

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」

ウルフリット・ノイマン *

葛原力三 訳**

I. はじめに

学問上の問題設定はユニヴァーサルである。さもないと、学問上の問題とは言えない。このことは法律学上の諸問題にも当てはまる。もちろん、諸国の法秩序における実定法上の諸規定は統一化の傾向があるとはいえず今なお多様である。しかし、学問上の問題は、ある意味で法秩序の違い以前に存在する。こうした問題は、特定の国あるいは特定の法文化がたまたま有している法体系の帰結ではなくて、法の規制課題と規制対象から帰結されるものである。

原因において自由な行為の問題は、この意味において学問的な問題である。酩酊に基づく責任無能力状態において犯罪行為を犯した人物を処罰することができるのか、そしてそれはどのようにか、という問いは、少なくとも原則として刑法上の責任主義による拘束を受け容れている全ての法秩序において設定される。そしてこのような法秩序は殆ど解決不能な諸問題の前に立たされるわけである。なぜなら、一方で、いずれにせよ高度のアルコール酩酊の場合には行為者の統御能力は（場合によっては弁別能力も）失われており、行為者は行為の実行に際して責任無能力である（ドイツ刑法典第20条、日本刑法典第39条）のが通常であり、責任無能力に関する一般的なルールによればこのような行為を理由に処罰することはできないということは疑いようがないからである。

しかし他方、酩酊行為者が完全に不可罰だという結論は刑事政策的に受け容れ難いだけではなく、正義の観点からも理解されないであろう。なぜなら、酩酊者は少なくとも典型的な形においては自らの酩酊状態自体については責任を負うからである。精神病患者にとって、例えば統合失調症の患者におけるように、その無能力状態が宿命のような性格を有しているのとは違って、酩酊行為者はその状態を回避することができるのである。従って、彼が行為の遂行の際には自らの行為の主人ではなかったという事情が彼を免責する作用は、決定的に弱くなる。彼に対しては、酩酊することについては彼自身の自由な決断に委ねられていたではないか、と反論することができる

* ドイツ Frankfurt am Main 大学教授 2005年度関西大学外国人招へい研究者。本稿は、2005年10月8日に開催された第83回法学研究所特別研究会「原因において自由な行為 刑法解釈学の方法論的問題として」において行われた講演原稿に脚注を付したものの翻訳である。オリジナルは、Kansai University Review of Law and Politics No 27 pp.43所収

編集部注** 関西大学法学部教授（法学研究所幹事）

るのである。行為者が当該行為を責任無能力規定の保護（があると誤認してそ）の下で行うことを計画したといった場合のように、行為者が自らの酩酊状態を意図的に招来した場合には、このことはなおさら妥当する。これは、故意的な原因において自由な行為の諸事例であるが、以下ではこれを我々の検討の中心に据えることにする。

少なくとも、責任無能力の一般ルールを酩酊行為者に無制限に適用することは刑事政策的に受け容れがたいのみならず、正義の観点からも適切ではない、ということについては広汎な意見の一致がみられる。これに対して、酩酊行為者にその犯罪行為の責任を問うことができ且つ問うべきなのはいかなる要件の下でいかなるルールによってなのか、については争いがある。酩酊者は一般的にしらふの行為者と同じように処罰されるべきなのであろうか。あるいは、当該行為をすでにしらふの状態に計画していた場合のみ可罰的とされるべきなのであろうか。また、酩酊行為者を酩酊下の行為を理由としてではなく、飲酒行為自体を理由として処罰することは不可能なのであろうか。

II. 刑法解釈学の任務

この問題に深く立ち入る前に、誰がこの問いに答えるべき管轄を有するのかを明らかにしておくなければならない。立法者である、というはひとつのわかりやすい解答である。立法者は、行為者が自ら有責に招来した酩酊状態にある場合、しらふの行為者と同じように処罰されるのか、酩酊するという独自の犯罪構成要件によって処罰されるのか、あるいはまた全く処罰されないのかを決断しなければならない、というのである。

私はこの答を、本稿のタイトルからも明らかのように、誤りである、少なくとも不十分であると考え。原因において自由な行為および類似の帰属問題は、第一義的に刑法ドグマティクの、従って刑法学の問題である。ここで、このような見方の背景にある刑法ドグマティクというものの理解を少々説明することを許されたい。

現代の法秩序においては、拘束力のある法的ルールを設定することに関する管轄は立法諸機関にある。このことは、伝統的に成文法システムを持つ諸国においてだけでなく、伝統的には「判例法」の領域に属するとされてきた法秩序においても妥当することが多くなってきた。法実務が必要とする法的ルールの総計は、法典上のルールの総体につくるものではない。このことは、二つの根拠を持つ。一つには、法典はその抽象化の程度の高さ故に、具体的な事案の判断を単独で決定することはできないからである。つまり、成文法典の下に属する法的ルールのサブシステムの発展を必要とする。その助けを借りて抽象的な法典上の規範が、具体的な事案がその下に位置づけられ得る程度にまで具体化されるのである。もう一つの理由は、成文法のルールは憲法規範と、加えて、書かれざる法的諸原則とも調和して一つの一貫したシステムを構成していなければならないという点にある。サブ成文法的ルールをも含めたこのシステムを発展させることは、制度的にみれば裁判所によってもアカデミックな法律学によっても行われる法ドグマティクの任務に属する。

さて、原因において自由な行為の問題は、これもまた二つの理由から、刑法ドグマーティクの第一次の管轄範囲に属する。まず、数多くの法秩序において酩酊行為者の責任という問題は成文法によっては全く規制されていないか、不十分にしか規制されていないからである。たとえばドイツにおいては、そしておそらく日本においても、酩酊行為者の可罰性は一般に成文法によってではなく¹⁾、刑法ドグマーティクが開発した帰属ルールによって定められている。次に、まさにこの領域においてこそ、酩酊行為者の処罰が憲法および一般的な法的諸原則、特に刑法上の責任主義とどの程度調和できるか²⁾という問いが決定的な意味を持つからである。刑法ドグマーティクの任務は、このような観点からは、酩酊行為についてありうべき刑法上の帰属モデルを開発すること、そしてこれを拘束力のある法的諸原則との調和という点において検証することにある。

Ⅲ. あり得べき帰属モデル

そのような帰属モデルを構築するについては、三つの原則的に異なる可能性がある。これらはもちろん具体的な構成においては重大な差異をもたらす可能性がある。第一に、酩酊下で行われた犯罪行為の不可罰性を維持しつつ、自ら酩酊状態に陥ったことを理由に、これはこの場合社会的に危険な行為だと解釈されることになるが、行為者の責任を問う途がある。これは、ドイツ刑法において法典上の文言のみに依拠した場合にもたらされる解決である。ドイツ刑法典は酩酊状態が有責に自招された場合の免責を制限する文言を持たない。しかし、自ら有責に酩酊状態に陥った者は、その状態下で犯罪行為を行ったこと、そして酩酊の効果として当該犯罪行為を理由としては処罰され得ないことを条件として処罰される（ドイツ刑法323 a条「完全酩酊構成要件」³⁾）。

第二に、一定の要件下で、酩酊状態に陥ること自体を酩酊状態下で行われた犯罪行為の遂行として行為者に帰属することもできる。これは、「原因において自由な行為」という法形象の支配的な理解と対応する（「早期化モデル」ないし「構成要件モデル」）。最後に、自ら有責に招いた

1) ドイツ刑法典 (StGB) は、原因において自由な行為のルールに対応する規定を持たない。ドイツ刑法典第20条は、「行為の遂行の際に病的な精神障害、深刻な意識障害又は精神薄弱もしくはその他の重大な精神的偏奇のため、行為の不法を弁識し又はその弁識に従って行為することができなかつた者は責任なく行為した者である。」と規定している。高度のアルコール酩酊は「病的な精神障害」に、あるいは「病的な精神障害」又は「深刻な意識障害」と評価されるべきことについては一致が見られる（例えば、*Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 35. Aufl. 2004, § 20 Rn. 4; *Schild* in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 20 Rn. 67ff. 参照）。

2) 連邦憲法裁判所の判例 (BVerfGE 20, 323, 331; BVerfG NJW 2003, 3620) によれば、責任主義は、ドイツ基本法に規定された法治国家原則 (Art. 20 Abs. 3 GG) と人間の尊厳の原則の表現として憲法上の地位を有すると理解されている。

3) ドイツ刑法典第323a条は次のように規定している。「(1) 故意または過失により、自らをアルコール飲料又はその他の麻酔性薬物による酩酊状態に陥れた者は、当該状態において違法行為を行ったが当該酩酊に基づいて責任能力がなかったか、なかった可能性があったために当該違法行為を理由として処罰されないとき、五年以下の自由刑もしくは罰金刑に処する。(2) その刑は、酩酊状態下で行われた行為について定められたものよりも重いものであってはならない。(3) この行為は、酩酊状態下で行われた行為が告訴、授權又は処罰要求がなければ訴追されない罪である場合には、告訴、授權または処罰要求がなければ訴追されない。」

酩酊を行為者が援用することを原則として禁止し、行為者を責任能力に全く制限がない状態で当該行為を行った場合と同様に処罰するということもあり得る三つ目の方途である（「例外モデル」）。ヨーロッパ諸国の刑法典の多くにこれと対応する規定がみられる。このモデルは、旧東ドイツ刑法典が同様の規定を有していたことを受けて、ドイツでも立法問題として議論されている。これらいずれの解決もそれぞれに特殊な困難を克服しなければならない。

1. 独立した完全酩酊構成要件の立法

酩酊という独立の構成要件を作ると、そこでは酩酊状態下の行為が客観的処罰条件に過ぎなくなるが、この独立構成要件が内包するジレンマは、次のようにまとめることができる。法定刑が自ら酩酊状態に陥るという不法に対する反作用としては高すぎるか、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かのいずれかであり、典型的な場合にはその両方である、ということである。ドイツ刑法典の完全酩酊構成要件（ドイツ刑法典323a条）を例にとると、ミュンヘンのオクトーバー・フェストのような組織的且つ集団的なアルコール消費を国家的な保護のもとに催す社会が、我々は自ら酩酊状態に陥るだけでそれを5年以下の自由刑を以て威嚇するに値するほどの当罰的不法と評価しているのだと主張、喧伝したところで、信用されるのは難しい。酩酊状態下の行為の遂行が不法に影響を与えない客観的処罰条件にすぎないのに対して、本罪の構成要件該当的不法は自ら酩酊状態に陥ることとそこから生じる漠然とした危殆化につきる。このような構成要件の形式的な構造が文字通りのものだとすれば、最高5年の自由刑という法定刑は不当に高い。

他方、5年以下の自由刑という法定刑は、酩酊状態下の行為に対する制裁賦課が問題であるとすれば、不十分なものともみえる。しかし、完全酩酊構成要件の刑事政策的機能はまさにその点に存するのであり、そしてこれは、その背後にある、構成要件の「実質的帰属構造」とも呼ぶべき、正義に適う刑法的帰属という観念にもおそらく対応する。有責な自招酩酊の独立構成要件が含むこの形式的帰属構造と実質的帰属構造との間の緊張関係は、判例と刑法学説とに常態的な股裂き状態を強いる。これは、ドイツの法実務が示しているように、刑法上の規制システムの一貫性を害することなく維持することはできない。

2. 原因において自由な行為

原因において自由な行為という概念のもとにまとめられる帰属の諸モデルは、こうした問題を回避する。なぜなら、この種のモデルは明示的に、自ら酩酊状態に陥ること自体を理由としてではなく、酩酊状態下で行われた犯罪行為自体を理由として行為者の責任を問うからである。しかし、こうすることは二つの問題に突き当たる。第一の問題は、原則的な性格のものである。つまり、具体的な法秩序の形態に依存しない問題である。問題は、このようなルールがいくつかの法秩序においては憲法上の地位を有する責任主義と調和しうるかにある⁴⁾。責任主義は多数説によ

4) ドイツ法における責任主義の憲法上の保障については註2) 参照。

れば責任が行為の時点に存在することを要求するから、これは大きな問題であるように見える。つまり、この問題は、原因において自由な行為のルールが明文規定に固定化されている場合、つまり例えばスペイン刑法においても生じるのである。

第二の問題は、原因において自由な行為の意味において可罰性を定める成文法上の明示規定を持たない法秩序においてのみ生じる。この場合、例えば、日本やドイツにおいては、刑法ドグマティックによるルールの形成に基づく可罰性の根拠付けは「法律なければ刑罰なし」の原則に対する抵触を内含しないかという問題が追加的に生じるのである。この問題の解決のためには構造的にみていくつかの可能性はある。

a) 構成要件モデル（早期化モデル）

最もエレガントな解決は、一見、行為者が後の「酩酊下の行為」について故意的に、あるいは（過失犯の場合には）過失的に行為した限り直接的に法益侵害的な行為を待ってはじめてではなく、すでに自ら酩酊状態に陥ることを構成要件該当行為と解釈するというやり方であるようにも見える⁵⁾。こうすることで、行為と責任の同時存在原則は形式的には維持されている。なぜなら、自ら酩酊状態に陥る行為の時点では行為者は責任能力に制限がない状態で行為しているからである。このモデルは、特に間接正犯の原則によって根拠づけられる。しらふの行為者が、後の酩酊状態に起因する制御不能状態を計画的に行為遂行に投入することによって、自らを行為の道具にするというのである。

しかし、もう一度見れば、このモデルは重大な弱点を顕わにする⁶⁾。このモデルは、責任の領域に属する問題を構成要件のレベルにおいて解決することを試みるからである。問題の犯罪論体系上の位置をずらすことのコストは高く付く。このことは、特に、未遂の解釈論の領域においてもたらされる諸帰結において顕著である。構成要件該当行為を自ら酩酊状態に陥る時点にまで前にずらすと、必然的に自ら酩酊状態に陥ることが既に、一侵害故意を以て行われた限り一計画された犯罪行為の未遂を意味することにならざるを得ない。しかも、後に実際にその犯罪行為が行われたか否かを問わずにである⁷⁾。このような結論は、著しく直観に反し、殆ど耐え難い可罰性の拡張に至る。酩酊状態で仲の悪い隣人を打ち据える故意で酒を飲む者は、彼が酩酊状態下

5) *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 1997, § 20 Rn. 58ff.; *H.J.Hirsch*, Zur actio libera in causa, in: Festschrift für Nishihara, 1998, S. 88ff., 98.

6) *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage 2003, § 20 Rn. 45.

7) この点について詳しくは *Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“ Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, S. 39f. 異説として *Herzberg*, Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktsvorbereitung als „Begehung der Tat“ (§§ 16, 20, 34 StGB), in: Festschrift für Spendel, 1992, S. 203ff., 及び *Spendel*, Actio libera in causa und kein Ende, in: Festschrift für H. J. Hirsch, 1999, S. 379ff. 参照。後二者は、責任無能力状態の惹起が一般的な帰属のルールによれば後に構成要件（未遂犯のそれを含めて）の実現に至る場合にのみ、責任無能力状態の惹起を以て未遂と看做そうとする。これに対して批判的な見解としては例えば、*Streng*, Actio libera in causa und verminderte Schuldfähigkeit – BGH, NStZ 2000, 584, in: Juristische Schulung (JuS) 2001, S. 540, 541/542.がある。

で感傷に襲われ、全ての悪しき計画を放棄したとしても、傷害未遂を理由として可罰的となるのである。

原因において自由な行為を「構成要件モデル」に従って構成することから生じるさらなる問題は、近年、連邦通常裁判所をしてこの法形象の適用範囲を大幅に縮小せしめるに至った⁸⁾。この判例は、道路交通における酩酊、つまり酩酊によって運転能力を欠く状態での自動車の走行の事例に関するものであった。問題となったのは、行為者が酩酊状態下での走行の開始時点において運転能力を欠くのみならず、一般ルールによれば責任無能力となる程度に高度に酩酊していた場合の可罰性である。山中教授のある論文によれば⁹⁾、日本の裁判所はこの種の事例において原因において自由な行為の法理を適用して、酩酊運転の構成要件を理由に有罪判決を下したことがあるとのことである。そこで具体的に挙げられているのは、最高裁と大阪地裁の判例である。ドイツの裁判所も、上述の連邦通常裁判所判決までは同様に判断してきた。行為者が、飲酒の段階で自動車運転を計画していた場合、故意の酩酊運転で、飲酒の段階で予見できた場合は過失の酩酊運転で有罪とされていたのである。連邦通常裁判所は、こうした判例の流れに終止符を打った。その判決理由は、非常に明確に構成要件モデルの限界を示している。ドイツ刑法典における酩酊運転罪の構成要件は、ある者が運転能力を欠く状態で車両を運転したこと（ドイツ刑法典第316d条）ことを要件としている。しかし、自ら酩酊状態に陥ることは、連邦通常裁判所によれば、「車両の運転」という概念に当てはめることはできない。これは正しい且つ必然的な結論である¹⁰⁾。行為者は、いつもの飲み屋で酔っぱらうことによって一場合によっては、駐車中の車から遠く離れながら一その車を「運転した」のだ、と言うことはできない。一般的に言えば、少なくとも犯罪構成要件が一定の結果だけではなく行為者の特定の態度を要求している場合は、「構成要件モデル」はこれを代替することはできない。純粋な結果犯についてもこのBGH判決は少なくとも一つの疑問符を付した。行為者が酔っぱらうことによって一遠くに住んでいることもある一敵を殺害したのだ、と本当に言えるのであろうか。構成要件モデルがこうした言語表現に反することは、酩酊運転のようないわゆる「挙動犯」において顕著で見逃しがたいが、純粋結果犯においてもこの理論構成を特徴づけているのである。

b) 例外モデル

このBGH判例は、「早期化モデル」に対する批判はドグマーティッシュなだけではなく方法論的な性質のものでもあることを明らかにしている。構成要件モデルに従った原因において自由な行為という構成は明らかに目的構成（Zweckkonstruktion）であり、論証は望ましい結論と関係づけられているからである。行為者の計画がそのような行為に向けられていたからといって、単なる飲酒行為を法的にある人の構成要件該当的な殺害または傷害であると評価することは、矛盾

8) BGHSt 42, 235.

9) Yamanaka, *Strafrechtliche Erfassung in rauschbedingter Schuldunfähigkeit begangener Straftaten*, in: Swarc (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des deutschen, japanischen und polnischen Strafrechts*, Poznan 2005.

10) この点につき詳しくはNeumann, in: *Strafverteidiger (StV)* 1997, 23.

を抱えている。早期化モデルに従った原因において自由な行為のドグマーティッシュな再構築は、こうした諸事例における行為者の処罰の基礎にある本来の評価を捉え損なっている。重要なのは、犯罪故意を以て自ら酩酊状態に陥って当該行為を現実に実行した行為者に免責事由を与えないということなのである。自ら酩酊状態に陥ることが構成要件該当であるとの主張は、このような目標に結論において到達するための明らかな目的構成である¹¹⁾。この場合にドグマーティクは、刑事政策的に望ましい、且つ正義に適うように見える結論に抵抗することなく身を捧げている。刑法典によって引かれた限界線を越える地点での行為者の処罰を正当化し、そのことによって、犯罪構成要件と帰属の諸ルールを、処罰の実定性（法律なければ刑罰無し）という基準をも含む批判的な審査に付するという法治国家を志向する刑法ドグマーティクの任務を果たし得ていない。

ドイツ刑法学において過去何十年かの間になされることが多くなってきたこのような批判は、原因において自由な行為¹²⁾の他の競合するモデルの助産師となった。こちらのモデルによれば、行為者が統制不能の状態では当該行為を犯したときには有責な行為は存しないという原則に例外を設けることが課題となる。つまり有責に自ら酩酊状態に陥ることは、構成要件に該当する行為ではなく、むしろ構成要件該当行為についてその実行の時点においては行為者が責任無能力であったにもかかわらず彼に主観的にも責任を負わせるための事由なのである。行為者は、その酩酊状態のある犯罪行為を行う故意を以て惹起したという理由で、免責の効果のためにその酩酊状態を援用することを拒否されるのである。従って、故意的な原因において自由な行為という法形象は、構成要件該当行為と責任との同時存在原則の例外を根拠づける帰属のルールであると解釈されることになる。

もちろんこのモデルも重大な批判にさらされる。第一の問題点は、行為と責任との同時存在を解消するという点にある。このような同時存在原則の例外が責任主義と調和しうるのかという点には争いがある。この問題については後にもう一度触れることとするが、この問いに「ノー」と答えなければならないとすれば、責任主義がドイツにおけるように¹³⁾ 憲法上の効力を認められている限りにおいて、この例外モデルには憲法が対立することになる。この場合、立法者が明示規定を置いたとしても無駄である。なぜなら、この規定はより上位に位置する憲法によって無効とされるからである。

問題はもう一つ、ドイツにおけるように明示的法規定がない場合に生じる。この場合は、主張される例外が法典自身は規定していないが既に現行法秩序の構成部分であることに根拠が示されなければならない。この場合にも法律なければ刑罰なしの原則の問題が生じるのである。

11) Ebenso *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage 2005, § 11 Rn. 18.

12) この「例外モデル」に賛成するものとして例えば、*Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. 37ff.; *Jähnke* in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage 1993, § 20 Rn. 78; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage 2004, § 13 Rn. 15ff.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 445ff.; *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Auf. 2004, § 20 Rn. 25; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Auflage 2004, Rn. 415.

13) 註2) 参照。

c) 現行法上で原因において自由な行為を認めることの拒否

以上の短い説明が示しているように、少なくともドイツの刑法ドグマーティクには、原因において自由な行為の、少なくともドグマーティッシュに一貫しており且つ現行法上の諸ルールと破綻なく調和しうるモデルは現在のところ存在しない。このことから、現行法の問題としては原因において自由な行為というルールによる処罰は諦めて、疑問が残る事例については完全酩酊構成要件（323a条）に頼るという結論を導きだす論者は増加してきている¹⁴⁾。

IV. 結論

では、説得的な解決というものは存在するのであろうか。しかりとすれば、それは法解釈の構築を通じてではなく、立法という道を通じてのみ存在しうる。そのような先例はある。多くの法秩序において立法者は原因において自由な行為という帰属ルールを法典化してきた。スペイン刑法典によれば、酩酊状態下の行為をしらふで計画した者は免責されない¹⁵⁾。同じことは過失犯にも妥当する。これと対応する規定は、他の多くのヨーロッパ、非ヨーロッパ諸国の刑法典にも見られる。

このことによって路上から石が取り除かれたと言うことになるわけではない。この帰属ルールの法典化は、可罰性が法律上に規定されていることの要請（法律なければ刑罰なし）の問題は解決するが、責任主義（責任なければ刑罰なし）との牴触の可能性を除去するわけではない¹⁶⁾。従って、決定的な問いは、行為と責任の同時存在の要件は責任主義の必要欠くべからざる構成要素なのかということになる。

この問いに答えることが可能になるためには、この問い自体をまず精密化しておかなければならない。決定的な問いは、責任非難を構成要件該当行為に先んじて存在する事情にかからせることが構成として可能か、という形をとるのではなく、そうすることが実質的に正当化され得るのか、されるとすればどのような条件の下でかという形をとる。構成の問題ではなく論証の問題なのである。問題は、当事者に対して、故意の原因において自由な行為という要件の下で彼に当該行為を故意的且つ有責に行われた犯罪行為として帰属することを根拠づけることが可能かにある。

私はこれを可能であると考え。自らを免責するという言語行為に妥当する一般的諸ルールは、問題となる行為を犯すことをねらって且つその意図を以て自ら惹起した酩酊状態を自らの免責のために援用することを禁止する。行為者自身も、自分が犯罪行為の被害者となる場合には、その

14) そのような見解として、*Hettinger*, Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, 1988, S. 436ff.; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 397; *Paeffgen* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Vor § 323a Rn. 29, 66.

15) スペイン刑法典第20条参照。

16) この点につき詳しくは *Neumann*, Konstruktion und Argumentation in der neueren Diskussion zur actio libera in causa, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 581ff.

ような免責を受け容れることはできないであろう。それ故、法秩序がそうした事情の下で免責することを拒絶したとしても、彼に対して不法が行われたということにはならない。フェアな帰属の要請と理解される責任主義とは、このような原因において自由な行為のルールは矛盾しない。

V. 将来の展開の見通し

しかし、酩酊下の行為を理由とする刑事責任を厳格化するドイツにおいてみられる傾向は、今後も著しく進展するであろう。その象徴としての作用が、2003年に下されたBGHの一つの判決にみられる。そこでは裁判所が詳細な傍論において、著しく限定された責任能力について刑法典が規定している任意的減軽（ドイツ刑法典21条）を有責な酩酊の事例において一般的に認めないことに賛意を表したのである¹⁷⁾。実際に犯された犯罪がどのようなものであれその予見もしくは予見可能性は、従来の判例においてとは異なって問題とならない。このような見解が一般に定着するとすれば、行為者の有責に自招された酩酊状態は具体的な行為との「責任連関」如何に関わらず原則として考慮されてはならないというルールへの第一歩が踏み出されたと見るべきこととなる。

いくつかの諸国に見られる、そして旧東ドイツの刑法典に見られた¹⁸⁾ このようなルールについては、現行ドイツ刑法にもこれを明示的に要求する論者が幾人かいる¹⁹⁾。こうした論者によれば、責任無能力が有責に自招された酩酊状態に基づいている場合には、行為の時点において責任無能力である行為者も完全に責任能力ある者として処罰されることになる。

しかし、このように責任無能力者と完全責任能力者とを同等に取り扱うことを責任主義と調和させることは極めて困難であろう。なぜなら、このような同等取り扱いは、極端な場合には酩酊状態の有責招致を結論において謀殺が有責に犯された場合と同等に評価するということをも意味するからである。つまり、行為の時点では責任無能力であった者が、その酩酊状態を有責に招来したことの結果として完全責任能力者と同様に終身刑を科されるということになるのである。このような帰結には大きな問題がある。酩酊状態についての有責性は、犯罪行為遂行の時点で有責性が欠けることを補償しえないからである。責任主義の下では、少なくとも行為時点で責任無能力であった者を完全に責任能力ある行為者と全く同等に取り扱うことはあり得ないのである。

17) BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 2394. Kritisch zu dieser Entscheidung etwa *Frister*, Juristenzeitung (JZ) 2003, 1019; *Neumann*, Strafverteidiger (StV) 2003, 527; *Streng*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 2963.

18) 註4) 参照。

19) 註5) 参照。