

論 説

原因において自由な行為をめぐる BGH 判例理論（上）

——過失帰属・故意帰属の本質を探るための一素材として——

杉 本 一 敏

- 1 序
 - 1.1 問題関心
 - 1.2 本稿の目標
- 2 alic 事例に関する BGH 判例
 - 2.1 出発点となった諸命題
 - 2.2 運転無能力の自招事例をめぐる判例理論の展開
 - 2.3 故意の「原因において自由な行為」の要件の確立
 - 2.4 1996年8月22日第4刑事部判決とその後の展開

1 序

1.1 問題関心

構成要件を直接実現する行動の時点で、行為者に「責任能力」又は「行為能力」が欠如していたり、減退していたりする場合には、行為者に対して完全な犯罪責任を問うことができない。当該行動の時点の行為者においては、その責任が欠けている（又は減少している）からである。しかし、このような責任能力・行為能力の欠如・減退を、行為者が事前の先行行為によって自ら惹起していたという場合も、やはり行為者の責任阻却・責任減少を認めなければならないのだろうか。これがいわゆる「原因において自由な行為」（*actio libera in causa* : alic）の罪責の問題であり、この種の

問題構造を伴った事例を広く「alic 事例」と呼んでおくことにする。

alic 事例の一定の場合につき、行為者に完全な責任を問うための理論構成（原因において自由な行為の理論）として、様々な見解が主張されていることは周知の通りであるが、日本の刑法学説においても、また日本の諸学説が継受又は参照しているドイツの刑法学説においても、通説的地位を占めているのは「構成要件モデル」と呼ばれる理論構成である。構成要件モデルとは、(客観的) 構成要件該当性の次元で、alic 事例処罰の基礎づけを試みる理論構成のことを指す。より精確に言えば、責任要件（責任能力・行為能力）がまだ存在している段階における行為者の客観的行動、例えば、飲酒行為や薬物摂取行為が、それ自体、問題となっている犯罪規定（殺人罪、過失致死罪、等々）の定める所為（「人を殺す」、「死亡させる」、等々）の一部を構成する、という解釈を通じて、alic 事例の処罰を基礎づける理論構成のことである。

日本の刑法学説の多くは、日本の裁判実務も構成要件モデルに従っていると分析する。しかし、果たしてそうなのだろうか。筆者が見るところでは、日本の判例は決して構成要件モデル一辺倒ではないばかりか、むしろ、その核心部分には全く別の理論的モデル（「例外モデル」と「責任モデル」）の発想が根付いているように思われるのである。筆者は別稿において、日本の諸判例が構成要件モデルによっては決して説明できない発想・論理を内包している、という実状の証明を試みているが⁽¹⁾、本稿で参照し、検討の俎上に乗せたいのは、ドイツ連邦裁判所（BGH）の諸判例である。

ドイツの刑法教科書・体系書もやはり、その殆どが、BGH 判例は基本的に構成要件モデルに則って alic 事例の処罰を基礎づけている、と説明している。しかし、果たしてそうなのだろうか。ドイツの裁判実務に見ら

(1) 杉本一敏「責任帰属の原理としての『責任モデル』と『例外モデル』(1)——原因において自由な行為を手がかりに——」早稲田法学88巻2号(2013)129頁以下。

れる alic 事例の処理に対し、このような単純な性格づけをすることは、誤りとは言えないかもしれないが少なくとも大変粗雑な説明であり、次の二つの疑念を招かざるを得ないように思われる。第一に、判例においては当然のことであるが、alic 事例に関する諸判例の判示は、特定の学説・理論に依拠したものではなく、見方次第で異なった発想方法を読みとることができるような、曖昧で多義的な文言・命題から成っている。判例相互間で、要件の立て方のニュアンスも微妙に異なっており、それらを単一の命題に（どのようにして）まとめ上げることができるのか、その決定版と言うべき見方はまだ確立していないというのが実情であろう。そうすると、判例は一貫して構成要件モデルに立っていると説明されても、そこに言われる「構成要件モデル」とは、あらゆる雑多な発想方法の集合体を指す名称にすぎないのではないか。実際、学説が「判例は構成要件モデルである」と性格づけるとき、そこに言われる「構成要件モデル」は、殆ど何も性格づけていない単なる「容れ物」に等しくなっているのではなからうか（構成要件モデルの「理論的内容の希薄性」という問題点）。

第二に、「構成要件モデル」だと言われている諸判例の判示の中には、学説上「構成要件モデル」に対する筋金入りの「反対説」と位置づけられるような見解と同じ、又は類似した発想方法も見受けられるのである。しかも、このような「反対説」の発想方法は、付け足しのように判示の周縁部分に現れているのではなく、判例によっては、むしろそれこそが判旨の核心部分を構成しているのではないかとさえ思われる場合もある。そうすると、判例が立脚する発想の枠組みを専ら「構成要件モデル」として性格づけることは、そもそもミスリーディングなのではなからうか（判例の根本的な発想方法が構成要件モデルではないという可能性）。判例の示す論理それ自体を、学説が付すレッテルから離れて、より詳細に跡付けてみる必要があるように思われるのである。

1.2 本稿の目標

本稿は、「構成要件モデル」等々といった学説による性格づけをいったん離れ、BGH 判例の論理それ自体を追うことで、その根底に伏在している発想方法を炙り出すことを目指すものである。以下、まず alic 事例に関する BGH 判例を時代順に取り上げ、その判旨に示された論理を確認する(2)。その後、軽罪事件に関する OLG 判例法理も参照した上で(3)、alic 事例をめぐるドイツ判例理論の実状について、判例に対する学説からの評価等も参照しつつ考察を行いたい(4)。

もう一つ本稿が目指したいのは、原因において自由な行為の検討を介して、故意犯・過失犯の成立判断の構造それ自体についての知見を得ることである。後述する BGHSt 42, 235 (1996年8月22日第4刑事部判決) (後述判例⑯) は、過失結果犯において「原因において自由な行為の理論」という特別な理論は不要であり、過失犯の一般理論を援用すれば足りる、という理解を示した。これに対し、故意結果犯の領域においては、その後の判例でも変わらず、BGHSt 21, 381 (1967年11月24日第4刑事部判決) (後述判例⑩) が完成させた「故意の原因において自由な行為」の要件論が踏襲されており(後述判例⑰⑱⑲を参照)、故意結果犯においては「原因において自由な行為の理論」という特殊な帰属理論が実践的意義を保っている、と考えられている如くである。しかし、この理解は果たして正しいのだろうか。判例⑯が言うように、過失結果犯における「原因において自由な行為の理論」という特殊な帰属理論が存在しないのだとすれば、故意結果犯における「原因において自由な行為の理論」という特殊な帰属理論も、実は存在しないのではなかろうか。換言すれば、「故意の原因において自由な行為の理論」、「過失の原因において自由な行為の理論」としてまとめられてきた要件論は、実は、それぞれ、故意一般、過失一般を判断・認定するための論理そのものなのではなかろうか。本稿は、このような問題関心から、BGH 判例に示されてきた「故意の原因において自由な行為」、「過失の原因において自由な行為」の要件論が、実は故意犯一般、過失犯一般に

それぞれ妥当すべき要件論の原型というべきものなのではないか、という点も併せて検討していく。

2 alic 事例に関する BGH 判例

以下、2 においては、alic 事例に関する BGH の諸判例を取り上げるが、取り上げる判例は必ずしも網羅的なものではなく、alic 事例に関する判例理論の形成において重要な意味を持つものに限定する。また諸判例は判示日時に従って時代順に取り上げ、初出の後は判例①、判例②、…等の略号で示す。

2.1 出発点となった諸命題

2.1.1 「原因において自由な行為」の要件論の原型

BGH 判例として、最初に「原因において自由な行為」の要件論を確認・定立したとされるのは、① BGHSt. 2, 14 (1951年11月23日第2刑事部判決)である。詳細は不明だが、被告人 X は、自ら酩酊状態に陥ったうえ、その状態下で、その時点では故意に他人に傷害を与えたとして、原審において独刑法 (旧) 330条 a の完全酩酊罪による有罪判決を受けた。これに対して X が上告し、もし本件で「原因において自由な行為」の理論構成によって独刑法 (旧) 230条の過失傷害罪が成立するとすれば、独刑法 (旧) 330条 a の適用は (法条競合として) 排除されるはずであるから、過失傷害罪の成否を審理せずに完全酩酊罪の成立を認めた原審には誤りがある、と主張したものである。そのため、BGH が本判決において第一に問題としたのは、「原因において自由な行為」の理論構成によって成立する犯罪と、(旧) 330条 a の完全酩酊罪とが競合した場合に、両者がどのような関係に立つかという競合問題であった。この問題に関しては、BGH は、X による法条競合の主張を退け、両罪は行為単一性〔観念的競合〕の関係に立つとの結論を下し⁽²⁾、過失傷害罪の成立が肯定されたとしても

それが X の有利に働くことはないとして X の上告を退けている。

以上のような判断に至る途中で、BGH は、X に「原因において自由な行為」として過失傷害罪が成立し得ることを確認し、その際に次のような一般論を展開している。これが、「原因において自由な行為」の要件をめぐる一連の BGH 判例の出発点となった。

「〔①〕行為者が自ら酩酊状態に陥り、〔②〕そのとき、酩酊状態下で特定の犯罪を実行するという(少なくとも条件付きの)故意を伴っており、且つ、〔③〕その後で、〔正に〕その法律違反を完全酩酊状態の下で実際に犯した、という場合(いわゆる故意犯形態における原因において自由な行為)」においては、故意犯が成立する(引用文中の傍点は原文隔字体)。そして、この場合には、処罰の空隙を埋めるために立法された独刑法(旧) 330条 a が適用される余地はない。これに対し、「〔①〕行為者が自ら酩酊状態に陥り、〔②〕そのとき、自分が完全酩酊状態の下で傷害を犯す可能性があることに、過失によって思い至らず、且つ、〔③〕その後で、完全酩酊状態の下で…故意を生じて他人に暴力を働いた」という本件のような場合(過失犯形態の原因において自由な行為)においては、過失犯が成立するとともに、完全酩酊罪も成立して、両者は観念的

-
- (2) BGH の示す理由は、以下の通りである。——独刑法(旧) 330条 a の完全酩酊罪は、行為者に「自分が帰属能力を失うような酩酊状態に陥ること」について故意があれば成立し、「自分が酩酊状態の下で何らかの種類の犯罪行為に出る傾向を持っている」といった点に関する行為者の予見・認識は一切要求していない。従って、本件 X のように、「酩酊状態になると粗暴な行動に出るという性癖があることを自覚」していた行為者は、完全酩酊罪(法定刑は「5年以下の自由刑又は罰金」)が成立する事例の中でも、「特に高い責任(非難)を受けるべき」者だと言える。しかし、もし仮に、この場合に「原因において自由な行為」の理論構成によって別途成立する過失傷害罪が、(旧) 330条 a の適用を排除するものと解するならば、独刑法(旧) 230条(過失傷害罪)の法定刑は「3年以下の自由刑又は罰金」だから、犯情が重い本件のような場合が、むしろ軽い法定刑によって処断されることになってしまう。従って、「原因において自由な行為が刑法〔旧〕 330条 a の適用を排除するのは、原因において自由な行為が実現する構成要件よりも、酩酊行為〔＝完全酩酊罪〕の法定刑が下回る場合に限られる」と解すべきである——。

競合となる（その理由は注（2）を参照）。

ここでは、厳密に言えば傍論としてではあるが、故意・過失の「原因において自由な行為」として故意犯・過失犯の成立が認められるための要件が提示されている。それによると、その要件は、①行為者が自ら酩酊状態に陥る、という行為が存在したこと（以下「酩酊行為」と呼ぶ）、②その酩酊行為の時点で、後に酩酊状態下で実行される犯罪についての認識（故意犯の場合）、又は認識可能性（過失犯の場合）が存在したこと、③その後、行為者が実際に酩酊状態に陥り、その状態下で犯罪を実行したこと（以下「結果行為」と呼ぶ）、の3点によって構成されている。故意犯・過失犯のどちらが成立するかは、行為者が「酩酊行為」の時点において最終的な犯罪行為（＝結果行為）に関する予見を有しているか（故意）、それとも、予見を欠きその可能性を有しているにすぎないか（過失）、にかかっている（上記要件②を参照）。更に、故意・過失が認められるためには、一般的・概括的な犯罪行為の可能性や、単なる粗暴癖の存在などではなく、「特定の犯罪」の実行が予見され、又は予見可能でなければならないという原則論も示されている（上記判旨の②を参照。以下、これを主観面における「特定性要件」と呼んでおく）。

しかし、以上の判示では未だ明らかな点も多い。第一に客観面に関して、過失傷害罪にいう「他の者の傷害を生じさせた」に当たる構成要件該当行為が行為者のどの行為なのか（酩酊行為か、結果行為か、両者を含んだ経緯全体か）が明確でない。第二に主観面に関して、「自分が酩酊状態に陥ること」（上記要件①）についての故意・過失が、故意犯・過失犯の成立に必要なのかも明らかなでない。

2.1.2 原型の確立

判例①を引用しつつ、その判示の不明瞭な点を明確にしているのが② BGH VRS 6, 428（1954年4月13日第2刑事部判決）である。本判決は、行為者が飲酒酩酊した後で「運転無能力」状態で自動車を運転し、その際に交通事故によって致死傷結果を招いた、という種類の事例に関わる。この種

の事例を以下、「**運転無能力事例**」と呼ぶことにする。同種事例に関する判例としては、本件は BGH の最初期のものに属する⁽³⁾。被告人 X は、乗用車を運転して数軒の飲み屋を回り、ビールと蒸留酒を飲んだ上、23時過ぎに酩酊状態（血中アルコール濃度は2.2%であり帰属無能力の状態）で自車を運転し、駐車灯のみ点灯して時速約10km で蛇行走行していたところ、工事で歩道が狭くなっていたため車道上を歩行していた A に接触し、同人を数日後に死亡させた。BGH は、「条件説によれば、行為者が事前に、帰属能力がある状態の下で有責に結果に対する条件を設定した以上、帰属無能力の状態でなされた犯行に対しても答責的である」として、「条件説」に基づく一般論を述べ⁽⁴⁾、更に**判例①**を引用し、同判例の趣旨を要約して、「行為者が、酩酊状態において特定の犯罪を実行する、という故意をもって自ら酩酊状態に陥ったうえ、実際にその法律違反を完全酩酊状態で犯したという場合、行為者は〔故意犯として〕完全に答責的である。また、酩酊状態に陥る前に、自分が酩酊状態で他者に暴力行為を働くということを想起する義務があったという場合には、過失傷害罪の処罰が認められる（BGHSt. 2, 14）。」と述べている。ここでは、第一に、条件説の見地から、酩酊行為それ自体が「結果に対する条件の設定」として過失結果犯の構成要件該当行為となることが確認されている。そして第二に、「酩酊状態に陥って、その状態で**特定の犯罪を実行すること**」が予見又は予見可能性の対象とされており、「**酩酊状態の惹起**」（**判例①**が挙げた要件①）

(3) 運転無能力事例に関するものとしては、それ以前に BGH VRS 3, 210 (1953年2月19日第4刑事部判決)があるが、同判決は、自動車運転中に過労による睡眠状態に陥って死亡事故を起こしたという「意識喪失型」の事例につき、「原因において自由な行為」の理論構成を明示することなく、被告人が「過労の徴候を自覚することができ、それに起因して睡眠状態に陥り、その状態で道路交通に関われば重大な結果を伴う事故を招く危険があったにも拘わらずそのことを意に介さず」運転を中止しなかった、という態度をもって、「過失犯の注意義務違反」を認定している。

(4) ここでは、ライヒ裁判所の累次の判例（RGSt. 22, 413 ; RGSt. 60, 29 ; RGSt. 70, 85 ; RGSt. 70, 177）が引用されている。

それ自体も、主観的要件（故意・過失）の対象に含まれるべき事実であることが明示的に確認されている（所謂「二重の故意」又は「二重の過失」の要件）。更に第三に、BGHは、判例①を再び引用し、過失が認められるためには「アルコール摂取によって自分の運転能力が損なわれ、交通上の危険が生ずるだろう」というような「一般的表象」では足りず、「特定の結果」の予見可能性が必要であるとの原則論を確認している（主観面における特定性要件）。

その上で判例②は、Xには過去に飲酒運転による事故歴がないから、今回の飲酒事故の発生も経験上予見できなかったとしてXの過失（予見可能性）を否定した原審を破棄し、Xの過去の経験は、明らかに今回よりも少量のアルコールを摂取した場合に関するものであって、それと比べて遙かに多量のアルコールを摂取した今回は別論であり、「死亡結果を伴う交通事故」の惹起という特定の犯罪も予見すべきだったのではないかが更に審理されるべきだ、とした。そして、もしアルコールを過剰摂取した時点でXにそのような過失（予見可能性）が認められるならば、その時点で「Xがなお帰属能力が認められる以上、Xは、帰属能力のある状態で、間近に控えていた自動車運転のために運転無能力の状態に陥ったことによって、致死事故を過失的に惹起したことになる」と判示した。この判示は、アルコールの過剰摂取（酩酊行為）を「結果に対する条件の設定」＝「構成要件該当行為」と見た上で、その行為の時点で責任能力が残存している以上、当然に過失結果犯に問うことができる、という論理を示したものである。

ここで注目されるのは、本件において過失致死罪の構成要件該当行為とされているのが「アルコールの過剰摂取」という酩酊行為であって、その後でなされたアルコール過剰摂取下での「自動車運転の開始」という行為ではない、という点である。日本の運転無能力事例に関する裁判例は、（1）運転無能力（責任能力の基準で言えば責任無能力、又は限定責任能力）の状態が、酩酊行為によって自動車運転を開始する前に既に生じていた場

合には飲酒行為それ自体を注意義務違反＝実行行為とし、(2) 自動車運転を開始した後で酩酊状態が亢進して初めて運転無能力状態に陥った場合には、「運転中止（停車）義務違反」を実行行為と見る法的構成を採っている⁽⁵⁾（以下、(1) を「**運転開始前の無能力発生事例**」、(2) を「**運転開始後の無能力発生事例**」と呼ぶ）。(1) の場合に、運転開始よりも前の時点まで遡り、酩酊行為自体を実行行為とする法的構成が試みられるのは、運転開始の時点では既に完全な責任を問えない状態が生じているからである。しかし、(1) と (2) の場合を単純に同列に置いて、両者の場合に過失結果犯の成立を漫然と認めることはできない。(2) の場合には、車両が既に走行を開始しているため、その段階で行為者が運転無能力状態に陥り車両の制御を失うことが、直ちに致死傷結果に至る危険性を基礎づけ、ひいては、そのような事態を回避しない「運転中止懈怠」の態度が行為者の注意義務違反（危険創出）＝実行行為を構成することに、決して異論はないであろう。これに対し (1) の場合には、過失結果犯の成立につき疑問が生じ得る。「飲酒すれば、自動的に運転行為に出る」というような事象展開の必然性（又は、少なくとも高度の蓋然性）が認められなければ、飲酒行為の段階で既に後の致死傷結果との関係での注意義務違反（危険創出）＝実行行為を認めることはできないからである（そして「飲酒すれば運転する」といった生物学的法則は到底認められない）。そこで日本の裁判例は、(1) の事例においては、行為者に飲酒時点において「飲酒後に自動車を運転する」という意思が存在していたことを認定し⁽⁶⁾、これを介して、酩酊運転中の致死傷事故に対する過失結果犯の成立を認めている。つまり (1) 事例では、酩酊行為の時点で行為者に「後で酩酊状態において自動車運転に出ること」の故意が認められることが、いわば過失結果犯の事実上の成立要件となっているのである。

(5) 中空壽雅「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 9 号 (1994) 369 頁以下、杉本・前掲注 (1) 143 頁以下参照。

(6) 杉本・前掲注 (1) 147 頁参照。

判例②の事実関係においては、X が無能力の状態に陥ったのがどの時点か不明であり、本件事案が（１）（２）のいずれの事例なのかは分からない（BGH の判示自体この区別を意識している様子はない）。しかし、乗用車で飲み屋に赴いた X が、「間近に控えていた自動車運転」時点での運転無能力を過剰な飲酒によって招いた、といった事実関係の判示からすれば、BGH は、X が酩酊行為の時点で「後で酩酊状態において自動車運転に出ること」の故意を有していたことをも暗黙裏に（過失致死罪を肯定するための要素として）考慮に入れているのではないかと、この憶測も成り立ち得るように思われる。

その後、③ BGH NJW1955, 1037（1955年4月21日第4刑事部判決）は⁽⁷⁾、原因において自由な行為の理論構成によって故意犯が成立するためには、「行為者が、計画した犯行を完遂する勇気づけのために飲酒したこと」を要せず、「行為者が、アルコールの作用下で特定の犯罪を行うことを予見・認容していれば足りる」とした。故意犯の主観的要件としては所謂「二重の故意」が要求されるだけであり、自分の自制心を取り除く意図・目的といった特別な主観的要素は必要ないとの趣旨であろう。更に④ BGHSt. 10, 247（1957年5月7日第5刑事部判決）は、傍論としてであるが、「原因において自由な行為においては、行為者の故意ないし過失は特定の犯罪構成要件に及んでいなければならない」として、主観的要件における特定性要件を再確認している。

2.1.3 小括

BGH は、「原因において自由な行為」として故意犯・過失犯の成立が認められるためには、客観的要件として、自ら無能力状態に陥る酩酊行為（上記要件①）、その状態下で結果行為に出て犯罪を実現したこと（上記要件③）が要求され、主観的要件・責任要件として、酩酊行為の時点で、自分が無能力状態に陥り（要件①の充足事実）、その状態下で、「特定の犯罪」

⁽⁷⁾ 事案の詳細は不明である。

を実現すること（要件③の充足事実）についての、故意又は過失（「二重の故意又は過失」）を要求される、との要件論を定立した（判例①②）。これがBGHによる要件論の原型となる。また、要件②においては、故意・過失の対象となるべきものは一般的・概括的な暴力的傾向・粗暴癖などではなく、後に実現される「特定の犯罪」である、との考え方が示される（主観的要件における特定性要件。判例①②③④）。

2.2 運転無能力の自招事例をめぐる判例理論の展開

1960年代前半には、BGHは、2.1.3にまとめた「原因において自由な行為」の要件論を一層明確な文言で判示するに至る。これらの判例においても、問題となったのは「運転無能力事例」であった（判例⑤⑥⑧⑨）。これらの判例を見比べると、運転開始前の無能力発生事例と、運転開始後の無能力発生事例とで、BGHの判示方法に明確な違いがあることが明らかになってくる。

2.2.1 運転開始前の無能力発生事例と、運転開始後の無能力発生事例

まず、⑤BGH VRS 21, 45（1961年4月21日第4刑事部判決）である。被告人Xは、B社の商品運搬を担当する運転手としてトラックを運転していたが、取引先を訪ねる代わりに同僚と一緒に飲み屋を回り、多量のビールを飲んだ後に再度トラック運転を開始して、時速約80kmで対向車線に進出し、対向してきた小型バイク運転手Aを巻き込んで死亡させた。事故発生の時点におけるXの血中アルコール濃度は2.5%であり、Xは限定帰属能力の状態にあった。BGHは次のように判示し、Xに対する独刑法（旧）51条2項（限定帰属能力）の適用を否定した。

Xはトラックで「飲食店を巡り歩いた上、すぐ外に重量級トラックを停めていて、自分が同車を遅くとも20時までに雇用主に返還するため…運転しなければならないという事情を自覚していたにも拘わらずアルコールを摂取したのであるから、Xは、少なくとも答責性のある状態の下で、過失によって、自分が後に——帰属能力が著しく減退した段階

で——犯すことになる違反事実に対して決定的な原因を設定したのであり、且つ、その違反事実に対する予見も可能であった（所謂原因において自由な行為）。このような場合には51条2項は適用されない」⁽⁸⁾。

判例⑤は、①「自分が後に犯すことになる違反事実に対して決定的な原因を設定」する態度（本件では飲酒行為）、②その時点における、後の違反事実に対する行為者の過失（予見可能性）、③実際に（責任無能力・限定責任能力の状態で）結果行為が実現されたことを、過失の「原因において自由な行為」の要件と解している。これは、判例②に見られたような条件説に基づく説明を離れ、「決定的原因」性を根拠にして酩酊行為に「構成要件該当行為」性を見出す判示といえる。酩酊行為を実行行為と見るための説明理論として、条件説を放棄したことは、正当である。条件説の論理は、任意の事情を「具体的結果」の中を含めることで、あらゆる先行条件を「結果発生に対する等価な条件」の一つとして説明することを可能にする論理であり、「酩酊行為それ自体が構成要件該当行為の一部を構成するか否か」という alic 事例の論争の核心をなしてきた問題点を簡単に（殆ど根拠なく）潜脱するものだからである⁽⁹⁾。

さて、本判決において最も注目には値するのは次の点である。本事件も、判例②の事案と同様、（１）「運転開始前の無能力発生事例」なのか（２）「運転開始後の無能力発生事例」なのか不明である（従って前者の事例である可能性を否定できない）が、BGH は、本件の結論を示す部分において、X が「すぐ外に重量級トラックを停めていて、自分が同車を遅くとも20時までに雇用主に返還するため…運転しなければならないという事情を自覚していた」という事情を、過失結果犯を肯定するための重要な要素として明示的に取り上げているのである。このような判示の背後には、

（８）ここではライヒ裁判所の判例（RG JW 1930, 909）の他、BGH 判例としては、同じ第4刑事部の判例③が引用されている。

（９）Vgl. *Eric Hilgendorf, Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“*, GA 1995, S. 515ff.

(1) 事例において過失結果犯を肯定するための(事実上の)要件として、行為者が酩酊行為の時点で「後で酩酊状態において自動車運転に出ること」の故意を有していたことを要求する発想が伏在しているのではないかと、とも推察されるところである。

これに対し、⑥ BGH VRS21, 263 (1961年8月11日第4刑事部判決)においては、同判決の事案が(2)「運転開始後の無能力発生事例」であるという明確な認識の下に、BGHの判断が下された。被告人Xは、5ヶ月前に起こした脳振盪の影響でしらふの状態でも「交通状況を見渡すことにつき困難を感じて」おり、また酒類に対する耐性も著しく減退していたところ、アルコールを摂取し、限定帰属能力の状態で自動車を運転中に致死事故を起こした。BGHは次のように判示し、独刑法(旧)51条2項の適用を否定した。

Xは「著しい量のアルコールを摂取した後では、もはや自分には自動車で路上を確実に走行するだけの能力がないということを認識でき、……人を死傷させる可能性もまた認識できた」。従って、「Xの決定的な落度は、Xが自分の置かれた状態の下で自動車走行を開始した点に求められる。ラント裁判所は、Xには当該事情に鑑みて走行を差し控える義務があった〔＝運転避止義務〕という点を強調しているが、この判断は正当である。Xは、限定帰属能力の要件が未だ認められない段階で運転を開始したのである。従ってXは、未だ限定責任能力に陥っていなかった時点で、過失の『原因において自由な行為』(『因果経過の答責的な始動』)としての罪責を負うことになる。以上の理由からして既に、刑法51条2項による刑の減輕は考慮に上る余地がない」⁽¹⁰⁾。

以上の判示では、本件が運転開始後に限定帰属能力の状態に陥った事案であることが明示的に前提とされており、本件Xの「決定的な落度」=過失致死罪の構成要件該当行為は、飲酒による酩酊行為ではなく「運転開

(10) ここでも判例⑤におけるのと同様、ライヒ裁判所判例(RG JW 1930, 909)と判例③とが引用されている。

始」行為に求められている。飲酒すると交通状況の把握が不可能となる者が自動車走行を始めることは、制御を失った自動車の暴走による人の致死傷結果へとほぼ自動的に行き着く行為であり、当然に注意義務違反（危険創出）と認められるべきものである。X の運転開始行為が持つこの性格からすれば、BGH が同行為を「因果経過の答責的な始動」（“Verantwortliches Ingangsetzen des Kausalverlaufs”）と特徴づけたことも首肯できる。この種の（２）「運転開始後の無能力発生事例」において、運転開始行為それ自体が完全責任能力を伴ってなされていた場合には、当該行為を実行行為として過失結果犯の成立を認めることが可能である。そして（２）事例に属する本件では、（１）事例の場合とは異なり、行為者が酩酊行為の時点で「後で酩酊状態において自動車運転に出ること」の故意を有していたか否かは、当然ながら全く問題にされていないのである。

2.2.2 「因果経過の答責的な始動」

その後、「原因において自由な行為」の理論構成による傷害罪・窃盗罪の成否を検討したのが、⑦ BGHSt. 17, 259（1962年5月4日第4刑事部判決）であった。被告人 X は、てんかん病質でアルコールへの耐性を欠き、酩酊すると我を忘れて理屈抜きで人に殴りかかる粗暴癖を有しており、その自覚も有していた。判例⑦は、判例①を引用しつつ、「原因において自由な行為」の主観的要件における特定性要件の意義を本件でも再確認した。「アルコール摂取下で暴力行為に出る性癖がある、といったことを概括的に自覚していても、それは…構成要件に向けられた故意の存在を示すものではない。事象経過の答責的な始動（いわゆる原因において自由な行為）においても、妥当すべき故意概念は同じである」。判例①も言うように、「可罰的行為の始動の場合において、行為者の…故意責任が認められるためには、故意が、酩酊状態下で特定の犯罪を実行する、という事態に及んでいることを要するのである」。以上のように述べた上で、BGH は、「後に傷害・窃盗（という特定の犯罪）を犯す」認識が X にあったか否かについて原審は認定を欠いているとし、X の故意犯の成立を否定した。

これは、**判例①③④**で示されていた特定性要件の実践的意義を、傷害罪・窃盗罪の成立を実際に否定することで示して見せた判例だといえる。

判例⑦においても一つ注目すべき点は、本判決が、「原因において自由な行為」の実質を「事象経過の答責的な始動」「可罰的行為の始動」と表現していることである。この表現は上記の通り**判例⑥**において登場したもののだが、そこでは正に「運転開始が致死傷結果へとほぼ自動的に行き着く」という事実関係が存在しており、結果発生に至る事象経過が運転開始行為によって「始動」したという見方も当を得ていた。しかし、**判例⑦**の事案はアルコール摂取後の粗暴癖の発動による傷害・窃盗事件であって、この場合に、構成要件該当行為と目される酩酊行為から傷害・窃盗の結果へと行き着くような「自動性」は認められない。**判例⑥**の事案では、行為者の運転開始によって、行為者の運転無能力（即ち運転に関する行為無能力）の状態下で、自動車の暴走という事態が必然的に発生することになり、ひいてはその物的帰結として、衝突等による致死傷結果が「殆ど自動的に発生した」との評価を下すことも可能であったが、**判例⑦**の事案では、飲酒によって行為者の「帰属（責任）無能力」の状態が生じただけであり、この状態から物的な事象経過を介して自動的に犯罪結果が発生するわけではない（この場合、相手を刺突するなど、結果発生を直接・物的に惹起する行為者の外的行動が、行為者の責任無能力状態の存在それ自体とは別個独立に存在する）。従って、**判例⑥**と**判例⑦**とでは明らかに事案の種類が異なるが、BGHは、これらの事例を包括的に「事象経過の答責的な始動」という着眼・発想で捕捉できる、と考えたことになる。

それに続く**⑧ BGHSt. 17, 333 (=VRS23, 212) (1962年6月1日第4刑事部判決)**は運転無能力事例に関する判決であり、飲酒後に自動車を運転し、血中アルコール濃度2.69% (3.0%に達していた可能性もある) という運転無能力の状態で行歩者に衝突し、死亡させた事件につき、過失致死罪の成立を肯定している。本件事案は、**判例②⑤**におけるのと同様、行為者Xの帰属無能力の状態がどの段階で始まったのか不明であり、従って上記

（１）の「運転開始前の無能力発生事例」である可能性があるところ、BGH は、X が自分の乗用車を運転して飲み屋を訪ね、「自分がその後更に乗用車を運転するだろうということを自覚していたにも拘わらず、今なお答責性がある状態の下において飲酒を行った」との事実関係を明示する。ここでも、判例②⑤に見られたように、運転開始前の無能力発生事例において過失結果犯の成立を認めるためには、行為者が酩酊行為の時点で「後で酩酊状態において自動車運転に出ること」の故意を有していたことが必要である、という発想方法が看取されるのである。更に判例⑧は、本件のような事例を指して、「帰属無能力状態における過失犯を答責的に始動した」事例、と表現している。ここでは、判例⑥において専ら（２）「運転開始後の無能力発生事例」を念頭に置いて登場した「因果経過の答責的な始動」という特徴づけ・名称が、そのような事象展開の必然性・自動性を伴わない（１）事例においても、（殆ど無批判に）採用されるに至ったものと言える⁽¹¹⁾。

また判例⑧は、客観面において、酩酊行為それ自体が過失結果犯の構成要件該当行為たり得ること、主観面において、酩酊行為時に「二重の故意・過失」が必要であることを、次のように極めて明確に論じている。

「原因において自由な行為」では、「行為者が、自分が酩酊状態で…特定の犯罪（BGHSt. 10, 247, 251 [=判例④]）に出るかもしれないという表象 [=二重の故意] を抱いたにも拘わらず、過剰なアルコール摂取を抑えることを有責に懈怠している」のであり、このような場合、今な

(11) またこの時期の判例として、他に BGH VRS23, 435 (1962年 8月10日第 4 刑事部判決) があり、同判決はやはり（１）運転開始前の無能力発生事例か（２）運転開始後の無能力発生事例かが判然としない運転無能力事例の事案に関して、被告人の交通事故発生時の帰属無能力を否定した原審の認定は不当であり、被告人には帰属無能力が認められる余地もあったとした上で、仮に事故時点での帰属無能力が認められるとすれば「被告人が、過失による事象経過の始動（いわゆる原因において自由な行為）という法的観点の下で…刑法上答責的であるかを更に審理すべきである」とした。

お答責性のある段階の行為（酩酊行為）に既に、酩酊状態（帰属無能力の状態）の下でなされた犯罪行為についての非難可能性を向けることができる。このように「答責的に事象経過を始動した場合、…自ら酩酊することが、本来的な構成要件的行為を構成しているのである」。

更に⑨BGH VRS23, 438（1962年9月26日第4刑事部判決）は、同じく（1）運転開始前の無能力発生事例か（2）運転開始後の無能力発生事例かが判然としない運転無能力事例の事案に関して、「原因系列の答責的な始動（いわゆる原因において自由な行為）に関する原則論」に照らして、過失結果犯の成立が認められると結論づけている。本件被告人Xは、クリスマスの催しに参加するため、酒類を飲むだろうとの予見を持ちながら自分で自動車を運転して会場に行き、21時頃、帰宅しようといったん考えたが、結局まだ滞在することにして更にワインやコニャックを飲み、23時頃に最終的に自車で帰路についた時点では血中アルコール濃度が1.6～1.7‰に達していた。X車は、道路の路肩部分に停車中の自動車に乗ろうとしていたAに接触し、Aは路面にたたきつけられて後日死亡するに至った。判例⑨は過失致死罪を認めた原審判断を支持し、次のように判示する。

「Xは、クリスマスの催しが続いている間、彼の帰属能力が…まだ著しく減退したとは言えない段階で、自分がその後で自車を運転して帰路につくことを自覚していたにも拘わらず、そのまま滞在し続けて更に飲酒する決意を固め、そのことによって、道路交通の危殆化とAの殺害に対する決定的な原因を設定したのである」。このような場合に、行為者に責任能力の減退を抗弁事由として認めてはならないことは、原審も「BGH VRS21, 45, 47に公刊された当審判決〔＝判例⑤〕を踏襲して認めているところであり、この判断は正当である。」

以上の判旨は、（1）「運転開始前の無能力発生事例」に属する可能性も残る本件事案につき、Xは当初から、飲酒後に「再び自動車を運転して帰宅するつもりだった」、という事情を明示的に認定・援用することによって、Xの過失致死罪の成立を認めている。ここでもやはり、行為者が

飲酒する時点で既に「後で酩酊状態において自動車運転に出ること」の故意を有していたことが、最終的な過失結果犯の成立に意味を持っていることが窺われるのである。

判例⑨において問題を孕むのは、X が21時頃に、帰属能力が残存する状態の下で「滞在し続けて更に飲酒する決意を固めた」ことが、後のAの致死結果に対する「決定的な原因」をなしている、とする判示である。この判示に対しては、「更に飲酒する決意」といった純粋な主観的事情は、およそ客観的な行為ですらなく、結果惹起の「決定的な原因」（＝構成要件該当行為）たり得ないとする批判があり⁽¹²⁾、この批判説の主張それ自体は正当であると言えよう。しかし、BGH が飲酒継続の決意を「決定的な原因」と称するとき、それが果たして本当に、飲酒継続の主観的な「決意」それ自体が結果犯の客観的な「構成要件該当行為」であるという趣旨を述べたものなのか、再考してみる余地があるように思われる。本件では、構成要件該当行為はあくまで「飲酒（の継続）」という酩酊行為であって、「その後の自動車運転を自覚しながら飲酒を継続する決意」というのは、先程から（1）事例において問題となってきたように、行為者が飲酒する時点で既に「後で酩酊状態において自動車運転に出ること」の故意を有していた、という要件の言い換えと見る余地があるのではなかろうか。

2.2.3 小括

以上、運転無能力事例に関する諸判例においては、それが（1）運転開始前の無能力発生事例なのか、（2）運転開始後の無能力発生事例なのかによって、過失結果犯の認定手法が異なっているという実態が看取された。（2）事例においては、運転開始行為（運転避止義務違反）が過失結果犯の注意義務違反＝構成要件該当行為とされたが（判例⑥）、（1）事例に

(12) Vgl. Henning Leupold, Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandmodell der „actio libera in causa“ im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken, 2005, S. 38.

においてはそれ以前の飲酒酩酊行為を注意義務違反＝構成要件該当故意と解さざるを得ず、この場合に過失結果犯が認定されるに当たっては、行為者が飲酒する時点で既に「後で酩酊状態において自動車運転に出ること」の故意を有していた、という要件が事実上課されているように見受けられる(判例⑤⑧⑨)。また(2)事例に関する判例⑥は、正に(2)事例に固有の事実関係に即して、その場合に認められる「原因において自由な行為」の実体を「因果経過の答責的な始動」と特徴付けた。しかし判例⑦⑧以降、「因果関係の答責的な始動」というものが、(2)事例のみならず alic 事例全般に妥当すべき法的構成として扱われていくのである。

2.3 故意の「原因において自由な行為」の要件の確立

2.3.1 「事前の共謀・計画と後の犯罪実行との一致」という要件論

その後、alic 事例に関する BGH 判例としては、故意結果犯の成否を問題としたものが相次いで登場することになる。その最初のものが、⑩ BGHSt. 21, 381 (1967年11月24日第4刑事部判決)である。被告人 X らは共謀して窃盗の犯行計画を立てたが、その後大量に飲んだアルコールの影響で帰属能力が減退し、その状態の下で当初計画した窃盗を遂げた。この事案につき、本判決は次のように判示して窃盗罪の成立を肯定した。

「被告人 3 名は、完全に答責的な状態で窃盗を共謀し計画したことによって、——正にその計画の射程内において現実化した——その後の自らの犯罪実行に対し、決定的な原因を設定したのである。それゆえ、原因系列の答責的な始動(原因において自由な行為)の原則論に照らして、被告人 3 名は、3 件の窃盗の実行に対し完全な答責性を有しているのであり、犯行時点で彼らの答責性がアルコール摂取によって減退又は消失していたかは、問題とならないのである(BGH NJW1955, 1037 [判例③]; BGH VRS21, 45, 47 [判例⑤]; BGH VRS21, 263, 264 [判例⑥]; BGH VRS23, 438 [判例⑨])。尤も、故意犯形態における因果経過の答責的な始動〔＝故意の原因において自由な行為〕を認めるには、行為者が

未だ酩酊していない状態において、自分が後に酩酊状態の発生後に実際に犯した特定の犯罪の実行について…故意が及んでいる、ということがその前提条件となる（RGSt. 73, 177, 182; BGHSt. 2, 14, 17 [判例①]; BGHSt. 17, 260, 261/262 [判例⑦]; BGHSt. 17, 333, 335 [判例⑧]）。」〔引用文中の傍点は原文隔字体。〕……そして、酩酊行為時の行為者に、その後自分が犯す「特定の犯罪」についての認識が及んでいると言えるのは、「計画と実行とが一致していた」場合である。この点、本件「被告人3名は、…しらふの状態において、後に彼らによって実際に行動に移されることになる商店 H からの自動車窃盗及び侵入窃盗の実行を決定していた」のであるから、計画と実行との一致が認められる。

以上の判旨からは、原因において自由な行為の要件論に関する極めて重要な命題を、二点抜き出すことができる。これらはいずれも、これまでの判例が示してきた要件論の延長線上にあり、この時点での要件論の総括と到達点を示したものと評し得る。第一に、酩酊状態に陥る前になされた犯罪の共謀・計画が、後に実際に行動に移された犯罪の「決定的な原因」をなす、という判示である。これは判例⑨に見られたのと同様、「後の酩酊状態下での犯罪遂行に対する決意」が、その犯罪遂行の「決定的な原因」をなしている、という論法に他ならない。既述したように、これは、「決意」「共謀」「計画」という主観的状态それ自体が結果犯の「構成要件該当行為」である、といった趣旨を述べたものだという風に単純に理解すべき判示ではない。「構成要件該当行為」に当たるのはあくまで飲酒酩酊行為であるが、行為者が飲酒した時点で既に「後で酩酊状態において特定の犯罪行為に出ること」の故意（決意、共謀、計画）を有していたのであれば、後の酩酊状態（帰属無能力、限定帰属能力）の介在は、行為者に完全な責任を問う妨げとならない（「犯行時点で彼らの答責性がアルコール摂取によって減退又は消失していたかは、問題とならない」）、という判断を示したものと解し得るのである（このような見方を裏付ける材料として、後述する判例⑪を参照）。

第二に、このような論法によって行為者に完全な責任を問い得るためには、完全帰属能力の状態を抱かれた当初の決意、共謀、計画の内容が、後に（帰属無能力・限定帰属能力の状態下で）実際に行動に移された犯罪と一致していなければならない、という要件論が示されている。この要件は、**判例①③④⑦**で言われてきた、原因において自由な行為の主観的要件における「特定性要件」と実質的に同じ内容の事柄を、別の表現方法で表したものと解することもできる。以上の第一・第二の要件を立てることにより、**判例⑩**は、「（完全帰属能力の状態下における）事前の決意・共謀・計画と、（帰属無能力・限定帰属能力の状態下における）後の犯罪との内容的一致」があれば、故意犯の完全な責任を問うことができる、という要件論を完成させたと言えるだろう。注目すべきは、この要件論が、後述のように（4）、日本の学説において「責任モデル」と称されている立場⁽¹³⁾の主張内容と極めて類似している⁽¹⁴⁾、という点である。果たしてこの要件論は、依然として「構成要件モデル」なのであろうか。

2.3.2 故意の「原因において自由な行為」の要件の確立

更にその後、上で確認した**判例⑩**の要件論を裏付けるような判例が、次いで現れる（**判例⑪⑫⑬⑭**）。まず**⑪BGHSt. 23, 356**（1970年10月21日第2刑事部判決）は、「事前の計画」それ自体が故意結果犯の「構成要件該当行為」を構成するわけではない、という点を明確にした。本件被告人Xは、知人の女性店主Aが営む商店から金庫を奪取したうえAを絞殺する、という計画を立て、女性用ストッキングを持ってAの商店を訪れ、

(13) 代表的なものとして、中空壽雅「原因において自由な行為の法理の検討-故意の原因において自由な行為の成立要件（三完）-」早稲田大学大学院法研論集54号（1990）217頁以下、山口厚「実行行為と責任非難」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 上巻』（2007）201頁以下等。

(14) なお一点異なるのは、「責任モデル」の諸説は結果行為（酩酊状態下の結果行為）を「実行行為」と見ているのに対し、**判例⑩**の要件論は（おそらく）飲酒酩酊行為を構成要件該当行為（＝実行行為）と見ている、という点である。しかし、この違いは大きな意味を持たない。

A が後ろを振り返ったすきにストッキングを素早く頭越しに投げて A の首に回し、殺意を以て締め付けたところ、A は気絶するに至った。A が意識を取り戻した後、X は A の頭部を殴りつけて再度意識を喪失させ、料理包丁を持ち出して A を複数回刺突した (A は救命されたが、傷害により後遺症が残った)。X はその後、商店内の金銭に手を出すこともなく、食料貯蔵室に隠れているところを発見され、無抵抗のまま逮捕された。鑑定によれば、商店に向かう途上で既に、X はてんかん性の人格変化によって自分の行動を制御できず、いったん立てた犯行計画から離反できない精神状態 (帰属無能力の状態) に陥っていた可能性がある。BGH は次のように判示して、X の故意犯の罪責を否定した。

〔①〕「計画や予備は、…刑法的に見て〔未だ〕重要でない段階における事態の推移に他ならず、……行為者が今なお責任〔＝帰属〕能力ある状態で…刑法〔旧〕43条にいう犯罪の実行を少なくとも開始したという場合に限って」、原因において自由な行為としての罪責が問題となり得るのである。本件 X においては、「犯行の実行を開始した時点に至って初めて帰属無能力の状態が生じた、というわけではなく、既にその前から、即ち X がまだ商店に向かう途上にあった段階で帰属無能力の状態が生じていた。したがって〔本件においては〕、犯罪行為の一部分たりとも、責任能力ある状態下ではなされていないのである」。〔②〕また、X は「帰属無能力の状態を故意でも過失でも惹起していない」ため、この点から見ても「原因において自由な行為の要件を充足しない。」

この判旨①は、事前の計画・予備それ自体が故意結果犯の「構成要件該当行為」を構成するわけではない、という原則論を確認するものである。更に判旨②は、行為者自身による帰属無能力状態の惹起と、その帰属無能力状態の惹起についての認識 (故意) または認識可能性 (過失)、即ち「二重の故意・過失」という要件を明示するものである。いずれの判旨も、上記 2.3.1 で確認された判例⑩の要件論と相反するものではない。

続いて⑫BGH NJW1977, 590 (1976年10月20日第3 刑事部判決) は、被告

人 X が麻薬の禁断症状を発症している状態で、麻薬を入手するために文書偽造、強盗、窃盗の犯罪行為に出た、という事案に対して判断を下したが、その際に、故意の原因において自由な行為の要件として、判例⑩を引用した上で、行為者が「特定の法定構成要件を全て充足する特定の犯罪行為」に出る、という自覚を有していたことが必要であるとした。これは上述の「事前の計画と、実際の犯罪との一致」という要件論に他ならない。その上で判例⑫は、X が、麻薬の入手のために、当初から文書偽造・強盗・窃盗といった犯罪行為に出ることを自覚・計画していた事実は認定されていないとして、これらの故意犯の成立を否定している。

また⑬BGHSt. 34, 29 (1986年3月6日第4刑事部判決)は、被告人 X が大量に飲酒した上で犯情の重い強盗罪を犯した事案につき、X の責任能力に関する原審の認定方法を批判し、これを破棄した上で、次のように判示する。

ラント裁判所の再度の証拠調べによって、X の責任能力に著しい減退が認められたとしても、「もし X が、責任能力が減退していない状態の下で、後に実行される犯罪行為の共謀・計画をしたことによって、犯情の重い強盗罪の実行に対する決定的な原因を設定していたのであれば、X の犯行時点において存在した責任の減少は、原因において自由な行為の原則論からして問題とならない (BGHSt. 21, 381, 382 [=判例⑩] …)」。

この判示も、判例⑩を踏襲し、「(完全責任能力の下での) 共謀・計画の内容と、(責任無能力・限定責任能力の下での) 犯罪行為との間の一致」が認められる限り、後者の時点で存在する責任無能力・限定責任能力は、行為者に故意犯の完全な責任を問う上で妨げとならない、との論理を確認したものである。更に⑭BGH NSTZ1992, 536 (1992年7月21日第1刑事部決定) も、判例⑩を引用して同様の要件論を示した上で、この要件論に反する形で故意結果犯の成立を認めた原審の判決を破棄した。

2.3.3 小括

判例⑩により、BGH における故意の原因において自由な行為の要件論

が一定の完成を見た。それによると、①行為者自身による酩酊行為が、故意結果犯の客観的な「構成要件該当行為」に当たり、その後の無能力状態下での結果行為は、酩酊行為を起点として結果惹起へと至る因果経過上の出来事にすぎない。そして、②その（責任能力があった）酩酊行為の時点において、行為者の抱いた決意・共謀・計画の内容が、後に無能力状態下で実際に行動に移された犯罪と一致していた場合には、当該結果犯の故意が認められる（主観的要件における特定性要件の発展型）。その後の判例は、この要件論を踏襲して、故意結果犯の成否を判定していく（判例⑫⑬⑭）。

2.4 1996年8月22日第4刑事部判決とその後の展開

判例⑩によって一定の完成を見た「原因において自由な行為」論に対して、過失結果犯と故意拳動犯の領域において動揺をもたらしたのが、1996年8月22日第4刑事部判決（後述の判例⑯）であった。同判決は、過失結果犯の領域では「原因において自由な行為」の理論構成は不要であり、故意拳動犯の領域では「原因において自由な行為」の理論構成を介した犯罪成立は認められない、との判断を示したのである。以下、順に見ておく。

2.4.1 過失犯、拳動犯と「原因において自由な行為」の理論

過失結果犯においては、「原因において自由な行為」という理論構成を援用しなくとも、過失犯の一般理論に従って過失結果犯の成立を認めることができる、という考え方は、まず⑮BGHSt. 40, 341（1994年11月17日第4刑事部判決）において明示的に述べられた。同判決の事案において、被告人Xは、平素から頻繁にてんかん発作を起こし、たびたび意識障害に陥っていたが、乗用車を運転し、途中休憩を挟みながらも450km以上の長距離を走行したところ、その運転中に発作を起こし、脚が痙攣し意識が朦朧となる状態に陥って13人の歩行者に傷害を与え、うち1人を死亡させるに至った。BGHはXに過失致死傷罪の成立を認めたが、その際、「過失非難の対象となる犯罪行為は、Xが運転を中断した後で〔再び〕自車を…運転したという点に求められる」のであり、てんかん発作の発生状況に

鑑みると「Xが自動車を運転して道路交通に関与したこと〔自体〕が、他の交通関与者の生命・身体との関係で要求される注意義務を懈怠した態度」に他ならない、従って「原因において自由な行為という法的構成を持ち出す必要はない」、と判示する。

その後、16BGHSt. 42, 235 (1996年8月22日第4刑事部判決)は、この考え方をより鮮明に打ち出した。本件被告人Xは、自動車を運転してオランダに行き、同所で宿泊できるホテルを探そうと考えていたが、18時過ぎに酒類を購入してビール(約5リットル)と蒸留酒(量是不確定)を飲んだ。Xは、21時25分頃にはアルコールによる著しい酩酊状態にあり、自動車道をオランダからドイツに向けて蛇行走行していたが、21時30分頃ドイツ国境線に到達した際、少なくとも時速70kmの速度で、右側車線を封鎖していた誘導用コーンを踏み倒し、続いて右側車線上に停車していた乗用車の左側に自車右前部を衝突させた。その際、当該停車車両に乗っていた2人の国境警備員が事故に巻き込まれ、同所で死亡した。Xに対して23時30分に行われた血液検査では、血中アルコール濃度は1.95%だった。BGHは次のように判示する(少し長いが関係部分を引用する)。

「刑法222条〔過失致死罪〕によれば、『過失により人を死亡させた』者が処罰対象となる。Xは、未だ宿泊先を見つけていなかったのだから、その後引き続き自動車で公道を走行することを想定しておかなければならなかったにも拘わらず、アルコールを摂取して酩酊状態に陥ったことにより、2人の国境警備員の致死結果を惹起したものである。その際、事故…の危険が……〔Xにとって〕予見可能だったことも明らかである。……Xは、殺害行為それ自体の時点では——事故のとき、つまりXが国境に接近した時点では——、…刑法20条にいう責任無能力の状態だった(可能性を排除できない)、と見る向きもあり得ようが、これは過失致死罪による有罪判断に対する異論とはなり得ない。尤もこのように解するためには、…原因において自由な行為という法的構成を引き合いに出す必要はない(BGHSt. 40, 341, 343〔=判例15)〕…を参

照)。刑法222条においては、構成要件に該当する『結果』との関係で見ると、その結果を惹起する原因となった行為者のあらゆる注意義務違反行為が、〔それぞれ〕刑法的非難の対象となるからである。このような根拠に基づくと、複数の行為が注意義務違反として考慮に上る場合（本件においても、その後の酩酊運転の危険が予見可能であったにも拘わらず飲酒酩酊したことで、その後の酩酊運転それ自体〔とがそれぞれ注意義務違反行為であると言える〕）、〔時間的に後の注意義務違反行為に対して責任を問うことができない場合であっても〕……時間的に見て先行する行為に対して責任非難を加えることができるのであれば、この先行する行為の方に過失非難をかからせることができるのである」。

判例⑩は更に、「原因において自由な行為」の理論構成を介した故意挙動犯の成立は認められない、との命題を示した。判示は以下の通りである。

「少なくとも、道路交通危険化罪や無免許運転罪といった犯罪においては、責任の前倒しは許されない。……アルコールの摂取によって責任無能力に至った場合、その酩酊行為が既に本来的な犯罪構成要件〔該当〕行為に当たる、といった考え方（BGHSt. 17, 333 [=判例⑧]）を援用しても、道路交通危険化罪や無免許運転罪に対する原因において自由な行為の適用を根拠づけることはできない。…刑法315条c〔道路交通危険化罪〕、316条〔交通における酩酊罪〕、道路交通法21条〔無免許運転罪〕のように……結果惹起としては把握できないような挙動〔それ自体〕を禁止する構成要件においては、原因において自由な行為という法的構成は…有責な犯行の認定を正当化できるものではない。……刑法315条c、道路交通法21条の交通犯罪は、行為者が車両を『運転した』ことを要件とする。しかし、車両を運転したことは、車両の運動を惹起したことで同義ではない。……運転の準備の際に自ら酩酊しただけでは、未だ酩酊運転を開始したことにならないのである」。

以上の各判旨の意義については、4において検討に付す。

2.4.2 その後の展開

その後、**判例⑬**BGH NStZ1997, 230 (=JR1997, 391) (1997年2月19日第3刑事部決定)は、(公刊されている短い決定要旨によれば、)「当審は、BGHにより、その一貫した判例において支持されてきた原因において自由な行為の原則論を固持する。1996年8月22日の第4刑事部判決(BGHSt. 42, 235 [=判例⑬])もこれと相反するものではない。なぜなら、同判決は道路交通危殆化罪と無免許運転罪という犯罪に関わるものだからである。」との立場を表明し、**判例⑬**の理論的射程を限定的に捉える認識を示した。

これに続く諸判例も、故意結果犯の成立に関して、**判例⑬**以前の判例法理に則って「原因において自由な行為」の成立を検討している。例えば**⑭**BGH NStZ1999, 448 (1999年5月5日第2刑事部判決)は、被告人Xらが銀行の襲撃を共謀し、麻薬等の薬物を服用した後で実際に銀行を襲撃して金銭を奪取した、との事案につき、次のように判示して独刑法21条(限定責任能力)による刑の減輕可能性を否定した。原審は「『睡眠不足と相俟って、摂取した薬物によって激しく精神が高揚した』という状況に鑑み、刑法21条の要件が存在するものと見なしているのだが、Xが強盗の襲撃を実行する決意を固めた時点になって初めて薬物を服用したという事実は、これを考慮していない。しかし、原因において自由な行為の原則論によれば、被告人が、責任能力が減退していない状態の下で、後に実行されることになる犯罪行為の共謀・計画を行い、それによって当該犯罪実行の決定的な原因を設定した以上、その犯罪実行の時点において責任の減少〔＝限定責任能力の状態〕が認められても、それは何ら考慮に値しないのである(BGHSt. 21, 381, 382 [=判例⑭] …)。」この判示においては、犯情の重い強盗罪(独刑法250条)という故意結果犯につき、**判例⑭**で確立された要件論に従って、故意犯形態における「原因において自由な行為」が認められている。

また、それに続く**⑮**BGH NStZ2000, 584 (2000年6月7日第2刑事部決定)も、**判例⑭**の示した要件論に立脚して、被告人の刑の減輕を否定し

た。被告人 X らは、午前 0 時 30 分頃、A を人気のない場所に連行して手拳や木の枝で殴打し、足蹴にし、全裸にしてビールをかけたうえ電気ショック機器を用いる等の暴行を加え、A に全身の擦過傷・打撲傷等の傷害を負わせたが、X らは前日の昼に開始した飲酒によって、犯行の時点では既に限定責任能力に陥っていた可能性が認められた。BGH は次のように判示する。犯行時点での限定責任能力による減軽の可能性は、「犯行を決意した時点では X になお完全な責任能力があった、という理由からして既に排除される」。X は、計画された本件暴行への関与につき、暴行前日の昼に既に応諾しており、この時点の X は必ずしも酩酊状態に陥っていなかった。X の限定責任能力の状態は、暴行前日の夜以降に飲んだ酒類によって生じたものであるが、X は既に暴行前日の「昼の段階で、A に対して意図された犯罪を非常に緻密に計画していたので、X の犯行決意は、後に実現された犯罪の全ての要件に及んで」いた。「このような事実関係の下では、…犯行時点における制御能力の減退は、原因において自由な行為の原則論に照らして考慮に値しないものであって（BGHSt. 34, 29, 33〔＝判例⑬〕参照）」、刑の減軽を認めた原審は誤りである。

この判示においても、「完全責任能力下でなされた事前の計画と、限定責任能力下でなされた犯罪の実行とが一致している」という要件論の下に、限定責任能力の規定の適用可能性が排除されていることが分かる。そして判例⑭は、判例⑮の先例としての意義について言及し、「BGH 第 4 刑事部の判決（BGHSt. 42, 235ff.〔＝判例⑯〕）は、道路交通危殆化罪と無免許運転罪という犯罪だけに関わるものであり、少なくとも、原因において自由な行為の原則論の適用範囲の制限を、それ以外の領域にまで及ぼすことは〔判例上〕認められていない」、と説明している。

最後に⑳BGH NStZ2002, 28（2001年9月13日第3刑事部決定）は、故意の原因において自由な行為が認められるためには、酩酊行為が「計画された犯罪行為を容易に遂行するという目的」を伴ってなされる必要はなく、行為者が、「酩酊行為に起因する責任無能力の状態下で、〔当初から〕計画し

ていた犯罪を実行するだろう」ということを想定していたにも拘わらず、犯行のために酩酊する決意をしたことで足りると解している。これは判例③の判決要旨でも示されていたように、故意の原因において自由な行為が成立するためには、特別な主観的目的は不要であるとの原則論を確認したものである。

2.4.3 小括

判例⑬は、過失（結果）犯においては原因において自由な行為の理論は不要であり、通常の過失犯理論によって alic 事例における過失結果犯の成立を基礎づけることができると述べるとともに、（故意）挙動犯については、結果犯とは異なり、原因において自由な行為の理論による犯罪成立を認めることは許されない、との一般論を提示した。これに対し、その後の諸判例（判例⑭⑮⑯）は、故意結果犯に関して、従来通り判例⑩の要件論を踏襲して alic 事例における犯罪の成否を検討しており、判例⑬が原因において自由な行為の理論を不要又は援用不可能としたのは過失犯と挙動犯の領域に限られる、として判例⑬の判示の理論的射程を限定的に解している（判例⑭⑯）。