

情動行為と刑事責任 (三)

林 美月子

目 次

- 序 章
- 第一章 責任概念の変遷(以上一八卷二号)
- 第二章 精神医学的・心理学的アプローチ
- 第三章 西ドイツにおける判例及び学説(以上一八卷三号)
- 第四章 わが国における判例及び学説
 - 第一節 わが国の判例
 - (一) 意識的展開以前
 - (二) 布置的因子を要求する傾向
 - (三) 考 察
 - 第二節 わが国の学説
 - (一) 植松教授の見解
 - (二) 植村判事の見解
 - (三) 鈴木参事官の見解
 - (四) 考 察

第五章 強壯性情動と虚弱性情動

第一節 強壯性情動と虚弱性情動

第二節 無過失による説明

第三節 期待可能性の不存在による説明

第四節 考察

終章 (以上本号)

第四章 わが国における判例及び学説

第一節 わが国の判例

(一) 意識的展開以前

わが国の判例が情動行為者の責任能力の判断基準等について明示的に展開するようになったのは比較的最近のことである。つまり、前述の武村教授や後述の植松教授の論文発表後にはじめて、判例もこの問題に取り組むようになったのである。もちろん、以前にも、心的葛藤状態を背景とした意識障害を扱った判例はあった。たとえば、父母と自分の洋行や結婚について話し合った後、床に入って寝たが、気がつくくと、父母を滅多斬り又は滅多突きにしていたという事案につき、病的脳波を示すてんかん素質を軸とし、自己の業務上横領の発覚を恐れて感情的緊張状態にあったこと、犯行当日飲酒していたこと等から、夢中遊行ともいふべき朦朧状態を認めて心神喪失とした判例¹⁾、父や兄に冷淡にされ、他人の物置小屋で雨露をしのいでいた被告人が、味噌が切れていたことに気づき、父の家に盗みに行ったが、味噌小屋で猟銃を見つけ、盗みが発覚すれば殺されると思い、父、兄夫婦等七名を順次殺害し、倒れた父のそばに立っているときに我に帰ったという事案につき、てんかん性素質、精神薄弱症、変質徴候、アルコールに対する反応異常

の素質を背景として、家庭的環境に基因する不快、憤懣の感情的緊張により、当夜は相当飲酒していたこともあって意識障害となり、鉄砲を目撃したことが契機となって被害妄想的思考、恐怖的感情興奮によって突然意識に著しい障害を生じ、一過性の発作的精神障害による朦朧状態に陥っていたとして心神喪失を認められた判例⁽²⁾、航海中の船舶内で睡眠中に他の船員に殺されそうになった夢を見た被告人が、夜間就寝中等であった船員六名を斧で切りつけ、機械類を斧で損壊したという事案について、睡眠酩酊状態による意識混濁を認めて心神喪失とした判例等⁽³⁾がある。しかし、それらにおいては、それぞれ、「夢中遊行といふべき癲癇性朦朧状態」⁽⁴⁾「単なる心因性の意識障害と違って純然たる癲癇性朦朧状態と殆んど同様の状態」⁽⁵⁾「睡眠酩酊」における犯行であり、病的意識障害や睡眠酩酊による意識障害に該当する場合であった。したがって、心的葛藤がそのような状態の発生に影響し又は影響しえた事案ではあったが、情動による意識障害については問題とならなかったのである。

他方では、病的要素のない正常人の情動行為に関しても、なお、以前にも、次の判例がその責任能力について判断を示していた。第一は、放火罪と窃盗罪について心神耗弱状態における犯行と認められたものである⁽⁶⁾。事案は以下のとおりである。被告人は家計の窮乏を救うために、父から強いて芸妓に出され、翌晩から座敷に出されて、二晩にわたって客より肉体関係を強要され、これを拒否して三日間殆んど眠れなかった。また、当時妊娠していたこともあって、嘔気、食欲不振を訴え、全く疲労し、気分も苛立ち、その心身の苦痛に耐えかねて自宅に戻った。さらに、帰宅後も、兄が病気で重態であったために母と交替で徹夜で看病した。また、愛人が前借金返済用として工面してくれた金を父が生活費に使ってしまったことで口論となり、父より殴られたために、父に対する憤懣や芸妓を止めたいという一心から異常興奮状態に陥った。そして、もっぱら自己の衣類を取り戻すために主家へ行ったが、自己の衣類が見つからないので、他人の衣類を窃取し、次いで突発的に放火した。第一審では村松常雄博士が鑑定されて、結論として「被

告人は犯行当時身体的及び環境的諸条件に基き精神的感情的原因に因る心因病的反応の状態にあり、意識障害は著しく高度であったとは認められないが、意識の清明度及び意識野の広さに著しい障害を来たして居り、明らかに顕著な精神病状態にあった」とされ、心神喪失か、心神喪失に近い心神耗弱に該当するとされた。⁽⁷⁾第一審及び第二審ともに、右鑑定を採用して心神耗弱を認めた。本件では、病因のないいわゆる正常人の情動行為が問題となり、判例はここで意識障害を認めたのである。したがって、次に布置的因子を要件としているか否かが問題となる。本件では、妊娠、不眠、疲労という要因が存在し、鑑定も、身体的要因も共働して意識障害に至ったとしたが、判決はこの点についてとくに判断を示していない。他方、無責任の要件についても、判決は説明していないが、本件犯行の根本原因は一家の窮乏と無理解な父親の仕打ちにあることを強調しており、事案を特徴づけるという意味での無責任の要件が心神耗弱の認定に影響していることは否定できない。⁽⁹⁾

第二は、被告人が被害者から恐喝的な態度を示されて激しい興奮状態に陥って殺人した場合について心神耗弱とされたものである。⁽¹⁰⁾被害者である被告人の実弟は、被告人所有の田畑の一部を自分に贈与してもらおうと調停を申し立て、結局は不調となった。その後は被告人と感情的にも対立していた。そして、窃盗、暴行、詐欺等で前科を重ね、刑務所から出所して以後は、被告人方に身を寄せ、胃弱の医療のため等と称して、被告人から小遣金をもらって徒食していた。その後、連日金を要求するようになり、時には被告人に火箸を突きつけて、もし金をくれなければ一家皆殺しにする等と暴言していた。そこで、被告人は護身用として中の間の出格子の中に鉄棒を用意する等したが、夜も安眠できなかつた。犯行当日午前一時頃、被害者は被告人方下炉の炉端で、今すぐ十万円出さなければ火箸で突き殺す等と言いながら、被告人の咽喉部に火箸を突き出した。被告人は、今は夜だから明日まで待つてほしいと答えて、隣室に寝に行く途中、被害者が暴力に訴えるかもしれないと考えて、隠しておいた鉄棒を自らの敷布団の下に入れ、着

衣のまま布団の上に俯伏になった。そして、十萬円の金策のできる当もなく、借財等も被告人の経済状態では極めて困難であり、そうかといって、要求に応じなければ皆殺しにされかねない等と考え、さらに、以前にも被害者は被告人の子に乱暴したり、被告方から米等を盗んだり、飲酒の上で田をくれなければ皆殺しにすると行ってまさかりをもって騒いだりしたことを思い出した。そこでにわかに、被害者をこのままにしておけば被告人一家が危いという焦慮感と迫害感に襲われ、これが連日の不眠と苦悩とによる疲労感と一緒に激しい爆発的興奮状態に陥って、鉄棒で被害者の後頭部を強打し、さらに六、七回打って脳損傷によって死亡させた。本件では、まず、疲労感を布置的因子とみるか、布置的因子は必要かが問題となるが、判決はこの点についてふれていない。また、判決文上は精神鑑定が行なわれたのかも明らかではない。さらに、本件では、とくに前もって護身用の鉄棒を用意しており、あるいは、ド・ボア等のいわゆる先形成が存在していたと考える余地もあり、精神医学的のみならず、心理学的にも意識障害であったといえるかに疑問があるように思われる。むしろ、事案の特徴づけという意味での無責任性が本判決では決定的であったのではなからうか。すなわち、被告人の善良で正直な性格、経済的貧困、前科者として社会的信用もなきに等しい被害者の境遇への深い理解が強調され、これに対して、被害者は「恐喝的言動を反復して金銭を要求し、ために被告人を極めて高度な迫害観念と精神的疲労に追い込んだことは、正に本件犯行を挑発したとも言えるのであり、これを要するに本件犯行の直接的原因の大半は被害者家一にあったものと認められる」として、⁽¹¹⁾両者は対置されている。白井裁判官が指摘されるように、本件では、まさに、右の事情が心神耗弱の認定に非常に影響したといえるのである。⁽¹²⁾このようにして、本件は、精神医学的及び心理学的には意識障害が必ずしも明白ではない場合に、事案の特徴づけとしての無責任性が心神耗弱の認定に決定的な役割を果たした一例と言えよう。

第三は、次のような事案である。被告人の妻は近隣の男性と不倫な関係に陥り、被告人も時には暴力を振るい、夫婦

仲は全く破綻寸前であった。その後、妻は被告人の留守中に衣類や家財道具を実家へ搬出し、離婚調停を申し立てた。この調停に従って、被告人は妻との衣類の交換のために妻の実家へ行った。しかし、妻とその兄は口実を設けてこれに応ぜず、被告人を愚弄し、さらに、金の返済を要求し、結局、被告人とつかみ合いの喧嘩となった。被告人は同家の庭先まで立ち去ったが、追いかけてきた妻とその兄に転倒され、取っ組み合ってもつれているうちに、妻の余りに執拗な態度に憤激し、これまで耐えてきた憤懣が一時に爆発し、作業用小刀を手にするや、両名を順次所かまわず数カ所突き刺して即死させた。⁽¹³⁾ 堀口良男鑑定人は、被告人は癲癇性性格者であること、及び、犯行時の追想が困難ないし不可能であったことを根拠として、癲癇性性格に基づく朦朧状態下の犯行であるとし、心神耗弱あるいは心神喪失を適当と考えると鑑定した。⁽¹⁴⁾ もしそうであるならば、病的意識障害のカテゴリーにも入りうるので、とくに情動による意識障害は問題にならないであろう。しかし、裁判所は、右の二つの根拠を排斥した。他方、白木鑑定人は、限界知能、固執性性格、妻の不倫行為を発端とする偏執状態を背景とした被害者達との感情的激突の結果、一過性の心因性意識障害による朦朧状態にあったことを認め、責任能力を完全に近く欠いていたと鑑定した。⁽¹⁵⁾ これに対して、裁判所は、意識障害の存否ないし程度は犯行時についての追想可能性によって決定するほかはないが、「被告人の供述中疑問の多い自首調書を主に採用して意識障害の結論を導いた白木鑑定人の鑑定は当裁判所にわかに左袒し得ないところである」とした。しかし、結局は、軽度の意識障害を認め、限界知能、偏執状態等をも考慮して、心神耗弱とした。本判決も、前の二つの判決と同様に、布置的因子の要否について説明していない。しかし、意識障害の存否及び程度を追想可能性によって決定しようとする点で、布置的因子を要求しない立場により近いといえる。無責任の要件についても判決はふれていないが、事案としては妻の不倫行為を発端として被告人が精神的に苦しめられてきたものであり、事案の特徴づけという意味での無責任は存在するといえよう。

第四の事案は次のとおりである。⁽¹⁶⁾ 離婚後も夫の父Sと同居していた被告人に対し、Sはしばしば肉体関係を迫り、被告人が拒絶すると怒って同女を殴打し負傷させていた。犯行当日も、午前七時頃、被告人は炊事場で襲われ、その場に押し倒され姦淫されそうになったために、激昂して、附近にあった薪をもってSの頭部を強打してその場を逃げた。しかし、Sが大声で苦痛を訴えて近隣の者を呼びよせようとしていることを知り、被告人は発覚を恐れて不安焦慮の念に駆られ、一方で、従来Sから不愉快な肉体関係を迫られ傷害まで加えられたうっ積や、将来も同様の要求を受けて争いとなる虞れがあること等を思い患っているうちに、Sの殺害を決意し、午後四時頃、Sを背後から手拭で絞殺した。第一審での奥村、岡本両鑑定は、精神医学的負因、月経による心身の変調、犯行前後の再度にわたる意識朦朧状態ないし喪失、逮捕勾留時における興奮衰弱、記憶の欠損を重視して、意識混濁を伴う心因性朦朧状態、あるいは、意識障害を伴う心因精神病であるとして、心神喪失とした。第一審はこの鑑定を採用して心神喪失とした。第二審は、Sを傷害した後の意識朦朧状態は昼頃には快方へ向かっていたこと、司法警察官や検察官には犯行の動機や方法等について具体的、正確に供述していること、犯行中から犯行後の言動はこの種の激情犯人に共通のものがあつた、罪の意識も常人の全く理解し難い程異常とは認められないこと、さらに、右の鑑定は犯行後における心身の状況を過大視していることを指摘し、第二審における松岡鑑定や原審での奥村鑑定人の証言に従って、心神耗弱とした。本件においても、月経を布置的因子とみうるか否かが問題となるが、この点についてはとくに説明されなかった。むしろ、犯行後の状況、記憶の欠損、自責の念などを重視する点で、ウンドイッチらの見解に近い側面をもっている。次に、無責任性の要否についても判断を示していないが、本件においても、事案の特徴づけとしての無責任性は明らかに存在しているといえよう。

さらに、第五例として有名な刑法二〇〇条違憲大法廷判決（最判昭和四八年四月四日刑集二七卷三号二六五頁）の一、

二審判決をあげることができ⁽¹⁷⁾。すなわち、被告人は一四歳の時に被害者である父に無理に姦淫され、それ以来不倫な関係を強要されて五人の子供まで生んだ。その後、被告人は同じ勤務先の男性と婚約し、現在の嫌忌すべき境遇から脱出しようとしたが、被害者はこれに反対し、脅迫的言辭を繰り返した。また夜は被告人に性交を求め被告人の安眠を妨害した。被告人は被害者から逃げ出すことも、一時抜け出して婚約者と面談することも、他の助言、援助を求めることも思うに任せず、独り煩悶、懊悩していたため、食欲も減退し、睡眠不足も加わって心身ともに疲労するに至った。このような状態で約一〇日を経過して犯行当日に至った。被害者は床から起き出し、被告人にいわれのない暴言を吐き被告人を罵ったので、被告人も反駁したところ、被害者は益々怒り出し、被告人の両肩にしがみつこうとした。被告人は、被害者の被告人の幸福を蹂躪して省みない無情勝手な態度に憤激し、このような窮境から脱出して自分の自由を得るためには被害者を殺害するよりほかないと考へて、絞殺した。第一審は刑法一九九条を適用した上で、この行為を自由に対する過剰防衛とし、さらに睡眠不足と心労のため心神耗弱にあったことや情状等を考慮して刑を免除した。第二審では二〇〇条が適用され、過剰防衛の点は否定されたが心神耗弱とされた。本件においてもはたして睡眠不足と心労が布置的因子として十分かが問題になるが、判決はこの点についてふれておらず、また判決文上は精神鑑定が行なわれたか明らかではない。すなわち、ここでも精神医学的、心理学的に意識障害が必ずしも明らかではない場合に、無責任の要件が三九条の適用を促したように思われるのである。

以上の五例においては、病的意識障害や睡眠による意識障害ではなく、正常人の情動による意識障害が問題となっている。そして、判例は、ここで、正常人の場合にも三九条の適用を認める。したがって、次に、布置的因子を要求するか否かが問題となるわけであるが、この時点では、まだ判例は布置的因子について十分な知見を有するに至っておらず、態度決定していない。ただ、第三例は心理学的な基準を重視して意識障害について判断している点で注目さ

れる。さらに、無責任性の要件についても判例は態度を決定していない。しかし、事案としては、第一例の場合には、父が被告人を芸妓に出すなどして、善良な被告人に精神的苦痛を与え、いわば犯行を挑発しているともいえる。第二例でも被害者が暴力や恐喝的言動に出ており、第三例でも被害者が不倫行為を行ない、その後も家具を持ち出すなどし、自分から申し立てた調停にも従わないという事情が存在する。第四例でも、不倫な肉體関係を強要されたことから、被告人の葛藤状態が生じている。第五例も同様である。したがって、事案の特徴づけという意味での無責任性は五例ともに存在するといえる。そして、白井裁判官の言われるように、そのような事情が責任能力の判断において重要な役割を果たしていることは確かであろう。とくに、第二例及び第五例においては、精神医学的あるいは心理学的基準を充足したものについて、さらにそのような無責任性を重視するというのではなく、精神医学的のみならず、心理学的にも意識障害であることが明白でないにもかかわらず、無責任ということ自体が限定責任能力についてではあるが三九条の適用を促したように思われるのである。

こうして、布置的因子の要否、無責任性の要否、さらに、意識障害の存在に加えて無責任が必要なのか、それとも、無責任それ自体が三九条の適用に影響しうるのかについて、判例が意識的に態度を決定することが望まれたのである。

- (1) 静岡地裁沼津支部判決昭和三十一年二月二三日判例時報七四号二八頁。
- (2) 仙台高判昭和三十三年三月二六日高刑集一一卷四号一六九頁。
- (3) 東京高判昭和四十一年九月九日判例時報四七五号五八頁。
- (4) 村松常雄・植村秀三・精神鑑定と裁判判断（昭和五〇年）四一七頁。
- (5) 判決の基礎となった林障氏の鑑定による。高刑集一一卷四号一八二頁。
- (6) 名古屋高判昭和三十一年四月二三日高刑裁判特報三卷九号四三四頁。

- (7) 高刑裁判特報三卷九号四三五頁。
- (8) 村松・植村・前掲書三六四頁。なお、本書には、本件の第一審判決、控訴趣意書、上告趣意書及び最高裁の上告棄却決定の摘録もある。
- (9) 白井皓喜「判例に現われた心神喪失、心神耗弱について」判例タイムス一五二号(昭和三八年)一五頁、一六頁。但し、第一審は執行猶予を付したが、第二審は放火罪の公共危険性を重視して、検察官の量刑不当の控訴を理由ありとし、被告人を懲役二年六月(執行猶予なし)に処した。この点について、植村裁判官は、二審判決は「被告人の苦境がその責に帰すべきものではなく、悲運の結果にすぎないことを、充分に理解していない」とされる。さらに、植村裁判官によれば「本件の犯行が、被告人の平素の真面目な人格とあまりにもかけ離れているで、心神喪失を認める余地は充分ある」。村松・植村・前掲書三七五頁。
- (10) 福島地判昭和三三年九月二四日第一審刑集一卷九号一五四七頁。
- (11) 第一審刑集一卷九号一五五一頁。
- (12) 白井・前掲論文一五頁。
- (13) 水戸地裁土浦支部判決昭和三四年八月三一日下刑集一卷八号一八四二頁。
- (14) 下刑集一卷八号一八四七頁。
- (15) 下刑集一卷八号一八四八頁、一八四九頁。
- (16) 広島高判昭和四三年二月六日判例タイムス二二九号二六二頁。同様の事案で、被告人が反応性うつ病や神経症を起こしていた場合につき心神耗弱を認めた例として、福岡地判昭和三八年一月一日、判例集未登載。白井・前掲論文一五頁。
- (17) 宇都宮地判昭和四四年五月二九日刑集二七卷三号三一八頁。東京高判昭和四五年五月二日刑集二七卷三号三二七頁。

(二) 布置的因子を要求する傾向

武村教授の論文及び後述の植松教授の論文が発表されてからは、正常人の情動を情状論としてばかりでなく、責任能力の問題として扱う傾向がみられるようになった。そして、公刊物に発表された判例の中では、武村教授の見解に従い、布置的因子を要求するものが主流であるといえる。以下にそれらの判例をあげる。まず、布置的因子の存在が肯定されたものからみてみよう。

第一例は次の事案である。被告人は、被害者である兄から従来より飲酒の上で理由なく暴行をうけていた。そして、

これに耐えていた。犯行当日も、被害者は飲酒して、被告人を再三にわたって殴打した。被告人は一旦は戸外へ逃げようとしたが、被害者に阻まれて暴行を加えられたために、遂に憤激のあまり、炊事場から菜切庖丁を持ち出して、被害者の胸部、右頸部を突き刺した。被害者の「助けてくれ」という声で我に帰り、血のついた庖丁を手にしたまま自首した。判決によれば、被告人は、真面目で、家族からも信頼され、経済的にも一家の中心的存在であった。これに対して、被害者は酒癖が悪く、とくに父が死去してからは、飲酒の上での乱暴が激しくなり、熱湯を投げかけたりしたことも二度程あった。⁽¹⁸⁾被告人には、てんかん、器質性脳障害、精神薄弱、精神病、異常ないし病的アルコール酩酊は見い出されない。阪口鑑定は、意識障害をきたしやすい精神的・機能的要因、被害者から暴行等をうけた体験という心理的条件、本件犯行前に約三〇分にわたって受けた暴行、とくに後頭部を殴打されたことと夜勤明けのため睡眠不足気味であったこと等の生理的条件が共働して、警愕体験反応と爆発反応を起し、そのために犯行時には意識混濁を伴う意識障害を生じていた疑いが多分にあるとした。⁽¹⁹⁾浅野鑑定は、類てんかん性素質、自律神経失調傾向という生物学的要素、夜勤明けによる睡眠不足、犯行前に受けた長時間の暴行という生理的条件とが準備要因となつて、長期間の感情的なうっ積が爆発し、そのために、犯行時には、心因性の意識狭窄を主とした一過性の意識障害を起して、それは生物学的要因も作用しているために意識混濁を伴っていたことも十分考えられるとした。⁽²⁰⁾

大阪地裁は右の鑑定に従ったが、それを次のように理論づけた。まず、単純な意識狭窄の場合には全く免責を否定する。すなわち、「正常な人間のいわゆる『正常』な情動による犯罪行為（激情犯）は、たとえ行為者に意識野の狭窄による意識障害があつても、意識は清明であるから、狭窄した範囲で事象の認識とそれに従つた是非の弁別と自己の行為の統制が可能であるため刑責の免除を許すことはできないと考えられている。蓋し、このような場合においても免責を認めることは、社会秩序の維持を使命とする刑法の一般予防作用を否定することになりかねないからである」

という前提をたてる。しかし、本件では意識混濁の可能性もあるので、この前提だけでは解決できない。そこで、判決は次のようにいう。「ところで、意識障害を惹起した主要因が身体疾患（体因）に起因する場合に責任能力を否定することは容易であるが、他方、心因性の全ての場合に刑事責任を追及することは却って妥当を欠く場合がある。……身体疾患の場合には行為時の意識障害、従って責任能力について心神喪失という判断を担保しうるものがあるが、心因性の意識障害の場合もそのような担保と同価値を有しうる要因が存すると判断される例外的な場合には、同様に考えて差支えないからである。従って、意識障害を惹起した主要因が、心因性のものであっても身体、精神両面の医学的検討により体因性意識障害と同等に評価しうる要因（……）の有無が検討されねばならない。そして、このような要因として中毒、脳器質損傷、重い体質異常等の『医学的布置因子』、睡眠不足、疲労等の『生理的布置条件』が指摘されている⁽²¹⁾。本件では、類てんかん性素質と自律神経失調傾向が生物学的要因とされ、睡眠不足が生理的条件とされて（犯行直前の暴行による疲労も考慮されている）、右の医学的布置因子ないしは生理的布置的条件は存在するとして、心神喪失が認められた⁽²²⁾。

本判決は、正常人の情動行為についての精神医学的見解を検討した上で、はじめて、意識的に、布置的因子ないしは生理的条件を要求した点で大きな意義がある。これは、とくに武村教授の見解に従ったものである。他方、本判決は無責任の要件にはふれていない。すなわち、布置的因子のほかさらに無責任を要求するか、自分の責任で意識混濁に陥った場合をどうするかという点である。本件自体は、被告人が被害者から何ら理由なく暴行をうけ、犯行直前にも暴行をうけたというものであり、事案の特徴づけという意味では無責任は明白であった。したがって、判決もこの点に立入る必要はなかったのであろう。ただ、本判決のように、責任能力の判断基準を究極的には一般予防に求める場合には、体因的なものが存在する場合はもちろん、心因性のものでも布置的因子があればそれだけで意識混濁に

よる意識障害は明白であり、一般予防は必要ないと考えざるを得ないであろう。さらに無責性を要求する必要はないと思われる。

第二は、ウィスキーの影響つまり酩酊が布置的因子として作用した事例である。被害者は台湾で出生した中国人である。台北で被害者と同棲生活に入り、昭和五〇年一月に結婚し、二月に夫の意思に従って来日した。しかし、来日後、被害者は冷淡になり、被告人は他に頼る者もなく、不平を言えば暴力を振るわれるので一人で悩んでいた。被害者はその後、昭和五二年九月に旅行社に勤務するようになり、一二月から一カ月間ブラジルに滞在し、その間にブラジル女性二名と情交関係となり、とくに一人とは被告人に秘して同棲に近い関係となった。被告人は五三年二月に帰国した夫のスーツケースからブラジル女性の恋文やその写真を発見したりして、自分と被害者との結婚生活が破綻してしまうのではないかと感じた。二月一六日に、被告人はいつものように夕方からウエイトレスとしての勤めに出て、夜一一時頃帰宅したが、被害者は友人を呼んで麻雀をしていた。一七日午前二時頃に、友人は帰り、被告人は台所で後片付けをしたが、その際に、やりきれない気持ちから平素飲むことのないウィスキーをコップ半分位を一気に飲み干した。しばらくして、午前三時頃、ベッドに横になっていた被害者の傍らに行き、「子供を産んで落ちつきたい」と語りかけたが聞き入れられず、ブラジル女性のことを問いただしたところ、かえって離婚を求められ、「別れないで欲しい。ブラジルへ行くなら自分もついていく」などと懇願するうちに口論となり、被害者から頭髪を引っ張られ、顔を殴られ、ベッドの脇の小型書棚を倒されるなどの暴行を受けた。そして、被告人は洗面所に行ったが感情が激昂してくるのを押えることができなかった。こうして、被告人はブランデーの空びんで、横臥している被害者の頭部を二回殴打したが、被害者は被告人の手を払い、被告人を強く突き飛ばし、被告人は倒れた。さらに被害者は倒れている被告人の頸部に圧迫を加えたので、被告人は恐怖、狼狽のあまり、このままでは首を絞められてしまうと思い、

たまたま近くにあった裁縫用の洋鋏で被害者の上体を力まかせに突き刺した。その際、激しく揉み合ううちに、やがて、激昂、恐怖、狼狽およびこれまでひたすら堪え忍んできたことによるうっ積した感情が堰を切ったように迸り出したこと等により、被害者を殺害する意思を抱くに至り、床に倒れた被害者を鋏で一五〇カ所滅多突きにし、さらに陰茎を切断し、殺害した。犯行後、ガス栓を開いて自殺を企てたが発見された（以上、第一審の認定による）。

精神鑑定書によれば、被告人は知能は正常であり、性格的には真面目、正直、従順、献身的、保守的、自信欠乏的である。鑑定の結論によれば、犯行時にはこのような性格の上にアルコールの影響もあって、情動性朦朧状態に陥り、責任能力に著しい障害があった。とくに、二、三回刺した後の記憶がなく、自殺企図がみられ、一五〇カ所以上も刺すといった稀有な犯行態様が重視された。

判決は右の鑑定をほぼ採用した。すなわち、信頼していた夫から冷たくされ、夫の長期間の外国出張中は孤独な状態に置かれ、我慢と懊悩を重ね、精神的に不安定な状態が相当期間継続しており、とくにブラジル女性のことを知っていたからは一層不安定な状態にあったこと、ウィスキー、犯行途中からの記憶の欠損、被告人の真面目な性格及び日常の行動に照らして了解困難な犯行態様をその根拠とする⁽²³⁾。

但し、第一審は右の状態は実行行為途中からのもので、犯行を決意し、着手した時点においては心神耗弱の状態にない以上、三九条二項は適用すべきでないとした。この点について、第二審はさらに、第一に、被告人は責任能力に特段の減弱のない状態ですでに未必的殺意をもって重大な加害行為に及んだもので、以後は右殺意の継続発展であり、当初の部分が本件行為全体の非難可能性の有無、程度を判定するうえに無視して差支えない程の軽微なものではないこと、第二に情動性朦朧状態も被告人が意図的に重大な加害行為を開始したことによるもので、被告人自ら招いた面が多いことを理由に、非難可能性の減弱を認めるべき実質的根拠に乏しいとした⁽²⁴⁾。

このように、本判決は、布置的因子の存在も認め、意識障害の存在自体も認めるのであるが、実行行為中に自ら血の酩酊に陥ったものであり、そのようなケースは殺人において多くみられ、これを責任能力の減弱の対象とすることは殺人罪の存在意義を失わせてしまうという特殊な観点から三九条二項の適用を否定したといえよう。⁽²⁵⁾

以上の二判例においては、布置的因子を要件とするとしても、その存在が認められ、意識障害が認められた。これに対して、次の判例はさらに、布置的因子が存在しないことあるいはその存否を検討していないことを意識障害を否定する根拠としているのである。事案は次のとおりである。

鉄骨工である被告人が飯場で同僚とビールを飲み、被害者に対して「誰だお前は」「なんだ電気屋か」等と言ったことから口論となり、被害者が、仲裁に入ったBに対しても「このガキ」と言ったので、被告人は立腹し、包丁を持ってきて刺し、死亡させたものである。平田剛氏は、被告人は精神病や精神薄弱ではないが、意識狭窄をきたし、意識障害の可能性がある旨証言している。⁽²⁶⁾ 判決は、右証言は身体的・生理的障害条件を検討していないとして、これを排斥した。そして、被告人には身体的障害条件はもちろん「犯行当時極度の不眠、飢餓などの生理的条件も認められず、また被告人はR工業所に勤務してこのかた周囲の環境に適応していたことが認められ、従って周囲のあつれきによって心身に疲労がうっ積していたことも到底考えられないのであって、結局、本件犯行当時被告人には意識障害を招来するような条件」はなかったとした。⁽²⁷⁾ 本判決は、たとえ意識狭窄であっても意識障害となりうるとする鑑定証言を否定し、布置的因子を要求する。したがって、生理的条件等をあげて意識混濁となりうるとした鑑定をそのまま採用したにすぎない前の判決よりも一步すすんでいる。心理学的経験判断によって意識障害とされる場合を一切認めないものである。⁽²⁸⁾

さらに、傍論としてはあるが、布置的因子が存在しないことを意識障害を否定する一論拠とする次の判例がある。第二審の認定した事実によれば、被告人は金融業を営んできたが、営業不振に陥り、家族の生活費にも事欠くようになった。そして古物商を営む被害者から、借りていた三二万円と、同人より買受ける約束をしていた腕時計の代金一〇〇万円の支払を催促されていた。しかし支払延期が許されなくなったので、所持していた不渡小切手を改ざんして被害者に交付したが、同人に察知され、これ以上支払を引き延ばせば改ざんの一件を明るみに出すと言われ、そうしなければ廃業せざるを得ないと苦慮の末、犯行当日である昭和五二年一〇月二七日午前一〇時に被告人方事務所、同人の友人であるC立会のもとに右代金を支払う旨約束した。被告人は約束の日時に右代金を支払う当てもなく、ただ右小切手を取り返さねばならないと思案の末、被害者方に電話をして直ちに現金を持参する旨の虚言を申し向けた。そして小切手を取り返すための手段として、札束に似せたものを被害者に見せて油断させそのすきに同人の頭部をボックスレンチで殴打し、同人を殺害してでも小切手を強取しようとして、ボックスレンチと札束に見せかけた新聞紙包みを携えて被害者方へ赴いた。そして、被害者からまず現金の交付を求められ、右新聞紙包みを取り出して手渡そうとした際、ズボンのポケットに差込んであったボックスレンチが床に落ちた。被害者はこれを見て「お前やっばりあれやったんか。」と言いながら、パイプ椅子を前に突き出した。被告人はこれを機に、ボックスレンチで被害者の頭部を二、三回殴打し、同人が二階に逃げようとするのをひきずりおろして、さらにボックスレンチで頭部などを数回殴打した後、床に仰向けに倒れた被害者の胸部などを革靴ばきの足で数回強く踏みつけ、心臓破裂により失血させた。さらに右小切手を捜すとともに、陳列棚にあった被害者所有の女物腕時計一個を強取した。

鑑定書によれば、被告人は精神病、精神病質ではなく、知能も優れている。しかし、人格の未熟性が目立ち、その原因として、遺伝負因及び環境要因の面で、精神分裂病と思われる父の存在があげられる。それは葛藤処理や情緒統

制の拙劣さに現われており、中学二年時に誤解にもとづいて教師に殴られた時、三〇日間も怠休したり、小学四年時まで衝動的な暴力行為をくり返し、一九歳時および二二歳時の暴力行為においても、相手の挑発によるとはいえ、被告人の興奮は相手が無抵抗になってもやまず、兄にうしろから羽交締めされてようやく止んだりしている。本件犯行については概括的健忘を有しているが、主要なことからいって部分的にはあるが比較的明瞭な記憶が残されている（最初の一撃——被害者の言葉・動作——階段からの転落——背後からの一撃——ショーウィンドーに映る自分の顔を見る——ガチャンという音（被害者が動く）——「早く死んでくれ」と思いながら足で踏みつける）。鑑定人は、情動が責任能力に影響があったかはその発生及び経過の様式が疾病等価的であるか否かによるとする。そして、発生様式からみると、本件犯行においても、刺激に比して不均衡なまでに著しい情動状態が生じており、その発生過程においては、被告人の有する素質（異常な情動素質）が主要な役割を演じていると考えられるとする。一方、経過様式は、①合理性、合目的性の欠如、②現実との連続性、相応性の喪失、③人格異質性、④行為についての著しい健忘をどの程度そなえているかを基準として、その情動がどの程度疾病価をもつかによって判断される。本件では、通常時の人格からは予測し難いような残酷性を示すという点で人格異質的であり、動機に比して不相応な重大な犯行という点で現実相応性もある程度失われており、健忘も中等度に残されている。結局、被告人の情動状態は病的色彩が濃いとされた。鑑定の結論は、限定責任能力と判断されても不当でない状態にあったものと考えられる、という。

第一審判決は、右鑑定を採用し、異常な情動素質及び、行為の人格異質性、動機に比して不相応な重大犯行であること、犯行についての健忘を認め、心神耗弱とし、被告人を懲役一五年に処した。

しかし、第二審判決は、右鑑定が基礎とした資料が客観的状况と相応しない被告人の鑑定人に対する供述であること⁽²⁹⁾を主たる理由として、鑑定を採用せず、原判決を破棄し、完全責任能力を認め、無期懲役に処した。最高裁も上告

を棄却している。⁽³⁰⁾しかし、第二審判決は、傍論としてではあるが「右鑑定が被告人の人格の異常性をいう点も、被告人の身体的な障害条件を云々するものでないことは明らかである」こと、つまり布置的因子が存在しないことをも意識障害を否定する根拠としたのである。⁽³¹⁾⁽³²⁾

(18) 大阪地判昭和四六年七月一日判例時報六五六号一〇三頁。

(19) 判例時報六五六号一〇六頁。

(20) 判例時報六五六号一〇六頁。

(21) 判例時報六五六号一〇六頁。

(22) 判例時報六五六号一〇六頁。

(23) 東京地判昭和五三年一月六日判例時報九一三三三三頁、東京高判昭和五四年五月一五日判例時報九三三七号二二三頁。

(24) 但し、量刑の事由としては、被害者にも強く責められるべきところがあること、凄惨な犯行の原因はたまたま近くにあった缺に手が届いた

ことによる偶発的なものであること、誤想過剰防衛であること（この点は第二審では否定された）、犯行途中から心神耗弱となったこと、自殺企図、初犯で平素は真面目であること、見舞金の支払い、謝罪意思の表明が有利な事情とされた。

(25) しかし、第一に、鑑定はむしろ全体として情動性朦朧状態による心神耗弱を認めているのであり、判決には疑問がある。もし、本件が実行

行為開始前に情動性朦朧状態に陥っていたならば、布置的因子にあたるアルコール飲酒も存在するのであるから、心神耗弱が認められていたであろう。本件のような場合に、積極的に実行行為後に限定責任能力となったと認定することには疑問がある。この点についてはなおあらためて検討したい。

第二に、本件を予防という観点からみると、被告人は平素は真面目で、被害者に従順で、犯行は偶発的であり、特別予防の必要性はないといえよう。さらに、一般予防についても、判決も認めるように被害者側に強く責められるべき点がある。たしかに、被告人はブランドーの空びんで被害者を殴った点で本件の発端を作った面もあるが、それは、その直前に、被害者から激しい暴力を振るわれたことによる。被害者から一種の虐待、侮辱を受けた場合にあたるといえよう。したがって、一般予防の必要性もないいわゆる無責任の要件をみたす事例といえよう。

なお、とくに第二審判決が、一方で、はじめの部分はとるに足りないとして誤想防衛を否定し、他方で、心神耗弱についてははじめの部分も無視できないとして三九条二項の適用を否定することには矛盾があるように思われる。この点について、内田文昭「一連の殺人行為につき、その前半部分は誤想過剰防衛であるとして刑法三六条二項を適用し、その後半部分は心神耗弱状態下のものであるが刑法三九条二項の適

用はないとした事例」判例時報九三二号一八六頁、中神正義「殺人につき誤想過剰防衛を認め、殺人の実行行為開始後その継続中に行為者が心神耗弱の状態に陥った場合における刑法三九条二項の適用を否定した事例」研修三七〇号（昭和五四年）六一頁。

(26) 判例時報二九七号三八六頁。

(27) 札幌地判昭和四八年三月二二日判例時報二九七号三八四頁。

(28) なお、本事例は無責任性の要件をみたしていないと思われる。

(29) 大阪高判昭和五五年五月二〇日判例時報一〇〇九号一三四頁。本判決について、荒木伸怡「精神鑑定結果の採否」ジュリスト昭和五六年度重要判例解説二二一頁。

(30) 最決昭和五七年五月二八日（判例集不登載）。

(31) 判例時報一〇〇九号一三九頁。さらに、第二審判決は、被告人が被害者方へ赴く途中ですでに強盗殺人を企図したものであり、その企図どおりに敢行されたものであるので、仮に犯行の時点で情動状態にあったとしてもその責任能力に消長をきたすべきものではないとする。これは、最近の原因において自由な行為についての議論、つまり、最終的意思決定時に完全責任能力であれば後の行為について責任を問うるとする理論（西原春夫「責任能力の存在時期」犯罪と刑罰（上）（佐伯博士還暦祝賀・昭和四三年）四〇四頁以下）、意思の連続性が認められれば完全な責任を問うるとする理論（平野龍一・刑法総論Ⅱ三〇〇頁）を前提とするものであろう。

(32) なお、本事例も無責任性の要件はみたしていないように思われる。

㊦ 考 察

このように、判例が情動行為者の責任能力について意識的に展開するようになってからは、公刊物に登載された判例を見る限り、とくに武村教授の見解に従って、布置的因子を要求するものが主流といえるのである。しかし、第一に、心理学的・精神医学的アプローチの章で考察したように、現在では、布置的因子が存在しない場合にも責任能力を失わせるような意識障害が存在することが認められているのである。そして、西ドイツの通説はこれに従い、最近の西ドイツの判例の中にもこれに従う傾向がみられる。わが国の主な判例がそのような心理学的・具体的基準による意識障害を全く否定していることには問題がある。弁別能力又は制御能力を失わせるような意識の変化を意識障害と認

めない根拠はないように思われるのである。もちろん、わが国の主な判例は、布置的因子としては疲労・不眠等の生理的条件でもよいとしており、多くの場合、実際上は結論はそれほどかわらないかもしれない。しかし、つねに、形式的に布置的因子ないしは生理的条件が存在しないという理由で、意識障害を認める鑑定を排斥することには疑問がある。

このような観点からみると、公刊物不登載のものではあるが、高知地裁の昭和五五年九月一七日判決は、布置的因子を必ずしも要しないとする鑑定を採用し、右にみた判例の傾向に反して、布置的因子を必要条件としない旨を明示した点で注目に値する。とくに、(二)であげた大阪高裁昭和五五年五月二〇日の事案と非常に類似した事案であり、鑑定人も同一人であること、それにもかかわらず異なる判決の結論となった点で興味深い³³⁾（もちろん、大阪高裁の判決の方では、鑑定資料の点での問題、故意が限定責任能力となる以前から存在したことが重要であるが）。事案は次のとおりである。

被告人は叔母夫婦に頼まれて財産を処分してやり、管理を任されていた売得金の一部を保管していたが、その一部を母に無断で株に投資して損失した。そこで友人に五〇万円借りて母に返したが、友人から返済を迫られ、両親に内緒で大伯父である被害者から五〇万円借りて友人に返済した。しかし今度は被害者から強く返済を求められ、返済できないうちに被告人の父から直接支払いを受けるとまで言われた。しかし約束の日にも金策がつかず、翌日被害者方へ赴き支払延期を懇請したが拒絶され、直接被告人の父に返してもらおう等と怒号されたため、父に電話されると借用の事実が両親や妻に知れて信用が失墜すると思ひ込み、被害者を殺して債務の請求を不能にして支払いを免れようと決意し、同人の頭部を所携の金槌で数回殴打して殺害し、債務の請求を不能にして支払いを免れ、財産上不法の利益を得た。なお、犯行後、同所で印鑑及び古銭を窃取した。

精神鑑定書によれば、被告人は精神病ではなく、反社会性を顕著に示すような精神病質者でもない。しかし、強い自己感情の亢進、むら気、感情の易動揺性、被暗示性の亢進等が認められ、それ故に、優れた知能と正常な道徳感情に

もかかわらず、些細な葛藤の処理に失敗し、短絡的に不適応行動に走る可能性がある。この人格偏倚の原因として、父系の精神分裂病の遺伝負因及び母系のうつ病の遺伝負因が軽視できない。さらに、父がその母と姉とによって不当に貶められて育ち、被告人はその父を深く敬愛し、父がその母に抱いている怨念を感じ、自らと父とを同一視し、子供のころから自らの依存性を強く抑圧し、父には叶えられなかった自立の道を急ぎ、さらに、自らをとりまく劣等感を知的に補償する術を身につけていったことも重要である。被告人が五〇万円の借金という一見些細な行為の露頭をかくも強く恐れたのは、彼がそれまで維持してきた理想化された自己像が破壊され、家人との間の信頼関係に致命的打撃を与えると考えたからであろう。情動と責任能力の関係については、(二)の第四例と同じく、発生様式と経過様式から診断と考察がなされている。発生様式からみると、本件においても、刺激に比して不均衡なまでに著しい情動状態が生じたといえるが、その発生過程においては、些細なことを致命的な重大事ととらえざるを得なかった被告人の人格の偏り、未熟さが主要な役割を演じており、さらに付加的要因として、被害者による頸部圧迫による物理的的刺激と生来の易興奮性があげられる。経過様式からみると、普段の人格からは予測し難いような残虐な犯行であるという点で人格異質的であり、健忘も否定もできず、さらに犯行直後には顕著な健忘と覚醒体験を伴うような意識障害が出現したと考えられる(被告人は、被害者から首を押されて頭の中が真っ白になったあと大叔父にうしろから迫っていく場面、大叔父が倒れるのを自分がソファで立って見ている場面、何回も手を打ちおろすように振ったという記憶だけで、気がついたら血のついた金槌を持って隣室の座椅子に座っていたと鑑定人に述べている―筆者注)。また、動機に比して不相応な重大な犯行という点で現実相応性もある程度失われているが、これは被告人の生き方そのものが現実相応性を失い易いことによると考えるべきであろう。こうして、情動状態は疾病価を有するとも強ち不当であるとはいえないとされた。そして、被告人に遺伝負因や性格的偏りがある場合には、かつ、犯行の経過に著しい情動が存在し、意識障害の存在

が肯定できる場合には、たとえ付置的因子が存在しなくとも、疾病価を有する意識障害と認定しうるとし、心神耗弱を相当と結論づけている。

判決は右鑑定を容れ、さらに「本件のように著しい情動状態が存在し、その情動が疾病と等価値を有するとみられる場合には、睡眠、脳障害、中毒等の布置因子を欠いたとしても、責任能力の減喪を認めて差支えない」として、心神耗弱を認め、被告人を懲役一四年に処した。

第二に、右にみた主な判例は、いわゆる無責任の要件については何もふれていない。しかし、この点についても、注目すべき判決として、布置的因子の存在に加えて無責任を要求すると同時に、さらに無責任の要件がみたされれば意識障害が精神医学的・心理学的に明白でなくとも責任無能力等を認めるものと解される札幌地裁の昭和四七年七月一日判決がある。⁽³⁴⁾ 事案は次のとおりである。

被告人は寝場所を捜して歩き廻っているうちに、駐車中の軽四輪貨物自動車を見出し、その窓を破壊して同車に入ってしまった。ところが、同車の所有者である被害者が酒に酔って戻ってきたため、被告人はその不始末を見せられて同人に促され、車外に出た。その際、被告人は登山ナイフを携えた。被告人は同車から「なぜ、人の車に入ったのか」などと叱りつけられ、一応謝罪したが、なおも「警察へ行こう」などと言われ、とっさに登山ナイフで被害者を刺して殺害した。このような事案は、いわゆる「カッとしてやった」犯罪の代表的なものであり、従来は責任能力論としてではなく、せいぜい情状論として扱われる位であったと思われる。しかし、本件では諸治隆嗣氏が精神鑑定を行ない、しかもそれは責任無能力を結論づけるものであった。すなわち、被告人は精神病ではないが、限界域の知能、人格未分化、衝動性、不安、対人過敏性を特徴とし、人格の統合機能が阻害されやすく、本件も右の人格を基盤とする短絡行為であるとする。その際、意識は狭窄し、その範囲内では意識清明であり、事象の認識とそれに従った一定

の複雑な行為はできないが、一種の病的行為であり、善悪の判断は全くできなかつたとした⁽³⁵⁾。本鑑定は、意識狭窄の場合にも責任能力が欠けうることを認めるのである。

判決は、まず「本件犯行が、鑑定人のいうとおり、全面的に人格統制機能の欠如した状態で行われた短絡的衝動行為であるとしても」正常人の責任能力には影響しないとす。というのは、一般予防上次のような原則がたてられるべきだからである。すなわち「右刺激に当面する直前以前の時点においては、是非善悪を弁別しこれに従って行動する能力を有していたわけであり、しかも行為者としては不断に共同社会の規律に従って自己の情動を統御すべき努力をするよう義務づけられていること、社会の大多数のものが些細な刺激に身を委ねて勝手な衝動行為に出てもこれを処罰しえないこととなれば社会秩序は崩壊してしまうことなどを考えると、正常人の衝動行為については原則として責任能力の減免の余地はないと解すべき」であるとする。しかし、本判決も、一般予防からの責任能力の存在の原則に、一定の例外を認める。

その第一は、(一)で述べた判決が示したのと同様に、布置的因子又は生理的条件が存在する場合である。ただ、本判決は「行為者の責に帰しえない事由で」極度の不眠、疲労等の状態にあったのでなければならず、布置的因子や生理的条件にさらに無責任の要件を加えるものと解される点で特徴がある。本件のように、非行を重ねながら放浪したために疲労、睡眠不足にあった場合は除かれることになった。しかし、この点については、本判決の一般予防の原則からは、布置的因子等によって意識障害が明白になればそれだけで責任無能力とすべきであり、さらに無責任を問う根拠に乏しいと思われる。判例はそもそも布置的因子を要求する論理として、布置的因子が存在すれば心因性のもので、体因的意識障害と同様に、意識障害が明白となり、一般予防の必要性もないとするのであった。とすれば、それだけで責任無能力等を認めねばならないはずである。これにさらに無責任を要件とすることは、意識障害による

責任無能力が明白であってもなお免責を認めないという不合理な要求であるように思われる。判例の事案に関していえば、たとえ、自己の放浪によって疲労や不眠となっていたとしても、それが布置的因子と認められる程強いものであれば、やはり、意識障害による責任無能力等を認めねばならないであろう。

第二の例外として本判決は「被害者から過度の虐待、侮辱などをうけた」⁽³⁶⁾場合をあげる。これは、一般予防の見地から意識障害による責任無能力等を認めても差支えない場合として、ドルトムント事件にみられるような、事案の特色づけとしての無責任の要件を認めるものであろう。⁽³⁷⁾とくに、本判決は、これを第一の例外と並列的に、独立のものとして扱うのであり、第二の例外の場合には、意識障害そのものは精神医学的あるいは心理学的に明白でなくともよいことになると思われる点で注目すべきである。この点については、判例は以前にも、被告人が被害者から恐喝的態度を示されて激しい興奮状態に陥った場合、⁽³⁸⁾父から肉体関係をたびたび強要され、他の男性との結婚も妨げられ、さらに理由もない暴言を浴びせられて興奮状態に陥った場合⁽³⁹⁾について、精神医学的・心理学的には意識障害が明白であるとはいえないように思われたにもかかわらず、限定責任能力についてはあるが三九条を適用したのであり、無責任それ自体が三九条の適用を促しうることを示唆していたといえよう。また、すでにみたように、無責任の見地から責任無能力を認めることは、最近の西ドイツのロクシンやクリュムペルマンの見解、すなわち、一般予防及び特別予防の必要性がない場合には責任を問うべきでないとする傾向、さらに実質的責任概念から支持される。判例のいうように、責任無能力の究極的根拠を予防に求めるならば、体因的意識障害の場合、布置的因子ないしは生理的条件の存在する場合、心理学的・経験的基準によって意識障害とされる場合のほかに、責任能力に影響はあるが精神医学的・心理学的には意識障害が明白であるとはいえない場合にも、無責任の要件を具備して、一般予防及び特別予防の必要性がない場合には、責任無能力とする余地も残るのではないだろうか。そして、この場合の無責任とは、一定時点で情

動が回避できたか否かというような心理学的基準にも解消されるような判断によるのではなく、一般予防及び特別予防の必要性がない事案であることを特徴づけるようなものとして考えるべきである。判例は、被害者から過度の侮辱又は虐待を受けた場合をあげているが、これから無責任の要件を具備する事案をさらに類型化しなければならない。このように、無責任の要件は、意識障害を限定するものとしてではなく、それ自体で独自の意義をもつものとして扱ふべきである。次の事例は、布置的因子が存在しない場合の意識障害の可能性という観点のほかに、右の無責任という観点からも参照に値すると思われる。⁽⁴⁰⁾

被告人は母親が内縁関係を解消して再婚したこと等により、祖父母に育てられ、中学を卒業した。家業（農業）の手伝いなどをした後、女給として働いていたが、炭坑夫として働いていた被害者である夫と知り合い、同棲し、婚姻届を出すに至った。二子をもうけて一応は平穏な家庭生活を送ってきたが、被害者は粗暴な性格で、酒癖が悪く、酔余しばしば被告人に対し「出て行け、能なし」などと暴言を浴びせるばかりでなく、些細なことをとり上げて暴力を振るったりするため、被告人は悩んだが、その都度被害者が素面のときはやさしい振舞をすることや、自己が両親なしで成育したことを思い起こし、子供に同様の苦勞をさせたくないと考えて、ひたすら耐えていた。しかし、昭和五四年一〇月頃から、土建業を営んでいた被害者は、下働きの女性と親しくなり、一二月頃から同女と情交関係を持つに至った。被告人は被害者に同女との関係を清算するように懇願したが、被害者はその女性の所に泊っても長椅子に寝ているだけだなどと弁解し、以後、泊り続けるようになった。犯行前日の昭和五五年一月六日も、被害者はその女性方へ出かけていたが、その女性から被告人に「飲みまこないか」との誘いがあり、被告人はその女性方へ赴き、何とか被害者を連れ戻したいと思っていた。しかし、両名の関係を非難したところ、かえって、その女性から同女と被害者が被告人の面前で情交関係を結ぶかのようなことを言われたことや、被害者から「お前みたいなどん百姓と一緒に

やっけていくつもりはない。離婚届の用紙を買ってこい」などと、その女性と比較されて侮辱する暴言を浴びせられ、いたたまれずに逃げ帰った。そして、前途を思いあぐねて、その女性方に電話して被害者に帰るように懇願したところ、同人がその女性を妻のように扱っている話振りであったため、このままでは被害者は帰らなくなるのではないかと焦燥し、この上は兩名を脅してでも被害者を連れ戻そうと考え、刺身包丁を隠し持ってその女性方へ赴いた。そして、昭和五五年一月七日午前零時一〇分頃、その女性方で、居間の電灯をつけたところ、長椅子の上に寝ていて欲しいと願っていた被害者が、その女性と寝室で布団を並べて就寝し、あたかも同衾しているかのような姿でいるのを認めるや、これまでの被害者に対する憤懣の念と、裏切られたという気持から憤激の余りとっさに殺意を抱き、被害者を刺身包丁で刺して殺害した。

精神鑑定書によれば、被告人には精神分裂病、躁うつ病、器質性脳疾患、てんかん、精神薄弱、器質性脳障害に基づく性格障害は認められない。性格は小兒的、依存的、未熟といえる。

犯行時の精神状態については、鑑定は、まず、一方ではその精神状態そのものを精神病理学的に検討して、病的といるか否かを判断する必要がある、他方では、病的な精神状態を惹起しうる諸条件が存在したか否かを知る必要があるが、後者が存在したとしても、犯行時の精神状態そのものの精神病理学的判断が責任能力判断上優先する、と前置きする。次に、具体的に検討する。第一に、被告人の平素の性格からみて、本件犯行は意味不連続又は意味の断絶したものとはいえない。精神病の精神状態における行為は平素の性格からとはとび離れたもので、意味の断絶したものであり、本件のような激情によっても精神病と同様に人格不相応な、意味連続性を欠く行為がなされることがあるが、本件はそれに該当しない。というのは、被告人は小兒的、依存的で被害者に強く依存して生きてきたが、本件直前には苦悩しつつもなおしがみついていた被害者との絆をまさに断ち切れようとする危機に直面した。しかし、被

告人は執着的性格があり、容易には被害者を捨てられなかったとみられる。被告人自身も被害者をどうしても他の女性に渡したくなかったと言い、現在夢の中で完全に自分のものとなった被害者と共に寝る安らぎを覚えている。したがって、被害者が奪われるという危機に臨んで、被告人の性格の弾力性の一面がその行動を決定づけたと理解できる。また、肉欲のために被害者を一層手離し難く思ったといえる。

第二に、鑑定によれば、被告人は犯行直後において、自らの責任で犯行を行なったことを自覚していたとみられる。激情行為が激情の発散により、理性が全く関与せずになされるときには、その行為は自分にとって縁のない、奇異なものとして体験される。よって、犯行後に、その行為について自分の責任を否定し、後になって、自分の体験としてはなく、示された証拠から因果的に、それを自己の行為と認める。しかし、被告人は行為そのものを自分が行なったことを否定しておらず、このことは、行為が自我が関与した、責任ある行為であることを認めたことを示している。

第三に、鑑定は犯行時の情動の強さ、熟慮の欠如について言及している。被告人は、夫の愛人方で奥の部屋に被害者とその女性の二つの顔を見た瞬間から、被害者を殺害して表へ出るまでの間の行動について、一貫して完全な記憶の欠損を主張している。本件犯行は計画的、予謀的なものではない。本件犯行の一瞬前、被告人はそれまで被害者がソファの上で寝ていると思いついていたのに、ソファの上で被害者がいないのに驚き、顔を上げて二つの顔を向こうに見、しかも一方の顔が持ち上げられているのを見た。そこで二人が一緒に寝ていると判断して、その意味を考え、このときに大きな精神的衝撃をうけた。本件犯行はそれに対する反応である。この後から、記憶がないというが、合目的に行動し、異常な、又は取り乱した行動は認められなかった。意味もなく動きまわったり、傍に寝ていた子どもを踏みつけたり、物に突き当たるなど全くなく、玄関を出るときは自分の履物を間違えていない。これは、てんか

ん性意識障害とは異なり、意識混濁が生じなかったことを示す。それにもかかわらず記憶がないとすれば、被告人の意識は強い情動のために狭窄して、注意はその情動によって惹起された行動の目標へ向かって集中し、諸事象はその狭められた意識野の周辺でごく狭く意識される状態が急激に起こったことが考えられる。この時、意識はちょうど舞台の上の俳優一人を照らし出すスポットライトに似る。その周辺での知覚も誤ることなく、行動はスポットライトで照らし出された目標へ向かって合目的にかつ粗大な過誤なく遂行される。しかし、行動の経過が迅速なため、細部は記憶に残りがたく、ただ行動のおよその意味はわかっているはずである。このことを被告人は「何かやったという感じはある」と表現している。ところで、一般に強い情動に支配されて行動するとき、意識は多少とも狭窄して細部の記憶は不確実ないしほとんど失われる。その程度は情動の強さと行動する者の生物学的・心理学的状態（布置条件）によってさまざまである。情動が著しく強く、特別な布置条件が存在するとき、意識の変化は病的なものとなり、意識の狭窄ばかりでなく、その混濁も起こりうる。このとき意識は変質しているものであり、かかる意識状態に陥った人は一時的に別の人格となったことになり、その状態での行為に帰責しえない。意識が狭窄しているだけの場合、その状態において平素の人格は保たれており、その行動は平素の人格に不相応ではなく、自我が関与している。

被告人の本件犯行は、衝動や情動が中間的熟慮により抑制されずに直接行動に出る短絡（近道）反応に近く、被害者とその女性が一緒に寝ているところを見たとき、急激に、極めて強い情動が起こったのであり、被告人の行動ぶりからみて、情動を制御する熟慮が作動したとしてもその力が強かったとは認められない。しかし、被告人には布置条件は認められない。まず、身体的に神経系の機能異常や脆弱性を示していない。犯行直前にはある程度過労、睡眠不足、低栄養の状態にあり、また午後六時頃アルコールを飲んだという。けれども、これらは布置条件に該当するようなものではない。ただ、強い情動が起こりやすく、またそれを抑える熟慮も働き難い、ないしは働きの弱い精神状態を呈

しやすいことは認められる。また、被告人は小児的性格で、強い精神的衝撃によって容易に精神的平衡を失い、熟慮を欠く行動に出やすい。このような被告人が長年にわたって重い精神的負担に悩み、精神的緊張が持続していた。ことに本件直前の被害者の言動は被告人を精神的危機状態に追いつめていた。しかし、強い情動の発散後の疲弊は認められない。ただ、犯行後に若干放心状態にあり、いつかはわからないうちに小水を洩らしていたことは、犯行時の情動がけっして弱いものではなかったことを示唆している。

こうして、被告人の犯行が短絡行為に近いものであることは否定しえないが、犯行に至る事情、犯行の動機（嫉妬、夫に捨てられるのではないかという不安——所有感情の毀損）、犯人の性格像と性への態度、犯行遂行（別の目的で凶器を携行、その場の激情による犯行）、犯行後の態度（ことに空想における被害者の完全所有——被告人の夢に現われている）等において普通の嫉妬殺人と大きく異なる例ではないとされた。結局、純粹に精神医学的見地から被告人の責任能力をとり上げれば、責任無能力又は限定責任能力に該当しない。しかし、短絡反応——完全な短絡反応においては、熟慮が全く働かないため、責任無能力が認められる——に近い犯行を結果として起こした被告人の情動の生起について、期待可能性の面からどう見られるかは、鑑定人の責務外のことであるとする。

以上が鑑定の概要であるが、以下に、鑑定主文をあげる。「昭和五五年一月七日の本件犯行時における被告人の精神状態は、右の如き性格（小児的、依存的、未熟、強力性と無力性の混合、執着性などの特徴をもつ——筆者注——）に加えて、ある程度強度の情動に支配された短絡反応に近い状態であるが、その犯行は人格相応で、被告人自身、それが自己の意思から出た行為であることを自覚しえたものであり、精神医学的には行為の不法性を認識し、この認識に従って意思を制御することが不可能な生物学的・精神病理学的状態であると認められない」。

判決は、被告人の知能は正常の範囲内にあり、精神疾患の症状も認められないこと、布置条件に該当するものがない

いこと、犯行の動機は一応了解可能なものであること、犯行直後に現場付近で自己の行為を十分認識していた旨述べられていると認められること、かけつけた司法警察員に対して刺した理由や状況等について詳細に説明し、被害者の安否を気づかうなど取乱したような様子は認められなかったこと、その後の取調べに対しても本件犯行の動機、経緯、犯行状況、犯行前後の行動等について具体的かつ詳細な供述をしていること等を根拠として、心神耗弱の主張を容れなかった（量刑の理由は特に示されていないが、被告人を懲役三年に処した）。

本判決は、意識障害を認めるためには少なくとも布置条件が必要であるとする鑑定に従ったものといえる。但し、鑑定が意識狭窄による記憶の欠損を認めうるとするのに対し、判決は、取調べに対して詳細かつ具体的に供述したことをもって完全な記憶があったとする。この点の認定にも疑問はあるが、さらに、本判決には次のような疑問がある。

第一に、鑑定が指摘するところによれば、本件犯行は、被告人が被害者とその女性が一緒に寝ているところを見たときに急激に極めて強い情動が起こったことによるのであり、衝動や情動が中間的熟慮により抑制されずに直接行動に出る短絡反応に近く、被告人の行動からみて、情動を制御する熟慮が強かったとは認められない。鑑定は、純粹に精神医学の見地から、右の点は期待可能性の問題であるとしてとくに立入ってはならず、布置条件の存在しない本件は責任無能力等に該当しないとす。しかし、この点は期待可能性の問題とする以前に、なお、心理学的に意識障害、責任無能力、限定責任能力に該当するか否かの問題にもなりうるように思われる。純精神医学の見地から布置条件を不可欠とする前提に立たずに、ウンドイッチらの見解に従って心理学的にも意識障害を考えるならば、犯行の人格疎遠性、無計画性、犯行直後に小水を洩らしたこと、犯行直前の過労、睡眠不足、低栄養状態も重要な標識になりうるであろう。また、完全な記憶があったとするには判決においてより詳細な理由づけが必要になると思われる。本判決は、鑑定から示唆される右の点について何らふれておらず、心理学的な意識障害の可能性について判断していない点

で疑問がある。

第二に、本件を無責任性の要件、つまり予防という角度からみると、被告人には前科、前歴はなく、問題を自ら解決する能力が十分であるとはいえないが、二児をもうけて、妻としての任務も果たし、社会にも十分適応しており、特別予防の必要性はないといえよう。一般予防についても、本件は被害者にも相当の責任がある点が考慮されるべきである。被害者は酒に酔っては被告人に暴言を浴びせ、暴力を振るってきたのであり、被告人はひたすらそれに耐えてきた。犯行前にも、被害者から、その愛人と比較されて侮辱的暴言を浴びせられた。そして、本件は、それを背景として、被害者がその愛人と布団を並べて寝ているのを見て、被害者がとってきたこれまでの仕打ちに対するうっ積していた憤懣が一時に爆発したものである。こうして、本件は高度の情動と予防の必要性という見地からも三九条の適用の余地のあった事例のように思われる。但し、二人が寝ていたこと自体は暴力的・侮辱的行為とは言えない。したがって、なお、この種の事例との比較が必要であろう。しかし、とにかく、鑑定という期待可能性には右のような事情の考慮が含まれていると思われるのであり、本判決がその点について判断を示していないことには疑問がある。

(33) 本件は、私が情動行為の鑑定と判決の実際について次のような調査を行なった際に知り得たものである。

① 調査対象——本稿は「正常人」の情動行為の責任判断を検討している。そこで、調査の対象は、刑事責任能力に関する精神鑑定書の鑑定主文又は考察の章において、情動行為に関係する用語（たとえば、心因性朦朧状態、短絡反応、意識障害、情動のうっ積）が使用されており、かつ、狭義の精神病（すなわち、器質性精神病、精神分裂病、躁うつ病、真正てんかんの例外状態）の存在しない事例とした。

② 資料の収集——左記の二通りの方法によった。第一は、東京地方裁判所の刑事記録係の鑑定委員会に昭和五五年一月一六日現在で保存されている鑑定書で、責任能力に関するものである。これは、昭和四七年四月三日から昭和五四年六月一〇日までのもので全件で一六一件あったが、そのうち右の調査対象に該当するものは二三件であった。但し、昭和五五年一月一六日現在で、控訴中、公判中のものがそれぞれ一件ずつあり、結局二一件を資料とすることができた。

第二は、現在、精神鑑定に携わっておられる東京医科歯科大学の中田修教授、東京大学の武村信義助教授、東邦医科大学の新井尚賢教授、

紫田洋子教授にも御協力をいただいて、鑑定書を拝読させていただいた。しかし、判決書を入手できないものもあり、結局、この方法では四件中八件を資料とすることができた。こうして、全部で二九件が利用可能となった。

犯罪別では、殺人二一件、殺人未遂四件、傷害三件、放火五件、強盗殺人三件、強盗傷害一件、傷害及び殺人一件、器物損壊一件である。

心神喪失とされたものはなかった。心神耗弱とされたものは一〇件である。(但し、そのうち一件は慢性心理的うつ病とされた。この事例については、Hirose, Depression and homicide, Acta psychiat. scand. (1979), 59, p.215. また、他に一件、意識障害は認められたが、心神耗弱は認められなかった(□の第二例がある)。そのうち八件については、精神病質、てんかん性格、狂信型性格、アルコールの影響、ハイムールの影響、コントロールの影響、嗜眠性脳炎等が重要な役割を果たしており、鑑定と判決の間にとくに不一致はなかった。他一件は本文にあげた事例である。

完全責任能力とされた一九件の中で鑑定と判決が異なる結論となったものとしては、□であげた第二例、第四例と、傷害罪について、鑑定は性格偏倚に基づく心因性朦朧状態として心神耗弱としたが、判決は暴行時には完全責任能力があったとして心神耗弱を適用しなかった事例(この事例については、中田修・犯罪と精神医学《昭和四十六年・第二版》一三四頁以下参照)があった。

完全責任能力とされたもので鑑定と判決が一致した例としては、中田・前掲書一五〇頁、一六三頁参照。

また、予防の必要性を失わせるような事情の認められる事例は、本文にあげた事例以外には存在しなかった。

(34) 刑裁月報四卷七号一三〇三頁。判例タイムス二八二号三一〇頁。

(35) 刑裁月報四卷七号一三〇七頁。

(36) 刑裁月報四卷七号一三一〇頁。なお、「虐待又は重大な侮辱」という表現は、西ドイツ刑法二二三条前段にみられる。この規定は、行為者が自分の責任ではないのに自己又は自己の親族に対する虐待又は重大な侮辱を受けて、激情し、その場で虐待等をした者を殺した場合に、減刑しうるとする。その際、行為者と被害者の過去の態度も考慮され、行為者が長い間被害者から苦しめられていた場合には、行為直前の侮辱自体はそれ程重大でなくとも十分である(BGH GA 1970, S.214)。逆に、過去において行為者が被害者を不当に苦しめていた場合には、被害者による侮辱について行為者に責任があることになり、この規定は適用されない(BGH MDR 1961, S.1027. 但し、行為者が売春婦のひもとして墮落した生活をしていたというような事情はこの規定を排除するには不十分である。BGH bei Dallinger MDR 1974, S.723. また、被害者による侮辱について行為者に責任がある場合でも、高度の興奮状態それ自体は二二三条後段によって、行為者に有利に働く。BGH NJW 1968, S.757)。このようにみてくると、それは情動行為の責任能力の判断の方法と非常に似ており、どのような場合にどうの問題となるのか疑問とならう。しかし、全体としてみると、二二三条前段よりも、責任能力の問題となることが多い(Geilen, Provokation als

Privilegierungsgrund der Tötung?—Kritische Betrachtung zu §213 StGB, Dreher—Festschrift, 1977, S. 378, 380)。その理由は次の点に求められるように思う。第一は、情動においてはその精神的欠陥状態が問題となるために、まず、責任能力の領域において議論される (Geilen, a. O., S. 381)。第二に、二二三条前段は殺人 (Totschlag) のみを対象にしているが、情動による殺人は残酷なものが多く、謀殺 (Mord) となるために、二二三条前段から排除される (BGHSt. Bd. 11, S. 139ff. Vgl. Lange, Ist Schuld möglich?, Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 275; Maurach, Deutsches Strafrecht, B. T., 1969, S. 39, 30)。第三に、被害者による最終的挑発の前に、すでに殺人の決意をしていた場合には二二三条前段は適用されない (BGHSt. Bd. 21, S. 161)。わが国では、右のような特別の規定はないので、第一の理由により、まず責任能力の問題として考えるべきであろう。そしてその中で、二二三条の解釈に現われたような事情を考慮すべきである。

(37) 同様の見解として、鈴木義男「正常人の衝動的行為と責任能力」研修二九五号 (昭和四八年) 七〇頁。

(38) 福島地判昭和三年九月二四日第一審刑集一卷九号一五四七頁。

(39) 宇都宮地判昭和四年五月二九日刑集二七卷三号三一八頁。東京高判昭和四五年五月二二日刑集二七卷三号三二七頁。

(40) 私の調査によって得た資料による。函館地判昭和五六年三月一七日。

第二節 わが国の学説

わが国の学説は、情動行為者の責任能力について、活発な議論を展開してきたとはいえない。それは、あるいは、正常人の情動行為は責任能力の問題にはなりえないという前提が暗黙のうちに認められていたためかもしれない。しかし、植松教授は精神医学的見解をも紹介されながら積極的にその見解を示されている。また、実務をふまえた上で、植村判事、鈴木参事官もこの問題にアプローチしておられる。次に、それらの見解を検討しよう。

(一) 植松教授の見解

まず、植松教授は、情動の心理学的特徴については、ヴィッターの見解に賛成される。すなわち、意識は狭窄しているが、清明であり、ちょうど、学問や芸術に極度に没頭している状態と同様である。したがって、正常人の情動は認識能力に影響するとは思われない。ただ、学問の場合のように冷静ではなく、やはり、制御能力については考慮する余地があるとされる⁽¹⁾。

ただ、植松教授も、すべての情動による一時的な精神障害について責任能力の減免を認めることは、刑事責任の基礎を失わせ、刑法の崩壊を招くおそれがあるとされる。教授は、意思決定論から、正常人の情動行為の場合にも原則としては責任ありとされる。すなわち、刑法は決定された者の集団の秩序を維持するために存在するのであるから「根源的意味において完全な自主性を有する人間を基準にして考えているのではなく、もともと遺伝と環境との所産としての人間を基準として責任のことを考えているのである。出発点は『平均的不自由人』を基準とするもの」²⁾なのである。しかし、広い意味での期待可能性が存在しない場合、すなわち「そのような行動場面に追い詰められたことが自己の責めに帰すべき事情によらなかったということに対する同情の価値」³⁾があり、一般の法感情が責任能力の減免に同意する場合には、いわゆる無責任の要件を充足するものとして、責任能力の喪失又は減弱を認められる。

このように、植松教授は意識狭窄にすぎない場合にも意識障害を認められるのであるから、布置的因子をつねに要求する見解には入らないといえよう。それでは、少なくとも心理学的には意識障害が明白でなければならぬのであろうか。この点については植松教授自身は、心理学的基準を充足する情動を前提として議論されてはいいないこと、および「刑法はいわばマイナス(負)の集団の成員を規律するのであるから、ある一線をそこに引くことによって、そこを出発点とすれば、それをプラス(正)として扱うことができる。激情行動についても、通常人・平均人を出発点とし、それに社会倫理的規範による価値判断を加えて一線を引くことになる」⁴⁾とされていることから、否定的に解してよいと思われる。教授は、むしろ、無責任のみを決定的基準とされるように思われる。その無責任の内容も、一定時点で情動行為を回避できなかったということではなく、一般人も責任能力の喪失又は減弱を認めることに同意するよ
うな事案であったという一般予防の必要性を本質とするものである。このように、植松教授の見解は、一般予防の
必要性を中心とする無責任の要件を決定的基準としながら、正常人の情動も責任能力の問題として扱っていくとい

う意味で、すでに考察した西ドイツのロクシンやクリュムペルマンの見解と同一の方向をめざしているように思われるのである。

(1) 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) 四一九頁。

(2) 植松・前掲論文四二四頁、四二五頁。

(3) 植松・前掲論文四三五頁、四三六頁。

(4) 植松・前掲論文四三六頁、四三七頁。

(二) 植村判事の見解

植村判事も、無責任性の要件を必要とされる。しかし、その無責任性の内容については二通りに解されているように思われる。すなわち、第一は、一定時点での情動行為の回避可能性という意味であり、植村判事は「行為者が情動(激情)を起動する時においては、行為者はその情動により他人への身体傷害や物品損壊が生ずることを当然予見する少なくとも予見し得た」場合には「原因において自由な行為」(傍点は原文による)の理論の適用として、当然に、三九条は適用されないことになるとされる。⁽⁵⁾

しかし、反対に第一の無責任性の要件をみたとしても、それだけで三九条の適用が認められるわけではない。すなわち、情動のように真正精神病ではない場合には「行動を制御せよとのその人間に対する正常な期待がその状況下におけるその人間にとって過大な要求であるかどうか」が決定的である。もちろん、そのような判断は鑑定と無関係に行なわれるのではなく、むしろ、判事も「あらゆる方面にわたって行われる広汎な心理学的分析による随時の特別な理由付け」(傍点は原文による)が要求され、裁判官も鑑定人とともに心理学的分析を行なわねばならない。⁽⁶⁾そして、心理学的分析によって判明した被告人の年齢、経歴、境遇、疾患、知能、性格、予謀の余裕の存在、行為時の状況等を考慮して、そのような事情の下で「人」はその行為を避け得たかを問うのである。このように植村判事は心理学的

分析を重視されるが、他方で、やはり規範的考慮を前面に出されているように思われる。すなわち、制御能力について「強殺」という重大犯罪に関する限り右のような精神状態においても、通常人はこれを抑制できたものと期待せざるを得ない」ので心神喪失を認めることはできないとされる一方、「犯行が被告人の平素の真面目な人格・行状から著しくかけ離れていた」ような場合には、心神喪失が認められるべきであるとされるのである。⁽⁷⁾ たしかに、犯行が熟慮を要する詐欺であるか、あるいは単純な放火であるかは制御能力の心理学的判断に大きな影響があるであろうし、人格疎遠性も重要な心理学的基準と思われる。しかし、「強殺」という重大犯罪に関しては抑制を期待せざるを得ないという判断はやはり一般予防の要請を、さらに、被告人の平素の真面目な性格の強調は一般予防及び特別予防の必要性を重視したものと考えられる。⁽⁸⁾ ここから、植村判事も予防の必要のない事案を特徴づけるという意味での無責任の要件を必要とされているように思われるのである。

植村判事は布置的因子の要否についてはとくに明言しておられないが、西ドイツの判例に賛成されていることから、⁽⁹⁾ おそらく、布置的因子は要求されないものと思われる。心理学的基準を重視されることは右に述べたが、第一及び第二の無責任性を決定的とされることから、心理学的には意識障害が明白であるにもかかわらず責任無能力とされない場合、及び、心理学的には意識障害が明白ではないにもかかわらず責任無能力とされる場合がありうるようになるように思われる。

(5) 村松常雄・植村秀三・精神鑑定と裁判判断(昭和五〇年)三四頁、三五頁。

(6) 村松・植村・前掲書四二頁、四三頁、四四頁。

(7) 村松・植村・前掲書一四八頁。

(8) 村松・植村・前掲書三七五頁。なお一四八頁と三七五頁を比較参照されたい。

(9) 村松・植村・前掲書三四頁。

(三) 鈴木参事官の見解

鈴木参事官も、植松教授や植村判事と同様に、事案の特徴づけという意味での無責任性を要求とされるといえよう。⁽¹⁰⁾ すなわち、正常人の情動行為は通常は自己制御を怠った結果として責任能力には影響しないものと考えられるが、被害者から迫害又は挑発をうけて情動犯罪を行なった場合は、例外的に、責任能力の喪失又は減弱を肯定されるのである。⁽¹¹⁾

そもそも、鈴木参事官によれば、刑法のあり方や責任を考えるにあたって、一つの理念や主義だけですべてを割り切るのではなく、他の社会的な諸要請もすべて考慮に加えなければならない。したがって、責任能力の判断に際しても「責任すなわち非難可能性の有無および程度を基本としつつ、一般予防および特別予防、社会福祉、行為者に対して適用されるべき刑罰以外の措置、『精神医学的認識の成果』、『現在におけるわが国民の倫理思想』、さらには『憐愍、思いやりなどによる宥恕の情緒的要求』」などへの配慮を欠くことはできないことになる。⁽¹²⁾ それらの要素は時代とともに変化し、また、たとえば情動行為についての精神医学的・心理学的解明や予防手段の発展が一般人の認識に影響し、責任能力の判断も変わってくるのである。⁽¹³⁾ しかし、現在の段階では、精神病については、一般人も一種の病気と考え、精神病患者による犯罪もやむを得ない害悪と考えるので、責任無能力を認めることができるが、正常人の情動については、無責任性の要件をみたさねば責任無能力等を認めえないとされるのである。⁽¹⁴⁾

ここで、鈴木参事官は、無責任性の要件をおそらく、一般予防、特別予防、「憐愍、思いやりなどによる宥恕の情緒的要求」といった要素から導かれるのであろう。そして、現在の段階では、正常人の情動についての「精神医学的認識の成果」や心理学的解明はなお精神病についてのそれに比べて十分でなく、結局、無責任性が決定的な基準となると考えられるのであろう。

(10) 鈴木義男「正常人の衝動的行為と責任能力」研修二九五号（昭和四八年）八九頁以下、二九六号（同年）六五頁以下、二九七号（同年）七一頁以下。

(11) 鈴木・前掲論文・研修二九七号七二頁。

(12) 鈴木・前掲論文・研修二九七号七五頁、七六頁。

(13) 鈴木・前掲論文・研修二九七号七八頁。

(14) 鈴木・前掲論文・研修二九七号七二頁。

四 考 察

わが国の学説は正常人の情動行為を責任無能力等とするためには無責任が必要だとする。その無責任の内容として、植村判事は、一定時点での情動行為の回避可能性をも問われるが、すでに西ドイツの学説に対する考察で述べたように、右の要素は心理学的な意識障害の判断の際にも考慮されうるので、これを法律学的に独自の要件とする意義に乏しいように思われるのである。

むしろ、植松教授、植村判事、そして鈴木参事官がそろって認められる、事案の特徴づけとしての無責任が重要である。この要件は、鈴木参事官のいわれるように、責任能力の問題も精神医学的・心理学的判断だけでなく、他の諸要素を考慮しなければならぬ結果として課されるのである。もともと、狭義の精神病の場合に責任無能力が認められうるのも、精神病者は規範的要求に従えないことから、とくにその者を処罰して規範の妥当性を確かめるという意味での予防が、一般人にも行為者にも不必要だからであった。したがって、なお、心理学的あるいは精神医学的には意識障害が明白ではない場合にも、無責任の要件が充足される場合、たとえば「被害者から迫害又は挑発」されて情動爆発に至ったときに、鈴木参事官や植松教授のいわれるように、一般人はそれを精神病の場合と同様に特殊な事案と考え、法規範の妥当性自体には疑いを抱かず予防の必要がなければ、責任無能力とする余地も残ると思われる。

この意味で、わが国の学説が、正常人の情動行為の責任能力について無責任性を決定的要件としていることは、西ドイツのロクシンやクリュムペルマンらの見解と同様に、極めて注目に値すると言えよう。

ただし、無責任性をつねに決定的なものとする結果、鈴木参事官の見解では、正常人の情動についての精神医学的・心理学的研究の成果が十分に考慮されなくなるのではないかという疑問がある。この点、植松教授は、布置的因子が存在する場合にはそれ自体で責任無能力を認められる。これは正しいと思われるが、さらに、現段階では、心理学的基準によって意識障害とされる場合にも、責任無能力等を認めるべきであろう。このような場合に付加的に無責任性を要求すべきではない。

第五章 強壯性情動と虚弱性情動

第一節 強壯性情動と虚弱性情動

情動は一過性の強い感情で、身体的・生理的付随現象を伴い、行動へと人をかりたてるものである。このような情動はさらに二種に大別される。一つは強壯性情動 (shenische Affekte) であり、憤怒 (Zorn)、憎しみ (Haß)、憤懣 (Ärger)、憤激 (Entrüstung)、闘争心 (Kampflust) 等がこれに含まれる。もう一つは虚弱性情動 (asthenische Affekte) であり、錯乱 (Verwirrung)、恐怖 (Furcht)、驚愕 (Schrecken)、狼狽 (Bestürzung) 等がこれにあたる。

情動の立法的取扱いにおいても、この二種類の情動は区別されることが多い。たとえば、西ドイツの旧刑法は狼狽、恐怖、驚愕による過剰防衛を不可罰とし (五三条三項)、西ドイツの現行刑法は錯乱、恐怖、驚愕による過剰防衛を不可罰とする (三三条¹⁾。わが国においても、盗犯等の防止及び処分に関する法律は、盗犯の侵入等の一定の状況において、自己又は他人の生命、身体又は貞操に対する現在の危険が実在しないのに、行為者が恐怖、驚愕、興奮又は狼狽

のあまり、現場において盗犯等を殺傷した場合を不可罰とする（一条二項）。また、改正刑法草案は右の規定にならつて、過剰防衛一般について、恐怖、驚愕、興奮、狼狽のあまり行なわれたもので、行為者を非難することができないときはこれを罰しないことにした（二四三条三項）。たしかに、わが国では右の規定に「興奮」が含まれているが、これは「貞操」⁽²⁾又は「名誉」⁽³⁾に対する侵害に対応するもので、やはり一種の虚弱性情動と立法者は解している。つまり、西ドイツにおいても、わが国においても、右の諸規定は当然に虚弱性情動のみに適用されるとされるのである。

もつとも、実際には恐怖と憤激が併存することも稀ではない。したがって、学説はそのような場合にも右の諸規定の適用を認めている。⁽⁴⁾判例も、たとえば、西ドイツでは、酒を飲んで暴力を振るう被害者が当夜も大暴れし、被告人と口論の末に突然に襲いかかり、取っ組み合いとなった後に、被告人が被害者をハンマーで殴って殺した場合について、原審が憤怒によるものであるとして旧法五三条三項の適用を否定したのに対し、連邦最高裁は、重大な緊迫した事態ではいくつかの情動が重疊的に発生しうるのであり、有罪とするに必要な確実性をもってはそれらの情動の種類を区別できないとして原判決を破棄した。⁽⁵⁾わが国においても、同僚と飲酒中に被害者が凶器を持参して居室に暴れ込めるときに、憤激と狼狽等から被害者を庖丁で刺殺したという事案につき、盗犯等防止法一条二項の適用を認められたものがある。⁽⁶⁾しかし、なお、もっぱら憤怒等による場合については右の諸規定は適用されないとする見解が有力である。⁽⁷⁾そこで、従来の考え方で、この二種類の情動の区別を説明できるかが問題になる。以下では、この点について検討したい。

(1) 西ドイツの現行法が狼狽にかえて錯乱を規定した点については、とくに本質的な変更があったわけではないと解されている。内藤謙・刑法改正と犯罪論(下)(昭和五二年)六〇四頁参照。

(2) 泉二新熊「盗犯等の防止及処分に関する法律理由」法曹会雑誌八巻六号(昭和五年)一七六頁。

(3) 木村榮作「刑法改正作業レポート(二七)——犯罪(その一)」ジュリスト四一一号(昭和四三年)一五二頁。

(4) Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Baldus), 9. Aufl., 1974, §53 Rdnr. 44; Schönke-Schröder (Lenckner), Strafgesetzbuch Kommentar,

21. Aufd., 1982, §33 Rdnr. 5. 富田仲次郎「盗犯等の防止及処分に關する法律に就て」司法研究一四輯四号（昭和六年）六〇頁以下。
 (5) BGHS. Bd. 3, S. 194ff. Vgl. BGH GA 1969, S. 23f.

(6) 前橋地裁高裁支部判決昭和四一年一月一日下刑集八卷一〇号一三五一頁。なお、この判決及び西ドイツの前掲の判決は防衛意思と虚弱性情動を同義に扱っている。たしかに、ロクシンが批判するように、両者は別であり、防衛意思があっても虚弱性情動にあたらない場合もある（Roxin, Über den Notwehrzweck, Schaffstein-Festschrift, 1974, S. 121）。しかし、わが国では防衛意思の内容は不明確であり、虚弱性情動を防衛意思の内容として考える以外にないとも思われる。この点について、最判昭和四六年十一月一日刑集三一巻四号七四七頁、前田雅英「刑法三六条に關する急迫の意義——刑法三六条の防衛行為と防衛の意思」警察研究四九巻九号（昭和五三年）五七頁以下参照。

(7) Leipziger Kommentar (Baldus), a. a. O., §53 Rdnr. 44; Schönke-Schröder (Lenckner), a. a. O., §33, Rdnr. 4; Welzel, Das Deutsches Strafrecht, II. Aufd., 1969, S. 89; BGH NJW 1969, S. 802; RG JW 1932, S. 2432f. 谷口正孝「盗犯防止法の運用について」法律時報三三巻一〇号（昭和二六年）三四頁以下、安西温「盗犯等の防止及処分に関する法律」研修二六五号（昭和四五年）一〇四頁、大塚仁・特別刑法（昭和三四年）九四頁、東高判昭和四七年二月二日東高刑時報二四巻一号八頁。法制審議会・改正刑法草案附同説明書（昭和四九年）一〇九頁、一一〇頁。

第二節 無過失による説明

急迫不正の侵害が現実には存在しないのにこれを存在すると誤認した場合及び自己の防衛行為の過剰性について誤認した場合は、故意が阻却され、過失を処罰する規定が存在する場合に限ってこれを過失犯として処罰しうる。これは、違法阻却事由の錯誤について厳格責任説を採用しない限り、一致して認められるところである。そこで、西ドイツ刑法三三三條あるいはわが国の盗犯等防止法一条二項は、この過失も存在しない場合をとくに規定したものであると解する余地が出てくる。

西ドイツでは三三三條を過剰防衛についての規定と解するのが一般であるが、シュミットホイザーは過剰性について過失がない場合を定めたのが本条項の趣旨であるとする。すなわち、行為者が誤って過剰性の認識なしに防衛の程度

を越えた場合には、事実の認識を誤ったが故に、防衛のためにそのように行動してよいと思つてゐるのであり、故意に欠ける。次にこれを過失として処罰するためには、行為者がその具体的状況下の心理状態として、攻撃をより軽い手段で防衛しうることを認識できたのでなければならぬ。しかし、現実に違法な攻撃が存在し、行為者が錯乱、恐怖、驚愕等の虚弱性情動に陥り、直ちに行動する場合には、より軽い防衛手段をとりうるという認識に至りえない。⁽¹⁾ レンクナーも、情動によって認識を誤り、危険だと思つて直ちに行動する場合は本条項は規定してゐるとする。⁽²⁾ しかし、過失が存在しない場合はとくにこの規定がなくとも処罰されないのである。そこで、シュミットホイザーは、本条項は当然のことを規定して無意味だとする。これに対して、レンクナーやバルドウスは、本条項は、行為者は注意義務に従つて行動しえなかつたという証拠法則 (Beweisregel) を定めたもので、無過失を擬制する点でなお意味があるとする。⁽³⁾

しかし、このような考え方が過失を認めない根拠は、相手の攻撃によつて異常な精神状態に陥つて、つまり高度の情動に陥つて、瞬間的に行動するために注意義務に従つて行動しえなかつたことにある。しかし、そのような精神状態は、憤激等の強壮性情動の場合も同様であるといえよう。相手の侵害の強度を誤認した場合、自己の防衛手段について、たとえば斧であるか棒であるかを誤つた場合、足を射つつもりが弾丸は頭にあたつた場合等において、⁽⁴⁾ 憤激していたとしても、相手の侵害の強度、自己の防衛手段について確かめ、⁽⁵⁾ より軽い手段をとることは、虚弱性情動の場合と同様に困難である。レンクナー自身もこのことを認めるようである。そうすると、虚弱性情動と強壮性情動の區別は他の理由に求めねばならぬ。

盗犯等防止法一条二項については、誤想防衛についての規定だとする見解が有力である。立案当局がすでにそのよ

うな解釈を示しており、誤想性について過失がない場合、すなわち、恐怖、驚愕等のために生命、身体等に危険があると考へてその排除のために殺傷に至った場合は過失がないことを注意的に規定したものであるとする⁽⁶⁾。その後、吉田博士も「強盜押入りたる等の事由のため、恐怖、驚愕して生命等に対する危険急迫せるものありと誤認したる如き場合には誤認につき何等過失ないのである」とされた⁽⁷⁾。谷口判事も、後述の大審院判例が漫然と興奮しただけでは不十分でさらに「宥恕すべき事由」がある場合にのみ本条項が適用されるとしたのは、危険が現在しないのに現在すると誤認したことに過失のないことを指称するものだとされる⁽⁸⁾。

しかし、右の立場によつても憤怒によつたからといつてつねに誤認に過失があるとはいえないと思われる。たとえば、飲酒酩酊の上でからんできた被害者を避けて、被告人は自宅に帰つたが、同夜、二度にわたつて被害者が押しかけてきたので、その都度裏山や物置小屋に身を隠したが、なおも押しかけてきそうなので、防衛用として日本刀を身辺において寝たが、一二時頃、被害者が戸をこじあけて入つてきたので応対するうち、いきなり被害者に殴打されたのに憤激して、被害者の兄が被害者を抱きしめて重ねて暴行しようとするのを制止しているにもかかわらず、日本刀で後方から突き刺して死亡させたという事案について、最高裁は、本条項の適用を否定した原判決を破棄した⁽¹⁰⁾。本件では、突然殴打されて憤激したために急迫不正の侵害について誤認したものと考へられる。そうだとすれば、右の立場からは本条項の適用は当然であつて、「憤激」という事実状態⁽¹¹⁾と「興奮、驚愕、狼狽」という事実状態⁽¹¹⁾とは異なるというには別の理由づけが必要にならう。

厳格責任説に従へば、違法阻却事由の錯誤はすべて禁止の錯誤である。そこでこの説に立てば、恐怖等によつて違法性の錯誤が回避不可能な場合を規定したのが西ドイツ刑法三三三条だという説明が可能である。ポツケルマンは以前

にそう解していた。⁽¹²⁾ わが国においても、草野博士は、盗犯等防止法一条二項は過剰防衛に関するものであるとされた上で、本条項は過剰性の錯誤という違法性の錯誤について、緊急状態で恐怖、驚愕等のためにそれが回避不可能な場合、草野博士の用語に従えば過失のない場合を規定したものであるとされる。⁽¹³⁾

しかし、右の説明によっても、強壮性情動と虚弱性情動の区別は困難である。大審院は、川漁師として魚の養殖をしてい被告人が、捕漁しようとする者を日夜警戒していたが、ある日午後九時頃、捕漁者を発見し、憤怒の余り、棍棒で殴打して傷害を負わせたという事案について、弁護士が興奮と憤怒は同義語であり一条二項が適用されるべきであると主張したのに対して、殺傷に至ったことに宥恕すべき事情が存在しないので、本件には同条項の適用はないと⁽¹⁴⁾した。草野博士は本件は違法性の錯誤について過失があった場合だとされる。⁽¹⁵⁾ しかし、博士も憤怒から過剰行為を行ったからではなく、本件では被告人に過剰性の認識があったと思われる（原審では過失傷害罪ではなく傷害罪として処断されている）、⁽¹⁶⁾ 違法性の錯誤を回避する可能性が高かったといえる点から、違法性の錯誤に過失があると解されるのである。⁽¹⁷⁾ そうだとすると、違法性の錯誤の回避可能性によっても、強壮性情動と虚弱性情動の区別は説明できないことになる。

- (1) Schmidhäuser, *Strafrecht*, A.T., 2. Aufl., 1975, 11/26, 10/84, 10/86.
- (2) Schönke-Schröder (Lenckner), a.a.O., §33 Rdnr. 6.
- (3) Leipziger Kommentar (Baldus), a.a.O., §53 Rdnr. 4. なお、一九七四年オーストリア刑法三条二項は、狼狽、恐怖、驚愕による過剰防衛について、防衛の程度を越えたことについて過失があり、その過失犯について処罰規定が存在する場合に限り、処罰するとする。
- (4) なお、町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究五〇巻九号（昭和五四年）四九頁参照。
- (5) Schönke-Schröder (Lenckner), a.a.O., §33 Rdnr. 4.
- (6) 泉二・前掲論文一七六頁。
- (7) 吉田常次郎「盗犯防止法について」法曹会雑誌八巻七号（昭和五年）八八頁。

- (8) 大判昭和十三年七月二十九日刑集一七卷一三三六九頁。
- (9) 谷口・前掲論文三六頁、三七頁。
- (10) 最判昭和二十六年五月十五日法律時報二三卷一〇号三一頁。
- (11) 谷口・前掲論文三四頁。
- (12) Bockelmann, Strafrecht, A.T., 2. Aufl., 1975, S.126. しかし、第三版では後述する期待可能性による説明となつてゐる。Bockelmann, Strafrecht, A.T., 3. Aufl., 1979, S.133.
- (13) 草野豹一郎「法律の錯誤(其の一)」刑法改正上の重要問題(昭和二十五年)一七一頁以下、「法律の錯誤(其の二)」同書一九一頁、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第一条第二項の意義」刑事判例研究第四卷(昭和十四年)五一頁以下。
- (14) 大判昭和十三年七月二十九日刑集一七卷一三三六九頁。
- (15) 草野「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第一条第二項の意義」六二頁。
- (16) なお、防衛行然の相当性の誤認も誤想防衛として故意を阻却することを明示したものととして、盛岡地一関支判昭和三十六年三月一五下刑集三卷三・四号二五二頁。この点について、町野・前掲論文四九頁参照。
- (17) 草野「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第一条第二項の意義」五九頁、六〇頁参照。

第三節 期待可能性の不存在による説明

西ドイツの通説は三三条を期待可能性の不存在によって説明する。緊急状態において圧倒的な精神的衝撃をうけ、意味になつた自己決定がほとんどできなくなるので、通常の状態での犯罪と比較して、合法的態度を期待しにくくなる。このことを規定したのが三三条だとするのである。もちろん、精神医学的、心理学的に規範に従う動機づけが不可能ないし困難であることが証明されれば、それは責任能力の問題となる。したがって、ここでは、そのような証明がない場合にもなお、責任非難を断念しようというのである。三三条三項を期待可能性の不存在のみならず違法性の減少から説明しようとする立場も、期待可能性に関する限りは同様に説明する。そして、これらの立場において期待可能性の不存在の根拠とされているのは、緊急状態における「異常な動機状態」⁽²⁾「情動が防衛の必要性についての

適切な判断、測定を困難にする⁽³⁾こと、「情動が行為者の態度を決定してしま⁽⁴⁾う」こと、「精神的例外状況において行動」⁽⁵⁾していることである。しかし、このような異常な精神状態のみを期待可能性不存在の根拠とするならば、それは強壯性情動についても同様であるといえよう。

もっとも右の点については、西ドイツの現行法の立法過程において議論があった。すなわち、一九六二年の政府草案の三八条二項は過剰防衛について「錯乱、恐怖または驚愕を理由としてその過剰につき行為者を非難することができないときは、行為者は責任なく行為したものである」と規定し、非難可能性がないことを要件としていた。つまり、相手の攻撃によって精神的衝撃を受けたとしても、さらに具体的に、自己の決意をなお適切に操縦することが可能だったか否かを問おうとしたのである。⁽⁶⁾しかし、これは連邦議会刑法特別委員会で排斥された。すなわち、一定の精神的衝撃が存在すれば、それだけで行為者にとって正しい動機づけが異常に困難であったことの十分な徴表と考えるべきであり、さらに非難可能性の検討を要求することは裁判官への過度の要求であるとされたのである。⁽⁷⁾したがって、現行法三三条は、違法な攻撃を受けて精神的衝撃によって行動したことをもって、すでに期待可能性がないと考えているのである。⁽⁸⁾しかし、そうすると、被告人は被害者による攻撃的状況にあるという点においても、正しい動機づけが異常に困難であったという点においても、強壯性情動と虚弱性情動とで差がないことになる。攻撃に激怒して過剰防衛になったとしてもやはり期待可能性がないことになる。

わが国においても、盗犯等防止法一条二項を期待可能性の不存在によって説明するのが通説である。⁽⁹⁾もっとも、なぜ期待可能性がないのかについては必ずしもはっきりしない。しかし、団藤博士は、同条項は期待可能性の理論によって説明されるべきであるから、恐怖、驚愕等は期待可能性を排除する程度のもでなければならぬとされ、高度

の恐怖等によって博士のいわれる決定の自由が失われることにその根拠を求められるようである。⁽¹⁰⁾ また、大塚教授も軽度の憤激は含まれないとされ、高度の情動に期待可能性の不存在の根拠を求められる。⁽¹¹⁾

このような、情動の程度のみを問題にする考え方は刑法改正の過程においても見られる。改正刑法草案一四三条三項は、盗犯等防止法一条二項にならって、一般の過剰防衛についても、恐怖、驚愕、興奮又は狼狽のあまり行なわれたもので、行為者を非難することができないときはこれを罰しないとする。この「非難できないとき」という要件は、⁽¹²⁾第一小委員会の審議によれば、期待可能性がないといえる場合にはじめて罰しないこととする趣旨であり、不可罰とされるために要求される恐怖、驚愕等の程度を明らかにしたものである。⁽¹³⁾ しかし、そうすると、恐怖等の「あまりに」という表現でこの程度は示されているので、「非難することができない」という要件は無用ではないかという疑問が生じる。この点、審議の過程では、両要件によって相互に絞りをかけて無罪とするための程度を明らかにするという理由で、後者の要件も残されたのである。⁽¹⁴⁾

だが、このように情動の程度だけを期待可能性不存在の根拠にするならば、強壯性情動も排除できなくなる。とくに、盗犯等防止法一条二項や改正刑法草案一四三条三項のように、「興奮」が規定されている場合には、たとえそれが名誉等の侵害に対応する虚弱性情動を示すとしても、⁽¹⁵⁾なお憤怒等を積極的に排除する理由に乏しい。青柳教授は、準備草案一三条二項が過剰防衛について、その行為が精神の衝撃又は興奮のあまりに行なわれたもので、行為者を非難することができないときは罰しないと規定していたことに対し「興奮」というような能動的な精神状態が含まれる嫌い」がある⁽¹⁶⁾とされたが、同様のことは改正刑法草案一四三条三項にもいえよう。この点について草案の理由書は、盗犯等防止法一条二項の運用実績から見て「興奮」が不当に広く解釈されるおそれはないこと、恐怖等とともに「興奮」を規定する以上、単に腹を立てたというだけで本項の適用があるとは考えられないこと、「行為者

を非難することができない」という要件も存在することを理由に「興奮」を残している⁽¹⁷⁾。しかし「非難することができない」という要件の實質が、すでに見たように、高度の情動を表わすことにあるならば、したがってまた、単に腹を立てたのではない場合は、激怒等を排除できなくなる。これを排除できるというならば、非難可能性がないこと、期待可能性がないことの根拠を他に求めていることになる。

判例においては、すでに述べた大正一三年の判例のほかに、興奮と憤激による場合について、宥恕すべき事情が存在しないとしたものがある。すなわち、食堂の調理士である被告人が閉店後ベッドで寝ていたところ、午前一時すぎに突然大きな音をたてて、被害者らが入口のガラスを破壊して玄関に入り、「酒を飲ませろ」等と怒鳴ったため、被告人は驚いて起きあがり、追いつきそうとしたが、なおも「酒を出さなきゃ、金を出せ」等の暴言をはくので、追いつきそうとしたが、帰りそうもないので、庖丁でも見せれば逃げるだろうと思ひ、又防衛用として庖丁をとり出したところ、まず被害者のうち一人が手拳で頭部を殴打してきたため、興奮と憤激の余り庖丁を振り回して、なおも殴りかかってきた同人の胸部を突き刺したという事案である。札幌高裁は、被告人は長年調理士をしていて、酒飲みに対する応接の仕方は十分心得ているはずであり、説得を試みる余地はあったのかえってややけんか腰で応答し、被害者を刺激した形跡があること、庖丁をいち早く持ち出し、進んで振り回し、積極的反撃に出たことをもって、期待可能性ありとし、無罪としていた原判決を破棄した⁽¹⁸⁾。藤木博士はこの判決に賛成される⁽¹⁹⁾。しかし、被告人は被害者の殴打によって興奮と憤激の余り行為したのである。国民的道義観念上憤激は当然に排除されるといえるであらうか⁽²⁰⁾。佐伯教授のいわれるように「行為事情の類型的把握」により、国家と国民との緊張関係において、法秩序全体の要請、目的等から期待すべき場合とそうでない場合を区別するとしても⁽²¹⁾、その実質的理由を明らかにしなければ、本件について盗犯等防止法一条二項の適用を排除できないのではないだろうか。

- (1) Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW Bd. 77, 1965, S.17f.; Rudolphi, Ist die Teilnahme an einer Notstand i.S. der §§52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW Bd. 78, 1966, S.79; Rudolphi, Notwehrrezeß nach provoziertem Angriff—OLG Hamm, NJW 1965, S. 1928, Jus 1969, S.462.
- (2) Welzel, a.a.O., S.11f.
- (3) Stratenwerth, Strafrecht, A.T., 2. Aufl., Rdnr. 440, 615.
- (4) Bockelmann, a.a.O. (3. Aufl.), S.132.
- (5) Mezger-Blei, Strafrecht, A.T., 15. Aufl., 1973, S.237.
- (6) 内藤・前掲書(下)六〇四頁。
- (7) 内藤・前掲書(下)六〇七頁、六二二頁。
- (8) 内藤・前掲書(下)六二二頁。内藤・西ドイツ新刑法の成立(昭和五二年)八〇頁。
- (9) たとえば、団藤重光・刑法綱要総論(改訂版・昭和五四年)二二四頁注(三四)、三〇三頁、佐伯千仞・刑法講義(総論・改訂版・昭和四九年)二〇四頁、大塚・前掲書九四頁、木村亀二・刑法総論(昭和三四年)二六四頁、藤木英雄・注釈刑法(2)のI(昭和四三年)二五八頁、内田文昭・刑法I(総論・昭和五二年)二四一頁注(2)、小野・前掲論文二四〇頁、曾根威彦「緊急行為」現代刑法講座第二卷(昭和五四年)六三頁以下、中谷瑾子・注釈特別刑法第二卷(昭和五七年)二八六頁。
- (10) 団藤・前掲書二二四頁注(三四)、三〇三頁。
- (11) 大塚・前掲書九四頁。安西・前掲論文一〇九頁も同旨。
- (12) 内藤・前掲書(上)(昭和四九年)六頁以下参照。
- (13) 木村・前掲論文一五二頁。
- (14) 内藤・前掲書(下)六六三頁。
- (15) 木村・前掲論文一五二頁。
- (16) 青柳文雄・刑法通論I総論(昭和四〇年)二〇八頁。
- (17) 法制審議会・改正刑法草案附説明書一〇九頁、一一〇頁。
- (18) 札幌高判昭和三九年一月二八日高刑集一七卷一一号一一八頁。
- (19) 藤木・刑法講義総論(昭和五〇年)一七一頁、一七二頁、一七五頁、一七六頁、前掲書二五九頁。
- (20) 小野博士は、前述の大正一三年の大審院判決が「宥恕すべき事情」を要求するのは、具体的事情の下で他の行為を期待できなかったときに

はじめて道義的責任上処罰できなくなるという趣旨であるとされ、この見地から憤激等を排除されるようでもある。小野「盜犯防止法一条二項と期待可能性」刑事判例評釈集第一卷（昭和十三年）三〇一頁、三〇二頁。

(21) 佐伯・総論二九〇頁、刑法に於ける期待可能性の思想（昭和二八年）三二七頁以下。佐伯教授も、盜犯等防止法一条二項の規定は、そのような状況においては冷静に防衛の必要性の限度を弁別して行動することを期待できないとするものであるとされながら（佐伯・刑法に於ける期待可能性の思想・三六九頁）、他方で、なお、具体的に期待可能性がないことが確認されねばならないとされる（佐伯千仞・米田泰邦・期待可能性（総合判例研究叢書四・昭和三九年）三五頁、三六頁）。

第四節 考 察

期待可能性を期待する者と期待される者との緊張関係においてとらえるとしても、その基準はどこに求められるのであろうか。この点を十分に説明しないために、従来、国家標準説、行為事情の類型説⁽¹⁾、国家が処罰を必要とするときに期待可能性ありとするものとして批判されてきたのである⁽²⁾。しかし「標準は行為者ではなく、むしろ行為者⁽²⁾そのもとで態度をとるに至ったところの行為事情の類型的把握により得られるべきである」とされる⁽³⁾とき、そこでは、他行為可能性に基づく責任非難ではなく、「法律に内在する指導理念」に従いつつ、⁽³⁾ 刑罰が効果をもちうる、すなわち予防の機能を果たしうる場合を基準とすることが示されているのではないだろうか。ただ、従来は、そのようなことが直接に新派の社会的責任論と結びつくと思われたために、⁽⁴⁾ 一般に右のことが認められなかったのではないだろうか。⁽⁵⁾

本稿の立場からは、同種の行為の予防の必要性が期待可能性の基準と考えられる。すでに、責任は刑罰目的と関係させて理解すべきであると考えたのであったが、刑罰目的を応報ではなく、一般予防及び特別予防としてとらえるならば、期待可能性も国民的・道義的観念による責任贖罪の観点から考えることはできない。そして、このように予防を期待可能性の中心に置くならば、右の諸規定における強壯性情動と虚弱性情動の区別を説明できるように思われる。

すなわち、ロクシンのいうように、同じ高度の情動でありながら、強壯性情動は一般により攻撃的で危険であるので、予防の必要性があるが、虚弱性情動は他の一般人が模倣する心配がなく、予防の必要性がないのである。⁽⁶⁾ ヤコブスも、攻撃に対して行為者が冷静さを失ったとしても、それが虚弱性情動であり、犯罪性を示さない限り、それは二次的意味しかなく、攻撃者自らが法秩序の期待を安定させなかつたのであるから、行為者に帰責する必要はなくなるという。⁽⁷⁾ すなわち、仮に強壯性情動と虚弱性情動が同程度の精神的衝撃をもたらし、両者の間に量的な面では責任に差がないとしても、予防という質的な面では責任に差が生じるように思われるのである。西ドイツ刑法三三条やわが国の盗犯等防止法一条二項を無過失や期待可能性の不存在によって説明しようとする従来の見解は、右の量的な面をその根拠としていたために、強壯性情動と虚弱性情動の区別が困難になつたように思われる。

もちろん、事実認定の問題としては、強壯性情動と虚弱性情動を截然と区別することは難しい。急迫不正の侵害を受けた場合にも、憤激の情を発しながら防衛することは人間本来の感情であらう。⁽⁸⁾ しかし、そのような場合にも、その憤激の背後には、自己又は他人の生命・身体等が危険にさらされているという認識に基づく精神的衝撃、すなわち、受身的な情動、虚弱性情動が認められることが多い。⁽⁹⁾ そして、そのような場合には、すでにみた従来の学説が示すように、盗犯等防止法一条二項等を適用しうる。したがって、右の規定が適用されない強壯性情動とは、たしかに、被害者の攻撃によって精神的衝撃を受けてはいるが、被害者の攻撃による自己又は他人の生命・身体等の危険化によって精神的衝撃を受けたのではないような場合をいうことになる。盗犯等防止法一条二項に関しては、先にあげた最判昭和二六年五月一五日の事案⁽¹⁰⁾、大判昭和一三年七月二九日の事案⁽¹¹⁾、札幌高判昭和三九年一月二八日の事案⁽¹²⁾がこれに該当しよう。また、過剰防衛に関しては、大判昭和一一年一二月七日の事案⁽¹³⁾、すなわち、被告人は海岸でB女とCとの喧嘩の仲裁に入ったがやまず、一旦その場から離れたが、Cが逃げた後、B女が被告人に抗議し、胸倉をつかんだ

ので、憤激してB女を海中に突き落して負傷させた事案がその典型といえよう。

なお、右の諸規定の場合には、情動そのものは、精神医学的・心理学的に他行為可能性を奪うほど強くないことが前提となっている。たしかに、わが国の盗犯等防止法一条二項について、立法当時の司法大臣の説明は「良民が盗賊又は侵入者等に遭遇致します場合に、恐怖、驚愕、昂奮、狼狽等の結果、急迫重大なる危険の存否に対する判断力を失ひまして、殆ど無意識の挙措を敢へてするに至ることのありますのは、往々見る所であります。斯る場合に於きまして、現行法の上に於ては責任能力の上から見て、其罪を罰せざることを得ますけれども、之に臨むに刑責を以てするの必要がないといふことを、明らかにして置くことが適當であると考へたのであります⁽¹⁴⁾」と述べている。もし右の説明が、盗犯等防止法一条二項の場合には行為者は厳密な意味での責任無能力となるという意味であるならば、本稿のように予防の必要性によって強壯性情動を排除することは許されないであろう。他行為可能性の存在しないところでもなお予防の必要性によって責任を問うことになるからである。しかし、右の司法大臣の説明は、情動についての精神医学的・心理学的研究を前提として、厳密な意味での責任無能力について述べているとは思われない。むしろ、「之に臨むに刑責を以てするの必要がない」場合とほとんど同義で、責任無能力という用語が用いられている。したがって、厳密な意味では他行為可能性がなお存在する場合も含まれているのではなからうか。本稿の立場は、まず精神医学的・心理学的に責任無能力とされる場合を除き、その他なお他行為可能性が存在するような場合について、予防の必要性によって盗犯等防止法一条二項等から強壯性情動を排除しようとするにすぎない⁽¹⁵⁾。

(1) 佐伯・刑法に於ける期待可能性の思想三二七頁。佐伯・米田・期待可能性二九七頁以下。Vgl. Aachenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 228.

(2) たとえば、植田重正「期待可能性」刑法講座第三卷(昭和三五年)一六頁、二七頁、滝川幸辰「期待可能性の理論」刑事法講座第一卷(昭和二七年)二七五頁以下、川端博「期待可能性」現代刑法講座第二卷(昭和四四年)二四九頁。

- (3) 佐伯・総論二九〇頁。
- (4) 牧野英一・日本刑法(四)(重訂版・昭和二年)一四五頁、一四六頁参照。
- (5) なお、中山教授は、期待可能性論は平均人を援用することによって、道義的責任を法的責任にまで緩和したが、そのことによって、他行為の可能性にもとづく責任非難とは何かという問題が深刻な論議の対象とならざるをえなくなるとされる。中山研一・刑法総論の基本問題(昭和四九年)二〇二頁。
- (6) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien. Henkel-Festschrift, S.189; Über den Notwehrzeß, S.117, 121f.
- (7) Jakobs, Schuld und Prävention, Recht und Staat 452/453, 1976, S.23. なお、平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)二七八頁参照。
- (8) 大阪高判昭和三五年一月四日高刑集一三卷八号六二〇頁。
- (9) 最判昭和四六年一月二六日刑集二五卷八号九九六頁、拙稿「防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合と刑法三六条の防衛行為」警察研究五二卷(昭和五六年)六六頁以下参照。
- (10) 法律時報二三卷一〇号三一頁。
- (11) 刑集一七卷一三三六九頁。
- (12) 高刑集一七卷一七一一八頁。
- (13) 刑集一五卷二二二五六一頁。さらに、大阪地判昭和五六年二月一九日判例時報二〇一八号一三八頁参照。この角度からみると、最決昭和三年二月二四日(刑集一二卷二二九七頁)の事案にはなお若干の問題がある。すなわち、飲酒しては暴れる被害者が飲酒し、殺してやる等と暴言し暴行したので、被告人は平素の憤激を抑えかねて憤激の余り手斧で他人の頭部を二回強打し、さらに昏倒した他人の頭部を二回強打し、さらにタオルで頸部を強圧して殺害したものである。最高裁は過剰防衛の余地はないとした。しかし、この事案では当初は自己が危険にさらされたことによる精神的動揺が存在しているのである(田原調査官の解説、最高裁判所判例解説昭和三三年度刑事編八〇頁)。
 なお、もし、本件がもっぱら憤激によるもので、仮に将来において改正刑法草案一四三三項の適用はないとしても、その他の点で事案の特殊な性質から予防の必要性がなく、また憤激が高度のものであれば、前章までに考察した無責的情動による責任の否定も考えうるであろう。
- (14) 小野清一郎「盗犯等の防止及処分に関する法律」刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及びその他(増補初版・昭和四五年)二二四頁参照。
 なお、藤木英雄・注釈刑法(2)のI(昭和四三年)二五四頁参照。Vgl. Hellmuth Mayer, Strafrecht, A.T., 1967, S.101, 114, 115.
- (15) もっとも、先に述べたように、盗犯等防止法一条二項及び改正刑法草案一四三三項は、西ドイツ刑法三三三三と異なり、「興奮」をも規定しているため、強壯性情動を全く排斥できるかには罪刑法定主義上若干疑問もある。この点については、Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechts-

終章

以上で本稿の考察を終わる。ここに、一応の結論と本稿の概要を示す。

第一に、意識障害によって規範的な動機づけが不可能とされる場合は情動行為者の責任能力は否定されるべきことになる。西ドイツの刑法改正の過程で明らかにされたように、刑法及び刑罰の目的は規範的な予防にある。すなわち、当該犯罪行為を行なったのと同様の事態が将来発生した場合に、行為者及び一般人が今度は規範に従って動機づけるようにすることが目的である。したがって、特別予防に関しては、当該行為の時点での行為者の規範による動機づけの可能性が前提となる。そのような可能性がなかったならば、将来においても同様の行為を予防することはできない。また、一般予防に関しても、客観的・主観的に正常な状況にある者に対しては一定の規範が妥当することを知らせることが重要なのである。したがって、行為者の精神状態が規範による動機づけを不可能にするような異常なものであったならば、行為者が処罰されなくとも、一般人に対して規範はなお妥当するのである。また、責任無能力に値するような一定の事実が存在する場合には、そのような診断によって、一般人は行為者と自らを区別し、行為者の行為を模倣する可能性がなくなるともいえよう。

そこで、次に、どのような場合に正常人の情動が意識障害とされるかが問題となる。西ドイツでは激しい議論の対立があった。ウンドイッチ、トーマーらは、意識障害とは自分の行為を規範的に意味づけする能力の障害のすべてをいうのであり、その判断基準は経験的・現象的に示しうるとし、とくに行為者の生活史、人格と行為との関係、行為後の態度、表情、記憶等を正常人と比較して基準を得ようとした。これに対して、ハダミーク、ド・ボア、ヴィッター

らは、病因又は熱、中毒、催眠等の布置的因子（体的意識障害と同様の状態をもたらす一時的・可逆的因子）が必要であるとし、その他の場合の判断はすべて裁判官の規範的評価の問題であるとしたのであった。しかし、この議論の対立をより詳細に見るならば、実はヴィッターらも正常人の情動が規範的に行為を意味づける能力を害することを認めており、議論の対立は情動についての具体的診断についてではなく、各論者の依拠する方法論や概念の違いにあることが判明する。とすれば、両者の歩みよりは全く不可能ではない。実際に、西ドイツの現行刑法の立法過程ではこの歩みよりがなされ、一九六二年草案の理由書は布置的因子を要求しないことを明言し、一九六五年の刑法特別委員会も、原因よりも効果が重要だとする立場から「深い意識障害」という表現を用い、これが現行法二〇条にうけつがれたのである。こうして、正常人の情動が布置的因子なしにも意識障害をもたらしうるということが認められてからは、先のウンドイチらの基準を深め、具体的判断基準を確立することがめざされ、ハラーマン、ラッシュュ等は情動展開過程を研究し、行為者が行為を予め決定あるいは決意していたか否かというような点を重視するに至っている。わが国においては武村教授の論文によって西ドイツとほぼ同様の議論が始まったといえる。武村教授は極度の不眠、疲労、飢餓等の布置条件が存在する場合にのみ意識混濁を伴い、したがって意識障害にあたるとされる。これに対して、村松博士は必ずしも意識混濁を伴わない意識障害を心因性もろろう状態として認められるのである。私には精神医学や心理学の学説を批判することはできない。しかし、布置的因子が存在しなくても意識障害とされる場合が認められるようになってきているのであり、少なくとも、意識障害を肯定する鑑定を、病因や布置的因子が存在しないあるいはその点について検討していないという理由のみで排斥することはできないと思われる。

刑法上の学説や判例は右の精神医学・心理学の議論をどのように考慮しているのであろうか。まず、西ドイツの判例はすでに一九五〇年に布置的因子を要求しないとして、病因又は布置的因子を要求するクライネ、グルーレの鑑定

を排斥した。その後も、メツガーの鑑定を支持し、シュナイダーやグルーレの鑑定を排斥して、布置的因子を要求しないことを明らかにした。しかし、一方では判例はいわゆる無責任性の要件を加え、自らの責任で情動爆発を招いた場合は完全責任能力とするのであり、この無責任性の要件をみたさないという理由で旧五一条の適用を否定する判例もみられた。しかし、意識障害が認められれば、責任無能力又は限定責任能力とすべきであり、西ドイツの通説のいうように、この無責任性の要件は不当だといえる。もっとも、西ドイツの最近の判例は、一九六〇年草案及び一九六二年草案の理由書が無責任性を要件としないことを明言したのをうけて、実質的にはこの要件を加えない方向にあるといえる。

わが国の判例は、武村教授の見解に従い、布置的因子を要求する傾向にある。たとえば、借金返済に困って債権者を殺害した事案について、鑑定が、最近の西ドイツの議論を踏まえて、行為の無意味性、人格疎遠性、記憶欠損、動機と反応の不均衡、人格要因、犯行前の精神状態、犯行後の行為等を詳細に検討し、布置的因子が存在しなくとも意識障害たりうるものに対して、布置的因子が存在しないことを一つの有力な理由として完全責任能力とした判例があった。しかし、私が若干の鑑定書とそれに対応する判決書を調査した結果においては、ほぼ同様と思われる事案に対して、右と同旨の鑑定を採用し、これを明確に肯定した判例もみられた。したがって、次第に情動による意識障害への理解が深まってきているようにも思われるのであり、布置的因子を要求する判例の傾向に反省が迫られているといえよう。

第二に問題になるのは、右に述べた意識障害が明白でなく、したがって、厳密には規範的動機づけはなお可能といえるような場合でも、予防の必要性がないことが責任能力の判断に影響しうるのではないかという点である。ロクシンは刑法及び刑罰の目的を応報や責任の清算ではなく予防に求めるという立場を一貫させて、厳密には他行為が可能なる場合にも予防の必要性がなければ責任を問えないと主張した。また、ヤコブスも、帰責は予防の手段としては

最終的なものであり、他に法規違反が繰り返されないように環境をかえたり、治療や教育をなしうる場合には帰責すべきでないとするのである。帰責は法秩序維持にとって現段階ではなお不可欠の手段であるが、最終的手段であり、帰責によらなくても法の確証が失われなような場合には帰責を断念すべきではなからうか。もちろん、ロクシン等の見解を批判する者も多いが、それはほとんど、ロクシン等の見解は事実上他行為不可能なところでも予防の必要性が存在すれば責任を肯定するのではないかという疑念に基づく。したがって、第一の場合のように、事実上他行為不可能な場合を明確にし、そこでは責任を否定することを明らかにしておけば、その他の場合に予防の必要性がないときに責任を否定すること自体には賛成しうるのではなからうか。情動については、とくにベルテルやゼーリッヒがいうように、行為者が同様の状況に陥る可能性は極めて少なく⁽¹⁾、他方で、情動の一回的・状況的圧倒性が一般人についても刑の効果を失わせるような場合や模倣の可能性を失わせる場合があるといわれており、右の考え方が適用可能なように思われる。⁽²⁾

先に述べたように、西ドイツの判例は無責任性の要件を付加する。しかし、その無責任性の要件は、たとえばドルトムント事件にみられるように、思いやりがあり、やさしく勤勉な被告人が、利己的で支配欲の強い妻とその母によって苦しめられ、和解と対立の連続の中で荷物も持ち出され、脅迫され、妻の気持ちを確かめようとしたところ逃げられ、髪を引かれ逆上し、側のじゃがいもナイフで刺したというような場合に認められる。すなわち、判例がいう無責任性は一定時点で情動が回避可能だったか否かというような意識障害の判断基準にも含まれうるようなものではなく、西ドイツの判例自身がいうように、責任無能力を認めても社会の保護に影響のない場合、つまり予防の必要性のない場合を浮彫りにするものである。そして、ランゲもこのような角度から「深い」意識障害か否かを判断しようとするのであり、クリュムペルマンも無責任性の要件には一般予防の必要性のない場合を類型化する機能があるとみる。ロクシン

もこの要件を予防の必要性から考える。これらの見解は、精神医学的・心理学的に意識障害が明らかでない場合のみを扱う限りにおいては、無責任の要件をその根拠に遡って再評価するものとして妥当であると思われる。西ドイツの判例の中にも、意識障害が必ずしも明白でない場合について、無責任な情動であることが責任無能力という判断に影響したように思われる事例が認められた。

わが国の下級審の判例の中には、一般的基準としてではあるが、被害者から過度の虐待・侮辱をうけたような場合には責任無能力を認めうるものもある。また、心神耗弱の限度においてではあるが、意識障害あるいは被告人の精神状態についての詳しい説明なしに、たとえば、被告人の正直な性格等と被害者側の挑発等とを対比させて限定責任能力を認めたとように思われるもの等がみうけられたのである。また、このような方向は、植松教授、植村判事、鈴木参事官の見解によっても支持されるように思われる。そして、右の観点からも、布置的因子のみを重視するわが国の主な判例の傾向には疑問が残る。

なお、このような無責任の情動の一類型が西ドイツ刑法三三条、わが国の改正刑法草案一四条三項の情動による過剰防衛不可罰の規定、さらに盗犯等の防止及び処分に關する法律一条二項の規定である。そして、このように考えるときに、これらの規定が予防の必要性のない虚弱性情動のみを不可罰としていることを最もよく説明できるように思われる。

以上が本稿の概要であるが、本稿にはなお多くの残された問題がある。まず、右の第二の予防の必要性を欠く場合^③については、モースのいうように事例の類型化が必要となる。その際には、情動を考慮した各国の立法例、西ドイツの判例が無責任を認めた事例、わが国の判例が^④いふ被害者から過度の虐待・侮辱を受けた場合、さらに、量刑の

実証的研究に現われた防衛型・忍従反動型等にあたる事例⁽⁵⁾、同じく量刑の研究において再犯の可能性がないとされた事例⁽⁶⁾、被害者が積極的に犯罪に参加しているとされた事例等が参考になると思われる。⁽⁷⁾

また、右の第一の場合の意識障害についても、これをエリクソンのいう自我同一性 (Identität) の観点から考えようとするグロースビッシュのモノグラフイーが最近発表された。すなわち、すでに述べたように、西ドイツの精神医学・心理学そして刑法学の通説は、西ドイツ刑法二〇条の「深い意識障害」を精神構造が破壊されたか否かによって判断するのであるが、グロースビッシュはこの精神構造の破壊を自我同一性を構成する要素の欠落と考えるのである。たとえば、重要な他者の喪失、他者との相互関係における自己関与 (der eigene Anteil) の抑制、以前の成功した自己支配から自信を得る前に過度の要求にさらされた場合等において、自我同一性の拡散・喪失に陥り、不安や錯乱状態等から情動行為を行なった場合は、その個人はその核心において侵害されているとするのである。⁽⁹⁾ 本稿はこのような精神分析的自我心理学に基づく「深い意識障害」の把握について考察する余裕はなかったが、たとえば、同一性拡散といかなる同一性をも選ばず、社会の変化に合わせて自己の同一性を変化させる正常な現代人との違いも問題になる⁽¹⁰⁾し、自我同一性の喪失がどのようにして一方では精神分裂病になり、他方では意識障害になるのかといった点も問題になると思われる。

歴史的考察についても、今後、一八七一年の旧西ドイツ刑法典以前に遡って検討しなければならない。ルッパースによれば、すでにローマ法時代以来、情動は責任能力の欠如の故に減刑事由とされており、カロリナ刑法時代には高度の情動又は無責的な情動の場合に減刑された。さらに、ベーマーがはじめて無責的な情動に責任無能力を認めたのであった。⁽¹¹⁾ 一九世紀に入っても、フォイエルバッハは心理強制説の見地から無責的で高度の情動を責任無能力とし、⁽¹²⁾ ベルナーも高度の情動は責任無能力となりうる⁽¹³⁾とした。しかし、一九世紀前半には主知主義あるいは知・情・意を統一

体とする考え方が哲学的にも精神医学的にも支配的となったのであり、⁽¹⁴⁾フォイエエルバッハが悟性作用の障害を要件とし、ベルナーが主として病因の存在する場合を考えたのも、右のような背景に基づくものと思われる。このようにして次第に、一八七一年の旧西ドイツ刑法典五一条の意識障害も病因又は布置的因子の存在する場合にのみ認められるとする見解が定着していったように思われる。そして、無責的な情動、布置的因子が存在しない高度の情動についてはあまり考慮が払われなくなったのではなからうか。

比較法的見地からは、今後、とくに英米法を研究しなければならぬ。アメリカ法においては、情動は *Heat of passion* として、謀殺と故殺の区別に関しては重要であるが、⁽¹⁵⁾責任能力の問題とはされていないように思われる。その理由の一つとして、やはり、右に述べたのと同様の背景から、正常人は決して *mental disease or defect* のカテゴリーには入らないという見解が確立していることが考えられる。⁽¹⁶⁾また、とくにマクノートン・ルールを採用する場合には、情動が制御能力の喪失をもたらすにすぎないときは、まさに *heat of passion* による故殺として扱われることになるのである。⁽¹⁷⁾しかし、最近、なお責任能力の問題としてではないが、*heat of passion* が無責的なものでかつ非常に高度のものである場合には、これを免責しうるとする見解も主張されており、注目される。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾本稿は、犯行の予防についての刑罰の有効性という角度から、情動行為の刑事責任を論じようとしたものである。⁽²⁰⁾しかし、右にあげた点をはじめとして多くの課題が残されることになった。これらについては機会をあらためて検討することとしたい。

(1) Bertel, Die Zurechnungsfähigkeit, ÖJZ 1975, S.625. ゼーリッヒ・ワインドラー・中田修訳・犯罪者の類型(昭和三九年)二二八頁、三二九頁。

(2) Bertel, a.a.O., S.625.

(3) Moos, Die Tötung im Affekt im neuen österreichischen Strafrecht, ZStW Bd. 89, 1977, S.817f.

- (4) 被害者による不当な挑発、誘発による情動行為について減刑を認める立法例の主なものを次にあげる。スイス刑法六四条、一一三条 (Walder, *Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizerischen Strafrecht*, Schweizer. ZStW Bd.81, 1965, S.24ff.; Binder, *Der juristische und psychiatrische Maßstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte*, Schweizer. ZStW Bd. 67, 1952, S.307ff.)、フランス刑法六四条、三三一条 (Bouzat, *Traité de droit pénal general*, 2^e d., 1970, p.348 st suiv.)、オーストリア刑法七六条、三四条八号 (Moos, a.a.O., S.796ff.)、アメリカ模範刑法典(一一〇・三)条 (Model Penal Code & Commentaries, Part II, 1980, §210, 3 at 43)。
- (5) 高橋正己「殺人罪における量刑の実証的研究」(司法研究報告書一七輯五号・昭和四二年)九頁以下、一六頁以下、二〇頁以下、四二頁以下、六二頁以下、一三四頁以下。なお、殺人の罪に関する量刑資料下(司法研修所調査叢書第五号・昭和三四年)三〇七頁以下、四三二頁以下、五九二頁等参照。
- (6) 出射義夫「殺人罪に対する量刑について」(ジュリスト九五号(昭和三〇年)七頁、八頁)。
- (7) 山岡一信「被害者の有罪性」犯罪と被害者第一巻(宮沢浩一編・昭和四五年)四七頁以下、斎藤訓正「殺人における被害の特性」同書第二巻(昭和四七年)二五五頁以下、唐木伸「殺人動機と被害者の行為」同書第三巻(昭和四四年)一七五頁以下。
- (8) エリクソンの自我同一性については、エリクソン(小此木啓吾訳)・自我同一性(新装版・昭和五七年)、とくに二二九頁以下参照。
- (9) Grobäusch, *Die Affekttat*, 1981, S.37ff., insbes. 62ff.
- (10) 小柴啓吾「解説」R・J・リントン・プロテウスの人間「現代のエスプリ七八号(昭和四七年)一七一頁、同「解説」E・H・エリクソン・モットリアムとマイデンティティ拡散」同書・二〇二頁。
- (11) Lubbers, *Die Geschichte der Zurechnungsfähigkeit*, 1938, S.27ff., 75f.
- (12) Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl., 1847, S.163f.
- (13) Berner, *Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre*, 1843, S.116.
- (14) 中宗根玄吉「精神医学と刑事法学の交錯」(昭和五六年)一四七頁、二一六頁以下、武村信義「司法精神医学の伝統的立場と心理学」臨床精神医学一〇巻七号(昭和五六年)七九五頁以下。
- (15) Model Penal Code & Commentaries, Part II, 1980, §210, 3at 65. なお、その中で extreme mental or emotional disturbance という表現が用いられている。
- (16) 但し、たとえばアメリカ法律協会模範刑法典四・〇一条自体は mental disease or defect を積極的に定義してはいないので、情動を全く排除してはいるとはいえない。
- (17) See *People v. Conley*, 64 Cal. 2d 310 (1966); *People v. Poddar*, 10 Cal. 3d 750 (1974).

(8) Dressler, *Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale*, 73 *The Journal of Criminal Law & Criminology* 421 (1982).

(19) フランスにおいても情動は責任能力の問題ではなく、強制の問題となるにすぎない。そして、強制の原因としても認められないとされている。江口三角「フランス刑法における強制の理論」犯罪と刑罰(佐)伯博士還暦祝賀・昭和四三年)一〇二頁以下。しかし、ヴィーダール・ニールによれば、重い刑が規定されている犯罪について、裁判官が減刑するか否か必ずしも明らかではないような場合に、陪審は情動による強制として無罪を認める傾向があった。Vidal et Magnol, *Cours de droit pénal et de science pénitentiaire*, tome 1, 9^e éd. 1949, p.340 note

2.

(20) 殺人の発生防止について刑罰以外の手段を積極的に考慮すべきことを強調するものとして、岡崎文規・殺人の研究(昭和三八年)一五七頁以下、とくに一六〇頁、一六七頁。また、殺人を他者との共同存在の不能としての性的、社会的及び実存的フラストレーションから説明する試みも殺人防止のための刑罰以外の手段を示唆するものといえよう。ガイスブレイト・武村信義訳・殺人——実存的限界状況の分析(昭和五年)一三頁以下。

(21) 本稿脱稿後に、中空寿雅「激情行為と責任能力」早稲田大学大学院法研論集第二七号(昭和五七年)が発表された。ここで詳しく論じることはできないが、私見との相違は、中空論文は激情行為は原則として責任無能力であるという前提に立つ点、したがってまた、予防の必要性を考慮してはならず、解決は原因において自由な行為の法理にのみ求められるとする点にある。