

主観的違法要素と責任能力

—裁判実務を中心に—

林裕凱

目次

第一章 行為意思と故意・過失	3
第一節 刑事裁判実務における行為概念	3
第一項 行為概念の機能とその要件	3
第二項 反射運動や絶対的強制などによる身体動静の行為性	5
第三項 行為意思と故意・過失との区別	6
第二節 故意と過失との関係	8
第一項 通説に対する批判	8
第二項 パラレルに構築される故意犯と過失犯	10
第三項 比較法：台湾法における過失犯の判断	12
第二章 犯罪実現に向けられた故意・過失と犯罪抑制に向けられた責任能力	15
第一節 体系的な位置づけ：責任前提説の問題点	15
第二節 故意・過失と責任能力との区別	17
第三節 責任故意・過失の必要性	20
第三章 故意・過失と責任能力との同時存在の原則	22
第一節 同時存在の原則と「原因において自由な行為」	22
第一項 同時存在の原則と責任原理	22
第二項 原因において自由な行為の可能的な類型	23
第三項 原因において自由な行為による故意犯・過失犯の成立	24
第二節 実務における「原因において自由な行為」の問題点	27
第一項 「故意の原因において自由な行為」の成立の困難さ	27
第二項 「過失の原因において自由な行為」の必要性	30
第三項 挙動犯・自手犯における「原因において自由な行為」の適用	33
第四項 限定責任能力と原因において自由な行為	36
第三節 原因において自由な行為に対する再検討	37
第一項 原因において自由な行為という理論の必要性	37
第二項 「構成要件モデル」によっても解決されえない場合	39
第三項 「例外モデル」の問題点	40
第四節 場合 A・B・C に対する可能的な解決策	42
第一項 回避可能性説による解決策	42
第二項 「完全酩酊罪」：立法による解決策	44
第三項 実務における解決策の適用順序	45
第四章 台湾法における原因において自由な行為	48
第一節 原因において自由な行為に関する台湾法の状況	48
第一項 刑法 19 条に関する法改正	48
第二項 刑法改正前後の重要判例	48
第一目 改正前の判例	49
第二目 改正後の判例	49
第三項 刑法 19 条 3 項に対する学説の批判	51

第二節	実務における刑法 19 条 3 項の適用に関する検討	52
第三節	台湾法における回避可能性説の適用可能性	55
第一項	立法過程の探究	55
第二項	刑法典と判例との整合	57
第三項	残る問題点	58
第五章	刑事裁判における精神障害に基づく行為者の錯誤問題	60
第一節	問題の所在	60
第二節	精神障害に基づく錯誤に関する可能的な解決策	61
第一項	精神障害に基づく錯誤を考慮する見解	61
第二項	精神障害に基づく錯誤を考慮しない見解	62
第三項	不法段階で考慮せず、責任段階で考慮する見解	63
第四項	検討：行為者の故意・過失と処分の正当性	64
第三節	本文の見解：証拠法上の解決策	66
第一項	事実の推定と被告人の反証責任	66
第二項	被告人に反証の責任を負わせる正当な根拠	68
第四節	過失犯と精神障害に基づく錯誤	70
第六章	台湾法における監護処分と精神障害に基づく錯誤	73
第一節	刑法 87 条の監護処分とその要件	73
第二節	事実の錯誤に関する実務の基本的立場	74
第三節	精神障害に基づく錯誤に関する判例	76
第四節	検討：実務における精神障害に基づく錯誤問題	77
参考文献・判例		81

第一章 行為意思と故意・過失

第一節 刑事裁判実務における行為概念

第一項 行為概念の機能とその要件

刑法における行為概念をめぐる、かつて激しい論争が行われていたが、多くの論者は、その概念を体系的な価値を持たないようなものとみなしている。しかし、犯罪とは、構成要件該当、違法かつ有責的な「行為」であるので、裁判実務において、まず犯罪判断の対象とされる被告人の行為を見出さなければならぬ。すなわち、構成要件該当性、違法性および責任という犯罪メルクマールの関連点としての行為概念は、犯罪判断の体系から除外されえない¹。

問題は、裁判実務において、行為概念をいかに定義すべきなのか、そして行為意思と故意・過失とをいかに区別すべきなのかということである。学説において、因果的行為論や目的的行為論や社会的行為論などの行為概念が提案されている。いずれも学術的な価値が認められるが、各自の弱点をも有している²。学説においての活発な討論に反して、実務は行為概念にあまり言及しない。なぜなら、大部分の刑事事件においては、どの行為論によっても、被告人の行為性が肯定されうるからである。

それにもかかわらず、判例は、行為の要件について、かつて「行為者のある外部的挙動がその者の行為と評価され得るのは、その挙動が行為者の意思によって支配せられているからであって、右の意思支配が存しない場合には行為も存しないと言うべきであり……行為者は自ら意識的自覚的になそうとする行動については、右の規範意識によってこれを統制し得る可能性を有しているが、右の如き任意の意思に支配されていない非自覚的な行動については、その規範意識も活動の余地がなく、これを統制し得る機会も持たないのであるから……右の任意の意思に基く支配可能な行動のみが、刑罰法規の規定された構成要件該当性の有無についての判断の対象とされるべきであって、右の任意の意思を欠く行動は、行為者についてその責任能力の有無を論ずるまでもなく、刑罰法規の対象たる行為そのものに該当しないと解すべきである」と判示した³。すなわち、行為性を認めるために、行為者の振舞いが意思支配によるものでなければならないとされる。

実務は、睡眠中の身体の動きや無意識の動作などの「意思に基づかないもの」でない場合、すなわち行為者の振舞いが「意思に基づくもの」である場合にお

¹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996) § 23, S. 218.

² 詳細は、葛原力三・塩見淳・橋田久・安田拓人『テキストブック刑法総論』(2009年) 34頁参照。

³ 大阪地判昭和37年7月24日下刑集4巻7・8号696頁。

いて、原則的にその振舞いの行為性を認めようとする。そのような傾向は、やはり行為→構成要件該当性→違法性→責任という犯罪判断の体系的な順序のもとで、行為者の犯罪が成立するか否かについて、早々に第一ステージの行為段階で門前払いにする必要はないであろうという考えに関連するのではないかと思われる。

刑事裁判実務における行為概念とは、人間の意思に基づく身体の動静と解されるべきであると思われる。そして、その「意思」は何らかの意思であれば足りる。すなわち、「意思の存在」のみが行為の要件であり、「意思の内容」がもたらす故意・過失又は責任能力（認識能力）の問題に関わる。意思の存在が行為性にとって重要であるのは、行為者が意識的な状態にいるこそ、これから起きることおよびその違法性に対する行為者の認識がはじめて可能となり、刑罰の感銘力もその故に作用し得るので、意識的な状態における身体の動静が犯罪判断の対象とされる意義が生じるのである。もっとも、このような「古典的（因果的）」な行為概念は、学説において強い批判を招いてきた⁴。

しかし、裁判実務にとって、行為概念の最も重要な機能は、個々の事件において、迅速かつ正確に犯罪判断の対象を見出すことである。すなわち、行為概念を通じて、刑法的な重要性をまったくないものすべてを初めから排除することができればよいと思われる⁵。それゆえ、犯罪判断の第一ステージとしての行為性判断は、起訴や裁判の対象を決定することのみに機能し、必ずしも故意・過失の内容や体系的な位置付けと関連しないとされるべきである。それに対し、目的的行為論に要求されている「行為の目的性」は、過失犯の行為性を説明し難いし、故意の内容を行為論に持ち込み（更に行為意思を故意と同一視し⁶）、行為性を判断する犯罪判断の第一ステージを膨大化させる一方、故意を判断する第二ステージ（構成要件該当性）の機能を弱体化させる恐れがある。そして、社会的行為論に要求されている「(重要な)社会的意味」は、構成要件の評価とほとんど区別できないし⁷、行為性に規範的要素を介入させ、その判断を複雑化させてしまう。裁判実務にとって、いずれも効率的・経済的な行為性の判断標準であるとはいえない。

意思に基づく身体の動静という行為概念は、動物や法人の活動や無意識的な身体動静を最初から排除し、「人間の仕業」と「自然の所産」との区別機能を果たすことができるとと思われる。実務において、例えば、母親が授乳中に眠り

⁴ 因果的行為論に対する批判は、主にその理論によって、不作為犯や忘却犯の行為性を説明できないことや行為を特定し難いことなどである。井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)22頁以下、高橋則夫『刑法総論第4版』(2018年)75頁以下参照。

⁵ Jescheck/Weigend, a. a. O., S. 219.

⁶ Carl-Friedrich Stuckenberg, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, in Wolfgang Frisch, Gunther Jakobs, Michael Kubiciel, Michael Pawlik, Carl Friedrich Stuckenberg (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels (2015), S. 90f.

⁷ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. (2006) § 8, Rn. 30.

込んでしまい乳児を乳房で窒息死させた⁸、あるいは、癲癇性発作を起すおそれがあることを認識しながら自動車を運転した⁹、というような事案において、こうした行為概念は、犯罪判断の対象とされるべき行為を迅速に把握することができる。そして、犯罪判断の対象とされる行為を見出す際に、通常は、構成要件的结果との関連性がもっとも高い部分から順に被告人の意思に基づく身体の動静を選び出すので、実務にとって、行為の特定は、必ずしも問題とならない。

残る問題は、「規範意識」や「統制可能性」も行為の要件とされるべきか否かということである。前述した大阪地判昭和 37 年 7 月 24 日判例は、行為を「規範意識によってこれを統制し得る可能性を有している」ものとして理解していた。しかし、そうした行為概念は、行為能力を、違法性を認識する能力とその認識に従って思いとどまる能力と混同するおそれがある。すなわち、そもそも責任論における認識能力と制御能力の問題を行為性判断の段階に巻き込み、そして行為概念に規範意識による支配までを要求し、責任無能力者の行為性を容易に否定する結果に至りかねないので、行為概念をあまりにも狭く理解しすぎるようになってしまう¹⁰。

實際上、実務には、情動行為、酩酊行為や「自動化された行為(automatisierte Handlung)」の行為性だけではなく、半覚半醒や朦朧状態下の身体動静の行為性をも原則的に認め、行為者が規範意識に従って自らの行為を統制し得るか否かを責任能力の判断問題とする傾向が見られる¹¹。大阪地判昭和 37 年 7 月 24 日判決の第二審(未公判判例)も、原審と違って、被告人には行為があるが、責任能力がないとして無罪を宣告した。すなわち、意思が存在する場合は、形式上、人間の意思に支配されうる身体動静を刑法的な行為とすれば足り、その身体動静が實際上、支配・制御されていたかどうかは、もっぱら故意・過失又は責任能力の問題とすべきなのである。それゆえ、「規範意識」や「統制可能性」は行為の要件とされるべきではないと思われる。

第二項 反射運動や絶対的強制などによる身体動静の行為性

もっとも、「意思の存在」のみが行為の要件とされる立場を一貫して支持す

⁸ 大判昭和 2 年 10 月 16 日刑集 6 卷 11 号 413 頁参照。

⁹ 大阪高判昭和 42 年 9 月 26 日判例時報 508 号第 78 頁、仙台地判昭和 51 年 2 月 5 日刑事裁判月報 8 卷 1・2 号第 41 頁参照。また、ドイツ判例は、BGHSt 40, 341. 参照。

¹⁰ 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』(2006 年) 94 頁、川端博『刑法総論講義第 3 版』(2013 年) 140 頁。

¹¹ 関連する判例は、広島地判昭和 33 年 8 月 18 日第一審刑事裁判例集 1 卷 8 号 1239 頁、大阪地判昭和 43 年 7 月 17 日下刑集 10 卷 7 号 767 頁、東京高判平成 5 年 8 月 9 日判例時報 1494 号 158 頁など参照。また、台湾実務において、台北高裁 97 年度上易字第 1507 号判決(2008 年 7 月 29 日)も夢遊中の被告人が朦朧状態で行った振舞いの行為性を認め、責任無能力という理由で、被告人の無罪を宣告した。

れば、反射運動や絶対的強制などによる身体動静の行為性も認められ得るのであろうかは、問題となる。それについて、因果的行為論の主張者でさえも、反射運動や絶対的強制などによる身体動静の行為性を否定する。しかし、少数説は、意識的狀態下の反射運動や絶対的強制などによる身体動静も「意思の存在」という行為性の要件を充たしている上に、自らの反射運動や強制される動作を利用し、法益侵害の結果を凶る場合もあり得ないことであるといえないので、そうした身体動静の行為性を排除している因果的行為論の支持者には、理論の一貫性がないと指摘する¹²。

すなわち、反射運動などの場合も、「常にそれをおさえることができたか」ということは問題になるので、はじめから行為でないとして除く必要もない」とされる¹³。例えば、患者が腱反射テストを受ける際に、自らの足がこれから反射運動により、そばにいる看護師に当たるかもしれないことを知っている場合では、看護師が蹴られたという結果は回避し得ないとはいえないので、その反射運動をも行為とすべきなのである¹⁴。

しかし、そうした事例において、刑法に非難されるべきなのは、反射運動や絶対的強制などによる身体動静ではなく、後の自らの反射運動や絶対的強制などによる身体動静が法益侵害の結果をもたらすことを予見した、あるいは、予見することができたにもかかわらず、その動作の発生を積極的に促進する、あるいは、消極的に回避しないという「前の身体動静」である。すなわち、反射運動や絶対的強制などによる身体動静が行われる前の状態が行為であるとするれば足り、強いてそのような身体動静が行われる状態まで行為であるとする必要はないであろうと思われる。

要するに、刑事裁判実務における行為の概念は、あくまで構成要件該当性、違法性および責任の同時存在の関連点・接続点として機能する。そして、迅速に犯罪判断の対象を把握することができるためには、行為概念は簡潔かつ明確なものでなければならない。それゆえ、行為を意思に基づく身体動静として解すれば足りる。反射運動や絶対的強制などによる身体動静それ自体は、形式上、人間の意思に支配され得ないものであるし、実務上、検察官に犯罪行為として起訴される場合も見られないので、それを刑法的な行為とする必要はないと思われる。

第三項 行為意思と故意・過失との区別

学説によれば、行為意思と故意の関係は、三つの類型に分類されうる。まずは、行為意思を意思衝動又は行為への作用因とし、故意を意思の内容として考

¹² 黄榮堅『基礎刑法學（上）』（2012年）157頁以下参照。

¹³ 平野龍一『刑法総論 I』（1972年）112頁以下参照。

¹⁴ 黄榮堅・前掲注12）158頁以下参照。

える類型である（類型A）。次は、行為意思を故意と同様に、結果に関する実現意思として捉える類型である（類型B）。最後は、行為意思に犯罪判断の体系における独立した地位を与えず、故意又は責任の内容に解消させる類型である（類型C）¹⁵。類型Bは、行為意思を故意（そして論者によって責任¹⁶）と同一視するおそれがあるので、前述したように、妥当ではない。類型Cは、刑法における行為論がおそらく不要であろうという結論をもたらさう。そして、類型Aにも、行為意思に関する解釈により、類型B又は類型Cに接近する問題点があるとされている¹⁷。

それに関して、前述した行為概念に対する本文の立場からすれば、行為意思と故意との区別は、明らかなものであろうと思われる。すなわち、行為の主観的な成立要件は、ただ「意思の存在」でしかないのである。改めて強調したいのは、「意思の存在」それ自体が既に行為性の要件を満たすので、別に「意思の内容」を討論する必要がないということである。行為者が行為を行う際に、何を考えているかということは、行為性の成立にとって、まったく重要ではない。それは、もっぱら構成要件的结果に関する故意の問題、あるいは、自らの行為の違法性を認識できるか否かに関する責任能力の問題である。例えば、ドライバーが意識がある限り、彼が運転している最中、先の仕事のことを考えているか、早く家に帰ることを考えているか、あるいは衝突によって目の前の人を死亡させることを考えているかは、その運転という動作の行為性に、何の影響も与えない。

言い換えれば、行為意思は、構成要件的结果に対する故意の発端として何らかの（抽象的な）主観的意思であるのに、故意は、後述のように法益侵害の志向を表わす（具体的な）主観的意思である。そして、故意と過失とを平行的な形で構築する本稿の立場からすれば、故意と過失とは、同じく予見可能性という延長線上にあるものであるので、行為意思と故意との区別は、過失との場合にも当てはまる。

結論的に言えば、意思の内容・程度を問わず、意思が存在している限り、行為性が認められ得る。行為当時の意思内容や（無意識を除く）意識レベルによる影響は、もっぱら故意・過失あるいは責任能力の段階で判断されるべきものである。意思が存在していない場合には、これから自らがまさになそうとしている振舞いの違法性に関する認識どころか、構成要件的结果に対する認識もありえない以上、結果回避可能性がなく、結果との因果関係を検討する意味もな

¹⁵ 詳しくは、堀内捷三「行為意思と故意の関係について——実行の着手時期への一つの視座」警察研究 55 卷 8 号（1984 年）13 頁以下参照。

¹⁶ 行為意思を責任の内容に解消させる見解によれば、行為能力が責任能力と混同されるので、責任無能力者の行為というものは、ないことになりかねない。それは、受け入れ難い結論であろうと思われる。平野龍一・前掲注 13) 109 頁参照。

¹⁷ すなわち、「行為意思を厳格に解し、たんなる作用因としての意思衝動と解する」ならば、類型Cに接近するのに、「行為意思を広く解し、結果に対する支配可能性をもつ意思と解する」ならば、類型Bに接近するとされている。堀内捷三・前掲注 15) 14 頁参照。

くなるので¹⁸、意思に基づかない身体の動静は、はじめから犯罪判断の対象とされるべきではない。すなわち、無意識以外の状態で行われる、すべての意思に基づく身体動静の行為性は、認められ得るのである。それゆえ、過失犯はいうまでもなく、不作為犯や忘却犯などの犯罪形態も、行為の段階において問題とならない¹⁹。

第二節 故意と過失との関係

第一項 通説に対する批判

故意・過失と責任能力との関係を解明する前に、故意と過失との関係を明らかにしておく必要があると思われる。まず、過失犯の構造に関して、現在の通説である新過失論は、予見可能性に加えて、「注意義務違反」をも過失の成立要件とする。新過失論は、「予見可能性」という概念が「無限の具体化・抽象化を許す概念」²⁰であるので、「注意義務」の違反を過失の成立要件とする必要があると主張する。しかし、その「注意義務」とは、一体何であろうか。通説は、注意義務を「結果回避義務」と解している。判例も「関係各証拠により認められる程度の結果予見可能性を前提として、なお被告人に結果回避義務違反が認められるかどうか、過失責任の成否を決定する」と説明した²¹。そして、結果回避義務とは、法益侵害の結果を回避するために、平均的正常人(通常人)に遵守が要求される行動基準を設定し、それにながった態度を採るべき義務であるとされる²²。

しかし、いわゆる注意義務又は結果回避義務というのも抽象的な概念であり、その具体的な「義務内容」は必ずしも明確ではない。それゆえ、学説にせよ実務にせよ、よく道路交通法などの行政取締法規を注意義務の具体的内容とする。問題は、あらゆる過失犯の場合において、注意義務の具体的内容を提示する行政取締法規が必ず存在するわけではないことである。また、いわゆる平均的正常人又は通常人とは、実在する人間ではないので、その平均的正常人(通常人)の標準によって設定された行動基準自体も、不明確なままであると思われる²³。

¹⁸ 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999年)156頁参照。

¹⁹ もっとも、前述した反射運動や絶対的強制などによる身体動静の場合と同じように、忘却犯の場合では、事前の意思・態度を問責対象とすれば足りる。忘却中の態度を行為とするための理論的工夫は不要であろうと思われる。安田拓人「意思能力、行為能力、責任能力の関係」法学セミナー47巻3号(2002年)22頁参照。

²⁰ 井田良・前掲注4)121頁参照。

²¹ 東京地判平成13年3月28日判例タイムズ1076号96頁。

²² 正田満三郎「過失犯における平均的正常人(通常人)概念の定型化機能—「責任能力」および「期待可能性」融合の契機に関連して—」法曹時報20巻1号(1968年)14頁、井田良「葉害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決をめぐって」同氏著『変革の時代における理論刑法学』(2007年)169頁参照。

²³ なぜなら、「平均的年収」や「平均的寿命」などの概念と異なって、「平均的」又は「通常

それだけではなく、新過失論は、その平均的正常人（通常人）の標準によって設定された行動基準、つまり客観的注意義務を重視するので、行為者の個人的能力が一般通常人を下回る場合には、その者の過失が成立しうるのに対し、その能力が一般通常人を上回る場合には、行為者が通常人程度の注意を尽くした場合に既に、その者の過失も否定されうる²⁴。しかし、こうした見解によれば、不法段階で、行為者の個人的能力を考慮せず、単に客観的注意義務の違反に着目するので、過失の主観的違法要素としての意味がなくなってしまう、そして旧過失論と同じように、責任段階で行為者の個人的能力に基づく予見可能性がはじめて考慮されることになる²⁵。なおさら、こうした見解に加えて、過失をもっぱら違法要素とする立場をとれば、過失犯は、一種の結果責任となる恐れがあるのではないかと思われる。

それゆえ、客観的注意義務の主観化も主張されている。すなわち、平均的正常人（通常人）というのは、国民全員を母体とする平均人ではなく、「行為者の生活領域に属する一般人」とであるとされる²⁶。たとえば、行為者が医師であれば、「一般の医師」を標準とすることになる。しかし、前述した東京地裁平成13年3月28日判例のように、行為者に対し「一般の医師」では足りずに「通常の血友病専門医」が基準とされた場合もある。このように、細かく個別化すればするほど（例えば、更に「通常のベテラン血友病専門医」が基準とされることも可能であろう）、結局、新過失論に強調された「客観的注意義務」は、却って自らの予見可能性に対する批判と同じように、「無限の具体化・抽象化を許す概念」になろうと思われる。

実は、刑法規範は、行為者に一般的な注意義務の遵守でなく、法益保護のみを義務づけるのである²⁷。すなわち、刑法は、規範の名宛人に「交通規則を違反するな」でなく、「人の傷害又は死亡の結果を生じさせるな」ということを要求している。そして、その要求は、故意犯に対しても過失犯に対しても有効である。それゆえ、構成要件段階で行為者の個人的能力を考慮し、故意の有無を判断するのに対して、過失犯の場合においてのみ、客観的注意義務違反を行

的」注意能力とは、具体化・数量化できない概念であるからである。また、K. H. ゲッセルが言うように、「行為者が所属している社会階層における誠実で慎重な人間……そのような人間が実際に存在するかどうか、そして、そのような人間は個々具体的な場合にどのように行為するのかについては、誰も知らない」のである。K. H. ゲッセル（阿部純二訳）「過失犯に関する新旧の理論」同氏著（宮澤浩一・井田良監訳）『正義・法治国家・刑法—刑法・刑事訴訟法の根本問題—』（1990年）92頁参照。

²⁴ 正田満三郎・前掲注22) 20頁以下、高橋則夫・前掲注4) 236頁以下参照。

²⁵ これは、いわゆる「二重の基準」という概念である。すなわち、過失犯の構成要件は、客観的注意義務の違反によって充足されるが、行為者が具体的状況における彼の個人的能力は、もっぱら責任の問題とされている。Roxin, a. a. O., § 24, Rn. 54, K. H. ゲッセル・前掲注23) 96頁以下参照。

²⁶ 高橋則夫・前掲注4) 235頁、井田良「過失犯における『注意義務の標準』をめぐって」同氏著『変革の時代における理論刑法学』（2007年）185頁以下参照。

²⁷ K. H. ゲッセル・前掲注23) 89頁以下参照。

為違法の要件とし、過失の不法をもっぱら客観的に判断し、責任段階で行為者の個人的能力をはじめて考慮する通説の見解には、疑問を禁じえない。言い換えれば、故意と過失とは、同じ主観的違法要素であり、そして故意犯と過失犯との処罰に対し、法益保護の規範目的も同様であるので、両者の不法を異なった構造によって判断する正当な根拠は、容易には見つからないと思われる。

また、通常人の能力により設定されている客観的注意義務に対する違反を過失犯における不法の前提とすれば、責任もそれを基礎とせざるを得ないので、行為者が「平均的正常人」である場合は、「彼にとって期待不可能なことは、違法阻却事由であると同時に責任阻却事由でもある」とされる。したがって、過失犯の責任能力は、「平均的正常人を基準に評価される主観的可罰違法の判断のうちに収約され」る²⁸。しかし、それは、責任能力を「過失を持ち得る能力」と混同することを意味する。すなわち、行為者が責任無能力である場合は、彼にとって過失の存在もあり得ないことになる。そうすると、責任前提説を採っている一部の旧過失論と同じように、過失を持ち得る能力＝責任能力という定式に従い、過失と責任能力との区別を真剣に考えていないことになってしまうのである。

第二項 パラレルに構築される故意犯と過失犯

以上の検討を通じて、次のことがわかる。まず、たとえ規範は行為者に注意義務の遵守を義務づけても、その注意義務の実体は、特別刑法を含む刑典それ自身である²⁹。すなわち、行為者には、意図的であるにせよ無関心であるにせよ、法益侵害の結果を惹起しないことが刑典によって義務付けられる。そして、その義務は、故意犯に対しても過失犯に対しても有効である。また、ある行為が違法とされるのは、その法益侵害の結果が人間の行為によって回避できた場合に限られる³⁰。行為者が法益侵害の結果に対し、予見不可能であれば、その結果の発生は、客観上、不可避なことになろう。行為者には結果回避の動機を与える、構成要件的结果に対する認識がまったくないにもかかわらず、彼の過失を認めるのは、やはり正当ではない。まさしく、ヤコブスが言うように、「無知は、社会においては無能力と同視される」べきである³¹。すなわち、行為者が少なくとも法益侵害の結果を予見・認識する可能性を実際にもっていた場合にのみ、その結果の回避が可能になり、そして、それに従ってはじめて行為者の行為が可罰的になりうる。

それゆえ、過失の有無は、個人的能力によって判断されなければならない。そして、過失犯の領域においては、予見可能性のみを過失の要件とすれば足り

²⁸ 正田満三郎・前掲注 22) 25 頁参照。

²⁹ 黄榮堅・前掲注 12) 387 頁以下参照。

³⁰ K. H. ゲッセル・前掲注 23) 88 頁参照。

³¹ ヤコブス（岡上雅美訳）「行為の主観面」筑波法政 40 号（2006 年）188 頁参照。

る。これまで発展してきた「客観的注意義務」という理論は、実務にとって証明としての重要な機能をもっているが、過失の要件とされるべきではないと思われる。詳しく言うと、いわゆる「客観的注意義務」とは、社会構成員の生活経験の累積によって形成された「ルール」である。すなわち、社会においては、ある特定の行為とある特定の（法益侵害の）結果との間に、一定の因果律が存在すれば、結果の発生を回避するために、その特定の行為を禁止するという社会構成員が遵守すべき「ルール」を形成する。その「ルール」は、因果律の存在を反映しているので、原則的に行為者の予見可能性の存在をも証明する³²。

例えば、社会は、共同生活の経験により、ある運転の態様（信号無視など）が事故を起こしやすいので、その運転の態様を禁止するという交通ルールを形成する場合において、社会構成員は、免許取得や実際の道路使用などによって、そうした経験を共有することができる。それゆえ、ルール違反による事故の発生に対し、一般人の場合であれば予見可能であるとされる。実務において、ほかの過失を阻却しうる事実・証拠がない限り、「客観的注意義務」（ルール）を違反する事実それ自体は、被告人の過失を認めることの十分な理由になりうる。それに反して、行為者の個人的能力が一般通常人を下回る場合、あるいは上回る場合では、一般人基準によって形成された「客観的注意義務」による証明の機能が無効になる。その際に、行為者が客観的注意義務に違反しても、彼の過失がまだ阻却されうる（下回る場合）³³、あるいは、客観的注意義務を尽くしても、過失がまだ成立しうる（上回る場合）とされるべきであろうと思われる。すなわち、過失の有無は、故意の場合と同じように、個人的能力によって判断されなければならないのである。

前述した見解によれば、故意犯と過失犯とを平行な形で構築することが可能になる。すなわち、故意が客観的構成要件要素に対する認識（予見）を要件とすることに対し、過失がそれに対する認識（予見）可能性があることを要件とするのである³⁴。両者の間の差異は、本質的なものでなく、単なる構成要件的结果に対する予見可能の程度にしか存在しないものである。言い換えれば、故意と過失は、それぞれ「犯罪事実の認識および認識可能性へと純化される」のである³⁵。そうして故意犯と過失犯とを平行な形で構築するのは、未必の故意と認識ある過失との区別を規範的に判断することができるし、結果的加重犯の加重的な処罰をも正当化できるとと思われる。

というのは、まず、故意と過失との区別を量的なものとして考えれば、直接故意と未必の故意と認識ある過失と認識なき過失とは、すべて同一の延長線（予見可能性）上にある概念になるので、未必の故意と認識ある過失との間に、

³² 黄榮堅・前掲注 12) 382 頁以下参照。

³³ もっとも、そうした場合には、「引受け過失」の問題が常に存在する。

³⁴ K. H. ゲッセル・前掲注 23) 98 頁参照。

³⁵ 高山佳奈子・前掲注 18) 159 頁以下参照。もっとも、後述のように、本文は故意・過失をもっぱら違法要素とする立場を採っている。

絶対的な限界が存在しなくなり、両者の区別は、個々の具体的事案において、規範的観点によって判断されうる。それに対して、故意と過失とを本質的な差違があるものとして考えれば、理論上、未必の故意は、認識ある過失とはっきり一線を画することができるはずなのであるが、実際の事例において、その絶対的な限界を見つけることは、ほとんど不可能であろう³⁶。

更に、日本判例は、結果的加重犯の加重結果について行為者の過失を要求していないが³⁷、通説は、行為者の加重結果に対する過失をも結果的加重犯の要件としている。刑法典に明文で後者の立場を規定する立法例もいくつかある（例えば、ドイツ刑法 18 条、台湾刑法 17 条）。故意と過失との区別を質的なものとする見解によれば、故意犯と過失犯とは、パラレルな形で構築されえないので、行為者の同一行為に対し、基本犯に対する故意と加重結果に対する過失とが同時に存在するのは、まず考え難い（傷害故意をもって被害者を殴る行為者に、「人を殴ってもいいけど、死亡をさせるな」という「注意義務」を与えるのは、いかに奇妙なことではないか）。そして、たとえ本質的に異なった構造である故意犯と過失犯との同時成立が認められても、そもそも観念的競合に属する結果的加重犯の重い刑罰を正当化することは、困難ではないかと思われる。それに反して、故意と過失との区別を量的なものとし、両者をパラレルな関係とする見解によれば、結果的加重犯とは、基本犯の危険に関する行為者の量的な錯誤問題とされうる。すなわち、結果的加重犯の場合において、行為者の「故意により包摂され、実際に生じた危険の誤った評価」は、加重的に作用しうるとされる³⁸。

第三項 比較法：台湾法における過失犯の判断

過失の定義に関する台湾刑法（以下、刑法という）14 条は、「行為者が、故意がなかったとされても、その情状により、注意すべき、かつ注意できたのに、注意を払わなかったときは、過失があるとする（1 項）。行為者が犯罪を構成する事実を予見しながらも、その結果が発生しないと信じるときは、過失があるとみなす（2 項）」と定めている。一般的に、刑法 14 条 1 項は「認識なき過失」、2 項は「認識ある過失」として理解されている。実務において、刑法 14 条 2 項の「認識ある過失」を認めた場合は、かなり少ないから、ここでは、刑法 14 条 1 項の「認識なき過失」のみを検討の対象とする。

³⁶ 実は、認識ある過失の「構成要件的结果の発生可能性を予見しながら、その結果が発生しないと轻信する」という概念自体には、矛盾があるのではないかと思われる。それゆえ、実務は、未必の故意と認識ある過失との限界線にある事件において、認識ある過失より、むしろ未必の故意として認めようという傾向が見られる。

³⁷ 最高裁昭和 26 年 9 月 20 日刑集 5 卷 10 号 1937 頁、最高裁昭和 32 年 2 月 26 日刑集 11 卷 2 号 906 頁参照。

³⁸ ヤコブス・前掲注 31) 186 頁。

まず、刑法 14 条 1 項の法文によると、過失の成立には、「注意すべき」、「注意できた」および「注意を払わなかった」という三つの要件がある。その中に、「注意すべき」は、「注意義務」として理解されうるのに、「注意できた」は、「予見可能性」として理解されうる。例えば、最高裁 91 年度台上字第 4857 号判決（2002 年 8 月 29 日）は、次のように述べた。すなわち、「刑法上の過失犯は、行為者が結果の発生について注意すべきであり、かつ注意できたのに、注意を払わなかったことを成立要件とする。それゆえ、被告人の過失犯の成否については、彼が注意義務に違反し、そして危険行為の発生に対する予見の可能性があったにもかかわらず、注意を払わなかったがゆえに、危険の結果を発生させたかどうかによって、判断されなければならない」とされる。

確かに、従来の台湾実務は、過失犯罪の事案において、被告人の「注意義務」をかなり重視している上に、よく道路交通法などの行政取締法規を、その「注意すべき」という注意義務の具体的内容とする。特に、交通犯罪の場合において、実務は、通常に被告人が交通ルールを違反したことを理由として、彼の過失を認める。しかし、最高裁 85 年度台上字第 2859 号判決（1996 年 6 月 13 日）が判示したように、「結果の発生に対して、予見可能であったか否かは、行為者が注意できたのに、注意を払わなかったということの先決問題である。もし、行為者が注意すべきなのに、注意を払わなかったことのみを判断し、彼が注意できたか否かについての事実を認定しておらず、直ちに過失の罪責を負わせるならば、妥当でないことは当然である」ので、実務は、刑法 14 条 1 項の明文規定のもとで、過失犯の成立に関して、客観面の注意義務だけではなく、主観面の予見可能性をも要件としなければならない。そして、その予見可能性（注意能力）の判断について、実務は、被告人の個人的状況・条件をかなり重視している³⁹。

近年、過失犯における「注意義務」について、いくつかの判例は注目されるべきである。まず、判例は、被告人の「注意義務」の内容を行政取締法規の規定に限定しておらず、事実上の因果律に基づいて形成された社会生活のルールをも「注意義務」の内容としている⁴⁰。そして、「いわゆる注意義務とは、何人も、法律によって禁止される法益侵害結果の発生を回避することを、注意しなければならないという義務である」とされている⁴¹。

上記の台北高裁 104 年度交上易字第 173 号判決（2015 年 10 月 28 日）は、更に注意義務の基礎が刑法それ自体であることを強調した上に、注意義務の違反が行為者の予見可能性を証明することに資する、と判示した。すなわち、「刑法それ自体は、法益保護のために存在する。刑法は、他人の生命、身体、自由又は財産等の法益に対する侵害を禁止するために、異なった類型の構成要件を

³⁹ 例えば、最高裁 102 年度台上字第 809 号判決（2013 年 2 月 27 日）、台北高裁 100 年度交易字第 210 号判決（2012 年 6 月 28 日）など。

⁴⁰ 台北高裁 104 年度交上易字第 173 号判決（2015 年 10 月 28 日）参照。

⁴¹ 台中高裁 103 年度上易字第 323 号判決（2014 年 10 月 28 日）参照。

設定する。それ自体は、既に注意義務の基礎として、行為者に特定の状況下、他人の法益に対する、尽くすべき注意義務を命じることができる。それゆえに、たとえ特定の注意義務が法規の形で呈されていないなくても、明確な因果律に基づいて、その生活規則が厳密な自然因果律によって形成されたものであることは確定できれば、その義務規則を違反することは、依然として行為者がその義務規則を違反する時の、一定の侵害結果の実現に対する予見可能性を証明することができる」とされる。

台北高裁 104 年度交上易字第 173 号判決に従えば、注意義務とは、因果律に基づいて形成された生活規則であり、あくまでも刑法の法益保護の目的を貫徹するために成立する概念であることになる。そうすると、いわゆる「注意義務」は、過失犯の成立要件として機能するというより、むしろ前述した証明法則として機能するのである。すなわち、多くの過失犯の事案においては、被告人が注意義務に違反したことを証明できれば、彼の法益侵害の結果に対する予見可能性をも認定することができるのである。それは、実務がそうした場合において、被告人の予見可能性の判断にあまり詳細に言及していない理由として解され得るのではないかと思われる。そして、もし「注意義務」の本質が、刑法それ自体からの法益保護の要請であれば、刑法 14 条 1 項に規定されている過失に関する実質上の要件は、被告人の「予見可能性」のみであることになろう。台北高裁 104 年度交上易字第 173 号判決の見解は、既にいくつかの判例に引用されたが⁴²、実務の立場を代表できるものであることはまだいえない。しかしながら、そうした判例の見解は、本稿の立場の実務に対する適用可能性を示しうるものではないかと思われる。

⁴² 例えば、高雄高裁 107 年度交上易字第 41 号判決（2018 年 5 月 31 日）、屏東地裁 106 年度交上易字第 60 号判決（2017 年 12 月 22 日）。ちなみに、台北高裁 104 年度交上易字第 173 号判決（2015 年 10 月 28 日）は、既に高等裁判所から「参考価値がある判決」として選ばれた。

第二章 犯罪実現に向けられた故意・過失と犯罪抑制に向けられた責任能力

第一節 体系的な位置づけ：責任前提説の問題点

責任能力の体系的な位置づけに関して、責任前提説は、人格とは、統一的なものであって、同じ行為者のある行為については責任能力を認め、ほかの行為については責任能力を認めない、ということは許されないと主張している⁴³。すなわち、責任能力は、単なる行為者の属性であり、個々の行為とは無関係であるので、責任無能力者であれば、故意も過失もなく、直ちに無罪となる。そして、故意・過失をもつばら責任要素とする見解を加え、責任能力が前述したように故意・過失を持ちうる能力に等しくなるので、故意・過失と責任能力とをはっきり分けて論じる実益もなくなると考えられる。しかし、実務にとって、こうした見解には、いくつかの問題点が存在する。

まず、前述したように、刑法上の犯罪は、一般的に行為→構成要件該当性→違法性→責任という順序に従って判断される。こうした犯罪論体系の構築は、犯罪判断のガイドラインの提供を通じて、犯罪成否を明確に限界づけ、裁判官などの法実務家の感情論や恣意性を防止し、その判断をコントロールすることを目的とする⁴⁴。更に、一定的かつ論理的な順序に従う犯罪判断の思考過程は、重要な要素の看過や誤判を回避することだけではなく、事案検討の容易化と思考の経済性をももたらしうるのである⁴⁵。それゆえ、刑事裁判実務においては、合議・評議の際に、構成要件該当性と違法性の検討に先立ち、責任能力の有無・程度をいきなり判断することはまずなく、一般的に上記の順序に従い、構成要件該当性と違法性を検討した後にはじめて議論すると思われるし、判決書においても責任能力を一番最後の犯罪成立要件として記載しているのが一般であろうと思われる⁴⁶。

しかし、故意・過失をもつばら責任要素とする伝統的通説によれば、実務における上記の判断順序に従って行われる事案検討は、困難となるのではないかとの懸念を禁じ得ない。なぜなら、構成要件論の展開に従って、故意・過失は構成要件段階に置かれ、検討されなければならないからである。というのは、不法を純客観的、因果的に捉えれば、構成要件の限定機能が行われえないものになり、違法・適法の限界を明らかにする提示・告知機能もなくなってしまふからである⁴⁷。たとえば、同じく「人を死亡させた」という結果が生じる時に、行為者の主観面を考慮しなければ、その行為の不法内容は殺人か同意殺

⁴³ 川端博・前掲注 10) 420 頁参照。

⁴⁴ 高橋則夫・前掲注 4) 62 頁、川端博・前掲注 10) 89 頁参照。

⁴⁵ Roxin, a. a. O., § 7, Rn. 39.

⁴⁶ 大阪刑事実務研究会 (樋口裕晃・小野寺明・武林仁美)「裁判員裁判における法律概念に関する諸問題③責任能力 1(1)」判例タイムズ 1371 号 (2012 年) 85 頁以下参照。

⁴⁷ 井田良・前掲注 4) 5 頁以下参照。

人か傷害致死かあるいは過失致死か、ということ構成要件段階で特定できない。その構成要件の犯罪個別化機能を見捨てることにより、犯罪論の三段目の責任段階ではじめて犯罪を個別化することには、「奇妙」さを感じざるを得ない⁴⁸。そして、「少なくとも無過失の行為につき、また、過失犯処罰規定がない場合でも故意のない行為につき、構成要件該当性・違法性を論じざるを得ないから、思考経済上も問題がある」⁴⁹と思われる。

また、立法者により、刑法各論における記述されている、構成要件の動詞（たとえば、「欺く」、「脅迫する」、「偽証する」など）又はいわゆる主観的構成要件要素（たとえば、「営利の目的」、「自己若しくは第三者の利益を図る」、「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的」など）に対しては、構成要件の故意を否認すれば、おそらく把握できないのであろう⁵⁰。実務にとって、行為者の主観的意思を考慮せずに、刑法各論の罪名を特定し得ないままで、直ちに構成要件該当性の段階をクリアして、違法性と責任との段階に入ることは、やはり無理があるのではないと思われる。

他方、責任前提説によると、部分的責任能力は否定され、責任無能力者も故意を持ち得ないとして理解される。しかし、精神医学上、精神的異常がある人間は、通常、その社会的態度も異常であるが、その社会的態度は「単一のもの、一つの公式にのせられるものではない」と思われるので、重い精神障害を持ちながら、まだ活発な社会的関係を保つことができる者もいる⁵¹。すなわち、犯行当時に心神喪失であった被告人が、いつもその状態にいるとは限らないと思われる。それゆえ、責任能力は、単なる行為者の属性であり、個々の行為とは無関係であるとされるのは、妥当ではない。また、裁判実務において、大部分の酩酊犯罪や情動犯罪の行為者には、認識能力が欠けていたというより、むしろ制御能力が欠けていたという場合の方がよく見られる。すなわち、責任無能力者であっても、その主観的認識面の機能がまだ正常に作用するので、その構成要件の結果に対する認識の存在も可能となろうと思われる。

言い換えれば、責任能力とは、「該当人間の恒常的属性であるかのように捉えられるべきではなく、個別具体的な構成要件該当違法行為を処罰する要件の1つとして論じられるべきもの」⁵²であり、被告人の人格を統一的なものとし、部分的責任能力または責任無能力者の故意を持ちうる能力を否定する責任前提説は、実務の現実との間に齟齬が生じるのではないと思われる。もちろん、責任能力と同時に故意が争われる事案では、判決の無罪理由において、責任能力を検討する中で故意についても検討する方法と、故意を検討してそれが肯定

⁴⁸ 安田拓人「錯誤論（下）」法学教室 274 号（2003 年）92 頁参照。

⁴⁹ 安田拓人・前掲注 48）92 頁参照。

⁵⁰ Roxin, a. a. O., § 10, Rn. 65f.

⁵¹ ヤスパース（西丸四方訳）『精神病理学原論』（1971 年）372 頁参照。

⁵² 安田拓人・前掲注 10）111 頁以下参照。

されてからこそ、責任能力を論じる方法の二つが考えられる⁵³。しかし、裁判審理にあたって行われる精神鑑定は、時間も費用もかかる上に、実際に精神鑑定を行う場合において、実務は、しばしば鑑定人尋問や複数鑑定を行わなければならないし、判決理由の中で大幅に紙幅を費やして、鑑定結果の採否についても説明しなければならない。それゆえ、理論上、故意・過失を検討する前に、責任能力を判断しておかなければならないという責任前提説を適用した結果は⁵⁴、実務の運用に不経済をもたらすと言わざるを得ない。結論的に言えば、実務においては、責任能力を一つの責任要素とすべきなのである。

第二節 故意・過失と責任能力との区別

前述したように、故意・過失を構成要件該当性の段階で判断し、責任能力を原則的に故意・過失が認められた後に責任の段階で一つの責任要素として検討する見方は、おそらく実務により適しているのではないかと思われる。それゆえ、故意・過失と責任能力とをはっきり分けて論じなければならなくなる。そこで、以下では、故意と過失とを平行な形で構築する本文の立場を前提とし、故意・過失と責任能力との区別を検討することとしたい。

まず、人間は、理性・意志などが機能する「意識」の中に、現実起こったことを認識することができるし、それを覚えることもできる。それにもかかわらず、「ここで考えられたことがすべて行動や言葉として表現されるわけでもない。人間には『抑制力』というものがあって、欲求や願望や感情をそのまま行動に移すわけではない」⁵⁵と思われる。すなわち、人の主観的能力は、意思実現を「促進」する能力とそれを「抑制」する能力という二つの反対的能力に分かれているのである。それは、誰も物事を欲しがったり、我慢したりしたことがあるという日常生活の経験によっても明白にわかる。

規範的に言い換えれば、刑法における違法の状態とは、規範に許されない反価値的な状態であるので、規範の名宛人の意思による行為を捨象して結果のみを重視すれば、不法の社会的な意味は、まったくなくなってしまう⁵⁶。そして、その状態は、社会的意味を有する反価値的な状態ではなく、単なる自然界の因果的過程にとどまる。すなわち、行為者が法益侵害の結果に対し、少なくとも予見可能性をもっている場合にのみ、彼が違法の状態を創出し、犯罪を構成することができると言える。それに対し、責任とは、その違法の状態を実現する

⁵³ 大阪刑事実務研究会・前掲注 46)87 頁参照。

⁵⁴ もっとも、裁判実務において、故意・過失より先に責任能力の有無を判断すべきなのか、あるいは責任能力より先に故意・過失の有無を判断すべきなのかについては、責任前提説の立場から見ても、必ずしも明確ではない。浅田和茂「責任能力論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論 I』(1988 年) 221 頁参照。

⁵⁵ 福島章『精神鑑定 犯罪心理と責任能力』(1985 年) 129 頁参照。

⁵⁶ 塩見淳「違法性・違法性阻却の一般原理(上)」法学教室 265 号(2002 年) 82 頁参照。

に至った意思形成過程を検討し、思いとどまることができた可能性の程度に応じて、行為者に非難することができるかどうかを判断することであると思われる⁵⁷。すなわち、行為者が犯行（違法状態の創出）を思いとどまることを期待し得ない場合には、彼が法益侵害の結果をもたらしたにもかかわらず、彼に刑罰を加えることができないのである。簡潔に言うと、不法概念は、犯罪構成を促進する方向に作用するのに対し、責任概念は、犯罪構成を制限する方向に作用する。

そのような不法と責任に対する理解に従えば、不法論における故意と責任論における責任能力との本質的な差違は、次のように理解され得る。まず、知的要素について分析する。行為者は、自らの行為により起こった構成要件的结果に関する認識を通じて、彼の犯罪に向ける法敵対意思をはじめて現す。そして、その認識とは、「裁判官が事実認定に用いるような、当該概念の詳細な内容のレベルではなく、意味のレベルで認識されればよい」とされる⁵⁸。更に、「意識の深層における故意（高松高判昭 31. 10. 16 裁特 3 卷 989 頁）は認められないが、意識の表層を急速にイメージが通過していった場合でも」足りると思われる⁵⁹。そして、多数説によると、その意味の認識は、「行為者の属する社会における並行的評価」、すなわち、社会的意味で足りるとされるが⁶⁰、そこでの「意味」を、社会一般の評価としてではなく、法規制の基礎とされた意味・属性として理解する見解も有力である⁶¹。その反対に、責任能力（認識能力）は、行為者が自らの行為の違法性を認識することを要求している。そして、行為規範の名宛人は国民全体であり、その規範内容も刑法規範に限定されていないので⁶²、法秩序の統一性を前提とし、その違法性を認識することができる能力（認識能力）は——行為の意味を認識する故意を持ちうる能力と違って——行為の全法秩序下の違法性を認識することができる能力として考えられるべきなのである⁶³。

具体的言えば、故意の認識内容は、「私は、何をやっているのか」又は「私がやっていることは、何をもちたらすのか」ということである。例えば、行為者が「今、ある物を盗っている」ということ、あるいは、「それは、『他人』の物である」ということを認識していない場合では、彼の窃盗に関する故意を認めることができない。更に、行為者が、「自己の物」と「他人の物」の区別を理解できない場合では、彼が窃盗に関する故意を自ら形成することができないので、故意を持ち得る能力がないとされるべきなのである。それに対して、責任

⁵⁷ 安田拓人・前掲注 48) 92 頁参照。

⁵⁸ 塩見淳「故意における事実の認識」同氏著『刑法の道しるべ』（2015 年）88 頁参照。

⁵⁹ 安田拓人・前掲注 19) 23 頁参照。

⁶⁰ 川端博・前掲注 10) 286 頁、高橋則夫・前掲注 4) 176 頁など参照。

⁶¹ 塩見淳・前掲注 58) 86 頁以下参照。また、意味の認識を「刑法が着目する属性の認識」とするのは、高山佳奈子・前掲注 18) 167 頁以下参照。

⁶² 高橋則夫・前掲注 4) 375 頁参照。

⁶³ 安田拓人・前掲注 10) 77 頁以下参照。

能力（認識能力）の認識内容は、「私が今やっているのは、ダメなことだ」又は「私は、このことをやったら、何らかの処罰を受けなければならない」ということである。窃盗罪の場合において、その認識は、「無断で他人の物を持ち去ることはダメだ。やってはいけないのだ」ということになる。行為者がそれを認識できない場合では、彼が責任無能力者とされるべきなのである。すなわち、責任能力の認識内容は、故意の認識内容に基づいた事実の違法性に関するものとされている。両者には、明らかな差違が存在する。

更に、意的要素について分析する。行為者が法益侵害の結果に対して、予見可能でない限り、故意どころか、過失も阻却されるのである。すなわち、行為者の予見・予見可能性の対象は、自らの行為が法益侵害の結果をもたらすこととされている。行為者がこれから行おうとしている行為が、法益侵害の結果をもたらすものであることを予見（認識）した、あるいは予見（認識）することができたにもかかわらず、行為を遂行することから、行為者の規範違反の態度が認められる。言い換えれば、行為者は、「そうした結果になる（かもしれない）のはわかるけど、私はやる」という思いをもって行為する際に、既に法益を侵害する事実に対する予見・予見可能性を通じて、犯罪をする動機を生じさせ、自らの構成要件的结果の実現に向けている態度（意欲）を示すのである。

そのような態度（意欲）を通じて自らを犯罪実現の方向へ導く故意・過失に対して⁶⁴、責任能力（制御能力）とは、違法性の認識に従って、犯罪をしない動機を生じさせ、自らの構成要件該当の行為に実行しないよう思いとどまる、つまり自らを犯罪抑制の方向へ導く能力である。言い換えれば、行為者は、「やったら、大変なことになるんだ。私はやめる」という思いをもって行為をしない際に、違法性に対する認識を通じて、犯罪をしない動機を生じさせ、自らの構成要件的结果の抑制に向けられた態度（意欲）を示すのである。

このように、故意と責任能力との間に、本質上の差違があるので、責任無能力者であっても故意を持つ能力を有することは、十分可能であろうと思われる⁶⁵。結論的に言えば、法益侵害の結果を予見し得ない場合には、そもそも、その法益侵害の回避可能性又は構成要件該当行為は存在しないこととなる⁶⁶。そして、故意犯と過失犯とを平行な形で構築する本文の立場からすれば、前述した故意と責任能力の区別は、過失の場合にも当てはまる。それゆえ、行為者が法益侵害の結果に対して、少なくとも予見することができた場合にのみ、

⁶⁴ ここで強調したいのは、予見可能性が犯罪構成のミニマム主観的要件であって、故意が過失の加重的形態であると言えるので、過失の犯罪実現の方向に作用する強度は、ずっと故意の場合より弱いと思われる。すなわち、法益侵害の結果に対して単なる予見可能である過失によって表れる行為反価値の程度は、その結果を予見する故意の場合より、常に低いと思われる。それゆえ、行為反価値の程度があまりにも低く、刑罰をもって対応する必要がない場合には、法益侵害の結果をもたらす過失行為は、可罰的ではないとされるのである（例えば、過失の器物損壊）。

⁶⁵ 詳しくは、安田拓人・前掲注 19) 23 頁参照。

⁶⁶ K. H. ゲッセル・前掲注 23) 106 頁参照。

責任能力の問題は登場する。

第三節 責任故意・過失の必要性

上記の検討を通じて、故意・過失は、責任能力とはっきり区別されうるということがわかる。しかし、今の有力説は、構成要件の故意・過失を認めながら、責任要素としての故意・過失をも肯定している。それゆえ、いわゆる「責任としての故意・過失」あるいは「故意・過失の二重の体系的地位」という概念が、実務にとって、確かに必要か否かについても問題となる。この点に関して、まず、責任には、違法性を前提とすれば、違法性がなければ、責任を論じる必要がないのである。更に、故意・過失を違法要素とすれば、故意・過失がなければ違法でなく、責任を論じる必要もなくなるはずなのである。それゆえ、故意・過失をまた責任論に置いて考察することは、やはり体系的に疑問が生じうる⁶⁷。また、構成要件故意と責任故意とを区別する見解に従えば、構成要件の故意が認められるが、責任故意が認められないという場合において、その行為に対する過失犯の検討も問題になりうるとされる⁶⁸。

実は、犯罪論において、どんな体系を採用するのを問わず、一つの概念は、思考経済上、一回検討されれば足り、異なる段階で重ねて検討される必要がないと思われる。すなわち、故意・過失を同時に構成要件要素と責任要素とする理由は、必ずしも明確ではない⁶⁹。そうした考えは、おそらく行為者に帰責するために、その主観面の配慮が必要であるという古典的犯罪論から影響を受けたのであろうと思われる。しかし、故意犯のより重い責任非難が認められても、それはただ故意による不法の重さの反映でしかない。すなわち、故意は「規範違反要素として違法評価の対象の本質部分であって、動機づけの制御にかかわる責任の問題ではない」ので、違法性を通じて責任を間接的に影響するにすぎないとされる⁷⁰。それゆえ、構成要件該当かつ違法な行為自体は、刑法規範に許されない反価値的な状態という不法概念を通じて、既に、その可帰責性の内容を示しているので、責任故意という概念を通じて、その行為の可帰責性を論じる必要もないと思われる⁷¹。

構成要件の故意と責任故意との区別を支持する見解は、その区別の最大の実益が、誤想防衛についての解決であると主張する⁷²。しかし、誤想防衛の場合

⁶⁷ 平野龍一・前掲注13) 98頁、川端博・前掲注10) 169頁参照。

⁶⁸ 結果的加重犯についても類似の問題が存在する。それらの問題について、西原春夫『刑法総論』(1977年) 415頁以下、松原芳博『刑法総論〔第二版〕』(2017年) 251頁以下、川端博『錯誤論の諸相』(1994年) 131頁、井田良・前掲注4) 150頁以下参照。

⁶⁹ 林美月子「医療観察法の対象行為と故意」研修756号(2011年) 6頁以下参照。

⁷⁰ 井田良・前掲注4) 72頁参照。

⁷¹ 西原春夫・前掲注68) 415頁参照。

⁷² 高橋則夫「責任無能力者の故意について—刑法と医療観察法との交錯—」研修736号(2009年) 10頁以下、同著者「犯罪論における『精神障害に基づく錯誤』の問題」高橋則夫ほか編

においても、そうした見解には、疑問が全然生じないわけではない⁷³。判例もその区別を用いて、誤想防衛の問題を扱っていないと考えられる⁷⁴。実は、誤想防衛の場合を除いて、行為者の構成要件の故意が認められつつ、その責任としての故意が認められない場合は、想定し難い。実務においても、事実を認定する際にせよ、法令を解釈する際にせよ、二種類の故意を区別する実益がない上に、現にそのように区別してきたわけでもないと思われる⁷⁵。

もっとも、東京高判平成 20 年 3 月 10 日判例タイムズ 1269 号 324 頁は⁷⁶、構成要件の故意と責任故意とを分けて論じ、「人の外観を有し、人の振る舞いをするものと認識し、一般人であれば殺人を犯すと認識するに足りる事実」を認識していれば、構成要件の故意が認められるとしたが、被害者を「人」と認識した上で殺害行為に出たとは認定されていないので、責任要素としての故意が認められないとした。そして、本判例は、故意がないとして無罪とされると、医療観察法の対象者となり得ないことに配慮し、被告人を責任故意を欠くとして無罪としたのではなく、その判断に先行させて、心神喪失として被告人の無罪を宣告した。

しかし、本判決は、原判決が被告人の責任要素としての殺意まで認定したのは誤りだと指摘しながら、「責任故意」の判断に先行させ、被告人を心神喪失として無罪としたのは、犯罪判断の体系を混乱させてしまうのみならず、別に「責任故意」を論じる実益をも明らかにしていなかった。そして、そのような「構成要件の故意」を認め、「責任故意」を認めないという判決理由に対して、一般の国民（特に裁判員制度下の裁判員）は、被告人が一体故意があるか否かについて、おそらく疑問を禁じえない上に、両者の区別を理解することもできないであろう。それゆえ、実務において、このような構成要件の故意・過失と責任故意・過失を分けて論じる見解を支持することができないのである。

『曾根威彦・田口守一先生古稀祝賀論文集（上巻）』（2014 年）506 頁以下参照。

⁷³ それについて、安田拓人・前掲注 48) 92 頁以下参照。

⁷⁴ 日本判例は、誤想防衛が事実の錯誤として故意を阻却しうることを認めたが、別に構成要件の故意と責任故意とを区別していなかった。例えば、東京高判昭和 59 年 11 月 22 日高刑集 37 卷 3 号 414 頁は、「急迫不正の侵害があるものと誤認して防衛行為を行った場合に、右防衛行為が相当であったときは、いわゆる誤想防衛として事実の錯誤により故意が阻却され、犯罪は成立しないものと解するのが相当である」と述べた。また、広島高判昭和 35 年 6 月 9 日高刑集 13 卷 5 号 399 頁は、「正当防衛の成立に必要な客観的条件たる急迫不正の侵害がないのに、これが存するものと誤信して権利を防衛する意思を以てした行為、すなわち講学上いわゆる誤想防衛行為と解すべきであつて、……被告人の本件行為は、錯誤により犯罪の消極的構成要件事実即ち正当防衛を認識したもので故意の内容たる犯罪事実の認識を欠ぐことになり従って犯意の成立が阻却されるから犯罪は成立しないものと云わざるを得ない」と判示した。台湾判例も類似した立場を示した。それについて、第六章で詳述する。

⁷⁵ 加藤俊治「心神喪失者等医療観察法における対象者が幻聴、妄想等に基づいて行った行為が対象行為に該当するかどうかを判断する際の対象者の認識等の取扱い」研修 722 号（2008 年）11 頁参照。

⁷⁶ 第一審判決（東京地判八王子支判平成 19 年 7 月 10 日）は、判例タイムズ 1269 号 335 頁参照。

第三章 故意・過失と責任能力との同時存在の原則

第一節 同時存在の原則と「原因において自由な行為」

第一項 同時存在の原則と責任原理

犯罪とは、構成要件該当、違法かつ有責的な行為であるので、犯罪成立のためには、実行行為の時点において、故意・過失や責任能力などのすべての犯罪要素は、同時に存在しなければならない。すなわち、刑法に明示された規範を違反する行為が具体的に違法である上に、その違法行為への意思決定も非難可能でなければ、行為者の行為を犯罪とすることができない⁷⁷。責任原理の観点からみると、行為者が実行行為を行った時点で、責任能力や違法性の意識の可能性などのすべての責任要素が同時に存在しなければ、行為者を処罰するのは責任原理に反することとされる⁷⁸。

しかし、大量飲酒や薬物乱用などにより自ら責任無能力等の状態を惹起し、その状態で構成要件の結果を実現した行為者に、免責又は刑の減輕の効果を与えることは、国民の法感情だけではなく、刑事政策上の配慮にも反するのではないかと思われる。すなわち、行為者が実行行為を行った際に、特定犯罪に向けられた故意・過失か責任能力のいずれかを有しなければ、犯罪が成立しないのが原則であるが、行為者が故意・過失により、自らを責任無能力または限定責任能力の状態に陥れて犯行に及んだような場合において、行為者の行為を非難すべきか、そしていかに非難すべきかは、問題となる。それゆえ、実行行為と責任の「同時存在の原則」のもとで、いわゆる「原因において自由な行為」(actio libera in causa) という理論は登場する。

これまでの通説は、「原因において自由な行為」という法理を肯定し、責任無能力状態を自ら招いた行為者の処罰可能性を認めてきた。日本の判例も、刑法典に明文の規定がないにもかかわらず、「心神喪失者の行為は処罰の対象とならないことは刑法第三十九条第一項に明定されているとおりであるが、かかる状態に陥れば刑罰に触れる行為により他人に害悪を及ぼす習癖があることを自覚する者がこれを利用する意図を有し又は不注意にも自制を怠りかかる状態を招来し、よつて他人に害悪を及ぼす等の結果を発生させたときには、いわゆる原因において自由な行為がある場合として、その結果に対し故意又は過失の責任を免れないと解すべきことは刑法上疑を存しない」と判示し、「原因において自由な行為」という法理を認めた⁷⁹。

それについて、責任前提説によれば、責任無能力者が故意・過失を持ちえな

⁷⁷ 井田良・前掲注4)329頁参照。

⁷⁸ 川端博・前掲注10)63頁、428頁参照。

⁷⁹ 大阪高裁昭和35年4月15日下級裁判所刑事裁判例集2巻3・4号363頁。

いので、いわゆる原因において自由な行為という事例においては、行為者に対する非難につき原因行為に着目しなければならないし、故意・過失と責任能力との同時存在も問題とならないのであろう。しかし、既に第二章で述べたように、故意・過失と責任能力との間に本質的な区別と機能的な差異が存在するので、故意・過失と責任能力とをはっきり分けて論じなければならない。すなわち、行為者が行為時に責任無能力者であった場合でも、彼の構成要件的故意・過失を認めることは、まだ十分可能である。それゆえ、そうした事例において、実行行為時における故意・過失と責任能力の同時存在が、問題とされるべきである。そして、責任原理に基づいて、どの行為を実行行為として捉えるべきか又は同時存在の原則をどの程度まで守るべきかが、議論の争点となる。

第二項 原因において自由な行為の可能的な類型

原因において自由な行為の理論を検討する前に、そのような事例の可能的な類型を整理することとしたい。すべての類型が実務において実際に見られるわけではないが、原因において自由な行為という事例の可能的な類型は、理論上、次のように分類されうる。すなわち、グループ A は、行為者が、完全責任能力であった時に、特定犯罪を犯す故意を有し、責任無能力又は限定責任能力状態に陥る原因行為をも故意に行い、そして責任無能力等の状態で行われた結果行為により事前の故意内容を実現する場合である（更に結果行為時の主観的要素に従い、結果行為が故意的に行われる場合【A1】と過失的に行われる場合【A2】と無意識的に行われる場合【A3】に分類できる）。グループ B は、行為者が、完全責任能力であった時に、特定犯罪を犯す故意を有したが、原因行為を過失により行い、そして責任無能力等の状態で行われた結果行為により事前の故意内容を実現する場合である（更に結果行為時の主観的要素に従い、結果行為が故意的に行われる場合【B1】と過失的に行われる場合【B2】と無意識的に行われる場合【B3】に分類できる）。グループ C は、行為者が、完全責任能力であった時に、特定犯罪を犯す故意を有しなかったが、結果行為により発生した構成要件該当結果を予見可能であり、そして原因行為を故意に行い、結果行為段階で構成要件該当結果を実現する場合である（更に結果行為時の主観的要素に従い、結果行為が故意的に行われる場合【C1】と過失的に行われる場合【C2】と無意識的に行われる場合【C3】に分類できる）。グループ D は、行為者が、完全責任能力であった時に、特定犯罪を犯す故意を有しなかったが、結果行為により発生した構成要件該当結果を予見可能であり、そして原因行為を過失により行い、結果行為段階で構成要件該当結果を実現する場合である（更に結果行為時の主観的要素に従い、結果行為が故意的に行われる場合【D1】と過失的に行われる場合【D2】と無意識的に行われる場合【D3】に分類できる）⁸⁰。

⁸⁰ 原因において自由な行為の可能的な類型は、次のように表示されうる。

ここで別に説明しなければならないのは、行為者がいわゆる結果行為時に、既に無意識や意識喪失などの行為無能力の状態に陥った場合に関する問題である。例えば、母親が授乳中に眠り込んでしまい乳児を乳房で窒息死させた、あるいは、運転中癲癇性発作により意識を失って事故を起した場合において、行為者の法益侵害結果を直接的に惹起した身体的動作は、既に述べたように、意思に基づいたものではないので、刑法上の行為であるといえない。すなわち、結果行為時の行為無能力状態を自招した事例は、厳密的に言えば、実行行為時における行為者の故意・過失と責任能力との同時存在の問題を扱う典型的な原因において自由な行為ではない。しかし、そうした事例に対する帰責の原理は、特に通説の構成要件モデルに従えば、原因において自由な行為の法理と類似するので、多くの学説は、原因において自由な行為の範疇の中でそうした事例を検討している。それゆえ、本文は、実務における理論適用の全体像を把握するために、行為無能力状態を自招し、その状態で法益侵害の結果をもたらすという事例をも原因において自由な行為の可能的な類型（類型 A3・B3・C3・D3）として整理しておく。

第三項 原因において自由な行為による故意犯・過失犯の成立

原因において自由な行為に関しては、故意犯が成立する場合と過失犯が成立する場合との二つの適用結果があるとされてきた。一般的に、原因において自由な行為の適用により故意犯が成立する場合は、「故意の原因において自由な行為」という。それに対し、過失犯が成立する場合は、「過失の原因において自由な行為」とされる。問題となるのは、「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」との区別基準である。

それについて、通説である「構成要件モデル」は、間接正犯の理論に基づいて、自らの責任無能力状態を利用する原因行為を実行行為として捉え、その故意犯の構成要件該当性を認めるので、「故意の原因において自由な行為」が成

類型	原因行為時の主観的要素	責任無能力状態の招来	結果行為時の主観的要素
A1	故意	故意	故意
A2	故意	故意	過失
A3	故意	故意	行為無能力
B1	故意	過失	故意
B2	故意	過失	過失
B3	故意	過失	行為無能力
C1	過失	故意	故意
C2	過失	故意	過失
C3	過失	故意	行為無能力
D1	過失	過失	故意
D2	過失	過失	過失
D3	過失	過失	行為無能力

立するためには、いわゆる「二重の故意」(Doppelvorsatz)を必要要件としている⁸¹。すなわち、行為者が故意犯として処罰されうるには、彼が原因行為の時点で最終的な法益侵害結果についての故意だけでなく、自己の責任無能力状態に陥ることに対する故意も必要とされるのである⁸²。もっとも、故意犯の成立には行為者の結果行為時の故意も必要か否かに関して、学説においては、討論が少なく、曖昧なままである⁸³。理論上、「構成要件モデル」は、法益侵害の結果を惹起した結果行為を、問責対象となる原因行為に由来する、単なる「因果的要素」として捉え、結果行為それ自体を問責対象としないので、原因行為時の故意のみが決定的であり、結果行為時の故意(行為能力でさえも)が必要ではないと考えられる⁸⁴。したがって、上記のグループAは、「故意の原因において自由な行為」となりうるのに、グループB・C・Dのいずれも「過失の原因において自由な行為」の成立にとどまる。

他方、「例外モデル」は、「構成要件モデル」と異なり、結果行為を実行行為ないし問責対象とするので、行為者の故意犯/過失犯の成否は、原則的に行為者の結果行為時の故意/過失によって決定される。それゆえ、理論上、「二重の故意」を故意犯成立の前提とする必要はないはずなのである。しかし、「例外モデル」は、結果行為に対する責任非難を完全な責任能力の状態である原因行為にまで遡って行うので、結果行為時に原因行為時の故意/過失が連続して存在しなくてはならないという要請も想定されうる⁸⁵。實際上、「例外モデル」の支持者の多くも、それ故に「二重の故意」を「故意の原因において自由な行為」の要件とする⁸⁶。そうすると、結局、結果行為を実行行為とする「例外モデル」により「故意の原因において自由な行為」が成立する場合は、類型A1のみとなる⁸⁷。

「故意の原因において自由な行為」の成立を認めた日本の判例は少ないが、名古屋高裁昭和31年4月19日判例は、「被告人が……薬物注射により症候性

⁸¹ 吉田敏雄「原因において自由な行為」北海学園大学学園論集 167号15頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)329頁参照。

⁸² Roxin, a. a. O., § 20, Rn67.

⁸³ それについて、ドイツ判例は、結果行為時の「自然的故意」のみを要求している。詳細は、本間一也「過失犯と『原因において自由な行為』」吉田敏雄ほか編『小暮得雄先生古稀記念論文集一罪と罰・非情にして人間的なるもの一』(2005年)139頁以下参照。しかし、その「自然的故意」という概念には、いくつかの疑問が存在する。それについて、第五章第二節で検討する。

⁸⁴ 本間一也・前掲注83)139頁参照。

⁸⁵ 山口厚『刑法総論(第三版)』(2016年)277頁、本間一也・前掲注83)138頁。また、Jescheck/Weigend, a. a. O., S. 446f.

⁸⁶ 井田良・前掲注4)333頁参照。

⁸⁷ また、「例外モデル」の立場を採りながら、行為者の「原因行為時の結果行為に対する故意」と「結果行為時の故意」のみを故意犯の成立要件とし、「自己の責任無能力等の状態に陥ることに対する故意」が必要ではないと主張するのは、大谷實『刑法講義総論新版第4版』(2012年)328頁以下、西田典之『刑法総論第二版』(2010年)291頁参照。そうした立場によると、類型B1も故意犯になりうる。

精神病を發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へ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へ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」⁸⁸として、被告人の薬物注射時の暴行の未必の故意を認め、結果的加重犯である傷害致死罪の責任を肯定した。そして、大阪地裁昭和51年3月4日判例も「原因において自由な行為……に関しては種々の見解が存するが、当裁判所は、行為者が責任能力のある状態のもとで、(イ)自らを精神障害に基づく責任無能力ないし減低責任能力の状態にして犯罪を実行する意思で、右各状態を招く行為(以下「原因設定行為」)に出、罪となるべき事実を生ぜしめること、(ロ)若しくは右各状態において犯罪の実行をするかもしれないことを認識予見しながらあえて原因設定行為に出、罪となるべき事実を生ぜしめること……をいうと解する……いわゆる原因において自由な行為としての故意犯(右(イ)(ロ))においては、行為者が責任能力のある状態で、自ら招いた精神障害による責任無能力又は減低責任能力の状態を犯罪の実行に利用しようという積極的意思があるから、その意思は犯罪実行の時にも作用しているというべきであって……被告人は……飲酒を重ねるときは異常酩酊に陥り、少くとも減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裕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」⁸⁹として、被告人の暴力行為等処罰法1条の示凶器暴行脅迫罪の成立を認めた。

上記の二つの判例は、原因において自由な行為による故意犯の成立には、行為者が原因行為(薬物注射又は飲酒)時に、精神障害状態を自招すること、そして、その状態において他人に暴行を加えることを認識・予見しなければならぬとした。すなわち、実務には、学説の通説と一致して、故意の原因において自由な行為の成立に対し、未必の故意であってもいいが、「二重の故意」を要求している立場がみられる⁹⁰。他方、行為者の結果行為時の故意に関し、いずれの判例もはっきり言及していなかった。しかし、判例は、行為者の結果行為時の故意が殺人の故意/強盗の故意であったにもかかわらず、行為者の原因行為時の主観的意思の内容に着目し、傷害致死罪や示凶器暴行脅迫罪の限度で故意犯の成立を認めたことからみると、日本の実務は、故意の原因において自由な行為の成立には、原因行為時の故意の内容こそが決定的であるとするので

⁸⁸ 名古屋高判昭和31年4月19日高等裁判所刑事判例集9巻5号411頁。

⁸⁹ 大阪地判昭和51年3月4日判例タイムズ341号324頁。

⁹⁰ もっとも、最決昭和43年2月27日最高裁判所刑事判例集22巻2号67頁や大阪高判昭和56年9月30日高等裁判所刑事判例集34巻3号385頁は、「二重の故意」(主に責任能力の喪失・減弱に関する故意)を要求していないとして解されうる。山口厚『刑法総論(第二版)』(2007年)261頁参照。

はないかと思われる。

第二節 実務における「原因において自由な行為」の問題点

第一項 「故意の原因において自由な行為」の成立の困難さ

前述したように、構成要件モデルと例外モデルとの採用に関係なく、通説は、行為者が「原因において自由な行為」により故意犯として処罰されるのに、原因行為の時点で最終的な法益侵害結果についての故意と自己の責任無能力または限定責任能力の状態に陥ることに対する故意という「二重の故意」を要求している。すなわち、「二重の故意」が備わる場合にのみ、「故意の原因において自由な行為」が成立し、行為者を故意犯として処罰することができる。それ以外の場合には、せいぜい「過失の原因において自由な行為」ゆえに、過失犯としての責任を行為者に負わせることになる。

しかし、このような（行為者の）「二重の故意」を「故意の原因において自由な行為」の成立の前提要件として要求する通説の見解は、裁判実務において運用されれば、最初から「証明の困難」に直面しなければならない。詳しくいうと、犯罪成立には、客観的要件だけでなく、主観的要件にも該当することが要求される。問題となるのは、行為者の頭にもみ存在するその者の「考え」がいかにか証明されるべきかということである。なぜなら、人間の心理状態は、直接観察できないから、直接観察できる客観的な状況証拠によって推認されなければならないのである⁹¹。すなわち、裁判実務において、行為者のある犯罪に対する故意（そして特定犯罪における意図）は、現実に現れた構成要件に関連する客観的な諸事象・証拠によってしか証明されえないと思われる。例えば、殺人事件において、裁判官は、長く「犯行に使用された凶器の種類、凶器の用法、創傷の部位・程度、動機の有無、犯行後の行動、その他の事情を細かく分析検討し、その上で積極・消極双方の状況証拠を総合して殺意の有無を判断する」という手法を採ってきた⁹²。

このような認定の手法は、一般の構成要件該当行為に対する故意を判断する場合において、妥当かつ合理的であろう。しかしながら、通説によって要求される行為者の「二重の故意」は、結果行為の段階ではなく、原因行為の段階に存在するので、（事前の）「自ら招いた責任無能力・限定責任能力状態で特定犯罪をなす故意」又は「責任無能力・限定責任能力状態を招来する故意」の証明に対しては、一般の構成要件に該当する形での故意に対する証明よりも、判断素材になりうる客観的な事象・証拠が、著しく不足していると思われる。特に、

⁹¹ 高橋則夫・杉本一敏「主観的要素②故意はどこまで客観化されるべきか」法学セミナー700号（2013年）116頁参照。

⁹² 大阪刑事実務研究会（中川博之・真鍋秀永・末弘陽一）「裁判員裁判における法律概念に関する諸問題⑨殺意（上）」判例タイムズ1362号（2012年）50頁参照。

私的酩酊行為の場合において、行為者の飲酒の目的が何か、あるいは、彼がどの程度まで飲み続けるつもりかに対する判断は、かなり困難であろう。すなわち、裁判実務において、凶器の種類、凶器の用法、創傷の部位・程度、動機の有無、犯行後の行動などの客観的な事象・証拠を用いて、被告人の結果行為段階での殺人故意を証明するのは、妥当であるが、それらの客観的な事象・証拠により、直ちに被告人の事前の「二重の故意」をも推認することができないのである。

したがって、例えば、酩酊犯罪の事案において、実務には、行為者の（事前の）「責任無能力・限定責任能力状態で特定犯罪をなす故意」に対する認定を、原因行為段階で起こった客観的な事象によってではなく、行為者の酒癖や酒酔いによる前科・前歴などの記録によって行った判例がある。例えば、前述した大阪地裁昭和51年3月4日判例タイムズ341号324頁は、「……前叙認定したように被告人は、その酒歴、酒癖、粗暴歴ないし犯歴、前記判決時裁判官から特別遵守事項として禁酒を命ぜられたことをすべて自覚していたと認められるので、偶々の飲酒とはいえないのみならず、右飲酒時における責任能力のある状態のもとでの注意欠如どころか、積極的に右禁酒義務に背き、かつ、飲酒を重ねるときは異常酩酊に陥り、少なくとも減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裕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」と述べた⁹³。

しかし、そうした立証の方法は、「被告人の前科・前歴」から「被告人は同種・同様の犯罪を行う悪性格を有する者であること」という「間接事実」を推認し、そしてその「間接事実」から被告人の故意という「主要事実」を推認する「二重の推認」であり⁹⁴、単純な予断になりかねず、より容易に行行為者の「二重の故意」を認めて、事実認定を誤らせる危険がある⁹⁵。そして、飲酒それ自身は、社会において正当でない活動といえない上に、飲酒後の喧嘩や暴行は、酒酔いのありふれた振る舞いであるので、（摂取量を問わず、飲酒後に必ず他人を傷害することが証明できる場合を除いて）行為者が自らの酒歴、酒癖、粗暴歴ないし犯歴を自覚しただけでは、直ちに、彼が飲酒した際に既に後の傷害などの行為に関する故意をも有したことはみなされえない。それは、せいぜい彼の飲酒後の暴行に関する事前の予見可能性を証明しうるだけであろう。したがって、粗暴歴等を自覚しつつ、飲酒を重ねた場合でも、多くの裁判例が過

⁹³ 前述の名古屋高裁昭和31年4月19日高等裁判所刑事判例集9巻5号411頁も、被告人の平素素行の悪さから、薬物注射時の暴行の故意を肯定した。また、台湾実務もよく被告人の酒癖や酒酔いによる前科・前歴に基づいて、彼の事前の故意を認定した。詳細は、第四章で紹介する。

⁹⁴ 斎藤司『「関連性」を踏まえた証拠能力の判断プロセス——証拠法の基本的思考プロセス2』法学セミナー754号（2017年）96頁参照。

⁹⁵ 類似の指摘は、長井圓「故意犯と原因において自由な行為」山口厚ほか編『刑法判例百選I』（2014年）79頁参照。

失犯の成立にとどめているのは、正当である⁹⁶。

裁判実務において、行為者の（事前の）「自ら招いた責任無能力・限定責任能力状態で特定犯罪をなす故意」についての立証だけではなく、行為者の（事前の）「責任無能力・限定責任能力状態を招来する故意」に関する立証も、必ずしも容易ではないと思われる。なぜなら、例えば酩酊による犯罪の場合において、単なる飲酒する故意が、直ちに責任無能力等の状態を自招する故意とみなされることができないからである。すなわち、「責任無能力等の状態を招来する故意」を認めるためには、行為者が自らの飲酒を認識することが足りず、彼が自らの責任無能力等の状態に陥る程度までの飲酒を認識しなければならないのである。確かに、規範的観点からみると、行為者が飲酒酩酊や薬物乱用により自らを責任無能力等の状態に陥れば、彼が少なくとも過失的にその状態を自招したことは、容易に認められる。問題は、どのような客観的な事象・証拠は、行為者の責任無能力等の状態に陥る程度まで飲酒する故意を証明できるかである。

もちろん、前述した行為者の酒歴、酒癖等による立証方法も想定されうる。しかし、行為者が飲酒により自ら責任無能力等の状態に陥ったことがない場合において、彼の酒歴、酒癖等を自覚したことによって、責任無能力等の状態を自招する故意を証明するのは、いうまでもなくあり得ないであろう。そして、行為者が飲酒により自ら責任無能力等の状態に陥った記録があるとはいえ、彼の普段のアルコール摂取量や責任無能力等の状態に陥った頻度も考慮されなければならない。例えば、数十年の飲酒歴を持っている行為者が、飲酒により責任無能力等の状態に陥った記録が僅か一回か二回のみである場合、あるいは、行為者が普段より少ないアルコールを摂取する場合には、行為者が飲酒により責任無能力等の状態に陥った記録があるということのみを理由として、直ちに行為者が本件の責任無能力等の状態を故意に自招したことを認めるのは、やはり妥当ではないであろう。また、アルコール摂取量の多少による立証も可能であるが、現実上、どのぐらいのアルコール摂取は、行為者が故意に責任無能力等の状態を自招することを推認できるかについて、一定的な標準が存在するといえないであろう。

また、責任無能力等の状態を自招する故意に関し、実務においてよく見られるもう一つの事例は、「服薬懈怠」である。現代医学の進歩とともに、今や多くの精神障害者が医師の指示に従って服薬すれば、症状を大幅に緩和できるし、精神障害による責任無能力等の状態をも容易に避けられるということは十分考えられる。それゆえ、行為者が故意に服薬しないことは、彼の責任無能力等の状態を自招する故意を証明できるかについても、問題となる。これに関して、

⁹⁶ 例えば、最高裁昭和26年1月17日刑集5巻1号20頁、大阪高判昭和32年11月1日高等裁判所刑事裁判特報4巻22号585頁、大阪高判昭和35年4月15日下級裁判所刑事裁判例集2巻3・4号363頁。また、ドイツ判例に関する検討は、Roxin, a. a. O., § 20, Rn. 73. 参照。

病識がないのは、統合失調症等の精神障害のありふれた症状であり、幻聴や妄想と伴えば、患者が治療を拒むことも、よくみられるので、裁判所は、単に「服薬懈怠」を理由として、直ちに行為者の責任無能力等の状態を自招する故意を認めてはならず⁹⁷、彼の服薬懈怠・拒否が病気の影響によるものであるか否かを調査しなければならない⁹⁸。すなわち、行為者の「責任無能力等の状態を自招する故意」を証明することは、彼の「責任無能力等の状態で特定犯罪をなす故意」に対する証明と同様に、かなり困難であろうと思われる。結論的に言えば、通説の原因において自由な行為のもとで、実務上、故意犯が成立する場合が、かなり限定的であることが想定できる。

第二項 「過失の原因において自由な行為」の必要性

上記の検討を通して、「原因において自由な行為」を適用する事例は、ほとんど過失犯の場合になることがわかる。前述のように、通説は、行為者が「二重の故意」を備えていない限り、故意犯として処罰されないとする。すなわち、原因行為の時点で最終的な法益侵害結果に対する故意か自己の責任無能力又は限定責任能力の状態に陥ることに対する故意のいずれかに欠ける場合には、行為者が「過失の原因において自由な行為」（過失犯）としてしか処罰され得ないのである。しかし、そのような場合においても、行為者に過失犯の責任を負わせるために、「過失の原因において自由な行為」という概念を用いる必要があるか否かは、疑問視されている。

それについて、ドイツ判例は、癲癇性の発作に罹患して、医師に車の運転を禁止されていた被告人は、事件当日に長区間走行後、休憩をとって運転を再開した直後に、突然に癲癇による昏睡が発作したため、操縦不能になり、車は歩行者に衝突し、14人に傷害を負わせ、1人を死亡させたという事案（BGHSt 40, 341.）において、「発作が始まった直後の事故状況において、意思に基づく操縦又は支配可能性の欠如により、被告人に刑法上重要な行為態様が欠けていたということは、過失致死傷という非難を被告人に対して行うことを妨げるものではない。過失非難の対象となる構成要件的行為は、被告人が……休息した後、運転を再開したことにある。被告人が発作に罹患していたこと、その頻度および強度に着目すれば、運転者として道路交通に関与することは、他の交通関与者の生命および身体の安全に関して必要とされる注意を怠った行為態様である。非難の対象を……こうした行為態様に結び付けることは、過失結果犯の特殊性から正当化される。原因において自由な行為という……争いのある…

⁹⁷ こうした立場をとっている台湾の判例は、高雄地方裁判所 104 年度易字第 409 号判決（2015 年 11 月 27 日）、彰化地方裁判所 101 年度重訴字第 4 号判決（2013 年 3 月 13 日）参照。

⁹⁸ 安田拓人「責任能力論の到達点となお解決されるべき課題について」川端博ほか編『理論刑法学の探究 6』（2013 年）14 頁参照。

…法概念は……必要でない」(本間一也による訳⁹⁹)と判示した。本判決の事案は、被告人が法益侵害の結果を惹起した際に、既に行為無能力の状態に陥ったから、前述したように、典型的な「原因において自由な行為」の事案といえないが、判例は、「原因において自由な行為」という法理を過失結果犯の場合に適用することを明白に否定した。

ドイツ連邦裁判所は、その後、飲酒運転により何度か有罪判決を受けており、有効な運転免許を所持していなかった被告人が、事件当日、多量に飲酒し、正常な運転が困難であったにもかかわらず、車を運転し、交通事故を起して国境警備隊の職員二名を死亡させたという事案 (BGHSt 42, 235.) において、過失結果犯に「原因において自由な行為」の法理を適用する必要がない理由をもっと詳細に説明した。すなわち、「被告人は、国境に近づいた時にはすでに飲酒酩酊により、刑法 20 条の意味における責任無能力であった (という疑いが排除できない) が、このことは過失致死罪を理由とする有罪を覆すものではない。但し、この場合……原因において自由な行為という法概念を持ち出す必要性は存在しない。「刑法上の非難の対象は、刑法 222 条の場合、——他の過失結果犯の場合と同様——構成要件該当『結果』の発生に関して注意義務違反であり、この結果を因果的に惹起した、行為者のあらゆる行為態様である。(本件における、後に飲酒運転する危険性を認識できたにもかかわらず、飲酒酩酊したことと後の運転それ自体のように) 複数の行為が注意義務違反行為として問題となる場合、以上の理由からは、過失非難を時間的に早い行為態様、すなわち、——時間的に後の行為態様とは異なり——行為者に対して有責であると非難できる行為態様に結び付けることには何の疑問も存在しない」(以上、本間一也による訳¹⁰⁰)とされる。連邦裁判所は、その後、故意結果犯に関する限り、従来の「原因において自由な行為」という原則を維持することを強調しているが¹⁰¹、少なくとも過失結果犯の場合における「原因において自由な行為」の適用を疑問視している。

上記のドイツ判例と類似した事例に対して、日本の判例は、過失犯における「原因において自由な行為」の適用を明白に否定していないが、ドイツ判例と同様に、被告人の責任を事故が起きた時点でなく、彼が運転を開始・継続した時点に置いて論じた。例えば、大阪高判昭和 32 年 6 月 28 日判例は、次のように述べた。すなわち、「睡眠状態に陥ったのちの動作は刑法上行為といえないことは所論のとおりであるが、睡気のため正常な運転ができない虞があること

⁹⁹ 本間一也・前掲注 83) 149 頁参照。

¹⁰⁰ 本間一也・前掲注 83) 149 頁以下参照。BGHSt 40, 341. と BGHSt 42, 235. に関する詳細な紹介・検討は、本間一也・前掲注 83) 148 頁以下の他に、中空壽雅『「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編集委員会編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第 2 巻』(2000 年) 394 頁以下、神田宏「原因において自由な行為の適用限界について——ドイツ連邦最高裁判所第 4 刑事部判決覚書——」近畿大学法学 46 巻 4 号 (1999 年) 198 頁以下などをも参照できる。

¹⁰¹ 本間一也・前掲注 83) 151 頁の紹介を参照。

を認識しながら、自動車の運転を継続することは、いわゆる原因において自由な行為として、その結果に対する責任を負わなければならないことはいうをまたない。そして、その行為は、無謀な操縦であって、通常人の注意義務を著しく怠ったものであるから、重大な過失であるといわなければならない」とされる¹⁰²。そして、仙台地裁昭和 51 年 2 月 5 日判例も「被告人はすでに認定どおりてんかんの長い病歴を有し、その発作は不定期に間けつ的に起きるものであったのであって、このことは被告人自身充分認識していたのであるから、本件運転開始時にも、その運転中発作が起り得ることは当然予見可能であり、かつその予見にしたがって運転を回避すべきであったのに、その予見をすることなく本件運転をなしたと自体に過失が認められるのであるから、その後の発作による心神喪失の点は、本件における責任の存否には何ら影響を及ぼすものではない」と判示した¹⁰³。

確かに、これまでの通説によれば、過失犯の成立は、客観的な注意義務の違反を要件としている。そして、注意義務違反の時点が、必ずしも法益侵害結果の実現の時点と一致するとは限らないので、構成要件該当の結果に関連する注意義務に違反する、すべての結果惹起の原因となった行為者の行為が刑法的な非難対象となりうる。すなわち、「定型性が弱い」過失犯の実行行為は、行為者の注意義務違反の態度を示す、あらゆる行為態様であればよいので、過失犯の可答責性は、大体の場合において、行為者の有責的かつ非難可能的な（より早い）時点での行為によって成立しうるのである。とりわけ、いわゆる原因において自由な行為というような事例において、行為者が不注意にも責任無能力の状態を自招し、そしてその状態で法益侵害の結果を惹起する故に、その状態を招来する「原因行為」は、容易に構成要件該当行為として認められる¹⁰⁴。

それゆえ、前述したような事案において、実務は、行為者の運転開始・継続行為それ自体を注意義務違反の実行行為と解し、過失結果犯の成立を認める傾向がみられる。結論的に言えば、行為者が飲酒酩酊等の状態を自招して、それらの状態で法益侵害の結果を直接に惹起する場合において、実務は、原因において自由な行為という法理を援用しなくても、従来 of 過失犯の構造に従って、支障なく行為者に過失結果犯の責任を負わせることができる。そして、過失犯の場合においても、原因において自由な行為の適用を明言している日本の判例は、特別な理論を用いたというよりも、むしろ原因において自由な行為の法理を不当に適用した弁護側の主張を拒否し、非難対象たる行為者の過失行為が原因行為であることを示したにすぎないものであらうと思われる¹⁰⁵。そうすると、

¹⁰² 大阪高判昭和 32 年 6 月 28 日高等裁判所刑事裁判特報 4 卷 13 号 317 頁。

¹⁰³ 仙台地判昭和 51 年 2 月 5 日刑事裁判月報 8 卷 1・2 号第 41 頁。

¹⁰⁴ 杉本一敏『過失犯において原因において自由な行為の理論は不要である』という命題について——通説的見解の批判的検討——」Law&Practice 5 号（2011 年）260 頁以下参照。

¹⁰⁵ 丸山治「過失犯と原因において自由な行為」山口厚ほか編『刑法判例百選 I』（2014 年）77 頁。

少なくとも過失犯の領域において、原因において自由な行為という法理論の必要性は、疑問視されなければならない。

第三項 挙動犯・自手犯における「原因において自由な行為」の適用

挙動犯・自手犯というような場合に対し、原因において自由な行為の法理を適用できるか否かも問題となる。それについて、学説の見解は分かれている。通説である否定説は、偽証罪や危険運転罪などの挙動犯・自手犯には、構成要件上、自手実行が要求されており、間接正犯も成立し得ないとされるので¹⁰⁶、間接正犯の構造に依拠した通説（構成要件モデル）の原因において自由な行為は、それらの場合に適用できないとしている¹⁰⁷。肯定説は、自手犯として認められる場合が実に多くない上に、酒酔い運転罪のような場合には、自らが運転しなくても、欺罔や強制によって「酒に酔った状態」の第三者に運転させる行為も本罪の実行行為とするのが文言解釈上不可能ではないのであれば、原因行為を構成要件該当行為として評価されうると主張している¹⁰⁸。

その問題に対し、上記の BGHSt 42, 235 は、次のように述べた。すなわち、「道路交通危険罪および無免許運転罪が有責に犯されたものとして被告人を非難することは、原因において自由な行為の諸原則によってもできない。……いわゆる『構成要件的解決』は、「他の犯罪の場合には、原因において自由な行為という法概念に対する十分に根拠のある基礎を提示するかもしれない。しかし、刑法 315c 条、316 条、道路交通法 21 条のように、一定の行為態様、すなわち、その行為によって惹起され、その行為と切り離すことのできる結果としては把握することのできない行為態様を禁止している構成要件では、本来の構成要件該当行為に……有責な所為を認めることはできない」。このことは、「上記規定に対する故意による違反だけでなく過失による違反に対しても妥当する」。「刑法 315 c 条および道路交通法 21 条による交通犯罪は、行為者が車を『運転する』ことを前提としている。しかし、車の運転は、運動の惹起と同じ意味ではない。車の運転は、運転を開始するという運動が開始されて始めて始まるのである。……原因において自由な行為という法概念を……間接正犯の特別な場合として理解する……考え方によっても構成要件該当行為は結局、飲酒行為ということになる。しかし、行為者はすでに述べたようにいかなる車も運転していない。……『拡大モデル』は、原因において自由な行為の問題領域を越えて、……刑法 20 条の適用の不当な限定へと至ることになる。……例外モデルは、刑法 20 条の明らかな文言と一致し得ない」（以上、本間一也に

¹⁰⁶ 福田平『全訂刑法総論〔第五版〕』（2011年）267頁、山中敬一『刑法総論〔第二版〕』（2008年）188頁、山口厚・前掲注85）44頁以下、高橋則夫・前掲注4）443頁など参照。

¹⁰⁷ Roxin, a. a. O., § 20, Rn. 62.

¹⁰⁸ 橋爪隆「『原因において自由な行為』について」法学教室 425号（2016年）112頁参照。また、西田典之・前掲注87）76頁参照。

よる訳)¹⁰⁹、とされる。

連邦裁判所は、この判決において、過失犯の場合に原因において自由な行為という法理の適用を認めなかった上に、その法理の理論的基礎のいかんを問わず、危険運転罪等のような挙動犯の場合にも、原因において自由な行為の適用を明白に否定した。こうした見解は、学説において大きな議論を巻き起こした¹¹⁰。とりわけ、上記の判決は、原因において自由な行為という法理が、過失結果犯の場合だけでなく、挙動犯・自手犯の場合にも適用できないとし、その法理の適用範囲を狭くしたので、原因において自由な行為の理論それ自体が実務において不要であるという結論を容易にもたらすとされる¹¹¹。

実際には、通説の構成要件モデルによる原因において自由な行為は、そもそも原因行為を構成要件該当行為とみなし、結果行為を一連の因果経過として捉えるものである。そして、その根拠の一つは間接正犯の理論とはいえ、挙動犯・自手犯の場合に適用できない理由もないと考えられる。なぜなら、まず間接正犯とは第三者の正犯性を排除する理論にすぎないのである。挙動犯・自手犯における原因において自由な行為の場合は、第三者が介入している典型的な間接正犯の場合と異なり、自らを利用する者の正犯性を排除する必要がないと思われる。更に、間接正犯の着手はそもそも行為者の利用行為において判断されるべきであるので¹¹²、飲酒等の利用行為は、挙動犯・自手犯の場合においても、実行行為の着手として認められうるはずなのである。

それゆえ、もし構成要件モデルに基づいて飲酒等の原因行為が、殺人罪や傷害罪などの構成要件該当行為として認められれば、危険運転罪などの挙動犯・自手犯の場合には、そのような原因行為の構成要件該当性も認められうるであろうと思われる。すなわち、行為者が飲酒後の自らの責任無能力状態と車の運転とを予見しながら飲酒し、まさに車を運転する場合には、行為者の酒酔い運転に関する故意が既に飲酒時に決定され、その飲酒から酒酔い運転までの因果経過もその際に確立・支配されうるるのである。行為者の原因行為は、酒酔い運転の構成要件該当行為として認められない理由がないと思われる。ドイツ連邦裁判所は、原因において自由な行為に関して、従来、通説の構成要件モデルを採っているが、道路交通危険罪等の場合に理論が適用できないとした上記の判決には、構成要件モデルとの矛盾が生じるのではないかという疑問を禁じ得ない。とりわけ、酒酔い運転という犯罪は、「酒に酔った状態での運転」を

¹⁰⁹ 本間一也・前掲注 83) 150 頁参照。

¹¹⁰ 挙動犯・自手犯における原因において自由な行為の適用問題に関するドイツ学説の詳しい整理は、神田宏「ドイツにおける原因において自由な行為の法理をめぐる最近の判例・学説の動向とわが国に及ぼす影響について」近畿大学法学 52 巻 1 号 (2004 年) 49 頁以下、中空壽雅・前掲注 100) 403 頁以下参照。

¹¹¹ もっとも、前述したように、連邦裁判所は、その後の判決において、故意結果犯に関する限り、「原因において自由な行為」という原則を維持している。

¹¹² 塩見淳「間接正犯・不作為犯の着手時期」同氏著『刑法の道しるべ』(2015 年) 108 頁以下参照。

禁止・処罰することを目的としている。それゆえ、責任能力を失っていない、つまり酔いの程度がより軽い場合に、行為者が酒酔い運転罪によって処罰される一方、責任無能力の状態まで飲酒を続けて運転する、つまり酔いの程度がより重い場合に、行為者が却って酒酔い運転罪によって処罰され得ないとなるのは、やはり条文の目的に反するのであろう。

その問題について、日本の判例は¹¹³、上記のドイツ判例と異なり、酒酔い運転のような道路交通危険罪の場合においても、被告人の飲酒開始時の主観的内容に着目し、その時点での酒酔い運転の故意が認められれば、原因において自由な行為を適用し、被告人に飲酒運転の責任を負わせることができるとした。すなわち、「本件酒酔い運転について判断するに、道路交通法の酒酔い運転の故意とは、アルコールの影響により正常な運転ができないおそれがある状態で車両を運転することの認識、認容であり、それはいわゆる未必的なものでも足りるが、被告人は、A方で飲酒を開始する時点で、被告人の通常の飲酒量及び当日のそれまでの飲酒量から判断して、それ以上適量を越えて飲酒すれば酒酔い状態になり、その影響で正常な運転ができなくなるかも知れないこと及びA方での新年会が終われば自動車を運転して帰宅することを認識していたと認められるから、A方で日本酒をさらに飲酒したという事実によって、被告人は、その時点で、アルコールの影響により正常な運転ができないおそれがある状態で車両を運転するかも知れないことを認識、認容していたと認めることができる。……その時点では被告人の責任能力については何等の問題もなく、本件酒酔い運転行為は、責任能力に欠けるところのなかった右A方での飲酒開始時における未必的な酒酔い運転の故意に基づくもので、その飲酒行為が原因となったものと認められるから、いわゆる原因において自由な行為の理論によって、被告人は本件酒酔い運転についても完全責任能力者としての責任を負わなければならない」とされる¹¹⁴。

ドイツ刑法には、刑法 323a 条完全酩酊罪が存在し、その 5 年以下の自由刑又は罰金の法定刑も刑法 315c 条道路交通危険罪の（故意犯部分の）法定刑と一致しているので、そうした事例において、行為者の飲酒行為を道路交通危険罪等の構成要件該当行為として認めなくても、まだ刑法 323a 条によって行為者を処罰することができる。すなわち、ドイツ刑法の場合には、単に何罪で行

¹¹³ 大阪地判平成 1 年 5 月 29 日判例タイムズ 756 号 265 頁。

¹¹⁴ この判決の前に、最高裁昭和 43 年 2 月 27 日最高裁判所刑事判例集 22 卷 2 号 67 頁は、原因において自由な行為の適用を明言していなかったが、「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つたとしても、飲酒の際酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法三九条二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」と判示した。また、高松高裁昭和 44 年 11 月 27 日高等裁判所刑事判例集 22 卷 6 号 901 頁も、判決理由の中に「飲酒者が飲酒開始の時点において既に後刻自ら自動車を運転することを決意し又は予見しているような場合には、たとえその者が後刻心神耗弱乃至喪失に陥つて自動車を運転しても、所謂原因において自由なる行為の理論によって完全な罪責を問うことが可能である」と述べた。

為者を処罰するかという問題しか生じないのである¹¹⁵。しかし、完全酩酊罪のような規定がない日本や台湾刑法の場合には、上記の BGHSt 42, 235 の解釈に従えば、酔いの程度がもっとも重い行為者が、却って処罰され得ないという不合理が生じうるので、前述の大阪地裁の判例に賛同できると思われる。

第四項 限定責任能力と原因において自由な行為

前述したように、学説の多くは、原因において自由な行為を間接正犯に類似するものとして理解している。それに基づいて、限定責任能力の場合に、原因において自由な行為という法理が適用されうるか否かも問題となる。否定説は、原因において自由な行為が間接正犯と同じ構造を持つものとして理解されている以上、自己を道具にすること、つまり自己を完全に責任無能力状態に陥れることが必要であり、限定責任能力の場合には、行為者が自己を完全に道具にするわけではないため、原因行為を実行行為とすることができないのであるがゆえに、原因において自由な行為の成立が、行為者が自己の責任無能力状態を利用する場合に限られるべきであると主張している¹¹⁶。

それに対して、肯定説は、責任無能力状態で人を殺した場合には、行為者に原因において自由な行為を適用し、故意犯の完全な責任を負わせうるのに対し、限定責任能力状態で人を殺した場合には、行為者がまだ部分的な責任能力を有したがゆえに、責任がより大きいはずなのに、刑法 39 条 2 項の適用により、刑が減輕されなければならないという結論が不合理であるので、限定責任能力の場合にも原因において自由な行為が適用されうるとしている¹¹⁷。その根拠は、原因行為時の意思が継続している場合には、「限定『責任能力』があるにもかかわらず翻意しなかったのも自己の責任であり、『限定』責任能力であるため翻意が困難で、そのため実現されたのも自己の意思なのであるから、両者を合わせて完全な責任を問うことは可能である」とされる¹¹⁸。

判例には、肯定説を採っている傾向がみられる。例えば、既に言及した最高裁昭和 43 年 2 月 27 日最高裁判所刑事判例集 22 卷 2 号 67 頁か高松高裁昭和 44 年 11 月 27 日高等裁判所刑事判例集 22 卷 6 号 901 頁のいずれも、原因において自由な行為が心神耗弱の場合にも適用されうる立場を示した。そして、大阪高裁昭和 56 年 9 月 30 日高刑集 34 卷 3 号 385 頁も、被告人が反復して使用する意思のもとに、覚せい剤を譲り受けて注射していたが、起訴された最終の使用行為の時点に覚せい剤等の影響で少なくとも心神耗弱状態に陥った事案において、「被告人は覚せい剤の使用残量を継続して所持する意思のもとに所

¹¹⁵ 中空壽雅・前掲注 100) 400 頁参照。

¹¹⁶ 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(1990 年) 162 頁、福田平・前掲注 106) 197 頁、山中敬一・前掲注 106) 618 頁以下参照。

¹¹⁷ 大谷實・前掲注 87) 331 頁以下、西原春夫・前掲注 68) 412 頁参照。

¹¹⁸ 平野龍一『刑法総論 II』(1975 年) 305 頁参照。

持をはじめたものであり、責任能力があつた当時の犯意が継続実現されたものといえるから、これまた刑法三九条を適用すべきではない」と判示した。

実は、通説による原因において自由な行為は、そもそも原因行為を実行行為とし、法益侵害の結果を惹起した結果行為を問責対象となる原因行為に由来する、単なる「因果的要素」として捉えるので、行為者が結果行為時に心神耗弱の状態であっても、依然として原因行為に対して、完全な責任を負わなければならないのである。すなわち、行為者の主観上の故意と客観上の実行行為が既に原因行為時に確定された場合において、結果行為が心神喪失の状態で行われたか心神耗弱の状態で行われたかは、行為者にとって、一種の因果関係の錯誤であることにすぎないのである。そして、そうした錯誤は、相当因果関係の範囲を超えるものではない上に、行為者の法益侵害の決意にとって、重要なものでもないので、彼の故意を阻却することができない¹¹⁹。

第三節 原因において自由な行為に対する再検討

第一項 原因において自由な行為という理論の必要性

上記の実務における「原因において自由な行為」の適用問題に関する検討を通して、当理論の必要性が疑問視されるべきであることが明らかになる。まず、実務面において、前述したように、「構成要件モデル」か「例外モデル」という理論的基礎に関係なく、通説に要求されている「二重の故意」に関する証明は極めて困難であるので、行為者が結果行為時に故意をもって犯罪を犯しても、「故意の原因において自由な行為」により故意犯が実際に成立する場合は、かなり稀である¹²⁰。すなわち、自ら招いた責任無能力等の状態で特定犯罪をなした行為者に故意犯としての責任を迫及するのは、そもそも「原因において自由な行為」という理論の中心的内容であるはずが、裁判実務において、故意犯として論じられる場合は、却って例外となる。結局、実務にとって、より重要なのは、「原因において自由な行為」による過失犯の成立問題である。

しかし、すでに述べたように、学説と実務との通説によれば、過失犯の場合には、構成要件的结果に係る注意義務に違反する、すべての結果惹起の原因となった行為者の行為が刑法的な非難対象となりうるのである。例えば、母親が授乳中に寝てしまって乳児を窒息死させた事案、あるいは飲酒酩酊状態に

¹¹⁹ 「例外モデル」の立場からみても、「原因行為から結果行為が客観的に連続しており、その間の意思が連続していると認められれば足り、結果行為時に心神耗弱状態に陥っていたとしても、原因行為において自由な行為を適用すべき」なので、肯定説の根拠づけは不要であるとされうる。大谷實・前掲注 87) 332 頁参照。

¹²⁰ 結果行為時の責任無能力・限定責任能力状態を自招した傷害・殺人事案に関する日本判例の多くは、原因行為を実行行為と解し、そして原因行為の時点では傷害や殺人等の故意が認められないとの認定を理由として、過失結果犯の成立のみを認めている。詳細は、杉本一敏・前掲注 104) 284 頁以下参照。整理された判例は、注 60 にある。

よる交通事故というような事案において、行為者に対する非難は、母親が眠りに入る時点、あるいは運転手が、後で車を運転しなければならないことを知りながら飲酒する時点で、既に成立しうる。それゆえ、行為者が構成要件的结果を実現する際に既に責任無能力や行為無能力などの状態に陥った場合においても、実務は、普通の過失犯の判断構造に従って、行為者の過失犯の成立を困難なく認めることができる。すなわち、過失犯の領域においても、「原因において自由な行為」という理論を適用する実益はないと思われる。

理論面において、故意と過失との区別を量的なものとし、両者をパラレルな関係、すなわち両者を「予見可能性」ないし「回避可能性」という同一の延長線にあるものとする本文の立場からすれば、「過失犯の領域において、すべての構成要件的结果の惹起原因となった行為者の行為が刑法的な非難対象となりうるので、原因において自由な行為という法形象が不要である」という観点は、容易に故意犯の場合に転用することができるのではないかと思われる¹²¹。詳しくいうと、故意犯の責任は、過失犯の場合と同様に、因果的であつ更に帰属可能な行為によって根拠づけられるので、故意犯の場合には、実行行為の「定型化」が要求されているとはいえ、その「定型」は、けっして実行行為が特定の身体動作に限定されていることを意味していない。すなわち、因果性・帰属可能性が証明できる限り、あらゆる被害者を死亡・傷害させうる手段が、殺人罪・傷害罪の実行行為として認められうるのである。それについては、故意犯の成立には行為者が直接に構成要件的结果をもたらした行為をなす必要がないとする、一般的に認められる「間接正犯」及び「共謀共同正犯」の理論からも説明できる。

それゆえ、行為者が責任能力があった原因行為時に、責任無能力等の状態を自招すること及びそのような状態で特定故意犯罪の構成要件的结果を実現することを既に予見する場合には、彼の原因行為が結果行為と因果性・帰属可能性が認められる限り、原因行為を実行行為とし、行為者に完全な責任を問うことは十分可能であり、故意・過失と責任能力との同時存在も問題とならない。それは、一般的な刑法理論に基づく、能力低下前の行為が能力低下後の行為と因果性が認められる場合の解決策¹²²によっても、困難なく解決されうる。すなわち、通説に要求されている「二重の故意」を前提とすれば、いわゆる「原因において自由な行為」は、結果行為それ自体に犯罪の成立要件からして完全な罪責を認めることができない場合、その前後の因果的事情を含めて一連の構成要件実現過程を全体的に判断すれば、「犯罪の成立要件」を肯定しうる「事例群」を示す「仮象問題」でしかないといわれる¹²³。結論的に言えば、通説に従う

¹²¹ Jakobs 「Die sogenannte actio libera in causa」 西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集第5巻』（1998年）113頁以下参照。

¹²² 安田拓人「実行行為開始後の責任能力低下について——3つの解決策とその役割分担——」 井田良等編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（2016年）332頁以下参照。

¹²³ 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編

「原因において自由な行為」とは、結果行為時に既に責任無能力等の状態に陥った行為者に対して、例外的に刑法 39 条の適用を排除するという特別な法理論ではなく、あくまでも解釈論として、刑法 39 条が適用される場合とそうでない場合の限界を示す、通常の刑法原理の一つの応用形態である¹²⁴。

第二項 「構成要件モデル」によっても解決されえない場合

前述した立場に従えば、上記の類型 A1・A2・A3 のいずれも、行為者の故意犯としての完全な責任を問うことができる事例となる。その際、実行行為が原因行為であり、行為者の結果行為時の故意・過失や行為能力は、原因行為と構成要件的结果との因果性・帰属可能性に影響を与えない限り、重要ではない¹²⁵。しかし、こうした「構成要件モデル」的な解決策は、次の場合において有効ではないことに注意しなければならない。まず、行為者の結果行為時の故意内容が原因行為時の故意内容の範囲を超える場合（場合 A）は、その一つである。なぜなら、原因行為を実行行為として捉える以上、故意内容の範囲を原因行為時に確定しなければならないし、原因行為時の故意内容の範囲を超える部分については、一連の構成要件実現過程においても因果性が認められないからである。例えば、行為者が責任能力があった原因行為時に被害者を傷害する故意しか持っていなかったが、責任無能力状態に陥った結果行為時に殺人故意をもって被害者を殺害した場合には、行為者に殺人罪でなく、せいぜい傷害致死罪の責任を問うことができるにすぎない。前述した名古屋高裁と大阪地裁の判例は、行為者の結果行為時の故意が殺人故意／強盗故意であったにもかかわらず、行為者の原因行為時の故意内容に基づいて、傷害致死罪や示凶器暴行脅迫罪の成立しか認めなかったのは、それゆえであろう。

続いて、原因行為を実行行為とする解決策によれば、グループ A が困難なく故意犯が成立しうるのに、グループ B・C・D は、「二重の故意」を満たしていないので、いずれも過失犯の成立にとどまる。問題となるのは、類型 B1・C1・

集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（2002 年）178 頁参照。

¹²⁴ 橋爪隆・前掲注 108）109 頁、井田良・前掲注 4）340 頁参照。

¹²⁵ ヤコブスは、結果行為時に、行為者の責任能力が排除される場合にせよ行為能力が排除される場合にせよ、責任が問題となる時点で生じることを行為でなく「自然（Natur）」として捉えている。Jakobs・前掲注 121）106 頁参照。そうした見解は、ここで述べる立場と同じ（原因行為を実行行為と捉える）結論にたどりつくが、本文は、責任能力の制御能力の側面（例えば、情動犯罪のような、行為者が制御能力に欠けるが、認識能力がまだある場合）や行為者の結果行為時の故意内容が原因行為時の故意内容を超える場合（後述の場合 A）を配慮し、結果行為を一律に「自然」として捉える見解が妥当でないと思われる。ちなみに、類型 A2 の場合は、因果関係の錯誤問題が生じる場合と類似し、「ウェーバーの概括的故意」によって解決されるのではないと思われる。また、一つの結果を二重に帰属させるべきでないという観点から、「行為者自身の第二行為が介在した場合、結果は態様の重い一つの行為にのみ帰属され」、類型 A2 のような場合にも故意犯が成立しうる結論に導くことができると考えられる。それは、塩見淳「法的因果関係」同氏著『刑法の道しるべ』（2015 年）25 頁以下参照。

D1のような、自招的な責任無能力等の状態で故意に犯罪をなす場合（場合B）において、行為者が過失犯しか成立しえないことが妥当か否かである。刑法典に規定されている、故意犯と過失犯との法定刑の間に存在する大きな差を配慮すれば、原因行為時に特定故意犯罪の構成要件的结果を既に予見したが、過失により自ら責任無能力等の状態に陥れ（類型B1）、あるいは、構成要件的结果を予見することができたが、故意又は過失により自ら責任無能力等の状態に陥れ（類型C1・D1）、そしてそのような状態で故意をもって、その特定故意犯罪を犯した行為者に、過失犯の責任しか問えないことは、必ずしも公共の「法感情」と一致しないし、法益保護の観点からみても、妥当ではないと思われる。しかし、前述の解決策は、こうした場合の行為者に対する故意犯としての処罰を根拠づけることができない。

最後は、行為者が故意又は過失により自らを責任無能力等の状態に陥れたが、原因行為を行った際に、のちの責任無能力等の状態での構成要件的结果の実現に対して、故意だけでなく、過失でさえも持っていなかった場合（場合C）である。こうした場合は、上記のいずれの類型にも属しない。言い換えれば、いわゆる「原因において自由な行為」という範疇の問題になりえない¹²⁶。それゆえ、原因行為を実行行為とする解決策によっても、そうした場合に刑法39条の適用を排除することができない。

第三項 「例外モデル」の問題点

前述のように、通説の構成要件モデルに基づく原因において自由な行為には、裁判実務上、いくつかの問題点がみられる。確かに、原因において自由な行為の理論基礎として、有力説である例外モデルは、理論自体上、「二重の故意」にこだわる必要がなく、「二重の故意」に関する証明の困難を避けることができるし、挙動犯・自手犯の事例をも難なく解決することができるので、実務にとって、魅力的であると思われる。しかし、結果行為を実行行為として捉え、それに対する責任非難を完全責任能力の時点、つまり原因行為の時点に遡って行う例外モデルの基本的立場には、通説に批判された「罪刑法定主義の原則」や「責任能力と実行行為の同時存在の原則」に違反する恐れがあるという懸念は別として、実務適用上の疑問も存在する。

まず、前述したように、例外モデルは、結果行為を実行行為として捉えている。それゆえ、例外モデルのもとで、故意犯・過失犯の成否は、原則的に結果行為時の故意・過失によって判断されるので¹²⁷、理論上、故意の原因において自由な行為の成立には、いわゆる「二重の故意」を要件とする必要はないはず

¹²⁶ Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., 2011, § 11, Rn37.

¹²⁷ 本間一也・前掲注 83) 138 頁参照。

である。しかし、例外モデルは、結果行為を非難する根拠を原因行為時の主観的意思内容に求めるので、多くの例外モデルの支持者も故意犯成立のために、原因行為時の二重の故意が必要であるとしている。すなわち、結果行為時に原因行為時の故意が連続して認められなくてはならないとする例外モデルの立場からすると、故意の原因において自由な行為の成立には、「二重の故意」では足りず、実際上「三重の故意」が必要となるのではないかと思われる¹²⁸。

詳しく言えば、行為者は、完全責任能力であった時点で、責任無能力状態を自ら招来する故意、後の責任無能力状態で故意犯罪をなす故意のいずれも備えていたが、結局、結果行為を過失（あるいは、いわゆる自然的故意）により行った場合（類型 A2）には、構成要件モデルによると、行為者の結果行為時の故意は重要ではないので、彼が故意犯として処罰されることはまだ可能である。それに対し、例外モデルによれば、結果行為時に故意が認められないので、行為者に故意犯罪の責任を負わせられないことになる。すなわち、例外モデルに立脚すれば、いわゆる原因において自由な行為という事例において、実務は、故意犯成立のため、証明困難な「二重の故意」だけでなく、結果行為時に既に精神障害状態に陥った行為者の「（結果行為時の）構成要件的故意」をも認定しなければならない¹²⁹。その結果、理論上、構成要件モデルより、容易に故意の原因において自由な行為を認める例外モデルは、実際上、却って（類型 A1のみ故意犯が成立する）より限定的な適用結果をもたらすことになる。

それだけではなく、実に稀であるが、裁判実務において精神障害の極端な場合も存在している。例えば、統合失調症 (Schizophrenia)、緊張病 (Catatonia)、解離性障害 (Dissociative Disorders)、急性アルコール中毒 (Alcohol Intoxication) などのもっとも重い症状の場合には、行為者が意識喪失等の状態に陥ったために、彼の行為能力でさえも認められない状況がありうるのである。すなわち、そうした場合（類型 A3、B3、C3、D3）には、いわゆる「結果行為」は、行為者の故意・過失どころか、刑法的な行為にも該当しないものになるかもしれない。たとえ挙動犯の場合でも、行為者が結果行為時に行為能力がない限り、例外モデルに基づいて行為者を故意犯として論じるのも困難となる。それゆえ、結果行為を実行行為として捉えて論理を展開してきた「例外モデル」を「行為者が結果行為時に故意又は行為能力がない」というような場合に適用するのは、無理ではないかと考えられる¹³⁰。

¹²⁸ 本間一也・前掲注 83) 139 頁参照。また、例外モデルの立場を採りながら、危険の実現とそれに対する非難の根拠づけを重視し、結果行為時の故意の存在を要求していないのは、中森喜彦「原因において自由な行為」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論 I』（1988 年）243 頁参照。

¹²⁹ 精神障害による責任無能力者の構成要件的故意を判断する際に、第五章で述べる精神障害に基づく錯誤問題が生じうるので、責任無能力者の結果行為時の故意認定は、一般の場合と比べて、必ずしも容易ではないと思われる。

¹³⁰ それについて、「構成要件モデル」と「例外モデル」とは、相互排他的なものではないとし、結果行為が非故意行為の事例において、原因行為を実行行為とする「構成要件モデル」を適用

第四節 場合 A・B・C に対する可能的な解決策

第一項 回避可能性説による解決策

前述したように、いわゆる「二重の故意」を満たしていない限り、結果行為が故意に行われても、通説は、行為者に過失犯の責任しか問えないとしている。それに対して、学説においては、有力な解決策が既に示された。すなわち、事前の落ち度があるがゆえに回避可能である禁止の錯誤の問題との対比に基づいて、逆の解決策が成立する。「回避可能性説」は、責任説の立場から、行為者が故意犯罪を犯すときの責任無能力状態を、回避可能な形で引き起こし、そして、その際にそうした種類の犯罪の遂行を少なくとも予見できた場合には、行為者に故意犯罪の責任を負わせることができると主張している¹³¹。

その理論の根拠を簡単に整理すれば、次のようになる¹³²。まず、責任説に立脚すれば、違法性の意識の可能性は一つの責任要素とされる。行為者の違法性の意識が現実に存在しない場合には、単に違法性の意識に従って当該犯行を思いとどまるという意思形成に欠けるだけで、行為者の故意は排除されないので、違法性の意識の可能性がある限り、故意犯での処罰が認められる。すなわち、事前の努力を通して、違法性の意識に欠ける状態を避けることができれば、その違法性の意識の欠如は、回避可能であり、行為者もそのために免責を主張することができない。そして、回避可能な禁止の錯誤は、行為者の故意犯での処罰を認めるならば、同じく責任要素に属する責任能力に関して、責任無能力の状態が事前の努力によって回避しえた場合も同様に、当該故意犯での処罰を認めることができるはずなのである¹³³。すなわち、行為者が回避不可能な責任無能力または禁止の錯誤の状態で行った場合には、本来的に責任が欠如するのであるとされれば¹³⁴、行為者が回避可能な責任無能力または禁止の錯誤の状態で行った場合には、責任の欠如が認められないという反対解釈も成立しうるはずなのである。ただ、注意すべきなのは、回避可能性説は、行為者が後の故意犯罪の遂行を事前に予見しえたことを必要要件とすることである。なぜなら、こうした場合には結果行為を問責対象とする以上、行為者が事前に後の故意犯罪の遂行を予見しえた場合こそ、行為者に事前努力の喚起と構成要件的结果の回避を義務づけることができるからである。そうでないと、非難の対象は、法の不知または責任能力の喪失それ自体となる¹³⁵。

するのに、結果行為が故意行為の事例において、結果行為を実行行為とする「例外モデル」を適用すると主張しているのは、山口厚・前掲注 90) 258 頁以下参照。

¹³¹ Günter Stratenwerth, a. a. O., § 11, Rn35 f.

¹³² 詳細は、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（二・完）」法学論叢 142 巻 2 号（1997 年）32 頁以下参照。

¹³³ 葛原力三・塩見淳・橋田久・安田拓人・前掲注 2) 205 頁参照。

¹³⁴ Jescheck/Weigend, a. a. O., § 43, S. 476.

¹³⁵ 安田拓人・前掲注 10) 55 頁、同氏・前掲注 132) 42 頁参照。

「回避可能性説」の考え方は、賛同に値すると思われる。まず、「行為の不法を認識する能力がない者は、実際にもそれを認識していないのであり、それゆえ、彼には不法に行為するという認識が欠けており、必然的に、禁止の錯誤の状態で行為するのだ」とされる¹³⁶。すなわち、不法を認識する能力がない場合には、行為者の禁止の錯誤は回避不可能とされている。従って、ドイツには、ドイツ刑法 20 条の規定が、精神的な欠陥による、回避し得ない禁止の錯誤の特別事例とみなされている¹³⁷。もし実務が、回避可能な禁止の錯誤が故意犯での処罰を阻却しないとすれば、回避可能な法の無知か回避可能な責任無能力状態かのいずれの原因によるにせよ、結果行為時に違法性の意識が現実存在しなくても、事前の責任が認められる限り、行為者が結果行為に対し免責されえないとすべきである。そして、事前の努力による「回避可能性」に関する責任判断を実質的に考察すれば、前述した禁止の錯誤の法理は、認識無能力の場合だけでなく、制御無能力の場合にも適用されうると考えられる¹³⁸。

実は、意思の自由・他行為可能性を前提とする答責的人間像に立脚すれば、人間は法規範に従って不法行為の実行を思いとどまることができる存在とされるので、社会構成員間での法規範に従って合法的に行動するという相互の信頼を一時的に破壊した者にのみ、責任非難を加えることができる¹³⁹。すなわち、規範的責任論の観点からみると、行為者に対する責任非難は、彼が当該犯行を思いとどまることが期待可能であったのに、そうしなかったことによって行われる¹⁴⁰。それゆえ、刑法における「責任」の根本的な思想は、(広義の) 期待可能性であると言えよう。責任要素とされている(刑事未成年の規定を含む) 責任能力か違法性の意識の可能性のいずれも、期待可能性を根拠とするものであろう。行為者の責任無能力状態が自招的なものであれば、彼はその状態に陥ったことを回避することができる。更に、行為者が、自ら招いた責任無能力状態での故意犯行について、事前に少なくともその種類の犯行を予見しえた場合には、行為者の違法性の意識や法益侵害の結果を回避する動機が、それゆえに喚起されるので、彼が最終の構成要件的结果を回避することは、最初から期待可能なものとなる。従って、「回避可能性説」が、行為者が後の故意犯罪の遂行を事前に予見しえたことを必要要件とするのは、正当である。「回避可能性説」によれば、場合 A か場合 B のいずれにも、行為者の故意犯の成立が認められうることになる¹⁴¹。

¹³⁶ 安田拓人・前掲注 10) 79 頁参照。

¹³⁷ BeckOK StGB/Eschelbach StGB § 20 Rn. 9.

¹³⁸ 安田拓人・前掲注 132) 38 頁以下参照。

¹³⁹ 安田拓人「他行為可能性と責任」法学教室 371 号 (2011 年) 21 頁以下参照。また、ヴィンフリート・ハッセマー (堀内捷三監訳) 『刑罰はなぜ必要か——最終弁論——』(2012 年) 176 頁以下参照。

¹⁴⁰ 葛原力三・塩見淳・橋田久・安田拓人・前掲注 2) 217 頁参照。

¹⁴¹ もっとも、「回避可能性説」により故意犯が成立する場合には、行為者の刑の減輕可能性に関する、更なる問題が生じる。それについて、安田拓人・前掲注 132) 47 頁以下参照。

確かに、行為者は結果行為時に既に責任無能力等の状態に陥っているので、結果行為を実行行為とする「回避可能性説」の適用結果は、一見すると、実行行為と責任の「同時存在の原則」の例外になるのではないかと考えられる。しかし、それは、あくまで外見上の例外にすぎない。行為者の結果行為は回避可能なものであるし、彼が結果行為を回避することも期待可能である以上、行為者は、結果行為に対し、依然として非難されうる答責的人間である。すなわち、行為者は、実行行為時に、既に責任無能力状態に陥っても、責任の排除を主張することができなく、彼は、責任ある者とされなければならないのである。もっとも、刑法典における明文の規定は好ましいと思われる。それについて、「回避可能性説」の明文化とみなされうる立法例は、いくつかある。スイス刑法 19 条 4 項¹⁴²や台湾刑法 19 条 3 項¹⁴³は、その例であるといえよう。台湾法の部分に関しては、次章で詳細に説明する。

第二項 「完全酩酊罪」：立法による解決策

「回避可能性説」は、行為者が故意又は過失により責任無能力状態を自招する際に、後で実現される特定種類の故意犯罪に対し、少なくとも予見可能であることを要求しているので、場合 A・B での故意犯の処罰問題を解決することができるが、場合 C での故意犯の処罰問題を解決することはできない。すなわち、行為者が責任能力があった際に、後の犯罪を予見していなかったし、予見しなければならなかったともいえない場合には、責任無能力による免責又は限定責任能力による刑の減輕¹⁴⁴に関する刑法 39 条の規定が適用されなければならない。しかし、そうした場合において、行為者が自らの責任能力の排除又は減少に対して、なお一定の落ち度があるとみなされることもありうる。とりわけ、自招的に引き起こされた酩酊が行為者に免責的效果を与えうるということは、公共の感情にとっては非常に受け入れられにくいものであると思われる¹⁴⁵。

それについて、ドイツ刑法 323a 条の「完全酩酊罪」の規定は、立法による解決策を示す¹⁴⁶。ドイツ刑法 323a 条の規定によれば、行為者が、責任無能力

¹⁴² スイス刑法 19 条 4 項は、「行為者が責任無能力又は責任能力減少を回避することができ、かつ、その際に、こうした状態で実行された行為を予見することができた場合、1 項から 3 項までの規定は適用されない」と定めている。(原文：Konnte der Täter die Schuldunfähigkeit oder die Verminderung der Schuldfähigkeit vermeiden und dabei die in diesem Zustand begangene Tat voraussehen, so sind die Absätze 1-3 nicht anwendbar.)

¹⁴³ 台湾刑法 19 条 3 項は、「前二項の規定（責任無能力による免責および限定責任能力による刑の減輕に関する規定）は、故意又は過失により自ら招いた場合、適用されない」と定めている。

¹⁴⁴ もっとも、限定責任能力の法律効果が「その刑を減輕する」ではなく、「その刑を減輕することができる」と定められている場合（例えば台湾刑法 19 条 2 項やドイツ刑法 21 条）には、こうした問題が生じない。

¹⁴⁵ Günter Stratenwerth, a. a. O., § 11, Rn38.

¹⁴⁶ ドイツ刑法 323a 条 1 項の規定は、次のようになる。すなわち、「故意又は過失によって、ア

状態での構成要件的结果の実現に対し、事前の故意・過失に欠けても、故意又は過失によってその状態を惹起すれば、5年以下の自由刑又は罰金に処せられる。すなわち、場合Cにおける行為者への処罰問題は、刑法総論に置かれ、犯罪論の原理によって扱われるわけではなく、刑法各論における独立した犯罪として扱われる。そうした規定の存在は、場合Cにおける責任無能力による免責規定の適用を通常の刑法原理によって排除することを断念したが、もっぱら刑事政策的な配慮の下で、行為者が完全な免責を得てはならないことを明白に示す。それゆえ、学説は、そのような規定がまさに「原因において自由な行為」という法理の不必要性を明らかにするものとしている¹⁴⁷。

確かに、前にも述べたように、自招的な酩酊による責任無能力が免責的效果を持ち得るということは、必ずしも一般社会の法感情と一致していない。しかし、ドイツ刑法 323a 条の「完全酩酊罪」のような立法的な解決策は、責任原理に反するものではないかという批判に立ち向かわなければならない¹⁴⁸。その根本的な理由は、前述した「回避可能性説」が行為者の事前の予見可能性を要求する理由と一致すると思われる。すなわち、「完全酩酊罪」は、責任無能力状態での犯行よりも、むしろ「酩酊行為」それ自体を非難の対象とする。そして、ドイツ刑法 323a 条を例として、最高5年の自由刑という法定刑が、「自ら酩酊状態に陥るといふ不法」に対する反作用としては高すぎる一方、「酩酊状態下の行為の不法」に対する反作用としては低すぎる、というジレンマも生じうる¹⁴⁹。すなわち、そうした規定の法定刑を決定することは、かなり困難であろうと思われる。それゆえ、責任原理と刑事政策的な配慮との間にある衝突の下で、「完全酩酊罪」のような法律の制定に対する賛否を検討する際に、より慎重な態度をとらなければならないと思われる。

第三項 実務における解決策の適用順序¹⁵⁰

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」とされている。類似した立法例について、例えば、オーストリア刑法第287条第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」と定めている。上記の条文の訳は、吉田敏雄によるものである。吉田敏雄・前掲注81)2頁参照。

¹⁴⁷ Markus D. Dubber /Tatjana Hornle 『Criminal Law: A Comparative Approach』 (2014) ,p. 290.

¹⁴⁸ Markus D. Dubber /Tatjana Hornle, a. a. O., p286ff.

¹⁴⁹ ウルフリット・ノイマン (葛原力三訳) 「刑法解釈学の方法論的問題としての『原因において自由な行為』」 ノモス第 18 号 (2006 年) 66 頁。

¹⁵⁰ ここでの考えは、基本的に安田拓人・前掲注 122) 338 頁以下の内容から示唆を得た。

自招的な責任無能力等の状態での犯行に対する、実務における可能的な解決策の適用順序を検討してみよう。まず、行為者が完全な責任能力であった時に行った原因行為を実行行為とする解決策から故意犯の成立について検討する。その際に、(原因において自由な行為といってもよいが) 通常の刑法原理を通して、行為者の「二重の故意」に基づいた原因行為が、結果行為と因果性・帰属可能性が認められる場合には、行為者が故意犯として処罰されることになる。すなわち、場合 A を除いて、グループ A のいずれの類型においては、こうした解決策により故意犯が成立しうる。

行為者が「二重の故意」に欠けた、あるいは、原因行為が結果行為と因果性・帰属可能性が認められなかった(場合 A を含む) 場合には、続いて結果行為を実行行為とする解決策、つまり「回避可能性説」に従い、行為者の故意犯としての責任が成立しうるかを検討する。その際に、行為者には、結果行為時の故意と原因行為時の「二重の過失」があれば、故意犯が成立しうることになる。すなわち、行為者が、後の自招的な(その意味で少なくとも過失的な) 責任無能力等の状態によって惹起される不法行為を少なくとも予見しえたことは、結果行為の故意犯の成立にとって、既に足りると思われる。それゆえ、実務は、場合 A か場合 B (類型 B1・C1・D1) のいずれにも「回避可能性説」によって故意犯での処罰を認めることができる。

通常の刑法原理(原因において自由な行為)か「回避可能性説」のいずれの解決策によっても、行為者に故意犯の責任を問うことができない場合には、「完全酌量罪」のような規定がない限り、従来の過失犯の構造に従って、行為者の一連の行為から、過失犯の成否を検討する。

※自招的な責任無能力等の状態下の犯行に対する検討順序：

ステップ 1：原因行為を実行行為とし、故意犯の成否を検討する。

理論根拠：通常の刑法原理（「二重の故意」を前提とする原因において自由な行為）

故意犯の成立：類型 A1・A2・A3



ステップ 2：結果行為を実行行為とし、故意犯の成否を検討する。

理論根拠：回避可能性説

故意犯の成立：類型 A1（場合 A）・B1・C1・D1（場合 B）



ステップ 2.5：「完全酌酐罪」のような規定があれば、その犯罪の成否を検討する。

理論根拠：刑事政策

故意犯の成立：場合 C



ステップ 3：行為者の一連の行為に対し、過失犯の成否を検討する。

理論根拠：従来の過失犯の構造

過失犯の成立：類型 B2・B3・C2・C3・D2・D3

第四章 台湾法における原因において自由な行為

第一節 原因において自由な行為に関する台湾法の状況

第一項 刑法 19 条に関する法改正

責任能力に関する台湾刑法（以下、刑法という）19 条は、2005 年に改正される前、長い間「心神喪失者の行為は、罰しない。」（1 項）、「精神耗弱¹⁵¹者の行為は、その刑を減輕することができる。」（2 項）と定めていた。日本刑法 39 条と同じく、刑法 19 条 1 項・2 項は、心神喪失及び精神耗弱の法的効果のみを規定し、心神喪失及び精神耗弱の意義について、もっぱら解釈に委ねていた。しかし、その定義は、あまりにも不明確であるので、2005 年の刑法改正にあたって、刑法 19 条 1 項・2 項の規定は、生物学的方法と心理学的方法を併用するドイツの立法例を参照し、「行為時に、精神障害若しくはその他の心理的欠陥のため、行為の違法を弁識し又はその弁識に従って行為する能力がない者は、罰しない」（1 項）、「行為時に、前項の理由により、行為の違法を弁識し又はその弁識に従って行為する能力が著しく減弱していたときは、その刑を減輕することができる」（2 項）と改正された。

それだけではなく、刑法は、責任無能力と限定責任能力に関する 19 条 1 項・2 項の文言を改正するとともに、「前二項の規定は、故意又は過失により、自ら招いた場合に、適用されない」（3 項）という規定をも新設した。その立法理由は、「責任能力の有無とその程度は、犯罪有責性の判断要件の一つである。責任能力の判断については、通説の規範責任論によると、行為者が実行した構成要件に該当する違法な行為に対し、その者の行為の違法を弁識し又はその弁識に従って行為する能力を判断しなければならない。行為者の前述した能力の欠如又は著しい減弱が、行為者の自らの故意又は過失により招かれたものであれば、彼が責任無能力又は限定責任能力に属しないと云わざるを得ない。故を持って、外国の立法例を参照し、そのことを 3 項に明定する」とされる¹⁵²。刑法 19 条 3 項の立法理由は、原因において自由な行為にはっきりと言及していないが、実務においても学説においても、その規定を原因において自由な行為という法理の明文化として考えるのが、一般的な見解である。

第二項 刑法改正前後の重要判例

¹⁵¹ 台湾刑法は、「心神耗弱」でなく、「精神耗弱」という漢字を使っていた。本文は、法典の漢字用法に従う。

¹⁵² 刑法 19 条 3 項の立法理由は、「立法院法律系統」ウェブサイトで公表されている。〈<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?000820DAB3EA000000000000000014000000004FFFFFA00^04536094010700^00085001001>〉（アクセス日：2018 年 12 月 6 日）。

第一目 改正前の判例

台湾の判例実務は、2005年刑法改正の前に、法の明文がなかったにもかかわらず、原因において自由な行為という法理を認めていた。一般的にリーディングケースとして認められるのは、最高裁28年上字第3816号判決（1939年1月1日）である。最高裁は、この判決において、次のように述べた。すなわち、「被告人が飲酒の前にすでに犯罪の故意を有し、酒の力をもって犯罪の勇気を付けるために、酔っ払うまで飲酒した場合には、彼の犯罪時の精神状態を問わず、法律によって処罰されるべきなのである。被告人が飲酒し始めた際に犯罪意図がなく、ただ偶然に酔っ払うまで飲酒し、そして心神喪失又は精神耗弱に陥り、犯罪をなした場合には、彼の心神喪失による行為を処罰すべき、あるいは、彼が精神耗弱であってもその刑を減輕することができないといえないのである」とされる。

最高裁は、この判決において、結果行為時に既に責任無能力又は限定責任能力状態に陥った行為者に、責任無能力による免責ないし限定責任能力による刑の減輕に関する適用を排除するため、彼が完全責任能力があった時に、自ら招いた責任無能力等の状態を利用し、結果行為の犯罪をなす故意を有したことを要求した。その後の判例は、大体、こうした立場に沿ってきた。たとえば、台北高裁89年度上訴字第2491号判決（2000年8月25日）は、「いわゆる『原因において自由な行為』とは、行為者が犯罪事実の発生に対し、既に故意を有し、あるいは、彼がふだんからある種類の悪癖を有する上に、自らを心神喪失又は精神耗弱の状態に陥れるために、自らを酔っ払わせて、その状態を利用し、犯罪構成要件を実現することを指す」と判示した。高雄高裁90年度交上訴字第18号判決（2001年4月25日）も、「いわゆる『原因において自由な行為』とは、原因行為時に一定の法益侵害の故意を有し、そして故意をもって、自ら精神障害状態に陥る場合を指す」と述べた。すなわち、実務は、いわゆる原因において自由な行為という事案において、「二重の故意」を重視していた。

第二目 改正後の判例

2005年刑法改正後、原因において自由な行為に関する、もっとも代表的な判例は、最高裁96年度台上字第6368号判決（2007年11月22日）である。最高裁は、この判決において、刑法19条3項を原因において自由な行為の明文規定として認めた上で、刑法19条3項の適用要件を次のように述べた。すなわち、「刑法19条3項の原因において自由な行為とは、行為者は、そもそも精神・知能正常であり、完全責任能力であった時に、犯罪の故意を有し、そして犯罪を遂行するために、故意に自らを精神障害又は知能欠陥の状態に陥れ、そして行為の違法を弁識し又はその弁識に従って行為する自我制御能力がな

い又は著しく減弱していた際に、当該犯罪を実行する、あるいは、すでに犯罪故意を有したが、たまたま過失により精神障害又は知能欠陥の状態に陥り、そして果たして当該犯罪を犯す、なおさら、犯罪故意を有しなかったが、客観において注意すべきかつ注意することができた若しくは予見しえた犯罪に対し、主観において注意しなかった又はその結果が発生しないであろうと信じ、故意又は認識ある過失・認識なき過失により自らを精神障害又は知能欠陥の状態に陥れ、そして当該犯罪行為を行うということを指す。それ故、原因において自由な行為の行為者が、完全刑事責任能力であった原因行為の時に、犯罪を構成する事実に対し、故意を有した又はその発生を予見することができた以上、自らを精神障害、知能欠陥の状態に陥れない及び犯罪を犯さないという期待可能性を有する。それにもかかわらず、犯罪の故意に基づいて、あるいは注意すべきかつ注意することができた、若しくは予見しえた犯罪事実に対し、故意又は過失などの行為者に帰責しうる原因によって、自らを精神障害又は知能欠陥の状態に陥れ、犯罪行為を行ったことに至る行為者は、精神、知能の正常状態下の犯罪行為と同じように処罰されるべきである。故を以て原因において自由な行為の行為者が、精神、知能状態が正常であった原因行為の段階において、犯罪事実に対し、故意を持った又は注意すべきかつ注意することができた若しくは予見しえたのでなければならない。それは、犯罪行為者が行為時に責任能力を有する場合にのみ処罰されうるという原則に合致する」とされる。最高裁は、その後、99年度台上字第6035号判決（2010年9月30日）において、同じ要旨を強調した。

上記の最高裁判決（以下、最高裁2007年判例という）は、実行行為と責任能力の同時存在の原則に従い、原因において自由な行為を、(1) 行為者が、完全責任能力であった時に、特定犯罪を犯す故意を有し、責任無能力又は限定責任能力状態に陥った原因行為を故意に行い、そして結果行為によりその故意の内容を実現した場合（つまり故意×故意の類型、以下グループAという）、(2) 行為者が、完全責任能力であった時に、特定犯罪を犯す故意を有したが、原因行為を過失により行い、そして結果行為によりその故意の内容を実現した場合（つまり故意×過失の類型、以下グループBという）、(3) 行為者が、完全責任能力であった時に、特定犯罪を犯す故意を有しなかったが、結果行為により発生された構成要件該当結果に対し、予見可能であり、そして原因行為を故意に行い、結果行為段階で構成要件該当結果を実現した場合（つまり過失×故意の類型、以下グループCという）、(4) 行為者が、完全責任能力であった時に、特定犯罪を犯す故意を有しなかったが、結果行為により発生された構成要件該当結果に対し、予見可能であり、そして原因行為を過失により行い、結果行為段階で構成要件該当結果を実現した場合（つまり過失×過失の類型、以下グループDという）という四つの類型に分類した。

更に、最高裁2007年判例は、刑法19条3項の適用に関し、次のような立場

を示した。すなわち、刑法 19 条 3 項の法文は、単に「前二項の規定は、故意又は過失により、自ら招いた場合に、適用されない。」と定めており、行為者の責任能力があった時の故意・過失について、何の言及もないにもかかわらず、最高裁は、刑法 19 条 3 項を適用し、行為者の責任無能力による免責又は限定責任能力による刑の減軽を排除するため、行為者の自ら招いた責任無能力等の状態に陥ることに対する故意・過失だけでなく、彼の構成要件的结果に対する事前の故意・過失も必要とされなければならないと判示した。最高裁が被告人の結果行為時の故意・過失を別に検討しておらず、もっぱら原因行為時の故意・過失に着目したが故に、学説は、実務の立場が「構成要件モデル」であると評価している¹⁵³。

最高裁 2007 年判例の影響を受けて、台湾実務は、一般的に刑法 19 条 3 項を原因において自由な行為の明文規定として理解し、そして行為者の事前の故意・過失をも刑法 19 条 3 項の適用要件としている。例えば、台北高裁 98 年度上訴字第 4217 号判決（2009 年 12 月 10 日）は、『前二項の規定は、故意又は過失により、自ら招いた場合に、適用されない』という規定は、まさに学理上のいわゆる『原因において自由な行為』である。それは、責任無能力による免責又は限定責任能力による刑の減軽に対する例外規定である。そして、行為と罪責との同時存在原則という基本的な要求に基づいて、行為者が原因行為時に、結果行為の発生に対し故意を有し、あるいは、予見することができたにもかかわらず、自らを同条 1・2 項の精神状況に陥れ、結果行為を実行する場合のみは、その規定に該当する」と述べた。

第三項 刑法 19 条 3 項に対する学説の批判

刑法 19 条 3 項の法改正に対し、学説は、その規定を原因において自由な行為の明文化として認めつつ、強い批判をも加えている。すなわち、刑法 19 条 3 項は、行為者の原因行為時の責任無能力・限定責任能力状態を自招する故意又は過失のみを規定し、行為者の結果行為に対する事前の故意又は過失に全く言及していないので、原因において自由な行為という法理を十分に把握することができないというのである¹⁵⁴。そして、法文は、行為者が完全責任能力状態であった原因行為時に、既に結果行為を実現させる故意又は過失を有しなければならないということを明言していないので、文理解釈上、例えば、行為者が飲酒時に、殺人に対する故意又は予見可能性がなかったのに、彼が故意又は過失により、自らを責任無能力・限定責任能力状態に陥れ、殺人罪を犯した場合

¹⁵³ 王皇玉『刑法總則修訂二版』（2016 年）326 頁、林東茂『刑法綜覽（2016 修訂版）』（2016 年）1-158 頁（注 17）、許恒達「殺人未遂與原因自由行為——評最高法院 96 年度台上字第 6368 號刑事判決」裁判時報 12 號（2011 年）76 頁以下参照。もっとも、実務における刑法 19 条 3 項の実際の適用は、「構成要件モデル」と一致していない。詳細は、後述する。

¹⁵⁴ 林山田『刑法通論（上冊）増訂十版』（2008 年）396 頁参照。

において、刑法 19 条 3 項が適用され、行為者が 19 条 1 項・2 項の免責又は刑の減輕を主張しえないことも可能となる¹⁵⁵。しかし、その適用結果は、既に「原因において自由な行為」という法理の内容を逸脱するし、責任原理にも反する¹⁵⁶。それだけではなく、行為者の事前の結果行為に対する故意・過失を要求していない 19 条 3 項の法文は、ドイツ刑法 323a 条「完全酩酊罪」のような規定とみなされてしまう恐れもあると指摘されている¹⁵⁷。

それゆえ、刑法 19 条 3 項の規定を原因において自由な行為という法理の明文化として認める通説に対し、少数説は、刑法 19 条 3 項が、構造上、原因において自由な行為の法理と類似しているが、實際上、原因において自由な行為の問題を扱う規定ではなく、ただ責任排除に関する例外の規定であると主張する。すなわち、刑法 19 条 3 項は、依然として責任無能力・限定責任能力状態での結果行為を非難対象とし、そして、それらの状態が自招的なものであるので、例外的に行行為者の責任能力が欠如していないとみなし、19 条 1 項・2 項の適用を排除するのである¹⁵⁸。

また、後述のように、立法者は（旧）スイス刑法 12 条の規定を参考し、刑法 19 条 3 項を制定した。しかし、2006 年にその規定が「行為者が責任無能力又は責任能力減少を回避することができ、かつ、その際に、こうした状態で実行された行為を予見することができた場合、1 項から 3 項までの規定は適用されない」と改正された（現行スイス刑法 19 条 4 項）。学説は、現行スイス刑法 19 条 4 項の規定が、「構成要件モデル」論者に支持されていた、行為者の事前の結果行為に対する意図（Absicht）という要件を既に削除し、原因行為時の必要な主観的要件の程度を下げ、そして「責任無能力等の状態を回避しえたこと」及び「結果行為に対し予見可能であったこと」しか要求しないことにより、一部の「例外モデル」の支持者の見解とほぼ一致するので、スイス刑法の立法例を参考した刑法 19 条 3 項の規定も、「例外モデル」の観点に基づいて解され得ると指摘した¹⁵⁹。

第二節 実務における刑法 19 条 3 項の適用に関する検討

既に述べたように、2005 年刑法改正後、実務は、いわゆる原因において自由な行為という事案において、主に最高裁 2007 年判例に従い、刑法 19 条 3

¹⁵⁵ 黄惠婷「在『原因自由行為』概念下檢討新法第十九條第三項」司法院編『新修正刑法論文集（民國 95 年 7 月 1 日施行）』（2006 年）171 頁以下参照。

¹⁵⁶ 許澤天「對 2005 年 1 月刑法總則篇『刑事責任』、『未遂犯』及『正犯與共犯』章修改之評釋」台灣本土法學 67 期（2005 年）106 頁参照。

¹⁵⁷ 蔡惠芳「責任能力與原因自由行為」月旦法學教室 37 期（2005 年）83 頁、陳志輝「刑法第十九條第三項之適用限制－臺灣高等法院臺南分院一〇二年度侵上訴字第九四六號刑事判決評析」裁判時報 32 期（2015 年）42 頁、林山田・前掲注 154）396 頁参照。

¹⁵⁸ 柯耀程『刑法總論釋義－修正法篇（上）』（2006 年）213 頁以下参照。

¹⁵⁹ 許恒達「原因自由行為的刑事責任」同氏著『法益保護與行為刑法』（2016 年）367 頁参照。

項の規定を適用してきた。しかし、個々の具体的事案において、実務の判断標準や刑法 19 条 3 項の適用結果は、必ずしも原因において自由な行為という法理と一致しない。なぜなら、学説に指摘されたとおりに、刑法 19 条 3 項の法文は、単に行為者の責任無能力等の状態に陥ることに対する故意・過失のみを規定し、事前の結果行為に対する故意・過失について、まったく言及していないからである。それゆえ、実務にとって、もっとも重要なのは、「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」との区別である。すなわち、どのような場合に、刑法 19 条 3 項を適用し、行為者の故意犯の成立を認めうるのかが、問題となる。

それに関して、最高裁 2007 年判例は、法の明文がないにもかかわらず、刑法 19 条 3 項の適用をグループ A・B・C・D という四つの類型に分類し、行為者の事前の結果行為に対する故意・過失を要求したが、故意犯の成立要件をはっきり説明していなかった。理論上、「二重の故意」を原因において自由な行為の要件とすれば、グループ A の場合に、故意犯が成立し、グループ B・C・D のいずれの場合に、過失犯のみが成立するはずなのである。しかし、2005 年刑法改正前に「二重の故意」を重視していた実務の立場は、刑法改正後に一転した。すなわち、近年の実務は、グループ B の場合において、故意犯の成立を認めている。それだけではなく、グループ C・D の場合において、故意犯の成立を認めた判例もいくつかある¹⁶⁰。

実務は、一般的に刑法 19 条 3 項の規定を原因において自由な行為の明文化とみなしているが、実際の適用は、却って「二重の故意」を要件とする、通説の原因において自由な行為の法理と異なる。こうした結果は、おそらく第三章で述べた「二重の故意」に対する立証の困難にも関連するのではないかと考えられる。既に述べたように、いわゆる「二重の故意」は、結果行為の段階ではなく、原因行為の段階に存在するので、(事前の)「自ら招いた責任無能力・限定責任能力状態での特定犯罪をなす故意」又は「責任無能力・限定責任能力状態を招来する故意」の証明には、一般の構成要件に該当する形での故意に対する証明よりも、判断素材になりうる客観的な事象・証拠が、著しく不足していると思われる¹⁶¹。それゆえ、実務において、「二重の故意」が認められる場合

¹⁶⁰ 例えば、台北高裁 102 年度上訴字 1989 号判決 (2013 年 11 月 14 日)、新北地裁 102 年度訴字 2079 号判決 (2014 年 10 月 21 日)、103 年度重訴字 41 号判決 (2014 年 2 月 13 日)、台北地裁 104 年度侵訴字 36 号判決 (2016 年 10 月 14 日) など。

¹⁶¹ それゆえ、多くの判例は、やむをえず、行為者の酒癖や酒酔いによる前科・前歴などの証拠により、彼の「事前の結果行為に対する故意」を認定した。しかし、そのような立証は、前に述べたように、単純な予断になりかねず、事実認定を誤らせる危険がある。そして、その判断の標準も不明確なままである。例えば、高雄地裁 101 年度重訴字第 22 号判決 (2013 年 6 月 10 日) のような殺人事件において、各審級の裁判所は、同じく被告人の酒癖や酒酔いによる前科・前歴に基づいて「事前の結果行為に対する主観的要素」を判断したが、それぞれ「過失」(第一審)、「無故意過失」(第一次差戻審)、「未必の故意」(第二審、第二次差戻審) という異なった結論を下した。

は、実に少ない。すなわち、「二重の故意」を刑法 19 条 3 項の必要要件とすれば、刑法 19 条 3 項が僅かな場合にしか適用されないことが想定できるので、その規定は、空文になりかねない。

更に故意犯と過失犯との法定刑の差を配慮すれば、実務の「二重の故意」にこだわっていない立場も理解不能ではない。例えば、刑法 271 条 1 項の殺人既遂罪の法定刑は、死刑又は無期若しくは 10 年以上の有期懲役であるのに対し、刑法 276 条 1 項の普通過失致死罪の法定刑は、2 年以下の有期懲役又は拘留若しくは 60000 台湾元以下の罰金にとどまる¹⁶²。すなわち、刑法典における故意犯と過失犯との刑罰効果には、極めて大きな差が存在するのである¹⁶³。近年、飲酒酩酊や薬物乱用による犯罪は、増える一方であり、交通犯罪を除いて、その大部分は暴力犯罪である。アルコールや薬物により自らを精神障害状態に陥れ、そして責任無能力等の状態で、事前に多かれ少なかれ予見しえた（時々残酷な）暴力犯罪をなした行為者に対し、刑罰効果がかなり軽い過失犯の責任のみを負わせる（過失犯の規定がない場合に責任無能力による免責効果を与える）のは、おそらく公共の法感情と明らかに一致しないであろうと思われる。

実務のこうした傾向を踏まえて、最高裁 105 年度台上字 3138 号判決（2016 年 11 月 30 日。以下、最高裁 2016 年判例という）は、次のように述べた。すなわち、「刑法 19 条 3 項の規定によって、原因において自由な行為は、『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』との二つの類型に分けられる。更に、そもそも犯罪の故意を有し、故意又は過失により自らを精神障害の状態に陥れ、犯罪を実行した場合、そして、はじめから犯罪の故意を有しなかったが、故意又は過失により自らを精神障害の状態に陥れ、主観上、法益侵害を予見することができたにもかかわらず、客観的な注意義務に違反し、犯罪結果をもたらした場合などの異なった類型に細分しうる。刑法 19 条 3 項に示される通りに、あらゆる原因において自由な行為の類型は、同条 1 項・2 項の免責又は刑の減輕の規定を適用しえない。しかしながら、『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』とは、依然として異なった類型に属し、行為者に対する責任非難及び刑罰評価の程度について、著しい差異をも有するので、量刑の際に酌量されてはいけないとはいえない」とされる。

最高裁 2016 年判例は、二つの重要な意義を示した。まず、2016 年判例は、2007 年判例の分類を基本的に認めつつ、刑法 19 条 3 項の規定がいずれの類型にも適用しうることを強調した。すなわち、最高裁 2016 年判例は、「二重の故意」が刑法 19 条 3 項の必要要件ではないことを明言した。そして、自招的な

¹⁶² 台湾刑法には、日本刑法 211 条後段の「重過失致死傷罪」のような規定がないので、殺人既遂罪と普通過失致死罪との法定刑には、大きなギャップが存在する。

¹⁶³ もっとも飲酒運転により人を死亡させた者は、3 年以上 10 年以下の有期懲役に処する刑法 185 条の 3 の規定が存在するが、運転以外の手段で、酩酊行為や薬物乱用により人を死亡させた者に対し、その規定は適用されえない。

責任無能力等の状態が故意によるものにせよ、過失によるものにせよ、刑法 19 条 3 項を適用する結果は、同じく行為者が同条 1 項の免責又は 2 項の刑の減輕を主張することができないのである。それゆえ、最高裁 2016 年判例は、学説の見解と異なり、「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」とを区別する実益が故意犯と過失犯との成立に関係なく、単に量刑事情に関連するという立場を示した。

以上の検討を通じて、刑法 19 条 3 項の適用に関する実務の考え方は、既に学説（特に通説）による原因において自由な行為の法理内容を逸脱したことがわかる。しかし、実務の、グループ A・B・C・D のいずれの場合においても、刑法 19 条 3 項を適用し、故意犯の成立を認めうるという立場は、法の明文に反していない。本稿によれば、刑法 19 条 3 項の規定それ自体と実務の適用の結果が、まさに回避可能性説の理論と一致するのではないかと思われる。それについて、次節で検討する。

第三節 台湾法における回避可能性説の適用可能性

第一項 立法過程の探究

前述したように、実務と学説の通説は、刑法 19 条 3 項の規定を原因において自由な行為の明文化として認めているが、刑法 19 条 3 項の規定には、果たして原因において自由な行為の理論内容に合致するかという疑義が存在する。それは、当然ながら、刑法 19 条 3 項が事前の結果行為に対する故意・過失を規定していないことに関連する。そうした疑義を解明するために、刑法 19 条 3 項を巡る国会審議の過程を検討しなければならない。

まず、刑法 19 条 3 項の現行条文は、行政院・司法院に提出された草案（以下、行政院草案という）に基づいたものである。行政院草案は、草案総説明において、刑法 19 条 3 項の規定を新設する理由について、次のように説明した。すなわち、「行為者の主観的性格は、そもそも常人と異なったものではないならば、彼は、故意又は過失により自らを精神障害状態に陥れた場合において、もとよりその精神状態を利用し犯罪をなすつもりか否かを問わず、既に自分の反社会的性格を充分に表した故に、可罰的である（学説が原因において自由な行為という）。もし法律は、自招的な責任無能力又は限定責任能力者が、免責又は刑の減輕を主張することを許せば、社会秩序が維持されなくなり、刑事政策においては妥当ではない。……オーストリア刑法やスイス刑法の立法例を参考にし、故意又は過失による自招的な精神障害状態での実行された犯罪行為が、19 条 1 項『罰しない』又は 2 項『その刑を減輕することができる』を適用することができないという規定を新設する」とされる¹⁶⁴。行政院草案は、改

¹⁶⁴ 立法院第五屆第二會期第十次會議議案關係文書 203 頁参照。

正草案対照表において、そのオーストリア刑法やスイス刑法の立法例とは、オーストリア刑法 35 条¹⁶⁵と（旧）スイス刑法 12 条¹⁶⁶であることを説明した¹⁶⁷。

しかし、オーストリア刑法 35 条は、単なる限定責任能力に対する刑の減輕の規定が、麻酔薬などのものを使って、自らを限定責任能力状態に陥れ、犯行を行った場合に適用されないことを示すだけである。すなわち、オーストリア刑法 35 条が、そもそも限定責任能力の量刑事項に関する規定であり、原因において自由な行為の理論に関する規定ではないので、学説は、立法理由がその規定を引用したのは間違っただけだと指摘した¹⁶⁸。更に、（旧）スイス刑法 12 条は、「刑法 10 条と 11 条の規定は、行為者自分自身が、意識の重大な変調又は障害の状態において罪となるべき行為をなそうという意図で、その状態を招来した場合に、適用されない」と定めていた。すなわち、（旧）スイス刑法 12 条は、行為者が原因行為の時点に、既に責任無能力又は限定責任能力状態での結果行為を犯す意図を有しなければならないことを明示していた。それにもかかわらず、刑法 19 条 3 項は、前に述べたように、結果行為に対する（事前の）主観的要件について、何も言及していない。

更に、国会審議にあたって、立法委員（国会議員相当）陳根徳らは、行政院草案の規定が、故意の原因において自由な行為の実質内容を表わすことができない上に、過失の原因において自由な行為の場合を故意の原因において自由な行為として論じる恐れもあると批判し、「前二項の規定は、犯罪を意図するまたは免責を図るために、自らを行為の違法を弁識し又はその弁識に従って行為する能力がない状態に陥れた者に、適用されない。」という異なった草案を提出した（以下、陳根徳草案という）¹⁶⁹。しかし、審議の結果は、行政院草案を採用した。そして、立法者は、公表された立法理由において、前述した草案総説明のように、カッコ書きにおいて「学説が原因において自由な行為という」の文言を言及しておらず、単に「行為者の前述した能力の欠如又は著しい減弱が、行為者の自らの故意又は過失により招かれたものであれば、彼が責任無能力又は限定責任能力に属しないと云わざるを得ない」と述べた。

本稿によれば、次の理由で、現行の刑法 19 条 3 項が、行為者が完全責任能力であった時点での結果行為に対する主観的要件を規定しないのは、おそらく立法者の意識的な省略ではないかと思われる。すなわち、(1)行政院草案は、草案総説明において、行為者が故意又は過失により自らを精神障害状態に陥れた

¹⁶⁵ 原文：「Hat der Täter in einem die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließenden Rauschzustand gehandelt, so ist dies nur insoweit mildernd, als die dadurch bedingte Herabsetzung der Zurechnungsfähigkeit nicht durch den Vorwurf aufgewogen wird, den der Genuß oder Gebrauch des berauschenden Mittels den Umständen nach begründet.」。

¹⁶⁶ 原文：「Die Bestimmungen der Artikel 10 und 11 sind nicht anwendbar, wenn die schwere Störung oder die Beeinträchtigung des Bewusstseins vom Täter selbst in der Absicht herbeigeführt wurde, in diesem Zustande die strafbare Handlung zu verüben.」。

¹⁶⁷ 立法院第五屆第二會期第十次會議議案關係文書 247 頁参照。

¹⁶⁸ 許澤天・前掲注 156) 107 頁、許恒達・前掲注 159) 364 頁以下参照。

¹⁶⁹ 立法院第五屆第三會期第六次會議議案關係文書 377 頁、418 頁以下参照。

限り、彼が「もとよりその精神状態を利用し犯罪をなすつもりか否かを問わず」、可罰的であることを明言した。すなわち、草案の起草者は、はじめから行為者の事前の結果行為に対する故意を刑法19条3項の適用要件としていないこと、(2)行政院草案は、行為者の事前の責任無能力等の状態で結果行為を犯す意図を要件とした(旧)スイス刑法12条の規定を参考にした以上、行為者の事前の結果行為に対する主観的要素を問題視していなかったわけではないはずである。とりわけ、行為者の事前の故意の問題を意識し、それを刑法19条3項の要件とした陳根徳草案も提出されたが、国会は、審議の末に、行政院草案の規定内容を採用したこと、(3)立法者は、公表された立法理由において、「原因において自由な行為」の文言又はその理論の内容にまったく触れておらず、却って規範責任論を挙げて、単に故意又は過失により自らを精神障害状態に陥れた者を、責任無能力者や限定責任能力者とみなすべきではないと説明したことである。

国会審議の経過及び立法者の意思を踏まえると、刑法19条3項は、いわゆる「原因において自由な行為」という法理の明文化よりも、むしろ故意・過失と責任能力との同時存在の原則に対する、一つの例外の規定とみなされるべきである。すなわち、刑法19条3項のもとに、故意又は過失により自らを精神障害状態に陥れた行為者は、責任無能力又は限定責任能力状態で行われた結果行為に対し、依然として完全な責任を負わなければならないのである。

第二項 刑法典と判例との整合

既に第三章で述べたように、回避可能性説とは、責任説に基づいた回避しえた禁止の錯誤に関する判断枠組を、回避しえた責任無能力の場合に応用する理論である。それについて、禁止の錯誤に関する刑法16条の規定は、「正当の理由があつて回避しえなかった場合を除いて、法律を知らなかったとしても、そのことによって、刑事責任がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる」と定めている。刑法は、禁止の錯誤を故意に関する13条又は過失に関する14条において論じておらず、独立した16条において規定し、そして「責任」という文言を用いているので、一般的に責任説として考えられる¹⁷⁰。判例も刑法16条の規定を責任説に基づいたものとしている¹⁷¹。すなわち、刑法は、明文をもって違法性の意識の可能性を一つの責任要素とし、回避しえた禁止の錯誤に陥った行為者への責任免除を認めていない。こうした責任説の立場は、回避可能性説の理論根拠と一致する。

¹⁷⁰ 黄榮堅『基礎刑法學(下)』(2012年)657頁、林鈺雄『新刑法總則六版』(2018年)342頁参照。

¹⁷¹ 最高裁100年度台上字156号判決(2011年1月13日)は、「刑法16条によって規定されている違法性錯誤は、責任説に基づいたものである。すなわち、違法性錯誤は、その情状により、正当な理由があつて回避し得なかった場合に刑事責任を免れ、犯罪の成立を阻却するのに、回避しえた場合に、犯罪の成立を阻却することができなく、ただ情状によりその刑を減輕することができるという異なった法律効果に区別される」と判示した。

刑法 19 条 3 項の適用要件に関しては、立法過程及び法の明文から、故意犯での処罰には、行為者の責任無能力等の状態が回避しえた（故意・過失による）ものであれば足り、事前の結果行為に対する故意が必要とされていないことがわかる。また、前述したように、判例は、刑法 19 条 3 項の適用をグループ A・B・C・D という四つの類型に分類し、そして、いずれの類型にも刑法 19 条 3 項が適用されうることを認めている。すなわち、法の明文がないにもかかわらず、実務は、刑法 19 条 3 項を適用する際に、少なくとも行為者の事前の結果行為に対する予見可能性を要求している。近年の最高裁 105 年度台上字第 2629 号判決（2016 年 10 月 19 日）も、「刑法 19 条 3 項の原因において自由な行為とは、行為者が精神障害等の知能欠陥の状態に陥る前に、つまり精神状態が正常であった時に、精神障害に陥ってから行った法益侵害行為に対して、故意又は予見可能性を持っていた。そして、行為者が自らの飲酒や薬物使用によって、精神障害があった状態で法益侵害行為をなすことを指す」と判示した。

更に、草案総説明における「もとよりその精神状態を利用し犯罪をなすつもりか否かを問わず」という文言は、文理解釈上、事前の故意の必要性しか排除せず、事前の予見可能性の必要性をも排除するわけではないと解されるべきである。そして、行政院草案の担当者の一人であった元法務部檢察司司長蔡碧玉も、刑法 19 条 3 項の適用が行為者の原因行為段階での特定法益侵害に対する故意又は予見可能性を前提とすることを説明した¹⁷²。すなわち、刑法 19 条 3 項を適用する際に、行為者の事前の結果行為に対する予見可能性を要求するのは、立法者の意思にも合致すると考えられる。結論的に言えば、回避可能性説は、刑法典の体系や実務のやり方と整合することができるものである。

第三項 残る問題点

上記の検討を通じ、回避可能性説の理論に基づいて刑法 19 条 3 項を適用することには、十分な根拠があることがわかる。しかし、現行条文にとって、なお二つの問題点が残る。一つ目は、やはり行為者が後の犯罪の遂行を事前に予見しえたという要件を明文をもって規定していないことである。前述したように、実務は、刑法 19 条 3 項を適用する際に、確かに、少なくとも行為者の事前の結果行為に対する予見可能性を要求しているが、法の安定性・明確性のために、将来は、既にふれたスイス刑法 19 条 4 項の現行条文を参考にし、その部分を改正する必要があると思われる。二つ目は、行為者が刑法 19 条 3 項により故意犯の責任を負う場合において、その刑を一律に減輕しないのは、妥当であるか否かということである。それについて、禁止の錯誤に関する刑法 16 条が「情状により、その刑を減輕することができる」という但書がある故に、

¹⁷² 蔡碧玉「2005 年新刑法修正綜覽」台灣刑事法學會編『刑法總則修正重點之理論與實務』（2006 年）21 頁参照。

刑法 19 条 3 項の法律効果を任意的減軽とした方が、個々の事案における具体的情状を配慮できるし、刑法典体系の一致性をも保つことができると思われる。最後に、傍論として、限定責任能力に関する刑法 19 条 2 項の法律効果は、そもそも任意的減軽であるので、限定責任能力者を刑法 19 条 3 項の適用対象とする必要性も問題となる。いずれにせよ、この部分に関する法改正も検討されなければならないのである。

第五章 刑事裁判における精神障害に基づく行為者の錯誤問題

第一節 問題の所在

実務において、精神障害に基づいて、構成要件に該当する事実または正当化事情に関する錯誤が生じる場合は、時々見られる。例えば、被告人が統合失調症により幻聴・幻視等の状態に陥り、被害者が人ではなく化け物だと思い込んで、彼を殺害した場合、あるいは、被告人が精神障害により被害者が自分を攻撃してくるといふ幻覚妄想状態に陥り、彼を傷害した場合などが、それである。問題となるのは、精神障害があったが故に、行為者の認識内容に歪みが生じた場合では、その錯誤を一般の錯誤の場合と同じように扱うべきなのかである。確かに、犯罪成否の結論のみに着目すれば、故意・過失が否定されるにせよ、責任能力が否定されるにせよ、無罪という結論自体には差異がない。それゆえ、裁判審理にあたって、まず、客観的な資料により判断できる部分から検討し、精神鑑定などの調査を行い、もし責任無能力が認められれば、その時点で直ちに犯罪が阻却され、また故意の厳密な認定を検討する必要はない¹⁷³、という見解も理解できないわけではない。そうした観点のもとに、精神障害に基づく行為者の錯誤問題は、重要視されていない。

しかし、既に第二章で述べたように、責任要素説に立脚すれば、故意・過失と責任能力とは、本質的な差異があるので、理論的には、両者をはっきり分けて論じなければならないし、故意も過失もない被告人に対し、帰責すべき行為が存在しない故に、更に責任能力を判断する必要はないはずなのである。実務においても、裁判官が、判決において、被告人の故意・過失を明白に判断しないままで（この意味で、被告人の罪名をも特定しないままで）、被告人が責任無能力であったという理由で直ちに無罪の結論を下すことは、まずあり得ないであろう。すなわち、責任能力が争われる事件では、同じ無罪の結論にたどりつくとしても、裁判官が判決理由の中で被告人の故意・過失と責任能力とを別々に説明しなければならないのである。そして、精神鑑定を担当する精神科医は、裁判所が提供した基本的な犯罪事実及び証拠資料に基づいて、被告人の犯行時の精神障害の有無・程度および精神障害が犯行に与えた影響の有無・程度を判断するので、裁判所は、一般的に事案の基本的な犯罪事実を特定してから、精神科医に依頼し精神鑑定を行うわけである。いずれにせよ、裁判実務にとって、被告人の故意・過失を厳密に認定せずに、直ちに責任無能力を理由として無罪を宣告するのには、無理があると思われる。

また、より重要なのは、精神障害に基づく錯誤問題が被告人に対する処分にも関わることである。例えば、日本の心神喪失等の状態で重大な他害行為を行

¹⁷³ 水留正流「責任能力論からみた『故意と責任能力』の議論と医療観察法との関係」刑事法ジャーナル 41 号（2014 年）89 頁参照。

った者の医療及び観察等に関する法律（以下、医療観察法という）は2005年7月15日に施行され、同法2条の規定によって、強制入院の対象となる行為は、放火、強制わいせつ、強姦、殺人、傷害、強盗などの故意犯罪に限定されている。それゆえ、対象行為に該当するためには、客観的要素の存在のみならず、行為者の主観的要素の存在も必要であるとされる¹⁷⁴。すなわち、医療観察法の対象行為は、行為者の特定犯罪の故意を前提とするので、精神障害に基づく錯誤が生じた場合において、被告人の故意が否定されるか否かは、対象行為の該当問題に関連するのである¹⁷⁵。

第二節 精神障害に基づく錯誤に関する可能的な解決策

第一項 精神障害に基づく錯誤を考慮する見解

精神障害に基づく錯誤が生じた場合において、まず考えられる解決策は、その錯誤を考慮し、精神障害に基づかない場合と同じように扱うということである。すなわち、被告人が精神障害があったが故に、構成要件に該当する事実に対し錯誤が生じた場合では、被告人の故意を阻却することができる。詳しく言うと、故意を主観的違法要素とする立場からすれば、被告人が構成要件的事実に対し、不知や錯誤があった場合には、行為の不法性は否定されるので、引き続き被告人の責任を追及する必要はないのである。精神障害に基づく錯誤が生じた場合に、その錯誤を考慮せず、被告人の故意を肯定し、そして精神障害に起因しない錯誤が生じた場合にのみ、その錯誤を考慮し、被告人の故意を否定するとするのは、責任原則に反することになると考えられる。それだけではなく、精神障害に基づく錯誤とそうでない錯誤を区別することも、現実上、ほとんど不可能であろうとされる¹⁷⁶。

しかし、こうした見解に従えば、精神障害の程度が重ければ重いほど、被告人の故意がより容易に否定されるので、被告人が医療観察法による強制入院の対象から排除されてしまうという立法的な齟齬が生じうる。すなわち、再犯防止による対象者の社会復帰という医療観察法の目的からみると、例えば、人を人間と認識できず、化け物と認識して殺したという重い精神障害をもっていた者が、対象から除外されるのは、やはり妥当ではないと考えられるのである¹⁷⁷。

¹⁷⁴ 高橋則夫・前掲注72) 3頁、箭野章五郎「医療観察法における『対象行為』とその主観的要素——精神の障害にもとづく錯誤の場合——」法学新報116巻7・8号(2009年)108頁参照。

¹⁷⁵ 二元主義のドイツ刑法63条の治療処分も被告人の主観的違法要素を前提とする。それに関するドイツ実務や学説の討論は、安田拓人「精神の障害に基づく錯誤について」中谷陽二編『精神科医療と法—町野朔先生還暦記念論集』(2008年)47頁以下、箭野章五郎・前掲注174) 83頁以下参照。また、台湾法の部分について、第六章で詳述する。

¹⁷⁶ 詳細は、安田拓人・前掲注175) 51頁以下、箭野章五郎・前掲注174) 93頁以下参照。

¹⁷⁷ 林美月子・前掲注69) 4頁参照。

平成 20 年 6 月 18 日の最高裁決定も、「幻聴、妄想等により対象者が認識した内容に基づいて対象行為の該当性を判断するとすれば、医療観察法による医療が最も必要とされる症状の重い者の行為が、主観的要素の点で対象行為該当性を欠くこととなりかねず、医療観察法の目的に反することとなる」¹⁷⁸、という立場を示した。

第二項 精神障害に基づく錯誤を考慮しない見解

精神障害に基づく錯誤とそうでない錯誤を区別する見解は、別の解決策を示している。こうした見解は、精神障害に基づく錯誤を考慮し、重い精神障害をもっている者を処分の対象から除外する、という刑事政策的には受け入れがたい結果を避けるために、精神障害に基づく錯誤が生じている場合には、その錯誤を考慮せず、処分の対象としうるのに対し、そうでない錯誤が生じている場合には、その錯誤を考慮し、処分の対象から除外されると主張する。ドイツ判例は、こうした立場をとっている。すなわち、被告人には自然的故意（意思）があったことを前提として、錯誤が責任無能力の原因となった精神病の発露であり、そして同一の状況に置かれた健常者が陥らなかったであろうものである場合に、その錯誤を考慮せず、被告人の処分の適格性を認めるとされる¹⁷⁹。

日本判例にも類似した見解が見られる。前述した平成 20 年 6 月 18 日の最高裁決定は、次のように述べた。すなわち、「このような医療観察法の趣旨にかんがみると、対象者の行為が対象行為に該当するかどうかの判断は、対象者が妄想型統合失調症による幻覚妄想状態の中で幻聴、妄想等に基づいて行為を行った本件のような場合、対象者が幻聴、妄想等により認識した内容に基づいて行うべきでなく、対象者の行為を当時の状況の下で外形的、客観的に考察し、心神喪失の状態にない者が同じ行為を行ったとすれば、主観的要素を含め、対象行為を犯したと評価することができる行為であると認められるかどうかの観点から行うべきであり、これが肯定されるときは、対象者は対象行為を行ったと認定することができる」と解するのが相当である」とされる。

もっとも、こうした見解には、まず、前述した精神障害に基づく錯誤とそうでない錯誤を区別することは、現実上不可能であろうという指摘が入る。そして、自然的故意とは、法的な概念ではなく、構成要件的事実に対する認識としての故意と行為性の前提としての意思との区別は、困難であろうと思われる¹⁸⁰。

¹⁷⁸ 最高裁平成 20 年 6 月 18 日刑集 62 卷 6 号 1812 頁。また、ドイツ判例 (BGHSt 10, 355) もこうした立場になっている。関連の紹介と検討は、安田拓人・前掲注 175) 49 頁以下、箭野章五郎・前掲注 174) 89 頁以下参照。

¹⁷⁹ BGHSt 3, 287、BGH MDR 1983 90。詳細は、安田拓人・前掲注 175) 47 頁以下、箭野章五郎・前掲注 174) 85 頁以下参照。

¹⁸⁰ 岩本尚禧「民事詐欺の違法性と責任 (5)」北大法学論集 64 卷 1 号 (2013 年) 123 頁以下参照。また、もし自然的故意を行為の「意思性」又は「意思支配性」として捉えれば、行為者の「意思性」又は「意思支配性」が欠如する場合には、行為者の振舞いが、すでに刑罰的な行為

それだけではなく、いわゆる自然的故意は、刑法上の重要な意義を有していない。すなわち、刑法において重要なのは、自然的故意でなく、ある法益の侵害や危殆化に係る故意が存在するかどうかである¹⁸¹。刑法的故意の代わりに、自然的故意という概念を用いて行為の不法を充たすことの正当性は疑問視されるべきである。それゆえ、錯誤が精神障害に基づいたものであることが認定された場合に、精神障害者であった被告人自身の認識内容ではなく、精神的に健常な者の認識内容を故意有無の判断標準とすることは、「故意は、その行為者自身の認識の有無によるものである。通常人ならばどのような認識をしたであろうかを問うのは、いわゆる客観的故意の考え方の一種であり、責任主義に反する」¹⁸²という批判を受けている。

第三項 不法段階で考慮せず、責任段階で考慮する見解

実務において、もう一つの解決策が示された。既に言及した東京高裁平成20年3月10日判決は、塩酸メチルフェニデート誘発性精神病による幻覚妄想状態にあった被告人が、被害者を「ケモノ」だと思って殺害した事案において、被告人が被害者を「人の外観を有し、人の振る舞いをするもの」と認識しており、「一般人であれば殺人を犯すと認識するに足る事実を認識していたというべきである」として、被害者に対する殺人の故意を肯定した原判決に対して、次のように述べた。すなわち、「事理弁識能力を欠いている心神喪失者の場合には、原判決のいう『人の外観を有し、人の振る舞いをするもの』を認識することはできても、それらの事実を総合して、自らの認識対象が『人』であるとの事実までは認識できないといったことも、十分想定可能な事柄である。前記のとおり、原判決も、被告人に、こういった趣旨の『人』の認識があったとまで認定しているわけではない。そうすると、このような場合には、事理弁識能力を欠く者には、『人』の認識をも要件とする責任要素としての殺意までは認められないことになる。……構成要件要素としての殺人の故意はあったとしてよいものと解される。……原判決が、被告人について、……責任要素としての殺人の故意まで認めたことは誤りである」とされる。

こうした見解は、医療観察法の適正な運用・解釈のために、精神障害に基づく錯誤を、被告人の行為の不法を判断する段階で考慮せず、責任を判断する段階でこそ考慮するものであるといえよう。すなわち、構成要件的故意と責任故

に当たらないので、法益侵害の結果が生じても、一種の自然災害に似た事態しかならず、「対象行為」に該当するか否かという問題が存在しないのであらうと思われる。箭野章五郎・前掲注174) 111頁以下参照。

¹⁸¹ Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. (1976), S.156.

¹⁸² 林美月子・前掲注69) 7頁参照。また、高橋教授も「医療観察法における故意の存否を通常人基準によって判断する方法には、医療観察法の目的貫徹という政策的配慮があるとしても、犯罪論上、基本的に問題があるように思われる」と述べた。高橋則夫・前掲注72) 6頁参照。

意を区別し、例えば、一般人であれば殺人を犯すと認識するに足りる事実を認識していれば、構成要件の故意が認められるのに対して、被告人が実際に「人」であることを認識している場合にのみ、責任故意が認められるとしている。学説の中にもこうした見解を支持するものがある¹⁸³。確かに、こうした解決策は、医療観察法の適用可能性を配慮しつつ、被告人自身の認識に基づかない客観的故意になってしまう結果をも回避しうるものである。しかし、既に第二章で詳述したように、構成要件の故意・過失と責任故意・過失とを区別することには、いくつかの問題点が存在する。実務にとっては、最善の解決策であるといえないであろうと思われる。

第四項 検討：行為者の故意・過失と処分の正当性

前述したように、医療観察法が成立・施行された後、一定の対象行為を行った者に対して、強制入院治療を命じることができるようになった。そして、その強制治療処分の性質を巡る学説の議論はともかくとして、その対象者に対する行動自由の制約という不利益処分の性格を否定することはできない¹⁸⁴。保安処分にせよ、医療処分にせよ、対象者の人身の自由が法的強制によって拘束される以上、刑罰と同じように処分の正当性の根拠が求められる。刑罰とは、法の否定を否定することによって法を回復するものであるとする観点からすれば¹⁸⁵、同じく法的強制としての強制治療処分は、法に対する否定の意思を表した者にしか命じることができないと思われる。すなわち、強制治療処分の対象者には——少しだけでもよいので——法に対する敵視態度が存在しなければならないのである。

詳しく言うと、行為者が構成要件的事実に対して、故意も過失もなければ、彼が法ないし規範に対して、敵対性や異議もないとされるべきである。たとえば、窃盗罪や詐欺罪の場合では、行為者には「他人の物」や「欺罔行為」の認識が乏しければ、彼が「他人の財物を窃取するな」や「人を欺くな」という法規範に対する否定や異議をすでに唱えたことは認められないであろう。更に、故意をもつばら違法要素とする見解に立脚する本文の立場からみると、故意・過失がなく、単なる法益侵害の客観的結果をもたらしたにすぎない行為は、まだ不法の行為といえないと思われる。不法は、ロクシンのいうように、すべて

¹⁸³ 高橋則夫・前掲注 72)9 頁以下参照。もっとも、高橋教授は、被告人の構成要件の故意も、通常人の標準でなく、被告人の認識それ自体によって判断されるべきであると主張している。

¹⁸⁴ 安田拓人「医療観察法の解釈・運用に関する問題点と検討」季刊刑事弁護 49 号 (2007 年) 112 頁参照。

¹⁸⁵ ヘーゲル (上妻精=佐藤康邦=山田忠彰訳)『法の哲学上巻』(2000 年) 156 頁以下、特に 161 頁のホトーによる補遺である。更に、ヤコブスも刑罰の目的を行為者の規範に対する異議に対する異議として捉えた。ギュンター・ヤコブス (飯島暢、川口浩一訳)『国家刑罰—その意義と目的』(2013 年) i 頁以下参照。

の処分の基本条件として刑事政策的な意味があるので¹⁸⁶、不法ではない行為に対しては、過去の危険性に着目する刑罰は言うまでもなく、将来の危険性に着目する保安処分でさえも、行為者に加える正当性が疑問視されるべきである。

また、ヤコブスも処分を、行為者の「脅威的な自己表現」による法秩序における規範効力の動揺を回避するために、行為者から自由を剥奪する法制度として捉えた。すなわち、人は市民として「共に参加」したかったら、脅威とならない自己表現への責務を果たさなければならない。その責務に違反する場合に、行動自由を拘束する保安監置が導き出されるのである¹⁸⁷。そうした考えに基づいて、行為者は、自己による脅威的な「表現」によって、法規範の有効性を動揺させたが故に、保安的処分を受けなければならない。そして、その「表現」とは、少なくとも「過失」の形で現れなければならないと思われる。言い換えれば、行為者が法益侵害に関して何の考えもなく、単に法益侵害の行為を客観的に行った場合において、その者は、「その事態に関する現実的および潜在的展望が欠けているために危険な状況を組織化したわけではなく、他の人格が責任を負うべきか、不運とされる状況の枠内における単なる因果的ファクターにすぎない」とされる¹⁸⁸。それゆえ、処分の正当性は、行為者の故意・過失の存在を前提としなければならないと思われる。

医療観察法の強制入院処分にも被告人の特定犯罪に対する故意が必要であるという通説の立場は、妥当であるが、前述したように、その故意の認定は問題となる。確かに、精神障害により、行為者の認識内容に歪みが生じた場合において、その精神障害に基づく錯誤を考慮して、行為者の故意を排除すれば、処分が適用できなくなるのは、医療観察法の立法目的に反する結果をもたらすという懸念を無視できない。しかし、すでに判明したように、行為者の故意とは、自らを犯罪抑制の方向へ導くものとしての責任能力と反対に、犯罪実現の方向へ導く主観的要素であるので、その行為者自身の認識の有無によるものとされなければならない。なぜなら、通常人基準による認定は、行為者の構成要件的结果の実現に向けられた態度を実際に示すことができないからである。そして、行為者の故意は、一般の場合に行為者自身の認識によって判断されるのに、精神障害に基づく錯誤が生じた場合に通常人の認識によって判断されるという区別には、確かな根拠も見つからない。精神障害に基づく錯誤を考慮しない見解に対する学説の批判は、正当である。それゆえ、精神障害に基づく錯誤が生じた場合においても、行為者自身の認識に基づいて、彼の故意の有無を判断しなければならない。それによってはじめて、処分の正当性を根拠づけることができる。

¹⁸⁶ Roxin, a. a. O., § 7, Rn. 67.

¹⁸⁷ ギュンター・ヤコブス（川口浩一、飯島暢訳）『法的強制と人格性』（2012年）54頁以下参照。

¹⁸⁸ ギュンター・ヤコブス（川口浩一、飯島暢訳）・前掲注187）24頁参照。

第三節 本文の見解：証拠法上の解決策

第一項 事実の推定と被告人の反証責任

前述の検討を通じて、精神障害に基づく錯誤を生じた場合にも、行為者自身の認識によって故意を判断すべきであることがわかる。しかし、こうした立場には、処分の目的との齟齬が生じることも否定できない。それに対して、本稿は、証拠法の観点から、精神障害に基づく錯誤が生じた場合における実務の解決策を求める。すなわち、事実の推定と被告人の反証責任によって、行為者の精神障害に基づく錯誤問題を解決するのである。具体的にいうと、精神障害に基づく錯誤が生じ、行為者の故意がそれによって排除されるか否かが問題となる場合において、検察官は、被告人の行為が外観上、構成要件の故意があったものであることを証明すれば足りる。その際に、被告人は、自らには故意を阻却するほどの精神障害に基づく錯誤があったという事実を主張・反証しなければならない。行為者がその推定された故意について反証できない場合には、裁判所が、自由心証主義に基づいて、その錯誤の不存在を認定することが許容される。詳細な根拠と理由は、次のようになる。

刑事訴訟における「事実上の推定」とは、前提事実から推定事実を推認することが合理的である場合に、推定事実が前提事実の存在が証明されることによって、判断されるのである¹⁸⁹。それは、間接事実から経験則・論理則によって、要証事実を認定するという自由心証の作用の一種である¹⁹⁰。刑事裁判において、被告人の主観的構成要件事実、多くの場合に自白によって証明されるが、被告人がそれを否認する場合に、前にも言及したように、裁判所は、常に故意・過失を推認させうる客観的な間接事実によって、被告人の故意・過失の有無を判断する（例えば、犯行に使用された凶器の種類、凶器の用法、創傷の部位・程度、動機の有無、犯行後の行動、その他の事情によって、被告人の殺意の有無を判断する）。こうした手法は、裁判実務において、よくみられるものであろうと思われる¹⁹¹。

事実の推定の効果については、検察官が前提事実を証明できれば、推定事実が推定されるので、被告人が推定の効果を免れるためには、推定事実に対し、反証しなければならないことになる¹⁹²。被告人が反証できない場合には、通説である許容的推定説は、直ちに推定事実を認定することが強制されるわけでは

¹⁸⁹ 三井誠「挙証責任と推定〔2〕」法学教室 217 号（1998 年）105 頁、田口守一『刑事訴訟法第七版』（2017 年）375 頁以下参照。

¹⁹⁰ 三井誠・前掲注 189）105 頁、石井一正『刑事実務証拠法第五版』（2011 年）537 頁、上口裕『刑事訴訟法』（2015 年）427 頁参照。

¹⁹¹ 三井誠・前掲注 189）105 頁、石井一正・前掲注 190）537 頁、渥美東洋「無罪推定、挙証責任の分配と推定」法学セミナー 384 号（1986 年）105 頁参照。

¹⁹² 上口裕・前掲注 190）427 頁参照。

なく、裁判所が検察官に立証された前提事実のほかに、被告人が反証できない事実をも考慮し、推定事実に対し合理的な疑いがない程度の心証を形成できれば、推定事実を認定してもよい、あるいは、認定することができるにすぎないとされているのである¹⁹³。それゆえ、被告人の反証は、合理的な疑いを超える証明まで要求されておらず、推定事実の存在を疑わせる程度の証拠を提出すれば足りるとされる¹⁹⁴。

こうした証拠法上の観点から、被告人の主観の錯誤問題を取り上げたい。前述したように、自白がない場合において、被告人の故意・過失は、客観的な状況・間接証拠によって推認されなければならない。しかし、被告人の認識内容に歪みが生じた、つまり錯誤が生じた場合において、客観的な状況・間接証拠によっても、被告人の錯誤の内容を証明することは、極めて困難である。なぜなら、被告人の常態を逸脱した錯誤の内容は、経験則・論理則によって推認されえないからである。とりわけ精神障害に基づく錯誤に対して、検察官がその錯誤の不存在を証明することは、ほぼ不可能であろうと思われる¹⁹⁵。それに対して、被告人は、自らの錯誤が生じた経緯・内容・可能的な発生の原因などをより容易に把握できる。それゆえ、被告人は錯誤があったと主張している際に、彼に故意を阻却する錯誤の存在についての反証責任を負わせることには、合理性がある。すなわち、被告人には錯誤があったか否かが争われる事案において、検察官は、客観的な状況・間接証拠をもって、外観上、被告人が故意があったであろうということを証明すれば足りる。その際、被告人の故意が推定されるので、被告人が故意を阻却するまでの錯誤があったことを主張するためには、彼が、少なくとも裁判所にその錯誤が実際に存在したかもしれない、つまりその錯誤の不存在には合理的な疑いがあるという心証を形成させる反証を行わなければならない。

東京高裁平成 20 年 3 月 10 日判例のような事案を具体例として挙げよう。幻聴・幻視などの症状に伴う精神障害を持っている者でさえも、一般的に、まだある程度の社会的関係を保つことができるので、被告人には、「人の外観を有し、人の振る舞いをするもの」という認識があれば、それが「人間」だという認識もあるはずである。確かに、精神障害の症状がもっとも重い場合に、行為者が被害者の人の外形を認識しているにもかかわらず、精神障害によって意味の認識に歪みが生じ、被害者を「化け物」や「ケモノ」だと意味づけてしまう故に、構成要件的故意が否定されるということは、まだ考えられる¹⁹⁶。しかし、「化け物」や「ケモノ」というものが、そもそも存在していないので、被告人が一旦「私が殺したのは、人間でなく、化け物だ」という言葉だけで抗弁する

¹⁹³ 三井誠・前掲注 189) 106 頁、上口裕・前掲注 190) 427 頁以下、田口守一・前掲注 189) 377 頁、酒巻匡『刑事訴訟法』(2015 年) 480 頁以下参照。

¹⁹⁴ 三井誠・前掲注 189) 106 頁、上口裕・前掲注 190) 428 頁参照。

¹⁹⁵ 消極的事実に対する証明は、極めて困難であるので、しばしば「悪魔の証明」といわれる。

¹⁹⁶ 安田拓人「故意と責任能力」刑事法ジャーナル 41 号 (2014 年) 97 頁以下参照。

と、検察官が被告人の認識による「化け物」の不存在を証明しなければならないのは、理不尽であろうと思われる¹⁹⁷。

それゆえ、そうした場合において、検察官は、被告人が行為時に被害者が「人の外観を有し、人の振る舞いをするもの」という認識があったこと（前提事実）を証明すれば、裁判所は、被告人が行為時に被害者が「人間」だという認識もあったこと（推定事実）を推認できる。被告人は、自分自身が「人の外観を有し、人の振る舞いをするもの」という認識があっても、そのものの意味が「人間」ではなく、「化け物」や「ケモノ」だと主張しようという場合においては、自らの錯誤が生じた経緯・内容や事件当時の「人間」を「化け物」や「ケモノ」と思い込んだ表現を具体的に説明する上に、既往歴・現病歴を含むそれらの事実を証明する証拠をも提出・主張しなければならない。被告人がそうした反証を提出しない場合、あるいは、提出した反証が、裁判所に「被告人は、相手が人の外観を有し、人の振る舞いをするものだ」という認識があったにもかかわらず、提出された反証によれば、被告人は、相手を化け物だと思い込んだかもしれない」という心証を形成させる程度に達しない場合は、裁判所が被告人の故意を認定することができるということになる。結論的に言えば、被告人の故意が精神障害に基づく錯誤によって阻却されるのは、僅かな場合に限定されることが想定できる。そして、故意と過失とを平行な形で構築する本文の立場からすれば、そうした解決策は、過失犯の場合にも当てはまる¹⁹⁸。

第二項 被告人に反証の責任を負わせる正当な根拠

前述したように、精神障害に基づく錯誤が生じた場合においても、行為者自身の認識に基づき、彼の故意の有無を判断すべきであるが、被告人は、推定された故意を阻却する錯誤の存在について、反証の責任を負わなければならない。もちろん、裁判所が、そうした場合に被告人に反証を要求するのは、「無罪の推定」ないし「疑わしきは被告人の利益に」という原則に違反する恐れがあるという指摘を招きかねない。それについて、まず、刑事訴訟上、「無罪の推定」ないし「疑わしきは被告人の利益に」という刑事訴訟の原則に基づいて、被告人の有罪に関しては、原則的に検察官に挙証責任を負わせるのである。そして、通説は、検察官の挙証責任の範囲を、構成要件該当事実の存在と違法性・責任阻却事由に該当する事実の不存在という被告人の刑事責任を基礎付ける

¹⁹⁷ 実は、行為者が確かに幻覚により「化け物」や「ケモノ」を見ていたかどうかについて、精神科医でさえも判断できないのであろう。すなわち、そういうことは、患者の主訴にとどまって、科学的に判断されえないのである。

¹⁹⁸ すなわち、第一章で述べた「客観的注意義務」の証明機能に基づいて、検察官が、被告人の「客観的注意義務」の違反という事実を証明すれば、被告人の過失は、推定されるのである。その際、被告人が不利益な認定を免れるために、過失を阻却する個人的事情について、反証しなければならない。

すべての要素としている¹⁹⁹。しかし、検察官が違法性・責任阻却事由に該当する事実の不存在をも証明しなければならないとはいえ、それが実際に争点になるまでは、証明活動をする必要がない。すなわち、違法性・有責性それ自体は、立証可能ではなく、違法性・責任阻却事由に該当する事実の不存在を証明することによって立証されるので、被告人が違法性や有責性を阻却する具体的事実を主張してから、検察官がはじめてその事実の不存在を証明しなければならないのである²⁰⁰。それは、被告人の「争点形成責任」という。

より詳しくいうと、行為者の責任阻却事由の存在が明らかに窺われる場合でない限り、被告人が一般的に、起訴された構成要件に該当する行為に対し、有責的であるとされる。それゆえ、行為者がそのような場合において、自らの有責性の存在を疑わせる証拠を提出し、ある程度に具体的な事実上・法律上の主張を行い、精神障害による責任阻却事由を争点として顕在化させる訴訟活動をしなければならない²⁰¹。そして、被告人の「争点形成責任」は、厳格な証明までは要求されていないが、被告人は責任阻却事由の不存在を疑わせうる、合理的な証拠・事実を提出・主張しなければならない。

すなわち、弁護側がただ「被告人は精神障害があつて、行為時に心神喪失の状態に陥った」と主張するだけでは足りず、関連した証拠・事実をも主張しなければならないのである。裁判所は、弁護側によって提出・主張された証拠・事実が、責任阻却事由の不存在を疑わせうる場合にのみ、その事実を争点として調査する必要がある。精神障害に基づく錯誤は、責任阻却事由の有無の問題ではなく、故意の有無の問題に関わっているが、被告人の故意が検察官の挙証によって既に推定された場合において、被告人が反証を行わない限り、その錯誤の有無も訴訟上の争点にならないとされるべきである。すなわち、そうした被告人の「争点形成責任」という観点から、精神障害に基づく錯誤について、被告人に反証提出の責任を負わせることは、正当化できる。残る問題は、事実推定の効果と被告人の反証の証明水準しかない。

それに対して、既に述べたように、推定の効果は、強制的なものではなく、裁判所が前提事実の存在に加え、推定事実について被告人が反証できなかったという事実を併せ考慮し、推定された事実の存在に関し合理的な疑いを容れない程度の心証を形成した際に、その推定事実を認定してもよい、あるいは、認定することができるというものである。その際に、裁判所は、あくまでも自由心証の範疇内で、被告人の故意を判断する。すなわち、前述した許容的推定説

¹⁹⁹ 上口裕・前掲注 190) 421 頁以下、酒巻匡・前掲注 193) 476 頁以下、田口守一・前掲注 189) 374 頁以下、石井一正・前掲注 190) 534 頁以下、三井誠「挙証責任と推定〔1〕」法学教室 216 号 (1998 年) 85 頁参照。ちなみに、アメリカでは、ヒンクリー事件後、従来責任能力についての立証責任を検察側に負わせていた法域のうち、半分が既に被告人側に転換した。詳細は、横藤田誠「アメリカにおける Insanity Defence——合憲性の問題を中心に——」中谷陽二編『責任能力の現在』(2009 年) 236 頁以下参照。

²⁰⁰ 上口裕・前掲注 190) 422 頁、酒巻匡・前掲注 193) 477 頁以下参照。

²⁰¹ 酒巻匡・前掲注 193) 477 頁参照。

は、挙証責任を検察官から被告人側に転換しているわけではなく、ただ被告人が推定事実の存在を疑わせる程度の証拠を提出しなければならないとしているのである²⁰²。

更に、行為時に精神の状態が心神耗弱にとどまった者には、故意まで阻却する精神障害に基づく錯誤が生じる場合は、まず考えられない。すなわち、少なくとも心神喪失に該当する程度の重い精神障害をもっている者に、故意を阻却する精神障害に基づく錯誤が生じうるのであると思われる。それを前提とすれば、故意を阻却する精神障害に基づく錯誤があったと主張する被告人に、既に推定された故意の存在について、反証提出の責任を負わせるのは、被告人に自らの無実を証明する責任を負わせることを意味しない。なぜなら、被告人が反証できなかったが故に、故意が認定された場合にも、被告人が依然として心神喪失であったが故に、無罪とされるからである。

最後に強調したいのは、被告人に推定された故意・過失に対する反証の責任を負わせることは、直ちに通常人の認識内容を被告人の故意の有無の判断標準とすることを意味するわけではない。なぜなら、被告人が、推定された故意・過失の存在を疑わせる程度の反証を行い、裁判所に精神障害に基づく錯誤が実際に存在したかもしれない、つまりその錯誤の不存在には合理的な疑いがあるという心証を形成させた場合には、裁判所が「疑わしきは被告人の利益に」という原則に基づいて、被告人が主張した精神障害に基づく錯誤を認め、彼の故意・過失を否定すべきである一方、反証が行われなかった場合でも、裁判所が自由心証の範疇内で、その錯誤を認め、被告人の故意・過失を否定することができるからである。いずれの場合にも、裁判所は、依然として被告人自身の認識に基づいて、彼の故意・過失の有無を判断する。それゆえ、そうした証拠法上の解決策は、「無罪推定原則」にも「自由心証主義」にも違反しないものである。

第四節 過失犯と精神障害に基づく錯誤

故意犯と同じように、過失犯の場合においても、精神障害に基づく錯誤という問題が生じうる。過失をもつばら違法要素とし、故意と過失とを平行な形として考える本稿の立場からすれば、過失における構成要件的结果の実現に関する予見可能性の程度は、故意の場合と比べて、より低く要求されているので、精神障害に基づく錯誤が生じ、行為者の故意が否定された場合にも、彼の過失が認められる可能性が、まだ十分あると考えられる。

詳しく言うと、故意と過失の間には、量的な相違しか存在しないという見解をとれば、故意と過失とは、同じく予見可能性という延長線上にあるものである。そして、故意は過失の加重形態として認められるので、行為者の行為は故

²⁰² 酒巻匡・前掲注 193) 480 頁以下、田口守一・前掲注 189) 377 頁参照。

意犯に該当すれば、理論上、過失犯にも該当する。それに対して、行為者の行為は過失犯に該当しないならば、必ず故意犯にも該当しないと思われる。それゆえ、理論上、同じ種類・程度の精神障害の症状を前提とし、その精神障害の影響は、行為者の過失を阻却することができれば、必ずその者の故意をも阻却することができるはずなのである。それと反対に、その精神障害により行為者の認識内容に歪みが生じる場合には、行為者の故意が否定されても、彼の構成要件的過失はまだ認められ得るのである。

同じく東京高裁平成20年3月10日判例を例として取り上げる。まず、たとえ被告人が推定された故意に対して、故意を阻却する精神障害に基づく錯誤があったという反証を成立させても、彼が普段、精神障害の影響を受けつつ、まだ一定の社会的関係を保つことができれば（例えば、交通機関を利用したり買い物をしたりすることができれば）、彼が「人の外観を有し、人の振る舞いをするもの」に対する認識を手掛かりとして、そのようなものが「人間」であるかもしれないのを認識することができるとされうる。すなわち、こうした事案においては、おそらく行為者が精神障害により「人の外観を有し、人の振る舞いをするもの」でさえ認識できないほどのより重い歪みが生じる場合に、行為者の過失が否定されうるものと思われる。そして、故意を否定するほどではない程度の意味の認識の歪みが、責任能力を少なくとも著しく減少させることはあまりにも考えられないから、その歪みは、通常に量刑上の影響因子となるにとどまることになると思われる²⁰³。それに対して、故意を否定するが、過失までを否定しない程度の意味の認識の歪みが、責任能力を喪失させる、あるいは著しく減少させることは、まだ可能であるので、行為者の過失を認めた後、引き続き責任能力の問題を判断しなければならないと思われる。

そして、過失犯の領域において、行為者が精神障害の影響によりこれから自らがまさに行おうとしている行為が、「許された危険」を超えていないものと誤認する場合も、問題となりうる。すなわち、「許された危険」に関する認識に精神障害によって歪みが生じる場合には、行為者の過失も否定され得るのである。例えば、行為者は、實際上、乱暴に運転しているが、精神障害により「自分は交通規則に従って運転している」と誤認する場合である。

それに関連して、行為者が、精神障害により自己が個人的能力以上の能力を有する者と確信していた、あるいは社会的に認められた行動の準則が自己に対して効力を有しないと確信していた場合にも、行為者の錯誤問題が生じうる。例えば、新米運転手である行為者が精神障害により、自己がベテランドライバーだと確信していた場合、あるいは、医者である行為者が精神障害により、医学的治療法に違反すると認められている薬の調合が患者にとって有効的だと確信していた場合には、行為者の認識内容に歪みも生じうるのである²⁰⁴。過失

²⁰³ 安田拓人・前掲注196) 98頁参照。

²⁰⁴ そうした場合は、一種の確信犯の問題となるかもしれないと思われる。それについて、ア

犯の不法を客観的注意義務違反のうちに求める通説の立場によれば、以上の事例において、いずれも過失が認められ得るのに対し²⁰⁵、本稿の立場から考えると、そうした意味の認識の歪みが、やはり行為者の構成要件的结果に対する予見可能性に実質的な影響を与えるので、行為者の個人的能力に基づく予見可能性（過失）は、その歪みにより否定されうるであろうと思われる。

しかし、前にも言及したように、過失犯においては、すべての予見可能な結果惹起の原因となった行為者の行為が刑法的な非難対象となりうるので、行為者の可答責任性は、いつも行為者の有責かつ非難可能的な（より早い）時点での行為によって成立しうる。すなわち、過失犯における「予見可能性」の成立範囲には、一定の幅が許されるので、裁判所は、行為者の精神障害による認識内容の歪みが生じた前の時点（例えば、自身の精神障害の症状を知らながら、意識的に服薬しなかった時点、あるいは、運転に影響を与え得る精神障害をもっていることを知りつつ、あえて運転し始めた時点）に、彼には非難可能的な過失行為があるか否かを検討しなければならないのである。それは、既に第三章で討論した、いわゆる「原因において自由な行為」又は「引受け過失」という問題にも関連する。結局、実際の事案において、おそらく精神障害の症状が最も重い場合にのみ、行為者の過失は精神障害の影響により否定されうるであろうと思われる。残る問題は、処分が過失犯の場合にも適用すべきか否かである。しかし、それは、もっぱら刑事政策の配慮に委ねられることである²⁰⁶。

ルミン・カウフマン（川端博訳）「不法論の現代的展開」アルミン・カウフマン、ゲルハルト・ドルンザイファー著『刑法の基本問題』（1983年）46頁以下参照。

²⁰⁵ そして、立場によって、せいぜい責任段階で行為者のいわゆる「責任過失」を否定することになる。

²⁰⁶ もっとも、前述したように、過失さえもない法益侵害行為には、刑罰や保安処分という刑事処遇を科することができないが、行政的または社会福祉的処遇の可能性がまだ残る。

第六章 台湾法における監護処分と精神障害に基づく錯誤

第一節 刑法 87 条の監護処分とその要件

刑罰と保安処分との二元主義を採っている台湾刑法（以下、刑法という）87条は、「19条1項²⁰⁷の原因によって罰しないとされた者が、その情状によって再犯する又は公共の安全を危害する恐れがあると認められるときは、その者を適当な場所に入らせて、監護を施すことを命じる（1項）。19条2項²⁰⁸又は20条²⁰⁹の原因があり、その情状によって再犯する又は公共の安全を危害する恐れがあると認められるときは、刑の執行終了又は赦免後に、その者を適当な場所に入らせて、監護を施すことを命じる。ただし、必要なときは、刑執行前に施すことができる（2項）。前二項の期間は5年以下とする。ただし、執行中に、執行を継続する必要がないと認められるときは、裁判所がその処分の執行を免じることができる（3項）」と定めている。

監護処分の性質について、最高裁は、「わが国の刑法は、刑罰と保安処分という二元主義の制度を採っている。犯罪する危険性がある者が再犯により、社会の安全に危害を加えることを防止するために、刑罰以外に、特別に保安処分の章において、そのような者に対し、矯正か教育か治療などの適当な処分を施すことを定めている。刑法 87 条の監護処分とは、性質上、監禁及び保護という二重の意義を有する。すなわち、処分を受けた者を社会から隔離して、社会の危害を起させない一方、適当な治療を施して、社会生活に復帰させるのである」と述べた²¹⁰。すなわち、刑法 87 条の監護処分は、被告人利益のための治療的意義だけではなく、刑罰と類似した不利益の監禁的意義をも有しているのである。

更に、刑法 87 条の法文によれば、監護処分の適用は、被告人が刑法 19 条 1 項（責任無能力）・2 項（限定責任能力）の規定によって無罪とされること、そして、被告人が再犯する又は公共の安全を危害する恐れがあることを要件としている。すなわち、刑法 87 条の監護処分は、故意犯にも過失犯にも適用されるのである。監護処分と被告人の故意・過失の関係については、まず、裁判所が、一般的に故意・過失を違法要素とし、故意・過失を肯定して初めて責任能力の有無について判断する。例えば、台中高裁 98 年度上訴字第 1592 号判決（2009 年 9 月 16 日）は、「現在の通説の犯罪理論によれば、犯罪の構成要件

²⁰⁷ 刑法 19 条 1 項：「行為時に、精神障害若しくはその他の心理的欠陥のため、行為の違法を弁識し又はその弁識に従って行為する能力がない者は、罰しない」。

²⁰⁸ 刑法 19 条 2 項：「行為時に、前項の理由により、行為の違法を弁識し又はその弁識に従って行為する能力が著しく減弱していたときは、その刑を減輕することができる」。

²⁰⁹ 刑法 20 条：「イン唾者の行為は、その刑を減輕することができる」。

²¹⁰ 最高裁 107 年度台上字 307 号判決（2018 年 1 月 31 日）、106 年度台上字 3391 号判決（2017 年 11 月 9 日）。

該当性、違法性及び有責性に関して、いずれもの判断対象は、主観事実と客観事実とを含んでいる。とりわけ故意犯の場合において、行為者が主観上、犯罪構成の客観事実に対し、認識と意欲がなければ、構成要件該当性は認められないとされる……それゆえ、行為者が一体殺人又は傷害故意（犯意）をもって行為をなしたか否かは、彼が完全な責任能力があったか否かと同一視されることはできない。両者は、順序に従って、別々に検討されなければならない。すなわち、責任能力の評価に先行して、犯罪の故意を認定しなければならないのである」としている²¹¹。

最近、最高裁は、現住建造物等放火未遂として起訴された被告人が、行為時に心神喪失であったが故に、無罪とされたが、3年の監護処分を受けたために、最高裁に上告したという事案において、被告人には上告の利益があると認めた上に、刑法の現住建造物等放火未遂罪は、故意犯であり、被告人の主観上の現住建造物等に放火する故意を構成要件とすることを強調しつつ、控訴審が被告人の現住建造物等放火の故意を認定したことには、理由不備の誤りがあり、そして、その誤りが事実認定に影響を与え、監護処分を施すか否かの判断を左右することを理由として、原判決を破棄し、原裁判所に差し戻した²¹²。上記の台中高裁や最高裁の判決から、被告人の故意・過失を監護処分の前提とする実務の立場を窺うことができるのではないかと考えられる。すなわち、故意・過失を違法要素とするのが圧倒的通説である台湾において、実務は、常に被告人の故意・過失の存在を監護処分の前提要件としている。それゆえ、前述した日本法の問題と同じように、故意・過失を排除しえたほどのもっとも重い精神障害をもっている者には、刑法 87 条の監護処分が却って適用されえないという処分の目的に反する結果が生じうる²¹³。

第二節 事実の錯誤に関する実務の基本的立場

台湾実務は、構成要件に関する事実の錯誤に対して、客体の錯誤と打撃の錯誤との場合を区別し、異なった立場を示している。すなわち、実務は、客体の錯誤の場合において、「法定的符合説」を採っている一方²¹⁴、打撃の錯誤の場合において、「具体的符合説」を採っているのである²¹⁵。また、因果関係の錯誤について、実務は、被告人の行為と構成要件的结果との間に相当因果関係が認められる場合²¹⁶、あるいは、その錯誤が構成要件的结果の発生にとって、重

²¹¹ 同じ要旨を示した判例は、台中高裁 99 年度上訴字第 43 号判決（2010 年 2 月 4 日）である。

²¹² 最高裁 106 年度台上字第 136 号判決（2017 年 7 月 19 日）。この事案は、まだ確定しない。

²¹³ 学説の指摘は、黄榮堅・前掲注 12）91 頁参照。

²¹⁴ 例えば、最高裁 86 年度台上字第 3604 号判決（1997 年 6 月 18 日）、88 年度台上字第 300 号判決（1999 年 1 月 21 日）。

²¹⁵ 例えば、最高裁 74 年度台上字第 591 号判決（1985 年 1 月 31 日）。

²¹⁶ 例えば、台北高裁 90 年度重上更（四）字第 105 号判決（2003 年 5 月 6 日）、同裁判所 91 年度上訴字第 2892 号判決（2004 年 9 月 17 日）。

要でない場合²¹⁷において、被告人の故意が阻却されないとしている。結論的に言えば、構成要件に関する事実の錯誤について、実務の見解は、大体学説の通説と一致する。

他方、違法性に関する事実の錯誤について、実務は、原則的に被告人の故意が、誤想防衛などの違法性に関する事実の錯誤によって阻却されうるとする立場を示している。その際に、被告人がその錯誤について過失があれば、別途、過失犯の成立を検討する。例えば、台北高裁 95 年度上訴字第 1279 号判決（2006 年 6 月 13 日）は、「事実上、違法性阻却事由が存在しないにもかかわらず、それが存在すると誤認し、行為をなすのは、違法性阻却事由の錯誤という。違法性阻却の前提事実の誤認に関して、そもそも急迫不正の侵害がないが、その侵害が存在すると誤認し、防衛を行うことは、誤想防衛に属する。誤想防衛は元々正当防衛ではない。なぜなら、誤想防衛は、正当防衛の要件としての急迫不正の侵害に欠け、違法性を阻却しないからである。しかし、そうした場合において、自らの実行した行為が違法行為であることを知らなかったから、その者の故意を阻却することができる」と述べた²¹⁸。誤想防衛が行為者の故意を阻却しようとしている実務の立場は、明確であるが、その理論の根拠は、曖昧なままである²¹⁹。

更に、誤想防衛の成立について、台北高裁 102 年度上易字 2510 号判決（2014 年 1 月 7 日）は、「いわゆる誤想防衛とは、實際上、正当防衛の要件に該当する事実がないにもかかわらず、行為者がその事実の存在を誤認し、防衛を行うということを指す。そして、その事実要件が存在するかどうかを客観的標準によって判断しなければならない。すなわち、一般人の観点を標準として判断するのである」²²⁰と述べ、被告人に主張される違法性に関する事実の錯誤を、一般人の観点から客観的に判断すべきだという立場を示した。

つい最近、最高裁も「いわゆる誤想防衛とは、事実上、そもそも急迫不正の侵害がないにもかかわらず、その侵害が存在し、自らの行為が正当防衛であると誤認して、行為を実行するということである。こうした誤想中の不正侵害は、

²¹⁷ 例えば、台北高裁 106 年度上訴字第 328 号判決（2017 年 3 月 22 日）、105 年度上訴字第 374 号判決（2016 年 4 月 20 日）、96 年度上重訴字第 78 号判決（2007 年 12 月 26 日）。

²¹⁸ その後、誤想防衛などの許容構成要件の錯誤に関する事案において、多くの判例は、この要旨を引用した。例えば、台北高裁 98 年度上易字第 1291 号判決（2009 年 6 月 30 日）、100 年度上訴字第 1357 号判決（2012 年 2 月 29 日）、台中高裁 99 年度上易字第 1386 号判決（2010 年 12 月 23 日）、台南高裁 97 年度上重更（二）字第 308 号判決（2010 年 10 月 26 日）、高雄高裁 98 年度上訴字第 177 号判決（2009 年 5 月 14 日）、101 年度上更（一）字第 109 号判決（2013 年 5 月 22 日）など。

²¹⁹ 学説の指摘は、許恒達「論誤想防衛」中研院法學期刊 18 期（2016 年）128 頁、王皇玉「誤想防衛之成立要件與法律效果」月旦裁判時報 40 期（2015 年）68 頁以下参照。もっとも、「自らの実行した行為が違法行為であることを知らなかったから、その者の故意を阻却することができる」という文言から、実務が「故意説」の立場を採っているのではないかと推測できようと思われる。

²²⁰ 同じ立場の判例は、台中高裁 105 年度上易字第 1337 号判決（2017 年 2 月 8 日）である。

依然として現在性、急迫性、切迫性を有しなければならない……もし、その誤想中の侵害は、誤認させうる侵害開始の徴表によるものではなく、単に行為者の幻覚、妄想又は主観上の根拠がない想像によるものであれば、誤想防衛に該当するといえない」と判示した²²¹。実務は、誤想防衛などの違法性に関する事実の錯誤が行為者の故意を阻却しうるということを認めているが、行為者がその錯誤の状態に陥ったか否かについて、もっぱら客観的に判断する傾向を示している。すなわち、同一の状況に置かれた一般人が、その錯誤の状態に陥らなかったであろうという場合であれば、行為者が主張した違法性に関する事実の錯誤による誤想防衛の成立は認められないのである。実務のそうした判断方法は、前述の日本やドイツ判例の立場に接近すると思われる。

第三節 精神障害に基づく錯誤に関する判例

前述したように、被告人の錯誤問題を扱った判例はいくつかあるが、精神障害に基づく錯誤に絡んだ事案は、ほんのわずかである。その中に、構成要件に関する事実の錯誤に関連する判例は、例えば、高雄高裁 100 上訴字第 1667 号判決（2012 年 1 月 4 日）は、被告人が精神障害の症状により自らの母親を「鬼」と認識して殺したと抗弁した事案において、精神鑑定による被告人の精神障害の症状・程度及び被告人自身の供述に基づいて、その錯誤の存在を否定し、被告人の尊属殺人の故意を認めた。被告人がその後、最高裁に上告したが、却下された。

また、高雄高裁 106 年度上易字第 531 号判決（2017 年 10 月 24 日）は、被告人側が事件当時に統合失調症の症状によって、被害者のオートバイを自分の物と誤認したと主張したという窃盗事件において、被告人所有のオートバイと被害者のオートバイとのカラーやメーカーなどの客観的特徴がまったく違うので、被告人が誤認した可能性がないはずであるという理由で、被告人には構成要件に関する事実の錯誤がなかったとして、彼の窃盗に関する構成要件的故意を認めた²²²。それに対して、台南地裁 106 年度易字第 1550 号判決（2018 年 5 月 15 日）は、同じく認知障害があった被告人が、被害者のオートバイを自分の物と誤認したと主張したという窃盗事件において、精神鑑定の結果と被告人所有のオートバイと被害者所有のオートバイとのメーカー・機種が一致した（しかし、カラーが違った）などの証拠に基づいて、被告人が「被害者のオートバイを自分の物と誤認したかもしれない」とし、彼の構成要件的故意を否定し、無罪を宣告した。

更に、違法性に関する事実の錯誤に関連する判例には、台北高裁 102 年度上

²²¹ 最高裁 107 年度台上字第 2071 号判決（2018 年 6 月 13 日）。

²²² もっとも、上記の二つの事案では、いずれの被告人が、最後に責任無能力でなく限定責任能力とされた。

訴字第 797 号判決（2013 年 7 月 16 日）が挙げられる。その事案の概要は、次のようになる。被告人は、統合失調症に起因した妄想により、被害者が現に自分の飼っている犬を攻撃してくると誤認し、ステーキナイフをもって、被害者の頭部や胸部を刺したということで、殺人未遂として起訴された。弁護人は、被告人の行為が誤想防衛に該当すると主張したが、裁判所は、前述した客観的標準によって被告人の錯誤問題を扱う判例と同じような立場を採った。すなわち、裁判所は、「誤想防衛の成立には、客観上、行為者に法益・権利侵害があることを誤認させる情状が存在しなければならない。そして、行為者が、その情状によって、正当防衛の権利があることを誤認する。もし客観上、誤認させる行為が存在しなくて、単に行為者の主観上の揣摩、臆測や妄想であるならば、誤想防衛の要件は、まだ満たされない。そうしないと、行為者がよく主観上、防衛情状の存在を誤認すると主張し、彼の故意もそれによって阻却されることになる。それは、事理の公平に反する上に、誤想防衛に対する正確な解釈でもない。……被告人は、ただ妄想の発作によって、被害者が自分の飼っている犬を傷害してくることを疑っただけである。……それは、単に被告人の主観上の臆測にすぎない。……客観上、被害者が被告人の言ったような犬を傷害する行為どころか、一般人に法益侵害の存在を誤認させる行為でさえもなかった」として、弁護人の主張を採用せず、被告人の殺人故意を認めた。

第四節 検討：実務における精神障害に基づく錯誤問題

上記の判例紹介を通じて、事実の錯誤に関する台湾実務の基本的立場がわかる。それに基づいて、実務における精神障害に基づく錯誤の問題を検討したい。まず、実務において、被告人の責任能力が争われる場合が少なくないのに、精神障害に基づく錯誤が争点になる場合が、あまり見られないのは、おそらく弁護側の訴訟戦略に関係するのではないかと思われる。というのは、前述したように、実務は、原則的に（一般人の）客観的標準によって被告人の事実に関する錯誤問題を扱っている。主張された錯誤は、行為者の主観上の「揣摩、臆測」あるいは「幻覚、妄想又は根拠がない想像によるもの」であれば、行為者の故意を阻却することができないとされる。とりわけ、重罪の場合では、犯罪成立に対する精神障害の影響について、裁判所の態度は、常により慎重的である。それゆえ、「被告人には、犯行当時に精神障害に基づく錯誤があったが故に、故意がなく、無罪とされるべきだ」という抗弁よりも、むしろ「被告人は、犯行当時に責任無能力の状態に陥ったから、無罪とされるべきだ」という抗弁のほうが、より容易に裁判所に認められると思われる²²³。

²²³ 責任能力が争われる事案において、被告人が責任無能力であったと認められる場合は、わりと少ないので、多くの場合は、限定責任能力にとどまるという実務の現実を考慮すれば、被告人側の責任無能力の抗弁が既に成立し難いものである以上、精神障害に基づく錯誤によって

また、前にも言及したように、行為者の錯誤問題に関する台湾実務の立場は、上記の日本やドイツ判例の立場に接近する。すなわち、実務は、原則的に一般人の観点から被告人の錯誤問題を扱うのである。例えば、前述した台北高裁 102 年度上訴字第 797 号判決は、一般人がその錯誤の状態に陥らなかったであろうという理由で、被告人の違法性に関する事実の錯誤を認めず、誤想防衛の成立を否定し、彼の構成要件の故意を認めた。そして、高雄高裁 100 上訴字第 1667 号判決又は同裁判所 106 年度上易字第 531 号判決のいずれも、被告人が主張した錯誤を肯定したが、その錯誤が精神障害に基づいたものであったが故に、その錯誤を考慮せず、被告人の故意を認めたわけではない。判例は、客観的標準に基づいて、被告人が主張した精神障害に基づく錯誤の存在をはじめから否定して、被告人の故意を認めたのである。この点で、前述した日本やドイツ判例の立場とは、ある程度の差異が見られる。

本文が主張する証拠法上の解決策に基づいて、前述した実務のあり方を検討しよう。前に何度も言及したように、人間の心理状態は、直接観察できないので、自白がない場合では、裁判所は、常に客観的な事象・証拠によって、被告人の故意の有無を判断することになる。すなわち、被告人の故意が、多くの場合において、間接事実から経験則・論理則によって認定されるのである。そして、その判断は、一般人の場合を標準としなければならない。なぜなら、いわゆる経験則や論理則とは、そもそも一般人の標準に基づいて形成されるものであり、被告人の常態を逸脱した主観的認識は、もはや一般人標準に基づく経験則・論理則によって推認されえないからである。

国民が一般的に責任能力の問題を「精神障害があれば、どんな犯罪を行っても無罪とされうる」ものとして理解し、刑事事件の被告人もよく裁判において、自らには精神障害があったと抗弁する現代社会において、被告人の経験則・論理則によっても証明され得ない、常態を逸脱した主観的認識の不存在についても、検察官に証明責任を負わせるのは、むしろ、無罪を求める被告人に、任意に精神障害に基づく錯誤があったと主張することを推奨することになる。それゆえ、検察官が、客観的な諸事象・証拠を用いて、一般人の場合であれば故意・過失が認められるという程度まで証明すれば、被告人の故意・過失が推定されうるものと考えべきである。その際に、被告人が精神障害に基づく錯誤があったが故に、故意・過失がなかったことを主張したかったら、推定された故意・過失についての反証を提出しなければならない²²⁴。もっとも、被告人が一般人

故意が阻却されたという抗弁を成立させるのは、より困難であろうと思われる。例えば、前述した高雄高裁 100 上訴字第 1667 号判決も、被告人の精神障害に基づく錯誤の抗弁を否定し、構成要件の故意を肯定した上に、責任能力に関して、限定責任能力のみを認めた。

²²⁴ この点について、台湾刑事訴訟法 161 条の 1 は、「被告人は、起訴された事実に対し、有利な証明方法を提出することができる」と定めている。すなわち、被告人が裁判所の不利益な認定を避けるために、自らに対する有利な証明方法・証拠を提出することができる。裁判所も原則的に被告人が提出した証明方法・証拠を調査しなければならない。被告人にとって、それは義務ではなく、権利であるが、裁判所が被告人に対して、既に不利な心証を形成した場合は、

である場合において、有効な反証を提出することは、おそらくあり得ないであろう。なぜなら、彼の故意は、既に一般人基準の経験則・論理則によって推認されるからである。しかし、被告人が一般基準の人でない場合、推定に対する有効な反証は、まだあり得るものと思われる。

したがって、精神障害に基づく錯誤の存在が争点になる場合において、重要なのは、その「錯誤の存在・不存在」に対する証明ではなく、その「錯誤の存在の可能性」に対する証明である。詳しく言うと、常態を逸脱した精神障害に基づく錯誤自体の存在・不存在は、経験則・論理則によって推認されえないが、裁判所が自由心証のもとで、客観的な事象・証拠から、その錯誤の存在可能性を判断することは、まだあり得るであろう。そして、裁判において、推定された故意・過失の存在を疑わせる程度の反証は、「疑わしきは被告人の利益に」という原則に基づいて、常に被告人の故意・過失を否定する方向で働く。その意味で、前述したように、裁判所は、依然として被告人自身の認識に基づいて、彼の故意・過失の有無を判断するのである。

すなわち、裁判所は、まず検察官による挙証を用いて、一般人の標準に基づいて、被告人の故意・過失を推認できるか否かを判断する。被告人の故意・過失がそれによって推定された場合では、被告人又は裁判所の職権探知による、推定された故意・過失の存在を疑わせる反証がない限り、裁判所が被告人の故意・過失を認定してもよいとされるべきである。その反対に、推定された故意・過失の存在を疑わせる反証が行われ、裁判所に「被告人の精神障害に基づく錯誤が存在したかもしれない」という心証を形成させた場合では、裁判所が「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、被告人の故意・過失を否定すべきなのである。

前述の検討を踏まえて、判例が、原則的に一般人の観点から客観的に被告人の錯誤問題を扱うのは、少なくとも事実推定の段階において妥当であるといえるであろう。しかし、それを、全ての精神障害に基づく錯誤を考慮しないとして解することは、前述の批判を受けなければならないので、妥当ではない。被告人が錯誤を主張した事案において、大部分の被告人の主張は、言葉だけによるものであるので、裁判所は、判決理由の中に、一般人の基準を用いて、被告人の主張を否定するしかないという現実を考えれば、既に言及した判例を、推定された故意・過失に対する反証を全く許さないものとして解すべきではない。最高裁に言及された「誤認の徴表」は、まさにここで検討している「有効な反証」になりうるものではないかと思われる。

前述したオートバイ窃盗事案に関する台南地裁 106 年度易字第 1550 号判決は、事件に関するあらゆる事象・証拠に基づいて、既に「被告人が認知障害の

被告人が自らに対する有利な証明方法・証拠を提出しない限り、その不利益を受けなければならないことになる。注意すべきなのは、その「反証」は、裁判所の職権探知によって行われる場合もありうるということである。

ため、誤認していたかもしれない」という心証を形成するので、被告人の錯誤を正面から認めたわけではなく、その錯誤の存在可能性を排除できないとして、自由心証のもとで、被告人の故意を否定し、無罪を宣告したという立場であり、これは、本稿が主張する解決策に接近するのではないかと思われる。

結論的には、本稿の主張によれば、精神障害に基づく錯誤という問題が証拠法の観点から解決されるべきなのである。被告人が主張した錯誤は、常態を逸脱したものであれば、それが精神障害に基づくものかそうでないかということに関係なく、裁判所は、検察側の挙証と被告人側の反証とをよく斟酌し、自由心証の範疇内で、その錯誤の存在の可能性を判断する。裁判所は、「被告人が主張した錯誤が存在したかもしれない」という心証を形成する際に、「疑わしきは被告人の利益に」のため、被告人の故意を否定しなければならない。監護処分もそれ故に適用されえない。しかし、前に言及したように、刑法 87 条の監護処分は、故意犯だけではなく、過失犯にも適用されるので、重罪の場合では、被告人の故意が否定されても、受け皿としての過失犯が成立する限り、被告人に監護処分を命じることがまだ可能である。その点について、ドイツ法と同様である。

参考文献

一：日本語文献

- 浅田和茂「責任能力論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論 I』(1988年) 221頁
- 渥美東洋「無罪推定、挙証責任の分配と推定」法学セミナー384号(1986年)
- アルミン・カウフマン(川端博訳)「不法論の現代的展開」アルミン・カウフマン、ゲルハルト・ドルンザイファー著『刑法の基本問題』(1983年)
- 石井一正『刑事実務証拠法第五版』(2011年)
- 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)
- 「薬害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決をめぐって」同氏著『変革の時代における理論刑法学』(2007年)
- 「過失犯における『注意義務の標準』をめぐって」同氏著『変革の時代における理論刑法学』(2007年)
- 岩本尚禧「民事詐欺の違法性と責任(5)」北大法学論集64巻1号(2013年)
- ヴィンフリート・ハッセマー(堀内捷三監訳)『刑罰はなぜ必要か——最終弁論——』(2012年)
- 上口裕『刑事訴訟法』(2015年)
- ウルフリット・ノイマン(葛原力三訳)「刑法解釈学の方法論的問題としての『原因において自由な行為』」ノモス第18号(2006年)
- 大阪刑事実務研究会(中川博之・真鍋秀永・末弘陽一)「裁判員裁判における法律概念に関する諸問題⑨殺意(上)」判例タイムズ1362号(2012年)
- (樋口裕晃・小野寺明・武林仁美)「裁判員裁判における法律概念に関する諸問題⑬責任能力1(1)」判例タイムズ1371号(2012年)
- 大谷實『刑法講義総論新版第4版』(2012年)
- 加藤俊治「心神喪失者等医療観察法における対象者が幻聴、妄想等に基づいて行った行為が対象行為に該当するかどうかを判断する際の対象者の認識等の取扱い」研修722号(2008年)
- 神田宏「原因において自由な行為の適用限界について——ドイツ連邦最高裁判所第4刑事部判決覚書——」近畿大学法学46巻4号(1999年)
- 「ドイツにおける原因において自由な行為の法理をめぐる最近の判例・学説の動向とわが国に及ぼす影響について」近畿大学法学52巻1号(2004年)
- 川端博『錯誤論の諸相』(1994年)
- 『刑法総論講義第3版』(2013年)
- 葛原力三・塩見淳・橋田久・安田拓人『テキストブック刑法総論』(2009年)
- K. H. ゲッセル(阿部純二訳)「過失犯に関する新旧の理論」同氏著(宮澤浩一・井田良監訳)『正義・法治国家・刑法—刑法・刑事訴訟法の根本問題—』(1990

- 年)
- 斎藤司「『関連性』を踏まえた証拠能力の判断プロセス——証拠法の基本的思考プロセス2」法学セミナー754号(2017年)
- 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)
- 塩見淳「違法性・違法性阻却の一般原理(上)」法学教室265号(2002年)
- 「故意における事実の認識」同氏著『刑法の道しるべ』(2015年)
- 「間接正犯・不作為犯の着手時期」同氏著『刑法の道しるべ』(2015年)
- 「法的因果関係」同氏著『刑法の道しるべ』(2015年)
- 杉本一敏「『過失犯において原因において自由な行為の理論は不要である』という命題について——通説的見解の批判的検討——」Law&Practice5号(2011年)
- 正田満三郎「過失犯における平均的正常人(通常人)概念の定型化機能—「責任能力」および「期待可能性」融合の契機に関連して—」法曹時報20巻1号(1968年)
- 高橋則夫「責任無能力者の故意について—刑法と医療観察法との交錯—」研修736号(2009年)
- 「犯罪論における『精神障害に基づく錯誤』の問題」高橋則夫ほか編『曾根威彦・田口守一先生古稀祝賀論文集(上巻)』。(2014年)
- 『刑法総論第4版』(2018年)
- 高橋則夫・杉本一敏「主観的要素②故意はどこまで客観化されるべきか」法学セミナー700号(2013年)
- 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999年)
- 田口守一『刑事訴訟法第七版』(2017年)
- 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(1990年)
- 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編集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(2002年)
- 「故意犯と原因において自由な行為」山口厚ほか編『刑法判例百選I』(2014年)
- 中空壽雅「『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編集委員会編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第2巻』(2000年)
- 中森喜彦「原因において自由な行為」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論I』(1988年)
- 西田典之『刑法総論第二版』(2010年)
- 西原春夫『刑法総論』(1977年)
- 松原芳博『刑法総論〔第二版〕』(2017年)
- 橋爪隆「『原因において自由な行為』について」法学教室425号(2016年)
- 林美月子「医療観察法の対象行為と故意」研修756号(2011年)

- 平野龍一『刑法総論 I』(1972 年)
 —『刑法総論 II』(1975 年)
 福島章『精神鑑定 犯罪心理と責任能力』(1985 年)
 福田平『全訂刑法総論〔第五版〕』(2011 年)
 ヘーゲル(上妻精=佐藤康邦=山田忠彰訳)『法の哲学上巻』(2000 年)
 堀内捷三「行為意思と故意の関係について——実行の着手時期への一つの視座」
 警察研究 55 卷 8 号(1984 年)
 本間一也「過失犯と『原因において自由な行為』」吉田敏雄ほか編『小暮得雄
 先生古稀記念論文集一罪と罰・非情にして人間的なるもの一』(2005 年)
 丸山治「過失犯と原因において自由な行為」山口厚ほか編『刑法判例百選 I』
 (2014 年)
 三井誠「挙証責任と推定〔1〕」法学教室 216 号(1998 年)
 —「挙証責任と推定〔2〕」法学教室 217 号(1998 年)
 水留正流「責任能力論からみた『故意と責任能力』の議論と医療観察法との関
 係」刑事法ジャーナル 41 号(2014 年)
 ヤコブス(岡上雅美訳)「行為の主観面」筑波法政 40 号(2006 年)
 —(川口浩一、飯島暢訳)『法的強制と人格性』(2012 年)
 —(飯島暢、川口浩一訳)『国家刑罰—その意義と目的』(2013 年)
 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(二・完)」
 法学論叢 142 卷 2 号(1997 年)
 —「意思能力、行為能力、責任能力の関係」法学セミナー 47 卷 3 号(2002 年)
 —「錯誤論(下)」法学教室 274 号(2003 年)
 —『刑事責任能力の本質とその判断』(2006 年)
 —「医療観察法の解釈・運用に関する問題点と検討」季刊刑事弁護 49 号(2007
 年)
 —「精神の障害に基づく錯誤について」中谷陽二編『精神科医療と法—町野朔
 先生還暦記念論集』(2008 年)
 —「他行為可能性と責任」法学教室 371 号(2011 年)
 —「責任能力論の到達点となお解決されるべき課題について」川端博ほか編『理
 論刑法学の探究 6』(2013 年)
 —「故意と責任能力」刑事法ジャーナル 41 号(2014 年)
 —「実行行為開始後の責任能力低下について——3つの解決策とその役割分担
 ——」井田良等編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』(2016 年)
 ヤスパース(西丸四方訳)『精神病理学原論』(1971 年)
 箭野章五郎「医療観察法における『対象行為』とその主観的要件——精神の障
 害にもとづく錯誤の場合——」法学新報 116 卷 7・8 号(2009 年)
 山口厚『刑法総論(第二版)』(2007 年)
 —『刑法総論(第三版)』(2016 年)

山中敬一『刑法總論〔第二版〕』（2008年）
吉田敏雄「原因において自由な行為」北海学園大学学園論集 167号 15頁
横藤田誠「アメリカにおける Insanity Defence——合憲性の問題を中心に——」中谷陽二編『責任能力の現在』（2009年）

二：外国語文献

Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. (1976)
BeckOK StGB/Eschelbach StGB
Carl-Friedrich Stuckenberg, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre,
in Wolfgang Frisch, Gunther Jakobs, Michael Kubiciel, Michael Pawlik,
Carl Friedrich Stuckenberg (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der
Verbrechenslehre Hans Welzels (2015)
Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die
Straftat, 4. Aufl. (2011)
Jakobs 「Die sogenannte actio libera in causa」西原春夫先生古稀祝賀論文
集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集第5巻』（1998年）
Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996)
Markus D. Dubber /Tatjana Hornle 『Criminal Law: A Comparative Approach』
(2014)
Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. (2006)
王皇玉「誤想防衛之成立要件與法律效果」月旦裁判時報 40期 (2015年)
—『刑法總則修訂二版』（2016年）
立法院第五屆第二會期第十次會議議案關係文書
—第五屆第三會期第六次會議議案關係文書
林山田『刑法通論（上冊）增訂十版』（2008年）
林東茂『刑法綜覽（2016修訂版）』（2016年）
林鈺雄『新刑法總則六版』（2018年）
柯耀程『刑法總論釋義—修正法篇（上）』（2006年）
許恒達「殺人未遂與原因自由行為——評最高法院 96年度台上字第 6368 號刑事
判決」裁判時報 12 號 (2011 年)
—「原因自由行為的刑事責任」同氏著『法益保護與行為刑法』（2016 年）
—「論誤想防衛」中研院法學期刊 18 期 (2016 年)
許澤天「對 2005 年 1 月刑法總則篇『刑事責任』、『未遂犯』及『正犯與共犯』
章修改之評釋」台灣本土法學 67 期 (2005 年)
陳志輝「刑法第十九條第三項之適用限制—臺灣高等法院臺南分院一〇二年度侵
上訴字第九四六號刑事判決評析」裁判時報 32 期 (2015 年)
黃榮堅『基礎刑法學（上）』（2012 年）

—『基礎刑法學（下）』（2012年）

黃惠婷「在『原因自由行為』概念下檢討新法第十九條第三項」司法院編『新修正刑法論文集（民國95年7月1日施行）』（2006年）

蔡惠芳「責任能力與原因自由行為」月旦法學教室37期（2005年）

蔡碧玉「2005年新刑法修正綜覽」台灣刑事法學會編『刑法總則修正重點之理論與實務』（2006年）

參考判例

一：日本判例

大判昭和2年10月16日刑集6卷11号413頁

最高裁昭和26年1月17日刑集5卷1号20頁

一昭和26年9月20日刑集5卷10号1937頁

一昭和32年2月26日刑集11卷2号906頁

一昭和43年2月27日最高裁判所刑事判例集22卷2号67頁

大阪高判昭和32年6月28日高等裁判所刑事裁判特報4卷13号317頁。

一昭和32年11月1日高等裁判所刑事裁判特報4卷22号585頁

一昭和35年4月15日下級裁判所刑事裁判例集2卷3・4号363頁

一昭和42年9月26日判例時報508号第78頁

一昭和56年9月30日高等裁判所刑事判例集34卷3号385頁

大阪地判昭和37年7月24日下刑集4卷7・8号696頁

一昭和43年7月17日下刑集10卷7号767頁

一昭和51年3月4日判例タイムズ341号324頁

一平成1年5月29日判例タイムズ756号265頁

仙台地判昭和51年2月5日刑事裁判月報8卷1・2号第41頁

高松高裁昭和44年11月27日高等裁判所刑事判例集22卷6号901頁

東京高判昭和59年11月22日高刑集37卷3号414頁

一平成5年8月9日判例時報1494号158頁

一平成20年3月10日判例タイムズ1269号324頁

東京地判平成13年3月28日判例タイムズ1076号96頁

名古屋高判昭和31年4月19日高等裁判所刑事判例集9卷5号411頁。

広島高判昭和35年6月9日高刑集13卷5号399頁

広島地判昭和33年8月18日第一審刑事裁判例集1卷8号1239頁

二：ドイツ判例

BGHSt 3, 287

BGHSt 40, 341.
BGHSt 42, 235.
BGH MDR 1983 90

三：台湾判例

最高裁 28 年上字第 3816 号判決（1939 年 1 月 1 日）
—74 年度台上字第 591 号判決（1985 年 1 月 31 日）
—85 年度台上字第 2859 号判決（1996 年 6 月 13 日）
—86 年度台上字第 3604 号判決（1997 年 6 月 18 日）
—88 年度台上字第 300 号判決（1999 年 1 月 21 日）
—91 年度台上字第 4857 号判決（2002 年 8 月 29 日）
—96 年度台上字第 6368 号判決（2007 年 11 月 22 日）
—99 年度台上字第 6035 号判決（2010 年 9 月 30 日）
—100 年度台上字 156 号判決（2011 年 1 月 13 日）
—102 年度台上字第 809 号判決（2013 年 2 月 27 日）
—105 年度台上字第 2629 号判決（2016 年 10 月 19 日）
—105 年度台上字 3138 号判決（2016 年 11 月 30 日）
—106 年度台上字第 136 号判決（2017 年 7 月 19 日）
—106 年度台上字 3391 号判決（2017 年 11 月 9 日）
—107 年度台上字 307 号判決（2018 年 1 月 31 日）
—107 年度台上字第 2071 号判決（2018 年 6 月 13 日）
台北高裁 89 年度上訴字第 2491 号判決（2000 年 8 月 25 日）
—90 年度重上更（四）字第 105 号判決（2003 年 5 月 6 日）
—91 年度上訴字第 2892 号判決（2004 年 9 月 17 日）
—95 年度上訴字第 1279 号判決（2006 年 6 月 13 日）
—96 年度上重訴字第 78 号判決（2007 年 12 月 26 日）
—97 年度上易字第 1507 号判決（2008 年 7 月 29 日）
—98 年度上易字第 1291 号判決（2009 年 6 月 30 日）
—98 年度上訴字第 4217 号判決（2009 年 12 月 10 日）
—100 年度上訴字第 1357 号判決（2012 年 2 月 29 日）
—100 年度交易字第 210 号判決（2012 年 6 月 28 日）
—102 年度上訴字第 797 号判決（2013 年 7 月 16 日）
—102 年度上訴字 1989 号判決（2013 年 11 月 14 日）
—102 年度上易字 2510 号判決（2014 年 1 月 7 日）
—104 年度交上易字第 173 号判決（2015 年 10 月 28 日）
—105 年度上訴字第 374 号判決（2016 年 4 月 20 日）
—106 年度上訴字第 328 号判決（2017 年 3 月 22 日）

台北地裁 104 年度侵訴字 36 号判決 (2016 年 10 月 14 日)
新北地裁 103 年度重訴字 41 号判決 (2014 年 2 月 13 日)
—102 年度訴字 2079 号判決 (2014 年 10 月 21 日)
台中高裁 98 年度上訴字第 1592 号判決 (2009 年 9 月 16 日)
—99 年度上訴字第 43 号判決 (2010 年 2 月 4 日)
—99 年度上易字第 1386 号判決 (2010 年 12 月 23 日)
—103 年度上易字第 323 号判決 (2014 年 10 月 28 日)
—105 年度上易字第 1337 号判決 (2017 年 2 月 8 日)
彰化地裁 101 年度重訴字第 4 号判決 (2013 年 3 月 13 日)
台南高裁 97 年度矚上重更 (二) 字第 308 号判決 (2010 年 10 月 26 日)
台南地裁 106 年度易字第 1550 号判決 (2018 年 5 月 15 日)
高雄高裁 90 年度交上訴字第 18 号判決 (2001 年 4 月 25 日)
—98 年度上訴字第 177 号判決 (2009 年 5 月 14 日)
—100 上訴字第 1667 号判決 (2012 年 1 月 4 日)
—101 年度上更 (一) 字第 109 号判決 (2013 年 5 月 22 日)
—106 年度上易字第 531 号判決 (2017 年 10 月 24 日)
—107 年度交上易字第 41 号判決 (2018 年 5 月 31 日)
高雄地裁 101 年度重訴字第 22 号判決 (2013 年 6 月 10 日)
—104 年度易字第 409 号判決 (2015 年 11 月 27 日)
屏東地裁 106 年度交易字第 60 号判決 (2017 年 12 月 22 日)