



Title	自招性精神障害の刑法的評価：「原因において自由な行為」論の再定位（2・完）
Author(s)	竹川, 俊也
Citation	北大法学論集, 70(1), 1-36
Issue Date	2019-05-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/74537
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_70_1_01_Takekawa.pdf



[Instructions for use](#)

自招性精神障害の刑法的評価： 「原因において自由な行為」論の再定位(2・完)

竹 川 俊 也

目 次

問題の所在

1. 背景事情
2. 問題意識
3. 分析視角・分析対象
4. 本稿の構成

第1章 イギリス法における酩酊：判例法における酩酊の地位

- 第1節 責任無能力 (insanity) の抗弁
- 第2節 オートマティズム (automatism) の抗弁
- 第3節 酩酊 (intoxication) の主張
 - 第1項 不任意酩酊 (involuntary intoxication)
 - 第2項 任意酩酊 (voluntary intoxication)
 - 第3項 小 括
- 第4節 通常の任意酩酊ルールが適用されない場合
 - 第1項 任意酩酊に起因する不慮の事故 (accidental act)
 - 第2項 酩酊による正当防衛状況等の錯誤
 - 第3項 酩酊による被害者の同意に関する錯誤
 - 第4項 酩酊による免責事由に関する錯誤
 - 第5項 小 括
- 第5節 検討：任意酩酊ルールに対する原理的な批判

第2章 イギリス判例法における任意酩酊ルールの例外：他の抗弁との競合

- 第1節 酩酊に起因する責任無能力・オートマティズム

第2節 酩酊と責任無能力・オートマティズムの同時存在

第3節 検討：酩酊・責任無能力・オートマティズムの事前責任

（以上、本誌前号）

第3章 英米学説の対応：事前責任（prior fault）をめぐって

第1節 事前責任をめぐる学説の展開

第1項 Robinsonによる統一的な抗弁状況の作出責任

第2項 FingaretteとHasseによるDOM理論

第2節 考察

第1項 英米刑法学説における事前責任論

第2項 事前責任が問題となる場面の場合分け：John Childによる分析

第4章 日本法への示唆・提言：自招性精神障害の新たな評価枠組み

第1節 「原因において自由な行為」論の問題点

第1項 責任能力を事実的な能力として位置づける点

第2項 結果行為時（責任無能力状態）の主観面を軽視する点

第2節 事前責任：故意と責任能力の相違を自覚した議論の必要性

第1項 故意と責任能力の犯罪論構造上の相違

第2項 例外的責任要素の事前責任：違法性の意識の可能性論からの示唆

第3項 責任能力における事前責任：試論

おわりに

（以上、本号）

第3章 英米学説の対応：事前責任（Prior Fault）をめぐって

第1節 事前責任をめぐる学説の展開

英米の刑法学説においても、わが国における構成要件モデルと例外モデルに対応する理論枠組みがそれぞれ展開されている。構成要件モデルとしては、Paul Robinsonによる「抗弁状況の作出責任」論が、例外モデルとしては、FingaretteとHasseによる「精神の障害」理論がその萌芽として知られている。以下では、各論者の問題意識にも触れながら両者の見解を分析する。

第1項 Robinsonによる統一的な抗弁状況の作出責任

Paul Robinsonは、刑法上の抗弁に依拠可能な状況を行為者自らが作

出した場合について、統一的な解決が図られなければならないと主張し、以下のように述べる。

「[アメリカの]すべての法域において、ある抗弁に依拠可能な状況を行為者が作出した場合に、当該抗弁に依拠することが不可能となる種類の抗弁が存在する。すなわち、抗弁状況の作出は行為者の刑事責任に関連しうるのである。ある抗弁についてこうした関連性が認められるとすれば、他の抗弁についても同様のことが言えるのではないだろうか。」⁽¹⁹⁶⁾

論者は、緊急避難 (lesser evils justification)、自己防衛 (self-defense justification)、強制 (duress excuse)、酩酊による免責 (general intoxication excuse)、酩酊を根拠に犯罪要素が立証されていない旨の主張 (intoxication-based failure of proof “defense”) の5つの抗弁・主張について、抗弁に依拠可能な状況を被告人自らが作出した場合における、アメリカの各法域の扱いを網羅的に分析した上で、以下の類型に分けられると指摘する。すなわち、①当該状況の招致について何らかの因果的寄与があった場合に抗弁への依拠を一切認めない立場、②当該状況の招致について事前の落ち度 (fault)、少なくとも過失がある場合に抗弁への依拠を認めない立場、③当該状況の招致について事前に軽率 (recklessness) がある場合に刑事責任の減輕を認める立場、④当該状況の招致についての有責性に対応したレベルの犯罪成立を認める立場、⑤当該状況に陥ることの有責性を考慮しない立場、である。⁽¹⁹⁷⁾

もっとも、各法域の内部においても、自招性の扱いについて統一性を欠いているとされ、アメリカ模範刑法典の内部でも5つの抗弁・主張における自招性の扱われ方には差異がある。⁽¹⁹⁸⁾ 論者は、「統一的な原理によって、異なる抗弁間でも整合的なアプローチを展開することが可能と

⁽¹⁹⁶⁾ P Robinson, 'Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine', (1985) 71 Va. L. Rev., at 24.

⁽¹⁹⁷⁾ *Id.* at 2-26.

⁽¹⁹⁸⁾ *Id.* at 20.

⁽¹⁹⁹⁾なる」として、各法域において現在採られているアプローチを批判しつつ、「抗弁に依拠可能な状況を生じさせた時点における、最終的な法益侵害結果についての行為者の有責性（責任形式）⁽²⁰⁰⁾」を考慮する必要性を指摘する。

論者の理論枠組みは、当該行為で問題となっている抗弁を許容しつつも、先行する有責な行為について別途、刑事責任を科すものである⁽²⁰¹⁾。行為者が抗弁状況の作出のみならず、最終的な法益侵害結果についてのメンズ・レアを事前に有する場合には、正当化ないし免責される（結果）行為の惹起について処罰されることになる。行為者の刑罰量は、抗弁状況を作出した事前行為に基づくべきであり、当初の計画の範囲内に行行為者の有責性は限定される⁽²⁰²⁾。この見解によれば、抗弁に依拠可能な状況を生じさせた（原因）行為において、行為者が最終的な法益侵害結果についてのメンズ・レアを有していたかを問えば足りることになり⁽²⁰³⁾、正当化と免責を通じて統一的なアプローチが妥当することになる⁽²⁰⁴⁾。

論者は、この考え方を責任無能力の抗弁においても応用する。すなわち、最終的な法益侵害結果についてのメンズ・レアを原因行為時に有しつつ、免責されうる結果行為を招致したことについて、行為者は適切にも刑事責任を問われることになる⁽²⁰⁵⁾。たとえば、妻の殺害を命じる内容の催眠術の施術を催眠術師に依頼した場合には、意図的な殺人について刑事責任を負う。催眠状態における殺害行為は免責されるが、催眠術師を探し出して催眠術を依頼するという、後に被害者の死亡結果を生じさせる意図を伴う、免責されない原因行為によって刑事責任を負うのである⁽²⁰⁶⁾。結果行為時に有責に招致した精神障害を有する場合について、論者は以下のように述べる。

⁽¹⁹⁹⁾ *Id.* at 26.

⁽²⁰⁰⁾ *Id.*

⁽²⁰¹⁾ *Id.* at 27.

⁽²⁰²⁾ *Id.* at 31.

⁽²⁰³⁾ *Id.*

⁽²⁰⁴⁾ *Id.* at 33.

⁽²⁰⁵⁾ *Id.*

⁽²⁰⁶⁾ *Id.*

「能力障害 (disability) を生じさせた時点、……あるいは以前から存在した能力障害の治療を怠るか、少なくとも考慮に入れていた時点において、最終的な犯罪について有責となる。てんかんの持病を有する者が発作抑制薬の服用を怠り、発作中にエレベーターの中で2人 [の被害者] に暴行を加えて傷害を負わせたとする。発作抑制薬の服用を怠った時点において、服薬の懈怠が後に他者への身体傷害につながりうると認識していたかを問うことで、彼の刑事責任は適切にも決せられる。もし認識していれば、軽率な暴行罪 (reckless assault) の刑事責任を負うべきであるし、それらの人々を傷害する意図が認められるのであれば、意図的暴行罪 (intentional assault) での有罪となりうる。⁽²⁰⁷⁾」

論者によれば、任意酩酊による犯罪構成要素不存在の主張の場面でも、同様のアプローチが妥当する。行為者の刑事責任は、任意酩酊に陥る時点の行為と、それに付随する後の犯罪に関する精神状態 (責任形式) をベースに決せられることになる。⁽²⁰⁸⁾ これにより、酩酊に乗じて強盗に及ぶ意図を有しつつ酩酊した場合には、犯行時に当該犯罪成立に必要な精神状態を欠いたとしても刑事責任を免れない。⁽²⁰⁹⁾

第2項 Fingarette と Hasse による DOM 理論

これに対し、Robinson とは異なる形で事前責任の概念を導入しようと試みるのが、Fingarette と Hasse による「精神の障害」(DOM) 理論である。⁽²¹⁰⁾

論者によれば、精神障害によって理性的コントロールが刑法規範の観

⁽²⁰⁷⁾ *Id.*

⁽²⁰⁸⁾ *Id.* at 35.

⁽²⁰⁹⁾ *Id.*

⁽²¹⁰⁾ Fingarette によって提示された責任能力論については、拙稿「刑事責任能力論における弁識・制御能力要件の再構成(1)」早稲田法学会誌66巻2号(2016年)359頁以下、同「『精神の障害』と刑事責任能力(2)」早稲田大学大学院法研論集159号(2016年)270頁以下、樋口亮介「責任能力の理論的基礎と判断基準」論究ジュリスト19号(2016年)194頁以下参照。

点から不可能（ないし困難）な場合には、刑事責任が否定（減軽）される。こうした状態を指す概念として、「精神の障害（Disability of Mind）」ないし「限定的な精神の障害（Partial Disability of Mind）」という概念が導入され、法的能力障害（legal disability）が重要な要素となる抗弁は「精神の障害」抗弁⁽²¹¹⁾という形で統一的に理解される。

もっとも、犯行時に「精神の障害」を有していたとしても、任意酌酤や医師の指示に対する不遵守など、「精神の障害」を招致したことの有責性が別途問題となる。論者によれば、「こうした自招に関する有責性は、『精神の障害』の影響を受けていた者による犯罪行為の有責性を評価する際に、法が体系的に考慮しなければならない——通常の道德評価ではなされているが、コモン・ロー上はなされていない——事項⁽²¹²⁾」である。「精神の障害」招致について有責な場合は、犯行時に「精神の障害」を有していたとしても刑事責任は否定されず、招致について無責な場合（慢性的な非合理性や偶然に引き起こされたトラウマなど）は、「精神の障害」によって刑事責任が否定されることになる⁽²¹³⁾。

「精神の障害」の招致に関する有責性については、様々な種類や程度が観念でき、「原因行為時に当該犯罪あるいは軽い類型の犯罪で要求される主観的要素が存在した場合には、これによっても『精神の障害』の有責性が判断される。つまり、責任能力ある事前の行為によって被告人が『精神の障害』、あるいは、『精神の障害』によって刑法上の危害を生じさせる地位のいずれか（ないし両方）を惹起するか、正当な理由なく

⁽²¹¹⁾ H Fingarette & A Hasse, *Mental Disabilities and Criminal Responsibility* (University of California Press, Berkeley and Los Angeles 1979), at 200-1.

⁽²¹²⁾ *Id.* at 201.

⁽²¹³⁾ *Id.*

⁽²¹⁴⁾ *Id.* at 201-2, 209. 彼らによれば、「精神の障害」の主張は、単なる免責の主張とは区別される。「精神の障害」抗弁は、特定の起訴に対する抗弁というよりは、訴追プロセスを妨げるための主張として理解され、有罪・無罪の判断と「精神の障害」の判断を分離し、「有罪であるが『無責な精神の障害』」と判断された場合には「無罪」という概念は用いられるべきではないとの立場が採られている（*Id.* at 209.）。

その危険を招いたかどうか⁽²¹⁵⁾が問題」となる。

このように、「精神の障害」の自招性が問題となる場面は、①先行行為時に結果行為について特定性のあるメンズ・レアを有する場合（てんかんによって失神や昏睡に陥る可能性が高いことを知りつつ自動車を運転した場合や、被害者を殺害する景気づけのためにアルコールや薬物を摂取した場合）と、②先行行為時にそうした特定性のあるメンズ・レアを欠く場合（飲酒酩酊に陥ってはじめて殺意を抱いた場合）に分けられる⁽²¹⁶⁾。

論者によれば、①については、「精神の障害」理論とは無関係に、最終的な法益侵害結果に関する原因行為時のメンズ・レア（意図・軽率・過失）に対応した犯罪が成立し、「精神の障害」の認定にかかわらず一切の減軽はなし得ない⁽²¹⁷⁾。これに対して、②については、単なる酩酊が「有責な精神の障害」と位置づけられるべきかについては慎重な検討を要するとしつつも、特定性あるメンズ・レアを欠いたとしても直ちに刑罰から免れるわけではないと主張する⁽²¹⁸⁾。たとえば、自招酩酊や処方薬の不投与によって正当な理由なく「精神の障害」惹起の危険を招くことは、実際上は、注意義務の遵守が著しく困難な状態の惹起や、正当な理由のない危険の招致と同義であり、少なくとも、関連する刑法規範について過失の客観基準には反している⁽²¹⁹⁾。このことから、「精神の障害」が有責に招致された場合には、刑法上の過失（negligence）や軽率性（recklessness）の通常テストから免れず、「有責な精神の障害」が存在する場合には過失や軽率性が非難減軽の「下底（floor）」となるのである⁽²²⁰⁾。このように、結果行為時に当該犯罪のメンズ・レアを欠く場合であっても、「下底犯罪」としての過失犯処罰が肯定されることにより、刑罰から免れることは不可能とする点に「精神の障害」理論の意義が認められる⁽²²¹⁾。

⁽²¹⁵⁾ *Id.* at 212.

⁽²¹⁶⁾ *Id.* at 212-3.

⁽²¹⁷⁾ *Id.* at 245.

⁽²¹⁸⁾ *Id.* at 214.

⁽²¹⁹⁾ *Id.* at 212-3.

⁽²²⁰⁾ *Id.* at 215.

⁽²²¹⁾ *Id.* at 246-7.

こうした前提の下で、「精神の障害」が関連する場合には以下の4つの評決形式が用いられる。すなわち、㊦無責な「精神の障害」(Nonculpable Disability of Mind)、㊧有責な「精神の障害」(Culpable Disability of Mind)、㊨無責な「限定的な精神の障害」(Nonculpable Partial Disability of Mind)、㊩有責な「限定的な精神の障害」(Culpable Partial Disability of Mind)である。

まず、㊦については、(1)刑法規範に基づいて合理的に行動する精神的能力が欠如し、(2)当該能力の欠如が犯行において主要な役割を果たし、(3)こうした非合理性の招致について有責でない場合に認められる。この類型に該当する場合には、能力の完全な欠如を意味し、「下底犯罪 (floor crime)」⁽²²²⁾としての過失犯処罰からも免れる。この類型は、現在の法システムでは、責任無能力や無意識 (unconsciousness)、オートマティズムや行為の非任意性 (involuntariness) といった事例群に対応するとされ、⁽²²³⁾非難や刑罰といった選択肢は完全に排除されることになる。⁽²²⁴⁾

また、㊧については、(1)行為者が「精神の障害」を有し、(2)それが当該行為において主要な役割を果たしたが、(3)行為者の事前の行為によって「精神の障害」が招致された場合に認められる。この類型では、意図 (intent) や故意 (knowledge) が要求される犯罪類型の場合には非難や刑罰は減輕されるが、「下底犯罪」としての刑事過失の場合には減輕作用は及ばない。⁽²²⁵⁾この類型の典型例としては、任意酩酊によって一時的にせよ合理性が失われた場合が挙げられ、結果行為時にメンズ・レアを有していた場合には各犯罪の成立を肯定した上で減輕を認め、結果行為時にメンズ・レアを欠いた場合には「下底犯罪」としての過失犯が成立することになる。⁽²²⁶⁾

さらに、㊨および㊩については、(1)被告人が「精神の障害」を有し、(2)それが当該犯行において重要な (material) 役割を果たし、(3)「精神の

⁽²²²⁾ *Id.* at 251.

⁽²²³⁾ *Id.* at 252.

⁽²²⁴⁾ *Id.* at 253.

⁽²²⁵⁾ *Id.*

⁽²²⁶⁾ *Id.* at 253-54.

障害」の招致について無責（有責）な場合に認められる。「限定的な精神の障害」では、通常の「精神の障害」に比して減輕作用が弱くなり、刑事過失が問題となる場合には、類型⑤については減輕が認められず、類型⑥のみ減輕が認められることになる。⁽²²⁷⁾

第2節 考 察

第1項 英米刑法学説における事前責任論

以上、前節では、責任無能力の抗弁に依拠可能な状況を行為者が事前に作出したことを根拠に、当該抗弁の援用を妨げるための方策に関する英米刑法学説の議論を一部紹介した。

まず、Robinson 説は、(法益侵害結果についてのメンズ・レアを事前に有することを条件に)原因行為に可罰性を肯定しようと試みる点で、わが国における構成要件モデルと同様の見解と評することができる。⁽²²⁸⁾

⁽²²⁷⁾ *Id.* at 254. Fingarette と Hasse による「精神の障害 (DOM)」理論を体系的な整合性を図りつつ、責任能力の判断場面に射程を絞った形で精緻化しようと試みる論者として、Norman Finkel が挙げられる。Fingarette と Hasse の立場との相違としては、①「精神の障害」招致の有責性評価を有責・無責の二段階ではなく有責・部分的に有責 (partially culpable) ・無責の三段階とし (N Finkel, *Insanity on Trial* (Plenum Press, New York 1988) at 282-4.)、②アクトゥス・レウスで問題となる行為性の中にも任意性などの精神的要素が含まれることから、有責な「精神の障害」に可罰性を認めたとしてもそれ以前の行為性の欠如の主張による潜脱 (行為性が欠けた場合には下底犯罪としての過失犯の成立も認められない) を防ぐため、③行為の外形から客観的に再構成されるアクトゥス・レウス (behavioral *Actus Reus*)、④行為者性 (the *Mens Phase*)、⑤「精神の障害」招致の有責性 (culpability for the DOM)、という形で犯罪論体系を再構築する点が挙げられる (*Id.* at 291-7.)。また、Edward Mitchell による「メタ責任能力 (meta-responsibility)」論も、Fingarette と Hasse の議論に示唆を得ながら、責任能力の概念内部で自招性を評価しようと試みる。E Mitchell, 'Madness and Meta-responsibility: the Culpable Causation of Mental Disorder and the Insanity Defence', (1999) 10 *Journal of Forensic Psychiatry* 3, at 616-8.

⁽²²⁸⁾ L Alexander, 'Causing the Conditions of One's Defense: A Theoretical Non-problem' (2013) 7 *Criminal Law and Philosophy* 3, at 626は、Robinson 説の方向性について「理論的に何ら問題ない」と肯定的に評価する。また、Robinson の構想を責任能力の自招性の文脈で援用する見解として、*Mackay* (n

同説では、結果行為時に（メンズ・レアなど）犯罪の原則的構成要素の欠落が問題となる場面と、（心神喪失や正当防衛など）犯罪の例外要素の適用が問題となる場面とで議論が区別されていない。それゆえ、例外要素の事前責任が問題となる場面においても、抗弁を妨げるのではなくむしろ、原因行為時に抗弁事由を生じさせたことを犯罪化する見解として位置づけることができる⁽²²⁹⁾。

同説のアプローチには、軽率による暴行罪の成立には「自らの作為や不作為が攻撃性や予測不可能性、制御困難性を招き、他人を傷害することにつながりうると知りつつ当該行為に固執し、あるいは必要と知りつつ何らは正措置をとらなかつたこと⁽²³⁰⁾」の立証が求められるとした、Bailey 判決との類似性が見て取れる。この点について、Mackay は以下のように述べる。

「障害 (disability) の発現によって最終的に他人を傷つける可能性があることの認識は、当該犯罪の成立に必要なレベルの有責性の存在によってはじめて有罪判決が可能となることを保証する点で、落ち度の均衡 (fault equation) に不可欠な要素である⁽²³¹⁾。」

もっとも、最終的な法益侵害結果についてのメンズ・レアが要求されるとすれば、同説から可罰性が肯定されるのは、「犯罪に出るための景気づけの飲酒 (Dutch courage)」や「大掛かりな計画の首謀者 (grand schemer)」など、故意連続型の行為者のみということになる。このことから、わが国における構成要件モデルに対する批判と同様に、事前責任の理論が適用される射程の狭さを指摘できる。また、自招性が肯定されることで結局は処罰されるために、(社会的に有用な場合も少なくない) 正当化・免責行為へのインセンティブを欠く点に対しても疑念が向

29), at 170.

⁽²²⁹⁾ *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 34.

⁽²³⁰⁾ [1983] 2 All ER 503, 507.

⁽²³¹⁾ *Mackay* (n 29), at 170.

⁽²³²⁾ *Mitchell* (n 227), at 615.

けられている。⁽²³³⁾

他方で、Fingarette と Hasse の理論枠組みでは、先行行為時における「精神の障害」の惹起と「精神の障害」による法益侵害結果の惹起が並置され、いずれも「精神の障害」の有責性評価に影響を与えるとされている。⁽²³⁴⁾このことから、「精神の障害」の自招性に関する有責性と（原因行為時における）法益侵害結果についてのメンズ・レアは密接に関連するものとして位置づけられていることが明らかとなる。この背景としては、論者の理論枠組みが結果行為時にメンズ・レアを欠如した事例を主眼に置き、責任無能力の自招性に焦点を合わせたものではないことが挙げられる。「精神の障害」の自招に関する有責性は、下底犯罪としての過失犯の成立を認めるための要件にすぎず、責任無能力といった精神状態の評価それ自体には影響を与えるものとしては位置づけられていない。

Mitchell から批判されているように、⁽²³⁵⁾Fingarette と Hasse の構想において、責任能力については事前責任を考慮しない従来判例・学説の立場が踏襲されているとすれば、論者の「精神の障害」理論は、アルコールや薬物によって結果行為時にメンズ・レアが認められない場合に、事前の行為を過失犯の限度で処罰しようとする点に、事前責任の意義を認める見解と評しよう。論者の関心は、犯行時に「精神の障害」に陥りメンズ・レアを有さなかったが、当該「精神の障害」の招致について有責性を肯定しようとする事案に可罰性を認めるための理論構築にあったのである。こうした理解を前提とすれば、結果行為時におけるメンズ・レアの重要性は減少する。Fingarette と Hasse の論考では、メンズ・レアの欠如と責任能力の喪失が同列に扱われており、⁽²³⁶⁾「精神の障害」理論が結果行為時のメンズ・レア欠如への対処を目的としていたことが示唆され

⁽²³³⁾ *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 35.

⁽²³⁴⁾ *Finkel* (n 227), at 291は、特定の起訴内容と「精神の障害」招致の有責性という2つの文脈で「過失」という語が用いられることにより、責任無能力の抗弁の全体像やその判断過程が必要以上に複雑となっていると批判を加え、「過失」は「精神の障害」招致の有責性に関する限りにおいて用いられるべきだと主張する。

⁽²³⁵⁾ *Mitchell* (n 227), at 614.

⁽²³⁶⁾ *Fingarette & Hasse* (n 211), at 216.

る。

もっとも、原因行為時に法益侵害結果について特定性のあるメンズ・レアを有する場合には、Robinsonと同様の（構成要件モデルに類似した）解決手法が採られるため、「精神の障害」理論が独自性を発揮する場面は存在しない。また、この種のメンズ・レアを原因行為時に欠く場合であっても、過失犯の場合には問責対象行為を広く設定することが一般に許容されていることを前提とすれば、論者の理論枠組みによって新たに可罰性が認められる範囲は必ずしも広くない。

以上のように、精神障害の自招性に関する英米刑法学説は未だ黎明期にあり、わが国の刑法学説と比較して理論的には見劣りする⁽²³⁷⁾。本稿の冒頭で述べた課題をクリアするためには、事前責任に関する現地の学説の後追いではなく、イギリスの裁判実務における酌量の位置づけと日本の学説の問題の捉え方の相違について示唆を与える見解が必要と考えられる。以下では、John Childというイギリスの研究者による論考を素材として、この点に検討を加える。

第2項 事前責任論が問題となる場面の場合分け：John Childによる分析

John Childによれば、事前責任の問題は、結果行為時に（メンズ・レアなどの）犯罪の原則的構成要素の欠落が問題となるのか、（心神喪失や正当防衛といった）抗弁事由など犯罪の例外要素の適用が問題となるのかで議論を区別する必要がある。論者は、事前責任の問題を考える際に両者を混同してきた点に、裁判実務における運用が一貫性を欠いてきたことの原因が求められる、と主張するのである⁽²³⁸⁾。

論者によれば、裁判所や学説、あるいは法律委員会のいずれの見解に

⁽²³⁷⁾ もっとも、自招性精神障害の刑法的評価については、「刑法と哲学 (Criminal Law and Philosophy)」誌において「原因において自由な行為」特集が生まれ(e.g. S Dimock, 'Actio Libera in Causa' (2013) 7 Crim L & Phil 3, 549; Alexander (n 228).)、モノグラフィが出版されるなど(e.g. E Mitchell, *Self-Made Madness: Rethinking Illness and Criminal Responsibility* (Routledge, London 2003))、英米法圏でも関心が高まりつつある。

⁽²³⁸⁾ *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 29.

においても、事前責任の問題を一般化する際には酩酊ルールを軸に議論が展開されている。⁽²³⁹⁾ こうした焦点の合わせ方は、酩酊ルールが問題としているような、犯罪の構成要素の欠落についての事前責任——刑事責任を肯定するために欠如したメンズ・レアを行為者の事前責任によって補う考え方——を論ずる際には許容されるべきで有益だが、こうした考え方を抗弁との関係において応用することは適切でない。⁽²⁴⁰⁾ というのも、ここで問題となるのは、行為者の事前責任によって抗弁の成立を妨げることが可能かという問題であり、犯行当時に欠如していたメンズ・レアと行為者の事前責任が同等のものか、という問題ではないからである。⁽²⁴¹⁾

こうした問題意識から論者は、上記の原則要素・例外要素の区分をベースとし、最終的な法益侵害結果のメンズ・レアを原因行為時に有するかという観点を付加した4象限による整理の必要性を指摘する。⁽²⁴²⁾ すなわち、①原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有し、結果行為時に犯罪の原則要素が欠落していた場合、②原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有し、結果行為時に抗弁の成否が問題となる場合、③原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有さず、結果行為時に犯罪の原則要素が欠落していた場合、④原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有さず、結果行為時に抗弁の成否が問題となる場合、の4つに分けた上で、「このカテゴリー分類は、犯罪構成要素と抗弁の作用に関する構造的な相違や、事前責任の各文脈で作用する原理の相違を理解し、各々の事案で異なる解決が求められることを理解するのに資する」⁽²⁴³⁾と主張するのである。

それでは、こうした分類法は、事前責任の要件との関係でどのような意義をもつのだろうか。論者によれば、類型①(メンズ・レア有り・原則要素)については、——結果行為時における犯罪要素欠落の主張を認めながらも原因行為を理由に刑事責任を認める——Robinsonなどに

⁽²³⁹⁾ *Id.* at 33, 38.

⁽²⁴⁰⁾ *Id.* at 33.

⁽²⁴¹⁾ *Id.* at 33-4.

⁽²⁴²⁾ *Child* (n 147), at 38.

⁽²⁴³⁾ *Id.*

よって提示された解決策が最も説得的だが、この類型では事前責任に関する特別なルールは不要である。⁽²⁴⁴⁾ というのも、この類型では、原因行為を直接に問題として可罰性を認めれば足りるからである。⁽²⁴⁵⁾ 原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有する場合には、——わが国の通説的な立場と同様に因果性や故意の特定性が認められるなどの条件の下で——帰責が認められることになる。

これに対して、類型②（メンズ・レア有り・例外要素）では、犯罪成立に必要な要素（アクトゥス・レウスとメンズ・レア）は結果行為時に全て揃っている。そのために、（Robinsonのように刑事責任を根拠づける方策ではなく）抗弁の理論的基礎に立ち返ることが重要となる。⁽²⁴⁶⁾ 論者は、Wilsonの論稿⁽²⁴⁷⁾に依拠しつつ、（強制などの）免責の抗弁が認められるためには、行為者の行為によって彼の悪性ではなく、不遇さ（unlucky fate）が示される必要がある。こうした「難局性（crisis）」は、（自己防衛などの）正当化の抗弁においても同様に問題となり、行為者の犯罪行為は一般的に正当化されるのではなく、このような状況のときに（*in these circumstances*）正当化が認められることになる。⁽²⁴⁸⁾ 刑法上の抗弁において「難局性」が果たす中心的な役割を前提とすれば、抗弁状況を自ら作出した行為者に対して正当化や免責の主張を認めることは適切でない。危機的な状況に置かれた行為者には重大な法益侵害に出ることが認められるが、これは、行為者にとって他の選択肢を真に欠いていたことに裏付けられている。事前の行為によって危機的状況を自ら作出した場合には、結果行為時における行為者の規範的地位が変化するのである。⁽²⁴⁹⁾

⁽²⁴⁴⁾ *Id.* at 40.

⁽²⁴⁵⁾ *Id.*

⁽²⁴⁶⁾ *Id.*

⁽²⁴⁷⁾ W Wilson, 'The Structure of Criminal Defences' (2005) *Criminal Law Review* 108.

⁽²⁴⁸⁾ *Child* (n 147), at 44.

⁽²⁴⁹⁾ *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 38. 自招防衛の文脈において、抗弁状況について自招性がある場合には自己防衛の要件（比例性）が厳格になると主張する見解として、D Farrell, 'What Should We Say about Contrived "Self-defense" Defenses?' (2013) 7 *Criminal Law and Philosophy* 3, 571. 同説の不十

こうした前提の下で論者は、結果行為時における被告人の抗弁を妨げることが可能なのは、⑦抗弁が認められる状況を作出したこと、および、④法益侵害結果の両者について事前に軽率性 (recklessness) が認められる場合であると主張する。⁽²⁵⁰⁾

⑦については、その他の点で抗弁に依拠可能な危難 (crisis) に至りうることを、行為者が少なくとも選択した、といえる必要がある。自身の因果的役割についての被告人の予見もまた、正当行為 (死刑執行人による、その他の点では抗弁が妨げられる業務としての死刑執行や、警察官の職務に伴う暴力など) のような困難な事例を回避するために重要となる。いずれの事例でも行為者は、問題となる行為と将来の抗弁の使用を予期しているが、(正当な業務の範囲では) 自らが被害者による違法行為の原因となることを予期していないと評しうる。

④については、結果行為時に抗弁が認められる状況を行為者が作出したと評価する前提として、彼が将来の犯罪について予見していたことが必要となる。⁽²⁵¹⁾ この要件によって、裁判所は自招強制の事案において裁量を得ることができる。たとえば、行為者は軽罪の遂行を脅迫されると

本性を指摘する論稿として、*Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 37.

⁽²⁵⁰⁾ *Child* (n 147), at 44-5. この背景には、行為者が原因行為時に、自身の行為が後に犯罪に繋がることを主観的に予見し、自身が抗弁状況を作出すことについて予見している場合には、法は行為者に別の行為を要求することが正当との考えがある (*Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 39.)。犯罪構成要素の欠落を補填する場合には、結果行為に対応する同等のメンズ・レアを原因行為時に要求する厳格な基準が適切だが、抗弁の文脈では、行為者にとってあまりに寛大との理由から軽率性で足りるとの理解が採られている (*Id.*)。こうした理解からは、人種差別が根深く残る危険な地域を黒人が出歩く場合にも、抗弁状況の作出について予見が認められるとの帰結に至るが、合理的なリスク行使かという軽率性の内部の要件によって、こうした場合には自招性が否定されることになる (*Id.* 40; *Child* (n 147), at 45.)。

⁽²⁵¹⁾ 原因行為時における法益侵害結果に関する予見の程度については、詳細にわたる予見は不要だが、少なくとも犯罪類型や抗弁状況について一般的な正確性をもって予見する必要があるとされる (*Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 40.)。また、事前の予見内容と現実発生した法益侵害結果が乖離している場合には、抗弁に依拠することが認められる場合もある (*Id.*)。

予見していたが、実際には重大犯罪の遂行を強要された場合である。この落差が著しい場合には、後に遂行される犯罪の種類を予見していなかったことを根拠に抗弁が認められうる。たしかに、抗弁を妨げるためには、法益侵害結果に対応する同等のメンズ・レアが原因行為時に存在していたことを要求する見解も一部主張されているが、⁽²⁵²⁾完全なメンズ・レアは不要である。というのも、ここで問題となっているのは、⁽²⁵³⁾（類型①のように）原因行為時に可罰性を認める理論構成ではなく、危難に陥ったとする行為者の主張に基づく抗弁を妨げるための基準だからである。

さらに、類型③（メンズ・レア無し・原則要素）については、判例は任意酩酊ルールを通じて結果行為時に犯罪の原則的構成要素（メンズ・レア）を欠いた事案にも刑事責任を認めているが、理論的にこれを根拠付けることは困難であり、⁽²⁵⁴⁾可能な限度で、⁽²⁵⁵⁾酩酊構成要件の創設など酩酊状態における犯罪を処罰する途が採られるべきだとする。類型④（メンズ・レア無し・例外要素）については、法益侵害結果や抗弁状況の作出についての予見を欠く点で類型②と異なるものの、⁽²⁵⁶⁾抗弁に依拠可能かが問題となる点で同様の原理が妥当することになる。

上記のように論者は、犯罪構成要素の欠落についての自招性が問われる場面（類型①、③）と、抗弁状況を生じさせたことについての自招性が問われる場面（類型②、④）とで事前責任に関する議論を区別すべきだと主張する。そして、前者の場面における事前責任の基準としては、

⁽²⁵²⁾ *E.g. Dimock* (n 237), at 558.

⁽²⁵³⁾ Child 説では、抗弁状況に至ることを「可能にする」行為は必要だが、直接の因果性は要求されていない。そのため、行為者に軽率性は認められるが、実際には行為者の行為によって抗弁状況が生じたわけではなかった場合の処理が問題となる。たとえば、行為者が被害者を挑発して被害者が攻撃してきたが、実際には行為者の意図とは無関係に被害者が攻撃を加えていた場合に自己防衛を認めるべきかが問題となる。この点について論者は、因果性が実際には認められないとしても、それを試みたことが抗弁を妨げる根拠になるとする (*Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 41; *Child* (n 147), at 45.)。

⁽²⁵⁴⁾ *Child* (n 147), at 46.

⁽²⁵⁵⁾ *Id.* at 48.

⁽²⁵⁶⁾ *Id.* at 49.

結果行為時に欠落した犯罪要素（メンズ・レアなど）を正当に補填することが可能な要件であれば足りる一方、後者の場面では、原因行為時における行為者の事前責任と結果行為時におけるメンズ・レアの同等性を問うこと（Robinson に代表されるアプローチ）は的を外していると批判を加えるのである。⁽²⁵⁷⁾

論者によれば、後者の場面では、（原因行為時における）法益侵害結果についてのメンズ・レアは責任能力の評価にのみ関連し、成立する犯罪類型には影響を与えない。抗弁の成否が問題となる場面では、原因行為時における法益侵害結果についてのメンズ・レアは、責任能力評価（心神喪失・完全責任能力）のための要件事実⁽²⁵⁸⁾に位置づけられることになる。そうだとすれば、類型②と類型④の相違は相対的なものであり、責任能力評価の枠内で、心神喪失を認めるための閾値が異なる（類型④よりも類型②の方が心神喪失を認めるためのハードルが高い）とされるにすぎない。これに対して、犯罪の原則的構成要素の欠落を補填しようとする場合（類型①、③）には、原因行為時における法益侵害結果についてのメンズ・レアの有無は、当該犯罪の成否にとって決定的に重要となる。類型①では、原因行為時に犯罪成立に必要な要素が揃っている点で、類型③との相違は絶対的なものといえよう。

犯罪の原則要素と例外要素を区別し、後者については法益侵害結果に対応する（同等の）メンズ・レアを原因行為時に要求しない論者のアプローチは、わが国における「原因において自由な行為」論が結果行為時に故意を欠いている場合にも適用可能な理論構成となっており、場合によっては過剰ではないかという本稿の問題意識からは示唆的である。次章では、日本法への示唆・提言として、こうした英米法圏の知見をわが国に導入する際の障壁に触れた上で、具体的な提言を試みたい。⁽²⁵⁹⁾

⁽²⁵⁷⁾ *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 38.

⁽²⁵⁸⁾ 類型②、④ともに、原因行為時に法益侵害結果に対応する完全なメンズ・レアは要求されない。

⁽²⁵⁹⁾ わが国と犯罪論体系を異にし、任意酌量ルールの下で結果責任を正面から認める英米法圏の議論を参照することに対しては、異論もあるかもしれない。この点については、鈴木義男による以下の指摘が示唆的である。「英米においては、極端な先例尊重主義が裁判の実務を支配した結果、学説はその忠実な侍

第4章 日本法への示唆・提言：自招性精神障害の新たな評価枠組み

第1節 「原因において自由な行為」論の問題点

本稿の冒頭で述べたように、わが国における自招性精神障害に関する議論では、精神障害が行為時点で責任無能力と評価されうることを前提に、——実行行為概念を拡張して同時存在原則との形式的整合性を図り、あるいは同時存在原則に一部例外を設けるなど——犯罪論構成を工夫して可罰性を肯定する議論が中心である。

この種の議論では、当該精神状態招致に関する有責性を責任能力の評価において考慮する余地は存在せず、行為時点の精神障害（精神症状、精神状態像）について純事実的に評価することが前提とされる。また、結果行為時（責任無能力・限定責任能力状態）の故意・過失は軽視され、原因行為時の故意・過失の限度で犯罪成立を認める議論が大半である。⁽²⁶⁰⁾

本節では、従来の学説における上記前提の妥当性を検証したい。

第1項 責任能力を事実的な能力として位置づける点

第一は、責任能力を事実的な能力として捉える点である。従来の学説は、個別行為責任の帰結として、同じ精神状態には同じ責任能力評価が与えられるべきであり、犯行時の弁識・制御能力の程度が同じであれば、覚せい剤精神病と統合失調症とで法的帰結が異なることを当然の前

女としての役割に甘んじ、進んで立法や司法における指針を與えるだけの想像力に欠けていたため、現在におけるような刑法理論の貧困を招いたことができる。しかし、たとえ理論的なソフィステイクーションに欠けるところがあるとしても、コモン・ローを基礎とする英米の刑法が、数世紀にわたって実施されてきたという事実を否定または軽視することは許されない」「永い間生命を保つてきた刑法にはそれ相応の合理性があるとする一応の推測が許される」（鈴木・前掲注9・62頁）。

⁽²⁶⁰⁾ これに対して、結果行為時の故意・過失に対応した犯罪成立を認める見解として、内田文昭『「原因において自由な行為」について』『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二巻』（成文堂、1998年）184頁以下、齊藤信宰「原因において自由な行為」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二巻』（成文堂、1998年）212頁以下。

提としている。たとえば、例外モデルの中でも回避可能な違法性の錯誤と平行に解決しようと試みる見解（中空・安田）に対し、「違法性の意識の可能性は……、その可能性が事前の回避可能性を考慮しつつ判断されているのに対して、責任能力はその存在自体が39条によって要求されている⁽²⁶¹⁾」とし、両者の判断構造を同一視することへの批判がなされている。こうした批判の背後にも、責任能力を事実的な能力（犯行時の精神症状、精神状態像）として位置づける考え方がある。こうした事実的な能力観によれば、責任能力の概念内部で自招性を考慮する途は絶たれ、犯罪論構成を工夫して可罰性を肯定する議論に陥らざるを得ない。

しかし、責任能力評価の場面では、弁識・制御能力の有無や程度から心神喪失や耗弱といった最終的な評価を導出する過程において、規範的な価値判断の介在は避けて通れない。心神耗弱に求められる能力低下の「著しさ」は、科学的・精神医学的な尺度では測ることはできず、心神喪失者であっても文字通りに「完全な」能力喪失までは要求されないのが一般である。責任能力は、科学的・医学的な次元の能力低下と厳密に対応しながら減退するわけではなく、あくまで法的観点からの評価であり、「責任能力の減退として扱ってよい場面か」という視点は不可欠のはずである。こうした理解は、責任能力研究者の近時の理解によっても裏付けられる。たとえば、可罰的責任の概念を正面から認める見解からは、病勢期の統合失調症患者であっても他行為に出る余地が全くないとは言いきれないが、可罰的責任のレベルでは刑罰から解放することが可能⁽²⁶⁴⁾といった議論が展開され、予防的考慮を前面には出さない見解からも、病的なものか否かという原因の違いによって期待可能性による要

⁽²⁶¹⁾ 橋爪・前掲注7・116頁以下。

⁽²⁶²⁾ 安田拓人「法的判断としての責任能力判断の事実的基礎」『刑法・刑事政策と福祉——岩井宜子先生古稀祝賀論文集』（尚学社、2011年）39頁参照。

⁽²⁶³⁾ 大塚ほか編・前掲注2・431頁〔島田＝馬場〕参照。

⁽²⁶⁴⁾ 水留正流「責任能力における『精神の障害』（2・完）」上智法学論集50巻4号（2007年）224頁以下参照。論者の立場を前提とすれば、覚せい剤精神病と統合失調症は規範的責任（他行為可能性）のレベルでは同じだが、可罰的責任のレベルでは評価が異なる、といった議論も可能と思われる。

求の程度が異なりうる⁽²⁶⁵⁾ことが前提とされる。

他方で、責任能力の第一段階要素としての「精神の障害」に関する議論進展からも、責任能力を事実的な能力（犯行時の精神症状、精神状態像）と位置づける考え方が維持できないことが明らかとなる。筆者は別稿⁽²⁶⁶⁾において、過去の一回限りの事象への意味づけとして理解される責任能力判断にとって重要なのは、個別の心理状態（精神症状・精神状態像）の提示ではなく、「判断者が捉えた病態と、そこから推論される行為者の精神状態が高い説得力を持って語られること」⁽²⁶⁷⁾であり、責任能力論における「精神の障害」の判断基盤は、診断によって精神医学的に評価・解釈された行為者の全体像として理解されるべき（診断論）との私見を提示した。こうした理解を前提とすれば、責任能力の要件内部において、行為時の精神症状・精神状態像にとどまらず、精神医学的に評価・解釈された行為者の全体像を考慮することが可能となる。

誤想防衛や回避可能な違法性の錯誤における議論からも明らかのように、行為時にまったく同じ客観的・主観的状况にあったとしても、当該違法性（責任）阻却事由が自ら招いたものである場合には、行為者がそれを有利に援用できなくすべきとする点についてはコンセンサスが形成されている。自招性精神障害の評価場面では、その要件自体ではなく、犯罪論構成を工夫して可罰性を肯定する議論が中心となっているが、こ

⁽²⁶⁵⁾ 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』（弘文堂、2006年）131頁以下は、「覚せい剤中毒のようなそもそも違法な薬物摂取の場合には、制御主体が残されていれば、衝動の制御に関して最も厳しい規範的要求がなされ、そのことを前提として、制御しえたかが判断されることになる」として、「精神の障害が、いわば宿命的なものであるのか自ら招いたものであるのかによって、制御可能性を判断する際の規範的要求の寛厳が異なることは、認められてよい」とする（但し、制御主体論の枠内で自招性を考慮することについては否定的である）。

⁽²⁶⁶⁾ 拙稿『「精神の障害」と刑事責任能力（3）』早稲田大学大学院法研論集160号（2016年）191頁以下参照。こうした理解は、筆者が別稿（「刑事責任能力論における弁識・制御能力要件の再構成（2・完）」早稲田法学会誌67巻1号（2016年）246頁以下）で示した弁識能力概念（実質的弁識能力）と親和性を有する。

⁽²⁶⁷⁾ 水留・前掲注264・230頁。

のアプローチが採られるべき理由はないといえよう。⁽²⁶⁸⁾

第2項 結果行為時（責任無能力状態）の主観面を軽視する点

第二は、結果行為時の主観面を軽視する点である。本稿の冒頭で述べたように、従来の学説は、原因行為時における法益侵害結果についての故意・過失の限度で犯罪成立を認め、結果行為時の故意・過失を重視しない。すなわち、構成要件モデルからは、責任無能力状態における故意結果行為さえ因果経過上の介在事情ないし中間結果に位置づけられ、例外モデルからは、（原因行為時における）最終的な意思決定を重視する見解からは当然、回避可能な違法性の錯誤とパラレルに理解する見解からも、原因行為時の認識内容を重視すべきとされる。⁽²⁶⁹⁾

こうした理解の背景には、（有責な）責任無能力状態ではじめて殺意を生じた事例（故意非連続型）において殺人罪の成立を認めることへの抵抗がある。こうした非連続型の事例において故意犯の成立を肯定するのは、「正常な動機形成が不可能な状態下の故意によって処罰を基礎づける点で責任主義に反する」⁽²⁷⁰⁾とされるのである。⁽²⁷¹⁾

しかし、責任無能力者であれば一概に故意が否定されるという立場は、厳格故意説を徹底する一部の論者⁽²⁷²⁾を除いて、わが国では採られていない。この点、心神喪失者等医療観察法の対象行為該当性をめぐる議論では、強制医療の対象行為が故意犯の形式で規定されていることから、責

⁽²⁶⁸⁾ 中空・前掲注5・392頁は、原因において自由な行為の領域では、責任能力の本質からアプローチすべきだとする。

⁽²⁶⁹⁾ 中空・前掲注5・394頁は、原因行為時の認識内容によって故意犯の成否を判断すべきとする。

⁽²⁷⁰⁾ 松原・前掲注3・327頁。

⁽²⁷¹⁾ 推測の域を出ないが、こうした理解は従来、特に責任前提説の立場から責任能力は故意を持ちうる能力として伝統的に理解され、責任能力を欠いた場合には当然に故意が欠けるとの評価が与えられていた点に影響を受けたと考えられる。つまり、「原因において自由な行為」論の形成過程でこうした責任能力観が前提とされ、現在の議論の共通理解（結果行為時の故意の軽視）に影響を与えた可能性があるように思われる。

⁽²⁷²⁾ たとえば、浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』（成文堂、1999年）93頁以下。

任無能力者が故意を持ちうるかという論点が集目を集め、責任無能力者であっても一般に犯罪事実を認識・予見している点についてはコンセンサスが形成された。すなわち、医療観察法では、故意等の主観的要件が備わっていることを前提に、その上で責任無能力状態となることが想定されており、「故意と責任能力、すなわち、意味の認識を含む事実認識とその違法認識に従って行動する能力は分断されていると解するのがごく自然⁽²⁷³⁾」であり、「行為者に精神の障害が認められても、その影響が動機形成や違法性の意識の形成にあらわれるのみであって、構成要件該当事実（以下、「犯罪事実」という）を正しく認識できている場合は、故意には犯罪事実の認識が必要であるという従来の理解からも責任無能力者に故意を認めることはなお可能⁽²⁷⁴⁾」なのである。

故意と責任能力が理論上区別され、責任無能力者が故意を有さないのは極限的な場合に限られる以上、結果行為時に犯罪事実の認識・予見がある場合に、それを無視して原因行為時の法益侵害結果に関する故意・

⁽²⁷³⁾ 箭野章五郎「精神の障害にもとづく錯誤の場合の医療観察法における『対象行為該当性』判断」刑事法ジャーナル41号（2014年）77頁。

⁽²⁷⁴⁾ 大庭沙織「刑法上の故意と強制医療の対象行為該当性要件としての故意」刑事法ジャーナル41号（2014年）79頁。

⁽²⁷⁵⁾ たとえば、拙稿「責任能力の認定手法について」早稲田法学会誌67巻2号（2017年）235頁以下で検討を加えた裁判例91例の中には、犯罪事実の認識を欠いていると評価可能な事例は見当たらなかった。精神障害が重度の場合（心神喪失と優に認められる場合）の多くは起訴猶予処分（刑訴法248条）とされることが影響を与えていると考えられ、医療観察法の対象行為該当性が争われた事例では、責任能力と（通常の意味における）故意をともに欠いているように見受けられる事例も散見される（たとえば、最決平成20年6月18日刑集62巻6号1812頁など）。西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）287頁は、こうした事例において故意を認定することの困難性を挙げながら、非故意行為か故意行為かで構成要件モデルと例外モデルを使い分ける立場（山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）275頁以下）を批判する。なお、極度に斟酌した行為者であっても軽率性や意図、認識といったメンズ・レアが否定されるのは稀であることを指摘する論稿として、C Mitchell, 'The Intoxicated Offender: Refuting the Legal and Medical Myths' (1988) 11 Int. J. Law Psychiatry 77, at 88-94.

過失を援用して可罰性を認める議論の方向性には疑問があるといえる。犯罪事実の表象としての故意は、心理的事実の問題である。故意と責任能力の間に(いづれかが他方の必要条件といった)直接的な関係を認めない以上、故意が正常な動機づけ能力を前提にするとの理解は妥当でないだろう。⁽²⁷⁷⁾

このようにして、わが国における自招性精神障害をめぐる議論の方向性には、疑問があるといわざるを得ない。以下では、Childによって提示された、故意と責任能力の相違を反映した事前責任論の応用可能性について検討する。

第2節 事前責任：故意と責任能力の相違を自覚した議論の必要性

第1項 故意と責任能力の犯罪論構造上の相違

前章で検討したChildの見解は、メンズ・レア(故意・過失)が犯罪の原則的構成要素であるのに対し、責任能力などの抗弁事由については例外的構成要素であるという犯罪論構造上の相違を前提に、事前責任の理論枠組みを場合分けしながら組み立てるものであった。⁽²⁷⁸⁾以下で述べるように、こうした理解は、わが国の事前責任論においても基本的に妥当する。

まず、故意については、犯罪論体系上の地位について議論のあるところ

⁽²⁷⁶⁾ もっとも、たとえば規範的構成要件要素の認識の判断に際しては、行為者の素人的認識が法的認識と並行しているかという裁判官の評価を要するため、故意を純事実的な要素として位置づけることはできない。

⁽²⁷⁷⁾ さらに、結果行為時の故意・過失を軽視する議論に対しては、①法定刑の差が大きい場合(特に、結果行為時にはじめて殺意を抱いた場合)や、窃盗や詐欺など過失犯処罰規定のない場合には十分な手当てが不可能であり、②過失犯の限度で犯罪成立を認める場合には、結果行為が故意でなされているにもかかわらず、医療観察法の対象行為該当性が否定されるという難点を指摘できる。

⁽²⁷⁸⁾ わが国の刑法学説においても、かつては責任要素(原則的要素)と責任阻却事由(例外的要素)を自覚的に区別した議論が展開されていた。責任要素と責任阻却事由の問題については、中山研一『刑法総論』(成文堂、1982年)388頁以下、中山研一=浅田和茂=松宮孝明『レヴィジョン刑法3』(成文堂、2009年)243頁以下[中山]参照。

ろだが、これを構成要件要素とする見解からは当然、もっぱら責任要素とする見解からも、これを犯罪の原則的要素と位置づけることには異論がないだろう。認定論上も、故意の単なる否認が刑法335条2項にいわゆる「法律上犯罪の成立を妨げる理由」にあたらないとされることも、⁽²⁷⁹⁾ こうした理解を裏付けている。

これに対して、多くの見解は、責任能力を責任阻却事由と理解する⁽²⁸⁰⁾。この理由としては、刑法39条の規定ぶりは心神喪失・耗弱の場合に有責性がないとするのみで責任能力自体の積極的な定義がなされておらず、その確認もとくに求めている消極的な形式が採られている点が挙げられる。このことから、原則的に責任能力を有し、例外的に要件を満たした場合にのみ責任非難が否定・減少するという責任阻却・減少事由として位置づけられるのが一般である。⁽²⁸¹⁾ 認定論上、責任能力が「法律上犯罪の成立を妨げる理由」と解されていることも、⁽²⁸²⁾ こうした理解を裏付けているといえよう。

このことから、責任能力については、たとえば違法性の意識の可能性

⁽²⁷⁹⁾ 河上和雄ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法第8巻(第2版)』(青林書院、2011年)127頁以下、157頁以下〔中谷雄二郎〕参照。

⁽²⁸⁰⁾ たとえば、平野龍一によれば、故意・過失が原則要素であり、責任無能力・違法性の意識不可能性・期待可能性の不存在は責任阻却事由に位置づけられる(平野龍一『刑法 総論1』(有斐閣、1972年)95頁、159頁以下、同『Ⅱ』(有斐閣、1975年)258頁参照)。もっとも、責任能力については、これを故意・過失に並ぶ原則的責任要素に位置づける見解も有力に主張されていた。たとえば、団藤重光によれば、責任能力と故意・過失が原則要素であり、故意・過失の中に違法性の意識の可能性、期待可能性が含まれる(責任阻却事由として、違法性の意識の不可能性、期待可能性が位置づけられ、これらの場合には故意・過失が欠ける)とされる(団藤・前掲注1・271頁以下、309頁以下、322頁以下参照)。また、佐伯千仞によれば、責任能力と故意・過失が原則要素であり、期待可能性の不存在のみが責任阻却事由に位置づけられる(佐伯千仞『四訂 刑法講義(総論)』(有斐閣、1981年)227頁以下参照)。これらの見解については心理的責任論の影響が看取されるが、詳細な検討は別稿に譲りたい。

⁽²⁸¹⁾ この点について、箭野章五郎「責任能力制度の理解と事前責任論」刑法雑誌56巻2号(2017年)140頁参照。

⁽²⁸²⁾ 河上ほか編・前掲注279・159頁〔中谷〕参照。

と同様に事前の回避可能性をその要件内部で問題とする余地があるように思われるが、こうした犯罪論構造上の相違が事前責任の要件に影響を与える根拠は必ずしも明らかでない。すなわち、犯罪の原則的構成要素であれば事前責任を遡及して考慮することが不可能（ないし厳格な手続が必要）なのに対し、例外的構成要素であれば前者に比して容易に事前責任を肯定可能な理由が不明確なまま残されているのである。

この問題は、わが国における故意・過失と他の責任要素（阻却事由）の関係性についての通説的理解を考慮すれば、一層先鋭化する。わが国においては、故意・過失という心理的要素を責任段階に（も）配置する、複合的責任概念に立つ学説が多数である。そして、故意・過失という心理的要素が規範的責任論の中に位置づけられるのは、これがあれば通常、反対動機を生じるという意味での「提訴機能」を有するからだと説明される⁽²⁸³⁾。すなわち、多数説は、故意犯を重く処罰する理由について、犯罪事実の認識があれば通常、行為をやめるべきだという「違法性の意識」が生じる点に求めており、この「提訴機能」という論理を用いて故意・過失と規範的責任論の接合点を見出している⁽²⁸⁴⁾のである。こうした見地から故意は、「そのような認識から一般人であれば違法性の意識が喚起されるか」という規範的評価を経由するため、反対動機形成可能性の見地から理解されるそれ以外の責任要素（阻却事由）との犯罪論構造上の相違は希薄となり、故意と責任能力が「原則」と「例外」の関係に立つことから事前責任の評価枠組みが異なることを説明するのは困難となる⁽²⁸⁵⁾。

⁽²⁸³⁾ たとえば、石井徹哉「責任判断としての違法性の意識の可能性」早稲田法学会誌44巻（1994年）69頁以下、同「無免許運転罪の故意」『交通刑事法の現代的課題－岡野光雄先生古稀記念』（成文堂、2007年）139頁、松原久利「違法性の意識」川端博ほか編『理論刑法学の探究②』（成文堂、2009年）111頁など。

⁽²⁸⁴⁾ この点については、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）53頁以下参照。高山は、事実的故意と違法性の意識とを別個の責任要素とする「二元説」、責任を統一的に判断する「一元説」、両者の中間説的な見解の3つに区別した上で、そのいずれも妥当ではないと指摘する。

⁽²⁸⁵⁾ 実際にも、例外モデル（違法性の錯誤と同様に責任能力にも回避不可能性を要求する立場）を採用する中空・前掲注5・393頁以下は、「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

上記のように、故意・過失と規範的責任の接合点を残そうとする見解は、反対動機形成可能性という一元的原理によって責任の質と量を決しようとするが、わが国において故意・過失を責任要素に位置づける見解にも、故意・過失と他の責任要素（阻却事由）を原理的に異なるものとする立場がある。たとえば、高山佳奈子は、心理的責任としての故意・過失を規範的責任論から切り離し、かつ責任の要素として位置づける。故意は提訴機能のために責任に関係するのではなく、不法の量を責任に媒介する機能を果たすとされるのである。⁽²⁸⁶⁾ 反対動機形成可能性という一元的原理によって責任の内容を規定しようとするれば、責任についてなしうるのは「あるかないか」の判断と、「規範的な動機づけが容易か困難かの程度」の判断に限られてしまい、認識された犯罪事実の重大性によって責任の大小が規定されることの説明が困難となる。窃盗犯より殺人犯の方が責任が重いのは、より重い不法を実現したことの認識があるからであって、提訴機能では不法媒介機能が説明できないとするのである。⁽²⁸⁷⁾ この見解は規範的責任論を排斥するものではなく、その他の責任要素（違法性の意識の可能性など）は、故意・過失によっていったんは与えられた責任の量を、規範的責任論の観点から阻却・減少させるものと理解することが可能であろう。

こうした理解を前提とすれば、責任に量的実体を与えるのは故意・過失という心理的要素であり、責任能力・違法性の意識の可能性・適法行為の期待可能性はそうした不法の主観的帰属を阻害する要素である。この意味で、故意・過失が原則的責任要素であり、それ以外は責任阻却事由と整理でき、この点に故意・過失とそれ以外の要素の構造的相違が求められる。⁽²⁸⁸⁾ すなわち、不法の量を責任に媒介する——責任に量的実体

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」とする。

⁽²⁸⁶⁾ 高山・前掲注284・104頁以下、同旨として佐伯仁志「故意・錯誤論」山口厚＝佐伯仁志＝井田良『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2001年）102頁以下。

⁽²⁸⁷⁾ 高山・前掲注284・87頁以下参照。

⁽²⁸⁸⁾ なお、杉本一敏「アリス（alis）とアリック（alic）」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）102頁以下をも参照。

を与える——要素として故意・過失が機能しているとすれば、そこで問題とされるべきはあくまで実行行為時の心理状態である。事前の故意・過失によって実行行為時の心理状態を補填することは、イギリス判例法における任意酌酹ルールのように、結果責任を認めることにほかならない。これに対して、責任能力・違法性の意識の可能性・適法行為の期待可能性は、故意・過失によって量的実体を与えられた責任に対して、例外的に責任を否定する要素である。

不法の量を責任に媒介する故意・過失では「事実」と「評価」がほとんど一体化するのに対し、例外的な場合に不法の主観的帰属を否定するそれ以外の責任要素では、「事実」と「評価」との間に（個別行為責任の範囲で）一定の距離が開くことは許容されるのである。⁽²⁸⁹⁾ 責任能力の判断場面では、自招性をその評価において当然考慮し、心神喪失や耗弱の適用を自招性精神障害の場合には認めない（あるいは認めるためのハードルを上げる）といった理解も不可能ではないことになる。⁽²⁹⁰⁾

以下では、例外的責任要素の事前責任を個別行為責任の下でどのように考えるべきか、違法性の意識の可能性論における事前責任をめぐる議論に示唆を受けつつ、私見の立場を提示したい。

第2項 例外的責任要素の事前責任：違法性の意識の可能性論からの示唆

⁽²⁸⁹⁾ たとえば、責任能力評価の場面では、犯行時の精神状態のみならず、犯行前の生活状態や犯行後の事情など様々な要素を考慮した上で、「精神の障害」および弁識・制御能力の有無や程度が認定されていることが一例として挙げられよう。

⁽²⁹⁰⁾ こうした理解を「精神の障害」の枠内で考慮する見解として、箭野・前掲注281・146頁以下。箭野によれば、「およそ原因の限定という趣旨に反し、寛容、寛恕の精神をもって対処すべき場合を示す一般的カテゴリーとしての原因とは言えないような場合、あるいは、原因限定という制度趣旨をおよそ没却するような場合で非難可能性減少のカテゴリーたる精神の障害とは言えないような場合、について、原因適格性を欠く」とし、その具体例として「意図的に当該行為の認識・制御能力の喪失・減少をもたらすような精神の障害を惹起したような場合」を挙げる（同・149頁）。

違法性の意識の可能性は、個々の行為について問題となるものであることから、原則として行為時に存在することが必要である。しかし、厳密に実行行為時点に限定すれば違法性の意識の可能性がないといえる場合であっても、事前に適切な手段によってその違法性を意識することができた場合（回避可能性がある場合）に、違法性の意識の可能性を肯定することの可否やその要件をめぐって議論が展開されている。

この点、行為前に違法性の錯誤を回避するための措置を採ることができたことを理由に違法性の認識可能性を認める立場に対しては、当該行為の違法性を照会する「契機がある場合に適切な照会行為を怠ったために錯誤が回避可能であるとすると、行為者に非難されるのは、行為者が犯罪行為を行為の時点において企てたことではなく、あらかじめ行為の違法性を確認することなく犯罪行為を企てたことであり、過去の懈怠行為が責任にとって決定的となっている⁽²⁹¹⁾」との批判がある。また、「責任段階において、『調査したならば認識したであろう』という場合に責任があるとするとき、そこには一種の『調査義務』、すなわち外部的な作為義務が想定され、「もしそのような『調査義務』を想定しようとしても、個別行為責任の原則からは、行為者は行為よりも遡って法律を調査する義務はないことになるはず⁽²⁹²⁾」との指摘も、上記の肯定説に対する批判として理解することが可能である。

これに対し、たとえば、松原久利は、「行為時点では違法性の意識の可能性の欠如に至る事情を、行為以前に可能な回避措置により回避しなかったことに責任非難が認められる」とし、「実行行為をそれ以前の事情から切り離して、厳密に実行行為時点に限定すれば違法性の意識の可能性がないといえる場合であっても、当該行為が予見可能な段階で、熟慮・照会等の適切な手段をとっていればその違法性の意識することができた場合には、適切な手段により当該行為時点で回避不可能な禁止の錯誤を回避することができた、すなわち当該行為についても違法性を意識することができた⁽²⁹³⁾」と評価可能だと主張する。

⁽²⁹¹⁾ 石井・前掲注283（「責任判断としての違法性の意識の可能性」）・61頁。

⁽²⁹²⁾ 高山・前掲注284・337頁以下。

⁽²⁹³⁾ 松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、

また、一原亜貴子は、「法を知るための契機」に着目するドイツの学説に示唆を受けつつ、「行為者が法に忠実であるための心構えを有していたとすれば違法性を認識することができたか否か⁽²⁹⁴⁾」を問題とすべきであり、「違法性の認識可能性が『可能であった』という事実的言明ではなく、『可能であったはずだ』という規範的言明であること⁽²⁹⁵⁾」を前提に、結果惹起行為以前の事情を考慮することを認める。そして、「市民には法に忠実であるための心構えが要請されるが、これは、万が一にも法的知識が必要となるような自体が生じた場合にいつ何時でも対応できるよう、あらゆる法に習熟することを迫るものではない⁽²⁹⁶⁾」とし、行為者が結果惹起行為を予見し得た場合に調査・照会のための契機が認められ、その時点にまで遡って結果惹起行為以前の事情を考慮することが認められることになると主張する⁽²⁹⁷⁾。

さらに、異なる議論軸から鈴木茂嗣は、責任評価自体の前倒しを肯定する見解（松原）について、構成要件的結果を予見しうる段階で後に責任を阻却する事情を生じさせたことを事前責任の根拠とするが、こうした事態を非難するためには実行行為時に責任阻却事由を生じさせない義務が行為者にあることを理論的に前提とする必要があり、違法性の意識を欠くことや責任無能力になること自体は禁止されていないことから、

2011年) 267頁。松原は、こうした理解を責任能力にも応用し、責任能力が維持されていたならば当該行為を抑制しえたであろうという仮定的基盤に基づく仮定的判断としての責任判断をなしうるとし、「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によって責任無能力状態の発生を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識決定を期待しうる」と指摘する（同・278頁）。

⁽²⁹⁴⁾ 一原亜貴子「違法性の認識可能性判断について」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2017年）423頁。

⁽²⁹⁵⁾ 一原・前掲注294・425頁。

⁽²⁹⁶⁾ 一原・前掲注294・428頁。

⁽²⁹⁷⁾ なお、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年、成文堂）214頁も、「責任は犯罪的意思の行為への現実化に対する非難であり、非難の対象となる実行行為の遂行との間に直接的関連性が維持されている限り、いわゆる事前的非難も認める余地があると解される」と指摘する。

こうした義務は想定しがたいと批判を加える⁽²⁹⁸⁾。他方で、鈴木は、従来、責任評価とそれを根拠づける責任要件事実の存在時期の問題が混同され、責任評価と責任要件事実は同時に存在するものとの前提がとられてきたと指摘しつつ、責任評価自体は実行行為に対する非難可能性であり、責任評価と実行行為の同時存在の原則は譲れないが、この原則に反しない限度で、責任評価を基礎づける要件事実が実行行為以前に遡ることは可能だと主張するのである⁽²⁹⁹⁾。

「責任評価」とそれを根拠づける「責任要件事実」を区別するこの立場は、不法の量を責任に媒介する故意・過失と例外的な場合に不法の主観的帰属を否定するそれ以外の責任要素（阻却事由）とで、「事実」と「評価」の距離に差がある——その帰結として、事前の回避可能性を取り込む余地が相違する——ことを合理的に説明可能に思われる。もっとも、違法行為の回避可能性が事前であれば非難可能という事前責任の論理を無限定に受け入れるとすれば、責任が「実在」から離れ、責任の基盤が解体されてしまうとの懸念が抱かれる。個別行為責任に反しない限度で、どのような事実が実行行為時の責任能力評価に影響を与えるのか。以下では、「原因において自由な行為」論における議論動向にも示唆を受けつつ、責任能力の地位に即した事前責任の評価枠組みを提示したい。

第3項 責任能力における事前責任：試論

精神障害の自招性については、どの限度までの客観的事実を基底とすることが可能なのか、また、どのような内容の行為者主観が考慮されるのか、という点が課題となる。

まず、客観面について、個別行為責任の下で考慮可能な事実の遡及範囲は、立証の問題を絡めて考えざるを得ない。責任評価の対象は問責対象となる法益侵害行為である一方、それを根拠づける事実は当該行為の

⁽²⁹⁸⁾ 鈴木茂嗣「刑事法学の動き（松原久利『責任阻却事由と事前責任』）」法律時報84巻5号（2012年）172頁。

⁽²⁹⁹⁾ 鈴木・前掲注298・172頁参照。

⁽³⁰⁰⁾ たとえば、小田直樹「刑事責任の実体と認定」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2016年）224頁以下。

時点に厳密に限られるわけではない（例外要素の場合はなおさらである）。ただし、鈴木も指摘するように、その評価はあくまで当該行為に対するものであるから、最も影響を与えるのは行為時の事実（心理状態・精神状態）であり、そこから離れるにしたがって責任要件事実が当該責任評価に与える影響力は漸減する。

このようにして、個別行為責任の要請から、①責任判断の無制限的な時間的遡及、および、②犯罪的結果の惹起行為に対する非難とは無関係の落ち度を理由とする帰責を回避することが求められる。⁽³⁰¹⁾これを責任能力の判断場面に引き直せば、①については、数ヶ月ないし数年前の薬物摂取に起因するフラッシュバックや、長期のアルコール依存によって発症するアルコール幻覚症などは、薬物投与直後の急性症状下での犯罪とは同視できないという形で、実行行為との直接的関連性が否定される。また、②については、通常人でも陥りうる錯誤に酩酊者が陥った場合や、アルコールからの離脱症状として錯乱状態（振戦せん妄）に陥った場合には、薬物・アルコールの任意摂取との関係性が薄まるという形で、実行行為時の責任能力評価に与える影響が変化することになるだろう。⁽³⁰²⁾

また、主観面については、③弁識・制御能力の低下を招来することについての有責性、および、④最終的な法益侵害結果についての有責性の両者が問題となる。③については、責任無能力（限定責任能力）の招致に関する被疑者・被告人の認識や予見可能性（飲酒の経歴、摂取した薬物の目的、医師の処方によるものか否か）が考慮要素となる。他方で、④については、結果行為時の故意・過失に対応する犯罪の成立を肯定した上で、原因行為時における最終的な法益侵害結果についての故意・過失は、責任能力評価に影響を与えうる事実として理解されるべきである。⁽³⁰³⁾

⁽³⁰¹⁾ この分析視角について、松原・前掲注293・286頁以下参照。

⁽³⁰²⁾ もっとも、たとえば統合失調症の患者が勝手に治療を中止して病状が悪化した場合のように、実行行為時の精神状態との関連性の評価が困難な場合も少なくない。なお、服薬不遵守（medication noncompliance）と刑事責任能力の関係性を論じたものとして、Z Torry & K Weiss, 'Medication Noncompliance and Criminal Responsibility: Is the Insanity Defense Legitimate?' (2012) 40 Journal of Psychiatry & Law 2, 219.

⁽³⁰³⁾ これら主観面の主要事実（③および④）は、責任能力判断における総合考

このうち、④の点については、回避可能性の見地から「原因において自由な行為」の可罰性を肯定する見解の中にも、故意犯が成立するためには、実行行為時と同一の故意が先行行為時に存在することを要求するものがある。⁽³⁰⁴⁾ こうした理解の背後には、責任無能力状態の故意が提訴機能を果たすことができないとの理解があるように見受けられるが、故意・過失とそれ以外の責任要素（阻却事由）を原理的に異なるものとして理解する本稿の立場からは、結果行為時の故意・過失に対応した犯罪成立を肯定すべきである。⁽³⁰⁶⁾ この問題につき安田拓人は、禁止の錯誤が回避不可能であれば超法規的責任阻却、回避可能であれば38条3項但書による任意的減軽という責任説による38条3項の解釈を、故意の原因において自由な行為の場合に類推すべきとするが、本稿の立場からも基本的に支持されることになるだろう。

なお、こうした理解に対しては、責任無能力状態の故意結果行為を非難可能としながら刑を減軽しなければ責任主義に反するというのは、原因行為時の心理が犯罪の主観面であり、それを超えた責任を認めることは責任主義に反することを示しているとして、実質的には原因行為を処罰するもので例外モデルの前提に反するとの批判が向けられているが、⁽³⁰⁷⁾ 失当である。回避可能性（責任無能力状態招致の予見可能性）は、責任能力評価における根拠事実である。それが程度を付しうる概念である以上、回避可能性が肯定される場合に刑が必ず減軽されるわけではない。

慮の一要素であり、たとえば故意の場合には完全責任能力、過失の場合には耗弱といった、厳密な意味での要件ではない。

⁽³⁰⁴⁾ 中空・前掲注5・393頁、山口・前掲注297・218頁以下、松原・前掲注293・287頁。

⁽³⁰⁵⁾ たとえば、中空・前掲注5・393頁以下、松原・前掲注283・109頁以下（事実的故意を反対動機形成可能性と関連させて責任要素とする立場が採られる）。

⁽³⁰⁶⁾ 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）48頁。

⁽³⁰⁷⁾ 町野朔『「原因において自由な行為」の整理・整頓』『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、1998年）348頁。同旨として、今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2012年）281頁〔今井猛嘉〕、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』（有斐閣、2010年）〔古川伸彦〕627頁。

責任非難を基礎づけるのは、不法の量を責任に媒介する故意・過失であり、それ以外の責任要素（責任能力・違法性の意識の可能性・適法行為の期待可能性）は、行為者の（合）理性や他行為可能性が欠けた場合に例外的に責任の阻却を認める要素（例外的責任要素）である。こうした犯罪論構造上の相違は、同じ責任要素であっても事前の責任要件事実を基底とした評価を認めることの可否や、その要件に影響を与える。本稿の立場からは、例外的要素の有無を判断する際に自招性を考慮することはむしろ当然のこととして位置づけられるが、問責対象（評価対象）となるのはあくまで実行行為（最終的な法益侵害行為）なのである。

おわりに

本稿では、自招性精神障害のあるべき評価枠組みを明らかにするために、イギリス判例法における任意酩酊ルールの検討を出発点とし、英米刑法学説における事前責任論に示唆を得ながら、わが国における「原因において自由な行為」論が抱える問題点を明らかにし、精神障害の自招性を責任能力評価の枠内で考慮する方策を提示した。

イギリスの判例法では、自招性精神障害（酩酊）は通常、メンズ・レア欠如の主張との関係で問題となる。酩酊状態を招致して法益侵害結果のメンズ・レアを犯行時に欠いていた場合には、Majewski 判決で提示された厳格な任意酩酊ルールにより、特定意思犯罪については刑事責任を免れるが、一般意思犯罪についてはしらふの状態¹でメンズ・レアを形成可能であったとされるかぎり、当該犯罪のメンズ・レアは酩酊状態に陥るという軽率によって補填される。この任意酩酊ルールに対しては、結果責任を肯定することで刑法の基本原則からの逸脱を正面から認めるものとして、現地の学説からは批判が向けられている。

酩酊が他の抗弁と競合する場面では、アルコールや薬物の直接的な影響を欠く場合には責任無能力やオートマティズムの抗弁に依拠することが可能な一方で、アルコールや薬物の急性反応を伴う場合には、①任意酩酊ルールの下でメンズ・レア欠如の主張に関して特定意思犯罪と一般意思犯罪が区別され、②当該精神状態を招致した行為者の有責性をめぐる扱いが各抗弁・主張間で異なることを背景に、判例法は複雑な状況に

ある。このことから、精神状態を自ら悪化させた行為者の有責性を根拠に、各抗弁・主張を退ける統一的な理論的根拠の必要性が現地でも徐々に認識されつつある。

英米法圏の学説においても、わが国における構成要件モデルと例外モデルに対応する理論枠組みがそれぞれ萌芽的に展開されているが、イギリス判例法における酩酊の位置づけ（メンズ・レア欠如）と日本の学説における問題の捉え方（責任能力喪失）の相違について示唆を与えるのが、John Child の見解である。論者によれば、事前責任の問題は、結果行為時に（メンズ・レアなどの）犯罪の原則的構成要素の欠落が問題となるのか、（心神喪失や正当防衛といった）抗弁事由など犯罪の例外的構成要素の適用が問題となるのかで議論を区別する必要がある。前者の場面における事前責任の基準としては、結果行為時に欠落した（メンズ・レアなどの）犯罪要素を正当に補填することが可能な要件であれば足りるが、後者の場面では、法益侵害結果と同等のメンズ・レアを原因行為の時点で問うことは的を外している。犯罪の原則要素と例外要素を区別し、後者については原因行為時に法益侵害結果に対応する（同等の）メンズ・レアを要求しないこのアプローチは、わが国の構成要件モデルが結果行為時の心理状態を重視せず、「原因において自由な行為」論が責任能力欠如を問題とする理論枠組みであるにもかかわらず結果行為時に故意を欠く場合にも適用可能な理論構成となっており、場合によっては過剰ではないかという本稿の問題意識からは示唆的である。

本稿では、こうした英米法圏の知見をわが国に導入する際の障壁に触れた上で、自招性精神障害の評価枠組みについて具体的な提言を試みた。わが国における従来の議論の問題点としては、①責任能力を事実的な能力として捉える点と、②結果行為時の心理状態（故意・過失）を軽視する点が挙げられるが、これらの前提は責任能力に関する現在の理解に照らせば維持できない。他方で、犯罪の原則的構成要素と例外的構成要素という犯罪論構造上の相違を根拠に事前責任の評価枠組みを異にすべきとする Child の指摘は、わが国においても基本的に妥当する。

責任能力評価における、精神障害の自招性というファクターの取り入れ方については、どの限度までの客観的事実を基底とすることが可能なのか、また、どのような内容の行為者主観が考慮されるのか、という点

が課題となる。客観面については、個別行為責任の要請から、①責任判断の無制限的な時間的遡及を阻止し、②犯罪の結果の惹起行為に対する非難とは無関係の落ち度を理由とする帰責を回避することが求められる。こうした理解を前提とすれば、①数ヶ月以上前の薬物摂取に起因するフラッシュバックや、長期のアルコール依存によって発症するアルコール幻覚症などは、薬物投与直後の急性症状下での犯罪とは同視できないという形で実行行為との直接的関連性が否定され、②通常人でも陥りうる錯誤が問題となるケースや、アルコールからの離脱症状としての錯乱状態は、薬物・アルコールの任意摂取との関係性が薄まるという形で、責任能力評価に与える影響が変化する。他方で、主観面については、③弁識・制御能力の低下を招来することについての有責性、および、④最終的な法益侵害結果についての有責性の両者が問題となる。③では、責任無能力（限定責任能力）の招致に関する被疑者・被告人の認識や予見可能性（飲酒の経歴、摂取した薬物の目的、医師の処方によるものか否か）が考慮要素となり、④では、結果行為時の故意・過失に対応する犯罪の成立を肯定した上で、原因行為時における法益侵害結果についての有責性（故意・過失）は、責任能力評価に影響を与えうる事実として定位される。

上記の私見は、例外モデル（回避可能性説）の立場を徹底し、結果行為時の故意・過失に対応した犯罪成立を肯定した上で責任能力評価の中で自招性を考慮するものであり、責任説の立場からは自然な帰結として位置づけられる。なお、今後の課題としては、自招性を責任能力論の枠内において、特に責任能力の本質論から説明することが挙げられる。⁽³⁰⁸⁾ 筆者は以前より、弁識能力と制御能力を区別することには理論的・実践的な意義や根拠がなく、行為者の弁識プロセスに着目することでその意味内容が豊富化された、「実質的弁識能力」というべき統一的要件に解消されるとの自説を提示している。⁽³⁰⁹⁾ この立場を前提とした場合、行為

⁽³⁰⁸⁾ こうした視角からの分析の必要性を指摘するものとして、徳永元「原因において自由な行為に関する一考察」法政研究84巻3号（2017年）711頁。

⁽³⁰⁹⁾ 詳細については、拙稿「刑事責任能力論における弁識・制御能力要件の再構成（2・完）」早稲田法学会誌67巻1号（2016年）251頁以下、同「責任能力論

者の認識内容それ自体ではなく、弁識プロセスの異常性に着目し、自らの振る舞いをもたらす影響を理解していると第三者が評価できるような弁識プロセスを有していたかが問題となる。認識内容それ自体ではなく弁識プロセスの異常性を問題とする私見の立場からは、（より慎重な検討を要するが）従来の理論よりも行為前の責任要件事実を捕捉しやすくなると予想される⁽³¹⁰⁾。この分析については他日を期したい。

〔完〕

〔本研究は、JSPS 科研費17J00587、18K12655による研究成果である。〕

【付記】草稿段階において、小池直希氏（早稲田大学法学学術院助手）から多くの有益な助言をいただいた。記して謝意を表したい。

における弁識・制御能力」法と精神医療32号（2017年）1頁以下。

⁽³¹⁰⁾ それにとどまらず、責任評価についても行為者の意思形成過程を捕捉する余地もあるだろう。