

# 情動行為と刑事責任 (二)

林 美 月 子

## 目 次

- 序 章
- 第一章 責任概念の変遷(以上一巻二号)
- 第二章 精神医学的・心理学的アプローチ
  - 第一節 ウンドイッチ、トーマーらの見解
    - (一) ウンドイッチ、トーマーらの判断基準
    - (二) 考 察
  - 第二節 ハダミーク、ド・ボア、ヴィッターらの見解
    - (一) ハダミーク、ド・ボア、ヴィッターらの判断基準
    - (二) 考 察
  - 第三節 具体的判断基準の設定
    - (一) 議論の対立の意味
    - (二) 西ドイツにおける立法的展開の概要
    - (三) 具体的判断基準の設定
    - (四) ド・ボア、ヴィッターらの説明の変化
    - (五) 考 察

第四節 わが国における精神医学的—心理学的アプローチ

(一) 序

(二) 武村教授の見解

(三) 中田教授の見解

(四) 村松博士の見解

(五) 考察

第三章 西ドイツにおける判例及び学説

第一節 西ドイツの判例

(一) イギリス地区最高裁判所の判例

(二) 連邦最高裁判所の判例

(三) ドルトムント事件判決

(四) ドルトムント判決以後の判例

(五) 考察

第二節 西ドイツの学説

(一) 通説の見解

(二) ガイレン、ルドルフィーの見解

(三) ランゲの見解

(四) クリュムペルマンの見解

(五) ロクシンの見解

(六) 考察

第二章 精神医学的—心理学的アプローチ

第一節 ウンドイッチ、トーマーらの見解

本節以下において、我々は、まず、正常人の情動行為も規範による動機づけを不可能にする場合があるか否かを検討する。実質的責任概念によっても、規範による動機づけが不可能な場合には、それだけで予防の必要性が否定され、責任を問いえなくなるからである。前節でみたように、この問題は、正常人の情動行為も意識障害を生じさせるかという形で議論されている。

(一) ウンドイッチ、トーマーらの判断基準

すでに、一九三八年に、ミコレイは、正常人の情動も、場合によっては、責任能力を失わせるような意識障害をもたらしうることを認めていた。しかし、同時に、そのような場合は非常に稀有であるとし、一定の基準によって、そのような情動ととるに足りない情動を区別しなければならぬという<sup>(1)</sup>。ミコレイは情動の鍵となる状況や行為状況を分析し、とくに、行為の支離滅裂性、人格疎遠性、実行行為の方法が散漫であることなどは責任無能力の指標とする<sup>(2)</sup>。そして、このような基準によれば、情動を理由とする免責が拡がりすぎる危険性も低いと説明した<sup>(3)</sup>。しかし、それにもかかわらず、右のような基準は経験科学的に利用可能か、被告人や弁護人は免責を得るためには情動による犯行であったと主張するだけでよいことになりはしないかという疑問は強かった。そして、そのような疑問の中で、なお、ミコレイの立場を基本的に支持し、その後の学説の対立の端緒となったのが、著名な心理学者、ウンドイッチの見解であった。

ウンドイッチの前提は、どのような理由からであろうと、行為の不法性を認識してそれに従って行動する能力が欠けている場合はすべて責任無能力であり、行為者を刑法上非難できないということである<sup>(4)</sup>。ウンドイッチによれば、刑法典においては「意識障害」という非常に外延の広い概念、その症候から理解されるべき概念が使われているが、これは右のように、責任能力を著しく減少させ又は失わせてしまうようなすべての精神現象を責任能力の判断におい

て考慮できるようにしたものである。<sup>(5)</sup> このような前提から、ウンドイッチは正常人の意識障害について考察する。そして、意識障害の中で刑法上最も重要なのは「原始反応 (Primitivreaktion)」であるとする。原始反応は、動機からは了解可能な体験反応であるが、人格の深層、つまり、衝動と原始的な要求が支配する層が、目標や行為態様を決定してしまう。人格にとって本質的な、判断機能、態度決定機能、自己の決定に従って態度を支配する機能は、その力を発揮できない。このようにして、人格の深層である生命層が独立してしまうと、原始的な要求や関心が支配的になり、非常に強い緊張状態に陥る。ここから、原始反応へと至る高度の情動のうっ積が生じる。よって、刑法学及び判例もこのような反応を「情動行為」と呼んでいるのである。<sup>(6)</sup>

しかし、ウンドイッチによれば、責任能力の判断には、右のようなことを確認するだけでは十分ではない。自我機能はつねに活動の準備をして待機し、刑法規範に反するような行為がなされようとした場合には、それを防止し、阻止するように介入することが予定されているからである。そこで、自我機能による十分な監督および制御なしに行動がなされた場合には、さらに、自我 (Ich) がエス (Es) の赴くままに任せたのか、それとも、自我にはおよそ反応する可能性、自己を貫徹する可能性はなかったのかが問題になる。どちらの場合も原始反応であるが、責任無能力が問題になりうるのは第二の場合のみである。第一の場合は、それ自体は可能な自己支配を怠ったのであり、第二の場合には不可避免的な原始的行動である。<sup>(7)</sup> 正常人においても第二の場合がありうるかは昔から争われているが、ウンドイッチによれば、これは一般的に肯定的に解されているという。<sup>(8)</sup> ウンドイッチ自身の不可避免的原始反応の判断基準は次の六つである。<sup>(9)</sup> 第一は、行為の人格疎遠性 (Personlichkeittrenntheit)。第二は、行為事象の分析である。準備、計画性、目的の有無、自傷行為の有無等が重要であるが、計画性や目的がなくとも責任能力がある場合もあり、反対に、計画性や目的があっても責任無能力となる場合もある。第三は、行為前、行為中及び行為後の表出現象である。第四は、行為

前の行動及び表現であり、パニック的行動（外国への逃避、宗教がえ等）や自殺企図は、行為者が不可避的絶望状態に陥っていたことの標識となりうる。第五は行為直後の態度である。犯行が自我の関与なしに行なわれた場合には完全な疲労がみられ、行為者の価値方向に反する犯行であった場合には、精神の動揺、後悔、自己非難、自殺、贖罪要求がみられるという。もちろん、右のような態度がみられないからといって責任能力ありとすることはできない。第六は、行為時の精神状況についての行為者自身の説明である。情動による意識狭窄は記憶欠損をもたらしうるのであり、それは重要な指標であるが、その信憑性を判断するには、行為者の陳述を注意深く分析しなければならぬ。もちろん、以上の基準は例外なく妥当するものではない。<sup>(10)</sup>

ウンドイッチと同様に、正常人の情動も責任無能力をもたらしうることを認める心理学者として、さらにトーマーをあげることができる。トーマーは、一九六〇年の西ドイツ刑法草案が、二四条と二五条において「意識」という明確な概念を責任能力の判断の基礎としたこと、ならびに、草案の起草者はこれによって、人間のあらゆる行為が意識によって準備され、導かれるという先入観によっていることを批判する。<sup>(11)</sup> トーマーによれば、レヴィンの場の理論、レルシュの層の理論、さらにウンドイッチの研究などは、規範に適った行動も決して意識的に操縦されたものではなく、むしろ、本能的な、血となり肉となった規範についての思考によって行なわれていることを明らかにしている。つまり、制御層の完全性と意識の明瞭性とは別の問題であることを示しているとする。<sup>(12)</sup> すなわち、社会的、法規範的行動は意識の完全性ではなく、社会的—文化的人格に依存しているのである。子供が責任無能力とされたり、疾病や精神薄弱に至らない者も責任無能力とされうるのは、右の意味での人格が成熟していなかったり、一定の事情の下で制限を受けているからである。<sup>(13)</sup> 結局、トーマーによれば、責任非難にとって本質的なことは、「意識状態」につい

ての診断ではなく、法律上原則として要求されている規範的努力及び支配を実際上も実現できたかどうかを確定することなのである。<sup>(14)</sup>最後に、トーマーは、社会的—文化的人格とその動機づけの研究から、右の確定のための基準が得られたとする。第一は、規範層を形成する上での非難しえない重大な欠陥である。第二は、社会への適応を不可能にするような重大な動機づけ過程の障害である。たとえば、動機の不明瞭な犯行の場合、刺激と反応に大きな差のある行為の場合、さらに、社会的—文化的人格と明白な対照を示すような、情動のうっ積による爆発反応の場合はこれに該当する。第三は、心的経過の強度の狭窄等である。第四は、行為者の通常の状態と危機的時点での態度との重大な相違である。トーマーによれば、これらの基準の一つのみでは十分ではないが、これらの基準に該当するか否かは、意識混濁の存否や程度よりも、ずっと確実に判断しうる。<sup>(15)</sup>そして、後に、とくに高度の情動についての判断基準として、情動の生じた状況、態度の安定性、刺激と行為の関係、心的経過の狭窄、行為の盲目性、無意味性をあげた。<sup>(16)</sup>

- (1) Mezger und Mikorey, Affekt und Zurechnungsfähigkeit, Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, Bd. 29, 1938, S. 474.
- (2) Mezger u. Mikorey, a.a.O., S. 472.
- (3) Mezger u. Mikorey, a.a.O., S. 473.
- (4) Undeutsch, Zurechnungsfähigkeit bei Bewußtseinsstörung, in: Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin von Ponsold, 2. Aufl., 1957, S. 130.
- (5) Undeutsch, a.a.O., S. 131.
- (6) Undeutsch, a.a.O., S. 133f.
- (7) Undeutsch, a.a.O., S. 134f.
- (8) Undeutsch, a.a.O., S. 135. しかし、この点には、後を考察するようには、非常に疑わしい。ウンダーイッチが、自分の見解と異なる見解をいくつも述べたことは、de Boor, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, 1966, S. 115.
- (9) Undeutsch, a.a.O., S. 139ff.
- (10) Undeutsch, a.a.O., S. 139. ムンヘンハチの見解は基本的な賛成や反対の点に、Heiss, Die Bedeutung der nicht-krankhaften Bewußtseinsstörung und der seelichen Ausnahmezustände für die Zurechnungsfähigkeit aus der Sicht des Psychologen, in: Gerichtlichen Psychologie (Hrs.

Blau und Müller-Luckmann), 1962, S. 223ff., insbes. 228f.

- (11) Thomae, Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, MschrKrim, 1961 (Zitat Bewußtsein 4番14) S. 114f.
- (12) Thomae, Bewußtsein, S. 115f. トーマーによれば、あらゆる規範的行動は意識的活動に基づき、したがって、意識の完全性を前提とする。意識は修正し得るものである。むしろ、規範に違反するときは、意識が作用する。Thomae, Das Bewußtseinsproblem in der moderner Psychologie, Der Nervenarzt, 1962, S. 481.
- (13) Thomae, Bewußtsein, S. 116f.
- (14) Thomae, Bewußtsein, S. 117ff.
- (15) Thomae, Bewußtsein, S. 119f. Vgl. de Boor, Bewußtsein (邦(8)参照) S. 120, Fuß. 434.
- (16) Thomae und Schmidt, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, in: Handbuch der Psychologie, Bd. 11, 1967, S. 326ff.

## (二) 考 察

以上、ウンドイッチラの心理学者の見解に共通の基礎は、正常人の高度の情動を疾病との対比において扱うべきではないということである。責任無能力をもたらすような情動であるか否かは、病的意識障害との比較によってではなく、正常な人格の機能構造や機能力との相違という角度から検討すべきことになる。<sup>(17)</sup> 正常な人格は、規範志向及び態度を規範に従って形成する能力を有するが、高度の情動はこれらの能力を一時的にせよ失わせてしまう。心理学的研究によって明らかにされている、いわゆる規範的見当識が支配しなくなるのである。そして、ウンドイッチラのいう意識障害は、精神病や重度の精神薄弱等以外の理由で規範的見当識が支配しなくなるすべての場合を含むものなのである。もちろん、ミコレイ、ウンドイッチ、トーマーらも情動行為のすべてを免責しようとするのではない。彼らは一定の基準を設けることによって、情動的例外状況による免責が刑事政策的にみて掂がりすぎる危険を防止しようとする。<sup>(18)</sup> その基準はどのようにして設定されるかがまさに問題であるが、ウンドイッチやトーマーに共通の方法は、正常人の高度の情動は、あらゆる行為と同様に、現象学的に確定しうる、その限りで、客観化しうるメルクマールを示す

ということから出発している。<sup>(19)</sup>そこで、行為者の心理的状況を記述することが重要になってくる。具体的には、行為の前史や動機づけ過程の分析、人格と行為との関係、被害者と行為者との関係、行為時の表出現象、行為後の態度等を、正常なかつ情動に陥っていない行為者、あるいは軽い情動に陥っている行為者と比較検討して、後者には見い出せないメルクマールを明らかにすることになる。このような方法は、意識混濁の影響を判断するよりもずっと確實であり、<sup>(20)</sup>あるいは、精神医学的症候群と行為現象との比較と同程度に客観的であるとす。<sup>(21)</sup>

このように、ウンドイッチらの心理学者は、精神医学的に病因が認められなくても、規範による動機づけの不可能な場合には責任無能力を認めようとする。つまり、病因が存在しない場合にも、当該行為は人間の通常の状態からみれば明らかに「異常」であるといえる場合を認めることになる。このような考え方に対しては、責任無能力に関して生物学的—心理学的的方法(混合的方法)を規定する西ドイツの旧刑法及び現行刑法から離れて、心理学的的方法のみによるものとするものであるという批判もあろう。<sup>(22)</sup>しかし、この点は「意識障害」の定義の仕方によるのであり、経験的に規範による動機づけが不可能であるとされた場合を、この概念に含ませることは可能だと思われる。この点については次節以下で検討する。また、ウンドイッチらの見解は裁判官の規範的評価を先取りしているという批判がある。<sup>(23)</sup>たしかに、ウンドイッチらは、右の「異常」は経験的に確定できるものなので、刑事政策上有効な限界線を引くことができ、一般予防を害することにはならないとする。そして、結論的には、病因まで要求しなくとも、規範による動機づけが不可能なことが経験的、客観的に判断できる場合には、規範の確証は不必要であることになる。しかし、この帰結は、あくまでウンドイッチらの情動についての心理学的研究から導かれるものであり、とくに積極的に法律学的、刑事政策的考慮を行なった結果ではないといえよう。

(17) Diesinger, Der Affektäter, 1977, S. 47f.

- (18) Mezger u. Mikorey, a.a.O., S. 474. 一九七八年の日本犯罪心理学会でのトーマーの講演の翻訳として、石田幸平「一九七五年西ドイツ刑法典による責任能力の鑑別」犯罪心理学研究第一四卷一・二号(昭和五四年)三三三頁、三三三頁参照。
- (19) Diesinger, a.a.O., S. 48; Binder, Zur Diagnostik des schuldaußschließenden bzw. schuldvermindenden Affekts bei kurzschlussiger Tötungsdelikten, MschrKrim, Bd.57, 1974, S. 160, 163.
- (20) Thomae, Bewußtsein, S. 119f.
- (21) Thomae u. Schmidt, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, S. 353.
- (22) Vgl. Uebersch, Schuldfähigkeit unter psychologischen Aspekt, in: Handbuch der Rechtsmedizin für Sachverständige und Juristen (Hrs. Eisen), Bd. II, 1974, S. 94f. なお、墨谷葵・責任能力基準の研究(昭和五五年)二二二頁以下参照。
- (23) Vgl. Witter, Affekt und Schuldfähigkeit, MschrKrim Bd.43, 1960, S. 27.

## 第二節 ハダミーク、ド・ボア、ヴィッターらの見解

### (一) ハダミーク、ド・ボア、ヴィッターらの判断基準

精神医学の分野においても、情動行為の刑事責任について、今日まで活発な議論がなされている。しかし、その通説は、第一節で考察した見解とは対照的に、正常人の情動行為についての責任能力の鑑定においても、あくまで、精神医学的に証明できるような「意識障害」を基準にしようとする。すなわち、結論としては、身体的障害あるいは、催眠、睡眠、熱等の随伴事情(Begleitumstände)を伴わない限り、正常人の情動行為は「意識障害」をもたらさず、それ以外のことは鑑定人には証明できないとする。以下、二、三の代表的見解をみてみよう。

まず、ハダミークは、一九五三年にグルーレの意識概念に従って、正常人の情動行為が意識障害をもたらすか否かを検討した。すなわち、意識の五つの側面としての(一)明瞭性と清明性、(二)持続性、(三)主観的な意思の自由、(四)自我成分、(五)自己意識のうち、強度の情動が障害するものはどれかを研究し、それによって責任無能力又は限定責任能力と

なる場合を確定しようというのである。<sup>(1)</sup>そして、明瞭性は、熱、睡眠、麻酔等の影響下にある場合を除いては害されず、持続性も器質性脳障害を伴わない場合には害されず、真正の健忘をもたらさないことが判明したとする。主観的な意思の自由に関しては、被告人はしばしば「無意識的に行なった」旨の主張をするが、行為者人格をよく分析してみると、一定の動機から、行為者の志向と感情に一致した行動がとられていることがわかる。自我成分についても、行為者は、憤激して被害者に打ってかかったときには「自己を失っていた」旨の主張をするが、行為者はそれが自己の活動であることを知っている。

自己意識についても、自分の情動を認識する能力はなお存在する。ただ、情動が強まるに従って、理性的な考慮をする能力は減少していく。<sup>(2)</sup>したがって、このような理性的な考慮の能力をすべての故意行為あるいは過失行為の前提と考えるならば、情動行為は多かれ少なかれ意識障害をもたらすことになる。これに対して、グルーレの意識概念に従えば、以上のように、睡眠、睡眠酩酊、催眠、脳障害、熱、中毒等の随伴事情 (Begleitumstände) が存在しない限り、<sup>(3)</sup>正常人の情動は、責任能力に影響するような意識障害を惹起しないことになる。こうして、ハダミックは随伴事情という用語を用いて、不可逆的・持続的に進行する病的過程 (Organprozeß) とは異なり、可逆的・一時的なもので、その意味で心因性の情動に随伴するものにすぎなくとも、とにかく、身体的要因を要求するのである。ハダミックによれば、随伴事情を伴わないような正常人の情動行為においては、単に弁別能力又は制御能力が機能しなかっただけで、意思自体は一定の行為へと強く方向づけられているのである。したがって、意識障害という概念を用いる必要はない。そのような場合には、ただ判例のみが、情動行為者に情動の抑制を期待できるか否か、あるいは、法政策的考慮から一定の例外を認めて免責すべきか否かについて判断しなければならぬ。<sup>(4)(5)</sup>

ド・ボアも、責任無能力の生物学的要件の判断において心理学的方法をとると、免責の要求を広く受け入れねばならないことになり、法治国家の秩序の基礎を危くすると警告した。<sup>(6)</sup> ウンドイッチの六つの基準は、行為、行為者及び動機を全体として評価するには非常に有益である。<sup>(7)</sup> しかし、その基準では、個々の心理学的メルクマールが責任無能力の生物学的要件をみたすかどうかにかんがうことができない。これに答えるには、得られた心理学的メルクマールを臨床的—精神病理学的基準に照らして評価しなければならない。たしかに、生物学的前提が存在しない場合にも、裁判所は、法解釈によって免責を与えることもできよう。その際には、ウンドイッチの心理学的分析は、行為の全体的評価や減刑について重要な諸点を明らかにするであろう。しかし、これを生物学的要件の操作というような形で行なうべきではない。<sup>(8)</sup> たとえば、裁判官の裁量によって責任を軽くし又は否定する規定（一八七一年西ドイツ刑法典五二条、五三条、五四条）を精神的緊急状態の場合へ拡張することは可能であり、そこで司法心理学はその「診断」基準を設定すべきであろう。しかし、そのようなことは、生物学的要件をみたす責任無能力の判断との原理的相違を明らかにするために、まず独立の条文を設けてから行なわなければならない。<sup>(9)</sup> こうして、ド・ボアは、ブレッサーの提案に賛成して<sup>(10)</sup>、次のような立法案を作成した。すなわち、責任能力に関する規定は「行為時に、精神病又は精神薄弱であった者、あるいは、身体的根拠のある（体因的な）意識障害に陥っていた者は責任がない」とすべきである一方、情動による例外状況に関する規定は「行為者の責任を軽減すると思われる特別の（人的又は生活史的）事情が存在する場合には、裁判所は裁量によって減刑又は相当の処置を命ずることができる」という内容にすべきである<sup>(11)</sup>というのである。

ハダミーク、ド・ボアと同様の見解として最後に、ヴィッターの説明をあげておこう。ヴィッターの主張の力点も、正常人の情動行為においては意識障害は認められないという点にある。身体的疾病においては「意識混濁（Bewußt.

seinsstörung)」が現われ、意識内容の全般にわたって意識の明瞭性が減少し、同時に意識内容も狭窄する。また、いわゆる「意識朦朧状態(Dämmerzustand)」が現われることもある。その際には、様々な精神的内容について様々な強さで意識の明瞭性が減少し、意識内容も狭窄するだけでなく、その秩序が破壊され、疾病回復後も疾病期間中の事柄については記憶の欠損が残る。この「意識混濁」から「意識朦朧状態」までのすべてが「意識障害」に入る。これに対して、情動性朦朧状態(ヴェイターによれば、情動による例外状態と呼んだ方が適切であるような状態)の場合には、意識の明瞭性は減少しない。ただ、高度の情動においては、例えば、敵に対する憎悪という特定の精神的内容について非常に意識が明瞭となり、他の意識内容は背後に押しやられることがある。しかし、体因的な朦朧状態においては、意識内容の狭窄は、精神的內容全般にわたる意識の明瞭性の混濁から生じ、その特定の意識内容が選ばれたことには意味がないのに対し、情動性朦朧状態においては、意識内容の狭窄は特定の意識内容が支配した結果であって、それが選ばれたことは意味にみちている。<sup>(12)</sup>さらに、体因的意識障害における記憶の欠損は意識の明瞭性の混濁に基づく一方、情動における記憶の欠損は、特定の内容へ意識のエネルギーを集中させた結果であり、つまり、意識内容の狭窄に基づいており、多くは麻酔分析や催眠によって除去しうる。<sup>(13)</sup>結局、情動による例外状態については、「意識障害」としてではなく「分別障害(Besinnungsstörung)」として、法的評価や期待可能性の問題とすべきである。<sup>(14)</sup>これを責任能力の問題として扱うことは、経験的に証明可能な生物学的要件による限界づけも、期待可能性の検討の際に必要な客観的な状況的条件(例えば、過剰防衛の場合)による限界づけも行なわれなままに免責を与えることになる。そして、責任能力の判定が鑑定人によって異なってくることになる。<sup>(15)</sup>さらに、正常人の情動を責任能力の問題として扱うと、有責的に惹起された情動の場合も免責されることになり、自招緊急避難が免責されないと比較して、法感情として理解できない。<sup>(16)</sup>そして、結局、ヴェイターも、ブレッサーやド・ボアと同様に、正常人の情動行為について特別の規定を

おくのが望ましいとする<sup>(17)</sup>。とにかく、鑑定人は、経験的に、生物学的要件及び心理学的要件について説明しうるし、説明しなければならぬ。そして、裁判官に、刑法上の責任判断にとって本質的な前提を提供する。しかし、裁判官の評価活動自体を科学的評価によって先取りしたり、置きかえたりすることはできないのである<sup>(18)</sup>。

- (1) Hadamik, Bewußtseinsstörung bei Affektverbrechen, MschrKrim, 1953, S. 12.
- (2) Hadamik, a.a.O., S. 12ff.
- (3) Hadamik, a.a.O., S. 21.
- (4) Hadamik, Leidenschaft und Schuld, GA 1957, S. 107.
- (5) ラウホもハダミックと同様の見解である。とくに、正常人の情動にも意識障害を認める場合には、免責される情動とそれ以外の情動の正確な限界づけが不可能なることを強調する。Rauch, Schuldfähigkeit nach dem Entwurf zum Strafgesetzbuch, NJW 1958, S. 2091ff. また、フレッサもウンドイッチのような広い意識障害の概念は不必要であるし、誤解を招きやすいとして批判する。そして、例外的状況を法的に評価するためには、責任能力についての規定とは別の規定を設けるべきだとする。ただし、フレッサは、個々の事例については、精神医学者も、病因のない情動に限定責任能力を認めてきたという(ただし、それが随伴事情の存在する場合であったか否かは明らかではない)。Bresser, Der Psychologe und §51 StGB, NJW 1958, S. 248ff.

なお、アルコール酩酊はハダミックの立場においても「中毒」の中に含まれる。この点について、影山任佐「アルコール酩酊下における情動行為」犯罪学雑誌四一巻四号(一九七五年)二〇八頁。

- (6) de Boor, Forensische Psychologie und §51 StGB, in: de Boor, Über motivisch unklare Delikte, 1959, S. 141ff.
- (7) de Boor, a.a.O., S. 144ff.
- (8) de Boor, a.a.O., S. 143f.
- (9) de Boor, a.a.O., S. 151.
- (10) de Boor, a.a.O., S. 150. Vgl. Bresser, a.a.O., S. 249ff. (注(5))参照。
- (11) de Boor, a.a.O., S. 115f. しかし、ド・ボアも、正常人の情動行為で、心理学的には弁別能力又は制御能力がなかったことが容易に証明できるとした場合について、品行方正で、平素は犯罪と無縁な被告人を救うために限定責任能力が適当である旨の鑑定をしたことがあるという。裁判所はこの鑑定を採用した。事案は、特に夜に騒ぐ借家人の家族に対して、貸主である被告人が傷害を加えたというものである。四四歳で、雑音に敏感な被告人はいろいろな方法で抵抗してきたが、家の環境は悪くなるばかりであった。しばしば、被告人が大切にしていた庭がひど

く荒らされていた。しかし、借り主は自分たちがやったのではないと争った。事件の日も庭がひどく荒らされており、被告人は非常に憤激して借り主の所に行き、口論の末につき合いとなった。被告人はその場は家に戻ったが、少し後に、手斧で借り主の家族を傷害した。実際は、隣の家の牛が庭を荒らしたのであった。被告人は上品で、教養もあり、静かな人物であった。de Boor, a.a.O., S. 156ff.

- (12) Witter, Affekt und Schuldfähigkeit, Mschr.krim Bd. 43, 1960, S. 24ff.; ders. Affekt und strafrechtliche Verantwortlichkeit, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, 1962, S. 92ff.
- (13) Witter, Affekt und Schuldfähigkeit, S. 26; ders., Affekt und strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 94f.
- (14) Witter, Affekt u. Schuldfähigkeit, S. 27f.
- (15) Witter, Affekt u. Schuldfähigkeit, S. 28f.
- (16) Witter, Affekt u. Schuldfähigkeit, S. 30.
- (17) Witter, Affekt u. Schuldfähigkeit, S. 30.
- (18) Witter, Affekt u. strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 96.

## (二) 考察

ハダミーク、ド・ボア、ヴィッターらの精神医学者の見解に共通の基礎は、責任無能力や限定責任能力とするためには、生物学的要件として何らかの病因が存在しなければならぬことである。したがって、少なくとも、催眠、睡眠、熱等の随伴事情すら伴わないような正常人の情動は意識障害に至らないことになる。もちろん、ハダミークらも、情動によって、自己の行為が違法か否かを注意深く考慮することができなくなり、違法行為に抵抗できなくなる場合があることは認める<sup>(19)</sup>。しかし、それは意識混濁によるものではなく、したがって、意識障害によるものではない。また、ハダミーク、ブレッサー、ド・ボアそしてヴィッターも、右のような場合に全く責任の軽減又は否定を認めるべきではないとはしない<sup>(20)</sup>。ただ、それを意識障害の問題として扱うことには次の理由から反対するのである。第一は、病状の診断については科学的に確実に証言できるが、規範による動機づけが可能だったか否かについては答えることができないとするクルト・シュナイダー以来の不可知論である<sup>(21)</sup>。第二は、正常人の情動の問題は、経

験的に解明されるべき事実の問題ではなく、裁判官のみが法政策的考慮によって答えうる評価の問題であるとする考  
え方である。第三は、心理学的基準を用いる場合には、限界線があいまいになり、免責要求が拡がりすぎて、法治国  
家秩序の基礎が危くなるということである。

このようにして、ハダミークらの精神医学者は、精神医学的に病因又は随伴事情が証明されない限り、意識障害に  
よる責任無能力を認めない。このような考え方は、結論的には、病因を証明しうる場合には、確実に、一般人に対する規  
範の確証は必要ないとすると同時に、その他の理由で規範の確証を不必要とする場合が存在するか否かは、すべて裁判  
官の法的評価の問題であり、経験的な事実の判断に基づく責任能力の問題ではないことになる。たしかに、ド  
・ポアは、ウインドイッチの基準を評価して、その心理学的分析が経験的な事実に基づく判断であることを認めるが、そ  
れはそれ自体では裁判官に責任無能力の前提的事実について確実な答えを与えないとするのである。<sup>(22)</sup> つねに、裁判  
官がその心理学的事実を法的に評価し直して、一般人に対する規範の確証を必要としない場合を確定することになる。

- (19) Hadamk, Bewußtseinsstörung bei Affektverbrechen, S. 12ff.; de Boor, Forensische Psychologie und §51 StGB, S. 151.
- (20) Hadamk, Leidenschaft und Schuld, S. 107; Bresser, Der Psychologe und § 51 St GB, S. 249f.; de Boor, a.a.O., S. 150.; Witter, Affekt und Schuldfähigkeit, S. 30.
- (21) Vgl. Undensch, Schuldfähigkeit unter psychologischen Aspekt, S. 104.
- (22) de Boor, a.a.O., S. 143f.

### 第三節 具体的判断基準の設定

#### (一) 議論の対立の意味

第一節と第二節においては、正常人の情動行為の責任能力の判断をめぐる心理学者と精神医学者の間の基本的な議

論の対立を検討した。そこでは、病因又は催眠、睡眠、熱等の随伴事情が存在しない限り、正常人の情動行為は「意識障害」をもたらさず、したがって責任能力についての判断はできず、それ以外の観点からなお責任の減免を認めるとしても、それは裁判官のみが判断しうる法的評価の問題であるとするヴィッターらの精神医学者の立場と、人格の規範層が機能しなくなったとき、つまり、規範による動機づけが不可能であった場合にも「意識障害」を認めることができ、しかもそれは、一定の経験的基準によって「診断」することができるとするウンドイッチらの立場が対立していたのであった。

しかし、すでにみたように、ヴィッターらも、病因や催眠、睡眠、熱等の随伴事情の存在しない正常人の情動行為も規範による動機づけの可能性を失わせる場合があることを認めるのである。すなわち、議論の対立は、情動がもたらす心理状態についての具体的診断に基づくものではなく、精神医学と心理学の方法論や概念の相違、さらには、そこから導かれる精神医学と心理学のそれぞれの法政策的考慮に基づいているのである。しかし、そうであるならば、責任能力についての基本的態度決定が問題となっていることになり、本来的には、その解決は法律家の任務であるといえよう。<sup>(1)</sup> すなわち、情動行為者の心理状態についての診断を基本にするならば、そして、立法者の基本的な法政策的方针が明らかにされていれば、精神医学と心理学の双方からの歩みよりも可能であり、そこに、具体的判断基準を求める努力もなされうるのである。たしかに、その場合にもなお問題は残り、法適用の細かな点で解釈の余地が出てくるであろう。しかし、ここでは、まず、西ドイツの一八七一年刑法典の「意識障害」から現行法の「深い意識障害」への立法的展開を考察して、精神医学と心理学の歩みよりの可能性を探ってみよう。

(1) Krümpelmann, Affekt und Schulfähigkeit, S. 165. (クリュムペルマンの教授資格請求論文であるこの論文は未公開であり、直接参照できなかった。) Diesinger, Der Affektärer, 1977, S. 59 (以下同)。

(二) 西ドイツにおける立法的展開の概要

一八七一年の西ドイツ刑法典五一条の責任能力に関する規定は、生物学的要件の一つとして「意識障害」をあげている。そして、この「意識障害」に関して、イギリス地区最高裁判所はすでに一九五〇年に、精神病等の場合だけでなく、病因のない身体的又は精神的状態（過労、酩酊、恐怖、警愕）による場合にも意識障害を認めていた。<sup>(2)</sup> さらに、一九五八年には連邦最高裁判所も、五一条の意識障害は、極度の興奮においても生じうるものであり、病因が存在せず、欠陥現象 (Mangelerscheinung, たとえば、睡眠酩酊、催眠、熱等——ハダミークのいう随伴事情と同義と解しうる——筆者注) を伴っていない場合も同様であるとした。<sup>(3)</sup> そして、時期的にはこの二つの判例の中間にあたる一九五六年七月一〇日の大刑法改正委員会において、スコットも「意識障害の中には、病因のない一時的な意識の変容のみを含ませるべきである」と主張したのである。<sup>(4)</sup> そして、七月二二日には、委員会の多数意見も、正常人に一時的に現われる精神的例外状況を「意識障害」の中に含ませるために「一時的意識障害」という表現を提案し、<sup>(5)</sup> この表現が一九五六年草案の二三条、二四条に採用された。一九五六年草案の理由書は、「一時的」という修飾語によって、「病的精神障害」や「精神薄弱」という他の生物学的要件に該当しない、すなわち、病因や重大な変性に基づかない意識障害をさすべきであると説明している。そして、この「一時的意識障害」はなによりも、病因のない重大な情動、酩酊、睡眠酩酊、過労、催眠等による意識障害について意義があるとする。<sup>(6)</sup> このように、一九五六年草案は、病因のない重大な情動による「意識障害」を認めるのであるが、さらに、右の理由書においてみられるように、重大な情動と酩酊、睡眠酩酊、催眠等を並列的に扱っているところから、重大な情動が酩酊等を伴っていなくても「意識障害」を認めることになると思われる。すなわち、ハダミークのように、病因のない情動に意識障害を認めるためには、少なくとも、催眠、睡眠、中毒等の随伴事情を要求する見解とは異なるといえよう。

しかし、一九五六年草案に対しては、精神医学者の側から、精神医学上の概念にできるだけ一致した「意識障害」の概念を用いるべきであるという議論がなされ、それは一九六〇年草案の二四条と二五条に「病的精神障害と等価な意識障害」という形で結晶した。もっとも、ここでも、「等価」という表現自体が、意識障害は、本来的には、病的精神障害とは異なることを示しているといえよう。そこで問題は布置的因子を要するか否かということになった。一九六〇年草案の理由書は、布置的因子を要求するかのようであり、次のように述べている。すなわち、意識障害の要因としては「重大な、病的ではない睡眠酩酊、衰弱、過労、深い催眠状態及び後催眠状態で、刑法上実際に重大なものが問題になる。疾病によらない重大な情動も完全には排除されない。ただし、その場合、全く稀な、特殊な事例のみが問題になる。通常は、情動による意識障害は正常域にあり、したがって、責任能力について考慮する必要はない。……むしろ、等価性が問題になるのは、その発生に『布置的因子 (Konstellative Faktoren) — 武村教授の訳語による。Konstellation は、状態という意味であるので、konstellative Faktoren もハダミークのいう Begleitumstände と同じく、持続的・可逆的な病的過程との対比で、状況的な、一時的・可逆的な身体的要因をさすものと思われる——筆者注』(たとえば、中毒、脳器質性障害、重大な体質異常) が決定的に作用しているような情動のみである。それ故、そのような場合には病的意識障害の存否も調べるべきである。つねに、病理学的限界事例のみが問題なのであり、病的であることは証明されないが、病的な価値をもつもののみが問題となる。」

しかし、一九六〇年草案と同様に、その二四条と二五条において「病的精神障害と等価な意識障害」を規定する一九六二年草案の理由書は、右の布置的因子を必ずしも要しないことを明らかにしている。「等価性」という概念は、たしかに病的ではないが、その人格構造の侵害(障害又は震撼)に関しては、病的精神障害と同等に扱いうるということを示している。……これによって、心理学的なものから生物学的なものへとアクセントを移すべきではない。……経

験的には、とくに、『布置的因子』が決定的に作用しているような情動において、等価性が問題となりうるであろう。……しかし、草案は、例外的な場合には、『布置的因子』が存在しなくても、等価性が認められる可能性を残そうとするものである<sup>(8)</sup>としたのである。

その後も、さらに、この「等価性」条項をめぐる、精神医学者は疾病概念によるべきだと主張し、他方で、これに対し、心理学者は、正常な人間の精神状態にも医学的概念を用いることは、意識障害と病的精神障害を要因に關してではなく、効果に關してのみ同等視しようとする草案の意図に反すると異議を唱えた。一九六五年一月には、この点について、連邦議会の刑法特別委員会で審議された<sup>(9)</sup>。そして、結局、一九六五年一月二七日には、精神医学者と心理学者の意見の一致をみた「深い意識障害」という表現が採用され、「等価の意識障害」は削除されて、現行法の二〇条となったのである。連邦議会の刑法特別委員会は、その報告書において、この点を次のようにまとめている。すなわち「一九六二年草案の規定は、ドイツ精神医学ならびに神経医学会とドイツ心理学会の争いの契機となった。心理学会は、『等価』という概念の導入によって、医学的概念が正常人の精神状態にもちこまれることを心配している。特別委員会は両学会の議長および専門家に意見を聴いたが、彼らはこの争点について議論をつくした後に、一致して、前に述べた変更を提案した。これによって、責任無能力ないしは限定責任能力の鑑定の際に、この学問上の争いが作用する危険が避けられる。『深い』という用語によって明らかにされるべきことは、その障害が、人格の核心に重大に作用し、人格構造に打撃を与えるほど強くなければならないということである。委員会の見解では、新しい規定によって、深層心理学的意識概念、とくに、精神分析学的概念を法律にもち込むべきではない。『深い』という用語は、単に、効果の程度を特徴づけるべきものである<sup>(10)</sup>。」連邦司法省で改正作業に携わってきたシュヴァルムによれば、この「深い」という用語によって、たしかに病的でもなく、専門的には病的価値もないが、一般的・經驗的知

識によれば、人格構造の侵害という効果に關しては、疾病と同置しうるようなものが意味される<sup>(11)</sup>。しかし、それが全く精神的に条件づけられたものか、あるいは、病的過程は存在しないが、布置的因子（たとえば、過勞、衰弱）によつてとにかく身体的にも条件づけられたものであるかは問わない<sup>(12)</sup>。このようにして、ドイツの現行刑法の立法過程は「深い意識障害」について、病因のない意識障害を前提とするだけでなく、布置的因子も要求しないことを明らかにしているのである。

- (2) OGHSt. Bd. 3, S. 19ff.
- (3) BGHSt. Bd. 11, S. 20ff.
- (4) Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 4, S. 135, S. 471f. マンガーも同様の意見である。Niederschriften, Bd. 4, S. 463f.
- (5) Niederschriften, Bd. 4, S. 509.
- (6) 齊藤金作「一九五六年ケイン刑法総則草案理由書(上)」早稲田大学比較法研究所紀要四号(昭和三四年)一六一頁参照。
- (7) Entwurf eines Strafgesetzbuches—E 1960— mit Begründung, S. 131. 武村信義「情動行為の刑事精神鑑定」犯罪学雑誌二九卷(昭和三八年)三四頁參照。Vgl. Ehrhard und Villingner, Forensische und administrative Psychiatrie, in: Psychiatrische der Gegenwart, III, 1961, S. 211ff.
- (8) Entwurf eines Strafgesetzbuches—E 1962— mit Begründung, S. 139.
- (9) Vgl. Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: Handbuch der forensischen Psychiatrie, 1972, S. 111ff., 117.
- (10) Bericht des Sonderausschusses „Strafrecht“ des Deutschen Bundestages über die Beratung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches E 1962 in der IV. Wahlperiode, S. 20. Vgl. Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Drucksache /4095.
- (11) Schwalm, Schuld und Schuldfähigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetz vom 25.6 und 4.7. 1969, des Grundgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, JZ 1970, S. 494.
- (12) Schwalm, a.a.O., S. 493.

### ㊦ 具体的判断基準の設定

こうして、西ドイツの立法的展開においては、布置的因子すらなくとも、正常人の情動行為が責任無能力又は限定責任能力をもたらしうる事が明らかにされた。また、後に考察するように、西ドイツの判例も同様の見解を示している。そうすると、精神医学ないしは心理学の側から、この点について争うことはもはや許されないことになる。むしろ、情動の心理的状态についての認識を深め裁判に役立つような基準を設定することこそ精神医学と心理学に課された任務である。<sup>(13)</sup> すなわち、事例を研究して、司法鑑定上重要な情動の特殊性を明らかにし、<sup>(14)</sup> 刑法上重要な強度の情動、「深い意識障害」をもたらす情動を、通常の情動から区別する具体的基準を探らなければならぬ。行為者の行為前の情動的な緊張の展開を分析することをはじめとして、心理学的アプローチとほぼ同様の方法論となる。以下に、心理学と精神医学の歩みよりによる具体的判断基準を設定する上で、重要な指標を与えたいくつかの研究をとりあげることしよう。

まず、ハラーマンの研究をあげることができる。ハラーマンは情動行為を三段階に分けて、それぞれの段階において、情動から自由になる可能性を調べた。第一段階は行為の前提段階であり、被害的体験を払拭できなくなっているが、行為者は主観的にも自由であると感じており、なお、自己が行動を決定している。第二段階では、葛藤が強くなり、苦しみ、特定の認識が支配的になり、人格構造が破壊され始める。この段階の終わりごろには、行為者は爆発を待っているような状態になる。しかし、この段階では、なお、自己の支配によって、意思的に、行為を決意し、準備している。第三段階は爆発であり、これはしばしば状況の偶然性に依存している。<sup>(15)</sup> ところで、鑑定人は、この第三段階つまり行為時に行為者に現実に決定の自由があったか否かは証明できない。証明できるのは、潜在的な意思の可能性及び弁別能力についてである。ハラーマンによれば、通常は、とくに、第二段階における自己支配や意思による行

為への動機づけの存在から、第三段階における潜在的な意思の可能性及び弁別能力も肯定されることになる。しかし、酩酊、脳障害の場合はもちろんのこと、異常な発達<sup>(16)</sup>、ノイローゼ、思春期の危機的状況等においても、正常心理学的行動に対して例外的といえるようなものがあり、それは意識障害として評価しなければならぬ<sup>(17)</sup>。すなわち、右のような場合には、第二段階における動機づけの存在を証明できないか、あるいは、動機づけの存在から行為時の潜在的な意思の可能性又は弁別能力を証明できないのである。<sup>(18)(19)</sup>

ラッシュもまたハラーマンと同様に、正常人が葛藤を経て情動爆発へと至る過程を分析したが、その過程の一定時点においては、行為に反対する動機づけが可能であることを示した。高度の情動においては、行為は計画や考慮なしになされるであろうが、その前史に照らしてみると、その行為は決して、矛盾しているとか、意味がないとは言えない<sup>(20)</sup>。すなわち、行為者の精神的緊張の最終的段階は *homicidale Tatbereitschaft* と呼ばれるが、この状態においては、主観的には、他人への攻撃ではなく、絶望や不安等が前面に出てくる。そして、そのような状態を、自分の行動の帰結としてではなく、外部的条件や他人の行動の帰結として体験する<sup>(21)</sup>。この状態からは、暴力行為は「すぐ次の *das Nächstliegende*」である。そして、このような過程の中で「予決定 (*Vorentscheidung*)」及び「予計画 (*Vor-entwurf*)」を行為者が行なっていたか否か、シュトゥムプルのいう「予形成 (*Vorgestalt*)」があったかどうか重要な問題<sup>(22)</sup> ってくるのである。もちろん、ラッシュも、予形成等の存否から直ちに責任能力の存否について判断することの問題性をも指摘している<sup>(23)</sup>。しかし、後に、正常人の情動行為の責任能力の判断について、次のような基準をたてた。すなわち、突然に (*unvermittelt*)、いわば直角的に (*quasi, rechtwinklig*) 例外状態が現われ、それが体験の持続性からはずれておき (*herausfallend aus der Erlebniscontinuität*)、前兆が全くないか否かという基準である。長い間にうっ積した情動

の場合は、行為を予示する言動があれば、それは、まさに、行為者が行為を中止し、反対動機を形成する能力を用いることができたであろうことを示す。すなわち、そのような場合には、情動は、急性精神病に比肩しうるような形で人格に襲いかかつてはいない。<sup>(24)</sup>このようにして、ラッシュも、ハラーマンやシュトゥムプルと同様に、情動展開における予決定や予形成に、責任能力の基準を見出す方向にあるといえよう。

最後に、右の諸研究をふまえて、さらに、予決定、予形成に責任能力の根拠と基準を求めることを力説したシュタイクレーダーの見解をあげておこう。シュタイクレーダーによれば、原始的な高度の興奮が突然に運動し始めて、全く動機づけの余地がないような情動行為は、全く稀である。そして、それ以外の場合には、すなわち、消極的な形のものにせよ、意欲が活動している場合には、刑法上の責任を問うるとする。<sup>(25)</sup>ここで、シュタイクレーダーはハラーマンのいう情動の展開過程の第二段階の意義を強調する。そこでは、自尊心の喪失、劣等感等が続いて、後に行為の客体となる人物による侮辱や疑惑に対して特に情緒的に反応するようになる。そして、この段階の終わりには、行為者はしばしば行為の準備をする。すなわち、情動うっ積と情動爆発の間に人格的態度決定が行なわれうる。この態度決定は「彼は殺されるのが相当だ」というような全く遊び半分のものから「訓戒、処罰、懲戒が相当だ」といった攻撃的傾向を経て「殺せるだろう」という具体的認識に至るまで様々である。このような認識は消極的な意欲という意味での態度決定である。この観点からみると、より後の行為は、より以前になされた、意欲的な態度決定を実行に移したものにすぎない。<sup>(26)</sup>結論として、右の態度決定の時点において、行為者に責任非難をなしうるとする。<sup>(27)</sup>

こうして、ハラーマン、シュトゥムプル、ラッシュ、シュタイクレーダーは、病因のない情動は意識障害をもたら

さないということでは満足せずに、さらに、実際の鑑定において適切な解答ができるような基準を求めたのである。そして、予形成や予決定を基準とした。ハラーマンらによれば、多くの情動行為においては、その基準がみだされ、責任能力が肯定される。しかし、他方、稀な場合には、病因のない正常人の情動も、責任無能力となりうるのである。情動の展開過程の研究そのものは新しいものではない。<sup>(28)</sup>しかし、その研究を責任能力の問題と結びつけた点に、ハラーマンらの研究の意義がある。<sup>(29)</sup>ただし、これらの基準を絶対的なものと考えることには、ラッシュ自身もいように問題が残ろう。

- (13) Rasch, Die Beurteilung der Schulfähigkeit, in: Lehrbuch der gerichtlichen Medizin (Hrs. Ponsold), 1967, S. 83.
- (14) Diesinger, a.a.O., S. 44.
- (15) Hallermann, Affekt, Triebdynamik und Schulfähigkeit, Deutsche Zeitschrift für gerichtliche Medizin, 1963, S. 220f., 225f. 本論文の紹介として、小田晋「ハラーマン・情動、衝動力動及び罪責能力」犯罪学雑誌三五号（昭和四四年）九五頁。
- (16) 心理学用語としての「発達 (Entwicklung)」と「成長」との異同について、心理学事典（梅津八三、宮城音弥、相良守次、依田新編・昭和三二年）五五一頁以下参照。
- (17) Hallermann, a.a.O., S. 226ff.
- (18) ハラーマンの考え方は、バイヤーの人間学的—現象学的考察方法に基づく。つまり、意思による現象を、理想主義的、非現実的に把握するのではなく、つねに所与との関係において捉えようとする。したがって、正常人の情動行為についても、所与に対して、意識的、有意的に善悪の限界を突破したか、自発的な要素が証明されるか否かが重要となってくる。ただし、バイヤーも、精神病と同等と判断すべきほどに非自発的な所与の力が強かったか否かについては、人間学的—現象学的考察に加えて、行為者の家族歴や生活史も調べねばならないとする。Vgl. v. Baeyer, Diskussionsbeitrag zur Frage der Beurteilung der Schulfähigkeit psychopathisch—neurotischer Rechtsbrecher anlässlich des Kongress der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenheilkunde vom 14.-16. Oktober 1960 in Bad Nauheim, Der Nervenarzt 1961, S. 225ff.; ders., Medizinische Anthropologie in ihrer Bedeutung für Ärzte und Richter, Gebattel—Festschrift, 1963, S. 304ff.
- (19) 第三節において、ハラーマンの見解に先立って検討すべきものとして、シュトゥムプルの見解があるが、彼の情動についての最も重要な論文、Motiv und Schuld, 1961 を参照できなかった。そこで、同年に発表された彼の他の論文から、その見解を概観しておくことにする。シ

キェットマンによれば、葛藤状態において情動の制御に失敗すると、一定の思考が支配的となり、そこから自己暗示的に誤った方向へと自身で進んで行く。しかし、なお、通常は、意欲や意思が働いている。そこで、責任能力の判断においても、生物学的要因及び心理学的要因と状況的要因のかかり合いを重視し、「行為の予形成 (die Vorgestalten der Tat)」を分析し、内心的態度を再構成する。被害者を積極的、計画的に捜しに行ったか、以前と同様の行動をとったかなどが重要となっていく。Stumpf, Psychiatrische Gerichtspunkte zur Beurteilung der Schuldfähigkeit bei Neurosen, in: Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie (Hrs. Frankl, Freiherr v. Gebattel und Schultz), Band 5, 1961, S. 367ff., insbes. 379ff., 397f.

- (20) Rasch, Motiv und Tataberitschaft, 1961, S. 61, 65.
- (21) Rasch, a.a.O., S. 67f.
- (22) Rasch, a.a.O., S. 68ff.
- (23) Rasch, a.a.O., S. 64.
- (24) Rasch, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit, in: Lehrbuch der gerichtlichen Medizin (Hrs. Ponsold), 3. Aufl., 1967, S. 83f.
- (25) Steigleder, Mörder und Tatschläger, 1968, S. 101ff.
- (26) Steigleder, a.a.O., S. 106ff.
- (27) Steigleder, a.a.O., S. 111ff.
- (28) Vgl. Dembo, Der Ärger als dynamisches Problem, Psychologische Forschung, 1931, S. 1ff., insbes. S. 84ff., 103ff.
- (29) Meyer, Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit, ZStW Bd. 88, 1976, S. 54.

#### 四 ド・ボア、ヴィッターらの説明の変化

第二節で考察したように、ド・ボア、ヴィッターらは、正常人の情動行為は病因又は布置的因子の存在する場合にのみ意識障害をもたらすとしていたのであった。しかし、その後、一九六二年西ドイツ刑法草案および現行刑法典の成立過程で明らかにされたように、右の場合以外にも、情動は意識障害をもたらさうという前提について一致が得られた。そして、ハラーマンらの研究が評価されるようになったのである。このような流れの中で、ド・ボア、ヴィッターらも、その厳格な見解に修正を施しあるいは説明を変えるようになった。

まず、ド・ボアは、以前には、情動の鑑定においても、経験的に一義的に把握しうる病因の有無、疾病の症候を確認するだけにすべきであるとしていたのであった。その後も、病因のある意識障害と正常人の情動による意識活動の基本的相違を強調し、<sup>(30)</sup>さらに「機能的意識概念 (der funktionale Bewusstseinsbegriff)」を提唱し、意識機能の体因的基礎に障害が存在しない場合には、精神的機能の変化は意識障害ではないとした。<sup>(31)</sup>しかし、他方で、ド・ボアも、病因の有無の確認だけでは裁判官の判断に役立つことはできないことを認めるに至った。<sup>(32)</sup>西ドイツ連邦最高裁判所は、行為者の行為時の精神状態についての詳細な報告を鑑定人に求めるが、<sup>(33)</sup>心理状態を直接に把握することはできないので、判断基準が必要となる。そして、ド・ボアは、どのような基準を設定しうるかを考える際には、責任能力も責任無能力も多くの経験的及び評価的メルクマールから導かれた概念であり、抽象的な性格をもっていることを考慮すべきであるという。<sup>(34)</sup>ド・ボアは、このような前提から、ウンドイッチが提唱した、病因のない意識障害の判断基準を深め、さらに、ハラーマンの研究もふまえた上で、次の七つの基準を設定し、その有用性を検討する。<sup>(35)</sup>第一は仮定的因果経過の分析である。規範的な条件が実行行為の直前に行為者に影響していたとしたら、行為者はどのように行動したであろうかを問う。たとえば、行為者が行為の数分前には規範的な指示に従っていたことが明らかな場合には、その後にも同様に行動しえたであろうという結論になり、少なくとも「深い (tiefergehend)」意識障害ではない。<sup>(36)</sup>第二は行為の予形成の究明である。予形成が存在する場合には犯罪行為は人格を奇襲するようなものではなく、鑑定上考慮すべき意識障害は認められない。反対に、予形成が存在しないということは、意識状態の変容の徴表となる。<sup>(37)</sup>第三は予決定である。これは予形成とは異なって、行為態様に関係するものではないが、事実上あるいは心理上行為を容易にする。たとえば、飲酒、他人の援助の拒否等である。予決定から予決定へと葛藤を暴力的に解決するように準備が整えられた。そこでは爆発は急激な奇襲的なものではなく、全く論理的、目的的なものである。<sup>(38)</sup>第四は経験的意味法則性の断

絶である。それまで、合法的に、目標へ向かって努力してきた人間の生活方向が急に又は徐々に従来の軌道から離れる場合がこれにあたる。この場合には疾病によるのと同様の精神的機能の障害があるといえる。<sup>(39)</sup> 第五はメタノイアである。自分の行為として受けとめられないような出来事について、無制限に有罪であると自認するような場合には、行為時の意識変容は蓋然的である。これに対して、深い責任感情は、行為者が自己の行為を意識し、意欲していたことを示す。<sup>(40)</sup> 第六はフラストレーションと攻撃の分析である。長い間、緊張を攻撃的に解消する機会がなかった場合には、行為時の精神的緊張が高度のものであった可能性又は蓋然性がある。<sup>(41)</sup> 第七は構造規制 (Strukturschranke) の機能の検討である。この機能が停止した場合には、規制層は休止し、精神的に追いつめられた状況であることを示す。<sup>(42)</sup>

ウィッターも、病因の存在しない場合には意識障害も存在しないというのが自分の立場であることを確認する一方、病因の存在しない場合に正常人の情動行為が責任無能力をもたらず基準を説明するに至った。<sup>(43)</sup> 情動犯罪の鑑定にあたっては、第一に、精神分裂病、てんかん、精神薄弱等の存否を確定する。これらが存在する場合には、本来の意味での情動犯罪は問題にならない。第二に、人格調査及び体質に関する医学的調査を行なう。ここでは、知能、教育、爆発性や気分易変性の性格か否か、外向性又は内向性の身体的特徴を示しているか否か、未熟な又は小児性の身体的特徴を示すか否か等を調べる。第三に、持続的な脳器質性変化を調べる。情動爆発の傾向のある内分泌性および脳局所性精神症候群、慢性アルコール中毒や外傷性脳損傷においてみられる瀰漫性の精神症候群を調べる。脳器質性変化に基づく人格変化の特色としては、情緒不安定、失禁、刺激による急激な気分の変化等がある。第三までの調査は行為と別個に行なうが、<sup>(44)</sup> 次の第四、第五の調査は行為をその心理的展開に照らして分析するものである。すなわち、第四に、体験反応又はその展開を類型化する。ここでは、外界の条件が特に重要である。ウィッターによれば、多くの情

動犯罪は単純で、意識的な反応である。長期の行為前史が存在し、内部的及び外部的葛藤、潜在的緊張、情動うっ積を伴う。そして、行為者も、爆発までの過程を意識している。このような人格反応において、前史を行為から切り離して、行為からだけ意識障害という結論を引き出そうとするならば、それは心理学的事実を看過する技工でしかない。<sup>(45)</sup>第五に、アルコール、身体的疲労などの布置的因子の意義も検討する。<sup>(46)</sup>このようにみると、一、二、三、五の基準は、ヴィッターの従来の見解と矛盾するものではない。しかし、ヴィッターは、現実の裁判においては、四の基準によることを必要であると認めるに至ったのである。<sup>(47)</sup>結局、行為者の生活史の中で、意味持続性があり、動機的に了解できる体験反応は責任能力に影響しない。しかし、犯行が人格疎遠であるほど、意味のない行為の断片が多いほど、目的的行為決定要因が存在しないほど、責任能力は限定されるという。<sup>(48)</sup>

ブレッサーも以前には病因を重視していたが、<sup>(49)</sup>ランゲリュデッケの司法精神医学の教科書の改訂において、最近になってはじめて情動による例外状況も意識障害として考慮されるようになったことを指摘し、その判断基準として、<sup>(50)</sup><sup>(51)</sup>動機の意味持続性、行為の人格疎速性、記憶の欠損、行為前、行為中、行為後の態度の評価をあげている。

以上のように、ド・ボア、ヴィッターなど、病因に基づく情動にのみ意識障害を認める立場も、判例や立法的展開が病因や布置的因子の存在しない場合にも意識障害の可能性を認めるに至った状況の中で、さらに、そのような場合にも鑑定が要求される状況の中で、少なくとも、正常人の病因のない情動についても、その意識障害の判断基準を説明するに至ったのである。もちろん、細かな基準については、本節にあげた見解の中でも完全に一致しているとはいえない。しかし、全体としては、第三節にあげた見解は、第一節のウンドイッチらの基準を展開、深化させたものといえ

る。他方、ウンドイッチも、あらたに、第三節にあげたシュタイクレーター、ラッシュ、ヴィッターらの基準を重要なものとして評価しており、<sup>(32)</sup> 情動行為の責任能力判断の方向に関して、基本的一致が得られたということができよう。

- (30) de Boor, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, 1966 (ゾル Bewußtsein, ヲ登七), S. 15ff.
- (31) de Boor, Bewußtsein, S. 25ff.
- (32) de Boor, Über ein weiteres Kriterium zur forensischen Beurteilung von Affektstern, Festschrift für Hallermann, 1966 (ゾル Über ein weiteres Kriterium ヲ登七), S. 14f.
- (33) BGH GA, 1962, S. 116.
- (34) de Boor, Über ein weiteres Kriterium, S. 15, Vgl. ders., Bewußtsein, S. 93f.
- (35) de Boor, Über ein weiteres Kriterium, S. 15f., 20.
- (36) de Boor, Bewußtsein, S. 148f.; ders., Über ein weiteres Kriterium, S. 16ff.
- (37) de Boor, Bewußtsein, S. 149. H.・ボアは、夫が妻をしばしば虐待していたことを、後に夫が妻をナイフで攻撃したことの予形成とする (de Boor, Bewußtsein, S. 190)。このため、ハーマーは、両者の間には内的関連がないという。なお、予形成は、ハーマーやウンドイッチの著書では、認知の一致を以てして判断されることになる。Thomas, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, S. 361f.
- (38) de Boor, Bewußtsein, S. 149f.
- (39) de Boor, Bewußtsein, S. 150f.
- (40) de Boor, Bewußtsein, S. 151f.
- (41) de Boor, Bewußtsein, S. 152.
- (42) de Boor, Bewußtsein, S. 152.
- (43) Witter, Forensische Beurteilung der Affektdelikte, in: Handbuch der forensischen Psychiatrie (Hrs. Göppinger-Witter), Bd. 2, 1972, S. 1023ff.
- (44) Witter, a.a.O., S. 1024f.
- (45) Witter, a.a.O., S. 1025ff. また、ウィッターは、鑑定人はあくまで、行為者と行為の準備と情動行為の連関を研究し、存在したことを説明すべくあつて、行為の準備を避けえたか否かは鑑定の対象ではないとする。Witter, in: Tagungsbericht, Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1975 in Göppinger, ZStW Bd. 88, 1976, S. 162ff., insbes. 165ff.

- (46) Witter, a.a.O. (注(4)参照), S. 1027.
- (47) Witter, a.a.O., S. 1026.
- (48) Witter, a.a.O. S. 1027f.
- (49) Bresser, Der Psychologe und § 51 StGB, NJW 1958, S. 248ff. Vgl. de Boor, Bewußtsein, S. 125f.
- (50) Bresser, Gerichtliche Psychiatrie, 4. Aufl., 1976, S. 256ff. Vgl. Langelüdecke, Besprechung (de Boor, Bewußtsein und Bewußtseinsstörung) MschrKrim 1968, S. 182f.; Bresser, Probleme bei der Schuldfähigkeits und Schuldbewertung, NJW 1978, S. 1190.
- (51) 他に「シニョーター」も、正常心理学的に予解可能で、客体と密接な人的関係があり、動機及び目的のある情動行為は、量刑の問題として扱うべきだとする。しかし、この見解も第二節で述べた見解に従うのではなく、病因の存在しない場合にも責任無能力となりうることを認め、た上で、一定の基準、たとえば予形成が存在する場合には責任能力を肯定し、したがって、後は量刑の問題と考えるものである。Schlüter, Affekt und § 51 StGB aus psychiatrischer Sicht, NJW 1971, S. 1070ff.
- また、他方で、ハッデンブロックは、なお、病因の存在する場合にのみ意識障害を認める。そして、布置的因子が情動と条件関係にあるか否かを判断する基準として「シニョームプルのいう「予形成」を用いている。Haddenbrock, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und „Schuldfähigkeit“, in: Handbuch der forensischen Psychiatrie (Hrs. Göppinger-Witter), Bd. II, 1972, S. 934.
- (52) Undeutsch, Schuldfähigkeit unter psychologischen Aspekten, S. 103, 107.

#### (五) 考 察

西ドイツにおいては、情動行為の精神医学的及び心理学的事例研究が行なわれ、そこから経験的に得られた判断基準によれば、病因や布置的因子の存在しない正常人の情動も意識障害を招来しうるということが明らかにされるに至ったのである。もちろん、現行西ドイツ刑法二〇条の生物学的要件である「深い意識障害」を診断する基準が完全に固まったとはいえない。しかし、正常人の情動行為の場合にも、この要件について客観的、経験的に答えられるようになってきているのである。<sup>(53)</sup>

右のような展開の背景には、とくに、特定の刑事政策的目標が存在するわけではない。むしろ、個々の事実的資料に基づいて、行為者の行為時の心理的状态について診断し、裁判官の責任能力判断に貢献しようとするにすぎない。

いわば、法律の秤に載せる前に、その肉が一〇〇ポンドであるという事実を経験的に確定しようとするにすぎない<sup>(54)</sup>。もちろん、ハッデンブロックのように、なお、心理学が氾濫し、精神病理学の限界を越えることになる<sup>(55)</sup>と憂慮する者もある。しかし、だからといって、個々の心理学的事実及び法規定を無視して、特定の刑事政策的目標を追求することはできないのである<sup>(56)</sup>。

本節で検討した具体的判断基準によれば、病因や布置的因子のない正常人の情動が意識障害をもたらす可能性はかなり稀であるといえよう。しかし、とにかく意識障害による規範的動機づけの可能性の喪失が認められうるのである。ここで、第一章で考察した実質的責任概念によれば、病因や、中毒、催眠、睡眠酩酊等の布置的因子が存在する場合はもちろん、それらが存在しなくとも、経験的基準により規範的動機づけの可能性の喪失が心理学的及び精神医学的に裏づけられているときは、予防の観点からも責任は否定されるべきことになる。たしかに、てんかんによる意識障害や脳器質性障害を伴う意識障害等と比べて、生物学的要件を充足していることは一般人には理解されにくいであろう。しかし、意識の概念に、責任能力にとって本質的な規範的考慮の能力を含ませることもできるのであり、その能力の障害を意識障害と考えることは妥当であると思われる。そして、本節で検討したような具体的判断基準がより明らかになり、裁判においても、それを用いて意識障害を認め、どのような場合に意識障害が認められるかを示しているならば、一般人もそれを特殊な異常な場合と考えるようになる。病因や布置的因子が存在しないとしても、規範による動機づけの可能性がないことが明らかにされている場合は、規範的予防は必要ないのである。もちろん、裁判官が鑑定の内容を再検討することは必要であろう。しかし、それは、鑑定人が結論に至った過程についての再検討にとどめるべきであり、病因や布置的因子が存在しないという理由だけで、意識障害とする鑑定を否定したり、意識障害や規範的動機づけの可能性以外の考慮、たとえば、情動を有責的に行為者が惹起したか否かというような考慮を入

れてはならないと考える。

- (53) Undeutsch, a.a.O., S. 107.
- (54) Undeutsch, a.a.O., S. 114.
- (55) Haddenbrock, a.a.O., S. 929ff.
- (56) Undeutsch, a.a.O., S. 114. Vgl. Witter, Die forensische Beurteilung der Affektdelikte, in: Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. II, 1972, S. 1026.

#### 第四節 わが国における精神医学的—心理学的アプローチ

##### (一) 序

わが国においても、すでに、内村祐之博士が正常人の情動行為について、有名な歌舞伎俳優片岡仁左衛門事件の被告人の精神鑑定を行なわれ、刑法および精神医学の議論に契機を与えられた。まず、事案の概要を示しておこう。<sup>(1)</sup>被告人は仁左衛門の下に歌舞伎俳優見習として住み込み、雑用もしていた。戦後は妹も住み込んだが、仁左衛門の妻から、被告人らへの配給米を四割以上もとられ、病気のときも売薬すら与えられず、また、主家の財産を横領したように誹謗されたりした。一日二食しか与えられず、さらに減食を申し渡された。そこで、同家に多量の米が貯蔵してあることを指摘したところ、仁左衛門の妻は激怒した。仁左衛門自身も、顧客への挨拶状の書き方が悪いといって被告人を侮辱した。そのため、被告人は未だかつて経験したことのない憤怒・興奮状態に陥り、床に入っても眠れず、朝方用便に立ったところ、廊下で手斧につまづいた。そこで、この手斧で一切を解決しようと考えて、殺人を決意し、就寝中の仁左衛門、妻、二男、女中及び妹を強打して即死させた。

内村鑑定人は「数カ月来、著しい低栄養の状態に置かれたために、自己保存本能をいたく刺激されて、当時の被告人は感情的に平衡を失っており、ことに主家の夫人に対して緊張した感情を漸次蓄積しつつあった。たまたま犯行前夜、仁左衛門夫妻との間に、同様の問題に関して一層深刻な葛藤を生じ、そのために発した激情を辛うじて抑制して床についたわけである。その後数時間を経て行なわれた兇行は、清明な意識の下に行なわれたものとも、また睡眠中被告人にしばしば起こる寝ぼけの朦朧状態の下に行なわれたものとも考えられるが、これを正確に決定することは困難である。しかし、いずれにしても数カ月来、とくに前夜蓄積されていた激情が、有形無形の力となって被告人の暴力行動を著しく強力なものとなし、行動の逐一を正確に追想できぬほどのものとなしたことは疑いの余地のない」ものである旨鑑定した。<sup>(2)</sup> 裁判所は、当夜一睡もできないまま犯行に及んだものと認められるから寝ぼけ説は採用できないとして完全責任能力を認め、被告人を無期懲役に処した。<sup>(2)</sup>

しかし、本件では、たとえ寝ぼけ説が否定されたとしても、なお、低栄養状態が布置的因子とはならないか、さらに、長期間の情動のうっ積があり、前もって計画された犯行ではなく、記憶欠損もあるので、それらの点から意識障害とされえたのではないかも知れない問題となる。<sup>(3)</sup> しかし、内村鑑定人自身もこの段階でこれらの点を明らかにしているわけではない。わが国では、正常人の情動行為が意識障害をもたらさうるためには病因又は布置的因子が必要か、あるいは、それ以外の場合でも経験的基準によって意識障害と認められうるかという議論は比較的最近になってなされるようになったのである。ただ、仁左衛門事件は、後述の西ドイツにおいて議論の端緒となった判例<sup>(4)</sup>と非常に事案が類似しており、しかも西ドイツの事例は責任無能力となった点で、精神医学的にも、法律学的にも、わが国でもこの問題について検討すべきことを示したのである。

(1) 東京地判昭和二十二年一〇月二二日。判例集に登載されていないため、植松教授の紹介によった。植松正「激情行動と責任能力」犯罪と刑罰

上(佐伯千俣博士還曆祝賀・昭和四三年)四三三頁以下参照。

(2) 内村祐之「俳優仁左衛門殺し事件」日本の精神鑑定(福島章・中田修・小木貞孝編・昭和四七年)一九一頁。

(3) なお、菊池甚一鑑定人は、二人目以後の被害者に対する行為は強い興奮状態のもとになされた、意識混濁のある病的精神障害の産物であるとした。これに対して、判決では、事前の被告人の決意が包括的に全員殺害を企てたものであるから、すべての行為について責任能力ありとすべきだとした。植松・前掲論文四三四頁。本件において、実行行為開始時には完全責任能力であったとすれば、それ以後の行為についての責任能力の喪失等は否定される余地がある(後述、西ドイツの血の酩酊事件判決、BGHS. Bd. 7, S. 325ff. 参照)。他方、完全責任能力時には犯行の決意しかなかった場合には原因において自由な行為の問題として扱われるが、わが国では、決意内容がそのまま実行に移されたのであれば、途中で責任無能力状態等に陥ったとしても完全な責任を問うるとする見解も有力である。平野・刑法総論Ⅱ三〇四頁、三〇五頁参照。

(4) Vgl. OGHSt. Bd. 3, S. 19ff.

## (二) 武村教授の見解

精神医学の見地からは、武村教授が、西ドイツにおける議論をふまえながら、正常人の情動行為の鑑定に際して、どのような点に注意し、どのような点を明らかにすべきかについて次々と論文を発表されている。<sup>(5)</sup> 武村教授の基本的立場は、弁別能力いわんや制御能力については司法精神医学の立場からは判断できないというシュナイダー以来の不可知論である。<sup>(6)</sup> したがって、情動行為についても、精神医学の立場から判断できるのは、生物学的要件である意識障害の有無のみであることになる。この点についての武村教授の説明によれば、正常人の情動行為においては、人格上層の本来のめざめた意識は狭窄し、清明さが減少するが、身体的要因に欠けるために、本来の意識混濁がおこることはない。また、はっきりとした自我意識は欠けても自己活動の意識は失われない。すなわち「情動行為時の意識状態は意思行動時の正常な意識状態から連続的に移行した状態であり、質的に変化しているとはみられない」。<sup>(7)</sup> こうして、正常人の情動は責任能力の減弱や喪失を招く意識障害をもたらさないことになる。熱性疾患等を含めた体因性の意識

障害を除いて、心因性の情動反応が意識障害を招来するのは「心因と同時に極度の不眠・疲弊・飢餓などの生理的な布置条件 Konstellation が認められる場合に限定される」<sup>(8)</sup>。

しかし、武村教授によれば、一般に、情動性意識障害は、人格と状況と生理的布置条件（武村教授は、医学的布置条件、身体的障害条件という用語も生理的布置条件と同義のものとして使われる）の三者の絡みあいにおいて成立するのであるから、生理的布置条件の存在だけでは十分ではない。さらに、特定の人格的要因、および、心因としての葛藤や情動解発刺激の性質が不可避的にかかわってくる<sup>(9)</sup>。そこで、精神病、脳器質性疾患、中毒等の病的精神障害の有無の検討の後に、睡眠不足、疲労、飲酒、飢餓等の生理的布置条件の存在を確定し、さらに、犯人の生活史、人格、犯行の観察を行なわねばならない<sup>(10)</sup>。武村教授は、右の観察を行なうために、ウンドイッチの六つの基準を検討された<sup>(11)</sup>。第一は犯行の人格疎遠性であるが、少なくとも、犯行が犯行前の自我作用からみて縁遠いものであるとき、責任能力について問題にすべきである。第二は犯行現象の分析である。重い自傷行為、計画性等の有無が重要である。第三は犯行中やその直後の表出現象である。しかし、目撃者の証言は一般的なものであり、責任能力の問題に答えるのに十分な標識とはいえない。第四は犯行前の言行である。田舎から都会への出奔、職場転換、性的脱線等は情動うつ積回避の試みである。また、不眠、疲労感、無力感、焦燥感等の神経衰弱様の諸症状の出現と持続も心的抵抗を弱める要因となる。第五は犯行直後の態度である。完全な疲弊、自殺企図等は、犯行が例外状態で行なわれたことの指標となる。第六は犯行についての内省であるが、多くの場合、「記憶の空白」は解消可能であり、させられ体験もない。結局、武村教授によれば「行為者に特に非難すべき事情がないのに、犯行の場面に追いつめられて情動行為がやむなく起こったというような、社会共同体の保護に支障がなく、犯人に対し同情の価値を認めうる場合」<sup>(12)</sup>でも、生理的布置条件が存在しなければ、司法精神医学的には、責任能力の減弱又は喪失を認めることはできない。

このように、武村教授の見解は、基本的には、第二章第二節で考察したハダミークらの見解と同様である。ただし、ハダミークが要求した随伴事情は催眠、脳器質性障害、熱、中毒等であり、また、西ドイツの現行刑法の立法過程で議論の対象となった布置的因子は中毒、脳器質性障害、重い体質異常等であった。これに対して、武村教授は、熱性疾患等が存在する場合はむしろ体因性意識障害とみるべきであるとされる<sup>(13)</sup>。また、脳器質性障害や中毒が認められる場合にもこれらを病的精神障害に含ませられるようである<sup>(14)</sup>。その上で、まさに、情動のうっ積の過程で生じうる不眠、疲弊等を生理的布置条件とされ<sup>(15)</sup>、心因性の情動反応の意義をより承認されるのである。ただ、明示的に生理的布置条件を要求される点で、後に考察する村松教授の見解と異なるように思われる。

(5) 武村信義「情動行為の刑事精神鑑定」犯罪学雑誌二九卷（昭和三八年）三一頁以下、「情動行為と責任能力」刑法と科学・心理学医学編（植松博士還暦祝賀・昭和四五年）二七三頁以下、「情動行為」現代精神医学体系二四卷（昭和五一年）九二頁以下。

(6) 武村「情動行為と責任能力」二八五頁。

(7) 武村「情動行為と責任能力」二七九頁。

(8) 武村「情動行為と責任能力」二八二頁。

(9) 武村「情動行為」九三頁。

(10) 武村「情動行為の刑事精神鑑定」三四頁、三五頁。

(11) 武村「情動行為の刑事精神鑑定」三四頁、三五頁、武村「情動行為」九四頁、九五頁。

(12) 武村「情動行為」九五頁。

(13) 武村「情動行為と責任能力」二八二頁。

(14) 武村「情動行為の刑事精神鑑定」三四頁。

(15) Vgl. Haddenbrock, a.a.O., S. 934.

### 三 中田教授の見解

中田教授は、情動による意識の変化の特徴として意識狭窄をあげられる。そして、情動の蓄積は「不快感情が発散

されないままにだんだんと増長していくという現象である。そして、不安、不眠、食欲不振、疲れやすいなどといった神経症症状があらわれて来る。また、精神的視野も狭くなり、判断力もにぶって来る。そして、最後に、この葛藤状態を解決するには犯行以外にはないと考えて、犯行を決意し実行する」とされる<sup>(16)</sup>。中田教授によれば、このような意識の変化が極度になると意識混濁もあらわれ得る<sup>(17)</sup>。そして、とにかく、右の意識の変化が朦朧状態に達した場合に、それが心因性のものでも責任能力の減弱又は喪失に至りうる<sup>(18)</sup>とされる。ただし、ヴィッター等のいう、情動にもとづく意識障害と、中毒性、器質性の意識障害の区別については、今後の研究課題とされ<sup>(19)</sup>、布置的因子の要否については明らかにされていない。

このように、中田教授が責任能力の減弱又は喪失の前提とされる心因性朦朧状態については、それが必ず意識混濁を伴わねばならないのか、伴わねばならないとすると布置的因子が必要になるのではないかといった点で、なお、不明確なものが残されているように思われる。

(16) 中田修・犯罪と精神医学(第二版・昭和四六年)一六二頁。なお、影山任佐「アルコール酩酊下における情動行為——事例と考察」犯罪学雑誌四一巻四号二〇六頁以下参照。

(17) 中田・前掲書一六〇頁。

(18) 中田・前掲書一七六頁。

(19) 中田・前掲書一六〇頁。

#### 四 村松博士の見解

村松博士は、中田教授とは異なり、明白に、情動による朦朧状態には意識混濁を伴わないものもあることを認められる。すなわち、典型的な情動行為においてみられる「朦朧状態」には次の七つの特徴があるとされる。第一に、この異常状態の持続期間中に、複雑な、目的的な、秩序だった行動をする。第二に、他人の眼には、一見したところで

は異常と気付かれない。第三に、多くの場合、後からは全く記憶がなく、あるいは、追想が甚だ困難で、断片的であったりする。第四に、持続期間は、多くは数時間ないし、二、三日であるが、数十分、数週間、数カ月のこともある。第五に、右の期間だけ、正常な意識状態の持続が中断する。第六に、その期間だけ、病的状態に陥り、一種の意識の変化が現われる。しかし、意識混濁の場合と異なり、外界の事物を「ある範囲」でほぼ正しく認識する。ただ、意識活動の範囲は「甚しく一方的に片寄った *einseitig* ものとなり」正常な配慮や、行動の結果についての顧慮も、反省もなく、思考範囲が甚しく一方的、部分的かつ断片的となる。また、別人のごとく振舞う。第七として、意識混濁は「全くない」とか「多少の低下が、目立たぬ程度にはある」とされている<sup>(20)</sup>。そして、たとえ短時間でも、この意識障害が続いている間の異常反応は病的であると考えられる<sup>(21)</sup>。村松博士のこのような前提に立つと、知的にも性格的にも特に問題のない者の情動行為においても、右の諸特徴が認められれば、心因性朦朧状態を示す意識障害とされることになる。そして、犯行についての追想可能性の程度や犯行が順序よく行なわれたか否か等によって、意識障害の程度が引き出され、そこから、責任無能力か限定責任能力かの判断が導かれる<sup>(22)</sup>。

このように、村松博士の見解は、西ドイツにおける精神医学及び心理学の最近の傾向に一致するといえよう。意識混濁が存在しなくとも心因性朦朧状態に達すれば意識障害とされる。そして、その判断基準は、記憶の欠損、行為前後の態度、人格疎遠性、性格、知能等によることとなる<sup>(23)</sup>。ただ、村松博士の情動行為の鑑定例においても、疲労、睡眠不足、妊娠、頭痛等がみられる<sup>(24)</sup>。したがって、それらが、心因性朦朧状態という診断に影響していることは否定できない。しかし、常に布置的因子が要求されるわけではないといえよう。

(20) 村松常雄・植村秀三・精神鑑定と裁判判断(昭和五〇年)八一頁以下。

(21) 村松・植村・前掲書二二七頁。

(22) 村松・植村・前掲書一四一頁以下、三六三頁、三六四頁。

(23) 村松・植村・前掲書三五八頁以下。

(24) 村松・植村・前掲書一四〇頁、三五八頁、三五九頁。

#### (五) 考 察

以上のように、わが国においても、武村教授が布置的因子を要求され、第二節で検討したハダミークらと同様な見解を主張される。他方で、村松博士は経験的基準によって心因性朦朧状態による意識障害を診断されるのであり、第一節のウンドイッチらの見解、あるいは、第三節で検討した西ドイツにおける最近の心理学及び精神医学の傾向に一致する。しかし、武村教授の要求される布置的因子あるいは生理的布置条件には疲弊、不眠等の情動の展開過程で現われうる神経症症状も含まれるのであり、他方で、村松博士の鑑定例においてもそれらの要因が影響していると思われるところから、実際上は、両者の結論はあまり異ならないであろう。しかし、西ドイツの立法的展開、具体的基準の研究、そして村松博士の見解を検討したところからすれば、裁判所が布置的因子を絶対的に要求することはもはや許されない段階にきているといえるのではなからうか。わが国の判例には、なお、布置的因子を絶対的に要求する傾向もみられるが、この点については第三章で検討する。

### 第三章 西ドイツにおける判例及び学説

刑法の判例及び学説においては、従来、正常人の情動行為についてどのように考えられてきたのであろうか。第一に、精神医学的、心理学的に、規範による動機づけが不可能であったとされるような場合、すなわち、病因又は布置

的因子が存在する場合、さらに、心理学的な經驗的基準によって意識障害とされる場合、そのまま責任無能力という結論に至るであろうか。それとも、何らかの法的考慮によって、責任無能力とされない場合もあるのだろうか。それはどのような考慮であろうか。第二に、反対に、厳密には、精神医学的、心理学的基準を充足しえないような場合にも、何らかの理由で、責任無能力又は限定責任能力とされる場合があるだろうか。その場合には、どのような要素が考慮されるのだろうか。本章においても右の二点を中心に、第二章での心理学的及び精神医学的検討をふまえながら、考察することにした。以下に、まず、西ドイツの判例からみていくことにしよう。

### 第一節 西ドイツの判例

#### (一) イギリス地区最高裁判所の判例

西ドイツの判例は、早くから、正常人の情動行為も責任能力を失わせる場合があることを認めてきた。それを最初<sup>①</sup>に認め、議論の発端となり、その後の判例、学説及び立法の展開に大きな影響を与えたのが、一九五〇年四月二五日のイギリス地区最高裁判所の判決であった。<sup>②</sup>第一審の認定した事実の概要を示そう。被告人はもの静かで、内気で、勤勉な男であった。自分が空腹でも、すべての食料を妻に与え、法的義務もないのに妻の庶出子の世話をしていた。しかし、一九四五年頃から、妻は、被告人を嫌っている彼女の母親の影響を受けて、被告人と絶えず喧嘩するようになった。その原因は、被告人は当時可能な範囲内で食料を与えてくれと頼んだにもかかわらず、彼女らはそれをないがしろにしたことにあった。被告人は全く不十分な食料しか与えられず、彼が仕事で外出している間に、彼女らは特別の料理を食べていた。被告人には、身なしスープ、野菜、少量のパンしか与えられず、過度にやせ衰えていった。妻は一九四八年に離婚を企て、事実<sup>③</sup>に反して、夫は定職についておらず、戦争中は俘虜収容所の警衛であった旨を勞

働局に申し立てた。さらに、同年八月には、夫の留守中に、夫の屋根裏部屋から洋服ダンスを出してしまった。また、夫に対しては台所を閉めてしまい、さらに、夫は屋根裏部屋しか使用できない旨の仮処分命令を得た。一九四八年八月一五日の朝、彼女らは、金切り声で被告人を台所から追い出した。被告人は非常に興奮して、膝をガクガクさせ、身を震わせ、真青になった。少して、妻の母親は「今すぐに素足で出て行け」と怒鳴った。そこで、被告人の興奮も頂点に達し、そばにあった庖丁で、彼女を滅多斬りにした。彼女はころんで頭を打ち、脳出血で後に死亡した。被告人はさらに妻を攻撃し、彼女は出血しながら逃げた。被告人は庖丁で攻撃し、髪の毛を引っ張り、地下室まで彼女を追いかけ、そこでつかみ合いとなり、彼女の顔と手、首に負傷させた。被告人は屋根裏部屋で自縊を試みたが、助けられた。数時間後にも、高さ九メートルの窓から飛びおり自殺を企て、重傷を負った。被告人は殺人罪で起訴された(西ドイツ刑法(旧)二二二条)。

第一審において、被告人の刑事責任能力について鑑定したのはクライネであった。クライネは、病因のない情動は意識障害を惹起しないという前提に立ち、ほぼ次のような鑑定をした。<sup>(3)</sup> まず、被告人は精神病ではなく、精神的に正常な平均人である。記憶の欠損は真正のものであるが、それは、行為時に高度の情動にあったことを示すにすぎない。情動は病的ではない情緒である。精神活動の病的障害のみではなく、病的でない意識障害も責任無能力になると、病因の証明を放棄するならば、刑事司法にとって維持しがたい結論に至るであろう。別種の障害が同時に存在するときにのみ、情動は責任能力の問題となる。しかし、被告人には病的障害はない。よって免責できない。クライネの鑑定の大意は以上である。後に、グルーレもこの問題について「行為者は非常に気の毒であり、その人格は犯罪的とは思われないが、五一条(二八七一年ドイツ刑法典)は、意識障害、精神活動の病的障害及び精神薄弱を要件としている。被告人はどれにも該当しない。彼は、非常に強いが、正常に動機づけられた情動において行動しただけである」とし

た。<sup>(4)</sup>

第一審裁判所は、以上の鑑定を採用して、「被告人は精神的に正常な平均人であり、(旧) 五一条両項の前提は存在しない」とした。但し、殺人罪の起訴に対して、傷害致死罪及び重傷害罪を認め、全体刑二年六月の懲役に処した。<sup>(5)</sup> 弁護人は(旧) 五一条の適用を主張して上告した。<sup>(6)</sup>

イギリス地区最高裁判所は「ここで問題となっている意識障害は、病的とはいえない身体的又は精神的状态(過勞、酩酊、不安、恐怖)にも基づきうる。すなわち、被告人が精神的に正常であることを認めても、(旧) 五一条の適用が否定されるわけではない。(旧) 五一条を正しく解釈するならば、むしろ、被告人は行為時に、(旧) 五一条が示すような効果を伴う十分に強い意識障害の状態にあつたか否かを検討しなければならぬ。陪審裁判所は、被告人は行為時に『正気を失った』ようであつたと述べているのであるから、いっそうこの検討をしなければならぬ」として、原判決を破棄し、差し戻した。<sup>(7)</sup> その理論構成は以下のとおりである。すなわち、強度のものでも、「病的とはいえない情動に基づく意識障害のすべてが責任阻却又は責任の限定に至るわけではない。そうでなければ、刑法の本質的基礎は危くなる。法共同体は万人に、できる範囲内で激情と衝動を支配するよう厳格に要求しうるし、要求しなければならぬ。そうしなければ、刑法上の責任は、(旧) 五一条によって、耐えきれない程に否定されてしまうであろう。法政策的要求を入れて(旧) 五一条の意識障害を限定的に解釈するならば、病的とはいえない強い憤怒情動は原則としては責任を限定する事由とならない。しかし、その可能性が全く否定されるわけではない。本件は、病的とはいえない強い憤怒情動を例外的に責任阻却事由又は責任限定事由として認めなければならぬことを示している。……というのは、先に述べた(旧) 五一条の限定的解釈は、それが法政策的に必要な社会の保護に役立つ場合、何よりも、行為者が支配しうる、そして避けうる性格上の欠陥 (beherrschbare und vermeidbare Charakterfehler) や道德的脱線

moralische Entgleisungen) によって行為へと至る多くの場合にのみ許され、命じられるからである。これに対して、明らかに欠点のない人間が、長い間理由もなく非常にいらだたされ、精神的に苦しめられ、明白な責任もなしに、強固な抵抗力がないために、結局『爆発』に追い込まれるという場合は極めて稀有である。たしかに、そのような例外的場合を認めるには厳格な基準を必要とする。しかし、今までに認定された事実によれば、本件が限定的解釈の例外にあたることは疑いない<sup>(8)</sup>。

差戻し後は、情動興奮の効果を中心に、審理及び鑑定が行なわれた。まず、ヴェルフレルが鑑定した<sup>(9)</sup>。彼は、病因のない一時的な精神状態の変化も、強度のものは(旧)五一条の意識障害に該当するという前提に立ち、次の根拠から、本件はそのような場合であるとした。第一は、妻とその母親が被告人に与えた刺激の態様と持続期間であり、これは異常な情動爆発に十分である。第二に、行為時の人格の状態は、決定的な精神的变化、爆発的原始反応を示している。それは、情動うっ積や爆発に至りやすい傾向、前科の不存在、行為の日の朝、行為中、行為後の表情、身体の震え等、さらに、自殺企図、記憶の欠損、滅多斬りという犯行態様から明らかとなる。運動の方向は被害者へ向けられているが、手段は不相当で、叱責としては過剰であるが、殺人としては弱すぎる。こうして、ヴェルフレルは一時的意識障害を認め、その状態では、弁別能力及び制御能力は機能せず、(旧)五一条一項の前提が存在するとした。これに対して、グルーレは、一九五〇年五月三十一日にイギリス地区最高裁判所に鑑定書を送った<sup>(10)</sup>。彼は、正常人について(旧)五一条の前提が存在するのは、中毒、拘禁、脳障害のどれかが認められる場合だけであり、その他の場合は、どんなに強度の情動にも責任がある旨を、なお、強調した。

差戻し後の陪審裁判所は、一九五〇年一月二日に被告人を無罪とした<sup>(11)</sup>。それはヴェルフレルの鑑定を採用し、グルーレの鑑定をイギリス地区最高裁判所の拘束的見解と相容れないものとして排斥した結果である。さらに、グルー

レも、クライネも、被告人は強い情動のために、犯行時には弁別能力及び制御能力が全くなかったことを認めているのであり、どのみち、(旧)五一条一項の意識障害の結果を認めている、とつけ加えている。

本判決の意義は次の二点にある。第一は、クライネとグルーレの立場を排斥したところから明らかかなように、正常人の情動行為は病因又は布置的因子が存在しなければ意識障害をもたらさないと考える立場を否定したことである。第二章で考察したような、ハダミークらの見解は採用されなかった。本事案では、被告人の低栄養状態を布置的因子として考える可能性も存在したと思われるが、判決はこの点にふれることなく意識障害を認めているのである。第二に、本判決は、他方で、第二章第一節で述べたウンドイッチらの見解や第三節で述べた具体的基準に従うわけでもない。すなわち、経験的にえられた心理学的基準によって意識障害とされても、そのまま責任無能力に至るのではない。本件では、ヴェルフレルの鑑定は、経験的、心理学的基準によって、一時的意識障害による責任無能力を結論づけているが、判決は、それをそのまま受け入れるわけではない。すなわち、さらに、免責が刑法の本質的基礎を危くするか、法政策的に必要な社会の保護に影響するか否かという角度から検討がなされ、回避可能な性格上の欠陥又は道德的脱線によって行為へと至った場合には免責されないのである。そのような場合には、心理学的に、意識障害の存在が明らかにされ、弁別能力又は制御能力の不存在が明らかにされても、責任無能力とされない。そこで、本判決のいう避けうる性格上の欠陥と道德的脱線の内容が問題になる。これらは行為責任とどのような関係に立つのであろうか。しかし、この点については、本判決自体は、本件の被告人は欠点のない人間であるが、長い間苦しめられ、明白な責任 (greifbare Schuld) もなしに結局爆発したという点を強調して、右の両者にあたらなかつたために、直接的にはその内容を明らかにする必要性もなかったのである。これに対して、一九五〇年六月二〇日のイギリス地区最高裁判所の判決は、憎しみと怒りによる殺人に関して、右の論理を用いて、(旧)五一条の適用を否定した。被告人は精神的

に正常といえるが、興奮しやすく、精神病質的で、情動行為への傾向があり、冷淡である。ただ、平均人からひどくかけ離れているというわけではなかった。情動の展開過程は明らかではないが、陪審裁判所は(旧)五一条二項を適用した。最高裁判所は、法は全体の利益のために、万人に対して、衝動と激情をできる限り支配することを期待しているとした上で、次のように述べた。すなわち、右のことは、とくに、「精神病質者、及び、不和や暴力行為へと至るあるいは至りやすい状況に自らの責任で陥る者一般に妥当する。精神的に正常な人間として、弱さや性格の欠陥を克服して衝動にできる限り抵抗しようと努力しない者は、それに基づく逆上によっては、(旧)五一条の意識障害による免責をうけることはできない。(旧)五一条を広く解釈することは、刑法の基礎を危くし、制御なく行動する者に対して、全体の保護を背後に押しやってしまうであろう<sup>12)</sup>。こうして、本判決は、先の最高裁判決が、具体的事案との直接的関連なしに、免責が否定される場合として、とくに、性格の欠陥と道徳的脱線をあげていたのと異なり、まさに、(旧)五一条二項を適用した原判決を破棄するために、右の二つの基準を具体化し、精神病質者と有責的に情動に陥った者に(旧)五一条の適用を否定したのである。もちろん、本件の具体的事案が明らかではないので、本件の被告人がそのどちらに該当するとされたのか、どのような性格又は情動展開過程が右の基準に該当するとされたのか不明である。しかし、二つの基準のうち、まず、精神病質については、単に刑事政策的理由のみから、責任無能力等を否定しうるか疑問となる。ただ、この点については、その後、西ドイツの判例は西ドイツ(旧)刑法五一条の「精神活動の病的障害」の中に精神病質も含め<sup>13)</sup>、それに呼応して「意識障害」に該当する場合もありうることを前提とするようになったので<sup>14)</sup>、後にはあまり問題とされなくなった。もちろん、判例も、単なる性格の欠陥や弱さは責任能力を失わせないとするが、それは、病的な精神病質を判断する基準として用いられるにすぎない。したがって議論は、有責的に情動に陥ったか否かという基準の方に集中してくるのである。理論的には、行為責任という前提からすれば、

行為とは直接的な関係のない行為前の行為者の態度に責任の根拠を求めることには疑問が残る<sup>(15)</sup>。さらに、他方で、實際上も、情動行為には被害者との緊張関係、葛藤が伴うことが多く、その関係について行為者に全く責任がないという<sup>(16)</sup>ことがありうるか、またそのような点について裁判上判断しうるのか、一九五〇年四月二五日の判例も、その点について判断することなく、欠点のない人間が長い間理由もなく苦しめられ、いらだたされ、ただ強固な抵抗力なしに爆発に至ったことから、無責的に情動に陥ったとしているにすぎないのではないか、といった問題が生じるのである。以上のように、イギリス地区最高裁判所の二つの判例によって、病因や布置的因子の存在しない正常人の情動行為の場合にも意識障害の可能性が認められるとともに、経験的、心理学的基準によって意識障害とされても直ちに(旧)五一条が適用されるのではなく、さらに有責的に情動に陥った場合は排除されることになった。ただ、有責的に情動に陥ったという基準の内容はなお不明確なままになったのである。

(1) OGHSt. Bd. 3, S. 19ff.; 本判決については植松教授の紹介がある。植松正「激情行動と責任能力」犯罪と刑罰(佐伯博士還暦祝賀・昭和四三年)四三〇頁以下。

(2) OGHSt. Bd. 3, S. 20ff.; de Boor, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, 1966, S. 157f.

(3) de Boor, Bewußtsein (a.a.O.), S. 155f.

(4) de Boor, Bewußtsein, S. 156.

(5) OGHSt. Bd. 3, S. 20; de Boor, Bewußtsein, S. 156. ただし、なぜ殺人罪の成立が否定されたのか、情動によって殺人の故意が否定されたのかは明らかでない。

(6) de Boor, Bewußtsein, S. 156.

(7) OGHSt. Bd. 3, S. 20.

(8) OGHSt. Bd. 3, S. 22f.

(9) de Boor, Bewußtsein, S. 159ff.

(10) de Boor, Bewußtsein, S. 161f.

- (11) de Boor, Bewußtsein, S. 162ff.
- (12) OGHSt. Bd. 8, S. 82f.
- (13) 拙稿「精神病質と責任能力」警察研究五三卷(昭和五七年)六号九三頁以下参照。
- (14) BGH NJW 1966, S. 187f.; Geilen, Zur Problematik des schuldaußschließenden Affekts, Maurach-Festschrift, 1972, S. 184ff. ガインマンによれば、<sup>17)</sup>「<sup>18)</sup>「精神活動の病的障害」という生物学的要件にも精神病質は入りうる」とされているのであるから、<sup>19)</sup>なぜ、意識障害において排除されるのか理解できないことになる。Geilen, a.a.O., S. 178.
- (15) Geilen, a.a.O., S. 178.; Rudolphi, Affekt und Schuld, Henkel-Festschrift, 1974, S. 214.
- (16) Geilen, a.a.O., S. 178.

(二) 連邦最高裁判所の判例

連邦最高裁判所の時代に入ってから、まず、一九五二年七月一日に、第一刑事法廷が、無責的に発生した憤怒情動 (unverschuldete Zornaufwallung) に (旧) 五一条の適用の可能性を認め、イギリス地区最高裁判所の判例を踏襲した。事案は、被告人は、酒を飲んで暴力をふるう兄と口論になり、酔っていた兄が被告人に襲いかかったので、ハンマーで兄の頭を力一杯殴り、殺害したというものである。陪審裁判所は、被告人は「およそ何も考えておらず」、その行為は「情動による瞬間的な反応である」として、(旧) 五一条二項を適用した。これに対して、連邦最高裁は同条一項の適用の可能性をも認めた。すなわち「重大な、無責的に発生した憤怒情動については (旧) 五一条一項による免責ができる。このことは、イギリス地区最高裁判所判決三卷一九頁、二三頁が一定の限定をつけて認めている。同裁判所は、陪審裁判所のいうように後に判例を変更してはいない。むしろ、三卷八〇頁、八二頁の判例は、第一の判例を踏襲し、また、これを引用して、激情の無責性 (Unverschuldetheit) の意義を明らかにしている」とした。<sup>(17)</sup> 本件では、原審と連邦最高裁は情動の程度については異なった判断を下したが、酒を飲んで暴力をふるう兄に対する、長い間うっ積していた憤怒情動は無責的情動であるとする点では一致しているのである。

一九五二年一月二十九日の第一刑事法廷判決も「強い、無責的に発生した憤怒情動 (unverschuldeter Zornaffekt) は、完全な意識障害をもたらさるのであり、刑法上の責任を問えない (strafrechtliche Unverantwortlichkeit) 場合がある」として、右の判決に従った。<sup>(18)</sup> 事案は、夫に愛人ができて、妻は精神的に緊張し、抵抗力を失い、絶望していたが、ある日、その愛人が訪問してきて、その妻 (被告人) を非難し、自分は性的魅力において優っていると強調し、その恋愛についてことごとく話したので、被告人は長年うっ積していた腹立ちが原始的情動として爆発し、ハンマーでその愛人を殴り、後で絞め殺したというものである。連邦最高裁は無罪とした。もちろん、非常に稀な場合だけが問題となるのであり、また、注意深い心理学的調査も必要であるとしている。しかし、本判決も、(旧)五一条の適用の可成性の判断基準は、情動発生が有責的か無責的かにあるとする。すなわち「原則として、万人はその衝動と性向を支配しなければならぬ。……激しい爆発への傾向を合理的に自制できたであろうにも拘らず、制御なしに、この傾向に屈服する者は、その誤った精神的過程に責任がある。法政策的理由から、そのような者には、自製の義務と能力がある」とせねばならない」のである。

このように、連邦最高裁のはじめの二つの判決においては、被害者が、酒を飲んで暴れる兄、あるいは、本妻に対して優越性を示そうとする夫の愛人であったために、被告人は情動発生について無責であるとされた。しかし、厳密にいえば、これらの場合に、爆発への傾向を自制できなかったか否かにはなお疑問がある。<sup>(19)</sup> 自制が全く不可能とはいえない。判決においても、どの時点からは自制が不可能であったかというような認定はなされていない。ガイレンがいうように、判例はむしろ、行為へと至る経過を詳細に示して、どのような状況から情動が発生したかを理解させ、その状況の例外的性格を強調して免責の根拠としようとするのである。<sup>(20)</sup> すなわち、この二つの判決は、情動の無責任を免責の要件としているが、それは行為責任、すなわち後の不法行為を回避できたか否かという判断と間接的にも関

係するようなものではないといえよう。その実質は、法政策的理由から、免責を認めても法規範に影響のない場合を市民に納得させるために、状況的要素を明らかにし、行為者と被害者の関係を特色づけることにあるといえるのである。こうして、正常人の情動も、心理学的に意識障害とされ、さらに、右の意味での無責的情動である場合に、(旧) 五一条が適用されることになったのである。

これに対して、第四刑事法廷は、心理学的基準によって意識障害とされる場合があること、及び、無責的情動の要件を課することの兩者について懐疑的であった。

まず、一九五四年一〇月一四日判決は、被告人はその愛人とともに愛人の夫を殺害する計画を立て、殺害したという事案について、次のように述べた。「病因のない強度の情動を(旧) 五一条一項の意識障害とみることができるか否かについては争いがないわけではない。従来の意識概念に従って、責任能力に『自己意識』を要求するならば、過度の情動は、例外的に、責任能力を失わせる完全な意識障害となりうる。判例はそのような——しかし、非常に稀な——可能性を、無責的に発生した憤怒情動について肯定している。これに対して、より狭い意識概念に従うならば、責任が否定されるのは、睡眠、睡眠酩酊、催眠、熱又は中毒が意識を障害した場合のみである。しかし、当裁判所は(旧) 五一条の意識をどのように解すべきかを決定する必要はない。というのは、陪審裁判所は、被告人は情動状態にも拘らず、完全に責任能力があるとしているからである」。そこで、次に、なお情動状態でも、謀殺のメルクマールを認識できたか否かが問題となる。陪審裁判所は、有責的情動ではないという考慮から、謀殺のメルクマールを認識できなかったことを肯定し、殺人罪とした。しかし、連邦最高裁によれば、有責的情動か否かはここでは重要ではなく、有責的に情動に陥り「個々の構成要件メルクマールを認識しなかった場合にも、それらを故意によって包摂

されたものとして行為者に帰責することはできない<sup>(21)</sup>のである。こうして、本判決は、傍論ながら、第一に、意識障害の可能性について、病因や布置的因子を要求するハダミークラの立場を完全に否定することを躊躇して、従来の判例の前提に疑問をよせたのである。また、第二に、故意の存否には情動発生の有責性は関係ないとした。もちろん、本件で問題となっているのは、謀殺として処罰するか故殺として処罰するかということであって、それは責任能力の存在を前提としている。したがって、従来の責任能力に関する判例が情動発生の有責性を問題にしていることと直接の関係はない。しかし、ド・ボアによれば、従来、一般的に、可罰的行為の規範的評価においては無責的に発生した情動のみが考慮されると考える傾向がみられたのであり、そのような傾向を制限するという意味では、後の判例にも影響を与えたといえる<sup>(22)</sup>。

さらに、第四刑事法廷は一九五五年四月二日の有名な血の酩酊事件判決においても、右の二点の疑問を示した<sup>(23)</sup>。妻に復讐しようとした被告人は、傷害の故意で、彼女の頭をハンマーで数回殴った。しかし、告訴されるかもしれないという恐れから、さらに、殺意をもって、彼女の頭と顔を殴り、これによって、被告人はいわゆる血の酩酊 (Blutrausch) に陥り、偶然にそこにあった坑夫用のなたで、彼女の頭と顔を殴った。全部で三〇打のうち五打によって彼女は重傷を負い即死した。陪審裁判所は、被害者がどの時点で致命傷を負ったか明らかにできなかったため、被告人の利益に解して、被告人が血の酩酊によって責任無能力となった後に致命傷を負わせたものとして殺人未遂で処断した。検察官は既遂とすべきだとして上告した。連邦最高裁判所は、イギリス地区最高裁の判決と一九五二年七月一日の連邦最高裁の判決を引用して、従来、高度の憤怒情動又は恐怖情動が責任無能力をもたらすことは認められてきたとする。しかし、第一に「まさに精神医学者が、最近、情動による責任無能力の承認に反対していることを考慮しなければならぬ」として、正常人の情動による意識障害の可能性について疑問を示した。第二に、無責的情動発生という

要件についても「情動によって意識が完全に遮断されてしまう場合には、無責的に発生した情動のみに責任阻却を認めるという限定は法律と一致するか疑わしい」とする。そして、本件では、前の判例と異なり、情動と故意の問題としてではなく、まさに情動行為者の責任能力の判断について、無責的情動発生の要件を疑わしいものとしたのである。ただ、本件そのものは、いわゆる因果関係の錯誤の問題として扱われ、右の二点について、直接的な解答は出されていない。すなわち、たとえ被害者に致命傷を与えた時点で責任無能力であったとしても、実行行為時に責任能力があり、かつ、認識した因果経過と実際の因果経過の間のずれが、一般生活経験上予見しうる範囲内のものであり、行為を別個のものとして評価できない場合には故意は阻却されない<sup>(24)</sup>。たしかに、このような因果関係の錯誤の理論によれば、先行行為と情動爆発に一定の内心的連関があれば故意は阻却されない<sup>(25)</sup>であり、その意味で、因果関係の錯誤の理論も、有責的情動発生という要件と関係があるという見解もある<sup>(25)</sup>。しかし、連邦最高裁は、責任能力に関する情動発生の有責性の問題と、故意に関する因果関係の錯誤の問題をはっきり切り離して考えているのである<sup>(26)</sup>。

その後、第五刑事法廷は、既婚の被告人が冷たくなった愛人を待ちぶせ真意を確かめたが、拒絶的態度を示されたので情動に陥り、逃げる彼女の後頭部を斧で力一杯殴って重傷を負わせたという事案について、責任無能力とされないのは、被告人の情動が有責的であるからではなく、情動の程度が制御能力を失わせるほど強くないからであるとして、(旧)五一条二項を適用した<sup>(27)</sup>。連邦最高裁は、ここで、無責的情動発生という要件に疑問をよせると同時に、さらに、既婚の男性が他の女性と恋愛し、その彼女を嫉妬から苦しめ、二人の関係がうまくいかなかったことによって情動が発生した本件を、行為前の状況から明らかな有責的情動と認めながら、少なくとも(旧)五一条二項を適用したのである。この点で、先にあげた第四刑事法廷の判決において示された情動発生の無責性の要件への一般的疑念より一歩進んでいるといえよう。

こうして、第四刑事法廷の二つの判決は、正常人の情動による意識障害の可能性、ならびに、無責的情動発生という要件に疑問をよせたが、両事案とも、故意あるいは因果関係の錯誤の問題として扱われたために、それらの一般的疑問から結論を引くには至らなかった。これに対して、第五刑事法廷は実際に有責的情動に(旧)五一条を適用したのである。すでに述べた第一刑事法廷の立場から、第四刑事法廷、第五刑事法廷の立場まで、連邦最高裁判所の判例は必ずしも統一されているとはいえなくなったのであり、ここに、正常人の情動による意識障害の可能性自体について、及び、無責的情動発生の要件を維持すべきか否かについて詳しい判断を示す判例が待たれたのである。

(17) BGHSt. Bd. 3, S. 199. 原審は、防衛の程度については錯誤がないこと及び防衛意思が存在しないことを理由として過剰防衛による免責

(旧)五三条三項を否定していた。これに対し、連邦最高裁は(旧)五三条三項の適用の可能性も認めている。

(18) BGH MDR 1953, S. 146 (bei Dallinger). Vgl. BGH NJW 1954, S. 565.

(19) Geilen, a.a.O., S. 177.

(20) Geilen, a.a.O., S. 185f.

(21) BGHSt. Bd. 6, S. 332f.

(22) de Boor, Bewußtsein, S. 136.

(23) BGHSt. Bd. 7, S. 325ff.

(24) Vgl. Maiwald, Der dolus generalis, ZStW Bd. 78, 1966, S. 30ff.; H. Mayer, Das Problem des sog. dolus generalis, JZ 1956, S. 109ff.

本判決の直前に、第五刑事法廷は本件と同様に実行行為中に情動によって責任無能力となった場合を扱った(BGH GA 1956, S. 26ff.) 事案は夫婦の心中に関するもので、被告人は妻をピストルで射ってから自殺する予定であったが、ピストルでは死ななかつたので、妻の求めによってハンマーで妻を殴った。しかし、前もって家屋につけた火がすでに彼のところまで燃えてきており、妻を殴ったときには、逆上して高度のパニック状態にあり、(旧)五一条にいう完全な意識障害であった。陪審裁判所は無罪としたが、検察官の上告により、連邦最高裁は原判決を破棄して殺人未遂のみを認めた。この判決は、まず、責任無能力の部分を含めた全体を無罪とすることも、有罪とすることも誤りであるとし、責任無能力の部分を除いた残りの部分について法的評価を下すべきであるとする。この判決の評釈として、Oehler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA 1956, S. 1ff.

(25) Geilen, a.a.O., S. 180. Vgl. Maiwald, a.a.O., S. 53.

- (26) 血の酩酊事件は明らかに実行行為開始後に情動によって責任無能力となった場合である。これに対して、一九六九年一〇月九日の連邦最高裁判決 (BGHSt. Bd. 23, S. 133ff.) は、しつと深い男が冷たくなった恋人を三八回刺して殺したが、すでにナイフをポケットから出して、ナイフがとび出るようにしたときに限定責任能力となり、さらに第一刺を行なう前に情動による責任無能力となっていたという実行行為の着手の限界事例を扱った。そして、陪審裁判所も、連邦最高裁も、責任無能力状態が先行行為から生じているとして、既遂を認めた。しかし、先行行為と情動発生の有責任性を同一視しているわけではない。第一に、本判決は、血の酩酊事件及び本事実の解決は (旧) 五一条の問題と無関係であることを明らかにしているからであり、第二に、先行行為は必ず実行行為でなければならぬとしているからである。Vgl. Kohlmann, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Hrs. Lindenmayer-Mohring), § 212, Nr. 16; BGH GA 1956, S. 26f. 右の判決の帰結として、実行行為開始前に責任無能力となった場合には、行為が責任能力の存在する時点で計画され、準備されて、そのとおりの経過で実行されたとしても無罪となりうる (BGHSt. Bd. 23, S. 356ff. てんかんに関するものであるが、血の酩酊事件及び右の判決との関係は明らかにされている)。
- (27) BGHSt. Bd. 8, S. 125.

(三) ドルトムント事件判決

一九五七年一〇月一〇日に、まさに、一般的な形で、正常人の情動行為による意識障害の可能性と無責的情動発生という要件に疑問をよせていた第四刑事法廷自身が、イギリス地区最高裁判所の第一の判決の事実と非常に類似した事案に直面した。<sup>(28)</sup> 事案は次のとおりである。<sup>(29)</sup> 被告人はもの静かで、情深く、善良で、従順な、やさしい人物であった。しかし、妻は彼女の母親の影響を受け、被告人を苦しめ、非難し、被告人は自殺を企てたほどであった。一時的に和解したり、再び対立したりしたが、遂に妻は離婚しようとした。被告人は酒を飲むようになり、行為当日もビールを数杯飲み、妻と性交した。少しして、離婚の話となり、妻は家族登録簿の引渡しを要求したので、被告人は、妻が自分のもとに戻る意志のないことを知って失望した。妻が被告人の家を去ろうとしたとき、被告人はドアに鍵をかけ、妻のもっている鍵を自分に渡すように要求した。しかし、彼女はそれを断ったので激しいつかみ合いとなった。被告人は、自分のおかれている状況を明らかにしようとした。妻は被告人の異常なエネルギーをみて、台所の窓を開

けようとして走って行った。被告人は、この争いが近所に知られるのを恐れて彼女をひっぱり戻した。そのときに、彼女は力の限り被告人の髪をつかんだ。被告人は、偶然に台所のテーブルの上にあったジャガイモ用ナイフを取って、彼女の首を三、四回刺して、空気塞栓によって即死させた。本件はドルトムント事件と呼ばれている。

被告人には病的的精神障害はなく、<sup>(30)</sup>採血の結果もアルコールによる障害を示さなかった。<sup>(31)</sup>しかし、第一審裁判所は、犯行時の情動の存否と(旧)五一条への影響について、まず、メツガーに鑑定を依頼した。メツガーは次のように結論を下した。<sup>(32)</sup>第一に、被告人は精神薄弱ではない。性格的には、名誉感情が傷つきやすく、興奮すると無思慮な反応を示しやすい。第二に、行為時の精神状態としては、髪をつかまれてから一定時間、行為の不法性を認識していない。このことは「私は度を失った」という証言からも明らかである。そして、自分の行為の不法性を途中で突然に認識したときにも、これに従う能力がなく、殺害は続いてしまった。殺意は偶然にナイフをみつけた後に生じたものである。第三は行為前史の分析である。結婚前に彼女が妊娠したときに、被告人は結婚して子供を育てようとしたが、妻の母親の反対で、墮胎させざるを得なかった。また、被告人と妻との不和は、被告人が息子として自分の親を金銭的に援助しようとしたのに、貪欲な妻がこれに反対したことに始まる。また、妻は隣人に軽はずみな嫌疑をかけたりしていたが、被告人は隣人とうまくやろうとし、そのために妻から非難された。こうして、被告人の生活は、離別と和解、期待と失望の間を絶えず往復した。一九五四年九月には新たな段階に入り、妻は離婚を申し立てたといひ、金をとりにきては、和解し、ベッドに入るが、また口論するのだった。その後、妻とその母親がきて荷物を運び出したり、被告人の秘密を暴露したり、妻の兄弟が被告人を脅迫したりした。こうして、六月一〇日に彼女が荷物をとりにきて、被告人を脅迫して帰った後に、被告人は三年間で初めて仕事を休んで居酒屋へ行き、事件に至った。結局、第一に、自分の意に反する行動を強いられてきたことによる感情のうっ積、第二に、数週間にわたる期待と失望の往復、第三

に、秘密を暴露されたり、脅迫を受けたこと、第四に、精神的虐待を最後に受けたことによって、強い情動に陥り、意識障害が生じたとして、少なくとも(旧)五一条二項は適用されるとした。

これに対し、シュナイダーは、メツガーの鑑定は不明確な時間的区分、記憶の欠損の多義性、被告人の証言の多義性から、これを採用できないとする。しかし、本件では、被告人が疲労し、ほとんど物を食べないで飲酒しているので、血液検査では証明できないようなアルコールの影響が存在した可能性があり、これは情動による意識障害の要因(Faktor)でありうるので、(旧)五一条二項を適用できるとした。<sup>(33)</sup>

他に、グルーレも、強い情動ではあるが、それは意識障害をもたらさないという立場から鑑定し、<sup>(34)</sup>メツガーの鑑定は根拠不十分であるとして、(旧)五一条二項の適用を否定した。一方、ウンドイッチは意識障害を認める旨の鑑定をしたが、その内容は明らかではない。<sup>(35)</sup>

一九五六年五月一八日に陪審裁判所は被告人を無罪とした。<sup>(36)</sup>すなわち、メツガー、ウンドイッチ、シュナイダー、グルーレの鑑定は、そろって、本件を情動行為であるとしているので、それが高度のものか否かのみが重要であるとし、メツガー及びウンドイッチの鑑定によればこれは肯定されるというのである。グルーレとシュナイダーの立場は、疲労及び空腹状態での飲酒を意識障害の要因(Hintergrund)として認めるか否かという点での相違はあるが、両者とも、基本的には病因による意識障害のみが(旧)五一条に該当すると考えるもので、法律問題を決定しようとするものであるとして退けられた。また、無責的情動発生という要件については、本件で被告人が結婚生活における十分な力を発揮してこなかったとしても、なお、無責的情動発生の場合であるとした。

この陪審裁判所の判決に対して、被害者の母親と検察官が上告した。検察官の上告趣意の第一点は、ハダミーク等の見解に従い、正常人に意識障害が生じるのは、睡眠、催眠、脳障害、熱、中毒等の随伴事情が存在する場合のみで

あると主張する。とくに、血の酩酊事件における第四刑事法廷の判決を援用している。第二は、たとえ従来判例に従うとしても、(旧)五一条一項を適用しようとするような例外的事情は本件には存在しないと認めるものである。とくに、自殺企図等から、自分が爆発しやすいことを知っていたはずであるのに、戸を閉めて、鍵の束を要求し、離婚についてはっきりさせようとして、危機的状况を強めたのであるから、この情動発生は有責的であるとする<sup>(37)</sup>。

一九五七年一〇月一〇日に、連邦最高裁判所第四刑事法廷は上告を棄却した<sup>(38)</sup>。第一に、正常人の情動による意識障害の可能性については次のようにいう。まず、検察官が血の酩酊事件判決を援用したのは誤りで、第四刑事法廷は、情動による責任無能力の承認に反対する精神医学者の見解をあげただけで、自らの態度は表明していないからである。そして、この点については、イギリス地区最高裁の判例に従うべきであるとする。検察官のいうような意識障害の概念は、「意識障害」とだけ規定し、病的意識障害を前提としていない(旧)五一条の文理及び立法趣旨に反する。「人間が、精神的な持続的障害なしに、もっぱら高度の興奮によって、すなわち、検察官の要求するような随伴現象(Begleiterscheinung)なしに、全く自我明識(Selbstbesinnung)及び自制を失ってしまう場合が非常に稀ながら存在することは、生活経験上否定できない。この点については、心理学者及び医学者もほとんど一致している。自我明識は、自己の存在及び自己と外界との関係についての知的認識という意味での自己意識の完全な欠如によっても失われる。しかし、自我明識は、感情や衝動という人格の情緒的部分が深く害される場合にも失われる。その場合も(旧)五一条の意識障害に該当する。……興奮状態に、精神的領域における欠陥現象(Mangelerscheinung)、睡眠、睡眠酩酊、催眠、脳障害、中毒等)が加わった場合のみ、(旧)五一条の意識障害を認める見解には賛成できない。たいていは、そのような現象はそれ自体で非常に重要であり、それだけで意識障害をもたらす。したがって、そのような現象の存在する場合にのみ責任能力を失わせる意識障害を認める見解は、経験に反して、高度の興奮によって弁別能力又は制御能力が失

われうることを否定することになる」というのである。本判決はハダミークやグルーレの見解を明確に否定した。<sup>(39)</sup>

第二に、無責性の要件については、それを一般に要求すべきか否かは本件では決定しなくてもよいとする。というのは、陪審裁判所の認定したところによれば、本件は、「温和で、思いやりがあり、優しく、平和を愛し、良心的で、勤勉な被告人」が、「活動的で、目的に固執し、利己的で、支配欲が強く、威張った妻」とその母親の長い間の憎しみにみちた行動によって絶望の極地に至り、消耗し、これによって、被告人がなんとか努力して抑えてきた感情が「あらゆる制御のダムを打ち破って」爆発したことが明らかだからだとする。本件ではとくに、検察官の上告趣意は、被告人は戸を閉めた時点で情動を回避できたので、情動発生は有責的であるとしており、一定時点で情動を回避できたか否かを問題にしていたのであった。しかしながら、本判決は、その点について検討を加えることなく、被害者と加害者の特殊な関係を強調して、情動発生は無責的なものであるとする。

こうして、本判決は、正常人の情動による意識障害の可能性という点では、イギリス地区最高裁の判例を踏襲したことになる。ただし、イギリス地区最高裁の考え方は、無責的情動発生という要件を付加することによって、免責に、刑事政策的に妥当な限定を施そうとするのに対し、本判決は、意識障害の可能性は、行為前史の分析等を通して、精神医学的・心理学的基準によって経験的に明らかにしうるものであり、そのような基準によればそれだけですでに免責が払がりすぎる恐れもないと考える点で注目される。<sup>(40)</sup>したがって、本判決によれば、無責的情動発生という要件はあまり意義をもたないことになる。こうして、本判決以後は、正常人の情動による意識障害の可能性はむしろ前提とされ、議論は無責的情動発生という要件の要否へと移って行くのである。

(38) BGHS. Bd. 11, S. 20ff.

本判決の紹介として、村松常雄・植村秀三・精神鑑定と裁判判断(昭和五〇年)三七六頁以下。

(39) BGHS. Bd. 11, S. 20; de Boor, Bewußtsein, S.166ff., 131f.

- (30) de Boor, Bewußtsein, S. 170f.
- (31) de Boor, Bewußtsein, S. 168.
- (32) de Boor, Bewußtsein, S. 171f.
- (33) de Boor, Bewußtsein, S. 179f.
- (34) de Boor, Bewußtsein, S. 181.
- (35) de Boor, Bewußtsein, S. 181f.; BGHSt. Bd. 11, S. 20f.
- (36) 他にN博士の鑑定もなされたようであるが、その内容を知ることができなかった。Vgl. de Boor, Bewußtsein, S. 184f.
- (37) de Boor, Bewußtsein, S. 186f.
- (38) BGHSt. Bd. 11, S. 23f.
- (39) 本件では、疲労及びアルコールの作用という布置的因子が存在するが、本判決は、右の条件を常に要求するシュナイダーの鑑定を排斥した原判決を是認しているので、これらの要因をつねに要求するものではないといえる。
- (40) ただし、ド・ボアは、彼の七つの基準を本件に適用し、その結果、本件では強い情動うっ積は認められないとする。第一の仮定的因果経過は、爆発の直前にも性交し、パートナーの細かな態度も認識していたこと等から肯定される。第二の子形成も、しばしば妻を非難し、虐待していたことから認められる。第三の予決定も、行為の日の飲酒、妻との争いときに部屋の鍵を閉めたこと等の形で存在する。第四に、經驗的意味法則性は本件では多義的である。少し前に性交し、話し合った妻を殺すということは了解できないが、ずっと前から対立していたパートナーを殺すことは意味法則的である。第五のメタノイアについては、行為後に、強い責任感情及び贖罪要求がみられる。第六のフラストレーション—攻撃については、喧嘩とののしり合い、妻の離婚要求、家具の持ち去り、金の要求、家族登録簿の持ち去りはフラストレーションを生じさせている。第七の構造規制は、被告人の場合には非常に弱いことはその行動から明らかである。de Boor, Bewußtsein, S. 189f.

#### 四 ドルトムント判決以後の判例

ドルトムント判決は、意識障害の心理学的判断基準を重視し、少なくとも、無責的情動発生の要件によって正常人の情動による免責を限界づけることはとくに必要ないと考えていたといえよう。このような考え方は、なお形式的には無責的情動発生を要求するが、その内容を実質的には意識障害の心理学的判断基準のなかに包摂しうるようなもの

として把握する傾向をうみ出した。たとえば、連邦最高裁の第四刑事法廷は、すでに四人の子供がいる既婚の女性が愛人とうまくいかなくなって失望し、妊娠していたこともあって、家事も限界だと考えるなど精神的に緊張して、子供二人を毒殺したという事案について、たしかに無責的情動発生を要求したが、被告人が婚姻外の恋愛関係に陥り、その破綻によって情動爆発に至ったことからは何らの消極的結論も引き出さなかったのである。<sup>(41)</sup> すなわち、行為と密接な関係のある一定時点で、なお、将来の情動爆発を避けえなかったか否かを判断すべきだとする。これは行為責任と無責的情動発生を結びつけようとする試みとも考えられるが、その判断は結局「心理学者が意識状態、それに至る経過及び動機について解明したときにはじめて可能となる」<sup>(42)</sup> ような性質のものなのである。第一刑事法廷も、警察官が嫉妬から恋人を待ち伏せして射殺したという事案について、無責的情動発生を要求しているが、情動の刺激から爆発までの一時間二十分のなかで、興奮の程度をも考慮して何を行ないえたかが問われるとする。<sup>(43)</sup> これも、心理学的な意識障害の判断基準、たとえば、ド・ボアの七つの基準のなかに包摂しうるものといえよう。こうして、情動発生が無責性の要件は次第に意義を失ってきているように思われる。

さらに進んで、判例は一定の事例については、すでに、およそ情動発生が無責性を(旧)五一条適用の要件としていない。交通事故のショックで逃走してしまう事故逃走の場合である。事故による精神的ショックから高度の混乱、狼狽又は恐怖が生じる。ここで(旧)五一条の適用が可能であることは判例上確立しているが、その適用可能性は、交通事故が被告人の過失によって惹起されたか否かと無関係に、もっぱら意識障害の有無、程度によって判断されるのである。<sup>(44)</sup> ここでは、行為者の過失は事故の直接的原因であっても、事故による情動発生は直接の原因ではないから、(旧)五一条の適用に際して考慮されないと説明できるかもしれない。しかし、他に情動発生を直接の原因を見い出すことは困難であり、やはり、判例は事故逃走については情動発生が無責性を要件としていないといった方がよいで

あろう。

現在、すでに、判例が事故逃走以外の場合についても情動発生は無責任性を要件としていないと考えることはなお時期尚早であろう。しかし、すでに説明したように、一九五九年のドルトムント判決以後、現行ドイツ刑法典二〇条の「深い意識障害」への立法的展開は、情動による意識障害を認めるとともに、無責任的情動発生を要件を否定する方向を示している。すなわち、一九六〇年草案理由書及び一九六二年草案理由書は情動発生が無責任か否かは重要ではないことを明示し、一九六五年の刑法特別委員会においても、シュバルム、シャフホイテル、バルドゥスらが同様の結論に達している。<sup>(47)</sup> ここにおいて、右の立法的展開に従って、とくに刑法特別委員会におけるアーノルド、シュバルム、エルハルトらの見解を引用して、<sup>(48)</sup> 行為者の精神構造が決定的に侵害されているか否かが本質的であるとするとカールスルーエ高等裁判所の判例が現われた。<sup>(49)</sup> 本件の直接の争点は、精神医学者の鑑定を採用した判決が確定した場合に、心理学者の鑑定に基づいて再審請求できるか否かにあったが、<sup>(50)</sup> 無責任的情動発生を要件とせず、もっぱら意識障害の有無と程度によって正常人の情動行為の責任能力を判断する立法的展開の議論を受け入れている点で注目し得る。こうして、ドルトムント判決以後の判例は、次第に、無責任的情動発生を要件よりも意識障害の心理学的基準によって、情動行為者の責任能力を判断しようとする方向へ傾いてきているといえる。少なくとも、形式的には無責任的情動発生を要件としていても、それはすでに心理学的な意識障害の判断のなかに組み込まれるような内容のものであり、法律学的に特別の意義をもつとはいえなくなってきた。

(41) Vgl. Geilen, a.a.O., S.183; Krümpelmann, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW Bd. 88, 1976, S. 13, Anm. 36.

(42) BGH NJW 1959, S. 2317.

(43) BGH MDR 1977, S. 458 (bei Dallinger).

- (44) BGH VRS Bd.20, S.47ff.; OLG Köln, NJW 1967, S. 1521f.
- (45) Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1960 mit Begründung, S. 131.
- (46) Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962 mit Begründung, S. 139.
- (47) 職務録の検閲 Protokolle über die Sitzungen des Sonderausschusses „Strafrecht“ を直接参照できなかったのド・ド・ボアの説明によった。  
de Boor, Bewußtsein, S. 144ff.
- (48) de Boor, Bewußtsein, S. 143ff.
- (49) OLG Karlsruhe GA 1972, S. 316ff (bei Bubnoff), Vgl. Bubnoff, Gutachterzustandlichkeit von Psychiatrie und Psychologen für die Beurteilung von tiefgreifenden Bewußtseinsstörungen (§51 StGB) zur einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe, Der Nervenarzt, Bd. 44, 1973, S. 497f.; BGH MDR 1974, S. 721f (bei Dallinger).
- (50) 本決定は、精神医学者も心理学者と同様に正常人の情動行為について鑑定する権限があるとして、再審請求を棄却した。

五 考 察

西ドイツの判例は、病因や布置的因子の存在しない正常人の情動行為についても、意識障害による(旧)五一条の適用を認め、ハダミークらの見解を排斥している。しかし、だからといって、もっぱら心理学的基準によって意識障害及び(旧)五一条の適用可能性を判断するのではなく、心理学的基準に加えて、情動発生が無責的なものでなければならぬとする。この点は、イギリス地区最高裁判所の時代から一貫している。しかし、この情動発生は無責性の要件の内容を少し詳しくみるならば、ドルトムント事件判決までは、情動の蓄積から爆発に至るまでの長期間の経過のなかで、被害者及び行為者の行動や性格を仔細に描写し、事案の特殊な性質を明らかにしようとする傾向にあったが、ドルトムント事件判決が心理学的基準によるだけでも免責の拡がりには防げる旨を判示してからは、情動発生は無責性の要件も、一定の時点で情動爆発を避けえたか否かが中心となり、むしろ、予形成、予決定といった形ですでに心理学的基準のなかで判断されるようなものになりつつある。こうした傾向が進めば、すでにカールスルーエ高等裁

判所が示すように、精神構造が侵害されたか否かのみが基準となるように思われる。

われわれは、病因又は布置的因子の存在する場合はもちろん、それ以外の場合でも、精神医学的又は心理学的な經驗的基準によって意識障害とされる場合には、規範的動機づけの可能性がなかったことが明らかにされている以上、規範的予防の必要性はなく、したがって、責任無能力とすべきだと考えるのであった。よって、西ドイツの判例の右のような新しい傾向は当然に受け入れられるべきであると考ええる。この観点からは、有責的に暴力に至った場合だとして(旧)五一条の適用を否定したイギリス地区最高裁の判例には疑問があるが、意識障害の有無や程度について詳しい判示がないので、これ以上評釈できない。<sup>(51)</sup>

他方、情動発生の無責性の要件が直接の争点となった他の事例では、結局、無責性が認められた。すなわち、明らかに欠点のない被告人が、被害者から食料も与えられず、家具も持ち出され、虚偽の事実の申告によって離婚を申し立てられる等して明白な責任もなしに精神的に苦しめられ、爆発に追い込まれた事例<sup>(52)</sup>、被害者が酒に酔って暴れる傾向があり、しかも犯行直前にも被告人に対して攻撃してきた事例<sup>(53)</sup>、夫の愛人がその妻である被告人をいわば挑発した事例<sup>(54)</sup>、「温和で、思いやりがあり、優しく、平和を愛し、良心的で、勤勉な被告人」が、「活動的で、目的に固執し、利己的で、支配欲が強く、威張った妻」とその母親の長い間の憎しみにみちた行動によって絶望の極地に陥り、消耗し、今まで抑えてきた感情が爆発した事例<sup>(55)</sup>である。これらの事例においては、判例は無責的情動発生という要件を、判例自身がいうように、被告人を免責しても社会の保護に影響しない事例か否かという角度から判断している。すでに述べたように、判例は、第一と第四の事例においては、この情動発生の無責性の要件を、心理学的基準によって意識障害とされることを前提として、さらに要求するといえる。このような傾向には賛成できない。しかし、第二と第三の事例においては、鑑定の結果等も示されておらず、心理学的基準によって意識障害とされるのか否か必ずしも明

らかではない。ここでは、判例は、意識障害の存在が明らかでないときにも、特殊な状況から強い情動に陥った場合には責任能力への影響を認めて(旧)五一条を適用しているようにも思われる。そして、このような形で責任能力の判断に予防の考慮が影響することは、第一章で検討した実質的責任概念の見地からは是認される。

こうして、西ドイツの判例が要求する情動発生の無責任性の要件は、行為前の一定時点での情動爆発回避の可能性という意味では意識障害の心理学的基準に包摂されることになる。他方で、行為者と被害者の特殊な関係を浮き彫りにし、社会の保護に影響のない場合を明らかにするという意味では、精神医学的又は心理学的に意識障害とされたものをさらに限定する要件としてではなく、意識障害であることが必ずしも明らかでない場合に、なお、責任能力の判断に影響を及ぼす要素として機能させるべきであると思われる。

- (15) OGHSt. Bd. 3, S. 80f.
- (22) OGHSt. Bd. 3, S. 19f.
- (53) BGHSt. Bd. 3, S. 194f.
- (54) BGH MDR 1953, S. 146.
- (55) BGHSt. Bd. 11, S. 20f.

## 第二節 西ドイツの学説

### (一) 通説的見解

情動行為の責任について刑法学上活発な議論がなされるようになったのは、一九五〇年四月二五日のイギリス地区最高裁判決<sup>(1)</sup>以後である。それ以前の教科書では、情動行為について全く言及しないか、あるいは、全く簡単に、情動行為も意識障害をもたらさうるといふような説明がなされていたにすぎない<sup>(2)</sup>。

一九五〇年判決以後は、精神医学及び心理学の分野におけるのと同様に、まず、正常人の情動行為も責任能力の減少や喪失をもたらすかが問題とされた。しかし、精神医学及び心理学の分野では、この点について活発な議論がなされたのに対し、刑法学の分野ではこれを肯定するものが大多数であり、およそ右の問題に否定的な見解としてはヴェルツェルをあげうるだけであるといえる。ヴェルツェルは、病因の存在しない場合には正常人の情動行為は意識障害に至らないとする見解、とくに、ブレッサー、ラウフ、ド・ボアらの見解に賛成する。ヴェルツェルによれば、責任無能力の根拠は、精神生活の意味的決定 (Sinbestimmtheit) が意味と関係のないプロセスによって損われることにあるので、正常人の情動行為のように意味にみちた精神生活のなかでの異常な状態については、特別の責任軽減の規定を設けるべきであることとなる。<sup>(3)</sup> すなわち、責任能力の問題としてではなく、もっぱら期待可能性の問題として、しかも、特別の規定によつてはじめて正常人の情動行為を考慮できるとするのである。

これに対し、右の問題に言及した他の刑法上の学説は、正常人の情動行為にも責任無能力の規定を適用しうるものであり、また、そうすべきであるという点については一致しているといつてよい。それは、判例が正常人の情動行為にも(旧)五一条(現行西ドイツ刑法二〇条)を適用していること、及び、立法的展開から、二〇条の生物学的要件の一つである「深い意識障害」は、まさに、「病的精神障害」に入らない正常人の情動行為への適用をその目的の一つとしていることに対応する。このような前提に立つて、刑法上の学説は、正常人の情動行為のなかで真に責任能力に影響するものとそれ以外のものを区別する基準をどのようにして見出すかについて議論しているのである。

現在、刑法上の通説は、右の基準を「精神構造の破壊」に求めている。すなわち、二〇条の立法に携わったシュヴァルムが説明しているように、情動の種類と程度に従つて、一般経験上弁別能力及び制御能力に何ら考慮に値するよ  
うな影響を与えないものは、はじめから排除される。そのような限定をどのようなメルクマールで示すかについては

立法過程で議論されたが、二〇条は「深い」という形でこれを表現している。このメルクマールによって、弁別能力又は制御能力の侵害の効果に関して、病的精神障害と同等でなければならぬとされることになる。すなわち、一時的なものであっても、人格構造の侵害に至るようなものでなければならぬ。しかし、そのような侵害が存在する限り、もはや、有責的に情動を惹起したか否かは不問に付される。<sup>(4)</sup> レンクナーはさらに「判例が将来においても行為者が有責的に興奮状態を惹起したか否かを問題とするならば、それは誤りである。というのは、これによって、責任無能力の生物学的前提が非難可能性という規範的要素と混同されることになるが、それは方法論的に許されないことだからである。どのみち、一九六二年草案は従来の判例に従わず、有責的惹起 (Selbstverschulden) は意味がないという前提に立っていることは明らかである」とする。<sup>(5)</sup>

このように、行為者の精神構造の破壊のみを基準にし、情動発生の無責任という要件を排斥するのが通説であるが、<sup>(6)</sup> 多くの論者は、立法過程を跡づけるだけで、精神構造の破壊をどうやって調べるかという点については言及していない。しかし、病因の有無を問わず、精神構造の破壊という効果のみを基準にするのであれば、すでに検討したような精神医学及び心理学の分野で設定された具体的判断基準を用いることになる。この点について言及したウィンターフェルトも、精神医学及び心理学の最近の研究の成果をとり入れて、<sup>(7)</sup> 次のようにして、精神構造の破壊の有無を検討すべきだとする。すなわち、まず、すでに考察した最近のヴィッターの見解に従い、<sup>(8)</sup> 精神医学上の疾病や持続的な脳器質的人格変化が存在しないことを確認する。次いで、人格と体質を調べる。これに関連して、行為をその心理的展開に従って分析し、類型化する。その際に布置的因子の影響も調べる。さらに、ウィンターフェルトは、ヴェンツラフの提案に従って、<sup>(9)</sup> 次のような図式を採用し、これを調査すべきだとする。情動要因——行為者人格、生活史 (biographisches Vorfeld)、行為者と被害者の関係、犯罪をうみ出すような状況。行為経過——行為惹起、行為と行為者

人格との関係、人格疎遠性、行為の特徴、行為後の態度。状況的要因 (Konstellative Faktoren) —— 刺激に対する反応、異常な状態の徴候、葛藤を克服する能力の低下等。ヴィンターフェルトによれば、これらの基準は最近の精神医学及び心理学の見解を代表するものであり、また、裁判官に鑑定 (鑑定事実及び関連事実) の透かし絵 (Transparenz) を提供する。それ故、裁判官は鑑定を批判的に再検討できることになる。<sup>(10)</sup> このようにして、通説は、正常人の情動行為のなかで真に責任能力の喪失又は減少をもたらすものを選び出す基準として精神構造の破壊を考え、それを精神医学及び心理学の研究の成果によって測ろうとするものといえる。刑事政策的には、情動発生の無責任性を要件としなくとも、右の精神医学及び心理学の基準によれば、免責等の拡がりすぎを十分に防止しようと考えるものといえよう。<sup>(11)</sup>

ただ、通説においても、原因において自由な行為の法理の適用があることは一致して認められていることに注意しておく必要がある。<sup>(12)</sup> 原因において自由な行為の法理を広くとらえるならば、情動に有責的に陥ったか否かという判断と異ならなくなりうるからである。たとえば、イエンシェックは、精神構造の破壊を基本に置きながら、次のようにいう。「情動が回避可能な場合に責任阻却が否定されるかについては疑問がある。判例と一部の学説は正当にも責任阻却を認めない。というのは、情動のうっ積を意識的に解放し、爆発が制御できなくなつて一定の重大犯罪へと突進する場合には、その意識的解放について責任があると言えるからである。しかし、このような考え方は二〇条の文言とは一致しない。なぜなら、二〇条においては『行為の際』の意識障害が重要だとされているからである。……解決は、原因において自由な行為の法理の適用に求められる」<sup>(13)</sup>。ここでは、イエンシェックは、有責的情動惹起の場合を、原因において自由な行為の法理によって解決しようと考えているのではないかという疑問が生じる。さらに、通説のように、精神医学や心理学の議論を土台とした立法的展開から情動の責任にアプローチするのではなく、判例の検討から解釈論的に情動行為の責任にアプローチしたガイレンやルドルフィーらは、なお、有責的に情動に陥った場合を責任

阻却の対象から除外するための理論構成を試みてくるのである。以下では、それらの見解を、通説の基準や原因として、自由な行為の法理との相違を中心として、検討するつもりである。

- (一) OGHSt. Bd. 3, S. 19f.
- (二) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., Bd. I, 1932, S. 251; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 147f. 雙龍に對する責任能力の減少を認めたのは、Lenckner, Zurechnungsfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit, in: Handbuch der forensischen Psychiatrie (Hrs. Göppinger-Witter), Bd. I, 1972, S. 78ff.
- (三) Welzel, Das Deutsches Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 155. Vgl. Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 534.
- (四) Schwalm, Schuld und Schuldfähigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetz vom 25. 6. und 4. 7. 1969, des Grundgesetz und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, JZ 1970, S. 493f.
- (五) Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: Handbuch der forensischen Psychiatrie, 1972, Bd. I, S. 116f.
- (六) Bockelmann, Strafrecht, A.T., 2. Aufl., 1975, S. 115; Schönke-Schröder (Lenckner), Strafgesetzbuch Kommentar, 21. Aufl., 1982, § 20, Anm. 14f., Maurach-Zipf, Strafrecht, A.T., Teil I, 5. Aufl., 1977, S. 515f.; Stratenwerth, Strafrecht, A.T. I, 2. Aufl., 1976, S. 162f.
- (七) Winterfeld, Die Bewußtseinsstörung im Strafrecht, NJW 1975, S. 2229ff. Vgl. Schwalm, a.a.O., S. 494.
- (八) Witter, Die forensische Beurteilung der Affektdelikte, in: Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. II, 1972, S. 1023ff.
- (九) ホルンハルトの著書は概して、後述の如く。 Vgl. Winterfeld, a.a.O., S. 2232, Anm. 42.
- (十) Winterfeld, a.a.O., S. 2232.
- (十一) Krümpelmann, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW Bd. 88, 1976, S. 23ff.
- (十二) Lenckner, a.a.O. (註 (六) 後述), S. 102; Schönke-Schröder (Lenckner), a.a.O., § 20 Anm. 15.
- (十三) Jescheck, Lehrbuch der Strafrechts, A.T., 3. Aufl., 1978, S. 355f. だが、ホルンハルト及び後述の「同様の罪状」(Blau, Müller-Luckmann, Gerichtliche Psychiatrie, 1962, S. 215) による罪状に於いては、概して「その程度が異なる」と。 Vgl. Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, S. 197.

① ガイムン、シュルツナーの見解

正常人の情動行為による意識障害が認められるのは、その情動が行為者の責任によらずに発生した場合のみであるとする判例の傾向に賛成し、最初にその解釈論的根拠を示そうとしたのはガイレンである。<sup>(14)</sup>ガイレンによれば、まず、弁別能力の欠如に関しては、正常心理学的情動を責任能力の問題として扱う場合には、行為時のみが問題になるので、弁別能力の欠如がどうして発生したのかを問えず、原因において自由な行為の法理の適用を別として、責任非難はできない。これに対して、正常心理学的なものであるという点を強調して、責任説に従うならば、禁止の錯誤の回避可能性の検討と同様に、情動の発生に遡って、弁別の可能性を問うことができる。制御能力についても、責任能力の問題として扱えば、精神病理学的見地が重要となり、行為時の制御能力のみが決定的となる。これに対して、正常心理学的なものである点を強調するならば、責任非難は情動の発生に遡らせることができる。このように、正常心理学的情動は、解釈論的に、右の二つの解決方法の中間に位置し、どちらの構成に重きを置くかによって結論も異なる。<sup>(15)</sup>判例の批判者は前者の構成をとる一方、判例は後者の構成によって情動発生の無責任性を要件とする。ここで、ガイレンは、正常心理学的情動が責任無能力の精神病理学的な要件に該当しないからといって免責を否定することはできないが、他方、回避可能性の検討を一切放棄することも情動行為者の不当な特権化になってしまうとする。結局、答責倫理的な責任判断の基準 (die Maßstäbe einer verantwortungsethischen Schuldprüfung) によれば、弁別能力や制御能力の有責的喪失にはなお責任を問うべきであり、新刑法典二〇条についても同様に考えるべきことになる。ただし、情動発生の無責任性の検討は、従来の判例のように、どのような状況 (被害者と加害者の関係) から情動が発生したかという形においてではなく、直接的情動発生原因について行なわれるべきである。<sup>(16)</sup>そして、ガイレンは、精神病理学ないしは心理学の学説においては、情動発生の問題が研究されているとし、とくに、ハラーマンやラッシュュの見解が、右の責任の検討に役立つとしている。<sup>(17)</sup>

しかし、このようなガイレンの見解には疑問がある。まず、正常人の情動行為が責任無能力の精神病理学的要件、すなわち生物学的要件に本来的には該当しないように考えている点で問題がある。すでに繰り返しているように、精神医学的及び心理学的に意識障害とされる場合があり、とくに現行法二〇条はこれをはっきりと認めて「深い意識障害」を規定したのである。したがって、そのような場合にも情動発生の無責任性を要件とする点では賛成できない。これに対して、右のような意識障害が明白ではない場合についても、情動発生の無責任性を要件としてはあるが、現行法二〇条を適用しうることになると思われる点では賛成しうる。ただ、ガイレンは、直接的情動発生原因が無責任なものか否かを問題にするのであった。そうすると、ガイレン自身がいうように、結局、ハラーマンやラッシュなどの精神医学や心理学の研究と結びつくことになる。しかし、すでにみたように、これらの見解は、新刑法典二〇条の「深い」意識障害の有無、すなわち精神構造の破壊の有無を調べる具体的基準の一つを提供するものとして評価されているのである。<sup>(18)</sup>したがって、ガイレンの情動発生の無責任性の要件も、「深い意識障害」の有無の判断のなかで検討され、独自の意味をもたなくなるものと思われるのである。

このことは、ガイレンよりもさらに厳格に無責任性の要件を考えるルドルフィー<sup>(19)</sup>についてもあてはまる。ルドルフィーも、緊急避難のように本来的には責任非難が可能であるが期待不可能であるという理由から、結局責任非難が断念される場合とは異なって、高度の情動においては本来的に責任能力に欠け、有責的情動発生か否かに関係なく、行為時については責任非難できないとする。<sup>(20)</sup>そこで、ルドルフィーは、責任非難を少し前の時点にずらすことが刑事政策的にも必要だとするのであるが、その場合、その責任非難は少なくとも間接的には行為者が実現した違法に関係していなければならないと考える。というのは、たとえば、西ドイツ刑法三三〇条aは有責的に酩酊したことを処罰していることから明らかのように、立法者も、責任無能力状態を有責的に生じさせたことは、より後の違法行為を非

難するには不十分と考えているからである。<sup>(21)</sup>そこで、ルドルフィーはガイレンより狭く、行為者が情動を避けえた時点で、その情動が、より後に責任無能力状態で行なった態様の違法行為において爆発しうることを、少なくとも予見できたことを要件としてはじめて違法行為を非難できるとする。<sup>(22)</sup>

このようにみてくると、ルドルフィーの見解は結論的には、原因において自由な行為の法理を適用した場合と同様になる。<sup>(23)</sup>しかし、このように、情動爆発前の一定時点での後の違法行為の予見可能性を問うことになれば、まさに、意識障害の心理学的判断基準においてすでに含まれている予形成、予決定、行為準備等を用いざるをえない。ルドルフィー自身も、ハラーマンやラッシュの行為準備、シュトゥムプルの予形成、シュタイクレーダーの「情動うつ積と情動爆発の中間にある人格的態度決定」をあげて、自己の見解の基礎づけとしている。<sup>(24)</sup>しかし、そうすると、ガイレンの場合と同様に、情動発生の無責任を要件とすることに独自の意味はなくなり、「深い」意識障害の有無、精神構造の破壊の有無を精神医学的、心理学的に調べることで十分になってしまおうであろう。

以上のように、ガイレンとルドルフィーは、基本的には情動行為が弁別能力又は制御能力を失わせうることを認めながら、なお、責任説に従って情動発生の無責任の要件の内容を考え、直接的情動発生原因の回避可能性、あるいは、責任無能力状態で行なった違法行為の予見可能性を問うべきだとした。しかし、このように情動発生の無責任の要件を厳格に考えるほど、それは意識障害の有無や深度を測る精神医学や心理学の基準と異ならなくなってくるのである。<sup>(25)</sup>情動発生の無責任を要件とする独自の意義に乏しくなるのである。<sup>(25)</sup>そこで、この要件に独自の意義をもたせようとするならば、もう一度、なぜこの要件を要求するのかという点に立ちもどって考えなければならないであろう。もともと、ガイレンもルドルフィーも情動発生の無責任の要件を解釈論的に説明しようとすることに重点を置いており、この要件の根拠については、ガイレンは、答責倫理的な責任判断の基準によれば、責任能力の有責的喪失につ

てはなお行為者は責任をもたねばならないとし、ルドルフイーは、間接的行為非難は刑事政策上必要であるとするととゞまる。これに対して、情動発生の無責任性の要件の根拠に遡って考え、なお、この要件に独自の意義を与えようとするのは、ランゲ、クリュムペルマンそしてロクシンである。次に、それらの見解を検討しよう。

- (14) Geilen, Zur Problematik des schuldauuschließenden Affekts, Maurach-Festschrift, 1972, S. 173ff.
- (15) Geilen, a.a.O., S. 188ff.
- (16) Geilen, a.a.O., S. 185ff., 192.
- (17) Geilen, a.a.O., S. 193, Anm. 58.
- (18) Winterfeld, Die Bewußtseinsstörung im Strafrecht, NJW 1975, S. 2232.
- (19) Rudolphi, Affekt und Schuld, Henkel-Festschrift, 1974, S. 199ff.
- (20) Rudolphi, a.a.O., S. 206.
- (21) Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, A.T., 1975, S. 158; ders., Affekt und Schuld, S. 206ff.
- (22) Rudolphi, Affekt und Schuld, S. 214.
- (23) ただし、最近では、原因によつて自由な行為の要件として結果の認識又は認識可能性を要求しない見解も有力となっている。たとえば、Cramer, Anmerkung zum BGH, Urteil v. 24. 11. 1967, JZ 1968, S. 273ff. 西ドイツの判例について、清水龍栄「原因において自由な行為」警察研究五三巻六号（昭和五十七年）八一頁以下参照。  
なお、ルドルフイーの見解によれば、後の違法行為が予見可能だったにすぎない場合も、過失犯としてではなく、故意犯として処罰されることとなる。Vgl. Stratenwerth, Strafrecht, A.T., Teil I, 3. Auf., 198, おそらく、認識していた場合よりも減刑されることとなる（ルドルフイーによれば認識してつた場合でも減刑が相当である）。
- (24) Rudolphi, a.a.O., S. 210f.
- (25) なお、ガイレンもルドルフイーも、情動発生の無責任性の要件を厳格に考えるが、そこから具体的な判例の批判には至っていない。これは、すでに検討したように、主要な判例の事案が、まさに無責任性の肯定される場合であったこと、及び、判例も次第に無責任性の要件を直接的に爆発に關係する時点で検討しようとする方向を示してきていることによると思われる。

(三) ランゲの見解

ランゲは、以前に、情動発生の無責任の要件は法政策的にも必要であるとし、ただ、その要件は情動において行なわれた違法行為と密接に関係したものでなければならぬとしていた。<sup>(26)</sup> この点では先に検討したガイレンヤルドルフィーの見解と異ならないようにみえる。

しかし、その後、ランゲは現行刑法二〇条及び二一条についても情動発生の有責任 (Verschulden) が決定的であると繰り返すなかで、ランゲのいうこの要件の内容はガイレンヤルドルフィーのそれとは異なることを示した。ランゲによれば、現行刑法は責任無能力のカテゴリーのなかに精神病とはいえない者をも含まれているが、そのような者はやはり自己のあらゆる行為に責任をもたねばならないのであり、責任無能力とされるか否かの判断の際には、行状責任あるいは性格責任を本質的なものとして考えるべきなのである。そして、情動行為についての判例も行為者の性格を詳細に説明しているとする。すなわち、一方では、イギリス地区最高裁の一九五〇年四月二五日判決やドルトムント事件のような場合があげられる。非常に温和な人間が長年の屈辱と挑発に耐え、まさにそのことによって暴力行為に対する強い抵抗力が尽きはてて、急激な爆発に至り、自己を失い、外部的状況に圧倒されて人格疎遠な行為を行なう場合である。このような場合に対立するのは、爆発性精神病質のように、内心的には常に行為の準備をしていて、些細な刺激あるいは想像上の刺激をうけて人格相当に暴力行為へと至る場合である。<sup>(27)</sup> 二〇条及び二一条の意識障害の「深い」という限定メルクマールもこの角度から人格に関係させて解釈すべきであり、客観的にそのイクツェス (Ektze) の程度によるべきではない。穏やかな人間のイクツェスは人格疎遠な行為として「深い」意識障害であるが、爆発性精神病質の場合は、右と全く同程度のイクツェスも人格相当行為であり、その意識障害は「深い」ものではないことになる。<sup>(28)</sup>

このようにして、ランゲは情動発生の無責任の要件の根拠を行状責任あるいは性格責任に求めるのである。周知の

ように、ランゲは戦後になお行状責任を認める数少ない学者の一人であるが、<sup>(29)</sup>ここにその一つの表現がみられる。情動による例外状態が宿命的なものと考えられる場合には行状責任は否定される。すなわち、その状態での行為が人格疎遠と認められる場合である。これに対して、行為が人格相当である場合は情動による例外状態が宿命的であるとはいえず、行状責任の推定は破られないのである。<sup>(30)</sup>そして、ランゲの情動発生の無責任性の要件の目的は、結局、行状責任の背景にある特別予防に求められる。<sup>(31)</sup>すなわち、危険な性格をもつに至った行為者、とくに情動行為に傾きやすい精神病質者に二〇条、二一条の適用を否定することに目的がある。したがって、ランゲは自己の見解を経験的に支えるものとして、デンボー、ウンドイッチ、トローメー、シュトゥムブル、ラッシュ、ハラーマン等の研究をあげているが、<sup>(32)</sup>行為の人格疎遠性等の基準をこれらの心理学者等と全く同じ角度から用いるのかには疑問が残る。すなわち、ランゲは、情動発生の無責任性の要件を、行為の人格疎遠性を通してではあるが、特別予防と結びつけて考え、なお本来的には意識障害の心理学的判断に解消されない意味をこの要件に与えるようにも思われるのである。

- (26) Lange, Leipziger Kommentar, 9. Aufl., 1970, §51 Anm. 24. Vgl. Kohrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, S. 197.
- (27) Lange, Ist-Schuld möglich?, Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 261ff., insbes. 270ff.
- (28) Lange, Ist-Schuld möglich?, S. 277. なお、ランゲは、立法者は正常人の情動の効果について、被侵害法益の性質によって異なった評価をしていると指摘する。すなわち、一九九条及び二二三条の相互の侮辱又は傷害では、侮辱は無罪としうるが、傷害は減刑又は執行猶予となるだけである。殺人も二二三条があるので減刑しうるだけである。ランゲによれば、このような考え方は、殺人の制御は侮辱又は傷害の制御より強く働くという社会心理学的経験に基づいている。Ist-Schuld möglich?, S. 275f.
- ただ、ランゲが精神病質者に責任能力の減喪を全く否定するの否かは明白ではない。Lange, Leipziger Kommentar, a.a.O., Anm. 38f.
- (29) 人格責任論の系譜のなかでのランゲの見解の位置づけ等については、大谷実・人格責任論の研究(昭和四七年)一六九頁以下に詳しい。
- (30) Lange, Täterschuld und Todesstrafe, ZStW Bd. 62, 1942, S. 175ff., insbes. 212ff.; Kohrausch-Lange, a.a.O., S. 78ff.
- (31) 一般予防との関係については、Moos, Die Tötung im Affekt, ZStW Bd. 89, 1979, S. 796ff., insbes. 818f.
- (32) Lange, Ist-Schuld möglich?, S. 271f.

#### 四 クリュムペルマンの見解

ランゲが特別予防の見地から正常人の情動行為の責任の問題を検討したのに対して、これを一般予防を中心に考えてきたのはクリュムペルマンである。<sup>(33)</sup> クリュムペルマンは、情動行為においては規範による動機づけはもはや不可能であるが、だからといってつねに無罪とすることもできないとし、その矛盾を解決しようとする。まず、一つの方法として、ガイレンのように、情動発生の有責性の検討を行ない、禁止の錯誤の場合と同様に、情動の回避可能性を非難する方法が考えられる。しかし、禁止の錯誤の場合には、法律について問い合わせる機会があれば、行為時における回避可能性それ自体は存在しているといえるが、責任無能力の場合には、行為者自身の責任による場合であるにせよ、行為時には弁別能力又は制御能力はやはり存在しないとす。したがって、行為時を基準とする二〇条によれば、必然的に無罪とせざるを得ない。<sup>(34)</sup> しかし、それは刑事政策的限界を越えている。とくに、事例的には、行為者が自らの責任によって行為を準備する場合も多く、社会的にも、一般予防の見地から処罰が必要となる。<sup>(35)</sup> 精神病の場合には全人格が持続的に破壊され、その状態はいわば宿命的なものとされるから、どのようにしてそのような状態になったのかという点は社会的な評価の対象とはならない。これに対して、精神的に正常な者が一時的な意識障害に陥ったという場合には、その障害はいわば状況的なものであり、行為者自身が予測可能だったにもかかわらず、惹起することもある。したがって、そのような状態の回避可能性を問うことには意味がある。<sup>(36)</sup>

ここから、クリュムペルマンは独自の責任概念を展開して、右の回避可能性の検討を正当化しようとする。まず、責任概念自体のなかに一般予防の要素をとり入れる。すなわち、責任非難は、行為者が実際によりよく行動しえたであろうという判断に向けられるのではなく、行為者の状況におかれた平均人を基準として、平均人への社会的な期待に行為者が一致しなかったことに向けられる。<sup>(37)</sup> このような考え方は、クリュムペルマンによれば、ロクシンのように責

任原理を刑事政策が外から機能づけるのではなく、責任原理自体が社会的期待を中心に据えることによって刑事政策を自らのなかにとり込んでしまうものである。<sup>(38)</sup> このような前提に立って、クリュムペルマンは、社会は行為者に対して制御能力を欠いた状態でなお違法行為に出るはならないと要求することはできないが、そもそもそのような状態に入らないようにと要求することはできるとする。たしかに、回避可能性という考え方は現行法と一致しないが、クリュムペルマンは、回避可能な責任無能力についての責任軽減規定や任意的減刑規定を置くべきだとする。さらに、回避可能性の実際の適用可能性も問題になるが、情動行為においては、行為以前の段階で爆発の危険性が明らかとなり、行為者が葛藤状況を回避する等して爆発を避けうることが多いとする。他方において、行為者が倫理的理由等から避けることができなかつた葛藤状況、あるいは、被害者自身が生じさせた葛藤状況も存在する。結局、裁判所と鑑定人が協力して、社会的期待違反が了解でき、一般予防上無罪としてもさしつかえないような事例を類型化していくべきであるとするのである。<sup>(39)</sup>

こうして、クリュムペルマンは、正常人の情動行為のあらゆる場合に、まず、社会は平均人に対して情動を支配することを期待しているとして、これに違反した場合には責任（負担）を問う。つまり、責任（負担）という形をとって一般予防の要求が貫かれるのである。しかし、右の一般予防の必要性を失わせるような特殊な事情が存在すれば、期待が消失するか又は期待違反にならない等の形で、責任は否定されることになる。これからは、右の特殊事情を類型化することが課題となるが、倫理上情動を回避できない場合、被害者自身が葛藤状況を生じさせた場合はこれにあたるかとされている。以上のように、クリュムペルマンは、情動発生の無責任性の要件の根拠を一般予防に求めるのである。そこから、この要件の内容も、一定時点での情動爆発の回避可能性を問うガイレンやルドルフィーとは異なって、行為者及び被害者の性格、両者の関係、葛藤状況の特徴等を重要視して、一般予防上も無罪としうる事案の特色を明

らかにすることに向けられるといえよう。

- (33) Krümpelmann, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-Festschrift, 1974, S. 339ff.
- (34) Krümpelmann, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW Bd. 88, 1976, S. 13f.
- (35) Krümpelmann, Die Neugestaltung (注(34)参照), S. 26f.
- (36) Krümpelmann, Die Neugestaltung, S. 27f.
- (37) ただし、この社会的責任概念は行刑において再社会化思想をとり入れることを前提としている。そして、クリュムペルマンは、この点で、  
なお、社会的責任概念によっても、責任刑法の意味は失われず、刑法が処分法になってしまいうこともないとする。
- (38) Krümpelmann, Die Neugestaltung, S. 30ff.
- (39) Krümpelmann, Die Neugestaltung, S. 34ff.

#### (五) ロクシンの見解

ロクシンの見解はすでにその答責性論の検討において明らかにしたので、ここでは概略だけを示すことにする。

ロクシンは、彼の答責性論、すなわち、他行為可能性が存在するにもかかわらず一般予防及び特別予防の必要性がない場合にはなおその責任を問えないという理論の一適用例として、情動行為をあげたのであった。すなわち、次のようにいう。まず、情動行為においても、行為者はそのような状況下で平均人に期待されることを行なわなかったという意味で、一般的又は社会的責任がある。正常人は情動を支配しなければならぬのである。しかし、行為者が欠点のない人間であり、被害者から長年月にわたっていやがらせや虐待を受けたという場合には免責してもよい。そのような場合には、特別予防の必要性がなく、また、自ら有責的に招いた情動の場合とは異なって、無罪としても、法が無視されたというような印象を与えないので、一般予防の必要性がないからである。<sup>(40)</sup>

ロクシンの答責性論は、本来は、他行為可能性が存在するにもかかわらず予防の必要性に欠けるために責任を問う

必要のない場合を扱うものであった。しかし、その重要な適用例である情動行為については、たとえば、ドルトムント事件の鑑定では心理学的にも他行為可能性は否定されているにもかかわらず、ロクシンは、ここで、社会的責任を肯定し、後はもっぱら一般予防及び特別予防の必要性によって責任を問うか否かを決定するものといえよう。また、情動発生の無責任性の要件も右の社会的責任と関係させるのではなく、予防の必要性を判断する基準として用いられることになる。したがって、この要件を、實際上一定時点で情動爆発を回避できたか否かという角度からではなく、ドルトムント判決のように、行為者と被害者の関係をいわば白と黒として図式化するという角度から検討することになる。現行法二〇条の「行為時」というメルクマールについても、これは、一般的・社会的責任のみに関係するメルクマールであると説明することによって、予防に關係する情動発生の無責任性の要件は行為時に束縛されることなく、広い範囲で情動発生の経過を考慮しうることになる。<sup>(42)</sup>

- (40) Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 293f.
- (41) Roxin, a.a.O., S. 294, Anm. 50.
- (42) Roxin, a.a.O., S. 294, Anm. 51.

### ㊦ 考 察

西ドイツの学説は、病因や布置的因子の存在しない場合にも正常人の情動行為による意識障害を認めるものがほとんどである。そして、その意識障害の判断基準として、通説は、精神医学及び心理学の研究の成果をとり入れて、精神構造の破壊の有無、程度を重視する。通説は、この基準によって精神医学的、心理学的に真に意識障害のために制御能力又は弁別能力に欠けるとされる場合にはつねに責任無能力とすべきであると考える。この点では通説は正しいと思われる。右のような場合には規範的動機づけの能力がないことは明白であり、したがって、規範的予防は必要な

いからである。この点で、さらに情動発生は無責任性を要件としようとするガイレン等の見解は支持できない。

しかし、彼らのいう情動発生は無責任性の要件の内容について考えてみると、まず、ガイレンやルドルフィーは、現行法二〇条の「行為時」という基準にこの要件を合致させようとして、直接的な情動発生原因が回避不可能であったこと、あるいは、情動を回避しうる時点では後の特定の違法行為を認識せずかつ予見しえなかったことを要求する。ところが、このように厳格に情動発生は無責任性の要件を考えると、それはすでに意識障害の有無や程度についての心理学的判断のなかで検討される予形成や予決定等の基準と異なることになるように思われるのである。とくに、ガイレンやルドルフィーは、この要件を要求する根拠をほとんど説明しておらず、これを独自の要件とする意義に乏しいといえるのである。

これに対して、同様に情動発生は無責任性を要件とするランゲ、クリュムペルマン、ロクシンについては、この要件に特別予防や一般予防という根拠を与え、そこからこの要件の内容についても特別の意味をもたせようとする点で、賛成しうる。もちろん、とくに、クリュムペルマンとロクシンが、あらゆる正常人はおよそ情動を支配すべきであるという期待を課されており、それに違反すればつねに一般的・社会的責任があることには問題があり、精神医学的、心理学的に意識障害による責任無能力とされる正常人の情動について特別の考慮がなされていない点で賛成しかねる。しかし、その反面、このように予防の観点から情動発生は無責任性の要件にアプローチする場合には、厳密に言えば精神医学的、心理学的には意識障害とされない情動についても、なお、予防の必要性がなく、情動発生は無責任性の要件をみたすときには、それが責任能力の判断に影響し、二〇条を通して責任無能力として扱われる余地が出てくるのである。その意味で、実質的責任概念の観点からは通説では不十分な点が補われることになる。無責任な情動発生为例として、ランゲは、非常に温和な人間が屈辱と挑発に耐え、次第に内心的抵抗力を失って、爆発に至る場合を、

クリュムペルマンは、倫理的に情動を回避できなかった場合や被害者自身が葛藤状況をうみ出した場合を、ロクシンは、行為者が欠点のない人間であり、被害者から長年月にわたって精神的に虐待をうけた場合をあげている。クリュムペルマンのいうように、今後、さらに詳しく、予防の必要性のない場合を類型化しなければならない。しかし、ラング、クリュムペルマン、ロクシンは、独自の意義に乏しいと思われる一定時点での情動の回避可能性という考えから離れて、情動発生の無責任の要件に予防の観点から新たな光を投げかけた点で注目に値するといえよう。