

「原因において自由な行為（actio libera in causa）」再論

メタデータ	言語: 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2024-03-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 川口, 浩一 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/0002000314

【論 説】

「原因において自由な行為 (actio libera in causa)」再論

川 口 浩 一

目 次

- 1 問題の所在
- 2 ドイツにおける理論状況：構成要件モデルと例外モデル
- 3 構成要件モデルからの例外モデルへの批判
- 4 不調和説からの例外モデルへの批判
- 5 残された課題

Necessitas non habet legem.

1 問題の所在

中空壽雅先生（以下敬称略）は、1984 年以来、日本における「原因において自由な行為 (actio libera in causa = a.l.i.c.)」の議論を常にリードしてこられた⁽¹⁾。

- (1) 主要な論文として、中空壽雅「『原因において自由な行為の法理』の検討(1)」早稲田大学法研論集 32 号 (1984 年) 289 頁以下、同「原因において自由な行為の法理の検討-故意の原因において自由な行為の成立要件(1)(2)(3)」早稲田大学法研論集 52 号 (1990 年) 173 頁以下、同 53 号 (1990 年) 141 頁以下、54 号 (1990 年) 217 頁以下、同「判例における過失の原因において自由な行為」関東学園大学法学紀要 4 巻 2 号 (1994 年) 369 頁以下、同「わが国の『原因において自由な行為論』の再検討(1)(2)」関東学園大学法学紀要 10 巻 2 号 (2000 年) 129-145 頁、同 11 巻 2 号 (2001 年) 75-92 頁、同「『責任能力と行為の同時存在の原則』の意義について」刑法雑誌 45 巻 3 号 (2006 年) 15 頁以下 (以下「同時原則」として引用する)、ドイツ文献の翻訳として同「翻訳・ギュンター・ヤーコプス『いわゆる原因において自由な行為』」関東学園大学法学紀要 9 巻 1 号 (1999 年) 175 頁以下がある。その他、林美月子「現代刑事法学の視点・中空壽雅『原因において自由な行為』の再検討」法律時報 63 巻 4 号 (1991 年) 90 頁以下 (現著者コメント

中空説は、いわゆる「例外モデル (Ausnahmemodell)」⁽²⁾ に立脚するものであり、その中心テーゼは以下の 5 つに要約される⁽³⁾。

- ① 責任能力の本質からのアプローチ：責任能力と行為の同時存在の原則の規範的意味の規定は、責任能力の本質からアプローチすべきであり、また原因において自由な行為の事例の本質は、有責的に結果行為時の責任無能力を惹起した点にあり、そのことを前提に処罰根拠を考えていくべきである。
- ② 因果的アプローチへの批判：原因において自由な行為を原因行為によって結果行為・結果が惹起された事例と見ることには無理があり、因果関係の証明という困難に遭遇することになる。従来議論においては、「原因行為」という言葉が「何に対する原因たる行為なのか」という点では、実は無反省に論者毎に複数の意味で使用されてきたが、それは単なる用語の意味の問題にとどまらず、原因において自由な行為の規範的構造理解に関わっている。
- ③ 合規範的意思決定能力としての責任能力：有責行為能力としての責任能力は合規範的意思決定能力であり、一定の生物学的要素に基づいて法秩序が合規範的意思決定を期待できない状態を意味する。責任無能力者も意思決定能力を有し、自己の意思によって犯罪行為を中止することも可能である。責任無能力でなければ適法行為にでなくてはならないことを前提にし、責任無能力になることによって故意が固定される、ないしは責任無能力状態によって法益侵害の危険性が事実上高められるとして、この問題を処理することは、行為者に不利な推定であり許容されない。責任無能力であること自体は何ら事実形成力を持たず不法促進的に機能することはなく、それゆえに責任無能力になること自体は禁止されていないし、また不法でもない。
- ④ 責任無能力と違法性の錯誤の同質性：精神の障害以外の事由に基づいて法秩序が合規範的意思決定を期待し得ない状態である違法性の意識の可能性の問題と非難可能性を根拠づけるという機能では同質のものであり、実行行為時に

93 頁以下)、川端博／日高義博／中空壽雅「鼎談・原因において自由な行為の法理」現代刑事法 2 卷 12 号 (2000 年) 4 頁以下も参照。

(2) 杉本一敏『「原因において自由な行為」をめぐる日本の刑法学説の 50 年-構成要件モデル・責任モデル・例外モデルの『三国志』-』浅田和茂他編『刑事法学の系譜』(信山社・2022 年) 327 頁以下、363 頁は中空説を、丸山(治)説、安田説と並んで、例外モデルの代表的な学説と位置づける。

(3) 中空「同時原則」前掲注 (1) 24 頁以下 (強調は引用者による)。

違法性の意識がなくともそれ以前の時点で違法性について調査等をする契機が存在するために違法性の意識の可能性があったと評価される場合と同様に、原因行為の時点で、結果行為と同種の構成要件該当行為が予見でき、原因行為を中止することで責任能力状態の発生が回避できる場合には、そのことによって法秩序は合規範的意思決定を期待しうることになり（両者の差異はその原因の差異にすぎない）、原因において自由な行為は基本的には、禁止の錯誤と同様の観点から処理すべきである。

- ⑤ 故意責任と過失責任の区別：しかしながら、責任無能力状態の発生が予見可能であれば合規範的意思決定をなお期待可能としてその責任阻却効果を認めないことと、事実として実行行為時に責任能力が存在したとすることは別のことであり、**実行行為時の故意はその時点での責任無能力であるために違法性の意識の提訴機能を働かせることはできないので、結果行為時の行為者の認識内容によって直ちに責任形式を決定することはできず、むしろ原因行為時の行為者の認識内容を前提に故意責任と過失責任を決定すべきである**〔原因行為時基準説〕。原因において自由な行為の事例とは、いわば当該行為を行うという最終的意思決定の積極面とそれを中止しないという消極面が責任評価上分離をしているので、結果行為について非難できるか否かということとどのような形で非難するかを分離して評価すべき事例なのである。

このような中空説に対して、私は既に2009年の論文⁽⁴⁾で検討を加え、①②の点については全面的に賛成するが、③の点については規範に基づく決定能力を持たない責任無能力の場合を期待可能性が減少する限定責任能力の場合を区別すべきであり、責任無能力の場合には、例外モデルではなく間接正犯構成により（かつその場合にのみ）可罰性を認めることができるとし、他方、期待可能性が減少する類型である限定責任能力の場合については、例外モデルの適用の余地を認め、④の点に禁止の錯誤との対比についてはその前提となる責任説について問題があるとする批判を試みた⁽⁵⁾。本稿では、その後のドイツにおける学説の展開を踏まえ、改めて「原

(4) 拙稿「いわゆる *actio libera in causa*—その原理的考察」関西大学法学論集99巻3・4号（2009年）385頁以下。

(5) さらに⑤の故意の判断時点についても、責任無能力の事例においては、結論的には原因行為時の故意／過失によって判断することは妥当であるが、結果行為の時点においても「責任無能力者も意思決定能力を有し、自己の意思によって犯罪行為を中止することも可

因において自由な行為」という法形象の必要性に関して再検討を加えたいと思う。

2 ドイツにおける理論状況：構成要件モデルと例外モデル

ドイツにおける a.l.i.c のモデル論の最近の分類⁽⁶⁾としては、同時存在原則 (Koinzidenzprinzip) の例外としてではなく構成要件該当性レベルで解決を試みる (A) 構成要件モデル (Tatbestandsmodelle)⁽⁷⁾、その例外を認める (B) 例外モデル (Ausnahmmodell) および両者を否定し少なくとも現行法とは調和できないとする (C) 不調和説 (Unvereinbarkeitstheorie) の 3 つに大別され、さらに (A) は①早期化理論 (Vorverlegungstheorie)、②不法モデル (Unrechtsmodell)、③拡張モデル (Ausdehnungsmodell) に細分されている。

ドイツにおけるモデル論	
(A) 構成要件モデル (Tatbestandsmodelle)	
	① 早期化理論 (Vorverlegungstheorie) ② 不法モデル (Unrechtsmodell) ③ 拡張モデル (Ausdehnungsmodell)
(B) 例外モデル (Ausnahmmodell)	
(C) 不調和説 (Unvereinbarkeitstheorie)	

(A) ①の早期化理論とは、「刑法的に重要な行為は、直接的な Tat [所為、犯行] の実行 (actio subsequens) ではなく、むしろ、その Tat への非難は、責任無能力の状態で犯された、その欠陥 (Defekt) を惹起する行為 (actio praecedens) に関連するものである。したがって、この a.l.i.c. という形象 (Figur) は、行為と責任の同時性を要求する同時存在の原則の見かけ上の例外にすぎない」とするものであり、この説が古くは Binding⁽⁸⁾ 以来のドイツの通説・判例とされる⁽⁹⁾。な

能である」(上述③) ということを肯定しつつ、なお原因行為時を基準とすることにはなお疑問の余地がある。

(6) Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 16. Aufl. 2023, S. 108 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 52. Aufl. 2022, Rn. 653 ff.

(7) Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 6) Rn. 675 ff. なお Hillenkamp/Cornelius (o. Fn. 6) S. 108 はこれを構成要件解決 (Tatbestandslösungen) と呼んでいる。

(8) Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1907, S. 103 f.

(9) 包括的な文献表示として Hillenkamp/Cornelius (o. Fn. 6), S. 109 f.

おこの説のバリエーションとして自手犯 (*eigenhändige Delikten*)、特定の行為態様に拘束された犯罪 (*verhaltensgebundene Delikten*) および単純行為犯 (*reine Tätigkeitsdelikten*) の特定の犯罪類型や、限定責任能力の事例を除外する説⁽¹⁰⁾も、有力に主張されている。

(A) ②の不法モデルとは「a.l.i.c.の事例においては構成要件該当行為や責任が早期化されるのではなく、むしろ責任無能力を惹起する行動 (*das die Schuldunfähigkeit herbeiführende Verhalten*) を実質的な不法考察 (*die materiale Unrechtsbetrachtung*) 関連づけようとする。実質的な不法に属するのは構成要件において記述されている行動のみならず、法益の尊重要求にすでに違反している先行する行動 (*vorhergehendes Verhalten, das den Achtungsanspruch des Rechtsguts bereits verletzt*) も含まれる」とする学説であり、その主唱者は *Schmidhäuser* ⁽¹¹⁾ である。

(A) ③の拡張モデルとは「欠陥の惹起 (*Defektherbeiführung*) は、構成要件該当行為ではなく、不法と無関係な予備行為 (*eine unrechtsindifferente Vorbereitungshandlung*) である。しかしそれが少なくとも責任無能力状態における未遂の段階に達すると、それは責任関連性 (*Schuldrelevanz*) を持つ。「刑法 20 条における „Begehung der Tat“ [犯行] という表現は拡張解釈されるべきであり、その結果、責任関連の先行行為 (*schuldrelevantes Vorverhalten*) も包摂される。欠陥状態の惹起 (*das Herbeiführen des Defektzustandes*) ではなく、責任無能力状態における行動 (*das Verhalten im schuldunfähigen Zustand*) が構成要件該当行為とみなされる」とする学説でありその主唱者は *Streng* ⁽¹²⁾ であ

(10) *Frister*, Strafrecht AT 10. Aufl. 2023, Kap. 18 Rn. 17 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 17/64 ff.; *ders.*, Die sogenannte actio libera in causa, FS Nishihara, 1998, S. 105 (120 f.); *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022 § 26 Rn. 22, 31; *Puppe* Strafrecht AT, 5. Aufl., 2022, § 16 Rn. 8 ff., 23 ff.; *Rengier* Strafrecht AT, 15. Aufl., 2023, § 25 Rn. 15 ff., 18; *Roxin/Greco* Strafrecht AT I 5. Aufl. 2020, § 20 Rn. 58-66 など (その他の文献は *Hillenkamp/Cornelius* (o. Fn, 6) S. 110 参照)。

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

(12) *Streng*, Schuld oder Freiheit?, ZStW 101 (1989), 273 ff.; *ders.*, Der neue Streit um die „actio libera in causa“, JZ 1994, 709 ff.; *ders.*, „actio libera in causa“ und Vollrauschstrafbarkeit - rechtspolitische Perspektiven, JZ 2000, 20 ff.; *ders.*, Actio libera in causa und verminderte Schuldfähigkeit - BGH, NSTZ 2000, 584,

る。

次に (B) の例外モデルは、「構成要件該当行為は、欠陥状態の惹起ではなく、責任無能力の状態での行動 (das Verhalten im schuldunfähigen Zustand) であり、a.l.i.c. 原則による処罰は、刑法 20 条の単なる見かけ上の例外ではなく、現実の例外である」とする説であり、なお一部で有力に主張されている⁽¹³⁾。

最後に (C) の不適合説は、「a.l.i.c. の図式は現行法と相容れない。関連事例においては、刑法 323a 条による処罰のみが考慮される」とする説であり、Katzenstein⁽¹⁴⁾ など古くから主張されている説であるが、最近ではより有力になりつつある見

JuS 2001, 542 ff; *ders.*, „Actio libera in causa“, in: Egg/Geisler (Hrsg.), Alkohol, Strafrecht und Kriminalität, 2000, S.69 ff.; *ders.*, Ausschluss der Strafmilderung gem. § 21 StGB bei eigenverantwortlicher Berauschung?, NJW 2003, 2963; *ders.*, Der Einfluss von Alkohol und Drogen auf Tatbestandserfüllung, FS Anna Benakis (2008), S.593; *ders.*, in: Münchner Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2020, § 20 Rn. 128 ff.; *ders.*, Persönlichkeitsstörungen als Herausforderung für die Schuldfähigkeitsbegutachtung ZStW 134 (2022), 613

- (13) この説の主唱者としては、*Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 8. Aufl., 2020, Rn. 549 (Wessels/*Beulke*/*Satzger*, 45. Aufl. 2015, Rn. 634 も参照); *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 20 Rn. 49, 53, 55; *Hruschka*, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS 1968, 554 ff.; *ders.*, Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters, SchwZStR 90 (1974), 48 ff.; *ders.*, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW 96 (1984), 661; *ders.*, Probleme der actio libera in causa heute, JZ 1989, 310 ff.; *ders.*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. 37 ff. (本書では例外モデルの許容性については留保されている。後述のように後に *Hruschka* は不調和説に改説している); *Jerouschek*, Die Rechtsfigur der actio libera in causa, JuS 1997, 385 ff.; *ders.*, Die Rechtsfigur der actio libera in causa, JuS 1997, 385 ff., FS H. J. Hirsch (1999), S. 241; *ders./Köbel*, Zur Bedeutung des sogenannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, 417, 420 ff.; *Jescheck/Weigend* Strafrecht AT 5. Aufl. § 40 VI; *Kienapfel*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1983, S. 212 など (その他の類似の見解については *Hillenkamp/Cornelius* [o. Fn. 6] S. 113 参照)。
- (14) *Katzenstein*, Die Straflosigkeit der actio libera in causa, 1901, S. 48 ff. より古い文献については *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2021, § 23 Rn. 20 f. 参照。

解⁽¹⁵⁾である。この説のうち多くの説は、スイス刑法 19 条 4 項⁽¹⁶⁾のような a.l.i.c. の明文規定の立法については肯定ないし要請している⁽¹⁷⁾が、責任主義の観点からは、そのような立法も不可能だとする説⁽¹⁸⁾もある。以下ではこのようなドイツにおける学説状況から今一度、中空説が主張する例外モデルの当否を再考することとする。

3 構成要件モデルからの例外モデルへの批判

ドイツの通説である構成要件モデルからの例外モデルに対する批判としてはドイツ刑法 20 条の規定、特に *bei Begehung der Tat* という文言から導き出される責

-
- (15) 主唱者としては *Ambos*, *Der Anfang vom Ende der actio libera in causa?*, NJW 1997, 2296; *Hettinger*, *Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?* 1988, S. 436 ff.; *ders.*, *Zur Strafbarkeit der „fahrlässigen actio libera in causa“*, GA 1989, 1; *ders.*, *Die „actio libera in causa“: eine unendliche Geschichte?*, FS Geerds (1995), S. 623; *ders.*, *Actio libera in causa*, in: *Schnarr/Hennig/Hettinger*, *Alkohol als Strafmilderungsgrund, Vollrausch, actio libera in causa* (2001), S. 189, 195, 293; *ders.*, *Handlungsentschluss und Handlungsbeginn als Grenzkriterien tatbestandsmäßigen Verhaltens beim fahrlässig begangenen sog. reinen Erfolgsdelikt*, FS Schroeder (2006), S. 209; *ders.*, *Eine Stunde zu Grundfragen der sog. vorsätzlichen actio libera in causa bei Begehungstaten*, FS Rengier, 2018, 39 ff.; 47 f.; *Hilgendorf/Valerius*, *Strafrecht AT § 6 Rn. 22*; *Hruschka*, *Die actio libera in causa*, JZ 1996, 64 ff.; *ders.*, *Die actio libera in causa bei Vorsatztat und bei Fahrlässigkeitstaten*, JZ 1997, 22 ff.; *ders.*, *Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der „actio libera in causa“*, FS C. Link (2003), S. 687 ff.; *ders.*, *„Actio libera in causa“ und mittelbare Täterschaft*, FS Gössel (2002), S. 145; *Kaspar*, *Strafrecht AT, 4. Aufl.*, 2023, § 5 Rn. 372 ff. (その他の文献については、*Hillenkamp/Cornelius* (o. Fn, 6), S. 215 参照)。
- (16) 同項は「行為者が責任無能力又は限定責任能力を回避でき、かつ、その際に、それらの状態において犯した行為を予見できた場合には、第 1 項から第 3 項までは適用されない。」と規定する (小池信太郎・神馬幸一訳・慶応法学 36 号 [2016 年] 302 頁)。
- (17) 例えば基本的には例外モデルを主張する *Neumann* (*Neumann, Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa*, FS Arthur Kaufmann (1993), S. 581 ff.; *ders.*, *Zurechnung und „Vorverschulden“*, 1985, S. 24 ff.) も現行法 (de lege lata) においては疑わしいとし、立法による解決を示唆している (*Neumann*, *Anmerkung zu BGH 4 StR 217/96*, StV 1997, 23 ff.)。
- (18) *Zenker*, *Actio libera in causa*, 2003, S.198 ff. など。

任と行為の同時存在の原則は例外なく妥当するものでなければならないというものである。これに対して例外モデルは、構成要件該当行為はあくまで結果行為にあるとしつつ、同時存在の原則の例外を原因行為時の責任によって認めようとするものである。例外モデルと類似の見解に立つ **Kindhäuser** も行為と責任能力の同時存在の欠如 (*die mangelnde Koinzidenz von Handlung und Schuldfähigkeit*) は、この欠けているメルクマールの行為者の答責性による代償 (*Surrogation des fehlenden Merkmals durch die Verantwortlichkeit des Täters*) により克服されるとしている⁽¹⁹⁾。しかし少なくとも完全に責任無能力の状態における行動が構成要件に該当する行為といえるかには、疑問がある。中空説によれば、責任無能力者も意思決定能力を有し、自己の意思によって犯罪行為を中止することも可能であるとされる⁽²⁰⁾が、刑法的に重要な「意思」とは行為規範に従って行動するか（適法行為）、故意ないしは過失によって、当該規範は自分には妥当しないという意味表現 (*Sinnausdruck*) としての行為を行う意思であり、行為規範に従って行動する能力を持たない責任無能力状態での行動は、もはや刑法的意味における行為といえないのである⁽²¹⁾。また中空説は、責任無能力であること自体は何ら事実形成力を持たず不法促進的に機能することはなく、それゆえに責任無能力になること自体は禁止されていないし、また不法でもないとする⁽²²⁾が、そうだとするとそのような状態に陥ることの答責性が（中空や **Kindhäuser** がいうような）同時存在原則の補充ないしは代償となるのかについても、なお疑問であるといわざるを得ないのである。

4 不調和説からの例外モデルへの批判

次に例外モデルに対する立法必要説からの批判について最近のドイツの学説から不調和説 (*Unvereinbarkeitstheorie*) の論者である **Kaspar** の見解を参照して、その論拠を見ておこう。**Kaspar** は、構成要件モデルに対しても例外モデル

(19) *Kindhäuser, Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 120 ff.

(20) 中空「同時原則」前掲注 (1) 25 頁。

(21) 拙稿・前掲注 (4) 394 頁以下。

(22) 中空「同時原則」前掲注 (1) 25 頁。

に対しての疑問は完全には払拭されず、結局賛成に値するのは a.l.i.c. の法形象 (Rechtsfigur der alic) を完全に否定する見解であるとする⁽²³⁾。そして Kaspar は、この結論を支持するのは、立法者が行為者の共同答責性 (Mitverantwortung des Handelnden) の事例についての不利益な法的帰結を規定した刑法 17 条 2 文 (錯誤の回避不可能性につき任意的減輕にとどめる) 及び刑法 35 条 1 項 2 文 (危険の惹起の場合につきの反対解釈 (Umkehrschluss)) であるとする。すなわち刑法 20 条にはそのような条項は規定されていないのである。さらにこのような見解によっても重大な可罰性の欠如は生じない。なぜなら刑法 323a 条の完全酩酊罪によって処罰可能だからである。ただし同条の法定刑の上限は 5 年の自由刑なのでその点についての不満は残るかもしれないが、罪刑法定主義 (基本法 103 条 2 項) の観点からは対応する立法が必要となるが、その際、刑法 20 条において責任無能力の避難可能な惹起の場合における対応する制限 (eine entsprechende Einschränkung bei vorwerfbarer Herbeiführung der Schuldunfähigkeit) の規定が考えられるとされるのである⁽²⁴⁾。「必要は法を持たない (Necessitas non habet legem)」というラテン語の格言⁽²⁵⁾があるが、たとえ例外を認める必要性があるとしても⁽²⁶⁾、それについては明文の規定を必要とする説が最近のドイツでは有力になってきているのである⁽²⁷⁾。この点で禁止の錯誤との対比で同時存在原則の例外を認める中空説⁽²⁸⁾の論拠⁽²⁹⁾を肯定するとしても、対応した立法が必要となるのではないだろうか。

(23) Kaspar (o. Fn. 15), Rn. 372.

(24) Kaspar (o. Fn. 15), Rn. 374; Kindhäuser / Zimmermann, AT § 23 Rn. 21.

(25) 山下太郎のラテン語入門「ラテン語格言: Necessitas non habet legem.」2021 年 2 月 26 日 (<https://aeneis.jp/?p=4146>) 参照。

(26) なお Makepeace, Die » actio libera in causa « in der strafrechtlichen Fallbearbeitung - ein Spagat zwischen Gerechtigkeit und Gesetzlichkeit, JURA 2021, 378 も参照。

(27) この点で注目されるのは、しばしば a.l.i.c. と対比されることのある挑発防衛などの正当防衛権の制限について具体的な立法提案を行う Mitsch / Hoven, Notwehr und Notwehrexzess - Vorschlag einer neuen Formulierung der §§ 32, 33 StGB, GA 2023, 241 である。

(28) 中空「同時原則」前掲注 (1) 25 頁。

(29) これに対する批判としては拙稿・前掲注 (4) 392 頁以下参照。

5 残された課題

同じく不調和説に立つ **Paeffgen** は、ノモス・コンメンタールにおいて今後の展望としておよそ次のように述べている⁽³⁰⁾：

このような確固として確立された判例法に対して批判を書くことは注釈書においては不適切に思えるかもしれない。しかし、「有責性」に瑕疵がある場合、第 20 条、第 21 条の利益を被告人に与えないという判例と通説の一致した結論は、罪刑法定主義の原則の憲法上の地位に照らせば、正当化の十分な根拠とはならない。すべての基本的な問題において全会一致に勝るものはないのだから、なおさらである。「相互に排他的な議論に基づくコンセンサスは無価値である」と、**Neumann**⁽³¹⁾ は適切に表現している。323a 条のおかげで、処罰可能性における不合理な格差は、少なくとも耐えがたいほどには存在しない。しかし、仮に立法府が 17 条 2 文、第 35 条 1 項 2 文と同様の規制を行うとしても、同時に、早期化法理と例外法理との間の決定を行わなければならない。これが結果的に多くの解釈論上の問題を引き起こすことになろう。323a 条に照らせば、早急な立法決定は必要ない。しかし、異論を真摯に受け止める徹底的な議論、刑事政策との関連性に関するより広範な実証的研究、そして可能な改革がなされるまでは、合憲的解釈への回帰 (*eine Rückkehr zu verfassungskonformer Rechtsauslegung*) が必要である。- しかしながら 323a 条は、少なからず苛立たしさを伴う不都合な領域であり続けるであろう。

日本においても、早急に原因において自由な行為に関する立法を行うことは回避すべきであると私は考える。但し中空説においても指摘されているように日本にはドイツ刑法 323a 条⁽³²⁾ のような規定がないことが、例外モデルを採用する根拠の

(30) *Paeffgen* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, NK-StGB, 6. Aufl. 2023, Vorb. zu § 323a Rn. 66. なお *alic* 概念に批判的な最近の文献として、*Schmoller*, *Actio libera in causa - Beteiligung an eigener Tat?* in: FS für Joerden, 2023, S. 463 ff.

(31) *Neumann*, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, 401.

(32) § 323a Vollrausch

(1) Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des

一つとされているので、同様の規定を導入するかどうかは考慮する必要があるだろう。

以上、中空説に対する批判としては非常に不十分なものになってしまったが、ドイツにおける学説の最近の傾向を示すことはできたのではないかと思う。限定責任能力の場合や過失犯への原因において自由な行為法理の適用の問題や日独の判例の分析など残された問題は多いが、中空先生が御退職後も研究と実務にますますご活躍されることをお祈りしつつ、本稿を先生に捧げたいと思う。

（明治大学法学部教授）

【付録】原因において自由な行為関連モノグラフィー

Barthel, Bestrafung wegen Vollrauschs trotz Rücktritts von der versuchten Rauschat, 2001

Behrendt, Affekt und Vorverschulden, 1983

Bernhardt, Probleme der Verständigung zwischen Richter und psychologischem Gutachter, 2011

Cramer, Der Vollrauschatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962

Hettinger, Die „*actio libera in causa*“, 1988

Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffes, 1988

Katzenstein, Die Strafflosigkeit der *actio libera in causa*, 1901

Kindhäuser, Gefährdung als Straftat 1989

Küper, Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand, 1985

Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist.

(2) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt, wenn die Rauschat nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt werden könnte.

第323a条 完全酩酊

(1) 故意又は過失によりアルコール飲料又はその他の酩酊物質を用いて酩酊した者は、その状態において違法な行為を行い、かつ、酩酊の結果、責任無能力とされ又はその疑いが排除されなかったが故に、処罰できなかつた場合には、5年以下の自由刑又は罰金刑に処す。

(2) その刑罰は、酩酊状態で犯した犯罪に対して科されている刑罰よりも重くすることはできない。

(3) 酩酊の犯罪が告訴、授權又は処罰要求によってのみ訴追され得る場合、本罪も告訴、授權又は処罰要求によってのみ訴追されうる。

- Kuhn-Päbst*, Die Problematik der actio libera in causa, 1984
- Landgraf*, Die „verschuldete“ verminderte Schuldfähigkeit, 1988
- Lang*, Betäubungsmittelstrafrecht - dogmatische Inkonsistenzen und Verfassungsfriktionen, 2011
- Leupold*, Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der „actio libera in causa“ im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken, 2005
- Morge*, Die actio libera in causa im Rahmen des § 21 StGB, 2015
- Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985
- Oğlakcıoğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, 2013
- Reineke*, Der wegen Trunkenheit vermindert schuldfähige Täter 2010
- Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters 1975
- Schmidhäuser*, Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1992
- Schnoor*, Beurteilung der Schuldfähigkeit - eine empirische Untersuchung zum Umgang der Justiz mit Sachverständigen, 2009
- Stassen-Rapp*, Die Behandlung von selbstverschuldeten Rauschzuständen im angloamerikanischen Strafrecht, 2011
- Stühler*, Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda, 1999
- Sydow*, Die actio libera in causa nach dem Rechtsprechungswandel des BGH, 2002
- Übler*, Neue Entwicklungen im Bereich der actio libera in causa, Diss. Regensburg 2003
- Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968
- Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007
- Zenker*, Actio libera in causa, 2003
- Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987