本条ヲ以テ其明文ヲ掲ケントス 然ラサレハ裁判官ニテ總テ酒ニ沈酔シテ精神ヲ喪失シタル者ヲモ此條ノ不論罪

12) 西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(3)-I 日本立法資料全集32』(信山社、1996年)217頁以下。ボアソナードの発言には文頭に◎を、鶴田の発言には文頭に○を付した。

ニ入レテ論スル恐アリ元來飲酒ヲ以テ罪ト為スヘキニ三ノ區別アリ

第一 往來路上ニテ酔狂ヲ為スモノハ假令ヒ罪ヲ犯サ、ルモ其酒ヲ飲ミタルヲ罪ト爲シテ罰スヘキナリ

第二 通常酒ヲ飲テ罪ヲ犯セハ其情狀ニ仍リ酌量シテ少シク輕ク罰スヘキナリ

第三 罪ヲ犯ス為メ殊更ニ酒ヲ飲ミタル者ハ假令精神ヲ喪失シタリトモ必ス罰スヘキコト、為スヘシ

○然ラハ第三ハ酒ヲ飲マサル者ト同シク常律ヲ以テ罰スルコト、為シ第二ハ如何

◎第二ハ不飲者ヨリ輕ク為ストノ主意ナリ

例ヘハ通常ノ者ナレハ長期ニ為スヘキナレバ酒ヲ飲ミタル者ナレハ短期ニ為ス等ナリ

○斯ノ如キヲハ酌量輕減ニテ爲スヘキコトヲナン

◎然リ故ニ只第三ノ主意而已ヲ此條ニ記ヤントス第一第二ノ二ツハ今日論スヘキコトニアラス之ハ他日協議シテ別ニ本條ヲ立ツヘシ 不意ニ酒ヲ飲ミ其酔狂ニ乗シテ罪ヲ犯シタル者ハ酌量シテ輕減スヘキナレバ罪ヲ犯サンカ為メ故ラ酒ヲ飲ミタル者ハ必ス当然ニ罰セサル可カラス 伊太利亜ノ刑法ノ如ク酒ヲ飲ミタル罪ヲ總テ此條ニ置クハ宜シカラス故ニ右第一第二ノ主意ハ別ニ本條ヲ立テ掲クヘキモノナリ

このとき、委員から本条に加えるべき趣旨が示され、上記の草案が提出された。

これはまだ第1稿の条文内容には至っておらず、この提案をめぐって鶴田とボアソナードの間でさらに議論が続けられた。その議論は以下のとおりである。

◎「故ラニ」ノ字ノ上ヘ「罪ヲ犯ス為メ」ノ字ヲ置カサレハ不十分ナリ 何故ナレハ元來酒ヲ飲ムニハ必ス其本心ヨリ飲ムヘキ譯ナレハ何人ニテモ殊更ニ飲マサル者アラス故ニ罪ヲ犯ス為メニアラス只殊更ニ酒ヲ飲ミテ若シ罪ヲ犯シタル時ハ幾部分カハ其罪ヲ減セサルヲ得サルモノナレハナリ 例ヘハ鴉片ハ禁シタルモノナリ然ルニ之ヲ吸フ者ハ必ス殊更ニ吸ヒタル譯ケナリ然ルニ已ニ之カ為メニ精神ヲ喪失シタル上ハ矢張通常精神ヲ喪失シタル者ト一様ニ見爲サ、ルヲ

得ス

○教師ノ説ノ如ク罪ヲ犯ス為メノ字ヲ加ユル時ハ其反体ニテ犯ス為メニアラサル時ハ之ヲ宥恕スル様ニ見ルノ恐アリ故ニ日本文ニテハ故ラニ藥酒ヲ用ヒ云々ハ此限ニアラスト記スレハ此條ノ如ク無罪ニハ為サ、ルコト判然分ルヘシ一体伊太利亜ノ刑法ハ酌量輕減ヲ為サ、ル部類ノ内ニテ之ヲ掲ケタル故ニ差支ヲ生セサレト此條ニ之ヲ掲クル時ハ全ク赦宥ヲ為サ、ル而已ニテ必ス酌量輕減スル様ニ見ヘ却テ分明ヲ欠クノ差支ヲ生スヘキナリ

◎何レニモ右草案ノ如ク只故ラニノ字而已ヲ記スル時ハ自家ニテ酒ヲ飲ミ酔狂ヲ發シタル際他客ノ來ル者ヲ殺シタルトモ之ヲ必ス死刑ニ為スヘキ様ニ見ユルナリ

(中略)

◎罪ヲ犯ス為メニアラス通常酒ヲ飲ミ酔狂ヲ發シタル者ヲ以テ真ニ精神ヲ喪失セサル者ト同様ニ罰スルハ少シ酷ナラスヤ 故ニ伊太利亜刑法ノ如ク罪ヲ犯ス為メトノ字ヲ記セサル可カラス 一体何人ニテモ酒ヲ飲ムニハ總テ有心ニテ殊更ナラサルモノナシ故ニ殊更ニノ字ヲ以テ犯意ノ有無ヲ分ツ得ス

○然シ罪ヲ犯サンカ為メ云々此限ニアラスト記スル時ハ之ニ反シ若シ罪ヲ犯サンカ為メニアラス酔狂ニ乘シ犯シタル時ハ無罪ト為ス様ニ見ユルナリ

◎之ニ反シタル時ハ無罪ニ為ス様ニ見ユルハ固ヨリ当然ナリ故ニ其之ニ反シタル場合ノコトハ別ニ本条ヲ以テ之ヲ掲ケ置クヘキコト、為セハ不可ナカル可シ

○其主意ナレハ先ツ教師ノ説ニ從ヒ「罪ヲ犯ス為メ」ノ語ヲ記スヘシ

◎然リ通常酒ヲ飲ミテ罪ヲ犯シタルモノヲ罰スルノ律ハ別ニ本條ヲ以テ掲ケ置キ而シテ其罪ヲ犯ス為メニ飲ミタル時ハ仮令精神ヲ喪失シタルト云フトモ之ヲ宥恕セサルコトヲ此條ニ記スヘシ然ラハ其通常酒ヲ飲ミテ罪ヲ犯シタルモノヨリ重ク罰スル譯ナリ

以上の議論により、第 1 稿第76条には「若シ罪ヲ犯ス為メニ故ラニ藥酒ヲ用ヒ精神ヲ喪失シタル者ハ此限ニ在ラス」と記し、その後、これを校正して 2 項とし、「罪ヲ犯ス為メ酩酊シタル者ハ本條ノ便利ヲ得ルノ限ニアラス」と改め、さらに、以下のとおりの議論が生じた。

「第1稿」の校正案の内容は、以下のとおりである¹³⁾。

第八十七條 罪ヲ犯ス時知覺精神ヲ錯亂シタル者ハ其罪ヲ論セス
罪ヲ犯ス為メ故ラニ酩酊シタル者ハ本條ノ便益ヲ得ルノ限ニ在ラス

この段階における両者の立場は、次のように整理できる。

ボアソナードは、通常の酩酊をも精神喪失として捉えつつも、「罪を犯す目的で故意に飲酒した者」は除外すべきであると考えていた。すなわち、通常の酩酊の場合については、刑事責任を問うべきではないという立場である。

これに対して鶴田は、犯罪目的の故意飲酒のみを規制対象とすると、通常の酩酊による犯罪が免責されるおそれがあると懸念を示した。少なくとも通常の酩酊に対しても「不論罪」規定の適用を限定し、全面的な免責を認めない方向で考える傾向がみられた。

3 日本刑法草案第2稿(明治10年6月)の内容と議論

(1) 内 容

明治10年6月に校正が終わった草案であり、2項が削除された¹⁴⁾。その後の「確定稿」に至るまで変更されることはなかった¹⁵⁾。

第九十條 罪ヲ犯ス時知覺精神ヲ喪失シタル者ハ其罪ヲ論セス

(2) 議 論

この段階では、ボアソナードは考え方を転換し、通常の酩酊によって精神を喪失した場合を一律に本条の不論罪に含めるべきではないとしたうえで、「罪を犯す」目的の故意酩酊については、なお立法の必要性があるとした。2項を存置するか否かについて、鶴田と引き続き以下のように議

13) 西原春夫ほか編・前掲注5) 299頁。

14) 西原春夫ほか編・前掲注5) 356頁。

15) 西原春夫ほか編・前掲注5) 401頁。

論を行った。

◎酩酊云々ノ反対ヨリ論スレハ若シ其罪ヲ犯ス為メ酩酊シタルニアラス通常沈酔ノ上ニ為シタルコトハ何事ニテモ此不論罪ノ内ヘ入レテ論スヘキ道理ナリ然ラハ余リ嗜酒者ノ為メニ便利ヲ与ユルニ失スヘシ故ニ先ツ之ヲ原則ト為シ但書ヲ以テ飲酒ノ上人ヲ殺シタル時ハ過失殺ト為スヘキコトヲ此條ヘ断リ置カントス○然リ其反対ヨリ論スレハ罪ヲ犯ス為メニアラサレハ不論罪ニ入レテ論スヘキ道理ハ此方ヨリ第一稿ニテ已ニ論シタル主意ナリ故ニ寧ロ第二項ヲ全ク削ルトモ決シテ差支ユルコトナシ何故ナレハ假令罪ヲ犯ス為メニ酒ヲ飲ミタリトモ酩酊シタル時ハ精神ヲ失ヒ夫カ為メ最初目的ニ為シタル罪ヲ犯シ得サル譯ナリ又其精神ヲ失ハサレハ真ノ酩酊ニアラス矢張り通常ノ犯罪ト為スヘキモノナレハナリ

◎第二項ハ必ス置カサルヲ得ス何故ナレハ人ヲ罰スルニ罪ヲ為スヘキ原因ニニツアリ即チ最初犯サント決心シタル思考ト已ニ犯シタル事迹トノ二ツノ原因ニ仍リ罰スル譯ナリ故ニ若シ之ヲ置カサル時ハ最初犯サントノ思考ニテ飲ミタリトモ酩酊ノ上ナレハ之ヲ罰スルヲ得ス又已ニ犯シタル事迹アリタル上ハ假令真ニ自然ノ酩酊ニテ最初犯サントノ思考ニアラサルトモ之ヲ罰セサルヲ得サルニ至ルヘシ

○然シ犯ス為メニ酒ヲ飲ミ其最初ノ目的ヲ達シタレハ真ニ酩酊シテ精神ヲ喪失シタリトハ云フ難シ且ツ若シ犯ス為メニ酒ヲ飲ミタリトモ酩酊故ニ目的外ノ他ノ罪ヲ犯シタル時ハ其他ノ罪ハ罰スヘキヤ之ハ真ニ酩酊ノ上ナレハ宥恕セサルヲ得サル譯ナラン

◎例ヘハ瘋癲ニテ精神ヲ失ヒタル者ト雖モ罪ヲ犯ス時ニ其犯スノ意アルモノナリ然シ一ニ精神ヲ失ヒタル者ナルカ為メニ無罪ト為スヘキモノトス故ニ先ツ右ノ例ニ同シク真ニ酩酊ノ上ナレハ犯ス意ニテモ罪ト為サル譯ナレハ酩酊スル最初ヨリ犯ス意ニテ故ラニ酒ヲ飲ミタルモノハ酔狂ノ上ナリト云フトモ其便益ヲ與ヘサルトノ主意ナリ

○然ラハ「故ラニ酩酊シタル者ハ精神ヲ喪失シタルヲ以テ論スルヲ得ス」トノ主意ナリヤ其主意ナレハ了解セリ

◎伊太利亜ノ刑法ニハ之ヲ記セリ

○然シ佛國ノ刑法ニハ之ヲ記セサルナリ

◎佛國ノ刑法ニハ其定律ナシ然シ實地ハ真ニ酩酊シタル者ハ陪審ニテ之ヲ言立
免罪スルコト為セリ

伊太利亞ノ刑法ニハ三ツ區別アリ

平生酒ヲ飲ム性質ニテ飲ミタル者ト不意ニ酒ヲ飲ミタル者ト

平生酒ヲ飲ム性質ニテ飲ミタル者トノ三ツ區別アリ

平生酒ヲ飲ム性質ニテ之ヲ飲ミ罪ヲ犯シタル時ハ無罪トハ為サ、ルナリ

故ニ貴説ノ如ク此條ニテ之ヲ削リ而シテ通常飲酒者ノ罪ヲ犯シタル時ノコトヲ
風俗ヲ害スル罪ノ本條ヘ記セントス

○夫ハ一般ニ関スルコトナレハ風俗ヲ害スル罪ノ本條ヘハ置キ難シ

◎然ラハ嗜酒者ノ罪ヲ犯シタルコトハ（エキスキースレガル）ノ内ニ置クヘキ
カナレハ之モ面白カラス故ニ何レニモ一種別ノ罪ト為シ刑法中何レヘカ置カサ
ルヲ得ス

○之ハ刑法中ニ置カサルトモ裁判官ノ監定ニ仍リ酌量輕減スヘキコト、為メシ
テ宜シカラシ

◎然ラハ第二項ノ罪ヲ犯ス為メ故ラニ酩酊云々ハ之ヲ削ルヘシ然シ巧者ナル代
言人ハ常ニ精神喪失ト言立免罪スルノ弊アラントス

○然シ（「」）犯ス為メ」ト記スレハ却テ代言人ニテ犯ス為メニアラスト言ヒ做
スノ弊アラントス故ニ寧ろ之ヲ削ルヘシ

ボアソナードは、鶴田が懸念した「罪ヲ犯サンカ為メニアラス酔狂ニ乗
シ犯シタル時ハ無罪ト為ス」との趣旨を認め、また飲酒行為それ自体につ
いては誰しも故意が認められうる一方、酩酊中の犯罪行為については少な
くとも過失が存在すると考えた。このため、「但書ヲ以飲酒ノ上人ヲ殺シ
タル時ハ過失殺ト為スヘキコトヲ此条ヘ斷リ置カントス」と提案した。か
かる点で態度に一定の転換が認められるものの、明文の規定がなければ、
犯罪を実行する目的で故意に飲酒した場合に責任追及が及ばないおそれがある
ため、なお明文化を強く支持した。

一方、鶴田は明文化に反対する立場を明確にし、その理由として2点を
挙げた。第1に、酩酊後に酩酊前の犯罪計画を実行し得たのであれば、
行為者は精神喪失に陥っていなかったことの証左である。第2に、通常

の酩酊後の犯罪も処罰すべきであるという合意を前提とするなら、明文化は弁護人に「犯ス為メニアラスト言ヒ做ス」余地を与え、かえって抜け穴となり得る。

4 確定 日本刑法草案 完（明治10年11月上申）の内容と『日本刑法草案注解』

(1) 内 容

明治10年11月に司法省から上呈された刑法草案は、鶴田の立場を採用し、「罪ヲ犯サンガ為ニ故ラニ酩酊ス」旨の規定を条文上に設けなかった。規定の内容は以下のとおりである¹⁶⁾。

第九十條 罪ヲ犯ス時知覺精神ヲ喪失シタル者ハ其罪ヲ論セス

(2) 『日本刑法草案注解』における酩酊犯罪に関する説明

『日本刑法草案注解』は、ボアソナードによって作成された「日本刑法草案」に関する逐条の解説書である¹⁷⁾。ボアソナードは、本条における酩酊犯罪の取扱いをなお問題として取り上げ、酩酊を3つに区分して次のように説明している¹⁸⁾。第2項が削除された後においても、ボアソナードは依然としてその明文化の必要性を強く主張していた。

【無意酔狂】知ラズシテ酔フベキ物ヲ飲ムカ或ハ他人ノ偽計或ハ悪計ニ陥リテ酔フタル者ハ無意ノ酔狂ナルヲ以テ罪ヲ論ズベカラズ此場合ニ於テハ本人唯其無意ナルコトヲ証スベキノミ（【 】とその中の内容は筆者。以下も同じ。）

【有意的飲酒】先ツ酔狂ハ有意ナレモ悪事ヲ行フベキ勇氣ヲ得ント欲シテ故ラ

16) 西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(4)-I 日本立法資料全集36-I』（信山社、2016年）50頁。

17) 吉井蒼生夫ほか編『刑法草按注解 上〔旧刑法別冊(1)〕日本立法資料全集8』（信山社、1993年）33頁以下。元老院の審議にかけられる前に、審査局の審査修正の段階では、審査局のために日本刑法草案の注釈を書くことになった。

18) 同上、253頁以下。

ニ酔ヒタルモノニ非ル場合ニ就テ論セン

此場合ニ於テ本人ノ過失ハ唯酒ヲ飲ンデ酔狂セルニアリ然レモ以前ノ経験ニヨリテ暴行其他ノ悪事ヲ為ス酒癖アルコトヲ知ル者ニシテ酒ニ酔フハ其過失更ニ大ナリトセザルヲ得ズ又本人酔狂ノ程度ヲモ斟酌セザルベカラズ

此場合ニ於テ審廳ハ本人ヲ有罪若クハ無罪トスルヲ得又輕減情狀ヲ以テ刑罰ヲ寬ニスルヲ得

【罪を犯すための飲酒】 重罪又ハ輕罪ヲ行ハント欲シ勇氣ヲ得ンガ為ニ酒ニ酔フタル者ヲ處分スルハ更ニ困難ナリ

其有罪ナルコト疑ナキニ似タルノミナラズ豫謀ノ為メ加重スベキ情狀アルガ如シ然レモ能ク之ヲ熟考セヨ却テ其大ニ然ラザルヲ覺ユ夫レ罪ノ責ニ任スルハ之ヲ行フ時ニ方リテ智覺ト自由ト意トヲ有スルヲ要ス例ヘバ人ヲ殺ス者其罪ヲ犯ス時ニ臨ミ忍ビサルノ人情ヲ忍ブベキノ決意ナケレハ能ク為シ得ズ然ルニ此決意犯罪ノ時ヨリ以前ニアリテ却テ犯罪ノ時ニコレナケレバ夫ノ謀殺ノ場合ト相同シカラズ犯人此罪ヲ犯サント欲シ故ラニ酔フハ其時事ナクシテ唯意アルモノナリ而シテ其罪ヲ犯ス時ハ意念智覺ノ為ニ指揮セラレザル者ナリ

5 小 括

旧刑法第78条の成立過程においては、飲酒酩酊の場合を除き、一定の精神の異常がある者については処罰しないという点について、起草当初から特段の争いはなかった¹⁹⁾。他方、飲酒酩酊の場合については、日本人編纂委員による起草の時期からボアソナード草案・第1稿・第2稿に至るまで、条文化の是非をめぐる議論が繰り返された。第1稿段階では「罪ヲ犯ス為メ故ラニ酩酊シタル者」を本条の便益から除外する第2項が置かれていたが、通常の酩酊による犯罪も処罰すべきであるとの前提に立つと、この規定を明文化することは、かえって弁護人に「罪ヲ犯ス為メニアラズ」と主張する余地を与え、通常の酩酊の事案まで不論罪の範囲を広げかねないと懸念された。また、酩酊後になお当初の犯罪計画を実行し得たのであれば、その時点ではもはや「知覺精神ヲ喪失シタル者」とは評価し難いとする理解も示されていた。こうした理由から、第2項の明文規定

19) 佐野・前掲注1) 1590頁。

は第2稿に至る過程で削除され、旧刑法第78条は「罪ヲ犯ス時知覺精神ヲ喪失シタル者ハ其罪ヲ論セス」とする一般的不論罪規定として確定したのである。少なくとも、「自らの意思で飲酒した者が、その酩酊を免責事由として主張することは相当でない」とする素朴な価値判断が、ボアソナードのみならず鶴田にも共有されていたと解しうる。ただし、その立法技術上の表現方法をめぐって、両者の立場には明確な相違がみられる。

(二) 現行刑法の成立時期

現行刑法の制定期は、日本がドイツ刑法学説を大量に受容・摂取していた時期に当たる。「原因において自由な行為」論もまさにこの時期に日本へ導入され、多くの学者の講義録や著作において当該理論の紹介が見いだされる。現行刑法は、「原因において自由な行為」論と密接に関連する旧刑法第78条を改め、従前の「精神障害」を「心神喪失」に変更し、さらに第2項として「心神耗弱」について刑の減輕規定を新設した。内容は次のとおりである。

第三十九條 心神喪失者ノ行為ハ之ヲ罰セス

心神耗弱者ノ行為ハ其刑ヲ減輕ス

立法過程全体を通じては、第39条の成立過程に関する審議の中で、酩酊が精神障害に当たるか否かが簡略に言及されたにすぎない。原因において自由な行為論については、いっそう詳細かつ体系的な論証は見当たらない²⁰⁾。本稿は、関連事項のみを次のとおり摘示する。

1 片山大学教授への質疑速記

「片山大学教授への質疑速記」は、明治32年6月26日の起草委員会で速記録で、「責任無能力」をいかに規定するかにつき、起草委員会と片

20) 現行刑法（明治40年刑法）に関する立法資料を収める『日本立法資料全集』第20巻～第27巻を精査したが、「酩酊犯罪」および「原因において自由な行為」理論についての専らの検討・審議は確認できなかった。

山国嘉との質疑を記録したものである²¹⁾。石渡敏一、古賀廉造、片山国嘉の間で、「精神障害」と「飲酒酩酊」の関係をいかに画定するかをめぐる簡単な議論が行われた。核心は、飲酒後の行為の評価は酒量の多寡それ自体によって直ちに決するのではなく、むしろ「量ノ多少ヨリモ精神上ニ現レタ所」を基準とすべきだという点にある。すなわち、「病的ト看做スホドノ度合」に達した場合に限って精神障害と認めうる。他方、「酒ヲ飲ンデ酔ッテ精神ニハ何ニモ變動ハ生ジナイケレドモ其酔フタガ為メニ非常ナ勇氣ヲ起シテ精神病ニ非ズ」とされ、この類型では行為は原則として帰責（可罰）される²²⁾。

2 第16回貴族院特別委員会会議記録

明治35年「刑法改正案」に対する特別委員会の審議の速記録である。規定の内容は次のとおりである²³⁾。

第四十八條 精神障害ニ因ル行為ハ之ヲ罰セス但情状ニ因リ監置ノ處分ヲ命
スルコトヲ得
精神耗弱者ノ行為ハ其刑ヲ軽減ス

「酩酊状態」が本条の「精神障害」に該当するか否かについての審議は、以下のとおりである²⁴⁾。

(前略)

菊池武夫君「此『精神障害』ニ言フ言葉ハ從來癡癲白痴ナトト言ッタ意味トハ
餘程廣イ意味ニ説明ニナッテ居ル、假令癡癲ト言ハレナイ者テモ、一時ノ故障

21) 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕(2) 日本立法資料全集21』(信山社、1993年)257頁以下。

22) 同上。

23) 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕(5) 日本立法資料全集25』(信山社、1995年)327頁。

24) 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕(4) 日本立法資料全集24』(信山社、1995年)350頁、高橋治俊ほか編『刑法沿革綜覧』(清水書店、1923年)891頁。

カラ精神ニ狂ヒテ来シタ場合モ是ニ這入ルト云フ説明ニナツテ居ル、サウスルト殊更ニ例ヘハ酒癖ノ悪イ奴ガアツテ酒ヲ道具ニ使ヒト云ウヤウナコトヲシテ生セシメタ精神障害テモ矢張り此中ニ這入ツテ居ル意味ニナリマスカ」

政府委員（古賀廉造君）「御尋ネニ御答エシマスガ、酒ニ酔フタト云フコトハ直チニ精神障礙デアルトハ思ヘヌ、併シ其酒ニ原因シテ精神病ヲ起シタ場合ニハ精神障害ニナルチャラウト思フ、一概ニ酒ヲ飲ンデ亂暴ヲスルト言ツテ直チニ精神障礙ト認メル譯デハゴザイマセヌ」

関連資料が少ないため、立法が酩酊犯罪または原因において自由な行為にいかなる立場を採ったかを明確に読み取ることはできない。もっとも、上掲の議論状況から少なくとも次の点は導きうる。すなわち、結論は旧刑法期の基本的発想を継承し、酩酊それ自体を直ちに心神喪失または心神耗弱に当たるものとはみなさず、個別具体的事情に即して判断すべきである、ということである。

（三） 刑法改正予備草案と改正刑法仮案²⁵⁾

「刑法改正予備草案」と「改正刑法仮案」は、総則においても引き続き「原因において自由な行為」理論の明文化を取り上げていない。当時、酩酊および薬物使用の習癖を有する者の犯罪については、次のような規定が設けられていた。その位置づけは「保安處分」章中である。

1 刑法改正予備草案（昭和2年）²⁶⁾

第四百四條 飲酒ノ癖アル者ニ對シ酩酊に因リ犯シタル罪ニ付一年以下ノ懲治若

25) 大正10年政府は臨時法制委員会に刑法改正の要旨を諮問し、同審議会は「刑法改正ノ綱領」40項目を決定し大正15年政府に答申した。司法部原案起草委員会は右綱領に基づき昭和2年「刑法改正予備草案」を作成し、司法部刑法並監獄法改正調査委員会は同草案に基づき昭和6年「改正総則」を作成した。同15年刑法各則を作成し総則と合わせて「改正刑法草案」として発表した。東京大学法学部緑会編『法律学小体系』第23（刑事政策）（酒井書店、1963年）18-19頁。

26) 小野清一郎編『刑事法規集 第1巻』（日本評論社、1944年）211頁。

ハ禁錮又ハ拘留ヲ言渡シ又ハ心神喪失ヲ理由トシテ無罪又免訴ノ言渡ヲス場合ニ於テ其ノ酒癖ヲ矯正スルニ非サレハ再ヒ罪ヲ犯スノ虞アリト認ムルトキハ其ノ裁判ト共ニ酒癖矯正ニ付スル旨ノ言渡ヲ為スコトヲ得

酒癖矯正ノ執行ハ二年超ユルコトヲ得ス

刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對スル酒癖矯正ハ刑ノ執行終了後引續キ之ヲ執行ス

2 改正刑法仮案（昭和15年）²⁷⁾

第三百三十三条 飲酒又ハ麻醉剤使用ノ習癖アルモノニ對シ酩酊又ハ麻醉状態ニ於テ罪を犯シ其ノ習癖ヲ矯正スル必要アリト認ムルトキハ矯正処分ニ付スル旨ノ言渡ヲ為スコトヲ得

矯正處分ノ期間ハ二年トス

第二百七条第二項ノ規定ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對スル矯正處分ニ之ヲ準用ス

改正刑法仮案は、飲酒癖のある者について、酩酊の状態において罪を犯し、その習癖を矯正する必要があると認める時は、その裁判と同時に矯正処分に付する旨を言い渡し得る、と規定している。

規定の前段、すなわち「飲酒又ハ麻醉剤使用ノ習癖アルモノニ對シ酩酊又ハ麻醉状態ニ於テ罪を犯シ」との表現は、原因において自由な行為の適用条件にきわめて近接している。もっとも、当該事態において想定されているのは、刑事責任を問うて刑罰を科することではなく、保安処分を施すことである。この点において、当該構想は必ずしも原因において自由な行為論と同一視しうるものではない。

（四）改正準備草案と改正刑法草案

戦後、昭和31年7月牧野良三法務大臣が小野清一郎法務省特別顧問に刑法改正につき諮問し、同年10月法務省刑事局内に「刑法改正準備会」が設置され、初めて「原因において自由な行為」に関する改正審議を開始

27) 『改正刑法仮案』（法曹會、1940年）32頁。

した。昭和36年に公表された改正刑法準備草案（確定稿）の第16条「みずから招いた精神障害」については、第1次・第2次参考案が第1小委員会により部会審議の基礎案として作成され、その後、昭和46年に刑法改正草案（確定稿）が公表された。

1 立法作業の背景と目的

「原因において自由な行為」理論は、現行刑法の立法時期から発展され、判決においても、本理論が適用されていることがうかがえる²⁸⁾。他方、戦後には酩酊犯罪案件が多発し、酩酊状態における犯罪行為について責任能力の欠如が認められ無罪と判断される事例が数多く現れた結果、酩酊犯罪の規制を求める要請が高まった²⁹⁾。

以上の事情を踏まえ、罪刑法定主義の要請として「原因において自由な行為」を明文化すること、ならびに酩酊犯罪の規制という刑事政策上の課題に答えることを目的として、立法作業が開始されたのである。

28) 例えば、最大判昭和26年1月17日刑集5巻1号20頁、最決昭和28年12月24日刑集7巻13号2646頁、名古屋高判昭和31年4月19日高刑集9巻5号411頁、札幌高判昭和26年11月15日高刑集4巻11号1482頁。

29) 例えば、京都地判昭和31年7月5日裁判時報83号6頁は、酩酊中につまらないことで喧嘩を始めた被告人がその相手の1人を匕首で突き刺し、全治約2ヶ月の傷害を負わせたという殺人未遂事件につき、被告人が犯行時、刑法第39条第1項にいわゆる心身喪失の状態にあったという理由で無罪を言い渡した。同判決は、判決理由において「まことにわが日本は酒を嗜む人の天国である」と述べ、世間に大きなショックを与えた。横浜地判昭和32年7月31日判例時報121号2頁は、飲食店で酩酊の上拳銃5発を乱射し、1人を死亡させた米国軍曹T・Dに対し、刑法第39条第1項により罪とならないとして無罪の言い渡しをした。仙台高判昭和30年3月22日高裁判刑報2巻6号167頁は、酩酊中数件の窃盗を働いた被告人に対して無罪を言い渡した。植松正「酩酊者に対する立法措置」『酩酊と刑事責任』（有斐閣、1959年）1-2頁。鈴木義男「酩酊犯罪対策としての立法問題」法律時報31巻11号（1959年）58頁、藤木英雄「原因において自由な行為」法律のひろば13巻7号（1960年）22頁、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）2頁。

2 改正刑法準備草案（昭和36年）の内容と理由書の説明

(1) 内 容

第十六条（みずから招いた精神の障害）³⁰⁾

罪を犯す意思で、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、前条の規定を適用しない。

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対して過失犯の規定を適用する場合においても、前項と同じである。

(2) 改正刑法準備草案の理由書

部会長小野清一郎が執筆した準備草案の理由書によれば、「精神の障害」は責任無能力の状態に限られず、限定責任能力の状態や睡眠時の無意識の状態も含まれている³¹⁾。

2 項の「過失により」とあるのは、障害の招来が過失によることを意味する。罪となるべき事実の発生が過失によるとの意味ではない。そうして、この場合には、いうまでもなく、行為者の責任は過失の範囲にとどまるのであるから、過失を制しない犯罪については、罪責を生ずることはない。まして、故意犯の刑をもって臨むことはありえない³²⁾。

3 第一次参考案（昭和44年）と審議

刑事法特別部会第一小委員会は、第 5 回から第 8 回にかけて議論を行い、ついで第77回から第80回にかけて再審議を重ね、準備草案「みずから招いた精神の障害」をめぐる第一次参考案を作成した³³⁾。刑事法特別部

30) 前条の規定は、第15条（精神障害）第1項には、「精神の障害により、是非弁別する能力のない者又は是非にしたがって行動する能力のない者の行為は、これを罰しない。」と規定され、第2項には「精神の障害により、前項に規定した能力が著しく低い者の行為は、その刑を軽減することができる。」と規定されている。

31) 法務省刑事局編『改正刑法準備草案 附・同理由書』（1961年）106頁。

32) 同上、106頁。

33) 第5-8回については法務省『法制審議会刑事法特別部会第一小委員会議事要録 1』（1964年）11-28頁、第77-80回については同『法制審議会刑事法特

会会議第12回では、当該事項について審議・採決が行われた。

(1) 内 容³⁴⁾

第一六条（みずから招いた精神の障害）

罪を犯す意思で、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、前条の規定を適用しない。

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、過失犯の規定を適用する場合においても、前項と同じである。

(2) 説 明

第1小委員長である団藤重光により、16条に関して以下のとおり説明された³⁵⁾。

①「みずから精神の障害」は、責任無能力の状態と限定責任能力の状態を含む。

②第1項には、「罪を犯す意思で」ということは、「罪となるべき事実を生ぜしめた」というところにかかってくるわけであり、「みずから精神障害を招いた」が必要条件の1つでなければならない。「前条の規定を適用しない」というのは、前条第1項、第2項ともに適用しない、罰しないとか、あるいは刑を軽減するとかいうことはしないという趣旨である。

③第2項には、故意犯のみならず過失の場合についても規定を正面から置くべきであると考えられる。「過失により」の次に読点「、」があるのは、次の読点まで全体にかかる趣旨であって、「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」、すなわち「罪となるべき事実を生ぜしめた」ということ全体について予見可能性があったことを要件とするという理解である。また、挿入句「過失犯の規定を適用する場合においても」を置いた理由と機能は、過失により限定責任能力の状態に陥り、その状態下で故意の犯罪を行った場合であっても、当該挿入句に

別部会第一小委員会議事要録 5』（1968年）387-405頁。

34) 法務省刑事局『改正刑法草案・刑法・準備草案等対照条文』（1973年）32頁。

35) 法制審議会『法制審議会刑事法特別部会会議事速記録 第12回』（法務大臣官房司法法制調査部、1968年）78頁以下。

より故意犯の規定の適用を妨げないことを明確化する点にある。すなわち、第15条の責任能力に関する規定の適用可能性を排除しない趣旨である。

(3) 審 議

本節は会議発言の記録であり、対話形式ゆえに各委員の見解は散在している。以下、委員たちの発言に基づき、筆者が見解を整理・集約した結果を示す³⁶⁾。

①体系上のアンバランスと処罰の不均衡の問題³⁷⁾

平場安治委員は、まず、2項の挿入句「過失犯の規定を適用する場合においても」によって体系上のアンバランスが生ずるのではないかと疑義を呈する。すなわち、「前提過失＋結果故意」という組合せのみを前条適用排除の対象から殊更に外すことになり、体系的・一貫性を欠くおそれがあるとの指摘である。

これに対し、団藤第1小委員長は、2項における「前条の規定を適用しない」は過失犯の規定を適用する場合に限られるとし、限定責任能力状態において故意犯が実現した場合であっても、刑の減輕を排除しないと説明した。実質的にみれば、そのほうがむしろバランスがとれるとの立場である。

②責任主義から離れる恐れ³⁸⁾

稲本錠之助委員は、責任無能力状態に陥った時点で「罪を犯す意思」も消滅するのではないかとし（第1の指摘）、そのような場合にまで第15条の適用を排除する当否を問い（第2の問い）、この理論構成は責任主義から離れるおそれがあると指摘した。

団藤第1小委員長は、第1の指摘に関して、故意を「構成要件の故意」ではなく「事実上の故意」と解するならば、心神喪失の場合であっても故意を観念しようと述べる。他方、条文は「罪を犯す意思」という文言を用いており、通常は構成要件の故意を指すと解されるため、いずれを予定す

36) 同上、92頁以下。

37) 同上、92-94頁。

38) 同上、94-95頁。

るのかについては学説上の争いが生じ得るとする。第2の問いに対しては、責任主義の実質的解釈の必要性を強調し、本条を責任主義の政策的・実質的修正と位置づける。すなわち、当初から「罪を犯す意思」によって開始された以上、全体としての非難可能性は肯認し得るのであり、過失もまた全体として評価される。行為時点において責任要素としての故意が欠ける局面があっても、全体としては故意として評価し得る。さらに、限定責任能力状態下の故意犯に特段の限定を設けることも、責任主義の適用の一態様である。

③錯誤論の問題³⁹⁾

寺尾⁴⁰⁾委員は、第2項の「過失犯の規定を適用する場合においても」は正常状態で過失が成立する場合を指すのかを問い、さらに飲酒後に乱暴に及ぶ酒癖のある者が主観的には殺人の意思で飲酒しつつ酩酊中に誤って器物損壊に至った事例では錯誤の問題が生ずるため、これは符合の問題として解決し得るのかを指摘した。もし過失犯の評価となるなら第2項が過失の規定を除外している以上、故意の評価に跳ね返るのではないかとの疑義も示した。

団藤第1小委員長は、第2項の「過失犯の規定を適用する場合においても」は最終的結論として過失犯の枠組みで処理される類型を含む趣旨であると述べた。そこに至る理論構成は各学説に委ね得るが、結論が過失犯適用であれば第1項と同様に扱うとの立法趣旨であるとする。寺尾委員の設例は処理可能であるが、「事実上の故意・構成要件の故意」の議論を持ち込むと器物損壊の故意の成否をめぐる難問が残る得るとも付言した。

戸田弘委員は、第1項の「罪を犯す」は後段の「罪となるべき事実を生ぜしめた」にいう当該の罪を指し、言い換えれば当該罪を犯す意思でと読むべきではないかと提起し、法定的符合説（筆者注：現在でいう抽象的符合説を指すものと思われる）の採用を主張した。すなわち「殺意で行動しつ

39) 同上、96-102頁。

40) 議事録には『寺尾委員』とのみ記載があり、氏名は未詳である。本稿では便宜上『寺尾委員』と表記する。

つ酩酊下で誤って器物損壊に至った」設例でも錯誤論の枠内で故意を肯認し得るとする。

団藤第1小委員長は個人意見として、条文を厳密に当該罪に限定すべきとは必ずしも考えないと述べた。予定した罪を犯す意思でまさにその罪が実現したのであれば錯誤の問題は生じないが、ただ具体的事実の錯誤が生じ得ると指摘した。

小野部会長は、戸田委員の趣旨に賛意を示した。第16条第1項の起草意図は「ある罪を犯す意思から同一の罪の実現」へという流れを想定しており、対象錯誤の処理には錯誤論を用い、法定的符合説（AをねらってBに当たっても構成要件内であれば成立）で足り、責任主義にも反しないとする。

④「過失犯の規定を適用する場合においても」の存否について⁴¹⁾

第2項をめぐる議論を受け、この挿入句「過失犯の規定を適用する場合においても」をめぐる活発な討議が行われた。

団藤第1小委員長を中心とする小委員会は、当該挿入句を置く趣旨は、2項の適用範囲をあくまで過失犯が成立する場合に限定する点にあると説明する。すなわち、当初は過失であっても、その後において常に完全な無能力に陥るわけではなく、いわゆる限定能力・半能力の状態にとどまる事例があるところ、その場合に故意として処罰され得る余地があるため、当該挿入句を置いて線引きを明確化するという理解である。

一方で、小野部会長および植松委員、平場委員は、この考え方自体は了としつつも、挿入句は誤解を招きやすいと指摘する。とりわけ、過失により限定責任能力状態を招いたうえで故意が生じた事例についても第15条の適用を排除するかのように逆向きに読まれるおそれがあるため、むしろ挿入句を削除し、その解決を解釈に委ねるのが相当であるとする。

⑤実行行為性の認定について⁴²⁾

団藤第1小委員長は、実行行為の画定は解釈・理論に委ねるべきであり、条文はまず実体を指定するにとどめるべきであるとする。

41) 法制審議会・前掲注35) 102頁以下。

42) 同上、105-107頁。

小野部会長は、間接正犯にパラレルに捉え得るとの立場から、「ある程度客観的危険性を生じた場合に初めて実行行為として捉える」とし、責任主義を擁護しつつもその適用には限界があり、客観的危険が具体化した段階で初めて実行行為として把握できると述べる。また、行為時の一点の瞬間に責任と行為の同時一致を求めるのではなく、飲酒から暴力行使に至る過程を1個の行為として全体的に観察すべきであるとする。

佐伯千仞委員は、原因において自由な行為の実行行為を正気で飲酒した時点に認めるならば当該規定は不要となると指摘する。他方、実行行為をその後の無能力状態における行為側に認めるならば、責任と行為の同時存在という近代刑法の大原則を放棄することになりかねないとする。もっとも、責任能力のある状態が後続の無能力状態を利用しているのであれば両者の同時性を厳格に要求しなくともよいとの見解にも言及するが、この点には強い反対があると述べる。さらに、小野部会長の全体的観察説に賛同し、原因において自由な行為は激情犯（殺人、放火など）に類し、実行時には無我夢中の精神異常の状態にあることが多い以上、従来の責任主義の再検討が必要であるとする。

採決の結果、第1項については賛成とされた。第2項については、大体この趣旨で、表現について、なお第1小委員会に戻って再検討することとされた。

4 第2次参考案（昭和46年）と審議

第1次参考案に対して、第一小委員会は、参考審議会で出された意見を踏まえ、以下のとおり修正を加え、これをもって第2次参考案とした。当該参考案をめぐるのは、刑事法特別部会第25回会議において審議が行われた⁴³⁾。

43) 法制審議会『法制審議会刑事法特別部会会議議事速記録 第25回』（法務大臣官房司法法制調査部、1971年）14頁以下。

(1) 内 容⁴⁴⁾

第一六条（みずから招いた精神の障害）

〔故意に〕、〔罪を犯す意思で、〕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、前条の規定を適用しない。

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。

(2) 説 明

団藤第1小委員長は、第16条について「第1項は故意犯、第2項は過失犯に関する規定としてはっきり割り切るべきである」と整理したうえで、第2項冒頭の「過失により」は当該過失犯における過失を指し、その効力が「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」という句全体に及ぶ以上、第1次参考案の挿入句「過失犯の規定を適用する場合においても」は全く無用であるとして削除すべきだと説いた。さらに、条文間の整合の観点から第1項は「故意に」を採るのが相当であり、第18条（故意）との関係についても、同条を故意の定義規定に限定して解する必然性はなく、第16条で先に「故意」という語を用いることに何ら妨げはないと整理した。小委員会内部では「故意に」支持が多数である一方、「罪を犯す意思で」を維持すべきとの意見も一定数存在したため、両案併記で部会審議に付された。

(3) 審 議

平場委員は、「第2項の表現が変わりましたわけですが、過失によって、いわば故意犯を……第2項によってカバーする趣旨のものであるか」と確認を求め、たとえば「酔っぱらって人をけがさせた」事例で心神耗弱により故意犯の適用が可能となる一方、飲酒自体には過失がない場合を念頭に、第2項の射程を問題にした。

これに対し団藤第1小委員長は、第2項冒頭の「過失により」は「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」という全体にかかるので、同項は過失犯の文脈に限定されると説明し、最終的に故意犯

44) 法務省刑事局・前掲注34) 32頁。

の規定が適用され得るような境界事例は第16条全体の解釈に委ねて処理すべきで、第2項が直接にカバーしない旨を明確にした。

莊子邦雄委員は、総則第18条が「罪を犯す意思のない行為」を基点に各則で故意概念を当然前提として展開している点に照らし、第16条第1項に「故意に」を明記することは学説上の不要な争点を生み得るとして、条文体系の整合からは「罪を犯す意思で」を用いる立場を付言した。

採決の結果、第2項の修正（挿入句削除）は賛成37・反対なしで可決され、第1項の表現は「故意に」（24票）が「罪を犯す意思で」（14票）に優越して採択された。

5 改正刑法草案（昭和46年）と議論

(1) 内 容

最終確定稿の形は次のとおりである⁴⁵⁾。

第一七条（みずから招いた精神の障害）

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、前条の規定を適用しない。

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。

(2) 改正刑法草案の説明書

改正刑法草案に付された説明書は、刑事法特別部会における審議の経過と草案の内容、とくに現行法に対する改正点とを明らかにするために作成したものである。説明書によれば、本条は、第1項で故意犯を、第2項で過失犯を扱い分けているが、いずれの場合であっても、行為者がみずから精神障害の状態を招き、その結果として罪となるべき事実を発生させた点について故意または過失が認められるときには、責任能力に関する前条

45) 法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案 附・同説明書』（法務省刑事局、1972年）7頁。

の規定は適用されないものとされている。用語と適用範囲について、説明は次のとおりである⁴⁶⁾。

「みずから精神の障害を招き」とは、飲酒又は麻薬その他の薬物の使用によって一時的な精神障害の状態に陥ることをいう。

「罪となるべき事実を生ぜしめた」とは、精神の障害を招く以前に存在した故意又は過失に基づいて、これに対応した構成要件に該当する事実を発生させることをいう。精神障害の状態における行為だけによって構成要件が充足されることは必要でなく、それ以前の行為及び事前の故意又は過失の存在とあいまって構成要件に該当する事実を生じさせれば足りる趣旨である。

第1項は、故意犯が成立する場合に関する規定である。精神障害の状態において故意犯の構成要件に該当する事実を生ぜしめる意思で、みずから精神の障害を招き、その状態において予期どおりの事実を発生させたときは、これについて故意犯の責任が生ずることを定めている。本項で「故意に」というのは、第19条から第21条までにいう「罪を犯す意思」又は「故意」と同じく、未必の故意がある場合をも含む。したがって、たとえば、飲酒又は薬物の使用による責任無能力の状態で他人に暴行を加える習癖のあることを自覚している者が、そういう事態の生ずることを容認して責任無能力の状態を招き、その状態における暴行によって人を死亡させたときは、傷害致死罪について責任を負わなければならない。ただ、責任能力のある状態における故意の限度で責任を負うにすぎないから、責任無能力の状態における行為が自然的な観察からすれば殺意をもって行われたとみられる場合でも、事前には暴行の故意しかなかったときは、殺人罪としての責任を問うわけにはゆかない（名古屋高判昭和31年4月19日高刑集9巻5号411頁）。さらに、本項は、みずから限定責任能力の状態を招来した場合についても適用があるので、たとえば、酒の勢いをかりて犯罪を実行しようとしたが、実行の際には限定責任能力の状態に至っていたような場合にも、刑の軽減は認められないことになる。

46) 同上、109頁以下。

第2項は、過失犯が成立する場合に関する規定である。本項は、故意犯に関する前項に準ずる要件のもとに、みずから招いた責任無能力又は限定責任能力の状態における行為に過失犯の責任が生ずる場合について規定した。本項で「過失により」というのは、「罪となるべき事実を生ぜしめた」ことについて過失があったことをいう。したがって、たとえば、酒癖が悪く、泥酔すれば人に乱暴をする可能性のあることを知っている者が、うっかり酒を飲みすぎたうえ、責任無能力の状態で人を殺傷したような場合など、責任無能力の状態における行為が自然的な観察によれば故意の行為といえる場合であっても、その状態に陥る以前に過失しかなかったと認められるときは、過失犯の成立が認められるにすぎない（最大判昭和26年1月17日刑集5巻1号20頁）。これに反し、そのような場合でも、殺傷の行為をした時には限定責任能力の状態であったとすれば、故意の殺人罪又は傷害罪が成立し、軽減された刑によって処断されることになるので、本項の適用を論ずる必要はない。

(3) 議 論

準備草案および改正草案の公表以後、「みずから招いた精神障害」をめぐる、学界における最大の争点は、本条の明文化が責任主義の要請であるのか、あるいは責任主義の実質あるいは例外であるのかという点であった。

準備草案第16条をめぐる、小野清一郎が起草した理由書は、『「過失により」とあるのは、障害の招来が過失によることを意味する。罪となるべき事実の発生が過失によるとの意味ではない』（前記の第二章（四）2を参照）と説明しており、一見すると「非難されるべき落度としての過失によって精神障害を招いた以上、その者はもはや免責を援用し得ない」と読む余地を与える点で、いわゆる例外モデル的な発想に近いものと評価する⁴⁷⁾。もっとも、この部分は後に誤解であることが判明し、「過失により」は「罪となるべき事実の発生が過失によること」を意味することが再確認

47) 杉本一敏『「原因において自由な行為」をめぐる日本の刑法学説の50年』浅田和茂ほか編『刑法学の系譜』（信山社、2022年）347頁。

された⁴⁸⁾。それにもかかわらず、なお本条の構成を責任主義の原則からの例外とみるのか、それとも責任主義の内在的な要請として理解しうるのはかについては鋭い議論が続けられた。

この点に関して、責任主義の要請から派生の同時存在原則は、責任能力と実行行為が時間的に同時存在しなければならないことを要請する。とりわけ故意犯の成立には、故意および責任能力が実行行為と時間的に同時に存在することを要請する。

ところで、原因において自由な行為の場合、同時存在原則を厳格に貫徹しようとするなら、責任能力がある原因行為の時点における故意・過失意思を固定する必要がある。心神喪失に陥った場合には、故意・過失意思は原因行為の時点のものに限られるため、問題は生じない。他方、心神耗弱にとどまる場合には一定の責任能力が残るため、その状態で新たに故意意思が形成される可能性があり、どの時点の故意を基準とすべきかが問題となる。もし心神耗弱時点の責任能力に照らして評価すれば、前条の第2項により減軽が必要となり、立法の趣旨（自招による可罰化）に反するおそれがある。したがって、心神耗弱の場合まで前条（責任減軽）の適用を除外しようとする立法趣旨は、同時存在の原則と相容れない⁴⁹⁾。

以上の矛盾を踏まえ、審議においても、団藤小委員長、佐伯委員は、責任を実質化（すなわち非難可能性）として把握すべきであり、責任能力が実行行為と同時に存在することを必ずしも要しないとの立場を示した⁵⁰⁾。同

48) 法務省・前掲注33) 17頁。

49) 責任主義を厳格に貫く立場からは、原因において自由な行為を間接正犯とパラレルに把握する見解が生まれた。すなわち、原因行為を「利用行為」に、結果時の行為を「道具（ないし精神障害者）の行為」にそれぞれ類比する。この理解に立つ限り、結果時点において行為者が責任無能力であることが理論要請となる。ゆえに団藤は、原因において自由な行為と「みずから招いた精神障害」とを別個の問題と捉え、間接正犯とパラレルの考え方は、限定責任能力の場合この理論だけで、解決し尽くせないとする。団藤重光「みずから招いた精神障害」植松博士還暦祝賀『刑法と科学』（有斐閣、1971年）235-236頁、西原春夫「原因において自由な行為（一六条）」刑法雑誌11巻1-2号（1961年）49頁。

50) 法制審議会・前掲注35) 95頁、団藤の発言、109頁、佐伯の発言を参照。

条の適用範囲を解するに当たっては、重点を原因行為段階の責任能力に置くべきだというのである。西原春夫も、行為意思の決定時点において行為者に責任能力（非難可能性）が認められれば足り、その後には陥る状態が心神耗弱であれ心神喪失であれ包摂し得るとする⁵¹⁾。換言すれば、結果行為と原因行為を意思決定に基づく一体として把握する立場である。改正刑法草案の説明書が、構成要件行為を「精神障害の状態における行為だけによって構成要件が充足されることは必要でなく、それ以前の行為及び事前の故意又は過失の存在とあいまって構成要件に該当する事実」と説明するのは、まさに責任主義の実質化を図る試みと解しうる⁵²⁾。もっとも、この立場に立つなら、過失により心神耗弱の状態に陥り、その状態下で故意の犯罪を行ったことを適用範囲から排除すべきではないはずである。排除の根拠は何か——前掲の「故意・責任能力・実行行為の時間的同時存在」なのか。もしそうであるなら、同一条文に異なる基礎づけ（実質化と同時存在原則）を併置することとなり、立法内部の理論的一貫性に疑義が生じるのではないか。

さらに、本条は、責任能力の規定の直後に位置付けられ、且つ文言上も前条の適用を排除する形で規定されているため、明確に「例外規定」としての形を呈しているから、明文化に反対する指摘もある⁵³⁾。

過失・心神耗弱の自招と故意・心神耗弱の自招とで処理を分けた点は、立法の立場に混乱があることを示している。すなわち、一方では同時存在の原則を維持しようとしながら、他方では、理論構想そのものと同時存在の原則との矛盾関係にある他の解釈方法が導入されざるを得ない。当該条文の基礎づけは整合性を欠き、最終的にいずれの立場を採用したのが不

51) 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）96-97頁。

52) 法制審議会刑事法特別部会・前掲注45）110頁。小松進も、「障害を招いた行為」と「障害状態下の行為」双方を実行行為とみなす見解を採らない限り、自招行為の可罰化は責任主義への譲歩と評価せざるをえないと指摘する。小松進「みずから招いた精神障害」法律時報46巻6号（1974年）120頁。

53) 小松・同上、宮野彬「みずから招いた精神障害」法律時報46巻6号（1974年）106頁。

明確となっている。

三 判例の立場

本章では、前章で紹介した立法作業の展開を手掛かりとして1880年から1970年頃までの典型事例を整理し、当時の判例が「酩酊・薬物使用犯罪」および「原因において自由な行為」理論に対していかなる立場・態度を採っていたのかを明らかにする。

(一) 旧刑法時代

旧刑法第78条は、ボアソナードと鶴田との間の議論を経て、酩酊による犯罪を明文化することなく成立されたが、それは必ずしも判例が酩酊犯罪の可罰性を否定したことを意味するものではない。『大審院刑事判例要旨類集』における裁判要旨によれば、以下のように示されている⁵⁴⁾。

○飲酒酩酊ヲ以テ精神ヲ喪失ト認ムルト否トハ承審官ノ事実認定ニ属ス⁵⁵⁾

○法律ハ酒癖者ノ飲酒シタル事実ヲ以テ知覚精神ノ喪失ヲ推測スルコトナシ⁵⁶⁾

○酩酊ノ餘興ニ乗シ故意ヲ以テ放火ヲ為シタル所為ハ精神喪失ノ所為ニ非⁵⁷⁾

この判例法理の確立によって、飲酒酩酊が精神喪失を招いたか否かの事実判断は裁判官に委ねられることとなり、裁判官はその責任能力の有無を判断したうえで、これに応じた刑の科し方を決定するに至った。これらの典型的な事例はいずれも故意犯であり、この点は鶴田の考え方、すなわち

54) 大審院『大審院刑事判例要旨類集』中央大学 1920年、464-465頁。

55) 【謀殺未遂ノ件】大判明治28年7月16日(刑録1輯1巻110頁)。

56) 【故殺ノ件】大判明治28年11月14日(刑録1輯4巻78頁)。

57) 【放火ノ件】大判明治29年9月21日(刑録2輯8巻35頁)。

「然シ犯ス為メニ酒ヲ飲ミ其最初ノ目的ヲ達シタレハ真ニ酩酊シテ精神ヲ喪失シタリトハ云フ難シ」の反映とみることができる⁵⁸⁾。

(二) 現行刑法成立以降

1 現行刑法成立初期（明治末～大正）

現行刑法成立初期はドイツ刑法理論の受容期にあったものの、原因において自由な行為はなお理論概念の端緒にとどまっており、判例の立場は旧刑法期と大差なかったといえる。以下では、判例研究の対象としてしばしば取り上げられる古典的事例を二つ掲げる⁵⁹⁾。

【泥酔シ前後ヲ忘却シ病的酩酊ノ状態ニ在リテ精神喪失中ナリシコトヲ認ムル場合ハ本条第一項ニ該當】何人ニテモ或程度ヲ超エ飲酒スルトキハ精神喪失ノ状態ニ陥ルヘキモノニシテ犯行當時多量ノ飲酒ニヨリ泥酔シ前後ヲ忘却シ病テキ酩酊ノ状態ニ在リテ精神喪失中ナリシコトヲ認ムル場合ハ刑法第三十九條第一項ニ該當シ無罪トス（東京控訴院明治4年3月31日一刑事部判決最判8巻143頁）

【酩酊ハ常ニ必スシモ心神ノ喪失又ハ耗弱ヲ来スモノニアラス】飲酒酩酊ハ常ニ必スシモ心神ノ喪失又耗弱ヲ来タスモノニアラス原判決事実理由ノ全趣旨ニ依レハ被告カ故意ヲ以テ他人ニ障害ヲ加ヘタル事実ハ明確ナルモ當時被告カ心神喪失若クハ耗弱ノ状態ニ在リタルコトハ其判示セサル事実ニ属シ原審ニ於テハ之レカ事実ヲ認メサリシモノト解スルヲ相當トス隨テ原審カ本件ニ付キ刑法第三九條第一項ヲ適用セサリシハ相當ナリ（大審判大正5年10月9日新聞第1181號28頁）

2 昭和2年「原因において自由な行為」を取り入れた初の事例

現行刑法の公布から20年を経た昭和2年、初めて原因において自由な

58) 西原春夫ほか編・前掲注12) 217頁以下。

59) 草野豹一郎ほか編『刑法判例総覧 総則 上巻』（帝国判例法規出版社、1935年）590-591頁。

行為の理論を取り入れた事例が現れた⁶⁰⁾。本件では以下の事実が認定されている。

母親が、乳児に対して左を下にし横臥せるまま其の左の乳房を哺乳させて授乳したり。この時にあたり授乳者たる被告人に於て睡眠を為さんとせば須らく一旦乳房を乳児より離したる後始めて睡眠すべきものなるに拘らず、被告人の不注意にも其の乳房を右乳児に哺乳せる仮睡眠せるがため乳児を右の乳房を以て窒息死に致したるものなり。

小野清一郎は、直接の結果を生じさせた時点では責任能力がなくとも、「直接結果を発生せしめたる行為（または単なる身体の動静）に着眼せず、其の原因たる行為に着眼し、その行為において犯罪を構成すべき『実行』行為をみ、而して其の當時に於て責任能力あり且つ故意又は過失を認むべきを以て、犯罪の成立を妨げざる」と考える⁶¹⁾。本件では、睡眠は1つの生理的現象であり、睡眠中の身体の運動は意思もなく、行為ではないが、「睡眠に陥る前その乳児の生命に対する危険を予見し得べくして予見せざりしことは」過失致死の責任を負う根拠となると解される⁶²⁾。この事例は当時の大審院は明示的に「原因において自由な行為」の理論を援用したわけではなく、「被告人が睡眠前に乳児より乳房を離さなかったという不作為と、その際に乳児の生命に対する危険を予見しなかったことには注意義務を怠った過失がある」として、過失致死を認めたにとどまっている。今日の見解においても、「母親が眠りに入る前に乳児から乳房を離すことを怠ったという作為（不作為）が過失行為（実行行為）であり、その後生じた結果は単なる因果の連鎖にすぎず、必ずしも本理論を持ち出す必要はな

60) 大判昭和2年10月16日刑集6輯13頁。本判決を紹介した文献として、小野清一郎「原因に於て自由なる行為」法学協会雑誌46巻10号（1928年）118頁以下。

61) 同上、122頁。

62) 同上、130頁。

かった」と解されている⁶³⁾。それにもかかわらず、当時、小野が本件の説明にあたり「原因において自由な行為」理論を援用したことは少なからぬ影響を及ぼし、以後、原因において自由な行為を構成要件上の問題として扱う方向性を形づくった。

3 刑法全面改正作業の背景

理論研究の展開に伴い、「原因において自由な行為」を適用した判例が増え、これが刑法改正作業を後押しする一因となった。昭和26年には、最高裁が心神喪失を自招した事案につき、過失犯に対する「原因において自由な行為」理論の適用を初めて明確に認めた。昭和31年には、名古屋高判が心神喪失を自招した故意犯の成立を認めた。他方、心神耗弱を自招した事案は少ない。

(1) 心神喪失・過失犯の事例

昭和26年の事案は、多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、よって心神喪失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被告人が、函館市の飲食店で、多量に飲酒したことによって病的酩酊に陥りついに心神喪失の状態となり、その状態で、店員Aを包丁で突き刺し、左大腿動脈切断により即死させたものである⁶⁴⁾。

最高裁は、過失犯に対する「原因において自由な行為」理論の適用を明確に認める初の判決を示し、次のように判示した。「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、因って心神喪失状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす危険ある素質を有する者は、居常右心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する等前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務あるものといわねばならない。しからば、たとえ原判決認定のように、本件殺人の所為は被告人の心神喪失時の所為であつたとしても、(イ)被告人にして既に前示のような己れの素質を自覚していたものであり且つ(ロ)本件事前の飲酒につき前示注意義務を怠つたがためであると

63) 前田雅英ほか編『条解刑法 第5版』(弘文堂、2025年)192頁。

64) 最大判昭和26年1月17日刑集5巻1号20頁。

するならば、被告人は過失致死の罪責を免れ得ないものといわねばならない」。

また、同判決は、たとえ病的酩酊であってもそれを責任阻却の理由とすることはできないと明示し、さらに、行為者が自己の身体的素質を自覚している以上、飲酒後の粗暴行為について予見可能性および回避可能性を有していたと判断されたとした点に特徴がある。本件は、「みずから招いた精神の障害」の立法作業において、過失犯に関する検討の参考とされた判例の一つでもある。

(2) 心神喪失・故意犯の事例

昭和31年の事案において、被告人は麻薬中毒患者であり、ヒロポンを施用すれば幻覚・妄想等の中毒症状が再発し、所持の短刀で他人に暴行又は危害を加えるおそれがあることを予見しながら、敢えてこれを施用した結果、幻覚妄想状態に陥り、姉一家が世間から怨まれて復讐されとの妄想を抱き、生き甲斐を失って極度の厭生観に陥り、自由な意思決定能力を喪失した。そのような意識状態の下で、被告人は姉を殺害し自殺しようと決意し、昭和29年6月7日午前1時30分頃、姉の居室に侵入して短刀で就寝中の姉の頭部や背部を数回刺突し、死亡させたものである⁶⁵⁾。

本件は「みずから招いた精神の障害」規定の立法作業において、故意犯(未必の故意)に関する検討の参考とされた判例の1つである。判旨は次のとおりである。「薬物注射をなすに先立ち、薬物注射をすれば精神異常を招来し、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、敢えてこれを容認して薬物注射をなし、心神喪失の状態に陥り、短刀をもって人を殺害したときは、殺人の犯意を認めることは出来ないが、暴行の未必の故意が成立し、傷害致死の罪責を免れない」。

(3) 心神耗弱の事例

心神耗弱事案は、勤務中拳銃を携帯する巡査である被告人は、一定量の飲酒で病的酩酊に陥ることを自覚しながら飲酒し、病的酩酊下で発砲して

65) 名古屋高判昭和31年4月19日高裁判集9巻5号411頁。

死亡結果を生じさせたものである⁶⁶⁾。この事案では以下のように判断された。飲酒開始時は正常で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している場合、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。行為のときにおいて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った以上、刑法第39条を適用すべき限りでない。

本件は、被告人の精神状態を十分に明らかにしないまま、自招の心神耗弱と心神喪失を一括して刑法第39条の適用除外に包含したと解しうる判例であり、心神耗弱の事例はこの1件がみられるにとどまる。自招の心神耗弱事例は数が少なく、これは当時、間接正犯類似説が通説的地位にあったことと関係する可能性が高い。同説は、利用される行為は心神喪失状態下の行為でなければならないと解していたからである。

四 学説の展開

本章では、旧刑法時代から改正刑法草案の公表に至るまでの学説の展開を、時間的推移に沿って整理する。

(一) 旧刑法時代——「原因において自由な行為」理論未形成期の「酩酊犯罪」論

当時、明文規定を欠く状況の下で、学者の間には酩酊犯罪の可罰性をめぐって二つの立場があった。

第1に、鶴田の主張および判例の立場と一致するもので、酩酊が必ずしも心神喪失を伴うものではなく、責任能力を失っていない限り処罰し得るとする見解であり、これは多数説であった。第2に、酩酊によって行為者が事実上責任能力を欠くに至った場合であっても、なお処罰を肯定す

66) 札幌高判昭和26年11月15日刑集4巻11号1482頁。

べきであるとする見解もあり、これはきわめて少数説にとどまった。

1 多数説

多数説は、責任主義の「実行行為と責任能力の同時存在」原則を厳格に貫徹する。ゆえに、行為時に責任無能力者は処罰しない。自己の意思によらない飲酒、または通常の飲酒の結果として責任能力を喪失した場合は、当然に不罰である。他方、「罪ヲ犯ス為メ故ラニ酩酊」した場合は、性質上悪質ではあるが、行為時に事実上責任能力がないと認められる限り、やはり不罰と解される。この立場は、江木衷、井上正一、古賀廉造らによって典型的に支持された。

江木は次のように述べる。「(前略) 今罪ヲ犯スニ便利ナルカ為メニ大酔シテ、其目的タル罪ヲ犯シタル場合ニ於テ實際其罪ヲ犯シタル當時ニ智覺精神ヲ喪失シタルトキハーモ二モナク之ヲ無罪トセサルヘカラス」⁶⁷⁾。

井上は酩酊を四類型に区分する。「(一) 人ノ勧誘スル所トナリテ飲酒シ酩酊ニ至リタル者 (二) 偶然自ラ好ンテ酩酊ニ至リタル者 (三) 酩酊ヲ以テ常ト為ス者 (四) 罪ヲ犯スノ氣力ヲ買ハンカ為メ故ラニ酩酊ニ至リタル者」。(一) から (三) の場合は、当然に不処罰である。(四) の場合は具体の事情に即して判断される。すなわち、「罪ヲ犯スノ時ニ在テハ精神ノ錯亂ニ因リ其所為ノ善惡ハ已ニ之ヲ識別スルヲ得サル」ことが必要であり、これは「法律ノ問フ所ハ畢竟犯時ニ於テ精神錯亂シ是非ヲ辨別スルノ能力ナキ者ナリシヤ否ノ一點ニアルノミ其犯時以前ノ意思ハ敢テ問フ所ニ非サルナリ」とする立場に基づく⁶⁸⁾。

さらに、古賀は酔狂の類型を区別し、「酒荒ニ因リテ一種ノ精神病、所謂疾病性酩酊ト名クベキ精神病ニ罹リ、之カ爲メニ辨別力ヲ失フニ至リタルトキ」および「酩酊ノ結果全ク是非ノ辨別力ヲ喪失シテ而シテ罪ヲ犯ス」場合は、不処罰であるとする。「犯罪ノ豫謀ヨリ犯罪ヲ決行スルカ爲メニ特ニ酒精ヲ用ヒ興奮ノ用ニ供スル」場合は、「犯罪ノ実行ニ至ルマテ

67) 江木衷『刑法 汎論ノ部』(博聞社、1888年) 64頁以下

68) 井上正一『日本刑法講義』長尾景弼ほか編(1888年) 207頁以下。

ノ時期ニ於テ犯人ノ精神ヲ分析シ而カモ犯罪実行ノ際ニ於テ是非ノ辨別力ヲ缺クアルトキハ縦令豫謀ノ時期ニ於テ辨別力アリトスルモ犯人ノ責任上毫厘モ影響ヲ及ホスモノニアラスト為スモノナリ」。逆に、実行時に善悪弁識能力がなお存する場合は、通常の場合と同様に処罰されるべきである⁶⁹⁾。

また、酩酊後の犯行が酩酊前の意思を実現している場合、それ自体が当該時点で責任能力がなお存したことの反証となるから可罰である、とする見解がある。これも、同時存在原則を貫徹する考え方といえよう。例えば、富井政章は「(前略) 唯一種ノ酔狂者ニ至テハ常ニ犯罪ノ責任ヲ免カルコトヲ得サルモノト信ス即チ犯罪ヲ実行スルノ鋭氣ヲ酒力ニ取ラン為メ酔酩酊タル者ナリ此種ノ酔狂者ハ辨別ヲ缺ク者ニ非ス其最初目的トシタル犯罪ヲ実行シタルハ即チ知覺精神ノ全減セサル確証ト云フヘシ (ガロー氏第四百一節末項) (後略)」と述べ⁷⁰⁾、岡田朝太郎も「但シ罪ヲ犯ス勇氣ヲ酒ニ藉ラント欲シ、故ラニ酩酊シテ之ヲ遂ケタル場合ハ通常罪ナラン。何トナレバ、酩酊ノ後、未醉中ノ企謀ノ如ク罪ヲ遂ケタルハ、一般ニ知覺精神喪失ヲ失セザリシ反證ト為スニ足ルヲ以テナリ」とする⁷¹⁾。

2 少数説

少数説の立場は、当時としては「原因において自由な行為」の発想により近いものであった。ボアソナードを除けば、明確に論じたのは宮城浩蔵などごく限られた論者にとどまる。宮城は明治20年の『刑法講義』において、犯意を固めるために酒を飲み、酒の勢いに乗じて犯罪事実を実行した場合には、酒は「犯罪ノ用ニ供セラレタル物若シクハ犯罪ノ器械トナリタル物」であるから必ず罪として論じなければならないと述べ、明白に可罰性を肯定していた⁷²⁾。その後の『刑法正義』では、同様の事例について、

69) 古賀廉造『刑法新論 總論之部』(初版)(和佛法律學校出版部、1898年)458頁以下。

70) 富井政章『刑法論綱』(岡島宝文館、1889年)155頁

71) 岡田朝太郎『日本刑法論』(有斐閣、1894年)168頁。

72) 宮城浩蔵『日本刑法講義 第1巻』(明治法律学校、1887年)517頁。

犯行時にはすでに知覚精神を喪失している以上、その時点での行為について当初の意思如何を問うべきではなく、当初の犯意に遡ってこれを罰することは「法律ハ内部ノ意思ヲ罰スヘカラス」との原則に反するとして、原則として無罪と解すべきであるとする⁷³⁾。しかしその一方で、当初の意思が「永ク連続シテ犯罪ノ結果ヲ生シタル時」にはもはや単純な知覚精神喪失とはいえないとも述べており、議論は必ずしも明瞭とはいえないものの、ここには今日の故意の「原因において自由な行為」で問題とされる「意思の連続性」の要請に類似した発想が看取される⁷⁴⁾。

3 小 括

浅田和茂は「旧刑法下では、当初フランス法学派が無罪説を主張して定着したかに見えた」と指摘した⁷⁵⁾。しかし、ここである「無罪説」とは、酩酊犯罪を一律に不処罰とする立場を意味するものではないと理解すべきである。むしろ、それは、少なくとも「原因において自由な行為」において問題とされる程度の精神障害、すなわち当時の用語でいう「知覚精神ヲ喪失シタル者」の状態に陥った場合には不可罰とする点について、多数の支持が得られていたという趣旨に解される。他方で、飲酒後であっても、精神鑑定等の結果、かかる意味での知覚・精神の能力を喪失していなかったと認められる場合には、通常どおり可罰とするのが旧刑法期の多数説であったといえよう。

(二) 現行刑法の成立時期——「原因において自由な行為」理論の受容初期

現行刑法の成立時期は、ドイツ刑法理論を全面的に学習・受容していた時期にあたり、その影響のもとで多くの講義録や専門著作において「原因において自由な行為」理論の紹介が見られるようになった⁷⁶⁾。

73) 宮城浩蔵『刑法正義 上巻』（講法会、1893年）523頁以下。

74) 浅田・前掲注1）22頁、106頁。

75) 同上、108頁。

76) 小嶋伝『新刑法論 総則』（清水書店、1910年）295-296頁、勝本勘三郎

リストの教科書に示された2つの事例、すなわち、鉄道番人が責任能力ある状態で飲酒して熟睡し、その結果列車を転覆させた事案と、母親が自ら睡眠中に寝返りする癖を知りながら乳児と添い寝し、睡眠中に窒息死させた事案は、いずれも結果は責任能力ある者の行為に基づくものとして責任を問うると説く。その理由は、「責任能力は結果に対する原因開始の時点（例：飲酒または添い寝の時点）に存在すれば足りる」という把握にある⁷⁷⁾。これらの示唆により、日本の学説も、当初は責任能力がありながら自ら無意識・無能力の状態を招き、その状態で違法事実が生じた場合には可罰としてきた。もっとも、これら2例はいずれも過失犯の構想に立つものであり、故意犯については可罰根拠を主として間接正犯（道具利用）の枠組みに求める。

具体的に、故意犯と過失犯の成立については、勝本勘三郎の立場は、行為者が飲酒後に犯罪に及ぶ傾向の自覚（＝予見可能性の基礎）を前提とする。すなわち、故意は「酔狂スルトキハ罪ヲ犯スコトアルヲ知ルニ拘ハラス大酒ヲ飲ミテ酔狂シ依テ心神喪失中其豫謀又ハ豫見シタル犯罪ヲ犯シタル場合」に当たる⁷⁸⁾。ここでいう「豫謀」は、酩酊状態で犯罪に及ぶことをあらかじめ認識し、その状態を利用する故意を含意するものであり、行動選択が自由であった段階において結果の発生を容認した「未必の故意」も包含する。これに対し、過失は「酔狂シテ罪ヲ犯スノ癖アルカ故ニ之ヲ豫見セサルヘカラサルニモ拘ハラス豫見セスシテ大酔シ依テ心神喪失中豫見スヘカリシ犯罪ヲ犯シタル場合」に該当するとされる⁷⁹⁾。大場茂馬は、「犯罪者カ故意ニ依リスル状態ニ陥リ、以テ予知ノ結果ヲ発生セシメタルトキハ、故意ニ基ク犯罪ヲ構成スヘク、又行為者カ故意ニ依リスル状態ニ陥リ、以テ其予知セサリシモ其予知シ得ヘカリ結果ヲ発生セシメタルトキ、過失ニ

『刑法要論 上巻（総則）』（明治大学出版部、1915年）191-192頁、大場茂馬『刑法要綱』（中央大学、1917年）154頁、岡田朝太郎『刑法論』（中外印刷、1920年）98頁。

77) 小嶋、同上、295-296頁。

78) 勝本・前掲注76) 191-192頁。

79) 同上。

基ク犯罪ヲ構成スヘキナリ」と述べ、行為者が結果に対する態度を基準として故意・過失を区別する⁸⁰⁾。一方、泉二新熊は殺人罪を例にとり、「酩酊ニ因リ無意識状態ニ陥ルコトヲ知リツツ飲酒シタル」だけでは足りず、「人ヲ殺スニ付テ故意ナカリシトキハ其無意識状態ニ於テ人ヲ殺スコトアルモ故意犯ヲ以テ之ヲ論スルコトヲ得ス」とし、酩酊の故意に加えて、殺害そのものに向けられた故意を要するとする⁸¹⁾。

故意の成立については、「二重の故意」という構造で捉えようとした点において共通している。すなわち、行為者が自己の精神障害に陥る以前の段階において、すでにその状態に陥れる故意を有し、さらにその後の障害状態における犯罪結果の発生をも意図的に包含するという二層的意思構造を認めたものである。過失については、予見可能性の基準が必ずしも一様ではなかった。すなわち、行為者が自らの飲酒後の性癖や暴行傾向を具体的に自覚していることが要件となるのか、それとも単に飲酒によって自制力が低下し、不適切な行動をとるおそれがあることを一般的に認識していれば足りるのかという点については、当時の学説において明確な一致をみなかった。

1927年にリストの教科書に挙げられたものと同型の事例が初めて現われ、その影響の下で小野清一郎は当該事例評釈において実行行為の認定を詳細に論じた。すなわち、原因行為を間接正犯の利用行為に類比するならば、原因行為の時点で実行行為性が要求されるべきであるが、「原因行為」が「実行行為」と評価されうる場合もあれば、単なる「予備行為」ととどまる場合もあると指摘する⁸²⁾。原因行為が構成要件の結果に対して具体的危険を有すると、例えば、「他人を殺傷せんを欲し、之を決行する勇気を獲んがために大に飲酒酩酊して初めて其の目的を遂げたといふ場合」には、当該自己酩酊行為を直ちに実行行為とみなすことはできず、むしろ予備行為にとどまると解すべきであり、これに対して、「鐵道の転轍手がその任

80) 大場・前掲注76) 154頁。

81) 泉二新熊『日本刑法論 上巻(總論)』(有斐閣、1927年) 422頁。

82) 小野・前掲注60) 127頁。

務に従事中列車通過の時刻が切迫せるに當り、列車を顛覆せしむる目的を以て飲酒酩酊する」場合には、その行為自体が実行行為と評価されうとする⁸³⁾。

現行刑法の成立時期は、「原因において自由な行為」論がドイツ刑法学の影響のもとで日本に受容され、自己招致の無能力状態にも一定の可罰性を認めようとする発想が現われた初期的な段階であった。もっとも、その可罰根拠や故意・過失の構成、原因行為の実行行為性などは、なお十分に整理されておらず、後に構成要件モデルや責任モデルのもとで本格的に検討される論点が、過渡的な形で断片的に示されていた。

(三) 「原因において自由な行為」の可罰根拠に関する議論の萌芽

原因において自由な行為をめぐる本格的な論争は、第2次世界大戦後になって活発化した。その過程で、当該理論の可罰根拠を明確化する作業が要請され、理論的蓄積の進展は、改正刑法草案の立案作業が開始される背景・要因の一つともなった。

1 通説としての間接正犯類似説

受容期の影響を受けつつ、本理論を間接正犯に類比して構成する見解(間接正犯類似説)が展開され、やがて通説的地位を占めるに至った。団藤、大塚仁は、「原因において自由な行為」は責任の問題としてではなく、構成要件の問題として解決されるものであるとする⁸⁴⁾。すなわち、責任能力ある原因行為が実行行為として認定される限り、その可罰性を肯定するという立場である。小野が指摘した原因行為の実行行為性の問題をめぐり、団藤はさらに踏み込み、小野よりも原因行為に構成要件の定型性を強く要求している。両者の要点は次のとおりである。

83) 同上。

84) 団藤重光『刑法綱要 総論』(初版)(創文社、1957年)110-111頁、大塚仁『刑法要論』(初版)(成文堂、1968年)71頁。両書は、いずれも「原因において自由な行為」理論を「構成要件」の章に位置づけて論じている。

①自ら心神喪失の状態に陥る必要がある。これに対し、自ら心神耗弱(限定責任能力)にとどまる場合には、その状態での「挙動がそれじたい実行行為である」から、「限定責任能力の行為として刑の軽減を認めるほかない」⁸⁵⁾。

②利用行為(原因行為)そのものが構成要件の定型性を具備しなければならない。すなわち、原因行為に、「一定の犯罪的結果を実現させるべき定型的危険性が含まれるときは、その行為が当罰的である」⁸⁶⁾。

もっとも、故意の作為犯については次の問題が指摘される。①未遂の成立時期が過度に早期化するおそれがある。「原因設定の飲酒時に実行の着手があるのであるから、飲酒行為自体が殺人の実行行為ということになり、もし飲酒ただけで具体的殺害行為がなかった場合にも、結果がないだけであるから、殺人未遂が成立するということになる」⁸⁷⁾。②実行行為の定型的保障的要請が無視されうる。故意犯の成立を認めるならばこの批判を免れがたい。他方、実行行為の定型性を厳格に維持するなら、結局は過失犯と不作為犯に適用領域が限定されることになる。その場合、そもそも「原因において自由な行為」理論を特に持ち出す必要があるのかという点が改めて問われよう。

間接正犯類似説の「原因行為の実行行為性」立場を基礎にしつつ、小野は、故意犯の「未遂の成立時期が早くなりすぎる」という問題意識から、原因行為(飲酒行為)および結果行為(酩酊中の行為)を全体として把握し、それらを総合的に観察したうえで犯罪の実行行為と評価すべきであるとす⁸⁸⁾。木村亀二は、「刑法は、その原因設定と自然経過そして結果とを合して問題とする」のであり、原因において自由な行為の場合には、「抽象的に添寝・飲酒それだけを問題としているのではなく、その結果として惹起

85) 団藤・同上、111頁。

86) 大塚・前掲注84) 72頁。

87) 団藤・前掲注84) 111頁。

88) 小野清一郎「原因に於て自由なる行為——特に酩酊による犯行について」『刑法と法哲学』(有斐閣、1971年) 247頁(初出: 総合法学 1 巻 1 号 [1958年] 14頁)。

された圧死・障害と合して意味を持つのであって、このばあい、実行行為は主観・客観の両側面を総合して判断すべきものであるから、人を殺すつもりで飲酒した行為に実行行為をみとめることは肯定されるべきであろう……」としており、行為を原因設定から結果に至る全体として把握する発想がうかがえる⁸⁹⁾。過失犯の場合には、認定は容易で、「自己の適量を超えると乱暴する虞があることを知りながら、適量を超えて飲んだとすると、その酒を飲む行為が即ち過失行為であると認めている」とされる。結果行為は「心神喪失の状態において行われたとしても、それは構成要件的な因果関係の過程として捉えられる」⁹⁰⁾。故意犯の場合は、やや複雑で、小野は、「原因行為」の実行行為性を認めるために、構成要件該当性および結果発生 of 蓋然性を要すると主張する。例えば、暴行罪の場合、単なる飲酒行為それ自体を、人を傷つける蓋然性のある「暴行」と認めるためには、「特殊の事情」が加えられなければならない。それは行為者に酩酊によって乱暴する「酒癖があり、行為者がそれを意識して、しかも酒場等で多量に飲酒するといったような」事情の存在が必要である⁹¹⁾。ただし、「お酒を飲むだけでは、まだその（構成要件的結果発生 of）可能性が明らかであるとは言え」ず、心神喪失の状態において外観からみれば危険性がある行為（例えば暴行）を始めたとき、はじめて実行の着手がある⁹²⁾とされるため、特に原因において自由な行為理論は適用されないと思われる。

この見解は、確かに故意の未遂の成立時期が早くなりすぎるという間接正犯モデルの問題を回避できるが、過失の成立は、特に原因において自由な行為を適用する必要はないとの見解もあった⁹³⁾。筆者としては、原因において自由な行為の射程は、単にこの類型にとどまるものではないと考え

89) 木村亀二『刑法事典』（青林書院新社、1962年）117頁。

90) 小野清一郎「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）5頁。

91) 同上、7頁。

92) 同上、8頁。

93) 伊達・前掲注29) 12-14頁、平川宗信「原因において自由な行為」中山研一ほか編『現代刑法講座 第二巻』（1979年）99-100頁。

る。また、自己を心神耗弱状態に陥れた上で犯行に及んだ場合についても、なお本理論の適用範囲からは除外されている。

2 有力説としての責任モデル

間接正犯類似説では十分に包摂しがたい、自己の行為により心神耗弱(限定責任能力)を招いた状況に対しては、責任モデルが対応し得るとされる。佐伯千仞は、責任の実質面を強調し、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」とすれば、原因において自由な行為の場合、無能力の時の挙動について、「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うことも一向差し支えない」とすることができると述べている⁹⁴⁾。さらに、「原因において自由な行為」は激情的犯罪の構造と類似していると指摘する。即ち、情動にかられて犯した犯罪の場合においては、「犯罪類型を直接実現するいわゆる実行行為の瞬間には行為者に責任能力がない場合」はないが、判例および通説はいずれも、この「犯罪類型を直接実現する行為」を実行行為として認定している。したがって、原因において自由な行為の場合においても、犯罪類型を直接実現する結果行為を実行行為として認定すべきというわけである⁹⁵⁾。このようにして、佐伯は、結果行為の実行行為性を保持しつつ、その評価基準を行為者の意思決定段階に求める立場を取る。

西原春夫は、佐伯の「責任の本質」に関する発想を基礎として、「最終意思決定説」を提唱した。すなわち、「責任判断が、『意志決定』規範としての法の立場からする無価値判断とであるとすれば、責任能力がもっとも問題となるのは、意思決定の時である」とする。さらに西原は、「実行行為」とは別に、もう1つの「行為」概念を導入した。すなわち、「意思決定から予備行為・実行行為を経て結果惹起に至る人間の態度が同一の意思

94) 佐伯千仞「原因において自由なる行為」『刑事法講座第二巻』(有斐閣、1952年)308頁。

95) 同上。

に担われたもの」であり、責任能力は意思決定の時に存在すればよいとする⁹⁶⁾。この理解によれば、故意犯の成立判断に際しても、「結果が発生してから事後的に考察して、心神喪失中の結果惹起が明らかに事前の犯意の実現と見られる」場合には、故意の成立を肯定できることとなる⁹⁷⁾。このような「行為」概念の拡張の根拠が必ずしも明確ではなく、かえって概念の混乱を招くおそれがあることが懸念される。

3 小 括

1960年代から70年代にかけては、杉本の言う各理論構成モデルの「萌芽」の時期として位置づけることができる⁹⁸⁾。すなわち、一方では、受容期の影響を受けた間接正犯類似説を基礎とし、「原因行為」を実行行為として把握する構成要件モデル的発想が通説として定着していく。他方で、このモデルが心神耗弱事例や故意犯における未遂の早期化・実行行為の定型性などの問題を十分に包摂し得ないことが意識され、これを補い、あるいは乗り越えようとする責任モデルの試みが有力説として台頭したのである。

もっとも、この時期における両モデルは、いまだ明確に対立する完成された体系としてではなく、同時存在原則と原因において自由な行為との調和を模索するなかで、可罰根拠をどこに求めるか（原因行為の構成要件該当性か、意思決定時の責任非難可能性か）についての方向性が徐々に分岐しつつあった段階にとどまる。こうした構成要件モデルと責任モデルの萌芽的対立こそが、後の改正刑法草案における明文化をめぐる議論の前提となり、また今日の「原因において自由な行為」理論の多様な理論構成モデルを準備することになったと評価しうる。

96) 西原・前掲注51) 96-97頁。

97) 西原・前掲注49) 50頁。

98) 杉本・前掲注47) 332頁。前掲注49) 50頁。

五 結論と今後の展望

(一) 結 論

第1に、旧刑法期においては、体系的・真正な意味での「原因において自由な行為」理論は未形成であり、飲酒後・薬物使用後の責任帰属を同理論で説明したわけではなかったことが確認された。むしろ「飲酒をもって当然に免責すべきではない」という素朴な直感が支配し、可罰性の判断枠組みは犯行時の責任能力の有無に核心を置いていたのである。判例・学説はいずれも、酩酊後の犯罪は原則可罰としつつ、その範囲は厳格で、自発的飲酒であること、疾病性でない酩酊であること、そして犯罪目的の酩酊であること等を前提に、実際に責任能力が残存する場合に限って処罰可能とした。犯行が酩酊前の故意の実現であることは、可罰性の補強的根拠にとどまり、中心はあくまで犯行時の責任能力であった。

第2に、「原因において自由な行為」は日本固有の理論ではなく、現行刑法立法期にドイツから受容された理論である。立法史の位相としては、旧刑法期に「薬酒」使用後の免責排除を示唆する条文化が試みられたものの、その後の現行刑法・改正刑法仮案では明文化は見送られ、ようやく1960年前後の改正準備草案作業において「みずから招いた精神の障害」の明文化が本格議題となった。この過程で、故意犯・過失犯の二部構成、障害招致前の意思段階と障害下における行為の全体評価、責任能力に関する条文との関係付け（前条適用の排除）など、今日まで続く基本設計が整序された。

第3に、理論史の面では、旧刑法期は酩酊処遇に関する素描的発想にとどまり、受容初期（現行法立法期）に「原因において自由な行為」という用語が登場する。他方、改正準備草案の立法作業が進むにつれ、単純な間接正犯の類推だけでは説明が尽きない領域（とりわけ限定責任能力）が露呈し、責任主義の実質化（非難可能性）に軸足を置く構成が展開した。

(二) 今後の展望

本稿の歴史的検討は、単なる回顧にとどまらず、今後の作業——すなわち、日本における原因において自由な行為の研究現状の整理、判例における適用状況、および可罰性基礎の再定位——に直接の示唆を与えるものである。立法面では、関連立法を有する中国刑法（18条4項）と、一般条項の明文は欠くが完全酩酊罪（StGB § 323a）を備えるドイツ刑法との比較検討を進める。とりわけ可罰性を基礎付ける学説からは、従来の「構成要件モデル」のみでは対応が困難となっており、理論の祖国であるドイツに遡って、その成立背景と本来解決しようとした課題を再点検することにより、日本に適切な基礎付けの再構成が要請される。

〔付記〕 本稿は、2025年度潮田記念基金による慶應義塾博士課程学生研究支援プログラムによる研究成果の一部である。また筆者は、文部科学省（MEXT）奨学金を受給している。ここに記して深く感謝申し上げる。

張 馨元（チョウ ケイゲン）

所属・現職	慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴	北京師範大学法学院修士課程
所属学会	日本刑法学会
専攻領域	刑事法