

〔翻訳〕

## クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷（第三版）〔十一〕

クラウス・ロクシン 著  
吉田宣之／秋山栄一 訳

### 第二十章 責任能力

文献：省略

#### A. 成人の責任能力

##### 第一節 法律規定の基礎

1 立法者は、刑法上の不法を実現する成人には、通常、責任能力が存在する、と考えている。それ故、立法者は、一少年の場合とは異なって（Rn. 51 参照）一責任能力を規定するのではなく、その能力の例外的な欠如を規定している。すなわち、責任無能力である（20 条）。20 条の規定は、二段階に構成されている。第一段階では、病的精神障害、根深い意識障害および精神遅滞並びに重い精神的変性（Abartigkeit）という四つの精神病理学上の所見を列挙している。これらの所見のうちの一つが確定された場合に、はじめて、行為者は、それ故、「行為の不法を弁別する能力があるのか、あるいはこの弁別に従って行為する能力があるのか」を、「第二段階」で検討し、決定するのである。

2 その場合には、伝統的に、責任無能力を確定する生物学的－心理学的方法について論じられる。その基礎には、第一に、一定の器質的（「生物学的」）所見が確定されなければならない、それに続き、「心理学的」弁

別能力あるいは抑制能力がそのことによって排除されているのかが検討されなければならない。けれども、これによっては、責任無能力の所与性がまだ正しく特徴づけられているわけではない。というのは、多くの意識障害（例えば、強度の情動、通常の心理学的精神遅滞および重い精神的変性、その変性は、とりわけ、精神病質、神経症並びに性欲異常 (Triebanomalien) を包含しているのであるが）は、少なくとも身体的—器質的（「生物学的」）な欠落現象に基づくとは限らないからである。また、他行為の能力を確定することは、上述のように（第 19 章, Rn. 37—42）、単なる心理学的所与性ではなく、本質的に、ある規範的な設定にも基づいているからでもある。それ故、今日、文献においては、種々に「心理的—規範的」あるいは「心理学的—規範的」方法について論じられている。それは、以前の議論よりも良くなっているが、事実を未だ厳格に捉えているとはいえない。実際、また、心理学的欠陥状態は、「重い」とか「根深い」という要素が知らせるように、評価的（規範的）特徴なくしては必ずしも確定可能ではない。他方、規範的対応可能性を決定する基準としての弁別能力および抑制能力は、少なくともここで主張された見解に従えば、純粋に規範的に書き加えられたもの (Zuschreibung) に基づいているのではなく、むしろ経験的—心理学的基礎を持つのである（第 19 章, Rn. 36～42 参照）。それ故、二つの「段階」は、等しく、「心理学的—規範的」行動を要求する。その結果、二つの検討の歩調を異なる方法論によって特徴づけるという手法は放棄されることが、むしろ望ましい。

3 精神病理学上の連結観点である今日の規定は、「精神医学的」疾病概念と「法律学的」疾病概念との間での論争の成果であり、まず、立法史を背景としてはじめて理解が可能となる。1974 年の終りまで有効であった旧総則 51 条は、「意識障害」、「精神活動の病的障害」および「精神薄弱」という三つの精神病理学上の要素を含むものであった。实际的に、最も際立った「精神活動の病的障害」の事例は、影響力の強い Kurt Schneider 学派によって次のように理解された。すなわち、それ

は欠落現象が身体的・器質的原因に基づく場合にのみ存在するものであり、少なくともこのことは、内因性の精神病の場合におけるように、推定（前提と）されうるものでなければならなかった。身体的欠陥には起因しない精神病質、神経症および性欲異常は、「人間存在の変種」と見なされてきたことから、免責されるべきではなかったのである。判例は、この狭義の精神医学的・疾病概念を越えており、次のように「精神活動の病的障害」として器質的なものではない精神病理学的現象をも承認していた。すなわち、「ここには、（つまりは、法律学的・疾病概念であるが）単に臨床的・精神病理学的意味における精神障害のみならず、分別の活動並びに意思の活動、感情の活動あるいは性生活の活動のあらゆる種類の障害が含まれる。その障害は、通常の且つ精神的に成熟した人間に存在する、つまりは意思形成を可能にする表象と感情を害するものである……。これは、性的な衝動性についてもまた妥当する。その衝動性は……。担い手が自己のすべての意思の力を傾注する場合にも、自身で十分に対抗しえないほどに、強く際立った特徴をもつものである」（BGHSt 14, 32）と。

4 1962年草案は、この判例とは反対に、「精神医学的」疾病概念を編纂し、精神病質、神経症および性欲異常のような精神障害を免責にしようとはせず、ただか責任を減少させる作用を営ませようとした（24, 25条）。その理由は、さもなければ、「ダムの決壊」という事態に至りうる、すなわち、責任無能力という理由で一般予防の要求を犠牲にすることにより、多くの無罪判決が下されるという、およそ支持しえない事態に至りうるとする懸念にあった。ただ、特別委員会の審議会によって、再び状況が一変した。なぜならば、専門家が、次のような幾つかの点を明らかにしたからである。それは、稀有な事例（その言葉は、特に告訴された精神病質者の2パーセントのものであった）ではあるが、「生物学的」基礎のない精神障害の場合にも、弁別能力、抑制能力の排除が認められなければならないというものである。そのような事例では、単に責任の減少のみを言い渡すのか、それとも、本来であれば、単に器質的欠陥の

みを把握すべきである「病的精神障害」の概念に責任の減少をも包摂するののかという判断をしなければならなくなるが、それを、委員会が担うには荷が重すぎると思われたからである。「責任無能力および限定責任能力についての規定は、責任主義に対する信仰の信憑性をはかるための尺度を表現するだけに、それだけ一層議論の余地のない規定」を必要とする。かくして、「その他の、重い精神的変性」という術語は、器質的な基礎をもたない精神障害の種概念として、ある身体的な所見を要件とする「病的精神障害」と同列に置かれることになったのである。

5 可能的免責効果において、はじめから議論の余地のない「精神遅滞」は、次の点にもかかわらず、独立した要素として 20 条に取り残されている。すなわち、立法者によると、精神遅滞は、単に「重い精神的変性」という現象形態としてのみ理解され、それ以外の変性事例は、それらが単なる限定責任能力に配分された場合にのみ、特別な言及を必要とするとされていたのにもかかわらず、である。「根深い意識障害」は、最終的には、催眠状態若しくは重い情動というような、病的な原因、あるいは心理学的に「変質した」原因をもち合わせていない行動制御能力の欠落を把握するものである。

6 一定の精神病理学的な所見が行為者の弁別能力と抑制能力についての広範な判断の基礎となるとされる「混合的方法」は、立法者によって、他の二つの可能性、すなわち、一定の精神障害の現象のみに照準を合わせるという可能性や、あるいは具体的な連結点を放棄して端的に弁別能力と抑制能力とに照準を合わせるという可能性よりも優先されていた。最初の方法は拒否されていた。その理由は、責任能力は、原則的に、ある一定の所見を基礎として抽象的に確定されるのではなく、具体的な行為を考慮してのみ確定されうるものであるからである。病的精神障害の場合でさえも、その者の一切の態度について責任能力を排除する必要はない。すなわち、「同一の人間は、一定の時点での一定の行為について責任無能力でありうるが、他の時点での他の行為については、責任能力

を有する」ものとされているからである。

7 一定の精神病理学的に連なる所見を完全に放棄し、最終的には、決定的に重要である弁別能力および抑制能力に端的に照準を合わすということの方が、むしろ自然である。かくして Arndt は、特別委員会の審議会において、現行の 20 条を次のように単純に規定することを提言した。すなわち、「行為の不法を弁別すること、あるいはこの弁別に従って行為することに無能力である者は誰でも、責任なく行為する者である」と。この提言は認められなかった。なぜならば、そもそも如何なる条件の下で責任無能力が考慮されうるのかという点についての指示を、裁判官に与えることを放棄しようとはまでは、望まれなかったからである。これら諸概念の「操縦価値と制御価値」が拠とされ、これら概念を削除した場合には、多大な法的不安定性、および十分な所見なしに感情に導かれて責任無能力を宣言することが懸念されるとされた。この規定の四つの連結所見の一つすら存在しない場合にも、一定の所与が行動制御能力を排除するというのであれば、無論、20 条が類推適用されうるのかが問題となる。その問いは、一般化された見解にもかかわらず、原則的に肯定されるべきである。というのは、どのようなものであれ、これ以外の見解を承認することは責任主義に違反するからである。しかしながら、それは実践的な意味を持たない。なぜならば、「意識障害」と「変性」という概念は、その概念が考慮されるすべての諸事情を受け入れうるというほどに、広く把握されているからである。

## 第二節 生物学的一心理学的連結所見

### 一、病的精神障害

8 この概念は、かつての「精神活動の病的障害」の代わりをなすものであり、身体的、器質的原因に基づく同様の精神障害を包含する。「精神活動」の障害のみに照準を合わすというかつての概念は、常に以前か

ら狭すぎるものであった。なぜならば、当該疾病は知的領域のみならず、全心理的領域に欠落現象をもたらしうからである。「精神障害」という今日の術語は、心理的領域のすべてを包摂する。それ故、数あるものの中で、語の狭義の精神障害を包摂するにすぎない。「障害」ということは、かつて正常な状態が存在したということを前提としない。よって、先天的な疾病もまた「病的精神障害」たりうるのである。

9 「病的精神障害」の一部に属するものは、まず第一に、外因性の精神病である。「外因性」とは、外部から生物体内に侵入することの意味する。それによって、証明可能な脳器質の障害に基づく疾病が考えられていることから、「身体的に理由づけが可能な精神病」ともいわれている。これに含まれるのは、例えば（脳の傷害による）トラウマによる精神病、比較的新しい見解に従えば、アルコール、その他の薬剤によって惹き起こされた酩酊状態にも属する中毒による精神病である。更に、（進行性の麻痺のような）感染性精神病、脳器質の痙攣性疾病（癲癇）や脳器質に基づく人格の解体の諸事例（脳動脈硬化症および脳萎縮症）もまたそうである。また、例えば、脳皮質の炎症脳腫瘍あるいは脳の代謝性疾患も病的精神障害のもととなりうるとされている。脳の損傷、あるいは重い発病によって出現する病理学上の酩酊もそこに属する（この点については JR 1995, 117 の Blau の評釈のある BGHSt 40, 198）。

10 酩酊は、かつて大部分の場合に意識障害と解されたが、既に、この病的精神障害に位置づけられる。その理由は、（同様に麻薬や薬物による酩酊の場合のように）身体的な中毒に関わる問題とされるからであるが、ただ、實際上、この位置づけによって、無論、何かが左右されるわけではない。アルコールの影響下で犯された犯罪行為に対する見渡すことが不可能なほど多数の裁判例に詳細に立ち入ることは、（つまり、交通事故犯であるが）ここでは不可能である。留意されるべきは、アルコールの摂取の際に、一定のアルコール濃度の限界が責任無能力の開始として示されるべきではなく、事例の個別性が重要であるという点である。

3 パーミル以上の場合には、（重大な暴力犯罪の場合には 3.3 パーミル以上であるが）しばしば責任無能力であるといえるであろう（BGH StrV 1990, 107:「注目に値する徴憑」）。けれども、普遍的に妥当するこの種の経験則は見当たらない（BGH GA 1974, 344; 1988, 271）。更に、BGH NStZ 1987, 545 に従えば、3.94 パーミルの場合でさえも、未だ必ずしも 20 条の事例とされるべきではない。非常に高い血中アルコール濃度の際には、断片的に維持された記憶も（単純な行為の典型から成る）犯罪の実行もまた、行動制御能力の完全な排除に否定的に働くべきではない（BGH NStZ 1996, 227）。3 パーミル未満では、アルコールの常習摂取者は、原則的に、帰責無能力とはされず（BGH VRS 28, [1965] 190）、更にまた、2.5 パーミル未満では責任能力はたいていの場合に維持されている。2 パーミルの場合には、特別な事情がある場合にのみ、責任無能力が承認されうる。例えば、それは、薬物の服用や、あるいは強度の情動が累積的作用を惹き起こすような場合である。よって、それに対しては、原則的に 21 条の事例が承認されうるであろう。殺人犯の場合には、限定責任能力の限界は、生命を攻撃する際に高められた制御の限界を理由として、2.2 パーミルの場合に設定される。ただ、血中アルコール量を確定するためには、常に精神診断上の評価のすべてが付け加えられなければならない。

11 アルコールによって惹起された責任無能力の場合には、行為者はそれにもかかわらず原則的に不処罰となるわけではなく、むしろ 323 条 a による酩酊、あるいは原因において自由な行為（Rn.55ff. 参照）によって処罰されうる。責任能力が維持されている場合、アルコールに基づく行為は可罰的ではあるが、けれども、限定責任能力（21 条）が問題となる（この点については、Rn.32ff.）。それに加わるのは、道路交通における酩酊を理由としての可罰性である（316 条）。よって、判例は、1.1 パーミルの際に、一つまり、責任無能力の発生よりもかなり前の時点で一絶対的に運転不可能な心身の状態を承認する。けれども、このことは、個々の事例においては更に早い段階でも生じうるのである。

12 病的精神障害に数えられるものには、その他に、内因性の精神病がある。「内因性」とは、身体の内側で生じること、内部から起こることであり、それによって、精神障害が特徴づけられているということである。その精神障害の身体の一器質的基礎はこれまで明確には証明されていないが、学問によって推定（要求）されるということの意味する。この点では、統合失調症と循環気質という二つの大まかな形態の領域が考慮される。循環気質は「躁鬱病」としても特徴づけられる。なるほど、循環気質は、その際には、しばしば躁と鬱の段階が一定の「周期」で入れ替わるということから、そのような名称をもつのである。

## 二．根深い意識障害

13 この概念によって特徴づけられるべきであるのは、病的でない「正常な心理学上の」意識障害である。よって、その他の事例は、既に、病的精神障害に包括されている。これに属するのは、例えば、疲労、過労、寝ばけ状態、催眠状態あるいは後催眠状態での行為、並びにとりわけ情動の一定の形態として行われる行為に基礎を置く意識障害である。無論、この意識障害は「根深い」ものでなければならない。それによって、「未だ正常な領域にあるあらゆる意識障害は、排除されるべきである。正常な人間でも繰り返し多かれ少なかれ睡眠不足、過労、興奮、驚愕あるいはその他の身体的原因若しくは精神的原因に基づいて、意識が過度に減退した状態の下にある場合がある。そのような状態は、原則的に、責任能力の領域に属するのではなく、恐らくは責任の程度を評価する際に考慮されうるものである」。本来的に、立法者は、そのことを病的精神障害に「等価値の」意識障害を要求することによって表現しようとした。けれども、この定式化は、心理学者の抗議に出くわした。彼らは、精神病学上の疾病概念を健全な人間に類推的に転用することによっても、その権限が脅かされると見たのである。かくして、本質的には、「等価値性」といわれるもの以外の何ものをも意味するものではない「根深い」とい



う文言で合意された。すなわち、障害は、「当該者の精神構造が破壊されるほどに、あるいは 21 条の事例において・・・動揺せられるほどに、そのような強度のものでなければならない・・・」とされたのである。

14 實際上、広く注目されているのは、強度の情動に基づく責任無能力であり、これは、法的に特別な、未だ完結的には明らかにされていない問題を提供している。精神病学的な疾病概念の虜になっている精神医学では、かつて種々に、専ら正常な心理学上の情動、換言すれば、病的な身体的現象に基づくことのない情動が、責任能力を排除するのは不可能であるとされて来たが、戦後の判例は、そのような可能性を（例外的な事案ではあるけれども）常に認めている。指導的判決である BGHSt 11, 20 は、戦後の判例を「刑法 51 条（現行 20 条）の意味における意識障害は、極限の興奮状態で行動している行為者については、彼が疾病に罹患していない場合である、または彼の情動状態がその他の欠落現象（例えば、ねほけ状態、催眠状態、高熱あるいは類似の状態のようなもの）を伴っていない場合であっても、存在しうる」と総括している。また、今日、経験科学も、主として強度の興奮の中で生じる「情動の出現」の場合には、行為の時点における行動制御能力は種々に排除されうるし、情動の出現は「制御機関の解体をまさに前提とする」との認識を出発点としている。

15 他方、そのことによって開かれた免責の可能性は、一般予防の理由から、しばしば広過ぎると見なされている。判例はこのような懸念について、部分的にはあるが、免責に対して—無論、アクセントの置き方は種々であるが—情動の無責任性（Unverschuldetheit）を要求するという方法で考慮を払おうとした。影響力のある判決である OGHSt 3, 23 では、「回避可能な性格の欠点と道徳上の逸脱が行為に至る」ような場合であるとして、責任無能力が否定されている。OGHSt 3, 82 によれば、責任無能力は、「自ら有責に、軋轢や暴行に至る関係を招来する」行為者の場合には存在しないという。また、BGHSt 3, 199 も、無責任性に照準を合わせている。BGH NJW 1959, 2315 は、免責を拒否するためには「行状

責任」では十分ではないということによって、制約的な精密化に取り組んでいる。すなわち、「有責性というものの基礎づけには、『短絡的行為』と密接に関連する行為事情のみが引き合いに出されうる」としているのである。BGH MDR 1977, 459 は、例えば、「制御されていない情動の爆発という危険領域に陥ることが認識可能であるような抑鬱的な気分の変調へためらいもなく身をゆだねること」を例として挙げている。それに対し、BGHSt 7, 327 f. が疑わしいとしたのは、「無責的な情動のみに責任阻却の効果が当然与えられるという・・・制限は、情動に条件づけられたすべての意識の完全排除の事例においては、法律との一致がみられるのかどうか」という点である。また、BGHSt 8, 126 も、この点について疑わしいと見なしており、他方で、BGHSt 11, 26 は、具体的事例における問を「黙過」しようとしている。

16 正しくは、行為時に行動制御能力そのものが排除される場合、免責は、情動が自己の落ち度によって惹起されたという理由があっても、拒否されることはありえないといわれている。というのは、法律の文言は、「行為の遂行の際」の根深い意識障害に、一義的に照準を合わせているからである。よって、既に 1962 年草案の理由書も「自己責任の無意味性」を前提とすると強調したのである。Lange が「行為の遂行の際に」という文言を構成要件の実現の時点に限定せずに、Krümpelmann も「動機的发生条件」というものを持ち出す場合、それは Krümpelmann が考えるのとは相違して、もはや、「極限の限界にまで推し進められた解釈」のではなく、新解釈を施すものである。その背後にあるのは、さもないとすれば、「殺人犯の 1/4 の場合に」、行為者が無罪とされなければならないという、耐え難い状態への危惧である。しかし、第一にはそれは過度の懸念である。なぜならば、当然のことながらあらゆる情動が「根深い意識障害」として格づけされるわけではないからである。第二として、構成要件に関連づけられた責任主義は、あらゆる衝突事例について、この主義を法律の文言に反して予防上の利益のために犠牲に供するわけではない場合に限って、信ずるに値する。更に、第三として、責任無能力

のために免責にすることが犯罪を促進するという点についても、賛成者は皆無である。

17 若干の論者は、「責任なき」情動という要件を回避不能な禁止の錯誤のみが責任を阻却すると規定している 17 条の類推適用に依拠させようとしている。しかし、これらの規定は、比較不可能である。というのは、17 条は、はじめから回避不能な禁止の錯誤の免責を明らかにしているにすぎず、他方で、20 条では、回避不能な行動制御無能力のみが責任能力を排除するなどとは何も語っていないからである。また、17 条は、回避可能性の存在ではなくて、錯誤が「行為の遂行の際に」存在するというものを要求するにすぎない。その上、禁止の錯誤は、17 条の大多数の事例において、「行為の遂行の際に」は、回避可能であろうし、他方で、ここで克服の努力がなされた見解は、情動の場合に、行為と責任の同時発生をすべての事例で放棄しているのである。更に見込みの少ない試みは、答責性阻却の緊急避難の規定を 20 条に転用するというものである。なるほど、緊急避難行為は、35 条 1 項 2 文によって危険が「自ら惹起された」場合には、刑罰は免除されない。しかし、35 条は、まさに責任能力あるいは責任を阻却するのではなく、温情というもののから、刑事政策的に動機づけられた許可を意味するにすぎない。それ故、この温情は、行為者の事前の態度に依拠することが許されるのであり、またこれは自明のことである。

18 これに対し、情動状態の行為者の刑法上の答責性を場合によっては、原因において自由な行為の原理に依拠させるという可能性は十分にある。そのような可能性は、精神医学的な所見によって支持されている。それに従えば、情動行為は、晴天の霹靂のように生じるのではなく、より長く継続する心的葛藤の結果であり、それは、たいていの場合、発生（Entstehung）、激化（Verschärfung）そして爆発（Entladung）という三段階を経て顕在化するとされる。発生の段階においては、それほど手が込んでいない侮辱や拒否が、第二段階で自己の問題としての「背負い込み」

が、破壊的な表象に転化するような心理的な緊張状態へと導くのである。その結果、第三段階においては、操縦能力 (Steuerungskapazität) の完全な崩壊状態、更には情動の出現状態が、しばしば、表面的には、ほんの僅かのきっかけによって創出されるのである。第二段階で、未だ行動制御能力が存在している場合には、たいていは、行為者が自己の攻撃的な傾向と葛藤する状態を確認することができる。彼が、この段階において起こりうる情動の爆発や後になってからではもはや制御不能なその爆発に対する予防措置を講じず、しかも、例えば、想定しうる被害者に影響を与える範囲から遠ざかることをしない、それどころか、更には銃器を購入するというような場合には、既にそこに、刑法上の答責性を基礎づけうる事後の結果の惹起がある。無論、たいていの場合には、行為者のそのような態度は過失であるにすぎないが。その理由は、彼が軽率にも情動の出現の回避可能性をあてにしていたからである。しかし、とりわけ、222 条、230 条で考慮される処罰範囲は、そのような犯罪の責任の内容をまったく正当に評価するものであるとされている。

19 無論、原因において自由な行為は、それ自体、非常に議論のある法形象である。それに関連する争点は、Rn. 55 ff. で取り扱われている。Behrendt は、情動の場合における刑法上の答責性を失念において自由な行為 (actio libera in omittend) として把握している。すなわち、彼は、行為者が情動の生成 (Affektgenese) の第二段階において、破壊的志向を制御していないとして、その場合に不作為犯を承認する。よって、結果回避義務は、先行する行為から生じるべきであるとする。けれども、エスカレートする情動の軌跡の進展の中に存在するものは、結果を惹起する作為である。不注意の「不作為の要素」は、作為による過失にもまた固有のものである。加えて、未必の故意でもあるような場合には、なおのこと、積極的な行為によって犯罪が進行している。

20 Jakobs は、彼固有の責任の見解に基づいて、(この点については、第 19 章, Rn. 33 ff.) 情動を期待可能性の観点の下で取り扱っている。

少なくとも、彼もまた、単に「機能の進行による受動的客体」にすぎなくなる行為者を、専ら、帰責無能力と定義しようとする。それ以外にも彼は、未だ責任能力が排除されていない場合にも、事情によっては免責を許容しようとする。その免責は、もちろん一般予防的に支持可能な枠内においてのみ許容され、そして行為者が自ら情動を有責に招来した場合には、拒否されなければならない。そのことは、未だ責任が僅かに存在しているような場合でも、予防上の処罰必然性が欠けている事例であれば、答責性阻却がなされるべきであるという、ここで支持された見解と完全に一致する（第 19 章, Rn. 3ff., 53 参照）。広く一般に認められた免責の懸念を鑑みれば（前掲, Rn. 15f. 参照）、確かに、さしあたり、この領域における裁判所の温情を見込むことは未だ不可能であろう。

### 三．精神遅滞

21 立法者は、精神遅滞を「証明可能な原因のない先天性の知的障害」と理解する。胎内における脳の損傷、分娩時の外傷による損傷、あるいは幼児期の損傷に起因する精神遅滞は、それ故、既に「病的精神障害」の要素に含まれる。それは、なおのこと、事後的に生じた脳器質の疾病が進行することに基づく白痴化にも妥当する。精神遅滞は、既に法律の文言（「その他の」精神的変性）が知らせるように、単なる精神的変性の現象形態にすぎない（その個別的な命名の立法史的基礎に関しては、Rn. 3 ～ 5 参照）。

22 知的障害の程度に従って、精神遅滞は三種類に区別される。最も軽度なものは、軽愚（Debilität）である。その場合には、特殊学校の卒業が可能であり、大部分の場合、職業をまったく習得しえないが、しかし、実生活上の行為をなすことは可能である。中程度のものは、痴愚（Imbezillität）である。それは、自立的な生活をまったく許容せず、家族あるいは施設の養育を必要とする。最も重度のものは、白痴（Idiotie）とされる。それは、養育の必要性があり、継続的に拘禁されることにな

るのである。白痴の場合には、しばしば既に言語能力が欠如している。刑法にとっては、主として、軽愚のみが注目されている。というのは、精神遅滞による、より重度の形態の場合には、いずれにせよ監督が必要とされるのであるから、その形態が刑法的に重要な態度になるなどということはほとんど考えられないからである。

#### 四. その他の、重い精神的変性

23 重いその他の精神的変性は、責任無能力となりうる前提条件であるとして、刑法改正のための特別委員会によって、まずは、成文化されている (Rn. 3 f. 参照)。そこでは、委員会は、病的精神障害と「比較可能な重い精神障害」の一つであると述べ、それによって「変性」という不利益な効果をもたらす差別的な表現を避けようとしていた代案と見解が一致していた (1966 年刑法代案総則 21 条)。その実体によれば、重い精神的変性という表現によって、身体的な疾病に起因することなく正常なものから心理的に逸脱することが意味されている。

24 その主たる現象形態は、一従来用語法に従えば—精神病質、神経症および性欲異常である。そこで、精神病質とされるのは、たいていの場合、素質によって条件づけられ、社会共同生活の能力を著しく侵害することになる性格の特異性である。それに対し、神経症は、後天性の、しばしば治療によって克服可能な態度の異常 (Verhaltensanomalien) であって、異常な経験に基づく反作用として現れるものである。無論、素質と環境によって条件づけられた心理的障害は、たいてい判別しづらく、しばしば複合的に作用するのである。それ故に、「『神経症』あるいは『精神病質』といった述語を使用することは、広範に学説が解決すべき問いである」とされている。とはいえ、刑法上の評価は、それとは無関係である。その他の性的異常性 (sexuelle Andersartigkeit) も、異常に高められた性的特殊性 (過度の性欲) もまた、性欲異常に属する。その場合、判例によれば、「自然に反する性欲 (Trieb)」は、事情によっては、

標準的な強度のものであるとしても、免責可能であるべきとされている。他方で、標準的な性欲は、抵抗しがたいほど強度ものである場合に限って、責任無能力とされる。いうまでもなく、その他の重い精神障害もまた、その障害が上述の概念の一つに組み込まれる場合を除いて、考慮が払われる。例えば、強度の好訴者、中毒に基づかない嗜癖的な依存症、情緒的核の障害（emotionale Kernstörungen）、あるいはもちろん稀であり、議論の多い—放火癖、窃盗癖、若しくは性的な虜（sexueller Hörigkeit）の事例である。

25 関係する判決は、例外なく新 20 条の施行よりも以前の時期のものであり、当時の法律学的疾病概念に該当する（Rn. 3 参照）。既に、このことは、懸念された「ダムの決壊」、つまり旧法と比較して、免責化の著しい拡大が生じていなかったということを示している。統計上の資料もまたこのことを裏づけている。責任無能力が容認された大多数の事例は、性欲異常者によるものである。神経症や精神病質の場合には、まったく稀な事例に限って責任能力の排除が肯定されている。むしろ判例は、性格の欠陥および意思の薄弱は克服可能であるとしている。しかも、性欲異常者の場合にも、「精神的に健全な人間は、自然に反する性の衝動から彼に起こる傾向性を克服するために、必要とされる内面的な力を自由に用いることができる」との前提から出発している。文献も免責の可能性に対して非常に抑制的である。かくして、Witter は、精神的変性が「精神病に類似する場合、換言すれば、その変性が、精神病、あるいは精神病性および脳器質性人格変動に対する限界領域、若しくは移行段階の領域にある」場合に、責任無能力を肯定しようとしているにすぎない。また、Krümpelmann も、「20 条から精神的変性を排除すること」に全面的に賛成する。

26 けれども、そのような立場に立つことは、旧来の精神医学的疾病概念に非常に強く結びつくことを示している。しかも、その旧来の概念は、従来の判例によって承認されなかったものであって、且つ成文化も

されておらず、しかも責任主義とも合致していないのである。精神病に左右される動機が、強度の精神的変性以上に態度を決定づけるという主張を証明する証拠は、存在しない。重要なのは、精神病との類似性ということではなく、行為の生成が行為者の標準的な対応可能性の侵害をどの程度認識させるのかという点である。正当にも、BGHSt 34, 22 (24) ; 35, 76 (79) は、重い精神的変性は、率直にいて病理学的な所見を前提にはしないという点を指摘している。BGH StrV 1988, 384 に従えば、それを行為者の経歴のみから導き出すことは許されず、むしろ行為者の人格の「全体的考察」から導き出さなければならないとされる。「重い」変性という法律的要件が、精神病に類似していない、すべての精神障害をはじめから法律から排除することに使用されるという議論は、免責が、まず「第二段階」において、換言すれば、弁別能力と抑制能力を検討する場合において、はじめて決定されるべきであるという点を、見逃しているのである。

### 第三節 弁別能力と抑制能力

27 率直にいて、「行為の不法を弁別する、あるいはこの弁別に従って行為する」という行為者の能力に対する 問には、経験上「答えることは不可能である」という見解が精神医学者によって主張されることは、稀ではない。このことは、その場合に、鑑定人と裁判官の次のような任務の違いを認識させることになる。すなわち、鑑定人は、生物学的・心理学的連結所見を確定し、他方、裁判官は、評価的な手続きの道筋の中から、弁別能力あるいは抑制能力に関して、そこから推論を引き出すのである。けれども、そのことによって、物事の本質は、正しく見られてはいない。というのは、第一に、連結所見の確定もまた、裁判官にとって体験可能でなければならず、裁判官によって闇雲に借用されてはならないからである。特に、「根深い」とか「重い」というような要素は、著しい規範的特徴を有するからである。第二に、鑑定人が弁別能力と抑制能力について何も言及することができないという思い込みは、広範に



次のような誤解に基づいているのである。それは、ここでは、意思の自由あるいは個別的な他行為可能性についてのみ語られることが要求されているという誤解である。だが、実際上は、上述のような議論が問題なのではなく、行為者が行為時において規範的に対応可能であったのかどうか、そしてあるとすれば、どの程度対応可能であったのか（第 19 章, Rn, 20ff., 33ff. 参照）である。換言すれば、「法規範がそもそも行為者の動機の過程の中で効果をもつ可能性があったのかという点についての判断が、問題であるに過ぎないのである。鑑定人の任務は、行為者の精神的状態について、行為者は有用な規範の名宛人であったのかどうかを指摘するという点にある」とされている。このことは、現代の精神医学と心理学が一貫して物申すことのできる、原則的に経験上の問題設定である。なるほど、その場合には、規範的な価値判断の余地が存在しているのであるが、ただ、それはその他の法概念の場合にも、原則的には異なっているわけではない。その他の場合におけると同様に、ここでも専門家が排除することの許されない裁判官の確信が決定的なのである。とはいえ、このことは、20 条に含まれる二つの「段階構造」の中で、経験的な専門家と裁判官の間での共同作業が同一の規則によって進行するということを変更するものではないのである。

28 「行為の不法を弁別し」、且つ「この弁別に従って行為する」ということについての無能力は、しばしば混合的に変化し、しかもその場合には、明確な区別は不可能であるといわれている。結果的には、常に行動制御能力の欠如が問題である。その能力は、弁別能力が欠如していることに基づくのであるが、また、その他の事情にも、更には種々の要因の絡み合いにも起因している。弁別能力の欠如を特別に挙示する必要は、17 条の禁止の錯誤規定によって責任が阻却される場合には、その限りでは、既に無用である。けれども、それは少なくとも、証拠規則の価値をもっている。それは、連結所見が弁別能力の検討を推し進め、重度の事例においてはその能力の欠如をも徴憑しうるからである。継続的に存在する弁別能力も現存する不法の弁別も、他方、抑制能力への逆推論す

ることを許すものではない。酩酊状態の場合には、抑制能力はたいてい弁別能力よりも前の時点で排除されている。したがって、身体、生命に対する行為においては、健全な人間の場合の「著しいアルコール量」も、通常、抑制能力を排除する状態にはないのである。

29 責任無能力は、「行為」が法律学的意味において否定されえない場合に、検討されれば十分である。このことから、責任無能力からの行為無能力の境界づけという問題が生ずる。この区別は、高度の情動、分娩開始の陣痛状態、同じく正気を失った酩酊の場合であれ、催眠および後催眠状態の場合であれ、常に容易になされるものではないし、更にどのような行為概念が基礎に置かれるのかということによっても、左右されるのである。本書で支持される、人間の「行為」を「人格の表現」として理解する理論に従えば、列挙された事例では、原則的に行為能力の排除が問題となるのではなく、責任能力の排除が考慮されるのである。個別的には、上述の説明で指摘されている（前掲，第 8 章，Rn. 44 ff., 66 ff.）。

30 弁別無能力および抑制無能力は、抽象的なものではなく、常に具体的な構成要件の実現を考慮してのみ確定されうる。このことは、判例において、特に酩酊状態の行為の場合に、次のように強調されている（BGHSt 14, 114 [116]）。すなわち、「とりわけ、抑制能力の間は、種々様々な犯罪行為の場合には、統一的に回答されることは稀である。いうなれば、性の衝動をもはや支配しえず、それ故、酩酊状態において、強姦未遂を遂行する酩酊者は、場合によっては、十分に強盗の動機を抑制する能力を有している。また、酩酊の結果として、責任なしに思わず侮辱をした者であるとしても、危険な傷害に関しては未だ答責的たりうるのである」と。しかも、弁別能力の諸区分も、一貫して現実に近いものになっている。従って、軽度の精神遅滞にある者には、複雑な経済犯罪あるいは環境犯罪に関しての弁別能力は欠如しているものの、強盗の不法に関しては未だ十分に弁別しうるのである。それに対して、一定の構成要件との関係で、責任を阻却する精神障害が存在する場合、「明確な中間領域」

（*lucida intervalla*）の可能性は、今日では承認されていない。したがって、行為が、外部的な疾病症状が一時的に後退しているその時間内に遂行された場合であっても、責任阻却が肯定される。

31 行動制御能力に対する生物学的一心理学的連結所見の影響に関しては、生物学的原因（換言すれば、病的精神障害）が責任能力を原則的に排除し、他方で、心理学的な所見は（とりわけ、心理学的変性を）例外的に免責するにすぎないという見解が主張されている。この見解は、その方向性においては妥当とすることができるのではなかろうか。けれども、個別事例に対しては、そこから無思慮に結論を導き出すことは許されない。かくして、J. E. Meyer は、障害の強さはその診断に対し徐々に司法上の重要性を獲得したという点と、「いわば、老人性の精神錯乱状態、あるいは急性の統合失調性の精神病」という僅かな診断のみが「あたかも自動的に」責任能力を排除したにすぎないといえるという点を強調している。Venzlaff は、「例えば、幼児期のあるいはトラウマ的な脳の損傷による身体上の所見が、特にそれらが軽度の精神遅滞・・・と結びついている場合に」、「犯行の原因が時としてここからはまったく生じないにもかかわらず」、あまりにも容易に免責を認めてしまうのである、と述べている。他方、身体的には条件づけられていない精神的異常性は、行動制御能力への効果の点で度々軽視されている。それ故、規範的な対応可能性に関する判断は、障害の原因よりもその重さに依拠されなければならないであろう。

## 第四節 著しく限定された責任能力

### 一. 21 条の条件

32 著しく限定された責任能力は、責任能力と責任無能力との間に存在する「半帰責能力」という独立した形態なのではなく、責任能力の一場

合である。というのは、行為者は、行為の不法を弁別し、その弁別に従って行為をするという能力を、(未だ) 有しているからである。けれども、行動制御能力は程度づけが可能な概念である。すなわち、規範によって動機づけられうるということは、人間にとってより容易なことであったり、あるいはより困難なことであったりする。その難易度に応じて、未だ現存しているが、本質的には減退された行動制御能力の場合、責任は、原則的に減少しているのである (Rn. 36ff. 参照)。21 条は、刑の減輕事由を創設することによって、それに考慮を払っている。21 条は、実務においては、責任無能力を理由とする免責よりもかなりの頻度で用いられ、そして四つの生物学的・心理学的連結所見すべてについて適用されている。すなわち、それは、とりわけ、軽度の麻痺性または統合失調症による欠陥の場合、初期の動脈硬化症による、あるいは老齢による認知症の発現の場合、癲癇若しくは精神遅滞の軽度の形態の場合、比較的僅かの心理的影響を伴う脳の損傷の場合、情動、酩酊状態、神経症、精神病質、性欲異常の場合であり、また同様に、自殺を意図して惹起された火薬の爆発 (Sprengstoffexplosion) の事例においても当てはまる。麻酔剤に依存する場合については、判例に従えば、例外的に、21 条の適用が承認されることになる。例えば、「長年にわたる麻酔剤の服用が最も重い人格の変動に至った、あるいは行為者が強度の禁断症状に苦しみ、しかもその症状のために、犯罪行為によって薬物を調達するという状況に追い込まれた場合、更に、事情によっては、彼が犯罪を現在の酩酊の状態下で行ったような場合」である。また、既に、ヘロイン依存者の禁断症状への危惧が彼の行動制御能力を著しく減退させるということも、排除されてはいない。

33 立法者は、行動制御能力については「著しい」減退を要求する。その理由は、比較的僅かな程度の行動制御能力の侵害は、「重大犯罪、性欲犯罪、傾向犯罪の場合にも、原則的に存在する」からである。このことは、規範的対応可能性についての、さほど重大ではない限定は無視されるべきであるという意味ではない。しかし、その限定のためには、49

条 1 項の特別の処罰範囲の扉が開かれているわけではない。むしろ、その限定は量刑の際に通常の処罰範囲内で考慮されるべきである。責任能力がさほど著しく減退しないということと、「著しい」減退とを区別することは、いうまでもなく裁判官の評価に幅広い領域を委ねることになる。原則的に、21 条によって開かれた特別の処罰範囲を承認するためには、行為者の精神状態が、正常性の平均値を明白に下まわっており、しかも、責任無能力へと近づいていることが必要である。規格化された測定値（Standardisierte Maßwerte）は、飲酒による酩酊の場合にのみ示すことができる。この場合に、判例の前提によれば、2 パーミル以上の血中アルコール濃度の場合には、なるほど、限定責任能力が必然的に存在していると判断されるわけではないが、それにもかかわらず、とりあえず、その能力の有無は検討されなければならないのである。更にその能力が否定される場合にはそれは基礎づけられなければならないのである。集団で犯された犯罪行為における集団力学的な過程は、21 条の事例としては判断されえないであろう。

34 限定責任能力の構成要件関連性から明らかになるのは、なるほど、行為者の弁別能力は一般的に著しく減退してはいるが、具体的事例における不法の認識は有しているような場合には、21 条が適用されないという点である。それ故、裁判所は、限定責任能力が弁別能力あるいは抑制能力のいずれの欠如に基づくのかを、明白に述べなければならないのである。無論、不法の認識が存在している場合であっても、抑制能力の著しい減退は存在しうる。同様に、21 条は、なるほど、抽象的に著しく減退された抑制能力は認められうるものの、行動制御能力が実現された構成要件との関係で減退してはいない、あるいは非本質的に減退しているにすぎない場合にも、適用されないものである。抑制能力の著しい減退は、弁別能力の同程度の減退と比較して、責任を減少させる程度が少ないとする結論を認めるのは、正しくない（BGH NStZ 1985, 357）。

35 限定弁別能力の事例に関して、21 条の規定は、禁止の錯誤の規定

と矛盾関係にある。つまり、行為者が自らの行為の不法を認識しなかった場合に、彼は、17 条 2 文によれば、49 条 1 項に従った刑の任意的減軽に至る、禁止の錯誤に陥っている。しかし、同様の刑の減軽が 21 条で認められるのは、禁止の錯誤が著しく減退された弁別能力に基づく場合にすぎない。この非一貫性は、行為者に有利な 17 条 2 文の規定を優先させることによって解決される。その結果、21 条は、その限りにおいては無意味になる。というのは、精神的に且つ心理的にまったく健全な行為者が、すべての回避可能な禁止の錯誤の場合に減軽の可能性を受け、他方で（著しいとはいわないまでも）限定責任能力者が、同様の事態の場合に、通常の処罰範囲で処罰されるべきだとするならば、それは無差別的取扱いの命題（*Gleichbehandlungsgrundsatz*）に対する耐え難い違反になるのではないかと考えられるからである。これに対して、Jakobs は、「21 条に規定されている著しいという概念の意味」を、刑法 17 条 2 文の中で解釈されるべき要素と見なそうと、また、それによって単純な回避可能な禁止の錯誤の場合にまでも、減軽の可能性を容易に認めることにはならないと主張している。けれども、それによって、17 条は、行為者の負担になるように修正されてしまうのであり、許されるべきではない。

## 二．刑の任意的減軽

36 21 条は、任意的減軽を保障するにすぎない。21 条で議論されている問題の中心は、このことが責任主義と調和しうるのかどうか、ということにある。刑罰は責任の程度を超えてはならないという一般に認知された命題が前提とされるならば、著しく限定された責任能力は、著しく減軽された刑罰をも導くものでなければならないということと同時に、単なる任意的減軽は「責任主義に対する明らかな違反」であって、故に、それを修正して必要的規定と解釈するべきであるということが、ほぼ、自明のことと思われる。また、1966 年代案総則 22 条もこのような理由から義務的な刑の減軽を規定した。それに対して、判例と支配的見解は、

任意的な処罰範囲の減輕のみを保護しようと、種々の基礎づけを試みている。BVerfGE 50, 5 ff. は、裁判官の裁量に委ねられた刑の減輕に対して、憲法上の疑念を有しないとするが、その他の点については、立場決定を自制している。すなわち、「如何なる見解を刑法的解釈の観点の下で優先させるべきなのかということについて決定することは、BVerfGEの問題ではない」と（a. a. O., S. 10）。

37 正しくは、なるほど、49 条 1 項による刑の減輕を拒否することは、端的に違憲であると見なされるわけではないが、その拒否の場合の適用範囲を限定しなければならないであろうし、加えて、減輕された処罰範囲の選択を義務的なものとしなければならないであろう。このようにされることが望ましい。というのは、単なる任意的減輕に導くに至った歴史的な根拠は、今日では過去のものであるからである。かつての 51 条 2 項、つまり現行の 21 条の前身が、1933 年 11 月 24 日の常習犯罪者法によって導入された際に、とりわけ限定責任能力である精神病質者の場合に、予防的根拠から刑の減輕が見送られようとした。すなわち、それは、「精神病質者およびその減弱した抵抗力についていえば、不適切な寛大さによるよりも、峻厳且つ長期の刑罰によるほうが、後々に至るまで種々に影響を及ぼすことができる」からである。Mezger は、これに関連して、「不可避の実践的な要求」は、「責任刑を離れて保護刑」に至り、「一定の性質をもつ人格」を責任刑法から「取り除く」ということが必要であると述べている。それに対して、比較的最近の判例が適切にも強調するのは、裁判官が「責任とは異質の考慮に基づく刑の減輕を怠ること」も、「責任に相当であるとされた刑罰の程度」を越えることは許されない、という点である（BGHSt 7, 28）。

38 だが、刑の減輕の制限を責任主義と調和させるという種々の試みはあるが、有用なものは、ほんの僅かである。「行状責任」に立ち戻ることは、現行の行為刑法の地盤を失うことになるため（第 19 章, Rn. 58 参照）、禁止されている。判例は、度々、法定刑を維持することを基礎づけた

めに、かなり減退した刑罰感受性 (Strafempfindlichkeit) の観点を次のように引き合いに出している。すなわち、精神遅滞者あるいは適応性のない精神病質者は、刑罰をそれほど重くは感じないのではないか。その結果、減軽されていない刑罰は、その効果の点で、彼らの減少された責任に相応しいのである。しかし、この主張を維持することはできない。というのは、刑罰感受性は十分に確実に測定されうるものでもなく、また、より感銘力の強い特別の処罰範囲を、予定外の、ほぼ刑罰適応性のない行為者に対して引き合いに出すわけにはいかないからである。同様に「緊張説」(Anstrengungstheorie) も支持しえない。それによれば、限定責任能力者は、自らの機能不全を能力の緊張を高めることによって埋め合わせなければならないのであり、それ故、もしも彼がそうしなかったのであれば、減軽されていない処罰範囲によって処罰されてよいと主張する。支持できない理由は、自己の機能不全を意思の緊張を高めることによって埋め合わせることのできる状態にある者は、はじめから著しく限定された責任能力者ではないからである。ただ、著しく限定された責任能力の場合、弁別能力の欠如は、いずれにせよ禁止の錯誤の規定によって取り扱われるのであるから、意思の力によって抑制することで法律違反の衝動に対抗する能力は、本質的に減弱されている。それ故、緊張説は、そのような行為者にとって不可能な何かを要求していることになる。

39 今日では、判例および学説の一部によって処罰範囲の減少を拒否するための根拠として承認されている、本質的なもう二つの異なる観点が僅かに存在する。すなわち、他の責任を高める諸事情による、著しく限定された行動制御能力を他の責任を高める諸事情によって補整するという観点と、特に酩酊犯罪の場合において (しかし、情動行為の場合もまたそうであるが) しばしば現れる自招性を理由にした責任能力の制限の観点である。第二の状況は、第一の状況の変形にすぎない。なぜならば、先行する自招責任 (Vorverschulden) は責任を高める事情の特殊な場合であるからである。例えば、その特殊事例に考えられるべきものは、自己の責任能力を故意的に制限した場合である (それに対しては、Rn.



45)。というのは、事後の犯行を意識して本来的には完全であった責任能力を故意に減少させることは、自招責任が、はじめから限定責任能力である場合、あるいは事後の犯罪の遂行の予見が欠如する場合以上の、高度の責任を意味するからである。

40 特に責任を高める諸事情が著しく限定された行動制御能力に対峙するところでは、通常の処罰範囲に基づく処罰が原則的に許されているものとされなければならない。というのは、確かに、通常の対応可能性が著しく制限された行為者の行為は、責任を高める諸事情が同様に存在している、心理的に通常の人間と比較して、依然として責任が軽いからである。しかし、行為者のこのような状況に対する考慮は、刑罰を通常の処罰範囲の下限部から導くことによって可能になる。なぜならば、責任主義は、立法者に対して「通常の」行為者と比べ、他の事情が同様であったとしても、あらゆる場合に常に存在している責任の差異を、特別の処罰範囲によって考慮するということを強いるものではないからである。というよりは、むしろ著しく限定された責任能力の場合に、なるほど、原則的に49条1項に従って減軽するのではあるが、ただ、責任能力の減退がその他の責任を高める状況によって部分的に再度埋め合わされるような場合には、法定刑の範囲内における減軽に甘んじるということも、十分に意義があると認められる。というのは、46条2項1文は、更にまた、量刑に際して「行為者にとって有利な事情と不利な事情」が比較衡量されるということを要求するからである。この衡量の結果は、減軽された特別の処罰範囲の適用へ必ずしも導くわけではない。

41 けれども、その他の責任を高める事情が存在している場合に21条の行為者を通常の処罰範囲に基づいて処罰してしかるべきであるという命題は、判例の多くの場合においては考慮されることのない種々の制限の下に立たされている。指導的判決は、BGHSt 7, 28で、そこでは、抑制能力が精神遅滞のために著しく限定されている男が、彼の19ヶ月の娘を謀殺しているのである。BGHは、責任を高める事情に基づいて、

終身刑の宣告を是認した。その事情とは、「被告人は、自分の子供を謀殺した。彼は自己の謀殺の意図を非人間的な執拗さで追求した。彼は、子供が寝ていた時に殺害した。彼は、子供が電流の衝撃 (Stromstoß) の下で硬直し、そして力なく崩れ落ちたという様子を、同時にじっと見ることができた。そして彼は、それを次のことによって成し遂げた。それは、行為の痕跡を慎重に取り除き、そしてそ知らぬ振りをして、彼の妻と一緒に・・・家族のお祝いに参加していた」(S. 31f.) というものである。他の事例においては (OGHSt 2, 98)、責任を高める事情を行為の特殊な残酷性と、行為者が 9 人の子供を父親から強奪したという点に見ている。

42 これらの判決は、二重の観点からの異議にさらされている。第一は、「責任を高める諸事情」は、まさに責任能力の著しい減退を導くことになった所与性によって基礎づけられているのではないのかが、検討されなければならないというものである。BGHSt 7, 28 では、行為者に対し非難される特殊な無感覚性は彼の精神遅滞によって条件付けられていることは、明白である。ただ、同一の要因を責任の減少、あるいはその増大として同時に判断することは、適当ではない。正当にも、BGHSt 16, 360 (364) は、「行為者の無責的な精神的状態の結果としての事情」が、「刑罰を高める事情として考慮」されるという点に「矛盾」を見ている。それ故、事例の大半においては、より軽度の処罰範囲が選択されうる。その理由は、恐らく責任を高める諸事情は、それ自体として疾病によって条件づけられているからである。

43 それは別として、謀殺のような絶対的な処罰範囲の場合には、より軽度の処罰範囲の適用はいずれにしろ放棄されえない。というのは、この放棄は、健全な行為者と比較して他の事情が同じであると仮定した場合に、比較的僅かではあるが、依然として存在している責任を、通常の処罰範囲を減輕することによって考慮可能である場合に限って、支持しうるからである。そうすることは、謀殺の場合には、不可能であ

る。この場合に、処罰範囲の減軽がなされないのであれば、ことのほか冷酷に且つ無感覚に行動するような著しく限定された責任能力の行為者には、精神的に且つ心理的に健全な人間と同様に、同一の「終身刑」を科さなければならなくなる。これは責任主義に違反する不平等な取り扱いである。それ故、絶対的定期刑の場合に責任主義が要求することは、21条の事例では、49条1項に従って減軽された処罰範囲に基礎を置き、その処罰範囲内で場合によっては起こりうる責任を高める諸事情を、場合によっては制限された処罰範囲の上限を選択して考慮するという方法である。

44 また、アルコールの摂取、あるいはその他の薬物の服用によって責任能力が著しく減退する場合にも、減軽された処罰範囲をすべての事例について否定して良いわけではないのであり、これが尊重されるべきである。かつての判例の傾向は、自ら招いた飲酒による酩酊の場合には、刑の減軽を原則的に考慮しないというものであった。このような傾向は、間違っている。というのは、ある者が責任能力を排除しえない程度にアルコールを摂取しているにすぎないような場合に、それでも犯罪の遂行を予見しえないのであれば、—その限りでは社会的に相当な—飲酒が、責任の量定に際して、彼にとって不利益に評価されてはならないからである。むしろ、比較的最近の判例の中で増加している見解によれば、刑の減軽を等閑視することが許容されるのは、行為者がこれまでの経験からアルコールの影響下で容易に可罰的行為にでてしまうということを知っているか、あるいは知らなければならないというような場合に限定されるべきである。けれども、行為の比較可能性には、あまりにも高度な要求は出されるべきではないとされるのである。この場合には、量刑要因として責任を高める作用を営む、アルコールの摂取と事後の行為との関連が存在している。それにもかかわらず、正常な状態での行為の遂行と比較した減少された責任は、通常の処罰範囲内で考慮されうるのである。ここにおいてもまた、絶対的定期刑の場合には、Rn. 43で詳述されたことに対応して、異なった主張がなされている。すなわち、アルコー

ルの摂取により、著しく限定された責任能力の状態において謀殺を行った者は、刑罰が場合によってはより重いものとの間で動揺することを含めて、49 条 1 項により減軽された処罰範囲に基づいて処罰されるべきである。それに対して、一時的に麻薬を絶った後に、その中毒が再発するという事情は、21 条、49 条に従って減軽を拒否することが正当化されるような (BGH NStZ 1992, 547)、責任を高める事情ではない。

45 他方、事情が異なるのは、行為者が、アルコールの摂取の際に (あるいは薬物の補給、若しくは次第に情動の感情に自らとらわれるというような際に)、限定責任能力の状態下で一定の犯罪行為 (例えば、性犯罪) を遂行するであろうということを既に見込んでいる場合、若しくは彼がこのことを意図しているような場合である。なるほど、このような事例においては、支配的見解とは反対に、原因において自由な行為は存在しない。しかし、後に犯罪行為を行うという意識の下に 21 条の状態を故意的に惹起することは、犯罪の実行の際に責任能力が減退するという事実を補完し、その結果、あらゆる刑の減軽が拒否されても良いことになる。

46 21 条は、更なる処罰範囲の問題を提起する。著しく限定された責任能力は、個別事例においては二つの異なる処罰範囲の減軽の可能性の扉を開きうる。すなわち、21 条に規定されている 49 条 1 項についての処罰範囲の減少、および種々に (例えば、213 条、226 条 2 項、250 条 2 項において) 同じく引き下げられた特別の処罰範囲が規定されているようなそれほど重くはない事例の承認である。判例は、その場合に、二つの減軽の手段のいずれを選ぶのかという選択を裁判官に委ねている (BGHSt 16, 360; 21, 57 のみを参照)。そこで争われている点は、それほど重くはない事例の処罰範囲がその刑の最下限をかなり高いものとして規定している場合に、裁判所が 49 条 1 項による減軽を優先させる義務を負うのかどうかということである。これに賛成するものとしては BGHSt 16, 360 が、これに反対するものとして BGHSt 21, 57 がある。

### 三. 軍刑法 7 条の特例

47 軍刑法 7 条は次のように規定している。1 項：自ら招いた飲酒による酩酊は、行為が軍事上の犯罪行為の場合、戦時国際法に対する違反の場合、あるいは、職務の執行において遂行された場合には、威嚇された刑罰は減輕されない。2 項：飲酒による酩酊と他の種類による酩酊は、同じである。

48 法律上の理由づけに従えば、刑の減輕の排除は、アルコールの乱用が必然的にもたらす兵士の規律に対する危険に対処すべきものである。しかし、兵士の処罰も責任主義の下にあるために、そのような予防的考慮は、責任主義と調和しうる限りにおいてのみ、妥当することができる。この調和の可能性は、軍刑法 7 条が、自ら招いた酩酊状態に対して 21 条の範囲内で命じられているように (Rn. 39 ff., 44 f. 参照)、解釈される場合に肯定されるのである。従って、酩酊が責任無能力に至る場合は、兵士の場合でも、323 条 a あるいは原因において自由な行為の原理 (Rn. 55 ff.) による処罰だけが考慮される。著しく限定された責任能力の場合には、軍刑法 7 条は、減少された処罰範囲の選択を排除してはいるが、法定刑の範囲内での減輕を排除するものではない (OLG Schleswig SchlHA 1971, 221)。それ故、これは、原則的に責任主義によっても命じられている。従って、軍刑法 7 条は、この法律によってはじめて妥当するであろうような何も命じてはいないのである。

### B. 児童と少年の責任能力

49 児童、すなわち行為の遂行の際に、未だ 14 歳に達していない者は、19 条に従って責任無能力である。一般的見解に従えば、そこでは、責任無能力の否定不可能な推定が重要なのであり、それを Lange は、「一般的に、擬制的なもの」と呼んでいる。正しくは、答責性を阻却する規

定は、上述の推定の中に見出されなければならないのであって、その阻却は、児童が規範的に未だ対応不可能 (ansprechbar) であったということか、あるいは、予防上の処罰の必然性が存在していないということかのいずれかに基づくものである。生活上の経験則の教示に従えば、比較的年長の児童は、たいてい窓ガラスの破壊、盗み等々は許されていないということを十分に知っている。しばしば、児童は全体としてこの禁止によって動機づけられる状態にある。その結果、責任は、それ自体としては、肯定されうるのではなかろうか。しかし、児童の行為は成人から見ても一般的な法意識を揺さぶることはなく、児童に対し刑事制裁を下すことは特別予防的にも逆行するが故に、立法者は正当にも答責性を阻却したのである。

50 答責性の阻却は実体法の分野にあるにもかかわらず、刑事未成年者は全員一致の見解に従えば訴訟手続によって無罪判決に至るのではなく、手続の打ち切り (Verfahrenseinstellung) (刑事訴訟法 206 条 a, 260 条 3 項) に至るのである。それには賛成できる。すなわち、実体法上の無罪の地位を手続条件に作り変えるのが正当であるが、それは、その条件が、個別事例の状態に左右されることなく、国家的刑罰の要求をはじめから生じさせないからである。ところで、児童の行為の不可罰性は、あらゆる国家の反応を否定する結論に至る必要はない。そうであるが故に、例えば後見裁判所が、民法 1666 条に従って、保護処分を講じうるのである。

51 少年、つまりは、行為の時点に 14 歳に達していたが、しかし未だ 18 歳には至っていなかった (少年裁判所法 1 条) 者の答責性に適用されるのは、少年裁判所法 3 条である。すなわち、「少年は、行為の時点で、彼の倫理的且つ精神的発育に従って行為の不法を弁別し、あるいはこの弁別に従って行為をすることについて十分に成熟しているような場合には、刑法上答責的である」。成人の場合には、責任能力は、通常前提とされ、例外的にのみ 20 条に従って排除されるにすぎないのに対し (Rn. 1 参

照)、少年の責任能力の場合には、その都度、個別事例において確定され、判決の中でも理由づけられなければならない。しかしながら、少年裁判所法3条は、構造上、20条に類似している。すなわち、少年裁判所法3条もまた、第二「段階」は弁別能力と抑制能力に照準を合わせ、他方、第一「段階」では、20条の生物学的・心理学的連結所見が少年裁判所法3条の倫理的且つ精神的成熟度不足に置き換えられており、その意味で二段階構造を持っているからである。

52 少年裁判所法3条が個々に提供する解釈論上の問題は、少年刑法に置かれるべきである。けれども、留意されなければならないのは、少年の場合には、不法の弁別に対する能力が存在している場合でも、しばしば、未だ抑制能力が欠如するという点である。また、責任能力の次のような意味での構成要件関連性(Rn. 30)は、成人の場合と比較して、著しく際立っている。かくして、例えば、少年は窃盗に関し、事情によっては十分に答責的でありうるが、他方で、彼には性的成熟度が条件とされる性犯罪に関しては、責任能力が欠如している。その上、責任能力の分割可能性は、基本的構成要件と加重的構成要件を分ける基準となりうる。少年は、公判廷における虚偽の陳述に関しては既に責任能力を有しているが、しかし、偽証罪の特殊な不法を未だ理解していないということがありうる。BGHSt 26, 67によれば、少年が軽愚である場合に、少年裁判所法3条の答責性は、21条によって著しく限定された責任能力が存在しているのにもかかわらず、阻却されているという結論が可能とならなければならない。このことは、純粋な責任の観点の下においては「概念的に」不可能である。ただ、本書で支持された見解に従って責任と答責性とを区別するのであれば、そのことは意義を獲得する。答責性は、少年の場合に、責任が僅か存在している場合であっても、刑事罰とは異なった処分に応じることが予防的な根拠から合目的的であるとされるような場合には、阻却されうるのである。その場合に、少年裁判所法3条は、単に責任阻却事由のみならず、しばしば答責性阻却事由の機能をも有するのである。

53 一般的な責任能力の困難な諸問題を提起するのは、同じく少年裁判所法 3 条と 20 条との関係である。少年の答責性を少年裁判所法 3 条に従って阻却するのか、それとも 20 条に従って阻却するのかは、重要な実践的意味をもっている。第一の場合では、裁判官が少年裁判所法 3 条 2 文に従って後見裁判所上の処分を命じうるにすぎないが（この点については、既に Rn. 50）、第二の場合では、精神病院への収容処分を 63 条に従って命じうる。その基本原則は、発育が条件とされる障害の場合には少年裁判所法 3 条が、さもない場合には一成人の年齢においても排除しえない精神遅滞の場合には一、20 条が適用されうるというものである。障害が成熟度によって条件づけられるのか、それ故それは一過性のものであるのかどうかは不確実である場合には、疑わしきは被告人の利益にという命題に従って、軽減された法的効果を規定する少年裁判所法 3 条が適用されうる。それとは事情が異なるのは、少年の責任能力の欠如が、思春期の成熟遅滞に基づくのではなく、脳の損傷に基づいてはいるのであるが、それは、恐らく後年になって消滅するであろうと考えられる場合である。その場合、答責性は、20 条によっても、また少年裁判所法 3 条によっても阻却されうるが、裁判所が刑法総則の法的効果か、それとも少年刑法の法的効果かのいずれを選択するのかは自由である（BGHSt 26, 67 参照）。よって、行為者が公共に対する危険を有する場合には、63 条によって施設への収容処分が実施される。

54 年長少年、すなわち行為の時点で 18 歳に達しているが、しかし未だ 21 歳には至っていない者は（少年裁判所法 1 条 2 項）、彼の責任能力に関して成年と同じ状態にある。よって、少年裁判所法 3 条は年長少年には妥当しない。少年裁判所法が年長少年について規定する特別規定は（少年裁判所法 105 条 ff.）、法的効果にのみ関係する。無論、年長少年の場合の重度の発育障害は、20 条、21 条の観点で有意味的となる。



## C. 原因において自由な行為

55 行為者が構成要件に該当する結果を実現する時点で責任無能力であるという多くの事例は、行為者が未だ責任能力を有していた、それ以前の時点において、故意的あるいは過失的に結果に対する原因を設定したという場合にも、彼はそれにもかかわらず処罰されえないのかと問う契機となっている。主たる事例を提供するのは、アルコールによって条件づけられた責任無能力の状態下の行為である。行為者は、例えば、自己の抑制を乗り越え、且つ責任無能力の状態において自己の敵を打ちのめすために、飲酒酩酊するのであり、あるいは彼は自己の酩酊状態の中で自己の敵に対し暴力を振るうであろうということを過失によって考慮していないのである。判例および文献は、一般的に、第一の事例では故意の傷害の故に、第二の事例では過失致傷の故に処罰されなければならないということで一致を見ている。このような可罰的な態度について、「原因において自由な行為 (actio libera in causa)」(a.l.i.c.) という名称もまた、定着している。すなわち、原因設定時の自由な行為である。ただ、活発に議論されているのは、この結論が法律学的にどのように基礎づけられるのかという問である

56 この問題は古く、既に Tomas von Aquin および Pufendorf によって取り扱われている。現代の用語法の意味における原因において自由な行為の名称は、Kleinschrod (1794 年) に端を発するとされている。しかし、この法形象を解釈学的に、より詳細に推敲するための努力は、戦後、特に集中してなされた。原因において自由な行為の基礎づけについて争われていることは、とりわけ次の二つの観点、すなわち、「例外モデル」と「構成要件モデル」である。最初に、且つ強調して Hrschka が展開した例外モデルに従えば、原因において自由な行為の可罰性は、20 条のいう、行為者は「行為の遂行の際に」責任能力を有していなければならない、との命題に対しての慣習法上正当化された例外を意味する。それ故、その場合には、行為者は酩酊における自己の態度に関して、彼がこ

の時点で責任能力を有していなかったのにもかかわらず、処罰されることになる。それに対して、判例および学説において支配的である構成要件モデルに従えば、帰責は、酩酊の下での態度に結びつけられるのではなく、自らの飲酒による酩酊に、あるいは更には責任阻却を導く態度に結びつけられるのである。この先行する行為は、故意あるいは過失による惹起、更にそれにより場合によっては構成要件該当結果の可罰的な惹起と解釈される。この観点からは、原因において自由な行為の処罰は 20 条の例外であるのではなく、先行する態度が遂行の時点での有責な構成要件の実現を意味する。

57 例外モデルは、その魅力ある簡明性にもかかわらず、維持しえない。その見解は、「慣習法的に」も無効とされえない、法律なくして犯罪なし(基本法 103 条 2 項)という命題に違反するのである(判例は決して「例外モデル」には基づかないということはさておき)！おまけに、例外モデルは責任主義に違反する。というのは、結果と先行する態度との因果的な結合が帰責の基礎として等閑視されるのであれば、故意と過失は行為との関連を失い、行為責任の非難をもはや基礎づけることが不可能となるからである。よって、その場合には、故意と過失は、単なる問題のある心情と内心事情として宙に浮いてしまう。好ましいことに、現在では、BGHSt 42, 235, 241 もまた明白に次のように述べている。すなわち、「例外モデルは、責任能力は『行為の遂行の際に』存在しなければならないという刑法 20 条の一義的な文言と調和しえない。この根拠からは、原因において自由な行為は行為責任同時存在の原則 (Koinzidenzprinzip) の判例法上の例外としても・・・あるいは慣習法としてもまた・・・承認されえない」と。

58 従って、処罰化への道は、構成要件モデルを経由する場合にのみ可能である。その見解は、多くの構造上の困難性を提供するのであるが、ただ、可罰性がそれ以外に承認された帰責命題を超えない限度で拡張されるのであれば、克服可能である。原因において自由な行為の基礎づけ

が最も容易であるのは、実務上中心となっている過失行為の場合である。その基礎づけは、他の過失犯の場合と比べ構造上の特殊性を示すことはない。というのは、注意義務違反が事後の構成要件の充足の中で効果を發揮しているにすぎないとしても、その違反は既に構成要件の実現よりも先行して存在しうるからである。妻に怒りを憶えて飲酒酩酊し、それによって以前の関連する経験にもかかわらず、彼女を責任無能力状態で執拗な暴行を加えることになるであろうことを考えなかった者は、自己の飲酒酩酊によって彼の妻の身体の完全性にとって許されない危険を創造している。しかもその危険は執拗な暴行の中で実現されているのである。過失致傷としての処罰は、一般に妥当している原則の例外ではなく、その原則の証明である。

59 かなり重大な問題は、Rn. 58 で挙示された事例のような故意の原因において自由な行為の場合に生ずる。すなわち、夫が自分の妻を責任無能力状態の下で執拗に暴行するために（意図）飲酒酩酊に陥る場合、あるいは彼が酩酊状態で、少なくとも責任無能力に陥った後、妻に対する暴行へ移行することになることを予測しているような場合（未必の故意）にである。この場合に、一部では、酩酊状態がなければすべては同様の進行経路を辿らなかったのが証明不可能であると主張することによって、既に後の傷害と自己の飲酒酩酊との因果性は疑われるとされている。しかし、これは間違っている。というのは、大多数の事例は、アルコールによって条件づけられた制御の排除がなければ、行為に至らなかったであろうからである。けれども、行為者が未だ分別のある状態でも結果を招来したであろうという可能性が排除されえないところでは、少なくとも招来する態様は酩酊状態によって修正される。というのは、答責的に操縦された因果経過は、自己の態度に対する制御を失った行為者の態度とは異質のものとして展開するからである。

60 構成要件モデルを批判する主たる論拠は、結果に対する故意的な原因設定が法律によって要求されているような構成要件的行為を未だ意味

していないという点にある。侮辱や性的強要を後から実行するという目的のために故意的に自ら飲酒酩酊する者は、それ自体として見れば、未だ侮辱あるいは性的強要ではないのであって、それ故、彼はこの構成要件に基づく処罰には至りえないと、一般的に説明されている。しかし、その場合には、行為者は犯罪の実行の間に亘り帰責可能である必要はないという点が等閑視されている。原因において自由な行為は存在しないが、犯罪の実行の際に責任無能力へ陥るような故意の行為者は、本質的な因果の逸脱が生じない限り、既遂犯の故に可罰的である (Rn. 66 および前述第 12 章, Rn. 171f. 参照)。それと対応するものは、原因において自由な行為の場合にも妥当する。すなわち、故意的一有責的な既遂行為にとっては、行為者が実行の着手を答責的な状態の下で開始するということが必要である。従って、その行為者は未遂の開始時には責任能力を有していなければならない。その結果、将来の犯罪遂行の故意を持って責任無能力に自ら陥らせることは、なるほど、傷害、侮辱等々を意味してはいないが、しかしそれらの着手（すなわち、未遂の開始）を意味していなければならない。構成要件モデルは、他の方法では、基礎づけられえない。ただ、そのような未遂は、多くの異論はあるけれども、肯定されうる。かくして、間接正犯の場合、未遂はまず自己の支配領域から道具を放つということにあるように、原因において自由な行為の場合には、未遂は責任無能力の状態へ自ら自身を陥らせるということで開始される。すなわち、行為者は、彼自身を、答責的でない道具と変えるのであって、しかも、責任無能力の発生以後は、更なる進行をもはや手中に収めてはいないのである。

61 上述の構造は、せいぜいのところ純粋な結果犯の場合であり、例えば、窃盗の場合の「窃取 (Wegnahme)」(242 条)、あるいは危険な傷害の場合の一定の侵害方法 (223 条 a) のように、結果の招来に対して一定の態様が要求される場合には実行不可能である、と主張されることもあるが、それは正しくない。故意処罰の要件は、行為者が構成要件的行為の個別性を帰責能力状態下で実行するということではない。「という

のは、法益侵害の可罰性を一定の攻撃の手段に制限することの意義は、純粹な結果犯の場合以上に、因果経過に関する行為者の、完全な制御を要求するということにではなく、むしろ被害者に対する侵害態様の特殊な危険性にあるからである」。責任無能力の状態に陥った際に、未だ存在していないような一定の行為者の属性が要求されるところでは、話しは別である。かくして、例えば、宣誓義務は、まず、裁判上の証言(Aussage)から生じるのである。従って、ある者が、責任を阻却する向精神薬を、この影響下で事後的に法廷で偽証をするために、服用したとしても、そこには、未だ 154 条の未遂は存在していない。その結果、彼は偽証罪としては処罰されない。また、自手犯は原因において自由な行為の方法では遂行されない。なぜならば、自己の直接的な行いによる、可罰性を基礎づける特殊な非難必要性 (Verwerflichkeit) は、責任無能力へ自らを陥らせたという事実には欠如しているからである。従って、(故意および過失の) 道路交通の危険 (315 条 c) および無免許運転 (道路交通法 21 条) が、正犯として、に自己の車両の運転によってのみ開始されうるという意味で、自手犯と見なされる場合には、原因において自由な行為は不可能である。それ故、責任無能力に至るまで飲酒酩酊し、それに続き刑法 315 条 c、道路交通法 21 条の構成要件を充足する者は、彼がこのことを予見していたように (詳しくは、315 条 c の事例において、場合によっては予見しうる)、これらの規定に従ってではなく、323 条 a (酩酊行為) によって処罰されるのである。ただ、原因において自由な行為のこの制限は、構成要件的解決と矛盾するのではなく、まさにそれを証明するものである。というのは、自手犯の場合のように、間接正犯が不可能なところでは、この思想に基づく原因において自由な行為もまた、当然、問題とはなりえないからである。

62 BGHSt 42, 235, 239 f. は、刑法 315 条 c、道路交通法 21 条の事例について、まったく同様に、自ら酩酊に陥ることがこれらの規定の意味における車両の「運転」と判断されえないとする類似の理由づけを示している。無論、このことは、これらの犯罪の自手性の要件の下でのみ適切

である。それ故、判決が、「その行為によって惹起され、その行為から分離可能な結果を招来したと理解できないような行為を禁止する」犯罪のすべての場合について、原因において自由な行為を更に進んで排除しようと意図するのであれば、それは、的外れである (a. a. O., 239)。事後的に帰責無能力者として他人の住居に侵入しようとするために、酒を飲んで勇気を奮い立たす者は、一実行された行為計画に従えば一なぜ、123 条によって処罰されるべきではないのであろうか？ 123 条を間接正犯として実現しうる場合には (例えば、子供を差し向けることによって)、住居侵入の道具として自分自身をも利用することが可能でなければならない。結果犯と挙動犯とを区別することに端的に照準を合わすことは、315 条 c の場合には、行為から分離可能な結果が (すなわち、道路交通の具体的な危殆化) 一貫して存在しているという理由からも、必ずしも正しいとはいえない。

63 構成要件的解決に対する更に踏み込んだ異議によれば、故意的な原因において自由な行為の構造は、21 条による減輕された処罰が常に科せられなければならないという結論を認めることになるとされる。というのは、行為者が責任無能力になる以前に、彼は、最も早い時期に認めるとすればであるが、未遂の開始をも認めるような、著しく限定された責任能力の段階を通過するからであると。このことには反論すべきである。責任無能力が発生する直前の「最後の一口」によって、既に終了未遂となっている。行為者は、結果を答責的に招来するために必要であるすべてのことを行ってしまうからである。ただ、行為者が完全な責任能力状態において、その能力を排除する故意とそれに続く構成要件を実現する故意によって自己の責任能力を減退させるような場合には、未遂は既に開始しているのである。

64 最後に、構成要件モデルは、責任無能力者の中止が不可能であるという点でも論理が破綻しているとされている。すなわち、「同情心から一担構えていたピストルの銃口を下げた飲酒酩酊した行為者は、刑法

24 条 1 項に従って、無罪を勝ち取りえないのであろうか。この結論は、絶対に満足いくものではない」とされる。しかし、このような結論を導くことは必ずしも必要ではない。というのは、未遂の自由意思による中止は、答責性阻却を理由づけるための刑事政策的な動機づけであるからである（詳細には、第 23 章, Rn. 17 参照）。立法者が、中止者の無罪のためにその者の責任能力を要求するのかどうかということは、単に立法者の刑事政策的な目的設定によって左右される事柄にすぎない。責任能力を要求しない見解の方に十分な理由がある。というのは、20 条は、明らかに責任を阻却するという目的を持っているからである。仮に、20 条がここで通常であれば必要とされる中止未遂の免責をむしろ空洞化するために使用されるとすれば、その目的は 20 条の意味を逆転させてしまうであろう。加えて、上述の事例について、「例外モデル」も同様の問題に直面するのではなかろうか。というのは、ピストルを構えることは、酩酊下で遂行された行為に着手することによって未遂を開始させた以上、既に未遂であろうからである。

65 行為者の故意（つまり、少なくとも未必の故意）が構成要件に該当する結果を招来することのみならず、責任無能力の状態に自ら陥ることにも向けられなければならないということは、構成要件モデルの必然的な結論である。というのは、まず、行為者が故意的に責任無能力状態に入ることによって、はじめて彼が行為に着手し、未遂段階に至るからである。彼が、責任能力状態で遂行しようとする行為の予備段階で、退屈しのぎに大酒を飲み、そして摂取されたアルコールによって予期せぬうちに責任無能力状態に陥った者は、未だ実行に着手していない。というのは、自らを責任のない道具として使用しない、それ故、事態の進行に対する支配を手放そうとしない者は、未遂は後の直接的な着手があってはじめて開始すると考えているからである。これに反対の見解は、恐らく例外モデルと一致しうるのであるが、例外モデルと同様に責任主義に違反している。というのは、予備の段階における有責な故意は、法律が要求する実行段階の責任を基礎づけないからである。また、そのような

可罰性の拡大のための刑事政策的要求も、存在してはいない。というのは、飲酒による酩酊の事例では、行為者は、原則として、自己の制御が次第に彼の手から滑り落ちて行くように感じ取っているからである。よって、その場合、彼が犯罪計画を持ち続けて更に飲酒をするのであれば、要求すべき二重の故意は欠如してはいない。しかしながら、そうでない場合には、依然として 323 条 a が、場合によっては過失処罰が当然に考えられる。多くの場合、情動が出現する前段階では、事後の責任無能力に関する故意は欠如しているのが一般であろう。けれども、既に述べたことではあるが、そのような諸事例では、過失処罰が行為の責任の内容に一致しているのである (Rn. 18)。

66 原因において自由な行為の問題は一たとえ、類似の状況が問題になっているとしても一次のような諸事例では、重要ではない。すなわち、行為者が犯罪の実行の間に(つまり、未遂の段階において)非故意的に(更に多くの場合、過失的にでなく)責任を阻却する状態、例えば、血の酩酊 (BGHSt 7, 325)あるいは情動による記憶喪失 (BGHSt 23, 133)に陥り、この状態で結果を招来するような場合である。この場合、故意的な原因において自由な行為の事例が問題となっているのではない。なぜなら、行為者が自己を道具として利用しようとはしなかった、すなわち、彼が犯罪を責任能力のある状態で実行しようとしたからである。責任無能力の発生の際に既に可罰的な未遂が存在している以上、既遂の刑罰を科するということは、責任無能力状態の発生が本質的あるいは非本質的な因果の逸脱を表すのかどうかということのみによっている。非本質的な逸脱が原則である。この事例に関する詳細は、前掲、第 12 章, Rn. 171 f. 参照のこと。

67 判例において一般に広く認知された見解とは反対に、原因において自由な行為は、行為者が端的に著しい限定責任能力状態に自らを陥らせ、更にこの状態で行為を遂行するような場合には存在しない。というのは、彼はそのような事例では常に帰責能力を有しているのであり、行為を手



放してはいないからである。この場合、実行行為は、酩酊の中にはなくて、むしろ、まず 21 条の条件の下で犯された構成要件実現への直接的な着手の中にある。刑事政策的にも、このことには、疑問の余地がない。なぜならば、行為者には、彼の先行する自招責任を理由として、原則的に 21 条で任意的に規定された刑の減軽が、拒否されるからであろう（詳細には、Rn. 39 ff. 参照）。その結果、21 条は刑罰の程度に影響を及ぼさない（Rn. 45 参照）。

68 近時、種々の基礎づけの試みを端緒として、「拡大解決」も主張されている。「拡大解決」は、帰責無能力状態へ自らを陥し入れることをそれ自体として予備行為にすぎないと見なしているのにもかかわらず、20条の状態における事後の犯罪の遂行の帰責を先行する行為に結びつけているのである。このように、Streng は、20 条の意味における「行為」の概念を、機能的な責任の追記（Schuldzuschreibung）という意味において、それ自体として予備的であるにすぎない自己の責任無能力の作出にまで推し広げようとしている。Schmidhäuser は、「法律上の叙述の形式的要素」に左右されずに、欠陥の惹起の中に原因において自由な行為の場合の実質的不法を見ている。Herzberg は、Spendel にならって次のように述べている。「なるほど、このことは、それが進行している間は、…未だ未遂ではないが、…責任無能力の行為者が構成要件の実現に直接的に着手する、あるいはその実現に到達するのであれば、事後的に行為の…着手として裏づけられるのである」。そのような行為の概念の「拡大化」を、私は、必ずしも一般的に通用可能な方法と考えてはいない。立法者が行為者の責任能力を「行為の遂行の際に」要求する場合に、このことは、法律に忠実な解釈によれば、予備段階においては未だその一部分すら実現されていない不法構成要件の意味においてのみ理解可能である。それに対して、20 条の行為概念が実行段階と未遂段階を超えて予備行為にまで広げられるならば、そのことは本質的には行為と責任の同時発生が欠如しているという事実を変えるわけではない、術語上のトリックにすぎない。拡大モデルの詳細な批判を展開するのは、

Hettinger である。また、BGHSt 42, 235, 240 f. も拡大解決に反対している。

69 判例において、原因において自由な行為の法形象は、RGSt 22, 413 以来、承認されている。この事例では、前後不覚に飲酒酩酊した馬車の御者が、道路工夫を轢き、傷害した。その場合に、帰責は、本書の中에서도見られるように、はじめから構成要件モデルが拠り処にされ、間接正犯に対応して基礎づけられていた。すなわち、「たとえ被告人が町を荷馬車で通行する際に彼の気性の荒い馬の手綱を無意識の第三者の手に委ねたとしても、その第三者は、法的には被告人が今行った何かとは、何一つ異なることをしなかったのではなかろうか。いずれにしても、彼は意識的に且つ自由意思で帰責無能力の人間による荷馬車の理解不能な操縦が招来される行為をなしたのである」(S. 415)。この判例は、RG によっても BGH によってもまたそのまま受け継がれている。BGHSt 42, 235 が、この伝統と決別するような展開の開始を意味するのかどうかは、もう少し時間が必要である。

70 故意的な原因において自由な行為の場合に、BGH は、故意には如何なる要求が出されるべきなのかという問いに、再三再四、取り組まなければならなかった。BGHSt 17, 259 ff. では、原審は、直接的な構成要件の充足の際に、アルコールの摂取が原因となって責任無能力となった被告人を、窃盗および故意の傷害の故に有罪とした。なぜならば、彼は「アルコールの摂取の下では粗暴な行為に出るという傾向があった」との認識を持っていたからである。このことは、いうまでもなく故意的な原因において自由な行為を承認するためであれば、不十分である。というよりは、むしろ行為者は、責任無能力に自ら陥る間に、酩酊中に実現しようとする一定の構成要件の要素を表象していなければならない。正當にも、BGH は、故意的な原因において自由な行為は「あまり頻繁に起こるわけではない」という点も強調している。よって、たいていの場合には、過失が考慮されるに過ぎない。

71 更なる精密化をもたらすものは、BGHSt 21, 381 である。行為者が酩酊状態に陥る際に、事後的に誰かの妻を強姦するであろうということを表象した場合には、このことが生じた時に、彼は 177 条によって処罰される。よって、その場合には、より詳細な行為事情は問題ではないとされている。しかしながら、彼が特定の女性の強姦を計画していたのに、事後的に別の女性を強姦した場合には、323 条 a のみによって処罰される。無論、加えて、既に責任無能力状態へ陥る際に認められている強姦の未遂が、承認される。それに対して、強姦の既遂が肯定されうるのは、行為者が酩酊状態で人間を取り違えることによって犠牲にした場合だけであるといわれている。これは、間違っている。責任無能力の強姦者による人の錯誤（error in persona）は、原因において自由な行為の責任能力を未だ有する行為者にとっては、打撃の錯誤である。その結果、その限りにおいて、未遂が基礎づけられるに過ぎない。

72 比較的多くの判決は、323 条 a による酩酊行為と原因において自由な行為との関連にも取り組んでいる。その限りで、故意的な原因において自由な行為は、323 条 a を排除するとされている（BGHSt 2, 17）。というのは、323 条 a は、その文言によれば、酩酊している行為者は「違法な行為は遂行しているが、しかしその行為を理由としては処罰されえない」ということを条件とするからである。ただ、この場合に、彼は、原因において自由な行為の観点の下では、「その行為を理由として」処罰されうるのである。事情が異なるのは、酩酊している行為者が、彼の故意が酔ってはいない状態で向けられている行為以外の他の行為を遂行した場合である。その場合には、酩酊状態に陥ることと同時に存在している原因において自由な行為の未遂は、実行された行為に対し 323 条 a によって科すべき刑罰と観念的競合（52 条）の関係に立っている（既に述べた Rn. 71 を参照）。更には、酩酊している行為者が、酔っていない状態の下で計画された行為のために、加えて更なる行為を、つまりは予め計画されていない行為を遂行した場合には、第一の行為に関する故意的な原因において自由な行為の既遂は、通常は、端的に 323 条 a によつて

罰せられ、第二の行為との間で観念的競合の関係に立つのである (BGHSt 17, 333, 335)。

73 また、過失的な原因において自由な行為の場合にも、区別されるべきである。自己を責任無能力に陥れた行為者が、事後的に過失致傷を (例えば、事故の惹起によって) 遂行することもありうると考えていない時には、結果が発生した場合、過失的な原因において自由な行為のみを理由として処罰される。よって、323 条 a は、故意的な原因において自由な行為に対応する事例と、同一の基準によって除外される。それに対して、責任無能力状態の行為者が故意的な行為 (例えば、危険な傷害、223 条 a) を行っただが、彼が責任を阻却する酩酊状態に陥る際には、その行為の可能性を過失によって考えていなかったような場合には、彼は原因において自由な行為の条件の下での過失致傷を理由として 323 条 a との観念的競合で処罰されなければならない (BGHSt 2, 18 f., 反対するものとして RG 70, 85, 87)。というのは、323 条 a の刑罰は、原因において自由な行為のために威嚇されている刑罰よりも、より以上のものであるからである。我々の事例においては、酩酊下で遂行された危険な傷害を理由として、323 条 a 2 項によって 5 年以下の自由刑が科される。他方で、原因において自由な行為に対し任意的に処理される 230 条の処罰範囲は、3 年以下にすぎない。責任を阻却する酩酊の下で危険な傷害を犯す者が、過失的な原因において自由な行為が彼に対し更なる負担をかけるという理由だけで、323 条 a で規定されるよりも減輕して処罰されてしかるべきだとする結論は、納得しえないものである。それ故、原因において自由な行為は、「それが構成要件を実現し、酩酊行為がその構成要件の刑罰威嚇に属する場合」にのみ (BGHSt 2, 19)、323 条 a による処罰を常に排除するのである。

(よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授)

(あきやま えいいち・ノースアジア大学法学部講師)